

公平法有關不公平競爭行為，應如何適用「合理原則」或「當然違法」原則

林廷機*

目 次

壹、問題緣起	三、不正當限制交易相對人之事業活動
貳、公平交易法之分析原則： 雙軌體制	肆、不正當營業競爭行為之適用 原則
、 合理原則	一、脅迫
、 當然原則	二、利誘
限制競爭行為之適用原則	三、不正當之方法
一、集體杯葛	伍、結論及建議
二、事業歧視行為	

中文摘要

公平交易法第十九條規範狹義之不公平競爭行為，而確保公平競爭即為其立法核心。執法者於認定構成該條行為類型後，是否尚須檢討事業活動之合理性或逕認為法律絕對禁止之行為態樣而當然違法，本文即在探討合理原則與當然原則在公平交易法第十九條之適用情形。

限制競爭行為包括集體杯葛、事業歧視行為及不正當限制交易相對人之事業活動，分別於第十九條第一、二、六款規範之。集體杯葛之事業行為基於商業動機而發動，則適用當然原則，對於非經濟上之動機而損害效果較輕微者，則適用合理原則。差別待遇行為及第六款之限制競爭行為類型，則因有其正當理由而可適用合理原則。

不正當營業競爭行為包括脅迫、利誘及不正當之方法，此為第十九條第三、四、五款之行為態樣。脅迫因具備高度可非難性，則應適用當然原則；利誘行為因有其定義程度上之困難，並無一定之標準，應適用合理原則；而不正當之方法屬不確定之法律概念，在認定上則應區別手段性格而分別適用當然原則或合理原則。

當然原則與合理原則對於公平交易法之不公平競爭行為之解釋與認定，立於舉足輕重之地位。此兩大原則不僅於反托拉斯法有其貢獻，於相關學術領域相信亦有其揮灑之天地。

*作者為美國克利夫蘭州立大學法學博士，美國印第安那州及聯邦法院及上訴法院執業律師，現任逢甲大學國際貿易學系暨法律教學組專任副教授。

壹、問題緣起

公平交易法自民國八十年初正式實施，迄今不過七年，短短的四十九條條文，卻攸關舉國商業行為活動之新交易秩序之建立。一項法律制度之建立，「秩序」這個要素和促進正當商業關係與競爭之保障間仍存著諸多重大的聯繫與重疊現象。¹公平交易法第一條之「維護交易秩序」與「確保公平競爭」即道出秩序之用語應該被用來描述此一法律制度之形成結構，特別在履行其調整自由市場經濟理論實踐之任務，於整部法典中運用一般規則、標準和原則，以滿足其立法目的。

確保公平競爭又與消費者利益有著互為因果之關聯性，吾國立法精神有意將限制競爭、不正當競爭及消費者保護三種保護法益溶於一爐。但終究消費者利益僅是在整體經濟利益考量之下，法律對於公平競爭之維護，反制濫用市場能力所衍生的從屬利益(collateral interest)，概以交易之相對人可以自充分競爭之商業環境中自主選擇對其最有價值之交易條件，以做出正確的商業決策(business judgement)。因之，消費者之利益方有受到法律施行結果相對保護之可能性。²

由此可知，事業以不公平之手段從事競爭獲取商業利益，對整體商業環境而言是一種破壞，並且同時造成其他相同事業活動受到不當限制。若將事業之競爭放置於弈棋比賽行為之比喻中，則遊戲規則之公平性以及參與者行為之正當性之規範才是弈棋精彩結果的品質保證。

公平交易法第三章為廣義之不公平競爭態樣之各類規範條款，其中從

¹ 關於公平交易法第一條維護交易秩序與確保公平競爭之內涵與立法用語連貫性之探討，詳見廖義男著，公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋，收錄於氏著公平交易法之釋論與實務第一冊，頁 2-7，民國 85 年 8 月。

² 然而，從美國 Sherman Act, 15 U.S.A. §§1 et seq.; Clayton Act, 15 U.S.C.A. §§12 et seq.; Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C.A. §§41 et seq. 等相關法案，綜觀而言，並未見以消費者之保護為公平交易法方面之主要保護法益，其主要之法益保護主體應是競爭者之競爭環境與競爭行為之公平進行秩序，而從屬利益才是消費者。見 Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).

第十八條之不當交易價格限制至第二十四條之概括不公平交易限制條款，可謂使公平交易委員會在職權運用與行政裁量認定之空間得以充分發揮。但是，如從狹義之觀點而言，公平交易法第十九條之立法目的在於確保公平競爭為其核心概念。³消費者保護不應列入公平法第十九條之法益考量，蓋因第十九條之規範客體係以事業行為為出發點，乃著眼於競爭之正當性之探討，而非規範企業與消費者之間之交易活動。一項法條之適用與執行所面臨之問題可以分成兩個層面：第一為解釋論之問題；第二為解釋意義與事實行為結合之認定方法上所採取之法律原則之問題。因不論是公平會之處分或是法院之裁判，皆必須藉由此一法則加以適用於條文與具體事實中。而公平交易法第十九條逐款規定六種有妨礙公平競爭之虞之行為類型，此六種行為類型各有其獨立之事實態樣，執法單位在引用第十九條各款作為依據之時，則面臨各該款行為構成要件滿足之時，應如何適用公平交易法學中著名之當然原則(Per Se Rule)，亦或合理原則(Rule of Reason)？此兩種適用原則之區格將對公平會以及法院處理公平法第十九條之案件之方式造成重大影響。於此，本文將這種適用原則之區隔，限縮研究於法院在各款之行為事實初步認定之後，是否應繼續深入研究檢討事業從事該款行為之合理性，以為最後不公平競爭認定之基礎。而對於事業被控訴之行為在公平法第十九條之各款中有否屬於法律絕對性禁止之態樣，而可以適用當然原則，不用再討論其行為之合理性或是「有妨礙公平競爭之虞」。

貳、公平交易法之分析原則—雙軌體制

反托拉斯法理學上，合理原則與當然原則分析方法之產生，源於美國聯邦最高法院於裁判企業競爭行為時，解釋引用休曼法案(Sherman Act)而產生。其誕生前後之順序乃是先有合理原則，而後基於司法經濟的原則，針對特別類型之不公平競爭行為一律適用當然違法原則予以非難，不再審

³ 見劉孔中著作，收錄於行政院公平交易委員會八十三年度委託研究計畫「我國公平交易法第 19 條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較分析」第五章我國法之研究，頁 145-178。

酌該行為之合理性。⁴

一、合理原則

美國休曼法第一條明文規定禁止任何用以抑制貿易或商業之契約、托拉斯，或其他方式作成之結合或共謀。⁵但美國最高法院長久以來一直認為國會立法之時無意一律禁止此種結合。⁶早期最高法院對於休曼法採取彈性適用原則，乃是以「合理性」(reasonableness standard)作為標準，由於著重於審查被告事業行為對於競爭的影響，因而有合理原則之稱。⁷此項原則於1911年 *Standard Oil Co. v. United States* ⁸乙案中首度被最高法院公開引用，首席法官 White 拒絕對休曼法做字面解釋，並且明言如果沒有以合理性為標準，則未來的執法工作，甚或該法案公共政策(public policy)的落實將為不可能。他亦解釋英美習慣法(common law)所適用之合理性標準是本法之目的，希望法院衡量案情時能採用。蓋因於英美法中，契約行為只有在不合理的抑制貿易才是非法。⁹

首席法官 White 說明英美法用以解釋休曼法之法律理論基礎，在於該法之條文對於契約或各種行為皆未明白定義。既然條文本身所列舉(enumeration)之各項行為態樣已足以涵蓋所有可以想像得到的契約或是結合，則當有抑制貿易情形發生時，整個人類活動範圍中所採用之任何方法皆將因此而成為非法，此種結果未免過苛。無可避免的，公平交易法裁判

⁴ 見下文頁 7-10。

⁵ 原文為：”Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce?, is declared to be illegal.”

⁶ 在休曼法最初實施之際，最高法院採嚴格主義解釋條文之意義，認為所有抑制貿易或商業之協議、合謀或結合之行為皆不合法。例如在 *U.S. v. Trans-Missouri Freight Ass’n*, 16 U.S. 290, at 340(1897)一案中，Peckham 法官曾謂：「法院不應該經由司法造法來解釋法律，政府之法律制定部門亦不曾如此要求。此種立法政策非常明顯， 繭 L 強而有力之例外理由允許我們做出法律條文例外之解釋，從而實質更改其意義與效力。」

⁷ See *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231(1918).

⁸ 221 U.S. 1 (1911).

⁹ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass’n*, 16 U.S. 290, 327-28 (1897).

之運作過程中需要訴諸一些原則，而英美法中之合理標準正是法院應該用以衡量案件之方法。¹⁰該案最後做出只有不合理的抑制競爭條件之契約或行為才是違法之結論。質言之，該案所建立之原則要義可由二種方式加以認定為不合理。其一為契約行為之性質或特性；其二為經由周遭環境演繹推論該契約或行為意圖抑制貿易，獲取金錢利益。¹¹不論根據何種方法審查，其範疇僅限於對競爭環境之不當影響做考量而已。

當 *Standard Oil* 案件代表著合理原則之解釋彈性時，其另一方面之問題也呈現出來，亦就是不確定性。七年之後聯邦最高法院於 *Board of Trade of the City of Chicago v. United States*¹² 乙案，提供了合理原則應該如何適用之指導原則。該案中之事實及背景，要言之，芝加哥商會 (Board of Trade) 是大部分穀物商品之交換中心，商會規定所有交易之會員，對於交易中心收盤後運送到達之穀物訂出一個收盤交易價錢 (off-hour trading price)。聯邦政府對此項規定之合法性有疑義，認係違反休曼法第一條。最高法院舉例認定抑制競爭之行為是否合理所該考量之相關因素供下級法院做參考。¹³

首先，法院重申斷案時，不可僅鎖定在抑制貿易之結果來看，因為每一個涉及貿易之協定，或合意多少都會抑制競爭。受控之不法行為必須用「合理性」加以分析，根據該行為對競爭產生之影響以決定抑制之合理程度。¹⁴其次，涉案事件性質之歷史層面亦須加以斟酌，尤其採用該抑制手段之理由以及其欲達成之目的皆有關聯。其合法性之認定為檢察抑制手段本身是否僅是在規範競爭活動、幫助競爭，抑或在於打壓競爭，甚或催毀競爭。¹⁵最後，*Board of Trade* 乙案說明受抑制之事業的性質，以及該事業活動在受不當限制之前後期間之狀況亦是合理原則適用之必要司法考量。¹⁶

¹⁰ *Id.* at 60

¹¹ *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 690 (1978).

¹² 246 U.S. 231 (1918).

¹³ *Id.* At 238.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

根據上述合理原則之適用方法，美國最高法院最後判決芝加哥商會有關收盤後穀物貿易價格定價規定之行為並未違反休曼法第一條。其中，針對商會決議之性質，法院認為僅在價格決定時才有限制發生。對於商會決議之範疇，法院說明是項規定只用在營業日當中之一小部分，並且也只用在運到芝加哥之穀物的一小部分而已。最後，對於該規定所產生的效果，法院認定既然該規定並未適用在銷往其它市場的穀物上，因此該規定對於整體市場價格並不會造成影響。日後，在類似案件上，各處法院皆以本案合理原則之結構分析法，針對涉案行為之性質(nature)、範疇(scope)，和效果(effect)三要素加以檢視，以做出最後之裁判。¹⁷

合理原則深具法律解釋之便利與執法之彈性，美國聯邦最高法院也釐清一些重點原則。然而，正確的適用合理原則審酌案件須在經濟的層面加以著墨，而非在公共利益(public interest)的隱喻下輕描。合理原則適用方法並不止於審酌被告行為之有利條件與其合理性、正當性的論述而已，其更進一步將焦點直接放在審酌(1)被告行為之目的或效果是否不利地影響競爭環境；(2)事業在個案當中所扮演的特殊角色以及個案事實的特殊性；(3)妨礙公平競爭個案事實行為之歷史背景及其從事抑制行為的理由。¹⁸

如今，*Board of Trade* 仍舊被美國最高法院引為合理原則分析之首列綱要。但是，各級法院在適用此一分析方法時仍有其困難性。蓋因最高法院從未對相關要素逐一加重量化適用，以致在案件事實認定上，陪審團及法官不知如何適從。並且，該案也未曾列舉何者為不合理抑制競爭問題之決定性因素。¹⁹美國最高法院在這方面的疏失及遺漏，也招惹出學界對合理原則適用法共同一致的批評，那就是：「凡事皆相關連，但無一足以解決問題。」²⁰

¹⁷ Posner, *The next step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 U. CHI. L. REV. 6, 15-16 (1981).

¹⁸ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 49 (1977). 本案指出，在合理原則之下，事實制定者必須審酌一個案件中所有的周遭環境因素，以便斷定該抑制行為是否對競爭已造成不合理的限制而應予以禁止。

¹⁹ Easterbrook, *Vertical Arrangements and Rule of Reason*, 53 ANTITRUST L. J. 135, 155 (1984).

²⁰ *Id.* 原文略謂：“When everything is relevant, nothing is dispositive.”

合理原則分析適用上之困難點，為司法解釋論(judicial declarations)上產生模糊概念，蓋由於欠缺一個既存的分析架構，用以指導該如何適用合理原則。當公平交易案件有合理原則適用性的問題產生時，其分析過程經常變為複雜而且冗長，實因合理原則適用時，勢必牽連被告事業經營方式之探討，以及周遭產業之市場地位之研究。此類曠日廢時之調查結果，使得適用合理原則來決定公平交易案件所費不貲，耗損政府財力，也加遽司法體係運作的負擔²¹。其中，不論公平交易委員會抑或各級法院於處理案件時，甚難具備各門專家學科的知識，逐點逐項就合理原則之判斷要件進行正確之市場經濟分析，再就公平交易法第十九條做出是否「有妨礙公平競爭之虞」的最後認定。

最後，觀諸美國合理原則適用之演進，可以得知其所缺乏的是一套明確的分析架構可以用來遵守，法院之判例亦不保證在不同的商業環境中從事相同之事業行為就不違法。因此，此結果的不確定性使得多數企業無法預測執法單位之方向與態度，恐怕會違反保護競爭之原始立法目的。

、 當然原則

(一)當然原則之肇始

如前所述，合理原則儘管在適用上有其困難與不確定性之問題，但它也一直是司法單位反托拉斯執行工作上的好工具、好夥伴。美國聯邦最高法院在面對事業之某些特定行為，如果發現其明顯的目的或其效果是為扼殺競爭，則司法效益與事業行為確定性之價值概念應優於合理原則彈性適用之利益。然而，該種行為一律視為(deemed)當然違法(per se illegal)。²²

美國對於當然原則之適用乃以行為類型(category of activity)為基礎，一旦受調查之行為性質上被歸屬最高法院所認定為當然違法之項目範籌時，合理原則所應廣泛審酌之各項情形就勿庸再加以考量，並且被告也不

²¹ 美國最高法院當謂：「細求被告事業行為之合理性，要付上嚴重的代價。」
See *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 343 (1982).

²² 例如在 *National Soc’y of Professional Eng’rs*, 435 U.S. 679, 692, 美國最高法院論及：「如果協定之本質和必然的效果非常明顯地反競爭，則不需再

用再多此一舉證明其行為之事業正當性(business justifications)或競爭利益。²³而被歸納為適用當然原則之行為態樣，其背後共通的法理原則是行為本身對於競爭有惡性效果(pernicious effect)且無任何補償價值(redeeming value or virtue)，是故必須概括加以認定此等行為對貿易已產生不合理之限制。²⁴在當然原則適用下之行為，不論其個案之於市場的效果是如何，一律視為非法，予以非難。²⁵

早期產生當然原則之試金石代表案件為 *United States v. Trenton Potteries Co.*，²⁶該案之事實背景大略為，衛浴設備的製造商共同形成了一個加特爾(cartel)²⁷協議進行定價(fixed prices)以及限制銷售給指定的包商，美國最高法院認為此種協議毫無討論餘地的不合理，因此當然違法。²⁸法院的理由是認為任何一個價格固定(price-fixing)的協議結果便是剷除競爭，故而不需要對案件做進一步的分析。²⁹

(二)從加特爾到價格固定

數年後，美國最高法院在 *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*³⁰乙案

細究該產業以證明其非法性，『此種行為』本身當然違法。」

²³ *Northern Pacific Ry. v. United States*, 356 U.S. 1, 51 (1958). 本身所處理的是搭售行為的問題。

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ 273 U.S. 392 (1927).

²⁷ 關於加特爾之概念，廖義男教授對此有深入之專論加以介紹，大略係用以指：「同一行業中同一產銷階段之多數企業，基於共同目的，以合意限制彼此間之營業競爭，而影響生產、商品交易或服務供需之一種企業聯合。」見廖義男著「卡特爾之概念」，載於台大法學論叢第八卷第一期，民國六十七年，頁 37-41。大多數之加特爾之合意行為以水平限制企業競爭(Horizontal Restraints on Competition)之方式出現。

²⁸ *Trenton Potteries*, 273 U.S. at 397-98.

²⁹ *Id.*

³⁰ 310 U.S. 150 (1940). 本案之事實背景相當複雜，數家原來彼此競爭的大石油公司以共謀抬高和維持汽油現貨市場(spot market)之交易價格被起訴。被告公司所用的方式是以分責購買零售業者所拋棄的囤貨石油，而企圖將價格因素消除。從而，大盤商可以維持長期供應契約中的利潤，否則，如果零售之現貨市場價格崩盤，勢必對大石油公司的營利產生負面效果。

中，正式解釋當然原則的適用方法。*Socony-Vacuum* 涉及一項大石油公司間對於獨立經銷商拋售汽油進行購買的共同計劃，法院先就被告所進行的計畫加以認定，認係該計劃是一種價格固定的協議，既然斷定本案應歸屬於價格訂定之行為樣態，因此當然違反休曼法第一條，不再討論該計劃在市場經濟的合理性。誠如 Douglas 法官所述：「根據『反托拉斯法』，一項結合(combination)的產生如其目的及效果係為哄抬、打壓、限定、鎖定，抑或穩定各州之間商品交易的價格，則當然違法。」³¹於此觀來，本案意味著，某一類之公平交易法案件的行為本身具備高度的可非難性(condemnable)，不論其具備任何經濟該當條件，法律斷不容許執法者進一步探討行為的合理性。當產業價格結構的自然規律不容人為干預是大多數經濟學者之主要考量時，當然原則的絕對性便有了需求的空間。³²

直到 1958 年，美國最高法院在 *Northern Pacific Railway Co. v. United States*³³ 案中將當然原則的適用範圍延伸到價格固定以外的其它事業行為上。在該案中，法院判定被告對於鐵路搭售分配優先路權之協議，當然違反休曼法第一條。法院的理由仍在於強調是項行為對競爭有惡性效果並且欠缺反射效益，某一類對貿易限制的行為當可遽斷為不合理。誠如本案所言，經由遽斷為不合理的假設，當然原則在適用上規避了面對事業行為合理性所必要的曠日費時的分析過程。

自從美國聯邦最高法院在 *Northern Pacific Railway* 案中，將當然原則的觸角延伸到其它行為態樣後，從整個美國司法適用當然原則的類型加以整理，可以得知成立當然原則適用條件的事業行為有下列幾種：(1)水平價格固定協議；³⁴(2)垂直價格固定協議；³⁵(3)水平市場領域分割；³⁶(4)搭

³¹ Id. at 223.

³² Lloyd, *Wealth Against Common-wealth*, in *The Populist Mind* 496, 501-05 (N. Pollack ed. 1967).

³³ 356 U.S. 1 (1958).

³⁴ See, e.g., *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211, 213 (1951).

³⁵ See, e.g., *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960). 值得注意的是，1997 年 11 月 4 日美國聯邦最高法院於 *State Oil Co. v. Khan*, -U.S.-, 97 *Daily Journal D.A.R.* 13, 619, (Nov. 4, 1997), 乙案中推翻了這個已適用了三

售；³⁷以及(5)集體杯葛³⁸等。而於此類案件中，當然原則不但清晰且一直扮演著避免複雜訴訟問題的重要角色。然而，學者亦當批評針對特殊案件在適用當然原則時，造成反托拉斯法解釋上的混淆和不一致。特別在事實認定過程上，經常會發生問題。³⁹例如，何種事業行為策略方法才算是價格固定？而在行銷策略(marketing strategy)中一項企業的正常促銷行為可以被法律解釋成搭售，反倒使事業競爭受到限制。在公平法的規範中，事業行為經常有著潛在的危險，恐一不小心落入當然原則的適用羅網中便萬劫不復。難道僅因該企業的商業作風強硬、策略誘人就成了當然違法的口實？當然原則適用下，也常以之否定經濟效益性高的事業行為。而且事業之各種合作活動、搬有運無不亦正是現代社會進步之動力？⁴⁰

參、我國公平交易法第十九條之適用原則

公平交易法第十九條法益之考量重點係對事實活動在公平競爭條件下的維護。因而該條以負面表列的方式規定六款事業行為，在「有妨礙公平競爭之虞」之實質構成要件發生前題下，不得為之。當然其中涉及立法機能係為預防壟斷、獨占、不當聯合或是自由競爭與公平方法的互動之純粹法學概念的一致性問題。⁴¹

然而，就整個條文各款之行為結構細究之，「公平性」之性質色彩較

十年反托拉斯原則，認為垂直限制的問題應該改用合理原則加以審酌。詳見下文第 30 頁。

³⁶ See, e.g., *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596, 608 (1972).

³⁷ See, e.g., *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 446 U.S. 2 (1984).

³⁸ See, e.g., *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985).

³⁹ R. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF* (1978).

⁴⁰ Williamson, *Allocative Efficiency and the Limits of Antitrust*, 59 *AM. ECON. REV. PROC.* 105 (1969); F. KNIGHT, *THE ECONOMIC ORGANIZATION* 9 (1933).

⁴¹ 見賴源河編審「公平交易法新論」，月旦出版社，86年3月，頁320-323。

不明顯，而須從市場機能或是行為意圖、目的及效果加以認定是否已達妨礙公平競爭之威脅性，故必須以合理原則加以審酌。而如行為手段本質上已具備高度之非難性色彩，並且為商業社會倫理價值標準所不容，則可逕以當然原則處理。就此而言，立法者既以「之虞」之字尾串結於第十九條之實質構成要件中，則具體已發生妨礙公平競爭之行為效果則不是本條適用之必要條件，反之，只須抽象消極效果具備妨礙公平競爭之威脅即可滿足此一構成要件。⁴²

基於上述之認識，公平交易法第十九條適用上，方有必要釐清各款之行為態樣究應斷以合理原則或是以當然原則為終結。此種類型化(categorization)之方法針對行為態樣加以區別、歸納合理原則與當然原則適用上之責任區，亦是美國歷來在公平交易相關法律執行的模式。此對於事業行為是否違反公平法之確定性有其正面指導之效果。並且，同時可以兼顧第十九條所欲保護之行為人、相對人，以及市場機制之公共利益三個層面的公平競爭利益。⁴³

基於前述原理，欲解決公平法第十九條各款行為態樣，分別應該如何適用當然原則或是合理原則的問題，首先，應先將各款行為分別分析其構成要件，再研究其行為本質，最後考量其行為手段之於公序良俗與商業社會倫理之價值程度，而判斷系爭條款之行為於吾國法律社會是否為高度非難之行為。⁴⁴如果答案是肯定的，則可適用當然違法原則。此一結論，亦就同時符合了「有妨礙公平交易之虞」之實質構成要件的前題。從而經濟分析角度之審酌過程則可以省略。

另一方面而言，於從事相同之認定方法過程中，如果認為系爭條款之行為，其本質涉及之層面、程度，經由商業社會、倫理價值與公序良俗檢視之結果，無由顯示高度非難色彩，則合理原則之經濟分析方法應對於系爭問題加以審酌，全盤衡量該事業行為於競爭秩序結果之利害得失，最後才能加以斷定是否「有妨礙公平競爭之虞」。

⁴² 見呂榮海，公平交易法解讀，月旦出版社，民國81年，頁110以下。

⁴³ 見劉孔中前揭計畫，頁145-149。

⁴⁴ 公平會(82)公處字第○四六號處分書，行政院公平交易委員會公報，第二卷第七期，頁13。

一、集體杯葛

公平交易法第十九條第一款規定事業不得為：「以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易行為。」本款之所欲規範之行為為杯葛(Boycotts)，杯葛行為本身即是一種違反競爭本質而打擊他人事業之手段，限制營業競爭為各國同類法規所不取，⁴⁵當時行政院函請立法院審議之公平交易法草案說明，即說明杯葛行為「將阻礙該特定事業之營業活動，應予禁止。」⁴⁶值得注意的是，公平交易法第十九條第一款僅處罰杯葛發起人，並不處罰杯葛參與者。美國關於此類判例之案件，皆根據舒曼法第一條審酌其結合(combination)行為是否為不公平競爭方法而阻礙競爭，歸納其處罰對象為杯葛發動者及杯葛參與者，因而，美國素來皆以集體杯葛(group boycotts)之法律概念研究討論是類之競爭行為。⁴⁷

(一)杯葛之定義

何謂杯葛？如何才是一項杯葛行為？「杯葛」一詞，就英美法而言，源自 1880 年愛爾蘭的一群農夫，在連續三年的欠收又加上英國皇家無意採取任何佃農保障措施下，召開會議集體決議斷絕與一位叫 Boycott 的農地經紀人之所有交易，因為他是負責支付清寒工資與驅逐抗議佃農的官長。⁴⁸可知這個名詞意味著一群競爭者形成協議，以拒絕與他人交易之行為，因該行為本身具備數人之合意，故亦可稱為集體杯葛。所以行為主體，即當事人至少有一人一杯葛發動者、杯葛參與者，以及被杯葛者。從當事人人數看來，杯葛行動之成功真可謂孤掌難鳴、眾志竟成。

⁴⁵ 見劉孔中前揭計畫全文介紹。

⁴⁶ 見行政院院總第一三七五號政府提案第二九七九號公平交易法草案總說明。

⁴⁷ 民國八十六年六月二十一日立法院經濟、司法委員會聯席審查「公平交易法部分條文修正草案」結果之節要報告中，公平法第十九條第一款增列「參與」杯葛者，將之納入限制競爭規範之規定。載於公平會公平交易法學術研討會綜合討論，頁 19。

⁴⁸ See LOUIS SCHWARTZ, JOHN FLYNN & HARRY FIRST, FREE ENTERPRISE AND ECONOMIC ORGANIZATION: ANTITRUST 530 (6th ed. 1983).

誠如許多其它法律原則之適用，美國早期之杯葛案件多半涉及一些幾乎所有公平交易學者皆予以非難之不當作為，只是那些案件多半是從非經濟的角度加以判斷。但是，近年來美國的案例多試圖以經濟角度加以分析審酌，進而區別合法與非法之事業行為。

在 *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Barry*⁴⁹ 乙案中，美國聯邦最高法院將杯葛定義為：「一種壓迫當事人的方法，一方與他方產生爭端藉由斷絕或徵求他人參與斷絕與對該對象購買或服務之行為。」⁵⁰ 其亦涵括徵求第三當事人參與斷絕交易之協議，用以迫使相對人降服於杯葛集體之交易條件。⁵¹ 其中重要的是進行杯葛的當事人共同一致的目標是在市場中剷除其競爭對手，以便保持事業的優勢。本案同時也可用以說明吾國構成公平法第十九條杯葛之交易行為要件之意義。

可以涉及到第一款杯葛行為，除斷絕供給、購買之基本行為態樣外，「其他交易之行為」只要符合集體斷絕交易之條件，皆應納入本款之規範。至於「其他交易行為」應包括那些？解釋上可包括價格固定之安排，聯合拒絕交易以促使他事業接受條件共同剝削顧客，甚至事業進行發函他事業之交易相對人主張專利權亦可構成杯葛。⁵² 因為本款在適用上亦須同時配合「以損害特定之事業為目的」之動機構成要件互動解釋，所以本款之交易行為應做廣義解釋，以符合立法目的與執法便利之經濟原則。

(二) 判斷標準

在說明杯葛之客觀行為構成要件與主觀目的動機構成要件於公平交易法第十九條中之並用情況後，欲解決杯葛條款應該如何適用當然原則或合理原則之問題，應探求幾個基本問題：(1) 涉案當事人之集體行為是一項共同行為或者僅是偶發性，抑或兩者同時並行未經人為促使之事業活動？(2) 其手段經由商業社會倫理之檢測結果如何論定？是否具備高度的非難

⁴⁹ 438 U.S. 531 (1978).

⁵⁰ *Id.* at 541. *Barry* 涉及美國聯邦對數加保險公司的反托拉斯訴訟。審斷其集體行為是否屬於杯葛。

⁵¹ *Id.* at 544.

⁵² 見公研釋○六九號：載於公平交易法規彙編，公平交易委員會 84 年 3 月，頁 79。

性？如此，方能認定當然原則或是合理原則之適用是一項較佳的裁判標準。

觀諸美國在這方面之判例史，美國聯邦最高法院將杯葛行為區分成兩類型態加以適用。詳言之，針對商業動機(*commercial motivated*)之杯葛行為，法院認為此等行為先天性就是限制競爭，因此應該適用當然原則，而對於其它非商業動機之杯葛行為則斷以較具彈性之合理原則。⁵³

這種區分適用之方法在 *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co.*,⁵⁴乙案中，美國最高法院針對未經通知開除合作社之會員資格乙事之行為是否當然違法提出解釋，其謂集體杯葛通常隸屬於當然違法之經濟活動項目裡，但要清清楚楚地列入何種行為才是在上述之項目中實在困難。因此商業動機為主的杯葛行為才是判案後適用當然原則的類型。

這些適用當然原則之案件皆有一個共同特性，那就是(1)通常涉及當事人共同努力直接或說服或迫使供應商、客戶與其競爭者斷絕往來以便損害該競爭者；(2)杯葛者切斷了被杯葛者之供給、設備或是市場以便競爭；(3)杯葛者本身擁有相關市場(*relevant market*)之主宰地位；(4)無任何正常理由可以解釋杯葛行為是意圖提昇整體效益使市場更競爭。⁵⁵當有這些情形顯示之時，法院可以逕自認定反競爭效果之可能性已太遙遠，所以應該適用當然原則。而當杯葛者如果無法擁有一定之市場能力或是排他之地位時，則無法證明其行為具有反競爭之效果，法院便應該採用合理原則加以分析。⁵⁶值得注意的是，美國最高法院近年來認為，當杯葛行為涉及意圖哄抬價格的杯葛行為時，即不需要先考慮杯葛者市場能力而可逕以當然原則加以適用。⁵⁷

公平會在適用公平法第十九條第一款通常尋求主觀構成要件中之損害目的，最近公平會在達太顧問股份有限公司乙案，初步認為被處分人無具

⁵³ See S. ROSS, *PRINCIPLES OF ANTITRUST LAW* 190-198 (1993).

⁵⁴ 472 U.S. 284 (1985).

⁵⁵ *Id.* at 2619-20.

⁵⁶ *Id.* at 2621.

⁵⁷ See *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411 (1990).

體證據而致函教育部等十五個單位指稱對手公司刊登不實廣告，促使不知情之單位與該對手公司之事業關係斷絕之行為，經探究其函件之實質內容後，認為難以具體認定其係為「競爭」之目的而發函，故尚未構成違反公平法第十九條第一款之規定。⁵⁸從競爭觀點來檢視目的的純正性，方法見地堪屬得當，符合商業動機之理論。

「以損害特定事業為目的」是行為人主觀之意圖，解釋上商業行為係非具體事實，足以證明當事人之惡意，美國歷來最高法院之見解皆採取杯葛發動者必須要在主觀上有明知的故意，亦即基於商業動機而杯葛。如果是間接故意所造成之杯葛則不依照傳統之當然原則處理。

公平會曾經公研釋○六九號⁵⁹提出見解說明：「事業以競爭者侵害其專利權為理由，發函競爭者之交易相對人勿與該競爭者從事交易者，在該函中如未明確表示其專利權之範圍及該競爭者所為之具體的侵害事實，其發函行為『顯以損害特定事業為目的，促使他事業對該事業斷絕供給、購買或其他交易之行為』，有妨礙公平競爭之虞，違反公平交易法第十九條第一款之規定。」可以清楚地理解當具體事實證據顯示杯葛發動者，在行為手段上之倫理價值如具備非難性，公平會仍會進一步依個別行為內容加以「推斷」⁶⁰決定行為者之意圖是否為商業上之「競爭」目的。經確定為「競爭」目的後，被告事業之行為即有「妨礙公平競爭之虞」，當然違法。

過去，公平交易委員會曾在金石堂公司乙案中認為：「**B** 由其手段自商業倫理及公序良俗觀之已顯失公平，或該行為實施之結果將可能減損市場競爭機能者，即足當之。」⁶¹此種以行為手段與其結果之公平性作為理由加以解釋公平法第十九條第一款，其中隱藏的適用法則唯一可以理解的便是當然原則之方法理論中所言，因手段本身具有「先天性的高度錯誤」⁶²而推斷其具有商業動機。但是本文認為在認定方法之優先秩序上，似應

⁵⁸ 公平交易委員會檔案名 F1268007[00268 第二六八次][第一處]。

⁵⁹ 行政院公平交易委員會公報，第二卷第十期，頁 58。

⁶⁰ 見行政院公平交易委員會(83)公訴字第六三五三五號訴願認定書。83 年 7 月 26 日函。

⁶¹ 見公研釋○一五號，行政院公平交易委員會公報，第一卷第五期，頁 27。

⁶² See NAACP v. Claiborne Hardware, 458 U.S. 886 (1982).

先從主觀目的之構成要件著手，才能釐清是否應該適用當然原則，否則如果直接進入分析杯葛行為手段之正當性與公平性再回頭推斷動機，則或有本末倒置之嫌，並且當然原則之訴訟經濟利益亦無能在本款適用上擷取，亦容易落入與合理原則混淆之反覆無常態度中。

、 事業歧視行為

公平交易法第十九條第二款之文字相當簡短，僅規定事業不得「無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。」「差別待遇」一詞屬事實認定之問題，其困難點在於公平法全文並未解釋差別待遇之意義，而於施行細則中亦未予定義。立法解釋之欠缺，使得行政及司法解釋成為必要之事。而差別待遇實為事業以積極或消極之差別作為，對交易對象施以不同的待遇之意思。⁶³其手段大致上可以分成以價格或價格外之交易條件為媒介。自第十九條第二款觀之，應解釋規定為包括價格與非價格為條件之歧視行為。公平交易委員會亦在公研釋○二三號對差別待遇提出說明，其解釋：所謂「差別待遇」，係指就同一商品或服務，以不同之價格或價格以外之條件出售給同一競爭階層不同之購買者而言，在一般商業交易，「差別待遇」係屬常見，⁶⁴因公平會係處理個案紡織廠對購買者之價格條件出售方式而做出此唯一一見的行政解釋，所以不免引起差別待遇之行為只能發生在「購買者」身上，而不會有購買者利用其市場優勢地位或不當理由差別對待「出售者」進行歧視性交易。⁶⁵但可貴的是，該解釋足以表明差別待遇行為之情形可以發生於價格與非價格之狀況。

就價格條件方面的差別待遇行為，美國歷來不論在實務或是學理上皆將其納入價格歧視(price discrimination)之主題規範內。美國法律討論歧視(差別待遇之嚴格限縮意義)時，僅單指價格條件之行為，而視非價格之差別待遇(differential treatment)行為則分別落入集體杯葛或拒絕交易(refusal to deal)之法律層面。其中之差異，不但適用之法條不同，於適用當然原則

⁶³ 見何之邁,論企業的歧視行為，載於公平交易法專論中，頁 500-502，民國八十二年十月版。

⁶⁴ 見前揭公平交易法規彙編，頁 66-67。

或是合理原則也有不同理論。

過去的商業歷史可以教導我們，當十九世紀末期與二十世紀初期，企業經常利用價格歧視和價格掠奪(price predation)為工具進行托拉斯和壟斷之事業王國。最早之時，美國國會通過 Interstate Commerce Act⁶⁶禁止鐵路運輸事業進行價格歧視。之後，休曼法曾為匡正大型石油公司之價格歧視掠奪行為立下汗馬之功。⁶⁷後來，接續通過克萊登法(Clayton Act)來支撐休曼法之弱幹，其中包括針對價格歧視類之不法行為做出規定。

克萊登法第二條規定，出賣人不得在任何商業線上對同一階層或素質之不同物品買受人實施「嚴重降低競爭或創造壟斷結果之價格歧視」，除非該歧視價格之成本適當。克萊登法第二條之立法目的是為保護一些小型販者免於具支配地位之競爭者的損害或消滅，然而幾經時日，事業玩弄價格的行銷手法不斷翻新，國會對本條文做了修訂，而代之以著名的羅賓遜-派特曼法(Robinson-Patman Act)。⁶⁸本修訂法案所規範的行為是公平交易法當中最具爭議、複雜性之價格歧視和促銷折扣的問題。另一方面，更因為事業之行銷組合，不再以單純貨品價格誘因為致勝條件，非價格上的交易條件花招百出，而這些條件如逐一加以評估，都是具有金錢價值。於是該法在 Section 2(d) and (e)擴大規範事業不得對具有競爭關係之顧客從事歧視性促銷報酬或是服務。⁶⁹

值得介紹的是，羅賓遜-派特曼法只禁止有減緩競爭或導致壟斷之虞的價格歧視。此種歧視行為所造成之結果，美國學理上將其分成二種。第一種稱為第一線歧視(primary line discrimination)，其通常發生在出賣人與對手之間。其意指出售人就同等級之貨物以不同價格銷售給不同之買受人以為產生損害其競爭銷售之對手。第二種稱為第二線歧視(secondary line discrimination)，其通常發生在出賣人與其顧客之間。此意乃出賣人計劃以

⁶⁵ 見何之邁前揭書第 509 頁以下。

⁶⁶ 24 Stat. 379 (1887).

⁶⁷ See McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case, 1 J. Law & Econ. 137 (1958).

⁶⁸ 15 U.S.C.A. §13 (1988).

⁶⁹ 羅賓遜-派特曼法同時在 2(c) 亦明定禁止借用不實佣金之手段進行事實

價格歧視之方法實施在受偏愛的客戶(favored buyer)與不受喜好的客戶(disfavored buyer)之間，藉以損害買受人間的競爭。此與第一線歧視不同的是，從事第二線歧視的事業，並未以歧視手段直接損害競爭對手，反而他們選擇在客戶群中損害競爭，從中得利。⁷⁰

不論在適用上面對不同型態之案件，美國最高法院一直有著對於本法構成要件之歧視性價格要件之認定，在審酌上採取幾近當然原則的方法，美國最高法院曾言羅賓遜-派特曼法 Section 2(a)中「價格歧視之定義不過就是對於不同買者施以不同價格罷了。」⁷¹然而，法院對於案件都會進一步研究調查，將問題的重點放在審酌原告是否已經合理的證明被告進行價格歧視之行為已有損害競爭之虞。事實上的損害競爭並非必要存在，只當有「合理的」競爭損害可能性即足。⁷²因此，在往返的攻擊防禦訴訟過程中，被告也經常利用 Section 2(c)本身所提供的抗辯事由主張自己行為並無不法。這些抗辯事由包括成本正當(cost justification)、功能性折扣(functional discounts)、以及迎接挑戰(meeting competition)。針對每一個抗辯事由所產生的案例都在在顯示羅賓遜-派特曼法案的立法目的，要求在司法裁判上面對此類型案件皆應採取合理原則加以審酌。⁷³

比較上，我國公平法第十九條第二款開宗明義便對差別待遇行為佐以「正當理由」之存在與否為條件斷案。而公平交易法施行細則第二十三條對正當理由規定「應」審酌市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險等數項情形。「應」在法理解釋上，是屬於絕對必要行為，執法與釋法者皆無裁量權決定是否要考量這些因素，使得合理原則在第十九條第二款中之適用成為不得不然之立法命定原則。如更進一步觀諸該細則第二十三

上的價格歧視(de facto price discrimination),15 U.S.C.A. §13(c) (1988).

⁷⁰ S. ROSS, *supra* note 52, at 410.

⁷¹ See *Texaco, Inc. v. Hasbrouck*, 496 U.S. 543 (1990). 此案為第一線價格歧視案件。

⁷² See *Fall City Indus., Inc. v. Vanco Beverage, Inc.*, 460 U.S. 428 (1983). 但原告如要主張民事損害賠償仍需積極證明損害事實而非損害可能性而已。本案為第二線價格歧視案件。

⁷³ See generally, F. ROWE, PRICE DISCRIMINATION UNDER THE ROBINSON-PATMAN ACT (1962).

條第五款之文字「其他合理之事由」，便可以推知立法委員授權主管機關訂定該細則之時，早已預見公平交易委員會訂定本概括性審酌情形，用以一網打盡所有正當抗辯事由提出之可行性，憑添合理原則在公平法第十九條第二款之適用色彩，並且也同時為無正當理由之差別待遇行為是否該當然以「有妨礙公平競爭之虞」為結論做出明確的註解。換言之，在認定差別待遇行為是否具正當理由的過程中，即已就其競爭結果是否有增加或減損市場之自由競爭並同加以認定，並且同時也已依合理原則從市場結構上進一步分析其經濟效益是否已構成妨礙公平競爭之虞的要件。此外，市場佔有率本身並不當然意謂著等於經濟力量，⁷⁴美國在壟斷案件與意圖壟斷的案件上已改採市場結構法(market structure approach)審酌涉案事業競爭行為之合法性，⁷⁵施行細則第二十三條第一款所定之「市場供需情況」正是此種分析方法的關注焦點。⁷⁶職是，如依據細則第二十三條認定涉案差別待遇行為為無正當理由，再要求進一步分析是否該當妨礙公平競爭之虞的要件，似有畫蛇添足之嫌。

三、不正當限制交易相對人之事業活動

羅馬不是一天造成的。事業經營的成功常在於創業維艱、守成不易的理念下得以達成。尚在成長的事業，皆希望在市場佔有一席之地；已成氣候的王國，則期待其既有市場永不落日。市場是事業活動的場所及營利之所在，市場機能之發揮端賴事業活動免於不當約束，而開放競爭，正是經濟自由落實之表現。

⁷⁴ 然而，公平交易委員會常以市場佔有率為市場能力之代表，並以之為適用合理原則之主要考量。此種適用方法是否符合現代公平交易法理論，實有疑問。參見(86)公處字第一八七號處分書，該案以被處分人台灣省交通處公路局涉案期間之橋樑工程金額約占國內橋樑工程金額 46%，從而認定被處分人具有影響市場之力量，故其差別待遇行為已構成妨礙公平競爭之虞。公平交易委員會公報第六卷第十期。

⁷⁵ See *United States v. E.I. duPont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

⁷⁶ See generally, W. BAUMOL, J. PANZAR & R. WILLIG, *CONTESTABLE MARKETS AND THE THEORY OF INDUSTRIAL STRUCTURE* (1982).

一項交易行為，買或賣，表面上僅是兩個業者之間的活動，但其行為結果經常影響到第三人之經濟權益。此第三人可能是事業的競爭對手、可能為其交易對象之競爭對手，亦或是消費者。事業如以某種特定之活動為條件，要求與其進行交易之相對人接受其條件，競爭秩序即有可能受到破壞。此類可能產生限制競爭效果之事業行為，正是我國公平交易法第十九條第六款所欲防治的客體。

雖然立法上，公平交易法並未定義何種情形為第十九條第六款中所稱的限制，但公平交易法施行細則第二十四條第一項例示為搭售(tying agreement)、獨家交易(exclusive dealing)、地域、顧客或使用之限制為第十九條第六款主要規範之情形。同樣基於保留法條彈性適用之目的，該細則第二十四條第一項將公平法第十九條之適用範圍概括延伸至其他各種限制事業活動之情形。

研判第十九條第六款之限制行為的適法性問題，仍在於釐清應該如何適用當然原則或合理原則，以符合「妨礙公平競爭之虞」之構成要件的問題。由於第十九條第六款之概括性文義，其可規範之限制行為類型難以列舉，在判斷涉及該款之行為是否違法應該如何適用當然原則或合理原則，便應該有個一致性之標準，以免影響交易秩序及社會安定，此乃法律功能之所在。

就搭售(tying arrangement)而言，它是一種行銷策略，是指一個事業競爭者利用其於搭售產品(tying product)之市場力量擴展到另外一個截然可分的被搭售產品(tied product)市場。舉例來說，電腦公司以客戶必須購買硬體設備(被搭售產品)為條件，才願意出售客戶所欲購買之軟體程式(搭售產品)，達到其進軍硬體產品市場的目的。搭售之方法，經常被擁有智慧財產權(例如專利)產品之事業所利用，藉以獲得另一產品市場之利益。美國國會早期曾一度點名譴責搭售行為，認其在商業倫理上具備高度之非難性。⁷⁷

美國開始在 *International Salt Co. v. United States*⁷⁸ 乙案中，認為被告搭售專利食鹽填充機器之行為當然違反休曼法第一條。自該案宣示採用當然

⁷⁷ See generally Victor Kramer, *The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History*, 69 MINN. L. REV. 1013 (1985).

⁷⁸ 332 U.S. 392 (1947).

原則後，美國最高法院一直無法截然將每一個案件收以當然原則為適用範圍。到了 1980 年代，美國最高法院在 *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*⁷⁹ 案中，決定欲將被告之搭售事業繩之以當然原則，其必須符合下列要素(elements)：(1)搭售必須發生在市場可區分之產品或服務上；(2)事實足以證明買受人受「迫使」(coerced)而購買被搭售產品；(3)出賣人在搭售產品或服務市場上擁有經濟力量；(4)搭售安排所影響的商業量非細微的(de minimis)；(5)無正當商業理由。

當然原則適用之理論基礎，原在於一些事業行為被認為先天本質頗為反競爭，因而不需再檢視該行為對整體市場的影響。而實際上，美國最高法院在前述案件設下之「要素」法則大抵已曲解了當然原則之意義，而這五段式的審酌要素與結構井然有序的合理原則分析法十分神似，特別是在「市場力量」這個要素上，近年美國第七巡迴上訴法院解釋，在搭售案件上不論適用當然原則或是合理原則皆以市場力量似為判斷標準，⁸⁰而市場力量的考量正是每一個合理原則適用案件不可或缺的經濟因素。

公平會在公研釋○四五號解釋中說明，在判斷搭售是否違法之標準，應考慮：(1)出賣人須在搭售產品擁有一定程度的市場力；(2)有無妨礙搭售產品市場競爭之虞；(3)是否具有正當理由。⁸¹此套標準相當符合美國當代通說見解，⁸²因為搭售設計之業者，如果不能擁有市場上的經濟力量，其推動這項行銷策略的成功機會將大為降低，而對於市場競爭產生可認知的限制效果亦隨之減弱。

總言之，公平交易法施行細則第二十四條第一項例示之各種競爭手段，不論從美國過去的判決或商業倫理的角度觀察，其不公平之性格皆非

⁷⁹ 466 U.S. 2, 9-16 (1984).

⁸⁰ See *Digital Equipment Corp. v. Uniq Digital Technologies, Inc.*, 73 F. 3d 756 (7th Cir. 1996).

⁸¹ 見公平會前揭公平交易法規彙編第 72-73 頁。

⁸² 學者劉孔中有不同見解，渠認為不需對市場力加以考量，因為有限制競爭力不一定發生限制競爭的效果。見劉孔中前揭計畫書，頁 165。然而，有趣的是，既然搭售行為不屬於本質性的不倫理行為，不具市場力量之搭售行為，又何從對市場競爭造成損害？從而，如何得在不考慮市場能力條件之情況下合理演繹限制競爭之結果，實有疑問。 See F. SCHERER, *INDUSTRIAL MARKET*

顯而易見。例如獨家交易安排是否會造成限制競爭之效果就一直備受爭議，⁸³幾乎所有的學者都認為應該以合理原則處理之。⁸⁴再者，公平交易法施行細則第二十四條第二項明文規定判斷十九條第六款之限制競爭行為是否「不正當」，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。雖然本細則之規定作用係為判斷十九條第六款中各種限制行為之正當性問題，但是基於前節差別待遇中所論述之推理原則以及前述美國對搭售案件適用當然原則所做的修正，本文認為合理原則所要求的必要考量因素⁸⁵已然全部囊括在細則第二十四條第二項之中。既然在行為正當性的判斷過程裡使用的方法已經不是純粹在正義與道德上的省思，如果最終涉案行為經認定為不正當限制行為，而又為循序完成「妨礙公平競爭之虞」之要件該當重覆調查市場經濟因素，實不必要。

肆、不正當之營業競爭行為

在同一個競爭的環境中，事業拓展營業範圍增加客戶群本屬正常合理。抓住每一個潛在的顧客，成為積極行銷之一種心理謀略。每一種具有競爭對手的事業的客戶群與未來交易對象則會有重疊現象，而產生交易對象替代的可行性。因而事業大展身手，吸收交易對象改變其原為他人老主顧的資格成為自己顧客中的新寵，本是競爭原則所鼓勵的。蓋公平交易法第四條解釋競爭是「二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為」，即本此意。然而，如果事業以背於善良風俗⁸⁶打破社會倫理價值之方式從事營業競爭，其行為本身則毫

STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE 509-10 (2nd ed. 1980).

⁸³ 見梁基祥，獨家交易安排之經濟分析，公平交易季刊第五卷第三期，86年7月，頁90-110。

⁸⁴ 見梁基祥前揭文第110頁。

⁸⁵ 這些因素在道德面為倫理價值的探討，主要為罪惡與正義的衡量，因此當事人目的、意圖及選擇方式應加以考量；在經濟面為競爭效果的探討，主要為利益與損害的衡量，因此，市場機能、市場結構及市場地位皆應加以審酌。See P. AREEDA, ANTITRUST LAW, V7 361-394 (2nd ed. 1986).

⁸⁶ 善良風俗屬於抽象性概念，事業行為是否有背於善良風俗實不易判斷。以

無疑義的具備高度的非難性。

公平法第十九條第三款、第四款以及第五款分別規定事業不得統以脅迫、利誘或其他不正當之方法進行攬客，使他事業為限制營業競爭之行為，或採取他人營業秘密。面對這三款類型的行為，除在事實認定上必須先將事業行為釐清其適用條款之所在，其所必須面對的工作尚包括是否有具體之事實足以證明事業行為已是攬客、不為價格競爭、參與結合或聯合，獲取營業秘密。

再者，針對事業行為之方法也需要同時一併解決。就方法手段本身在此三款構成要件認定上的問題可分為三方面，第一、何謂脅迫？利誘？其他不正當之方法？第二、此競爭手段是否本質上已然是不公平，所以不問其有無其他理由或是市場力量大小，即以當然有「妨礙公平競爭之虞」伺候為結論？第三、不正當之方法屬於不確定法律概念，如果將當然原則適用在此三款案件上，是否會造成當然原則適用上的無限延伸，而違反當然原則本身在適用態樣上的限縮性質？

、 脅迫

(一)民法上之意義

我國民法第九十二條第一項規定被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。從私法角度而言，脅迫乃故意預告危害，使他人心生恐怖並進而為不利於自己之行為，且為本來不願意表示的意思表示。⁸⁷在工商發達、交易頻繁的現代社會中，本案以脅迫手段謀取不正當利益的案件，日有所聞。例如近年來喧噪一時、傳聞不斷之圍標綁標事件，已造成眾多競爭業者的恐慌。脅迫者通常威脅他人，對其本人或親友的生命、身體、

法律文化論的角度來看，可從民法第七十二條之相關判例與汲取外國實務上之經驗，相輔相成，擬出規範之例示類型。H. BERMAN & W. GREINER, THE NATURE AND FUNCTIONS OF LAW, 571-80, 586-89 (4th ed. 1984). 廖義男教授舉出，凡營業競爭行為有不正當招攬顧客、不公平阻礙同業競爭、不當榨取他人努力之成果、利用違反法規或破壞約定以圖取競爭上之優勢，或其他違反效能競爭本質或效用之營業競爭活動之情形即違背善良風俗。見廖義男草擬之公平交易法草案總說明及條文，頁 17。

⁸⁷ 見施啟揚著民法總則，自版，民國七十一年九月，頁 260 以下。

財產或信用等告以現時不利之惡害，使表意人在心理上處於被強制狀態，不得不允諾進行脅迫者所要求之行為。

脅迫是一種雙重故意的行為；脅迫者先有使人內心發生壓迫感與恐懼感之故意，並且基於此項心理壓制而為一定表示之故意。至於有無妨害他人自由(刑法第二九六條以下)之犯罪故意或不法侵害他人權利之故意，則與脅迫無關。

脅迫行為在客觀上本以違法不當為條件，而且違法在性質上不論是手段違法或是目的違法，只要符合其一即可構成違法。學者曾認為脅迫手段本身，在方法上不僅不當且為不法。⁸⁸表意人受此不法干預而為一定之表示，顯然與意思自主及契約自由之原則相違背，為維護人民於意思決定選擇之自由，以及社會秩序、公共利益的和諧安寧，法律定有必要在民事生活上提供權利加以保護，只是何等不當行為構成脅迫，在認定上相當困難。

(二)在刑法上之意義

我國刑法規定行為人以強暴、脅迫，使他人行無義務之事，或妨害他人行使權利者，構成第三百零四條第一項之強制罪。係妨害自由罪章之基本犯。刑法第三百零四條之保護法益乃是個人意思決定之自由及依其意思決定而作為或不作為之行為自由。具體言之，其保護之法益乃個人有不行無義務之事的自由以及個人行使權利有不受妨害之自由。⁸⁹

強暴乃指逞強施暴，使他人無以抗拒，不論是直接對被害人或間接施予其親友以促使被害人行強暴人指定作為之事皆足以當之。而所謂脅迫乃指以言詞或舉動，顯示加害他人之意思，或以加害他人之意思通知他人，使其產生畏懼，而得以威脅或逼迫。強暴與脅迫之強制行為之違法性，可以評價為法律上「應予非難」(to be condemned)者，亦即以強制手段，而達成強制目的之整體事實係屬社會倫理之價值判斷上可責難者。職是之故，該強制行為即具有違法性。⁹⁰

吾國早年基於初期農工之社會上背景，制定刑法第二百五十一條之妨

⁸⁸ 見鄭玉波著民法總則，三民書局，民國 68 年 11 月 11 版，頁 259 以下。

⁸⁹ 見蔡墩銘著中國刑法精義，漢林出版社，民國 83 年 9 月 9 版，頁 472-477。

⁹⁰ 見林山田著，刑法特論(上)，三民書局，民國 84 年 2 月，頁 147。

害販運農工物品罪，非難以「強暴、脅迫或詐術」為手段進行妨害販運農工物品者，處以整章妨害農工商罪中最重之本刑五年以下有期徒刑。可見強暴、脅迫手段在本質上具備高度的倫理非難性，更何況適用於事業競爭之上。

公平交易法之解釋適用原則應該配合民刑法之立法目的並行，相互補充解釋，以符合立法目的和司法解釋之一致性。公平交易委員會在(86)公處字第一九一號處分書⁹¹中曾表示：公平交易法第十九條規範之意旨，係欲規範妨害商業競爭倫理及市場效能之不正競爭行為，而非單純以行為人之市場力量大小為判斷標準。因此，當有嚴重破壞商業秩序之不正行為發生時，市場佔有率相關市場，以及市場能力等合理原則適用所採的情況因素，實不必用來作為是否「有妨礙公平競爭之虞」的審酌情形。

、 利誘

在高度競爭的商業社會中，事業從傳統的打折、降價、跳樓大拍賣等方法進入戰場，已略顯保守。新世代裡，商業手法常以摸彩、抽獎、免費旅遊、贈送汽、機車、甚至「現金一把抓」加以招徠顧客或是以高額回扣、「地盤」分配之黑道手段引誘他事業為公平法第十九條第四款之限制競爭行為，亦可基於有錢能使鬼推磨之想法，不當獲取他人營業秘密(trade secret)。

利誘在該法第十九條之文義中，屬法律非難之行為。其實，以社會通俗的角度來看，利誘有時是事業行為的一種誘因(incentives)，可以幫助事業拓展市場，開發顧客群。從而，競爭之手段是否為第十九條所指之利誘，僅是一種程度見解問題，必需以非常實際的角度加以斷定。

商業社會之倫理標竿有其在不同時代、社會背景下之普遍性共同原則存在。此原則當具備客觀性，而且本質上可以藉用美國民法中之社區標準原則(locality standard rule)加以衡量⁹²。此一原則主張對一項行為是否正

⁹¹ 見行政院公平交易委員會公報，第六卷第十期，民國 86 年 10 月 31 日，頁 96。

⁹² FRANKLIN & RABIN, TORI LAW AND ALTERNATIVES, 57-116,(1987).

當，應該配合地區習慣以及文化背景以及社會專業標準加以判斷其非難可能性之程度，而不可僅以裁判者主觀之價值標準作為判斷。誠如劉孔中教授所言：「利誘之程度必須具有高度的商業倫理可非難性」⁹³。

公平會最近在熊貓股份有限公司處分書⁹⁴再次就公研釋○○五號中對「利誘」乙詞釋疑，重申「事業不以品質、價格及服務爭取顧客，而利用顧客射倖暴利之心理，以利益影響顧客對商品服務之正常選擇。」該處分最後認定熊貓公司所推出之「一元看一年」與「花一元、送愛心」之促銷活動，明顯偏離合理市價之價格，用以打擊或消滅競爭者，顯具「商業競爭倫理之非難性」，「當」構成妨礙公平競爭之虞之行為。公平會處分之適用原則在本案一覽無遺，表明清楚是運用當然原則。職是之故，如果事業利用他人「射倖暴利」之心理促使其進行第十九條第三、四、五款之行為，即可謂為利誘。

但是，自公平會處分書之理由中亦可看出公平會在處理利誘案件時，因無民、刑法上之相關條文和判例依據作為倫理價值之判斷標準，以致於無法掙脫討論低價競爭行為中價格本身合理性的問題枷鎖。此種與金錢利益相關的合理性問題，本質上便無法摒除市場能力與當事人意圖等合理原則適用下之考量因素。因此，即便公平會已然表明適用當然原則，但其處分之過程中也已悄然引用了合理原則，事先解決了是否「有妨礙公平競爭之虞」的客觀要件。

最後，自公平會過去處分的幾個案件研究，可以得知公平會在決定是否構成利誘，相當重視對價之相當性。⁹⁵又(81)公參字第○○四八五號函釋

⁹³ 見劉孔中前揭計畫 160 頁。

⁹⁴ 參閱前註釋 78 及主文內容。

⁹⁵ 公平會(84)公處字第一六六號處分被處分人(自立晚報社股份有限公司)於八十四年四月二十日起舉辦「增張改版二億元回饋讀者贈獎大活動好禮大相送」贈獎促銷活動，其所舉辦贈獎總額顯逾公平會於第一七二次委員會決議決議之贈獎總額上限之標準，構成以利誘之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞，違反公平交易法第十九條第三款規定。行政院公平交易委員會公報，第四卷第十二期，頁 18-20。另有關有線播送系統，公平會(86)公處字第○七六號處分被處分人(文山有線播送系統股份有限公司)推出「凡持新 X 成播送系統收據之客戶，特別優待第

示，正常交易習慣則可構成公平法第十九條第三款之阻卻事由。⁹⁶交易習慣(custom and usage)或稱交易歷史(history of trade)實為美國適用合理原則時審酌情形之一。申言之，公平會皆從被處分事業對相對人所施惠的金錢價值與相對人自己本身所負擔的成本相比較，若相對人之支出與其期待之利益明顯不相當、不成比例，則公平會較傾向認定已有利誘之程度。此種客觀比較法本身，亦是合理原則適用之表徵。

三、不正當之方法

公平法第十九條第三、四、五款中，對於規範行為之構成要件解釋與認定，最困難者首推「不正當之方法」之用語。蓋因不正當之方法乃屬不確定法律概念，⁹⁷所謂「不確定法律概念」屬於價值概念，如「公共利益」、「重要理由」、「可靠性」、「情節重大」等等，該等概念屬於認知領域，在具體案件中適用此一概念需要價值判斷。立法者採此類用語之理由，不外是為保留法條較有彈性之適用空間，以免法律規範之效果掛一漏萬、功虧一簣。此外，公平會在進行行政監督之時，也有較大之裁量權，以衡量事業在垂直或水平線上之利益與保護法益間，做出正確之處分。

事業所用之不正當競爭方法，可以說是花樣百出、無奇不有。在立法技術上無從加以逐一具體列舉規範，而代之以概括性意義之「不正當之方法」，實有必要。脅迫及利誘二種行為為法定當然不正當之方法，其餘行

一年費用只要一百元」之特價活動，以利誘方法，使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞之行為，違反公平交易法第十九條第三款規定。行政院公平交易委員會公報，第六卷第六期，頁 25。

⁹⁶ 公平交易委員會會(81)公參字第○○四八五號函釋示，業者對回頭書、清倉、低價拍賣及各種節目折扣優待，原係出版業界行之有年之商業習慣，其給予折扣優待，如未構成公平交易法第十九條第三款有妨礙公平競爭之虞行為，則尚屬正常交易習慣。

⁹⁷ 見七十八年度判字第二七〇二號行政法院判決，其判決要旨指出，以不確定法律概念為行政處罰之構成要件，如有其他輔助法規，足使該法律概念具體化並不違憲。公平交易法中之不確定法律概念用語散見於各條文之中，公平交易法第十九條即包括：「妨礙公平競爭」、「不正當之方法」，以及「不正當限制」。

為則可以利用「不正當方法」之彈性意義，將各種背於善良風俗、交易倫理之競爭行為繩之以法。

公平會(86)公處字第 106 號處分書認為高雄市液化氣體燃料商業同業公會自行核算決定售價，並要求公會職員告知或建議會員於八十六年一月一日及四月五日分別調漲家用桶裝瓦斯零售價格，肇致市面家用桶裝瓦斯價格一致之行為，係以不正當方法，使他事業不為價格競爭之行為，違反公平交易法第十九條第四款之規定。⁹⁸然而，公平會仍未細究說明此等行為之正當性，違反何層面之倫理價值？「告知」與「決議」本身是否為不正當之方法⁹⁹？抑或會員本身攝於公會之市場控制力，而不得不聽從其「通知」？製造他人心理上的壓力，不應構成脅迫，但是否能逕以不正當之方法論定，實有疑問。

美國聯邦交易委員會法(Federal Trade Commission Act)第五條概括規定：「影響商業之不公平競爭方法和影響商業之不公平或欺罔之行為或手段，宣告違法。」¹⁰⁰條文中「不公平競爭方法」(unfair methods of competition)一語，近來已成為美國聯邦交易委員會處理事業競爭相關問題之主要法源。¹⁰¹此外，該委員會亦藉不公平或欺罔行為之文字解釋，保護廣大的消費族群免於不公平或欺罔之行銷技倆。

理論上，「不公平競爭」一詞之解釋採廣義說。除了一般不正當競爭方法外，典型的反托拉斯犯罪，例如：水平和垂直價格固定、集體杯葛、水平地域分割或企圖壟斷等都可以涵蓋於不公平競爭方法之意義中。¹⁰²

美國聯邦最高法院在 *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*,¹⁰³乙案中，附帶

⁹⁸ 見行政院公平交易委員會公報，第六卷第七期，頁 64。

⁹⁹ 公會所用之方法，美國實務上，將之歸類為「價格警示」(price signalling)手法，此種方法通常被用來穩定或限制價格。法院常從該產業之本質與交易習慣加以審酌，斷定其是否為不公平競爭方法。可見此類案件應適用合理原則。See *E.I. duPont de Nemours and Co. v. FTC*, 1984-1 Trade Cas. (CCH) # 65,881 (2d Cir. 1984).

¹⁰⁰ 15 U.S.C.A. §45 (a)(1) (1994).

¹⁰¹ 克萊登法第七條同樣授予聯邦交易委員會反托拉斯執行權。

¹⁰² See W. HOLMES, *ANTITRUST LAW HANDBOOK* 629 (1997).

¹⁰³ 405 U.S. 233 (1972).

意見指出，聯邦貿易委員會處分案件得就反托拉斯法之定義外之公共利益一併審酌。解釋「不公平」手段應當審酌：(1)是否傳統英美法、法規或其他既存之不公平概念禁止該行為；(2)是否其為不道德、不倫理、壓迫，或膽大妄為；(3)是否其對消費大眾或競爭者或其他商人造成相當損害。

最近於 1994 年美國國會為了統一不公平行為或方法之解釋疑慮，更增訂 Section 5(n)，¹⁰⁴該款規定交易委員會無權逕以「不公平」為理由，宣告一項行為或手段為非法，除非委員會權衡該行為與消費者本身或競爭者之利害得失。此外，委員會同時亦得以既定公共政策(established public policy)為證據，形成心證。

自前述之理由可以理解，在美國實務上，已經由立法技術明文規定，行政單位欲以不確定法律概念為依據處分涉案機關團體，必須適用合理原則。只是行為一經認定解釋為不公平(不正當)，即當然違法，因不正當或不公平之方法，存在著法律所欲防止潛在之惡。此種惡的本質即挾帶著產生限制競爭結果的威脅，自為商業倫理所高度非難。如果將此原則運用至我國公平法第十九條第三、四款上，只要確定涉案事業其行為目的是為攬客、使他事業為限制競爭，在手段”正當性”之問題認定解釋上，應適用合理原則得出結論，即可以決定是否違犯本條款，不必再論其競爭之結果對於市場自由競爭機能之增損以應該當所謂「妨礙公平競爭之虞」的構成要件。此外，八十五年一月十七日制定公布營業秘密法，此正對於競爭秩序之保護，往前邁進一步。¹⁰⁵其中第十條第二項規定侵害營業秘密之不正當

¹⁰⁴ FTC Act Section 5 (n) Unfair Act or Practice: “ The Commission shall have no authority under this Section or section 57a of this title to declare unlawful an act or practice on the grounds that such an act or practice is unfair unless the act or practice causes or is likely to cause substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or competition. In determining whether an act or practice is unfair, the Commission may consider established public policies as evidence to be considered with all other evidence. Such public policy considerations may not serve as a primary basis for such determination.”

¹⁰⁵ 過去營業秘密在我國民刑法上皆非權利，雖然刑法第三百一十七條規範洩漏業務上知悉之工商秘密罪，但對企圖不當「獲取」營業秘密之事業並無法加以

方法，係稱竊盜、詐欺、脅迫、賄賂、擅自重製，違反保密義務…。基於營業秘密所欲保護之法益的時代意義，不正當方法侵害營業秘密實為高度不倫理之行為，涉及第十九條第五款之事業行為，概以當然原則判斷是否違法，不必再論斷是否有妨礙公平競爭之虞。

伍、結論及建議

Standard Oil 案確立了合理原則為事業限制競爭行為合法性之方矩。可是，合理原則分析法十分複雜，以致於行政主管機關與法院用之檢視競爭之公平性時要付上時間及資源耗損的代價。合理原則分析的困難來自於司法解釋的模糊，許多美國的學者與法官批評合理原則欠缺一套清楚的分析體系。¹⁰⁶當然原則適用的誕生，也的確舒緩了合理原則所造成的沉重負擔，但是以類型化條件為基礎的當然原則出現欠缺周延性的問題時，合理原則的生命也注入了新元素。

一九八〇年代，市場力量因素的考量為合理原則注入了新時代的參考指標，¹⁰⁷市場力量代表著一個事業在市場上轉變供應互動情形的能力，法院可以藉此對不公平性格較不明顯的事業行為加以客觀分析，決定反競爭效果是否存在。¹⁰⁸我國公平交易委員會在處理第十九條相關的案件也都從經驗分析之角度衡量市場力量作為違法的判斷依據，堪屬得當。¹⁰⁹

另一方面，當然原則的作用就是要排除價格力量、合理性，或正當理

處罰。

¹⁰⁶ See Pitofsky, *The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions*, 78 COLUM. L. REV. 1,34 (1978).

¹⁰⁷ 美國最高法院於 *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984). 開始將市場力量作為合理原則的重要審酌因素。但是，值得注意的是，美國最高法院在適用合理原則之事件中，從未要求必須證明涉案事業擁有市場力量，以作為違法判斷之前提。

¹⁰⁸ Note, *Did the Supreme Court Fumble?: The Supreme Court's Failure to Endorse a Market Power Threshold to the Application of the Rule of Reason for Cases under Section I of the Sherman act in NACC v. Board of Regents*, 27 B.C.L. REV. 579, 601 (1986).

¹⁰⁹ 見公平交易委員會之宣導系列「妨礙公平競爭之虞之適用考量」，收錄於公

由的調查。當然原則鎖定的對象是一些全然沒有經濟回饋價值或是商業倫理所不容的手段與行為類型。只是在適用當然原則之時，吾人無法不詳細審酌行為的正當性，否則如何斷定是否構成利誘、是否構成集體杯葛？此中的循環矛盾，在大陸法系的國家可以藉由法典化的過程加以釐清。對於沒有絕對定義的行為，似乎不宜貿然適用當然原則，美國過去曾經有過多次適用當然原則反而打擊一些高經濟效益的商業行為的錯誤經驗。¹¹⁰

民國八十六年底，美國最高法院全席法院一致決定於垂直價格固定的問題上已適用三十年之久的當然原則正式推翻，改採合理原則。在 *State Oil Co. v. Khan I*¹¹¹ 乙案中，美國最高法院認為在現代社會中的行銷體系 (marketing system) 已改變了商業競爭的倫理價值觀，應該從事業行為對競爭之傷害效果、供需與服務的結合、垂直安排的目的，以及行銷通路 (distribution channel) 等因素加以合理分析，以判斷該事業行為的違法問題。此案件所象徵的時代意義值得我們省思，隨著時代的進步，商業倫理價值亦有再斟酌的必要。

最後，根據前述理由，本文分就行為類型與行為手段對於第十九條之適用原則考量提出以下建議：

第一、關於公平法第一款之集體杯葛行為，如果具備商業動機，且行為事業明知故意而發動，則應該適用當然原則，不必再判斷是否有妨礙公平競爭之虞，以符合當代法律通說。而對於類似拒絕入會或是將他事業排除於某共同行為或事業團體外之情形(亦可為第二款差別待遇所規範)，因其之於經濟上之損害效果較不明顯，因此可以適用合理原則。

第二、差別待遇行為，基於公平法施行細則第二十三條之規定，以及差別待遇一詞的定義困難性，甚而差別待遇行為類型中，最可非難的價格歧視行為，皆可有其正當理由。是故，建議對於涉及第十九條第二款之行為可以適用合理原則。

第三、第六款之限制競爭行為情形不勝枚舉，再加上適用時，該款之「不正當」解釋上可與公平法第二十四條之「欺罔或顯失公平」產生重疊

平交易法相關行為處理原則，頁 10，民國 85 年 12 月。

¹¹⁰ See Easterbrook, *supra* note 18, at 157.

意義而競合。此外，公平法施行細則第二十四條第二項之發布更命定了第六款應該適用合理原則，只是在完成「不正當」要件之判斷過程後，應該避免再進入是否有妨礙公平競爭之虞的討論漩渦中。

第四、脅迫是一種行為手段，其本質在倫理學中具備高度的非難性，為吾國民、刑法所不容。此種可以侵害個人權益與社會利益之行為，無論事業欲藉以達成任何目的，都不能使脅迫正當化，因此對於一切以脅迫為方法之事業行為，皆應該適用當然原則，而不必再考量經濟面之限制競爭效果。

第五、利誘本身在定義上有著程度性的問題。負面意義為利誘，正面意義可曰之獎勵，因其本身欠缺民刑法律依據，以及放諸四海皆準的商業倫理標準。本文建議判斷涉及以利誘為手段之第十九條案件，應適用合理原則，並可參考施行細則第二十三條與第二十四條加以綜合審理。

第六、概括性不正當方法，由於法律概念之不確定性以及第十九條第三、四款之事業活動在判斷過程便無法摒除經濟分析法的介入。本文建議，以我國刑法或經濟法律所規範之犯罪手段進行第三、四款事業活動皆可以適用當然原則，無庸再議妨礙公平競爭之虞之要件。其餘之不正當方法所從事之事業行為，因認定無上無統一解釋應該採用合理原則審酌有無妨礙公平競爭之虞。又第五款營業秘密具有高度商業競爭價值，以任何不當方法獲取營業秘密之事業行為適用當然原則應為最佳選擇。

合理原則與當然原則相互攜手畫過了整個二十世紀反托拉斯法的天空，雖然在適用上曾產生許多的疑慮與困難，但是他們也對司法裁判與解釋品質的進步有著不可磨滅的貢獻，相關學術之如經濟學者與行銷學也因之得以在更大的空間發揮，幫助人類成長。公平交易法將這兩個法律原則引進我國的司法體系，那麼，辯論才剛開始呢！

¹¹¹ U.S., 97 Daily Journal D.A.R. 13, 619, (Nov. 4, 1997).

Rule of Reason or Per Se Rule?
An Assessment of Unfair Competition Acts Under the Fair Trade Law

Lin, Tingji

Article 19 of the Fair Trade Law, with its possibility of exemption under six subsections, provides means for limiting the applicability of the unfair competition to unlawful restraints of trade. Fair Trade Commission uses similar policy considerations as the United States of America in approaching the antitrust jurisprudence, rule of reason and per se rule. However, the administrative and, or judicial concerns should be focused on elaborating these “rules” properly.

Great difficulties in the fair trade law stem from the vague judicial declarations of the rule of reason analysis. Given the lack of a clear analytical framework for applying the rule of reason, the ruling in any given case provides little certainty about the legality of a challenged business activity in another context. On the other hand, under the per se rule, any arrangement among competitors having the purpose or effect of stifling market competition is illegal as a matter of law. The possible result of inflexible per se judgment is the premature dismissal of a novel arrangement with visible, potentially substantial proconsumer efficiency justifications. This article suggests that when commercial ethic values in a given society is downgraded by the challenged business activity per se rule should be applied. While the challenged business activity is not inherently evil with its practice, a more flexible rule of reason approach, emphasizing on economical aspects, may be adopted.