



元照出版提供 請勿公開散布

論公平交易法上事業之功能性判斷的意義與功能

牛 日 正*

要 目

壹、討論範圍及問題設定	(一)以經濟活動要素排除政府行為適用公平法
一、公平法上四種事業類型	(二)以經濟活動排除消費行為適用公平法
二、功能性判斷要素之實質功能與相對性判斷原則	三、經濟活動要素之實質機能釐清
(一)「責任歸屬」與「實質違法性」判斷功能	(一)消費者行為：難以產生限制競爭效果
(二)功能性判斷之「相對性」	(二)政府行為：法規範作為正當理由
三、本文目標	參、「獨立性」於公平法之應用與功能
貳、「經濟活動」於公平法之應用與功能	一、勞工與獨立性
一、正面界定之功能	(一)現行法下之概況與問題提起
二、反面排除之功能及適用上的難處	(二)以「相對性」作為切入點下之分析

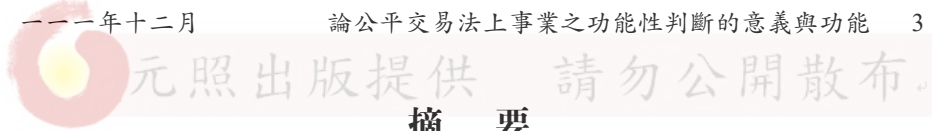
DOI : 10.53106/102398202022120171004

* 東海大學法律學院副教授，日本東京大學法學博士。本文為科技部研究計畫「競爭法上事業要件之研究（MOST 108-2410-H-029-058-MY2）」之一部分研究成果。感謝研究計畫審查人之理解與肯定，使此次研究得以進行；也感謝本文兩位匿名審查人給予諸多寶貴建議，本文從中獲益良多。

投稿日期：一一一年五月三十一日；接受刊登日期：一一一年十月四日

責任校對：鍾淑婷

二、靠行業者與獨立性	伍、從公平法之規範特性省思事業要件之問題
三、獨立性之實質功能	一、相對性判斷於公平法因「不可逆性」所產生之外溢
(一)責任歸屬之分配	(一)當然事業之不可逆性與功能性事業之相對性
(二)正當理由之有無	(二)當然事業之功能性判斷要素外溢
肆、「繼續性」於公平法之應用與功能	(三)不可逆性下複雜的規範體系
一、繼續性之意義	二、「競爭法上事業」與「公平法上事業」
二、應用繼續性要素之類型	(一)功能性判斷三要素為功能性事業之必要條件？
(一)不動產不實廣告案件	(二)「競爭法」上之事業與「公平法」上之事業
(二)涉及網路拍賣平臺交易	陸、結 論
(三)限制競爭行為與繼續性：金門西樂隊案	
三、繼續性功能之省思	
(一)比較法上較難提供直接之參考	
(二)繼續性可能扮演之功能及省思	



摘 要

公平交易法將事業區分為當然事業與功能性事業。功能性事業主要基於三項功能性判斷要素進行認定，但此一判斷在競爭法理論上之意義，並未受到明確釐清。

外國競爭法理論上有強調功能性判斷具有「實質違法性」與「責任歸屬」之分析機能，此種觀點更能完整說明功能性判斷在競爭法上之意義。又學說有強調功能性判斷應基於「相對性」原則進行分析，亦即相同事業在不同行為中應各別認定其事業該當性。在此一原則下，功能性判斷之評價重點應是「行為」而非「行為者」。

本文中，將回顧過去三十年來公平法之執法經驗，基於相對性原則確認功能性判斷在我國法上是否確實具有此等機能，並與二項公平法之規範特性進行合併觀察，重新省思功能性判斷之規範功能。

關鍵詞：公平交易法、事業、當然事業、功能性事業、勞工、互不挖角協議、零工經濟



壹、討論範圍及問題設定

一、公平法上四種事業類型

公平交易法（下稱「公平法」，公平交易委員會則稱為「公平會」）所定義之事業，在現行法中主要可分為四大類。

第一，公平法第2條第1項中，將公司與獨資或合夥之工商行號定義為事業。在認定時，主管機關多是以形式基準進行判斷，凡組織型態為公司或獨資合夥之工商行號者，皆當然該當公平法上之事業。此種基於形式判斷而當然構成事業之類型，學說上將其稱為「當然事業¹」。

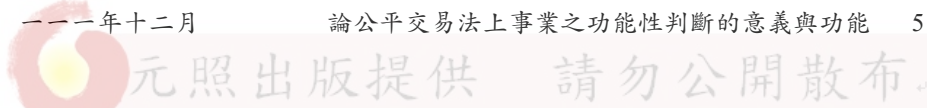
第二，由於當然事業僅針對較為常見的經營型態加以例示，並不能涵蓋所有參與競爭活動的供給者與需求者。為了避免產生規範漏洞，在公平法第2條第1項第3款以「其他提供商品或服務從事交易之人或團體」作為概括規定，透過功能性判斷的實質分析，界定公平法之適用範圍。

在進行功能性分析時，使用「經濟活動」、「獨立性」、「繼續性」等三項功能性判斷要素進行分析。此三項功能性判斷要素，最早可見於廖義男教授所草擬之公平法草案第2條第2款中「獨立並繼續從事生產、商品交易或提供服務」之文字²。經濟部於一九八五年三月送請行政院審議之公平法草案中也延用此一規範模式³。

¹ 黃銘傑，第二條事業之定義，載：公平交易法註釋研究系列(一)第一條至第十七條，頁71，2003年12月。必須注意的是，在此一文獻出版時，同業公會被置於公平法第2條第3款，因此此文獻中所指「當然事業」包含同業公會。但在本文中所指之當然事業，則專指現行法第2條第1項第1款與第2款之事業。

² 廖義男，公平交易法規範之事業概念，載：公平交易法論集(2)：公平交易法之釋論與實務，頁17，1994年2月。

³ 同前註，頁18。



然而，在行政院進行審議時，將草案中「獨立並繼續」等文字刪除，形成今日公平法第2條第1項第3款「其他提供商品或服務從事交易」之規定⁴。儘管在現行法下已無「獨立並繼續」之文字，但國內學說與實務在解釋公平法第2條第1項第3款時，仍將獨立性、繼續性納入考量⁵。此種基於功能性判斷要素而認定為事業之類型，學說上將之稱為「功能性事業⁶」。

第三，公平法第2條第2項將同業公會等事業團體視為公平法上之事業。在二〇一五年公平法修正前，同業公會係規定於公平法第2條第3款，將同業公會視為公平法上之當然事業。但在二〇一五年修正時，將此一規定獨立為公平法第2條第2項規定，並藉由文字修正擴充其適用範圍⁷。

第四，二〇一五年增訂公平法第11條第3項規定，將對事業具有控制性持股之人或團體「視為」有關結合規定之事業。由此一擬制規定反面解釋可以得知，在立法者觀點中，僅對於事業具有控制性持股之人，並不符合公平法第2條所定義之事業，故有增訂此項規定之必要⁸。由於此一規定僅適用於「有關結合之行為」，因此在結合以外的情形中，對事業具有控制性持股之人，並不應僅因持股而被認定為事業。

⁴ 廖義男，同註2，頁19。

⁵ 黃銘傑，同註1，頁85-87。吳秀明、沈麗玉，競爭法制革新之整體規劃與藍圖，月旦法學雜誌，228期，頁147，2014年5月。公平交易委員會編，認識公平交易法，頁13，2021年7月，19版。

⁶ 黃銘傑，同註1，頁71。

⁷ 參閱吳秀明、沈麗玉，同註5，頁147。

⁸ 此一修正是在立法院審議時，由立法委員黃昭順所提出。參閱立法院公報，第103卷第45期，委員會紀錄，頁363。黃昭順委員之提案，收錄於立法院第8屆第5會期第10次會議議案關係文書，委167-委170。

元照出版提供 請勿公開散布

本文中，主要以公平法第2條第1項第3款之功能性事業作為研究對象。此一研究，主要從實務上就功能性事業之三項判斷要素之解釋適用狀況進行釐清，探討三項功能性判斷要素之實質機能。但也會在必要範圍內，就當然事業與功能性事業在適用上所產生的一些特殊現象，一併加以討論。關於同業公會等事業團體及控制性持股之人或團體所建構之事業集團的問題，在本文中則割愛之。

二、功能性判斷要素之實質功能與相對性判斷原則

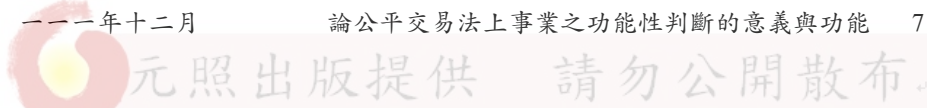
本文之分析，主要參考歐盟競爭法上所提出之事業要件具有「責任歸屬」與「實質違法性」意義之觀點，並藉由我國法之實務運作情形加以驗證，剖析功能性判斷要件之實質機能。同時，本文在分析事業要件時，也參考國外競爭法學說上所強調之功能性判斷的「相對性」原則，建構本文分析的基本準則。

(一)「責任歸屬」與「實質違法性」判斷功能

在我國法上，強調以事業作為競爭法之行為主體⁹。此種觀點，並非我國法獨創，在歐盟及日本競爭法中，也有類似之行為主體概念。然而，近年在外國法上已累積相當研究，探究事業要件在競爭法上存在的意義及發揮之功能，但在我國一直欠缺相關討論。

在歐盟競爭法的實務與學說上，就「事業」(undertaking)要件所發揮之實質功能有著充滿啟發性的討論。在一九九九年Albany案中歐盟法院之Jacob佐審官(Advocate General)在其法律意見中指出，事業要件在競爭法中具有雙重意義。一方面，事業是用來將競

⁹ 廖義男，公平交易法，頁98，2021年11月。相同觀點，參閱廖義男，同註2，頁16。黃銘傑，同註1，頁70。賴源河編審，公平交易法新論，頁88，2005年3月，3版。



爭法所適用之行為主體分類，例如在經濟活動的標準下將行使公權力之行為，排除競爭法之適用。另一方面，事業可用來確認行為責任所歸屬之實體為何，例如可以用來釐清從屬公司與控制公司間之責任¹⁰。

又在學說上也有將事業之功能解讀為決定了競爭法的「實質範疇」(substantial reach)和「違法責任之歸屬」(attribution of liability)二方面。事業要件所發揮的實質範疇篩選機能，例如使單一經濟實體內部二事業間所為的行為，排除歐盟機能條約(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)第101條適用。違法責任歸屬之功能，則是用來決定一項違法行為的結果是由何者主體承擔¹¹。

前述兩種觀點在「違法責任之歸屬」的部分所指的意義其實相當類似，可以理解是在責任分配的觀點下，將事業組織中受到控制的主體(從屬公司、勞工)等所從事的違法行為責任，歸屬於擁有控制風險能力的控制主體承擔，不另外追究從屬於控制主體之行為者的責任。此種觀點主要考量雙方間的控制與從屬關係的有無，若實質上並未受到控制時所從事的行為，則不應基於此種責任歸屬觀點排除其構成事業之可能。

另一方面，「適用範圍分類」及「實質範疇」之用語雖然看似有些微歧異，但本文認為其所指涉的意義應該是共通的，僅是其所討論之內容分屬二種不同層次。第一，Jacob佐審官所指的使公權力

¹⁰ See Opinion of Advocate General Jacobs delivered on 28 January 1999, Case C-67/96, Albany, EU:C:1999:28, para. 206.

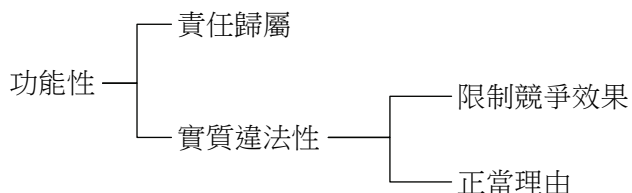
¹¹ Alison Jones, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, 8(2) EUR. COMPET. J. 301, 303-04 (2012). 同樣採取此種區分觀點之文獻，see FLORENCE THÉPOT, *THE INTERACTION BETWEEN COMPETITION LAW AND CORPORATE GOVERNANCE: OPENING THE 'BLACK BOX'* 43-46 (2019).

元照出版提供 請勿公開散布

之行為排除競爭法適用，係指使足以產生限制競爭效果之政府行為不違反競爭法規定。在此一意義下，藉由事業要件使具有正當理由之限制競爭行為不違反競爭法¹²。

第二，學說上所指同屬一經濟實體內部之行為，之所以不違反TFEU第101條規定，主要是因為從屬事業本非市場中從事競爭活動之單位，因此從屬事業在受到指揮監督時所為的行為（例如與控制公司間之合意），即便形式上存在合意外觀，但並不實質限制市場競爭。在此一意義下，藉由事業要件使通常不足以產生「限制競爭效果」之行為不適用競爭法。

由以上分析可以理解，雖然事業是以「行為主體」的角色在公平法中登場，看似針對主體適格性進行分析，但功能性判斷的要素中卻其實蘊藏著責任歸屬之判斷以及包含限制競爭效果、正當理由認定之實質違法性判斷的功能在其中。



圖一 功能性判斷機能之初步觀察

資料來源：作者自繪

¹² 日本學說也有相似觀點，認為在個案中分析是否構成事業時，必須考量是否有以競爭法處理之必要、以競爭法處理是否妥當。金子晃「各種学校、宗教法人等事業者の範圍」公正取引233号25、27頁（1970年3月）。

元照出版提供 請勿公開散布

(二)功能性判斷之「相對性」

由以上分析可知，事業要件並非單純的「行為主體」之適格性判斷，而包含著行為評價的意義在其中，此一觀點也可以從功能性判斷之「相對性」原則得到佐證。

功能性判斷之相對性，係指功能性事業之認定，應重視「行為」而非「行為者」。儘管以往我國學說也有強調事業之判斷應採個案認定、重視行為而非行為者之觀點¹³，但在我國當然事業與功能性事業之體系建制下，強調相對性原則之觀點並未受到普遍重視。

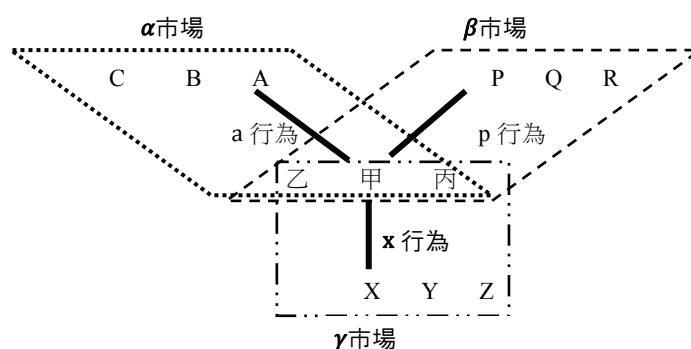
然而，在歐盟競爭法上則是相當明確地強調，基於功能性觀點（functional approach）認定事業（undertaking）時，必須針對事業從事之該特定行為進行判斷。在MOTOE案中，歐盟法院指出必須針對同一主體的不同行為各自進行判斷（carried out separately for each activity exercised by a given entity¹⁴）。從而，歐盟競爭法學說上有強調事業是一個相對的概念（a relative concept），同樣的一個實體可能就其一部分的行為被認為是事業，但是在其他部分又被認為不適用競爭法¹⁵。日本學說上也有採用相似觀點，認為事業判

¹³ 林子儀，公平交易法第二十一條第四項「廣告代理業、廣告媒體業及廣告主」之研究，公平交易法行為主體研析，行政院公平交易委員會八十二年度委託研究計畫四，頁178-181，1994年12月。吳秀明，聯合行為理論與實務之回顧與展望，載：競爭法制之發軔與展開，頁37，註84，2004年11月。

¹⁴ Case C-49/07, MOTOE, EU:C:2008:376, para. 25.

¹⁵ ALISON JONES, BRENDA SUFRIN & NIAMH DUNNE, JONES AND SUFRIN'S EU COMPETITION LAW: TEXT, CASES, AND MATERIALS 149 (7th ed. 2019). WHISH RICHARD & DAVID BAILEY, COMPETITION LAW 86 (10th ed. 2021). 此一觀點，最早可以追溯至Ambulanz Glöckner案中，Jacob佐審官向法院所提供之法律意見。Opinion of Advocate General Jacobs delivered on 17 May 2001, Case C-475/99, Ambulanz Glöckner, EU:C:2001:284, para. 72.

元照出版提供 請勿公開散布
 斷具有相對性，必須因應不同的情形相對地進行判斷¹⁶。



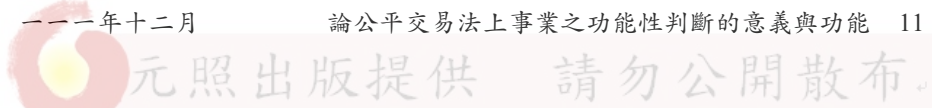
圖二 相對性判斷之基本考量

資料來源：作者自繪

以圖二為例，在相對性原則下，即便是相同的行為主體甲，分析甲在 α 市場中和A從事交易時之a行為是否違反競爭法時，必須從a行為評價甲是否構成事業；分析甲在 β 市場和P從事交易時之p行為是否違反競爭法時，則必須基於p行為評價甲是否構成事業。又若甲、乙及丙針對 γ 市場之競爭達成競爭停止合意，因涉及的是甲在 γ 市場之x行為，應基於x行為評價甲是否構成事業。

基於相對性原則進行分析下，功能性判斷真正的評價對象其實並非「行為者」本身，而是其所從事的「行為」。換言之，功能性

¹⁶ 白石忠志『独占禁止法（第三版）』有斐閣149頁（2016年12月）。同樣強調事業並非基於主體性進行判斷，而是以「行為」作為判斷對象類似見解，參閱金子晃，同註12，25、27頁。村上政博、石田英遠、川合弘造、渡邊惠理子、伊藤憲二編『条解独占禁止法（第二版）』弘文堂3頁（村上政博、樋口陽介執筆）（2022年2月）。



判斷重視的是「何種行為」（what）適用競爭法，而不是「何者」（who）適用競爭法¹⁷。並在與功能性判斷的合作下，考量行為責任由何者承擔，以及是否實質上具有違法性（是否產生限制競爭效果、是否具有正當理由）。

三、本文目標

若確實可藉由「實質違法性」與「責任歸屬」之觀點，分析事業要件之功能性判斷的實質功能。此種觀點對於我國公平法之執法，可能帶來何種啟發，或是解決何種過去所未能妥善處理的問題？

為了釐清此一問題，本文中首先將針對過去三十年公平法之執法中，基於功能性判斷分析事業要件該當性之案件進行全面回顧，並且試著逐一針對「經濟活動」、「獨立性」、「繼續性」之功能性判斷三要素所個別發揮之「實質違法性」或「責任歸屬」功能進行分析。並從中省思，原先由功能性判斷所承擔之功能，若回歸至競爭法違法性判斷體系中的限制競爭效果與正當理由判斷，是否能使競爭法違法性判斷體系更為完善。

除了功能性判斷本身的功能釐清外，本文中也將進一步思考，這三項功能性判斷要素在我國公平法的應用上，是否與其他規範間存在著適用上的衝突。

具體來說，第一，在公平法當然事業與功能性事業的體系下，當然事業無從基於功能性判斷排除其事業該當性（本文稱之為「不可逆性」）。因此，功能性判斷所承載之規範功能，在涉及當然事業時必須由其他要件取代。但此種作法，一方面使得相同規範目

¹⁷ Okcoghene Odudu, *The Meaning of Undertaking Within 81 EC*, 7 C.A.M.B. YEARB. OF EUR. LEG. STUD. 211, 212-13 (2005).

元照出版提供 請勿公開散布

的，必須因應主體不同而使用不同要件處理；另一方面，使得作為替代之用的其他要件，必須因應行為主體不同，而有不同的規範解讀。這使得公平法的運用割裂適用，實務上容易產生混淆。

第二，功能性判斷主要是源自於規範限制競爭之競爭法規範，過去進行比較法研究時也是以外國競爭法為比較對象¹⁸。然而，公平法上的事業並非專屬於限制競爭之行為主體，其同樣適用於不公平競爭、創造性補充適用。如此一來，包含著限制競爭效果與正當理由要素的功能性判斷，在不公平競爭等中如何受到運用，似有分析理解之必要。

本文以下，「貳」至「肆」之討論，將針對過去實務上對於功能性判斷三要素之解釋適用的情形進行分析。「伍」則針對功能性判斷於公平法適用時，與公平法的特性所產生之衝突進行討論。

貳、「經濟活動」於公平法之應用與功能

一、正面界定之功能

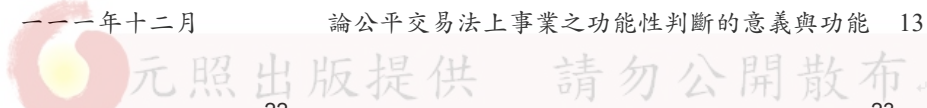
經濟活動，其所承載之規範功能，乃在於使得「對一定商品或服務供需之市場秩序或競爭關係有所影響者¹⁹」皆受到公平法規範。在此一正面界定之功能發揮下，經濟活動要素有二項重要意義：第一，強調公平法的適用，重視的是行為對於市場競爭產生之影響，而非形式、組織上的判斷。第二，截堵所有足以影響市場競爭之行為，使實質上影響市場競爭之行為，皆可受到公平法評價。

是否構成經濟活動，從實務上來看，若有從事營業²⁰、交易²¹、

¹⁸ 黃銘傑，同註1，頁63-67。

¹⁹ 廖義男，同註2，頁26。

²⁰ 公處字第100083號處分書，理由、二；頁3。公平會處分案號過去實務上曾有



智慧財產權之授權²²，皆能逕行認定為屬於從事經濟活動之行為²³。在實務分析上，此等事實其與經濟活動間之關係，往往並未明確受到重視，其論理過程往往相當簡略。例如，在泰國蝦聯合案中，針對屬於自然人之行為主體是否構成事業進行分析時，公平會僅以「被處分人係從事泰國蝦買賣之業者」作為認定之理由²⁴。又在臺南區藥品學術交誼連心會聯合行為案中，針對被處分人嚴君構成事業之理由，係以「嚴信慧仍以信慧藥局名義參與連心會活動，並實際從事西藥之販售業務」加以認定²⁵。

由正面界定功能來看，對於市場競爭產生影響之行為皆納入公平法之評價範圍，使得足以影響競爭之行為在公平法上皆能進入違法性之分析判斷，不使影響競爭秩序之行為脫離逍遙法外。此一廣泛的解讀，確實有助公平法對市場競爭之介入，值得贊同。

二、反面排除之功能及適用上的難處

相較於海納百川的正面界定，經濟活動要素的反面排除功能，向來是較受到重視的部分。具體來說，藉由經濟活動要素，可使一

多種不同形式，本文為求統一及行文便利，全部統一採取公平會目前使用之6碼數字格式。又若為2005年後之處分書，則一併記載處分書之頁碼。

21 參閱臺北高等行政法院92年度訴字第947號判決，理由、二、1；司法院法學資料檢索系統，第321-324行。

22 公處字第090201號處分書，理由、二。臺北高等行政法院91年度訴字第1865號判決，理由、三；司法院法學資料檢索系統，第269-279行。最高行政法院95年判字第2128號判決，理由、五、(-)；第323-324行。

23 若只是提供交流知識經驗，則非事業。參閱公處字第100174號處分書，理由、一；頁1。

24 公處字第088001號處分書，理由、三。

25 公處字第089163號處分書，理由、三。

元照出版提供 請勿公開散布
部分政府行為與消費者之消費行為排除公平法適用²⁶。

(一)以經濟活動要素排除政府行為適用公平法

1. 排除政府公權力行使、公法行為、經濟輔助行為

政府作為供給者參與交易活動時，可能阻礙市場中其他供給者爭取交易之機會，從正面界定的功能來看應將政府對於競爭所造成之阻礙納入評價範疇。公平會在公研釋第029號解釋中指出，即便是政府機關，若行為目的在於製造、供給商品，也會構成事業。經濟部加工出口區管理處儲運服務中心也曾因提供運輸、倉儲服務，而被認定為事業²⁷。

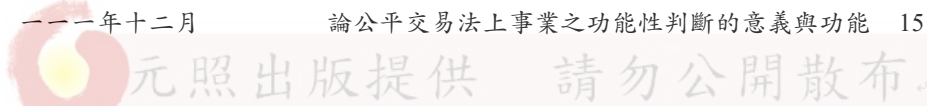
然而，在以下二種情形，即便政府行為影響競爭，仍會排除該行為之事業該當性。第一，若屬於國家行使公權力或公法行為時，則不構成事業²⁸。公平會在公研釋第055號解釋、(82)公壹字第51888號函中，認定政府行使公權力時不構成事業；在公研釋第001號解釋、(82)公壹字第50121號函中，指出政府從事公法行為時，不構成事業。實務上，在(87)公壹字第8712491-001號函中，公平會指出欠缺「報酬對價」而收取之費用，屬於「行政規費」而無公平法適用。

第二，若政府基於特定經濟目的，對受輔導之事業提供貸款、補貼、保證或獎助金等經濟輔助，引導受輔助人為一定之行為進而實現公共目的時，學說上基於此種行為之「無償性」，不符合公平

²⁶ 重要的先行研究，主要都是透過反面排除的功能，說明經濟活動要素之意義。參閱廖義男，同註2，頁17。黃銘傑，同註1，頁82-83。

²⁷ 公處字第086216號處分書，理由、一。

²⁸ 此種情形下，係以與「提供商品或服務從事交易」之要件不符為由，認定不構成事業。參閱廖義男，同註2，頁28-29。廖義男，同註9，頁104-105。但此一論述應可理解為是不構成經濟活動要素。



法重視「兩相對酬之對價關係」，因此認為從事此種經濟輔助行為之行政機關不構成事業²⁹。

然而，在正面界定時，強調「是否以營利為目的」不影響公平法適用³⁰，卻在反面排除時藉由無償、對價關係之有無、非營利認定經濟活動要素³¹，顯得經濟活動要素之基本立場未盡一致。

2. 不應受排除之政府需求行為所面對的論述困境

(1) 以不同市場中之功能論述事業之該當性

另一方面，當政府為滿足行政任務而作為需求者時，其交易條件的設定可能影響供給者間之競爭活動³²，或是使其他需求者之需求滿足時受到影響。學說上認為，因此種情形下政府之需求行為可能對於市場經濟有所影響，且作為私法主體從事經濟交易已脫離一般公法原則之拘束，有認定其構成事業之必要³³。

然而，實務上公平會在說明政府作為需求者構成事業之理由時，傾向以政府在不同市場中所扮演之供給者角色加以說明。

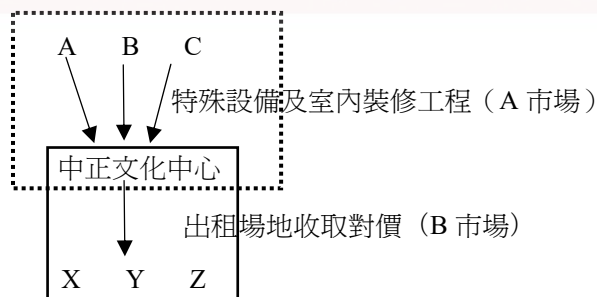
²⁹ 廖義男，同註2，頁33-35。

³⁰ 參閱廖義男，同註2，頁26。公平交易委員會編，同註5，頁25-26。

³¹ 公平會曾以「因非屬營利性質，不對外銷售」，認定臺南市公共工程處所轄公營瀝青混凝土拌合廠不構成事業。參閱臺北高等行政法院103年度訴字第1676號判決，事實及理由、三、(一)、3.、(1)；司法院法學資料檢索系統，第566-568行。

³² 此一問題主要是集中在政府採購法施行前的政府採購案件中，因政府機關設定特殊規格需求所生之差別待遇問題。

³³ 參閱廖義男，同註2，頁30-31。由此反面推論可以理解，即便產生影響但在一般公法規範拘束下，該行為則無適用公平法之必要。



圖三 高雄市中正文化中心管理處案所涉及之市場

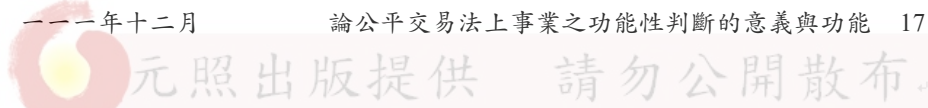
資料來源：作者自繪

例如，在高雄市中正文化中心管理處案中，分析中正文化中心在其特殊設備及室內裝修工程之需求行為中（圖三虛線所圍之A市場）對供給者要求之條件是否構成差別待遇時，針對中正文化中心是否構成事業進行討論。但公平會所考量的並非實際受到影響之A市場中的角色；而是基於中正文化中心在出租場地並收取對價之供給行為（圖三實線所圍之B市場）具有市場經濟價值等作為理由，論述中正文化中心於A市場之需求行為構成事業³⁴。

又在財團法人亞洲土地改革與農村發展中心案中，最高行政法院以東勢林管處設置廢污水設施後，作為供給者提供污水設施時並不對使用者收費作為根據，認定東勢林管處在招標行為之需求者角色並非公平法上所稱之事業³⁵。由此可以發現，最高行政法院也以

³⁴ 公處字第084167號處分書，理由、一。類似觀點，也可見於公處字第085166號處分書、公研釋第090號解釋。

³⁵ 最高行政法院91年度判字第1661號判決，理由、三、(一)；司法院法學資料檢索系統，第248-254行。類似見解也可見於臺北高等行政法院89年度訴字第1095號判決，理由、三；司法院法學資料檢索系統，第517-518、551-555行。



不同市場中所扮演之角色，論述行政機關作為需求者時構成事業之理由。

(2)不同市場階段之考量有違相對性原則

之所以實務上傾向以行政機關於不同市場中扮演供給者之角色，說明行政機關作為需求者時構成事業之理由，應與公平法第2條第1項第3款中僅提及「提供」商品或服務，而未設有「需求」之要件有關³⁶。在嚴格的文義解釋下，僅能基於不同市場階段中之其他供給行為分析政府作為需求者時構成事業之理由。

然而，承前所述，競爭法理論上認為事業之功能性判斷具有「相對性」的特質，在認定事業之該當性時應是針對個別行為分析行為主體是否構成事業。即便是相同主體，但當其從事不同行為時，會因為涉及行為之不同，而有不同評價結論。因此，即便是相同之行政機關，在不同市場中從事不同行為時，應基於各別行為評價行政機關是否構成事業。因此，基於他市場中之行為分析政府作為需求者時之事業該當性的解釋方法，固然是受限於公平法條文文義而不得不採用的解釋觀點，但就從競爭法理論而言，其妥適性實有待商榷。

又退萬步言之，即便採取此種基於前後市場階段中之他項行為論述事業該當性之觀點，其主要功能也是處理政府作為「需求者」而受限於公平法第2條第1項第3款文義之情形；當政府作為「供給者」參與市場活動時，斷無適用之必要。

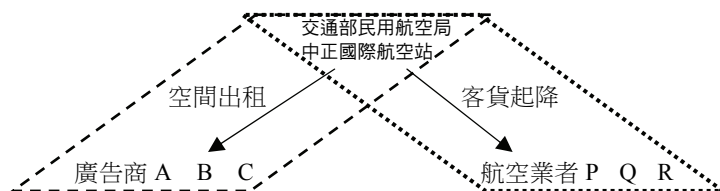
在交通部民用航空局中正國際航空站案中，可以發現公平會似乎擴張了此種考量不同市場階段之解釋方法的適用範疇。在該案中，中正國際航空站在辦理商業廣告設置空間出租之財物出租招標

³⁶ 參閱黃銘傑，同註1，頁93-94。

元照出版提供 請勿公開散布

時，對於投標廠商資格設下之限制，被認定構成差別待遇³⁷。其中，在分析中正國際航空站於此招標行為中是否構成事業時，儘管討論對象應該是該出租閒置空間之行為，但公平會卻以中正國際航空站提供裝卸客貨、提供起降活動，並收取使用費、服務費及噪音防制費時之角色，論述其在出租廣告設置空間行為中構成事業之理由³⁸。

相較於在上下游市場間強調上游需求乃是為了下游之供給而生，或許多少還具有一些關聯；裝卸客貨、起降活動、規費收取所涉及之市場等與閒置空間出租之市場間究竟有何種關聯，不無疑問。此種違背相對性原則之論述，似乎徒顯多餘。



圖四 交通部民用航空局中正國際航空站案所涉及之市場

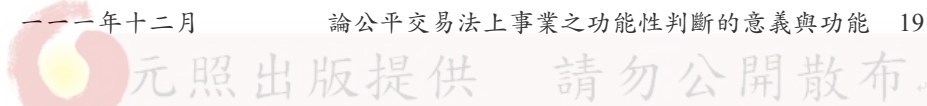
資料來源：作者自繪

(二)以經濟活動排除消費行為適用公平法

經濟活動要素第2項反面排除功能，是將從事消費行為之消費者排除於「事業」的範疇之外。學說上，基於兩種觀點說明其不構

³⁷ 在政府採購法施行後，政府作為需求者之採購招標較少產生公平法爭議，但本案因屬財物出租而未適用政府採購法，始產生爭議。參閱公處字第095023號處分書，事實、二、(一)；頁2。

³⁸ 公處字第095023號處分書，理由、二；頁5。



成事業之理由：第一，消費者之消費行為雖屬於經濟活動，但目的僅是為了滿足個人或家庭生活需要，不具有營業之目的。第二，從公平法第2條第1項第3款文義來看，消費者僅是在滿足消費需求而無「提供」之行為³⁹。

關於此一論述，有兩點值得注意之處。首先，在論述「經濟活動」要素之意義時，向來係強調評價重點在於行為之影響，因此「不以營利為目的」並非得以排除經濟活動要素之根據。然而，除了前述政府行為之情形外，在涉及消費者時，再次又以營業目的作為排除經濟活動該當性之基準。

再者，基於公平法第2條第1項第3款未將「需求」作為要件，以此排除消費行為適用公平法，確實有其條文上之依據。然而，承前所述，分析政府之需求行為時，公平法條文中未納入「需求」於其中，正是使得實務上不得不採用違背相對性判斷的論理邏輯的原因所在。藉由消費行為之分析可以發現，之所以在政府行為不得不採取此種觀點，正是因為在消費行為時，必須仰賴「需求」之觀點加以說明。二者顧此失彼，如何取捨，必將形成現行法規解讀上的難題。

三、經濟活動要素之實質機能釐清

本文認為，重新省思功能性判斷之實質機能，有助於解決此一顧此失彼的難題。

承前所述，歐盟競爭法上有指出，事業要件具有責任歸屬與實質違法性之判斷機能。由事業要件之正面界定功能來看，凡足以影響市場競爭者，其行為之責任皆有受公平法評價之必要，使公平法違法性判斷的程序得以開啟。這反映出了行為者必須承擔行為受評

³⁹ 參閱廖義男，同註2，頁17、28。

元照出版提供 請勿公開散布

價之責任歸屬判斷的功能。而藉由反面排除功能所篩選之消費者及政府行為，則可分別藉由「限制競爭效果」與「正當理由」加以說明：

(一)消費者行為：難以產生限制競爭效果

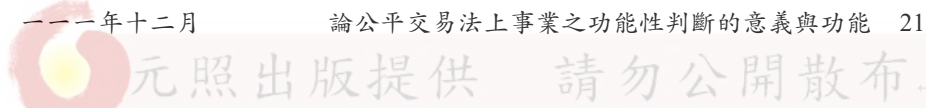
具體來說，消費者與競爭法的問題，可能是以消費者聯合杯葛、抵制的型態呈現，進而在此種情形下分析消費者在此聯合行為中，是否構成事業？由於消費者具有數量龐大的特質，而從經濟學觀點來看，聯合行為之構成可能會受到參與者家數之影響，若參與者越多則互相依存較低、協議困難而難以達成共識，較難形成穩固的價格協議⁴⁰。由此看來，人數極為龐大之消費者自然也不易形成勾結，即便試圖以聯合杯葛或抵制形成某些效果，其彼此間之背叛可能，必然使其行為在市場上難以形成影響價格之能力。從而，將消費者所形成之限制競爭行為納入競爭法評價之必要性極低。

從此種觀點來看，「消費者並非事業」之觀點，或許只是將「極難形成限制競爭效果」之評價提前至經濟活動要素中進行篩選而已。

(二)政府行為：法規範作為正當理由

另一方面，將政府行使公權力及從事受到公法規範之行為時之政府機關解讀為不構成事業，其實在此一判斷過程中，包含著當政府行為受到法律規範時，即便該行為可能產生限制競爭之影響，也應承認行為具有正當性之規範功能。換言之，儘管競爭乃是受到公

⁴⁰ 參閱陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，產業經濟學——理論與實際，頁231，2016年5月，3版。莊春發，反托拉斯法經濟學論集（下），頁828-830，2002年9月。See also Margaret C. Levenstein & Valerie Y. Suslow, *What Determines Cartel Success?*, 44(1) J. OF ECON. LIT. 43, 57-64 (2006).



平法保障之重要法益，但立法者同樣可能就其他重要法益藉由法律規範加以保障，並允許政府介入市場而限制自由競爭。

又承前所述，政府的經濟補助行為向來以其無償、非營利為理由，否定事業之該當性，但此種觀點存在著論理邏輯前後立場不一的問題。若能透過其背後的法律規範作為根據，同樣也能明確說明行為不違反公平法之理由。

從以下比較法觀點來看，無論是基於事業或是其他正當理由觀點說明政府作為主體介入經濟活動時之行為不違反競爭法規定之理由，皆可發現其論理邏輯中對政府行為背後所受之法律規範授權的強調。以下試說明之。

1. 歐 盟

從比較法的觀點來看，歐盟競爭法確實在事業（*undertaking*）要件中考量行為主體是否「從事經濟活動」（*engaged in an economic activity*）⁴¹。在分析時，大致上同樣可透過公權力行使與政府需求行為等觀點，分析政府行為是否構成事業⁴²。

由於從事經濟活動是以「提供商品或服務」作為基準，若僅是作為需求者取得商品或服務，可能不構成事業⁴³。然而，在FENIN案中，歐盟法院將此一標準擴充，使得取得商品或服務之需求滿足是為了參與經濟活動之行為，仍可能構成競爭法上之事業⁴⁴。因此，若政府之需求滿足是為了在不同階段市場中從事供給時，仍可能被認定為事業。FENIN案中將事業認定之標準由「供給」擴張至「需求」，提供政府行為構成事業的認定有一種新的說明可能。

⁴¹ Case C-41/90, *Höfner and Elser v. Macrotron*, EU:C:1991:161, para. 21.

⁴² JONES ET AL., *supra* note 15, at 144-49.

⁴³ RICHARD & BAILEY, *supra* note 15, at 86. JONES ET AL., *supra* note 15, at 143.

⁴⁴ Case C-205/03 P, *FENIN v. Commission*, EU:C:2006:453, para. 26. RICHARD & BAILEY, *supra* note 15, at 91. JONES ET AL., *supra* note 15, at 149.

元照出版提供 請勿公開散布

然而，但要如何認定在前階段市場中的需求與後階段市場中的供給間，具有充分且密切的關聯（*sufficiently closely linked*），在學說上受到質疑⁴⁵。原因在於，此種基於不同交易對象之供需行為進行事業認定之觀點，與歐盟法院「事業之認定必須就個別行為進行判斷」之相對性觀點⁴⁶，並不一致。

由此可以發現，僅以「提供」作為事業判斷標準確實可能過於狹隘，FENIN案將事業的認定從「提供」擴張至「需求」的發展，與我國法對於事業要件解讀之發展歷程相當類似。然而，要如何闡述前後階段市場中的需求與供給間的關聯，同樣存在著理論說明上的挑戰，而尚未受到明確釐清。

另一方面，歐盟競爭法學說也有在實質違法性的觀點下，分析受政府規範之行為的事業之討論⁴⁷。從過去歐盟法院的判決中來看，在分析政府所涉及之行為是否構成事業時，往往重視該項行為背後是否存在著法律之授權及監督。例如，在分析社會安全、年金、健康保險之相關組織是否構成事業時，向來著重於其社會連帶（*solidarity*）之特質。然而，在案件中法院往往也都會分析建構社會安全制度之法律授權⁴⁸。又針對歐盟境內的國際組織是否構成事業進行分析時，會員國所締結之國際協定也成為分析事業該當性時之重要項目⁴⁹。

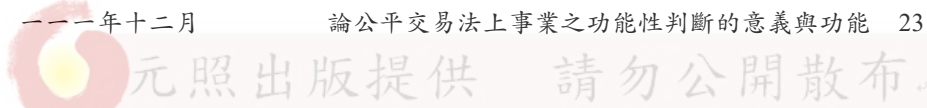
⁴⁵ JONES ET AL., *supra* note 15, at 149.

⁴⁶ Case C-49/07, MOTOE, para. 25.

⁴⁷ Odudu, *supra* note 17, at 211, 218-21.

⁴⁸ Joined cases C-159/91 and C-160/91, Poucet and Pistre v. AGF and Cancava, EU:C:2002:36, paras. 3-4, 34. Joined cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01, AOK-Bundesverband and Others, EU:C:2004:150, paras. 51-52, 61.

⁴⁹ Case C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati v. Commission, EU:C:2009:191, paras. 71-76.



若此一脈絡下理解歐盟法上事業要件之意義，可以發現法律規範授權之有無確實對於事業之認定產生影響。從而，事業要件之討論，可理解和行為正當理由之分析發揮類似功能。

2. 日 本

日本法獨占禁止法（下稱「獨禁法」）第2條中，以「事業」作為規範之行為主體。在一九四七（昭和二十二）年制定時，是以「經營商、工、金融或其他事業活動者」加以定義。然而，政府之經濟行為是否構成「經營」事業活動具有爭議，因此在一九五三（昭和二十八）年修正時，將「經營」修正為現行「從事」之文字，從而確立政府機關所涉及之經濟行為皆為獨禁法之適用範圍之結論⁵⁰。

針對此「事業活動」要件，日本公平交易委員會（公正取引委員會，下稱為「日本公平會」）係以「反覆繼續地提供物資、資金等經濟利益，並收取作為此等經濟利益之對待給付的經濟價值」說明其意義。在此說明下，儘管一次性經濟行為、慈善事業、未受對待給付之單方經濟行為可能不構成事業，但只要涉及經濟價值之交換，則皆可構成獨禁法上所稱之事業⁵¹。

但政府之經濟行為，即便對於市場競爭造成影響，其正當性仍有可能受到承認。學說上有認為，政府行為是營利與否並非分析事業時考量之重點，但若政府之行為是在法律授權範圍下所為時，則無違反獨禁法之問題。換言之，僅有在逾越法律授權範疇時，始有

⁵⁰ 公正取引委員會事務局編『改正獨占禁止法解説』日本經濟新聞社84-85頁（1954年3月）。值得注意的是，此次擴大為「從事」後，使得勞工不構成事業之條文依據，受到了嚴重影響，詳參本文後述說明。

⁵¹ 公正取引委員會事務局編，同前註，83-84頁。其後，學說也採取類似見解，正田彬『全訂獨占禁止法I』日本評論社126頁（1980年10月）。

元照出版提供 請勿公開散布
適用獨禁法之必要⁵²。

此種見解，在一九八九年芝浦屠宰場日本最高法院判決中，也受到採用。該案中，國營屠宰場之收費是否構成低價利誘成為爭點。該案中，最高法院首次明示事業應符合「反覆繼續地收取於因某些經濟利益的供給而生的對待給付」之判斷基準⁵³。而儘管最高法院認定國營芝浦屠宰場構成事業，但另外又考量芝浦屠宰場低價收費行為背後之屠畜場法的政策目的。最後在綜合考量市場狀況等情形下，肯定芝浦屠宰場之行為具有正當性⁵⁴。由此一判決可以發現，儘管芝浦屠宰場之行為確實反映政府政策，但並非以事業要件排除該行為適用競爭法，而是在考量行為之政策目的下，承認行為具有正當理由。

至於政府所涉及之非經濟行為，在一九五八（昭和三十三）年之山本千代太郎案日本最高法院判決中受到釐清。該案中，原告山本千代太郎主張日本原子能委員會使原子能研究所從事核子反應爐之研究違反獨禁法規定，在請求日本公平會進行審查而未獲得承認後，向法院提起課予義務訴訟⁵⁵。在此案中，最高法院認為，依據原子能基本法、原子能委員會設置法等規定，原子能委員會乃是行政機關而非事業，因此原子能委員會之行為不適用獨禁法，從而日本公平會也欠缺審查權限，故退回原告之請求⁵⁶。在本案中，最高法院基於原子能基本法、原子能委員會設置法，認定原子能委員會不構成事業。從而同樣可以發現，政府機關的作為是否具有充分的法律授權，可能是在分析是否構成事業時之重點。

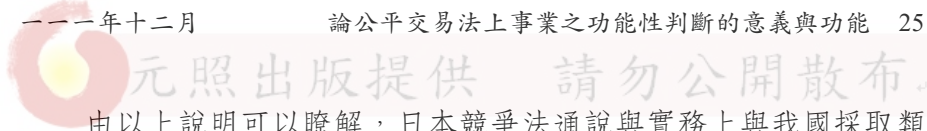
52 正田彬，同前註，129頁。

53 最判平成元年12月14日昭和61年（才）第655号審決集36卷572頁。

54 最判平成元年12月14日昭和61年（才）第655号審決集36卷574頁。

55 東京高判昭和33年02月28日昭和32年（ネ）第2069号審決集9卷160-161頁。

56 最判昭和34年06月19日昭和33年（才）第420号審決集10卷114頁。



由以上說明可以瞭解，日本競爭法通說與實務上與我國採取類似之標準分析事業的概念，但在日本法上主要並不從「供給」或「需求」之觀點區分政府行為是否構成事業。又儘管在概念上，就政府之行為是否屬於經濟行為而加以劃分不同類型進行討論，但追根究柢，在山本千代太郎案、芝浦屠宰場案乃至於學說見解之分析中，關鍵之要素皆是行為在進行時究竟是否受到充分的法律授權。從而，若國家依法從事之行為（無論是經濟行為或非經濟行為）是基於其他規範之授權時，競爭法之發動應考量立法者之價值判斷。相對的，若政府行為已逾越立法者所賦予之權限時，則該部分之行為無論行為主體為何，皆無法援引該法律規範作為正當理由。

藉由此種觀點，便能再次確認，在事業要件中將政府行為加以排除之觀點，僅係將行為正當有無之判斷，納入於事業要件的功能當中，使事業要件發揮實質違法性有無之判斷而已。

3. 美 國

在美國聯邦反托拉斯法的適用上，政府得基於主權豁免（sovereign immunity），免於成為反托拉斯法訴訟之被告⁵⁷。但若國會通過之法令中自願放棄政府及其所屬組織所享有之主權豁免，則政府及其所屬組織仍有可能成為反托拉斯訴訟之被告⁵⁸。

然而，即便國會放棄主權豁免，認定違法行為仍須基於反托拉斯法之要件。在Sherman Act、Clayton Act等反托拉斯法規範中，

⁵⁷ *Champaign-Urbana News Agency, Inc. v. J. L. Cummins News Co.*, 632 F.2d 680, 687 (7th Cir. 1980). 但針對主權豁免之概念，學說上有指出其僅是從古老的英國法諺「國王可以不做錯事」（the King can do no wrong）所導出之過時產物（anachronistic relic）。欠缺合理的憲政基礎，並可能使得因政府不當作為而受害的個人無法獲得救濟，故應盡可能限縮。See Erwin Chemerinsky, *Against Sovereign Immunity*, 53 STAN. L. REV. 1201, 1201, 1210, 1216 (2001).

⁵⁸ *United States Postal Service v. Flamingo Indus.*, 540 U.S. 736, 741-43 (2004).

元照出版提供 請勿公開散布

皆以「人」(person)作為其行為主體，在Cooper案中針對此一要件進行解讀時美國聯邦最高法院即曾指出，聯邦政府並非反托拉斯法所稱之人⁵⁹。其後，在U.S. Postal Service案中，聯邦最高法院又進一步強調聯邦政府並非人，因此不能成為反托拉斯法被告之見解⁶⁰。主要的原因是反托拉斯法的任務被認為是針對私人行為進行規範，民主政治過程中所產生的不完美或是限制競爭的結果，並非反托拉斯法的規範目的⁶¹。

若是由聯邦政府成立之組織所為之行為，則必須考量該法人是否從政府中脫離。例如，郵政機關雖然在組織上具有一定程度的獨立性，但在法令上賦予郵政機關不追求利益之公共性，且該機關欠缺決定價格之權限而須由獨立的費率組織決定時，可被界定為屬於政府之一部分而不構成反托拉斯法所稱之人⁶²。

又若是由州政府或所屬自治團體所為之行為，同樣可能對於市場競爭產生影響。但由於反托拉斯法的立法，並沒有限制州行為之目的，在聯邦與州的二元體系下，只有國會明確地限制州行為時，才能針對州的權限加以限制⁶³。此種基於憲法權限分配而建立之豁免，又稱為「州行為原則」(State Action Doctrine)，使得州政府之行為，不違反聯邦反托拉斯法⁶⁴。若是由州所成立之機關、自治

⁵⁹ United States v. Cooper Corp., 312 U.S. 600, 613 (1941).

⁶⁰ *Flamingo Indus.*, 540 U.S. at 745-46.

⁶¹ PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, VOL. I 168 (4th ed. 2013).

⁶² *Flamingo Indus.*, 540 U.S. at 747.

⁶³ *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, 351 (1943).

⁶⁴ 關於州行為原則之進一步介紹，see ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, HANDBOOK ON THE SCOPE OF ANTITRUST 101-19 (2015). HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 927-52 (6th ed. 2020).

元照出版提供 請勿公開散布

團體、私人之行為，若欲適用州行為原則，原則上必須滿足「明確的法規範授權」和「州政府的積極監督」之條件⁶⁵。

藉由以上討論可以理解，在聯邦反托拉斯法的法律架構中，可透過主權豁免、人的要件、州行為原則等觀點，說明政府及其周邊主體之行為是否適用反托拉斯法之理由。但此一分析，主要仍是強調行為所依據的法律授權之有無。

4. 政府行為與事業要件：法規範作為正當理由

綜上所述，在分析產生限制競爭效果之政府行為是否應適用競爭法時，儘管歐美日所採用不同切入點，但分析皆與行為有無法律授權有關。換言之，即便行為足以產生限制競爭效果，但若是追求其他法律規範之目的時，則可考量該行為在競爭法上是否具有正當理由。這確實也印證事業要件具有「實質違法性」分析之觀點。

若如此理解事業要件所具有之功能，進一步的疑問在於：事業要件中屬於「實質違法性」之分析，全面回歸至違法性判斷要件中進行分析，而不以事業作為根據，有無實益？

具體來說，公平法上之事業有「當然事業」與「功能性事業」之區別，在功能性事業的判斷中，基於經濟活動等要素，分析行為主體之事業該當性。但另一方面，當政府任務公司化後，以公司型態承擔政府任務時，則無法基於「功能性判斷」論述其產生之限制競爭效果不受公平法禁止之理由。此時，又必須透過正當理由分析，排除行為之違法責任。此一當然事業與功能性事業之分，造成功能性判斷的功能外溢至其他公平法規範之要件，形成複雜的規範結構。若將事業要件中屬於正當理由之分析，回歸至行為違法性判

⁶⁵ 針對州律師公會之討論，*see Bates v. State Bar of Ariz.*, 433 U.S. 350, 362 (1977). 針對私人行為之討論，*see Cal. Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97, 105-06 (1980).

元照出版提供 請勿公開散布

斷時加以分析，則可避免此種因「當然事業」與「功能性事業」所產生的割裂適用的情形（詳參本文後述「伍、一」之討論）。

參、「獨立性」於公平法之應用與功能

獨立性要素之功能，是要將能自主決定其生產或交易行為之主體納入適用範圍⁶⁶。反面來說，獨立自主而有影響市場交易秩序及競爭之可能者，才有受公平法規範之必要⁶⁷。

獨立性在公平法之具體應用，主要是發揮反面排除功能，使勞工（包含工會在內）之行為排除公平法適用。但過去也有基於獨立性而將「靠行業者」認定為事業之情形存在。

本文以下，從事業認定之「相對性」原則切入，分析我國實務及歐美日競爭法之執法觀點，並再基於「實質違法性」與「責任歸屬」之分析，解析獨立性之實質功能。

一、勞工與獨立性

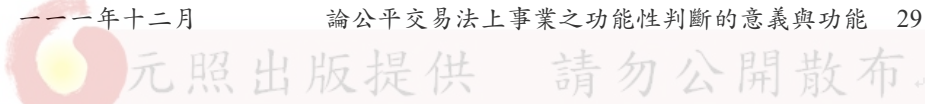
（一）現行法下之概況與問題提起

我國學說向來認為，勞工提供勞務受雇主指揮，不能自主決定故不能認定為是事業⁶⁸。實務上也採取此觀點，在(85)公法字第01358號函中指出，保險業務員若為保險公司之員工，因缺乏獨立性故所為招攬業務之行為係屬公司之行為，業務員不構成事業。相對的，若非受僱員工而具有獨立性，則構成事業。

⁶⁶ 廖義男，同註2，頁17。

⁶⁷ 廖義男，同註9，頁100。

⁶⁸ 廖義男，同註2，頁26-27。黃茂榮，公平交易法理論與實務，頁65-66，1993年10月。



若勞工團結一致而針對勞動條件形成競爭停止之合意時，或是以罷工等形式對雇主形成共同杯葛時，是否可能違反公平法？論者曾有指出此種行為具有卡特爾之性質，在外國法係基於勞工政策目的而受到正當化⁶⁹；但學說向來認為，勞工並非事業，工會發動罷工也並非從事交易行為，故從行為主體之層次而言，皆無公平法之適用⁷⁰。

關於勞工與獨立性之關係，值得注意之處有二點：第一，勞工組成工會爭取勞動條件改善時，藉由「事業」要件排除行為適用公平法。然而，並非從屬於雇主之自營作業者也能組成工會爭取工作條件之改善，但同時也能構成公平法事業。若其爭取工作條件改善時，應如何評價該行為之違法性？

第二，在獨立性之觀點下勞工並非事業，因此以往強調勞工與雇主間有關提供勞務之法律關係，係由勞動法規規範，而非公平法之適用範圍⁷¹。然而，勞動市場中買方市場地位所形成的問題，乃至於雇主在勞動市場中就對方員工達成之互不挖角協議（no-poaching agreement）的適法性，近來成為競爭法討論之重要議題。若貫徹交由勞動法規規範之原則，則可能完全排除競爭法於勞動市場中之適用。儘管外國法上也有獨立性之考量基準，但似乎並未如此嚴格排除競爭法於勞動市場之適用，而值得關注。

⁶⁹ 劉紹樑，公平交易法執行的回顧與前瞻，載：產業結構與公平交易法，頁42-43，1994年6月。

⁷⁰ 參閱廖義男，同註2，頁26-27、40-41。黃茂榮，同註68，頁67。

⁷¹ 廖義男，同註2，頁26-27、41。廖義男，同註9，頁100。

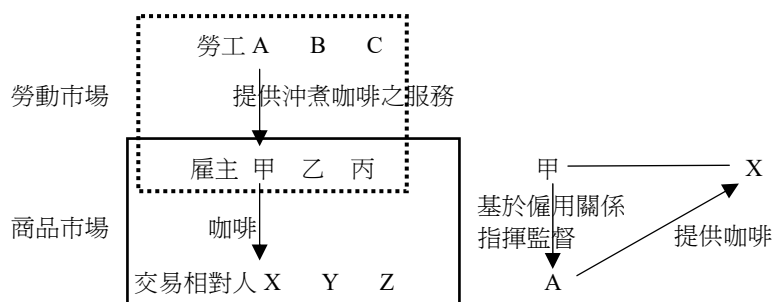
元照出版提供 請勿公開散布

(二)以「相對性」作為切入點下之分析

1. 勞工所參與之不同交易行為

承前所述，事業之功能性判斷乃是「相對」的概念，必須基於不同行為而分析行為主體在從事該行為時之具體角色，不能抽象地進行通案性判斷。

若在相對性的觀點下，探討勞工行為之法律評價，可將勞工所涉及的交易行為，區分為「勞工協助雇主參與市場競爭」之行為，以及「勞工將自身服務提供給雇主」之行為。試以下圖簡要表達。

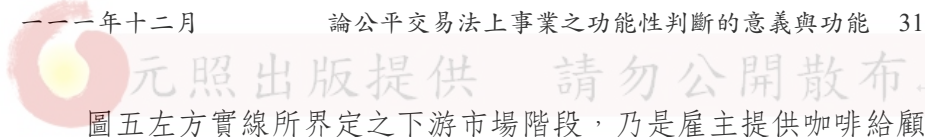


圖五 勞工與雇主間之交易關係（以咖啡銷售為例）

資料來源：作者自繪

假設圖五之市場中，甲、乙及丙乃是銷售咖啡之事業，A、B及C為使用器材沖煮咖啡之勞工，X、Y及Z為購買咖啡之顧客。

圖五左方虛線所界定之上游市場階段，乃是勞工提供服務給雇主時之「勞動市場」中之競爭關係。作為供給者的勞工A、B及C為了取得更好的僱用條件而會在作為需求者之雇主甲、乙及丙間選擇較佳之工作機會。同時，雇主甲、乙及丙也會考量薪資及能力，爭取更適合的人才。



圖五左方實線所界定之下游市場階段，乃是雇主提供咖啡給顧客時之「商品市場」（亦可適用於服務）。作為供給者的雇主甲、乙及丙為了爭取與需求者X、Y及Z交易，必須依靠勞工作為其手足，向X、Y及Z提供優質商品。在此一過程中，雖然交易是在雇主與交易相對人間進行，但如圖五右方所示，勞工在雇主之指示監督下，提供商品給（雇主之）交易相對人。儘管A、B及C參與交易行為，但僅係作為雇主之手足，協助雇主進行交易。

2. 獨立性之真正功能：勞工於商品市場中協助雇主之行為

由圖五可以得知，在不同階段的市場中，存在著「勞工爭取僱用機會、雇主爭取勞工」、「勞工協助雇主爭取交易機會」之不同競爭關係。儘管勞工在不同市場中皆有參與交易，但其意義不盡相同。在商品市場中，勞工確實受到雇主之指揮監督，依照雇主指示提供商品或服務。此時，勞工儘管參與交易活動，但並非真正從事競爭之人。相對的，在勞動市場中，是否與雇主締約、以何種條件締約，勞工則是獨立於雇主而能進行選擇⁷²。因此，在相對性的觀點下，基於商品市場中「勞工協助雇主爭取交易機會」時之從屬關係，論述勞動市場中欠缺獨立性之觀點，似乎有欠周延⁷³。

由此可知，向來學說所指勞工受雇主指揮監督不能自主決定故不構成事業，可適用於前述商品市場之行為中。因勞工不參與商品

⁷² 雖然雇主往往能控制交易條件，但雇主具有議價能力、不受競爭者（其他雇主）牽制，乃是市場支配力的問題，與事業之分析屬於不同層次。

⁷³ 確實在勞動法上，基於從屬性之觀點說明勞工之性質。如在司法院大法官釋字第740號解釋理由書中，即基於從屬性分析保險業務員是否構成事業。學說也以從屬性作為勞動契約之討論前提，參閱黃鼎佑增修、黃越欽著，勞動法新論，頁153-156，2015年8月，5版。但不同法律領域即便是評價相同行為，也應基於該法律規範之規範精神切入。其他領域，固然有值得參考借鑑之處，但既然相對性乃是公平法上功能性判斷之原則，則應在此一原則下發展競爭法之理論，不必然須受其他法律規範之分析影響。

元照出版提供 請勿公開散布

市場競爭活動，自然也欠缺作為獨立競爭主體而受到競爭法評價之必要。進一步言之，在此種市場中，勞工固然可能參與違反公平法之行為，但由於勞工係受雇主指揮監督，因此責任應由有指揮監督權之雇主負責。又即便違法行為是由勞工自發形成，但勞工既非獨立參與競爭活動之主體，雇主又較能藉由事前之法律遵循（compliance）教育預防，故行為責任由雇主概括承擔。

例如，在南一書局案中，南一書局之勞工涉及以不當贈品爭取交易機會，儘管南一書局主張相關贈品皆為勞工自行準備，但公平會仍以「就執行業務範疇內所為之行為，被處分人即應盡選任監督責任⁷⁴」，將勞工之違法行為責任交由雇主承擔。此種執法觀點，值得肯定。

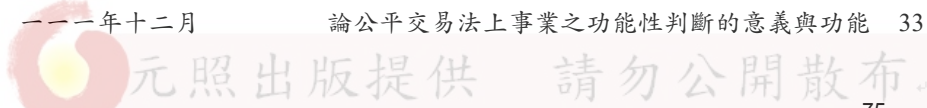
若與行政罰法第7條將勞工等人之過失推定為雇主過失之規定合併觀察，可以發現該規定提供主管機關追究雇主責任之依據，而同時藉由公平法事業要件排除勞工構成行為主體。兩者相輔相成下，一方面將勞工行為與雇主責任產生連結，另一方面將勞工責任全盤免除。由此可以看出事業要件所能發揮之「責任歸屬分配」機能。

3. 不應適用獨立性之情形：勞工於「勞動市場」中之行為

(1) 公平法現況下之執法概況及疑義

儘管勞工在商品市場中受到指揮監督，但在勞動市場中爭取交易機會時，係基於自身的意思決定參與競爭活動，雇主無從為指揮監督。易言之，雇主在勞動市場中以較好的勞動條件爭取勞工時，正是因為勞工作具有獨立自主、決定交易對象之能力。若勞工無法獨立決定交易對象，雇主間之競爭關係根本無從成立。因此，由相對

⁷⁴ 公處字第106018號處分書，事實、二、(三)及理由、五；頁2、4。



性的分析來看，獨立性並不足以在勞動市場排除勞工構成事業⁷⁵。

又在勞動市場中之所以認為勞工不構成事業，主要應該是為了避免勞工之團結行為構成聯合行為。在聯合行為「原則禁止，例外許可」之觀點下⁷⁶，未事前得到許可之罷工，也可能受到禁止。但此種執法，可能使得勞動法欲促進勞工團結之精神受到侵蝕，故藉由獨立性之分析排除公平法適用於勞工之團結行為。

若問題涉及獨立提供勞務之自營作業，狀況則較為複雜。依工會法第6條第1項第3款規定，非從屬於雇主之自營業者得成立職業工會⁷⁷。因此，即便自營業者提供服務給交易相對人時因具有獨立性而構成事業，但仍能依工會法規定進行「勞動條件」之協議⁷⁸。此種非勞工之事業依勞動法規爭取改善勞動條件之行為，在公研釋第109號解釋卻被認為「自與公平法無涉」。

由此號解釋可以發現，僅以獨立性之要素無法處理所有涉及勞動條件改善之協議。儘管正當理由相同（確保勞動法規保障之團結權）、結論也相同（團結行為不違反公平法），但現行架構中卻必須區分行為主體是「勞工」與「非勞工」而有不同分析路徑。另一方面，公研釋第109號解釋「自與公平法無涉」之見解，卻又與強

⁷⁵ 日本學說上也有藉由「獨立性」排除勞工之事業該當性之觀點。但此學說是基於「反射效果」將商品市場中欠缺獨立性之認定反射至勞動市場中。參閱 舟田正之「独禁法上の『事業者』」判例タイムズ1134号72頁（2004年1月）。之所以透過反射效果說明，而非直接使用獨立性作為根據，或許也是意識到勞動市場中勞工爭取交易機會時係居於獨立地位，故無從基於獨立性說明。

⁷⁶ 廖義男，同註9，頁338-339、345-346。何之邁，聯合行為，月旦法學教室，62期，頁68，2007年12月。

⁷⁷ 如依照行政院勞工委員會勞資1字第1000076285號書函，多層次傳銷從業人員亦得成立職業工會。

⁷⁸ 參閱廖義男，同註9，頁100。

元照出版提供 請勿公開散布

調聯合行為必須事前獲得許可之「原則禁止，例外許可」立場並不完全一致。從本文理解來看，公研釋第109號解釋應是基於公平法第46條規定肯定依循勞動法之行為具有正當理由。然而，若能接受「非勞工之事業」得藉由公平法第46條正當化，為何不以相同邏輯使所有涉及勞動條件之行為在法律規範目的內受到正當化？如此既能統一所有涉及勞動條件改善之協議的思考路徑，又能使事業要件之分析依循相對性之基本原則。

(2) 勞動市場中限制競爭合意適法性之比較法分析

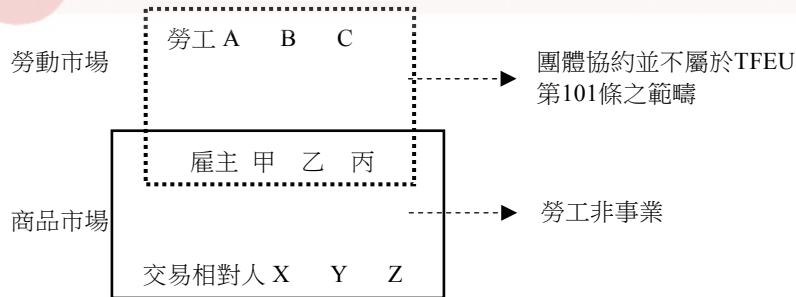
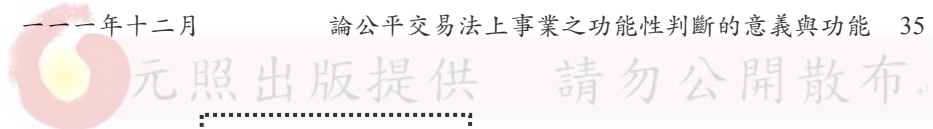
由比較法來看，其他競爭法法域（即便是採用事業要件之歐盟與日本法）也未必是藉由「事業」要件，論述勞動市場中之水平限制競爭合意之適法性。

首先，歐盟競爭法多強調勞工不構成事業⁷⁹，但此一觀點之應用與我國學說及實務之論點有所不同。過去否定勞工之事業該當性的歐盟法院判決中，法院皆強調勞工在受到雇主指揮監督、且不承擔財務或商業上之風險時，構成事業之一部分⁸⁰。又法院也強調，必須由作為事業之雇主來承擔勞工行為之違法責任⁸¹。由此可知，獨立性之分析對於本文前方所述「商品市場」中勞工協助雇主進行交易之行為，確實有所適用。

⁷⁹ RICHARD & BAILEY, *supra* note 15, at 92. JONES ET AL., *supra* note 15, at 150.

⁸⁰ See Case C-22/98, *Becu and Others*, EU:C:1999:419, para. 26. Case C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, EU:C:2014:2411, paras. 33-36.

⁸¹ Case C-542/14, *VM Remonts and Others*, EU:C:2016:578, para. 24. See also RICHARD & BAILEY, *supra* note 15, at 92. JONES ET AL., *supra* note 15, at 151.



圖六 相對性原則下歐盟競爭法對勞工行為之評價

資料來源：作者自繪

相對地，當涉及勞動市場中之勞工行為時，歐盟法院所採取的觀點則有所不同。在Albany案中，勞工與某些雇主達成協議，使得該產業形成單一年金基金制度並適用於所有勞工，進而產生違法疑義⁸²。儘管涉及勞工之行為，但法院並非基於「勞工非事業」之觀點切入。法院在該案中，首先強調了其他歐盟條約中所追求的社會政策及勞資對話之重要性⁸³。接著指出，若禁止團體協約，可能使歐盟條約所追求的前述目標受嚴重影響。因此，必須將整體性地解讀歐盟條約，考量行為之本質與目的，進而認為勞工與事業間之團體協約並不屬於TFEU第101條第1項之規範範疇（falling outside the scope of Article [101](1) of the Treaty⁸⁴）。由於該案之行為係以團體協約形成，並直接有助於勞動條件改善，因此該案之團體協約被認為不屬於競爭法之規範範疇⁸⁵。

⁸² Case C-67/96, Albany, ECLI:EU:C:1999:430, paras. 47-52.

⁸³ *Id.* at paras. 54-58.

⁸⁴ *Id.* at paras. 59-60.

⁸⁵ *Id.* at paras. 61-63.

元照出版提供 請勿公開散布

由Albany案可以發現，當勞工在勞動市場上與雇主進行協議時，並非基於受雇主指揮監督等主張免除行為違法性。相對的，勞資協議之正當性必須考量其他歐盟條約之精神⁸⁶、是否以團體協約之形式形成、是否直接有助於勞動條件之改善等因素⁸⁷，其法律依據則是藉由「TFEU第101條之規範範疇」論述。

由此來看，歐盟法並非透過「勞工非事業」之觀點一招打天下；相對的，在相對性的原則下，採用不同切入點適切地說明不同行為之適法性根據。

其次，在美國法上，勞動市場中之勞工團結行為原則上有反托拉斯法之適用⁸⁸。在國會立法下，制定反托拉斯法之「法定除外適用」(statutory exemption)，排除勞工間之團結行為之違法性。但勞工與勞工以外之人（特別是雇主）所為之協議，則不適用法定除外適用。法院在考量勞動法之規範精神下，係另外創設「非法定除外適用」(nonstatutory exemption)，免除雇主與勞工間之協議的

⁸⁶ 在Pavlov and Others案中，法院認為歐盟條約中不存在保障專門職業人員以團體協約改善勞動條件之條款，因此不能認為此種團體協約不屬於TFEU第101條之範疇。Joined cases C-180/98 to C-184/98, Pavlov and Other, EU:C:2000:428, paras. 68-70. 在FNV案中也強調，自營業者 (self-employed) 與雇主間的對話，即便有助於勞動條件改善，也屬於競爭法之規範範疇。但如果只是外表上看起來是事業的「不真正自營業者」(false self-employed)，則其行為仍不屬於競爭法規範範疇。See Case C-413/13, FNV, EU:C:2014:2411, paras. 29-31.

⁸⁷ 基於相同判斷基準，分析團體協約適法性之案件，see Case C-222/98, Van der Woude, EU:C:2000:475, paras. 22-27. Case C-437/09, AG2R Prévoyance, EU:C:2011:112, paras. 29-32.

⁸⁸ 依照Herbert Hovenkamp教授之研究，自1890年Sherman Act制定後的7年間，在下級審共有13件反托拉斯法案件，其中僅有1件與資本家有關，其餘12件皆涉及工會。See HERBERT HOVENKAMP, ENTERPRISE AND AMERICAN LAW, 1836-1937 at 229 (1991).

違法性⁸⁹。

然而，儘管非法定除外適用是考量勞動政策下，使反托拉斯法之適用受限，但並非絕對排除所有勞資協議適用反托拉斯法之可能。若勞工與雇主間合謀，藉由勞資協議之外觀作為掩護雇主進行限制競爭行為，仍屬違法⁹⁰。由此來看，勞動市場並非反托拉斯法禁止進入的神聖領域，非法定除外適用仍須在滿足一定要件下，方能使勞資協議具有正當性。

例如，*Pennington*案中指出，若協議僅限於以薪資作為協議內容，且該協議不適用於未參加協議之人，則該協議具有正當性⁹¹。*Jewel Tea*案中之相對多數意見，則是認為可擴張包含薪資、工時勞動條件等事項，但明確排除針對商品價格等非強制協議事項進行協議。另外，又增加誠實且平等（*bona fide, arm's-length*）的磋商過程、並非受到其他非勞工團體之要求或是與之結合下所為等要件⁹²。在*Connell*案中，法院強調工會並不會因其目的而使所有手段都具有合法性，必須與薪資工作條件有關，才得以排除適用⁹³。

藉由這幾則代表性案例可以理解，儘管法院認為保障勞工團結

⁸⁹ *United Mine Workers Am. v. Pennington*, 381 U.S. 657, 664-65 (1965). *Local Union No. 189, Amalgamated Meat Cutters v. Jewel Tea Co.*, 381 U.S. 676, 689-90 (1965). *Connell Constr. Co. v. Plumbers & Steamfitters Local Union No. 100*, 421 U.S. 616, 622 (1975). 關於非法定除外適用之介紹，*see* ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *supra* note 64, at 194-99. HOVENKAMP, *supra* note 64, at 915-18.

⁹⁰ *Allen Bradley Co. v. Local Union No. 3, Int'l Bhd. of Elec. Workers*, 325 U.S. 797, 808 (1945). *Connell*, 421 U.S. at 622-23.

⁹¹ *Pennington*, 381 U.S. at 664-66.

⁹² *See Jewel Tea Co.*, 381 U.S. at 689-90.

⁹³ *Connell*, 421 U.S. at 625-26. 非法定除外適用之要件，仍不斷在發展當中。其他關於近期下級審法院案例之整理，*see* ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *supra* note 64, at 205-06.

元照出版提供 請勿公開散布

乃是重要的政策，但並非在勞動市場中即基於形式而機械式地絕對排除反托拉斯法的適用。相對的，在不同法律規範間產生重疊時，欲使競爭法規範後退時，仍必須確保行為與其目的間具有合理關聯，確保勞工團結所帶來的利益能大於犧牲自由競爭所產生的弊害。這與使競爭法從勞動市場中完全撤守之觀點，有著極大差異。

最後，在日本法上，針對勞工所涉及的團結行為，向來是以勞工不構成事業故其團結行為自不適用獨禁法規定，加以說明。但此種觀點，近年也受到不少挑戰與調整。

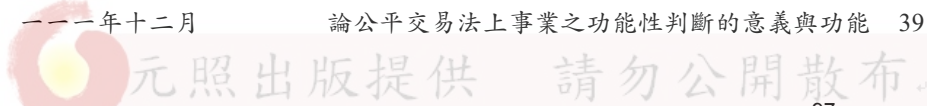
由歷史脈絡來看，在第二次世界大戰後制定獨禁法時，在一九四六（昭和二十一）年由盟軍最高司令官總司令部（**General Headquarters, GHQ**）所提出之草案中，參考美國法而特別針對團體協約訂有除外適用規定⁹⁴。然而，日方代表認為「工會在法條文義解釋上當然不適用〔獨禁法〕，故無須特別加以規定⁹⁵」而加以反對，最終在一九四七（昭和二十二）年制定的獨禁法中，也並未針對團體協約訂定除外適用。學者認為，應是日方代表有著獨禁法本來就不應適用於勞工或工會之刻板印象⁹⁶。

或許正是受到此種刻板印象的影響，反而使得如何排除勞工、工會適用獨禁法產生疑義。學說上經常以「不構成事業」為由排除

⁹⁴ 大藏省財政史室編『昭和財政史：終戦から講和まで（第二卷：独占禁止）』東洋經濟新報401、408頁（1981年12月）。

⁹⁵ 同前註，427頁。

⁹⁶ 大橋敏道「独占禁止法と労働法の交錯——Labor Exemptionの日米比較」福岡大学法学論叢48卷1号4頁（2003年6月）。曾參與立法作業之人士於文獻中皆曾表示，勞動問題為勞動法制之範疇、屬於勞動委員會之權限，故独占禁止法不須規範。參閱橋本龍伍『独占禁止法と我が国民經濟』日本經濟新聞社75頁（1947年9月）。石井良三『独占禁止法：過度經濟力集中排除法（初版）』海口書店292-293頁（1947年12月）。



勞工行為適用獨禁法，但卻不能合理解釋勞工非事業之依據⁹⁷。早期有以勞工並非「經營事業」作為其理由⁹⁸，其後也受到學說沿用⁹⁹。然而，確實在一九四七年制定之獨禁法中以「經營事業」作為事業之要件，但由於其文義過於限縮，在一九五三（昭和二十八）年修正時，法條文字早已由「經營」擴張為「從事」並沿用至今。從而，此種立論於「經營事業」之解釋，早已喪失條文上之立論基礎。

部分學說，也有藉由「獨立性」說明勞工從屬於雇主時，不構成事業¹⁰⁰。但針對勞動市場中之團體協約等行為，則以商品市場中勞工欠缺獨立性之認定，可發揮「反射效果」之作用，使勞工在勞動市場中構成不事業¹⁰¹。此種觀點，一方面違反相對性之判斷

97 此種觀點往往淪於斷言式的敘述，欠缺說理根據。例如橋本龍伍，同前註，117頁。田中誠二、菊地元一、久保欣哉、福岡博之、坂本延夫『コンメンタール独占禁止法』勁草書房62頁（1981年7月）。根岸哲編『注釈独占禁止法』有斐閣9頁（根岸哲執筆）（2009年12月）。金井貴嗣、川瀆昇、泉水文雄編『独占禁止法（第六版）』弘文堂23頁（泉水文雄執筆）（2018年4月）。和久井理子「労働組合・団体交渉・労働協約と独占禁止法——労働者概念をめぐる試論」金井貴嗣、土田和博、東條吉純編『経済法の現代的課題：舟田正之先生古稀祝賀』有斐閣101-102頁（2017年5月）。學說有明確指出，独占禁止法之條文文義乃至於通說所採取之標準皆不足以排除勞工構成事業。必須基於独占禁止法的目的與性質限縮事業之範圍，才能使勞工排除独占禁止法之適用。參閱江口公典「独禁法の基本概念」日本経済法学会編『経済法講座2：独禁法の理論と展開(1)（第二篇）』三省堂26頁（2002年10月）。

98 石井良三，同註96，64-65頁。

99 正田彬，同註51，127頁。類似觀點，田中誠二、久保欣哉『新版経済法概説（三全訂版）』千倉書房96頁（1990年4月）。

100 參閱正田彬，同註51，127-128頁。舟田正之，同註75，72頁。

101 舟田教授採取「反射效果」觀點說明勞動市場中勞工之事業該當性，但也強調應以「行為」而非「行為者」之相對性分析觀點。參閱舟田正之，同註75，69-70、72、77頁註21。

元照出版提供 請勿公開散布

原則，但也凸顯出勞動市場中之確實未必能以「獨立性」作為勞工不構成事業之依據。

學說上有不同觀點，認為即便不透過事業要件，仍可藉由正當理由之分析免除團結行為之違法性，故對於是否有必要使事業要件承擔此一功能，有所質疑。此外，若在事業要件中將勞工完全加以排除，可能使得涉及僱傭契約的行為完全排除獨禁法之適用，將過於僵硬地限縮獨禁法之適用範疇¹⁰²。

在工作形式多樣化、勞工概念擴張、勞動人口減少等變化下¹⁰³，日本公平會委請學者專家就勞動市場之競爭法適用進行研究，並在二〇一八年發表「人力資源與競爭政策研究報告（人材と競争政策に関する検討会報告書）」（下稱「二〇一八年研究報告」）。其中指出，在勞工概念的擴大下，即便是以僱傭契約以外之形式約定提供服務之人，也可能構成工會法（労働組合法）所稱之「勞工」，但此種「勞工」也可能構成獨禁法上之事業。

因此，研究報告中指出，將勞工解讀為當然不構成事業之觀點並不恰當，必須就行為主體進行個案認定。但報告中也指出，「典型勞工」仍非獨禁法上之事業，故其之行為（包含團結行為在

¹⁰² 例如，排除雇主間互不挖角協議適用獨禁法之可能。對此種觀點之批判，參閱白石忠志，同註16，152-153頁。白石忠志「人材と競争の論点整理」ビジネスロー・ジャーナル2018年7月号31-32頁（2018年7月）。白石忠志、多田敏明編『論点体系独占禁止法（第二版）』第一法規7頁（滝澤紗矢子執筆）（2021年5月）。

¹⁰³ 公正取引委員会競争政策研究センター，人材と競争政策に関する検討会報告書，頁1-2（2018年2月）。關於近年來勞工概念的擴大，及其與獨占禁止法產生交錯之背景，參閱荒木尚志「労働組合法上の労働者と独占禁止法上の事業者——労働法と経済法の仕事問題に関する一考察」菅野和夫、中嶋士元也、野川忍、山川隆一編『労働法が目指すべきもの——渡辺章先生古稀記念（第八篇）』信山社186-188頁（2011年11月）。

元照出版提供 請勿公開散布

內)，並不會違反獨禁法。相對的，若為「非典型勞工」，其行為在勞動法之規範範疇內時，原則上也不會產生獨禁法上的問題。但若行為逾越了勞動法規之規範意旨，則仍有獨禁法之適用¹⁰⁴。易言之，即便是構成事業之非典型勞工，若行為受到勞動法制規範時，仍可排除獨禁法適用¹⁰⁵。

關於二〇一八年研究報告，值得注意者有二。第一，在研究報告中固然確認了「典型勞工並非事業」之傳統觀點，但也反映出在勞工概念的擴張下，「勞工」已經不足以為競爭法適用提供充分指引，必須先就典型與否進行分析，再另外考量勞動法規範精神才能處理法領域之分工。第二，儘管有認為本次研究報告反映出藉由全面排除獨禁法適用之「除外適用」形式處理與勞動政策之交錯，而非承認獨禁法之適用但肯定行為具有「正當理由」之觀點¹⁰⁶。但獨禁法實務及學說向來對除外適用採取嚴格解讀，認為須以明文除外規定為限；若僅是不同法律規範有所牴觸，仍須在個案中考量獨禁法之適用，而非全面排除¹⁰⁷。但二〇一八年研究報告，卻在欠缺明文規定下創設除外適用¹⁰⁸，此一「原則上不產生獨禁法上問

¹⁰⁴ 參閱公正取引委員会競争政策研究センター，同前註，9-10頁。

¹⁰⁵ 泉水文雄、荒木尚志、川井圭司、多田敏明、中村天江「座談会：人材獲得競争と法の接点」ジュリスト1523号18頁（荒木尚志發言）（2018年9月）。

¹⁰⁶ 參閱荒木尚志，同註103，204-205頁。和久井理子，同註97，105頁。武田邦宣「人材獲得市場における共同行為と独占禁止法」ジュリスト1523号38頁（2018年9月）。

¹⁰⁷ 參閱菅久修一、品川武、伊永大輔、原田郁『独占禁止法（第四版）』商事法務365頁（菅久修一執筆）（2020年11月）、山崎恒、幕田英雄編『論点解説実務独占禁止法』商事法務107頁（大胡勝執筆）（2017年2月）。金井貴嗣、川瀨昇、泉水文雄編，同註97，454頁（土田和博執筆）。

¹⁰⁸ 相同意見，滝澤紗矢子「発注者の単独行為と独占禁止法上の問題点」ジュリスト1523号42-23頁（2018年9月）。

元照出版提供 請勿公開散布

題」之結論，實與向來日本公平會實務及多數學說之立場矛盾。

總結來看，日本法在勞工非事業之刻板印象下，對於為何排除勞工適用獨禁法，向來欠缺充分的論理依據，也未有明確的判斷基準。儘管二〇一八年研究報告提供了一個很好的省思的機會，卻仍未放棄傳統的「勞工非事業」之觀點。因此，在處理與勞工相關之行為時，必須先考量其行為是否構成勞工；若不構成勞工時，再考量勞動法之規範精神，認定是否排除獨禁法之適用。此一研究報告之結論，和前述公研釋第109號解釋之我國傳統觀點相當類似。

由以上分析可以得知，藉由「事業」要件將所有與勞動行為相關之行為皆排除競爭法之適用，並非競爭法執法之主要趨勢。以上分析中，只有日本法欲透過「事業」要件一概排除競爭法適用，但隨著勞工概念擴張其弊病也受到重視，而開始進行調整，但其反映出的問題和我國相當類似。相對於此，採用事業要件之歐盟法，僅有在商品市場中基於獨立性論述勞工不構成事業；在勞動市場中之團結行為，則是在考量規範精神下，以競爭法之範疇作為正當理由之根據。在美國法，則是透過「非法定除外適用」之觀點，藉由適用條件的限制，確保競爭法之退讓具有合理必要性。

從而，本文認為，對於獨立性更正確的操作，應在相對性原則下加以區分。在勞動市場中不應基於商品市場中之「獨立性」排除競爭法之適用，無論行為主體為何，當涉及勞動法保障之團結行為時，統一藉由行為正當理由之判斷，以公平法第46條作為依據，考量行為之違法性即可¹⁰⁹。

¹⁰⁹ 在公平法第46條下，可考量不同規範之目的而承認行為之適法性。也可透過商同辦理等方式與其他機關協調任務工作，確保彼此皆能對他機關之職權有所掌握。參閱廖義男，同註9，頁95-97。即便不能否定競爭法與勞動法主管機關對於議題產生不同觀點，但見解之歧異時仍可由司法機關之協力形成均衡。

元照出版提供 請勿公開散布

4. 勞動市場中雇主間限制競爭行為之偽陰性疑慮

若雇主在勞動市場中就薪資為限制競爭合意時¹¹⁰，此行為是否適用競爭法之規定？關於此一問題，以往較少受到關注¹¹¹。

但近年來，勞動市場中買方市場力量對於勞工薪資所造成的負面影響，開始受到重視。學說上認為，從經濟學觀點來看，具有市場力量之事業對於買方或是賣方其實沒有任何區別，買方在勞動市場中的市場力量（labor market power），其實就是賣方在商品市場中之市場力量所鏡射出的形象。降低勞力成本與提高商品價格，對具有市場力量之事業而言，誘因完全相同，因此同樣有競爭法介入之必要¹¹²。

至於雇主間互不挖角之協議，其本質乃是勞動市場中買方藉由聯合行為停止競爭，此種情形下賣方究竟是否屬於事業，其實對於行為所產生的影響並無直接影響。但若過度拘泥於「勞工非事業」之觀點，很容易錯誤地認為該領域無競爭法適用之必要，產生「偽陰性」（false-negative）的執法不足問題。

¹¹⁰ 此一問題並非不可能存在，亞當斯密在其經典著作《國富論》中便曾指出，相較於勞工之聯合，很少聽到雇主的聯合，但如果因此認為雇主間不會形成聯合，可能是對這個世界一無所知。雇主間的聯合很少受人矚目，但以極機密的方式進行，正是雇主間聯合行為的特色。參閱Adam Smith著，謝宗林、李華夏譯，國富論，頁94-95，2000年8月。

¹¹¹ 之所以未重視勞動市場，學說推測有幾點理由，包含經濟學向來以「消費者」（consumer）福祉作為討論核心，此一討論能否適用於「勞工」有所疑義、在傳統產業經濟學觀點下勞動市場較為競爭不易形成獨占、再加上由勞工對於雇主提起反托拉斯法訴訟不易。又儘管工會可協助勞工向雇主提起訴訟，但在反托拉斯法早期被用作打擊工會的歷史背景下，工會對反托拉斯法的運用有所懷疑。See ERIC A. POSNER, HOW ANTITRUST FAILED WORKERS 4-5, 31-32 (2021).

¹¹² See Suresh Naidu, Eric A. Posner & Glen Weyl, *Antitrust Remedies for Labor Market Power*, 132 HARV. LAW REV. 536, 537-38, 541 (2018).

元照出版提供 請勿公開散布

以採取「勞工非事業」觀點之日本法為例，過去論者有提出勞動市場中因大量供需之存在，故互不挖角協議不易形成限制競爭效果之觀點¹¹³。過去日本公平會實務見解也曾認為，雇主共同針對薪資、工時等進行決議之行為，因屬於僱傭契約的問題，故不構成獨禁法之討論範圍¹¹⁴。換言之，僅考量僱傭契約之形式，即完全排除競爭法之適用。

但近來受到美國關於互不挖角協議之討論影響下，在二〇一八年研究報告中也明確指出，複數雇主間在市場中限制競爭時，可能對於市場競爭產生嚴重影響，無論是共同決定支付價格、或是共同限制跳槽、轉職等行為，都有可能違反獨禁法¹¹⁵。

我國學說上，有指出勞工與其雇主間有關提供勞務之法律關係，係由勞動法規規範故並非公平法適用範圍¹¹⁶。若嚴格地貫徹此一觀點，即便雇主停止競爭關係，有類似之不挖角、市場分割行為，同樣也會導出不適用公平法之結論。然而，若因此使勞動市場中之賣方競爭可能無法獲得競爭法之保障，並不恰當。

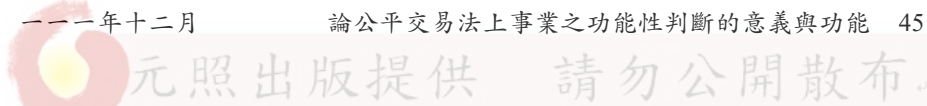
承前所述，在事業要件相對性的觀點下，考量獨立性之責任歸屬分配觀點，排除勞工在受到雇主指揮監督時之責任，確實有其根

¹¹³ 川合弘造「獨禁法實務を志す若手法律家の方に——第2回：獨禁法の適用範圍 個人の労働・事業・国営企業と獨禁法」公正取引722号86頁（2010年12月）。

¹¹⁴ 東日本大震災に関連するQ&A，問5。

¹¹⁵ 研究報告中引用Apple、Google及Adobe等公司間之互不挖角協議案，可見確實對日本競爭法之執法觀點產生影響。公正取引委員会競争政策研究センター，同註103，17頁註45。由於此一研究報告乃受日本公平會委託而進行，可以預見對日本公平會之執法會產生相當影響。

¹¹⁶ 廖義男，同註2，頁26-27。廖義男，同註9，頁100。但此一論述之脈絡，主要是從勞工受到雇主指揮監督時之角色出發，未必有基於僱用關係而排除雇主間之聯合行為之意。



據。但當勞工在勞動市場從事交易活動時，基於獨立性、僱傭契約等排除勞工構成事業或甚至於完全排除競爭法之適用，卻可能造成勞動市場中之競爭無法受到保障，而有改變之必要。退萬步言之，即便繼續堅守「勞工非事業」之傳統觀點，也必須認清公平法對於勞動關係的適用，並不應僅因涉及「僱傭契約」而當然排除，方能保障勞動市場之自由競爭。

二、靠行業者與獨立性

獨立性的另外一項實踐，主要是運用在靠行行為當中。具體來說，若事業以「靠行」之方式形式上從屬於他當然事業，但實質上獨立經營業務時，有被認為構成事業之可能。其原因在於，公平法主要著眼於行為人對於市場競爭之破壞，因此重視行為人是否實際參與競爭活動。若行為人在組織上從屬於當然事業，但實際行為人不受該當然事業之指揮監督而獨立營業時，仍會將其視為一獨立之行為主體，不將其行為責任交由被靠行之事業承擔。

在中油委外代運聯合杯葛案中，六家公司為了達成一項合約之目的，以聯合杯葛之方式，阻撓中油公司之重新招標。其中，國油公司負責人為賴君，該公司之事業項目可分為「台中地區國油」與「嘉義地區國油」兩部分。台中地區是由林君與洪君負責；嘉義地區則是由陳君與楊君以靠行之方式經營，按營業額分攤營業稅並繳交靠行費用。雖然與中油進行締約時，是以「國油公司」名義得標，但公平會在認定參與聯合行為之主體時，似基於陳君與楊君乃是屬於靠行營業之性質，將二者列為聯合行為之行為主體¹¹⁷。公平會雖然在本案中並未明確交代陳君與楊君構成事業之理由，但強調陳君與楊君屬於靠行營業之論述，應是基於陳君與楊君乃是為自

¹¹⁷ 公處字第088117號處分書，事實、一、(一)及理由、一。

元照出版提供 請勿公開散布

身之利益而從事競爭活動，並未受到國油公司之限制，故獨立評價為事業。此一認定，其後也受到最高行政法院之肯定¹¹⁸。

由此可以發現，以靠行方式參與競爭之事業，雖與被靠行之事業使用相同名義從事同一交易行為，但由於二者間僅是名義上具有一體性，實質上仍具有競爭關係。故仍須將獨立從事競爭活動之靠行者，視為是獨立的行為主體加以規範。

三、獨立性之實質功能

綜上所述，獨立性過去主要發揮排除勞工適用公平法之功能。但基於本文前述從相對性觀點出發之分析，可以理解獨立性在公平法上至少包含以下二種意義：

(一)責任歸屬之分配

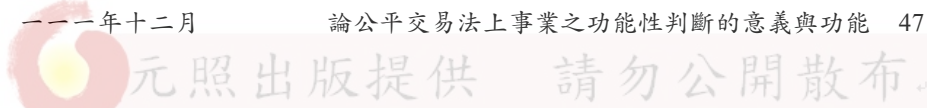
首先，獨立性在商品市場中扮演著將免除受到控制者之行為責任，將之交由具有控制力之人承擔之功能。以勞工為例，若是在受到雇主指揮監督下所為之行為，因其僅是實質控制者之機關或手足，故不應由其作為行為主體承擔公平法之違法責任。故藉由事業要件分配其行為之責任，將受控制者所生之違法行為，交由實質控制者負責。由於控制者實際上是具有指揮監督權限之人，具有控制風險之能力，由其承擔法律責任，也是事理之當然。

在此一觀點下，基於獨立性排除勞工在商品市場中之行為主體性，確實有其必要。

(二)正當理由之有無

另一方面，獨立性也發揮著使某些產生限制競爭效果之行為，

¹¹⁸ 最高行政法院92年度判字第46號判決，理由；司法院法學資料檢索系統，第129-131行。



因具有正當性、適法性而不違反公平法之功能。

在我國學說及實務上，藉由獨立性推導出勞工非事業故不適用公平法，其目的即在於此。但在此種觀點下，針對非典型勞工，卻又必須藉由勞動法規範精神，排除公平法適用。儘管日本部分學說及實務，也採取類似見解，但此種「勞工」與「勞動法規範精神」之二階段處理，在行為主體層次違背功能性判斷的相對性原則、採用外延逐漸模糊之「勞工」進行初步篩選，形成不必要限縮，又再使相同法律問題（不使勞動法欲促進之勞工團結受競爭法禁止）套用不同的處理模式，造成法律體系之割裂適用。且在「勞工非事業」觀點的嚴格貫徹下，容易得出競爭法不適用於所有「僱用關係」之不當結論，使勞動市場成為競爭法之真空地帶，不可不慎。

相對的，在歐盟及美國競爭法之觀點，則並非使用此種「行為者」之角度分析，而是著重於「行為」作為分析對象，並各自藉由「競爭法之規範範疇」或是「除外適用」之觀點，承認勞工團結行為在競爭法上具有適法性。本文認為，既然其根本的問題卻都是涉及勞動團結行為之保障，那麼與其透過事業要件作為依據，不如將正當理由之規範統合，使之全部回到正當理由之分析，藉由公平法第46條作為說明根據，方更為簡易周全。

肆、「繼續性」於公平法之應用與功能

一、繼續性之意義

繼續性之要素，係指事業必須是經常性地從事生產或交易活動。若某項行為僅是偶爾為之，則行為人不構成事業。之所以有此一要素，是因為事業乃是基於持續一定行為之目的，結合人力與物

元照出版提供 請勿公開散布

力之組織體，應具有持續經營之目的¹¹⁹。

在實務案件中，通常多是基於客觀的行為期間、行為次數進行認定繼續性之存在。但也有藉由主觀意圖認定繼續性之少數案例。如在針對網路拍賣之不實廣告行為，曾有藉由「在交易相對人下單購買後，始向上游訂貨」之交易模式，認定行為主體「有意」長期且經常性銷售¹²⁰；也有藉由「先向上游廠商進貨，再於網路拍賣銷售」之交易模式，認定該行為主體「有長期且經常性從事交易之意」¹²¹。

關於繼續性之理解，值得注意者有以下二點：第一，在相對性原則下，功能性判斷應著眼於「行為」而非「行為者」之組織形式。如此一來，從持續經營之「組織體」觀點作為篩選行為主體之理由，似乎與相對性原則有所出入。第二，藉由主觀意圖論述繼續性時，公平會基於其他間接事實，認定行為人之繼續性。儘管難以理解其推論之邏輯，但之所以無法採用客觀標準，或許是因為網路拍賣平臺中有許多新創事業在草創期可能涉及違法行為（特別是不公平競爭），若對於採取嚴格之客觀基準，反而形同鼓勵新創事業從事違法行為（或是鼓勵以打游擊的方式打了就撤）。由此似乎可以發現，實務上有著放寬繼續性之認定門檻的傾向。

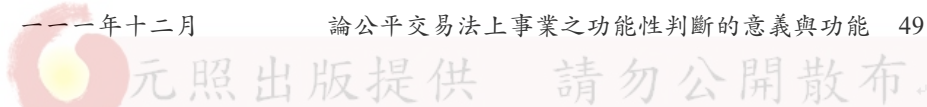
二、應用繼續性要素之類型

實務上曾就繼續性進行分析的案例較少，其中值得關注者有下列三種類型。

¹¹⁹ 參閱廖義男，同註2，頁17、27，註13。廖義男，同註9，頁99-100。

¹²⁰ 公處字第096168號處分書，理由、二、(二)；頁4。

¹²¹ 公處字第096169號處分書，理由、二、(二)；頁5。



(一)不動產不實廣告案件

學說上指出個人為汰換房屋而購買房屋者，該行為無繼續性故不構成事業¹²²。實務上也大致符合此觀點，並無個人在汰換房屋之單一交易時被認定為功能性事業。但若為不動產交易並非單一一次時，仍可能被認定為事業。

宏霖金店主案中，被處分人鄒君以銷售木材為業，在出資購地興建後以自身名義出售時，涉及不實廣告行為。公平會雖然認定鄒君除了該建案外並無其他房屋興建銷售行為，但基於銷售房屋非為滿足個人消費生活，且總數二十二戶之建案已銷售十六戶，故構成持續一定業務，滿足繼續性之要件¹²³。

又在樂耘莊園案，被處分人在購買農地後分割二十七筆銷售，儘管前後未逾半年，也被認定反覆實施同一種類之交易活動¹²⁴。

(二)涉及網路拍賣平臺交易

又在網路拍賣平臺不實廣告之案件中，繼續性經常受到討論。公平會實務上，針對買家屬於專門業者與業餘賣家加以區分。例如，在鹼性能量超濾機案中，公平會明確指出行為主體「非為業餘賣家於拍賣網站出售零星之二手商品」，而認定其構成事業¹²⁵。然而，實務上就「業餘」與否並沒有提供一個明確的判斷基準。從事拍賣二年交易者¹²⁶、累積三千件評價者不構成業餘賣家¹²⁷，固

¹²² 參閱廖義男，同註2，頁17。

¹²³ 公處字第087226號處分書，理由、一。類似案例，如公處字第083038號處分書。

¹²⁴ 公處字第105094號處分書，理由、二；頁4。

¹²⁵ 公處字第096162號處分書，理由、二；頁6。

¹²⁶ 公處字第097146號處分書，理由、一；頁1。

¹²⁷ 公處字第106051號處分書，理由、一；頁1。

元照出版提供 請勿公開散布

然可以理解；但也有十餘次交易者，在交易期間不明下被認定為事業¹²⁸。

在「業餘／非業餘」的區分下，「業餘賣家」於拍賣網站出售零星二手商品，即便行為有可能涉及違法行為（例如，從事不實廣告、或是與競爭者約定零星二手商品之價格），其行為皆不適用公平法規定。然而，功能性判斷必須將「對一定商品或服務供需之市場秩序或競爭關係有所影響者¹²⁹」皆納入公平法規範，且不公平競爭採取的是「行為不法」（競爭手段不法）之評價基準，無論其行為對市場競爭之減損程度¹³⁰。那麼即便是業餘賣家，其手段若有違商業倫理時，為何不須將其行為納入規範範疇，不無疑問。

（三）限制競爭行為與繼續性：金門西樂隊案

涉及限制競爭行為之繼續性討論甚為罕見¹³¹，其中較為特殊者為金門西樂隊案。在該案中，許君等四人為金門四家西樂隊之聯絡人，以樂隊名義接洽婚喪喜慶之西樂隊服務。西樂隊之組成本來是以「打零工」形式，在務農之餘召集組成。西樂隊原基於地區居民情誼所組成，偶爾收取外快之業餘服務提供。在金門經濟模式改變後，業餘外快始成為西樂隊成員之重要生計來源¹³²。儘管此種交易行為是以打零工形式形成，但因許君等四人已從事西樂隊服務

¹²⁸ 公處字第102160號處分書，理由、一；頁1。類似情形，如公處字第102150號處分之清蓮璞石建案，若於Google Map之街景觀察二〇一二年五月該建案位置之廣告，可知其總戶數僅有六戶，但處分書中未有任何討論即逕行認定為事業。

¹²⁹ 廖義男，同註2，頁26。

¹³⁰ 廖義男，同註9，頁14。

¹³¹ 其他曾提及繼續性之限制競爭案例，如公處字第102178號處分書。

¹³² 公處字第097080號處分書，事實、一、（二）、2.及（三）；頁2-3。

元照出版提供 請勿公開散布

多年，故被認定為繼續性提供服務之事業¹³³。

金門西樂隊案彰顯出，在長久持續之下以打零工形式從事交易之人也可被認定為事業。若與近年興起之零工經濟（Gig Economy）加以比較，在數位平臺上提供多餘勞力之人，是否也必須長年進行交易，才有受競爭法規範之必要？究竟競爭法以繼續性作為事業之要件，有何理論上之實益？若未能理解其理論上之意義，而單純形式化解讀此一要件之內涵，反而可能產生限縮競爭法適用之偽陰性結果。

三、繼續性功能之省思

(一)比較法上較難提供直接之參考

由比較法來看，在歐美競爭法上，並未對於行為主體強調繼續性之概念。

日本法上，儘管長期來也以「反覆繼續」作為事業之要素¹³⁴，但法院實務上直到一九八九年芝浦屠宰場案最高法院判決，才首次提及反覆繼續乃是事業之要件¹³⁵，但其承載之規範功能卻相當模糊。近年，學說有指出，反覆繼續不過就是個「大概」的概念，即便不能明確認定其存在，也不妨礙事業之該當性¹³⁶。由此可知，

¹³³ 公處字第097080號處分書，理由、三、(一)；頁6-7。

¹³⁴ 公正取引委員会事務局編，同註50，83頁。正田彬，同註51，126頁、厚谷襄兒、糸田省吾、向田直範、稗貫俊文、和田健夫編『条解独占禁止法』弘文堂16頁（稗貫俊文執筆）（1997年3月）。金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄編，同註97，21頁（泉水文雄執筆）。但學說上也有僅強調經濟活動，而未強調反覆繼續之觀點，參閱今村成和『独占禁止法（新版）』有斐閣36-37頁（1978年6月）。

¹³⁵ 最判平成元年12月14日昭和61年（才）第655号審決集36卷570頁。

¹³⁶ 參閱舟田正之「独占禁止法上の『事業者』」舟田正之『独占禁止法の研究

元照出版提供 請勿公開散布

繼續性在日本法扮演之功能也並不明確，難以作為參考。

(二)繼續性可能扮演之功能及省思

1. 初步分析：排除個人之出售行為

以往文獻論及繼續性之功能時，強調個人從事生產、商品交易或提供服務，如為偶一為之則欠缺繼續性¹³⁷。由於個人之消費行為在「經濟活動」要素下，已可排除公平法之適用。因此，須藉由繼續性排除者僅有個人之出售（供給）行為。由實務上常見之個人出資購買土地後興建建物出售、新創事業在網路上銷售產品等行為中，也可印證此觀點。

儘管由此可以理解繼續性之規範功能是排除個人之出售行為，但公平會實務上對繼續性之認定標準，卻顯得不太嚴格。特別是在不實廣告案件中，儘管不曾有個人之單一交易被認定具有繼續性，但即便交易次數不多（出售十六戶房屋或從事十餘次交易），仍可認定具有繼續性。換言之，繼續性之認定其實相當寬鬆。

此種執法態度與前述藉由主觀意圖認定繼續性之執法觀點，同樣顯示出實務上放寬解讀「繼續性」之規範態度。更進一步來說，由這些案件多與不實廣告有關之事實，可以得到一個初步觀察：在不實廣告（或不公平競爭）中，有廣泛地認定「繼續性」之現象¹³⁸。

2. 繼續性與限制競爭效果之可能關聯

儘管有這些觀察發現，但仍不足以說明繼續性要素存在於公平

（第一章）」勁草書房2頁（2021年6月）。本文將日文原文之「一応」翻譯為「大概」。

¹³⁷ 廖義男，同註2，頁17。

¹³⁸ 另外，本文也發現實務上在不實廣告案件中，有以「從事違法行為」論述行為主體該當性，而未分析功能性判斷三要素之論證方法，詳參本文「伍、二」之分析。

元照出版提供 請勿公開散布
法之規範功能為何。

學說以往在分析繼續性時曾有指出，經濟活動對於市場競爭產生之影響，有量變到質變的意義¹³⁹。本文認為，此一論述其實顯示出繼續性反映行為所產生之限制競爭效果程度高低之意義。

儘管歐美競爭法上並未明確採用繼續性作為行為主體之要件，但仍可觀察出行為之持續性在競爭法評價上之受到重視。首先，在判斷市場力（market power）之有無時，通常將其定義為在一段期間（for a period of time）中持續設定高於邊際成本之價格而獲取利潤之能力¹⁴⁰。換言之，若只是在短期內（for short period）在市場中產生些微影響，在此種情形下之調查、執法成本可能更高於執法所帶來的利益¹⁴¹。又在基於SSNIP（small but significant and non-transitory increase in price）市場界定時，假設性獨占者必須是「非短暫、一時」（non-transitory）的價格上漲¹⁴²。此種假設性持續獨

¹³⁹ 黃茂榮，同註68，頁48。

¹⁴⁰ RICHARD & BAILEY, *supra* note 15, at 40. See also EINER ELHAUGE & DAMIEN GERADIN, *GLOBAL ANTITRUST LAW AND ECONOMICS* 277 (2d ed. 2011). *Colo. Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of Am.*, 885 F.2d 683, 695-96 (10th Cir. 1989).

¹⁴¹ See PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION*, VOL. IIIB 413 (2015). United States Dep't of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, Ch.2 II, 20 (2008). Available at: www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm (last visited: 2022.11.18).

¹⁴² United States Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 4.1.1 (2010). European Commission, *Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law*, paras. 16-18 (1997). 因此，在市場界定時，通常會以1至2年作為「非短暫」的認定標準。GUNNAR NIELS, HELEN JENKINS & JAMES KAVANAGH, *ECONOMICS FOR COMPETITION LAWYERS* 40 (2d ed. 2016).

元照出版提供 請勿公開散布

占之觀點，代表競爭法主管機關往往並不在意一時性在市場中具有市場力量之行為¹⁴³。

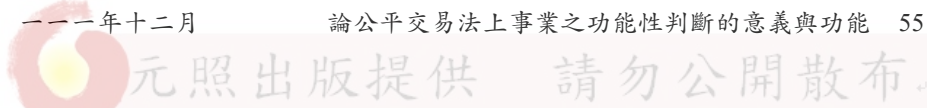
在此等分析下，市場力必須在市場中一段期間內繼續性地存在。若只是一時具有市場力，而不能持續影響價格，則該行為在受到規範之必要性可能較低。從而可以發現，繼續性其實反映出部分限制競爭效果之分析內容，僅是過去被放置在功能性判斷中而已。以金門西樂隊案為例，在傳統交易模式下，以零工形式組成之西樂隊，其一次性的交易行為對市場而言可能無足輕重；但其既已形成一定的交易模式，其西樂隊之行為對於競爭產生重要影響，而有受到規範之必要。

然而，隨著科技進步與平臺經濟的崛起，繼續性作為一種獨立標準是否有其必要，似乎值得省思。競爭法學說上有指出，繼續性是以二手商品流通尚未發達的社會作為前提所衍生出的概念。在二手商品能在網路或店家自由流通的現代社會，強調繼續性未必妥適¹⁴⁴。例如，傳統跳蚤市場中，出售商品的賣家間達成價格協議，可能只是曇花一現而不足以產生持續影響，故無規範必要。但隨著數位平臺興起，以往欠缺繼續性之零星交易、零工經濟得以藉由通路平臺而形成新的交易模式與競爭關係。儘管以往以欠缺繼續性而不規範之競爭關係，在數位平臺聚沙成塔的效果下，零星的個人交易對於市場競爭也可能產生影響之可能性已經不可同日而語。

換言之，在平臺經濟中，即便是欠缺繼續性之主體，參與競爭並對市場競爭產生影響之可能越來越容易，一旦在其間形成競爭停止合意時，造成的影響也就越嚴重。因此，與其透過標準不明的繼

¹⁴³ NIELS ET AL., *id.* at 40.

¹⁴⁴ 參閱白石忠志『独禁法事例集』有斐閣43頁（2017年12月）。白石忠志『独禁法事例の勘所（第二版）』有斐閣48頁（2010年4月）。



續性就零工經濟進行篩選，不如承認參與競爭活動之主體具有主體適格性，再透過限制競爭效果之分析排除不足以影響競爭之案例，始更為妥當¹⁴⁵。

又基於以上討論，可以發現我國公平法的一個特殊現象。亦即，儘管可以透過「市場力」之分析重視在市場中是否產生持續性影響之觀點，將「持續性」理解為發揮著一部分「限制競爭效果」有無之判斷的功能，給予持續性在競爭法理論上有一個合理的功能評價。但另一方面，實務處理不實廣告等不公平競爭案件時，卻對於「持續性」要素之認定標準進行不少放寬，似乎顯得「持續性」要素在不公平競爭之違法性判斷上，並不是重要的判斷要素。關於此種「限制競爭」與「不公平競爭」就持續性解讀適用的溫差，請參閱本文後述「伍、二」之討論。

伍、從公平法之規範特性省思事業要件之問題

本文以下，針對兩項因公平法之規範特性，所產生的特殊問題進行討論。

¹⁴⁵ 即便將零工經濟中提供服務之供給者界定為事業，但其與平臺間之交易行為也並非必然會違反公平法。儘管我國過去並無直接涉及零工經濟之競爭法案例，但學說上有從比較法觀點分析Uber司機若界定為事業時所涉及之聯合行為及垂直價格限制之議題。參閱甘琳、王立達，共享經濟有問題？探討Uber所面臨的競爭法挑戰，月旦法學雜誌，270期，頁200-204，2017年11月。此一討論並非將討論議題侷限在服務提供者之行為主體性，而是直接將問題放在競爭法理論下進行分析，值得贊同。

元照出版提供 請勿公開散布

一、相對性判斷於公平法因「不可逆性」所產生之外溢

(一)當然事業之不可逆性與功能性事業之相對性

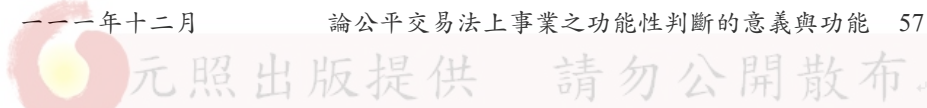
承前所述，公平法第2條第1項之事業，可區分為當然事業與功能性事業。功能性判斷要素主要是用在功能性事業，應基於「相對性」進行個案認定。即便是相同的主體，可能在某一交易行為中依據功能性判斷要素被認定為事業，但在不同交易行為中，又被認定不構成事業。易言之，功能性判斷為重視「行為」之認定方法。

然而，若行為人屬於當然事業，是否需要、是否得針對功能性要素進行分析？最高行政法院曾指出，當然事業的分類「係依照組織之法律形式，將典型或固有之事業類型予以例示，而不問其實際上是否有從事事業活動之實質¹⁴⁶」。由此可知，法院認為當然事業乃是立法者預設的事業類型，其實際上是否符合功能性判斷要素，並不會推翻立法者之預設判斷。此種基於「行為者」判斷之當然事業，無法基於功能性判斷要素推翻其事業認定之特性，可稱之為當然事業之「不可逆性」。

(二)當然事業之功能性判斷要素外溢

在不可逆性的概念下，若已構成當然事業，即便不符合功能性判斷要素，也無法在「事業」之層次否定其違反公平法之可能。從而，本來由功能性判斷要素承載之規範任務，在行為主體為當然事業時無法在事業要件進行篩選，而使該等任務外溢至其他要件，必須由其他要件承擔。從而產生，類似問題意識卻必須因應主體不同而有不同的分析邏輯；相同規範文字也必須因應主體不同而有相異詮釋之割裂適用結果。

¹⁴⁶ 最高行政法院96年度判字第505號判決，理由、六、(一)；司法院法學資料檢索系統，第226-228行。



在實務案例中，也可以發現功能性判斷之任務，外溢至其他要件之現象。

1. 事業集團內部之「獨立性」考量

在歐盟競爭法上，獨立性除了處理部分涉及勞工之行為外，最重要的功能在於分析關係企業所涉及的競爭行為。此一分析，主要在「單一經濟實體」之概念下進行討論。例如，若母公司對於子公司具有實質控制力，則從屬公司不具備獨立從事競爭活動之可能。因此關係企業內部之協議不會形成限制競爭行為¹⁴⁷。

然而，由於在我國法上具備「公司」形式之從屬公司，既為當然事業則無法以其不具有「獨立性」認定其不構成事業。因此，複數子公司，每一個都是獨立的當然事業，應受到同等評價。如此一來，關係企業內部之約定，似乎有可能形成限制競爭協議之可能。

針對此一問題，公平會曾在二〇一六年作成公法字第10515602811號令，認定關係企業間接受同一決策主體之指令時，難謂有獨立自主能力。因此，從屬於同一經營團隊之單一行為決議下，關係企業間之合作並不構成聯合行為之「合意」要件。

由此可以發現，在外國法上本來透過「獨立性」處理的問題，因公平法上當然事業之不可逆性，使得欠缺獨立性之當然事業間所為之限制競爭合議，只能透過「合意」之要件協助分擔。但產生的結果是，在功能性事業的案件中，欠缺獨立性之事業透過「獨立性」認定為不構成事業；在欠缺獨立性之當然事業則必須另外藉由合意之要件，才能排除公平法適用。

如此一來，相同的「獨立性」之判斷，僅因事業組織形式之不

¹⁴⁷ 在此一概念下來說，獨立性要素也具有「限制競爭效果」分析之功能，但在我國法上之獨立性並未承擔此功能，故在本文分析獨立性時，並不納入作為公平法上獨立性之實質功能。

元照出版提供 請勿公開散布

同，而必須分別於違法性判斷體系中的不同部分進行考量；就合意之要件，也必須區分行為主體，而有不同的規範解讀，使整體法律適用愈加複雜。

2. 公國營當然事業之「經濟活動」判斷

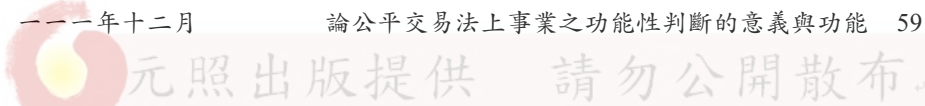
又針對政府執行某種行政任務並收取行政規費時，常以政府之行為不構成經濟活動為由，排除該行為適用公平法¹⁴⁸。但在公營事業民營化、公司化的趨勢下，許多過去曾為政府一部分的機關組織，皆獨立為公司型態而經營。然而，若已形成公司型態，即便該公司由政府百分之百持股並執行政府交辦業務，此種情形下，其收取具有「行政規費」性質之對價時事業屬性應如何評價？

公平會第1501次會議中，針對臺灣港務股份有限公司高雄分公司（下稱「臺灣港務」）收取錨泊管理費是否違反公平法進行之討論。多數意見首先以臺灣港務為公司，屬於當然事業為由，認定其事業之該當性。接著又指出臺灣港務收取錨泊管理費並非受委託行使公權力之行為，故不構成行政機關之高權行為。其後，又指出本案中涉及之法律規範並不能使臺灣港務依公平法第46條排除公平法適用。最終，則是以臺灣港務之管理費收取有可促進效率等正當理由而不違反公平法¹⁴⁹。

相對的，在魏杏芳委員之不同意見書中，針對臺灣港務構成當

¹⁴⁸ 在公平會(87)公壹字第8712491-001號函中，曾經針對中央標準局向合作廠商收取回饋金之行為進行解釋，認定收取之回饋金不具有報酬對價關係，故可認為屬於「行政規費」，無公平法適用。類似見解，可參見公處字第084108號、第084129號、第084167號、第085166號、第086216號、第087233號處分書。

¹⁴⁹ 參閱公平交易委員會，有關臺灣港務股份有限公司高雄港務分公司被檢舉向高雄港區業者收取錨泊管理費，涉及違反公平交易法規定案之委員會議決議書及不同意見書，頁1-2，2020年8月12日。



然事業並無不同觀點。但魏委員指出，臺灣港務之錨泊管理乃是「立於管制者的地位，行使國家對海域管制的公權力」；其收取之錨泊管理費具有規費之性質，故不應納入公平法之規範範疇¹⁵⁰。

在公平法上，公權力行使乃至於規費等分析，向來是「經濟活動」之考量基準。在當然事業的不可逆性下，作為當然事業之臺灣港務本來無須就經濟活動要素進行分析。但多數意見在確認當然事業之該當性後，又針對「行政機關之高權行為」進行分析。然而，此一分析，有別於分析公平法第46條之段落，因此顯然與公平法第46條無關。若非多數意見在「事業」與「公平法第46條」間創造一項新的要件，則此一當然事業之高權行為分析，似乎只能理解為是針對當然事業進行經濟活動要素之功能性判斷。但此種分析觀點，顯然有悖於當然事業之不可逆性的特質。

相對的，魏委員的不同意見，則是將原先功能性判斷中分析之「公權力」、「規費」等內容，移轉到公平法第46條判斷中使用。此一見解，確實是在公平法規範架構下，所不得不採取的解讀方法，但由此也可發現同樣是經濟活動要素中「公權力行使」與「規費收取」等判斷，必須因為當然事業或功能性事業之分，切割為不同的體系脈絡，尋找各自登場的時機。

(三)不可逆性下複雜的規範體系

綜合以上討論可以發現，若構成「當然事業」則無法透過「功能性判斷」分析，使其行為以「不構成事業」之理由脫離公平法規範。但這並不代表獨立性、經濟活動要素之規範功能在當然事業之行為中沒有分析必要。此種情形下，超出「事業」所能承載之功能，必須仰賴公平法其他要件分擔。

¹⁵⁰ 參閱同前註，頁8、14-15。

元照出版提供 請勿公開散布

然而，若藉由其他要件分擔本來放置於功能性判斷之任務，卻使得該要件會因為行為主體是「當然事業」或「功能性事業」之不同，而產生不同的解讀適用範疇，使得其他要件所應承載之功能受到牽連而更加複雜，不可不慎。

二、「競爭法上事業」與「公平法上事業」

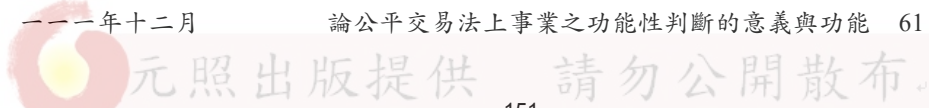
儘管向來將功能性判斷三要素當作是「事業」判斷要素。但這三項要素，是缺一不可的三項條件、或是只要具備其中一項即足以構成事業？從目前為止的實務案例來看，難以得到明確結論。甚至在許多不實廣告案件中，經常僅以「出資、決定、散發廣告」作為事業之認定標準。

從前述討論可以理解，功能性判斷三要素主要是建立在競爭法「責任歸屬」與「實質違法性」（又包含限制競爭效果與正當理由之分析）之判斷功能上成立的概念，由此可見其與限制競爭規範具有緊密之關係。在沿襲外國競爭法行為主體之討論下，被引進我國法之規定中。然而，公平法同時適用於限制競爭與不公平競爭，甚至實務上藉由概括規定而進行「創造性補充適用」。從而，源自於限制競爭規範的事業要件，與兼容並蓄的公平法，在不同規範行為模式下，可能面對不同的規範解讀需求。

（一）功能性判斷三要素為功能性事業之必要條件？

1. 學說與實務之基本觀點

從廖義男教授所起草的公平法原始草案來看，事業應為「獨立並繼續從事生產、商品交易或提供服務之行為者」，在此一定義下，具備功能性判斷三要素，即可能構成事業；而任何一項要素的



欠缺，即可使行為主體不構成事業¹⁵¹。承前所述，在公平法立法過程中，經濟部提出之草案雖同樣包含「獨立並繼續」之文字，但在行政院提出之版本中，則將此等文字刪除，並形成現行法之雛型¹⁵²。儘管現行條文中已無獨立並繼續之文字，但學說上，仍透過解釋將「獨立並繼續」解讀為功能性事業判斷要素¹⁵³。由此來看，功能性判斷三要素，乃是功能性事業之充分且必要條件。

實務上，在認定功能性事業時明確將三要素提出逐一分析者，並不多見。曾有基於被處分人獨立從事銷售建物、非對特定商品偶一交易，而為經常從事經濟活動之理由，認定其構成事業，為具有代表性之觀點¹⁵⁴。又儘管在訴訟中事業要件成為爭點者更是少見，但最高行政法院也曾明確闡明若符合繼續、獨立、從事經濟活動之要件，則可構成公平法第2條第1項第3款之事業¹⁵⁵。由此仍可認為，功能性判斷三要素乃是功能性事業充分條件。

另一方面，實務上也有以未滿足某項要素即認定不構成事業之案例。例如，公平會曾經基於事業「無從事經濟活動之情事」，認定涉及違法行為之主體不構成事業¹⁵⁶。也有指出若保險業務員為受僱員工，則欠缺獨立性故不構成事業之解釋函令¹⁵⁷。又過去也

¹⁵¹ 參閱廖義男，同註2，頁17。廖義男，同註9，頁99-101。

¹⁵² 參閱廖義男，同註2，頁18-19。

¹⁵³ 參閱廖義男，同註2，頁27。

¹⁵⁴ 公處字第084041號處分書，理由、二。

¹⁵⁵ 最高行政法院95年度判字第2128號判決，理由、五；司法院法學資料檢索系統，第316-319行。

¹⁵⁶ 公處字第105101號處分，理由、四、(一)、2；頁17。類似見解，如以公營瀝青混凝土拌合廠，因非屬營利性質不對外銷售，故不構成事業。參閱臺北高等行政法院103年度訴字第1676號判決，事實及理由、三、(一)、3、(1)；司法院法學資料檢索系統，第564-568行（為公平會之答辯內容）。

¹⁵⁷ (85)公法字第01358號函。

元照出版提供 請勿公開散布

有認為欠缺繼續性之交易行為，不構成事業故無公平法適用之行政法院判決¹⁵⁸。由此來看，在實務上同樣認為功能性判斷三要素乃是功能性事業之充分且必要條件。

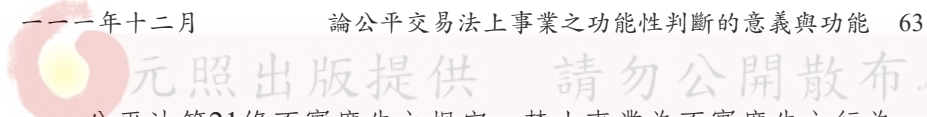
2. 以「從事違法行為」作為行為主體認定標準的執法觀點：以不實廣告執法為核心

基於以上觀點，或許會認為在實務上功能性判斷三要素同樣為功能性事業之充分且必要條件。然而，在實務上卻常見到公平會常以「行為主體從事違法行為，因此構成事業」之邏輯，論述行為主體構成事業之理由。此種觀點，與功能性判斷三要素與功能性事業間之充要條件關係有所矛盾¹⁵⁹。其中，此種不藉由功能性判斷要素認定事業之案例，最主要出現在不實廣告案件中¹⁶⁰。

¹⁵⁸ 臺北高等行政法院91年度訴字第4859號判決，理由、二；司法院法學資料檢索系統，第288-295行。儘管最高行政法院針對涉案事業是否具有繼續性之事實判斷有所質疑故撤銷此判決，但並未否定繼續性作為功能性判斷之必要條件。

¹⁵⁹ 公平會處分中不時可見僅以某一要素成立為由，認定構成事業之推論。但此種觀點或可善意理解為僅針對具有爭議之要素進行分析，而省略其他無關爭點。故明確在理由中說明其討論要素的案例，並非本文以下所欲討論之對象。

¹⁶⁰ 其餘行為中也有少數案例，如在公處字第087016號處分書中，在適用舊法第20條規定之仿冒行為時，儘管雙方對於事業之該當性有所爭執，理由中卻通篇未對於行為人構成事業之理由加以說明。又在政府採購法施行前，公平會常運用公平法第25條取締廠商借牌參與投標之行為。在此類借用他公司名義投標之行為中，行為主體時為不構成當然事業之無牌營造商。但在論述其構成事業之理由時，經常逕行認定或僅以事業「參與違法行為」作為理由，例如公處字第088131號處分書。但或許因為此種論述過於空洞，其後公平會又針對借牌參標行為創造了一種強調無牌營造商「開標前處理，得標後施作」作為依據之論述模式。例如，在公處字第090032號處分、公處字第091098號處分書。甚至有以「未從事違法行為」推論行為主體「不構成事業」之極少數案例，如公處字第090020號處分書。



公平法第21條不實廣告之規定，禁止事業為不實廣告之行為。在分析一項行為是否構成不實廣告時，經常將出資製作、決定廣告內容、散布傳播不實廣告之事業稱為「廣告主」，進而追究其違法責任¹⁶¹。廣告主既係指出資、決定、散布不實廣告之事業，當然應是先判定是否構成事業後，再認定其是否「出資、決定、散布」；而無從以「出資、決定、散布」決定是否構成事業。

然而，在過去公平會所作成之處分書中，可以發現公平會卻會在不構成當然事業，而須基於功能性判斷分析事業該當性之案例中，不針對前述功能性判斷基準進行分析，而以出資、決定、散發廣告等行為，作為論述行為主體構成「功能性事業」之理由。

這樣的觀點在相當早期的階段即已出現。例如，一九九二年陳君減肥特效藥案中，公平會並未基於功能性判斷分析事業該當性，卻以「本件被處分人係以個人名義刊登廣告並販售藥品，核屬第四款提供商品從事交易之人」作為認定理由¹⁶²。其後，此種基於刊登或製發廣告，認定構成事業之推論方法，在一九九二年至二〇〇九年間散見於公平會之處分書中¹⁶³。

由此可以發現，儘管在過去學說與公平會皆強調功能性判斷三要素是公平法第2條第1項第3款之判斷基準。但在實務運作上，卻可以在不實廣告案件中，發現不少不依循功能性判斷三要素，而僅以其涉及廣告之出資刊登行為，即認定構成事業的案例情形。似乎顯得在不實廣告案件中，功能性判斷三要素並不那麼必要。

¹⁶¹ 參閱吳秀明，大型通路上的不實廣告責任，載：競爭法研究，頁273，2010年6月。廖義男，從公平交易法談不實廣告，月旦法學雜誌，309期，頁10，2021年2月。廖義男，同註9，頁543。

¹⁶² 參閱公處字第081062號處分書，理由、三。

¹⁶³ 參閱公處字第082020號、第083033號、第086069號、第089147號、第092168號、第094116號、第095005號、第098003號、第098004號處分書。

元照出版提供 請勿公開散布

(二) 「競爭法」上之事業與「公平法」上之事業

為何在公平法上的功能性事業並非僅以功能性判斷三要素作為判斷基準？本文認為，或許與事業要件在「競爭法」與「公平法」中所扮演之不同角色有關。

1. 限制競爭與不公平競爭之行為主體定義不盡然必須一致

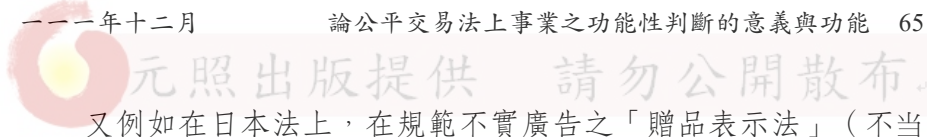
以獨立性、繼續性、經濟活動作為事業要件判斷之基準，並非我國法所獨創。承前所述，在歐盟與日本競爭法規範中都可以看到類似觀點。我國先行研究在針對此一要件進行比較研究時，似乎也是在此觀點下與外國競爭法進行比較研究¹⁶⁴。本文從責任歸屬與實質違法性判斷觀點分析事業要件後，也確認功能性判斷中確實隱含著限制競爭效果與正當理由之分析功能，印證此一要件與競爭法之關聯。

然而，此種源於限制競爭規範之功能性判斷三要素，在不公平競爭及消費者保護之規範中，卻未必會受到採用。

例如，歐盟在處理不公平競爭乃至於消費者保護行為時，則並不以「事業」作為行為主體的要件。例如，在不當交易行為指令（*Unfair Commercial Practices Directive*）中，受到規範之行為主體是以「企業經營者」（*trader*）之概念進行定義¹⁶⁵。不當交易行為指令第2條(b)款在定義此一企業經營者時，是以所有以交易、商業活動、職業之目的進行活動之自然人與法人，或是以企業經營者之名或代表企業經營者進行活動者作為其定義。由此來看，此一指令也並未要求會員國採用競爭法就事業要件採取的定義，而容許不同的規範路徑。

¹⁶⁴ 黃銘傑，同註1，頁63-67。

¹⁶⁵ 此一翻譯用語參考楊宏暉，歐盟不當交易行為指令與德國不正競爭防止法的新變革，公平交易季刊，18卷2期，頁80，2010年2月。



又例如在日本法上，在規範不實廣告之「贈品表示法」（不当景品類及び不当表示防止法）中，雖然以往作為獨禁法之特別法，且同樣以「事業」作為行為主體，故採用相同標準。但在二〇〇九年修法，贈品表示法之不實廣告等執法，由獨禁法之特別法轉變為強調其消費者保護特性之規範定位後，其「事業」之分析也被認為會有更廣泛的解讀¹⁶⁶。學說上也有批判，若不實廣告行為只是因為行為人欠缺繼續性而完全排除其行為責任，並不適當¹⁶⁷。由此也可發現，功能性判斷三要素有其競爭法意義下的功能，但對於不實廣告乃至於強調消費者權益之執法，則未必具有同樣之功能。

儘管以上僅是針對不公平競爭之規範進行有限之觀察，但已足以認為不實廣告等不公平競爭之規範中，未必以功能性判斷要素作為認定行為主體之標準，而可能有廣泛之規範解讀需求。從而，從競爭法規範功能下所導出的功能性判斷要件，在不實廣告等不公平競爭行為中未必有其必要。

2. 混合複數規範功能之公平法

回到公平法規範來看，公平法之規範範疇包含限制競爭、不公平競爭乃至於在公平法第25條進行創造性補充適用時，可能發揮保護消費者等弱勢族群之功能。因此，公平法上之「事業」，除了是「限制競爭」之行為主體外，也適用於第3章「不公平競爭」等行為，乃至於創造性補充適用。公平法上之功能性判斷三要素，其實是將源於限制競爭行為規範之功能性判斷三要素，一併套用在不公平競爭行為乃至於創造性補充適用之上。

¹⁶⁶ 林秀弥、村田恭介、野村亮輔『景品表示法の理論と実務：審決・命令・警告徹底整理』中央経済社20頁（2017年8月）。

¹⁶⁷ 白石忠志「第7回 違反要件の概要、不当表示総論（上）」NBL1055号71頁（2015年8月）。

元照出版提供 請勿公開散布

在套用事業要件至其他範疇時，顯著產生齟齬者，則為繼續性於不公平競爭行為之適用。儘管在公平法中同時規範限制競爭與不公平競爭行為，但限制競爭行為之違法性判斷與限制競爭效果影響，而被歸類為「市場不法」；不公平競爭則強調其手段違背商業倫理及效能競爭，而被歸類為「競爭手段不法」¹⁶⁸（或稱行為不法）。

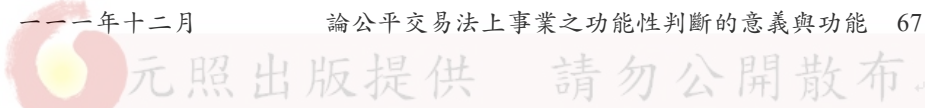
然而，承前所述，繼續性之判斷與限制競爭效果是否持續之評價具有關聯。若只是偶爾參與競爭活動，即便一時形成控制價格之能力，也未必對市場競爭產生顯著影響。由此來看，繼續性在「市場不法」的範疇中，可以作為一項參考指標，但被應用在「行為不法」的不公平競爭等行為時，由其所重視者並非行為對於市場產生之影響，因此行為主體是否持續從事交易與該行為的惡性評價欠缺重要關聯。更極端的來說，即便事業並無長久經營之意圖，而是一時性、一次性採用不公平競爭手法進行銷售，其不公平競爭行為仍可能對於市場之效能競爭產生破壞，而有受到規範必要。

在我國實務執法上發現基於主觀意圖認定繼續性之擴張解釋方法、或是在不實廣告案件中藉由「刊登廣告」作為認定依據之執法態度，也可以從此種脈絡下加以理解。在不實廣告行為中，強調「繼續性」之要素是否真有其實益，不無疑問。

又另一方面，由其他針對不公平競爭之法規範來看，似乎也少有如同公平法一般強調行為主體必須具有繼續性之規範。例如，公平法第22條規範的行為來看，向來被認為是就商標法規定的補充適用¹⁶⁹。然而，即便是在商標法規範商標侵害行為時，也不以造成侵害之人係繼續從事交易作為前提，那麼在公平法第22條適用上特

¹⁶⁸ 廖義男，同註9，頁13-14。

¹⁶⁹ 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁3-4，2021年12月，5版。



別強調侵害者須具有繼續性，似乎並不必要。換言之，即便是一次性使用或是高度抄襲，也可能造成他事業之損害，行為主體本身之繼續與否並非重要關鍵。

又例如公平法第25條過去也有針對囤積哄抬或是不適用政府採購法之借牌參標進行補充適用之案例。然而，同樣針對囤積哄抬進行規範之刑法第251條之規定，並不以行為主體必須滿足功能性判斷三要素作為要件。政府採購法第8條針對「廠商」進行定義時，也僅以「得提供工程、財物、勞務之人」加以定義，涉及刑事責任之同法第87條第5款禁止借牌參標行為時，同樣未有功能性判斷三要素之登場機會。從而，更顯見公平法在此等行為中，強調功能性判斷三要素之不必要。

綜合以上所述，在瞭解「繼續性」要件所發揮之限制競爭效果分析功能後，固然可以理解現況下在不公平競爭及消費者保護案例中放寬繼續性之認定基準，可避免繼續性所產生的不當限制是一種可能的作法。但若能釐清繼續性之功能，使限制競爭效果之評估回歸通常的分析流程，或許能使公平法的違法性判斷體系更為簡明且具有一致性。

陸、結 論

本文中，依循最初的問題設定，針對事業要件之功能，依循競爭法理論所提出的「責任歸屬」與「實質違法性」之功能，分析功能性判斷三要素之實質功能。又本文基於相對性原則，強調功能性事業分析之重點在於「行為」而非「行為者」。在此一意義下，搭配前述基本原則，重新檢視過去三十年公平法執法中功能性判斷三要素所扮演的實質功能。

具體來說，第一，經濟活動之要素，彰顯所有足以影響市場競

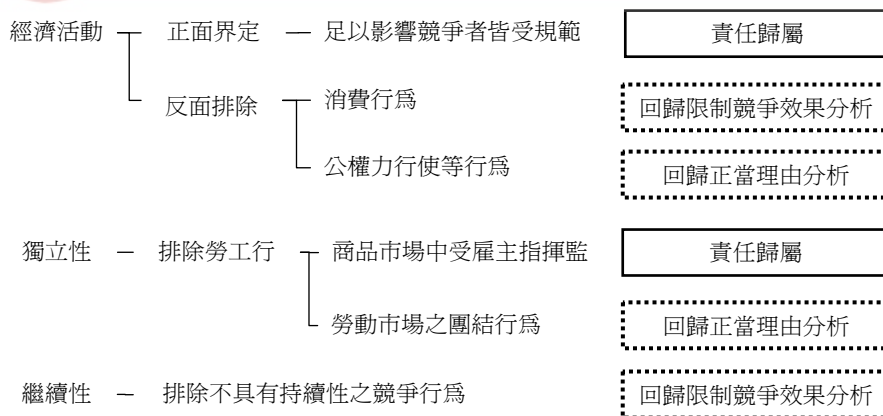
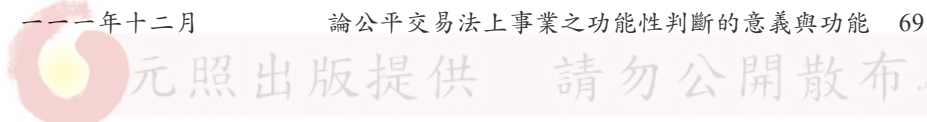
元照出版提供 請勿公開散布

爭之行為，皆應受到公平法規範之基本態度，此一正面界定之功能使行為人承擔行為受到公平法評價之責任，應值得肯定。

相對的，此一要素也作為反面排除之用，使消費者之消費行為及部分政府行為，不會違反公平法規定。然而，針對政府行為進行功能性分析時，儘管該行為是否依循法律規範，往往是分析過程中受到重視的問題。目前卻不時仰賴無償、非營利等作為說明，在基本立場上存在著前後不一的窘境。又因公平法第2條第1項第3款僅規範「供給」以排除消費者構成事業，使政府作為需求者時，必須透過其他作為供給者時之行為，才能說明作為需求者時之事業該當性。但此種論述，卻違背最基本的相對性判斷原則，呈顯出顧此失彼的困境。且在政府任務民營化、公司化的趨勢下，交由公司經營之政府任務，因當然事業具有不可逆之特性，故又必須藉由公平法第46條規定排除行為之違法性。從而呈現出，一項相同的行為僅因行為主體組織形式的不同，必須藉由不同法律條文才能論述行為適法性之割裂適用的現象。

本文試著與歐美日競爭法對照，發現政府行為背後之法律規範有無，確實對於該行為是否足以違反競爭法之判斷有重要影響。此種考量政府所為的限制競爭行為是否係依循其他法律規範之分析觀點，本文將之理解為行為正當理由之判斷。又本文認為即便大費周章將政府行為層層分類，最終在面對公營之當然事業時，仍須以公平法第46條作為法源依據，那麼為何不全面藉由公平法第46條規定作為依據，更能避免體系的複雜化。

又針對消費者所為之聯合杯葛等行為，若從經濟學觀點來看，大量參與者乃是使聯合行為難以成功的重要理由。在此一理解下，消費者之行為根本難以形成市場力量，即便不以經濟活動要素作為依據，而回歸至限制競爭效果分析，仍能給予消費行為不違反公平法適當說明。



圖七 功能性判斷三要素中的責任歸屬與實質違法性機能

資料來源：作者自繪

第二，獨立性之要素，在公平法上之主要功能在於使得勞工行為不構成事業。然而，在依循相對性之分析原則下，可以發現勞工涉及的交易至少包含「商品（或服務）市場」與「勞動市場」。在勞工協助雇主提供雇主之商品給雇主之交易相對人之商品（或服務）市場中，確實受到雇主之指揮監督。將此行為中之違法性歸由雇主承擔而不應使勞工成為行為主體，確有其合理性。

然而，在勞動市場中，雇主以較佳之勞動條件爭取勞工、勞工決定向誰以何種條件提供勞務時，難以認為此一選擇受到雇主指揮監督。因此，基於獨立性論述勞工在勞動市場之角色，從功能性判斷下來看未必是妥當的觀點。從歐美日競爭法來看，也不會在此種情形下基於「獨立性」排除勞工構成事業。另一方面，若為與勞工具有類似性質之自營作業者，在依循勞動法規進行團結行為爭取工作條件改善時，因無法藉由功能性判斷肯定行為之適法性，故又需

元照出版提供 請勿公開散布

藉由公平法第46條規定承認行為之正當理由。

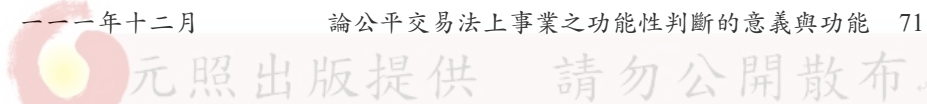
從而再次可以發現，在功能性判斷中努力強調勞工之特殊性，最終在面對類似勞工的服務提供者時，又必須再次退回到公平法第46條作為依據。若能接受以公平法第46條規定作為肯定團結行為正當理由之根據，那何不自始加以統一呢？

另一方面，若忽略相對性之原則，在行為主體的觀點過度強調勞資問題皆應優先適用勞動法規，排除競爭法適用於勞動關係之一切可能，可能反而使得競爭法無法規範雇主間互不挖角協議，損害勞工享有因雇主間競爭所產生的利益。

因此，在釐清獨立性要素所具有之機能後，本文認為在事業要件中保留屬於責任歸屬之判斷，而將勞工團結行為是否具有適法性之判斷回歸至正當理由的分析當中，更能確保公平法體系之一致性與範圍的完整性。

第三，繼續性之要素，本文認為其與市場力評價所重視之持續性分析具有類似性，可在此一脈絡下能理解其與限制競爭效果之關係。在我國實務執法上，卻可以看到繼續性之認定在不實廣告案件中有所放寬。之所以有此種現象，主要與公平法同時包含限制競爭、不公平競爭乃至於消費者保護之規範功能有關。易言之，功能性判斷三要素主要是從競爭法規範引導而來，而可由此掌握其規範功能；然而，對於不公平競爭等規範而言，重視的是手段而非市場不法之程度，從而繼續性在不公平競爭中似無分析之必要。若繼續性僅與限制競爭行為之分析相關，使相關分析回歸至限制競爭效果當中，方為良策。

總結來說，功能性判斷三要素，對於公平法引進我國後解釋說明公平法之適用範圍，提供許多值得參考的指引，奠定公平法適用的大致輪廓，有其值得尊敬的歷史定位。但隨著三十年來公平法在地生根並累積實務執法經驗下，並參考近年來比較法研究的發展，



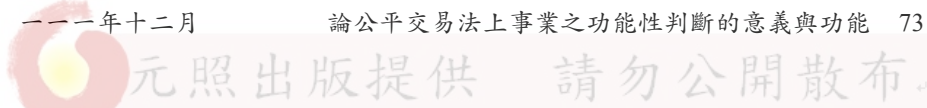
功能性判斷要素之具體功能及全貌也更能受到把握。同時，功能性判斷在公平法中所呈現的問題也逐漸浮現。本文中，藉由責任歸屬與實質違法性作為分析工具，依循相對性判斷重新解析功能性判斷之功能，認為除了「所有足以影響競爭秩序之行為皆應受到公平法規範」之正面宣示意義，以及使勞工於商品市場中依循雇主指示之行為責任歸屬由雇主承擔之「責任歸屬」功能外，其餘屬於實質違法性判斷之功能皆回歸至限制競爭效果與正當理由有無的違法性判斷體系中，可使公平法事業要件之體系變得一貫。

囿於有限篇幅，本文中僅能針對事業中之功能性事業進行討論，當然事業、同業公會等事業團體、因控制性持股而形成的事業集團在競爭法適用上所可能產生的問題，則有待未來更進一步之深入研究。



一、中 文

1. Adam Smith著，謝宗林、李華夏譯，國富論，2000年8月。
2. 公平交易委員會編，認識公平交易法，19版，2021年7月。
3. 甘琳、王立達，共享經濟有問題？探討Uber所面臨的競爭法挑戰，月旦法學雜誌，270期，頁187-211，2017年11月。
4. 何之邁，聯合行為，月旦法學教室，62期，頁60-69，2007年12月。
5. 吳秀明，聯合行為理論與實務之回顧與展望，載：競爭法制之發軔與展開，頁5-78，2004年11月。
6. 吳秀明，大型通路上的不實廣告責任，載：競爭法研究，頁268-295，2010年6月。
7. 吳秀明、沈麗玉，競爭法制革新之整體規劃與藍圖，月旦法學雜誌，228期，頁141-174，2014年5月。
8. 林子儀，公平交易法第二十一條第四項「廣告代理業、廣告媒體業及廣告主」之研究，公平交易法行為主體研析，行政院公平交易委員會八十二年度委託研究計畫四，1994年12月。
9. 莊春發，反托拉斯法經濟學論集（下），2002年9月。
10. 陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，產業經濟學——理論與實際，3版，2016年5月。
11. 黃茂榮，公平交易法理論與實務，1993年10月。
12. 黃鼎佑增修、黃越欽著，勞動法新論，5版，2015年8月。
13. 黃銘傑，第二條事業之定義，載：公平交易法註釋研究系列(一)第一條至第十七條，頁60-99，2003年12月。
14. 楊宏暉，歐盟不當交易行為指令與德國不正競爭防止法的新變革，公平交易季刊，18卷2期，頁73-130，2010年2月。
15. 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，5版，2021年12月。
16. 廖義男，公平交易法規範之事業概念，載：公平交易法論集(2)：公平交易法之釋論與實務，頁15-55，1994年2月。



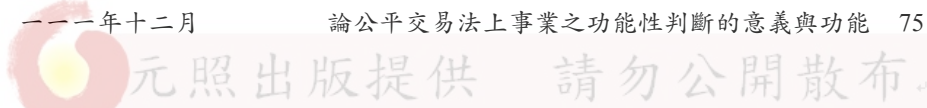
17. 廖義男，從公平交易法談不實廣告，月旦法學雜誌，309期，頁6-29，2021年2月。
18. 廖義男，公平交易法，2021年11月。
19. 劉紹樑，公平交易法執行的回顧與前瞻，載：產業結構與公平交易法，頁31-108，1994年6月。
20. 賴源河編審，公平交易法新論，3版，2005年3月。

二、日 文

1. 大藏省財政史室編『昭和財政史：終戦から講和まで（第二卷：独占禁止）』東洋經濟新報（1981年12月）。
2. 大橋敏道「独占禁止法と労働法の交錯——Labor Exemptionの日米比較」福岡大学法学論叢48卷1号（2003年6月）。
3. 山崎恒、幕田英雄編『論点解説実務独占禁止法』商事法務（2017年2月）。
4. 川合弘造「独禁法実務を志す若手法律家の方に——第2回：独禁法の適用範囲 個人の労働・事業・国営企業と独禁法」公正取引722号（2010年12月）。
5. 今村成和『独占禁止法（新版）』有斐閣（1978年6月）。
6. 公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』日本經濟新聞社（1954年3月）。
7. 正田彬『全訂独占禁止法 I』日本評論社（1980年10月）。
8. 田中誠二、菊地元一、久保欣哉、福岡博之、坂本延夫『コンメンタール独占禁止法』勁草書房（1981年7月）。
9. 田中誠二、久保欣哉『新版經濟法概説（三全訂版）』千倉書房（1990年4月）。
10. 白石忠志『独禁法事例の勘所（第二版）』有斐閣（2010年4月）。
11. 白石忠志「第7回 違反要件の概要、不当表示総論（上）」NBL1055号（2015年8月）。
12. 白石忠志『独占禁止法（第三版）』有斐閣（2016年12月）。

元照出版提供 請勿公開散布

13. 白石忠志『独禁法事例集』有斐閣（2017年12月）。
14. 白石忠志「人材と競争の論点整理」ビジネスロー・ジャーナル2018年7月号（2018年7月）。
15. 白石忠志、多田敏明編『論点体系独占禁止法（第二版）』第一法規（2021年5月）。
16. 石井良三『独占禁止法：過度経済力集中排除法（初版）』海口書店（1947年12月）。
17. 江口公典「独禁法の基本概念」日本経済法学会編『経済法講座2：独禁法の理論と展開(1)（第二篇）』三省堂（2002年10月）。
18. 舟田正之「独禁法上の『事業者』」判例タイムズ1134号（2004年1月）。
19. 舟田正之「独占禁止法上の『事業者』」舟田正之『独占禁止法の研究（第一章）』勁草書房（2021年6月）。
20. 村上政博、石田英遠、川合弘造、渡邊恵理子、伊藤憲二編『条解独占禁止法（第二版）』弘文堂（2022年2月）。
21. 和久井理子「労働組合・団体交渉・労働協約と独占禁止法——労働者概念をめぐる試論」金井貴嗣、土田和博、東條吉純編『経済法の現代的課題：舟田正之先生古稀祝賀』有斐閣（2017年5月）。
22. 林秀弥、村田恭介、野村亮輔『景品表示法の理論と実務：審決・命令・警告徹底整理』中央経済社（2017年8月）。
23. 武田邦宣「人材獲得市場における共同行為と独占禁止法」ジュリスト1523号（2018年9月）。
24. 金子晃「各種学校、宗教法人等事業者の範囲」公正取引233号（1970年3月）。
25. 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄編『独占禁止法（第六版）』弘文堂（2018年4月）。
26. 厚谷襄児、糸田省吾、向田直範、稗貫俊文、和田健夫編『条解独占禁止法』弘文堂（1997年3月）。
27. 泉水文雄、荒木尚志、川井圭司、多田敏明、中村天江「座談会：人材獲得競争と法の接点」ジュリスト1523号（2018年9月）。
28. 根岸哲編『注釈独占禁止法』有斐閣（2009年12月）。



29. 荒木尚志「労働組合法上の労働者と独占禁止法上の事業者——労働法と経済法の工作問題に関する一考察」菅野和夫、中嶋士元也、野川忍、山川隆一編『労働法が目指すべきもの——渡辺章先生古稀記念（第八篇）』信山社（2011年11月）。
30. 菅久修一、品川武、伊永大輔、原田郁『独占禁止法（第四版）』商事法務（2020年11月）。
31. 滝澤紗矢子「発注者の単独行為と独占禁止法上の問題点」ジュリスト1523号（2018年9月）。
32. 橋本龍伍『独占禁止法と我が国民経済』日本経済新聞社（1947年9月）。

三、外 文

1. ABA Section of Antitrust Law (2015), HANDBOOK ON THE SCOPE OF ANTITRUST, Chicago: ABA Book Publishing.
2. Areeda, Phillip E. & Hovenkamp, Herbert (2013), ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, VOL. I (4th ed.), New York: Wolters Kluwer Law & Business.
3. Areeda, Phillip E. & Hovenkamp, Herbert (2015), ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, VOL. IIIB, New York: Wolters Kluwer Law & Business.
4. Chemerinsky, Erwin, *Against Sovereign Immunity*, 53 STAN. L. REV. 1201 (2001).
5. Elhauge, Einer & Geradin, Damien (2011), GLOBAL ANTITRUST LAW AND ECONOMICS (2d ed.), St. Paul, MN: Foundation Press.
6. Hovenkamp, Herbert (1991), ENTERPRISE AND AMERICAN LAW, 1836-1937, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
7. Hovenkamp, Herbert (2020), FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE (6th ed.), St. Paul, MN: West Academic Publishing.
8. Jones, Alison, Sufrin, Brenda & Dunne, Niamh (2019), JONES AND SUFRIN'S EU COMPETITION LAW: TEXT, CASES, AND MATERIALS (7th ed.), Oxford: Oxford

元照出版提供 請勿公開散布

University Press.

9. Jones, Alison, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, 8(2) EUR. COMPET. J. 301 (2012).
10. Levenstein, Margaret C. & Suslow, Valerie Y., *What Determines Cartel Success?*, 44(1) J. OF ECON. LIT. 43 (2006).
11. Naidu, Suresh, Posner, Eric A. & Weyl, Glen, *Antitrust Remedies for Labor Market Power*, 132 HARV. LAW REV. 536 (2018).
12. Niels, Gunnar, Jenkins, Helen & Kavanagh, James (2016), *ECONOMICS FOR COMPETITION LAWYERS* (2d ed.), Oxford: Oxford University Press.
13. Odudu, Okeoghene, *The Meaning of Undertaking Within 81 EC*, 7 CMB. YEARB. OF EUR. LEG. STUD. 211 (2005).
14. Posner, Eric A. (2021), *HOW ANTITRUST FAILED WORKERS*, Oxford: Oxford University Press.
15. Richard, Whish & Bailey, David (2021), *COMPETITION LAW* (10th ed.), Oxford: Oxford University Press.
16. Thépot, Florence (2019), *THE INTERACTION BETWEEN COMPETITION LAW AND CORPORATE GOVERNANCE: OPENING THE 'BLACK BOX'*, Cambridge: Cambridge University Press.

The Meaning and Functions of Undertaking Within the Fair Trade Act

Yue-Jheng Niou*

Abstract

The Fair Trade Act (FTA), which is the competition law of Taiwan, applies to the conduct of an “undertaking.” Commonly accepted theories in Taiwan locate “undertaking” as the subject of the law. However, there exist foreign academic theories that emphasize the “substantive reach” and “attribution of liability” objectives of undertakings.

This paper is concerned with, first, whether an undertaking serves such policy objectives in the FTA as well. After revisiting past precedents, this paper concludes that undertakings have served both the “substantive reach” and “attribution of liability” objectives in Taiwan. Furthermore, according to the implied legal theory in existing precedents, this paper concretizes the “substantive reach” of undertakings to include both the “anticompetitive effect” and “justification” analyses.

Second, some competition law academics describe undertaking as

* Associate Professor, College of Law, Tunghai University; Doctor of Laws, University of Tokyo, Japan.


Received: May 31, 2022; accepted: October 4, 2022

元照出版提供 請勿公開散布

a relative concept. In contrast, Paragraph 1 of Article 2 of the FTA categorizes undertakings into two types: “undertaking per se” and “function-based undertaking.” The functional approach is adopted in function-based undertakings. In contrast, an “undertaking per se” is an irreversible default (it is not permitted to overrule the legal fiction to be an undertaking per se, as long as the entity is a company, sole proprietorship, or partnership).

In such a dual legal structure, the “substantive reach” and “attribution of liability” analyses engaged in “function-based undertaking” judgment played no role in the “undertaking per se” analysis. However, it is still important to analyze “substantive reach” and “attribution of liability” issues in “undertaking per se” cases. Therefore, the only remaining way is to transfer the process to other parts of the FTA harm theory. Consequently, the legal theory of FTA is divided into different types, as a result of the unnecessary subject matter.

Finally, commonly accepted theories analyze the functional approach, including three factors: economic activities, independence, and continuity. These three factors are the sufficient and necessary conditions for a “function-based undertaking.” However, after examining the precedents, this paper finds that in some cases—especially the unfair competition cases—the Taiwanese competition authority (TFTC) usually depends on a very different definition of undertaking: whether the entity is engaged in illegal conduct. A possible reason for the “fourth approach” can be attributed to the dual targets of the FTA: the FTA is not only a competition law but also an unfair competition law. Therefore, the functional approaches

元照出版提供 請勿公開散布
originating from competition law are not automatically suited to unfair competitive conduct.

Based on the previous discussion, this paper confirms that the dual system of “undertaking per se” and “function-based undertaking” does not play a non-substitutable role in the FTA; instead, it produces contradictions and complexities. A better way to solve these issues is to restore “substantive reach” back to the “anticompetitive effect” and “justification” judgments.

Keywords: Fair Trade Act, Undertaking, Undertaking Per se, Function-Based Undertaking, Substantive Reach, Attribution of Liability, No-Poaching Agreements