

《公平交易季刊》
第 13 卷第 3 期 (94/07)，頁 1-39
©行政院公平交易委員會

國民中小學教科書、參考書市場競爭行為 與公平交易法*

黃銘傑**

摘要

自 1996 年起教育主管機關逐漸開放民間業者編撰中小學教科書，並從 2002 年起國民中小學課程全面實施「九年一貫課程」，教育主管機關不再編撰教科書，而全面開放民間業者編撰印行後，教科書市場以及與之成補充關係之參考書市場上的鉅額利益，帶來相當激烈且時而可見的不正當競爭行為。對此不當競爭行為，雖迭有公平會與教育主管機關以各種處分、行政指導方式，進行介入、管制，並收有部分成效，惟仍無法徹底解決其中所存在的不當競爭問題。有鑑於此，本文希冀從中小學教科書之市場競爭特性、各種可能危及教科書合理選用之不當競爭行為、公平法對於該等行為之規範理論基礎與可行性、最近競爭法制中相當受到矚目的鎖入理論、關鍵設施於教科書市場競爭行為之適用等議題著手，對未來公平法適用於中小學教科書、參考書的銷售行為之應有之道，提出建言。

關鍵詞：公平交易法、教科書、參考書、關鍵設施、鎖入

* 本文改寫自行政院公平交易委員會 93 年委託研究報告「國民中小學教科書、參考書相關市場管理及公平交易法對其市場銷售行為規範之研究」。

** 日本國立一橋大學法學博士，現任國立台灣大學法律學院教授。

壹、前言

屬於國民義務教育之國民中小學教育，近年來迭有重大變革，其中之一厥為教科書¹編撰印行的開放與自由化。早期，因特定時空背景與政策要求，中小學教科書由教育部國立編譯館統一編撰、印行，之後再交由各校及學子使用。惟自 1980 年代末期起，在各種自由化、多元化與解除管制政策潮流的衝擊下，不僅於經濟政策上出現以「競爭為主、管制為輔」之聲浪²，而有 1992 年公平交易法（以下簡稱「公平法」）的正式施行與行政院公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）的成立，賦予維繫我國市場上之競爭秩序。於教育政策上，亦有不少識者呼籲，應對過去以管制為基本理念的政策思想，予以徹底改革，以配合我國政經體制民主化、自由化時代之來臨。於此教育改革政策思潮下，對過去全國獨一的中小學教科書編撰印行體制，反省、變革之聲浪逐漸升高，要求教科書不應全國統一，而應配合不同學習、學區特性之需求，而有多元化、學區特化之教科書的編撰與印行，且其採用不應有上而下的齊頭式統一，而應由現場工作者之教師與家長等，基於區域特性及學習能力與發展，做出對於學子最有利之選擇³。

於此情勢發展下，自 1996 年起教育部遂逐漸開放民間業者編撰教科書，經教育部審查合格後（以下稱「審定本」），印行交各校選擇使用，且配合 2002 年起國民中小學課程全面實施「九年一貫課程」，教育部不再編撰教科書（以下稱「部編本」），全面開放民間業者編撰印行⁴。鑑於此一教科書龐大市場之形成，及與之形成補充關係之參考書市場所糾葛的鉅額利益，不僅於開放前，已見有相關業者相互結合現象之發生，導致教科書市場有逐漸走向寡占化之趨勢，在教科書市場開放後，各家廠商莫不卯足全力，搶攻該當市場，時而有不當競爭行為之發生，導致

¹ 本文以下稱「教科書」者，除非有特別提及，一律指國民中小學教科書；而所稱之「參考書」，亦係指針對此類「教科書」所編撰之參考書。

² 有關我國解除管制政策之推動背景、過程等，參照黃銘傑、紀振清（1999），從日本解除管制經驗檢視我國解除管制作法及方向，行政院公平交易委員會 88 年度合作研究計畫報告。

³ 參照例如國立編譯館中小學教科用書編輯研究小組編著（1988），中小學教科用書編輯制度研究，國立編譯館。

⁴ 惟如註 6 及其所引註之本文所述，於回應各界的要求下，教育部自 94 學年度起，又將針對部分科目，編撰部編本教科書。

社會各界詬病。針對此一激烈競爭情勢，除有教育部重申教科書之採用應遵照國民教育法第 8 條之 2 規定：「國民小學及國民中學之教科圖書，由學校校務會議訂定辦法公開選用之。」之立法精神，以公開、公正、客觀之方法為之外⁵，公平會亦鑑於教科書出版廠商屢屢以不當贈品或利益之餽贈等不公平競爭方法，扭曲教科書選用決定，為端正此等不當競爭行為、因應各界要求，乃於 2000 年訂定「公平交易法對於審查合格之國民中小學教科書出版事業銷售行為之規範說明」。雖有教育部與公平會所為如此因應措施，惟就邇來公平會實務處分案例以觀，中小學教科書出版商間為爭奪市場而為之不當競爭行為，並未因此而告休止，反而因為 2002 年的全面開放，而出現另外一波的競爭高潮。

從以上敘述已可約略推知，現行我國教科書與參考書市場，實處於相當混沌的局面。一方面，教科書事業不論於教科書或參考書市場上，都擁有高度的市場力，導致市場競爭機制功能不彰；與此同時，此等擁有寡占地位的教科書事業，為搶食教科書與參考書市場的大餅，又時而使用不當贈品或利益餽贈等不公平競爭方法，企圖影響、扭曲參與教科書選用決策人士之合理判斷。如此一方面說其競爭功能不彰，另一方面卻又同時強調其競爭過度激烈的弔詭現象，使得有關教科書市場競爭行為之公平法分析，變得相當複雜且困難。惟雖有此等困難存在，鑑於國民教育之重要性，且鑑於教科書在此教育過程中所扮演之重要角色，吾人實有必要回歸當初開放教科書編撰印行之理念，令現場工作者之教師等相關人員，得於多元化、學區特化、學子需求之角度下，選擇合適的教科書，不致因出版事業之不當競爭行為，扭曲其自由、公正、客觀的選擇行為，損及國民教育之功能。為提供此一自由、公正、客觀的選擇空間，負有維護市場競爭秩序的公平會，對於以各種不當競爭行為歪曲此一選擇行為的教科書出版事業，也就責無旁貸地必須祭出公平法加以規範，以直接維繫教科書出版事業間之競爭秩序，間接守護上述自由、公正且客觀的教科書選擇空間，終極地促進我國國民教育之健全發展。

由上可知，公平會及其法律手段之公平法於教科書及其參考書的市場競爭上，當具有一定規範功能及角色。有鑑於此，本文希冀從我國現行教科書市場特性出發，探討公平法在有關教科書、參考書市場不當競爭行為規範上之可能性和困難

⁵ 教育部 2001 年 6 月 8 日台（90）國字第 90080980 號文，「教科書選購注意事項」。

性，並思索可有的解決之道。在此問題意識下，本文於第二節，首先針對教科書市場的特性及其所引起的公平法規範之特殊問題點，予以分析；其次，於第三節中，則從參考書對教科書之補充關係出發，說明因此衍生的規範問題及其可能的解決方向；接著的第四節，則以著作權法之角度，探討造成教科書、參考書出版事業高度市場地位之原因，並於落實公益維護的前題下，尋求可有的因應之道；最後，則提出幾點建議，做為未來相關主管機關施政的參考方向。

貳、教科書、參考書市場競爭之特殊性及公平交易法之規範

一、教科書、參考書市場之特殊性

一般而言，就與公平法規範功能與角色之關係而言，觀察教科書、參考書市場以及其市場競爭、銷售行為等實際狀況，吾人可歸納出下列四項特性以及因此而生之問題點：

(一) 教科書市場上，價格（競爭）機制之應然（Sollen）與實存（Sein），有其侷限性。就應然部分而言，各校於選擇教科書時，理念上，較諸價格多少，是否適合學區特性、學子學習能力等教科書內容之「質」的層面，理論上相形重要；其次，就實存面而言，從最近發展來看，由於教科書內容逐漸趨近平準化、自91學年度起教科書採購事宜已由各縣市政府合組教科書採購聯合委員會辦理等情勢發展下，價格競爭機制之重要性愈發趨減。當較具客觀性的價格指標，於教科書選擇上所扮演之角色相形低落，而由具有高度主觀、價值判斷摻和其間的教科書「質」，主導教科書選擇決定之情形下，使得選擇結果難能以絕對的對錯、好壞加以評斷，此一現象使得教科書出版事業不得不將其競爭火力集中於校務會議選擇教科書之階段，間有以提供高額教具、贈品等回饋予校方，企圖左右教科書選擇之公正、客觀性，對於此類企圖以不當競爭方式在選擇階段取得競爭優勢之行為，以維持市場自由公平競爭為其任務之公平法，當有介入之空間，惟具體上應如何介入，乃有深入探討空間。

(二) 與上述教科書選擇體系特性有密切關係者，厥為交易相對人認定的困難性。由

於公平法諸多條文適用之前提，乃是以事業不當影響、操作交易相對人其商品或服務選擇的自由為前提。然而，就教科書之使用與消費而言，實際上的消費者乃是購買、使用該當教科書之學子。然而，此等實際使用者之學子，本身卻無選擇使用哪一本教科書之權限，而須依照校務會議之決定結果，使用已然選定之教科書。在此情況下，教科書交易中之交易相對人應如何認定，若依一般商品交易情形加以認定，則學子等方屬此處所謂之交易相對人，若此則公平會所公布之「公平交易法對於審查合格之國民中小學教科書出版事業銷售行為之規範說明」中，諸多逕自以校方為交易相對人之前提下，所論述的規範說明，就有其規範理論的問題點。

- (三) 或憂慮於現行教科書市場的寡占結構，各該教科書出版事業具有相當程度的市場優勢地位，從而若對於教科書之採購交由各校自行為之，將可能於相對弱勢的情況下，受教科書出版事業予取予求，設定過高價格，不當加重學子及其家長之負擔。對於教科書出版事業此一優勢地位及其可能帶來的不當結果，政府相關部門邇來的因應作法，乃是結合各縣市政府以聯合議價方式為之，惟此一聯合議價作為與公平法第 14 條對聯合行為之禁制規定，是否有所抵觸。當實際支付教科書價款之人並非聯合議價當事人的縣市政府時，此一實施聯合議價的縣市政府等是否有公平法上當事人之適格？
- (四) 教科書與參考書二者之關係，形式上有些類似作業平台與應用軟體，參考書對教科書居於補充之地位，一旦採用特定出版事業之教科書，因其所擁有的著作權之故，就經常被迫不得不使用其所編撰、出版的參考書。由於愈來愈趨激烈的升學競爭與同儕壓力、花車效應（bandwagon effects）等主、客因素與外在環境的交相結合，使得對於參考書的需求，似有愈來愈增之勢，此一參考書市場的鉅額利益，亦推波助瀾了教科書出版事業於教科書選擇階段之競爭。對此問題的解決，根本之道，或應是於著作權法中設計合理使用規定，令有興趣與能力編寫參考書之人，亦可依據相關教科書編寫參考書，提供莘莘學子學習參考，但在著作權法未有此一配套修正之前，公平法於規範理論上，可以提供何種解決之道，實有探討餘地。

二、教科書、參考書市場特殊性衍生出之問題點

(一)從「質」的競爭變質為「利誘」大戰

1. 「質」的競爭

廢除統一的「部編本」教科書制，改採審定制，讓多種不同版本教科書可以同時並存，理由除可因此配合不同學習、學區特性，而有多元化、學區特化之教科書編撰可能性外，並意涵可經由不同版本間的競爭，提升教科書品質。在此競爭情勢下，為求各校選用教科書之慎重，並配合學習、學區特性，國民教育法乃將教科書選用權限下放給教育現場，而於第 8 條之 2 規定：「國民小學及國民中學之教科圖書，由學校校務會議訂定辦法公開選用之。」於此規定下，各校教務會議理應配合學區、學生特性及程度，選擇最符合該校學生需求之教科書。然則，理論上應有內容、質的競爭之教科書，卻逐漸因為嚴守「課程綱要」編撰之故，而於內容及品質上，出現平準化的現象，甚至最近對於民間審定本教科書品質之低落，社會各界陸續發出不滿之聲，教育部乃以回應民意之理由，計畫自 94 學年度起，再度回復部編本教科書的供應⁶。由此亦可推知，不論是因為先天品質低落，抑或是因為「課程綱要」的嚴守，還是因為其後競爭之故，使得各家教科書事業在不願與其他事業於教科書編撰上，出現過大差異的心態下，教科書內容與品質之平準化、同一規格化，似乎是難以避免的。

2. 「價格」競爭

當教科書市場競爭因其內容與品質逐漸平準化，導致品質競爭已難能期待時，此際作為效能競爭另一重要要素之「價格」競爭，理當出來填補此一空缺，促進其市場機制合理運作。然而，或因教科書供應市場本身即處於寡占機制，其間所存在之有意識性的平行行為等寡占市場問題，實難期待有激烈價格競爭情事的產生；或因自 91 學年度起教科書價格決定，已由各縣市政府聯合組成的聯合議價委員會統籌辦理，導致無法因應區域、數量、競爭等交易狀況的不同，而有不同的價格提示；或者，更重要的是，由於教科書選用形式向仍須基於「質」的考量，此一因素

⁶ 參照教育部國民教育司網站，「國中小課程教學不獨尊合科或分科 部編本教科書預定 94 學年度供應」，<<http://140.122.120.230/ejedata/kying/20041281347/930128-2.htm>>。

使得各該教科書價格之決定，並非在選用之時點，而係在決定選用何種版本教科書後，再針對其價格進行議價。凡此種種因素，胥皆導致效能競爭的另一要素之「價格」，亦無法發揮其應有功能。

3. 「服務」競爭以及選擇權人與使用人之分化

當教科書市場上之競爭，因為上述各項情形，而無法於「品質」、「價格」二項要素上，充分發揮其應有功能時，公平法第 4 條競爭定義規定所提示的另一項要素之「服務」，就勢必扮演決定性角色。惟此一「服務」競爭，卻因為教科書選用權人與真正使用人的不同，而有淪為惡性競爭之虞。申言之，如同前述，國民教育法第 8 條之 2 規定，擁有決定使用何種版本教科書之決定權限者，在各校校務會議，一旦少數校務會議委員決定後，真正使用人之學生即必須使用渠等所選擇之教科書。

於一般交易情形，由於選擇權人與使用或消費之人，乃為同一人，故而事業若欲思以「服務」爭取交易相對人，就必須針對使用者或消費者提供各種不同售前、售後服務，以獲得其青睞，進而選擇採購自己的商品或服務。然而，於教科書市場上，由於真正的使用人之學生並無決定其可使用何種版本教科書之選擇權限，使得事業並無對其提供服務之必要。毋寧，教科書出版事業真正要爭取認同的，乃是具有選用權限之校務會議委員。如此一來，假若教科書出版事業因各種因素無法針對「品質」及「價格」進行競爭，而只能在「服務」一事上從事競爭時，其所要提供服務之對象，即為校務會議委員。由於校務會議委員通常都由校長、校內教師及學生家長代表所擔任，因此若能提供學校各種服務，間接地亦可影響校務會議決定。於此認識下，教科書出版事業就必須全力「服務」學校，期能透過此等「服務」誘使校務會員委員，作出有利於自己之決定。此種「服務」競爭之具體呈現，就是公平會於其「公平交易法對於審查合格之國民中小學教科書出版事業銷售行為之規範說明」前言中所說的：

「出版事業為爭取首次訂購權或為繼續保有市場高占有率，乃競相投入教具、贈品之經費，並採取免費贈送教具、贈品之行銷行為，以爭取訂購之機會。較具爭議者為贈送範圍已逾越原配合教科書之平面教具，轉變成贈送原屬學校應自購之各項設備及器材，或免費贈送與輔助教學無關之高單價物品，或提供教學手冊所載與

輔助教具具有相同或類似功能之家電用品，據反映係包括如礦泉水、烤麵包機、榨果汁機、收音機、鍋具組、電視機、電冰箱、CD 隨身機、電腦、DVD 及相關配備等，更嚴重者是餽贈經辦採購人員及採購最後決定權人之佣金或其他不正利益等，間接導致學校以出版事業免費贈送教具、贈品之多寡作為評選教科書之衡量標準。」

從公平會之調查結果，已可窺知，原本應以教科書之內容、品質作為其選擇依據的校務會議，最近其公正、公平的選擇權限之行使，似乎有受到嚴重干擾之虞。當教科書內容、品質逐漸呈現平準化現象，選擇何種版本教科書對於教學品質並不會帶來太大影響時，合理的校務會議之選擇基準，可能就是哪一個教科書事業會承諾提供學校更多服務，照顧學校教師與學生的福利。當然，校務會議於決定採用何種版本教科書之際，表面上仍會是以內容、品質為依歸，而不是贈品等服務的多寡，此實係因為教科書選用所內含之高度主觀及價值判斷所致。惟若品質是決定性要素，則不當贈品等服務之競爭，將不會那麼激烈，如此激烈的贈品、服務利誘大戰，從反面來看，正足以突顯出不同版本教科書間其內容、品質競爭的缺乏。

由上可知，現今公平會所觀察到的贈品等服務大戰之生，其根本原因並不在於消費者貪圖贈品之故（蓋屬於教科書之消費者的學生，其選擇權限已被剝奪），而在於教科書內容、品質之平準化。若要從根本解決此一贈品大戰問題，終究還是要回到教科書編撰的制度設計，設計出一套促使教科書業者得以經由競爭，提升其教科書內容、品質的機制。然則，無可否認地，對於學校方面各式各樣服務、贈品的提供，仍有可能導致校務會議委員作出並非最合乎學生需求的決定，對此公平會似仍有介入必要，抑制教科書出版事業的不當贈品活動，期能最低程度上，確保校務會議選擇決定之公平、合理性。

(二)後續市場之參考書市場的存在

導致教科書市場利誘大戰形成之原因，除前述各種版本教科書內容、品質的平準化情事外，尚有爭奪參考書市場鉅額利益之因素存在。由於教科書本身所存在之著作權，使得未經出版事業事前同意，即逕行準據各該版本教科書編寫參考書者，有構成著作權侵害之可能，而擔負民事、刑事責任。此一結果，使得實際可以編寫

參考書之人，就於相當大的程度上，僅限於教科書出版事業本身了。而當教科書價格因上述聯合議價等因素而受到相當程度抑制時，價格通常高出教科書數倍的參考書之銷售利益，自然而然就成為出版事業獲利之重要來源。毋庸贅言地，出版事業之參考書銷售量，絕大部分取決於對其所出版之教科書的使用量；於此認知下，如何爭取更多學校選用其出版之教科書，以因此增加其參考書的銷售量，就成為教科書出版事業兵家必爭之地，此一考量亦造就上述贈品等服務競爭的益形激烈。亦因此故，過去日本法在有關教科書市場競爭行為的規範中，乃特別明文禁止教科書出版事業不得為參考書等學習輔助教材之銷售，而對擁有教科書選用權限之人，提供任何經濟利益時，其所擔心者即是參考書市場上利益的爭奪，將會間接影響到教科書本身的合理選擇⁷。

無論是教科書內容、品質本身平準化所導致的贈品等服務競爭之激烈，抑或是覬覦後續參考書市場之鉅額利益所帶來的教科書市場的服務競爭之激烈，結果都是教科書出版事業有可能為謀求其教科書得以被選用，而針對選用權人或其所屬學校等進行各種贈品之服務餽贈，對此行為公平法相關規定有無規範之力，於規範上可能發生哪些問題點？而造成此種惡性服務競爭源頭之選用權人與使用者的分化，又對公平法的適用，提起何種挑戰？

三、選用權人與使用（消費）者之分化與公平交易法之適用

如同前述，在教科書交易市場中，非常重要之特色乃是，真正使用、消費教科書之學生與有權決定渠等使用何種版本教科書之人士（即校務會議委員）二者間的分化。此一使用與決定權二者之分化，對於公平法相關規定的適用，提起重大挑戰。究竟教科書出版事業所為之贈品行為，其性質為何，是否與公平法第 19 條第 3 款規範之贈品行為相同？

（一）公平交易法第 19 條第 3 款之規範意旨與要件

1. 規範意旨

⁷ 參照日本公平交易委員會 1956 年 12 月頒布之「教科書業不公平交易方法特殊指定」第 1 項第 2 款規定。

公平法第 19 條第 3 款規定：「以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易」，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之。依據公平會本身所編撰之解說書，本款規定意旨在於，「事業在商場上利用各式行銷手段從事競爭，固係市場機能發揮之結果。惟倘事業非憑藉著其商品之品質優良、價格低廉或服務良好以爭取顧客，而係利用違反正常商業習慣之方法，以強迫力或利益贈送等手段方法，促使競爭者之交易相對人與其從事交易者，即屬不公平之競爭。」⁸

由此可知，公平法第 19 條第 3 款、甚或第 19 條規定本身之規範精神，在於希望事業以價格、品質、服務等合乎效能競爭之理念，從事競爭；然而，現實上，事業間之競爭除有賴於其商品、服務之價格、品質等要素外，尚會受到其本身無法控制之外在因素或偶發事件影響，甚至企業本身所擁有之資金、經濟力量等，亦會影響到其與競爭者間之競爭關係，公平法第 4 條所定義之理想的效能競爭狀態，事實上難能完全實現⁹。因此，對於並非以效能競爭手段從事競爭者，公平法第 19 條亦非完全予以禁止，誠如上述公平法之見解，只有在事業使用「違反正常商業習慣方法」迫使或利誘競爭者之交易相對人時，方可依據本款規定認定其違法。

2. 要件分析

(1) 脅迫與利誘

公平法第 19 條第 3 款中所例示之「違反正常商業習慣」者，包括脅迫及利誘二者，由於脅迫本身所內含之深度反倫理性，且亦有觸犯刑法相關規定的可能，因此事業若利用脅迫手段，硬要競爭者之交易相對人與自己交易，其行為本身即違反正常商業習慣，屬違法行為。一般而言，教科書出版事業應不致於對校務會議委員行使此種脅迫手法。相對於此，從公平會上開「公平交易法對於審查合格之國民中小學教科書出版事業銷售行為之規範說明」前言可知，真正發生問題者，乃是「利誘」之手法。

根據公平會本身的解說，所謂「利誘」係指，「事業不以品質、價格或服務爭取顧客，而利用顧客的僥倖、暴利心理，以利益影響顧客對商品或服務為正常之選

⁸ 行政院公平交易委員會（2004），認識公平交易法，增訂第十版，235-236。

⁹ 有關公平法第 19 條之規範內容和理念，參照拙著（2001），「公平交易法第十九條之規範原理與架構」，月旦法學雜誌，第 69 期。

擇，從而誘使顧客與自己為交易之行為。」¹⁰ 附贈獎或贈品之行銷行為，即有可能該當此一不當利誘行為，惟若對所有贈獎、贈品行為予以嚴格禁止，不僅有違商業常理，從行政法比例原則觀點來看，亦非妥適。有鑑於此，公平會乃於 1995 年 4 月頒布「處理贈品贈獎促銷額度案件原則」，針對一定額度以上之贈品贈獎行為，方認定其有違法可能性，低於該原則所定之金額門檻者，通常即認其屬合法行為。因此，若教科書出版事業其贈品高於上開處理原則之上限金額時，且若其他要件該當時，即違反公平法第 19 條第 3 款規定。此際，所謂其他要件，即是同款規定所要求之使競爭者之「交易相對人」與自己「交易」者。

(2) 交易相對人¹¹

迥異於其他國家競爭法制，幾乎都將事業、競爭或交易相對人的概念，留待實務運作依個案解釋、適用，我國公平法不僅於第 2、4 條對事業、競爭二項重要概念設有定義規定，更有其他國家絕無僅有的「交易相對人」之定義規定。根據該條規定，所謂交易相對人係指，「與事業進行或成立交易之供給者或需求者。」此時，「進行」交易所述說者，乃是交易的過程，而「成立」交易之義，則當指交易的完成，至於供給者或需求者，則端指垂直交易中之上、下游關係。交易相對人定義中，最難理解之要件仍在於「交易」二字，特別是，公平法第 19 條第 3 款最後亦以「交易」為其規範要件。凡此，皆使得吾人有必要對「交易」於公平法上之意義，稍加深入探討。

一般而言，公平法所欲規範之「交易」行為，應至少擁有等價交換或對待給付以及獨立性二項要件。

首先，就等價交換或對價給付之要件，予以說明。原則上，市場經濟秩序之基本法則在於等價交換，因此等價交換反覆持續的進行，所謂合理的競爭價格乃能形成，而市場競爭機制方能發揮其功效。故而，於一般情形，等價交換或可視為交易之同義詞，因此交換或交易而於當事人間發生財產、權利等之移動。但並非所有交易之進行，皆堅守等價原則，事業可能會為促銷或為維繫交易關係等目的，甚或接

¹⁰ 行政院公平交易委員會（2004），認識公平交易法，增訂第十版，236。

¹¹ 有關公平法第 3 條交易相對人定義規定之詳細分析，參照廖義男（計畫主持人）（2003），公平交易法之註釋研究系列（一）—第 1 條至第 17 條，第 3 條註釋（黃銘傑執筆），行政院公平交易委員會 92 年度合作研究報告。

受政府機關或其他團體之補助，而以較正常水準為低之價格進行交易，此等行為既有交換之實質，自應視為本款規定之交易，方能將所有交易行為納入公平法審視對象範圍中，發揮其規範效力。因此，公平法上之交易，並不以嚴格的等價交換為前提，只要對於商品或服務提供行為，有一定的對待給付或對價發生，即可認定為交易。甚而，對於剛進入市場之事業，於其未有任何正常交易行為前，為求促銷目的而有免費贈送商品舉動時，吾人當亦可以其贈品行為係以未來交易為目的，並依此為據，認定有對待給付的存在，該事業於贈品行為時已進入所謂的交易行為。

等價交換或對待給付時而被作為否定行政機關有交易行為及事業屬性之論據。在陸軍後勤司令部保修署為供後勤支援行政之用，而對外採購大客車之解釋函中¹²，公平會以「未向使用者收取對價」為據，從而否定該署於此並無交易行為，亦非公平法第 2 條所稱之事業。此外，於退輔會台中榮民醫院限制交易相對人售價條款一案中，退輔會為其所屬醫院藥品及耗材所需辦理統一招標採購，公平會雖認定該「招標採購行為屬於私法行為。惟退輔會本身未收取對價，亦未直接從事交易行為，而係所屬各級榮民醫院（如台北榮總、台中榮總、高雄榮總）直接進行採購藥品或耗材，從事醫療行為而受有報酬，因此，就本案而言，退輔會尚非屬公平交易法第 2 條第 4 款所稱事業」¹³。雖然，本案中，公平會肯定採購之行為主體為退輔會本身、契約之主體亦為退輔會，且退輔會於其藥品及耗材採購合約（或投標須知）中，定有系爭售價限制條款，惟最後卻以其未直接從事醫療行為、收取對價為由，否定其交易性和事業屬性¹⁴。

其次，就公平法上「交易」所要求之第二項要件「獨立性」，予以闡述。在經濟部 1985 年提請行政院審議之「公平交易法草案」中，獨立性曾明列於事業定義中，而為判斷是否屬本法事業或交易的要件之一，其謂：「本法所稱企業，指公司、商號或其他提供商品或服務，獨立並繼續從事交易之主體。」雖然，現行法在相關規定上，將獨立性要件刪除，但並非因此即可謂獨立性不為事業或交易發生的

¹² 參照公研釋字第 099 號。

¹³ 行政院公平交易委員會 89 年公處字第 103 號。

¹⁴ 然而，若依此論理，則各國營事業機構雖然毫無疑問屬公平法所稱之事業，但於其購買行為時，只要能夠藉由其共同上級之國營會等機關，縱使其購買行為有各式各樣的限制競爭行為存在，但只要其共同上級機關不收取任何對價，就有可能不被認定為事業，造成有違法行為、但無行為主體存在之奇妙現象。

前提要件，應係獨立性乃事業及交易內涵之本質，為求規範文言的精簡，毋庸對理所當然之事，於條文上重為規定。就公平法理論而言，此一見解實屬必然之理，蓋競爭機制功能之發揮，取決於市場活動之主體，是否得以其自由、自主之意思，進行交易，從而欠缺此等自由、自主等獨立的意思決定之基礎者，縱使其形式上發生財產或權利的移轉或勞務的提供，亦難能視為本法所欲規範之交易行為。要言之，得為公平法上之交易主體者，乃因其得獨立自主從事交易決定，進而成為市場上有效的競爭單位之主體。

由上可知，若欲構成公平法上之交易，則至少應具有等價交換或對價給付以及獨立性二項要件，有對價給付而無獨立自主決定交易與否之權限者，欠缺市場交易之實質，無法藉由交易促使可能的交易相對人間從事競爭，令市場競爭機制難以發揮。另一方面，有獨立決定權限但卻缺乏對價給付者，未能對自己行為及其附隨風險，承擔責任與後果，無法確保其決定可以在最合理的思考下進行，難能促進競爭機制之成長。因此，若欲構成公平法上之交易，並對此交易適用以同法第 19 條第 3 款規定，則必須該當交易之行為人間，同時擁有獨立自主決定權，並依其決定結果進行對價給付，二者要件缺一不可。

(二)教科書交易中之「交易相對人」

如同本文前述一再提及，教科書市場競爭的特性之一，乃在於真正使用、給付對價之學生（家長）與決定購買何種版本教科書之校務會議成員二者的分化。此一分化導致上述所強調之交易的對價給付與獨立決定權限之一體性遭到破壞，其破壞同時亦引發公平法第 19 條第 3 款規定，適用於教科書出版事業對學校或校務會議所為贈品或贈禮行為之可行性。申言之，當教科書出版事業對學校或校務會務（成員）等進行餽贈時，此等人士雖具有選用何種版本教科書的權限，但本身卻不進行對價給付，教科書書籍費仍是由學生（家長）支付。職是，學校或校務會議（成員）既非競爭者的「交易相對人」，本身亦與該教科書出版事業無「交易」行為存在。由此可知，當對價給付與獨立決定權分屬不同人之分化情形時，欲將其中任何一人視為交易相對人實有困難，若此則以交易相對人或有交易為其適用前提之公平法第 19 條第 3 款，於教科書出版事業贈品、贈獎行為的適用上，即有其規範上之

先天限制。

雖然，因上述結果導致公平法第 19 條第 3 款於有關出版事業不當贈品行為適用上之困難，但若該等贈品行為的確有不當影響校務會議或教師的選擇，扭曲正常的市場競爭，則公平法自應不當放棄其規範之責。此際，吾人首應正確理解教科書市場上贈品行為之特殊性。不同於一般贈品行為乃系針對各個交易相對人，一一對其個人給予贈品，且接受贈品之人於此亦本身有購買、支付對價等行為；教科書市場上之贈品行為，由於所欲影響者並非學生，而係少數教師或校務會議成員，因此通常只須針對此等少數人進行餽贈，即可達到令大多數學子使用其教科書、進而購買該版本參考書之目的。

若此，則為教科書銷售所為上述贈品，實與公平法第 19 條第 3 款為利誘交易相對人而對其本人進行餽贈之贈品性質大異其趣。實際上接受贈品之人，並非那些自掏腰包購買教科書者，而係無須自行支付對價的教師、學校及校務會議成員等，對於此類人士餽以「贈品」之舉，本質上接近提供經濟利益給無須自行負擔成本與費用之人，而希望該當人士作出或影響對自己有利決定的「賄賂」行為。為競爭目的所為如此「賄賂」舉動，本身即帶有嚴重的反商業倫理道德性質，在公平會「公平交易法第 24 條之案件處理原則」第 7 點(2)規定中，認定「不符合社會倫理手段從事交易」者乃係公平法第 24 條顯失公平類型之一，而違反同條之禁止規定。

於此認識下，公平會目前實務運作對教科書出版事業的「贈品」行為，皆引公平法第 19 條第 3 款為據之法律適用方式¹⁵，不僅未能明辨接受贈品的學校或校務會議成員等，並非該款規定所稱之交易相對人，亦缺乏對該當贈品行為本質實屬「賄賂」之正確認識，其適當的法律適用方式應是針對此種「贈品」行為本身所內含之商業倫理道德的可非難性，進而利用公平法第 24 條繩之¹⁶。

¹⁵ 例如，參照行政院公平交易委員會 93 年 4 月 1 日公處字第 093039 號處分。

¹⁶ 對本文如此主張，或有謂過份窄化一般交易關係，而陷入機械法學之思維。惟須注意者，限縮交易相對人範圍的解釋，絕非本文原本之意圖，只是在現行法解釋下，吾人不得不否定擁有決定權、卻毋庸支付對價的校務會議，其交易相對人性格。實則，此一問題，並非我國法制所特有，日本獨占禁止法於適用上，亦曾面臨同樣的問題。雖然，在日本，教科書書籍費並非由學生（家長）支付，而係由國家及地方政府編列購書預算，再無償給付給學生，然而由於擁有教科書選用權限者在於各地區教育委員會或學校校長，因此亦發生對價給付與獨立決定權限之分化。因為此一分化現象，使得日本公平交易委員會無法將教科書出版事業爭相利誘之教育委員會成員或校長視為交易相對人，進而無法適用以一般性的不公平交易方法規範之「不公平交易方法一般指定」，而必須為此另外訂定「教科書業不公平交易方法特殊指定」，方能針對教科書相關的贈品

(三)聯合議價體系與聯合行為規範

雖然，如同前述，因教科書選用權人與使用人二者的分化，導致前述公平法第 19 條第 3 款適用於出版事業贈品行為的困難性，惟另一方面，卻也可能因此挽救教育部所主導之聯合議價體系遭致公平會處分的困境。蓋我國公平法第 14 條第 1 項對事業聯合行為採嚴格禁止之態度，除非符合同項各款要件且事先經公平會許可，否則事業不得為第 7 條各項所定義之聯合行為。由於公平會實務運作對進行採購之政府機關，向來有認定其屬公平法第 2 條第 4 款事業的傾向¹⁷，從而若組成聯合議價體系之縣市政府，係自行支付書籍費用，則其將極有可能因此採購行為而被視為該款之事業。如此「事業」所為之聯合議價行為，因嚴重影響教科書市場之價格機制，該當公平法第 7 條第 1、2 項定義的聯合行為，應受同法第 14 條第 1 項之嚴格禁止。

然則，如同前述，現今我國教科書市場的重大特色，乃是選用權人與實際付費之使用人二者的分化，在此分化情勢下，由於參與聯合議價體系之縣市政府所為者僅止於議價行為，而未有進一步的採購舉動，其乃因此而得免於遭受公平法第 2 條第 4 款事業之認定，此時渠等既非公平法上的事業，所為聯合議價行為自非公平法規範之對象。公平會於前述退輔會案中之陳述，正可為此解套方案下一註腳，由於退輔會「本身未收取對價，亦未直接從事交易行為」，因此即非公平法上之事業，不受公平法規範¹⁸；同樣地，於教科書交易中，未有對價收取行為，亦非交易當事人的縣市政府，亦實難能認定其為公平法上之事業，從而對由渠等所組成的聯合議價機制，自無法適用以公平法相關規定¹⁹。

行為，予以規範。有關日本相關法制之介紹，參照今村成和、正田彬、吉永榮助編（1987），獨占禁止法講座 VI（不公正取引方法（下））—教科書業における特殊指定（系田省吾執筆，商事法務研究會）。

¹⁷ 行政院公平交易委員會有關於此之實務運作及其問題點，參照廖義男（計畫主持人）（2003），公平交易法之註釋研究系列（一）—第 1 條至第 17 條，第 2 條註釋邊碼 59-68（黃銘傑執筆），行政院公平交易委員會 92 年度合作研究報告。

¹⁸ 參照前揭註 13 及其引註之本文敘述。

¹⁹ 惟若縣市政府體念義務教育精神，而以本身預算為中小學生購買義務教育所需教科書，則因有採購行為發生，其就有可能成為公平法第 2 條第 4 款之事業。實際上，至少有桃園縣、新竹縣、苗栗縣、嘉義縣等少數幾個縣市，乃是以本身預算為其縣市内之國小學生購買教科書，於此若僅針對此等縣市政府認定其為公平法上之事業，在整體聯合議價體系下其間成立聯合行為，則不言而喻，將產生相當荒謬的結果。亦即，深刻體認到義務教育理念、自掏腰包為學生購買教科

參、教科書市場對參考書市場之影響及公平交易法之規範

如同前述，在教育部的主導下，各縣市政府於最近教科書採購上，實施聯合議價機制，結果導致出版事業因於教科書價格上喪失主導、控制權，甚或因聯合議價導致利潤過低，從而有必要於其他市場，刮回此一損失。此際，所謂的「其他」市場即是參考書市場。雖然，教育部以下列理由認為，參考書漲價與教科書聯合議價，無必然關係，但其說詞令人難以信服：

「針對報載參考書漲價事宜一案，教育部表示應與教科書聯合議價無必然關係。一般而言，教科書才是每個學生所使用者，參考書非學生必備學習材料，僅是輔助性質、可用可不用。聯合議價係以全國之數量去壓低教科書價格，造福的是全體家長與學生，這個作法獲得社會大眾之支持，各縣市聯合委員會應會繼續運作，但會逐步改善其機制。此外，教育部更表示，基於教學正常化、減少學童課業負擔及改善教育風紀，教育部並不鼓勵學生使用參考書，甚至依據教育專業人員獎懲標準，採用未經審定之參考書，亦有相關懲處規定。」²⁰

不鼓勵學生使用參考書，並不表示學生就因此不使用參考書，也無法因此得出參考書漲價，非因教科書聯合議價體系所生。上開教育部看法，或係出自於主管機關掩耳盜鈴的鴛鴦心態，或是因其對市場競爭問題的不專業。若此，則競爭法主管機關之公平會，當可以其專業看法提供教育主管機關參酌。尤其是，當縣市政府的聯合議價機制係受到教育部支持與鼓勵，而其行為又無法完全排除公平法相關規定之適用時，在教育主管機關不願積極面對其是項支持、鼓勵舉動所帶來的副作用，以及其可能對公平法所生之影響時，作為公平法主管機關的公平會，實有必要從專業觀點、維護健全市場競爭機制之立場，對教育部提供適當的建言。本節目的即在

書之縣市政府，有可能受到公平法聯合行為規定之處分；相對於此，無視義務教育之根本精神，仍要求有義務接受國民中小學教育之學生，必須自行購買接受義務教育所需教科書之縣市政府，反而完全不用承擔類似風險。對此荒謬結果的徹底解決之道，或是行政院公平交易委員會重新評估其利用公平法規範政府採購之合理性。有關於此，參照廖義男（計畫主持人）（2003），公平交易法之註釋研究系列（一）—第1條至第17條，第2條註釋邊碼64-65（黃銘傑執筆），行政院公平交易委員會92年度合作研究報告。

²⁰ 教育部，「參考書可用可不用 其價格與聯合議價無必然關係」，<<http://www.eje.edu.tw/data/linda/20028301312/new0830.htm>>。

於探析，從公平法之規範角度來看，教科書與參考書間，究竟處於何種關係？此一關係又可能衍生何種問題，導致參考書出版事業竟可毫無忌諱地，調漲其書籍售價？而若此價格調漲行為有所不當，公平法又有何規範手段？

一、教科書與參考書間之關係

(一)對教科書處於補充地位之參考書

為加深學生對於教科書內容之理解，並對其學習成果加以評估，坊間乃於教科書外，尚有重要輔助學習教材之參考書的存在。因此，在與教科書的關係上，參考書居於補充之地位。有了參考書的輔助，不少學生對於教科書所欲傳達之意念、訊息，將會有更清楚的認識與更深切的理解，進而令教科書得以發揮更大教育效用。此一關係有點類似，僅有 Windows 之作業系統，並無法發揮其所欲達成之最大功能，尚須其他各種作業軟體的存在，方能促使作業系統功能，發揮的淋漓盡致。因此，或許誠如教育部前述新聞稿所說，參考書非學生必備學習材料，僅是輔助性質、可用可不用，然而在升學主義依舊掛帥、參考書銷售數量依舊不減的今天，參考書也許並非必備學習輔助教材，但不可否認地，其乃是許多學子常備的學習輔助教材。由於對教科書所處如此補充地位，使得參考書經常必須以教科書為準據，進行編撰。此際，在與公平法之規範理念上，關鍵問題在於，當教科書市場因各種因素停滯於寡占狀態時，教科書出版事業是否可能將其此種力量，槓桿至參考書市場，使得補充商品之參考書市場亦出現競爭停滯的狀態？答案是，肯定的。重要原因之一來自於，教科書所擁有的著作權。

(二)著作權賦予教科書之獨占權

智慧財產權之特徵在於，其或多或少都擁有一定程度的排他性獨占權，雖然著作權無法如同專利權一般，擁有高度的排他、獨占效力，但無可否認地，其於一定程度上，亦享有排他獨占權²¹。尤其是，當我們可得選擇、閱讀之書籍，僅有少數

²¹ 有關著作權與專利權之排他效力的強弱區分，參照拙著（2004），「公平交易法第 20 條第 1、2 項『表徵』之意義及其與新式樣專利保護之關係—評最高行政法院 92 年判字第 1649 號判決」，萬國法律第 135 期，98-99。

存在時，其排他獨占效力可能比一般專利權更大。申言之，在一般小說、散文、音樂...等著作上，任何人隨時隨地都可以創作，每月、每週、每天國內外都會有新的著作出現，吾人選擇對象繁多，因而不會特別感覺著作權有何特別重大排他獨占權利存在。相對於此，由於我國現行教育政策對於教科書出版採取審定制度，只有經過審定合格的少數教科書始能提供給廣大學子使用，於此龐大市場中僅存的少數教科書出版事業，其著作權可能享有的排他、獨占效力，就非尋常著作可以比擬了。

著作權人對其著作所擁有之權利內容，林林總總，最重要者在於未經著作權人同意，其他人不得重製著作內容（著作權法第 3 條第 1 項第 5 款、第 22 條第 1 項），此一重製行為不僅限於原封不動的抄襲，只要二者著作間具有所謂的實質類似性，即可認定有重製行為的存在。且所謂重製並不僅指整本書籍的重製，對於該書籍內有創作性之部分，予以重製者，亦屬著作權法所規範之重製行為；而縱令參考書編寫不該當於重製，亦有非常大的可能，符合著作權法第 3 條第 1 項第 10 款之改作，違反同法第 28 條對著作人改作權之保護。職是，當參考書必須以教科書為準據，進行編撰時，其實內含非常高之風險，有構成侵害教科書著作權之虞²²。結果導致，可以編撰參考書者，可能僅限於擁有各該教科書著作權之出版事業而已。

教科書與參考書間之補充關係、教科書著作權所擁有之強大排他、獨占效力，使得出版事業所擁有的市場力（market power），不僅限於教科書市場，更槓桿、擴及至參考書市場，且於後者之市場上，教科書事業所擁有之市場力，更幾近百分之百的獨占地位，此一結果更因教科書使用人選用權限的喪失，益形惡化。

二、參考書市場上之「鎖入」效應

由上可知，對處於其補充地位之參考書市場，教科書出版事業的力量來源，起於教育主管機關所採用之審定制度及著作權法對教科書著作權之保護。此等因素，

²² 例如，過去內政部著作權委員會在相關類似的事例上之解釋認為：「根據國立編譯館主編之教科書編寫、製作教具供教師教學之用乙節，如該教科書係屬著作權法第 5 條所定之著作，且無同法第 9 條所列各款不得為著作權之標的之情形者，即屬有著作權之著作，故就該教科書所為之編寫、製作教具行為即涉及著作權法第 3 條第 1 項第 5 款、第 11 款及第 7 條所定重製、改作或編輯之行為...」。內政部 85 年 10 月 4 日台（85）內著會發第 8516244 號函。

使得參考書市場發生類似鎖入（Lock-in）現象，且因教科書選用權人與使用者分化之結果，該鎖入效應對使用人帶來更大的不利益。以下，首先簡要闡述鎖入現象之意義，之後再針對教科書市場的鎖入問題，予以分析。

（一）鎖入之意義與公平交易法之挑戰

1. 鎖入之意義

在競爭法制上，首先利用鎖入現象對系爭行為加以責難者，厥為美國聯邦最高法院於 1992 年所為之 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 判決²³，此一判決提供吾人認識鎖入現象的重要引子。

於 Kodak 判決中，Kodak 公司在影印機市場上，擁有百分之二十至二十三左右的占有率，原本 Kodak 亦將其所生產之影印機維修所需零件，銷售給所謂的獨立維修服務事業，而接受此等零件供給之獨立維修服務事業，乃能對購買 Kodak 影印機之消費者，提供事後維修服務。惟於其後，Kodak 宣布不再供給相關影印機零件給獨立維修服務事業，此舉不啻宣告獨立維修服務事業將因維修零件來源的斷絕，被迫退出市場。對 Kodak 此一舉動，獨立維修服務事業向美國聯邦法院提起訴訟，主張 Kodak 之行為有企圖獨占及獨占影印機維修服務市場之嫌，要求 Kodak 應終止此一行為並對其進行賠償。對此主張，Kodak 堅稱，因其於影印機市場上僅擁有百分之二十至二十三的市場占有率，尚未達到獨占行為一般所要求之百分之五十左右或以上的占有率，因而無獨占行為之慮。

對於 Kodak 上述主張，美國聯邦最高法院於本案判決中認為，雖然 Kodak 在影印機市場上之佔有率僅有百分之二十至二十三，面臨著其他業者的激烈競爭，惟由於影印機之耐久財及高價位性質，購買者於購買後無法輕易轉換至其他廠牌，且又鑑於各廠牌影印機間其零件通常無法相容，從而認定 Kodak 在其本身影印機零件市場上擁有幾近百分之百的占有率，且因此亦使該公司於其影印機維修市場擁有百分之八十至九十五的市場占有率；無論何者，都足以認定 Kodak 在各該市場上擁有獨占地位。對此論證，Kodak 強力主張，因其於影印機之「初級市場」（primary market）上乃是處於競爭狀態，故而在零件、維修等「後續市場」（aftermarket）

²³ 504 U.S. 451 (1992).

上，應無擁有市場獨占地位之理，否則只要是擁有獨自品牌零件的耐久財製造商，都將有被認定為獨占事業之虞。雖然 Kodak 如此反駁並非無理，惟美國聯邦最高法院仍著眼於影印機購買後更換困難性以及零件的特定性等鎖入要素，認定 Kodak 於後續市場上具有高度的市場支配地位²⁴。

從上述 Kodak 判決之簡要介紹，可以得知，鎖入現象的發生，多以有二以上各自獨立存在之市場為前提²⁵，以 Kodak 案為例，即是所謂「初級市場」與「後續市場」二個不同市場之存在。由於二者市場間商品相容性、消費習慣及智慧財產等問題存在，使得其中一個市場（後續市場）上之消費選擇，取決或受制於另一個市場（初級市場）。當消費者於首次消費決定時，選擇某個品牌，其後為維持、發揮此一商品應有功能，而必須購入配套商品或服務時，其選擇對象就會受到相當高度的限制。於絕大多數情況，其將僅能依賴首次消費之商品或服務提供者，滿足其相關配套商品或服務的需求，而無法另外尋求其他配套商品或服務提供者。當此現象發生時，吾人稱消費者被其首次消費商品或服務提供者給鎖入了。

2. 鎖入對市場界定、市場支配力認定之挑戰

由上述 Kodak 案判決之介紹，當可窺知，鎖入現象對競爭法制所帶來最大挑戰，乃在於其市場界定手法及市場支配力的認定上。如同 Kodak 在該案中之主張，其於影印機市場雖擁有百分之二十至二十三左右的占有率，但因為影印機市場競爭非常激烈，其根本不具有所謂的市場支配力，更遑論操縱、控制市場價格或消費者選擇。Kodak 於此遂主張，合理的消費者於考慮購買何種品牌影印機之初級產品時，已經將其未來後續市場所需之維修服務等費用，一併納入考量，方始作出最終的選購決定。於此情況下，在影印機市場受到激烈競爭挑戰的 Kodak，應不致擁有所謂的市場支配力。

然則，市場並非那麼完美，消費者選擇亦非總是充分基於理性考量，尤其是當商品間因相容性、消費習慣、智慧財產等問題，導致消費者認知、選擇受到限制

²⁴ 有關本案之評釋，參照 Carl Shapiro (1995), "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", 63 *Antitrust L. J.* 483; Herbert Hovenkamp (1993), "Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case", 40 *UCLA L. Rev.* 1447.

²⁵ 當然，在最近因為網路效應所形成的鎖入現象，所牽涉之市場可能只有一個，例如手機、作業軟體或文書軟體等。

時，實已難能確定肯定 Kodak 所言，消費者會在一開始就將所有未來可能發生狀況納入考慮後，再決定如何選購。更何況，原本後續之維修服務市場上，存有獨立維修服務事業與 Kodak 從事競爭，但其後卻因 Kodak 單方面宣布斷絕供給維修零件，使得該當市場從競爭狀況淪為幾近獨占結構。再怎麼理性、合理的消費者，又如何能預測到 Kodak 會在其購買 Kodak 品牌的影印機、遭其套牢後，才決定不再令其他事業得提供維修服務，而思以一己之力獨占該市場。此際，Kodak 之所以可以獨占維修服務市場，乃是其擁有零件的獨家生產權，易言之，相關影印機零件因有專利權存在，導致除 Kodak 外其他事業無法從事該等零件之生產、製造。由此亦可知悉，智慧財產存在對促進鎖入現象之發生，所占有之地位及角色。

綜上可知，當鎖入現象存在時，有關市場界定及市場力認定等問題，就無法如同 Kodak 所主張般，將所有市場統合為一體，以其在初級市場之占有率或市場力，直接推斷其於後續市場應享之占有率或市場力。鎖入理論的啟示乃是，當初級市場與後續市場間存有鎖入現象時，後續市場之範圍界定即非將所有品牌商品納入其市場劃定，而僅是初級市場的各該品牌其後續市場本身，就構成一單獨的商品或服務市場。如同 Kodak 案中之影印機零件市場，並非由 Kodak、Xerox、Canon...等所有品牌之影印機零件所構成，而是 Kodak 之影印機零件市場、Xerox 影印機零件市場...等，各自單獨成立一商品市場²⁶，並以此商品或服務市場界定為基礎，探究各該事業其於此市場所享有之占有率及市場力。

無可否認地，利用鎖入理論所界定出之市場，將導致市場界定範圍變得更為狹窄，同時亦將使得相關事業之獨占地位更容易被認定。過去，可藉由理論上因初級市場有競爭狀態存在，即可抗辯其獨占地位不存在的事業，於此強調認識市場現實的鎖入理論之 X 光線照射下，都將無所遁形。對公平法之適用而言，鎖入理論就成為有關獨占規範一項相當重要的利器²⁷。

²⁶ 不僅是美國法有此運作方式，日本獨占禁止法最近亦著眼於鎖入現象，而針對其有不同的市場界定方式，日本獨占禁止法之基本教科書如此說：「當特定事業成功地差別化其所提供之商品、服務時，或是當特定事業的商品或服務之購入者，一旦購入該當商品或服務後，事實上即難轉而購入其他事業之商品或服務時（此際，吾人稱其已被該當商品或服務所鎖入），亦可僅針對該當品牌內所展開之特定事業的商品或服務本身，界定一個『特定市場』。」參照根岸哲、舟田正之（2003），獨占禁止法概說，第2版，有斐閣，43。

²⁷ 惟須注意者，一般而言，除非有如同 Kodak 案判決中所陳述之特定因素存在；否則，實難立即肯定，單一商品或服務品牌即可構成一特定市場。Herbert Hovenkamp (1999), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 92-98 (2nd ed.). 實則，在聯邦最高法院之 Kodak 案

(二)教科書與參考書市場上之鎖入

從前面鎖入理論之敘述中，當可窺知教科書與參考書二者市場間之鎖入關係。申言之，一旦決定使用何種版本之教科書後，若欲藉由參考書等輔助學習教材，以更清楚、深入瞭解該當教科書之內容，就不得不使用以該當教科書為準據而編寫之參考書等輔助教材，此時教科書購買者將因教科書之購入，而被鎖入於後續的參考書市場中。因此所生之鎖入現象，從三個層面來看，較諸一般鎖入關係，其拘束力更為強大。

首先，在現行教科書審定制度下，使得教科書此一初級市場的品牌創造及進入，受到嚴格限制，再加上公平會所觀察之教科書出版事業間的結合趨勢，更加惡化新品牌教科書出線的可能。此一結果，導致初級市場上之商品（教科書）本身的選擇範圍受到嚴重限制。

其次，因為選用權人與使用人二者分化所生之使用人本身無選擇權的現象，亦加深問題的嚴重性。在前述 *Kodak* 案中，*Kodak* 曾抗辯，合理的消費者於考慮購買何種品牌影印機之初級產品時，應已將其未來後續市場上所需維修服務等費用，一併納入考量，方始最終選購決定。然而，於教科書及參考書市場上，使用人或消費

判決後，下級審判決對其評價不一，有限縮該判決之適用範圍者，亦有利用該判決理論及推理，認定市場者。See, e.g., ABA Section of Antitrust Law (2002), *Antitrust Law Developments*, 566-73 (5th ed.). 反對者之判決，如 *SMS Systems Maintenance Services v. Digital Equipment Corp.* (188 F.3d 11 (1st Cir. 1999)) 謂：「the aftermarket is the relevant market for antitrust analysis only if the evidence supports an inference of monopoly power in the aftermarket that competition in the primary market appears unable to check.」Id. at 23.贊成者之判決如 *Intergraph Corp. v. Intel Corp.* (3 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Ala. 1998))，以下列理由肯定鎖入效應之適用：「(1) Intel CPUs are not interchangeable with other CPUs; (2) they surpass the performance of other CPUs; (3) they have “enormous” brand recognition; (4) workstation manufacturer customers do not consider other systems to be alternatives; (5) “locked-in” customers cannot feasibly switch to alternative CPUs;; (6) Intel has a “huge installed base” of locked-in customers which “creates network barriers, compatibility barriers and increasing returns to scale that further entrench Intel”; and (7) Intel has deliberately designed its related CPU architecture to prevent compatibility with other CPUs.」Id. at 1272.由此可知，縱使認為鎖入理論之適用應加以限縮者，亦承認，當初級市場之競爭並無法制衡後續市場之力量，後續市場可單獨成立一特定市場。另一方面，對於將 *Kodak* 案判決理由再加以精緻化之贊成者判決而言，當系爭商品無法替代予其他商品、遭鎖入之消費者無法有效轉換至其他商品、該商品市場有進入障礙、各該商品無法有效相容時，已可肯定特定品牌獨自構成一特定市場。而由後述（參二（二））可知，此種初級市場無法制衡後續市場、商品間無替代性、因審定制度、著作權所存在之進入障礙等，皆使得教科書市場與參考書市場二者間，有適用鎖入理論之條件。

者根本無法將初級市場與後續市場二者商品合計成本加總後，再作出購買決定，蓋渠等從一開始就對初級市場應購買何種版本教科書，完全未擁有選擇決定權限。

最後，在 *Kodak* 案中所出現因專利權存在，致使 *Kodak* 於後續市場擁有幾乎百分之百的占有率現象，亦出現於教科書、參考書鎖入情況中。申言之，因為著作權保護所賦予教科書出版事業排他、獨占之效力，使得一般人士無法自由編撰以各該教科書為準據之參考書，僅有各該出版事業得以準據其本身之教科書，編寫、出版參考書等輔助教材。當使用人之學生非出於自己意願而係依據校務會議選用決定，購買特定版本教科書後，若其為自行進修而有意使用參考書，亦幾乎是毫無選擇餘地只能使用該當版本教科書事業所出版之參考書。質言之，教科書與參考書之鎖入現象配合著作權法之保護，使得各種版本的參考書各自獨立成一個市場，而教科書出版事業在此後續的參考書市場中，擁有幾近百分之百的市場占有率和獨占地位。

綜上可知，因審定制度所引發教科書版本（品牌）的限制，使得教科書市場本身即受到政府之嚴格管制，此一情形又因選用權限與實際使用人間之分化、教科書所享有的著作權保護等情事而益形惡化，結果導致教科書與參考書間之鎖入現象，較諸一般商品或服務所生之不當情況更為嚴重，教科書出版事業因而於各該版本之參考書市場上擁有幾近百分之百的獨占地位。而從社會各界所指責之參考書價格的上漲情事²⁸，此一獨占地位似有遭到濫用之嫌。

三、教科書事業濫用獨占地位之規範

依據公平法第 10 條對獨占事業濫用其獨占地位之規範內容，可將獨占地位濫用型態大略區分為以下三項²⁹：(1)獨占事業直接對其商品或服務的需求者，濫用獨占地位之行為；(2)為維持其獨占地位於不墜，獨占事業以各種方法，阻止、妨礙其他事業版圖的擴張、新事業的市場進入等；(3)獨占事業意圖將其所擁有的獨占力，槓桿至另一個特定市場，導致後者市場上之競爭受到不當影響，搭售行為即屬於此一典型的獨占地位濫用類型。公平法第 10 條第 2、3 款所欲規範者，乃是第一種類型之獨占地位濫用，同條第 1 款之規範對象，則是第二種之阻礙他事業破壞其獨占

²⁸ 參照前揭註 20 及其引註之本文敘述。

²⁹ 有關公平法獨占地位濫用規範之分析，參照吳秀明（2004），「十年來公平法上之獨占管制」，收錄於氏著，競爭法制之發軔與展開，元照出版。

地位的濫用型態，第三種之二個不同市場間之槓桿濫用行為，則屬同條第四款之一般濫用規範對象。

無論如何，當吾人依照上述鎖入理論，認定參考書市場因為各種特殊因素的交互作用，導致各該版本教科書事業於其版本之參考書市場上擁有幾乎百分之百的獨占地位時，教科書出版事業若有濫用獨占地位之舉，亦不外乎上述三種類型。以下，分別就各種類型予以簡要分析。

(一) 對需求者濫用獨占地位之行為

在與參考書市場的關連上，出版事業最有可能濫用其獨占地位者，乃是提高參考書售價之行為。由於出版事業於教科書市場上，雖擁有一定程度的市場力，但因現行各縣市政府所組成的聯合議價機制，導致渠等於教科書市場上無法有效施展其市場力³⁰，從而當因鎖入效應，令其於參考書市場上享有單獨的獨占地位時，為回復教科書市場上蒙受之損失，出版事業極有可能抬高參考書售價，至少使教科書與參考書整體獲利不低於聯合議價前之水平³¹。教育部鼓勵、推動縣市政府建立聯合議價機制時，雖考慮到藉此可部分抵抗教科書出版事業之寡占優勢地位，但卻沒有料到其對參考書售價所帶來的深刻副作用。當然，此一副作用的影響程度，尚須視參考書對學習能力增進的程度、售價高漲對學生購買能力所生影響等因素來論斷，

³⁰ 從另外一個角度觀之，設若現行教科書出版事業其間市場占有率達到公平法第 5 條之 1 第 1 項各款規定之門檻，則其間雖有上述非常激烈的服務或贈品競爭，但依公平法相關規定，渠等仍有可能被認定為獨占事業。蓋公平法第 5 條第 2 項於有關複數獨占的定義上，僅為「二以上事業，實際上不為價格之競爭」，惟實際上因為聯合議價機制的存在，導致教科書出版事業間根本無所謂價格競爭存在，若此則渠等即可能被認定為獨占事業。實際上，在行政院公平交易委員會所公布的「行政院公平交易委員會對於審查合格之國民中小學教科書參考書之銷售行為適法性行業警示」中指出：「國內教科書出版事業之康軒文教事業股份有限公司、南一書局企業股份有限公司、翰林出版事業股份有限公司等 3 家事業在九年一貫課程部分、國小學科部分之特定市場之占有率達四分之三以上（75%），上一會計年度（90 年）事業總銷售金額已達新台幣 10 億元以上，依公平交易法第 5 條之 1 規定，上開三家事業應認定為『獨占事業』。」惟此一教科書市場上的複數獨占，應與因鎖入效應所導致之參考書市場上各出版事業所享有的單獨獨占地位，予以嚴格區別。

³¹ 事實上，在前揭行政院公平交易委員會所公布的「行政院公平交易委員會對於審查合格之國民中小學教科書參考書之銷售行為適法性行業警示」中，行政院公平交易委員會亦有如此調查結果：「以 91 年為例，各相關出版事業於台北縣政府辦理教科書聯合議價前曾聚會討論，意圖抵制或希望教育部出面處理教科書定價過低狀況，而於議價後勉為接受議價之餘，卻出現調漲參考書批價與定價之行為，且以事後重貼價格標籤或重印價格等方式進行」。

惟若參考書對學習能力的確帶來一定程度的助益，則參考書價格高漲所致結果，將使得原本因貧富差距、城鄉差距所帶來之學習能力落差，因此而更加擴大。

當然，對於公平法或公平會應否介入事業價格決定行為，歷來即有相當質疑，或因此故，導致公平會過去於處理微軟案件時，雖社會各界對微軟作業、文書軟體等之價格，普遍認其過份昂貴，但最後公平會仍未對其進行處分，而以行政和解方式，解決此一疑案³²。惟無論如何，從公平會過去處分飛利浦等事業 CD-DOM 授權金過高案³³、台灣證券交易所股份有限公司³⁴、財團法人中華民國櫃臺買賣中心³⁵二者之證券交易資訊使用費過高案等亦可得知，公平會對於價格設定過高之介入，並非完全處於消極態度，仍會視情況對不當價格設定行為，進行介入。若此，則源自於各種政府管制措施所導致之教科書、參考書市場的鎖入弊端，相關政府部門間似有必要通力合作，共謀解決之道。公平會於此可扮演之角色，當在於對濫用其獨占地位、哄抬參考書售價之出版事業，祭出公平法第 10 條第 2 款之處分³⁶。

(二)企圖不當維持獨占地位之行為—「關鍵設施」理論之運用

於教科書、參考書市場上，最為明顯的不當維持獨占地位行為，當是拒絕授權，亦即出版事業對有意準據其教科書編寫參考書之人，拒絕對其進行著作權的授權，使其因此無法合法編寫參考書，進入參考書市場。對此行為，或有鑑於公平法第 45 條之規範意旨，認為此種拒絕授權應屬著作權權利行使的正當行為，公平法無介入空間³⁷。惟就另一角度觀之，教科書出版事業之所以得於參考書市場上，享

³² 有關於此，參照吳秀明（2004），「獨占性訂價與市場績效管制—行政院公平交易委員會作為一個價格的監督與管制者？」；以及同氏所著，「獨占性訂價管制新近實務案例研析」，二篇文章皆收錄於氏著，競爭法制之發軔與展開，元照出版。

³³ 參照行政院公平交易委員會民國 91 年 4 月 25 日公處字第 091069 號處分。

³⁴ 參照行政院公平交易委員會民國 91 年 8 月 27 日公處字第 091131 號處分。

³⁵ 參照行政院公平交易委員會民國 91 年 8 月 27 日公處字第 091132 號處分。

³⁶ 惟須注意者，本文應行價格介入之支持者，對於參考書市場獨占問題，徹底的解決之道，應是依循後述肆所提之各項建議，修正現行審定制度、著作權法相關規定等，謀求各該版本參考書市場競爭之引進，介入參考書業者之價格設定行為，僅是一時性的、表面性的解決方式，而非永久性的、根本的解決之道。此處敘述，僅是在行政院公平交易委員會現有實務運作下，依據公平法相關規定授權，可為之對應；且因問題之生，不少源自於政府管制本身，身為政府部門之一的行政院公平交易委員會，實有必要對此因管制所生弊端，積極因應。惟此主張，不當視為作者本身贊成行政院公平交易委員會於一般情況，亦應積極介入價格管制。

³⁷ 有關公平法第 45 條之規範性質及理念，參照拙著（2001），「專利授權與公平交易法—以拒絕授權與強制授權惟中心」，萬國法律，第 120 期。

有如此巨大市場力量，相當部分源自於現時教育主管機關對教科書發行所採取之審定制度。申言之，在過去部編本時代，未能擁有此一獨占力量的參考書出版事業，很弔詭地，當政府宣稱要開放民間自由編撰教科書時，卻因此半吊子的開放方式加上業界間的結合趨勢，竟然令其得於各自版本之參考書市場上，擁有過去所無法擁有之百分之百的獨占地位。此種因為政府管制所取得的獨占地位，實不能與依一般自立、自助方式取得之獨占地位，相提並論，公平法於此實大有介入空間³⁸。

提供公平法可介入教科書出版事業之拒絕授權行為者，乃是競爭法制最近中相當流行的「關鍵設施」或「瓶頸設施」(essential or bottleneck facilities)法理³⁹。該當理論傳統上，係針對鐵路、電信、電力、石油、瓦斯等受政府嚴格管制之公益事業而發，在過去所謂自然獨占的經濟理論下，認為上開鐵路、電信、電力、石油、瓦斯等事業，屬自然獨占事業，不當容許太多事業同時存於該當市場中，因此乃對進入加以嚴格管制，要求必須事先取得政府許可，政府部門於實際運作上通常亦多僅對一家或少數幾家事業發出其許可執照。此一結果，令擁有此等線路或管線者，成為各該市場中之獨占事業，當其他無法取得政府許可建構自己管線之事業，意欲利用其管線從事相關營業活動時，若該獨占事業拒絕其利用，顯然有阻礙他事業進入市場、挑戰其地位之意圖，企圖藉此不法維持其獨占地位。

職是之故，美國競爭法實務乃將此等可左右市場進入與否之線路或管線，稱為關鍵設施或瓶頸設備，並對擁有此類關鍵設施之事業，於有不當拒絕提供他事業利用其設施時，認定其舉動為不當獨占行為，予以嚴格規範。依據美國法之判例理論，擁有關鍵設施之事業其拒絕授權行為，若滿足下列四項要件，則極有可能被視為違法⁴⁰：(1)獨占事業控制著關鍵設施；(2)競爭者實際上或合理製造該當關鍵設施實屬不能；(3)拒絕競爭者利用系爭關鍵設施；(4)獨占事業提供他事業使用關鍵設施事屬可能。

³⁸ 亦是基於此一理念，公平法第 5 條之 1 第 1、2 項，雖將可能對市場影響程度較低之事業，定性地排除於獨占事業之認定範疇外，惟依同條第 3 項規定，若特定市場之進入有受法令、技術限制時，縱令符合第 1、2 項規定，主管機關仍得將其認定為獨占事業。教科書之市場進入，正式受到教育部審定制度之法令，而受到非常嚴格的限制，從而縱使各該教科書事業其市場占有率未滿第 5 條之 1 第 1 項各款所定之比率，抑或是其前一會計年度銷售總額未達新台幣 10 億元，亦可被認定為獨占事業。

³⁹ See, e.g., Organisation for Economic Co-operation and Development (1996), *The Essential Facilities Concept*.

⁴⁰ MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1983).

傳統上，關鍵設施理論多適用於上述電信、鐵道、電力、港口等網路或基礎產業，惟最近之發展趨勢，似亦逐漸承認該理論可適用於智慧財產權事例。特別是，與我國有著同樣獨占地位濫用規範之歐洲共同體競爭法，自 1989 年起，即積極將著作權認定為關鍵設施，進而對拒絕授權著作權之行為，認定為獨占地位濫用行為。詳言之，於 1989 年歐洲執委會所作出之處分，其後並陸續受到歐洲第一審法院及歐洲法院支持的 *Magill* 一案中⁴¹，*Magill* 為一家在愛爾蘭境內，發行記載所有於愛爾蘭境內播送之電視節目的電視週刊出版事業，當時共有三家電視公司提供六個頻道在愛爾蘭市場上播放，該三家事業自己亦發行本身電視頻道節目之電視週刊。三家電視公司主張其對電視節目表擁有著作權，從而認定 *Magill* 公司所出版之電視節目週刊侵害渠等有關於此之著作權，其主張並於愛爾蘭法院贏得勝訴判決，取得禁制令。對三家電視公司之拒絕授權行為，*Magill* 公司認為係屬獨占地位之濫用，違反歐體競爭法第 82 條規定，因此向歐洲執委會進行檢舉；後者經調查後，認定三家電視公司確有濫用獨占地位之情事，從而乃對之進行處分，被處分人等雖不服而提起上訴，但歐洲第一審法院及歐洲法院皆支持執委會之決定。

雖然，歐洲法院如此判決不啻是要求被處分人等為強制授權，可能侵害渠等於著作權法上所享有之權利保護及契約自由，惟歐洲法院對此主張不予贊同，其認為對違反歐體競爭法之事業，歐洲執委會擁有要求其作為和不作為之權限，從而當強制授權乃是制止系爭違法行為之必要方式時，強制授權處分當然包括在執委會所擁有之要求作為和不作為等權限內⁴²。其後，歐洲執委會陸續以類似理由，認定著作權之拒絕授權行為該當於獨占地位濫用，違反歐體競爭法第 82 條之禁止規定⁴³。

Magill 案之事實與教科書、參考書市場有著相當的類似性，該案中被處分人等

⁴¹ *RTE v. Commission*, 1995 E.C.R. I-743, [1995] 4 C.M.L.R. 718.

⁴² 可以預見地，對於歐洲執委會和歐洲法院依據如此論理的介入，引起學說和實務界相當大的震撼，亦引發不少對其論理合理性之爭議。See, e.g., Darren Fitzgerald (1988), “*Magill Revisited*” (*Tierce Ladbroke SA v. The Commission*), 20 *Eur. Intell. Prop. Rev.*, 154; Jong Temple Lang (1996), “*European Community Antitrust Law : Innovation Markets and High Technololy Industries*”, 20 *Fordham Int'l L. J.*, 717. 惟最近強調針對競爭法與智慧財產法間之衝突關係，應基於動態的分析模型（*The Dynamic Antitrust Anlysis Model*）予以探討之學說見解，於經過詳盡的分析後，亦達到與歐洲執委會與歐洲法院相同的見解與結果，see Dina Kallay (2004), *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property— An Austrian Approach*, 126-53.

⁴³ See generally Sergio Baches Opi (2001), “*The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property rights Still Sacrosanct?*”, 11 *Fordham I. P., Media & Ent. L. J.*, 409.

於電視頻道之初級市場上，亦是因政府管制而享有相當程度的市場地位，且於後續市場之電視週刊市場上，擁有高度的獨占地位。無可諱言地，此一獨占地位之享有緣起於著作權保護，令其電視節目表位居於關鍵設施的地位，從而當擁有此一關鍵設施之事業，企圖維持其獨占地位而拒絕對其他出版事業授權時，即構成獨占地位的濫用，違反競爭法規定。

依此理論，則同樣因教科書審定制度而於教科書市場擁有高度市場地位的我國教科書出版事業，同時亦因著作權保護而使得其教科書對參考書市場之進入而言，位居關鍵設施要津，結果亦對教科書出版事業帶來其於參考書市場上之獨占地位。此際，若渠等對有意準據其教科書編寫參考書，並因而尋求渠等授權之人士，於無正當理由下，拒絕授權時，實有可能構成獨占地位之濫用，違反公平法第 10 條第 1 款規定。此時，所謂的正當理由，當然不包括著作權存在本身。對照於愛爾蘭人民尚可依其自由意願選擇初級市場之電視節目，且電視節目觀看與否，對其未來人生評價並無重大關連，在我國教科書市場上，不僅使用人之學生因未擁有選用權，而無法自由選擇其教科書，令其一旦進入義務教育體系，即自動陷入鎖入困境中，且當參考書對其學習能力提升確有某種程度之助益時，進而於一定程度上乃為「必需品」時，對於並非完全導因於其本身能力或努力，而係大部分因政府進入管制、業界間有意結盟、政府的著作權保護、特殊的鎖入關係等外在因素的複雜交互作用，方取得參考書市場獨占地位之事業，實無合理事由認其可得自由拒絕授權他人編寫參考書。公平會或有必要仿照歐洲執委會之作法，於必要時對教科書出版事業之拒絕授權行為，依公平法第 10 條第 1 款規定之理念和精神進行處分。

(三)企圖將獨占地位槓桿至其他市場之行為

最後，教科書、參考書市場可能發生之濫用獨占地位行為，乃是不同科目之參考書間的「槓桿」或搭售的問題。僅侷限於參考書市場方有此問題之理由，乃是教科書因選用制度的存在，實際運作上難能有搭售行為實施之空間。

關於參考書市場上之槓桿或搭售行為規範，在公平會所頒布之「公平交易法對於審查合格之國民中小學教科書出版事業銷售行為之規範說明」2(7)之套書銷售行為規定中，已清楚指出，「各出版社倘對其行銷通路商要求必須『套書』購買，否

則即不與其交易；或雖非硬性規定必須套書購買，然限制行銷通路商不得以單本書籍退貨，間接造成行銷通路商亦必須套書銷售予消費者之情形，而有以限制交易相對人事業活動為條件而與其交易之不公平競爭情事，均將有違反公平交易法第 19 條第 6 款規定之虞。」若能更清楚認識到，教科書、參考書出版事業，已因特殊的鎖入關係而於參考書市場上享有獨占地位時，則對於參考書之強制套書購買行為，所違反者就非公平法第 19 條第 6 款，而係第 10 條第 4 款。

當然，於此存在一有趣問題，亦即一般吾人所認識之搭售者，乃是於特定市場中擁有高度市場力之事業，為求將其市場力衍生至其他市場，而使用搭售方式。然則，如同前述，理論上各科之各種版本參考書，都因鎖入現象令其出版事業於各該科目之參考書中，享有獨占地位，既是「獨占」，就無必要再藉助其他市場上之獨占力，來強化其獨占地位。對此一疑問，可能之回答有二。

首先，此時之「槓桿」所要問疑者，乃是營業額之金錢數量問題，而非市場力問題；亦即出版事業以母雞帶小雞之心態，將被選用數量高的教科書之參考書，藉由各種科目間參考書的搭售，同時提升被選用數量較少的教科書之參考書銷售數量，企圖不當擴大其整體獲利水平。其次，或許此類搭售所關心者，並非傳統搭售規範所重視之市場間的「槓桿」問題，而係需求者無法出於自由意願選購自己需求的參考書，而是被迫購入自己並不需要的參考書，因此「強制」購買行為，而非「槓桿」結果，導致出版事業之套書銷售構成違法。事實上，公平會過去所處分之搭售行為，幾乎全是以實施搭售的事業其「強制」購買行為，作為認定該當搭售違法之理由⁴⁴。

肆、著作權法對教科書、參考書市場之影響與可能的改革方向

一、著作權法保護與參考書市場獨占地位之發生

由本文至此之敘述可知，教科書市場之「贈品戰」，竟然打到連與教科書毫無

⁴⁴ 有關於此，參照黃銘傑（2004），「公平交易委員會搭售規範之吊詭—論公平交易法第十九條第六款適用於搭售行為之合理性」，月旦法學雜誌，第 109、110 期。

關連之電視機、果汁機、電冰箱...等有點不知所云的「贈品」都加入戰場，戰火如此激烈，當然不是因為教科書市場獲利豐盛，在各縣市政府組成聯合議價機制，以對抗教科書出版事業的優勢地位後，出版事業不僅得冒違反公平法第 14 條禁止聯合行為之規定，進行協商、研議是否對此聯合議價制度集體杯葛，到最後「勉為」接受議價結果等可以看出，教科書市場之獲利應不致過高。

既然獲利不甚優渥，且教科書是國民義務教育規定必須使用之教材，寡占事業間其實不用從事激烈的競爭舉動，各校都必須乖乖送上門來，要求使用業者出版的教科書。若此，則教科書出版事業，似不必為雖獲利微薄但穩會上門的生意，拼個你死我活。毋庸贅言，教科書出版事業真正所著眼之主要獲利來源，並不在於教科書本身的銷售，而係後續市場之參考書銷售利潤，正是因此參考書市場的鉅額利益，方令出版事業必須把戰火提前到初級市場之教科書選用階段開打。為何教科書的使用，就會理所當然帶來鉅額獲利，一開始的理由當然在於，各科目、各版本教科書與參考書間的補充關係，致使一旦使用某版本之教科書，就不得不使用準據該版本所編寫之參考書。

然則，上開理由雖是必要條件，卻非充分條件，倘若妳、我、她大家皆可自由編寫參考書，則參考書市場亦會出現激烈競爭，出版事業能否維持現行獲利水平，實大有疑問。於此情勢下，最好的解決方式就是讓各版本參考書市場不要出現競爭，原本為達成此一目的，於正常競爭情況下，出版事業可能要煞費苦心，甚至遊走違反公平法規定邊緣，方能遂行其如此目的。但於現行法律制度設計下，出版事業實際上可以不費吹灰之力，獨占結果就自動送上門來。此一「自然獨占」結果，實拜現行著作權法規定之賜。如同前述⁴⁵，著作權法相關規定禁止任何人未經著作權人同意，不得重製、改作其著作，因此除非編寫參考書之人完全不參照任何版本教科書，僅係純粹依據教育部所公布之課程綱要，否則其只要以任何版本教科書為準據，從事參考書的編寫，就極有可能侵害出版事業依據著作權法對其教科書所享有之重製權和改作權。

當因為教育部所主導之審定制度、配合教科書事業間的有意結合，導致得以流通於市場上之教科書僅限於少數幾家出版事業版本的情況下，再加上著作權法之保

⁴⁵ 參照前揭註 22 及其引註之本文敘述。

護，使得參考書市場上的獨占地位，遠比一般情形更為嚴重，其利益也隨此嚴重程度而反比例的高昇。若此一不當現象，乃是教育部、出版事業、著作權法三位一體的通力合作，方有以致之，則公平會無論如何運用公平法進行規範、管制，效果似仍有限。此際，吾人實難能期待業者會發揮其社會責任良知，自行改善其如此獲利甚豐之行為模式。若此，則當參考書市場之獨占地位濫用問題，於不少程度上係因教育部之審定制、鼓勵、協助成立聯合議價機制等所引起時，教育部實不當繼續對此置身事外，且應正視參考書於一定程度上實為不少學生增進其學習成效之輔助學習工具，進而對參考書市場上之獨占問題的改善，與公平會通力合作，盡一份心力。

於此，二者可協力合作之事，乃是促使智慧財產主管機關，適當修正著作權法相關規定，避免因著作權法保護導致教育政策及學生學習能力，因能否付起高價參考書一事，而受到不當扭曲。解決方向基本上有二：(1)首先，乃是著作權法有關合理使用相關規定，當著作權法第 47 條以支付使用報酬之前提，容許審定教科書得合理使用他人著作、並編寫輔助教材時，實已提供吾人有關於此之思考方向；(2)其次，若著作權法修正有困難或緩不濟急，則教育部亦可思考由其本身於審定制度中，追加申請人一項義務，令其於受領合理報酬的前題下，容許他人準據其教科書編寫參考書。以下，換節詳述之。

二、著作權法與教科書有關之合理使用規定及其修正方向

著作權法第 47 條規定如下：

「為編製依法令應經教育行政機關審定之教科用書，或教育行政機關編製教科用書者，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。

前項規定，於編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用之輔助用品，準用之。但以由該教科用書編製者編製為限。

依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作。

前三項情形，利用人應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬。使用報酬率，由主管機關定之。」

本條係有關審定教科書使用他人著作之合理使用規定。一般而言，著作權法設計各種不同合理使用規定，其目的大致有三：(1)為確保憲法保障之言論自由、新聞自由等崇高價值，而對著作權權利行使之限制；(2)為公益或公共政策目的而為之限制，例如為司法、立法、教育、研究、圖書館、盲人學習等；(3)因為市場失靈而承認之合理使用，最有名者當係私人之非營利使用行為⁴⁶。將此等類型對照著作權法第 47 條規定內容可知，該條規定係國家為實現其所意圖之教育公益或公共政策，而對著作權人的權利行使加諸之限制。職是，當民間出版事業依據教育部課程綱要編撰教科書時，若有使用他人著作之必要，得依同條第 4 項規定於給付合理使用報酬下，重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。更者，審定教科書的出版事業，其權利尚不僅止於此，依據同條第 2 項規定，若其尚有意編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用的輔助用品，出版事業可再次合理使用該當著作。

通常，於編撰教科書時，會利用到他人著作者，多屬於國語科教科書之編製，因其會使用到其他作家的優美文章或藝術創作，此等文章或藝術創作可能於編寫輔助教材時，會被再重製或改作，著作權法第 47 條第 2 項規定，於此扮演重要角色。當然，亦難能否定的，其他自然或社會等教科書有時亦可能會使用到他人所拍攝之照片，但情形顯然少得許多，且此等照片等於編寫參考書時，亦無重製或改作之必要。於此認識下，吾人大概可以瞭解，當未經過教科書著作權人的同意，即依據該版本教科書編寫、出版參考書籍等輔助教材時，參考書出版事業不僅可能侵害教科書出版事業之著作權，於國語科等參考書之情形，尚有可能侵害到被教科書使用之著作的著作權。

對於如此法律規範，吾人不免有所質疑，若使為教育等公益或公共政策的實現，要求著作權人必須忍受，令審定教科書出版事業得於支付合理報酬的前提下，合理使用其著作，則為何也不能依此類推，要求審定教科書之出版事業，在受領合理報酬的前提下，容許他人得合理使用其教科書，編寫、出版參考書呢？此種差別待遇存在之原因，或許可以從教育部所發布的新聞稿中，窺得其要，其謂：「教科書才是每個學生所使用者，參考書非學生必備學習材料，僅是輔助性質、可用可不

⁴⁶ 有關著作權法上合理使用規範之詳細探討，參照馮震宇、胡心蘭（2001），「論美國著作權法合理使用原則之發展與適用」，中原財經法學，第 6 期。

用。」⁴⁷然而，如果僅是「可用可不用」，為什麼那麼多學生（家長）又要花費那麼多錢購買參考書，理由當然不是因為買來「可用可不用」，而係對學習成效有一定的幫助吧！

本文絕非毫無保留地贊同參考書制度，亦非為其使用搖旗吶喊，而是基於事實認識，當現實教育體制裡確實有為數不少學生為增加其學習效果使用參考書，致令出版事業得鴻圖大展時，或可反映出事實上參考書至少於某種程度上，對一些非上等資優生，而與筆者同列之資質拙劣學生，於學習能力的增強上，有其不可抹滅之效。參考書對部分學生之必要，正如同補習班對不少學生之必要。理念上，吾人或許不應支持參考書或補習班的存在，但理念終歸是理念，事實上與補習班愈來愈盛行一樣，參考書銷路似乎也是歷久不衰。於此務實認識下，設若參考書如同補習班一般，無法予以完全禁止，則僅容許教科書出版事業方可編製參考書，其他有能、甚或更有能力之人卻不能為幫助學生之學習成效而撰寫參考書，似乎理論與實務上皆有其重大問題點。況且，正如同開放民間業者編寫教科書，部分目的乃是希望藉由事業間之競爭提升教科書品質，則於參考書市場為何就不能有類似思維，而坐壁上觀、任其僅由少數出版事業獨占。

教育主管機關當有必要放棄參考書「可用可不用」之迷思，正視現今存在於教育體制上的問題事實。倘若參考書會扭曲教學，則教科書出版事業所編寫之參考書當然亦會扭曲教學，為何容許其存在。設若教育主管機關真心以為，參考書不應存在，則應一律禁止不得出版參考書，包括擁有教科書著作權之出版事業。然則，當禁止出版事業不得編寫參考書因有違反比例原則、侵害基本權之虞，難以付諸實施時，教育主管機關就不得不退求其次，承認參考書的存在及其某種程度之必要性，惟亦應同時仿照其當初開放教科書市場，希冀藉由競爭提升教科書品質之理念，積極推動參考書市場的開放，讓有志之士亦可編寫參考書，促進市場競爭，提升參考書品質，同時亦可藉此競爭降低價格，避免因價格過高（再次重申，價格過高問題不少部分乃係源自審定制度）導致部分學生雖有購買意願，卻苦於付不出高額價金而不得不黯然放棄，其結果可能是學習成效將因學生本身所無法控制之外在貧富差距因素，更加擴大其鴻溝。

⁴⁷ 參照前揭註 20 及其引註之本文敘述。

若以上見解並非個人偏見，而係務實觀察所得，則教育主管機關與公平會二者應合力推動、說服智慧財產主管機關或國會，修正著作權法相關規定，於第 47 條追加第 4 項規定，令有志之士得於支付合理報酬予教科書著作權人的前提下，自由編寫參考書。若著作權法之修正，恐會引起外國政府疑慮我國將藉此降低對著作權的保護水平，則教育部本身亦可思索於通過各該版本教科書之審定時，附加一負擔，要求出版事業未來應於合理的報酬下，容許他人得自由準據其教科書編寫參考書。就教科書出版事業而言，若其教科書因品質良好而廣受採用，則準據其教科書編寫參考書之人亦會因此等比增加，此等豐盛的權利金收入，當可抵銷其因喪失獨占地位所蒙受之損失。更何況，教科書出版事業於參考書市場上取得獨占地位一事，其合理性本就值得商榷。蓋其參考書市場獨占地位之取得，係因其教科書經過教育部審定並配合與參考書間的補充關係，教育部基於教育公益考量而推動審定制，並非意欲賦予其於別的市場享有獨占地位；另一方面，當著作權法亦基於教育公益或政策考量，同意渠等得合理使用他人著作時，渠等亦應同樣為教育公益或政策之實現，容許別人亦得合理使用其教科書。有道是，有借有還、再借不難。

唯有在此相互體認、容忍下，教育部所推動之審定制方得以發揮其成效，受到各界肯定而繼續維持，如果現今情勢一直惡化下去，致令社會各界理解到審定制所引發之參考書市場獨占地位，造成參考書售價過高，且若參考書購買能力之有無可能引致學習成效的差距，貧富差距、城鄉差距將因此更加拉大，社會輿論或將出現要求教育主管機關廢除審定制的極端反撲，結果又回到過去統編本時代。於此，教科書出版事業不僅將喪失授權合理使用的權利金，連教科書本身之出版，都可能煙消雲散，損失慘重；而若社會整體又倒流回到過去統編本時代，則危害大矣。關心教育發展之人，絕對不希望看到事態如此發展，教科書出版事業為本身利益，為社會整體公益，實皆有必要容許他人準據其教科書編寫參考書的自由。同時，不僅教育主管機關、公平會為教育公益及競爭公益，有必要推動前述著作權法之修正，著作權主管機關亦應深切體認到合理使用之立法理念、規範意旨，促成其早期修正。苟能如此，則國家之幸、人民之幸、學生之幸！

伍、結語

經由上述分析，本文有以下四點結論與建議：

- 一、由於教科書選用權人與價金支付、使用人間之分立，使得法理上難能將並未支付教科書價金之學校、教師、校務會議成員等人，視為公平法第 19 條第 3 款之交易相對人，從而針對該等人士所為之「贈品」行為，實質上亦非同款不當利誘所為之「贈品」，其本質上趨近於「賄賂」，而具有高度倫理可非難性，因其如此「不符合社會倫理手段從事交易」一事至明，從而應對此類行為直接適用以公平法第 24 條規定。若此，則不僅可凸顯該「贈品」行為之本質，且於法理、行為之問題核心、法條適用上，更能令一般社會大眾清楚、明確掌握其非難性所在。
- 二、正視教科書市場與參考書市場二者間的鎖入效應，以及因此所帶給教科書出版事業於其版本之後續參考書市場上，所擁有幾近獨占的地位，對出版事業不當提高參考書售價、搭售等行為，適用以公平法第 10 條第 2、4 款之濫用獨占地位規範。且於智慧財產或教育主管機關，都無意修改著作權法或現行審定制度的，令有志之士得於支付合理報酬的前題下，自由準據特定版本教科書編寫、出版參考書之情形，公平會似亦可視情況需要，妥善利用關鍵設施理論，認定教科書出版事業拒絕授權他人編寫參考書之行為，乃係公平法第 10 條第 1 款的濫用行為，並禁止其為之，間接達成強制授權之目的。
- 三、當其所主導之聯合議價機制，並無法完全拂拭可能引發違反公平法聯合行為規制之疑慮時，教育部應有必要再向公平會確認該聯合議價行為於公平法上的適法性。甚者，倘若此一聯合議價機制並不受教師界歡迎，且係參考書售價高漲要素之一，並因此益加加深城鄉間學習效果的差距，則教育部當有必要正視該機制所引發之負面效應，若經檢討認此機制仍有存續必要，則應於合法的前提下，檢討修正其作法，並設法彌補上述城鄉間鴻溝的擴大。更者，若引起聯合議價之最根本原因，乃是因為教科書最終購買主體為學生（家長），則最為徹底根絕聯合議價機制所引發的各種疑慮，當是仿照多數先進國家制度，由教育部統一編列預算購買教科書，並分送被要求接受義務教務之學子。若能如此，

則不僅可以徹底落實義務教育之理念，亦因採購已係由教育部本身統一為之，從而無「聯合」的必要，亦無引發違反公平法之疑慮。

四、當現行出版事業其參考書市場獨占地位之擁有，不少部分係緣起於教育部的教科書審定制度時，教育部實不該再以一語參考書「可用可不用」卸責。若對部分學子而言，參考書係為增進學習能力及效果之必要輔助教材，則如同教育部於開放民間業者編印教科書時之理念，如何藉由競爭方式提升參考書的內容與品質，教育部亦應正視之。此時，或可思考於未來，針對審定本教科書之出版事業，於核准其審定時附加條件或負擔，要求其於收取由教育部所定之合理報酬下，容許他人可準據其教科書編寫、出版參考書。若使教育部認為修正著作權法第 47 條規定，更可達成促進參考書市場競爭、達到提升品質之目的，則應積極聯合公平會說服著作權主管機關，研擬著作權法相關條文的修正。

參考文獻

- 行政院公平交易委員會（2004），認識公平交易法，增訂第十版。
- 吳秀明（2004），競爭法制之發軔與展開，元照出版社。
- 根岸哲、舟田正之（2003），獨占禁止法概說，第二版，有斐閣。
- 國立編譯館中小學教科用書編輯研究小組（1988），中小學教科用書編輯制度研究，國立編譯館。
- 教育部國民教育司網站，「國中小課程教學不獨尊合科或分科 部編本教科書預定九十四學年度供應」，網址：<<http://140.122.120.230/ejedata/kying/20041281347/930128-2.htm>>。
- 教育部，「參考書可用可不用 其價格與聯合議價無必然關係」，網址：<<http://www.eje.edu.tw//data/linda/20028301312/new0830.htm>>。
- 馮震宇、胡心蘭（2001），「論美國著作權法合理使用原則之發展與適用」，中原財經法學，第 6 期。
- 黃銘傑（2001），「相對優勢地位濫用與公平交易法之規範」，台大法學論叢，第 30 卷第 5 期。
- 黃銘傑（2001），「專利授權與公平交易法—以拒絕授權與強制授權惟中心」，萬國法律，第 120 期。
- 黃銘傑（2003），「智慧財產侵害警告函與公平交易法之適用—專利權權利行使之意義與界限」，台大法學論叢，第 32 卷第 5 期。
- 黃銘傑（2004），「公平交易委員會搭售規範之弔詭—論公平交易法第 19 條第 6 款適用於搭售行為之合理性」，月旦法學雜誌，第 109 至 110 期。
- 黃銘傑（2004），「公平交易法第 20 條第 1、2 項「表徵」之意義及其與新式樣專利保護之關係—評最高行政法院 92 年判字第 1649 號判決」，萬國法律，第 135 期。
- 黃銘傑、紀振清（1999），從日本解除管制經驗檢視我國解除管制作法及方向，行政院公平交易委員會 88 年度合作研究計畫報告。
- 廖義男（計畫主持人）（2003），公平交易法之註釋研究系列（一）—第 1 條至第

17 條，行政院公平交易委員會 92 年度合作研究報告。

Shapiro, Carl (1995), "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", 63 *Antitrust L. J.*, 483.

Hovenkamp, Herbert (1993), "Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case", 40 *UCLA L. Rev.*, 1447.

Opi, Sergio Baches (2001), "The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property rights Still Sacrosanct?", 11 *Fordham I. P., Media & Ent. L. J.*, 409.

Organisation for Economic Co-operation and Development (1996), *The Essential Facilities Concept*.

**Competition in the Educational Textbook and Reference Book Markets and Its
Relevance to the Fair Trade Act of Taiwan**

Huang, Ming-Jye

Abstract

In Taiwan, specific academic textbook suppliers were once responsible for the publishing and distribution of obligatory textbooks for elementary and junior high school students; however, the market was deregulated in 1996. By 2002, in fact, the competent education authority had totally retreated from making certain educational textbooks mandatory. Since these materials make up a considerably profitable business, publishers were in such competition for the publication and sale of their own textbooks that ultimately the competition became a race to the bottom. To restore a healthy degree of competition to this market, the Fair Trade Commission of Taiwan began taking steps to enforce the Fair Trade Act against undue competitive conduct and, in so doing, has promulgated many guidelines for the market since 1998. This article explores the implications of those regulations on competition in the academic textbook and reference book markets. By reviewing recent, yet widely known, theories known as “lock-in” and the “essential facilities doctrine”, this article analyzes current problems concerning the FTC’s enforcement of the regulations and makes some suggestions for improvements in the future.

Key words: Fair Trade Law, textbooks, reference books, lock-in, essential facilities doctrine

