

聯合行為規範的回顧與前瞻

莊春發*

摘要

聯合行為的防止是公平法立法被社會大眾接受最重要的理由。我國聯合行為的管制基本上採「原則禁止，例外許可」的制度，先由事業間行為是否有合意的事實，該行為是否屬於水平聯合，該一致性行為是否足以影響市場功能等三項指標，判定其是否為公平法所欲規範的對象。最後則列舉七項有利於總體經濟與公共利益的例外行為，事業只要向公平會申請許可並經核可，即可不受約制。除此之外公平會為周全執行聯合行為的管制，另外制訂「不受公平交易法規範之營造業聯合承攬通用基準」、「公平交易法對同業公會之規範」以及「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」等三項相關處理原則。

公平會執法十年，向公平會申請例外許可的個案共有 97 件，核准件數有 65 件，核准率為 67%。因聯合行為被公平會處分的案件共有 75 件，前五年 16 件，後五年 59 件，兩者各占處分案的 21.3% 與 78.7% 的比例。顯示隨著公平會執法技巧的成熟，成案的比例不斷增加。

由執行面觀察，聯合行為執法的最大問題，乃在於聯合行為反托拉斯市場的界定有所不足，在 62 個處分案，有 30 個個案未曾對相關產品市場與相關地理市場著墨。11 個個案曾以市場占有率做為衡量「足以影響市場功能」的指標，但採用的市場占有率高低參差不齊，最低者 8.7%，最高者 80%。以市場參與廠商比例為指標者情況亦同，最低者 5.6%，最高者 100%。這些做法均造成法律的不安定性，徒增事業適法的困擾，有待進一步改善。

公平法執法績效的探討，本文採(1)公平交易法施行前後聯合行為個案統計的比較，(2)特定產業的聯合行為的比較，(3)公會介入聯合行為個案的比例比較等三項指標，做為衡量公平法執法後的績效。分析結果初步發現公平會執法後，不管聯合行為的每年平均件數，或特定產業聯合行為發生的平均件數，都顯示施法後並沒有因此減少。其次公會介入聯合行為，主導聯

* 國立北大學經濟系教授。

合行為的發生的比例，也未因執法後有所改善。當然，上述結果產生的真正原因，有可能是國內事業單位遵守法律的態度所使然。

最後，則對目前法制結構檢討聯合行為的規範，發現可改進之處有三：第一，是主體認定的問題，為免生主體與行為配對不良的誤解與矛盾，本文以為事業團體（即同業公會）有關的規範行為僅聯合行為與杯葛兩項，可於該兩項規範條文的主體，除一般事業外，加上事業團體，使規範的主體具完整性。然後再於總則部分明確確定義事業團體包含的範圍。第二，是聯合行為成立的要件中，本文以為因應當前事業組織的調整，應將垂直聯合的部分涵蓋進來，將定義中的「有競爭關係」之限制剔除。其次為使法律要件於母法完整呈現，可將公平法第十四條母法的規定改為「事業之聯合行為足以影響市場功能者不得為之」。第三，為免遺珠之憾，可仿獨占力濫用與結合管制的立法技術，於例外許可行為中，除列舉之外，另增加概括條款以為補充。

壹、緒論

公平交易法（以下簡稱公平法）的規範基本上包含反托拉斯法與不正競爭法兩項管制法律的領域¹。反托拉斯管制的部分置於公平法第二章，分別有獨占力濫用的管制、結合行為的管制，以及聯合行為的管制等三項²。公平法立法之初，立法委員與學者對反托拉斯法域管制的部分，並不全然支持，尤其是考量國內以中小企業為主體的經濟結構，反而是主張應鼓勵企業藉由結合手段發展成大規模企業，至於大型的獨占企業在國內大都屬於國營事業³，已受到政府完全的監控，大可不必予以太多的憂慮。唯獨需要特別關注的是聯合壟斷的問題（即公平法的聯合行為）⁴，是故公平法的立法，在反托拉斯法域的部分，就國內而言，有相當份量的部分是立基於解決當時市場上盛行聯合行為的問題。

¹ 美國則散佈於休曼法(Sherman Act)，聯邦貿易法(FTC Act)，克來頓法(Clayton Act)等三項法律規範。德國前者有「營業競爭限制防止法」，後者則有「不正競爭限制防止法」。日本則分別有「獨占禁止法」與「不正競爭防止法」。韓國亦分別有「韓國限制獨占法」與「不正競爭防止法」。

² 公平法內反托拉斯管制的部分，尚散見於公平交易法第十八條的維持轉售價格、第十九條第一款的杯葛，第十九條第二款的差別待遇，以及第十九條第六款的搭售，獨家交易、地域限制、顧客限制，使用之限制及其他限制等六項行為。

³ 民國 81 年公平交易委員會公告 33 個獨占市場中，純粹獨占市場共有 25 個，其中 20 個市場屬於公營事業，占有比例為 80%，見莊春發(1993)個體經濟學講義，頁 85。

⁴ 見立法院公報，公平交易法法律案專輯，第七十九會期，經濟、司法兩委員會審查「公平交易法草案」，第二次聯席會議紀錄中薛琦等學者的發言，以及以後立法委員各次一讀過程中的發言。

公平法立法後的執法結果，也驗證上述的結果，截至民國八十九年底，公平會對獨占力濫用行為（公平法第十條），違法結合行為（公平法第十一條），與聯合行為（公平法第十四條）三種行為的處分案，分別為獨占力濫用案 2 件，違法結合案 18 件，聯合行為 66 件，三種違法行為占反托拉斯法處分案的比例分別為 2.3%，20.9%，以及 76.8%⁵。由此可見，即使由執法的結果觀察，國內公平法反托拉斯法域的執法，也如同立法之初大家的共識，基本上乃在於阻止市場聯合行為的蔓延，減少其限制市場競爭機制的發揮。

聯合行為的立法的設計，我國基本上採「原則禁止，例外許可」的架構，例外許可必須事先向主管機關公平交易委員會申請，經許可後才能採行聯合行為，未申請例外許可即採聯合行為者視為違法，將受到處罰。十年過去了，這套制度的施行，其結果如何？在實際執行上產生那些問題？更令人關心的是聯合行為管制是否有赫阻市場企業聯合壟斷行為的效果？執法十年後實值得我們做一回顧。首先在目前聯合行為的立法架構上，在技術上是否有不足之處，以至於造成聯合行為執法上的窒礙難行；其次由於執法之故，使得市場上的聯合行為轉入地下，主管機關在證據的蒐集上產生極大的困難，在學理上、實務上如何突破此「道高一尺，魔高一丈」的發展趨勢，在公平法施行十週年之際，亦值得我們一起來思考，並找出解決之道，這是本文的研究動機與目的。

本文的章節安排如下：本章為緒論，第貳章的內容為回顧聯合行為的目前架構與十年來的執法結果，以及因執法而產生的處理原則。第參章則觀察聯合行為執行面的問題，中間包括聯合行為處罰中、市場範圍界定的問題，足以影響市場功能的分析、價格共同下降的聯合行為、以及圍標問題的研究，最後則為所有案例的實証分析。第肆章則以聯合行為執法績效為研究對象，分析公平法施行後，對聯合行為的赫阻效果。基本上以公平法執法前後，聯合行為個案統計的比較，特定產業聯合行為個案統計的比較，公會介入聯合行為個案的比例比較。第伍章則藉由第貳章到第肆章的分析結果，提出聯合行為法制結構的檢討，討論聯合行為主體的認定問題，聯合行為成立的要件問題，聯合行為例外的範圍與問題、聯合行為的許可制度與異議制度的比較分析。第陸章則針對聯合行為違法技巧升高後，如何藉由一致性結果推論行為有明示的或默示的意識聯絡，探討聯合行為成立的要件。最後一章則為研究結論與建議。

⁵ 此處的統計不包含第十八條低於轉售價格與第十九條有關反托拉斯的部分。

貳、聯合行為規範的回顧

一、聯合行為規範的架構

公平法第七條聯合行為的定義為：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言。」依行為的主體、行為的手段、行為的方法，分別說明如下：

(一) 聯合行為的主體

聯合行為的發生必須是「事業」與有競爭關係的他「事業」共同參與。它由二以上之「事業」構成行為的主體。至於所謂的「事業」，依據公平交易法第二條的定義，所謂的事業，係指一、公司，二、獨資或合夥之工商行號，三、同業公會，四、其它提供商品或服務從事交易之人或團體。前兩類的公司、獨資或合夥之工商行號，則指分別依公司法或商業法登記之企業組織而言，而未登記者則歸屬於第四款的從事交易之人或團體。同業公會則指工業團體法或商業團體法之工業團體或商業團體，以及由公司獨資或合夥之工商行號或其它從事交易之人所組成的團體⁶。為使同業公會聯合行為的適用更明確與具體，公平會於民國八十八年八月三十日修正的施行細則第五條第三款，表明：「同業公會藉章程或會員大會、理監事會議決議，或其它方法所為約束事業活動之行為，亦為第一項之水平聯合；同業公會代表人得為行為人。」因此在公平法的執行上，同業公會將被認定為聯合行為的主體⁷。

(二) 聯合行為的手段

聯合行為的成功與否，依據產業經濟學的分析，事業間的協議(agreement)必須先達成。協議的成功與否，則決定於事業與有競爭關係的事業，是否有合理見面的機會。其次協議的交易成本也很重要，市場上廠商人數的多寡，廠商大小的分配，產品的同質程度，產品生產成本的

⁶ 同業公會主體於公平法適用的分析，見莊春發(1993)同業公會與公平交易法關係之研究，蕭文生，吳秀明(1998)，聯合行為構成要件之研究，公平會委託研究；蘇永欽(1991)，事業團體的聯合行為，政大法學評論 44 期；蔡震榮(1993)公平交易法行為主體研析，公平交易委員會委託研究。詳細討論見第五章。

⁷ 依據聯合行為的定義，聯合行為的發生，必須是事業與他事業共同參與，如果同業公會被直接解釋為事業，則「他事業」是否代表其它同業公會或公司，獨資或合夥呢？依照字面很難詮釋公會与其它公會做水平聯合。

差異性，產業發展的階段等，都可能影響事業協議交易成本的高低，從而決定協議是否可以達成。

協議達成是聯合行為成功的必要條件之外，聯合行為在市場要能產生效果，還必須上述之協議能夠被執行(enforcement)。光只有協議，沒有實際執行性的可能時，聯合行為的效果不會產生。協議的可執行性經常與協議的懲罰條款有密切的關係，因為欠缺懲罰條款時，協議常會因為事業追求個人之利益極大化而破功。

是故，在實務上事業很可能採用契約或協議的方式，彼此相互約束對方的經濟活動，以達成聯合行為的目的。因此在聯合行為管制的執行上，大都以事業間是否訂定契約或協議做為判斷的標準。業者為規避留下的聯合行為的證據招致風險，大都會改以非具體有形的文書為意思聯絡的手段。所以在公平法聯合行為的定義裡，防範上述可能產生的弊病，在契約、協議的手段之外，以概括式的「其它方式之合意」加以涵蓋。而且為使「其它方式之合意」更具有效性，公平會於施行細則第五條第二項明白的宣示：第七條之其它方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。

(三) 聯合行為的方法

為實現聯合行為的目的，使參與者獲得更高的利潤水準，業者可採行的方法，最直接的是對產品或服務的價格，訂定一標準，避免事業彼此間殺價的競爭⁸。其次是藉由限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等方式，達成相互約束事業活動的目的。限制數量、技術、產品、設備，最終之目的無非是想藉其造成市場產品供應的短缺，以提高產品之市場價格，使參與之業者從中謀利。限制交易對象的目的，在於使交易人所需要的產品來源，限縮於唯一的供應者，使該供應者有遂行市場力量的機會。同樣的，限制交易地區的情形也大致相若，利用地理區域的限制，使該地理區的交易者成為產品的獨家供應者，有行使市場力量的機會，此即為產業經濟學討論卡特爾類型的市場劃分(market division)。

(四) 聯合行為的排除條款

事業間固然有以契約、協議或其他方式之合意的事實，並藉由與有競爭關係之事業，共同決定商品或服務之價格，或藉由限制產品數量、生產技術、生產設備，以及限制交易對象，交

⁸ 此即為美國判例所稱的統一定價(price fixing)。

易地區等手段，達成相互約束事業活動之目的，是不是就一定違反公平法呢？易言之，公平法對聯合行為的規範，是否要求到只有聯合行為之事實，即屬違法，沒有任何可以討價還價的空間。

為避免上述的缺陷，在我國的立法規則上，仍有最低門檻或排除條款的設計。第一個排除條款，訂於施行細則的第五條第一項，指明第七條的聯合行為，係屬於事業在同一產銷階段的「水平聯合」為限，不包含上下游垂直關係的「垂直聯合」。由直覺的觀察，它代表立法者可能以為事業間垂直聯合的產生，對市場競爭的影響並不重要。或者說競爭法所追求的效益，在於水平市場競爭的維持，不在於垂直競爭。

排除條例中更重要的是在施行細則第五條第一項的後段，明白揭示，其所規範的聯合行為必須具備「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」，換言之，不足以「影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」的聯合行為，公平法並不加以規範。問題是什麼樣程度的聯合行為，才算是足以影響市場功能？那些聯合行為對市場功能將產生顯著之效果，在公平法其它規定並沒有進一步的處理，使得實務的執行上，這部分的排除條款變成十分曖昧、混淆不清，徒留執法者自由心證的空間。

(五) 聯合行為的例外規定

聯合行為的存在，原則上將對市場將產生限制市場競爭的效果，妨害價格調整的功能，危害消費者權益，所以公平法對聯合行為採行禁止之規定。但是事業之聯合行為態樣甚多，對市場績效的影響也不同，有些聯合行為可能有益於整體經濟與公共利益，不宜完全否定其功效而予以禁制。因此公平法第十四條，乃有原則禁止例外許可之設計，對於有益於整體經濟與公共利益的聯合行為，經公平會許可者，可以有例外許可之可能性。其例外情形有下列七項：

1. 為降低成本、改良品質或增進效率，而統一商品規格或型式者，一般稱之為「統一規格或型式之聯合」。
2. 為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率，而共同研究開發商品或市場者，一般稱之為「合理化之聯合」。
3. 為促進事業合理經營，而分別作專業發展者，一般稱之為「專業化聯合」。
4. 為確保或促進輸出，而專就國外市場之競爭予以約定者，一般稱之為「輸出之聯合」。

5. 為加強貿易效能，而就國外商品之輸入而採取共同行為者，一般稱之為「輸入之聯合」。
6. 經濟不景氣期間，商品市場價格低於平均成本，致該行業之事業，難以繼續維持或生產過剩，為有計劃適應需求而限制產銷數量、設備或價格之共同行為者，一般稱之為「不景氣聯合」。
7. 為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力所為之共同行為者，一般稱之為「中小企業之聯合行為」。

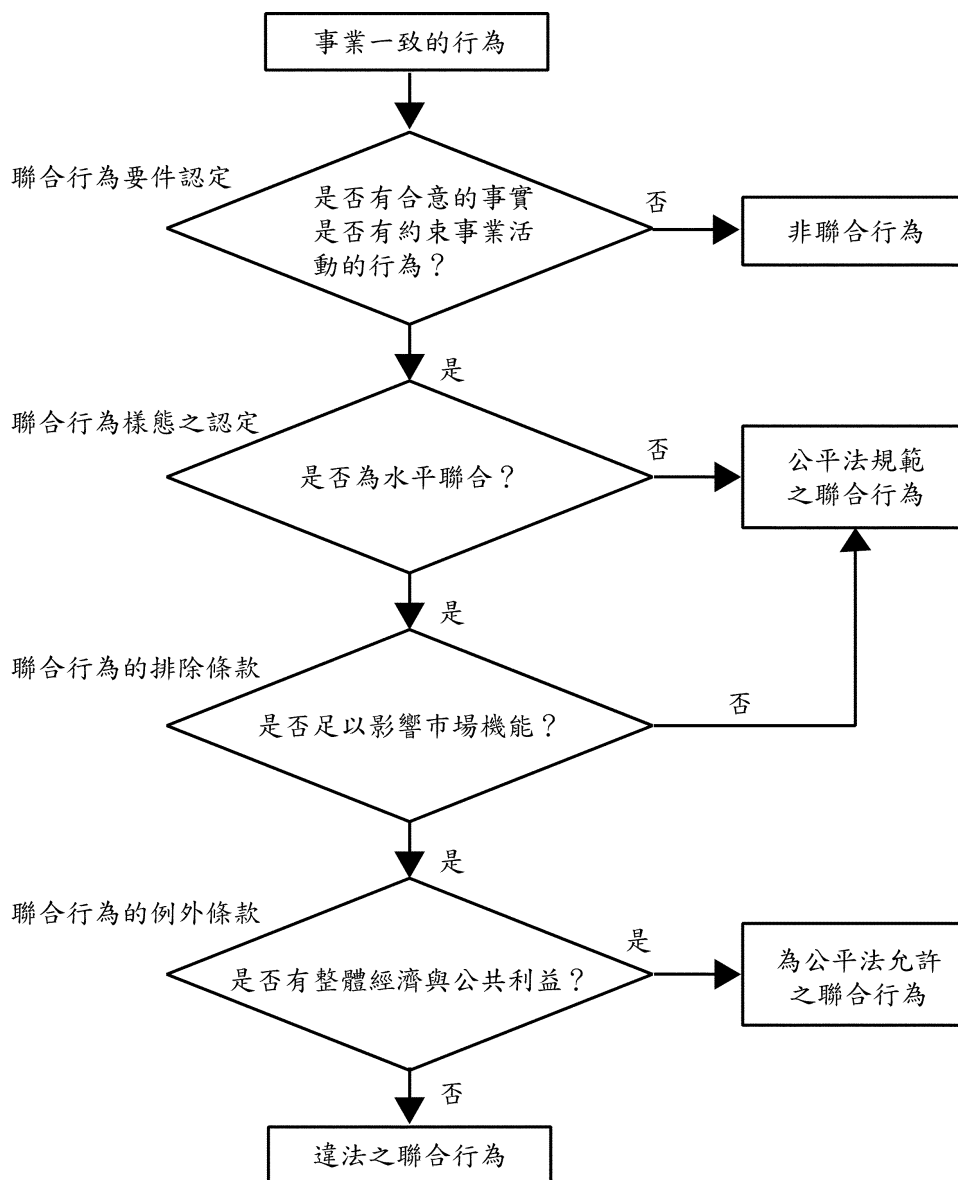
公平會對於聯合行為例外許可之申請，衡量聯合行為施行後，對於整體經濟利益與公共利益之正面貢獻，以及其對於營業限制之負面影響，若前者貢獻大於後者貢獻⁹，則予以許可。

由以上例外許可的說明，可以瞭解事業間聯合行為即使在形式上滿足法律的要件，並不一定形成違法，第一階段它必須釐清其是否屬於同一階段的水平聯合，其次必須判斷其聯合行為是否足以影響市場功能，以剔除未達門檻的聯合行為。最後則以整體經濟和公共利益標準判斷是否為公平法所允許的聯合行為，以決定聯合行為的違法與否，其過程可用圖一表示。

⁹ 各種聯合行為的類型所衡量的整體經濟與公共利益並不完全相同。例如標準化聯合行為考慮的因素有(1)生產成本降低的程度。(2)生產效率提高的程度。(3)產品品質改良的程度。(4)消費者的便利性。(5)商品價格變化預估。(6)參與聯合事業之市場占有率。(7)對未參與聯合行為事業之阻礙程度。各聯合行為整體經濟與公共利益應考慮因素，請參考公平會出版之「認識公平交易法」有關聯合行為的部分。

二、聯合行為的執法結果

(一) 聯合行為申請案統計



圖一 違法聯合行為認定的流程

公平法反托拉斯法域的規範，結合與聯合行為均有事先申請的規定。截至民國 89 年底，聯合行為的申請案有 97 件，核准 65 件，駁回 10 件，部分核准 9 件，中止審理 14 件，核准率

67%，駁回率 10.3%¹⁰。各年的申請件數、駁回件數、部分核准件數、中止審理件數情形如表一：

表一 聯合行為申請案處理結果統計表

年度	核准	駁回	部分核准	中止審理	合計申請件數
81	5	3	0	1	9
82	7	1	0	1	9
83	9	3	1	0	13
84	0	0	1	0	1
85	5	0	0	3	8
86	11	0	1	6	18
87	18	0	4	0	22
88	4	2	0	2	8
89	6	1	2	0	9
合計	65	10	9	13	97

資料來源：公平交易委員會。

(二) 聯合行為處分案統計

事業因聯合行為而受公平會處分的案件，如表二，共計有 75 件，其年度出現的件數分別為八十一年 4 件，八十三年 2 件，八十四年 5 件，八十五年 5 件，八十六年 10 件，八十七年 8 件，八十八年 11 件，八十九年 21 件最多，九十年第一季則有九件。如以五年為計算標準，處分案的分配比例，可以很明顯發覺，前五年的處分案共有 16 件，占有處分案的 21.3%；相對的後五年的處分案則有 59 件，占有處分案的 78.7%。造成此結果的理由可有二，一是公平法執法初期，主管機關因一般事業對公平法仍不甚瞭解，故採行較為寬容的處理，因此呈現前五年處分案較少，後五年由於事業已相當瞭解公平法的管制內容，主管機關因此採行較為積極的手段，所以呈現較多的處分案。第二種理由可能是累積前五年的執法經驗之後，主管機關對法律的使用已相當熟悉，因此比較容易掌握事業聯合行為的事證，使處分案易於成立。也

¹⁰ 相同時間內，結合的申請案共有 4792 件，核准 4724 件，駁回 3 件，中止審理 44 件，併審處理有 21 件，核准率為 98.58%，駁回率 0.06%。

許以上均不是理由，除非有進一步的資訊，否則不易判斷此現象的存在。

表二 聯合行為處分處各年件數與分配比例

年度	處分案件數(件)	案件比例(%)
81	4	5.3
82	0	0
83	2	2.6
84	5	6.7
85	5	6.7
小計	16	21.3
86	10	13.3
87	8	10.6
88	11	14.7
89	21	28.0
90a	9	12.0
小計	59	78.7
合計	75	100

資料來源：公平交易委員會

說明：a.九十年資料只計算到第一季，即一月到三月的統計。

三、聯合行為執法的處理原則

公平會為使聯合行為的規範為社會所瞭解，除依據原有母法與施行細則加以處理外，尚利用「相關行為處理原則」的方式，公佈公平會對若干行為的處理原則，例如營造廠以聯合承攬方式承攬公共工程，是否違反公平交易法，即於第四十一次委員會議訂定「不受公平交易法規範之營造業聯合承攬通用基準」，又如鑑於同業公會係以協調同業關係、增進共同利益及促進社會、經濟建設為宗旨而成立之組織，其行為可能有公平交易法適用的可能，為使同業公會瞭解並落實公平交易法的相關規範，因此於八十九次委員會議訂定「公平交易法對同業公會之規範」的行為準則。

最後，為提升中小企業從事效能競爭，並維護交易程序與消費者利益，增進整體經濟與公共利益，因此於第一六〇次委員會議中訂定「例外許可中小企業聯合訂價行為審查原則」。以下

分別說明此三項與聯合行為有關的處理原則。

(一) 不受公平交易法規範之營造業聯合承攬通用基準

公平法公佈施行後，實務上工程招標所為之聯合承攬，是否構成公平法第七條規定的「聯合行為」，營造業者請求公平會解釋，公平會於第四十一次委員會由反面方向做成不符合聯合行為的要件認定。該基準首先確立聯合行為之要件為：1.是否足以影響市場功能者；2.二以上事業是否「具有競爭關係」；3.是否共同決定價格。接著以下列要件(1)與要件(2)或要件(3)的成立，認定其不構成聯合行為。(1)為須個案聯合承攬：即聯合承攬按每件工程分別成立，其聯合承攬關係於工程完工後即消滅。(2)為是否影響市場功能之要件，中間又區分三項要件：a.具有市場地位之發包機構，要求投標或承包事業所為之聯合承攬；b.發包單位衡量國內水準及供需關係等因素認為有聯合承攬之需要，且於招標須知中載明聯合承攬相關規定者；c.非投標或承攬事業所積極發動，而係被動配合 a.發包單位之要求，依 b.項規定而為之聯合承攬，且意圖不在限制競爭，且無使發包單位受損之虞者。(3)關於「競爭關係」之要件。在未聯合投標之情形下，聯合承攬團體中之個別事業各自均不符發包單位之投標資格者，二以上事業因組成聯合投標團體而符合投標資格，因此增加投標事業或聯合投標團體之競爭者。

(二) 公平交易法對同業公會的規範

同業公會屬於公平法第二條所稱之事業，唯同業公會的成立，係以協調同業關係，增進共同利益為目的，有些行為固然有促進社會、經濟建設之功能，但更可能的是同業公會以理監事會議，或會員大會所做成的決議，變成聯合行為的工具與手段。茲為使同業公會的運作，能夠符合公平交易法的規定，乃就過去同業公會可能牴觸公平交易法的行為樣態以舉例說明。

同業公會行為可能違反聯合行為規定者有：(1)公會協商同業集體減產。例如部分公會曾涉及協議減產，並由公會分配限制各會員廠之發貨數量。(2)公會限制發貨行為。例如國內部分公會曾涉及分配、限制各會員廠商之發貨量。(3)公會成立聯合社統一採購行為。部分同業公會藉聯合社方式大量採購商品協議售價及約定他事業活動。(4)有關會員銷售商品之價格或服務報酬之協議、訂定、公告、維持或變更。(5)限制商品或服務之交易地區或交易對象。其作法有：(a)以劃分或協同規範之方式限制會員之交易地區或交易對象。(b)約制會員接受訂單之行為或方式，或投標資格。(c)無具體或合理標準，以對會員區分等級之方式，限制會員之交

易對象。(6)共同規定商品銷售條件、服務條件或其他有關交易支付條件¹¹。

(三) 例外許可中小企業聯合訂價行為審查原則

公平會處分台灣省橡膠製品商業同業公會聯合會，對補胎的統一訂價之後，發覺這些公會會員¹²大都為中小企業。公會制定統一補胎價格，提供市場充分的訊息，反而有利於消費者，防止其因對市場訊息不足，以及購買之勞務具有急迫性，而為其交易相對人所乘。故將公平法第十四條第七款的例外「為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力所為之共同行為」擴充為包含聯合訂價行為。只要該聯合訂價行為符合(1)交易穩定化原則或(2)資訊透明化原則，有益於整體經濟與公共利益者，得向公平交易委員會申請聯合行為許可。

所謂「交易穩定化原則」係指同質性高、交易額細微的商品或勞務的偶發性交易行為，若預見交易價格，可減輕如詢(議)價等交易成本，同時有促進提供商品或勞務之一方從事效能競爭，並防制其乘交易相對人之急迫為顯失公平之行為，經認定聯合訂價行為有益於公共利益與整體經濟發展者。其次所謂「資訊透明化原則」係指對於商品或勞務的交易，聯合訂價行為的實現目的與效果，不在於影響市場供需，或市場已有國際行情，另或其計價方式、計價項目及相關計算參數等資訊公開結果，有助於交易資訊的取得，減輕社會交易成本，且有益於交易機會的實現，經認有利於公共利益與整體經濟者。

但緣於該審查原則申請時應具備的條件中，規定聯合訂價行為經公平交易委員會初審通過，並與交易相對人團體完成協商後，中小企業應由所屬同業公會向公平交易委員會提出申請。換言之，聯合訂價行為必須由交易相對人團體背書，交易相對人若為消費者，則其團體為消基會，一般而言該團體不易為此聯合訂價行為背書。因此，截至目前為止依該審查原則提出申請通過的例外個案，並未存在。質言之，該審查原則徒具美意，實務上難以落實。

綜上所述，公平法母法與施行細則的規範之外，三項相關行為的處理原則，「不受公平法交易法規範之營造業聯合承攬通用基準」基本係為其特定市場行為做公平法合法範圍的規範。「公平交易法對同業公會之規範」乃在於事前知會、訊示公平法之主體同業公會，不得逾越公平法的規定。「例外許可中小企業聯合訂價行為審查原則」，則在為有利於公共利益與整體經濟

¹¹ 見「認識公平交易法」增訂七版，2000年，3月，頁90。

¹² 該公會共有2,332家廠商。

的聯合行為，開拓另外一道出路，可惜不甚成功。

參、聯合行為執行面問題的觀察

事業聯合行為的目的，無非寄望透過共同決定商品價格或服務的報酬為手段，或者藉由生產數量、產品種類的限制，以及交易對象與交易地區的劃分，獲得相互約束事業活動的結果，從而影響事業生產、商品交易或服務供需之市場功能的發揮，最後則造成市場競爭功能的抑制，獲取更高的利潤水準。換言之，聯合行為基本上是事業利用人為的干預，阻礙市場競爭功能的運作，以獲取不當利得。因此，原則上，聯合行為在競爭法領域的可責性很高。似乎應當以當然違法(perse illegal)加以處理。只要發現事業有聯合行為的事實，即將其視為違反法律的行為，予以一定之處分。

然而不可否認的，有些聯合行為施行結果，對市場供需之功能不致於產生太大的效果，有人認為沒有對其處罰或禁止的必要。最典型的例子是，過去在報紙刊登，常被引述的「一條街上兩家豆漿店統一定價的行為，它雖然是聯合行為，並不至妨害市場供需與價格的功能」，因此不至於違反公平法¹³。又如公會以決議方式決定會員公休日，則係基於會員員工之福利與休閒的需求，其目的並非在影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，以致妨害交易秩序，它是一種例行性的休假，不致變相成聯合減產，違反公平法¹⁴。所以就聯合行為的違反，在法律制度的設計，也遵循獨占力濫用的規範，以獨占事業為限；結合管制則以事業一定市場占有率以上之事實，才有申請結合許可的義務。在施行細則上訂定聯合行為必須是「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」才需受到公平法的規範，問題是用此廣泛而抽象的「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」做為聯合行為排除條款的指標，似乎很容易產生爭議。因此很有必要對此標竿進一步探討。

一、市場範圍的界定

什麼樣的聯合行為才算是「足以影響市場功能」？如果市場範圍界定較窄，特定聯合行為很可能很容易滿足「足以影響市場功能」的要件。相反的，若執法機關將市場範圍界定較寬，則特定聯合行為對市場的影響則可能微不足道，不易構成「足以影響市場功能」的條件。因此，

¹³ 見認識公平交易法，增訂三版，民國八十九年三月，第 83 頁。

¹⁴ 同註 13。

要判斷什麼樣的聯合行為才算是「足以影響市場功能」，似乎不得不仍然要回歸到反托拉斯市場範圍界定的討論上。

如果大家接受「足以影響市場功能」的聯合行為的判斷，需要回歸到市場範圍界定的討論上，接著要考慮的問題是，聯合行為所面臨的「市場範圍」界定，與獨占力濫用管制，結合管制採用的市場範圍是不是有一致性呢？在未做成結論之前，先研究美國、德國先進國家的實際執法情形，也許可以提供我們一些啟示。

(一) 美國法律的處理原則

美國法律對聯合行為的規範（休曼法第一條），採用的市場定義，與獨占管制（休曼法第二條），結合規範（克來頓法第七條）採用的市場定義完全一致。不過要了解美國法院規範聯合行為所採用的市場定義，必須由美國法院對聯合行為的態度改變談起。早期美國法院的執法態度，大都採用絕對違法(per se illegal)的態度¹⁵，一直到 Chicago Board of Trade V. United States (1918)一案¹⁶，才由法官 Brandes 建立第一個合理原則(rule of reason)的判例，改變將所有限制行為視為違法的態度。

但是對於特定的聯合行為如：(1)統一定價(fixed pricing)；(2)集體杯葛(group boycotts)；(3)水平市場分割(horizontal market divisions)；(4)垂直市場分割(vertical market divisions)等四種市場行為，法院經過多次處理經驗後，發現這些行為明顯對市場競爭產生限制效果，因此仍以當然違法原則處理。因為這些行為類別，本質上有妨害市場競爭的可能，所以程序上並不進行市場分析，當然也就不涉及市場定義的問題。

相對的，合理原則處理的案子¹⁷需考慮所有條件，以判定其是否產生不合理的競爭限制。

¹⁵ 早期的 United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n (1897)鐵路公司判定統一價格(price fixing)，United States v. Joint Traffic Ass'n (1897)案制定統一費率為違法，United States v. Addyston Pipe & Steel Co. (1899)一案，最高法院亦贊同第六巡迴法院的見解，認為企業統一價格與劃分市場為不合法。Standard Oil Co. v. United States (1911)一案，美國最高法院建立唯有不合理的限制(unreasonable restraint)才受休曼法第 1 條的限制。隨後才在 Chicago Board of Trade v. United States 一案，由最高法院法官 Brandes 建立合理原則 (rule of reason) 的判例，不再將所有限制行為視為違法休曼法第一條。

¹⁶ 246u.s.231 (1918)

¹⁷ 即使是統一定價的案子，在美國目前仍然有以合理原則處理的案子。這些案子有 Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.(1979)；Arizona v. Maricopa County : Medical

這些相關條件包括：(1)被告採行限制行為的企圖與目的；(2)被影響的產業結構與競爭條件；(3)被告在市場的相對競爭地位；(4)是否存在阻礙競爭者的經濟障礙。判定過程並非以上述之個別因素做為觀察的依據，調查者是衡量所有條件後，再決定該爭議性之行為，是否有違反休曼法第一條的可能。

合理原則處理的案子調查的起始點，在於確認被告的相關市場範圍，亦即在處理程序上，首先評估引起爭議行為發生所處的相關產品市場與相關地理市場(Holmes 1986: 155)。換言之，美國法院對有關限制行為問題的處理，特別是所謂的以合理原則處理的案子，適當市場界定的問題因而出現，並且扮演著重要的角色。此時美國法院所採行的態度，是先做市場範圍的分析，與休曼法第二條規範的獨占問題，和克萊頓第七條規範的結合問題，第一步為進行的市場界定分析是一樣的。更重要的是美國法院在有關獨占、結合的市場定義，與聯合行為所採行的市場定義是前後一致，採用相同的認定標準¹⁸。

(二) 德國營業限制防止法的規定

德國營業限制防止法第一條明文規定涉及聯合行為的契約或決議，必需「藉限制競爭，足以影響市場關係」始達到違法條件。是故在研究「限制競爭」與「影響市場關係」之間的關聯，便成為德國限制競爭防止法上的重要課題。德國學者依據不同的意見提出下列三種不同的見解¹⁹：「一是主張競爭者之間的限制競爭協議，必然會影響市場關係。此種主張類似於美國早期對聯合行為的處理態度，認為限制競爭之協議本質上為違法之行為。是故若競爭者之間存有協議，則不問其是否對市場之第三人產生某種最低程度的影響，則逕自認為其為違法；第二種主張較為緩和，以協議必須造成其成員寡占或獨占之地位，有害於交易相對人之選擇可能，始認為影響了市場關係，被認為卡特爾。這種主張是以協議後造成市場上第三人有抽象的危險為條件；第三種主張比第二種主張更為慎重，以協議必須對市場的影響達到一定程度，致使顧客不在具有『可期待、適當的轉而他求之可能性』時才認定市場關係始受影響。第三種主張以為抽象危

Society (1980) ; Nationl Collegiate Athletic Association v. Board Regents, University of Oklahoma (1984)。見 Kalinovsky (1990) Chapter 6A.

¹⁸ Kalinovsky (1990: 6-55)中亦認為，在判定限制行為的合理性，相關市場為其重要因素，而且相關市場的認定標準與休曼法第二條(獨占)，克萊頓法第3條(搭售)和第7條(結合)的標準相同。

¹⁹ 以下三種不同學說均參考吳秀明(1976)，頁67-77。

險並不足以構成市場關係的影響，必須由該協議有造成『具體危險』可能始成立。換言之，必須造成顧客在市場上自他企業取得相同或可替代之商品發生困難時，始謂市場關係受到影響。而第二種說法，則不待困難實際發生，只要有損及競爭之選擇可能，即認為市場關係受影響，二者的差別在此。

第一種主張對於聯合行為的認定，也許失之過嚴，第三種主張似乎又因要求要件過嚴，使認定失之過寬。所以第二種主張，以限制競爭之協議有害於交易相對人的選擇可能，是以抽象危險為要件，以事前防範限制競爭弊害為著眼點，似乎是較為適當的主張。

換言之，聯合行為係限制成員間的競爭具備對市場關係具有某種程度的影響即可。其次所謂的「程度」，只要『足以』影響市場關係即可，不必等到市場關係真正受到影響，才認定其產生效果。

不可否認，要認定有『足以影響市場關係』的效果，必須對市場範圍有所瞭解。是故，相關市場範圍的界定寬窄，對於認定聯合行為是否足以影響一市場之市場關係，便有著關鍵性的地位。若相關市場被界定很大，則限制競爭之約定，只及於某些地區鄉鎮，則該限制競爭行為，以全國性相關市場加以分析時，極可能出現限制競爭不足以影響市場關係之效果。是故被告通常均會殫精竭慮地主張相關市場很大，而原告相對的則主張很小，對法院或主管機關而言，公平而客觀的認定相關市場，便成為非常重要的工作。」²⁰

由以上分析，可以瞭解德國法院對聯合行為的管制，在決定限制競爭協議是否足以影響市場關係效果時，亦以相關市場為基礎，可見其採用的市場定義，與獨占、結合相同，應無疑慮。

綜上所述，由美國、德國的實務可見，聯合行為所採的市場範圍，應與獨占力濫用，結合規範所採用的市場範圍相同。換言之，公平法施行細則第五條第一項後段的「...足以影響生產、商品交易或服務供需的市場功能為限」的「市場」應該是指反托拉斯市場的意思，主管機關要認定特定聯合行為是否足以影響市場功能時，應先就該行為發生的市場範圍，依據反托拉斯市場的內涵，相關產品市場與相關地理市場進行分析，先行確立其所屬市場的範圍。

²⁰ 見吳秀明(1976)，頁 49-50。

二、足以影響市場功能

確立聯合行為所面臨的反托拉斯市場，與獨占、結合管制所採用的反托拉斯市場相同之後，假設市場範圍界定的問題也解決了，接下來要處理的問題是聯合行為在市場的影響層面要多大，才能算是「足以影響市場功能」。例如一條街上兩家豆漿店共同漲價是聯合行為，並不構成違法的聯合行為，理由之一是相關產品市場以「豆漿」產品可能稍嫌太窄，比較適當的市場似應擴大為「早餐供應店」；理由之二是以一條街作為相關地理市場的範圍可能也不適當，也許以方圓五哩，或步行十分鐘的距離為消費者購買的地理市場，可能較適當²¹。理由之三，則為相關市場的「早餐供應店」家數有很多，他包括西點供應店、中式餐點店，兩家豆漿店僅占數量龐大供應者的極少數，市場的相對交易者，受到的約束有限，豆漿店長期有可能因為漲價不利將價格又調降回來。所以就主管機關而言實不必為此類之聯合行為進行規範，市場本身即有矯正的機能。

在以上豆漿店的極端例子，可以發覺它的第一個問題在於市場範圍界定不適當，第二個問題是大家心目中認為兩家豆漿店為早餐供應店中的極少數，兩家共同漲價不致於產生太大市場限制效果，而且市場仍有調整功能，所以主管機關不用擔心，可忽略此雖名為聯合行為但實質效果不大的市場限制競爭的行為。但是在大部分的情形，可能不像豆漿店的例子那麼極端，主管機關必須在管與不管的門檻上找到一個標準，這才是規範聯合行為的困難所在。

大致而言，可以想到的方法是以參予聯合行為廠商的銷售量占市場總交易量的比例為衡量基礎，如果參與聯合行為廠商交易量占市場總銷售量的比例很高，大部分的交易人會因此受到影響，則可認定其具有「足以影響市場功能」。反之，若參與聯合行為廠商的銷售占市場銷售比例很低，極少人受到嚴重影響時，則可認定其為「不足以影響市場功能」。同理，也可以以市場的交易商人數作為衡量標準，如果參與者寡，則表示「不足以影響市場功能」，可以不對其規範。衡量指標找到了，困難仍然存在，在實際執法時，雖然可以利用銷售量，與參與廠商人數多寡比例，來衡量其影響程度，但執法者仍舊需要再中間劃下一道門檻，作為判定的基礎。例如以市場占有率 10% 為準²²，銷售量或參與人數低於此者，認為不足以影響市場功能，反之，

²¹ 以上所述也僅是以地理市場的需求面考量，比較周延的分析，還應當考量地理市場的供給面，討論供給者進入市場的可能。

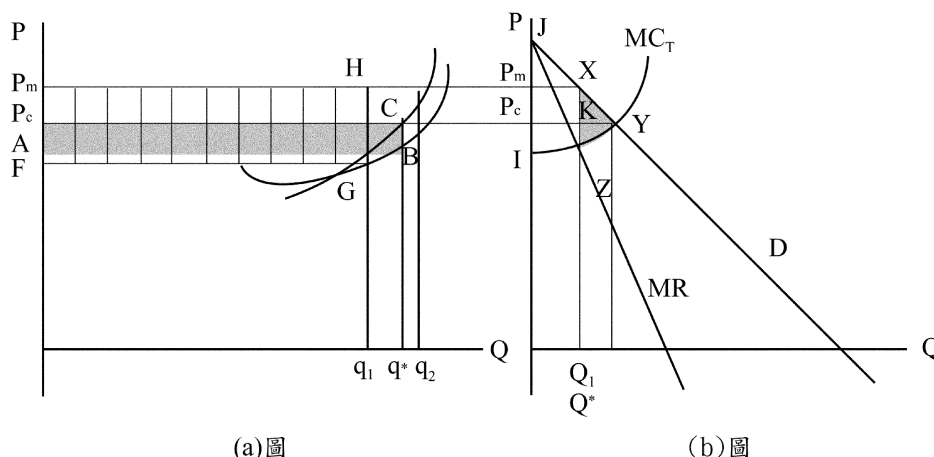
²² 在垂直限制競爭的管制，公平會一般以 10% 的市場占有率，表示廠商在市場上具有顯著市場力，

則視為「足以影響市場功能」。用量化的標準處理問題，具有清楚明白的優點，但不可否認的，它也有飛躍性的缺失，例如市場占有率 9.8% 不算足以影響市場功能，而市場占有率 10.1% 代表足以影響市場功能，二者實際相差有限。是故，如何以量化的標準下，再找出其它質化的標準作為輔助的判斷標準，可能是中央主管機關實際執法時，可以進一步考量的方向。

三、價格共同下降的聯合行為

以經濟學的角度觀察，聯合行為的可責性，源自於廠商藉由人為故意的干預，阻礙市場競爭機制的發揮，使產品的總交易量減少，市場價格往上調升，消費者剩餘與生產剩餘所表示的社會福利水準，將因此減少。這些情況可以用圖二的圖形加以分析。

圖二左邊(a)圖代表 n 個成本相同的代表性廠商，其平均成本、邊際成本分別以 AC 、 MC 表示，右邊的(b)圖代表產業， DD 為市場的需要線， MR 為邊際收益線， MC_T 代表產業所有廠商加總後的總邊際成本線。



圖二 廠商聯合行為造成社會福利的損失

假設開始時，市場屬於競爭性市場，市場供給線 MC_T 與市場需求線 D ，決定市場競爭價格 P_c ，整個市場供給量為 Q^* 。以個別廠商而言，其為價格接受者(price taker)，依據利潤最大

似乎可以作為初步的標準。見周作嫻、許淑幸、卓秋容(1994)「排他性契約適用公平交易法之探討」公平交易委員會研究報告，以及公平會公報第 6 卷第 3 期，機車事業經銷體系及銷售行為導正與警示原則之相關規定。

化原則($P_c=MC$)，個別廠商的最適生產量為 q^* ，亦即市場銷售量 $Q^*=nq^*$ 。若個別廠商採共同合作方式生產，組成完全卡特爾，就整體產業（市場）而言，整體利潤最大化的產量決定於 $MR=MC_T$ ，最適產量為 Q_1 ，市場價格提高為 P_m 。顯而易見的產業是以產量的減少為手段，以促成產品市場價格的提高，個別廠商不能依據原有利潤最大化原則決定其最適產量 q_2 ，而必須接受完全卡特爾的數量分配，減少生產數量為 q_1 。

勾結前代表性廠商的最大利潤水準為 $\square ABCP_c$ ，勾結後廠商的產量固然由 q^* 減為 q_1 ，但其實現的利潤卻增加為 $\square FGHP_m$ ，這是個別廠商願意參與聯合行為的理由。假如沒有任何的法律的約制，每家廠商都願意參加聯合行為，因為參與聯合行為可為個別廠商帶來更高的利潤。

就規範經濟的角度，前述廠商的聯合行為，有降低整體社會福利的結果。聯合行為前整體社會的福利水準，由消費者剩餘 $\triangle JYP_c$ 和生產者剩餘 $\triangle IYP_c$ 組成，聯合行為後其社會福利水準則降為 $\square IZXJ$ ，減少部分則為 $\triangle XYZ$ ，其中有一部分是消費者剩餘 $\triangle XYK$ 的減少，一部分則為生產者剩餘 $\triangle KYZ$ 的減少。福利水準降低的主要理由是市場價格上升，消費數量減少，因此生產者剩餘與消費者剩餘從無實現，究其原因是因為廠商為追求本身的利潤最大，利用減產為手段提高價格所造成的。

由以上的經濟理論分析，可以瞭解聯合行為之所以為人所詬病，最根本的理由是其利用產量減少，造成產品價格的上升。是故，「價格上升」是聯合行為為惡的最重要表徵。有趣的問題是，若聯合行為所合意者為價格的共同下降，它是否屬於「足以影響市場功能」，仍有被公平法規範的必要。要言之，聯合行為的立法旨意在於阻止產品價格上揚，傷害消費者，若廠商聯合行為的目標為共同降價，例如百貨公司每年協議在既定期間共同採行換季折扣²³，是否有造成「足以影響市場功能」的可能？

聯合行為的「市場功能」是否僅侷限於價格上漲的部分？對於消費者有利的價格下跌，則採行認可的態度，很值得我們進一步的推敲。這可能需要回到一般大家所認知的市場功能是指什麼？基本上，所謂的市場功能，是指在沒有任何外在人為干預下，讓市場的供給與需求的參與者，依據價格高低，自由決定其資源的配置。百貨公司共同折扣的例子，可能違反了供給者

²³ 共同打折即為降價的一種，見廖義男(1998)「服務業及百貨公司之換季促銷」，公平交易法之理論與實務，頁 96-98。

依據市場狀況，決定產品價格的自由。業者共同協議降低價格，固然有利於消費者福利的增進，但是讓業者自由決定其換季的折扣，則藉由業者彼此競爭的力量，業者個別最後的折扣數很可能將低於其共同議定的折扣數。共同決議折扣數的行為，阻止市場價格的進一步下滑，似乎阻礙消費者可期待利益的實現，降低其福利水準。因此業者共同議決折扣數的行為有社會的非難性。當然，實際市場之情況，也可能競爭後的結果，最後的折扣低於業者共同議決的折扣，但它是市場機能自由運作的結果，消費者只能坦然接受。大致而言，由業者共同議決折扣數的企圖而言，基本上是大家深怕業者間藉由換季的理由大幅殺價、拼價格，所以以事前共同約定折扣的方式約束降價的幅度，因此去除共同約定折扣的結果，業者價格再往下降的情形，依常理推論，機率還是比較高。

經由以上的分析，百貨公司共同議決換季折扣數，顯而易見的對市場功能的運作，有明顯的不利效果。廠商的協議內容為降價，表面上看起來有利於消費者，實質上可能產生對消費可期待利益的損失。換言之，業者共同協議的目標即使是降價，對市場功能的發揮，仍可能造成相當的阻礙效果，使市場價格無法依據競爭的強弱而適當反應其結果，故其亦屬於「足以影響市場功能」的市場行為，為公平法聯合行為的規範對象。

四、圍標

如前所述，美國上百年的反托拉斯法執法的結果，累積充分的經驗之後，發覺統一定價，集體杯葛，市場分割等三種市場行為，明顯對市場競爭產生限制的效果，對該類型的聯合行為採行當然違法的原則加以處理，在程序上並不再進行市場分析，因為這些行為本質上即有妨害市場競爭的可能。以我國公平法的規範觀察，表示這些行為必然影響市場競爭機制的發揮，可認定其「足以影響市場功能」，不必費事審視其市場範圍與市場占有率，判斷其是否為須規範的聯合行為。

與上述描述相同，具備此性質的行為首推招標(bid)個案²⁴。招標是市場拍賣制度的一種，

²⁴ 拍賣的制度，依文獻大致可分為(1)秘密投標，(sealed bid)與公開投標(open bid)兩類，但隨著操作方式不同，前者可再區分為第一高價秘密投標(The first price sealed bid)與第二高價秘密投標(The second sealed bid)。後者則由出價由高到低，或由低到高，可在區分為荷式出價(dutch bid)與英式出價(England bid)見 McAfee and MiMillan(1987)。

在人類歷史上起源很早²⁵，時至今日，經濟活動許多產品的銷售或購買，仍維持以拍賣方式進行，前者如政府部門對私人企業的產品，如房舍、商業用品的購買，甚至是未完全發展(no-well developed)的產品，如公共工程、武器系統，也常採用拍賣方式決定產品的購買價格。即使私人公司對建築、機器等產品的購買，也常採用此方式進行，期冀藉由供應商間的競爭，獲取價格降低或出售收益提高的效果²⁶。因此，招標制度是現行市場制度中價格決定的重要制度之一²⁷。

有別於傳統市場供需雙方經常有許多的參與者的情形，招標或拍賣的制度，供需雙方中有一方為獨家，例如政府橋樑工程的發包，發包過程中，供應一方有許多廠商，購買一方則只有一家廠商，二者構成特定的市場。未參與投標的廠商，未來在另一個投標場合，也許會與現在參與特定標案的廠商進行競爭，但目前情況，在該特定標案中，他們並不產生競爭關係。因此在探討影響市場功能時，僅能就參與廠商加以分析，不能將未參與特定標案的廠商涵蓋進來。

其次，不同的標案間，長期裡固然會有互動的關係，但就競爭的層面而言，市場功能的分析實應侷限於特定標案之內，不應將一定期間內，許許多多標案金額加總起來，然後估算特定廠商占全部標案金額比例，作為衡量特定廠商是否影響市場功能的基礎。因為每標案間並沒有密切的競爭關係，因每次的標案即形成獨特之市場。若投標中間產生圍標的情形，顯示該市場的參與者利用合意一致的行為，阻礙市場競爭機能的發揮，實不必進一步考量，該標案金額的大小，或該參與圍標廠商在一定期間獲取標案金額的比例，即可認定其產生「足以影響市場功能」的效果，對其做成聯合行為的規範。

五、案例的實證分析

(一) 聯合行為市場範圍的界定

表三是 62 件聯合行為個案特性分析的結果。在市場範圍界定的分析上，相關產品市場的探討，大都以特定行業做為市場界定的指導原則，很少像獨占事業認定時的分析一樣，針對涉案產品的替代品進行分析，更不要提對潛在供給的可能做討論。因此就相關產品市場的分析

²⁵ 根據希臘學者 Herodotus 的描述，記載最早的拍賣史實，是在西元紀元前五世紀巴比倫的妻子拍賣制度；羅馬帝國時代，掠奪品的拍賣更是常事；東方中國也早在紀元七世紀即有拍賣制度的紀錄。寺廟和尚死去後，個人物品常以拍賣方式出售。見 Milgrom & Weber (1982)。

²⁶ 見莊春發(1996)「公共工程不同發包制度的研究」。

²⁷ 根據資料顯示，美國市場交易仍有 10% 以拍賣制度進行。見 McAfee and McMillan (1987)。

上，在絕大部分的處分書上，公平會似乎以特定產品如雞蛋批發承運市場、票券簽證業務市場、翻譯認證業務市場等，直接視為相關產品市場。

至於反托拉斯市場另一個元素相關地理市場，在 62 個個案中，有 18 個個案係以全國地區為其相關地理市場，有 42 個個案以地區範圍為其地理市場，例如以台北市、台中市、苗栗地區、台南地區等為其地理市場。以區域性為地理市場者共有兩個個案，一為長山育樂股份有限公司，以南部地區為地理市場範圍，二為合興實業股份有限公司等聯合行為訂價案，亦以南部地區為地理市場範圍。以區域為地理市場範圍者，在三種情形中屬於最少者。

表三 聯合行為個案特性分析

個案序號	個案名稱	發生時間	相關地理市場範圍	相關產品市場範圍	影響市場功能判斷標準	公會介入與否	圍標與否	參與聯合行為人數
1	台灣省汽車貨櫃貨運商業同業公會聯合會聯合訂價	81	全國	貨櫃運輸市場	下游業者反應	是		公會 (584)
2	台灣省橡膠製品商業同業公會聯合會聯合訂價	81	全國	輪胎修補市場	製作價目表	是		公會 (2332)
3	高雄市第一等五家信用合作社聯合訂價	81	高雄市地區	金融市場	市場占有率 (20%)			5
4	義發號等五家行號聯合訂價	81	花蓮地區	雞蛋承運批發市場	市場占有率 (67%)			5
5	榮電股份有限公司等五十六家公司聯合定價及限制交易地區	83	全國	台電公司配電管路工程供需市場	無敘述		是	56
6	中興、中華、國際票券聯合訂價	83	全國	票券簽證業務市場	市場參與人數比例 (全體)			3
7	亞力山大育樂股份有限公司等聯合訂價	84	台南地區	保齡球市場	市場占有率 (25%)			9
8	春源鋼鐵工業等十七家聯合訂價	84	全國	冷熱軋鋼捲交易市場	市場占有率冷(16.0%)熱(8.7%)			17

9	源益農畜企業等二十家冷凍(豬)肉業者聯合訂價	84	全國	內銷豬肉及豬副產品市場	市場占有率(37%)			20
10	台中市土地登記專業代理人公會聯合訂價	84	台中市	土地登記代理業務市場	市場參與人數比例(超過半數)	是		公會(178)
11	大世界汽車玻璃有限公司聯合訂價及限制交易對象	84	台中市	汽車玻璃裝配市場	無敘述		中部汽車玻璃研究發展協會	33
12	台北市翻譯商業同業公會聯合訂價	85	台北市	翻譯認證業務市場	無敘述	是		公會(64)
13	台灣省砂石業商業同業公會聯合會聯合訂價	85	全國	砂石產銷市場	無敘述	是		公會(1350)
14	苗栗縣砂石商業同業公會聯合訂價	85	苗栗地區	砂石產銷市場	無敘述	是		公會(148)
15	長山育樂股份有限公司等聯合訂價	85	南部地區	高爾夫球場	市場參與人數比例(9/14)		中華民國高爾夫球場事業協進會	9
16	台中市私立東華文理短期補習班等聯合訂價	85	台中市	升大學補習市場	無敘述			6
17	台北市液化石油氣燃料商業同業公會聯合訂價	86	台北市	家用液化石油氣市場	製作零售價表格	是		公會(253)
18	林記營造股份有限公司等聯合訂價	86	台北市	捷運工程局CD267A 土城機場土方工程	無敘述		是	3
19	三力建設股份有限公司等聯合訂價及限制數量	86	大台中地區	預拌混凝土市場	無敘述		台中地區預拌	16

						混凝土業者聯誼會		
20	台灣區乳品工業同業公會聯合訂價	86	全國	乳品市場	無敘述	是		公會 (17)
21	台南縣液化石油氣商業同業公會聯合訂價	86	嘉義、台南等四縣市	家用桶裝瓦斯市場	無敘述	是		公會 (167)
22	嘉義縣液化氣體商業同業公會聯合限制數量	86	嘉義縣市	液化石油氣市場	無敘述	是		公會 (102)
23	花蓮縣液化氣體商業同業公會聯合訂價	86	花蓮縣	液化石油氣市場	無敘述	是		公會 (57)
24	金門縣液化氣體商業同業公會聯合訂價	86	金門縣	液化石油氣市場	無敘述	是		公會 (18)
25	中華民國高爾夫球場事業協進會聯合訂價	86	全國	高爾夫球場	市場參與人數比例 (57.14%)	協進會		36
26	彰化縣液化氣體商業同業公會聯合訂價	86	彰化	液化石油氣市場	無敘述	是		公會 (233)
27	海山大豐有線播送系統等股份有限公司聯合訂價	87	板橋、土城地區	有線電視市場	市場參與人數比例(全體)			2
28	台灣區預拌混凝土工業同業公會聯合訂價	87	全國	預拌混凝土市場	無敘述	是		公會 (255)
29	元甫兄弟股份有限公司等聯合限制交易地區	87	全國	省自來水公司、北水處液氯招標市場	8/14家		是	8
30	陳盈興君(即私立必成國、英、數短期文理補習班)等聯合訂價	87	高雄市	升大學補習班市場	市場參與人數(全體)			6
31	彰化縣房屋仲介商業同業公會聯合訂價	87	彰化	房屋仲介市場	無敘述	是		公會 (60)

32	和威傳播股份有限公司與木喬傳播事業股份有限公司聯合訂價	87	全國	頻道銷售市場	無敘述			2
33	高雄市計程車無線電台協會聯合訂價	87	高雄地區	無線電車台服務市場	市場參與人數比例(全體)均為會員	高雄市計程車無線電台協會		14
34	億固股份有限公司等十家公司聯合訂價及限制數量	87	宜蘭	混凝土市場	市場參與人數比例(幾乎全體)			10
35	許忠敏君等十二人聯合訂價	88	全國	泰國蝦市場	市場占有率(12%)			12
36	北誼興業股份有限公司等聯合訂價	88	新竹、苗栗地區	液化石油氣供應市場(對分銷商)	無敘述			3
37	乙巨航業股份有限公司及陸德海運股份有限公司聯合訂價	88	澎湖	砂石市場	市場參與人數比例(幾乎全體)			2
38	台北市家禽批發市場業者代表會聯合限制數量	88	台北市	土雞批發市場	市場占有率(60%)	台北市家禽批發市場業者代表會		公會(66)
39	玉坤交通有限公司等聯合限制交易對象及交易地區	88	地區性(桃園、新竹、台中、嘉義、高雄台南區)	中油公司油品代運市場	無敘述		是	8
40	合興實業股份有限公司等聯合訂價	88	南部	桶裝瓦斯鋼瓶檢驗市場	無敘述			4
41	欣平煤氣股份有限公司等聯合訂價	88	汐止地區	桶裝瓦斯分銷市場	市場參與人數比例			16

					(全體)			
42	喜互惠股份有限公司等聯合限制交易對象	88	宜蘭縣	超市零售業市場	市場占有率(41.7%)			12
43	金頻道、長德有線播送系統聯合訂價	88	台北市內湖區	有線電視市場	全員參與			2
44	南投液化氣體燃料商業同業公會聯合訂價	88	南投縣	液化石油氣市場	無敘述	是		公會(116)
45	信義歡樂、富視、龍馳播送系統聯合訂價	88	台北市內湖區	有線電視市場	無敘述			3
46	英商壯生合壯生(香港)股份有限公司台灣分公司聯合訂價	89	國立台灣大學醫學院	手術縫線市場	無敘述		是	5
47	國產實業建設股份有限公司等聯合訂價及限制數量	89	桃園地區	預拌混凝土市場	市場參與人數比例(全體)			26
48	營亨實業股份有限公司等聯合訂價	89	地方市場	台電購買吊臂工程	無敘述		是	6
49	遠東復興航空股份有限公司聯合訂價	89	全國	國內航空市場	市場占有率(54.6%)			2
50	台北市影片商業公會聯合訂價及限制數量	89	台北縣市	電影廣告市場	無敘述	是		公會(179)
51	蔡麗莉君(即不二屋手藝社)聯合訂價	89	全國	學校手工藝教材市場	市場占有率(80%)	全國手工藝協會		16
52	淡水煤氣有限公司等聯合訂價	89	淡水	液化石油氣市場	無敘述			15
53	勝騏股份有限公司等聯合限制數量	89	全國	有線電視相關市場	市場占有率-擁有頻道(70%)			5
54	上冠機電工程有限公司聯合訂價	89	高雄市政府工務局	無須討論	無敘述		是	5

			工程					
55	台灣區麥粉工業同業公會聯合訂價及限制數量	89	全國	麵粉進口市場	無敘述	是		公會 (32)
56	謝富明君等聯合訂價	89	新市鄉	該招標市場	無敘述		是	3
57	仲誠電訊傳播股份有限公司等聯合訂價及限制數量	89	高雄市南區經營區	有線電視市場	市場參與人數比例(全體)			5
58	鳳信有線傳播系統聯合購買	89	高雄縣南區	有線電視經營市場	全部成員參與			2
59	福懋股份有限公司等共同進口	89	全國	黃豆進口市場	市場所有者均參與 (6/30)			6
60	王木森君等聯合訂定藥價	89	台南地區(縣市)	藥品市場	48/854=5.6% 參與廠商人數		台南區藥品學術交誼連心會	45
61	東耀企業等相互約束事業活動案	89	澎湖及綠島等離島	發電廠引擎零件	無敘述		是	6
62	交通部台中港務局等聯合行為	89	台中港地區	裝卸服務市場	三家公司 (運量分配)			3

資料來源：公平交易委員會各年公報。

表四 足以影響市場功能判斷標準分類

判斷標準類別	個案件數	百分比(%)
1.市場占有率	11	17.7
2.市場參與人數	18	29.1
3.無敘述	30	48.4
4.其它	3	4.8
合計	62	100

資料來源：同表二。

綜上所見，公平會處分的聯合行為案，對反托拉斯市場的界定，似乎與獨占或結合管制所

認定的有所不同，並非依據一般學理的先區分相關產品市場與相關地理市場，然後再依據市場範圍認定參與聯合行為的廠商，在市場所造成的影響是否足以影響市場功能。

(二) 足以影響市場功能的判斷

表三第五欄資料，顯示每個聯合行為個案，足以影響市場功能判斷的標準，基本上可區分為四種類型，如表四，一是以該市場參與聯合行為事業的(1)市場占有率為標準，62 個個案中，有 11 個個案採用此判斷標準，占全部個案的 17.7%。第二種判斷標準為系爭市場的參與人數，共有 18 個個案採用此標準，占所有個案的 29.1%。另外有 30 個個案的影響市場功能的判斷，並未設定標準公報上無任何的敘述，占所有個案的 48.4%，另外，有三個個案以特殊的標準為判斷，一為台灣省汽車貨櫃貨運商業同業公會聯合會的聯合訂價案，以下游事業反應做為足以影響市場功能認定的標準。另外台灣省橡膠製品商業同業公會聯合會聯合訂價案，和台北市液化氣體燃料商業同業公會聯合訂價案，以製作價目表和製作零售價格表，做為認定的標準。

從表四的比例觀察，可以發現公平會對足以影響市場功能的判斷條件並不怎麼重視，約有一半左右的個案，對此重要要件都沒有提及，或只是在條文上一筆帶過，殊為遺憾。不過若進一步的觀察，對足以影響市場功能判斷無敘述的 30 個個案，可以發現在 30 個個案裡，屬於公會或聯誼會組織發動的聯合行為，有 17 個個案；屬於圍標案者有 7 個個案，二者共計為 24 個個案，占無敘述個案的 80%。換言之，公會介入或圍標個案，實質上可能不需要對「足以影響市場功能」的條件做認定，即可認定其行為符合足以影響市場功能，若剔除此必然符合足以影響市場功能的個案，無敘述足以影響市場功能的個案，事實上只有 6 個案例，僅占所有個案的 9.7%，此比例似乎可以被接受。

表五 以市場占有率判斷足以影響市場功能個案分配比例

市場占有率 ^b	個案件數	百分比(%)
10%以下	1 ^a	8.3
11-20%	3	25.0
21-30%	1	8.3
31-40%	1	8.3
41-50%	1	8.3
51-60%	1	8.3

61-70%	3	25.0
71-80%	1	8.3
合計	12 ^a	100

資料來源：表二。

說明：

- (a) 以市場占有率做為足以影響市場功能判斷標準的個案只有十一個個案，但春源鋼鐵工業等十七家聯合行為個案中，系爭產品有兩類產品，一為冷軋鋼捲，一為熱軋鋼捲，前者市場占有率為 16.0%，後者市場占有率為 8.7%。也因為如此，市場占有率個案中增加為十二件。
- (b) 十一件個案中，有兩件為公會介入之個案。

表五是聯合行為個案中，以市場占有率衡量足以影響市場功能案例的統計，顯現公平會沒有一定的門檻標準，市場占有率最低者為春源鋼鐵工業案的 8.7%，市場占有率最高者為蔡麗莉案的 80%。若以市場占有率分配觀察，則分別落於(1)10%~20%的 3 個個案，以及(2)61~70%的 3 個個案為最多，其它 21%~30%、31%~40%、41%~50%、51%~60%，亦各有 1 個個案，表示公平會對於足以影響市場功能的判斷，並沒有特定的標準。

再看以市場參與者的比例衡量足以影響市場功能的案例。18 個案例當中王木森君案市場參與者比例 5.6%，公平會認定其足以對市場功能產生影響，有 3 個個案市場參與者比例介於 51%~60%。另外長山育樂股份有限公司案，參與者為 64.2%，其它 14 個個案均為全體參與。平均而言，以市場參與者人數認定聯合行為案是否足以影響市場功能者，其比例高於以市場占有率為認定標準者。此外，18 個以市場參與者人數為指標，做為認定足以影響市場功能的案例中，有 5 個個案屬於公會或聯誼會所發動的個案，5 個個案中，全體參與者有 1 個個案，另外 3 個個案，參與廠商均超過該產業廠商一半以上，王木森案市場參與者比例則較低為 5.6%。

(三) 確定影響市場功能的個案

如前節所述，聯合行為個案中，如涉及圍標情形，參酌西方國家處理經驗，與學理上的招標市場即屬於反托拉斯市場的認定標準，其情況即滿足「足以影響市場功能」的要件。此外，如聯合行為個案中，公會發動者，由於大部分個案均由全體共同參與，因此必然能夠滿足「足以影響市場功能」的要件，所以實務上實不需利用其它的標準加以認定。

揆諸實際個案，26 個公會或聯誼會所發動的聯合行為中，有 14 個個案在足以影響市場功能的認定中，公平會確實捨棄此項過程，對該要件並未進行其它之認定。其次圍標的 8 個個案當中，也有 7 個個案，在認定足以影響市場功能中，採行無敘述的做法。前者占有比例為 53.8%，後者占有比例為 87.5%，均驗證前節之推論，在此兩種類型的聯合行為當中，本身即自動滿足影響市場功能之效果，主管機關不必再浪費行政成本進行此確認工作。此兩類型的聯合行為共計有 34 個個案，占有所有聯合行為個案的 54.8%。在實際執法情況，若採用本文的建議，則可為公平會省卻許多執法成本。

肆、聯合行為執法績效的評估

聯合行為執法績效的評估是件非常困難的工作，第一，聯合行為本身過去沒有公平交易法前，即使不受法律的規範，在倫理上仍可能遭受到社會輿論強烈的質疑，因此事業內的聯合行為，一般會採比較隱密的方式進行。有了公平法後因為會受到法律的制裁，因此更會將此種行為地下化。是故，在公平法施行的前後，很難找到事業從事聯合行為的完整統計資料。公平法施行前大家所看到的是被發覺的聯合行為；相反的，公平法施行後，大家所能觀測到的是被公平會處分的個案統計。因此不容易的以直接的方法衡量，有公平法之後事業採行聯合行為受影響的程度。

直接而精確的衡量不可行，仍可以利用若干間接的指標，觀測有了公平法之後產生的影響，第一個觀察點是依據現有資料，比較公平法施行前後聯合行為個案的統計比例，以瞭解公平法施行的影響。第二，則針對特定產業情形，比較公平法施行前後發生聯合行為個案比例的變化，觀測公平法施行後的影響。第三是以同業公會介入聯合行為個案的比例為觀察點，藉以衡量公平法的施行是否使公會收斂主導聯合行為情形。以下分別說明如下：

一、公平法施行前後聯合行為個案統計比較

根據莊春發(1994)的研究，公平法施行前經濟部物價督導會報各年資料顯示，由民國 60 年起到民國 79 年物價督導會報裁撤為止，20 年間，市場上曾經發生的聯合行為共計有 106 個個案，如表六，其中工業部門有 88 個個案²⁸，服務業共發生 18 個個案²⁹，以統計時間 20 年為

²⁸ 實際上共有 75 個業別，有些業別不同時間多次發生聯合行為事件，因此以個案別統計則超過原有 75 個產業別所統計的個案數。

計算標準，公平法施行前平均每年約有 5.3 個聯合行為個案的發生。

檢視表二，有了公平法之後，由民國 81 年到 90 年第一季，公平會共處分了 75 個聯合行為的個案，因此公平法施行後的 10 年裏，平均每年有 7.5 個聯合行為的發生，依據上述兩項資料比較公平法施行前後對聯合行為的影響，予人的感覺似乎是公平法的施行後，國內市場上事業的聯合行為並未因此產生有效的赫阻效果。

如果進一步的調整上述資料，公平法施行前的許多聯合行為個案，如台灣區機器工業同業公會設立「機械工業發展周轉金」供購料、輸入設備、外銷推廣的聯合輸出、聯合輸入，依據目前公平法規定是可以申請聯合行為例外，可以不列入聯合行為個案的統計。換言之公平法施行前的聯合行為個案統計，若排除例外的情形，它的個案數將會大幅降低。相反的，公平法施行後聯合行為個案的統計，則可能低估，因為依據處分時，有可能事證資料取得的困難，以致於明知其具有聯合行為之事實，但最後站法律上不能對它做成處罰。依據馬泰成、洪德昌(2001)的研究，公平法施行以來，截至 86 年底公平會所審議的聯合行為案例共計 109 件，最後做成違法聯合行為的個案只有 32 件，成案比例為 29.3%。

是故，若進一步的考量分析資料上，公平法施行前聯合行為個案統計似乎是高估，相反的公平法施行後聯合行為則可能有低估的情形，如果上述推論是對的，更能支持有了公平法後，對市場上聯合行為的產生，並沒有產生太大阻赫效果的結論。

二、特定產業聯合行為個案的比較

除由總個案數，做為衡量公平法施行前後聯合行為發生比例比較的指標外，另一個可行的方式，就是以特定產業做為比較的基準。砂石業與預拌混凝土業是台灣市場最容易發生聯合行為的產業，因此被本文選為比較的基礎。根據物價督導會報的資料 60 年到 79 年，砂石業共發現三次聯合行為事件，其發生地區分別為新竹縣(民國 65 年)，台北市(民國 65 年)，台東縣(民國 79 年)。以 20 年為計算，平均每年有 0.15 個案。公平法施行後所發生的砂石業聯合行為個案則有台灣省砂石業商業同業公會聯合會聯合訂價(民國 80 年)，苗栗將砂石商業同業公會聯合訂價(民國 85 年)，乙巨航業股份有限公司及陸德海運股份有限公司聯合訂價(民國 88 年)等三個個案，見表三。以公平法施行十年為計算，該產業平均每年有 0.3 個聯合行為個

²⁹ 相同以業別統計服務業有 15 個個案，以發生次數統計，則有 18 次個案的發生。

案。公平法施行前與施行後的比較，以砂石業為例，似乎可以看出有了公平法之後，並未帶來赫阻效果。

表六 公平法施行前各年聯合行為統計

年度	工業	服務業	合計
60	2	0	2
61	1	0	1
62	0	0	0
63	1	1	2
64	1	0	1
65	10	3	13
66	5	3	8
67	2	1	3
68	1	0	1
69	1	0	1
70	0	0	0
71	2	0	2
72	14	1	15
73	14	0	14
74	6	0	6
75	8	2	10
76	4	0	4
77	4	0	4
78	8	6	14
79	4	1	5
合計	88	18	106

資料來源：莊春發(1994)，同業公會與廠商聯合行為關係的研究，附表一。

說明：有些個案在不同年度出現，因此以業別分類，工業共有 75 個個案，服務業共有 15 個個案。

同樣的以預拌混凝土業為分析對象，公平法施行前在台北市分別於 73 年與 77 年有預拌混凝土業的聯合行為發生，72 年北部地區預拌混凝土業 21 家業者亦籌組三家代銷公司，形成典

型的聯合行為。公平法施行後，處分的預拌混凝土個案則有：(1)台灣區預拌混凝土工業同業公會聯合訂價(民國 87 年)，(2)三力建設股份有限公司等聯合訂價及限制數量(民國 86 年)，(3)國產實業建設股份有限公司等聯合訂價及限制數量(民國 89 年)等三個個案，與公平法施行前相同。但若以平均每年發生個案比例比較，則公平法施行前平均每年有 0.15 個個案，而施法後，則同一行業平均每年有 0.30 個個案。依據此比較結果，似乎不能支持公平法施行後對該二產業的聯合行為有赫阻效果。

三、同業公會介入聯合行為個案的比例

聯合行為的形成，依據產業經濟學的分析，首先必須事業間的協議要能達成，其次協議要有執行的可能。同業公會組織的運作，依法提供(1)合法見面的機會。(2)同業公會係由生產相同產品的廠商所組成。(3)同業公會依法包含所有同業的成員，因此有利於聯合行為協議的達成³⁰。其次同業公會依法進行的組織運作，有利於聯合行為的執行，再者同業公會的任務執行可作為聯合行為的藉口，因此同業公會的運作可協助聯合行為的執行³¹。換言之，同業公會組織提供事業有利於聯合行為出現的客觀條件，組織的運作形成聯合行為執行的幫兇。是故，大部分人數眾多的聯合行為由公會所主導也不足為奇。公平法將同業公會列為聯合行為的主體，也是理所當然。是故，公會介入聯合行為的比例，可提供為公平法施行之後，是否有顯著效果的指標。

依據研究公平法施行前，國內工業部門共發生 75 件聯合行為案，其中公會介入的個案有 31 件，公會介入的比例為 41.3%。同期間於商業部門，聯合行為的個案有 15 件，公會介入的個案有 6 件，公會介入比例為 40%³²。如果以全部聯合行為個案觀察，90 件個案中有 37 件屬於公會介入的個案，公會介入的比例為 41.1%。它和國外的類似研究 Posner (1970)，公會介入比例 43.6%，Hay & Kelly (1977)的研究結果，公會介入的比例為 29%，以及 Fraas & Greer (1977)以統一訂價為對象個案的研究，公會介入的比例為 36%，不遑多讓。

公平法特別將同業公會列為事業的主體，基本上即希望藉此阻止公會滋生聯合行為。有了這樣設計，是否對同業公會介入聯合行為的減少有所幫助呢？依據表三的統計資料，自公平法施行以來，截至民國 89 年底，共處分了 62 個聯合行為案，其中有 26 個個案屬於同業公會介

³⁰ 見莊春發(1994)頁 222-223。

³¹ 見莊春發(1994)，頁 224。

³² 同註 31。

入的個案³³，公會介入聯合行為的比例為 41.9%。占有相當之比例。

比較公平法施行前與施行後，以公會介入聯合行為個案比例為指標加以觀察，很顯然的該二項數據告訴我們，有了公平法之後，對公會主導聯合行為的情況，並未有顯著的改善效果。換言之，即使將同業公會列為聯合行為處罰的主體，對同業公會主導聯合行為的情況並沒有產生阻止的效果。這些現象顯示的意義可能有兩個。第一，由於同業公會本身的組織性質、任務、組成與運作，先天條件提供事業聯合行為形成的最好溫床，因此會有相當比例的聯合行為個案，由公會組織所發動。第二個啟示是，台灣地區的反托拉斯管制，基本上是以聯合行為形成的阻止為最關鍵，而同業公會的組織與運作又是聯合行為形成的最重要關鍵，因此就反托拉管制的法域而言，如何進一步對同業公會進行輔導，勸阻其不要成為聯合行為的幫兇，是未來反托拉政策的一項重要的工作。

綜合上述三項指標，觀察公平法施行的績效。所獲得的結論是公平法的施行，對市場聯合行為的發生似乎並未產生實質的赫阻效果。當然沒有進一步完整的資料可供分析判斷之前，這種現象發生，很難論斷公平法的施行沒有效果，也許它也在彰顯台灣地區事業單位認為法律只能當參考，不必認真的態度。

五、聯合行為法制結構的檢討

聯合行為規範的架構，經過十年的執法試驗之後，此架構的優缺點乃逐漸的顯露出來，例如依據公平法第二條規定同業公會、其他提供商品或服務從事交易之人或團體，為聯合行為的行為主體時，所謂的同業公會與其他提供商品或服務從事交易之人或團體，到底應包含那些團體組織？那些性質之交易人或團體，應被認定為聯合行為之主體？受處分主體與行為之主體是否需為同一事業單位，或可分開處理³⁴？其次聯合行為的要件，「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」在決定事業聯合行為的判定上，是否屬於必要之條件。依據公平法第七條聯合行為的定義，並未包含足以影響市場功能的規定，依其定義只要事業間的合意形成，是

³³ 26 個個案當中，有 18 個個案為依據商業團體法或工業團體法正式成立的公會組織，其他 8 個個案是聯誼會或協會，或協進會等民間組織所主導，其功能與產生之效果與公會相同，因此將其歸類為公會介入之個案。

³⁴ 有關聯合行為主體問題的詳細討論，可見吳秀明(2001)聯合行為理論與實務之回顧與展望。收錄於公平交易法施行九周年學術研討會論文集，元照出版社出版。

不是真的施行，或者施行有沒有效果則在所不問³⁵。然而施行細則卻又額外要求「足以影響市場功能」者才能構成聯合行為。

此外，某些聯合行為以公共利益或整體經濟角度衡量，確實有益於整體經濟社會，向公平會申請許可獲得許可後，即可繼續進行聯合行為。問題是這些例外許可範圍是不是能夠涵蓋所有有益於公共利益者，如果不能，在法制架構上應如何改進？最後，有關聯合行為的管制，公平法目前採「原則禁止，例外許可」的許可制是否還有其他更好替代制度，例如異議制，也值得我們一併考量。

值此公平法施行十週年，以上公平法對聯合行為的管制架構，是否有應改進之處？應如何改進？實值我們予以重視，以下即依序按主體認定、成立要件、聯合行為例外範圍，許可制和異議制，分別說明如下：

一、聯合行為主體認定的問題

公平會第七條聯合行為的定義為：「本法所稱聯合行為，謂『事業』以契約、協議或其他方式之合意，與『有競爭關係』之他『事業』共同認定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言」公平法第十四條規定「『事業』不得為聯合行為……」由此可知聯合行為的主體，確為「事業」。依據公平法第二條事業的定義有四，一為公司。二為獨資或合夥之公司行號。三為同業公會。四為其他提供商品服務從事交易之人或團體。第一項的公司與第二項得獨資或合夥之公司行號，套到聯合行為的定義裏，很容易理解聯合行為的內容與運作。其他提供商品服務從事交易之人或團體，勉強則可以接受，可是若將「同業公會」取代定義裏的「事業」地位，則讓人有非常突兀的感覺，第一，同業公會造成聯合行為效果的形式，大部分以「決議」而非契約、協議。第二，同業公會組織，要與有競爭關係之他「事業」共同決定商品或服務價格，「他事業」是指同業公會，還是其他三項所稱的事業主體，不管是前者或後者，都很難讓人理解它們之間可以存在的「競爭關係」，同業公會與同業公會間不能，同業公會與其他事業主體之間，亦難成立競爭關係。顯而易見是立法過程中，先有聯合行為的定義，後來檢討事業主體時，發現很多聯合行為由同業公會所主

³⁵ 有關疑問及葉寧(2001)的質疑，參見前揭頁 244。

導³⁶，因此事後才加上去的，於主體加上同業公會的同時，卻忘記在聯合行為定義上必須調整³⁷。

檢視同業公會諸多行為，對市場競爭不利者，首當其衝者為促成同業間的聯合行為，其次為共同杯葛造成市場競爭限制的效果。換言之，同業公會決議所涉及之市場限制競爭行為，基本上是以群體動作產生的影響為主。其他市場限制競爭之行為如獨占力濫用、結合、差別待遇、搭售、獨家交易、顧客限制、地域限制競爭等反托拉斯法的行為，基本上所涉及之事業，都為單一事業體。因此在立法的架構，只要在聯合行為與杯葛的範圍上，除事業為其主體外，另加上「同業公會」或「事業團體」，即可解決「事業團體」或「同業公會」涉入，必要加以管制的問題。另一方面也可以減少「事業團體」(或同業公會)列為事業，必須通體適用於所有行為，產生不必要的誤認與誤解。而在各法條的解釋也不至於產生與一般市場運作相互矛盾的現象。

「同業公會」或「事業團體」為主體所涉及的行為解決之後，再於總則部分明確定義「同業公會」應包括那些團體。在體制上這樣立法架構即可免去將同業公會定義為事業主體所衍生的矛盾。問題在定義同業公會時，它的範圍如何？依據學者們的研究³⁸大家都認為同業公會應包含工業團體法、商業團體法所規定組成的各業之同業公會，以及自由業所組成的同業公會。同業公會聯合會的決議，係間接透過各地同業公會會員，傳達決議內容後，始影響個別會員，但整體實質效果而言，該決議對市場競爭限制的傷害，並不一定較小。若公平會的執行著眼於市場競爭機能的保護，同業公會聯合會應當還是納入同業公會的範疇³⁹。

至於工業會、商業會屬於地區性組織是否應納入同業公會的範圍，學者蘇永欽(1991)則主張工業會、商業會雖未處於同業競爭之關係，惟台灣產業別的同業公會分類過細，為避免公平

³⁶ 就反托拉斯法域的部分，同業公會主體所適用的部分也只有聯合行為，對獨占力之濫用與結合行為的部分不適用。

³⁷ 在主體加上同業公會的立法動作是不適當的，比較好的做法是在聯合行為的定義裏，將主體區分為事業與事業團體兩類，可能比較妥適。回顧廖義男教授所主導的公平交易法最早的版本，即區分為企業與企業團體，這樣的描述實際上是比較能夠符合聯合行為規範的要求。

³⁸ 同業工會範圍的研究文獻相當豐富，包括蘇永欽(1991)、蔡震榮(1993)、蕭文生(1998)、吳秀明(2001)。

³⁹ 吳秀明(2001)頁 165。

法應用產生漏洞，應當將工業會、商業會納入同業公會之內⁴⁰。學者吳明秀(2001)亦贊同上述之見解，以為工業會、商業會之會員彼此之間，具有「局部」的競爭關係，仍應將兩者列入同業公會的範圍⁴¹。

農會、漁會等團體組織，本身即從事提供商品或服務從事交易活動，例如農漁產品的運銷、農漁信用的提供、據此應歸類為公平法第二條第四款，提供商品或服務之人或團體。惟就其依法強制成立，具有公法人色彩，由同業共同組成等三項條件，亦可將其隸屬於公平法第二條第三款的同業公會範圍。是故農漁會可能同時構成第三款或第四款的要件⁴²。

以聯誼會、協進會名義組成的團體組織，在市場上亦與同業公會相同，具有「協調同業關係、增進彼此共同利益」為目的，惟該團體本身經常不提供商品或服務從事交易，因此不易以公平法第二條第四款認定。所以學者認為為避免主管機關執法上政策的不一貫或相互矛盾，「與其目的性擴張第二條第四款，還不如擴張解釋或目的性擴張第三款」⁴³，將聯誼會、協進會包含於同業公會的範圍。

二、聯合行為成立的要件

聯合行為是否為違法，依據聯合行為的定義，首先必要確認事業間是否有契約、協議或其他方式的合意，合意是否真的施行或者施行是否產生效果則在所不問。其次在兩個地方表明公平法所規範的聯合行為為水平聯合行為。一為在定義裏明確表明所謂的契約、協議或其他方式的合意是與「有競爭關係」的事業共同進行，顯而易見表示它所規範者為水平聯合行為，垂直聯合排除在外。二是於公平法施行細則第五條第一項前段，明白的揭示公平法第七項的聯合行為為事業在同一產銷階段的水平聯合。最後，為排除「不足以影響市場功能」的聯合行為，於施行細則第五條第一項後段，清楚的揭露所規範者僅以「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」為限。

以上的立法架構有兩個問題，第一是聯合行為是否一定限制於只規範水平的聯合行為，而不管垂直聯合的行為，這可能值得討論。第二是，將聯合行為成立的要件，不放在公平法母法

⁴⁰ 蘇永欽(1991)頁 211。

⁴¹ 吳秀明(2001)頁 167。

⁴² 吳秀明(2001)頁 166。

⁴³ 吳秀明(2001)頁 168。

條文，而僅規定於施行細則是否適當。首先討論僅規範水平聯合行為的問題。公平法在母法定義上表明聯合行為的發生係存在於「事業」與「有競爭關係之事業」共同決定商品或服務的價格，基本上係以市場上具有水平關係之事業為對象，亦即其放棄垂直關係之聯合行為。而在施行細則更清楚的交待公平法規範的聯合行為為水平聯合，不包括垂直聯合。問題是當前經濟市場的發展，事業大都進行向上或向下垂直整合，事業與事業間的關係盤根錯結，其間的商業利益並不僅限於同一水平市場。因此在市場上很可能產生「上游產業團體與下游產業團體約定，上游產業團體之會員，不得將其產品販賣供給於下游產業團體會員之外其他競爭同業」⁴⁴由於約定的當事人，上游產業團體與下游產業團體並不處於「競爭關係」，若依公平法聯合行為的定義，該上下游產業團體的聯合行為（限制交易相對人），並不在受規範之列。因應當前事業組織之調整與多變體形式的出現，事業間的「競爭」不再侷限於水平關係上，垂直競爭關係所造成的傷害，有時更甚於水平競爭關係者。因此本文建議未來修法，應慎重考量此點，考慮將母法中的「競爭關係」拿掉，並將施行細則的「同一產銷階段的水平聯合」剔除，使聯合行為規範的效果，能夠充分的發揮。

第二，聯合行為如參與者或其合計之市場占有率，對市場供需不發生顯著影響力者，對市場競爭的功能，以及消費者利益，均不構成妨害者，即無加以禁止之必要。反之，若聯合行為，足以影響市場供需關係者，即表示與其交易之交易相對人，同業競爭者和消費大眾之利益有所影響，並會妨害市場機能，故原則上應禁止。換言之，聯合行為上的規範，係以其足以影響市場功能者，始足為之。但該項條件並不規定於母法中，而僅於施行細則中，給人的感覺是主管機關在法律的構成要件，增加其他條件，不管是增加構成要件或是排除要件，以進行實際執法的工作⁴⁵。斧底抽薪之計是於母法第十四條條文之內，將「事業不得為聯合行為」，改為「事業之聯合行為，足以影響市場功能者，不得為之」，把規範聯合行為的必要條件整體納入於母法條文之內，以減少爭議。

⁴⁴ 廖義男(1997)立法院經濟、司法兩委員會審查「公平交易法草案」發言記錄。

⁴⁵ 立法院在公平交易法的立法過程，對聯合行為的例外部分，即指出深怕特權單位，利用太多例外的情況而避開公平法的規範。見公平交易法案，立法院公報法律案專輯，第132輯。主管機關於施行細則中加上「足以影響市場功能」之排除條件，也會有令人產生類似的懷疑。

三、聯合行為例外的範圍與問題

聯合行為的弊病在於限制市場競爭，妨害價格調整之功能，對消費者權益產生莫大的損害，所以公平法對聯合行為採行較為嚴格的原則禁止規定。然而，聯合行為的樣態甚多，對市場影響績效也不盡相同，對整體經濟與公共利益有益者，不宜完全否定其存在的價值，因此在公平法乃有 1.統一規格之聯合，2.合理化之聯合，3.專業化之聯合，4.輸出之聯合，5.輸入之聯合，6.不景氣之聯合，7.中小企業之聯合等七種例外。問題是這種列舉的處理方式，是否遺漏其他可能有益於整體經濟與公共利益的聯合行為。

為彌補橡膠製品商業同業公會聯合會聯合定價產生的質疑，公平會曾經因此訂定「例外許可中小企業之聯合定價行為審查原則」，額外增加中小企業的聯合定價行為，只要符合「交易穩定化原則」，與「資訊透明化原則」兩種原則，並經交易相對人團體完成協商，由所屬同業公會向公平交易委員會申請。公平會依據(1)聯合定價行為是否與交易相對人團體完成協商與共識。(2)聯合行為是否符合「交易穩定化」或「資訊透明化」原則，(3)統一定價是否為「合理價格」，(4)聯合定價行為是否有益整體經濟及公共利益，四個條件予以審理，經審理認定予以許可。限於交易相對人團體協商條件的約制，該審查原則在實務上並未試用過。

相對於獨占事業獨占力濫用的規範，除列舉外尚有概括條款（公平法第十條第四款），結合的管制也有類似之概括條款（公平法第十一條第三款）。聯合行為的例外，除由列舉方式表明那些行為將有益於整體經濟與公共利益外，似乎也可以仿照獨占力濫用管制方式或結合管制的方式，於列舉之外增加概括條款方式，使有益整體經濟與公共利益的聯合行為開一扇例外的門。

伍、聯合行為的許可制度與異議制度

公平法聯合行為的規範，基本上是採「原則禁止，例外許可」的制度。對於聯合行為的管制，除許可制之外，有些國家係採行不同於許可制的異議制。所謂的異議制是指事業在聯合行為之前，先向主管機關提出聯合行為的計畫，主管機關於一定的時間之內未表示意見，以後即不能禁止其聯合行為。主張聯合行為採異議制，由事業向主管機關申報的理由為「有益於整體經濟利益者」屬於高度主觀價值判斷的法律用語，恐怕不易認定，不如容許事業有較大的裁量

權。容許事業有權力行使上述七種聯合行為，不需向主管機關申請許可，只要申報許可⁴⁶。採異議制的理由之二是，我國企業家數有百分之九十五為中小企業，為能降低生產成本、改良品質、提高技術及增進效率，過去一向不遺餘力的提倡企業彼此合作，甚至鼓勵企業合併，聯合行為七項例外正屬於政府產業政策鼓勵的對象，該條文卻多此一舉要求這類行為需事先向主管機關申請，並獲許可後方得為之，顯然忽視台灣產業結構的特有屬性，也違反既定的產業政策⁴⁷。基於上述「有益整體經濟利益」不易評估，以及考量台灣產業結構的現況，學者顏吉利建議有關聯合行為的管制，由「一般禁止而保留許可例外」改為「一般許可而保留禁止例外」。

與異議主義類似的是防濫原則，僅對少數聯合行為採舉例禁止，如圍標、統一定價、劃分市場。並仿瑞士法規定，聯合行為的參與者可不受約束，或於一定時間內自由退出。因聯合行為而受害者得請求法院解散，主管機關僅需對聯合行為顯然已有害於整體經濟時，開始調查處分。並採登記強制辦法，使經確認合法之聯合行為對其參與者有較強的約束力。藉此可增加聯合行為辦理登記的誘因，防濫主義的立法，在經濟行政上的負擔必較許可制較輕⁴⁸。

由以上兩種不同管制方式，和許可制比較，可以發覺異議制確實可以給予事業更大的決策空間，也能與產業政策配合。防濫原則則先確認如美國當然違法的行為，然後如同異議制一樣，給予事業單位更大的決策空間，其處理方式為許可制與異議制的綜合體。但不管異議制或防濫原則，其事後均需完整的配套措施，例如聯合行為的強制登記。一旦聯合行為形成並產生市場的危害，才加以處理，傷害已形成事後的補助可能無濟於事。事前的防範，固然有些本質上「有益總體經濟利益」的聯合行為，可能會因為需要事前申請增加若干的行政成本，但是事前未雨綢繆，總比亡羊補牢要好。

陸、一致性行為與意識聯絡的討論

公平法經過十年長期的執法之後，市場上的事業在進行聯合行為時，會因此學會規避方法，使聯合行為在法律要件上不成立，從而免除公平法的處罰。最常見的方法是利用公平法聯合行為的定義要件上做文章。依據公平法第七條聯合行為的定義，事業必要需要有「以契約、

⁴⁶ 見立法院公報，法律案專輯，公平交易法案，學者顏吉利對聯合行為管制的發言。

⁴⁷ 同註 46。

⁴⁸ 同註 46 見蘇永欽發言。

協議或其它方式的合意，與有競爭關係之事業共同決定商品或服務之價格、或限制數量，…」施行細則第二條第二項規定：「本法第七條之其他方式之合意，指契約、協議以外之意識聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」換言之，事業聯合行為的成立，除需發覺事業間有一致性行為外，競爭機關必需在事証上證明事業間達成特定「一致性行為」，是經過某些「意識聯絡」。不可否認的某些限制市場競爭的「一致性行為」，有可能是事業間無意識平行行為所造成，或因巧合，或因偶然所形成，因此事業間一致性行為不一定有公平法的可罰性。公平法所欲防止者是透過有意的意識聯絡，造成一致性的結果，而此一致性的結果對市場競爭的機能發揮又極為不利者。

過去聯合行為的違反個案，由處分書的描述，可以很明顯的發覺，事業間大都以聚會、聚餐、開會、進行一致性行為的意識聯絡，甚至將此「意識聯絡」形成文字記錄，並通知其他未參與聚餐、開會的同業，因此競爭政策機關在蒐証上極為容易，証據的佐証性也極為明確。但經長期的學習之後，事業間進行聯合行為策略時，將不會再留下契約、協議或其他有過「意識聯絡」的蛛絲馬跡，為主管機關做為事業間做有意識聯絡的証據。在欠缺意識聯絡的証據下，依據「罪刑法定主義」的原則，聯合行為即難成立。面對未來「道高一尺，魔高一丈」的困境，主管機關實需未雨綢繆，尋求解決之道。

一、經濟理論的啟示

聯合行為的出現，大都發生於廠商人數較少的市場結構⁴⁹。因此，一致性行為是否曾經有過「意識聯絡」，可透過寡占市場模型分析，找到可以採用的邏輯推論，幫助主管機關判斷一致性行為的背後，事業是否曾經經歷過「意識聯絡」的行為。

以最簡單的市場偶占(duopoly)模型為例，假定市場上有甲、乙兩家廠商，他們可採行的訂價策略有兩種，一是與對手合作，統一訂價(fix pricing)，二是與對手拼價(cut pricing)。因此市場上隨著甲、乙兩家廠商所採策略不同會有四種不同的結果，如表七。開始時若甲、乙兩家廠商乙商採行競爭策略(殺價)，雙方均可獲得720元的利潤，若兩家廠商採行合作策略(統一訂價)，亦即有一致性行為，則兩家廠商的利潤水準均可提高為810元。從以上結果比較，顯

⁴⁹ 見莊春發(2001)參與廠商人數、公會與聯合行為關係的研究，一公平會處分案的分析，初稿。西方文獻有 Hay & Kelly (1974), Fraas & Greer (1977), Pepall Richards & Norman (1999), posner (1970)。

示兩家廠商應當有採合作策略的動機。但是雙方的合作解有其脆弱性，因為一方廠商遵守諾言採行統一訂價策略，他方廠商若偷雞採行殺價行為時，則背叛諾言廠商的利潤將高達 1440 元，相反的，信守承諾廠商的利潤將為零。如表七的左下角與右上角的結果。

表七 偶占市場不同策略下的結果

		統一訂價	殺價
		統一訂價	殺價
廠商乙	統一訂價	(810, 810)	(0, 1440)
	殺價	(1440, 0)	(720, 720)

依據個別廠商均為自利的原則推論，表七的結果加以分析，就甲廠商而言，他最有利的決策均為殺價，因為乙廠商採統一訂價策略時，甲廠若採背叛策略殺價，他將獲得更高的利潤(1440>810)。同理，若知道乙廠商採殺價策略，甲廠商採行的最佳策略仍為殺價(720>0)。所以不管乙廠商採行的策略為何，就甲廠商立場而言，唯一的最適策略就是採行殺價。同理就乙廠商立場而言，也是如此，不管甲廠商採行的策略為何，乙廠商的最適策略為殺價策略。換言之，以賽局理論(game theory)的術語而言，兩家廠商均採殺價的策略，屬於該賽局的優勢策略(dominant strategy)。

市場的宿命固然是令兩家廠商均將採行殺價策略，但是若市場上甲乙兩家廠商有「意識聯絡」的機會，而且相互間能夠信守承諾，則甲乙兩家廠商的選擇策略，顯然的最後的結果必由殺價改為統一訂價。因為合作之後確實可為雙方帶來更高的利潤(810>720)。而且只要雙方均對合作者表示，若一方背叛時，他方必然採行冷酷策略(grim strategy)，則雙方長期必然會信守承諾，採統一訂價的策略。所謂的冷酷策略係指一方背叛時，他方必然永遠採行殺價策略，不會再有合作的機會。依據表七的結果，背叛者背叛對方的當期因為愚弄對方可增加利潤 630 元⁵⁰，但是第二期之後，由於對手採行冷酷策略，背叛者只能採行殺價策略，因此往後每期均損失 90 元⁵¹。假若利率為 10%，則背叛者長期損失的當期值為 900 元。權衡得失，叛背者理性的選擇為與對方繼續合作下去。問題的關鍵在於要有機會讓雙方有合作的機會，否則後者的衡量也就不必然發生，但若事先雙方沒有共識時，很容易因對方的欺騙致使本身損失而破局，所

⁵⁰ 合作可獲 810 元，欺騙對手獲 1440 元，因此欺騙當期可增加得 630 元的利益。

⁵¹ 此差距乃合作 810 之與不合作殺價 720 元的比較。

以唯一的希望寄託於合作前，存在「意識聯絡」的機會。依此邏輯而論，在偶占市場，若非有事前的「意識聯絡」，很難形成業者的一致性行為。所以在寡占市場一旦發現事業間有一致性的行為，背後必然存在「意識聯絡」的過程。在判定事業間是否為聯合行為時，在此情況下，邏輯上只需要一致性行為即已足已，不必然需要直接證據證明其間有「意識聯絡」的事實。

如前所述，一致性行為的產生，除了因為「意識聯絡」所造成的外，也有可能巧合產生的無意識一致性行為，或因偶然而產生的一致行為，例如產業經濟學的基點定價(basing point pricing)理論所描述的⁵²。同一產業的所有業者均以相同地點，例如以匹次堡為計價的起點，採用相同鐵路公司的費率為計算準則，最後所有公司的報價當然會相，其相同的部分甚至可達到小數點後四位。

是故，在此情況下，只憑觀察到的一致性行為，即率爾的推論其必有「意識聯絡」，也會有誤判的可能，不符合法律上罪刑法定原則。

二、特性原則

限於聯合行為法律要件，必須業間在市場上有一致性的行為，而且在此一致性的行為為事業間有「意識聯絡」所造成。因此單獨有一致性行為或意識聯絡，不足以認定事業間有聯合行為。經濟理論的研究，顯示某些條件的假定下，可以發覺邏輯上「一致性行為」與「意識聯絡」具有絕對的因果關係，此關係的存在可以使主管機關在掌握到事業間存在一致性行為時，即可藉推定，其一定會發生「意識聯絡」的事實，從而認定聯合行為成立。透過此一理論分析，建立一致性行為與意識聯絡的緊密關係，使主管機關認定違法聯合行為時，可避開「意識聯絡」事實存在認定的因難。這種學理的建立，也可以讓藉由「意識聯絡」存在與否規避合行為的認定與處罰的業者，遭受致命一擊。

如前所述，在所有情況之下，「一致性行為」的產生，與「意識聯絡」並不一定存在一對一的對應關係，只在部分市場情況之下，例如產品同質性很高，市場趨於集中，市場廠商數少，廠商規模分配大致相若，廠商生產產品的成本接近等條件均成立時，「一致性行為」與「意識聯絡」的一對一的因果關係才有存在的可能，在實際執法當中才能以一致性行為的有無，推論其

⁵² Haddock, o. o. (1980) "Basing-point pricing: competitive vs. Collusion Theories" American Economic Review, 72: 289-306。

是否有「意識聯絡」。

是故，在未來的研究，經濟學者也好，法律學者也好，應當致力於「一致性行為」與「意識聯絡」因果關係存在的特徵研究，並將其結果提供主管機關判定聯合行為的成立與否。

三、排除原則

「一致性行為」與「意識聯絡」關係的研究，除上開所談的特性原則，由正面分析於何種客觀條件下，它們之間因果關係必然存在外，利用反面思維方向，研究市場上一致性行為出現時，在那些情況事業間也許不經「意識聯絡」亦可獲得「一致性行為」的結果，例如進口產品情況，出現外匯變動，大家面臨客觀情況相同所為的共同調高價格。又如市場事業間存在共同計價方式，如基點訂價。由於事業間採用共同計價點與相同費率，最後產生相同的價格。相同價格的外表，不一定代表事業間有犯意的聯絡，而係巧合所使然，又如市場長期習慣存在價格領導制，事業間的調價，均以某一特定事業價格調整為準，一旦該領導廠商調整價格，其他事業均步調一致群起效法調價，市場乃出現一致性的調價行為，這種無意識的平行行為，不必然代表市場廠商間存有「一致性行為」之前，曾進行意識聯絡。

利用這種排除方法，將表面上所觀察到不必然存在事前「意識聯絡」的一致性行為排除在外，將可減少涉案一致性行為成立聯合行為的可能。和前面所討論的特徵原則一併使用，將可以使事前會採意識聯絡而形成市場的一致性行為，無所遁形。

柒、結論與建議

阻止市場聯合行為的發生，避免其妨害市場機能的發揮，是我國公平法立法執法的最重要目標之一，因此公平法對聯合行為的規範，係採「原則禁止，例外許可」的嚴格標準。為縮小打擊面聯合行為規範的對象限定於水平聯合行為與「足以影響市場功能」的聯合行為，並利用例外許可的立法技術將「統一規格聯合」、「合理化聯合」、「專業化聯合」、「輸出聯合」、「輸入聯合」、「不景氣聯合」、「中小企業聯合」等有利於整體經濟與公共利益的聯合行為排除於規範之外。十年來執法的結果共有 97 件聯合行為例外申請案，核准 65 件，核准率為 67%。若加上部分核准 9 件，則例外許可案共核准 74 件，占申請件數的 76%。截至民國 90 年第一季為止，公平會聯合行為的處分案共 75 件，前五年有 16 件僅占全部處分案的 21.3%，後五年處分案有 59 件，占處分案的 78.7%，隨著公平會的執法技巧臻於成熟，個案件數有與日漸增的趨勢。

為實務上的需求，公平會除依公平法與施行細則外，尚因應實務的需求訂定三項「相關處理原則」，一為回應實務上工程招標的聯合承攬是否屬於聯合行為的疑問，公平會於第四十一次委員會議制訂「不受公平交易法規範之營造業聯合行為承攬通用基準」說明在那些要件之下，營造業之聯合承攬不受聯合行為的規範。二為「公平法對同業公會的規範」鑑於聯合行為有許多個案為同業公會所發動，以及同業公會設立主旨為「協調同業關係，增進共同利益」，易於使同業公會的共同決議流為聯合行為的工具。為使同業公會的運作能夠符合公平交易法的規定，以舉例說明同業公會那些行為可能牴觸公平法的規定。最後，則為中小企業之聯合擴充例外範圍，制定「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」。只要該聯合定價符合「交易穩定化」與「資訊透明化」原則，有益於整體經濟利益與公共利益者，即可向公平會申請例外許可。惟究其實務，上述除聯合承攬外，其他兩種相關處理原則的適用並不順利。

由聯合執行面觀察，可發覺立法架構不完全，將聯合行為成立要件置於施行細則，使聯合行為的執行上，經常忽略「足以影響市場功能」條件的分析，有密切關聯的是因此忽略市場範圍界定的重要性。在 62 個處分案中，有 18 個個案以全國地區為地理市場，42 個個案以地區性為地理市場，剩下兩個個案則以區域性為地理市場。相關產品市場的分析，也相當任意，經常以單一產品市場為其市場，甚少作相關產品的分析，與先進國家處理方式，以相關產品市場與相關地理市場去界定市場範圍有相當的不同。其次「足以影響市場功能」的判定上也罕有一致的標準，以市場占有率有之，以市場參與人數有之，以訂定價目表加以認定有之，也有無任何敘述的情況。62 個處分案，以市場占有率為標準認定者有 11 件，以廠商數多寡為標準認定者有 19 件，以價格表或價目表加以認定者有三件，無任何敘述者最多有 30 件，約占全部個案的一半。公平會對市場範圍界定與足以影響市場功能的重視可見於一斑。即使以市場占有率做成認定「足以影響市場功能」的案子，其比例也不一而足，最低者 8.7%，最高者 80%，對法律安定性實為一大傷害。

利用(1)公平交易法施行前後市場聯合行為個案統計的比較；(2)特定產業的聯合行為個案比較；(3)公會介入聯合行為個案比例的比較等三項指標，觀察公平法施行後對聯合行為的嚇阻功效，本文所獲得初步結果是，公平法的施行對市場聯合行為的發生，似乎並沒有產生太大的嚇阻效果。當然這種結果也正彰顯國內民眾對法律的態度，似乎只是把法律當參考，並未確實予以遵守，因此造成上述現象的發生。

最後，本文將目前聯合行為法制結構進行檢討，所獲得結論為：在聯合行為定義裏，主體部分應加上事業團體，亦即事業團體與事業並列，使聯合行為的規範對象不致有所遺漏。然後將公平法第二條事業定義中的同業公會剔除，以免將同業公會當作主體適用於其他法條上，產生的誤解與矛盾。至於同業公會產生的杯葛行為，可仿聯合行為定義，於其描述的主體部分增加「事業團體」，以使同業公會最常產生的杯葛行為均有所規範。至於事業團體所涵蓋的範圍，則可於總則之中增加「事業團體」的定義，將其明確說明包含工業團體法、商業團體法所組成的同業公會，自由業組成的同業公會、工業會與商業會、農會、漁會以及聯誼會、協會或協進會為名義所組成的團體。

其次為因應事業組織發展與變化，應將垂直聯合行為，納入聯合行為規範的對象。做法是在聯合行為的定義，限制為「有競爭關係」的事業，以及施行細則第五條第一款的前段規定，規範的聯合行為僅限於「水平」關係者，應同時剔除，使聯合行為的禁止對象同時包含水平聯合與垂直聯合兩種行為。

對於聯合行為的另一要件「足以影響市場市場功能」，為避免於母法之外額外增加條件的爭議，本文以為應將目前施行細則第五條第一款的後段規定，放入母法第十四條，將原有的「事業不得為聯合行為」改為「事業聯合行為足以影響市場功能者不得為之」，以使聯合行為認定之要件於母法中直接規定免生無謂的爭議。至於聯合行為例外的規定，亦可仿獨占力濫用與結合管制的做法，於列舉各項情形之後，最後則以「概括條款」作為補遺的手段，以免形成橡膠業同業公會處分案的不當結果，即使以「相關處理原則」為補充，也無法彌補僵固執法所造成的遺憾。最後對於聯合行為的管制，到底應採許可制或異議制或防濫原則，考量事前防患的優點與事後亡羊補牢的成本，本文仍肯定目前的許可制。

參考文獻

1. 吳秀明(1986),「論卡特爾之法律規範」,國立政治大學法律研究所碩士論文。
2. 吳秀明(2001)「聯合行為理論與實務之回顧與展望 - 以構成要件之相關問題為中心」,收錄於公平交易法施行九週年,學術研討論文集,台北:月旦出版公司。
3. 周作姍、許淑幸、卓秋容(1994)「排他性契約適用公平交易法之探討」,公平交易委員會研究報告。
4. 馬泰成,洪德昌(2000),「事業聯合行為被判違法之因子分析」,公平交易季刊第九卷第二期,頁 37-76。
5. 張明宗、劉靜怡(2000),「寡占市場『一致性行為』之證據認定方法乃其濫用市場地位行為規範」,公平交易委員會,第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文。
6. 陳志民(1997)「從基點定價論平行行為與聯合行為 - 以美國反托拉斯為中心」,公平交易法第五卷,第二期,頁 65-96。
7. 莊春發(1990),「從市場定義檢討公平交易法草案有關獨占的認定與結合的管制」,經濟研究 30(2): 127-175。
8. 莊春發(1992),「論市場範圍的界定」,法商學報 26:105-146。
9. 莊春發(1994)「同業公會與廠商聯合行為的研究」,法商學報, 29:207-258。
10. 莊春發(1996),「公共工程不同發包制度的研究」,經濟研究, 34(1):45-72。
11. 莊春發(2001)「論足以影響市場功能的聯合行為」收錄於公平交易法施行九週年,學術研討會論文集,台北:月旦出版公司。
12. 蔡震榮(1993)公平交易法行為主體研析,公平交易委員會委託研究。
13. 蕭文生(1998)同業公會聯合行為之處分主體,收錄於單驥、羅昌發、蕭文生、吳明秀聯合行為構成要件之研究,公平交易委員會委託研究。
14. 蘇永欽(1991)「事業團體的聯合行為」政治大學公平交易法學術研討會論文。
15. 廖義男(1998)「服務業及百貨公司之換季促銷」,公平交易法之理論與實務。
16. 公平交易法案(1992)立法院公報法律案專輯,第 132 輯,立法院秘書處編印。
17. 認識公平交易法(增定七版),公平交易委員會,2000年3月。

18. Bair, B.D. and D.L. Kaserman (1985), *Antitrust Economics*. Homewood Illinois: Richard, D. Erwin Inc.
19. Frass, A.G. and D.G. Greer (1977), "Market Structure and Price Collusion: An Empirical Analysis," *Journal of Industrial Economics* 26: 21-44.
20. Hay, G.A. and D. Kelly (1974), "An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies," *Journal of Law and Economics*, 3-38.
21. HovenKamp, H.(1985) *Economics and Federal Antitrust Law*. Minnessota: West Publishing Co.
22. Kalinovsky, R.(1990), *Antitrust Laws and Trade Regulation*. New York: Mathew Bender Co.
23. McAfee, R.P. and J. McMillam (1987), "Auction and Bidding," *Journal of Economic Literature*, 25: 699-738.
24. Migron, P. and R.J. Weber (1982), "A Theory of Auction and Competitive Bidding," *Econometric*, 50(5): 1089-1122.
25. Pepall, L.Richards, D.J. and G. Norman (1999), *Industrial Organization: Contemporary Theory and Pracfice*. New York: South Western College Publishing.
26. Posner, R.A. (1970), "A Statistical Study of Antitrust Enforcement" *Journal of Law and Economics*, 365-419.
27. Raybould, D.M. and A. Firth (1991), *Law of Monopolies: Competition Law and Practice in the USA, EEC, Germany and the UK*. London: Graham & Trotman .
28. Walters, S.J.K. (1998) *Enterprise, Government, and The public*. New York: McGraw-Hill Inc.

評論

王教授弓 (中央大學產經所)

主席、黃主委、趙前主委、各位公平會同仁、各位貴賓，大家好！

今天很高興能參加公平會十年有成之學術研討會，我在公平法之執法也參與相當長的時間，感到非常榮幸。回想三十年前，經濟學家與法律學家第一次在立法院針對公平法交換異類之經驗，也是有趣之開始，接著是公平會之成立，轉眼已過了幾十年，國內學者對公平法之理論以及實務之累積，也有了相當好的成果。

莊教授首先就聯合行為之規範，從立法之目的和相關案例審理之型態、核准之結果，談到過去十年具體執行之細節，從市場範圍之界定、合議之行使到對市場之影響，作具體之分析，進而對聯合行為相關規範之法制，提出檢討之建議。最後也做了一個引申，一致行為之態樣。我提出幾點供參考之意見，十年來整個立法與執法之型態與效果作進一步分析，是公平會經常努力的工作，才可以讓競爭法之執行符合產業發展之需要，進一步提高經濟福祉。不過，在執行檢討之部分，莊教授似乎還可參酌另一部分之資料，就目前公平會公報中審理以及申請案件之形式，作檢討和分析，另外，應該還可參酌公平交易委員會施政之相關資料，因為在整個公平法之執行和公平交易委員會在政策之推動上，不同時期政策之考量和資源之運用都有相當之關連，扣除這一部分可以進一步掌握相關法條施行上對市場之影響。

第二個部分，就審理案件型態之部分，可以就過去十年聯合行為審理案件或申請案件之趨勢和態樣部分，作進一步之分析。目前之分析比較注重案件數量之分析。再者，對受理申請案件或者是審理違法案件部分，都較十年之平均稍微突出一些，這些突出之現象，其形成之原因為何？亦可以作進一步之分析。就具體執行細節檢討之部分，不論是市場範圍之界定以及合議之形式，到最後對市場影響之部分，目前是以市場占有率、公會營運方式來分析。我想其實可以藉助學術界之力量，把過去審理相關案件所累積之智慧、行業營運之行為，做進一步整理。透過這些知識之累積，我們可以對於產業營業競爭行為之趨勢，有更正確之掌握。例如作者在百貨業之案例中，做了很深入之探討，同時提出一個迷思，也就是百貨業聯合同業公會訂定促銷折扣或季節，似乎對消費者有益，可是卻在形式上有違法之情況。但是我們如果從實際上台

灣百貨業競爭之行為去討論，它的聯合折扣促銷行為，正是市場中瓜分市場、分配利益之實際機制。如果我們能把實際案例所累積之經驗作更仔細之分類、檢討，對於未來公平會審理類似案件時，會更有幫助。所以不僅對案件之數量在時間上之推移作分析；也應該對已經審理過各個不同產業中之行為態樣和衝擊，作進一步之分析。

另一部分，作者經由上述案件類型分析完之後，便提出對聯合行為規範法制架構改進之建議。主要建議有三：第一個是有關主體部分，提到同業公會適用聯合行為規範之爭議問題。這部分問題不大，因為國內法學界對於相關之影響和衝擊，都做了很完整之探討。另外兩部分是成立要件之部分，莊教授建議將垂直聯合行為之規範，納入十四條本文中，又建議將市場功能之必要條件，修改納入母法。這是兩個非常重大之修改，第一，原來只限定有競爭關係之事業，是因為從 1887 到 1890 年 ICCA 通過，人類社會管理市場累積之經驗，認為水平之競爭對市場危害最大，所以必須用較強制的方式來管理；而在垂直方面，它的衝擊較小。如果作者要建議，目前我們推動國內公平法之執行，必須納入垂直競爭時，應要有較深入之理論和實證證據來支持。第二，其修改是將適用之要件納入母法，是要變更目前必定違法之原則，將聯合行為以合理原則來審理，影響之層面更大，都需有更深入之討論。最後作者提到有關聯合行為之衍生，是用在一致行為之影響上。不過，我認為在聯合行為之執行上，對台灣之產業發展來說，更重要之關鍵是在釐清聯合行為、共同經營、策略聯盟以及結合之間的關係。這三種行為態樣對於產業發展和經濟成長之影響，其影響之程度可能更勝於一致行為之程度。以上是我對於本文之建議，提供作者參考。

經濟學從亞當斯密提出國富論，其發展有兩百多年。在提出後一百多年，經濟分析之成果就被人類社會有系統地運用到管理市場之運作，而開始兩種管理之競爭，而我看到競爭法或者是公平法在市場的管理上，扮演著越來越重要之地位。國內從非常時期農礦工商管理處罰條例，一直到公平法之施行，也在市場管理上扮演非常重要之角色。不過，相形於國際之發展來說，我國公平法之推動，在解除管制或促進自由競爭上，仍須發揮更積極之意義。以上是個人一些簡單之建議，提供各位參考，謝謝！