

競爭法制之發軔與展開

吳秀明 著

學術論文集



元照出版

D927.582.294.4/1

2004

競爭法制之發軔與展開

吳秀明 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

競爭法制之發軔與展開 / 吳秀明 著. - 初版.

--臺北市：元照, 2004〔民93〕

面：公分

ISBN 986-7787-75-7 (精裝)

1. 公平交易法 2. 競爭(經濟)

553.4

93010607

競爭法制之發軔與展開

1D86GA

2004年11月 初版第1刷

作者	吳秀明
出版者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址	www.angle.com.tw
定價	新臺幣 650 元
訂購專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂購傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-7787-75-7

序

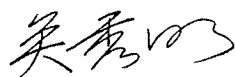
在才剛剛踏入二十一世紀不久的今日，回顧甫走過的二十世紀，則人類為選擇較適合而理想的經濟制度與經濟生活方式所做的努力與付出巨大無比的代價，恐怕是上一世紀影響人類命運與歷史最為深刻的一件事。如今人類在經過約一百年的摸索與實驗並付出慘痛代價之後，兼顧社會正義與保障的市場經濟，已經在全球高奏凱歌。雖然較符合人性與具效率之長的市場經濟制度，已然日漸穩固確立，惟市場經濟之實際內涵與落實運作，在各國及國際間仍充滿問題與挑戰。這些問題，當然會直接反映在規範市場經濟的各種法規上，其中又以競爭法制為關鍵，因其所規範者即為市場經濟制度之核心機制：市場與競爭。

在台灣被喻為經濟活動基本大法的公平交易法，即是這部規範事業在市場上競爭遊戲規則的競爭法。轉眼間，公平法的立法已經超過十年。這第一個十年的執法經驗實在彌足珍貴，因為這是我國建立競爭法制之基礎與雛形的關鍵時期。相對於美國、歐盟甚至於日本，小國寡民的台灣較無法快速產出累積競爭法知識經驗的「規模經濟效應」，因此無論學術或實務界，每一份為台灣競爭法制之耕耘所付出的心血與成果，都令人珍惜。個人關注我國競爭法制多年，本書收集作者返國任教後所撰寫發表文章中之十一篇，其代表個人陪伴著我國競爭法制之發軔與展開過程中的一點研究心得，盼能拋磚而引玉。

另一方面這本集子的問世，不僅是過去發表文章之單純收

集重印而已。作者在出版之前利用課餘之暇，以及民國九十三年赴德國研究半年之機會，將本書之文章一一重新檢視，予以修改增補，甚至對於部分見解加以增刪。至於所調整之幅度，各篇有所不同。多數文章僅作文字之改潤，其中數篇則作內容上甚至結構上之大幅修改或增訂。例如在「避難到不公平競爭之聯合行為管制」一文，在結構、內容上均有相當之調整。「事業以聯合行為或濫用市場地位調漲價格經處分後要求回復原價之探討——德國經驗」一文原係與陳志民教授合寫，茲將個人所負責撰寫之德國法部分改寫，獨立成為一篇完整之論文，並完全重新改寫本國法部分，藉以檢討公平會依據公平法第四十一條從事命事業停止、改正、採取必要更正措施之權限內容與範圍。職是之故，如果在見解上所發表之原文與本書有所出入者，自應以後者為準。

本書得以順利出版，要感謝國立政治大學法律學系之師長與同仁，多年的鞭策、支持與勉勵。內子毓君對家庭無盡的付出，使我無後顧之憂，才会有本書之問世。在此也要特別感謝賴宏宗、陳信宏、焦子奇、周慧菁、謝孟珊、周振峰、林柏男等同學，備極辛勞地為本書校訂。這本書要雙手獻上給生育、養育、教育我數十年，我最親愛的父親與母親。



2004年10月11日

謹誌於政大法學院研究室

目 錄

序

一、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

壹、前 言	5
貳、回首聯合行為之立法原則並檢視其政策意義	5
參、落實立法原則之規範架構	9
肆、實證研究與實務概況	12
伍、行為主體之問題考察	15
陸、合意要件	44
柒、限制競爭	61
捌、足以影響市場功能	70
玖、結論與展望	77

二、避難到不公平競爭的聯合行為管制 ——公平法第十四條與第十九條第四款適用關係之釐清

壹、前 言	83
貳、實務案例上紊亂的法律適用關係	84
參、造成法律適用紊亂之原因及其影響	100
肆、聯合行為之立法配套設計	108
伍、公平法第十九條第四款之雙重規範功能 —— 「規避之禁止」與「卡特爾外部組織強制」	116

陸、公平法第十九條第四款要件之解釋及其與同法第十四條之區別	119
柒、建議、教唆、造意等相關問題之處理	136
捌、結語	139

三、罪刑法定主義與聯合行為之定義

壹、引言與問題之提出	145
貳、罪刑法定主義與列舉及例示規定	146
參、從競爭法之觀點檢視聯合行為定義之涵蓋範圍	161
肆、結語	170

四、獨占性訂價與市場績效管制

——公平會作為一個價格的監督與管制者？

壹、導論	177
貳、管制獨占性訂價與否之爭議與檢討	185
參、獨占性訂價之管制操作：理念、技術、問題與困境	212
肆、公平交易法與獨占性訂價之管制	255
伍、結論	269

五、獨占性訂價管制新近實務案例研析

壹、前言	275
貳、「櫃檯買賣中心一案」與「證券交易所一案」	276
參、微軟行政和解案	294
肆、結語	304

六、十年來公平法上之獨占管制

壹、緒論	309
貳、十年來獨占管制之史的觀察	310

參、我國獨占管制之理論與問題面向	325
肆、新世紀獨占管制之展望	380

七、論關係企業與公平交易法上之結合管制

壹、前 言	387
貳、關係企業之學理上分類	390
參、公司法之關係企業在學理分類上之定位	398
肆、公平法對於公司法上關係企業之結合管制	405
伍、結 論	422

八、從依賴性理論探討相對市場優勢地位

壹、緒 言	431
貳、中德兩國差別待遇之基礎法律架構	435
參、依賴性理論之基本概念	458
肆、依賴性之判斷	470
伍、依賴性之類型	487
陸、依賴性理論在公平交易法上適用可能性之探討	512

九、支配市場事業及市場強勢事業之阻礙競爭與差別待遇行為

壹、有關法規之功能說明	535
貳、相關事業	538
參、所謂「依賴性」之概念	540
肆、具有依賴性之各種情形	543
伍、不公平之阻礙與無正當理由之差別待遇	547

十、論「企業權」與侵害營業利益之損害賠償

壹、前言——營業競爭與營業利益侵害之保護問題.....	553
貳、企業權與純粹經濟上損失.....	555
參、企業權之一般理論.....	571
肆、我國法應否承認企業權之檢討.....	600
伍、結 論.....	619

十一、事業以聯合行為或濫用市場地位調漲價格經處分

後要求回復原價之探討——德國經驗

壹、前 言.....	623
貳、獨占與聯合行為之行政上法律效果與回復原價.....	623
參、正式、非正式程序與回復原價.....	630
肆、從限制競爭法之學理、競爭法主管機關之角色、 功能看回復原價.....	634
伍、行政處分之原理與回復原價.....	637
陸、獨占與聯合行為案件中之損害賠償與回復原價.....	641
柒、我國公平法上之回復原價——代結論.....	645

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

壹、前言

貳、回首聯合行為之立法原則並檢視其政策意義

參、落實立法原則之規範架構

- 一、第一階段：禁止原則與「非真正例外」
- 二、第二階段：例外許可
- 三、第三階段：濫用控制

肆、實證研究與實務概況

- 一、實證研究
- 二、實務概況

伍、行為主體之問題考察

- 一、個別事業
- 二、同業公會
 - (一)概念範圍
 - (二)「處分主體」究竟是誰
- 三、其他事業團體
- 四、具競爭關係之複數事業
 - (一)複數事業之問題
 - (二)競爭關係

陸、合意要件

一、合意之種類

- (一)契 約
- (二)協 議
- (三)其他方式之合意

二、合意之成立、欠缺與證明

- (一)合意之欠缺
- (二)合意之成立與證明

柒、限制競爭

一、限制競爭作為聯合行為之一項構成要件

二、我國市場之聯合行為類型

- (一)在價格聯合方面
- (二)在限制交易條件方面
- (三)在限制交易地區、瓜分市場方面
- (四)在限制交易對象方面
- (五)關於「聯合杯葛」之案例
- (六)圍標、借牌參標
- (七)關於生產、銷售或採購數量之限制
- (八)設立共同銷售組織
- (九)交易時間之限制
- (十)其他意定類型
- (十一)其他法定類型

三、限制競爭與非限制競爭

- (一)基本理論

(二)個別情形

四、合意要件與限制競爭之關係

(一)各種「理論」

(二)我國之發展

捌、足以影響市場功能

一、規範依據

二、影響對象：交易相對人或競爭者

(一)說 明

(二)典型範例

(三)爭 議

三、影響市場功能之判斷

玖、結論與展望

一、擷取各國過去之研究精華，並同時掌握最新之法制發展

二、重視實務案例，透析我國聯合行為問題之真實面貌以及特色

三、加強實證研究與聯合行為之經濟分析研究

四、處分與判決理由之精緻化

壹、前言

聯合行為（又稱卡特爾）是一種最古老、最典型的限制競爭¹，其人爲之勾結、操縱，對競爭可能產生之壓抑、排除與對市場機能之妨礙，乃所共認。故美國薛爾曼法(Sherman Act)第一條、德國限制競爭防止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)第一條，均開宗明義地加以規範，實有所據。我國公平交易法（以下簡稱公平法或本法）上，聯合行為亦爲基礎核心規範之一，並向爲主管機關執法之重點，其在我國競爭法理論與實務上之重要性，不言可喻。公平法制定於民國八十年二月四日，立法者爲使產業界與社會各界，對此有「新產業革命」之喻的經濟基本大法²能認識適應，俾所遵行，特讓本法於公布後一年始施行。惟光陰似箭，本法已倏忽施行九年，公布十年了。這十年中，我國有關聯合行為之理論實務向前邁進許多，與十年前之狀態不可同日而語。尤其是實務上九年來之諸多案例，發覺了許多我們社會中的聯合行為問題，累積了諸多寶貴經驗，值得我們加以檢視、整理與闡述發揚。聯合行為之法律問題，目前在要件方面之爭議，可說最大。本文有鑑於此，欲就十年來關於聯合行為要件之理論與實務的發展軌跡，撮其大要，予以回顧，同時並試圖去釐清重要的爭議問題。

貳、回首聯合行為之立法原則並檢視其政策意義

法律管制聯合行為之立法原則，向有「禁止原則」(Verbotsprinzip)

¹ 關於卡特爾之歷史可參考Barnikel, Kartelle in Deutschland, Entwicklung, theoretische Ansätze und rechtliche Regelungen, in: Barnikel(Hrsg.), Theorie und Praxis der Kartelle, 1972, S.1ff.

² 劉紹樞，新產業革命與競爭法——歐美反托拉斯法與我國公平交易法之比較研究，政大法學評論，第42期，民國79年2月，第259頁。

與「濫用原則」(Missbrauchsprinzip)之別。前者為法律對於限制競爭或不公平競爭之行為舉措或結構狀態，採事前禁止其存在之立場。對聯合行為採「絕對禁止」之立法例，尙所未見。各國多採「附許可保留之禁止原則」，提供例外豁免於禁止之可能。對例外允許其合法之卡特爾，復可依其對於競爭之影響程度，分別採取不同之管制模式，如自動生效制、申報制、異議制或許可制等。至於「濫用原則」則是法律對於限制競爭或不公平競爭之行為舉措或結構狀態，並不禁止其存在，即屬原則合法，惟事後行為人於個案中濫用其合法地位時，始加以監督防濫並予處罰之立法原則。濫用原則亦可搭配申報或登記義務，以利監督之執行³。立法上採禁止或濫用原則，有確立管制原則之基礎意義，本有寬廣之討論空間與必要，惟我公平法之立法階段，討論反托拉斯法部分應否整體延後立法者有之，惟就聯合行為究應採禁止或濫用原則，則少見討論⁴。是因社會已達高度共識，或是多數人實無此問題意識，則不得而知；後者之可能性，說不定還更高些。總之，縱非充分討論之結果而有幾分歷史之偶然，公平法對於聯合行為以「附許可保留之禁止原則」作為管制之基調，已然確立。所幸的是，此一原則基本上不失為一優良之管制原則⁵。

觀諸近代各國對於聯合行為之規範，有從「卡特爾自由」(Kartellfreiheit)到「卡特爾監督」(Kartellaufsicht)，再從「卡特爾監

³ 關於此二種立法原則，可參閱廖義男，公平交易法之理論與立法，民國84年10月，第66、383頁；拙著，論卡特爾之法律規範，政大法律研究所碩士論文，民國75年7月，第143頁以下；Rauschenbach, Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht, 1965, S. 107 ff.

⁴ 參見廖義男，公平交易法之立法經過，收錄於氏著，前揭書，第274頁以下；公平法第14條之立法理由亦僅簡單說明：「事業間之聯合行為，限制競爭，妨害市場及價格之功能，以及消費者之利益，故應加以禁止。」

⁵ 舉例而言，德國限制競爭防止法即與我國採取相同之立法原則，學說與實務界皆幾乎一致肯定之。

督」到「卡特爾禁止」(Kartellverbot)之趨勢，勾勒出卡特爾管制政策普遍性之遞嬗軌跡⁶。競爭法，係競爭政策之產物。一國競爭法對於聯合行為採禁止原則，通常非僅出於技術層面之考量⁷，而係有其競爭政策上之深遠意義。聯合行為對於競爭原所具有之種種正面功能，如最佳資源配置、淘汰較無效率之廠商、合理之所得分配、促進技術發展、彰顯消費者主權、開放市場進入等，均可能有高度之破壞性，故在經濟上之評價基本上是負面的⁸。採禁止原則，代表一國競爭法之立法者對於卡特爾係從「競爭政策上原則性之非難」(das grundsätzliche wirtschaftspolitische Unwerturteil)立場出發，對聯合行為係持基本上之否定態度⁹。我國公平法對聯合行為亦採禁止原則，立法者之立場，亦同其理。此一立法原則，十年來屹立不搖，對其提出根本之懷疑及批判者，亦未所見。展望未來，如從聯合行為之經濟上評價、禁止原則對競爭行為之正面引導功能、行政成本之節樽（相對於個案干預式之濫用原則）、人民逐漸形成反卡特爾之法意識以及世界各國逐漸有揚棄濫用原則，改採禁止原則之立法趨勢看來¹⁰，我國

⁶ Cox, Kartelle: Strukturanalyse, Wettbewerbswirkungen und wettbewerbspolitische Behandlung, in: Cox/Jens/Markert (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, 1981, S. 227 f.

⁷ 應注意者為技術層面之規定以及執行情形，也會影響一國禁止原則或濫用原則之實質內涵，而有實體正義之意義，參見蘇永欽，關於防止限制競爭立法的基本問題，收錄於氏著，民法經濟法論文集，民國77年10月，第364頁。

⁸ 聯合行為為原則上固對於競爭機能有不利之影響，惟此非絕對，其對於總體經濟之最終評價如何，仍應視許多事項而定，例如聯合行為之內容與種類、所涉及之產業及產品、加入者之性質與範圍等，vgl. Cox, a.a.O., S. 251 ff.

⁹ Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., 1992, § 1 Rdnr. 5.

¹⁰ 這其中尤值得注意者為歐盟法對於聯合行為因採取禁止原則，而對歐洲（甚至包括東歐）國家聯合行為立法原則所產生之影響，例如比利時就是從一個典型對聯合行為採取濫用原則之國家轉變為採納歐盟法之禁止原則，請參考Wagemans/Miller, Belgian antitrust law revised, EWS, 1992, S. 184 ff.

繼續持定禁止原則以規範聯合行為，乃允為穩妥。

另一項關於聯合行為之重要立法原則，為本法將水平與垂直之合意限制競爭，予以區別。水平之聯合行為規定於公平法第十四條，而垂直之合意限制競爭則主要規定於同法第十八條及第十九條第六款。本法對前者採禁止原則；而對後者中之垂直非價格合意限制競爭（本法第十九條第六款），則透過該條「不正當限制」以及「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」兩要件，僅於其對競爭之限制「不合理」時始禁止之。其形式上雖仍屬於禁止模式，惟實質上已非當然違法。垂直與水平之限制競爭，在競爭政策上之評價有很大之不同¹¹，各國或以法律直接予以分別規定（德國、日本）¹²；或透過實務解釋及法院判決將其分別處理（美國、歐體），故本文認為此一區別仍有繼續維持之必要¹³。

¹¹ 此一複雜之問題於此無法深論，關於垂直約價之分析，參考王銘勇，限制轉售價格法制之研究，政大法研所博士論文，民國90年；黃銘傑，維持轉售價格之再檢討，台大法學論叢，第29卷第1期，民國88年10月，第121頁以下；關於垂直非價格限制競爭之分析，參考范建得、莊春發、呂芳慶主持，公平交易法適用「合理原則」之經濟分析——以垂直非價格限制行為為中心，公平會85年合作研究計畫，民國85年3月。

¹² 惟各國較新之立法例上，仍有予以合一者，如瑞士在其新修訂之卡特爾法中，即以「競爭協定」(Wettbewerbsabreden)之概念，涵蓋水平與垂直之限制競爭約定，參閱Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen(Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, S. 77 ff. 德國限制競爭防止法於2004年進行的第7次修法，也革命性地將水平與垂直之合意限制競爭予以合併規定，以求吻合於歐盟立法。

¹³ 同樣肯定此一立法上之區別者，例如有劉紹樑，對聯合行為及結合行為執法及修法方向的觀察，收錄於何之邁、朱雲鵬主持，公平交易之理念與實踐，公平會83年度合作研究計畫，第100頁。