

公平交易法執行的回顧與檢討

劉紹樑*

壹、序言

產業經濟學與公平交易法（至少公平交易法前半段的自由競爭法，亦即 antitrust law 的部份）可以說是息息相關，甚至可說達到「法律學爲體，經濟學爲用」的地步。公平交易法（下稱「公平法」）於民國 81 年 2 月 4 日實施，並由行政院公平交易委員會（下稱「公平會」）主要負責執行的工作，使得產業經濟學的一些問題走出書本、課堂的知識、政策領域，走入公平會等主管機關、法院的現實世界。在我國重返關貿總協定及加入烏拉圭回合貿易談判的同時，不但海島型市場面臨開放及調適的問題，市場法的功能也是亟待深入研究的主题。

本文試圖從實務及理論兩方面回顧並檢討公平交易法的執行。準此，本文先探討案例對公平法目的的闡釋，再從時的效力觀察公平法的適用，在進入公平法條文探討之前，並且探究公平會對「事業」的釋示。本文接著探討公平法下有關結合案件執行的實例，再回顧公平會對獨占行爲案例的探討。目前已發生的聯合行爲案例，也是探討的對象。除此之外，公平會對規範轉售價格之約定以及對不當限制交易相對人營業活動方面，也累積了相當多的處分及釋示案例，這些行爲及利誘、差別待遇行爲的執行實務及理論都是回

* 理律法律事務所律師暨東吳大學法律研究所副教授

顧的對象。最後一個研討的領域，是公平法除外規定適用的執行實例。

歸納這些實例之後，本文對公平法執行的展望提出個人的結論，以供立法者、執法者、實務界以及學術界的參考。當然，本文的採樣不很完全，大致上，它是以「行政院公平交易委員會公報」（下稱「公報」）為「原始」的研究資料，而且因為只取材至民國81年9月30日刊行的公報，等於是只引用半年來公平法實行的案例。不過，個人認為這些案例仍有相當的代表性；而且，從「案例」到案例法(case law)總會有個粗淺的開始，或許本文至少有此一功能。

貳、探究公平法的目的

公平法第一條明示其立法目的為「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」。對於這些多元的目的如何解釋，個人認為會因時、空背景而時有爭論（劉紹樑，1990:26），也和「意識型態」息息相關（劉紹樑，1991:2）。以競爭法實施歷史最悠久的美國而言，一百年來迭有爭議，迄今仍在探討休曼法(Sherman Act)反映的政治經濟目標為何（Sullivan, 1991）。到底公平法的目的何在？一種方式當然是去追查立法草案理由及立法院的辯論，譬如：前經濟部長李達海在民國75年6月26日，於立法院經濟、司法兩委員會審查公平法草案時，曾指出：「競爭係公平交易法之核心，……市場有競爭，始能促進資源之合理分配及提高事業經營效率；而且競爭能使現居於優勢地位之強者，時時受新進競爭者之挑戰，在顧及潛在競爭者崛起或弱者轉強之可能時，須不斷提高其所提供貨物或勞務之品質，以保持其優勢，且不致於濫用其優勢地位，故維持競爭尚可使各國經濟力量相互牽制與制衡。總之，整套公平交易法律在確保一個公平競爭之環境，以維護

交易秩序，準此，執行公平交易法時，須體認公平交易法之任務在保障「競爭」，而非保障競爭者，更非保障低效率的競爭者。」¹。由立法者的原意來看，資源分配的效率及國際競爭力的維持，雖然未見諸第一條條文明文的規定，應該也是公平法所要達到的目的。

另外一種探究公平法立法目的為何的方式，不是看「說」的是什麼，而是「做」的如何。依照這種方法，公平會的處分書、許可書、研釋意見書，以及法院的判決、判例就是重要的參考資料（惟目前似乎尚無有關自由競爭法方面的國內判決）。當然，不予處分或不予許可、不予研釋的案例，不一定出現在公報之上，卻也可能是重要的意見²。所以，這種案例研究也不是完全採樣的方法。縱然如此，迄今已有七個相關案例可以供吾人窺測公平會認為公平法的目的為何（包括其認為不屬公平法之目的）分述如下。

一、農糧及經貿政策

在(81)公聯字第○○一號許可決定書之中³，公平會准許台灣區麵粉工業同業公會及其關係會員等卅五家公司聯合採購小麥、聯合裝船保險，可至83年12月31日止，但自民國82年6月1日起，申請人對小麥進口人之資格，不得有違反公平法之限制。這項許可案的準據為公平法第十四條，其要件之一為「符合整體經濟利益」。該許可決定書提及「當前」整體經濟利益，又提及「於目前國內港口散裝穀物碼頭及鐵路車皮有限情況之下，可減輕港口壅塞、並避免內陸運輸調度失當」，似乎壅塞、陸運狀況也是公平法關切的課題。此外，該決定書認為本案「易於配合國內農糧與經貿政策」。由此可見公平會所關注的政策目的亦包含產業政策，而不僅限於前述在市場正常運作之下之資源分配效率。

二、會員員工福利與休閒之需求及社會習慣

在公研釋〇一一號函之中⁴，台灣青果商業同業公會聯合會函詢由公會統一休市是否違反公平法。公平會認為這種同業間決議的目

的不在影響生產、商品交易或服務供需之市場關係，而係基於「會員員工福利與休閒之需求」，為一種例行性的休假，而不致妨礙市場之功能，應無公平法的適用。如暫不論此一分析是否有產業經濟學上的依據，似乎「會員員工福利與休閒之需求」這種非完全的經濟因素，以及例假的「社會習慣」亦非公平法為追求競爭時所願捨棄的價值⁵。

三、公益活動

在公研釋○二三號函之中⁶，中興紡織公司申請釋示利誘、供應價、售價、獎勵方式不一等問題。公平會認為：「對於慈善機構鑒於公益原因給予較低之供應價等情形」，尚不會構成違反公平法第十九條第二項禁止差別待遇的情形。換言之，這種見解似乎認為：既然為配合慈善機構的公益活動，應該就不是競爭行為，也就不在競爭法適用範圍之內。

四、環保（飲水）政策

在公研釋○二九號函之中⁷，行政院環保署申請釋示由國庫補貼生產包裝水，並以接近產銷成本價格提供予民衆，以改善飲水，是否違反公平法。公平會的釋示卻與前述公研釋○二三號函旨趣不同，原則上，該會認為這種情形可能使受補貼之飲水工廠在競爭上處於優勢，可能造成不公平競爭或限制競爭的結果。換言之，雖然改善民衆飲水品質也是符合公益的措施，但是，不能以違反公平法之中競爭地位平等理念的方式達成此一目標。

五、國輪競爭能力

在(81)公壹字第○一九二四號函及(81)公結字第○○一號許可決定書之中⁸，裕民航運公司與中裕航運公司申請合併獲得許可，依公平法第十二條，結合案准駁的標準為「對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益」，該許可書除列舉此結合案對個體經濟方面的正

面效果（如提昇效率、增加經濟規模等）以外，亦說明「近 10 年來，國輪承運比例約為 27 %－39 %，外輪比例則約為 61 %－73 %，兩公司結合後，因船舶載重噸增加，航隊較具規模，有利船舶調派，應可提高運送能力，強化國輪競爭能力。」似乎提昇「本國」業者的競爭力這種重商思想及產業政策，也是公平法所想要達到的一個目的。

六、維持就業

在 (81) 公壹字第〇八一〇四號函及 (81) 公結字第〇〇二號許可決定書之中⁹，日商第一勸業銀行公司台北分行申請受讓華盛頓太平洋銀行公司高雄分行主要部份營業、資產及負債，獲得公平會核准，該會於許可理由之中指出：「結合後由於美商華盛頓太平洋銀行高雄分行人員獲日商第一勸業銀行全數留用，亦有維持就業之效果。」這個重視就業率的理由固然可視為發揮人力資源分配效率的個體經濟因素，但亦可視為一種社會政策（尤其是結合案往往為精簡人事，減少成本，發揮效率，反而還可能造成失業等社會問題）。

七、避免政府財務負擔及保密

在公研釋〇三四號函之中¹⁰，台灣省政府申請釋示該省政府印刷廠承印所屬各機關之文件是否違反公平法。公平會認為該廠隸屬於省政府秘書處，並不對外營業（此點似有待商榷），而「其設立宗旨係在不增加政府財政負擔及確保機密文件安全之原則下」，承印省屬各機關、學校各類文件、書刊。因此，此一行為雖屬「私法關係」之業務行為，但是，「與其他同業並不具有競爭關係」，難認有公平法之適用，因此，也不必依第四十六條的除外規定報請行政院許可。與前述環保署案相較，同屬營業行為的印製業務，因印刷廠具組織法地位（但接受環署補貼者亦可能為政府機關，自來事業單位），為了避免政府自己財政負擔及確保文件機密安全，則視為不在公平法適用的範圍之內。換言之，避免省府財政負擔及文件

機密性亦為公平法所應達到（或稱不應妨礙）的目標。

綜前所述，似乎對這些函釋並無法完全以一致的法律邏輯與產業經濟學理來予以解釋。但是，吾人似乎可以歸納如下：

第一、公平法所關切的經濟政策目標，似乎包括「強化國輪競爭能力」（中裕、裕民結合案）、「配合國內農糧貿易政策」（小麥聯合進口案）等產業政策等目的。因此，如果說公平法是「經濟憲法」（即 *economic magna carta*，也就是說它對達到一定經濟目的的其他工具如經濟管制法令，或是反映產業政策的行政指導措施具有優越性），似乎在這些案例之中不一定可以得到支持。當然，吾人亦可說在這些案例之中，相關的產業政策「正好」與公平法的規定與理念互不衝突，但是如果公平法是要達到提高資源分配效率、發揮市場機能的較中性效果，似乎也不必在這些函釋之中加具有關產業政策的理由。

第二、公平法所關切的立法目的似乎也包括非（傳統上）經濟因素，如重視休閒（青果社聯合休市案）、減少政府財務負擔（省政府印刷廠案）、避免失業（第一勸業銀行案）、抒解陸運港口壅塞（小麥聯合進口案）、支援慈善事業（中興紡織公司案）等因素。但是，改善飲水品質（環保署案）則不在此限。這種政治社會因素的考量，會使競爭法的執行複雜度更為增加，但是在日益泛政治化、利益團體勢力日益高漲的現階段台灣社會，這似乎又是免不了的趨勢，這是「正選擇」抑或「逆選擇」？也是值得注意的問題。

第三、前文已提及這種案例採樣並非完美。個人也不確定公平法會提出前述各種理由之時，是較關切解決眼前的問題？或是較關切解釋統一性的掌握？從法律人的角度來看，這是個別案例 (*cases*) 可否形成判例法 (*case law*) 的關鍵；對於工商業及消費者而言，這是否能形成一致期待以及因應原則的問題；對於產業經濟學者，這或許是提供一個機會，來再思考不同經濟政策工具（反托拉斯、國營事業、經濟管制）之間的互動關係，以及在台灣兼採三種措施的大環境之下，何種措施較為妥適¹¹。

參、公平法有關時的效力

從一個沒有競爭法制的階段過渡到一個有相當嚴密的競爭法制（如公平法）的階段，如何適用新舊法制？這不但是法律人關心「時的效力」的問題，在產業經濟上也涉及調適的問題。公平法第四十九條規定了一年的「調適期間」，從產業經濟學的角度來看，對許多產業當然是不夠。但是，如果從公平法草案自 75 年 5 月即由行政院咨請立法院審議的「警訊」來看，則有將近六年的時間。再者，筆者在研究公平法對證券界可能的影響之時，得到的結論是：「在（公平法早自民國 71 年開始研擬）這 10 年期間之中，證券市場自由化、國際化的原動力來自於國內外政治經濟環境而造成的『產業政策』，而非來自公平法」（劉紹樑，1992a:2）。這 10 年來市場的急遽變化，理應加強事業因應公平法這種「市場法」的體質。

公平會迄今涉及時的效力的案例計有台電公司接受金、馬電力事業全權委託經營案¹²、台北縣錄影帶同業公會申請釋示案¹³、美商美國商業銀行與華盛頓太平洋銀行結合申請釋示案¹⁴，保生、保祥公司競標 B 型肝炎疫苗處分案¹⁵等四個案件。大致上，公平會的處理態度是以相關行為是否在公平法施行之後是否繼續，做為公平法是否適用的依據。在美國銀行申請結合案之中，則以申請結合的門檻條款（前一會計年度總銷售額超過新台幣廿億元）遲至民國 81 年 4 月 1 日才公布，而其台北分行之轉受讓案業經財政部金融局核准，所以，不必依公平法申請結合。原則上，這也是對在相關法令實施（包含標準確定）之後的行為才適用公平法，可謂妥適的解釋。

一、狀態與繼續行為之區分

較有深究必要的是台電受託經營金馬地區供電的案例。雖然委

託經營的「狀態」仍然在民國 81 年 2 月 4 日之後繼續存在，但是公平會認為：此一委託經營的「行爲」在公平法實施之前（即民國 80 年 7 月 1 日）已完成，所以，依法律不溯及既往的原則，可以不必依公平法第十一條的規定申請結合之許可。公平會的決議是否獨偏台電公司？個人認為實非如此。此一解釋的重點在澄清「狀態」與「行爲」在法律上的不同處遇。法律人對於「狀態犯」（如重婚）以及「繼續犯」（如私行拘禁）本來就有區分。公平法第六條第一項有關結合行爲的定義又涉及這兩種概念的灰色地帶。譬如：該項第二款所稱「持有」他事業股份或出資似乎是靜態的狀態；「取得」他事業股份或出資則似乎是動態的行爲。同理，該項所述「與他事業經常共同經營」或「受他事業委託經營」也是一旦開始就一直持續的狀態；「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」（即實務上常見的關係企業總管理處）也是一種持續的狀態。如果在公平法實施之前，即有持有股權、共同經營、委託經營、或控制經營、人事的狀態，在公平法實施之後如需一一申請結合，則與法律不溯及既往的原則無法調和。所以，公平會對於第六條第一項條文中的「靜態」文字與「動態」文字予以區分，應是妥切的做法¹⁶。

肆、公平會對事業的釋示

公平法第二條明定事業的定義，而綜觀公平法全文，公平法的適用對象皆以「事業」為限。所以，原則上，事業的定義為何也就決定了公平法適用範圍。大致上，這個課題是法律人較關切的問題，但是也有產業經濟學上的意義。畢竟市場與企業 (market and firm) 的劃分會有灰色地帶，二者也是相輔相成 (Coase, 1937; Alchian and Demsetz, 1972; Jensen and Meckling, 1976)。第二條的定義包括公司、獨資、合夥、同業公會、以及「其他提供商品

或服務從事交易之人或團體」。迄今，公平會的釋示、處分案例對事業的闡釋十分豐富，以下分述如後：

一、外商在台分公司

在(81)公貳字第○七六六四號函之中¹⁷，公平會對經銷雅詩蘭黛(Este Lauder)的美商怡佳公司以違反公平法第十八條及第十九條第六款為由予以處分。從此一處分書雖然看不出來怡佳公司的身分，但以其址設台北市，冠「美商」稱號，似乎是外商台灣分公司。準此，外商分公司可謂公平法第二條第一款或第四款所稱的「事業」，殆無疑義。此一見解也在美商美國商業銀行台北分行轉受讓資產案中予以肯認。此外，在公研釋○二四號函之中¹⁸，北美事務協調委員會為美國在台協會關切公平法限制外國運輸者活動是否有差別待遇一事申請釋示，公平會之回覆為該會認為第四十六條的除外規定對國內外事業一體適用。

二、母公司與子公司

在公研釋○二一號函之中¹⁹，義新公司申請釋示與其子公司合併是否應依公平法申請核准，經公平會釋示採肯定說之後，對義新母子公司結合案，公平會於(81)公結字第○三號函許可決定書予以核准²⁰。母子公司在法律上雖然是兩個法人，各具獨立的人格，算是兩個事業，但是在經濟上是同一實體，算是一個事業。從公平會對此一釋示及許可案的立場，可以看得出來該會是採法律上的見解，而非依據經濟上的理念來詮釋「事業」的概念。義新案中的子公司為義新投資公司，本身並不從事營業活動，可說實際上只是一本會計帳簿而已。此一投資公司的背景，或許係公司法於79年修正前，對依該法第十三條所做的轉投資總額有不得超過實收資本額百分之四十的限制，所以設立投資公司可「規避」此一規定（因投資公司本身不受此一轉投資比例限制）。所以，此一結合案事實上形同「紙上作業」。但是，如果在未來有兩家公司互為母子公司（或

其他型態之關係企業），實際上也從事同一類業務活動，而互相訂定契約或其他協議，此時，是否適用公平法第十四條規範聯合行為規定？依公平會對義新案的立場，似乎應該如此認定，但是，如果依產業經濟學的理念，同一關係企業集團成員或是母子公司往往互相不會從事實質競爭，因此雖然因為係同業，而在公平法第七條之下，可謂具有「競爭關係」，實則非然。美國聯邦最高法院在 1984 年宣判的 *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*²¹ 一案之中，即採同一經濟實體的理論，因而認為無所謂聯合行為可言，歐洲共同體對此問題的立場，也是如此（Huie, 1988:307）。在義新案之後，我國公平會及司法界對此一問題的最終立場有待觀察。

三、慈善機構

在前述公研釋○二三號函之中²²，公平法似乎認為對「慈善機構」予以優惠價格不會構成違反公平法第十九條第二款有關差別待遇的規定。換言之，公平會似乎認為慈善機構也是公平法下所稱的事業。不過，第十九條第二款規定地很清楚：「無正當理由，對『他事業』給予差別待遇之行爲。」而且公平法第二條第四款對「事業」的定義要求「提供商品或勞務」以及有「從事交易」行爲等要件。對於安養院、育幼院、殘障同胞收容中心等慈善機構，似乎不太可能在社會概念上，把這種往往是無償的救助行爲視為商品或服務交易；在經濟學上也認為此是一種不具經濟活動性質的利他行爲 (altruistic behavior)。此時，如認為渠等構成公平法下的「事業」，似乎從文義解釋及理論分析上都說不通。但是，如果我們認為財團法人長庚醫院這一類公益團體也算是慈善機構，因為其有事實上提供商品（如藥品）或服務（如醫療）之行爲，而且有收費之事實，對於其屬公平法下的事業這一點，則無疑義。

四、代客記帳業者

在公研釋○二八號函之中²³，中華民國稅務會計記帳代理業職

業工會全國聯誼會申請釋示收費參考標準是否違反公平法。公平會認為其會員屬「無固定僱主之勞工，其實際從事之服務內容與一般受僱於公司之會計記帳人員無異，欠缺『事業』所應具有之獨立性」，因此，非屬公平法第二條所稱之事業。準此，其「職業工會」亦非「同業公會」，也無公平法第二條第三款之適用。既然如此，當然其收費參考標準不在公平法管轄範圍之內。

此一釋示案似乎有數點可議之處：第一，它並未依照公平法第二條對事業的定義規定來研析代客記帳業者是否事業。這些業者有提供勞務從事交易（承攬記帳業務）的行為，似乎理應構成公平法下的事業，而且似乎還是獨資的事業。本釋示函認為這些人是「勞工」，又認為還是「無固定僱主」之勞工，其工作性質與公司內部記帳人員無異，因此欠缺「獨立性」，似乎於法理上未深究承攬或委任契約與僱傭契約的差別，在經濟學理上，也等於不承認有出售勞務的「個體戶」存在。第二，據筆者對代客記帳業之了解，它是介於地上及地下業者之間的「灰色產業」。一方面他們以獨立的身分（甚至有些人其實是業務量少的會計師）「私下地」為中小企業記帳，但不一定出現在其帳冊上簽章表示負責的會計人員之內，而賦稅機關為達到中小企業廣為設帳的目的，實際上也有整合這些獨立業者，並為他們開設研習班的措施²⁴。第三，如果公平會在本研釋案中所採用的邏輯正確，那麼，似乎也可認為個人車行的計程駕駛人與服務於台塑公司替王永慶先生開車的人地位相同；自行執業的律師與受僱於公司法務室的法律人員地位相同；自行執業的會計師與受僱於公司的會計人員地位相同。這種結果會使得一般認為是「自由」業的個體事業都不在公平法的管轄範圍之內，所以似乎很難成立。

個人懷疑此一釋示的「心結」是否在一開始把代客記帳業者視為「勞工」，因此，在感情上認為是需要保護的對象？如是，則似乎犯了預設立場 (result-oriented) 的錯誤。此外，提供勞力的人是否一定是經濟上的弱者？其實，這要看其提供勞動時所創造的附加附

加價值高低而訂。對於前述的律師、會計師等行業，一般人不會認為是「勞工階級」，但是對計程車駕駛業則可能會認為如此，或是即是此一原因。同理，如華裔職業網球小將張德培也是出售（高附加價值）勞力的個體業者，只不過他不但不是在經濟上的弱勢勞工，而是有富翁身價的個人。從這些例子我們也可以看出來：職業運動或演藝活動的興起，使得個人也會被認為是從事經濟活動的行為主體，而不是依附於某一球會、聯盟或電影、電視、唱片公司的僱員，這也是美國的反托拉斯法為什麼也會適用到職業運動界以及演藝界的原因 (American Bar Association, 1992a: 90-91)。公平會對代客記帳業釋示的正確性，似乎有再思考的餘地。

五、工會

在公研釋○二五號函之中²⁵，公平會認為工會「僅得在特定條件下可為『交易行為』之主體，如依工會法第五條第四、六、七款等規定，工會得提供服務從事交易，方屬公平法第二條所稱之事業。」，而且，工會也可能是公平法下的「交易相對人」。換言之，工會可能是公平法下之事業。這個釋示和前述公研釋○二八號函（代客記帳業案）似乎也有相當大的矛盾。在公司受僱的會計人員與代客記帳業者如果都是「勞工」，但前者組成的工會依公研釋○二五號函可能構成「事業」，但是代客記帳業者的「職業工會」或業者本身都不是「事業」，似乎難以自圓其說。此外，產業工會本來就是勞工的集合體，而勞方所主張的「團體協約」(collective bargaining agreement) 本來就是勞工之間約定工資、職位、職等分類的卡特爾，只不過因為自二十世紀初開始，勞工運動以及勞工法令蓬勃發展，似乎一般人不願意接受這也是公平法可以規範的想法，公研釋○二五號函可能就反映此一背景。其實，依照美國的克萊登法 (Clayton Act)，工會也可能是從事貿易障礙的當事人，而且在某些情況之下，為反映勞工政策（如罷工等集體杯葛行為），尚可享有豁免。(American Bar Association, 1992b:1119-1126) 但

既可豁免，則必須在概念上先構成從事經濟活動的「事業」。至於工會在何種情形之下會有違反公平法的行為，公研釋○二五號函認為要個案認定。其中一個問題是非法罷工（即英美勞工法上所稱之 wild cat strike）是否係違反公平法第十四條或第十九條第一款的集體杯葛行為？似乎要等下一次工運熱潮才有可能見分曉。

六、政府機關、事業單位、財團法人

在前述公研釋○二九號函（環保署函詢補貼生產包裝水案）之中，公平會認為接受補貼初期開發經費之「行為主體雖可能為政府機關，自來水事業單位、民間企業或其他財團法人，惟其設置目的在於製造、銷售飲水，不論其將來組織型態如何，皆屬公平交易法第二條所稱之事業。」換言之，是否事業，與是否具有政府組織法下機關的地位無關，也與是否以營利性為目的無關。衡諸公平法第二條的定義，以及這些單位都在從事銷售行為之經濟活動的事實，本研釋函可謂允當。

不過，在前述公研釋○三四號函之中，公平會卻認為省政府印刷廠並非公平法上所稱之事業。其理由大致如下：第一，按省政府所訂之省政府印刷廠組織規程（此為一行政命令），該單位屬於秘書處，其業務為承印省府所屬各級機關（構）之文件，為「不對外營業之省營『事業』機構」。第二，其設立宗旨在不增加政府財務負擔及確保機密文件安全，而承印省屬機關、「學校」各類文件、書刊。第三，雖然該印刷廠與各機關之業務關係具有「私法關係」存在，然因其係不對外營業之事業機構，又在省府組織規程之規定內，其「營業活動」與其他同業，並不具有競爭關係，難認有公平法之適用。

此一研釋函數度提及「事業單位」及「營業活動」，最後卻認為省府印刷廠並非事業，此為有趣之處。此外，依公研釋○二九號函（環保署補貼包裝水工廠單位案），行為主體「雖可能為政府機關，……不論其將來組織型態如何，皆屬公平交易法第二條所稱之

事業。」所以，這兩個意見之間，似乎又有矛盾。再者，省府印刷廠承印「省屬」各級學校的文件、書刊是否仍屬「不對外營業」，也有疑義。司法院大法官會議在民國 81 年 11 月 14 日做成釋字第三〇八號解釋，認為公立學校教師不兼行政工作者，即不適用公務員服務法，再度顯示出公、教日益分別處遇的大趨勢。省府機關和省立學校的關係也不宜依傳統的「公」務機關概念來解釋。而且，公研釋〇三四號函也承認這種印學校書刊的行為是私法關係，個人即很難接受省府印刷廠不對外營業的見解。而且，如果省政府印刷廠承印學校書刊、文件，則民間同業無法承包，這不但有競爭關係，而且是一個民間事業單位因為非市場因素，競爭不過政府事業單位之例。如再深究此一問題，則承印學校書刊也須在省府內部付費及編列預算。因此，是否可以減少財務負擔或許也是見仁見智，其實，這正是前述市場與企業 (market and firm) 之間選取的問題。不過，依前述公、教分立的原則，省屬印刷廠及省立學校似乎還不能算是產業經濟學上的同一事業單位 (firm)。

這兩種不同的研釋見解，似乎各有其他案例採取相同立場予以支持。譬如：在公研釋〇三七號函之中²⁶，桃園縣政府為承辦民國 82 年台灣區運會，擬制訂「商品特價優待要點」，申請釋示是否違反公平法第十四條有關聯合行為的規定。公平會認為參與之事業共訂低價，尚非聯合行為。但是，此一優待要點為縣府所訂，其是否違反公平法？依該釋示函之主旨欄，似乎此點才為問題之所在。不過，公平會似乎避開了縣政是否事業的問題。此外，在公研釋〇三八號函之中²⁷，台灣省政府申請釋示「台灣省學生團體保險辦法」第二條是否違公平法，公平會則認為此一保險係政府開辦（但未說明其法律依據何在），再委託台灣人壽保險公司「代辦」，因此「具備社會保險之強制性及持續性，……故應屬公法行為，並非公平交易法上所稱『事業』之活動，因此無公平交易法之適用。」本釋示函未說明開辦及代辦之「法律」依據，與中央存款保險條例等存款保險制度不同，因此，似乎其強制性尚待查驗。至於存款保險等

具有避免金融系統因承兌而受影響之公益目的，具備社會保險性質，殆無疑義。但學生等團體保險是否在本質上屬於社會保險，並無定論；而本釋示函認為似因為有施政上強制性，所以才被認定是社會保險（依同理，所有團體保險似乎都可成為社會保險），這種以公權力介入做為社會保險與否的認定標準，欠缺說服力。準此，此種行為似乎尚非公法行為，而台灣人壽保險代辦之營業活動也難謂不是事業活動。否則，從環保署補助包裝水一案來看，其外部經濟效果（改善大眾飲水品質）更高，卻仍被認為是事業活動，也是個人認為無法調適的矛盾。

另一個和環保署包裝水研釋案無法調適的研釋案是公研釋○○一號函²⁸。該函背景為中華民國私立醫療院所協會函請公平會解釋省(市)立公務預算是否違反公平法第三章不公平競爭的規定。公平會在覆函之中提及醫療法授權公立醫療機構收費標準之核定。又認為：「政府機關為公法行為時，其主體並非公平交易法第二條所稱之事業，因之政府對公立醫院依法『或政策』編列公務預算予以補助，非公平交易法規範之範圍。」改善飲水也是依政策編列預算補助其他政府單位，為何兩案研釋結果不一？這也是筆者無法了解之處。

伍、公平會對結合案件處理之評釋

公平會迄今就結合案件之處理案例，除前文所提義新案、裕民與中裕海運案、第一勸業銀行案之外，尚有華航旅行社釋示案²⁹，以下會分別詳釋。不過，公平法對如何准駁結合案件，只在第十二條做一個原則的規定。在公平法的施行細則之中，雖然對結合申請案的送呈書表有較為詳盡的規定，但是對如何認定某一結合案是符合「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」這種成本效益規定，並未說明。反觀美國聯邦政府法務部自1968年以來，即有制訂管制結合

的指導準則 (Merger Guidelines) ，並於 1982 及 1984 年做重大修正。其後，又於 1992 年 4 月由法務部及聯邦貿易委員會共同制訂「1992 年水平結合指導原則」(劉紹樑，1992b)。在我國尚未制訂相關結合指導準則之前，要研究結合案件的適法性的一種方式，是參考施行細則之中有關獨占事業認定的標準，另一種方式是從公平會處理的個案之中歸納出一些共通的原則。

一、參酌獨占事業認定標準

依施行細則第三條之規定，公平會在依公平法第十條第二項公告獨占事業時，應審酌下列事項：

- 1、事業在特定市場之占有率。
- 2、商品或服務在特定市場中時間、空間之替代可能性。
- 3、事業影響特定市場價格之能力。
- 4、他事業加入特定市場有無不易克服之困難。
- 5、商品或服務之輸入、輸出情形。

施行細則第四條又規定事業無下列各種情形者，不列入前述獨占事業認定範圍：

- 1、一事業在特定市場之占有率達二分之一。
- 2、二事業在特定市場之占有率達三分之二。
- 3、三事業在特定市場之占有率達四分之三。

有前述各種情形之事業，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，公平會對該事業將不列入獨占事業之認定範圍。至於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，雖有前述兩種不列入認定範圍之情形，公平會仍得認定其為獨占事業。此外，計算事業之市場占有率時，公平會應先審酌該事業及該特定市場之生產、銷售、存貨、輸入及輸出值(量)之資料，而計算市場占有率所需之資料，得以公平會調查所得資料或其他政府機關記載資料為基

準。

這些標準有參考市場結構（結構－行為－績效）的理論，也有參考價格理論。這些因素考慮的順序或權數雖無法預測，但是，也對審查結合案（尤其是是否有造成獨占事業之虞這一點）略有幫助。

二、結合案例分析

如果要從前述公平會受理的結合案件歸納出一些共通原則，可分述如下。在中裕／裕民許可案之中，就市場占有率而言，公平會很簡潔地認為對「市場影響力不大……就國內市場而言，兩公司所屬之特定市場之占有率並不高……。」對於國內特定市場為何，並未再予說明，而對申請人在國內市場之占有率亦似未說明，亦不知其演算過程（除前文所提之全體國輪承載比例以外）。不過，因為法令政策的原因，劃分為國內外海運市場，顯示有進入國內航運市場障礙，可謂允當。但國內航運之間，海、陸、空貨運是否同一市場，則未探究。此外，公平會亦認為兩公司「不足以影響市場價格……由於不定期船船東所承運之貨物運價或船舶出租之租金，主要受海運市場船舶噸位及市場供需之影響，市場趨向完全競爭……。」似乎在產品市場方面，公平會認定有不定期載貨承攬及船舶出租(charterparty)兩種「次級市場」，但其語意為分別界定，分別審查；抑或一體界定，一體審查；則不太明顯。此外，似乎就國外之產品市場認定為海運市場，而不含空運市場（果真如此，則亦有道理），但許可決定書並未予分析。就國外之區域市場，則似乎視為全球市場（公平會似乎認為除少數共產國家之輪船公司以外，皆可來華承攬，但未明文分析「國貨國輪運送」政策之可能影響），而得到完全競爭的結論雖然似乎正確，但是並未引述其依據。從行政法的觀點，仍乎對舉證說明理由的工作略欠周延。

依照公平法第卅條之規定，「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。」如果並未參與結合之其他同業認為該結合違反公平法第十二

條規定，公平會原不應核准，此時，該同業或許可以依公平法第卅條後段請求法院防止結合之完成，這是民事救濟的手段。當然，是否可爲此一解釋，尚待法院解釋，但是美國克萊登法亦與本法有類似之規定。

從另一個角度來看，如果公平會原不應核准該結合案，但居然核准，前述未參與結合的其他同業是否得向公平會提起訴願、再訴願、行政訴訟等行政救濟程序？如是，則公平會的許可決定書「認事用法」是否恰當，即爲可爭訟的課題。當然，此一問題也是有待國內法學界以及司法實例確認。不過，依照個人的想法，認爲公平法是一個市場法，它和傳統的法律往往是用來規範單一當事人與單一他方當事人之性質大不相同。既然如此，如果一群人（如參與結合之事業）之利益因行政處分（如允准結合），而「損及」另一群人（如未參與結合之其他事業）之利益，對這另一群人而言，應可視同也受到行政處分。在比較法上，這種見解也有佐證。詳言之，在美國執行有關反托拉斯法的實務上，如果私人間就公平法涉訟，則其和解必須得到法院之核准，就是因爲當事人撤銷訴訟的效力可能及於第三人之故。

從產業經濟學上的市場內互動關係，似乎可以支持此一法律見解；從我國行政爭訟法學的判例解釋，似乎也可得到此一結論。依照司法院大法官會議在民國 68 年的釋字第一五六號解釋：「主管機關變更都市計劃，係公法上之單方行政行爲，如直接限制『一定區域內人民』之權利、利益、或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致『特定人』或『可得確定之多數人』之權益遭受不當或違法之損害，自應許可其提起訴願或行政訴訟以資救濟，本院釋字第一四八號解釋應予補充釋明。」釋字第一四八號解釋原認爲這種變更都市計劃之行爲並非對特定人所爲之行政處分。從釋字一五六號解釋文來看，如果主管機關對一定之特定市場內之人民所爲之不法或不當處分（如原不應允許之結合案），影響其相互競爭地位，可謂使特定人（其他市場參與者）或可得確定之人（潛在之市

場進入者)之權益受損,則似乎可認為非參與結合之事業亦可提出訴願。

以上見解可能係「少數說」的見解,不過,在實務上要解決此一問題其實很簡單。對於參與結合事業的競爭對手而言,他們可以先向公平會檢舉,請求公平會不予核准。如果公平會仍為核准之決定,則對於檢舉人可認為是一種行政處分。檢舉人即可提起訴願、再訴願或行政訴訟的救濟程序。

中裕及裕民結合案另一點有趣之處是這兩家事業本來就是關係企業。因此,在經營上是否已有某一種程度的配合?許可決定書中所提之「有助於提昇經營效率,節省租船成本」是否是真正的預期效果?因為如已有經營上之配合,則可以發生之合理化經營效果應已發生。不過,這一個問題的癥結是單一事業或兩個事業的認定問題,已如前述,所以不再贅述。

從第一勸業銀行結合案來看,則可見公平會對於市場分析較為深入。第一,該許可決定書指出如:第一勸業銀行受讓華盛頓銀行高雄分行主要部份資產及營業,改組為其高雄分行繼續營運,可避免原「客戶金融往來上之關係或需要中斷」。換言之,「第一勸業銀行以新設高雄分行之方式填補即將消滅之……華盛頓太平洋銀行高雄分行,結合後高雄地區金融市場³⁰中競爭家數仍維持不變。」國外競爭法學上有 failing enterprise 理論(劉紹樑,1992b:54),在本案之中,亦可視華盛頓太平洋銀行高雄分行為 failing enterprise,而承認此一填補受讓可避免因其退出市場而使競爭轉弱之情形。第二,該許可決定書有對第一勸業銀行台北分行之存放款市場占有率(以全國銀行為基準)及華盛頓太平洋銀行高雄分行之存放款市場占有率(亦以全國銀行為基準)以數據說明。雖然無法提供與本案相關的區域(即高雄)市場之占有率,但此係金融統計資料編製方式不同之故,而且以 0.19% 及 0.45% (第一勸業)及 0.00098% 及 0.017% (太平洋)的全國存放款占有率,「直覺上」的確相當低,所以分析至此,也符合外國競爭法上方法論(也就是說把市場

力 (market power) 較小的廠商過濾掉 (screen) ，不必深究其可能反競爭效果) 。

至於許可決定書所云留用員工「亦有維持就業之效果」，似乎是一種經濟因素以外的整體考量，以本案而言，似乎不必提此一理由亦可成立許可之決定。倒是如果維持就業也是對結合案准駁的標準，那麼如果因結合而要精簡人事，此時因而造成「失業」，是否要就經濟性的整體利益（如促進資源有效分配）與非經濟性的整體利益（如因而造成失業）之間做一取捨？如果必須要有所取捨，兩者之間權衡的算盤如何撥？這是第一勸業案留下來的一個尾巴，也是將來真正產生較具爭議性的結合案衝突點的預兆，公平會宜未雨綢繆。

迄今最具爭議性的結合案件，可能是公平會認為不構成結合的一個研釋意見。在公研釋○一二號函之中³¹，中華航空公司就籌組「華航旅行社」是否屬公平法第六條第一項第二款所稱之結合，以及是否應依公平法第十一條規定申請許可，申請釋示。公平會認為：第一，「公平交易法第六條第一項所稱之他事業以結合時既存之事業為規範對象。故二以上既存事業共同投資設立新事業之行為，尚非該條規範對象」，所以不必依法提出結合之申請。第二，如果「參與投資之既存事業如有利用設立新事業方式進行聯合行為或濫用市場地位，或從事不公平競爭行為」，仍需適用公平法。依個人淺見，公平會第一點的認定在競爭法上及產業經濟學上可能都尚待斟酌，而其第二點認定似乎是「答非所問」。

公平法第六條第一項第二款規定持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本額三分之一以上者，構成一種事業結合的型態。就算吾人接受公平會的邏輯，認為在法律上所謂「他事業」係指現存事業，共同出資設立之新事業，在持有或取得之時，的確已是現存事業。依照公司法第一三一條發起設立一家股份有限公司，必須先繳足股款，才可選任董監事，再依公司法第一六一條，向主管機關註冊登記，取得公司執照，然後才得發行股

票；因為我國公司法採註冊登記主義，所以取得公司執照時，新事業即具法人資格，成為現存事業。此時，原發起認股之股東取得原始認股，當然就構成前述公平法下的結合。不但如此，這些投資事業會對被投資事業有「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之行爲，依公平法第六條第一項第五款，這也是一種結合行爲³²。

以上是從法律角度來看華航旅行社此一研釋案。如果以產業經濟的角度來看本案，應該也會得到與前述相同的結論。從產業經濟的角度來看某一個經濟行爲是否結合，應該是注重是否參與此一行爲的事業有意「整合」(integrate)他們營業行爲的全部或一部。如果兩家公司合併，則可以說整合其營業行爲的全部或一部；如果兩家既有事業共同投資設立新事業，此一行爲有可能是結合，也有可能是聯合。前者指因營業活動整合而可能發揮增加生產效率(production efficiency)的行爲；後者可能只是用合資事業(如聯合銷售公司)達成互相約束事業活動(如瓜分市場、分配配額、聯合訂價、出貨)等反競爭目標，而無正當營業目的之「赤裸裸的卡特爾」(naked restraint)。華航旅行社案究係垂直結合(亦即華航有意跨入旅行社業，但爲分散風險以及移轉技術，而邀請既存旅行社加入共同投資)，抑或聯合(亦即旅行社有意從事反競爭行爲而爲避免無法監控，所以請華航做「執法者」)，即應從這兩種可能予以探討，而其中一個重要的關鍵即是華航的意圖。依個人見解，本案似乎爲一個兼具垂直結合及策略聯盟的行爲。果係如此，則應依結合的規定提出申請。但是，公平會的研釋意見似乎未依「合理原則」(rule of reason)分析，即跳躍到它不是結合行爲的結論。

反過來說，如果這種行爲其實是一種利用合組公司而達到「嵌入卡特爾」(built-in cartel)的目的，應該構成聯合行爲，這是公平會附帶的研釋意見。前文已指出，這不是不可能。但是，公平會似乎只隱晦地說這要依公平法「有關規定」處理。公平法第十四條規範聯合行爲，是以經公平會核准爲「阻卻違法」的條件。換言之，

如果華航旅行構成聯合行爲案，則也應向公平會提出申請，只不過其依據爲第十四條，而非第六條而已。至於公平會另一個附帶意見指出，如果有利用設立新事業濫用獨占地位，則仍有公平交易法有關規定之適用，亦與其不認爲此爲結合案有矛盾，因爲既曰「濫用市場地位」，則必須先有獨占事業可言。而此處之成獨占事業係指該新設立之事業，殆無疑義。此外，避免造獨占事業之虞正是各國競爭法要管制結合的基本理念。公平會這種用語，似乎顯示該會在「潛意識」之下，也認爲此一案件係結合行爲。

公平會迄今另一個結合案是前述義新案。按個人對事業之見解係傾向於採同一經濟實體說，已知前述，義新案之許可決定書也指出原來的控股關係在結合之前已達 99.8 %，因此，筆者並不認爲這是一個真正的結合案。有趣地是，公平會似乎煞有介事地把它當做純正的結合案件來審查，而認爲母公司係經營進出口貿易及個銅體製造業務；而子公司則以對生產事業之轉投資爲業務，二者「經營業務不同」，而且「各所屬特定市場之占有率皆不高」，但是並未指出其占有率各爲多少。其實，義新投資公司在實質上是一個「紙上公司」(paper company)，可說是只算是一些帳冊(資產負債表等)。如果說「兩者業務不同」，在實質上不具意義，因爲義新投資公司本身是投資公司，只從事投資行爲，並未達到「提供商品，勞務而從事交易」的地步。如果檢驗義新投資公司在其所屬特定市場之占有率，則又是有趣的問題，因爲乍看之下，特定市場似乎是所有投資公司(或以投資生產事業爲專業的投資公司)；但是，細看之下，這市場似乎也應包括個人投資人，或是有意來華投資生產事業之外國法人及自然人。當然，這種市場界定看來會有些荒謬，這是因爲把義新投資公司也當做公平法上的一個事業的結果。再者，公平會並未深究義新投資公司投資了那些生產事業，以及這些第三代的事業所屬之特定市場爲何，此一結合對渠等之經濟效果爲何等，似乎又有忽視經濟現實的疏失。

陸、公平會對獨占案件之詮釋

一、公告獨占事業

公平法第五、十、卅五條對獨占事業制訂一些概括規定，諸如對獨占、寡占、特定市場的界定，以及對獨占事業的公告、行為規範、刑事責任等。本文執筆之時，公平會正依公平法第十條第二項以及施行細則第三條至第五條的規定從事公告獨占事業的審核、調查作業。本文初稿完成後，公平會於民國 82 年 2 月 8 日公布服務業計 10 個市場、19 家事業，農工業計 23 個市場、21 家事業構成公平法下的獨（寡）占事業。本項工作曾於民國 81 年暑假期間委託台灣經濟研究院研究各產業市場界定的問題，並舉辦數十餘場「公聽會」，可見工程浩大，以及困難度之高。依聯合晚報民國 81 年 11 月 15 日第 4 版之報導：所有農工製造部門計有 436 個特定市場；所有服務部門則有 56 個市場。筆者曾對公告獨占事業的政策理念以及實效表達存疑的態度³³（劉紹樑，1991:33-34），公平會王志剛主任委員也指出公告的規定，「本會雖於籌備處階段曾著手規劃，已有初步結果，惟由於該……項公告首需界定特定市場範圍，並蒐集台灣地區約 90 萬家廠商產銷與貿易資料加以計算，就計算結果於公告前，再由本會作一市場調查以為確認，整體作業頗為浩繁。……揆諸國外執行相關法令之經驗，多係在個案發生後，方就涉案對象及案情認定是否屬於獨占事業，鮮有在事前即公告獨占事業名單，且在未有違法事實之前。事前公告極易引起業者的反彈及不滿，因此使得本項公告作業面臨更大的挑戰。」（王志剛，1992:7、8、43）準此，依筆者評估，在此一公告名單放榜之後，在工商界可能又會引發一波公平法的「震撼教育」。至於對於被列入公告名單但自認為不應上榜的事業（甚至對於未列名者之競爭者認為應予公告之情形），是否構成一種「行政處分」，也是一項可能的爭議。

二、案例分析

在公平會研擬獨占事業公告名單的同時，也有幾個案件可能涉及獨占事業及獨占行爲。第一個案件是在公平法實施之初，尤英夫律師首先提出對台灣證券交易所股份有限公司有關證券交易手續費的檢舉案。不過，該會在當日委員會的決議之中，並未就台灣證券交易所是否獨占事業做出任何決定，而係依證券交易法第八十五條對手續費授權訂定的規定以及公平法第四十六條第一項的除外規定，做出公平法不適用之非實質認定³⁴。第二個相關案件是前述保生公司及保祥公司競標肝炎疫苗案³⁵。公平會認爲保祥公司以0.1元報價，並另贈二萬元救濟基金參與競標，究其採此種「非實質價格方式競標之主要用意，應係在取得第一基因重組B型肝炎疫苗之供應權。…又查關於B型肝炎疫苗是否可以混用，目前雖然有部份醫學報告顯示B型肝炎疫苗第一代與第二代可以混用，或不同廠牌之疫苗亦可以混用，然客觀上或使用者心理上能否混用，仍未有定論，鑑於該商品具有之特殊性，即同一嬰孩注射第一代B型肝炎疫苗需分零、一、六個月共三次施打始完成，被處分人以總價零點一元之非實質價格方式競標取得第一次供應權，無非以搶標方式爭取日後供應之優勢地位，故其行爲目的顯在以此方法使競爭者之交易相對人與自己交易，妨礙他事業參與競爭。」

本案對保祥公司之處分雖然係以違反公平法第十九條第三款不正誘引競爭者之交易相對人之規定爲依據，但是，前述之分析與依公平法第五條所爲之獨占市場界定十分近似。以0.1元搭配救濟金競標原爲一種掠奪式競價 (predatory pricing) 的競爭策略 (strategic behavior)(Areeda and Turner, 1975; Burns, 1986; Easterbrook, 1981; Krattenmaker and Salop, 1986; Ordover and willig, 1981; Mcgee, 1958)。一旦成爲該產業的中流砥柱 (incumbent)，其地位較市場內的新進入者 (entrant) 更爲穩固，而消費者要更換供應者之成本 (switching cost) 也更爲增加。因此，雖然依照一些見解，以低

於成本的價格做掠奪式競爭，並未受到支持，但是如果因為這種變更成本使得其他業者進入（或再進入）市場的困難性增加，其非難度性及危害公平競爭之惡性即大為增加。實務界有「綁規格」的說法，意思指用某一種特殊規格或資格使勞務或商品之購買者很難改變其規格，屬於一種技術搭售(technological tying)，也與保祥案所涉事實接近。另一點值得說明者為在公平法實施之前，一些學者（尤其是法學者）認為獨占的惡性在於提高價格，巧取暴利。保祥案顯示獨占事業提高價格會吸引競爭，而非排除競爭（也可見公平法第五條第一項有關獨占事業的定義似有問題），反而是以低價「打擊」競爭對手才能排除競爭（當然，這種行為要和公平法第四條所揭示的正常競爭情形有所區分）。

在本案之中，檢舉人冠雄公司指稱保生公司過去售與衛生署及私立醫院第一代B型肝炎疫苗，經公平會查證認為超過一千萬劑。但是，該會也認為「因公平交易法當時尚未施行，即使其獨占地位繼續存在，在未公告獨占事業名單之前，難認有公平交易法第十條³⁶之適用。」因此，雖然涉嫌違反第十條獨占之行為，以及第廿四條不公平競爭之概括規定，但是因保生公司係以零元報價，「不具買賣價金之實體，無法得標，對市場上交易秩序並無影響，故無公平交易法第廿四條之適用。」對於這一部份的處理，公平會的態度似乎也有待商榷。第一，雖然保生以前賣這一千萬多試劑之時，公平法的確尚未實施，但是，獨占(monopoly)係一種身分、能力。並非無法做事實上的認定。第二，本案的得標時間在公平法實施之後，公平會實際上可以審酌迄公平法開始實施之日，保生公司是否具備獨占事業之身份。第三，前述王志剛主任委員的分析之中，也提出國外對獨占事業之認定，係在個別案件之中具體認定，並認為這種執法方式較我國公告的方式為佳。但是，在保生案這種案件之中，實際上已涉及壟斷行為的指稱，但公平會反而以尚未經公告，而認為既無法認定身分，即無所謂獨占行為可資認定，似乎，正反兩面的理由都可由公平會主張。第四，公平會曾指出在涉及個案之

時，可以對該涉案事業認定為獨占事業並予公告，再依第十條第一項的行為規範處理，但在保生案之中，並未如此處理。第五、對於以零元競價，認為對交易秩序無所影響；而對以零點一元競標，則認為違反第十九條第三款，是否「一百步」（指零元出價者）反而可以笑「五十步」（指零點一元出價者）？尤其是這種殺價行為對競爭對手可能帶來的不正當壓力，似乎並未被納入考量，否則公平會似乎不會認為並無影響交易秩序之行為。保生公司以零元競價，屬於「攪局」，雖然自己終於無法得標，但對競爭對手不會沒有影響，這不就是一般「交易秩序」所欲防止之行為？第六，從保生公司之答辯³⁷，似乎可看出來它認為檢舉人亦想要採取贈送的方式，而被保生公司所知悉，所以才先下手為強。此點顯示競價業者之間很有可能互相打探軍情。因此，前述殺價贈送的擬議，有可能對冠雄等其他競爭對手造成不正當的壓力。

柒、對聯合案件之評釋

一、施行細則對聯合行為的補充規定

迄九月卅日之公平會公報頒行時為止，公平會有關聯合行為的研釋、處分等案件相當豐碩。落實公平法有關聯合行為的規定是學術界（蘇永欽等，1991）及實務界相當關切的問題³⁸。這個問題要先從施行細則第二條說起。原來公平法第七條對聯合行為已有相當明確的規定。但是，在施行細則第二條之中，又制訂了兩項補充規定：

1. 本法第七條之聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產，商品交易或服務供需之市場功能者為限。
2. 本法第七條之其他方法之合意，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。

如果先談第二項的規定，它對公平法第七條的定義有何補充？筆者認為十分有限。本項之存在，據筆者瞭解，係因公平會籌備處在審議施行細則草案之時，有些顧問認為「有意識之平行行為」(conscious parallelism)亦可構成聯合行為。這種見解在產業經濟學上是見仁見智的看法，但是在此一見解被提出的美國，其法院仍不認為只以有意識的行為此一外觀，即可認為違法（劉紹樑，1991: 283; American Bar Association, 1992a:6）。但是，因為公平法第十四條以及第卅五條規定的方式，從事聯合行為可能觸犯刑責。而如果個別事業只是互有認為對方會「跟進」之認識，而實際上未達刑法上「犯意聯絡」的地步，尚且無法構成聯合行為。因此，前述施行細則第二條第二項的「宣示性質」大於「創設性質」。

相對來說，施行細則第二條第一項即對公平法第七條做了相當大的變動。這是因為公平法第七條對聯合行為的定義是只問是否有相互約定，而不問是否付諸實施，也不問是否有結果；公平法第十四條對聯合行為的禁止，也是除非有阻卻違法的情形，一旦為之即為違法，這是法律人所稱之「危險犯」或「即成犯」的概念。如要用（犯罪）經濟學的角度來解釋它的正當性，即是因為這種卡特爾行為被認為有百害而無一利，所以要加強嚇阻，以避免這種行為過分猖獗。但是，水平聯合行為並非一概限制競爭，亦可能促進競爭，公平法第十四條也列舉七種阻卻違法的實質理由。不過，因為這種阻卻違法的事由以公平會核准為前提，而業者不一定知悉必須如此辦理，或是公平會無法一一核准³⁹。所以，這幾個公平法條文雖然含蘊「合理原則」(rule of reason)的概念，卻形成一種惡法。施行細則第二條第一項因而應運而生；「足以影響生產，商品交易或服務供需之市場功能」等語使聯合行為成為「結果犯」。在公平法實施之初，也有一些企業界人士以「兩家豆漿店聯合約定價格是否要坐牢」質疑公平會。施行細則第二條第一項等於提供了否定的答案。但是，筆者認為在學理上這可能是錯誤的做法。兩家豆漿店約定價格，已觸犯公平法，不必因為其為小型（獨資）事業，而認

為只有王子可能犯罪，庶民不可能犯罪。較正確的看法似乎是把行為人的身份地位做為是否「微罪不舉」的追訴要件，或量刑參考，也就是一種執法的考量，而不是把它做為是否構成違法行為的「構成要件」，也就是立法的考量。準此，此一施行細則的規定未來也不一定對檢察官、法官有拘束力，因為它變更立法院原來對聯合行為的定義⁴⁰。

二、疑似聯合行為

在實際案件方面，特誠公司（砂石車）案是第一件引起社會大眾關切的聯合行為案⁴¹。高雄市特誠公司以高達 1,813 萬元以上之「保證金」，向高雄旗山地區及屏東理港地區十三家採石業者要求除長期客戶外，所餘碎石現貨交由該公司經銷。而該公司之收購單價（140 元至 185 元）較卡特爾成立之前高出 20 元，再加計 30 元後售予其他碎石需求者。特誠公司並派員駐場監督及稽查，以免渠等業者向第三人供給現貨。此地區市場之供應量占台南、高屏地區使用量約達九成；而長期供貨契約實際上也受到影響。雖然聯合行為必然涉及多數參與行為之事業，但是因為砂石業者之反彈，以及一些複雜之因素⁴²，公平會發揮「神來之筆」的巧思，並未以違反第十四條之方式處理，而只對特誠公司以違反公平法第十九條第四款利誘他人參與聯合行為之「首犯」予以處分。而本案經查證之事實亦為一典型之卡特爾行為。公平法為何不用較嚴重的第十四條為處分之依據，而用第十九條第四款為其依據？第十九條的前提是不公平競爭，而本案特誠公司與砂石運輸買賣業是否競爭對手？似乎特誠公司本身也是砂石開採業。果真如此，是否有不公平競爭行為？個人認為，這種處分方式顯示在政治力量爆發的現階段台灣，要對一群人執法的困難，所以公平會只挑「首犯」予以處分。尤其是砂石業較有「黑手」文化，這種公平法的執行案件有可能是秀才碰到兵，有理說不清。而本案進行之中，似乎並未有檢察官或調查局出面調查刑罰，以致公平會似乎是孤軍奮鬥，也是不好的惡例。公平

會在本案之中，提及台南、高屏地區等「南部市場」受到此一反競爭行為之影響，似乎顯示依公平法第五條第三項的標準來觀察，本案所涉之特定「區域」市場為前述地區。準此，本案也有可能成為區域市場如何界定的一個先例。不過，既然如此，則公平會在從事獨占事業的公告作業之時，似乎並未考量區域市場之問題，而以全國為一市場，又並非一致的見解。

三、進口卡特爾

有關聯合進口的卡特爾行為，公平法第十四條第五款有特別的規定，容許「為加強貿易效能，而就國外商品之輸入採取共同行為」，但是必須符合「整體經濟與公共利益」，並經公平會核准。迄今相關的案例有四：麵粉公會進口案⁴³、台灣區植物油公會聯合進口案⁴⁴、嘉麵等公司聯合進口案⁴⁵、以及三家電視台聯合轉播西班牙奧運案⁴⁶。前述三個大宗穀物進口案其實有相當之同質性，而麵粉公會申請聯合進口小麥案，因為其下游糕餅業同業公會的強烈抗議，而具備相當新聞性。而麵粉公會會員申請聯合採購小麥與聯合裝船保險，固然被公平會認為是有助於競爭之行為，可減輕成本、紓解倉庫、碼頭、鐵路運輸之壅塞、避免陸運調度失當。但是，聯合申請分配全年進口量，卻是以往大宗物資進口的陋規，而其配額之協商「有失公平競爭原則」，非會員即不得參與進口，又具備排除競爭之作用，在「於法無據」的情況下，給予一年之調適期間，算是以一種妥協過渡的方式解決此一存在多年之問題。嗣後台灣區植物油製煉工業同業公會及其會員申請聯合採購、合船裝運進口黃豆，以及嘉新麵粉公司等卅七家業者申請聯合採購、合船裝運進口黃豆及玉米，公平會亦稟持市場開放之原則而予以許可，但警飭不得「利用因許可而取得之市場地位，為不當之價格決定維持或變更，以及有妨礙他事業公平競爭之行為。」除此之外，申請之事業應將聯合進口行為之執行情形，包括每船次各進口人之登記採購量、實際採購量、採購裝船期、價格等，按季函知公平會，也必

須於許可之聯合採購期間，就如何裝運進口及分攤費用等相關具體辦法報告公平會。

進口之聯合，因為其效果發生在我國境外（譬如：因聯合議價而壓低買價），而境外外國事業又非我國競爭法所保障之對象，所以不致違反我國公平法，但說不一定有國外（出售國）競爭法之問題，容後詳述。聯合進口基本上是一種買方聯合行為，有可能促進競爭，但也有可能限制競爭（Blair and Harrison, 1992:133; Jacobson and Dorman 1992:151）。公平法雖然較偏向於對供應商（賣方）的規範，但是，第十條第一項第三款也訂有「買方獨占」（monopsony）的規定。公平會在這幾個案件之中，對成本節擲（包括私人成本及壅塞等社會成本）的認證，似乎較為直覺的認知，至少在許可書之內並未載明做出此種決定的理論以及事實依據。從案例累積的角度來看，似乎有些可惜。

公平會為了掌握聯合進口的執行，而要求申請的事業就價格、數量、船期、運費等細節具體呈報（有趣的是公平會並未要求這些事業呈報如何透過期貨市場避險等相關之營運動態），是否反而可能助長競爭業者相互之間互通消息，造成協調互動（co-ordinated interaction）的結果？這些資訊都是涉及採購而影響最終商品價格的成本資訊。資訊的流通可能促進競爭，但是也可能助長價格卡特爾的形成。依照德國的實證調查（劉紹樑，1991:15），如果卡特爾被合法化（legalized），反而造成價格上漲。這種經驗在我國是否會重演，當然有待長期觀察，不過，前述聯合進口案或許是一個開端。此外，如果這些聯合進口案引起下游業者堅持到底之反對，則可能發生上下游集體的抗爭（下游如具狀向公平會檢舉並主張其不應核准聯合行為，但是公平法不予採納，則對檢舉人應該也是一種行政處分，檢舉人可以提起訴願、再訴願、行政訴訟等救濟），則公平會如何在兩個利益團體之間取得平衡點？但是公平法規定的結果又使其責無旁貸。此時，公平會一方面可能成為管制者，使得交易更易具備管理性（即 managed trade）；再方面，公平會可能成為產業

政策的實際執行者，因為個別產業的目的事業主管機關固然可鼓勵某些行爲（如聯合採購大宗物資），但公平會卻有禁止的權限；第三，這種尋求妥協的過程終將使公平會成爲受到政治因素影響，或是追求地租者包圍的對象；第四，既然聯合進口可能產生這些問題，聯合在國內採購也可能造成類似的問題。

四、有關服務的進口卡特爾

聯合轉播西班牙奧運許可案也是適用第十九條第五款「聯合進口」行爲的案例，公平會認爲這條文雖然是只規定「商品」的進口，但未必不可包含服務。以法理而言，這是正確的詮釋。個人以前也指出：公平法草案第七條對聯合行爲定義的原文漏未及於服務，係於立法院審議時才予增列，但是並未就第十四條每一款做對應的修正。譬如說，第十四條第一款的「商品規格統一化卡特爾」在用語上也不及於服務。因此，如果會計師就帳冊查核的會計、審計準則做統一規定，而用較嚴格的解釋即不能依該款向公平會申請許可，似不太合理。公平法這種從寬的解釋，表現出相當的圓熟度。

反過來說，公平會在本案之中同意三家電視台（一）聯合租購轉播權，衛星電路；（二）分配播出時段；（三）聯合訂定廣告費用價格（但除有因支付轉播權利金等費用而發生較過去相當時段之節目爲高之成本，而有調整其廣告費用以資支應的必要外，不得因准予聯合而不當抬高廣告價格）。其中第二、三項的核准，似乎有再商榷之必要。詳言之，電視公司就聯合取得轉播權及衛星線路之同一節目，如果分配時段播出，等於劃分市場，亦即在該時間之內（如不考慮第四台的地下競爭業者），只有一家節目的提供者。而無線電視台的收費係以廣告爲來源，亦即在該時段之內，只有一家出售廣告的電視台。在三個不同時段各自有三個不同獨占播出者，而又容許其聯合訂定廣告價格，等於使有意放映廣告的事業無法選擇，亦即不能做時段間之廣告價格競爭（當然，三個時段不同，而節目

內容不同，影響到觀眾口味，節目品質各有不同，仍有非價格之競爭）。

智慧財產權有一個特性，亦即「公共財」之性質。換言之，一旦創設或取得該項財貨，則縱然增加其使用（如多人同時播出），亦不會增加其邊際成本。三家電視台聯合租購轉播權及衛星電路，已可節省租購成本，這是公平會所認定以及申請人所不爭的事實，吾人尚可假設其大致為各攤派三分之一（當然，如果三家電視台就分配播出時段從事「內部標購」，以決定總價金的攤派比例，亦無不可）。成本降低之後，廣告訂價因各時段皆屬獨家播出，又是聯合訂價，似乎並未將成本節省的利益回饋予消費者（即廣告主）。準此，公平會認定「無妨礙消費者之收視利益」，即值得再商榷，因為廣告時段的消費者為廣告主，而收視者並不就收視節目支付費用。此外，本案令人驚訝者為銷售價格係最敏感的事業活動，但公平會卻核准三電視台聯合訂定轉播時段廣告價格。至於公平會警飭不藉機抬價是否有實際功效，也值得深究。詳言之，公平會認為以往反映轉播費高而要求支付較高廣告費的行為，可做合理廣告價格的準據。但是，以往並無公平法，所以，過去較高的廣告費是否也是聯合訂定？是否已是不當抬價？都不能排除其可能性。如果以這種行為為準據，是否得到反效果？

五、價格約定

同樣是價格約定，在高雄市第一、二、三、五、十信用合作社聯合約定利率之行為，即受到公平會之處分⁴⁷。公平會很明確地認定合作社為本法所稱之事業，而利息為使用資金（即商品）之價格。這種協議行為，雖然不具法律上的效力，但是依公平法第七條及施行細則第二條，已構成聯合行為，而且價格的協議不必以約定特定價格才構成聯合行為，協議利率範圍亦屬之。此外，該五家信用合作社之存款餘額（此為產品市場）在高雄地區金融機構間（此為區域市場）逾百分之廿，依施行細則第二條之規定，已足影響高

雄市金融市場之功能。比起核准三家電視台劃分播出時段以及聯合制訂廣告價格的奧運轉播案，公平會對本案的處理較為俐落明確的多。

公平法第十四條所規範者為水平聯合，可從立法理由及立法院審議紀錄予以確認；施行細則第二條第二項又予以闡明。在前述桃園縣主辦區運會案中，縣政府擬提供攤位予廠商，而由廠商以贊助之低價提供選手來賓商品及服務，以活絡區運氣氛。公平會認為此種行為係就其本身之商品或服務自行訂定一較低之價格，而非與具備相互競爭關係之事業統一訂價，且事業於該項活動中仍互相競爭，應無限制競爭之虞，因此不是聯合行為。如果把主辦區運會的縣政府當做「房東」，此一約定在形式上係與垂直約定（但非公平法第十八條所規範之上下游之間轉售價格約定）相近似，而非水平聯合。但是，如果深究其實質，參與此一低價攤位計劃之廠商之間是否仍有競爭者？依公平會自己對研釋意見的陳述，似乎是有，因為「事業於該項活動中仍為互相競爭」。換言之，在場提供飲料者可能有數家，每一家皆與縣政府同意以較低價提供飲料予選手與觀眾。在國外的競爭法學及實務上（如美國法務部 1987 年「垂直限制指導原則」），如何判定某一行為是真正水平行為或真垂直行為，不僅是法律上的舉證問題，也是經濟行為的定性問題。因此，在合法性的評斷上，也會有所差別。本案之中，參與區縣會攤位銷售活動之廠商或許會在事前即知悉有競爭廠商也將參加銷售。因此，僅以其約定的形式決定是否水平聯合，似乎略欠周延，而應改為探究當事人之目的、動機（如探究係縣政府主動或廠商主動）。再者，依個人淺見，本案之所以對競爭較無不利之影響，似乎並非「事業於該項活動中仍為相互競爭」，而係因縣政府要求所有參與廠商降價之故。準此，水平或垂直聯合的定性問題即可決定本案是否應向公平會依第十四條申請。本案所獲得之研釋結論似乎正確，但其研判的過程則似乎可再商榷。

六、統一休市

在前述台灣省青果同業公會聯合會有關統一休市日之研釋案之中，公平會從目的及影響面來看，認為無公平法之適用，等於不認為其構成水平聯合行爲。本案和前述區運會攤位銷售案似乎是異曲同工，都不認為是一種水平聯合行爲。個人對本案之結論並不爭執，公休日爲一種例行之休假，也的確如此（如一般人在周六半天及周日休息），這也是爲了員工福利及休閒之需求。問題是，在周六、周日休假是一種約定俗成的社會習慣。如果青果業者本來就是在周六、周日休市，似乎無申請解釋之必要。但是，如果青果業不在周六、周日休市，則爲何要統一？對於甲青果社之會員及其家屬而言，如果係每月1日、15日休市，而如果乙青果社係每月2日、16日休市，對於其個別福利皆無損失。如果真正要關注會員之福利及休閒，即應在周六下午及周日休市，以便會員與家屬有相同之休閒時間。既然不在周六、周日休市，即無統一的必要，至於統一休市是否妨礙市場功能，對於集中市場而言，應該是利弊互見，可能是利大於弊。但是，無論如何，應由業者依第十四條提出申請。本研釋案之結果，造成無須申請的認定，如果檢察官及法院等也有權解釋的司法機關亦採同一見解，則無爭議。否則，如果因此而被追訴，可能發生公平會「愛之適足以害之」的結果。總而言之，公平會採取這種解釋的立場，是否係因爲其認為第十四條專以經公平會許可者才能從事聯合行爲，行政手續過於繁苛，不得而知，其認定的邏輯似也待商榷，不過，其獲致之結論似乎可以成立。

七、劃分市場、約定價格

在花蓮義發號等五家批發蛋行組成「台灣省雞蛋運銷合作社花蓮承運站」劃分責任銷售區域，互不競爭及約定雞蛋批發價一案⁴⁸之中，公平會認為此爲水平聯合行爲，花蓮地區爲特定區域市場，五家市場占有率高達67%以上，而據下游（餐盒及餅業者）主張，

當地蛋價每台斤 21 元，較外地高 10 元。而依公平會調查之結果，被處分人係以按產地價每台斤加價 4 元統一對外報價，各家的毛利在扣除管銷費用之後，每台斤只有 2 元。此外，據花蓮日用品什貨公會及一些競爭者表示，被處分人維持卡特爾的方式是協調給付「理賠金」以要求其退出市場，或要求對方加入該承運站。公平會於此一指摘，雖然並未再查證，但以卡特爾之理論而言，其維持存續的方式不外籠絡及嚴防「作弊」等方式，所以，這種指控並非離譜。不過，相對於特誠公司以支付保證金方式向採石業者收購砂石，這種理賠金的籠絡方式也是在執行卡特爾規約，兩者適用的法條卻有相當差異，這是值得思索如何做一致解釋或採取一貫立場的問題。

此外，公平會認為被處分人以節省運輸成本為理由只不過是一種說辭，而係藉此達成水平訂價及瓜分市場之行爲。在前述聯合進口穀物的幾個許可案之中，也有合船共運的行爲，公平會也認知有便利形成卡特爾之情勢，但是仍予許可，一方面或許是因為農糧及貿易政策的原因，再方面或許仍是把聯合採購與聯合銷售做一個區分。在產業經濟學的角度上，這兩個案子有多大差別，值得深究。此外，在三台聯合轉播西班牙奧運案之中，公平會允許渠等對廣告價格統一訂定，顯示雖然在國內登電視廣告之行爲不得適用公平法第十四條第五款聯合進口的規定，國內價格卡特爾仍有可能合法存在（雖然此一認定也可能欠缺法律依據）。其依據大概是避免「惡性競爭」，但是，對於花蓮批發蛋行主張渠等之聯合行爲係為「避免彼此間之惡性競爭」，公平會完全未予考慮，則似乎又是互相難以調和的結論。換言之，在國外（如美國）競爭法上，有對水平價格約定認為幾乎是「本質違法」（*illegal per se*）的見解，此時執法者不接受任何抗辯之理由，但是國外立法例也有如德國、英國等使得價格卡特爾也適用「合理原則」（*rule of reason*）之情形。而公平法第十四條的規定兼採這些國家的立法例，在實際適用上，又採用不同之分析方法，以致水平價格約定是否視其目的、影響而定，或

一概違法，一直有所爭論。希望公平會在未來會予以整理，以增加其一致性及說服力。

八、聯合承攬

另一個有關水平聯合行爲的疑難雜症是營造廠聯合承攬公共工程是否違反公平法。在公研釋○三一號函之中⁴⁹，台灣區營造工程工業同業公會爲是否可形成聯合承攬 (consortium) 承包台北市捷運工程等公共工程，申請解釋。公平會認爲其是否構成聯合行爲（因此，是否應先經許可才得爲之）不應以行爲之名稱而定，而須觀察下列要件：第一，依施行細則第二條第一項是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能；第二，參與聯合承攬者是否互有公平法第七條的「競爭關係」；第三，是否共同決定價格。評言之，公平會認爲如並非以個案爲聯合承攬之依據，則不能將之排除在聯合行爲之外。此外，如果（一）具市場地位之發包機構（如政府、公營事業及其他具有獨占事業）要求聯合承攬；（二）發包單位衡量國內水準及供需關係等因素，認爲有聯合承攬之需要，且於招標須知中載明聯合承攬相關規定者；（三）投標事業並未主動爭取，而係被動配合發包單位之要求，且意圖不在於限制競爭，且無使發包單位受損之虞者，則不認爲係聯合行爲。再者，如果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，但組成聯合投標團體則合投標資格，因此而增加投標單位家數，此時不認爲參與聯標的各別事業之間有競爭關係，也就不構成聯合行爲。

這段洋洋灑灑的敘述幾乎是照引原文，但是其要件略爲繁複，概念也似有些空泛，在實務上會對業者有相當之困擾。其實，這些要件似乎也正好配合捷運局招標之要求。換言之，一旦聯合承攬被認爲係聯合行爲，即有先經公平會許可之必要，而申請資料之繁複，程序之耗時，使得投標作業勢必停擺。這種結果在前文已有說明，其原因在於公平法第十四條以公平會之許可爲唯一阻卻違法的

事由，是相當不妥當的立法模式。而這種「惡法」運作的結果，受害者將是六年國建各項工程的業主——政府本身。所以，釜底抽薪的辦法似乎是儘量使某一行爲不被解釋成爲聯合行爲。在這個大原則之下，聯合承攬這個名稱不算數。事業平時具備經常、廣泛的競爭關係也不算數，只要就發包工程無法由單獨一家承包即可。在這種情況之下，聯合行爲的定義可能在個案中被扭曲，對未來案件執行的預期性，似乎不太有幫助。

捌、對轉售價格約定案件之研析

公平法第十八條雖然是第三章不公平競爭的開始，但是卻是規範垂直價格限制的條文。該條第一項對商品轉售價格之約定 (resale price maintenance，下稱 RPM) 規定無效，以達到價格自由化的目的。迄今公報上所刊載有關 RPM 的處分及研釋案，都相當豐富。譬如：公研釋○○七號函⁵⁰、公研釋○一九號函⁵¹ 對書籍訂價之行爲，認爲若在書籍上列定價若干元尚未違反公平法第十八條禁止 RPM 的規定。公研釋○三二號研釋函⁵² 則認爲如在商品外包裝上印上建議價格，對下游經銷商未要求或約定應以該建議價格出售或不得打折，並沒有達到公平法禁止事業與交易相對人間對 RPM 之「約定」之地步，即不能僅以印有建議售價而認定違反第十八條。在公研釋○一三號函之中⁵³，台灣省進出口商業同業公會聯合會申請解釋代銷契約之合法性，公平會先認爲是否代銷應以事實而非名稱而定，再指出在真正的代銷契約之中，因代銷所獲致之利潤並非因購入商品再予轉售而賺取其間差額（亦即係佣金收入），故不涉及 RPM 之問題，也就不涉及公平法第十八條之適用。此外，公平會也說明在代銷的情形下，如有正當理由（如需求狀況）亦可訂定差別代銷價格，而不致違反公平法第十九條第二款之規定。同理，在公研釋○○四號函之中⁵⁴，中油公司申請釋示代銷契約之合法性，公平會也採同一見解，並且認爲在代銷的情形之下，由本人負擔銷售

風險，本人為事業之利益而設銷售地區限制之約定，不適用公平法第十九條第六款禁止對交易相對人營業活動做不正當限制的規定。不過，公平會也在該函之中指出：中油公司所附代銷契約第二條、第七條、第八條第二項等條文看起來似乎有「經銷」之性質。

一、查價專案

公平會有關第十八條之執行工作最具新聞性及爭議性者，為配合郝內閣控制物價措施之「物價專案」即（「查價運動」）（王志剛，1992:33-34）。第一波的查價運動以化粧品業者為對象，其處分違反第十八條之化粧品業者計有華資粧業（資生堂化粧品）、吉人行（迪奧化粧品）、誼麗（雅頓化粧品）、保麗（蘭蔻化粧品）、美商怡佳（雅詩蘭黛化粧品）等業者⁵⁵。依公平會所認定之事實，這些化妝品業者為中華民國總經銷，並與國內百貨公司等訂有「經銷合約」，從事專櫃銷售，而且往往國外總公司要求全球價格一致，因此與經銷商制訂統一零售價格。而且，各百貨公司在各別調查案之中，多說明其所受限制包括禁止百貨公司等經銷商進行完全由經銷商自行負擔所有費用下之禮盒、贈品、抽獎等促銷活動，否則即以停止供貨、撤櫃、撤除銷售小姐等為抵制或報復。因此也都違反公平法第十九條第六款的規定。

在這案件之中，公平會指出：被處分的化粧品業者都主張其限制之主要目的係為維持化粧品品牌之形象，但是，公平會認為「形象之維持應經長期之品質維持、市場競爭與消費者之認同」。化粧品業者既然自行從事同樣之銷售行為，「形象之維持與限制經銷商促銷應無相關；甚至依其主要經銷商——百貨公司之資本額規模，其本身應亦注重其形象之維持，以進行市場競爭，故其主要用意應為限制化粧品市場之價格競爭，以維持其市場收益，非屬正當。」此外，公平會也認為：以這些總經銷所處之市場地位，所屬市場結構及商品特性而言，「因消費者對化粧品之選擇具強烈之偏好性，其品牌忠誠度高於一般商品，各化粧品公司多具若干之排他特性。」

所以，各經銷商在「顧及斷貨、撤櫃、撤除銷售小姐、貨色不全等積極性報復或消極性抵制等壓力下，均不敢違背該項限制，可知該項約束之強制性，其限制應屬非當。」

依個人見解，公平法第十八條及第十九條第六款所涉經銷行為之限制（包含價格及非價格之限制）將是公平法執行工作之中最普遍也最具爭議性的癥結。一般事業如果不從事水平聯合或結合等行為，而採單打獨鬥的競爭策略，大致上不會有公平法第十一條、第十四條的問題。如果其非市場之中的領導者，則亦不會遭遇第五條、第十條所規範之獨占、寡占等問題。但是，任何事業都有銷售商品的必要，而除非有自己設立之銷售分公司或分支營業處所，必然會接觸公平法第十八條、第十九條第六款所規範的問題。至於這種經銷的問題為何也是最具爭議性之癥結之一，在於其目的、手段的用意及效果往往被誤解，在經濟學界也尚未有一致的看法，而我國與美國在目前法令實務上又都是處於一種分歧的狀態：在美國，垂直價格約定的行為一概被認為係本質違法，如 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons* ⁵⁶，已是八十餘年的判例。但是垂直非價格限制則適用「合理原則」（見 *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* ⁵⁷。美國聯邦最高法院在 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.* ⁵⁸ 以及 *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.* ⁵⁹ 兩案之中，也說在許多（雖然不能說每一個）情形之下，廠商從事垂直價格限制及垂直非價格限制的道理完全沒有差別（Denger, 1992:419）。

二、約定事實之認定

RPM 在公平法下的合法性如何認定，必須以是否有約定為其先決問題，前述建議轉售價格研釋案即是其適例。以美國法為例，如果供應商建議以某一價格轉售，而經銷售商自己遵行此一建議轉售價格，則並無約定可言，在 1984 年的 *Monsanto* 一案之中 ⁶⁰，美國聯邦最高法院即重申此旨。換言之，供應商以言語建議，而經銷商

以實際行為接受，這種行為雖然在傳統的美國普通法 (common law) 見解上認為係「單方契約」(unilateral contract)，在國內則可認為係「意思實現」，但美國聯邦最高法院仍認為並未到達「意思合致」(meeting of minds) 或「共同計劃」(common scheme) 之地步。這種見解也反映自 1919 年 *United States v. Colgate and Co.*⁶¹ 一案以來的「高露潔原則」(Colgate doctrine)，亦即供應商可事先宣示與交易相對人進行交易的條件，此時是「姜太公釣魚」，經銷商是否願與之從事交易悉聽自便。但是供應商也可預先宣示：如果銷售商嗣後不遵守供應商所訂之條件，則供應商可解決契約，終止經銷關係。依美國法院一貫的見解，此時不必考量供應商解除契約之原因是否限制競爭，因為行使單方預先保留的解約權利，無論如何不會違反反托拉斯法。換言之，供應商應該有「是否從事交易」的自由以及「交易人選擇之自由」(這兩項自由與「交易內容選擇自由」為法律人所合稱之「契約自由」原則)。

前述公研釋○三二號函肯認建議轉售價格行為的合法性，個人認為這是正確的見解，也與美國判例互相呼應。但是，建議轉售價格之合法性究竟到什麼地步為止？換言之，在公平法之下，何謂單純建議（而非約定）？建議到何種地步才不構成違法之脅迫，或是不當限制交易相對人營業活動（公平法第十九條第六款）？以目前公平會的案例來看似乎尚難以定論，而必須等待 *Monsanto* 或 *Colgate* 這一類的案例出現。不過，在公研釋○二三號函之中⁶²，公平會告知中興紡織公司「單純拒絕某品牌設櫃供貨銷售，而未濫用市場優勢地市場優勢地位時，原則上此等行為係屬契約自由範圍。」似乎這是「高露潔原則」的浮現。

三、經銷與代銷之認定

如果有約定存在，則此一約定性質是否 RPM，即涉及代銷契約的問題。公平會目前的實例承認代銷契約之合法性；而在美國法及判例之下，也是如此。換言之，如果供應商以「寄售」(consign-

ment) 或「代銷」(agency)的方式銷售其商品，並保留所有權，承受危險負擔(risk of loss)，此時可認為仍係供應商決定價格，亦即並無轉售而言，此為1926年United States v. General Electric Co.⁶³一案以來的「奇異原則」。這種代銷契約合法性的見解不但中、美相同，在我國實務上也有對「委託代銷」認可的規定。詳言之，財政部依營業稅法第卅三條所制訂的「統一發票使用辦法」第十七條即規定：「營業人經營代購業務，將代購貨物送交委託人時，除按佣金收入開立統一發票外，應依代購貨物之實際價格開立統一發票並註明『代購』字樣，交付委託人。」至於統一發票開立的方法，該條又規定：「營業人委託代銷貨物，應於送貨時依合約規定銷售價格開立統一發票並註明『委託代銷』字樣，交付受託代銷之營業人，作為進項憑證。受託代銷之營業人，應於銷售該項貨物時，依合約規定銷售價格開立統一發票並註明『受託代銷』字樣交付買受人。」而在結帳期限屆至時，受託代銷人應按銷售貨物應收手續費或佣金開立統一發票及結帳單，一併交付委託人。所以，委託代銷涉及三張統一發票的開立。

如果再回頭看看化粧品查價運動的幾個案件，這種百貨公司與化粧品總經銷商之間的專櫃契約究係代銷契約或經銷契約？當然每一個案的情形可能不同。在誼麗公司處分案的說明較為清楚。公平會認為「該專櫃契約仍係以經銷商名義與消費者進行交易，其商品所有權之移轉方式，係經由被處分移轉為經銷商，及由經銷商移轉與消費者，其營業稅亦依營業稅法之規定經過兩次扣抵；另依所得稅法之規定，經銷商係以零售價格徵稅，化粧品業者則以扣除經銷商之「抽成」後為所得額，此與一般商品之轉售與再轉售並無不同。」如果所有權確有移轉，則不似委託代銷，但僅以「兩次扣抵」即認為係轉售，則可能忽略前述委託代銷之稅務處理也是兩次折抵。至於前述扣除「抽成」之用語更是與委託代銷時之「佣金」幾為同義詞，但公平會仍認為此係經銷商，則令人不知其法律關係是否確為經銷（即轉售）。除此之外，似乎還有其他跡象顯示這種專櫃買賣

似乎不是一般的經銷契約，譬如：公平會的處分書之中提及「撤櫃」，試問如果所有權已賣斷予百貨公司，為何百貨公司同意由總經銷設櫃？以及總經銷如何有權利撤櫃？同理，如果貨品已賣予百貨公司，為何由總經銷提供銷售小姐？為何提及銷售小姐由總經銷撤除做為制裁百貨公司的手段？如果貨品已賣予百貨公司，而再由總經銷「替百貨公司」銷售「百貨公司所擁有之化粧品」，是否較不符合經驗法則？準此，個人認為這些案件是否涉及代銷契約，公平會在認定上似乎並未交代清楚。

四、對 RPM 的經濟分析

如果再深入探究 RPM 為何一概視為違法，則是爭議更大的問題。公平會就化粧品查價案件的執行已顯示其立場為這種行為不僅僅是民事上無效的規定而已（此為公平法第十八條明文規定的效果），而且可以用第四十一條之規定連續處以行政罰（即罰鍰）。而且，在公平法所有涉及反托拉斯法的條文之中，只有第十八條是採取「本質違法」的原則，連第七條、第十四條規範的水平聯合行為都是採「合理原則」。依一般見解，水平聯合行為可能帶來之限制競爭效果遠大於垂直聯合行為，為何公平法反而對 RPM 規定地更為嚴苛，完全不問其目的、手段、效果？要研究此一問題則勢必要對 RPM 的行為動機做一探討，問題是 RPM 不但有不同之種類（如最低轉售價格約定，即 minimum RPM，以及最高轉售價格約定，即 maximum RPM），解釋 RPM 的理論也不盡相同，其中有採符合經濟效率的見解（因而認為應予合法），也有認為其目的係限制競爭的見解（因而認為係應違法）。（Arquit, 1992:451）理論上，供應商會希望經銷商的零售價格愈低愈好，因為價格低才好促銷。換個角度來看，如果零售價格低，而零售又不免涉及一些相關服務，則愈低的零售價格愈表示供應商以「低價」購買經銷商之附帶促銷服務。反過來說，如果經銷商把零售價訂的太高，則等於對供應商提供的貨品予以「課稅」，而易於造成滯銷。準此，minimum RPM

不就是看起來違反供應商本身利益之舉！果真如此，則「殺頭的生意有人做，賠錢的生意無人做」這句話勢必要改寫。

有一類支持 RPM 應予合法化的學者即認為轉售差價不應視為利潤，而係供應商「購買」經銷商的促銷服務而繳交之價格。既然如此，為何不就此促銷服務（如訓練有深度、對產品了解的售貨員，高水準的展示間，以及操作示範等）另行收費？這是因為「交易成本」過高的原因，因為要另行議約、監督、執行以確保經銷商所提供的服務確實值得此一另行收取之費用。那麼，為何不任由經銷商自行決定零售價格，而藉競爭來決定那一個經銷商的服務較受消費者肯定？這是因為「搭便車」(free ride) 的問題：消費者可能在甲經銷商處詢問地很詳盡，但是最後向乙經銷商採購，因為消費者已得到充分之售前服務，而乙經銷商因不提供這種售前服務，所以可以降低成本及售價。所以，如果不由供應商來統一制訂轉售價格或劃分經銷區域，所有經銷商都吝於投入成本提供售前服務，以致最後會影響到供應商之商譽及其產品的銷售狀況。

這是 Lester G. Telser (1960:86) 對 RPM 合法化最早提出的解釋。而其實例則可包括消費電子產品（如手提錄影機）等產品。有趣的是：前述 Ronald H. Coase 的交易成本理論以及避免「搭便車」的行為，都是公平會肯認的見解（王志剛，1992:35），此外，公研釋○○三號函⁶⁴也認為平行（真品）輸入，原則上不會違反公平法，但如果有搭便車的行為則可能觸犯公平法第廿四條對不公平競爭的概括規定。平行輸入與前述經銷商互搭便車的情形除了跨國界以外，可以說完全一樣，但是兩者在公平法下之地位卻大相逕庭。

另一種支持 RPM 合法化的見解係由 Marvel 及 McCafferty 所提出 (1984:346)。它們認為許多較高價位的零售店往往提供一些「無形服務」(nontangible services)，而如果不採 RPM 制度，則折扣店即可搭它們的便車，至於這種行為的理由，他們認為消費者期望這些高價位零售店「認證」(certify) 這些產品的高品質或先進時髦

之形象，這種理論可以適用於前述之高級化粧品、以及 YSL、Ralph Lauren、Escada 等服飾產品。

第三種支持 RPM 合法化的見解則以 Klein 及 Murphy (1988: 265) 為代表。他們認為有些售後服務只有在經銷商得到 RPM 的保障之下，才有可能提供。這是因為供應商與經銷商的利益不一定完全相符，換言之，經銷商不同於供應商，而未投入相當成本維護品質及商譽，如果沒有 RPM 的保障，經銷商可能不願提供售後服務，而商譽受到影響的卻是供應商。這個理論和 Telser 的理論有異曲同工之處，但其為「垂直搭便車」的情形（指經銷商搭供應商的便車），而 Telser 的理論為「水平搭便車」的現象（即一個經銷商搭另一個經銷商的便車）。當然，解決這種垂直搭便車的情形還可能包括售前服務，如對易敗壞食品的冷凍，提供上架空間等。

Rey 及 Tirole (1986:921) 則提出另一種支持 RPM 合法化的理論。他們認為製造商可能希望供應商盤存大量的產品，以因應市場之需求。但是，這等於是要求經銷商增加存貨滯銷的風險，尤其是需求量不穩定之時更是如此。如果供應商願意以 RPM 做為交易基礎，則存貨滯銷的風險等於由供應商承受，經銷商即會有較高的意願配合供應商新產品上市或進入市場爭取市場占有率的策略。

Marvel 及 McCafferty (1985:363) 也曾提出過另一個支持 RPM 合法化的理由。他們認為 RPM 可以避免經銷商將供應商的產品做為吸引購買其他慾望的「引誘產品」(loss leader)。乍看之下，這種引誘產品的行為會增加銷售量。但是，這在長期來說對供應商並不有利，因為這也是對其他經銷商的一種競爭，長期以還，其他經銷商會覺得被迫降價而不想再提供上架空間予此商品，供應商因此發生滯銷及商譽之損失。

以上是支持 RPM 合法化的理論。至於認為 RPM 為違法的理論則為其易於執行供應商間之卡特爾或經銷商之間的卡特爾。如果供應商之間有一個水平約價的卡特爾，則如何防止卡特爾成員「作弊」？一個方法就是採行 minimum RPM。因為此時零售價也統一

規定，而零售價又比較透明，易於查證。再者，如果某一參與卡特爾的供應商想減價來「作弊」，則因為 RPM 的緣故，「受害者」其實是經銷商，所以供應商也就無作弊的誘因。而認為 RPM 可能被用做經銷商之間的卡特爾執行工具的理论，則是認為經銷商之間如果就零售行為做水平聯合的約定，而也怕卡特爾成員作弊，則可透過品牌的盟主——供應商要求 RPM 的方式來達到防杜作弊行為。此外，如果因為新加入零售市場者較為有效率，而原來較無效率的現有經銷商即可能以要求供應商對所有經銷商採取一致的 RPM 做為因應的策略，因為較為有效率之經銷商（如大型折扣店、超級市場、百貨公司）在 RPM 之下，無法將高效率的成果以較低價格回饋給客戶，所以，在競爭上原有經銷商所受之壓力會較為減輕。這種經銷商共謀而透過供應商來要求 RPM 以達成卡特爾的理论，曾有美國聯邦貿易委員會的實證研究報告，認為有可能 (Overstreet 1983:133, 140-148)。

RPM 行為最被誤解的一環可能是 maximum RPM。美國自 *Albrecht v. Herald Co.*⁶⁵ 一案以後一直對此行為也採「本質違法」的見解（在該案之中，報社要求派報商不得超過一定之售價）。但是這種 RPM 其實提供一個價格上限，所以在 1990 年的 *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum*⁶⁶ 一案之中，ARCO 公司對享有專屬經銷區域之經銷商要求轉售價格必須有上限，以限制其因被劃分專屬經銷區而取得之市場力。而原告則為其競爭對手，其主張為這種 RPM 行為使得其受害。在本案之中，美國聯邦最高法院認為所謂「受害」必須是違反反托拉斯法所造成之損害 (antitrust injury)。換言之，除非原告主張這種行為會造成掠奪式訂價 (predatory pricing) 並能舉證，否則不能勝訴。法院並且也提及 maximum RPM 可能造成促進競爭的效果，顯示在美國判例法上的發展，價格上限的 RPM 已有改採「合理原則」的趨勢。而 1992 年在美國國會審議的兩項 RPM 立法草案 (S. 429 及 H.R. 1470) 都將價格上限 RPM 排除在其範圍之外，可見一斑 (Denger, 1992:420)。

對價格上限 RPM 體認最深者或許是原來在芝加哥大學任教的法官 Richard A. Posner。他在 *Jack Walters and Sons Corp. v. Morton Bldg., Inc.*⁶⁷ 一案之中，認為這種行為可能促進競爭，因為供應商在分配專屬經銷區域之後，可能會在每一年之內做幾次特別促銷，並配合宣傳，以促進銷路。此時，該供應商願意給經銷商特別折扣價，但是為了確保經銷商會將折扣價回饋予消費者，以達到特別促銷的目的，則必要從事 maximum RPM 的約定。否則，供應商已先在媒體上刊登文宣，說明零售價，而如果這是合法的行為，而經銷商不遵守約定，則將使消費者有「受騙」之感覺，不但影響供應商的商譽，它甚至可能被美國聯邦貿易委員認為有從事不實廣告的行為。

五、RPM 有助於避免不實廣告

我們如果選擇一則公平會案例，即可見 Posner 高瞻遠矚的功力。在公研釋○一九號函之中⁶⁸，公平會對台北市出版商業同業公會提出許多的問題一一函釋，並主張「業者在報紙上刊登新書預約廣告同時刊載定價及預約折扣優待價，係出版業推銷新書之促銷手法⁶⁹，讀者可根據該項預約廣告決定是否購買，就預約廣告及刊載定價性質而言，係一種要約引誘之行為，屬民事契約範疇⁷⁰，除在報紙廣告上有虛構原價或實施雙重標價，而構成違反公平交易法第廿一條第一項之規定外⁷¹，與公平交易法尚無直接關係。」如果在刊登廣告之後，經銷該書的書店不願以該等優待價格出售，可見會有不少消費者會向出版該書之出版社抗議。該業者為避免這種後果（以及公平會可能以不實廣告為由提起之行政處分），可能即必須就價格上限與經銷書店達成約定。這正是 Posner 在 *Jack Walters* 一案中的主張。

但是，這種約定本身又會違反公平法第十八條的規定。是否第十八條有修正的必要，以放寬對價格上限 RPM 的管制？如是，則前述對價格下限 RPM 的各種理論是否也可有審酌的空間？果真如此，

則垂直價格約定之行爲亦可適用「合理原則」。如此則在體系上與公平法其他條文也較爲配合。如果可以用「合理原則」來檢驗轉售價格約定行爲的合法性，前述化粧品等處分案或許可有不同的評價，對該案之中廠商的行爲也可能有不同的詮釋⁷²。

玖、對不當限制交易相對人營業活動案例之評釋

一、條文及案例分析

公平法第十九條第六款規定對交易相對人事業活動的限制不能逾越正當的程度，而且，如果有造成不公平競爭之虞，則可由公平會依第卅六條先限期停止，並可依該條及四十一條處以二年以下有期徒刑及（或）行行罰。因此，雖然公平法第十八條所規範的RPM行爲與第十九條第六款規範之其他垂直限制（vertical restraints）都可以用經濟學上「垂直整合」（只不過以契約代替企業做爲整合的手段）的理論予以說明，在違法效果及構成要件上卻有相當大的差異。第十九條第六款之限制在施行細則第廿四條之中有所詮釋。基本上，這些限制指搭售（tying）、獨家交易、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形。該條第二項又規定：這些限制是否不正當，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，以及履行情況對市場競爭之影響等因素加以判斷。換言之，我國對於非價格垂直限制也是依美國法上的「合理原則」來評斷其合法性。當然，從第十九條第六款的文字本身，看不出來它所規定者僅係非價格限制的意思，但是第十八條對RPM既有特別規定，而整部公平法之中，對違反RPM之規定又無刑責之明文規定，如果把第十九條第六款規範的範圍也「擴張」到RPM，則似乎與原草案之意旨不符。無論如何，這是未來要由司法機關再予確認的解釋問題。

公平會對非價格垂直限制已有相當多的研釋意見，如前述公研

釋○二三號函（中興紡織公司申請釋示百貨公司與專櫃之營業活動等問題）、公研釋○三二號函（對秋乃華公司來詢經銷商未達業績可否取消資格，設算權利金或加計進貨成本之函釋，見公報第一卷第七期頁廿八）、公研釋○〇九號函（見公報第一卷第五期頁廿一，係游興庚君申請釋示限制經銷商活動之合法性，包括對設立在後之經銷商要求付費）、公研釋○一五號函，為對穗耕種苗公司來詢獨家交易、劃定經銷商地區、限制經銷商經營項目等問題之函釋⁷³、公研釋○一六號函，係對摩托羅拉公司依「新通路計劃」擬對金儀公司限制其不得銷售予標達之大盤商或總經銷、協調金儀公司限量供應予大盤，或由金儀公司先售標達再轉售予大盤商等行為之函釋⁷⁴等，可見事業對垂直限制合法與否之認定標準十分關切。但是，公平會對這些申請釋示的案件，在研釋意見函之中，多半只是重覆施行細則第廿四條所列的各種考慮因素。至於如何進行各別及綜合考量，並未深入說明，而對其行為的評斷，也僅答覆應依個案認定。

這種答覆當然不盡理想。不過，這些廠商所問的問題也都是難題。依個人淺見，未來努力的方向大概有兩個：第一，公平會宜考量是否就垂直限制之合法性之評斷標準，參考美國聯邦政府法務部於1987年制訂的「垂直限制指導準則」(Vertical Restraints Guidelines)，也制訂一個較施行細則第廿四條更為詳盡的行為準則，以增加預期性，廠商也可配合該行為準則以便遵循法令。第二，從公報之中看不出來申請釋示的事業在申請函之中，對其從事垂直限制的目的、意圖、預估效果，以及其自身之市場地位、產品特性等情形，是否有充分之敘述，以致公平會無法出具更具體之研釋意見。依個人之猜測，申請函對這些重點的敘述可能很單薄，否則公平會的幾個研釋意見不可能就較具體之事實或營運情形，都未提及。果真如此，可能也反映事業本身的遲疑：究竟要不要提供細節？如果提了許多細節但是公平會持相反的研釋意見，豈非自投羅網。個人從實務經驗所知，國內事業對公平法的確仍有「觀望」、

「漠視」、「恐懼」的消極態度，決定要向公平會具函申請一個攸關切身權益的問題，的確需要在承辦部門有相當的擔當，以及高階主管的支持⁷⁵(Harspool and Korah, 1992:347)。所以，前述這兩個方向可說反映「雞生蛋或蛋生雞」的問題。個人認為如果申請的一方與解釋的一方都能更向前邁一兩步，對於問題的澄清會較有幫助，公平法也才能進步。

二、對查價專案所涉垂直限制行爲的經濟分析

在公平法第十九條第六款的領域之內，目前除上述研釋意見之外，還有一些執行案例。這些執行案例多半為依「物價專案」而處分之案件，亦即前述化粧品業的幾個處分案。一般廠商當然也可以從這些具體案例之中揣摩公平會的執法態度，以及這些處分所據的立場及標準，對其自身從事之營業活動或垂直限制可能做出的評斷。如果從這些與分案例歸納出一些結論，則對從事垂直限制之供應商而言，目前的發展似乎有些不利。

第一，這些案件很明顯地係以平抑物價為目的而展開的調查案，譬如對華資粧業公司處分書事實欄就記載如下：「為瞭解進口商品未能反映關稅及新台幣升值等情況，本會選定化粧品等七項商品進行調查....」云云⁷⁶。物價偏高的原因眾多，而且 Thorstein Veblen (1934:42-43) 早已指出化粧品本來就是愈貴愈有人要買的財貨，因為它可以表達社會身分、地位。Leibenstein (1950:183) 後來對此一「奢侈財」或「身份財」的理論也有再深入的研究，確認這種消費心態的存在。對於奢侈品調查其價格是否偏高，可能已有主觀價位的初步認定，因此要改變執行官員的觀念不太容易。

第二，這些案件所涉市場地位如何，公平會並未在各處分書中說明。當然，就執行第十八條禁止RPM的「本質違法」原則而言，並無深究之要。但是，從處分書中對涉及第十九條第六條款部份之討論，似乎可感覺到公平會對品牌忠誠度高的產品，特別強調「同一品牌內之競爭」(intra-brand competition)。但是，限制同一品牌

間之競爭這種行為對促進「不同品牌間之競爭」(inter-brand competition) 是否有所裨益，則在處分書之中未論及。換言之，如果只強調同一品牌間之競爭（亦即零售階段之競爭、經銷商間之競爭），則直覺上該品牌之產品就是特定市場產品。而該品牌的供應商即是在特定市場之內的「獨占者」。所以，對其從事對營業活動的限制，很可能採取較嚴格的見解。這種看法當然不是獨占理論（因為市場應指不同品牌間競爭的大環境），但是著名經濟學者如侯家駒在民國80年10月7日第7版經濟日報上的專欄中，曾以「真品平行輸入問題」為題，並指出：在80年發生的可口可樂平行輸入是否違反商標法一案之中，如不容許真品平行輸入，或採總經銷制度、必然造成「獨占」，也是相同的看法。「可口可樂公司獨占可口可樂產品銷售的市場」本身是一個有趣的命題，但是這是否問錯了問題？看起來，這類問題顯示公平會似乎採用「獨占性競爭」(monopolistic competition) 的市場定性並予非難。此外，前述公平會對真品輸入的問題，也在公研釋○○三號函中提及「搭便車」的問題。這種搭便車的問題，正是所有垂直（經銷）限制行為的核心。但是，這些化粧品查價案例似乎並未詳查這種行為在產業經濟學上的正面意義。

第三，吾人從前述分析是否可引出市場競爭的「道德觀」？似乎一般從事產業經濟的研究，都大致認為市場與道德無關(amoral)。前述化粧品業處分書之中，都提及「惟形象之建立應經長期之品質維持、市場競爭與消費者之認同」，所以雖然業者主張「其限制之主要目的，係為維持化粧品品牌之形象」，其行為仍不為公平會所認同。如果仔細分析一下，化粧品業當然不會反對品質之維持，實際上也應有持續品質管制的工作（符合廠商利益的行為它們本來就會主動去做，因為會促進商譽，即 commercial good will，這也是一種資產），但是品質提昇是否就會增加價格？再看「市場競爭」來建立品牌形象這一點。公平法第四條所提的競爭包括價格、品質、數量等層面的競爭。如果化粧品業較強調高品質、高價位的競

爭策略，應該容許相當的空間，但是處分書中所提的市場競爭似只指價格競爭及同一品牌產品間之競爭。如果仔細思考消費者的認同，則勢必要強調經銷時之服務，這也是化粧品業者在百貨公司設專櫃，由很亮麗的小姐代為試粧以便促銷的用意；不問消費者買不買，都留下一個美好的印象。但是這種售前服務必須配合限制經銷商活動（甚至RPM）予以進行，其原因可見前述RPM之理論。最後，處分書也指出百貨公司為主要經銷商，以其資本額（似乎意思是其為大企業），「其本身也應注意其形象之維持」。此時，探討的主題已從化粧品（商品）之形象轉移到大企業的社會形象，已略有道德訴求的主旨。道德是見仁見智的理念，而在執行市場法時融入某一類道德的概念，或許會使得執法工作更加複雜。

三、搭售案件

除了前述化粧品業物價專案的案例以外，目前也已成立一個認定學者公司出租錄影帶構成違法搭售之處分案⁷⁷。在本案之中，公平會認定被處分人為國內兩大國語院線片錄影帶發行業其中之一家（但未提及其市場占有率），顯示其有市場力，而被處分人所從事之四十部整體租用之行爲，則是典型的block booking，公平會也認定並無選片自由之事實。因此，本案可稱相當明確的處分。

另外，在金商標研釋案（如後述）之中，公平會對於電視台搭售廣告時段是否合法之具體問題，則並未具體回覆。

拾、利誘行爲案例之評析

公平法第十九條第三款規範以脅迫、利誘或其他不當方法爭取交易機會之行爲。既然做生意是「將本求利」，而公平法第四條對競爭的定義又包括以「較有利之價格」以及「其他條件」爭取交易機會之行爲。所以，利誘本身似乎不能認為本質違法。換句話說，

生產者決定要給消費者多少「消費者剩餘」，應是正當的行為。從公平法第十九條第三款的文義看，「利誘」與「其他不當方法」並列，所以它應該是關切「不正利誘」的行為，問題的癥結在如何認定贈與、彩券發行、折扣等行為是否構成不正利誘。

一、比較法分析

對於這個問題，各國規定有所不同。在較為強調自由競爭、市場機能，而且較不在市場行為之中強調道德意識的美國，除非有明確成文規定禁止這些行為的情形，或有宣傳不實之詐欺行為，另外可依 Federal Trade Commission Act 第五條（即我國公平法第廿四條之概括條文）予以規範外，都不予禁止 (McManis, 1988:389-91)。在對於市場機能較為存疑，而且較具備道德訴求及政府管制心態的國家如日本、韓國，則另訂有明文的法律或行政規章予以規範，公平會也依據這些日、韓情形委請學術機構研擬對贈獎等行為之規範。一些國內學者（如現任公平會廖副主任委員義男）也早於公平法實施之前，即為文表示以摸彩贈獎促銷，應構成違反第十九條第三款之行為 (1991:3)。依照個人的見解，則認為這種見解與目前社會交易習慣、觀念有相當大之差距（劉紹樑，1991:44）。贈獎、摸彩可以認為是一種非價格之競爭行為，對市場中較小的競爭者，或剛進入市場的競爭者，特別有利。其目的在增強產品知名度，以及企業、產品之定位。許多從事廣告，促銷的企業界人士認為做生意增加一些趣味性，「輕鬆一下，又何妨」。至於因為受贈禮品之品質而影響其消費意願（譬如：因為「買牛奶送汽車」則消費者不注重牛奶的品質，而偏重汽車的品質此一說法），似乎在直覺上會是見仁見智的說法，目前筆者也未見到實證的例證。而且，以往財政部和經濟部就發行彩券原來訂有管理辦法（但法源有問題），在幾年前也已廢止，其意義也是在沒有宣傳不實的前提之下，交由市場機能來處理此一問題。

二、案例分析

至於公平法目前處理的作法，大致可分述為二：第一，有一類是實際的處分案（但情形特殊，如後述）；第二，有一類實例是對這些行為的研釋意見。第一件個案即前述保祥公司以 0.1 元單價格投標 B 型肝炎疫苗案。個人認為本案情形特殊，係因為如果用掠奪式殺價的獨占或僅圖獨占行為反而較易解釋此一案例。不過，公平會既然已在保祥案之中採取立場，認為可以用第十九條第三款禁止利誘行為予以處分。如此一來，此一立場等於是認為在法律上，這種第十九條第三款的行為可能是第十條第一項的補充，亦即它在概念上有點是「獨占未遂」，但是從法律人規定犯罪的「構成要件」的角度來看，第十九條第三款等於把這種「未遂獨占行為」定義成爲一種危險犯（有如以往刑法第一〇〇條內亂罪之規定）。所以，對於市場力強大的事業而言，其從事折扣、贈獎的合法性可能會適用更高度的行為標準來檢驗，這是從保祥案或許可以引申出來的見解。至於保生公司以免費方式投標，則因不被接受，等於是被認為係「不能犯」；但是如果未來有發包單位也就接受此一行爲，則在處理上應該也可構成違反第十九條第二款的行為；畢竟 0.1 元與不計價錢之間差別有限。

保祥案雖然是處分案，但是因為其案情不涉及抽獎、贈獎的行為（甚至在概念上也不是數量折扣），所以對第十九條第三款的詮釋會有所局限。公平會的幾個研釋意見反而是較有參考價值。在公研〇〇五號研釋案⁷⁸之中，金華廣告公司函請說明何謂「利誘」，公平會之回覆則指出此處之「利誘」，係指事業不以品質、價格、服務爭取顧客而利用顧客之「射倖」、「暴利」心理，以「利益影響顧客對商品或服務爲正常之選擇」，從而誘使顧客與「自己爲交易行為」。至於贈獎促銷活動是否達到利誘的程度，「按基於自由競爭本質，事業爲贈獎促銷活動，是否違反公平交易法，應視其贈獎促銷之內容是否已達前述之利誘程度，而使競爭者之交易相對人

因此而與自己為交易行為而定。」

依本研釋意見的文字來看，本件申請解釋的對象是贈獎，是否也含抽獎（亦即不一定有買就送）則不一定在廠商申請解釋之範圍內。準此公平會本來或許不須對射倖這一部份做出解釋，因為所謂「射倖」是指不一定有中獎之機率。因此，是否所有抽獎活動都必然違法（因為沒有人確定會中獎）？問題是一般人理應了解商品愈暢銷，中獎率愈低，所以消費者會先對射倖結果有合理的預期，此時為何要禁止這種行為？另外，第十九條第三款的成立，有一個大前提，亦即有不公平競爭之虞。如果該行業之業界所有競爭者都有從事抽獎的行為，是否所有業者都應予處分？或是所有業者都無權提出檢舉？在民事責任上，如果被處分人舉證檢舉人（原告）自己也從事過贈獎、抽獎等行為，是否即已證明尚無不公平競爭之虞？還是說較不常從事贈獎、抽獎之業者（或贈獎金額，中獎率低的其他競爭者）仍可檢舉或請求防止其行為⁷⁹或請求損害賠償？果真如此，則形同恢復以往政府執行發行彩券時代的管制。

如果贈獎的方式是有獎必贈，則執法者必須認定何種贈品達到「暴利」行為？第一，如以所有一買即贈的行為而言，目前似乎並無真正所謂「買牛奶贈汽車」的行為，因為不符合事業本身追求利潤的動機。反過來看，如果是買汽車贈牛奶，則贈到第幾瓶才算「暴利」，是車價的1%？或10%？公平會提出了一個抽象、概念式的標準，但是對於有被處分可能的廠商而言，其預期性及說服力可能都有待加強。

在公研釋○一○號函釋⁸⁰之中，全國金商標推展委員會就小包裝米是否可做為合法贈品申請釋示，公平會對這項具體活動（已註明贈品）的處理，只是重述公研釋○○五號意見的文句。如果利誘指「不以品質、價格及服務爭取顧客」，則這些事業的確也有以品質、價格、服務來爭取顧客，畢竟在直覺上這是消費者長期的需求，換言之，贈獎促銷係輔助性競爭，事業同時有做品質、價格及服務之競爭，但不以此種競爭為限。在本案之中，公平會認為如果

贈品積點以提供折價點券做為贈品，可認為係數量折扣之價格競爭，而不違反公平法。不過，公平會也表示對申請函所稱「贈品積點方式」為何，申請人並未言明，無法評斷。雖然如此，一旦公平會承認折價券做為贈品不會違反公平法，則贈送實物也可以認為是一種價格折扣，理應可以認為合法，則為何又有公研釋○○五號對贈獎活動可能違法的見解？

公平會在金商標研釋案之中，並未解答所有申請釋示案例，譬如：對於一家報紙分別為甲、乙版廣告版面，公平會只以「純屬私法契約的問題」一筆帶過（其實市場中行為那一個不是涉及私法契約行為）。而未就其為一個商品或二個商品予以認定，也就未再探究是否有第十九條第二款的差別待遇問題。此外，對所詢三家電視台如要求客戶在購買黃金廣告時段之時，必須配購不好時段之廣告，而不單獨出售黃金時段之廣告，公平會只認為係搭售行為，但對於其是否違法，則也是只在列舉施行細則第廿四條的考慮因素之後，即未對實質問題予以研究。

同理，在前述公研釋○二三號函中，公平會對於中興百貨公司呈請釋示「折扣戰」、「贈品」、「摸彩」、「每日一物」、「貴賓卡優待」、「週年慶打折」、「買一送一」等七種具體行為是否違反第十九條第三款對「不正利誘」之規定，也未正面答覆，而指示廠商可自行「依前述原則就具體方案衡量是否違法」。在黑松公司就「不得了大行動」促銷活動函請釋示是否合法時，公平會在公研釋○三五號函⁸¹之中，也只是重申述概念性的原則，但是又警示：事業不得以促銷抽獎活動為名，而從事不當搭售之行為，或發行彩券之行為致有礙公平競爭。其中有關發行彩券之行為似乎被認定為本質違法，似又有公研釋○二三號函不符。而對利用促銷抽獎從事不當搭售之警示也似乎略為空泛，因為搭售的前提是有一個競爭力強的商品（如三家電視台的黃金時段）可用來做搭售的槓桿，而並非每一廠商皆有此能力。至於廠商就不同產品以不同搭配而在促銷期間做不同之訂價，客戶如有選擇自由，即無搭售可言。

從上述公平會對利誘行為的研釋意見看來，該會對於贈獎、摸彩等促銷活動的「印象」似乎不太好；研釋意見之中對於「不以價格、品質」等條件來爭取交易機會，也似乎略帶有「不務正業」的說教意思。不過，這些是公平會針對利誘行為所做的研釋意見。有趣的是：如果吾人將公平會對其他案例的立場與這些研釋意見做一個比對，似乎會發現公平會反而還肯定這些乍看疑似利誘的行為。譬如，前述公平會依物價專案而對化粧品業者依公平法第十八條及第十九條第六款的規定予以處分，就是相當好的例子。

依前所述，公平會主觀上似乎認為這些名牌化粧品的價格過於昂貴，而要求總經銷放寬在價格上及非價格上對百貨公司等經銷商的羈絆。譬如說，在吉人行（迪奧化粧品）案之中，公平會認定：「依本會之調查，百貨公司並無法自由決定被處分人於百貨公司所銷售化粧品之促銷，並查被處分人就其所提供之化妝品與經銷商從事交易，依百貨公司業者來會說明時指出，若公平會認為被處分人等化粧品供應商不准百貨公司打折是違法的，百貨公司仍會顧及成本及顧忌貨源的關係（化粧品公司可能採取消極的抵制方法，如貨色不足或送貨時間延長等），而不隨意採取打折等來促銷化粧品。另依……之說明，基於迪奧公司化粧品形象，目前為止所簽訂契約均不同意百貨公司在自行負擔費用下『進行折扣及促銷』。足見被處分人在經銷商轉售化粧品與消費者時，唯在經銷商完全自行吸收促銷費用下，『仍有禁止經銷商進行禮盒、贈品、摸彩等促銷活動』之行為……。」由這段敘述文字，可見公平會反而在化粧品查價案之中，認為愈是從事送禮盒、贈品、摸彩等促銷之行為愈有利競爭。但是，如果這種意見正確，則公平會在鼓勵百貨公司儘量「利誘」消費者，或利用消費者「暴利」心理，射倖心態來促銷，豈不是與前述研釋意見南轅北轍？這是未來尚待統合的立場，否則無法增加公平法的預測性及說服力。

拾壹、對差別待遇案例之評釋

一、研釋案例

公平法第十九條第二款規範差別待遇，而施行細則第廿三條則規定：構成正當理由而可使差別待遇的客觀行為「阻卻違法」的因素有市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險以及其他合理事由，可見公平法對差別待遇的處理，亦適用「合理原則」，而且施行細則所列之因素相當允當，也容許概括條款，以便廠商在特殊情況之下可以舉證其他阻卻違法事由。不過，在公平會開始從事公平法宣導之初，也有一些官員誤解差別待遇為「本質違法」，而認為出版社對作家應同工同酬，吳惠林即以社論文章指出此一見解近乎社會主義。不過，此一口頭宣導意見絕非公平會之立場，公平會嗣後在公研釋○一九號函之中⁸²，認為對作家不採同工同酬，並不違反公平法，而其理由有二：第一，在概念上可以認為兩部著作是不同的產品或服務，既非同質，則本來無差別待遇可言。第二，縱然認為這是客觀上的差別待遇行為，也可以用筆下功力不同等原因而舉證成立確有正當理由。此一意見與公研釋○〇七號函相同⁸³。不過，在前述公研釋○二〇號函之中，公平會對報紙將廣告分為甲、乙二版，則僅以契約自由原則一筆帶過，並未深究此係同一產品或不同產品。

在前述公研釋○一三號函之中，公平會認為如屬代銷行為（亦即並無轉售行為），而從事差別待遇，亦是可能合法之行為，因為可視需求狀況不同而訂定不同之銷售價格。

在前述公研釋○三二號函（即秋乃華案）之中，該公司申請釋示在經銷合約上寫明「若各區域經銷商每月經銷之業績未達本公司要求之水準時，則該未達銷售水準之月份，區域經銷商之進貨成本需加部份金額給本公司」是否合法，公平會則以其具體原因未在來函之中敘明，而僅認為應依第十九條第六款及第廿四條文在個案之

中具體認定。如果此一規定不違反這些條文，則對各經銷商加計進貨成本不同是否即可能觸及第十九條第二款之適用，未來尚待觀察。不過，在前述公研釋○二三號函（中興紡織案）之中，公平會認為差別待遇係屬「常見」之商業交易。「準此，廠商對不同銷售點按不同的進貨成本、交易數額給予不同之供應價或銷售價，應為市場機能之正常現象，而對銷售業績達某一標準以上者，以減收貨款獎勵，或對慈善機構鑒於公益原因給予較低之供應價等，尚難謂為違法。」同時，在公研釋○○九號函之中⁸⁴，游興庚君申請釋示對同一區域之內但設立在後之經銷商（某乙）要求支付使用費，而不對設立在先的經銷商（某甲）做同一要求，是否合法。公平會認為這種行為在客觀上構成差別待遇，但對於其合法性則除例示施行細則第廿三條之因素以外，並未予說明。對於限制乙經銷商不得銷售貨品予甲經銷商之現有客戶之行為，則認為屬公平法第十九條第六款之限制，但其正當性亦待查證。至於此一規定及前述使用費規定都是在保護甲經銷商之「地盤」不致受損，所以是否同時是限制事業活動（第六款）及差別待遇（第二款）的行為？公平會亦未深究，不過，如果承認保護現有經銷商也是一種正當理由，則應認為不會構成違反任何一款之行為，尤其是供應商對經銷商限制愈多愈可能不利於己。所以，其加諸經銷商之限制必在「自利」範圍之內。

二、處分案例

目前公平會對差別待遇最精采的處分案為對中油公司的處分案⁸⁵。在本案之中，公平會認定中油公司對永興航空公司有不當差別待遇。永興為中油客戶，依合約在指定機場加油單價為每公升新台幣9元，但永興公司以台中水湳機場為修護基地，用油量龐大，但中油在水湳並無加油站，因此，永興公司必須以現金每公升10.6元之單價購買油單，自行至高雄提油運至水湳機場使用、儲存，每月運費約17萬，每年油費及運費約多付40萬。而外籍航空公司在

台加油為每公升 0.197 美元，依當時匯率折算，約合新台幣 5 元。

中油公司的答辯如下：第一，永興自行至高雄小港機場提油反而更貴，係因另須設置油罐裝台設備，成本過高所致。第二，噴射機所加之油為最高級之煤油，但客戶自提之後不易掌握流向，因此每公升加價 1.6 元係為減少其流用誘因。不過，自民國 81 年 4 月 15 日以後，中油已應永興所請，認其油品流向可依永興公司歷年購油量查考，「不致造成政府稅收嚴重流失」，已改為按國內航線航空油牌價表，以每公升 9 元供應。第三，對營運國際航線之航空公司適用較低售價（包括對本國籍國際航線班機之油價），是因為燃料為外銷貨物，市場具國際競爭性，所以參考鄰近國家地區之機場航空用油料價格機動調整，而且匯率亦時有不同。

公平會認為中油公司之罐裝設備早於民國 64 年設置（此時永興尚未設立），而且，過去四年來永興在高雄站加油量僅達該站 60%，因此，罐裝設備並非專為永興而設。此外，公平會也認定可由中油來函之中，看出永興並未流用煤油，故其差別待遇不具正當理由。其次，公平會認為中油為國內唯一供油者（但並未用「獨占事業」字樣），而永興在台中線之用量占其總量 30% 至 40% 之間，所以，此一差別待遇使永興在競爭上，相對於台灣航空、大華航空、龍翔航空、復興航空等與其台中線重疊者，處與劣勢，已造成不公平競爭之虞。最後，公平會認為對外籍航空公司加油價格不同之部份，中油公司表示係因訂價原則、銷售對象、計算幣別、稅捐、市場等因素不同而有差距，「尚屬有正當理由。且飛行國際航線與國內航線之航空公司雖皆為事業，但因彼此之間並無競爭關係，故僅以價格之差異，尚難認定有違法情事。」

差別待遇（包含本案之差別取價）並非本質違法的行為，事業透過區隔市場，反而使低需求市場之消費者也得到供應，而不致被獨占者忽視（莊春發，1992:268）。不過，在法言法，中油案是相當「客氣」的處分。第一，中油實際上已於 81 年 4 月 15 日起，停止對永興之差別取價行為。第二，公平會並未就個案認定（或公

告)中油公司為獨占事業，再以違反公平法第十條規定予以處分，否則中油公司及其行為人尚會負擔刑責。

公平會認定永興公司在這種差別取價行為之下，會有受不公平競爭威脅之虞，這是等於美國在價格歧視法(即Robinson-Patman Act)之下的「第二層競爭損害」(secondary-line antitrust injury)，亦即買方與其競爭對手間之競爭因此受害。同時，因為中油公司是實質之獨占者，所以並無其他賣方可能受害，亦即並無美國法上的「第一層競爭損害」(primary-line antitrust injury)可言。至於未來是否會產生美國法上所稱「第三層競爭損害」(亦即永興航空公司之客戶因運費反映成本而增加，以致無法與其他航空公司之客戶而與其為同業者，立於有利之競爭地位)，則有待觀察。

就永興公司與其他本國而且從事國內線營運航空公司之間的差別待遇而言，中油公司提不出施行細則第廿三條所列之正當理由。對於永興公司等國內航線公司與外籍公司(公平會處分函理由欄未提本國但從事國際航線之公司)間之差別取價，公平會認為其原因之一是中油訂價政策，所以合理。仔細審閱這段敘述，似乎認為事業(而且是實質獨占者)只要有一個訂價政策，則訂價可謂合理，似乎有欠周延。至於公平會也把中油公司所提之銷售對象一點當做正當理由，也是不知何指。如果銷售對象相同，本來就無差別取價可言；如果說銷售對象不同，在「構成要件」上才該當於第十九條第二款。至於計算幣別之差異似乎無法解釋兩種油價相差之幅度(國內線用油為每公升9元，國外線用油則折算為約5元，差幅幾近一倍)。至於稅捐之差異，也應有限，因為依營業稅法的規定，如果國外航線用油品適用外銷貨物之零稅率，則依稅率之差幅應為5%而已。倒是中油公司所提市場之因素較有研究之必要。當然，飛機就是飛機，在直覺上，用的煤油不應有所差別。而外國石油公司並不在國內營運，飛航國際航線之航空公司因為航空安全法令之規定，也不能不加油即由台灣飛赴國外(至於飛入台灣者本來即不在國內加油)，因此，似乎無所謂任何因市場因素之差異。不過，飛

航國外線的航空公司理論上對國外航油之價位資訊，應較有掌握，與中油公司議約時較具籌碼。綜而言之，公平會以前述理由認為對飛航國內外的航空用油差別取價係為正當，恐怕欠缺說服力。而且，公平會認定因飛航國外者即不飛航國內，亦即因無競爭關係，所以不致有妨害公平競爭之虞，這似乎也是不對的說法，因為中華航空公司即是兼營國內、外航線之航空公司。

拾貳、公平會對除外規定之詮釋

據筆者之資料，迄民國 81 年 9 月 30 日之公報為止，公平會對公平法第四十五條及第四十六條除外規定的詮釋計有前述之台灣證券交易所被檢舉案，及台北市煤氣分區經營及瓦斯售價訂定研釋意見案⁸⁶。對於證交所案，公平會認為依證券交易法第八十五條明文之規定，證券經紀手續費可以統一訂定並由證管會核定。準此，公平會認為檢舉案不成立（也因此並未將不成立檢舉案之處分書刊入公報，從資訊公開之立場而言，此為略為遺憾之處），不過，公平會也對證交所及證管會提出建議，希望改變費率結構，正好和證管會推動彈性費率的方向不謀而合，但因為目前證券市場低迷之情形，費率自由化尚難推動（劉紹樑，1992b:4）。

公平會在公研釋〇一〇號函中，再為函釋公平法第四十六條第一項之除外規定。本案之申請釋示人為台北市政府建設局，而公平會則認定：「貴市煤氣事業有關分區經營及瓦斯售價訂定，如係依『民營公用事業監督條例』辦理，得依公平交易法第四十六條第一項『事業依照其他法律規定之行爲，不適用本法之規定』排除適用。」此一研釋函等於是肯認北市煤氣分區經營及瓦斯售價訂定之行爲。不過，該函之用語也相當審慎，其前提為此營運方式「如係依」民營公共事業監督條例辦理。此外，本函釋也並未如證交所案之中，附具相關法律之具體條文以為依據。該條例早於民國 18 年制

訂，雖然在條文上不一定符合現在社會的要求，但是，以其第二條所規定之範圍而言，包括電燈、電力、其他電氣事業、電車、市內電話、自來水、煤氣、公共汽車、長途汽車、船舶運輸、航空運輸及其他依法得民營之公用事業。所以，本條例的確是企圖在反映有「自然獨占」的情形之下，採用經濟管制 (regulation) 取代市場自然運作之立法原意。該條例第十七條就分區經營之規定為：「民營公用事業，如其性質在同一區域內，不適於並營者，非經中央及地方監督機關認為原有營業者，確已不能再行擴充設備至足供公用之需要時，同一營業區域內，不得有同種第二公用事業之設立。」換言之，分區經營確為本條例所揭示之原則，但主管機關應認定其性質為同一區域內不適於並營者，依個人猜測，此為公平會研釋函看起來是「虛答」的緣故。此外，就分區經營而言，等於是承認區內獨占。這是一個身份問題，而非可以排除在公平法適用範圍之外的具體行為。準此，北市建設局函詢「分區經營」是否符合公平法似乎也因「虛問」而不切實。

至於台北市建設局就瓦斯售價訂定的問題則是「實問」，不過，因為公平會的研釋意見並未說明或附載瓦斯售價訂定之方法，看不出建設局之問題所在。倒是民營公用事業監督條例第七條對用戶收費規章之制訂或修正，規定應由地方主管機關簽具意見再由中央主管機關核准。既然如此，則只要分區經營之前提存在，其瓦斯訂價標準應有法律依據，理應可排除公平法之適用。換言之，公平會本研釋意見雖然看起來是以假設之語氣一筆帶過，其實可以再深入發揮其依據，因為這是正確之決定。

綜觀目前這兩個案例，尚屬較易處理之情形，因為有明文的法律（指立法院通過之法律）以及條文（指該條文有明確之規定）依據。但是，在我國以往較未注重法制要求的時代背景之下，許多含蘊產業政策的規定、措施在法律程序上，或許無法符合公平法第四十六條第一項之要求，依筆者等人初步之研究，與公平法之「精神」（不一定是條文）不符者，計有數百餘項（劉紹樑等，1992）。

未來就公平法除外規定之適用勢必會有許多有待澄清之疑點。

除了針對第四十六條之檢舉案及研釋案之外，另外也有一些和除外規定有關的問題，也是公平會目前已有實際處理經驗的案例。第一，公平法只適用於「事業」，換言之，如果不屬事業即根本排除在本法適用範圍之外，或許可稱之為「隱藏式的除外規定」。因此，本文前述第肆段對事業的分析，也是在研究除外規定範圍之時，應注意參考的領域。第二，同理，公平會在對與公平法立法目的有關之函釋，也與除外規定如何適用息息相關。譬如：公研釋〇一一號解釋函對青果會統一休市之行爲，認爲不妨礙市場功能，等於是在概念上將其排除，雖然並未引用第四十六條之條文。同理，在公研釋〇三四號函之中，公平會對省屬印刷廠承印各省屬其他機關之文件此一行爲，亦不適用公平法，也是採取這種「概念式排除適用」的另一個例子。

拾參、結論

本文嘗試以實證的方法，並以公平會處理之各種案件爲樣本空間，來回顧8個月以來公平法實施之成效，以便預測未來執行之方向以及障礙。在做出結論之前，必須先說明的是：競爭法（尤其是反托拉斯法）是困難度相當高的法律。因此，對公平會處理案件迄今之成果，吾人應擬訂妥適的評斷標準，而不宜在初期陳義過高。此外，公平法之最終有權機關不是公平會，而是法院，但是，依個人所知，我國司法界目前對競爭法之認知，以及對市場運作情形的掌握，比公平會欠缺甚多。因此，整個評釋的眼光也應採取較全面、長期的觀點。

綜前所述，個人對這些案例的觀察如下：

第一，公平會很努力地運用處分或研釋意見，以期產業達到調適的效果，並避免雷厲風行地執行公平法對事業可能產生之衝擊，

其適例包括對事業之認定，對結合行爲、聯合行爲之適用範圍等案例。此外，據筆者之了解，公平會也儘量避免移送法院。從產業調整的角度來看，個人認爲採取持續漸進的改革步調，以及抓緊改革的方向，是較正確的方法，從前述公平會 8 個月來的績效可以顯示這種步調。如果以過去幾個月的執行經驗做爲一種借鏡，則在前瞻未來的執行，可能結果不致偏離。

第二，公平會是否抓緊方向是較難回答的問題，其原因之一爲公平法的立法目的多元化。而從立法院的審議紀錄來看，當初立法委員有各種意識型態之意見（雖然代表起草機關之李前部長達海個人對本法之宗旨提示地很清楚），迄今學界對公平法的方向、執行也有相當不同的看法。據個人所知，經濟學界與法律學界的看法就可能不盡相同。展望未來，這種不同意見持續激盪的情形大概會一直存在，畢竟社會也已多元化。不過，希望在說理時，能夠加強法理以及產業經濟學理的訴求，公平交易法學才有可能進步。

第三，公平會本身之組織結構可能也是令人感覺無法捉摸其方向的一個原因。依照公平法及公平會之組織條例，該會之委員獨立行使職權，而該會之辦事細則係參考司法院大法官會議法制訂，亦規定委員會之決議採票決制。換言之，在國內諸多委員會都是實際上採行首長制的背景之下，公平會是在對案件執行上，做到符合委員制要求的少數委員會之一。但是，據個人了解，公平會迄今可能尚無動用表決之情形。雖然如此，並非委員之意見必然一致，個人猜測有相當程度的互動、協調、妥協。所以，個人覺得有些處分或研釋案可能本身不一定有共通之邏輯，或是幾個處分書、許可書或研釋意見函之中，無法以同一邏輯、理論予以貫通。除非將來公平會大膽地仿效大法官會議之規定，採用不同意見書 (dissenting or concurring opinions) 的程序，否則這種不一定齊一的感覺或許難以消除⁸⁷。

第四，公平法「威力」所在之一是有關獨占的規定，當初行政部門希望這是「備而不用」的條款，不過，因爲有公告、民事、刑

事責任等規定，獨占的規定還是可能派上用場。問題是公平會一旦公告獨占之身分之後，當事人（買賣雙方、或是競爭對手之間）的戰場是否會轉到檢察官、法官的方向，仍是未定的因素。目前案例對市場界定、市場占有率認定的敘述也較為簡略，看不出來公平會對市場界定以及獨占身分認定的具體辦案標準。因此，這一部份仍是相當欠缺預測性的領域⁸⁸。另外值得一提的是最近美國法曹協會（American Bar Association）對國際間執行反托拉斯法之研究報告之中，對西歐、北美等國家之獨占規定並未置一辭，似乎認為獨占並非反托拉斯法（即反獨占法）的核心問題，而在研究報告之中，對於東歐，中歐前共產國家最近制訂之競爭法，則建議避免在獨占行為方面的執行流於管制價格的窠臼（American Bar Association, 1992b）。

第五，公平會對聯合行為的處理態度大致上相當審慎，對於哄抬價格，減少供給之情形（如高雄信用合作社的約定利率案、花蓮蛋農案、特誠砂石車案）則採取相當明確的立場。但是聯合進口的許可（大宗物資案，三台轉播奧運案）是否反而有助於競爭者互通消息、互相調整競爭的腳步，則是值得再商榷及長期觀察的題目。前述美國法曹協會對世界主要工業國家有關卡特爾方面之執行績效，大致上認為尚有許多有待改進之處（如執行資源有限、出口卡特爾造成貿易扭曲效果、豁免過多反而造成影響市場機能的卡特爾合法化等等），包括執行反托拉斯法最嚴格之美國在內，其成果也被認為是差強人意而已（Lipsky, 1992:564; Victor 1992:574）。個人認為這應是未來執行的重點。

第六，以公平會目前對結合案件之處理而言，尚無不允結合之案例，而依個人對目前產業政策的粗淺了解（尤其是觀察中裕／裕民案、勸業銀行案等許可書中揭示之政策考量），公平會似乎不致於對結合案採取過於激烈之處理，反而是有可能為避免造成對投資阻礙，而從寬解（如華航旅行社案）。不過，如果「結果」不違法，為何要制訂管制「過程」之規定？又在立法管制後再從寬適

用？這是個人目前對結合部份條文執行的感想。國際間目前也相當關注對結合的管制（包含程序之規定如門檻、審核文件及時間，以及實質過程）如何協調或統合之問題。與澳洲、美國、加拿大、歐體、法國、德國、愛爾蘭、義大利、日本、西班牙、英國等國家比較，我國的申請門檻（如新台幣廿億元）似乎略嫌偏高，但處理時間則似乎居中（Halverson, 1992:531）。個人覺得公平會對結合案在短期的未來應會採取相當穩健之作法，但是對結合申報之門檻則宜評估世界各國的規定，以決定就銷售額之部份，在不改變法律條文之前提下，是否宜再予提高其金額。

第七，公平會對與經銷有關的行為案件引起之爭議較大，這也是工商界覺得在執行上道德訴求較強的一環。而從化粧品等查價專案來看，公平會的查緝工作似乎也較偏向於控制物價。前文已提及經銷是每一家廠商都可能從事之營業活動。因此，在可預見之未來，公平法在此一方面可能會有相當的衝擊，或繼續造成較大的爭議。這正好也是國外正在爭論中的課題。從 1970 年代末期開始，美國芝加哥學派的反托拉斯法學理論對美國的主管機關及法院有相當大的影響。在民主黨入主白宮，世界區域經濟體系逐漸形成的 90 年代，政府對市場、貿易行為的干預可能加強。我國公平法在這部份的執行，或許與外國一般地無法預期其方向及績效。

在亞當斯密的理論中，法律制度（他指的是保障契約自由，維護財產權）與市場機能是兩大基柱。公平法是這兩個學科的交匯點，公平會也是這兩類學者腦力激盪的最佳處所，而該會在過去幾個月來的表現可謂平穩。法律必須顯示其訴求的道理（法律人稱之為「法理」），公平會之中提及「公平」、「合理」等詞十餘次，應該是一種強調講道理的法律；這種道理不宜以道德訴求的理論為核心，而應該從產業經濟分析著手，這是筆者一項的主張。希望公平會處理的案例能夠逐漸形成一個有體系的反托拉斯法學 (a body of antitrust jurisprudence)，不但有助於學術界之研究或工商界的遵行，也可形成實施市場經濟國家的典範。

註 釋

- 1 見立法院公報第 75 卷第 76 期，第 1978 號，民國 75 年 9 月 8 日，頁 2 ~ 3。
- 2 如依公平法第四十六條第一項的除外規定，而認為依證券交易法第八十五條，可以由證券交易所統一約定證券交易手續費率。希望公平會未來會將這些決定也列入公報之中，以供實務界及學術界參考。
- 3 見公報第 1 卷第 5 期，頁 14。
- 4 同上，頁 23。
- 5 1965 年以後，經濟學界開始認識「休閒」與消費的關係，見 Becker, 1965。
- 6 見公報第 1 卷第 6 期，頁 36。
- 7 同上，頁 44。
- 8 見公報第 1 卷第 7 期，頁 20。
- 9 同上，頁 22。
- 10 同上，頁 31。
- 11 當然，這不是只有台灣會面對的問題。美國在民主黨政府執政並掌握國會之後，也再思考此一問題；歐洲共同體則在 1992 年市場統一化運動逐步完全之時，再思考這種互動關係，見 Harspool and Korah, 1992。
劉紹樑，1992(a), p, 2。
- 12 見公研釋○二七號函，公報第 1 卷第 6 期，頁 42。
- 13 見公研釋○二六號函，公報第 1 卷第 6 期，頁 40。
- 14 見公研釋○一四號函，公報第 1 卷第 5 期，頁 26。
- 15 見公報第 1 卷第 4 期，頁 1。

- 16 有關時的效力尚其他的案例，如下述的保生、保祥案，以及公平會對電話號碼簿中不實廣告的刊載等案。於此感謝公平會呂榮海委員提出的補正建議。不過，以違法行為及違法狀態這兩個情形來看，似乎仍是以台電案較有代表性，因為涉及公平法第六條的文字係指動態的行為或靜態的狀態此一癥結。
- 17 見公報第 1 卷第 6 期，頁 24。
- 18 同上，頁 38。
- 19 同上，頁 34。
- 20 見公報第 1 卷第 8 期，頁 28。
- 21 476 U.S. 752。
- 22 見公報第 1 卷第 6 期，頁 36。
- 23 同上，頁 43。
- 24 依「經濟日報」民國 82 年 2 月 12 日（第 2 版）之報導，財政部已正式核示：代客記帳業者接受納稅人「委託」辦理會計記帳業務，稅務上並未禁止。而且，該報導指出，財政部會輔導代客記帳業者，曾在 74 年發布解釋令，要求渠等向稽徵機關登記，並取得扣繳單位統一編號。由此可見，這些業者是具備獨立性的事業。
- 25 見公報第 1 卷第 6 期，頁 29。
- 26 見公報第 1 卷第 7 期，頁 34。
- 27 同上，頁 35。
- 28 見公報第 1 卷第 4 期，頁 4。
- 29 公研釋○一二號函，見公報第 1 卷第 5 期，頁 24。
- 30 從直覺上來看，此為相當明確的市場界定概念。不過，何謂「高雄地區」似乎也可再略為明確的說明。
- 31 見公報第 1 卷第 5 期，頁 24。

- 32 公平會呂榮海對此點似乎認為作者只爭執「法律上的一秒鐘」，其實可能誤解本文之原意。本文對此一案例係認為縱以公平法本身條文來看，合資行為成立的時點也已有現存事業。再者，以這種理由來說合資設立新事業就不適用公平法，或許在各國管制結合的實例上，還難看到類似的說詞。
- 33 有關學術界及公平會自己的評析，見黃美瑛(1993)，李延禧(1993)，林慶堂、洪德昌、楊家駿(1993)，及陳銘煌(1993)。
- 34 見公平會81年3月28日新聞稿。
- 35 見公報第1卷第4期，頁1。
- 36 係有關獨占事業之規定。此一見解雖然只是行政解釋，對法院不一定有拘束力。但是，從罪刑法定主義及構成要件該當等基本刑法概念來看，這種看法是相當正確的看法。
- 37 見該公報，頁2。
- 38 這也是美國近年來關切的問題，見Fox and Halverson，1992，可見「競爭」與「合作」的合法或違法分際，一直是競爭法學上的問題。
- 39 研究歐體競爭法學者也認為歐體第17號規則（與我國管制聯合規定近似）下的「集體豁免」（block exemption）類型有限，為其缺失，見Harspool and Korah(1992, p.372)
- 40 公平會呂榮海委員在評論本文初稿時，認為依司法獨立原則，要依靠檢察官依「微罪不舉」原則而不起訴，相當難以預測，這是一種反對說。不過，這說法也再確認為什麼施行細則要如此訂定。
- 41 見公報第1卷第3期，頁3。
- 42 例如：公平會雖有調查權，也的確有行使該項權力，但仍無法完全掌握證據，見公平會呂榮海委員對本文初稿之評釋。
- 43 見公報第1卷第5期，頁14。

- 44 見公報第1卷第8期，頁32。
- 45 同上，頁36。
- 46 同上，頁30。
- 47 見公報第1卷第8期，頁13。
- 48 見公報第1卷第7期，頁7。
- 49 同上，頁26。
- 50 見公報第1卷第5期，頁19。
- 51 見公報第1卷第6期，頁31。
- 52 見公報第1卷第7期，頁28。
- 53 見公報第1卷第5期，頁25。
- 54 見公報第1卷第4期，頁7。
- 55 見公報第1卷第6期，頁10、12、16、20、24。
- 56 202 U.S. 373, 1911。
- 57 432 U.S. 36, 1977。
- 58 465 U.S. 752, 762-63, 1984。
- 59 485 U.S. 717, 723-28, 1988。
- 60 465 U.S. 752, 764, n.9。
- 61 250 U.S. 300, 307 (1919)。
- 62 見公報第1卷第6期，頁36。
- 63 272 U.S. 476, 488, 1926。
- 64 見公報第1卷第6期，頁24。
- 65 390 U.S. 145, 149, 1968。
- 66 110 S. Ct. 1884。
- 67 737 F. 2d 698 (7th Cir), cert, denied 469 U.S. 1018, 1984。

- 68 見公報第 1 卷第 6 期，頁 31。
- 69 此文句似指此為約定俗成之合法交易習慣。
- 70 此一敘述似無必要，因為這種法律見解與合法性本身無關。
- 71 此係不實廣告之規定。
- 72 本文初稿發表時，淡江大學經濟系廖惠珠教授曾於會場附合此一意見，認為對訊息及服務之提供相當重要的產業，在 RPM 上宜只行評估，不要一概否定 RPM。
- 73 見公報第 1 卷第 5 期，頁 27。
- 74 同上，頁 28。
- 75 在對水平及垂直聯合行為都有管制及豁免的歐體之內，也有同樣的問題。依歐體第 17 號規則，可有 clearance 及 exemption 等程序。但是，論者認為一紙 comfort letter 對當事人保障不周。而且此一非正式決定係由執行委員會 (Commission) 為之，對歐體法院並無拘束力。而且，執委會又對每一個申報之行為皆予詳細審查，所以此一制度「實已破產」
- 76 見公報第 1 卷第 6 期，頁 10。
- 77 見公報第 1 卷第 8 期，頁 5。
- 78 見公報第 1 卷第 4 期，頁 8。
- 79 公平法第三十條。
- 80 見公報第 1 卷，頁 30。
- 81 見公報第 1 卷第 7 期，頁 32。
- 82 見公報第 1 卷第 6 期，頁 31。
- 83 見公報第 1 卷第 5 期，頁 19。
- 84 同上，頁 21。
- 85 見公報第 1 卷第 7 期，頁 11。
- 86 見公報第 1 卷第 5 期，頁 22。

- 87 見司法院大法官審理案件法第十七條。
- 88 至於公平會與法務部及檢察官為統一法律見解而達成之協議如附錄一。

附錄一

公平會與法務部及檢察機關首長 就公平法執行及法律見解之協議

一、有關檢察機關應配合之事項

1. 檢察官辦理違反公平交易法案件，如屬違反行政規定者，於為不起訴之處分後，應檢附不起訴處分書送請行政院公平交易委員會處理。
2. 檢察官辦理違反公平交易法案件，其犯罪之成立，以公平會之行政處理為前提要件者，檢察官應先向公平會查詢處理之情形。
3. 檢察官辦理違反公平交易法案件，其犯罪之成立，不以公平會之行政處理為前提要件者，對有關公平法規定之經濟概念、名詞應儘量徵詢公平會之意見。
4. 檢察官辦理違反公平交易法案件，如公平會曾依該法第四十一條程序為行政處理且該違法之事業已依公平會之命令停止或改正者，檢察官儘量依法予以職權不起訴之處分。
5. 檢察官辦理違反公平交易法案件，因向公平會查詢或徵詢意見，致超越辦案期限時，得簽請該案視為不遲延。
6. 檢察官辦理違反公平交易法案件，因向公平會查詢或徵詢意見時，應儘量函請公平會提供書面意見，避免傳喚該會人員到庭說明。
7. 公平會人員有無司法搜索權，請法務部檢察司研究。

二、有關公平會應配合之事項：

1. 檢察官辦理違反公平交易法案件，其犯罪之成立以行政處理為前提要件者，公平會於函送檢察官時，對行政處理情形，應加以明確說明，並提供具體意見。
2. 公平會受理違反公平交易法案件，其犯罪之成立不以行政處理為前提要件者，如公平會已依該公平法第四十一條程序為行政處理且該事業已停止或改正者，公平會得請求檢察官儘量依法予以職權不起訴之處分。
3. 公平會對各地檢察署處理違反公平法案件之書面查詢，不論有無結論，請儘量在一個月內答覆。
4. 請公平會指派一人參加台高檢署偵查經濟犯罪中心諮詢協調委員會為委員，以加強聯繫。

資料來源：「法務通訊」第 1568 期，第 2 版，民國 81 年 4 月 16 日。

參考資料

王志剛

1992 「公平交易法的實施成效與檢討」，公平交易法與產業發展研討會專題演講(9月7日)。

李延禧

1993 「獨占事業公告作業檢討報告」，《公平交易季刊》，1(1): 27-68。

林慶堂、洪德昌、楊家駿

1993 「製造業獨占事業之認定」，《公平交易季刊》，1(1):68-84。

莊春發

1992 「立法管制價格歧視」問題的研究，《經社法制論叢》，10:

267-300。

黃美瑛

- 1993 「市場範圍界定及測定方法評估——反托拉斯法執行關鍵之研究」，〈公平交易季刊〉，1(1):1-26。

陳銘煌

- 1993 「服務業獨占事業之認定與公告」，〈公平交易季刊〉，1(1):85-102。

廖義男

- 1981 「飲料業以摸彩贈獎促銷」，公平交易法案例解析系列之六 1981，〈工商時報〉9月3日第3版。

劉紹樑

- 1990 「新產業革命與競爭法 —— 歐美反托拉斯法與我國公平法之比較研究」，〈政大法學評論〉42:259-301。

劉紹樑

- 1991 「從意識型態和執行實務看公平交易法」，〈政大法學評論〉44:9-55。

劉紹樑

- 1992(a) 「公平交易法對證券業的影響」，公平交易法與產業發展學術研討會論文，(9月7日—8日)

劉紹樑

- 1992(b) 「評析美國一九九二年水平結合指導準則」，〈公平交易季刊〉1(1):37-56。

劉紹樑、薛琦、莊春發、張長樹

- 1992 「公平交易法除外規定之研究」，行政院經建會經社法規健全小組委託研究報告。

蘇永欽、陳榮傳、魏杏芳、何君豪、楊富強

- 1991 「非正式程序與補充性規則」——簡介二個落實公平交易法的重要機制，〈經社法制論叢〉，7:39-76 (一月)，8:

57-86 (七月)。

Alchian, Armen A. and Harold Demsetz

1972 "Production, Information Cost, and Economic Organization," *American Economic Review* 62:777-795.

American Bar Association, Antitrust Law Section

1992(a) *Antitrust Law Developments (Third)*, Chicago, Illinois.

American Bar Association, Antitrust Law Section

1992(b) *Report of the Special Committee on International Antitrust*, Chicago, Illinois.

Areeda, Phillip E., and Donald F. Turner

1975 "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act." *Harvard Law Review* 88: 697-733. pp. 697-733.

Arquit, Kevin J.

1992 "Resale Price Maintenance: Consumers' Friend or Foe," *Antitrust Law Journal* 60:447-464。

Becker, Gary

1965 "A Theory of the Allocation of Time," *Economic Journal* 75:493-517.

Blair, Roger D., and Jeffrey L. Harrison

1992 "The Measurement of Monopsony Power," *Antitrust Bulletin* 37:133-150.

Burns, Malcolm R.

1986 "Predatory Pricing and the Acquisition Cost of Competitors," *Journal of Political Economy* 94:266-96.

Coase, Ronald H.

1937 "The Nature of the Firm," *Economica* 4:386-405.

Denger, Michael L.

1992 "Resale Pricing Issues in Distribution and Franchisor

- Operations," *Antitrust Law Journal* 60:419-445.
- Easterbrook, Frank H.
 1981 "Predatory Strategies and Counterstrategies," *University of Chicago Law Review* 48:263-337.
- Fox, Eleanor M. and Halverson James T.
 1992 "Collaboration Among Competitors: Antitrust Policy and Economics," *American Bar Association*, Chicago, Illinois .
- Halverson, James T.
 1992 "Harmonization and Coordination of International Merger Procedures," *Antitrust Law Journal* 60:531-42.
- Harspool, Margot and Korah, Valentine
 1992 "Competition," *Antitrust Bulletin* 37:337-385.
- Huie, Marsha Cope
 1988 "The Intra Enterprise Conspiracy Doctrine in the United States and the European Economic Community," *American Journal of Comparative Law* 36:307.
- Jacobson, Jonathan M., and Dorman, Gary
 1992 "Monopsony Revisited: A Comment on Blair & Harrison," *Antitrust Bulletin* 37:151-170.
- Jensen, Michael C. and William H. Meckling
 1976 "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure," *Journal of Financial Economics* 3:305-360.
- Klein, Benjamin, and William F. Murphy
 1988 "Vertical Restraint as Contract Enforcement Mechanisms," *Journal of Law and Economics* 31:265-278.
- Krattenmaker, Thomas G., and Stephen Salop,
 1986 "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Cost to Achieve Power Over Price," *Yale Law Journal* 86:209-

93.

Leibenstein

1950 "Bandwagon, Snob, and Veblen Effects in the Theory of Consumer Demand," *Quarterly Journal of Economics* 62:183-267.

Lipsky, Jr., Abbott, B.

1992, "Deterring Cartel Behavior: Harmonies and Disharmonies, Problems and Solutions," *Antitrust Law Journal* 60:563-569.

Marvel, Howard P., and Stephen McCafferty

1984, "Resale Price Maintenance and Quality Certification," *Rand Journal of Economics* 15:246-359.

Marvel, Howard P., and Stephen McCafferty

1985, "The Welfare Effects of Resale Price Maintenance," *Journal of Law and Economics* 28; 363-81.

McManis, Charles

1988 *Unfair Trade Practices*, West Publishing, St. Paul, Minn. ◦

McGee, John S.

1958 "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case," *Journal of Law and Economics* 1:137-69.

Ordoover, Janusz A., and Robert D. Willig

1981 "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation," *Yale Law Journal* 91:8-53.

Overstreet, Thomas R. Jr.

1983 *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Washington, D.C. Federal Trade Commission, Bureau of Economics Staff Report (November) ◦

Rey, Patrick, and Jean Tirole

- 1986 "The Logic of Vertical Restraints," *American Economic Review* 76:921-39.
- Sullivan, E. Thomas, (ed.)
1991 *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*. Oxford University Press, New York, N.Y..
- Telser, Lester G.
1960 "Why Should Manufacturers Want Fair Trade," *Journal of Law and Economics* 3:86-105.
- Veblen, Thorstein
1934 *The Theory of the Leisure Class*, the Modern Library, New York, N.Y. ◦
- Victor, A. Paul
1992 "Export Cartels: An Idea Whose Time Has Passed," *Antitrust Law Journal* 60:571-81.