103年

競爭中心 專題演講

彙編

2014 公平交易委員會
FAIR TRADE COMMISSION, R.O.C.

目　　錄

發展策略對產業與貿易結構之影響：台灣經驗的啟示
（馬泰成）……1

再論公平交易法之基本功－市場與競爭（陳和全）……17

侵權法與公平交易（簡資修）……31

臺灣金融產業之競爭政策—以競爭法的觀點出發
（顏雅倫）……45

初論歐洲法律整合－以歐盟競爭法為例（曾秀珍）……70

加盟契約爭議與公平交易法（劉姿汝）……86

近年來國際高科技產業競爭訴訟案例探討—
以聯合行為與結合案例為中心（李禮仲）……97

CONTENTS

關鍵字廣告爭議之商標法與公平交易法評析
（劉孔中）…… **117**

拒絕交易行為於獨占地位之濫用問題（林迺機）…… **140**

公平交易法第 41 條第 2 項規定適用之討論（蕭文生）…… **158**

發展策略對產業與貿易結構之影響：台灣經驗的啟示

講座：文化大學經濟學系馬教授泰成
日期：103 年 1 月 14 日
場次：10301-267

壹、前言

這次的主題與經濟成長有很大關係，我先介紹 3 個經濟學最基本觀念。

一、經濟成長

簡言之，經濟成長就是 GDP 的增加。若今年 GDP 較去年增加 10%，則今年經濟成長率是 10%；若今年 GDP 較去年增加 12%，則今年經濟成長率就是 12%。何謂 GDP？以最現實的生活案例作說明：小卓今天早上花了 85 元，表示社會上一定有人賺到這 85 元。小卓花了 85 元，這叫做總支出；有人賺到這 85 元，這就是總所得；而賺到這 85 元的人，必然提供了市場價值等於 85 元的財物或服務，因此 GDP 就是這 85 元。從這三個角度所觀察出的結果，可說是完全相同的。

二、總需求＝消費＋投資＋政府支出＋（出口－進口）

將整個社會上所有消費者所花的錢加起來，就是消費；將整個社會上所有廠商所做的投資加起來，就是投資；將整個政府所花的錢加起來，就是政府支出。另外，外國人會花錢買台灣的產品（出口），但需扣除進口，原因是假設我花錢買 BMW 的轎車，但 BMW 的轎車是德國人做的，不是台灣人做的，所以需將之扣除。因此，將所有消費者所花的錢、所有廠商所花的錢、所有政府所花的錢、所有外國人

所花的錢加起來，就叫做總支出，經濟學家則習慣將總支出稱為總需求。

三、總供給＝工資＋利息＋地租＋利潤

我所花的錢必定會跑到某個人身上，例如今天花了 85 元，則這 85 元必然是另一人的所得。將所有工人的所得加起來叫做工資，將資本家所有賺得的利息加起來，將所有地主賺得的地租加起來，再將所有資本家、所有廠商所賺得的利潤都加起來，就是國民所得。這與他人所花的錢相同，若別人不花錢，則吾人如何賺錢？若我能賺錢，則必然是我所生產出的價值，等於他人所購買東西的價值，否則他人怎麼願意將錢掏出給我？因此，將所有農夫的生產加起來，所有工業的生產加起來，所有服務業的生產加起來，就是全國總生產。

經濟學家習慣將總所得與總生產混為一談，其實意思相同，生產多少東西就賺多少錢，因為生產與賺錢都是同樣的人在做，生產單位與賺錢單位都是同一個人，因此習慣將總生產與總所得合稱為總供給。

今天的主題即圍繞總供給與總需求打轉，來看政府政策對整個產業造成怎樣的影響。

首先，將總需求分為二個部分：第一，國內需求。所有消費者所花的錢、所有廠商所投資的錢，及所有政府的支出，都是台灣人做的，都是在國內發生的，稱為國內需求。第二，國外需求。所有外國人所買的東西，稱為國外需求；另外，不需考量進口，因為進口與消費係重複計算，是從消費支出中扣除外國人所生產的東西。因此，需求分為二個部分，一是台灣人自己的需求，另一是外國人對台灣產品的需求。台灣市場太小，市場有限，總共才兩千多萬人，但整個世界市場是無限的。則究竟哪個市場較重要？其實見仁見智，一般來說應該是世界市場較重要。

貳、我國與全球經濟成長率之比較

台灣經濟最近這幾年其實並不好，自圖一便可清楚得知。圖中，

縱軸是經濟成長率，橫軸是時間，經濟成長率是 2%，亦即所得較去年增加 2%，看起來是正斜率；但需稍微修正，因為這是總體 GDP，即全國 GDP，要將全國 GDP 除以人口數，方較有意義。例如，中國賺非常多錢，因為它人口很多，但每人平均分攤後，所得仍變少，僅美國的七分之一，因此於此情況下，需扣除人口成長方較有意義。

1982 至 2014 年，全球經濟成長率是 2%。其實，自工業革命至今 300 多年來，人類經濟成長率始終都是 2%。

1960 年代 Solon 提出，工業革命之前，人類根本沒有經濟成長，經濟成長是工業革命之後才有的。依據馬爾薩斯人口論，工業革命之前，只要日子稍微過好一點，一到晚上，沒有電燈、電視、電影、KTV、PUB、娛樂等，大家吃飽之後，只有一件事情可做，就會導致人口立即增加，而將經濟成長的果實吞掉。因此工業革命之前，人類是沒有經濟成長的。

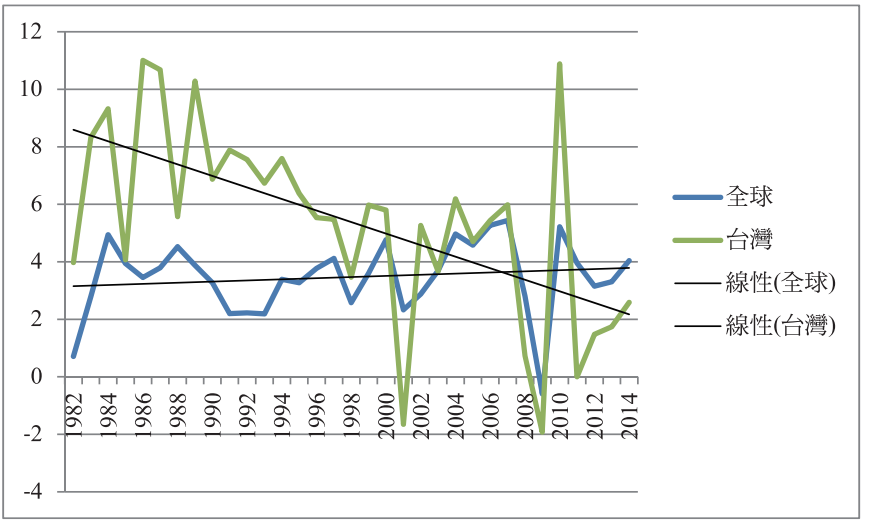
馬爾薩斯人口論很能解釋工業革命之前人類經濟的進步，且自工業革命至今 300 多年，人口成長可能因戰爭、饑荒、景氣蕭條等各種不同因素而有高低走向。但這 300 多年來，經濟成長率就是 2%。早期英國經濟成長率是 2%，現在美國仍是 2%，因為以前的英國、現在的美國，其經濟成長率皆來自於創新而非模仿。台灣能模仿美國、Google 或臉書，但英、美並無太多可模仿對象，因為它們是科技的領先者，一切經濟成長率皆來自於創新。英國經濟成長率是 2%，美國也是 2%，人類的創新能力就是 2%。

於此情況下，若以美國、英國 2%的經濟成長率作為分界點，則整個世界的國家即按照美國、英國這條線，分成二個「俱樂部」：一是戰後的日本與西德，在一、二十年的時間內很快趕上美國，且於追趕美國的過程中，經濟成長率皆超過 2%；但只要日本與西德的所得一達到美國水準，它也會成為 2%俱樂部。

韓國現今亦漸漸有此態勢，早期的台灣與現在的大陸亦皆如此，這些都算是較幸運的一群，經濟成長率必定超過 2%。但全球 2%的經濟成長率，必定會被他國所抵銷掉，而將之抵銷的，即為非洲與拉丁美洲國家。經濟成長率在某些國家甚至是負值，有的亦未達 2%，

而且人口成長速度更快，於此種情況下，它們永遠趕不上美國，差距甚至可能愈來愈大。因此這 2%是非常重要的。

如圖一所示，藍線是世界經濟成長率，2%是基礎線，而台灣（綠線）的趨勢竟是脫離 2%往下走，若此情形持續，則台灣根本就不可能趕上美國，因此這 2%是很重要的。今天演講的目的，即在探討為何台灣經濟成長率會下跌至 2%以下。但各位請注意，今天的主題與重點，是在探討過去經濟政策對這 2%所造成的影響，與當前經濟政策並無關係。



圖一：我國與全球經濟成長率之比較（%）

參、產業結構與發展

上述主要討論的是總體經濟，現在則以個別產業結構與發展來觀察，自表一便可清楚得知。

首先，LG 與三星都有自己的品牌，假設我本身並不想買它的商品，但當我看到他人買它的商品，而且使用得非常好，又只花了一點

小錢，自己卻花那麼多錢買 SONY 的商品，而且效果也沒多好，則內心就會覺得不服。因此，臺灣其實是無法與韓國相比的，三星與 LG 的品牌皆很創新，但台灣的宏達電與宏碁品牌發展皆不順利。韓國是品牌與創新，但台灣仍是代工與製造。

表一：產業結構與發展

亞洲鄰國	台　　灣
品牌創新（三星、LG）	代工與製造、品牌發展不順（HTC、宏碁）
金融與服務（香港、新加坡、上海）	代工與製造（台積電、鴻海）
通信、軟體與雲端科技	代工與製造（PC、筆電）
倉儲轉運中心（新加坡、上海、深圳）	轉運中心始終裹足不前（高雄）

表二：全球主要貨櫃港部分港口運量統計

2010 年排名	2009 年排名	2008 年排名	2007 年排名	2006 年排名	港口名稱
1	2	2	2	3	上海
2	1	1	1	1	新加坡
3	3	3	3	2	香港
4	4	4	4	4	深圳
5	5	5	5	5	釜山
6	8	8	11	13	寧波—舟山
	9	10	10	11	青島
	6	7	12	15	廣州
	7	6	6	8	杜拜
	10	9	7	7	鹿特丹
	11	14	17	17	天津
	12	12	8	6	高雄

第二，香港、新加坡與上海皆已發展為東亞金融服務中心，而台灣最好的產業，如台積電、鴻海，卻仍在幫他人代工與製造。

第三，全球科技發展趨勢是通信、軟體與雲端科技，如 Google、Facebook 等賺進大筆錢財；但台灣卻仍在代工與製造，只能做電腦、筆電等，而這些東西都是即將被淘汰的。

第四，新加坡、上海與深圳皆已成為倉儲轉運中心，而高雄港要成為亞洲倉儲轉運中心，不但沒有成功，甚至愈來愈倒退。高雄港原是世界第三大貨櫃港，2006 年變成第六名，2007 年變成第八名，2008、2009 年則變成第十二名，一路倒退。台灣不但趕不上上海、新加坡、香港與深圳，甚至連寧波—舟山亦無法企及。再次強調，今日討論重點並非探討目前經濟政策，而是在探討過去台灣發展政策對今日困境的影響。

肆、我國發展初期所面臨的經濟問題

一、我國發展初期的經濟表現

就過去經濟發展策略對現今環境的影響而言，首先須檢視過去台灣發展初期所面臨的一些經濟問題。表三中，Global 代表全世界；Global* a 代表全世界的國家扣除先進國家、OECD 國家，餘者即為開發中國家。因此，第一欄是全世界的水準，第二欄是開發中國家的水準，第三欄則是台灣的水準。

GDP 成長率方面，台灣較世界水準稍低一些，但較開發中國家為高。每人所得方面，1960 年每人所得是 316 美金，較世界的 790 與開發中國家的 497 低很多。物價上漲率方面，台灣的數值非常高，較世界的 1.7 與開發中國國家的 2.5 都要高上許多。失業率方面，台灣高達 4%，較開發中國家的 2.8%為高。另外，台灣的儲蓄不多、投資很少，貿易開放程度也低。所謂貿易開放程度，即（進口+出口）/GDP。最後一欄則表示，台灣的貿易並非順差，而是逆差，進口較出口為多的部分，占 GDP 7.4%，這可說是很嚴重的貿易逆差。

綜上所述，1960 年我國經濟發展初期所面臨的經濟問題，基本上

主要有四：

所得低、物價漲、失業高，以及國際收支（國際貿易）逆差。

表三：我國發展初期的經濟表現（1960年資料，與世界比較）

	Global	Global*[a]	Taiwan
GDP growth rate (%)	3.52	2.47	3.43
Per capita GDP (dollars) [b]	790	497	316
Inflation rate[c] (%)	1.70	2.50	10.7
Unemployment rate (%)	2.30	2.80	4.00
Investment share (%)	16.98	13.55	13.27
Savings rate (%)	12.77	8.31	5.75
Openness[d] (%)	64.13	64.95	16.74
Ratio of current account deficit to GDP (%)			7.40

a. Sample of Global* excludes OECD countries.

b. Per capita GDP is measured in US dollars.

c. The inflation rate is measured by the GDP deflator.

d. Exports plus imports divided by GDP.

e. All data except the unemployment rate are obtained from the PWT database, Center for InternationalComparisons of Production, Income and Prices, University of Pennsylvania.

f. The unemployment data are obtained from the International Lab.

二、問題癥結

（一）需求面：國外需求太少，導致逆差，外匯不足

自需求面觀之，國外需求太少，進口太多。經濟發展需要機器，沒有機器如何發展工業與服務業？因此，主要問題在於，出口不夠即沒有外匯，沒有外匯與美金，便無法換到機器來發展工業。

（二）供給面：工業生產不足，導致貧窮、物價上漲、失業

若工業生產不足，無法現代化，人民就會永遠貧窮，物價永遠上漲，人民永遠失業。因為若無工廠與工業，於台灣地狹人稠的情況下，則必定會有失業的問題。

三、發展策略（不平衡的發展策略）

此種情況下，早期的經濟學家尹仲容、嚴家淦、王衣錠等，開始實施所謂不平衡的發展策略。

（一）需求面：鼓勵出口，限制進口

國外需求不足，就刺激國外需求；出口不夠，就鼓勵出口、限制進口，特別是消費品。

（二）供給面：發展工業，限制服務業

工業發展不足，就發展工業、限制服務業，將服務業應請到的人力、應獲得的資金，全部都轉給工業使用。

為何當時要發展工業？因為工業是能夠貿易的。台灣的電視、音響、PC 能賣給美國人賺外匯，以換得所需要的機器。服務業則無法出口，如理髮師、餐廳，是不可貿易的財貨。此種情況下，僅工業中的製造業方能出口，服務業則較無法出口。服務業僅能對外投資，而對外投資並非好事，因為錢都流出去了。更何況服務業一旦出口，不但台灣的錢流出去，之後美國、中國的錢若要匯回台灣，則更有許多限制，不見得必定能將錢匯回台灣；即使匯回台灣，亦可能用以拼命炒熱房地產。

大家要注意，全世界有許多國家，卻僅台灣有不平衡的發展策略。表面上，台灣的發展策略似乎與日本、韓國相似，但其實日本、韓國並非此種策略，它們無法做到限制服務業的供給面策略。至於需求面的策略，則鼓勵出口，限制進口，日本、韓國確實也是如此，而且可能做得比台灣更好。但供給面上，若要將資源給予工業，限制銀行、證券行與服務業的發展，則日本與韓國是無法做到的，原因在於韓國的財團、日本的商社同時有製造業與銀行，因此它們不可能這麼做。在台灣，目前工業與服務業二者的界線愈趨模糊，但在蔣介石、蔣經國時代，工業與服務業的界線分得非常清楚。然而，日本與韓國的工業與服務業是混在一起的，大商社同時有工廠與銀行，LG、三星亦都如此。所以，這樣的策略是台灣特有的，日本與韓國並無此作法。

四、具體措施

（一）需求面

1. 出口補貼：出口低利融資、出口退稅（貨物稅、營業稅）、加工出口區。
2. 進口限制：高關稅、進口管制（尤其是與消費有關之必需品與奢侈品）。
3. 匯率管制使新台幣長期被低估，刺激出口。

（二）供給面

1. **獎勵製造業**
   (1) 大量開發工業區，協助製造業取得用地。
   (2) 訂頒獎勵投資條例，給予製造業租稅減免、保留盈餘不課稅。
   (3) 獎勵製造業 R&D，設立工研院，成立中國生產力中心，給予製造業技術協助。
   (4) 製造業融資保證。
2. **壓抑服務業**
   (1) 提高（降低）商業（工業）用電用水費率，由服務業補貼製造業。
   (2) 限制設廠（牌照管制），例如：通信、金融、法律、交通、營造。
   (3) 服務業很難取得融資。

工業區分為製造業、水電燃氣業、營造業與礦業。台灣沒有礦業；水電燃氣業，如台電、自來水皆不能出口；營造業也不可能出口，如蓋房子不可能出口；最後，只有製造業能出口，因此便積極獎勵製造業。土地方面，開發工業區，協助製造業取得用地；租稅方面，獎勵投資，訂頒租稅條例，給予租稅減免、保留盈餘不課稅；R&D 方面，獎勵製造業，設立工研院，成立中國生產力中心，給予製造業技術協助等；金融方面，則給予融資保證。

壓抑服務業，提高商業用電用水費率，多賺的錢用來補貼因降低工業用電用水費率的虧損。服務業以較高價買水買電，工業則以較低

價買水買電，再由服務業補貼製造業。更糟的是，限制設廠，因此再怎麼有錢也不能經營電信業或開銀行，再怎麼有學問也不能當律師；交通亦如此，計程車、大卡車的牌照都有管制。依公平會統計，當時限制服務業牌照的申請有 173 條法律，219 項行政命令，管制甚嚴。

五、基本理念

不平衡發展策略的最基本理念，是因為台灣土地資源太少，幾乎沒有任何礦產資源。人口數倒是不少，但當時教育程度不高，此種情況下，基本理念是要將有限資源集中於出口以及可用來出口的製造業產品。只要與此相關，便可得到政府的大量補貼。

下方二張表的計算內容非常複雜，演算的基本原理，並非以 GDP 直接計算。例如，我喝一口咖啡的經濟動作，會牽動多少經濟活動？喝咖啡是否需要紙杯？有紙杯則需要紙漿，有紙漿則需要機器設備，有機器則需要鋼鐵，有鋼鐵則需要礦坑，而礦坑可能會倒塌，需要白楊木來支撐。白楊木是否需要植樹造林？植樹造林是否需要農藥？農藥是否需要碳酸氫鈉？其中牽涉多少動作，而每個動作都代表這個產業，所以才有產業關聯表，即所謂的 IO 表。

表四：Source of Industrial Growth (1964-2004)

	Source of growth				
Industry	*DD*	*EE*	*TECH*	*IS*	ΔX
Percentage of total output growth					
Primary	2	2	−2	1	2
Light	3	2	−1	0	4
Heavy	24	41	−26	4	43
Social overhead	10	4	−2	0	12
Services	34	10	−7	1	38
Total	73	59	−38	6	100

Data Sources: Table 2 is computed by using Equation (9) in the Appendix 2.The calculations are based on the input-output tables published by (a) the Council for Economic Planning and Development, Taiwan. (1964 data), and (b) the Directorate General of Budget, Accounting and Statistics, Taiwan. (2004 data)

表五：Standard Pattern of Growth (Percentage of Total Output Growth)

	Source of growth				
Industry	*DD*	*EE*	*TECH*	*IS*	ΔX
Primary	−2	1	3	16	18
Light	21	4	1	4	29
Heavy	34	2	−28	12	20
Social overhead	8	1	−3	4	10
Services	31	1	−16	7	23
Total	92	8	−42	42	100

上方二張表即是由 IO 表所算出，任何出口與貿易，都會牽涉其他部門。較重要的僅六個數字：輕工業主要是製造業，即紡織品、鞋子；重工業則主要是石化原料、鋼鐵製品與目前最重要的電子產品、高科技產品。產業關聯表是每五年更新一次，計算結果發現，1964-2004 這四十年來的經濟成長率，GDP 增加來自輕工業的有 2%，重工業有 41%，可用以出口的重工業與輕工業則有 59%，經濟成長的 60%皆來自可出口的製造業，是世界上最高的。由此可知，台灣經濟發展受政府政策扭曲甚鉅。若台灣政府未採取這些不平衡發展策略，而讓台灣自行發展，使商人自己去賺錢、工人自己去工作等；若未這些對服務業有所限制，若未對這些製造業有所補貼，則此種情形下，輕工業可提供 4%的 GDP，重工業則可提供至 2%，可出口的將有 8%。由此可知，台灣經濟曾受極大的扭曲。但此一結果其實有好有壞。

六、結果

（一）正面影響：經濟快速成長

1960-1980 年代，平衡發展策略對台灣正面的影響，是對經濟造成快速成長。台灣經濟成長率每年 9.4%，非常高；失業率低於 2%，

幾乎每個人都有工作；出口成長率每年 24%。最重要的是，民國 76 年之前，台灣貿易始終是逆差，所生產的產品永遠比不上韓國、日本或歐洲；但民國 76 年之後，台灣發生了貿易順差，出口大於進口，台灣多賺得 180 億美元。民國 76 年，台灣有史以來首次出口由逆差轉為順差，代表台灣經濟實力在那一年有很大的轉折。這 20 年來，台灣貿易始終是順差，係拜此一不平衡發展策略所賜。不過，不平衡發展策略雖然很有用，讓台灣經濟於短期內迅速成長、快速起飛，但也有不良影響，因為政府的人為干預無論如何都是不對的，因此也造成許多負面效果。

（二）負面影響

因為對服務業限制太多，即使有很強的製造業，在欠缺基礎服務業配合之下，製造業是永遠不可能有品牌、不可能創新的。一個品牌需要許多東西配合，例如周杰倫、蔡依林的演唱會之所以吸引人，各種宣傳、舞台設計、燈光、特別來賓所製造的效果等，才是真正功不可沒的關鍵。製造業產品再好，若缺乏行銷、顧問、會計師與律師，則品牌永遠都無法創新，產品同樣賣不出去。這也是為何台灣主要業者目前仍在代工與製造，因為台灣服務業無法支持製造業的品牌創新。因此，限制服務業最嚴重的負面結果，即是導致服務業發展落後，無法支援製造業。

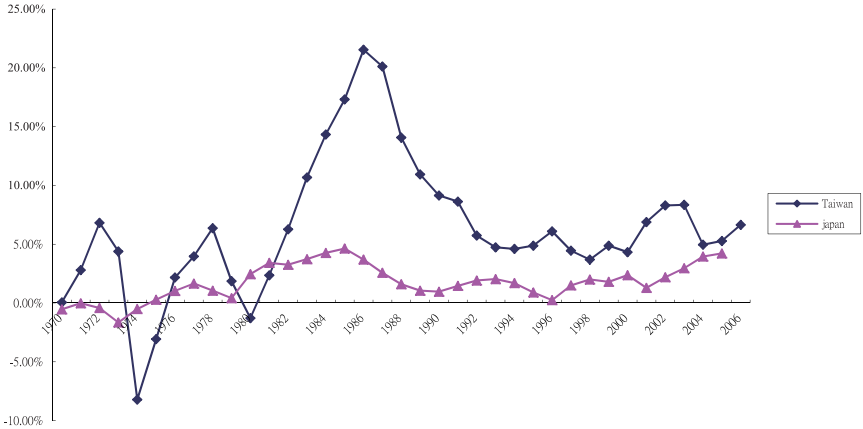
1981-2006 年，台灣服務業生產力成長率是 4.3，韓國 6.5，新加坡 7.9，香港 7.6。製造業若要更上一層樓，則需有服務業的配合，品牌需要彙集各種不同力量，才能行銷出去。這也是為何到目前為止，台灣都沒有自創品牌的緣故。而這也是供給面的問題。

1. 需求面：造成鉅額貿易順差

圖二是順差占 GDP 的比重。很明顯，負面影響過頭了：鼓勵製造業與出口過頭，壓抑服務業與進口過頭。此種情況下，過度鼓勵出口與限制進口，過度刺激國外需求並壓抑國內需求，必然會導致貿易順差的巨幅攀升。

圖中，較高的是台灣貿易順差占 GDP 的比重，較低的則是日本貿易順差占 GDP 的比重。1986 年，台灣貿易順差占 GDP 20%，較日

本的 6%為高，相當於台灣每生產 100 元的商品，即有 20 元是給外國人使用。這是非常高的比重，因此導致巨幅出超。出超後，出口商得到美元，到銀行換成台幣，台幣變多，銀行又將換得的美元至央行換成台幣，此時所有美元便跑到央行，成為外匯存底。外匯存底一直增加，台幣一直增加，造成台灣游資充斥。當時有句話說，「台灣錢淹腳目」，那麼多錢都投資在股票與房地產；再加上台灣太小，台灣有順差，但他國並無順差，即使台灣向外國買東西，價格仍不會漲，因為台灣需求量太小，買再多，國際黃豆與小麥的價格仍不會漲。但若買台灣的土地與房地產，則台灣的土地與房地產則必定會漲，因為土地供給是有限的，因此便造成當時房價飆升與股市嚴重的投機。



圖二：順差占GDP比重（台日比較）

2. 供給面：服務業生產力受到極大壓縮

(1) 扶植國營事業與大型民間廠商，使製造業獨占嚴重。

(2) 經濟體系過度仰賴與出口有關之製造業，特別是高科技產品，如 PC、筆電。現在又有雲端科技，所有 PC 與筆電能做的事，手機與 iPad 都能做。此種情況下，市場上即不需 PC 與筆電，而台灣又是專門做 PC 與筆電的國家，因此對台灣的打擊就非

常嚴重。若產業仍不轉型，就會變成這樣的結果。

(3) 最嚴重的是：服務業發展落後。電信、網路、金融、法律、交通發展非常落後。若沒有這些基礎服務業，就永遠沒有自己的品牌，經濟實力便永遠無法更上一層樓，無法像三星或 LG 般，有如此強大的競爭力。這是當前很大的問題。

伍、對策

政府當然有發現上述這些問題，因此提出需求面與供給面的解決對策，如下所述：

一、需求面：開放進口

（一）措施

1980 年代後期，政府開始推動貿易自由化，如大幅降低進口關稅、取消進口管制、開放大宗物資（如黃豆、小麥、玉米）、自由進口、廢除石化產銷協議與中鋼進口加簽等。何謂中鋼加簽？意思是，惟有中鋼能在台灣做鋼鐵，萬一中鋼做得不夠，若欲自韓國或日本買鋼鐵，則需經中鋼同意。由此可知政府將多少資源置於重工業上，而此種做法是不對的。

（二）成效

成效非常顯著，順差占 GDP 比例由 1986 年的 21.5%，降至 1990 年的 5%。

二、供給面：成效不彰，遭遇許多挫折

花錢與賺錢何者容易？當然是花錢容易。需求面就是花錢，因此能立即見效，但供給面是要賺錢，這是非常困難的。花錢很簡單，即使民間不花，由政府來花，也很快就能見效。例如每人發放消費券新台幣 3,600 元，若不夠，則發放 36,000 元；再不夠，則發放 36 萬；若還是不夠，則改成每年去歐洲旅遊 2 次，政府則補貼三分之二的費用。但若要調整供給面、產業結構與生產方式，這是非常困難的，到目前為止成效仍非常小，並無太大進展。

（一）措施：民國 80 年代開始調整供給面。連戰當院長時，政府就

注意到供給面調整的需要，如推動亞太營運中心、開放金融市場、電信三法（通信市場開放）、二次金改（開放金融市場）、廣設大學、國營事業民營化等，一直到今年總統的元旦公告：要擴大公共投資、建立自由經濟示範區、桃園機場自由貿易港、客貨運輸與物流服務、金融挺創業、土地活化與都市更新，這些全部都是供給面的調整作法。但 20 年來，成效仍非常緩慢，可見供給面的調整其實沒有那麼容易。

（二）成效：因為供給面調整都是長期措施，需要很長的調整磨合時間，又涉及政治體制、法治精神、行政效率、清廉政治、民族性等諸多議題，因此成效仍不彰。

陸、結論

花錢容易，但賺錢與生產卻非常困難。例如油電雙漲，台灣沒有石油與煤礦，國際石油與煤價上漲，台灣油電價格本來就應上漲，大家才會用較少的電。然而，油電雙漲被罵到臭頭，則若將中油、台電賣掉，似乎任何問題就解決了。但其實事情並非如此簡單。早在民國 88 年，經建會即提出要將中油、台電賣掉的計畫。中油與台塑相同，但台塑每年賺那麼多錢，中油虧那麼多錢，中油本來就該賣掉。至於台電，要賣掉的是發電，輸電仍是政府所管，從高雄至台北的大電纜仍屬於政府。那時，美國人與英國人真的相信台灣要將台電與中油賣掉，因此花大筆錢財請經建會、公平會與經濟部的成員去遠企吃大餐。但至今已 10 幾年了，中油與台電仍未賣掉。

由此可知，花錢容易，但賺錢與生產卻是困難的事情。例如二次金改，要將銀行賣掉，其實並非那麼容易。更簡單的事情，例如提升律師、會計師錄取率，先請問：律師、會計師與醫師，這三師中何者較重要？當然是醫師，因為人命關天。但現在幾乎是相反，幾乎每個醫學院畢業生都有醫師執照，法學院、商學院畢業生則僅少數人有律師、會計師執照。理論上，醫師執照的發放應較嚴格一些，因為人命關天，而會計師、律師的錄取標準則可放寬。但政府連最簡單的證照開放都做不到，可見供給面的調整是非常困難的。

今天的內容都是依據經濟學古典學派的看法。例如對政府的不信任，不問政府能為我做什麼事，而是問政府不要為我做什麼事。例如，不要政府替我開國立大學，台灣將非常多經費置於台大，但台大有變得更好嗎？其實沒有。又如，不要政府為我收資源回收的垃圾，若我將不要的廢紙與回收資源拿給阿婆，她反而會感激我；但若拿給環保清潔隊員，反而會增加他的工作負擔，這就是經濟學古典學派的看法。我今天的演講就到此結束，謝謝大家！

（輔仁大學法律學系林綉貞記錄整理並經講座審訂）

再論公平交易法之基本功－市場與競爭

講座：中正大學經濟學系陳教授和全
日期：103 年 2 月 18 日
場次：10302-268

壹、前言

經濟分析方法之於競爭法議題上的應用，於全球各競爭機關中日益增多，不論是競爭機關的使用、抑或是外部學者的分析。基本上，經濟數量方法已成為競爭議題研究者一個重要的內涵，執法單位也愈來愈依賴其協助進行競爭評估。

在歐美，法律體系及個案判決中，經濟分析日漸扮演重要角色；也因此，廠商間協議之分析開始強調於競爭量化分析，有效競爭的決定性因素分析則更趨於成熟與複雜，集合優勢（collective dominance）也逐漸改用重複賽局之勾結理論來分析；更重要的，許多數量與計量方法愈來愈被重用。

基於經濟方法被運用之趨勢，聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，FTC）時常會運用這樣的方法，進行關於反托拉斯與消費者保護的調查與訴訟。基本上，歐美之競爭機關人員與執法人員皆已普遍認知了經濟方法與實證分析（empirical analyses），我國亦應隨後跟上。

貳、經濟分析的基礎

一、需求彈性與替代性

競爭的兩產品 A 與 B，若產品 A 提高價格，則產品 A 的客戶會被吸收往產品 B 流動，因此產品 A 需求數量會減少而產品 B 需求數量會增加；另外，產品 A 漲價也會使消費者實質所得減少，因而減少了能夠購買的數量。前者即是替代效果（substitution effect），而後者為所得效果（income effect），這兩者之和即為產品 A 降價時所流失的總消費數量，構築成「需求彈性（price elasticity of demand；或 own-price elasticity of demand）的基礎概念。

（一）需求彈性（總效應）

需求彈性定義是「產品 A 增加 1%價格所導致的產品 A 需求數量減少的百分比」。（自我）需求彈性係數（絕對值）愈大，代表產品 A 提高價格所導致的數量減少愈大；一般而言，如果替代效應愈大，則需求彈性愈大。需求彈性展現廠商提高價格的能力，也就是市場力量（market power）；它的意義是指「一廠商具有提高價格至高於競爭水平因而獲利的能力」，而市場力量正是反托拉斯經濟學的中心概念。

因為一個事業具有獲利的最低定價是邊際成本，因此，市場力通常被定義為「價格與邊際成本之差異（P-MC）」。競爭法主管機關最為關注的往往是具有「夠大」市場力量的事業，而所謂「夠大」市場力量卻可能因不同產業而有所不同。

（二）替代效果

替代效果愈大意味著，產品 A 的價格提高 1%可導致相對顯著的產品 B 數量的增加，若也將它表達成「產品 A 變動 1%價格所導致的產品 B 數量變動%」，這就成為「交叉需求彈性（cross-price elasticity of demand）」的定義。交叉需求彈性表示當一廠商漲價後，客戶轉購的可能性，交叉需求彈性越大則漲價後，客戶轉購的數量越大。

由於廠商提高價格的能耐會直接受到同市場競爭者的約束，沒有競爭者訂價上的約制力量，該廠商就會一直有提高價格誘因。然若有競爭者的存在，將給予廠商訂價的約制力量，漲價將使其客戶向其競

爭者轉購，因而降低廠商的提價誘因。因此，兩個產品間的交叉需求彈性若夠大，代表該兩產品具顯著競爭關係，故應置於同一界定市場中。

市場力量的評估為反托拉斯經濟學的核心，因此，界定相關市場（relevant market）以便於測度市場力成為反托拉斯分析的第一步。相關市場界定了，則同一市場內的產品都是對分析標的產品具有競爭約制力的產品，在這樣的基礎下即可對於市場力的大小進行分析。

二、漲價的數量流動

（一）影響轉購可能性的因素

一事業提高價格的能力會受到同一個市場競爭者的約束，也就是存在所謂的訂價制約力，若訂價制約力大則當屬同一競爭市場，而訂價制約力的大小取決於消費者轉購可能性。影響消費者轉購可能性的因素也就是影響產品替代性之可能因素，包括：

1. 產品功能
2. 廠商地點
3. 消費者習性
4. 買賣契約
5. 其它廠商家數與規模
6. 潛在可能供應可否及時出現

（二）轉購率（Diversion Ratio）

產品 A 若提高價格，會導致數量流失，若流失至消費產品 B 之比例夠高，則產品 B 具有替代產品 A 的特性，兩者間具有顯著的競爭性，該屬於同一界定市場。替代性的測度可透過計算「移轉率（diversion ratio）」而得。當產品 A 提高價格而致數量流失，流失數量中流至購買產品 B 的比例，稱為產品 A 移轉至產品 B 的比率，其公式為：

$$\text{轉購率} = \frac{\text{產品A的流失轉而購買產品B的數量}}{\text{產品A提高價格所導致的流失數量}}$$

移轉率介於-1 與 1 之間，如果是替代性產品，則移轉率為正，若為互補品則移轉率為負。

三、漲價之利潤衝擊

當廠商調漲價格時，其利潤的變化會受到兩個相反的力量所影響：一個是「漲價增利」，也就是消費者所購買的每一單位產品的利潤因漲價而增加；一個是「量縮減利」，也就是因為漲價使消費者轉移或棄買，導致銷售數量下跌而使利潤減少。如果「漲價增利」大於「量縮減利」，表示廠商漲價將使利潤提高，因此會有漲價的誘因。

漲價誘因會展現在「利潤率（profit margin）」上，所謂利潤率就是「價格與成本之差異值相對於價格之比值：$m_i = (p_i - c_i)/p_i$。當廠商透過價格調整而達到利潤最大化時，其利潤率會恰巧等於需求彈性之倒數，即 $m_i = (p_i - c_i)/p_i = 1/\varepsilon_i$。這意味著，當需求彈性愈小，則利潤率愈大（即價格調高幅度愈大），若價格水位已經很高（需求彈性一般隨之而愈大），則提價能力快速遞減。

參、反托拉斯市場（Antitrust market）之界定

一、必須從質性評估開始

前面提到反托拉斯經濟學的核心為市場力量的評估，因此如何界定相關市場以便於測度市場力量成為重要的議題。界定了相關市場，才有基礎對於市場力量的大小進行分析，而反托拉斯市場的界定必須從質性的評估開始。

相關的質性分析內容包括：在功能上，從買者角度來看，那些產品是可相互替代而構成替代品？亦可從企業內部文件（包含行銷人員或內部經理人員平常討論的市場策略所涉及的範圍與對象）、市場參與者或產業經濟專家證詞、消費者調查等面向來進行評估。如果界定實證市場可能範圍的質性評估條件充分，則亦可單獨界定市場範圍，無需藉助量化分析。

二、數量分析：數學與模擬

（一）SSNIP 檢定（Small but Significant and Nontransitory Increase in Price）

亦稱為假定獨占檢定（hypothetical monopolist test; HMT），檢定在一個擬設市場中具獨占地位的某廠商，是否具有「小幅但顯著且持續」的漲價誘因。其中，所謂的「小幅但顯著且持續」漲價，通常假設為「5%-10%漲價而存在 1 年」。

操作上，先依產品種類或地理區域選出最小的一群產品，即為「焦點產品（focal product）」，通常它也會是我們所欲調查的焦點對象產品。擬設市場中，假定獨占若不具 SSNIP 誘因，則市場外部必存在具訂價制約力量的產品（即競爭性產品），必須將其畫入擬設市場中。若具 SSNIP 誘因，則市場外部已不存在競爭性產品，故不再擴大擬設市場。

SSNIP 檢定會受到(1)初始市場範圍(2)市場擴大方式(3)SSNIP 大小(4)持續時間（時間太短，消費者無法及時轉購，太長，外部產品價格固定及無廠商進出之假設易被違反）等因素影響而使檢定結果不確定。雖是如此，仍可用為一個分析架構，以拒絕一些較明顯的不合理市場界定。

注意的是，如果受檢定產品已經是處於獨占地位，則 SSNIP 檢定會失真。因為，已經處於獨占地位的產品之價格已經提高過，且必然提高到需求彈性已大於 1 的階段，同時消費者也早已移轉出去，此時再做檢定，則必然得出漲價使得利潤變小（因流失數量很大），而得出不具 SSNIP 誘因，結果錯誤認定應該把外部產品包含進來。

這個失誤首先見於 US v. DuPont (1956)案中，該案中 DuPont 具有玻璃紙產品市場 75%之市占率，具有市場獨占力，惟 DuPont 抗辯本案相關市場劃定應將其他彈性包裝材料納入，因為兩者對消費者而言具有合理的替代性。法院支持此說，認為在當前玻璃紙價格水準下，只要再提升一點點，則消費數量將會顯著的轉向其他彈性包裝紙，故玻璃紙與其他彈性包裝紙具有高度替代性，理當視為同一市場，而忽

略了 DuPont 在玻璃紙產品市場具有獨占力。後人將此種失誤稱作「玻璃紙失誤（cellophane fallacy）」。

（二）臨界損失（Critical Loss）

假設產品 A 漲價 x%，則其銷售量必須因此而減少多少數量，才可使漲價無利可圖，而這個所需減少的數量就稱為臨界損失（Critical Loss）。當漲價 x%後，若實際需求減少（actual loss, AL）大於臨界損失，則漲價無利可圖，自無提價誘因，也就意味著還有與產品 A 具高度競爭的產品沒有被包含在同一市場內，換句話說，市場的界定應當擴大以包含這些具高度競爭的產品。

若從流失的數量比例來看，讓廠商漲價無利可圖的流失數量（數額）比例，即為臨界損失率，其公式為：

臨界損失率=漲價率/（漲價率+原始利潤率）

如果實際損失率小於臨界損失率，則表示漲價有利可圖，反之則無利可圖。漲價無利可圖則表示該產品還受到其他競爭產品的價格制約，因此應該擴大該產品市場的界定。

三、量化分析：統計與迴歸

（一）價格比較

1. **價格相關係數**（price correlations）

就兩廠商甲與乙的同質產品競爭而言，若甲廠降價則將攫走所有市場客戶，乙廠為了固盤只得跟著降價，形成「甲若降價則乙必降價」同向變動；若甲廠漲價則所有的市場客戶會全部流動到乙廠，乙廠因需求增加也將跟著漲價（但將維持稍小於甲廠），形成「甲若漲價則乙必漲價」的同向現象。因此，競爭的廠商在價格策略上，會呈現出同向變動的互補現象。因此，研究兩產品間價格趨勢的相關性，即可粗估兩者的替代程度（亦即競爭程度），若夠大，則該劃於同一市場範圍。

使用價格相關性分析，最大的困擾在於「偽相關（spurious correlation）」的可能性。所謂偽相關是指，兩個變數同受到共同衝擊

變數（common shocks）的影響，導致剛好呈現出相同變化走勢，透過相關係數計算得出具有相關性，但實質上卻可能不具相關。例如，國際油價大漲，導致生產成本上漲，電視機價格上漲、漢堡價格也上漲，但兩者卻不是相關產品。

2. **相對價格定態檢定**（relative price stationary tests）

為了去除來自共同衝擊變數（common shocks）的偽相關，可以進行相對價格定態檢定。將兩個產品的長期價格數列進行相除或相減，即可平減去共同衝擊因素，新數列若呈現收斂於一穩定數值時，代表兩產品價格長期具一穩定關係（此即所謂定態），必然為高度相關的產品。

（二）直接估計需求彈性

透過對自我與交叉需求彈性的回歸估計，直接界定出市場。以 Pan Fish and Marine Harvest (2006)一案為例，要評估 Scottish 鮭魚養殖業及 Norwegian 鮭魚養殖業，是否同屬於一市場，英國競爭法主管機關採用迴歸直接估計兩者的交叉需求彈性，其迴歸方程式為：

$$LSQ = \alpha + \beta LSP + rLNP + \delta LEX + \varepsilon$$

其中，LSQ、LSP 為 Scottish 鮭魚銷售量與價格（採用 Log 值），LNP 為 Norwegian 鮭魚價格（採 Log 值），LEX 為家戶之食物支出指標。迴歸估計所得到的自我需求彈性 $(\beta) \cong -3.5$，交叉需求彈性 $(r) \cong 3$。雖然沒有一個固定的數值水準可藉以認定兩產品處於同一市場，但英國法競主管機關仍然認定兩產品為同一市場，關鍵在於迴歸結果與質性評估具一致性；在改用不同假設與準則取用數據、現價或其它價格指標下，所進行的敏感性結果具有頑強性。

四、問卷調查

亦可透過問卷調查的方式來界定市場，而主要之關鍵問題包括：樣本是否透過隨機方式取得；抽樣時的母體是否針對相關人口；問項的設計是否具有暗示的效果，以及所設計之問卷各問項是否足以完成調查之目的。

肆、案例分析

一、H&R Block/2SS Holdings (2011, **美國**)

（一）案例背景說明

2011 年美國 1.4 億份報稅單中，約 0.35~0.4 億份是來自於「數位 DIY 報稅軟體（DDIY）」之協助，此一報稅軟體與服務的前三大廠商為：RB 約佔 15.6%、TaxACT（2SS 旗下品牌）約佔 12.8%、及 Intuit（TurboTax 的創立者）約占 62.2%。HRB 欲 TaxACT 結合，司法部控訴這個結合案。

法院審理時首要工作在於釐清相關市場範圍，究竟是 HRB 所主張的全體 1.4 億報稅人（包含各種報稅方法，例如協請會計師幫忙與手算報稅等）？還是司法部所主張的僅限於 DDIY 報稅人？

（二）司法部的控訴

司法部提出阻止 H&R Block（HRB）併購 2SS Holdings（2SS）之訴案，其所提出的論點如下：

1. 內部文件審視

司法部檢視 HRB 及 TaxACT 的內部文件資料，文字義理間顯示出：兩家事業都曾表示，DDIY 市場之市場力量，將讓兩家結合後可以成功提高價格；TaxACT 的文件顯示，在 DDIY 產品上，TaxACT 一直是把 HRB 及 Intuit 視為直接競爭者，並緊緊的跟隨著其 DDIY 行銷、舖貨與訂價；HRB 的文件顯示，自稱與 Intuit 及 TaxACT 為 DDIY 之三大事業（Big Three）。

此外，由專業人員協助報稅與報稅軟體之間存在高度價格差異，顯見這兩樣報稅工具是不可能互相替代的。而 HRB 高階主管本身業已承認手算報稅根本就不在其競爭者的考慮行列，況且在反托拉斯案中界定相關市場時，「自我供給（self-suplly）」從來都不被算是一項替代品。再者，司法部認為，HRB 與 TaxACT 兩個產品的功能性是相同的，因為它們建立在相似的產品技術、成本、與可替代性。

因此，司法部認為相關市場應該界定於 DDIY。市場界定後，司法部經濟學專家採用兩種經濟檢定方法，再次進行確認在這個市場

中，假定獨占者是可以利用 SSNIP 而獲利的。

2. 臨界損失分析

司法部假設本案之 DDIY 若漲價 10%，則獨占者之臨界損失率為 16.7%。而在實際損失率方面，並無結合事業漲價後的移轉率數據可供參考，故司法部改採 IRS 的轉換數據（switching data）做為代理變數，發現在 2007 年至 2008 年之間，棄用 HRB 數位 DIY 報稅軟體者，有 57%改用其他另兩家的 DDIY；棄用 TaxACT 者，有 53%使用他家數位 DIY 報稅軟體產品；棄用 Intuit 的 TurboTax 者，則仍然有 39% 使用他家數位 DIY 報稅軟體。由於數據明顯遠高過臨界損失率（16.7%），所以司法部認為，在數位 DIY 報稅軟體市場的 10% SSNIP 下，對假定獨占者是有利可圖的。

（三）被告方的反駁

1. 以轉換數據（switching data）做為移轉率（diversion ratio）的代理變數是錯誤的。
2. 臨界損失用來分析「HRB 及 Intuit」或「TaxACT 及 Intuit」的擬設市場都可以成立，代表用 IRS 的數據進行臨界分析，並無法確定出唯一的一個最適市場出來。
3. 任意的排除一些更具替代性的產品，例如專家代理報稅與手算報稅。
4. HRB 於 2009 創建立一個「價格模擬機（pricing simulator）」，收集當 HRB 產品價格變動時的可能移轉流出數據（simulated diversion data）。發現，當 HRB 提價時，其客戶轉向會計師報稅者最多、其次為轉而自行手算報稅、轉向 HRB 零售商店者排名第四大，這顯示的是，專家協助報稅與手算自己報稅才是 HRB DDIY 的最接近替代品。
5. TaxACT 在 2011 年採行電子郵件市調：「若您因為價格、功能、或品質緣故而變得對 TaxACT 不滿意，則您將會選擇下列那個產品做為報稅軟件？」並於問題底下列出選項清單供受訪者選擇。結果約有 27~34%的受訪者會轉而改為自行手算報稅，僅 4~10% 會改而轉向購用 HRB，顯然自行手算報稅與數位 DIY 報稅軟體

有替代關係。

（四）法院審理決議

法院贊同司法部的論點，認為使用轉換數據做為移轉量之代理變數，具有合理性，尤其是在無法再找到其他歷史數據的狀況下。況且，IRS 的數據筆數龐大且可靠，以此為代理變數理論行可以接受。再者，司法部認為 TaxACT 所做的市場調查，其問項除了價格因素外，還包含價格、功能、或品質等多面向因素，而非單單反應於價格變動，而法院也接受其說法。因此，法院做成決議，禁止該二公司結合。

二、Oracle/PeopleSoft（2004）

（一）案例背景說明

2003 年美國商業軟體服務公司（專門生產企業資源規畫軟體，協助企業人力資源、資金流動、供給管道、及消費者關係之經營規畫）前三大依序為 Oracle、SAP AG、PeopleSoft。在 2003 年 6 月，Oracle 提出於市場併購 PeopleSoft，遭到司法部反對。

Oracle/PeopleSoft（2004）結合案是美國第一個利用結合模擬於法院攻防的案子，具有歷史意義。同樣的，雙方攻防的重點在於釐清相關市場範圍。

（二）司法部的控訴

1. 市場高度集中

司法部利用市場集中度指標 Herfindahl-Hirschman Index（HHI）界定出高功能人力資源管理軟體（HRM）與高功能財務管理系統軟體（FMS）均為高度集中市場。其中，三家廠商在高功能人力資源管理軟體（HRM）市場市佔率分別為：PeopleSoft 占 51%、Oracle 占 18%、SAP AG 占 29%；而在高功能財務管理系統軟體（FMS）則是 PeopleSoft 占 32%、Oracle 占 17%、SAP AG 占 39%。

2. 內部交易資料統計分析

取自結合公司內部交易資料顯示，在多數交易競爭上，Oracle 與 PepleSoft 及 SAP AG 為三大競爭者。地區型資料發現，Oracle 賺額在有 PeopleSoft 區內競爭時比較小，無則比較大；PeopleSoft 的賺額在

有 Oracle 區內競爭時比較小，無則比較大。因此，Oracle 與 PeopleSoft 產品是非常相近的競爭者。

3. **計量迴歸分析**

以 Oracle 在歷次交易競爭中折扣幅度為被解釋項，並以在該次交易中幾個主要公司是否也為競爭之一做為解釋變數，若是則為 1，否則為 0。結果顯示僅有常數項與 PeopleSoft 參數顯著，也就是說，凡有 PeopleSoft 參與之競爭交易，則 Oracle 之平均折扣會再增加 9.7%。

4. **結合模擬分析**

司法部利用英式拍賣模型來建構消費者需求行為。其基本概念是：事業競相提出價格公告以爭取銷售產品的機會，而由供給價格最低者得標。因此，結合事業若非買家屬意的前一二名，則得標價格不受影響，但競標人數減少則可能推升競標價格。司法部依據此模型所作之模擬得到在大於 50 萬美元的交易案中，FMS 軟體將因結合而提高價格 5%~11%，而 HRM 軟體則將增加 13%~28%的價格。

（三）Oracle 的反辯

1. **重新界定市場**

Oracle 認為司法部的市場界定不論是在地理區域或產品市場上，都過於狹窄。在地理市場上，Oracle 認為應該要利用 Elzinga-Hogarty 檢定，結果顯示其市場應該擴及至非北美區域（亦即全球），而非僅侷限於北美。

2. **結合模擬理論基礎不正確**

Oracle 認為，本案產品交易之議價，並不像是英式拍賣一般行為，實務上是以議價來進行，所以「議價理論（bargaining theory）」才是分析本結合案競爭效果之較適架構，而非是拍賣理論（auction theory）。

3. **計量迴歸分析遺漏重要變數**

Oracle 認為競爭家數是影響訂價的重要因素，而在司法部的迴歸模型中則遺漏了這個重要變數。若在司法部原迴歸式中加入每一次交易競爭中其他競爭者數目為變數，則對於 PepleSoft 及 SAP AG 的估計參數沒有太大改變，顯見兩者的影響應該都是存在的，不該只論

PepleSoft，而不論 SAP AG。

4. 司法部取得的數據非迴歸所需的隨機樣本

司法部的數據取自買者之證言，因此已不是進行迴歸所需的隨機樣本，必然存在「選樣偏誤（selection bias）」，Oracle 之買者並非是那些被選來做為證言的買者所可代表的。

（四）法院審理決議

法院贊同 Oracle 的論點，因而宣告司法部並未具有充分證據可證明該結合案違反美國反托拉斯法，隨後司法部也表明不再上訴，而兩公司終於 2004 年 12 月結合。

三、四大便利超商咖啡聯合漲價（2011）

（一）案例背景說明

2011 年 9 月，農委會調高生乳收購價格每公斤 1.9 元，國內鮮乳與便利商店咖啡價格，跟著開始漲價。公平會於 11 月 2 日認定便利超商咖啡價格同步漲價，違反公平交易法不得聯合之規定。

（二）公平會的市場界定

公平會依據以下幾項論點，認定連鎖便利商店現煮咖啡與連鎖咖啡店非屬同一市場：

1. 24 小時營業門市、提供民生商品銷售或服務、密度極高、分佈廣、可及性高，此便利性服務並無法在連鎖咖啡店或餐飲業完成。
2. 連鎖咖啡店鎖定之客戶群與便利超商現煮咖啡，顯然不同。其它平價連鎖咖啡店之全國總店數及設店地點，大部分位於都會區，密度不及於連鎖便利商店，專業銷售、營業時段、營業項目亦全然不同。故與這兩者之替代性不高。
3. 現煮咖啡調漲後，總銷售量持平，與未調漲前相當。顯足以證明連鎖便利商店與連鎖咖啡業者間並不具有價格之需求替代性，而分屬不同市場。
4. 業者自己均表示，競爭同業為連鎖便利商店業者而非連鎖咖啡業者；其他 10 家連鎖咖啡店及與星巴克亦認為原告並非渠等之競爭同業。

5. 不論是罐裝咖啡供應商要專換成供給現煮咖啡，或是連鎖咖啡店要轉換至多角化經營之連鎖便利商店現煮咖啡經營型態，其轉換成本及參進障礙均高。
6. 便利超商收入來源以轉售商品提供服務為主，而國內 10 家主要連鎖咖啡業者銷售咖啡為其主要收入來源，兩者服務財貨不同。
7. 連鎖咖啡店與餐飲業者之現煮咖啡售價差異性極大，而餐飲業者則可能以用餐附咖啡之方式提供免費或其他具差異化之咖啡，均與連鎖便利商店現煮咖啡採平價之價格定位有所區隔，兩者之價格策略不同。

種種事證顯示，業者之間若不是某種機制之協調，很難會有一致性調漲的情形，加上業者舉不出沒有聯合行為的反證，在綜合各種事證下，判定 4 家超商涉聯合行為違反公平法第 14 條第 1 項聯合行為的禁止規定。

（三）辯方反駁

1. 星巴克在便利超商現煮咖啡上市以後，銷售量立即降低一半。顯**示連鎖便利商店咖啡與其他業者所銷售之咖啡間，係處於高度競**爭關係，公平會以通路不同為由將市場界定為「連鎖便利商店咖啡」實屬過於狹隘。
2. 連鎖便利商店咖啡與「即飲咖啡」間，亦係處於高度競爭關係。
3. 縱令「通路」確可作為界定相關產品市場之依據，則國內小型超市或大型賣場銷售現煮咖啡，亦應納入相關產品市場。

（四）法院判決

台北高等行政法院於 2012 年 12 月 20 日認定，依卷證並無事先合意的聯合行為事證，超商考量成本提高而調整售價屬於合理行為，而台灣現煮咖啡市場確實有以 5 元為級距價格訂定的習慣，也無法排除業者間的「價格跟隨」行為，因此撤銷公平會處分及罰緩。

伍、結論

經濟分析方法之於競爭法議題上的應用日益重要，當執法者對於經濟模型與經濟分析沒有足夠訓練時，而無法由證據中看出經濟分析

與結論之充分關聯，往往無法信任經濟或計量分析，這可視為提供經濟分析之失敗。因此，相關人員所呈現的經濟與計量分析，必須堅強的建構於合於事實的邏輯推論，且能充分而清晰的解釋給非經濟學專業人員知悉，讓這些人員足以利用經濟分析結論於法案決斷中。

雖然，經濟分析仍然面臨挑戰，例如，經濟模型必須與實際環境及現象一致，同時產生可再用其它資料審評的堅強結論；必須能夠取得合適於分析事項的數據；必須提供出於受限數據下的相關結論與解釋，並且能夠通過各種堅強性檢驗（robustness test）。然而謹慎適當的運用經濟數量分析方法，它確實可以提供競爭評估議題上，頗具價值的引導功能。

（中正大學國經所陳世憲記錄整理並經講座審訂）

侵權法與公平交易

講座：中央研究院法律研究所簡副研究員資修
日期：103 年 3 月 4 日
場次：10303-269

壹、前言

公平交易法與民事財產法之間的關係為何？法律與經濟分析的關係又為何？20 幾年來，本人在以經濟分析法律的過程中看到許多問題。法律經濟分析領域中，有所謂的經濟學帝國主義，所有分析法律的問題，皆自經濟分析角度下手，法律被經濟分析學家作為工具與誘因，認為經濟分析必須視人的行為而有所選擇；至於法律，則是由建構模型者完全從政策立法，或自政府觀點分析；若有管制或給予誘因的必要時，法律能祭出懲罰，或提供誘因與獎勵等方式，來引導人類的行為。

本人是法律學者，頗受法理學與法學方法論的影響。法理學中何謂法律？奧斯汀認為法律是主權者的命令，哈特則認為法律有初級規則與次級規則，單純的命令不是法律。法學方法論則強調法律適用的穩定性與一致性，但於經濟分析的法律中，法律則是置於立法者或主權者的口袋裡面，毫無穩定性可言。進行法律經濟分析時，會發現多數僅有經濟分析，法律幾乎不見蹤影，因為它不符合「法律應該是穩定性適用」與「法律應該不是主權者的命令」的標準。

若將侵權法與公平交易法合併觀察，會發現法律與經濟分析根本互不相干。原本若將法律與經濟分析置於一處，則二者應同時併行；但依經濟學帝國主義，經濟分析反而將法律吃掉。事實上，較理想的方式，應為經濟分析與法律彼此對等，因此，於經濟性相當強的公平交易法中，公平會委員必須一半來自法律領域，另一半則來自經濟或

財經領域。

經濟分析仍有許多漏洞，經濟理論亦非如此完滿，最後亦可能因公平會或政府的立場，而於某種程度上政治考量較法律考量為多。另一方面，看似缺乏經濟性的侵權法，若屬於私法自治，則無人會自公平交易法的觀點分析；但講義上所述「過失責任作為私法自治之原則」，基本上即自公平交易法的觀點加以分析。私法自治本身應為公平交易法相當重要的部分，但此方面的經濟分析，如 Posner 的 common law 經濟分析，多數皆為錯誤的，因為他對私法、民事財產法、契約法與侵權法，皆以法律作為工具。初始切入觀點錯誤，則後續亦將全盤皆錯。因此，看似欠缺經濟性的侵權法中，其實涉及了公平交易法的領域。

目前法律經濟分析是種流行。多數進行法律經濟分析的人，皆會認為應以經濟分析為準，法律僅為教條或事例，不必然正確。但其實，許多法律經濟分析，並未了解法律的本質。所謂法律本質，並非強調所有法律皆有經濟性，如行政法的行政管制、憲法與民法等皆有所不同。但無論如何，皆不得以法律作為單純的工具與誘因，因為法律必定有其規範性。

今天所要說明的，係過失責任作為強制交易的規範。大家對公平交易法較熟，但對侵權法中過失責任與公平交易的關聯，則可能未仔細想過。必須強調者係，經濟分析與法學方法是難以分離的，體系的強調很重要。若無體系，則法律的適用將永遠無法穩定；體系一旦混亂，則適用法律的成本即相當高。

「過失責任作為強制交易的規範」，雖有「強制」一詞，但其功能並非在於嚇阻。現今過失責任的經濟分析，多數皆自嚇阻下手，認為之所以課予過失責任，在於當事人製造了外部性，所以必須加以處罰或嚇阻。但過失侵權之賠償責任應較接近民法債務不履行的想法，債務不履行係強調不履行後的補償，一般不會以處罰或嚇阻觀點加以解釋。若將侵權行為法提升至債務不履行的層次觀察，即可避開嚇阻的論述。

過失責任中「看不見的手」，依亞當史密斯的論述，係強調人類

所想要與所獲得的結果不同。亞當史密斯之所以採用市場交易觀點，即在於大家皆出於自利心理，而此一自利的結果，反而對全體成員皆有益，這其實是違反眾人直覺的。「看得見的手」，是由人類有意識推動；但「看不見的手」，則是眾人並未意識到要使用這隻手，但這隻手卻自動出現，並能主動將市場推往好的方向。

過失責任中，所謂「應預見、能預見而不預見」，看似有過失時，為何僅要求賠償而非課予懲罰，應有其市場的意義；亦即，這隻「看不見的手」能帶領整個社會往好的方向發展。前兩任美國聯準會主席 Alan Greenspan 的著作，即在說明金融風暴中，過失責任係人類本性，並無法透過法律加以壓抑，就像市場上自利亦為人類本性一般。但若制度適當，例如市場上有穩定的財產權，即可引導至好的方向。反之，若將過失責任往罪責或刑事處罰方向推移，則法律制度將過於嚴苛。

今天演講內容可分為五個部分：一、公平交易及其經濟理由；二、侵權法中與交易有關者；三、過失之重新理解；四、過失責任中看不見的手；五、法律與經濟分析之關係。

貳、公平交易及其經濟理由

公平交易基本上分為三個部分：一、限制競爭；二、不公平競爭；三、消費者保護。

一、限制競爭

限制競爭經濟理論，係採用獨占理論與完全競爭。惟本人認為，獨占理論並非理想的限制競爭理論。限制競爭的重點，應在於排他手段，而非最後結果。雖然目前公平交易法執行獨占訂價時，並不會處罰單純獨占，但卻會處罰獨占訂價，因為獨占的經濟理論認為，獨占訂價會產生無謂損失（dead weight loss）。若採用差別取價，則不會產生無謂損失，但競爭法主管機關卻又不容許差別取價。獨占似乎任何行為皆被禁止。與財產權相較，智慧財產權係強力以法律保障智慧財產權的獨占，若有廠商或產品，以新的組織、規模或技術等取得獨占地位，只要合法，即是被容許的。

另外，完全競爭並非真實世界的狀態。採用寇斯的理論，完全競爭是種「黑板經濟學」，僅為理論而已。獨占理論或完全競爭理論於實務的限制競爭上，是無法適用的。例如，美國政府勞心勞力與 IBM、Microsoft 等大公司打訴訟，IBM 請了 200 位律師打官司，但最後將之打垮的並非政府的反托拉斯法，而是 Google。因此，從限制競爭的經濟理論中，其實並無法看出太大的意義。

二、不公平競爭

不公平競爭主要在討論智慧財產權中，怎樣的情況稱為不公平競爭，本人認為，目前並未有很好的經濟理論能論述這件事情。

三、消費者保護

公平會似乎消耗相當多資源於消費者保護上，例如廣告與定型化契約。本人對定型化契約係採取市場化的看法，定型化契約本身並非契約，故不應認定其為單方契約而需特別管制。基本上，定型化契約應視為一個產品的規格，此時法律應如何處理，即可能有不同的想像。

參、侵權法中與交易相關者

一、競爭利益

若對市場或交易欠缺較好的想像，則於法律理論不足時，要操作法律即會相當困難，例如競爭利益。依經濟學觀點，新的競爭者進入市場後，原有業者的在場利益即會下降。依法律觀點，若有損害則需賠償，至於如何說明競爭利益的損害不需賠償，對法律人而言仍是一個大問題。

民法第 184 條並未考慮民法第 148 條「行使權利不以損害他人為主要目的」之情況，第 148 條的反面解釋為，只要行使權利，必定有人受到損害，此即寇斯所言「損害相互性」於民法中的體現。民法第 148 條係誠信原則之基本條款，行使權利只要不以損害他人為主要目的，即是合法的。

民法第 184 條第 1 項：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，

負損害賠償責任。」若依德國法，該權利必須為絕對權，不包含債權利益，而競爭利益並非絕對權，因此這裡並無太大問題。但現今多數學者皆爭執民法第 184 條第 1 項前段的「權利」，認為不應將其鎖死於絕對權，只要需為利益即可；亦即，競爭利益亦可依民法第 184 條第 1 項前段操作。但法律人多數傾向於「只要有損害，必有賠償」，此時，若未將「權利」限縮於絕對權，而競爭利益受到損害時，則必須用到同條項後段「故意且以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同」，以討論競爭利益有無受損。因此，民法考慮這些因素時，若對競爭利益並無「競爭必定會有人受到損害」的想像，則操作時將可能發生問題。

二、一物二賣

一物二賣其實與公平交易法有關。一物二賣於交易上是有問題的，但法律上要如何處理，若以純粹物權與債權區分，則應視買受人中誰先受讓該物之移轉，這裡並無太大問題。然而，於一物二賣之情況下，物權與債權之所以有如此的區分，在於後買受人並不知有一物二賣之情事，而係單純相信物權公示，並不知事前已有前手買賣。於法律純粹操作上，依債權與物權之區分，本人不認為可擴張至如此強的地步。本人曾於 2004、2011 年分別寫過關於一物二賣的文章，債權與物權之區分，主要係為避免善意第三人受到不測損害，因此受限於公示制度；若後買受人並非善意，明知前手與他人已簽訂買賣契約卻仍買入該物，則並無保護善意第三人之必要。

另一種經濟分析的說法，稱為「有效率的不履約」或「債權之侵害」。所謂「有效率的不履約」，係指出賣人之所以要一物二賣，係因為後買受人的出價較高，出賣人方將該物移轉予後買受人。但另一派說法將之稱為「債權的侵害」。究竟哪一派說法較正確？需強調者係，若後買受人並非善意，則應為「債權的侵害」，而非「有效率的不履約」。理由在於，若將訴訟成本算入，則因為前買受人的訴訟成本較高，並不會對出賣人提告，因此出賣人便可利用此種訴訟進行操作。如此僅對出賣人有利，但第一買受人的獲利多少卻始終不明。

若依「有效率的不履約」觀點，則會將買受人利益限制於一塊小範圍內，但該假設是過於強烈的。以法律進行處理時，究竟何種假設較符合真實？一屋二賣到底要採用「有效率的不履約」抑或「債權的侵害」理論？其實，重點在於應視何者較符合所謂一屋二賣的情形。本人認為應採用「債權之侵害」理論，納入公平交易法的概念，有強制履行的適用，而與「有效率的不履約」係完全採用金錢賠償有所不同，方較符合法律之規定。

三、過失責任

究竟「過失責任」的功能係為懲罰抑或填補過失？現今經濟分析皆認為，「過失責任」係一種懲罰，並採取嚇阻（deterrence）觀點，因為負「過失責任」的人需付一筆金額，而經濟分析學者認為，該筆金額係類似行政管制的罰鍰或刑法的罰金。但法律上則有不同見解，本人目前所做的研究，即為「為什麼過失責任不受刑事上的處罰？」刑法中，不但無「過失的財產犯罪」，就連單純故意的財產犯罪，亦不構成財產犯罪，尚需有「意圖不法之所有」之要件。刑事處罰針對故意行為可能有懲罰性賠償，台灣懲罰性賠償雖不多，但只要有懲罰即有賠償，美國亦僅於有故意或重大過失時，方有懲罰性賠償。

肆、過失之重新理解

一、過失客觀化，什麼客觀化

過失之重新理解需自「過失客觀化」開始論述，但這卻是所有錯誤的源頭。在王澤鑑老師的《侵權行為法》中，以弱視駕駛為例，要弱視駕駛負法律上的責任，該責任有點類似危險責任。但若針對單純原來的過失，則弱視者本身並無過失，根本不需負責任。然而，王老師又認為弱視者應負責任，因此只好將之稱為「過失客觀化」，此處即對「過失」發生了錯誤的理解。

例如，弱視者與正常人開車，若同樣以 50km/hr 前進，其他條件皆相同，則若發生車禍事故時，何人可能需負較多的責任？多數人會說：「弱視者需負責」，但理由為何？討論為何弱視者需負責時，應於

此處落實「過失」的概念。王老師之所以將過失客觀化，就在於他認為，弱視者開車途中，若突然看到人或物時，其反應將較緩慢，甚至可能來不及踩剎車。若於此時點判斷弱視者有無過失，則會認為：因為弱視，所以來不及反應，但他已盡其所能試圖及時反應，因此並無過失。但弱視者又需負責，我國又無所謂嚴格責任或其他責任理論，因此最後只好說該弱視者仍需負責任。然而，該過失又與「想像過失」不同，弱視者已盡其所能，其本身並無過失，因此只好將過失客觀化。然「過失客觀化」為何？其代表的是僅有弱視者需負責，但卻不知其過失為何。

二、應注意、能注意而不注意：預見可能性

刑法第 14 條「應注意、能注意而不注意」方稱為過失。前例中，若弱勢者於距離目標物 10 公尺時，才看到該處有人而來不及踩剎車，則此時能說他不注意嗎？其實，在此一時點上，該弱視者本身已無法注意，當然毫無過失可言。因此，過失應來自弱視者能注意時，亦即開始從事危險行為時，其時點為弱視者決定開車或加速的時候。

依照漢德公式，B＜PL，亦即，行為人若不從事該行為可減少之預期損害（PL），大於不從事該行為之成本（B），其即應負損害賠償責任。PL 係指，若不從事該行為可減少之損害發生機率（P），乘以實際發生損害（L）之積，稱為預期損害。此處需區分為二：認知能力與損害防制能力。損害防制能力愈差者，愈會從事危險行為，因此防制能力愈差者，其過失標準愈高。若正常人開車時速 50km/hr 屬於安全範圍，則弱視者開車 50km/hr 即屬於從事危險活動，因此弱視者必須自 50km/hr 降至例如 20km/hr。

決定「過失責任」的時點，即在於決定從事危險行為的時點。若已達到從事危險行為的階段，則弱視者即已無法注意。弱視者開車時速 50km/hr，已來不及反應，縱使他盡其所能，此時與法律已無任何關係。因此，重點在於決定從事危險行為的時點。若將弱視駕駛與酒駕合併觀察，二者其實相同：若酒駕者僅喝一瓶啤酒，開車時速 20km/hr，酒駕者自稱無過失，大家或許會接受；但若開車 100km/hr，

酒駕者仍自稱無過失，大家即可能無法接受了。同樣地，若弱視者與正常人一樣開 100km/hr，並聲稱：「我當時已盡我所能地注意」，則一般人應該是無法接受的。

回歸主題，若抓對過失認定時點，即不會有「過失客觀化」問題。若將過失時點前推，則損害防制能力愈低者，其過失標準絕對較高。亦即，若正常人開車時速 50km/hr，則弱視者頂多僅能開 20km/hr；若弱視者亦開 50km/hr，即為超速。過失標準高，即容易負責任；過失標準低，即不容易負責任。此時，即無「過失客觀化」之問題。「過失客觀化」有嚇阻意味，當弱視者已盡其所能，卻仍要其負責，則其實已將之罪責化。經濟學家即明顯表態，目的就在於嚇阻，但此種論調係已誤解「過失」的概念，才會主張應提高標準處罰，即意味著懲罰，而往刑罰方向傾斜。不過，一旦解決「過失客觀化」問題，經濟分析的錯誤與法律準則操作即可立即顯現，使經濟分析無法將「過失」推往刑事方向。

三、 法律之治（rule of law）

若以預見能力觀點分析「過失」，則於私法自治下，rule of law 的原型即呈現。法律絕不會使個人為其無法預見的行為或責任而負責，此即 rule of law 最基本的標準：預見可能性。若無法預見規範為何，即不可稱為「法律」。至於法律為何要求「過失」？就在於行為人必須對該規範具預見可能性，否則即非 rule of law。必須強調，私法自治為法律之治的原型，因為法律自治的規範基礎，即行為人須能預見其規範為何。

若非以過失責任觀點，而是以嚇阻觀點視之，則行為人其實是被嚇阻，而非來自於一個原來我所同意的規範。在嚇阻觀點中，人與法律的關係是單方面的，它並無合法性，而僅被法律趕著走。但法律之所以是法律，就在於人與法律的關係是雙向的，法律規範的形成，必定有我個人的某些因素於其中，例如，因為有我的同意，法律才有強制性。然而，法律經濟分析僅看到單面性與強制性，卻未看到更上層之所以會形成法律的緣由，這是非常重要的。

四、 內建的改進損害防制能力誘因

若考慮社會後果，而不採取嚇阻方式，則行為人有無改進損害防制能力之誘因？依據嚇阻觀點，若不處罰行為人，則該行為人將無誘因改進損害防制能力，行為人所造成的各種損害似乎將由他人承擔。但於過失的架構下，行為人若要降低自己所從事行為的危險性，則較不易負過失損害賠償責任，即行為人須加強自己的損害防制能力。例如，弱視駕駛者透過做雷射治療或戴眼鏡，自過失責任的內建機制中，採取有用的誘因以改進自己的損害防制能力。因此，當過失責任即危險責任時，內建機制即有改進損害防治能力的誘因存在，根本不需以嚇阻方式論述「過失責任」。

五、最佳利用個人之資訊（相對於事前管制）

「過失責任」屬於事後損害侵權責任。侵權法並非行政管制，但若將侵權法作為一個嚇阻模型，則往往會將其與行政管制混淆，而想要事前的管制損害防制能力。例如，若完全禁止弱視的人開車，或僅能開 20km/hr，本來這些管制某種程度上是有用的，但不得將這些管制絕對化，因為過失責任並非事前的行政管制，而是通常於損害已發生時，方回頭追究責任。此法的好處是能最佳利用個人資訊，因為事前管制並未考慮到個別差異的問題。舉例而言，若弱視者身邊，剛好只有該弱視者能開車送病患去醫院，此時該弱視者即必須做這件事情，但若此時仍管制弱視者不得開車，則該病患即可能因此喪命。

況且，現在尚未考慮行政管制於實際上或事前預測的誤差多寡為何。一般而言，其誤差皆很大，且若事前管制基於所謂公共選擇理論，則行政管制僅會愈來愈密，而密的重點不在於對受管制者有利，而在於對管制者是有利的。這能合法化其存在的基礎，並能增加其預算等，所以一旦將之行政管制化，則會產生一堆問題。

「過失責任」本即會有「圖利」的存在，無論管制計算得多好，事實一旦發生時，即會產生「圖利」的存在。定義上，即未來不可能於事前將之全數計算完畢，所以此時會有最佳利用個人資訊。至於「相對於事前管制」，在於嚇阻模型中，將事前管制與侵權行為混淆，因

此才會特別提出最佳利用個人資訊的問題，這是海耶克的說法。

伍、過失責任的看不見之手

這部分是令人相當困惑且無法解決的，必須說明過失責任的看不見之手，為何無法懲罰，而僅得補償或填補損害。民法中將債務不履行與過失責任一同論述，這是說得通的。除了前述所提海耶克最佳利用個人資訊外，Daniel Kahneman（2002 年諾貝爾經濟學獎得主）2012 年出版的著作《Thinking, Fast and Slow》（快思慢想）也可說明。該書將人的行為分為二個部分：system 1 與 system 2。第一部分 Thinking Fast，係未經思考就去做的行為，多數情況是如此；第二部分 Thinking Slow，即指慢想。必須強調，此處的過失不含故意，因為若為故意則當然能處罰，故此處的過失定義上屬於 Thinking Fast，而非 Thinking Slow，否則即表示係故意。

人之所以能生存，多數是因為直覺，亦即大多事情皆需直接反應，若想太多，則幾乎沒有事情做得成。此處「過失」定義上屬於 Thinking Fast，亦即，這屬於人內建的一部分。自演化觀點視之，人腦之所以有如此的機制與構造，使人類多數未經有意識的思考，亦即 Thinking Fast，有它演化上的意義，無法以法律懲罰它。Kahneman 並未做規範性的評斷，但他是從人類演化觀點來分析，海耶克的 The Sensory Order (1952)理論亦同，將市場經濟與腦的運作合併觀察，腦的運作並非每次皆需經過意識下達命令，而是與市場一樣直接反應，不需經過所謂的中樞才能開始運作。於此種情形下，不應因 Thinking Fast 即課予處罰，因為這是不可避免的。「過失責任的看不見之手」，說明 Thinking Fast 是有意義的，這是人性一部分，亦為人類能生存下來的原因。

又根據凱因斯的 Animal Spirits（動物本能）理論，認為一般人做決策時，PL 實際上無法精確計算，而其實是以直覺做這件事。凱因斯將 Animal Spirits 置於總體經濟學，說明政府於景氣蕭條時，需利用它促進市場活絡。Greenspan 則認為必須正視這件事，因為他從總體預測觀點來看待此事，可將 Animal Spirits 置入總體模型中，讓模

型更完善。Akerlof and Shiller 亦強調 Animal Spirits，但認為它是非理性的，因此要求政府做非常多的事情。此處，本人較強調過失的 Animal Spirits，至少必須是持平的，必須正視這件事，而非去改變它，因為這是人的本質，法律應僅能因勢利導。

本人認為，企業家精神的意義，就在於過失責任。基本假設相同的情況下，奧地利學派學者 Kirzner 認為套利與智慧財產權相同，企業家精神是在創造，這些資訊若非由企業家去利用，則根本不會存在。企業家之所以能成為企業家，在於其思維與一般人不同，且不必然屬於 Thinking Slow。

過失責任的評價上亦應如此。「應注意、能注意而不注意」，但為何無法注意呢？其背後有非常多的想像，大部分至少是中立或甚至是好的。所謂中立，如前述的預見能力中，損害防制能力愈弱者，愈可能需負責任。例如，若加入教育程度的因素，一個可能發生過失的人，其教育程度可能較差，故此處不應認其需受刑事處罰，畢竟他之所以不注意到，這些教育背景可能並非其所能控制。危險性會有某種客觀因素，而不得將教育程度作為預見能力較弱的因素之一，這其實有點類似刑法第 57 條，該些量刑因素雖不構成罪刑與否，但量刑時即需考慮這些因素。因此，過失責任的「過失」，其背後有些因素（想像）是好的，如企業家精神；而若為方才提及之中立因素，並非當事人能控制，即不應以懲罰方式處理。

陸、法律與經濟分析關係

一、亞當史密斯 (Adam Smith)

Lectures on Jurisprudence 分為四部分：第一部分 Justice，關於民法部分，古典 Justice 主要是私法自治，現今的 Justice 則為國家分配資源下的 Justice。第二部分 Police，當時主要在處理管制國際貿易與商業行為。經濟學認為，運用市場力量，不需政府管制，反而能獲得更大效果；然而，現在談及公平交易時，反而有市場失靈的情況，所以需要政府管制。因為二個社會現實剛好顛倒，因此所用理論，亦與

18 世紀的想法剛好顛倒。第三部分 Revenue，討論政府為何要處理收稅與預算問題。第四部分 Arms，則係國防與國際法。

1776 年的《國富論》（The Wealth of Nations），即在論述第二部分 Police。1759 年的《道德情操論》（The Theory of Moral Sentiments），則是關於心理分析。亞當史密斯對人的本性相當了解，人有道德，社會必須要有制度，但不可能以道德完成制度，而應立基於人性。因此他強調，架構絕對必須於 Law and Institution 底下論述。

二、寇斯定理

寇斯定理係指在無交易成本之下，若財產權確定，則最後交易必定是最好的，且最後結果必定相同，亦最有效率。寇斯認為，財產權確定是市場交易的前提要件，沒有財產權即沒有交易。此處必須將財產權拉至法學方法論的觀點視之。法律必須一致，寇斯財產權上的確定，即法律意義上法律安定性的確定。若閱讀寇斯＜The Problem of Social Cost＞本文後半段，在不影響法律安定性，且交易成本高的前提下，方由政府直接分配資源。但多數人皆漏掉「法律安定性」的前提，因為「法律安定性」對經濟學家而言毫無意義。

寇斯於倫敦經濟學院（London School of Economics）念書時，取得的是商學士學位，但他有 1/3 課程屬於法律課程，因此對 common rule 很熟悉，了解法律需具備安定性，才會加入「法律安定性」的前提。然而，世界上所有東西皆有交易成本，因此重點是 institution 應如何設計；而財產權之所以會發生，即來自於要減少交易成本。若無交易成本，則根本無財產權的需要。

現今法律經濟學很大的問題是，使用經濟分析時，通常只要有外部效應，即認定具外部性，並立即導出政府多數採用課稅方式，因為最容易計算，但寇斯對外部性的說法相當反感。寇斯定理原本已將皮古的外部性理論打垮，但眾人看到寇斯定理後，又反推說：若有交易成本，則需政府介入，而因為現在到處都有交易成本，所以到處都要政府介入。政府介入多數採用課稅，而過失責任亦被作此認知，以嚇阻為目的。

若單獨個案發生時無法做交易，並不表示政府必須立即處罰，從而導出有外部性。因為自交易成本觀念視之，多數人皆無法交易。例如，開車時，駕駛人並不知道可能的受害人在何處。吾人皆知，有人可能會從事一些危險活動，而我們無法事先做交易。因此必須拉高一個層次論述：依據 Buchanan 的憲政經濟學，人們會事前同意一個過失責任的侵權法，來分配損害的責任；標準講法為關於過失責任，並非指政府需立即檢驗、處罰或課予責任，此時並非針對個案做交易，而是需針對相同事情給予一個規範，故此處法律與憲法連接，過失責任於私法自治下，已達到法律原則此一抽象的法律規範，來分配意外損害事故的責任。故為何侵權法之所以稱為「法」，就在於法律本即很抽象，並非針對個案；若針對個案判斷，即所謂所羅門王式的裁決，這些皆非法律。

法學方法要求法律安定性，其實寇斯定理背後，本身即預設一個非常強的法學方法論，只是 common rule 並未提及法學方法論。我國屬於大陸法系，尤其於德國法中，高明的法律釋義學一定包括了法律經濟分析，亦即若要做好法學方法，則必定需包括經濟分析。

至於法理學，主要需強調哈特的內部性觀點。經濟分析皆只看單線，並未看上層的人如何形成法律而使之有拘束力，即所謂的規範性。若未自此一面向考慮，則經濟分析同樣並非法律。哈特認為，若非自內部性觀點視之即非法律。因此，法學方法與法理學對經濟分析而言相當重要。

柒、結論

過失為私法賠償之核心，其認定往往被客觀化，但含意不清。之所以有客觀化之說，在於其預設了過失原本是主觀心理罪責，而其實踐並不符合侵權法的價值。客觀說係以行為人能力作為過失標準，但卻無法解答為何能力是過失認定的標準，且課予低能力者高能力的過失標準，令私法強人所難。

過失的理解，應回歸行為人是否能預見損害發生，因為這是人間社會分配危險（未來損害）之原則。不可預見的損害，係不可抗力，

非人可減少之，因此非交易障礙，則作為減少交易成本的侵權（損害補償）法，即不需要。而損害預見與否，端繫於行為人的預見能力與行為危險性，一般情況中，行為人的預見能力相同，但行為危險性則不同，愈危險的行為愈可預見，行為人因此愈易有過失，而需負損害賠償責任。

過失責任本質上是種危險責任。當行為極端危險，則過失八九不離十，即可課予嚴格責任。又故意係行為人有意使損害發生，可說極端危險，因此其過失計算如同嚴格責任。行為危險性不僅來自行為本身，亦來自損害對象。在不使善意第三人（無過失行為人）受不測損害之虞之條件下，物權被創設；但一旦物權被侵害，並不意味行為人即有過失而應負責，因為即便最先進的物權公示制度，都無法含蓋所有行為態樣，有些損害行為人是無法預見的。過度強調物權損害的可預見性，以三層結構操作侵權法，將令過失客觀化或不法化，使過失失去預見可能性的本質。

不法係過失標準之逾越，立基在行為人預見可能性而計算出，並非過失本身。違反強制法令的行為若直接被視為過失，即與預見可能性脫勾了。過失責任基礎，不管是懲罰或非難，或許能解釋無過失者無須負損害賠償責任，但皆無法解釋過失責任並非懲罰而僅為填補。過失作為可預見與否的訊息結構，承認了行為訊息的個人性，過失行為人因此於其訊息取得的決定上是自主的——此市民社會法制也！

（中正大國經所陳世憲記錄整理並經講座審訂）

臺灣金融產業之競爭政策—以競爭法的觀點出發

講座：成功大學系法律學系顏助理教授雅倫
日期：103 年 3 月 18 日
場次：10304-270

壹、前言

這次演講主要分成幾個部分，首先是關於競爭政策部分，它對於金融業要採取甚麼樣的態度相當關鍵，我當時會注意到這個議題是因為 2007、2008 年開始有一些金融危機產生，在整個金融危機的過程注意到的一點是，當時為了挽救整個金融體系，反托拉斯法其實是沒有甚麼空間的，就是把一些銀行或非銀行的金融機構合併起來，各國都一樣，關於管制政策有很大的變化，在金融危機之前是以解除管制為主，金融危機之後就開始考慮是否要重回管制。以反托拉斯法的角度來講，反托拉斯法與管制法規事實上是有消長的關係，管制法規愈嚴密，反托拉斯法的空間就愈少，競爭法的空間在 1980、1990 年代愈來愈受到重視，也跟前主管機關有一些關係，剛好可以體現整個管制政策的理念和競爭法之間要做怎樣的處理。

第二部份，台灣當時在制定公平交易法有參考歐美先進國家關於這方面的處理，但是國內的狀況其實有點不太一樣，所以在進行法規的移植時，關於競爭論述可能需要去考慮到一些細微的差別，以最簡單的為例，台灣是不是應該扶植一個大的企業去增強國際競爭力？這其實是一個非常東亞傳統的想法，所以在這個地方對於歐美競爭政策與台灣整體特殊經濟規模的發展上可能會有一些不同狀況，然後再用這個部分基本觀點進行討論。

第三部分是針對公平會歷年來對於金融業實務上案件的處理，這些案件集中在兩大區塊，結合與公平交易法第 24 條，我也會提供我觀察上的一些重點和意見。

主要要先跟大家報告為什麼前階段會先講一些競爭政策比較學理的東西，是因為它對於我後面具體政策上細部的建議是有關係的。譬如說【The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources】這本書，這本書從亞當史密斯開始說明，論述對美國競爭政策有影響的經濟學或競爭法理論，這本書對我啟發很大，他們在研究競爭政策是有一定的歷史感的，與他們當時的社會環境與經濟理論的變化都有關係，而台灣是什麼樣的狀況其實也是值得研究的，他也許不一定與美國一樣，也不一定與歐盟德國的狀況一樣，這部分是一個契機。我們也有提到金融危機與大到不能倒、解除管制與載管制的問題，都是從金融業的地方去引發的。

另外一個主題，與台灣比較有關的，東北亞競爭政策演進與小型經濟體競爭政策。從歷史的切面去看，台灣的競爭政策演進與經濟發展有絕對的關係，而台灣最常被拿來比較的對象就是日本、韓國和中國大陸，這幾個國家的發展狀況有一個很重要的因素就是經濟發展與工業化。而競爭法在經濟發展與工業化上扮演甚麼樣的角色，在台灣、日本、韓國、中國大陸都是一個關鍵點。另外，在報章雜誌上很多人都認為台灣的市場規模太小，這是一個非常常見的論點，在 2000 年開始討論關於小型經濟體的競爭政策，到底要採取怎樣的處理，他是不是會跟歐美大型經濟體有一些不一樣或值得注意的地方。然而，台灣真的是小型經濟體嗎？台灣的人口數其實沒有想像中那麼小，台灣人口數比加拿大少一點，加拿大大概 3000 多萬，所以台灣到底是不是小型經濟體？一般而言，大家都說台灣市場很小，所以要讓企業壯大。然一個小型經濟體給我們一個甚麼樣的思考方向，他跟傳統上在做法制比較時引進的美國或歐洲的狀態到底有甚麼不一樣？這一部分會從競爭法的引進與繼受，小型經濟體這個理論適不適合用在台灣？台灣有甚麼特殊性？

最後，做為金融產業發展與未來的重要議題，第一個是結合管

制，公平會在結合管制這一部分花了時間且有一些案例，這也是金融業一個非常重要的問題，第二個是其他限制競爭法領域的執行，也分析了一些金融市場的競爭結構，從這些關係去看管制法與競爭法之間的互動，這是目前整個演講的主軸。

貳、歐美競爭政策及金融產業相關的演變與發展

一、美國

美國競爭政策的演變，在國內已經有一些文獻的處理，我只提幾個點，就美國來說在 1970 年代開始有所謂芝加哥學派，這是最盛行的情況，我也必須特別說明為什麼提到競爭政策和學派的問題？因為意識形態在競爭法上面，尤其反托拉斯法上是一個決定性的關鍵，因為誰會知道市場經濟行為最後會變成怎樣？據我的觀察，對於反托拉斯法要採取怎樣的政策的時候，常常是取決於你對於市場或政府相對的信念有多強，你比較信任政府還是比較信任市場？美國有非常明確的變化，早期休曼法的制定有民粹上的原因，而之後新政時代、羅斯福時代政府則是鼓勵限制競爭行為，他要讓市場經濟行為穩定，結構學派是大家蠻常提到的情況。

芝加哥學派雖然受到很多批評，但是到目前為止應該還是一個主流的意識形態，我只說明幾個主要的概念，特別是利用經濟效率作為反托拉斯法的目標這件事情，因為這與後面會有一些比較，芝加哥學派最重要的核心是相信市場，他們基本上認為市場是比較優越的，對政府干預保有一定的懷疑態度，認為市場的調整永遠比政府的干預來的快，甚至認為錯誤干預導致的後果反而是不容易處理的。

然而後芝加哥學派，1990 年之後對芝加哥學派的一些反思，也提出了蠻重要的論點，到現在大家也耳熟能詳，譬如說他們認為市場並沒有像芝加哥學派想像的運作得如此完善，有些市場競爭者不是要消滅競爭對手，只是要提高競爭對手的成本以取得競爭優勢。但是後芝加哥學派最大的麻煩是太複雜了，可能會提出各種複雜的理論、經濟模型與假設，而這在實際上有沒有辦法運作都還是一個問題，這也是

後芝加哥學派一直無法突破的盲點，我想公平會實際在執行業務操作時一定了解這個狀況，而且就美國直到現在為止，經過金融危機之後，政府不干預的態度還是一個主流。

此外，後芝加哥學派還有一個問題，是他不想回到政府干預市場的老路，但是他要如何讓他複雜的經濟理論在實務上能夠實行，因為你能夠用這樣複雜的理論去說服法官嗎？然後這個數據要怎樣的產生？還有後芝加哥學派本身就有非常多的理論或經濟模型在運作，這些都是非常困難的問題。

其實就美國的情況來說，可以說是芝加哥學派和哈佛學派的一個綜合性考慮，會考慮到幾個點，第一個是經濟效率導向，他們認為反托拉斯法導向不應該去考慮經濟效率以外的事項，當然政府原則上是不干涉的；其次，必須考量反托拉斯法執行與控管的成本。而金融危機對於美國整個管制理念最大的衝擊在於對於市場運作良好的信心崩毀，這個是芝加哥學派一個很重要的理論基礎，因為他們對市場很有信心，但是現在出現問題了。另外一個基礎是，芝加哥學派尚有一個點是可以堅守的，法院到底能不能監控市場競爭行為？這一個部分芝加哥學派到目前為止還是有一個非常完整的系統去論述，而其他學派還沒辦法提出相對完整的概念去說明這件事情，但是對市場信念的動搖確實也動搖到他的基礎，這也是後面會提到行為經濟學興起的一項重要因素。

二、歐洲聯盟

歐洲聯盟與台灣有非常深刻的關係，因為國內大部分競爭法學者早期都是留學德國的。德國新自由主義，最有名的概念就是經濟憲法，德國新自由主義從納粹時代就開始發展，他們特別關注政府干預和市場強大經濟力的干預，基本概念都是經濟憲法，當整體民主經濟自由市場體制已經被政策上所決定時，要有相應的法律去維護這個市場競爭的機制，所以經濟憲法應該要去主導法律與市場競爭的處理，這個概念國內很多學者都曾提過。

德國新自由主義與歐洲市場的整合也有一些關係，歐盟當時競爭

法的興起與德國新自由主義是有一定關聯的，特別是德國當時在歐盟競爭法的形成上有一定主導的地位，而德國的反托拉斯法也在戰後受到美國的影響，與日本有點像，但是與日本不同的是他們有一套自己的意識形態，而日本其實沒有這樣的東西。

德國新自由主義對市場的態度不會像芝加哥學派那樣受到質疑，其態度上比較容許政府有介入的空間，當然這個在影響歐盟競爭政策會有一些狀況，譬如歐洲聯盟在解釋競爭法的時候，尤其反托拉斯法的執行，特別重視市場整合，因為他們要打破市場的界線，所以有些時候會覺得為什麼歐洲聯盟對於垂直性交易的管制態度比較嚴格，原因在於他們要打破各國市場的藩籬，把歐洲聯盟的市場變大，我認為這是有一定政策目標的取向。

另外 2000 年奇異的案子也常被拿出來討論，歐洲聯盟到底是要保護消費者還是保護競爭者？這與德國新自由主義剛開始發展的時候，他重視每個市場競爭者在市場裡要維持一定的競爭自由，這個想法使他很在意競爭者的數目。但是如果從美國的想法，他可能會不一樣，就是市場優勝劣敗是一個問題，一個弱的市場競爭者從市場被淘汰是理所當然的事情，當時歐洲聯盟常會被質疑是要保護消費者還是保護被處罰的事業競爭者，到底這兩者之間是甚麼樣的關係？

消費者福利也是同樣的問題，在美國消費者福利無疑是最終追求的目標，但是在歐洲聯盟的競爭法，他與我們台灣的情況很像，台灣在解釋公平交易法第 1 條，在保護消費者的時候，常在講消費者的利益其實只是一種反射利益，這個態度與歐洲聯盟的競爭法蠻接近的。

「經濟效率」是這幾年所強調的，歐盟認為要加強經濟的分析，這是一個趨向。另外一個比較重要的是所謂多目標的考量與較強的政府介入傾向，歐洲聯盟畢竟包含很多個國家，常見的是歐洲聯盟競爭政策的執行可能必須要考慮到很多會員國的勞工政策、環保政策或是會員國對於經濟發展的期待，所以他沒有辦法像美國一樣完全追求經濟效率，他對於市場的競爭行為也是傾向用干預的態度去介入，這個在很多大型的案件是一個蠻常見的衝突。

三、競爭法於金融產業的適用

美國競爭管制歷來是以特別法規處理，原則上必須由聯邦銀行主管機關向銀行提出這些的申請和通知，主管機關應該要考量參與事業的財務狀況、管理和前景，還有受影響社區的便利和需求，值得注意的是，控制者是銀行主管機關，不是司法部，當然司法部會有協調的機制，包括司法部在幾天之內可以對銀行主管機關許可的部分提出異議或處理。而在銀行合併競爭審查篩選標準，在實務上也是蠻重要，這是聯邦銀行主管機關和司法部一起討論出來的判斷標準，在目前實務上也是很重要的參考基準，但他確實把金融機構做一例外性的處理，這與台灣不一樣，因為台灣即使是金融機構還是一體適用金融交易法，當然會有一些特殊排除的規定，後面會說明這兩者之間的不同。

另外，在銀行控股公司法原則上是禁止金融業的搭售或是類似搭售的行為，但是有例外，例如完全在業界提不出合理基準的搭售行為，是一個非常罕見的狀態，但他有一個特別性，他對於銀行業的搭售不要求市場力量，只要有這個搭售的行為不需要一定的市場力量或相當的市場占有率或限制競爭的效果，這可能就會有問題，威嚇效果是很強的，因為美國會有一些懲罰性賠償機制。

保險業一樣，這是法治上比較特別的，1945 年的麥坎南古森法，保險業的情況即是如此，保險業是州法所管制的，不是聯邦法所管制，因為美國的金融管制系統非常的複雜，這也是他們金融危機之後要去加強討論的問題，保險業有 1945 年的麥坎南古森法的規定，有一些是排除反托拉斯法的適用，這點是比較特別的。

這幾年美國最高法院對於反托拉斯法的豁免，有一些案例上的變遷和不同，早期在 2004 年之前，管制法規在哪一些產業在哪一些行為上是可以豁免反托拉斯法的適用，原則上是採取非常嚴格的立場，基本上認為除非管制法規的規定與反托拉斯法之間出現明確的矛盾，否則是不會有默示排除反托拉斯法的問題，但是在 2004 年的 Trinko 和 2007 年 Credit Suisse 的案子卻出現了非常重要的變化，Credit Suisse 的案子是確認成交有關的案子，原則上最主要的變化是

以前要用明確矛盾的標準才可以，現在他們會考量到在管制產業執行反托拉斯法的利益與成本，背後的原因是美國的反托拉斯法的私人訴訟較為盛行，但訴訟費用也很高，也會有一些懲罰性機制，這是美國法院要避免濫訴的狀況，對於反托拉斯法的適用反而用了這樣的標準去限縮，他認為如果管制產業去執行一些規定，事實上是會比適用反托拉斯法效果來的好的話，就應讓管制法規去做，不要適用反托拉斯法，這也跟後面有些案子有關係。

這個傾向受到蠻多的批評，包括美國本土都有很多的批評，覺得在管制產業裡單純以執行反托拉斯法的利益與成本這個角度來看，是不是合適？把反托拉斯法給管制機關審視而不是給競爭法主管機關審視，這樣子的態度是不是合理？特別是管制機關考慮的事情常常是與市場競爭是沒有關係的，他有自己產業上的考量，所以這部分受到了很多的批評。

歐洲聯盟是另外一個狀況，原則上歐洲聯盟沒有對金融業有特殊的排除規定，與美國不一樣，最近歐洲聯盟比較重要的是對於金融業，包括對於零售銀行業的產業調查，以了解銀行業主要可能會產生限制競爭的行為。

保險業，2010 年有一個保險業集體豁免規則，事實上這個規則蠻值得參考，保險業本身有一些特殊的原因，最大的問題是甚麼樣的行為要排除聯合行為的適用，譬如保險業在蒐集一些資料編輯或者是因為保險業本身就是要透過大數法則的運算以計算損失和風險的分配，包括還有一些共同保險和再保險的制度，2010 年的保險業集體豁免規則，會適用到 2017 年，2017 年會再次的檢討，他們對於符合一定條件的共同編輯表格、研究或再保險的在什麼樣的情況下是沒有競爭上的疑慮的，在這些地方有做出一些規範。

另外一部份是證券交易與結算市場的競爭議題，就是歐洲聯盟他們現在對於各種的結算交易平台的市場競爭問題都非常的關注，舉例對照，與台灣最接近的就是證交所、櫃買中心或是證券集中保管這些問題，這些交易平台都會有一些特性，像是規模一定要夠大，大家要進入這個平台進行結算、進行交易，但是這中間如何進入這個平台或

者是說這個平台有沒有些排除競爭的機制，是歐盟還蠻關注的問題。目前世界各國市場上證券交易所都在進行整併，前陣子最著名的案子是德國交易所與紐約泛歐交易所要結合，他們兩個一結合的話，是一個非常恐怖的組織，就真的很大，這個案子後來是被否決了，他們提出了很多的方案，但是主委會都認為是沒有辦法接受的，主要是認為他們在某一些金融商品的交易與結算上的市場占有率實在太高，他們很擔心會產生一些封鎖的效果，所以這是他們近期相當重視的案子。

參、金融危機後的競爭政策

一、2011 年的金融危機調查報告

金融危機爆發之後，美國花了很多時間進行檢討，2011 年做了金融危機調查報告，從歷史還有管制法規各方面詳細的分析產生金融危機的原因，而且做了非常多的訪談，包括在金融危機的那段時間各個主要銀行的負責人要怎麼與政府進行交涉，最後調查出來的情況是認為當時解除管制的狀況產生一些金融管理的缺口。

金融危機最重要的問題在於衍生性金融產品的交易問題，在金融危機之前這一塊幾乎是沒有管制的，可是這一部分涉及到的金融交易金額和整個風險又非常的高，這些衍生性金融產品和附買回交易借貸市場還有資產負債表以外的交易都是一個高度槓桿的操作，但是到底實際上是甚麼樣?在金融危機之前，沒有人知道，不只是主管機關不知道，連主要交易銀行也不知道，因為大家都在做，其實風險就集中在幾個主要的銀行身上，但是因為沒有一個整個透明的市場機制，所以大家不知道崩壞的時候會發生甚麼事情，資訊也完全不透明，因此當時金融危機爆發的時候，某一大銀行沒有辦法執行他的衍生性金融產品的一些處理的時候，就會出現連帶的效應。

次級房貸、擔保債務憑證與信用違約交換這些都是非常複雜的金融商品的設計，最主要就是從不動產抵押貸款證券化開始，因為它是一個非常複雜的金融商品，甚至到最後已經沒有人搞得清楚它在做甚麼了，但是市場還是這樣去運作，它最主要的基礎是次級房貸的抵押

貸款證券化，當後來房價一出現問題的時候，基礎一開始崩壞的時候，所有的人就沒辦法幸免於難。當時不動產抵押貸款證券化，他們常會把償還貸款的人的信用區分很多等級，你可能會認為已經把風險分散，問題是所有東西還是集中在不動產抵押貸款證券化，事實上並沒有把風險分散。而金融主管機關有很大監管上的缺失，包括沒有做一定資本適足性要求與資訊揭露，主要是因為資本適足性早期都是針對商業銀行，但是後來在涉入這些衍生性金融商品和不動產抵押貸款證券化很多是所謂的投資銀行，並沒有資本適足性的要求，所以後來整個市場就崩潰了。

二、陶德-法蘭克華爾街改革與消費者保護法

陶德-法蘭克華爾街改革與消費者保護法，共分十幾章，每一個章節都非常重要，到現在還有一些細微的子法都陸陸續續的出來，最近比較重要的是是否要禁止銀行進行一些 proporedoreding 的問題。而與我們討論的主題有關的大概有幾個重點，第一，如果一個重要的金融機構即使是非商業銀行也要把它納入聯邦準備理事會進行監管，而這些重要的金融機構在結合之前要先取得聯邦準備理事會的同意，與依照 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improving Act 提出結合申報，而對於併購，如果金融機構合併的規模達到一定程度上限的時候是禁止的，原則上是從法規上去禁止，他有一個很複雜的計算基礎，但是他們也擔心如果禁止金融機構變得很大，是不是會有害於美國金融機構在國際上的競爭力，所以會有一些例外，包括如果是已經是垂危的銀行可能會有一些排除。

再者，若一個完整的大型金融機構面臨倒閉時的清算程序如何進行，負責的是聯邦存款保險公司，且在某些特別的情況下聯邦存款保險公司可以去主導合併，以及移轉資產去處理要倒閉的金融機構，而要倒閉的金融機構移轉資產或責任的時候他可以豁免結合申報，這部分之後會與台灣的法規去進行一些比較。

另外一個很重要的是消費者金融保護局的設立及其權限，美國一個很特別的狀況是很多金融消費者保護的法規相當紊亂，在金融危機

之前可能各個主管機關也都不一樣，所以這一次是將其統合，設立了消費者金融保護局，原則上針對資產超過 100 億美元的大型參與存款保險存款機構進行規範，包括法規制定、監管與執行，這都是屬於消費者金融保護局的範疇。另外，對於非存款型的金融機構的監督與執法，早期本來由聯邦貿易委員會所掌管，現在把這一部分劃到消費者金融保護局，法令上會處理與聯邦貿易委員會之間的一些協調上的問題，後面會用這個部分作為台灣金管會與公平會之間權限協調機制的參考。

最重要的是在法令上對於金融機構很多契約行為或業務上做了具體的一個限制，包括仲裁或未來爭議解決條款、禁止不公平、欺罔或濫用的行為，這讓大家聯想到公平交易法第 24 條，還有要求一定的揭露義務、消費者接觸資訊的權利。

另外，在抵押貸款上都會設定最低的標準，避免不當的抵押貸款出現，這一部分之後會說明，這整個規定是有一定的經濟學理論做基礎，陶德-法蘭克法案另外一個重點是原則上沒有反托拉斯法的豁免，除非特殊的情況下有法規明確規定。

三、金融危機後反托拉斯法的定位

美國反托拉斯法在金融危機之後最大的問題有兩個。第一，目前趨勢是嚴格執行反托拉斯法，不能因為金融危機而放鬆反托拉斯法的執行，最主要是在金融危機的時候太多金融機構的結合都有很多權宜的問題，但是他們現在原則上認為應該要嚴格執行反托拉斯法，而主要還是反托拉斯法要如何處理「太大不能倒」的問題，當時有人說用反托拉斯法直接來拆解大型金融機構，就是不要讓「太大不能倒」的事情發生，認為反托拉斯法可以透過法律解釋直接去做這件事情，但是美國司法機關持反對立場，他們認為反托拉斯法不能處理「太大不能倒」的問題，「太大不能倒」是金融管制法規的問題，金融危機的發生是金融法規管制不足，並不能說明美國目前反托拉斯法的執行態度上或方向上是有問題的，他們也認為要用反托拉斯法去做為「太大不能倒」問題的處理是一個不適當的工具，當時針對這個議題舉辦了

一系列的公聽會，司法部在整個公聽會的態度非常強硬，所以陶德-法蘭克法案其實是沒有去影響到反托拉斯法。

四、行為學派法律經濟分析的興起

陶德-法蘭克法案最重要的是象徵行為經濟學的興起，行為學派的法律經濟分析認為人只有局限性的合理性、意志力與自利的行為，與陶德-法蘭克法案芝加哥學派認為人是理性的動物是完全不一樣的，包括不同資訊的呈現方式可能就會影響到消費者的偏好與最終選擇，所以法律上為了要保護消費者，要在法律預設的原則上做處理，所以陶德-法蘭克法案特別在金融消費者這一塊完全體現這個東西，包括在契約條款進行一些限制或規範，包括抵押貸款一定要符合一些最低標準，這都是他們對於產品的資訊揭露、契約行為直接進行管制的理論基礎，這一部分在美國來講現在還是有很多的爭議，對於金融消費者保護的爭議也許沒那麼大，但是一直有人提出批評，像 Posner 認為在制度上能不能把消費者當正常人，不是把他當成一個弱智需要保護的一個狀態，當然也有些人認為應該一開始在法律上預設基礎的底線去保護金融消費者。

對於行為經濟學主要的批評是他的理論完整性太低，而且他會衍生政府過度介入的風險。所以這一部分會回到一開始的主題，整個金融危機以後行為經濟學會再度興起的重要原因是不相信市場，但問題是大家又相信政府或主管機關而把權限給政府或主管機關，這就會牽涉到現在是不是又要再管制，行為經濟學到底扮演什麼樣的角色？最值得注意的是，在這樣的衝擊之下，雖然目前美國反托拉斯法，芝加哥學派還是占有一席之地，從最高法院判決到 2007 年為止他們很明確的還是受到芝加哥學派的影響，但是這樣的一個反托拉斯法節制趨向是不是以後還會繼續下去，還蠻值得繼續觀察的。

肆、從東北亞與小型經濟體競爭政策看台灣競爭政策走向

一、東北亞的經濟發展與競爭政策

東北亞國家經常與台灣放在一起比較，台灣、中國大陸與南韓都

是延續日本的模式，主要是戰後這些東亞國家都非常強調快速的工業化，但是第一個工業化完成的國家是日本，接下來是台灣與南韓，最後是中國大陸，所以整個東北亞都很強調經濟發展，從以前到現在政府都強力的控制市場，即使到現在因自由化而態度有所趨緩但仍沒有太顯著的改變，而日本、南韓、中國大陸與台灣都出現同樣的問題，就是競爭政策要如何與產業政策協調還有要如何節制國家對市場的干預是一個主題，其實與美國、歐洲的情況有點不太一樣。

二、小型經濟體的競爭政策

關於台灣是一個小型經濟，文獻上沒有討論台灣到底是不是小型經濟體，直接認為是小型經濟體，所謂小型經濟體，簡單說從人口數量、地理區域與天然資源、人均收入來看，規模比較小，他常會出現一個特性就是產業會高度的集中化，大部分生產廠商的規模低於最低效率規模，如果要讓他達到一定規模的話，他的競爭者數就會變少，競爭者數變少的話市場就會集中在某幾家，這一部分就會出現一個狀況就是如果不讓他市場集中的話，他的生產方法可能就會沒有效率，所以這一部分要如何取捨，一直是小型經濟體一個重要的問題。

學說上的一個說法認為競爭法在小型經濟體仍然是必要的，早期的說法認為小型經濟體根本不需要有競爭法，最典型的代表是香港，香港原本認為國際貿易可以把市場擴大，而不要有競爭法的限制，但是香港在 2012 年也完成立法，因此一般而言競爭法還是有一定的必要性，但是他仍以經濟發展為優先，因為如果用經濟政策去追求財富分散、保護中小企業或追求其他政策目標，這個部分主要是與歐盟的競爭政策去對比，前面有提到歐盟的競爭政策其實是有多目標的考量，他不是以經濟效率為最主要的出發點，他們認為這個問題會導致小型經濟體的競爭政策適不適當，因為你把這些競爭政策放在這部分追求財富分散的目標的話，他會出現一個使生產效率降低的嚴重性大幅提高。

另外一個不常見理論的討論為，要採用消費者福利標準還是全體福利標準？美國是採取消費者福利標準，這是他們學界的共識，要追

求消費者福利，但是在小型經濟體有時候要去追求的是整體經濟上的利益，這可能概念上就不太一致。所以就小型經濟體政策上來說，最重要的是在產業高度集中化的同時，要如何達成效率規模，這時候產生的競爭弊害如何去衡量取捨，當然會有一些建議，後面還會再說明，包括他在台灣是不是適用的？

三、台灣競爭政策的歷史與議題

前面說明了台灣從工業發展和自由化的狀態，其實與日本、韓國、中國大陸路線非常相近，最重要的是公平交易法在立法的時候受到很多質疑，主要為公平交易法的制定是不是有害於競爭發展、經濟發展，特別是結合管制這一塊，一直與經濟部持不同立場，因為經濟部認為就是要讓廠商變大，如果進行結合管制將與扶植一個具有國際競爭力的產業背道而馳？

台灣受到德國新自由主義與歐陸競爭法模式的影響，這與台灣法制引進是有關係，從所有台灣經濟發展狀況都一直出現，台灣經濟體的規模太小，政府的管制與國家政府不停追求經濟發展的趨勢一直非常明顯的，譬如說競爭政策與產業政策的互動，公平交易法第 46 條的制定修正與適用也一直是國內很重要的議題，這也呼應前面的一些說明。

最主要的問題是台灣到底是不是一個小型經濟體，而我在做研究時有所疑惑，因為小型經濟體在學說上最常被拿來作為代表的如以色列，以色列人口才幾百萬人，他人口規模其實與台灣有一定的差距，台灣其實並沒有像大家想像中那麼小，我以前在執業的時候有一個客戶是做網路事業發展的，他去了新加坡與業界的人討論，新加坡網路業的人都說我好羨慕你有足夠的市場可以進行各種測試，就是以新加坡的角度來講台灣是相對大的經濟體。我當時有去做人口數的比較，台灣人口數與澳洲差不多，加拿大也才 3000 多萬，所以台灣是一個小型經濟體嗎？實際上是一個很值得討論的問題。

但是我覺得最重要的關鍵是台灣的地理位置問題，他在亞洲這個地方怎樣看起來都很小，我覺得這是一個相對性的問題，文獻上加拿

大早期也覺得是小型經濟體，因為他們與美國比；韓國也覺得他們是小型經濟體，因為他們的地理疆域沒那麼大，所以這是比較性的問題，台灣即使人口數與世界各國比較上來講還算多，但是在東北亞是相對性比較小型的經濟體，從小型經濟體這地方的啟示可能變成說競爭政策上經濟效率應該優先，整體上是不是要採取整體福利標準或是要考慮到生產者的利益，問題是如果採用這個標準最麻煩的是你可能會跟所謂發展主義結合，所謂發展主義是指為了要發展經濟所以我們最好要有一個國內的龍頭企業，而這是一個蠻大的問題。

伍、台灣金融產業的競爭政策

一、金融產業的演變與法規架構

我們必須承認的是目前台灣政府對金融業的掌控仍非常嚴格，包括整個市場進入、持股與股權結構、業務經營、轉投資、合併及問題金融機構退出市場這些都有管制法規，當然在世界各國也是，由於金融業本身的特性，歷來都是一個高度管制的行業，但是台灣目前受到政府掌控與影響的情形還是非常的深。

二、金融業的公平交易法適用案例

公平會曾經處理過的案子，以結合案與公平交易法第 24 條的案例在實務上最多，簡單說明的是金融控股公司法通過之前金融機構就有一波結合於 2000 年上下，當時還是結合許可制，後來金融控股公司法通過後就有一些金融控股公司成立的結合案件，舉例如下：

（一）台灣銀行與中央信託局的合併，當時准許的重要理由就是能夠讓他變大，以符合產業政策上的發展。

（二）台灣銀行、台灣土地銀行與中國輸出入銀行去設立台灣金控公司的案子，也是一個政府主導的合併案，公平會的態度也認為是符合產業上需要。

（三）台灣證券集保公司與台灣票券集保公司的合併，事實上台灣證券集保公司與台灣票券集保公司是因為法令上變動而合併，當時公平會認為他們在個別市場的占有率是 100％，但是還是讓

他合併了，因為他們認為有法令變動以及各自占有率都是 100%，沒有競爭上的疑慮。

（四）國泰人壽在取得霖園公寓管理公司，這個比較特別的是他實際上是一個金融業與非金融業的合併。

關於公平交易法第 24 條，公平會歷來用 24 條對金融業的一些契約條款與行銷方式都介入很深，他主要用 24 條去處理金融業的有兩項，一個就是資訊不透明之欺罔或顯失公平的行為，另一個是憑藉相對優勢地位對交易相對人為不當壓抑或特定約款顯失公平，這又分成：

（一）不確定概括條款案例：他認為有一些銀行業的全體契約的概括補遺條款不適當，另外早期有一些約定概括條款是屬於債信不足的規定之後讓銀行做決定，他也覺得是不行的。

（二）加速條款案例：就是未於借貸契約明定行使加速條款，公平會認為也不適當。還有應該用合理的期間去通告或催告立約人。

（三）房屋貸款之違約金條款：這個很特別，有一些歷史背景，與利率問題有關係主要是因為利率忽然走低，本來以前房貸利率都很高，後來利率走低之後，消費者想要解約、更換貸款銀行的時候出現了一些狀況，所以當時公平會介入，認為如果限制清償期間與隨時清償，要讓消費者可以選擇如果有限制一定期間不能清償的或是可以隨時清償的貸款條件。

三、金融業結合管制的檢討

公平會對結合的整體經濟考量是包含產業政策的，可以從公平會很多的意見上看出來，譬如公平會認為金融機構的結合案是符合產業政策的，或者認為金融機構股權集中化、大型化與經營多角化是適合的，甚至認為金融業的設立許可不是重要的進入障礙，因為現在銀行、金融機構很多，但是一般而言法令的設立許可本來就是一個進入障礙，此外，他們也認為金融產業確實有規模經濟、範疇經濟或者國際化的需求。我認為公平會實務上有過度傾向產業政策的問題，如果台灣真的是東北亞相對的小型經濟體，應該要以經濟效率優先，產業

政策則是例外性的考量。

至於結合的違法性，譬如前面提到的證券集保公司與票券集保公司的結合案，在結合違法性審查，學說上有兩種，一種是如果形成控制市場地位的時候就會有問題，另外一個是除非你有顯著的阻礙競爭，在這種情況採取顯著阻礙競爭標準也許較為適宜，以證券集保公司與票券集保公司的結合案來看，兩個在本來市場都是 100%的占有率，你如果採用形成或加強的角度來講，根本不應該讓他結合，可是如果是採用顯著阻礙競爭，結合之後出現阻礙競爭的狀態時，再進行介入會是一個比較好的狀態。

再者，結合管制與「大到不能倒」，陶德-法蘭克法案過去有一些規定是直接在產業法規裡限制金融機構的規模上限，但是這樣子的規定是不是適用在台灣，坦白說我認為並不適合的，依照台灣以往的經驗即使再小的金融機構倒閉，民眾還是會恐慌，還是會引發恐慌性擠兌或傳染性效應，同樣我也認為金融機構「大到不能倒」不是一個反托拉斯法要去處理的問題。

但是，台灣相比之下在問題的處理上有一些規定是直接豁免公平交易法的介入，我認為這是有問題的，因為就目前來說美國司法部還是都有一定介入的機制，台灣就是銀行法、保險法等等相關法規都有一些規定在問題的處理上可以直接排除公平交易法的適用，當時也是為了因應金融危機做了這樣子的處理，但是這一部分我們現行法裡金融機構的結合申報的法條設計幾乎是沒有限制可言，如果參考美國的概念與規定，會發現關於合併無論如何司法部還是會用反托拉斯法去介入的，只有一些少數的資產移轉限制競爭的狀況沒有那麼危險可能可以豁免，但台灣的情況是完全沒有處理，然而如果讓他結合之後，讓競爭法主管機關保有一定期間異議的機制或補救措施或許是一個比較適合的制度。

接下來要講結合的認定，公平會很多案子集中在結合，當時我做了金融控股公司所有年報的研究，把金融控股公司在公開網站上所有最新的年報進行比較，以金融控股公司為主要的觀察重點會發現很多控股公司的大股東、法人、監察人就是別的金融控股公司旗下的金融

機構或是非隸屬於金融控股公司的獨立金融機構，你會發現這兩個大股東很多是重疊的。另外很重要的一點人壽保險公司持有金融控股公司一定股份的情況很普遍，很多人壽保險公司是金融控股公司前十大的股東，譬如國泰人壽。再來是擔任金融控股公司董事、監察人的金融機構大概都是公股金融機構，這有些法規上的因素，如果沒有經過主管機關核准的話，金融機構的董事、監察人是不能夠兼的。

台灣在處理結合案件有一個蠻特別的問題是公司法第 27 條，法人推派的代表人是可以當選董事、監察人，這是一個非常特殊、獨步全球的設計，所以會發現台灣的企業或企業集團藉由人頭、家族成員、親信或集團家臣等，建立控制架構。早期公平會在一些案子裡強勢的去處理這個問題，認定這個方式實質上可能構成結合，最早期的案子是威京公司控制中華工程公司案與三井工程、國泰人壽及國泰建設違法結合案，中華工程公司案與三井工程、國泰人壽及國泰建設結合案是金融業與非金融業結合的第一件案件，當時有做了一些處罰。

2006 年以後公平會的案件有一些新的趨勢，主要是競爭者間若是由董事或總經理兼任極有可能構成直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免不以兼充的董事超過半數為限，因為早期是要超過半數，後來公平會有一些案子董事或總經理兼充就直接認定有結合的可能性。

認定參與結合事業狀況，在台灣公平法有一個問題，前面提到企業或企業集團通過公司法第 27 條架構，但如果是私人且不是公司組織，此時要如何認定他是否參與結合事業，有時候會有困難，主要是公平會在參與結合的申報門檻是用雙門檻，就是參與結合的兩方要達到一定的規模，所以有一些案子必須要想辦法把這些私人的關係統合在公司主體上，然後再進行認定參與結合事業的處理。特別在認定控制關係上是認為在處理上最重要的是公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款，直接或間接控制他事業之人事任免，最重要的標準或處理，值得注意的是何種情況下是有形的控制關係，特別是在國內這種特殊的法令狀態下認定持股不到 50%，實務上要持股 50%才認定有控制關係，這個很難，公平交易法原則上是 1/3，但是金融控股公司這些大型的

金融機構其實要控制一家公司根本不用到 3 成，特別是說如果以小型經濟體的政策來看，可能會有的問題是對於結合的管制，因為要讓他達成一定規模的經濟效率，可能採取比較寬鬆的角度，但是如果連控制關係到底存不存在的認定也很寬鬆的話就會有一些問題，因為你會根本抓不到，我個人認為，公平會現在是認為董事、監察人或總經理的兼充是有可能會構成結合，這種論理應該適用於直接或間接掌握他公司董事、監察人或總經理的情形，其實這個很容易規避，只要是不同人就可以了。

早期公平會在認定董事、監察人或總經理的兼任情形，是看股權有沒有過半，現在是不用過半了，但是到底要多少，譬如 5 席董事我拿了 1 席，這樣算不算呢？這是一個蠻尷尬的問題，因為譬如 5 席董事裡你有 1 席董事，請問你認為這樣會是結合嗎？若是認為這樣是結合的話，似乎又太寬，到底界限要如何拿捏，目前的看法是除了章程有更高的規定外，控制他事業超過 1/3 以上的董事席次，這主要的標準就是董事會特別決議的門檻，因為重大事項是經過董事會特別決議的，如足以否決董事會重要事項，應該要認為對該事業具有實質的影響，而有可能構成結合。另外如「常務董事」，應視具體事實狀況而定，譬如常務董事有無其他處於同一管領力下的事實而得綜合判斷。我認為董事或負責人兼任，公平會目前處理的案子都是競爭者之間監察人兼充，這個我認為不必侷限於水平競爭者，就學理來講，結合定義不需特別區別水平、垂直、多角化。

在結合的認定上，如果是金融業應該考慮金融控股公司法的相關規定，金融控股公司法第 4 條第 1 項第 1 款，控制性持股，原則是 25％，但公平交易法第 6 條第 1 項第 2 款是用 1/3 做處理，但是金融產業的法規 25％就認為是控制持股。金融控股公司法第 4 條第 1 項第 8 款明確地把財團法人、金融機構建構方式規定在法條裡面，他認為這是金融控股公司法下的「同一關係人」，在台灣來說，金融控股公司或金融機構有很多董事的組成或持股其實是財團法人，有人會質疑財團法人是以公益為限，實務上財團法人的投資只要最後終局有利於公益，中間投資營利事業都是可以的。

在這情況看金融機構結合或金融機構與其他事業是不是結合，應該把「同一關係人」定義適當的納進來，這是國內一個特殊性問題。特別要重視自然人與法人彼此關聯或影響，法人間的持股結構與董事會席次去綜合認定彼此之間到底有沒有結合的關係，依據金融控股公司法第 16 條第 2 項、第 3 項，如果取得金融控股公司一定的持股比例等等需要申報或核准，這個資訊的掌握有賴於主管機關彼此之間的協調。如果就金融機構彼此之間的協調，現行法規原則上金融機構負責人要兼任的時候必須經過金融主管機關核准，為什麼現在金融機構如果發現董事有兼任現象的時候幾乎都是公股金融機構，就是政府機關自己核准，但是會發現法律上是這樣規定，透過多層次公司的架構或藉由關係人另外設立投資公司就可以規避了，最典型的例子是中信金控、中國人壽與開發金控。

當時我看了他們從 99～101 年的財報，看他們的股東結構與董事監察人的狀況，大家都會覺得中信金控、中國人壽與開發金控在家族的管領力之下，當然也有一些家族分家等等情況，當時金融機構負責人兼任的主管機關法規在 100 年有一些修正，為什麼提到金融機構負責人兼任是很容易規避的一件事？事實上只要多架一層公司就好了。我並不是說中信金、中國人壽與開發金控一定有結合的關係，但是你如果去看他們 99～101 年年報上董事、監察人的變化，會發現他們就是利用公司的架構規避一些事情，或者說讓他們之間的關聯沒有這麼明顯。由於公平交易法上有一些規定不是那麼完整而導致的問題，包括結合門檻的銷售金額現在法規上沒有把參與結合事業具有控制關係的銷售金額一併納進去，這是一個蠻大的問題，要如何認定參與結合事業是一個困難的點，現在新的公平交易法的修正草案已經做了一個處理，如果未來草案可以通過或許將來就可以解決一些問題。

金融與商業結合與多角化結合管制的問題，國內一直在討論金融與商業是不是要分離還是結合，簡單的說金融業可不可以經營產業或產業可不可以經營金融業或者兩者是否可以兼顧，不管如何與美國情況不太一樣，美國原則是商業與金融分離，但在台灣金融業很多股東本身來自產業。在台灣多角化結合一般來說在學理上認為不會有太大

的限制競爭的疑慮，但是在台灣有一個特殊問題，簡單來說，台灣的金融控股公司負責人的一個準則，因為要禁止董事長與總經理的兼任，就是金融控股公司的董事長或總經理不可以兼任其他產業的負責人，但是沒有禁止金融控股公司的董事長或總經理擔任非金融事業的董事或擔任財團法人或其他營利之社團法人之職務，最有名的例子是富邦與台灣大哥大當時很多輿論認為不要讓金融與產業結合那麼誇張，但是原則上只禁止董事長與總經理的兼任，所以就會發現他只要不要做董事長，換個人去做董事長，照樣去控制其他產業，這個非常明顯。

當時我去比較富邦金控、台灣大哥大他們的董事、監察人，其中大概有 3 個董事是完全一樣的，如果從董事、監察人兼任的論理應該是結合，因為他們有 3 個是由法人指派的自然人當選董事，都是同一個家族的投資控股公司推派的，其實富邦金控與台灣大哥大如果這樣看，很難想像他不是一個結合的狀態。又例如新光金控很多的董事背後都是有投資其他事業或財團法人，他也是非常典型的跨產業的金融集團，但是為什麼不認為他是一個結合的狀態呢？競爭法上是要有一些不同想法的。又如遠東集團與遠東銀行，去看遠東集團的網站，就說遠東銀行是我們的一部分，集團還有一些化學和百貨公司、流通等等，他在自己網站上就是這麼寫的，這些就是我們企業集團的一部分，再去看遠東銀行的股東結構確實也都是這些產業，他們之間是不是有結合關係呢？之前沒有人特別討論這個問題，當然也有可能是因為當時法律上一些原因變成繼承的狀態，這些情形將來在競爭上要做什麼處理是必須特別考慮的。

回到多角化管制的問題，多角化結合學理上不會有太大的疑義，不像水平或垂直比較容易受到關注。但是如果希望金融機構大型化、集中化，在台灣，金融與產業之間是這樣子的關係時，金融機構金錢的來源很可能是市場進入障礙，最有可能的是，藉由取得金融資本的優勢，或取該集團在其他產業的競爭優勢。譬如一個集團同時下面有金融集團也有產業集團，如果我的金融集團已經很大了，為了要發展其他產業集團，金融集團這一部分不要貸款或不要提供與其他產業集

團有競爭關係的資本，這是會影響競爭態勢的平衡的。

所以我認為未來在競爭政策上要讓金融機構大型化、集中化，為了要達成一定的規模經濟，在台灣反而有這種金融與產業特殊的多角化結合的關係，必須要有特殊的管制，台灣目前的結合案件大多涉及大企業與大企業之間某個新領域的合作，例如中華電信、悠遊卡與統一超商，他們合資設立點鑽公司，中華電信與統一超商在個別領域都非常大，這個案子是一個多角化結合，而我贊成公平會的處理方式，公平會在這個案子附加條件的做一些管制。

我認為台灣多角化結合與國外要注意的點是不太一樣的，這是因為台灣是一個相對較小的經濟體，很多大型的產業彼此之間有一些相互連結時，事實上會損害競爭狀態，這又要提到公平交易法第 11 條第 1 項第 1 款、第 2 款，用市場占有率做為結合申報門檻的控制，早期在學說上有非常多的批評，除了少數高度管制的產業外，根本不知道是否有達到市場占有率，而不知道要結合申報，就會被處罰。而且市場、市場占有率該怎麼算？這都是一個很困難的問題。

但是當我看完這些資料之後，我認為公平交易法第 11 條第 1 項第 1 款、弟 2 款是有一定意義的，他在觀察國內多角化結合和大企業的跨足上是有一定偵測的作用，例如中華電信，無論與中華電信結合的是誰，每個案子都要報，你可以藉由這個方式觀察到很多市場是不是有可能大型的產業出現一些問題，回到金融機構，如果要讓金融機構變大，尤其金融機構控制的就是錢，資本取得本身可能就是一個市場進入障礙。

四、結合管制的輔助與產業管制法規的影響

（一）聯合行為的嚴格執行

如果在結合上會考慮到產業的規模經濟的效率而要放的比較寬，但是有一個前提是到底有沒有結合這件事情？現在可能是實質上有狀況但是競爭法主管機關卻沒有注意到，另外一部分是結合要件要放得比較寬的話，聯合行為就應該要做比較嚴格的執行，這裡有整理了公平會在金融業聯合行為執法的重要案例，在金融業的聯合行為上

沒有學理上的特殊性，但是可以觀察到公平會對這部分是有一定注意與控制，最新的案子是證券商業同業公會決議所屬證券承銷商以詢價圈購方式辦理證券承銷案件收取圈購處理費不得低於承銷價款的 2%，這個在最高行政法院 101 年判決是支持公平會的想法。這部分的案子如果有機會我是蠻想繼續就這部分做一些說明，尤其是這個案子涉及到證券承銷的市場如何劃定。

如果在聯合行為要積極執法的話，在管制架構下應該要比較積極的執行公平交易法，我個人認為公平會在管制法規有缺漏或管制放鬆的時候去積極介入是可以促進競爭的，但是早期公平會對保險業有非常嚴厲的管制，主要是費率的核定需要主管機關核准，但是保險法第 144 條有修正，現在保險業的費率管制慢慢放寬了，所以這地方會建議對於金融業去加強了解，譬如他把一些產業管制法規當成一個理所當然的現象，反而忽略在這一個地方當管制法規有放鬆的時候，他可以用積極介入去促進競爭，我認為保險費率的管制是一個很好的例子，早期公平會是完全不介入保險費率的管制，甚至對保險業共保聯營的行為也基於保險法第 144 條之 1 而不介入管制，但是這些解釋上都有一些空間的存在，譬如前面提到的歐盟，他們在做 2010 年保險業的規定的時候即使是共保的，也許他在實務上是有一定需要的，但是他還是會去控制看他會不會產生一些限制競爭的影響，這些都可以做為公平會處理上的參考。

（二）管制法規的堡壘—證券交易、結算與資訊處理平台

另外一個到目前為止公平會都很難踏進去的議題是證券交易、結算與資訊處理平台，因為這些目前在台灣幾乎都是獨占事業且都有高度的產業管制，譬如證券交易、櫃檯買賣中心、證券結算與金融資訊的處理，也基於台灣的中央可能不認為需要在設立另外一個平台，所以在這部分金融法規都是很強大的，我們認為就美國前面提到的 Credit Suisse 的案子，他以在管制產業執行反托拉斯法的利益成本做標準來決定要不要適用反托拉斯法或豁免，我們認為這個論理不適合援用在台灣，因為美國法之所以會有這樣子的處理是因為一些訴訟上的原因，他要避免一些濫訴或訴訟成本的處理。

雖然在管制法規上這裡有很強的狀況，但是在公平會過去有處理過是證交所與櫃買中心的收費案，這個案子後來在訴願階段沒有受到支持，主要原因是這裡有產業管制法規的過程，但是如果仔細研究目前在證券交易、結算與資訊處理平台或是證券商承銷的相關法令規定不是這麼的完備，裡面還是會有一些限制競爭的行為，特別像是證券商承銷過程中的一些限制競爭行為，目前法令上並沒有明確的管制，這一塊其實是公平會可以注意的事項。

（三）金融主管機關與公平會的協調機制

就金融主管機關與公平會的協調機制來說，金管會注重金融機構穩健、經濟規模與經濟效率，而我們重視資訊上的交流特別是金融機構對於股權結構、轉投資行為、金融市場法規變化的狀況能夠與公平會有一些資訊上的聯繫，有助於公平會對於金融市場的結構真正的掌握。

五、公平交易法第 24 條的適用檢討

（一）處分實務分析—資訊揭露與相對市場優勢地位

公平交易法第 24 條是公平會實務上處分金融業的大宗，公平會一直以來都有用公平交易法第 24 條介入定型化契約的傳統。公平會用公平交易法第 24 條介入的時候，是不考慮金融市場占有率的，而是看交易相對人有沒有交易市場相對優勢地位，但是這個論理蠻有趣的是所謂相對市場優勢地位理論有一些外國法制理論，德國法只適用於交易相對人是中小企業且該事業不具備可期待之偏離可能性。

美國基本上認為不應該用垂直的關係，我覺得相對市場優勢地位理論最弔詭的問題是市場地位通常是從水平來看，譬如這市場有一個 A 公司市場占有率 50%，B 公司只有 20%，市場地位 A＞B，他們是水平競爭者，看的是水平這條線。但是在公平會用所謂相對市場優勢地位理論，他變成是看垂直的，B 是 A 的交易相對人，是垂直關係，這個我認為在邏輯上是有問題的，因為不管是市場地位或是市場占有率原則上應該是要看水平的，當然公平會有他的原因，但是在學理上我認為是有問題的。

（二）公平會於金融業適用公平交易法第 24 條的評析

公平會為達消費者保護目的把這個理論高度擴張，如果今天只看 B 是一般消費者，A 是金融機構你可以想像 A 會比 B 大嗎？不可能。A 一定相對性的會比 B 大，所以這個標準會完全沒有篩選的功能，會使公平會介入這個理論的適用變成公平會為了保護消費者的目的去過度擴張，所以我認為在以資訊不對稱或談判力量不對等來建構市場相對優勢地位理論，本身是有邏輯上缺陷的。

（三）金融管制與競爭法的應有分工

金融管制與競爭法應有的分工，我認為現在已經有金融消費者保護法的規定出現之後，金融消費者保護法已經針對契約條款公平性、資訊的揭露方式與行銷的規範有一個明確規定，所以公平會應與金管會針對金融消費者保護法的執行做一些主管機關的協調，因為公平會已經把太多的時間與資源投入在這一塊，反而分散他對於其他結構面的管制或者其他金融市場上的限制競爭行為的關注，所以我認為將來在金融契約條款的公平性，金管會在執行金融消費者保護法的時候，應適時將公平會已經累積的案例類型納入。

過去公平會處理這些案子有一定的時空背景，但是事實上公平交易法第 24 條實在不適合去做這個事情，譬如連動債，他的影響性和與消費者有資訊不對等或是交易上相對弱勢的情況，公平會當時是沒有介入處理，但是公平交易法第 24 條並不適合作為金融消費者保護的主要工具，問題在於金融消費者保護法已經有這樣規定的時候，建議可以把一些資源挪到限制競爭的注意與保護上或許比較適當。

金融產業的搭售問題，之前在國內有一些建議認為可以用公平交易法第 24 條處理，但是當時在金融控股公司法或各方面法制建立的時候，在政策上的選擇已經決定不要對金融機構的搭售問題採取像美國法那樣的處理方式，對金融機構的搭售問題做一些特殊規定，我認為金融機構的搭售問題回歸到一般搭售的限制競爭效果評估，是比較適合的方式。

陸、結論與建議

今天的資料蠻龐雜的，只能夠簡單的就一些主要的狀況進行說明，我也只說明公平交易法第 24 條的整體狀況，前面提到行為經濟學一直受到大家的批評，最主要是政府會不會介入過多，我個人認為以行為經濟學的角度來說，他在美國比較有發揮空間是在金融消費者保護這個部分，而以國內而言，政府的力量本來一直就很強，不需要再加強，因為美國的情況是他不停解除管制而現在要重回管制，但是以台灣的情況我不認為台灣有解除管制到何種程度，台灣的政府力量一直是很強的，在金融業尤其如此，譬如在行為經濟學上採用金融消費者保護法的一些執行可以讓產業主管機關參考這樣子的狀況，但是競爭法要不要用到這一塊，以台灣的情況我是持保留的態度，所以這一部份也回應到前面競爭政策整體的演變與發展。

（輔仁大學法律學系林綉貞記錄整理並經講座審訂）

初論歐洲法律整合—以歐盟競爭法為例

講座：國立台北大學通識教育中心
曾助理教授秀珍
日期：103 年 4 月 29 日
場次：10305-271

歐洲整合無疑是區域整合的成功典範。歐洲整合實務是由歐盟會員國家透過條約談判及修改，會員國同意逐步移轉特定政策權限予歐盟，歐盟機關因此具有強度不一的政策權限，例如歐盟專屬權限（貿易、競爭、歐元、關稅同盟等），同屬於歐盟與會員國間競合權限（內部市場等），以及歐盟支持、協調及補充會員國不足的相關權限。如此，歐盟就會員國及條約授權事項行使決策立法權，在相關經濟法制上求同存異，以達成歐洲整合發展的階段性目標。但歐盟歷經 5 次擴大後，隨著會員國家增加至 28 國，歐盟異質性相對增加，整合呈現多樣性、多元性及多速度發展。究其實，歐洲整合並非追求政治面的統一，乃是在尊重各國的不同語言文化、國家認同及權利平等基礎上，展開歐洲層面的趨同尊異（unité dans la diversité），建立於各項歧異性上的同一性整合發展，其中歐洲法律整合，已使得歐盟的特殊性質有別於一般的國際組織，歐盟法的獨特性也不同於普通的國際法。

因此，歐洲整合進程有求同、存異兩個面向，其中《異中求同》面向，說明各個國家不同文化、經濟與社會法制，自 1950 年代起由內六（法、德、義、Benelux 三小國）創始會員國組成歐洲煤鋼共同體開始，到今日歐盟 28 個會員國，在各國差異基礎上邁向整合之途，

其最主要的工具方法就是歐盟法律整合。以歐盟競爭法為例，競爭政策是歐盟的專屬權限，歐盟享有廣泛的一般性授權，任何會員國家無權在競爭政策領域上進行立法。

至於《同中存異》面向，則指現階段歐盟條約及法律尚未授權給歐盟決策立法事項，仍屬於會員國家權限，歐盟在這些國家保留權限事項上，具有支持、協調、及補充會員國家政策立法不足的權限，依據聯邦輔助原則運作，不得僭越會員國家的權限，所以，歐盟在這些政策事項上，並無決策立法權，如此，國家間的多元差異性得以繼續保留。近年來，歐盟為因應外來各項挑戰及危機、達成不同階段性目標，在逐步漸進的整合發展趨勢中，經濟部門的整合效應會外溢到其他非經濟部門政策，因此，非經濟性質的國家政策立法調和，以及歐盟法與會員國家法制的調和也愈形重要。以歐盟競爭政策為例，凡涉及公共利益的國家援助、普遍經濟利益，以及公共服務等，仍多尊重各會員國間的不同差異的訴求。

歐盟內部市場與自由競爭的關係，內部市場的人員、財貨、勞務與資本四大自由流通與自由競爭為歐盟條約所明文規定，可視為歐盟的經濟憲法。歐盟競爭政策的兩個基本元素包括:歐洲市場自由開放與競爭法。我們以下將以歐盟競爭法為例，討論異中求同的歐洲法制整合，以及歐盟競爭法與會員國政策立法如何調和、如何同中存異。

壹、異中求同－歐盟競爭法為主軸的歐洲法制整合

一、歐洲整合：整合理論與實務

我們從經濟整合、法律整合與政策整合 3 個實務面向來探討歐洲整合的內涵。消除貿易壁壘、發展商業政策、完成歐洲無國界的內部市場是歐洲整合重要成果。

（一）經濟整合

歐洲經濟整合在各階段的有不同目標，以歐洲經濟共同體為基礎，從自由貿易區，歷經關稅同盟、共同市場、經濟聯盟（經濟政策協調），但真實的經濟統合（經濟政策的完全統一），尚未達成。依區

域經濟整合理論及歐盟整合實踐，可區分以下幾個階段：1958 年開始至 1960 年代早期為自由貿易區階段，其目標在於追求區內國家間的自由貿易；1958 年到 1993 年為關稅同盟及初步共同市場階段，其目標除區內國家間商品的自由貿易外，並採行共同對外關稅；1993 年到 1999 年間則是共同市場完成階段，以及逐步建立所謂的《歐洲內部市場》，此階段著重歐洲市場內生產要素（人員、服務、資金）的自由流通，以及內部實體貿易障礙的廢除；至於經濟聯盟早期階段從 1993 年開始，部分經濟聯盟從 1999 年開始，目標在追求區內國家的經濟政策協調；最後則是經濟統合階段，經濟政策的完全一致為其目標，至今尚未達成。（參照：歐盟經濟統合階段）

歐盟經濟整合（階段）

統合階段	主要特性	時　期
自由貿易區	區內國家自由貿易	1958 年開始，至 1960 年代早期
關稅同盟	區內自由貿易 對外共同關稅	理論上 1958 年開始， 實際上從 1960 年代至 1993 年
共同市場（歐洲內部市場）	生產要素自由流通 內部實體貿易障礙的廢除	1993 年至 1999 年
經濟聯盟（經濟貨幣同盟）	經濟政策協調	早期階段從 1993 年開始， 部分的經濟聯盟從 1999 年開始
經濟統合	經濟政策的完全統一	尚未達成

（二）法律整合

歐洲統合的原動力在經濟面，但法律統合尤其扮演決定性角色，具有統合鎖定效果，使歐盟建構具有不可回溯性質。歐洲政治菁英如 Jean Monnet、Robert Schuman、Adenauer 及 Gasperi 均致力創設「法律共同體」，並由歐盟法院積極捍衛之。

1963 年 Van Gend en Loos 判決，歐盟法院確立歐盟法的直接效

力，表示個人得在國內法院中直接援引歐盟法，只要所援引之歐盟法規定有助於國內法院訴訟中保障因歐盟法所產生的權利，會員國需負起明確與無條件的歐盟法義務。Van Gend en Loos 案，宣告歐體建構一個國際法上的嶄新法律秩序，會員國在許多政策領域當中自行限制主權權利，俾助於建立此一新法律秩序；而其主體包括會員國及其人民。乍看似乎將歐盟法納入傳統國際法，但實揭示其獨特性：歐盟權限來自於主權權力的部分移轉、立即適用性以及直接效力等，由此區分歐盟性質為國家間實體的說法。

歐盟法院在 1964 年 Costa 案確定歐盟法優越性原則。該原則未在條約中載明，歐盟法院法官 P. Pescatore 認為這是構成歐盟實質存在所必須。Costa c/ ENEL 案：「EEC 條約不同於普通的國際條約，乃在建立一個與會員國之法律體系相互整合的嶄新法律秩序；建立一個無期限、永久有效的共同體；並被賦予獨特專屬的權限、法律人格、法律能力及國際代表等行為能力。精確來說，凡歐盟的實際權力來自於會員國間權力自限與權力移轉。因而在若干政策領域當中，會員國主權權力自限，並由此施行一套適用於會員國家及人民的法律」。

1. **歐盟法之「立即適用性」**

(1)「立即適用性」性質

歐盟法之適用與傳統國際公法的一元論、二元論適用無關。歐洲法院宣示歐盟法的立即適用性、直接效力以及優越性，並確認歐盟法「不同於國際法，歐盟法具有獨特的司法體系，與國內法體系相互整合」。歐盟法立即適用性的宣告，顯示其立即適用於國內法律秩序，並直接創設權利、義務。歐洲法院主張如下:不同於傳統之國際法，條約條款作為權利及義務的立即來源；無論是會員國或個人，均為共同體法之當事一方。不同於一般國際條約，EEC 條約構成特有的法律秩序；在生效後，即與國內法律秩序相互整合，從而拘束國內司法機關。直接適用性意味著共同體法在生效後、以及在有效存續期間，必須在會員國一致產生完全的效果。

(2) 立即用性的法律效果

立即適用性的法律效果包括：共同體規範必須「不受干預」地適

用於國內法律秩序；國內法院法官必須適用共同體規範，不得規避於現存國內規範；共同體法的法律基礎是本身具有的自主法源，由國內法官適用之。

(3) 會員國的適用

法國憲法委員會主張:「依 189(2)CEE（今之 288(2)TFEU）對於規則的規定（具有法律拘束力、直接適用），產生強制的拘束力，無須國內（國會）的立法干預措施；或國內措施僅限於施行措施（並且在規章許可範圍內）…」。法國最高行政法院主張:「依 189(2)CEE（今之 288(2)TFEU）規定，規章在歐盟公告後，即整合入會員國國內法中。」

A.條約首要法的立即適用性

歐盟 6 個創始會員國以其本國適用國際法規範的方式適用歐洲經濟共同體條約。其中，對法國（一元論）而言，適用程序相當容易，條約經批准，即確定此國際規範的引進。義大利是適用本國法「接受」或「接納」國際規範。歐盟法院認為義大利適用程序不代表歐盟規範之轉換為國內規範；後來義大利憲法法院確認「接受」的措施，對於歐盟法規範而言是不需要的。其他加入會員國均全部接受「立即適用」原則，而成為「立即義務」；二元論國家如英國、愛爾蘭及丹麥乃自動排除「接受」或「轉換」等措施的適用。

B.機構衍生法的立即適用性

a.規章（règlements/regulations）：歐盟衍生立法只要刊登於歐盟公報上，而國內的任何施行措施的效果，若有產生阻卻規章之直接效力、並破壞其同時、一致適用之結果者均屬違反條約規定。

b.指令（directives）：指令的立即適用性如同規章，只需經歐盟公報刊登，即立即適用；國內立法轉換程序不得視為「接受」程序。確認歐盟公告程序充份滿足，無須由國內公告補充。

c.決定（décisions/decisions）：可立即適用，任何國內之施行措施不得視為二元論的「接受」措施。

d.對外協定：可立即適用，由歐盟公告，無須由國內「接受」或「批准」的配合程序。

2. 歐盟法之「優位性」(primauté/primacy，或譯為優越性/優先適用性)

(1) 歐盟法之「優位性」

歐盟法之有效施行，需建立在各會員國間一套一體適用的法律體系，而歐盟法的優位性則是建構此一法律體系的基礎。

1964 年 Costa 案，歐盟法院認為歐盟法構成各會員國法律體系的部份，各國及其法院須加以遵守。會員國既已在互惠的基礎上接受了一個共同的法律秩序，就不得再主張在事後自行採取違反該法律秩序的措施為有效。各會員國基於羅馬條約規定，從本國決策立法體系移轉權力與義務予歐體決策立法體系，構成該國對其主權權利的永久限制（主權自限）。從此，各會員國單方行為或法令若與共同體概念或與共同體法令相抵觸者，均不得適用之。

歐盟已創立了一個獨特的法律體系，並由此衍生獨特的法律效力，在條約生效後直接整合入會員國內國法律體系，從而對會員國的司法機關產生拘束力。

1963 年 Van Gend en Loos 案確立歐盟法乃是一創新的法律體系。歐洲經濟共同體以建構共同市場為目標，而該市場之運作直接與共同體內的所有系爭之訴訟當事人有關，亦即歐洲經濟共同體條約已不只是一個僅規範締約國家間義務的協定。歐洲經濟共同體條約已創立了一個嶄新的國際法秩序，國家為了其自身利益，在特定領域限制了其主權權利的行使。因而，此一法律體系的主體不僅包括會員國，也包括其人民。共同體法獨立於會員國法律體系之外，對個人不但課徵義務，同時賦予權力。這些權力不但來自條約明文規定，同時也源自於條約對於歐盟機關、會員國及個人明確規範的義務。

(2) 會員國履行法治義務

歐盟法院自此發展一套論述，據以判斷各項歐盟法得以為個人在內國法院直接援引的明確標準，並在內國法律體系產生直接法律效力。歐盟法院又逐步確立了各項歐盟法均優先適用於會員國法律，其法律效果包括會員國家不得適用抵觸歐盟法的內國法律，遇有抵觸時，須對後者法令加以修改或廢除。一旦確立歐盟法優位性原則，國

家公權力機關應依法治（rule of law）原則，履行歐盟法上的義務，包括不制定或執行任何違反歐盟法的國家法律規章、依歐盟法解釋相關的國家法律規章、有效履行歐盟法所賦予的義務、對國家法規違反歐盟法所造成的損害予以賠償、有效強制其人民遵守歐盟法。

3. **歐盟法院運用目的性解釋，以保障歐盟法規範適用上的有效性**

歐盟法院運用目的性解釋，在條約中未明文規定的文義，賦予條約文義的整體效益的解釋以達成條約目標，重視條約條文目標追求，較少拘泥於文字限制。若條文文義之間產生衝突，解釋基礎乃在於繫屬爭端的相關規定上作經濟性及目的性的一般考量，以保障歐盟法規範的有效適用。歐盟法院確立歐盟法的優越性，顯示歐盟法的獨特原創性，以及會員國在權力移轉相關政策領域上，自我限制其主權權力行使。

（三）政策整合

內部市場的建立，一方面意味原本會員國內的市場法規已轉變為在歐洲法律，其中競爭政策已成為歐盟的專屬權限；但另一方面，內部市場相關政策法規制訂屬於歐盟和會員國共享的競合/混合權限，多經由共同決定的立法程序，由獲得廣泛支持的條件多數投票（QMV）議決之。由於競爭政策是歐盟的專屬權限，歐盟執委會享有廣泛的一般性授權，任何會員國無法在競爭政策領域上決策立法，但是，在歐洲內部市場政策事項上，則共享權限及分擔責任，會員國法規和歐盟法規並存，因此，在競爭政策領域上，並未形成一個 100％完全的歐洲單一市場。

若無專門機關（如歐盟執委會等）處理市場競爭問題，歐洲內部市場相關政策將各自為政，追求個別國家的政策目標，如此，終對整體市場的競爭秩序產生負面影響。因此，會員國大部分的公共政策必須不涉及市場競爭，一旦產生疑義，首先要釐清會員國政府政策影響市場競爭的可能性，或是會員國政策出現反競爭行為及效果，原則上歐盟法尊重會員國家公權力行使，一旦國家政策影響內部市場競爭原則，就屬於歐盟法管轄適用範圍。競爭市場經濟與內部市場經濟、社會市場經濟不能畫上等號，實務運作上，歐盟競爭法與會員國政策整

合及調和相當重要，畢竟歐盟競爭法令的有效推行，仍有賴於整體歐洲市場機制運作的影響，無法脫離市場，只是片面探討競爭問題關鍵因素。

歐盟競爭法與美國的反壟斷法也有相當大的差異。美國反壟斷法最重要的是補救市場結構，以鞏固市場能力，並透過政府干預改變市場結構，或防止市場集中的併購行為。反觀歐盟競爭政策包括兩個面向：市場自由開放政策，以及監管反競爭行為。市場自由開放的競爭政策包括競爭監管，以防不法聯合行為及市場優勢地位濫用。因此，歐盟政策發展走向為社會市場經濟，並非資本主義市場機制。

二、國家差異：歐盟多速度整合

（一）歐盟擴大至 28 個會員國

由 20 世紀 50 年代歐洲經濟共同體成立至今日之歐洲聯盟，原有 6 個創始會員國：比利時，德國，法國，義大利，盧森堡和荷蘭。1973 年丹麥，愛爾蘭和英國加入；1981 年希臘加入；1986 年西班牙和葡萄牙（南歐國家加入）；1995 年奧地利，芬蘭和瑞典（北歐國家加入）；2004 年是歐盟有史以來最大的擴大，捷克、愛沙尼亞、塞浦路斯、拉脫維亞、立陶宛、匈牙利、馬爾他、波蘭、斯洛維尼亞與斯洛伐克等 10 國（中東歐國家加入）；2007 年保加利亞、羅馬尼亞加入；2013 年 7 月 1 日克羅埃亞加入歐盟。與上個世紀相比，新加入歐盟的國家在經濟社會與制度上開始出現較不為一致的現象，也加深了整合上的差異、挑戰與多元化。

（二）經濟差異－歐洲統合模式轉變

在 1992 年的馬斯垂克條約之前，歐盟整合的原則是建立一個人民與國家之間更加緊密結合的聯盟，1992 年的馬斯垂克條約之後的整合則是採取輔助原則，基本上尊重歐盟會員國國內決策的地位，只有下級決策機關在規模與效果上有不足，需要上級機關支持與協調以補不足時，才有輔助原則的適用。在歐盟的整合的方式上，馬斯垂克條約之前是採取漸進、步驟性的，強調每一步的累積，且是不可回溯的經濟統合；在馬斯垂克條約之後至今，歐盟整合越來越重視經濟的效

率，且視統合及偏好之異質性而定，更加重視會員國家的差異性。

歐盟經濟整合（階段）

	馬斯垂克條約之前（1951-1991）	馬斯垂克條約之後（1992 後–至今）
原則	施行«更加緊密結合»的聯盟	輔助原則
方式	每一步的累積	視統合規定的經濟效率標準
轉變方式	不可回溯的經濟統合（共同體/歐盟共識）	視統合及（不同）偏好之異質性而定

（三）雙速或多速整合

現階段的市場整合是多速整合，但有學者批評這樣的多速整合是導致對於歐債危機或是經濟全球化無法迅速有效地進行危機處理的主要原因。多速整合的瑕疵在歐盟層級包括像是歐盟機關決策延宕、歐洲內部市場整合至今尚未完成、原第三支柱政策（內政、司法、警政事務）整合進度緩慢，以及原第二支柱政策（共同防衛政策）政府間合作仍然不足等。在會員國層級的瑕疵則是由於國家多元差異、歐盟的擴大、各國政策擇出、財政預算、歐債危機、社會傾銷等所造成。

因此，有學者提出可以朝向雙速整合發展，建議歐元區國家可自然形成一個核心國家群組，朝向歐元區經濟政府與財政預算聯邦制發展，可以更加快速的因應所面對危機及解決財經難題，至於不加入歐元區的其他國家則是另立架構，如此，區分成兩個速度的整合步調，凡此，目前僅在討論研究階段。

三、法律整合：歐盟競爭實體法

狹義的競爭法範圍包括：歐盟運作條約第 101 條所禁止的企業間聯合行為；歐盟運作條約第 102 條所禁止的濫用市場優勢地位；由 2004 年第 139 號規章所管制的企業購併。廣義的競爭法在上述範圍外，納入歐盟運作條約第 106 條所規定的國營企業競爭規範，以及歐盟運作條約第 107 條所規定的對於國家補助相關限制。

（一）歐盟運作條約第 101 條（禁止企業間聯合行為）

企業間協議、企業團體決議與一致性行為，係足以影響歐體會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體內部市場競爭為效果或目的者，與內部市場不相容，應予禁止，但若有助於改善商品之生產或分配、促進技術或經濟進步，並確保消費者能享受其利益，又不會對相關企業課以非必要之限制或使相關企業就系爭商品之重要部分排除競爭，則免除適用 101 條的禁止條款，而獲得例外豁免許可。

歐盟運作條約第101條（禁止企業間聯合行為）

妨礙、限制或扭曲市場競爭行為

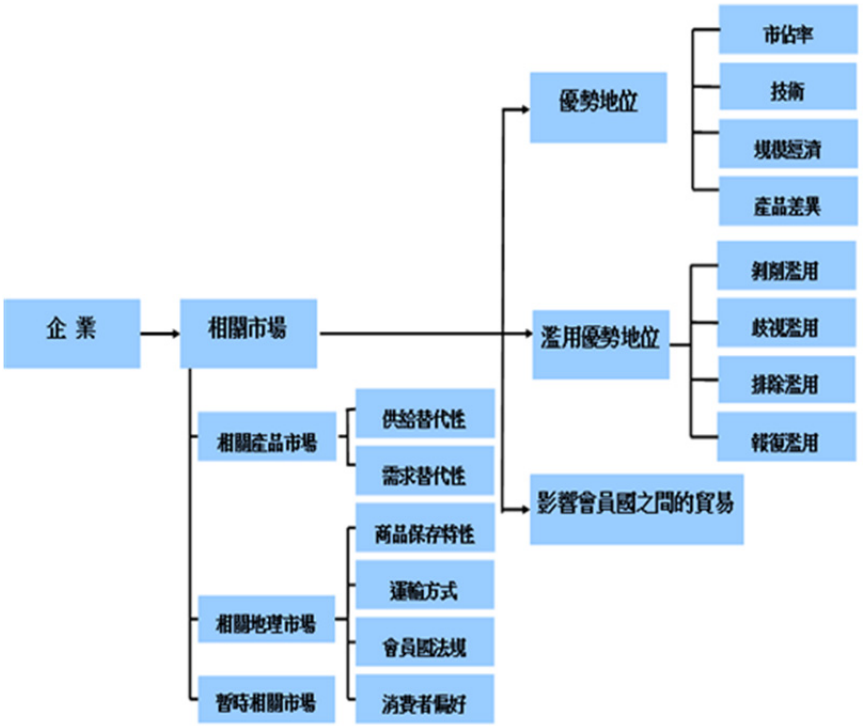
企業間協議　　企業團體決議　　一致性行為

企業間聯合行為 （反競爭行為）

（二）歐盟運作條約第 102 條（禁止企業濫用市場優勢地位）

一個或多個在共同市場內占有優勢地位的企業濫用優勢地位的任何行為，可能影響成員國之間貿易，與共同市場不相容而被禁止；特別是禁止下列的濫用行為：直接或間接地實行不公平的購買或銷售價格，或其他不公平的交易條件；限制生產、市場或技術發展，損害消費者利益的；在相同的交易情形下，對交易對方當事人實行不同的交易條件，因而置其於不利的競爭地位；要求對方當事人接受與契約主體在本質上或商業慣例上無關聯的附加義務，作為簽訂契約的前提條件。

歐盟運作條約第102條禁止企業濫用市場優勢地位之法律構成要件



1. 濫用優勢地位行為構成要件

主體要件是企業已取得市場優勢地位；客觀要件則是具有優勢地位的企業必須實施了優勢地位的濫用行為；客體要件為具有市場優勢地位的企業實施的市場行為破壞了自由競爭秩序，損害其他競爭者與消費者利益。最後，主觀要件是具有市場優勢地位企業利用市場優勢，與交易相對人進行市場交易時，出於限制、阻止、遏制競爭之目的，造成在相關市場排擠競爭者的結果。

2. 價格機制對市場競爭的作用

社會資源在需求者之間進行合理配置主要是通過價格調整進行

的。市場競爭機制主要是通過價格機制發揮作用。競爭機制不僅是自由經濟體制的主要特徵，而且是調整個人私利與社會公益之間的矛盾的主要力量。競爭機制的存在，使人們追求利潤最大化的利己之心在市場「無形之手」調節下與社會公益相契合。

3. **相關市場**

競爭法上之「相關市場」是現實問題，需熟悉每一市場的獨特性，判定有無代替品對於決定市場占有率、以及界定競爭環境相當重要。識別市場能力並非只是區別壟斷、寡頭壟斷、壟斷競爭及完全競爭之簡單分類，需視產業在「特定市場」是否形成限制或妨礙競爭？產業競爭政策中「市場界定」尤其重要。此外，市場競爭呈現多元化，團購模式流行說明潛在競爭者的增加。

4. **優勢地位濫用行為**

(1) 剝削行為的濫用

高價以謀求利潤或以低價以爭取顧客群，前者為超額定價，後者為掠奪性定價。另有價格歧視行為，即擁有優勢企業對於往來的相對人，就價格或非價格的銷售條件予以差別待遇。

(2) 排他性濫用

重點在於限制或減少競爭者的機會，並對消費者造成損害，阻礙、妨礙或對其競爭者造成進入市場之困難，包括限制市場活動、限制競爭者的生產活動或造成技術上的障礙等。

(3) 歧視行為的濫用

包括優勢企業針對不同的顧客以相同的產品，索取不同的價格；或是，即使產品的生產成本不同，對不同的顧客卻仍索取相同的價格而構成歧視。

(4) 報復性行為的濫用

對於其他企業的嚴厲警告與處罰性措施，例如拒絕提供原料或其他輔助性條件，或是在銷售時要求買方另行購買其他產品以作為雙方交易條件的搭售行為；或是賣方要求不合理或不存在於雙方銷售合約規範中的不公平銷售條件，亦為濫用優勢地位行為。

5. 聯合行為

(1) 水平協議

包括：同行競爭者合謀，就產量及價格達成協議，聯手操控價格；合謀定價、操縱價格，透過限制價格競爭來增加利潤，以致扭曲市場正常運作；實施銷售及生產限額，企圖聯合減產以抬高產品價格；串通投標，使標價高於市價，合謀廠商得分享暴利；按產品或地區分割市場若干生產商或供應商，使其他廠商不能進入其經營範圍。劃分顧客市場，使客源不同而互不競爭；聯合抵制，競爭者間協定不與特定供應商或顧客交易；不公平或歧視性準則，剝奪他人進入市場或在市場競爭的機會。

(2) 垂直協議

包括：獨家交易安排，分銷商只出售特定供應商的貨物；獨家代理，只安排 1 家代理為其分銷產品；搭售和綑綁式服務，賣方規定買方必須在購買時，同時購買第 2 種產品或服務，或廠商以套裝形式銷售；產品供應商規定產品的最低或最高零售價格。

(3) 合併

水平合併：廠商與生產同類產品的廠商的合併，可消除潛在競爭、提高價格。垂直合併：廠商與不同生產階段的廠商合併，或廠商間有買賣關係，可使競爭對手失去原料供應或分銷渠道，合併後更能操控市價。

四、機構整合：歐盟競爭程序法

執委會在歐盟的競爭法有調查權及管轄權，會員國競爭主管機關則必須與執委會相互合作，歐盟法院則擁有司法管轄權。而反競爭行為需以以下步驟評估整體競爭環境：(1)是否限制進入市場的機會？(2)是否損害經濟效益或不利自由貿易？(3)是否有限制競爭的具體行為？

貳、同中存異－歐盟競爭法與會員國家政策立法的調和

一、內部市場與自由競爭，相輔相成

自由流通與自由競爭是歐洲經濟憲法最主要的經濟目標，目的在於避免妨礙競爭形成市場壁壘，有效競爭促進市場整合，兩者是相輔相成的。不過 2009 年里斯本條約之後，在法國的堅持之下，自由競爭政策已經不是明文規定在條約之中的目標，因為法國認為自由競爭政策在內部市場的運用不能太過教條化，不能為自由而自由、為競爭而競爭，自由競爭必須要是符合內部市場整合之所需，應該是具工具性與方法性的政策目標，而本身非條約所要完成的目標。

二、有關公共利益之訴求－《國家援助》及《普遍經濟利益》事項

（一）《國家援助》事項

在國家援助方面，原則上是禁止的，非經許可是不得實施國家援助，但若是基於共同利益，則許可援助（如區域發展、創新研發、環境保護）。不過必須由執委會進行授權，而會員國有通知義務與中止條款，會員國應通知歐盟執委會，在進行援助前應獲執委會許可，才不受歐盟競爭法限制。此外，若國家援助是屬於符合集體豁免之援助，亦屬歐盟競爭法限制之例外情況。

對於貿易產生的影響或扭曲是歐盟競爭法判斷是否違法的一個要件，必須要扭曲競爭的行為，且有影響成員國之間貿易之虞。對貿易的影響與對競爭的扭曲往往具有關聯性，即使援助對象不出口，或實際上將所有產品出口到歐盟外部，在判定違法的程序上，無需界定市場或進行經濟分析，也無需證明對貿易的實際效果，只需證明援助易於影響貿易以及扭曲競爭即可。

（二）《微量援助》事項

微量援助（De minimis）是在條約上做初步規範，並經歐盟法院所確立的原則。根據執委會 1998/2006 號規章：微量援助不構成國家援助，因為規模太小而不足以影響貿易或者扭曲競爭，不符合 TFEU 第 107 條 1 項規定。其條件是整個微量援助中每個企業在 3 個財政年度的收入不超過 20 萬歐元。

（三）公共服務的概念

每個國家的公共服務之概念不太一樣，例如英國與法國的公共服務概念就不同。在法國，強制性社會安全制度、義務教育、主權國家職能（安全、司法、外交、公民身份）等都是國家專屬權限（適用輔助原則），為非商業化的公眾利益服務、非經濟之一般性服務（SGI），這些都不屬於歐盟法的管轄範圍。而另一種公共服務-普遍經濟利益服務（SGEI），則是需要受到歐盟法的規範。

而非商業化的公眾利益服務、非經濟之一般性服務（SGI）可否轉型為普遍經濟利益服務（SGEI）？以社會安全機構來看，如果具有經濟性質與經濟影響，則亦有可能受到競爭法的規範，原本競爭法的目的不在於讓不同國家的公共服務放在同一的競爭標準上來做檢驗，但是這些具有高度國家主權政策性質的公共服務，也有可能因為經濟全球化與自由化而開放給私人來經營，使得原先屬於國家的主權行為變成國家的經濟行為，仍有政策溢出的發展可能性。

在公共服務的商業化方面，原則上非商業化的 SGI 不受條約規範。不過歐盟運作條約（TFEU）第 106 條從歐洲單一市場角度，確認 SGEI 的特殊競爭性質，特別是具網絡服務性質，例如：交通，能源，電信，郵政，水力，都要受到歐盟競爭法規範。例如 1985 年英國電信案，歐盟法院採電信為公共事業看法，區別營運與公共服務任務。電信事業向所有消費者提供服務，是與競爭原則一致的公眾服務事業，適用歐盟競爭法規。Corbeau 案（1993），歐盟法院確認，允許各國授予被委託一般利益服務企業為達成任務上所需之獨家經營權利。Commune d'Almelo 案（1996），歐盟法院確認各國以確保公眾利益任務活動之理由所施予的競爭限制。

自歐盟法院重申在 Corbeau 案（1993）與 Amelo 案（1994）中所確認公共服務之具有強化歐盟社會和經濟凝聚作用；普遍經濟利益服務（SGEI）概念至今持續性發展中。根據歐盟基本權利憲章第 36 條（2001），歐盟承認並尊重由國家憲法，並依其法律及慣例規範下普遍經濟利益服務的提供，可增進歐盟的社會和領土凝聚力。

三、智財專利市場優勢地位之濫用行為

至於在專利技術的限制、平行貿易等問題影響會員國的自由貿易，也一直為各方討論的焦點議題。一般而言，專利的最高性、排他性與排除性，可以透過強制授權來使得專利廣為市場所運用。

以 2005 年有關胃酸制酸劑藥品 AZ 案為例，從構成要件來看，在相關市場的界定上，被告廠商將所有的具有制酸劑的胃藥全部納入相關市場，市場的替代性相當大，因此認為自己並未扭曲或阻礙市場競爭。不過歐盟法院看法不同，雖然這些制酸劑都有相同的效果，其成分卻不相同，甚至可能已經是隔代的藥物，並不能混為一談。

因為專利藥品涉及保護與改善人類健康的政策，但是又涉及公共衛生領域的共同安全要求，因此，政策運作一方面屬於歐盟競爭政策的專屬權限，另一方面屬於會員國權限，也有同屬於歐盟與會員國間競合權限，凡此，有關其政策權限行使上的爭議問題，仍有賴於歐盟法院依據個案解釋判決，才能釐清。

（中正大學國經所陳世憲記錄整理並經講座審訂）

加盟契約爭議與公平交易法

講座：中興大學法律學系劉副教授姿汝
日期：103 年 5 月 20 日
場次：10306-272

壹、前言

在經濟不景氣的時代，進入加盟體系是年輕人脫離低薪自行創業，以及中高年尋求事業第二春的常見選擇。從北中南各地經常舉辦的加盟展，總是人潮不斷，可窺知一二。但各行各業的加盟經營方式日益蓬勃的同時，爭議也屢見不鮮。公平交易法（以下簡稱公平法）是公法性質較強的法規，而加盟契約則是屬於私法問題，為何會將私法契約爭議帶到公法領域中來談？從公平法的角度，事業與事業間之契約，無論其內容是否顯失公平或事後有無依約履行，應以契約法規範。(「公平交易委員會對公平交易法第 25 條案件處理原則」第 3 點第 1 項第 1 款，即作此表示）。

實際上，加盟契約多為加盟業主與多數加盟店間締結的定型化契約，衍生的契約爭議，有影響眾多加盟店的可能性，而非僅止於個別契約問題。若此等契約爭議涉及限制競爭或不公平競爭，危及競爭秩序，則應有公平法之適用。況且目前對於加盟契約，並未列入民法債編各論成為有名契約，亦未如多層次傳銷有專法（多層次傳銷管理法）並有公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）為主管機關。面對加盟契約爭議時，常立即想到公平會所制定之「公平交易委員會對於加盟業主經營行為案件之處理原則（以下簡稱「加盟業主經營行為之處理原則」)」，雖然是從公平法的角度規範加盟業主的行為，但從締約前揭露重要交易資訊之說明義務、及契約審閱期，且必須提供書面的要式行為，到透過契約內容不得不當限制加盟店之交易行為等等，都與

契約息息相關。如何從公平法的角度評價加盟契約之爭議，並如何與私法契約之規範，在各司其職之外，能相互作用達到解決問題之效果，更是重要。

貳、加盟契約之性質

加盟契約的當事人參照「加盟業主經營行為之處理原則」分為加盟業主與加盟店，能夠適用公平法是因為加盟業主與加盟店之間為獨立的事業與事業間的關係，而非將加盟店內化成加盟事業的一部份。所謂加盟關係，是加盟業主對加盟店提供加盟品牌形象、經營 know-how，而加盟店相對提供加盟金、權利金等作為對價的一種經營關係，而兩者間的權利義務關係當然必須透過契約以為約束。對加盟業主而言，能夠活用加盟店的資本與人力來擴充自己的事業版圖的同時，加盟店也可以經由加盟，利用加盟業主已經建立的品牌形象與知名度，以及已經標準化、制度化的經營 know-how，可以安定並快速地賺取利益。兩者間應該是一種共存共榮的雙贏關係。

加盟契約並非民法債編各論中之典型契約，為一種無名的契約。加盟契約通常也是一種混合契約，可能同時包括買賣、承攬與委任等多種契約在內；而加盟契約也一定是雙務有償契約，由加盟業主提供經營 know-how，加盟店則須支付對價。此外，加盟契約最重要的兩個特質是定型化契約與繼續性契約。定型化契約又稱「附合契約」，是指當事人之一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約（規定於民法 247 條之 1），定型化契約之特色為由加盟業主一方將加盟契約內容預先訂好，有意加盟者只能附合該契約。一般來說在雙方合意締結契約之後，除非其中一方違約，或是雙方合意解除、終止契約，不然都應該要依照合約內容來履行。而定型化契約中因有一方未參與契約內容之決定，因此在民法 247 條之 1 中規定，若有下列各款約定，按其情形顯失公平者，該部分約定為無效，此與一般的契約自由原則有很大的不同，包括：

（一）免除或減輕預定契約條款之當事人責任者。

（二）加重他方當事人之責任者。

（三）使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。
（四）其他於他方當事人有重大不利益者。

此外，加盟契約為一種繼續性契約，相對於一次性契約，加盟契約履行期較長，相對的變數也多，卻可能因為高額的違約金，或是成本投入無法回收等因素，使得加盟店在契約期間內即使受到來自加盟業主的不利益，也無法輕易脫離契約關係。因此，定型化契約與繼續性契約的型態，容易使加盟店於締約前與締約後陷於不利益受到損害而產生爭議。

一般來說，契約責任始於契約成立，終於契約關係消滅。然而在加盟契約的情況，契約成立前之說明義務，或契約關係結束後之競業禁止義務，亦是受到討論的議題。以下就根據加盟契約締結前的之說明義務、加盟契約締結後違反公平法爭議，以及契約期間終了後續約與競業禁止等 3 個部分，分別進行問題的探討，並提供數個台灣與日本的案例與大家交流與討論。

參、締約前之說明義務

一般而言，在私法契約的概念之下，締約前的資料蒐集與分析、要訂定何種契約、契約內容為何、會對自己有甚麼影響等，均為各當事人自己的責任。如果是因為可歸責於自己的蒐集不足或判讀錯誤，在契約法之下會認為其所衍生之不利益是當事人自己之責任。惟，這樣的契約自我責任（或契約自由原則），應該是契約內容是建立在雙方合意決定下才能正當化。

因為在定型化契約下，加盟業主預先決定契約的內容，常基於自己的事業及對交易相關資訊的優勢，恐怕會制定對自己有利，卻相對剝奪加盟者權益的內容，契約當事人的對等性因而喪失。因此，加盟業主對加盟店在締約前有說明的義務，除了契約內容是加盟業主預先擬定外，乃因為當契約當事人間對於專門知識與資訊收集等，存在有顯著落差時，說明義務就是要解決這些落差，以確保契約的真正自由，或者應稱為「契約正義」。

關於說明義務在民法中亦有相關規定，在民法 245 條之 1 中規

定，在契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：

（一）就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。

（二）知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。

（三）其他顯然違反誠實及信用方法者。

這與民法 247 條之 1 的法律效果不同。民法 247 條之 1 是透過主張定型化契約中的某一條款顯失公平，因而使契約條款無效。而一般學者將民法 245 條之 1 稱為締約過失責任，其法律效力不在於否定契約的效力，而在於因交易資訊隱匿、洩密或其他違反誠信等因而受到損害，得以請求損害賠償。

民法 245 條之 1 之構成要件為契約未成立前有重要事項沒有說明，對於非因過失而信契約能成立致受損害，因此一般學者都認為此一條文是用在契約締結失敗的情況。

雖然民法 245 條之 1 立法之立意良善，不過卻有爭議。在契約並未成立下，請求損害賠償的請求權基礎為何?由民法體系來看，民法 245 條之 1 放在契約部分，但若在契約並未成立下怎會有契約責任?而未盡說明義務之爭議常發生在契約有成立，卻因締結契約前一方未清楚說明而造成他方損害的情況，此時民法 245 條之 1 能否適用也看法分歧。

而所謂加盟業主的說明義務，在「加盟業主經營行為之處理原則」中其實分為 2 部分，包括：加盟經營關係 10 日前或個案合理期間，需以書面提供加盟重要資訊，以及締約前提供至少 5 日或個案合理期間之契約審閱期。兩者的意義並不全然相同。但要注意的是不論哪一部分的說明義務，其影響的不僅止於是否締約的判斷，更常見的問題是，加盟店因為未受到充分的說明，而在締約後發生未預料的損失。

其中有關加盟重要資訊揭露的部分，規定在「對加盟業主之規範說明」第 3 點中，包括：

（一）加盟開始營運前之費用（如加盟金、教育訓練費、購買商品、資本設備等相關費用）。
（二）營運過程費用（如權利金之計收方式，及經營指導、購買商品或原物料等定期應支付之費用）。
（三）智慧財產權內容。
（四）經營協助及技術指導之內容與方式。
（五）商圈分布經營方案。
（六）加盟店分布及解除終止契約之統計。
（七）對於加盟經營關係之限制內容（如商品、原物料、資本設備及裝潢工程等供應條件，及商品或原物料之訂購項目及數量）。
（八）契約變更、終止及解除之條件與處理事項等資訊。
（九）如有預估營業額或預估收益等財務預測資訊，其計算方式或現存加盟店經營實績之佐證。

每個國家對於加盟契約所要求的揭露事項都不盡相同，因為各國國情與經濟狀況都不同。美國 FTC 針對加盟的資訊揭露公告的要求事項多達 23 項，且規定的相當詳細，例如規定要揭示加盟業主或經營者曾經進行過的民刑事訴訟資訊，因為在美國加盟常常成為詐騙加盟金的手段。而日本公平會所制定之「有關加盟制度在獨占禁止法上之思考」(フランチャイズ· システムに関する獨占禁止法上の考え方について)，需要揭露的項目則有八項，但細部內容與我國之處理原則有些許不同，例如在加盟之際要繳交的費用若有返還應說明返還之條件等。

在招募之際提及預期之獲利或銷售金額，此事項在美國或日本都未被列為重要交易資訊揭露之中，因為即便揭露了也未必實在。在日本的規定中，雖然未被列入 8 項必要揭露的重要資訊，但規定若在加盟招募之際，向有意加盟者揭露預期的銷售金額或獲利，則必須要基於相類似的環境中，以已經開設的店鋪之實際業績用合理方式算出，並要求作為相關的根據事實與計算方式都要同時揭露。日本公平會在 2001 年時，曾進行關於加盟連鎖體系的加盟店調查，問及加盟店在加盟前後認知差距最大的事項為何?大多數的加盟店的答覆是在締約前

誤以為可以獲利的部分，與締約後的實際獲利有相當大的落差。

至於在契約審閱的部分則是規定在「加盟業主經營行為之處理原則」中的第 4 點，加盟業主於簽訂與加盟經營關係相關之書面契約前，應給予交易相對人至少 5 日或個案認定之合理契約審閱期間。前項書面契約，應簽立正本 2 份，由雙方各執 1 份，且加盟業主不得拒絕提供。加盟業主倘有未符合前 2 項規定，且足以影響交易秩序者，將有違反公平交易法第 25 條規定之虞。此項規定補足了民法中 247 條之 1 未規定審閱期之不足。

案例 1

加盟業主要求加盟店在原物料部分必須跟契約中約定之特定供應商訂貨，貨款是經手加盟業主來支付。加盟店於加盟後發現與約定供應商所購之原物料較其他供應商較貴。原來，加盟業主並非僅是經手付費，而是向供應商買進後轉手賣給加盟店，賺進差價及回饋金。

加盟店認為此一部分在締約前未為說明，使其在締約後多付預期外之金錢，請求損害賠償。日本法院肯認加盟店之主張，因為加盟店對契約的認知是直接向供應商買原物料，交易相對人應該是供應商，只是請加盟業主進行代墊貨款，故認為加盟業主違反誠信原則，未盡契約之附隨義務，而認定加盟業主應為賠償。

案例 2

丹堤咖啡的加盟店表示在加盟之前，所獲悉之加盟條件為「投資金額，一般店面約 40 坪左右，約新台幣 450 萬元」，但在加盟之後所支付的金額卻超過此金額。此外，對於智慧財產權權利內容，又被處分人就上一會計年度全國、該加盟店營業區域所在市、縣（市）加盟店資料未作公告與更新，且無揭示終止加盟契約數目之統計資料。加盟店向公平會檢舉，公平會以認定加盟業主顯係利用交易相對人資訊不對等之弱勢地位，為足以影響連鎖加盟交易秩序之顯失公平行為，違反公平法第 24 條（現為第 25 條），處 50 萬元罰鍰（98 年公處字第 098080 號處分）。被處分人之後為行政救濟，但最終經最高行政法院駁回被處分人之訴確定（最高行政法院 100 年度判字第 1456 號）。

一般而言，若公平會已作出處分，而受損害一方提起民事訴訟

時，法院通常不會直接否定公平會的認定，但在本案中加盟店據此對加盟業主提起民事訴訟請求賠償卻敗訴，高等法院甚至否定加盟業主之行為違反公平法第 24 條（現為第 25 條）。因為高等法院認為所應資訊揭露事項未必全部屬於重要資訊，必須是該資訊有影響交易決定，方屬重要交易資訊。此外，加盟店也並未舉證加盟業主未揭露之該事項，是否影響到加盟店事前的風險評估與加盟之決定。

肆、其他加盟契約違反公平交易法之爭議

加盟契約違反公平法的相關問題，以締約前未盡充分說明義務，違反公平法第 25 條之案例為多（影響交易秩序之顯失公平行為），此從過去公平會所處分的加盟相關案例可以得知。但根據「加盟業主經營行為之處理原則」第 5 點至第 7 點之規定可知，加盟業主透過契約為差別待遇、搭售、限制交易對象，或是強制購買數量等其他不正當限制加盟店之交易行為，仍有違反公平法第 20 條等其他規定之可能性。此外，如招募時刊登不實或比較廣告，不論契約締結與否，尚有違反公平法第 21 條與第 25 條之問題。

在加盟契約是繼續性契約的情況下，某些不利益的交易限制，甚至是被加諸在契約締結之後。加盟店即使想終止契約，卻因已投下不少資金，也可能因此被請求高額的違約金（或沒收履約保證金）或甚牽連連帶保證人而卻步，陷入進退兩難的泥淖。

案例 3 要求加盟店的營業時間與項目

日本超商 7-11 之某加盟店，因不願意配合加盟契約中深夜營業與代收費用之業務，因為深夜營業對於其人事成本負擔極大，而代收費用業務項目越來越多，因此認為加盟業主有濫用優勢地位，該業務項目條款顯失公平，故提起訴訟欲排除該等契約條款。法院即認為便利超商全天候營業之營業形象，早已深植人心，且契約締結前已透過說明義務提供詳盡說明資料，並不容其後再以違反公平法等理由否定之。至於在加諸代收款項業務部分，由於並未超出締約加盟前之想像業務範圍或加盟店之負荷，因此否定加盟店之主張。

案例 4 對商品的折扣設限

日本超商 7-11 之數間加盟店向日本公平會檢舉，加盟店支付之權利金是以銷售金額減去銷售商品成本後算出銷售總利益，再乘以一定比率算出，卻由於廢棄商品的損失部分並未被列入銷售商品成本之內，須由加盟店自行吸收。而加盟店為了減少廢棄商品對自己獲利之影響，於是開始對於每日配送之產品（當日未售完必須銷毀）進行折扣促銷，卻被加盟業主更正並且禁止。

日本公平會認定加盟業主之行為乃濫用相對優勢地位，而為排除措施命令。加盟店因此另向加盟業主提起請求損害賠償訴訟，並且獲得賠償，但金額卻低於加盟店所請求。因為加盟業主主張如果准許加盟店對於每日配送之產品進行折扣促銷，恐將造成消費者有預期心理，故意等到促銷折扣時才購買，如此加盟店未必能夠獲利，因此賠償金額無法完全依照加盟業主禁止廢棄商品折扣促銷所受損失來估計。雖然加盟業主最後敗訴，但是仍認為商品價格不宜輕易變動，最後以吸收部分成本方式，使加盟店不對廢棄商品進行折扣促銷。

案例 5 要求營業時間等

粥品加盟體系之加盟業主在加盟契約中約定，簽約之加盟者所聘僱之人員不得從事粥品烹調工作，但如該加盟店每日之營業時間超過 8 小時以上，經加盟業主書面同意，並以加盟業主提供之書面契約與該他人簽約後，得聘僱一專職人員委由加盟業主教育訓練，且取得粥品烹調認證時起，始得與加盟者輪班烹調粥品。

加盟店主張除了營業時間之外，若將營業前之準備工作時間算入，將遠超過 8 小時，認為此一要求違反勞基法，顯失公平。再者，每月休息不得超過 4 天，亦不得任意不開店營業，必須先獲得加盟業主之同意。因此加盟店對加盟業主提起民事訴訟，主張此一部分的契約條款顯失公平而無效（民法第 247 條之 1）。士林地院肯定加盟店的主張，認為該條款顯失公平。

伍、契約期間終了後續約與競業禁止條款

加盟店通常在加盟時投入金額不小的加盟金或權利金，營業場所

的裝潢也可能花費不貲。因此，若加盟契約的時間尚不足以讓加盟店得以回收成本，但加盟業主卻不願意續約時，加盟店該如何處理，可否請求加盟業主與之續約，請求的依據為何？甚至有加盟店主張加盟業主蓄意迴避，讓加盟店無法順利續約，其後卻在加盟店附近自行開設直營店，等同接收加盟店辛苦建立打下之市場與商譽。所以，如何讓加盟店不致於血本無歸或將苦心經營建立的市場拱手讓出。因此，續約的問題值得正視。而競業禁止的爭議往往與未能續約的問題相伴而生，因為成本無法回收，所以利用原有之設備，從事與原加盟事業相類似之經營。

基本上是否續約，以及約定競業禁止條款，原屬契約層面的問題。但此等問題，亦有可能在加盟業主以其相對之優勢地位，使加盟店在相關義務上承受不利益。在我國的民法中對於競業禁止並未有特別的規定，但一般實務上都接受，在實務上曾認定其不合理或無效的情況，包括時間過長、禁業擴及契約當事人之親屬，或是違反公序良俗等。

而在日本公平會所制定之「有關加盟制度在獨占禁止法上之思考」對此部分有所規範，例如在競業禁止條款設定過嚴則可能有濫用優勢地位問題，禁止年限過長，或是條件過嚴，這需要個案認定，基本的判斷基準是超過商權維護、know-how 維持以外的部分，就可能被認定濫用優勢地位。

在美國的部分，認為加盟店在加盟業主的品牌下經營，除了加盟業主所提供之品牌形象與 know-how 外，更重要的是加盟店本身的努力。因此，在此觀念下，即便加盟店使用了加盟業主的商標與品牌，還有加盟店本身努力的部分，所以加盟業主沒有權力直接接收加盟店努力經營的成果。反映在實務上，即是不對於加盟店加諸過於嚴苛、不合理的競業禁止範圍。

案例 6 無法續約

本案例為日本著名的便當加盟體系，加盟業主對於區域加盟主在契約期滿後不為續約之爭議。所謂區域加盟主是規模較大的加盟體系可能會採用加盟制度，也就是加盟業主（Master-frachiser）為有效率

的管理各地區之加盟經營，會在各地區招募所謂地區加盟主（Sub-franchiser），再由區域加盟主可以自行去招募加盟店。兩者間也是一種 Franchiser 對 Franchisee 的關係。

加盟業主對於區域加盟主在契約期滿後不為續約，所以區域加盟主自行另創事業，同樣進行便當之販售。原本的加盟業主認為區域加盟主違反競業禁止規定，而區域加盟主則是控告加盟業主違反續約的合理期待。雙方相互控告，也分別各自取得勝訴。

其中區域加盟主主張，該加盟事業的銷售金額占其經營事業的近九成，對其而言，該加盟事業是其經過長時間，繼續性的投下資本的主力事業。因此，即使契約期間屆至，應有期待可續約之合理性，這樣的合理期待應該受到法律的保護。所以，若加盟業主沒有不得已之事由，不允許其恣意拒絕契約之更新。法院肯認上述續約的合理性期待，判決加盟業主需依債務不履行對加盟店付損害賠償責任，賠償一部分區域加盟主因無法續約而另行創業之支出（但後來加盟業主上訴，區域加盟主轉而敗訴）。

案例 7 競業禁止違反之爭議（潛艇堡案）

知名漢堡店 Subway 的原加盟者，因違反加盟契約，並積欠相關權利金等，在退出加盟後在原址以「Subber」為名，並販售與 Subway 相類似之三明治商品。但由於 Subber 的負責人並非原加盟契約當事人，而是原加盟者之配偶。因此難以競業禁止條款要求其負相關責任。但 Subway 則另主張 Subber 在店名、裝潢以及販賣之商品，有混淆來源與攀附商譽等違反公平法第 22 條或 25 條之行為，除向公平會為檢舉外，並提起民事訴訟請求損害賠償。

雖然在契約中有競業禁止條款，而加盟者也在原地販售相似的產品，甚至在名稱與招牌的用色也都與原加盟業主相似，但公平會認為沒有來源混淆、攀附商譽的問題。此外，Subber 的負責人並非原加盟契約當事人，而是原加盟者之配偶，因此競業禁止條款也無法適用，民事訴訟方面 Subway 也敗訴。這個案例反而是凸顯加盟業主可能面對在加盟契約關係終了後，加盟店從事相似營業卻難以解決之情況。

陸、結語

理論上，加盟契約是屬於私法契約的領域，而公平法是公法性質較強的法規。在實務上，加盟店向公平會檢舉時，主要就是契約的爭議，而到了法院從契約條款角度爭執損害賠償時，往往也主張對方違反公平法。但從上述的討論可以發現兩者其實是相輔相成、相互作用，並不相互違背。比如在說明義務的部分，在公平會的規範說明補足了民法中，對於說明義務未具體規定的部分。另外，在契約審閱期的部分，雖是屬於契約的問題，而公平會的規範說明補足了民法 247 條之 1 之不足。

此外，在重要資訊揭露的部分，不僅影響有意加盟者是否締約，還會影響在締約後的權利義務，所以締約前之說明義務是相當重要的。日本公平會在 2011 年曾針對加盟店進行調查研究，發現加盟店並不知道日本公平會訂定有前述之加盟處理原則，或是知道但不了解內容，所以日本公平會除了本身的努力外，也希望能夠透過民間加盟組織加強宣導，讓有意加盟者能夠做正確選擇以確保權益。

因此，公平會所定之「加盟業主經營行為之處理原則」，不論從公平法或私法契約的角度，都具有重要的意義。隨著時代演進，規範說明也應該要隨之更新，可以透過實務上案例了解有意加盟者在意的揭露與說明事項，以及加盟後之後最常發生的爭議，對處理原則進行修正，並向有意加盟者與已加盟之加盟店進行宣導，以確保彼等之加盟權益。

（中正大學國經所陳世憲記錄整理並經講座審訂）

近年來國際高科技產業競爭訴訟案例探討－以聯合行為與結合案例為中心

講座：世新大學法學院李兼任副教授禮仲
日期：103 年 7 月 1 日
場次：10307-273

前言：近年來，國際高科技產業業競爭訴訟案例，主要集中在 Sirius 與 XM、微軟與 Skype 的結合案、Google 接受美國聯邦交易委員會調查，以及蘋果公司在台灣對 iPhone 價格的限定案中，台灣公平會對其處罰的議題。基本上，Sirius 與 XM 的結合，2 者市占率都超過 70%、80%，微軟與 Skype 在市場上更是有影響力。在這 2 個案子中，我們能發現到，整個高科技產業結合的時候，競爭主管機關的思惟即應有所不同。對於 Google 在搜尋引擎上的力量，美國則認為因為有創新力，再加上免費服務，以及網路空間的搜尋引擎成本相當低，所以認為 Google 一案並不構成獨占力的濫用。因此，美國聯邦交易委員會在對 Google 做了 15 個月的調查之後，便終止了對此結合案的調查。

壹、檢視高科技產業的動態

一、反壟斷法必須將相關市場的特質納入考量

在檢視高科技產業時，究竟與一般傳統產業有何不同？最重要者，即須了解整個市場狀況。針對高科技產業的特性，其市場瞬息萬變而複雜、具高度創新性與創新導向、進入門檻較低且持續有新進者，並有免費產品、服務與開放原始碼的專案，這些都極具特殊性，與一般傳統產業有所不同。現任美國司法部反壟斷部門主管，時任美

國聯邦貿易委員會競爭局主任的 Bill Baer 先生曾言：「在採用反壟斷法的過程中，我們須考慮到高科技產業的特殊性」，對於整個高科技產業與一般傳統產業不同之處，即以這種一語道破的方式，來告知競爭法制研究者及競爭主管機關，於高科技產業中應注意的特性。

二、市場瞬息萬變而複雜

為何高科技產業的市場瞬息萬變？與傳統市場相比，大眾對高科技產業市場的認知較淺，因此相關分析亦應有所改變與適應。這邊也談到，熊彼德競爭普遍地存在，在熊彼得的競爭概念中，高科技產業市場創造出的破壞性創新成果，較能使消費者相對性受惠，但其負作用是有可能對舊制、效率較差的商業行為產生衝擊。另外，創新成果取代了某些老舊的技術，且企業相互競爭，企圖暫時控制較大的市場份額。這邊有人談到，若專注於當前狀況下的風險，而忽略了由創新力量所推動的動態競爭，即可能產生事業面臨未來競爭的某些風險。因此，熊彼德的競爭概念，讓人感覺到創造具有無限的力量。

所以，為何缺乏創造將產生許多問題？首先，1996 年由史丹佛大學科技法律學程，與美國律師協會反壟斷法分部和智慧財產權研究單位所開設的「資訊的未來：有哪一個『搜尋引擎』可以和 AltaVista 媲美？」(“If any Search Engine can ever Compete with AltaVista”) 研討會，1996 年與 2014 年並未相距多遠，但今天幾已不再有人聽說過 AltaVista，可見高科技產業的變化是相當瞬息萬變的。

1998 年，同樣由史丹佛大學與美國律師協會所舉辦的研討會，Fortune Magazine(財富雜誌)在 1998 年 3 月 2 日寫下“How Yahoo! Won the Search Wars”此一標題，並說道：「可以確定的是，Yahoo!已經在搜尋引擎大戰中獲勝，並已邁向更高的目標。」然而，如今觀之，態勢已明顯非如此，可見數位時代變化之快。

2006 年，同樣由史丹佛大學與美國律師協會所舉辦的會議的「MySpace：非它莫屬的社群網路？」2006 年至今僅 8 年的光陰，但今天幾乎已無人聽聞過 MySpace。因此，透過以上 3 個例子，我們可以發現，高科技產業市場的確是瞬息萬變而且相當複雜的。

三、創新導向

承上所述，整個高科技產業的創新導向於焉產生。各種平台功能的推動創新，方便企業家完成產品與消費者的連結。另外，破壞性創新常常拖垮現有的公司，卻同時以前所未有、出人意料的方式造福消費者。又無論是創造新產品和新平台、抑或大幅降低生產成本，快速成型的創新成果都是維持競爭力的必要條件。更重要的是，愛荷華大學的反壟斷學者 Herbert Hovenkamp 曾提及：「在具有高度創新性的產業中，預測和經營競爭的過程都遠比傳統型市場困難，因為傳統型市場的技術相對穩定，而各種活動通常只會對一套不變的產品產生產量和價格方面的影響」，亦即，傳統市場較重視價格與產量，但相對於現今的創新市場，如 Google 所提供的服務皆是免費的，可以看出高科技產業市場所追求的是創新與品質，並非吾人所熟悉的傳統公平交易法思惟。因此，在創新導向的高科技產業當中，競爭法在高科技產業上的適用，即須有另一套新的思惟出現。

四、新技術降低了進入壁壘

（一）進入門檻的降低

同樣地，新技術降低了進入市場的門檻。我在今年 1 月份的公平交易季刊中發表了一篇文章，是關於雲端世界的來臨與 App Store 的相關平台，應如何避免受公平交易法追訴的議題，其中從獨占、聯合行為、結合行為，與不公平競爭的角度，作了相關討論。事實上，要進入任何的 App Store 或任何網路，其成本都是相當低的，因此，要在新的高科技時代中存活，即須透過創新以吸引更多使用者，創造出網路效應與雙邊效應，才能在新的 App 經濟當中生存下去。

由於新技術隨時都在產生，降低了進入整個雲端市場，或說整個新高科技產業的門檻。有不少人認為，進入高科技產業市場需要極高的資金，但同時，新技術的產生亦創造許多商機，使更多人願意投資在這些高科技產業上。因此，網路的廣泛與普及降低了各產業進入的門檻，行銷成本亦降低，像 AdWords、顯示廣告與視訊廣告等，都能加以利用。如我國的 Line，亦成為許多人使用的網路平台，它的廣告

與貼圖能在網路上行銷，可以看出行銷成本已不若從前那般昂貴。另外，租建而非自建的網路架構如今已相當盛行，如 Amazon 網路服務、雲端服務和 Windows Azure，進入高科技產業的整個門檻都在降低當中。又關於持續湧現的新式商業模型，如 Uber、Lyft 與 Airbnb，這些在幾年前是無法想像的。借助 App Store 的經濟模型，新進者亦可快速接觸到大量的消費者，並賺取更多營收利益。

（二）所有人都成了競爭對手

網路匯流的結果，使所有人都成了競爭對手。過去，服務與商品是互不相關的，然而如今彼此都在相互競爭。在行動電話方面，黑莓機與 Windows Mobile 最早開創了智慧型手機的市場，然而蘋果 iOS 系統與 Android 系統這兩個後起之秀，卻能透過引入開放式 App 的商業模型而大受歡迎。在購物方面，無論是線上或離線模式，Amazon 都與成千上萬的零售業者之間形成競爭模式。

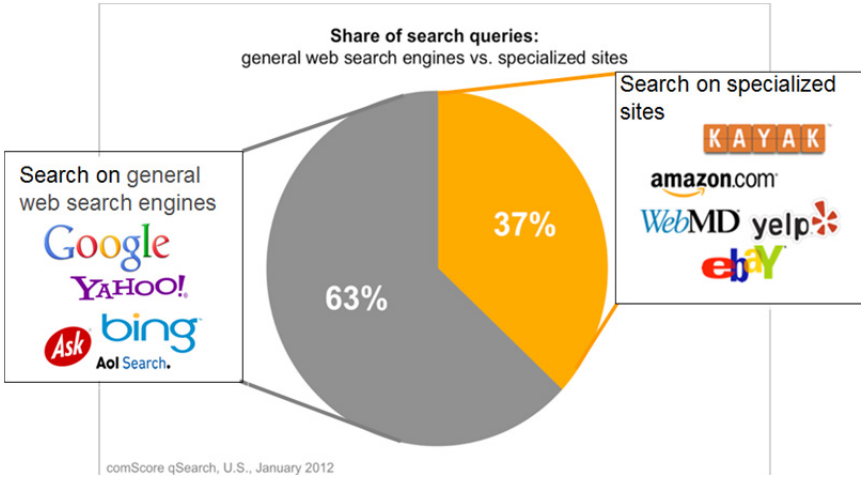
在搜尋引擎方面更是競爭激烈，各種資訊搜尋方式之間都存在著競爭，一般搜尋引擎如 Google、Yahoo、Bing、Yandex 和百度，以及特殊化搜尋引擎、臉書、推特等社群網路與手機 App，彼此之間都存在著相當激烈的競爭。從前可能僅為實體書店之間的競爭，但現今如 Amazon、Freebooks，以及 Articles on Mobile App，都已在相互爭奪這塊書籍銷售市場。另外，過去可能只是實體飯店之間的競爭，但現在上 CouchSurfing 等網站，在美國都能訂到相當便宜的飯店，與傳統飯店市場的競爭模式已有所不同。因此，實體通路與網路通路已發生競合，2 者開始產生不同於以往的競爭關係。

（三）搜尋引擎之爭

另外，就 Facebook 最近買下 WhatsApp，2 者看似是完全不同的服務：Facebook 是社群網路，WhatsApp 則是訊息提供者；然而實際上，它們之間是能互相競爭的。由於現今整體科技進步更加快速，許多企業的結合都將使彼此之間的競爭更加明顯。

以搜尋網路為例，可將搜尋引擎區分為一般搜尋引擎與特殊化搜尋引擎，其中，以臉書與推特為首的社群網路之爭已經展開。又針對行動裝置如 WhatsApp 的新競爭者隨時都在加入市場，Yelp 的共同創

辦人兼執行長 Jeremy Stoppelman 表示:「目前用戶使用 Yelp 行動 App 進行搜尋的比例約占 Yelp 總搜尋次數的 40%，週末用戶更是占了大多數」，自圖表中，亦可看出 Google、Yahoo 與 Bing 的使用者已高達 63%，Yelp、Kayak、ebay、Amazon 的使用者亦占有 37%，可見對搜尋引擎的使用者而言，其選擇是非常多元的。



事實上，一般搜尋引擎如 Bing、Yahoo，以及特殊化社群網站如 Twitter、Facebook，還有 Mobile App Store 等，都是在尋找看得懂、亦懂得如何使用它們的人。因此，企業之間的相互結合，都將使競爭更加明顯，與一般傳統市場的情況有所不同。透過不同介面進入網路市場，吾人更可看出高科技產業的某些競爭態勢，已完全顛覆了傳統市場的既有狀況。

五、開放原始碼軟體是促進競爭的獨特力量

開放原始碼軟體是促進競爭的原動力。開放原始碼軟體指的是在開放協議條款的許可之下，任何人都可以免費使用、自由修改和分享軟體。開放原始碼軟體亦為無數技術創新提供助力並降低進入門檻，除技術類公司的後端系統和基本架構通常使用開放原始碼軟體，亦為

小型企業提供了昂貴授權軟體之外的免費選擇，並可在現有平台（如 OSX、Chrome、Safari 和 Firefox）的基礎上快速發展。因為有原始碼軟體的提供，故高科技產業中，尤其是網路市場的進入門檻是特別低的。

最近我在公平季刊內所發表的文章亦提及，吾人能觀察到，就 Android 與 iOS 而言，Android 是採完全開放式經營，而 iOS 事後亦被迫降低其使用門檻，2 者門檻的降低，都能使更多人在網路市場上有更多的產出、做出更多的產品，並讓更多競爭者進入網路市場。也因為原始碼軟體的開放，任何人對網路平台的發展與使用，都有無限的想像空間。特別是許多企業善用免費且開放式的平台，在使用上更加地便利。因此，開放原始碼軟體在創造整個高科技產業，特別是網路世界的競爭力量中，扮演著極重要的動員角色。

六、與其他市場作區分

與進入門檻較高的市場相較，現任美國電腦與通訊產業協會（CCIA）主席兼執行長 Ed Black 認為，以微處理器為例，其建造需耗費大量的資源，牽涉數十億的啟動資金和龐大的研發與製造團隊。如英特爾公司的情況，聯邦交易委員會的介入將有必要，因為短期內並沒有任何對手能與英特爾公司匹敵。相對地，考量瞬息萬變的市場中，在沒有創新活動的情況下，若經濟租金依然居高不下，則說明市場已由某一企業主導，亦即，若發現針對付費與免費 2 者，特別是付費部分，若有租金特別高的情況，相當於告訴執法者，這個地方已有主導市場的出現。因此，美國外交關係協會的 Charles H. Ferguson 談到，微軟消滅 Netscape 公司後，成功瓦解了 Internet Explorer 集團，而微軟當初確實對 Netscape 具有破壞力，因為微軟不願意開放密碼讓 Netscape 使用。可見，若缺少創新，隨時可能有市場主宰者來壟斷市場。因此，市場應容許創新力繼續存在，方得維持整個全球高科技產業市場的發展。

比較高科技產業市場與傳統型產業市場，其相異之處主要能區分為以下幾點：

(一)高科技產業市場：

1. 市場瞬息萬變而複雜。
2. 具高度創新性與創新導向。
3. 邊際成本較低。
4. 進入門檻較低且持續有新進者。
5. 可能具有雙邊性。
6. 可使用開放原始碼軟體技術。

(二)傳統型市場：

1. 市場更廣為人知且容易預測。
2. 創新成果更新緩慢。
3. 邊際成本較高。
4. 追求價格與產量。
5. 進入門檻較高且新進者少。

例如油與速食麵的市場，都屬於傳統市場的範疇，由於市場相對穩定，市場進入的困難度亦相對偏高。

貳、高科技產業涉及競爭法案例研究

一、雙邊市場效應

就傳統市場而言，違反公平交易法或競爭法者，多是觸犯價格性的聯合行為；相對地，就新的高科技產業市場而言，則較無法找出其控制價格的行為，它反而是在創新與品質上有所努力。另外，高科技產業常會產生類似雙邊市場的雙邊效應，像為何今天 Google 或 Facebook 都願意免費讓大家來使用？最主要的原因就在於會產生雙邊市場。

何謂雙邊市場？舉例而言，大家都喜歡用 CityBank 的信用卡，由於 CityBank 的使用者很多，因此很多廠商就會與 CityBank 簽約，讓 CityBank 持卡者到其百貨公司消費；百貨公司也因為 CityBank 的使用者多，而以 CityBank 作為它提供更多優惠的目標。於此情形下，雙邊市場因此出現，亦即，百貨公司能接受 CityBank 信用卡的消費，

CityBank 也因為有許多百貨公司與其簽約，而創造出更多使用者，雙邊效應自然產生。同樣地，今天 Facebook 已創造出它的單邊市場，其使用者很多；但另一方面，與 Facebook 結合者，卻是 Facebook 本身所無法控制的，因為很多企業都想要與 Facebook 結合。因此，雙邊市場是現今許多高科技產業始終在利用的一種效應，但真正的挑戰是，競爭主管機關如何認定雙邊市場的問題，以及其對競爭法的影響。不過，目前高科技產業確實已創造出雙邊市場，其中的品牌效應亦將引導更多廠商與之結合。這也是 Facebook 始終都沒有收費的緣故，因為已有太多廠商會利用該平台，來創造更多的利基點出現。

二、高科技產業涉及競爭法案例

首先是美國的 Sirius 與 XM 結合案，美國認為未來技術發展可能會影響目前的高市占率，因此容許 2 家業者結合。第二，針對微軟與 Skype 的結合案，當服務為免費時，市占率的高低並無法證明市場影響力；亦即，若以單純的市場占有率作為結合門檻，則微軟與 Skype 的結合是不可能被允許的，但歐盟認為，新的創新與未來許多因素將會改變市場占有率，因此微軟與 Skype 的免費服務所創造出的市場占有率，並無法成為否決其結合的主要原因。第三，針對美國聯邦貿易委員會停止對 Google 的調查，認為若某項設計本身可合理視為僅是品質方面的改善，則掠奪性的設計申請專利範圍將無法獲得受理。最後，針對最近 Apple 對台灣 3 大電訊廠商手機的價格限定，台灣公平交易委員會認為 Apple 已違反公平交易法第 18 條限制價格的規定，且公平會的干預已使消費者能實際獲得相當程度的權益保障。

三、Sirius 與 XM 的結合案

美國司法部核准了國內只有 2 家衛星無線電業者的合併，且認為新技術可制衡 2 家公司透過合併而獲取的市場影響力。然而，美國的 National Association of Broadcast 與 Radio Broadcast，都認為 2 家業者的結合會侵犯整體競爭。NAB 認為其相容市場，除原來的 audio entertainment 觀眾外，亦含括 satelite 衛星接聽的部分，因此 Sirius 與 XM 的結合將影響整體競爭態勢。美國聯邦貿易委員會在 1997 年曾

指出，若使 2 家業者合併，將使其未來可能完全控制整個聽眾市場，因此認為不宜結合。但 XM 與 Sirius 皆認為“the market had changed so much”，亦即，市場隨時都在改變，1997 年單純禁止結合的原因已不存在，並認為衛星收聽服務能和其他市場競爭，與傳統聽眾市場其實已能劃為一塊，而不應將衛星收聽服務市場單獨劃為一塊。

吾人皆知，若市場劃得越小，則競爭者觸犯公平交易法的機率較高；反之，若市場劃得越大，則競爭者受公平交易法追訴的機率即較低。以日前的咖啡業者結合案為例，究竟是 4 家咖啡業者劃為一個市場、與麥當勞及 Starbucks 的咖啡劃為一個市場，抑或與便利商店的咖啡劃為一個市場？同樣地，在統一併購維力炸醬麵一案中，統一速食麵的市占率是 46%，維力炸醬麵市占率是 18%，2 者合計已超過 60%，公平會擔心此一結合將有獨占力濫用的餘地，結合結果將大於不結合的競爭利益，因此否決其結合。本案律師的抗辯也相當厲害，他主張，台灣的速食麵市場不應只劃在台灣，而應與全球速食麵市場劃為一塊，如此，台灣速食麵市場可能只占全球 5%，2 者結合即不會影響到速食麵市場中的競爭。他更進一步指出，速食麵不應只歸類於速食麵市場，而應劃入速食「產品」市場，亦即，藉由提高其位階的方式，擴大市場範圍，則 2 者產品的結合，即不會影響到台灣速食麵市場的競爭，不會有獨占力濫用的問題。承辦此案時，我發現台灣人對產品的忠誠度高達 80%，這也是為何凡是有品牌的商品，在台灣的銷售額與市場占有率皆相當高的緣故。我認為公平會對此案，可進一步確認地理市場與產品市場的範圍，並分析經濟力所產生的效用，判斷結合是否會產生獨占力濫用的問題。

回到 Sirius 與 XM 的結合案，2 家業者皆認為應將其衛星收聽市場與傳統收聽市場劃為一塊。這裡需探討兩個問題：第一，衛星無線電服務的市場是否處於孤立、完備的狀態，以致於 2 家業者的合併會導致壟斷？第二，司法部的分析如何解釋衛星無線電與地面無線電、iPod、網路電台和其他新興媒體間之關係？最後 DOJ 認為：「任何關於競爭力的疑慮都敵不過一個事實，即目前處於發展階段的技術平台為數眾多，而發展的成果將提供衛星無線電以外新的、更好的替代選

擇……。雖然很難預測哪些新選擇會成功、具吸引力替代選擇的確切誕生時間，可以確定的是，未來將有很多消費者會視其中的一個或多個平台為具有吸引力的替代選擇」；另外，「在本部門對於長遠競爭影響力評估中，科技的演變扮演了很重要的角色。」亦即 DOJ 認為，創新於其中扮演了相當重要的角色。因此，DOJ 拒絕了傳統地面電台的抗辯，它認為，相關市場應該是衛星的收聽電台，亦包括其他傳統型電台。DOJ 並認為，Sirius 與 XM 的結合其實會帶來更多的競爭，並不會影響到消費者權益。可以見到，DOJ 不只在確認現今競爭的變化，亦察覺到對未來高科技產業趨勢了解的重要性，否則整個產業的發展將受到限制。DOJ 於本案中，就創新可能對服務內容、消費者與競爭利益的影響，都有考慮在內。

四、微軟與 Skype 的結合案

2011 年 10 月 07 日，歐盟對微軟與 Skype 的結合案，認為不應有任何條件來阻擋其結合。微軟與 Skype 的市場，是對顧客透過 Windows-based 的 PC 通訊，當時在歐盟以網路為媒介的視訊通訊市場中，即使占有 80%到 90%的市場份額，都無法決定市場影響力，因為這些市場上的產品都是免費的，且轉換成本相對較低。針對此案，歐盟考量到 4 個議題：第一，合併後的實體將提供免費服務這一點，是否會影響對其市場影響力的評估？第二，轉換成本較低會對市場影響力評估產生什麼影響？第三，創新在線上通訊服務方面扮演何種角色？第四，歐盟委員會該如何分析存在多重首頁之下的網路效應？

歐盟最後認為，微軟與 Skype 結合，並不會影響或減少競爭，因為雙方提供的是免費服務，對價格無任何引導力，且結合雙方亦須面臨極大的壓力，因為是免費服務，使用者選擇性就很多。最近幾年，Skype 似乎有逐漸沒落之勢，我現在也都是用同樣免費的 Line 和國外同學通話。2011 年不過是 3 年前而已，但 Skype 現在已是明日黃花了。

本案有幾個分析重點：第一，由於通訊服務是「免費」提供，因此市場占有率無法代表市場影響力。第二，因為是免費，任何向使用者收費的方式都有風險，一方面可能降低自身服務的吸引力，另一方

面可能迫使使用者轉而使用其他公司的免費服務。第三，消費者通訊部門是最近快速興起的一個部門，其特徵為創新周期短，因此高市占率很可能只是暫時的。在如此瞬息萬變的環境中，高市占率不一定意味著較強的市場影響力，因此也不能認為這些業者具有持久的競爭破壞力。第四，對於同時使用多個通訊系統的使用者而言，並不存在任何經濟或技術方面的障礙。記得剛開始使用網路通訊時，那時是 InnerVoice，後來有 WhatsApp，之後 Line、WeChat 等又出來，都是在競爭這個通訊市場，Skype 也就瞬間沒落下去。由此可見，瞬息萬變其實就是網路和高科技產業的特色。最後，「免費服務本身也是評估新實體市場影響力的一個相關因素……新實體自由設定價格政策的空間非常有限。」

因此，歐盟第一審法院認為，既然服務是免費的，那對評估市場力即有較大的困難，特別是若新的結合者限制價格，則將產生某些轉移的費用。過多免費提供者與低的轉移費用，亦會使產業面臨新的創新業者產生的壓力，新的創新業者為了進入市場亦提供免費服務，此時，若技術缺乏創新，則原有業者很可能隨時會被取代。因此，單純使用市場占有率，並不能代表市場的 market power，亦即，「免費所打下的市場占有率，並不是市場力的最佳代言者，」這是本案中相當著名的句子。

微軟與 Skype 的結合另有 2 個競爭對手：Cisco 與 Messenger，它們認為，歐盟並未考慮到 network effect，亦即未考慮到雙邊效應與網路效應的問題。不過歐盟認為，“users are not prohibited from downloading services communicable”，亦即，微軟與 Skype 的結合並不會產生進入市場門檻的問題，既然是免費服務，他人很容易都能進入這個市場，並非價格上的競爭，而是服務上的競爭，對新進產業並無任何門檻。歐盟更認為，就轉換新的使用者而言，並無證據證明此部分會有任何問題。綜上所述，歐盟是以創新對未來可能帶來的狀況，來否決部分人士不贊同結合案的看法。

五、美國聯邦貿易委員會對 Google 的調查

2013 年 1 月 3 日，美國聯邦交易委員會宣布終止對 Google 搜尋頁面上的內容是否涉及違反競爭行為所進行的為期 15 個月的調查。這邊有 2 個問題：第一，聯邦交易委員會應如何衡量涉嫌排除競爭對手的行為，和真正能使使用者受惠的品質改善？第二，聯邦交易委員會應如何分析在瞬息萬變的動態市場中所作的產品設計決策，究竟是否違反公平交易法？

當初會有此案的產生，最主要是因為，Google 在使用者進行搜尋時，會給予特定廣告者好處，使該廣告在搜尋時相當容易出現，並同時降低競爭對手出現的機會。美國聯邦交易委員會對 Google 的調查有幾個重點：第一、「因激烈競爭而對某些競爭者產生的不良影響，是所謂的『公平競爭』和法律鼓勵競爭行為所產生的常見副作用。」第二、「同時我們也留意到其他一般搜尋引擎也作了很多類似的設計變更，說明這些改變只是為了改善服務品質，不一定是為了排除競爭對手。」第三、「產品設計是提升競爭力的重要一環，如果譴責合理的產品改善行為將有可能損害消費者的利益。」第四、「Google 顯示其本身內容可合理視為改善 Google 搜尋產品整體品質的措施。」最後，聯邦交易委員會拒絕對其他設計上的問題再繼續追蹤，最主要就在於，它們認為 Google 所提供的相關服務，對競爭並未產生太大損害，又這些改變只是為了提升品質，能被許多證據證明對消費者有利，因此是能被認同的。

最後，在決定該行為是否違反美國反托拉斯法時，必須視 Google 在決定要做設計上的改變時，其改變的目的與效果為何。若證據顯示，Google 的重新設計，最主要是為增進使用者的使用經驗，提升其使用環境，則創新可視為能為消費者帶來更多利益。消費者的證詞亦認為，Google 的這些改變，目的是為改善使用者的使用環境，讓使用者能更加便利地利用 Google 的搜尋引擎，這也是聯邦交易委員會停止對 Google 繼續調查的理由之一。聯邦交易委員會認為，創新與改變是為了配合整個瞬息萬變的市場，若創新能為整體消費者帶來更多

利益，則針對競爭對手的抗辯與利益，即可加以漠視。再者，既然 Google 能改變，競爭對手也能做一些改變，以獲得更多消費者的使用，亦即，只要不破壞法律規定，其實就有許多空間容許業者去做產品上的設計與競爭。這也是 Google 一案所顯現出的整體趨勢。

六、蘋果公司指定 iPhone 的銷售價格與臺灣公平交易委員會的處理

蘋果在台灣強勢銷售 iPhone，公平會立案調查後，認為美商蘋果亞洲公司限制中華電信、台灣大、遠傳等 3 家電信業者手機綁約價，已違反公平交易法限制轉售價格條款，決議處蘋果亞洲新台幣 2,000 萬元罰鍰，成為全球第 1 個對蘋果開罰的國家，相當具指標性。公平會調查歷時 8 個月後，發現台灣銷售 iPhone 手機占蘋果全球銷售額約 1%，在台主要透過中華電信、台灣大、遠傳等 3 家電信業者銷售手機，3 家銷量合占蘋果在台銷售額 90%以上，主要都是綁約賣，空機很少。另外，公平會掌握蘋果的違法證據，主要是從合約及電子郵件上，來證明蘋果確實對國內 3 家電信業者限制轉售價格。且雙方為經銷，並非代銷，即電信業者買斷手機後，法律上，蘋果無權干涉電信業者要怎麼賣手機。就經銷與代銷而言，若是經銷，因為是買斷，故蘋果於法律上，即不得再對經銷價加以干涉，而只能決定出賣價，售出後即不得再干預經銷價格；若為代銷，蘋果則可自行決定轉售價格，這是經銷與代銷上很大的不同。

依合約交易流程，產品所有權在訂購、付款結清時即移轉給電信業者；而且對 iPhone 的保管、庫存等風險承擔也是由電信業者自行負責，蘋果與電信業者是買斷的關係。然而根據蘋果與電信業者簽的經銷合約條款，3 業者在新機上市前，須將通信資費方案與手機綁約價送交蘋果審核獲准才能賣，亦即，中華、台灣大和遠傳，無法依據自身的能力和效能，來決定轉售價格。如此將使消費者權益受損，亦違反公平交易法第 18 條的限制競爭價格。

蘋果出現此一問題後，歐盟亦對本案是否有限制競爭的狀況進行調查。調查重點主要包括：蘋果是否設置 iPhone 最低購買量、市場預算使用限制及設置附加條款，保證蘋果能較其他智慧型手機製造商獲

取更好補貼及銷售條款等，而擠壓歐洲競爭對手的生存空間。事實上，蘋果可能是目前全世界訴訟案子最多的業者之一，維基百科上，光是蘋果的訴訟就可以看到 3、4 頁，至少有 40、50 個官司正在打。蘋果去年業績當然很好，然而它們的法律訴訟，亦為蘋果賺取不少業外收入，占整體收入的 7%。這也影響到台灣的鴻海，鴻海之所以擴大其法律團隊，就在於它們相信鴻海在持續的發明中，必定會有這方面的需求，而這也是整個 iPhone 一案所產生的效果。

參、對高科技產業施行競爭法的意涵

一、高科技市場的市場影響力分析

（一）市占率持久度：市場占有率變化相當快，企業的高市占率有可能流失。

（二）網路效應：若忽視多重首頁的作用，網路效應可能會被高估。

（三）轉換成本：低廉的轉換成本增加了企業維持市場控制力的難度。

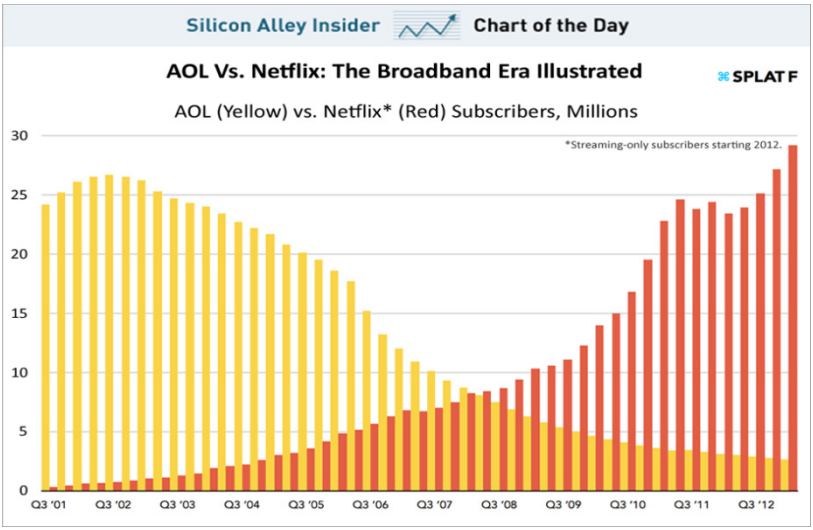
二、持久性

現任職於美國反壟斷協會的 David Balto 提出：在創新頻繁且進入壁壘相對低的情況下，企業的竄紅和沒落都有可能發生在一夕之間。另外，在科技市場中，市占持久性可能稍縱即逝，如聯邦貿易委員會核准了谷歌/AdMob 的申請，認為「歷史的借鑑無法準確預測未來，市場的高速發展使聯邦貿易委員會的立場無法維持」；又如微軟與 Skype 的合併案，認為合併後的實體如果「暫停創新或減緩創新速度」，則很可能將面臨轉換風險。因此，在高科技產業當中，一家公司可能被認為是市場主導者，但領導時間通常很短，如 Yahoo，都只有短暫地出現。又如最早做網路免費通訊的，應該是 American Online，但如今其市場已慢慢式微了，可看出市場上的轉換與變化是相當快的。

因此，高科技的創新才是 1 家公司的命脈，若停止創新，即相當於把自己置身於危險之中。前述亦提及，歐盟一審法院在微軟與 Skype

的結合案中認為，假如創新停止或縮慢，則此一結合案將有失去其使用者的風險。近年來，Skype 的使用已慢慢減少，微軟亦無相關的創新服務，因此，它便逐漸喪失了整個市場。綜上所述，高科技產業乃具有持久性稍縱即逝的特性。

接下來談到 Netflix 與 American Online 的問題。Broadband 是一個面板產業，從圖表上可以看出，黃色部分是 American Online，紅色部分是 Netflix，Broadband 的擴大對 American Online 明顯不利；但相對地，對 Netflix 來說顯然是個福音。American Online 是美國很大的科技公司，其創新能量似乎有所減緩，以致於在市場上的競爭能力亦隨之衰落。



三、網路效應

網路效應指的是隨著使用者人數增加，產品對於使用者的價值也會上升，例如電話。另外，某些雙邊市場可能產生間接性的網路效應，但並非全都如此。又可細舉為：

（一）間接性的回饋循環。

（二）A 邊的用途在 B 邊產生價值和用途，並反過來增加產品或服務在 A 邊的價值和用途。

（三）例如在微軟案例中的媒體播放器，就可能產生間接性的網路效應。

如前述所舉之例，Facebook 具有超人氣的使用，也就會使某些人特別喜歡用 Facebook 的東西。信用卡特別有此情況，在探討信用卡有無違反公平交易法時，常有人以網路效應，特別是雙邊市場效應，來討論是否應將兩邊的市場占有率都應加以考慮的問題。贊成者認為，理論上即應該如此；反對者則認為，即使不全然反對將網路效應應用於特定案例上，但若是針對一般上的適用，則仍會有一些問題。

針對微軟案例中的媒體播放器，若微軟將 Windows 與 WMP 綁定，則原廠設備製造商添加其他媒體播放器的可能性會降低，使用者亦較不會另外安裝其他媒體播放器，內容提供者以其他格式編碼的可能性也會降低，則邊際效益就不高，使用者開始覺得其他媒體播放器不重要，因此間接性的網路效應即產生。可以看到，一個受歡迎的產品可能帶動其他產品崛起，這也就是為何常有人會用有名的信用卡，對其使用者進行一些優惠，來帶動產品銷售、百貨公司到客率或餐廳到客率的原因。

然而，這與依賴廣告資金運作的平台形成一種對比，因為它不存在回饋循環。另外，使用者數量增加對廣告商來說具有更高的價值，但廣告數量的增加對使用者來說卻不具更高的價值。又網路效應並不具有絕對決定性，如微軟與 Skype 的結合案中，網路效應並不足以產生轉換門檻。近期研究則顯示，當多個開發商採用跨平台多重首頁模式時，市場可以在多個競爭者之間保持均衡的狀態，例如：「美國的智慧型手機平台之爭已經持續了很長一段時間，讓人感到意外……不同平台選擇之間存在著均衡之勢……『消費者』可以選擇任何一個平台，使用最吸引他們的 App」。

目前，整個 App 平台有 3 大主流，分別是 Apple、Windows 與 Android，我自己是使用 Apple 的 iOS，Samsung 與 HTC 是 Android 系統，Nokia 則是 Windows 系統。最初在選擇要使用哪一系統時並沒

有問題；然而，當我們選擇了其中之一，如我自己是選擇了 Apple，則我的 Line 即可能無法在 Android 的系統上使用。由此可見，選定一個平台後，人們其實是被該系統綁住的。因此，若 Apple 對我有任何權益上的侵害，如針對事後的轉換，或對我有任何特殊費用的收取時，即可能有違反公平交易法的問題。另外，App Store 開發的 iOS 系統，並無法搬到 Android 系統去使用，此時，若 Apple 要求這些開發商購買特別的防毒軟體以防止病毒產生，或要求開發商另外購買一定的商品，亦有可能有觸犯公平交易法。因此，進入一特定平台後，我們其實就進入了售後服務市場的窘境，如果有這些使用上的困擾，其實可以向公平會申訴。

現在比較強的 network，除了剛才提到的 Apple、Android 與 Windows 之於智慧型手機，另有 Microsoft、Sony 與任天堂之於電動遙控遊戲機，其實都有類似的情況。另外，在 Microsoft 與 Skype 的結合案中，網路效應之所以無法出現，最主要就在於它是免費、非封閉式的，且因為競爭者太多，不像手機，使用者選定一特定系統後，便只能使用與該系統相容的軟體，而具有約束的作用。

四、轉換成本

轉換成本是消費者因轉換服務或產品所產生一個成本，像現在若要將 Apple 上的電玩，利用其他的 Android 系統操作，即可能需另買一套相容的系統，這之間就產生了轉換的成本。在美國 v. Bazaarvoice 的案子中，網路效應導致相關市場的成本上升，「結合網路效應的聯合成本與轉換成本後……『Bazzarvoice』占有很大的優勢。」另外，在微軟與 Skype 的結合案中，「因服務是免費提供，所以轉換成本極低：如果向來提供免費服務的企業開始向使用者收費，而市面上又有其他的選擇時，相信很多消費者都會馬上換用其他免費競爭者提供的服務，」由此可看出為何許多業者都提供免費服務，再轉由他處賺回成本。Landgericht Hamburg 亦提出，搜尋產業的轉換成本極低，「使用者可以馬上換用其他極具競爭力的搜尋引擎，因為搜尋本身是免費的，而且不存在轉換壁壘」。所以只要沒有太大的壁壘，我們就認為

沒有特別需要去重視的地方。

五、市場影響力：終極之問

關於市場影響力，終極的問題始終都是：在某一市場內，這家公司是否具有「可觀的影響能力，可以獨立於其競爭對手、客戶乃至其消費者。」現任美國電腦與通訊產業協會主席兼執行長 Ed Black 談及，單純的市占率並不能說明問題：「如果網路上的穩定市占率可以代表市場影響力，那麼 4 年前 Myspace 就已經『壟斷』了整個市場，當時它占用了幾乎四分之三的社交網路的市場」。在探討此一議題時，已不再是單獨地看市場占有率，而應視其是否有獨立競爭對手、客戶，乃至於消費者，來共同檢視這個問題。

六、創新的重要性

缺乏創新就代表缺乏競爭力。對於享有壟斷地位的企業一般很少、或幾乎不存在創新活動，因為它沒有必要作這項投資。英國公平交易局則指出：「當市場上存在快速的創新變革時，由某家公司長期擁有高市占率並不一定意味著缺乏有效的競爭，因為市場領導者也可能為了持續領先競爭對手而被迫不斷改善產品和製程」，因此，在創新力極高的市場，若競爭法主管機關要加以介入，則須特別注意創新力對市場可能產生的影響，以及整個競爭的態勢。若許多公司都採用了類似的創新成果，這說明該創新是合理的產品設計改善，能使使用者受惠，亦即，若大家都有類似的改善，則顯然有一種趨勢，而此種趨勢是否真能使使用者受惠，當為首要考量者。若改變真能使許多使用者受惠，而且服務還是免費的，則此時競爭法主管機關的介入即可能需再三思。

七、真正的壟斷行為具有延滯性

美國在 1945 年談到了一個問題：「擁有絕對的經濟影響力會消磨企業的主動性、導致浪費和抑制創新能量」亦即，之所以無法容許獨占事業存在、或破壞公平競爭的事業存在的原因，就在於擔憂其會喪失競爭力，企業可能失去主動性的創新，則將導致資源的浪費並抑制

創新能量。

從 2001 年到 2006 年，當 Microsoft 獨占了整個 IE 市場後，便解散了旗下的瀏覽器研發團隊。相對地，Google 在 2007 年即開始新聞檔案庫的搜索，另外還有全域搜尋、街景服務、Google 健康管理服務、網站搜尋、Google 搜尋建議、Google 個人主頁、社交搜尋、Google 眼鏡、即時搜尋、咖啡因索引系統、位置搜尋、NBA 搜尋、食譜搜尋等，都漸次推出，2012 年甚至還有 Search Plus Your World。從這個案例能看出，Google 持續不斷的演變，使其市場知名度越來越大，也因此產生了相關的商業效益。同樣是 5 年期間，Google 是從 2007 年到 2012 年，Microsoft 是從 2001 年到 2006 年，吾人即可感受到，Microsoft 的瀏覽器似乎已不若從前那般銳利。

八、產品設計干預應遵循哪些標準

美國法院就特別提及，在介入一個案子時，對創新力必須特別注意。針對微軟一案的判決結果，美國法院認為，沒有任何理由可以合理化將 WMP 與 Windows 綁定的行為，「微軟宣稱在 Windows 作業系統裡面整合 Windows Media Player 是出於技術方面的考量，但這種說法毫不可信，」法院認為，此一行為已在整個 windows 環境體系中，影響到了其他競爭者的地位。美國一審法院(CFI)前主席 Bo Vesterdorf 談及：「只要占支配地位的企業將自身行為限制在改善產品品質而提升競爭力的範圍內，只要它不採取對自身產品價值和產能沒有任何幫助、純粹只是為了干擾競爭者提升市場競爭力之行為，則該企業在技術和產品方面的提升對競爭環境和消費者來說都有裨益，」亦即，企業自身的行為不得對自身發展沒有利益，亦不得只是為了要干擾競爭者。而只要是對自身產品價值與產能有所助益，且不致於干擾競爭對手的行為，都是可以被認同的。

九、對於法律施行的啟示

（一）當地施行情形

各國的競爭法主管機關專門處理損害當地消費者利益的行為，以台灣為例，蘋果公司在 2011 年因指定台灣市場的 iPhone 價格而遭受

罰款；或如 2011 年乳製品因價格壟斷受罰。另外，以上 2 個案例中，直接受害的都是台灣消費者，因此不牽涉他國的主管機關，台灣政府並及時處理、保護了國民的利益。

（二）消費者利益受損和學術界的共識

對消費者造成的損害依然是競爭法關注的核心：「該行為必須損害了競爭的過程（即消費者的利益）；單純僅對競爭對手造成損害並不足夠。」相關研究則已明確發現了最能直接損害消費者利益的行為，即為固定價格、劃分銷售區域和限制產量（這些行為本身在美國均屬非法行為）。

肆、結論

一、由於高科技市場的發展快速，很難預測任一企業對市場的「控制」能維持多久。

二、在高科技市場和其他提供免費產品的市場中，市占率無法說明市場影響力。

三、以過度干預的手段壓制創新活動尤為危險，在瞬息萬變的市場和產品設計的相關活動中更是如此。

四、針對競爭的過程和消費者利益受損的情況，必須制定明確的限制，從而提升法令干預的合理性。

五、為了有效施行相關法令，競爭法主管機關應集中資源處理他們最有機會命令更正的損害行為。

（政治大學法律學系陳子琳記錄整理並經講座審訂）

關鍵字廣告爭議之商標法與公平交易法評析

講座：中央研究院法律學研究所
劉研究員孔中
日期：103 年 7 月 22 日
場次：10308-274

壹、前言

謝謝主席、王委員。今天所要談的題目是真實案例。許多學理上的研究，特別是商標法案件，都必須透過實際案例加以研討，才有意義。這裡的前提是：究竟學者能否研究、評論正在進行中的案件？針對此點，本人在北京與 Google 亞洲法務總監有過爭執。本人認為，學者當然能研究並評論正在進行中的案件，否則若待案件終結後再研究，早已時過境遷，例如 Textwood 與蘋果牌的商標訴訟，一打就是 16 年的官司，16 年後還有多少人知道 Textwood 與蘋果牌牛仔褲？然而該總監認為，公平會不應於案件仍繫屬中舉辦與該案相關的演講，因為這可能會影響法官的判決。然而，究竟誰能影響中華民國的法官？本人曾幫黑人牙膏寫過法律意見書，事後並出版專書，但是黑人牙膏仍舊敗訴。而且，本人於學術領域耕耘 20 多年，知道學者與律師、法官的功能非常不同，本人並不會在當教授、學者的同時，還要身兼律師角色以獲取某種額外的利益。

20 多年前本人自德國回台時，那時聲勢最浩大的並非 Google，而是 Microsoft 與 Intel。Bill Gates 以年輕創業者的形象起家，使 Window 成為人人使用的產品，最後 Bill Gates 成為全球首富。但光陰似箭，市場競爭的發展非常快速，現今 Microsoft 獨領風騷的時代早已一去不復返。因此，不論再大的業者，皆可能有被取代的 1 天，這

就是研究競爭法誘人之處。

再來，網路既特殊又令人困擾之處，就在於它每天都在改變。就關鍵字廣告而言，每家公司實際上的作法，皆有一定程度的落差，而且都會適時調整策略，今天所要談的內容，許多都已成為過去式。今天討論的案例，是針對過去曾發生於特定時空下的特定銷售關鍵字廣告行為，探討其是否會產生商標法與公平交易法上的問題，而不是一般地探討關鍵字廣告本身(as such)的合法性，也並非特別針對 Google 而來。

Google 剛起家時，與當初 Microsoft 相同，免費提供搜尋服務，重點在顯示技術上的龐大可能性：最快速的連結與搜索能力。但後來為了賺錢，Google 創造出新的商業模式，例如關鍵字廣告，隨著「大資料」(Big Data) 的不斷累積，Google 比一般人更了解自己。Google 能了解某人於何種情況下，會花多少錢購買何種品質的何種商品。Google 之所以能這麼做，就在於它能透過分析主要關鍵字的流量，了解大眾耳熟能詳、念茲在茲，或想使用的商品為何。目前，Google 在搜尋引擎市場占有率持續在台灣已超過 70%，Google 光是 2012 年的關鍵字廣告收入即高達 425 億美金。

將他人商標作為關鍵字，有償售予廣告主，廣告主及搜尋引擎業者有無商標法或公平交易法上的責任？無論學理或實務上，其實都有詳為探討的價值。本人認為，智慧財產法院 101 年度民商訴字第 22 號判決中特定時空下 Google 系爭行為是不妥當的。本案牽涉「幸福空間」，在座各位可能不知道這家公司，但它已被智財局認定為著名商標。本案最後「幸福空間」敗訴，但中國大陸的「綠島風」案，與本案事實幾乎相同，以 Google 公司為被告，最後 Google 敗訴，與本案大異其趣。

貳、關鍵字廣告

一、種類與重要性

所謂「基本列表」，並未經人為介入，而係按被點擊的頻率，加

以計算排列順序。但這裡能變成一種商業模式，例如在各位看到「基本列表」前，先讓大家看一些其他的廣告；因為使用者沒有付費，相當於看無線電視節目時，先讓大家看一點廣告。但這些廣告，是否為夠清楚的廣告？

這裡就有所謂的「特別列表」。例如，輸入「廉價航空」關鍵字，前述「基本列表」係依資料出現的頻率高低而作排序；但就「特別列表」而言，橫幅廣告或頁面上方淺黃底的廣告(即特別列表)，則為廣告文案，輸入「廉價航空」時，會特別將之凸顯，以吸引使用者注意。但使用者必須點入廣告中，搜尋引擎業者才會向廣告主收錢，而代表該廣告是成功的。

圖一是關鍵字廣告的幾種模式。這些資料都是由原告所提供，本人認為該資料是具真實性的。過往的爭議案，大都是由商標權人控告廣告主，且公平交易法領域適用得較多，如人力銀行使用他人資料，或如東森購物張冠李戴以衝高自己的流量。本案則是首次由商標權人控告搜尋引擎業者，並以違反商標法條文為由提告。輸入「幸福空間」時，典型作法是，頁面上方、左方或下方會有一排廣告（但這些皆非「幸福空間」），三面包圍頁面中間的「幸福空間」基本列表。則此處有無商標法上的問題？

圖一

除「基本列表」與「特別列表」外，尚有跳窗式廣告（pop-up）、橫幅廣告等。如圖二，關鍵字廣告一直在增加當中，占所有廣告支出的 40.74%。關鍵字廣告是一種新型態的廣告，就不同技術而言，是非常複雜且隨時都在變化的廣告方式。例如，廣告主每天所需要支付的錢可能都不同，因為若有人急著進入市場，而他所出的價錢比之前廣告主高，則其廣告便能排在其前面。因此，每天所需要支付的錢可能都不同，每天廣告所排列的位置亦可能都不同。

搜尋引擎業者會給予廣告主誘因，讓廣告主願意支出更多錢來進行更多廣告，因為若排序太後面，則幾乎無人點入廣告觀看，亦無法賺得多少錢。這時，Google 會建議廣告主，與其以「室內裝潢」作為關鍵字，不如改成「幸福空間」，因為「幸福空間」的知名度高，如此排序順位便能前進。廣告主也會認為：即使我本身並非「幸福空間」，但只要能促進銷售量，如此亦無不可。因此，無論是 Yahoo 或 Google 的搜尋引擎業者，都是以 100%掌控與操作的方式進行，而每天廣告所呈現的方式與趣味，甚至是搜尋引擎業者所收取的費用，全部都是在變動的。

圖二

二、經營方式

（一）以網路使用者點擊關鍵字並連結到廣告主網站的次數向廣告主收費

如上所述，網際網路使用者必須點擊該關鍵字並連結至廣告主網站後，搜尋引擎業者方向廣告主收費。因此，搜尋引擎業者即有動機與誘因來建議廣告主，採用能吸引網際網路使用者點擊，進而連結到廣告主網站的關鍵字，如此方能向廣告主收費；若網際網路使用者僅看到廣告而未點入，則相當於做白工。這就是為何要自頁面上方、左邊與右邊，三面包圍中間基本列表的緣故，藉由「人海戰術」，使網際網路使用者能輕易點擊廣告，並進入該網站瀏覽。

有趣的是，無論預算多少，業者皆能於搜尋引擎頁面上刊登廣告。例如，1 則廣告最低要價 4 元，若業者不願支付超過 4 元的價格，則其廣告順位便會後移，大概會落在第 10 萬筆廣告之後，幾乎無人會點擊該廣告，Google 與這些業者亦因此沒有收入。輸入關鍵字後，0.07 秒內頁面上可能同時列出 20 萬筆資料，但後順位的廣告幾乎收不到錢。真正能收到錢的，僅前 2 頁的廣告，至第 3 頁後，因為時間

與注意力皆有限，網際網路使用者便幾乎不會再搜尋下去了。因此，要抓住眾人有線的精力與注意力，廣告主必須儘可能將廣告排序向前推。

（二）主動建議廣告主採用吸引網路使用者點擊並連結到其網站的關鍵字

搜尋引擎業者如何提供資訊與誘因予廣告主？例如，搜尋引擎業者可能定期提供廣告主流量統計，並告訴廣告主：只要將廣告優化，廣告順位便能往前跳。當然，廣告主可能因為所支付的錢不足，以致於其廣告仍無法跳至最前面，則本來 1 則廣告支付 4 元的價格，是否要改成 1 則廣告支付 40 元？搜尋引擎業者即會以類似的方式來做生意。

搜尋引擎業者會主動建議廣告主，應採取能吸引網路使用者點擊，並連接到該網站的關鍵字。搜尋引擎業者之所以能做關鍵字提案，其實很簡單，因為自 Big Data 中能知悉太多資料，了解究竟現在最熱門的關鍵字為哪些？因此便能針對特定廣告主提供關鍵字提案。搜尋引擎業者有關鍵字的規畫工具，又 Big Data 是搜尋引擎業者才有的，廣告主並無該等資料，所以亦僅搜尋引擎業者能告訴廣告主：如何調整預算？如何出價？應使用怎樣的關鍵字？等問題的答案。

（三）主要依據廣告主的出價決定廣告出現的排序

這裡並不需要競標的程序，而是由搜尋引擎業者設定底標：如 1 則廣告最低要價 4 元，若廣告主只出底標，則排序可能會在第 10 萬筆資料之後；若廣告主出價 5 萬元，則排序可能會在第 5 萬筆資料之後。無論廣告主出多少價，搜尋引擎業者皆能為其找到適當的排列位置。最重要的排序因素仍是廣告主所出經費的高低。若皆無人點進廣告，則搜尋引擎業者便會懷疑該廣告可能是缺乏效益的。因此，搜尋引擎業者即必須不斷更新資料，以告訴廣告主：這個關鍵字是對的、好的、對營收是有幫助的。

（四）以經銷商為代理人銷售關鍵字廣告

多數大型業者皆以經銷商的方式，作為代理人來銷售關鍵字廣

告。高科技業者並不會自己進行銷售工作，因為那是很瑣碎的，而且欠缺任何創意。最好的方式，便是設立經銷商，若發生侵權糾紛，第一關亦不會落在搜尋引擎業者本身，而是在經授權的經銷商身上。但整個商業模型，似乎是建立在搜尋引擎業者對 Big Data 的掌握上，其他經銷商僅有收支轉付的功能，毫無決定空間。這如同本人與代理人之間的關係，因此法律上的責任，仍應由搜尋引擎業者承擔，這也是民法第 169 條的規定。

（五）關鍵字廣告及廣告優化多委由搜尋引擎業者管理

每天的資料內容都在改變，若始終使用相同關鍵字，則廣告排序可能會愈來愈後面，因此會有關鍵字廣告優化措施的出現。一般廣告主無法自行操作關鍵字廣告，多委由搜尋引擎業者管理。廣告優化實際上亦可能發生錯誤之處，如公平會 99 年公處字第 099133 號處分案中，被處分人原本要做 momo 的廣告，但它所買的是「東森購物」關鍵字。該優化結果是，若網路使用者鍵入「東森購物」關鍵字進行搜尋，電腦程式便會自動將該關鍵字套入插入式廣告文案，並顯示「『東森購物』熱賣商品盡在 momo」。但這顯然是無心之過，僅是操作上的一些問題而已。

（六）商標爭議政策：關鍵字及廣告文案侵害他人商標時要求廣告主負責

2004 年之前，Google 的政策是非常謹慎的，考慮到可能牽涉他人商標權，因此當商標權人提出檢舉時，會將該商標排除於廣告文案與關鍵字之外。2004 年起，Google 則放寬其商標使用的政策，允許第三人使用他人商標作為關鍵字，即使商標權人抗議亦然；但若有人檢舉時，Google 仍會將該商標排除於廣告文案之外。

至 2009 年，Google 發展出技術，能自動檢視關鍵字所連結到的網站，並認定贊助廣告主於廣告文案使用他人商標的行為是否合法。例如，若贊助廣告主為商標真品轉售商，則即為商標的合理使用，屬於描述性的使用；好比我是專修福特汽車的人，則我使用福特商標，是在告知消費者這件事實，因此他人無法禁止我使用該商標。又例如，若為商品零件製造商或銷售商，因其屬於垂直鏈下游市場的供應

商，而業主希望將上、中、下游，包括售後服務的所有市場全吃下來，則此時最好的藉口便是：我有智慧財產權。智慧財產權具排他性，能將他人全部排除在外；但自競爭角度觀之，這種看法並不被贊同，反而是從頭到尾都應不斷競爭，包括零件、碳粉等都要補充，而不得對之有所限制。

若提供一個與原來產品能競爭的零件，例如，某種刮鬍刀的商標註明與「吉利」相容，則因為有太多人使用「吉利」牌刮鬍刀，所以這是一個初級市場。那若刮鬍刀壞了應如何？其實也不一定要整支換過，可能只要更換刀片即可，此時刀片需與刮鬍刀柄相容，方能繼續使用。因此，該產品雖非「吉利」牌，但卻與「吉利」是相容的。另外，若某網頁是評論網站，則此處即屬於言論自由的範疇，亦為符合商標法的正常作法。

但若贊助廣告主於廣告文案中使用他人商標不合法，則搜尋引擎業者將如何反應？是否有一機制，使網際網路使用者能跳回符合(1)贊助廣告主是商標真品轉售商，(2)贊助廣告主是商標商品零件製造或銷售商，(3)贊助廣告主是商標商品使用時相容零件或商品銷售商，或(4)贊助廣告主提供關於商標商品資訊或對其加以評論，此 4 個要件的頁面？抑或將錯就錯？本人認為，搜尋引擎業者目前應無前者的功能。

另外，真正的問題不在於使用者是否點入頁面，而在於是否造成商標法初始的混淆。亦即，使用者真正點入頁面後，可能會發現該內容與其所需要者不符，雖未造成混淆，但針對使用者已投入而浪費掉的時間，是否須依消費者保護法、公平交易法或商標法來處理？美國是以商標法來處理，我倒認為這較偏向消費者保護法的問題。

後來 Google 在技術上有所突破，因此便大膽將他人商標作為關鍵字廣告。針對 2009 年後 Google 的商標政策，本人其實不太有辦法理解，例如，「Google 瞭解商標的重要性。AdWords 條款及細則禁止廣告客戶侵犯智慧財產權。廣告客戶必須對自己選用的廣告文字以及用來帶出廣告的關鍵字負起責任」，此種排除責任的約款其實無效，因為它又說，「除非您(商標人)提出有效申訴，否則 Google 不會限制

AdWords 文字廣告使用您的商標（就算您的商標已完成註冊也是如此）。」

問題來了：何謂「有效申訴」？很簡單，網路上常有所謂「Notice and Take Down」，若商標權人認為某人侵權，則該侵權者即會被網站直接拿下來。但 Google 無法如此，因為這會影響到其商業經營。Google 已將關鍵字售予廣告主，此時若有商標權人主張該關鍵字侵害其商標，則 Google 會陷入兩難：若要拿下該關鍵字，需經過較長的程序，則應如何拿下來？關鍵字已售予廣告主，則是否代表 Google 需取消該買賣契約，並無法再出售該關鍵字廣告？其實這些規定都不清楚。本案至今已 1、2 年，Google 卻始終皆未拿下該關鍵字，但就連何謂「拿下來」，其實也都有再討論的空間。

另外，「Google 會根據多項因素來判斷某個商標是否能用於 AdWords 文字廣告。只有在商標字詞所有人向 Google 提出有效申訴，並要求 Google 廣告活動不得任意使用商標字詞的情況下，這些字詞才會受到下方所述因素和商標政策的影響。」此處翻譯其實不好，相當於陷入循環論證之中，易造成消費者的困惑。

就廣告文案而言，不同於「幸福空間」的關鍵字的廣告，是將關鍵字打散，再做一些美編，如「你要幸福的空間嗎？」自商標混淆的角度觀之，因為有做美編，因此廣告文案其實是與商標混淆較無關的。但若單純只是「幸福空間」4 個關鍵字的使用，其實就會與商標混淆有關。

針對廣告文案使用商標字詞的情況規定，「Google 會進行調查，並可能對商標字詞在廣告文案中的使用方式加以限制。若廣告文案中包含限制使用的商標，我們可能不允許該廣告放送。全球各地的廣告都必須遵守本政策規定。」其實這是不清楚的規定。針對關鍵字使用商標字詞的情況則規定，「Google 不會調查或限制在關鍵字中使用商標字詞的行為，就算商標所有人提出商標申訴也一樣。」

關鍵字廣告似乎是最自由的，針對與商標完全「相同」的關鍵字，Google 是不管的；至於針對廣告文案這種與商標「近似」的廣告，如「你要幸福的空間嗎？」或「幸福空間的真諦為何？」Google 反而會

進行調查，並可能對商標字詞在廣告文案中的使用方式加以限制，但如何限制卻未清楚規定。

我曾請助理寫信給搜尋引擎業者，上面說明我有商標被侵權的申訴，對方回應其會向總公司反映，並請我耐心等候。但至今為止仍無回音，不過我也不能怪它，因為我並未提出真正的訴訟案件。我只是在詢問一般的處理原則，並發現到，網路是即時的環境，由於 Google 在台灣並無處理台灣商標爭議的人力，因此必須回到美國公司，數周後再進行調查。

Google 的商標政策是非常不清楚的。若今天是一個剛創業的小公司，尚未思及商標爭議的處理，當然是情有可原的；但今天 Google 已是世界上最大的搜尋引擎業者，卻仍未規定出清楚的商標政策，此即是不可原諒的錯誤了，甚至可能伴隨嚴重的法律後果。

參、商標法的探討

一、商標使用

何謂「侵權」？亦即，必須有商標的使用，在商業上使用商標，以致於侵害了商標權的排他性，或混淆、減損了商標權，稱為「侵權」。這是現今較新的說法：必須先有商標使用，方能構成商標上的「侵權」，像後來白人牙膏未對本人提告的原因，即在於本人對其商標並無商業上的使用，而僅作為學術研究上的討論。牙膏的特色是低價但品牌忠誠度高，難以透過廣告改變消費者偏好，因此，最佳方式即為攀附商標，亦即前述提及白人牙膏攀附黑人牙膏商標的問題。

若需先有商標使用，方可能構成商標上的侵害，則問題來了：究竟廣告主有無使用商標？因為關鍵字並非由廣告主所輸入，而是由使用者所輸入。至於搜尋引擎業者有無使用商標？同樣地，該關鍵字並非由搜尋引擎業者所輸入，而是由消費者所輸入。此處因此形成一道完美防護牆：既無商標使用，則一切就沒問題了。這就是商業現實。

本人認為，商標法從不需以商標使用或商業上的使用，作為侵權的構成要件。學理上來說，商標使用區分為 2 種：維權使用與侵權使

用。維權使用中，使用人需有行銷商品或服務之目的，需有標示商標之積極行為，所標示者需足以使相關消費者認識其為商標，否則若占著國家資源不用，將造成公共利益的損害。維權使用的範圍是較窄的，重點是消費者有無認識到商標權人表張自己商品的意願。侵權使用範圍則較廣，簡言之，使用結果會使消費者對 2 個商標間產生聯想，若系爭商標為知名商標，則會導致知名度與商譽的減損、弱化。此時，若再去詢問有無商標使用，將形同於「多此一問」。但德國法係採構成要件說，即必須有商標使用，方有商標侵權；若無商標使用，則無商標侵權。

針對商標侵權有混淆誤認之虞，不僅是理論上的問題，亦為事實上的問題。將 2 種商品拿給消費者看時，究竟是否會產生吾人所希望能避免的混淆誤認與減損情況？若有相當可能性，即大約有 15%的可能性將產生混淆誤認時，則再去詢問有無商標使用會是很可笑的，因為此時商標使用的概念，其實已包含於混淆誤認之虞當中。

（一）美國法之比較

2009 年 3 月，Rescuecom Corp. v. Google Inc 的判決中，聯邦第二巡迴上訴法院認為，系爭業者係有意識地向 Rescuecom 的競爭者，推銷 Rescuecom 的商標，並對搜尋引擎業者展示、要約、銷售，並利用關鍵字推薦程式，鼓勵他人購買 Rescuecom，已構成美國商標法第 45 條定義之商標使用。可惜的是，該判決最後以雙方和解收場，因此，Google 在美國可說是尚未敗訴過的。

（二）臺灣商標法之使用

回到台灣，本人不認為商標使用為商標侵權之前提要件，僅為諸多考量因素之一。「侵權使用僅要求最低度之使用」，販售商標者，應知其所販售者是否為著名商標，必須具職業敏感度。例如，使用者為何不輸入「室內裝潢」，而是輸入「幸福空間」？只要查閱後即可得知，因為「幸福空間」是知名度最高的室內裝潢品牌，因此販售商標者即應小心應對，避免觸法。

（三）本案之判斷

1.「幸福空間」是暗示性商標

當消費者輸入關鍵字時，在消費者皆不知任何品牌的情況下，典型消費者會輸入種類名稱，例如，若要做室內裝潢，即會輸入「室內裝潢」4 字。若消費者輸入「幸福空間」，則「幸福空間」即商標法上所謂「暗示性的商標」，亦即，並非如「吻潔亮晶晶」等直接清楚告知商品功能的商標，而是必須由消費者去想像，可能是房屋、咖啡廳、餐廳，甚至是冰館，皆使人需運用一定程度的想像、思考、感受或推理，方能領會該商標與商品或服務間之關聯性。

搜尋引擎頁面的上方、下方與右邊皆有廣告，以讓「幸福空間」顯示出來。因此，當消費者輸入「幸福空間」時，消費者最遲於該網頁跳出時，即可認知「幸福空間」是一個商標。而且，在許多要做室內裝潢的情況中，若消費者無品牌意識，則根本不會輸入「幸福空間」4 字。

至於廣告主，當然可能辯稱不知「幸福空間」為何。但若「幸福空間」知名度愈來愈大，甚至被智慧財產局認定為著名商標時，若仍辯稱不知「幸福空間」為何，則會有法律上的問題。最有問題的，其實仍是搜尋引擎業者。自 Big Data 中，搜尋引擎業者應有職業敏感度，知悉做室內裝潢時，許多消費者會輸入「幸福空間」4 字，而能獲知「幸福空間」可能為他人商標。但這與搜尋引擎業者之商業政策互相矛盾，因為廣告當然是賣出愈多愈好，若法律上禁止此種販售行為，搜尋引擎業者即會陷入兩難。

圖三是 Yahoo 的資訊。Yahoo 在去年 12 月進行搜尋量的檢索，消費者確實會輸入「室內設計」、「裝潢」或「設計家」等描述性文字。但消費者也有某些品牌觀念，如衛浴設備中，有 TOTO、歐德、瘋設計、漂亮家居，或 DECO 等。

2. **廣告主**

廣告主是否符合侵權使用下的商標使用，可分別自關鍵字與廣告文案觀之。

(1)關鍵字

是否要購買「幸福空間」關鍵字？就方才所言，若同行間辯稱對「幸福空間」為商標不知情，則此理由被採信的可能性較低，因為競

爭是非常激烈的，且網路上搜尋一下即能知道。

媒體平台	奇摩 12 月搜尋量
幸福空間	9634
室內設計	8152
TOTO	8507
裝潢	7340
設計家	3836
歐德	904
瘋設計	915
漂亮家居	529
DECO	776
魔術空間	無

圖三

(2)廣告文案

廣告文案則較有爭議。廣告主於關鍵字廣告中，係被動接受搜尋引擎業者所提供許多廣告優化的建議。則此行為，是否亦能歸屬於廣告主的商標使用？本人認為仍應歸屬於廣告主，畢竟此行為是在廣告主同意之下所為，故縱使標示商標之積極行為是搜尋引擎業者所為，仍應歸屬廣告主的商標使用。當然大家能有不同看法。

(3)搜尋引擎業者

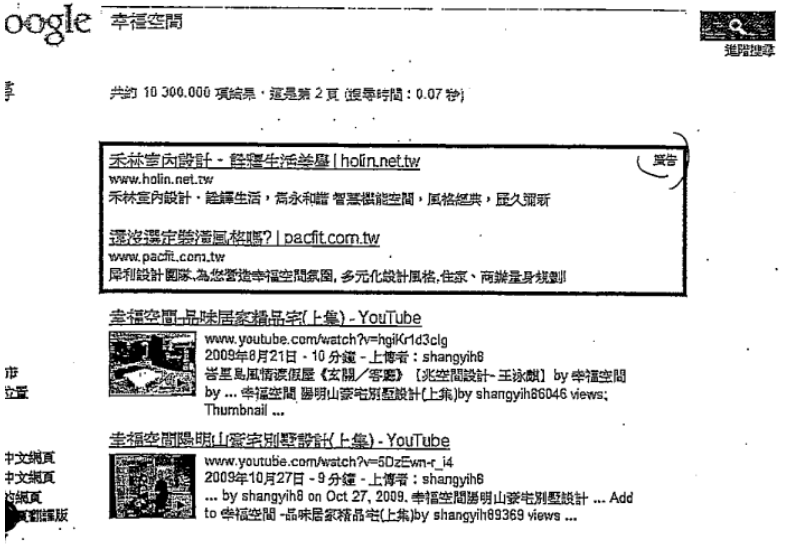
搜尋引擎業者能否有商標使用？智慧財產法院 101 年度民商訴字第 22 號判決認為，Google 公司僅提供廣告空間予廣告主放置廣告，既未積極標示任何商標，亦未以系爭商標用以表彰商品或服務之標識，亦無從認識該廣告有何標示商標之意，因此顯然無商標之使用。但本人較不同意法院的看法。為何大家喜歡「幸福空間」？其實自 Big Data 的角度觀之，「幸福空間」是一個常被他人搜尋與引用的著名商標。因此，展示、提供或促銷，其實都是在積極利用商標，作為

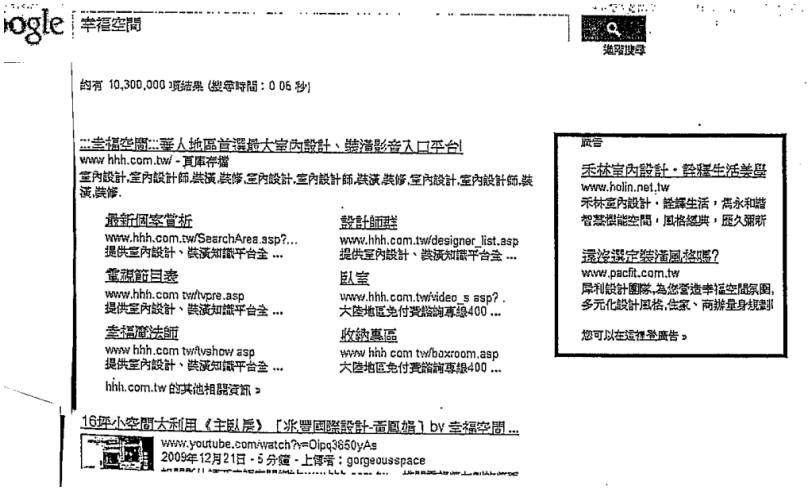
標示商品服務來源的一種商標價值。

二、混淆誤認之虞及其責任

這邊有幾個原告所提供的證據，都是經過公證人當場公證的。若輸入「幸福空間」關鍵字，則頁面右上角會出現「廣告」2 小字，當然也有出現於左上角的。美國 FTC 認為，將「廣告」2 字置於頁面右上角是錯誤的，因為消費者的閱讀習慣多為由左往右看，頁面右上角為消費者注意力最不集中之處，因此要求一律將「廣告」二字置於頁面左邊。現行搜尋引擎業者亦多遵照此作法，但本案中仍是零零落落的，有的在左邊，有的仍在右邊。

如圖四，搜尋引擎業者以 4 邊框住整個廣告，第一個出現的是「禾林室內設計」，第 2 個是「還沒選定裝潢風格嗎？www.pacfit.com.tw 犀利設計團隊，為您營造幸福空間氛圍」，此 2 廣告文案，不將「幸福空間」作為商標使用，而係將之作為一種描述性的使用。





圖四

第 2 次搜尋結果，則出現 All Life 室內設計「二房二廳室內設計不到 34 萬」的廣告文案與網址，有混淆相關消費者之虞。其實，針對此類案例，皆應迅速進行市場調查，並迅速結案，不得再拖延，否則將無人知道當初的真實情況。

針對方才所描述之搜尋引擎頁面格式，上方、下方與右邊皆會出現非「幸福空間」的廣告。該方框其實是有色差的，現在看來當然很清楚，但原本證據的色差並不明顯。而若為廣告，一開始即應清楚說明其為廣告。

（一）「相關廣告」、「廣告」與自然搜尋結果的區別不明顯

美國 FTC 去年 6 月有封「搜尋引擎導正信」，針對許多問題，告訴搜尋引擎業者應如何做較佳。根據美國所進行的實際市場調查，消費者愈來愈不注意到搜尋引擎傳統上，用以區別廣告與自然搜尋結果之裝置，無論是將廣告圈起來、以不同顏色標示、放大廣告字體，或置於頁面左邊，消費者皆視而不見。將近半數的網路搜尋者，未注意到「排列最先廣告」與自然搜尋結果不同，而是不假思索，即點入第

1 筆廣告，而非自然搜尋結果。消費者亦未注意到區別的背景顏色為何，且竟錯誤表示，區別用的背景色彩係白色，但事實上並非白色，因為白色根本無區別效果。因此，美國聯邦交易委員會建議搜尋引擎業者：(1)使用有明確外圍且較為顯著的色影，(2)以顯著的邊界明確區別廣告與其他自然搜尋結果，或(3)使用顯著的色影及邊界。

另外，針對方才所提及，將「廣告」2 字置於頁面右上方的問題，係與吾人現今的使用習慣不同。一般網路使用者多以由左邊至中間的方式檢視網站頁面，而右邊幾乎不太看，因此廣告必須置於左邊，方能引起消費者注意。

若消費者具品牌意識，約略知道「幸福空間」是個商標、商號或公司名稱，此時，若輸入「幸福空間」4 字，而頁面跳出大量資料時，即需模擬消費者的心情。若有 50%的消費者，皆點擊頁面上所出現的第 1 筆資料，並未區別是商標或廣告，則將產生混淆誤認之虞。

當然，於消費者具一定品牌意識之情況下，若輸入「幸福空間」4 字，頁面所跳出的是「還沒選定裝潢風格嗎？www.pacfit.com.tw 犀利設計團隊，為您營造幸福空間氛圍」等，則若消費者品牌意識堅強，堅持非「幸福空間」不用，則無混淆誤認之虞；但一般人的品牌意識應非如此強烈。搜尋引擎頁面中，廣告自上方、右邊與左邊，將中間的搜尋結果三面包圍，因此消費者即可能不小心點入廣告中，這還是針對有品牌意識的消費者而言。但許多消費者其實是欠缺品牌意識的，搜尋結果跳出後，往往直接點進第 1 筆廣告觀看；而「幸福空間」所放置的網頁其實也是廣告，只是未將錢付給搜尋引擎業者，或所付金額較低而已。對消費者而言，其實根本就不在乎搜尋結果是否為廣告。

（二）Google 商標使用難謂屬善意

對商標使用而言，Google 的職業敏感度較低。美國聯邦第四巡迴上訴法院 2012 年在 Rosetta Stone v. Google Inc.一案中，「明知可能引起相關消費者混淆誤認其來源」卻仍以他人商標為關鍵字及廣告文案」，於判斷商標有無使人混淆誤認之虞時，針對使用者是否為善意，亦為考量因素之一。

Google 內部律師亦認為，當使用者點進使用關鍵字的廣告主網站時，在未做進一步檢索前，其機器仍無法自動辨識贊助廣告主的網站，是否為所謂合法零售商、相容產品經銷商，或商標權人授權的產品轉售商。Google 內部研究亦反映，即便是教育良好、富有經驗的網路消費者，亦對 Google 贊助廣告主連結網站的性質感到混淆，有時甚至不知這些網頁其實是廣告。美國聯邦第四巡迴上訴法院認為，Google 在知悉消費者很可能因使用商標的行為而導致混淆的情況下，卻仍使用該商標，表示 Google 有意造成混淆，即非善意行為。

若上智財局網站，能看到過去 5 年內於曾被公平會、法院或智財局認定為著名商標者。這個資料庫包含約 3000 個著名商標，當然這並非全部的著名商標，但已足以提供吾人一個很好的指標。身為關鍵字服務的提供者對此資料庫的商標須較謹慎，因為它顯然並非「一般種類名詞」，而已是「著名商標」。Yahoo 即建立了一個資料庫，將著名商標全數放入。若商標權人聲稱其商標有被納入該資料庫中，則 Yahoo 便會立即停止銷售該商標的關鍵字。相較之下，Google 連這樣的低度自我審查機制都不願建立，可以說是 reckless。

（三）Google 使用「幸福空間」相關廣告之用語

以「『幸福空間』相關廣告」8 字搜尋時，搜尋結果頁面上，卻最先列出 2 家其他室內設計公司(非「幸福空間」)之廣告文案與網址，這其實代表 Google 欠缺職業敏感度。「幸福空間」為經智財局所認定之著名商標，若搜尋結果頁面卻最先列出 2 家其他室內設計公司，則大眾對「幸福空間」商標品牌認同的忠誠度或好印象，即會轉移至該其他 2 家公司上；但事實上，該 2 家公司與「幸福空間」是無任何關係的。

此時，「幸福空間」即非種類名稱，而係商標。將商標作為廣告詞而言，此係「幸福空間」之相關廣告。一般網路使用者依據其對「『幸福空間』相關廣告」此 8 字文意之理解，以及該其他 2 家公司出現於「幸福空間」鄰近位置之事實，至少有相當部分會誤以為這是「幸福空間」所作、支持、贊助的廣告或相關網址，或認為「幸福空間」與之有持股關係、母子公司關係、共同經營關係等，易產生混淆。

三、無法以指示性合理使用抗辯商標混淆之虞的侵權責任

如「專修『福斯』汽車」、「本公司刀片與『吉利』刮鬍刀相容」，2 者皆在反映事實，並促進市場競爭。但本案之廣告文案則不同於此，而是會讓消費者產生混淆，因此該知名商標將有被減損的問題。

四、減損「幸福空間」著名商標之識別力

（一）「幸福空間」是否為著名商標？

2012 年年初，智慧局認定「幸福空間」為著名商標。若上智慧財產局著名商標的網站，有收錄過去 5 年來的案件，應可找到「幸福空間」曾被認定為著名商標的案子。其實，本案之商標人自民國 97 年起，即註冊取得「幸福空間」商標。現在要成為著名商標是很快的，亦不需花許多錢，這與從前是不同的。尤其，「幸福空間」被認定為著名商標 9 個月後，商標人方提起本案第一審訴訟，因此，除非被異議人能提出證據，證明「幸福空間」此一商標於過去 9 個月內已開始衰退，否則於 5 年內，將難以反駁「幸福空間」著名商標地位。

（二）減損識別力之虞之探討

本案廣告主均是著名商標「幸福空間」之競爭對手，可以推定為明知該著名商標之存在，卻以廣告費令 Google 將其廣告文案及網址與「幸福空間」並列，雖然應該談不上減損「幸福空間」的信譽，但是有無減損其識別力？對此，必需區別而論。

證 1 搜尋結果頁面第 1 個出現「禾林室內設計」及「還沒選定裝潢風格嗎？www.pacfit.com.tw 犀利設計團隊，為您營造幸福空間氛圍」2 家其他室內設計公司，接著又在「幸福空間」廣告文案及網址右側及下方重複出現 2 次，形成三面將「幸福空間」廣告文案及網址包圍之態勢，令網路使用者眼花撩亂，無法專心，似乎會減損「幸福空間」之識別力、獨特性與指示服務來源之能力。證 2 搜尋結果頁面第一個出現廣告主廣告文案及網址，甚至在「幸福空間」之前，與網路使用者的商標（甚至著名商標）意識與認知會有落差，因此似乎也會減損「幸福空間」之識別力、獨特性與指示服務來源之能力。但是廣告主只是在基本表列之後出現 3 家室內設計公司的廣告文案及網

址，也就是在「幸福空間」及其他自然表列的檢索結果之後出現，與網路使用者的商標（甚至著名商標）意識與認知差距不大，似乎不會減損「幸福空間」之識別力。

至於搜尋引擎業者知悉系爭商標為著名的可能性較低，只有在系爭商標權利人檢附明確證據提出檢舉後，才可能滿足「明知」的要求。一旦滿足「明知」的要求後，Google 會因為將廣告主的廣告文案及網址三面包圍「幸福空間」，以及將廣告主的廣告文案及網址第 1 個出現在搜尋結果頁面，而使網路使用者的商標（甚至著名商標）意識與認知落空，而有減損著名商標「幸福空間」識別力之虞。

肆、公平交易法的探討

一、廣告主

（一）公平會及法院見解：可能違反公平交易法第 24 條

公平交易法過去有許多類似案件，但被告皆非搜尋引擎業者，而係業者間、廣告主與商標權人間之訴訟。如「一〇四」等案，自行於網頁標幟設計加上一〇四資訊科技之「一〇四」著名表徵，藉以增進自己網站之到訪率，使他人要搜尋「一〇四」時，會自動連結至自己的網站，被公平會認定為欺罔的顯失公平行為，違反公平交易法第 24 條。以下將公平會及法院見解整理歸納，分為幾個態樣：

1. 單純購買他人已達相當知名度商標為關鍵字，誘使消費者以該詞彙搜尋後，前往原告所架設網站，以達行銷自己產品之目的。
2. 購買他人著名商標為關鍵字，並在標題內容不當使用該著名商標。
3. 購買他人著名商標為關鍵字，並指示搜尋引擎業者進行廣告優化。
4. 錯誤操作搜尋引擎業者「插入 KEYWORD」功能，導致同業名稱錯誤置換廣告標題及文案 KEYWORD 部分。

（二）本文見解

廣告基本上屬於受憲法保護之商業言論自由範圍，除非侵害他人

重大權利或公共利益，否則不應輕易加以限制，廣告主利用網路特性所為之關鍵字廣告，亦應以此標準判斷。準此，廣告主購買他人商標作為關鍵字，為自己於搜尋結果頁面上爭取較佳的位置（例如在基本表列之後出現），若出現的第 1 筆廣告為「幸福空間」，第 2 筆為「二房二廳室內設計不到 34 萬」、「還沒選定裝潢風格嗎？www.pacfit.com.tw 犀利設計團隊，為您營造幸福空間氛圍」等，本人認為此係相當正常的現象。

但若因而使自己網址出現於搜尋結果頁面首位，甚至出現於該商標權人網址之前，即便以不同顏色標示或加上「廣告」2 字，仍可能構成榨取他人商標商譽之不公平競爭行為。此外，若廣告主不僅購買他人商標作為關鍵字，並於標題內容不當使用該著名商標（包括指示搜尋引擎業者進行廣告優化，或錯誤操作搜尋引擎業者「插入 KEYWORD」功能）誤導網路使用者，則亦屬於構成榨取他人商標商譽之不公平競爭行為，違反公平交易法第 24 條。

（三）本案

本人認為，本案除有違反公平交易法第 24 條之可能，亦可能違反公平交易法第 20 條。但公平會對第 20 條與第 24 條之區別，始終未有太多著墨。公平會認為，無法以第 20 條處分者，仍得以第 24 條加以處分。本人認為這是有問題的，因為第 20 條本身即在處理與著作權、商標權有關之事，凡超過其範疇者，即非法律所追究之對象。若以第 24 條之作為概括條款，包山包海將所有情況皆納入，則對業者將產生極大風險，業者將不知自己何時會產生所謂欺罔或顯失公平行為。實務上則認為，應先以第 20 條處分，若無法以第 20 條處分，再援用第 24 條，二者互不相斥。

二、搜尋引擎業者

搜尋引擎業者係自電信業者發展而出，並不斷在做產業鏈的連接、匯接、整理與改變。曾經，Motorola 與 Nokia 等，其硬體決定服務所提供之規格，但後來卻被電信業者吃掉，因為電信業者一出手，便買入數百萬台手機，將手機免費贈予消費者，此時手機品牌的創新

度並非如此重要，Motorola、Nokia 對市場的影響力亦隨之降低。直至 iPhone 出現，情況方又重新發生改變，iPhone 重掌主控權，所有第一類電信業者，如前所述，可說是全部都在幫 iPhone、Google，或 Facebook 等做工。

「幸福空間」要如何維持自己為全台最大的室內裝潢入口網站？即可能需要提供更多選項、功能與服務，因此 Google 與「幸福空間」，就室內設計相關服務資訊之提供上，即可能處於競爭關係。

（一）不正競爭

若針對是否侵害他人商標，事前皆不作任何調查，甚至連是否為著名商標亦不調查，本人認為此即有可議之處。方才提及，事實上，Yahoo 有建立 1 座「可能違法侵權的特定關鍵字資料庫」，可過濾掉許多不必要的爭議。另外，本案處理時間過長，官司已進行多年，Google 卻仍在販售「幸福空間」的商標；若最後被告勝訴，則代表其已免費使用「幸福空間」的商標多年。

（二）濫用市場獨占地位

1. **可推定 Google 為獨占業者**

反托拉斯法始終皆對市場上最大的業者提告。依據 http://gs.statcounter.com2014 年 2 月 19 日的統計，2013 年 1 月至 2014 年 1 月間，Google 為全台最大搜尋引擎業者，市占率為 57.93%(至同年六月近一步上升為 70.36%)。第 2 大搜尋引擎業者為 Yahoo，市占率為 40.53%（至同年 6 月減少為 27.72%）。自市場獨占業者的角度觀之，至少於關鍵字廣告中，Google 被認定為獨占業者的機會是頗高的。

2. **Google 不對關鍵字是否侵害他人商標做任何事前調查**

若觀察公平會歷年來處理濫用市場獨占地位的案例，例如當初菲利浦與索尼組成專利庫之後，向台灣廠商收費，公平會將其認定為絕對性的壟斷。但該專利庫於收費時，從未清楚告知台灣業者，其有 109 件左右的專利清單。公平會認為，事實上，該獨占業者不需費吹灰之力，即可使交易透明化，降低業者守法成本，並有利於公共環境。但若該獨占業者能為而不為，甚至對商標權人與廣告主雙邊收費，如 Rescuecom 向 Google 買關鍵字，希望能於搜尋頁面上排到較前面的

位置;但該案中,Google 亦對 Rescuecom 的競爭對手販賣 Rescuecom,則此於商業上將有所爭議。因此，要求 Google 進行一定檢查，並且能快速反映他人對商標侵權的抱怨，應為促使經營環境透明與產業發展的一種合理期待與協助。否則，若持續占用他人商譽，即可能會被公平會或台北高等行政法院，判定為公平交易法第 10 條第 4 款濫用市場獨占地位的行為。

3. Google 經商標權人通知其商標權遭侵害後不迅速採取補救措施。

伍、中國大陸「綠島風」一案比較

廣東省廣州市中級人民法院於 2009 年 11 月穗中法民三終字第 119 號判決，即處理過同樣涉及 Google 關鍵字廣告的商標法爭議問題，該案觀點多處與本案不謀而合。

一、關鍵字搜索服務是廣告、Google 公司對此有審查義務就商標法上而言，Google 公司對關鍵字搜索服務有審查義務。

二、第三電器廠及 Google 公司的行為是商標侵權行為。

三、綜合考慮二審發生的費用以及商標的知名度、侵權的時間、情節等酌情確定賠償額 5 萬人民幣。

陸、結語

網際網路一直都在變化，現行審判方式與公布判決的方式皆有問題。商標申請中有所謂「快速申請」，申請人多繳交費用，商標即能獲得較快速的審查，但本人認為本案即有快速審理之必要。但此與台灣網路資源中心內之「網域名稱爭端解決機制」有所不同，因此法院應如何快速審理案件，係值得考慮之事。最佳方式，是由搜尋引擎業者共同設立爭端解決機制，如此對產業發展或業者公共形象皆有幫助。畢竟大家都在做關鍵字廣告，皆會產生一定程度商標爭議，故若能合作設立一些敏感關鍵字的資料庫，快速有效處理完爭議，並對處理結果一律尊重，即能避免上法院訴訟，並使問題獲得解決。此於英國實務上皆實際發生過，處理電信業者客訴的問題，由所有第一類電

信業者出資共同委託一公正第三人，所有案件皆匯聚至該處獨立且迅速有效地處理，且業者絕對不會表示不服的意見，可資做為台灣參考的作法。

其次，因此像 Google 這般大型的平台業者，將來可能有保存所有檔案紀錄的義務。若要將 24 小時內的內容全部記錄下來，技術上應無太困難之處。因此，若他人要舉證大型平台業者有任何違法情事，則提出反證的責任，將會落在大型平台業者身上，因為它才有最終的資料。如本案中，Google 公司為被告，原告要證明其曾於某年某月某日有如何的違法情事，就會相當困難。再者，網際網路的商務行為，會導致法院實務上的某些變動：第一，事實舉證的調整。第二，法院公布判決時，必須將涉訟當時的具體事實與網頁所呈現的內容一併公告，否則將無人能了解被告行為具有可爭議性的原因。

最後，Google、Facebook 與 Apple 等為真正具備創新能量的事業，勞力密集型或投資密集型的電信業，如今皆已成為傳統產業，承擔所有辛苦的工作，僅賺取極有限的利潤。類似鴻海於整條產業鏈中僅約獲得 5%的利潤例如，95%的利潤皆由 Apple 取得。如今，連市場龍頭中華電信已淪落至替 iPhone、Facebook 與 Google 等大企業打工的地步。而由於中華電信被認定為獨占事業，所提供的基本必要之電信服務資費皆被嚴格管制，但對 Apple 的行為卻毫無限制。Facebook，僅是提供一個平台，由使用者將內容載入，如此簡單的方式，其股票市值卻高達幾百億甚至幾千億美金。

鼓勵創新是必要的，但創新不應淪為掠奪性地分享市場。高度利潤能鼓勵創新，但過高的利潤會讓人心變得貪婪，使企業無法長久維持。世界上有一群專業人士，不斷在找尋投資項目，過去投資標的可能是金融或石油，現在則是智慧財產權。這些人大約要有 10 倍利潤，才會考慮進入市場。他們的介入讓智慧財產權發生許多質變。諷刺的是，智慧財產權本是為促進公共利益而來，並於學習上、知識上有許多創造、累積與傳播，而非作為某些人炒作的工具。

（政治大學法律學系陳子琳記錄整理並經講座審訂）

拒絕交易行為於獨占地位之濫用問題

講座：逢甲大學財經法律研究所
林副教授廷機
日期：103 年 8 月 5 日
場次：10308-275

壹、前言

今天很高興能來這裡和大家見面。我醞釀這個題目已有一段時間，從去年將這個題目進行商議後，呈報予公平會，晚近這幾年的事業活動發展中，關於學術研究、政府部門、市場監督管理，或民間交易上所經常碰到的問題，探討交易行為於怎樣的情況下，一個人會有自由決定的意志與機會。若從負面的角度觀之，經常碰到的情況，在於 1 家廠商或相對人拒絕交易時，其各種面向的態樣如何。

關於今天演講的大綱，首先會向大家介紹事業拒絕交易（RTD）之態樣與其背景階段。第二，針對政策考量，若純粹自經濟觀點出發，卻要倚賴法律的制度或建構來完成市場經濟的理想，以及對公共政策上的結論，作為行政或司法上，尤其台灣是先行政後司法，如何處理此種狀態與案件。第三，進入法律主題，介紹拒絕交易構成獨占濫用之判斷，一般來說，獨占濫用與聯合行為或卡特爾行為有不同的重點。第四，美國及歐盟對拒絕交易行為之法規範及相關案例介紹。最後，公平會就拒絕交易行為之相關處分研析，而這些都是台灣人所知道的大集團或大廠商的相關案件。

貳、事業拒絕交易之態樣

一、拒絕交易（Refusal to Deal; RTD）

嚴格來說，拒絕交易（RTD）可分別自橫切面與縱切面觀之。一

般來說，拒絕交易多屬於垂直型態，當然也有同業間交換交易價值的行為，此種屬於水平態樣。至於究竟要如何區分二者？倒是無嚴格定義。一般來說，垂直 RTD，即 1 家有整合的事業，單純不提供交易予沒有整合的下游事業。例如，日本 S 公司掌握很重要的塑化原料，卻未提供予台商，但台商許多相關的面板或生物科技事業需要這些原料。日本的抗辯是：你並不在我的 customer list 中，所以我不賣給你。此即典型的拒絕交易行為。亦即，上游事業告訴下游事業：我無法供應你商品或服務。

法律上所關心的是，RTD 產生封鎖效果之對象為何？若非競爭對手，則為垂直 RTD；若自己也參與市場競爭，則屬於水平 RTD。其實，分類本身並非重點，判斷 RTD 是否違法時，將這些因素加以考量，其實是為探討 RTD 究竟涉及了哪些市場。

二、明示拒絕交易 v.擬制拒絕交易（outright refusal v. constructive refusals）

明示拒絕交易，即告訴交易相對人：我完全無法將商品或服務賣給你。擬制拒絕交易則有幾種常見態樣，例如：以交易相對人購買數量不足為由，制定不正常高價，有時甚至有價格擠壓（margin squeeze）。另一種態樣，則是願意賣給交易相對人，但故意遲延交貨。還有一種是台灣大供應商常見的手法，即為嚴格的客戶認證程序。我曾有學生在中小型企業，想進入台灣的一線大廠，該廠商即要求嚴格的客戶認證程序，但實情是，中小型企業永遠都無法通過驗證。

另外，特別是原料或物資供應商，亦可能僅提供次級品質或服務；不一定是瑕疵品，但可能也非交易相對人所希望的純化品質的原料。例如，台灣有些農產品供應商會辯稱：品質好的農產品，日本、南韓、中國等國家都買走了，哪有輪到台灣廠商買的機會？有些則會抗辯：這些產品，早已被五星級餐廳或知名的亞洲料理廚王公司訂走，哪有輪到小廠商買的機會？最後一種擬制拒絕交易的常見態樣，則是缺乏相容性、不提供保固等。

三、選擇性拒絕交易 v. 無區別拒絕交易（Conditional RTD v. Unconditional RTD）

選擇性拒絕交易，即交易相對人需符合某種資格或條件，這裡會涉及我國公平交易法第 19 條第 6 款的情況，是否會有搭售、限制價格的狀態？或是否有同法第 18 條限制零售轉售價格的狀態？至於無區別拒絕交易，則可能是完全拒絕交易，或可能會表明僅願意供貨予無競爭關係的下游廠商；若是於同一區域或生產線上與之競爭，則不願提供商品或服務。此種情況，亦有人稱之為歧視性的拒絕交易。

另一種情況是，大集團常有許多關係企業，此時它會抗辯：這些商品或服務，我自己供應關係企業使用都入不敷出，更遑論賣給其他下游廠商？這時就有一個很大的問題：若再讓該集團繼續肥大下去，則其他事業就都不要競爭了，則能否動用公平交易法第 5 條至第 10 條的概念加以處理？拒絕交易上，最困難的問題，其實就是智慧財產權有關的專利授權。智慧財產權最厲害之處，就在於能無限地 multiply，那究竟要授權幾家事業，市場才算飽和？目前尚無任何經濟學期刊文獻能對此有所回答。台商曾在與歐盟及加拿大的大型公用事業從事某種技術聯結時，亦碰過這樣的問題。

至於選擇性拒絕交易與無區別拒絕交易的區別點，就在於 RTD 是全面實施或選擇性實施？又如何矯正違法 RTD？若主管機關直接罰鍰，這其實較偏向政策上的辯論。若事業真有違法，而公平會依法裁罰，有些大公司的面子掛不住，此時，該公司的財務人員便可能會直接向公平會表明說罰鍰金額過低，因為其所賺取的利潤已遠超過罰鍰金額，但該公司仍會擔心與政府無法維持良好關係。

針對無區別拒絕交易，這是最難舉證事業拒絕交易行為於獨占地位之濫用的。其中涉及法律上一個最重要的法則，美國規範於聯邦憲法中，即為契約自由。事業是否有權利，選擇不與其他交易相對人進行交易活動？這與身分法的觀念部分很類似。例如，我們是否有權利說：你的條件很好，但我就是不願意與你交往？這其實是沒有任何不可的。就前述所提及之擬制拒絕交易而言，LV 可能會告訴交易相對

人：對不起，此款貨物並未於本地區販賣，而網路上亦無法提供下單服務，台灣並無任何可購買的管道，若要買，則可能必須跑到香港。重點在於，即便對方拒絕與交易相對人進行交易，依據傳統理論與實務，交易相對人卻完全無法有任何作為，因為這是契約自由的範圍，除非這影響到市場經濟活動所欲保障的法益價值，如自由競爭或市場活動機能等，而非保障消費者必定有購買的權利，這是很重要的觀念。

四、對消費者的 RTD

若涉及消費者權益，於某些案件中，法官會認為這攸關民生，對市場濫用地位的牽制與管轄會較敏感，而會判斷事業是否有透過濫用市場地位，藉以懲罰消費者。因此，於擬制拒絕交易中，有時必須考慮價格競爭的問題。哈佛大學的教授曾言：若獨占事業實施拒絕交易狀態，一般來說，競爭政策主管機關根本不應介入，而應由其他產業機關視其產業性質加以處理，除非競爭政策主管有看到事業行為對市場競爭的破壞，否則根本不應介入。

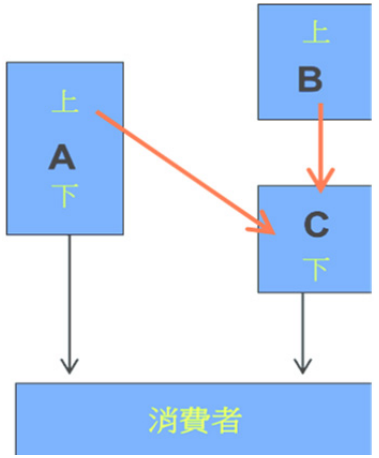
參、政策考量—以經濟觀點出發

一、限制獨占地位事業拒絕交易自由之論點 à 封鎖市場競爭

只要事業有一定市場地位，則針對其拒絕交易的後果，探討對下游市場之影響，與對上游市場之影響為何。

二、強迫上游獨占業者與下游交易所可能產生之影響

對上游業者強化獨占地位，對下游業者維持競爭關係，經濟學上則有短期效率及長期效率之衝突。這種潛在競爭者在旁邊觀望，則它是否敢加入市場？若上游競爭地位無法排除，則對下游廠商拒絕交易時，若涉及國際競爭關係時，獨占者可能會向競爭法主管機關抗辯：當你對我進行管制時，外面還有虎視眈眈的老虎、獅子、熊與豹在國際市場上徘徊逡巡，若對我進行管制，則我在國際市場上的競爭力即可能遭到削減。此時政府即需考量：若連最大的獨占廠商都倒閉，則對台灣是否還有任何好處？若未來皆由外來供應者進入台灣市場，則對消費者是否會更有利？這是非常難的課題。



究竟，此種衝突狀態的條件為何？政府在禁止獨占事業拒絕交易的狀態時，究竟對短期與長期市場的影響，需要考量哪些因素？當然，短期內較容易立竿見影，涉及消費者利益的問題；但長期下要如何說服消費者，證明暫時性的價格與條件限制，對消費者會是有利的，長遠觀之，未來還會有新產品、創新、競爭、其他優惠條件等能取得？有時消費者根本會說：我現在就已經撐不下去了。其實，這有時並非法律問題，而是對未來經濟上的考量，或對事業單方面經營行為的問題。因此，大部分已開發國家或先進國家對 RTD 政策所面臨的短期效率及長期效率之衝突，是始終存在的。我與美國、日本、歐盟一些相關領域的執業律師交換意見時，他們都表示，各國政府對此一問題的考量都是非常頭痛的，因為政府政策一定會影響到法院的判決。

肆、拒絕交易構成獨占濫用之判斷

一、絕對合法（Per Se Legality）

杜克大學講座教授、經濟學家 Joseph Spengler，提到了 Single Monopoly Profit 的概念。Spengler 的看法很有趣，他認為若獨占能產

生利潤，則為何競爭法主管機關仍需予以管制？但反對見解則認為：該理論之前提假設與現實世界獨占事業之情形不全相同，其適用將會縱放許多其他明顯傷害競爭之行為。Spengler 的回應則是：持反對見解的人士，難道你們不贊成自由經濟？

二、絕對違法（Per Se Illegality）

執行上需配合對獨占事業訂價上之規範，但究竟是採許可制或設立基準制？以許可制而言，指事業呈報予競爭法主管機關，若蒙同意則可。例如保險業在台灣屬於服務業，保險法條文有規定，若匯率經過政府許可，即可加以進行；但許多外國保險業競爭者都認為此規定很奇怪：為何業者無法各別協商保單契約？為何政府能決定許可匯率？為何無法自由與其他商業、工業或自然人消費者來談保險？在金門與花東的鄉下，為何開車的保費會與台北市相同？這是大家都感到不可思議的。這種情況，也恐怕會降低事業進行投資及創新之誘因。

三、判斷是否構成濫用之法則

首先是利益犧牲法則（Profit Sacrifice Test）。究竟事業犧牲了多少利益？第二，無經濟理性法則（No Economic Sense Test），為美國 DOJ 所採，若能找出該拒絕交易無任何經濟理性存在，則 DOJ 會願意進行司法或刑事犯罪的調查，因為這在美國是屬於經濟刑法的範疇。至於舉證責任則是在原告，要舉證拒絕交易者是無任何經濟理性而拒絕交易的，則如此具有市場地位的獨占事業，難道欠缺經濟分析師？美國與歐盟的大產業中多有經濟分析師，對產業的觀察不只仰賴管理、財務人員或財會報表反應，而會做經濟市場的某些分析。第三，相同效率事業法則（Equally Efficient Firm Test），探討相同效率於何種情況下能產生。若拒絕交易的行為，會將原本與獨占事業具有相同效率的事業排除於市場之外，則此時即違法；若僅將原本即較無效率的事業排除於市場之外，則此時即沒有違法，而屬於自然競爭的後果。困難之處在於，何謂相同效率？於經濟學上是否存在？是否有計量、量化的模型能表達？此種界定是很困難的。最後，消費者福利比較法則（Consumer Welfare Balancing Test），這其中又更抽象，消費者

福利與獨占事業所增加效率之間平衡的問題。事業既然能成為獨占事業，代表它所要犧牲的個人或家庭時間非常多，可能有幾百甚至幾千個員工的家庭要照顧，即使犧牲了婚姻或家庭，但卻將為數眾多的員工及其家眷照顧得非常好，這難道不也是照顧到社會大眾？獨占事業亦會辯稱：當我效率好時，甚至能多繳稅給政府，政府又能以這筆錢進行公共建設或其他有利於社會大眾的事情，但若事業無法再經營下去，則有任何好處嗎？

四、反競爭意圖（Anticompetitive Intent）→反競爭意圖是否為獨占濫用成立之要件？

意圖說僅於美國休曼法案第 2 條有提及，如意圖壟斷等，其他國家是無此部分討論的。肯定說認為，拒絕交易是否會造成損害競爭效果只有事業最瞭解，需以意圖證據佐證對競爭之損害結果，並以意圖為科處罰鍰數額之參考要素。否定說則認為，事業說要「打敗競爭者」之用詞，並無任何不對，就像於球賽中，若不以打敗競爭者為目標，又被控訴背信、利益輸送，則豈不兩敗俱傷？這是非常困難的地方。

五、交易歷史（History of dealing）

非必要要件是，違法拒絕交易包含對既存交易對象之「斷絕供給」行為以及對新客戶之拒絕交易。例如，2 個事業明明原本相處得很好，但現在卻拒絕交易，理由為何？針對此處，通常法院會進行大力檢視。另外，過去之交易事實可作為認定系爭斷絕供給，或拒絕交易是否具有「正當商業理由」之參考依據。又對既存客戶之斷絕供給，比對新客戶之拒絕交易更容易被認定為獨占濫用。因此，管制、監督機構與法院，其實也討厭喜新厭舊的狀態，事業必須有正當理由，說明其為何對既存客戶斷絕供給？實務上，供應商常說：若要繼續供應，我必須擴充廠能，但我並沒有這種能力，萬一幾年後市場條件不佳，訂單數量又不可觀，則整家公司會面臨重挫，這的確是事實。

六、損害競爭/封鎖競爭（Competition Harm/Foreclosure）

事業必須為獨占地位或具有相當市場地位，如公平交易法第 5 條

的判斷標準，其拒絕交易才會有損害競爭疑慮。美國認為，若導致下游事業被排除於市場之外，則有損害競爭之虞。歐盟則認為，消弭市場競爭而導致消費者受損，則有損害競爭的疑慮。此處，即談到事業究竟是為自己的競爭，抑或是為他人的競爭而來。只要造成實際封鎖效果或具有封鎖可能性就屬違法。簡言之，這裡的判準即為「損人不利己」，若符合「損人不利己」的情況，即可能違法。

七、獨占事業拒絕交易之抗辯

我國常見的抗辯是有正當商業理由。其他國家的抗辯，則為需有正當的商務決策或合理的商業理由（legitimate business decisions/ acceptable commercial grounds）。例如以交易相對人有不良信用紀錄或維持商譽為由，我曾經碰過的台灣案件是，台灣向法國與加拿大請求授權被拒，對方的理由是，台灣並無能處理該專利技術。台灣問說：那你為何提供予日本？對方回應：日本過去曾與我們競爭，透過競爭結果我們發現到，日本有能力來好好利用、開發我們的專利技術，那為何又將專利授權予對岸？對岸有哪一點較值得法國與加拿大青睞？是害怕於聯合國中的權利將有所減損？對方是不會對台灣明講的。此時尚能舉出的論證是，相對人根本未遵守一般供給契約條款，則此時對方也很聰明，它可能會暫停與對岸及台灣的談判，而是再設定 1 家 holding company，並將智慧財產權灌入該家公司，自己即可逃脫，轉而由那家新公司來負責談判。另外，效率—垂直整合效率、確保投資之適當回收，保護消費者之健康或安全，以及政府管制，都是其他國家可能要看待的狀態。

八、關鍵設施理論（Essential Facilities Doctrine）

目前為止，台灣仍不能接受把醫療行為當作商業行為，但有些國家已能接受；就像台灣無法接受教育是商業行為，但東南亞某些華僑的故鄉友邦，如馬來西亞，現在反而將所有教育都當作商業行為。若要設立大學，就必須營利事業化並且抽稅，我覺得這是值得參考的。

就關鍵設施理論而言，台電能否主張：某戶人家用電量不多，因此明天就停止供電？若真如此，則相信政府、人民、立法院與公平會，

都將一片撻伐。又電信業如 4G 業者，為何吵得一塌糊塗？也是因為它是通用電信的關鍵設施。碰到此類問題時，該關鍵設施一定有其使用必要性，若獨占者掌控了關鍵設施，使競爭者無法使用該設施與獨占者競爭，或無法提供服務予消費者，且已涉及重大的民生需求，則已構成獨占濫用。相反地，LV 能拒絕將其產品賣給逢甲商圈的業者，理由是：雖然逢甲夜市很熱鬧，但在地攤擺 LV 包包，會減損 LV 包包的質感，所以不讓逢甲夜市賣它的包包，而只能擺在信義計畫區、台中新光三越，或中山北路這些精華特區，原因就在於它並非關鍵設施，因此，逢甲商圈也無法有任何抗辯。

就提供可能性而言：獨占者有能力提供該關鍵設施給競爭者或其他競爭者，卻不予提供。例如，個別戶要告台電是很容易的，但若是其他電器廠商或小型發電設備供應商要告台電，則台電可能會以無能力提供該關鍵設施為由而拒絕提供。

另外，針對不可替代性，指競爭者無法以經濟合理且技術可行之方式重製、建造或取代該設施。曾有台灣廠商為取得某項專利，即以此理論與歐盟打官司，但最後敗訴，歐盟理由是：競爭者無法以經濟合理且技術可行之方式重製、建造或取代該設施，且該專利又非關鍵設施；台電、台水或中油所不能做的事情，不代表專利技術就不能做，甚至有些大藥廠會主張：若這些技術授予他人胡亂使用，則可能會害及許多使用該藥物或處方的醫病人員，則整個技術的社會價值將全數喪失，除非經過試驗，確認真有能力好好使用該技術，否則根本無法授權。

最後，就欠缺合理性而言，法院將考量獨占者拒絕或限制提供關鍵設施的理由是否合理。但究竟法院有無能力來判斷是否具合理性？或由公平會考量事業行為是否有公平交易法第 10 條的情形，但該認定亦很困難，因為各人都有其自己的一套合理性理由。

九、各國曾認定之關鍵設施

例如，「公平會對於電信事業之規範說明」針對樞紐設施的濫用；電力傳輸網路；天然氣管路；港口、機場、航空站；巴士轉運站、鐵路網；鐵路售票平台；股東登記平台；股票交易平台等。那台灣證交所是否算關鍵設施？我認為最好認定它是。許多人都不知道台灣證交所是股份有限公司，而認為它能為所欲為，因為它受政府委託行使公權力，金管會指示其開罰時，它也能對某些人罰錢，但它本身，其實是屬於某種層次的獨占事業。

伍、美國之法規範及相關案例

一、休曼法第 2 條（Sherman Anti-Trust Act）

任何人獨占、或企圖獨占、或與其他任何 1 人或數人結合或共謀獨占各州間或與外國間之貿易或商業之任何部分者，應視為觸犯重罪，且一經定罪，其若為營利事業，即應處以 1 億美元以下罰金，若為其他任何人，則依法院之裁量，處以 10 年以下有期徒刑、或科或併科 100 萬美元以下之罰金。

二、United States v. Colgate & Co. (1919)

Colgate 是一家販賣家用衛生與清潔用品的公司。它有 1 個限制零售價格的拒絕交易政策，如果賣方的售價低於 Colgate 所建議的零售價格，Colgate 可以拒絕與該賣方交易。這會讓我們聯想到公平交易法第 18 條，但此處並非以公平交易法第 18 條來思考。但是 Colgate 決定不受這個規定拘束，直接拒絕繼續與賣方交易。中斷合約後 Colgate 仍希望賣方能將現有的存貨賣完。

最高法院所闡釋之重要原則係，在欠缺實施或維持獨占意圖之前提下，任何從事私經濟活動之製造商或交易商均有權自由選擇交易對象或決定和誰交易，此權利長久以來即受到肯認且不受休曼法限制。亦即，法院帶入契約自由的憲法精神，認為休曼法案非未管制契約自由與否的觀念。此處也建立了著名的 Colgate 法則，亦即，簡單、直接、單一的拒絕交易，通說認為這是被允許的，並無法強迫任何人需

與其交易相對人進行交易。

三、Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. (1985)

Aspen Skiing Co.與 Aspen Highlands Skiing Corp.原先合作一起發行亞斯本滑雪區的全區套票，就像假若劍湖山世界、九族文化村、義大世界與月眉育樂世界要合作發行遊樂園套票，若本身未涉及聯合行為，如它會主張：這些遊樂園全都建在大甲溪以南，並未干涉到北部的六福村等，因此無聯合壟斷的行為，而僅是提供消費者一票吃到底的玩法。回到本案，經過一段時間後，因為併購的緣故，後來 Sking Co.停止與 Highlands 共同發行套票，甚至拒絕以零售價格販賣其所經營的 3 個滑雪場門票給 Highlands，使 Highlands 成為孤鳥。

最高法院見解採用關鍵設施理論旁邊的一種觀念，並認為第一，被告之行為不可不必要地限制競爭。本案判決結果出爐後，公平交易法領域的人士都很錯愕，原因在於，一個休閒處所或度假中心，怎會如關鍵設施般重要？最高法院解釋，因為 Aspen Skiing Co.已與 Aspen Highlands Skiing Corp.共同發行套票，2 家公司已共同經營企業多年，並已習慣此種模式，所有資源亦皆投入其中，此時若毫無正當理由而欲中斷合作，甚至原本所要求的商業條件，原告都是接受的，則為何不繼續合作？因此，最高法院同意被告以經濟效率為理由，使競爭者離開市場；換言之，被告不得基於經濟效率以外之理由而企圖消滅競爭者。另一方面，最高法院提出對消費者產生之影響。若消費者 1 次來至 Aspen 滑雪勝地遊玩，若消費者本即習慣去 Highlands 滑雪，則為何需破壞消費者原有的消費習慣？對消費者的不便利性、消費者所會增加的享受設施的困難度，全都產生出來。難道這亦稱為促進經濟發展？這難道是吾人所樂見的經濟情況？最後，被告不可透過犧牲短期獲利去達成傷害競爭者之目的，未來可能甚至想要將整個 Aspen 滑雪場的區域全由自己壟斷。就像若今天有家廠商能壟斷阿里山或日月潭，難道我們不會害怕？在 Verizon v. Trinko (2004)一案中，Scallia 大法官認為，Aspen 案已是最高法院所會進場干預最外圍的案件，亦即，最高法院要干預契約自由，並找出被告沒有道理的理由，或無合理性

的經濟行為，則這是非常困難的。

四、Verizon v. Trinko (2004)

Trinko 是紐約律師事務所的主持人，它訂購了 AT&T 的服務。AT&T 是聯邦跨州大型的公用電信事業，當地的交換器與線路，則必須與在地訂約，AT&T 才能進入，否則用戶即無法使用 AT&T。美國 1996 年電信法規定既有區域電話業者必須與新進業者進行網路互連，並且提供網路元件接取服務。Trinko 與 AT&T 簽約後，認為 AT&T 即應可順利與在地廠商簽約，以使自己順利獲得 AT&T 的服務。但後來 Verizon 併購了那家在地的公司，併購之後，該在地公司便拒絕與 AT&T 簽約，Trinko 便得不到 AT&T 的服務，因此便一狀告上法院。前 2 次，Trinko 的訴訟都被駁回，Trinko 又提起第 3 次訴訟，以 Verizon 未充足適當提供其網路元件接取服務之行為違反休曼法第 2 條而提起反托拉斯訴訟，最後仍敗訴。

最高法院見解認為：Verizon 並未違反休曼法第 2 條，因為休曼法並未課予獨占事業須與競爭對手分享其優勢資源之一般性義務。亦即，Verizon 雖與 AT&T 是競爭對手，則此時為何非需分享交換器的優勢資源不可？本案即作一區隔，認為 Trinko 與 Aspen Skiing 案之情況不同，不得引用 Aspen Skiing 案為判例作為論點。

陸、歐盟之法規範及相關案例

一、歐盟運作條約第 102 條（原第 82 條）

在歐盟共同市場內或某個重要區域，1 個或數個事業濫用其支配地位（dominant position）之行為，係足以影響會員國間之交易，而與共同市場不相容，應予禁止。包括下述行為：(a)直接或間接要求不公平價格或其他交易條件；(b)限制生產、市場或技術發展，致消費者權益受損；(c)對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上不利益；(d)以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質或商業用途均與該契約毫無關聯。某種層次上，亦隱含著搭售是不被允許的。

歐盟第 102 條排他性行為之立法目的，在於保護競爭與消費者福利，而非為保護競爭者，這與 Verizon v. Trinko 案有著異曲同工的政策上之理解與效果。Scallia 大法官於該案最後有句名言：公平交易法是在保護勞工與公民的工作權，並非為保護事業的工作權，雖然德國法有在研究，究竟事業有無工作權？但美國大法官認為，公平交易法並無法保障事業必定能進入市場。實際上，真正法律所要做的事情，是為避免市場失靈，重點是維護市場效率，而不應與工作權混為一談。這是吾人於研究公平交易法時，很值得去認識的。

歐盟對拒絕交易之傳統基礎見解，認為依據市場角度，判斷具有支配地位之事業負有一般性的供給義務，但該交易義務並非全部無條件限制。因此，歐洲法院就拒絕交易行為構成支配地位濫用之認定，漸趨嚴格（限縮第 102 條之成立）。因此，該政策亦造成許多公司，於進行許多交易條件的限制時，變成有較大的彈性空間。

二、Commercial Solvents Corporation v. Commission (1974)

氨基丁醇的獨占廠商 C 公司對以該化學原料製造抗肺結核藥之下游廠商斷絕供給，理由是 C 公司已計畫進入生產肺結核藥市場。歐洲法院見解認定，C 公司濫用其支配地位，本案成立濫用的門檻很低，理由包括：C 公司未能證明其無法繼續提供除了自己以外的其他業者；另外，C 公司因自己要進入肺結核藥市場而對原本下游客戶斷絕供給，係屬濫用。本案當時的時空背景下，肺結核藥的供給量不足且價格高，法院是否有其它背景的公共政策考量，值得吾人去玩味、猜想。因此，自歷史角度分析公平交易法，這是非常有趣的。

三、United Brands v. Commission (1978)

U 公司為當時全球最大香蕉出口商，因其下游丹麥經銷商 Valby 公司參與其他競爭者之推廣銷售活動，U 公司便斷絕對 V 公司 Chiquita 品牌香蕉之供給。U 公司以斷絕供給（exclusive dealing）為手段之獨家交易。歐洲法院見解認為，U 公司於行銷與通路上，構成支配地位濫用，因為其降低下游經銷商推廣其他品牌之意願，相當於減損市場競爭。歐洲法院判 United Brands 敗訴的原因，最主要就在

於，在客戶遵守一般交易條件之前提下，則具有支配地位之事業，應不得任意中斷與其客戶長期持續的交易，否則許多下游的商店、超級市場、百貨公司，或其他通路販賣商，即無法得到好的商品或服務供應，Chiquita 品牌香蕉之供給相當於斷炊，且亦無法於短時間內自他處獲取替代性的香蕉資源的供應，亦會影響整個公司通路之間的活絡，而此種活絡是消費者所不願意見到的。因此，本案判決受到相當大的擁護與維持。

四、Magill（1995）

3 家電視公司拒絕將其電視節目表之著作權授權給 M 公司，使 M 公司無法在其所發行之電視週刊上刊登該 3 家電視公司之節目表。以歐盟運作條約第 102 條 b 款作為強制授權的評價標準，RTD 僅有在例外 3 要件下才會構成濫用：第一，系爭遭拒絕供給之產品，對於另一項新產品進入市場而言，是一個不可欠缺之生產要素。第二，拒絕供給並無正當理由。第三，支配地位的事業透過拒絕供給而獲取下游的次級市場。本案綜合關鍵設施原則的審查標準，要件趨於嚴格，而本案剛好符合構成濫用的條件。本案與智慧財產權有關，智慧財產權的案件要涉及拒絕交易的議題，是非常敏感且困難的。例如，可能涉及著作權或商標授權的問題，特別是營業秘密或專利授權的問題，各自背景都有所不同。原則是，只要涉及智慧財產權，以營業秘密為例，我就是不揭露我家特效藥的祖傳秘方予他人知道，即便揭露將對廣大消費者有益，但只要我不想授權，我的專利權即會保障我在法律權益之下的獨占。電影事業亦常利用區域市場的作法，進行某些版本的配銷。

五、Oscar Bronner v. Mediaprint (1998)

奧地利地方性報社 Bronner 要求全國性報社 Mediaprint 提供其配送服務系統，藉以配送 Bronner 所發行之報紙，通路爭取問題。歐洲法院見解認為違法 RTD 須符合：(a)系爭產品或服務之不可欠缺性（indispensability）；(b)消滅來自遭拒絕供給公司之競爭；(c)無拒絕之正當理由。本案似合理原則的延伸，Bronner 仍可尋得其他替代配送

管道，競爭未被消滅，故拒絕授權不構成濫用。

六、IMS Health Care v. NDC Health (2004)

IMS 拒絕將其所建立德國藥品區域銷售資料之磚塊狀結構資料庫授權給 NDC。歐洲法院見解：智財權人拒絕授權，而所涉授權對於發展特定業務為不可欠缺，如符合下述 3 條件則構成濫用：1.該拒絕阻礙新產品之形成，且消費者對該新產品有潛在需求。2.該拒絕無正當理由。3.該拒絕使衍生市場中之所有競爭都被排除。

柒、我國公平會相關處分研析

一、公平交易法第 5 條（正面要件）

本法所稱獨占，謂事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。

二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情形者，視為獨占。

第 1 項所稱特定市場，係指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍。

二、公平交易法第 5 條之 1（負面要件）

事業無左列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍:

一、一事業在特定市場之占有率達二分之一。

二、二事業全體在特定市場之占有率達三分之二。

三、三事業全體在特定市場之占有率達四分之三。

有前項各款情形之一，其個別事業在該特定市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達新臺幣 10 億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。

事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場，受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前 2 項不列入認定範圍之情形，中央主管機關仍得認定其為獨占事業。

三、公平交易法第 10 條

獨占之事業，不得有左列行為：

一、以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭。

二、對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更。

三、無正當理由，使交易相對人給予特別優惠。

四、其他濫用市場地位之行為。

就構成要件與分析方法，除非公平會主動調查，否則，原告應負舉證責任，值得探討。

四、中油公司拒絕提供文久公司報價案（89 年公處字第 170 號處分）

（一）違法事實：

文久為提供立榮航空加油服務，於 88 年 9 月及 10 月 2 度函請中油提供國內航線用油報價並簽約供油，中油以研議油價結構為由拖延，至同年 12 月仍未提供報價；立榮航空恐國內航線斷油只得與中油續約，中油於 89 年 1 月 3 日函覆文久表示，目前中正機場國內航線用油客戶皆已與其簽約，故不另對文久提供報價。

（二）處分內容：

違反公平交易法第 10 條第 1 款規定，中油公以不報價手段阻礙他事業參與競爭，停止違法行為，罰鍰 500 萬元。

類似此案件，在德國或日本不太會受處罰，原因是產量已銷售一空，無產品可賣，就無處罰的事由。

五、中油拒絕與經銷商續約案（公處字第 091050 號處分）

（一）違法事實：

中油對其南部 6 間液化石油氣經銷商進行差別取價；中油明知合興提貨量大幅降低，係與中油未予合興以優惠價格提氣有極大關係，卻片面以提氣量不足，經銷績效不彰為由，拒絕合興於原經銷契約期滿後之續約要求。

（二）處分內容：

違反以平交易法第 10 條第 2 款規定，中油公司無正當理由差別

取價及無正當理由拒絕與合興交易，立即停止違法行為，罰鍰 800 萬元。

六、台化對經銷商斷絕供給案（公處字第 102118 號處分）

（一）案由

被處分人：台灣化學纖維（股）；檢舉人：合一實業；系爭商品：芒硝（無水硫酸鈉）。

（二）拒絕交易事實：

合一實業自 74 年起開始銷售台化公司生產之芒硝，台化從未向合一承諾保證供貨，雙方未簽署任何銷售合約，依個案議價；合一為台化芒硝最主要之交易相對人。台化於 101 年 7 月 27 日以電話通知合一暫無法提供芒硝；台化於同年 10 月 18 日接獲合一訂購芒硝 800 公噸之存證信函，亦復函表示無法提供。

（三）公平會對台化案之處分理由：

1. 台化公司為獨占事業。
2. 台化公司有斷絕供給之事實。
3. 顯無正當之商業理由。
4. 顯以損害檢舉人（合一實業）為目的。
5. 大幅增加排除檢舉人（合一實業）參與國內芒硝銷售市場競爭之可能性。

本案構成公平交易法第 10 條第 4 款規定，「其他濫用市場地位之行為」，命停止違法行為，罰鍰 300 萬元。

（四）公平會對台化案正當商業理由之判斷：

1. **台化公司之抗辯：**

   因應嫘縈棉之減產，重新安排芒硝之產銷而暫無法供貨予檢舉人。

2. **公平會處分理由：**

   台化於 101 年度顯無芒硝供給減少之情形，又台化於 101 年 8 月 1 日之後仍繼續銷售予其他交易相對人，故顯無正當之商業理由。

3. 台塑公司於斷絕供給燒鹼案所提之抗辯：

檢舉人未足量提領，並考量其交易誠信與履約能力。未獲公平會採納。

捌、結論及建議

一、締約自由與競爭法管制之調和

先決條件是締約自由在前，而競爭法管制在後，除受公益考量及檢視外，擁有自主與人交易的選擇與權利。

二、區分對既有客戶與新客戶之拒絕交易類型

建議根據公平交易法實施競爭法管制時，留意國際間在區分對既有客戶與新客戶之拒絕交易類型的編排，例如國內在引用公平交易法第 10 條第 2 款、第 4 款或其他支配行為時，其拒絕交易類型一致性。

三、主管機關宜加強獨占事業拒絕交易行為影響競爭之論證

依個人淺見，公平交易法多年實施成果，以公平交易法第 18 條、第 19 條不公平競爭行為處理與管制居多，至於屬於獨占事業監管行政案例、經驗較少。論證宜建構一套在經濟、財務、法律上資料及經驗法則作為執法參考。

四、擬制拒絕交易概念之導入

有關拒絕交易動機及背景，須相當的研究、解析，例如案件的調查所須投入人力、調查時間等資源，深入在法律上構成要件、行政規則程序上等之探討。

（政治大學法律學系陳子琳記錄整理並經講座審訂）

公平交易法第41條第2項規定適用之討論

講座：中正大學法律學系暨研究所蕭教授
兼法學院院長文生
日期：103 年 9 月 2 日
場次：10310-276

壹、前言

一、咖啡條款

（一）立法過程

在 2000 年 10 月時，公平交易委員會（下簡稱公平會）對 2 個重大的案子做了聯合行為的處分。第一個是在 10 月 1 日對 3 大鮮乳公司，認為其有聯合漲價之行為，而這個案子在 103 年最高行政法院認為公平會裁罰有理勝訴。而因鮮奶漲價，使用到鮮奶的 4 大超商咖啡也被公平會認為聯合漲價，分別處分 50 萬至 1600 萬不等的罰款。問題是 4 大超商並沒有因而降價，而且雖然罰款金額看來不少，但是與超商咖啡銷售金額相比並不高，所以罰款對其影響並不重大，這個案子目前還在法院訴訟中，公平會在台北高等行政法院是敗訴，但是在最高行政法院則是勝訴，案子現在又回到台北高等行政法院。這兩個案子出現之後，輿論認為當時公平會有的武器並不夠，所以立法院很快速的在 6 天內就三讀通過公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項。因為時間相當緊密，所以將之稱為「咖啡條款」。

（二）法條內容

公平交易法第 41 條第 2 項規定:「事業違反第 10 條、第 14 條，經中央主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制。」

公平交易法第 41 條第 3 項規定:「前項事業上一會計年度銷售金額之計算、重大違法情節之認定、罰鍰計算之辦法，由中央主管機關定之。」

依照公平交易法第 41 條第 3 項規定，公平會在 2012 年 4 月 5 日也公布了違反公平交易法第 10 條及第 14 條情節重大案件之裁處罰鍰之計算辦法。所以目前來說，針對 4 大超商咖啡漲價案或是鮮乳漲價案，我們立法者很快速地去反應輿論的要求，增修了以上法條，做為違反獨佔、濫用禁止，或違反聯合行為且情節重大時的處理。

二、民營電廠聯合行為案

在這個法律制定之後，公平會運用在民營電廠的聯合行為案裡面。因為整體環境改變，台電希望能對於民營汽電共生電廠之前的合約訂價，作收購電價的協商與處理。不過民營電廠一致不同意台電要求調整購售電費率，公平會調查後運用公平交易法第 41 條第 2 項的規定來處罰民營電廠。

第一次是在民國 102 年所作的處罰（公平會公處字第 102035 號），但是在行政院的訴願會卻將公平會的處分撤銷（行政院臺訴字第 1020147251 號），其理由認為民營電廠之聯合行為確實存在，但是罰鍰金額有所爭議，這與公平會或公平交易法沒有關係，而是行政上的裁處行為過程中，法律如果有變更，應該適用哪一個比較正確。隨後公平會又很快地做了新的處分（公平會公處字第 102192 號），不過在民國 103 年，行政院的訴願會再度撤銷公平會的處分（行政院臺訴字第 1030134131 號），其理由是公平會第 2 次處分時，將各電廠的罰鍰金額一律扣減 500 萬元，這當然也有爭議而被撤銷。

在這種情況之下，我們應該要思考公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項在非常匆促的情況下通過，到底有沒有辦法達到想要達到的目的，且在適用上也是有一些爭議的。

貳、立法目的

為何會有公平交易法第 41 條第 2 項的規定？因為當時輿論認為

就算處罰到最高額 2,500 萬，對於牛奶業者或超商業者而言都無法達到嚇阻的目的，所以在公平交易法第 41 條第 2 項的立法理由就是：因為獨占與聯合行為之限制市場公平競爭之行為，將難以維護交易秩序與消費者利益，有害經濟之安定與繁榮。但以原「公平交易法」第 41 條罰鍰之規定，及觀諸公平會對若干處分案例，得以發現違法事業被處罰鍰金額與其不法獲利額度顯不相當，甚至有不法獲利額度可能超過法定罰鍰新臺幣 2,500 萬元罰鍰額度之上限者。

因此，就參酌包括美國聯邦量刑委員會（Federal Sentencing Commission）1991 年訂定之「對團體組織被告之量刑指導方針」（Sentencing Guidelines for Organizational efendants）、歐盟執委會 2006 年訂定之「依據第 1/2003 號規則之第 23(2)(a)條課徵罰鍰裁定方法之指令」（Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a)of Regulation No 1/2003）、及日本獨占禁止法等規定，當事業實施不正當之交易限制行為時（即卡特爾，cartel），若違法情節重大時，中央主管機關得適當地提高罰鍰額度，以嚴懲卡特爾行為之不法所得，方可達到遏止違法之效果。

所以不管是從現狀來講，最高額 2,500 萬罰鍰不夠，或是從其他國家的立法理由來看，公平交易法第 41 條第 2 項的目的就是要嚴懲不法所得。問題在於不法所得是不是只能透過公平交易法第 41 條第 2 項來加以處理？在立法過程中早就有人提到這樣的問題。在行政罰法第 18 條第 2 項就有針對不法所得作規定，授權裁罰機關對於行為人因違法所產生的不利益，如果超過法定最高額的規定，當然可以不受法定最高額的限定，只是最大的困難在於舉證責任。如果主管機關要超過法定最高額的裁罰，需要去證明行為人違法取得的利益是多少，而且這個利益本身要跟違法行為之間要有因果關係。所以雖然法律有這樣的規定，但是在不法利得的證明上並不容易。

在立法者的眼中，主管機關比較容易得知事業的銷售金額，所以認為原來的行政罰法第 18 條第 2 項不能用，因此用了現在公平交易法第 41 條第 2 項的規定。因為在公平交易法第 41 條第 2 項的立法理由裡面，不斷強調罰鍰無法處理不當利得，因此就會產生一個爭議，

就是公平交易法第 41 條第 2 項引進的理由究竟是罰鍰還是剝奪不當利得，這兩件事情在行政罰法領域裡是不同的事情，究竟是要提高罰鍰來達到遏止的效果，還是要因為行政罰法第 18 條第 2 項的舉證要求太困難，而找一個相對容易的銷售金額來做為不當金額的框架。

另外一個比較大的爭議是立法理由談到美國的刑法原則，我們都知道刑法與行政法對於人民的行為限制差異性很大，刑法的原則能否適用在行政法本來就是一個很大的爭議。與我國公平交易法第 41 條第 2 項比較接近的是德國依照歐盟指令，在 2005 年德國第 7 次限制競爭防止法修正時，引進第 81 條第 4 項的規定。不管是歐盟、德國或是日本的獨占禁止法，在對於以銷售金額作為罰鍰上限的性質上是比較沒有爭議的，提高罰鍰的目的是對於現行破壞市場秩序行為加以處罰，更重要的是避免再犯。這與不法利得的剝奪沒有一定的關連性。

參、適用對象

公平交易法第 41 條第 2 項對於能夠適用的主體並未做區分，在該條文中規定:「事業違反第 10 條、第 14 條，……。」顯然並未公平交易法第 2 條的所說之事業去做區分。以公平交易法第 2 條來看，所稱事業如下：

一、公司。

二、獨資或合夥之工商行號。

三、同業公會。

四、其他提供商品或服務從事交易之人或團體。

其中公司與獨資或合夥之工商行號作為公平交易法第 41 條第 2 項的適用對象爭議不大，但在同業公會是否適用方面，在同業公會去做聯合行為時，對於市場秩序的破壞是相當嚴重的，問題在於同業公會不是營業組織，其銷售金額如何判斷？還有一個概括條款—其他提供商品或服務從事交易之人或團體，這部份相對是比較少，但是如果有要聯合行為時，要如何適用公平交易法第 41 條第 2 項的規定？如果去對照德國限制競爭防止法可以適用，其對象是以公司為主或是公司團體，同業公會或概括條款則是至始至終都被排除在適用對象之

外，這可以提供給公平會參考。

至於在違法行為部分，適用公平交易法第 10 條、第 14 條之規定，以獨占與濫用禁止為前提，相對比較沒有爭議。

肆、法律性質

再回到公平交易法第 41 條第 2 項的法律性質，究竟是因為行政罰法第 18 條第 2 項的舉證困難，而以公平交易法第 41 條第 2 項作為不法利得的代替，還是公平交易法第 41 條第 2 項本身就是一個罰鍰的規定？如果是不法利得則是要 100%明確的證明金額是多少。如果是一個罰鍰的性質就要區分故意跟過失的不同，只需要考慮依照公平交易法的規定去做裁量，不夠明確的地方可以用行政罰法第 18 條第 2 項去補充。也就是說在考慮罰鍰的過程中是沒有不法利得的考量，甚至說是否有不法利得不是考量的重點，而是在於是否破壞市場秩序，希望如此的違法行為在未來不要再出現。參照國外的規定，公平交易法第 41 條第 2 項的法律性質應該是罰鍰較為適當。

伍、構成要件爭議

一、上一會計年度

公平交易法第 41 條第 2 項規定:「……，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，……。」所以在做罰鍰裁罰時的時間因素是「上一會計年度」，問題在於什麼叫做「上一會計年度」，到底上一會計年度要如何決定，有以下 3 種可能性。

（一） 作出罰鍰決定的前一年

使用此項時間點的優點在於符合違法事業經濟能力或市場能力的現狀。但是其缺點是若公平會發現違法行為到做出決定期間過短，可能會出現以未違法之會計年度銷售金額做為罰鍰裁處考量的情況；若公平會做出決定的時間過長，可能會出現銷售金額標準的差異。

（二）違法行為結束時之年度

使用此項時間點的優點在於沒有時間落差且制裁效果非常明

顯，但是缺點在於違法行為何時結束的判斷。此外，違法行為在結束之後，其影響可能還會再繼續持續下去，其影響要如何評估。

（三）違法行為結束時前 1 年

使用此項時間點的優點在於違法行為的不法性與受責難性較為容易考量，因為其影響已經知道，而缺點在於違法行為何時結束較難判斷。

公平會在決定這個時間點的時候，並沒有在法律裡面規定，而是依照公平交易法第 41 條第 3 項授權辦法第 3 條規定：「本法第 41 條第 2 項所稱事業上一會計年度銷售金額，指中央主管機關作成處分時該事業上一會計年度之營業收入總額。」顯然現行辦法是採取第一種看法，有可能會產生時間上的落差。在調查時間很短，很快作成決定，則所追訴的年度可能會是事業完全沒有違法的年度；時間過長則會面對營業總額可能有重大差異的問題。參照國外的做法，是將裁罰年度透過行政權的行使來決定，而非法規命令，因為行政規則有較大的彈性。此外，裁罰的時間點對於人民權益影響重大，是應該由立法者親自決定，還是由行政機關來決定，也是一個很重大的問題。

二、銷售金額

到底銷售金額該怎樣認定，公平交易法在第 5 條、第 11 條與第 41 條都有出現銷售金額的用語，但對於何謂銷售金額都沒有明確的說明。對於銷售金額有詳細說明的是公平交易法施行細則第 6 條，是針對公平交易法第 11 條所謂結合時銷售金額如何計算，其規定為：「本法第 11 條第 1 項第 3 款所稱銷售金額，指事業之營業收入總額。前項營業收入總額之計算，得以中央主管機關調查所得資料或其他政府機關記載資料為基準。」此外，公平會所訂定之金融控股公司結合案件審查辦法第 2 條第 4 款對於金融控股公司的銷售金額規定是指事業之營業收入總額。

這就出現在一個法律中，是不是對於同一個名詞要做相同的定義，還是可以依照各個法條適用的對象作不同的認定。以目前來說公平交易法在第 5 條、第 11 條與第 41 條對於銷售金額的定義都相同，

都是指營業收入總額，但是問題在於到底甚麼是營業收入總額沒有做很清楚的交代。所以作為認定是否為獨占事業或事業結合申報的立法目的之銷售金額，與公平交易法第 41 條作為處罰依據的銷售金額，是不是可能有不同的定義？這有兩派看法，一派是認為同一名詞在同一法律裡面要做同一解釋，另一派則是認為是因為目的與功能完全不同，當然要做不同的界定。作為罰鍰目的的營業收入總額，或是銷售金額該如何去做判斷，有以下兩種可能性：

（一） 單一事業之單一產品銷售金額

因為主要是針對一個企業的違法行為，而事業的違法行為並非是所有的產品都有違法行為，所以所謂的銷售金額應該是指涉及違法行為的單一事業之單一產品銷售金額。這是從制裁的觀點來看。

（二）事業全部（國內、外）所有產品的銷售金額

此一觀點認為銷售金額是指事業全部的產品國內外的銷售金額。而所謂的事業還包括所有與涉案事業具有控制與從屬關係企業皆應算入，甚至是所有被認為經濟上一體性的自然人及法人的銷售金額也應被算入。採取如此寬鬆的認定是因為從經濟的觀點上來看，事業的聯合行為不會只考慮單一產品，而是會考慮企業整體的利益，所以一個罰鍰要能有效且能遏止違法，就要針對事業全部（國內、外）所有產品的銷售金額來考量。另外，也是為了避免關係企業透過財產移轉來降低罰鍰的情況。

以上兩種見解的差異在於數額的差距與非難性。使用單一事業之單一產品銷售金額與事業全部（國內、外）所有產品的銷售金額差額可能相當巨大，到底該以哪一個為主，該如何決定？罰鍰的非難性在刑罰或行政罰裡相當受到重視，違法行為所造成的損害固然應該處罰，但如果將與違法行為無關的其他合法收入都算在處罰可能性內，這在非難性上很難去說明清楚合法的收入可以做為裁罰的基礎。對於聯合行為來說，有的事業規模比較大，有的比較小，如果採取第 2 種觀點，對於規模較小、生產單一產品的事業在裁罰上就相對有利，對於規模大且產品多角化的企業則會面對天價的罰鍰。

另外，在現行的處罰罰鍰計算辦法規定下，只有提到所謂年度銷

售金額是指營業收入總額，並沒有將施行細則第 6 條後面那個如何幫助主管機關判斷何謂營業收入總額的條文放入，使得主關機關在審理結合案件的時候，對於結合事業的銷售金額應該盡一切辦法去調查結合事業的營業收入，但是如果調查不出來時，是否可以以其他政府機關的記載為準？又如果連其他機關也都沒有記載時，能不能有預估銷售金額的權限？依照目前公平交易法第 41 條授權所制定的辦法，是看不到有給公平會預估的權限。

三、情節重大

所謂情節重大是一個不確定的法律概念，依據公平交易法第 41 條第 3 項授權辦法第 2 條第 1 項規定：「本法第 41 條第 2 項所稱情節重大，指違法行為嚴重影響市場競爭秩序。」為了讓大眾知道公平會認定情節重大的因素，在授權辦法第 2 條第 2 項與第 3 項，做了更加詳細明確的規定。

傳統上對於不確定法律的概念有 3 種方式，主要是由主管機關對於不同個案作個案解釋，也可以透過解釋性的行政規則來解釋，這是最常見且效果最強的。不過公平會依據公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項針對重大情節訂定違反公平交易法第 10 條及第 14 條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法，這個辦法本身不是行政規則，而是有公平交易法授權依據的。這就出現了以法規命令來解釋不確定法律概念的情況，在法制上是屬於比較例外的情形，這將造成不同適用類型對於法院拘束力的問題。理論上，不確定法律的概念是行政規則的事情，但是現在把它提升到法規命令的層級，是不是有意透過法規命令來拘束法院對於情節重大的解釋，這可能會是未來會發生爭議的地方。

陸、公平交易法第 41 條第 3 項規定

公平交易法第 41 條第 3 項是一個授權依據，但是這個授權依據所制定出來的辦法到底行政機關是否能夠適用，就牽涉到公平交易法第 41 條第 3 項是否為合憲合法的問題。首先要考量的是公平交易法第 41 條第 3 項是否符合授權明確性，法律有沒有針對行政機關的目

的、內容與範圍加以具體明確的授權，從該條文的規定來看顯然是符合的，據其所制定的辦法有沒有逾越授權的範圍。不過其授權內容在上一會計年度認定、銷售金額計算、重大違法情節的認定，以及罰鍰計算的辦法等會有爭議。同樣的，在違法情節的認定、罰鍰計算的標準居然是以法規命令來訂定，這在將來可能需要去做討論。

柒、合憲性之疑慮

公平交易法第 41 條第 2 項受到許多的質疑，主要有依法處罰、法律明確性與比例原則 3 個論點。

一、依法處罰

所有的行政制裁依照行政罰法第 4 條的規定：「違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。」這叫行政處罰依法之法定主義。問題在於「以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限」的法律是指立法院通過、總統府公布的，還是包括法律明確授權的法規命令，這在法制上是有所爭執的，不過實務上與學說上都是採用相對法律保留，認為 2 者都是行政罰法第 4 條規定所稱之法律。

而在現行法律中存在一個重大問題，在辦法裡對於違反公平交易法第 41 條第 2 項的處罰區分成基本數額的處罰，以及加重減輕事由 2 種。其中在辦法的第 4 條規定處罰額度依照基本數額與調整因素訂之，第 5 條叫做基本數額，第 6 條叫做加重與減輕事由。也就是說到底要怎樣處罰人民，公平交易法第 41 條第 2 項看不出來，而是由第 41 條第 3 項所授權的辦法，區分罰鍰為基本數額，以及加重、減輕事由，最高上限為銷售金額的 10%。而這種區分方法究竟要由立法者親自為之，還是可以授權行政機關來制定，這在法制上可能會有爭議。

二、法律明確性

法律明確性基本上要求構成要件要明確，也就是說人民必須要從法律規定裡面知道哪些行為是被禁止，違法時應該要付出怎樣的代價。從公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項對於情節重大的規定不夠

明確，使人民無法預先知道什麼樣的情況會違反規定而被處罰，這在構成要件上應該還有更具體的空間。此外，違法時到底會被處以多少罰鍰也要在行政機關作成處分時才會知道，這使得行為人在從事違法行為時，無法得知在將來可能會被處罰多少金額，因此公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項欠缺期待可能性。

針對上述者 2 個理由，其他國家也有引進公平交易法第 41 條第 2 項規定，認為這樣的處罰相較於不法利得或以前的處罰，有 2 個合憲的理由。首先是銷售金額的處罰符合事業的經濟能力，即符合個案正義。不過因為銷售金額與獲利不是同義詞，且銷售金額與獲利之間的關聯性不一定成正比，所以此一合憲理由有爭議。第二，相對於不法利得，銷售金額較為容易確定且有上限，只是立法者訂了一個開放性框架，事後由行政機關具體化。

三、比例原則

比較麻煩的是公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項是不是符合最小侵害原則。該等法條所作的處罰是行政上的處罰，要有非難性與有責性，也就是針對行為來做處罰。而事業整體銷售金額跟違法行為的不法性、可歸責性，以及對於市場的影響的關連並不清楚。採用如此嚴重的手段來達到目的，是否違反必要性原則，是否還有侵害較小的其他手段可以採行。

參考大法官對於罰鍰的解釋，得到一個可能面對的爭議。在大法官釋字第 685 號、第 641 號、第 716 號等，對於處罰本身沒有問題，但是在個案會有罰鍰未有具體上限規定，以及處罰過於嚴苛的情形，可能會有違反比例原則的情況。這在未來公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項適用時，可能是會受到的質疑。

捌、決定罰鍰金額應考量事項

公平交易法第 41 條第 2 項裡有所謂罰鍰金額，第 3 項則是授權行政機關訂定罰鍰辦法，整個行政機關在決定罰鍰時應該要考慮什麼，要從行政罰法開始，因為行政罰法是行政罰的基本法，行政上的

處罰如果其他法律沒有規定就要回到行政法來，其他法律有規定則從其規定。因為公平交易法裡對於罰鍰有其規定，所以要優先適用其規定，相關規定在公平交易法施行細則第 36 條。但是在公平交易法第 41 條第 3 項所制定的辦法第 4 條到第 6 條又對於罰鍰有另外的規定。所以按照邏輯來說，依據公平交易法第 41 條第 2 項的規定裁處罰鍰時，決定因素要先從公平交易法第 41 條第 3 項授權辦法之第 4 條到第 6 條為優先考量，對於若有未規定的部分則回到公平交易法施行細則第 36 條，若仍有不足則回到行政罰法第 18 條第 1 項。

換句話說行政罰法第 18 條第 1 項是裁處罰鍰最基本的原則，不是被排除而是補充適用的情形。因為罰鍰是一種裁量權的行使，所以要遵守行政程序法第 10 條規定，不能有裁量瑕疵，例如逾越法定裁量範圍、裁量濫用或是裁量怠惰的情形。以公平會第 2 次裁罰民營電廠為例，行政院的訴願會再度撤銷公平會的處分，因為公平會第 2 次處分將各電廠的罰鍰金額一律扣減 500 萬元，有裁量怠惰的情形。

玖、與行政罰法第 18 條之關係

到底公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項與行政罰法第 18 條之關係為何？其中公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項為行政罰法的特別法，特別法優於普通法，但並沒有排除普通法，所以行政罰法第 18 條第 1 項在必要時仍可以補充適用。問題在於公平交易法第 41 條制訂時，並未處理公平交易法第 41 條第 2 項與行政罰法第 18 條第 2 項之關係。

如果將公平交易法第 41 條第 2 項作為不法利得的替代品，公平交易法第 41 條第 2 項就是行政罰法第 18 條第 2 項的特別法，即公平交易法第 41 條第 2 項優先於行政罰法第 18 條第 2 項，則縱使不法利得金額遠大於銷售金額，也不能適用行政罰法第 18 條第 2 項去課處不法利得。但是如果公平交易法第 41 條第 2 項是很單純的罰鍰，為行政罰法第 18 條第 1 項的特別法，則行政罰法第 18 條第 2 項仍然能適用。不過銷售金額的 10%超過聯合行為的不法利得，在適用公平交易法第 41 條第 2 項之後，是否可以再次適用行政罰法第 18 條第 2 項，

對不法利得再次裁罰？在德國行政罰法的做法是可以去剝奪不法利得的，但是這個裁量權受到限制，也就是說對於銷售金額的處罰不足以不法利益，則可以再使用不法利得再剝奪一次。但是如果銷售金額的處罰已經遠遠超出不法利得，則當然不能再次裁罰，不然會有裁罰過於嚴苛的情況。這或許可以提供給我國未來遇到相關個案的參考。

拾、結語

公平交易法第 41 條第 2 項與第 3 項的規定有幾個困難。第一個困難是如何將行政制裁體系較為陌生的規定融入，對於行政處罰而言行為的非難性很重要，但是公平交易法第 41 條第 2 項的處罰標準不以行為的非難性與有責性出發，而是以與違法行為不一定直接相關的銷售金額作為框架，如何融入現行的行政法體系是較為困難的事情。

其次，聯合行為要有過失恐怕很困難，但是獨占行為則可能會有過失行為。德國的限制競爭防止法第 81 條，其處罰有區分故意與過失，而我國公平交易法第 41 條第 2 項的區分則是相對較不明確。不過從行政法的體系來看，故意跟過失行為的處罰輕重會有不一樣，未來在適用上特別要注意的。

至於在違憲疑慮挑戰的部分，除了與融入現行的行政法體系需要磨合外，對於破壞市場的行為需要處罰斷無疑慮，但是在人權的保障上，處罰是否符合必要性或過於嚴苛，以及裁罰的構成要件是否明確，在將來都會受到很大的挑戰，期待能夠透過實務與判決進一步釐清。

（中正大學國經所陳世憲記錄整理並經講座審訂）

國家圖書館出版品預行編目資料

競爭中心專題演講彙編. 103年 /公平交易委員會著. -- 初版. -- 臺北市：公平交易委員會, 民105.12
面； 公分
ISBN 978-986-05-0940-3（平裝）

1.經濟 2.文集

550.7 105022332

103 年競爭中心專題演講彙編

著　　者：公平交易委員會
發 行 人：吳秀明
出版機關：公平交易委員會
地　　址：臺北市濟南路一段 2 之 2 號 12–14 樓
電　　話：(02)2351-7588
網　　址：www.ftc.gov.tw
出版年月：中華民國 105 年 12 月
版、刷次：初版一刷
定價：　新臺幣 200 元
展 售 處：國家書店松江門市
　　地址：104 臺北市松江路 209 號 1 樓
　　電話：(02)2518-0207
　　五南文化廣場臺中總店
　　地址：400 台中市中山路 6 號
　　電話：(04)2226-0330
印　　刷：萬達打字印刷有限公司
　　臺北市新生南路三段 84 之 1 號 2 樓
　　電話：(02)2363-9367

GPN：1010502589
ISBN：978-986-05-0940-3（平裝）

「姓名標示-非商業性-禁止改作」授權條款2.5台灣版本著作採「創用CC」之授權模式，僅限於非營利、禁止改作且標示著作人姓名之條件下，得利用本著作。