

國立政治大學國際貿易學系碩士論文

指導教授:蔡英文博士

國內市場通路與國際貿易法
——以美日關於日本軟片及
相紙市場爭端為例

研究生:黃 珏

民國八十八年一月

1188314

授權書
(博碩士論文)

本授權書所授權之論文為本人在國立政治大學(學院)國際貿易學系所
國際經濟法組八十七學年度第一學期取得碩士學位之論文。

論文名稱：國內市場通路與國際貿易法——以美日關於日本軟片及相紙市場爭端為例

☒同意 ☐不同意

本人具有著作財產權之論文全文資料，授予行政院國家科學委員會科學技術資料中心、國家圖書館及本人畢業學校圖書館，得不限地域、時間與次數以微縮、光碟或數位化等各種方式重製後散布發行或上載網路。

本論文為本人向經濟部智慧財產局申請專利的附件之一，請將全文資料延後兩年後再公開。(請註明文號：)

☒同意 ☐不同意

本人具有著作財產權之論文全文資料，授予教育部指定送繳之圖書館及本人畢業學校圖書館，為學術研究之目的以各種方法重製，或為上述目的再授權他人以各種方法重製，不限地域與時間，惟每人以一份為限。

上述授權內容均無須訂立讓與及授權契約書。依本授權之發行權為非專屬性發行權利。依本授權所為之收錄、重製、發行及學術研發利用均為無償。上述同意與不同意之欄位若未鈎選，本人同意視同授權。

指導教授姓名：

研究生簽名：黃 玟
(親筆正楷)

學號：85351021
(務必填寫)

日期：民國 88 年 1 月 25 日

1. 本授權書請以黑筆撰寫並影印裝訂於書名頁之次頁。
2. 授權第一項者，請再交論文一本予畢業學校承辦人員或逕寄台北市10636和平東路二段106號1702室國科會科學技術資料中心江守田、王淑貞。(本授權書諮詢電話：02-27377746)
3. 本授權書於民國85年4月10日送請經濟部智慧財產局修正定稿。
4. 本案依據教育部國家圖書館85.4.19台(85)圖編字第712號函辦理。

國立政治大學國際貿易學系碩士班

黃

珏

君所撰之碩士學位論文

國內市場通路與國際貿易——以美日關稅日本軟片及相紙爭端為例

業經本委員會審議通過

論文考試委員會

黃維

主

席

發

指導教授

蔡英文

系主任

胡聯國

中華民國 88 年 1 月 25 日

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 問題之提出	1
第二節 研究範圍與架構	3
第二章 國內市場通路問題於國際貿易法上所形成之爭端	5
第一節 日本系列會社	5
一、歷史背景	5
二、系列會社成員間聯結的要素	6
(一)結構要素	7
1.財務的聯結	7
2.管理的聯結	9
(二)營運要素	9
1.營運的聯結	10
2.資源的聯結	11
三、系列會社的種類	13
(一)水平式的系列會社	14
(二)垂直式的系列會社	14
第二節 通路系統式的系列會社與國際貿易	16
第三節 國際上對於系列會社的挑戰	19
一、美日雙邊協議	19
二、美國 1974 年貿易法第 301 條款	21
三、世界貿易組織	24
第三章 美日關於日本軟片及相紙市場爭端	27
第一節 日本軟片及相紙市場狀況	27
第二節 爭端進入 WTO 爭端解決程序前的背景	33
第三節 爭端摘要	34
一、配銷反制措施	35
二、大型零售店法	38

三、促銷反制措施.....	39
四、此三類反制措施之綜合效果.....	40
1.配銷反制措施.....	41
2.配銷措施與大型零售店法的綜合效果.....	41
3.對大型商店的限制.....	41
4.促銷反制措施.....	41
5.促銷反制措施、配銷反制措施與對大型商店限制的綜合效果.....	41
第四節 小組裁判	42
一、第二十三條第一項(b).....	42
(一)GATT 1994 第二十三條第一項(b)之要件.....	42
(二)配銷措施.....	47
(三)對於大型零售店之限制	51
(四)促銷措施.....	52
(五)綜合效果.....	53
二、第三條第四項.....	54
三、第十條第一項.....	56
四、小結	57
第五節 GATT 第二十三條第一項(B)與國內市場通路.....	57
一、政府措施.....	59
(一)行政指導.....	60
(二)政府措施與私行為	62
(三)政府之消極不作為	64
二、對利益之合理期待.....	65
三、因果關係	68
四、小結.....	71
第四章 系列會社與內國競爭法	73
第一節 垂直制約	73
一、經濟理論.....	73
(一)禁止垂直協議的經濟理由.....	73

(二)新近發展.....	75
二、法律規範.....	76
(一)維持轉售價格.....	78
(二)獨家經銷協議.....	79
(三)劃分服務區域/顧客.....	81
第二節 從內國競爭法探討日本軟片與相紙案.....	82
一、日本公平交易委員會關於彩色軟片與相紙市場交易條件調查報告.....	84
(一)維持轉售價格.....	84
(二)獨家經銷協議.....	85
二、美日之不同立場.....	87
(一)有效市場通路.....	87
(二)富士與主要批發商間的關係.....	89
第三節 小結.....	90
一、美日競爭法對於垂直制約的規範.....	90
二、美日於競爭法執行上的歧異.....	91
第五章 貿易架構下之競爭法.....	95
第一節 貿易法與競爭法.....	95
一、貿易政策與競爭政策之目標.....	95
二、競爭政策之執行在貿易法上造成的問題.....	98
第二節 國內市場通路問題於貿易架構下之解決.....	102
一、貿易法對國內市場通路問題之處理.....	102
二、競爭政策與執行落差之消弭.....	106
(一)執行標準之訂定.....	107
1.制訂統一標準.....	108
2.承諾表.....	110
(二)競爭法執行協定之監督.....	112
1.處理反競爭行為之先決條件.....	112
2.救濟手段.....	113
(三)小結.....	113

第六章 結論	117
參考文獻	123



第一章 緒論

第一節 問題之提出

隨著關稅暨貿易總協定(General Agreements on Tariffs and Trade, 以下稱 GATT)與其後世界貿易組織(World Trade Organization, 以下稱 WTO)數十年來的發展, 國際貿易中由政府所設置的各式障礙, 如關稅、數量限制等, 已漸漸撤除, 此類官方設置的貿易障礙對於國際產品流通的阻礙愈見減弱, 繼之引起各國注意, 對於國際產品流通形成阻礙者, 為由私人所建構的種種進入本國市場的障礙。

私人對進入市場設立的各種障礙, 不論是聯合杯葛、獨家交易約定或以各種手法限制客戶與競爭者進行交易, 在傳統上屬於內國競爭法管轄範圍, 由內國競爭法主管機關就此等私人商業行為進行規範, 處分違反公平競爭原則之各種反競爭行為, 以維護市場競爭秩序。但隨著跨國企業的發展, 各國市場邊境障礙降低, 在各個國境內的商業行為與競爭秩序往往對國際商品的流動亦有所影響。該等影響可以從兩方面來看, 在第一個面向, 國際企業在甲國境內的行為, 很可能對於乙國境內的市場競爭秩序產生影響; 從第二個面向來看, 則在甲國境內的市場競爭狀態所影響者, 不但限於本國企業, 更對於有意參與本國市場競爭的外國廠商也造成了影響。於是近年來, 對於競爭政策是否應納入貿易架構的規範, 便成為國際上討論的焦點。

在歷史上, 國際組織對於競爭法問題並非全無涉及, 在 1940 年代所擬議的國際貿易組織(International Trade Organization, 以下稱 ITO)的哈瓦那憲章(Havana Charter)中便規定, 私人商業活動若對國際貿易造成限制性的影響時, 授權並課以締約成員義務要求其採取「適當」措施, 以防止「對貿易具有有效控制力」的私人商業組織「在國際貿易上限制競爭, 限制市場機會, 或助長其具獨占性之控制力」, 且該等私人商業行為將「對生產、貿易造成有害影響, 或阻礙該憲章目之達成」。於該憲章架構下, 除了要求締約成員對本國私人限制競爭行為

採取規範措施外，ITO 亦有權進行調查、做出判定，並對締約國建議應採行之救濟措施。其後，因為 ITO 未能如預期成立，此段憲章規定便未能付諸實行。

而於聯合國體系下，由於跨國企業快速的發展，開發中國家面對強勢的外來者，希望設計一套體制來控管跨國企業的行為，同時美國也視其為教育開發中國家與市場經濟國家何謂自由市場的機會，於是在 UNCTAD 下磋商達成「具限制性商業行為法典」(Restrictive Business Practices Code 以下稱 RBP Code)的協議。RBP Code 中鼓勵各會員國改善並執行其本國反托拉斯法，規定跨國企業應遵循其營運所在國家的競爭法規，並要求各會員國應與其他受到具限制性商業行為負面影響的國家合作，進行對限制競爭之私人商業行為的調查與處分。經濟發展合作會議亦於 1976 年發布「多國企業指導」(Guidelines of Multinational Enterprises)，其內容與 RBP Code 大同小異。

除了實體法的規範之外，在程序法上，國際間亦致力於消弭各國管轄權的爭執，並促進各國執行反托拉斯法機關在調查及執行上共同合作。其中最重要者為「美歐協定」(US/EC Agreement)，該協定雖因未得歐體理事會核准而無效，但其中規定相當進步且已影響到多國企業的方向。其內容包括各國應互負通知其可能影響他方重要利益的措施；至少兩年一次的資訊交換；協助他方進行競爭法的執行；且若一方認為在他方領域內所進行的反競爭性活動影響其利益時，有權要求他方發動適宜之措施。

縱然上述各個國際性經貿組織皆試圖找出如何在國際規範架構之下，有效管理私人反競爭性的商業行為，以及如何消弭國家之間就競爭政策與執行議題的各式衝突，但目前為止，在國際上仍尚未有一套有效而完整的機制，對影響國際貿易的私人商業活動給予規範，並且維持國際競爭的秩序。

有鑑於此，本文以私人限制競爭商業活動其中之一類——亦即國內市場通路的封閉進而造成國際貿易無法流通的問題——出發，自此一特

定的反競爭行為，分析形成背景，及其對國際貿易的影響，並且自此一個案發掘在國際上，為何各國競爭法相關議題造成多次的國際貿易爭端，而在現行架構之下，對此議題有何解決之道，以及在未來的發展中，應如何就此議題建構適當的機制，使國際競爭亦於有秩序的市場中運作。

第二節 研究範圍與架構

本文以世界貿易組織之規範架構為研究分析之主軸，討論目前制度下對於市場通路問題之處理是否能收效，以及未來在世界貿易組織之下發展的方向。由於國際間就國內市場通路封閉性討論最眾者為日本系列會社所造成的垂直性通路結構，輔以新近出爐的爭端解決小組裁判，便是針對日本垂直型系列會社問題在現行世界貿易組織之下所作的處理，因此本文對於國內市場問題的分析亦針對日本系列會社組織結構，並以日本軟片與相紙案為佐例。

本文將國內市場通路結構所造成的市場參進障礙問題置於貿易法架構下進行探討。首先於第二章中說明國內市場通路結構如何造成市場參進障礙，本文以日本系列會社為主要分析對象，探究系列會社用以組成其市場通路形態的各種聯結措施，了解日本國內市場通路封閉性之由來，並說明此類國內市場通路結構對於國際貿易造成那些問題，而目前於國際上對於日本市場通路結構的挑戰又有那些。

其次在第三章中以美國與日本之間就日本軟片與相紙市場通路問題之貿易爭端為例，說明日本軟片與相紙市場目前的市場狀況，而美國對日本提出世界貿易組織爭端解決程序之原因與過程，以及爭端解決小組在本次貿易糾紛之中，於現行世界貿易組織的規範架構之下所為之裁判，最後本文藉由過去的案例歷史，討論現行規範中，以關稅暨貿易總協定第二十三條第一項(b)來處理國內市場通路問題的可行性，以及有效性。

由於國內市場通路結構問題，同時亦屬於內國競爭法規範的範圍，因此接下來在第四章之中便由內國競爭法的角度進行分析，由法律規範面檢視系列會社問題在內國競爭法上的處理。除對涉及市場通路結構垂直制約加以討論外，亦以日本軟片與相紙市場為例，由美日政府不同論點以及於競爭法的適用與執行的歧異，尋究美日貿易摩擦之起因。

最後，第五章由貿易法與競爭法的互動與衝突出發，從貿易法與競爭法所欲達成的目標利益，討論其間關聯。繼之試圖由貿易規範的角度，探討在貿易法架構下，對於各國在競爭法執行上的歧異是否能夠有所調和，並就現今國際上各方所提出之提案，加以說明整理，試圖找出最適於目前解決競爭政策衝突之方式，由此以對國內通路結構所造成的貿易爭端提供解決之道。



第二章 國內市場通路問題於國際貿易法上所形成之爭端

關於因國內市場通路結構而形成的貿易障礙，目前最為國際間所爭議的，為日本之系列會社(keiretsu)。系列會社係日本國內企業團隊經營的一種特殊型態，在系列會社的成員之間藉著如交叉持股、相互進行交易、總裁聯會等各種型態聯結在一起，而在每一個系列會社之中又有一個核心銀行或是核心企業作為系列會社的中心點，系列會社的成員首先與核心銀行或核心公司產生聯結，其後慢慢與其他成員之間發生各式各樣的合作關係，最後整個系列會社成為一個綿密的網路，成員之間互有利益牽扯，互有影響。

第一節 日本系列會社

一、歷史背景

在二次大戰之前，日本王室允許大規模獨占力量的存在，這些大規模的獨占力量即為大家所熟知之財閥(zaibatsu)。¹財閥的結構主要包含了四個層次的團體：亦即財閥家族、核心控股公司、較大的子公司以及小型的子公司。藉由這種分層結構，財閥得以掌控產業的所有部門，並利用其龐大的財力杜絕其他小型競爭者與之競爭的機會。而當時行政部門，亦即日本王室，對此財閥所採取的態度並非管制，反之，更進一步鼓勵並支持財閥的存在，事實上這些財閥與王室之間尚具有緊密的關聯，²可互蒙其利：就王室言，這些財閥所形成的多國企業在國際市場上的擴張，可使日本於世界舞台上的份量加重，增加其於國

¹ 其中著名者例如 Mitsui, Mitsubishi, 以及 Sumitomo, 在這三個財閥之中，以 Mitsui 為最大，於二次大戰前，這三個財閥幾乎控制日本大部分經濟；see John G. Roberts, Mitsui 119(2d ed. 1989)。

² 舉例而言，Mitsui(明治)財閥即為 Mitsui 家族控制近二百七十餘年的財閥；Id. p. 224-25。

際上發言籌碼，而對財閥言，得到政府的支持自可穩固其經濟利益。³

然而日本戰敗後，在美軍占領之下，由於財閥此種獨占力量的存在，大大地違反了美國維護自由競爭市場的政策，於是這些財閥在美軍強力的干預下，面臨拆解的命運。在聯軍最高指揮官麥克阿瑟的主導下，日本政府立法切割各財閥，並明文規定控股公司為違法行為，除了撤換財閥中原來的高級主管，代之由原中級主管升任，原來的財閥也被分割為數個小型的、各自獨立的公司。⁴日本政府當然強烈反對這種作法，但對於美國而言，為了限制日本王室的擴張傾向，並且建立自由競爭市場的經濟體質，這是必要的手段。⁵

但日本市場結構的形成實際上乃導因於日本商業過去的習俗，而且較大規模的企業體可以因規模經濟而取得經濟上利益，也是不爭的事實。在美軍撤離後，原來財閥下的各企業，又漸漸地重建其聯繫，並形成了今日所見之系列會社。⁶這些系列會社的成員，藉由過去的關係或現在存在的經濟誘因而形成聯繫，並以交叉持股以及相互成為對方董監事等方式結合在一起，隨著時間的經過，網路日益擴張而複雜化，形成了日本今日特殊的經濟結構。

二、系列會社成員間聯結的要素

系列會社的成員之間相互透過各種方式聯結，形成了一個大型網路，整個日本經濟幾乎由於各系列會社複雜的網路系統所控制。⁷而系

³ See Gregory K. Bader, *The Keiretsu Distribution System of Japan: Its steadfast Existence Despite Heightened Foreign and Domestic Pressure for Dissolution*, 27 Cornell Int'l L.J. 365, p. 366.

⁴ Id. at 368.

⁵ Id. at 369.

⁶ Id. at 370.

⁷ 日本前三大系列會社，Mitsubishi, Mitsui 及 Sumitomo，合計控制了日本境內一萬二千多家公司，這些公司合計佔全日本企業資本額三分之一，並占有全日本銷售量的四分

列會社之間所用以聯結彼此的手段，並非僅限於股份控制，除了此等控制方式之外，系列會社成員之間尚藉由其他各式聯結要素形成凝聚力量，這些聯結的方式可分為結構方面的聯結與營運方面的聯結，但各種不同的要素除單獨發生作用外，更因其效果相互作用，而發揮強大的效果，使得系列會社成員之間凝聚成為一整個團隊，以下便分別說明。

(一)結構要素

在結構上來看，系列會社是由各類關係交錯組成的複雜網路，系列會社的成員經由各類關係促成長期的合作，而這些複雜的關係交互作用更強化了彼此的功能，進一步使整個組織凝聚力更為堅固。⁸此類關係在公司層面上包括了系列會社內的相互融資，成員間交叉持股，在高層經理人事上相互持有董監事職位等，⁹此等關係又可分為在財務上的聯結與在管理上的聯結：

1.財務的聯結

在系列會社成員之間的相互融資包括了債權性融資與股權性融資，債權性融資是由系列會社中的核心銀行、生產者或貿易公司所提供，銀行所提供給旗下成員公司者為低利貸款，而生產者或貿易公司則是藉由授予旗下成員較寬鬆的信用條件來給予財務上的優惠。¹⁰此等財務上的聯結使雙方得以互蒙其利，從取得信用的成員公司來看，

之一。Robert L. Cutts, *Capitalism in Japan: Cartels and Keiretsu*, Harvard Business Review, July- August, 1992, at 48, 49.

⁸ See Angelina Helou, *The Nature and Competitiveness of Japan's Keiretsu*, 25 J. World Trade 99(1991), 100.

⁹ Ely Razin, *Are the Keiretsu Anticompetitive? Look to the Law*, 18 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 351(1993), 358.

¹⁰ Helou, *supra* note 8, at 111-12.

可取得財務上資源，並且在租稅上也較為有利。¹¹而從授與信用的生產者或貿易商的角度來看，因為授與優惠的信用條件，可在生產者或貿易商與成員之間維持較為穩固的關係，甚而在某種程度上介入其營運。

股權性融資則是以交叉持股的方式進行，系列會社成員之間相互持有其他成員的少量股權，通常所持有的股權比例大約在 5%至 10%之間，並不會高於 10%，因為持股的目的在於維繫一定程度的關連性，而不是著眼於投資或取得經營權。¹²若從整體來看，系列會社成員之股權，除經營者所持有者外，大部分皆由系列會社內其他成員所持有，¹³而於系列會社之間的持股比例相對就小得多。¹⁴

從股權被持有的公司角度出發，除了因此而取得資金之外，被持有的股權亦使其與其他系列會社的成員之間建立了聯繫，另外，交叉持股的方式也可以穩定系列會社中各個成員的經營權，因為這些小型公司的股份，除經營者所持有者外，大部分由其他成員所持有，使得真正在市場上流通的股份並不足以使有心人士利用搜購散股的方式，奪取經營權。而從投資的公司來看，除了因為投資該公司而可獲得的投資利得之外，透過系列會社內部複雜的交互持股方式，加上這些小規模公司為了所取得上述利益，通常也必須承認該等核心銀行、生產者或貿易商之領導地位，¹⁵位於系列會社核心的銀行、生產者或貿易商，便得以直接或間接地控制旗下規模較小的公司，在不違反日本獨

¹¹ 利息支出可自毛利中扣除，因此使可課稅所得減少，反之，若以股權方式融資，由股利係於稅後盈餘中發放，在租稅上較為不利。

¹² Razin, *supra* note 9, at 359.

¹³ 於 1986 年時，系列會社成員之間所持有同一系列會社內成員的股份比例分別為：Mitsubishi: 63.9%, Mitsui: 51.4%, Sumitomo: 63.9%, Dai-Ichi Kangyo 31.6%, Fuji: 38.1%，以及 Sanwa: 28.0%。Id.

¹⁴ 舉例而言，在 1986 年時，Mitsubishi、Sumitomo、Fuji 以及 DKB 系列會社對於 Mitsui 系列會社的持股僅占 2%。Id.

¹⁵ Razin, *supra* note 9, at 361.

占禁止法的情況下，¹⁶取得實際上如西方社會中控股公司之地位，發揮其整合旗下成員公司的功能。

2. 管理的聯結

在管理上，系列會社則是藉由高層主管的人事關係，來達成聯結的目的。其中總裁聯會(presidential council) 是由系列會社內部高階主管所組成，在此一非正式集會之中，高階主管交換其對商業活動的意見，或對各式議題達成共識，此等共識或意見的交換，在形式上為君子協定，但實際上有其拘束力，各高階主管其後於其企業之中，會依在聯會之中所達成的共識作為公司的政策，進而執行。另外經理合作(management interlock)則是讓較低階的經理人有所合作的機會，透過經理人的合作使系列會社成員之間的行為具有一致性。¹⁷這兩種方式的聯結，除了使成員之間因為主管人事的連繫而鞏固其關係外，更進一步使系列會社成員間在長期的經營策略上相互配合，於短期的營運也有所整合。

(二) 營運要素

除了在組織結構上系列會社成員聯結為網狀團隊外，系列會社在營運上也互有牽扯，系列會社成員間相互交易產品與勞務，不但產品經由交易在系列會社成員之間流通，各式勞務亦因為系列會社成員之間共享資源而相互支援，這兩種系列會社內的交易皆達成了降低營運成本的目標。¹⁸

¹⁶ 日本獨占禁止法(Anti-Monopoly Law)第九條禁止控股公司之存在。關於日本獨占禁止法，本文係參見 Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law*(1993), appendix, at 296 之英文譯本。

¹⁷ 例如在 Mitsui 系列會社之中，有肯隔週四會議與每週一會議的慣例，隔週四會議是由二十四家 Mitsui 企業的總裁出席，而每週一的會議則由七十五家企業的經理人出席。Id. at 373.

¹⁸ Razin, *supra* note 9, at 362.

1. 營運的聯結

(1) 長期交易關係

系列會社成員之間長期的交易關係，一直是系列會社的重要特色之一，生產者向同一系列會社的成員購買原料，或是將其產品出售予同一系列會社之下游廠商，過去系列會社成員大部分的交易相對人是同一系列會社成員，¹⁹但近年來漸漸有部分的交易是與非系列會社成員所作成。²⁰

從經濟觀點來看，系列會社成員在選擇交易對象時，亦應是以成本最小化為最終考量，但在非系列會社成員可提供較便宜的零組件時，系列會社傾向於與成員進行交易的現象，似乎與經濟理性不符。事實上，這與系列會社成員較重視長期的利益有關，基於日本企業的此一特性，使其於選擇交易對象時，係以長期的成本最小化為依歸，而不受短期成本較低的影響。²¹易言之，系列會社不會向非成員購買價格較低的產品，反而向於向同一系列會社成員採購，其考量基礎在於希望藉此幫助該成員增進其生產的品質同時降低生產成本，使其生產能力達到與非系列會社成員並駕齊驅的程度，如此一來，系列會社不但可以降低生產成本，同時亦降低了交易成本與不確定性的風險，因此達到長期間成本最低。

¹⁹ 亦有實證資料顯示，系列會社成員間交易的比例在消費財高達 70.4%，而在資本財則亦達 62.7%。Yasuo Fujigane & Peter Ennis, *Keretsu: What Are They Doing, Where Are They Heading?*, Tokyo Bus. Today, Feb. 1991, at 26.

²⁰ 近年來系列會社中的生產者漸漸增加向非同一系列會社成員之供應商購買原料，尤其是日本的汽車製造商，在日本通產省行政指導與美國給予的壓力之下，增加進口美國汽車零組件以及美國汽車。但學者認為，此種開放向非系列會社成員進行交易的現象，並非系列會社本身的結構或成員關係改變所帶來的，因為向非系列會社成員購買零組件，並不能增強其對零組件品質的控制，也無助於即時生產(just-in-time)模式，因而學者認為，此種開放可說幾乎完全是外在壓力的結果。See Razin, *supra* note 9, at 406.

²¹ John O. Haley, Luck, *Law, Culture and Trade: The Intractability of United States Trade*, 18 N. Ky. L. Rev. 335(1991), 418.

交易成本的理論乃於訊息不對稱且人類有限理性的環境之下，在交易過程之中除生產成本之外，所發生的其他種種如收集資訊、防範契約相對人詐欺、在外在環境改變時需重新擬定契約等成本，而不確定性風險的概念亦與交易成本相類，指於外在環境不確定下，所需花費收集資訊的成本。此類成本皆可以藉由契約雙方長期密切合作關係所產生的互賴而予以降低，因此，系列會社在選擇交易對象時，非系列會社成員雖可在目前提供較為價廉的產品，但是系列會社員由於長期的合作與其他的聯結，使與之交易的交易成本與不確定性風險降低，因而在長期間成本低於與非系列會社成員交易的成本。

(2)一組原則

另外在營運上聯結的方式則為使用「一組原則」(one-set-principle)，亦即在一個系列會社之中，就某特定產業只會有一組垂直的會員公司，由此，在系列會社內部不會有激烈的競爭，經由這樣的資源分配控制，整個系列會社之中便產生和諧的氣氛，競爭上的對手皆為系列會社外的公司。²²

2.資源的聯結

系列會社的結構使得其成員之間可以共享資源，系列會社內部整合資源、發展資源並分配利用資源。²³經由系列會社的整合，成員之間可以相互利用其他成員所具備的資源，降低取得此等資源的成本，甚至可以取得公司獨力無法培育的資源。舉例而言，系列會社內部進行「跨產業的計劃」(group-wide project)，也就是在同一系列會社下的幾個不同產業集團合作一項計劃，這些計劃合作除了促使系列會社內部享有一致的利益，同時亦可藉由此種方式使系列會社涉足新興的產業，易言之，跨集團計劃的施行使得系列會社同時達成兩個目的：

²² Id.

²³ Helou, *supra* note 8, at 114.

內部團結與擴張系列會社。²⁴通常系列會社得共享者包含下列二類資源：

(1)人力資源

高品質的人力資源一向是最難以取得的，因為管理智慧與工作技術需經過長時間的培養以及實際的工作經驗才有辦法獲得，因此若企業過去所從事的業務範圍有限時，就無法培養能處理所有可能面臨緊急狀況的經理人才或員工。而系列會社在此方面提供成員一廣大的資源庫，系列會社中其他成員在長時間經營下所培養的經理與技術人才，可為新成立的成員所用，從而減省新成員人力資源培訓的時間與困難，除此之外，藉由人力資源於系列會社各成員之間的流動，亦容許企業在轉型而減少特定技術人才的需求時，將該類人員轉移至其他需求此類人才的成員企業內，²⁵從而在系列會社之中的各成員得以享有為彈性化的人才調度。

(2)資訊與技術資源

資訊與技術資源包括了客戶資訊、生產技術與研究發展資源，若無資源共享的機制，許多企業只能取得有限的資訊，小型公司通常亦無法獨自承擔研發的成本與風險，而系列會社內部所聘請的專家學者、進行的研究發展以及在財務融資與風險的管理，可以集群體之力，而成果亦由群體所分享。²⁶因而在系列會社之中，得以進行大型的研

²⁴ Gregory K. Bader, *The Keiretsu of Distribution System of Japan: Its Steadfast Existence Despite Heightened Foreign and Domestic Pressure for Dissolution*, 27 Cornell Int'l L.J.365, 380

²⁵ 此一特質亦與日本企業終生雇用的制度有關，在該制度之下，企業所招募的對象多為初出社會的畢業生，少有轉業者，而一旦進入系列會社，企業保證終生雇用，對員工作長期的培訓，分配予系列會社內各成員利用該等人力資源，員工於系列會社各成員之間流動，而系列會社之間亦具有不互挖角的默契。See Lester Thurow, *Head to Head – the Coming Economic Battle Among Japan, Europe, and America*(1992), at 122-4.

²⁶ Helou, *supra* note 8, at 110.

發計劃，計劃所取得的成果由系列會社各成員共同享有，此類研發計劃不但使系列會社成員間的合作關係更加緊密，亦增強系列會社整體在產品與製程上創新的動力，創造整體的競爭力。²⁷

三、系列會社的種類

系列會社由其成員間的關係可區分為兩種系列會社，即核心銀行式系列會社(central bank keiretsu)以及通路系統式系列會社(distribution keiretsu)，前者又稱為水平式的系列會社，是以一商業銀行或地區性銀行為中心，透過該銀行，系列會社的成員可以取得較廉價的資金，另外，集團內部有會一個貿易公司，這個貿易公司則主要經銷集團內成員的產品。這樣的集團方式可以將本國中各個不同產品的市場，透過核心銀行以及貿易公司將之水平整合。²⁸目前在日本國內有六個大型的核心銀行式系列會社，這六個最大的核心銀行式系列會社控制了日本境內超過五百種產品，其中包括了日本的汽車以及家電產業。²⁹

通路系統式的系列會社，又稱為垂直式的系列會社，則是以一個主要的公司作為集團的中心。這個核心公司是其集團下各分支公司的主要顧客或主要供應者，並且提供旗下分支公司取得優惠金融服務的機會。在這種系列會社下，產業的配銷通路就是由各個分支公司組成，也就是由生產到批發以至於零售都是在同一個系列會社中進行。大多情況下，通路系統式系列會社中的核心公司通常也會參加某一個核心銀行式的系列會社，以便為其系列會社中的分支公司取得優惠的金融

²⁷ Thurow, supra note 25, at 134-6.

²⁸ Id. at 371.

²⁹ 這六大系列會社分別為(依其規大小排列)：Mitsubishi, Mitsui, Sumitomo, Dai-Ichi Kangyo, Fuyo, 以及 Sanwa。

服務。³⁰

(一)水平式的系列會社

水平式的系列會社提供參與的成員降低成本的效果，其中包括廣告費用與研發成本的分擔，除此之外，成員之間長期間的交易關係同時可降低交易成本與不確定性的風險。

在水平性系列會社成員間的正式聯結並不多，除了核心銀行或核心貿易商為系列會社的中心，而與各成員之間具交易或資金上的往來外，在其他成員之間的正式性聯結十分鬆散，成員之間並不具備母子公司的關係，相互持股的比例亦不高。在水平式系列會社中，凝聚成員的聯結因素多為成員間相互融資、相互占有董監事席位、成員之間在營運上的密切聯結，以及主要成員企業之間高層人士的聚會等不正式的聯結關係。

(二)垂直式的系列會社

通路型系列會社為以生產者為中心，聯結整個配銷通路的企業集團，有別於核心銀行型系列會社水平式的聯結方式，通路型系列會社是垂直式的聯結，由生產者產品出廠始，至產品由消費者取得之間一連串的物流系統，皆由系列會社成員來擔任。

而通路型系列會社成員之間的聯結，除了上述一般交叉持股或是合作計劃等方式之外，成員之間聯結的最主要方式為獨家銷售的協議，³¹也就是在系列會社中，下游的通路業者幾乎只銷售系列會社成員之產品。在此等系列會社中，生產者用以吸引下游通路業者獨家經

³⁰ Bader, *supra* note 5, at 371.

³¹ Kinya Kubo, *Distribution Keiretsu and Competition Policy in Japan*, Proceedings of the Symposium on International Harmonization of Competition Laws(1994), 141.

銷其產品的手段包括了，零售商可享有極高的佣金率，³²依其對品牌的忠誠度給予不同程度的折讓，或對其促銷活動加以補貼，甚而在系列會社內部劃分各零售商服務的地理領域，使系列會社集團內零售商之間不致產生激烈的競爭，以間接保護各零售商一定的利潤。³³在這些措施的誘因之下，通路業者樂於與生產者維持良好的關係，同時於利潤保護以及隔除其他通路業者直接競爭的條件下，通路業者亦願意加入生產者之系列會社，僅經銷生產者之品牌。

除此之外，在通路型系列會社中，亦常藉由支援銷售人力的方式鞏固上游廠商與下游經銷商間的關係。批發商或生產者可派遣銷售人員在零售商店面幫助零售商銷售其產品，這些支援人員雖然穿著零售商的制服，但薪資由批發商或生產者支付。實行此種機制的理由在於，製造商所派遣的銷售人員對產品的特性與知識較零售商為充足，能夠進行更有效果的產品促銷活動與提供售後服務。³⁴

通路型系列會社在日本並不獨特定或少數產業有之，許多產業中此類自生產者至零售店垂直連成一氣的系列會社存之已久，諸如石油、汽車、相機、報紙、加工食品以及化粧品等產業，在生產者與零售店之間都是由此類配銷通路相互連結，產品經由單一品牌通路到達消費者面前。³⁵易言之，日本產業中各大主要廠商，皆於數十年的市場通路結構演進中，紛紛建立起專屬的通路系統配銷產品。

本文所探討關於國內市場通路與國際貿易問題，亦著重於垂直型系列會社對於日本通路系統結構的影響，以及垂直型系列會社對於外

³² 在部分系列會社中，零售商可以抽取的佣金有時可高達銷售金額的 25%，see Robert L. Cutts, *Capitalism in Japan: Cartels and Keiretsu*, Harvard Business Review 1992, vol 70n4, July/August, p49.

³³ Id.

³⁴ See Michael R. Czinkota, *Distribution in Japan: Problems and Changes*, 20 Colum.J. World Bus. 65, 67(Fall 1995).

³⁵ Cutts, *supra* note 32, at 49.

國產品進入日本消費市場所造成的阻礙效果，因此下文對系列會社的討論皆以通路型系列會社為中心。

第二節 通路系統式的系列會社與國際貿易

通路系統式的系列會社使生產者與下游經銷商結合成為一垂直性的網路，生產者的產品經由該通路而到達消費市場。此類上下游整合的方式，原為商業增進效率降低成本的正常考量，但日本通路系統式系列會社中，上游廠商除增進與下游廠商的長期合作關係之外，還加上獨家經銷的協議，排除其他品牌廠商利用系列會社成員通路的機會，不但本國競爭者無法進入該通路，進口商進口外國產品至日本境內後，亦面臨無適當通路經銷產品，而使產品無法到達消費市場，造成銷售上的障礙。

在觀察日本通路系統式系列會社所造成的市場關閉效果時，除了系列會社排除其他廠商使用其通路網外，尚需配合日本零售市場的特徵才能了解無法進入該等通路網對外商所造成影響。日本市場上的批發商與零售商數量與其人口數的比例，遠高於其他工業國家。³⁶此外，於 1989 年，日本傳統式的阿公阿媽店與雇用人數低於五人的小型零售店，占其零售業總銷售額的 57%，相對於日本，美國小型零售店占其零售業總銷售額之比例為 3%，英國則為 5%，³⁷同時日本僅有 5.6% 的批發商雇用的員工人數超過三十人以上。³⁸此一數據資料顯示，日本消費者購買產品的主要管道仍為散布於日本社區之中的小型零售商店，這類型的小型零售商店散布日本各地，而在大部分的產業之中，日本主要廠商皆已建立起專屬的行銷通路，³⁹此種由主要批發商至地

³⁶ Syed Tariq Anwar & Michael A. Taku, *Productivity and Efficiency in the Japanese Distribution System*, 127 J. World Trade 83, 84.

³⁷ Id.

³⁸ See Czinkota, *supra* note 37, at 66

³⁹ See Razin, *supra* note 9, at 378.

方性的次級批發商，再由次級批發商將產品配銷給各小型零售商店的過程，使本國廠商得以順利地將其產品配銷於日本全國各地。

相對的，外國廠商欲進入日本市場，首先面臨者便是通路取得的不易。在以小型零售商店為主的市場之中，外國廠商可配銷其產品的通路主要有兩種，其一為將產品直接由生產者(或於日本市場之進口代理商)配銷至散布於日本各處之零售點；其二則是與現存之各主要批發商合作，利用其所提供之通路，將產品配銷至日本各地。但是若採第一種通路，要將產品直接由生產者配銷到達零售點，勢必耗費企業大量資源。而在第二種方式下，在目前主要批發商皆由各系列會社控制的情況之下，進口產品不易進入主要批發商層次，無法藉其網路達成產品的流動，同時對於剛進入市場的外國產品來說，要在進入市場之初即建立自己專屬的通路系統，於資金以及風險考量上皆非明智的選擇。

通路型系列會社從效率的角度來看，固然在廠商與通路業者間長期的合作與其他互利的交易條件上，可以降低部分成本，但通路型系列會社在產品通路上建構起由層層小型企業組成的通路，使得產品通路的長度增加，產品在層層通路轉手間便增加了不必要的成本，減低效率，並使得零售價格高漲，⁴⁰其存在並不完全符合企業追求利潤極大的前提。然而除了經濟效率的考量外，日本通路結構在社會福利、資金融通與文化特質上皆有其形成的原因。

從社會福利的角度出發，日本層層堆疊的通路結構正可吸收過多的失業人口，因此可減少社會在失業救助與失業保險上的支出，同時於日本退休金一次給付的制度下，退休人口利用退休金及其過去在系列會社工作的關連，經營與該系列會社有所聯結的小型零售商店，亦使得日本減少處理退休金機制的成本。⁴¹另外，通路型系列會社同時

⁴⁰ Id. at 373.

⁴¹ Czinkota, *supra* note 37, at 66.

滿足了小型零售商店對資金的需求，不但系列會社中的上游製造商給予零售商店較為優惠的信用條件，在每一層的經銷商皆會提供其下一層經銷商此類融資優惠。⁴²日本社會對於保存傳統零售店的文化傳統，亦為支持此等系列會社存在的理由之一。⁴³

在諸多經濟以外的因素支持下，日本垂直性系列會社固然造成零售價格高漲，通路效率降低等效果，日本政府對於此類系列會社並未加以嚴格管制，甚而於保存傳統零售商店的社會因素考量下，日本政府對於大型零售商店過去一直採取抑制的態度，對於大型零售店的設立、營業以及擴張都設有嚴格的規範。在過去大型商店法的規範下，日本大型商店欲於地區設立或擴張時，需經與地方零售商諮商的程序，此一程序性設計，使大型零售商店的設立經常遭到地方小型零售商店的阻礙，無法大幅擴張以取代傳統的通路結構。

日本通路型系列會社採取獨家經銷的作法，而零售商店多為傳統小型商店的結構下，外國廠商在進入日本市場時遭遇了相當大的阻礙，輔以新型通路結構，即以大型零售商店作為主要通路，在日本政府考量社會因素下不予鼓勵，從而阻絕外國廠商以其他通路結構進入市場的機會。

過去各國關稅稅率尚高的時代，各國進入日本市場的機會往往於邊境便逢阻礙，高額關稅賦予外國廠商較日本廠商更高的成本負擔，使外國產品於日本市場競爭力相對弱於本國廠商，在高額關稅的負擔下，外國廠商對於日本市場的封閉原因並未察覺系列會社所扮演的角色，但隨著關稅稅率的降低，各種邊境貿易障礙的排除，日本市場卻仍維持其封閉性，外國產品即便克服關稅與運輸成本仍無法進入日本消費市場，這種商業上擴展的阻礙，使國際眼光逐漸集中於日本通路結構的排他性，察覺日本市場的進入障礙，在邊境措施外，尚包含了

⁴² See Razin, *supra* note 9, at 374.

⁴³ *Id.*

內國通路結構所造成的關閉效果。

掌握通路的優勢本就是先進入市場者在行銷手段上的競爭優勢，市場新進入者在通路的取得方面一向需耗費相當的成本，這是各種市場皆然的情況。但日本國內通路系統的特點在於，其通路系統幾乎是獨家經銷的狀況，生產者與通路業者之間的關係，並不僅止於經銷產品契約，其間在財務甚至人事上的緊密聯結，使得其他生產者即便花費相等的成本亦難以打入既存的通路系統，而日本零售商店為主的通路型態又使得外國廠商無法直接將產品由零售商店經銷，然在過去大型商店法的箝制下，大型零售商店無法有效擴張，使外國廠商可得利用的另外一種通路具限制性，從而產生國際上對於日本國內市場通路問題的關切。

第三節 國際上對於系列會社的挑戰

有鑑於日本特殊的通路型系列會社對於外國產品進入市場所造成的障礙，使得日本即便在貿易自由化的趨勢之下，撤除了其他邊境貿易障礙，但各國產品仍面臨無法進入日本市場的困擾，因此近年來各國國際多邊組織與雙邊協定，對排除因國內通路結構而造成的貿易障礙，各有試圖解決的方案，以下分就目前國際上已提出之各式處理方案作以簡單介紹。

一、美日雙邊協議

1989 年美國面對對日大額貿易逆差，以及美國企業進入日本市場時所遭逢的市場障礙，布希政府為了打開日本市場並減少貿易逆差，於是在 1989 年五月開始推動美日結構性障礙協議(United States-Japan Structural Impediments Initiative，以下稱 SII)，並於 1990 年早期完成

該協議。⁴⁴在該協議之中，美國代表指明該協議乃是為了消除結構性障礙，以期平衡收支帳，並且促進美日之間更有效率、開放且具競爭性的市場。⁴⁵其中系列會社的問題自是重點之一。

在此次協商之中，雙方政府皆體認到一個具競爭性的市場，可以發揮促進貿易的功效，同時雙方政府也同意，外國企業在滲入日本市場時所遭遇到的障礙，並不是諸如關稅或配額之類的正式政府措施，而是日本傳統的商業習慣與具限制性的商業行為，為了解決這樣的問題，日本政府同意加強其對日本獨占禁止法(Anti-Monopoly Law)的執行。⁴⁶

在該協議之中，美國認為系列會社的內部關係，尤其是交叉持股、交互占有董事席位及其它反競爭之行為，應予以公開透明化，日本在談判桌上亦同意美國的看法，同也承諾將檢查並改善其國內政府對於系列會社反競爭行為的政策，其後，日本亦正承諾將由日本公平交易委員會監視六大系列會社之動，並採取必要的手段以使系列會社更加開放且透明化，所採取的措施包括增加企業應揭露的事項，增進股東權力。⁴⁷

於 1993 年時結構性障礙協議為新的協商談判所取代，亦即美日經濟合作架構(The United States – Japan Framework for a New Economic Partnership)，在此架構協商過程中的重點在於，美日雙方如何藉開放的市場(open markets)雙雙獲利。在關於外國企業如何打入日本市場的議題上，日本同意追求在中長期達成增加外國競爭產品進入日本市場

⁴⁴ See Bader, *supra* note 24, at 380.

⁴⁵ *Ib.*

⁴⁶ See Interim Reports of U.S. and Japanese Delegations on talks under Structural Impediments Initiative, Released April 5(1990), 7 Int'l Trade Rep.(BNA) 527, 536(1990).

⁴⁷ Bader, *supra* note 24, at 375.

機會的目標。⁴⁸

從美日雙方的諮商之中，可以發現美日雙方都承認一個自由競爭的市場對於貿易的自自化有著重大的影響，同時雙方政府亦曾公開承認私人進行限制性或卡特爾的商業行為，會抵銷掉政府部門撤除或降低貿易障礙的努力。⁴⁹ 雖雙方對此具有共識，但其間關於實施競爭法上仍有所歧異，亦即，雙方對於事實與判斷上所依憑的解釋方法並不一致，美國認為即便日本政府撤除了大部分的官設貿易障礙，進入日本市場的機會仍被非官設的障礙所減少，這些障礙尤其是指由日本私人企業所組織而成的系列會社。美國政府同時亦認為，日本競爭法主管機關並未有效執行獨占禁止法，以致私人企業所設的障礙能存續至今，影響到外國廠商進入日本市場的機會。相反的，日本政府雖知有私人所設貿易障礙的存在，但其仍相信這些傳統的商業習慣，並非反競爭的行為，日本政府同時認為，其本國市場已隨著傳統商業行為的消失而逐漸的開放，這個過程需要長時間進行，並非一蹴可及，美國所要求的以數量措施或數量目標等方式，達成日本市場開放的目的，是以政府干預取代私人的選擇，並不符合自由市場的精義。⁵⁰

美日雙邊談判仍持續進行之中，至目前為止，對日本市場上系列會社所造成的通路障礙，亦尚無法提供完全的解決，因此美國在面臨特定產業無法成功進入日本市場時，必須再尋求其他的方式試圖打開日本市場。

二、美國 1974 年貿易法第 301 條款

⁴⁸ See Joint statement of U.S. President Clinton and Japanese Prime Minister on the United States – Japan Framework for a New Economic Partnership, Issued July 10 (1993) in Tokyo, 10 Int'l Trade Rep. (BNA) 1185 (1993).

⁴⁹ Daniel J. Gifford and Mitsuo Matsushita, Antitrust or Competition Laws Viewed in a Trading Context: Harmony or Dissonance, Fair Trade and Harmonization vol. 2: legal analysis (Jagdish N. Bhagwati and Robert E. Hudec) 276.

美國對日本市場通路障礙另一試圖解決的方式為利用 1974 年貿易法第 301 條款，⁵¹該條款係規定，倘若外國政府之措施，違反國際協定或否定美國因國際協定所受到的利益者，或實施不正當、不合理或歧視性之措施，而限制美國商業活動時，美國貿易代表署(United States Trade Representative，以下簡稱 USTR)得對之展開調查，⁵²並進而對該外國實施貿易上之報復。⁵³此外 1988 年制定之綜合貿易及競爭力法案，⁵⁴更對 301 條款所規定之外國政府不合理措施，進一步擴大解釋認其尚包含外國政府容忍其私人企業從事反競爭行為，⁵⁵易言之，外國私人企業所為之反競爭行為，本非外國政府之行為，應不在 301 條款報復之列，但鑑於若外國政府容許該國之廠商從事有系統之反競爭行為，且該等行為並不符合一般商業上之考量時，對美國產品的銷售造成限制者，便構成了政府之不合理行為，因而屬於 301 條款報復的對象。

於 1995 年美國軟片及相紙生產者柯達(Kodak)公司，便以此條為依據，向 USTR 提出 301 條款請願，請求 USTR 依 301 條款對日本政府容忍日本富士(Fuji)公司在日本市場所進行的反競爭行為進行貿易制裁。⁵⁶在該請願書之中，柯達認為富士的反競爭行為包括了：(1)維持

⁵⁰ Ib. at 277.

⁵¹ Section 301 of the Trade Act of 1974, 19 USC Sec.2411.

⁵² 19 USC Sec.2411(a)(as amended).

⁵³ 可採取的報復手段包括了得暫停或撤回因國際協定而授與對造國家的利益、對該國出口至美國的產品課以額外關稅或實施進口限制、或可與對造國家進行磋商訂立具拘束力之協定，要求對造國家撤除該等不公平措施或政策或對美國給予補償，19 USC Sec.2411(c).

⁵⁴ Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, Pub. L. No.100-418.

⁵⁵ 19 USC Sec.2411(d)(3)(B)(III)(as amended), 原文為”...including the toleration by a foreign government of systematic anticompetitive activities by private firms or among private firms in the foreign country that have the effect of restricting, on a basis that is inconsistent with commercial considerations, access of United States goods to purchasing by such firms.”.

⁵⁶ Petition of ESTMAN KODAK COMPANY Pursuant to Section 301 of the Trade Act of 1974,

轉售價格；(2)垂直性非價格制約，諸如排他性交易協議；(3)具限制性之交易條件；(4)拒絕交易；以及(5)集團杯葛。於該請願書之中，柯達認為日本公平交易委員會與通產省不但容忍該等反競爭行為，甚而助長富士建構排他性通路結構。在日本公平交易委員會方面，柯達指出富士上述的反競爭行為已違反了日本獨占禁止法，但日本公平交易委員會卻未適當的執行獨占禁止法，即便於個案中日本公平交易委員會曾有所動作，但該等動作對於富士的反競爭行為未發揮影響，甚而日本公平交易委員會主動推動由產業公會所制訂的「公平競爭法規」，在該法規之中限制使用數量折扣與促銷活動，因此間接幫助富士掌握了配銷通路。而在通產省方面，柯達則認為，在日本行政體系之中，通產省所扮演的角色在於監督軟片產業及通路部門，因而通產省應知悉富士所進行的反競爭活動，卻容忍此等行為。⁵⁷

柯達指出，日本政府於國際間曾經承諾其欲加強獨占禁止法的實行，尤其是針對上述反競爭行為的執行，因此日本政府容許此等反競爭行為特別令人難以容忍，由此美國應可依 301 條款向日本採取報復措施。⁵⁸ USTR 經過十一個月的調查後，於 1996 年六月宣布其認為日本政府建構、支持，並容忍排除外國競爭的市場結構。

在 301 條款中對於外國政府不合理措施作廣義解釋，對於因市場通路而造成貿易障礙，確有解決之道，美國政府得以依 301 條款發動其貿易制裁或與對造國進行貿易諮商，但利用 301 條款之類的單邊制裁手段，並非適用於所有國家。

as amended, for relief from Japanese market barriers in consumer photographic film and consumer photographic paper, (hereinafter Petition of Kodak)available on <http://www.kodak.com>.

⁵⁷ Petition of Kodak.

⁵⁸ 柯達係以 Section 301(d)(3)(B)(i)(III)，即外國政府容忍該國反競爭行為，以及 Section 301(a)(1)(B)(ii)，即外國政府所實施之違反美國於國際法上權利並對美國商業活動造成限制效果，因此為不正當之行為，兩條規定提起 301 條款請願。Petition of Kodak, C. U.S. Right.

301 條款所允許的各式貿易制裁手段，其效果皆建立於美國的經濟實力以及其市場的重要性之上。由於美國為世界經濟大國，市場廣大對世界各國為其出口的重要國家，因而一旦美國依 301 條款對其他國家進行報復時，對造國家懾於鉅額經濟利益可能受到影響，便會對美國的要求採取較低姿態。但若單方制裁措施是由經濟上小國所採行時，對造國家若無喪失經濟利益的威脅時，單方制裁的效果便十分有限，也無法達到打開日本市場通路的目標。且由日本與美國就日本軟片與相紙市場爭端來看，日本政府對於美國政府祭出 301 條款，並未因而臣服，反而拒絕與美國進行依 301 條款之雙邊諮商，強硬要求於國際多邊經貿組織的程序下進行爭端調解。⁵⁹可以說明，301 條款的執行有賴於經濟實力的輔佐，否則以內國法規所設計的單邊措施，並無法真正廣泛地解決市場通路障礙。

三、世界貿易組織

在世界貿易組織(World Trade Organization，以下稱 WTO)下，關於市場通路系統所產生的議題分別可自兩方觀察，一方面是在即將來到的新一回合談判中，競爭法是否會納入 WTO 架構之下的疑問。另一方面則於現狀之下，美國尋求以爭端解決的模式，在尚未有競爭協定，而雙邊協定亦未竟功的情況下，先行以一九九四年關稅暨貿易總協定(General Agreements on Tariffs and Trade 1994，以下稱 GATT)第二十三條試圖打開日本封閉的通路結構。

本文主要討論重點，即為世界貿易組織架構下，對排除內國通路所造成的結構性障礙得予提供的解決方法，並以美國依爭端解決瞭解

⁵⁹ 日本先後要求於 OECD 或 WTO 架構下進行談判，日本官員主張僅在美國貿易制裁的威脅外，於多邊之爭端解決機制下，才有談判的可能性。See Fuji officials Deny Kodak Charges of Japanese Trade Barriers for Film, 12 Int'l Trade Rep. (BNA) 1313 (1995); Japan Wants OECD Trade Committee to Hear Fuji - Kodak Film Dispute, 12 Int'l Trade Rep. (BNA) 1713 (1995).

書所提出關於日本消費性軟片與相紙市場一案為例，探討於世界貿易組織架構下，對通路型系列會社之處理。





第三章 美日關於日本軟片及相紙市場爭端

第一節 日本軟片及相紙市場狀況

本件爭端所牽涉者，為日本境內進口消費性軟片與相紙的配銷通路問題。在日本市場中，此類產品主要由四家生產者所提供，其中兩家為日本本國廠商，即富士(Fuji Photo Film, Ltd.)及柯尼卡(Konica Corporation)，另外兩家則為外國廠商，一為美國柯達(Eastman Kodak Company)，另一為德國阿格法(Agfa - Gevaert Aktiengesellschaft)。

自 1965 年起日本彩色軟片市場中，進口品的市場占有率自 9%開始上升，到了 1981 年已達 20% 的高峰，但至 1995 年下降至大約僅占 15%，而這 15% 之中，柯達占 10%，阿格法則占 5%。¹

美國對日本市場主要的不滿在於，外國廠商目前在日本的通路完全是由外商獨資設立的當地子公司來負責，以柯達為例，其產品有三分之二直接售予零售商，而 9% 售予次級批發商(secondary wholesalers)，其餘產品則是經由柯達沖印店銷售。²反之，日本廠商則由主要批發商(primary wholesalers)來配銷其產品，富士是由四家主要批發商將其產品再分銷予地區性的次級批發商與沖印店，³而柯尼卡則由兩家主要批發商子公司來獨家經銷其產品。⁴易言之，美國認為日本的軟片與相紙產業，以各生產廠商為中心，形成一排斥性的通路型系列會社，此一通路型系列會社便如同前章所述，將整個產業由生產者層次至零售店層次的通路商整合入一個集團之中。

¹ Panel Report on Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, adopted on 22 April, 1998, para. 2.4. (hereinafter: Panel Report on Japan – Photographic Film and Paper)

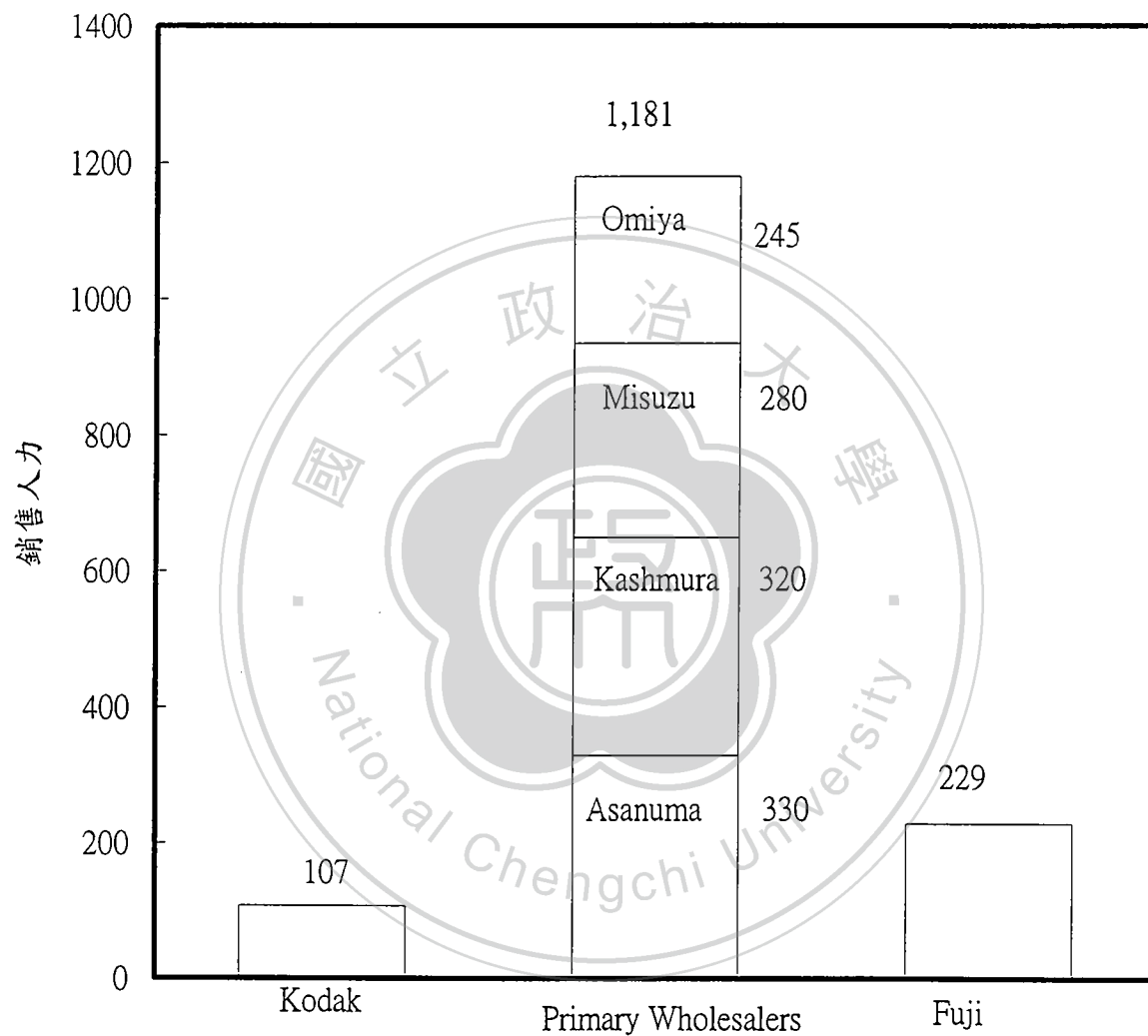
² Id. para.2.5。

³ 其中沖印店此一通路僅占 8%。

⁴ First Submission of the United States of America, Feb. 20, 1997, para. 8, available on 1997 GATTPD Lexis 1, (hereinafter U.S. First Submission)。

圖(一)

富士利用主要批發商通路得取得大量銷售人力



Source Emory International Law Review Spring 1997 , at187.

在此系列會社之所以對於進口軟片及相紙在日本場的表現影響重大的理由在於，日本消費者購買軟片的管道，是向分散於日本各地的二十八萬餘家零售商店購買，⁵如此分散且眾多的零售店面使得廠商勢必無法獨力支應，而主要批發商在各地區的據點、配銷設施、行銷網路以及人員才能提供完整的通路，為生產者提供完備的後勤系統，從圖(一)可以看出，一旦加上主要批發商的銷售人力，富士的銷售人力可增加五倍之多，因而廠商是否能取得主要批發商的通路，對經銷其產品便十分重要。但如上段所述，這些主要批發商都是獨家經銷日本本國廠商的產品，外國進口品只能透過地區性的次級批發商或直接銷售予零售店來配銷，無法進入日本軟片市場的主要通路體系，因而造成產品銷售上十分重大的障礙，從圖(二)關於零售店取得產品來源的比例也可發現，在日本軟片市場之中，零售商取得貨品的來源有七成以上是經由批發商通路，另一成五是經由沖印店，僅有不到一成的零售店是直接由生產者處取得產品，由此亦可發現批發商此一通路對生產者的重要性。

而令美國質疑的是，在 1963 年甘迺迪回合之初，外國與日本廠商都是經由主要批發商此一通路經銷其產品，且主要批發商多是經銷多家廠商的產品，而各廠商也是與多家廠商合作，並無獨家經銷的情況，但自 1970 年代中期以降，日本軟片及相紙市場則成為獨家經銷體系，⁶由圖(三)所示可以看出此種變化。美國認為此一封閉體系的形成，是由日本政府多項措施造成，因而開始一連串的行動，欲使日本打開此一封閉通路，提供外國廠商進入市場競爭的機會。然而在日本方面，則堅稱此種通路型態的形成與政府並沒有關係，而是基於各個產業就其利益的考量而結合成為系列會社。此一論點亦正如本文在第二章中所討論者，通路型系列會社乃是一種垂直整合的型態，將上下游業者整合入同一體系，因為成員之間長期合作關係與資源共享的機制，不

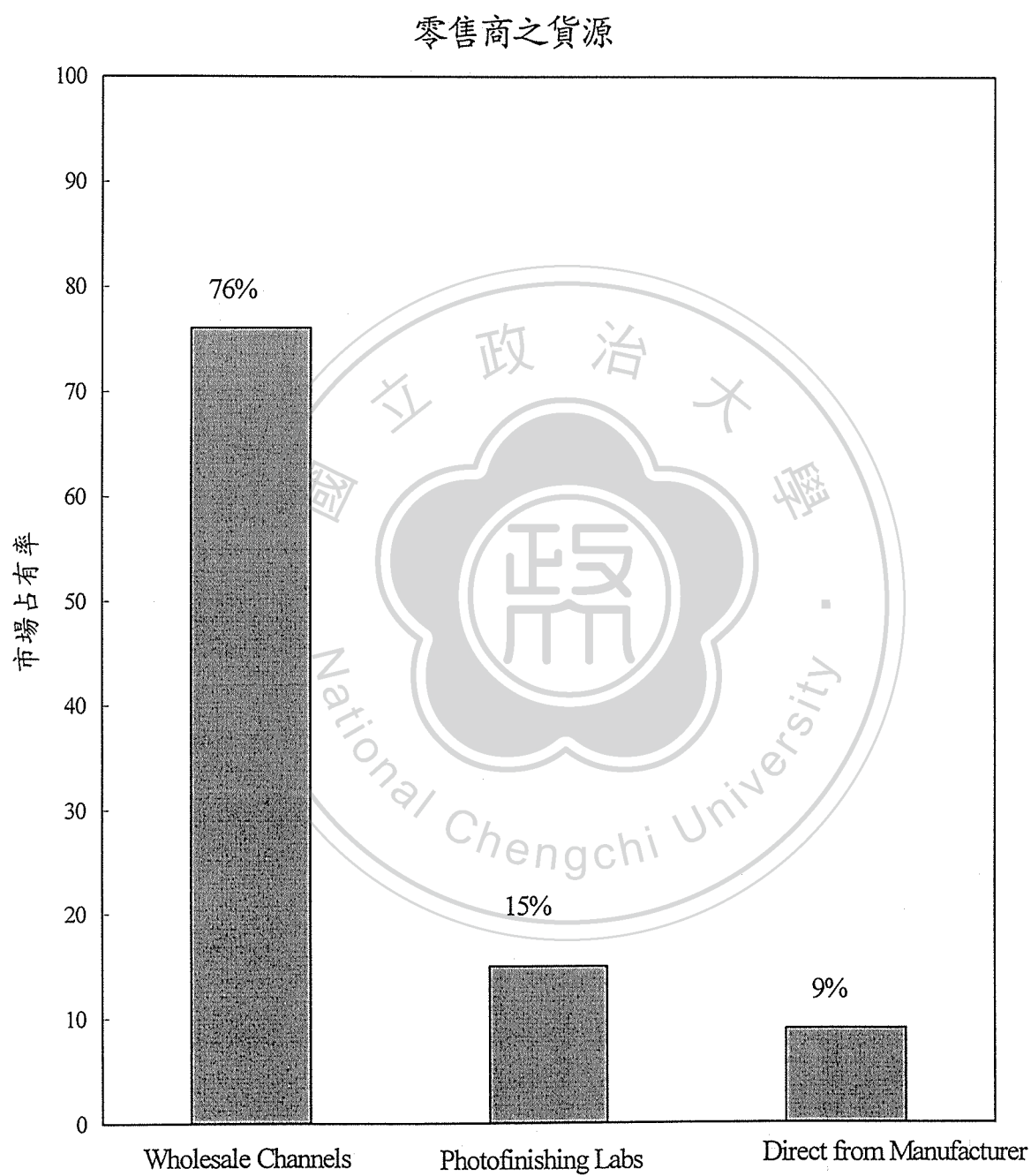
⁵ Panel report p5 para.2.6。

⁶ U.S. First Submission para.56-63。

但增進系統內部的效率，同時亦降低長期成本，而強化了整個體系的競爭力。



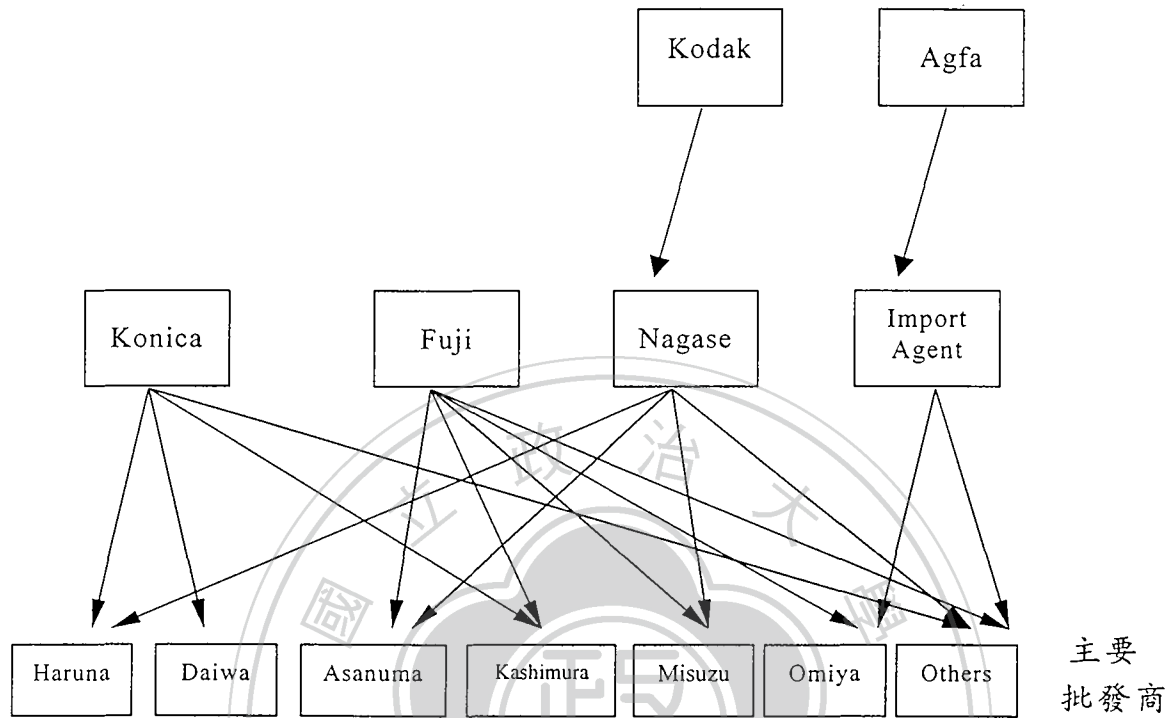
圖(二)



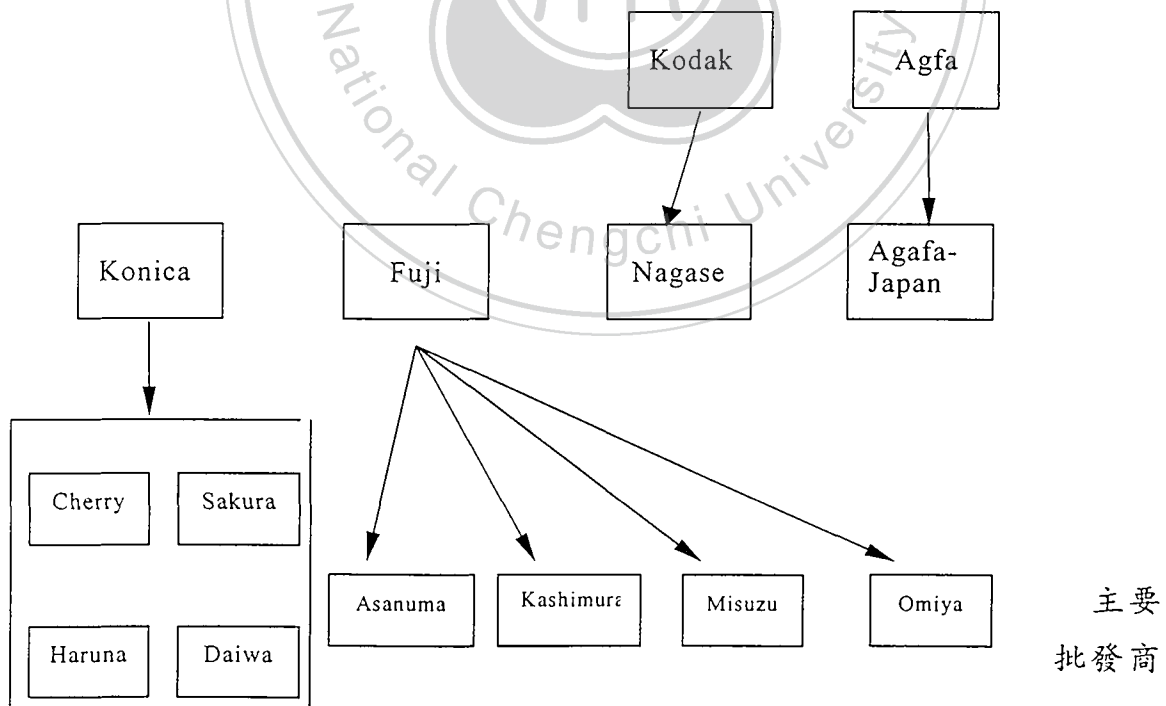
Source: Emory International Law Review Spring 1997 , at185.

圖(三)軟片通路的演變

(1)行銷通路的分配(1963 年之前)



(2)行銷通路的分配(1977 年)



Source :Emory International Law Review Spring 1997 , at184.

第二節 爭端進入 WTO 爭端解決程序前的背景

1995 年 7 月美國軟片製造商柯達公司向美國貿易代表署(U.S. Trade Representative)請求依美國 1974 年貿易法 301 條，展開調查日本消費性軟片及相紙市場的市場參進障礙，柯達聲稱日本政府自二次大戰之後即藉由高關稅、進口簽證與禁止在日本境內投資等手段阻礙柯達進入日本市場，在美日雙方於貿易諮商就軟片及相紙達成關稅減讓後，更預見貿易自由化會對日本市場帶來衝擊，而日本為保護其本國產業，因此實施一連串措施，試圖建立新的非關稅障礙，以抵銷自由化的結果，這些措施柯達即稱之為「自由化反制措施」(Liberalization Countermeasures)。⁷

在柯達對美國貿易代表署所提出的訴願書中，主張富士是藉由排他性配銷通路、維持零售價格、通路經營者對生產者在財務上的依賴以及折讓制度，來建構市場參進的障礙。⁸

但日本方面卻否認柯達的控訴，認為美國方面所提出的說法與事實並不相符，其對於日文文件的翻譯與認知有所誤解，日本政府不曾實施阻礙外國軟片及相紙產品進口的政策。甚而富士表示，柯達過去並未用心經營日本市場，以至於今日產品無法享有優勢，諸如過去有主要批發商願意經銷柯達產品，但柯達卻拒絕直接與該批發商交易，堅持透過貿易商居中配銷其出口至日本的產品，另外，柯達同時也拒絕以較低價格吸引通路經營者配銷其產品，聲稱若降低價格會產生產品回流至其他國家的疑慮。⁹

同時在此案進行時，日本一直不願與柯達或是美國在 301 條款下

⁷ USTR Press Release- 95-47, available on <http://www.ustr.gov/releases/1995/07/95-47.html>.

⁸ Id.

⁹ Fuji officials Deny Kodak Charges of Japanese Trade Barriers for Film, 12 Int'l Trade Rep. (BNA) 1313 (1995).

進行諮商，日本堅持須在多邊架構下方願與美方就此爭端進行諮商，先後曾提出於世界貿易組織或 OECD 下對該案進行爭端決程序。¹⁰

美國貿易代表署 1996 年 6 月決定向世界貿易組織之爭端解決機構依爭端解決程序瞭解書第 4.4 條請求進行諮商，在其請求內容中，指明日本政府違反了 GATT 1994 第二十三條第一項(a)及(b)、第三條以及第十條的規定。¹¹但諮商未能成功，於是在 1996 年 9 月美國請求成立爭端解決小組，由爭端解決小組對美日爭端作一裁判，¹²而爭端解決小組亦於同年 10 月成立以處理美日爭端，¹³下節即說明為案件進入爭端決小組後，美日雙方所提出之攻防與小組最後的裁判。

第三節 爭端摘要

本件爭端中美國主要對日本政府所進行的三類措施提出質疑，此三類措施合稱為「自由化反制措施」(liberalization countermeasures)，亦即該等措施之實施，是因為日本政府鑑於在貿易及投資自由化後，面臨外國廠商的強力競爭，為了抵銷自由化而設計的一連串反制措施，以使自由化的效果減弱，保護本國廠商不受外國廠商所帶來競爭的傷害，¹⁴此三類措施包括了：(1)配銷反制措施(distribution countermeasures)：此類措施對於日本軟片及相紙市場的排他性通路體系的形成有鼓勵及助益之嫌；(2)大型零售店法(the Large Scale Retail

¹⁰See Fuji officials Deny Kodak Charges of Japanese Trade Barriers for Film, 12 Int'l Trade Rep. (BNA) 1313 (1995); Japan Wants OECD Trade Committee to Hear Fuji – Kodak Film Dispute, 12 Int'l Trade Rep. (BNA) 1713 (1995).

¹¹ Japan -Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/1, available on <http://www.wto.org/ddf>.

¹² Japan -Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/2, available on <http://www.wto.org/ddf>

¹³ Japan -Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/3, available on <http://www.wto.org/ddf>

¹⁴ See U.S. First Submission para.20-24.

Store Law)：此法阻礙了另一種通路型式成長；¹⁵(3) 促銷反制措施 (promotion countermeasures)：該類措施係藉由限制廠商得使用之促銷手法，使外國進口產品無法進行適當的促銷活動，其中尤以獎金法 (Premiums Law) 中對於獎金與引入錯誤陳述的限制為美國控訴的重點。¹⁶

一、配銷反制措施

根據美方的說法，當國際貿易趨向自由化之際，日本發現外國廠商不但可以提供競爭產品，更能以雄厚的資源與優良的管理專業知識在配銷與行銷方面凌駕日本產業。通產省¹⁷也預見到外國廠商憑藉其優勢不但會與日本生產者在產品上競爭，更可能在批發與零售層面取代本國業者，因此通產省與生產者合作整頓通路系統，造就一個垂直整合而由本國生產者控制的通路，在此一由生產者至批發商到零售店面的通路之中，僅獨家經銷特定本國生產者的產品，使外國產品被排除於此一通路之外。¹⁸

在美國的訴狀之中，指出通產省利用以下三種方式將通路經營者與本國生產者緊密地聯結在一起：¹⁹

- (1) 通產省鼓勵使用標準交易條件，而交易條件的設計方式使通路經營者傾向選擇僅經銷一家本國生產者之產品。此類交易條件包括：數量折扣、折讓 (rebates) 以及標準化且短期的付款條件。

¹⁵ 根據美國的訴狀，大型零售商店因為貨架空間較大，有較多的機會展售外國產品，另外，大型零售店的資金較為雄厚，可不受產品生產者的控制自由選擇欲經銷的產品品牌，因此對於已被排除於傳統通路外的進口產品，是另一種可行的通路型式，U.S. First Submission II.B 以下。

¹⁶ Panel Report on Japan – Photographic Film and Paper, para. 4.1.

¹⁷ Japan's Ministry of International Trade and Industry.

¹⁸ U.S. First Submission para.25 *bis*.

¹⁹ Id. para. 75 *bis*.

折扣與折讓的採行會鼓勵批發商向少數的供應者購買大量產品；而標準化與短期的付款條件則使批發商無法尋求提供更佳信用額度的其他供應商，亦即外國廠商不能憑藉其在雄厚資本上的優勢，提供較優惠的信用條件來吸引批發商經銷其產品。

(2)通產省鼓勵顯像材料(photographic materials)產業共同分享設備，例如倉庫及配銷網路，且提供補貼、專家及其他利益誘使企業簽訂合作協議。

(3)通產省認為共享資訊與電腦連線將使特定日本生產者與其下線批發商及零售商發展更為緊密之關係，於是指導生產者與批發商使用標準化的資料庫、商業訂單系統以及財務資訊。

美國更進一步指控通產省在同一時期也在通路系統的水平層面推動聯結，主要的目的在於將原來獨立的沖印店整合進新興的日本零售商或批發商集團或僅與一家日本生產者合作之商業集團之中。

美國在這一部分指控之中所舉出的「反制措施」²⁰包含了日本內閣決議、通產省的諮詢機構所發表的一系列產業結構報告、1970年關於合理化軟片交易條件的指導原則、以及於政府部門與日本開發銀行對產業的融資計劃等。

日本對此指控的回應則為，通產省關於通路體系政策的目的並不在於排除進口品進入日本市場，而是為了使日本通路產業現代化，並助其面對因自由化而帶來的外國競爭。在通產省的通路政策或美國所稱「自由化反制措施」之中，並沒有任何一項政策會鼓勵或幫助形成排他性市場結構。²¹

²⁰ 由於美國所稱反制措施在種類上的特殊性，在小組報告中特別聲明，雖暫稱其為措施(measures)並不表示其為 GATT 內涵中所稱之「措施」，此點在後面亦成為美國與日本攻防的焦點之一，Panel Report on Japan – Photographic Film and Paper, para.2.8。

²¹ First Submission of Japan, April 3, 1997, para.106 *bis*, available on 1997 GATTPD Lexis 2,

日本也進一步表示，通產省對於日本通路部門現代化的推動已進行了三十餘年，跨越了資本自由化前後時期。而通產省推動現代化的理由前後有所不同，在早期通產省要解決的是在通路部門之中生產力相對較低的狀態，而後期儘管通產省推動現代化的目標在於因應資本自由化，但其作法是為了促進通路部門的效率與競爭力，並非如美國指控試圖利用傳統通路系統的優勢排除進口品進入市場。

日本更進一步指出通產省在 1960 至 70 年代的通路現代化政策包括兩個部分，一為合理化(rationalization)，另一為系統化(systemization)。合理化政策的目的是在於消除傳統上過時而不合經濟理性(economically irrational)的作法。就軟片部門來看，通產省在 1970 年促使交易條件合理化的指導原則中，也明白表示了不鼓勵折讓的作法，同時亦不若美國所指控推動短期付款條件。因而該指導原則與市場建立經銷獨家品牌的結構無涉。再者，在時間上，美國的指控亦無法成立，富士的四個主要批發商之中，有三個早在 1968 年即已成為獨家經銷商，比該指導原則的發布早了兩年，而第四家雖於指導原則發布後方成為獨家經銷商，但其與富士的獨家經銷合約是在柯達明白拒絕與其合作後才簽訂的。至於柯尼卡的主要批發商則早於 1955 年就成為其獨家經銷子公司，由此可證 1970 年指導原則與軟片部門獨家經銷的發展之間並無因果關係。

通產省通路現代化的另一目標為系統化。這一組政策鼓勵採用標準化的格式與程序，並增加使用電腦科技。在軟片產業，一由通產省組成的研究團體亦於 1975 年發表了達成這些目標的進度表，根據日本的說法，通路的系統化並不會排除或阻礙外國公司進入市場，反而有鼓勵外國廠商進入的作用，因為標準化所帶來的好處在於可使生產者與通路商的交易模式統一化，生產者與不同的通路商之間可以使用相同的交易程序及條件，排除過去日本複雜而多樣的交易習慣與民間

習俗，使外國廠商毋須適應數以百計或千計各種交易方式，從而有利於不熟悉市場過去交易習慣的外國廠商進入市場。

同樣的，在這裡日本也指出在時間上此一進度表的發布後於市場獨家經銷化的趨勢，因而無法證明其間之因果關係。

日本更指出，日本軟片市場的獨家經銷體系與世界各國相較，並非特殊狀況，在世界各個主要市場中，軟片與相紙市場皆是經銷單一品牌的結構，同時，生產者與沖印店共同設備也十分常見，這種市場結構的形成是市場因素作用的結果，而非政府之措施。

二、大型零售店法

美國認為大型零售店的存在，使得進口商品能夠在傳統封閉的通路之外經由另一種型式的通路進入市場，在 1960 年代晚期，超級市場以及其他自助式商店的數量持續成長，從美國的角度來看，這些大型的零售店提供了外國廠商在主流通路之外另闢蹊徑的機會，美國認為大型商店相對於一般小零售店較常銷售進口產品，²²若這些大型商店能夠遍及日本各地的話，批發商對於外國廠商而言就不是那麼重要，而日本的封閉通路體系對外國廠商的打擊效果也會較弱。但在 1967 年與 1968 年間日本卻開始控制這些大型零售店的擴張，更於 1973 年通過實施大型零售店法，該法對於大型零售店的設置與擴張訂有繁複的程序規定，²³間接阻斷了外國廠商進入市場的另一機會。²⁴

²² 美國之所以認為大型零售商店較可能經銷進口產品之理由乃基於下列幾點：(1)大型商店的貨架空間較大，於是可以容納較多樣化的產品，而產品樣式的增加便增加了進口產品上架的機會；(2)大型商店的資本較雄厚，不需倚賴生產者所給予的優惠信用條件與折扣，也就沒有與市場占有率較大廠商交易的傾向，較可能經銷市場占有率較小的品牌，也就是進口品牌；(3)大型商店進貨的數量較大，通常直接向生產者進貨而不透過批發商階層，這也使外國廠商較易進入該通路。

²³ 大型零售店法中規定大型零售店的設立須經以下程序：首先業者須將預定的樓板面積與預定開幕日期於開幕至少十二個月前通知通產省，在提出通知後四個月內業者須將其預定計劃報告予通產省、地方政府、當地的工商公會、當地的零售業者或其公會及消

在此部分美國所列舉的措施包括了大型商店法以及相關的行政規章、行政措施、以及相關的地方措施。

但日本則認為大型零售店法是反映了日本長期以來的一貫政策——限制大型零售商店以確保市場上同時存有小型、中型以大型零售店的狀態，而這一政策在許多國家中亦有實施。且該法所施行的對象並非針對產品，更非針對軟片，法規之中並未規定大型零售商店可以經銷產品的種類，而在決定該零售店是否應在營業上調整或作何種調整時，亦不考慮其所經銷的產品為何。²⁵

據此，自日本的角度來看，大型零售店法並不會對任何進口產品(包括軟片)的競爭條件造成負面的影響。再者，美國對於大型商店較易經銷進口產品的說法，日本認為，零售商不論大小是依最大化利潤的原則來選擇經銷產品，在沒有證據足以支持商店的規模大小會改變任一產品的獲利情況下，大型或小型商店在選擇經銷產品時並不會有所不同。同時日本更指出，該法近年來已明顯放寬，對於大型商店的設立與擴張之限制不若以往。²⁶

三、促銷反制措施

美國認為日本除了限制外國進口產品的通路外，另外還藉由限制

費者，在商店開幕前至少五個月業者必須向主管機關提出通知，該主管機關會對該店開設是否會對鄰近中小型零售業者造成顯著的影響為評估，並得要求業者減少其營業樓板面積，或延緩開幕日期。美國對於該法最為不滿之處在於其須對當地業者提出報告之程序，認為此一程序會造成當地業者得非正式但有效地阻礙大型零售商店的擴張與設立，U.S. First submission para.214-238。

²⁴ U.S. First submission para.171 *bis*.

²⁵ Japan First Submission, para.287 *bis*

²⁶ 諸如適用大商店法之對象範圍縮小，在 1967 年時營業樓板面積達 1000 平方公尺以上之商店即為大型商店，但目前僅 1500 平方公尺以上之商店方適用；其對營業時間的限制亦從需於下午 6 點結束營業延長至於下午 8 點結束；每年停止營業的日數自日減少為 24 日；更廢止了要求大型商店開設或擴張前需先向地方說明並進行協商之程序。

提供經濟上誘因及廣告內容的方式使顯像材料生產者、批發商與零售商無法盡情促銷產品以擴張軟片及相紙在日本的銷售量。美國之所以認為所謂「促銷反制措施」使外國軟片及相紙廠商受到不利益原因在於，該措施限制外國廠商不得使用諸如折扣、禮品、折價券或其他創新的廣告手法(尤其是針對價格或價格比較的廣告)。而日本是藉由施行獎金法以及日本公平交易委員會依獨占禁止法頒布的數項通知(notification)，來達成此項目的。雖然這些法規對於日本及外國廠商一體適用，但美國認為日本施行這些法規的意圖在於限縮外國廠商兩方面相對於日本廠商的競爭優勢，即外國廠商雄厚的資金，以及較有技巧的行銷策略。²⁷

相對的，日本則反駁美國的說法，日本認為獎金法所限制的僅是過高的獎金以及不實陳述，其目的在於保護消費者的利益。獎金法立法的目的係用以限制不公平競爭，並鼓勵廠商在價格或品質上競爭而不要在不實陳述及不當誘因上競爭。日本更進一步強調，獎金法適用的對象並未作本國或外國廠商的區分，再者，獎金法並未如美國所言限制在價格上的競爭，反之，在合於獎金法規定的情況下，價格競爭是予以鼓勵的，同時法規也未限制廠商可以投入廣告的資金多寡，且在不誤導消費者的前提下，也不限制其所使用的廣告用詞。在日本的看法中，這些規定並不比其他國家的法規嚴格，甚而在某些方面，還比美國法的規定更為寬鬆。²⁸

四、此三類反制措施之綜合效果

美國在此次控訴之中，所強調的重點之一在於，其所控訴的措施多是屬於表面上中性的措施，若僅單獨研究一項措施所發現的歧視效果可能並不明顯，但若將多項措施合併觀察，會發現其所產生的歧視

²⁷ U.S. First submission para.239 *bis*.

²⁸ Panel Report on Japan – Photographic Film and Paper, para. 4.17.

效果十分明顯，因此，在爭端進行過程中，美國將上述三類措施單獨帶來的效果，以及合併產生的效果作如下界定，以確定爭端解決小組裁判的範圍依據。²⁹

1. 配銷反制措施

美國認為各項配銷反制措施交互合作產生歧視效果，同時違反 GATT 第三條第四項國民待遇之要求，及 GATT 第二十三條第一項(b)款之剝奪減損美國依 GATT 可得之利益。

2. 配銷措施與大型零售店法的綜合效果

美國認為大型零售店法及相關措施與配銷反制措施交互合作，構成 GATT 第二十三條第一項(b)款下之剝奪減損美國依 GATT 可得之利益。

3. 對大型商店的限制

美國認為大型零售店法及相關措施在封閉的配銷制度之下，除上述與配銷措施交互合作外，本身亦構成 GATT 第二十三條第一項(b)款下之剝奪減損美國依 GATT 可得之利益。

4. 促銷反制措施

美國認為促銷反制措施在目前在日本市場中外國廠商無法有效進入主要批發商通路之市場結構下，本身即構成 GATT 第二十三條第一項(b)款下之剝奪減損美國依 GATT 可得之利益。

5. 促銷反制措施、配銷反制措施與對大型商店限制的綜合效果

²⁹ Id. para. 4.20 bis.

美國進一步主張，上述三類措施同時交互合作，使日本政府得有效重組通路結構，構成 GATT 第二十三條第一項(b)款下之剝奪減損美國依 GATT 可得之利益。

同時美國亦主張，日本政府的措施未有效公開化，違反 GATT 第十條第一項透明化的要求。

日本則認為美國主張各種措施交互合作對外商產生不利效果為無稽之論，美國並未提供可信證據證明這些措施之間意欲且事實上交互合作，且此三類措施具有不同的政策目的，也沒有交互合作的意圖。

日本並全然否認美國的控訴，因為上述任一措施本身皆未對進口產品造成負面影響，也並未改變進口產品所面臨的競爭條件。日本更強調，即便把這些措施視為一組相互合作的措施，也未不利於進口產品。

第四節 小組裁判

受理本件爭端之小組於 1997 年 12 月作出最終判定，就美日雙方所爭執事項一一檢視，並作出利於日本之判定，其判定內容摘要如下：

一、第二十三條第一項(b)

(一)GATT 1994 第二十三條第一項(b)之要件

首先小組依過去爭端解決之案例以及 GATT 1994 第二十三條立法目的，認為欲適用第二十三條第一項(b)應符三個要件：(1)須有會員實施措施；(2)因相關協定而受有利益；(3)因該措施之實施而剝奪減損利益，³⁰以下分就此三個要件作更進一步的說明：

³⁰ Id. X.E.1, para. 10.41.

(1)WTO 會員實行措施

此處所稱之「措施」，並不限於由政府所制訂之法律或行政命令，亦包括政府任何未經立法程序之作為，但小組亦聲明，並不是每一種由政府官方所發表之言論，或者由政府委託非官方機構進行之研究所作成的研究報告，就必然為政府的措施。易言之，某一作為是否為本條所稱之「措施」，尚需就個案逐一認定。³¹

至於應如何認定是否為政府措施，小組亦說明幾個應予以考量的方向：

- A)該措施並不以正式具有拘束力(substantially binding)為限，亦即不需該措施於其本國法之中具有法律上拘束之效力，若一非具法律拘束力的政府政策宣示，能夠對於私人企業生相同於具法律拘束力措施之效果時，亦應認為其為政府措施，方能符合第二十三條第一項(b)之精神。至於能產生相同於法律上拘束力，是指該作為含有足夠的誘因或嚇阻力，促使私人為特定之作為或不作為。³²
- B)由於 WTO 協定為國際協定，僅國家政府及獨立關稅領域對其負有直接義務，因此限於政府措施方為小組管轄之範圍，私人行為並不在內。至於如何區分政府行為或私人行為，由過去案例以觀，小組認為由私人企業為之行為並不當然排除其為政府措施的可能性，若政府就此項行為涉入甚深(there is sufficient government involvement with it)，仍應認作是政府措施，然而小組亦表明，就此無法作出明確的劃分界線，必須依個案逐一衡量。
- C)由於本案的特性，美國政府所措控的多項措施為數十年所實施，

³¹ Id. X.E.2.(a) para.10.43 bis.

³² “...non-binding actions which include sufficient incentives or disincentives for private parties to act in a particular manner,...”, Id. para. 10.49。在後面小組就所有美國控訴之措施逐項審查時，關於其是否符於政府措施此一要件，在該等措施非由政府作成時，此一標準幾乎是決定性的認定因素。

小組也就措施與「持續之效果」(continuing effect)作出區分，依第二十三條第一項(b)本文來看，其文法使用現在式，”If any Member should consider that any benefit *accruing* to it directly or indirectly under this Agreement *is* being nullified or impaired ... as the result of ... (b)the application by another Member of any measure, whether or not it *conflicts* with the provisions of the Agreement”，小組認為該條原意應限於正在實行的措施，才能依該條進行救濟，同時過去的案例也可證明，在 GATT/WTO 小組的歷史上，一向不處理已經廢止或為已被取代之措施。申言之，第二十三條第一項(b)控訴的對象限於目前仍繼續進行之措施，且不包含因此類措施之效果所產生之市場結構。

從小組對各種措施所為的審查過程來看，在認定是否為政府措施時，首先審查該等措施是否具法律拘束力(legal binding)，若該等措施在日本內國法體系下具有正式的法律拘束力者，則無庸置疑為政府措施，但若不具有正式法律拘束力者，便進行第二步之審查，亦即審查其是否具有足夠的誘因或嚇阻力，以強制私人作為或不作為特定行為，同時，小組對於誘因或阻力採取較為廣義的見解，小組並不認為誘因或嚇阻力僅限於提供某種利益或課以某種處罰，如政府對民間機構所作出的政策建議表示贊同，並表示將監督該等報告之後續執行，亦為第二十三條第一項(b)所規範之政府措施。³³

(2)因相關協定而取得利益

適用第二十三條第一項(b)要件之一為 WTO 會員必須因為相關協

³³ 如 1982 年企業間公平交易之自律守則(1982 Self-Regulation Rules Concerning Fairness in Trade with Business)，因為在文件之中，可以發現日本公平交易委員會官員對該自律守則表示贊同，並在其後由日本公平交易委員會扮演監督的角色，由此，小組認為 1982 年企業間公平交易之自律守則已對私人行為提供了誘因及嚇阻，以致其效力與具拘束力之法令規章相同，因此屬於第二十三條第一項(b)之政府措施，Id. X.E.2.(a) para.10.65-66.

定而受有利益，由過去案例可知，此處利益係指因為相關之關稅減讓而使會員合理期待市場進入的機會將會增加。³⁴至於何謂「合理期待」(legitimate expectation)，案例中也可看出欲主張第二十三條之會員必須考量在減讓當時，所有可以合理預見(reasonably anticipate)對方可能採取的措施，在衡量所有措施後所為對市場進入機會增加的期待。易言之，若是阻礙市場進入之措施是在減讓當時會員可以合理預見者，則其後會員便不得對市場進入機會增加主張其具有合理期待，進而主張第二十三條之請求；反之，若該等妨礙市場進入之措施，乃會員於關稅減讓當時並無法合理預見對方會員會採行者，但對方會員竟予採行，使得市場進入機會受阻，則受阻之會員便可主張其對應有之市場進入機會具有合理期待，進而對對方會員主張第二十三條第一項(b)。

再者，小組就本案特別提出於此一要件下應予考量的兩個問題，(A)會員是否有可能因關稅減讓而得合理期待某些利益；(B)在考量會員對於剝奪減損其利益的措施是否有合理期待時，應考量的因素有那些？

首先關於在回合談判中所取得之關稅減讓方面，美日對於在哪些回合談判中所取得之利益為本次案件中可依第二十三條第一項(b)主張者，有不同的看法，美方認為甘迺迪回合、東京回合與烏拉圭回合三個回合的利益都得主張，但日本認為應限於烏拉圭回合所取得之利益。小組的見解則為，依過去的案例，每一回合中所取得的關稅減讓都分別會使會員對促進市場進入機會有所合理期待，亦即此三回合的利益都可主張，但美方應舉證在烏拉圭回合前數回合中所取得之合理期待，「目前」有被剝奪或減損的情狀。³⁵

其次關於對利益的合理期待方面，在本案之中，美方對於因關稅減讓而使市場進入機會增加的利益，所為的合理期待應為此利益不會

³⁴ “...legitimate expectations of improved market-access opportunities arising out of relevant tariff concessions.”, Id. X.E.2.(b), para.10.61.

³⁵ Id. X.E.2.(b), para.10.63 *bis*.

因為日本政府後來實施的措施而消滅。至於如何判斷該期待為合理，小組進一步說明：A)在磋商結束後所採行之措施，小組推定美方無法預見，除非日方得舉反證推翻，舉例而言日本可證明該等措施之施行，在磋商前所施行的某些措施中已有明顯的跡象(the measure at issue is so clearly contemplated in an earlier measure that United States should be held to have anticipated it)，且其間具有明確的關聯性，則美國對該措施應可合理預見。但若該措施僅僅是與政府過去一般性的政策相符者，並不能證明美國應得預見；B)反之，若日本證明該措施係於關稅磋商前已開始實施，則推定美國應對此措施得以預見，除非美國舉反證推翻。小組亦承認知道政府措施的存在，並不同於知道該措施將產生之效果，但是其舉證必須由美國明確說明為何其於措施施行之初無法合理預見其對相紙及軟片市場所產生的效果，以及何時美國才明瞭其效果所在，單單只是陳述會員之措施多麼不透明且不正式並不足以使小組判定美國無法合理預見。³⁶

(3)因為實行該等措施而造成該等利益的剝奪或減損

小組對第二十三條第一項(b)條文再度闡明，認為欲主張第二十三條第一項(b)者，須為因關稅減讓而受益之進口產品的競爭地位因為無法合理預見之措施的實施而被削弱(upset)。上述「競爭關係之削弱」與「剝奪減損」兩詞，在過去的第二十三條案例之中，一向得以互代使用，因此，在本案中美國應證明日本政府的措施削弱了本國與進口軟片與相紙競爭關係。³⁷

而政府措施與競爭關係的削弱之間必須具有因果關係，在認定因果關係時有四個層面的考量：

a)需證明的因果關係程度

³⁶ Id. X.E.2.(b)para.10.72 *bis*.

³⁷ Id. X.E.2.(c), para.10.82.

小組認為在此部分，因果關係的檢驗以其為剝奪或減損利益之原因之一即可。

b)原產地中性之措施(origin-neutral measures)與剝奪減損利益之間的關連

日本一向主張，本案所涉及的措施皆為原產地中性之措施，故在這些措施與進口軟片及相紙的市場競爭力減弱並無因果關係。但小組認為，措施不具法律上(*de jure*)之歧視並不表示亦不具事實上(*de facto*)之歧視，小組並適用過去 GATT/WTO 案例中就最惠國待遇與國民待遇中關於事實上歧視的衡量，認為此處因果關係的認定不在於，進口產品與本國產品之間是否具有相同的競爭條件，而是在於過去因為關稅減讓而存在於進口產品與本國產品之間的相對競爭關係，是否有所削減。

c)意圖與因果關係的關連

雖然當事人在其訴狀之中分別就日本採行措施是否有損害美國利益之意圖多所爭辯，但小組認為第二十三條第一項(b)的要件之中並不要求證明剝奪或減損利益的意圖，不過在考量因果關係時，小組對於具有剝奪減損他會員利益意圖之措施，會較傾向認為會有因果關係之存在。

d)分析因果關係時需部分措施視為一組共同考量

基於美國認為小組應將所有措施視為「一組」共同考量，小組亦將檢視各獨立措施合併施行的效果，是否造成對美國利益的剝奪減損。

(二)配銷措施³⁸

³⁸ Id. X.E.3., para.10.1 *bis*.

依小組之認定，小組在本案中管轄權所及之配銷措施計有下列八項：³⁹

- (1)1967 年內閣決議(1967 Cabinet Decision);
- (2)1967 年日本公平交易委員會對於授予企業之獎金第 17 號通知(1967 JFTC Notification 17 on premiums to business);
- (3)1968 年關於通路現代化展望與議題第六次期中報告(1968 Sixth Interim Report on Distribution Modernization Outlook and Issues);
- (4)1969 年關於通路活動系統化第七次期中報告(1969 Seventh Interim Report on Systemization of Distribution Activities);
- (5)1969 年關於交易條件之調查報告(1969 Survey Report regarding Transaction Terms);
- (6)1970 年合理化軟片交易條件指導(1970 Guidelines for Rationalizing Terms of Trade for Photographic Film);
- (7)1971 年通路系統化基本計劃(1971 Basic Plan for the Systemization of Distribution);
- (8)1975 年產業通路系統化進度表：相機與軟片(1975 Manual for Systemization of Distribution by Industry: Camera and Film)

小組對上述措施一一檢視其是否符合依第二十三條第一項(b)之要件，對於每一措施皆依下列三項分別認定：(1)措施之實施(application of measures)，(2)受有利益(benefit accruing)以及(3)損害與因果關係(impairment and causality)。

綜合小組的分析，對於美國控訴日本政府利用配銷反制措施損及

³⁹ Id. X.E.3.(a), para.10.4

美國依回合談判所應得之利益此點，小組認為，美國就配銷反制措施此部分最主要的論點在於，日本利用該配銷反制措施造成了日本軟片及相紙市場形成垂直整合以及單一品牌的通路，而此種反制措施是藉由將交易條件標準化，通路系統化以及限制對企業給予經濟誘因等手段以達成。小組的判定並不認為美國所舉出的這些措施，對於日本本國與美國軟片與相紙之間的競爭關係有所影響。

在小組對各項措施逐一審查的過程之中可以發現，上述八項措施之中，僅有 1967 年內閣決議、1967 年日本公平交易委員會第 17 號通知、1970 年指導原則以及 1971 年通路系統化基本計劃四項小組認為構成 GATT 第二十三條第一項(b)的措施，其餘四項小組皆不認為其為日本政府的措施。而在因果關係方面，小組更是全盤否定這些措施有削弱美國軟片與相紙在日本市場上競爭條件之效果。

首先就政府措施此一要件而言，前文已提及，小組並不認為僅政府機關所頒布的法令規章方有構成政府措施的可能，小組承認，非政府機構亦可能因政府主權之委託行使，而作成具第二十三條第一項(b)意義之政府措施。另外，小組亦承認，並非具備法律上拘束力之行為才是政府措施，具有事實上拘束力的各種行為，雖其在法律上對私人並無拘束力，但仍有構成政府措施之可能，從小組的判定內容中可以發現，小組對於政府措施的審查，要點放在該措施是否能夠對私人從事某種特定行為提供誘因，或者對私人不從事某種特定行為產生嚇阻作用，使其效果與具有法律上拘束力之法規命令相同，若具備此種情形，即為 GATT 第二十三條第一項(b)之政府措施。

而在美國所控訴的八項措施之中，除 1967 年內閣決議以及 1967 年日本公平交易委員會第 17 號通知為政府所為之行為外，其餘措施的作成機關皆非政府組織，甚而如第六次與第七次期中報告、1969 年交易條件調查報告，為政府機構委託民間機構所進行的研究報告，本身並無法律上的拘束力，因此小組在判斷其是否為政府措施時，須更進一步考量其對企業界產生的效果，才能作出正確的判斷。

小組認為第六次第七次期中報告、1967 年交易條件調查報告與 1975 年系統化進度表不屬於政府措施之理由在於：首先，這些調查報告多由政府委託民間機構進行，小組認為既屬對政府提出政策建議參考之報告，即不可能同時為政府措施；再者，此類報告之中也未提供任誘因或嚇阻，使私人為或不為特定行為，易言之，並不具事實上之拘束力；最後，美國並未提出任何實例證明，有任一政府所頒布之措施是基於該等研究報告所制定，因此小組判定該等措施非政府措施。

40

相對的，1971 年通路系統化基本計劃，雖非政府機構所制定，但通產省的資深官員在該計劃頒布後，亦宣示支持此一計劃，並表示通產省會與民間企業共同工作以確保該計劃之實施，因此小組認為，通產省所頒布與該計劃有關之一連串行政指導，可證明該計劃有與具法律拘束力之法規命令相同效力，因此認為係第二十三條第一項(b)之政府措施。⁴¹

其次於因果關係之判斷，美國所提出的八項措施，小組皆認為美國並未成功證明，該等措施與日本軟片及相紙市場單一品牌通路之形成具有因果關係。小組的理由主要基於，事實上這些措施都是在單一品牌通路形成之後才實施的，美國並未舉出令人信服的證據來證明，這些措施實施後能夠進一步強化單一品牌通路。另外，美國亦無法舉證這些措施直接促使垂直整合與單一品牌通路的形成，尤其這樣的通路形式除了日本以外，世界各國在軟片與相紙市場中，都是相似的通路形式，美國並未解釋一旦日本政府並未介入此部門，則單一品牌通路的情況便不會發生。因而在因果關係此一要件，八項措施皆不成立。

⁴⁰ Id. X.E.3.(d), (e), (g), (i).

⁴¹ Id. X.E.3.(h).

(三)對於大型零售店之限制⁴²

就美國對日本關於大型零售店的規範的控訴部分，小組認為，美國在這部分的控訴重點與其他部分並不相同，在關於配銷與促銷措施的控訴重點，在於日本政府實施的措施阻礙進口品進入日本市場，亦即日本政府實施的措施使得進口商相較於關稅減讓時較難以銷售產品，然而對於大型零售店法的控訴則不同。美國承認今日日本國內的大型商店數量比 1982 年時更多，同時大型零售店占全國總零售額的比例也大於 1982 年時的比例，因此，既然較多的大型零售商店表示進口產品更易於打入市場，那麼對美國而言，目前日本市場的條件要比 1982 年來得好。在這種情況之下，美國的論點似乎在於若日本政府並未介入市場的發展，使得大型零售商店的發展受到限制的話，目前的市場條件應該會更好。

因此小組認為，在這部分要考量的問題在於，美國是否可以對市場發展的程度主張其有合理之期待？申言之，美國依關稅減讓當時大型零售商店法相關法規來考量，那時對於日本此一部門的未來擴展的預期，要在何種程度內方為合理。但事實上，日本大型商店法在近年來已放寬許多，不但適用的範圍縮小，對大型商店營業的限制亦較為寬鬆，而在設立大型商店時所需之程序要求也較 1970 年代來得簡單，因此美國所為關於大型商店法限制大型商店擴張的控訴，並無法成立。再者小組進一步指出，即便此類期待是第二十三條第一項(b)保護的對象，美國在本案中也未提出證據說明其於 1967，1979 或 1993 年，亦即三次回合談判時，對於零售市場的發展已具有此種期待。

因此考量所有證據後，小組判定美國並未證明大型零售商店法及其相關法規，對美國應得之利益有所剝奪或減損。

⁴² Id. X.E.4.

(四)促銷措施⁴³

在此部分小組考量之措施計有下列八項：

- (1)1967 年關於境內直接投資自由化之內閣決議(1967 Cabinet Decision of Liberlization of Inward Direct Investment)；
- (2)1967 年日本公平交易委員會關於提供予企業經濟上誘因之第 17 號通知(1967 JFTC Notification 17 on Premiums to Business)；
- (3)1977 年日本公平交易委員會關於提供予消費者經濟上誘因之第 15 號通知(1977 JFTC Notification 5 on Premium Offers to Consumers)；
- (4)1981 年日本公平交易委員會有關派遣員工之指導原則(1981 JFTC Guidance on Dispatched Employees)；
- (5)1982 年企業間公平交易之自律守則(1982 Self-Regulation Rules Concerning Fairness in Trade With Business)；
- (6)1982 年公平交易推動委員會之成立(1982 Establishment of Fair Trade Promotion Council)；
- (7)1984 年處理費用分攤之自律守則(1984 Self-Regulating Standards Concerning Display of Processing Fees)；
- (8)1987 年日本公平交易委員會核准零售商公平競爭法規以及零售商公平交易委員會之成立(JFTC approval of the Retailers Fair Competition Code and the Retailers Fair Trade Council)

小組在此部分認為上述八項措施皆屬於第二十三條第一項(b)之政府措施，固然上述各措施之中，亦有非由政府機構作成者，例如 1982

⁴³ Id. X.E.5.

年自律守則、1982 年由日本國內攝影產業所建立的公平交易推動委員會，以及 1984 年之自律守則，但這些非屬政府機構所為之行為，都與日本公平交易委員會有密切的關連，在這些自律守則或是委員會中，日本公平交易委員會不但扮演推動者的角色，在其發布或成立之後，仍對其有所監督，因此小組認為，該等措施事實上應為行政指導的性質，符合先例對於政府措施的定義，屬於第二十三條第一項(b)之措施。

但在損害與因果關係方面，小組亦全採否定的見解。由證據顯示，日本公平交易委員會通知與公平競爭法規並沒有限制廣告或價格競爭之現象，因此，小組認為美國並未證明這些促銷反制措施，並未對日本市場中本國與進口軟片及相紙之間的競爭關係有所剝奪或減損。

(五)綜合效果⁴⁴

美國認為上述數類措施除各自對於美國利益有所減損之外，其於同一時期共同實施產生綜合效果，亦對美國利益有所減損，故小組就美國所控訴之各種綜合性效果一一審查。

依美國的觀點，這些各自看來互相獨立的研究、報告、指導以及其他措施，若單獨實施可能不足以達成日本重整其通路體系的目的，然而其成為一個整體共同施行，交互影響的效果，可使日本達成其重整的目的。而日本對此點的反駁則在於，這些措施沒有一個對進口產品有負面影響，或改變進口產品所面臨的競爭條件，因此就算一起考量也不會有削弱進口軟片或相紙競爭條件的效果，簡言之，日本的論點在於，零加零還是等於零(nothing combined with nothing is still nothing)。⁴⁵

⁴⁴ Id. X.E.6.

⁴⁵ Id. X.E.6, para.10.3.

但小組認為，個別措施單獨考慮時不會損及利益，並不代表數個此種措施綜合考量便不可能對競爭條件有負面影響，不過要支持上述論點，美國必須要舉出十分足夠的證據，並且詳細闡明其推論，申言之，在此部分美國所需負的舉證責任十分高，基於前面的分析，小組就各個措施單獨的判定，皆不認為有 GATT 第二十三條第一項(b)之適用，美國必須證明這些措施共同運作的結果會導致競爭條件的削弱，同時必須詳論這些措施如何共同運作，其運作的效果如何對美國產品的競爭條件產生不利的影響。

然而在這一部分的控訴之中，美國皆僅強調其有相互輔助，共同運作，並未舉出實例證明措施之間如何相互運作，同時亦無法說服小組在各個措施單獨而言，都不會對競爭關係產生影響之下，其共同作用時，會產生損及美國產品競爭條件的情形，因此，美國在此部分控訴，小組亦全部不採。

二、第三條第四項

美國在關於 GATT 1994 第三條的控訴之中，所提出有違第三條之措施與其在第二十三條控訴中所稱「配銷反制措施」相同。小組根據 GATT/WTO 過去的案例見解認為，欲主張第三條，美國必須證明以下二點：(1)需有影響進口軟片或相紙在一國境內銷售、銷售之提供或配銷之法律、行政規章或命令；(2)此等法律、行政規章或命令給予進口軟片或相紙低於本國產相同產品之待遇。⁴⁶

(1)法律、行政規章或命令

小組首先檢視，美國所提出的八種措施是否屬於第三條第四項之法律、行政規章及命令。小組認為第三條「法律、行政規章及命令」的解釋，與第二十三條第一項(b)中所稱「措施」相較，若以文義解釋

⁴⁶ Id. X.F., para.10.20.

來看，「法律、行政規章及命令」的範圍應較「措施」來得狹隘。但小組在分析過去 GATT /WTO 先例中關於第三條之見解後，認為在本案分析之中，應採取與「措施」之解釋相似的廣義解釋，亦即在此部分審查美國所提出之「措施」是否為第三條下之「法律、行政規章或命令」時，得參酌前部分對於該等措施是否符合第二十三條第一項(b)中所稱「措施」的分析。

因此，小組在此部分之判定如前，認為在該八個措施之中，僅四項為第三條所稱之措施，即 1967 年內閣決議、1967 年日本公平交易委員會第 17 號通知、1970 年指導以及 1971 年基礎計劃。在此四項措施之中，日本公平交易委員會第 17 號通知已失效，因而僅有三項措施符合第三條關於需為法律、行政規章及命令之要件。⁴⁷

(2)不低於本國之待遇

小組就 GATT/WTO 過去的案例來看，認為在第三條中所要求給予不低於本國待遇之精神，在於給予進口產品與本國產品相同的競爭機會(effective equality of opportunities)。小組回顧前面對於美國所控訴之配銷反制措施之判定，小組就是否符合第二十三條要件而檢視配銷反制措施時，所採用的標準為：該措施是否削弱競爭關係。在此處，小組認為此二項標準在實質上並無所差異，亦即判斷是否「削弱進口產品與本國產品相同之競爭機會」與判斷是否「削弱進口產品與本國產品之競爭條件」的結果應為一致。

因此，既然在前面關於第二十三條的判斷中，小組認為該等措施並未削弱進口軟片與相紙在日本市場之競爭條件，同理，該等措施亦未構成第三條國民待遇之違反。⁴⁸

綜上二要件以觀，小組對於美國所控八項措施違反 GATT 1994 第

⁴⁷ Id. X.F.(a), para.10.28.

⁴⁸ Id. X.F.(b).

三條第四項乙節，判定美國並未證明該等任一措施對於進口軟片及相紙給予低於原產於日本之軟片及相紙之待遇。

三、第十條第一項⁴⁹

GATT 第十條第一項是要求會員對於會影響銷售、配銷、運輸、等法規命令或具一般適用性之行政原則應公開出版，也就是要求會員內國相關法律應具備透明化的要求。而美國控訴日本未符合透明化義務者有兩方面：一是關於獎金法之相關措施，其二是大型商店法之相關措施。

就獎金法相關措施方面，美國控訴由於日本在執行獎金法上多使用非正式性、未經出版的措施，加上日本負責執行的機構包括日本公平交易委員會、各地方政府以及數個民間組織，多重機構都有權執行獎金法，而這些機構執法之原則皆未出版，使外國廠商在進行商業活動時無所依循，違反了第十條的要求。另外，數個於日本公平交易委員會監督下的民間機構，亦有執行公平競爭法規的權限，美國認為些民間機構關於競爭法規執行情形，若會對未來的案例造成新設或變更適用要件者(establishing or modifying criteria applicable in future cases)，亦應出版。

但日本則堅稱，獎金法之執行體系已十分透明化，獎金法本身以及執行獎金法之相法令皆已出版，其他對獎金法適用與執行上的通知業已出版。而美國所稱民間機構有權執行公平競爭法規一節，日本則說明民間機構僅得制訂產業自律守則，並無權執行獎金法與公平競爭法規。

小組在這部分爭論之中則認為，美國並未舉出日本應予出版但未

⁴⁹ Id. X.G.

予出版之行政原則，因此無法判定日本應出版更多之行政原則。⁵⁰

另外關於大型商店法相關之措施，美國則是指控日本之地方政府未能出版關於大型商店設立或擴張所需進行之程序。但日本則指出在1992年時通產省已發布命令，大型商店設立或擴張時不需進行對地方先行說明之程序，其餘程序皆於中央法規中明訂，並業已出版，因此並無第十條之違反。小組亦同意日本之看法，因此判定美國就日本違反第十條第一項部分，並未提出適足之證據。

四、小結

綜上所述，美國與日本此次關於日本軟片及相紙爭端，於爭端解決小組之裁判下，美國對日本所提出之控訴無一成立。

第五節 GATT 第二十三條第一項(b)與國內市場通路

第二十三條第一項(b)之立法精神在於，會員在關稅談判中因為對方會員允諾關稅減讓而對競爭機會的增加將有所期待，但這種期待不但會因為對方會員實施違反 GATT 規範的措施而受到損害，也可能會因為對方會員實施符合 GATT 規範之措施而受到損害，從而無法達成關稅談判時的預期。在互惠性關稅減讓談判的過程中，為了使會員在進行關稅減讓談判時，不致因為此種可能性而對作出關稅讓減卻步，而有第二十三條第一項(b)的設計。⁵¹

⁵⁰ 此部分的舉證責任十分困難，小組亦承認，若該原則未經出版，美國根本無法舉出該原則作為例證，但小組仍認為，美國至少應舉出有些原則的變動，事實上是先於未出版的決議或判決之中就已採行的，後來才經有出版的決議引用，否則小組毫無根據，也無法憑空要求日本出版「更多」的決議或原則。Id. X.G.(b). para.10.44.

⁵¹ See Panel Report on European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-feed Proteins (hereinafter EEC-Oilseeds), adopted on 25 January 1990, BISD37S/86, para.144

申言之，關稅減讓的目的在於使會員有機會藉由以較低的價格競爭，而取較佳的進入市場機會，會員之所以進行關稅諮商的目的也就在於取得這樣的機會，因此，會員承諾關稅減讓時，必須確信其降低關稅稅率的代價，也就是對方會員的關稅減讓，不會被其他因素沖銷掉，若在 GATT 架構之下，沒有設計這樣的機制來保護會員因關稅減讓所得的利益的，整個互惠諮商的體系就會因為會員不願輕易承諾降低稅率，而無法長存。⁵²因此在 GATT 第二十三條有此一「未違反協定之請求權」(non-violation claim)的設計，使得會員在其他會員雖未為違反協定之行為，但其措施仍剝奪減損了會員因協定得享受之利益時，得以引用作為反制之機制，以確保關稅減讓的利益。

也基於此種會員未違反協定，但仍對其報復的特殊性質，從 GATT 過去的先例中，可發現適用第二十三條係例外情形，在整個 GATT/WTO 爭端解決的歷史中，曾主張第二十三條之控訴僅有九件，⁵³因此在適用第二十三條的要件上，趨向於從嚴解釋，盡量適用各協定之規範以解決爭端，僅在例外的情形才適用第二十三條。⁵⁴

⁵² Ib. para.148.

⁵³ GATT/WTO 爭端解程序經作出判決者，其中僅以下 9 件涉及第二十三條第一項(b)：Report of the Working Party on Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, adopted on 3 April 1950, BISD II/188; Panel Report on Treatment by Germany of Imports of Sardines, G/26, adopted on 31 October 1952, BISD 1S/53; Uruguayan Recourse, adopted on 16 November 1962, BISD 11S/95; Panel Report on EC – Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region, GATT Doc. L/5776, dated 7 February 1985 (unadopted), Panel Report on EEC – Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes, GATT Doc. L/5778 dated 7 February 1985 (unadopted); Panel Report on Japan – Trade in Semi-conductors, adopted on 4 May 1988, BISD 35S/116; EEC – Oilseeds, adopted on 25 January 1990, BISD 37S/86; Panel Report on United States – Restrictions on the Importation of Sugar and Sugar-containing Products Applied under the 1955 Waiver and under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions, adopted on 7 November 1990, BISD 37S/228.

⁵⁴ 此一見解於 EEC – Oilseeds 一案與 Japan – Photographic Film and Paper 案中皆採取。See EEC – Oilseeds, BISD 37S/86, para. 114; Japan – Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, para. 10.36.

依過去爭端解決之案例以及 GATT 第二十三條立法目的，認為欲適用第二十三條第一項(b)應符合以下三要件：(1)WTO 會員實行措施；(2)因相關之協定而取得利益；(3)因為實行該等措施而造成該等利益的剝奪或減損。⁵⁵以下便就此三要件，分別探討市場通路結構所造成的貿易障礙在適用上有所疑義之處。

一、政府措施

適用第二十三條第一項(b)之首要要件為會員需有措施之採行，WTO 既為一以國家或獨立關稅領域為主體之國際組織，私人並不對其直接負有義務，則第二十三條第一項(b)所稱之措施應僅限於政府之行為或政策，而不及於私人之行為。但事實上，在許多爭端之中，所涉及者為表面上為私人行為，但背後卻是與政府政策有所關聯甚或由政府所贊助者，此際對於是否為政府措施或政策的認定，在過去許多 GATT/WTO 先例中可以發現，在 GATT/WTO 架構之下對於政府措施或政策的定義，並不是狹義地限於政府所頒布之法規命令等具有法律上拘束效力的措施，相對的，乃採取較廣義的見解，認為一旦政府與該行為間關聯性甚強者，即可能為 GATT/WTO 架構下之政府措施，應符合其規範。⁵⁶

⁵⁵ See EEC – Oilseeds, BISD 37S/86, para. 142-152; Australian Subsidy on Ammonium Suphate, BISD II/188, 192-193; Japan – Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, para. 10.41.

⁵⁶ 例如過去關於補貼的研究之中，就非政府機構所給予之補貼是否亦為 GATT 第十六條規範的對象之問題進行研究時，該研究便表示應視該等補貼經費的來源，並不一概排除其為政府補貼的可能性，See Report on Review Pursuant to Article XVI:5, adopted on 24 May 1960, BISD 9S/188, 192。而此等見解亦在後來之補貼暨平衡措施協定(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)被採納，該協定於第一條關於補貼之定義之中即言明，由政府設立基金或授權私人機構給予人民之財務補助，亦為補貼。另如 Japan - Semi-conductors 一案之中，日本政府所為不具拘束力之行政指導並不當然非第十一條中所稱之措施，當該等行政指導對於私人產生足夠的強制力，影響其行為之決定時，便應為政府措施，See Japan - Semi-conductors, BISD 35S/116, para.106。

第二十三條第一項(b)中，規範對象為措施，而不用法律或行政規章一詞，便表明了得適用該條之對象，並不限於法律或行政規章，甚而不限於會員經法定程序所為具法律拘束力之措施，雖無法律拘束力，但具事實上拘束力之措施亦應為該條適用對象。從第二十三條第一項(b)之立法精神來看，亦應對政府措施採取較為寬鬆的解釋，蓋第二十三條第一項(b)所保護者，為 GATT 下關稅減讓的平衡，授與會員得以對抗其他會員利用合於 GATT 其他條文的手段之剝奪減損其因協定所得利益，⁵⁷為了達到此一目的，在第二十三條第一項(b)中政府措施此一要件，就不應定義得太過狹隘，否則，一旦會員利用不具法律拘束力之手段，對他會員因協定所得之利益有所剝奪減損時，在 GATT 架構下便失其救濟，而無法達成第二十三條第一項(b)所設目的。同時，對政府措施採取廣義見解並不會過度擴張第二十三條第一項(b)的適用，因為，除了政府措施此一要件之外，會員尚須證明該措施與利益剝奪減損之間的因果關係，如此一來，會員所要負責的仍限於其本身行為所引致的效果。⁵⁸

在國內市場通路結構造成貿易障礙的爭議之中，最常被提出的為日本的三類「措施」：行政指導、私人行為以及政府的消極不作為。此三類「措施」表面上並不立即落入第二十三條所規定「政府措施」的範圍，但從 GATT/WTO 先例中對於政府措施的認定原則，此三類措施亦不當然被排除在外，以下便逐一分析其是否應為第二十三條要件中所要求的政府措施。

(一)行政指導

日本在其行政實務上，常常使用非具法律拘束力之行政指導方式，

⁵⁷ See EEC - Oilseeds, BISD 37S/86, para. 144.

⁵⁸ See Japan - Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, para. 10.51.

對人民之行為加以事實上的拘束力，以達成其施政目的。⁵⁹該指導雖不具法律上拘束力，對於不服從行政指導者，不得為行政上強制執行或課加行政罰，然日本社會尚存官尊民卑之風氣，且行政機關背後多握有強大公權力，而法律上亦有規定對於不服從行政指導者得公布該事實之制度，故行政指導常與行使公權力同等效果，均給予對造人民心理壓力，不得不服從之。⁶⁰在日本市場通路結構所造成的貿易障礙之中，行政指導扮演著重要的角色，從美國所控訴的措施種類中可以發現，有多件為行政指導之性質，除大型零售店法為法律，數項日本公平交易委員所為通知為行政處分之外，其他措施皆不具正式法律效力。

而觀察其他對日本政府措施之爭端案例，也可以發現，日本政府所作的行政指導常為爭端當事人爭執的焦點，如日本半導體出口限制一案，⁶¹該案是當時歐洲經濟共同體(European Economic Community)對美日兩國政府就日本半導體所達成的雙邊協定所提起的爭端解決控訴，在美日半導體雙邊協定之中，雙方協議由日方片面約定最低出口價格，以限制日本對美出口數量，除此之外，該協議中之「第三國市場監視」條款更進一步限制出口國對第三國之出口數量，因之，歐洲經濟共同體認為日本政府所實行之監視措施違反了 GATT 第六條與第十一條，對之提起附帶請求第二十三條第一項(b)之控訴。⁶²在該案中，日本政府之出口監視措施亦是以行政指導之方式為之，該案小組肯定，並非只有具法律拘束力的措施，才為第十一條第一項欲規範的對

⁵⁹ 「...日本行政機關之行政手段有下列特徵：(1)於行政過程中每一階段皆活用行政指導此一手段....。(2)行政活動於行政機關與對造人民兩者合意之下之，而該合意...常以事實行為之行政指導行之。...」，參見劉宗德，「試論日本之行政指導」，政大法律學評論第四十期，七十八年十二月，頁 75。

⁶⁰ 同前註，頁 76。

⁶¹ Japan - Semi-conductors, BISD 35S/116.

⁶² 亦即 EEC 於起訴書中指出，即便日本措施未違反第六條與第十一條，其仍對 EEC 因協定所受之利益有所剝奪或減損。See Japan - Semi-conductors, BISD 35S/116, para. 97.

象，該案小組對於政府措施判斷的標準設為：(1)有足夠的誘因或嚇阻存在，使非強制性之措施得以發揮作用；(2)該措施之運作，會使得半導體出口價格低於出口企業之成本。

另外一案為日本對農產品限制進口案，⁶³在該案之中，日本政府亦以非正式性的行政指導達成限制農產品口之目的，在該案小組的判定之中，亦認為此類限制措施構成 GATT 第十一條第二項所稱之政府措施，理由在於此類措施是由政府所發動，並得以有效規範日本企業行為。⁶⁴此案中小組同樣承認日本政府之行政指導可能構成政府措施，但其判斷之標準則為，該等措施是否對於私人行為產生效果。

自 GATT/WTO 爭端解決先例之中，凡涉及日本政府措施之案件，皆認為日本政府所為之行政指導有可能為政府措施，但其認定之標準互有不同，但綜觀之，不脫以是否間接對人民構成強制力為分界點。無論是以是否有誘因或嚇阻存在，或是以該措施是否對人民之行為產生效果，皆是用以判斷該等不具法律上拘束力之措施，是否存有其他效果，得以強制人民為特定行為，也就是具有事實上之拘束力，若符合上述條件，便應為 GATT 得管轄之對象。

(二)政府措施與私行為

市場通路結構之形成，表面上為私人商業行為產生之效果，故欲適用第二十三條第一項(b)，便須於私人商業行為與政府措施之間建立連結，換句話說，私人行為雖非 GATT/WTO 所管轄的範疇，但若私人行為得視為是政府措施之效果時，就應屬於 GATT 條文所稱政府措

⁶³ Panel Report on Japan – Restrictions of Imports of Certain Agricultural Products, adopted on 2 February 1988, BISD 35S/163.

⁶⁴ “...the Panel decided to base its judgements on the *effectiveness of the measures* in spite of the initial lack of transparency.”。此外，於該案之中，小組特別指明，該案對政府措施採取以上見解，乃基於日本社會的特性，因此，若案件相關措施並非在如同日本此類體制下所產生者，該案對政府措施的認定方式不應被引為先例，Ib. para.5.4.1.4。

施，應符合協定之規範。在上文提及之日本對半導體限制出口一案中，日本對於出口限制之抗辯亦為，該等限制是私人企業基於其自利益所為行為，因而日本政府實際上並無限制日本生產者與出口商出口半導體之限制，故不適用第十一條第一項。⁶⁵然小組並不採納其說法，反之，小組認為，私人企業之所以會作出這樣的行為，乃導因於日本通產省利用一切可能的機制，對私人企業加諸強大的壓力，為符合通產省期望之行為，通產省所使用的機制手段，雖非具法律效力的正式措施，仍因為其對私人造成強制的效果，使其效用與正式措施無異，仍屬於第十一條第一項所不許之出口限制。⁶⁶

總之窺諸 GATT/WTO 爭端解決之先例，對於政府措施之定義，採取較為廣義的看法，不以具法律拘束力為限，因此日本政府之行政指導若符合給予事實上強制力之要件亦屬於政府措施，甚而，私人所進行的商業行為，若得證明該行為係政府利用各種機制施強制力於人民，使人民不得不實行的作為者，仍屬於 GATT/WTO 之管轄，並不因行為主體為人民即排除於管轄之外。

證之於美日軟片與相紙案中，美方所控之措施，雖亦有民間機構所為之調查報告等非官方正式措施，小組對政府措施之判斷，乃不脫上述先例之標準，亦是以該等措施是否具有對私人行為產生事實上強制力劃分政府措施與非措施之分界，只是小組在此案中強調，對於政府措施之認定，不採單一標準，而係依個案分別判斷，依每一措施施行之情形以及特性，綜合各種線索進行判斷。⁶⁷而小組對於美方所控

⁶⁵ Japan - Semi-conductors, BISD 35S/116, para. 102.

⁶⁶ 在該案之中，通產省所使的手段包括：通產省反覆對廠商作免要求，並輔以法規命令出口商提交出口價格之資訊，對生產者與出口商就各產品的生產成本與出口價格設置監視的機制，以企圖直接影響半導體出口之價格。除此之外，通產省對企業界發表的一些言論，更使得企業界產生要求符合通產省要求的同儕壓力，綜諸上列措施，小組認為這些錯綜複雜的措施已足以達成與正式出口控制相同之效果，see Japan - Semi-conductors, BISD 35S/116, para. 117.

⁶⁷ Japan - Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, para. 10.56.

措施，雖大多肯定為政府措施，但細究美方所控措施，除政府所正式施行之措施外，餘仍多為政府委託民間機構進行之調查報告，或是由政府推動民間成立之委員會所為行為，並不若日本對半導體出口限制一案，直接對企業行為進行控制，因此，就形成市場通路結構之行為是否為政府措施，仍無法因該案而作出肯定的答案。

從上文所確認的關於是否為 GATT/WTO 管轄範圍之政府措施的判斷準則以觀，若市場通路結構的形成，雖是私人商業行為的效果，但該私人行為可以推出為政府加諸強制力的結果者，仍得依第二十三條第一項(b)主張利益被剝奪減損。然而在美日軟片相紙一案之中，市場通路結構，亦即單一品牌通路的形成時點似乎皆在美國所指控日本政府所為推動措施之後，因此，難以用政府給予人民強制力的論點，將該等私行為歸為政府措施之一環，進而美國無法以第二十三條第一項(b)作為救濟的手段。

但若從一般性的角度來看，在其他產品的市場通路結構上，若可以證明於該產業排他性通路的形成，是因為政府所間接推動造成者，仍有適用第二十三條第一項(b)的機會，並非完全沒有適用的餘地。

(三)政府之消極不作為

在美國向爭端解決小組提出的訴狀之中，美國對於日本軟片及相紙市場通路結構的形成，歸諸於係日本政府間接推動的結果，但事實上，柯達向美國貿易代表署以 301 條款提出控訴時，並非主張市場通路結構是政府措施所造成，而是主張日本競爭主管機關容忍其企業進行反托拉斯行為，致使外國產品無法打入日本市場。⁶⁸縱然前文已經

⁶⁸ Petition of ESTMAN KODAK COMPANY Pursuant to Section 301 of the Trade Act of 1974, as amended, for relief from Japanese market barriers in consumer photographic film and consumer photographic paper, (hereinafter Petition of Kodak)available on <http://www.kodak.com>.

肯定第二十三條對政府措施此一要件採取廣義解釋，但政府措施之範圍是否尚涵蓋至政府對人民行為之容忍，或政府消極之不作為，則尚需進一步探討。

探究前文所論構成政府要措施之要件，固不論政府所為具法律上拘束力之措施當然為政府措施，在 GATT/WTO 先例之中，對於非具法律拘束力之措施甚或私行為，認其為政府措施之要件，在於該等措施係因政府對人民施加相當程度的壓力，使人民不得不為特定行為，不論自措施之有效性，或自措施是否提供誘因或嚇阻出發，都是強調政府對人民行為有一定的強制力，而非人民依其考量所從事之行為。從這個角度出發，政府單純對於人民行為之不干涉，並不符合先例所建立構成政府措施的原則，在政府容忍人民為反競爭行為此點上，並無政府加諸於人民之強制力存在，似不應認該消極不作為為 GATT/WTO 架構下所規範之政府措施。

再者，依前述 GATT 第二十三條第一項(b)的立法目的以觀，固然第二十三條第一項(b)之設計在於使會員能於其他會員使用不違反協定之措施，對其因協定所得利益有所剝奪減損時給予救濟機會，以間接促進會員承諾關稅減讓，因而對第二十三條第一項(b)中所稱政府措施不應作太為狹隘的解釋，但第二十三條第一項畢竟為例外情形，不應過分擴張其適用範圍，於政府施強制力而使私人為特定行為之情形，尚為政府主動從事的行為，會員對其行為所致之效果負責，尚屬合理，倘若政府對私人行為之容忍亦納入第二十三條第一項(b)，則第二十三條第一項(b)之適用範圍恐將無限制地擴大，違反僅政府主權行為方受 GATT/WTO 管轄之原則。

因此，政府之消極不作為不應包含於第二十三條第一項(b)中所稱政府措施，方為適當之解釋。

二、對利益之合理期待

主張第二十三條第一項之另一要件為，會員需對利益有合理期待。從過去主張 GATT 第二十三條第一項(b)的先例中，關於「因協定而生之利益」此要件作出之解釋，可發現欲主張第二十三條第一項(b)須證明該等利益為會員於關稅減讓當時所合理期待者，若是經考量關稅減讓當時情狀，會員對此等利益應無合理之期待時，則不得主張第二十三條第一項(b)之適用。此一要件亦呼應了前述第二十三條第一項(b)之立法精神在於鼓勵會員承諾關稅減讓，因此於會員作成關稅減讓當時所合理預期應取得之利益，應予以保護，若非其合理預期範圍之內，則不許會員恣意索求。

至於如何能構成合理期待者，過去先例皆以提出控訴之會員在作成關稅減讓當時，得否合理預見被控訴會員將採取該等措施為判斷之標準。茲以 GATT 歷史上第一件依第二十三條第一項(b)請求之案例以觀，該案為智利控訴澳洲政府於二次世界大戰時對鈉肥(sodium nitrate fertilizer)與氮肥(ammonium sulphate fertilizer)皆給予補貼，但戰後僅撤除對鈉肥之補貼，仍對氮肥給予補貼，智利依 GATT 第二十三條第一項(b)請求澳洲政府停止對氮肥之補貼。⁶⁹於該案之中，工作小組認為基於相關事實，澳洲先行停止對鈉肥補貼但仍給予氮肥補貼此一措施，為智利在關稅磋商當時，經衡量一切相關事實後，仍無法合理預見者，故認為得適用第二十三條第一項(b)。⁷⁰其餘數件與第二十三條第一項(b)相關之爭端小組報告之中，就是否構成合理期待之利益亦依此標準衡量。⁷¹

值得注意的是，先例中皆以會員是否得以合理預見措施之「採行」為判斷標準，因此，在美國控訴日本軟片與相紙市場一案中，美國所控訴之措施幾乎都在關稅磋商之前就已施行，似乎不符上述美國須無

⁶⁹ Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, BISD II/188.

⁷⁰ *Ib.* para. 12.

⁷¹ See EEC - Oilseeds, BISD 37S/86, para.147; German - Sardines, BISD 1S/53, para.16.

法合理預見措施的採行此一要件，美方主張的理由為該等措施具不透明性，美國於關稅磋商當時並無法合理預見，此外，該等措施運作複雜，美國於關稅磋商當時並無法合理預見該等措施防礙美國廠商進入市場之「效果」，因此仍得適用第二十三條第一項(b)。⁷²小組對此點並非完全不採認，因而小組提出以舉證責任分配的方式來處理該爭議，在小組所提出的方式是以措施是否於關稅磋商之前實施為舉證責任的劃分點，在關稅磋商之前已採行的措施，推定為美國應合理預見，除非美國舉證說明其於關稅減讓之時就該等措施所造成之效果無法合理預見，以及美國何時發現該等措施的效果，且小組強調，美國僅說明該等措施不透明又不正式，並不算盡其推翻推定之舉證責任；反之，若該等措施為關稅磋商後才實施者，就推定為無法合理預見，而由日本舉反證推翻。⁷³

雖然在日本軟片相紙案中，小組亦表明認同知曉有該等措施存在，並不同於明瞭該等措施對於特定產品市場所帶來的效果，⁷⁴但美國在該案之中所提出於關稅磋商前採行的措施，幾乎沒有一項小組認為是美國無法合理預見者，⁷⁵再者，美國提出控訴之措施，若是於關稅磋商後方施行者，亦無日本得以成功證明美國應合理預見者。換句話說，從小組的判決來看，不論美國或日本在本案之中，要使小組推翻其依措施「採行」時點所作的推定，都必須負有十分重大的舉證責任，且其舉證幾乎都難以成功。從本案結果來看，小組對於合理預見條件的放寬解釋，並沒有相當實質的意義，此後新的爭端中，若會員欲以其得知措施「效果」為其合理預見與否之判斷標準，進而擴大第二十三條之適用範圍，仍將因舉證困難而難以得償所願。

⁷² Japan – Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, para.10.78.

⁷³ Ib. para. 10.79-81.

⁷⁴ Ib. para.10.80.

⁷⁵ 1967 年內閣決議雖為甘迺迪回合前所作成，而小組亦判定美國無法合理預期，但該決議之作成時點為回合談判正式決議前九天，故小組判定美國無法合理預見仍是基於時間因素，而非因其效果具有不易察覺性。Ib. para. 10.14.

而市場通路結構所造成的貿易障礙，在前文分析之中業已指出，多為表面上為私人商業行為所造成，在其與政府措施之間的關聯本已不易證明，輔以日本政府多以行政指導方式施行其政策，更使得會員難以於措施施行之際，立即看出該等措施之障礙效果，在第二十三條第一項(b)之合理期待要件作上述解釋下，會員要依第二十三條第一項(b)救濟其於市場進入方面之困境，易發難以得償所願。

三、因果關係

依第二十三條第一項(b)請求之第三個要件為 WTO 會員所得之利益因為其他 WTO 會員實施措施而受到剝奪或減損，易言之，在利益之剝奪減損與政府措施之間需具有因果關係。在第二十三條第一項(b)中所稱之剝奪減損，證諸 GATT/WTO 過去之先例，是指進口產品因相關關稅減讓(市場進入機會)所取得的競爭地位，因為他會員實施無法合理預見之措施而被削弱。在主張不違反協定之控訴的先例之中，剝奪減損與削弱競爭關係一語是相同的。舉例而言，在歐洲經濟共同體油籽案中，⁷⁶小組便以受控訴之補貼削弱本國與進口油籽之間的競爭關係，而判定該補貼減損了關稅減讓的利益。⁷⁷同樣的在其他案例之中，小組亦皆以該等措施是否削弱本國與進口產品之間的競爭關係，作為判斷是否剝奪減損利益之標準。⁷⁸

在日本軟片與相紙案中，美國所控訴的各類措施皆為原產地中性之措施，亦即在該措施的規定上，並未區別適用產品的原產國，對於日本產品與進口產品一體適用，也就是並不具法律上之歧視。在過去第二十三條第一項(b)相關的控訴之中，並未涉及原產地中性之措施，

⁷⁶ EEC – Oilseeds, BISD 39S/91.

⁷⁷ *Ib.* para. 77.

⁷⁸ See Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, BISD II/188, and German - Sardines, BISD 1S/53.

⁷⁹因此先例之中，未對表面上不具歧視性質，自然表面上亦不對競爭關係具削弱作用之措施，是否亦有可能為得依第二十三條第一項(b)救濟討論。

然而細究「削弱競爭關係」一語之意涵，很明顯地不應將其解釋為僅法律上歧視之措施才有剝奪減損會員利益的可能性，若是表面上中性，但具事實上歧視性之措施，當然也有可能造成削弱進口產品與本國產品競爭關係，進而也就可以滿足剝奪減損會員利益此一要件。再者，從 GATT/WTO 其他案件的歷史來看，於與 GATT 第一條或第三條相關的案件之中，皆承認事實上之歧視亦為 GATT/WTO 處理之對象。⁸⁰因此此處應可肯認，日本政府措施雖為原產地中性之措施，並不表示該等措施絕無對進口產品歧視之可能，在該等措施事實上對進口產品於日本市場上之競爭條件造成削弱的效果時，即應認為合致因果關係之要件。

日本軟片與相紙案中小組雖然亦採此見解，⁸¹但該案中美國所提出的措施於因果關係的檢驗上，小組皆認為美國並未成功地證明政府措施有削弱競爭條件之效果。除了在時間上，美國所作之控訴有明顯瑕疵之外，小組所持的另外一個理由在於部分措施並不具特定性，申言之，部分措施之性質為十分廣泛的政策宣示，其中雖對於通路結構現代化有所觸及，但多半為空泛意見，並沒有確實的細節規劃，而美國也無法指出有那一些後續的政府措施或是私人行為係基於該等政策宣示所為，故小組無法作出肯定具因果關係的認定。⁸²甚而部分措施在

⁷⁹ 事實上過去的第三十三條第一項(b)案例，皆不脫補貼與關稅分類之措施，因而沒有如同本案中被控訴措施表面上不具歧視性之情形。

⁸⁰ See Panel reports on United States – Section 337 of the Tariff act of 1930, adopted on 7 November 1989, BISD 36S/345, para.5.11; Canada – Import, distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing agencies, adopted on 18 February 1992, BISD 39S/27, paras. 5.12-5.14 and 5.30-5.31.

⁸¹ Japan – Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, para. 10.86.

⁸² 諸如 1967 年內閣決議，1967 年日本公平交易委員會第 17 號通知，1968 年第六次期中

小組的認定之中，是具有促進外國產品進入市場的效果而非阻礙其於市場之外。⁸³

在前文一再強調，日本市場通路結構的形成，至少在表面上，是私人行為所造成。通路型系列會社的結構，在第二章中亦肯定其對進口產品進入日本市場形成障礙，進口產品無法爭取到通路，或是失去原有通路自然是競爭條件的削弱，但這種競爭條件的削弱是否可歸諸為政府措施的結果，就是難以證明之處。雖然在日本軟片及相紙一案之中，美國試圖證明此類通路結構的形成，是因為政府的措施製造出使私人傾向組成單一品牌通路的環境，而使得私人商業行為循政府之計劃走向垂直整合。但在因果關係的認定上，這樣的推論太嫌空泛，且因果關係並不夠密切，因為政府的措施事實上並未「直接」加諸人民應選擇單一品牌通路的要求，如果對政府使用數量折扣，輔以縮短信用期間的建議(姑且暫認為政府措施)，便使得零售商因為資金壓力，而傾向取得數量折扣的優惠，為了取得數量折扣優惠進而傾向經銷在市場上具有較大市場占有率的品牌(即本國品牌)，因此而傾向形成單一品牌通路，這樣的推論認為即可成立因果關係者，似乎對因果關係的認定過於寬鬆。第二十三條第一項(b)本即為例外規定，在對例外規定之解釋應予從嚴的角度來看，因果關係的認定不應太過寬鬆，申言之，在主張政府的行為間接造成競爭條件削弱此一論點上，不應予以肯定，也就是在主張第二十三條第一項(b)時，應證明政府行為會直接導致競爭條件的削弱，而不只是間接的影響。

因此，在對市場通路結構問題的處理上，除非能夠證明政府措施直接影響人民組成單一品牌通路，否則不應認為已符合第二十三條第一項(b)對於因果關係之要求，當然若只是政府消極地容忍私人進行導致剝奪減損利益的行為者，更不應肯定其符合關於因果關係的要件。

報告，1969年第七次期中報告皆是此種情形。

⁸³ 諸如1970年交易條件指導原則，1971年通路系統化基本計劃。

四、小結

綜合前三項對第二十三條第一項(b)要件的分析，可以發現，市場通路結構的問題，並無法以第二十三條第一項(b)來解決，市場通路形成的特性在於其為人民進行的商業活動，該等商業活動若非政府所推動並加以監視其發展者，甚或全然為人民之行為，並無政府介入，僅是政府對之不加以干涉，並不能符合政府措施此一要件的要求；再者，由私人進行此一特性，又使得即便是由政府所推動，會員對該措施之效果亦難以察覺，常須於一段時間之後，才發現其對貿易之限制效果，若期間曾就產業進行貿易磋商，會員便很容易失去主張對該措施無法合理預見的權利；最後，在因果關係的認定上面，政府措施與市場通路結構的形成之間，因果關係實在太過於疏遠，會員難以發展出合理的解釋，將其間作一個緊密的連結，加上此類政府措施多為原產地中性的措施，使得舉證更加困難。

總合上述種種因素，市場通路結構並不易適用第二十三條第一項(b)來處理，欲於 WTO 架構下解決通路結構所造成的進入障礙，必需另謀他途。而對於通路結構問題所形成的貿易摩擦，目前討論的焦點仍集中於內國政府對私人企業所進行的反競爭行為未能有效糾正，而使私人企業形成市場封閉的障礙。以下二章便分就通路型系列會社在內國競爭法中涉及的規範以及美日兩國就此部分的差異來釐清貿易爭端產生的源由，最後，便以此源由為焦點，探討在 WTO 架構下，所得尋求的解決之道。



第四章 系列會社與內國競爭法

系列會社成員間的各式聯結態樣，經常為人指控有違反內國競爭法之嫌，而通路型系列會社為上游生產者與下游經銷商所形成的合作模式，所涉及者為競爭法中對於垂直制約的規範。在通路型系列會社的聯結方式中，可能構成競爭法上所不容許之垂直制約態樣包括了：維持轉售價格、獨家經銷的協議、劃分服務的區域或服務的顧客。

本章便自內國競爭法的角度分析通路型系列會社，並以美日兩國在垂直制約各種態樣上的規範，試圖尋得美日貿易摩擦的源頭。以下便先由經濟上禁止私人從事垂直制約的理論出發，並說明於內國競爭法中對於垂直協議各種態樣的規範，由法律規範面檢視系列會社問題在內國競爭法上的處理，並自美日兩國在其競爭法的適用與執行的歧異，說明美日貿易摩擦的起源。

第一節 垂直制約

一、經濟理論

垂直協議所指是非競爭者之間所締結的協議，在締約的雙方間關係為不同交易層次的相對，也就是在上下游關係人之間所締結的合作關係，有許多經濟理論支持應禁止特定態樣的垂直制約，這些理論包括了垂直制約將限制品牌內的競爭，增加獨占性定價以及各公司合謀的可能性，以及阻礙競爭者參與市場競爭的機會。然而亦有其他理論支持不應對垂直制約作太過嚴格的規範，此派所執之理由則是從垂直整合所得帶來的效率為出發點，認為垂直整合並非必然帶來反競爭的效果。

(一)禁止垂直協議的經濟理由

首先，在具有垂直關係的企業之間，若形成垂直聯合，將對於競

爭有所妨礙。因為在上游廠商與許多下游經銷商之間，形成長期的合作關係時，將形成一個以上游生產者為中心的團體，在團體之中協調各個經銷商的利益，下游經銷商毋須以其價格或服務的品質爭取上游廠商使用其服務的機會，如此一來便消滅了品牌內的競爭。¹

其次，上游廠商對於價格的影響力可能會透過這一個上下游結合的網路傳導至下游。上游廠商對下游經銷商在價格上的影響不僅於其間交易價格會受到上游廠商的影響，亦可能限制下游經銷商以特定價格供應產品予其顧客，藉這種作法使上游廠商維持一定的利潤，同時亦對於消費者的福利造成了負面的影響。²

最後，垂直制約的效果亦可能破壞品牌間的競爭。因為上下游垂直聯合後所帶給上游廠商的優勢，諸如長期穩定的通路等，使其成本相對於競爭者降低許多，競爭廠商為了要取得相等的優勢與長期成本降低，則亦必須進入各層次的市場以建立本身的效率，但進入多個層次的市場同時也會大幅增加競爭者的成本，競爭者除非投入高額的成本打入市場，否則便無法進入該市場與原存於市場的廠商競爭，即便競爭廠商花費鉅額成本進入市場，其競爭力亦因成本負擔而無法與原存廠商匹敵，從而垂直制約便間接地阻礙了品牌之間的競爭。除了限制新的競爭者進入市場之外，垂直制約所帶給上游廠商的效率，也會使得原來便在市場上競爭的廠商因為無法追趕上該廠商的效率，而退出市場的競爭，在這兩種效果的作用下，市場上品牌之間的競爭便日益減弱。但此類削弱品牌之間競爭的效果，在聯合廠商所擁有的市場占有率不高時，影響並不顯著，僅在聯合行為中的上游廠商為市場占有率高的廠商時，才會對於新進入市場者或原於市場競爭者產生較為

¹ Ely Razin, *Are the Keiretsu Anticompetitive? Look to law*, 18 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.351, 386.

² Id., at 387

顯著的影響，亦較有可能達成封阻競爭者市場參進機會的效果。³

(二)新近發展

前述理論一直是各國競爭法限制垂直制約的立論基礎，但在競爭法的發展中，漸漸出現垂直制約並不一定產生反競爭效果的見解。在競爭法的規範之中，逐漸加入對垂直制約進行效率分析的要素，這些效率分析包含了對長期垂直制約在經濟效率上、企業服務上以及品牌間競爭各方面，就這些層面加以探討是否垂直制約所帶來的效率增進效果大於其所產生阻礙競爭降低效率的效果，經過此類分析後，若效率增加的效果大於效率降低的效果時，才認定垂直制約違反了競爭法的規範。⁴

首先，企業之間垂直聯合固然削弱了品牌之間的競爭，但長期的合作卻使得企業因為交易成本的降低而產生了經濟效率，此外，垂直聯合亦使企業之間可以共同分擔從事各式活動的成本與風險，而這些在產品或製程上的研發活動、促銷活動成本與風險的降低，使聯合的企業比未聯合的企業長期間享有更低的成本，促進經濟效率。⁵

再者，垂直制約並不一定造成品牌間競爭減弱，相反的，亦可能強化品牌間的競爭，固然垂直聯合對於新進入者造成市場參進的障礙，但垂直聯合所帶來的成本降低與在多個市場層次的競爭，會使得在各個垂直聯合系統之間的競爭加劇，並使其競爭戰場擴及成本以外如品質與服務等層面的競爭。⁶

³ Id., at 388.

⁴ Richard A. Posnert, *The Role of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, 45 U. Chicago L. Rev. 1, 13.

⁵ Razin, *supra* note 1, at 388.

⁶ Id., at 389.

此外，新進入市場的競爭者，亦可以利用垂直整合的手段，降低進入成本。在多個市場層次的垂直整合雖會使新進入者面臨高額的進入成本，惟此等進入成本亦可經由與已存在於各層次市場的企業合作，構成新的垂直聯合系統而予以分散，新進入者因而得以僅付出進入單一市場的成本，而進入多層市場。因此在已進行垂直整合的廠商在並未擁有高度市場占有率之際，市場並不會因其整合而產生阻礙競爭者參進的效果，反而能使廠商的效率增加，而消費者之福利亦同時增加。⁷

融合上述關於垂直制約是否具反競爭性的經濟理論，垂直制約雖然會減弱品牌內的競爭，惟對於整個產業並不一定產生反競爭的效果，經由上下游的垂直整合，因為長期合作關係以及資源共享，在垂直整合系統可以增進系統內部的效率，同時降低長期成本。另一方面，進行垂直整合的廠商若不具主導市場能力，在各個垂直整合系統之間仍可維持高度競爭，品牌之間的競爭會因為各個垂直整合系統的效率增進，成本降低，而從價格競爭擴及服務與產品品質的競爭，從而垂直制約不但未妨礙競爭，反而可促進競爭，提供消費者更佳的产品與服務。

為兼顧垂直制約可能產生反競爭效果，而在特定條件下，垂直聯合又可能促進競爭，在法律的規範上，除了維持轉售價格此一垂直制約態樣，因其所產生的反競爭效果重大，屬於當然違法的範疇外，在衡量其他的垂直制約態樣時，並不認為其當然違法，另須衡量客觀情狀，確認垂直制約所產生的反競爭效果，大於其所帶來的促進競爭效果時，方認該等行為違反競爭法。

二、法律規範

⁷ Id., at 390.

垂直制約以上下游企業間之協議內容，可區分為在價格上之協議，與在非價格上之協議。前者即為上游廠商限制下游經銷商之轉售予其顧客之價格，後者包括獨家經銷之協議，以及上游經銷商劃分下游經銷商之服務區域與對象顧客。於內國競爭法中對於各式垂直制約態樣設有不同的規範方式，以下以日本獨占禁止法之規範為軸，於探討各式態樣時輔以美國法之規範，以資比較。

垂直制約於日本競爭法中屬於不正商業行為，⁸該等行為欲適用日本獨占禁止法須符合三要件，即(1)為法定意義之不正商業行為，(2)阻礙公平競爭，以及(3)為日本公平交易委員會認定為不公平競爭行為態樣。⁹第二條第九項對於不正商業行為作出十分籠統廣泛的定義，該條規定不正商業行為包括了不當歧視其他企業、以不適當的價格交易、集體拒絕與競爭者交易、或不當要求客戶不與競爭者交易或濫用談判地位等。

除了符合上述定義性要件外，企業所從事之行為尚必須構成對公平競爭的妨礙，方為日本公平交易委員會採取行動的對象，而妨礙公平競爭之標準則因時空不同而有所變化，在不同的行為態樣間也有不同的認定方式。¹⁰

最後，符合前述兩要件的行為尚須為日本公平交易委員會所認定為不正競爭的行為態樣，日本公平交易委員會的認定可分為兩種方式，一為一般指定，另一則為特別指定，一般指定適用於全部企業行為，而特別指定則適用於特定產業。¹¹就不正競爭行為日本公平交易委員

⁸ 於日本獨占禁止法第十九條明文禁止企業採取不正商業行為(unfair business)，而不正商業行為之定義則於同法第二條第九項規定。關於日本獨占禁止法，本文係參見 Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law*(1993), appendix, at 296 之英文譯本。

⁹ 日本獨占禁止法第二條第九項。

¹⁰ Razin, *supra* note 1, at 391.

¹¹ Kinya Kubo, *Distribution Keiretsu and Competition Policy in Japan*, Proceedings of the

會於 1982 年第 15 號通知¹²中有一般指定，其中指定了十六種違反公平競爭的行為態樣。而關於通路業中可能涉及違反日本獨占禁止法之行為態樣，則於 1991 年時，日本公平交易委員會並頒布通路系統與商業活動指導原則，¹³該指導原則除為日本政府欲對於行銷通路系統進行規範之外，另一重要原因則為受 SII 之影響，日本為履行其於 SII 中之承諾，因此制訂此指導原則，對通路系統中所進行的商業活動作有效規範。¹⁴

(一)維持轉售價格

維持轉售價格係上游生產者強制下游經銷商在與顧客交易時，須以其所指定之價格交易。此類行為消除了於批發商之間以及於零售商之間的在同一牌商品上的價格競爭，也就是消滅了品牌內的競爭。在日本法中，除了於獨占禁止法中規定的特殊例外情況外，¹⁵維持轉售價格的協議原則上違反日本獨占禁止法，於日本公平交易委員會所頒布的通知以及法院實務上，亦採取相同見解。¹⁶

Symposium on International Harmonization of Competition Laws(1994) 141-2.

¹² Unfair Trade Practices , Fair Trade Commission Notification No.15 of 1982,available on <http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/act/gd.htm>.

¹³ Antimonopoly Act Guidelines concerning Distribution Systems and Business Practices, Excutive Office of the FTC(July 11, 1991),(hereinafter 1991 Guideline), cited in Kazutake Okuma, Distribution and Anti-discrimination under the Japanese Antimonopoly Act, Proceedings of the Symposium on International Harmonization of Competition Laws(1994), 215.

¹⁴ See, Kazutake Okuma, supra note 11, at 216.

¹⁵ 維持轉售價格例外合法的情形規定於日本獨占禁止法第二十四條第二項，維持轉售價格之產品若具有統一品質(uniform quality)，且易於辨識(easily be identifiable)，經日本公平交易委員會指定後，得例外認其維持轉售價格之協議為合法。另外於同條第四項規定書籍以及關於著作權之產品為不適用關於維持轉售價格之規定。

¹⁶ 代表性之法院判決為 1975 年於日本最高法院之 Powdered Milk Cases，其餘相關實務見解包括 Wakodo K.K. 15 Shinketsushu 84(FTC Decision No. 3 of 1966, Oct. 11, 1968), Wakodo K.K. v. FTC, 18 Shinketsushu 214(Tokyo High Court July 17, 1971), 29 Minshu

日本法院關於維持轉售價格協議的判決之中，採取近乎與美國相同之當然違法標準，也就是一旦證明了有維持轉售價格之協議存在，無論其市場效果為何，該等行為皆為違法，¹⁷於日本最高法院的判決之中，即便締結維持轉售價格協議的廠商不具有主導市場的地位，該等行為仍然違反獨占禁止法。¹⁸

而美國法對於維持轉售價格之規範傳統上一直採取當然違法的概念，因維持轉售價格要求下游經銷商須依上游廠商所規定的價格銷售，使消費者必須負擔較高的價格，損害了消費者的利益，並產生等同於經銷商之間形成約定價格卡特爾的效果，故以當然違法之形式規範。¹⁹在當然違法的概念下，廠商一旦實施要求下游經銷商維持轉售價格的策略，不論其對市場之影響如何，皆為違法。而維持轉售價格例外地非當然違法的情形，首先是在經銷商為廠商代銷產品，亦即產品之所有權仍歸屬於廠商而未移轉予經銷商的情形下，並不適用維持轉售價格的規定；另外，法律認許廠商有選擇交易對象與交易條件的自由，在廠商並無意以其獨占力量介入或形成獨占地位的情形下，廠商得建議轉售價格。²⁰

(二)獨家經銷協議

888(Supreme Court, 1st P.B., July 10, 1975); Morinaga Shoji K.K., 15 Shinketsushu 84 (FTC Decision No.2 of 1966, Oct. 11, 1968); Meiji Shoji K.K., 15 Shinketsushu 67(FTC Decision No.1 of 1966, Oct. 11, 1968), Meiji Shoji K.K. v. FTC, 18 Shinketsushu 167(Tokyo High Court July 17, 1971) ,cited in Razin, supra note 1,at 391.

¹⁷ 同上註。

¹⁸ 於 Wakodo K.K 案中，採取維持轉售價格之廠商為市場占有率第三位之廠商，最高法院承認較小型的廠商可以經由維持轉售價格的方式，來增進其與大廠競爭的能力，從而促進品牌間的競爭，但仍因該等協議限制了品牌內的競爭而禁止此行為態樣。參前註。

¹⁹ Spencer Weber Waller, International Trade and U.S. Antitrust Law(1992), at 1-16.

²⁰ Id. at 1-17.

獨家交易協議中，限制交易之一方不得與他方當事人之競爭者進行交易，而在通路型系列會社中典型的例子為，上游廠商要求其下游經銷商不經銷其競爭者之產品，或者貿易公司要求其上游製造商不將其產品售予其他經銷商。此類垂直制約態樣通常會違反日本獨占禁止法，以及日本公平交易委員會第十五號通知。²¹

於第十五號通知中，獨家交易協議於兩類情形下違法，其一，上游廠商要求下游經銷商停止經銷其原來經銷之競爭產品者，或貿易商要求上游廠商停止將其產品售予競爭者；其二，交易之一方具市場力，要求交易另一方不與其競爭者進行交易，其規範理由在於，一旦具市場力量之廠商作此種要求，便阻擋了競爭者參進市場的機會，產生市場關閉的問題。然交易之一方具市場力應如何認定？則於 1991 年指導原則中提出判斷具市場力企業之準則。

在 1991 年指導原則中，日本公平交易委員會指出其判斷企業市場力之方式是以該企業之市場占有率以及其於市場上之排名為準，若企業之市場占有率大於百分之十或其為市場上前三大企業者，則列入公平交易委員會審查對象，同時該指導原則亦指出，符合上述兩個要件之一的企業並非自動成為具市場力之企業，尚需參酌其他客觀因素，諸如相關市場的結構(如市場集中度，涉案產品的獨特性，產品之間的差異性、行銷通路以及新進入者是否易於進入該市場)，受限制的經銷商數量以及其於市場上之地位，該等限制對經銷商的活動有何影響，以及該等限制對於生產者、經銷商以及新進入者的競爭產生的影響。

22

由前文可以發現，日本法於獨家經銷協議方面的規範，與美國類

²¹ 於日本公平交易委員會 15 號通知中，其對違法獨家交易之規範為：不當要求交易相對人不得與競爭者交易，以圖降低該競爭者之交易機會。FTC Notification No.15 of 1982, *supra* note12.

²² 1991 Guidelines, *supra* note13.

似皆採取合理原則的判斷方式，於美國法中，非價格性的垂直制約皆是以合理原則判斷其違法性，對於獨家交易協定是否違法，須依個案衡量所處經濟客觀環境而認定，於其先例之中，所衡量之要素包括了要求獨家交易廠商之市場占有率，獨家交易協議之持續期間長短，市場關閉的程度，獨家交易協議對相關市場之影響等。²³

(三)劃分服務區域/顧客

一般而言，在垂直性的地區或顧客限制協議之中，製造商將市場依地理區域劃分，指定由特定經銷商服務特定區域，或者製造商限制經銷商只能服務特定的顧客群，而經銷商除了上游廠商所指定分配的服務區域或顧客外，不得對其他人提供服務。在此種態樣的垂直制約下，下游經銷商固然不得逾越上游廠商分配之區域，對其他顧客提供服務，但相對的該品牌的產品於特定區域或顧客群中，僅有特定經銷商提供，使下游經銷商之間毋須相互競爭，因而消滅了品牌內的競爭。

日本在 1991 年指導原則中，將垂直性劃分服務區域的限制分為四個主要的種類：(1)責任區域制，在每一經銷商被分配的區域之中，該經銷商須進行積極的銷售活動，因此在此類限制下，下游經銷商並非全然不得於分配區域外銷售上游廠商之產品；(2)設立地區制，此類垂直制約限制經銷商得設立據點的位置；(3)獨家地區制，經銷商得於指定地區之外進行銷售活動；(4)對地區外之顧客有限制性的銷售：每一經銷商分配特定區域銷售，禁止於分配地區之外銷售上游廠商之產品，僅在上游廠商特別要求時，方得將產品售予區域外的顧客。²⁴

原則上第(1)與第(2)種態樣並不違法，僅第(3)與第(4)種態樣為日

²³ See *Business Elec. Corp. v. Shzrp Elec. Corp.*, 485 U.S. 717, cert. denied, 486 U.S. 1005 (1988); *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961); *In re Beltone Elec. Corp.*, 100 F.T.C. 68 (1982), cited in Razin, *supra* note 1, at 395.

²⁴ 1991 Guidelines, *supra* note 13.

本公平交易委員會所欲進行審查的對象，但並非僅具上述劃分服務區域協議便為違法，除有上述協議存在外，1991 年指導原則亦要求須為為具市場力之企業所設置之劃分限制，且該等協議產生維持該廠商產品價格的效果，才為違法之垂直制約。

劃分服務顧客的限制則分為三種態樣：(1)要求每一批發商僅得將產品售予特定之零售商；(2)禁止經銷商相互間買賣產品；(3)禁止批發商將產品售予實施減價促銷之零售商。在劃分服務顧客之限制上亦與劃分服務區域同樣要求，須為具市場力之企業所為，且具有維持價格之效果，方為違法。

而此處所稱具市場力之企業，認定標準亦與獨家交易時相同，除須考慮企業的市場占有率與市場排名外，尚須衡量其他客觀環境因素。

於美國法中對於劃分服務區域與劃分服務顧客的處理則與上述獨家交易協議之處理相類，對於此類非價格之垂直制約態樣，並非當然違法，尚須衡量相關客觀因素，判斷其對市場競爭的影響，其中代表性之案例為 *Sylvania* 一案，²⁵於該案中，法院認為判斷任何限制品牌內競爭措施之違法性時，應加以衡量品牌間的競爭效果，若不影響品牌間的競爭者，即便其削減品牌內的競爭，亦不違反競爭法。

第二節 從內國競爭法探討日本軟片與相紙案

系列會社大量使用系列會社成員間相互交易貨品與勞務，以凝聚成員的作法，常為人懷疑是否為不公平商業活動，由前一部分的分析可以發現，在垂直式系列會社中所採用的各種聯結方式大多游走於競爭法規範的邊緣，這些聯結方式多為非價格垂直制約，雖非當然違法，但若衡諸市場環境，系列會社具有市場力時，便相當可能落入違法的

²⁵ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36(1977).

範疇。

本節由內國競爭法的規範來對垂直式系列會社所採取的聯結措施逐一審視，並以前述美日關於日本軟片與相紙市場爭端一案為例，以富士在日本所採取聯結其通路網的各項措施，從日本獨占禁止法的角度來觀察其是否如柯達於其 301 條款請願書中所控訴，為違反日本獨占禁止法之反競爭措施。

柯達於其 301 請願書中提出數項其認為富士違反日本獨占禁止法之措施，而日本公平交易委員會卻容忍該等反競爭措施。²⁶美國貿易代表署依柯達之請願於 1995 年 3 月開始進行調查，²⁷美國貿易代表署經調查後，認為日本政府確實有容忍反競爭行為的情形，並依 301 條款向日本請求開始進行諮商判談。日本公平交易委員會亦於 1996 年四月對日本軟片與相紙市場開始進行調查，²⁸次年七月日本公平交易委員會公布其對軟片及相紙市場之交易所進行的調查結果，該調查報告中表示日本公平交易委員會並未於日本軟片與相紙市場發現有違反日本獨占禁止法之行為存在。²⁹

美日兩國在競爭法上的實質規範於前一節分析中，可發現其差異並不大，惟兩國對於同一市場行為所作的認定卻迥相庭異，以下便分析日本公平交易委員會在消費性軟片與相紙市場所進行之調查報告中，³⁰對於富士與其經銷商之間的交易活動是否違反日本獨占禁止法

²⁶ Petition of ESTMAN KODAK COMPANY Pursuant to Section 301 of the Trade Act of 1974, as amended, for relief from Japanese market barriers in consumer photographic film and consumer photographic paper (hereinafter Petition of Kodak), available on <http://www.kodak.com>.

²⁷ 12 Int'l Trade Rep. (BNA) 1128 (1995).

²⁸ Japan Fair Trade Commission to Probe Japanese Photo Film, Paper Markets Soon, 13 Int'l Trade Rep. (BNA) 17 (1996).

²⁹ Japan Film Market Passes JFTC Muster; But U.S. Is Pursuing Its Case at WTO, 14 Int'l Trade Rep. (BNA) 983 (1997).

³⁰ Survey of Transaction among Firms Regarding Photographic Color Film for General Use and

規範的調查結果，並輔以柯達與美國貿易代表署的看法，以比較兩國在垂直制約行為所持之不同立場。

一、日本公平交易委員會關於彩色軟片與相紙市場交易 條件調查報告

(一)維持轉售價格

轉售價格協議在日本獨占禁止法下，採取類同於美國法中當然違法的處理，於日本法院或公平交易員會對於維持轉售價格的協議皆以嚴格的標準判斷，一旦存有此等協議，便認為其違反獨占禁止法，並不加以採究該等協議的反競爭性與締結協議之企業市場力如何。³¹

於日本公平交易委員會對富士公司與其經銷商間之交易關係的調查中顯示，富士並未限制其主要批發商將產品銷售予其顧客之價格，事實上，經銷富士公司軟片之零售商迭有向與之交易的主要批發商表示在銷售富士軟片時遭遇到其他零售商的低價競爭。日本公平交易委員會因此認為富士並未進行維持轉售價格的限制。³²

除了事實上的認定外，日本公平交易委員會同時亦對富士軟片提出指導原則。在該調查報告中，日本公平交易委員會鑑於富士軟片具有市場影響力，³³因此認為一旦富士軟片對零售商關於低價競爭的抱

Photographic Color Paper (Summary) (hereinafter JFTC Survey), available on <http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/jv30/film2.htm>, 該調查報告原由日本公平交易委員會以日文作成，公布於 Fair Trade Commission Notification No.30(1997)，英文版則由日本公平交易委員會另行摘錄。

³¹ 見前節第二部分(一)。

³² See JFTC Survey, *supra* note 30, at Part III (2)(a) Issues Related to Resale Price Maintenance.

³³ 調查告中顯示，富士約占有彩色軟片市場 70%的占有率。Id., at Part III(1)(a)Market Entry/Exit and the concentration ratios.

怨有所回應時，便會產生維持轉售價格的效果，因此建議富士不得採取任何回應此類抱怨的措施。³⁴

(二)獨家經銷協議

於日本公平交易委員會的調查報告之中，對於日本軟片及相紙市場的配銷通路結構亦作了說明，在其調查報告之中，並不認為市場通路的結構有排除其他競爭者市場參進的效果。調查報告指出，每一生產者都擁有自己的主要批發商或行銷子公司，或獨家進口代理商，而產品便經由主要批發商此一層次到達零售市場，至於自主要批發商至零售市場之間的管道則有多種型式：(1)直接售予零售商；(2)經由次級批發商或與生產者有關的批發沖印店。³⁵在經銷商與生產廠商的關係方面，固然所有的主要批發商均為單一品牌經銷，但在次級批發商及零售店層次，皆同時經銷多種品牌。據此日本公平交易委員會認為日本軟片市場並沒有市場參進的阻礙，每一廠商都有足夠的通路配銷其產品。³⁶

而就富士與其主要批發商之間的交易活動來看，日本公平交易委

³⁴ Id., at Part III 2(2)(a) Issues Related to Resale Price Maintenance.

³⁵ 調查報告中指出關於彩色軟片的通路結構如下：

富士：直接銷售予零售商：50%

透過相關批發沖印店或次級批商：45%

柯尼卡：直接銷售予零售商：52%

透過相關批發沖印店或次級批商：48%

柯達：直接銷售予零售商：70%

透過相關批發沖印店或次級批商：30%

阿格法：直接銷售予零售商：76%

透過相關批發沖印店或次級批商：24%

Id., at Part III 1(1)(d) Distribution Structure.

³⁶ Id.

員會認為其間不論在書面協議或事實上，皆沒有獨家經銷的協議，易言之，主要批發商與富士間並無獨家經銷的契約，亦無資本上的關連，富士也未派遣員工至主要批發商服務。調查報告中認為主要批發商之所以成為單一品牌的經銷商是基於自身商業利益的考量，富士並未拘束經銷商不得經銷其他品牌的產品。³⁷

此處日本公平交易委員會亦對富士提出數項標準，由於富士具市場影響力，因此一旦富士與其主要批發商之間達成獨家經銷的協議，或者於融資條件、折讓制度與保證金制度上設計使富士得以施壓於主要批發商要求其獨家經銷富士產品時，便為不正當商業活動，而違反日本獨占禁止法。此外公平交易委員會亦建議富士修正其促銷措施以及保證金的制度，以使得富士主要批發商的商業活動能更加富有彈性。為了避免反競爭措施出現，日本公平交易委員會決定對富士與其主要批發商的關係與交易進行定期性的檢視。³⁸

另外就富士主要批發商與零售商之間的交易關係來看，日本公平交易委員會亦未發現有獨家經銷協議存在，雖然次級批發商與主要批發商之間有長期的合作關係存在，但所有次級批發商與零售商皆有自由選擇其欲經銷的產品品牌，且事實上大多數次級批發商與零售商會因應市場需求經銷各種品牌的產品，並無違反獨占禁止法的情形。³⁹

在日本公平交易委員會的調查報告中，雖然否認有獨家經銷協議的情況，然由其對富士及其主要批發商所提出的建議來看，在垂直制約中所要求的影響市場競爭要件，於本案例中已因富士在日本軟片市場所占有的市場地位而滿足。申言之，在此次調查報告之中，日本公平

³⁷ Id., at Part III 2(1) Relationship between Fujifilm and Tokuyakuten.

³⁸ Id.

³⁹ 從調查報告中顯示，約有 94.7%的次級批發商無論何時都有經銷富士的產品，而僅有 54.6%的次級批發商無論何時都有經銷柯達產品，其中 23.5%的次級批發商於顧客訂貨或於交易條件較佳時才經銷柯達的產品，另有 25.5%的次級批發商不是已經停止就是從未經銷過柯達的產品。Id., at Part III 1(1)(d) Distribution Structure.

交易委員會並沒有發現有獨家經銷的事實，但其確認了富士在日本軟片與相紙市場上的市場力，若富士從事此次調查報告之中所列舉之垂直制約行為，便違反了獨占禁止法，同時日本公平交易委員會亦宣示，將會嚴格執行獨占禁止法，對違反者施嚴厲的制裁。

二、美日之不同立場

對於日本公平交易委員會作出並無反競爭行為存在的判斷，美國方面紛紛表示不滿，柯達認為日本公平交易委員會的調查報告為替其軟片與相紙生產者漂白(whitewash)的動作，而美國貿易代表署亦認為此調查報告的結果，彰顯了日本公平交易委員會無法獨立於行政機關外有效運作的缺失。⁴⁰

比較日本公平交易員會所作成的調查報告與柯達 301 請願書，除了在競爭法上的分析外，雙方在部分基本面向上亦有不同的觀點，使其結論出現差異，其一為如何方為有效之市場通路，在美國與日本方皆有不同的解釋，另外，就富士與其主要批發商間的交易條件，美國與日本在認定是否違反競爭法上亦有所不同。

(一)有效市場通路

在日本關於軟片與相紙市場的調查報告中，指出日本彩色軟片市場已經提供了各家廠商適足的通路，並沒有阻礙市場參進的現象。然其所憑藉的證明為次級批發商並非僅代理單一品牌，各廠商均得經由其主要批發商將產品銷售予次級批發商，經由該管道再銷售予零售商。⁴¹然而在柯達與美國貿易代表署的指控中，其所力陳阻礙外國產品進入日本零售市場的現象，為主要批發商形成單一品牌通路。並非

⁴⁰ Japan Film Market Passes JFTC Muster; But U.S. Is Pursuing Its Case at WTO, 14 Int'l Trade Rep. (BNA)1319 (1997).

⁴¹ See JFTC Survey, supra note 30, at Part III 1(1)(d) Distribution Structure.

在次級批發商層次。⁴²從美國的觀點出發，次級批發商多為小型、地區性的經銷商，其所能服務的零售據點有限，⁴³在前述日本公平交易委員會的調查報告之中也指出次級批發商在日本全國約有五百餘家，⁴⁴外國廠商由其子公司與該等小型分散的次級批發商合作，是否就提供了充足的配銷通路，令美國有所質疑。

另外，在該調查報告之中，將外國廠商在日本所設子公司與富士的主要批發商相提並論，認為在此一層次皆為單一品牌經銷，合理化富士主要批發商之獨家經銷富士產品的行為，是否為適當的比擬？亦為美方與日方認知相左之處。就柯達的立場來看，柯達在日本設立的子公司任務為進口產品代理，而富士的主要批發商與次級批發及零售商店之間數十年來所建立的合作關係，以及在日本各地所設分支機構，提供富士產品強大的配銷能力，是柯達日本子公司所無法達成的。

況且柯達過去亦藉由主要批發商的通路銷其進口至日本市場的產品，在 1970 年代獨家經銷網路形成之前，這些主要批發商皆經銷多種品牌，柯達亦為其中之一。在本次爭端之中，柯達所提出的控訴，即是針對主要批發商通路管道的封閉，在主要批發商並非富士子公司的情況下，卻獨家經銷富士的產品，使柯達必須重新建立自己的銷售通路或者必須直接與零售商接觸，由此柯達面臨了通路上的障礙，試圖要求日本主要批發商停止獨家經銷的措施，同時經銷外國進口產品，以使柯達產品亦能藉由主要批發商的網路配銷至日本全國各地。

45

但日本公平交易委員會的報告，卻將柯達日本子公司的角色等同於主要批發商，並且以次級發商與零售店皆為多品牌經銷為由，認定

⁴² See Kodak Petition, *supra* note 26; U.S. First Submission to WTO Panel, para. 64-73.

⁴³ U.S. First Submission to WTO Panel, para. 70.

⁴⁴ See JFTC Survey, *supra* note 30, at Part III 1(1)(d) Distribution Structure.

⁴⁵ See Kodak Petition, *supra* note 26; U.S. First Submission to WTO Panel, para. 64-73.

日本軟片市場並無通路障礙，所有廠商均有機會將產品配銷至日本全國各地，⁴⁶似乎有迴避問題之嫌，而調查報告中亦未提出其認為主要批發商與外國在日本所設子公司得以發揮同樣功能的理由何在，亦使人懷疑日本公平交易委員會的公正獨立性。

(二)富士與主要批發商間的關係

主要批發商獨家經銷富士的產品，在日本公平交易委員會的調查報告之中，認為此種獨家經銷關係並非源自於契約約定，或事實上有獨家經銷協議的現象，而是因主要批發商從商業上考量著眼，自行選擇的結果，富士並未限制主要批發商不得經銷其他品牌的產品。⁴⁷同時日本公平交易委員會亦對於富士與主要批發商之間關係提出數項改善的建議，其中包括了要求主要批發商提繳折讓保證金的制度，富士提供予主要批發商的融資等。該等措施在日本公平交易委員會的眼中仍未違反獨占禁止法，但其強調一旦逾越設置的邊界便違法，同時公平交易委員會亦提出數項建議，希望主要批發商與富士皆能遵守，以便「促進日本軟片與相紙市場透明化，以及更激烈的競爭」。⁴⁸

日本公平交易委員會的此種作法，似乎反映了其一貫以建議代替裁判或正式行政處分的傳統。一方面其承認上述措施極有可能違反競爭法，一方面並不以正式的處分要求私人企業改善，僅建議其改變作法。於此亦突顯出美國與日本在競爭法上執行的落差，在較為嚴格的標準下，或許上述行為已構成要求獨家經銷的限制，此等柔性訴求以取代正式處分的作法，亦為美國所批評。⁴⁹

⁴⁶ See JFTC Survey, *supra* note 30, at Part III 1(1)(d) Distribution Structure.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.* at Conclusion.

⁴⁹ Japan Film Market Passes JFTC Muster; But U.S. Is Pursuing Its Case at WTO, 14 Int'l Trade Rep. (BNA)1319 (1997).

第三節 小結

一、美日競爭法對於垂直制約的規範

由第一節關於內國競爭法對垂直制約問題的討論之中，可以發現事實上美日對於垂直制約的實質規範差異並不大，在價格性垂直制約的態樣上，皆以較嚴格的當然違法方式處理，一旦行為發生即認為其違法，不另行考量從事價格性垂直制約的企業是否具市場力，相關市場的結構或產品的特性如何。

而對於非價格性垂直制約的行為態樣，則採取合理法則式的規範，亦即承認非價格性垂直制約於特定情況下，對於市場競爭並不影響，甚而有促進競爭的效果，因此當企業從事非價格性的垂直制約時，競爭主管機關並不當然認為其行為違反競爭法規，而進一步考量其對市場競爭的影響。易言之，一旦非價格性垂直制約效果，因為企業不具市場力，或因市場結構不同，而不至於影響市場競爭時，競爭主管機關對此類行為並不加以干涉；甚而價格性垂直制約雖然因為限制了下游經銷商部分商業活動的自由，而削弱品牌內的競爭，但因垂直整合結果使整個通路系統更有效率，市場上亦存有數個不同的垂直整合系統，在系統內部效率增加，而系統之間維持競爭的結果，垂直制約的效果促進品牌間的競爭時，垂直制約亦非競爭法主管機關所欲管制的對象。

從實質法規範面來看，美日競爭法的規範並無太大歧異，由此可推論，在私人商業行為造成貿易障礙的問題上，並非因各國競爭法的規定不同，而產生國際貿易摩擦。私人進行的商業行為，並不因為作成行為所在的國家不同，而適用不同的規範，在美國認為應嚴格禁止的反競爭行為，於日本法規範結構下，亦屬於競爭法主管機關嚴格禁止的對象。所謂因法律規範不同所導致的人為比較利益，在此處並不適用，日本企業並不因日本獨占禁止法的規範較美國反托拉斯法寬

鬆，而享有優勢。

因此，日本市場因為系列會社種種垂直制約行為所形成的進入障礙，並不是導因於日本獨占禁止法的規範過於寬容，未將應予管制的反競爭行為納入法規範的管制中，而使企業得以遂行反競爭行為。日本市場獨特通路結構的形成，並非利用獨占禁止法未規範的反競爭行為所構成，在前面的分析中可以看出，通路型系列會社用以聯結成員的各種方式，皆為日本獨占禁止法所規範的對象，日本公平交易委員會對其皆有進行調查的權力。而致使外國企業質疑日本企業之商業行為是否具反競爭性的原因，在於日本競爭法執行上的問題。

二、美日於競爭法執行上的歧異

日本與美國在競爭法執行上有兩方面的問題，其一，關於非價格性垂直制約的規範，兩國皆採以合理原則判斷其反競爭性，然合理原則的判斷使競爭主管機關享有很大的裁量空間，兩國在對競爭的標準與兩國社會文化不同，使得主管機關在裁量時，所憑藉的標準與尺度有所差異，進而引發爭端。其二，是兩國競爭法主管機關在整個法制政治結構中地位不同，所享有的權力與人事配額亦有所差異，其執行力便因競爭法主管機關地位不同，而產生差距，由此，競爭法在兩國的執行上便有顯著的落差，私人企業行為的空間亦因而不同。美日關於日本通路結構的貿易爭端，便由此而產生。

在垂直制約的反競爭性判斷上，由第二節所討論日本公平交易委員會對於日本軟片與相紙市場所做的調查報告之中，可以發現日本所持的角度與美國並不相同，日本公平交易委員會認為無論本外國廠商皆可藉由次級批發商經銷其產品，因此已提供了各家廠商將產品配銷至日本全國各地之零售點的機會，市場通路結構並無封閉性，同時在次級批發商與零售商層次亦無單一品牌通路的現象，絕大部分次級批發商與零售商皆同時經銷多種品牌，也無獨家經銷的協議存在。

但美國的觀點則截然不同，固然柯達可自由藉次級批發商或直接銷與零售商的通路將產品配銷至日本各零售點，但與利用主要批發商配貨相較，柯達所採取的通路顯然較耗費成本。主要批發商在日本已經過數十年的發展，於日本各地設有分支機構，與各次級批發商或零售商之間建立長合作關係，除了通路的角色之外，主要批發更為生產廠商提供後勤、存貨管理的服務，大幅降低富士的後勤成本，使富士處於更具競爭力的地位。此類成本的節省與效率的增加，使柯達相對於富士的競爭力減弱，為垂直制約所帶來的典型反競爭效果。再輔以富士於日本軟片市場占有率高達百分之七十以上條件，杜絕其他廠商利用主要批發商此一通路會產生削弱品牌間競爭的效果，是美國貿易代表署主張富士從事反競爭行為的理由。

日本公平交易委員會亦承認富士的市場力，認為一旦富士與其主要批發商之間若有獨家經銷協議，便為不正商業活動，違反獨占禁止法。但調查報告否認在富士與其主要批發商之間存有獨家經銷協議，不但沒有獨家經銷的契約存在，一些使得主要批發商與富士之間關係更加聯結的措施，日本公平交易委員會亦不認為已經構成不正商業活動，僅對其提出建議，希望富士與主要批發商加以改善。

由該案可以窺見日本在執行競爭法所使用的判斷標準與措施與美國並不相同，日本偏好非正式的建議，而非以行政處分要求企業變更，而在反競爭性的認定上，日本亦較美國為之寬鬆。此種現象日本傳統行政上多使用行政指導之不正式手段有關，而對於私人企業間的合作行為在反競爭性上的認定亦較不嚴格。因而於執行競爭法上與美國產生了落差。

另外，在美日競爭法主管機關執行力的差異方面，也一直是美日之間諮商的重點。日本公平交易委員會至 1998 年為止，員工人數約五百五十人，而其中專職調查之人數僅約二百五十人，⁵⁰相較於美國

⁵⁰ Akinori Yamada, Recent Development of Competition Law and Policy in Japan(1997),

聯邦司法部反托拉斯局成員約六百人，聯邦交易委員會成員約一千人，⁵¹日本公平交易委員會的執行人力遠低於美國。另外在日本獨占禁止法適用的相關資訊上，未能充分公開流通，在政治結構上，日本公平交易委員會一向不受重視，其所作出的決定，無法有力推動，再者日本過去企業違反競爭法所處罰金數額一向偏低，⁵²都影響到日本公平交易委員會對於競爭法規的執行。

總合上面的論述，美日在日本通路結構方面所產生貿易摩擦，並非競爭法規間有所不同而產生的歧見，在實質法規相似的情況下，造成貿易爭端的主要原因乃在於美日競爭法主管機關在競爭法上的執行有所不同。因此，若要確實解決美日間關於通路結構的貿易爭端，應著眼於如何將兩國競爭主管機關之間對於競爭政策的執行程度拉平，或使日本競爭法的執行能夠符合其他國家期待的程度。

available on <http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/speech/971015.htm>.

⁵¹ Hiroshi Iyori, *A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law*, 4 PAC. RIM L. & POL'Y J. 159,88-89 (1995).

⁵² Id., at 88.



第五章 貿易架構下之競爭法

國內市場通路結構所造成排除新進入者參與市場競爭的效果，同時涉及貿易與競爭兩個面向。市場通路結構的形成，是私人利用各種垂直整合措施，將上游生產者與下游經銷商聯結為一個整體，而國內企業所使用的種種垂直整合措施，在內國法上，往往為競爭法所管轄的對象。然國內市場通路的封閉性，非但使本國競爭者無法進入通路體系，同時亦排除了外國競爭者進入該通路體系的機會，進口產品無法藉由現存的通路到達消費市場，大幅增加外國競爭者於內國行銷產品的成本，而形成了貿易障礙。

以內國競爭法來處理市場通路問題，在非價格性垂直制約非當然違法的規範架構下，此類配銷通路的垂直整合，只要內國競爭主管機關認定其不妨礙市場競爭，未減損市場效率者，便可安然處於內國競爭法的規範下，並不產生違反競爭法的問題。然從貿易法的度來處理市場通路問題時，便無法以內國競爭主管機關對其合法性的認定，就可以平息貿易糾紛，阻卻外國政府對該等市場結構的質疑。各國政府間關於市場效率的認定與競爭法的執行上的差異，使市場通路結構問題，一再成為美日貿易摩擦的焦點。

本章先由貿易法與競爭法的互動與衝突出發，從貿易法與競爭法所卻達成的目標利益，討論其間關聯。繼之試圖由貿易規範的角度，探討在貿易法架構下，對於各國在競爭法執行上的歧異是否有所調和之道。

第一節 貿易法與競爭法

一、貿易政策與競爭政策之目標

在貿易政策的形成過程之中，維持自由競爭一直是其所遵奉的原則，貿易政策追求自由貿易，務使各國產品得以在無人為附加障礙

下，自由流通競爭，以達到全球福利最大目標。競爭政策亦追求相同的自由競爭目標，透過不受干擾的市場力量，使資源導向最適的配置，以達成福利最大。競爭法與貿易法兩者皆致力於維持自由競爭的市場，使市場力量得以發揮，以使資源的運用有效率。¹

傳統上競爭法所規範者為內國市場的競爭，而貿易法則規範國際間的競爭，但隨著國際貿易量增加，國際投資的成長，及跨國企業形成，在各種邊境障礙一一撤除之後，國家與國家之間的界線愈來愈模糊，而以國界來劃分市場也愈來愈不切實際，跨國企業的盛行亦使得各國市場中所進行的商業行為，愈來愈容易對他國市場產生影響，貿易法與競爭法的分野愈不明顯，於許多領域中，貿易法與競爭法的規範漸漸產生相互重疊之處。

一國之貿易政策與競爭政策固然都在追求效率與福利，但競爭政策所關注者為一國內國市場的競爭，因而競爭法的規範，皆以促進市場競爭，增進效率，使消費者因此可以享受到高品質而價廉的產品與服務為首要目標。競爭法規的設計便圍繞此一目標，制訂種種限制私人企業濫用其市場力量以及從事不公平之競爭活動。²

效率的追求在貿易法中雖亦為目標之一，但貿易法所追求的目標並非僅限於效率的增加，而是追求使本國的福利增加。³以美國的貿易政策為例，除了維持與增進競爭之外，在美國貿易政策亦包含了許多其他價值的追求，以其重要性來列舉，計有：⁴

(1)維護國家安全；

(2)增進美國經濟力量；

¹ See Spencer Weber Waller, *International Trade and U.S. Antitrust Law*, 11-1(1992)

² See Daniel J. Gifford, *Symposium: Cultural Conceptions of Competition: Article: Antitrust and Trade Issues: Similarities, Differences, and Relationships*, 44 DePaul L. rev. 1049, 19.

³ *Id.*, at 20.

⁴ Spencer Weber Waller, *supra* note 1, at 11-2.

- (3)促進美國對外政策目標；
- (4)保護美國國內市場生產者；
- (5)增進美國企業於國際市場上之競爭力；
- (6)確保並擴張美國國內就業機會；
- (7)保護並促進國內科技發展；
- (8)規範不公平貿易活動；以及
- (9)於無損於美國利益下促進自由貿易與競爭。

無論貿易政策或競爭政策，美國政府最終目的仍是增進美國整體的福利，大多時候貿易政策所追求的開放市場增進競爭與競爭政策的效率目標並無扞格，但在美國福利為最高考量的條件下，可以預期在部分情況下，為了追求增進美國福利，必需犧牲一些對效率的追求，這樣的趨勢不但可以從上面所列貿易法追求的價值中顯現，在許多美國貿易實務上，也可以發現。⁵

不獨美國在貿易政策上涵括了許多政治、經濟上的考量，在世界各國的貿易政策之中，除了效率的追求以外，都納入增進本國產業競爭力的考量，各式關稅、配額措施與資金流動的限制，莫不在隔除外國競爭者對本國市場的影響。各國政策所追求者，亦如同美國，為國家福利的增進，促進本國廠商之間公平競爭，維持市場競爭的秩序為增進國家福利的手段之一，而藉由各式貿易政策，強化本國廠商在國際上的競爭力，並保護本國弱勢產業，使其能漸次調整，不因外國產品進口強大急劇的衝擊而造成各式社會問題，亦為增進國家福利的手段。

⁵ 諸如為了國家安全理由而對出口或進口設限、1988 年制訂綜合貿易與競爭力法以設法提高美國產業之競爭力、以勞工就業機會喪失為由發動進口救濟、對低價進口之外國產品課徵平衡稅或反傾銷稅，等使美國消費者福利減低但保護本國生產者之措施。參羅昌發，貿易與競爭之法律互動(1994)，頁 21。

由於追求的基本目標並不相同，許多貿易法的規範與措施，在競爭法的角度反而是反競爭的違法行為。舉例而言，各國為對抗進口產品增加對本國產業所造成的損害，授權行政機關對進口產品的數量設限，然進口數量限制使外國產品無法在一定數量之外從事競爭，且亦可導致進口產品的價格增加，與競爭法期待藉由競爭而使價格降低、品質提高，以增加消費者福利的理念相悖；⁶又，在反傾銷法中，允許行政機關與外國廠商從事數量與價格的具結，常有構成約定價格之嫌，亦為競爭法上不許之行為。

相對而言，許多於競爭法上允許之行為，於貿易政策的考量之下，並非不得對之採取行動之行為，而合於競爭規範之措施，也不表示即無引起貿易爭端的可能，其原因如同前文所述，貿易政策的目標包含各式政治與經濟價值的衡量，而促進競爭為其中之一，一但在國家追求其福祉的過程中，有其他價值高於競爭的促進時，競爭法上所適用的規範與衡量標準便落居於後。

在國際貿易頻仍之今日，貿易法與競爭法的互動與衝突愈見明顯，除了上述一國內部貿易政策與競爭政策的問題外，從貿易的觀點出發，各國之間在競爭政策上的差異亦造成貿易法上難解的糾紛。

二、競爭政策之執行在貿易法上造成的問題

各國競爭政策的差異，除了在實體法上規範的不同會造成貿易問題外，即便實體規範相差不遠，在各國不同的政經社會環境下，對於競爭政策的執行必有所差異，而此等差異對於自由貿易產生極大的影響。

學者曾提出新的比較利益理論，與傳統上認為比較利益是由一國

⁶ 同前註，頁 35。

之天然稟賦所造成者⁷不同的是，比較利益可以經由一國政府人為製造出來，⁸政府可以藉由貿易保護，在產業發展時阻絕外國產品在本國市場上與本國產業競爭，使本國產業可以因此快速累積學習曲線，降相對應的成本，⁹在學習曲線明顯的產業之中，企業在市場中先行爭取市場占有率，以快速擴增產業，累積經驗效果十分重要，而政府透過排除廠商在市場上遭遇激烈的競爭，使得本國廠商得以在政府的保護之下，取得市場占有率，利用大量的銷售量，累積其學習曲線，降低成本，取得比較利益。¹⁰

除了使用貿易保護措施使外國產品無法進入本國市場之外，政府用以為其本國產業製造人為比較利益的方式，也包括了放寬競爭法的執行，而使得本國產業得以從事各種游走於反競爭邊緣的商業活動，利用此等商業活動，一方面本國產業可以取得市場占有率，累積學習曲線，降低成本，在國際競爭上取得競爭優勢；另一方面，本國產業或許利用其獨占力量，在本國市場以較高價格取得獨占租，並以此種利益補貼海外競爭市場，使外國競爭對手相對居於劣勢。

美國與日本的貿易爭端許多便起因於美國認為日本對其產業的保護，使日本產業獲致人為比較利益，但美國產業卻因美國政府較不積極使用產業政策，同時在反托拉斯法執行較為嚴格，而無法取

⁷ 由李嘉圖(Ricardo)所建溝的古典貿易理論之中，貿易之所以會產生，係由於兩國之間在產品的生產上比較利益不同所致，在貿易的兩國中，一國於生產某一財貨上可以相對較低的成本生產，從而價格較低，在該產品上具有相對比較利益，因此可以出口該種財貨，同時貿易的相對國在生產另一財貨上具有相對較低的生產成本，因而出口另一財貨，貿易便由此而發生。而比較利益的產生，於 H-O 理論之中，則認為係一國要素稟賦相對較豐富所產生。參見周宜魁，國際貿易理論與政策(1995)，頁 85-144。

⁸ See Paul R. Krugman, Rethinking International Trade 192-98(1990).

⁹ 學習曲線的概念為，生產的成本會隨者累積生產經驗的增加而遞減，學習曲線的成因在於從作中學可使員工累積學習效果、製造技術進步，而產品也可以經由生產特定產品一段期間後，了解顧客的需求與偏好而改善產品，學習曲線在高成長、加值高與資本密集的產業尤其明顯。參見吳思華，策略九說(1996)，頁 85-88。

¹⁰ See Krugman, supra note 8, at 195-97.

得日本產業可以取得的利益，在國際市場競爭時，美國於是曲居劣勢。¹¹此時，貿易保護措施與競爭法的寬鬆執行，已非純粹的消極保護手段了，而是扶助產業積極取得競爭優勢的手段。從而，貿易保護與放寬競爭法的執行，藉由為本國產業創造人為比較利益，而扭曲了全球市場的資源分配。¹²

在行銷通路結構障礙的問題上，也存在相同的爭議。日本政府對垂直制約行為的反競爭性，在日本社會文化環境之下，給予較寬鬆的認定，各個系列會社的形成在以往並未受到政府高度的管制，系列會社利用各種聯結手法，將產業行銷通路整合進入生產者的體系之內，系列會社廠商的競爭者，無法利用整合後的通路，必須自行建構行銷部門，或者整合其他經銷商，形成另外一個系列會社。日本政府對於垂直性系列會社的容忍，間接地提高了進入市場的成本，形成市場封閉效果，而日本廠商便利用此種封閉性，取得市場占有率，經由大量銷售得到學習曲線效果與規模經濟效果，降低產品成本與價格，在國際市場上形成強悍的競爭勢力。

縱觀世界各國，競爭政策的制訂與執行，皆因各國政治、經濟、社會的環境不同，而互有差異，甚而尚未制訂競爭法的國家亦有之，在前面所提及的新貿易理論之下，各國寬緊不同的競爭政策與執行，形成各國產業的人為比較利益或比較不利益，對於貿易政策所追求的無干預自由貿易狀態自是不符。美國尤其對於其他國家競爭政策

¹¹ 如美日之間關於半導體的貿易糾紛，從美國的觀點來看，日本半導體產業在全球市場的占有率可以自 1978 年時的 24%，快速上升到 1986 年的 46%，便是因為日本半導體產業在日本通產省的領導之下，從事各種聯合行為，同時日本亦限制外國產品進入日本市場，使得日本半導體產業可以利用其於本國無競爭對手而取得市場占有率，利用大量生產累積學習曲線，達到規模生產的效率與製程與產品的創新，進而在國際半導體市場上擊退美國半導體產業取得一席之地，美國認為若日本政府未採取貿易保護措施，讓美國廠商與日本廠商在日本市場上公平競爭的話，日本產業便不致如此迅速成長。See Gifford, *supra* note 2, at 1068

¹² 經濟學者 Krugman 亦估計，若無日本政府的貿易保護與鼓勵聯合行為，日本半導體產業甚至無法存活，更遑論今日的高市場占有率了。See Krugman, *supra* note 8, at 200.

執行不力多加撻伐，認為經由人為力量所造成的比較利益破壞了原來經由市場力量所應形成資源分配狀態，為不公平貿易。

然政府對於競爭政策的執行寬鬆，可能造成兩種產生人為比較利益的效果，一是產業得以利用於本國市場的獨占租補貼於外國市場的競爭，另一則是產業藉由大量生產而達到學習效果與規模經濟，降低生產成本，而以較低價格在外國市場上競爭。純以效率的觀點來看，第二種比較利益的產生實際對於市場資源分配並無扭曲的作用，廠商是以效率的生產與低成本於市場上競爭，資源並未流向較無效率的廠商，對於整體福利並無影響，僅在第一種情況之下，因為獨占狀態存在，而使效率降低。同時在第一種情況之下，因為產業發展之效果，並未降低生產效率，亦非競爭法主管機關所必須管制的對象。

配銷通路型系列會社在競爭法上的爭議在於其垂直制約的態樣，且幾乎均為非價格性制約，而非價格性垂直制約在競爭法上的評價並非當然違法，必須衡量其所造成的促進品牌間競爭效果與削弱品牌內競爭效果孰重孰輕，才能判斷其是否具有反競爭性。¹³在進行垂直制約廠商不具市場力時，垂直性系列會社多半存有促進品牌間競爭的作用，可以迫使廠商提高產品品質並降低價格，並未破壞效率。

從而各國競爭法執行互異，並不足以論斷世界資源配置扭曲，從自由貿易所欲達成的效率觀點，也不當然有所違背。但各國貿易政策的目標之中，效率並不見得為首要目標，本國福利的增加，本國廠商競爭力的促進，比世界整體福利與效率更為重要，因此各國競爭法執行不一受到反對，並不全然因為資源扭曲效率降低，在各國貿易主管機關的角度，有損於本國產業競爭力，是競爭政策執行度不同造成貿易糾紛的主要原因。

¹³ 見第四章第一節之相關討論。

於是，關於競爭政策執行落差所造成的貿易問題，並無法從效率度出發來加以處理，競爭政策執行落差之所以成為貿易糾紛的焦點，毋寧在於各國廠商發現其無法與外國廠商競爭，而外國廠商的競爭力來源，其一為母國競爭法主管機關對於反競爭行為認定上採取較為寬容的角度。母國競爭法主管機關所為認定，並未逾越競爭法原則所授與的裁量空間，僅是各國之間容忍界限有所差異而已，但貿易政策主管機關為替本國廠商爭取進入外國市場機會，以本國觀點評斷外國競爭法主管機關的執法態度，而達成了外國競爭法執行不力之結論，進而引發了貿易糾紛。

第二節 國內市場通路問題於貿易架構下之解決

日本通路結構所造成的貿易障礙，便是上述競爭法執行落差造成貿易糾紛的著例，日本公平交易委員會過去對於競爭法的執行並非十分積極，且其所為之處分對於企業亦不具有強大的拘束效果，輔以日本傳統重視產業政策，通產省甚而經常主導產業內各私人企業之合作，亦使競爭法的執行無法完全發揮。¹⁴外國企業在日本市場無法取得有效通路之際，對於日本政府關於通路產業垂直整合的政策，便產生了質疑，於是造成貿易問題。

一、貿易法對國內市場通路問題之處理

國內市場通路之所以造成貿易糾紛，既然是因為競爭政策與競爭政策之執行於各國之間不同而產生，則論者對於因為競爭政策而造成的人為比較利益，應如何排除，提出以調和各國競爭法規，使各國在競爭法的規範上一致，以使世界市場上的競爭免於人為干預。¹⁵

目前所提出的國際競爭法規範約有四種型式：(1)制訂國際競爭

¹⁴ 見第四章第二節之相關討論。

¹⁵ See Eleanor M. Fox, *Toward World Antitrust and Market Access*, 91 A.J.I.L. 1, 13.

法，對締約國一體適用，並成立一超國家機構專職處理反競爭事項，國家競爭主管機關必須移出一部分權限予該機關；(2)制訂國際競爭法，但作為各國內國法的準則，仍由各國競爭主管機關執行競爭法；(3)於多邊談判桌上就特定爭議作諮商解決即可；(4)並不制訂國際競爭法，但藉由雙邊協定或複邊協定加強國主管機關之合作。¹⁶

首先為制訂國際競爭法，並將競爭法執行之權限移轉由超國家競爭執行機構實施。此一提案是在上述四個提案之中最具企圖性的提案，除了制訂國際統一競爭法典外，更要求國家將對競爭政策的主權交出。¹⁷此一提案固然可以完全解決各國競爭政策不一致的問題，並且由於競爭法執行的權限交由超國家組織統一實施，在認定與執行上，也不會產生各國不同的落差，也就解決了執行差異所造成的不公平狀態。

但是此一提案，欲實際實施，有其困難所在。第一，該提案要求制訂統一的競爭法規，不僅是在競爭法的原則上要求統一，在各種不同的反競爭行為態樣的構成要件與判斷標準上，也在統一法典的範圍之內，¹⁸各國必須對整個競爭法規形成共識，在實際實施與談判上，幾為不可能的任務，各國在競爭政策上有不同的考量與環境，一組規範或許適合於某些國家之國情，但可能無法符合另外一些國家的要求，令其無法接受；更何況，一旦各國在競爭法的所有細節規範都可以達成相同見解時，競爭政策不同所引起的貿易問題自可迎刃而解，亦毋待國際競爭法規的制訂了。第二，要求各國將競爭政策的主權交出更是困難，衡量比較可取得的貿易利益與主權交出的成本，各國政府極可能抗拒此一提案。

¹⁶ Id., at 13-15.

¹⁷ 提倡此種國際統一競爭法典最力者為慕尼黑小組(Munich group)，此一小組於1993年秋天提出國際反托拉斯法典草案。See Eleanor M. Fox, *Competition Law and the Agenda for the WTO: Forging the Links of Competition and Trade*, 4 PAC. RIM L. & POL'Y J. 1(1995).

¹⁸ See Fox, *supra* note 15, at 15.

第二個提案則稍退一步，不要求國際競爭法規的制訂，而是在國際之間形成競爭法原則的共識，作為各國競爭政策的準則，競爭政策仍由內國競爭主管機關負責施行。國際競爭法準則的制訂則是由國際委員會掌控，由委員會提出一組草案與各式選擇，由各國政府視其政經環境選擇適用，而各國內國競爭法便依循該等原則制訂，由各國內國競爭法主管機關施行。此一提案提高各國對於其本國競爭政策執行的自主性，同時也避免統一的競爭法典造成無法配合各國國情的弊端。

然而此一提案並無法真正解決競爭法在國際貿易上所造成的爭端，因各國競爭法原理原則在現時即未有過大的差距，貿易爭端的產生，是各國在競爭法原則下，對於各種裁量判斷時，所採取的角度不同所致，甚而對於相同文字有不同的詮釋，方產生貿易糾紛。如同第四章中所做的說明，美國與日本同樣對於非價格性垂直制約採取衡量其反競爭性以決定是否違反競爭法的規範方式，但是在系列會社所帶來的促進品牌間競爭效果，是否大於削弱品牌內競爭效果，則有不同的見解。在衡量反競爭性上，美日所持角度與考量因素不同，而有不同結論，此類見解上的歧異都在於裁量餘地之內，並不違反競爭法的原則，但仍造成貿易糾紛。因此僅於原則上做統一處理，對於解決競爭法在貿易上造成的問題並無太大的助益。

第三種提案完全不考慮在國際上建立關於競爭法的規範，僅在貿易衝突產生之時，由爭端雙方展開談判，對問題諮商出一套解決方案。反對在國際上制訂競爭法規範的理由在於，私人限制性行為並不是問題的根源，貿易摩擦真正的根源在於政府的作為，因此真正應加以處理的是政府的行為，私人行為完全交由內國法來處理即可。甚而，論者提出將競爭法劃入國際貿易規範體系有造成國家喪失主權的危險性，並且認為國家在重要議題，如日本對於排他性垂直限制議題，難以達成共識。因此，此一提案認為在雙邊諮商下，各國較

有可能達成對問題具有解決性的共識與結論，而真正解決問題。¹⁹

該提案對於私人商業活動在國際貿易上所造成的效果，過於輕估，固然政府所造成的貿易障礙為國際貿易中最主要的問題，但事實上私人商業行為在貿易上確實造成障礙。²⁰其次此項提案對於多邊架構的功能與共識達成的可能性亦太過低估，同時亦高估了雙邊諮商對問題的解決能力。尤其在雙邊諮商之中，參與國僅有貿易爭端雙方，其間對利益的衡量，往往無法顧及其他國家的利益，甚至達成更違反公平貿易原則的協議。²¹況且雙邊諮商只能處理爭端雙方的問題，同一反競爭行為對於其他國家亦有可能造成影響，相對的，同一競爭政策問題，其他國家亦有可能採行，雙邊諮商僅能就個案予以解決，無法提供全面性的處理。

第四種提案則認為，並非所有競爭法所規範的事項，都會牽涉到貿易政策，因此應挑選出真正與貿易產生衝突的議題，經由各國在談判桌上進行雙邊合作協議，再漸次發展出多邊的規範架構與爭端解決體制，除此之外，並應同時發展適當的競爭法原則，以其作為各國競爭法實施的最低限度。在各國違反最低限度的競爭法原則，或怠於實行其於雙邊或多邊協定之中承諾的義務時，得經由爭端解決機制處理，給予爭端解決小組對各國關於競爭法執行的監督與審查權限。²²

¹⁹ See Diane P. Wood, *The Internationalization of Antitrust Law*, 44 DePaul L. Rev. 1289, 29-34(1995).

²⁰ 見本章第一節之討論。

²¹ 美日半導體協議便是著例，美日關於半導體之談判展開原因，原為美國認為日方的市場結構造成美國對日出口半導體的障礙，在美日雙方的協議之中，不但要求日本增加外國產品的進口，甚至要求美日對於第三國市場的出口亦受其限制，其後美日半導體產業更共同合作，交換產業資訊，合作開發，形成國際性的卡特爾。

²² 本提案由 Eleanor M. Fox 倡議，渠本為亦為慕尼黑小組之成員，但對於小組所達成之結論並不同意，發表不同意見書，認為無須制訂細節性規範，只需提出競爭法基本原則即可，在其不同意見書之中，提出十五項各國競爭法主管機關所應遵循的最低標準。See Fox, *supra* note 15; also see Fox, *supra* note 17.

上述四種提案之中，對於如何於貿易架構下處理競爭政策落差皆提出解決之道，第一種提案無非是最徹底的解決方式，不但在競爭法規範上統一，更在競爭法的執行部分完全消弭各國政府藉由競爭法執行的寬鬆來創造人為比較利益的可能性，只是在現實中難以達成如此高度的統一程度，尤其要求各國政府交出競爭政策執行的主權，更是難以辦到，因而第一種提案僅能作為想望的境地，而無法於中短期之間達成實現的可能。第二種提案，則忽略了競爭政策與執行在貿易架構下形成問題的徵結，僅統一競爭法的原理原則，並不能保各國在裁量與執行上能夠達成相互滿意的結果，貿易爭端仍舊可能發生。而第三種提案則忽視今日私人商業活動在國際貿易上所造成的影響，同時亦過分強調雙邊諮商所能達成的成效，實則雙邊諮商往往無法真正解決問題，僅為雙方當事國的妥協罷了。

而第四種提案則較能體認競爭政策與執行之所以造成貿易問題，在於各國主管機關行政上不同考量，同時亦提出應對於競爭政策主管機關關於競爭法之執行加以監督，亦即允許各國在認為他國競爭政策或競爭法的執行悖離協議時，給予利用爭端解決機制處理的管道，間接確保各國履行協議。

申言之，在這個提案之下，貿易架構對於競爭法執行落差有兩個處理的階段，第一個階段是訂立出執行競爭法應具備的標準與最低要求，第二個階段，則是在內國競爭法主管機關怠於執行其競爭法，或其裁量與前述標準有背離的情況下，給予其他國家救濟的途徑，藉此監督競爭法的執行。從而於國際間形成一致，或至少是相容，的競爭法執行標準，人為比較利益便無由發生。

下節便以此二階段繼續加以闡述。

二、競爭政策與執行落差之消弭

欲解決競爭政策與執行落差所導致的貿易糾紛，應處理下列四大問題：(1)何種行為為貿易法上欲規範的與競爭相關事項？(2)政府對

於反競爭行為的處理，要在反競爭行為達到何種程度時，才具有處理的義務，亦即在何種情況下政府若不加以處理便會構成怠於執行競爭法？(3)與第(2)點相關者，政府必須採取那些處理措施方符合處理反競爭行為的標準，在於可以容許的範圍之內？(4)若會員不滿另一會員對反競爭行為之處理方式，則前一會員如何救濟？

第(1)點至(3)點為第一階段所應處理的事項，也就是如何制訂出一套競爭法主管機關為裁量判斷或發動執行的標準，在各國違反此一標準時，才會有第二階段救濟的問題。第(4)點則為第二階段如何落實該等標準的機制。以下便分就兩個階段加以探討。

(一)執行標準之訂定

訂定執行標準可以兩種方式制訂，一為以協定明文對各類反競爭行為態樣設置標準，另一種方式則是透過談判諮商，各國就其本國關於競爭法執行之事項給予承諾。

以第一種方式制訂執行標準，便如同現行 WTO 架構下之反傾銷協定、平衡稅與補貼協定等之方式，在 WTO 架構下，制訂關於內國主管機關可資遵循的法規架構，會員所制訂的內國法令規章，以及行政機關的施行，都不得違反協定規範，一旦會員在競爭政策的執行上，背離協定的規定時，其他受有損害之會員，便有權進行爭端解決機制的救濟程序。

而第二種方式則與關稅減讓及服務業貿易承諾表所使用的方式相類，各會員經由談判磋商，承諾於特定競爭法執行事項為特定作為或特定判斷標準，申言之，承諾表中包含會員提出欲受拘束的反競爭態樣，在各種反競爭態樣下，會員承諾若有判斷餘地時，會員行使裁量權之標準依據，並承諾於該反競爭行為發生時，對之所應採取之措施。而該承諾表對會員構成拘束力，會員若有違反，其他會員則可要求進行爭端解決程序。

以下便就此二種方式分別加以說明：

1. 制訂統一標準

關於制訂競爭法執行的統一標準，主要須考量下列三方面的規範模式：(1)何類反競爭行為為競爭協定規範之對象；(2)內國行政機關處理反競爭行為之裁量判斷標準；以及(3)內國行政機關對於反競爭行為應採取行動之義務。

(1) 反競爭行為

定義競爭協定所欲規範的反競爭行為態樣可以由兩方面來進行，得由行為面來規範，或者由效果面來規範。由行為面規範者，為表列適用競爭協定之行為清單，而由效果規範者，則界定產生何類效果之行為方為競爭協定適用對象。²³此二種定義方式皆有其優勢所在。

使用清單的方式可以較明確地指出何種行為為適用對象，在認為若欲使競爭協定能有效發揮作用，某些特定的行為一定要在協定規範之列，否則協定無法達成目的時，²⁴利用清單將此等反競爭行為表列出來，可以杜絕日後爭議。

若利用效果來判斷是否為競爭協定適用對象者，既然競爭協定為國際協定，欲處理者為競爭政策事項所引發之國際貿易問題，首先可以確定的是其規範目標為影響國際貿易或國際投資的行為，但問題在於要決定要對國際貿易或國際投資產生何種效果，才是適用對象？進一步要探討的是，是否只要有所影響就已足夠，而不考慮企

²³ See Brian Hindley, *Competition Law and the WTO: Alternative Structures for Agreement, Fair Trade and Harmonization* vol. 2: legal analysis (Jagdish N. Bhagwati and Robert E. Hudec) 340-43.

²⁴ 諸如生產者跨國的聯合行為，而該聯合行為會產生提昇價格或劃分市場的效果，就是一例。

業的規模，或影響的程度？另外，若一行為在一國發生，而其影響力亦僅及於一國，但他國人民進入該國境內從事商業活動時，會受該行為的影響時，是否亦應視為對國際貿易有所影響？²⁵

有學者對此情況提出解決之道，其建議似可以藉用 GATT 第二十三條第一項(b)關於因協定所應取得利益的觀念，亦即探究該等利益是否為自 WTO 其他協定中可以期待者，作為區辨的標準，²⁶若反競爭行為所產生的效果為影響其他會員於 WTO 其他協定下所得期待之利益時，應即為競爭協定所欲處理的對象，若非於 WTO 其他協定下可以期待的利益者，便不應納入競爭協定的規範。

(2)判斷標準

反競爭行為除當然違法的態樣外，其他態樣須進一步衡量該行為對市場的影響，亦即判斷其行為是否具足夠的反競爭性，方由主管機關對之採取行動，而各國對於同一反競爭行為的反競爭性作判斷時，若採取的標準不同，便可能引起貿易糾紛。因此為使各國反競爭執行具有統一化的標準，必須在協定之中，對於反競爭行為有判斷餘地時，設置標準化的衡量因素，要求各國主管機關於反競爭性的判斷上，考量相類的衡量因素。

但判斷標準的設置要規範至何種程度，則是競爭協定難以協調之處。各國在判斷反競爭性時，多夾雜各國政經環境的考量在內，而對於產業行為亦因產業政策所採取的立場不同，會有不同的衡量比例，因此若制訂詳細的判斷標準，在協定磋商的過程之中，勢必產生各國之間的爭執，而不易達成共識。但若對於判斷標準規範過於

²⁵ 對於國內市場通路問題，此一考量便十分重要，私人企業所從事的行為在本國發生，而所影響的也是本國的市場，並不會對外國市場造成通路障礙，但在外國企業進入本國市場競爭時，通路結構對其商業活動造成了障礙，此時是否算是對國際貿易產生影響，若是，則劃分對國際貿易有所影響與僅對本國市場造成影響的分野何在？在採取效果面規範時，此為一棘手問題。

²⁶ See Brain Hindley, *supra* note 23, at 340.

寬鬆，例如僅列舉數項得加以衡量之因素，又恐協定統一各國對競爭法執行的目的無法達成。如何對判斷標準作合理適當的規範，是競爭協定磋商的重點。

(3)應採取之行動

而在確定有反競爭行為發生時，該會員應採取那些措施，才算是符合競爭協定的要求？此亦為該協定的關鍵問題，會員要採行何種措施後，而所採行的措施應至何種程度，才為已處理該反競爭行為，而非容忍該等反競爭行為之存在？

再者，會員內國法也可能對於此一反競爭行為的處罰並不足以制止此等行為，或者雖可制止此等行為，但其強制效果僅限於會員本國內有效，但無法排除對其他會員的影響。此時，是否在競爭協定之中，對於各國主管機關所得採取的處罰應設有一最低標準，以保證其處罰的有效性？但事實上，要在各國之間協商出一個共通的處罰標準並不適宜，尤其競爭法與一國經濟環境密切相關，處罰的效果亦因各國政經環境不同而有所不同。²⁷

另一種規範方式則可於競爭協定中僅規定會員必需採取得以有消除此類反競爭行為效果的一切措施，並確保該等反競爭行為的影響可以被排除，而不設定特定的應採行措施，此時會員所負之義務則非特定措施之採行，而是反競爭行為效果的排除。

2.承諾表

制訂承諾表的方式，則與過去在 GATT/WTO 歷史上關於關稅稅率的磋商，與 GATS 下特定承諾表提出的方式相類。競爭法執行承諾表所應包含的項目至少應有三部分：(1)受拘束的反競爭行為；(2)對於反競爭行為有判斷餘地時，行政機關行裁量的所應憑據的衡量

²⁷ Id., at 342.

因素；以及(3)對於成立之反競爭行為，行政機關所應採取的措施。

此三點應考量的重點與上述制訂統一標準的規範方式大致相同，但與前一方式不同之處在於，此三項要點之決定，並非由會員在制訂協定之時即加以規定，而是由會員進行雙邊與多邊磋商，各國關於競爭法執行給予不同的承諾。易言之，統一標準的制訂是在競爭協定之中，尋求一般性的規範，簽署協定的會員(或全體會員，此處視競爭協定為多邊協定或複邊協定而定)一體適用相同的標準；相對的，以承諾表方式約定競爭法執行相關事項，屬於個案式或特定式的規範，會員並不適用相同標準，而是依各國在磋商後完成的承諾表內容而定。

以承諾表方式規範競爭法執行之相關事項，較之以統一標準方式規範，主要的優點在於得以配合各國國情以及政經環境為彈性的處理。競爭法所欲達成的目標，在於維持市場自由競爭之秩序，而競爭法的規範方式，並非直線式的法規範，而是配合市場狀況作曲線式的規範，易言之，競爭法並非機械式依構成要件判斷的法規，在競爭法的判斷上，因為時空的不同，市場狀況的不同，與涉案企業規模、結構等等不同，在判斷時會產生各式不同的結果，因此，競爭法主管機關對於競爭法的執行，享有相當的裁量空間，以期作成最適當的決定。既然競爭法具有此一特質，在國際規範上對於競爭法執行強作一致的規範，對於各國不同環境適用相同的法則，相對而言較無法反映競爭法曲線式規範的精神，而使用各國承諾表方式，便可以顧及各國的差異。

其次，在制訂統一標準的過程之中，必須平衡各國不同的觀點，各國所關切的事項不盡相同，而各國對於各種判斷標準、制裁措施所持的價值觀亦有所差異，要使各國在相關事項上達成共識，是相當漫長的道路，甚而無法達成一致的決議。而以承諾表的方式規範，是針對特定事項為承諾，對於各國衝擊不若制訂一般性規範來得廣泛，同時亦可針對各國所關切的事項深入諮商，達成較為切合需要

且較為有效的結果。

綜上所述，本文認為在制訂執行標準方面，與其制訂統一標準的競爭協定，不若以承諾表方式拘束各國對特定反競爭行為之執行，較具有實現之可能性，同時亦能顧及各國不同的需要，提供較為有效具體的解決。

(二)競爭法執行協定之監督

在制訂競爭法執行標準後，緊接著的問題在於如何落實承諾表所為之承諾，達成消弭競爭法執行落差的目的。而落實承諾的方式，在 WTO 架構之下，為提供其他會員救濟的管道，經由救濟程序，會員國可以要求違反承諾之會員履行其承諾，或以經授權的報復措施間接強制會員履行承諾。

此部分有兩點需加以考量，首先為提起救濟程序的要件，其次則為授與會員救濟手段。

1.處理反競爭行為之先決條件

當一會員欲向另一會員請求其處理該國境內所發生的反競爭行為時，會員首先需證明有該等反競爭行為存在，否則無法據以請求會員國加以處理。

但直接向對方會員證明反競爭行為存在時，有許多無法克服之處，首先，對方會員之前未處理該等反競爭行為可能係基於其政經理由，此時受影響之會員對其請求時，會員也許否認有該等行為存在，而使前會員無法遂其心願。再者，欲進行控訴的會員應對反競爭行為之存在，以及其對該會員之影響，作何種程度的舉證，才能進行救濟，也是在救濟程序之中應予處理的要項。

對此問題曾有建議於競爭協定下設計一超國家機構，進行控訴要件的審理與認定，經該機構審查後，確定應具備之要件皆已齊備時，

使得將此案交由受控訴的會員，要求其對之進行調查。²⁸而於會員不依其於競爭法執行承諾表對該等反競爭行為加以處理時，受影響之會員更可依循爭端解決程序，尋求救濟管道。

2. 救濟手段

在 WTO 架構下，因會員受到其競爭法執行承諾表之拘束，有對於承諾表中所列反競爭行為，採取承諾表約定措施之義務，而受影響之會員國應可直接要求對方會員履行義務，但該要求之先決要件為特定反競爭行為之存在已如上段所述。

除了要求會員遵守承諾外，受影響之會員於對方拒不履行承諾時，應給予其利用貿易制裁間接強制對方履行承諾之機會，以使其於承諾表應得之利益得以實現，否則無法達成競爭協定之目的。但會員得否於對方未履行承諾義務時，利用本國競爭法的規範，域外適用於發生於外國之反競爭行為？在競爭協定中，對於使用 WTO 架構下之救濟措施與使用單方救濟措施之間，亦應有所規定，而規範方式可為禁止使用單方救濟措施，或於 WTO 架構之下救濟措施與單方救濟措施之間建立 WTO 救濟措施優先適用的關聯。²⁹同時於會員國之間關於競爭法執行事項有所爭執時，亦許其應利用爭端解決程序加以處理。

(三) 小結

²⁸ 此一機構也可利用爭端解決小組之資源，而不必另外設計一審理機構。Id.

²⁹ 「在烏拉圭回合所制定之『爭端解決程序與規則瞭解書』已明確說明，為強化多邊貿易體制，各會員國應以爭端解決瞭解書所規定之程序，為唯一之爭端解決程序。換言之，現今世界貿易組織爭端解決程序乃一具有『排他性質』之爭端解決程序。依該瞭解書第二十三條第一項之規定，會員國對於有違反本瞭解書所涵蓋協定之義務或有其他剝奪或減損利益之情形，或對於本瞭解書所涵蓋協定之目的之達成有所妨礙之情形而尋求救濟者，應依循本瞭解書所規定之規則與程序，並應受其拘束。在上開規定下，會員國自不得尋求其他之爭端解決方式。」見邱育佩，政大法研所碩士論文「世界貿易組織架構下爭端解決機制之研究」，87年6月p.125。

綜合以上的論述，本文認為在 WTO 架構之下為解決因國內市場通路問題所引發的貿易爭端的制度設計，似乎應建構一套國際競爭法規，而應挑選出易產生貿易摩擦的議題，訂立出各國競爭法主管機關在競爭法的執行上應具備的標準與最低要求，並在內國競爭法主管機關怠於執行其競爭法，或其裁量與前述標準有背離的情況下給予其他會員救濟的途徑，藉此監督競爭法的執行。使國際間形成一致，或至少是相容，的競爭法執行標準。

至於各國競爭法主管機關在競爭法執行上應具備的標準與最低要求，本文並不認為應設有統一的執行協定，而應仿照過去關於關稅談判及服務貿易談判，以各國提出承諾表的方式，來決定各國應執行競爭法的最低標準，此乃基於競爭法本需配合各國政經環境、經濟發展程度，給予競爭法主管機關裁量空間，以期作出最適決定。再者，各國在競爭政策上的立場與價值觀有所差異，欲強使各國達成統一的標準，尚需長期間的磋商才有達成共識的可能。反之，以承諾表的方式可以針對特定事項為承諾，並可就各國較關切的事項深入諮商，以達成較為切合需要且較為有效的結果。

承諾表的內容則應包含三項基本要素：(1)受拘束的反競爭行為：在此部分可挑選出各國較為關切的反競爭行為態樣，列入受國際規範拘束的範圍。(2)於反競爭行為有判斷餘地時，行政機關進行裁量時所應憑藉的衡量因素：在此處可藉由磋商的方式，平衡各國就是否構成反競爭行為，或是否應受競爭法主管機關管制的執行標準，訂定出各國均可接受的水準，使將來在不致再因各國競爭法主管機關在執行上行使裁量權時認定標準不同，而造成其他國家的不滿，進而引發貿易爭端。(3)對於成立之反競爭行為，行政機關所應採取的措施：此處則經由磋商，在各國同意之下，拘束行政機關對於反競爭行為所應採取何種措施，以作為他國評斷該國是否有怠於執行競爭法的憑藉。

在決定各國競爭法主管機關對於執行其內國競爭法時應遵守的

基本要求後，對於未能依承諾表履行其義務之國家，受到損害的會員得依循 WTO 下的爭端解決程序進行救濟，除此之外，亦應限制會員對未履行義務之國家，以其內國的單邊報復措施進行救濟，而在會員之間就競爭法的執行問題產生爭議時，亦應得利用爭端解決機制來尋求解決之道。





第六章 結論

日本通路型系列會社所建構成的封閉性市場通路結構，因為阻礙了外國廠商市場參進的機會，因而成為貿易問題，為非邊境貿易障礙。在過去關稅仍為最明顯的外國廠商進入市場障礙時，關於市場通路結構所形成的市場參進阻礙效果並未被國際間所重視，但在關稅降低、其他邊境貿易障礙漸漸撤除之今日，日本通路型系列會社所造成的市場封閉效果便日漸突顯，成為目前國際間所討論的焦點，同時亦為美日之間多次貿易爭端的議題。

於美日對於日本市場通路結構進行多次磋商後，由於美國產品仍無法順利進入日本市場，於是在 1995 年美國柯達公司對美國貿易代表署提出 301 條款請願書，要求美國政府對日本採取貿易報復措施，而引發了美日關於日本軟片及相紙市場的爭端。在美日雙方協議不成下，此案由美國向 WTO 提出爭端解決之請求，成為對日本市場通路結構問題意圖在 WTO 現行架構下解決的試金石。事實上在該案中，其他國家(如歐體)亦紛紛摩拳以待，一旦美國在爭端解決程序取得勝利，便將跟進，也對日本的軟片及相紙市場，或其他產業的市場通路結構亦提出爭端解決的請求。

但爭端解決小組在 1997 年底的裁判，對於美國的控訴無一採納，日本取得全勝，使得其他國家原寄望以 GATT 第二十三條來作為市場通路結構問題的良藥成為泡影。事實上，以 GATT 第二十三條第一項(b)關於未違反協定但對於其他會員有剝奪減損來制裁他會員之措施，並無法適用於市場通路結構所形成的問題。

首先由第二十三條第一項(b)的三項基本要件來檢視：(1)政府措施；(2)他會員因相關協定取得利益；(3)因實行第(1)項的政府措施而對第(2)項的會員取得利益有所剝奪減損。在第一項政府措施，便面臨了問題：在國際上，對於市場通路結構的貿易障礙形成，多歸諸於私人企業的行為，認為私人企業雖進行了違反競爭法的商業行為，但競爭法執行機關卻怠於執行競爭法，容認此等反競爭行為存在，

而使市場通路障礙得以形成，使外國廠商無法進入市場。但政府的消極不作為，很難將其解釋成第二十三條第一項(b)所稱之政府措施，除非將政府措施作十分廣義的解釋，否則無法認為對反競爭行為的容忍，亦為政府措施的一種。而第二十三條本身即為例外性的規範，因此在解釋上並不宜擴大解釋，自以不包含政府的消極不作為為宜。

或許有鑑於此，美國在日本軟片及相紙市場的爭端之中，完全未提及其一向在國際上所抨擊的日本政府競爭法執行不力問題，在此次爭端之中，美國試圖找出日本政府使用各種手法「間接鼓勵」日本企業從事形成通路型系列會社的行為。於是在通路結構形成與美國所指控的日本政府措施之時點不符，以及因果關係難以成立的情況之下，美國的指控無一成立。

日本軟片及相紙案雖未針對競爭法執行落差的問題加探究，因此對於政府不作為是否得以成立 GATT 第二十三條第一項(b)並沒有作出小組裁判先例，但經本文的分析，以及從美國在爭端中絲毫未提及此一論點來看，似乎是暗示了，在第二十三條的架構之下，要適用於政府消極不作為的情況，仍有待斟酌。也因此，在 WTO 現行架構之下，並無法解決因政府執行競爭法不力的而造成的市場通路障礙。至於其他競爭法問題，若並非僅涉及政府之間對於競爭法執行程度的爭執，則未必完全無法以第二十三條加以處理，惟競爭法問題究否能用第二十三條作為 WTO 現行架構下的規範，則仍有待更多的案例類型加以補充、闡釋，才能指明第二十三條在處理競爭法問題上的界線。至於通路結構所造成的質障礙，若欲於多邊貿易架構之下處理此等問題，則尚必須於將來發展新的規範。

而從內國競爭法的角度切入，市場通路結構所涉及的商業行為在內國競爭法的規範下多屬於合理原則的判斷，主管機關對於此等商業行為是否落入反競爭行為，而為主管機關所應採取行動者，有裁量認定的權限。因此在各國政經環境不同、競爭法主管機關角色及地位不同，以及各國商業習慣與對於何為市場競爭的價值觀點不同，

對於競爭法執行的寬嚴亦各自相異。於本文的分析中指出，事實上在美日的競爭規範上，對於市場通路結構所涉及的商業活動在規範的原則上並無太大的差異，因此貿易爭端的產生實際上是因為各國主管機關認定不同以及執行能力的不同，並非各國競爭法在主要規範原則上無法調和所致。

基於此項觀察，要解決此等貿易爭端就得針對執行問題來協調各國競爭法主管機關的行為，因此，目前國際上雖有形成一致的競爭法原則或制定國際競爭法的倡議，在國際競爭法若僅有原則性的規範時，並無法針對目前的爭議提出有效的解決。易言之，國際競爭法必須對於構成反競爭行為的要件、主管機關依合理原則為判斷時所依據的標準為詳細的規範，甚而必須對主管機關面臨反競爭行為時，應採取何種措施亦需一一加以規範。顯而易見的，此種鉅細彌遺的國際競爭法，不僅幾乎將內國競爭政策的主權剝奪殆盡，同時要協調各國達成一致的價值判斷標準，在目前而言幾乎是不可能完成，即便完成此一鉅作，亦需經長久的磋商協調。

因此本文建議，似乎應針對競爭法的執行著手，進行調和各國關於競爭法執行的工作。而如何進行執行競爭法調和的工作，本文提出以承諾表方式來取代國際執行競爭法協定。以承諾表方式規範競爭法執行之相關事項，較之以統一標準方式規範，主要的優點在於得以配合各國國情以及政經環境為彈性的處理。競爭法所欲達成的目標，在於維持市場自由競爭之秩序，而競爭法的規範方式，並非直線式的法規範，而是配合市場狀況作曲線式的規範，易言之，競爭法並非機械式依構成要件判斷的法規，在競爭法的判斷上，因為時空的不同，市場狀況的不同，與涉案企業規模、結構等等不同，在判斷時會產生各式不同的結果，因此，競爭法主管機關對於競爭法的執行，享有相當的裁量空間，以期作成最適當的決定。既然競爭法具有此一特質，在國際規範上對於競爭法執行強作一致的規範，對於各國不同環境適用相同的法則，相對而言較無法反映競爭法曲線式規範的精神，而使用各國承諾表方式，便可以顧及各國的差異。

其次，在制訂統一標準的過程之中，必須平衡各國不同的觀點，各國所關切的事項不盡相同，而各國對於各種判斷標準、制裁措施所持的價值觀亦有所差異，要使各國在相關事項上達成共識，是相當漫長的道路，甚而無法達成一致的決議。而以承諾表的方式規範，是針對特定事項為承諾，對於各國衝擊不若制訂一般性規範來得廣泛，同時亦可針對各國所關切的事項深入諮商，達成較為切合需要且較為有效的結果。

若採用承諾表方式來對各會員的競爭法執行問題加以約束者，承諾表的內容應包含三項基本要素：(1)受拘束的反競爭行為。(2)於反競爭行為有判斷餘地時，行政機關進行裁量時所應憑藉的衡量因素。以及(3)對於成立之反競爭行為，行政機關所應採取的措施。利用此種多邊磋商的模式，將各國政府對於競爭法執行事項作個別的規範，而在會員違反其應履行的承諾表拘束義務時，亦給予其他會員依爭端解決機制救濟的途徑，以期落實該承諾表的實行。

各會員經磋商而承諾對內國競爭法的執行應採行的標準與措施，可藉由承諾表對會員之拘束，使其就本國企業所進行的商業行為，依磋商所得之標準來進行維護市場競爭的規範，而消弭其他會員因不滿其競爭法執行程度而造成的貿易摩擦。舉例而言，各會員可要求日本在承諾表中對其關於垂直制約的規範進行承諾，要求日本在此方面應採行何類認定反競爭行為的標準，以及所應採行之管制措施。在承諾表生效後，日本對於通路型系列會社之活動，應以其所承諾的標準來審視之，並對於反競爭行為確實而有效的處理，以維護市場競爭狀態。相對而言，若在承諾的標準下，通路型系列會社所進行的各種商業活動，仍符合競爭法的規範，並非反競爭行為時，即便與其他會員本國的競爭規範有所不同，其他會員亦不得再以日本政府容忍反競爭行為為由，進行貿易制裁措施，進而減少了會員之間的貿易糾紛，此亦即承諾表之目的所在。

此等以承諾表作為各會員執行競爭法拘束義務的方式，僅是本文

粗略提出未來國際間就競爭法執行落差所引起貿易爭端的解決方式，事實上在現行的貿易法學界討論中，就競爭法在整個貿易法架構下的角色與地位仍有不同的爭議存在，甚或於是否應將競爭法納入貿易法架構下都有不同的意見存在，進一步來看，納入貿易法架構下的競爭法事項範圍應有多廣？須將競爭法全部相關議題皆納入，或者僅就與貿易較密切相關的事項才納入？除此之外，亦有倡議認為仿照貿易協定的架構，對於競爭法議題亦僅就國民待遇、最惠國待遇及透明化等要求定之即可。準此種種都正在發展演繹之中，在即將來臨的 WTO 新一回合談判，競爭法問題是否會得到各國某種程度的共識，而達成何種型態的協議，甚而是否被剔除在此一回合談判的議程之外，仍令人拭目以待。





參考文獻

書籍

- 1.Spencer Weber Waller, International Trade and U.S. Antitrust Law, Clark Boardman Callaghan, 1992.
- 2.Jagdish N. Bhagwati and Robert E. Hudec, Fair Trade and Harmonization vol. 2: legal analysis , MIT Press, 1996.
- 3.Mitsuo Matsushita, International Trade and Competition Law in Japan, Oxford University Press, 1993
- 4.Paul R. Krugman, Rethinking International Trade ,1990.
- 5.Lester Thurow, Head to Head – the Coming Economic Battle Among Japan, Europe, and America, 1992
- 6.Elhanan Helpman and Paul R. Krugman, Trade Policy and Market Structure, MIT Press, 1989.
- 7.Paul Krugman, Trade With Japan-Has the Door Opened Wider?, The University of Chicago Press, 1991.
- 8.羅昌發，貿易與競爭之法律互動，月旦出版社，1994
- 9.吳思華，策略九說，麥田出版社，1996
- 10.周宜魁，國際貿易理論與政策，自版，1995

期刊論文

- 1.Gregory K. Bader, The Keiretsu Distribution System of Japan: Its steadfast Existence Despite Heightened Foreign and Domestic Pressure for Dissolution, Cornell International Law Journal , Spring, 1994.
- 2.Robert L. Cutts, Capitalism in Japan: Cartels and Keiretsu, Harvard Business Review, July- August ,1992.
- 3.Angelina Helou, The Nature and Competitiveness of Jpapr's Keiretsu, Journal of World Trade, January, 1991
- 4.Yasuo Fujigane & Peter Ennis, Keretsu: What Are They Doing, Where Are They Heading?, Tokyo Business Today, Febuary 1991.
- 5.John O. Haley, Luck, Law, Culture and Trade: The Intractability of United States Trade, Cornell International Law Journal , n22, 1989.
- 6.Kinya Kubo, Distribution Keiretsu and Competition Policy in Japan, Proceedings of the Symposium on Internaitonal Harmonization of Competition Laws,1994.

7. Robert L. Cutts, *Capitalism in Japan: Cartels and Keiretsu*, Harvard Business Review, vol 70 n4, July/August 1992.
8. Michael R. Czinkota, *Distribution in Japan: Problems and Changes*, Columbia Journal of World Business, Fall 1995.
9. Syed Tariq Anwar & Michael A. Taku, *Productivity and Efficiency in the Japanese Distribution System*, Journal of World Trade, vol 127, Iss 5, 1993.
10. Interim Reports of U.S. and Japanese Delegations on talks under Structural Impediments Initiative, Released April 5(1990), International Trade Report, vol.7, 1990.
11. Joint statement of U.S. President Clinton and Japanese Prime Minister on the United States – Japan Framework for a New Economic Partnership, Issued July 10 (1993) in Tokyo, International Trade Report, vol.10, 1993.
12. Fuji officials Deny Kodak Charges of Japanese Trade Barriers for Film, International Trade Report, vol. 12, 1995
13. Japan Wants OECD Trade Committee to Hear Fuji – Kodak Film Dispute, International Trade Report, vol. 12, 1995
14. Richard A. Posner, *The Role of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, The University of Chicago Law Review, vol.45 n1, Fall 1977.
15. Kinya Kubo, *Distribution Keiretsu and Competition Policy in Japan*, Proceedings of the Symposium on International Harmonization of Competition Laws, 1994.
16. Kazutake Okuma, *Distribution and Anti-discrimination under the Japanese Antimonopoly Act*, Proceedings of the Symposium on International Harmonization of Competition Laws, 1994
17. Japan Film Market Passes JFTC Muster; But U.S. Is Pursuing Its Case at WTO, International Trade Report, vol.14, 1997.
18. Hiroshi Iyori, *A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law*, Pacific Rim Law and Policy Journal vol.4, 1995
19. Daniel J. Gifford, *Symposium: Cultural Conceptions of Competition: Article: Antitrust and Trade Issues: Similarities, Differences, and Relationships*, DePaul Law Review Summer, 1995.
20. See Eleanor M. Fox, *Competition Law and the Agenda for the WTO: Forging the Links of Competition and Trade*, Pacific Rim Law and Policy Journal vol.4, 1995
21. Diane P. Wood, *The Internationalization of Antitrust Law*, DePaul Law Review Summer, 1995.

22. Eleanor M. Fox, Toward World Antitrust and Market Access, The American Journal International Law, January, 1997.

網站資料

1. Petition of ESTMAN KODAK COMPANY Pursuant to Section 301 of the Trade Act of 1974, as amended, for relief from Japanese market barriers in consumer photographic film and consumer photographic paper, available on <http://www.kodak.com>.
2. Akinori Yamada, Recent Development of Competition Law and Policy in Japan(1997), available on <http://www.jftc.admix.go.jp/epage/speech/9710-15.htm>.
3. Survey of Transaction among Firms Regarding Photographic Color Film for General Use and Photographic Color Paper (Summary) available on <http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/jv30/film2.htm>
4. Unfair Trade Practices, Fair Trade Commission Notification No.15 of 1982, available on <http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/act/gd.htm>.
5. Japan -Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/3, available on <http://www.wto.org/ddf>
6. First Submission of Japan, April 3, 1997, available on 1997 GATTPD Lexis 2 °
7. Japan -Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/1, available on <http://www.wto.org/ddf>.
8. Japan -Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/2, available on <http://www.wto.org/ddf>
9. First Submission of the United States of America, Feb. 20, 1997 available on 1997 GATTPD Lexis 1
10. USTR Press Release- 95-47, available on <http://www.ustr.gov/releases/1995/07/95-47.html>.
11. Panel Report on Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, adopted on 22 April, 1998