

94 年委託研究報告二

公平交易法之註釋研究系列(三)  
**第二十五條至第四十九條**

中華民國 94 年 12 月

94 年委託研究報告二

# 公平交易法之註釋研究系列(三) 第二十五條至第四十九條

計畫主持人

廖義男

共同主持人

謝銘洋、黃銘傑、石世豪、吳秀明、陳志民

研究人員

王以國 顏雅倫 陳人傑 洪大植

本報告不必然代表行政院公平交易委員會意見

中華民國 94 年 12 月

## 中文摘要

「公平交易法之註釋研究系列」乃是進行本國公平交易法之註釋書撰寫工作，藉以提供政府、學術專家以及實務工作者處理公平交易案件及後續研究之參考。在體例上，係參考外國法條註釋書編寫方式，並參證國內推動重要法典逐條註釋之既有經驗，期以系統化方式整理、呈現我國學說及實務之發展情形，並有效扣合法律專業工作者援引、解釋公平交易法之操作需求。

由於法條註釋書之編寫方針，係以系統化之方式，揭示現行有效法律之意義及其規範內容為目的，尤重法條規範目的、構成要件、法律效果以及如何適用之闡明；因此，「公平交易法之註釋研究系列」之註釋體例，除法律條文之文義、條文結構及各條間之相互關係、相關法律概念之比較參照之外，具體個案中有權機關之解釋及其適用之情形等，尤其為個別條文之註釋重點所在。此外，為有助於我國快速累積競爭法之立法經驗、執行技術與執法能力，「公平交易法之註釋研究系列」於體例的安排上，於各該條文之構成要件註釋前即先進行外國相關法制比較，而檢選本國立法過程中曾經參酌之美國、日本、德國的相關規定，以及近來廣受矚目並為國內學說與實務所重視的歐盟法制，作為法制比較之參考。

本次研究報告內容，係「公平交易法之註釋研究系列」第三部份。除於序論中再次說明「公平交易法之註釋研究系列」逐條釋義之撰寫體例外，本次註釋範圍為公平交易法第二十五條至第四十九條，亦即以公平交易法第四章（公平交易委員會）、第五章（損害賠償）、第六章（罰則）與第七章（附則）為註釋內容。

## **Abstract**

The project regarding “The Annotation of the Fair Trade Law” intends to provide a profound reference book and help the government, scholars and enterprises to cope with the cases related to the Fair Trade Law. Hence, this project tries to expound the theories and practice with regard to the Fair Trade Law. Follow-up researches are also supposed to be boosted by this project.

“The Annotation of the Fair Trade Law” volume 3 is comprised of the preface and the annotation of the Articles classified in Chapter 4(Fair Trade Commission), Chapter 5(Compensation for Damages), Chapter 6(Punishment), Chapter 7(Supplementary Provisions). As for its style, with consulting foreign annotation books and the previous related experiences in Taiwan, “The Annotation of the Fair Trade Law” also emphasizes the purpose, elements, effects and application of each article, and especially focuses on the interpretation of the competent authority. Moreover, for improving the experiences and abilities of enforcing competitive laws, “The Annotation of the Fair Trade Law” introduces the relevant regulations of United States, Japan, German and the European Union prior to the annotation of each article.

# 目次

<b>序論：逐條釋義之體裁</b> .....	<b>i</b>
壹、體例.....	iii
貳、研究分工.....	iv
參、寫作說明.....	vii
一、項目及順序.....	vii
二、註釋風格.....	viii
肆、凡例.....	viii
<b>第四章 不公平競爭</b> .....	<b>1</b>
壹、本章條文內涵概說.....	1
一、組織定位.....	2
二、職權行使.....	3
三、調查程序.....	4
貳、本章與本法其他各章之關係.....	4
一、與實體規範之關係.....	5
二、與行政裁罰規範之關係.....	6
三、與附則規範之關係.....	6
參、法制比較.....	6
一、美國.....	6
二、日本.....	17
三、德國.....	21
四、歐洲聯盟.....	28
<b>第二十五條 公平交易委員會之職掌</b> .....	<b>47</b>
壹、法制比較.....	48
一、美國.....	48

二、日本.....	49
三、德國.....	49
四、歐洲聯盟.....	49
貳、立法沿革與體系定位.....	50
一、立法沿革.....	50
二、體系定位.....	51
參、設置委員會及其職掌.....	52
一、行政院設置公平交易委員會.....	53
二、公平會之法定職掌.....	54
<b>第二十六條 公平交易委員會之調查處理程序.....</b>	<b>59</b>
壹、法制比較.....	60
一、美國.....	60
二、日本.....	61
三、德國.....	61
四、歐洲聯盟.....	62
貳、立法沿革與體系定位.....	62
一、立法沿革.....	62
二、體系定位.....	63
參、調查處理之開始.....	64
一、啟動調查程序之事由.....	65
二、調查之開始.....	67
三、處理.....	69
<b>第二十七條 公平交易委員會之調查程序.....</b>	<b>73</b>
壹、法制比較.....	74
一、美國.....	74
二、日本.....	74

三、德國.....	75
四、歐洲聯盟.....	75
貳、立法沿革與體系定位.....	76
一、立法沿革.....	76
二、體系定位.....	77
參、調查程序中之資訊取得措施.....	78
一、要求陳述意見.....	78
二、要求提供文書或證物.....	79
三、派員檢視.....	80
四、拒絕之權利.....	80
<b>第二十七條之一 程序中之資訊公開.....</b>	<b>83</b>
壹、法制比較.....	84
貳、立法沿革與體系定位.....	84
一、立法沿革.....	84
二、體系定位.....	84
參、當事人或關係人之卷宗閱覽權.....	85
一、閱覽要件.....	85
二、閱覽範圍.....	87
三、不得閱覽之例外.....	90
四、閱覽方式.....	91
<b>第二十八條 依法獨立行使職權.....</b>	<b>93</b>
壹、法制比較.....	94
一、美國.....	94
二、日本.....	94
三、德國.....	94
四、歐洲聯盟.....	94

貳、立法沿革與體系定位.....	94
一、立法沿革.....	94
二、體系定位.....	96
參、公平會之獨立性.....	96
一、公平交易委員會.....	96
二、依法獨立行使職權.....	97
三、以自己名義為處分.....	99
<b>第二十九條 公平交易委員會之組織.....</b>	<b>101</b>
壹、法制比較.....	102
一、美國.....	102
二、日本.....	102
三、德國.....	102
四、歐洲聯盟.....	102
貳、立法沿革與體系定位.....	102
一、立法沿革.....	102
二、體系定位.....	103
參、機關組織法定原則.....	105
一、組織.....	105
二、以法律定之.....	111
<b>第五章 民事責任.....</b>	<b>113</b>
壹、本章規範內容概述.....	114
一、除去侵害與防止侵害請求權：公平法第 30 條.....	114
二、損害賠償請求權.....	116
三、判決書登載新聞紙：公平法第 34 條.....	118
四、消滅時效：公平法第 33 條.....	119



貳、適用關係.....	119
一、公平法第 31 條與民法第 184 條第 2 項之關係.....	119
二、公平法第 31 條與第 32 條之關係.....	120
三、公平法第 32 條第 1 項與第 32 條第 2 項之關係.....	120
參、民事責任之體系定位、目的與功能.....	120
一、立法目的.....	120
二、本章章名與規範體系.....	121
三、民事制裁與刑事制裁及行政制裁之關係.....	121
四、本章規定與民法侵權行為損害賠償之關聯與區別.....	122
五、智慧財產權法上權利侵害救濟民事責任規定之參照.....	123
肆、公平法上民事責任之各國法制比較.....	123
一、美國法制.....	123
二、日本法制.....	131
三、德國法制.....	133
四、歐洲聯盟.....	152
<b>第三十條 除去侵害請求權及防止侵害請求權.....</b>	<b>155</b>
壹、法制比較.....	156
貳、立法沿革.....	156
參、立法目的、體系定位與實務意義.....	157
一、立法目的.....	157
二、本條規定與競爭法上「防衛請求權」之體系.....	159
三、實務意義.....	161
肆、構成要件分析.....	162
一、義務人.....	162
二、請求權人.....	162

三、權益侵害或有侵害之虞.....	163
四、不以故意過失為主觀要件.....	165
五、違反本法規定之侵害行為.....	165
六、因果關係.....	166
七、違法性.....	166
伍、法律效果.....	166
一、請求除去其侵害.....	166
二、請求防止其侵害.....	168
<b>第三十一條 損害賠償責任.....</b>	<b>171</b>
壹、法制比較.....	172
貳、立法沿革、規範目的與實務意義.....	173
一、立法沿革.....	173
二、規範目的.....	173
三、民事執法管道的實務意義.....	174
參、構成要件分析.....	175
一、賠償義務人一違反本法規定之事業.....	175
二、侵害行為.....	176
三、侵害權利或利益.....	177
四、受有損害.....	178
五、請求權人之範圍.....	180
六、故意或過失之主觀要件.....	184
七、因果關係.....	190
八、違法性.....	194
肆、法律效果.....	195
一、損害賠償之方法.....	195
二、損害賠償額之計算.....	196

伍、法律適用—本條與民法第 184 條第 2 項之關係.....	197
<b>第三十二條第一項    三倍損害賠償規定.....</b>	<b>201</b>
壹、法制比較.....	202
一、美國.....	202
二、日本.....	202
三、德國.....	202
四、歐洲聯盟.....	202
貳、立法沿革與體系定位.....	203
參、規範目的.....	204
肆、構成要件分析.....	206
一、適用前題.....	206
二、以故意行為為限.....	206
三、侵害情節之輕重.....	208
四、以已證明損害額之三倍為上限.....	209
五、與其他法律之關係.....	210
<b>第三十二條第二項    以侵害所得利益計算損害額.....</b>	<b>213</b>
壹、法制比較.....	214
一、美國法.....	214
二、歐盟法.....	214
三、日本法.....	214
四、德國法.....	214
貳、立法沿革、體系定位與規範目的.....	215
參、構成要件分析.....	218
一、適用前提.....	218
二、「得」請求與「專依」利益計算.....	218
三、因果關係判斷問題.....	219

四、利益之計算.....	220
<b>第三十三條 消滅時效.....</b>	<b>221</b>
壹、法制比較.....	222
貳、立法沿革與體系定位.....	222
一、立法沿革.....	222
二、體系定位.....	222
參、構成要件分析.....	224
一、罹於時效之權利.....	224
二、長短期時效規定.....	224
三、消滅時效之起算時點.....	225
<b>第三十四條 登載判決書.....</b>	<b>227</b>
壹、法制比較.....	228
貳、立法沿革與體系定位.....	228
一、立法沿革.....	228
二、立法目的與體系定位.....	228
參、構成要件分析.....	230
一、須由被害人請求侵害人負擔登載費用.....	230
二、將判決書內容登載新聞紙.....	230
<b>第六章 罰則.....</b>	<b>231</b>
壹、罰則之作用.....	232
貳、本章內容概述.....	232
一、糾正措施.....	232
二、罰鍰.....	233
三、其他裁罰性不利處分.....	233
四、刑罰.....	236
參、處罰原則.....	237

一、兩罰原則.....	237
二、從重處罰.....	237
肆、本章與本法其他各章之關係.....	237
一、與第四章之關係.....	239
二、與第五章之關係.....	240
伍、修法方向.....	241
一、罰金與罰鍰之互動關係.....	241
二、以營業額之一定比例作為罰鍰金額.....	242
三、第 44 條的刪除.....	243
陸、法制比較.....	243
一、美國法制.....	243
二、日本法制.....	252
三、德國法制.....	254
四、歐體法制.....	264
<b>第三十五條第一項 違反獨占、聯合、仿冒之刑事制裁.....</b>	<b>269</b>
壹、法制比較.....	272
一、美國.....	272
二、日本.....	277
三、德國.....	278
四、歐洲聯盟.....	281
貳、立法沿革與規範定位.....	281
一、立法沿革.....	281
二、規範功能與定位.....	283
參、構成要件分析.....	284
一、違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定.....	284
二、經主管機關依同法四十一條規定，限期命其停止、改正其行為或採取必	

要更正措施.....	284
三、逾期未停止者、改正其行為或未採取必要更正措施.....	291
四、停止後再為「相同」或「類似」違反行為者.....	293
五、處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰 金.....	299
肆、法律適用.....	302
一、公平法第 35 條第 1 項與第 41 條之適用.....	302
二、公平法第 35 條第 1 項與商標法之適用.....	307
伍、第 35 條第 1 項判決整理.....	309
一、修法後採「先行政後司法」之判決.....	309
二、其他判決.....	316
<b>第三十五條第二項 多層次傳銷禁止規定違反之罰則.....</b>	<b>329</b>
壹、法制比較.....	330
一、德國.....	330
二、日本.....	330
貳、立法沿革與規範定位.....	331
一、立法沿革.....	331
二、立法體例.....	332
三、規範功能與定位.....	333
參、要件之分析.....	334
一、行為人.....	334
二、主觀要件.....	335
三、違反第 23 條規定.....	336
四、處行為人三年以下有期徒刑、拘役或併科新台幣一億元以下罰金.....	338
肆、與其他法律之關係.....	346
一、銀行法第 29 條、第 29 條之 1 對非法收受存款之禁止.....	347

二、刑法第 339 條、340 條之詐欺取財罪、常業詐欺罪.....	348
<b>第三十六條 違反第十九條之罰則 .....</b>	<b>351</b>
壹、法制比較.....	352
一、美國法.....	352
二、歐盟法.....	352
三、日本法.....	353
四、德國法.....	353
貳、立法沿革與體系定位.....	354
一、立法沿革.....	354
二、體系定位.....	356
參、構成要件分析.....	356
一、違反第十九條規定.....	356
二、限期命其停止、改正其行為或採取必要更正，而逾期未停止、改正其行為措施或 未採取必要更正措施.....	356
三、「相同」或「類似」的違反行為.....	360
四、刑責.....	360
肆、法律適用.....	360
<b>第三十七條 違反營業毀謗之刑事制裁.....</b>	<b>363</b>
壹、法制比較.....	364
一、美國.....	364
二、德國.....	365
三、日本.....	366
四、歐盟.....	367
貳、立法沿革與規範定位.....	367
一、立法沿革.....	367
二、規範功能與定位.....	368

參、構成要件分析.....	370
一、客觀構成要件.....	370
二、主觀構成要件.....	377
肆、罪責.....	378
一、不法意識.....	378
伍、法律適用.....	379
一、與刑法第 310、313 條之關係.....	379
二、與第 36 條競合時之適用.....	380
三、與第 41 條競合時之適用.....	381
陸、第 37 條案例分析.....	383
一、本條判決趨勢簡析.....	383
<b>第三十八條 法人之刑事責任規定.....</b>	<b>397</b>
壹、法制比較.....	398
一、美國法.....	398
二、歐盟法.....	403
三、日本法.....	403
四、德國法.....	403
貳、立法沿革與體系定位.....	403
參、法人犯罪能力及立法體例.....	405
肆、構成要件分析.....	406
一、法人犯前三條之罪.....	406
二、行為人依前三條規定處罰，法人亦科以各該條之罰金.....	408
伍、與其他法律之關係.....	409
一、第 35 條第 1 項部份.....	410
二、第 35 條第 2 項部份.....	414
三、第 37 條部分.....	419



<b>第三十九條</b>	<b>法律競合時法條之適用.....</b>	<b>425</b>
	壹、法制比較.....	426
	一、美國法.....	426
	二、歐盟法.....	426
	三、日本法.....	426
	四、德國法.....	426
	貳、立法沿革與體系定位參、構成要件分析.....	427
	參、構成要件分析.....	427
	一、前四條之處罰.....	427
	二、其他法律有較重之規定.....	427
<b>第四十條</b>	<b>違法結合之處分.....</b>	<b>441</b>
	壹、法制比較.....	442
	一、美國.....	442
	二、日本.....	442
	三、德國.....	442
	四、歐洲聯盟.....	443
	貳、立法沿革與規範目的.....	444
	參、構成要件分析.....	445
	一、違反行為類型.....	445
	二、處罰之對象.....	453
	肆、法律適用.....	454
	一、第 40 條第 1 項與本法第 13 條解體處分間之關係.....	454
	二、與本法第 41 條之關係.....	454
	三、罰鍰裁量之程序及判斷基準.....	455
<b>第四十一條</b>	<b>違反本法規定之行政責任.....</b>	<b>457</b>
	壹、法制比較.....	458

一、美國.....	458
二、日本.....	463
三、德國.....	464
四、歐洲聯盟.....	465
貳、立法沿革與體系定位.....	468
一、立法沿革.....	468
二、體系定位.....	470
參、構成要件分析.....	472
一、「違反本法規定」之意義.....	472
二、限期命停止、改正其行為或採取必要更正措施.....	477
三、罰鍰之裁處及其裁量基準.....	477
四、逾期不停止、改正或採取必要更正措施.....	481
肆、程序與救濟.....	487
一、公平會依本條規定為糾正或罰鍰處分之行政程序.....	487
二、救濟程序.....	489
伍、法律適用.....	493
一、公平法第 41 條與其他法律相關規定競合適用之基本原則.....	493
二、公平法第 21 條與其他法規關於廣告或標示之規範.....	494
三、公平法第 10 條與電信法上關於市場主導者之規範.....	497
<b>第四十二條 多層次傳銷禁止規定違反之行政罰.....</b>	<b>499</b>
壹、法制比較.....	501
一、美國.....	501
二、日本.....	501
三、德國.....	502
貳、立法沿革與規範定位.....	502
一、立法沿革.....	502

二、立法體例.....	502
三、規範功能與定位.....	504
參、構成要件分析.....	505
一、裁罰性之不利處分—第 1 項.....	505
二、妨礙參加人解除或終止契約之糾正及處罰—第 2 項.....	510
三、違反多層次傳銷管理辦法之糾正及處罰—第 3 項.....	514
<b>第四十二條之一 停止營業之期間.....</b>	<b>517</b>
壹、法制比較.....	517
一、德國.....	517
二、日本.....	517
貳、立法沿革與規範定位.....	518
一、立法沿革.....	518
二、規範功能與定位.....	518
參、構成要件分析.....	519
一、「依本法所處」之情形.....	519
二、每次.....	520
三、六個月.....	520
<b>第四十三條 拒絕配合調查之處罰.....</b>	<b>521</b>
壹、法制比較.....	522
貳、立法沿革與體系定位.....	522
一、立法沿革.....	522
二、體系定位.....	522
參、要件分析.....	523
一、應配合調查之主體.....	523
二、公平會依法進行調查時.....	523
三、拒絕履行法定配合調查義務.....	523

四、歸責要件.....	524
肆、法律效果.....	525
一、拒絕之處罰.....	525
二、連續處罰.....	525
<b>第四十四條 移送強制執行.....</b>	<b>527</b>
<b>第七章 附則.....</b>	<b>529</b>
壹、本章規範功能.....	529
貳、本章規範內容.....	530
一、第 45 條：除外規定—智慧財產權之正當行使.....	530
二、第 46 條：本法與其他法律競合適用之情形.....	531
三、第 47 條：未經認許之外國法人或團體.....	532
四、第 48 條：本法施行細則之制定.....	532
五、第 49 條：本法施行日.....	533
參、本章修法方向.....	533
肆、法制比較.....	534
一、美國.....	534
二、日本.....	537
三、德國.....	538
四、歐體聯盟.....	539
<b>第四十五條 除外適用 — 智慧財產權之正當行使.....</b>	<b>545</b>
壹、法制比較.....	547
一、美國.....	547
二、日本.....	547
三、德國.....	549
四、歐洲聯盟.....	549
貳、立法沿革與體系定位.....	549

一、立法沿革.....	549
二、體系定位.....	550
參、構成要件分析.....	550
一、概說.....	550
二、適用範圍.....	554
三、行使權利之行為.....	555
四、公平法可被排除適用之範圍.....	559
五、行使權利正當行為之判斷.....	560
肆、法律適用.....	587
一、與公平法第 46 條之關係.....	588
二、與專利法第 60 條之關係.....	589
<b>第四十六條 本法與其他法律競合適用之情形.....</b>	<b>591</b>
壹、法制比較.....	593
一、美國.....	593
二、歐洲共同體.....	594
三、德國.....	595
四、日本.....	595
貳、立法沿革與規範目的.....	596
一、立法沿革.....	596
二、立法體例.....	599
三、規範功能與定位.....	600
參、1999 年 2 月 3 日修正前公平法第 46 條第 1 項之分析.....	602
一、規範定位與功能.....	602
二、「其他法律」.....	604
三、「不適用本法之規定」.....	604
肆、本條規範之分析.....	605

一、修正之意義.....	605
二、「事業」.....	607
三、「關於競爭之行為」.....	607
四、「其他法律」.....	608
五、「於不抵觸本法立法意旨之範圍內」.....	609
六、「優先」適用該其他法律之規定.....	613
伍、與本法其他條文間之適用關係.....	625
一、公平會與其他機關間之商同辦理—第 9 條第 2 項.....	625
二、智慧財產權權利正當行使行為之除外—第 45 條.....	627
陸、與其他法律間之適用關係.....	629
一、其他法律規定與公平法間競合、衝突之類型與適用上之關係.....	629
二、明文排除公平法適用之法律規定.....	630
三、未有排除公平法適用之法律規定.....	631
<b>第四十七條 未經認許之外國法人或團體之保護.....</b>	<b>643</b>
壹、法制比較.....	643
一、美國.....	643
二、日本.....	643
三、德國.....	643
四、歐洲聯盟.....	644
貳、立法沿革與規範目的.....	644
一、立法沿革.....	644
二、規範目的.....	644
三、適用範圍.....	645
<b>第四十八條 本法施行細則之制定.....</b>	<b>647</b>
壹、法制比較.....	648
一、美國.....	648

二、日本.....	648
三、德國.....	649
四、歐洲聯盟.....	649
貳、立法沿革與體系定位.....	649
一、立法沿革.....	649
二、體系定位.....	650
參、本法施行細則之授權依據、內容及定位.....	651
一、本法施行之規範及其授權.....	651
二、本法施行細則之內容.....	654
三、與公平會其他規範制定之關係.....	660
<b>第四十九條 本法之施行日.....</b>	<b>663</b>
壹、法制比較.....	664
一、美國.....	664
二、日本.....	664
三、德國.....	664
四、歐洲聯盟.....	664
貳、立法沿革與體系定位.....	664
一、立法沿革.....	664
二、體系定位.....	665
參、本法效力之時點.....	665
一、本法第一次施行.....	666
二、修正條文之施行.....	666
三、效力時點之例外.....	666
<b>關鍵字索引.....</b>	<b>671</b>
<b>參考文獻.....</b>	<b>684</b>

## 序論：逐條釋義之體裁

關於成文法典之逐條釋義，德國法學界與出版商合作、針對重要法典所編纂之法條註釋書（Kommentar）頗具代表性<sup>1</sup>。該國最根本之實體法，如：德國聯邦基本法（Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland，GG）<sup>2</sup>、民法典（Bürgerliches Gesetzbuch，BGB）<sup>3</sup>、刑法典（Strafgesetzbuch，StGB）<sup>4</sup>，均有多部權威性之法條註釋書；不同審判系統中所適用之基礎程序法，如：民事訴訟法（Zivilprozessordnung，ZPO）<sup>5</sup>、刑事訴訟法（Strafprozessordnung，StPO）<sup>6</sup>、行政訴訟法（Verwaltungsgerichtsordnung，VwGO）<sup>7</sup>等，亦有著名學者領銜註釋，均成為法學界及實務界普遍參證之法條解釋資料。實務發展較為成熟之個別法律領域，由於一方面文獻豐富、案例眾多，編纂法條註釋書之資料不虞匱乏；另一

---

1 與此相對，美國出版業者亦編有內容詳盡之法條註釋書，主要供律師事務所等法律專業機構使用；另一方面，該國大學法學院於法律專業教育中所使用之案例書（Case Book），則為傳承法律知識之重要媒介。此外，日本法學界亦有與出版界合作，就重要法典編纂逐條註釋者；以獨占禁止法為例，即有：弘文堂出版、厚谷襄兒等合著之條解獨占禁止法。

2 例如：Maunz-Dürig-Herzog註釋德意志聯邦基本法，由C. H. Beck所出版，或由Vahlen所出版、Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck等所合著的波昂基本法14鉅冊。

3 例如：由Beck法律出版社出版、Heinz G. Bamberger, Herbert Roth合著之BGB, Kommentar，或知名之Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch（近年較少修訂）。

4 例如：Karl Lackner, Kristian Kühl, Eduard Dreher, Hermann Maassen所合著，由C. H. Beck所出版之刑法典註釋書，更為完整者則有如Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch。

5 例如：由Schmidt出版社出版、Richard Zöllner, Reinhold Geimer, Reinhard Greger所合著之Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar，或著名之Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung及其更新專冊。

6 例如：由Beck法律出版社出版、Gerd Pfeiffer將刑事訴訟法與法院組織法一併註釋之Strafprozessordnung (StPO) und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar。

7 例如：由Beck法律出版社出版、Ferdinand O. Kopp, Wolf-Rüdiger Schenke合著之Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Kommentar。



方面則需求面廣、閱讀者眾，出版商亦樂意與法學界合作推廣專業資訊，法條註釋書亦不斷推陳出新。德國營業競爭限制防止法（GWB）及不正競爭防止法（UWG），即分別有Immenga/Mestmäcker<sup>8</sup>、Baumbach/Hefermehl<sup>9</sup>等權威著作，並依法典重大修正而更新出版內容。

另一類德國法律實務界經常使用之法律釋義書籍，則為針對個別法律領域或重要法典所編纂之實務手冊（Handbuch）<sup>10</sup>。由於此類書籍之內容並不限於法條解釋，且其中除整理法學理論及實務見解之外，通常亦兼及於法律所規範事實領域之背景說明（例如：新傳播科技之介紹及其對於通訊或傳播法制之影響、金融交易機制之說明及其相應之法律規範等），甚至包括豐富之實證資料與書類格式等，尤其適於介紹新興法律領域或提供新進人員學習參考之用。至於國內法學界較為熟悉的教科書（Lehrbuch）<sup>11</sup>，則以引導學習入門、提供法律專業教育所需之教材為主，並非實務工作者通常參考之資料來源。

在日本，除一般教科書及學術專門論著外，由多位學者或結合實務界人士共同合作執筆之工具書，主要有講座與逐條釋義二種型態。講座之撰寫方式，乃是設定各種重要議題，由對該議題有深入研究者負責執筆。在有關限制競爭之法律規範方面，最重要者為日本經濟法學位所編合計七冊之「獨占禁止法講座」。至於逐條釋義，則與本書體裁相似，係由熟悉相關學說及實務見解者針對各條規定

---

<sup>8</sup> 該書全名為 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Kommentar zum Kartellgesetz, 由C. H. Beck出版、Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmäcker合著。另如：由Beck法律出版社出版、Rainer Bechtold所著之 Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Kommentar。

<sup>9</sup> 該書全名為：Wettbewerbsrecht, Kommentar, 由Beck法律出版社出版、Helmut Köhler, Joachim Bornkamm, Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl等合著。另如：由Beck法律出版社出版、Hennig Harte-Bavendamm, Frauke Henning-Bodewig合著之UWG, Kommentar。

<sup>10</sup> 競爭法領域內之實務手冊，例如：Recht und Wirtschaft 出版社出版、Knut W. Lange所著之Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht。

<sup>11</sup> 例如：Volker Emmerich在競爭法領域內之著名教科書，限制競爭部分為：Kartellrecht、不正競爭部分為：Das Recht des unlauteren Wettbewerbs（2004年新版已更名為unlauterer Wettbewerb），均由Becker集團出版。

逐一註釋；由於多係針對學說及實務見解予以詳細之介紹，有時動輒二、三十鉅冊，例如註釋民法或註釋公司法等。在公平交易法方面，例如：正田彬教授所著之「全訂獨占禁止法」、田中誠二教授等合著之「コンメンタール獨占禁止法」等。

由於本研究乃是進行本國公平交易法之註釋書撰寫工作，藉以提供政府、學術專家以及實務工作者處理公平交易案件及後續研究之參考；因此，本研究報告擬參照德國法條註釋書之體例編寫，期以系統化方式整理、呈現我國學說及實務之發展情形，並有效扣合法律專業工作者援引、解釋公平交易法之操作需求。其實，就法學繼受及比較法制之相互參證而言，我國公法學界先驅林紀東教授，早在 1970 年代初即已編有中華民國憲法逐條釋義四冊鉅著<sup>12</sup>，為我國憲法研究開啓體系化之比較解釋先河。重要之新興法律領域方面，賴英照教授亦於 1980 年代末著有證券交易法逐條釋義<sup>13</sup>，成為我國引進美式法條註釋書之經典著作。此外，民事法學界亦先後集合國內優秀學者，試圖仿照德國及日本法條註釋書之體裁集體合作、分條註釋，藉以共同完成民法之逐條註釋工作。上述引介法條註釋體裁之法學成就，亦為本研究報告之編寫工作，奠定相當實用之經驗基礎。

本研究小組參考德國法條註釋書編寫方式，參證國內推動重要法典逐條註釋之既有經驗，並以法學界及實務工作者實際使用上之便利性考量，擬將公平交易法逐條釋義之體裁安排如下：

## 壹、體例

法條註釋書係透過高度概念化之體系架構，針對現行法典內各條規定所編纂之專業資料彙編。法條註釋書既為資料彙編之一種，對於資料完整性、均衡性及周延程度之要求，即與另一種法律專業資料庫，亦即 — 六法全書或法律（法令、法規）彙編（Gesetztexte）— 近似；以條文所涵蓋之廣度而言，法條註釋書固

---

<sup>12</sup> 該書於 1970 年時原由作者自刊，其後則改由三民書局出版。

<sup>13</sup> 該書於 1984 年刊行總則部分，1988 年之後由實用稅務出版社陸續刊行；其後改由作者發行、三民書局經銷。

然不及六法全書；但其中各條註釋之深度及其所涉實務見解之周延程度，卻遠非六法全書概略之條列或註記可比。然而，法條註釋書畢竟非專論（Aufsatz），並不以單一概念、理論或案例之深入探討為目的，毋寧更重視所註釋之現行有效法律及其規範內容，透過系統化之編纂方式，使法學者或實務工作者得以迅速查閱。

由於法條註釋書之編寫方針，係以系統化之方式，揭示現行有效法律之意義及其規範內容為目的，並非單純之文字意義或語言使用之探索；因此，除法律條文之文義、條文結構及各條間之相互關係、相關法律概念之比較參照之外，具體個案中有權機關之解釋及其適用之情形等，尤其為個別條文之註釋重點所在。

其次，法條註釋書既以呈現現行有效法律之規範內容及有權解釋為主要目的，撰述者基本上應抱持「述而不作」之態度儘量客觀加以記述。針對現行規定之妥適性或實務見解之適法性提出學理批判，尤其，其中涉及撰述者個人見解或純粹理論性之推衍，撰述者盡量避免以主觀之立場過度涉入；在引介規範背景或評述實務見解所必要之範圍內，除註明個人見解出處之外更應審慎為之，以免誤導讀者。

## 貳、研究分工

### 一、參與人員

本小組由司法院大法官廖義男教授主持，共同主持人包括台灣大學法律學系謝銘洋教授、台灣大學法律學系黃銘傑教授、政治大學法律學系吳秀明教授、東華大學財經法律研究所石世豪教授，以及私立淡江大學公共行政學系暨公共政策研究所陳志民副教授，研究員則有王以國律師、顏雅倫律師、陳人傑先生，助理則為洪大植律師。

本研究小組於研究期間密集召開會議，公平交易委員會公平會第一處蔣科長國綸、戴科長貝宜、第二處劉科長栖榮、第三處許科長宏仁、法務處白科長裕莊、黃科員仁良、歐科員合純與林科員美柿等不辭辛勞，參與全程討論並提供詳實之實務資料、及時之行政支援，使本研究得以順利進行、相關資料亦得隨時補充，

居功厥偉。本研究小組王以國律師、顏雅倫律師、洪大植律師分別協助研究小組相關資料整理工作，並於研究會議後詳細彙整討論成果、編輯研究報告，功不可沒。

## 二、條文註釋分工

公平交易法之註釋研究系列(三)係以彙整本國公平交易法之執行實務與學說理論為重心。故擬先蒐集國內相關文獻(期刊文獻之收錄，將限於法學專論期刊上所載者為準)進行整理、分析，而仿照外國註釋書之體例，針對每一條條文，就下列事項進行撰述：(1)立法意旨、修法沿革。(2)構成要件分析。(3)國內學說。(4)相關實務見解(含公平會處分書、行政院決定書及法院判決之整理分析)。(5)與其他相關法條之適用關係。且在體例上，將會於各該條文註釋前，依公平交易法之章節(共七章)，另行針對各章條文彼此間及其與其他章條文間的關連與適用關係，為一總體及體系性之說明。各章章名解說及各條註釋之分工如下(各共同主持人分別由名列其後之研究助理協助整理實務案例資料)：

序論：石世豪(顏雅倫協助撰寫研究分工部分)

第四章章名解說：石世豪、謝葉毓麗

第四章各條(第 25 條至第 29 條)：石世豪、謝葉毓麗

第五章章名解說：吳秀明

第 30 條：吳秀明

第 31 條：吳秀明

第 32 條：陳志民

第 33 條：吳秀明

第 34 條：吳秀明

第六章章名解說：由廖義男率顏雅倫撰寫

第 35 條第 1 項：陳志民、林彥好

第 35 條第 2 項：黃銘傑

第 36 條：陳志民、林彥好

- 第 37 條：陳志民、林彥好  
第 38 條：陳志民、林彥好  
第 39 條：陳志民、林彥好  
第 40 條：由廖義男率顏雅倫撰寫  
第 41 條：由廖義男率王以國撰寫  
第 42 條：黃銘傑  
第 42 條之 1：黃銘傑  
第 43 條：石世豪  
第 44 條：由謝銘洋率陳人傑撰寫  
第七章章名解說：由謝銘洋率陳人傑撰寫  
第 45 條：謝銘洋、陳人傑  
第 46 條：黃銘傑  
第 47 條：由謝銘洋率陳人傑撰寫  
第 48 條：石世豪、謝葉毓麗  
第 49 條：石世豪、謝葉毓麗

以上分條註釋負責人員，均將以共同主持人及研究員姓名為代表，註明於各條註釋之頁首，以便援引本註釋書者參考。

### 三、外國法制體例

有鑑於公平交易法繼受自外國法制、實務發展過程中亦持續借鏡於各國執法經驗，本研究小組特別就其成員留學背景，分配撰寫美國（陳志民副教授）、日本（黃銘傑教授）、德國（謝銘洋教授）、歐洲聯盟（吳秀明教授）等陸續建立之重要競爭法制介紹。

然因公平交易法之註釋研究系列(三)所註釋之法條，以公平會職權、損害賠償責任及相關罰則等為主，其相應的外國法制甚為龐雜而難以逐一對應本次註釋範圍的各別條文，為避免強行割裂各國法制而生見樹不見林之弊，公平交易法之註釋研究系列(三)的外國法制介紹，將有別於公平交易法之註釋研究系列(一)及

公平交易法之註釋研究系列(二)的體例，由各共同主持人依其專長並參考本次註釋範圍所涉章節，就美國、日本、德國與歐體法制各區分為下列六大區塊進行制度介紹：(1) 主管機關之組織、地位、權限及救濟方法。(2) 民事責任之規定及實務運作。(3) 刑事責任之規定及實務運作。(4) 行政責任之規定及實務運作。(5) 除外規定適用之規定。(6) 法規命令及行政規則。於期末報告中，並會將該等外國法制之制度介紹內容列入各章章名解說中，以收整體、宏觀之參照效益。至於各條文得對應之外國法制相應條文，則會列入各條文法制比較欄中加以對照。

### 參、寫作說明

由於本研究報告係由小組成員分條註釋，為求彼此撰述體例一致、風格相容起見，特別就以下事項相互協調、約定寫作規範：

#### 一、項目及順序

個別法條因其所處法典章節不同、規範事項及所應發揮之規範效力各異，因此，其所應註解之釋義內容原即各自分殊、各異其趣。然而，就實務操作之角度觀之，個別法條必須扣合其他法條始得具體適用於個案、發揮其應有之規範效力；再則，個別法條既屬同一法典之中，為立法作用完整不可分之構成單元，並非零星脫落之單行規範<sup>14</sup>，註解其釋義內容時即有必要相互參照、彼此聯結。就此，本研究小組成員分條註釋公平交易法相關條文之際，對於註解項目及其順序亦彼此協調、遵循共通之編寫準則。

項目及順序應「大同而小異」：「小異」部分，以該條情況特殊而另增項目或減少項目為限；凡該條納入寫作項目，均保持相同次序：

- (一) 第一階層依條文次序排列。
- (二) 第二階層建議依下列項目依序說明及註釋：參考文獻→法制比較→(立法背景→)立法沿革→體系定位或規範目的、功能→構成要件或法律效果分

---

14 憲法規定應由立法院審議通過之「法律案」，理論上應係完整之法典及其相關決議；縱為單一條文之修正，其實亦為該修正條文與其他未修正條文相互扣合為完整之法典，修正通過後並以此為新法典之完整規範內容，成為行政機關據以執行及司法機關援以審查其合法性之依據。

段註釋→產業內（如大型流通業、不動產交易相關產業）或特殊時期（如九二一震災重建或SARS流行期間）特殊說明→法條在適用上（例如：特殊案件類型）與本法其他條文或其他法律之關係。

## 二、註釋風格

註釋文字以完整而不重覆為原則。引註學說及實務見解，儘可能抽繹其中精義而另以簡要文字重新書寫；同一條註解文字應求一致，在可能範圍內，儘可能使不同註釋者所用體裁一致。註釋條文應力求體系化，各段緊密扣合、相互對照：

- （一） 該條規定與本法其他條文規定有關者，指明其他條文；本法相關概念或字詞註釋，原則上以條序較前者為詳細註釋，條序較後者僅指明條序較前者即可。
- （二） 該條涉及其他法律規定者，指明其他法律並引註條文內容。
- （三） 命令函釋及實務見解應註明字號。
- （四） 有爭議事項可以短論評析，但應註明各項見解出處，並簡短說明取捨依據。
- （五） 條號、實務案件、構成要件、重要概念、關鍵字應註記，以供製作索引之用。

各條均可於適當項目評析或加註體系（跨越條文或法典，）或背景說明。體裁維持在「論述」與「辭典」之間。

## 肆、凡例

本研究報告主要內容為公平交易法第25條至第49條之逐條釋義，在緒論、導論之後，即以各條為獨立章節分別註釋。註釋資料除條次及其條文要旨、現行規定、歷次修正及施行細則相關規定之外，佐以美國、日本、德國與歐洲聯盟之法制比較，並將立法背景、國內重要之學說與實務見解納入各條相關規定之說明。報告編纂格式相關事項說明如下：

### 一、目次：

緒論、導論與條次為第一層。以下各層依序標記為：壹、一、(一)、1、(1)、A、a、(a) ...

## 二、每重要段落標「邊碼」(即德文 **Randnummer**；縮寫 **Rn**)

引註本註釋書某特定內容者，宜以引「邊碼」為主，不引頁碼。

## 三、參考文獻欄

依文獻時間排序，較早期著作排序在前。

引用格式例：

- 僅參考該作者一篇文獻：(張長樹：)〈公平交易法之基礎〉，頁 3-45 參考到作者兩篇以上文獻，先標記著作年代，以俾內文簡式引註參考文獻時仍可區別，若參考到同一作者在同一年代內有兩篇以上文章，則在年代後加上小寫 a,b,c 以資區別：

- 例一(同一作者有兩篇以上著作，年代不同)：廖義男(1994)；〈公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋〉，《公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》，頁 1-14；廖義男(1995)，〈憲法與競爭秩序之維護〉，《公平交易法之理論與立法》，頁 1-11

- 例二(同一作者有兩篇以上著作，年代又相同)：蘇永欽(2002a)，〈公平會的再造—從國際比較與政府再造的角度觀察〉，《公平交易法施行十周年回顧與前瞻學術研討會論文集》，頁 485-500；蘇永欽(2002b)，〈公平交易法第四六條修正後的適用問題〉，《走入新世紀的私法自治》，頁 249-272

- 附註：文獻格式中〈〉表示此為文章；《》表示此為書籍。

## 四、法制比較欄

註釋書扉頁需就將各參與計畫教授負責之法制比較部分加以說明，因此各章名解說及條文註釋的法制比較部分裡，有引用各共同主持人及其助理所提出之文稿內容部分，均註明引註著作的參與計畫教授姓名。

## 五、引註方式

- 本國作者之文獻：因在參考文獻一欄已將作者姓名、文獻名稱、及參考



部分頁碼記明，在內文中引用，只作簡單格式的引用，例如（廖義男，1994）、（蘇永欽，2002b）。

- 外國作者的文獻，應作隨頁腳註，但隨頁腳註格式如同「參考文獻」欄裡所引的格式，包括作者姓名，著作年代、頁碼或邊碼。

- 在註釋書中所有地方出現同一份文獻的引註都要統一，例如蘇永欽教授的〈公平會的再造—從國際比較與政府再造的角度觀察〉，《公平交易法施行十周年回顧與前瞻學術研討會論文集》一文，若引為（蘇永欽，2002a），則所有地方提到此篇文章都稱為（蘇永欽，2002a），故各條註釋部分要注意引用文獻是否前面已經引用過，其引用的格式為何。

## 六、引用參照條文

- 本法（公平法）不再記明法律名稱，直接引條號，例如：「參照：第 9 條第 2 項」，若引用其他法律條文，則加上法律名稱，例如：「參照：訴願法第 1 條至第 3 條」

- 文中首次提及外國法律，譯成中文，如 UWG 譯為「不正競爭防止法」以利讀者閱悉。

## 七、年制：

除案例名稱內的民國年制（如 87 年度判字第 1 號）外，其他個處出現時間年制，均改為西元制，且不註記年月日，例如民國九十年九月十四日改為 2001 年 9 月 14 日。

## 八、索引：

本期研究所註釋條文中，已有就重要法律概念列於書末索引註記條文及邊碼出處者；未來將擴及全部條文（含第一冊及第二冊）並據此編輯索引置於全書之末，以便於讀者檢索查閱之用。

本研究報告全部完稿後、正式出版前，將比照六法全書體例編寫簡要之「凡例」，使讀者易於掌握公平交易法逐條釋義之編寫架構，自編碼及頁碼系統中習得查閱、檢索特定條次、概念之便捷方法，從而精熟於公平交易法條文套用與解

釋等實用操作技巧。

## 第四章 公平交易委員會之組織與職權

### 第四章 公平交易委員會之組織與職權

#### 壹、本章條文內涵概說

- 一、組織定位
- 二、職權行使
- 三、調查程序

#### 貳、本章與本法其他各章之關係

- 一、與實體規範之關係
- 二、與行政裁罰規範之關係
- 三、與附則規範之關係

#### 參、法制比較

##### 一、美國

- (一) 聯邦層級之主管機關
- (二) 各州之主管機關
- (三) 權限與救濟手段

##### 二、日本

- (一) 公平交易委員會
- (二) 調查、處分程序

##### 三、德國

- (一) 卡特爾主管機關
- (二) 裁決程序
- (三) 卡特爾抗告程序

##### 四、歐洲聯盟

- (一) 歐體競爭法執法機關

### 壹、本章條文內涵概說

1. 第四章名為「公平交易委員會」，亦即本法之中央主管機關；參照：第 9 條第 1 項。至於本章各條所規範內涵，則分別為：第 25 條規定公平會之設置及其職掌、第 26 條規定該會依檢舉或依職權調查處理違反本法規定之情事、第 27 條規定該會之調查程序、第 27 條之 1 規定調查程序中之資訊公開、第 28 條規

定該會行使職權之獨立性、第 29 條規定該會之組織另以法律定之。

本章規定，依其規範對象所涉及的法律領域，可以分爲：組織定位、職權行使、調查程序三部分。

### 一、組織定位

2. 第 25 條本文規定：「爲處理本法有關公平交易事項，行政院應設置公平交易委員會」，將公平會之位階設定於行政院之下，因而與經濟部等二級機關相當。由於經濟部所擬草案及行政院提請立法院審議草案中，均以經濟部爲本法中央主管機關，公平會則係經濟部「爲處理本法有關公平交易事項」所設置之內部單位，如此亦則兩條規定相互呼應。立法院三讀通過本條之際，僅將經濟部改爲行政院，並以復議方式回頭將第 9 條第 1 項規定之中央主管機關改爲公平會，並未一併調整法條規定文字。其實，第 9 條第 1 項既已規定「本法所稱主管機關：在中央爲行政院公平交易委員會」，將公平會明確定位爲二級機關且主管本法之執行，本條即無需再規定「爲處理本法有關公平交易事項」；直接規範行政院應設置公平會，並就其設置之組織或程序規範加以規定即可。依現行規定文字，反而易使人誤認公平會係爲協助行政院「處理本法有關公平交易事項」而設置之幕僚單位。本法原以行政作用法爲其主要內容，特別於本章之首條規定行政院應設置公平會，乃基於競爭法制在我國正式確立，而主管機關又係專爲執行本法而設置，一方面藉此提供新機關設立之法律準據，另一方面亦凸顯公平會以維護競爭秩序爲其任務之規範意涵。

3. 第 25 條後段規定公平會之職掌爲：關於公平交易政策及法規之擬訂事項、關於審議本法有關公平交易事項、關於事業活動及經濟情況之調查事項、關於違反本法案件之調查處分事項、關於公平交易之其他事項。整體而言，即爲第 9 條規定其爲本法之中央主管機關所應有之職掌。本條各款規定事項，一則爲公平會內部各類組織法規之共通規範方針，再則亦爲該會與其他機關事務管轄範圍相互區分之基準。關於行政機關管轄權之劃分、競合及爭議之解決、移送、職務協助等，行政程序法第 11 條以下均有詳細規定；因此，自該法公布施行之

後，行政機關組織內部之職掌及行政程序上之管轄，已在法律層面上有較為完整之規範銜接。

4. 第 29 條規定：「公平交易委員會之組織，另以法律定之」，除再次確認第 9 條第 1 項規定有關公平會之機關定位外，另就該會之組織規範指示後續立法任務，立法院亦於稍後審議通過「行政院公平交易委員會組織條例」。該條例既已完成立法，公平會亦已依該條立設置完成並正式運作，本條規定之規範實益實屬有限。此外，中央行政機關組織基準法通過後，針對獨立機關之規模、建制、委員任命方式及其組織法應規定事項均有規範，目前公平會實際組織情形則尚與其相關規定有間，未來仍有依組織基準法修正調整之必要。

## 二、職權行使

5. 第 26 條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理」，原係關於個案調查程序啟動事由之規範。由於本法制定於行政程序法尚未立法之時，行政程序開始及進行之相關規範未備，本條及其後之第 27 條規定，原有個別行政領域內特別程序法之重要意義。另一方面，公平會依法設立並正式執行本法之後，因本條規定包含「依檢舉...調查處理」之程序啟動型態，遂成為事業之競爭者或交易相對人檢舉其違法行為，請求公平會介入調查處理之主要依據。在公平會設立初期國人對於競爭法認識尚淺時，或可藉此宣導本法各實體規範以深化競爭理念；然而，本法施行日愈久、檢舉案件累積愈多，上述宣導政策之實益隨之愈小。此外，檢舉案件未必均具有競爭法上之重要性，且不免分散執法所需行政資源。因此，如何透過本條「危害公共利益」規定之篩選作用，僅就檢舉案件中涉及眾多競爭者、上下游事業或一般大眾，或系爭違法行為限制競爭之不利益較為重大者啟動調查處理程序，被害人特定之檢舉案件則促其轉向民事救濟途徑；如此則相關實體規範違反行為之法律責任得各依其特性分流處理，有關本法主管機關啟動調查處理程序亦得回歸行政程序法上之職權主義通則，應係未來調整修正可資遵循之方向。
6. 第 28 條規定：「公平交易委員會依法獨立行使職權，處理有關公平交易案

件所為之處分，得以委員會名義行之」；其後段文字，由於第 9 條將公平會定位為機關組織形式，自得以委員會之機關名義對外行文，因此已失其規範實益。至於前段文字，主要規範意旨在於強調公平會職權行使之獨立性。晚近立法就此，則又有更進一步之發展。依中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款規定，獨立機關係「依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關」。因此，公平會如能依獨立機關之組織規範基準重新定位，本條規定在行政組織法上之重要性將隨之降低。相較之下，現行「行政院公平交易委員會組織條例」第 13 條規定：「委員須超出黨派以外，於任職期間不得參加政黨活動，並依法獨立行使職權」，以及，同條例第 11 條針對委員之任期保障、第 15 條針對委員會議之程序規範等，將是落實合議制精神及提升委員會超然地位之重點所在。

### 三、調查程序

7. 第 27 條規定公平會依本法為調查時，得通知相關機關、團體、事業或個人到場陳述意見、提出帳冊文件等資料或派員前往調查，以及，執行調查人員未出示證明文件受調查者得拒絕等程序事項。在行政程序法公布施行之後，該法第 36 條以下雖有更為完整之調查事實及證據相關規定，卻未如本法以第 43 條之罰鍰規定為其強制手段。此外，調查程序中之搜索、扣押等保全證據及資料保密作業相關程序規範，未來亦有修法增訂之必要。

至於第 27 條之 1 則仿自行政程序法第 46 條，規定調查程序進行中之當事人或利害關係人，為主張或維護其法律上利益之必要，得申請閱覽卷宗及其例外限制。

### 貳、本章與本法其他各章之關係

8. 本章置於第二章及第三章之實體規範之後，與第 9 條關於本法主管機關之規定遙相呼應，共同構築配合本法相關行政管制、取締違反實體規範行為等所需之組織及程序規範架構。未來修法時，宜參考比較法制之經驗，將第 9 條規定合併於本章之中，刪除已無規範實益之條文、增訂並詳細規範有關職權行使

及行政調查程序事項，藉以健全本法之行政組織與職權規範，期能更有效運用本法執行上所需之行政資源並強化其效能。

### 一、與實體規範之關係

9. 本法第二章及第三章各項實體規範，主要係針對事業關於競爭應遵行之作為或不作為義務加以規定。就事業自行遵行之層面而言，原則上並無行政介入之必要。較為特殊者，則有聯合行為之申請許可、結合之申報異議，以及，多層次傳銷事業之報備等管制程序，公平會介入為行政監督係第 14 條以下、第 11 條以下及第 23 條之 4 等實體規範之一環。關於上述申請、申報及報備程序，本章原無相應之調查證據及程序參與規範。在行政程序法公布施行之後，該法第 54 條以下及第 107 條至第 109 條關於聽證程序之規定，迄今適用情形仍屬有限；有鑑於事業聯合及結合對於參與事業以外其他競爭者、上下游事業及消費者之廣泛影響，實宜擴大適用上述程序規範以強化關係人參與之機會，並藉以提升公平會個案准駁決定之妥適性及程序正當性。此外，於上述申請、申報及報備程序中，引進事前公告、公開徵求意見及關係人表示意見之相關規範，亦有助於強化第三人權益保障與准駁程序之正當性基礎。

10. 本法實體規範之第二重效力，則在於違反者之民事、刑事及行政責任。關於刑事及行政責任之追究，其依據主要為本法第 35 條以下之裁罰規定；至於違反本法實體規定之民事責任，則由被害事業或個人循民事訴訟程序尋求救濟。對於經告訴或檢察官主動偵查所提起之刑事訴訟程序，公平會及其所屬人員自得依其職掌協助提供相關資料，或依法定程序提供證詞及諮詢意見。尤其，在 1999 年本法修正大幅採行「先行政後司法」之制裁架構，使原本可能重疊並行的行政及刑事兩套制裁程序轉為前後相續，行政與刑事司法之分工合作關係益臻明確。如能適當發揮本法民事責任規定之規範實效，自能使公平會集中有限行政資源於重大案件之調查處理。

此外，公平會依其第 25 條各款規定之職掌，擬定並推動競爭政策、調查事業活動及經濟情況，除有助於第 1 條所揭示本法立法目的之達成，亦可強化違

法行為之行政責任追究效能、落實本法實體規範內涵。

## 二、與行政裁罰規範之關係

11. 關於違反本法行為之行政制裁，其主要依據在於第 40 條以下各條之規定，其調查處理程序之發動規範，則規定於本章內之第 26 條；至於相當於刑事偵查程序的行政調查程序，則規定於本章內之第 27 條。針對違反本法實體規範者追究其行政責任，固應遵循法律保留、法律優越及依法裁罰等行政法上之基本原則。就有限行政資源之效能極大化觀點而言，卻未必就所有違反本法實體規範之行為逐一追究，毋寧應謹守第 26 條規定發動職權之「公共利益」門檻；一則避免過度介入事業之私經濟活動，再則亦得節擲人力、預算及時間，有效投注於牽涉廣遠、事態錯綜複雜而又涉及高度專業性之限制競爭案件及重大不正競爭案件，回歸競爭法所應有之就源防範產業結構惡化之規範功能。

## 三、與附則規範之關係

12. 公平會依第 25 條規定得擬訂公平交易政策、審議有關公平交易事項，並負責掌理其他關於公平交易之事項；在此一範圍內，該會不僅得依第 47 條規定之精神提供外國事業應有之協助，並得進一步推動與各國競爭法主管機關之國際合作。

至於公平會與目的事業主管機關間之互動，第 45 條、第 46 條規定之豁免，固然需要公平會透過第 9 條第 2 項規定商同各該部會辦理。另一方面，關於本法第 1 條所稱促成本法目的實現之「其他法律」，以及，其他有效促進開放自由或維持公平競爭秩序之相關措施，例如：消費者保護法上關於廣告之規範或電信法等目的事業管理法令內之「產業內競爭法」規範，亦有賴公平會與其他機關間之充分合作。

## 參、法制比較

### 一、美國

#### （一）聯邦層級之主管機關

13. 美國競爭法規的主管機關，可分為聯邦與州二個執法層級。在聯邦部分，



最主要的執法機關乃司法部反托拉斯局（Antitrust Division of the Department of Justice; DOJ），以及聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission; FTC）。

## 1. 司法部反托拉斯局

14. 反托拉斯局由助理檢察長（Assistant Attorney General; AAG）擔任首長，由總統提名，參議院同意後任命。局內另設有 5 位副助理檢察長（Deputy Assistant Attorney General; DAAG）以及 13 處（section）3 個辦公室（office）。助理檢察長於必要時，得指派特別檢察官(special counsel)以協助處理相關執法事宜。副助理檢察長除輔佐助理檢察長外，個別亦有其專責主管之各處與辦公室業務。關於反托拉斯局各處與辦公室之職掌，簡介如下<sup>1</sup>：

### (1) 上訴處（Appellate Section）

主要職掌為代表反托拉斯局向聯邦上訴法院及最高法院提起民事或刑事案件之上訴；另外也可在特定私人民事訴訟中向法院提出與案情相關之「法庭之友」意見書（amicus briefs）。

### (2) 競爭政策處（Competition Policy Section）

處理和競爭政策相關事項，近年來則主要在協助外國政府制定反托拉斯法規、培訓反托拉斯法執法人員、以及評估相關競爭法議題。

### (3) 經濟訴訟處（Economic Litigation Section）

主要職掌在與第 1, 2, 3 訴訟處、上訴處、及各地區辦公室之法務人員或經濟學者合作，提供訴訟中所涉及的所有經濟理論議題的專業分析意見。

### (4) 經濟管制處（Economic Regulatory Section）

主要職掌在與相關產業管制處（如通訊、媒體、交通、能源、農業、網路及科技處等）的法務人員合作，參與所有的調查與執行任務。該處經濟專家並負責分析制定競爭與管制政策與立法時所涉及的經濟議題，以及反托拉斯局所持經濟立場之完整性。

### (5) 行政辦公室（Executive Office）

---

<sup>1</sup> 美國司法部反托拉斯局網站<http://www.usdoj.gov/atr/org.htm>。

負責人事、預算編列、採購、以及自動化資訊系統等行政與管理支援事宜。

(6)地區辦公室（Field Office）

反托拉斯局於亞特蘭大（Atlanta）、芝加哥（Chicago）、克里夫蘭（Cleveland）、達拉斯（Dallas）、紐約（New York）、費城（Philadelphia）、以及舊金山（San Francisco）等地設有 7 處辦公室，主要職掌為處理各地所發生之反托拉斯刑事責任案件，並作為反托拉斯局與各州檢察長及地區主管機關之聯絡與協調單位。

(7)外國商業處（Foreign Commerce Section）

負責反托拉斯局關於貿易和國際反托拉斯執行政策相關議題的擬定與執行，本處同時也是反托拉斯局與其他國家或國際組織之聯繫單位。

(8)法規政策處（Legal Policy Section）

負責分析複雜的反托拉斯事項、支援 DOJ 的立法計劃、作為與各州檢察長聯繫的單位、以及協調助理檢察長認為重要之長期計劃與規劃工作。

(9)第 1, 2, 3 訴訟處（Litigation I, II, III Sections）

主要職掌在評估未受管制產業中合併案的經濟效果、與合併當事人協商修改合併條件、或對合併案件提起訴訟以禁止之。各處同時也負責調查與起訴所有產業中的非合併案民事案件。

(10)全國刑事執行處（National Criminal Enforcement Section）

為反托拉斯局總局中唯一與各地區辦公室合作，調查與起訴反托拉斯法刑事案件的單位。

(11)網路與科技執行處（Networks and Technology Enforcement Section）

負責執行與制定資訊科技、網際網路、財經服務、及證券等產業之反托拉斯法與競爭政策。本處與其他聯邦主管機關與部門已建立持續性的合作關係，包括證券交易委員會（Securities and Exchange Commission）、商務部（Department of Commerce）、聯邦儲備理事會（Federal Reserve Board）、及商品及期貨交易委員會（Commodities Futures Trading Commission）等。

(12)通訊與媒體執行處（Telecommunication and Media Enforcement Section）

負責通訊與媒體產業之反托拉斯法的執行、調查與起訴產業中違反反托拉斯法的行爲、以及提供支持產業競爭的立場，並參與聯邦通訊委員會（Federal Communication Commission）的各項聽證與審議程序。

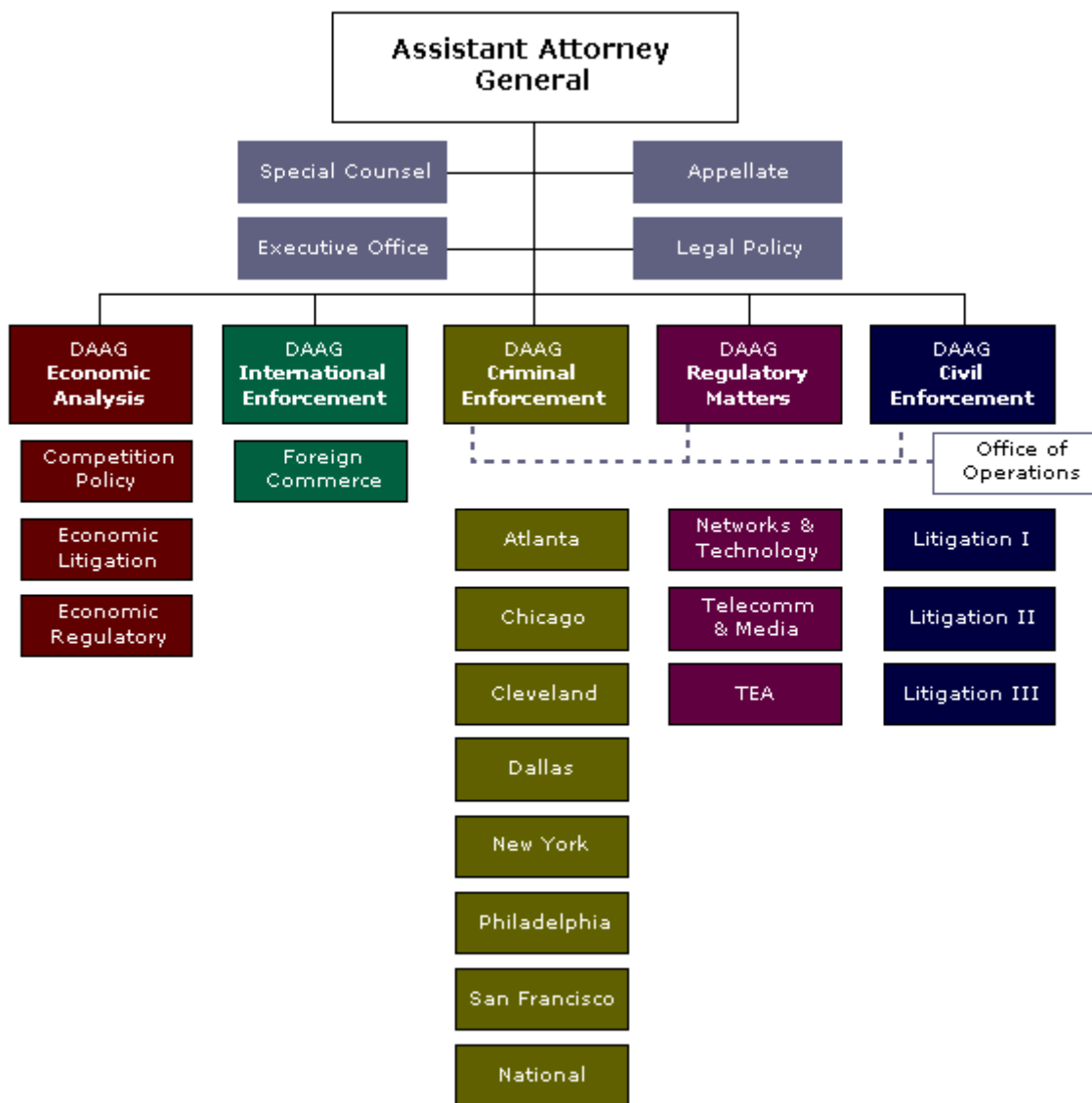
(13)交通、能源暨農業處（Transportation, Energy, and Agriculture Section）

負責交通、能源暨農業等產業之反托拉斯法的執行及調查與起訴產業中違反反托拉斯法的行爲，並參與聯邦能源管制委員會（Federal Energy Regulatory Commission）、環境保護署（Environmental Protection Agency）及農業部（Department of Agriculture）的各項聽證與審議程序。

(14)策劃執行辦公室（Office of Operations）

協調反托拉斯局關於民事案件之調查、起訴、及相關的政策與程序事項，包括協調與 FTC 關於結合前通知（premerger notification）之分工事項、案件檔案之建立與維護及要求檔案公開之處理、支援法務助理工作、及協調人員訓練機會等事宜。

關於 DOJ 反托拉斯局的組織架構如圖所示：



（資料來源：美國司法部反托拉斯局網站<http://www.usdoj.gov/atr/org.htm>）

## 2. 聯邦貿易委員會

15. 美國主要反托拉斯法規休曼法（Sherman Act）於制定之初，並未考慮在反托拉斯局外，另成立專責的行政主管機關；但由於休曼法在後續的執行過程中出現了美國民眾認為法規不足，對於司法部執法的決心也頗有微詞，再加上美國聯邦最高法院於 1911 年 *Standard Oil* 一案中宣示了“合理原則”（rule of reason），立法者認為有必要就反托拉斯事項，設立一永久性的行政主管機關，以就市場競爭行為的「合理」與否，提供較為明確的判斷準則，乃在 1914 年通過了「聯邦貿易委員會法」（Fair Trade Commission Act; FTC Act）賦予設置聯邦貿易委員會的法源<sup>2</sup>。依 FTC Act 第 1 條之規定，委員會由 5 人組成，其中 1 人為主席，由總統提名，參議院同意後任命，任期為 7 年，不得兼任其他職務；另外，屬於同一政黨之委員不得超過 3 人。委員會中負責執行競爭與反托拉斯法政策事項者為競爭局（Bureau of Competition），除調查違法行為、建議與協助委員會對違法行為進行制裁或起訴外，競爭局同時也是競爭議題與政策的研究單位，得向國會提出報告或出席作證，並得向其他行政主管機關就競爭議題發表評論。

競爭局下設局長 1 人，下轄 3 個地區辦公室（Regional Office）、1 個結合準則評論任務小組（Merger Guideline Commentary Task Force）、及訴訟律師。另設副局長 2 人，其中 1 人負責結合第一與第二處（Merger I & II）、醫療照護服務與產品（Healthcare Services & Products）、結合申報、反競爭行為、醫療照護服務與產品（Healthcare Services & Products）、執行情形（Compliance）、結合前申報（Premerger Notification；含結合程序任務小組《Merger Process Task Force》）、執行策劃（Operations）等業務。另 1 人所負責之事務則包括結合第三與第四處（Merger III & IV）、反競爭行為（Anticompetitive Practices）、政策協調（Policy and Coordination）、及國際反托拉斯（International Antitrust）等。

<sup>2</sup> Areeda, Hovenkamp, & Blair, II Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, 10 ((2<sup>nd</sup> ed. 2000).

## （二）各州之主管機關

16. 除了聯邦層級的主管機關外，美國各州之檢察長（attorney general）除了執行州的反托拉斯法規外，也有執行聯邦反托拉斯法之權限。然而，涉及聯邦反托拉斯法的案件在本質上只是一項特別類型的私人訴訟，因此，關於反托拉斯法私人訴訟之相關規定與限制，對於州也適用，實務上最常見者，乃州檢察長針對聯合訂價行為，導致州政府超額支付（overcharge）的損失，所提起的三倍損害賠償訴訟（Hovenkamp, p.539）<sup>3</sup>。

## （三）權限與救濟手段

17. 就執法權限而言，反托拉斯局專屬負責休曼法之執行，並和FTC共同執行克萊登法；在FTC部分，以FTC Act第5條關於不公平與欺罔行為之案件為主。此外，FTC對克萊登法中關於差別取價（第2條）、搭售（第3條）、結合（第7條）、及禁止兼任競爭事業董事（第8條）等規定，與DOJ同時享有管轄權。為避免管轄重疊而生執法衝突的情形，二主管機關已形成了不成文的執法默契，透過知會他方與依違法行為類型及產業別等方式、來區分彼此的管轄範圍<sup>4</sup>。除法律之明文外，美國聯邦最高法院於1948年的Cement Institute一案中<sup>5</sup>表示FTC Act第5條中所禁止之「不公平」競爭行為，包括違反休曼法之行為在內；反之，不違反休曼法之行為，只要與反托拉斯法之立法精神與目的相悖，仍可能被歸類為不公平之競爭手段，而對此，FTC有認定之權<sup>6</sup>。

### 1.DOJ 之權限與救濟手段

18. DOJ可採行之救濟手段包括刑事與民事訴訟。就刑事部分，主要係針對違法休曼法第1條關於限制交易，與第2條關於獨占及意圖獨占行為規定者，司法部得向聯邦法院提起刑事訴訟。依1974年所通過的「反托拉斯程序及懲罰法」（Antitrust Procedure and Penalties Act）之規定，違法行為人最高可處3年以下

<sup>3</sup> Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* 539 (1994).

<sup>4</sup> Milton Handler, Robert Pitofsky, Harvey J. Goldschmid, & Diane P. Wood, *Trade Regulation: Cases and Materials* 111 (4<sup>th</sup> ed. 1997).

<sup>5</sup> 333 U.S. 683 (1948).

<sup>6</sup> *Id.*, at 708-09.

有期徒刑；個人與公司並可分處 35 萬及 1000 萬美金以下的罰金。再者，依 1987 年的「罰金改革法」(Criminal Fine Improvements Act) 第 3571 (d) 條之規定，對於重罪 (felony)，在不影響合理科刑程序時程的前題下，法院得在不超過犯罪人犯罪利得，或行為對被告以外之人所生之財產損失的 2 倍範圍內，科處罰金<sup>7</sup>。另外，依克萊登法第 14 條之規定，違反反托拉斯刑事責任規定之公司，若其個人董事、經理人 (officers)、或代理人 (agents) 所授權、命令、或從事之任何行為構成違法行為之一部或全部時，個人也視同違法，可處最高 1 年以下有期徒刑或科或併科 5000 美金以下的罰金。

19. 在民事部分，「損害賠償」、「禁制性處分」(injunctive relief) 和「協議裁決」(consent decree) 是 DOJ 經常於民事救濟程序中所使用之手段。依克萊登法第 4A 條之規定，美國政府若因違反反托拉斯法行為而受有損害時，不論金額大小，皆得以向被告所在地之聯邦地方法院，提起民事 3 倍損害賠償訴訟。常見之案例類型為政府採購案中所涉及之綁標或圍標案件。其中較為特殊的規定，乃克萊登法第 7A(g)(1) 條之規定，對於違反本條關於結合前申報規定者，美國政府得於民事訴訟程序中，以「民事制裁金」(civil penalty) 的名義要求被告補償，金額以違法期間每日 11,000 美金計算。

20. 在「禁制性處分」(injunctive relief) 部分，依休曼法第 4 條之規定，美國聯邦法院享有預防或限制違反休曼法行為之司法管轄權。該條更明定美國各州檢察官，有義務在檢察總長的指揮下，利用衡平法的程序，禁止可能違法之行為。另外克萊登法第 16 條也明定，任何因行為人違反反托拉斯法行為而受有損害之當事人 (包括美國政府在內)，只要能證明該違法行為將產生立即 (immediate) 而無法回復 (irreparable) 之損害時，得請求法院頒佈初步禁制令 (preliminary injunction)，禁止被告於訴訟終結前，繼續從事涉案之不法行為。此外，DOJ 於不法合併或濫用獨占地位案件中，也可要求法院以禁制令之方式強迫涉案廠商解散 (dissolution) 或解體 (divestiture)。

---

<sup>7</sup> Handler, Pitofsky, Goldschmid, & Wood, *supra* note 4, at 99.

21. DOJ所提起之民事救濟程序，以和解方式收場者居多。通常係由DOJ向被告提出主管機關所認為適當之制裁方式，在被告同意該制裁條件，並經法院許可後，訴訟即視為撤回。此於美國反托拉斯法救濟程序上，統稱協議裁決。至於行政部門在何情形下，得與涉案當事人進行制裁條件之協商與談判？美國相關的反托拉斯法規並無明確之規定。以得提出之時間為例，DOJ得以在案件調查中、調查後起訴前、起訴後判決前、甚至於在判決後提出協議之要求。而訴訟當事人雙方得為合意之協議內容更是無所不包，就過去的經驗而言，舉凡特定行為之禁止、未來行為之許可要求、合理或無償之強制授權、產量調整之限制、事業解散或強制解體等條件，皆曾出現於DOJ與涉案當事人所成立之協議裁決中。協議裁決之所以受到政府主管部門青睞，乃其可避免因反托拉斯訴訟拖延，所需投入之大量的人力與時間成本。相對的，對被調查之涉案當事人而言，除可節省訴訟成本，以及維持商譽形象外，只要協議成立於法院判決前，當事人接受協議條件之表示，不得被其他人於爾後之相關訴訟中，據為當事人認罪或承認法律責任之依據。此與法院透過訴訟程序，而宣告當事人敗訴之判決，得為其他原告於訴訟中引當事人行為不法之表面證據（*prima facie evidence*）的情形，二者在法律效果上有顯著的差別。<sup>8</sup>
22. 於草擬之協議為涉案當事人所接受後，依「反托拉斯程序與制裁法」之規定，協議之內容需於預定生效日前 60 天內提出於聯邦地方法院，並接受公評。此外，DOJ需針對協議之內容提出「競爭影響說明書」（*competitive impact statement; CIS*），並刊登於聯邦公報（*Federal Register*），用以向社會說明採行協議裁決之目的、與實現公共利益之關聯性、制裁手段之合理性、及替代制裁手段之效果比較等。協議之內容一經法院許可後，當事人需確實遵守執行，否則將受到藐視法庭之刑事與民事責任；但對於不合時宜或事後證明執行有困難之裁決，當事人也可向法院請求修改或廢止之。<sup>9</sup>

<sup>8</sup> 陳志民，《「嚇阻」（*deterrence*）概念下之反托拉斯法私人訴訟—「最適損害賠償」理論之政策啓示》，人文及社會科學集刊第 14 卷第 1 期, 501-502 (2002).

<sup>9</sup> John M. Nannes, *Termination, Modification, and the Enforcement of Antitrust Consent Decrees*, 15 *Antitrust* 55 (2000).



## 2.FTC 之權限與救濟手段

23. 除無刑事制裁權外，FTC 依美國反托拉斯法規所得行使之制裁手段與 DOJ 頗為類似。歸納而言，主要有「停止與禁止」命令（cease-and-decease order）、協議命令（consent order）、民事救濟、禁制性處分、與協助法院設計制裁方式等幾大類。

### (1)「停止與禁止」命令

24. 依 FTC Act 第 5(b)條與克萊登法第 11 條之規定，只要 FTC 「有理由相信」（have reason to believe）事業之行爲已構成不公平或欺罔之行爲時，基於保護公共利益之要求，FTC 有義務透過適當之行政程序與制裁來加以限制之。而其中最常爲 FTC 所使用之救濟手段，乃由 FTC 向涉案廠商發出「停止與禁止」命令，要求其放棄且不得再繼續採行被 FTC 認定爲不法之競爭行爲。對此命令，若當事人不服，得向 FTC 會內之行政裁決官（Administrative Law Judge; ALJ）請求審議該命令之妥當性，於程序中，FTC 須指派會內代表律師出席。ALJ 於所爲之初步裁決中，得支持或否決 FTC 競爭局之命令；對於其判決，當事人得上訴至委員會，要求委員會再行審議。對委員會之決定若仍不服，當事人可進一步向聯邦上訴巡迴法院與最高法院提出上訴，以資救濟。惟當事人倘未於命令送達後 60 天內依行政與司法途徑尋求救濟時，該命令即屬確定。

### (2)協議命令

25. 若受到 FTC 「停止與禁止」命令處分之當事人，不擬對 FTC 之命令提出異議，也可與 FTC 就「停止與禁止」命令之內容達成合意，而以協議之方式終結案件之調查。其程序與 DOJ 於運用協議裁決時所需遵守之規定極爲類似，通常是由 FTC 將其調查後認定違法之事實，與 FTC 所草擬之命令內容，通知行爲人；行爲人得就命令之內容與 FTC 進行協商，於達成共識後，協商後內容視爲是 FTC 正式之「停止—禁止」命令；而於命令生效前，社會大眾有 60 天之期間得以就該協議內容表示反對之意見。與 DOJ 不同者，乃 FTC 於收到相關之公評後，得獨立決定是否修正協議之內容，而不需由法院爲之；與 DOJ 相同者，乃就可以

成爲雙方協議內容而言，FTC 透過協議裁決的方式，得對行爲人之競爭行爲，爲相當廣泛之限制與管制。雖然在理論上聯邦巡迴上訴法院有權廢棄或修正 FTC 所爲之命令，但只要有實質之證據得以支持協議命令的內容，而且 FTC 並無濫用行政裁量權之情事時，於多數情形下，法院均傾向於支持 FTC 之協議命令。

### **(3)民事救濟手段**

26. 於 FTC 之命令（含因協議命令所爲者）確定生效後，行爲人若有違反該命令之行爲時，依 FTC Act 第 5(1)條之規定，美國政府得透過檢察總長，向行爲人所在地之聯邦地方法院提起民事訴訟，最高得要求行爲人每日支付美金 11,000 元之賠償金。另外，對於違反結合申報規定或不遵守 FTC 因違反違克萊登法第 2、3、7、8 條規定所爲之命令者，FTC 也得要求檢察總長以民事訴訟請求當事人支付每日美金 11,000 元（克萊登法第 7A(g)(1)條）及美金 5,000 元（克萊登法第 11(l)條）以下之民事制裁金。於檢察總長未能於 FTC 所請求之期限內提起訴訟時，依 FTC Act 第 16 條之規定，FTC 得自行指定會內律師獨立提起該項民事訴訟。再者，對違反協議命令外之「停止與禁止」命令者，FTC 得單獨提起民事制裁金（第 5(m) (1)(B)條）。民事制裁金旨在懲罰違反命令或申報義務之當事人，而非在補償，與懲罰性賠償的目的類似。

### **(4)申請法院禁制令**

27. 依 FTC Act 第 13(b)條之規定，當 FTC 發現廠商之行爲已違反或有違反 FTC Act 之虞時，得獨立向聯邦地方法院提起訴訟要求法院以禁制令（injunction）禁止廠商採行該行爲。另外，依克萊登法的規定，FTC 亦得要求法院以初步或暫時禁制令（preliminary or temporary injunction）的方式，要求未遵守結合申報相關規定之當事人履行申報或提供文件資料的義務（克萊登法第 7A(g)(2)條）。此外，FTC 也可視實際情況需要提出相當證據，要求法院以「永久性禁制令」（permanent injunction）之方式，禁止廠商不得採行某類行爲，例如以此禁止業者不得繼續從事不實與誤導之廣告等<sup>10</sup>。

---

<sup>10</sup> FTC v. Simple Access Inc et al, (CV-No. 00-1210 PHX SMM, 2001)

### (5)協助法院設計制裁方式

28. 為借重 FTC 在競爭政策與法規上之專業，FTC 依法所享有的另一獨特的制裁權限，則是協助法院於審判終結後，設計制裁的手段。依克萊登法第 7 條之規定，法院於審理終結後，若認定政府應勝訴，得將案件提交予 FTC，並要求委員會就適當之判決內容與制裁形式，向法院提出草擬之報告，再由法院決定是否採行。

29. 至於在州政府執法方面，由於本質上屬於私人訴訟的特殊類型，其所可主張的救手段與私人反托拉斯訴訟相同。較特殊者，乃依克萊登法第 4C 條和 16 條的規定，州檢察長得以州的名義，為居住於該州之自然人提起反托拉斯法的代理（*parens patriae*）訴訟，請求法院為相關之禁制處分決定及 3 倍損害賠償。

## 二、日本

### （一）公平交易委員會

30. 日本獨占禁止法第 27 條第 1 項規定：「為達成第一條所定目的之任務，基於國家行政組織法第三條第二項規定，設置公平交易委員會。」同條第 2 項並規定：「公平交易委員會由內閣總理大臣所轄。」由此可知，日本獨占禁止法之主管機關為公平交易委員會，其設立之主要任務係為實踐該法所欲實踐之公平且自由競爭的促進與維持。至於所謂「基於國家行政組織法第三條第二項規定」者，根據日本國家行政組織法第三條第二項，國家行政機關之類別包括部、會及委員會，此時之「委員會」即一般所稱之行政委員會。惟公平會之權責，除獨占禁止法外，亦為不當贈品暨不當標示行為防止法、承攬價金給付遲延等防止法<sup>11</sup>之主管機關。

31. 依據獨占禁止法第 29 條規定，公平會由主任委員一人及委員四人所組成，

<sup>11</sup> 本法主要係規範大企業將其產品等委外由中小企業製造時，可能不當濫用其相對於中小企業的優勢地位，從而基於平衡交易地位與契約誠信之原則，對於大企業的（1）不當殺價、（2）拒絕受領給付、（3）不當退貨、（4）不當減少價金給付、（5）遲延給付承攬價金、（6）交付難以立即兌現之票據、（7）強制向自己購入商品或服務、（8）要求提供不當的經濟利益、（9）不當變更給付內容或要求重新製作、（10）實施報復措施及（11）不當以自己債權而過早扣抵應給付價金等行為，加以禁止；並要求大企業應負擔下列四項義務（1）交付記載特定事項之書面的義務；（2）訂定價金給付期限之義務；（3）製作、保存文件之義務；（4）支付遲延利息之義務。

主任委員及委員年齡應於 35 歲以上，由具有法律或經濟專業之學者專家中，經參、眾兩院同意，由內閣總理大臣任命之。主任委員及委員任期五年，得連任（獨占禁止法第 30 條），任期中除非有受破產宣告、懲戒免職處分、拘役以上之刑事罰或因身心障礙致無法執行職務等情事外，不得免職之，藉此以保障其身份（獨占禁止法第 31 條）。此外，亦有薪俸之保障，主任委員及委員之報酬於其在職中，不得減少之（獨占禁止法第 36 條）。與此相互呼應者，乃是獨占禁止法第 28 條規定：「公平交易委員會之主任委員及委員，獨立行使職權。」

32. 公平會之重要意思決定，皆以合議制方式為之，會議應有主任委員及二位以上委員出席，出席人數之過半數決議之（獨占禁止法第 34 條第 1 項）。主任委員雖對內總理會務，對外代表公平會（獨占禁止法第 33 條），但於決議時則與其他委員居於同等地位，僅於可否同數時，由主任委員做最後決定（獨占禁止法第 34 條第 2 項）。依據獨占禁止法第 27 條之 1，公平會之執掌如下：（1）私的獨占之規制、（2）不當交易限制（聯合行為）之規制、（3）不公平交易方法之規制、（4）私的獨占狀態之規制、（5）有關執掌事項之國際合作事務、（6）依據其他法律規定屬公平會之事務等。

33. 為執行上開事務，公平會下設事務總局，事務總局置總長一人，統理事務總局之局務（但有關裁決程序（日文原文為「審判」）事項者，不在此限）。事務總局現有秘書處、經濟交易局、審查局等單位，此外並於各地設置北海道事務所、東北事務所、中部事務所、近畿中國四國事務所、九州事務所以及沖繩綜合事務局中之公平交易室等六個地方事務機構。2004 年度公平會總員額共計 672 人。

## （二）調查、處分程序

34. 公平會得依職權、一般人之檢舉、檢察總長或中小企業廳之通知，認有違反獨占禁止法之嫌疑時，進入調查程序，此一程序之進行通常由被指定為「審查官」之事務總局職員為之。審查官於進行調查程序時，除由當事人主動配合調查之任意調查權限外，並有一定的強制調查權限，得要求利害關係人到會加

以訊問或令其提交意見或報告、命鑑定人到會進行鑑定、命持有財務報表及其他文件之人提出該當文件並得留置之、至關係人之營業場所檢查其業務、財務狀況、財務報表及其他文件等（獨占禁止法第 46 條）。此外，為落實公平會所擁有之專屬刑事告發權，2005 年 4 月的獨占禁止法修正，並賦予公平會有關犯罪行為之調查權限，當公平會為調查違反獨占禁止法之犯罪行為認有必要時，得向法院申請搜索票等，至關係人之營業所等進行臨檢、搜索，並得對相關物件加以扣押（獨占禁止法第 101 條至第 118 條）。為此權限之行使，公平會並特別設置「特別調查部」執行該當權限。

**35.** 審查官於完成調查程序後，寫就報告書向委員會進行報告，此時委員會決定採取下列三項措施之一：(1) 不予處分；(2) 對行為人進行勸告；(3) 發出排除措施命令，令當事人為排除違法行為之必要措施。於 (2) 之情形，若行為人接受此一勸告，則無須再經過裁決程序，公平會即得作出與該當勸告內容同樣之「勸告裁決」（日文原文為「勸告審決」），絕大多數的案件都以此「勸告裁決」方式結案，惟當行為人不服此一勸告時，正式進入一般裁決程序。在 (3) 之情形，若被命令之人不對之提起任何異議，則該當排除措施命令即告確定；惟若被命令人不服而要求進入裁決程序時，則必須經由裁決程序確定該當排除命令，但此時僅就被命令人爭執之點，進行審理。

**36.** 裁決程序採取準司法程序之作爲，雖然委員會本身亦可擔任裁決程序之主導機關，但通常多由設置於公平會內之裁決官（日文原文為「審判官」）居於類似一般訴訟程序中之法官的地位主導裁決程序，公平會之審查官及違法行為人之被裁決人各以一方當事人之地位，就該裁決事件進行充分的攻防。裁決官現行規定有七人，通常自公平會事務總局之資深職員中具有法律、經濟專業背景並得進行公正判斷者，或由具有法曹資格者，由委員會選任之。為確保裁決程序之正當法律程序性質，裁決官於裁決程序中，獨立執行職務，不受事務總局總長之監督（獨占禁止法第 35 條第 3 項），且過去曾經擔任過該當事件調查程序之人，亦須迴避，不得擔任該當事件之裁決官（獨占禁止法第 52 條之 1 但書）。

37. 裁決程序以公開為原則，通常由三人裁決官組成裁決庭，基於裁決程序所得之證據資料，作出裁決建議案，提交委員會作最終決定。惟於裁決程序過程中，若被裁決人承認公平會對其所發出的決定開始裁決程序書所記載的違法事實及法條適用，而自行提出具體的排除措施計畫時，若認為該當排除措施計畫適當者，公平會即可停止裁決程序，作出與該排除措施計畫相同內容的「同意裁決」（日文原文為「同意審決」）（獨占禁止法第 53 條之 2）。於被裁決人並未自行提出排除措施計畫之情形，公平會基於裁決庭所提出之裁決建議案作出的最終決定，稱為「裁決審決」（日文原文為「審判審決」）（獨占禁止法第 54 條之 2）。
38. 不論是勸告裁決、同意裁決、抑或是裁決審決，法律定位上都是一種行政處分，對於裁決內容不服而於其撤銷擁有法律上利益者，皆可於裁決生效日起三個月內，向東京高等法院提起撤銷裁決訴訟（獨占禁止法第 79 條）。東京高等法院就撤銷裁決訴訟，擁有專屬管轄權（獨占禁止法第 80 條第項），其審理程序依照一般行政訴訟程序進行，較為特殊者乃是「實質證據原則」的適用（獨占禁止法第 35 條第 3 項）。申言之，當公平會於裁決程序中所認定之事實，有可資證明該當事實的實質證據存在時，該事實認定對法院產生拘束效果，從而法院僅能就從相關證據認定事實之推論是否合理一事進行審理，而不能自行就該當事實重新進行認定。當法院發現公平會所認定之事實並無實質證據加以佐證，或裁決違反憲法或其他法令規定時，可作出撤銷裁決之判決（獨占禁止法第 82 條），於認有必要時，並得將事件發回公平會（獨占禁止法第 83 條）。
39. 另外，鑑於不當贈品或不當標示行為，有其傳染性及惡性循環之性質，而必須於行為實施初期，即應予以制止之，故而若對此等不當贈品或標示行為，適用以一般的裁決程序，可能緩不濟急。於此認識下，不當贈品暨不當標示行為防止法第 6 條乃提供更為簡易、迅速的「排除命令」制度，當公平會發現有不當贈品或標示行為存在時，得立即對違法事業發出排除命令，停止違法行為之續行或預防再度發生類似的違法行為。只有在被命令人不服該排除命令，而要

求進入裁決程序時，公平會始有啟動裁決程序之必要（不當贈品暨不當標示行為防止法第 8 條）。

### 三、德國

#### （一）卡特爾主管機關

40. 德國營業競爭限制防止法(GWB)所稱「卡特爾主管機關(Kartellbehörden)」並非專指特定某機關，而是泛指「該管卡特爾官署」，亦即：聯邦卡特爾署、聯邦經濟（暨勞動）部、各邦主管卡特爾事務的一級機關。至於具體所指係何者，必須另循個別實體規定及管轄權劃分規範始能確定（§ 48 GWB）。

#### 1. 聯邦卡特爾署

41. 聯邦卡特爾署為德國法上最主要的卡特爾主管機關，依所涉卡特爾事件影響所及區域或涉案事業營業規模，該署必須與各邦主管卡特爾事務的一級機關、歐盟執委會劃分彼此管轄範圍。
42. 聯邦卡特爾署置於經濟部長之下，為一首長制的聯邦官署；自組織法的觀點而言，並非獨立管制機關。除裁決依法另以裁決組作成之外，署長綜理署務並經經濟部長核可後頒布處務規程（§ 51 GWB）。聯邦經濟部長雖得對該署發布不針對個案的一般性指示（allgemeine Weisungen），但依法必須公布於聯邦公報之中（§ 52 GWB）。
43. 依 2005 年 8 月的組織架構圖，該署在署長之下，該署設副署長 1 名、祕書室及資訊 2 室，以及，歐洲及國際卡特爾法、經濟概念 2 個工作小組。此外，尚有執行 GWB 相關規定的兩類重要單位：採購審查組（Vergabekammern）、裁決組（Beschlussabteilungen）。
44. 聯邦卡特爾署下設 11 個裁決組，負責該署所有行政事件（Verwaltungssachen）及罰鍰事件之裁決，彼此之間各依產業別劃分管轄範圍。裁決組由 1 名主席及 2 名陪席組成，主席及陪席必須為終身公務員，且具有法官或高等文官任用資格（§ 51 GWB）。
45. 聯邦卡特爾署為執行聯邦政府採購事件之審查工作，目前設有 3 個採購審

查組。採購審查組的組織與裁決組類似，亦由 1 名主席及 2 名陪席組成，主席及 1 名陪席必須為終身公務員，且具有法官或高等文官任用資格，另 1 名陪席則為具有多年採購經驗的榮譽職人員（§ 105 GWB）。

46. 與獨占委員會類似，聯邦卡特爾署亦須每 2 年公布其任務範圍內的業務報告（Tätigkeitsbericht），其中應包含聯邦經濟部長的一般性指示，以及，該署執行中的施政方針。聯邦卡特爾署的業務報告應由聯邦政府附具意見，立即轉送聯邦眾議院。

## 2. 聯邦經濟（暨勞動）部長

47. 由於 GWB 第七次修正施行前，聯邦經濟部長仍得依法許可卡特爾合意，新法施行後亦得繼續許可經聯邦卡特爾署禁止的事業結合（§ 42 GWB）；在此一範圍內，聯邦經濟部亦係卡特爾主管機關。此外，聯邦卡特爾署設於聯邦經濟部長之下，聯邦經濟部長對前者亦得下達一般性指示。

48. 德國因採取內閣制，身為閣員的部長數目、名稱及職務均得彈性調整；在右翼政黨（CDU/CSU/FDP）聯合執政時期的「聯邦經濟暨科技部長」，到社會民主黨（SPD）主導的聯合政府時期，已調整其職務並改稱為「聯邦經濟暨勞動部長」。

## 3. 獨占委員會

49. 獨占委員會並非嚴格意義下的「主管機關」，而係依法律規定或依法定委託製作鑑定報告的專業諮詢機關。該會係於 1973 年 GWB 修正時設立，由 5 位具有國民經濟、企業管理、社會政策、科技、經濟知識及經驗者，經聯邦政府提請總統任命後組成，任期為四年，主任委員則由委員互選產生；委員不得為聯邦或各邦政府及立法部門所屬人員，亦不得為大學、獨立學院或研究機構以外任何公法人的所屬人員（§ 45 GWB）。

50. 獨占委員會主要任務在於：每 2 年製作一份關於德國境內事業集中化趨勢的鑑定報告，其中並包含針對結合管制的評價及其他當前競爭政策問題的意見。此外，聯邦政府亦得委託其他鑑定，獨占委員會亦得依其裁量自行提出鑑



定報告。第一類報告稱為「主鑑定 (Hauptgutachten)」，第二類報告則稱為「特別鑑定 (Sondergutachten)」。獨占委員會除受法定委託拘束之外，獨立行使職權，委員亦得於鑑定報告中，載入個別委員的不同意見 (§ 44 GWB)。由於獨占委員會並非「該管卡特爾官署」，因此，除依法向聯邦統計署調取資料之外，並無向事業進行調查的法定權限，僅得仰賴後者的自願配合<sup>12</sup>。

#### 4. 卡特爾事件之管轄

51. 關於卡特爾事件的管轄權限，大致可以分為各邦、聯邦及歐盟 3 個層級。各邦所管轄者，係影響力未超出該邦領域的卡特爾事件。至於歐盟的管轄權限，依共同體條約第 81 條及第 82 條規定，係其實體要件發生於「共同市場」、或其影響足以「妨害會員國間之貿易」。

52. 自從歐盟理事會依執委會建議並聽取歐洲議會意見，頒布 1/2003 號規則以後，各會員國卡特爾主管機關亦取得部分執行歐盟競爭法的職權。為此，德國 GWB 第七次修正時大幅調節既有規定，使其更接近共同體條約第 81 條及第 82 條，聯邦卡特爾署因而「平行適用 (parallele Anwendung)」GWB 與歐盟競爭法。另一方面，新法亦仿照歐盟競爭法擴張卡特爾主管機關的命令停止權限，增訂暫時性措施、對事業負義務承諾之裁決、暫不處置之決定、適用歐盟卡特爾集體豁免指令、針對特定產業或合意類型進行特別調查等新規定，進一步強化國內卡特爾主管機關的執法工具。

#### (二) 裁決程序

53. 卡特爾主管機關所進行的行政程序，可分為正式程序及非正式程序。通常在正式程序之前均已進行非正式程序，卡特爾主管機關與關係人、檢舉人進行各式對話。為保護檢舉人免受其交易相對人報復起見（所謂「馬與騎士」的依賴性難題：Roß- und Reiterproblematik），1998 年修正 GWB 時特別於第 54 條第 1 項增訂第 2 句，使檢舉人因此得以不必曝光<sup>13</sup>。

<sup>12</sup> Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 364。

<sup>13</sup> Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 364。

## 1.程序之開始

54. 正式程序大致比照司法審判進行（justizförmig）。卡特爾主管機關依申請或依職權開始程序，於檢舉人聲請保護其秘密時亦得依職權開始（§ 54 Abs. 1 S. 1 GWB）。

55. 參與卡特爾行政程序者，包括程序申請人、卡特爾事件當事人，以及，利益將受裁決重大影響的利害關係人；此外，消費者團體、結合案中的資產或股份讓與事業，亦得以利害關係人名義參與程序（§ 54 Abs. 2 GWB）。

## 2.程序進行

56. 程序開始之後，卡特爾主管機關得依參與人主張，就管轄權有無立即裁決，不服者並得就此向法院提起抗告（Beschwerde）；抗告之提起，具有停止執行的效力（aufschiebende Wirkung）。程序參與人未主張卡特爾主管機關無管轄權者，抗告時即不得主張此項管轄權欠缺的瑕疵（§ 55 GWB）。

57. 裁決程序得依申請或依職權以言詞辯論方式公開審理，於公共安全或營業秘密有受損之虞時亦得不公開之；經程序參與人同意後，亦得不經言詞辯論逕行裁決。除程序參與人依法應有表達意見之機會外，卡特爾主管機關亦得就程序影響所及的經濟圈（Wirtschaftskreise），給予其代表人表達意見之機會（§ 56 GWB）。

58. 此外，關於裁決程序進行中的證據調查、證人及鑑定人之陳述，以及，扣留得為證據方法之標的等證據法則，GWB 第 57 條及第 58 條亦準用或比照民事訴訟程序相關規定明確加以規範。

## 3.行政調查權

59. 卡特爾主管機關於執行 GWB 的必要範圍內，依法得行使詢問及資料調取權、到場檢視權；經取得法院搜索命令或到場檢視有防止事業耽誤調查必要時，並得依法進行搜索（§ 59 GWB）：

### (1)詢問及資料調取權

60. 聯邦卡特爾署於作成正式裁決前，於執行 GWB 的必要範圍內，得經裁決後

以書面載明法律基礎、標的及目的，命事業及事業團體限期就其經濟關係提出說明，並命其提出所持有的簿冊資料；其內容亦得包括所有足供評估或分析競爭條件、市場狀況的一般市場分析資料。如係聯邦經濟部長或各邦主管卡特爾事務的一級機關行使資料調取權，則改以書面的個別命令為之（§ 59 Abs. 1 und Abs. 6 GWB）。

61. 事業所有人或負責人、法人或團體代表人，負有依命令提出簿冊資料、答覆詢問的公法義務（§ 59 Abs. 2 GWB）。

### (2)到場檢查權

62. 聯邦卡特爾署於作成正式裁決前，於執行 GWB 的必要範圍內，得經裁決並經署長同意，以書面載明時間、法律基礎、標的及目的，派員到事業場所檢查資料。如係聯邦經濟部長或各邦主管卡特爾事務的一級機關行使到場檢查權，則改以書面的個別命令為之（§ 59 Abs. 3 und Abs. 7 GWB）。

63. 事業所有人或負責人、法人或團體代表人，負有接受卡特爾主管機關派員進入其事業場所及土地，並答覆詢問、送交簿冊資料供閱覽及檢查的公法義務（§ 59 Abs. 2 GWB）。

### (3)搜索權

64. 卡特爾主管機關為保全相關簿冊資料，得聲請初審法官（Amtsrichter）核發搜索命令進行搜索，或於到場檢查時為防止事業耽誤調查而進行必要之搜索（§ 59 Abs. 4 GWB）。

## 4.產業調查權（Enquêtebefugnis）

65. 在GWB第七次修正之前，卡特爾主管機關並無歐盟理事會所擁有的產業調查權；發動GWB第 59 條各項行政調查權的前提，則為事業可能涉及具體違反各條實體規定構成要件的「啟動程序之嫌疑（Anfangsverdacht）」<sup>14</sup>。

66. 依 GWB 第七次修正時新增的第 32e 條規定，透過價格僵硬或其他情況的推定國內競爭已遭限制或扭曲，聯邦卡特爾署及各邦主管卡特爾事務的一級機關

<sup>14</sup> Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 363。

得針對特定產業部門或跨產業別的特定協議類型進行調查。為進行本條規定的調查程序，聯邦卡特爾署及各邦主管卡特爾事務的一級機關並得採取 GWB 及共同體條約第 81 條、第 82 條所規定各項措施。本條規定的調查完成後，聯邦卡特爾署及各邦主管卡特爾事務的一級機關得公布調查結果，並就此徵求第三人意見。

67. 至於調查結果在實體法上的可能效果之一，即為促使卡特爾主管機關撤除該地區的卡特爾集體豁免（§ 32d GWB）。

### 5. 裁決處分

68. 裁決程序係以作成裁決處分或決定不處分終結。裁決處分應附理由、諭知權利救濟程序，並依法送達或公告（§ 61 Abs. 1 GWB），程序中各類暫時處分亦應依法登載於公報之中（§ 62 GWB）。裁決程序未以處分終結者，則應以書面通知程序參與人（§ 61 Abs. 2 GWB）。

69. 卡特爾主管機關於終局裁決之前，得就禁止結合、解體處分、撤銷或廢止競爭規範之認可、宣告報業限制轉售價格不生效力、剝奪違法所得利益等事件，頒布暫時處分命令（*einstweilige Anordnung*）以定其暫時之狀態（§ 60 GWB）。

70. 此外，GWB 第七次修正時亦於第 32a 條至 32e 條中，針對違反共同體條約第 81 條及第 82 條行為之命令停止或改正程序（§ 32 GWB），納入仿自歐盟競爭法各項彈性管制措施：

71. (1) 暫時性措施（*einstweilige Maßnahmen*）：

卡特爾主管機關為防止競爭遭受嚴重而無法回復之損害，得依職權宣告暫時性措施，其期間不得超過一年（§ 32a GWB）。

72. (2) 對事業負義務承諾之裁決（*Verpflichtungszusagen*）：

針對事業排除其行為違法疑義的建議措施，卡特爾主管機關得加以採納並以處置宣告自願性義務具有拘束力。自願性義務得附期限，且不妨礙卡特爾主管機關基於情事變遷、事業未遵行，或原處置係基於錯誤基礎作成等原因，廢止其處置（§ 32b GWB）。

73. (3)暫不處置 (Kein Anlass zum Tätigwerden) :

卡特爾主管機關依其認知，認為違法卡特爾及限制競爭行為尚無從認定者，得決定暫不予處置。暫不處置決定的主要內容，係表明卡特爾主管機關於獲知新事證之前，將不發動停止或改正命令或暫時性措施，但不得表示系爭行為將不被禁止 (§ 32c GWB)。

74. 至於(4)撤除卡特爾集體豁免 (§ 32d GWB)、(5)產業調查權 (§ 32e GWB) 與整體行政調查權之關係，則已如上所述。

### (三) 卡特爾抗告程序

75. 對於聯邦卡特爾署行政裁決的法律救濟，並非向行政法院法

(Verwaltungsgerichtsordnung ; VwGO) 第 40 條第 1 項之行政法院提起撤銷之訴，而是依據營業競爭限制防止法第 63 條第 1 項及第 4 項規定，向卡特爾署所在地的邦高等法院提出抗告。第 63 條至第 80 條即規定卡特爾上訴程序所依循之行政爭訟程序<sup>15</sup>。

76. 抗告程序的第一審為邦高等法院的卡特爾庭。抗告人得以在第一審提出新的事實及證據方法 (GWB第 63 條第 1 項)，因此邦高等法院性質上為事實審。抗告法院必須依職權調查事實 (GWB第 70 條第 1 項)，因此當事人對於事實陳述上未有協力的義務 (Mitwirkungspflicht)<sup>16</sup>。

77. 抗告人聲請撤銷卡特爾署裁決者，在多數個案中具有停止執行的效力 (aufschiebende Wirkung) (GWB第 64 條)。對此卡特爾署若於個案中認為有維護公共利益或當事人重大利益之必要，得以對於第 64 條所規定之情形，命依其裁決內容立即執行 (GWB第 65 條第 1 項)。邦高等法院於個案中，若對於聲請撤銷的裁決，其合法性有相當質疑時，其得以回復對於該抗告的停止執行效力<sup>17</sup>。

78. 對於邦高等法院所為之裁定，經由邦高等法院之許可，得以向聯邦最高法院提起法律抗告 (Rechtsbeschwerde)。法律抗告必須是針對以下情形：(1)對於

<sup>15</sup> K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Komm., 3. Aufl., §63 Rdnr. 2ff.認為此一規定是行政法律救濟的特殊形式。

<sup>16</sup> Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S.367 (München 2001).

<sup>17</sup> Emmerich, a.a.O., S.367f.

具基本意義之法律問題加以裁決；(2)為求法律之續造或確保法院判決之一致性，應以聯邦最高法院裁判者（GWB 第 74 條）。此時聯邦最高法院如同終審法院一般，僅需就決定內容有無正確適用法律進行審查（GWB 第 76 條）。

#### 四、歐洲聯盟

##### （一）歐體競爭法執法機關

##### 1. 歐盟執委會

79. 本節主要要談的，是歐體競爭法之執法機關，即執委會。至於其他廣義上亦屬於歐體競爭法之執行機關者，尚包括屬於司法系統之歐洲初審法院以及其上訴審歐洲法院，惟因兩者所處理者為對執委會之決定不服之上訴，故擬於救濟一節中予以處理。此外，各國競爭法執法機關因可以直接適用歐體競爭法，故亦屬於歐體競爭法之執法機關，成員國對歐體競爭法之執行，在 2004 年施行事務會第 1/2003 號規則後，其地位有愈形重要之發展趨勢。

##### （1）組織及地位

80. 歐盟執委會（The Commission）被稱為歐體條約之守護者（guardian of the Treaty），位於比利時首都布魯塞爾，是歐體競爭法最主要、關鍵之執法機關。執委會為合議制之委員會，執委會目前係由二十五位執行委員（commissioners）所組成，每一會員國擁有一位委員之席次，執行委員之任期五年，得連任之<sup>18</sup>。執委會並非專門負責執行競爭法，而係歐盟整體性之行政機關，其下設有「總署」（Directorates-General，簡稱DGs）負責各種不同性質與部門之事務<sup>19</sup>，惟總署並不能獨立對外從事處分行為或行文，仍須經執委會之決定，以執委會之名義行之。執委會之執行委員除一般性參與委員會議外，各自有其專門負責之領域，在有關維護市場競爭之事務方面，即有一位執行委員專門負責指導之<sup>20</sup>。

<sup>18</sup> 這一任執行委員之任期係至 2009 年 10 月 31 日。

<sup>19</sup> 目前執委會各總署之工作人員總數約為 25,000 人左右，以歐盟目前擁有 25 會員國之幅員及人口而言，其規模並不算大。歐盟在 2004 年 5 月 1 日塞浦路斯、匈牙利、捷克、愛沙尼亞、拉脫維亞、立陶宛、馬耳他、波蘭、斯洛伐克和斯洛文尼亞等十個中歐及東歐國家入盟後，幅員面積擴大近 74 萬平方公里，總面積超過 400 萬平方公里；人口從約 3.8 億增至約 4.5 億；整體生產總值將增加約 5%，從現在的 9 兆多元增加到 10 兆多美元，經濟整體實力與美國已經並駕齊驅。

<sup>20</sup> 目前指導競爭事務之委員為來自荷蘭之 Neelie Kroes，其曾任大學校長、荷蘭之交通通訊部長、國會議員等職。

81. 依成立歐洲共同體之歐體條約（以下簡稱歐體條約或羅馬條約）第 214 條第 2 項之規定，執委會主席以及委員的提名與任命方式乃先由成員國政府在理事會中就新執委會主席人選達成協議並以加重多數決（qualified majority; qualifizierte Mehrheit）提名之，此一提名須經歐洲議會之同意。其後，部長理事會以加重多數決並和被提名之主席諮商後，提名由各成員國政府推薦所欲任命之執行委員。被提名之主席以及委員以整體行政團隊（Kollegium）之方式，須尋求歐洲議會之同意後，再經理事會以加重多數同意決後任命之<sup>21</sup>。
82. 執委會之委員人選雖由各國推薦，但一旦當選後，執委會及個別執行委員卻應致力於維護歐盟整體之利益，並不代表其所屬國之利益。執委會在處理案件時雖應與成員國保持密切聯繫，但執委會委員應獨立於所屬成員國政府之影響，超越狹隘之本國利益立場，為歐盟之全體利益，獨立執行職務，行使職權，不受成員國政府以及任何團體或個人之指示、指揮。執行委員在執行職務時，應以歐盟之設立目標，依其本身之政治判斷作出決定，而非受制於、僅忠誠於其本國利益之實現。同時，會員國亦不得對執委會委員之職權行使施以影響，以確保執委會行使職權之獨立性。
83. 執委會之內部，依不同事務領域，由二十幾個不同之所謂「總署」所組織而成，總署復以總署長（Director General）為首，專門負責某一領域的政策研擬、法案制訂，以及現行法律之執行。執委會之第四總署（DGIV），乃是負責競爭事務，為歐盟實際執行競爭法的核心機關<sup>22</sup>。第四總署乃由一名總署長（Director General）所領導<sup>23</sup>。總署長由三位副總署長（Deputy Director-General）、一位主任經濟專員（Chief Economist）輔佐之，總署下並設有十處（Directorates），分別掌管各個不同之經濟部門或限制競爭之行為類型。其中，A處負責競爭政策及策略性支援（Policy and Strategic Support）；B處負責能源、基礎工業、化學及製藥工業；C處負責資訊、通訊及傳播媒體產業；D處負責服務業；E處負責消費

<sup>21</sup> 來自於葡萄牙之Jose Manuel Durao Barroso為現任之執委會主席。

<sup>22</sup> 故第四總署也被稱為「競爭總署」（DG Competition）。

<sup>23</sup> 目前執委會負責競爭事務之第四總署總署長，乃為Philip Lowe。

產品工業及製造業；F處負責聯合行爲（卡特爾）；G處及H處負責國家補助（State Aid）事宜；I處則負責國家補助政策外，亦職掌考核及協調；最後第四總署復設有R處，負責策略性規劃（企劃）、人力、財力資源、資訊技術及文書事務等。第四總署之所屬工作人員，其總數在 2002 年已經到達了 608 名，其中實際負責調查處理案件、發展競爭政策之所謂A級工作人員（A grade staff）有 344 名，負責其他支援工作之人員（Support Staff）則有 264 名。

## **(2)任務與職權**

- 84.** 依設立歐體的歐體條約第 211 條之規定，執委會之任務與職權有四：
- I. 負責共同體條約及法規之適用與執行。
  - II. 在共同體條約明文規定或執委會認為有必要時，對條約所訂之共同體事務提供建議（recommendations）及其意見（opinions）。
  - III. 依職權與依共同體條約所設之標準做出行政上決定（decisions），並參與理事會和歐洲議會的立法程序等行爲。
  - IV. 執行理事會所授予之有關職權，包括爲了施行理事會所制訂之法律規定，授權執委會制訂次級之法規範。
- 85.** 故依歐體條約之理論與實務，執委會所扮演之角色功能主要有四：
- I. 與歐洲之司法機關共同執行歐盟法律。
  - II. 向歐洲議會以及部長理事會提出法律草案。
  - III. 落實執行歐盟之各種政策以及預算。
  - IV. 在國際社會上對外代表歐盟。
- 86.** 首先在執行歐體競爭法方面，執委會肩負有落實歐體條約第 81 條、第 82 條<sup>24</sup>以及實施結合管制之任務。早在理事會 1962 年第 17/62 號規則及新近取代

---

<sup>24</sup> 歐體條約第 81 條：

I 事業間之約定、事業團體之決議，以及一致性之行爲，足以影響會員國間交易，並以阻礙、限制或扭曲共同市場內之競爭爲目的，或有此效果者，爲與共同市場不相容，並應禁止之。特別是下列行爲：

- (a) 直接或間接固定購買或銷售價格或其他交易條件；
- (b) 限制或控制生產、市場、技術發展或投資；
- (c) 分配市場或供應來源；
- (d) 與其他交易相對人從事類似之交易爲差別待遇，致使其受到競爭上之不利益；



它的理事會第 1/2003 號規則遂賦予執委會對於違反歐體條約第 81 條、第 82 條之案件有調查、追究、裁決、及課處罰鍰等制裁之權。理事會 1962 年第 17/62 號規則在 2004 年 5 月 1 日為理事會第 1/2003 號規則所取代，理事會第 1/2003 號規則大幅改革了歐體競爭法之執行模式，將執法權力去集中化，打破了執委會豁免限制競爭協議的獨占權，將執行權力下放給各國競爭法執法機關（請參見邊碼 110）。理事會第 1/2003 號規則賦予執委會對限制競爭行為廣泛的調查權，執委會對於會員國的個人或企業有實施違反歐體競爭法行為之疑慮時，有權對其進行調查。一旦確定其違法，執委會得禁止其行為，並對實施限制競爭行為之當事人課以高額罰鍰（詳情請參見第六章章名註釋邊碼 120-121）。

**87.** 在提案權方面，歐體條約第 211 條所謂「在共同體條約明文規定或執委會認為有必要時，對條約所訂之共同體事務提供建議及其意見」，其主要表現之一即為執委會向歐洲議會以及理事會提出法律議案之立法建議，以供其審查。此一提案權，自然包括對於競爭法案之提案。

**88.** 在立法權方面，執委會除上述權限外也享有一定執行層次之立法權。依歐體條約之規定，為完成共同體使命，執委會與理事會得制訂規則、命令、決定建議及意見。惟執委會之立法權相較於理事會，屬於執行或實施層次，並非完

(e)以他方當事人同意附帶給付為締結契約之條件，而此給付，依其性質或按照商業習慣，與契約標的並無關連。

II 本條所禁止的協議或決定，無效。

III 第一項規定得被宣告為不適用於：

- 事業間之任何協議或類型化之協議，
- 公會（或事業團體）之任何決定或類型化之決定，
- 一致性行為或類型化之一致性行為，

上開行為須有助於改善商品之生產或行銷，或促進技術或經濟發展，同時使消費者能公平享有因而所產生之利益，且無以下情形：

- (a)為達成上開目的而對相關事業附加不必要之限制；
- (b)就涉案產品之實質部分，賦予該等事業排除競爭之可能性。

歐體條約第 82 條：

I 對於在共同市場或其中之實質部分享有優勢地位之一個或數個事業所為之濫用行為，在影響會員國間交易之範圍內，係與共同市場不相容，並應禁止之。

II 前項濫用行為，特別包括下列情形：

- (a)直接或間接課加不公平的買賣價格或不公平的交易條件；
- (b)限制生產、市場或技術發展，致生損害於消費者；
- (c)就相等之交易，對其他交易對象，是用差別的交易條件，致使其受到競爭上之不利益；
- (d)以他方當事人同意附帶給付為締約條件，而此給付，依其性質或按照商業習慣，與契約標的並無關連。

整之立法權，但執委會及理事會所制訂的法規名稱，卻皆為規則（regulations）、指令（directives）等，並無區別。另透過次級立法（secondary legislation）的授權，即理事會頒佈的第 19/65 號規則，執委會有權制訂規則，對於某些類型具有可寬恕情節的限制競爭行為，予以「類型豁免」。又如執委會有權制訂相關指令並負責實施。例如，執委會曾制訂指令，要求各會員國應開放無線電通訊領域之市場，允許此領域之競爭活動，打破由國家獨占經營之局面。

89. 對於會員國是否忠實履行依歐體條約所應履行之義務，執委會尚有一定之監督權，必要時執委會可向歐洲法院提起訴訟或對未履行條約之會員國課以罰鍰。例如會員國如從事違反歐體競爭法規定之限制競爭行為者，執委會可向歐洲法院起訴該會員國政府。又此一監督權之意義，尚及於（如在競爭事件中）可對於違反條約之歐體境內事業或自然人，直接予以處罰。

90. 最後，在對外代表歐盟上，在歐盟需對外簽訂條約時，執委會於理事會之授權下，代表共同體與第三國或國際組織進行談判。

### (3)救濟途徑

91. 當事人對於執委會之決定不服時，得向歐洲法院提起訴訟尋求救濟，執委會所作出之決定必須接受歐洲初審法院與歐洲法院之監督，分別簡述如下。

92. I 於歐洲初審法院之救濟

#### A 歐洲初審法院之設立

對於執委會之決定，歐體原本僅設有一個審級之救濟，即歐洲法院（The European Court of Justice; Der Gerichtshof）之救濟途徑。惟歐洲法院作為唯一之救濟機關，其處理案件之負荷過重，訴訟程序緩慢延遲不堪，屢遭各界批評。歐體遂於 1988 年 10 月 24 日設立歐洲初審法院（The Court of First Instance; Das Gericht erster Instanz），以解決上述歐洲法院訟累之困境，該院於 1989 年 11 月 1 日開始運作。

93. B 組織地位

在組織上，歐洲初審法院係由成員國各自選派至少一名法官所組成，法官

之總數由法院組織章程確定之<sup>25</sup>。歐洲初審法院之法官應自具備擔任高等司法職務之專業素養（Befähigung zur Ausübung hoher richterlicher Tätigkeiten）的獨立公正人士中挑選之。其任命應經會員國政府之相互同意，任期為六年，每三年更新其部分成員<sup>26</sup>。歐洲初審法院之院長由法官互選之，任期三年，連選得連任<sup>27</sup>。

94. 歐洲初審法院一般由三至五名法官組成合議庭審理案件，若審判之案件涉及複雜且爭議性高的法律問題，或其重要性顯著，則由全體法官進行審理，並任命其中一名法官擔任總顧問（Advocate General），總顧問可對案件之審理發表建議，但不參與判決之表決程序。歐洲法院亦設有總顧問，但兩者之差異甚多，歐洲法院之總顧問為專任，且並非由法官擔任<sup>28</sup>。

95. C 從歐洲初審法院之職權觀察當事人之救濟

有關歐洲初審法院之職權方面，依歐體條約第 225 條第 1 項、第 230 條、第 232 條、第 235 條之規定，歐洲初審法院所管轄關於執委會行為之救濟的案件有：

a. 對執委會所為除提供「建議」與「意見」以外之其他行為（如對限制競爭之個案予以處分）之合法性，進行審查。當事人不服執委會處以罰鍰或怠金之決定者，可以提起上訴，法院對於罰鍰之數額得減少、增加或撤銷之<sup>29</sup>。例如執委會對於案件無管轄權仍予以處理、違反重要之形式規定、違反歐體條約本身或違反其他其執法時應遵守適用之法律規範（如理事會第 1/2003 號規則、結管制規則等）、或雖有管轄權但有濫用其裁量權時，歐洲初審法院均有管轄權加以審查<sup>30</sup>。法院對於事實以及法律兩方面皆有權審查，並得以判決將罰金撤銷或改判。

96. b. 執委會如果違反條約規定，怠於進行決議者，成員國或共同體其他機關得向法院起訴，請求確認執委會之不作為違反歐體條約，但以訴請確認之機關

<sup>25</sup> 歐體條約第 224 條第 1 項。

<sup>26</sup> 歐體條約第 224 條第 2 項。

<sup>27</sup> 歐體條約第 224 條第 3 項

<sup>28</sup> 王曉暉，歐體競爭法，2001 年 5 月，頁 378-380。

<sup>29</sup> 理事會第 1/2003 號規則第 31 條參照。

<sup>30</sup> 歐體條約第 225 條第 1 項、第 230 條第 1、2 項。

事前曾經請求執委會作為為限。任何自然人或法人也得依上述條件，針對執委會之不作為，向法院起訴<sup>31</sup>。

97. c. 執委會或其工作人員因執行職務加損害於他人時，有關損害賠償責任之爭訟<sup>32</sup>。

98. d. 審理當事人有關暫時停止執行之請求<sup>33</sup>。

99. 歐洲初審法院雖亦受理歐洲煤鋼條約、歐洲原子能條約以及歐洲反傾銷方面之案件，然而競爭法之案件為歐洲初審法院審理之重心所在<sup>34</sup>。

100. II 於歐洲法院之救濟

#### A 歐洲法院之組織地位

歐洲法院為歐洲初審法院之上級法院，也是歐體競爭法之終審機構，對於歐洲初審法院之判決不服的當事人，得於判決後向歐洲法院提起上訴。歐洲法

---

<sup>31</sup> 歐體條約第 225 條第 1 項、第 232 條第 1 至第 3 項。歐體條約第 232 條第 1、2 項規定對於執委會依據競爭法相關規定有作為義務而不作為時，得提起訴訟。起訴原告應先向執委會提出作為請求，而執委會於兩個月內仍不作為時，原告始得於另行起算之兩個月內提起訴訟。此類型訴訟應具備以下要件：1、執委會之不作為違反歐體競爭法之作為規定。如執委會並無法定之作為義務，則不得提起訴訟。2、當事人之利益受執委會此不作為行為的影響。亦即，僅利害關係人得提起訴訟。3、執委會的不作為行為所涉及之作為義務並非提出建議或發表意見。4、當事人應明確向執委會提出作為之請求。5、執委會未於法定期限內履行被請求作為之行為。例如在執委會仍擁有個別豁免權之時期，當事人對於執委會未於法定期限內授與或否定聯合行為之豁免，或未於法定期限內同意延長豁免期限，當事人有權向法院提起訴訟。參見廖義男等主持，公平交易法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條，公平會 93 年度委託研究報告，2004 年 11 月，附錄七，頁 572。

<sup>32</sup> 歐體條約第 225 條第 1 項、第 235 條、第 288 條第 2 項。

<sup>33</sup> 關於暫時停止執行之申請，依據歐體條約第 242 及第 243 條之規定，原則上當事人向法院提起訴訟並無停止執行之效力，但當事人得申請暫時停止執行。下列兩種情形得申請暫時停止執行：1、執委會對事業之罰鍰決定，在當事人起訴後，得申請延期至案件終結後再繳納罰鍰。需注意的是，若當事人得提供擔保，執委會亦將同意暫緩執行罰鍰，得於案件終結後再予執行。2、執委會已為令當事人作為或不作為之決定，於起訴後，得申請至案件終結後再實行作為或不作為行為。一般而言，執委會於下列情況下將同意採取暫時停止執行：1、當事人對於執委會之決定所提出的抗辯有相當理由。2、此決定之執行對於當事人將造成嚴重之損害，因而具有暫時停止執行之迫切性。3、同意當事人停止執行的申請不會損害最終判決結果。參見廖義男等主持，公平交易法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條，公平會 93 年度委託研究報告，2004 年 11 月，附錄七，頁 573。

<sup>34</sup> 王曉曄，歐體競爭法，2001 年 5 月，頁 379；並參見廖義男等主持，公平交易法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條，公平會 93 年度委託研究報告，2004 年 11 月，附錄七，頁 570。

<sup>35</sup> 歐體條約第 223 條第 1、第 2 項。

院之組織，依據歐體條約第 221 條之規定亦由各會員國選派一名法官組成。歐洲法院法官之任期為六年，每三年應部分更新<sup>35</sup>。歐洲法院另專設有八名之「總顧問」，經歐洲法院之申請，理事會得提高歐洲法院總顧問之人數（歐體條約第 222 條第 1 項）。總顧問之職責為，在言詞辯論終結後至法院判決前，對案件公開提出完全獨立、公平合理之意見（in völliger Unparteiligkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge），協助法官審理案件供法院在判決時參考。總顧問之意見可包括事實認定、適用法律及對判決之意見，其意見不具有拘束合議庭之效力。歐洲法院審判案件由三至五名法官組成合議庭審理，並搭配一名總顧問。

**101. B 從歐洲法院之職權觀察當事人之救濟**

歐洲法院主要乃管轄與審理不服歐洲初審法院判決而提起上訴之案件。其管轄範圍與歐洲初審法院相同，即依據歐體條約第 230 條之規定得審查執委會決定之合法性，包括執委會對於案件有無管轄權、違反重要之形式規定、違反歐體條約本身或違反其他執法時應遵守適用之法律規範、以及有無濫用其裁量權。歐洲法院為法律審，僅能審理適用法律錯誤之部分，而不能對事實為審理。

**102.** 此外歐洲法院依歐體條約第 234 條之規定，得為所謂之「先行裁決」（Preliminary Ruling; Vorabentscheidung），對共同體法律加以解釋。當訴訟於會員國之內國法院發生有關共同體法之解釋或效力之爭議時，可由條約所規定之人聲請歐洲法院裁決，以確保共同體法在會員國之統一解釋與適用。依據歐體條約第 234 條第 1 項規定，「先行裁決」可對於歐體條約、共同體各機構頒佈法規之有效性、以及經由理事會成立各機構之章程加以解釋。提出先行裁決之時期，依據歐體條約第 234 條第 2 項、第 3 項規定，其一為會員國內國之司法機關認為其判決之作成有賴於對此判決之先行裁決時，得請求歐洲法院對此作一裁決；其二為依會員國內國法，該案件已無其他司法救濟途徑時，遇有共同體法令解釋之疑義，會員國法院有義務提請歐洲法院為先行裁決。由上述可知，歐洲法院之重要作用在於對歐體競爭規範負有最終解釋權，此一作用在維護歐

體競爭法實行之一致性上具有重要意義<sup>36</sup>。

## 2.會員國競爭法執法機關

103. 歐體競爭法因能直接適用於會員國，故會員國之主管機關（包括法院）亦成爲可直接適用與執行歐體競爭法之機關。有關成員國競爭法執法機關在執行歐體競爭法上之地位權限等問題，請參見邊碼 110。

## 3.歐體競爭法執法體系在新世紀之改革—理事會第 1/2003 號規則

### (1)改革前之情形

104. 歐體競爭法之執行在理事會於 2002 年 12 月 16 日通過理事會第 1/2003 號規則<sup>37</sup>之後，可說是在進入 21 世紀之初即歷經了一次重大的的體系轉換（Systemwechsel）<sup>38</sup>。

歐體條約第 83 條規定執委會得向理事會提出執行第 81 條與第 82 條規範之規則或指令之草案。該條第 2 項規定，爲了確保第 81 條第 1 項與第 82 條的禁止規定被確實地遵守，得在這些規則或指令中規定罰鍰或定期繳納之怠金來據以落實之；且爲適用條約第 81 條第 3 項的除外規定，應訂定詳細的程序規範，以因應有效的管制需求，並兼顧行政程序上的簡易性。

105. 在理事會第 1/2003 號規則公布施行以前，其前身理事會 1962 年第 17 號規則<sup>39</sup>規定，事業若欲尋求條約第 81 條第 3 項的除外，則必須按照該號規則所定之程序向執委會提出申報<sup>40</sup>，若未提出申報者，即不可能被除外於條約第 81 條第 1 項之適用<sup>41</sup>。此外規則中更明確指出第 81 條第 3 項的除外權，爲執委會所專屬之權限，換言之，執委會乃壟斷第 81 條第 3 項的除外權（Freistellungsmonopol）<sup>42</sup>。因僅有執委會有權依歐體條約第 81 條第 3 項給予豁

<sup>36</sup> 廖義男等主持，公平交易法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條，公平會 93 年度委託研究報告，2004 年 11 月，附錄七，頁 574。

<sup>37</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L 1/1.

<sup>38</sup> Möschel, Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht, in: FS für Koppensteiner, 2001, S.473ff.

<sup>39</sup> EEC Council Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, [1962] OJ 013/204.(以下簡稱Reg. 17/62)

<sup>40</sup> Reg. 17/62, Article 4(1).

<sup>41</sup> Decision 84/405, OJ 1984 L220/27, para.87.

<sup>42</sup> Reg. 17/62, Article 9(1).

免，會員國主管機關則無此權限，且豁免決定對於各國法院亦有拘束力，因此各成員國適用歐體條約第 81 條之情形即屬有限，而執委會之工作量則日增。

### (2)改革之必要性

106. 歐體條約第 81 條第 3 項賦予執委會獨享豁免許可之權，雖有助於確保條約第 81 條適用上的一致性。但是如此一來卻也造成執委會沈重的負擔。因提出個別除外的申報，是得到除外的必要條件，因此事業為保險起見，當有疑慮時傾向先為申報；另一方面在申報後到執委會做出正式決定之前，該協議均不會受到行政上的制裁<sup>43</sup>，故事業為尋求法律效力上的確定，向執委會所提出的申報自然蜂擁而至，然而很多案件可能根本沒有限制競爭疑慮，在歐盟擴大之後，此問題就更為棘手。

107. 加上執委會之人力、物力資源有限，而隨著歐盟組織、歐洲市場之擴大，歐體競爭法案件也不斷增加，執委會在執行競爭法之上遂不勝負荷。據估計執委會在過去的執法過程中，至多一年僅個別除外了四件申報案<sup>44</sup>，其他的案件絕大多數都是以非正式程序的「舒慰函」(Comfort Letter) 結案<sup>45</sup>。這除了代表執委會之執法資源有限外，也說明了僅有少數的除外申報案件是確有競爭上的疑慮，大多數的案件則否。然而為此等少數案件，卻要耗費大量資源在除外申報案件上，阻礙了執委會去處理更為重要的跨國卡特爾、獨占、結合管制等問題上。因此執委會認為到了該徹底改造、放棄集中式管制的時候，特別是要放棄執委會關於歐體條約第 81 條第 3 項授與豁免許可之獨占權，即要擴大會員國主管機關和成員國法院在執行歐體競爭法方面之權限，以分擔執委會之工作。

### (3)改革過程

108. 為改革歐體競爭法之執行，執委會於 1999 年 4 月 28 日提出「執行歐體條約第 85 條及第 86 條規則現代化白皮書」(White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Article 85 and 86 of the EC Treaty)，以徵求各方意見。接著執

<sup>43</sup> Reg. 17/62, Article 15(5).

<sup>44</sup> Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, p84 (8<sup>th</sup> ed., 2004).

<sup>45</sup> Lane, *EC Competition Law*, p130(2000); Whish, *Competition Law*, p167(5<sup>th</sup> ed., 2003).

委會復於 2000 年 9 月 27 日提出新規則之草案。對於規劃中的新規則，歐洲各國，尤其是德國<sup>46</sup>，有不少的反對聲浪。但鑑於執委會執法之問題需解決已經刻不容緩，經過密集之協商，理事會終於在 2002 年 12 月 16 日順利通過了 1/2003 號規則。

#### **(4)理事會第 1/2003 號規則內容大要**

##### **109. I 由申報許可制改為法定例外制**

理事會第 1/2003 號規則之改革方向，首先是揚棄採行了四十多年的申報許可制，改成所謂之「法定例外制」(Legalausnahme)。

法定例外制係指關於限制競爭協議（不論水平或垂直協議）之例外合法，係直接由立法者訂定除外合法之要件（即歐體條約第 81 條第 3 項），不再由事業向執委會申報其限制競爭之協議，並由執委會做出豁免之許可決定<sup>47</sup>。換言之，對事業協議個別除外之決定者，由行政部門轉向立法部門（故稱法定例外制），該協議只要符合第 81 條第 3 項之要件，即自動生效，可立即向會員國之法院請求執行。至於事業之協議是否吻合於法定例外要件，需由事業自行審查、自我評估 (self assessment)，如事業自認為合於要件，即可予以進一步實施，而競爭法主管機關僅作事後控制 (ex post control)，處罰實際上不合於法定例外要件之協議。因此所謂的個別除外許可制度已走入歷史，而今後事業必須自行評估其協議之效力並自負其責。廢除了申報許可制之結果，執法機關之執法成本將大幅下降，但事業自我評估之違法風險將提高，法律之不確定性也需靠成熟的競爭法理論實務予以補強<sup>48</sup>。

##### **110. II 競爭法執行之去集中化**

理事會第 1/2003 號規則第二項之重大改革，為競爭法執行之去集中化

---

<sup>46</sup> 德國各界反對之理由主要在認為此一變革應透過修改歐體條約本身、依條約第 81 條第 3 項個別除外須經「宣告」(für nicht anwendbar erklärt)、第 81 條第 3 項之除外標準不夠明確以致直接由會員國機關適用恐有不當等，反對理由可參見 Monopolkommission, Sondergutachten 28, 1999, Kapitel III, Tz.13ff.

<sup>47</sup> 理事會第 1/2003 號規則第 1 條第 2 項。

<sup>48</sup> Hossenfelder/Lutz, Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, WuW 2003, S.118f.



(Dezentralisierung)。所謂歐體競爭法執行之非集中化，係指今後成員國競爭法執法機關以及法院不僅（如過去一般）可以審查歐體條約第 81 條之第 1 項及第 2 項，其也能如同執委會一般，直接審查事業之限制競爭協議是否符合同條第 3 項之法定例外要件。換言之，成員國競爭法執法機關以及法院可以有如執委會一般，具有審查歐體條約第 81 條整條條文及第 82 條之管轄權，執委會原有之個別除外獨占權遂被打破<sup>49</sup>。其結果，成員國競爭法執法機關以及法院之角色將日趨積極重要，此外執委會與成員國執法機關以及成員國執法機關之間的合作也將不可或缺<sup>50</sup>。

### 111. III 界定歐體競爭法與成員國競爭法之關係

首先，對於影響成員國間貿易之行爲，應平行適用歐體法及成員國競爭法（參考理事會第 1/2003 號規則第 3 條第 1 項），歐體法並不當然排除成員國法適用。

112. 其次應注意者，成員國競爭法不得禁止依歐體條約第 81 條係屬合法之協議行爲，包括不合於第 81 條第 1 項之禁止要件之行爲，以及合於第 81 條第 3 項法定例外要件之協議，各成員國法均不得禁止之（參考理事會第 1/2003 號規則第 3 條第 2 項）。本項規定貫徹了歐體競爭法優位之原則，其意義重大！但關於單方之限制競爭行爲（如獨占管制或相對市場力量），同項規定則容許成員國制訂較爲嚴格之規定。

113. 最後，上述歐體法優位之原則，不適用於結合管制領域之規定以及非追求競爭法立法目的之法律規定，例如不正競爭法（參考理事會第 1/2003 號規則第 3 條第 3 項）。

### 114. IV 舉證責任分配

理事會第 1/2003 號規則第 2 條對於競爭法案件之舉證責任加以規定，依其規定無論在歐體或在成員國有關歐體條約第 81、82 條之案件，由主張此等規定

<sup>49</sup> 理事會第 1/2003 號規則第 4 至第 6 條。

<sup>50</sup> Hirsch, Anwendung der Kartellverfahrensordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte, Zwer 3/2003, S.236ff.

被違反之一方當事人或競爭法主管機關負舉證責任。

**115.** V 執委會各種形式之決定

理事會第 1/2003 號規則第 7 至第 10 條也對於執委會就競爭法之案件所得做出之各種形式之決定（decisions; Entscheidungen）加以規定，依序說明之。

**116.** A 確認違法行爲、命其停止與附加措施

首先依理事會第 1/2003 號規則第 7 條之規定，執委會能就違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行爲加以確認（findung; Feststellung），並要求參與違法行爲之事業或事業團體停止其行爲（termination; Abstellung）。

**117.** 除此以外，爲達停止違法行爲之目的，在有必要時執委會尚可要求合於比例之「行爲或結構型態之附加措施」(Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art)。所謂結構型態之措施，如要求違法事業出售部分事業資產、甚至命事業解體（divestiture; Entflechtung）等，對於市場競爭損害之治癒調整，具有重大效果。惟依理事會第 1/2003 號規則之規定，須優先採用行爲型態之措施，只有在欠缺採行行爲措施之可能或行爲措施反而對事業將造成更大之負擔時，執委會才能採用結構措施。換言之，結構措施對於行爲措施而言，具有補充性（Subsidiarität）<sup>51</sup>。附加措施之採用，須考量其與事業違反歐體競爭法破壞市場競爭之情形成比例，且須爲有效使違法行爲停止所必要者，始能爲之。這一方面是歐體競爭法對違法事業之制裁第一次採用結構措施，其在競爭法上之意義極爲重大；另一方面歐體競爭法強調結構措施之補充性，行爲措施之優先性，也顯示出其對於採用影響人民權益重大之結構措施格外謹慎。

**118.** B 臨時處分（暫時性之緊急措施）

如果行爲對於競爭具有造成不可回復之損害的危險時，執委會在緊急情況，對於依據表面證據（prima facie）認定成立之違法行爲得下一臨時處分（interim measures; einstweilige Maßnahmen）。此一臨時處分須附期限，但於必要且適當時

<sup>51</sup> Hossenfelder/Lutz, a.a.O., S.121.

<sup>52</sup> 理事會第 1/2003 號規則第 8 條參照。臨時處分在過去，乃爲歐洲法院之判決實務所承認，此次加以明文化。

得延長之<sup>52</sup>。

**119. C 宣告事業所提出之義務承諾具拘束力**

事業在執委會意欲發布事業須停止其違反歐體競爭法之行爲的決定之際，提出足以清除其違法疑慮之「義務承諾」(Verpflichtungszusagen; commitments)時，執委會得經由決定之方式，宣告該義務承諾對前述事業具有拘束力。事業如不遵守義務承諾，執委會得課以罰鍰或怠金(參見第六章章名註釋邊碼120-122)。執委會之上述宣告，並不代表涉案行爲已經確定成立，其僅代表執委會認爲事業一旦遵行其承諾，執委會就不再有必要對於涉案事業加以調查處分。如作為宣告之事實關係變更、事業不遵守承諾或宣告係基於事業所提供之不實、誤導或不完整之資料而做成時，執委會得重開調查處分程序<sup>53</sup>。

**120. D 確認競爭法於個案無其適用**

執委會依理事會第 1/2003 號規則第 10 條之規定，其基於公益之考量，得依職權確認歐體條約第 81 條或第 82 條就某個案而言無其適用性(inapplicability; Nichtanwendbarkeit)，惟事業則無請求確認之權。所謂無適用性，例如在個案中第 81 條第 1 項之違法要件不成立，或具備同條第 3 項之法定例外要件。因上述之公益要件，執委會應只會在少數例外之情形，才會進行此一確認。一旦以決定確認，依理事會第 1/2003 號規則第 16 條之規定，就對成員國主管機關及法院有拘束力。

**121. VI 執委會與成員國競爭法主管機關及法院之協調配合**

在歐體競爭法改採法定例外制，並且擴大成員國執法機關與法院之執法角色，採行去集中化之執行後，歐體競爭法之案件可能由執委會或任何一個相關之成員國主管機關或法院管轄而進行調查處理。進一步言，理事會第 1/2003 號規則並不採排除管轄模式，而係採平行管轄模式，故同一件案件，可能有數個執法機關有管轄權，包括執委會及成員國執法機關，同時或先後進行調查處理。因此為確保案件處理之順利進行不互相衝突，實有賴執委會與成員國競爭法主

<sup>53</sup> 理事會第 1/2003 號規則第 9 條。

管機關及法院之通力協調配合。為達此一目的，理事會第 1/2003 號規則試圖建立一個「競爭法主管機關網路」(Netzwerk der Wettbewerbsbehörden)<sup>54</sup>，透過資訊交換與諮商程序 (Informations- und Konsultationsverfahren) 使案件之實際處理能由最適之主管機關負責<sup>55</sup>。此一網路之目的是要提出明確之規則，使得主管機關間之合作、分工、資訊及文件交換、相互諮商、彼此支援等事項之進行，有清楚之方式可循。

**122.** 關於競爭法機關間協調配合之事項有下：

**A 相互通知及執委會之管轄權**

執委會與成員國競爭法主管機關在執行歐體競爭法時，應緊密合作（參考理事會第 1/2003 號規則第 11 條第 1 項）。執委會在進入依理事會第 1/2003 號規則所定之各種調查處分決定程序時，以及欲做成決定之 30 日以前，通知成員國執法機關。反之，成員國執法機關在開始進行執行歐體條約第 81 條及第 82 條之調查前，或正式調查程序甫開始之後，有義務通知執委會（參考理事會第 1/2003 號規則第 11 條第 2 至第 4 項）。惟成員國執法機關在做成決定前，卻無須就其決定之內容與執委會協商。又依據理事會第 1/2003 號規則第 11 條第 6 項之規定，會員國對於歐體條約第 81 條、第 82 條之案件雖有管轄權，但前提為執委會對相關案件尚未進行調查。即執委會一旦開始審理這些案件，會員國的主管機關即失去繼續審理案件之權限。惟會員國主管機關如已經開始進行調查，執委會應與成員國執法機關協商後始進入調查程序。

**123.** **B 交換資訊並得作為證據**

為執行歐體條約第 81 及第 82 條，執委會與成員國競爭法主管機關有權相互交換包括機密性之資料，並得以之作為證據（參考理事會第 1/2003 號規則第 12 條第 1 項）。惟其所交換之資訊，須僅為執行歐體條約第 81 及第 82 條，且僅限於不同執法機關係調查同一案件時，始得為之（參考理事會第 1/2003 號規則

<sup>54</sup> 關於歐體競爭法執法機關網路之有關規定，參見理事會第 1/2003 號規則第 11 至第 14 條、第 16 條、第 22 條、第 35 條。

<sup>55</sup> 理事會第 1/2003 號規則立法理由（又稱「鑑於條款」，因公布之規則全文之前均會有「鑑於…之理由」之說明）第 15 點。

第 12 條第 2 項)。在成員國法平行適用之際，只有其適用結果相同時，才允許上述之資訊交換。

#### 124. C 案件管轄及調查處理之分工

為避免數個成員國主管機關同時或先後對同一案件調查處分，也為防止當事人在數個競爭法主管機關檢舉，理事會第 1/2003 號規則第 13 條第 1 項規定在上述情形下，成員國主管機關得以某一成員國主管機關已經開始進行調查工作為理由，停止其調查程序之進行或駁回檢舉。如某一個案已經為某一成員國主管機關所處理完畢，當事人又在他成員國提出檢舉者，收到檢舉之成員國主管機關得不受理其檢舉（參考理事會第 1/2003 號規則第 13 條第 2 項）。此一規定之目的，在防止雙重處理（Doppelarbeit）、多重檢舉（Mehrfachbeschwerden），以追求歐體競爭法執法機關網路內最佳之案件分工（optimale Arbeitsverteilung im Netzwerk），並且提供成員國主管機關駁回、不受理檢舉或停止程序之正式依據<sup>56</sup>。本條所規定者，均為主管機關之職權（「得」不受理等），而非義務，如成員國主管機關仍受理檢舉，則理論上可能會發生多國平行或先後管轄之情形。當然，各國多會盡量避免此一情形之發生。

#### 125. D 卡特爾及獨占諮詢委員會

為強化會員國主管機關之間以及與執委會之密切協調聯繫，乃設立「卡特爾及獨占諮詢委員會」（Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Position; Beratender Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen），由各會員國主管機關之代表所組成。依據理事會第 1/2003 號規則第 14 條第 1 項之規定，執委會為處理歐體競爭法所作出的決定，應先徵求諮詢委員會之意見；而執委會則應盡可能考量諮詢委員會之意見（參考理事會第 1/2003 號規則第 14 條第 5 項）。

#### 126. E 競爭法主管機關作為法院之友

理事會第 1/2003 號規則並規定了競爭法主管機關對於法院之協助，使得競爭法主管機關能成為所謂法院之友（amicus curiae）。例如該規則第 15 條規定，

<sup>56</sup> 理事會第 1/2003 號規則「鑑於條款」第 18 點；Hossenfelder/Lutz, a.a.O., S.124.

成員國法院在處理有關歐體條約第 81 條或第 82 條之案件時，得請求執委會提供其所擁有之資料，或請執委會提供與適用歐體競爭法有關之法律意見。成員國主管機關也能主動提供該國法院有關適用歐體條約第 81 條及第 82 條之相關意見。

**127. F 歐體競爭法在個案中之統一適用**

最後，為統一歐體競爭法在個案中之適用，理事會第 1/2003 號規則第 16 條並規定，成員國之法院及競爭法主管機關在處理有關歐體條約第 81 條及第 82 條之案件時，其所為之決定不得違背執委會就該協議或行為所已為之決定。成員國法院之決定，也應避免與執委會就一尚在調查處理中之案件所意欲做之決定相違背。

**128. G 執委會之調查**

理事會第 1/2003 號規則就執委會對於案件之調查職權與程序問題，也有相關之規定<sup>57</sup>。此類之規定例如：

a. 當共同體市場貿易之發展顯示市場競爭有被限制或扭曲之虞時，執委會得就特定產業部門或特定種類之限制競爭行為類型進行調查（參考理事會第 1/2003 號規則第 17 條第 1 項）。

**129. b.** 執委會為執行理事會第 1/2003 號規則所賦予之職權，得以一般之要求或透過正式之決定，要事業或事業團體提供一切必要之資訊與資料（參考理事會第 1/2003 號規則第 18 條第 1 項）。執委會此時須說明其法律依據、要求提供資訊資料之目的、提供之最後期限，以及提示理事會第 1/2003 號規則第 23 條所規定如提供不實或不完整資訊資料之法律責任（參考理事會第 1/2003 號規則第 18 條第 2 項）。被調查之事業或事業團體固然無須承認其所為之行為，但就案件之事實部分，必須回答執委會之訊問，或提出執委會所要求其提出有關案件之資料，縱使此將對其造成不利，甚至能因此證明其從事違法行為者，亦無不同<sup>58</sup>。

<sup>57</sup> 關於執委會在結合管制程序中所具有之調查、檢查權，理事會第 139/2004 號結合管制規則也有相類似之規定，參見理事會第 139/2004 號規則第 11 至第 13 條，此等規定限於篇幅茲不另予介紹。

<sup>58</sup> 理事會第 1/2003 號規則「鑑於條款」第 23 點。

但依理事會第 1/2003 號規則第 19 條之規定，對自然人或法人之訊問 (interview; befragen)，須得其同意始得為之。

- 130.** c. 執委會為執行理事會第 1/2003 號規則所規定之任務，具有檢查權 (powers of inspection; Nachprüfungsbefugnisse) (參考理事會第 1/2003 號規則第 20 條第 1 項)。依理事會第 1/2003 號規則第 20 條第 2 項之規定，執委會行使上述檢查權之官員及其他經執委會授權之隨伴人員，有權進入事業之營業所等所有房屋空間、土地、交通工具；得檢查帳簿或其他交易文件；得取得上述文件帳冊之影本或摘錄；在必要時得查封營業場所或上述文書；亦得要求事業或事業團體之代表人或職員說明事實或提供資料，並得就其回答做成筆錄。如執委會鄭重其事地以正式決定之方式實施檢查權者，受檢查之事業或事業團體有義務須容忍執委會之檢查行為 (參考理事會第 1/2003 號規則第 20 條第 4 項)。事業違反有關檢查權之規定者，並有相關之罰鍰規定 (參見第六章章名註釋邊碼 121)。執委會行使檢查權如受抵擋時，成員國應給予必要之支持協助，甚至包括動用警察或其他執行機關之力量予以介入，但此等行為依成員國法須得法院之同意者，應聲請成員國法院之同意 (參考理事會第 1/2003 號規則第 20 條第 6 及第 7 項)。
- 131.** d. 成員國競爭法執法機關並得在其本國領域內，依其內國法之相關規定，為其他成員國進行上述檢查，以確定是否具有違反歐體條約第 81 條及第 82 條之行為 (參考理事會第 1/2003 號規則第 22 條第 1 項)；如為執委會請求成員國進行上述調查時，成員國執法機關則應在符合其內國法之前提下為執委會進行檢查 (參考理事會第 1/2003 號規則第 22 條第 2 項)。
- 132.** e. 執委會在作成命停止決定、臨時處分決定、課罰鍰決定、課怠金決定之前，應給予上述決定所針對之事業與事業團體，就執委會所指摘之點有陳述意見之機會。執委會只能就當事人曾經陳述過意見之點，作成決定 (參考理事會第 1/2003 號規則第 27 條第 1 項)。
- 133.** f. 保障當事人充分之防衛權，例如理事會第 1/2003 號規則第 27 條第 2 項規

定，當事人有調閱卷宗之權，但不包括調閱機密資料或執委會或成員國主管機關內部資料之權。

- 134.** g. 執委會雖有調查權，但應遵守保護營業秘密之規定，例如原則上僅能將資料使用於當初取得資料之目的；不得任意公開事業之營業秘密等（參考理事會第 1/2003 號規則第 28 條）。



## 第二十五條 公平交易委員會之職掌

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「為處理本法有關公平交易事項，行政院應設置公平交易委員會，其職掌如左：

- 一、關於公平交易政策及法規之擬訂事項。
- 二、關於審議本法有關公平交易事項。
- 三、關於事業活動及經濟情況之調查事項。
- 四、關於違反本法案件之調查、處分事項。
- 五、關於公平交易之其他事項。」

### 參考文獻

林騰鶴（1985），《西德聯邦卡特爾署之研究——兼評我國公平交易法草案主管機關規定》；林騰鶴（1990），《美國聯邦交易委員會之研究》；廖義男（1995），〈公平交易法之立法經過〉，《公平交易法之理論與立法》；李建良（1996），〈從公共工程弊端談公平交易委員會之行政調查權〉，《月旦法學雜誌》第18期，頁13-21；陳景發（1996），〈論行政調查之法的統制〉，《中央警察大學法學論集》第1期，頁75-127；劉孔中（1996），〈論公平交易委員會之行業導正〉，《公平交易季刊》第4卷第4期，頁1-13；陳景發（1998），〈論行政調查與犯罪偵查〉，《中央警察大學法學論集》第3期，頁127-151；王立達（1999），〈我國行政調查制度之法制化〉，《憲政時代》第24卷第4期，頁57-82；吳庚（1999），《行政法之理論與實用》；張佳弘（2000），〈從政府管制探討競爭政策〉，《公平交易季刊》第8卷第3期，頁1-32；張敏玲（2000），〈國家補助在歐體競爭法上之規範〉，《公平交易季刊》第8卷第3期，頁61-110；黃錦堂（2000），〈行政組織法之基本問題〉，翁岳生編《行政法（2000）》（上），第六章；廖義男（2001），〈公平交易法八十

七年及八十八年行政法院裁判評析之研究報告》，《台灣本土法學雜誌》第 18 期，頁 81-89；蔡秀卿、陳榮隆（2001），《從公平交易委員會依法獨立行使職權之觀點檢討現行行政爭訟制度》；蘇永欽（2001），〈司法自治與公平法的管制—公平法第二十四條的功用與濫用〉，《月旦法學雜誌》第 70 期，頁 40-56；洪羽柔（2004），〈淺論公平交易委員會與其他行政機關間之行政事務協調〉，《萬國法律》第 134 期，頁 46-52；蔡茂寅（2004），〈獨立機關之研究—以中央行政機關組織基準法為檢討對象〉，《研考雙月刊》第 28 卷第 6 期，頁 71-80。

## 第二十五條 公平交易委員會之職掌

### 壹、法制比較

- 一、美國
- 二、日本
- 三、德國
- 四、歐洲聯盟

### 貳、立法沿革與體系定位

- 一、立法沿革
- 二、體系定位

### 參、設置委員會及其職掌

- 一、行政院設置公平交易委員會
- 二、公平會之法定職掌
  - （一）公平交易政策及法規之擬訂
  - （二）審議本法有關公平交易事項
  - （三）事業活動及經濟情況之調查
  - （四）違反本法案件之調查、處分
  - （五）關於公平交易之其他事項

## 1. 壹、法制比較

### 一、美國

1. 美國競爭法規的主管機關，可分為聯邦與州二個執法層級。在聯邦部分，最主要的執法機關乃司法部反托拉斯局（Antitrust Division of the Department of

Justice; DOJ), 以及聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission; FTC)。

2. 就執法權限而言, 反托拉斯局專屬負責休曼法之執行, 並和 FTC 共同執行克萊登法; 在 FTC 部分, 以 FTC Act 第 5 條關於不公平與欺罔行為之案件為主。此外, FTC 對克萊登法中關於差別取價 (第 2 條)、搭售 (第 3 條)、結合 (第 7 條)、及禁止兼任競爭事業董事 (第 8 條) 等規定, 與 DOJ 同時享有管轄權。DOJ 可採行之救濟手段包括刑事與民事訴訟。除無刑事制裁權外, FTC 依美國反托拉斯法規所得行使之制裁手段與 DOJ 頗為類似。歸納而言, 主要有「停止與禁止」命令 (cease-and-desist order)、協議命令 (consent order)、民事救濟、禁制性處分、與協助法院設計制裁方式等幾大類。

## 二、日本

3. 日本獨占禁止法之主管機關為公平交易委員會。依據獨占禁止法第 27 條之 1, 公平會之執掌如下: (1) 私的獨占之規制、(2) 不當交易限制 (聯合行為) 之規制、(3) 不公平交易方法之規制、(4) 私的獨占狀態之規制、(5) 有關執掌事項之國際合作事務、(6) 依據其他法律規定屬公平會之事務等。

## 三、德國

4. 德國 GWB 上所稱「卡特爾主管機關 (Kartellbehörden)」並非專指特定某機關, 而是泛指「該管卡特爾官署」, 亦即: 聯邦卡特爾署、聯邦經濟部、各邦主管卡特爾事務的一級機關。至於具體所指係何者, 必須另循個別實體規定及管轄權劃分規範始能確定 (§ 48 GWB)。聯邦卡特爾署為德國法上最主要的卡特爾主管機關, 依所涉卡特爾事件影響所及區域或涉案事業營業規模, 該署必須與各邦主管卡特爾事務的一級機關、歐盟執委會劃分彼此管轄範圍。

## 四、歐洲聯盟

5. 歐體競爭法之執法機關, 即執委會。至於其他廣義上亦屬於歐體競爭法之執行機關者, 尚包括屬於司法系統之歐洲初審法院以及其上訴審歐洲法院。執委會之第四總署 (DG IV), 乃是負責競爭事務, 為歐盟實際執行競爭法的核心機關。

6. 依設立歐體的歐體條約第 211 條之規定，執委會之任務與職權有四：（1）負責共同體條約及法規之適用與執行。（2）在共同體條約明文規定或執委會認為有必要時，對條約所訂之共同體事務提供建議（recommendations）及其意見（opinions）。（3）依職權與依共同體條約所設之標準做出行政上決定（decisions），並參與理事會和歐洲議會的立法程序等行為。（4）執行理事會所授予之有關職權，包括為了施行理事會所制訂之法律規定，授權執委會制訂次級之法規範。

## 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

7. 本法主管機關之定位及其組織方式，在本法草案研擬及立法審議階段中，立法方針曾歷經兩次重大轉折。廖義男教授所擬草案第 3 條規定：「本法所稱主管機關，為經濟部公平交易評審委員會。（第 1 項）公平交易評審委員會由主任委員一人及其他委員四至六人組成之，獨立行使依本法所賦予之職權，不受任何干涉。（第 2 項）公平交易審議委員會之委員，須富有法律或經濟之學識經驗，其任期為六年，得連任之。非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職。（第 3 項）公平交易審議委員會之委員，應為專任。並不得兼任企業之所有人、經理、董事或監察人，或企業團體、職業團體或其他經濟團體之代表人、理事或負責人。（第 4 項）公平交易評審委員會下應置秘書處，受主任委員之指揮監督，襄助委員會辦理依本法所掌管之事項。（第 5 項）」
8. 行政院送請立法院審議之本法草案第 25 條規定，則依我國二級機關及其下為特定法律設置執行單位之通例，將公平會定位為經濟部內之合議制委員會：「為處理本法有關公平交易事項，經濟部應設置公平交易委員會。其職掌如左：一、關於公平交易政策及法規之擬訂事項。二、關於審議本法有關公平交易事項。三、關於事業活動及經濟情況之調查事項。四、關於違反本法案件之調查、處分事項。五、關於公平交易之其他事項」。此一規定文字，源自經濟部研擬之本法草案第 26 條規定：「為審議本法有關公平交易事項，經濟部應

設置公平交易委員會」及第 30 條規定：「公平交易委員會之職掌如左：一、關於公平交易政策及法規之擬訂事項。二、關於審議本法有關公平交易事項。三、關於企業活動及經濟情況之調查事項。四、關於違反本法案件之調查、處分事項。五、關於公平交易之其他事項」；除依行政院草案之體例將「企業」修改為「事業」，並將公平會之「審議」角色擴大為「處理」外，僅將經濟部所擬草案之兩條規定合併規定於一條。

9. 至立法院審議本條規定之際，先就公平會應否僅為經濟部之內部單位熱烈討論，於委員會審查階段即確立其（三級）機關之定位。至於公平會之位階，既有側重其與經濟部（商業司）之協調關係而主張隸屬於經濟部者。亦有認為經濟部為公營事業之主管機關，而當時公營事業亦不乏獨占之情形；因此，該部既不宜同時為本法之主管機關、公平會亦不宜設置於其下級，以免本法之「監督者」與「被監督者」角色混淆。本條規定與第 9 條、第 29 條於委員會審查階段及二讀程序中，多次因爭議不決而保留。及至本法草案最後保留條文即將全部三讀之際，由於本法第 46 條涉及公營事業適用本法問題引發討論，本條因而隨之再次成為關注焦點。為避免原草案將公平會設於經濟部之下，執行本法將不免有偏頗之餘；經濟部原條文中「經濟部」三個字，終於在多位朝野立法委員力爭之下改為「行政院」。原已通過三讀的第 9 條規定，並因而復議配合修正，將中央主管機關自「經濟部」改為「行政院公平交易委員會」。

## 二、體系定位

10. 本條規定係典型之行政機關組織設置及任務授予規定，與本法第 9 條、第 28 條及第 29 條等規定息息相關；公平會之組織條例第 1 條亦配合規定：「行政院為處理公平交易法所定事項，依公平交易法第二十九條規定制定本條例，設行政院公平交易委員會」。自本條以下至第 29 條之各條規定，與本法第 10 條至第 24 條之實體規範不同，其主要規範內容係確立本法之執行機關及其特有之程序規範，原則上並無直接規範事業活動之外部法效力。另一方面，本條後段各款關於公平會職掌之規定，亦有劃分與其他機關權限，並使公平會得據以

循本法第 9 條第 2 項與其相互協調之規範作用。

11. 本條規定除前段本文因涉及公平會位階、自立法草案審議階段即引起熱烈討論之文字外，後段各款有關公平會職掌事項之規定，原為本條規範內容之重點所在。由於本條規定依經濟部原擬草案立法方式，不過係將經濟部內部處務規程提升至母法之情形；除藉以透過立法形式明確授予經濟部執行本條各款規定之任務外，實無大費周章計較各款規定是否涉及機關權限、管轄等具有外部法律效果之相關問題。然而，本法第 29 條在委員會審議階段即修改為「公平交易委員會之組織，另以法律定之」，使公平會自經濟部內部單位轉而成為行政機關，第 28 條規定則配合修正為公平會得以自身名義對外行文並自為處分。自此，本條各款所規定之公平會職掌事項，即不能不顧及其所涉及的機關權限與管轄問題。

12. 就機關權限的觀點而言，本條各款所規定之公平會職掌事項，已成為公平會內部各類組織法規涉及職掌規定之「共通上位概念」，係後者共同遵循並且具體化於公平會內部各單位之規範方針；例如：行政院公平交易委員會組織條例（以下簡稱「公平會之組織條例」）第 14 條關於「委員會議」職權之規定、同條例第 5 條關於企劃處職掌之規定，均出現與本條各款規定極為近似之文字。另一方面，就事務管轄的觀點而言，本條各款所規定之公平會職掌事項，解釋上應與行政程序法第 11 條以下相關規定相互參照。此外，針對公平會應否依本法第 26 條規定針對檢舉案調查程序之終結是否應經「委員會議」等爭議，亦不乏行政訴訟當事人援引本條規定為其攻擊防禦之規範基礎者；例如：台北高等行政法院 89 訴字第 1004 號「美商寶鹼公司等檢舉 BOSS 商標遭仿冒案」。

### 參、設置委員會及其職掌

13. 本條規定之文字內容，原係於行政院送請立法院審議之草案中，合併經濟部所擬草案第 26 條及第 30 條兩條規定而來；因此，其所涉及的法律規範體系議題，亦可分為：前段本文有關公平會位階之規定，以及，後段各款有關公平

會職掌事項之規定兩部分。

### 一、行政院設置公平交易委員會

14. 本條前段本文規定：「為處理本法有關公平交易事項，行政院應設置公平交易委員會」，係呼應第 9 條有關中央主管機關為「行政院公平交易委員會」之規定。本條前段本文因「經濟部」三個字改為「行政院」，使本法主管機關在行政組織內之定位及運作方式隨之不同：經濟部所擬草案之行政組織架構，係於其內部設置諮詢性質之委員會，並以經濟部長自兼主任委員主持會議，本法主管機關即為經濟部，公平會主要職掌則為「審議本法有關公平交易事項」。行政院草案就此，改採較模糊而具彈性之組織法規，亦即：授權經濟部具體擬訂公平會組織架構，再報請行政院核定，但仍將公平會定位為經濟部內部單位。本條規定最終以行政院之下新設二級機關方式定位公平會，遂成為我國是否從此正式導入「獨立機關」或「行政委員會」組織建制模式相關討論之濫觴。
15. 由於公平會設置於行政院之下，依行政院所屬內部單位及直轄機關通例，如定位為院本部內部單位，其主管將成為行政院長之幕僚；如定位為直轄機關，則其首長將成為行政院會議之出席或列席人員。依行政院歷來組織架構及運作方式，行政院長對於行政院本部內部單位主管及直轄機關首長業務範圍內之重要決定，均有最終之裁決權限。即使在具有合議制外觀之行政院會議中，亦不例外：依「行政院會議議事規則」第 5 條規定，行政院會議以過半數之出席為法定人數，議案以出席人過半數之同意議決之，對決議如主管部會首長有異議時，則由院長決定之。公平會依本法第 9 條、第 28 條、第 29 條及公平會之組織條例相關規定，既已定位為行政機關，在現行行政院組織架構下成為其直轄機關之一，其首長因而成為行政院會議之成員，相當於「內閣制」國家之「閣員」，得在行政院長主持之會議中參與討論我國重要行政決策。依立法院職權行使法第 16 條以下規定，公平會之首長亦應就其主管業務列席立法院院會備詢，或出席立法院各委員會所舉行之公聽會表達意見。
16. 公平會目前既為行政院直轄之二級機關，除該會委員之任免、職權行使之

獨立性另有法律之規定外，舉凡預算編列、決算報告、業務考核、訴願及法規審查等事項，均與其他二級機關同受行政院之監督；有關人事任用、銓敘及保障等事項，並同受考試院之適法性監督。依中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款定義，獨立機關係指「依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關」；公平會依其現況，至少在組織法上似未完全符合「獨立機關」之條件。公平會如於行政院組織法修正過程中重新定位為行政院外之獨立機關，將有必要配合中央行政機關組織基準法相關規定，重新訂定公平會之組織法。關於公平會依法獨立行使職權，參照：第 28 條邊碼 13-18；至於組織法定原則及其改造，並請參照：第 29 條邊碼 13-34。

## 二、公平會之法定職掌

17. 本條後段除列舉四款公平會職掌事項之外，第 5 款則以概括授予「關於公平交易之其他事項」之職掌。關於職掌與職權、權限、管轄等概念之關係，參照：第 9 條，邊碼 22-25。

### （一）公平交易政策及法規之擬訂

18. 本款「政策及法規之擬訂」，係二級機關如經濟部、財政部、農委會之組織條例或處務規程中，用以規定其內部單位職掌分工之典型文字。
19. 公平會實務上辦理本款規定之法規事務，包括擬訂本法施行細則、多層次傳銷管理辦法等行政程序法第 150 條所定義之（狹義）法規（命令），以及辦事細則、處理原則等行政程序法第 159 條所定義之行政規則；後者依一般組織法規及處務規程之通常用語觀之，似亦可視為廣義之「法規」。此外，屬於行政程序法第 165 條所定義之行政指導，如公平會針對行業所頒布之警示原則，如非僅針對個案為之而應歸入第 2 款規定外，亦可視為本款規定內最廣義之「法規」。至於公平會內部單位中，掌理「關於公平交易法規之研擬修訂事項」者，依公平會之組織條例第 9 條第 1 款規定係該會之法務處。
20. 至於「政策...擬訂」事務則範圍極為廣泛，通常均非針對個案所為、亦不直接發生外部法之效力；然而，透過本款職掌規定，公平會亦得據以循本法第



9 條第 2 款規定，協調其他機關配合競爭政策之執行，或促使該機關調整主管權限內之管制措施，有效調和其與競爭政策間之關係。以往公平會推動「四六一」專案、「解除管制」專案、「建構知識經濟之公平競爭環境」專案均屬之。值得注意者，公平會藉行政院邀集相關部會會商討論之機會作成結論，再透過函釋等方式確認本法規範對象及適用範圍，亦係推展公平交易政策之有效手段；例如：公研釋字第 090 號確認行政機關之私法行為亦有本法之適用。此外，行政院近年來要求中央各級行政機關擬訂年度施政計畫及中程施政計畫，解釋上亦屬於本款規定之政策擬訂事務範圍。至於公平會內部單位中，掌理「關於公平交易政策之研擬事項」者，依公平會之組織條例第 8 條第 1 款規定係該會之企劃處。

### (二) 審議本法有關公平交易事項

21. 本款規定較為特殊，似為經濟部原擬草案將公平會定位為其內部審議單位時之配套規定。
22. 對照本法通過後制訂之公平會之組織條例第 14 條規定，則本款規定與「委員會會議」之職權大致符合。依此理解，公平會各類法規、政策之擬訂，以及，個案經調查並擬辦後之處分等，所有依公平會之組織條例、辦事細則及「委員會會議」會議規則相關規定，最終須提出於「委員會會議」審議之事務，解釋上亦屬於本款規定之範圍。此外，第 11 條以下關於結合申報之審查、第 14 條以下關於聯合行為申請之審查、第 23 條之 4 關於多層次傳銷事業報備之審查，亦屬於本款規定。

### (三) 事業活動及經濟情況之調查

23. 類似本款規定之文字在其他法律及命令中雖不常見，但在仰賴全面性、大量事實資料之行政機關組織法規中，卻可以發現不少針對其內部單位之職掌設有類似之規定；例如：行政院經濟建設委員會組織條例第 4 條關於經濟研究處之掌理事項、監察院監察委員行署組織條例第 8 條關於調查科之職掌等。
24. 本款規定除授予公平會自行調查事業活動及經濟情況之權限外，亦使其得

據此請求其他機關協助提供相關資訊。對照公平會之組織條例第 8 條第 4 款規定，則本款規定後段之事務似屬該會之企劃處職掌範圍。至於本款前段「關於事業活動...之調查」，固然以企劃處、統計室等所蒐集、整理之事業一般性背景資料為主，藉以提供各業務單位處理個案時之所需。另一方面，該會之第一、二、三處於其分工掌理範圍內，勢必先就事業未涉違法之正常活動有所瞭解，解釋上亦屬之；個案所涉之事業活動調查事項，則已屬次一款所規定之範圍。

25. 值得注意者另有本條與第 27 條間之關係，亦即，第 27 條所稱之調查主要係針對涉及違反本法規定之具體個案；一般性之事業活動或經濟情況調查，則非屬之。其次，公平會依第 27 條進行個案調查時，受調查人依法負有配合調查之義務，第 43 條規定亦以課予罰鍰為其強制手段；至於本款規定公平會之職掌項目包括調查，其性質係機關之間及機關內部之組織法上指示性規定，在欠缺法律明確授權得針對特定受調查人課予配合義務之情況下，不宜逕依本款規定解為得命相關機關、團體、事業、個人調取資料，基本上，仍應循機關之間職務協助方式取得相關產業資料或統計數據，並注意檔案法、國家機密保護及個人資料保護等相關法令之規範。

#### （四）違反本法案件之調查、處分

26. 類似本款規定之文字通常見於行政作用法之中，例如：工廠管理輔導法第 4 條、度量衡法第 43 條；然而，組織法與作用法混合立法之法典中，亦有類似規定者，例如：中央銀行法第 8 條關於該行監事會之職權即屬之。
27. 對照公平會之組織條例第 5 條、第 6 條、第 7 條、第 14 條，則本款規定所對應內部之職掌分工，分別涉及第一、二、三處之「調查處理事項」，以及，委員會議之「關於執行公平交易法之公告案、許可案、處分案之審核」；解釋上，該會法務處依組織條例第 9 條第 2 款、第 4 款、第 5 款等規定所掌理之「法令之諮詢」、「罰鍰之執行」、「刑事違法案件移送」，與上述案件調查或處分相關部分亦屬之。因此，就違反本法規定而可能同時涉及刑事責任之行爲，公平會即得就其行政調查工作，援引本款規定作為其與司法偵查機關相互協調之依

據；關於行政執行，並請參照：第 44 條。

- 28.** 至於本款規定對應公平會外部調查程序及措施，則分別涉及本法第 26 條、第 27 條及第 27 條之 1 等規定；解釋上，因公平會外部調查程序及措施所涉爭議，於行政程序及後續行政爭訟程序中所應優先適用之法律規範，除行政程序法、訴願法、行政訴訟法等程序規範外，原則上仍應以本法第 26 條、第 27 條、第 27 條之 1 等規定，以及，事業所違反之本法實體規範為其判準，不宜逕自援引本款規定作為有關外部法爭議處理之規範準據。例外應特別考量行政機關組織法規之情形，如：應經委員會議決議之案件未經其決議，是否構成行政程序法第 111 條第 7 款規定，或得否依同法第 114 條補正等問題，亦係依行政程序法及公平會組織法規之相關規定處理，本款規定亦不因此而有加以援引之必要（台北高等行政法院 89 訴字第 1004 號「美商寶鹼公司等檢舉 BOSS 商標遭仿冒案」）。

#### **（五）關於公平交易之其他事項**

- 29.** 本款為一般性之概括規定，類似文字泛見於組織法規之中，藉以涵括各款列舉規定所無法窮盡之同類事務，僅具有職掌任務內容之一般指示作用，並無內部組織法規或外部法上之強制力。



## 第二十六條 公平交易委員會之調查處理程序

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。」

### 參考文獻

林騰鶴（1985），《西德聯邦卡特爾署之研究——兼評我國公平交易法草案主管機關規定》；林騰鶴（1990），《美國聯邦交易委員會之研究》；廖義男（1995），〈公平交易法之立法經過〉，《公平交易法之理論與立法》；李建良（1996），〈從公共工程弊端談公平交易委員會之行政調查權〉，《月旦法學雜誌》第18期，頁13-21；陳景發（1996），〈論行政調查之法的統制〉，《中央警察大學法學論集》第1期，頁75-127；陳景發（1998），〈論行政調查與犯罪偵查〉，《中央警察大學法學論集》第3期，頁127-151；王立達（1999），〈我國行政調查制度之法制化〉，《憲政時代》第24卷第4期，頁57-82；吳庚（1999），《行政法之理論與實用》；王立達（2000），〈大型流通業對上游供應商收取附加費用之競爭法規範：問題架構與管制方向〉，《公平交易季刊》第8卷第3期，頁33-60；廖義男（2001），〈公平交易法八十七年及八十八年行政院裁判評析之研究報告〉，《台灣本土法學雜誌》第18期，頁81-89；蔡秀卿、陳榮隆（2001），《從公平交易委員會依法獨立行使職權之觀點檢討現行行政爭訟制度》；蘇永欽（2001），〈司法自治與公平法的管制——公平法第二十四條的功用與濫用〉，《月旦法學雜誌》第70期，頁40-56。

## 第二十六條 公平交易委員會之調查處理程序

### 壹、法制比較

- 一、美國
- 二、日本
- 三、德國
- 四、歐洲聯盟

### 貳、立法沿革與體系定位

- 一、立法沿革
- 二、體系定位

### 參、調查處理之開始

#### 一、啟動調查程序之事由

- （一）違反本法規定之情事
- （二）危害公共利益之要件
- （三）啟動調查程序之裁量

#### 二、調查之開始

- （一）依檢舉
- （二）依職權

#### 三、處理

- （一）依本法作成行政處分或締結行政契約
- （二）移送其他機關
- （三）不予處分
- （四）警示
- （五）其他後續處理

## 1. 壹、法制比較

### 一、美國

1. 除依刑事訴訟程序追究違反反托拉斯法者之刑事責任外，「損害賠償」、「禁制性處分」（injunctive relief）和「協議裁決」（consent decree）是 DOJ 經常於民事救濟程序中所使用之手段。DOJ 所提起之民事救濟程序，以和解方式收場者居多。通常係由 DOJ 向被告提出主管機關所認為適當之制裁方式，在被告同意該制裁條件，並經法院許可後，訴訟即視為撤回。此於美國反托拉斯法救濟程序上，統稱協議裁決。至於行政部門在何情形下，得與涉案當事人進行制

裁條件之協商與談判？美國相關的反托拉斯法規並無明確之規定。除無刑事制裁權外，FTC 依美國反托拉斯法規所得行使之制裁手段與 DOJ 頗為類似。

## 二、日本

2. 公平會得依職權、一般人之檢舉、檢察總長或中小企業廳之通知，認有違反獨占禁止法之嫌疑時，進入調查程序，此一程序之進行通常由被指定為「審查官」之事務總局職員為之。審查官於完成調查程序後，寫就報告書向委員會進行報告，此時委員會決定採取下列三項措施之一：(1) 不予處分；(2) 對行為人進行勸告；(3) 發出排除措施命令，令當事人為排除違法行為之必要措施。若被命令人不服而要求進入裁決程序時，則必須經由裁決程序確定該當排除命令，但此時僅就被命令人爭執之點，進行審理。

3. 另外，鑑於不當贈品或不當標示行為，有其傳染性及惡性循環之性質，而必須於行為實施初期，即應予以制止之，故而若對此等不當贈品或標示行為，適用以一般的裁決程序，可能緩不濟急。於此認識下，不當贈品暨不當標示行為防止法第 6 條乃提供更為簡易、迅速的「排除命令」制度，當公平會發現有不當贈品或標示行為存在時，得立即對違法事業發出排除命令，停止違法行為之續行或預防再度發生類似的違法行為。只有在被命令人不服該排除命令，而要求進入裁決程序時，公平會始有啟動裁決程序之必要（不當贈品暨不當標示行為防止法第 8 條）。

## 三、德國

4. 卡特爾主管機關所進行的行政程序，可分為正式程序及非正式程序。通常在正式程序之前均已進行非正式程序，卡特爾主管機關與關係人、檢舉人進行各式對話。為保護檢舉人免受其交易相對人報復起見（所謂「馬與騎士」的依賴性難題：Roß- und Reiterproblematik），1998 年修正 GWB 時特別於第 54 條第 1 項增訂第 2 句，使檢舉人因此得以不必曝光。正式程序大致比照司法審判進行（justizförmig）。卡特爾主管機關依申請或依職權開始程序，於檢舉人聲請保護其秘密時亦得依職權開始（§ 54 Abs. 1 S. 1 GWB）。相關證據調查及程

序進行規範，亦多有準用或比照民事訴訟程序相關規定明確加以規範。

#### 四、歐洲聯盟

5. 執委會之人力、物力資源有限，而隨著歐盟組織、歐洲市場之擴大，歐體競爭法案件也不斷增加，執委會在執行競爭法之上遂不勝負荷。據估計執委會在過去的執法過程中，至多一年僅個別除外了少數申報案，其他的案件絕大多數都是以非正式程序的「舒慰函」(Comfort Letter) 結案。這除了代表執委會之執法資源有限外，也說明了僅有少數的除外申報案件是確有競爭上的疑慮，大多數的案件則否。然而為此等少數件，卻要耗費大量資源在除外申報案件上，阻礙了執委會去處理更為重要的跨國卡特爾、獨占、結合管制等問題上。因此執委會認為到了該徹底改造、放棄集中式管制的時候，特別是要放棄執委會關於歐體條約第 81 條第 3 項授與豁免許可之獨占權，即要擴大會員國主管機關和成員國法院在執行歐體競爭法方面之權限，以分擔執委會之工作。相關改革措施，最後則以理事會第 1/2003 號規則正式立法加以施行。

### 2. 貳、立法沿革與體系定位

#### 一、立法沿革

6. 廖義男教授草擬之公平交易法草案中，關於主管機關程序發動之規範，分別規定於第 53 條及第 55 條、第 56 條；其中，第 53 條針對企業聯合之合意、限制轉售價格之約定、限制二手契約之約定、使用限制等拘束交易相對人事業活動之條款、不當限制專利權被授權人事業活動之專利授權條款、杯葛、不當阻礙及差別待遇、脫法行為之建議、不正當競爭行為等違法行為，規定：「主管機關依職權或依利害關係人之聲請，得禁止之」。第 55 條及第 56 條則於通則性之行政程序法尚未制定前，將調查及當事人陳述意見等程序規範率先加以明定。
7. 與本法現行規定近似之法條文字，於經濟部所草擬之公平交易法草案中即已出現，其第 31 條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理」。行政院所草擬之公平交易法第 26 條規定文



字則完全相同；其立法理由除表示參考德、美、日、韓立法例之外，並說明：「凡有違反本法規定危害公共利益之情事者，公平交易委員會因發見事實真象之必要，得為調查處理」，似乎僅針對調查程序之開始而不及於實體法律關係規範。

8. 此外，由於本法制定時我國尚無行政程序立法，關於行政程序之開始及其進行等相關法制仍未齊備；因此，本條及其後之第 27 條規定率先導入行政程序之法律規範，一方面固然為公平會作為一新設之競爭法主管機關，創設一套較為完備之調查程序規範，另一方面亦為其他機關樹立實務典範，為後來推動之行政程序立法奠定經驗基礎。

## 二、體系定位

9. 自行政程序法於 1999 年公布、並於 2001 年施行之後，我國行政程序已有通則性之基本規範，與個別行政作用立法相互搭配、形成更為完整之程序規範架構。關於行政程序之開始，行政程序法第 34 條規定：「行政程序之開始，由行政機關依職權定之。但依本法或其他法規之規定有開始行政程序之義務，或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限」。亦即，以行政機關依職權決定行政程序之開始為原則，例外始課予行政機關依法或依申請開始行政程序之義務。
10. 至於行政程序開始後之調查程序，行政程序法第 36 條規定：「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意」，亦以職權主義為其基本原則。另一方面，該法第 37 條規定：「當事人於行政程序中，除得自行提出證據外，亦得向行政機關申請調查事實及證據。但行政機關認為無調查之必要者，得不為調查」，雖賦予程序當事人主動於調查程序中協力及申請調查之參與機會，但仍服膺於職權主義之基本原則。為使行政程序更為透明化，同條後段則規定行政機關應敘明不為調查之理由。該法第 43 條進一步規定：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告

知當事人」。

11. 本條規定緊接於第 25 條關於公平會職掌之規範後，並置於第 27 條關於調查程序之規範前，原係銜接行政組織與行政程序相關規範，成為本法第 41 條等實體處分前之程序規定，與公平法第 11 條、第 14 條及第 23 條之 4 等須由當事人協力之程序規範並立。雖然，公平法第 26 條規定制定於行政程序法之前，原為專就公平會開始行政程序並依法處理案件所制定之行政程序個別立法。於行政程序法公布並施行之後，自亦由行政程序法補充並強化其程序規範架構。尤其，行政程序法公布施行之後，該法第 54 條以下及第 107 條至第 109 條關於聽證程序之規定，迄今適用情形仍屬有限；公平會雖已於水泥業聯合行為案之調查採行聽證程序，未來針對第 11 條、第 14 條相關申報及申請案件，或違反本法規定之重大案件，亦宜酌採聽證程序以強化其證據調查及後續處理措施之程序正當性。

12. 此外，由於公平法各條實體規定除以促進市場之自由開放並維護競爭秩序為其目的之外，亦兼及於保護競爭者及消費者之規範作用；因此，關於公平會對競爭者或消費者檢舉事業違反本法案件不為處分，是否亦應容許檢舉人循行政爭訟管道獲得救濟一點，實務上亦曾發生裁判見解歧異之問題（詳參：第 41 條，邊碼 58-62）。為使本條關於依檢舉開始行政程序之規定回歸其行政程序規範之立法原旨，實有必要強調本條規定中啟動行政程序所需之「公共利益」要件，使其發揮篩選案件之規範作用，公平會亦得將有限行政資源挹注於涉及公共利益之重大案件。

### 3. 參、調查處理之開始

13. 本條係關於公平會個案調查程序開始之規定。就法條文義而言，調查之標的係「違反本法規定，危害公共利益之情事」；啟動調查程序之原因，則為「依檢舉或職權」；至於是否啟動調查及其後續處理，公平會「得」有其判斷及裁量權限。

## 一、啓動調查程序之事由

14. 公平會依本條規定啓動調查程序之事由，係針對「違反本法規定」之「情事」；就法條文義而言，另須達到「危害公共利益」之行政介入門檻者，始符合公平會發動職權爲後續調查處理之條件。

### (一) 違反本法規定之情事

15. 本條所稱「違反本法規定...之情事」，係指違反本法各條規定之具體個案情形，一般性之產業調查依法條文義應不屬之。因此，依第 25 條規定公平會之職掌雖然包括「公平交易政策及法規之擬訂」及「事業活動及經濟情況之調查」等五款事項，本條規定應係專指該條第 4 款規定所稱之「違反本法案件之調查、處分」而言。如違反本法規定之情事涉及本法數條規定，根據最高行政法院實務見解，「由於檢舉事項不同，上訴人本應依法逐一審究」（參照：最高行政法院 93 年度判字第 257 號「鍋寶公司被檢舉廣告不實案」）。由於本條規定僅係公平會啓動調查程序之程序規範，並不涉及違法事由與公平會裁罰處分之實體對應關係。因此，事業違反本法規定之行爲次數，並不意謂公平會依本條規定針對「違反本法規定...之情事」進行調查次數亦必須與其「逐一」對應；公平會依其裁量認爲有合併調查處理之必要者，自得合併進行。

16. 其次，本條規定之「違反本法規定」等語，與本法第 30 條、第 31 條「事業違反本法之規定」，以及，第 41 條「違反本法規定之事業」相同，均指行爲違反本法禁止或強制規定之情形；所不同者，於第 30 條、第 31 條、第 40 條及第 41 條等情形，違法事業尚須具備各該條之特別要件及主觀歸責要件，始得論以各該條之民事或行政處罰責任。其中，關於民事責任之追究應由權利被侵害者自行提請法院依法審理，公平會並無介入調查處理之必要，自不待言。至於第 35 條第 1 項及第 36 條等刑事處罰規定，雖分別指明事業所違反規定之條號，其所處罰之行爲解釋上亦屬於本條所稱「違反本法規定」之情事。對於事業「違反本法規定」而應負刑事責任之情形，尚須視其所違反之規定是否屬於「先行政後司法」之類型進一步加以區分。申言之，在事業第 35 條第 1 項

及第 36 條等規定之情形，違法事業必須具備各該條「先行政後司法」之特別要件及刑事主觀歸責要件，始得論以各該條之刑事責任，解釋上，公平會亦僅針對符合各該條「先行政後司法」要件之案件，依法移送檢察機關進行後續之偵查程序。涉及第 35 條第 2 項、第 37 條等刑事處罰規定之違反本法相關規定行為，由於本法並未採行「先行政後司法」之程序安排，解釋上，公平會並無介入「調查」之必要，宜就其具體情況逕行移送該管檢察機關偵辦，或告知檢舉人依法提出告訴或提起自訴。

## （二）危害公共利益之要件

17. 公平會依本條規定啟動調查程序，固然係針對違反本法各條規定之行為；但本條與第 30 條、第 31 條最主要不同之處，在於其對象並非「致侵害他人權益」之違法情事，必須違法情事「危害公共利益」者始足當之。雖然，私人亦不妨因其權益受損針對事業違反本法規定之情事提出檢舉；然而，為期行政資源之最有效運用，公平會依本條規定啟動調查程序進而為實體之處理，必須以維護公平競爭秩序等「公共利益」為前提，並非以保障實際交易相對人為其主要目的（參照：最高行政法院 89 年判字第 3024 號「橋木公司被檢舉廣告不實案」）。

18. 就此，第 1 條關於本法立法目的中所涉及之相關法益及價值，如交易秩序與消費者利益、公平競爭、經濟之安定與繁榮，即有指引本條「公共利益」解釋方針之功能（參照：最高行政法院 93 年度判字第 257 號「鍋寶公司被檢舉廣告不實案」）。

## （三）啟動調查程序之裁量

19. 本條規定公平會「對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得...調查處理」，明文授予該會依法裁量之權限。公平會雖依法享有此一裁量權限，解釋上亦應為「合義務性之裁量」而非漫無界限。此外，公平會依上述權限所擬訂之裁量性行政規則，一旦對外發布或已為該會實務上所反覆依循之標準或慣例，依行政自我拘束原則、平等原則及信賴保護原則之精神，亦將縮限該會依

本條規定啓動調查程序之裁量範圍。

20. 公平會針對違反本法規定之情事決定是否啓動調查程序，除就該會獲得分配之有限行政資源，務求執法實效極大化之效能考量外，實務上用以判斷本法各條實體規範構成要件中涉及交易相對人以外第三人權益之判準，解釋上亦可作為判斷本條「公共利益」要件是否具備時之參考。例如判斷第 24 條關於「足以影響交易秩序」要件應考慮之事項，亦即：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果、是否為針對特定團體或組群加以侵害、是否有影響將來潛在多數受害人效果、是否單一個別交易糾紛而應循民事程序尋求救濟等（參照：「行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十四條案件之處理原則」第 5 點）即屬之。同理，「行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」第 19 點關於「影響交易秩序、公共利益之判斷原則」，亦即，受害人數多寡、是否為該行業普遍現象、商業倫理之非難性、戕害效能競爭之程度等，亦可視為公平會針對事業違反第 21 條規定之行為，依其裁量所劃定之行政介入門檻判斷標準。

21. 此外，對於檢舉案件「事實、理由與法律要件明顯不符」或「案情單純，且明顯不違法者」，解釋上，公平會亦得不啓動調查程序或於啓動後停止調查（參照：「行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」第 16 點）。

## 二、調查之開始

22. 依本條規定，公平會啓動調查程序之型態，可分為被動受理檢舉及主動依職權進行兩大類。就服膺於職權主義之基本原則一點而言，本條規定與行政程序法第 34 條、第 36 條、第 37 條並無不同。

### （一）依檢舉

23. 依據行政訴訟實務歷來之見解，本條規定檢舉案件之提起，並不以本身權益受損為必要；不服公平會就檢舉案件調查處理結果提起爭訟者，則必須以其自身權益受損為前提：「依公平交易法第二十六條規定為檢舉者，僅為促使公

平交易委員會為職權調查處理之發動，任何人對於違反公平交易法規定，危害公共利益之情事，均得為檢舉，至於得否對其檢舉案調查處理之結果提起訴訟、仍以公平交易委員會之調查處理是否致其權益受損為斷」（行政法院 89 年度裁字第 732 號「菸酒公賣局被檢舉濫用市場地位案」）。

24. 至於實務見解另認為：「公平交易法所保護法益之直接利害關係人，依本法第二十六條規定檢舉之案件，具有類似刑事告訴人之地位」（最高行政法院 89 年度判字第 3024 號「橋木公司被檢舉廣告不實案」），係著重於直接利害關係人提起行政爭訟之法律地位，不宜解為行政程序法第 34 條但書規定「依本法或其他法規之規定有開始行政程序之義務，或當事人已依法規之規定提出申請」之情形，誤將本條規定轉換為「依申請」開始之行政程序規範。

25. 在人民針對違反公平法情事提出檢舉之外，依「行政院公平交易委員會處理人民陳情案件要點」規定，尚有所謂「陳情案件」必須妥為區分：「人民陳情案件，係指人民對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護，以書面或言詞向本會提出之具體陳情者」（第 2 點）。至於申報、申請、報備等類案件，則分別依公平法各條實體規定、相關施行細則條文中所附帶之程序及程式規範辦理（參照第 11 條、第 14 條、第 23 條之 4）。此外，針對請釋案件之處理，公平會則另訂有「行政院公平交易委員會受理請釋案件處理原則」。

## （二）依職權

26. 依行政程序法第 34 條規定，行政程序之開始，原則上係由行政機關依職權決定；該法第 36 條則規定，行政機關應依職權調查證據。公平會除依公平法第 26 條規定「依職權」啟動調查程序之外，針對人民檢舉事業違法個案，解釋上，亦應「依職權」進行後續調查程序。

27. 無論依檢舉或依職權而已開始之調查程序，公平會均得依第 27 條規定行使其行政調查權；另一方面，受調查事業或關係人亦得於調查程序中，依行政程序法關於陳述意見之相關規定主動參與（參照：行政程序法第 61 條、第 102

條以下及第 154 條第 1 項第 4 款)。

### 三、處理

28. 公平會受理檢舉案件或依職權進行調查後，自得依其發現或判斷，決定中止後續調查程序之進行，或依本法相關規定作成處分或不處分等實體決定，終結本條規定之調查程序。

#### (一) 依本法作成行政處分或締結行政契約

29. 公平會依本條規定完成調查，認定事業確有違反本法規定情事者，即得依其所違反之實體規定正式處理，分別依第 41 條規定限期命其停止、改正其行為、採取必要更正措施或課予罰鍰，或依第 40 條規定追究事業違法結合之責任。至於和解契約之締結，則依行政程序法第 135 條以下規定及「行政院公平交易委員會對於行政和解案件之處理原則」處理；公平會與台灣微軟公司之行政和解契約，即為著名之實例。

#### (二) 移送其他機關

30. 刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」；同法第 241 條亦規定：「公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者，應為告發」。因此，對於涉及第 35 條、第 36 條、第 37 條等刑事責任之案件，公平會即應移送檢察機關依刑事訴訟法相關規定處理。此外，公平會經調查後發現檢舉或職權調查之事實，係屬於其他機關管轄事項者，亦應移轉對該案件有管轄權之其他行政機關處理。公平會依本法第 9 條第 2 項規定，分別與經濟部、財政部、新聞局、農委會、法務部、公共工程委員會、勞委會等機關進行行政協調之結論，即有助於釐清此類案件之受理機關及其處理程序。

#### (三) 不予處分

31. 公平會於調查後依其發現或判斷，認定無違法情事、未危及公共利益或暫無處分之必要，自得依職權決定不予處分，此點於依職權啟動之調查程序固無疑問。針對人民檢舉案件不予處分，檢舉人是否得提起行政爭訟，實務上則有

不同之見解。有認為檢舉僅藉以促使公平會進行調查，因此，不予處理之決定並非行政處分，檢舉人不得不服進而提起爭訟者；亦有認為檢舉人係因其主觀上認為本身權利受侵害，而被告機關處理結果不符檢舉人之期待，檢舉人有權提起行政爭訟以尋求救濟者；亦有區分檢舉案件所涉實體規定，如涉及不正競爭行為而檢舉人所受損害與違反本法規定行為有直接因果關係者，依大法官釋字第 469 號解釋所揭示之新「保護規範理論」，自應容許檢舉人提起行政爭訟循求救濟（台北高等行政法院 90 年訴字第 4508 號「美商紐約人壽保險公司被檢舉妨害公平競爭秩序案」）。

32. 此外，對於單純查詢法規意旨、匿名檢舉，以及，檢舉事實非公平會職掌、僅涉及單純私權爭執或不涉及違法情事者，公平會亦得於內部調查認定後逕行簽結或通知檢舉人、或告知檢舉人另循合法管道尋救濟，在職權主義之原則下亦屬事理之當然。

#### （四）警示

33. 公平會於調查後決定暫不予處分，但發現「事業之行為有違反公平交易法之虞，或雖不違法但影響交易秩序」者，依「行政院公平交易委員會對於行政指導案件之處理原則」第 1 點第 2 項規定，得實施行政指導以改善交易秩序。此係行政程序法公布施行後，公平會為符合該法第 165 條以下規定，用以取代以往「行業導正」之處理方式。至於「行政指導」之型態，依上述「行政院公平交易委員會對於行政指導案件之處理原則」第 1 點第 3 項規定，尚可進一步區分為兩類：「對可特定之多數事業通案實施行政指導者，稱為行業警示；對個別事業實施者，稱為警示」。無論針對多數事業通案實施之行業警示、針對個別事業所為警示，均僅為不具備法律上拘束力之觀念通知，並非所謂「裁罰性之不利處分」，與行政罰法第 2 條第 4 款規定之「警告性處分」不同，應予辨明。

#### （五）其他後續處理

34. 公平會依其調查結果決定處分或不予處分之後，亦得依第 9 條第 2 項規定



與其他主管機關之展開行政協調、依第 25 條第 1 款訂定相關法規或草擬公平法修正案。至於屬於行政規則性質之處理原則、規範說明、要點，依大法官釋字第 548 號解釋意旨，固然「未對人民權利之行使增加法律所無之限制，於法律保留原則無違，亦不生授權是否明確問題」。公平會本身依行政自我拘束原則、平等原則及信賴保護原則，仍應遵循相關行政規則之規定。



## 第二十七條 公平交易委員會之調查程序

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「公平交易委員會依本法為調查時，得依左列程序進行：

- 一、通知當事人及關係人到場陳述意見。
  - 二、通知有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物。
  - 三、派員前往有關團體或事業之事務所、營業所或其他場所為必要之調查。
- 執行調查之人員依法執行公務時，應出示有關執行職務之證明文件；其未出示者，受調查者得拒絕之。」

### 參考文獻

廖義男（1995），〈公平交易法之立法經過〉，《公平交易法之理論與立法》；李建良（1996），〈從公共工程弊端談公平交易委員會之行政調查權〉，《月旦法學雜誌》第18期，頁13-21；陳景發（1996），〈論行政調查之法的統制〉，《中央警察大學法學論集》第1期，頁75-127；陳景發（1998），〈論行政調查與犯罪偵查〉，《中央警察大學法學論集》第3期，頁127-151；王立達（1999），〈我國行政調查制度之法制化〉，《憲政時代》第24卷第4期，頁57-82；吳庚（1999），《行政法之理論與實用》；沈麗玉（2000），〈公平交易法對域外結合之簡介—以「公平交易委員會域外結合案件處理原則」為核心〉，《公平交易季刊》第8卷第4期，頁157-182；湯德宗（2000），〈行政程序法〉，翁岳生編《行政法（2000）》（下），第十六章；廖義男（2001），〈公平交易法八十七年及八十八年行政法院裁判評析之研究報告〉，《台灣本土法學雜誌》第18期，頁81-89；蔡秀卿、陳榮隆（2001），〈從公平交易委員會依法獨立行使職權之觀點檢討現行行政爭訟制度〉；Klaue in: Immenga/Mestmäcker（2001），Kommentar zum Kartellgesetz。

## 第二十七條 公平交易委員會之調查程序

### 壹、法制比較

一、美國

二、日本

三、德國

四、歐洲聯盟

### 貳、立法沿革與體系定位

一、立法沿革

二、體系定位

### 參、調查程序中之資訊取得措施

一、要求陳述意見

二、要求提供文書或證物

三、派員檢視

四、拒絕之權利

## 1. 壹、法制比較

### 一、美國

1. 美國反托拉斯法主管機關 DOJ 與 FTC 相關措施，除相對人自願配合之情形外，相關強制手段及民事或刑事責任之追究均須經法院審判，其調查權限亦與一般民事或刑事訴訟程序之一造相當。至於行政程序方面，主要在於 FTC 內部之競爭局（Bureau of Competition）；該局除調查違法行為、建議與協助委員會對違法行為進行制裁或起訴外，競爭局同時也是競爭議題與政策的研究單位，得向國會提出報告或出席作證。

### 二、日本

2. 公平會得依職權、一般人之檢舉、檢察總長或中小企業廳之通知，認有違反獨占禁止法之嫌疑時，進入調查程序，此一程序之進行通常由被指定為「審查官」之事務總局職員為之。審查官於進行調查程序時，除由當事人主動配合調查之任意調查權限外，並有一定的強制調查權限，得要求利害關係人到會加

以訊問或令其提交意見或報告、命鑑定人到會進行鑑定、命持有財務報表及其他文件之人提出該當文件並得留置之、至關係人之營業場所檢查其業務、財務狀況、財務報表及其他文件等（獨占禁止法第 46 條）。此外，為落實公平會所擁有之專屬刑事告發權，2005 年 4 月的獨占禁止法修正，並賦予公平會有關犯罪行為之調查權限，當公平會為調查違反獨占禁止法之犯罪行為認有必要時，得向法院申請搜索票等，至關係人之營業所等進行臨檢、搜索，並得對相關物件加以扣押（獨占禁止法第 101 條至第 118 條）。為此權限之行使，公平會並特別設置「特別調查部」執行該當權限。

### 三、德國

3. 卡特爾主管機關於執行 **GWB** 的必要範圍內，依法得行使詢問及資料調取權、到場檢視權；經取得法院搜索命令或到場檢視有防止事業耽誤調查必要時，並得依法進行搜索（§ 59 **GWB**）。依 **GWB** 第七次修正時新增的第 32e 條規定，透過價格僵硬或其他情況的推定國內競爭已遭限制或扭曲，聯邦卡特爾署及各邦主管卡特爾事務的一級機關得針對特定產業部門或跨產業別的特定協議類型進行調查。為進行本條規定的調查程序，聯邦卡特爾署及各邦主管卡特爾事務的一級機關並得採取 **GWB** 及共同體條約第 81 條、第 82 條所規定各項措施。本條規定的調查完成後，聯邦卡特爾署及各邦主管卡特爾事務的一級機關得公布調查結果，並就此徵求第三人意見。

### 四、歐洲聯盟

4. 執委會為執行理事會第 1/2003 號規則所賦予之職權，得以一般之要求或透過正式之決定，要事業或事業團體提供一切必要之資訊與資料（參考理事會第 1/2003 號規則第 18 條第 1 項）。執委會此時須說明其法律依據、要求提供資訊資料之目的、提供之最後期限，以及提示理事會第 1/2003 號規則第 23 條所規定如提供不實或不完整資訊資料之法律責任（參考理事會第 1/2003 號規則第 18 條第 2 項）。執委會為執行理事會第 1/2003 號規則所規定之任務，具有檢查權（powers of inspection; Nachprüfungsbefugnisse）（參考理事會第 1/2003 號規

則第 20 條第 1 項)。此外，成員國競爭法執法機關並得在其本國領域內，依其內國法之相關規定，為其他成員國進行上述檢查，以確定是否具有違反歐體條約第 81 條及第 82 條之行爲（參考理事會第 1/2003 號規則第 22 條第 1 項）；如為執委會請求成員國進行上述調查時，成員國執法機關則應在符合其內國法之前提下為執委會進行檢查（參考理事會第 1/2003 號規則第 22 條第 2 項）。至於當事人陳述意見之機會及資料保護等程序規範，該號規則亦設有相應之規定妥為規範。

## 2. 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

5. 廖義男教授所研擬之公平交易法草案第 55 條，係現行法第 27 條關於行政調查權規定之濫觴；其主要規範內容，則來自德國法之比較法基礎。草案第 55 條第 1 項規定：「主管機關為執行本法賦予之任務，有必要時，得行使下列職權：一、要求企業或企業團體提供有關其經濟狀況之報告。二、在企業通常之營業時間中，查閱及檢查企業或企業團體之營業資料。三、要求經濟團體或職業團體提供有關章程、決議以及作成此決議之會員人數與姓名之報告」。草案同條第 2 項則明確規定配合行政調查之主體及其義務內涵：「企業之所有人或其代表、企業為法人、公司或無權利能力之社團者，為依法律或章程有代表權之人，負有提出報告、提供營業資料及忍受此項營業資料之檢查及容許檢查人員進入其營業處所之義務」。同條第 3 項尚規定行政調查之法定程式：「主管機關依本條之規定行使職權時，應個別作成書面，要求提出報告或命令接受檢查。要求提出報告時，應表明其法律依據、標的與目的，並規定提出報告之相當期限；命令接受檢查時，應表明其法律依據、檢查之時間、標的與目的」。
6. 該草案同條第 4 項進一步規定確保證據方法的搜索程序：「主管機關之人員為檢查時，如情形急迫，遲延即有危險時，雖無檢察官或推事簽名之搜索票，亦得實施必要之搜索。就此搜索及其重要結果，應當場作成筆錄，並應記載用以認定有遲延危險之相關事實」。同條第 5 項則規定扣押要件及其程序：「對於

調查係為重要證據之物，主管機關得扣押之。扣押，應制作收據，詳記扣押物之名目，付與所有人、持有人或保管人」。同條第 6 項則規定權利救濟程序及其教示：「所有人、持有人或保管人對於前項扣押得向扣押地之法院提出異議請求裁決。此項權利，主管機關為扣押時，應告知之」。

7. 經濟部研擬之公平交易法草案第 32 條大幅簡化上述規定，一方面縮小主管機關之調查權限範圍，另一方面亦省略行政處分內容確定性、要式性及程序保障規範：「公平交易委員會為前條之調查時，得依左列程序進行：一、通知當事人及關係人到場陳述意見。二、通知有關機關、團體、企業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物。三、派員前往有關團體或企業之事務所、營業所或其他場所為必要之調查。(第 1 項) 執行調查之人員依法執行公務時，應出示有關執行職務之證明文件；其未出示者，受調查者得拒絕之。(第 2 項)」及至行政院草案第 27 條文字，則已與現行法第 27 條內容相同。

8. 本規定制定於行政程序法之前，原為專就公平會依法進行個案調查所制定之行政程序個別立法。於行政程序法公布並施行之後，自應以行政程序法第 36 條以下關於證據調查之規定，補充並強化其程序規範架構。

## 二、體系定位

9. 本條係針對公平會開始調查後之程序規範。相較於第 26 條關於調查處理開始之規定，關於違反本法規定及其所危及利益等情事，亦涉及受調查者及檢舉人之實體法律關係，本條規定則屬於純粹之行政調查程序規範。就此意義而言，其規範對象一方面固為主管機關及其所屬人員，另一方面則為程序當事人及關係人。至於其規範客體，主要為主管機關所屬人員相關調查措施之種類、其程式及手續等。在程序當事人及關係人方面，於符合本條規定之情況下，亦負有公法上之協力義務；違反本條規定所課予之配合調查義務者，關於其處罰要件及罰則，則規定於第 43 條之中。

10. 此外，關於公平會依本條規定所取得資料之保管及使用限制，個人資料保護法、行政程序法、檔案法及國家機密保護法相關規定，亦應一體適用。

### 3. 參、調查程序中之資訊取得措施

11. 本條第 1 項共列舉 3 款調查程序：1.通知當事人及關係人到場陳述意見；  
2.通知有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物；  
3.派員前往有關團體或事業之事務所、營業所或其他場所為必要之調查。發動本項調查程序之條件，法律明文僅規定「依本法為調查時」，亦未規定「必要」之限制。由於發動本項所列 3 款調查程序勢將涉及當事人或關係人之協力義務，解釋上，應以具備第 26 條規定之要件為其實體及程序前提，並且不得逾越闡明該條要件相關事實所必要之範圍；參照：大法官釋字第 573 號解釋理由。
12. 至於第 25 條第 3 款公平會另一項職掌「關於事業活動及經濟情況之調查事項」，因未涉及個案違法事證之調查，在受調查者自願配合時固得為之，但不宜循本條程序進行，因此亦不適用第 43 條規定以罰責強制當事人或關係人配合。此外，事業依第 11 條規定申報結合、或依第 14 條規定申請聯合行為，公平會雖然亦有調查之必要；由於申報或申請者均應依本法或施行細則規定，提出完整申報或申請資料，公平會應無再依本條規定發動調查權之必要。

#### 一、要求陳述意見

13. 本條第 1 項第 1 款規定，公平會依本法為調查時，得通知當事人及關係人到場陳述意見。本款規定，較近似於行政程序法第 39 條關於行政機關基於調查事實及證據之必要，而主動通知相關人陳述意見之規定；反之，該法第 61 條、第 102 條以下及第 154 條第 1 項第 4 款關於「陳述意見」之規定，則係由程序當事人、處分相對人或一般民眾主動提出。前者以到場口頭陳述為原則，後者則以書面陳述意見為主（湯德宗，2000，892）。本款與行政程序法第 39 條規定最大不同處，在於違反本款拒不到場陳述意見者，尚得依第 43 條規定予以處罰。
14. 關於本款通知之要式性，依本法施行細則第 31 條規定，公平會應用通知書，並載明下列事項：「一、受通知者之姓名、住居所。其為公司、行號、公會或團體者，其負責人之姓名及事務所、營業所。二、擬調查之事項及受通知



者對該事項應提供之說明或資料。三、應到之日、時、處所。四、無正當理由不到場之處罰規定」。除有急迫情形之外，通知書至遲應於受通知者到場日 48 小時前送達。依本法施行細則第 32 條規定，受通知者原則上得委任代理人到場陳述意見，但公平會認為必要時，仍得通知應由本人到場。

15. 關於陳述意見之事項及其範圍，本法並未詳加規定，解釋上，仍以「依本法為調查」且必要者為限。其具體之內容，端視當事人及關係人自由陳述情形而定。至於其陳述者應否擔保內容之完整性及正確性，是否得及於第三人之相關資訊等，本法亦未予規範；當事人及關係人固得自由陳述，亦應依法承擔就此所生之相關法律責任。受通知者到場並陳述其意見後，依本法施行細則第 33 條規定，公平會應作成陳述紀錄並由陳述者簽名。不能簽名者，得以蓋章或按指印代替；如有拒不簽名、蓋章或按指印者，則應於陳述紀錄中載明其事實。

16. 公平會於 89 年 10 月 16 日以（89）公法字第 03494 號函分行「行政院公平交易委員會到場陳述人應行注意事項」，詳定當事人、關係人及其陪同人到場陳述意見之報到、紀錄及保密等手續性規定，以資遵循。

## 二、要求提供文書或證物

17. 本條第 1 項第 2 款規定，公平會依本法為調查時，得通知有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物。本款規定，較近似於行政程序法第 40 條關於行政機關基於調查事實及證據之必要，而要求當事人或第三人提供必要之文書、資料或物品之規定；反之，該法第 37 條關於當事人於行政程序中「自行提出證據」之規定，則係由程序當事人主動提出。本款與行政程序法第 40 條規定最大不同處，在於違反本款拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物者，尚得依第 43 條規定予以處罰。

18. 關於本款通知之要式性，依本法施行細則第 34 條規定，公平會應以書面載明下列事項：「一、受通知者之姓名、住居所。其為公司、行號、公會或團體者，其負責人之姓名及事務所、營業所。二、擬調查之事項。三、受通知者應提供之說明、帳冊、文件及其他必要之資料或證物。四、應提出之期限。五、

無正當理由拒不提出之處罰規定」。

19. 關於有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物之範圍及其限制，本法並未詳加規定，解釋上，仍以「依本法為調查」事項相關且必要者為限。至於有關機關、團體、事業或個人是否得將記載第三人相關資訊之帳冊、文件及其他必要之資料或證物一併提出，本法亦未予明確規範；就此，本法第 27 條之 1 第 1 項第 3 款及第 4 款關於限制資料公開之規定，以及，營業秘密法第 9 條第 1 項關於公務員因承辦公務而知悉或持有他人營業秘密不得使用或無故洩漏之規定，亦使第三人相關資料得以納入保密範疇之內，提供一定程度之保障。
20. 公平會收受有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物後，依本法施行細則第 35 條規定，應依提出者之請求掣給收據。

### 三、派員檢視

21. 本條第 1 項第 3 款規定，公平會依本法為調查時，得派員前往有關團體或事業之事務所、營業所或其他場所為必要之調查。本款規定，與行政程序法第 42 條第 1 項關於行政機關為瞭解事實真相而實施勘驗之規定近似；本款與行政程序法第 42 條第 1 項規定最大不同處，在於違反本款拒絕調查者，尚得依第 43 條規定予以處罰。
22. 公平會進行本款規定之調查，本條及本法施行細則均未規定應事前以書面通知，亦未規定派員前往有關團體或事業之事務所、營業所或其他場所之時間限制，僅於本條第 2 項規定執行調查人員應出示證明文件。解釋上，公平會自應依行政程序法第 7 條第 2 款規定，選擇對有關團體或事業權益損害最少之調查方式；亦即，在不妨礙調查目的、受調查者無藉此隱匿資料之虞等前提下，儘可能事前以書面通知，並選擇於營業時間前往調查。

### 四、拒絕之權利

23. 本條第 2 項規定：「執行調查之人員依法執行公務時，應出示有關執行職務之證明文件；其未出示者，受調查者得拒絕之」。本項受調查者拒絕權之規

定，就其項次位置而言，似乎前項 3 款情形均有其適用；就其文義觀之，則係專指前項第 3 款之情形，亦即，受調查之有關團體或事業，得依據本條規定拒絕執行調查人員進入其事務所、營業所或其他場所為必要之調查。至於受調查者拒絕陳述意見之權利，除刑事訴訟法第 180 條、行政訴訟法第 145 條基於身分關係拒絕證言，或刑事訴訟法第 182 條、行政訴訟法第 146 條基於業務關係拒絕證言，得分別依上述規定於刑事或行政訴訟程序中主張之外，依「不自證己罪」之一般法理，似亦可類推適用於涉及秩序罰制裁效果之違法事件調查程序中（Klaue，2001，§ 59 Rn. 36 ff.）。受調查者拒絕提供文書或證物之權利，因無類似之其他法律明文、亦無同一法理之基礎，自無成立之餘地。



## 第二十七條之一 程序中之資訊公開

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「當事人或關係人於前條調查程序進行中，除有左列情形之一者外，為主張或維護其法律上利益之必要，得申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗：

- 一、行政決定前之擬稿或其他準備作業文件。
  - 二、涉及國防、軍事、外交及一般公務機密，依法規規定有保密之必要者。
  - 三、涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密，依法規規定有保密之必要者。
  - 四、有侵害第三人權利之虞者。
  - 五、有嚴重妨礙社會治安、公共安全或其他公共利益之職務正常進行之虞者。
- 前項申請人之資格、申請時間、資料或卷宗之閱覽範圍、進行方式等相關程序事項及其限制，由中央主管機關定之。」

### 參考文獻

廖義男（1995），〈公平交易法之立法經過〉，《公平交易法之理論與立法》；吳庚（1999），《行政法之理論與實用》；湯德宗（2000），〈行政程序法〉，翁岳生編《行政法（2000）》（下），第十六章；蔡秀卿、陳榮隆（2001），《從公平交易委員會依法獨立行使職權之觀點檢討現行行政爭訟制度》。

### 第二十七條之一 程序中之資訊公開

- 壹、法制比較
- 貳、立法沿革與體系定位
  - 一、立法沿革
  - 二、體系定位
- 參、當事人或關係人之卷宗閱覽權
  - 一、閱覽要件
    - （一）當事人或關係人
    - （二）調查程序進行中

（三）為主張或維護其法律上利益之必要

二、閱覽範圍

三、不得閱覽之例外

四、閱覽方式

## 1. 壹、法制比較

1. 參閱：第 27 條，邊碼 1 以下相關說明。

## 2. 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

2. 本條係於 2002 年修正時新增，其立法理由為：「配合行政程序法第四十六條規定，增訂當事人或利害關係人閱覽資料或卷宗之原則。又行政程序法有關申請人格之認定、申請時間、資料或卷宗如何提供閱覽等相關程序問題，未臻明確，亦有進一步規範之必要，增訂本條」。

### 二、體系定位

3. 本條如同其立法理由所述，係授權公平會依行政程序法第 46 條所揭示原則詳定程序規範之依據。因此，除第 1 項合併行政程序法第 46 條第 1 項及第 2 項，並將「除有下列情形之一者外，不得拒絕」之裁量限縮規定，修正為「除有左列情形之一者外...得申請」之消極要件規定，其餘規定均沿用相同文字。本條實際上最重要之規範作用，其實在於第 2 項之授權規定。公平會依據本項授權，即於 2002 年 5 月 1 日以公秘法字第 0910003769 號令訂定發布「行政院公平交易委員會卷宗閱覽辦法」計 11 條，詳細規定申請閱卷之主體要件、閱卷範圍、書面申請之程式、閱卷程序及其處置等方式等細節。
4. 此外，兩者之間較顯著之差異尚有：行政程序法第 46 條第 3 項規定「前項第二款及第三款無保密必要之部分，仍應准許閱覽」，以及，同條第 4 項規定「當事人就第一項資料或卷宗內容關於自身之記載有錯誤者，得檢具事實證明，請求相關機關更正」等限縮當事人及利害關係人閱覽卷宗之例外限制，並儘可能回歸行政資訊公開原則之文字，本條並未一體承襲。整體而言，本條規

定及其授權制定之卷宗閱覽辦法，又將行政程序法上所揭示的政府資訊公開原則，實質限縮或減少其適用範疇。

### 3. 參、當事人或關係人之卷宗閱覽權

5. 本條及「卷宗閱覽辦法」係就當事人或關係人申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗，分別就其要件、範圍、例外及方式等事項加以規範，簡言之，係當事人或關係人閱覽相關資料之規範基礎。

#### 一、閱覽要件

6. 本條資料卷宗閱覽權之要件，可分為主體、期間及實體關係三方面。

##### (一) 當事人或關係人

7. 本條資料卷宗閱覽權之主體，限於程序當事人或利害關係人。依「卷宗閱覽辦法」第2條規定：「本法第二十七條之一第一項所稱當事人或關係人，係指依公平交易法得主張權利之主體」並附下表以供各類案件認定之參考（附表一）：

附表一、公平交易法各條款之當事人及關係人彙整表

主體	當事人	參加當事人	利害關係人
條文			
第十條 獨占	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之交易相對人(事業) 受不利益之競爭同業	受不利益之交易相對人(事業) 受不利益之競爭同業
第十一條 結合	結合申報人 受不利益之競爭同業(相對人)	受不利益之競爭同業	受不利益之競爭同業
第十四條 聯合	聯合申請人 受不利益之競爭同業(相對人)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)
第十八條 轉售價格限制	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之交易相對人(事業)	受不利益之交易相對人(事業)
第十九條一款 杯葛	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業	受不利益之競爭同業

		受不利益之交易相對人(事業)	受不利益之交易相對人(事業)
第十九條二款 差別待遇	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)
第十九條三款 不當使競爭者客戶與其交易	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業	受不利益之競爭同業
第十九條四款 不當使參與結合或聯合	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)
第十九條五款 不當獲取營業秘密	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業	受不利益之競爭同業
第十九條六款 不當限制事業活動	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之交易相對人(事業) 受不利益之競爭同業	受不利益之交易相對人(事業)
第二十條 商業仿冒	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業	受不利益之競爭同業
第二十一條 不實廣告	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)
第二十二條 營業毀謗	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業	受不利益之競爭同業
第二十三條 多層次傳銷	可能違法事業 (行政處分之相對人)	參加人	參加人
第二十四條 欺罔顯失公平行爲	可能違法事業 (行政處分之相對人)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)	受不利益之競爭同業 受不利益之交易相對人(事業)

## (二) 調查程序進行中

8. 本條資料卷宗閱覽權之主張期間，限於公平會依第 27 條規定進行調查程序之時。就此，「卷宗閱覽辦法」第 3 條第 2 項規定：「...稱調查程序進行中，



為自本會受理後，一般案件至提請審查委員審查承辦單位擬妥委員會議提案前；簡化作業程序案件至提請審查委員審查承辦單位擬妥文稿前」。

### (三) 為主張或維護其法律上利益之必要

9. 本條資料卷宗閱覽權之實體要件，係以程序當事人或關係人為主張或維護其法律上利益之必要為前提。關於程序當事人或關係人就本案之法律上利益，參照：第 26 條，邊碼 12、17、20。

## 二、閱覽範圍

10. 本條資料卷宗閱覽權之客體，係公平會於調查程序中所有關資料或卷宗

11. 「卷宗閱覽辦法」第 3 條第 1 項規定：「案件於本會調查程序進行中，得申請閱卷範圍以『行政院公平交易委員會卷宗資料分類提供閱覽參考表』（附表二)所列資料為限。但經資料提供者請求保密而有正當理由者，得不適用之」。

附表二所列舉是否提供閱覽之分類如下：

附表二、行政院公平交易委員會卷宗資料分類提供閱覽參考表

資料來源類別	項別	具體資料	得否供閱	備註
當事人提供資料	檢舉人身分背景資料	公司執照 營利事業登記證 身分證明	不提供	
	檢舉人提供之事實資料	產銷資料  意見陳述  其他案情資料	除本質上有機密性質者外，原則提供，但經檢舉人請求保密而有正當理由者除外	實物〔證物〕 不提供，但其照片可原則提供
		與案情無涉資料	不提供	僅涉其他法令
	被檢舉人身分背景資料	公司執照 營利事業登記證 身分證明	不提供	
被檢舉人提供之事實資料	產銷資料			

		意見陳述	除本質上有機密性質者外，原則提供，但經被檢舉人請求保密而有正當理由者除外	實物〔證物〕不提供，但其照片可原則提供
		其他案情資料		
		與案情無涉資料	不提供	僅涉其他法令
關係人提供	關係人身分背景資料	公司執照 營利事業登記證 身分證明	不提供	
	關係人事實資料	產銷資料		
		意見陳述	原則提供，但經關係人請求保密而有正當理由者除外	實物〔證物〕不提供，但其照片可原則提供
		其他案情資料		
		與案情無涉資料	不提供	僅涉其他法令
本會調查所得	約談陳述紀錄		原則提供，但涉機密或經陳述人請求保密而有正當理由者除外	
	問卷調查	取樣設計	提供	
		統計結果	原則提供	
個別問卷資料		不提供		
專家意見	鑑定意見	原則提供，但經鑑定人或		

		專業意見 提供人請 求保密者 除外	
	專業見解		
	專家身分背景資料	不提供	
公聽會意見	個別發言紀錄	原則提供	
	彙總分類結論	原則提供	
座談會意見	個別發言紀錄	原則提 供，但視 性質經該 與會者請 求保密者 除外	
	彙總分類結論	提供	
公會團體意見		提供	
其他機關意見及資料	機關來函及其代表 到會陳述	原則提 供，但經 該機關請 求保密者 除外	機關請求保密 當有其公務上 正當理由
其他調查所得資料	本會檢查記錄	原則提 供，但如 有部分涉 機密性質 者，該部 分除外	
	實物〔證物〕	不提供	實物之照片可 原則提供
	攝影	不提供	
	錄音	不提供	
國際協定		不提供	

12. 關於卷宗資料依上述分類原得提供閱覽，但其中之部分不宜提供閱覽者，

「卷宗閱覽辦法」第 3 條第 3 項規定：「卷宗資料僅部分文件不宜提供閱覽者，應為適當之彌封或抽出。文件之一部不宜提供閱覽者，亦同」。

### 三、不得閱覽之例外

13. 依行政程序法第 46 條規範意旨，行政程序之當事人或利害關係人原則上均有卷宗閱覽權，僅就該條第 2 項各款所列舉之例外情形，行政機關方得拒絕其申請：「一、行政決定前之擬稿或其他準備作業文件。二、涉及國防、軍事、外交及一般公務機密，依法規規定有保密之必要者。三、涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密，依法規規定有保密之必要者。四、有侵害第三人權利之虞者。五、有嚴重妨礙社會治安、公共安全或其他公共利益之職務正常進行之虞者」。由於行政程序法以資訊公開為原則、限制為例外，因此該條第 3 項進一步規定：「前項第二款及第三款無保密必要之部分，仍應准許閱覽」。本條第 1 項所列 5 款之例外限制事由，亦與上述行政程序法之規定內容相同。

14. 本條規定既源自於行政程序法第 46 條，解釋上亦應承續其「原則公開，例外限制」之立法意旨，解釋第 1 項各款所列舉之限制事由時應更為嚴謹。至於具體認定上，亦可參酌其他法律之相關規定；例如，電腦處理個人資料保護法第 11 條關於不適用於公告之個人資料檔案具體例示即屬之（湯德宗，2000，頁 897）：「一、關於國家安全、外交及軍事機密、整體經濟利益或其他國家重大利益者。二、關於司法院大法官審理案件、公務員懲戒委員會審議懲戒案件及法院調查、審理、裁判、執行或處理非訟事件業務事項者。三、關於犯罪預防、刑事偵查、執行、矯正或保護處分或更生保護事務者。四、關於行政罰及其強制執行事務者。五、關於入出境管理、安全檢查或難民查證事務者。六、關於稅捐稽徵事務者。七、關於公務機關之人事、勤務、薪給、衛生、福利或其相關事項者。八、專供試驗性電腦處理者。九、將於公報公告前刪除者。十、為公務上之連繫，僅記錄當事人之姓名、住所、金錢與物品往來等必要事項者。十一、公務機關之人員專為執行個人職務，於機關內部使用而單獨作成者。十二、其他法律特別規定者」。

15. 又如本條第 1 項第 3 款所謂「營業秘密」，依營業秘密法第 2 條之立法定義，係指：「營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：一、非一般涉及該類資訊之人所知者。二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。三、所有人已採取合理之保密措施者。」
16. 此外，與行政程序法第 46 條同屬經程序當事人或利害關係人申請而被動公開者，另有檔案法第 17 條規定之情形：「申請閱覽、抄錄或複製檔案，應以書面敘明理由為之，各機關非有法律依據不得拒絕」。因此，該法第 18 條關於例外禁止之規定，亦可提供同類規定適用時之參考（湯德宗，2000，頁 898）：「檔案有下列情形之一者，各機關得拒絕前條之申請：一、有關國家機密者。二、有關犯罪資料者。三、有關工商秘密者。四、有關學識技能檢定及資格審查之資料者。五、有關人事及薪資資料者。六、依法令或契約有保密之義務者。七、其他為維護公共利益或第三人之正當權益者。」

#### 四、閱覽方式

17. 本條資料卷宗閱覽權之具體行使方式，除一般用以概稱所有近用資料方式之「閱覽」之外，尚有抄寫、複印及攝影等不同方法。「卷宗閱覽辦法」就此，定有相當詳細之手續性規範。例如，該辦法第 4 條第 1 項明文規定程序當事人或關係人提出申請之要式性：「申請閱卷，應填具申請書」。同條第 2 項則規定委任之要式性：「申請人委任代理人閱卷者，以其受僱人或律師為限，並應向本會提出委任書」。
18. 關於閱卷日期，「卷宗閱覽辦法」第 5 條規定：「指定之閱卷期日，自收受申請書之日起，不得逾十五日。但應以書面徵詢資料提供者請求保密與否者，自其意見回覆期限屆至之次日起算之」。該辦法第 6 條第 1 項則就閱覽期日加以規範：「申請人應於指定時間到達本會，向承辦人員洽取卷宗資料閱覽，閱畢後應將原卷交還承辦人員點收」。
19. 此外，卷宗閱覽雖屬程序當事人及關係人之法定權利，並不妨礙行政機關

收取行政規費。就此，「卷宗閱覽辦法」第 6 條第 2 項規定：「申請人向本會請求閱覽、抄錄、複印或攝影有關資料或卷宗者，應依『行政院公平交易委員會公開或提供資訊收費要點』繳納費用」。「行政院公平交易委員會公開或提供資訊收費要點」係於 2001 年 9 月 19 日以（90）公法第 02814 號函分行，原係針對公平會依行政程序法第 45 條及第 46 條公開或提供行政資訊時之收費訂定標準，本條規定於 2002 年修正時新增之後，關於本條規定之卷宗閱覽、抄寫、複印、攝影亦因上述明文規定而有其適用。

20. 關於閱覽、抄寫、複印、攝影之進行及其相關管理規範，「卷宗閱覽辦法」亦有詳細之規定。針對人員進出管理，該辦法第 7 條即明文規定：「申請人得攜同一人協助影印、列印或抄錄卷宗資料，隨同人員應繳驗身分證件，但不得僅由隨同人員單獨在場影印、列印或抄錄卷宗資料」。該辦法第 8 條則規定同一案件資料之閱覽次數限制：同一案件申請閱卷次數以一次為限。但申請人有正當理由者，得准予續閱一次。（第 1 項）閱卷人如不能於指定時間內閱畢，得向承辦人員申請另定期日續閱。（第 2 項）」

21. 「卷宗閱覽辦法」第 9 條第 1 項規定閱覽時之資料維護：「閱卷應於本會指定之閱覽處所為之，並注意下列事項：一、對於卷宗資料不得添註、塗改、更換、抽取、圈點、污損。二、裝訂之卷宗不得拆散。三、不得有其他損壞卷宗資料之行爲。四、卷內文件證物閱覽後，仍照原狀存放」。同條第 2 項並對違反上述各款規定者，規定公平會得當場中止其閱卷，並得禁止其申請續閱。該辦法第 10 條則重申卷宗閱覽權係以俾利程序當事人或關係人在本案程序中保護其實體權益為立法目的，其範圍並應以有助於此一目的達成所必要者為限：「申請人及其代理人依本辦法所取得之資料，除供本案參考外，不得移作其他用途」。

## 第二十八條 依法獨立行使職權

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「公平交易委員會依法獨立行使職權，處理有關公平交易案件所為之處分，得以委員會名義行之。」

### 參考文獻

林騰鵠（1985），《西德聯邦卡特爾署之研究——兼評我國公平交易法草案主管機關規定》；林騰鵠（1990），《美國聯邦交易委員會之研究》；廖義男（1995），〈公平交易法之立法經過〉，《公平交易法之理論與立法》；吳庚（1999），《行政法之理論與實用》；黃錦堂（2000），〈行政組織法之基本問題〉，翁岳生編《行政法（2000）》（上），第六章；廖元豪（2000），〈美國聯邦交易委員會第五條與其他反托拉斯法之關係—兼論我國公平交易法第二十四條之適用範圍〉，《公平交易季刊》第8卷第4期，頁1-30；蔡秀卿、陳榮隆（2001），《從公平交易委員會依法獨立行使職權之觀點檢討現行行政爭訟制度》。

### 第二十八條 依法獨立行使職權

#### 壹、法制比較

- 一、美國
- 二、日本
- 三、德國
- 四、歐洲聯盟

#### 貳、立法沿革與體系定位

- 一、立法沿革
- 二、體系定位

#### 參、公平會之獨立性

- 一、公平交易委員會

二、依法獨立行使職權

三、以自己名義為處分

## 1. 壹、法制比較

### 一、美國

1. 關於 DOJ 與 FTC 之組織及地位，參照第四章第參之一相關說明。

### 二、日本

2. 關於公平交易委員會之組織及地位，參照第四章第參之二相關說明。

### 三、德國

3. 關於卡特爾主管機關之組織及地位，參照第四章第參之三相關說明。

### 四、歐洲聯盟

4. 關於執委會與歐洲法院之組織及地位，參照第四章第參之四相關說明。

## 2. 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

5. 本條規定與本法主管機關之定位關係密切，亦因此隨第 25 條規定之立法方針轉折而異其規範意涵。廖義男教授所擬草案第 3 條第 2 項規定：「公平交易評審委員會由主任委員一人及其他委員四至六人組成之，獨立行使依本法所賦予之職權，不受任何干涉」，係就設於經濟部內之公平交易評審委員會，明文規範其委員行使職權之獨立性不受組織建制影響，並於同條第 3 項至第 4 項規範其選任條件及身分保障，藉以確保其適任、超然並強化其獨立性。
6. 經濟部研擬之本法草案第 33 條規定：「公平交易委員會依本法規定處理有關公平交易案件所為之處分，以經濟部名義行之」，將公平會定位為經濟部內之諮詢性委員會同時，卻未明定其職權行使上之獨立性。行政院送請立法院審議之本法草案第 28 條與經濟部草案上述規定完全相同，亦無關於職權行使之獨立性規定。
7. 立法院審議本條規定時，由於牽涉第 25 條規定公平會應設置於經濟部之



下或逕設於行政院之下，再次引發熱烈討論。除公平會是否與部會同級或設於部級機關之下的位階問題外，立法院審議過程中所討論的組織獨立性問題，集中在以下兩方面：一方面是預算、組織獨立及以本身名義對外行文等機關定位問題，另一方面則為職權行使之獨立性問題。最後完成三讀之本條規定，則將公平會定位為得以本身名義對外行文之機關，並明文規定「公平交易委員會」而非個別委員「依法獨立行使職權」。至於委員人數、資格、任命程序、任期及職權行使規範，則移至組織條例中具體加以規定。

8. 本法施行 5 年後，公平會的執法表現已成為國會注意焦點。立法院於 1996 年審議公平法修正草案時，林明義等委員曾提案增訂第 28 條之 1 規定：「公平交易委員會處理有關公平交易案件情形，應按季提出書面報告於立法院備查」。在比較法上不乏類似先例，而提出書面報告亦較首長赴立法院備詢更有益於職權行使之獨立性。然而，由於公平會依本法第 25 條既然定位為二級機關，其首長赴立法院備詢之憲法義務無法以書面報告取代，其職權行使之獨立性所受影響因亦無從緩和。

9. 同年另有柯建銘等委員提案增訂第 28 條之 1 規定：「公平交易委員會之委員應為無黨籍，其原具政黨黨籍者，應於就任前退出政黨」，針對公平會委員之政黨屬性之規範較組織條例更為嚴格。立法院就此作成附帶決議：「公平交易委員會委員，依最近一次立法委員選舉結果之政黨得票比例，由政黨推薦之；並由公平交易委員會於三個月內提組織條例修正案將上述原則納入」，成為我國行政委員會建制採「政黨比例制」之嚆矢。公平會就此函覆行政院謂：「按本會委員之選任，係以專業性為主要考量因素，本會組織條例第十一條第二項及第十三條對於同一黨籍委員不得超過委員總額二分之一，以及委員須超出黨派，於任職期間不得參加政黨活動等規定，業足以彰顯本會委員獨立行使職權之目的，本會依上開規定執行職務時，亦未因受調查事業屬何政黨所營而有不同之處理。復查法官、大法官及選舉委員會之委員等雖法律規定須獨立行使職權者，亦尚未特別規定須按政黨得票比例推薦之身分，始得任用之限制。

故倘依附帶決議，於本會組織條例中爲此限制，恐與我國立法體例未合」。立法院附帶決議未獲執行，行政院亦於其後之立法院審查會中提出說明，相關修正決議案幸而未成爲正式立法。

## 二、體系定位

10. 關於公平會個別委員行使職權之獨立性，已另由公平會之組織條例第 13 條加以規定，本條規定乃以「公平交易委員會」行使職權之獨立性爲其規範內涵，依公平法立法審議過程觀之，原係針對政府提案將公平會定位爲經濟部內部單位之規定而來，所強調者僅係公平會之獨立預算、人事及直接對外行文等行政機關一般屬性。如進一步就德國法之比較法先例加以參照，亦可兼指公平法賦予公平會之法定職掌，不受主管經濟事務之內閣成員（經濟部長）干涉之規範意涵。本條規定除宣示立法者關注公平會之職權行使獨立性外，亦使該會所屬公務員，不必因顧慮公務員服務法第 2 條所規定之服從上級長官義務、對於上級機關較高職級人員多所顧忌而影響職權行使。此外，公平會既爲本法主管機關，執行本法時自有必要與其他機關相互協調，一方面使其他機關配合本法第 1 條後段規定「適用其他法律」之際，亦能協助公平會促進本法立法目的之實現；另一方面亦使公平會就事業依智慧財產權相關法令、其他機關所主管法令之行爲，在本法在適用上所發生之規範衝突問題，得以有效商同其他機關有效解決。參照：第 9 條第 2 項、第 45 條、第 46 條。

### 3. 參、公平會之獨立性

#### 一、公平交易委員會

11. 依本條規定獨立行使職權之主體，係公平會而非個別委員；由於立法院已將公平會自經濟部內部單位提升爲二級機關，本條所稱「公平交易委員會」亦指此一行政機關而言，並非機關內作成意思決定之委員會議，參照：第 29 條。
12. 本條既以機關行使職權之獨立性爲其規範內涵，並不妨礙機關內部針對職務另爲分工，使委員會議及其他內部單位分別職司不同事務。例如，最高行政法院 92 判字 1884 號「BOSS 近似表徵案」判決稱：「被上訴人即原審原告等

指稱該行政處分未經行政院公平交易委員會以合議之程序為之，有違行政院公平交易委員會自訂『公平交易法第二十條處理原則』第十三點之要求，且該瑕疵不得以事後追認之方式補正乙節。惟依公平交易法第二十八條規定『公平交易委員會依法獨立行使職權，處理有關公平交易案件所為之處分，得以委員會名義行之。』，並非規定『應』以委員會名義行之，且未明定採取直接審理原則，必須參與調查證據及言詞辯論之委員始能為決議，故該公平交易委員會作業實務上將案件指定某一特定之委員處理，且由機關之職員先進行調查證據之程序，將調查結果擬具處理意見，轉呈委員會決議，於法尚無不合」。

## 二、依法獨立行使職權

13. 本條規定「依法」中之所謂「法」，應與「依法行政」之「法」作相同之理解，不以本法或憲法第 170 條所稱之法律為限，應包括其他合法之命令、憲法及基本權保障規範、行政法上一般原理原則等合憲及合法秩序。
14. 關於本條規定應由公平會依法獨立行使之「職權」，就文義解釋之觀點而言，主要係指該會依第 26 條及第 27 條規定調查、處理個案之情形，亦即第 25 條第 4 款所規定之公平會職掌項目。至於第 3 款規定「事業活動及經濟情況之調查事項」，如係個案調查固為第 27 條規定之範疇，如其所涉及一般產業調查則仍有必要商請其他主管工商活動之機關協助，並非本條規定「依法獨立行使職權」之典型。第 25 條所列其他各款公平會之職掌項目中，第 2 款規定由於可能涉及第 11 條以下關於結合申報之審查、第 14 條以下關於聯合行為申請之審查、第 23 條之 4 關於多層次傳銷事業報備之審查（參照：第 25 條邊碼 22），循上述解釋再輔以體系觀點予以推衍，亦應屬於本條規定由公平會依法獨立行使職權之項目。至於其他各款規定，例如，第 1 款規定關於法規與政策擬訂事項，因機關之間權限劃分標準及事務管轄繫屬要素難免有所重疊，就涉及其他部機關掌事項仍有依第 9 條第 2 項規定商同辦理之必要。
15. 本條規定之「依法獨立行使職權」，與中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款關於獨立機關之規定尚有不同；後者所側重之規範重點，係該類機關在組

織法上不因所屬位階上下隸屬關係而受拘束之獨立性，本條規定則主要針對個案之實體及程序面向，強調公平會在作用法上執行本法不受其他機關干涉之獨立性。

16. 本條規定公平會「依法獨立行使職權」，與組織條例第 13 條規定該會委員「依法獨立行使職權」文字完全相同，惟其適用之主體則為作為機關組織之公平會，非如後者係指機關內作成意思決定之委員會議成員。依其職權行使獨立性之主體係國家機關，亦即中央行政機關組織基準法第 3 條第 1 款所稱「就法定事務，有決定並表示國家意思於外部，而依組織法律或命令設立，行使公權力之組織」而言；就其所側重者在於組織化之機關而非機關內之個人職權行使，則較近似之規範應為代表國家行使個案審判權之「法院」，亦即實際審理個案之獨任制「法官」及由「法官」所組成之合議庭。然而，憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，除透過法院組織立法確保司法審判機關之獨立性外，兼亦及於個別法官之身分保障面向。就此，本條規定則應與公平會之組織條例相關規定相互參照。

17. 公平會之組織條例第 13 條規定：「本會委員須超出黨派以外，於任職期間不得參加政黨活動，並依法獨立行使職權」。同條例第 11 條第 3 項規定：「本會委員具有同一黨籍者，不得超過委員總額二分之一」。均為強化公平會個別委員行使職權之獨立性，並試圖就其立場之超然性加以規範。而同條中明確規定個別委員之任期，亦有類似身分保障之作用，使其行使職權之際不致於瞻前顧後而影響其獨立性。此外，該會委員之薪俸及各類職務加給如能一併明文保障，即可避免立法機關藉刪減預算或逕予減俸等方式干預會務運作之問題。

18. 至於公平會依法行使職權在程序法上之獨立性，公平會於公平法第 1 次修正時，曾試圖增訂不服其處分者逕向該會提起訴願並以再訴願論之規定，藉以避免行政院透過訴願決定影響其個案處理之獨立性，但公平會終究未將此規定納入法律修正案中。其間，我國訴願制度於 1998 年隨行政訴訟法大幅修正，廢除再訴願相關規定；關於訴願之受理機關，訴願法第 4 條第 7 款仍規定：「不

服中央各部、會、行、處、局、署之行政處分者，向主管院提起訴願」，與舊制並無不同。此外，行政程序法第 109 條規定：「不服行政機關依聽證程序作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序」，又開啓公平會藉由程序保障機能之提升，換取本身依法行使職權之獨立性的制度空間。

### 三、以自己名義為處分

19. 公平會依本法第 25 條、第 29 條及組織條例之規定，係一個二級行政機關，自得以本身之名義對外行文並作成行政處分。關於公平會之組織規範，參照：第 29 條。



## 第二十九條 公平交易委員會之組織

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「公平交易委員會之組織，另以法律定之。」

### 參考文獻

林騰鶴（1985），《西德聯邦卡特爾署之研究——兼評我國公平交易法草案主管機關規定》；林騰鶴（1990），《美國聯邦交易委員會之研究》；廖義男（1995），〈公平交易法之立法經過〉，《公平交易法之理論與立法》；吳庚（1999），《行政法之理論與實用》；張佳弘（2000），〈從政府管制探討競爭政策〉，《公平交易季刊》第8卷第3期，頁1-32；黃錦堂（2000），〈行政組織法之基本問題〉，翁岳生編《行政法（2000）》（上），第六章；蔡秀卿、陳榮隆（2001），《從公平交易委員會依法獨立行使職權之觀點檢討現行行政爭訟制度》；蔡茂寅（2004），〈獨立機關之研究——以中央行政機關組織基準法為檢討對象〉，《研考雙月刊》第28卷第6期，頁71-80。

### 第二十九條 公平交易委員會之組織

#### 壹、法制比較

一、美國

二、日本

三、德國

四、歐洲聯盟

#### 貳、立法沿革與體系定位

一、立法沿革

二、體系定位

#### 參、機關組織法定原則

一、組織

（一）機關代表

（二）意思決定

（三）內部分工

（四）人員編制

二、以法律定之

## 1. 壹、法制比較

### 一、美國

1. 關於 DOJ 與 FTC 之組織及地位，參照第四章第參之一相關說明。

### 二、日本

2. 關於公平交易委員會之組織及地位，參照第四章第參之二相關說明。

### 三、德國

3. 關於卡特爾主管機關之組織及地位，參照第四章第參之三相關說明。

### 四、歐洲聯盟

4. 關於執委會與歐洲法院之組織及地位，參照第四章第參之四相關說明。

## 2. 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

5. 早在廖義男教授研擬之公平交易法草案第 3 條，即已將本法之主管機關自經濟部內部單位提升為行政機關，直接於本法中規定其組織並且定位為專責之獨立審議機關：「本法所稱主管機關，為經濟部公平交易評審委員會。（第 1 項）公平交易評審委員會由主任委員一人及其他委員四至六人組成之，獨立行使依本法所賦予之職權，不受任何干涉。（第 2 項）公平交易審議委員會之委員，須富有法律或經濟之學識經驗，其任期為六年，得連任之。非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職。（第 3 項）公平交易審議委員會之委員，應為專任。並不得兼任企業之所有人、經理、董事或監察人，或企業團體、職業團體或其他經濟團體之代表人、理事或負責人。（第 4 項）公平交易評審委員會下應置秘書處，受主任委員之指揮監督，襄助委員會辦理依本法所掌管之事



項。(第 5 項)」

6. 行政院送請立法院審議之本法草案第 29 條，配合草案第 25 條將公平會定位為經濟部之內部單位，規定：「公平交易委員會之組織規程及辦事細則，由經濟部擬定，報請行政院核定之」。此一規定，源自經濟部研擬之本法草案第 34 條，其法條文字則略有出入；經濟部草案規定：「公平交易委員會之組織規程及辦事細則，由經濟部定之」。相較之下，行政院草案已視公平會為特殊之二級（部會）機關內部單位，將其組織之最終決定權提升至一級（院）機關階層，而其所屬機關之經濟部僅保有組織規程及辦事細則擬定權限。
7. 立法院審議本法草案時，關於公平會之位階及組織規範曾反覆引發爭議。關於公平會位階之立法沿革，參照：第 25 條，邊碼 7-9。由於立法院於審議過程中曾仿照工業局、貿易局，將公平會定位為經濟部之下的三級機關；因此，依中央法規標準法第 5 條第 3 款規定，其組織規範即有必要以法律定之。立法院於三讀通過本法前，終將公平會定位為二級（部會）機關，本條維持委員會審查階段即已修改如現行規定之文字，因而成為順理成章之事。至於公平會之組織條例，立法院則趕在本法公布後、正式施行前，於 1991 年 12 月 31 日制定全文 24 條，使公平會籌備處得以 1 個月之有限期間，依法改組、正式設置並依期開始執法。

## 二、體系定位

8. 本條規定為本法主管機關之組織準據所在，與本法第 9 條、第 25 條、第 28 條間有極為密切之關係；關於此點，在立法審議階段即不斷引起熱烈討論。參照：第 25 條，邊碼 7-9。
9. 依我國立法體例，行政作用法或民事、刑事實體法相關法典之中，一般均未涵蓋該法之執行機關或適用機關如：（目的事業）主管機關、刑事法院、檢察機關、民事法院等之組織規範，而將後者納入組織條例、法院組織法等組織法中分加以規範。至於在機關組織法中，將附屬機關名稱或任務明文加以規定，並明定其組織應另以法律加以規定，在我國機關組織立法中並非罕見；例

如：中華民國總統府組織法第 17 條、國家安全會議組織法第 8 條、行政院組織法第 5 條、立法院組織法第 12 條、司法院組織法第 7 條、考試院組織法第 6 條、國史館組織條例第 11 條、行政院研究發展考核委員會組織條例第 7 條之 2、行政院海岸巡防署組織法第 10 條等。

10. 然而，我國之新近立法或法律修正案中，亦漸有於（不限於行政）作用法中直接規範主管機關組織之情形；此種作用法中逕就主管機關組織準據加以規範之立法體例，在個別管制立法中且有不斷增加之趨勢。屬於此類立法者，例如：民用航空法第 3 條、鐵路法第 20 條、發展觀光條例第 4 條、電信法第 3 條第 2 項等。類似之其他（不限於行政）作用法中，亦有先就特定行政作用之任務加以規範，再就該項特定任務之執行機關，規定「組織，另以法律定之」者，例如：行政執行法第 4 條、替代役實施條例第 2 條、原住民族基本法第 20 條、原住民族教育法第 29 條。

11. 此類立法中，除上述與本法相似而僅規定「組織，另以法律定之」者外，亦有逕於作用法中，針對主管機關最重要之組織規範內容直接加以規定者；例如：警察教育條例第 2 條及第 5 條、公職人員選舉罷免法第 8 條等。與本法主管機關之組織規範類似而尤其值得注意者，選舉委員會因辦理選舉事務而極具高度政治爭議之可能性，公職人員選舉罷免法第 8 條第 5 項因而明文規定：「各選舉委員會委員，應有無黨籍人士；其具有同一黨籍者，在中央選舉委員會不得超過委員總額五分之二，在省（市）、縣（市）選舉委員會不得超過各該選舉委員會委員總額二分之一」。

12. 由於中央法規標準法第 5 條第 3 款規定，「關於國家各機關之組織」「應以法律定之」，立法院審議本法時既已不採經濟部內設委員會之政府原提案，無論最後三讀通過之規定將公平會定位為三級或二級機關，其組織規範均應以法律加以規定。至於本法三讀通過並正式公布施行後，具體規定本法主管機關組織相關事項者，則為行政院公平交易委員會組織條例（簡稱「公平會之組織條例」）。中央行政機關組織基準法於 2004 年 6 月 23 日公布施行後，依該法第 4 條

第 1 項規定，二級機關或獨立機關之組織均以法律定之；公平會無論保持現況維持在行政院所屬二級機關，或於行政院組織法修正過程中重新定位為行政院外之獨立機關，依上述規定均應以法律規範其組織相關事項。不過，依該法第 5 條、第 7 條、第 8 條及第 21 條等規定，公平會之組織法均有配合修正之必要。

### 3. 參、機關組織法定原則

13. 相較於行政行為法（包括行政作用法及行政爭訟法）以規範行政機關之運作及其與人民間所發生之權利義務關係為主，行政組織法則規範各級行政組織之結構、管轄、分支單位、職掌分工、人員配置及內部紀律等事項（吳庚，1999，156）。簡言之，前者直接規範行政機關外部行為，較易涉及國家與人民間之關係；後者則以行政機關內部之組織分工為主要規範對象，即使涉及國家與人民間之關係亦為間接。關於行政機關之組織規範是否應嚴格遵循法律保留原則，各國法制因彼此之憲政架構有異而有所不同（黃錦堂，2000，276-277）。

14. 我國憲法及法律就此，則又可分為依憲法應以法律規定之機關組織、依法應以法律規定之機關組織兩種類型。前者有如憲法第 61 條、第 76 條、第 82 條、第 89 條、第 106 條等規定，關於五院組織應「以法律定之」；後者則以中央法規標準法第 5 條第 3 款影響最廣，在組織再造之法制變遷趨勢中，其規範基準亦已朝彈性化之方向調整，除核心組織外全面降低法律保留之密度。

#### 一、組織

15. 規於行政機關之組織，其所涵括之事項甚廣；就我國各級機關歷來之組織法（條例）而言，則可能包含：機關代表、意思決定（首長或委員會）、內部單位、職掌分工及人員編制等項目。公平會之組織條例，亦針對上述組織事項分別規定如下：

##### （一）機關代表

16. 公平會之組織條例第 11 條第 1 項前段規定：「本會置委員九人...其中一人為主任委員...綜理會務」，就文義而言，主任委員似為對內統籌會務之首長；同項中段規定：「一人為副主任委員，襄助主任委員處理會務」，似將副主任委

員定位為副首長。以上兩段規定，均僅就公平會機關內部事務之指揮權責加以規範，並未直接規定機關對外代表權限之歸屬。對照行政院所屬其他二級機關之組織條例，無論形式上採首長制之人事行政局（參照：該局之組織條例第 9 條），或形式上採委員會制之大陸委員會（參照：該會之組織條例第 12 條），均以類似之內部指揮監督規定，兼括機關首長之對外代表權限。是以，依我國行政機關組織向來之立法慣例，公平會對外之機關代表即為主任委員，以及經其授權之副主任委員。就實務上公平會對外之行文落款、各級行政法院之當事人欄記載方式觀之，顯然均以主任委員為該會對外之機關代表，應無疑義。

17. 另一方面，本法第 28 條後段卻明文規定：「處理有關公平交易案件所為之處分，得以委員會名義行之」；依其文義，至少就本法之處分案而言，由委員所組成之「委員會」似應為公平會對外之機關代表。然而，對照本法之行政院原提案及立法院審議資料，即知：本條改自將公平會定位為經濟部內部單位之配套文字「處分...以經濟部名義行之」，而原規定係針對定位為二級機關內部單位之委員會，依公文程式條例無法直接對外行文所設；現行法所稱之「委員會」對照公平會之組織條例第 14 條規定文字為「委員會議」，應係指已定位為機關之「行政院公平交易委員會」而非指「委員會議」。立法院公平會調整為二級機關時，原可一併刪除已無規範實益之本條規定。縱使公平會嚴格依獨立機關之組織基準加以建制，並貫徹合議制精神由「委員會議」作成重要之意思決定；其對外行文或作為各類實體及程序行為之主體，仍須由其法定之機關代表對外表示或受理意思，自不待言。

18. 依中央行政機關組織基準法第 7 條第 5 款及第 6 款規定，「機關首長、副首長之職稱、官職等及員額」，「機關置政務職務者，其職稱、官職等及員額」，未來仍應明定於公平會之組織法中。

## （二）意思決定

19. 公平會之機關意思決定，係由合議制之委員會議作成。委員會議為一內部單位，係由依法任命之委員所組成。依公平會之組織條例第 11 條第 1 項規定：

該會委員係由行政院院長提請總統任命之。委員具有同一黨籍者，不得超過委員總額 1/2。然而，依公平會設立後始通過之中央行政機關組織基準法第 21 條第 1 項規定：「獨立機關之首長、副首長及其合議制之成員，均應明定其任職期限及任命程序；相當二級機關者，由一級機關首長提名經立法院同意後任命之」；為強化公平會之機關獨立性，未來關於其委員之選任方式自宜配合修正。至於委員人數，依公平會之組織條例第 11 條第 1 項規定：該會置委員 9 人；對照中央行政機關組織基準法第 21 條第 2 項規定：除有特殊需要者外，合議制之成員之人數以 5 至 7 人為原則，公平會未來之委員數目亦宜配合酌減，以利提升其合議之效能。此外，依公平會之組織條例第 12 條規定：該會委員之任用，應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學識及經驗；如能適當搭配不同專長之委員，並兼顧及上述人數與合議效能間之關係，應能進一步強化委員會機關集思廣益之功能，又不因此而延誤行政效率。

**20.** 公平會對內及對外之意思決定，除依一般機關通例由首長裁決外，有關公平交易之重要事項依法應經過委員會議決議。公平會之組織條例第 14 條規定「委員會議」之職權計有六款：關於公平交易政策之審議；關於公平交易行政計畫方案之審議、考核；關於執行公平交易法之公告案、許可案、處分案之審核；關於公平交易法規之審議；委員提案之審議；其他依法應由委員會議決議事項。因此，除法律另有規定外，凡涉及政策、法規、行政計畫方案及公告案、許可案、處分案等，涉及公平會之重要意思決定時，即應由委員集會審議、衡酌或事後考核。此外，個別委員如有提案，亦成為委員會議之審議事項。

**21.** 至於其會議之召集及進行，同條例第 15 條規定：「本會每週舉行委員會議一次，必要時，得召開臨時會議。（第 1 項）前項會議以主任委員為主席，主任委員因故不能出席時，由副主任委員代理。主任委員、副主任委員均不能出席時，由委員互推一人為主席。（第 2 項）會議之決議，應有全體委員過半數之出席，及出席委員過半數之同意行之。（第 3 項）開會時，得邀請學者、專家及與議決事項有關之其他行政機關或事業派員列席，陳述事實或提供意見。

（第 4 項）」

22. 此外，該條例第 23 條授權公平會訂定「本會會議規則」報行政院備查，公平會依本條授權訂定「行政院公平交易委員會會議規則」，其內容則僅規範該會之「委員會議」，不含單位主管會議或其他內部會議。其實，「委員會議」係公平會作成重要意思決定之必經程序，既非該會內部另設之單位，更不宜與公平會作為機關之名稱「委員會」相互混淆。對照中央行政機關組織基準法第 6 條第 3 款及第 7 條第 10 款，應無疑義。至於上述公平會自訂之「委員會議」會議規則，除議事程序及決議方法應以組織法規定外，出缺席、請假、代理（或禁止代理）、列席、紀錄等事項，均得由該會之「委員會議」審議訂定。值得注意者，「行政院公平交易委員會會議規則」第 6 條明文規定，個別委員得表明其不同意見或協同意見，並依其要求「載入會議紀錄，或登載本會全球資訊網」，使該會「委員會議」更近似於我國大法官之「會議」及美國聯邦交易委員會之委員會議。

23. 該條例於 2002 年修正新增第 15 條之 1 規定：「委員會議對外不公開。但委員會議紀錄除應秘密之事項外，應予公開。（第 1 項）委員會議中所有出席、列席及紀錄人員，對會議可否決議之過程及其他經委員會議決議應秘密之事項，不得洩漏。（第 2 項）前項會議可否決議之過程及其他經委員會議決議應秘密之事項，其保密之範圍、解密之條件與期間、對外公開或提供之程序及其他有關事項，由本會定之。（第 3 項）」其立法理由雖載明為：「依據公平交易法第二十八條規定，公平交易委員會依法獨立行使職權，為保障其不受干擾，特將現行行政院公平交易委員會會議規則第十六條，提升位階定於本組織條例，以強化法源依據」；另一方面，本條規定顯然亦配合行政程序法第 45 條第 1 項第 8 款及第 2 項規定，將「合議制機關之會議紀錄」依法公開，並以法律明文規定作為其限制公開之依據。

24. 依中央行政機關組織基準法第 7 條第 10 款規定：「如屬獨立機關，其合議之議事程序及決議方法」，未來仍應明定於公平會之組織法中。

### (三) 內部分工

25. 公平會之組織條例第 4 條規定，該會內設第一、二、三處及企劃處、法務處、秘書室等單位；同條例第 17 條、第 18 條、第 19 條，則分別規定人事、會計、統計三室之設置。第 5 條至第 10 條則規定秘書室及各處所掌理事項。其中，第一處及第二處職掌獨占、結合及聯合行為之調查處理事項，並依事業所屬業別區分彼此調查處理之對象；前者針對農、林、漁、牧、狩獵及各類服務業，後者則以礦業、製造業、營建業、能源事業及「其他相關或不能歸類之行業」為範圍。第三處負責事業違反本法第 18 條至 24 條規定各類行為之調查處理事項。企劃處掌理政策研擬、公告、研考、資料蒐集及經濟分析、「其他有關公平交易企劃事項」；依公平會運作實務，有關公平交易業務之國際合作亦由該處負責。法務處掌理法規研修、法令諮詢、法制研究、罰鍰執行、刑案移送等事項；依公平會運作實務，有關公平交易事件之行政爭訟案件亦由該處負責。秘書室掌理公文、總務「及不屬於各處、室事項」。

26. 依中央行政機關組織基準法第 8 條第 1 項規定：「機關組織以法律制定者，其內部單位之分工職掌，以處務規程定之」；因此，未來僅須以處務規程規定公平會內部單位及其分工職掌，不必明定於公平會之組織法中。

### (四) 人員編制

27. 公平會之組織條例第 16 條規定，詳訂該會除委員等特任人員以外之人員編制及員額總數，並明定其職稱、官等、職等及員額分配；至於人事主任、會計主任、統計主任及其所屬工作人員，依該條例第 17 條至第 19 條規定，均自公平會之總員額內派充。至於其職稱、官等、職等及員額之具體分配，則有如下表所示：

職務名稱	人數	職等
主任秘書	1	簡任 12
參事	3	
處長	5	
副處長	5	簡任 11

專門委員	3-5	
科長	31-33	薦任 9
秘書	5-7	薦任 8-9，其中秘書 3 人，視察 6 人，得列簡任 10-11
視察	8-18	
專員	20-30	薦任 7-9
分析師	1-3	
管理師	1-3	
設計師	3-5	薦任 6-8
科員	51-65	委任 5，其中 33 人得列薦任 6-7
助理設計師	2-4	委任 3-5
管理員	1-3	
辦事員	12-18	委任 3-4
書記	9-11	委任 1-3
雇員	6-10	
員額總計	168-230	

28. 其中，得列薦任級人員佔半數以上，整體員額之官等分配因而呈現中階最廣，其狀有如菱形而非金字塔形；究其原因，係藉此人事結構佈局俾利公平會於當年新設之際，吸引其他機關之優秀中階人員轉調至該會任職。
29. 公平會法定員額列有 180 至 242 人，截至 2003 年底實際職員總數為 223 人，其後陸續有人員異動。依 2003 年底之該會統計資料，其人員學歷背景計有研究所以上者 31%、具學士學位者 54%、專科程度者 11%、高中（職）畢業者 4%；年齡分布則為：29 歲以下者 14%、30 至 39 歲者 40%、40 至 49 歲者 29%、50 歲以上者 17%，平均年齡為 37.7 歲。至於該會人員之專業背景，則為：法律專長者 55 人占 25%、經濟專長者 33 人占 15%、企管、資訊、統計、會計等其他專長者 135 人占 60%。
30. 依中央行政機關組織基準法第 7 條規定反面解釋，除委員外之人員編制及員額總數，並明定其職稱、官等及員額分配等事項，不必明定於公平會之組織法中。此外，立法院審議中之中央政府機關總員額法草案第 6 條第 2 項及國民黨所提對案之「中央行政機關總員額法」草案第 5 條第 1 項規定，關於行政院所屬二級機關配置員額之總數，均授權行政院定之。未來中央政府機關總員額法正式施行後，依政府提案第 7 條第 1 項或在野黨對案第 6 條第 1 項規定，「各



機關原以組織法規所定之員額，不再適用」；依前揭條文第 2 項規定，即使未來應以法律規定其機關組織者，亦應依公務人員任用法及考銓法令訂定編制表代之。

## 二、以法律定之

31. 本條規定後段既稱「以法律定之」，其「法律」是否即為憲法第 170 條所規定「經立法院通過，總統公布之法律」，解釋上仍有寬嚴不同之情形。憲法該條規定既稱「本憲法所稱之法律」，並不排除個別法律或命令就「法律」另有不同之定義。由於憲法第 170 條所定義之「法律」，依其字面意義，似屬學理上所稱之「國會保留」情形，係法律保留中最為嚴格之「禁止授權」形態。憲法中即明文規定機關組織應以法律定之者，例如五院之組織法，解釋為僅得以「經立法院通過，總統公布之法律」，固無不當。然而，關於法律或命令規定機關組織應以法律定之者，是否亦為相同之解釋，不無疑義。例如：中央法規標準法第 5 條第 3 款規定國家機關組織應以法律規定，如嚴格解釋為「國會保留」之情形，勢必造成國家機關組織僵化，無法因應任務需要彈性調整。
32. 國民大會於 1997 年 7 月 18 日三讀通過憲法條文增修案，於第 3 條中增訂：「國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定。（第 3 項）各機關之組織、編制及員額，應依前項法律，基於政策或業務需要決定之。（第 4 項）」自此，我國之機關組織法定原則，除憲法上明文規定應以法律規定之五院組織外，均改依一般之法律保留原則；亦即，依憲法授權制定之「準則性」法律所定組織基準之下，分別依法律或基於法律授權之命令規範機關組織。
33. 依中央行政機關組織基準法第 4 條第 1 項規定，二級機關及獨立機關之組織應以法律定之；同法第 5 條第 1 項前段規定：「機關組織以法律定之者，其組織法律定名為法」。因此，公平會未來配合行政院組織調整之後，無論是否轉型為獨立機關，其組織條例均應改稱為組織法。依同法第 7 條規定，公平會未來之組織法應包括以下內容：「一、機關名稱。二、機關設立依據或目的。三、機關隸屬關係。四、機關權限及職掌。五、機關首長、副首長之職稱、官

職等及員額。六、機關置政務職務者，其職稱、官職等及員額。七、機關置幕僚長者，其職稱、官職等。八、機關依職掌有設置附屬機關者，其名稱。九、機關有存續期限者，其期限。十、如屬獨立機關，其合議之議事程序及決議方法」。

- 34.** 至於公平會內部單位之分工職掌，依同法第 8 條第 1 項規定，「以處務規程定之」；依同條第 2 項規定：「為分層負責，逐級授權，得就授權範圍訂定分層負責明細表」。因此，未來公平會之組織規範，將依其性質之不同，分別以法律、法規命令及行政規則等不同層級之規範加以規定。

## 第五章 民事責任

### 參考文獻

廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；黃銘傑（2001），〈公平交易法損害賠償制度之功能與詮釋—以第三十二條第二項規定為中心〉，《中原財經法學》第7期，2001年12月，頁74；陳志民（2002），〈嚇阻概念下之反托拉斯私人訴訟—最適損害賠償理論之政策啓示〉，《人文及社會科學集刊》，第14卷第1期，頁55-109；游成淵（2003），〈違反公平交易法之損害賠償責任—以限制競爭法為中心〉，政治大學法律研究所碩士論文。

### 第五章 民事責任

#### 壹、本章規範內容概述

- 一、除去侵害與防止侵害請求權：公平法第30條
- 二、損害賠償請求權
  - （一）基本規定：公平法第31條
  - （二）三倍損害額之賠償：公平法第32條第1項
  - （三）以侵害利得計算損害額：公平法第32條第2項
- 三、判決書登載新聞紙：公平法第34條
- 四、消滅時效：公平法第33條

#### 貳、適用關係

- 一、公平法第31條與民法第184條第2項之關係
- 二、公平法第31條與第32條之關係
- 三、公平法第32條第1項與第32條第2項之關係

#### 參、民事責任之體系定位、目的與功能

- 一、立法目的
  - 二、本章章名與規範體系
  - 三、民事制裁與刑事制裁及行政制裁之關係
  - 四、本章規定與民法侵權行為損害賠償之關聯與區別
  - 五、智慧財產權法上權利侵害救濟民事責任規定之參照
- 肆、公平法上民事責任之各國法制比較
- 一、美國法制
    - （一）「超額支付」訴訟
    - （二）「排除競爭」訴訟
    - （三）相關議題
  - 二、日本法制
    - （一）獨占禁止法
    - （二）不正競爭防止法
  - 三、德國法制
    - （一）營業競爭防止法
    - （二）不正競爭防止法
  - 四、歐洲聯盟
    - （一）限制競爭法
    - （二）不正競爭法

## 壹、本章規範內容概述

1. 本章之民事責任，包括第 30 條之除去侵害與防止侵害請求權、第 31 條與第 32 條之損害賠償請求權、第 34 條之將判決書登載新聞紙規定、以及第 33 條之消滅時效規定。茲將其規範內容概述如下：

### 一、除去侵害與防止侵害請求權：公平法第 30 條

2. 關於除去侵害與防止侵害請求權，於我國私法體系上通常係在絕對權之侵害始設有此類請求權。在競爭法領域，雖然被害人所受損害多為「利益」或競

爭機會之妨害，不過實際上賦予被害人請求行為人停止其行為或排除其侵害，對於競爭秩序之維護及對於市場參與者之權益保護，均有必要。故在公平法內設置此等請求權，具有保護作為被害人之競爭者、交易相對人或消費大眾，以及完善民事救濟途徑之意義與功能。實則學理上公平法第 30 條規定屬於競爭法上之「防衛性請求權」，而與損害賠償請求權相輔相成，而能全面性地構成競爭法之民事救濟管道。關於公平法第 30 條之防衛性請求權，理論上仍可再予以細分為「不作為請求權」與「排除請求權」，其中之「不作為請求權」又可依其內涵再細分為「侵害之不作為請求權」以及「預防之不作為請求權」，而於執法上可據其性質有較為精緻之解釋適用（詳細說明參閱第 30 條邊碼 10）。

3. 此外於現行法下，公平法第 30 條之請求權人應與第 31 條之請求權人範圍相同。惟法理上違反本法之侵害行為本不應實施，且不法之限制競爭或不公平競爭行為對市場競爭秩序所生之破壞，也不應任其繼續。因此自立法政策而言，應可考慮適度擴大請求權人之範圍，未必須與損害賠償請求權人之範圍相一致。

另應注意者，不論在比較法或學理上，公平法第 30 條均不以行為人有故意過失為要件，此與損害賠償請求權不同。不過這並不表示行為事業對於違法行為不需有任何意識，實則行為事業仍應對其行為情境有所認識始滿足本條規定，應予辨明。（參閱第 30 條邊碼 22、23）

4. 而在法律效果上，除去侵害請求權係請求行為事業除去其侵害，不過所重者乃為賦予被害人請求加害人排除加害行為所造成被害人權益受損狀態之持續。亦即其性質具有未來性，此與損害賠償請求權中之「回復原狀」係針對已產生之損害，而非侵害行為之「後續效果排除」者不同。

至於防止侵害請求權固然多為請求行為事業之不作為，不過若必須除去某種干擾源或干擾狀態，始能除去行為人違反公平法之危險者，則亦可能請求排除該干擾源之積極作為。此外，不論係請求加害事業所為之不作為或排除危險行為，所請求之內容應為加害事業所可能為之者，並符合比例原則始可。（參閱第 30 條邊碼 34）

## 二、損害賠償請求權

### （一）基本規定：公平法第 31 條

5. 公平法第 31 條可謂為公平法民事責任之基礎條文，蓋在適用公平法第 32 條第 1 項之三倍賠償時，亦係以適用本條為前提。（參閱第 32 條邊碼 12）而本條之適用涉及與民法第 184 條第 2 項之關連性，學理與實務均有不同之見解，不過基於鼓勵被害人利用民事求償管道以保護其權益之立場，應以請求權競合說較為可採（參閱第 31 條邊碼 58）。
6. 其次在構成要件部分，本條請求權以事業違反公平法規定為要件，因此在適用時須先檢視事業有無違反公平法其他實體規定。除此之外，雖然本條規定較為簡略，但依照一般損害賠償法理論，損害賠償之請求權人應以「直接被害人」為限，此於公平法亦應採取相同解釋。而學理上較有爭議者，則在於本條規定究係採取故意責任、過失責任、推定過失、或無過失責任之問題。鑑於侵權行為之無過失責任，通常係基於法律直接或間接明定，或透過條文結構之解釋得出者為限，且本法係將限制競爭法與不正競爭法規範於同一法典中，而不正競爭法之性質較近於侵權行為，則於現行法下，採取過失責任之解釋應較為穩妥，但不排除法院在必要時得主動採取舉證責任倒置之推定過失責任。至於立法論上明白採取推定過失之規範模式，似可作為將來修法考慮之方向。（參閱第 31 條邊碼 32 以下）此外在實務上較容易產生爭執者，則為損害與因果關係不易證明的問題。在因果關係與損害之認定上，我國學說實務通說採取「相當因果關係說」。不過實務在適用本條時，往往以損害是否係因侵害行為所致，或係因其他市場因素諸如景氣、經營手法等所致，無法確實證明，而否定被害人之請求權。嚴格適用因果關係之結果，恐導致被害人損害賠償請求落空。實則法院宜善用相當因果關係中「相當性」要件為推動法政策之工具，不必在構成要件上嚴格認定其因果關係。又在作法上並可採舉證責任倒置之方式，即原告如能證明市場之客觀環境情勢並無重大變化，而其原先預期可達到之營業額卻在加害行為介入後減少，原則上就應推定侵害行為與其損失具有因果關係，然

後再透過舉證責任倒置之方式，令不同意上述推定之被告，負舉證責任證明原告之損失係因整體經濟景氣、經營者資金多寡及意願、消費者偏好...等種種因素而造成，而與其侵害行為無因果關係。(參閱第 31 條邊碼 46)

7. 至於在法律效果上，本條損害賠償之方法，實務有認為仍須適用民法第 213 條以下規定，以回復原狀為原則，金錢賠償為例外（最高法院 85 年度台抗字第 312 號裁定）。不過本法多數違法類型造成之損害不是難以回復市場原有狀態，就是實際上以金錢賠償回復被害人損失，則解釋上本法之損害賠償雖不能排除回復原狀之可能，但應以金錢賠償為主。(參閱第 31 條邊碼 49) 至於賠償額之認定，可參照民事訴訟法第 222 條第 2 項規定，「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額」，妥善定之。實務上由法院酌定損害額度之案例有限，以致目前尚無法歸納實務操作之標準。不過在比較法上所提出之「前後理論」(before and after theory)、「標準理論」(yardstick theory)、「市場占有率理論」(market share theory)，應有值得我國參考學習之處。(參閱第 31 條邊碼 51)

### (二) 三倍損害額之賠償：公平法第 32 條第 1 項

8. 公平法第 32 條第 1 項賦予因故意違反公平法行為致受損害之被害人，得請求損害額三倍之賠償。其理由在於利用三倍以內之賠償金額，提高被害人起訴的誘因、以及抑制侵害人違反競爭行為之動機，故其目的應在於「嚇阻」反競爭行為之出現。是以在解釋適用本條項規定時，應注意此等規範目的之意義，但觀諸目前實務之操作，似仍較少注意嚇阻功能之規範意義，較為可惜。(參閱第 32 條邊碼 9-11)
9. 在構成要件上，公平法第 32 條第 1 項之適用，以侵害人之違法行為出於故意者為限，此與消保法第 51 條規定對於過失行為所致損害仍得請求一倍以下之懲罰性賠償不同。訴訟實務上對此要件尚未有較為詳細之說明，而通常僅以行為人已坦承違法行為或主管機關之鑑定違法為認定依據。論者則有借用刑法「故意」規定之「知」與「欲」二要件予以解釋之。不過若以「知」與「欲」來解

釋公平法第 32 條第 2 項之「故意」意涵者，可能會隨著其故意所針對之對象究竟為「競爭者」或者「市場」，而有過度嚇阻或嚇阻不足之難題，此仍有待學說或實務之進一步發展以明確本要件之內涵。不過若肯定本條項之規範目的在於嚇阻功能者，則於立法論上似乎未必要將本項之適用限於故意行為，而可將故意與過失均併同規範，而賦予倍數不同之加倍賠償。（參閱第 32 條邊碼 15、22）

10. 至於本條項之法律效果上，條文規定則為「已證明損害額」之三倍為其賠償額度之上限。在損害額之三倍範圍內，法院自得裁量決定之。就此而言，法院應以侵害行為之輕重來定其加重賠償之額度，不過目前實務之判決似仍欠缺較明確之操作標準，解釋上或可參考公平法施行細則第 36 條所列事由作為酌定加倍賠償之參考指標，適用時並宜注意本條項「嚇阻」功能之實現。（參閱第 32 條邊碼 17、19）

### （三）以侵害利得計算損害額：公平法第 32 條第 2 項

11. 公平法第 32 條第 2 項實際上並非獨立之請求權基礎，而僅係賦予請求權人得以侵害人因侵害行為之利得作為損害額之規定。因此在適用上仍應滿足公平法第 31 條規定始可。此外較有疑義者在於本條項之規定是否有公平法第 32 條第 1 項三倍賠償之適用，實務與學者似有不同見解，請參閱第 32 條第 1 項邊碼 19 之說明。
12. 賦予請求權人專依加害人因侵害行為之利得計算賠償，除了避免確實損害數額不易證明之訴訟上難題外，目的亦在於剝奪侵害人之不法所得。就此而言，本條項亦寓有嚇阻反競爭行為之規範功能。

### 三、判決書登載新聞紙：公平法第 34 條

13. 公平法第 34 條規定被害人得請求侵害人將判決書登載新聞紙。立法理由指出本條之目的在於「以正視聽，並兼具補償功效」，而所欲補償者應係信用或商譽上的損害。因此並非所有違反公平法規定之行為均可獲有本條之救濟，例如實務案例上在消費者因引人錯誤廣告買受預售屋而生之損害，因未涉及信用或商譽，通常即未見有適用本條救濟者；反之，於仿冒或警告函案件中，則不乏



有援引本條規定者。(參閱第 34 條邊碼 4)

14. 至於所登載之判決書範圍或者應登載之新聞紙，基於不告不理原則，法院自應受原告請求範圍之拘束，而於此範圍內則可審酌原告請求之適當與否而為判決，自不待言。(參閱第 34 條邊碼 7)

#### 四、消滅時效：公平法第 33 條

15. 公平法第 33 條針對本章所定之請求權，設有長短不同之消滅時效規定。性質上較有爭議者為本條後段「自為行為時起，逾十年者亦同」之規定，究為消滅時效或者除斥期間。公平法第 33 條之立法理由似乎認為後段規定係屬除斥期間規定，不過鑑於本條之規範客體為「請求權」而非「形成權」，性質上宜認為仍屬消滅時效規定為妥。不過即使如此，一般仍認為後段規定並無一般消滅時效所具有之時效中斷或不完成事由，因此在適用結果上，實際上與除斥期間相去不遠。(參閱第 33 條邊碼 4)
16. 此外，公平法第 33 條之規定相似於民法第 197 條規定，所不同者在於民法第 197 條前段之短期時效自請求權人「知有損害」及賠償義務人時起算，而公平法第 33 條則自請求權人「知有行為」及賠償義務人時起算。不過在損害賠償請求權之情形，一般而言被害人應先知悉損害始得知悉有賠償義務人，因此所謂知有「賠償義務人」亦非不得解釋為知有「損害以及賠償義務人」。若此，則公平法第 33 條消滅時效之起算則與民法第 197 條並無二致。不過為長遠計，似仍應透過修法將條文更加明確化，以免不必要之誤會。(參閱第 33 條邊碼 8)

## 貳、適用關係

### 一、公平法第 31 條與民法第 184 條第 2 項之關係

17. 就條文規定內容而言，公平法第 31 條與民法第 184 條第 2 項規定之規範對象均為違反法律規定之行為，而公平法若干條文之規定，實際上亦可構成民法第 184 條第 2 項所稱之「保護他人之法律」，是以在損害賠償案件，如何適用法律即有疑問。實務上有認為公平法之損害賠償規定應為民法第 184 條第 2 項之

特別法，因此遇有競合者，應優先適用公平法（如台北地方法院 87 年度國貿字第 15 號判決）；但也有採取請求權競合說者（如台北地院 89 年訴字第 67 號判決）。學者間之見解亦不相同，有傾向於法規競合說者，亦有採請求權競合說（參閱第 31 條邊碼 56 以下）。鑑於公平法第 31 條與民法第 184 條第 2 項之構成要件雖有近似之處，但仍有未盡相符者；且優先適用公平法之結果未必對被害者之求償更為有利，因此解釋上採取請求權競合說應較能滿足鼓勵民事求償管道之立場。

## 二、公平法第 31 條與第 32 條之關係

18. 公平法第 32 條第 1 項之適用前提須以構成公平法第 31 條之行爲爲限，此可由第 32 條條文文字得知。而公平法第 32 條第 2 項規定，則是以侵害人因侵害行爲所得利益來計算損害額之規定。實際上公平法第 32 條第 1 項及第 2 項規定均係涉及計算損害額度之問題，因此在適用時均應滿足公平法第 31 條規定。

## 三、公平法第 32 條第 1 項與第 32 條第 2 項之關係

19. 在我國實務上有法院認爲，公平法第 32 條第 1 項與第 2 項規定應擇一行使，若原告主張依第 2 項規定計算損害額，則無再適用第 1 項請求三倍賠償之餘地（如台北地方法院 87 年度國貿字第 15 號判決）。此項見解在現行法架構下固有所本，不過由理論上而言，公平法第 32 條第 1 項之適用應考量嚇阻功能之發揮，因此對於侵害人之違法利得再予加倍賠償之作法，於立法目的之實現上仍不無考慮採納之理由。（參閱第 32 條第 1 項邊碼 19）

## 參、民事責任之體系定位、目的與功能

### 一、立法目的

20. 公平法本在維護市場競爭秩序，因此禁止事業爲不當的限制競爭或不公平競爭行爲。惟仍應賦予一定之法律效果，規範始能收其實效。立法政策上在公平法設置民事責任規定，目的即在賦予被害人有效之民事救濟手段，並使不法行爲人無法保有其不法行爲利得，甚至更有所損失，以更有效的阻止限制競爭

或不正競爭行為之作成。(廖義男，1995，頁 384) 而由民事救濟之規定，吾人亦可得知，公平法除具有維護與保障市場機能與競爭秩序之制度面向功能外，亦兼具保護市場參與者權益之面向，可謂兼顧制度與權益之維護、公益與私益之保障。(參照第 31 條邊碼 3)

## 二、本章章名與規範體系

21. 現行法第五章名為「損害賠償」，不過實際上規範內容並不僅限於損害賠償規定，尚包括侵害除去與侵害防止請求權，以及將判決書登載新聞紙之規定。實則原本於廖義男教授草擬之公平法草案以及經濟部版本之草案，本章章名均定為「民事責任」，不過至行政院版本的草案後，則改為「損害賠償」。鑑於本章規範並不限於損害賠償規定，則章名應改訂定為「民事責任」較為妥適。

## 三、民事制裁與刑事制裁及行政制裁之關係

22. 違反本法之行為而侵害他人權益所生之法律責任，可能有行政法上責任(第 41 條、第 42 條)、民事責任以及刑事責任(第 35 條至第 38 條)等三者，依行為種類以及其所違反本法之條文而定。換言之，對違反本法行為之制裁、救濟途徑與執法管道等，均有民事、刑事及行政等三種可能。此三種途徑與管道，各有其特色、功能，並有一定之相互關聯性或互補性。三者中，刑事制裁有最高度之嚇阻功能與作用，是執行本法最強有力之手段，但也必須遵守「刑罰最後手段性」之原則，故適合用在可責性高或對市場競爭秩序有重大妨害之行為類型。行政制裁可以藉行政機關之專業執法能力、獨立地位與權威性，最能適時、有效打擊或預防違法行為，維護競爭秩序，但也耗費最多國家之行政資源。民事救濟途徑雖需當事人予以進行，對被害人而言在救濟成本以及時效上似不如行政救濟管道，且法院之專業能力在競爭法之發展尚未成熟階段仍有未足，惟其損害可以得到填補，甚至可能獲得三倍之賠償，則是其他管道所無法具備之功能；且司法之獨立性，較之行政機關又有過之而無不及；再加上其所耗費之國家行政資源，一般而言較諸行政執法管道經濟，亦為一項優點。以上三種執法與救濟管道，宜相互配合、相輔相成，以發揮最佳之執法功能。其中行政

管道尤其適宜在需要專業之產業知識與調查能力的反托拉斯法領域，擔負起維護市場競爭之執法任務。在我國法院對於公平法之專業審判能力尚待提升之現階段，行政機關能夠充分發揮其執法功能，毋寧是本法目的獲得落實之關鍵因素。惟我國公平會目前之執法重心，並不在反托拉斯法而在於不實廣告、本法第 24 條等不公平競爭法領域。其雖亦能維護市場競爭之公平性並維護消費者利益，惟其所付出之機會成本則是在限制競爭法領域之執法成效與執法能力成長緩慢。換言之，公平會在最能夠、也最應該發揮其特長之領域，卻一直裹足不前。如欲改善此一情況，除應善用本法第 26 條之「公共利益」條款，對於不公平競爭以及消費者保護之案件（尤其是第 24 條），提高公平會之介入門檻外（參見本註釋研究系列第二冊第 24 條註釋邊碼 41），並應適度發揮民事救濟管道之互補功能。如民事救濟管道能夠有效發揮，顯著地分擔公平會之執法負擔，則公平會能有更多行政資源處理限制競爭案件，對我國市場競爭秩序之維護，將做出重大之貢獻，實值吾人朝此方向努力。在立法政策上，如能引進集體訴訟或團體訴訟制度，則對於暢通與改善民事救濟管道，將有實質之助益，亦值考慮採納。（參見第 30 條邊碼 15）

#### 四、本章規定與民法侵權行為損害賠償之關聯與區別

23. 在本法立法以前，有關本法所規定之行為，尤其是不正競爭之行為，其所生之法律責任，多依民法解決。而本章有關民事責任之規定與民法上侵權行為之規定仍有諸多接近之處，相互關係也仍舊甚為密切（諸如第 31 條邊碼 7 以下），致使民法侵權行為之諸多概念用語以及其原理，在本條也有其適用，例如「相當因果關係」之採用及判斷方法等（參見第 31 條邊碼 38 以下）。惟公平法已經脫離特別侵權行為法之地位與功能，甚至已經不完全屬於私法領域。民法侵權行為損害賠償之規定，其目的在於填補侵權行為所造成被害人之損失，而本法民事責任之規定則除損失填補外，亦具有以民事救濟途徑達成本法立法目的之功能。故本法之損害賠償，除有一般損害賠償之規定外（第 31 條），並設有三倍之損害賠償（第 32 條），其目的即在於提高被害人提起訴訟之經濟誘因，

藉私益之維護而達到維護市場競爭秩序之公共利益目的，並能嚇阻將來之違法行爲。故在適用法律時，除一般損害賠償原理之考慮外，所謂「最適嚇阻」也是執法標準之一（參見第 32 條邊碼 10、11），此爲一般民事侵權行爲法上所較不強調。又比較法制上，有採集體訴訟或團體訴訟制度者，也有促進與便利消費者等小額被害人行使本章所定權利之意旨，此均予一般侵權行爲法之情形有別。

### 五、智慧財產權法上權利侵害救濟民事責任規定之參照

24. 最後，在智慧財產權法上，諸如商標法第 61 條、第 63 條、專利法第 84 條、第 85 條、著作權法第 84 條等，均設有關於權利侵害之民事救濟規定。此等規定乃就侵害智慧財產權行爲之民事損害賠償要件，以及損害之計算標準等事項加以規定。在法律領域上，競爭法與智慧財產權法屬於較爲相近之鄰接法域，有諸多密切之關聯性（參照本法第 45 條）。這使得上述各法有關民事損害賠償之規定，往往能提供本法有用之參照。故在解釋適用本章規定時，有必要適度參考上述之有關規定，如在解釋第 31 條是否爲無過失責任時，即可參考最高法院對於專利法第 84 條第 1 項之解釋（參見第 31 條邊碼 33），即屬一例。

## 肆、公平法上民事責任之各國法制比較

### 一、美國法制

25. 美國法下之反托拉斯法民事責任，最主要者即屬克萊登法第 4 條之規定。依該條，任何因違反美國反托拉斯法行爲而受有營業(business)或財產(property)損害之當事人，得提起私人損害賠償訴訟，請求違法被告賠償 3 倍於原告所受損害之賠償額，以及其他相關訟訴費用，包括合理之律師費在內。歸納美國法院就克萊登法第 4 條所爲之相關判決，主要有「超額支付」(overcharges)及「排除競爭」(exclusion)二大訴訟類型。

#### (一)「超額支付」訴訟

26. 「超額支付」訴訟之原告通常係因被告之不當訂價行爲，而需以非競爭價

格來取得被告之產品或服務。故訴訟之目的，在要求被告返還原告因此所額外支付之差額；而差額的計算，係以原告實際所支付之價格與被告產品或服務之競爭價格(competitive prices)二者之差距為依據。至於所謂的「競爭價格」，美國法院主要係透過以下二項方法來計算<sup>1</sup>。

27. 第一種方法簡稱為「之前-之後」法 (before-and-after approach)。於此一法則下，法院將觀察反競爭行為出現前與結束後之價格變化，以估算假設該不法行為不存在時，可能的合理市場價格為何。舉例言之，假設某一聯合行為協議自 1993 年開始實施，而在 1995 年結束。在「之前-之後」法下，法院首先需搜集在某一特定期間內，如從 1990 年到 2000 年，該特定市場的價格資訊。再就其中非勾結期間(non-collusive period; 即 1990 年到 1992 年以及 1996 年到 2000 年)之市場價格與勾結期間之市場價格相較，透過統計學上迴歸分析估算出 1993 年至 1995 年間，該市場內之可能競爭價格水平為何<sup>2</sup>。依此法則所求得之結果不需絕對的準確，只要原告能證明該數據可作為估算損害賠償額之“合理基礎”(reasonable basis)即為已足<sup>3</sup>。

28. 第二種計算方法稱之為「指標法」(yardstick approach)。在此一方法下，發生反競爭行為市場之可能競爭價格水平為何，將以另一個與該市場結構相類似，但不存有反競爭行為的市場作為參考與比較的指標<sup>4</sup>。此一方法曾為美國聯邦第 5 上訴巡迴法院用於 *Greenhaw v. Lubbock County Beverage Assoc.*<sup>5</sup> 一案。該案原告提起此一超額支付訴訟，要求 Lubbock 郡的酒品零售商協會，就其會員於該地所進行之聯合訂價行為，對原告所支出之差額負損害賠償之責。於估算損失時，原告之專家證人，將聯合行為進行期間 Lubbock 當地之價格，與該期間內未出現聯合行為之達拉斯(Dallas)市的價格作比較，進一步得出了二地可能之競爭價格比例 7.74%。將此一比率乘以達拉斯當時之價格，得出了當聯合協議不存在時，Lubbock 郡在該期間內“理應”(should have been)出現之價格水平。法院

<sup>1</sup> Roger D. Blair & David L. Kaserman, *Antitrust Economics* 78-82 (1985) .

<sup>2</sup> Hovenkamp, *supra* note 3, at 607-611.

<sup>3</sup> See *Eastman Kodak v. Southern Photo Co.*, 273 U.S. 359, 378-79 (1927)

<sup>4</sup> Hovenkamp, *supra* note 3, at 606.

<sup>5</sup> 721 F.2d 1019 (5<sup>th</sup> Cir. 1983)

即以該價格作為計算超額支付額度之競爭價格<sup>6</sup>。

## (二)「排除競爭」訴訟

29. 「排除競爭」訴訟之原告，有要求實行不當排除競爭行為之被告賠償其因此所喪失之交易機會與利潤之訴訟權。而用以計算損害賠償額之方法主要有以下三種。第一種方法為「之前-之後」法。依此一計算法則，法院依一合理之折現率，估算在被告實施排除競爭行為期間之前以及之後原告之平均淨利，以作為計算原告於排除期間理應獲得之平均淨利的基礎。相對的，於運用「指標法」至排除競爭訴訟時，法院係以原告在排除行為實施期間之實際利潤與相關市場內未受排除行為影響之事業所得的利潤相互比較，以作為計算損害賠償額之依據<sup>7</sup>。第三種計算損害的方法通稱「市場占有率法」(market-share approach)。該法則係將原告因排除競爭行為所喪失之利潤，以市場占有率之變動情況來加以衡量<sup>8</sup>。

## (三) 相關議題

### 1. 當事人適格、因果關係、及「反托拉斯損害」(antitrust injury)要件

30. 相較於大陸法系在概念上將「當事人適格」(standing)與「因果關係」(causality)定位為民事訴訟不同層次的考量問題，美國法院在反托拉斯法私人訴訟中並未嚴格區分二者，在不少判決中，法官雖表示是在檢討當事人是否有提起訴訟之「適格」問題，但實質上是在探究有無「因果關係」。例如，在美國法中較常為下級法院所引用以判斷當事人「適格」問題者，主要有「直接損害」(direct injury)與「目標區域」(target area)二項原則，而二者本質上皆是侵權行為法中因果關係要件之問題：前者強調原告當事人適格之有無，端視其所受之損害是否與被指控違法之行為間具有直接之關係。因此，公司可以以因競爭者間之不法結合行為而受有損害為由，提起損害賠償訴訟，但公司股東則無此權利；後者則認為原告只需證明損害是發生於因競爭秩序遭破壞所可能被危及之範圍

<sup>6</sup> *Id.*, at 1026.

<sup>7</sup> Hovenkamp, *supra* note 3, at 619-29.

<sup>8</sup> Blair & Kaserman, *supra* note 11, at 81.

內即屬有當事人適格之原告。<sup>9</sup>不論是「直接損害」或「目標區域」理論，在運用時仍不免產生解釋上的爭議。為求明確，美國聯邦最高法院進一步引入「反托拉斯損害」(antitrust injury)概念，以作為反托拉斯法所特有之當事人適格判斷標準。所謂的反托拉斯損害，依最高法院之定義，乃“反托拉斯法所欲避免，且由被告之不法行為所衍生之損害。”<sup>10</sup> 該項損害需能夠“反應違法行為本身，或因該違法行為所可能出現的反競爭行為之反競爭效果。”<sup>11</sup> 雖然這些原則與概念仍相當抽象，其具體內涵為何也仍具爭議性，但歸納美國聯邦最高法院的幾項判決中可合理推知，大法官愈來愈傾向於由訴訟功能性（functionality）的角度去衡量原告是否有資格提起私人訴訟，以及被指違法行為與原告所聲稱之「損害」是否具有因果關係等法律要件，而不再過度拘泥於條文文字的解釋，其中，Blue Shield of Virginia v. McCready一案<sup>12</sup>乃最清楚呈現此一觀點的判例。

31. 本案原告 McCready 女士所投保之醫療險被告保險公司 Blue Shield，以原告所接受之心理治療是由臨床心理醫師（clinical psychologist）而非精神科醫生（psychiatrist）所為，不符合約定的給付標準，故拒絕給付心理治療的醫療費用。原告主張，被告此一保險給付計劃，具有讓精神科醫師得以聯合排除心理醫師參與市場競爭的效果，且已構成對其個人財產的侵害；而由於克萊登法第 4 條之文義明定：「“任何人”（any person）...“因反托拉斯法所禁止之任何行為”（by reason of anything forbidden in the antitrust laws）...」而受有損害時，得求 3 倍損害賠償，故代表所有同樣被拒絕給付的被保險人提起此一私人損害賠償集體訴訟。

32. 對於原告 McCready 等是否具有提起訴訟之「當事人適格」問題，聯邦地方

---

<sup>9</sup> Hovenkamp, *supra* note 3, at 554-55.

<sup>10</sup> Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 489 (1977). 判決原文為 “an injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flow from that which makes the defendants’ acts unlawful.”

<sup>11</sup> *Id.* 判決原文為 “The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation.”

<sup>12</sup> 457 U.S. 465 (1982). 本案所考量之各項因素，也為後續重要相關案件所遵循。參考 Associated General Contractors v. California State Council of Carpenter, 459 U.S. 328, 537-46 (1983); Cargill Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104 (1986).



法院在「目標區域」原則下，認為被告行為主要目的在杯葛臨床心理醫師加入心理治療市場，會因此而“在競爭上受到危害的經濟區塊”（sector of the economy competitively endangered），不會超出“心理醫師”這個區域，原告因被告拒絕給付所受之損害過於間接（indirect）與不密切（remote），非屬「反托拉斯損害」，故認定McCready不具當事人適格<sup>13</sup>。本案經上訴後，巡迴法院推翻地院的判決，認為得提起私人訴訟的原告損害只需與違法行為具有直接（direct）或相當（proximate）的關聯，即屬之，巡迴法院法官認為本案原告的損害尚不致於過於間接或不密切，故當事人應有提起訴訟之資格<sup>14</sup>。

33. 本案經聯邦最高法院受理後，最後維持了上訴巡迴法院的判決。多數意見主筆Brennan大法官於判決中表示，由於克萊登法第4條的條文文字幾乎沒有“限縮性用語”（restrictive language），此反應了美國國會嚐試利用私人訴訟制度來達到“擴張性救濟目的”（expansive remedial purpose）的立法原意，國會希望藉此嚇阻違法行為、剝奪違法利得、並提供受害人充足的損害賠償<sup>15</sup>。基於實現此一廣泛的救濟與嚇阻目的，法院在處理當事人適格問題時，應儘可能允許之。不過最高法院於判決中仍就以下二類訴訟情形，因允許原告起訴將與條文目的的實現產生衝突，故有限制當事人起訴之必要。

34. 第一類應限制之訴訟類型乃具有高度“重覆救濟”（duplicative recovery）風險，或是賦予原告當事人適格將使訴訟程序過於複雜延滯，而有礙私人訴訟的有效執行的案件。例如州政府在代理州民提起反托拉斯私人損害賠償訴訟後，不得就同一違法行為傷害了州的“整體經濟”（general economy）為由，再另行提起訴訟，理由為不僅被告承擔重覆救濟之風險高，法院也很難就所謂整體經濟為明確的估算。同理，聯邦最高法院針對「超額支付」訴訟，已明確表示「間接買者」（indirect purchasers）不具有當事人適格，理由為與「直接買者」（direct purchasers）相較，直接買者乃最具有起訴誘因，也最能實現克萊登法第4條立

---

<sup>13</sup> *Id.*, at 471.

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> *Id.*, at 472.

法目的的當事人，允許間接買者也具有當事人適格，將大幅擴大請求權人範圍與被告被不公平重覆起訴的風險，法院判斷與分配直接與間接買者實際損害比例所需調查的證據與投入的資源，也勢必讓訴訟程序不當延宕甚至懸而未決，大幅降低私人訴訟有效嚇阻的功能<sup>16</sup>。大法官認為McCready一案，損害賠償額度的計算相對明確，應不致於出現此一問題<sup>17</sup>。

35. 第二類應受限制之訴訟類型，則是當事人因違反反托拉斯法所受之損害過於不密切者。至於損害的“不密切”（remoteness）該如何判斷，最高法院提出了二項檢試原則：1、違法行為與原告損害間之“物質（physical）與經濟連結關係（nexus）”；以及 2、原告所主張的損害，與國會立法之初據以將行為認定不法並提供克萊登法第 4 條訴訟救濟的損害形式，二者間的關係為何，<sup>18</sup> 也即必須是“反托拉斯損害”始能提起之。就第 1 項檢試原則而言，最高法院認為私人訴訟救濟之當事人適格問題，不能只侷限在被告主觀意圖所擬傷害的對象——心理醫師；拒絕給付原告McCready等之醫療費用，正是被告實現聯合杯葛目的的必要手段。而在第 2 項原則中，法院則認為，因排除競爭對手行為而導致被保險人需支付較高的醫療費用，屬於違法行為所衍生之損害，是克萊登法所允許請求的損害類型之一。

## 2. 三倍損害賠償與合理律師費

36. 依休曼參議員於制定休曼法時之發言可知，3 倍損害賠償的目的在解決個別原告起訴誘因不足的問題，從而能具體落實私人訴訟補償與嚇阻的目的。然而休曼法第 4 條乃強制性（mandatory）規定，也即一旦原告證明損害額後，法院即需自動加乘到三倍，法官並無裁量的空間，故自實施以來，質疑該規定過於僵化、對企業不公、且會出現過度嚇阻的聲浪從未間斷。對於 3 倍賠償是否已實現有效嚇阻的實證研究，以 1985 年由數名美國著名反托拉斯學者所作的「喬治城研究」（Georgetown Study）較為有名。在廣泛分析私人訴訟各層面的相關數

---

<sup>16</sup> *Id.*, at 474.

<sup>17</sup> *Id.*, at 476.

<sup>18</sup> *Id.*, at 478.

據和問題後，研究團隊對 3 倍賠償制度的優缺點，也出現正反二種不同的看法。支持者認為該制度並未對整體司法與社會資源的使用，形成過度的負擔，且可補公部門執法怠惰之不足；反對者，則認為該制度使濫訴情形更為嚴重，並阻礙了企業進行有效率競爭<sup>19</sup>。

37. 為緩和相關的爭議，立法與學者嚐試提出一些改革三倍損害賠償的法律修正案與修法建議。美國國會在 1980 年代，曾針對某些特定類型的反托拉斯法案例制定特別的反托拉斯損害規則，例如 1984 年的「出口貿易公司法」(Export Trade Company Act)，以及 1984 年的「全國合作研究法」(National Cooperative Research Act)，已針對特定類型的訴訟，規定得請求的損害金額只限於實際損害；另外，1984 年的「地方政府反托拉斯法」(Local Government Antitrust Act)，也規定在部分情形下，不得請求反托拉斯損害賠償<sup>20</sup>。學理上也有主張將 3 倍賠償規定改為非強制性，也即由下級法院法官依違法情節來決定加乘倍數；另外可用以參考決定倍數之標準，則是訴訟案件是否屬於非「當然違法」(per se illegal) 的類型，而被告合理的相信其行為並非違法，若屬之，則可以適用較低之倍數。

38. 最後，休曼法同時也允許原告將合理的訴訟律師費用列入得請求之損害之一。有爭議的是，美國法實務上不乏 3 倍損害賠償金額低於訴訟律師費用者，此時是否應將得請求之律師費加以限制以求公平？例如，在 United States Football League v. National Football League 一案中<sup>21</sup>，陪審團判決被告須賠償的 3 倍損害金額僅美金 3 元，但律師費用則高達美金 550 萬元！即使如此，美國第二上訴巡迴法院仍支持此一判決，認為克萊登法第 4 條關於律師費用請求之規定，目的在提供當事人起訴誘因，進而發現與制裁反競爭行為，與原告實質所受損害金額無涉。

### 3. 損害額分擔與扣減問題

39. 於美國法下，聯合勾結行為之被告應負連帶損害賠償責任，換言之，原告

<sup>19</sup> Robert Pitofsky & Steven C. Salop, *Forward in Private Antitrust Litigation: New Evidence*, New Learning xiii (Lawrence J. White ed.) (1988).

<sup>20</sup> Handler, Pitofsky, Goldschmit, & Wood, *supra* note 4, at 135-36.

<sup>21</sup> 887 F.2d 408 (2<sup>nd</sup> Cir. 1989); cert. denied, 493 U.S. 1071 (1990).

得就共同被告之一人或數人，請求一部或全部的損害。但另一項頗具爭議的問題，即是違法多數被告之一人或數人經判決賠償原告之損害後，對於其他被告是否有依違法比例請求分擔損害額之權利？另外，若原告與部分卡特爾成員已達成和解，未參與和解之其他成員，能否於訴訟中主張該和解金額須由請求金額中扣減？對此，雖然學者有正反二種不同的看法，但實務上，美國聯邦最高法院則持反對的見解，主要理由有二：

40. (1) 休曼法中對此並未明文，也無法從立法目的中推論出立法者有意讓被告有分擔請求權（right to contribution）。在Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.一案中<sup>22</sup>，美國聯邦最高法院表示從立法制定過程來看，立法者從未對共同反托拉斯損害賠償被告能否請求分擔損害表達過關切之意；而不論是休曼法或克萊登法關於私人訴訟的最主要目的，均是在“懲罰過去及嚇阻未來的不法行爲，而非在減輕違法者的責任（punish past, and to deter, future unlawful conduct, not to ameliorate the liability of wrongdoers）。”<sup>23</sup>

41. (2) 從習慣法（common law）原則去探討，即使有部分州在其侵權行爲法中已允許共同侵權行爲人有一定程度與形式的分擔請求權，但在聯邦習慣法原則下，仍無相關規定。最高法院強調，只有在基於保護聯邦特殊利益之必要，或國會授權下，聯邦法院始能透過判決來形成聯邦習慣法原則。休曼法及克萊登法雖然是聯邦法規，但其中關於私人訴訟的部分，純屬個人權利之主張，與聯邦政府之利益無涉，而從立法過程中也看不出國會有授權聯邦法院針對此一問題制定新聯邦習慣法的意圖；加上學者就損害分擔請求權在實現嚇阻目的所具有正面與反面效果各有論述，對於一項相當廣泛與複雜的政策問題，應由國會以立法的方式來加以解決，而不適宜由法院透過個案自行創造新的聯邦習慣法則爲之<sup>24</sup>。不過，美國國會迄今仍未制定相關的法律。

---

<sup>22</sup> 451 U.S. 630 (1981).

<sup>23</sup> *Id.*, at 639.

<sup>24</sup> *Id.*, at 641-646.

## 二、日本法制

日本法在民事救濟部分可分別由「獨占禁止法」與「不正競爭防止法」加以觀察，茲分述如下：

### （一）獨占禁止法

#### 1. 不作為請求權

42. 過去，有關獨占禁止法之違反的禁制，全由公平會依其裁決程序等權限為之，私人對於違反獨占禁止法之行爲，並未擁有不作為請求權。2000 年的獨占禁止法修正，針對不公平交易方法之違反，就因該行爲而受有顯著損害或有受此損害之虞者，賦予其不作為請求權，得請求停止違法行爲或預防違法行爲的發生（獨占禁止法第 24 條）。不作為請求訴訟，除得向（1）違法行爲地之地方法院提起外，並得向（2）管轄該地方法院之高等法院所在地的地方法院及東京地方法院提起，（1）之法院於認為適當時，並得將該訴訟移送給（2）之地方法院（獨占禁止法第 84 條之 1、第 87 條之 1）。當被告述明該當訴訟係基於不當目的而提起時，法院得命原告提供相當之擔保（獨占禁止法第 83 條之 1）。

43. 無論如何，於有不作為請求訴訟提出時，法院除應向公平會為通知外，並得就該案件之獨占禁止法適用相關問題，向公平會尋求意見。此外，公平會亦可於取得法院之同意後，就系爭案件之公平法相關規定適用問題，向法院陳述本身之見解。

#### 2. 損害賠償請求權

44. 因獨占禁止法之違反受有損害之人，得向加害人請求損害賠償。損害賠償之請求，有二種作法，一種是依照一般侵權行爲規定，向該管地方法院提起損害賠償訴訟，另一種則是依據獨占禁止法之規定，提起損害賠償訴訟。獨占禁止法第 25 條規定，獨占禁止法違反行爲的受害人，得對加害事業提起損害賠償訴訟，且此一損害賠償責任，乃是無過失責任，加害事業不得舉證其無故意或過失，而免除賠償責任。依同法第 26 條規定，上開無過失損害賠償請求訴訟的提出，只能於公平會之裁決確定後，始能為之，時效期間則為裁決確定後三年。

此外，此一無過失損害賠償請求訴訟之專屬管轄法院，為東京高等法院（獨占禁止法第 85 條第 2 款），東京高等法院必須由五人法官組成合議庭審理訴訟（獨占禁止法第 87 條）。東京高等法院於有訴訟提起時，應即就該事件之損害、違法行為與損害間之因果關係、損害額等，詢問公平會之見解（獨占禁止法第 84 條）。雖然法院有義務向公平會為此意見之諮詢，但公平會所提出之意見，仍僅是證據資料之一，不能拘束法院之判斷。

## （二）不正競爭防止法

### 1. 不作為請求權

45. 不正競爭防止法第三條規定，因不正競爭行為而營業利益受到侵害或有受到侵害之虞者，得請求行為人停止侵害或預防侵害之發生，並得同時請求廢棄組成侵害行為之物或拆除供侵害行為使用之設備等。較須注意者，乃是請求權人僅限於因系爭不正競爭行為而營業利益受到侵害或受有侵害之虞的事業，一般消費者不具有此一請求人之適格。

### 2. 損害賠償請求權

46. 不正競爭防止法第四條規定，因故意或過失為不正競爭行為而侵害他人營業利益者，應對他人因此所受損害負賠償責任；同法第七條並規定，若因此而營業信譽受有損害時，亦得請求侵害人為回復營業信譽之必要措施。在有關損害賠償規範方面，較值得注意者，乃是損害額之推定與舉證責任減輕之規定。
47. 在有關損害額推定方面，不正競爭防止法第 5 條規定，營業利益受害之事業得以下列三者之一推定為其損害額：（1）侵害人因侵害行為所讓與之商品數量乘以若無侵害行為時被侵害事業因其商品之販賣每一單位可得之利益之金額為其損害額，惟此時之金額應不得超過被侵害事業依其能力所得提供之數量；（2）侵害人因侵害行為所得之利益推定為損害額；（3）被侵害事業對於侵害人之普遍認知表徵等的使用行為，原本應得享受之金額，推定為其損害額。同條第 4 項並規定，上開各項損害額之推定，並不妨礙被侵害事業可為超過該等金額之損害賠償。

48. 另外，在有關舉證責任減輕方面，主要有下列四點特殊性：(1) 於侵害訴訟案件中，除有合理事由外，否則被告若否認被侵害事業所主張其具體的侵害方法或物件時，被告應就其相關具體行為之內容予以明白闡述（不正競爭防止法第 5 條之 1）；(2) 法院得因一方當事人之申請，要求他方當事人提出為舉證侵害行為或損害額計算所需之必要文件，但於有營業秘密等例外事由存在時，不在此限（不正競爭防止法第 6 條）；(3) 法院得因當事人之申請，命就損害額計算之必要事項，進行鑑定，當事人必須對鑑定人說明為行鑑定所須之必要事項（不正競爭防止法第 6 條之 1）；(4) 當可確認被侵害事業的確受有損害，但其具體損害額之舉證依該事件性質而言非常困難時，法院得斟酌口頭辯論及證據調查之結果，認定適當的損害額（不正競爭防止法第 6 條之 2）。

### 三、德國法制

德國法制部分亦可分由「營業競爭防止法」與「不正競爭防止法」加以觀察，其中「營業競爭防止法」於 2005 年有重大修正，因此底下並將修法前後之條文規定加以說明。茲分述如下：

#### （一）營業競爭防止法

德國營業競爭限制防止法（GWB）關於民事責任之規定，包括第 33 條民事請求權、第 87 條至第 89a 條民事訴訟程序之特別規定。

#### 1. 民事請求權

##### （1）被害人主張之請求權

#### 49. A. 2005 年 5 月修正重點：

GWB 第 33 條之條文，在 2005 年 5 月 GWB 第七次修正<sup>25</sup>時，其內容及結構變動甚鉅，從僅有一項規定擴增為五項規定，內容上較舊法詳盡。

修正後條文之第一項，增加違反共同體競爭法之行為態樣，亦即違反共同體條約（Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft）第 81 條及第 82 條之行為；另外，舊條文僅規定，被害人對於行為人得主張不作為及損害賠償請

<sup>25</sup> Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBI, 2114.

求權，修正後條文則將除去侵害、預防侵害請求權予以明文規定；此外，並定義何謂被害人。

修正後條文之第二項，係擴充舊條文第 2 句關於產業協會（Verbände）主張權利之規定，其就行使請求權之產業協會有更明確及詳盡的要件規範；另外，產業協會除了本於促進產業利益而行使請求權外，增定亦可爲了促進自身職業利益而爲之（zur Förderung selbständiger beruflicher Interessen）。

修正後條文之第三項，係擴充舊條文第 1 句後段損害賠償規定，並將過去學說與實務適用民法損害賠償之相關內容，予以明定之。

修正後之第四項乃新增規定，除了落實共同體 1/2003 號規則<sup>26</sup>關於避免會員國間歧異決定之規定外，亦增加規定，避免損害賠償審理法院與卡特爾主管機關間，產生歧異之見解或判決。

修正後之第五項亦爲新增，乃關於消滅時效中斷之規定。

#### 50. B. 規範原則與制度架構：

從實務經驗顯示，過於要求卡特爾主管機關獨自肩負競爭法之執法任務，或僅從行政法手段制裁限制競爭行爲，並不妥適；競爭秩序並不是因國家公權力建構而產生，而是市場上的所有參與者經由交互活動所形成，因而市場參與者亦應有維護競爭秩序之法律基礎<sup>27</sup>。在德國的實務經驗，透過民事程序建立或維護競爭秩序雖不像美國般有明顯成效，但學者咸認爲，法律上是否賦予或促進利害關係人主張民事上的權利，實與能否有效的維護競爭秩序有密切關連<sup>28</sup>，因而GWB乃有民事請求權<sup>29</sup>之規定。

#### 51. GWB第 33 條規定，若有違反GWB規定或競爭法主管機關（Kartellbehörde）

---

<sup>26</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

<sup>27</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 17.

<sup>28</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §33, 1, S. 359; Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 1 7.

<sup>29</sup> 除了民事責任外，學者亦認爲刑事責任亦可捍衛競爭秩序。1999 年德國刑法（StGB）增修之第 298 條規定投標詐欺行爲之刑事處罰，因而在實務上甚爲常見的投標卡特爾協議，目前尚有刑法第 298 條或第 263 條（一般詐欺罪）之刑事責任。Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §4, 6c, S. 58 f.



之處置 (Verfügung) 者，被害人除有除去侵害及不作為請求權，藉以維護其利益；行為人若有故意或過失者，甚而有損害賠償請求權。被害人除了依據GWB第 33 條請求損害賠償外，亦可能以民法第 823 條第 2 項「違反保護他人法律」為損害賠償之請求權基礎。基於競爭秩序維護之考量，學者認為，GWB第 33 條及民法第 823 條關於「保護他人法律」之認定，應盡可能採從寬解釋，例如：該當GWB第 1 條或第 19 條之行為即構成「違反保護他人法律」<sup>30</sup>。

就實務上而言，因優勢地位事業差別待遇 (GWB第 19 條) 而受到不利益之事業，最常援引GWB第 33 條主張不作為或損害賠償，亦即依據GWB第 20 條第 1 項及第 33 條、併同 (in Verbindung mit) 民法第 249 條規定<sup>31</sup>，向違反GWB之事業請求提供商品或服務<sup>32</sup>。除了前揭差別待遇之GWB違反行為外，其他違反GWB之行為態樣，諸如事業濫用優勢地位行為 (GWB第 19 條)，利害關係人主張不作為或損害賠償請求權之情形，數量上明顯偏低。

另外，GWB民事請求權及責任之具體適用，係依據債法損害賠償原則及侵權行為之相關規定，諸如關於共同侵權行為人、過失相抵、故意過失之認定及損害賠償計算。因此，關於損害賠償請求權上，並無美國或我國公平法第 32 條請求三倍損害賠償，或我國公平法第 34 條判決刊登新聞紙之規定。雖有德國學者建議使GWB之民事損害賠償脫離德國傳統上的損害賠償理論，仿效美國三倍損害賠償請求權 (ein treble-damage-Anspruch) 制度，惟該建議一直未被採納<sup>33</sup>。

## 52. C. 行為人：

應負GWB民事責任之義務人，即乃從事限制競爭行為者。由於法條對於行為人之規定為「違反....者」(wer)，因此，只要是受到GWB所規範的「事業」，均可能為民事責任之義務人，包括自然人、法人、獨資、合夥或不具權利能力之協會 (nichtrechtsfähige Vereine)<sup>34</sup>。在多數行為人情況，適用民法第 830 條及

<sup>30</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §33, 1, S. 359.

<sup>31</sup> 德國民法第 249 條乃關於損害賠償義務人應回復損害發生前之原狀及金錢賠償之規定，內容相當於我國民法第 213 條至第 215 條之規定。

<sup>32</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §20, 16, S. 359.

<sup>33</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 27.

<sup>34</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn.

第 840 條共同侵權行為之規定<sup>35</sup>。

**53. D. 請求權人：**

被害人及產業協會可就限制競爭行為主張民事請求權，但產業協會不能請求損害賠償（參見下述）。以被害人身份向行為人主張GWB民事責任者，必須是競爭對手或是因該違法行為而受影響之其他市場參與者；亦即，因該限制競爭行為實際於法律上受到影響，其經濟上的發展自由（die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit）受到不利影響之事業<sup>36</sup>。

商品或服務之上游供應者（Lieferanten）或下游接受者（Abnehmer）是否亦可基於被害人身份而為民事上的請求權，曾有疑義，但學說實務早已持肯定說立場，認為只要限制競爭協議係以其為目標、其交易條件或進入市場因限制競爭協議而受到不利益，即符合被害人之資格；2005年GWB修正後明文規定，競爭對手或因該違法行為而受影響之其他市場參與者，均可主張除去侵害、防止侵害及不作為之請求權。惟參與卡特爾協議之事業，不在保護範疇<sup>37</sup>。

**54. E. 除去侵害、防止侵害及不作為請求權：**

學說及實務早已承認限制競爭行為之被害人有不作為請求權，但一直到1997年第六次GWB修正始予以明文規定<sup>38</sup>；2005年GWB修正時，又再將學說及實務上的一般預防性法律救濟原理（eine allgemeine Regel des vorbeugenden Rechtsschutzes）納入，增定被害人得行使除去侵害及防止侵害請求權。除去侵害、防止侵害及不作為請求權之實務意義在於，避免侵害發生或因侵害而擴大損害範圍；防止侵害及不作為請求權等預防性規定，在杯葛、差別待遇及建議性的卡特爾協議時，特別有其重要性<sup>39</sup>。

**55. 依據 GWB 第 33 條第 1 項規定，除去侵害、防止侵害或不作為請求權之行**

---

132-135.

<sup>35</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 139.

<sup>36</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §4, 6c, S. 58.

<sup>37</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §4, 6c, S. 10.

<sup>38</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 171.

<sup>39</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §33, 1, S. 360.

使要件，不以故意或過失之存在為必要；只要行為人從事違法的限制競爭行為，即可行使前揭請求權。惟欲主張防止侵害或不作為請求權者，法律所保護的利益必須要達相當的危害程度（eine relevante Beeinträchtigung）或因侵害而有再犯之虞者。依據 2005 年新修正之 GWB 規定，違法的限制競爭行為係指違反 GWB 或歐體競爭法或違背競爭法主管機關之決定者；競爭法主管機關之決定，包括行政處分、行政處分所包含之條件或限制。

另外，GWB 第 33 條第 1 項除去侵害請求權在內容上，可能與依據 GWB 第 33 條第 2 項或民法之損害賠償請求權重疊，亦即損害賠償內容為回復損害發生前之狀況，此時即為請求權競合<sup>40</sup>。

學理上認為，除去侵害、防止侵害及不作為請求權之消滅時效，類推適用民法第 852 條規定<sup>41</sup>。

#### 56. F. 損害賠償請求權：

除了除去或防止侵害請求權、不作為請求權外，針對故意或過失之限制競爭行為，被害人尚可請求損害賠償；關於損害賠償請求權之內涵，係適用民事法上的損害賠償理論與基本原則。

故意或過失之認定，乃依據民法第 276 條及民法上之故意過失基本理論。亦即，相異於刑事法，民事法上的故意係指違法意識（das Bewusstesein der Rechtswidrigkeit），過失則是指對於損害有預見可能（voraussehbar）及避免可能（vermeidbar）<sup>42</sup>。

57. 關於損害賠償之方式、損害之計算、損害賠償加計利息等內容，適用民法第 249 條至第 252 條之規定<sup>43</sup>；在損害認定上，亦應將被害人之與有過失行為納入考量（民法第 254 條）。例如：因卡特爾協議而遭受杯葛或封鎖的事業，在可期待的（zumutbar）情況下應努力尋求商品或服務之其他供應者，或是支付較高

<sup>40</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 182.

<sup>41</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 193.

<sup>42</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 120-122.

<sup>43</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §20, 16, S. 360.

的價金以避免損害之擴大<sup>44</sup>。損害之估計或計算，在個案上可能依據民事訴訟法第 287 條與民法第 252 條之規定，並特別考量因該事業違法所獲得之利益；損害若為金錢之債，亦應自損害發生起加計利息；民法第 288 條及第 289 條第 1 句應適用之；概括損害（eine Schadenspauschalierung）計算亦為可能方式，諸如在投標卡特爾情況。法律上雖訂有損害估計及計算之各種可能，但於實務上，調查及計算損害往往相當困難<sup>45</sup>；僅能推估若是合於競爭法規範之事業行為，由假設的市場結果（die hypothetischen Marktergebnisse）來計算損害金額<sup>46</sup>。

依據民法第 249 條第 1 項規定，損害賠償之方式為恢復損害發生前之原狀，亦即由行為人採取適當措施，回復在從事限制競爭行為前實務上相同的或經濟上價值相同的狀況（ein praktisch gleicher bzw. wirtschaftlich gleichwertiger Zustand）<sup>47</sup>。例如：在價格卡特爾時可能透過修正價格（eine Preiskorrektur）方式<sup>48</sup>；因卡特爾協議而被排除供應者，可以請求供應商品或服務<sup>49</sup>。

**58.** 另外，由於民法第 253 條第 1 項規定，非財產上的損害賠償以法律明文規定為限，因此，被害人因限制競爭行為而造成之非財產上損害，不能請求賠償<sup>50</sup>。

**59.** 因GWB違反而主張之損害賠償，在法律體系上屬於侵權行為之損害賠償請求權<sup>51</sup>，因此，適用民法關於消滅時效之規定。消滅時效自請求權人知悉損害發生及行為人起算。依據民法第 852 條，於起算後十年請求權之時效消滅；但在請求權人不知情況下，自限制競爭行為發生後三十年時效消滅。2005 修正之GWB新增消滅時效中斷及適用民法第 204 條第 2 項之規定，亦即針對該限制競爭行為，德國、共同體執委會或其他會員國競爭法主管機關已開始調查或其他程序時，損害賠償請求權之消滅時效中斷；前揭競爭法主管機關做成有法律效力

<sup>44</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 130.

<sup>45</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §4, 6c, S. 59.

<sup>46</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 149.

<sup>47</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 148.

<sup>48</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §4, 6c, S. 59.

<sup>49</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §37, 11b, S. 420.

<sup>50</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 141.

<sup>51</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 1.

(rechtskräftig) 之決定六個月後，時效繼續。

## (2) 產業協會主張之請求權

60. 2005 年 GWB 修正後條文之第 2 項，係擴充舊條文第 2 句關於產業協會主張權利之規定，就行使請求權之產業協會有更明確及詳盡的要件規範，亦增定產業協會可以爲了促進自身利益而對行爲人主張民事上的請求權。產業協會必須要具有權利能力，因限制競爭行爲而受到不利影響之被害人，亦需有相當數量係屬於協會成員。另外，學說及實務上早已認爲，維護產業利益必須符合章程所規定之協會任務；由於行使民事請求權之協會將持續進行訴訟程序，因而協會在人員、事務及財務結構上，必須確實有能力爲之，從而 2005 年 GWB 修法時予以明文規定。

61. 產業協會行使前揭權利，係以自己的名字所主張之請求權 (als eigenen Anspruch in eigenem Namen)，並不是代替任一協會成員爲之，因此，乃獨立決定是否向行爲人主張權利，與被害成員之想法或意思無涉<sup>52</sup>。

依據 GWB 規定，產業協會所能行使之民事請求權，限於除去侵害、防止侵害及不作爲請求權，不享有損害賠償請求權。關於除去侵害、防止侵害及不作爲請求權之行使要件，如前所述。

GWB 僅賦予產業協會行使民事請求權之權利，學者及聯邦參議院在第四次 GWB 修正草案中雖有建議，應使消費者團體亦得就限制競爭行爲行使民事上的請求權，但一直未被採納<sup>53</sup>。

## 2. 民事訴訟程序

### (1) 2005 年 5 月修正重點

62. 關於 GWB 之民事訴訟程序部分，在 2005 年 5 月 GWB 修正時內容上無過多調整，主要是在第 87 條，增定因共同體條約第 81 條或第 82 條或歐洲經濟區域公約 (Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum) 所生之民事權利紛爭，亦專屬於邦法院管轄。另外，新增第 89a 條關於訴訟費用調整之規定。

<sup>52</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 186.

<sup>53</sup> Roth, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 21 - 80 GWB n.F., November 2001, §33, Rdrn. 27.

## （2）規範原則與制度架構

63. 限制競爭行為所涉及之民事請求權行使，規定於GWB第 87 條至第 89a條，其乃民事訴訟法（ZPO）及法院組織法（Gerichtsverfassungsgesetz）之特別規定，惟除了GWB之特別規定外，基本上仍適用一般性民事訴訟程序及法院組織相關法令之規定。例如：當事人在訴訟上是否適格，依據民事訴訟法之規定<sup>54</sup>。

GWB 第 87 條乃關於專屬管轄，並確定 GWB 民事權利紛爭在性質上屬於商事案件（Handelssachen）。GWB 第 88 條則為訴訟合併之規定，避免產生不同法院間之判決矛盾或歧異結果。GWB 第 89 條則針對德國跨邦事項所為之特別規定；2005 年新增的 GWB 第 89a 條，則是關於訴訟費用調整。

## （3）邦法院專屬管轄

64. 依據GWB第 87 條第 1 項及第 95 條規定，不論訴訟標的之價額為何，因GWB及歐體競爭法適用所產生的民事權利紛爭，其管轄權專屬於邦法院（Landgerichte）。在 1998 年第 6 次GWB修法前，並無前揭邦法院專屬管轄之規定，但考量到GWB為競爭秩序維持之經濟憲法，案件本身或當事人均與經濟活動相關，不宜因不同法院審理而產生矛盾判決情況<sup>55</sup>，因而受理GWB民事權利紛爭之法院負有暫停審理之義務（Aussetzungspflicht），待其他法院依據本法做成決定後，始能判決，其結果造成訴訟實務之繁瑣與負擔<sup>56</sup>。因此，1998 年第 6 次 GWB 修法乃新增邦法院專屬管轄之規定，由卡特爾邦法院（Kartell-Landgerichte）就限制競爭案件及其相關問題行使管轄權。

邦法院專屬管轄之前提，除了該案件為民事權利紛爭外，案件亦應與GWB或歐體競爭法之適用有關，例如：依據GWB第 33 條主張不作為或損害賠償請求權之給付之訴（Leistungsklagen）、確認契約內容是否符合GWB規定之確認之訴（Feststellungsklagen）<sup>57</sup>、請求宣告某決議違反卡特爾禁止之形成之訴

<sup>54</sup> Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, München, Beck, 2003, S. 304.

<sup>55</sup> Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 81 - 131 GWB n.F., April 2000, §87, Rdn. 6.

<sup>56</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §35, 5, S. 368.

<sup>57</sup> Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 81 - 131 GWB n.F., April 2000, §87, Rdn. 27.

<sup>58</sup> Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 81 - 131 GWB n.F., April 2000, §87, Rdn. 28.

(Gestaltungsklagen)<sup>58</sup>。

65. 除了因適用GWB之民事權利紛爭係由邦法院專屬管轄外，依據GWB第 87 條第 1 項第 2 句規定，即便當事人不是基於GWB而提起民事權利紛爭之救濟，只要該判決之作成係以聯邦卡特爾署之決定為依據者，即適用專屬管轄<sup>59</sup>。此一規定乃 1998 年第六次GWB修法所新增，修法前需判斷民事權利紛爭之主要問題 (Hauptfrage) 是否涉及競爭法之爭點，否則即不屬邦法院專屬管轄<sup>60</sup>；但由於主要問題或前提問題之認定不易，不僅屢生爭議，亦造成訴訟程序之冗長與不便，因而 1998 年乃予以修正。從而，民事訴訟案件之主要爭點判斷係以限制競爭法主管機關之決定為前提時，不問訴訟標的之價額多寡，該案件亦專屬於邦法院管轄。例如：當事人依據民法第 823 條第 2 項主張違反保護他人法律而請求損害賠償，但由於是否違反GWB需由卡特爾主管機關決定，因而本案應由邦法院專屬管轄。

66. 經由GWB第 87 條第 1 項第 1 句及 2 句規定，不論民事權利紛爭之主要問題或前提問題，只要與GWB適用或競爭法主管機關決定有關，均由邦法院專屬管轄，即便該民事權利紛爭之主要問題原先應由勞動法院或財政法院 (Arbeits- oder Finanzgerichte) 管轄者，亦同<sup>61</sup>。唯一的例外是 2000 年配合健康保險法修正 (Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung)，於GWB第 87 條第 1 項新增第 3 句，因而由社會法 (Sozialgesetzbuch) 第 5 編第 69 條<sup>62</sup>法律關係所生之權利紛爭或涉及第三人權利之紛爭，不適用邦法院專屬管轄之規定。

67. 邦法院專屬管轄乃強行規定，不得由民事權利紛爭之當事人合意變更管轄法院。不服邦法院判決者，係向邦高等法院 (die Kartellsenate der Oberlandesgerichte) 及聯邦最高法院卡特爾庭進行救濟程序 (GWB 第 91 條及第

<sup>59</sup> Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, München, Beck, 2003, S. 304.

<sup>60</sup> Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 81 - 131 GWB n.F., April 2000, §87, Rdn. 20, 33-34.

<sup>61</sup> Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 81 - 131 GWB n.F., April 2000, §87, Rdn. 38.

<sup>62</sup> 社會法 (Sozialgesetzbuch) 第 5 編第 69 條乃關於醫師、牙醫、心理治療師及藥劑師協會之特別規定。

94 條第 1 項第 3 款）。

68. 另外，GWB 第 87 條第 2 項規定，由 GWB 民事權利爭議案件在性質上屬於法院組織法第 93 條至第 114 條之商事案件。前揭規定之實益在於，依據法院組織法第 109 條規定，商人（Kaufleute）、法人之董事（Vorstände）或營業負責人（Geschäftsführer）等嫻熟經濟事務之專家（Wirtschaftssachverständige），可擔任該訴訟之參審法官（ehrenamtlichen Richter）。

#### （4）不同法院之管轄合併

69. 依據民事訴訟法第 260 條，針對同一被告之不同請求權本來即應合併，於同一訴訟程序中審理；但 GWB 第 88 條規定又為民事訴訟法第 260 條之特別規定，所指者不是數請求權之合併，而是指在不同法院管轄之合併；若為請求權之合併，僅需適用民事訴訟法第 260 條規定即可。

70. GWB 第 88 條乃延續第 87 條之立法意旨，落實競爭法案件之判決一致性<sup>63</sup>。1998 年 GWB 修正前，限於主要爭點為競爭法適用之案件，始由邦法院專屬管轄，因而本條關於不同法院管轄合併之規定有其重要性；惟 1998 年修正後之 GWB 第 87 條第 1 項第 1 句及第 2 句規定，擴大專屬管轄之適用範疇，從而本條在實務上已無過多實益<sup>64</sup>。

GWB 第 88 條關於不同法院管轄合併之規定，非強制規定，當事人可以不選擇管轄合併。但若欲合併不同法院之管轄者，各該請求權間必須有法律上或直接經濟上的關連性；前揭關連性之認定，適用民事訴訟法第 33 條、第 145 條第 1 項及第 2 項、第 147 條及第 302 條第 1 項之規定。當事人若選擇合併不同法院之管轄時，依據 GWB 第 87 條第 1 項規定，以邦法院為管轄法院<sup>65</sup>；即便因其他請求權而提起之訴訟有專屬管轄者，亦同。

#### （5）數個邦法院管轄區域隸屬於特定邦法院之管轄權

71. GWB 第 89 條則針對德國聯邦組織架構所為之特別規定，其目的亦在避免

<sup>63</sup> Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 81 - 131 GWB n.F., April 2000, §88, Rdn. 1, 3.

<sup>64</sup> Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 81 - 131 GWB n.F., April 2000, §88, Rdn. 4.

<sup>65</sup> Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, §§ 81 - 131 GWB n.F., April 2000, §88, Rdn. 19 ff.



不同法院之歧異見解。

### (6) 訴訟費用之調整

72. 2005 年 GWB 修法所新增之 GWB 第 89a 條，乃關於訴訟費用調整之規定，限於以 GWB 第 33 條及第 34a 條為請求權基礎之訴訟，始有該條之適用。鑑於涉及限制競爭法之民事訴訟案件，乃關於經濟法、產業活動之權利紛爭，經計算後之訴訟標的價額可能甚鉅，從而當事人需負擔之訴訟費用（Prozesskosten）數額亦可能相當龐大，對於參與訴訟當事人之經濟情況造成危害，因此乃有訴訟費用調整之新增規定。

欲由法院做成訴訟費用調整之決定者，必須先由當事人以口頭或書面方式提出，且於本案審理程序進行前提出。法院認為當事人之聲明係屬確信（glaubhaft），在聽取另一造之意見陳述，並考量該訴訟費用是否會直接或間接轉嫁第三人負擔後，得改變訴訟費用之計算方式，視聲請一方之經濟狀況（nach einem ihrer Wirtschaftslage），僅以訴訟標的價額之適宜部分（angepassten Teil des Streitwerts）計算之。基於公平考量，GWB 第 89a 條第 1 項亦規定，訴訟費用若經調整，聲請一方之律師費用（die Gebühren ihres Rechtsanwalts），亦應隨之調整；此外，日後亦僅能依據調整後之訴訟標的價額及律師費用，獲得賠償。

### (二) 不正競爭防止法

德國不正競爭防止法對於違反競爭之行為，係以民事上的救濟為主，對於特定之侵害行為方以刑事加以規範。茲就民事救濟部分說明如下：

#### 1. 民事請求權

##### (1) 除去及防止請求權

73. 不正競爭防止法第 8 條規定有關除去（Beseitigung）及防止（即不作為 Unterlassung）請求權之規定。第 8 條第 1 項係對於違反第三條不正競爭禁止規定者，得請求除去侵害，以及於有再犯之虞（Wiederholungsgefahr）時，請求防止之（第 1 句）。對於具有違反行為之危險存在時，亦有防止請求權（第 2 句）。

除去侵害請求權及防止請求權之區別在於：防止請求權是針對未來可能之特定違反行為加以阻止；而除去侵害請求權則是針對持續之違法狀態，於源頭

處加以排除。性質上除去侵害請求權及防止請求權均為防止請求權（Abwehranspruch），且不以行為人是否具有故意過失（Verschuld）為要件<sup>66</sup>。除去侵害請求權並不是排除已經形成的損害（對於已經造成的損害，係損害賠償的問題），而係具有對於現在及未來的妨礙狀態予以防範之性質，不具有對於已經造成損害的填補功能<sup>67</sup>。

74. 防止請求權所謂「再犯之虞」的要件，係一實質的請求權要件，若未具備防止請求權即不成立。於訴訟上，應由原告對於請求之基礎事實，是否具有再犯之虞負舉證責任。過去德國實務認為，違反第 3 條規定之要件，必須在客觀上具有「嚴重且具體之疑慮」（ernsthafte und greifbare Besorgnis），認定行為人可能持續此一行為方式<sup>68</sup>。只有在特殊情形時，方由行為人對於此一客觀推定之推翻，負說明及舉證責任。

75. 第 8 條第 1 項第 2 句則為「預防性之防止請求權」（Vorbeugender Unterlassungsanspruch）規定。此一規定係針對首次重大之反競爭行為，因此必須以首次違反法律之危險為要件（所謂「首次輕微違法」Erstbegehungsgefahr）<sup>69</sup>；也就是說，事實上已有嚴重且具體之情形，可認定某特定人擬於不久的將來，以特定之方式進行反競爭之行為<sup>70</sup>，方符合此一規定。是以如果是在訴訟進行之抗辯，以及對於既有之行為表達其理由，由於不是準備從事該系爭行為，以及在不久的將來以該方式為之，因此不符合此一要件<sup>71</sup>。

76. 有關防止請求權之債務人，可分為侵害行為人（Verletzer）及干擾行為人（Störer）。侵害行為人係從事反競爭行為或具有反競爭危險行為之人；干擾行為人並非自身從事系爭反競爭行為，而是故意引誘他人、且因果關係上造成他人從事違反競爭的行為<sup>72</sup>。聯邦最高法院之一貫見解，認為干擾行為人負有除去及

<sup>66</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.153. 行為人無須對於其行為之不正當（Unlauterkeit）有所認識。

<sup>67</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.603.

<sup>68</sup> BGH GRUR 1992, 318, 319 – Jubiläumsverkauf.

<sup>69</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.615.

<sup>70</sup> BGH GRUR 2003, 890, 891 – Buchclub-Kopplungsangebot.

<sup>71</sup> BGH GRUR 2003, 890, 891 – Buchclub-Kopplungsangebot; GRUR 2001, 1174, 1175 – Berühmungsaufgabe.

<sup>72</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.626.

防止義務之理由，係以民法第 1004 條<sup>73</sup>與違反不正競爭防止法之規範為依據；聯邦最高法院不要求干擾行為人具有競爭意圖及故意過失，只要客觀上有上述行為（故意引誘他人、且造成他人從事違反競爭行為），足以招致違法之妨礙，即為已足<sup>74</sup>。

77. 事業之受雇人或受任人，若從事違反不正競爭防止法之規定，是否負責？於解釋上不無疑問。不正競爭防止法第 8 條第 2 項即規定，對於事業之受雇人（Mitarbeiter）或受任人（Beauftragte）所為之違反行為，受害人對於事業經營者（Inhaber des Unternehmen）亦有防止請求權及除去請求權。本項規定性質上為結果責任（Erfolgshaftung），未有任何得以減輕事業經營者責任的可能，並且排除民法僱用人責任限制規定<sup>75</sup>，所可能產生的保護漏洞<sup>76</sup>。此處所謂「事業之受雇人或受任人」，依據本項規定之規範目的，應從其功能加以理解，亦即取決於該行為是否屬於事業之營業範圍內<sup>77</sup>。另適用本項之法律效果，將使本條規定之請求權人享有兩個獨立的防止請求權，一者為對於從事侵害行為的受雇人或受任人，另一者則為該事業之經營者。

78. 關於不正競爭防止法第 8 條除去及防止請求權的權利人，其條件是否有所限制？此為一重要議題。由於不正競爭防止法第 1 條規定，已揭示該法所保護的不只是競爭者的利益，還包括消費者及其他市場參與者，以及不受扭曲的公益。所以不正競爭防止法第 8 條第 3 項即明文規定，具有除去及防止請求權的權利人，不僅限於競爭者（Mitbewerber），尚包括第 3 項第 2-4 款所規定之特定團體；不過，個別的消費者並不在此列。此一請求權包括實體權利及程序權利在內<sup>78</sup>。「競爭者」的認定，依據不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 3 款規定，係指「與一或多數提供商品或服務之供給事業或需求事業，處於具體競爭關係的事業」而言。第 3 項第 2 款所規定之請求權人，為具有權利能力的營業或職業

---

<sup>73</sup> 類似我國民法第 767 條，有關所有權人物上請求權的規定。

<sup>74</sup> BGH GRUR 2002, 82, 83 – Neu in Bielefeld I.

<sup>75</sup> 我國民法第 188 條與德國民法第 831 條規定相當。

<sup>76</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.631.

<sup>77</sup> BGH 1990, 1039, 1040 – Anzeigenauftrag; BGH GRUR 1995, 605, 608 – Franchisenehmer.

<sup>78</sup> Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §8 Rdnr. 3.11f.

利益團體（簡稱「經濟團體」Wirtschaftsverbände<sup>79</sup>），其必須符合以下三個要件：(1)由為數眾多的事業所組成，且參與事業均係於市場上提供相同或類似種類之商品或服務；(2)該團體具有自己的人力、物力及財力，且其章程規定該團體在於維護所屬營業或職業之利益；(3)系爭違法行為須與參與團體成員之利益相關。申言之，從團體之功能而論，必須可察覺團體成員之利益共同的（kollektiv）受到侵害<sup>80</sup>。所謂「為數眾多」（erhebliche Zahl）之概念，不應僅從文義上加以理解，必須就其所屬之市場，其成員所代表之共同利益之質（影響力）與量綜合加以判斷，所以僅能個案審查<sup>81</sup>。另外，本款經濟團體之概念，可包括所謂「公法上之職業公會」（öffentlich-rechtlichen Berufskammern），如醫師公會及律師公會<sup>82</sup>。

**79.** 第 3 項第 3 款所規定之請求權人，為消費者團體（Verbraucherverbände）。該款規定必須依據「防止訴訟法」（Unterlassungsklagengesetz）第 4 條所列之適格團體（qualifizierten Einrichtungen），或者是向歐盟執委會依據「保護消費者利益之防止訴訟指令」（Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen）第 4 條登記有案之適格團體。同條第 4 款之請求權人，則為產業、商業公會或手工藝公會。

**80.** 第 8 條第 4 項規定，若衡量所有情狀，認為權利人濫用第 1 項之請求權者，則該請求不予發生效力；尤其是對於違法行為人之主張，係以請求賠償法律救濟所生之費用或成本（如律師費用）為主之情形。過去德國實務上認為屬於權利濫用之情形者，還包括不符合構成警告信（Abmahnung，詳參後述）之基礎要件，藉由該程序行使不正競爭防止法第 8 條第 1 項之權利，或者藉此意圖阻礙競爭者等情形<sup>83</sup>。

---

<sup>79</sup> Vgl. Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.641.

<sup>80</sup> BGH GRUR 1997, 933, 934 –EP; BGH GRUR 1990, 282, 284- Wettbewerbsverein IV; BGH GRUR 1994, 304, 305 –Zigarettenwerbung in Jugendzeitschriften.

<sup>81</sup> Vgl. Begr. RegE UWG zu §8 Abs.3 Nr.2, BT-Drucks. 15/1487, S.22f.

<sup>82</sup> 此一公法上職業公會，則排除在本項第 4 款產業、商業公會或手工藝公會的範圍內。Vgl. Begr. RegE UWG zu §8 Abs.3 Nr.4, a.a.O.

<sup>83</sup> Vgl. Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.648f.

## (2) 損害賠償請求權

81. 關於違反不正競爭防止法之損害賠償請求，其內容及範圍基本上是依據德國民法第 249 條至第 254 條之規定<sup>84</sup>。不過對於反競爭行爲( *Wettbewerbsverstöße* )而言，仍有其特殊之處。主要問題在於：雖然一般而言，違反競爭行爲係對於競爭者的交易機會有不利影響，但有鑑於經濟事務之複雜性，幾乎難以確定損害的範圍。實務上對於競爭法上的損害賠償，以請求所失利益的賠償而言，相當少見<sup>85</sup>。
82. 針對所受損害，以適用德國民法第 249 條而言，該條第 1 項規定為負有損害賠償義務之人，應回復未有損害發生前之狀態。本項規定亦適用於不作爲( 防止 )之請求，例如對於違法之招攬顧客或惡意挖角的行爲( *Kunden- oder Mitarbeiterabwerbung* )，即應不得再從事此一提供商品或服務，或者停止挖角僱用的行爲<sup>86</sup>。至於不作爲請求的範圍及時間，必須取決於個案情況，並且應考量比例原則的適用<sup>87</sup>。該條第 2 項則規定對於人之侵害或物之毀損之情形，債權人得請求必要之金錢賠償。於違反不正競爭防止法之案件，通常對於基於潛在顧客流失所可能造成的財產損害，認定損害賠償的基礎<sup>88</sup>。
83. 有關損害賠償範圍的認定上，目前德國實務上發展出三擇一的損害計算方式( *dreifache Schadensberechnung* )<sup>89</sup>。受害者得以選擇依下列方式計算其損害賠償額：(1)具體損害，包括所失利益在內( 德國民法第 249 條以下)；(2)適當的( 虛擬的 )授權金( 授權之類推 *Lizenzanalogie* )；(3)侵害人所得利益之返還。上述這三種損害賠償額之計算，由受害者自由選擇之；選擇後即確定一種計算方式，受害人不得主張累積計算不同方式所得之數額<sup>90</sup>。依據虛擬的授權金或侵害

<sup>84</sup> Vgl. Begr. RegE UWG zu §9, BT-Drucks. 15/1487, S.23.

<sup>85</sup> Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §9 Rdnr. 1.23.

<sup>86</sup> BGH GRUR 1961, 482, 483 -Spritzgussmaschinen; BGH GRUR 1976, 306, 307 -Baumaschinen; Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §9 Rdnr. 1.26.

<sup>87</sup> Köhler, Die Begrenzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, GRUR 1996, 82, 83.

<sup>88</sup> Vgl. Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.654.

<sup>89</sup> 依據Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §9 Rdnr. 1.36 之介紹，此一三種損害計算方式，於德國實務上已具體呈現在以下權利或法規之侵害或違反：著作權、商標權、新型權、新式樣權、人格權之財產利益、商標、姓名權、不正競爭防止法第 4 條第 9 款所保護之工作成果( *Leistung* )，以及同法第 17 條以下所欲保護的營業秘密。

<sup>90</sup> Vgl. Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.656.

人所得利益作為計算損害賠償數額的標準，係基於保障智慧財產權人或具類似法律地位性質（如工作成果）之人，其特殊之保護需求所致；此一特殊保護需求在於：一般受害人無法證明，系爭侵害行為造成其何種所失利益，因此受害人必須以此一客觀的損害計算方式，作為適當之利益填補手段<sup>91</sup>。

**84.** 由於上述三種損害計算方式中，第二、三種計算方式較為特殊，故簡要說明如下：「授權類推」之損害計算方式，係以不當得利之返還（參照德國民法第 812 條第 1 項第 1 句；第 818 條第 2 項<sup>92</sup>），將侵害人視為契約上的被授權人，計算其應負擔之授權金。是以在損害計算上即是認定：於（假定的）授權契約中，理性的契約當事人在瞭解利用的期間及範圍後，如何就授權金達成協議<sup>93</sup>。不過此一計算方式，必須以該（假定的）授權契約在法律上係屬可能、授權於交易上係屬常見，以及侵害人未有不繳納授權金之情事，作為要件<sup>94</sup>。

**85.** 在有關侵害人所得利益之返還方面，此一計算方式之目的，係如同「無因管理」（*Unechte Geschäftsführung*）所生之返還請求權（參照德國民法第 687 條第 2 項第 1 句；第 681 條第 2 句；第 667 條<sup>95</sup>）一般，侵害人對於無權使用受害人智慧財產權或具類似之法律地位時，應返還所得利益。因此在計算上，是以受害人利用其受侵害權利之方式，獲得如侵害人所得之相同利益（假定狀態 *Fiktion*）為基礎<sup>96</sup>。

**86.** 損害賠償請求權之債務人，依據德國實務之見解，干擾行為人之責任，僅限於防止請求權，而不包括損害賠償請求權在內。損害賠償請求權之債務人，如同民法侵權行為損害賠償之債務人，包括行為人、共同侵權行為人（德國民法第 830 條第 1 項第 1 句）、造意人或幫助人（德國民法第 830 條第 2 項）亦符合不正競爭防止法之責任規範<sup>97</sup>。

---

<sup>91</sup> BGH GRUR 1995, 349, 351-Objektive Schadensberechnung.

<sup>92</sup> 我國民法第 179 條及第 181 條規定，與之相當。

<sup>93</sup> BGH GRUR 1995, 349, 351 - Objektive Schadensberechnung; BGH GRUR 2000, 685, 685 - Formunwirksamer Lizenzvertrag.

<sup>94</sup> Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §9 Rdnr. 1.42.

<sup>95</sup> 我國民法第 177 條、第 173 條第 2 項、第 541 條規定，與之相當。

<sup>96</sup> Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §9 Rdnr. 1.45.

<sup>97</sup> BGH WRP 2002, 532, 533 -Meißner Dekor; Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.662.

87. 而損害賠償的請求權人，不正競爭防止法第 9 條第 1 句規定，只有競爭者得以請求損害賠償。是以不正競爭防止法係透過損害賠償，為水平關係之個別保護（Individualschutz），在於補充民法侵權行為規範保護之不足。由於競爭者之損害賠償請求權，可能同時源自民法、卡特爾法或智慧財產權之規定，因此可能與本條規定形成規範競合。不正競爭防止法未有較其他法律有優先或排他之地位，消滅時效的部分亦然。至於對於消費者或其他交易相對人的保障，則不在此列，因此不正競爭防止法並未提供上、下游事業交易相對人的個別保護；僅能透過民法之規定尋求法律上的保護（如德國民法第 119 條「意思表示錯誤撤銷」；第 123 條「受詐欺或脅迫而撤銷」；第 311 條第 2 項、第 241 條第 2 項、第 280 條「義務違反之損害賠償」；第 434 條以下「物之瑕疵、權利瑕疵等規定」；第 823 條以下侵權行為規定）<sup>98</sup>。

88. 不正競爭防止法第 9 條第 2 句對於定期印刷物之負責人，若有違反第 3 條規定時，限定其所負之損害賠償責任，以故意為限。此一規定通常稱為「報業特權」（Presseprivileg），主要的立法目的在於：由於新聞報導基本上是以陳述第三人所言為其內容，倘若對於過失不知有違反第 3 條之情事，科以損害賠償責任，勢必對於現行採訪關係形成不可預知的負擔；是以必須考量維護憲法所保障的新聞自由（Pressefreiheit德國基本法第 5 條第 1 項第 2 句參照）<sup>99</sup>。

### （3）所得利益沒入

89. 不正競爭防止法第 10 條關於所得利益歸入（Gewinnabschöpfung）的規定，係 2004 年修法所新增。該條規定係對於故意違反不正競爭防止法第 3 條，並且自許多顧客（Abnehmer）取得利益之人，由符合第 8 條第 3 項第 2-4 款之防禦權人請求將所得利益列入國家預算收入（Bundshaushalt）。本條規定的立法目的，係考量對於微小損害（Streuschäden）的情形：於具體個案中違反競爭的行為，雖然對於許多顧客受到損害，但個別損害額低，例如基於不實廣告、引人錯誤之包裝而為契約之締結，受害人因此不願尋求法律途徑救濟。藉由此一

<sup>98</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.665.

<sup>99</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr.666.

規定，可避免從事不正競爭的行為人，仍能自該行為獲得利益，填補過去對於輕微違反競爭行為於民事制裁上的法律漏洞<sup>100</sup>。

90. 於構成要件認定上，對於顧客的認定不限於消費者，可包括交易相對人（Marktteilnehmer）。對於許多顧客造成的負擔（zu Lasten von Abnehmern），使得侵害行為人獲利，是指行為人的獲利係直接造成顧客財產的不利益，並且造成許多顧客在經濟上不利狀態（wirtschaftliche Schlechterstellung）為已足。而所謂「經濟上不利狀態」的認定，是就法律行為而言，顧客對於獲利的行為人有無維護其財產利益的民法上權利及請求權（如德國民法第 434 條以下<sup>101</sup>；第 280 條第 1 項、第 311 條第 2 項、第 241 條第 2 項<sup>102</sup>；第 823 條以下<sup>103</sup>等）而定<sup>104</sup>。

91. 在計算利益範圍上，第 2 項規定必須將顧客、競爭者或國家之個別的損害賠償請求權加以列入。不過計算利益時，應扣除行為人因違法行為而造成對於第三人或國家所生之給付（Leistung），第三人的損害賠償請求權、不當得利請求權、違約金請求權，國家所科予之罰金或罰鍰等已經填補損害的部分。

92. 另債權人對於第 1 項之請求，必須向聯邦專責機關（聯邦行政署 Bundesverwaltungsamt，參見同條第 5 項）提出說明。債權人得以在未自債務人請求任何損害填補時，對聯邦專責機關請求行使權利所需之費用，惟以列入國家預算收入為限。

#### （4）消滅時效

93. 不正競爭防止法第 11 條規定，第 8 條、第 9 條及第 12 條第 1 項第 2 句之請求權，時效為六個月，以避免因時效過長，而使得事實確定不易的情況發生。

時效期間之起算，第 2 項規定是以（1）請求權存在，及（2）債權人認識請求權存在之事實及債務人，或者於請求上無重大過失之情形。

關於損害賠償請求權之時效，為自成立時起十年，無須考慮權利人是否知悉或重大過失不知；但不超過造成損害之行為時起三十年（第 3 項規定）。至於

<sup>100</sup> Vgl. Begr. RegE UWG zu §10, BT-Drucks. 15/1487, S.23.

<sup>101</sup> 物之瑕疵及權利瑕疵擔保責任規定。

<sup>102</sup> 義務違反之損害賠償（Schadensersatz wegen Pflichtverletzung）及法律行為債之關係規定。

<sup>103</sup> 侵權行為相關規定。

<sup>104</sup> Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §10 Rdnr. 10.



其他請求權之時效，則自成立時起三年，無須考慮權利人是否知悉或重大過失不知（第 4 項規定）。

## 2. 民事程序規定

### (1) 法庭外之程序

94. 不正競爭防止法第 12 條第 1 項之規定，係以過去實務判決為基礎，針對法庭外之警告信（Abmahnung）及接受警告（Unterwerfung）加以規定。本項規定，不作為請求權人為使其權利生效，應於進行法庭程序前向債務人提出警告信，並且提出以適當違約金保障不作為義務的訴求，做為解決爭議條件的機會。一旦警告具有正當理由，權利人得請求必要費用之賠償。

### (2) 假處分之申請

95. 為了確保不正競爭防止法之不作為請求權，第 12 條第 2 項對於執行不作為請求的假處分（einstweilige Verfügung），不要求說明及說服該案件具有處分之基礎，以及具急迫性（Eilbedürftigkeit）。也就是說，在本項規定的適用上，法律已推定具有急迫性<sup>105</sup>。不過，本項規定僅適用於法定的不作為請求權，不包括其他請求權（如契約上的不作為請求），或者第 8 條第 1 項第 1 句的除去請求權<sup>106</sup>。

### (3) 法院判決之公布

96. 第 12 條第 3 項係對於依據不正競爭防止法所提出的不作為訴訟，勝訴方得於闡明其合理利益（berechtigtes Interesse）後，要求敗訴方負擔判決公布所需之成本。公布判決內容之目的，在於排除法律侵害所形成持續性的不利益。勝訴方必須向法院提出申請，並且給予充分的說明。德國學者並且認為，對於排除侵害結果係屬必要時，本項規定得類推適用於假處分、排除及損害賠償請求之案件<sup>107</sup>。

法院於進行判決時，必須規定公布的種類及範圍（同項第 2 句），所以法院有義務須衡量系爭判決公布及不公布所產生的優劣點，以及對於敗訴方的負擔等等。若判決生效後三個月內未提出公布申請者，該項第 3 句規定勝方即失去

<sup>105</sup> Ebenda.

<sup>106</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr. 735.

<sup>107</sup> Tobias Lettl, a.a.O., Rdnr. 737.

此一權利。

#### （4）管轄

97. 關於不正競爭防止法民事法律爭議之案件，係由邦法院專屬管轄。邦政府得以依法規命令，對於轄區內各個邦法院，決定由一法院審理競爭爭議案件，以確保法院判決之一致性（第 13 條規定參照）。至於哪一法院享有管轄權？不正競爭防止法第 14 條規定，被告之營業所在地法院，或無營業地時其住所所在地法院，具有管轄權；若被告亦無住所時，則以其居所為準（第 1 項規定）。除依據第 1 項規定決定外，第 2 項亦規定行爲所在地之法院亦有管轄權。倘若在第 8 條第 3 項第 2-4 款之個案中，被告既無營業地又無住所時，適用上述行爲地之規定。

#### （5）調解處所

98. 不正競爭防止法第 15 條為快速解決競爭之爭執，以產業及商業公會設置調解處所（Einigungsstellen），處理有關民事上的法律爭執。此一程序在性質上並非仲裁程序，而係以平衡雙方當事人的利益為目的。

### 四、歐洲聯盟

歐盟競爭法在民事救濟手段上實際上並無完整的規範，僅有部分民事法律效果之規定，因此在條約為規範之範圍內，例如損害賠償請求權或者除去侵害請求權等只能適用各會員國之規定。至於不公平競爭在 2005 年則通過新的指令來調和各會員國之內國法。茲將相關規範概述如下：

#### （一）限制競爭法

99. 違反歐體條約第 81 條第 1 項有關限制競爭協議之規定，且不符合同條第 3 項之例外合法要件者，依該條第 2 項之規定，協議為無效(nichtig)，此為歐體法本身對於限制競爭協議所為民事制裁最重要之規定。
100. 所謂之無效，係指自始(ex-tunc)當然(ipso iure)地絕對無效，即無法發生協議所欲發生之法律效力，當事人不得請求法院強制執行該協議；不僅在協議當事人之間無效，對於第三人亦為無效；又無須執委會之決定或法院之判決予以宣

告始為無效；且無時限，不會嗣後成為有效。

101. 事業之協議違反歐體條約第 81 條第 1 項之規定時，罹於無效者僅為違法之部分，而非整體協議。歐體法對於部分無效之效力如何，並未加以處理，此時應依據成員國有關法律規定解決之。例如在德國，其民法第 139 條就規定，法律行為一部無效者，如不能認定除去該部分亦可成立者，法律行為之全部無效。換言之，無效部分與其他部分之可分性(Trennbarkeit)如何，是問題之關鍵。而可分性之判斷，在於剩餘部分是否能獨立成為當事人間法律行為與合意規範之客體。實務上業者常會訂定補充條款(salvatorische Klauseln)或替代條款(Ersetzungsklauseln)，明白約定除去無效之部分協議仍為有效，或者當事人之權利義務將由其他內容替代之<sup>108</sup>。

102. 歐體條約本身對於違反歐體條約第 81 條第 1 項所生之不作為請求權及損害賠償請求權並未加以規定，此時應適用各成員國有關之內國法解決之。例如在德國，這裡最重要的就是將歐體條約第 81 條認定為是「保護他人之法律」，而能夠進一步依據國內侵權行為法之規定（如德國民法第 823 條第 2 項）請求賠償。

103. 歐體條約第 82 條關於獨占之規定，則未對於民事制裁之問題著墨。故其民事制裁與效果問題，應依成員國內國法處理之。其重點例如是否可將歐體條約第 82 條視為一項禁止規定，而令獨占事業違反該條所訂定之契約無效。其次也是將歐體條約第 82 條認為是一種「保護他人之法律」，而依據國內侵權行為法之規定請求賠償。

## （二）不正競爭法

104. 歐體之不正競爭法目前還相當有限且零散，各國不正競爭法之內容，仍有許多尚待統一之處，不像歐體限制競爭法領域，已經有統一之法律。歐體現有不正競爭之法令幾乎均以指令(directive; Richtlinie)之方式行之，要求成員國之立法符合指令之基本要求，試圖先追求各成員國不正競爭法之調和

<sup>108</sup> Bunte, Kartellrecht, 2003, S.404f.

(Harmonisierung)，而非以統一、單一法律規定之形式存在。例如此一領域最主要之 84/450/EWG「不實廣告指令」<sup>109</sup>、97/55/EG「比較廣告指令」<sup>110</sup>、「電子商務指令」<sup>111</sup>及最近通過之 2005/29/EG「不公平交易行為指令」<sup>112</sup>等皆如此。

105. 在此一情形下，有關指令對於不正競爭行為之制裁固然有所著墨，但多為對成員國有關立法、修法的框架或原則加以訂定，少有對於法律制裁之內容直接明確加以規定者。例如 2005/29/EG「不公平交易行為指令」第 13 條係對於構成該指令所稱不公平交易行為之制裁規定，惟該條規定僅謂，成員國對於行為有違反依本指令之意旨所轉換之法律者，應設制裁，並採取一切適當措施以確保該法律之執行；此等制裁，須屬有效、合比例及能嚇阻不法行為之措施。此一規定對於實際之制裁種類、內容、輕重等，則未予以明確規定，讓諸成員國立法者因應本國國情需要決定之。故在歐體不正競爭法領域裏，違法行為之法律制裁主要仍依據各成員國之不正競爭法加以處理。

---

<sup>109</sup> Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung vom 10. September 1984, ABl. L 250 S.17=GRUR Int 1984, 688.

<sup>110</sup> Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung vom 6. Oktober 1997, ABl. L 290 S.18=GRUR Int 97, 985.

<sup>111</sup> Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 4.5.2000, ABl. 178 S.1.

<sup>112</sup> 執委會為加速促進歐體不正競爭法之整合，於 2003 年 6 月 18 日提出「不公平交易行為指令建議草案」，vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlauteren Geschäftspraktiken).本指令最後於 2005 年為 5 月 11 日為理事會及歐洲議會所通過，各成員國須於 2007 年 6 月 12 日以前完成立法或修法之配合（該指令第 19 條參照）。

## 第三十條 除去侵害請求權及防止侵害請求權

### 現行條文（1991年2月4日修正公布）

「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。」

### 參考文獻

廖義男（1980），〈從經濟法之觀點論企業之法律問題〉，載氏著《企業與經濟法》，頁 80 以下；王澤鑑（1993），〈挖斷電纜的民事責任——經濟上損失的賠償〉，載氏著《民法學說與判例研究》，第七冊，1993 年 11 月 3 版，頁 102；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；王澤鑑（1998），《侵權行為法，第一冊，基本理論/一般侵權行為》；王澤鑑（2003），《民法物權，第一冊，通則、所有權》；吳秀明（2004），〈論「企業權」與侵害營業利益之損害賠償〉，載氏著《競爭法制之發軔與展開》，頁 551-620；汪渡村（2004），《公平交易法》。

### 第三十條 除去侵害請求權及防止侵害請求權

壹、法制比較

貳、立法沿革

參、立法目的、體系定位與實務意義

一、立法目的

二、本條規定與競爭法上「防衛請求權」之體系

三、實務意義

肆、構成要件分析

一、義務人

二、請求權人

三、權益侵害或有侵害之虞

（一）就除去侵害請求權須有權益之侵害

（二）防止侵害請求權須有權益侵害之虞

四、不以故意過失為主觀要件

五、違反本法規定之侵害行為

六、因果關係

七、違法性

伍、法律效果

一、請求除去其侵害

二、請求防止其侵害

## 壹、法制比較

各國法制比較部分，請直接參見本章章名註釋之邊碼 42、45、54、73-80、102-103、105。

## 貳、立法沿革

1. 本條規定最初在廖義男教授於 1982 年受經濟部委託草擬之「公平交易法草案」中，其第 43 條規定：「營業競爭行為違反本法禁止之規定，致損害他人者，被害人得請求除去或停止之；有損害之虞者，並得請求防止之。（第一項）。前項情形，除被害人外，同業競爭者、同業公會以及以增進工商業利益為目的之團體而具有民事訴訟當事人能力者，亦得對行為人行使不作為之請求權。（第二項）依章程以教導及忠告之方式保護消費者利益為其任務之法人或團體而具有民事訴訟當事人能力者，在第一項之情形，亦得對行為人行使不作為之請求權，但以其營業競爭行為涉及消費者之重大利益者為限。（第三項）」又同草案第 44 條規定：「違反本法禁止規定之營業競爭行為，係由企業或企業團體之職員或受

任人在執行其營業職務中所為者，對於企業之所有人及企業團體亦得行使前條規定之不作為之請求權。」上述規定不僅在不作為之請求內容上，明文包括除去、停止或防止侵害，也對於事業及消費者之團體不作為訴訟，以及對企業所有人之責任有所規範。

嗣後經濟部草案，則將企業所有人責任、工商團體及消費者團體之不作為請求權之規定刪除，僅餘一項而於草案第 35 條規定：「企業或其他從事交易之人違反本法之規定，致損害他人權益者，被害人得向法院請求除去其侵害或停止其行為；有損害之虞者，並得請求防止之。」及至行政院函送立法院審查之草案第 30 條，行政院則將經濟部草案之文字修改為與現行法規規定之內容相同。本條規定於立法院三讀過程中未經修訂，其後數次之修法也未對本條另有增修。

## 參、立法目的、體系定位與實務意義

### 一、立法目的

2. 本條之立法理由謂：「為保護被害人權益起見，賦予被害人請求除去侵害之權利，有侵害之虞者，並得為防止之請求。」說明了本條在於保護被害人。進一步言本條所定「除去侵害請求權」以及「防止侵害請求權」，其立法目的在於保護作為被害人之競爭者、上下游業者或消費者，免受不法限制競爭行為或不公平競爭行為之繼續侵害或防止在未來可能再度受其侵害。

3. 我國私法體系上對於財產權之保護，設有妨害除去及妨害防止請求權者，首見於民法物權編第 767 條對於所有權之保障。該條法律規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害之虞者，得請求防止之。」惟本條規定所保護之客體所有權是最典型的絕對權，所有權基於其對世性，故能享有此一排他之權利，其他權利能否享受此一排他性請求權，不無疑問。在競爭法領域內，如無明文規定，能否類推適用該條規定，而給予被害人除去侵害與防止侵害之請求權，也不無疑義，蓋被害人所受之損害一般並非絕對權之損害也。故本條明文規定被害人擁有上

述請求權，以杜爭議。

4. 進一步言，民法第 858 條僅規定：「第七百六十七條之規定，於地役權準用之。」學說判例上對於其他私法上權利能否類推適用民法第 767 條，意見並不一致（如最高法院 52 台上字第 904 號判決即持反對意見）；學者則認為民法第 767 條對於地上權等物權亦得類推適用（王澤鑑，2003，頁 186-187）。民法物權編修正草案則於民法第 767 條增設第 2 項之規定：「前項規定，於所有權以外之物權準用之。」惟縱使通過此一規定，亦僅準用於所有權以外之「其他物權」，其他具有絕對權性質之權利，除有特別規定外，仍要透過法律之補充始能類推適用；至於對非絕對權之其他權益侵害，在我國欲準用民法第 767 條規定，其困難就會更大。
5. 本法所涉及之侵害，其屬於絕對權之侵害者固亦有之（如對於競爭者姓名權、商標權、專利權之侵害），惟多數限制競爭或不公平競爭行為所侵害者係屬於被害人之「利益」或競爭上機會之妨害，並非絕對權之侵害。德國法上，有由法院判決所創造與承認之「企業權」(Das Recht am Unternehmen)，作為德國民法第 823 條第 1 項所稱「其他權利」(sonstiges Recht)之一種，提供企業之營業體本身以及營業活動一定程度之主觀權利保護（關於企業權之制度緣起與內容參見廖義男，1980，頁 80 以下；王澤鑑，1993，頁 102；王澤鑑，1998，頁 205；吳秀明，2004，頁 551 以下）。故在德國法上，企業體或企業活動受侵害者，可依據此一權利，主張準用德國民法第 1004 條第 1 項有關所有權之妨害除去及妨害防止之請求權。惟「企業權」一制度，在德國與我國均不無爭議。在德國方面，百年來對於承認企業權之妥當性與必要性如何，一直爭議不休（爭議內容參見吳秀明，2004，頁 605 以下），企業權遂被譽為百年來德國民法上最具爭議性之權利。在我國方面，學說上分歧也頗大（學說概況參見吳秀明，2004，頁 600 以下），仍未形成穩定共識；而我國法院或立法者對此一問題，迄今更未見有任何動作。故期待以承認企業權之途徑解決競爭法領域之侵害除去或防止之問題，在我國並不十分實際。



6. 惟自競爭法之角度言，除對於被害人所遭受損害之部分應給予賠償外，請求行為人停止其行為或排除其侵害，對於競爭秩序之維護及對於市場參與者之權益保護，亦屬極為必要。故在立法上實有高度之需要，在本法中明文賦予受害人具有除去侵害請求權與防止侵害請求權，不僅以杜爭議，並完善本法之民事救濟途徑，此本條規定之所由設也。

## 二、本條規定與競爭法上「防衛請求權」之體系

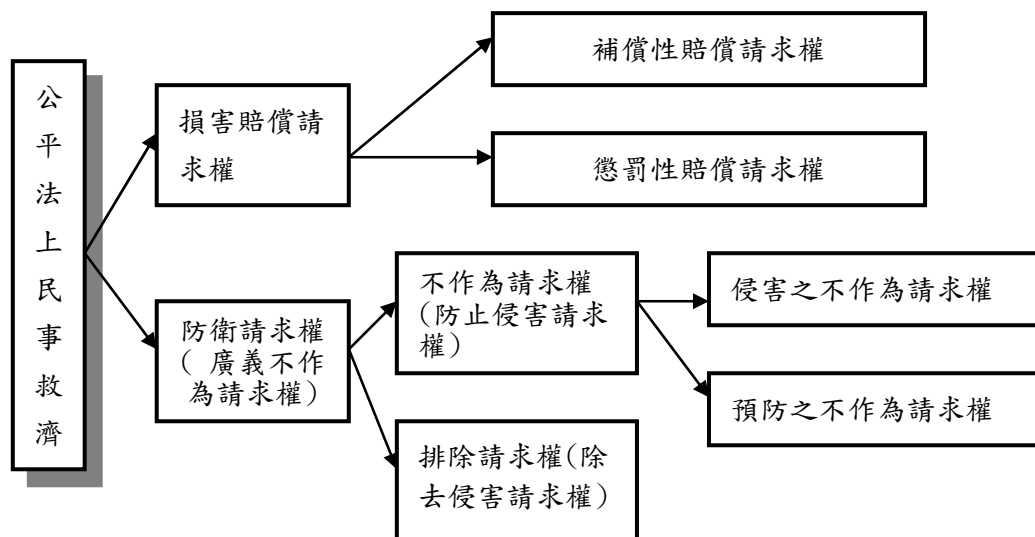
7. 其次欲說明者，為本條規定與競爭法上防衛請求權體系之關係。競爭法上之民事救濟途徑，主要是透過數個請求權基礎(Anspruchsgrundlagen)之體系所建立起來（參見圖一）。此等請求權基礎體系，主要有二大部分。第一類為要求行為人須有故意過失之損害賠償請求權，復可分為「補償性賠償請求權」與「懲罰性賠償請求權」。前者之設立目的在使行為人對被害人賠償其違法行為所造成之權益損害，以填補被害人之損失（此部分請參照第 31 條之註釋）；後者則給予被害人高於損害額度之賠償金額，旨在提供被害人起訴之經濟誘因，以使私的執行可促進市場競爭機能之公共利益，並對破壞競爭秩序之行為人予以懲罰，以達最適嚇阻之目的（此部分請參照第 32 條之註釋）。
8. 其次，第二類即為另由數個請求權所組成，不要求行為人有故意過失之所謂「防衛請求權」(Abwehransprüche)，本條規定即屬之。此種請求權設立之宗旨不在於損失之填補，而在於排除、阻止或預防侵害行為對於競爭秩序及當事人之權益於現在或未來發生其破壞性之作用。損害賠償請求權必須與防衛性請求權相輔相成，密切配合，才能全面發揮民事救濟管道之功能。
9. 上述「防衛請求權」在學理上復可分為二類，即「不作為請求權」(Unterlassungsanspruch)與「排除請求權」(Beseitigungsanspruch)。在概念上，也有將防衛請求權與（廣義之）不作為請求權等同者，因排除請求權為不作為請求權之補充與延伸（參見下文邊碼 27）。「不作為請求權」（狹義）在我國稱之為「防止侵害請求權」，係指競爭法上之違法行為如有「再侵害之危險」(Wiederholungsgefahr)時，得請求行為人不作為之權利。本條後段所稱「有侵害

之虞者，並得請求防止之」，即指此種請求權。不作為請求權之目的，在於防止加害人在未來再度從事同一項違反本法之行爲。所謂「排除請求權」在我國則稱之爲「除去侵害請求權」，係指被害人對於加害人之加害行爲所造成其權益損害之持續狀態，可請求加害人予以除去之權利。本條前段所稱「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之」即指之。

10. 不作為請求權（防止侵害請求權）在學理上復可再分爲「侵害之不作為請求權」(Verletzungsunterlassungsanspruch)與「預防之不作為請求權」(vorbeugender Unterlassungsanspruch)兩種。所謂「侵害之不作為請求權」，係指曾經成立之具體違法行爲如具有再侵害之危險時，被害人所具有之不作為請求權。至於學理上所謂「預防之不作為請求權」，則係指行爲人雖尙未有違法行爲，但依個案情形卻具有相當高度之「初犯危險」(Erstbegehungsfahr)時，該將來可能成爲被害人之人無坐視該違法行爲發生後始主張除去妨害之理，故亦可請求行爲人不作為。其內容上之進一步說明，參見本條邊碼 19、20。又如果請求不作為之人對於行爲人之作爲，依法律或依約定具有容忍之義務時，不得要求行爲人不作為，自不待言。

11. 至於「排除請求權」（除去侵害請求權）所針對者，乃是請求加害人以必要之行爲，終結與排除加害行爲所造成被害人權益受損害狀態之持續。其與損害賠償請求權上之回復原狀請求權，有時不易區別。進一步探討，參見本條邊碼 28。

圖一：公平交易法之民事救濟制度體系



### 三、實務意義

12. 競爭法如係透過法院之審判予以執行者，諸如德國之不正競爭法領域，則市場上之違法競爭行為並不由一行政機關予以禁止及處罰，此時當事人之防衛請求權在實務上就會相對凸顯其重要之意義與地位。甚至因為損害賠償之要件較難成立，損害額也不易計算，而且法律對於不作為請求權所承認請求權人之範圍一般也比損害賠償者大（參見本條邊碼 15、16），致使本條在採類似德國立法例之國家，其重要性甚至超過損害賠償請求權。

在我國因為公平會之執法包括不公平競爭法領域，被害人可經由檢舉，透過公平會依本法第 41 條命事業停止、改正或採取必要更正措施之處分，而達到本條所定防衛請求權之目的，且能省下諸多提起訴訟之勞費，致使當事人主張本條之實益與意願就大大降低。其結果是有關本條之案例與實務見解寥若晨星，而有關本條之文獻質量也有待充實。

## 肆、構成要件分析

### 一、義務人

13. 本條規定之賠償義務人，在本條前段為違反本法規定而侵害他人權益之事業；在後段則為其行為有構成違反本法侵害他人權益之虞之事業。關於構成違反本法規定而侵害他人權益之事業，其意義與範圍與第 31 條損害賠償請求權之義務人相同，請參照該條邊碼 7 以下，於此不贅述。又關於何種情形構成侵害他人權益之虞，參見本條邊碼 18 以下。

### 二、請求權人

14. 本條規定既謂「...致侵害『他人』權益者，『被害人』得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之」，則該「他人」，亦即權益受侵害之「被害人」自為本條規定之請求權人。關於本條之請求權人，於廖義男教授所草擬之草案第 43 條第 2 項、第 3 項，其範圍比本法損害賠償請求權人之範圍廣泛。惟此二項規定於後續之草案中既已被刪除，則解釋上本條請求權人之範圍似應與第 31 條請求權人之範圍相同。
15. 本條規定僅限於權益受侵害之被害人，始得請求除去侵害及防止侵害，惟按法理違反本法之侵害行為原本即不應被實施，且不法之限制競爭或不公平競爭行為對於市場競爭秩序所生之破壞作用，也不應任其繼續，故對於不涉及損害賠償請求權之單純除去及防止侵害，政策上實可考慮適度擴大請求權人之範圍。德國限制競爭防止法（第 33 條第 2 項）及不正競爭防止法（第 8 條第 3 項第 2 款）均容許同業公會等職業團體(Verbände)之不作為請求權；而不正競爭防止法（第 8 條第 3 項第 1 款及第 3 款）更容許其他競爭者(Mitbewerber)及合乎一定條件之消費者保護團體擁有獨立之不作為請求權。
16. 在廖義男教授所草擬之本法初始草案中，也容許除被害人之外，同業競爭者、同業公會以及以增進工商業利益為目的之團體，以及依章程以教導及忠告之方式保護消費者利益為其任務之法人或團體，亦得對行為人行使不作為之請

求權，但在後者以事業之營業競爭行為涉及消費者之重大利益者為限（本條邊碼 1）。又依我國現行法，亦不乏有承認為維護公益而許由人民或公益團體提起訴訟之情形。如行政訴訟法第 9 條規定：「人民為維護公益，就無關自己權利及法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限。」又如水污染防治法第 72 條第 1 項規定：「事業、污水下水道系統違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠忽執行職務之行為，直接向高等行政法院提起訴訟，請求判令其執行。」上述規定之目的與內容，與本法之情形雖未盡相同，惟此一立法趨勢，仍值得注意與參考。故上述外國立法例、初始草案之內容及立法趨勢，在本法將來修法時，實可考慮予以妥善納入。

### 三、權益侵害或有侵害之虞

本條所規定之「除去侵害請求權」，被害人之權益須受侵害，即有義務人之侵害行為且被害人受有權益上之損害；而就「防止侵害請求權」而言，被害人之權益則須有遭受侵害之虞。以下分別就本條前、後段之請求權，分別論述之。

#### （一）就除去侵害請求權須有權益之侵害

17. 首先就「除去侵害請求權」而言，被害人之權益須受有侵害。至於何謂義務人之「侵害行為」，以及何謂被害人在「權益」上「受有損害」，此等要件均於第 31 條損害賠償請求權之基本要件中有所規範，請參見該條邊碼 9、10-16，茲不贅述。

#### （二）防止侵害請求權須有權益侵害之虞

18. 其次，就「防止侵害請求權」而言，被害人之權益須有遭受侵害之虞。所謂有受侵害之虞，即在未來有受權益侵害之一定危險也。「防止侵害請求權」之性質為一種「不作為請求權」（本條邊碼 9、10），此種請求權之目的在於防止加害人在未來再度從事相同之侵害行為，不斷侵害被害人之權益，故須以加

害人一定之「再侵害危險」為要件（本條邊碼 9）。而此一危險，復可分別就「防止侵害請求權」之下屬分類，即「侵害之不作為請求權」與「預防之不作為請求權」論述之。

19. 就「侵害之不作為請求權」而言，其既然係指曾經成立之具體違法行為如具有再侵害之危險時，被害人所具有之不作為請求權（本條邊碼 10），則此一不作為請求權之要件，一般要求須有已成立之具體違法侵害行為以及有再侵害之虞兩者。進一步言，該具體之侵害行為須已經完成；而所謂再侵害之危險則係指完全相同或本質上同一之侵害行為，在將來有重複出現之相當可能性者。舉例而言，行為人如已經在其市招上使用某一不實之表徵（例如偽用他人之姓名或商標）為廣告內容，則被害人除可請求行為人不得再於市招上為前述不實廣告行為（防止再犯同一行為）外，亦可請求行為人不得於其他廣告媒介，如名片、海報、宣傳手冊或其他方式之廣告上，使用相同之不實表徵（防止再犯本質上同一之行為）。而此處之「再侵害危險」，其成立不僅須在未來要有客觀上之發生可能，而且其可能性必須達到一定之嚴重程度始可，單純想像上之可能尚有未足。

20. 其次就「預防之不作為請求權」而言，其內容係指行為人尚無違法行為，但卻具有相當高度之「初犯危險」時，將來之可能被害人所得主張防止侵害之不作為請求權（本條邊碼 10）。在此一請求權，因其所針對之危險不但尚未實現，且行為人也尚無任何之違法行為，故欲主張「預防之不作為請求權」時，該「侵害之虞」必須不僅具有高度之實現可能，且如不阻止其行為者，該行為必須在相當短期內將直接發生者始可。而請求權人對於此種危險之確係存在，須具體舉證證明，以說服法院。足以構成「預防之不作為請求權」的「初犯危險」者，例如有：行為人對於違法行為已經有積極且相當成熟之準備行動、事業已經對採用何種不實廣告之用語在內部下達進行之指示、行為人已經通知他人其即將採取某一行為等等情形。

21. 又無論就「侵害之不作為請求權」或「預防之不作為請求權」而言，均須

被害人之權益有直接遭受侵害之虞始可。故競爭者不能依據本條規定，以請求不作為之方式，阻止他事業之結合併購。蓋結合行為縱屬得異議之情形，該結合行為並未對第三人之權益生直接之損害，而是對市場結構、競爭秩序產生影響。此時應由競爭法主管機關依結合管之有關規定處理之，而不應由法院依本條介入，否則法院將取代行政機關之角色地位，自屬不宜。至於第三人得否依據行政訴訟法之有關規定提起課以義務訴訟，請求行政機關為合義務之裁量，則屬另一事，自應依行政法上原理另行判斷之。

#### 四、不以故意過失為主觀要件

22. 除去侵害請求權與防止侵害請求權之主張，不以行為人有故意過失為要件，為比較法及學理上所肯認，我國學說上亦同（廖義男，1995，頁 43；黃茂榮，1993，頁 518；汪渡村，2004，頁 260）。

23. 惟所謂無須故意或過失，非謂行為事業無須有任何意識或認識，蓋無過失責任只是免除責任條件之要件，並未免除侵權行為責任能力之要件。故行為人於無意識或精神錯亂中所為之行為，仍不構成本條之責任。反之，在一般情形下行為之事業只要對於其行為情境(Tatumstände)有所認識，即為已足。而此一認識，依德國法上通說只要在事實審最後言詞辯論終結前具備即可。基於被害人對加害人通常在起訴前會先提出警告，以及依訴訟程序進行之情事，加害人幾不可能否認其具有上述之認識。

#### 五、違反本法規定之侵害行為

24. 被害人主張本條之請求權時，加害之事業須有違反本法規定之侵害行為，自不待言。此要件之解釋，與第 31 條基本上相同，請參見該條邊碼 9。惟應注意者，被害人如主張者為「防止侵害請求權」中的「侵害之不作為請求權」時，侵害行為須已成立；而被害人如主張者為「防止侵害請求權」中的「預防之不作為請求權」時，行為人僅具有高度之「初犯危險」而尚無具體之違法行為，須證明者為該行為如不預先予以阻止，則其將很可能在相當短期內即直接實現與發生。

我國實務案例常以加害人之行為並不違反本法之規定，或被害人無法證明加害人違反本法規定，而否定被害人具有本條之請求權。如最高法院 93 年度台上字第 771 號判決「華碩證券公司涉嫌攀附商譽案」，法院認定本案並不構成攀附商譽，無公平法第 24 條之違反，是以駁回上訴人請求被上訴人排除侵害之訴。而台灣高等法院 92 年度上易字第 1187 號案，即因上訴人無法證明被上訴人違反公平法第 24 條規定，而否定其公平法第 30 條之不作為請求權。

## 六、因果關係

25. 因果關係亦為本條之要件，其意義與內容同於第 31 條之規定，詳見該條邊碼 37 以下，茲不贅述。

## 七、違法性

26. 行為之違法性亦為本條之構成要件，其意義與內容與第 31 條之規定相同，詳見該條邊碼 47，不予贅述。

## 伍、法律效果

### 一、請求除去其侵害

27. 「除去侵害請求權」之法律效果，為被害人得請求行為之事業除去其侵害。進一步言，「除去侵害請求權」之請求內容，乃是請求加害人排除加害行為所造成被害人權益受損害狀態之持續。在功能上，除去侵害請求權其實是不作為請求權之補充與延伸。蓋在許多情形，單純請求防止侵害之不作為，尚不足以滿足被害人之保護需求。尤其當加害行為之結果，係造成被害人權益損害之狀態持續存在，不因侵害行為之停止而消失時，被害人如僅請求不作為尚有不足，必須令加害人以適當之行為一併除去此種狀態，被害人之權益才能獲得保護。

例如加害人在廣告中陳述散布關於競爭者之不實情事者，如僅命加害人不得再為相同或類似之行為，對被害人之保護需求而言尚有未足，蓋其散布之行為縱已停止，甚至將來也不再為之，惟加害人所散布之不實情事仍在市場上流傳發酵，對於被害人之商譽仍不斷產生侵害、干擾、破壞之效果。故此時被害



人可以依據本條規定前段，要求加害人以登報更正等方式，除去其持續受侵害之狀態。

其他行使除去侵害請求權之情形，諸如請求發更正函更正加害人先前所發之不法警告信函、請求註銷構成仿冒之商號、請求撤除印有不實廣告之看板、海報等等，均係屬之。台灣高等法院 93 年度上易字第 453 號判決「彰紀有限公司使用引人錯誤網域名稱案」中，法院依公平法第 30 條規定，准許被上訴人請求上訴人註銷該引人錯誤網域名稱，即為一適例。

28. 「除去侵害請求權」與損害賠償請求權上之「回復原狀請求權」，有時不易區別。然二者卻有重大之區別實益，因前者為無過失責任，而後者則為過失責任。整體而言，應視請求權所針對除去或回復之內容與性質，分別其為何者。除去侵害請求權所針對者，乃侵害行為所造成對被害人權益之持續性、甚至「在未來」仍然不斷會產生之影響、干擾與破壞；而損害賠償之回復原狀請求權，則在於回復侵害行為所「已經造成」被害人損害以前之原狀，通常無前述「侵害行為之後續效果排除」之問題。

換言之「除去侵害請求權」的目的，不是在除去已產生之權益損害，使其回復未為侵害行為前之原狀（此為回復原狀請求權之標的），而是處理某些侵害行為會因而造成後續延伸之權益侵害效果，即將此種對於未來仍有延續性影響之破壞性效果予以排除，乃其功能與目的也。故「除去侵害請求權」在本質上有未來針對性，而「回復原狀請求權」則是針對已產生之損害。例如前述除去侵害請求權之案例類型，無論是因加害人散布之不實情事而要求加害人以登報更正，或是請求發函更正不法之警告信函、請求註銷仿冒之商號或請求撤除登有不實廣告看板等，均是因該等侵害行為對於被害人之權益，仍具有持續侵害干擾與破壞之效果，故需要以一定之行為排除之；如無此種後續侵害效果之情形者，則僅為單純之回復原狀。在個案中，只能掌握請求權之目的與宗旨，依個案事實謹慎認定之。如有疑義，或兩者的確合一而無法明確區分時，得為有利於被害人之解釋，承認被害人具有除去侵害請求權，以便利其權利之行使。

29. 「除去侵害請求權」與「防止侵害請求權」一般可分別主張之，惟當侵害狀態之不排除，將亦構成行為人可能再侵害之危險源時，此二請求權則可能合而為一，被害人此時自可一併行使之。

## 二、請求防止其侵害

30. 侵害防止請求權成立後，其請求之內容自然多為行為事業之不作為。而被害人可請求者，一般即為行為人不為或不再為某一違反本法之行為。惟如果必須除去某種干擾源(Störungsquellen)或干擾狀態(Störungszustand)，才能除去行為人再侵害之危險時，防止侵害不作為請求權之實現，也可能是請求排除該干擾源之積極作為。換言之，為確保將來之不作為，而有必要排除某些可能造成違法狀態之來源時，仍可以請求行為人作為，以實現侵害之防止。此時因違法行為仍未進行或構成，故仍屬於防止侵害請求權之範圍，而非侵害除去之問題。

31. 台北地方法院 87 年度國貿字第 15 號判決「日星有限公司攀附商譽案」可為一例說明。本案因被告進口外觀仿照原告公司「皇家禮炮 21 年威士忌」表徵之威士忌酒，而以「皇家查理士三十」為名行銷市場。法院認為被告日星有限公司之行為已違反本法第 24 條規定，致侵害原告依法得享有之公平競爭之利益。因此准許原告為防止被告侵害其權益，依本法第 30 條規定，請求被告日星有限公司不得製造、販賣、運送、輸出、輸入或使用 ROYAL CHARIS 30 威士忌酒（即皇家查理士 30 威士忌酒）之內、外包裝盒、酒袋及包裝容器。關於上述命不得為一定行為之部分，被告所負者乃一單純之不作為義務，這也是妨害防止請求權之典型作用。

假設侵害人手中尚擁有製造仿冒或攀附商品之模具，而只要其繼續持有此等模具，在未來即相當有可能輕易地再為仿冒或攀附之行為者，則被害人為防止此等違法行為之發生，並排除此一造成違法可能之干擾源，即不無依本條後段之規定，請求加害人以必要之作為（例如必要時可請求銷毀該模具）防止侵害之可能。如被害人另依有關智慧財產之法律，而有請求銷燬或為其他必要處置之權利者（如專利法第 84 條第 3 項），自得依請求權競合之原理行使之。

32. 另外，被害人如迫切面臨加害人相當之「初犯危險」時，亦可行使本條後段之防止侵害請求權。在台北地方法院 87 年度國貿字第 15 號判決「日星有限公司攀附商譽案」中，原告除為上述邊碼 31 之請求外，尚請求被告收回其已交付第三人之內、外包裝盒、酒袋、包裝容器產品型錄、廣告文書等物品，其理由不外乎擔心此等攀附商品之容器包裝與廣告文書，一旦流入市面，恐會對其權益造成損害。姑且不論此一請求是否為法院所准許（關於此部分之說明參見下文邊碼 33），如果該已經擁有仿冒或攀附商品之內、外包裝盒、酒袋、包裝容器產品型錄、廣告文書等物品之第三人，依個案情形具有生產仿冒或攀附商品之明顯危險與即刻可能時，被害人得依本條後段對於該第三人，請求其為排除此種危險之必要措施。

33. 被害人請求加害事業所為之不作為或排除危險之行爲，須加害事業所可能為之者始可；又所請求之防險措施，也必須合乎比例原則之要求。

就前者而言，如加害事業事實上或法律上不可能從事該等防險措施者，被害人不得強令加害人為之。在前述台北地方法院 87 年度國貿字第 15 號判決「日星有限公司攀附商譽案」中，原告所提出被告應收回其已交付第三人之內、外包裝盒、酒袋、包裝容器產品型錄、廣告文書等物品之請求，法院認為對於被告已交付第三人之上開物品，被告既已銷售予第三人並移轉所有權，則原告自不得以公平法第 30 條規定請求被告收回此類商品或型錄，即屬一例。

34. 就後者而言，防止侵害之請求涉及禁止義務人在未來為一定之行爲，或命其排除可能導致違法行爲之干擾源，故對於義務人之行動自由自有所干預。在命事業不作為之範圍上，不能無遠弗界，除須考慮再侵害危險所及之範圍與程度外，也必須有比例原則之考量。法院對於義務人之不作為，在時間長度、地理範圍上、以及內容上是否屬於合理、可期待，應加以妥善考慮，必要時可給予義務人一定之過渡期間。又如果命義務人之不作為將對義務人帶來不合乎比例之嚴重損失，而僅為請求權人帶來輕微之權益侵害時，是否仍要命行爲人不作為，就十分值得懷疑。此時或可考慮以損害賠償或他法解決，而非強命事業

不作為。例如因一則誤導效果不很嚴重之廣告，能否完全阻止已經印刷完畢之當期雜誌上市；或能否因行為人曾經生產仿冒品，即命其銷毀其生產設備，恐難免均有比例原則上之疑義。如僅命行為人於發行時附上更正啓事；或僅命行為人銷毀其製造仿冒品之模具，則合法之可能性就大為提升。法院在從事此等問題之判斷時，應就當事人之各種利益狀態以及公共利益之維護，進行利益衡量，以妥善決定義務人不作為之範圍。

**35.** 有關侵害事業不作為義務之強制執行，依強制執行法第 129 條所定之方式為之，即依「...債務人不履行時，執行法院得拘提、管收之或處新台幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其仍不履行時，亦同。(第 1 項)」；或依「...於必要時，並得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果。(第 2 項)」之規定執行。

**36.** 防止侵害請求權之行使，須具有足夠之具體性。蓋防止侵害請求權乃在於針對未來有再侵害之虞的某一行為，命加害之事業不得為之，故被害人於請求時，須具體指出其所請求加害人所不得為者為何一行為，而不能空泛地將一千不夠具體之類似行為均包含在內。如此不但無法明確判斷其再侵害可能性之高低，也可能對於行為人之事業活動自由限制過大，自不應許之。

## 第三十一條 損害賠償責任

### 現行條文（1991年2月4日修正公布）

「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。」

### 參考文獻

王伯琦（1956），《民法債編總論》；鄭玉波（1978），《民法債編總論》；曾世雄（1991），〈違反公平交易法之損害賠償〉，《政大法學評論》，第44期，頁351-360；劉紹樑（1991），〈從意識型態及執行實務看公平交易法〉，《政大法學評論》，第44期，頁9-52；蔡英文（1991），1991年11月於政治大學舉辦之「公平交易法學術研討會」第六場議程之發言，《政大法學評論》，第44期，頁362-363；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；蔡炯燉（1994），〈違反公平交易法之民事責任〉，《司法研究年報》，第14卷上冊；廖義男（1995），〈憲法與競爭秩序之維護〉，載於氏著《公平交易法之理論與立法》，頁1-11；孫奇芳（1997），〈公平交易法第十九條妨礙公平競爭行為規範之違反與損害賠償〉，《司法研究年報》，第17輯第4篇，頁99；王澤鑑（1998），《侵權行為法，第一冊，基本理論、一般侵權行為》；曾品傑（1998），〈從民法到公平交易法—以損害賠償為中心〉，《公平交易季刊》，第6卷第1期，頁91-123；何之邁（2002），《公平交易法實論》；陳志民（2002），〈嚇阻概念下之反托拉斯私人訴訟—最適損害賠償理論之政策啓示〉，《人文及社會科學集刊》，第14卷第1期，頁55-109；黃銘傑（2002），〈公平交易法損害賠償制度之功能與詮釋—以第三十二條第二項規定為中心〉，《中原財經法學》第7期，2001年12月，頁74，收於氏著，《公平交易法之理論與實際：不同意見書》，頁559-596；游成淵（2003），〈違反公平交易法之損害賠償責任—以限制競爭法為中心〉，國立政治大學法律研究所碩士論

文；蘇永欽（2002），〈再論一般侵權行為的類型—從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定〉，《政大法學評論》，第 69 期，頁 167-201；汪渡村（2004），《公平交易法》；吳秀明（2005），〈競爭法上之概括條款—公平法第二十四條法律適用原則與規範功能之再檢討（下）〉，《政大法學評論》，第 85 期，頁 173-261。

### 第三十一條 損害賠償責任

#### 壹、法制比較

#### 貳、立法沿革、規範目的與實務意義

##### 一、立法沿革

##### 二、規範目的

##### 三、民事執法管道的實務意義

#### 參、構成要件分析

##### 一、賠償義務人—違反本法規定之事業

##### 二、侵害行為

##### 三、侵害權利或利益

##### 四、受有損害

##### 五、請求權人之範圍

##### 六、故意或過失之主觀要件

##### 七、因果關係

##### 八、違法性

#### 肆、法律效果

##### 一、損害賠償之方法

##### 二、損害賠償額之計算

#### 伍、法律適用—本條與民法第 184 條第 2 項之關係

## 壹、法制比較

1. 各國法制比較部分，請直接參見本章章名註釋之邊碼 25 以下、44、46-48、57、58、81-88、102-103、105。

## 貳、立法沿革、規範目的與實務意義

### 一、立法沿革

2. 行政院於 1986 年 5 月函請立法院審議之「公平交易法草案」的第 31 條，即與本條之條號、文字、內容完全一致。本條在立法院三讀立法過程中，未為任何更動而成為現行條文。公平法於歷次之修訂均未涉及本條，故本條仍維持立法時之原樣。

### 二、規範目的

3. 本條之立法理由謂「事業違反本法規定致他人權益受侵害時，應負損害賠償責任」，基本上只是條文內容之重述，沒有太多新意。按本法之立法目的，雖主要在於維護市場機能與競爭秩序，惟事業所為限制競爭或不公平競爭之行為，除妨害市場競爭之外，亦可能對於競爭者、上、下游業者，以及消費者之個人權益加以侵害。故本法不僅對於違反本法、破壞競爭秩序之事業或行為人，課以行政上及（或）刑事上之法律責任，更課以民事上損害賠償責任，賦予被害人損害賠償請求權，使其損失能有獲得回復與賠償之機會。此一事業或個人損害賠償請求權之承認，代表本法之立法目的不僅具有維護市場機能與競爭秩序之「制度保障」面（此固應為本法基本而主要之立法目的）；惟同時也應具有保護相關市場參與者個別權益，甚至於不排除在一定條件下包括保護終端消費者權益之「權利保障」面。雖然損害賠償制度之設立，也寓有藉以維護競爭秩序之「公益」上功能與目的（尤其是第 32 條之懲罰性損害賠償），惟本法之民事損害賠償制度，也兼具保護被害人「私益」之意旨，則屬明顯。第 30 條之立法理由中所謂「為保護被害人權益起見…」等語，即可印證之。換言之，本法乃兼具有制度保障與權益保障之色彩，同時對公益與私益予以維護。
4. 對於競爭法上內設民事責任之意義與應強化民事責任之保護等立法政策，廖義男教授於 1982 年受經濟部委託草擬之「公平交易法草案」總說明中即有所說明，值得注意：「企業為限制營業競爭之行為或採取不正當之營業競爭手段，

不僅破壞以競爭調節經濟活動為機能之競爭秩序，並且也會侵害同業競爭者、交易相對人及消費者大眾之利益。此種不法侵害行為之嚇阻，並非用刑罰之制裁即可竟其功。...按對限制營業競爭行為及不正當營業競爭行為之侵害性，直接感受最深者，應屬其利益受到侵害之同業競爭者、交易相對人或消費者大眾。如對此等被害人賦予有效之民事救濟方法，諸如賦予不作為之請求權、請求賠償...等，使不法行為人因而不能保有因其不法行為而取得之不當利益，甚至更有損失者，當更能阻止營業競爭行為之限制及不正當之作成。故公平交易之立法政策上，對於民事責任保護之加強，應重於刑罰制裁之規定。」(廖義男，1982，頁 6-7)

5. 相對於第 32 條懲罰性損害賠償之規定乃具有一般民事損害賠償所無之懲罰及嚇阻功能（參見第 32 條邊碼 9、10），本條則係以賠償被害人之財產上損失為主要目的。雖然如此，本條規定乃內設於公平交易法之民事制裁管道，其解釋適用仍應適度考慮公平法之立法目的，使本條之適用能兼具有一種作為本法「私的執行」(private enforcement)之功能，以呼應並支援國家之「公的執行」。換言之，在本條各要件之解釋適用上，應有本法立法目的之考量，而不能僅完全直接援用普通民法上損害賠償制度之作法與內容。

### 三、民事執法的實務意義

6. 據文獻上之統計，依公平法之規定訴請損害賠償之全國案件數（包括主張違反公平法而依侵權行為規定請求損害賠償之案例，以及被告以公平法違反為由提出抗辯或反訴請求損害賠償之 5 件案例），至 2002 年 12 月 31 日止有共有 129 件。其中不公平競爭損害賠償案例占絕大多數（尤以第 21 條、第 24 條為重心），限制競爭之案例則寥寥可數：不公平競爭一章中，公平法第 21 條之案件共有 79 件；違反公平法第 24 條之案件有 31 件；本法第 19 條之案件共有 14 件（其中第 1 款有 3 件，第 2 款有 4 件，第 3 款有 3 件，第 5 款有 1 件，第 6 款有 3 件）；本法第 20 條案件有 9 件；第 22 條有 8 件；第 18 條有 1 件；多層次傳銷之案件則有 1 件。限制競爭之本法第 2 章部分，第 10 條僅有 2 件被告以民



事賠償作為抗辯之案例；第 14 條有 3 件，1 件是抗辯之案例，2 件則是工程圍標案例（游成淵，2003，頁 135）。

### 參、構成要件分析

以下茲就本條之構成要件，分成賠償義務人—違反本法規定之事業、侵害行為、侵害權利或利益、受有損害、請求權人之範圍、故意或過失之主觀要件、因果關係、違法性等幾個項目，予以說明：

#### 一、賠償義務人—違反本法規定之事業

7. 本條規定既謂事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任，則負有賠償義務者自為違反本法規定之事業。有關「事業」之定義規定於第 2 條，相關解釋請參閱本書第一冊該條之註釋。所謂違反本法規定之事業，諸如有濫用獨占市場地位構成第 10 條違反之獨占事業、組成聯合行為之事業、為轉售價格維持之事業、促使他事業為斷絕供給或購買之事業、為差別待遇之事業、為第 19 條第 3 至 5 款所稱脅迫、利誘或其他不正當方法行為之事業、為第 19 條第 6 款垂直非價格限制之事業、為仿冒、不實廣告、營業誹謗之事業、多層次傳銷事業、為第 24 條欺罔或顯失公平行為之事業等。此等事業之行為，必須構成本法有關規定之違反。又本法上負擔民事責任之主體為事業，而與負刑事責任之主體為「行為人」有所不同，蓋民事責任之內涵不涉及人身自由之拘束，乃在於使義務人受有財產上之不利益，適合於直接課與違法之事業。台灣高等法院 87 年度上字第 460 號判決「高純博不當仲介案」中，法院並指出本法第 31 條之賠償義務人係指該組織本身（按應係指該事業），而非其負責人（本案並為最高法院 88 年度台上字第 2655 號判決所維持）。惟負責人是否依據其他有關法律可能負其法律責任，自應另當別論。
8. 聯合行為之行為主體如為同業公會者，民事損害賠償義務主體為何不無疑問，我國學說實務上尚少有相關之探討。首先依目前公平會對同業公會之處分，係以同業公會為被處分人，又並列及指出其代表人為何，而個別會員並非被處

分人。循此作法，則在民事損害賠償責任上亦以同業公會為賠償義務人，會員則不負賠償責任，惟代表人是否亦應負連帶賠償責任，則理論上將產生疑問。其次，在解釋上也可能認為，除同業公會應負責外，基於會員身份而執行公會決議之事業，可以構成一種加工、協助之共同侵權行為，而應負賠償之責。

我們則認為，在「同業公會具有代表權機關內部意思形成之階段」（如會員大會或經授權之理事會決議作成之際），該機關既然具有代表權，則機關所形成之意思，應視為同業公會本身之意思，此時之行為主體僅應限於同業公會本身，如決議本身已造成他人損害，則同業公會應為賠償義務之主體。至於各有代表權機關之組成成員，其身份乃該有代表權機關之一份子，其表決等表示意思之行為，乃同業公會意思形成行為之一部分，一旦同業公會本身之意思成立，機關成員形成多數決之個別表決行為及個別意思即為同業公會本身之意思所吸收。此時不論其持贊成、反對意見或棄權，在同業公會意思形成階段，皆無須（實際上也甚難）一一個別論究，故個別成員在此一階段尚無須負賠償責任。及至「同業公會決議之實施階段」，個別事業決定遵照決議進行漲價或聯合杯葛等限制競爭行為者，其決定則屬該事業本身個別獨立之意思。此時可將其決定與實施之行為視為嗣後對於先前同業公會聯合行為之加入，即同業公會之聯合行為並非僅存在於形成決議之該「時點」，而是持續存在且可以不斷嗣後加入之合意（吳秀明，2004（一），頁 27-30），故實際為同業公會聯合行為決議內容之事業，亦即真正將合意內容付諸實行之事業，便也成為聯合行為之行為主體，故其也成為負擔民事責任之義務主體。

## 二、侵害行為

9. 前開賠償義務人須有「侵害」他人權益之行為。所謂「行為」，是受意思支配之有意識舉措。而侵害行為之態樣可能有作為與不作為，不作為之侵害則以加害人有作為義務之存在為前提（王澤鑑，1998，頁 104-107）。例如獨占事業或相對於消費者處於交易資訊不對稱之事業，如依本法之解釋在交易過程中具有提供交易上重要資訊之義務者，其不提供資訊之行為如造成交易相對人之損

害時，從事該不作為之事業即有可能須負損害賠償責任。又此一侵害行為，限於「違反本法之規定」而損害被害人權益之行為。至於何種行為構成本法規定之違反，屬於本法各實體規定之核心內容，此部分請參照各條規定之有關註釋，於此茲不贅述。

### 三、侵害權利或利益

10. 本條所保護之客體，為被害人之「權益」，換言之包括權利以及利益之損害皆在保護範圍內，不限於權利受侵害。就「權利」之侵害而言，例如加害之事業因違反本法之行為，侵害被害人之姓名權、專利權、商標權、所有權...等絕對權時，上述權利自屬於本條之保護客體；縱加害人所侵害者僅為債權，而債權雖非絕對權，惟仍為主觀權利之一種，本條既然連「利益」均在保護之列，則對於被害人之債權，自當予以保護。

11. 次就「利益」之侵害而言，加害人違反本法之行為雖僅侵害被害人之純粹經濟上利益，造成其財產、資產上損失，而無任何一種權利上之損害者，亦可請求賠償。在競爭法之領域中，違法行為所侵害之客體，泰半不是法律所承認的某種所謂主觀權利，而是純粹之「經濟利益」或「營業利益」，即因侵害行為造成被害人之營業額降低、財產總額減少、公平競爭機會之喪失（如在綁標之情形）、選擇可能或商業利益之流失等，但不會造成被害人任何種類權利之侵害（吳秀明，2004（二），頁555）。且市場競爭之事業就其競爭之成果並未取得智慧財產權之排他性權利，公平法以禁止規定之方式保護當事人，其因此所取得者，當然並非權利，而是一定經濟上或財產上之利益（黃銘傑，2001，頁74-75）。故在公平法上之損害賠償，使其與民法侵權行為之最基本類型，即民法第184條第1項前段僅保護絕對權之形態區別，將權利與利益之保護並重，讓利益之保護也成為基本的損害賠償要件之一，實有其特殊之重要性。又競爭法（尤其是不正競爭法）上之侵害行為往往容易構成背於善良風俗，且行為之事業為競爭之目的所為之侵害行為，在多數情況下容易係出於故意，上述情形使得將利益之保護列為競爭法上之基本損害賠償類型，並不會破壞對於被害人保

護與適度維護第三人行動自由之均衡考量。更何況公平法上之民事損害賠償，不僅在填補被害人之損失，同時亦兼具有維護市場競爭之公益目的，故更應強化對被害人之保護，始能鼓勵其利用民事賠償管道。如僅限於保障權利，將大大減少利用本法民事賠償之機會與動機，自與本法所欲達之目的不符。

12. 實務見解上，最高法院在 91 年度台上字第 1526 號判決「香港商荷蘭營養女神公司比較廣告案」中，於廢棄發回原判決之理由指出，若不當比較廣告已使人產生誤信，則可否謂尚未侵害被比較事業之「權益」，不無研究餘地。最高法院並且進一步認為，若損害額無法確定，法院應予以酌定。據此可知，本家中最高法院傾向肯定不當比較廣告誤導交易相對人使其產生誤信時，被比較事業之權益將可能被侵害，如造成其權益損失者，為比較廣告之事業則有負擔公平法第 31 條損害賠償責任之問題。同樣肯定事業違反本法規定侵害他人「權益」應負本條損害賠償責任之案例，參見台北地方法院 87 年度國貿字第 15 號「日星有限公司攀附商譽案」。

#### 四、受有損害

13. 公平法上之損害賠償雖然兼具有保護被害人私益與維護市場競爭之公益目的，但既為損害賠償制度，所謂「無損害即無賠償」之原理仍然有其適用。故本條雖未明文規定，惟被害人欲主張本條之損害賠償請求權者，其要件之一自為其須受有損害。
14. 在美國法上，為不使被害人之範圍牽連過廣，形成當事人濫訴及浪費訴訟資源，美國聯邦最高法院從損害之要件著手，發展出所謂「反托拉斯損害」(antitrust injury)之制度，以限制、篩選適格之損害賠償請求權人。該院認為，只有「反托拉斯法所欲避免，且由被告之不法行為所衍生之損害」才是可以請求之損害；而該項損害須能夠反映違法行為本身，或反映因該行為所可能出現的反競爭效果（陳志民，2002，頁 84-86）。美國法上之「反托拉斯損害」問題，既然主要是在處理損害賠償「請求權人適格性」之問題（雖然在若干案例中，也有見到法院對於適格當事人之案件，仍進一步就其損害區分為反托拉斯損害

與非反托拉斯損害之情形)，則本書將在下面「請求權人之範圍」一要件中始予以處理，而不從損害之分類上切入探討此一問題，惟兩者所欲達之功能與目的基本上是殊途同歸。

15. 在損害賠償法之一般原理上，請求損害賠償之人對於其受有損害，須負舉證責任之責。惟「損害」之要件乃不同於「損害額」，法院不得以請求損害賠償之人未能確切證明侵害行為所造成之損害額度為理由，遂認為其未能證明受有損害，進而駁回其訴。惟我國審判實務上，常從原告無法確切證明其客觀上損害額或損害範圍，推論其未受有損害，或否定受有損害一要件之成立（例如台北地方法院 85 年度重訴字第 1525 號判決、台北地方法院 86 年度重訴字第 1592 號判決）。法院此一立場之缺點是：競爭法上損害額度之精確計算頗為不易，法院如持此嚴格認定標準，其結果將經常導致原告因無法明確證明其損害範圍或額度而遭敗訴判決（游成淵，2003，頁 100、105-107、138-142）。

16. 實則，最高法院在早期之判例已經強調，當事人已證明受有損害而不能證明損害之確切數額時，法院應斟酌損害之原因及其他一切情事，依調查所得，斟酌情形判斷，作出自由心證定其數額，不得以數額未能證明即駁回其請求（最高法院 18 年上字 2746 號判例、最高法院 21 年上字第 972 號判例）。而新修正通過的民事訴訟法第 222 條第 2 項更已明文規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」本條項之立法理由謂：「損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額或證明顯有重大困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟之原則，爰增訂第二項，規定此種情形，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，以求公平（最高法院二十一年上字第九七二號判例及德國民事訴訟法第二百八十七條第一項規定意旨參照）。至若損害數額在客觀上有證明之可能，且衡情亦無重大困難，而原告未為證明者，自無本項規定之適用，乃屬當然。」上述對於被害人之損害額舉證責任緩和之

原則，在一般民事訴訟尚且如此，在損害額經常不易估算的公平法訴訟案件中，更應予以貫徹，始能便利本法民事執法管道之暢通無阻。

## 五、請求權人之範圍

17. 請求權人之範圍有多大，是本條具有高度爭議性之一項要件。從文義上看，本條規定所謂「致侵害他人權益者」之「他人」，自為本條之損害賠償請求權人。惟本條保護之客體既然廣泛地包括權利及利益，而一個競爭行為所可能牽涉影響之人的範圍亦可能甚廣，例如對於競爭者、上下游業者、甚至消費者之權益均可能受到影響，故如果認為事業違反本法規定之行為所直接、間接影響之各種被害人之一切權利、利益上之損失皆可依本條請求損害賠償者，無疑將使行為之事業所負之損害賠償責任有過廣之虞。而事業動輒得咎之結果，其經濟活動應有之空間將受不當之拘束，市場機能也會受不利之影響。因此我們對於本條損害賠償請求權承認其存在之範圍，應作一定之限制。只有在學理與實務上適當控制本條損害賠償之射程範圍，才能使民事責任制度最佳地發揮促進達成本法目的之功能。

18. 關於控制本條射程範圍一事，美國法上雖有「反托拉斯損害」之制度，從「損害」一要件進行限制，惟綜觀美國法上述制度，其功能不外乎主要係在於依據反托拉斯法之目的，區別出反托拉斯法所欲避免、可能出現反競爭效果之損害作為法律所保護可請求救濟之損害，以決定反托拉斯法上民事損害賠償訴訟之適格當事人為何（參見陳志民，2002，頁 84 以下，並參見本條邊碼 14），其本質上主要亦屬於劃定與限制請求權人範圍之問題。故本文認為，除須具備本條其他要件外，考量本法目的以限制本條損害賠償之範圍時（進一步說明參見本條邊碼 21 以下），宜在請求權主體上斟酌之，而不宜在受有損害一要件上判斷，更無需在兩處皆加以判斷，徒增適用上不必要之複雜度。換言之，只要通過本要件之檢驗，認定其為屬於本條損害賠償請求權人者，其因加害人違反本法規定所致（指具有相當因果關係，參見本條邊碼 37 以下）之權益損害，即可請求賠償。

19. 關於決定本條損害賠償請求權人之範圍，文獻上有基於損害賠償法不承認反射損害被害人之損害賠償請求權的原理，而強調以是否為直接受害人為判斷標準，故只要是違反本法規定行為之直接受害人，無論是競爭者、上下游事業或一般消費者，皆有賠償請求權（曾世雄，1991，頁 352-353）。亦有引介美國反托拉斯法上只有「直接買受人」具有當事人之適格性的作法，而排除轉售交易之買受人的請求權，以作為我國法之參考者（劉紹樑，1991，頁 48-49）。也有舉出同屬美國法上「反托拉斯損害」的法院見解，認為可作為我國篩選當事人機制之借鏡者（參見陳志民，2002，頁 84 以下，本條邊碼 14）。復有認為無需區分直接或間接損害，即無需限制請求權人之範圍，只要成立損害與因果關係兩項要件，即有賠償請求權（孫其芳，1997，頁 91；游成淵，2003，頁 92）。又有認為，公平法第三十一條之請求權人為何，首先應該探求該違法限制競爭行為或不公平競爭行為所抵觸法條的規範意旨，檢視該條所保護的法益究竟為何，又法益之歸屬主體為誰，以決定之者（曾品傑，1998，頁 111-112）。學說上對於此問題頗為關注，也不乏有很值得參考的觀點與見解。
20. 我們認為損害賠償法上只有直接被害人始賦予賠償請求權的原則，即基本上排除間接被害人之請求權的原理，在各種損害賠償制度中仍宜予以重視，否則損害賠償之範圍將容易流於漫無邊際。而在控制損害賠償範圍之機制中，著力於「人的適格」恐怕比「損害之適格」更為妥當，蓋從被害人是否屬於法律所保護之直接對象上予以篩檢，一則從一開始從事判斷之階段即進行篩檢，如不符合即無需進入後續判斷，認定過程上較明確、經濟、便利；二則相對於損害適格性之認定，被害人適格性之認定較容易從法律規定之意旨中被一般性地予以導出，雖然開始階段會經過一段時期之討論摸索，但經學說判例逐漸形成穩定見解後，將較有助於法律之可預見性與安定性。故我們認為在本條應區別直接被害人與間接被害人，僅直接被害人具有本條之賠償請求權，間接被害人則不與之，至於損害之範圍，則只要判斷有無相當因果關係即可。
21. 其次，直接被害人之適格性，應依本法整體目的及依相關個別條文之規範

意旨，就所發生之案例類型，妥善認定之。茲進一步說明之：首先，公平法整體之立法目的對於具體個別條文規定中所直接保護之被害人的認定，仍然具有大方向上的一定指引作用。本法最主要之立法目的，當然是作為制度性保護的維護市場競爭機制，故如果個別條文在某種案例類型中其立法目的僅在於維護市場競爭秩序者，個別事業或消費者之保護可能被認為係屬於間接，而無法請求賠償。惟本法另一方面，也有保護個別事業權益之權利保護面向，故受害之事業，無論是競爭者或上下游業者，也可能在個別條文中被承認有直接受害人之地位，而得請求賠償。最後，本法也附帶具有直接保護消費者之輔助性立法目的（吳秀明，2005，頁 177-191），故也不排除一般之消費者可能成為本條適格之請求權人。故總結而言，可能作為本條賠償請求權人者，有競爭者、上下游業者、以及消費者。至於同為違法行為之共同行為人之間，則不具有本條之請求權。

22. 上述直接被害人中，關於消費者賠償請求權之承認，較容易有爭議，在認定時尤應謹慎，並注意消費者集體或共同進行訴訟配套措施（例如選定當事人、團體訴訟、集體訴訟甚至日本法下「審決前置主義」等制度）之有無以及採用問題。因消費者單獨提起訴訟之成本太高，誘因不大，如欠缺上述配套制度，不是引不起消費者之興趣而致使其民事救濟管道實際上會被荒廢不用；就是一旦個別消費者真的群起進行訴訟時，容易造成濫訴或訴訟洪潮等不當現象。我國公平法並未如消保法設有團體訴訟之制度，故如無上述配套制度時，對於消費者賦予直接之損害賠償請求權時，即應更為謹慎；或應加強修法，待設立配套制度後，給予消費者更廣泛之賠償請求權。

23. 直接被害人之適格性，雖然可自本法整體之立法目的（本法第 1 條）獲得一定方向上之指示，但在個案中直接被害人之認定，僅依據第 1 條推論，尚有未足。操作上應探究相關個別條文之規範目的，並就所發生之案例類型，加以分別認定之。故本法直接被害人之認定，法院應該不厭其煩地因應所發生之個案，進入各個相關之實體條文，甚至就某一條文下不同之主要案例類型，就各



條之立法目的予以檢討判斷。例如獨占案件之直接被害人，應探討本法第 10 條之立法意旨所欲直接保護被害人之範圍為何；並進一步就獨占濫用行為之主要行為類型加以分別論究。蓋本法各實體條文所欲保護之直接被害人乃有所不同，例如獨占管制與不實廣告之規定自有不同的保護對象；甚至同一條文下，不同案例類型中法律所欲承認有賠償請求權之直接被害人也可能不同，例如同屬第 10 條之獨占濫用管制，阻礙濫用（例如第 1 款）與榨取濫用（例如第 2 款）所欲直接保護之對象也可能不同。至於本法其他各條之請求權人範圍為何，則需由法院在實際案例中根據各條之立法目的逐步建立之，於此則無法一一詳論。

#### 24.

我國法院實務上關於限制競爭民事損害賠償之案例迄今仍少，判決中對於本要件有所討論者更不多見。關於本法第 21 條之賠償案件，雖然多數下級審之相關判決肯定包括受誤導之消費者的求償權（台北地方法院 88 年度重訴字第 2762 號判決、台北地方法院 89 年度重訴字第 730 號判決、台北地方法院 86 年度訴字第 3393 號判決，板橋地方法院 87 年訴字第 575 號判決、台中地方法院 87 年度重訴字第 620 號判決等），但有意識地從第 21 條或本法第 1 條肯定其請求人地位者，並不多見。台灣高等法院 88 年度上字第 347 號判決「盛香堂公司出售建物公社比不實廣告一案」中，法院亦肯定作為消費者之交易相對人得向為不實廣告之事業請求損害賠償，且以不實廣告之內容與實際交易狀態之落差來計算損害賠償額度（本案此部分之爭執後為最高法院 91 年度台上字第 1812 號判決維持）。

實務案例中，另有一兩件否定原告依公平法之規定請求損害賠償之判決，援引本法第 1 條立法目的之規定作為駁回原告請求之理由，例如屏東地方法院 87 年度訴字第 549 號判決即謂：「...然按公平交易法之立法目的，雖於該法第一條規定包括維持交易秩序與消費者利益，然其真正目的在於維護競爭秩序，保護消費者利益僅為反射利益，故公平交易委員會在執行公平交易法維持競爭秩序時，係就競爭受損之情狀加以評估，僅不實廣告確有造成競爭實質上損害時，

方有其適用。」又如台灣高等法院 90 年度上字 488 號判決亦謂：「...公平交易法之規範目的，在於禁止事業間之不正競爭，故除非因事業之不正競爭致消費者權益受害，否則消費者並無直接依據該法請求賠償餘地。本件被上訴人並不能證明上訴人因該廣告致與其他事業有不正競爭因而使被上訴人受損害，則其以上訴人違反該法第二十一條規定而依該法第三十一條請求上訴人賠償損害，即無理由」（游成淵，2003，頁 144-146）。但較多數之實務判決，則肯定受誤導之消費者亦具有本條之請求權。

另外在圍標之案例類型中，實務判決則肯定受損害之發包工程機關得請求損害賠償（如雲林地方法院 90 年度重訴字第 45 號判決、台南地方法院 87 年度訴字第 955 號判決）。

## 六、故意或過失之主觀要件

25. 本條規定對於行為人之主觀要件未置一詞，望似有採無過失責任之可能，惟本條亦未對於採取無過失責任加以明文規定，致使本條究竟是否要求違法之事業在主觀上須具備故意過失，成爲了另一項爭議之焦點。在文獻上有採過失責任說者，如有學者認爲公平法乃保護交易秩序，違反公平法時僅表示扭曲交易秩序，與人格權及財產權可能直接遭受破壞之危險尙有不同。扭曲交易秩序，既不生人命、身體傷害、健康受損或財產直接而劇烈之破壞諸問題，則在觀念上，危險較之扭曲交易秩序更爲嚴重之後者既採過失責任，扭曲交易秩序之非難基礎，只能回歸民法以故意過失爲標準，意即採過失責任主義（曾世雄，1991，頁 355-356）。

又有學者認爲對照於消費者保護法第七條無過失責任之設，不僅經過長期的努力，且必須藉由危險概念，於條文中明示之，始取得無過失責任之地位。相對於此，公平法上之被害人，不僅不限於消費者，且主要係事業，加之其並無有關無過失責任之明文規定，解釋上似不得不認其屬過失責任。但其也指出，正如論者在有關日本獨占禁止法損害賠償制度上所說，只要可以舉證出違法行爲的存在，一般幾乎都可推定其有過失，於不少情形，甚至可推定具有故意，

要推翻此一推定，幾屬不可能之事，此事使得在獨占禁止法的違反上，過失責任與無過失責任之間，並無重大差異（黃銘傑，2002，頁 572）。又有認為現行公平法之損害賠償責任屬侵權行為之賠償理論，因此應適用民法之故意過失歸責要件；採無過失責任必須有明文規定，不得以未規定須有故意過失作為採無過失責任之理由。但在未來的修法上，則主張採推定過失之舉證責任轉換制（汪渡村，2004，頁 262-263；又如黃茂榮雖未特別說明其理由，但也認為本法之損害賠償責任，原則上仍以加害人有故意過失為要件，參見黃茂榮，1993，頁 518）。

26. 其次，少數學說上亦有較過失責任更為嚴格而採故意責任說者，如文獻上有認為美國反托拉斯法上認為反競爭行為幾乎完全是故意的，如果說卡特爾聯合定價之協議是在「無故意、無過失、不小心、無意識」的狀態下所做的行為，似乎不合產業經濟學上之理論及實證，甚至不符經驗法則；而在不公平競爭法上，故意亦是一構成要件，故其認為公平法第 31 條非基於無過失責任，而係必以故意為要件（劉紹樑，1991，頁 50-51）。

27. 在學說上亦有認為本條係採無過失責任者。例如文獻上有認為本條若採過失責任對被害人之舉證乃過於苛刻；採故意責任，明顯與我國損害賠償法上所採之過失責任主義相背；如解為推定過失責任，一則法無明文，二則如透過法院解釋，則實務立場向來保守，採取無過失責任主義較能確實保障被害人的權益；又無過失責任之資訊成本、請求成本等行政成本比過失責任為低；公平法係制度性保障市場經濟體制，若要求事業的故意或過失責任，實不啻回到民法以個人責任為出發點的歸責思考模式，與公平法之制度性保障交易秩序旨趣大相逕庭；又基於競爭者已投入大筆資源所形成的特別脆弱性，需要較高密度之保護，故以採無過失責任主義為當，以修正民法之過失責任原則（曾品傑，1998，頁 104-105）。

又有認為，我國公平交易法中所規範之行為特色在於行為時經濟效果（即反競爭效果）之認定，倘其在行為時無法正確評估其經濟效果時，何以民事責任卻要故意或過失之要件？又公平法所規範之行為，很多情況非對與錯之間

題，而是「經濟利益分配」之問題，亦即在一個特定經濟行為發生時，如何去平衡受到影響之人共同經濟利益平均分攤之問題，故本法損害賠償觀念，應以當事人資源或經濟利益公平分配為出發點，而不應拘泥於傳統之故意或過失要件上之認定，關於過失責任之可行性，有必要加以考慮（蔡英文則在一次研討會中之口頭意見，參見蔡英文，1991，頁 362-363）。

另有學者也支持無過失責任主義而認為，公平法所保護之「交易秩序」具有濃厚正面外部效果之公共利益性質，原由公部門執行較妥，本法將損害賠償制度明文化，顯見立法者相信透過私人損害賠償訴訟（特別是加倍賠償之規定），一樣可達到回復遭扭曲之交易秩序的目的，故解決主觀要件之問題時應考慮某一立法原則或解釋方法之採行，對實現此一立法目的有無助益。從嚇阻理論來看，公平法究應採何種立法主義，需視其能否提高不法競爭行為受害原告訴訟成功之機率，而要求原告就被告之主觀意圖舉證，只是增加其敗訴之機率而已。且交易秩序之被扭曲程度，與行為人究係出於故意或過失並無關聯。又採無過失責任主義，旨在降低原告之舉證成本，而與損害範圍與程度之考量無關（陳志民，2002，頁 90-93）。

28. 文獻上又有認為，推定過失責任下其推定在通常的情況下，事業難以提出反證推翻，此與無過失責任之結果，並無差異（參照日本獨占禁止法之學理經驗），故一樣能有助於達到回復遭扭曲交易秩序之目的；加上公平法並沒有設置無過失責任的明文；且本法之賠償責任又與一般無過失責任法制為達成合理分配損害之目的不符，故認為不必明文採行無過失責任，但若能證明事業違法行為存在，至少可推定其有過失，遂採取推定過失說（游成淵，2003，頁 95-97）。

29. 最後，我國文獻上甚至有認為本法民事責任之位階，雖應係推定過失責任，然行為人之主觀要件難一概而論，應分別論之（分別情形適用說）。關於本法第 2 章限制競爭之行為，重點在造就自由競爭之市場型態，似非以行為人之「惡意」為重心，自應使行為人負推定過失責任；關於本法第 3 章所規範之不公平競爭行為，則應依據法條之意旨，分為故意責任、故意過失責任及推定過失責任三

種情形。行為人負故意責任者，有第 18 條、第 19 條、第 21 條第 2 項、多層次傳銷行為；應負故意、過失責任者，為第 21 條第 4 項；應負推定過失責任，為第 19 條第 1 項之杯葛行為，第 21 條之不實標示產品內容行為、以及第 22 條之營業上誹謗行為等（蔡炯燉，1994，頁 298-303）。

30. 我國法院有限的下級法院實務案例上則多採無過失責任說之見解，如台灣高等法院 93 年度上字第 488 號判決「康強有限公司攀附商譽案」認為：「此損害賠償責任為無過失責任，即事業有違反本法之規定即構成本條損害賠償請求權之發生，而無需證明事業之故意或過失。」又如台灣高等法院 94 年度第 99 號判決「慶豐商業銀行不當利用定型化契約案」中，法院認為「公平交易法第三十一條之規定，旨在規定事業違反公平交易法之規定，致侵害他人權益者，不問該事業有無故意過失，均須負損害賠償責任，即事業所負之侵權行為責任乃為無過失責任」。

31. 從上述之討論可知，學說上對於本要件之分歧程度甚大，從無過失責任到故意責任都有人主張，這恐怕是本法爭議問題中最不具共識之一項。這種見解上之嚴重分歧，自然會影響到法律之安定性與可預測性，對本法之健全發展有所不利。「所幸」恰好本法施行十餘年以來民事執法管道一直功能不彰，使得其不利之影響減輕許多。造成此一情形之原因，自然是法律本身之規定及立法意旨不明，才會致使各家見解南轅北轍，各據其理，言人人殊，共識度極低。因此關於本條當務之急，應是加緊修法腳步，明確採取一項主觀歸責之原則，使得實務案件之處理盡快有明確之依據。

32. 在修法之前，我們認為仍宜採取以過失責任為原則之民事賠償責任，並以此認定賠償義務人之主觀要件。其理由之一，為我國侵權行為損害賠償法制（不含契約法上之債務不履行責任）如採無過失主義者，原則上法律會予以明確規定。例如民用航空法第 89 條第 1 項規定：「航空器失事致人死傷，或毀損他人財物時，不論故意或過失，航空器所有人應負損害賠償責任。」又如核子損害賠償法第 18 條規定：「核子設施經營者對於損害之發生或擴大，不論有無故意

或過失，均應依本法之規定負賠償責任。」等等。而消費者保護法第 7 條第 3 項雖未如上述規定直接明訂，但也可自但書「但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任」之規定，輕易推知前段規定係採取無過失責任，學說判例上並無爭議。本條之規定雖模稜兩可，致有採取完全不同解釋之空間，然如考慮並尊重我國多年穩定之法制傳統，即侵權行為無過失責任之採行以法律有明文規定者為限，則本條似亦以採取過失責任為基本原則較妥當。

33. 其次，理由之二，乃就我國法上類似於本條之規定而言，如專利法第 84 條第 1 項規定：「發明專利權受損害時，專利權人得請求賠償損害...。」亦未就行為人之主觀要件加以規定，同樣望似無過失責任。惟最高法院對此有清楚之說明：「按修正前專利法第八十八條第一項（即現行法第八十四條第一項）前段規定：『發明專利權受侵害時，專利權人得請求賠償損害』，其性質為侵權行為損害賠償，須加害人有故意或過失始能成立。原審為相反之認定，認侵害專利權之損害賠償，不以行為人有故意或過失為成立要件，就上訴人侵害被上訴人之專利權究竟有無故意或過失未予調查審認，遽為上訴人不利之判決，自有未合。」（最高法院 93 年度台上字第 2292 號民事判決）此一見解似可印證，公平法之損害賠償責任，亦應採過失責任為宜。

34. 其理由之三，為論者在闡述無過失責任之主張時，有在不知不覺中以限制競爭法上之民事損害賠償原理，代表整體競爭法之情形。此時，易有不當擴大其理論說明力有效涵蓋範圍之情形。公平法是限制競爭法與不公平競爭法之揉合，本條設於本法第 5 章，適用於全法之民事賠償案件，因此也應同時考慮適用在二法域之妥當性，不能僅適合其中一法域，更不宜以一部代表全部。尤其我國目前有關本條之法院實務，更是以處理不公平競爭之損害賠償案件為重心，如反以限制競爭法上之損害賠償法原理加諸不公平競爭之案件，恐有未恰。

如以此一立場出發，則本條無法採取無過失主義就十分明顯，蓋世界各國之立法例對於較為強調行為本身可責性之不公平競爭法領域，至今無不避免採取過於嚴格之無過失責任主義。德國之不正競爭防止法(UWG)固毋論矣，就連

獨占禁止法採取無過失賠償責任之日本法，在不正競爭法亦是採取過失責任原則。此顯見在不公平競爭法部分，如就民事損害賠償採用無過失責任主義，恐怕有所不妥。如從嚇阻理論之觀點來看，在不公平競爭法領域採取無過失責任，將容易會有過度嚇阻之情形發生，實無必要。基於上述理由，在本條採無過失責任主義並不甚妥，其有可能會過度限制事業活動之自由，亦不利於市場機能之有效發揮。

35. 故在修法前，我們認為本條仍宜採侵權行為損害賠償之基本原則，即過失責任主義較妥。至於推定過失主義自亦屬過失責任之一環，固然不排除在採取過失責任主義可能造成明顯之不當時，法院有主動轉換當事人之舉證責任而採取推定過失之可能，惟其採納原則上也以有法律依據為較宜，故法院之主動採納亦宜謹慎。

本法採納過失責任主義，在不正競爭法之部分較無問題，固無待深論。在限制競爭法部分，事業只要有本法構成要件該當之各種行為，按一般經驗法則，其鮮有不出於故意，或至少鮮有不出於過失者（這也是「故意說」雖有過猶不及之弊，然其卻會於本條之解釋過程中產生之原因），故其證明在相對上也較無問題。就嚇阻理論而言，過失責任主義固然不能提高反競爭行為受害原告訴訟成功之機率，但在現行法尚未修改之情形下，要求原告就被告之故意或過失舉證，增加其敗訴之機率也屬相當有限。又本條之主觀要件不限於故意，而包括過失，且故意與過失均屬成立本條之主觀要件，具備其一即可。故行為之事業實無須完全「正確評估其行為之經濟效果」，才具有故意或過失。依一般之過失理論，因為事業在為市場行為時，具有留心不侵害他人權益之注意義務，故行為人只要預見或認知其行為「可能侵害」他人權益，或預見或認知其行為「可能具有」反競爭之市場效果，而未為足夠之注意，即足以構成過失之主觀要件。法律並不要求行為人之認識必須到達可以「正確評估其行為經濟效果」之程度，才屬有過失。而為侵害行為之事業既然決意要做該當本法客觀構成要件之行為，卻完全排除預見其產生反競爭效果或權益侵害之可能者，恐怕也不多見。

故我們認為縱採過失責任說，在限制競爭法之領域，其所引發之問題也應該不大。更何況，法院在必要時可以轉換舉證責任，以推定過失之方式，以濟其窮。

36. 至於「分別情形適用說」雖然較能適應本法各實體規定之性質，以定其主觀要件，但此說一方面恐有不必要地過度割裂本法適用之情形，另一則可能未完全清楚區別「法律適用之結果」與「適用之法律上標準」，故其雖具巧思，惟恐仍不宜採。又將來修法之方向，則似可朝推定過失之方向努力，較能妥善兼顧本法特色、各方之利益與公共利益之考量。至於有關故意與過失之意義及內涵，則與一般民法侵權行為上之故意過失相同，於此不再深論（參見王澤鑑，1998，頁 287 以下）。

## 七、因果關係

37. 本條規定所稱事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任，此一「致」字，即表示違反本法規定之侵害行為與權益之侵害之間，必須具有因果關係。此處所要判斷者，為在認定損害賠償成立要件上所要判斷之因果關係，即所謂「責任成立之因果關係」(haftungsbegründende Kausalität)，換言之，乃判斷「行為」與「權益受侵害」兩要件間的因果關係。而非判斷損害賠償責任範圍之「責任範圍的因果關係」(haftungsausfüllende Kausalität)，即判斷「權益受侵害」與「損害」兩者間之因果關係（關於因果關係之基本理論，參見王澤鑑，1998，頁 211-260）。後者之因果關係固須成立，但係於賠償責任成立後，決定損害賠償範圍時進行判斷。
38. 而上述兩者之判斷，均應依相當因果關係之原則判斷之。台灣高等法院 92 年度重上字第 81 號判決「賀暘公司損害營業信譽案」中，法院亦認為：「被害人依公平交易法第三十一條、第三十二條之規定請求損害賠償責任，基本上仍屬侵權行為損害賠償責任，亦應以有相當因果關係，並受有實際損害為成立要件。」所謂相當因果關係，係指「第一，若無此行為，則不生此損害；第二，若有此行為，通常即生此損害者即有因果關係」（鄭玉波，1978，頁 157）；亦即所謂「無此行為，雖必不生此損害，有此行為，通常即足生此種損害者，是



為有因果關係。無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係」(王伯琦，1956，頁 77)。其實，經常為我國文獻所引用之王伯琦氏之見解的後段，似無須達到其所謂須「有此行為，通常亦不生此種損害者」之程度，始無因果關係；吾人認為只要達到「有此行為，未必通常生此種損害」之程度(亦即有因果關係敘述後段的單純否定)，就可認為無因果關係，不必進一步達到「通常亦不生此種損害者」之程度。

39. 上述成立因果關係之兩階段判斷，前階段為「條件關係」之因果判斷；而後階段則為對於通過上述判斷之諸行為，所進行進一步「相當性」之判斷。前階段為單純條件因果之判斷，目的在排除與損害之發生根本不具有因果關係之行為；後者則為「通常是生此種損害」之判斷，用以篩選出具有較密切因果關係之行為，令行為人負賠償責任。後者「通常性」之判斷，雖應以客觀事實為判斷基礎(客觀說)，但其不完全是技術性之操作，也可能是一種法律政策之工具，將法的價值判斷帶入其中(王澤鑑，1998，頁 231)。上述相當因果關係之判斷方式與標準已為我國法院所熟悉運用，能發揮適度規範責任成立與範圍之功能(王澤鑑，1998，頁 258)，故於本條要件之認定上亦宜予以採用。

40. 惟學者間另有不同看法，如曾世雄據其在損害賠償法領域一向主張「法規目的保護說」之立場，闡釋本條因果關係之認定，而認為：「認定行為與賠償之間是否具有因果關係，不必借助傳統學說，包括相當因果關係說。行為與損害間是否具有因果關係，專依具體已發生之行為與賠償，依公平交易法維護交易秩序之目的及公平交易法相關條文之文義個別評估解答之」(曾世雄，1991，頁 356)另有學者基於美國法上「最適嚇阻」之原理，呼應上開見解而認為，如在反托拉斯法私人損害賠償訴訟中採用相當因果關係說，可能會造成所謂「過度嚇阻」之不當情形。因此主張本法損害賠償訴訟之因果關係，應擺脫民法通說之見解而改採「法規意旨規範說」，即以損害之賠償是否符合法規的規範目的來加以判斷(陳志民，2002，頁 93-94)。宜注意者，乃學者雖同採法規目的保護說，然其出發點、根據與目的，甚至解釋結果可能也有所不同。

41. 上述見解誠值重視，惟一則以我國法院多年以來對於相當因果關係說已經能夠駕輕就熟地操作，遽爾棄之不用，是否妥當，尙值考慮；其次，本條構成要件成立之判斷過程中，在認定適格之請求權人一要件時，已經就本法相關規定之立法目的、保護範圍等加以考慮衡量，有無必要在因果關係之判斷上再次重複地予以判斷，不無疑義；再者，如果對於請求權人之範圍予以作法規目的之考量如真的仍有不足時，在「相當性」之判斷上，仍容許有一定空間之價值判斷，此時也可以適度考量法規目的，以合理控制責任成立以及損害賠償之範圍。就此而言，相當因果關係說與法規目的保護說，並不是如此地遙遠而互不相關。
42. 我國法院實務，一般並不進一步區別判斷「行爲」與「權益受侵害」兩要件間的「責任成立因果關係」與判斷損害賠償責任範圍，即判斷「權益受侵害」與「損害」兩者間的「責任範圍因果關係」。例如台灣高等法院 94 年度第 99 號判決「慶豐商業銀行不當利用定型化契約案」中，法院僅一般性地認為「損害」與「違反公平交易法之行爲」間須具有相當因果關係。
43. 又我國法院判決實務上，復常以市場上存在其他可能影響收益之因素，質疑涉案行爲與被害人所受損害之間的因果關係相當性，即對於「通常是否足生此種損害」加以懷疑，而駁回原告之訴，致使原告不僅要證明侵害行爲對於損害發生具有條件上因果關係，更須證明損害非由其他市場上之種種變動等不易掌握與證明之因素所造成始可，在求償上常居於甚爲不利之地位。
44. 例如台北地方法院 85 年度重訴字第 1525 號判決中，法院雖肯定被告透過廣告，以不當基準所作之比較，斷章取義，穿鑿附會之方式，對原告產品之形象造成傷害，但對於財產上損害部分，法院卻認為原告雖主張其受有之財產上損害，並提出 85 年之營業收入淨額與 84 年同期比較，認其營業收入金額減少，「惟查八十四年度與八十五年度全國之經濟情況並非相同，而原告公司對該產品之廣告量、行銷手段方法、甚至其它競爭者對原告產品所作之行銷優劣，均係影響公司營業收入之因素；原告就營業收入減少與被告刊登系爭廣告間有如

何之因果關係，原告復未能舉證以明其說，而其所提出會計師查核報告亦僅係統計數字，無法就造成該項數據之原因作何說明，並核原告所提出之該報告亦無任何文件或憑證足資證明原告確實受有如何損害及其受損之金額為何，亦無從依被告上述行為所造成之客觀存在事實為觀察基礎，而得依經驗法則判斷原告主張損害結果確為被告侵權行為所致，是即難認被告刊登系爭廣告與原告主張之損害間，有因果關係」，遂駁回此部分之請求。

45. 又如在台南地院 88 年度訴字第 2026 號判決中，原告主張被告散布損害原告營業信譽之不實情事（本法第 22 條），法院雖肯定被告從事違法行為，但在因果關係上法院認為商場上影響營業額之因素眾多，如整體環境之經濟景氣、經營者資金多寡及意願、消費者偏好之改變等變動因素不一。原告雖提出營利事業所得結算申報書證明其於 87 年間之營業毛利額較 86 年度減少，然並未能提出證據證明營業額毛利之減少係肇因於被告前開行為，自不能遽此認定被告之行為與原告營業額之減少有相當之因果關係，遂駁回原告之訴（參見游成淵，2003，頁 139-140）。又如台灣高等法院 92 年度重上字第 81 號判決「賀賜公司損害營業信譽案」，法院也質疑被害事業「營業額」之減少是否係受侵害人侵害行為所致，並認為營業額之變動，本受景氣榮枯、人事更動、經營手法是否新穎或資金運用等因素影響，被害人未盡舉證證明營業額減少即是其損害。

46. 違法行為與損害之間，固然必須具有「通常足生此種損害」之相當性，換言之，在相當性之判斷階段，要進一步排除雖有條件關連性，但不具備「通常足生性」之原因，故法院之判決，在方法論上並無違誤。惟法院一方面認定有違法行為，另一方面卻又以難以掌握、認定，更難舉證證明其影響力不存在之整體經濟景氣、經營者資金多寡及意願、消費者偏好之改變種種富於變動之因素，駁回原告之訴。我國法院上述之作法，在法律適用上雖不能謂為有瑕疵違誤，但其所採取解釋適用法律之立場，在本法整體執法政策上卻不可取。法院是在可以經由一定之價值判斷、藉著相當因果關係中相當性之認定作為法政策之工具以促進本法發展的重要情境中，流失了以個案判決推進公平法整體積極

正面發展之寶貴機會。蓋法院此一見解如予以普遍貫徹，則市場上被害人求償之機會將幾近縮減為零。因為市場行為是發生在複雜的市場環境中，而市場環境因素對於特定市場行為之具體影響如何，連經濟學家都不易予以證明。法院如要求競爭法上任何受違法侵害之被害人，都要證明種種景氣、消費者偏好等市場環境因素對於損害不具有因果關係其賠償請求權才成立的話，其請求權成立之門檻，未免也太高不可及。而法院解釋立場過嚴之結果，被害人正如目前實務之整體發展所顯示的，只有大多數遭敗訴之命運。此一作法形成法院實務通說見解後，恐怕只會使競爭政策上雖鼓勵當事人運用，但實際上已經少為人使用的民事制裁管道，更陷於乏人問津之境。

較為妥當的作法，應是原告如能證明市場之客觀環境情勢並無重大變化，惟其原先預期可達到之營業額卻在加害行為介入後減少，原則上就應認為侵害行為與其損失具有因果關係，然後再透過舉證責任倒置之方式，令不同意上述推定之被告，舉證證明原告之損失係因整體經濟景氣、經營者資金多寡及意願、消費者偏好…等種種因素而造成，而與其侵害行為無關。因加害人之違法行為與被害人之損害均已經確定之情形下，仍要被害人就因果關係負如此高之舉證責任，證明上述因素影響力之不存在，確有不妥。故宜在被害人舉證證明初步事證後，即推定因果關係存在，惟仍容許加害人有舉反正推翻之可能。又對於上述因素如欲證明，則需引進一定計量與統計學上之方法。

## 八、違法性

47. 事業有違反本法之行為，侵害他人權益時，原則上即具有違法性，除非另具有阻卻違法事由，否則行為之違法性即告確定。違反本法規定侵害他人權益之行為，卻同時具有阻卻違法事由者，並不多見。例如在價格競爭之場合，如為迎戰競爭對手之掠奪性訂價或低價傾銷，而以類似之低價銷售者，得依個案之具體情形，不無有主張緊急避難阻卻違法之可能。又如為抵禦供應者之獨占性訂價，而呼籲聯合抵制杯葛者，依個案情形也可能構成阻卻違法。惟主管機關與法院，對於本條阻卻違法事由之承認，自應謹慎把關。

## 肆、法律效果

48. 事業具備上述構成要件，即違反本法之規定致侵害他人權益者，其法律效果為「應負損害賠償責任」。本法就損害賠償請求權之效果部分，除第 32 條之規定外，並未設有一般性之規定。解釋上除性質上不適當者外，應有民法有關損害賠償規定之適用。有關民法上損害賠償法律效果之一般性問題，於此茲不贅述。以下乃特別就本法上損害賠償之方法與損害額之計算兩項較具特色之部分予以說明。

### 一、損害賠償之方法

49. 就損害賠償之方法而言，民法上之損害賠償方法，係以回復原狀為原則，以金錢賠償為例外（民法第 213 條至第 215 條）。惟關於本法之賠償方法，學者間有認為競爭秩序之破壞多無法回復原狀，導致本法之損害賠償方法，其原則乃與民法恰恰相反，應以金錢賠償為原則，而以回復原狀為例外，重點主要落在金錢賠償之上（黃銘傑，2001，頁 79）。另外，文獻上也有根據第 32 條第 1 項之文義「...酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害之三倍」，以及依同條第 2 項規定「被害人得請求專依該項利益計算損害額」之文義解讀，而認為所謂以「損害額」為標準並以此計算倍數，或依侵害人所受之利益計算損害額度，性質上僅有以金錢賠償為方法始有可能，因三倍的回復原狀方式，實殊難想像；同時，並認為第 31 條與第 32 條之賠償方式，基於法律整體適用之觀點，實不宜採取不同解釋（游成淵，2003，頁 77）。

上述兩說，均有所據。觀諸限制競爭或不正競爭行為所造成之損害，其本質上多為受害人競爭優勢、交易機會、市場占有率等之喪失、金錢或財產利益之損失、額外支出與支付、被排除於市場之外或無法進入市場等。上述損害除少數類型（如不公平競爭一章中營業上誹謗等），或可透過回復商譽之措施，達到回復原狀之目的外，絕大多數違法行為所造成之損害，不是因市場發展難以逆轉，性質上難以回復原狀；就是其所謂回復原狀，其實就是填補其營業額之損失，即以支付一筆賠償金給被害人之方式除去其損失。故本法上損害賠償之

方法，雖不排除以回復原狀為方法之可能，惟應以金錢賠償為主體，自無疑問。

宜注意者，乃在差別待遇、斷絕交易之行爲類型上，被害人所欲請求者，並非金錢賠償，而往往是回復其供給或延續其供應之契約關係，故此時請求回復原狀，即對被害人具有重大之意義。

50. 實務案例上最高法院 85 年度台抗字第 312 號裁定「香港商國際珍藏有限公司台灣分公司高度抄襲案」中，最高法院認為違反本法第 31 條規定者，損害賠償方法仍適用民法第 213 條第 1 項規定，以回復原狀為原則，而以金錢賠償為例外。並據此認為，在高度抄襲之搭便車行爲，被侵害之事業若係請求行爲人為回復原狀之損害賠償，仍得依假處分程序保全其權益。其見解似仍執著於傳統民法上之損害賠償方法，而未考慮公平法之特性。

## 二、損害賠償額之計算

51. 次就本法賠償案件中損害額之計算方面，本條之立法目的既然與第 32 條有別，重在被害人損失之補償，則請求權人所得請求之損害賠償額度，原則上自應以一般損害賠償法上，以假設侵害行爲未發生時，請求權人所原應享有之利益狀態，與侵害行爲發生後，請求權人實際利益狀態間之差額，亦即以侵害行爲所造成被害人之損失，作為其得以請求之範圍。惟上述損害之計算，會因市場之動態性發展，使得所謂「假設侵害行爲未發生之情況下，請求權人所原應享有之利益狀態」甚難精確掌握，必要時只能依民事訴訟法第 222 條估算損害之規定，由法院估計之（參見本條邊碼 16）。又比較法上有關此一損害賠償計算之所謂「前後理論」(before and after theory)、「標準理論」(yardstick theory)、「市場占有率理論」(market share theory)，亦值得我國參考學習（其介述參考陳志民，2002，頁 61；游成淵，2003，頁 17-21 及第 5 章章名註邊碼 26-28）。

52. 我國法院裁判實務就本法各種不同違法行爲類型之損害額度計算，曾提出若干標準。惟因本法民事案例有限，且被侵害之原告敗訴者居多，而法院既駁回原告之訴，通常也不會對損害賠償額之計算方式加以說明，致使可資參考之資訊十分有限。在台南地方法院 87 年度訴字第 955 號涉及工程圍標之判決中，

法院認為被告之圍標行為事證明確，構成本法之聯合行為，被告等各應連帶對作為原告之空軍後勤司令部負損害賠償之責任。就損害額部分，法院認為若無被告之違法行為，則原告將可與第三人，以其所提出的較低工程對價簽約，即第三人可以較低之價金得標，故其因圍標所多支付之價金，自可作為原告之損害而請求。

53. 其次關於引人錯誤廣告案例之損害額，我國法院曾認為應以廣告所宣稱之狀態與實際情況之差別，計算其損害。例如台灣高等法院在該院 88 年度上字第 347 號判決「盛香堂公司出售建物公設比不實廣告一案」（本案有關此部分之爭執最後為最高法院 91 年度台上字第 1812 號判決所維持）中，請求權人為購屋之交易相對人，賠償義務人則係為不實廣告之事業，法院認為被害人誤信侵害人之廣告而與之交易，自應以行為事業所售之建築物實際之公設比與其廣告所宣稱之公設比之間，其所短少之部分所代表坪數的價值，計算被害人之損害。又如台灣高等法院在該院 92 年度上更（二）字第 102 號判決「豪成建設公司引人錯誤廣告案」中，亦持相同見解。

### 伍、法律適用—本條與民法第 184 條第 2 項之關係

54. 民法第 184 條第 2 項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」民法侵權行為之此條規定與本條之內容，即「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任」，有不少類似之處。例如兩者所規範之對象均為違反法律規定之行為，只是民法所規定者為違反保護他人法律之行為，而本條則規範違反本法之行為。又兩者對於權利及利益之侵害，均加以保護，故均可涵蓋侵害純粹經濟上利益而不涉及權利侵害之案例。所不同者，為民法就主觀要件之部分，從民法第 184 條第 2 項但書可知係明確採取推定過失原則。而本條就主觀要件則欠缺明文規定，致引起學說上重大爭議，而依本文之見解，本條仍宜採過失責任主義為妥（參見本條邊碼 32 以下）。另外，本條在請求權人一要件之判斷上，要依本法各

相關條文之規範意旨，據以認定法律規定所直接保護之請求權人為何（參見本條邊碼 21 以下）；而民法第 184 條第 2 項也要依據相關保護他人法律之意旨，劃定出主張該條賠償請求權之「人的範圍」及「物的範圍」。綜上可知，這兩條條文若合符節之處頗多。

55. 就本條與民法第 184 條第 2 項之關係，有幾點可予以說明。首先，本法之若干個別規定，應可以構成民法第 184 條第 2 項所稱之「保護他人之法律」。誠如學者所言：「『公平交易法』之制定，對於企業形成卡特爾為聯合壟斷，使其交易相對人之『選擇可能』減損；或控制市場之企業為獨占壟斷，迫使其顧客締結不利或不公平之交易條件等行為，加以取締或制裁，具有使第三人之經濟活動自由不受不當妨礙之保護作用。在此意義上，『公平交易法』應可認為是一種『保護他人之法律』，因而違反『公平交易法』之禁止及取締規定而使他人受害者，被害人即可依民事法理請求損害賠償，從而個人之自由權利亦獲得具體之保護。」（廖義男，1995，頁 10）；另外，學者黃茂榮也同意公平法為民法第 184 條第 2 項之「保護他人之法律」（黃茂榮，1993，頁 521）。進一步言，構成民法第 184 條第 2 項所稱「保護他人之法律」者，應為本法之若干個別規定，自非指整部公平法而言（游成淵，2003，頁 79-80）。例如最高法院在該院 93 年度第 1997 號判決「太平洋建設公司廣告不實案」中指出：「公平交易法第二十一條...係屬於保護他人之法律...」，即為此意。

56. 對於違反本法之行為，既可依本條規定，又可能依據民法第 184 條第 2 項請求賠償，則此二條文之間存有何種關係，應予探討。實例上有認為兩者間為特別與普通法之關係，公平法之損害賠償規定應為民法第 184 條第 2 項之特別法，遇有競合者，應優先適用公平法而排除民法之規定。如台北地方法院 87 年度國貿字第 15 號判決中「日星有限公司攀附商譽案」，原告主張「皇家禮炮 21 年威士忌」為相關大眾所周知之著名表徵，而被告從菲律賓進口外觀仿照原告表徵之威士忌酒而以「皇家查理士三十」為名行銷於市場上，直接侵害原告合法權益，違反本法第 24 條規定，遂依本法第 31 條、民法第 184 條第 2 項等規



定請求賠償。法院在本案中認為，被告確有違反本法第 24 條之規定，並認為：「公平交易法有關損害賠償之規定，具有侵權行為性質，而為民法侵權行為之特別規定，依特別法優先於普通法原則，應適用公平交易法規定」。又如台灣高等法院 89 年度重上字第 12 號判決「宏盛建設股份有限公司不實廣告案」中，法院首先肯定被上訴人得依公平交易法請求損害賠償，並認為：「被上訴人另依侵權行為及不當得利法則請求上訴人給付，因公平交易法為侵權行為之特別法，應優先適用，侵權行為部分，不予審究。」（類似見解並參見台灣高等法院 93 年度上字第 488 號判決「康強有限公司攀附商譽案」；台北地方法院 89 年度重訴字第 730 號判決）。

又有學者認為民法第 184 條第 2 項具有轉介條款之功能，轉介立法者未直接規定侵權責任的公法強制規範成為民事侵權規範。因此在民法以外其他法律規定的特殊侵權行為，如本法第 31 條、消保法第 51 條，民用航空法第 89 條等，只要其民事責任已經明定，再經由民法第 184 條第 2 項的轉介即無必要。故其理由雖不同，結論卻也是認為應僅適用特別法之本條規定（蘇永欽，2002，頁 177-178）。

57.

另外，文獻與實例上也有認為，被害人可據兩法之規定，依請求權競合之原理訴請賠償者。例如即有學者對此略有說明而謂：「被害人得依本法請求預防、排除侵害及請求民事賠償外，得否依民法規定請求之，爰屬請求權競合問題。」（何之邁，2002，頁 518）另有文獻認為，民法第 184 條第 2 項不僅為推定過失之規定，亦得為獨立的請求權基礎，故被害人對違反公平交易法行為者，除得依本條規定請求損害賠償外，非不可另依民法第 184 條第 2 項侵權行為之法律關係請求損害賠償（孫奇芳，1997，頁 99）。

實務上如台灣高等法院 88 年上更一字第 456 號有關不實廣告之判決中，法院認為「被上訴人豪成建設公司之廣告即一樓平面配置圖，顯然為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，違反修正前公平交易法第二十一條第一項規定，依公

公平交易法第三十一條及修正前民法第一百八十四條第二項『違反保護他人法律』之規定，被上訴人豪成建設公司應負損害賠償責任」，也有採取請求權競合之意思（另參見台北地院 89 年訴字第 67 號判決、台北地院 86 年訴字第 4221 號判決；游成淵，2003，頁 138）。最高法院 93 年度第 1997 號判決「太平洋建設公司廣告不實案」中，最高法院法院亦曾表明：「公平交易法第二十一條...係屬於保護他人之法律」，不過卻謂行為人「依民法第一百八十四條第二項及公平交易法第三十一條之規定」，應負損害賠償之責任。最高法院之見解雖不甚明確，但不認為二者間有排除關係，似較接近請求權競合說。

58. 關於同時均有適用餘地之請求權規範間，其法律適用之問題，究竟應採法規競合或請求權競合說，在民事法上應整體考量法律體系邏輯、法律轉介功能與當事人利益之保護等決定之。在一般情形下，如承認請求權競合，賠償請求權人得自由選擇其一行使，對其自然較為有利。而法規競合則最合乎法律體系之結構，而特別法排除普通法也含有尊重立法者所決定之立法政策上先後優先性的重要考量。惟法規競合之方法理論告訴我們，特別法與普通法之關係，應同時檢驗構成要件與法律效果，只有在兩者均較「特別」時，才能承認特別之民事法排除普通民事法，否則仍以採取請求權競合為宜。就本條與民法第 184 條第 2 項之關係而言，兩者之構成要件雖有近似之處，但仍有幾處不同（參見本條邊碼 54）。且其不同之處，如就主觀要件而言，在民法為推定過失責任，在本法則以過失責任為原則，就這點而言適用民法反而比適用本法更為有利（但另一方面民法無三倍賠償，各有其長），故如主張僅適用「特別法」而一概排除民法之適用，對被害人反而造成不利。是故，我們認為此處恐不宜僅強調體系或轉介觀點，尤其在鼓勵被害人多多利用民事賠償管道之際，適當保護當事人利益才是較為關鍵之處，而請求權競合說則應較能滿足上述之要求。

## 第三十二條第一項 三倍損害賠償規定

### 現行條文 (80 年 2 月 4 日制定公布)

「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。」

### 參考文獻

立法院公報 (1987)，第 76 卷第 42 期；立法院公報 (1987)，第 77 卷第 43 期；立法院公報 (1987)，第 77 卷第 43 期；蔡英文(1991)，(公平交易法學術研討會發言紀錄)，《政大法學評論》，第 44 期，頁 363；曾世雄(1991)，(違反公平交易法之損害賠償)，《政大法學評論》，第 44 期；立法院秘書處(1992)《法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案》；廖義男(1995)，《公平交易法之理論與立法》；曾品傑(1998)，(從民法到公平交易法—以損害賠償為中心)，《公平交易季刊》，第 6 卷第 1 期，頁 91-123；賴源河編審(2000)，《公平交易法新論》；陳聰富(2001)，(美國法上之懲罰性賠償金制度)，《台灣本土法學》，第 25 期，頁 37-44；謝哲勝(2001)，(懲罰性賠償)，《台大法學論叢》，第 30 卷第 1 期，頁 113-161；黃銘傑(2001)，(公平交易法損害賠償制度之功能與詮釋—以第三十二條第二項規定為中心)，《中原財經法學》，第 7 期，頁 73-105；陳志民(2002)，(「嚇阻」(deterrence)概念下之反托拉斯法私人訴訟—「最適損害賠償」理論之政策啓示)，《人文及社會科學集刊》，第 14 卷第 1 期，頁 55-109；郭振恭 (2004)，《民法》。

### 第三十二條第一項 三倍損害賠償規定

#### 壹、法制比較

##### 一、美國

##### 二、日本

##### 三、德國

##### 四、歐洲聯盟

#### 貳、立法沿革與體系定位

參、規範目的

肆、構成要件分析

一、適用前題

二、以故意行為為限

三、侵害情節之輕重

四、以已證明損害額之三倍為上限

五、與其他法律之關係

## 壹、法制比較

### 一、美國<sup>1</sup>

1. 美國法下之反托拉斯法民事責任規定中，最主要者，乃克萊登法第 4 條之規定。依該條，任何因違反美國反托拉斯法行為而受有營業（business）或財產（property）損害之當事人，得提起私人損害賠償訴訟，請求違法被告賠償 3 倍於原告所受損害之賠償額，以及其他相關訟訴費用，包括合理之律師費在內。歸納美國法院就克萊登法第 4 條所為之相關判決，主要有「超額支付」（overcharges）及「排除競爭」（exclusion）二大訴訟類型。「超額支付」訴訟之原告通常係因被告之不當訂價行為，而須以非競爭價格來取得被告之產品或服務。故訴訟之目的，在要求被告返還原告因此所額外支付之差額；而差額的計算，係以原告實際所支付之價格與被告產品或服務之競爭價格（competitive prices）二者之差距為依據。至於「排除競爭」訴訟之原告，有要求實行不當排除競爭行為之被告賠償其因此所喪失之交易機會與利潤之訴訟權。

### 二、日本

2. 並無類似之規定

### 三、德國

3. 關於損害賠償請求權上，並無美國或我國公平法第 32 條請求三倍損害賠償。

### 四、歐洲聯盟

---

<sup>1</sup> 本條美國法制部份由陳志民副教授撰寫

4. 歐體條約本身對於違反歐體條約第 81 條第 1 項所生之不作爲請求權及損害賠償請求權並未加以規定，此時應適用各成員國有關之內國法解決之。

## 貳、立法沿革與體系定位

5. 本項明顯與美國克萊登法(Clayton Act)第 4 條的規定相仿。依該條規定，任何因違反美國反托拉斯法行爲而受有損害之當事人得提起私人損害賠償訴訟，要求違法被告賠償相當於原告所受損害三倍的賠償額，以及其他相關的訴訟費用，包括合理的律師費在內。不同之處在於，一旦原告之損害賠償請求權成立，美國法之三倍損害賠償(treble damage)額度是強制性規定，法院並無縮減之裁量權。
6. 相較於獨占、聯合、結合、或第 46 條「除外條款」等規定的立法討論，公平法中關於民事三倍損害賠償訴訟的規定，從行政院草案送進立法院到完成三讀，可謂相當順利，除少數學者專家曾具體表達過不同的立法或修正意見外，在後續的幾次審查委員會中均以無異議通過。其中，梁宇賢教授與劉紹樑律師均認爲，損害賠償制度應以填補被害人損害爲原則，加重三倍損害賠償，對企業失之過苛，且有興訟與增加裁判錯誤時企業所需承擔成本的風險，故不鼓勵制定此一條文(立法院公報第 76 卷第 42 期，1987，頁 91、96); 徐紹節律師則主張，高於實際損害之加倍賠償，將誘使潛在被害人“主動追求接受傷害，意圖獲取超額的賠償。”再加上公平法其他的處罰規定，已足以達到嚇阻的目的，故本條應刪除(立法院公報第 76 卷第 42 期，1987，頁 98)。
7. 就實體要件部分，主要的修正有二。其一、依廖義男教授所提出的「公平交易法草案」中第 46 條第一項的規定，加重損害賠償額度原以二倍爲限(廖義男，頁 428); 但後來在經濟部所研擬(第 37 條)及行政院函請立法院審議(第 32 條)的「公平交易法草案」中均改爲三倍，其理由爲因當時商標法第 64 條第 3 款有類似的規定，另外，採三倍額度也較能與所參酌的美國立法例相呼應(立法院秘書處，1992，頁 231)。其二、不論在廖義男教授或經濟部與行政院所提出的草案中，並未將得請求三倍賠償的行爲限於「故意」行爲，但在委員會審查時，經劉興善委員提議將請求範圍限於故意的反競爭行爲，致於過失行爲仍應依民法之規定與原則請求賠償，該修正建議並獲委員會通過，始形成現行的條文。

其理由為，就美國關於懲罰性損害賠償之立法而言，僅限於惡性故意行為，且允許受害人得不證明行為人有故意或過失即得請求加倍賠償，對企業將造成經營上極大的威脅，有失公平(立法院秘書處，1992，頁 229)。

8. 而從條文審議過程中相關的發言判斷，不論是起草的行政機關認為本項是「...懲罰性規定，若發生賠償事宜，很明顯地金額將歸屬於原告，即被害人。」所有，及引用民法第一百八十四條規定答覆立法者關於本項主觀構成要件的質詢，(立法院秘書處，1992，頁 229、230)，或是立法委員強調三倍賠償應是例外規定，否則將連帶影響未來民法損害賠償規定適用的公平性(立法院秘書處，1992，頁 230)，均不難看出本項在立法體系定位上與公平交易法第 30 條與 31 條相同，本質上與民法侵權行為損害賠償規定類似。不過，由於公平交易法為民法之特別法，另外，公平法本身所肩負的維持市場秩序公平性及保障消費者權益等公共利益導向之任務，使得在解釋本項規定時，必須和以補償個案當事人損害為出發點的民法損害賠償計算方式有所區別。

### 參、規範目的

9. 依本項立法理由說明所示，三倍損害賠償規定在於避免「...被害人常因損害額不大或甚難證明實際之損害範圍，致不願或不能向侵害人請求損害賠償，此種情形將造成對不法侵害行為之縱容或鼓勵」的情形，故乃參照美國立法例制定本項。再者，參考同條第 2 項規定之立法理由，公平交易法之所以允許被害人得請求專依侵害人因侵害行為所得利益計算損害額，其理由乃「由於倘侵害人因侵害行為受有利益，其利益如超過被害人所受之損害額時，縱賠償被害人所受之損害後，侵害人仍保有不法所得，殊屬不當」。綜觀二項規定，公平法第 32 條關於損害額計算規定之初衷，顯然是在利用加倍的賠償金額及剝奪侵害人之違法利得的方式，以提高被害人起訴的誘因和抑遏侵害人進行反競爭行為的動機，其核心規範目的，應是在「嚇阻」反競爭行為的出現，至於被害人得就其競爭損失獲取補償，只是附帶實現的利益，此一看法亦與公平交易法不同於民法強調個案保護，而著重市場交易秩序之公益性保護色彩相一致。
10. 由於本項規定性質與美國侵權行為法下的「懲罰性損害賠償」相同，國內

學者據此也認為，除「嚇阻」外，本項同時也在「懲罰」從事反競爭行為者(陳聰富，2001，頁 39-41)。固然，在法學中，「懲罰」與「嚇阻」往往是併用的用語，法律人通常並不嚴格區分二者的內涵；實則二者的判斷基準不盡相同。當行為需受加倍賠償之「懲罰」時，立法者所關切者，往往是行為所具有的道德非難性，其所憑藉的判斷依據具有高度的主觀性與不確定性；反之，當「嚇阻」為法律制定加倍賠償的目的時，其所賴以判斷者，往往是較為客觀的法益保障必要性與可能性的衡量。對於較著重主觀構成要件探討的法律，如刑法，二者的區分的實質意義或許不高；但對於強調行為對市場競爭經濟效果評估的公平法而言，二者的不同，會影響到公平法第 32 條第 1 項相關構成要件的解釋與立法妥當性的評估，相關議題將於第肆節中再行說明。

11. 從上述說明可知，在立法過程中對本項立法必要性持保留或反對的學者專家，似仍受限於傳統侵權行為法「填補損害」原則，而忽略了其所具有的「嚇阻」功能。當然，爾等所提出的因過度補償所對企業造成不公平負擔，以及可能創造出“熱心受害者”(eager victim)的疑慮，固非無見；但解決之道，應是從如何透過相關法律機制的設計，以協助法官作更精確的加倍乘數判斷，以避免出現學理上所謂的「過度嚇阻」(over-deter)或「嚇阻不足」(under-deter)的現象(陳志民，頁 73-77)，而非因此即主張本項無制定之必要。至於公平法中的其他處罰，如刑事制裁或行政制裁，固然也有嚇阻的功能，但嚇阻功能能否發揮，關鍵在於行為人所實質“感受”(perceived)到而非“名目”(nominal)上的違法制裁是否已足以剝奪其違法的動機，而與違法行為是否可能被發現起訴有密切的關聯。就美國法而言，其立法初即是在考量由最具直接利害關係之反競爭行為被害人(消費者、交易相對人、或競爭事業)提起之三倍損害賠償私人訴訟，在起訴誘因與證據取得上皆可能要比行政或刑事制裁等公部門執法要來得強烈與積極，而能提高法規嚇阻的可能性。當然，美國的整體訴訟與證據取得制度的設計與我國現行法制仍有不少差異，但由於我國的規定實質上是自美國所移植而來，因此其立法的初始目的與精神仍值我國在探討立法妥當性時列入考慮。

## 肆、構成要件分析

### 一、適用前題

12. 由本項文字「法院因『前條』被害人之請求...」可知，得請求計算三倍損害賠償者，以符合公平交易法第三十條之行爲爲限，故相關的構成要件，如行爲主體、行爲不法性、損害結果、損害額之計算方法、與行爲與結果因果關係之認定等，請參閱本條後段註釋。

### 二、以故意行爲爲限

13. 本項以被告之行爲係出於故意者爲限，而排除了因過失行爲而受有競爭損害請求加倍賠償的可能性，與消費者保護法第 51 條規定：「...消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金」顯有不同。至於所謂之故意，依民法 184 條之構成要件分析，乃指行爲人對於侵權行爲之事實，明知並有意使其發生(確定故意)，或預見其發生，而其發生並不違背其本意者(不確定故意)而言(郭振恭，2004，頁 190)。惟在訴訟實務上，尙未見法院對本項要件有詳細的討論。
14. 從法律構成要件的解釋來看，將上述對「故意」要件的定義涵攝至公平法個案事實時，可能會產生以下值得從學理上進一步探討的問題：公平法第 32 條第 1 項之故意，係指被告明知其所從事之行爲對「市場競爭」有害，並有意使該負面效果發生；或雖預見行爲將發生對「市場競爭」不利的效果，但其發生並不違反被告本意之行爲？還是行爲人明知或可預見其行爲有傷害特定「競爭者」，或行爲發生對特定「競爭者」不利之結果不違反行爲人之本意？若採民法的見解，答案顯然是後者。對於依公平法第三章「不公平競爭」中之第 20 條、第 21 條、第 22 條所提之三倍損害賠償訴訟，此一解釋結果或許有其正當性；但對於爲數更多的第 10 條、第 14 條、第 19 條、甚至於第 24 條等以行爲具有一定市場負面效果爲適用前題之案件，將故意解釋爲對「競爭者」傷害的「知」與「欲」，即有問題。「市場競爭」的目的往往是「取代」，鮮少有事業在參與市場競爭的同時會不期待能和競爭對手爭取交易機會和市場占有率，若採民法見解，則絕大部分的行爲均符合「故意」要件，而使本要件形同虛設，更可



能因此而出現了過度嚇阻的效果。反之，若採「市場競爭」說，通常行為人於決定採行某競爭策略之初，其也許可預見或了解對相關競爭者可能產生的影響為何，但我們難期待事業有能力「預見」其行為將迫使多少市場參與者(包括上下游相關廠商)退出市場、市場集中度、潛在競爭者所面對的參進障礙、甚至於市場價格水平將因此而提高多少百分比等和競爭強度息息相關之變數，遑論「明知」其效果。相對於「競爭者」理論，以「市場競爭」作為預見或明知之對象，將增加原告的舉證負擔，使本項規定成立的機率大降，而有「嚇阻不足」的可能。

15. 從註釋現行條文規定的觀點來看，為期本條條文能適度的發揮功能，解釋上應將本項的「故意」解釋為係被告對「行為」的故意而非「結果」的故意，也即只要被告有意利用涉嫌不法的行為來達到反市場競爭的目的即屬該當，至於成功的可能性有多高，則不需考慮。惟長期來看，未來公平法修法時，似可重新考慮有無必要將三倍損害賠償規定侷限在「故意」的違法行為。畢竟從本項所沿襲的美國立法例來看，克萊登法並未將得請求的行為限於故意行為。另就立法體系而言，立法者選擇將私人損害賠償訴訟也列入公平交易法的救濟手段之一，必是期待加倍賠償制度對回復與維持市場交易秩序此一客觀的公平法核心法益，也能發揮如公部門執法般的功能。故於思索本項以故意行為為限的規定是否妥當時，不應著眼於「故意」與「過失」二者主觀可非難性的差別，而應從若放寬規定讓過失行為也包括在得請求三倍賠償的行為之列，甚至於對公平法民事損害賠償制度採「無過失責任」主義(蔡英文，1991，頁 363)，是否有助於解決被害人常因損害額不大或甚難證明實際之損害範圍，致不願或不能向侵害人請求損害賠償，此種情形將造成對不法侵害行為之縱容或鼓勵的問題。而就實質的經濟效果來看，行為的出於故意或過失，和被害人損害額的大小，並無必然的關聯。舉例而言，不論被告是出於排除競爭對手的意圖或是因疏失而誤解了行為在公平法下的合法性，而從事聯合訂價或掠奪性訂價行為，其對市場交易秩序的影響，往往是以統一與客觀的市場效果—如原告因此所喪失的交易機會、市場占有率，或消費者因市場價格上升而所必需承擔的額外支付損失等—來呈現。(陳志民，2002，頁 92)。從「嚇阻」的角度而言，將故意與過失列為法院決定加重倍數的考慮因素，可能要較將其列為請求權成立要件之

一要來得妥當，詳見第四小節的說明。

### 三、侵害情節之輕重

16. 依本項之規定，原告所得請求超出其實際損害額的程度，加重或不加重，取決於反競爭行為對被害人侵害程度為何，程度重者，所得請求的加倍賠償額較高。侵害情節輕重之認定，固然應由法院就個案事實來審酌，但綜觀我國法院關於加重損害賠償之相關判決(含消費者保護法第 51 條者)，法院的判斷理由相當多樣化，但皆無法突顯侵害情節輕重的法律層次感。例如在「建宏公司預售屋銷售」案（89 年上易字第 367 號）中，台灣高等法院以「...建宏公司故意以不實之廣告誘使蘇○○陷於錯誤而與其簽約及蘇○○受損害情節之一切情狀...」，而認為應以二倍賠償為適當。而在「Hello Kitty 商標仿冒案」（88 年訴字第 10 號），台灣高等法院以「...被告自他人購得之仿冒商品，已支付相當對價，尚未出賣得利即遭查獲，並經判處有期徒刑六月確定...其對原告公司所為侵害之情節常非重大」為由，認定無加重之必要。又如在「宏盛建設預售屋」案中(88 年重訴字第 2762 號)，就公平法第 32 條部分，台北地方法院以立法意旨係基於被害人甚難證明其損害額，故有此規定，但本案消費者所支付之價金，即係其受侵害之損害，被告只需賠償原告業已交付之價金已足以彌補其損害，無再酌定損害額以上之賠償之必要；不過在同案關於消保法第 51 條的部分，法院則以「...上訴人為建設公司，應本於專業，提供符合生活機能及現代休憩需求之房屋予消費者，乃竟以欺罔之手段，誘使消費者購買與契約品質不符之房屋，而獲不相當之利潤，並原告等人花費時間、精力，竟買受與其原來之生活計劃不合之房屋等一初情狀...」為由，認定以一倍之賠償金為適當。整體而言，法院仍著重在是否有補償之必要，以及行為對商業競爭倫理所生之惡性是否已獲得應有之懲罰。至於判決能否達到嚇阻的功能？則似乎不是法院所關心之焦點。
17. 法院該如何具體判斷侵害行為之結果輕重，公平法本身並無明文。但參酌國內其他法規判斷違法行為輕重標準之規定，多係從「行為人」、「行為本身」、及「被害人」等三個面相來加以規範。例如依刑法第 57 條之規定，科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機、目的； 二、犯罪時所受之刺激； 三、犯罪之手段；

四、犯罪行為人之生活狀況； 五、犯罪行為人之品行； 六、犯罪行為人之智識程度； 七、犯罪行為人與被害人之關係； 八、犯罪行為人違反義務之程度；九、犯罪所生之危險或損害； 十、犯罪後之態度； 又如社會秩序維護法第 28 條明定，違反本法之案件，量罰時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，為量罰輕重之標準：一、 違反之動機、目的； 二、違反時所受之刺激； 三、違反之手段； 四、行為人之生活狀況； 五、行為人之品行； 六、行為人之智識程度； 七、行為人與被害人之關係； 八、行為人違反義務之程度； 九、行為所生之危險或損害； 一〇、行為後之態度等。其中更值得參考的應是公平法施行細則第三十六條所列，關於公平會於決定行政罰鍰時所應考量的各款事由。依該條之規定，公平會於決定行政罰鍰時，除需審酌一切相關之事證外，並需注意被處分人違法行為之動機、目的、及預期之不當利益，違法行為對交易秩序之違害程度、持續期間，被處分人事業之規模、經營狀況、市場地位及違法後懊悔實據及配合調查態度等事項。

18. 為更具體落實施行細則第 36 條之規定，公平會另行制定了「行政院公平交易委員會裁處罰鍰額度參考表」，其中對於各事由給予不同的加重點數，可供法院於審判中參考。

#### 四、以“已證明損害額”之三倍為上限

19. 本項原告尚需具體證明損害額，始能請求加倍的賠償。實務上曾出現的問題，乃於原告選擇依第 32 條第 2 項規定，專以被告所得利益計算其損害額時，其因此所計算出來的數額是否該當第一項之「損害額」，而得再加倍計算？此一爭議，曾於「皇家禮炮 21 年威士忌案」(87 年國貿字第 25 號)中，由被告提出，其認為「...觀諸公平交易法第三十二條之精神，該條第一項、第二項之規定需擇一行使，原告既主張依第三十二條第二項專依被告所受利益計算賠償額，自無再援引同條第一項請求按損害額之三倍計算賠償額的道理...。」不過，台北地方法院並未就此問題表達法律上的意見。從立法體例來看，公平法第 32 條第 1、2 項係針對第 31 條損害賠償基本規定所為之二項獨立的特別規定，二者不應產生關聯。不過從理論上來看，本項規定的「嚇阻」功能能否發揮，取決於反競爭行為被發現與起訴之機率有多高；因此，主張剝奪被告違法利益即可嚇阻違

法毋須再加倍之論點，乃建立在反競爭行為被發現與起訴的機率為百分之百的前題上。當此一前題被解除時，對被告違法利得再適用加倍賠償規定之作法，就實現立法目的之功能而言，難謂其全然不具有法律上的正當性。

20. 至於以三倍為上限的問題，實務上對於加倍的乘數的決定莫衷一是已如上述。從反托拉斯法學理而論，在假設法院裁判不會出現錯誤，以及原告損害等於被告違法利益的條件下，行為被發現訴機率的倒數，即是賠償應加倍的乘數。因此理論上最理想的立法方式，應是不設上限，由法院依機率來決定乘數。但就現實面而言，所謂的發現機率，可能需要長期執法經驗的數據累積與統計分析，且不一定百分之百精確。不過，此一「倒數原則」對於本項仍有以下二點啟示：

21. 其一、於「嚇阻」概念下，個別違法行為之“透明度”或“曝光率”為何，可能是法院於計算私人訴訟損害賠償額時，所需調查與掌握之重要事證之一。就違反反托拉斯法之行為類型而言，其中不乏透明度較高而較易為相關利害關係人所發現者；例如大公司之調整售價行為，通常會為報章雜誌所大幅報導；而搭售或轉售價格維持約定等行為，廣大的消費者往往是最有效的檢舉人。對於此類之違法行為，可以考慮賦予較低之損害賠償乘數。至於像聯合訂價行為，由於多屬卡特爾成員間之秘密行為，發現不易；相對的，則需以較高之乘數，始有可能達到最適嚇阻的效果。

22. 其二、本項規定於未來修法時，可考慮不以故意為要件，以落實嚇阻目的。但行為人究係出於故意或過失而違法，在倍數的決定上仍有其參考之處。簡言之，出於故意所為之行為，由於行為人已知悉本身行為之不法性，故必定會採行相關的作為以降低行為被發現的機率，故相對的，應處以較高的加倍乘數，反之，出於過失所為者，行為曝光率較故意為高，故以較低之加倍乘數即可實現嚇阻之目標。

## 五、與其他法律之關係

23. 依第 31 條之文義，得適用本項規定者，乃違反「公平交易法」之行為；但若行為亦同時符合其他法律之違法構成要件，而原告併合主張要求法院個別獨立計算加倍損害賠償時，法院該如何處理？例如，不實廣告行為，除可能違反公

平法第 21 條規定外，亦可能違反消費者保護法第 22 條「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」的規定，而依消保法第 51 條之規定受害之當事人亦得提起訴訟請求三倍之損害賠償。在「宏盛建設預售屋」案和「建宏公司預售屋銷售」案中，原告均主張被告之預售房銷售廣告與交屋後的實物不符，有欺騙消費者之嫌，除依民法規定解約請求返還已給付之價金外，在損害賠償部分，同時依消保法第 51 條與公平法第 32 條第 1 項之規定主張獨立分別計算三倍損害賠償額，法院對於併合獨立計算之請求均採允許之見解。類似的看法，也出現在商標專用權人對於侵害其商標專用權人，在依商標法第 61 條第 1 項「商標權人對於侵害其商標者，得請求損害賠償」及第 63 條第 1 項第 3 款「商標權人請求損害賠償時，得就下列各款擇一計算其損害：...三、就查獲侵害商標權商品之零售單價五百倍至一千五百倍之金額」等規定請求賠償後，再行請求公平法之三倍損害賠償(88 年訴字第 10 號)。

24. 另外，在「澎湖縣警察局西服採購」(90 年簡上字第 3 號)一案，原告以被告澎湖縣警察局於西服採購案中，對於招標的布料成分、質料之規定，樣衣裁剪及布料數之提供，以及廠商資格規定等部分，有不當限制競爭及綁標之行爲，造成廠商之差別待遇，影響交易之欺罔行爲，已違反採購法第 26 條、第 37 條、公平交易法第 19 條、第 24 條規定，並依同法第 32 條規定請求損害賠償。澎湖地院以招標行爲並未違反採購法與公平法爲由判決原告敗訴，就採購法與公平法併合請求部分，法院則以採購法施行後，有關不當限制廠商投標資格已有規範，並提供異議及申訴救濟管道，以及求償途徑，故就符合採購法之採購案，有關之法律關係，政府採購法應優先於公平法適用爲由，駁回原告的主張。



## 第三十二條第二項 以侵害所得利益計算損害額

現行條文:(民國 80 年 02 月 04 日制定公布)

「侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額。」

### 參考文獻

劉紹樑(1991)，(從意識型態及執行實務看公平交易法)，《政大法學評論》，第 44 期；曾世雄(1991)，(違反公平交易法之損害賠償)，《政大法學評論》，第 44 期；黃茂榮(1993)，《公平交易法理論與實務》；黃銘傑(2001)，(公平交易法損害賠償制度之功能與詮釋—以第三十二條第二項規定為中心)，《中原財經法學》，第 7 期；廖義男(1995)，《公平交易法之理論與立法》；曾品傑(1998)，《從民法到公平交易法—以損害賠償為中心》，《公平交易季刊》，第 6 卷第 1 期。

### 第 32 條第 2 項 以侵害所得利益計算損害額

#### 壹、法制比較

##### 一、美國法

##### 二、歐盟法

##### 三、日本法

##### 四、德國法

#### 貳、立法沿革、體系定位與規範目的

#### 參、構成要件分析

##### 一、適用前提

##### 二、「得」請求與「專依」利益計算

##### 三、因果關係判斷問題

##### 四、利益之計算

## 壹、法制比較

### 一、美國法

1. 無類似規定。

### 二、歐盟法<sup>1</sup>

2. 歐體條約本身對於違反歐體條約第 81 條第 1 項所生之損害賠償請求權並未加以規定，此時應適用各成員國有關之內國法解決之。例如在德國，這裡最重要的就是將歐體條約第 81 條認定為是「保護他人之法律」，而能夠進一步依據國內侵權行為法之規定（如德國民法第 823 條第 2 項）請求賠償。

3. 歐體條約第 82 條關於獨占之規定，則未對於民事制裁之問題著墨。故其民事制裁與效果問題，應依成員國內國法處理之。其重點例如是否可將歐體條約第 82 條視為一項禁止規定，而令獨占事業違反該條所訂定之契約無效。其次也是將歐體條約第 82 條認為是一種「保護他人之法律」，而依據國內侵權行為法之規定請求賠償。

### 三、日本法

4. 無類似規定

### 四、德國法<sup>2</sup>

5. 在德國限制競爭法下關於損害賠償之方式、損害之計算、損害賠償加計利息等內容，適用該國民法第 249 條至第 252 條之規定<sup>3</sup>；損害之估計或計算，在個案上可能依據民事訴訟法第 287 條與民法第 252 條之規定，並特別考量因該事業違法所獲得之利益。

6. 至於在違反不正競爭防止法之損害賠償請求部分，有關損害賠償範圍的認定上，目前德國實務上發展出三擇一的損害計算方式（dreifache Schadensberechnung）<sup>4</sup>，其中一項認定方式即是「侵害人所得利益之返還」。此

<sup>1</sup> 本條歐盟法制部份由吳秀明教授撰寫

<sup>2</sup> 本條德國法制部份由謝銘洋教授、陳人傑撰寫

<sup>3</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, Beck, 2001, §20, 16, S. 360.

<sup>4</sup> 依據Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §9 Rdnr. 1.36 之介紹，此一三種損害計算方



一計算方式之目的，係如同「無因管理」(Unechte Geschäftsführung)所生之返還請求權(參照德國民法第 687 條第 2 項第 1 句；第 681 條第 2 句；第 667 條<sup>5</sup>)一般，侵害人對於無權使用受害人智慧財產權或具類似之法律地位時，應返還所得利益。因此在計算上，是以受害人利用其受侵害權利之方式，獲得如侵害人所得之相同利益(假定狀態Fiktion)為基礎<sup>6</sup>。

## 貳、立法沿革、體系定位與規範目的

7. 本條於 80 年經制定公布後，即未曾修正過。在廖義男教授所提之公平交易法草案第 46 條中並無類似之規定(廖義男，1995，頁 428)；其後於經濟部所研擬以及行政院函請立法院的公平法草案中，始修列本項規定。按依行為人所得利益作為懲罰基礎較常見於行政制裁規定中，民事制裁較為少見。依行政院提出於立法院版本之立法說明可知，之所以增訂本項，乃考量“侵害人因侵害行為受有利益，其利益如超過被害人所受之損害額時，縱賠償被害人所受之損害後，侵害人仍保有不法所得，殊屬不當。故本條第二項參考美國立法例，規定被害人得專依侵害人因侵害行為所受之利益計算其損害額(廖義男，1995，頁 468)。惟遍查美國相關之反托拉斯法規，並無任何授與被害人得以侵害之利益作為計算損害額之規定，故此究係誤植或另有反托拉斯法外之立法例？令人費解。
8. 對此，學者有認為本條所謂之美國立法例，當指美國規範標章與不公平競爭之聯邦法規蘭哈姆法((Lanham Act)，理由主要有二：其一，由於美國反托拉斯法規中並無類似的規定，則唯有朝不公平競爭的方向始有可能找出參考的立法例。而在美國，「不公平競爭」(unfair competition)行為，除各州之不公平競爭法規(含普通法中所建立之判例法原則)外，在聯邦法規部分，則只有該法第 35 條第 1 項第 1 款有規定，被害人原告所得求之賠償包括被告因侵害行為所得之利

---

式，於德國實務上已具體呈現在以下權利或法規之侵害或違反：著作權、商標權、新型權、新式樣權、人格權之財產利益、商標、姓名權、不正競爭防止法第 4 條第 9 款所保護之工作成果(Leistung)，以及同法第 17 條以下所欲保護的營業秘密。

<sup>5</sup> 我國民法第 177 條、第 173 條第 2 項、第 541 條規定，與之相當。

<sup>6</sup> Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, §9 Rdnr. 1.45.

益；其二、公平法第 32 條第 1 項的立法理由中，雖誤植係依民國 61 年所制定之商標法第 64 條之規定，但從此一疏失也可推出立法者係以美國涉及商標與不公平競爭之法規作為參考依據(黃銘傑，2001，頁 85-86)。

9. 就法律體系而言，本條規定，乃民法第 216 條第 1 項規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益者為限」之特別規定。類似之特別規定，尚見於相關智慧財產權法規，如商標法第 63 條、專利法第 85 條、著作權法第 88 條、營業秘密法第 13 條、以及積體電路電路布局保護法第 30 條等，均允許被害人得依侵害人因侵害其智財權所獲之利益作為得請求之損害賠償額。至於本條規定之法律性質為何？學者間主要有以下幾種見解：一、「歸入權」說（劉紹樑，1991，頁 47-48）。主張此說者認為本條性質類似於民法第 563 條第 1 項或公司法第 209 條第 5 項，關於經理人或公司董事因違反競業禁止約定時，商號或公司得以違反行為所得利益作為請求賠償之規定。此說的問題在於，不論是民法 563 條或公司法 209 條，均以行為人與被害人間存在一定之信賴或忠實義務為其前題，此與公平交易法中，侵害人與被害人通常不具有類似關係，顯有不同；二、「不當得利」說。學者中有雖不全然贊同此一見解，但仍不排除以不當得利來理解本項規定之可行性者（黃茂榮，1993，頁 519），畢竟從強調「利益調和」而非「損害填補」的角度來看，二者在立法目的上頗為類似。惟此說之缺失在於，民法不當得利仍有「因果關係」要件之要求，然而公平法上不少的違法行為，並不當然會構成「『財產利益』自受害人向加害人移動，此與不當得利之構成要件不相當」（黃茂榮，1993，頁 519）。三、準無因管理或不法管理說（曾世雄，1991，頁 359；黃茂榮，1993，頁 520；曾品傑，1998，頁 115）。此說以民法第 177 條第 2 項之規定作為依據，認為公平法第 32 條第 2 項之規定，與民法上允許本人得對明知為他人事物，但仍基於自己利益而管理之的不法管理人，主張因管理所生之利益之規定類似。此說為多數論者認為是較有力之學說。不過，民法上之準無因管理以明知或故意為要件，此由條文規定「…管理人明知為他人之事物，而為自己之利益而管

理之…」可知；但公平法中關於民事損害賠償請求權是否以故意過失為要件，仍存有極大的爭議（見第 31 條註釋邊碼 25 至 36）。另外，準無因管理需有「管理他人事務」之行爲，但在公平法下，侵害人所從事之反競爭行爲，多數不涉及「管理」被害人之「事物」。論者雖有認為「競爭者間在市場上本來即具有『消長』關係，在此意義下，事業之一方違反競爭法之規定，擴展自己之市場，具有奪取對方市場之意義，就擴張之市場部分，將其經營之市場論為受害人之市場，從而將該市場之經營論為管理受害人之事物，不無道理」（黃茂榮，1993，頁 520）。姑且不論此一說法可能無法解釋於侵害人與被害人不具競爭關係時之侵害情狀，即便在競爭者間，市場競爭具有「消長」的「特質」，並無法讓執法機關得以預測消長的「結果」，將潛在被害人因競爭對手之不當或不公平競爭行爲所可能被剝奪之未來取得市場經營權的期待利益，解讀為是一項歸屬於潛在被害人，且得被具體管理之事物，在論理上稍嫌牽強。

10. 事實上，探討某法律規定之法律性質為何，其目的通常在探討相關的時效及抗辯事由規定等能否準用的問題，就本條而言，此一探討實益不大。其實於探討公平法關於損害賠償計算方式之特別規定時，不應過度拘泥於民法以「填補損害」為設計主軸之相關制度規定，而可能要從法條所擬提供之目的功能來加以思索。歸納學理上對 32 條第 2 項之立法功能說明，主要有一、損害填補；二、舉證責任之減輕；三、不當利得之剝奪；以及四、違法行爲之預防與嚇阻（黃銘傑，頁 89-96）。其中，採「損害填補」與「不當得利」解釋所生之問題，已如上述；而「舉證責任之減輕」雖係本條第一項立法目的中可間接推論出之立法理由，但嚴格而論，其本身僅是實現立法目的的一項手段而已，而非立法目的。再者，對於本項立法目的中「縱賠償被害人所受之損害後，侵害人仍保有不法所得，殊屬不當」之「不當」二字的意涵，若能將其解釋為可避免侵害人心僥倖，助長其進行不法行爲動機，則可進一步與同列本條且以實現嚇阻為主要目的之三倍損害賠償規定（見第 32 條第 1 項邊碼 9 至 11）相呼應，有助於維持立法體例之一致性。從這個角度來看，可將本項規定直接視為是立

法者欲實現預防與嚇阻目的，所為之立法設計，而無須強求一定要在民法中尋求相對應之法律概念。

## 參、構成要件分析

### 一、適用前提

11. 本項規定並非在賦予被害人一項獨立的請求權，故於依本項請求專依侵害利益計算時，仍以行為已該當第 31 條之構成要件者為限。故關於條文中之「侵害人」與「被害人」之概念，應與第 31 條相同，詳見第 31 條關於「賠償義務人」與「請求權人範圍」之註釋（邊碼 17 至 24），「侵害行為」及主觀要件等亦同（詳見第 31 條邊碼 9、25 至 36）。當侵害人並未因侵害行為而受有利益時，被害人固無本條適用之餘地；於侵害人之違法行為並未造成被害人損害時，即便侵害人本於該行為更有所取得，則因未滿足第 31 條之構成要件規定，被害人本即不得請求損害賠償，當然更無主張依侵害利益計算損害額之可能。

### 二、「得」請求與「專依」利益計算

12. 條文文字用「得」請求，故請求權人理應視究竟主張以「損害」或以侵害人所得之「利益」請求賠償對其較為有利，而選擇主張之法條依據。另外，條文既規定得請求「專依」侵害利益計算損害額，則解釋上被害人也只能就「損害」或「侵害利益」二者擇一行使，而不能合併行使。同理，當被害人原告選擇依 32 條第 1 項請求三倍損害賠償後，解釋上其已放棄「專依」侵害人利益計算損害額之權利，故也不得再行主張本項之適用。實務上，此一論點曾由「皇家禮炮 21 年威士忌案」(87 年國貿字第 25 號)之被告提出，台北地方法院雖未對此表示意見，但從文義上觀之，似應採此解釋。解釋上可能產生疑義者，乃若原告選擇先依第 32 條第 2 項規定，依侵害人所得利益作為計算損害之額度後，該「損害額」是否該當於該條第 1 項條文中之「損害額」，而得再請求法酌定三倍以下之賠償額？於上述「皇家禮炮 21 年威士忌案」中，被告曾主張二者只能擇一行使，法院則未於判決中表示意見。從立法體例來看，公平法第 32 條第 1、2 項係針對第 31 條損害賠償基本規定所為之二項獨立的特別規定，二者似不應

產生關聯。

### 三、因果關係判斷問題

13. 依本項規定文字「…『因』侵害行為而受有利益…」，故似應解為只有與侵害行為具因果關係之侵害利益，始得請求。若運用民法上相當因果關係理論判斷，則指「無此行為，雖必不生此利益，有此行為，通常即足生此種利益者，是為有因果關係。無此行為，必不生此種利益，有此行為通常亦不生此種利益者，即無因果關係。」然於實際判斷過程中，其所可能引發之爭議，較諸判斷「行為」與「損害額」間是否具因果關係（見第 31 條邊碼 37 至 46）可能有過之而無不及。蓋除了景氣因素、消費者偏好、及市場因素外，利益是否會因侵害行為的出現而實現，尚涉及侵害人本身之企業經營能力，此連帶使得因果判斷之不確定性更高。對此，在上述「皇家禮炮 21 年威士忌案」中，原告雖主張本項要求以被告之利益計算損害額，但在證明其數額時，原告仍以被告積極模仿原告之「皇家禮炮 21 年威士忌」外觀，業已侵害原告法律上之合法利益，總計受有損害三億四千一百七十二萬四千餘元為其基礎。但此一計算方法不為法院所採，法院認為原告縱有上述之損害額，但「被告賣出一瓶，並不等於原告少賣出一瓶」，原告若未能就其損害與行為間具有相當因果關係盡舉證責任，即難謂損害賠償請求權存在。

14. 關於因果關係舉證責任分配之問題，已於第 31 條中論及（見 31 條註釋邊碼 46）。而基於上述關於本項因果關係認定過程的高度不確定性，應更有理由採舉證責任轉換之原則。蓋「利益」與侵害行為因果關係之排除，涉及被告之企業經營能力與潛在獲利可能的問題，被告在相關事證的掌握與提出上，均處於較原告優越之地位，由其負舉證責任也較符合訴訟經濟的原則。也即原告只要能舉證證明被告之利益與侵害行為有通常與合理之關聯性，甚或可考慮將原告之責任降至「釋明」的程度即可，後續即應由被告負舉證責任推翻原告已建立關聯性。例如原告只需釋明被告被指涉違法期間，其利益有增加，且該利益之增加可被合理地懷疑與其所採行違法行為有關聯性即可，至於該增加利益

是否係因被告之其他非涉案產品銷售量增加所致，則應由被告負舉證之責。另外，對於由被告所掌握且足以顯示獲利來源，但為原告難以取得之事證，如財務報表或稅藉資料等，似可妥善運用民事訴訟法中關於「書證」提出義務之相關規定，如第 343 條「法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定他造提出文書」，或第 345 條「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實」等規定，來平衡二造在證據取得地位的差距。

#### 四、利益之計算

15. 本項所謂之利益，包括被告因侵害行為所生之營業額、財產總額、或商業利益之增加，至於因侵害行為所導致之因企業市占率增加使得未來潛在交易機會增加等無形利益，似不應列入，以避免認定上過於複雜。另外，本項所稱之「利益」，究屬「毛利」抑或「淨利」？公平法雖未明文，但參酌上述相關之智財權法，例如商標法第 63 條第二款後段「於侵害商標權者不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項商品全部收入為所得利益」之規定可知，應以「淨利」說為妥。又從該款規定亦可推知，原告只需證明「毛利」即可，至於得扣除成本的多寡，則應由被告負責舉證，較能符合訴訟經濟之原則。至於原告舉證需至何程度始為已足？依美國反托拉斯法之原則，並不需達到「數理般的精確」（mathematical precision），而只需有「合理的確定性」（reasonable certainty）即可；甚至於依美國的蘭哈姆法之實務運作，縱使侵害利益所得並非完全由侵害行為而生，而可能部分係因侵害商品本身所具有之特色所帶來，但只要侵害行為構成銷售的一項實質要素，有關此一銷售的全部利益，即應視為侵害利益（黃銘傑，2001，頁 103）。

## 第三十三條 消滅時效

### 現行條文（民國 80 年 2 月 4 日公布）

「本章所定之請求權，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自為行為時起，逾十年者亦同。」

### 參考文獻

廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；曾品傑（1998），〈從民法到公平交易法—以損害賠償為中心〉，《公平交易季刊第六卷第一期》，頁 91-123；王澤鑑（2002），《民法總則》；黃立（2002），《債編總論》；何之邁（2002），《公平交易法實論》；朱柏松（1998），〈論侵權行為損害賠償請求權之消滅時效（上）〉，《法學叢刊第 172 期》，頁 28-42；朱柏松（1999），〈論侵權行為損害賠償請求權之消滅時效（下）〉，《法學叢刊第 173 期》，頁 1-15；孫森焱（2004），《民法債編總論》。

### 第三十三條 消滅時效

#### 壹、法制比較

#### 貳、立法沿革與體系定位

##### 一、立法沿革

##### 二、體系定位

#### 參、構成要件分析

##### 一、罹於時效之權利

##### 二、長短期時效規定

##### 三、消滅時效之起算時點

## 壹、法制比較

各國法制比較部分，請直接參見本章章名註釋之邊碼 59、93、102、105 以下。

## 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

1. 本條規定最初在廖義男教授於 1982 年受經濟部委託草擬之「公平交易法草案」中，其內容有異於現行法之規定。該草案第 48 條規定：「本法所定之不作爲或損害賠償請求權，自請求權人知有行爲及義務人時起，因二年間不行使而消滅；自行爲時起，逾三年者亦同。（第一項）損害發生前，損害賠償請求權之時效不開始。（第二項）」係將不作爲請求權與損害賠償請求權消滅時效之起算時點，爲不同之規定。嗣後之經濟部草案，則將第二項規定刪除，並將消滅時效期間延長。經濟部版草案第 38 條規定：「本法所定之不作爲請求權或損害賠償請求權，自請求權人知有行爲及賠償義務人時起，三年間不行使而消滅；自爲行爲時起，逾五年者亦同。」及至行政院版之草案，則將經濟部草案之文字略加修改，並且調整時效期間，而與現行法規定之內容相同。本條規定於立法院三讀過程中未經修訂，自立法通過後，數次之修法也並未對本條另有增修，故仍保持本法制定時之原貌。

### 2. 二、體系定位

按消滅時效係使請求權於一定期間不行使，而使其請求權消滅之法律事實（王澤鑑，2002，頁 553）。其制度目的係在督促權利人儘早行使權利，以及尊重既有之法律秩序。公平法第 33 條規定亦同，其目的係在促使「營業競爭行爲所生之法律關係早日確定」（廖義男，1995，頁 397）。

本條體例大體上與民法第 197 條第 1 項關於侵權行爲損害賠償請求權之消滅時效規定相同，均設有長短不同之時效期間規定。短期時效部分，自「請求權人知有行爲及賠償義務人時起，二年間不行使」者，請求權消滅；不過若請求權人始終不知行爲及賠償義務人者，將使時效期間無從起算，有礙法律關係



之儘早確定，因此本條亦同於民法第 197 條第 1 項後段，規定「自爲行爲時起，逾十年者亦同」。是以本條規範之請求權有十年之行使期限。不過本條與民法第 197 條第 1 項在規範客體與短期時效之起算點上，規定並不相同，此部分參見本條邊碼 7。

3. 此外，本條後段所規定之「自爲行爲時起，逾十年者亦同」，究爲消滅時效或除斥期間規定，性質上不無爭議。消滅時效與除斥期間之區別實益主要在於前者有中斷或不完成之事由（民法第 129 條以下），而後者則爲不變期間，無中斷或展期之規定（王澤鑑，2002，頁 555）。本條之立法理由謂：「明定本章所定請求權之消滅時效，及除斥期間。」似認爲前段規定爲消滅時效，而後段則爲除斥期間，我國學者亦有採此見解者（黃茂榮，1993，頁 520）。不過本條之解釋，可參考學理上對於民法第 197 條第 1 項規定如何加以定性。過去有認爲民法第 197 條第 1 項前段規定爲消滅時效，而後段規定則爲除斥期間；不過晚近的見解基於民法第 197 條第 1 項之規範客體爲「請求權」，故亦有認爲前後段均爲消滅時效規定，不再認爲後者係除斥期間（黃立，2002，頁 412-413；朱柏松，1999，頁 8）。鑑於公平法第 33 條之體例與民法第 197 條第 1 項規定相同，且規範之客體均有明定爲「請求權」並非解除權或撤銷權等形成權，故解釋上亦應認爲公平法第 33 條前後段規定均爲消滅時效爲妥，晚近之文獻大體上也直接認爲，本條爲消滅時效之規定（何之邁，2002，頁 518；曾品傑，1998，頁 98）。不過，對於民法第 197 條第 1 項後段有關十年之規定，論者雖主張爲消滅時效，但亦認爲與一般消滅時效不同，其時效期間之進行並無中斷或不完成規定之適用（孫森焱，2004，頁 357）。因此，其規範意義與效果，實際上將與除斥期間相去不遠（孫森焱，2004，頁 357），均強調法律關係之早日確定。本條後段，亦宜爲相同之解釋。

## 參、構成要件分析

### 一、罹於時效之權利

4. 本條所規範罹於時效之客體為「本章所定之請求權」，因此文義上包括公平法第 30 條之侵害除去及侵害防止請求權，與公平法第 31 條與第 32 條之損害賠償請求權。是以本條規定在體例上雖與民法第 197 條第 1 項雷同，但該條項之規範對象僅限於「因侵權行為所生之損害賠償請求權」，而不包括侵害除去請求權及侵害防止請求權，二者似有不同。惟進一步觀察，本法第 33 條時效之規定欲直接適用於第 30 條之侵害除去及侵害防止請求權，不無疑問。蓋本法第 33 條有關時效期間之起算，不論「自請求權人知有行為及『賠償義務人』時起」或「自為行為時起」，原來均是以損害賠償請求權為規範對象，而未充分考慮第 30 條之情形。對於第 30 條之請求權，尤其是就侵害防止請求權中單純之「不作為請求權」而言，加害人如一旦已有侵害行為，則多會造成損害，此時已經進入損害賠償之問題，再自行為時或知有行為時起算不作為請求權之時效，其實多已無其實益。故立法政策上，如欲將本條時效之規定亦完全適用於本法第 30 條，則宜就其時效之計算另為適當之規定，以免生解釋上之困難。當然，如將時效規定僅限於適用在本法第 31 條及第 32 條，而明文排除本法第 30 條之適用，也是一種未來修法的可能方向。

### 二、長短期時效規定

5. 本條規定之體例可謂係仿自民法第 197 條規定而來，前後段亦設有兩個不同之時效期間，分別說明之。前段之短期時效，為自請求權人知有行為及賠償義務人時起算二年，屆期不行使則請求權因時效完成而消滅。有關消滅時效之規定，本法除本條外並未設有其他特別規定，是以關於本條前段所定時效之中斷、不完成以及時效完成後之效力等，仍應適用民法第 128 條以下規定。

本條後段則為長期時效之規定，自為行為時起，請求權人逾十年而未行使者，縱不知行為及賠償義務人，其請求權亦罹於時效。如上所述，後段規定雖為消滅時效，但一般認為並無時效中斷、不完成規定之適用。據此，本章規定

之請求權即受有十年之行使期限限制。

### 三、消滅時效之起算時點

6. 本條消滅時效之起算時點，在短期時效，係自請求權人知有行爲及賠償義務人時起算；而長期時效，則自行爲時起算。後者所謂之「行爲時」，係指行爲構成本法規定之違反時。

至於本條前段規定之時效起算點，依本條之規定，係自請求權人「知有行爲及賠償義務人時」起算。依民法第 197 條之規定，時效係自請求權人「知有損害及賠償義務人時」起算。兩者除知有賠償義務人一點相同外，所不同者乃本條尚須知悉「侵害行爲」之發生，而民法第 197 條則尚須知悉「損害」之發生，時效才開始進行。惟知悉行爲發生與知悉其受有損害，仍可能有認知時間上之差別。一般人如僅知有某一限制競爭或不公平競爭行爲之發生，尚不會生行使權利之意識；通常乃知悉其本身因該行爲而受有損害時，才會有權利行使之意識出現。自此時起，如被害人怠於行使其權利，一段時間後使其權利罹於時效，始較符合消滅時效制度之精神。消滅時效制度本即寓有督促請求權人儘早行使權利之旨，若損害賠償請求權雖已成立，但權利人尚不知有損害者，則亦不知其已享有損害賠償請求權，若此時即行起算消滅時效，則對其並不公平。又請求權人雖不知有行爲及賠償義務人，惟其不知乃出於重大過失者，是否應視同知悉而起算時效，值得予以考慮。

7. 故在未來，本條宜調整爲與民法第 197 條之起算時點相同，即自請求權人「知有損害及賠償義務人時」起算較合理。在修法之前，則可以透過解釋予以處理，使本條之起算點與民法第 197 條規定並無二致。蓋依本條之規定，係自請求權人知有行爲及「賠償義務人」時起算時效。解釋上所謂知有賠償義務人，自係指知悉對於請求權人（而非他人）負有賠償義務之人爲何而言。一般情形下，自應先知有損害之後，始會意識到某一行爲人係其賠償義務人，若不知損害，則亦無知悉何人對其負有損害賠償之義務可言。因此，所謂知有賠償義務人，亦非不得解釋爲知有「損害及賠償義務人」。如此則本條規定前段之情形，

消滅時效之起算，係自請求權人知悉侵害行為、損害與賠償義務人時起算。同樣地，民法第 197 條第 1 項雖並未明文以權利人知悉「侵權行為」為要件，但實務判例則肯定之（最高法院 46 年台上字第 34 號判例），且學者亦有持同一見解者（朱柏松，1999，頁 1）。故本條與民法第 197 條規定對於時效之起算，透過解釋後，乃生近似之結果。

8. 最後對所謂「知有損害」之範圍，應稍加說明。我國實務見解認為，民法第 197 條規定之「知有損害」，係指認識損害之發生，但對於「損害額」則無認識必要（最高法院 49 年台上字第 2652 號判例），學說見解亦同（黃立，2002，頁 412；朱柏松，1999，頁 1）。此項見解，在本條亦應採納，而為相同之解釋。

## 第三十四條 登載判決書

### 現行條文（民國 80 年 2 月 4 日公布）

「被害人依本法之規定，向法院起訴時，得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞紙。」

### 參考文獻

曾世雄（1991），〈違反公平交易法之損害賠償〉，《政大法學評論第 44 期》，頁 351-360；廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；曾品傑（1998），〈從民法到公平交易法—以損害賠償為中心〉，《公平交易季刊第六卷第一期》；曾世雄（2002），《非財產上之損害賠償》；經濟部智財局（2004），《商標法逐條釋義》

### 第三十四條 登載判決書

壹、法制比較

貳、立法沿革與體系定位

一、立法沿革

二、立法目的與體系定位

參、構成要件分析

一、須由被害人請求侵害人負擔登載費用

二、將判決書內容登載新聞紙

### 壹、法制比較

1. 各國法制比較部分，請直接參見本章章名註釋之邊碼 96。

## 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

2. 經濟部於 1982 年委託廖義男教授草擬之「公平交易法草案」第 49 條規定：「依本法之規定提起訴訟者，得請求法院判令由敗訴人負擔費用，將判決書內容全部或一部登載新聞報紙公告之（第 1 項）。公告之方式，應於判決中確定之（第 2 項）。」其後，經濟部草案第 39 條規定：「被害人依本法之規定，向法院起訴時，得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞報紙公告之。」經濟部版草案將請求權人改為僅「被害人」始得為本條之請求，且義務人為「侵害人」，而與前述草案由「敗訴人」為義務人者不同。行政院版草案實質內容與經濟部版草案相同，僅於文字上略作修飾而成為現行規定。本條規定自立法後，於歷次修法均未經任何增修。

### 二、立法目的與體系定位

3. 在廖義男教授所擬之草案版本中，本條規定係由訴訟當事人向法院請求由敗訴方負擔費用，將判決全部或一部刊載新聞紙。由於訴訟之任何一方皆可能為敗訴之一方，故其可能是加害人或主張權益受侵害之原告，亦可能包括濫行起訴者，是以義務人實際上未必是侵害人。如此一來，本條規範可能與不作為請求或損害賠償請求之是否成立脫勾，未必具有一致性。其規範理由則是著眼於依公平法起訴者，每涉及企業之營業競爭行為有無違反本法規定，影響當事人商譽及其他利害關係人權益，故藉由本條規定，有澄清事實之效（廖義男，1995，頁 398）。

現行法係規定由被害人請求侵害人負擔費用，在新聞紙登載判決書內容。立法理由強調本條得「...以正視聽，亦兼具補償功效。」由此可知，本條應是附隨於公平法第 30 條至第 32 條而來之請求權。在實務案例上，亦可發現若法院認定無違反公平法情事或者原告不具有損害賠償請求或不作為請求權者，則當然亦不會准許公平法第 34 條之請求（例如台灣高等法院 83 年度重上字第 115 號判決「華康科技公司案」；台灣高等法院 89 年度重上字第 159 號判決「昌臨

實業公司案」)。

4. 惟此並非表示一旦具有本法第 30 條至第 32 條之請求權者，即可當然請求侵害人將判決書登載於新聞紙。實務上在預售屋不實廣告之案例中，就幾未見有適用本條之情形。按本條立法理由所謂「兼具補償之效」，所欲補償者應不是被害人財產上之損害，蓋財產上損害基本上已有第 31 條可資處理。是以本條所欲補償者，或係信用、商譽上之損害。換言之，本條之立法目的在於回復被害人之名譽、信用或商譽，並兼具懲罰與警惕加害人之功效。

此或者是何以在預售屋不實廣告案例中，難以找到適用本條案例之原因，蓋消費者多僅受有財產上損害，而無信用或商譽之非財產上損害也。而在涉及仿冒商標（例如台灣高等法院 88 年度訴字第 10 號判決「林正濱仿冒 HELLO KITTY 商標案」）、或警告信函案例（例如台灣高等法院 86 年度上字第 1005 號判決「均威有限公司警告信函案」）中，則往往都會涉及本條之適用，蓋此等案例多涉及事業商譽保護之問題。

5. 學理上有認為本法不涉及非財產上損害賠償之問題，因而主張本條屬於財產上請求權之規定，並可為排除侵害或損害賠償財產上之請求權（曾世雄，1991，頁 357）。不過若以上述實務發展觀之，似乎間接否定這樣的看法。又例如商標法第 64 條亦有與本條相同之規定，而該條解釋上亦認為係屬「信用回復措施」（經濟部智財局，2004，頁 175）。實則，非財產損害是否得以回復到損害發生前之「原狀」在學理上或許有所爭議（曾世雄，2002，頁 128-132；曾品傑，1998，頁 99），不過實務操作上似不需排除讓被害人回復之機會，此外回復之方法若屬適當，以類似本條之方法為之似亦無不可。實務上在涉及民法第 195 條第 1 項後段名譽回復之案例中，亦有肯定將判決書登載於「網站」上，以回復被害公司之名譽者（台灣高等法院 90 年重訴字第 93 號判決）。是以本條規定至少應可視為係回復商譽之措施，如不涉及此等損害，自無本條之適用。實務案例上即有因無法認定事業商譽受損，而否定本條之適用者（如台灣高等法院 89 年度重上字第 2 號判決「香港商荷蘭營養女神台灣分公司不當比較廣告案」）。

## 參、構成要件分析

### 一、須由被害人請求侵害人負擔登載費用

6. 如同前述，依現行法之規定，本條僅限於由被害人請求侵害人爲本條之費用負擔；且本條之請求既然係附隨於不作爲或損害賠償請求權而來，則何人始稱爲被害人或侵害人，自應回歸各該條文判斷，於此不再贅述。

### 二、將判決書內容登載新聞紙

7. 現行法規定被害人得請求侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞紙。若肯定本條係被害人對侵害人請求權之一種，則所登載判決書內容之範圍，自應視被害人起訴時所請求之範圍大小而定，法院不得判命超過被害人請求之判決書內容範圍（參照民事訴訟法第 388 條）。同理，法院亦不得判命侵害人將判決書登載於被害人所未請求登載之新聞紙。當然，於被害人請求之範圍內，法院自仍有斟酌是否准許、或於何等範圍內准許之權。

8. 實務上依照本條規定准許被害人請求者，例如台灣高等法院 93 年度上字第 488 號判決，康強有限公司攀附商譽案，法院即基於中國時報、聯合報、經濟日報均曾就被上訴人（即被害人）生產之高梁酒爲多篇幅之相關資訊報導，且此三報各有編輯特色，分別有不同群組讀者，因此肯定將判決書全文登載此三報，有助於消費者閱悉本件上訴人違反公平交易法之事實，准許被上訴人請求上訴人將判決書「全文除事實欄部分」登載上開三報各一日之請求。另外在台北地方法院 87 年度國貿字第 25 號判決「日星有限公司高度抄襲案」，法院准許原告請求，命「被告日星有限公司應將本件第一審民事訴訟判決書全文以華康中楷體字形之五號字體登載於經濟日報、工商時報、自由時報、聯合報、中國時報第一版各三日」。又如士林地方法院 88 年度訴字第 1226 號判決「侑佳有限公司仿冒商標案」，法院判命被告應將判決主文及理由刊登新聞紙，本案並經台灣高等法院 90 年度上字第 1032 號判決所維持。



## 第六章 罰則

### 參考文獻

廖義男(1994)，《公平交易法之釋論與實務：第一冊 立法目的、事業、罰則》；  
廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；廖義男（2003），〈行政處罰之基本爭議問題〉，《行政法之基本建制》，頁 221-248。

### 第六章 罰則

#### 壹、罰則之作用

#### 貳、本章內容概述

- 一、糾正措施
- 二、罰鍰
- 三、其他裁罰性不利處分
- 四、刑罰

#### 參、處罰原則

- 一、兩罰原則
- 二、從重處罰

#### 肆、本章與本法其他各章之關係

- 一、與第四章之關係
- 二、與第五章之關係

#### 伍、修法方向

- 一、罰金與罰鍰之互動關係
- 二、以營業額之一定比例作為罰鍰金額
- 三、第 44 條的刪除

#### 陸、法制比較

- 一、美國法制
- 二、日本法制
- 三、德國法制
- 四、歐體法制

## 壹、罰則之作用

1. 本章所列規定為違反本法所定行為之處罰，包括刑罰與行政制裁。為了保護競爭秩序此一公共利益，本法遂在第五章的民事責任外，另以制裁為手段，強化本法禁止規定之法效，並建立執法機關之威信。然而制裁手段之選擇，應考量違法行為之社會倫理非難性程度，及對競爭秩序之法益侵害影響而定，特別是刑罰係國家對違法行為用以制裁之最嚴厲手段，故以刑罰作為制裁手段，應屬最後不得已之措施，故對人民為違法行為而欲加以制裁時，先經處以較輕之處罰手段(如行政罰鍰等)而仍不能達到警惕及嚇阻作用者，始不得已才考慮處以較重及嚴厲之刑罰，即採「先行政後司法」之處理原則，應符合「比例原則」之要求(廖義男，1995，頁 326-327)，本法第 35 條第 1 項於 1999 年修正時改採先行政後司法原則，即係本于斯旨。

## 貳、本章內容概述

### 一、糾正措施

2. 按公平法第 41 條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」其中所謂「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」，乃公平會對於違反本法規定之事業，以公權力介入管制，目的在糾正事業破壞市場競爭秩序之行為，使其違法狀態得以終止，僅屬一般之不利處分，尚不具處罰性質。蓋依行政罰法第 2 條所規定之裁罰性不利處分，雖包括「限制或禁止行為之處分」之類型（第 1 款），惟其所限制或禁止之行為，須受處罰人原得為之合法行為，因受處罰而被限制或禁止為該行為，使其感受到不利益，始足當之；如係原本即「不得為」之違法行為，而命其停止為此禁止之違法行為者，對於被命停止為該違法行為者而言，並無使其權利或自由受到不利益可言。何況，依本法第 41 條公平會得對違反本法之事業限期命「停止、改正其行為或採取必要更正措

施」，不僅得命事業「不作為」(停止)，必要時亦得命事業採取一定之「作為」(改正或更正)，而與行政罰法上「限制或禁止行為之處分」，僅在限制或禁止相對人之行為，尚非一致。是以，倘事業之行為已違反本法規定，無論其是否具備行政罰法上關於行為人責任能力、責任條件、違法認識、免責條件等事由，亦不生「一行為不兩罰」之問題，公平會均得對其進行糾正，俾使市場回復原有之自由與公平競爭秩序。

## 二、罰鍰

### (一) 對違反本法禁止規定之處罰

3. 由於公平法於 2002 年 2 月修正時，業已將結合管制由「許可制」改為「事前申報異議制」，故有必要一併限制參與結合之事業在法定等待期間結束之前，不得為結合，俾利主管機關進行整體經濟利益與限制競爭不利益之審查與衡量。因此，本法第 11 條第 3 項即明文限制事業不得於第 11 條第 3 項所定之等待期間或中央主管機關延長期間內進行結合；再者，公平會經審核事業提出之結合申報資料後，除認事業結合整體經濟利益大於限制競爭之不利益而依法不得禁止其結合外，仍有禁止結合的權限，而事業提出申報後如經公平會禁止其結合，其亦不得進行結合行為甚明，參照：第 12 條第 1 項。而若事業違反前述規定逕為結合，主管機關除得採取本法第 13 條對違法結合之事業進行解體處置外，更得依據本法第 40 條之規定處該違法結合事業 10 萬元以上 5,000 萬元以下的罰鍰，參照：第 40 條。
4. 另公平法第 41 條前段規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。」其中「並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰」，為 1999 年 2 月公平法修正時所增訂。在 1999 年 2 月本條規定修正前，公平會對於違反本法之事業欲科處罰鍰，必須以「限期命其停止或改正其行為，而該事業逾期不為停止或改正者」，作為科處罰鍰之構成要件，以貫徹公平會糾正權之行使，著重在被處分人「不聽從糾正」行為之可責性。其後，為強化公平會取締及制裁之效果，乃於 1999 年 2 月已修正本條前段規定，使公平會依本條規定對違法事業進行糾正之同時，即可直接科處罰鍰，避免違反本法規定之

事業存有可違反本法一次，而不受處罰之僥倖心理。又本條前段規定之適用情形，除包括違反本法第 10 條（獨占事業濫用市場地位之行爲）、第 14 條（聯合行爲）、第 19 條（妨礙公平競爭之行爲）、第 20 條（仿冒行爲）、第 21 條第 1 項至第 3 項（虛偽不實或引人錯誤之廣告）、第 22 條（損害他人營業信譽之行爲）、第 23 條（不正當之多層次傳銷）、第 24 條（欺罔或顯失公平之行爲）等規定，法條上均有「不得爲」明文之禁止規定外，實務上對於事業違反公平法第 18 條調轉售價格限制之行爲，亦認爲有本條規定之適用。

## （二）對於不服從公平會糾正處分之處罰

5. 按公平法第 41 條後段規定：「……逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行爲或採取必要更正措施爲止。」其科處罰鍰規定，係針對事業不遵從公平會糾正之處罰，必須公平會已行使公平法第 41 條前段之糾正權爲要件，且每次糾正處分均須「限期命其停止或改正」，對「逾期不停止或改正」之事業，方得科處罰鍰。故本條後段所謂「按次」，應係指事業每次未遵從公平會限期命停止或改正之糾正處分，而逾期未停止或改正之行爲而言。又本條後段既爲「按次」連續科處罰鍰，其每次罰鍰之科處，均係針對一次違反行政法上義務之行爲，並無違反「一行爲不兩罰」原則之問題，是其應屬處罰性質之「罰鍰」，尙非間接執行性質之「怠金」。

## （三）對於妨礙公平會調查之處罰

6. 按公平法第 43 條規定：「公平交易委員會依第二十七條規定進行調查時，受調查者於期限內如無正當理由拒絕調查、拒不到場陳述意見，或拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物者，處新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰鍰；受調查者再經通知，無正當理由連續拒絕者，公平交易委員會得繼續通知調查，並按次連續處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰，至接受調查、到場陳述意見或提出有關帳冊、文件等資料或證物爲止。」依公平法第 27 條之規定本身觀之，其第 1 項僅稱「公平交易委員會依本法爲調查時，得依左列程序進行」，乃賦與公平會一定之調查權限，而直接課予受調查者應配合行政調查之公法上義

務者，則應為本法第 43 條之規定。又本條所規定者僅屬程序性之義務，是其罰鍰金額亦較違反本法其他實體規定者為輕。

#### (四)對違反本法申報、報備等作為義務之處罰

7. 由於公平法第 11 條於 2002 年修正時，已由「事前申請許可制」變更為「事前申報異議制」，而該條第 1 項即明定事業結合之申報義務，若事業結合且符合本法第 11 條第 1 項所定之結合申報門檻時，則不論何等原因，依法均有向公平會提出申報的義務，若違反此一申報義務，公平會依法即得引用本法第 40 條規定對事業課處新臺幣 10 萬元以上 5,000 萬元以下的罰鍰，至於該結合是否有整體經濟利益大於限制競爭之不利益之情形、或參與結合之事業是否即將停止營業等，則屬公平會依本法第 12 條決定是否許可或禁止結合所應審酌的事項，與本法第 40 條之適用均無關連，事業並不得以結合後之經濟利益主張免除結合申報義務，參照：第 40 條編碼 24。且因結合申報事業所提出之申報資料，為公平會就申報案件作成決定之重要依據，為確保參與結合事業依本法規定提出申報時所提供資料之真實性，本法第 40 條第 2 項更明定若事業之申報事項有虛偽不實者(參照：第 11 條第 5 項但書第 2 款)，即處新臺幣 5 萬元以上 50 萬元以下罰鍰。除此之外，因本法於 2002 年修正時，亦已將原來本法施行細則第 10 條之文字提升至母法位階，而增訂第 12 條第 2 項，明確賦予公平會對於事業結合得附加附款之權，因此公平會若對於事業所申報之結合計畫不為異議，但於作成不異議之決定同時對於該結合附加一定之負擔者，結合事業即負有履行負擔之義務，不履行此項負擔者，亦須受罰鍰之處罰。

除此之外，由於本法第 23 條之 1 第 2 項「契約解除生效後接受參加人退貨並返還進貨價金及其他費用」及第 23 條之 2 第 2 項之「終止契約後買回參加人所持有商品」均課予多層次傳銷事業一定作為義務，如違反前述規定，公平會即得依據公平法第 42 條第 2 項之規定處以罰鍰。

### 三、其他裁罰性不利處分

8. 除糾正與罰鍰處罰外，本法第 42 條規定，若違反本法第 23 條規定從事不正當多層次傳銷之行為者，除得依本法第 41 條規定處分外，其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業；而違反本法第 23 條之 1 第 2 項(於參加人解

除契約後拒絕參加退貨並返還參加人進貨價金及費用)、第 23 條之 2 第 2 項(於參加人終止契約後拒絕買回參加人所持有之商品)或第 23 條之 3 規定(於參加人解除或終止契約時向參加人請求損害賠償或違約金)者，且經限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施後逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。而所謂「命令解散、停止營業或勒令歇業」，在性質上即屬於行政罰法第 2 條所定的裁罰性之不利處分，具有制裁及管制的雙重性質，得與罰鍰作有機的統合，藉以有效達成行政之監督管制目的(廖義男，2003，頁 229)。

停止營業雖未如命令解散或勒令歇業般使違法事業因此喪失其法人格或遭撤銷其營業登記，但其對於違法事業的權益影響仍然甚鉅，故本法第 42 條之 1 明文規定，若公平會已依本法相關規定對違法事業作出停止營業之處分，參照：第 13 條第 2 項、第 42 條第 1 項與第 2 項，所處停止營業之期間，每次以六個月為限，就公平會停止營業處分的裁量權予以限制。

#### 四、刑罰

9. 公平法對於違反本法禁止規定之行為處以刑罰者，在犯罪構成要件上，有兩種不同類型之規定。第一種類型，係行為違反本法禁止規定者，即屬犯罪行為。如第 35 條第 2 項規定：「違反第二十三條規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金」，以及第 37 條第 1 項規定：「違反第二十二條規定者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五千萬以下罰金。」，屬於此種類型。換言之，事業為不正當之多層次傳銷（第 23 條）或損害他人營業信譽之行為者（第 22 條），即構成犯罪行為，應受刑罰之制裁。

第二種類型，係行為違反本法禁止規定者，尚不成犯罪行為，須經中央主管機關即公平會限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，始成立犯罪，而為「附從行政監督之犯罪行為」。公平法第 35 條第 1 項規定：「違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行

為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金」，第 36 條第 1 項規定：「違反第十九條規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五千萬元以下罰金」，即屬此類型。

## 參、處罰原則

### 一、兩罰原則

10. 按公平會對於事業違反本法禁止規定之行為，或事業不遵從公平會之糾正逾期仍不停止或改正其行為，而處以罰鍰者，係在貫徹本法禁止規定之法效及其糾正權之行使，即對事業不聽糾正之一種處罰，參照：第 41 條，至於命令解散、停止歇業或勒令停業等，則屬行政罰法第 2 條所定之裁罰性之不利處分，具有制裁及管制的雙重性質，兩者的處罰對象均為事業，參照：第 42 條第 1 項；而依本法第 35 條、第 36 條及第 37 條處罰之對象則為事業負責人，且其處以刑罰，係以事業負責人居於事業之機關或代表人或代理人之地位，執行其職務或為事業之利益為行為時，即應遵守法律所課予事業之義務，如其不遵守，致使事業違反本法之禁止規定而構成違法行為者，因該不遵守，係由於事業之機關或有代表權或代理權之事業負責人之意思決定，故該等事業負責人必須為其不遵守法律規定，即違反本法禁止規定之意思決定及行為負責。如該違反法律禁止規定之意思決定及行為，造成重大法益之侵害，因而具有社會倫理之非難可責性者，立法者對該違法行為之評價，即定性為犯罪行為，而以刑罰之處罰科予責任，因而為該違法行為之意思決定及行為之人，即應受刑罰制裁，故本法針對事業為特定之違法行為分別對事業處以罰鍰並對其行為人處以刑罰，本法乃採「行為人」及「事業」兩罰之原則。

### 二、從重處罰

11. 在適用對象上，公平法第 35 條、第 36 條及第 37 條科以刑罰之對象為「行為人」（即事業之負責人），第 38 條科處刑罰（罰金）之對象則為法人，與本法第 41 條之行政責任係針對違反本法之「事業」，並非一致。然而，從事業的角

度出發，除事業為非法人團體，其負責人並不同該事業團體本身，且亦無從再依本法第 38 條對該非法人之事業團體科以刑罰，此時即可分別依本法第 41 條後段對該事業團體科處罰鍰，並依本法第 35 條、第 36 條或第 37 之規定對其事業負責人論以刑事制裁的情況外，倘若違法事業為獨資商號時，其負責人即為事業本身，第 41 條後段之罰鍰與第 35 條第 1 項、第 36 條與第 37 之刑罰規定，即有可能發生競合問題；又倘若違法事業為法人時，第 41 條後段之罰鍰與第 38 條對事業法人科處之罰金，亦會發生兩者競合之情形。

12. 依行政罰法第 15 條、第 16 條規定，倘違反公平法之事業為私法人、設有代表人或管理人之非法人團體，或法人以外之其他私法組織時，將對「事業」與「事業之董事或其他有代表權之人」併同科處罰鍰。此種事業與其有代表權之人併科罰鍰之情形，又可分為「事業之董事或其他有代表權之人，因執行其職務或為事業之利益為行為，致使事業違反本法規定而應受處罰，而該行為人如有故意或重大過失」，及「事業之職員、受僱人或從業人員，因執行其職務或為事業之利益為行為，致使事業違反本法規定而應受處罰，而事業之董事或其他有代表權之人，對該行政法上義務之違反，因故意或重大過失，未盡其防止義務」等兩種。因此，事業的負責人除依本法第 35 條至第 37 條受刑事處罰外，亦有依據行政罰法第 15 條及第 16 條另受本法第 41 條罰鍰處罰的可能。

13. 對於前述「同一事業」或「同一事業負責人」，或是在獨資商號負責人即為事業本身，因「同一行為」同時受罰鍰與刑罰處罰的競合情形，行政罰法第 26 條規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之(一項)。前項行為如經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之(二項)。」，已明確採取吸收原則，在行政罰與刑罰發生競合時，逕依懲罰作用較重之刑罰處斷即可。然而，公平會繼續限期命違法事業「停止、改正其行為或採取必要更正措施」之處置，因僅屬糾正權之行使，不具裁罰性質，與第 35 條第 1 項、第 36 條、第 37 條、第 38 條刑罰規定，並無「一行為不兩罰」原則適用之問題。而本法第 35 條第 2 項與第 42 條第 1 項，因兩者之處罰主體、目的及性質均有不同，不生競合問題，亦不抵觸「同一主體同一行為不得兩罰」之原則，因此可以併罰。



14. 另本章所定之刑事處罰措施，諸如第 35 條、第 36 條及第 37 條，亦可能與其他刑事規定或刑法產生競合關係。有鑑於此，本法第 39 條規定：「前四條之處罰，其他法律有較重之規定者，從其規定」，明確宣示採從重處罰原則。申言之，關於獨占事業濫用其市場地位之行爲、事業爲禁止之聯合行爲、仿冒行爲、不正當之多層次傳銷、妨害公平競爭之行爲、損害他人營業信譽之行爲，如其他法律有較重處罰之規定者，則依其他法律爲較重之處罰（廖義男，1994，頁 66），參照：政府採購法第 87 條第 4 項、第 88 條、第 91 條；刑法第 251 條、第 304 條、第 310 條、第 313 條；商標法第 62 條、第 63 條，參照：第 39 條編碼 7 以下。

## 肆、本章與本法其他各章之關係

### 一、與第四章之關係

15. 由於本章罰則部分包含刑事制裁，故本法專責主管機關公平會與司法偵查機關，於執行本章相關規定、判斷行爲違法與否及刑事偵查程序的互動上，即有密切關連。
16. 從法體系以及本法特設公平會以處理本法有關公平交易事項，並於第 25 條第 4 款明定其職掌包括「關於違反本法案件之調查、處分事項」之立法目的而言，關於是否違反本法禁止規定之調查權責，宜由公平交易委員會掌管。且判斷事業是否違反本法禁止規定，須斟酌市場結構及其競爭狀態、該行業中一般事業及當事人之生產效能及成本計算、當事人之行爲對其交易相對人、同業競爭者或市場競爭關係所生影響之程度等因素。故爲此判斷者，須經常蒐集及掌握各行業及相關市場之有關情報資料，始足以勝任，因而有必要設公平會爲專責機關職司其事（廖義男，1994，頁 73-74）。是故，若屬違反本法禁止規定即直接構成犯罪行爲的類型，特別是本法第 35 條第 2 項關於事業違反不正當多層次傳銷，因屬於非告訴乃論罪，宜於公平會確認事業有違反本法禁止規定之行爲，依本法第 23 條等規定應受刑罰制裁，而將案件移送檢察官並爲告發時，檢察官始開始偵查、起訴。如此解釋與作法，始符合公平交易法設置公平交易委員會專責機關之立法目的，並使公平交易委員會能發揮其機關之職掌功能，而達成本法所賦予之任務（廖義男，1994，頁 73-74）。而立法者爲避免本法專責主管機

關公平會與司法偵查機關，在行為違法與否之判斷上，產生歧異，為尊重公平會之專業判斷，更於公平法第 35 條第 1 項、第 36 條、第 38 條規定，對於事業違反本法第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項或第 19 條規定者，均採取「先行政，後司法」之原則，使其成為「依附行政處分之犯罪行為」。而檢察官於受理此類「附從行政監督之犯罪行為」時，由於其犯罪之成立係以「行政法律關係為斷」者，宜仿照刑事訴訟法 261 條停止偵查，函請公平會為先行政之處理；法院於受理時，則得依照行政訴訟法第 12 條之規定，若公平會已依照第 41 條處理時，於其程序確定前，刑事法院應停止其審判程序，參照第 41 條編碼：31。

## 二、與第五章之關係

17. 本法之立法目的，雖主要在於維護市場機能與競爭秩序，惟考量事業所為限制競爭或不公平競爭之行為，除妨害市場競爭之外，亦可能對於競爭者、上、下游業者，以及消費者之個人權益加以侵害，此種不法侵害行為之嚇阻，並非用罰鍰及刑罰之制裁可竟全功。故本法不僅對於違反本法、破壞競爭秩序之事業或行為人課以行政上及(或)刑事上之法律責任，更課以民事上損害賠償責任，並賦予被害人損害賠償請求權、不作為請求權等，使其損失得有賠償或防止之機會，參照：第 31 條編碼 3 至 5。甚且有以為，利益因違反本法行為而受到侵害的同業競爭者、交易相對人或消費者大眾，若能被賦予有效之民事救濟方法，使不法行為人因而不能保有因其不法行為而取得之不當利益，甚至更有損失者，當更能阻止營業競爭行為之限制及不正當之作成。故立法政策上，對於民事責任保護之加強，應重於刑罰制裁之規定(廖義男，1995，頁 384)

18. 然而，囿於個案中請求權人與損害賠償之範圍難以認定，且欠缺損害賠償額度酌定的明確實務操作標準，亦乏健全的集體或團體訴訟制度配合，本法第五章所定的民事責任規定在實務上發揮的功能甚為有限，且因本法係採限制競爭與不正競爭行為規範合併立法的體例，公平會執法範圍亦包括不公平競爭法領域，故被害人可經由檢舉，透過公平會依本章規定為罰鍰或其他處分以節省訴訟勞費，致使許多制度設計上應由私人透過民事管道加以救濟的不正競爭行為，均轉依本章規定尋求救濟，而使資源錯置及第五章功能弱化的情形更為明顯，並連帶使第五章相關規定的實務見解及文獻質量難以累積，而形成惡性循

環。

19. 有鑑於此，未來若能修正本法第五章之相關規定，諸如適度擴大本法第 30 條規定的請求權人範圍，參照：第 30 條編碼 15；適度搭配團體或集團訴訟機制，或促進法院於適用本法第五章規定時應考量本法目的，合理控制責任成立與損害賠償之範圍，避免僵化適用相當關係等，參照：第 31 條編碼 41，使本法第五章民事責任的相關規定發揮其應有功能，即可收與本章規定相輔相成之效，特別是本法第 32 條第 1 項三倍損害額之賠償規定以及同條第 2 項以侵害利得計算損害額等，即是利用三倍以內之賠償，提高被害人起訴的誘因並抑制侵害人違反本法之動機，或是以賦予請求權人專依加害人因侵害行為之利得計算賠償之權利的方式，協助被害人克服在訴訟上損害數額不易證明的困難且同時剝奪侵害人之不法所得，與本章所定的處罰措施，同具有嚇阻事業為違反本法規定行為之目的，且若法院在解釋適用本法第 32 條第 1 項時能著眼於其嚇阻功能之規範意義，並參照事業因違反本章規定之行為嚴重程度，以及所被課與之罰鍰或罰金數額，於損害額三倍範圍內酌定賠償的額度，將使第五章所定的損害賠償機制與本章所定的裁罰措施得同時成為本法執行的輔弼雙翼。

## 伍、修法方向

### 一、罰金與罰鍰之互動關係

20. 本章所設定之處置措施，除糾正與罰鍰處罰外，尚有刑罰。惟法人為違法行為者，是否適宜以刑罰處罰，並因而將其違法行為定性為犯罪行為，值得討論。按刑罰之種類，分生命刑、自由刑及財產刑，基本上乃為自然人而設。其中，僅財產刑，即罰金，對法人可以適應。故法律如明定法人犯罪者，必須並且僅能規定對法人科以所犯法條規定之罰金。惟「罰金」做為對法人之一種處罰手段，無非係藉此科以財產上不利益而生警惕與制裁之作用。然而科以財產上不利益而生警惕與制裁之作用者，在現行制裁制度上，除罰金外，做為行政制裁手段之「罰鍰」，亦具有相同之效果與作用。所不同者，罰鍰之裁處，得由行政機關為之，不服時則依行政爭訟程序救濟。而罰金之科處，則必須由法院裁判為之，不服時，則依法院審級救濟。惟此種處罰機關與救濟程序之不同，不應作為選擇制裁手段之考量因素，選擇制裁手段時所應考量者，除須衡量違

法行為之不法評價外，尤須斟酌制裁手段與制裁目的間是否符合憲法第 23 條所蘊含「比例原則」。因此，對於法人為違法行為而欲科以財產上不利益達到警惕與制裁之目的而言，行政罰性質之「罰鍰」也能達到同樣的目的，但由於刑罰性質上係侵害人民權益最為嚴重之制裁手段，因此，立法者在決定對法人為違法行為之制裁手段時，即應選擇性質上侵害人民權益較輕之罰鍰，始符合比例原則的精神（廖義男，1994）。再者，由於新通過的行政罰法第 26 條已明文規定，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之，故本章編碼 11 至 14 所述的行政罰與刑罰競合情形，行政罰法均採吸收原則而逕依懲罰作用較重之刑罰處斷。然對法人的處罰而言，罰金與罰鍰在效果上實具有相互替代性，對法人違反本法規定的處罰，既有本法第 41 條可資適用，另行以第 38 條對法人亦課以罰金，除前述比例原則的問題外，更會實質架空公平會的權限，致使公平會須待依本法第 35 條至第 37 條起訴的案件，經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定後，始得依第 41 條後段規定加以裁處，實無必要，本法第 38 條宜以刪除為宜。本法第 38 條如經刪除，則因本法第 41 條之處罰對象為事業，本法第 35 至第 37 條處罰的對象則為事業負責人，兩者自得併罰，而即無行政罰法第 26 條之適用問題。

## 二、以營業額之一定比例作為罰鍰金額

21. 目前本章所定之罰鍰，均採設定罰鍰上下限的立法方式，至於實際裁處罰鍰之金額則委由主管機關公平會視具體個案的違法情事進行裁量。惟因本章條文所定之罰鍰金額，其上、下限的差距甚為懸殊，參照：第 40 條、第 41 條、第 42 條第 2 項，雖公平會為罰鍰裁處前應給予受處罰之事業陳述意見之機會，且應審酌事業違法行為應受責難之程度、所生影響及事業因違法行為所得利益，並得考慮事業之資力，參照：行政罰法第 42 條、第 18 條第 1 項，而為明確化公平會裁處罰鍰之額度與標準，公平會亦以公法字第 0940004018 號令發布「行政院公平交易委員會裁處罰鍰額度參考表及適用說明」，明定裁處罰鍰時應考量的事項，然難謂有明確的量化標準，在個案中難以避免有失之過輕或過重之弊。且事業違反本法所定行為，多半是為了自市場上獲取不當的競爭利益，故罰鍰裁處實應著重於事業營業規模及因違法行為所獲利益並設定明確量化標

準，方能實際反應事業違反本法行為之惡性與所得的不法利益，並收嚇阻之效，以去除事業從事違反本法行為的誘因，行政罰法第 18 條第 2 項規定事業違反行政法上義務所得利益若超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制，即是著眼於此。此外，未來本法就罰鍰裁處金額的設計上，亦可考慮仿照日本、歐盟等外國立法例，依事業違法期間或該年度營業額的一定比例設定上下限，參照編碼：50、120、121，以取代現行第 41 條之僵硬罰鍰上限規定，俾罰鍰額度更具彈性及嚇阻作用。

### 三、第 44 條的刪除

22. 本法第 44 條規定依本法第 41 條、第 42 條、第 42 條之 1 與第 43 條規定所處罰鍰，拒不繳納者，移送法院強制執行，係有關罰鍰移送強制執行之規定。於行政執行法於 1998 年 11 月 11 日總統令修正公布前，行政機關得否逕行以行政執行手段對於抗不繳納者之財產，而為強制執行？於實務上有所爭議。但行政執行法於 1998 年修正時，特於第 42 條明訂「法律有公法上金錢給付義務移送法院強制執行之規定者，自本法修正條文施行之日起，不適用之（第 1 項）。本法修正施行前之行政執行事件，未經執行或尚未執行終結者，自本法修正條文施行之日起，依本法之規定執行之；其為公法上金錢給付義務移送法院強制執行之事件，移送該管行政執行處繼續執行之（第 2 項）。前項關於第七條規定之執行期間，自本法修正施行日起算（第 3 項）。」因此本條移送強制執行之規定，可謂已完全為行政執行法之規定所取代，應於日後修法時予以刪除，直接適用行政執行法之規定，由法務部行政執行署所屬行政執行處執行，參照：行政執行法第 4 條第 1 項。

## 陸、法制比較

### 一、美國法制

#### (一) 刑事責任之規定及實務運作

##### 1、構成要件

23. 美國競爭實體法上有刑事制裁規定者，主要為休曼法第 1 條之聯合行為及第 2 條之獨占及意圖獨占規定。因此，法院科以被告刑責之前題，乃被告之行

為已符合個該條文之實體構成要件。就第一條而言，主要構成要件為 1、勾結協議（agreement of conspiracy）；2、限制交易（restraint of trade）；以及 3、行為產生了跨州（interstate）效果。在第二條的情形，則應符合 1、市場力量；2、濫用市場力量的行為；以及 3、「成功的危險可能性」（dangerous probability to succeed；意圖獨占的要件）。除個別要件外，第 1 與第 2 條的行為人，均須有為相關反競爭行為之意圖（intent），始有構成刑事違法的可能。但由於休曼法條文文義的高度抽象與不確定性、行為人於行為之初不當然能清楚了解法規內涵，並掌握行為的違法性，而在被起訴後，被告也往往以此抗辯不具犯罪意圖，使得本要件在實務運作上出現不少爭議。

24. 對此，美國聯邦最高法院在 *United States v. United States Gypsum Co.*,<sup>1</sup> 一案中表示，適用「合理原則」（rule of reason）審理的案件，法院不得單以被告間交換價格資訊的行為，具有維持或提高市場價格的效果，即「推定」（presume）犯罪意圖必然存在<sup>2</sup>。法院必須有證據證明行為人主觀上就違法行為存有“有意識的目標”（conscious object）；其程度毋庸達到行為人確有將違法行為成功實施以遂行其所意欲的特定不法目的的階段，只要行為人於行為時知悉或了解該行為之可能後果與反競爭效果，但仍從事之，即為已足<sup>3</sup>。不過，由於最高法院並未明白表示該證據力原則是否也適用於違法情節較嚴重的「當然違法」（per se illegal）的案件類型，聯邦下級法院普遍將 *Gypsum* 解讀為，只要涉案行為經分析後，應適用「當然違法」原則，則可推定行為人已具有違法意圖<sup>4</sup>。至於在法人的部分，由於其本身並無意思能力，故法人之違法意圖要件，必須透過其內部自然人之意思來加以建立。至於聯結自然人與法人意圖要件之法律原則，將於第二節再述。最後，美國反托拉斯刑事追訴時效為 5 年，以休曼法第 1 條聯合行為為例，以勾結行為完成或放棄時起算；行為於何時完成，法院應依聯合協議內容所訂之目標來加以判斷<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> 438 U.S. 422 (1978).

<sup>2</sup> *Id.*, at 435.

<sup>3</sup> *Id.*, at 446.

<sup>4</sup> Raymond Krauze & John Mulcahy, *Antitrust Violations*, 40 *American Criminal Law Review* 241, 252-53 (2003).

<sup>5</sup> *Id.*, at 254.

## 2、刑事追訴之行爲與對象

25. 雖然依休曼法之規定，聯合與獨占行爲均有受刑事追訴的風險，但依美國司法部反托拉斯局內部的看法，目前將追訴對象行爲限縮在第 1 條關於固定價格（price fixing）、不正競標（bid rigging）及市場分配（market allocation）等三大適用「當然違法」原則的行爲類型；違反第 2 條規定之行爲，原則上以民事制裁爲主，除非涉及到使用暴力或脅迫手段以排除市場競爭，例如涉及到組織犯罪的案件，否則反托拉斯局將傾向於不以刑事追訴作爲制裁的手段<sup>6</sup>。

### (1)固定價格

26. 除競爭者間同意調高、固定或維持商品或服務銷售價格外，固定價格尚包括以下幾類協議：1、建立或追隨統一的價格折扣（establish or adhere to uniform price discounts）；2、排除折扣（eliminate discounts）；3、採行標準公式以計算銷售價格（adopt a standard formula for the computation of selling prices）；4、降價前通知其他當事人（notify others prior to reducing prices）；5、固定信用條件（fix credit terms）；6、依產品數量、類型、或大小之不同，維持預定之價格差異；（maintain presetermined price differentials between different quantities, types, or sizes of products）；以及 7、維持底價（maintain floor prices）<sup>7</sup>。

### (2)不正競標

27. 可能受到反托拉斯局刑事訴追的不正競標行爲主要有以下二項類型：1、不爲競標：即聯合行爲人決定不參與投標或撤回投標以讓其他競標者得標；2、陪標（complementary bidding or cover bidding）：即聯合協議成員同意以高於內定得標者的價格參與投標，或成員雖以競爭價格參與投標，但又不履行其他如繳交競標押金等非價格競標條件，來協助內定得標人得標。得標者在得標後，往往以支付金錢或轉包（subcontract）的方式來賄賂買方或分配不正競標之利益與其他參與的成員。另一項常見的分配利益方式，則是成員間允諾在未來輪流由參與成員得標<sup>8</sup>。

<sup>6</sup> U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel*, available at: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/209114.htm> (2005).

<sup>7</sup> *Id.*, at 6.

<sup>8</sup> *Id.*, at 8-9.

### (3)市場分配

28. 主要包括顧客（customer）與銷售區域(territorial)之分配協議。

### (4)追訴對象

29. 依休曼法的規定，得受刑事制裁追訴之「人」(person)，包括自然人和法人組織。美國法之所以積極對自然人進行追訴動作與制裁，依其國內學者的看法主要的原因不外乎 1、任何不法的勾結行為，均非抽象存在，若無自然人參與將很難成功； 2、參與的自然人通常已自法人事業取得違法行為的對價利得（如薪水、紅利等），或預期在違法行為實施之後，能取得相關的補償，故有將以制裁的必要； 3、自然人通常擁有勾結行為的相關違法資訊，對之處罰，也可鼓勵其與調查機關配合，藉提供違法事證交換免予追訴或減免之機會，以有效發揮立法的嚇阻功能<sup>9</sup>。
30. 至於對法人的刑事制裁部分，如前所述，主要是以金錢處分為主；另由於法人本身不具意思與行為之能力，美國法人事業所負之責任本質上為從自然人所轉嫁而來的「代位責任」(vicarious liability)。依美國刑事法原則，此責任之成立須符合以下要件：<sup>10</sup> 1、相關自然人之行為，為其職務範圍內之行為； 2、行為係出於一部或全部圖利公司之意思所為； 3、行為及意圖可「歸咎」(impute)於法人，至於如何判斷可否歸咎？學理及實務上仍有爭議。綜合相關的刑事判決（不限於反托拉斯法案件），美國法院主要是以下列項聯邦習慣法法則作為聯結自然人與法人責任的依據：<sup>11</sup>
31. I、「勾結」法則：依該法，對於公司內部自然人相互間，或與非公司人員所為之共謀犯罪行為，視同是公司的犯罪行為。雖然於美國法下有所謂的“公司內勾結原則”（intracorporate conspiracy doctrine），認為公司與其內部人員是單一的主體，無法成立刑法上之共犯；但實務上美國多數法院仍傾向於在刑事案件中不適用該原則，以避免公司以此作為規避刑事責任之擋箭牌。不過，此；原則於適用至反托拉斯法時所可能衍生的相關問題，即是會不會與美國反托拉

<sup>9</sup> 許永欽，《違法公平交易法行為制裁制度之研究》，頁 332（國立台北大學法律研究所博士論文；2004 年 7 月 30 日）。

<sup>10</sup> Kendel Drew & Kyle A. Clark, “*Corporate Criminal Liability*”, 42 *The American Criminal Law Review* 277, 279 (2005).

<sup>11</sup> *Id.*, at 283-86.



斯法中的Copperweld原則<sup>12</sup> 產生衝突。依該原則，美國聯邦最高法院認為母公司與其百分之百控制之子公司間無法成立休曼法第 1 條之勾結，進而排除了“企業間勾結”（intra-enterprise conspiracy）理論的適用；但由於Copperweld一案屬民事損害賠償訴訟，且所處理者為具控制從屬關係的法人間能否勾結的問題，故該原則能否用以解決單一公司與其內部自然人間能否構成勾結而得科以刑事制裁？美國聯邦最高法院並未表示意見，而下級法院也無一致的看法，但為數不少的法院認為，若有證據得以證明，公司內部職員、經理人等自然人，有利用勾結行為的實施來獲取實現獨立於公司外的個人經濟利益時，二者仍有成立勾結的餘地<sup>13</sup>。

32. II、「刑責繼承」法則：依此說，公司對於其所購併之其他公司於因結合消滅前內部自然人所為之不法行為，存續公司須承受之。
33. III、「重罪隱匿」（misprison of felony）法則：「重罪隱匿」為聯邦犯罪行為（18 U.S.C.A. §4, 2000），在符合以下要件後，公司或法人須就其所隱匿且未能及時告發之自然人犯罪行為，負起刑事責任：A、內部自然人從事重罪行為； B、公司或法人知悉重罪行為之發生； C、未能儘速向法院或主管機關告發； 且 D、取行積極的措施以隱匿該重罪。以「重罪隱匿」法則建立法人刑事責任的依據，乃美國法晚近的發展，是否能為法院所普遍接受，仍有待觀察。
34. IV、「蓄意漠視」（willful blindness）法則：於美國刑法下，「蓄意漠視」一詞泛指當被告刻意避免知悉有可能會入己於罪的犯罪事實時，若被告已了解有很高的可能性該事實存在時，法律上仍視被告為已知該犯罪事實的法律原則。運用於反托拉斯法中，若被告公司了解公司職員之行為，有很高的機率將違反休曼法，但卻刻意不採取行動調查或避免潛在的犯罪行為時，公司即有刑事上之責任。
35. V. 「集體知情」（collective knowledge）法則：此法則以公司內部全部或部分職員對犯罪行為不同知情程度的加總，作為建立公司或法人本身對犯罪行為之主觀意圖與刑責之依據。此法則的優點與功能在於，若不採集體加總的理論，則擬從事反競爭行為之公司或法人，得將行為的實施計劃高度細分，讓負責執

<sup>12</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

<sup>13</sup> Handler, Pitofsky, Goldschmid & Wood, *supra* note 4, at 576-77.

行的個別自然人均不知悉其行為之違法性，而規避刑責被轉嫁的可能性。

### 3、量刑標準與「免責」(leniency) 計劃

36. 如同多數國家一樣，美國法院法官於決定反托拉斯法刑事案件的量刑時，往往為人批評過於主觀與不公。直到 1984 年，美國國會才通過「量刑改革法」(Sentencing Reform Act)，授權政府得在司法系統中成立聯邦量刑委員會，負責制定「聯邦量刑準則」(Federal Sentencing Guidelines)，以客觀量刑標準來減少法官就相類似案件科刑歧異的情形。依該準則的規定，每一罪均有其基本犯罪級數 (base offense level)，法官根據依犯罪情節調整該犯罪級數，共有 43 級，並依被告的前科紀錄計算前科級數，共有 6 級，二者的縱橫連線可對應量刑表中共 258 個格子中的一格。法官原則上只能就該格式內所定的法定刑範圍中量刑。量刑改革法要求每格最高法定刑不得高於最低法定刑刑度之 25% 或 6 個月，以免出現案件科刑差距過大的情形<sup>14</sup>。「聯邦量刑準則」的規定相當複雜，以下僅依 2004 年 11 月修訂生效後之版本，分就對自然人及法人之自由刑與罰金刑之處罰標準為一簡要的說明。

#### (1)對自然人之量刑標準

##### 37. I、自由刑

「聯邦量刑準則」第 2 章 R 節乃關於違反反托斯法之量刑規定。依該節第 2R1.1 條的規定，自然人若因不正競標、固定價格或市場分配等惡質聯合行為而違法時，其基本犯罪級數為 10 級，若所參與的行為涉及陪標者，加 1 級；若被告之行為所影響的交易量超過 40 萬美元時，加 1 級；高於 100 萬元，加 2 級；高於 250 萬元，加 3 級；高於 625 萬，加 4 級；高於 1500 萬元，加 5 級；高於 3750 萬元，加 6 級；高於 1 億元，加 7 級。若行為人從事數項聯合行為時，須將各行為之影響交易量累積加總，以決定其最終之犯罪級數。

##### 38. II、罰金刑

依量刑準則之規定，自然人之罰金刑，是以其行為所影響之交易量的百分之 1 到百分之 5 的範圍內來科處，但不得低於 2 萬美元以下。

---

<sup>14</sup>許永欽，前註 43，頁 367。

## (二) 對法人組織之罰金刑量刑標準

39. 依量刑準則第 8C1.1 條之規定，法人組織若主要係出自於犯罪目的或以犯罪手段而運作時，在法定最高的額度內，罰金的量處應以足以瓦解犯罪組織之淨資產為標準。所謂的犯罪目的，係以犯罪之本質、情狀、及法人組織之歷史與特徵來加以判斷。

40. 當法人組織非出於犯罪目的而運作時，法院得依下列步驟決定罰金：

### 1、基本犯罪級數之決定

41. 依第 2 章之規定決定出基本犯罪級數後，法院仍得因「特殊犯罪特徵」(specific offense characteristics) 而為加減，依第 3 章A至C條之規定，這些特殊因素與犯罪的嚴重程度與被害人之地位有關，包括被害人之受害可能性、法人於犯罪中所扮演的角色為何、以及法人是否有妨礙司法 (obstruction of justice) 等情形<sup>15</sup>。

### 2、基本罰金之決定

42. 依量刑準則第 8C2.4(a)條之規定，基本罰金由以下三種方式所計算出來之金額的最高者為標準：(1)、依第 8C2.4(d)條之「犯罪級數罰金表」(Offense Level Fine Table) 計算；依該表法人最高可被處以 7250 萬美元；(2)、法人組織因犯罪所得之金錢利得 (pecuniary gain)，但若依準則第 2 章對於法人罰金有特別規定者，從其規定。依準則第 2R1.1(d)(1)之規定，對於反托拉斯法之犯罪行為，不適用本條之規定，而應依行為所影響交易量的百分之 20 計算之；(3)、犯罪行為若出於法人組織之故意 (intentionally)、知情 (knowingly)、或重大過失 (recklessly)，在其所造成之金錢損失範圍內，得依該損失計算。但如果依第 (2) 或第 (3) 種方式計算，將導致量刑程序過於複雜或被不當拖延時，將不適用之 (「量刑準則」第 8C2.4(c)條)。

### 3、可責性計分 (culpability score)

43. 於決定基本罰金後，法院接著須依「量刑準則」第 8C2.5 條之規定，就被告得加重或減輕之事由計算出可責性計分。依準則第 8C2.5 (a) 條之規定，行為一旦被認定違法後，其基本之可責性計分為 5 分。

<sup>15</sup> Drew & Clark, *supra* note 44, at 294.

44. 得列入加重事由者有（I）、法人內部高階人員（high-level personnel）介入犯罪行為之程度或容忍態度（involvement in or tolerance of criminal activity）。簡言之，計分會隨著法人高階人員對犯罪行為故意或疏忽程度，以及法人組織規模的增加而增加（準則第 8C2.5（b）條）；（II）有無前科。涉案法人組織若在 10 年內曾因類似不法行為受有刑事裁決，或就類似行為曾受民事或行政裁決者，加 1 分，若在 5 年內再犯，加 2 分（準則第 8C2.5（c）條）；（III）違反命令。涉案事業若有違反司法命令或禁制令者，或從事違反假釋條件之不法行為者，加 1 分；但若違反假釋條件之行為與被假釋之行為屬於同類不法行為時，則加 2 分（準則第 8C2.5（d）條）；（IV）、妨礙司法。若涉案法人於調查、追訴或審判期間，有妨礙、阻礙調查、或有意妨礙、阻礙調查，或資助、鼓動或鼓勵妨礙司法調查，或知悉有上開情事，而不採取預防手段防止者，加 3 分（準則第 8C2.5（b）條）。

45. 至於得列入減輕事由者，有（I）、法人制定有效的遵守與道德（effective compliance and ethics program）（準則第 8C2.5（f）條），該計劃需能確保法人組織將“盡合理的注意，以預防與發現犯罪行為”（exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct）（準則第 8B2.1（a）條）。若有，則可減 3 分。綜合準則之規定，法院於衡量計劃是否有效時，得考量之因素主要有以下幾點：<sup>16</sup> A、計劃之標準與程序能否合理降低犯罪行為出現的可能性； B、法人必須指派高階人員負責監督該計劃之執行； C、法人組織是否已盡合理的努力，避免將其已知情或應可知情已涉及不法行為，或從事與計劃有效執行不符行為之人，列入組織中具實質權限之人員； D、法人組織是否取行合理的措施，定期向所有員工告知計劃之標準與程序； E、計劃執行機制的設計。如計劃是否透過有效的監督與查核系統來執行，計劃是否與公司營業行為相關，以及是否與產業慣例或政府規定相符等。（II）自我報告、合作、及承認責任（self-reporting, cooperation, and acceptance of responsibility）（準則第 8C2.5（g）條）。若涉案事業在主管機關開啓調查程序之前及在知悉涉案行為時，立即向主管機關自首，並合作提供相當事證與承認責任等條件時，得減 5 分；若僅在事後合作，承認罪責，可減 2

---

<sup>16</sup> Drew & Clark, *id.*, at 298-300.

分；若僅承認犯罪事實時，得減 1 分。

#### 4、乘數 (multipliers)

46. 一旦決定了可責性計分後，法院將其與準則第 8C2.6 條所定之「最低與最高乘數」表相互對照，以決定在特定可責性計分下，其最高與最低之乘數為何。例如，若被告之計分為 9 分，則最高與最低乘數分別為 3.60 及 1.80。將基本罰金分別乘以 2 者，可得出法官所得科處罰金之上下限，在此一級距中，法官再依準則第 8C2.8 條所列之各項因素，如罪刑是否相當、法人在犯罪中所擔任的角色、及任何因該不法行為所生之非金錢損害等，以決定出最後的罰金金額。惟若依上述公式計算出金數額後，涉案當事人無法支付時，法院仍得改變判決之內容（準則第 8C3.3(b)條）。

#### (三)「免責」(leniency) 計劃

47. 從 1990 年代開始，美國反托拉斯法的刑事案件有明顯增加的趨勢，除反托拉斯局積極訴追國際卡特爾組織外，反托拉斯局「免責計劃」(leniency) 提供行為人自首與揭發反競爭行為的誘因，也發揮了不少的功能。歸納 1993 年修訂後之「公司免責政策」(Corporate Leniency Policy) 說明，法人相關的免責類型有三：1、於調查開始前，法人主動向司法部報告違法事實時，自動免責；2、於調查之初，法人若充分與司法部合作，得免責；且 3、法人內部經理人、董事及職員若出面揭發犯罪並與司法部合作調查時，自動免責。另外，為進一步強化自首的動機，免責政策也容許涉案法人得以檢舉其他市場之聯合行為，作為交換在本案中得減免罰金的條件 (Krauze & Mulcahy, p. 271)<sup>17</sup>。
48. 另依美國司法部於 1994 年 8 月所制定之「自然人免責政策」(Leniency Policy for Individual)，涉案自然人非由公司授意或代表公司出面檢舉違法行為，於符合以下 3 項條件時，自動免責：1、在個人向反托拉斯局報告違法事實時，反托拉斯局尚未自其他導道取得有關犯罪事實之資訊；2、個人誠實且完整地報告犯罪事實，且於調查過程中持續且充分地與反托拉斯局合作；且 3、個人並未脅迫任何第三人參與該違法行為，且非行為之帶頭者 (leader) 或首謀者 (originator)。若申請人未能符合自動免責之條件時，反托拉斯局亦會考量對未

<sup>17</sup> Krauze & Mulcahy, *supra* note 38, at 271.

符合條件者，基於法令或以非正式程序方式免刑事追訴，但此僅能以個案決定的方式為之。

#### （四）行政責任之規定及實務運作

49. 見第 41 條邊碼 1 至 13 之說明。

### 二、日本法制

#### （一）違反獨占禁止法之行政罰鍰

50. 對於違反獨占禁止法相關規定之事業，公平會除得以裁決進行處分外，並得對於特定行為處以類似於我國法上罰鍰之「課徵金」。所謂的特定行為，係指有關價格之聯合行為或獨占行為，或是因實質地限制供給量、購入量、市場占有率或交易相對人而致影響價格之聯合行為或獨占行為。根據獨占禁止法第 7 條之 1 第 1 項至第 6 項規定，課徵金徵收之金額，依違法事業之規模、種類不同而有不同的最高金額上限，於非中小企業之情形，對製造業得徵收之課徵金金額為其違法行為實施期間中之營業額的 10%、批發業為 2%、零售業為 3%；於中小企業之情形，對製造業得徵收之課徵金金額為其違法行為實施期間中之營業額的 4%、批發業為 1%、零售業為 1.2%。惟當被處罰事業於過去十年中，曾受到課徵金之處分時，則得徵收之金額為上述金額的 1.5 倍。另一方面，當被課徵事業其違法行為實施期間不超過二年，而於公平會開始調查日前三個月以前停止該當行為者，得徵收之課徵金額上限為上述金額的 80%。
51. 2005 年 4 月 20 日的獨占禁止法修正，為提供違法事業自行舉發其所參與之違法行為的誘因，特別於第 7 條之 1 第 7 項至第 12 項規定，引進課徵金減免制度。當事業於公平會開始進行調查前，單獨對公平會提供有關違法行為之事實或資料時，第一個提供該等資訊者，其課徵金全免；第二個提供資訊之事業，其課徵金額減少 50%；第三個提供資訊之事業，其課徵金額減少 30%。若於公平會開始調查前，提供違法資訊之事業，未超過三家時，則依其不足數，可對在公平會開始調查後始提供違法資訊之事業，各減少其課徵金額 30%。易言之，全體可以享受課徵金減免制度者，不論於公平會開始調查前後，總共只能有三家。另外，為防止事業不當濫用此一制度，對提供虛偽不實資訊或強制他事業實施違法行為之事業，不得享受此一減免制度。

## (二)違反獨占禁止法之刑責

52. 獨占禁止法第 89 條對實施聯合行爲或獨占行爲之人，或於事業團體中實施聯合行爲之人，處以三年以下有期徒刑或科五百萬日圓以下罰金。同法第 90 條對締結以聯合行爲爲國際契約或國際協議內容之人、對事業團體成員之事業活動等施加限制之人、或未遵守確定裁決之人，處以二年以下有期徒刑或科三百萬日圓以下罰金。同法第 91 條則對於部分非以申報制爲基礎的結合規定違反之人，處以一年以下有期徒刑或科二百萬日圓以下罰金。依據獨占禁止法第 92 條之規定，上述有期徒刑及罰金等併科之。值得注意者，對於不公平交易方法規定或合併、分割、營業讓受等規定的違反，獨占禁止法原則上並未直接科以刑罰，除非行爲人因不公平交易方法規定的違反，受到公平會裁決確定，卻不遵守該裁決時，乃有第 90 條之刑責規定的適用。
53. 上述條文規範之對象，乃是實施各該行爲之自然人，惟自然人多係爲其事業之利益而實施上開違法行爲，爲促使可能因此獲利之事業得有誘因預防或防止違法行爲發生，獨占禁止法乃於第 95 條設有兩罰規定，當「法人之代表人、法人或人之代理人、受雇人或其他員工，就有關該法人或人之業務或財產爲下列各款行爲時，除處罰行爲人外，並就該法人或人科以下列罰金：(1) 違反第 89 條規定時，處該法人或人五億日圓罰金；(2) 違反第 90 條、第 91 條（第三款除外）時，處各該條之罰金。」同樣地，當非法人團體之代表人、管理人、受雇人或其他員工有上列行爲時，對該非法人團體亦處以同樣之罰金刑。此外，不論是法人、人或非法人團體等事業之負責人，於知悉違法計畫而未採取必要防止措施，或知悉違法行爲存在而未採取必要改正措施時，亦處以各該條之罰金刑。
54. 獨占禁止法第 73 條第 1 項規定，公平會於發現有違反獨占禁止法之犯罪行爲時，應向檢察總長進行告發，解釋上是否提出告發，一般多認爲公平會擁有裁量權。另一方面，同法第 74 條規定，檢察總長於發現有違反獨占禁止法之犯罪行爲時，亦得主動通知公平會，並要求公平會就此提出調查及其結果的報告。然而，依據獨占禁止法第 96 條第 1 項規定，在最重要的獨占禁止法違反之第 89 條至第 91 條等的犯罪行爲上，採取公平會的專屬告發制度。申言之，該等犯罪

行為非經公平會向檢察總長告發後，檢察機關不得主動進行偵查、起訴等行動。所有違反獨占禁止法之犯罪行為的第一審，由東京高等法院擁有專屬管轄權。

### 三、德國法制

#### （一）行政罰鍰程序

55. 營業競爭限制防止法第 81 條以下，規定罰鍰程序（Bußgeldverfahren）。此一程序規定可以說是延伸「違反秩序罰法」（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; OWiG）有關罰鍰程序的規定。GWB 於第 83 條以下僅就與秩序違反法有所差異的管轄及審級加以規定。

#### 1、GWB 第 81 條處以行政罰鍰之行為類型：

##### （1）因故意或過失違反歐體協約之規定：

56. I、違反第 81 條第 1 項有關卡特爾合意、協議或互為一致行為之禁止規定；  
II、違反第 82 條第 1 句有關濫用顯著市場地位之規定。

##### （2）因故意或過失違反 **GWB** 以下規定：

57. I、違反第 1 條卡特爾禁止規定、第 19 條第 1 項濫用控制市場地位、第 20 條有關差別待遇及不合理阻礙之禁止、第 21 條第 3 項或第 4 項禁止強制杯葛或強加他事業陷於經濟上劣勢、第 41 條第 1 項第 1 句禁止結合之規定；II、卡特爾署所為之執行命令；III、對於第 39 條第 1 項結合管制申報之不實或不完整；IV、對於第 39 條第 6 項參與結合事業報備之不實、不完整或未及時提出；V、違反第 40 條第 3 項第 1 句所課與不禁止結合的限制或負擔，或第 42 條第 2 項第 1 句經濟部長許可結合所附加之限制或負擔；VI、對於第 59 條第 2 項卡特爾署請求答覆之內容，有不實、不完整或未及時提出、未提出相關證據等行為。

##### （3）違反 **CWB** 第 21 條第 1 項妨礙供給或需求之行為：

58. 第 21 條第 2 項脅迫；或者違反第 24 條第 4 項第 3 句（競爭規則）或第 39 條第 3 項第 5 句（事業結合申報）之陳述。

#### （二）刑事責任規定

#### 1、規範原則與制度架構

59. 德國不正競爭防止法（UWG）之刑事責任部分，係規定於第四章第 16 條至第 19 條。配合現代化商業及交易活動之需求，2004 年 7 月 UWG 修正之幅度甚



鉅，關於刑事責任部分，係刪除屬於告訴乃論之行爲態樣（例外仍保留之告訴乃論爲營業秘密侵害），包括營業誹謗行爲（舊法第 14 條及第 15 條第 1 項）、廣告代理業者及事業主之刑事責任（舊法第 4 條第 2 項及第 15 條第 2 項）；此外，不實標示倒閉商品行爲（舊法第 6 條第 2 項）在 UWG 舊法係屬於社會秩序違反（*ordnungswidrig*）之輕罪行爲，2004 年修法時亦予以刪除。

60. 因此，受到現行 UWG 刑事處罰者，原則上僅有危害交易秩序較鉅之公訴罪行爲，營業秘密侵害乃唯一屬於告訴乃論之不正競爭行爲。綜合而言，UWG 處罰之不正競爭行爲態樣包括：

- I、符合一定要件之不實廣告行爲（第 16 條第 1 項）。
- II、多層次傳銷行爲（第 16 條第 2 項）。
- III、營業秘密侵害行爲（第 17 條至第 19 條）。

61. 依據一般經濟刑法理論，藉由刑事規定保護超個人法益（*überindividuelle Rechtgüter*）係已受到肯定，而競爭秩序之法益（*das Rechtsgut der Wirtschaftsordnung*）屬於超個人法益亦無疑問。因此，侵害消費者或競爭對手個人法益之不正競爭行爲，即將違法所得利益歸入國庫；但不正競爭行爲除了侵害個人法益外，亦危及超個人法益之競爭秩序者，爲了維護公共利益（*das Interesse der Allgemeinheit*），UWG 乃另有刑事處罰之規定（*Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 16, Rdnr. 9 f.*）。

62. 該當 UWG 刑事處罰之不正競爭行爲，關於告訴權人、訴訟程序之進行等，適用刑法及刑事訴訟法（*StPO*）之一般規定。例如：刑事訴訟法第 403 條以下關於刑事附帶民事之損害賠償請求。

## 2、不實廣告行爲

### (1) UWG 條文

63. 第 16 條第 1 項：行爲人意圖呈現較佳的商品或服務條件，在對於大範圍對象之公開宣傳中，以不實的內容爲引人錯誤的宣傳，應處兩年以下有期徒刑，或併科罰金。

### (2) UWG 規定內容

64. 在行政及民事責任外，對於不實廣告之行爲人再課以刑事處罰，係將消費

者、競爭對手與公共利益（das Interesse der Allgemeinheit）立於相同的保護層次；惟刑事處罰在構成要件有更為嚴格的要求。亦即，對於違反 UWG 虛偽不實或引人錯誤表示或表徵之法律效果，乃利害關係人之不作為請求權（UWG 第 8 條第 1 項至第 3 項）；行為人如有故意或過失，尚須負損害賠償責任（UWG 第 9 條）；進一步的，不實及引人錯誤廣告之行為人乃故意，且係意圖表現出較佳的商品或服務條件，並於大範圍為對象之公開宣傳所為者，始有刑事責任（UWG 第 16 條第 1 項）。

**65.** 以 UWG 第 16 條第 1 項處罰之不實廣告行為，除了必須符合刑法上的違法性及有責性要件外，尚須該當本條所規定之客觀及主觀構成要件。違反本條規定之法律效果為兩年以下有期徒刑，或併科罰金。

**66.** I、客觀構成要件

UWG 第 16 條第 1 項處罰之不正競爭行為，客觀構成要件包括：表示行為（Angabe）、關於商業條件之表示、不實的表示、引人錯誤的表示、公開的宣傳、針對多數人所為之宣傳。

**67.** 另外，本條虛偽不實宣傳之「不實」，所指為何？多數說見解認為，UWG 第 16 條第 1 項關於「不實」之認定應採客觀解釋（objektive Interpretationen），亦即宣傳內容確實與實際不符。雖有少數說是採主觀解釋（subjektive Interpretationen），認為只要與交易相對人之理解不符即構成不實宣傳。惟鑑於本條乃刑事處罰規定，且基於德國基本法（GG）第 103 條第 2 項法律規定明確性之要求，不宜採主觀說。

**68.** 其次，引人錯誤之結果若因行為人消極的不表示或沈默，是否亦有本條之適用？學說及實務認為，除非行為人就商品或服務條件負有明確說明之義務，否則本條並未規範「不作為」之情形；在一般情況下，行為人與交易相對人間不存有此等義務。

**69.** 再者，UWG 第 16 條第 1 項所處罰之不實廣告，必須是以大範圍為對象之廣告行為，從而若是個人廣告（Individualwerbung）或是在個別消費者做成交易過程之言論，不屬之。

**70.** II、主觀構成要件

UWG 第 16 條第 1 項不實廣告刑罰之主觀構成要件為：行為人乃故意、行為人有呈現較佳商品或服務條件之意圖。

### 71. III、與刑法第 263 條詐欺取財罪之關係

UWG 第 16 條第 1 項並非刑法（StGB）第 263 條詐欺取財罪之特別規定，因為 UWG 第 16 條第 1 項不單純是財產權侵害（Vermögensdelikt）之刑事處罰，個人財產法益之保護亦非重點，亦未必導致財產損害（Vermögensschaden）之結果；從實務個案來看，交易相對人因該廣告而做成交易之決定，往往不會發生刑法第 263 條意義下之財產損害結果，消費者因其所支付之對價仍獲得商品或服務，只是不符合其原有之預期價值。

### （三）多層次傳銷行爲

#### 1、UWG 條文

72. 第 16 條第 2 項：於營業交易中，從事誘使消費者接受商品、服務或權利，並承諾後者於誘使他人為同類行為之決定時，將給予特別利益，此種特別利益亦將因該他人依此宣傳方式而對其他購買者所為之相對應的傳銷活動，而給予該他人時，處二年以下有期徒刑，或併科罰金。

#### 2、UWG 規定內容

73. 多層次傳銷為德國 UWG 於 1986 年修法時所明文禁止，主要是為了保護尚無交易經驗者。多層次傳銷之基本類型可分為雪球型式（Schneeballsystem）及金字塔型式（Pyramidensystem），前者乃多層次傳銷發起人與所有的參與者皆簽訂契約，後者則僅於第一線的交易對象簽訂契約。關於德國多層次傳銷之型態與內容，本研究系列（一）第八條，邊碼 5 以下已經有所介紹，請參照。

74. 立法上會以刑事處罰之考量為，多層次傳銷在實務上乃特別困難及複雜之不正競爭行為態樣，由於 UWG 不實廣告刑罰及刑法第 263 條詐欺取財與第 284 條以下關於非法博奕、樂透或抽獎（Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels）無法完全規範多層次傳銷行為，因而乃以單獨條文規範之。

75. UWG 第 16 條第 2 項刑事處罰之多層次傳銷行為，同樣的必須符合刑法上的違法性及有責性要件，並該當本條所規定之主觀及客觀構成要件。違反本條規定之法律效果為兩年以下有期徒刑，或併科罰金。

### （1）客觀構成要件

76. 多層次傳銷刑罰之客觀構成要件包括：營業交易行為（*Handeln im Geschäftlichen Verkehr*）、以消費者為交易對象、關於接受商品、服務或權利之誘使行為（*Veranlassen*）、承諾予以特別利益、營業交易行為具備連環性質（*das Kettenelement*）。

77. 所謂的營業交易行為，只要是營利及經濟性目的之活動即屬之；至若是否確實獲有利益，則非所問。另外，多層次傳銷行為必須是針對消費者接受商品、服務或權利之誘使行為，至於消費者接受商品、服務或權利之法律關係為何、支付對價為價金、服務費、酬勞或其他任何名義，均不重要。多層次傳銷之行為人承諾給予消費者特別利益（*ein besondere Vorteil*），其乃關於未來給付之承諾；所謂的利益，包括任何具有財產價值之獲益（*alle vermögenswerte Zuwendungen*）；但會受到刑事處罰者，必須是特別的利益，微不足道或價值極微之利益則不屬之，在具體判斷上，應與消費者所支付之對價一併審視。

### （2）主觀構成要件

78. 在主觀要件上，必須是故意行為始有刑罰之制裁（刑法第 15 條）。

### （3）與其他刑罰條文之競合

79. 多層次傳銷行為除了該當 UWG 第 16 條第 2 項外，亦可能該當同條第 1 項，由於第 2 項乃第 1 項之特別規定，因而應優先適用。另外，UWG 第 16 條第 2 項亦可能與刑法第 263 條詐欺取財與第 284 條以下條文產生競合，此時係以想像競合（*Idealkonkurrenz*）方式處理。

80. 學說上有建議將 UWG 第 16 條第 2 項多層次傳銷規定移至刑法，但 2004 年修法過程，對此並未討論。

### （四）洩漏營業秘密

#### 1、UWG 條文

##### （1）第 17 條

81. I、在事業任職之人，為競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業之所有人，將其於任職關係之範圍內而受託或獲悉之營業或經營秘密，無故洩漏於他人者，處三年以下有期徒刑或科以罰金。

82. II、為競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業之所有人，而為如下行為者，其處罰亦同：
- A、對於無權取得或獲得之營業或經營秘密，以
- (a) 利用技術手段，
  - (b) 秘密具體化複製之製作，或
  - (c) 取走秘密所具體附著之物。
- B、無權利用或將營業或經營秘密洩漏第三人，而該等營業或經營秘密係以（本條）第一項所稱之方式，或自己或他人藉由（本條第二項）第一款明定之手段獲悉、無權取得或獲得者。
83. III、未遂犯亦罰之。
84. IV、對於特別重大案件，處五年以下有期徒刑或科以罰金。特別重大案件通常係指，行為人：
- A、職業慣行，
- B、為洩漏行為時明知該秘密會在國外利用，或
- C、第二項第二款之行為人自己在國外利用該秘密。
85. V、犯罪行為之追訴為告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認為有依職權干涉之必要者，不在此限。
86. VI、刑法第 5 條第 7 款規定準用之。

### **(2) 第 18 條**

87. I、將營業交易中所受託的技術文件資料，尤其是圖案、模型、樣版、剖面式樣、配方，為競爭或圖利自己之目的，無權自己加以利用或洩漏他人者，處二年以下有期徒刑。
88. II、未遂犯亦罰之。
89. III、犯罪行為之追訴為告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認為有依職權干涉之必要者，不在此限。
90. IV、刑法第 5 條第 7 款規定準用之。

### **(3) 第 19 條**

91. I、為競爭或圖利自己之目的，使他人從事第 17 條或第 18 條之犯罪行為，

或唆使他人為該犯罪行為者，處二年以下有期徒刑或科以罰金。

92. II、為競爭或圖利自己之目的，已要約、期約或與人約定，從事或唆使他人為第 17 條或 18 條之犯罪行為者，其處罪亦同。
93. III、刑法第 31 條規定準用之。
94. IV、犯罪行為之追訴為告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認為有依職權干涉之必要者，不在此限。
95. V、刑法第 5 條第 7 款規定準用之。

## 2、立法沿革及規範架構

96. 早於 1896 年及 1909 年之 UWG，即將營業秘密侵害行為納入規範，此等條文之核心毫無改變的一直留下。2004 年修法時，立法者特別強調，營業秘密保護之規定在現今更有其重要意義，因而修正 UWG 第 17 條文字，使其規範更加周延。營業秘密保護之立法目的，一來在於個人法益之保護，亦即從事業營業秘密所產生的經濟上及財產上利益之保護；其次，則是維持經濟秩序之公共利益。
97. 以刑事手段制裁營業秘密侵害行為，在實務上對於被害人甚為有利，因為主張民事上的不作為或損害賠償請求權，被害人在舉證上甚為困難；反之，依循刑事程序提出告訴後，由檢察官以搜索或扣押方式可以保全證據。惟值得注意的是，雖然 UWG 以刑罰方式保護營業秘密有其重要的經濟意義，但實務上刑事處罰個案並不多，根據近年來之統計資料，以 UWG 第 17 條追訴之案件每年平均只有 250 件，推測應有許多營業秘密侵害之被害人並未提出告訴。
98. UWG 所規定之洩漏營業秘密行為，原則上都必須基於競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於營業秘密之所有人。依其內容可分為如下數種型態：
- I、事業任職之人洩漏營業秘密（Geheimnisverrat）行為（第 17 條第 1 項）。
- II、經濟間諜（Betriebsespionage）行為（第 17 條第 2 項第 1 款），亦即任何人（包括受雇人）以特定之手段刺探營業秘密之行為。
- III、無權利用或洩漏他人之營業秘密（Geheimnishehlerei）行為（第 17 條第 2 項第 2 款）。
- IV、洩漏受託付之技術文件資料、圖案、模型、樣版、剖面式樣、配方行為（第

18 條)。

V、唆使、期約或與人約定為營業秘密侵害行為 (第 19 條)。

### 3、事業任職之人洩漏營業秘密行為 (第 17 條第 1 項)

#### (1) 客觀要件

99. 首先，行為人必須任職於事業，2004 年修正前 UWG 舊法所規定之行為人，乃受雇之職員、工人或學徒，通說對於條文之解釋，認為此所稱之受雇人範圍相當廣，甚至經理、董事、監察人、破產管理人均屬之。2004 年修正之 UWG 依循通說內涵，文字改採一般性的文字「在事業任職之人」，使經理人、董事及監察人亦能納入規範。關係企業係以整體看待，因此，在子公司任職之人，亦視為在母公司任職，反之亦然。惟股東或事業主不屬於「任職於事業者」；此外，為事業從事自由職業活動者 (freiberuflich Tätige)，諸如律師、租稅顧問 (Steuerberater) 或廣告業者，亦不屬之。不具有前揭身份之行為人，僅能以幫助犯或適用 UWG 第 17 條第 2 項論處；在幫助犯情況，刑法第 28 條關於減輕刑責之規定亦有適用。

100. 其次，行為人必須於任職關係內知悉營業秘密，亦即營業秘密知悉係基於任職關係，諸如該營業秘密為受僱人之職務發明；欠缺前揭因果關係者，無本項規定之適用。

101. 第三個客觀要件則為，行為人將營業秘密洩漏他人之行為。營業秘密洩漏對象包括任何第三人，諸如行為人之同事、非任職於事業之其他人或其他法人。依據實務個案，營業秘密洩漏行為亦可能以不作為方式達成，對此刑法學者有不同見解，其認為依刑法第 13 條，刑法上的不作為犯必須有法定之作為義務。

102. 該當 UWG 第 17 條第 1 項之最後一個構成要件，乃營業秘密洩漏行為發生於任職期間。由於本項規定之目的，係為了保護事業與任職者間之持續及未來關係，因此，二者若已無職務關係，僅可能涉及 UWG 第 17 條第 2 項之適用。職務關係之有無乃依據法律上是否終止職務而定，而非依事實情況來判斷。

#### (2) 主觀要件

103. 主觀要件上，行為人必須有故意。另外，亦應具有符合法律所規定之意圖，亦即營業秘密洩漏是為了競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業

之所有人。所謂的圖利自己，不論是有形的財產利益或無形上的利益均屬之，諸如日後可能獲得更佳工作機會。通說認為，所謂的意圖加損害於事業之所有人，包括名譽上的損害。

#### 4、經濟間諜行爲（第 17 條第 2 項第 1 款）

##### （1）客觀要件

104. UWG 第 17 條第 2 項第 1 款就從事經濟間諜之行爲人，並無限制，事業內部或外部之經濟間諜均含之。其次，行爲人必須有獲悉及將營業秘密具體化（verkörpern）或附著於特定載體之行爲。最後，行爲人是採取特定手段以取得營業秘密，包括利用技術手段、將具體化之秘密進行複製或取走秘密所具體附著之物，諸如利用照相機、攝影機、錄音機、電腦硬碟或軟碟裝置等之科技相關設備。員工離職時，對於附著營業秘密之文件或物品若未返還事業而繼續保有，亦構成本款營業秘密之竊取行爲。至若 UWG 第 17 條第 2 項第 1 款之行爲是否會構成刑法第 246 條之侵占罪（Unterschlagung），乃另一問題。

##### （2）主觀要件

105. UWG 第 17 條第 2 項第 1 款之主觀要件與 UWG 第 17 條第 1 項相同。

#### 5、無權利用或洩漏他人之營業秘密行爲（第 17 條第 2 項第 2 款）

106. UWG 第 17 條第 2 項第 2 款主要規範者，乃無權利用或洩漏他人營業秘密行爲，在構成要件之結構上與刑法第 259 條之買受贓物罪（Hehlerei）相近，亦即先有第 17 條第 1 項或第 2 項第 1 款之違法行爲，繼而再有本款規定之營業秘密利用或再洩漏行爲。因此，本款在適用上，首先應該當之客觀構成要件爲，已有違法的營業秘密侵害行爲。其次，本款對於行爲人亦無特別的身份要求，可爲任意第三人。行爲人就該營業秘密爲經濟上的利用或洩漏行爲，亦爲應符合之客觀構成要件。

107. 在主觀要件上，與前述各項及各款規定相同。

#### 6、洩漏受託付之技術文件資料、圖案、模型、樣版、剖面式樣、配放行爲（第 18 條）

108. UWG 第 18 條係爲補充第 17 條規定，因而二者之保護法益相同，但保護標的及範圍略有不同。UWG 第 18 條所欲保護者，乃技術文件資料、圖案、模型、



樣版、剖面式樣、配方之發明人或擁有者，避免其因託付之信任關係破裂（Vertrauensbruch）而受到不利影響，因而保護範圍限於法條所規定之技術文件資料；但依據通說見解，不以營業秘密為限。另外，行為人亦需具備一定身份，亦即與被害人具有營業交易之信任關係，其可能適用之範圍甚廣，自由業之從事者亦屬之，例如：醫師、律師、租稅顧問、建築師、非固定受雇於事業的工程師或程式設計師。UWG 第 18 條另一個客觀構成要件為，行為人有利用或洩漏予第三人之行為。

109. 關於主觀構成要件，與前述之營業秘密侵害行為態樣相同。

110. 該當 UWG 第 18 條犯罪行為者，可能同時亦有新型法（GebrMG）第 25 條以下、新式樣法（GeschmMG）第 51 條、專利法（PatG）第 142 條及著作權法（UrhG）第 106 條規定之適用。學說上亦認為，本條與第 17 條第 1 項及第 2 項可能產生想像競合或實質競合關係。

### 7、唆使、接受要約或與人約定為營業秘密侵害行為（第 19 條）

111. UWG 第 19 條乃擴張營業秘密侵害之刑事處罰範圍，對於唆使、接受要約或與人約定之行為亦予以處罰，但學者認為，本條規定之實務效益甚微，是否確實發生嚇阻的預防效果，並不明顯。

112. 本條規定之唆使、期約或與人約定行為，與刑法第 30 條之文字及內容一致，因而其構成要件適用一般刑法之學說理論及判決。

### 8、法律效果

113. 除了 UWG 第 19 條唆使、接受要約或與人約定行為不處罰未遂犯外，其他營業秘密侵害之行為態樣，均處罰未遂犯。

114. 關於刑責部分，UWG 第 17 條之營業秘密侵害刑責較重，最長可處三年有期徒刑；該營業秘密侵害行為若屬特別重大案件者，自由刑甚而可達五年；依據 UWG 第 17 條第 4 項規定，所謂的特別重大案件係指，行為人乃職業慣行、為洩漏行為時明知該秘密會在國外利用，或行為人自己在國外利用該秘密，歐盟會員國是否為「國外」，頗有爭議，但實務及學說對此幾無討論。另外，依據 UWG 第 17 條第 6 項及刑法第 5 條第 7 款規定，前揭營業秘密侵害之犯罪行為雖發生在海外，但若是德國境內事業或德國事業在海外關係企業之營業秘密

受到侵害者，該等行爲亦有德國法律之適用。

**115.** 依據 UWB 第 17 條第 5 項、第 18 條第 3 項及第 19 條第 4 項規定，一般的營業秘密侵害爲告訴乃論，依刑法（StGB）第 77 條第 1 項規定，告訴權人爲營業秘密擁有者。僅在有特別公共利益（besondere öffentliche Interesse）之情況，始由檢察官依職權追訴；所謂的特別公共利益，係指該犯罪行爲產生嚴重損害之威脅、針對數個事業及有計畫性的營業秘密侵害行爲，或被侵害者面臨倒閉或無法繼續營業之威脅。

**116.** GWB 第七次修正除將歐盟理事會 1/2003 規則有關罰鍰的程序規定，落實於修正內容外，亦明訂有關法院罰鍰程序的規定。於第 82a 條即規定，於法院中的罰鍰程序，卡特爾署代表得以詰問被告、證人及鑑定人。法院程序之管轄，爲聯邦卡特爾署所在之邦高等法院（GWB 第 83 條）。若爲法律抗告案件，則由聯邦最高法院管轄（GWB 第 84 條參照）。

#### 四、歐體法制

##### （一）限制競爭法

##### 1、行政制裁

**117.** 歐體競爭法上對於限制競爭行爲之行政制裁，係分別就歐體條約第 81 條、第 82 條及結合管制加以規定。

##### （1）違反歐體條約第 81 條及第 82 條

**118.** 關於歐體條約第 81 條及第 82 條之行政制裁，係規定於理事會爲執行此二條規定所制訂之理事會第 1/2003 號規則。

**119.** I、確認違法行爲、命其停止及採行附加措施

對於違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行爲，依理事會第 1/2003 號規則第 7 條之規定執委會能加以確認，並要求參與違法行爲之事業或事業團體停止其行爲。執委會並得採用能使違法行爲或狀態有效停止之行爲或結構型態之附加措施。

**120.** II、課以罰鍰

A、處罰 10%營業額者

除命停止違法行為外，對違法者處以罰鍰（秩序罰），係歐體競爭法之主要制裁手段。對於事業或事業團體故意或過失所為違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行為、違反執委會依理事會第 1/2003 號規則第 8 條所為臨時處分之行為、或違反執委會依理事會第 1/2003 號規則第 9 條以決定宣告為有拘束力之「義務承諾」之行為，執委會對事業及事業團體最高得課以上一營業年度總營業額 10% 之罰鍰(fines; Geldbußen)(參照理事會第 1/2003 號規則第 23 條第 2 項第 1 款、第 2 款)。前述事業團體之行為如與其成員之行為有關，則罰鍰之總額不得超過在違法行為所影響之市場活動之事業團體成員營業總額之 10%（參照理事會第 1/2003 號規則第 23 條第 2 項第 3 款）。

#### 121. B、處罰 1% 營業額者

事業或事業團體故意或過失所為之下列行為，執委會依理事會第 1/2003 號規則第 23 條第 1 項之規定對事業及事業團體最高得課以上一營業年度總營業額 1% 之罰鍰：1、於執委會以一般要求方式請求提供資訊時，提供不實或誤導之資訊。2、於執委會以正式決定之方式要求提供資訊時，提供不實、不完全或誤導之資訊，或未於決定中所定期限內提供資訊者。3、執委會在調查案件過程中依理事會第 1/2003 號規則第 20 條規定實施檢查權時，未提供完整之帳冊或其他交易文書，或於執委會以正式決定之形式實施檢查時未予配合容忍者。4、在執委會依理事會第 1/2003 號規則第 20 條第 2 項規定實施調查訊問時：(1) 為不實或誤導之回答者。(2) 對於職員所為之不實、誤導或不完整之回答，未於執委會所定之期限內加以更正者。(3) 執委會以正式決定之形式實施檢查時，對於與上述決定之調查內容及目的所相關聯之事實，為不完整之回答或拒絕為完整之回答者。5、破壞執委會依法<sup>18</sup>所為之查封者。罰鍰之課處，尤應考量違法之嚴重程度及違法行為之持續時間<sup>19</sup>。

#### 122. III、課以怠金

除對違法之事業及事業團體課以秩序罰外，執委會也能對事業及事業團體課以執行罰性質之怠金(Zwangsgeld; periodic penalty payments)，以迫使違法者服

<sup>18</sup> 參見理事會第 1/2003 號規則第 20 條第 2 項第 4 款。

<sup>19</sup> 參見理事會第 1/2003 號規則第 23 條第 3 項。

從執委會之決定。故理事會第 1/2003 號規則第 24 條第 1 項規定，執委會得對於事業及事業團體以決定之形式，自該決定所定之日起，課以最高為上一營業年度平均日營業額 5%之日息金，以迫使事業或事業團體：1、停止依執委會之決定所認定違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行爲。2、遵行執委會所爲之臨時處分。3、履行事業所爲之義務承諾。4、精確完整提供執委會以決定之方式所要求提供之資訊。5、容忍執委會以決定之方式所爲之檢查。

## （2）違反結合管制規則

123. 上述規定乃對違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行爲所做之行政制裁；另外關於結合管制，理事會第 139/2004 號規則（簡稱歐體結合管制規則）對於違法行爲，另行設有類似之行政制裁之規定，以滿足結合管制之需要。
124. 如相關事業在合併實施前未提出申報、在等待期間中即實施結合，執委會即得依結合管制規則第 14 條第 2 項第 1 款之規定，對其處以不超過該事業年度總營業額 10%之罰鍰。又相關事業在執委會審查時有提供正確資訊及接受調查之義務，並應遵守附於宣佈合併與共同市場相容決定之限制條件。如事業拒絕提供資訊、提供不實資訊或妨礙調查時，執委會將處以不超過該事業年度總營業額 1%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 1 項)；如相關事業違反附限制條件之義務時，執委會將處以不超過該事業年度總營業額 10%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 2 項)。而當執委會宣佈合併與共同市場相容之決定係基於相關事業所提供之不正確資訊所作成，以及當相關事業違反附限制條件之義務時，執委會尚得撤銷原准許合併之決定(結合管制規則第 8 條第 6 項)。
125. 如執委會發現相關事業已於事前執行其合併案，而該合併案後來被宣告與共同市場不相容；或相關事業係違反附限制條件之義務執行其合併案，而缺乏該條件合併案將在共同市場或其實質部分顯著影響競爭時，執委會得作成決定勒令該參與結合之事業解體，或以其他適當之方法回復原狀(結合管制規則第 8 條第 4 項)，並得對該相關事業處以不超過年度總營業額 10%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 2 項)，以維護市場有效競爭。
126. 其次，歐體結合管制規則第 15 條也設有課以不超過平均日營業額 5%之日

怠金規定，以迫使事業遵守執委會依結合管制規則發布之決定所設之作爲或不作爲義務，例如提供必要資訊、服從及配合檢查等。

## 2、不正競爭法

127. 歐體之不正競爭法目前還相當有限且零散，各國不正競爭法之內容，仍有許多尚待統一之處，不像歐體限制競爭法領域，已經有統一之法律。歐體現有不正競爭之法令幾乎均以指令(directive; Richtlinie)之方式行之，要求成員國之立法符合指令之基本要求，試圖先追求各成員國不正競爭法之調和(Harmonisierung)，而非以統一、單一法律規定之形式存在。例如此一領域最主要之 84/450/EWG「不實廣告指令」<sup>20</sup>、97/55/EG「比較廣告指令」<sup>21</sup>、「電子商務指令」<sup>22</sup>及最近通過之 2005/29/EG「不公平交易行爲指令」<sup>23</sup>等皆如此。

128. 在此一情形下，有關指令對於不正競爭行爲之制裁固然有所著墨，但多爲對成員國有關立法、修法的框架或原則加以訂定，少有對於法律制裁之內容直接明確加以規定者。例如 2005/29/EG「不公平交易行爲指令」第 13 條係對於構成該指令所稱不公平交易行爲之制裁規定，惟該條規定僅謂，成員國對於行爲有違反依本指令之意旨所轉換之法律者，應設制裁，並採取一切適當措施以確保該法律之執行；此等制裁，須屬有效、合比例及能嚇阻不法行爲之措施。此一規定對於實際之制裁種類、內容、輕重等，則未予以明確規定，讓諸成員國立法者因應本國國情需要決定之。故在歐體不正競爭法領域裏，違法行爲之法律制裁主要仍依據各成員國之不正競爭法加以處理。

<sup>20</sup> Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung vom 10. September 1984, ABl. L 250 S.17=GRUR Int 1984, 688.

<sup>21</sup> Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung vom 6. Oktober 1997, ABl. L 290 S.18=GRUR Int 97, 985.

<sup>22</sup> Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 4.5.2000, ABl. 178 S.1.

<sup>23</sup> 執委會爲加速促進歐體不正競爭法之整合，於 2003 年 6 月 18 日提出「不公平交易行爲指令建議草案」，vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlauteren Geschäftspraktiken).本指令最後於 2005 年爲 5 月 11 日爲理事會及歐洲議會所通過，各成員國須於 2007 年 6 月 12 日以前完成立法或修法之配合（該指令第 19 條參照）。



## 第三十五條第一項 違反獨占、聯合、仿冒之刑事制裁

### 現行條文(1999年2月3日公布)

「違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止者、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金」

### 修正前條文(1991年2月4日公布)

「違反第十條、第十四條、第二十條或第二十三條第一項之規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

### 參考文獻

林山田（1987）《經濟犯罪與經濟刑法》；廖義男（1988）〈非常時期農工商管理條例之檢討〉，《中國比較法學會學報》第九輯；張瑜鳳（1992）〈仿冒商標行為之刑事制裁爭議問題--以公平交易法與商標法之規定為例〉，《公平交易季刊》第2卷第4期；立法院秘書處（1993）《法律案專輯第一百三十二輯 公平交易法案》；黃茂榮（1993）《公平交易法理論與實務》；翁岳生（1993）〈不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定〉，法令月刊第44卷第11期，頁441至頁445；廖義男（1994）〈公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定〉，《公平交易法之理論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》；廖義男（1995）《公平交易法之理論與立法》；張瑜鳳（1995）《仿冒行為之案例研究》；洪家殷（1996）〈論一事不二罰原則在行政秩序罰上之適用〉，《台大法學論叢》第26卷第4期；林東茂（1999）《危險犯與經濟刑法》；臺灣行政法學會（1999）《臺灣行政法學會學術言討論文集：行政救濟、行政處罰、地方立法》；許宗力執筆（2000）〈行政處分〉，收錄於翁岳生主編《行政法 2000（上冊）》；李震山（2000）〈先

行政後司法之行政制裁》，《月旦法學雜誌》第 60 期，頁 26 至頁 27；蔡茂寅、李建良、林銘鏘、周志宏（2001）《行政程序法實用》；林山田（2000）《刑法通論（上）（下）增定七版》；洪文玲執筆（2002）〈第四部法律責任 第二章刑事責任與行政責任〉，收錄於賴源河主編《公平交易法新論》；許永欽（2003）〈違法公平交易法行為制裁制度之研究 台北大學 93 年度博士論文〉；公平交易委員會（2003）《公平交易法修法沿革彙編（一）（二）》；汪渡村（2004）《公平交易法》；公平交易委員會（2004）《認識公平交易法（增定十版）》；吳庚（2005）《行政法理論與實用 九版》；陳敏（2005）《行政法總論 四版》；李惠宗（2005）《行政罰法之理論與案例》。

### 第三十五條第一項 違反獨占、聯合、仿冒之刑事制裁

#### 壹、法制比較

##### 一、美國

- （一）構成要件
- （二）刑事訴追之行為與對象
- （三）量刑標準與「免責」（leniency）計劃

##### 二、日本

##### 三、德國

- （一）規範原則與制度架構
- （二）不實廣告行為
- （三）多層次傳銷行為之刑事責任
- （四）洩漏營業秘密之刑事責任

##### 四、歐洲聯盟

#### 貳、立法沿革與規範定位

##### 一、立法沿革

##### 二、規範功能與定位



(一) 第 35 條第 1 項與第 41 條之關係

(二) 與公平法第 38 條之適用關係

參、構成要件分析

一、違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定

二、經主管機關依同法四十一條規定，限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施

(一) 採「先行政後司法」之建制

(二) 經主管機關依同法四十一條規定，限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施

三、逾期未停止者、改正其行為或未採取必要更正措施

(一) 逾期「未停止」者

(二) 逾期未改正其行為或未採取必要更正措施

四、停止後再為「相同」或「類似」違反行為者

(一) 再為「相同」之違反行為

(二) 再為「類似」之違反行為

五、處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金

(一) 處罰主體

(二) 罰金之問題

(三) 行為後法律變更

(四) 實務上其他問題

肆、法律適用

一、公平法第 35 條第 1 項與第 41 條之適用

(一) 第 35 條與第 41 條之競合

(二) 依第 35 條第 1 項處罰後得否再依第 41 條處罰

二、公平法第 35 條第 1 項與商標法之適用

伍、第 35 條第 1 項判決整理

- 一、修法後採「先行政後司法」之判決：
- 二、其他判決
  - （一）第十四條部份：
  - （二）第二十條部份：
  - （三）第十條部份：
  - （四）其他

## 壹、法制比較

### 一、美國<sup>1</sup>

#### （一）構成要件

1. 美國競爭實體法上有刑事制裁規定者，主要為休曼法第 1 條之聯合行爲及第 2 條之獨占及意圖獨占規定。因此，法院科以被告刑責之前題，乃被告之行爲已符合該條文之實體構成要件。就第一條而言，主要構成要件為 1、勾結協議（agreement of conspiracy）；2、限制交易（restraint of trade）；以及 3、行爲產生了跨州（interstate）效果。在第二條的情形，則應符合 1、市場力量；2、濫用市場力量的行爲；以及 3、「成功的危險可能性」（dangerous probability to succeed；意圖獨占的要件）。除個別要件外，第 1 與第 2 條的行爲人，均須有爲相關反競爭行爲之意圖（intent），始有構成刑事違法的可能。但由於休曼法條文文義的高度抽象與不確定性、行爲人於行爲之初不當然能清楚了解法規內涵，並掌握行爲的違法性，而在被起訴後，被告也往往以此抗辯不具犯罪意圖，使得本要件在實務運作上出現不少爭議。
2. 對此，美國聯邦最高法院在United States v. United States Gypsum Co.,<sup>2</sup>一案中表示，適用「合理原則」（rule of reason）審理的案件，法院不得單以被告間交換價格資訊的行爲，具有維持或提高市場價格的效果，即「推定」（presume）犯罪

<sup>1</sup> 本條美國法制部份由陳志民副教授撰寫

<sup>2</sup> 438 U.S. 422 (1978).

意圖必然存在。<sup>3</sup> 法院必須有證據證明行為人主觀上就違法行為存有“有意識的目標”(conscious object)；其程度毋庸達到行為人確有將違法行為成功實施以遂行其所意欲的特定不法目的的階段，只要行為人於行為時知悉或了解該行為之可能後果與反競爭效果，但仍從事之，即為已足。<sup>4</sup> 不過，由於最高法院並未明白表示該證據力原則是否也適用於違法情節較嚴重的「當然違法」(per se illegal)的案件類型，聯邦下級法院普遍將Gypsum解讀為，只要涉案行為經分析後，應適用「當然違法」原則，則可推定行為人已具有違法意圖。<sup>5</sup> 至於在法人的部分，由於其本身並無意思能力，故法人之違法意圖要件，必須透過其內部自然人之意思來加以建立。至於聯結自然人與法人意圖要件之法律原則，將於第二節再述。最後，美國反托拉斯刑事追訴時效為 5 年，以休曼法第 1 條聯合行為為例，以勾結行為完成或放棄時起算；行為於何時完成，法院應依聯合協議內容所訂之目標來加以判斷。<sup>6</sup>

## (二) 刑事追訴之行為與對象

3. 雖然依休曼法之規定，聯合與獨占行為均有受刑事追訴的風險，但依美國司法部反托拉斯局內部的看法，目前將追訴對象行為限縮在第 1 條關於固定價格(price fixing)、不正競標(bid rigging)及市場分配(market allocation)等三大適用「當然違法」原則的行為類型；違反第 2 條規定之行為，原則上以民事制裁為主，除非涉及到使用暴力或脅迫手段以排除市場競爭，例如涉及到組織犯罪的案件，否則反托拉斯局將傾向於不以刑事追訴作為制裁的手段。<sup>7</sup>

### 1、固定價格

4. 除競爭者間同意調高、固定或維持商品或服務銷售價格外，固定價格尚包括以下幾類協議：1、建立或追隨統一的價格折扣(establish or adhere to uniform

<sup>3</sup> *Id.*, at 435.

<sup>4</sup> *Id.*, at 446.

<sup>5</sup> Raymond Krauze & John Mulcahy, *Antitrust Violations*, 40 *American Criminal Law Review* 241, 252-53 (2003).

<sup>6</sup> *Id.*, at 254.

<sup>7</sup> U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel*, available at: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/209114.htm> (2005).

price discounts)；2、排除折扣 (eliminate discounts)；3、採行標準公式以計算銷售價格 (adopt a standard formula for the computation of selling prices)；4、降價前通知其他當事人 (notify others prior to reducing prices)；5、固定信用條件 (fix credit terms)；6、依產品數量、類型、或大小之不同，維持預定之價格差異；(maintain presetermined price differentials between different quantities, types, or sizes of products)；以及7、維持底價 (maintain floor prices)。<sup>8</sup>

## 2、不正競標

5. 可能受到反托拉斯局刑事訴追的不正競標行為主要有以下二項類型：1、不為競標：即聯合行為人決定不參與投標或撤回投標以讓其他競標者得標；2、陪標 (complementary bidding or cover bidding)：即聯合協議成員同意以高於內定得標者的價格參與投標，或成員雖以競爭價格參與投標，但以不履行其他如繳交競標押金等非價格競標條件，來協助內定得標人得標。得標者在得標後，往往以支付金錢或轉包 (subcontract) 的方式來賄賂買方或分配不正競標之利益與其他參與的成員。另一項常見的分配利益方式，則是成員間允諾在未來輪流由參與成員得標。<sup>9</sup>

## 3、市場分配

6. 主要包括顧客 (customer) 與銷售區域 (territorial) 之分配協議。

## 4、追訴對象

7. 依休曼法的規定，得受刑事制裁追訴之「人」(person)，包括自然人和法人組織。美國法之所以積極對自然人進行追訴動作與制裁，依其國內學者的看法主要的原因不外乎 1、任何不法的勾結行為，均非抽象存在，若無自然人參與將很難成功；2、參與的自然人通常已自法人事業取得違法行為的對價利得（如薪水、紅利等），或預期在違法行為實施之後，能取得相關的補償，故有將以

---

<sup>8</sup> *Id.*, at 6.

<sup>9</sup> *Id.*, at 8-9.

制裁的必要； 3、自然人通常擁有勾結行為的相關違法資訊，對之處罰，也可鼓勵其與調查機關配合，藉提供違法事證交換免予追訴或減免之機會，以有效發揮立法的嚇阻功能。<sup>10</sup>

8. 至於對法人的刑事制裁部分，請參照第 38 條邊碼 1 至邊碼 6。

### (三) 量刑標準與「免責」(leniency) 計劃

9. 如同多數國家一樣，美國法院法官於決定反托拉斯法刑事案件的量刑時，往往為人批評過於主觀與不公。直到 1984 年，美國國會才通過「量刑改革法」(Sentencing Reform Act)，授權政府得在司法系統中成立聯邦量刑委員會，負責制定「聯邦量刑準則」(Federal Sentencing Guidelines)，以客觀量刑標準來減少法官就相類似案件科刑歧異的情形。依該準則的規定，每一罪均有其基本犯罪級數(base offense level)，法官根據依犯罪情節調整該犯罪級數，共有 43 級，並依被告的前科紀錄計算前科級數，共有 6 級，二者的縱橫連線可對應量刑表中共 258 個格子中的一格。法官原則上只能就該格式內所定的法定刑範圍中量刑。量刑改革法要求每格最高法定刑不得高於最低法定刑刑度之 25% 或 6 個月，以免出現案件科刑差距過大的情形。<sup>11</sup>「聯邦量刑準則」的規定相當複雜，以下僅依 2004 年 11 月修訂生效後之版本，分就對自然人及法人之自由刑與罰金刑之處罰標準為一簡要的說明。

#### 1、對自然人之量刑標準

##### (1) 自由刑

10. 「聯邦量刑準則」第 2 章 R 節乃關於違反反托斯法之量刑規定。依該節第 2R1.1 條的規定，自然人若因不正競標、固定價格或市場分配等惡質聯合行為而違法時，其基本犯罪級數為 10 級，若所參與的行為涉及陪標者，加 1 級；若被告之行為所影響的交易量超過 40 萬美元時，加 1 級；高於 100 萬元，加 2 級；高於 250 萬元，加 3 級；高於 625 萬，加 4 級；高於 1500 萬元，加

---

<sup>10</sup> 許永欽，《違法公平交易法行為制裁制度之研究》，頁 332 (國立台北大學法律研究所博士論文；2004 年 7 月 30 日)。

<sup>11</sup> 許永欽，前揭註 43，頁 367。

5 級； 高於 3750 萬元，加 6 級； 高於 1 億元，加 7 級。若行為人從事數項聯合行為時，須將各行為之影響交易量累積加總，以決定其最終之犯罪級數。

## （2）罰金刑

11. 依量刑準則之規定，自然人之罰金刑，是以其行為所影響之交易量的百分之 1 到百分之 5 的範圍內來科處，但不得低於 2 萬美元以下。

### 2、對法人組織之罰金刑量刑標準請參照第 38 條邊碼 9 至 14

### 3、「免責」(leniency) 計劃

12. 從 1990 年代開始，美國反托拉斯法的刑事案件有明顯增加的趨勢，除反托拉斯局積極訴追國際卡特爾組織外，反托拉斯局「免責計劃」(leniency) 提供行為人自首與揭發反競爭行為的誘因，也發揮了不少的功能。歸納 1993 年修訂後之「公司免責政策」(Corporate Leniency Policy) 說明，法人相關的免責類型有三：1、於調查開始前，法人主動向司法部報告違法事實時，自動免責； 2、於調查之初，法人若充分與司法部合作，得免責；且 3、法人內部經理人、董事及職員若出面揭發犯罪並與司法部合作調查時，自動免責。另外，為進一步強化自首的動機，免責政策也容許涉案法人得以檢舉其他市場之聯合行為，作為交換在本案中得減免罰金的條件 (Krauze & Mulcahy, p. 271)。<sup>12</sup>

13. 另依美國司法部於 1994 年 8 月所制定之「自然人免責政策」(Leniency Policy for Individual)，涉案自然人非由公司授意或代表公司出面檢舉違法行為，於符合以下 3 項條件時，自動免責：1、在個人向反托拉斯局報告違法事實時，反托拉斯局尚未自其他導道取得有關犯罪事實之資訊； 2、個人誠實且完整地報告犯罪事實，且於調查過程中持續且充分地與反托拉斯局合作； 且 3、個人並未脅迫任何第三人參與該違法行為，且非行為之帶頭者 (leader) 或首謀者 (originator)。若申請人未能符合自動免責之條件時，反托拉斯局亦會考量對未符合條件者，基於法令或以非正式程序方式免刑事追訴，但此僅能以個案決定的方式為之。

---

<sup>12</sup> Raymond Krauze & John Mulcahy, *Antitrust Violations*, 40 American Criminal Law Review 241, 252-53 (2003).at 271.

## 二、日本<sup>13</sup>

14. 獨占禁止法第 89 條對實施聯合行爲或獨占行爲之人，或於事業團體中實施聯合行爲之人，處以三年以下有期徒刑或科五百萬日圓以下罰金。同法第 90 條對締結以聯合行爲爲國際契約或國際協議內容之人、對事業團體成員之事業活動等施加限制之人、或未遵守確定裁決之人，處以二年以下有期徒刑或科三百萬日圓以下罰金。同法第 91 條則對於部分非以申報制爲基礎的結合規定違反之人，處以一年以下有期徒刑或科二百萬日圓以下罰金。依據獨占禁止法第 92 條之規定，上述有期徒刑及罰金等併科之。值得注意者，對於不公平交易方法規定或合併、分割、營業讓受等規定的違反，獨占禁止法原則上並未直接科以刑罰，除非行爲人因不公平交易方法規定的違反，受到公平會裁決確定，卻不遵守該裁決時，乃有第 90 條之刑責規定的適用。
15. 上述條文規範之對象，乃是實施各該行爲之自然人，惟自然人多係爲其事業之利益而實施上開違法行爲，爲促使可能因此獲利之事業得有誘因預防或防止違法行爲發生，獨占禁止法乃於第 95 條設有兩罰規定，當「法人之代表人、法人或人之代理人、受雇人或其他員工，就有關該法人或人之業務或財產爲下列各款行爲時，除處罰行爲人外，並就該法人或人科以下列罰金：(1) 違反第 89 條規定時，處該法人或人五億日圓罰金；(2) 違反第 90 條、第 91 條（第三款除外）時，處各該條之罰金。」同樣地，當非法人團體之代表人、管理人、受雇人或其他員工有上列行爲時，對該非法人團體亦處以同樣之罰金刑。此外，不論是法人、人或非法人團體等事業之負責人，於知悉違法計畫而未採取必要防止措施，或知悉違法行爲存在而未採取必要改正措施時，亦處以各該條之罰金刑。
16. 獨占禁止法第 73 條第 1 項規定，公平會於發現有違反獨占禁止法之犯罪行爲時，應向檢察總長進行告發，解釋上是否提出告發，一般多認爲公平會擁有裁量權。另一方面，同法第 74 條規定，檢察總長於發現有違反獨占禁止法之犯

---

<sup>13</sup> 本條日本法制部份由黃銘傑教授撰寫

罪行為時，亦得主動通知公平會，並要求公平會就此提出調查及其結果的報告。然而，依據獨占禁止法第 96 條第 1 項規定，在最重要的獨占禁止法違反之第 89 條至第 91 條等的犯罪行為上，採取公平會的專屬告發制度。申言之，該等犯罪行為非經公平會向檢察總長告發後，檢察機關不得主動進行偵查、起訴等行動。所有違反獨占禁止法之犯罪行為的第一審，由東京高等法院擁有專屬管轄權。

### 三、德國<sup>14</sup>

#### （一）規範原則與制度架構

17. 德國不正競爭防止法（UWG）之刑事責任部分，係規定於第四章第 16 條至第 19 條。配合現代化商業及交易活動之需求，2004 年 7 月 UWG 修正之幅度甚鉅，關於刑事責任部分，係刪除屬於告訴乃論之行為態樣（例外仍保留之告訴乃論為營業秘密侵害），包括營業誹謗行為（舊法第 14 條及第 15 條第 1 項）、廣告代理業者及事業主之刑事責任（舊法第 4 條第 2 項及第 15 條第 2 項）；此外，不實標示倒閉商品行為（舊法第 6 條第 2 項）在 UWG 舊法係屬於社會秩序違反（ordnungswidrig）之輕罪行為，2004 年修法時亦予以刪除。

18. 因此，受到現行 UWG 刑事處罰者，原則上僅有危害交易秩序較鉅之公訴罪行為，營業秘密侵害乃唯一屬於告訴乃論之不正競爭行為<sup>15</sup>。綜合而言，UWG 處罰之不正競爭行為態樣包括：

（1）符合一定要件之不實廣告行為（第 16 條第 1 項）。

（2）多層次傳銷行為（第 16 條第 2 項）。

（3）營業秘密侵害行為（第 17 條至第 19 條）。

依據一般經濟刑法理論，藉由刑事規定保護超個人法益（überindividuelle Rechtsgüter）係已受到肯定，而競爭秩序之法益（das Rechtsgut der Wirtschaftsordnung）屬於超個人法益亦無疑問。因此，侵害消費者或競爭對手個

<sup>14</sup> 本條德國法制部份由謝銘洋教授、陳人傑撰寫

<sup>15</sup> 關於 2004 年前揭條文修正對照表，請參照：本研究系列（二）第十九條、第二十一條及第二十三條之德國法介紹。



人法益之不正競爭行爲，即將違法所得利益歸入國庫；但不正競爭行爲除了侵害個人法益外，亦危及超個人法益之競爭秩序者，爲了維護公共利益（das Interesse der Allgemeinheit），UWG 乃另有刑事處罰之規定（Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 16, Rdnr. 9 f.）。

19. 該當 UWG 刑事處罰之不正競爭行爲，關於告訴權人、訴訟程序之進行等，適用刑法及刑事訴訟法（StPO）之一般規定。例如：刑事訴訟法第 403 條以下關於刑事附帶民事之損害賠償請求。

## （二）不實廣告行爲

20. 不實廣告於我國法上並無刑責之規定，惟德國法制上有對此施以刑事制裁。

### 1、UWG 條文

21. UWG 第 16 條第 1 項規定：「行爲人意圖呈現較佳的商品或服務條件，在對於大範圍對象之公開宣傳中，以不實的內容爲引人錯誤的宣傳，應處兩年以下有期徒刑，或併科罰金。」

### 2、UWG 規定內容

22. 在行政及民事責任外，對於不實廣告之行爲人再課以刑事處罰，係將消費者、競爭對手與公共利益（das Interesse der Allgemeinheit）立於相同的保護層次；惟刑事處罰在構成要件有更爲嚴格的要求。亦即，對於違反 UWG 虛偽不實或引人錯誤表示或表徵之法律效果，乃利害關係人之不作爲請求權（UWG 第 8 條第 1 項至第 3 項）；行爲人如有故意或過失，尙須負損害賠償責任（UWG 第 9 條）；進一步的，不實及引人錯誤廣告之行爲人乃故意，且係意圖表現出較佳的商品或服務條件，並於大範圍爲對象之公開宣傳所爲者，始有刑事責任（UWG 第 16 條第 1 項）。

23. 以 UWG 第 16 條第 1 項處罰之不實廣告行爲，除了必須符合刑法上的違法性及有責性要件外，尙須該當本條所規定之客觀及主觀構成要件。違反本條規定之法律效果爲兩年以下有期徒刑，或併科罰金。

### (1)客觀構成要件

24. UWG 第 16 條第 1 項處罰之不正競爭行爲，客觀構成要件包括：表示行爲（Angabe）、關於商業條件之表示、不實的表示、引人錯誤的表示、公開的宣傳、針對多數人所爲之宣傳。
25. 另外，本條虛偽不實宣傳之「不實」，所指爲何？多數說見解認爲，UWG 第 16 條第 1 項關於「不實」之認定應採客觀解釋（objektive Interpretationen），亦即宣傳內容確實與實際不符。雖有少數說是採主觀解釋（subjektive Interpretationen），認爲只要與交易相對人之理解不符即構成不實宣傳。惟鑑於本條乃刑事處罰規定，且基於德國基本法（GG）第 103 條第 2 項法律規定明確性之要求，不宜採主觀說<sup>16</sup>。
26. 其次，引人錯誤之結果若因行爲人消極的不表示或沈默，是否亦有本條之適用？學說及實務認爲，除非行爲人就商品或服務條件負有明確說明之義務，否則本條並未規範「不作爲」之情形；在一般情況下，行爲人與交易相對人間不存有此等義務<sup>17</sup>。
27. 再者，UWG 第 16 條第 1 項所處罰之不實廣告，必須是以大範圍爲對象之廣告行爲，從而若是個人廣告（Individualwerbung）或是在個別消費者做成交易過程之言論，不屬之<sup>18</sup>。

### (2)主觀構成要件

28. UWG 第 16 條第 1 項不實廣告刑罰之主觀構成要件爲：行爲人乃故意、行爲人有呈現較佳商品或服務條件之意圖。

### (3)與刑法第 263 條詐欺取財罪之關係

29. UWG 第 16 條第 1 項並非刑法（StGB）第 263 條詐欺取財罪之特別規定，因爲 UWG 第 16 條第 1 項不單純是財產權侵害（Vermögensdelikt）之刑事處罰，個人財產法益之保護亦非重點，亦未必導致財產損害（Vermögensschaden）之結

<sup>16</sup> Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 16, Rdnr. 62 ff.

<sup>17</sup> Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 16, Rdnr. 74.

<sup>18</sup> Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 16, Rdnr. 86.

果；從實務個案來看，交易相對人因該廣告而做成交易之決定，往往不會發生刑法第 263 條意義下之財產損害結果，消費者因其所支付之對價仍獲得商品或服務，只是不符合其原有之預期價值<sup>19</sup>。

(三) 多層次傳銷行為之刑事責任請參照第 35 條第 2 項邊碼 1 至邊碼 2

(四) 洩漏營業秘密之刑事責任請參照第 36 條邊碼 4

#### 四、歐洲聯盟

30. 歐洲聯盟並未有相關刑事制裁機制。

### 貳、立法沿革與規範定位

#### 一、立法沿革

31. 原於 80 年立法時，基於濫用獨占地位、聯合、仿冒、多層次傳銷等情形猖獗，考量制裁實效性，以處「行為人有期徒刑或科、或併科罰金」作為箝制手段。雖於立法過程中，針對濫用獨占地位、聯合等典型限制競爭行為，有認為其已可由非常時期農礦工商管理條例第 12 條、31 條，五年以下有期徒刑之刑事制裁涵蓋，而為避免衝擊企業，有暫緩立法之必要（立法院公報第七十二期，二十二卷 頁 74-74）。然立法審議過程中，廖義男教授具體指出，上述條例於適用上有諸多限制（立法院公報第七十二期，二十二卷，頁 68-69 廖義男教授發言）且尚有合憲性爭議存在，理應廢止該不合時宜之法令。而獨占、聯合壟斷行為，乃典型限制競爭行為，嚴重扭曲市場機能，容易導致超額壟斷利益之追求，具有強烈倫理非難性（立法院公報第 72 期 22 卷，頁 70-71 廖義男教授發言），參考美國、日本有相關刑事制裁之立法例，進而訂定公平法 35 條 1 項之規定。

32. 除典型競爭行為外，由於仿冒、虛偽不實引人錯誤之表示或廣告、多層次傳銷行為具有典型欺瞞性，嚴重侵害他人權益，故以刑事制裁相繩（立法院，1993，頁 68 以下）。

33. 上述立法，於 36 條採行「先行政後司法原則」，但第 35 條、37 條卻逕採刑罰制裁手段，導致體系執行上之不一貫。職此，於 88 年修正第 35 條時，基於

---

<sup>19</sup> Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 16, Rdnr. 29 f.

立法政策考量，為避免檢察官與公平會就相同違法情事認定歧異，且因公平法乃經濟法，需配合國內經濟環境情形適用，且現行條文中存又若干不確定法律概念，於判斷尤需有完整之市場資料作為基礎。是以建議回歸公平會作為認定違反第 10 條、14 條之專責機關，以行政權之先行介入，作為預警(公平會，2003（一），頁 427 提案總說明)。因此，行政院基於產學界之一致支持，於民國 84 年基於比例原則及上述立法政策要求，提出第 35 條改採「先行政後司法原則」之修正案(公平會，2003（一），頁 427 以下)。該項原則於一讀程序中，雖有部份委員學者認應回歸「行政司法併行」之反對意見(公平會，2003（二）頁 181)，但於第 88 條經協商通過確定新法第 35 條第 1 項採「先行政後司法」制裁，並將違反 23 條行為增列第 2 項(公平會，2003（二），頁 612)。

34. 現行法第 35 條第 1 項除全面改採先行政後司法建制外，基於明確性考量，於 88 年修法時明定處罰對象乃違犯第 10 條、第 14 條、第 20 條「第 1 項」之行為，並提高罰金額度。(公平會，2003（一），頁 399)。關於「先行政」處理之適用，為避免故意認定上困難，行政院修正草案將「不停止」之用語改為「未停止」，且加上「停止後再違反者」之調整(公平會，2003（一），頁 228 以下)，經立法院審議後成為現行條文。

35. 其他行政制裁手段之採擇上，修法未採「先處罰緩」作為行政制裁手段，於起草階段時，雖上述兩案均經提出(公平會，2003（一），頁 261-262、頁 302 草案初稿說明、公平會 2003（一），頁 262 乙案反對，頁 299-303)然於送交立法院時，由於多數實務及學者贊同「先處罰」模式，(公平會，2003（二），頁 302-304、頁 314)，僅以「經處罰緩」之修正條文送交立法院審理。(公平會，2003(二)，頁 487)。但於法案送付二讀前，公平會卻以「已經先期預警而未遵循，已符刑事制裁要件，無再處罰緩之必要」，而刪除原「先處罰緩」之提案，(公平會，2003(二)，頁 498-516 頁 546-547)。該提案最後經立法院黨團協商通過(公平會，2003(二)，頁 580)，付院會審議通過成為現行條文(公平會，2003（一），頁 613-614)。其他行政處理之部分，新法亦明文規定行政機關得為貫徹行政監

督之目的，得以「命改正」(公平會 2003 (一)，頁 303)或「其他必要更正措施」(公平會，2003(二)，頁 74、頁 289、頁 325)防止違法情形繼續存在、擴大。

36. 基於「窮化犯人，以遏制不法」之立法趨勢，且有鑑於第 41 條罰鍰提高至五千萬元，為免輕重失衡，修法後，提高本條罰金上限為一億元(公平會，2003(二)頁 546、頁 585-588)。並由於以往案例因違法情節輕重差異甚鉅，違法業者規模大小不同，對市場秩序危害程度有別，法院處理時宜作彈性處理，故罰金下限額度不與上限同幅提高。是以，現行第 35 條第 1 項僅有刑法總則所訂之罰金下限，依照 93 年修正之刑法第 33 條之規定，提高為 1,000 元以上。

## 二、規範功能與定位

37. 公平交易法保護之法益，由立法過程可推知，兼及競爭者與消費者利益，保障集體經濟生活安全，而唯有透過法律制裁之手段方可維繫上述保障法益之目的(立法院，1993，頁 67、72、92、419、433、471)。基此，現行法公平交易法所保障乃『超個人財產法益』、『非物質法益』(洪文玲執筆賴源河主編，2002，頁 466-467)，而為避免侵蝕自由經濟精神，危及整體經濟結構，故以『刑罰』以及『行政制裁』作為箝制手段。

### (一) 第 35 條第 1 項與第 41 條之關係

38. 依公平法第 35 條第 1 項、第 38 條之規定，對於事業違反本法第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項之制裁，均採「先行政後司法」之原則，亦即，經公平會依本法第 41 條規定「限期命違反事業停止、改正或採取必要更正措施」，而該事業逾期未停止、改正其行為或為採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，即可對該事業之負責人論以刑事制裁，並依第 38 條對該事業法人科以罰金。易言之，一旦事業違反第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項經命停止、改正後仍繼續行為者為，即產生第 35 條第 1 項前段與第 41 條後段競合之問題；並且，由於現行法上未採「先經第 41 條處罰後」始得科處第 35 條、38 條之刑罰，更使本條第 1 項前段與第 41 條後段競合上滋生困擾；再者，於民國 94 年新通過行政罰法第 26 條、第 15 條、第 16 條通過後，本條第 1 項前段、

後段、第 38 條之處罰與第 41 條之適用，是否有一行為兩罰之爭議即成為重要之課題。有關第 35 條第 1 項前段、第 1 項後段與第 41 條之適用關係請參照後邊碼 86 至 93。

## （二）與公平法第 38 條之適用關係

39. 依照公平法第 38 條之規定：「法人犯前三條之罪者，除依前三條規定處罰其行為人外，對該法人亦科以各該條之罰金」。由於公平法採兩罰主義，而法人受第 38 條處罰之前提乃事業之負責人依第 35 條第 1 項受刑之宣告，是以本條與第 38 條於適用上具前提之先後關係。關於第 38 條之處罰主體與本條處罰主體之差別，詳見本條邊碼 77 與第 38 條邊碼 212224。關於法人依第 38 條處罰與第 41 條之競合，參照本條邊碼 91。

## 參、構成要件分析

### 一、違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定

40. 實務上對於違反行為之態樣均依照第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項之構成要件判斷，請參照前第 10 條、第 14 條、第 20 條之註釋。

### 二、經主管機關依同法四十一條規定，限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施

#### （一）採「先行政後司法」之建制

41. 公平法於制訂時，立法者認獨占企業濫用其經濟力之地位、有競爭關係者之聯合行為將使社會資源浪費、自由競爭市場無法發揮。並認關於仿冒、違法多層次傳銷行為亦具有欺瞞性或嚴重侵害他人權益而一併納入刑事制裁之範疇（立法院，1993，頁 68 以下）。惟於體系上，針對獨占、聯合以及第 20 條 1 項之行為採行「先行政後司法」手段制裁，只要企業不遵守行政機關所為之「禁制處分」，亦即該等行政措施無效果時，任何人均得告發犯罪，與外國立法例上賦予行政機關專屬告發權之建制仍有不同（黃茂榮，1993，頁 526）。公平法第 35 條第 1 項並未再就個別違反行為加以定義，僅於處罰上基於比例原則、先期預警、專業執法之考量，以較輕微之行政制裁手段先為處分，逾期末停止、改

正其行為或未採取必要更正措施始課以刑事制裁。

42. 本條於立法過程中，是否要採取「先行政後司法」原則，幾經爭議。採肯定見解主要依據入下：1.基於比例原則之考量、刑罰謙抑性之思想，於有多數制裁模式下，應以行政制裁優先，未能達嚇阻效果時始課以重罰，符合刑罰之最後手段性要求。2.公平法乃經濟法，法條中若干不確定法律概念之用語，運用時尚須有完整市場資料作為判斷基礎，宜先有行政機關介入，先期預警，以避免採併罰制有不教而殺、執法過苛之疑慮(公平會 2003(一) 頁 300、頁 399、頁 487、(二) 頁 584)。甚者，有認為由於公平法第 35 條針對第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項第 3 款採行「危險犯」之立法(洪文玲，2002，頁 489)，而以「先行政後司法」作為危險犯成立之「客觀處罰條件」(參照臺灣 88 年法律座談會提案甲案見解，88 年法律座談會彙編 第 346-347 頁)，實有助於限制國家對公平法刑罰權行使界線，並可解決危險犯有前置刑罰，違背罪責原則疑慮之困境(林東茂，1999，頁 35-40、頁 54-46)(賴源河，2002，頁 491)。故「先行政後司法原則」於現行法上的確有存在之必要。

43. 現行法第 35 條第 1 項針對違反第 10 條、第 14 條、第 20 條 1 項之行為，一律採行「先行政後司法」之制裁，然此種劃一標準是否最具備「嚇阻」作用，則有爭議。有認於水平聯合行為中視為當然違法(per se illegal)之行為，其惡性重大，以上述模式處罰未必可達制裁目的；亦有認應就「限制競爭行為」及「不公平競爭行為」區分制裁手段，而認前者宜採擇先行政後司法處罰，後者則未必(公平會，2003(二)，頁 412)；也有認應區分違法共識度較低等違反第 10 條、第 14 條可採上述原則，但針對仿冒等侵害智慧財產權違法共識高之行為，基於維護人民法情感以及行政機關執行上實效考量，則應維持行政司法併行處罰制(公平會，2003(二)，頁 411)。88 年修法後，雖明確統一第 35 條第 1 項與 36 條之法律效果，均以公平會先就違反公平法之專業事項加以認定、處分，並以經處分而不停止作為刑罰之構成要件。惟上述建制仍引發是否符合權力劃分及權利保護之要求，以及司法權對於公平會違法事實之認定，或於法律之適用

上是否受行政機關認定或見解之拘束之問題(黃茂榮，1992，頁 524 以下)。

### 1、採「先行政後司法」刑事法院之審查範圍

#### (1)、第 35 條第 1 項前段刑事法院之審查範圍：

44. 由於公平法第 35 條第 1 項為罰則之規定，解釋上將同時牽涉法院與行政機關認定、審查權限之問題。修法前後雖有採「先行政後司法」之不同，然在適用上皆面臨行政機關「先前認定或處分」對於之後法院判斷拘束力強弱之問題。司法機關對於企業是否違反公平交易法之判斷，是否受到行政機關最後判斷之拘束，是否有「判斷餘地」或「行政處分構成要件效力」之存在？甚且，若該行政處分違法，在未經有權機關（訴願機關或行政法院）撤銷前，法院得否逕為判決？關於此點，實務、學說上在 88 年修法前分別有提出不同意見，然於修法後實務及學說見解趨於一致，原則上皆尊重行政機關所為的第一次處分及判斷。

#### 45. I、88 年修法前相關學說、實務見解

修法前第 35 條第 1 項採「行政司法併行制」，刑事法院及行政機關本得對於同一違法事實依職權各自認定，分別處罰。由於是否該當獨占、聯合本為刑罰之成立要件，刑事法院本有調查的義務及權限（刑事訴訟法第 163 條參照）。然而獨占與否、是否有聯合等皆須具體判斷特定市場（相關市場）以及市場力量、涉及生產效能、市場結構、整體經濟等高度專業性領域，為避免執法機關認知歧異，影響國家威信，學說上認宜依「判斷餘地理論」，將該不確定法律概念構成要件之認定權，交由專業之公平會為之，其所為之判斷，應受司法機關的相當之尊重(翁岳生，1993，頁 441-445)。然而，亦有反對說認為基於法域分工，行政司法各自有不法判斷之標準並認如此方可避免行政機關因疏忽作成有瑕疵處分或人民以詐欺、脅迫手段誤導行政作成公告、處分等造成規避刑法之觀點而認刑事法院之判斷不受行政機關見解之拘束(洪文玲，2002，頁 494-495)。

46. 在 88 年修法前，實務上見解趨向上述反對說。雖有認法院於公平法第 35 條之審理上，其構成要件之判斷應優先徵詢公平會之意見（參照「法務部民國



八十一年四月二十二日法檢字第 0 五九三三號函」之規定：『通告所屬各檢查機關遵照辦理：1.檢察官辦理人民檢舉之違反公平法案件，其犯罪之成立不以公平會之行政處理為前提要件者，對有關公平法規定之經濟概念、名詞應儘量徵詢公平會之意見，且為防止受害層面繼續擴大，儘可能主動與公平會聯繫，並建請公平會迅即採取必要之行政處分措施』)，惟司法機關則認公平會之認定不拘束法院。其等認為在修法前尚存有獨占公告之制度下，若公平會已對獨占事業之公告，並仍非為認定事業是否違反 35 條之唯一依據，按因公平法第 5 條已具體規定獨占之定義及成立要件，法院自得依職權獨立判斷(參照臺灣高等法院 81 年度全國法律座談會決議結論)。

#### 47. II、88 年修法後學說、實務上之見解

修法後，第 35 條第 1 項前段採「先行政後司法」之處罰模式，亦即以公平會先前有作成命停止、改正或其他必要更正措施等處分為其犯罪之成立要件。先前之行政處分對於刑事法院之效力為何，法院得否逕行審查前處分之合法性或僅得審查處分後是否有「不停止、不更正」等情事，此即為「行政處分構成要件效力」或「犯罪構成要件之行政從屬性」之問題。關於「行政處分構成要件效力」是否存在，學說上有所爭議，有認為本於司法機關之獨立性，法院自可依職權就刑法構成要件該當之事實加以調查，不受先前處分之拘束；然另一方面由於法條明文規定以「經處分」而不遵守為刑罰構成要件，基於權力分立之考量，先前之處分應對法院某程度具有「構成要件效力」(許宗力，2000，頁 588-589)。

48. 按公平法第 35 條第 1 項前段採行以「違反行政處分」作為刑罰成立要件(類似於刑法第 149 條之建制)之立法，而非以「行政處分本身合法性」作為刑罰之構成要件(例如刑法第 35 條)之類型，傳統實務上見解認為確保刑罰之正當性，刑事法院本不受行政機關見解之拘束，有自行調查是否該當違法事實構成要件之權限和義務(52 台上 694 判例、高等法院台南分院 83 年上易字第 1194 號判決參照)；惟行政法學界傳統通說則基於「權力分立」、「機關尊重」之考量，認為

先前行政處分對法院當然具有構成要件效力(吳庚, 2005, 頁.353)(許宗力, 2000, 頁 588)(蔡茂寅等, 2001, 頁 219)(另參照大法官釋字 379 號解釋)。而修法後, 因公平法第 35 條第 1 項採「先行政後司法」, 多數學者認採「行政罰前置主義」更加彰顯司法之行政從屬性。蓋刑罰之發動, 係以事業不遵從行政處分。逾期不為改正行為或再為違反行為為前提, 司法官僅能依從行政之認定、判斷、幾無獨立判斷業者行為是否為獨占、聯合、仿冒或妨礙公平競爭之可能(賴源河, 2002, 頁 495)(汪渡村, 2004, 頁 276-277)。故學說上多認修法後在公平法 35 條第一項前段之判斷上, 法院應認公平會先前依照第 41 條所為之處分具有構成要件效力, 對處分之合法性不得為實質上審查, 只能判斷是否有「未停止」「未改正」「未採必要更正措施」之情事, 以尊重公平會之專業職權, 維護權力分立。

49. 實務上針對第 35 條第一項前段之判斷, 於修法後, 似可觀察出刑事法院多半尊重行政機關之態度。由 86 年至 94 年實務上針對修正後公平法第 35 條第 1 項之判決似可推知, 法院多半基於專業性、以及權力分立之考量, 僅就企業是否有經處分而「未遵守」「未停止」「未改正」為審查, 似乎並不得就公平交易委員會所下之處分為實體上之審查或其他該當處分之事實自行調查。<sup>20</sup>例如針對 86 年至 94 年刑事法院審理違犯公平法第 35 條一項案件之統計, 於處理行為後第 35 條第 1 項變更的案件上, 法院會因有利人民之新法規定「先行政後司法」原則, 而若公平交易委員會於行為後未有再依第 41 條處分, 而得逕為無罪之諭知。(板橋地方法院 88 易 298 判決、高等法院 91 易 924 決 91 上易 2068...等判決參照)法院判決雖未明白揭示其受主管機關先前行政處分之法律見解或事實認定之拘束, 然由判決文字以「經處分」而「未停止」為第 35 條第 1 項之構成要件”之用語似可推知「處分」本身的內容似非法院判斷刑罰構成要件之標的; 甚且, 法院於上述案件並未因行政機關「未為處分」而自行調查行為人之行為是否有該當第 10 條 1 項、14 條、20 條之事實, 似可推知行政機關「先前處分之存在與否」對在後之刑事法院具某程度之拘束力。然刑事法院是否受公平交易委員先

前所為之更正、停止、罰鍰處分其「內容上」法律見解或事實認定之拘束，則由於新法通過後尚未有相關判決出現，故仍有待觀察。修法後，高等法院所屬法院 88 年法律座談會，則認為法院審理修正後公平法第 35 條第 1 項案件時，基於此乃高度專業事項，應盡量尊重公平會之決定，僅得就行政處分存在為「形式上審查」，不及於行政處分違法與否之判斷，與釋字 379 號結論相同。

## **(2)、第 35 條第 1 項「後段」刑事法院審查之範圍**

50. 一般所謂「先行政」對於「後司法」拘束性以及拘束程度之問題，多半係涉及針對「同一行為」違反行政法上與刑罰上義務時，行政機關「先前」判斷之見解是否會影響司法機關「之後」追訴時判斷。然本條後段處罰「再為相同或類似」之行為，本為刑罰之構成要件，司法機關自有審酌判斷之權限，不生行政處分構成要件效力之問題。惟於學理上在司法機關在判斷相同或類似行為時，似可考慮對該違反第 10 條、14 條、20 條 1 項之行為態樣提出鑑定，以避免之後又有「相同」「類似」之違犯行為出現時，不同刑事法院之認定上之差異將造成當事人疲於應訴之困擾。由於採上開建制將有類似課刑事法院禁反言之實質效果，將來於司法實務操作上可供參考。

## **2、採先行政後司法之建制，行政爭訟程序與刑事訴訟程序所涉之相關問題**

51. 採「先行政後司法」之建制則可能涉及另一行政救濟與刑事制裁上之問題。亦即，若事業對第 41 條之處分提起行政救濟時，於行政爭訟確定前，刑事法院得否以及如何開啓本條之刑事審判程序之相關問題。於修法前，本條雖採「行政司法併行制」，然有學者認為，若對事業對第 41 條處分提起爭訟時，司法機關原則上應待行政爭訟程序確定後，確實認定有違法之情事時，始得發動刑事程序（廖義男，1994，頁 74-76）。蓋當初之立法本意原先希望由專責機關認定違法情事，如事業對此有所不服，則應經行政爭訟程序加以確定；如經訴願、行政爭訟程序中認定事業之行為並無違法而撤銷公平會之處分者，該行為並無違反本法事實應已確認。從而，在修法前，學者有主張檢察官於公平會認有違反本條規定構成犯罪嫌疑時，若知當事人之事業已對第 41 條之處分表示不服提

出行政救濟者，宜認犯罪是否成立仍須待行政爭訟結果為斷，故於行政爭訟程序終結前，須暫時停止偵查（廖義男，1994，頁76）。

52. 此項尊重行政爭訟程序對公平會依第41條處分判斷之見解，於修法後亦有適用。蓋修法後採「先行政後司法」建制，本法之構成要件以「經中央主管機關依第四十一條規定限期命其改停止、改正其行為或採取必要更正措施」等處分之「作成」為前提。是以若事業就第41條之處分提起行政爭訟，若該處分嗣後遭撤銷、廢止，行為人之行為即不符合第35條第1項前段之構成要件。是以，上開司法機關應尊重第41條處分行政爭訟結果之見解，於修法後理應更有採用之必要。準此以論，刑事法院宜在行政爭訟程序未確定前，先行停止審判，避免嗣後處分遭撤銷或廢止可能產生構成要件不該當之問題。

## **(二)經主管機關依同法四十一條規定，限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施**

53. 民國88年修法時，第35條第1項改採「先行政後司法」建制，在刑罰構成要件上以先經第41條之行政處理為前提。惟本法於二讀後移除須先經「中央主管機關處五萬元以上五十萬元以下罰鍰」之行政處理要件，故本法未採「先處罰鍰」為行政處理之手段。
54. 按先行政後司法之制裁可分為「先處罰」或「先處理」兩種模式（黃茂榮，1993，頁523）。採「先處罰」之行政手段乃以行政機關「先處罰鍰」後再為刑罰。採贊成之觀點者，主要係基於「先處罰鍰」將較合於比例原則之考量，以避免將刑罰誤解為強化行政糾正權之後盾（廖義男，1995，頁326、頁327註22）。然88年修法前亦有論者認先處罰有以下缺點而反對之：其一為採「先處罰」將額外形成受害人尋求救濟之障礙（黃茂榮，1993，頁523）（公平會2003（一）頁301-302草案初稿總說明乙案）；另一理由則為，為配合「先處罰」，行政機關將一律課以罰鍰或併處罰鍰，從而其本得依第41條裁量不同行政效果之空間，可能受影響而限制其為決定「是否」科處罰鍰之空間（黃茂榮，1993，頁523-524）。惟修法時移除草案「先處罰」之規定，配合新行政罰法26條採「刑罰優先」原

則，不但公平會於第 35 條、41 條競合時因吸收關係原則上不得逕為科處罰鍰，司法機關於追訴時，亦不問該違反行為是否已處罰鍰皆得逕予追訴，造成公平會科處罰鍰之權限大幅萎縮，使第 41 條有架空之疑慮（另請參照本條邊碼 92）。

55. 關於本條其他構成要件經「中央主管機關依第四十一條規定『限期命其停止』、『改正其行為』或『採取必要更正措施』」之具體違法行為態樣、案件類型，請參照第 41 條編碼 39 至 46。

### 三、逾期未停止者、改正其行為或未採取必要更正措施

#### （一）逾期「未停止」者：

56. 所謂經命停止而「未停止」者，係指先前「命停止」之行政處理未達嚇阻、糾正之作用時，行為人任令其領導之事業繼續為違法行為而有妨礙市場秩序之情形（廖義男，1995，頁 329），而如此行為已具社會倫理非難性，制裁上即需以更嚴厲之刑罰制裁。

57. 構成要件該當性上，關於行為人「未停止」之主觀要件，是否以故意過失為前提，學說上迭有爭議。有認為僅以「不停止」為構成要件，是否包括「故意」不停止之主觀要件，可能引起爭議（公平會，2003(一)，頁 239)。是以，在修法過程中建議將「不停止」改為「未停止」以避免上述爭議，而排除主觀要件（是否故意）之認定。但有反對意見認為依照刑法第 12 條之規定，除非法律決策認為對先前行政機關之禁制處分之遵守負「無過失」責任，改為「未停止」似乎無法排除法院審理違反先前行政處分「故意」等主觀要件之認定（黃茂榮，1993，頁 525 註 2)。按公平法第 35 條第 1 項改為「未停止」之規定，是否代表經行政機關依第 41 條處分後，一旦不遵守，即不論故意過失不遵守即課以刑罰，實務上尚無意見。惟基於現行刑法 12 條採行責任原則（無責任，無刑罰）以及大法官釋字 313 號之意旨，似以行為人不遵守仍須有故意過失為刑罰之前提。

#### （二）逾期未改正其行為或未採取必要更正措施

58. 關於「未改正」、「未採取必要更正措施」等要件，實務上處理第 35 條時雖

尚無判決對此表達意見，然基於適用上之一致性之考量，其要件之解釋大致相同前述關於「改正」「必要更正措施」之說明，請參照第 41 條編碼 58 至 61 之說明。

59. 並且，由於事業經糾正仍未為停止、改正或採取更正措施，其除受本條之刑罰規範，亦合於公平法第 41 條後段連續處罰之要件，故在競合上應如何處理則應依新通過之行政罰法 26 條採刑罰優先之意旨，逕依懲罰作用較重之刑罰處斷即可。（請參照第 41 條編碼 70、本條邊碼 91）

#### 1、事業負責人更換時，法人逾期未改正或未採取必要更正措施時之處罰

60. 本條處罰事業負責人之基礎在「事業」經第 41 條糾正後，事業之負責人仍「不為」改善之決定，此時「事業負責人本身」之不作為即具刑罰性，而本項之制裁於負責人、代表人未有更換情事時較無疑義，只要「事業仍不改善」而「事業負責人具故意」時，即可對負責人課以第 35 條第 1 項之刑責。反之，在法人受第 41 條糾正後自然人卻遭解職、更換之情形，第 35 條之處罰則可能有認定上之困難。由於第 35 條先期預警之考量主要針對「同一自然人」先前「未盡監督法人義務」之制裁，得否於先前之負責人「解職後」不經第 41 條糾正而逕對「之後」的負責人課以刑事制裁，此點容有爭議。學說上有認，基於「處罰主體與受罰主體同一」之要求，先前受行政機關依第 41 條命改正等處分之行為人應與之後受罰者一致，且應明訂而以該「行為人」限於事業負責人、代表人較能阻斷事業推卸責任之可能（賴源河，1992，頁 485-486）。惟究第 35 條、第 41 條制裁本旨觀察，於法人受第 41 條糾正後始上任之負責人，其雖未參與先前違法行為之決定，然於接任時應可預見先前之行政糾正，實質上先前處分已有先期預警之效果，若該負責人仍不為改善之決定，似可認其應「承繼先前之行為」，法院得逕依第 35 條加以制裁，方符立法目的。否則，若一律需以「處罰主體與受罰主體同一」，則事業得輕易地以更換負責人之方式，使續任之負責人不受第 35 條規制，進而規避法人第 38 條之刑事制裁。職此，基於罪刑法定之考量，於第 35 條法文中明訂處罰對象乃經主管機關依照 41 條「糾正時」之行

爲人，亦或明訂之後接任之負責人亦應負擔刑事制裁，方爲妥適解決之道。

## 2、修法前事業已受第 41 條糾正後，修法後法院得否逕依第 35 條對負責人課處刑罰之處理

61. 於公平法第 35 條第 1 項修正前已違反第 10 條、第 14 及第 20 條，經公平會依照第 41 條處分後再爲相同或類似違法行爲時，其應如何論處，實務上曾於 88 年 12 月之台灣高等法院座談會做成「不得」逕對第二次行爲處以第 35 條第 1 項之結論（否定說）。其理由乃因修正後第 35 條第一項規定係採「先行政後司法」之處罰方式，其條文中所稱「依第 41 條規定限期命其停止……」應係指與第 35 條同時修正公布之第 41 條，一旦適用修正後第 35 條第 1 項，即應整體適用修正後的公平交易法條文，而不能將構成要件事實割裂，分別適用修正前、後的條文。況且行爲人在修正條文生效前，違反第 10 條、第 14 條或第 20 條第 1 項的行爲，應依當時的法律評價爲一個犯罪行爲，不能在事後又以修正後的法律賦予其「先期預警」的功能，而謂其已滿足修正後之法律要件。從而，無論行爲人在修正條文生效前，有無被處分或者課以刑責，均「不能」將之作爲修正後第 35 條第 1 項所規定構成要件的一部分。故事業若於修法前已受第 41 條糾正，於修法後若司法機關欲以第 35 條第 1 項起訴、審判其負責人，仍須待公平會依第 41 條「另爲」罰鍰或命停止、改正、或其他必要更正措施，始符修正後第 35 條第 1 項之構成要件。

### 四、停止後再爲「相同」或「類似」違反行爲者

62. 關於第 35 條第 1 項後段「停止後再爲相同或類似違反行爲」之要件則較具爭議性。惟目前實務上，88 年修法後並未有相關判決以本條後段爲審判之基礎，故僅能由學理上就法條之文字架構歸納出較爲可行之標準，以供司法機關將來判斷「相同」或「類似」行爲之參考。按第 35 條第 1 項後段之「停止後再爲相同或類似違反行爲」，本身即爲「刑罰」之構成要件，刑事機關有自行判斷之權務，而依該條其文字可將其區分爲「再爲相同違反行爲」以及「再爲類似違反行爲」兩種行爲態樣。並且，依法條之文義可得知，所謂「相同」、「類似」之

「比較對象」乃「停止前」受公平會依第 41 條處分之行為態樣。

#### （一）再為「相同」之違反行為

63. 「再為相同違反行為」係指事業重複為「同一違法行為」之謂，例如獨占事業違反第 10 條第 1 項第 2 款規定，經公平會依第 41 條處分命其停止後，該事業因而調低商品價格，但不久，既非反映市場供需之變動，亦無其他合理理由，而再度調回原價格之行為即屬「再為相同違反行為」，而應以刑罰相繩(廖義男，1995，頁 330)；於法理上之判斷，所謂「相同」之行為者，可以大致上以行為人是否再次違犯先前受第 41 條處分時，公平會所依憑第 10 條、14 條、20 條第 1 項之法條為斷。準此以論，若行為人於停止後，再為先前處分之法條「同條、同款之同一違法行為時」，如此大致上即可認定為「相同」之違反行為。

#### （二）再為「類似」之違反行為

##### 1、「類似」行為之判準

64. 反之，所謂「再為類似違反行為」則指事業再為與原來違法行為「類似」之同一型態及性質之違法行為(廖義男，1995，頁 330)。以刑罰手段處罰行為人「命停止後再為相同或類似違法行為」，主要係著眼於行為人經糾正後仍不知悔改，顯見行政制裁嚇阻作用不足，有強烈社會非難性，有以更強烈手段施加之必要。所謂「類似」之不確定法律概念如何定義解釋，由於修法後第 35 條第 1 項尚未有針對此部份之判決，故法院並無對此表示意見。從而，「類似」之行為是否限於同款、項(例如第 10 條各款)之違犯行為亦或包括同條之不同違犯型態容有爭議。
65. 有認「類似」行為之違反本為另一行為，此處乃特別規定故解釋上應從嚴。例如獨占事業於經第 41 條處分後，雖停止為原商品之不當價格決定，卻為其他商品的不當價格決定，此時尤需再以該事業對其他商品所居之市場地位判斷之，尚難謂和先前之行為屬「再為相同或類似違法行為」(廖義男，1995，頁 331)。而由立法目的觀察，所謂「類似」之解釋是否需限於法條上特定款、項之再違犯以及該如何認定其與先前行為「類似」之程度，似乎不能僅拘泥於文字上



之解釋，而應由「先前行爲」與在後的「類似行爲」所產生之「效果」是否相同綜合判斷。

66. 由於「類似」行爲本身爲刑罰構成要件，爲避免行爲人任意觸法，就「類似」之判斷自應有一定之範圍、界線，以符罪刑法定之要求。具體判斷標準上，由哪些因素方可規範出「類似行爲」之外框、界線，似可從以下諸項指標判斷之：

67. **I、時間因素：**

由於本條後段「相同」或「類似」行爲直接構成刑罰之構成要件，排除先行政後司法之適用，是以在判斷是否爲「相同」或「類似」之違反行爲時，原則上應從嚴解釋（廖義男，1995，頁 331）。是以，若事業停止後相隔 20、30 年後方再爲「相同」、「類似」行爲者，原則上因時間間隔過久，此時若可動輒發動本條後段之刑罰制裁，不但刑事法院認定可能因欠缺專業性而有所不足，更因時間間隔過久，負責人難以意識到違反 20、30 年前之處分。若不經再爲預警而逕處刑罰，仍會有不教而殺、違反比例原則之慮。是以，若於停止後間隔時間過久之情況下，此時仍應回歸第 35 條第 1 項本文，再待專責機關公平會「重新」爲是否有違反行爲之認定、處分始得加以刑罰。

68. **II、主體要素：**

按第 35 條第 1 項處罰對象爲「事業負責人」，然由法條文義觀察，判斷「停止後」再爲「相同」或「類似行爲」乃指「事業」再爲相同或類似於原受第 41 條處分之行爲。是以，若停止前後之行爲係由「同一事業」所爲者，即合於本條規定之主體要件；並且，由於事業負責人之更換「不影響」其對法人之代表權，故由外觀上觀察，縱有更換負責人依照不同負責人之指揮事業之情形，其仍爲「同一法人」所爲之相同類似行爲。職此，在停止後法人有更換負責人之情況其更換不影響於「相同」或「類似」之客觀構成要件判斷，惟是否得法院得否逕對「更換後」之事業負責人依本條後段處以刑罰，則爲另一問題（參照本條邊碼 73 至 75）。

**69. III、違犯條文：**

所謂「類似」行為乃基於與停止前受第 41 條處分之行為加以比較之認定結果。相較於「相同」行為可由原處分行為之「同條、同款、同一行為」加以認定，如何建立「類似」行為之框架則可能亦需藉由違反條文之「條、款、項」加以認定。例如事業為第 10 條第 3 款給予特別優惠或依同條第 1 款拒絕交易等違法行為，若其經公平會依第 41 條處分後，假設該事業之市占率因市等其他因素明顯下滑至 50% 以下，此時該事業若再給予相同交易人特別優惠或再拒絕與同一事業交易時，此時該行為是否為「同條、同款」之「類似」行為不無疑問。蓋由公平法立法意旨觀之，經法院認定屬於「**停止後再為相同或類似違法行為**」者毋庸先經第 41 條行政處理，其主要理由在於已有「先期預警」之存在，而基於便宜性考量，無庸再另為預警。針對「同條、同款」之違反行為，因公平會先前針對該項行為加以非難，若再有「同條、同款」之行為出現，雖基於「預警效果」已達之觀點，司法機關自得依第 35 條第 1 項後段加以處罰；惟按公平法第 35 條第 1 項之構成要件本身需行為人之行為違反「第 10 條」、「第 14 條」、「第 20 條第 1 項」，故在判斷後段「類似」行為時，仍應謹守刑罰構成要件之解釋，需限於符合「第 10 條」、「第 14 條」、「第 20 條第 1 項」之要件始足當之。是以，在第 10 條違法行為之判斷上，若「市占率」比例下降致不合於第 5 條規定之要件時，基於罪刑法定原則，縱其事業之行為相同，仍非本條後段所謂之「相同」或「類似」之情形。

**70. IV、行為客體：**

所謂「再為類似違反行為」，係指事業再為與原來違法行為類似之同一型態及性質之違法行為，而「類似」行為之判斷亦可由行為「客體」之異同加以判斷、並類型化。以第 19 條、第 36 條所涉及搭售之違法行為態樣為例，若事業利用其在 A 商品之優勢之市場地位，搭售 B 商品，經命停止後，該事業雖停止 B 商品與 A 商品之搭售，卻將 C 商品另與 A 搭售，此種利用相同「主要產品( tying product)」（A 商品）之市場地位，先後搭售不同（B、C 商品）之行為，雖不

屬於「相同」之行爲，然似可認爲係本條後段「類似」之行爲（廖義男，1995，330）；反之，若同一事業利用其在 A 商品之市場地位搭售 B 商品受處分後，再利用 D 商品之市場地位搭售 B 商品時，此時則因利用搭售 D 之商品與 A 商品並非同一，故其搭售行爲是否當然違法，仍應重新認定之，不得解爲「類似」之行爲（廖義男，1995，330）。蓋若「主要產品」爲相同之「行爲客體」，若再爲其他商品之搭售可認屬本條「類似」之行爲，其理由除基於「行爲客體」同一性之考量，最主要之考量在於先後行爲「效果上」之相似性，詳見後述。

#### 71. V、行爲效果：

在判斷「相同」或「類似」行爲時，除可藉由上述指標判斷外，最主要需考量者爲再爲之行爲與原限制競爭或不正競爭行爲所生「效果」上之一致性，否則僅由形式上判斷將可能產生刑罰權擴張之不當結果。以前述搭售案件爲例，若同一事業利用 A 商品之優勢市場地位，先後與 B、C 商品搭售時，此時利用相同之主要產品延伸對 B、C 商品之市場影響力，將對 B、C 商品既存或潛在競爭者產生實質之影響；惟若 B、C 商品並非同一相關市場內之商品（例如 A 商品爲印表機、B 商品爲碳粉、C 商品爲紙張）時，此時該事業利用相同 A 商品延伸至碳粉市場所生限制競爭之效果與延伸至紙張市場所生之效果難謂具有「類似」或「一致性」之效果。故自行爲可能產生之「效果」加以觀察，在「搭售」之案件上，除「主要產品」(tying product)需爲同一者外，「搭售」(tied product)之產品亦需處於同一「相關市場」下，該事業之行爲方屬第 36 條後段所謂「類似」之行爲。同理，在獨占事業先後就分屬「不同相關市場」之商品爲不當之價格決定時，此時由於其限制競爭之效果亦有不同，故亦非本條後段「類似」之行爲。

#### 2、相同或類似行爲之「處罰」

72. 於「相同」負責人之情形下，在「處罰上」直接適用本條後段處罰原則上較無窒礙之處。蓋由於事業「停止後」故態復萌尙屬常見，若經再三制止仍有

高度相似之違犯行為產生，此時若需對個別行為再逐一依第 41 條加以糾正始能對負責人處以刑罰，不但使主管機關疲於奔命，虛耗行政資源，亦未能適時迅速制裁「相同的」負責人此時一再違犯之高度惡意行為；再者，由於「相同」負責人一再違犯相同類似之行為，顯可得知其等對刑罰制裁有所預見，未有不教而殺之疑慮。是以，於行政處理上，主管機關雖不得命事業「不得再為相同或類似之行為」（參照第 41 條編碼 43），然若事業確實再犯相同或類似行為時，本於惡性重大、行政便宜之考量，法院得逕自介入，毋待行政處理而直接對「相同」負責人課以刑罰。

73. 在「不同」負責人指揮法人為相同或類似違反行為時，由於「停止後」再為相同或類似之行為並未明確規範停止後「多久期間」之違犯方屬本條之制裁，且「命停止後再為相同或類似違法行為」本與公平法 41 條「後段」不生處罰競合，未有處罰時效等問題（參照第 41 條編碼 61），實務上可能發生事業經第 41 條處分停止後，過 20 年、30 年再為相同類似行為仍受本條制裁之情形。在未規定違反期間之情形下，經 20、30 年後「法人」雖為相同、類似之違犯行為，然事業負責人可能早已易主，此時得否「處罰」接任之董事則需具體檢驗。
74. 揆諸第 35 條第 1 項後段之文義，續任之董事、負責人可能僅因法人之行為與 20、30 年前由「不同」負責人主導之違法行為有「相同」或「類似」之處，法院即可不經預警，逕對更換後之負責人施以刑罰。惟刑法第 12 條以故意過失為犯罪之成立要件，而過失犯之處罰以特別規定者為限。故於「處罰上」，判斷 20、30 年後續任之負責人是否成立本條之罪，則因本條未處罰過失犯，接任之負責人仍須其對先前之處罰有「預見」始成立本罪，而該主觀要件之要求，似可彌補未定期間所可能產生上述刑罰擴張之病。是以，於不同負責人指揮法人時，需「接任」之負責人本身對於其指揮法人違反行為與先前行為「相同」或「類似」有預見時，始得以本條後段處罰之。
75. 而於法人行為停止後，「部分」負責人變更之情形，亦應參照上述處理認定之。

76. 另外，為避免法人、負責人以更換負責人之方式，規避主觀要件認定，進而逃避第 35 條、38 條之處罰，未來於修法時，似可參照美國法上以「綜合認定」之方式認定行為人之主觀較具制裁實效。

## 五、處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金

### (一) 處罰主體：

77. 公平法第 35 條僅規定處「行為人」三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下之處罰，其處罰對象究為「事業」或「行為人」在立法過程中曾引起爭議（公平會，2003，頁 314）。由於公平法第 41 條以下之行政處罰均以「事業」為規範對象，未有處罰「負責人」等字樣，故有學者以「共犯理論」作為課以行為人刑責之依據（黃茂榮，1993，頁 554），實務判決亦採為判決依據（臺灣高等法院 88 年上易字 5408 號判決參照）。亦有認為此處「行為人」之概念，本應指事業而言，但事業有可能為法人，此時為避免和 38 條立法重疊，故宜將「行為人」限定為只實際決定事業行為之事業負責人。事業為法人者，為法人機關之董事、監察人及經理人等有代表權限之自然人；事業為非法人者，在「獨資或合夥之工商行號」，即為出資人或合夥人；在「其他商品或服務從事之人或團體」，即為實際為該交易行為之人或依該團體有代表或代理權之人。（廖義男，1992，頁 62）有關第 35 條處罰主體與第 38 條處罰主體之關係，另請參照第 38 條註釋邊碼 24。

### (二) 罰金之問題

#### 1、罰金上下限之問題：

78. 關於罰金、罰鍰之額度之規範，本應基於以往之執行加以統計量化，透過經濟分析制訂遏止不法動機之有效額度。惟於修法時因尚未有相關分析，且妨害市場秩序之違法行為情節輕重差異過大，故以較大彈性之規定以因應瞬息多變之市場狀況（公平會，2003(二)，頁 453）。由於採「罰金刑」對於經濟犯罪有「窮化犯罪人，以遏止不法」之重大制裁實益，故於立法時，參照國內罰金刑之其他立法與他國高額度制裁而以「一億元」作為罰金額上限，並適度保留執

法上彈性，以因應個案情況。

79. 關於罰金「下限」額度之調整，現行立法取消特殊下限額度之設計，其主要理由乃因個案違法情節輕重差異甚鉅，違法業者規模大小不同，對市場秩序危害大小有別，法院處理時宜作彈性處理，故罰金下限額度不與上限同幅提高。此項調整，與刑法上一般建制相當（參照見法務部函復公平會函 法(86)參字第 033820 號），乃立法裁量之空間。是以法官於適用第 35 條第 1 項時，應依照刑法第 57 條、58 條參考行為人之犯罪所得利益以及行為人之資力，並就犯罪動機、目的、犯罪時所受之刺激、犯罪之手段、犯罪行為人之生活狀況等因素綜合考量，並尤需注意該犯行對於他事業或競爭之影響以及國內整體之經濟狀況而為宣告，以符合提高罰金上限之立法目的。

## 2、得併科、或科、或併科之建制：

80. 現行採高額罰金者，多採「得併科」之體例，公平交易法則採低度自由刑「或科」、「或併科」罰金刑之體例（見法務部函復公平會函 法(86)參字第 033820 號）。蓋因現行刑法第 42 條第 1 項後段規定，無力完納罰金之受刑人，得易服勞役，若受刑人違反第 35 條遭處高額度罰金刑，為規避繳納高額罰金，即代以服勞役，其刑罰似有失衡之弊。故現行法不採「得併科」體例，限制法官裁量權而採「或科」、「或併科」之立法，避免行為人規避制裁，有違公平法採高額罰金，以剝奪其行為所得利益之目的。甚且，違法公平交易法者多為事業，若得以易服勞役有不但有背於公平法第 38 條之制裁目的，且與刑法 42 條規範自然人之意旨相違（公平會，2003(二)，頁 492）。

## (三)行為後法律變更

81. 由於公平法第 35 條於 88 年修正改採「先行政後司法原則」，修法前行為人違犯第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項，若於裁判中法律變更，依照現行刑法第 2 條規定，應適用處罰較輕之法律。惟就修正前後公平法第 35 條之規何者為較輕不無爭議。有認新法採「先行政後司法」原則並非法律之變更，僅事實變更，並無刑法第 2 條適用，應適用原舊法規定論處；然實務上多數見解則認應適用

新法規定。蓋新法關於罰金刑之刑度，雖然由新臺幣一百萬元提高為新臺幣一億元，惟改採「先行政後司法」原則，此規定已結合成為「犯罪構成要件之部分」，中央主管機關於行為人行為時雖「無從」依修正後之法律命其停止、改正其行為或採取必要措施，惟法院於裁判時，上開關於「先行政後司法」之規定既已成為犯罪構成要件之部分，中央主管機關不及行使公權力，無從依修正後之法律命其停止、改正其行為或採取必要措施，此項反射效果有利於行為人，依刑法第二條第一項「從新從輕」之規定，應諭知行為人無罪。(臺灣高等法院暨所屬法院 88 年法律座談會刑事類提案 第 53 號甲說以及審查結論)。

82. 而實務判決上在「臺灣德基、吉積食品有限公司商標仿冒案」中，高等法院則亦認「公平交易法已於八十八年二月五日公布修正，其中第三十五條規定修正為『違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金』……足見修正後之**犯罪構成要件**須經公平交易委員會依同法第四十一條規定，先命行為人限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施之行政處分，行為人逾期未遵守該行政處分者，始足當之。則公平交易法第三十五條之刑罰構成要件既已變更，依刑法第二條第一項前段規定，自應適用修正後之規定。」而行政院公平交易委員會 88 年 4 月 7 日(88)公法字第 00 九六六號函，亦採相同之解釋。職此，上開座談會之結論業已經實務判決具體實踐。

83. 再者，於舊法時提起自訴或公訴，而依上述結論應適用新法，但未經行政程序即提起公訴自訴，此時應諭知不受理或無罪判決？高等法院於 88 年 8 月 30 日，(88)廳刑一字 2205 號函認應直接諭知無罪判決。其理由在於公平法第 35 條之變更為構成要件之變更，依照刑法第 2 條規定應適用新法，故對於修正前之違法行為，由於未經行政程序，即不該當犯罪構成要件，應諭知無罪判決。依此，修法後適用第 35 條之實務見解多採之，皆依此而為無罪之諭知。茲有附言

者，94 年新修正之刑法第 2 條規定改採「從舊從輕原則」，惟因實務見解認第 35 條乃有利行為人之變更，故上述結論於刑法修正後並無適用上之不同。

#### （四）實務上其他問題

##### 1、不得上訴第三審案件上之處理：

84. 依照刑事訴訟法 376 條之規定，最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪不得上訴第三審。公平法第 35 條第 1 項乃法定刑三年以下有期徒刑之輕罪，本不得上訴第三審。惟其若與他罪具不可分一罪之關係，則因「上訴不可分」原則，全部得上訴第三審。(最高法院 90 台上 7537 判決參照)

##### 2、冤獄賠償案件之處理：

85. 依照冤獄賠償法第 2 條第 2 款之規定以及司法院大法官會議釋字第 487 號解釋，受無罪之宣告確定前，曾受羈押者，如其羈押係因其行為違反公共秩序或善良風俗，情節重大，已逾越社會通常觀念所能容忍之程度者，不得請求冤獄賠償。按行為人於違犯公平法第 35 條第 1 項行為後法律變更之情形，縱其行為合於第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項之要件，則因適用新法結果而可獲致無罪判決，但由於其違法行為已該當第 10 條、14 條、20 條第 1 項之要件，法院並非認定聲請人無上開聯合行為始判決無罪，故於無罪判決前所為之羈押，若已明確違反公平法之規定，且屬違反公共秩序、競爭秩序且情節重大之行為時，自不得為冤獄賠償之決定(參照司法院 94 年台覆字 72 號，原判決：台北地方法院 93 年賠字 153 號判決、89 年台覆字 209 號，原判決：高雄地方法院 89 年賠字 16 號判決，經 89 覆 209 號撤銷)。再者，若係因行為時故意過失自白所受之羈押，縱之後因法律變更而受無罪判決，其亦不得聲請冤獄賠償。(參照 89 台覆 180 號，原判決：高雄地方法院 89 年賠字 15 號判決)

### 肆、法律適用

#### 一、公平法第 35 條第 1 項與第 41 條之適用

86. 依公平法第 35 條第 1 項、第 38 條之規定，對於事業違反本法第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項之制裁，均採「先行政後司法」之原則，亦即，經公平會



依本法第 41 條規定「限期命違反事業停止、改正或採取必要更正措施」，而該事業逾期未停止、改正其行為或為採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，即可對該事業之負責人論以刑事制裁，並依第 38 條對該事業法人科以罰金。而一旦事業違反第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項經命停止、改正後仍繼續行為者為，即產生第 35 條第 1 項前段與第 41 條後段競合之問題。以下分就第 35 條第 1 項前段、第 1 項後段與第 41 條之適用關係分別討論，並兼論法人同時依照第 38 條處罰時其適用上之相關問題：

### (一) 第 35 條與第 41 條之競合

#### 1、第 35 條第 1 項前段與第 41 條後段之競合

87. 按第 41 條所謂處罰之手段可分為「罰鍰」及「停止、改正、或其他必要更正措施」，按「停止、改正、或其他必要更正措施」僅為糾正權之行使(參照第 41 條編碼 39、40)，不具處罰性質，自無與本條第 1 項生「一行為不兩罰」之問題(參照第 41 條編碼 70)。惟就罰鍰部份，由於第 41 條後段罰鍰之科處並非執行罰上怠金，若針對同一主體之同一行為，則有「一行為不兩罰」之問題存在。關於此部份，主要涉及兩種態樣行為，一為針對「同一」經第 41 條規定「限期命違反事業停止、改正或採取必要更正措施」，而該事業「逾期未停止、改正其行為或為採取必要更正措施」之行為，應優先適用第 35 條第 1 項或第 41 條加以處斷之問題；另一部份則涉及若已依第 35 條第一項處罰事業負責人後，得否再處罰法人之問題。

#### (1) 針對經第 41 條處分仍不停止、改正、或更正之「同一行為」其應如何適用本法第 35 條第 1 項前段及第 41 條後段「處以罰鍰」之制裁

88. 按針對「同一」經第 41 條處分後仍不停止、改正或採取必要更正措施之行為，除得依照公平法第 35 條第 1 項前段課以刑罰外，亦符合第 41 條後段科處罰鍰之要件，故兩者有競合之關係。惟若「同一行為主體」之「同一行為」同時觸犯刑罰制裁與罰鍰制裁時，依照過去行政法院之見解，均以上開兩種處罰乃具「質之區別」，故得併罰，自不生一行為不二罰，應從重處斷之問題。惟依通說

(吳庚，2005，頁 509、陳敏，2005，頁 716、李惠宗，2005，頁 116)以及 94 年 2 月新通過之行政罰法第 26 條：「一行爲同時觸犯刑事法律及違反一行爲同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行爲應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。(第一項)前項行爲如經不起訴處分或爲無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。(第二項)」改以行政罰與刑罰係「量的區別說」之觀點，若同一行爲既有較重之刑罰制裁，自無再處「量」上較輕微之秩序罰之必要(刑罰優先說、吸收說)。依上開見解以及新通過之行政罰法，除「同一主體」之「同一行爲」所受之刑罰受無罪、免訴、不受理之宣告者外，否則不得逕依第 41 條科處罰鍰。

**89. I、事業負責人依第 35 條第 1 項前段處罰，與第 41 條後段、行政罰法第 15 條、第 16 條之適用關係**

按行政罰法第 26 條採「刑罰優先說」其適用前提爲「同一主體」之「同一行爲」所生行政罰與刑罰之競合關係，若「不同主體」所違犯行政罰與刑罰之關係時，由於處罰主體有異，自無「競合」之情形，從而無「刑罰優先」之適用。基此，在適用對象上，第 35 條與第 41 條處罰之主體分別爲「自然人」與「事業」，「事業」經第 41 條處分後，若濫用獨占地位、聯合以及仿冒等違法行爲仍未改善，由於自然人負責的理由與法人有異（另參照廖義男執筆、臺灣行政法學會，1999 頁 290-292、陳敏，2005，頁 728），第 41 條之處罰於法理上並不影響執法機關依第 35 條第 1 項對「自然人」施以罰鍰(廖義男，1995，頁 330)。另外，由於「一行爲不兩罰」乃禁止針對「同一對象」、「同一行爲」之雙重處罰，故第 35 條第 1 項前段對於「自然人」之刑罰與第 41 條對於「事業」之處罰，本因對象不同自不生一行爲兩罰之疑慮。是以，若違反事業經第 41 條之處分仍逾期不停止、改正或爲其他必要更正措施，其事業之負責人（自然人）需依第 35 條第 1 項前段課以刑責，而違反之事業本身則得另依第 41 條後段科處罰鍰。

90. 然而，由於 94 年 2 月新通過之行政罰法第 15 條、第 16 條之規定，對於「事業負責人因執行其職務，致事業違反公平法 41 條而受處罰者」，或「對於法人之雇員為違法行為未盡注意義務者」，於該行為人故意或重大過失時，除法律或自治條例另有規定外，應並受與法人受罰之同一規定罰鍰之處罰。故在事業違反第 41 條後段之情況下，若符合法定要件，則事業之負責人亦應受罰鍰之科處，此時即生第 35 條第 1 項前段科「自然人」刑罰與行政罰之競合問題，依上開學者見解與行政罰法第 26 條之規定，自應依本法第 35 條第 1 項前段逕論以刑罰即可（參照第 41 條編碼 71）。

91. **II、法人依第 38 條加以處罰時，其與第 41 條、行政罰法第 26 條之適用關係**

依照公平法第 38 條之規定，法人犯第 35 條第 1 項前段之罪者，除負責人依同條處罰外，對該法人亦科第 35 條第一項之罰金。從而，針對事業「同一」不停止、改正或採取其他必要更正措施之行為，依照公平法除有第 38 條之刑事制裁外，該行為亦觸犯第 41 條後段，有行政罰（罰鍰）與刑罰（罰金）之競合問題。蓋「同一事業」之「同一行為」同時違反行政法與刑罰義務之情形乃行政罰法第 26 條適用典型情形，故依照該法之規定，除法人依照第 38 條所課之刑罰受無罪、免訴、不受理之宣告者外，否則公平會不得逕依第 41 條科處罰鍰。

92. **III、小結**

職此，於現行法制下，不論是對事業負責人之處罰（第 35 條第 1 項前段）或是對法人之處罰（第 38 條），依照行政罰法第 26 條、第 15 條、16 條之規定，公平會皆須待司法機關追訴、審判於負責人或事業受無罪、免訴、不受理之宣告之情形時，始得發動第 41 條後段之行政制裁。如此於適用上可能產生第 41 條後段實質上適用遭架空之疑慮，為避免上開問題，可採行第 35 條修法時之建議，以「違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關『先處罰鍰』並限期命其改停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止者、改正其行為或未採取必要更正措施」作為處第 35 條刑罰之構成要件。如此不但較符比例原則之要求（廖義男，1993，頁 76-78），亦可避免行政罰法施行

後所可能產生之上述問題。

### 1、35 條第 1 項後段與第 41 條之競合

93. 第 35 條第 1 項後段規定，停止後再為相同或類似違反第 10 條、14 條、第 20 條第 1 項之行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。由於停止後「再為」相同或類似之行為乃「另一新行為」，在行政制裁上，理應適用第 41 條前段規定加以制裁。惟依上開行政罰法第 26 條之規定採刑罰優先原則，故第 35 條第 1 項後段與第 41 條之競合亦需依相同原則處理之。是以，針對事業負責人之處罰，若行為人同時符合行政罰法第 15、16 條之法定要件得科處第 41 條前段之同額罰鍰時，依照行政罰法第 26 條，應優先適用公平法 35 條第 1 項之刑罰處斷。相同的，在針對法人之處罰時，依照行政罰法第 26 條之規定，於公平法第 38 條與第 41 條前段競合時，亦應優先適用公平法第 38 條，採刑罰優先原則。

#### (二)依第 35 條第 1 項處罰後得否再依第 41 條處罰：

94. 由公平法第 35 條與 38 條之文義比較可得知，公平法第 35 條之處罰對象「行為人」係指實際決定事業行為之事業負責人，與本法第 41 條處罰對象限於「事業」有所不同。蓋事業為法人者，為法人機關之董事、監察人及經理人等有代表權限之自然人；事業為非法人者，在「獨資或合夥之工商行號」，即為出資人或合夥人；在「其他通商品或服務從事之人或團體」，即為實際為該交易行為之人或依該團體有代表或代理權之人(廖義男，1993，頁 62)。而「行為人」經第 35 條第 1 項受刑罰上之制裁後，若違法行為仍未改善，公平會得否再依第 41 條施以行政上制裁，原則上應區分課以刑罰之對象與行政上制裁手段而定。
95. 自然人依照 35 條受刑事制裁後，由於第 41 條之「限期停止」、「改正」、或「其他必要更正措施」本為糾正措施，主管機關本得對「事業」再為其他行政糾正措施。反之，自然人受刑罰後，若事業未有改善之情形，公平會得否再依第 41 條再對「事業」課以「罰鍰」之問題，在學說上有所討論。論者有謂第 35 條、第 41 條乃處罰同一違反「經行政處理而不遵守」之行為，若認除依第 35 條課

予刑罰外，另得以秩序罰制裁則有違反「一事不二罰」(ne bis in idem)之疑義(賴源河，2002，頁 499)。惟須注意者，第 35 條與第 41 條處罰之主體分別為「自然人」與「事業」，自然人經第 35 條處以刑罰後，若濫用獨占地位、聯合以及仿冒等違法行為仍未改善，由於自然人負責的理由與法人有異，第 35 條之處罰於法理上並不影響公平會再依第 41 條施以罰鍰。蓋第 35 條、第 41 條兩者之處罰主體、目的及性質皆有所不同，兩者併罰並無窒礙之處(廖義男，1995，頁 330)。

96. 雖然公平法第 35 條處罰對象乃針對「負責人」之「刑事制裁」，與 41 條對事業之行政糾正尚屬不同，惟事業負責人仍可能依照行政罰法第 15 條、第 16 條受罰鍰之制裁。若符合行政罰法之要件時，倘事業負責人於經第 35 條制裁後仍「未」主導法人為改正之行為，此時負責人同一仍不停止、未改正或為採取必要措施之行為，則因行政罰法第 26 條之規定，吸收於原第 35 條第 1 項前段之刑罰制裁。

## 二、公平法第 35 條第 1 項與商標法之適用

97. 按商標為表彰商品來源最主要之表徵，得藉以區別各個不同商品或服務主體，而在競爭秩序上，商標法亦佔有相當重要之地位。然公平交易法與商標法保護對於商標之保護與商標法不盡相同：商標法對於商標之保護，乃藉由商標註冊的申請，藉由專用權之賦予給予權利人排他性保障；然公平交易法主要經由制止仿冒各種商品表徵引起商品主體混淆之不正行為，藉此維持競爭秩序。故公平法所保護之表徵，需在市場上具有表彰特定商品主體的實際作用，且為相關交易對象所知，此項「相關大眾週知」之要件，於商標法上則不需具備(張瑜鳳，1992，頁 82)。
98. 公平法第 20 條第 1 項針對仿冒案件之刑事制裁與商標法第 62 條、63 條就有可能產生競合之情形，惟二者之競合究為「法條競合」抑或「想像競合」則在實務、學說上多有爭議。
99. 在販賣仿冒商標之案件上，實務由法院趨勢觀察，以往大多數法院均認公平法第 35 條之處罰規定較商標法第 62 條重，二者處於「法條競合」之關係，

因此應優先適用公平法（張瑜鳳，1992，頁 103）。另請參照台北地方法院 83 易字 7246 號判決、83 易字 7507 號判決；高等法院台中分院 85 上易字 990 號判決、87 上易字 2656 號判決。而因應此項問題，實務上於 85 年 9 月舉辦「司法院第三十期司法業務研究會」則有提出四說：甲說結論上與前述實務判決一致，其認公平法與商標法第 62、63 條處於「法條競合」關係，並應「從重」依公平法處罰；乙說則認公平交易法之立法，並無代替商標法之目的，僅於商標法無特別規定或不完備時，具輔助作用而已。故公平交易法第二十條第一項及同法第三十五條之規定為僅對商標法未規定制裁之侵害事實加以取締之一種商標救濟之方法，故商標法的範圍應較小，應為公平交易法之特別法。丙說則認商標法 62、63 條與公平法 35 條第 1 項具牽連犯之關係。最後研討會結論未採上述三說，反而增列丁說，其認此時乃一行為觸犯商標法、公平法之問題，應適用「想像競合」而從重依公平法第 35 條第 1 項處斷。

100. 該項研討會之結論業經學者、最高法院判決予以肯認。最高法院於 86 年台非字 241 號判決，針對「李○○仿冒倩妮等商標案」，其明白表示：「商標法第六十二條、第六十三條與公平交易法第二十條（第三十五條）之構成要件以及規範範圍不相同。前者僅就以註冊之商標賦予專用權及保護。但後者所保護之客體，包括商標、商品容器、包裝外觀等，且需『相關大眾所共知』為要件，範圍較廣，有時可包括商標仿冒之情形。因此販賣仿冒已經註冊之商標商品者，依商標法第六十三條處罰即足。若進可證明該註冊商標以為『相關大眾所共知』時、『致使與他人商品混淆』，方有依公平交易法第二十條第一項第一款後段規範之餘地，而得成立同法第三十五條之罪。又一個犯罪行為觸犯兩罪名，該二罪名之構成要件內容重複（相同）時，始有成立法規競合之問題，商標仿冒行為，本屬不公平競爭之一環，常同時違反公平交易法第二十條之規定。二者之構成要件及規範範圍不同，已如前述，自無法規競合之適用……(被告所為)自係一行為觸犯公平交易法第二十條第一項第一款後段、第三十五條之罪，及商標法第六十三條之罪之想像競合犯，應刑法第五十五條，從一重之公平交易法第

35 條處斷。」準此以論，於公平法第 35 條第 1 項與商標法第 62、63 條競合時，理應依照「想像競合」之法理加以適用、處斷。

### 伍、第 35 條第 1 項判決整理(自 86 年至 94 年)

※ 本表格僅涵蓋以第 35 條第 1 項為判決主文之判決，由本委託研究計畫自製

註解：以下部份經 1208 修正  
煩請以此一版本列印

一、修法前未經行政處理，修法後採「先行政後司法」之判決：

111.

案 號	處罰主體	違反條文	判 決 要 旨	行政處理	科刑
桃園地方法院 86 易 3288 號	董○○ 張○○ 陳○○	第 20 條 第 1 項	<u>行為後刑罰變更</u> 「行為人行為後公平交易法第 35 條變更適用『先行政後司法』乃為有利行為人之變更，故裁判時應適用新法。若行為後未經第 41 條程序，自不得認其符合 35 刑事制裁之構成要件，科予行為人該罪。」	未經行政處理(行為人於修法前違犯第 35 條)	公平法第 35 條無罪
台北地方法院 86 易 6155	張○○ 等 22 名被告	第 14 條	<u>行為後法律變更</u> 行為後第 35 條之修正核屬構成要件之變更，比較修正前後之新舊法規定，以新法較有利於被告，故裁判時應適用新法。若行為後未經第 41 條程序，自不得認其符合 35 刑事制裁之構成要件	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪

			件，科行為人該罪。		
板橋地方法院 87 易 4889	二十一世紀科技實業股份有限公司 代表人：簡○○	第 20 條 第 1 項	<u>行為後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪
花蓮地方法院 87 訴 250	黃○○ 陽○○ 鄭○○ 雷○○	第 14 條	<u>行為後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪
高等法院台中分院 87 上易字 3509 號 台中地方法院 87 易 362 號	廖○○	第 20 條 第 1 項	<u>行為後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪
臺灣高等法院 88 上易 2521 號 士林地方法院 88 易 447 號	伯毅實業股份有限公司 鄭○○	第 20 條 第 1 項	<u>行為後法律變更</u> 「……檢察官上訴意旨，認現行公平交易法第三十五條之修正，並非構成要件之修正，非屬法律變更，無刑法第二條第一項前段之適用，尚有誤解，此部分之上訴為無理由，應予駁回。」	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪，上訴駁回
士林地方法院 88 易 116 號	謝○○	第 20 條 第 1 項	<u>行為後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪



板橋地方法院 88 易 278 號	呂○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政 處理(同 上)	公平 法第 35 條 無罪
板橋地方法院 88 易 298 號	李○○ 李○	第 14 條	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政 處理(同 上)	公平 法第 35 條 無罪
台北地方法院 88 易 2934 號	澎○○ 謝○○ 澎○○ 莊○○ 陳○○	第 14 條	<u>行爲後法律變更</u>	未經第 41 條之行政 處理(經公 平會(88) 公貳字第 87124410 10 號檢送 (88) 公 處字第 06 8 號處分 書, 經查 未有該當 第 14 條之 行爲。)	公平 法第 35 條 無罪
板橋地方法院 88 易 3043 號	姜○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政 處理(行爲 人於修法 前違犯第 35 條)	公平 法第 35 條 無罪
台北地方法院	黃○○	第 20 條	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政	公平 法第

88 易 3357 號		第 1 項		處理(同上)	35 條無罪
臺灣高等法院 89 上易 402 號 台北地方法院 88 易 1952 號	巫○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u> 「……公訴意旨以被告所為違反公平交易法第三十五條規處斷云云，無視公平交易法已修正，猶依上開規定處斷，殊嫌未洽，因公訴人認此部分與前揭有罪部分，有裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知。」	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪，撤銷院判決改判
台北地方法院 89 易 159 號	澳商奧康諾企業顧問（遠東）有限公司	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪
台南地方法院 89 易 375 號	林○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪
高雄地方法院 89 易 547 號	李○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪
高雄地方法院 89 易 889 號	陳○○ 周○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條無罪
高雄地方法院 89 易 1243 號	呂○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政處理(同上)	公平法第 35 條

				上)	無罪
臺灣高等法院 91 上易 924 號 臺北地方法院 88 易 2826 號	陳○○ 關○○ 游○○ 黃○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政 處理(同 上)	公平 法第 35 條 無 罪，上 訴駁 回
臺灣高等法院 91 上易 2068 士林地方法院 86 易 3169 號	郭○○	第 20 條 第 1 項	<u>1.行爲後法律變更</u> 2.「……公平法第 35 條 與他罪乃想像競合犯， 應依刑法第五十五條規 定從一重處斷，原判決 以被告所涉違反公平交 易法部分不構成犯罪， 因屬裁判上一罪關係， 理應不另為無罪之諭 知，然原判決僅以『併 此敘明』，於法即有未 合，原判決部份撤銷。」	未經行政 處理(同 上)	公平 法第 35 條 無罪 ，原判 決撤 銷。
最高法院 88 台非字 277 號 臺灣高等法院 87 上易 5708 號	黃○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政 處理(同 上)	第 35 條無 罪
臺灣高等法院 91 上更 63 號 台北地方法院 88 易第 54 號	鄭○○	第 20 條 第 1 項	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政 處理	公平 法第 35 條 無罪
最高法院 91 台上 1139 號	林○○ 趙○○ 陳○○	第 14 條	<u>行爲後法律變更</u>	未經行政 處理	第 35 條無 罪

高等法院台南 分院 89 上訴 字 99 號 雲林地方法院 訴字 177 號					
最高法院 91 台非 241 號	柳○○	第 14 條	<u>行為後法律變更</u> 「……犯罪後法律已廢止其刑罰，應為免訴之諭知，而就被告被訴違反公平交易法犯罪部分，因被告犯罪後法律已廢止其刑罰，原應為免訴之諭知，因公訴人認此部分與恐嚇取財有罪部分，有牽連犯裁判上一罪之關係，故毋庸另為免訴之諭知，於理由說明即可。」		原判決及第一審判決撤銷  公平法第 35 條應為「免訴」
最高法院 91 台上 5118 高等法院台中 分院 89 上訴 字 743 號 南投地方法院 88 訴字 368 號	謝○○	第 20 條 第 1 項	<u>行為後法律變更</u> 最高法院以「……原審未詳查認定被告違反公平交易法第二十條第一項第一款之行為，是否曾經中央主管機關依同法第四十一條規定為限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施等預警處分，遽認被告所為同時觸犯違反公平交易法第三十五條之罪，尚嫌速斷，併有理由不備之違誤而撤銷原判決。」		撤銷原判決，發回更審。
最高法院 92 台上 1492 高等法院台中	張○○ 陳○○	第 20 條 第 1 項	<u>行為後法律變更</u>	未經行政處理	公平法第 35 條

分院 90 上訴 503 號 彰化地方法院 86 訴字 1152					無罪
最高法院 94 台上 963 號 高等法院台中 分院 89 上訴 字 301 號	吳○○	第 20 條 第 1 項	<b>行為後法律變更</b> 「……犯罪後法律已廢止其刑罰，應為免訴之諭知。因公訴人認此部分(違反公平法第 35 條)與行使偽造私文書之有罪分，有想像競合裁判上一罪之關係，毋庸另為免訴之諭知，但原審未予審酌，有已受請求事項未經判決之違法。」	未經行政 處理	公平 法第 35 條 「免 訴」
台灣高等法院 88 上易 2442 台北地方法院 87 易字 965 號	台灣德 積食品 股份有 限公司 蔡○○ (負責 人) 吉積食 品企業 有限公 司 蔡○○ (負責 人)	第 20 條 第 1 項	<b>行為後法律變更</b> 原審認行為後法律變更，但認應適用「舊法」。地方法院判決認公平會公法字 966 號函乃解釋錯誤。 高等法院認採「先行政後司法」乃構成要件之變更，故成立第 35 條之罪仍「須經公平交易委員會依同法第四十一條規定，先命行為人限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施之行政處分，行為人逾期未遵守該行政處分者，始足當之。則公平交易		高等 法院 ：原判 決撤 銷。公 公平法 第 35 條部 份無 罪  原審 ：「德 基公 司」罰 金 20 萬，負 責人 處拘 役 50 日，緩 刑 2

			法第三十五條之刑罰構成要件既已變更，依刑法第二條第一項前段規定，自應適用修正後之規定……」而撤銷原判決認公平法有罪之部分。		年。 「吉積公司」處罰金10萬，負責人處拘役20日，緩刑2年。
台北地方法院 88 易字 581 號	陳○○	第 20 條 第一項	行為後法律變更 但認應適用舊法 公平會公法字 966 號函 乃解釋錯誤	未經行政 處理	拘役 50 日

二、其他判決

（一）第十四條部份：

112.

判決字號	處罰主體	違犯條文	判決要旨	刑罰
台北地方法院 83 易字 7413	暢流科技有 限公司負責 人：李○○ 遠揚電腦有 限公司負責 人：謝○○ 聯洋資訊有 限公司負責 人：徐○○	第 14 條	公平交易法上處罰圍標行為乃指參與投標之廠商彼此兼有義務競爭關係，為壟斷之利益，內部互為利益分配之約定，且由於圍標之刑為足以影響市場功能，妨害市場之自由競爭始能構成。本件	行為人無罪 法人無罪

			上位達到壟斷利益，未足影響市場功能之結果，不違法公平法。	
台北地方法院 83 訴字 2206 號	榮電股份有限公司等 33 家廠商	第 14 條		行爲人： 有期徒刑六個月；罰金 15 萬 法人： 各處罰金 15 萬
台北地方法院 85 易字 6878	台北市翻譯商業同業公會 理事長： 方○○	第 14 條	法人(台北市翻譯商業同業公會)處罰金 3 萬元	行爲人： 罰金 3 萬元 法人： 罰金 3 萬元
台北地方法院 86 易字 7290	臺灣育樂設備股份有限公司負責人：許○○ 益佑企業有限公司負責人：陳○○ 嘉昌建設股份有限公司負責人：許○○	第 14 條	三人雖有圍標行為，但未足以阻止他廠商參與投標，顯見三人的合意為並未能就特定市場加以論斷，致足以影響生產、商品交易或住供需之市場功能，不違反公平交易法。	行爲人無罪 法人無罪
台南地方法院	太陽座實業	第 14 條	法人處罰金 3000 元	行爲人：

86 易字 404 號	股份有限公 司、成功育 樂開發股份 有限公司、 健康保齡球 館股份有限 公司、保安 運動器材股 份有限公司 負責人： 陳○○、王 ○○、陳○ ○、林○○			分處拘役 20 日 、拘役 30 日 法人： 太陽座實業、健 康保齡球管、保 安公司各處罰 金 3000 元 成功育樂無罪
彰化地方法院 87 易字 1004 號	1.彰化液化 燃料公司同 業公會 2.理事長劉 ○○	第 14 條	<b>液化燃料公司同業 公會聯合行為之處 罰（亦依 38 條處罰 法人）</b>	行爲人： 有期徒刑二年 併科 30 萬元罰 金  法人： 五十萬元罰金
新竹地方法院 87 易字 1651 號	1.苗栗砂石 同業公會 2.理事長江 ○○	第 14 條	<b>砂石商業同業公會 （亦依第 38 條處罰法 人）</b>	行爲人： 罰金 30 萬元  法人： 罰金 15 萬元



## (二) 第二十條部份

## 1、無罪判決

113.

案 號	處罰主體	違反條文	判 決 要 旨	科刑
台北地方法院 84 易字 1046	黃○○	第 20 條 第一項		無罪
台北地方法院 84 易字 1945	林○○	第 20 條 第一項		公平法部份無 罪
台北地方法院 86 易字 3848	江○○	第 20 條 第一項		無罪
台北地方法院 84 易字 3477	琴觀股份有 限公司 曾○○	第 20 條 第一項		無罪

## 2、有罪判決部份

114.

案 號	處罰主體	違反條文	判 決 要 旨	科刑
台北地方法院 83 易字 7246	吳○○	第 20 條 第一項		有期徒刑 6 個 月
台北地方法院 83 易字 7507	張○○	第 20 條 第一項		有期徒刑 6 個 月
台北地方法院 83 易字 3433	鐘○○	第 20 條 第一項		有期徒刑 6 個 月
台中地方法院 84 易字 2359	張○○ 立達油品有 限公司	第 20 條 第一項		行為人： 有期徒刑 8 月 法人： 罰金 50 萬元
台北地方法院	饒○○	第 20 條		拘役 50 日

85 易字 3951	林○○	第一項		
台北地方法院 85 易字 3776	王○○ 孫○○	第 20 條 第一項		有期徒刑 3 年
台北地方法院 85 易字 2411	王○○	第 20 條 第一項		有期徒刑 2 月
台北地方法院 85 易字 2347	謝○○	第 20 條 第一項		有期徒刑 5 月
台北地方法院 86 易字 3460	石○○	第 20 條 第 1 項		有期徒刑 3 月
台北地方法院 86 易字 1039	陸榮貿易股 份有限負責 人 張○○	第 20 條 第 1 項	<b>未針對法人論罪</b>	有期徒刑 3 月
台北地方法院 86 易字 5047	陳○○	第 20 條 第 1 項		有期徒刑 3 月
台北地方法院 86 自字 453	藍手興業有 限公司 吳○○	第 20 條 第 1 項		行為人： 有期徒刑 6 月 法人： 罰金 30 萬元
台北地方法院 86 易字 4111 號	梁○○	第 20 條 第 1 項	<b>商標法 63 條與公平 法 35 條保護法益各 異，為想像競合之關 係</b>	有期徒刑 5 月
台北地方法院 86 易字 1992	王○○ 吳○○	第 20 條 第 1 項	<b>商標法 63 條與公平 法 35 條保護法益各 異，為想像競合之關 係</b>	有期徒刑 6 月

台北地方法院 86 易字 4180 號	蕭○○ 白○○	第 20 條 第 1 項		有期徒刑 5 個 月
台北地方法院 87 易字 3465	蕭○○ 白○○	第 20 條 第一項		蕭 o 瑩: 有期徒 刑 10 月併科罰 金 50 萬元 白 o 弘: 有期徒 刑 6 個月
台北地方法院 87 易字 1087 號	龔 o 雄 張 o 雲	第 20 條 第一項	商標法 63 條與公平 法 35 條保護法益各 異, 為想像競合之關 係	有期徒刑八各 月; 有期徒刑 3 個月
台北地方法院 87 易字 2894	詹○○	第 20 條 第一項		有期徒刑 4 個 月
台北地方法院 87 易字 215	盧○○ 楊○○	第 20 條 第一項		1 年有期徒刑、 有期徒刑 10 個 月
高等法院台中 分院 85 上易 990 號 台中地方法院 85 易字 1645	黃○○ 順正百貨有 限公司	第 20 條 第一項		行為人: 有期徒刑 5 個 月 法人: 罰金 10 萬元
最高法院 86 台 非 241 號 台北地方法院 86 台上 505	李○○	第 20 條 第一項	公平交易法第 20 條 第一項第一款之成 立不因其販賣之場 所及出售之價格影	有期徒刑 6 個 月

			響其罪名成立，原審以被告販賣場所及價格遠低於珍品而認不成立公平法第35條之罪有誤。 公平法20條第1項與商標法62、63條保護法益有別，不成立法條競合。	
高等法院台中分院 87 上易 3302 號 台中地方法院 87 易字 2137 號	鄒○○	第 20 條 第一項		有期徒刑 1 年 2 月
高等法院台中分院 87 上易 2656 號 台中地方法院 87 易字 1426 號	張○○	第 20 條 第一項	商標法與公平法乃法條競合之關係	有期徒刑 6 個月
台南高等法院 89 聲 44 號 臺南地方法院 87 易 1045 號	王○○	第 20 條 第 1 項	未經註冊之外國著名(著名)商標之認定，於判決確定前該商標經智財局撤	再審駁回

			銷商標，不屬於再審之事由。（不具嶄新性、顯著性）	
台南高等法院 89 聲再 100 號 臺南地方法院 87 易 1045 號	王○○	第 20 條 第 1 項	公平交易法上的著名商標認定，不以註冊為準按公平交易法之目的，非在保護商標專用權，而以排除不公平競爭為目的，是以，商標不以經註冊者為限。且行政機關對於商標之認定對於法院不具拘束力，以茲提起再審並非形式上判斷有利。原告提起之理由不具再審事由顯著性要求。	再審聲請駁回
最高法院 90 台上 7537 高雄高等法院 88 上訴字 44 號	盛○○	第 20 條 第 1 項	刑法偽造條文書罪章之罪和公平法第 35 條具牽連犯一罪之關係。公平法依刑事訴訟法 376 第一款為不得上訴第三審之案件，但因與刑法 210 為一罪關係，本	上訴駁回

			具上訴不可分，可一併上訴第三審。但由於 210 未經合法上訴，未有上訴不可分之效力。	
--	--	--	--	--

（三）第十條部份：

115.

案 號	處罰主體	違反條文	判 決 要 旨	科刑
台灣高等法院 90 抗字 428 號 台北地方法院 90 自 386 號	中華航空公 司 宗○○ 蔡○○	第 10 條 第 3 項	公平法第 10 條 III 規範主體限於 企業與交易相對人，雇主和(自訴人)員工之間，依勞動契約關係自訴人所提供者為「勞務」而非「商品」，絕無發生所謂在交易條件中被告要求自訴人「給予特別優惠」之餘地	抗告駁回 自訴駁回

（四）其他：

116.

案 號	處罰主體	違反條文	判 決 要 旨	科刑
最高法院 91 台上 324 號	陳○○ 康○○ 游○○ 澎○○ 林○○	第 35 條	「……公平法第 35 條乃刑訴 376 條不得上訴第三審之案件。不因書記官記載得上訴而有異」	上訴駁回

台北地方法院 91 自 194 號	樂威國際股 份有限公司 孫○○ 陳○○ 吳○○	第 35 條	公平法第 35 條乃侵 害社會法益之罪，若 與他得自訴之罪具 不可分關係，則需以 刑訴 319 條判斷得否 自訴。	自訴不受理
最高法院 93 台上 2962 號 高等法院台南 分院 92 重上更 字第 251 號	陳○○ 詹○○ 王○○	第 14 條	違反公平交易法第 35 條第 1 項若與貪 污治罪條例第 6 條、 刑法 2 第 10 條、216 條之罪具一罪之關 係，則依上訴不可 分，原審應為審酌， 否則有以受請求而 為審酌之違法。	撤銷 發回更審
最高法院 89 台上 546 號 台南分院 86 上 訴字 1328 號	陳○○ 蔡○○ 楊○○ 薛○○	第 20 條 第 1 項	商標法第六十二條 第一款之使用他人 商標罪及違反公平 交易法第三十五條 之罪，乃法規競合之 關係，應依重法優於 輕法之原則，適用較 重之使用他人商標 罪處斷。惟比較刑之 輕重，應以所犯法條 之本刑為標準，同種	撤銷發回原審 公平法第 35 條 有罪

			<p>之刑，以最高度之較重或較多者為重。最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重，刑法第三十五條第二項定有明文。查商標法第六十二條第一款之罪，本刑為三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣二十萬元以下罰金。而公平交易法第三十五條罪，本刑為三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金。其最重本刑雖同為三年以下有期徒刑，惟公平交易法第三十五條之罪，罰金為新台幣一百萬元以下，自以公平交易法第三十條之罪為重。</p>	
<p>最高法院 86 台非 241 號</p>	<p>李○○</p>	<p>第 20 條 第一項</p>	<p>公平法第 20 條與商標法 63 條保障法益</p>	<p>最高法院：原判決違背法令部份撤銷。</p>



台北地方法院 86 易字 505 號			<b>不同，兩者間非法條 競合之關係</b>	原審：公平法第 35 條有罪，處 有期徒刑 6 個 月
-----------------------	--	--	----------------------------	--------------------------------------



## 第三十五條第二項 多層次傳銷禁止規定違反之罰則

### 現行條文（1999年2月3日公布）

「違反第二十三條規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」

### 修正前條文（1991年2月4日公布）

「違反第十條、第十四條、第二十條或第二十三條第一項之規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金。」

### 參考文獻

立法院秘書處（1992）：《法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案》；黃茂榮（1993）：《公平交易法理論與實務》；賴源河編審（2002）：《公平交易法新論》；何之邁（2002）：《公平交易法實論（修訂版）》；劉孔中（2003）：《公平交易法》；行政院公平交易委員會（2003）：《公平交易法修法沿革彙編（一）（二）》；行政院公平交易委員會（2004）：《認識公平交易法（增訂第十版）》。王銘勇（2004）：〈公平交易法、銀行法及刑法詐欺罪對吸金行為規範競合之研究〉，行政院公平交易委員會第12屆競爭政策及公平交易法學術研討會。

### 第35條第2項 多層次傳銷禁止規定違反之罰則

#### 壹、 法制比較

##### 一、 德國

##### 二、 日本

#### 貳、 立法沿革與規範定位

##### 一、 立法沿革

##### 二、 立法體例

##### 三、 規範功能與定位

參、要件之分析

一、行為人

二、主觀要件

三、違反第 23 條規定

（一）係爭傳銷是否為公平法第 8 條第 1 項定義之多層次傳銷

（二）「主要」與「合理市價」二項要件之滿足

四、處行為人三年以下有期徒刑、拘役或併科新台幣一億元以下罰金

肆、與其他法律之關係

一、銀行法第 29 條、第 29 條之 1 對非法收受存款之禁止

二、刑法第 339 條、340 條之詐欺取財罪、常業詐欺罪

## 壹、法制比較

### 一、德國

1. 德國不正競爭防止法第 6 條之 3 於累進式招攬顧客或滾雪球系統的標題下，對任何形式的多層次傳銷行為一律予以禁止，並對違反者處以二年以下有期徒刑或罰金：

「於營業交易中，自己或經由他人，從事誘使非商人購買商品或接受營業上給付或權利，並承諾後者於誘使他人為同類行為之決定時，將給予特別利益，此種特別利益亦將因該他人依此宣傳方式而對其他購買者所為之相對應的宣傳活動，而給予該他人時，處二年以下有期徒刑或罰金。依其種類及範圍，非以商人方式設立之營業，該經營者視為前段所稱之非商人。」

### 二、日本

2. 日本主要的多層次傳銷規範法律之「特定商業交易法」（原文「特定商取引に関する法律」），其第三章「連鎖販賣交易」雖專就多層次傳銷加以規範，惟由於該法規範理念並非對於多層次傳銷本身的禁止，而係基於資訊公開理念，要求多層次傳銷事業必須告知足以影響參加人決定是否加入之所有重要事

實，若於受領、知悉此等事實後，參加人仍執意加入，則依自己行為責任原則，理當對自己所為選擇和決定負責（參照第 8 條註釋邊碼 4）。因此，其相關罰則規定，亦專門針對此等資訊的不公開或不完全公開為對象。惟須注意者，日本法中專門針對未伴隨有商品或服務銷售，而僅是以介紹他人加入即可獲得獎金等經濟利益之老鼠會行為，乃是以「無限連鎖會法」（原文為「無限連鎖講の防止に関する法律」）加以規範，對於組織、營運老鼠會者，該法第 5 條處以三年以下有期徒刑或科或併科三百萬日幣以下罰金，同法第 6 條則對於以勸誘他人加入老鼠會組織為業者，處以一年以下有期徒刑或科三十萬日幣以下罰金，對勸誘他人加入老鼠會者，則處二十萬日幣以下罰金。

## 貳、立法沿革與規範定位

### 一、立法沿革

3. 最初由廖義男教授於 1982 年所研擬的「公平交易法草案」中，並未將多層次傳銷明文納入本法規範對象中，惟於經濟部 1985 年提請行政院審議之「公平交易法草案」中，因鑑於當時所俗稱之老鼠會等不當多層次傳銷型態的橫行，造成嚴重社會問題，雖亦有制定專法予以規範之構想，惟為求時效之便，乃於草案中單獨列出第六章「多層次傳銷」（第 23 條至第 25 條），施予專章方式規範。其後，歷經行政院院會、立法院審議，結晶於 1991 年 2 月 4 日制定之公平法，並自翌年 2 月 4 日起施行。1991 年制定之公平法，於第 8 條就多層次傳銷內涵加以定義，並於第 23 條第 1 項就不正當之多層次傳銷，予以禁止，對於違反第 23 條第 1 項規定之行為，則與其他違反第十條、第十四條、第二十條等禁止規定之行為，科以當時第 35 條規定的刑事責任（立法院秘書處，1992，頁 402）。

4. 上述規範態勢一直持續至 1999 年 2 月 3 日之公平法修正。如同上述，1999 年 2 月 3 日前之公平法的第 35 條規定，並未針對多層次傳銷禁止規定的違反，與違反同法第 10 條、第 14 條、第 20 條等規定之行為，分項予以特別規範，而係同時並列。當 1999 年 2 月 3 日公布的公平法修正對於上開第 10 條等規定

的違反，採取所謂「先行政、後司法」的規範方式後，有關多層次傳銷禁止規定的違反，應如何處理，就成為問題。在最初公平會所提出的公平交易法部分條文修正草案中，並未區別多層次傳銷禁止規定與其他禁止規定違反間的規範作法，而係一律對於所有禁止規定的違反，一律採取「先行政、後司法」的規範方式（公平會，2003（一），頁 352-354）。

5. 上述立法態度及方式歷經行政院院會、甚至立法院經濟、司法兩委員會聯席會議的審查結果，都沒有變更。其間，雖有立法委員針對第 35 條規定，提出其本身之修正草案，且最後並以二案併呈的方式，提請院會討論，但該修正草案的基本立場仍是對原第 35 條所列條文之違反，一律採取「先行政、後司法」的規範方式。然而，在立法院第二讀會前，公平會本身突然改變其立場，認為「公平交易法第二十三條第一項規範之違法多層次傳銷行為，因違法型態明確且影響重大，似可維持現行『行政司法並行原則』」（公平會，2003（二），頁 491）。從而，乃將違法多層次傳銷之罰則，自其他規定違反所採取的「先行政、後司法」中分離，並提出現行法第 2 項規定內容之條文草案。最後，透過立法院朝野黨團協商提出該修正版本（公平會，2003（二），頁 585），經院會第二、三讀會通過，成為現行法第 35 條第 2 項規定。

## 二、立法體例

6. 本項規定針對違反本法第 23 條對不當多層次傳銷所為禁止者，科以刑責。惟公平法規範整體對於多層次傳銷相關行為之禁止，並不僅限於第 23 條規定，尚包含依同法第 23 條之 4 所頒布的多層次傳銷管理辦法第 17 條第 1 項所禁止的八款行為類型，該等行為由於有重大影響多層次傳銷參加人權益之虞，從而乃於管理辦法第 17 條第 1 項規定中，予以嚴格禁止，其規範性質實質上與第 23 條規定相同，乃係有關實體行為之禁止，而非對於程序或手續規定違反所為之禁止（參照第 23 條註釋邊碼 9）。但或鑑於該等行為係規定於多層次傳銷管理辦法中，從而對其違反就與管理辦法對其他一般程序或手續規範的違反一樣，僅依公平法第 42 條第 3 項規定處同法第 41 條之行政罰，而非本項規定的

刑事責任。然而，多層次傳銷管理辦法第 17 條第 1 項各款行爲中，例如第 1 至第 5 款之要求參加人負擔不相當的費用或課諸相當的經濟不利益，或是第 7 款之不當阻礙參加人解除或終止契約，甚至是違反管理辦法第 11 條對以隱瞞、虛偽不實或引人錯誤之方式誘使加入多層次傳銷等行爲，其惡性亦屬重大，其他國家多層次傳銷規範中，亦有對於此等行爲科以刑事責任者（例如參照日本特定商業交易法第 70 條第 1 款規定），惟我國公平法或因已針對不正當多層次傳銷本身予以嚴格的禁止，因此對於非屬不正當多層次傳銷之正當多層次傳銷，縱令其於傳銷事業活動推展過程中，有上述不當的實體違法行爲存在，但鑑於該傳銷組織本身之合法性，認爲僅以行政處罰繩之，已可收規範之實效性，從而乃基於政策判斷不科以刑責。

### 三、規範功能與定位

7. 公平法對於多層次傳銷之規範體系，大致可分爲以下三個步驟或階段。首先，於第 8 條規定中針對本法所欲規範之多層次傳銷加以定義，但僅闡述其所認知之多層次傳銷，而未對之作任何價值判斷；其次，再於第 23 條至第 23 之 4 等規定中，對於應受禁止之多層次傳銷類型、多層次傳銷事業所負之作爲、不作爲義務以及多層次傳銷管理辦法的授權條文等，予以規範；最後，則於第 35 條第 2 項、第 42 條等規定，對於違反第 23 條至第 23 之 4 各條規定之行爲，或科以刑責、或處以行政處罰。本項規定於此體系之定位，即隸屬於上述第三種規範類型。

8. 基本上，屬於上開第三種規範類型之條文，其規範目的乃在於藉由對違反行爲人刑事或行政責任之科處，一方面懲戒其行爲，一方面藉以收預防、遏止違法行爲發生之效。刑責本於謙抑理念，非至最後手段階段不輕言出招，而若決定以刑事責任科罰之，則對象行爲當屬惡性重大、對社會或個人利益會帶來重大不當損害而具可罰性者，故有必要藉由刑責以收更爲有效的預防、遏止之功。職是，雖然公平會於推翻對第 23 條之違反應採行「先行政、後司法」之原先規劃，而維持原本的直接刑事責任之規範方式時，以「違法型態明確且影

響重大」二種事由為其說理（參照本條註釋邊碼 5）但真正理由應不在於明確不明確之問題，因為第 10 條、第 14 條、第 20 條等之違反，比較上亦難謂非屬不明確，故而有必要維持直接刑事責任規範之主要理由，實際上乃是在於第 23 條違反其「影響重大」一事上。蓋主要以介紹他人加入為參加人獲取經濟利益之多層次傳銷，因其多層次本質即有積極促使參加人介紹他人加入之誘因，而能於短期間內以等比級數增加、擴散整個多層次傳銷組織，若不對之予以規範則將對社會整體帶來重大不當影響。申言之，由於性質上容易流於先加入者先贏的僥倖心理，終至末端加入人只有付出而無獲得之不當破局，結果不僅對末端加入人個人帶來財產等經濟損害，亦可能因此釀成社會問題，故而乃有必要對此種不正當多層次傳銷行為，予以嚴格的規範，科以本項規定之刑事責任，以嚇阻違法行為之實施，收犯罪預防之效。

## 參、要件之分析

### 一、行為人

9. 由於公平法第 23 條規定僅謂「多層次傳銷……不得為之」，並未明示出行為主體，從而何人可成為本項規定之行為主體，就有深究之必要。於此，可資參酌者，厥為公平法第 8 條規定，該條規定於提及相關多層次傳銷主體時，主要有二，一為第 3 項之多層次傳銷事業（包含第 4 項被視為事業者），一為第 5 項之參加人。由於實務上，多層次傳銷事業之型態幾乎都是以公平法第 2 條第 1 款公司設立者，從而事業本身即為法人，無法成為本項規定之「行為人」，此觀諸公平法第 38 條「法人犯前三條之罪者，除……處罰其行為人外……」，亦可得知，本項規定所謂行為人，當係自然人。若此，則為自然人之參加人是否為本項規定之「行為人」？當處於上線的參加人，為求獲取更多的經濟利益，雖明知該多層次傳銷違反公平法第 23 條規定，但仍積極擴充其下第二線、第三線……等下線參加人時，該上線參加人是否為本項規定之行為人？當相關參加人係於「故意」之情況下，積極推廣不正當多層次傳銷，並因此獲有鉅額利益時，其惡性實不下於多層次傳銷事業之負責人，從



而解釋上似亦應將此類參加人，亦認定為本項規定所稱之「行為人」。

10. 實際上，公平法整體有關多層次傳銷之禁止，亦有以參加人為被禁止之行為主體者，例如多層次傳銷管理辦法第 11 條第 2 項規定：「參加人介紹他人加入時，不得就前項各款事項為虛偽不實或引人錯誤之表示。」且於公平法實務運作中，法院亦同意公平會之見解，認為參加人可為公平法第 23 條規定之行為主體，判決如是說：「公平交易法第二十三條規定在規範變質之多層次傳銷行為，行為主體非限於多層次傳銷事業，且多層次傳銷當事人間係屬多面之法律關係，即傳銷事業與參加人間、參加人與其所介紹之參加人間、其所介紹之參加人與再被介紹者賡續介紹之參加人間以及傳銷事業與其各階層參加人間多重之關係，倘其中有發生不當傳銷行為者，其效應將如網狀一般的擴散，影響社會經濟層面頗鉅等特色。是參加人雖非就多層次傳銷訂定營運計畫或組織，並統籌規劃傳銷行為之事業，然參加人與傳銷事業倘有共謀合議、積極參與傳銷組織擴散、大量招募他人加入等積極從事變質多層次傳銷行為，即有公平交易法第二十三條規定之適用」（台北高等行政法院 92 訴字第 3335 號判決林鬱文化事業案）。著眼於參加人本身促成傳銷組織擴散之積極行為，而肯定參加人亦可為公平法第 23 條規定之行為主體，對落實多層次傳銷行為之規範，有其重要意義。最近的刑事判決，似乎亦對此持肯定的看法，在認定與公司負責人間有共同犯意存在，且曾確實參與不當多層次傳銷之推廣與營運後，法院肯定多層次傳銷事業負責人以外之行為人，亦為本條規定之行為主體（台灣高等法院花蓮分院 92 金上重訴字第 1 號判決）。

## 二、主觀要件

11. 與本項規定同被定位為多層次傳銷規範第三階段者，尚有公平法第 42 條之行政處分規定（參照本條註釋邊碼 7）。一般而言，若公平法對於傳銷事業等之處分，乃是令其課予其作為或不作為義務之管制性行政處分，則為求危害公益狀態之有效去除，此時不問行為人有無故意、過失，皆有必要經由行政處分除去該違法狀態。另一方面，當公平會對違反多層次傳銷規範者，除命其停止

違法行為外，尚對之課以罰鍰等行政罰時，則依據行政罰法第 7 條第 1 項規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」（大法官會議釋字第 275 號解釋亦謂：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件。」）最後，在有關本項規定之刑事責任上，由於刑法第 11 條規定，除法令有特別規定者，否則「本法總則於其他法令有刑罰之規定者，亦適用之」。因此，當刑法第 12 條規定「行為非出於故意或過失者，不罰。過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」時，由於公平法第 35 條第 2 項並未有特別規定，故而依據本項規定處罰者，乃僅限於有故意者為限。然而，實務上由於實際規劃、統籌、推動系爭多層次傳銷者，幾乎都對其構成要件該當事實有所認識，也因此在此為止的刑事案件中，「故意」要件之成立並未成為問題。

### 三、違反第 23 條規定

12. 實務上在有關違反第 23 條規定之要件的判斷上，主要集中於系爭行為是否為公平法第 8 條第 1 項所定義之多層次傳銷，若屬否定則不構成本項規定之違反，若屬肯定再就其經濟利益是否為「主要係基於介紹他人加入，而非基於其所推廣或銷售商品或勞務之合理市價」所得，論斷其違法性。

#### （一）系爭傳銷是否為公平法第 8 條第 1 項定義之多層次傳銷

13. 在有關係爭行為是否為公平法第 8 條第 1 項所定義之多層次傳銷一事上，由於符合第 8 條第 1 項定義之多層次傳銷，須滿足「多層次」、「給付一定代價」以及「推廣商品或勞務」等要件，從而實務判決中有以此等要件並未充足為理由，否定系爭行為違反第 23 條規定者。例如在台灣高等法院高雄分院 89 重上更（三）字第 62 號判決穩健互助會一案中，以系爭傳銷行為僅係「直銷」，而非「多層次」傳銷類型，故而非屬公平法第 8 條第 1 項所定義之多層次傳銷，既非公平法之多層次傳銷，即無違反同法第 23 條禁止規定之可能。
14. 其次，當法院認定參加人加入相關組織時，並無須繳費或付費時，因與「多層次傳銷」之定義，謂加入組織之人須給付一定代價，取得介紹他人參加之權利

並因而獲得佣金，自屬有別，從而自難認渠等行爲構成多層次傳銷」（台灣高等法院台中分院 89 上訴字第 628 號判決李○○案），或當「業務員雖未購買商品取得前開職階，仍得推廣、銷售商品，其給付一定代價與取得推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加之權利，並因而獲得佣金、獎金或其他經濟利益之間，並無因果關係，尙與公平交易法第八條規範意旨未符」（台灣高等法院台南分院 92 上易字第 681 號判決彭○○案）。

15. 最後，雖然有判決於認定系爭互助會並未推銷任何商品給參加人，但認定其屬公平法之多層次傳銷（87 上易字第 4114 號判決），但最近的法院判決似已較爲清楚認識到公平法上之多層次傳銷，參加人給付一定代價必須同時取得推廣商品或勞務及介紹他人加入等二項權利，否則不構成同法第 8 條第 1 項所定義之多層次傳銷，因此於台灣高等法院 93 上訴字第 356 號判決 OME 歐美互助會一案中，即謂：「倘該計畫、組織之運作結構中全無商品、勞務之推廣、銷售或其名義，自與多層次傳銷之定義不合，而無公平交易法之適用。」雖然最近判決對公平法之不正當多層次傳銷構成要件，愈來愈有清楚的認識，但仍不免對相關構成要件有不同看法及解釋態度之司法官存在，尤其是當檢察官依檢舉主動偵察起訴時，若對於構成要件之解釋與公平會間有所迥異，則可能造成公平會認爲並未違反公平法相關規定而不予處分之案件，卻遭到檢察官起訴並遭法院判決之事例（參照台中地院 89 易 1099 號判決鍾○○案）。此類案件，促使吾人再度深思，應否將多層次傳銷規定之違反，亦應納入整體「先行政、後司法」之規範體系中，以免造成相關有權機關於法律適用上出現不應該有的齟齬。

## （二）「主要」、「合理市價」二項要件之滿足

16. 當系爭行爲被認定爲公平法第 8 條第 1 項之多層次傳銷，而有公平法相關規範之適用時，構成第 23 條規定之違反，乃係參加人所獲經濟利益「主要」係基於介紹他人加入，而非基於其所推廣或銷售商品或勞務之「合理市價」。多數判決在有關此二要件之認定上，多參照公平會實務運作時所採用之「排定序號」

（參照第 23 條註釋邊碼 24-25）、「雙向制」（參照第 23 條註釋邊碼 26-29）、「商品虛化」（參照第 23 條註釋邊碼 30-33）等判斷標準（如台灣高等法院 89 上易字第 3045 號判決捷安特公司案、臺灣高等法院 89 上訴字第 3664 號判決李○○案、臺灣高等法院 90 上易字第 4075 號判決何○○案、臺灣高等法院臺南分院 91 上易字第 23 號判決劉○○案、臺灣高等法院臺南分院 91 上易字第 329 號判決黃○○案）。

17. 然而，部分判決仍以系爭行為未滿足此二要件之一，而否定其該當於公平法第 23 條規定之違反。例如，台灣高等法院 92 上易字第 1264 號判決東場公司案即以「公平交易法第二十三條，必需以多層次傳銷其參加人如取得佣金、獎金或其他經濟利益，主要係基於介紹他人加入者為限，而本案被告公司給予獎金之標準是以參加人實際銷售銀貂氣血循環機之數量（台數）而定，並非以介紹新人加入即可取獎金」，否定主要要件之成立。其次，在有關合理市價上，台灣高等法院 87 上訴字第 3453 號判決翁○○案以「本件幾丁聚醣之售價為合理市價，且所採獎金制度之獎金比率亦屬合理，並不算太高，則公訴人以『商品價格太低，獎金比率太高』為認定被告違反公平交易法第二十三條第一項之唯一論據，其認定尚難認為有理由」，否定第 23 條規定違反之成立。

#### 四、處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金

18. 法院判決在依據本條規定對行為人處以刑責時，量刑方面似乎下手不是那麼重。2003 年之前，依本項規定遭科罰者，最高僅是有期徒刑 6 個月；2003 年之後，陸續出現有期徒刑 1 年以上之判決。惟須注意者，未來行政罰法於 2005 年 2 月 5 日正式施行後，公平會有必要依據該法第 32 條第 1 項於「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，應將涉及刑事部分移送該管司法機關。」此際，依同法第 26 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。」從而，未來對於公平法第 23 條之違反，若司法機關依本項規定對行為人處以刑事責任時，則公平會不能對之再依公平法第 42 條規定進行處分，只有在所移送之案件項經不起訴處分或

為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定後，方可依第 42 條規定進行處分。惟依行政罰法第 26 條第 1 項但書規定，雖有司法機關刑事責任之科處，但仍不妨公平會可依公平法第 42 條第 1 項後段，命為解散、停止營業或勒令歇業等措施。

19. 歷年來，因違反公平法第 23 條而被判處本項規定之刑責者，其處罰內容如附表一。

編號	案 號	被 告	科 刑	行政處分書
1.	高雄地院 82 易 1846 號	受茂公司、京雅 公司、 曾○○、 張○○	罰金 30 萬  有期徒刑 7 月 有期徒刑 6 月，如易科 罰金以 30 元折算 1 日	
2.	士林地院 85 易 575 號	普三公司	罰金 80 萬	84 公處字第 124 號(公平會 移送起訴)
3.	台北地院 85 易 3390 號	卡紛夫人公司、 鄭○○(總經 理、實際負責人)	罰金 30 萬  有期徒刑 6 月，如易科 罰金以 300 元折算 1 日	84 公處字第 130 號(公平會 移送起訴)
4.	台中地院 85 易 4870 號	均衡養生公司、 陳○○	罰金 50 萬  有期徒刑 6 月，如易科 罰金以 300 元折算 1 日	85 公處字第 016 號(公平會 移送起訴)
5.	台北地院 85 易 137 號	劉○○、石○○	有期徒刑 6 月，如易科 罰金以 300 元折算 1 日	84 公處字第 106 號(公平會 移送起訴)

6.	台中地院 86 易 5742 號	陳○○、林○○、王○○、蔡○○、廖○○、田○、林○○(賀新公司高幹)	均處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 300 折算 1 日。	(檢察官起訴 詐欺罪)
7.	台北地院 86 易 7248 號	周○、孫○○	各處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日。	(台北市市調處移送起訴)
8.	台北地院 87 易 1267 號  高等法院 88 上易 5408 號	雙蓮勝公司、 高○○、  徐○○	罰金 30 萬 有期徒刑 5 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日。 有期徒刑 4 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日。上訴駁回	86 公處字第 139 號(公平會移送起訴)
9.	台北地院 87 易 1269 號	香華公司、 葉○○	罰金 30 萬 有期徒刑 5 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日。	86 公處字第 142 號(公平會移送起訴)
10.	台北地院 87 易 2459 號 高等法院 89 上易 1843 號	總誼公司、 林○○、林○○、林○○、周○○	罰金 20 萬 各處有期徒刑 5 月，如易科罰金，均以 300 元折算 1 日。 上訴駁回	86 公處字第 138 號(公平會移送起訴)
11.	台北地院	萬國公司、	罰金 30 萬	88 公處字第

	87 易 2460 號 高等法院 89 上易 3045 號 高等法院 91 聲再 231 號	鄭○、周○○	處有期徒刑 6 月，如易 科罰金以 300 元折算 1 日。 上訴駁回  再審之聲請駁回	125 號
12.	高雄地院 87 易 4021 號	廖○○、 黃○○、 蔣○○	廖有期徒刑 6 月，黃有 期徒刑 5 月，蔣 有期徒刑 5 月如易科 罰金均以 300 元折算 1 日。	高雄市市調處 移送起訴
13.	台南地院 87 易 1174 號 台南高等 法院 87 上 易 2239 號	捷安特公司 張○○、張○○	罰金 30 萬 各處有期徒刑 6 月，如 易科罰金以 300 元折 算 1 日。 上訴駁回	90 公處字第 210 號(公平會 移送起訴)
14.	台中地院 87 易 2083 號	林○○(亞世盟 公司負責人)	拘役 50 日，如易科罰 金以 300 元折算 1 日。 緩刑 2 年	86 公處字第 135 號(公平會 移送起訴)
15.	台中地院 87 易 4845 號	亞世盟公司	罰金 50 萬	86 公處字第 135 號(公平會 移送起訴)
16.	台北地院	李○○(元弋公		86 公處字第

	87 易 1268 號 高等法院 88 上易 29 號	司負責人) 蔡○○ (美商新 依公司臺灣分公 司	上訴駁回	141 號(公平會 移送起訴)
17.	台北地院 87 易 3501 號、88 易 3064 號	新邁公司 陳○○ (負責 人)、陳○○ (陳 ○○之子、副總 經理)	罰金 30 萬 均處有期徒刑 4 月，如 易科罰金均以 300 元 折算 1 日。	86 公處字第 136 號(公平會 移送起訴)
18.	台北地院 88 簡 89 號	趙○○ (群盛公 司負責人)	有期徒刑 6 月，如易科 罰金以 300 元折算 1 日，緩刑 2 年	87 公處字第 214 號(公平會 移送起訴)
19.	台北地院 89 簡 52 號	群盛公司	罰金 20 萬	87 公處字第 214 號(公平會 移送起訴)
20.	台北地院 89 簡 891 號	安泰興公司、 莊○○、葉○○  陳○○、劉○ ○、鄭○○、書 ○○、高○○	罰金 20 萬 各科罰金新台幣 20 萬 元，如易服勞役，以罰 金總額與 6 個月之日 數比例折算。  各科罰金新台幣 10 萬 元，如易服勞役，以 300 元折算 1 日。均緩 刑 2 年	86 公處字第 137 號(公平會 移送起訴)
21.	台北地院	黃○○ (新邁公	有期徒刑 3 月，如易科	86 公處字第



	88 易 3063 號	司之協理)、	罰金，以 300 元折算 1 日。	136 號(公平會移送起訴)
22.	板橋地院 88 易 4357 號	廖○○	有期徒刑 4 月，如易科罰金以 300 元折算 1 日	財政部金融局函送
23.	台中地院 89 易 1099 號	鍾○○(宏錡公司總經理)	有期徒刑 4 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日	檢察官自動檢舉偵查起訴
24.	台南地院 89 易 1670 號 台南高分院 91 上易 23 號	劉○○(沅鑫汽車公司負責人)	有期徒刑 6 月處，如易科罰金，以 300 元折算 1 日  上訴駁回	89 公處字第 015 號(公平會移送起訴)
25.	台北地院 90 易緝 85 號 高等法院 90 上易 475 號	何○○	有期徒刑 4 月，如易科罰金以 300 元折算 1 日。  原判決撤銷，無罪	86 公處字第 136 號(公平會移送起訴)  (新邁公司顧問，無決定權)
26.	彰化地院 90 易 153 號	莊○○、黃○○、廖○○	各有期徒刑 5 月，如易科罰金均以 300 元折算 1 日	警察局移送
27.	台中地院 90 易 2893	賴○○(群鑫公司業務主任)	有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 300 元折算 1	88 公處字第 162 號

	號		日。緩刑 3 年	
28.	台南地院 90 易 2277 號 台南高分 院 91 上易 329 號	張○○、 黃○○（原名黃 ○○）	有期徒刑 4 月、 有期徒刑 5 月，如易科 罰金，以 300 元折算 1 日 原判決撤銷	告發起訴 （群鑫分公 司）
29.	台中地院 91 易 924 號	洪○○（樂立雅 公司總經理）	有期徒刑 4 月，如易科 罰金以 300 元折算 1 日。緩刑 2 年	警察局報請
30.	高雄地院 92 易緝 78 號 高雄高分 院 92 上易 1174 號	袁○○（鴻森公 司副總經理）	有期徒刑 6 月，如易科 罰金以 300 元折算 1 日 上訴駁回	83 公處字第 060、檢察官起 訴詐欺罪，判 決改依公平法 第 35 條第 2 項 之罪
31.	台北地院 92 易 152 號	張○○（麗奇人 生互助合會之負 責人）	有期徒刑 6 月，併科罰 金新台幣 100 萬元。有 期徒刑如易科罰金，以 300 元折算 1 日；罰金 如易服勞役，以罰金總 額與 6 個月之日數比 例折算。	公平會函請
32.	士林地院 92 簡 312 號	樂威公司	罰金新台幣 6000 萬	91 公處字第 019 號

33.	桃園地院 92 易 417 號  高等法院 92 上易 2426 號	龍盈公司、 黃○○（負責人）	罰金 20 萬 有期徒刑 4 月，如易科 罰金以 300 元折算 1 日 上訴駁回。 黃瀧正緩刑貳年。	91 公處字第 060 號
34.	士林地院 92 易 712 號	林○○（與鄭○ ○等人負責經營 樂威公司）	有期徒刑 1 年	91 公處字第 019 號
35.	花蓮地院 92 金重訴 1 號	貴族旗艦公司	罰金 200 萬	公平會移送 （法人負責人 犯銀行法）
36.	桃園地院 92 重訴 4 號	原基財經公司 邱○○ 芭○○ 林○○ 風○○	罰金 30 萬 有期徒刑 1 年 6 月 有期徒刑 1 年 有期徒刑 1 年 2 月 有期徒刑 1 年 6 月	91 公處字第 028 號、並犯銀 行法
37.	台中地院 92 易 2138 號	賀寶公司 周○○（即周世 偉）	罰金 100 萬 有期徒刑 5 月，如易科 罰金，以 300 元折算 1 日，緩刑 3 年	92 公處字第 001 號
38.	台中地院 92 易 1362 號	李○○、陳○○	各處有期徒刑 4 月，如 易科罰金，均以 300 元 折算 1 日	
39.	桃園地院	風○○（原基財	有期徒刑 2 年	91 公處字第

	93 重訴 13 號	經公司人員)		028 號、並犯銀行法
40.	板橋地院 93 簡 61 號	余○○、蔡○○	各處有期徒刑 6 月，如易科罰金，均以 300 元折算 1 日	
41.	台北地院 93 簡 1105 號	劉○○、丁○○、李○○、蔡○○	劉麗敏、丁佐雲各處有期徒刑 5 月，李旭榮處有期徒刑 4 月，蔡金榮處有期徒刑 3 月，如易科金，均以 300 元折算 1 日，均緩刑 2 年。	

\* 本表所列判決以判決主文依公平交易法第 35 條第 2 項處罰者為限，若判決主文未依該條規定處罰者，則不列入本表中。

#### 肆、與其他法律之關係

20. 由於公平法第 8 條第 1 項對於多層次傳銷之定義，乃是其必須同時有推廣商品或服務以及介紹他人加入二項行為之存在，從而完全沒有商品或服務之推廣行為，而僅是以介紹他人加入即可取得獎金等經濟利益之惡質老鼠會行為，即非公平法所得規範之對象（參照第 8 條註釋邊碼 35-36）。惟此非謂該當惡質行為即無法律規定，予以規範，老鼠會行為縱使不符合公平法對於多層次傳銷之定義，仍可能違反銀行法第 29 條、第 29 條之 1 等對非銀行不得收受存款之禁止，或是該當於刑法第 339 條、第 340 條之詐欺取財罪、常業詐欺罪（有關公平法與銀行法、刑法相關條文相互間之規範關係，王銘勇，2004，頁 13-14）。以下，就公平法第 35 條與此等規範之異同處，分予說明。

## 一、銀行法第 29 條、第 29 條之 1 對非法收受存款之禁止

21. 銀行法第 29 條第 1 項規定：「除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款……。」同法第 29 條之 1 則規定：「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息獲其他報酬者，以收受存款論。」同法第 125 條第 1 項對違反第 29 條第 1 項規定者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新台幣一千萬元以上二億元以下罰金，而於犯罪所得達新台幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣二千五百萬以上五億元以下罰金。雖然，上開違法吸金罪之行爲類型，並不以多層次的惡質老鼠會為限，縱使是單層傳銷式的吸金行爲，只要滿足銀行法第 29 條第 1 項之構成要件，亦將構成該項規定之違反，而得處以同法第 125 條之刑責。惟鑑於此類不法吸金行爲，多利用一般大眾之僥倖心理，而希冀於短期間內收受大量資金，達成如此目的之最佳手段乃是設計出類似多層次傳銷架構，從而實務上違反本規定之行爲類型，多是純粹為違法吸金目的而設立之老鼠會。鑑於此類老鼠會對金融秩序破壞之重大，實有必要利用上述銀行法相關規定，對之科以重罰，以收預防、遏止之效。

22. 無論是公平法上的多層次傳銷，抑或是銀行法的老鼠會或違法吸金行爲，其特點都在於必須透過參加人或會員的介紹行爲，拓展其多層次傳銷或老鼠會組織，藉由人海戰術獲取高額利益（王銘勇，2004，頁 13-14）。因此，當一傳銷組織既有商品或服務之推廣，亦有介紹他人加入之行爲，則當其對參加人之介紹行爲，給予高額的獎金等經濟利益時，極有可能同時違反公平法第 23 條與銀行法第 29 條規定。例如台灣高等法院 87 上更（二）字第 80 號判決，一方面以參加人所獲福利金來源，係來自會員本身介紹他人加入及整個組織網介紹他人加入之活動，而非來自參加人推廣或銷售商品或勞務之合理市價，屬公平法禁止之多層次傳銷；另一方面則以收受投資名義，向多數人或不特定之人吸收資金，約定與本金顯不相當之紅利，依銀行法第 29 條之 1 以收受存款

論，違反同法第 29 條第一項非銀行不得收受存款之禁止。此外，台北地方法院 92 易字 490 號判決魏○○案，於肯定被告行為同時違反公平法第 23 條、銀行法第 29 條規定後，以「被告等所犯或幫助犯違反公平交易法及銀行法二罪之間，係一行為觸犯二罪名，為想像競合犯，依刑法第五十五條規定，應從較重之視為收受存款罪論處」，科以銀行法第 125 第 1 項之刑責。

23. 相對於此，當系爭傳銷行為雖有因介紹他人加入而給付利益，但其間並無推廣或銷售商品或服務之情事時，則不該當公平法上之多層次傳銷，惟若該當於銀行法第 29 條對違法收受存款之禁止者，仍得處以同法第 125 條第 1 項之刑責。例如，台灣高等法院 93 上訴字 356 號判決劉○○案，雖以系爭行為全無商品或服務之推廣或銷售，而否定其公平法上多層次傳銷該當性，但會員因其推薦行為「所可得之紅利為本金之二倍有餘，顯不相當，核屬銀行法第二十九條之一所稱『以其他（互助會）名義向多數人收受款項而約定給付與本金顯不相當之紅利、獎金』之以收受存款論之行為。」

## 二、刑法第 339 條、340 條之詐欺取財罪、常業詐欺罪

24. 刑法第 339 條第 1 項規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」同法第 340 條規定，以犯本罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金。詐欺罪或常業詐欺罪強調有為自己或第三人不法所有之意圖，而利用詐術令他人交付財物者。苟若無為自己或第三人不法所有之意圖，抑或未有詐術之利用者，即不該當於詐欺罪或常業詐欺罪。因此，於「潛能訓練課程」一案（高雄地院 92 易緝字第 78 號判決袁○○案）中，判決雖肯定系爭行為屬公平法上之多層次傳銷，但因「應徵者所交付二萬九千元，係鴻森及捷而富公司與被告舉辦『潛能訓練課程』之代價，無所謂不法所有之意圖，且交付二萬九千元參加『潛能訓練課程』後始能受僱用，既向應徵者言明，應徵者仍付參加，即被告顯無施用詐術，應徵者亦非因陷於錯誤而付款」，故而不成立詐欺罪。

25. 另一方面，當法院認定系爭傳銷屬公平法所規定之多層次傳銷，而行爲人又藉此多層次傳銷以詐術不法所有他人之物時，則同時該當公平法第 23 條與刑法第 339 條或第 340 條之違反。例如台北地院 88 訴字第 1390 號判決李○○案，雖然公平會對系爭行爲並未以多層次傳銷規定違反予以處分，但判決仍以被告違反對不正當多層次傳銷之禁止，且「虛設環世海洋公司，欲發行會員卡，騙取入會費，並先以該公司之名義對外刊登徵人才之廣告，使人陷於錯誤，前來應徵，提供勞務及詐取刊登廣告不法利益之犯行」，被告行爲並有常業詐欺之犯意，「所犯上開數犯行，有方法目的之牽連犯關係，應從一重論以常業詐欺罪」。最後，當系爭行爲同時滿足公平法第 23 條、銀行法第 29 條及刑法第 339 條等規定之構成要件時，則同時違反上開三項法律規定（花蓮地院 92 金重訴字 1 號判決貴族旗艦公司案）。





## 第三十六條 違反第十九條之罰則

### 現行條文(88年2月3日公布)

「違反第十九條規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五千萬元以下罰金。」

### 修正前條文(80年02月04日訂定)

「違反第十九條規定，經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金」

### 參考文獻：

立法院編印(1992)，《公平交易法案》；黃茂榮(1993)，《公平交易法理論與實務》；廖義男(1994)《公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定》，《公平交易法之釋論與實務》；陳櫻琴(2000)，《先行政後司法的法律分析》，《公平交易法與經濟政策》；立法院編印(2003)，《公平交易法部分條文修正案》，《法律案專輯第302輯》；公平交易委員會(2003)《公平交易法修法沿革彙編(一)(二)》

## 第三十六條 違反第十九條之罰則

### 壹、法制比較

- 一、美國法
- 二、歐盟法
- 三、日本法
- 四、德國法

### 貳、立法沿革與體系定位

- 一、立法沿革

二、體系定位

參、構成要件分析

一、違反第十九條規定

二、限期命其停止、改正其行為或採取必要更正，而逾期未停止、改正其行為措施或未採取必要更正措施

三、「相同」或「類似」的違反行為

四、刑責

肆、法律適用

## 壹、法制比較

### 一、美國法制<sup>1</sup>

1. 美國競爭實體法上有刑事制裁規定者，主要為休曼法第 1 條之聯合行為及第 2 條之獨占及意圖獨占規定。因此，法院科以被告刑責之前題，乃被告之行為已符合該條文之實體構成要件。就第一條而言，主要構成要件為 1、勾結協議（agreement of conspiracy）；2、限制交易（restraint of trade）；以及 3、行為產生了跨州（interstate）效果。在第二條的情形，則應符合 1、市場力量；2、濫用市場力量的行為；以及 3、「成功的危險可能性」（dangerous probability to succeed；意圖獨占的要件）。除個別要件外，第 1 與第 2 條的行為人，均須有為相關反競爭行為之意圖（intent），始有構成刑事違法的可能。雖然公平法第 19 條所列之部分相關違法行為，如差別待遇、搭售等，在美國法有其他特別法規加以規範（克雷頓法及聯邦貿易委員會法等），而該法規下並無刑事責任的規定，但若從事相關行為之事業其市場地位已達獨占程度，或其行為具有促進聯合及限制州際貿易之效果時，仍有可能觸犯修曼法第 1 及第 2 條之刑責規定。

### 二、歐盟法制

---

<sup>1</sup> 本條美國法制部份由陳志民副教授撰寫

2.

### 三、日本法制

3.

### 四、德國法制<sup>2</sup>

4.

與本條相關之規定主要為德國不正競爭防止法（UWG）第 17 條與第 18 條之規定。其中第 17 條規定：

1、在事業任職之人，為競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業之所有人，將其於任職關係之範圍內而受託或獲悉之營業或經營秘密，無故洩漏於他人者，處三年以下有期徒刑或科以罰金。

2、為競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業之所有人，而為如下行為者，其處罰亦同：

(1) 對於無權取得或獲得之營業或經營秘密，以

a) 利用技術手段，

b) 秘密具體化複製之製作，或

c) 取走秘密所具體附著之物。

(2) 無權利用或將營業或經營秘密洩漏第三人，而該等營業或經營秘密係以（本條）第一項所稱之方式，或自己或他人藉由（本條第二項）第一款明定之手段獲悉、無權取得或獲得者。

3、未遂犯亦罰之。

4、對於特別重大案件，處五年以下有期徒刑或科以罰金。特別重大案件通常係指，行為人：

(1) 職業慣行，

(2) 為洩漏行為時明知該秘密會在國外利用，或

(3) 第二項第二款之行為人自己在國外利用該秘密。

5、犯罪行為之追訴為告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認為有依職權干涉之必要者，不在此限。

6、刑法第 5 條第 7 款規定準用之。

---

<sup>2</sup> 德國法制部份由謝銘洋教授、陳人傑撰寫

第 19 條規定：

- 1、為競爭或圖利自己之目的，使他人從事第 17 條或第 18 條之犯罪行為，或唆使他人為該犯罪行為者，處二年以下有期徒刑或科以罰金。
- 2、為競爭或圖利自己之目的，已要約、期約或與人約定，從事或唆使他人為第 17 條或 18 條之犯罪行為者，其處罪亦同。
- 3、刑法第 31 條規定準用之。
- 4、犯罪行為之追訴為告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認為有依職權干涉之必要者，不在此限。
- 5、刑法第 5 條第 7 款規定準用之。

## 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

5. 本法為違反公平法第 19 條之罰則規定，於公平法制定之初，即採需先經行政機關審理後，始得進行刑事審判之原則。不過，在該條立法理由中僅記載：「違反第 19 條所禁止之不公平競爭行為者之刑罰」，似無法充分展現「先行政後司法」二者的關係。學者認為，之所以有此種「附從行政監督之犯罪行為」，乃鑑於第 19 條所規定的六種情況，包括杯葛、差別待遇、不正略誘交易相對人、不正當迫使不為競爭或參與結合或聯合、不正當獲取營業秘密以及不正當限制相對人之事業活動等，其行為是否「不正當」或「無正當理由」，以及是否「有妨礙公平競爭之虞」，需斟酌當事人之市場地位、所屬市場結構、商品特性等市場資料與情況加以判斷。依照公平法第 25 條第 3 款，該等產業資料與市場調查與掌握，本即屬公平交易委員之職掌，因而該等行為是否違法，宜先由公平交易委員會為「關於違反本法案件之調查、處分事項」（公平法第 25 條第 4 款）作專責性之認定，並加以處分後，即經認定行為人確有違反第 19 條之行為，命停止而其不停止者，其行為即具非難性，而應施以刑事制裁。（廖義男，1994，頁 60）。
6. 另外，所謂的「先行政」，究指「先處理」或「先處罰」？於本條之立法過程中也引發相關的討論。有學者即認為 36 條的立法目的，在於讓行政機關先行「處理」，待行政機關處理無效果後，再由司法機關以刑事制裁之方式來處理；若將「先行政」的範圍擴張至「先處罰」，除了會造成受害人尋求司法救濟的另

一層障礙外，也將影響主管機關於依第 41 條為處分時，其處分內容之裁量空間（黃茂榮，1993，頁 523）。再者，於立院審查時，也有認為行政機關發動權限的時限，宜加以明定，否則可能有拖延的情形產生；但主管機關代表則認為，第 36 條是針對第 19 條而規定的處罰，該條 6 款規定，應各有不同的處分手段，例如第 3、4、5 款為脅迫、利誘之情形，類此情形應該是令其立即停止，不能夠給予期限。另外，就制裁性質上來看，行政制裁部分，或許可訂定期限讓行政機關可以命令其於期間內改善；但刑事責任涉及刑責，在立法和條文的文字規定上，應力求具體與嚴謹，故若於本條文中增訂期限之規定，就刑事制裁之立法體例上而言，恐有不妥之處（立法院編印，1992，頁 236，238）。

7. 為強化「先行政後司法」原則，行政院乃於 83 年 4 月 21 日提出公平法修正草案，除修正第 35 條採行「先行政後司法」原則外，為配合 35 條之修正在第 36 條部分，關於先經行政預警的要件亦有相同修正。除將原「命其停止其行為而不停止」之用語配合 35 條調整為「限期命其停止」、「改正」其行為或「採取必要更正措施」（修法理由同於第 35 條第 1 項，參照 35 條邊碼 35）外，亦增加「停止後再為相同或類似違反行為」作為逕行處罰之對象。在提交與立法院審議的修正草案條文文字原為：「違反第 19 條規定之事業，經中央主管機關處以新台幣五萬元以上五十萬元以下之罰鍰並限期命其停止或改正其行為而逾期未停止或改正、或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五萬元以上五十萬元以下罰金。」其之所以併將處「罰鍰」及「限期停止或改正」同列為先行政之內容，實乃考慮到刑事制裁的「最後手段性」特質，故行為人在經主管機關科以罰鍰及限期停止或改正後，若仍不從，已屬惡性重大之行為，故得直接以刑事制裁來加以處罰。

8. 該條文於立法院審查時，原本採納行政院之版本，後來經過朝野黨團協商的結果，再將其修正為現行的條文，也即刪除了主管機關應先「處以罰鍰」的規定，理由應與第 35 條相同，也即「如行政機關已先期預警，事對仍未遵行交易秩序，則已合致刑事處罰要件，與行政機關是否處以罰鍰應無關聯」（立法院編印，2003，頁 492-493）。另外，比照 35 條的修正，將罰金上限提高 100 倍到新台幣 5000 萬元。最後，基於「違法業者規模大小不同，對市場秩序之危害即有輕重之別，宜作較大彈性之處罰規定，方得因應公平交易法之特性及未來瞬

息萬變之市場狀況」的考量，罰金的下限不同時提高，且參考刑法及多數現行法律，不明定罰金之下限金額（立法院編印，2003，頁 471, 493）。

9. 修法過程中另一項受到討論者，乃是否有必要對於第 19 條「各款」之違反行為皆以「先行政後司法」模式處罰，或須個別排除和刑法強制罪要件相同之「第五款」。修法過程中，最初行政院提出之草案曾認違反第 19 條第 5 款之行為已具備社會倫理非難性，違反行為一構成即產生危害，無須再為糾正，否則對手無法生存(公平會，2003(一)，頁 232-240)；有認如此逕為處罰造成將使公平法與刑法第 304 條競合之問題更加困難(公平會，2003(一)，頁 234)。於送立法院審議後，仍維持不再就第 19 條各款再為區分適用之原修正草案規定，並獲通過（公平會 2003(一)，頁 260、305、490）。

## 二、體系定位

10. 本條與第 35 條同屬公平法之刑事制裁規定，並均採「先行政後司法」之立法建制。相關議題之說明，請參閱第 35 條第 1 項之註釋（參照第 35 條第 1 項邊碼 41 至 52）。

## 參、構成要件分析

### 一、違反第十九條規定

11. 適用本條規定之行為，以違反公平法第 19 條所列六款行為，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者為前提。請參閱第 19 條之註釋。惟若違反第 19 條之行為發生於修正條文生效前，該如何適用法律？依公平會（88）公法字第 00966 號函，於修正條文生效前，違反第十九條規定，經本會命其停止其行為而不停止者，由於修正前條文罰金額度較低，故依從新從輕原則，應適用修正前文規定。至於修正條文生效前，違反第十九條規定，經本會命其改正其行為而未改正者，因行為時法律並無命其改正行為而未改正之規定，自非有刑事處罰。

### 二、限期命其停止、改正其行為或採取必要更正，而逾期未停止、改正其行為措施或未採取必要更正措施

12. 關於本要件之相關問題分析，參照第 41 條編碼 39 至 46。
13. 在制裁手段上，本法係以經中央主管機關依第 41 條規定限期命其停止、改

正其行為或採取必要更正措施而逾期未改停止、其行為或未採取必要更正措施為前提。是以，第 36 條成立前提係以經主管機關就違反第 19 條行為施以行政制裁使得以刑事制裁介入。而歸納公平會針對違反第 19 條規定行為所採行之具體處理方式，關於第 19 條之行政制裁手段大致可分類如下：

#### (一) 限期命停止

14. 依本法第 41 條之規定規定公平會得命「停止」，法條用語雖規定「限期」命其停止，然而實務上卻常以命被處分人自處分書送達之次日起，應「立即」停止違法之行為。而區分「限期」或「立即」之實益在於此種「立即」命停止違法行為之制裁，一旦於處分之次日起送達後行為人不即停止，即屬「逾期」，公平會自得依第 41 條後段、法院自得依第 36 條處罰之。在針對第 19 條案件之處理上，公平會最常使用之制裁手段即為「立即命停止違法行為」。例如在「台灣鐵路管理局標購八一〇輛鐵路車輛」案中（(85)公處字第一六六號），對於台鐵涉嫌於招標過程中進行差別待遇行為，有違第 19 條第 2 款規定，公平會即於處分書中要求台鐵「應立即停止前項影響國內外競標廠商比價基準之差別待遇行為。」類似的處分方式，也出現在舊法時期，例如「高雄市立中正文化中心涉嫌違反公平法第 19 條第 2 款規定」一案（86 年度判字第 1235 號判決），公平會於處分書中要求高雄市立中正文化中心，自處分書送達之次日起，應立即停止要求得標廠商出具「單一廠牌原廠直接所簽發原供貨證明」之差別待遇行為；「台灣再生工業股份有限公司涉嫌違反公平法第 19 條第 1、2 款規定」一案中之「自處分送達之次日起，應立即停止影響廢寶特瓶回收市場之差別待遇行為」（85 年度判字第 3039 號判決）等。（類似之決定也見於「公路局辦理橋樑工程招標案」，(86)公處字第一八七號）。另外，在處理公平法第 19 條第 3 款案件上，公平會處分也多半皆以「立即命停止」為處罰手段（(85)公處字 004「豐力富奶粉不實廣告案」、(84)公處字 166「自立晚報贈品案」、(83 公處字)081 號「瑩圃公司陳述不實案」等）。

15. 相對的，在處理搭售案件上，由於涉及契約內容之調整，公平會於處分時大多會限定二週（(86)公處字第 168 號「家韻傳播搭售案」）至三個月（(82)公處字 057、(82)公處字 058、(82)公處字 056「中視、華視、台視搭售節目案」）之調

整(改正或更正)之期間，僅在少數案件上以「立即停止」作為處分手段（公處字第 091022 號「松網科技搭售案」）。但也有例外的情形，例如在「三陽機車涉嫌搭售，違反公平法第 19 條第 6 款規定」案中，公平會要求原告需自處分書送達次日起停止搭售二年「強制機車責任保險」的行為（89 年度訴字第 1938 號判決）等。另外，所謂的命其停止，也包括處分書送達後的一定期間。例如在「美華影視股份有限公司涉嫌搭售」案，公平會於處分書中即命被處分人「自處分書送達之次日起二週內，不得再訂立交易相對人必須支付權利金始能單支購買之交易條款」（86 年度判字第 1403 號判決）。

## （二）限期命改正、或為其他必要更正措施

16. 關於停止與改正之區分，請參照第 41 條編碼 42、43。另關於改正與其他必要更正措施之區分，請參照第 41 條編碼 45、46。

除限期停止外，限期命改正、或其他必要更正措施亦係公平會所經常採用的行政制裁手段：

- 1、在處理第 19 條第 1 款杯葛行為之案件上，實務上不乏命行為人「撤銷杯葛之發函」（(84)公處字 040 號「建築師公會杯葛案」）或「取消決議」（(85)公處字 065 號「高市建築師公會杯葛案」）等更正措施；
- 2、在處理第 19 條第 2 款禁止差別待遇之案件時，如「中油差別待遇案」（84)公處字 102 號處分，除命中油公司立即停止其行為外，同時亦課以「於二個月內擬訂蒸汽渦輪機合格廠商登記制度及遴選程序之改正方案，使之符合公平交易法規定。」亦值得注意；
- 3、在第 19 條第 3 款、第 5 款案件處理上，公平會多以「立即命其停止」為制裁手段，少見有其他改正、或必要更正措施的課予；
- 4、第 19 條第 4 款之案件部分，在以不正方法或利誘為聯合行為上，「特誠公司聯合高屏碎石業者案」（81)公處字 003 號處分中，公平會除命特誠公司立即停止外，針對原先訂立之聯合條款，公平會亦命『被處分人不得根據該約定對交易相對人有履行上之請求，或採取確保履行之措施，尤不得為以下請求或措施：

- （1）派員駐廠（場）監視、稽查或舉發交易相對人之產銷活動及約定事項。



(2) 以交易相對人違反碎石現貨交易約定為由，要求賠償或補償，或以其他方式對交易相對人為不利之處置。

(3) 被處分人對交易相對人給付履約保證金或為其他類似之給付。』

並且，針對已經實行或履行的約定，公平會並命『被處分人應即停止或恢復原狀。』

5、在第 19 條第 6 款之案件處理上，亦針對個案有不同之改正、更正措施作為制裁。

(1) 在以不正方法限制最低零售價格之案件上，針對「寶麗金、玫瑰唱片等限制下游零售價格案」，公平會在(82)公處字 068 號處分中，除要求立即停止最低零售價之限制外，並要求「被處分人自本處分書送達之次日起七日內，應各自書面通知下游零售商取消雷射唱片及錄音帶之最低零售價，並函知本會。」而「高市餐盒工會聯合定價拒絕吉之口公司案」(83)公處字 059 號處分中，亦有「撤銷決議，並自撤銷日起 14 日內，完成發函通知各會員及高雄市各級學校，取消將供應高雄市各級學校餐盒售價調整為四十元之決議。」之相似改正、更正措施的制裁手段。同樣的，在「限制環亞百貨化妝品轉售價格等案件上」(81)公處字 010 號、(81)公處字 011 號、(81)公處字 012 號、(81)公處字 013 號，公平會命化妝品業者為下列之停止及改正：

『 I、被處分人應容許附件名單所載經銷商及其他交易相對人自由決定其轉售價格。

II、被處分人就供應之商品不得繼續限制附件名單所載經銷商及其他交易相對人，於願意自行負擔全部費用下，進行任何形式之促銷活動。

III、被處分人應於本處分書送達後十日內以書面通知與其簽訂限制轉售價格及促銷活動約定之經銷商，就被處分人所供應之商品，得以自由決定其轉售價格及促銷活動，並在通知同時，將該書面通知副本一份送本會備查。』

(2) 在搭售案件上，除如前所述公平會有「命立即停止」等制裁措施外，在處理「學者公司搭售錄影帶案」(81)公處字 021 號以及「龍盤影視搭售

案」(82)公處字 044 號，公平會分別 3 個月、30 日限期命業者修約手續，刪除搭售條款的義務。

**(三) 不得再為相同類似行為：**

17. 除第 41 條明文規定之停止、改正其行為或其他必要更正措施之三種手段，在早期公平會實務上亦多有同時命事業「不得再為相同或類似的行為」之制裁手段。例如(81)公處字 021 號處分「學者公司搭售錄影帶案」、(82)公處字 044 號「龍磐公司搭售案」、(82)公處字 009 號「高昇出版社限制下游經銷區域案」、(82)公處字 046 號「金石堂此使同業斷絕耶誕卡案」、(84)公處字 074 號「臺灣音響協會杯葛案」、(81)公處字 017 號「中油公司差別待遇案」、(81)公處字 004 等「低保生、保祥公司價傾銷方式標售 B 型肝炎疫苗案」皆命事業「不得再為相同或類似行為」。按命「不得再為相同或類似行為」似指不得再有「新行為」之發生，與「停止」係終止「舊行為」之繼續含義不同，公平會使用「不得再為相同或類似之行為」之制裁是否妥當，其批評請參照參照第 41 條編碼 44。

**三、「相同」或「類似」的違反行為**

18. 關於「相同」或「類似」的判斷標準，見第 35 條第 1 項之註釋邊碼 62 至 71。

**四、刑責**

19. 行為人得因違反第十九條及本條規定，最高被處以二年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新台幣五千萬元以下的罰金。本條之處罰主體與 35 條相同，皆為「事業之負責人」其定義請參照 35 條邊碼 77。在刑罰效果上，罰金刑採「或科」、「或併科」規定而非「得併科」之建制，其理由同於 35 條。(請參照第 35 條邊碼 80)。

**肆、法律適用**

20. 由於違反本條規定之行為，須承擔刑事責任，故即有可能與本法其他刑事規定或刑法產生競合關係。例如，在比較廣告或散布新聞稿等案件上，若營業毀謗行為同時涉及廣告主具備市場上地位、廣告內容足使交易相對人對廣告主

的競爭者產生排斥時，則該違法行為可能同時構成第 19 條第 3 款與第 22 條之違反，導致一行為需同時受到公平法第 36 條與 37 條之制裁，該如何解決法律適用的問題，詳見第 37 條邊碼 1718。

21. 另外，本條與刑法及政府採購法也可能產生競合的關係。例如在違反第 19 條第 1 款「以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為」，可能與刑法第 251 條「以強暴、脅迫或詐術為左列行為之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金：一 妨害販運穀類及其他公共所需之飲食物品，致市上生缺乏者。二 妨害販運種子、肥料、原料及其他農業、工業所需之物品，致市上生缺乏者」之妨害販運農工物品罪等產生競合關係。違反第 19 條第 2 款禁止事業進行差別待遇行為的情形，即有可能同時違反政府採購法第 88 條「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，處一年以上七年以上有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。其意圖為私人不法之利益，對廠商或分包廠商之資格為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，亦同」之規定；違反第 19 條第 4 款「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合行為」之行為，即可能與刑法第 304 條「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利」之強制罪、政府採購法第 87 條第 4 項「意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」之規定、以及刑法第 251 條之妨害販運農工物品罪；另外，違反第 19 條第 5 款「以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為」之行為，亦有可能該當於政府採購法第 91 條「意圖使機關規劃、設計、承辦、監辦採購人員或受機關委託提供採購規劃、設計或專案管理或代辦採購廠商之人員，洩漏或交付關於採購應秘密之文書、圖畫、消息、物品或其他資訊，而施強暴、脅迫者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金」之規定。關於公平法刑責規定與其他刑事法規產生競合時之適用問題，詳見第 39 條之註釋。



## 第三十七條 違反營業毀謗之刑事制裁

### 現行條文(1999年2月3日公布)

「違反第二十二條規定者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。

前項之罪，須告訴乃論。」

### 修正前條文(1991年2月4日公布)

「違反第二十二條之規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下之罰金。」

### 參考文獻

立法院秘書處(1992)《法律案專輯第一百三十二輯 公平交易法案》；黃茂榮(1993)《公平交易法理論與實務》；張麗琴(1993)《損害他人營業信譽行為之研究》，收於《公平交易法論述系列第二輯》；廖義男(1994)《公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》；廖義男(1995)《公平交易法之理論與立法》；林山田(2000)《刑法通論上冊 七版》；公平交易委員會(2003)《公平交易法修法沿革彙編(一)、(二)》；公平交易委員會(2004)《認識公平交易法(增定十版)》；吳庚(2005)《行政法理論與實用 九版》；陳敏(2005)《行政法總論 四版》；李惠宗(2005)《行政罰法之理論與案例》。

### 第三十七條 違反營業毀謗之刑事制裁

#### 壹、法制比較

- 一、美國
- 二、德國
- 三、日本
- 四、歐盟

- 貳、立法沿革與規範定位
  - 一、立法沿革
  - 二、規範功能與定位
- 參、構成要件分析
  - 一、客觀構成要件
  - 二、主觀構成要件
- 肆、罪責
  - 一、不法意識
- 伍、法律適用
  - 一、與刑法第 310、313 條之關係
  - 二、與第 36 條競合時之適用
  - 三、與第 41 條競合時之適用
- 陸、第 37 條案例分析
  - 一、本條判決趨勢簡析

## 壹、法制比較

### 一、美國<sup>1</sup>

1. 關於事業「商譽」(goodwill, reputation)之保護，除了廣泛規範不公平競爭的聯邦貿易委員會法第五條(unfair methods of competition)、惠勒-李修正案(unfair or deceptive acts or practices in commerce)及聯邦的商標法(Lanham Act section 43a)，得對此不公平競爭屬性之行為加以規範外，習慣法上之商業侵權類型，以及各州之不公平交易行為與消費者保護法（多參考聯邦交易委員會所頒之 Unfair Trade Practices and Consumer Protection 制訂，或稱為「州公平法」）、刑法等亦為規範依據。
2. 然而關於本條所涉之不公平競爭行為，在普通法(common law)下並未有刑事制裁至多僅構成民事侵權責任，有關第 22 條在美國法制實體、民事制裁程序之探討，請參照第 22 條邊碼 1 至邊碼 4

---

<sup>1</sup>關於本條美國法制介紹，請參照本研究計畫註釋書（二），第 22 條註釋

二、德國<sup>2</sup>

## (一) 規範條文

3.

2004 年新法	舊法
<p><b>UWG 第 4 條第 8 款</b></p> <p>第 3 條所稱之不公平行為特別是指，行為人：</p> <p>8. <u>關於競爭對手之商品、服務或事業，或關於事業主或經營成員之事實陳述或散布，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成事業經營或事業信用之損害者。若陳述或散布者為私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實者，始構成不公平行為。</u></p>	<p><b>UWG 第 14 條</b></p> <p>(1) <u>基於營業競爭目的，陳述或散布關於營業所有人或負責人、商品或服務有關事實，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成營業所有人營業或信用之損害者，負有義務賠償被害人之損害。被害人亦得請求停止不實事實之陳述或散布。</u></p> <p>(2) <u>若陳述或散布者為私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實，始得被請求停止之。只有陳述人或散布人明知或可得而知事實乃不正確者，被害人始得請求損害賠償。</u></p>
<p>(本條已刪除)</p>	<p><b>UWG 第 15 條</b></p> <p>(1) <u>陳述或散布關於營業所有人或負責人、商品或服務之不實消息，因而造成營業損害者，處一年以下有期徒刑或科以罰金。</u></p> <p>(2) <u>第 1 項不實消息係由商店受僱人或受委任人所陳述或散布者，除了受僱人或受委任人應受處罰外，商店所有人</u></p>

<sup>2</sup> 德國法部份參考第 22 邊碼註釋，由謝銘洋、李素華撰寫；本條德國法制部份由謝銘洋教授、陳人傑撰寫。

	若放任事情發生，亦應受處罰。
<p><b>UWG 第 4 條第 7 款</b></p> <p>第 3 條所稱之不公平行為特別是指，行為人：</p> <p>7. 貶抑或詆毀競爭對手之標誌、商品、服務、事業活動、個人或營業關係。</p>	<p><b>（舊法無規定）</b></p>

## （二）規範原則與制度架構

4. 德國法關於營業信譽之保護，除了可以適用民法侵權行為之規定外，不正競爭防止法亦有規定。2004 年不正競爭防止法修正前，營業信譽保護規定於舊法第 14 條，其與我國公平法第 22 條規定相近；舊法第 15 條為刑事責任規定，其乃告訴乃論之罪（不正競爭防止法舊法第 22 條第 1 項）。

2004 年新修正之不正競爭防止法，關於營業信譽保護係規定於第 4 條第 7 款及第 8 款，前者乃包含價值判斷的貶抑或詆毀，後者則乃關於營業信譽之不實陳述行為，其內容承襲不正競爭防止法舊法第 14 條規定；然而，就刑事責任之部分，則有大副度調整。德國不正競爭防止法（UWG）之刑事責任部分，係規定於第四章第 16 條至第 19 條。為配合現代化商業及交易活動之需求，2004 年 7 月 UWG 大幅度之修正。關於刑事責任部分，除營業秘密侵害之刑責仍予保留外，同年全面刪除屬於告訴乃論之行為態樣。而規範態樣同於我國公平交易法第 22 條之營業誹謗行為（舊法第 14 條及第 15 條第 1 項），亦於同年刪除。

## 三、日本<sup>3</sup>

5. 日本法相當於我國公平法第二十二條規範者，乃是其不正競爭防止法第二條第一項第十四款，該項規定將「告知或散佈危害有競爭關係之他人營業信譽之虛偽事實者」，定位為不正當競爭行為。
6. 然而日本不正競爭法上僅有民事上的制裁手段，於日本法上關於營業毀謗

<sup>3</sup> 本條日本法制部分由黃銘傑教授撰寫。



行爲僅得依照不正競爭法第 3 條、第 4 條爲不作爲請求以及損害賠償請求之民事救濟，未有刑事處罰規定。

#### 四、歐盟

7. 歐盟本身並無相關規定。
8. 各會員國分別立法或依習慣法規範。

## 貳、立法沿革與規範定位

### 一、立法沿革

9. 於公平法制訂之初，爲防止行爲人以妨害競爭之目的，不當陳述或散布不實情事而損害競爭者之營業信譽，對競爭秩序影響重大，除可由刑法妨害名譽罪章制裁外，基於其行爲之高度倫理非難性，公平法第 37 條乃獨立就行爲人施以刑事制裁以符實效。
10. 由於第 22 條乃規範「事業不得爲競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事」，故在涉及陳述散佈不實情事或損害他人營業信譽之行爲時，即與刑法 310 條、313 條之構成要件有所重疊，產生競合之情形。然相較於刑法上妨害名譽、信用罪章採「告訴乃論」以及「二年以下有期徒刑」之立法，修正前第 37 條「未採」告訴乃論，且科處「一年以下有期徒刑」爲最高法定刑，造成兩者在競合時適用上諸多困擾。
11. 爲避免競合上的爭議以及實務上執法的困擾，公平法第 37 條於修正時改以告訴乃論作爲本罪發動之訴訟要件，並經協商一致通過成爲現行條文第二項規定。(公平會，2003(二)，頁 613)。就刑罰效果而言，雖公平法第 37 條須以「爲競爭之目的」爲犯罪成立要件，相較於刑法上述處罰，其乃「特別法」之規定，但在刑責上公平法第 37 條卻較刑法規定爲輕，造成法條競合時不合理的現象。是以，修法時採納法務部意見，配合刑法第 310、313 條等提高法定刑爲 2 年以下有期徒刑，以維持法體系均衡(公平會，2003(一)頁 307—308 草案總說明(二)p703 修法理由)。

12. 除有期徒刑之調整外，為配合第 35 條、36 條「窮化犯人，以遏制不法」之立法趨勢(公平會 2003(二) 頁 546、頁 585-588，參照第 35 條邊碼 36)，於該條一讀後，配合第 35、36 條關於罰金上限之修正，乃提高為原罰金為一百倍，而調整為五千萬元之罰金上限(公平會 2003(二)，頁 497、498)。並且由於以往案例因違法情節輕重差異甚鉅，違法業者規模大小不同，對市場秩序危害大小有別，為使法院處理時可作彈性處理，故未設下限之規定。

## 二、規範功能與定位

### (一) 採行政司法併行制

13. 相較於第 35 條、第 36 條採「先行政後司法」，本法於立法時即採「行政司法併行制」，且於 88 年修法時仍維持原文，未有修正。蓋第 10、14、20 條第 1 項及第 19 條之認定判斷多涉及市場力量、經濟情況之判斷，為避免檢察官與公平會就相同違法情事認定歧異，且現行條文中存有不確定法律概念，尤需有完整之市場資料作為判斷基礎。故立法上有必要採「先行政後司法」，由公平會作為認定是否違反第 10 條及第 14 條之專責機關，先以行政權介入作為預警。(參照第 35 條第一項邊碼 2)。而第 37 條採「行政司法併行制」之目的在配合刑法上誹謗罪與妨礙信用罪之規定，以求體系上一致。蓋於立法時，由於公平法第 22 條違法情狀與刑法上誹謗罪、妨礙信用罪重疊(公平會，2003(一)頁 307、308)，而行為人一旦為營業毀謗之行為，同時亦該當刑法第 309、313 條之構成要件，若仍以「先行政」作為第 37 條處罰之前提，則造成適用公平法第 37 條可能性大幅降低，徒使本條規範目的被架空。再者，第 37 條乃典型的不正競爭行為，在判斷是否有損害、毀謗他人信譽之行為時，較不涉及行為主體之市場地位與市場力量等因素之審酌，故判斷上似「無」先以行政機關專業介入之必要，故本條仍維持「行政司法併行制」以符合當初立法之規範目的並配合刑法第 313、309 條之體系上要求。

### (二) 改採「告訴乃論」以配合刑法第 310 條、313 條之體系規範

14. 刑法第 310 條規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽者，為

誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。(第一項) 散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金」而 313 條則規定：「散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或併科一千元以下罰金」，該二條刑法處罰，與公平法第 37 條處罰行為人「陳述或散布不實情事」「損害他人營業信譽」之構成要件相當，在體系上即有如何適用上之疑難。(廖義男，1995，頁 332)

15. 在修法前，若由構成要件上觀察，公平法第 37 條之處罰限於行為人「為競爭為目的」所為之營業毀謗行為，故需行為人與受害人間有競爭關係存在為其構成要件，其處罰上與刑法第 310、313 條處於「特別關係」(邏輯包含關係)，理應適用公平法第 37 條之規定。然若由刑法第 310、313 條之最高法定刑二年以上與公平法第 37 條比較，依照公平法第 39 條「從重處斷」之原則，應優先適用刑法第 310 條等制裁。惟妨害名譽罪章依照刑法 314 條規定為告訴乃論，如此反而在體系上處罰較重之行為難以發動，而較輕的行為無待告訴即可訴追，造成刑罰上「從重處斷」完全繫乎被害人「是否告訴」之個人意願，有違刑罰上競合之原則(廖義男，1995，頁 332)，甚且易淪為原告恫嚇被害人不為或撤回告訴之誘因。職此，修法後將公平法第 37 條改為告訴乃論罪，並提高刑罰額度，在刑罰體系上，除基於「特別關係」理論外，由於公平法第 37 條設有「或科」、「或併科」罰金之規定，依照公平法第 39 條、刑法第 35 條之判斷，仍需從較重之公平法第 37 條加以處罰，故當公平法第 37 條與刑法第 310、313 條產生競合時，優先適用公平法第 37 條即無理論或實務上之障礙。

### (三) 與公平法第 41 條行政制裁之關係

16. 本條採行政司法併行制，理論上針對同一營業毀謗之違法行為，除司法機關可依第 37 條加以處罰外，行政機關亦得依公平法第 41 條限期停止、改正或採取必要更正措施，並得科處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下之罰鍰。按針對同一違法行為同時觸犯刑罰制裁及行政制裁之規範競合時，依 93 年新修正之行政罰法第 26 條之規定，原則上應以刑罰優先。本條與第 41 條個別行為競

合時之具體處理方式請參照本條邊碼 53 至 55。

#### （四）與公平法第 19 條第 3 款、第 21 條、24 條之關係

17. 本條乃處罰事業出於競爭目的而為不實陳述或散布足以損害他人營業信譽之行爲。在實務上，事業間向交易相對人或消費者所散布之「比較廣告」亦屬於本條所規範之對象。而「比較廣告」所涉及之問題與公平法第 19 條第 3 款、第 21 條、第 24 條多有所關連。依照公平會於 1994 年 9 月 7 日第 152 次委員會、1999 年 1 月 13 日第 376 次委員會修正的「比較廣告違反公平交易法一覽表」，事業為比較廣告之散布時，其內容涉及自身商品或服務有虛偽不實或引人錯誤之表示時，則同時構成第 21 條之違反；再者，該比較廣告之廣告主若亦具備市場上地位、廣告內容足使交易相對人對廣告主的競爭者產生排斥時，則該違法行爲亦同時構成第 19 條第三款之違反。(其餘請參照第 21 條註釋邊碼 142、第 19 條註釋邊碼 264)。
18. 惟應注意者，由於本條乃刑事制裁之規定，而違反第 21 條、24 條僅有行政制裁(第 41 條)與民事上請求(第 30 條至 34 條)得以主張，故在體系定位上，若事業為比較廣告散布時，同時涉及第 19 條第 3 款、第 21 條、第 24 條之制裁時，除第 19 條有本法第 36 條規定施以刑事制裁外，第 21 條、第 24 條均未有相關規定，處罰上仍應回歸第 41 條或民事上之制裁。(關於第 19 條第 3 款與本條適用上之問題，參照本條邊碼 50 至 52)

### 參、構成要件分析

#### 一、客觀構成要件

##### （一）陳述或散布之行爲

19. 所謂陳述或散布乃指以言詞、文字、圖畫等行爲使特定或不特定公眾知悉客觀上事實（85 公處字 205 號處分書）。基於現在科技的發達，實務上認為以網路、電視等媒介傳達不實訊息者亦合於「陳述」「散布」之要件。國內亦有文獻主張「解釋上，凡一切足以達成陳述或散布目的之行爲均包括在內」者（張麗琴，1993，頁 102）。

20. 目前公平法第 37 條之案件類型多半以專利、商標、著作權侵權之警告信函或刊登警告侵權之電視報紙廣告為主。前者寄發對象除被告指摘之廠商以外，可能及於「特定」有利害關係的招標機關或締約相對人（下游廠商）；反之，後者的廣告對象則大多針對「不特定」消費大眾所為之指摘。此兩種不同型態之毀謗行為在實務上會影以及是否有「陳述」散布使不特定或特定人「知悉」客觀上事實之判斷，以及是否會與刑法第 310、313 條競合上之判斷（參照本條邊碼 47 至 49）。

21. 在針對以「特定交易相對人」為散布對象之處理上，實務上對「散布或陳述」之客觀要件判斷上較趨嚴格。在處理『勁泰股份有限公司散發警告信函案』（嘉義地方法院 84 易字 1551 號、台南高分院 86 上易字 202 號）上，法院認為被告僅要求交易相對人（義保公司）「留意」告訴人（大漢公司）是否有仿冒之情事，並於大致相似時，要求其將資料寄回，如此尚「不合」於第 22 條、第 37 條陳述、散布之要件。法院推翻公平會處分認定僅要求「留意」、「寄回」即屬於陳述或散布之見解，而似乎改採需以「事先」陳述或散布，作為之後營業毀謗之客觀構成要件，且亦以「事先」行為作為推定主觀構成要件之要素之一。反之，在處理大型報紙、電視廣告的營業毀謗行為判斷上，法院多半未細究其個別行為態樣，而直接認定有陳述、散布之行為存在（臺灣高等法院 86 年上易字第 5908 號判決「鴻海精密科技散布廣告案」等參照）。其餘請參照第 22 條註釋邊碼 35、36、37。

## （二）所陳述散布足以損害他人商譽

22. 所謂足以損害他人商譽，乃指陳述或散布內容，足以降低社會相關大眾或交易相對人，對被指摘事業上之評價。實務上包括「產品介紹功能比較表」（臺灣高等法院 89 年上易字第 3585 號判決、另參照「比較廣告違反公平交易法一覽表」）、「專利、商標、著作權侵害之警告」（臺灣高等法院 84 上易 3600 決、81 易字 4205 號判決等）以及「主張對手廣告仿冒」、「主張對手已倒閉」（86 公處字 186 號處分書）等，皆認為屬於足以損害他人商譽之行為。

23. 在具體判斷「專利侵害警告函」是否確實有「足以影響他人商譽行為」時，實務上似乎有相異之見解。在處理「水龍王企業有限公司濫發警告函」案例時，板橋地方法院 81 年易字 4205 號判決認為，被告向「招標機關」養工處指摘競爭者（告訴人廣水公司）有侵害專利之申請，由於養工處乃「公務機關」，公共工程建材是否採侵害專利之產品基於公共利益本有調查義務，招標機關是否欲減少或不使用告訴人建材「非」取決被告之檢舉指摘，故被告「專利權侵害」之陳述，不論是否專利爭訟是否確定，皆不足以影響廣水公司之商譽。
24. 但在「明樺行國際股份有限公司散發警告函案」上，台北地方法院 86 年自字 575 號判決則有相異之見解。同樣是被告向「交易相對人」寄發專利侵害警告函，本案被告向下游通路商(全家便利商店、統一便利商店等)為寄發律師函之行為，法院則認為有足以損害告訴人商譽，而應依公平法第 37 條加以論處。法院認為營業毀謗行為乃對其個人或商品、服務散布惡意消息之謂。而競爭者與行為人間縱有商標、專利或著作權等工業財產權權利爭執，或有侵權行為，倘行為人將此爭議、疑似侵權事實發函警告競爭者之交易相對人，不論事後權利爭訟結果，其發函行為已「恫嚇」競爭者之交易相對人，促其停止向競爭者購買或交易，有造成營業信譽所害之虞，違反公平法 22 條之規定。(台北地方法院 85 年自字 1223 號判決「睿傑公司不實檢舉案」針對「睿傑公司」向交易相對人「台塑公司」所為之不實指摘亦採相似見解)
25. 上述兩判決之差異可能係以「專利警告函」寄發之交易相對人是否為「公家機關」作為區分，惟是否具有區分之必要仍有待觀察。關於足以損害他人營業信譽之學理上探討，另請參照第 22 條註釋邊碼 454647。

### （三）所陳述散布者為不實

- 26.. 公平法第 22 條處罰侵害競爭者信譽法益之行為，其處罰以毀損他人信譽為目的「不實情事」。刑事審判實務上認為，本條與刑法上誹謗罪、妨害信用罪相同，均以內容不實為處罰要件；因此，被告自得舉證證明其所陳述屬實而不罰：「公平交易法第二十二條罪名之成立，係以所陳述或散佈者為足以損害他人營

業信譽之不實情事為要件，果所陳述或散佈者，並無不實，即與該罪之構成要件有間。另按刑法第三百十條第三項前段規定：『對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。』，亦見刑法第三百十條第二項罪名之成立，亦以所傳述或散布者為不實之事為要件，果所傳述或散布者並非不實之事，即不得遽論以刑法第三百十條第二項之罪。（另參照第 22 條註釋邊碼 424344）

27. 司法實務之處理上，早期實務上認為所謂不實與否，係以「客觀上事實判斷之」，然在具體判斷上，曾有判決提出，若行為人係基於「合理懷疑」所為警告侵權之行為時，則並非所謂「不實」，尚不得以公平法第 37 條相繩。在處理「勁泰股份有限公司散發警告信函案」案件上，臺灣高等法院台南分院 86 上易字 202 號判決認為，自訴人（傳納企業）曾就同一原因事實以勁泰公司「誣告」提自訴而受敗訴確定在先，且客觀上有使一般人懷疑有仿冒之情事，故勁泰公司乃基於「合理懷疑」自訴人有仿冒情事所為之發函，乃正當權利之行使，非「不實情事」。

28. 而最新實務見解(台北地方法院 93 年自字 15 號判決「宏亞食品股份有限公司發佈新聞稿案」)則認為，於判斷行為人是否有公平交易法第 22 條、第 37 條為事業競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事時，應與刑法 310 條第三項採行相同之判準。亦即依照大法官釋字第 509 號解釋之意旨，刑法 310 條第 3 項前段以對誹謗之事，能證明其真實者不罰，係針對言論內容與事實相符之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為，必須「自行證明」其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論為真實，但依其提出證據資料，認為行為人有「相當理由確信其為真實者」。是以所謂「不實」之判斷則改採「真實惡意原則」，行為雖不能證明言論為真實，但依其提出證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以公平法第 37 條之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。故依照具體行為人注意能力衡量，只要行為人提出客觀上有相當

理由確信可為真實的資料(包括報章雜誌等消息來源)，則於真偽不明時，不能據因自認人商譽受有損害，驟指被告基於競爭為目的，「惡意」侵害其社會上所保持之人格及信譽。

29. 另刑法第 313 條之罪名，係以「散布流言或以詐術損害他人之信用」為要件，果非散布流言或非以詐術損害他人之信用，即與該罪之構成要件有別，而不得遽以該罪責相繩」（台灣高等法院 90 上易字第 3784 號刑事判決，「偉欽公司傳真不實案」）。

#### （四）事業間具有競爭關係

30. 本條所禁止的散布不實資訊行為，係用以打擊營業信譽為手段以遂行其不公平競爭目的（張麗琴，1993，頁 102）。事業須以「為競爭之目的」陳述或散布足以損害他人營業信譽的不實情事，始足當之。關於「為競爭目的」之判斷詳請參照第 22 條註釋邊碼 313233。

31. 惟「出於競爭之目的」係規範行為人之「主觀」上之動機、意圖，乃刑法上之特別主觀構成要件要素。但於實務操作上，判斷行為人是否「出於競爭之目的」是否需以行為人與毀謗對象間於「客觀上」具有競爭關係為前提，司法實務上目前處理分歧：

32. 實務上在「佑洋行股份有限公司散發敬告函案」上，台北地方法院、臺灣高等法院皆肯認公平會認定原被告產品間是具有可替代性，可認係屬同一市場範圍具競爭關係之同一產品，兩者間具「競爭關係」，從而被告以傳真方式向經銷商散布信函之行為，明顯係為「競爭目的之所為」，作為判斷是否構成第 22 條之依據（台北地方法院 86 易字 5754 號判決、臺灣高等法院 87 年上易字 62 判決、板橋地方法院 89 易 1667 號判決「愛之旅散布不實廣告案」參照）。

而於公平會處分上，亦多半先以公平法第 4 條，視原被告二事業在市場上是否以較有利價格、數量、品質、服務等條件，爭取交易之行為而判斷「客觀上」競爭關係存在，作為推論「出於競爭目的」之主觀意圖（(85)公處字 205 處分、(86)公處字 186 處分、公處字 093012 處分等亦同）



33. 反之，在行政法院判決上（行政法院 83 判字 1139 號判決「廣水企業申訴案」）及部份公平會處分及訴願決定上（(84)公訴決字 001 號訴願決定「美商恩普檢舉案」）等則似未採此判準；刑事審判實務上，則有認競爭目的未必以競爭關係存在為前提，在「福高公司陳述不實案」中，臺灣高等法院於 91 上易字 1959 號判決則認「我國公平交易法第二十二條之規定，並不以兩事業立於競爭關係為要件，而是以被指為違法之事業在主觀上是本於競爭目的而為損害之行為即為已足」，而認事業間「客觀上」不需具備競爭關係仍可成立本罪。（其餘請參照第 22 條註釋邊碼 3334）故客觀構成要件上，行為人與被害人間是否需居「競爭關係」在法院實務判斷上仍為分歧。

#### （五）經被害人提起告訴

34. 依照刑事訴訟法 232 條之規定，犯罪之被害人得為告訴。而所謂犯罪之被害人，依照最高法院 20 年上字 55 號判例，係指因犯罪而直接受害之人，其他因犯罪間接或附帶受害之人僅為告發人。而告訴乃論之罪未經告訴或逾越六個月之告訴期間時，檢察官於偵查中應依刑事訴訟法 252 條為不起訴處分，法院於審理時則因欠缺訴訟條件，需依刑事訴訟法 303 條第 3 款為不受理判決。

35. 實務上在「告訴人」之判斷時，有判決認為應以陳述、散布之指摘之「對象」加以判斷。在處理惠雅工程股份有限公司之案例上，法院認為被告散布足以詆損他人之文字之對象為「笙華公司」，受害者乃公司本身，笙華公司負責人僅為間接受害人，其所為申告僅為告發，故依照刑事訴訟法 303 條下不受理判決。於舊法時代公平法第 37 條雖非告訴乃論之罪，惟依 39 條適用刑法 310、313 較重之罪則需為告訴乃論。然兩者關於「犯罪直接被害人」之判斷應無不同，是以該實務見解於修法後仍為可採。故事業之負責人需以「告訴代理人」方式或以法人之名義向偵查機關請求為訴追之意思表示，始生合法告訴之效力。

36. 另依照刑事訴訟法 319 條之規定，犯罪之直接被害人得提起自訴。是以前述受害人得提起自訴，且因公平法 37 條為告訴乃論之罪，依照刑事訴訟法 323 條第一項但書之規定，縱檢察官已經他告訴人或告發人申告開始偵查，被害人仍

得提起自訴，不受「公訴優先原則之限制」。再者，由於自訴之提起有補充告訴之效果，依照司法院 28 年院字 1844 號解釋第四項，縱自訴案件經諭知不受理或管轄錯誤判決，檢察官於接受判決書後，認仍有偵查、起訴之原因者，該案毋須另行告訴，檢察官得自行起訴偵查，自不生逾越告訴期間之問題。(刑事訴訟法第 336 條參照)

37. 另外，為避免告訴乃論之罪久懸未決，刑事訴訟法第 237 條設有「告訴期間」之規定。故直接被害人欲為申告犯罪則需於「知悉」犯人時起 6 個月內為告訴，否則法院亦需以欠缺訴訟要件，依 303 條第 3 款下不受理判決。所謂「知悉」，依照最高法院 28 年上字 919 號判例之見解，係指「確知犯人之犯罪行為」而言，「如初意疑其有犯行，而未得確實證據，及發現確實證據，始行告訴，則不得以告訴人前此之遲疑，未經申告，遂為告訴為逾越法定期間」。而若行為人之比較廣告、警告信函等發送、散布行為乃連續行為或持續一定期間、狀態，其 6 個月之告訴期間的起算，依照大法官釋字第 108 號解釋，應自得為告訴之人，知悉犯人「最後一次行為」或「行為終了時」起算。

38. 由於 88 年修法後，公平法 37 條改為「告訴乃論」之罪，如於舊法時已為「告發」犯罪，但未於行為後六個月內為之，在修法後法院於審理時應如何為處理，實務上有所爭議。據此，(89) 法檢字第 003072 號座談會有提出甲乙兩說不同之見解。甲說認若被害人即使於行為(87 年 4 月)後六個月內申告犯罪，法院於 88 年修法後處理時，基於「程序從新」，先前之申告僅為「告發」，從而被害人之申告逾越告訴期間，自不生合法告訴效力。乙說則採相反之見解。其認為若犯罪事實發生於公平交易法修正前，當時違反公平交易法第 37 條之罪尚非告訴乃論從而被害公司自然不會在意告訴期間之經過，其於 87 年 11 月間始提出告訴，依當時公平交易法之規定，當屬合法之告訴(告發)，嗣後公平交易法修正為告訴乃論時亦應認已有合法之告訴存在，不能因事後法令之修正，使原來合法之告訴變成不合法，因而檢察官應為實體之偵查，不得以逾告訴期間逕為不起訴處分。而高等法院檢察署審查意見則以乙說為當。故於修法前所為之告發，

不因修法後改為告訴乃論之罪而影響檢察官之偵查或法院之審判。

39. 依照刑事訴訟法第 242 條之規定，告訴應以書狀或言詞向檢察官或司法警察官為之。而於審理階段發現告訴乃論之罪未經告訴者，只要再告訴期間內，告訴權人仍得為告訴之補正，其程式同於告訴，需向檢察官或司法警察官為之，在由其向法院補送該告訴書狀或筆錄（最高法院 73 台上字 4314 號判例參照）。由於告訴之程式限於向「檢察官」、「司法警察官」為申告追犯罪始為合法告訴，故若告訴權人向「公平會」申告犯罪則不生合法告訴之效力。公平會應依照刑事訴訟法第 241 條規定，向偵察機關告發犯罪，並移送相關卷證。同時由於告訴有刑事訴訟法第 237 條所定之 6 個月期間限制，故公平會宜儘速曉諭原告向偵察機關告訴，以避免逾越告訴期間。

#### （六）處行為人二年以下有期徒刑或科或併科五十萬元以下之罰金

40. 本條之處罰主體與 35、36 條相同，皆為「事業之負責人」其定義請參照 35 條邊碼 77。關於法人之刑事制裁參照第 38 條註釋邊碼 24。另關於第 22 條、37 條如何認定被告事業法人之歸責要件，其學理上之整理請參照第 22 條註釋邊碼 40，實務上判決分析請參照同條註釋邊碼 41。在刑罰效果上，罰金刑採「或科」、「或併科」規定而非「得併科」之建制，其理由同於 35 條。（請參照第 35 條邊碼 80）。

## 二、主觀構成要件

### （一）行為人出於故意，對於損害他人營業信譽有認知、意欲

41. 關於故意之認定，本法之規定同於刑法第 12 條之規定，需行為人對於毀謗之事實具有認知、意欲，同時對於將損害他人營業信譽及其間的因果關係有所預見。並且，由於過失之處罰以法有明文者為限，是以若行為人並未預見上述客觀構成要件之實現，則不成立本罪。

### （二）特殊主觀不法構成要件要素：「以競爭之目的」

42. 在主觀構成要件上，行為人需「以競爭為目的」，而對「損害他人營業信譽」有所認知、預見，才具備故意。實務上在判斷行為人之主觀要件似有幾項

標準可循。在針對專利、著作權侵害警告函之判斷，則「行為人」本身是否有專利或著作權為一重要之判斷依據，若行為人本「不具」著作權(板橋地方法院 84 易字 2313 號判決)或在我國未有登記在案之專利(台北地方法院 86 自 575 號判決)，法院則傾向認定原告「有」故意。反之，在被告本具有合法之智慧財產權時，法院則需具體認定被告之指摘是否有為防衛其權利之「合理懷疑」所致或「相當理由確信其為真實」所為之陳述，否則難謂其有「惡意」之情事(台南高分院 86 上易字 202 號)。

43. 針對被告往往主張其詆毀之對象「並未指明為特定人」，從而欠缺誹謗或損害他人名譽之故意之抗辯云云，實務上多認為，若可由寄發之信函、雙方來往之文件（包括專利異議審定書）之內容加以特定出「特定」受侵害之人，則此時被告仍具損害他人營業信譽之故意（台中地方法院 82 年易字 5432 號判決、台北地方法院 85 易字 3952 號判決）。

44. 若被告之陳述僅為「單純產品功能比較」之列舉，近年來實務上有以「廣告」「陳述」的「形式上文字安排」作為認定被告是否有故意之依據。台北地方法院 89 年易字第 957 號判決在處理「產品功能比較表」案件時，其認為被告刊登該廣告之目的顯係將其公司之產品為逐一之介紹乃為促銷商品，被告若果有誹謗及損害他人營業信譽之故意，由於被告並未於該廣告上標明其產品與針對「眾星光學公司」同類產品相較，或以其他放大字體或特別標示標明，使人一望即知該產品係以眾星光學公司產品之不同，以之誹謗眾星光學公司，故是本件衡之社會一般通念，被告行為僅能讓人知悉該產品可能較一般市價便宜，進而產生購買之意，尚不至使人誤認為其販售之望眼鏡確係以毀謗告訴人之產品為銷售，從而認定被告確無誹謗或損害他人營業信譽之故意。

## 肆、罪責

### 一、不法意識

45. 所謂不法意識係指行為人對於構成犯罪事實，有所認識，並意欲使其實現，且一般具有責任能力之人均能知道其行為有違法規範之禁止或誡命，乃罪責層

次之判斷。(林山田，(2000\_) 頁 308) 是以，若行為人對其行為乃違背法規範誠命未有知悉，則屬「不法意識」欠缺，亦即禁止錯誤之問題，依照現行刑法 16 條「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑（第一項）如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」而所謂正當理由，則需具體就禁止錯誤是否為行為人「可避免」而減輕或阻卻罪責。(94 年新修正刑法第 16 條即依照上述規定修改為：『除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。』)

46. 實務上針對[鴻海精密工業股份有限公司營業毀謗案件]，臺灣高等法院 86 上易 5098 號判決表示，按所謂刑法上誹謗罪以及公平法 37 條係指行為人只要對於足以損害他人名譽之事有所認識，且明知就其所認識之事加以指摘或傳述，足以毀損他人之名譽，而竟誹謗之，即具有誹謗、營業毀謗之故意，而該行為是否為刑法上所處罰之行為之認識，屬違法性認識錯誤之罪責領域，依刑法第 16 條前段規定，亦不影響誹謗之故意。縱被告事先有詢問律師始為專利侵害警告廣告，仍無礙被告故意之認定。

## 伍、法律適用

### 一、與刑法第 310、313 條之關係

47. 刑法上誹謗罪與妨害信譽罪之處罰與公平法 37 條針對不實陳述侵害名譽行為之制裁兩者在構成要件上有所重疊，時有競合之情形。惟兩者於法益之保護、適用對象上仍有所不同，實務上仍採行就行為人不實之營業毀謗行為分別以刑法、公平法 37 條個別加以判斷之處理模式。
48. 按公平交易法所保障乃維護交易市場秩序、自由公平競爭之公共利益，而刑法第 310、313 條則為保障個人專屬名譽法益。就構成要件而言，由於一般人皆可能觸犯刑法第 310、313 條之規定，故行為手段上需以「散布於眾」之意圖及行為始成立該罪。相對的，公平法第 37 條「散布」要件之判斷應與刑法不同，蓋公平法上制裁使競爭者信譽貶損之不正競爭行為，單純「特定」招標機關或下游交易相對人寄發他人有品質劣等或侵權之虞的警告以足恫嚇相對人不與競

爭者交易，已有造成商譽損害之虞(台北地方法院 86 自 575 號判決參照)。故廠商對警告本身僅需符合上述「陳述」、「散布」之要件即構成公平法第 37 條。而所謂「散布於眾」僅為刑法第 310、313 條之成立要件，而非公平法第 37 條之客觀構成要件。例如，台北地方法院 85 自字 1223 號判決，以睿傑企業有限公司僅向「特定」招標公司（台塑公司）為競爭者不實指摘，未向其他公司寄送或傳真，從而不成立刑法 310、313 條之罪。惟睿傑單純向招標公司為對手產品之不實指摘已足影響競標者信譽，有礙公平競爭，無礙其成立公平法第 37 條之罪。另於台北地方法院 86 自字 575 號判決中，法院則以「未能」查知原告（明樺行股份有限公司）有確實委由下游經銷商託播指摘競爭者之廣告，從而不具「散布於眾」之意圖，不成立刑法第 310、313 條。然明樺行向下游通路商全家便利商店、統一超商等特定人寄發律師函之行為仍需依公平法第 37 條加以處斷。(臺灣高等法院 84 上易 3600 號判決、臺灣高等法院 91 上易字第 1959 號判決「福高公司陳述不實案」等亦採相同見解)

49. 再者，由於在「普通刑法」上，通說基於法人欠缺倫理道德非難性，而認適格之行為人原則上不包括「法人」，僅有特別規定者外，始得對自然人加以制裁(林山田，2000，頁 81 頁 367)，故在處罰對象上，事業違反營業毀謗行為時，若同時構成刑法與公平法第 37 條之罪，在舊法時代雖應「從重」適用刑法上之規定，惟因法人未能依刑法第 310、313 條處罰，反需適用公平法 37 條、38 條處罰，造成法律競合時適用上矛盾的結果。新法修正後，提高公平法 37 條法定刑而與刑法 310、313 條處罰相同，是以基於「特別法優先普通法」，優先適用公平法 37 條之結果，針對「負責人」之制裁依特別關係優先適用公平法 37 條處罰，而「法人」之制裁則直接依公平法 38 條科以罰金，舊法下法人之處罰與「從重處斷」矛盾的情形已不復存在。

## 二、與第 36 條競合時之適用

50. 在比較廣告或散布新聞稿等案件上，若營業毀謗行為同時涉及廣告主具備市場上地位、廣告內容足使交易相對人對廣告主的競爭者產生排斥時，則該違

法行為亦同時構成第 19 條第 3 款之違反。在法律適用上，由於第 36 條對於違反第 19 條行為亦有刑事制裁，針對同一比較廣告之行為之處罰，因第 22 條與第 19 條第三款保護法益不同，應依照刑法第 55 條依想像競合法理從一重處斷之。惟應注意者，由於第 36 條規定係以「先行政」作為刑罰發動之要件，但第 37 條卻採行政司法併行制，在適用結果上法院即可能僅先適用第 37 條處罰，造成同一比較廣告行為分別制裁，行為人實際上未能獲得想像競合犯從一重處斷之利益。

**51.** 第 36、37 條構成要件之不同亦反應於實務上判決、處分上之處理。蓋司法實務上可能係基於第 36 條採「先行政後司法」與第 37 條採「行政司法並行制」之緣故，關於第 37 條之刑事判決皆未見有第 19 條第 3 款之刑罰制裁。然而在行政制裁上，由於在營業毀謗與第 19 條第 3 款情事時常同時發生(例如(85)公處字 004 號「博登公司刊登不實廣告案」、(91)公處字 091074 號「台塑公司加送贈品案」、台北高等行政法院判決 90 年度訴字第 4508 號判決「宏泰人壽不實廣告案」、台北高等行政法院 92 年判字 1910 號判決「鴻海精密發送新聞稿案」等)，公平會及行政法院多半各自認定是否有該當第 19 條、第 22 條之情事，未有刑事法院因兩者在構成要件上不同導致法院在判斷 37 條時未必能同時審查第 36 條之困境。其他關於比較廣告與第 19 條第 3 款、第 22 條適用之問題，並參照第 22 條註釋邊碼 53、及第 21 條邊碼 142-144，第 24 條邊碼 93-106。另請參照公平會所修正通過之「比較廣告違反公平交易法一覽表」。

**52.** 另涉及警告信函發佈時，除本條之適用外亦可能涉及第 19 條第 1 款、第 24 條等條文，其在適用上之處理請參照第 22 條註釋邊碼 53。同時，公平會於 1997 年曾提出「審理事業侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理處理原則」，業經大法官釋字 548 號肯定其合憲性，並於 2001 年 1 月 15 日以(90)公法字 00139 號函修正新版「審理事業侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理處理原則」，其於第 8 點亦有處理關於第 37 條之相關問題。

### 三、與第 41 條競合時之適用

53. 本條採行「行政司法併行制」，故針對同一營業毀謗之違法行為，除法院得依第 37 條、第 38 條課以刑罰外，公平會自得依照第 41 條前段對違法事業命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得科處罰鍰。
54. 在適用上，由於第 37 條處罰對象係規範「負責人」而非「事業」，是以針對同一行為依第 37 條課負責人刑責，同時對法人依第 41 條下行政處分，其處罰對象有異，不生競合之問題。(另請參照第 35 條邊碼 89) 然倘違法事業為獨資商號，負責人即為事業本身，或違法事業為法人時，第 41 條前段之處罰與第 37 條之處罰即有競合上之問題。
55. 按第 41 條前段之制裁手段中關於「停止、改正其行為或採取必要更正措施」之處置，因僅屬糾政權之行使，不具裁罰性質，故其與第 37 條之刑罰規定併罰並不生「一行為不兩罰」之問題，自得併罰。然關於罰鍰之處理上，由於第 41 條前段「並得科處罰鍰」係屬行政罰法第 2 條所定之「行政罰」種類之一，故適用上即涉及針對同一主體之同一行為，同時觸犯刑罰與罰鍰制裁之適用問題。依學者通說，由於行政罰與刑罰採「量的區別說」，若同一行為既有較重之刑罰制裁，自無再處「量」上較輕微之秩序罰之必要(採刑罰優先說)(吳庚，2005，頁 509；陳敏，2005，頁 716；李惠宗 2005 頁 116)。然行政院卻採質的區別觀點，認為可併罰行政罰、刑罰(最高行政法院 49 年判字 40 號判例；42 判 83 例等)。然而，依照 94 年 2 月新通過之行政罰法第 26 條規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。(第一項) 前項行為如經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。(第二項)」其改採「刑罰優先主義」。職此，除非法院對於第 37 條之處理論知無罪、免訴、不受理判決，否則公平會不得同時依第 41 條前段對事業課以罰鍰。而由於本條乃告訴乃論之罪，若告訴人未於告訴期間合法告訴，或其不具告訴人地位時，此時公平會須待告訴期間經過後，法院為程序判決後始得科處罰鍰。



關於第 41 條與刑事制裁適用上之關係，另請參照參照第 41 條編碼 69 至 71。

關於第 37 條處罰與第 41 條之關係，亦可參照第 35 條第 1 項邊碼 87 至 96，其處理方式相同。

## 陸、第 37 條案例分析

### 一、本條判決趨勢簡析

56. 本條判決在科刑上，縱於修法前以 50 萬元作為罰金上限，實際判決上，法院多半對事業僅科處 2 至 15 萬不等之罰金，至多 15 萬，顯見於修法前欲以罰金額的上限作為嚇阻之立法目的似乎尚未具體於司法實務上獲得實踐。修法後，雖將罰金上限配合提升至 5 千萬元，然修法後對事業的罰金刑之科處仍未見顯著提高，自 88 年以降，僅「最佳女主角不實廣告案」(台北地方法院 88 自字 642 號判決、臺灣高等法院 89 上易 754 號判決)有高達「50 萬元」之罰金科處，但仍與當初提高至 5 千萬罰金以達「窮化犯人，以遏止不法」之立法期許有相當大之差距。未來似可仿照比較法上以全球營業額之固定百分比作為刑罰制裁之標準，以收嚇阻制裁實效。
57. 再者，在「負責人」之刑事制裁上，由於新法將有期徒刑之刑度提高至 2 年，依照刑法第 35 條之判斷，法院於處理橫跨新舊法案件時，多半從「輕」適用舊法處斷。而處罰之程度上，參照刑法第 41 條之規定，若犯本條之罪（最輕本刑 5 年以下），科處 6 個月以下有期徒刑或拘役時，則得易科罰金。實務上關於第 37 條之判決，目前對於行為人皆科處 6 個月以下有期徒刑，並於判決主文揭示易科罰金之標準。然而自然人依照刑法第 42 條，於一定條件下，仍得以易服勞役代替罰金，且勞役期限不得長於六個月，然若廣開易服勞役作為刑罰制裁手段，無異由給予行為人規避高額罰金之機會，將來可考量於修法時明文限制之。
58. 關於法人與負責人之制裁手段上比較，由判決趨勢似可觀察得知，負責人依第 37 條處罰之程度與法人受第 38 條處罰之額度大致呈現正向關連，負責人行為之違法程度，對於法人受罰金的額度有相當大之影響，也間接驗證了公平法第 38 條處罰法人之歸責基礎。

59. 修法前判決：

字號	行為人(公司)	判決要旨	類型	科刑
板橋地方法院 81 易字 4205 號	水龍王企業 有限公司		專利 警告 濫用	無罪判決
板橋地方法院 81 易字 6258 號		刑法 310 和公 平法 37 想像競 合，從刑法重處 斷	著作 權 警告 濫用	拘役 50 日
台北地方法院 81 易字 9424 號		數罪併罰		行為人各處 有期徒刑 3 個月
台中地方法院 82 易字 5431 號				行為人處 有期徒刑 4 個月 法人罰金 10 萬
台北地方法院 83 自 929 號	億達廣告事 業 優龍國際企 業	法人適用 38 條		法人各處 2 萬元罰金
板橋地方法院 84 易字 2313 號  臺灣高等法院 84 上易 3600 決	締一國際實 業股份有限 公司	被告未有著作 權而對有著作 權人(原告)寄 發警告函，顯具 毀損信譽故意。	著作 權警 告函 濫用	法人、行為人 各處罰金 2 萬元
台北地方法院	瑞麗詩貿易	想像競合		法人 4 萬元

85 自 3952	股份有限公司			行爲人 拘役 40 天
士林地方法院 85 易字 326 號	惠雅工程股份有限公司	原告並非警告對象，乃間接被害人；37 和刑法 310 優先適用 310 所以需要告乃		303 第 3 款 不受理判決
嘉義地方法院 84 易字 1551 號  台南高分院 86 上易字 202 號	勁泰股份有限公司	被告先前誣告罪已有無罪判決，客觀上尚有「合理懷疑」為保障自己權利免於仿冒之必要	新式樣警告信函	行爲人、 法人無罪 上訴駁回
台北地方法院 84 易字 7494 號		被告死亡		303 第 5 款 、第 7 款 不受理判決
台中地方法院 84 易字 5824 號  台中高分院 85 上易字 2783	羅名伸業有限公司	證據不足證明正言爲真	產品近似的警告	無罪 上訴駁回
台北地方法院 86 易字 5754 號	佑洋股份有限公司 (85)公處字			法人罰金 9 萬元 行爲人處 拘役 50 日

臺灣高等法院 87 年上易字 62	205 號處分			上訴駁回
台北地方法院 85 自 1223 號  臺灣高等法院 86 上易 3209	睿傑企業有 限公司 (86)公處字 012 號		向投 標廠 商為 不實 陳述 藉以 得標	二審：原判決撤銷 法人處 15 萬罰金 負責人處 15 萬罰金 刑法 309、313 部份無罪 一審： 法人五萬元罰金 行為人罰金 五十萬元 310、313 部份無罪
台北地方法院 86 自 575 號	明樺行國際 股份有限公 司	於專利或經銷 訴訟爭訟未明 前，行為人擅為 散布疑似侵權 之信函已足構 成營業毀謗。且 本案在日本專 利未經我國登 記生效，其陳述 侵害其專利乃 不實事項。	專利 警告	行為人各 處 8 萬元罰金 310、313 未能證 明有「散布」 意圖，無罪
台北地方法院 85 易字 6842 號	鴻海精密工 業股份有限	誤認告訴人業 有侵害周○○專	專利 警告	法人(未起訴) 自然人

<p>臺灣高等法院 86 年上易 5908 號</p>	<p>公司 (八五) 公處 字第一六五 號處分書  台北高等行 政法院 92 年 判字 1910 號 判決</p>	<p>利權，故堪認被告所發布之新聞，為足以損害他人名譽之事項。按所謂誹謗罪係指行為人只要對於足以損害他人名譽之事有所認識，且明知就其所認識之事加以指摘或傳述，足以毀損他人之名譽，而竟誹謗之，即具有誹謗之故意，而該行為是否為刑法上所處罰之行為之認識，屬違法性認識錯誤之罪責領域，依刑法第十六條前段規定，亦不影響誹謗之故意</p>		<p>(董事長特別助理兼發言人) 判處拘役 30 日 (想像競合從 310II)</p>
<p>士林地方法院</p>	<p>燈塔科技股</p>	<p>被告燈塔公司</p>	<p>比較</p>	<p>行為人無罪，</p>

<p>86 易字 2595 號 臺灣高等法院 87 上易 4036 號</p>	<p>份有限公司</p>	<p>與告訴人公司 之上開產品比 較結果，就附表 一之比較項 目，已據告訴人 於原審自承無 誤，公平交易法 第二十二條、第 三十七條規 定：事業不得為 競爭之目的，而 陳述或散布足 以損害他人營 業信譽之不實 事項之罪，須以 行為人所陳述 或散布之事項 為不實，始與該 罪之構成要件 相符，故不成立 本罪。</p>	<p>廣告</p>	<p>上訴駁回</p>
---	--------------	---	-----------	-------------

60. 修法後判決：

字號	行為人(公司)	判決要旨	類型	科刑
<p>臺北地方法院 87 易字 899 號 臺灣高等法院</p>	<p>宏偉公司網 路教學軟體 比較廣告案</p>	<p>無法證明行為 人故意。蓋被告 僅就告訴人產</p>	<p>比較 廣告</p>	<p>行為人無罪、 法人無罪</p>

88 上易 2473 號		品之功能多寡及品質優劣加以比較，在商品交易相對人閱讀上開比較表後，客觀上或會認為被告產品之品質較告訴人為佳，惟尚不至對於告訴人之營業信譽有何不良聯想，自無足以損害告訴人營業信譽等情。		
台北地方法院 89 易字 957 號	太陽光學事業有限公司	僅刊登其產品功能與原告相同之用語未必足以影響他人信譽；且未以粗體字使人一望即知乃針對原告公司指摘，不具營業毀謗之故意	比較廣告	行為人、法人無罪
板橋地方法院	柯○○		不實	行為人無罪

<p>89 易 1667 號 臺灣高等法院 89 上易 4200 號</p>			<p>廣告</p>	
<p>板橋地方法院 89 年易 501 號 板橋地方法院 89 易字 842 號  台灣高等法院 89 上易 3585 號</p>	<p>寶瑪科技有 限公司</p>	<p>按刑法上所謂 法規競合，係指 一個犯罪行 為，因法規之錯 綜關係，至同時 有數符合該犯 罪構成要件之 法條可以適 用，爰依法理擇 一適用者而 言。公平交易法 第二十二條規 定事業不得為 競爭之目的，而 陳述或散佈足 以損害他人營 業信譽之不實 事，違反者，應 依同法第三十 七條第一項之 規定處 罰行為人。該罪 雖同時符合刑</p>		<p>原判決撤銷  一審：行為人 處拘役 30 日， 法人處罰金 10 萬元</p>



		法第三百十條第一項或第二項之誹謗罪之犯罪構成要件，因係法規之錯綜關係，致一個犯罪行為，同時有數符合該犯罪構成要件之法條可以適用，自應依法規競合法理，擇一適用公平交易法之規定論處。		
桃園地方法院 87 易字 2908 號 臺灣高等法院 89 上易 1854	鴻旗紡織實業有限公司		著作 權侵 害警 告信	行為人無罪、 法人無罪
士林地方法院 90 自字 106 號 臺灣高等法院 90 上易 3784	偉欽實業有限公司			原判決撤銷， 偉欽公司無罪、 負責人無罪。
台北地方法院 88 自字 642 號 臺灣高等法院 89 上易 754 號	最佳女主角 國際美容股 份有限公 司、關係企業	黃○○負責人 利用不知情媒 體散布不利於 競爭對手消		行為人部份 原判決撤銷， 改處有期徒刑 4 個月，

	<p>群亨公司</p>	<p>息。「原審認被告黃○○罪證明確，予以論罪科刑，固非無見，惟查第二十二條規定事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事，違反者，應分別依同法第三十七條第一項及第三十八條規定處罰。該罪雖同時符合刑法第三百十條第一項或第二項之誹謗罪之犯罪構成要件，因係法規之錯綜關係，致一個犯罪行為，同時有數符合該犯罪構成要件之法條</p>	<p>併科罰金 50 萬元。</p> <p>法人部份： 最佳女主角公司 處罰金 50 萬元 群亨公司無罪</p>
--	-------------	---	--

		<p>可以適用，自應依法規競合法理，擇一適用公平交易法之規定論處。原審認被告黃河南係犯刑法第三百十條第二項加重誹謗罪，並違反公平交易法第二十二條之規定，應依同法第三十七條第一項之規定處罰，所犯該二罪係以一行爲而觸犯二罪，爲想像競合犯，而從一較重之公平交易法第三十七條第一項處斷，容有未洽。又就被告黃○○以一行爲而侵害董○○、包○○、莊○○及</p>		
--	--	--	--	--

		媚婷峰公司四個不同法益，觸犯四個罪名，原判決未論以想像競合犯，亦有未洽。」		
台北地方法院 90 自字 357 號 臺灣高等法院 91 上易 1959 號	福高企業有限公司			法人處罰金 15 萬元 行為人處 有期徒刑 2 個月
新竹地方法院 86 自字 53 號 臺灣高等法院 92 上易 351 號	力捷電腦股份有限公司 總管理處副 總經理兼力捷公司發言人 王○明 力捷公司總經理 黃○仁	法人無意思能力，先後兩次發新聞稿不得論以連續犯。	專利 侵害	法人依舊 公平法第 37 條、 第 38 條先後併罰 20 萬罰金， 定執行刑 35 萬罰金  黃○○無罪
台北地方法院 93 年自 15 號	宏亞食品股份有限公司	公平交易法第二十二條、第三十七條為事業競爭之目的，而陳述或散布足		無罪

		以損害他人營業信譽之不實情事時，亦當採為釋字 509 號揭示論斷標準。		
--	--	-------------------------------------	--	--



## 第三十八條 法人之刑事責任規定

現行條文:(民國 80 年 02 月 04 日制定公布)

「法人犯前三條之罪者，除依前三條規定處罰其行為人外，對該法人亦科以各該條之罰金。」

### 參考文獻

林山田(1987),《經濟犯罪與經濟刑法》;立法院秘書處(1993)《法律案專輯第一百三十二輯 公平交易法案》;黃銘傑(1993)(公平交易法第三十八條『兩罰規定?』的幾個問題點),《公平交易季刊》,第1卷第3期;黃茂榮(1993),《公平交易法理論與實務》;廖義男(1994)(公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定),《公平交易法之釋論與實務》;蘇俊雄(1998),《刑法總論I,II》;洪文玲(2002),《刑事與行政責任》,收錄於賴源河主編《公平交易法新論》;公平交易委員會(2003)《公平交易法修法沿革彙編(一)(二)》。

### 第三十八條 法人之刑事責任規定

#### 壹、法制比較

##### 一、美國法

##### (一) 法人課處刑罰之理論基礎

1. 「勾結」法則
2. 「刑責繼承」法則
3. 「重罪隱匿」(misprison of felony)法則
4. 「蓄意漠視」(willful blindness)法則
5. 「集體知情」(collective knowledge)法則

##### (二) 法人組織處罰金刑量刑標準

##### 二、歐盟法

##### 三、日本法

##### 四、德國法

貳、立法沿革與體系定位

參、法人犯罪能力及立法體例

肆、構成要件分析

一、法人犯前三條之罪

二、行為人依前三條規定處罰，法人亦科以各該條之罰金

伍、與其他法律之關係

一、第 35 條第一項部份

（一）第十四條部份

（二）第二十條部份

二、第 35 條第二項部份

三、第 37 條部分

## 壹、法制比較

### 一、美國法<sup>1</sup>

1. 依休曼法的規定，得受刑事制裁追訴之「人」(person)，包括自然人和法人組織。在對法人的刑事制裁部分，主要是以金錢處罰為主；另由於法人本身不具意思與行為之能力，美國法人事業所負之責任本質上為從自然人所轉嫁而來的「代位責任」(vicarious liability)。依美國刑事法原則，此責任之成立須符合以下要件：<sup>2</sup> 1、相關自然人之行為，為其職務範圍內之行為； 2、行為係出於一部或全部圖利公司之意思所為； 3、行為及意圖可「歸咎」(impute)於法人，至於如何判斷可否歸咎？學理及實務上仍有爭議。綜合相關的刑事判決（不限於反托拉斯法案件），美國法院主要是以下列項聯邦習慣法法則作為聯結自然人與法人責任的依據：<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> 本條美國法制部份由陳志民副教授撰寫

<sup>2</sup> Kendel Drew & Kyle A. Clark, “*Corporate Criminal Liability*”, 42 The American Criminal Law Review 277, 279 (2005).

<sup>3</sup> *Id.*, at 283-86.



## (一) 法人課處刑罰之理論基礎

### 1. 「勾結」法則

2. 依該法，對於公司內部自然人相互間，或與非公司人員所為之共謀犯罪行為，視同是公司的犯罪行為。雖然於美國法下有所謂的“公司內勾結原則”（intracorporate conspiracy doctrine），認為公司與其內部人員是單一的主體，無法成立刑法上之共犯；但實務上美國多數法院仍傾向於在刑事案件中不適用該原則，以避免公司以此作為規避刑事責任之擋箭牌。不過，此一原則於適用至反托拉斯法時所可能衍生的相關問題，即是會不會與美國反托拉斯法中的Copperweld原則<sup>4</sup>產生衝突。依該原則，美國聯邦最高法院認為母公司與其百分之百控制之子公司間無法成立休曼法第1條之勾結，進而排除了“企業間勾結”（intra-enterprise conspiracy）理論的適用；但由於Copperweld一案屬民事損害賠償訴訟，且所處理者為具控制從屬關係的法人間能否勾結的問題，故該原則能否用以解決單一公司與其內部自然人間能否構成勾結而得科以刑事制裁？美國聯邦最高法院並未表示意見，而下級法院也無一致的看法，但為數不少的法院認為，若有證據得以證明，公司內部職員、經理人等自然人，有利用勾結行為的實施來獲取實現獨立於公司外的個人經濟利益時，二者仍有成立勾結的餘地<sup>5</sup>。

### 2. 「刑責繼承」法則

3. 依此說，公司對於其所購併之其他公司於因結合消滅前內部自然人所為之不法行為，存續公司須承受之。

### 3. 「重罪隱匿」(misprison of felony) 法則

4. 「重罪隱匿」為聯邦犯罪行為（18 U.S.C.A. §4, 2000），在符合以下要件後，公司或法人須就其所隱匿且未能及時告發之自然人犯罪行為，負起刑事責任：  
A、內部自然人從事重罪行為； B、公司或法人知悉重罪行為之發生； C、未能儘速向法院或主管機關告發； 且 D、取行積極的措施以隱匿該重罪。以「重

<sup>4</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

<sup>5</sup> Handler, Pitofsky, Goldschmid & Wood, TRADE 576-77(4th Ed. 1997).

罪隱匿」法則建立法人刑事責任的依據，乃美國法晚近的發展，是否能為法院所普遍接受，仍有待觀察。

#### 4. 「蓄意漠視」( **willful blindness** ) 法則

5. 於美國刑法下，「蓄意漠視」一詞泛指當被告刻意避免知悉有可能會入己於罪的犯罪事實時，若被告已了解有很高的可能性該事實存在時，法律上仍視被告為已知該犯罪事實的法律原則。運用於反托拉斯法中，若被告公司了解公司職員之行爲，有很高的機率將違反休曼法，但卻刻意不採取行動調查或避免潛在的犯罪行爲時，公司即有刑事上之責任。

#### 5. 「集體知情」( **collective knowledge** ) 法則

6. 此法則以公司內部全部或部分職員對犯罪行爲不同知情程度的加總，作為建立公司或法人本身對犯罪行爲之主觀意圖與刑責之依據。此法則的優點與功能在於，若不採集體加總的理論，則擬從事反競爭行爲之公司或法人，得將行爲的實施計劃高度細分，讓負責執行的個別自然人均不知悉其行爲之違法性，而規避刑責被轉嫁的可能性。

##### (一) 對法人組織之罰金刑量刑標準

7. 依量刑準則第 8C1.1 條的規定，法人組織若主要係出自於犯罪目的或以犯罪手段而運作時，在法定最高的額度內，罰金的量處應以足以瓦解犯罪組織之淨資產為標準。所謂的犯罪目的，係以犯罪之本質、情狀、及法人組織之歷史與特徵來加以判斷。
8. 當法人組織非出於犯罪目的而運作時，法院得依下列步驟決定罰金：
9. 1、基本犯罪級數之決定

依第 2 章之規定決定出基本犯罪級數後，法院仍得因「特殊犯罪特徵」( **specific offense characteristics** ) 而為加減，依第 3 章A至C條之規定，這些特殊因素與犯罪的嚴重程度與被害人之地位有關，包括被害人之受害可能性、法人於犯罪中

所扮演的角色為何、以及法人是否有妨礙司法（obstruction of justice）等情形<sup>6</sup>。

#### 10. 2、基本罰金之決定

依量刑準則第 8C2.4(a)條之規定，基本罰金由以下三種方式所計算出來之金額的最高者為標準：(1)、依第 8C2.4(d)條之「犯罪級數罰金表」(Offense Level Fine Table) 計算；依該表法人最高可被處以 7250 萬美元；(2)、法人組織因犯罪所得之金錢利得 (pecuniary gain)，但若依準則第 2 章對於法人罰金有特別規定者，從其規定。依準則第 2R1.1(d)(1)之規定，對於反托拉斯法之犯罪行為，不適用本條之規定，而應依行為所影響交易量的百分之 20 計算之；(3)、犯罪行為若出於法人組織之故意 (intentionally)、知情 (knowingly)、或重大過失 (recklessly)，在其所造成之金錢損失範圍內，得依該損失計算。但如果依第 (2) 或第 (3) 種方式計算，將導致量刑程序過於複雜或被不當拖延時，將不適用之（「量刑準則」第 8C2.4(c)條）。

#### 11. 3、可責性計分 (culpability score)

於決定基本罰金後，法院接著須依「量刑準則」第 8C2.5 條之規定，就被告得加重或減輕之事由計算出可責性計分。依準則第 8C2.5 (a) 條之規定，行為一旦被認定違法後，其基本之可責性計分為 5 分。

#### 12. 得列入加重事由者有 (1)、法人內部高階人員 (high-level personnel) 介入犯罪行為之程度或容忍態度 (involvement in or tolerance of criminal activity)。簡言之，計分會隨著法人高階人員對犯罪行為故意或疏忽程度，以及法人組織規模的增加而增加 (準則第 8C2.5 (b) 條)；(2) 有無前科。涉案法人組織若在 10 年內曾因類似不法行為受有刑事裁決，或就類似行為曾受民事或行政裁決者，加 1 分，若在 5 年內再犯，加 2 分 (準則第 8C2.5 (c) 條)；(3) 違反命令。涉案事業若有違反司法命令或禁制令者，或從事違反假釋條件之不法行為者，加 1 分；但若違反假釋條件之行為與被假釋之行為屬於同類不法行為時，則加 2 分 (準則第 8C2.5 (d) 條)；(4)、妨礙司法。若涉案法人於調查、追訴或審判

<sup>6</sup>Kendel Drew & Kyle A. Clark, “*Corporate Criminal Liability*”, 42 *The American Criminal Law Review* 277, 279 (2005), at 294.

期間，有妨礙、阻礙調查、或有意妨礙、阻礙調查，或資助、鼓動或鼓勵妨礙司法調查，或知悉有上開情事，而不採取預防手段防止者，加 3 分（準則第 8C2.5（b）條）。

13. 至於得列入減輕事由者，有（1）、法人制定有效的遵守與道德（*effective compliance and ethics program*）（準則第 8C2.5（f）條），該計劃需能確保法人組織將“盡合理的注意，以預防與發現犯罪行為”（*exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct*）（準則第 8B2.1（a）條）。若有，則可減 3 分。綜合準則之規定，法院於衡量計劃是否有效時，得考量之因素主要有以下幾點：<sup>7</sup> A、計劃之標準與程序能否合理降低犯罪行為出現的可能性； B、法人必須指派高階人員負責監督該計劃之執行； C、法人組織是否已盡合理的努力，避免將其已知情或應可知情已涉及不法行為，或從事與計劃有效執行不符行為之人，列入組織中具實質權限之人員； D、法人組織是否取行合理的措施，定期向所有員工告知計劃之標準與程序； E、計劃執行機制的設計。如計劃是否透過有效的監督與查核系統來執行，計劃是否與公司營業行為相關，以及是否與產業慣例或政府規定相符等。（2）自我報告、合作、及承認責任（*self-reporting, cooperation, and acceptance of responsibility*）（準則第 8C2.5（g）條）。若涉案事業在主管機關開啓調查程序之前及在知悉涉案行為時，立即向主管機關自首，並合作提供相當事證與承認責任等條件時，得減 5 分； 若僅在事後合作，承認罪責，可減 2 分； 若僅承認犯罪事實時，得減 1 分。

14. 4、乘數（*multipliers*）

一旦決定了可責性計分後，法院將其與準則第 8C2.6 條所定之「最低與最高乘數」表相互對照，以決定在特定可責性計分下，其最高與最低之乘數為何。例如，若被告之計分為 9 分，則最高與最低乘數分別為 3.60 及 1.80。將基本罰金分別乘以 2 者，可得出法官所得科處罰金之上下限，在此一級距中，法官再依準則第 8C2.8 條所列之各項因素，如罪刑是否相當、法人在犯罪中所擔任的角色、及任何因該不法行為所生之非金錢損害等，以決定出最後的罰金金額。惟

---

<sup>7</sup> Kendel Drew & Kyle A. Clark, “*Corporate Criminal Liability*”, 42 *The American Criminal Law Review* 277, 279 (2005), at 298-300.

若依上述公式計算出金數額後，涉案當事人無法支付時，法院仍得改變判決之內容（準則第 8C3.3(b)條）。

## 二、 歐盟法

15.

## 三、 日本法<sup>8</sup>

16. 獨占禁止法於第 95 條設有兩罰規定，當「法人之代表人、法人或人之代理人、受雇人或其他員工，就有關該法人或人之業務或財產為下列各款行為時，除處罰行為人外，並就該法人或人科以下列罰金：(1) 違反第 89 條規定時，處該法人或人五億日圓罰金；(2) 違反第 90 條、第 91 條（第三款除外）時，處各該條之罰金。」同樣地，當非法人團體之代表人、管理人、受雇人或其他員工有上列行為時，對該非法人團體亦處以同樣之罰金刑。此外，不論是法人、人或非法人團體等事業之負責人，於知悉違法計畫而未採取必要防止措施，或知悉違法行為存在而未採取必要改正措施時，亦處以各該條之罰金。

## 四、德國法

17.

### 貳、立法沿革與體系定位

18. 本條於 80 年經制定公布後，即未曾修正過。不過於立法過程中，曾有委員質疑，違反第 35 條至 37 條之規定，即已對自然人為刑事上之處罰，則何以需再處罰法人？另外，企業是以法人為代表，並非以行為人為代表？本條如此規定是否妥當（立法院，1992，頁 239）？當時政府代表的答覆是，行政罰有所謂的

---

<sup>8</sup> 本條日本法制部份由黃銘傑教授撰寫

兩罰主義，除了行為人之外，並對負責人加以處罰；另外，依當時「勞工安全衛生法第 28 條（現已改為第 32 條）也有類似的規定，故本條即根據此一立法例而來。就理論而言，違反公平法的主體是事業，其本身並無法為不法行為，必透過自然人始有可能。但若公平法只處罰自然人，則可能出現從違法行為中取得多數利益的法人可以不受刑事制裁，而形成制裁防衛體系的漏洞，難以順利達成公平法之立法目的，故有此兩罰的規定(洪文玲，2002，頁 487)。

19. 就體系而言，本條仍屬公平法中之刑事制裁規定，與之前第 35 到 37 條規定相較，差別在於處罰的對象不同。本條所稱「法人」，可能包括本法第 2 條第 1 款之「公司」（見註釋第一冊第二條邊碼 24--26），第 3 款之具法人格之「同業公會」（見註釋第一冊第二條邊碼 30），第 4 款之「其他提供商品或服務從事交易之人或團體」（見註釋第一冊第二條邊碼 52，而不及於第 2 款之「獨資或合夥之工商行號」。本規定也使得在公平法下，單一之違法行為，可能同時發生四種類型之制裁與救濟手段：依第 41 條所為之行政制裁、依第 35 條至 37 條規定對自然人所為之刑事制裁、依本條規定對法人所為之刑事制裁、以及依本法第五章規定對違法事業所提起之民事損害賠償訴訟。至於公平法對法人處以刑事制裁該如何解決認定法人責任條件問題，請參考本條以下註釋邊碼 23、24。

20. 再者，即使在對法人刑事責任原則上採保留態度的國家，包含我國在內，近年來也有利用特別刑法或行政刑法的方式，將類似本條自然人與法人二罰的規定，逐漸擴張到和產業安全、公害犯罪、經濟犯罪、及文化資產保護等領域的趨勢。例如在產業安全部分，有「動物用藥品管理法」第 42 條：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務，犯第三十三條至第三十八條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金刑。」；「化粧品衛生管理條例」第 27 條第 3 項：「法人或非法人之工廠有第一項情事者，除處罰其行為人外，並對該法人或工廠之負責人處以該項之罰金。」；「食品衛生管理法」第 34 條第 2 項：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯前項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以前項之罰金。」。在公害犯罪方面，如「礦場安全法」第 45 條：「礦業權者如係法人，其代表人、代理人、礦場負責人、礦場安全管理人員或礦場作業人員，犯第四十條至第四十二

條之罪者，除依各該條之規定，處罰其行為人外，該法人亦科以各該條之罰金。」；「勞工安全衛生法」第 31 條第 2 項：「法人犯前項之罪者，除處罰其負責人外，對該法人亦科以前項之罰金。」；「空氣污染防治法」第 50 條：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第四十六條、第四十七條、第四十八條第一項或第四十九條第二項之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金。」；「水污染防治法」第 39 條：「法人之負責人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第三十四條、第三十五條、第三十六條第一項、第三十七條或第三十八條第二項之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金。」。經濟犯罪部分，如「管理外匯條例」第 22 條：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務，有前項規定之情事者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以該項之罰金。」在「文化資產保護」方面，如「文化資產保存法」第 96 條：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行職務犯第九十四條之罪者，除依該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以同條所定之罰金」等。

### 參、法人犯罪能力及立法體例

21. 公平法處罰法人部分，涉及法人是否有犯罪能力，能否擔負刑事責任的問題，各國立法上曾有爭議(洪文玲，2002，頁 487)。學說上亦有正反二種見解。持否定態度者主要由法人本身並無責任意識，對其施以刑事制裁，根本無從實現刑罰之「社會非難」效果。具體歸納其理由主要有以下幾項(蘇俊雄，1998(II)，頁 52)：

- 一、 刑法核心概念「行為」，係以可以意識出其「意思」的心理與物理的存在為其基礎。就此而言，法人與自然人顯有不同，法人不具有現實的意思與肉體，而與此一核心條件不符；

- 二、法人因不具有刑法上之責任能力，故無科處具社會非難性責任之可能；
- 三、現行刑法體系中，刑罰之適用對象，僅及於對刑罰具感受效果者，法人益無感受刑責的能力；
- 四、現行刑罰類型的設計，並未預定處罰法人的功能；
- 五、處罰法人極可能牽連與犯罪無關之法人內部自然人，甚不合理。

在立法體例上，採否定見解的國家，並不排除以特別刑法或行政刑法的方式，來對法人科以刑責，上述關於我國相關二罰的立法，可資參考。

22. 反之，對法人具犯罪能力持肯定態度者，主要從社會安全與福祉考量，強調科以法人刑責所具有之「合目的性」的行政取締意義。至於否定見解的質疑，持肯定論者有如下之回應（蘇俊雄，1998(II)，頁 53):「第一、法人經由**決議**而決定的意思，可透過其機關的行動，加以實現；基於這種意義，可認為其具有犯罪能力與責任能力。第二、**財產刑**，特別是巨額的罰金刑，對於法人亦可產生處罰的效果。第三、法人之處罰，雖然牽涉到與犯罪可能無關的法人的構成員，但反而可因此促使法人的構成員對於法人機關施加壓力，去避免不法行為，達到刑法的效果；因此，不能以之做為否定刑事責任的理由。

至於在立法體例上，則有「責任轉嫁理論」與「二罰理論」二種。前者係在肯定法人具有犯罪與刑事能力前提下，鑑於法人並無感受刑罰的可能，故將其責任轉嫁予其代表承擔之規定。「二罰」規定，則是法人犯罪能力肯定理論中最為明確的規定方式，也即於刑法、特別刑法或行政刑法中明定以「罰金刑」適用於法人之立法趨勢（蘇俊雄，1998(II)，頁 57）。

## 肆、構成要件分析

### 一、法人犯前三條之罪

23. 對於法人於經濟法規中是否應具有刑事犯罪能力的問題，國內公平法學者有對處罰法人之妥當性持較為保留態度者。有認為，刑罰中唯一有可能適用到法人身上的只有罰金；但以「罰金」作為一項制裁手段，其目的不外乎在對違法者施以財產上的不利益而達警惕與制裁的作用，事實上，行政法上的「罰鍰」



也具有相同的效果與作用。固然，二者的制裁實施機關與救濟程序有所不同，但此不應成為選擇制裁手段的考量因素，除應斟酌不法行為之違法評價外，尤應考量制裁手段與目的是否符合憲法第 23 條之「比例原則」。由於刑罰是對人民權利侵害最為嚴重的手段，故當侵害程度較輕之「罰鍰」即可實現相同的制裁目的時，立法者應儘可能選擇之，以符合比例原則的要求（廖義男，1994，頁 65）。另外，亦有認為，由於我國公平法處罰的主體「事業」，尚包括如獨資、合夥、乃至於其他未登記為法人團體之提供商品或服務從事交易之人或團體。對於此類事業之代表人、代理人、受僱人因執行職務而違反本法時，卻因不符合條文之要件，而無法適用第 38 條之規定，似乎是立法上的漏洞，而主張應採美國及日本法人與自然人分離處罰之規定（黃銘傑，1993，頁 90）。

24. 本條之適用，以法人內部自然人構成公平法下之犯罪行為為其前提，而由於肯定法人具犯罪能力者，主要乃著眼於法人違反了社會對其「經由組織內部監督有效防止違法及犯罪因素產生」之期待（廖義男，1994，頁 63），故足以讓法人承擔刑責之自然人，似應以對法人業務具監督權者為限。對此，公平法第 38 條雖未明文，但於 88 年修正公平法時，法務部曾建議將 38 條首句修正為「法人之代表人、代理人、受僱人或其他從業人員因執行業務犯前三條之罪者」，但公平會的研析意見認為，雖然該修正可使執法認定較為便利，但依現行法的規定，只有法人的決策單位或具代表性人物之行為，始有成立本條之可能，修法後將使法人之責任加重，是否為工商業界所接受，不無疑義（公平交易委員會，2003（一），頁 308），而未被採納可知。實務上對此亦是採取此一見解。例如在「力捷公司散布不實新聞稿案」（台灣高等法院 92 年度上易字第 351 號判決）中，高等法院即明白表示：「公平交易法第三十七條之行為人應指對於系爭違法行為之遂行具有意思決定者而言，亦即行為人對於事業出於競爭目的所為之**相關行為係居於主導地位**」者，而「證人王 0 明案發時身為被告力捷公司副總經理兼發言人，在其執行對外發言之職務範圍內自屬公司法上所稱之公司負責人，是被告力捷公司所發佈之上開新聞稿係證人王 0 明居於被告力捷公司之主導決定地位而決定發佈上開新聞稿，證人王 0 明之行為自應與事業（即被告力捷公司）之行為等價，被告力捷公司自應就證人王 0 明之行為予以負責。」不過，對於判決中所稱之「居於主導地位者」，法院似採較為限制的解釋，認為「被

告力捷公司發佈上開新聞稿係由被告力捷公司之副總經理兼發言人王〇明執行，並未經由被告黃〇仁，已如前述，且制度完善之公司，其業務必有分工，權責必已劃分，…被告黃〇仁既非公平交易法第二十條所稱之行爲人，自不負公平交易法第三十七條之罪責，又刑法第三百十條第二項之誹謗罪及同法第三百十三條之妨害信用罪名，均屬處罰實際之行爲人或其共犯，被告黃〇仁雖爲被告力捷公司之負責人，但其對於發佈新聞稿一節事前完全不知情，且亦無證據足以證明其與被告力捷公司之發言人王〇明間有何犯意聯絡而推由證人王〇明實施犯罪行爲」，而出現了公司負責人不受處罰，但法人需受處罰的例子。

再者，由於法人實質上不具有意思能力，故無成立連續犯之可能。因此即使被告力捷公司前後二次發佈不實之新聞稿而陳述足以損害他人營業信譽之不實情事，因被告力捷公司無意思能力，應予併罰，而不得論以連續犯。

25. 另外，不法行爲若發生於公平法修法前，但在修法後因改採「先行政後司法」的原則，而出現構成要件不該當時，實務上的見解認爲法人也應受無罪的判決。例如在「東〇公司、偉〇公司及昌〇公司涉嫌陪標案」（臺灣澎湖地方法院 88 年易字第 11 號刑事判決）中，被告修法前所爲之行爲因違反第 14 條關於聯合行爲之規定，而遭檢察官於修法後逕行提起公訴並請求依舊法第 35 與 38 條之規定，爲行爲人與法人有罪之判決。法院於判決中指出，由於該案未經新法「先行政」之程序，已屬構成要件的不具備，而「自然人被告部分既不能依修正後第三十五條論罪，法人被告部分亦無從依同法第三十八條規定處罰」。（類似判決請參考「台灣德積食品股份有限公司於同一商品，使用相同於他人註冊商標之圖樣案」，台灣高等法院 88 年上易字第 2442 號刑事判決）。

26. 另外，本條以行爲人違反了第 35、36、及 37 條之規定爲限，也即以違法公平法第 10 條、14 條、19 條、20 條、22 條、及 23 條等規定者之行爲者。請參考各該條文之註釋。

## 二、行爲人依前三條規定處罰，法人亦科以各該條之罰金

27. 此要件於行爲人犯罪成立且無任何免責或減輕責任事由存在時，應無適用上的問題。但若是行爲人於犯罪成立後，出現有刑法上所規定的免責事由，或

是刑事法院於考量刑法第 57 條之各項因素後減輕其刑，或是對行為人宣告緩刑後，其效果應不應該影響到法院對法人罰金額度之裁決？歸納實務上所出現之相關判決，法院似乎均採否定見解。其中較容易理解者，乃減輕規定，為自然人之專屬規定。例如在「群盛國際股份有限公司違反多層次傳銷」案（台北地方法院 89 年簡字第 52 號刑事判決）中，法院以被告群盛公司「…八十六年將營運方針提向行政院公平交易委員會報備在案，於行政院公平交易委員會為處分前，對於被告之營運並未表示任何意見或要求改正，且被告於八十七年間尚曾獲得中華經貿研究發展協會之顧客滿意度金質獎，則被告違反公平交易法之情節尚非重大，犯後坦承犯行，並已修正營運方式，獲得公平交易委員會同意復業等一切情狀，於被告求刑之範圍內科處如主文所示之罰金，以示懲儆。又法人係社會之組織體，與自然人有別，事實上自不可能以易服勞役之方式代替罰金刑之執行。」

28. 但在「圓○公司涉嫌違反公平交易法第二十三條案」（台灣台中地方法院 89 年易字第 2592 號刑事判決），法院即以「被告○○○無不良素行，事後已陸續處理，並與部分被害人達成和解及其犯罪之動機、目的、手段、所生危害一切情狀，各處以如主文所示之刑，被告○○○部分並諭知易科罰金之折算標準。未查被告○○○未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有台灣台中地方法院檢察署刑案資料紀錄查註紀錄表足憑，因一時失慮致觸刑章，經此次教訓當知所警惕，而無再犯之虞，且其事後已陸續與被害人處理，家中尚有未成年子女三人待其撫養，本院認所宣告之刑，以暫不執行為適當，併予宣告緩刑參年，以啟自新。」，但對於法人部分，則仍判決需依 35 條第 2 項之規定科處罰金。

29. 從法人刑責理論在於強調其對於自然人之監督疏失，以及避免制裁防衛體系出現漏洞的角度來看，上述與自然人個人事由相關之減輕責任事由，似不應影響到法院對法人之罰金科處額度，故法院的判決值得贊同。

## 伍、與其他法律之關係

30. 於「行政罰法」制定通過前，學理上關於第 38 條與第 41 條之競合適用原

則，會有不同的看法，行政法院一向認為得併合處罰；學者則主張應從重吸收（廖義男，1994，頁 79-80）。現依通過之「行政罰法」第 26 條之規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰…，亦得裁處之。」。故除法人依照第 38 條所課之刑罰受無罪、免訴、不受理之宣告者外，否則公平會不得逕依第 41 條科處罰鍰。然就立法政策而言，刑罰優先原則，可能會產生嚇阻不足的問題。雖然公平法第 35 條已將罰金額度提高至新台幣一億元，但若法人因不法行為所得之利益超過一億元時，刑事制裁即可能出現無法嚇阻不法的情形。反之，依行政罰法第 18 條之規定，法人若因違反行政法義務所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。相較之下，對於違法利得較高之行為，行政制裁似較能實現法律嚇阻的目的，值得未來公平法修法時引為參考。另請參照第 35 條第 1 項邊碼 91。

31. 關於本條相關實務判決中，法人與自然人被處罰罰金額度差異情形，整理如下：

一、第 35 條第 1 項部份：

（一）第十條部份：

32.

判決字號	處罰主體	判決要旨	刑罰
台灣高等法院 90 抗字 428 號 台北地方法院 90 自 386 號	中華航空公 司 宗○○ 蔡○○	公平法第 10 條第 3 項規範主體限於企業與交易相對人，雇主和(自訴人)員工之間，依勞動契約關係自訴人所提供者為「勞務」而非「商品」，絕無發生所謂在交易條件中被告要求自訴人「給予特別優惠」之餘地。	抗告駁回 自訴駁回

（二）第十四條部份

33.

判決字號	處罰主體	判決要旨	刑罰
台北地方法院 83 易字 7413	暢流科技有 限公司 負責人：李○ ○	公平交易法上處罰圍標行為乃指參與投標之廠商彼此兼有義務競爭關係，為壟斷之利益，內部互為利益分配之約定，且由於圍標之刑為足以影響市場	行為人無罪 法人無罪

	遠揚電腦有限公司 負責人：謝○○ 聯洋資訊有限公司 負責人：徐○○	功能，妨害市場之自由競爭始能構成。本件上位達到壟斷利益，未足影響市場功能之結果，不違法公平法。	
台北地方法院 83 訴字 2206 號	榮電股份有限公司等 33 家廠商		行為人： 有期徒刑六 個月；罰金 15 萬 法人： 各處罰金 15 萬
台北地方法院 85 易字 6878	台北市翻譯 商業同業公 會 理事長： 方○○	法人（台北市翻譯商業同業公會）處罰金 3 萬元	行為人： 罰金 3 萬元 法人： 罰金 3 萬元
台北地方法院 86 易字 7290	臺灣育樂設備股份有限公司負責人：許○○ 益佑企業有限公司負責人：陳○○ 嘉昌建設股份有限公司負責人：許○○	三人雖有圍標行為，但未足以阻止他廠商參與投標，顯見三人的合意為並未能就特定市場加以論斷，致足以影響生產、商品交易或住供需之市場功能，不違反公平交易法。	行為人無罪 法人無罪

	○		
台南地方法院 86 易字 404 號	太陽座實業 股份有限公 司、成功育樂 開發股份有 限公司、健康 保齡球館股 份有限公 司、保安運動 器材股份有 限公司 負責人： 陳○○、王○ ○、陳○○、 林○○	法人處罰金 3000 元	行爲人： 分處拘役 20 日、拘役 30 日  法人： 太陽座實 業、健康保齡 球管、保安公 司各處罰金 3000 元  成功育樂無 罪
彰化地方法院 87 易字 1004 號	1.彰化液化 燃料公司同 業公會 2.理事長劉○ ○	液化燃料公司同業公會聯合行 爲之處罰(亦依 38 條處罰法人)	行爲人： 有期徒刑二 年併科 30 萬 元罰金 法人： 五十萬元罰 金
新竹地方法院 87 易字 1651 號	1.苗栗砂石同 業公會 2.理事長江○ ○	砂石商業同業公會 (亦依第 38 條處罰法人)	行爲人： 罰金 30 萬元  法人： 罰金 15 萬元

（三）第二十條部份

34.

判決字號	違反條文	行爲主體	刑罰
------	------	------	----

台北地方法院 84 易字 3477	第 20 條 第一項	琴觀股份有限公司 曾○○	無罪
台中地方法院 84 易字 2359	第 20 條 第一項	張○○ 立達油品有限公司	行爲人： 有期徒刑 8 月 法人： 罰金 50 萬元
高等法院台中 分院 85 上易 990 號 台中地方法院 85 易字 1645	第 20 條 第一項	黃○○ 順正百貨有限公司	行爲人： 有期徒刑 5 個 月 法人： 罰金 10 萬元
台北地方法院 86 自 453 號	第 20 條 第一項	1.藍手興業有限公司 2.負責人吳○○	行爲人： 有期徒刑 6 月  法人： 罰金 30 萬元
板橋地方法院 87 易 4889	第 20 條 第 1 項	二十一世紀科技實業股份有限公 司 代表人簡○○	公平法第 35 條無罪
臺灣高等法院 88 上易 2521 號 士林地方法院 88 易 447 號	第 20 條 第 1 項	伯毅實業股份有限公司 鄭○○	公平法第 35 條無罪
台灣高等法院 88 上易 2442  台北地方法院 87 易字 965 號	第 20 條 第 1 項	台灣德積食品股份有限公司 蔡○○（負責人）  吉積食品企業有限公司 蔡○○（負責人）	高等法院：原 判決撤銷。 公平法第 35 條部份無罪  原審： 「德基公司」 罰金 20 萬， 負責人處拘

			役 50 日，緩刑 2 年。  「吉積公司」處罰金 10 萬，負責人處拘役 20 日，緩刑 2 年。
台北地方法院 89 易 159 號	第 20 條 第一項	澳商奧康諾企業顧問（遠東）有限公司	公平法第 35 條無罪

二、第 35 條第 2 項

35.

案 號	被 告	行政處分書	科 刑
高雄地方法院 82 易 1846 號	受茂公司、京雅公司、 曾○○、 張○○		罰金 30 萬  有期徒刑 7 月 有期徒刑 6 月， 如易科罰金以 30 元折算 1 日
士林地方法院 85 易 575 號	普三公司	84 公處字第 124 號（公平會移送起訴）	罰金 80 萬
台北地方法院 85 易 3390 號	卡紛夫人公司、 鄭○○（總經理、實際負責人）	84 公處字第 130 號（公平會移送起訴）	罰金 30 萬 有期徒刑 6 月， 如易科罰金以 300 元折算 1 日
台中地方法院 85 易 4870 號	均衡養生公司、 陳○○	85 公處字第 016 號（公平會移送起訴）	罰金 50 萬 有期徒刑 6 月， 如易科罰金以 300 元折算 1 日
台北地方法院 85 易 137 號	劉○○、石○○	84 公處字第 106 號（公平會移送起訴）	有期徒刑 6 月， 如易科罰金以 300 元折算 1 日
台中地方法院 86 易 5742 號	陳○○、林○○、 王○○、蔡○○、 廖○○、	（檢察官起訴詐欺罪）	均處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 300 折算 1



	田○、林○○(賀新公司高幹)		日。
台北地方法院 86 易 7248 號	周○、孫○○	(台北市市調處移送起訴)	各處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日。
台北地方法院 87 易 1267 號  高等法院 88 上 易 5408 號	雙蓮勝公司、 高○○、  徐○○	86 公處字第 139 號(公平會移送起訴)	罰金 30 萬 有期徒刑 5 月， 如易科罰金，以 300 元折算 1 日。 有期徒刑 4 月， 如易科罰金，以 300 元折算 1 日。上訴駁回
台北地方法院 87 易 1269 號	香華公司、 葉○○	86 公處字第 142 號(公平會移送起訴)	罰金 30 萬 有期徒刑 5 月， 如易科罰金，以 300 元折算 1 日。
台北地方法院 87 易 2459 號  臺灣高等法院 89 上易 1843 號	總誼公司、 林○○、林○ ○、林○○、周 ○○	86 公處字第 138 號(公平會移送起訴)	罰金 20 萬 各處有期徒刑 5 月，如易科罰 金，均以 300 元 折算 1 日。 上訴駁回
台北地方法院 87 易 2460 號  臺灣高等法院 89 上易 3045 號  臺灣高等法院 91 聲再 231 號	萬國公司、 鄭○、周○○	88 公處字第 125 號	罰金 30 萬 處有期徒刑 6 月，如易科罰金 以 300 元折算 1 日。 上訴駁回  再審之聲請駁回
高雄地方法院 87 易 4021 號	廖○○、 黃○○、 蔣○○	高雄市市調處移送起訴	廖○○有期徒刑 6 月，黃有期徒刑 5 月，蔣 有期徒刑 5 月如 易科罰金均以

			300 元折算 1 日。
台南地方法院 87 易 1174 號  高等法院台南 分院 87 上易 2239 號	捷安特公司 張○○、張○○	90 公處字第 210 號(公平 會移送起訴)	罰金 30 萬 各處有期徒刑 6 月，如易科罰金 以 300 元折算 1 日。 上訴駁回
台中地方法院 87 易 2083 號	林○○(亞世盟 公司負責人)	86 公處字第 135 號(公平 會移送起訴)	拘役 50 日，如易 科罰金以 300 元 折算 1 日。緩刑 2 年
台中地方法院 87 易 4845 號	亞世盟公司	86 公處字第 135 號(公平 會移送起訴)	罰金 50 萬
台北地方法院 87 易 1268 號  臺灣高等法院 88 上易 29 號	李○○(元弋公 司負責人) 蔡○○(美商新 依公司臺灣分公 司)	86 公處字第 141 號(公平 會移送起訴)	上訴駁回
台北地方法院 87 易 3501 號 88 易 3064 號	新邁公司 陳○○(負責 人)、陳○○(陳 ○○之子、副總 經理)	86 公處字第 136 號(公平 會移送起訴)	罰金 30 萬 均處有期徒刑 4 月，如易科罰金 均以 300 元折算 1 日。
台北地方法院 88 簡 89 號	趙○○(群盛公 司負責人)	87 公處字第 214 號(公平 會移送起訴)	有期徒刑 6 月， 如易科罰金以 300 元折算 1 日，緩刑 2 年
台北地方法院 89 簡 52 號	群盛公司	87 公處字第 214 號(公平 會移送起訴)	罰金 20 萬
台北地方法院 89 簡 891 號	安泰興公司、 莊○○、葉○○ 陳○○、劉○ ○、鄭○○、書 ○○、高○○	86 公處字第 137 號(公平 會移送起訴)	罰金 20 萬 各科罰金新台幣 20 萬元，如易服 勞役，以罰金總 額與 6 個月之日 數比例折算。 各科罰金新台幣 10 萬元，如易服

			勞役，以 300 元折算 1 日。均緩刑 2 年
台北地方法院 88 易 3063 號	黃○○（新邁公司之協理）、	86 公處字第 136 號（公平會移送起訴）	有期徒刑 3 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日。
板橋地方法院 88 易 4357 號	廖○○	財政部金融局函送	有期徒刑 4 月，如易科罰金以 300 元折算 1 日
台中地方法院 89 易 1099 號	鍾○○（宏錡公司總經理）	檢察官自動檢舉偵查起訴	有期徒刑 4 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日
台南地方法院 89 易 1670 號  高等法院台南分院 91 上易 23 號	劉○○（沅鑫汽車公司負責人）	89 公處字第 015 號（公平會移送起訴）	有期徒刑 6 月處，如易科罰金，以 300 元折算 1 日  上訴駁回
台北地方法院 90 易緝 85 號  臺灣高等法院 90 上易 475 號	何○○	86 公處字第 136 號（公平會移送起訴） （新邁公司顧問，無決定權）	有期徒刑 4 月，如易科罰金以 300 元折算 1 日。 原判決撤銷，無罪
彰化地方法院 90 易 153 號	莊○○、黃○○、廖○○	警察局移送	各有期徒刑 5 月，如易科罰金均以 300 元折算 1 日
台中地方法院 90 易 2893 號	賴○○（群鑫公司業務主任）	88 公處字第 162 號	有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日。緩刑 3 年
台南地方法院 90 易 2277 號  高等法院台南分院 91 上易 329 號	張○○、黃○○（原名黃○○）	告發起訴 （群鑫分公司）	有期徒刑 4 月、有期徒刑 5 月，如易科罰金，以 300 元折算 1 日 原判決撤銷

台中地方法院 91 易 924 號	洪○○（樂立雅公司總經理）	警察局報請	有期徒刑 4 月， 如易科罰金以 300 元折算 1 日。緩刑 2 年
高雄地方法院 92 易緝 78 號  高等法院高雄 分院 92 上易 1174 號	袁○○（鴻森公 司副總經理）	83 公處字第 060、檢察官 起訴詐欺罪，判決改依公 平法第 35 條第 2 項之罪	有期徒刑 6 月， 如易科罰金以 300 元折算 1 日  上訴駁回
台北地方法院 92 易 152 號	張○○（麗奇人 生互助合會之負 責人）	公平會函請	有期徒刑 6 月， 併科罰金新台幣 100 萬元。有期徒 刑如易科罰金， 以 300 元折算 1 日；罰金如易服 勞役，以罰金總 額與 6 個月之日 數比例折算。
士林地方法院 92 簡 312 號	樂威公司	91 公處字第 019 號	罰金新台幣 6000 萬
桃園地方法院 92 易 417 號  臺灣高等法院 92 上易 2426 號	龍盈公司、 黃○○（負責人）	91 公處字第 060 號	罰金 20 萬 有期徒刑 4 月， 如易科罰金以 300 元折算 1 日 上訴駁回。 黃○○緩刑貳 年。
士林地方法院 92 易 712 號	林○○（與鄭○ ○等人負責經營 樂威公司）	91 公處字第 019 號	有期徒刑 1 年
花蓮地方法院 92 金重訴 1 號	貴族旗艦公司	公平會移送（法人負責人 犯銀行法）	罰金 200 萬
桃園地方法院 92 重訴 4 號	原基財經公司 邱○○ 芭○○ 林○○	91 公處字第 028 號、並犯 銀行法	罰金 30 萬 有期徒刑 1 年 6 月 有期徒刑 1 年

	風○○		有期徒刑 1 年 2 月 有期徒刑 1 年 6 月
台中地方法院 92 易 2138 號	賀寶公司 周○○（即周世偉）	92 公處字第 001 號	罰金 100 萬 有期徒刑 5 月， 如易科罰金，以 300 元折算 1 日，緩刑 3 年
台中地方法院 92 易 1362 號	李○○、陳○○		各處有期徒刑 4 月，如易科罰 金，均以 300 元 折算 1 日
桃園地方法院 93 重訴 13 號	風○○（原基財 經公司人員）	91 公處字第 028 號、並犯 銀行法	有期徒刑 2 年
板橋地方法院 93 簡 61 號	余○○、蔡○○		各處有期徒刑 6 月，如易科罰 金，均以 300 元 折算 1 日
台北地方法院 93 簡 1105 號	劉○○、丁○ ○、李○○、蔡 ○○		劉○○、丁○○ 各處有期徒刑 5 月，李○○處有 期徒刑 4 月，蔡 ○○處有期徒刑 3 月，如易科金， 均以 300 元折算 1 日，均緩刑 2 年。

## 三、第 37 條部份

36.

判決字號	行為主體	判決要旨	類型	刑罰
板橋地方法院 81 易字 4205	水龍王企 業有限公 司		專利 警告 濫用	無罪判決

台北地方法院 83 自 929 號	億達廣告 事業 優 龍國際企 業	法人適用 38 條		法人各處二萬 元罰金
板橋地方法院 84 易字 2313 號  臺灣高等法院 84 上易 3600 決	締一國際 實業股份 有限公司	被告未有著作權而對有 著作權人（原告）寄發 警告函，顯具毀損信譽 故意。	著作 權警 告函 濫用	法人、行爲人各 處罰金 2 萬元
台北地方法院 85 自 3952	瑞麗詩貿 易股份有 限公司	想像競合		法人四萬元 行爲人拘役四 十天
士林地方法院 85 易字 326 號	惠雅工程 股份有限 公司	原告並非警告對象，乃 間接被害人；37 和刑法 310 優先適用 310 所以 需要告乃		303 第 3 款不受 理判決
嘉義地方法院 84 易字 1551 號  台南高分院 86 上易字 202 號	勁泰股份 有限公司	被告先前誣告罪已有無 罪判決，客觀上尙有「合 理懷疑」爲保障自己權 利免於仿冒之必要	新式 樣警 告信 函	行爲人、法人無 罪 上訴駁回
台中地方法院 84 易字 5824 號 台中高分院 85 上易字 2783	羅名伸業 有限公司	證據不足證明正言爲真	產品 近似 的警 告	無罪 上訴駁回
台北地方法院 86 易字 5754 號  臺灣高等法院 87 年上易字 62	佑洋股份 有限公司 (85)公處 字 205 號 處分			法人罰(鍰)九 萬元 行爲人處拘役 五十日 上訴駁回
台北地方法院 85 自 1223 號  臺灣高等法院 86 上易 3209	睿傑企業 有限公司 (86)公處 字 012 號		向投 標廠 商爲 不實 陳述 藉以 得標	二審：原判決撤 銷 法人處 15 萬罰 金 負責人處 15 萬 罰金 刑法 309、313

				部份無罪 一審： 法人五萬元罰金 行爲人罰金五十萬元 310、313 部份無罪
台北地方法院 86 自 575 號	明樺行國際股份有限公司	於專利或經銷訴訟爭訟未明前，行爲人擅爲散布疑似侵權之信函已足構成營業毀謗。且本案在日本專利未經我國登記生效，其陳述侵害其專利乃不實事項。	專利警告	行爲人各處八萬元罰金 310、313 未能證明有「散布」意圖，無罪
台北地方法院 85 易字 6842 號 臺灣高等法院 86 年上易 5908 號	鴻海精密工業股份有限公司 (八五) 公處字第一六五號處分書  台北高等行政法院 92 年判字 1910 號判決	誤認告訴人業有侵害周○○專利權，故堪認被告所發布之新聞，爲足以損害他人名譽之事項。按所謂誹謗罪係指行爲人只要對於足以損害他人名譽之事有所認識，且明知就其所認識之事加以指摘或傳述，足以毀損他人之名譽，而竟誹謗之，即具有誹謗之故意，而該行爲是否爲刑法上所處罰之行爲之認識，屬違法性認識錯誤之罪責領域，依刑法第十六條前段規定，亦不影響誹謗之故意	專利警告	法人(未起訴) 自然人(董事長特別助理兼發言人)判處拘役 30 日(想像競合從 310II)
士林地方法院 86 易字 2595 號 臺灣高等法院 87 上易 4036 號	燈塔科技股份有限公司	被告燈○公司與告訴人公司之上開產品比較結果，就附表一之比較項目，已據告訴人於原審自承無誤，公平交易法第二十二條、第三十七	比較廣告	行爲人無罪，上訴駁回

		條規定：事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實事項之罪，須以行為人所陳述或散布之事項為不實，始與該罪之構成要件相符，故不成立本罪。		
台北地方法院 89 年易字 第 957 號	太陽光學 事業有限 公司	僅刊登其產品功能與原告相同之用語未必足以影響他人信譽；且未以粗體字使人一望即知乃針對原告公司指摘，不具營業毀謗之故意		行為人、法人無罪
臺北地方法院 87 易字 899 號 臺灣高等法院 88 上易 2473 號	宏偉公司 網路教學 軟體比較 廣告案	無法證明行為人故意。蓋被告僅就告訴人產品之功能多寡及品質優劣加以比較，在商品交易相對人閱讀上開比較表後，客觀上或會認為被告產品之品質較告訴人為佳，惟尚不至對於告訴人之營業信譽有何不良聯想，自無足以損害告訴人營業信譽等情。	比較 廣告	行為人無罪、法人無罪
板橋地方法院 89 年易 501 號 板橋地方法院 89 易字 842 號  台灣高等法院 89 上易 3585 號	寶瑪科技 有限公司	按刑法上所謂法規競合，係指一個犯罪行為，因法規之錯綜關係，至同時有數符合該犯罪構成要件之法條可以適用，爰依法理擇一適用者而言。公平交易法第二十二條規定事業不得為競爭之目的，而陳述或散佈足以損害他人營業信譽之不實事，違反者，應依同法第三十七條第一項之規定處		原判決撤銷 行為人處拘役 30 日，法人處 罰金 10 萬元



		罰行爲人。該罪雖同時符合刑法第三百十條第一項或第二項之誹謗罪之犯罪構成要件，因係法規之錯綜關係，致一個犯罪行爲，同時有數符合該犯罪構成要件之法條可以適用，自應依法規競合法理，擇一適用公平交易法之規定論處。		
桃園地方法院 87 易字 2908 號 臺灣高等法院 89 上易 1854	鴻旗紡織實業有限公司		著作權侵害警告信	行爲人無罪、法人無罪
士林地方法院 90 自字 106 號 臺灣高等法院 90 上易 3784	偉欽實業有限公司			原判決撤銷，偉欽公司無罪、負責人無罪。
台北地方法院 88 自字 642 號 臺灣高等法院 89 上易 754 號	最佳女主角國際美容股份有限公司、關係企業群亨公司	然查如上所述，上開記者會既係由最佳女主角公司所籌辦，而最佳女主角公司與群亨公司雖係關係企業，並均由黃河南綜理業務，然法律上仍分屬不同之法人主體，而本件查無積極證據足以證實被告黃河南在上揭記者會曾以群亨公司代表人身分發言。自尙難僅因黃河南係群亨公司董事長，即認群亨公司亦屬共同舉辦上揭記者會之主體，而須就黃河南之上揭言論負責。故自訴人上訴意旨猶指被告群亨公司亦違		行爲人部份原判決撤銷，改處有期徒刑 4 個月，併科罰金 50 萬元。  法人部份： 最佳女主角公司處罰金 50 萬元 群亨公司無罪

		反公平交易法乙節，亦屬無據。從而本件自訴人上訴意旨指稱被告林艷秋及群亨公司均應負違反公平交易法之罪責以及原審就被告黃河南、最佳女主角公司部分，量刑過輕等語，其上訴核無理由，應予駁回。		
台北地方法院 90 自字 357 號 臺灣高等法院 91 上易 1959 號	福高企業有限公司			法人處罰金 15 萬元 行為人處有期徒刑 2 個月
新竹地方法院 86 自字 53 號 臺灣高等法院 92 上易 351 號	力捷電腦股份有限公司 總管理處 副總經理 兼力捷公司發言人 王○○ 力捷公司總經理 黃○○	法人無意思能力，先後兩次發新聞稿不得論以連續犯。	專利侵害	法人依舊公平法第 37 條、第 38 條先後併罰 20 萬罰金，定執行刑 35 萬罰金  總經理黃○○ 無罪
台北地方法院 93 年自 15 號	宏亞食品股份有限公司	公平交易法第二十二條、第三十七條為事業競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事時，亦當採為釋字 509 號揭示論斷標準。		無罪

## 第三十九條 法律競合時法條之適用

現行條文 (民國 80 年 02 月 04 日制定公布)

「前四條之處罰，其他法律有較重之規定者，從其規定。」

### 參考文獻

尹章華、倪文興、劉家熒合著(1990)，《政府採購法釋義》；張瑜鳳(1992)〈仿冒商標行為之刑事制裁爭議問題--以公平交易法與商標法之規定為例〉，《公平交易季刊》第2卷第4期；立法院編印(1992)，《公平交易法案》；黃茂榮(1993)，《公平交易法理論與實務》；廖義男(1994)〈公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定〉，《公平交易法之釋論與實務》；賴源河編審(2002)，《公平交易法新論》；立法院編印(2003)，〈公平交易法部分條文修正案〉，《法律案專輯第302輯》；公平交易委員會(2003)《公平交易法修法沿革彙編(一)(二)》；王銘勇(2004)：〈公平交易法、銀行法及刑法詐欺罪對吸金行為規範競合之研究〉。

### 第三十九條 法律競合時法條之適用

#### 壹、法制比較

##### 一、美國法

##### 二、歐盟法

##### 三、日本法

##### 四、德國法

#### 貳、立法沿革與體系定位參、構成要件分析

#### 參、構成要件分析

##### 一、前四條之處罰

二、其他法律有較重之規定

（一）處罰輕重之判斷

（二）其他法律

## 壹、法制比較

### 一、美國法

1. 無類似規定。

### 二、歐盟法

2. 無類似規定。

### 三、日本法

3. 無類似之規定。

### 四、德國法<sup>1</sup>

4. 在德國法下，多層次傳銷行為除了該當UWG第 16 條第 2 項外，亦可能該當同條第 1 項，由於第 2 項乃第 1 項之特別規定，因而應優先適用。另外，UWG 第 16 條第 2 項亦可能與刑法第 263 條詐欺取財與第 284 條以下條文產生競合，此時係以想像競合（Idealkonkurrenz）方式處理<sup>2</sup>。學說上有建議將UWG第 16 條第 2 項多層次傳銷規定移至刑法，但 2004 年修法過程，對此並未討論<sup>3</sup>。另外，該當UWG第 18 條處罰「洩漏受託付之技術文件資料、圖案、模型、樣版、剖面式樣、配方行為」規定者，可能同時亦有新型法（GebrMG）第 25 條以下、新式樣法（GeschmMG）第 51 條、專利法（PatG）第 142 條及著作權法（UrhG）第 106 條規定之適用。學說上亦認為，本條與第 17 條第 1 項及第 2 項可能產生想像競合或實質競合關係<sup>4</sup>。

---

<sup>1</sup> 本條德國法制部份由謝銘洋教授、陳人傑撰寫

<sup>2</sup> Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 16, Rdnr. 163.

<sup>3</sup> Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 16, Rdnr. 167.

<sup>4</sup> Ruldorf Rengier/Karl-Heinz Fezer, Kommentar zum UWG, § 18, Rdnr. 31.

## 貳、立法沿革與體系定位

5. 本條與第 38 條之立法過程類似，均係於 80 年制定公布後即維持原來條文的規定內容，在例次修法中均未曾修改。於制定之初，曾有立委質疑，既然前四條的處罰，本案均已加以規範，何以有必要又依其他法律之規定？且本條是法律競合之問題，依一般法律之適用原則即可適用，此規定純屬贅文。另外，亦有委員認為，本條規定與刑法第 2 條之從新從輕原則相違背，應不予訂定為宜。不過，政府機關代表認為，法律與法律間如有競合，在刑法上均是從重處罰，但本案與刑法二者性質不同，並無普通法與特別法的關係，因此參照槍斃彈藥刀械管制條例第 13 條之 1 訂定。支持本條立法之委員也認為當時國內仿冒行為猖獗，使政府於國際上倍受指責，而商標法有更重的處罰規定，可利用本條加強執行。再者，從法理而言，本法第一條規定，「本法未規定者，適用其他有關法律之規定」，是已規定者，即不應適用其他法律，39 條之制定，可讓立法更為周延。而從整個刑罰的制裁而言，39 條所可發揮的功能有二：(一)、既存的法律中如與本案發生競合，若其處罰較重，則從其規定；(二)、今後可能基於保護消費者的目的，而針對獨占、結合及聯合等行為單獨立法，若其相關的處罰較重於本法規定，當然適用該法律（立法院編印，1992，頁 239、240）。

## 參、構成要件分析

### 一、前四條之處罰

6. 有可能因法律競合而需依其他較重法規定者，以違反第 35 條至 38 條之規定者為限。申言之，只有關於獨占事業濫用其市場地位之行為、事業為禁止之聯合行為、仿冒行為、不正當之多層次傳銷、妨害公平競爭行為、及損害他人營業信譽等行為，其他法律也有處罰的規定時，始有與公平法比較輕重及何者應優先適用的問題，不及於公平法其他之規定。

### 二、其他法律有較重之規定

### （一）處罰輕重之判斷

7. 有關處罰輕重的判斷，主要的法律依據為依照刑法第 35 條之規定：

「主刑之重輕，依第三十三條規定之次序定之。

同種之刑，以最高度之較長或較多者為重。最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重。

除前二項規定外，刑之重輕，參酌前二項標準定之；不能依前二項標準定之者，依犯罪情節定之。」

實務上認為僅需就「主刑」加以判斷，依從刑附屬於主刑之原則，從刑不得與主刑割裂適用，故在判斷較重之罪名宣告上，僅以「主刑」為比較之基礎。

（最高法院 87 年台上字 3397 號判決參照）。而針對主刑部份，依照第 33 條順序之規定判斷。亦即「死刑」優先於「無期徒刑」優先於「有期徒刑」優先於「拘役」優先於「罰金」。而同種之刑，則先以「最高度」之主刑加以比較，亦即需就各該法令之主刑部份與公平交易法 35 條第 1 項（最高法定刑 3 年以下有期徒刑）與公平法第 36、37 條（最高法定刑 2 年以下有期徒刑）視其長短輕重比較。若最高之法定刑相等，則由於公平法第 35、36、37 條以及所有刑法分則條文皆未設罰金下限之規定，若有相同最高法定刑之其他處罰時，原則上一律適用「較重」之他處罰。但由於公平法 35 條至 37 條有選科(或科)、以及併科規定，若相較僅科處「相同」之單一法定刑(徒刑或罰金)之不同處罰時，則屬於前述兩種情形以外，依照刑法 35 條第三項之規定，依犯罪情節定之。最高法院 22 上 382 號判例認為，此時非前兩項之情形，則唯有審酌行為人「犯罪情節」為擇一宣告。

8. 由於刑法第 35 條第 3 項「依犯罪情節」定之之判斷標準過於簡略，故 94 年 2 月修正通過，預計 95 年 7 月 1 日生效實施之刑法第 35 條規定：

『主刑之重輕，依第三十三條規定之次序定之。

同種之刑，以最高度之較長或較多者為重。最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重。

刑之重輕，以最重主刑為準，依前二項標準定之。最重主刑相同者，參酌下列各款標準定其輕重：

- 一、有選科主刑者與無選科主刑者，以無選科主刑者為重。
- 二、有併科主刑者與無併科主刑者，以有併科主刑者為重。
- 三、次重主刑同為選科刑或併科刑者，以次重主刑為準，依前二項標準定之。」

是以，依新修正後之刑法規定，關於「刑之輕重」之比較可分為以下步驟：

## 1、比較最重之主刑

### (1) 最重主刑之種類（33 條）以及長度

### (2) 以「無」選科、「有」併科者為重：

刑法第 339 條（普通詐欺罪）（五年以下有期徒刑，或科或併科一千元以下罰金）相較於刑法第 210 條（偽造、變造私文書罪）及 216 條（行使偽造變造或登載不實之文書罪）（二者均五年以下有期徒刑），如由選科（或科）之角度來看，刑法第 339 條乃較輕之刑，但由「或併科」之角度則為較重之刑，修法前實務多認偽造文書乃較重之罪（最高法院 69 年台上字 695 號判例參照），但修法後何者為重仍有爭議。由於公平法第 35 條至 38 條採「或科」「或併科」之立法例，在判斷何者為「較重」之罪名時，於未來即有可能出現上述之問題，有待實務發展解決之。

## 2、比較次重主刑

在同為選科或同為併科者：則比較選科、併科之長短判斷之。

### (二)、「其他法律」

就過去與現行法中，會與公平法第 35 條至第 38 條規定產生從較重處罰競合關係之法律主要有如下幾項：

## 1、與公平法第 35 條第 1 項產生處罰競合之法律

### (1)、「非常時期農礦工商管理條例」（已於 83 年 2 月 7 日廢止）

9. 其中的第 12 條之規定：「指定之企業及物品，其生產者或經營者，不得有

投機壟斷或其他操縱行爲。」同法第 31 條復規定：「違反第十二條之規定，而有投機、壟斷或其他操縱行爲者，處五年以下有期徒刑，並科所得利益一倍至三倍之罰金。」該法於廢止前，有可能會與公平法第 10 條、第 14 條、第 19 條、及第 35 條與 36 條的適用產生理論上的競合關係。不過由於該法係一戰時法規，與今日已宣告終止動員戡亂時期之憲政體制不符，故已於 83 年廢止之。

## (2)、商標法

10. 商標法於 92 年修正前之第 62 條第 1 款，及 67 條關於處罰使用相同或近似他人註冊商標之圖案或服務標章於同一或類似商品之行爲，原本的刑責規定爲五年以下有期徒刑。但依現行商標法第 81 條之規定，行爲人有下列行爲之一者，已改處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金：

- 一 於同一商品或服務，使用相同之註冊商標或團體商標者。
- 二、於類似之商品或服務，使用相同之註冊商標或團體商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。
- 三 於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。

另外，依 92 年修正之商標法第 82 條(修正前爲第 63 前)之規定：「明知爲前條商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五萬元以下罰金。」

上開商標法之規定，與公平法第 35 條第 1 項處罰第 20 條第 1 項第 1、2 款關於「以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，爲相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者」及「以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，爲相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者」之規定，均有產生競合之可能（張瑜鳳，1992，頁 103）。依公平法第 35 條第 1 項之規定，可處違法行爲人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科



新臺幣一億元以下罰金，其刑責已重於商標法之規定，故均應適用公平法之規定。

### (3)、刑法

11. 公平法第 35 條第 1 項規定可能與刑法產生刑責輕重比較關係者，有刑法第 255 條之「對商品為虛偽標記與販賣陳列輸入該商品罪」。依該條規定「意圖欺騙他人，而就商品之原產國或品質，為虛偽之標記或其他表示者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。明知為前項商品而販賣，或意圖販賣而陳列，或自外國輸入者，亦同。」； 刑法第 216 條（行使偽造變造或登載不實之文書罪）規定：「行使第二百十條至第二百十五條之文書者，依偽造、變造文書或登載不實事項或使登載不實事項之規定處斷。」各該條規定均可能與公平法第 20 條第 1 項產生競合關係。另外，刑法第 346 條第 2 項，意圖為自己或第三人不法之所有，以恐嚇「得財產上不法利益」者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金之規定，也可能與公平法第 10 條第 4 款，獨占者之「其他濫用市場地位行為」規定產生競合。

### (4)、著作權法

12. 依 81 年修正通過之著作權法第 87 條，「明知為侵害著作權或製版權之物而散布或意圖散布而陳列或持有或意圖營利而交付者」，視為侵害著作權或製版權。依該法第 93 條第 3 款之規定，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金。另外，同法第 92 條也規定，「擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開展示、改作、出租或其他方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣十五萬元以下罰金」。於修法前，二項規定均可能與公平法第 20 條第 1 項第 1 款產生競合關係。但依照 93 年新通過之著作權法，關於第 87 條第 1 項第 2 款規範之刑責已廢除。依照第 93 條第 3 款之規定：「三、以第八十七條第一款、第三款、第五款或第六款方法之一侵害他人之著作權者。但第九十一條之一第二項及第三項規定情形，不包括在內」。是以，修正後，公平法第 35 條第一項不會與著作權法第 93 條、第 87 條有競合之處。

### **(5)、政府採購法**

13. 政府採購法第 87 條第 4 項規定：「意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」此規定可能與公平法第 14 條產生競合關係。

## **2、與公平法第 35 條第 2 項產生處罰競合之法律**

### **(1)、銀行法**

14. 依銀行法第 29 條之規定，「除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務」，而「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論」（銀行法第 29 條之 1）。違反該條規定者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金（銀行法第 125 條）。上述規定與違反公平法第 23 條「多層次傳銷」規定之行為有競合的可能。

### **(2)、刑法**

15. 可能與違反公平法第 23 條規定產生競合的刑法規定，乃刑法第 339 條「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付」，或「以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者」之「普通詐欺罪」，可處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。另外該法第 340 條規定「以犯第三百三十九條之罪為常業者」之「常業詐欺罪」，也可處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金。惟 340 條規定已於 94 年修正刑法時被刪除，預定於 95 年 7 月 1 日失效。

## **3、與公平法第 36 條產生處罰競合之法律**

### **(1)、非常時期農工商管理條例第 12 條、第 31 條**

16. 見本條註釋邊碼 5

## (2)、政府採購法

17. 可能產生競合之條文，計有第 87 條第 4 項「意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」與公平法第 19 條第 4 款；第 88 條「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。其意圖為私人不法之利益，對廠商或分包廠商之資格為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，亦同」與公平法第 19 條第 2 款；以及第 91 條「意圖使機關規劃、設計、承辦、監辦採購人員或受機關委託提供採購規劃、設計或專案管理或代辦採購廠商之人員，洩漏或交付關於採購應秘密之文書、圖畫、消息、物品或其他資訊，而施強暴、脅迫者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金」與公平法第 19 條第 5 款（尹章華等，1990，頁 2-7-3 至頁 2-7-6）。

## (3)、刑法

18. 依刑法第 304 條規定：「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」此規定與公平法第 36 條處罰第 19 條第 4 款之以「脅迫、利誘或其他不正當手段」使其他事業不為價格上競爭、或參與聯合或結合行為，將產生競合，而應依處罰較重之刑法第 304 條處罰之。又刑法上之「強制罪」之成立，並未以「先行政」為其構成要件，故行為人一有強制行為即成立犯罪。而由於刑法第 304 條處罰未遂犯，故實施脅迫行為，即使並未使他事業屈服，而不為價格競爭或參與聯合或結合行為，並不影響該罪之成立（廖義男，1994，頁 69）。

另外，依刑法第 251 條之規定「以強暴、脅迫或詐術為左列行為之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金：一 妨害販運穀類及其他公共所需之飲食物品，致市上生缺乏者。二 妨害販運種子、肥料、原料及其他農

業、工業所需之物品，致市上生缺乏者。」也可能與公平法第 19 條第 1 和第 4 款產生競合。

#### 4、與公平法第 37 條產生處罰競合之法律

19. 關於公平法第 37 條規定於修正前刑法第 310 條第 2 項及 313 條規定所產生之競合適用問題，已於第 37 條的註釋中說明，請參考該條註釋邊碼 2、3、4、5。修正後，原則上已均依公平法第 37 條之規定處理，故無從其他法律規定之問題。

20. 茲將第 39 條規定之適用可能情形(相關法令、競合之公平法法條、處罰規定比較)與輕重比較結果，整理如下表：

##### 1、與第 35 條第 1 項競合之法令

21.

法令	與其競合之條文	處罰規定	與公平法上刑罰規定	依第 39 條適用
非常時期農工商管理條例第 12 條、第 31 條 (現已廢止)	第 10 條 第 14 條	五年以下有期徒刑，併科所得利益一倍至三倍罰金	第 35 條第 1 項 「三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金」	非常時期農工商管理條例
商標法第 62 條、67 條 (72 年修正條文)	第 20 條 第 1 項 第 1、2 款	五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金	修正前第 35 條 第 1 項 「三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金」	商標法第 62、第 67 條
商標法第 62	第 20 條	三年以下有期徒刑	修正前第 35 條	公平法第 35 條

條(82 修正條 文)	第 1 項 第 1、2 款	刑、拘役或科或併科 新臺幣二十萬元以 下罰金。	第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一百萬元以 下罰金」	第 1 項
商標法 62 條 之一(72 年修 正,82 年刪除)	第 20 條 第 1 項 第 3 款	三年以下有期徒 刑、拘役或科或併科 三萬元以下罰金 <台北地院 83 易字 3433 號>	修正前第 35 條第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一百萬元以 下罰金」	公平法第 35 條 第 1 項
商標法第 81 條 (92 年修 正,現行法)	第 20 條 第 1 項 第 1、2 款	處三年以下有期 徒刑、拘役或科或併 科新臺幣二十萬元 以下罰金	第 35 條第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一億元以下 罰金」	公平法第 35 條 第 1 項
商標法第 82 條(92 年修正 條文,修正前 為 63 條)	第 20 條 第 1 項 第 1、2 款	處一年以下有期 徒刑、拘役或 科或併科新臺幣 五萬元以下罰 金。	修正前第 35 條第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一百萬元以 下罰金」	公平法第 35 條 第 1 項

刑法 255 條	第 20 條 第 1 項 第 1、2 款	處二年以下有期 徒刑、拘役或科 或併科三千元以 下罰金	第 35 條第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一億元以下 罰金」	公平法第 35 條 第 1 項
刑法 216 條	第 20 條 第 1 項	五年以下有期徒 刑	第 35 條第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一億元以下 罰金」	刑法第 216 條
刑法第 346 條	第 10 條 第 4 款	六月以上五年以 下有期徒刑，得 併科一千元以下 罰金。	第 35 條第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一億元以下 罰金」	刑法 346 條
著作權法第 92 條(81 年修 正條文)	第 20 條 第 1 項 第 1 款	三年以下有期徒 刑，得併科新臺 幣十五萬元以下 罰金	第 35 條第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一億元以下 罰金」	公平法第 35 條 第 1 項
著作權法 87 條第 2 款，第	第 20 條 第 1 項	二年以下有期徒 刑，得併科新臺	第 35 條第 1 項 「三年以下有	公平法第 35 條 第 1 項

93 條第 3 款 (81 年修正條 文)	第 1 款	幣十萬元以下罰 金	期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一億元以下 罰金」	
政府採購法第 87 條第 4 項	第 14 條	五年以下有期徒 刑，得併科新臺 幣一百萬元以下 罰金。	第 35 條第 1 項 「三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一億元以下 罰金」	政府採購法第 87 條第 4 項

## 2、與 35 條第二項競合之法令

22.

法令	與其競 合之條 文	處罰規定	與公平法上刑 罰規定	依第 39 條適用
銀行法第 29 條、第 29 條之 一、第 125 條	第 23 條	處三年以上十年 以下有期徒刑， 得併科新臺幣一 千萬元以上二億 元以下罰金。 其犯罪所得達新 臺幣一億元以上 者，處七年以上 有期徒刑，得併 科新臺幣二千五 百萬元以上五億	公平法第 35 條 第 2 項 處三年以下有 期徒刑、拘役或 科或併科新臺 幣一億元以下 罰金。	銀行法第 125 條

		元以下罰金。		
刑法 339	第 23 條	五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金	公平法第 35 條第 2 項 處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。	刑法 339 條
刑法 340 (預定 95 年 7 月 1 日失效)	第 23 條	一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金	公平法第 35 條第 2 項 處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。	刑法 340 條 (預定 95 年 7 月 1 日失效)

### 3、第 36 條競合之法令

#### 23.

法令	與其競合之條文	處罰規定	與公平法上刑罰規定	依第 39 條適用
非常時期農工商管理條例第 12 條、第 31 條 (現已廢止)	第 19 條	五年以下有期徒刑，併科所得利益一倍至三倍罰金	公平法第 36 條 二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。	非常時期農工商管理條例
政府採購法第	19(2)	一年以上七年以	公平法第 36 條	政府採



88 條		下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。	二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。	購法 88 條
政府採購法第 87 條第 4 項「合意圍標罪」	19(4)	六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。	公平法第 36 條 二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。	公平法第 36 條
政府採購法第 91 條	19(5)	五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。	公平法第 36 條 二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。	政府採購法第 91 條
刑法 304 條	19(4)	三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金	公平法第 36 條 二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。	刑法 304 條
刑法第 251 條	第 19 條 (1)款	五年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金：	公平法第 36 條 二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。	刑法 251 條

## 4、與第 37 條競合之法令

## 24.

法令	與其競合之條文	處罰規定	公平法上刑罰規定	依第 39 條適用
----	---------	------	----------	-----------

刑法第 310 條 第 1 項	第 22 條	一年以下有期徒 刑、拘役或五百元以 下罰金	公平法第 37 條 二年以下有期徒刑、拘 役或科或併科新台幣五 千萬元以下罰金。	公平法 第 37 條
刑法第 310 條 第 2 項	第 22 條	兩年以下有期徒 刑、拘役或一千元以 下罰金	公平法第 37 條 二年以下有期徒刑、拘 役或科或併科新台幣五 千萬元以下罰金。	公平法 第 37 條
刑法第 313 條	第 22 條	一年以下有期徒 刑、拘役或科或併科 一千元以下罰金	公平法第 37 條 二年以下有期徒刑、拘 役或科或併科新台幣五 千萬元以下罰金。	公平法 第 37 條

## 第四十條 違法結合之處分

### 現行條文（2002年2月6日修正公布）

「事業違反第十一條第一項、第三項規定而為結合，或申報後經中央主管機關禁止其結合而為結合，或未履行第十二條第二項對於結合所附加之負擔者，除依第十三條規定處分外，處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰（一項）。事業結合有第十一條第五項但書第二款規定之情形者，處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰（二項）。」

### 修正前條文（1999年2月3日公布）

「事業結合應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而為結合者，除依第十三條規定處分外，處新臺幣十萬元以上五千萬元以下之罰鍰。」

### 修正前條文（1991年2月4日公布）

「事業結合應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而為結合者，除依第十三條規定處分外，處新臺幣十萬元以上一百萬元以下之罰鍰。」

### 參考文獻

立法院秘書處(1992)，《法律案專輯第一百三十二輯-公平交易法案》；李延禧（1993），〈公交法解析-公平法對事業結合之規範〉，《實用稅務》第 217 期；廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；洪禮卿、黃茂榮與謝銘洋（1998），《事業結合時點與公平交易法適用之研究》；劉孔中（1998），論結合管制之理論與實務，《公平交易季刊》第 6 卷第 2 期，頁 1-37；汪渡村（2004），《公平交易法》；劉孔中（2003），《公平交易法》；廖義男（2003），〈行政處罰之基本爭議問題〉，《行政法之基本建制》，頁 221-248。

#### 第四十條 違法結合之處分

##### 壹、法制比較

- 一、美國
- 二、日本
- 三、德國
- 四、歐洲聯盟

##### 貳、立法沿革與規範目的

##### 參、構成要件分析

###### 一、違反行為類型

- (一)違反本法第 11 條第 1 項所定之申報義務
- (二) 未遵守等待期間或延長期間內不得為結合之義務而逕為結合
- (三) 經公平會禁止其結合後仍為結合
- (四)未履行公平會對於事業結合所附加之負擔
- (五)事業申報之事項虛偽不實者

###### 二、處罰之對象

##### 肆、法律適用

- 一、第 40 條第 1 項與本法第 13 條解體處分間之關係
- 二、與本法第 41 條之關係
- 三、罰鍰裁量之程序及判斷基準

## 壹、法制比較

### 一、美國

1. 無相應規定。

### 二、日本

2. 無相應規定。

### 三、德國

3. 德國營業競爭限制防止法第 81 條以下，規定罰鍰程序（Bußgeldverfahren）。此一程序規定可以說是延伸「違反秩序罰法」（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; OWiG）有關罰鍰程序的規定<sup>1</sup>。而GWB第 81 條所規範的應處以行政罰鍰的行為中，即包括因故意或過失：1.違反GWB第 41 條第 1 項第 1 句禁止結合之規定；

<sup>1</sup> Emmerich, Kartellrecht, S.368.

2.對於第 39 條第 6 項參與結合事業報備之不實、不完整或未及時提出；3.違反第 40 條第 3 項第 1 句所課與不禁止結合的限制或負擔；4.或違反第 42 條第 2 項第 1 句經濟部長許可結合所附加之限制或負擔，以及違反第 39 條第 3 項第 5 句（事業結合申報）之陳述。

#### 四、歐洲聯盟

4. 關於結合管制，理事會第 139/2004 號規則（簡稱歐體結合管制規則）對於違法行爲，另行設有類似之行政制裁之規定，以滿足結合管制之需要。
5. 如相關事業在合併實施前未提出申報、在等待期間中即實施結合，執委會即得依結合管制規則第 14 條第 2 項第 1 款之規定，對其處以不超過該事業年度總營業額 10%之罰鍰。又相關事業在執委會審查時有提供正確資訊及接受調查之義務，並應遵守附於宣佈合併與共同市場相容決定之限制條件。如事業拒絕提供資訊、提供不實資訊或妨礙調查時，執委會將處以不超過該事業年度總營業額 1%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 1 項)；如相關事業違反附限制條件之義務時，執委會將處以不超過該事業年度總營業額 10%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 2 項)。而當執委會宣佈合併與共同市場相容之決定係基於相關事業所提供之不正確資訊所作成，以及當相關事業違反附限制條件之義務時，執委會尚得撤銷原准許合併之決定(結合管制規則第 8 條第 6 項)。
6. 如執委會發現相關事業已於事前執行其合併案，而該合併案後來被宣告與共同市場不相容；或相關事業係違反附限制條件之義務執行其合併案，而缺乏該條件合併案將在共同市場或其實質部分顯著影響競爭時，執委會得作成決定勒令該參與結合之事業解體，或以其他適當之方法回復原狀(結合管制規則第 8 條第 4 項)，並得對該相關事業處以不超過年度總營業額 10%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 2 項)，以維護市場有效競爭。
7. 其次，歐體結合管制規則第 15 條也設有課以不超過平均日營業額 5%之日息金規定，以迫使事業遵守執委會依結合管制規則發布之決定所設之作爲或不作爲義務，例如提供必要資訊、服從及配合檢查等。

## 貳、立法沿革與規範目的

8. 本法對於事業結合之管制，於 2002 年修正前係採事前監督制的許可主義（即事前許可制），而認為符合修正前公平法第 11 條第 1 項所定門檻要件，即達一定規模之結合，有可能會使市場結構惡化，而造成限制競爭之危險，故其結合應經主管機關許可，予以管制。參照：第 6 條編碼 110、第 11 條編碼 4-6。而為使符合本法所定門檻要件的事業，於進行結合前能遵守本法規定向公平會提出申請，以發揮結合管制的實際功效，故再於本條明定事業結合應申請許可而未申請或經申請未獲許可而為結合時，公平會除依本法第 13 條之規定為處分外，可再依本條規定處以罰鍰。此外，本條於立法審議過程中，並無太大爭議，僅是經協商後將原草案所定之罰鍰數額（處新台幣一萬元以上十萬元以下）調高為新台幣十萬元以上一百萬元以下（立法院秘書處，1992，頁 241、544、556），嗣後並曾於 1999 年 2 月 3 日的修正中，為加強管制效果，故將罰鍰上限從原先的一百萬元大幅提高為五千萬元。
9. 惟本法於 2002 年修正時，因考量公平法施行已逾十年，主管機關之執法經驗已趨成熟，原基於執法經驗與人力之考量而採事前許可制以方便主管機關管制之因素已不復存在，爰為提昇事業結合之時效需求，並促使我國公平法對於事業之結合管制得以配合國際管制潮流，而修正本法第 11 條，將「事前申請許可制」變更為「事前申報異議制」，即事業提出申報後，如主管機關未於三十日內提出異議者，該結合案件即可合法生效，但公平會前述的三十日異議期間得視個案情形予以縮短或延長，參照：第 11 條編碼 16。除此之外，並增訂本法第 11 條之 1，明文將對於市場結構並無實質影響之關係企業結合案件及事業依公司法第 167 條第 1 項但書或證券交易法第 28 條之 2 規定收回股東所持有之股份致其原有股東符合本法第 6 條第 1 項第 2 款之情形，排除其事前申報之義務，俾有效節省主管機關之管制成本與業者的申報成本，參照：第 11 條之 1 編碼 2；更於本法第 12 條增訂第 2 項規定，將本法原施行細則第 10 條第 1 項的規定提升至母法位階，明定公平會對於結合申報案件所為之決定，得附加條件或負擔，以確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益。
10. 按本法第 40 與本法第 13 條，在性質上均屬對於事業違法結合或違反中央

主管機關對於其結合所附加附款之履行義務所規定之行政處罰措施。而因本法於 2002 年就結合管制改採「事前申報異議制」的作法，故為配合本法結合管制原則之變革，且參照本法第 11 條與第 12 條於 2002 年修正後的條文結構，本條目前所規範的違法結合態樣，即包括事業結合違反公平法第 11 條第 1 項之事前申報義務、於第 11 條第 3 項所定等待期間或中央主管機關延長期間內進行結合，或事業提出申報後經公平會禁止其結合但仍為結合之情形等。至於符合本法第 11 條之 1 規定的事業結合，因本法已明文排除事業的申報義務，無庸申報即可逕行為之，而無構成違法結合的可能。此外，公平會對於事業所申報之結合計畫不為異議，但於作成不異議之決定同時對於該結合附加一定之負擔者，結合事業即負有履行負擔之義務，否則其效果與前述違法結合同，主管機關得一併採取第 13 條與本條所定之手段對違法結合之事業進行處罰，併參照：第 13 條編碼 2。除此之外，為確保參與結合事業依本法規定提出申報時所提供資料之真實性，更增訂第二項規定，明定若事業之申報事項有虛偽不實者(參照：第 11 條第 5 項但書第 2 款)，處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰。

### 參、構成要件分析

#### 一、違反行為類型

11. 本條所定之違法行為類型有下列五種，分別為(一)違反本法第 11 條第 1 項所定之申報義務；(二)未遵守等待期間或延長期間內不得為結合之義務而逕為結合(本法第 11 條第 3 項)；(三)經公平會禁止結合後仍為結合；(四)未履行公平會對於事業結合所附加之條件或負擔；(五)事業申報之事項虛偽不實者，以下即分別說明之。惟事業涉及本條所定違法行為時，仍應有故意過失，方得依本條規定予以處罰，參照：行政罰法第 7 條、釋字第 275 號。

#### (一)違反本法第 11 條第 1 項所定之申報義務

##### 1. 實務上常見的訴訟爭點

12. 以上五種違反行為類型，實務上最常見者為第一種，即違反本法第 11 條第 1 項所定之申報義務(於 2002 年修法前則為事業結合應申請許可而未申請)，其中尤以有線電視產業之案例最多。此類違法類型，事業的抗辯理由或個案之訴訟爭點，主要是集中在事業彼此間是否構成本法第 6 條所稱之結合態樣，參照：

第 6 條編碼 121-134、參與結合之事業是否符合本法第 11 條之結合申報（2002 年修法前為申請）門檻，以及應申報或申請的時點應如何判斷等。

## 2. 市場占有率的認定問題

13. 由於本法第 11 條第 1 項，併採市場占有率及銷售金額作為結合申報的門檻指標。但實務上，因市場占有率之估算不易，除少數產業，諸如液化石油氣或有線電視產業外，一般多以銷售金額作為申報（修法前為審查）之門檻標準，參照：第 11 條編碼 19。而依本法第 11 條第 1 項第 1 款、第 2 款所定之市場占有率認定符合結合申報門檻，但卻未於結合前向公平會提出申報，而由公平會依本條規定予以處分的事業，在救濟程序中亦多一再挑戰公平會對於個案的市場界定，更不乏主張其於結合時難以判斷其市場占有率是否已達第 11 條第 1 項第 1 款與第 2 款之門檻，實難預知其必須依本法規定就該結合案提出申報，故應認為其無故意過失，可歸責之主觀要件不具備，不應受到處罰者。

14. 以市場占有率作為企業結合應否申請許可或申報之標準，固然表示重視其結合所造成市場結構之變化即可能帶來限制競爭之危險，但此標準之適用，其前提必須每個為結合之企業都知曉其在市場上之占有率，或至少可在中央主管機關所做之市場占有率之統計資料中加以查知，否則企業將不知其結合是否有申請許可之義務以及是否會被處罰及被強制解體之可能（廖義男，1995，頁 90-91）。故實務上即曾出現訴願委員會以市場占有率之多寡因其特定市場範圍界定之大小而有不同，公平會對其他主管機關就市場營運區之劃分，及以之為特定市場之認定是否已有對外宣示而為業者所共知等事項，無客觀資料可稽等理由，而撤銷公平會處分的案例（參照東森多媒體股份有限公司違法結合案（行政院台 87 訴字第 63555 號決定書、行政院台 87 訴字第 63554 號決定書、行政院台 87 訴字第 63093 號決定書、行政院台 87 訴字第 59697 號決定書））。

15. 以市場占有率作為企業結合應否申請許可或申報之標準，雖有前述的困難，在立法政策上或有值得檢討之處。然而，就現行法體制下，在認定事業是否確實難以判斷其市場占有率已達第 11 條第 1 項第 1 款與第 2 款之門檻故其未依本法規定提出結合案申報並無故意過失一事，宜特別審慎。以有線電視產業為例，因新聞主管機關已另有線廣播電視法就有線電視業者的市場營運區為劃



分，參照：有線廣播電視法第 32 條，在判斷有線電視業者的違法故意或過失較無疑義，然就其他產業而論，事業在進行結合案規劃時，亦宜事先蒐集相關市場資料評估其違法風險，如仍有疑義，亦得具函向主管機關尋求解釋，並非全無釐清其市場占有率及市場範圍的途徑。若事業未為任何法律風險評估的程序，即以主觀要件欠缺為由意圖脫免行政處罰，自不足採，如此也方符合行政罰法所揭示的基本原則，即行政法上的義務人，不得因不知法規而免除行政處罰責任，充其量僅是按其情節減輕或免除其處罰，參照行政罰法第 8 條。

16. 此外，本法第 11 條第 2 項在 1999 年修正前原規定，市場占有率達五分之一之事業，由中央主管機關定期公告之。按其立法原意，在使被公告之事業於為結合時，如因而使市場占有率達三分之一者，即有向中央主管機關申請許可之義務。惟此種對市場占有率達五分之一之事業的公告制度，對諸第 11 條第 1 項第 1 款、第 2 款之三分之一、四分之一門檻，顯見無益於事業結合之監督管制。（廖義男，1995，頁 305-306）。而在本法第 11 條第 2 項原關於市場占有率達五分之一事業之公告規定於 1999 年修正刪除前，公平會與訴願審議委員會雖然均認為，特定事業之市場占有率為一事實狀態，公平會是否依行為時本法第 11 條第 2 項定期公告，對市場地位並無增減，該公告係對事業之市場占有率，以行政行為確認已發生之事實，其作用亦僅在於通知一定之事實，以預為警示，而非謂未經公告者，即得免除向公平會申請結合許可之義務，公告與否並不具實質規範意義，僅係事業申請結合許可之參考資料（參照東森媒體科技股份有限公司違法結合案(行政院台 89 訴字第 33951 號決定書、行政院台 89 訴字第 29578 號決定書、88 年公處字第 161 號處分書、88 公處字第 160 號處分書、88 公處字第 159 號處分書、88 公處字第 158 號處分書)）。但行政法院卻認為，參考原第 11 條第 2 項之立法目的係為使事業於申請結合時有所遵循，此為中央主管機關之法定義務；如違反規定怠為公告，則事業對於其市場占有率是否達一定比例，即屬無從遵循，如因此而未申報，尚難以該法第四十條之罰責相繩(最高行政法院 92 年度判字第 1005 號判決、台北高等行政法院 89 年度訴字第 3170 號判決)。未來此等爭議將隨此項公告規定之刪除而落幕。

## 2. 應申報或申請的時點

17. 另值得注意的是，由於本法第 11 條第 1 項課予事業結合應先向公平會提出申報的義務，故何時可認事業已為結合但未依本法第 11 條第 1 項提出申報而得依本條規定加以處罰，必須依事業結合型態定之：

### (1) 事業與他事業合併

18. 若事業係與他事業合併，以公司型態而論，因公司合併係於合併契約經全體股東或股東會特別決議通過後始發生效力，參照：公司法第 72 條、第 113 條、第 316 條，故事業若為公司組織型態而與他事業合併者，應於合併契約經全體股東或股東會特別決議前向公平會提出申報（修法前為申請），否則即屬違法結合。

### (2) 事業持有或取得他事業之股份或出資額

19. 若結合態樣係屬本法第 6 條第 1 項第 2 款的情形（即事業持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上），該持有或取得之事業應在取得足以超過前述門檻之股份前，向公平會提出申報（洪禮卿、黃茂榮與謝銘洋，1998，頁 48，併參照東森媒體科技股份有限公司違法結合案（公處字第 160 號處分書）、瑞士商蘇黎世保險公司違法結合案（公平會 85 公處字第 042 號處分書）、永豐餘造紙股份有限公司違法結合案（公平會 85 公處字第 003 號處分書）。

### (3) 受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產

20. 至於受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產，有認為受讓或承租他事業全部或主要部分，應於履行時始有影響市場之可能，故該等結合型態之申報最後時點，應以系爭財產交付或所有權移轉時為準（洪禮卿、黃茂榮與謝銘洋，1998，頁 51）；但亦有以為由於此一結合類型，依法應經股東會特別決議通過，參照：公司法第 185 條，故在通過前應先自行審視是否先向公平會提出申請，以免事後遭公平會禁止結合而產生無法執行該決議之困擾（李延禧，1993，頁 90）。實務上，以股份有限公司為組織型態的事業，多係於董事會決議後、股東會通過前向公平會提出申報，亦不乏有該等契約係以申報後公平會不為異議為生效條件者。而從公平會處分實務中對於事實歷程之描述，公平會似

採後者見解，亦即以簽訂受讓或承租契約的生效時點為結合完成與否的判斷時點（參照大成長城企業違法結合案（公平會 83 公處字第 021 號處分書））。

#### **(4) 與他事業共同經營或受他事業委託經營者**

21. 與他事業共同經營或受他事業委託經營者，鑑於共同經營或委託經營皆須以自己參與之契約為基礎，不會事出突然，故若同時符合本法第 11 條第 1 項所定之結合申報門檻，應於從事共同經營或受他事業委託經營前，向公平會提出申報（洪禮卿、黃茂榮與謝銘洋，1998，頁 54），否則即屬違法結合。公平會實務上即以委託契約或共同經營契約簽訂的時點作為認定標準（參照北宜興業股份有限公司違法結合案（89 年公處字第 105 號處分書））。

#### **(5) 事業直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免**

22. 至於事業若直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免，控制事業最遲應於何時向公平會提出申報，參照：本法施行細則第 7 條第 1 項第 3 款，在實務上常成為爭論焦點。實務上傾向認為，應在直接或間接取得人事任免權與經營權（在絕大多數的情況下即為取得董事過半數席位）之前，至於嗣後實際運作時所為控制或任免人事之規模如何，有無受其他董事之牽制並不影響認定（如威京開發投資股份有限公司違法結合案（最高行政法院 90 年度判字第 791 號與 88 年判字第 3541 號判決、行政院台 89 訴字第 10827 號決定書）、東森媒體科技股份有限公司違法結合案（公處字第 160 號處分書）等）。

23. 然鑑於本法第 6 條第 1 項第 5 款的結合態樣在應申報時點的掌握上確有一定困難，在具體個案中，除股東間另有表決權行使契約存在而在董事選舉前即可確認董事席次取得狀況的情形外，事業於他事業改選董事前，常難以精確評估是否會取得或掌握他事業董事過半數席位。為避免違法與否的不確定性，實務上或得考慮以公平會不為異議為條件為董事選任，並在公平會尚未異議且新任董事選任後尚未行使職權前即向公平會提出申報，在立法政策上亦得審慎考慮此一結合態樣採取事後報備制的可能。

### **3.申報義務的認定**

24. 然而，必須釐清的是，若事業結合且符合本法第 11 條第 1 項所定之結合申報門檻時，則不論何等原因，依法均有向公平會提出申報的義務，若違反此一

申報義務，公平會依法即得引用本條規定對事業課處罰鍰，至於該結合是否有整體經濟利益大於限制競爭之不利益之情形、或參與結合之事業是否即將停止營業等，則屬公平會依本法第 12 條決定是否許可或禁止結合所應審酌的事項，而與本條之適用並無關連，自不得以結合後之經濟利益主張免除結合申報義務（參照陽明山有線電視股份有限公司違法結合案（行政院台 90 訴字第 043386 號決定書）、第一家有限播送系統股份有限公司及龍影有限播送系統股份有限公司違法結合案（88 公處字第 047 號））。除非另有法律明文規定排除事業依本法第 11 條第 1 項規定提出申報的義務，參照：金融機構合併法第 13 條、金融控股公司法第 19 條，否則不論該結合是否係依據其他主管機關之命令或法律規定而受讓、概括承受他事業之營業或財產，或具有急迫情事或符合產業政策等（參照板信商業銀行股份有限公司違法結合案（86 公處字第 214 號）），或嗣後已經取得公平會之結合許可或不禁止結合之決定（參照台芳食品工業股份有限公司違法結合案（公平會 85 公處字第 073 號處分書）、瑞士商蘇黎世保險公司違法結合案（公平會 85 公處字第 042 號處分書）、永豐餘造紙股份有限公司違法結合案（公平會 85 公處字第 003 號處分書）），均非所問。同樣地，事業亦不得以「試辦」等理由規避相關申報義務（參照北誼興業股份有限公司違法結合案（89 年公處字第 105 號處分書））。

### （二）未遵守等待期間或延長期間內不得為結合之義務而逕為結合

25. 此為本條於 2002 年為配合本法第 11 條之修正而新增的違法類型，由於本法對於事業結合之規範，已改採事前申報異議制，故有必要一併限制參與結合之事業在法定等待期間結束之前，不得為結合，俾利主管機關進行整體經濟利益與限制競爭不利益之審查與衡量。此違法類型目前實務案例不多，僅有新台北有線電視股份有限公司違法結合案（公平會公處字第 093037 號處分書）、重聚典企業股份有限公司等違法結合案（公平會公處字第 091165 號處分書）等。然若公平會已於等待期間或延長期間內依法作成禁止結合之決定後，事業方進行結合行為，則應屬申報後經公平會禁止其結合而仍為結合之違反類型。

### （三）經公平會禁止其結合後仍為結合

26. 此一違法類型，於 2002 年本法修正前即已存在（即經申請未獲許可而為結

合)。然而因公平會迄今曾禁止結合的案例甚為有限，故此一違法類型迄今亦無相關案例。

#### (四)未履行公平會對於事業結合所附加之負擔

27. 雖本法於 2002 年 2 月修正前對於結合許可得否附加附款一事，公平法第 12 條並無明文規定，但公平會早期在為結合許可時，即曾對少數結合許可案附加實質的負擔，而在本法修正前為明確化公平會於結合許可時得附加附款的權限，即先於 1999 年 8 月 30 日修正本法施行細則第 10 條規定，公平會為結合許可時，為維護整體經濟利益大於限制競爭不利益，得定合理期間、附加條件或負擔，參照：第 12 條編碼 54、55。然而，本條在 2002 年修正前，原規範之違法類型僅有事業結合應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而為結合兩種，並未將未履行公平會對於事業結合所附加之負擔列入應處罰緩之違法行為類型中，故事業嗣後若未履行公平會為結合許可時所附加之負擔者，依處罰法定原則，公平會尚不得對之處以罰鍰，僅得以未履行負擔為由，廢止原結合許可，參照：行政程序法第 123 條第 3 款。

28. 而本法於 2002 年修正時，既已將原來本法施行細則第 10 條之文字提升至母法位階，而增訂第 12 條第 2 項，明確賦予公平會對於事業結合得附加附款之權，使得主管機關之管制工具更具彈性，除對附負擔之不履行得廢止結合之許可外，參照：行政程序法第 123 條第 3 款，本法第 1 項亦就此配合修正，而增訂此一違法類型。但公平會雖曾在數宗有線電視業者之結合許可及申報案中附加附款，要求業者於結合許可或不禁止結合決定後，不得違反修正前有線廣播電視法第 19 條第 2 項（即系統經營者之股權應予分散。同一股東持有之股份不得超過系統經營者已發行股份總數百分之十；股東與其相關企業或其配偶、直系血親、直系姻親、二親等旁系血親合計持有之股份，不得超過系統經營者已發行股份總數百分之二十）及其相關規定（公平會 88 公結字第 704-707 號、公平會 90 公結字第 557-566 號、第 600 次委員會議紀錄），惟結合後的有線電視業者本即必須遵守有線廣播電視法之相關規定，不因公平會是否附加該等負擔而有異，因此公平會針對有線電視結合案件所為之負擔，應解為別具作用。即公平會既明白以結合之事業須遵守其他法規之義務為其許可結合之負擔，應已對

該法規所規範產業之市場結構及競爭秩序有所考量，為貫徹公平會為結合許可特別附加該負擔之目的及拘束力，如有線電視業者經新聞主管機關認定違反有線廣播電視法之相關規定而未履行該負擔者，公平會仍得援引本條款規定處以罰鍰，參照：第 9 條第 2 項。

#### **(五)事業申報之事項虛偽不實者**

- 29.** 由於公平會對於事業結合申報案件決定之判斷基準，在於申報事業間之結合型態、當時經濟環境與市場結構狀況，結合對整體經濟利益及限制競爭不利益之影響程度等，因而結合申報事業所提出之申報資料，即為公平會就申報案件作成決定之重要依據，故如結合申報事業所提出之事業結合申報書有虛偽不實或蓄意隱匿的情況，將會嚴重影響公平會對結合許可與否之正確決定，因此本條第 2 項遂新增此一違法類型。而實務上，公平會亦曾以事業所提出之事業結合申報書，未揭露本法施行細則第 8 條所定之應記載事項，刻意隱匿其與其控制與從屬關係之事業的關係，致其結合申報文件有虛偽不實之情形，而依本條第 2 項規定加以處分之案例（好樂迪股份有限公司結合申報事項虛偽不實案（公平會公處字第 093073 號））。
- 30.** 惟因本法第 13 條第 1 項關於禁止其結合、限期命其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業、免除擔任職務或為其他必要之處分，及與第 40 條第 1 項所規定的新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，所涉違法行為類型，依文義僅有違反本法第 11 條第 1 項所定之申報義務、未遵守等待期間或延長期間內不得為結合之義務而逕為結合、經公平會禁止其結合後仍為結合、未履行公平會對於事業結合所附加之負擔等四種，若事業就應申報事項提供虛偽不實的資料或蓄意隱匿，致使公平會對於該事業結合申報案件所生的市場影響產生誤認，並因此未就禁止該結合案，或未就該結合案附加條件或負擔時，應如何處理，不無疑義。
- 31.** 然公平會前述未為異議的決定既係基於虛偽不實或蓄意隱匿的資料而有違法之虞，該事業之信賴亦不值保護，公平會嗣後自得依職權撤銷該等未為異議的行政處分，該行政處分經撤銷後，異議期間自得從該事業提出完整申報資料之日起重行起算，此時該事業即屬違反本法第 11 條第 1 項、第 3 項規定而為結

合，公平會可依本法第 13 條第 1 項與本條第 1 項之規定對該事業為處分，參照：行政程序法第 117 條、第 119 條。

## 二、處罰之對象

32. 本條處罰對象應依本條所規定之違法類型，並參照本法第 11 條第 1 項及本法施行細則第 7 條對於申報義務之規定而定。若屬於違反本法第 11 條第 1 項所定申報義務之違法行為類型，則應視參與結合之事業何者負有申報義務，來認定其是否屬於依本條規定之處罰對象。就此本法施行細則第 7 條已明確規定：「本法第十一條第一項之事業結合，由下列之事業向中央主管機關提出申報：一、與他事業合併、受讓或承租他事業之營業或財產、經常共同經營或受他事業委託經營者，為參與結合之事業。二、持有或取得他事業之股份或出資額者，為持有或取得之事業。三、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者，為控制事業(第一項)。應申報事業尚未設立者，由參與結合之既存事業提出申報(第二項)。」故若屬本法第 11 條第 1 項之結合並未申報，而依本條規定應受處罰的事業，在與他事業合併、受讓或承租他事業之營業或財產、經常共同經營或受他事業委託經營的結合型態，為所有參與結合之事業；在持有或取得他事業之股份或出資額者的結合型態，則為持有或取得之事業；若屬直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者，則為控制事業；若應申報事業尚未設立者，則為參與結合之既存事業。至於本條第 2 項之處罰對象，則應為依本法第 11 條第 1 項及施行細則第 7 條提出申報但申報事項有虛偽不實的事業。

33. 另由於本法施行細則第 7 條依結合型態而認定負有申報義務之參與結合事業，即為對於結合完成與否具有掌控力的事業，故對於未遵守等待期間或延長期間不得為結合之義務而逕為結合或是申報後經公平會禁止其結合而仍為結合等違法類型，即得參照本法施行細則第 7 條之規定，認定其應處以罰鍰之事業，實務上似亦採取此一認定方式（參照新台北有線電視股份有限公司違法結合案（公平會公處字第 093037 號處分書））。至於未履行本法第 12 條第 2 項對於結合所附加之條件或負擔者，則應以對該條件或負擔負有履行義務之事業為處罰對象。

## 肆、法律適用

### 一、第 40 條第 1 項與本法第 13 條解體處分間之關係

34. 公平法第 13 條第 1 項與第 40 條第 1 項在規範上，均屬對於違法結合及未遵中央主管機關對於結合所附負擔之處罰規定，兩者所規範之違法類型亦屬一致。而從本條第 1 項「除依第十三條規定處分外」等文字，已明確表明，本法第 40 條第 1 項規定之罰鍰與本法第 13 條所規定之處分，係採取併罰原則。按若事業違法結合時，若僅處予罰鍰而容認違法結合的狀態繼續存在，並不能消除該等違法結合對市場結構可能產生的不利影響，公平法第 13 條所規定之處分，一來其處罰種類與第 40 條第 1 項之罰鍰不同，而帶有制裁性管制罰（裁罰性之不利處分）的特性（廖義男，2003，頁 226），並具有一定經濟政策的考慮，其不僅係懲罰事業違反行政法上的作為義務，更具有維護市場競爭結構與機能的目的。而本法就第 13 條與第 40 條第 1 項採取併罰原則，亦與行政罰法的立法原則一致，即若違反行政法上義務行為，除應處罰鍰外，另有沒入或其他種類行政罰之處罰者，得依該規定併為裁處，參照：行政罰法第 24 條第 2 項。然而實務上，公平會對於本法第 13 條第 1 項與第 40 條第 1 項所定之違法行為，除處以罰鍰並於未申報情形要求違法事業補提申報外，並不曾採用第 13 條第 1 項規定之限期命其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業或免除擔任職務等解體之矯正措施，對於第 13 條的適用抱持相當嚴謹節制之執法態度，參照：第 13 條編碼 5。

### 二、與本法第 41 條之關係

35. 按本法第 41 條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」而事業違反第 11 條第 1 項、第 3 項規定而為結合，或申報後經中央主管機關禁止其結合而為結合，或未履行第 12 條第 2 項對於結合所附加之負擔，均屬違反本法規定，此時公平會是否得依本法第 41 條之規定，要求違法結合之事業限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，若逾期仍不停止、改正其行為或



未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並按次連續處以新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行爲或採取必要更正措施爲止，即不無疑義。

36. 關於此點，有以爲本法第 40 條應屬結合規範之特殊規定，故若事業有本法第 40 條所定之行爲者，應優先適用第 40 條之規定即可(汪渡村，2004，頁 282)，無須再援引第 41 條處以罰鍰之必要(廖義男，1995，頁 324)。但亦有以爲，若不引用第 41 條之規定，限期命其改正其行爲(如補提申請或申報)，則結合事業僅需繳納第 40 條之罰鍰，即可保有其結合之成果，罰鍰反而流爲「買路費」的性質(劉孔中，1998，頁 34)。惟後者之見解，似乎忽略對違法結合仍有第 13 條之適用。於應申報(在 2002 年修法前爲申請)情形，要求補提申報(申請)係在提示違法結合事業如不遵行，將有依第 13 條爲處分之後果。

37. 就此一問題，實務上公平會的適用狀況甚爲混雜，就本法第 40 條所定之違法類型，多數僅依本法第 40 條之規定爲處分，但亦有少數案例，除依本法第 40 條規定處以罰鍰外，還特別註明受處分之事業，應於處分書送達後一定期間內爲必要之改正行爲或提出結合申報(在 2002 年修法前爲申請)，否則公平會將依本法第 41 條後段規定續行處理(參照北誼興業股份有限公司違法結合案(89 公處字第 105 號處分書))；但有更多案例係以本法第 13 條第 1 項爲依據，命被處分事業應於一定期間內爲必要改正行爲(洄瀾傳播股份有限公司違法結合案((88 公處字第 127 號)、大府城有限播送系統公司及永建電訊傳播股份有限公司違法結合案(88 公處字第 048 號)、第一家有限播送系統股份有限公司及龍影有限播送系統股份有限公司違法結合案(88 公處字第 047 號)、東森多媒體股份有限公司違法結合案(87 公處字第 024 號處分書、87 公處字第 023 號處分書、87 公處字第 022 號處分書、87 公處字第 021 號處分書)、第 646 次委員會決議?、大安文山有線電視股份有限公司等違法結合案(公平會公處字第 093038 號處分書)、新台北有線電視股份有限公司違法結合案(公平會公處字第 093037 號處分書)、富洋投資股份有限公司違法結合案(公平會公處字第 093034 號處分書))。

### 三、罰鍰裁量之程序及判斷基準

38. 本條第 1 項針對違法結合所課予之罰鍰，爲新臺幣十萬元以上五千萬元以

下，由於罰鍰上、下限之差距甚大，故公平會除在依本條第 1 項裁處前應給予受處罰之事業陳述意見之機會外，參照：行政罰法第 42 條，自應審酌違法結合應受責難程度、所生影響及事業因違法結合所得之利益，並得考量事業之資力，參照：行政罰法第 18 條第 1 項。

而為明確化公平會裁處罰鍰之額度與標準，公平會甫於 2005 年 5 月以公平會公法字第 0940004018 號令發布「行政院公平交易委員會裁處罰鍰額度參考表及適用說明」，從而公平會依本法第 40 第 1 項規定裁處罰鍰時，即應適用本參考表，其考量的項目包括有違法行為之動機；違法行為之目的及預期之不當利益；違法行為對交易秩序危害程度；違法行為危害交易秩序持續期間；違法行為所得利益；違法事業之規模、經營狀況與營業額；違法事業之市場地位；違法類型曾否導正或警示；事業以往違法類型；事業以往為違法次數；事業以往違法間隔時間；悛悔實據及配合調查等態度等，且若違法結合的事業係自首或於調查中自認，並於事後採取之補救措施業將損害減至最低者，即得減輕罰鍰或不處其罰鍰。

39. 公平會適用本條處分之實務上，依本條課處罰鍰的數額從罰鍰最低底線新台幣十萬元到上百萬元均有，但並未出現千萬元以上的紀錄。而公平會於執法初期，亦曾因配合產業政策的考量，經與他主管機關協商後，同意就一定期間前未經申報即結合的案件不予處分（269 次委員會決議）。此外，就受讓問題金融機構之營業及財產所衍生的違法結合案，可能是考量該等案件符合金融管理政策，且多半時間緊迫，違法惡性並不重大，故多僅處以最低罰鍰（參照板信商業銀行股份有限公司違法結合案（86 公處字第 214 號）），但亦曾特別於處分書中強調，於國營事業民營化過程中利用股票承銷作業取得經營權屬情節重大等理由，依本條規定處予違法行為當時最高額度之罰鍰（參照威京開發投資股份有限公司違法結合案（85 公處字第 195 號處分書））。

## 第四十一條 違反本法規定之行政責任

### 現行條文（1999年2月3日修正公布）

「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」

### 修正前條文（1991年2月4日公布）

「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止。」

### 參考文獻

立法院秘書處（1992），《法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案》；立法院秘書處（1996），立法院公報，第88期第6卷；廖義男（1994），《公平交易法之釋論與實務（第一冊）》；廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；洪家殷（1999），〈新修正公平交易法第41條後段之適用與行政秩序罰之關係〉，《全國律師1999年10月號》，頁74-78；蘇永欽（1999），〈檢舉人就公平會未為處分之函覆得否提起訴願〉，《跨越自治與管制》，頁55-86；吳庚（1999），《行政爭訟法論》；陳櫻琴（2000），〈「先行政後司法」之法律分析〉，《公平交易法與經濟政策》，頁115-157；廖義男（2001），〈從行政法院裁判看公平交易法實務之發展〉，《公平交易法施行九週年學術研討會論文集》，頁1-73；黃銘傑（2002），〈論公平交易法上之檢舉與公平交易委員會之不作為〉，《公平交易法之理論與實際》，頁517-558；蕭文生（2002），〈公平交易法爭議與行政爭訟程序〉，《公平交易法施行十週年回顧與前瞻學術研討會論文集》，頁541-584。洪家殷（2002），〈論裁罰標準表之性質及目的〉，《台灣本土法學第41期》，頁23-36；廖義男（2003），《行政法之基本建制》；汪渡村（2004），

《公平交易法》；公平會（2004），《認識公平交易法（增訂第 10 版）》；吳秀明（2004），〈事業以聯合行為或濫用市場地位調漲價格經處分後要求回復原狀之探討〉，《競爭法制之發軔與發展》，頁 641-655。吳庚（2005），《行政法之理論與實用（增訂 9 版）》。

#### 第四十一條 違反本法規定之行政責任

##### 壹、法制比較

- 一、美國
- 二、日本
- 三、德國
- 四、歐洲聯盟

##### 貳、立法沿革與體系定位

- 一、立法沿革
- 二、體系定位

##### 參、構成要件分析

- 一、「違反本法規定」之意義
- 二、限期命停止、改正其行為或採取必要更正措施
- 三、罰鍰之裁處及其裁量基準
- 四、逾期不停止、改正或採取必要更正措施

##### 肆、程序與救濟

- 一、公平會依本條規定為糾正或罰鍰處分之行政程序
- 二、救濟程序

##### 伍、法律適用

- 一、公平法第 41 條與其他法律相關規定競合適用之基本原則
- 二、公平法第 21 條與其他法規關於廣告或標示之規範
- 三、公平法第 10 條與電信法上關於市場主導者之規範

## 壹、法制比較

### 一、美國

1. 就執法權限而言，反托拉斯局專屬負責休曼法之執行，並和FTC共同執行克萊登法；在FTC部分，以FTC Act第 5 條關於不公平與欺罔行為之案件為主。此外，FTC對克萊登法中關於差別取價（第 2 條）、搭售（第 3 條）、結合（第 7 條）、

及禁止兼任競爭事業董事（第 8 條）等規定，與DOJ同時享有管轄權。為避免管轄重疊而生執法衝突的情形，二主管機關已形成了不成文的執法默契，透過知會他方與依違法行為類型及產業別等方式、來區分彼此的管轄範圍。<sup>1</sup> 除法律之明文外，美國聯邦最高法院於 1948 年的Cement Institute一案中<sup>2</sup> 表示FTC Act 第 5 條中所禁止之“不公平”競爭行為，包括違反休曼法之行為在內；反之，不違反休曼法之行為，只要與反托拉斯法之立法精神與目的相悖，仍可能被歸類為不公平之競爭手段，而對此，FTC有認定之權<sup>3</sup>。

### (一)DOJ 之權限與救濟手段

2. DOJ可採行之救濟手段包括刑事與民事訴訟。就刑事部分，主要係針對違法休曼法第 1 條關於限制交易，與第 2 條關於獨占及意圖獨占行為規定者，司法部得向聯邦法院提起刑事訴訟。依 1974 年所通過的「反托拉斯程序及懲罰法」（Antitrust Procedure and Penalties Act）之規定，違法行為人最高可處 3 年以下有期徒刑；個人與公司並可分處 35 萬及 1000 萬美金以下的罰金。再者，依 1987 年的「罰金改革法」（Criminal Fine Improvements Act）第 3571（d）條之規定，對於重罪（felony），在不影響合理科刑程序時程的前題下，法院得在不超過犯罪人犯罪利得，或行為對被告以外之人所生之財產損失的 2 倍範圍內，科處罰金。<sup>4</sup> 另外，依克萊登法第 14 條之規定，違反反托拉斯刑事責任規定之公司，若其個人董事、經理人（officers）、或代理人（agents）所授權、命令、或從事之任何行為構成違法行為之一部或全部時，個人也視同違法，可處最高 1 年以下有期徒刑或科或併科 5000 美金以下的罰金。

3. 在民事部分，「損害賠償」、「禁制性處分」（injunctive relief）和「協議裁決」（consent decree）是 DOJ 經常於民事救濟程序中所使用之手段。依克萊登法第 4A 條之規定，美國政府若因違反反托拉斯法行為而受有損害時，不論金額大小，皆得以向被告所在地之聯邦地方法院，提起民事 3 倍損害賠償訴訟。常見之案例類型為政府採購案中所涉及之綁標或圍標案件。其中較為特殊的規定，乃克

---

<sup>1</sup> Milton Handler, Robert Pitofsky, Harvey J. Goldschmid, & Diane P. Wood, Trade Regulation: Cases and Materials 111 (4<sup>th</sup> ed. 1997).

<sup>2</sup> 333 U.S. 683 (1948).

<sup>3</sup> *Id.*, at 708-09.

<sup>4</sup> Handler, Pitofsky, Goldschmid, & Wood, *supra* note 4, at 99.

萊登法第 7A(g)(1)條之規定，對於違反本條關於結合前申報規定者，美國政府得於民事訴訟程序中，以「民事制裁金」(civil penalty) 的名義要求被告補償，金額以違法期間每日 11,000 美金計算。

4. 在「禁制性處分」(injunctive relief) 部分，依休曼法第 4 條之規定，美國聯邦法院享有預防或限制違反休曼法行為之司法管轄權。該條更明定美國各州檢察官，有義務在檢察總長的指揮下，利用衡平法的程序，禁止可能違法之行為。另外克萊登法第 16 條也明定，任何因行為人違反反托拉斯法行為而受有損害之當事人（包括美國政府在內），只要能證明該違法行為將產生立即 (immediate) 而無法回復 (irreparable) 之損害時，得請求法院頒佈初步禁制令 (preliminary injunction)，禁止被告於訴訟終結前，繼續從事涉案之不法行為。此外，DOJ 於不法合併或濫用獨占地位案件中，也可要求法院以禁制令之方式強迫涉案廠商解散 (dissolution) 或解體 (divestiture)。

5. DOJ所提起之民事救濟程序，以和解方式收場者居多。通常係由DOJ向被告提出主管機關所認為適當之制裁方式，在被告同意該制裁條件，並經法院許可後，訴訟即視為撤回。此於美國反托拉斯法救濟程序上，統稱協議裁決。至於行政部門在何情形下，得與涉案當事人進行制裁條件之協商與談判？美國相關的反托拉斯法規並無明確之規定。以得提出之時間為例，DOJ得以在案件調查中、調查後起訴前、起訴後判決前、甚至於在判決後提出協議之要求。而訴訟當事人雙方得為合意之協議內容更是無所不包，就過去的經驗而言，舉凡特定行為之禁止、未來行為之許可要求、合理或無償之強制授權、產量調整之限制、事業解散或強制解體等條件，皆曾出現於DOJ與涉案當事人所成立之協議裁決中。協議裁決之所以受到政府主管部門青睞，乃其可避免因反托拉斯訴訟拖延，所需投入之大量的人力與時間成本。相對的，對被調查之涉案當事人而言，除可節省訴訟成本，以及維持商譽形象外，只要協議成立於法院判決前，當事人接受協議條件之表示，不得被其他人於爾後之相關訴訟中，據為當事人認罪或承認法律責任之依據。此與法院透過訴訟程序，而宣告當事人敗訴之判決，得為其他原告於訴訟中引當事人行為不法之表面證據 (prima facie evidence) 的情

形，二者在法律效果上有顯著的差別。<sup>5</sup>

6. 於草擬之協議為涉案當事人所接受後，依「反托拉斯程序與制裁法」之規定，協議之內容需於預定生效日前 60 天內提出於聯邦地方法院，並接受公評。此外，DOJ 需針對協議之內容提出「競爭影響說明書」(competitive impact statement; CIS)，並刊登於聯邦公報 (Federal Register)，用以向社會說明採行協議裁決之目的、與實現公共利益之關聯性、制裁手段之合理性、及替代制裁手段之效果比較等。協議之內容一經法院許可後，當事人需確實遵守執行，否則將受到藐視法庭之刑事與民事責任；但對於不合時宜或事後證明執行有困難之裁決，當事人也可向法院請求修改或廢止之。<sup>6</sup>

## (二)FTC 之權限與救濟手段

7. 除無刑事制裁權外，FTC 依美國反托拉斯法規所得行使之制裁手段與 DOJ 頗為類似。歸納而言，主要有「停止與禁止」命令 (cease-and-desist order)、協議命令 (consent order)、民事救濟、禁制性處分、與協助法院設計制裁方式等幾大類。

### 1、「停止與禁止」命令

8. 依 FTC Act 第 5(b)條與克萊登法第 11 條之規定，只要 FTC 「有理由相信」(have reason to believe) 事業之行為已構成不公平或欺罔之行為時，基於保護公共利益之要求，FTC 有義務透過適當之行政程序與制裁來加以限制之。而其中最常為 FTC 所使用之救濟手段，乃由 FTC 向涉案廠商發出「停止與禁止」命令，要求其放棄且不得再繼續採行被 FTC 認定為不法之競爭行為。對此命令，若當事人不服，得向 FTC 會內之行政裁決官 (Administrative Law Judge; ALJ) 請求審議該命令之妥當性，於程序中，FTC 須指派會內代表律師出席。ALJ 於所為之初步裁決中，得支持或否決 FTC 競爭局之命令；對於其判決，當事人得上訴至委員會，要求委員再行審議。對委員會之決定若仍不服，當事人可進一步向聯邦上訴巡迴法院與最高法院提出上訴，以資救濟。惟當事人倘未於命令送達後 60 天內依行政與司法途徑尋求救濟時，該命令即屬確定。

<sup>5</sup> 陳志民，《「嚇阻」(deterrence)概念下之反托拉斯法私人訴訟—「最適損害賠償」理論之政策啓示》，人文及社會科學集刊第 14 卷第 1 期, 501-502 (2002).

<sup>6</sup> John M. Nannes, *Termination, Modification, and the Enforcement of Antitrust Consent Decrees*, 15 *Antitrust* 55 (2000).

## 2、協議命令

9. 若受到 FTC 「停止與禁止」命令處分之當事人，不擬對 FTC 之命令提出異議，也可與 FTC 就「停止-禁止」命令之內容達成合意，而以協議之方式終結案件之調查。其程序與 DOJ 於運用協議裁決時所需遵守之規定極為類似，通常是由 FTC 將其調查後認定違法之事實，與 FTC 所草擬之命令內容，通知行為人；行為人得就命令之內容與 FTC 進行協商，於達成共識後，協商後內容視為是 FTC 正式之「停止-禁止」命令；而於命令生效前，社會大眾有 60 天之期間得以就該協議內容表示反對之意見。與 DOJ 不同者，乃 FTC 於收到相關之公評後，得獨立決定是否修正協議之內容，而不需由法院為之；與 DOJ 相同者，乃就可以成為雙方協議內容而言，FTC 透過協議裁決的方式，得對行為人之競爭行為，為相當廣泛之限制與管制。雖然在理論上聯邦巡迴上訴法院有權廢棄或修正 FTC 所為之命令，但只要有實質之證據得以支持協議命令的內容，而且 FTC 並無濫用行政裁量權之情事時，於多數情形下，法院均傾向於支持 FTC 之協議命令。

## 3、民事救濟手段

10. 於 FTC 之命令（含因協議命令所為者）確定生效後，行為人若有違反該命令之行為時，依 FTC Act 第 5(l)條之規定，美國政府得透過檢察總長，向行為人所在地之聯邦地方法院提起民事訴訟，最高得要求行為人每日支付\$11,000 之賠償金。另外，對於違反結合申報規定或不遵守 FTC 因違反違克萊登法第 2、3、7、8 條規定所為之命令者，FTC 也得要求檢察總長以民事訴訟請求當事人支付每日\$11,000（克萊登法第 7A(g)(1)條）及\$5,000（克萊登法第 11(l)條）以下之民事制裁金。於檢察總長未能於 FTC 所請求之期限內提起訴訟時，依 FTC Act 第 16 條之規定，FTC 得自行指定會內律師獨立提起該項民事訴訟。再者，對違反協議命令外之「停止與禁止」命令者，FTC 得單獨提起民事制裁金（第 5(m)(1)(B)條）。民事制裁金旨在懲罰違反命令或申報義務之當事人，而非在補償，與懲罰性賠償的目的類似。

## 4、申請法院禁制令

11. 依 FTC Act 第 13(b)條之規定，當 FTC 發現廠商之行為已違反或有違反 FTC Act 之虞時，得獨立向聯邦地方法院提起訴訟要求法院以禁制令（injunction）禁



止廠商採行該行爲。另外，依克萊登法的規定，FTC亦得要求法院以初步或暫時禁制令（preliminary or temporary injunction）的方式，要求未遵守結合申報相關規定之當事人履行申報或提供文件資料的義務（克萊登法第 7A(g)(2)條）。此外，FTC也可視實際情況需要提出相當證據，要求法院以「永久性禁制令」（permanent injunction）之方式，禁止廠商不得採行某類行爲，例如以此禁止業者不得繼續從事不實與誤導之廣告等。<sup>7</sup>

## 5、協助法院設計制裁方式

12. 爲借重 FTC 在競爭政策與法規上之專業，FTC 依法所享有的另一獨特的制裁權限，則是協助法院於審判終決後，設計制裁的手段。依克萊登法第 7 條之規定，法院於審理終結後，若認定政府應勝訴，得將案件提交予 FTC，並要求委員會就適當之判決內容與制裁形式，向法院提出草擬之報告，再由法院決定是否採行。

13. 至於在州政府執法方面，由於本質上屬於私人訴訟的特殊類型，其所可主張的救手段與私人反托拉斯訴訟相同。較特殊者，乃依克萊登法第 4C 條和 16 條的規定，州檢察長得以州的名義，爲居住於該州之自然人提起反托拉斯法的代理（*parens patriae*）訴訟，請求法院爲相關之禁制處分決定及 3 倍損害賠償。

## 二、日本

14. 對於違反獨占禁止法相關規定之事業，公平會除得以裁決進行處分外，並得對於特定行爲處以類似於我國法上罰鍰之「課徵金」。所謂的特定行爲，係指有關價格之聯合行爲或獨占行爲，或是因實質地限制供給量、購入量、市場占有率或交易相對人而致影響價格之聯合行爲或獨占行爲。根據獨占禁止法第 7 條之 1 第 1 項至第 6 項規定，課徵金徵收之金額，依違法事業之規模、種類不同而有不同的最高金額上限，於非中小企業之情形，對製造業得徵收之課徵金金額爲其違法行爲實施期間中之營業額的 10%、批發業爲 2%、零售業爲 3%；於中小企業之情形，對製造業得徵收之課徵金金額爲其違法行爲實施期間中之營業額的 4%、批發業爲 1%、零售業爲 1.2%。惟當被處罰事業於過去十年中，曾受到課徵金之處分時，則得徵收之金額爲上述金額的 1.5 倍。另一方面，當被課

---

<sup>7</sup> FTC v. Simple Access Inc et al, (CV-No. 00-1210 PHX SMM, 2001)

徵事業其違法行為實施期間不超過二年，而於公平會開始調查日前一個月以前停止該當行為者，得徵收之課徵金額上限為上述金額的 80%。

15. 2005 年 4 月 20 日的獨占禁止法修正，為提供違法事業自行舉發其所參與之違法行為的誘因，特別於第 7 條之 1 第 7 項至第 12 項規定，引進課徵金減免制度。當事業於公平會開始進行調查前，單獨對公平會提供有關違法行為之事實或資料時，第一個提供該等資訊者，其課徵金全免；第二個提供資訊之事業，其課徵金額減少 50%；第三個提供資訊之事業，其課徵金額減少 30%。若於公平會開始調查前，提供違法資訊之事業，未超過三家時，則依其不足數，可對在公平會開始調查後始提供違法資訊之事業，各減少其課徵金額 30%。易言之，全體可以享受課徵金減免制度者，不論於公平會開始調查前後，總共只能有三家。另外，為防止事業不當濫用此一制度，對提供虛偽不實資訊或強制他事業實施違法行為之事業，不得享受此一減免制度。

### 三、德國

16. 營業競爭限制防止法第 81 條以下，規定罰鍰程序（Bußgeldverfahren）。此一程序規定可以說是延伸「違反秩序罰法」（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; OWiG）有關罰鍰程序的規定。GWB 於第 83 條以下僅就與秩序違反法有所差異的管轄及審級加以規定<sup>8</sup>。

17. GWB 第 81 條對於處以行政罰鍰的行為加以規範，包括以下幾種類型：

- (1) 因故意或過失違反歐體協約之規定：1.違反第 81 條第 1 項有關卡特爾合意、協議或互為一致行為之禁止規定；2.違反第 82 條第 1 句有關濫用顯著市場地位之規定。
- (2) 因故意或過失違反 GWB 以下規定：1.違反第 1 條卡特爾禁止規定、第 19 條第 1 項濫用控制市場地位、第 20 條有關差別待遇及不合理阻礙之禁止、第 21 條第 3 項或第 4 項禁止強制杯葛或強加他事業陷於經濟上劣勢、第 41 條第 1 項第 1 句禁止結合之規定；2.卡特爾署

<sup>8</sup> Emmerich, Kartellrecht, S.368.

所為之執行命令；3.對於第 39 條第 1 項結合管制申報之不實或不完整；4.對於第 39 條第 6 項參與結合事業報備之不實、不完整或未及時提出；5.違反第 40 條第 3 項第 1 句所課與不禁止結合的限制或負擔，或第 42 條第 2 項第 1 句經濟部長許可結合所附加之限制或負擔；6.對於第 59 條第 2 項卡特爾署請求答覆之內容，有不實、不完整或未及時提出、未提出相關證據等行爲。

(3) 違反 CWB 第 21 條第 1 項妨礙供給或需求之行爲；第 21 條第 2 項脅迫；或者違反第 24 條第 4 項第 3 句（競爭規則）或第 39 條第 3 項第 5 句（事業結合申報）之陳述。

**18.**

GWB 第七次修正除將歐盟理事會 1/2003 規則有關罰鍰的程序規定，落實於修正內容外，亦明訂有關法院罰鍰程序的規定。於第 82a 條即規定，於法院中的罰鍰程序，卡特爾署代表得以詰問被告、證人及鑑定人。法院程序之管轄，爲聯邦卡特爾署所在之邦高等法院（GWB 第 83 條）。若爲法律抗告案件，則由聯邦最高法院管轄（GWB 第 84 條參照）。

**四、歐洲聯盟**

**（一）限制競爭法**

歐體競爭法上對於限制競爭行爲之行政制裁，係分別就歐體條約第 81 條、第 82 條及結合管制加以規定。

**19. 1、違反歐體條約第 81 條及第 82 條**

關於歐體條約第 81 條及第 82 條之行政制裁，係規定於理事會爲執行此二條規定所制訂之理事會第 1/2003 號規則。

**（1）確認違法行爲、命其停止及採行附加措施**

對於違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行爲，依理事會第 1/2003 號規則第 7 條之規定執委會能加以確認，並要求參與違法行爲之事業或事業團體停止其行爲。執委會並得採用能使違法行爲或狀態有效停止之行爲或結構型態之附加措

施。

## （2）課以罰鍰

### A、處罰 10%營業額者

20. 除命停止違法行為外，對違法者處以罰鍰（秩序罰），係歐體競爭法之主要制裁手段。對於事業或事業團體故意或過失所為違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行為、違反執委會依理事會第 1/2003 號規則第 8 條所為臨時處分之行為、或違反執委會依理事會第 1/2003 號規則第 9 條以決定宣告為有拘束力之「義務承諾」之行為，執委會對事業及事業團體最高得課以上一營業年度總營業額 10% 之罰鍰(fines; Geldbußen)(參照理事會第 1/2003 號規則第 23 條第 2 項第 1 款、第 2 款)。前述事業團體之行為如與其成員之行為有關，則罰鍰之總額不得超過在違法行為所影響之市場活動之事業團體成員營業總額之 10%（參照理事會第 1/2003 號規則第 23 條第 2 項第 3 款）。

### B、處罰 1%營業額者

21. 事業或事業團體故意或過失所為之下列行為，執委會依理事會第 1/2003 號規則第 23 條第 1 項之規定對事業及事業團體最高得課以上一營業年度總營業額 1% 之罰鍰：1、於執委會以一般要求方式請求提供資訊時，提供不實或誤導之資訊。2、於執委會以正式決定之方式要求提供資訊時，提供不實、不完全或誤導之資訊，或未於決定中所定期限內提供資訊者。3、執委會在調查案件過程中依理事會第 1/2003 號規則第 20 條規定實施檢查權時，未提供完整之帳冊或其他交易文書，或於執委會以正式決定之形式實施檢查時未予配合容忍者。4、在執委會依理事會第 1/2003 號規則第 20 條第 2 項規定實施調查訊問時：（1）為不實或誤導之回答者。（2）對於職員所為之不實、誤導或不完整之回答，未於執委會所定之期限內加以更正者。（3）執委會以正式決定之形式實施檢查時，對於與上述決定之調查內容及目的所相關聯之事實，為不完整之回答或拒絕為完整之回答者。5、破壞執委會依法<sup>9</sup>所為之查封者。罰鍰之課處，尤應考量違法之嚴重程度及違法行為之持續時間<sup>10</sup>。

<sup>9</sup> 參見理事會第 1/2003 號規則第 20 條第 2 項第 4 款。

<sup>10</sup> 參見理事會第 1/2003 號規則第 23 條第 3 項。

### (3) 課以怠金

22. 除對違法之事業及事業團體課以秩序罰外，執委會也能對事業及事業團體課以執行罰性質之怠金(Zwangsgeld; periodic penalty payments)，以迫使違法者服從執委會之決定。故理事會第 1/2003 號規則第 24 條第 1 項規定，執委會得對於事業及事業團體以決定之形式，自該決定所定之日起，課以最高為上一營業年度平均日營業額 5%之日怠金，以迫使事業或事業團體：1、停止依執委會之決定所認定違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行爲。2、遵行執委會所爲之臨時處分。3、履行事業所爲之義務承諾。4、精確完整提供執委會以決定之方式所要求提供之資訊。5、容忍執委會以決定之方式所爲之檢查。

### 2、違反結合管制規則

23. 上述規定乃對違反歐體條約第 81 條或第 82 條之行爲所做之行政制裁；另外關於結合管制，理事會第 139/2004 號規則（簡稱歐體結合管制規則）對於違法行爲，另行設有類似之行政制裁之規定，以滿足結合管制之需要。

如相關事業在合併實施前未提出申報、在等待期間中即實施結合，執委會即得依結合管制規則第 14 條第 2 項第 1 款之規定，對其處以不超過該事業年度總營業額 10%之罰鍰。又相關事業在執委會審查時有提供正確資訊及接受調查之義務，並應遵守附於宣佈合併與共同市場相容決定之限制條件。如事業拒絕提供資訊、提供不實資訊或妨礙調查時，執委會將處以不超過該事業年度總營業額 1%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 1 項)；如相關事業違反附限制條件之義務時，執委會將處以不超過該事業年度總營業額 10%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 2 項)。而當執委會宣佈合併與共同市場相容之決定係基於相關事業所提供之不正確資訊所作成，以及當相關事業違反附限制條件之義務時，執委會尚得撤銷原准許合併之決定(結合管制規則第 8 條第 6 項)。

24. 如執委會發現相關事業已於事前執行其合併案，而該合併案後來被宣告與共同市場不相容；或相關事業係違反附限制條件之義務執行其合併案，而缺乏該條件合併案將在共同市場或其實質部分顯著影響競爭時，執委會得作成決定勒令該參與結合之事業解體，或以其他適當之方法回復原狀(結合管制規則第 8

條第 4 項)，並得對該相關事業處以不超過年度總營業額 10%之罰鍰(結合管制規則第 14 條第 2 項)，以維護市場有效競爭。

25. 其次，歐體結合管制規則第 15 條也設有課以不超過平均日營業額 5%之日怠金規定，以迫使事業遵守執委會依結合管制規則發布之決定所設之作爲或不作爲義務，例如提供必要資訊、服從及配合檢查等。

## 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

#### (一) 行政院草案與立法院通過之條文

26. 在行政院於 1986 年 5 月函請立法院審議之「公平交易法草案」中，對於事業違反公平法之行政責任，共設有四條規定，分別爲第 40 條（事業違反結合許可規定之處罰），第 41 條（事業違反第 24 條「其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲」規定之處罰）、第 42 條（事業違反「多層次傳銷管理辦法」之處罰）及第 43 條（事業拒絕行政調查之處罰）。其中，原草案第 41 條規定之內容爲：「事業違反第二十四條規定，經中央主管機關命其限期改正而不改正或停止其行爲而不停止者，處五千元以上五萬元以下罰鍰。期滿仍不改正或停止其行爲者，得繼續限期命其改正或停止其行爲，並按次連續處一萬元以上十萬元以下罰鍰，至改正或停止其行爲。」<sup>11</sup>嗣後在立法院經濟、司法兩委員會完成一讀審查時，仍維持行政院前述原案。

27. 惟至院會審議時，立法委員認爲依行政院當時之草案設計，對於違反公平法規定之行爲多採取刑事制裁，另設置公平會作爲本法主管機關恐難發揮其功能，爲強化公平會之監督及執法權能，應有賦予公平會一般糾正及處罰權限之必要，不應只限於違反第 24 條之情形，且原草案之罰鍰金額偏低，不足以達到遏止事業違法之效果，遂將本條規定大幅修正爲：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行爲；逾期仍不停止或改正其行爲者，

---

<sup>11</sup> 經濟部研擬之公平交易法草案第 41 條規定爲：「事業違反第二十二條規定，經中央主管機關命其改正而不改正或停止其行爲而不停止者，處一萬元以上十萬元以下罰鍰。連續不改正或不停止其行爲者，並得連續處罰之。」該草案第 22 條即係規範其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行爲。

得繼續限期命其停止或改正其行爲，並按次連續處罰新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正爲止。」

## 28. (二) 1999年2月修正通過之條文

在公平法施行後，公平會經過一年多之執法經驗，認爲本條「先糾正，後處罰」之處置方式，不足以充分發揮執法成效，遂研議修正本條之規定，擬使公平會對於違反本法之事業，除糾正外並得逕行科處罰鍰，以強化取締及制裁之效果。因此，修正草案乃規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，除本法另有規定外，得處新台幣五十萬元以下罰鍰，並得限期命其停止或改正其行爲；逾期仍不停止或改正其行爲者，得繼續限期命其停止或改正其行爲，並按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正爲止。」依行政院通過送請立法院審議之草案修正理由，其說明如下：「一、依執行本條前段規定之實際經驗，發現現行規定易致違反本法規定之事業，存有可違反本法一次而不受處罰鍰之僥倖心理，爲增強執法效果，爰於本條前段『公平交易委員會對於違反本法規定之事業』下，增訂『除本法另有規定外，得處新台幣五十萬元以下罰鍰』等文字。二、所稱『本法另有規定外』，係指第四十條、第四十二條已有逕處罰鍰之規定。」

29. 上述修正草案送請立法院審議後，陳傑儒委員等提出另一版本之修正條文爲：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正或採取必要更正措施，逾期仍不停止、改正或採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正或採取必要更正措施，並按次連續處罰一百萬元以下之罰鍰，至停止、改正其行爲或採取必要更正措施爲止。」依提案委員之說明，其修正理由爲：「一、係爲配合先警告後處罰之原則辦理。二、爲杜絕不肖事業以先違法後停止之方法來從事不公平競爭，乃增列採取必要更正措施之規定，以維合法事業之權益。」(參立法院公報，第88卷第6期，頁896、897)。

30. 最後，經朝野協商，將上述兩版本之修正草案予以整合，除維持行政院原草案糾正與處罰併行之規定外，並增列「或採取必要更正措施」之文字，並參考第35條之修正，將原得逕以刑罰制裁之違反第10條、第14條、第20條第1項之行爲，改爲「先行政，後司法」，即上述違法行爲須先經中央主管機關依第41條爲處分後，而逾期未停止、改正其行爲或未採取必要更正措施，或在爲相同或類似違反行爲者，始得處以刑罰，惟恐此種變更將使處罰規定之威嚇作用

受到影響，乃大幅提高罰鍰額度，將本條規定修正為：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」

## 二、體系定位

31. 本條係對於事業違反公平法規定，而課予其行政責任之一般性實體規定（參照本條邊碼 11 至 14）。又立法者為避免本法專責主管機關公平會與司法偵查機關，在行為違法與否之判斷上，產生歧異，為尊重公平會之專業判斷，乃於公平法第 35 條第 1 項、第 36 條、第 38 條規定，對於事業違反本法第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項或第 19 條規定者，均採取「先行政，後司法」之原則，使其成為「依附行政處分之犯罪行為」。亦即，經公平會依本法第 41 條規定「限期命違法事業停止、改正其行為或採取必要更正措施」，而該事業逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，即成為對事業法人及行為人（事業負責人）論以刑事制裁之前提構成要件（參照：第 35 條第 1 項、第 36 條、第 38 條）。

32. 在 1999 年 2 月公平法第 41 條修正前，依行政院所提出之原修正草案，本有「除本法另有規定外」之文字，乃明確將應適用本法第 40 條、第 42 條規定之行為，排除在第 41 條之適用範圍外，惟該段文字在最後修正通過之條文中，並未被列入。茲將本條與本法其他行政責任規定間之適用關係，說明如下：

### （一）公平法第 41 條與第 40 條

依公平法第 40 條規定：「事業違反第十一條第一項、第三項規定而為結合，或申報後經中央主管機關禁止其結合而為結合，或未履行第十二條第二項對於結合所附加之負擔者，除依第十三條規定處分外，處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰（第 1 項）。事業結合有第十一條第五項但書第二款規定之情形者，處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰（第 2 項）。」乃針對事業違反本法結合管制規範之行為，另為特別規定。因公平法第 13 條對於違反結合管制規範之事業，已規定公平會得「禁止其結合、限期命其分設事業、處分全部或部分股份、



轉讓部分營業、免除擔任職務或為其他必要之處分」，特別針對市場結構面另設有命違法事業停止或改正之處置措施，無須再適用第 41 條規定予以糾正。又立法者既已分別於公平法第 40 條第 1 項及第 2 項，對違反本法規定之特定行為類型，設有不同額度之罰鍰規定，公平會亦應尊重立法者之價值判斷，不得再依第 41 條規定對違法事業科處罰鍰（參照：第 41 條邊碼 25）。

### 33. (二) 公平法第 41 條與第 42 條

按 1999 年 2 月修正前公平法第 42 條規定：「違反中央主管機關依第二十三條第二項所定之管理辦法者，得處新台幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰；情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。」換言之，違反多層次傳銷管理辦法之事業，雖已有第 42 條之處罰規定，惟並未規定公平會得命違法事業「停止或改正其行為」，此時公平會得否再援引用第 41 條對違法事業予以糾正？頗有爭議（廖義男，1995，頁 318、319）。惟公平會實務上，則採取肯定說之立場，認為第 41 條與第 42 條可以併用，行政法院對其見解亦皆予以支持，可參見受茂企業有限公司（公平會（81）公處字第 008 號處分書，行政法院 82 年判字第 2572 號判決）及台灣妮芙露股份有限公司（公平會（82）公處字第 022 號處分書，行政法院 83 年判字第 1260 號判決）等違反多層次傳銷管理辦法之案例。

34. 至 1999 年 2 月，公平法第 42 條為配合原第 23 條第 2 項規定之刪除，以及第 23 條之 1 至之 4 之增訂，其條文修正為：「違反第二十三條規定者，除依第四十一條規定處分外，其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業（第 1 項）。違反第二十三條之一第二項、第二十三條之二第二項或第二十三條之三規定者，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止；其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業（第 2 項）。違反中央主管機關依第二十三條之四所定之管理辦法者，依第四十一條規定處分（第 3 項）。」對於違反第 23 條規定之不正當多層次傳銷，以及違反第 23 條之 4 多層次傳銷管理辦法者，均明訂得依第 41 條規定予以處分。惟對於多層次傳銷事業違反公平法第 23 條之 1 第 2 項、第 23 條之 2 第 2 項或第 23 條之 3 之規定者，除其情節重大者，另得其命令解散、停止營業或勒令歇業外，其餘行

政責任之規定均與第 41 條一致，應無須再行適用本法第 41 條規定，而逕依第 42 條第 2 項規定論處即可。

### 35. (三) 公平法第 41 條與第 43 條

依公平法第 43 條規定：「公平交易委員會依第二十七條規定進行調查時，受調查者於期限內如無正當理由拒絕調查、拒不到場陳述意見，或拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物者，處新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰鍰；受調查者再經通知，無正當理由連續拒絕者，公平交易委員會得繼續通知調查，並按次連續處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰，至接受調查、到場陳述意見或提出有關帳冊、文件等資料或證物為止。」倘就公平法第 27 條之規定本身觀之，其第 1 項僅稱「公平交易委員會依本法為調查時，得依左列程序進行」，乃賦與公平會一定之調查權限，而直接課予受調查者應配合行政調查之公法上義務者，則應為公平法第 43 條之規定。在最初之行政院版草案中，公平法第 41 條規定原僅係針對違反第 24 條規定之事業而設，其後正式通過之條文，雖擴張為「違反本法規定」者皆得適用，然其規範意旨，應係為強化公平會對於本法第二章及第三章各項禁止規定之執法權限，而不及於違反第 27 條程序規定之行為。公平會實務上，對於事業拒絕配合其依本法為調查者，似亦未見有適用第 41 條論處之案例（參照：第 27 條、第 43 條）。

## 參、構成要件分析

### 一、「違反本法規定」之意義

#### 36. (一) 違反本法明訂「不得為」之禁止規定

公平法第 41 條乃係對違反本法規定之事業課予行政責任，故本條規定適用之前提，自須公平法已課予事業一定之行政法上義務；倘公平法對於事業之競爭行為，僅欲規範其民事法上之效果時，如公平法第 21 條第 4 項規定，事業於法定情形下，得請求他事業附加適當表徵，所規範者即屬民事法上之權利義務，應無本法第 41 條適用之餘地。在公平法第二章及第三章之實體規範中，多數條文均明定事業「不得為」特定類型之行為，亦即對事業課予一「不作為」之公法上義務，包括：本法第 10 條（獨占事業濫用市場地位之行為）、第 14 條（聯合行為）、第 19 條（妨礙公平競爭之行為）、第 20 條（仿冒行為）、第 21 條第 1 項至第 3 項（虛偽不實或引人錯誤之廣告）、第 22 條（損害他人營業信譽之行為）。

爲)、第 23 條(不正當之多層次傳銷)、第 24 條(欺罔或顯失公平之行爲)等規定,法條上均有「不得爲」之明文,對於違反此類禁止規範之事業,公平會自得依第 41 條對其進行糾正或處罰。

### 37. (二) 是否包括違反本法第 18 條?

依公平法第 18 條規定:「事業對於其交易相對人,就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時,應容許其自由決定價格;有相反之約定者,其約定無效。」其對於限制轉售價格行爲之規範方式,相較於本法對其他行爲係採取「不得爲」之禁止規範,並非一致。亦即,公平法對於限制轉售價格之行爲,僅規定「應」容許其自由決定價格<sup>12</sup>,且更進一步明定其違反者,在民事法上效果爲「約定無效」。是以,本條規定能否認爲已課予事業公法上之義務,而使公平會對於事業限制轉售價格之行爲,得依第 41 條規定加以糾正或處罰,易滋生疑義。在公平會實務運作上,鑑於限制轉售價格行爲對競爭秩序所產生之負面影響較大,均仍認爲限制轉售價格爲本法所禁止,而適用本法第 41 條予以介入管制,此種見解,亦皆獲行政院支持(參照:第 18 條邊碼 41)。

### 38. (三) 不包括另有罰則特別規定之其他違反本法規定之行爲

參照:本條邊碼 11 至 14。

## 二、限期命停止、改正其行爲或採取必要更正措施

### 39. (一) 性質:屬「糾正權」而非「處罰權」

關於本條規定,公平會得限期命違法事業「停止、改正其行爲或採取必要更正措施」,對於此種處置之性質,有認爲係屬「管制罰」之一種(公平會,2004,頁 511)。另在賴萬成檢舉金又樺建設開發股份有限公司爲不實廣告一案,

<sup>12</sup> 公平法中規定事業「應」爲一定之行爲者,如公平法第 23 條之 1 第 2 項規定:「多層次傳銷事業『應』於契約解除生效後三十日內,接受參加人退貨之申請,取回商品或由參加人自行送回商品,並返還參加人於契約解除時所有商品之進貨價金及其他加入時給付之費用。」第 23 條之 2 第 2 項規定:「參加人依前項規定終止契約後三十日內,多層次傳銷事業『應』以參加人原購價格百分之九十買回參加人所持有之商品。」對於違反上述規定之多層次傳銷事業,公平法第 42 條已設有特別規定,即賦予其一定之公法上「作爲」義務,對於違反該作爲義務之事業,逕依第 42 條論處即可,其法律適用較爲明確。

行政法院在其判決理由中稱：「依公平交易法第四十一條明定：『公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行為……』，係責由被告視違反情節之輕重，對於違法之事業為裁量處分，而非對一切違反公平交易法之事業均須課以『行政罰』……」（行政法院 86 年度判字第 2256 號判決），認為公平會對檢舉人所檢舉之違法事由，未予糾正，乃公平會之裁量權限，似亦將第 41 條前段「限期命其停止或改正其行為」，認定屬「行政罰」之性質。

40. 按行政罰法第 2 條所規定之裁罰性不利處分<sup>13</sup>，雖包括「限制或禁止行為之處分」之類型（第 1 款）<sup>14</sup>，但其所限制或禁止之行為，須受處罰人原本得為之合法行為，因受處罰而被限制或禁止為該行為，而使受處罰人感受到不利益，始足當之為裁罰性之不利處分。如係原本即「不得為」之違法行為，而命其停止為此禁止之違法行為者，對於被命停止為該違法行為者而言，並無使其權利或自由受到不利益可言，故命停止違法行為之處分，並非裁罰性之不利處分，並不具行政罰之性質。何況，依本法第 41 條公平會得對違反本法之事業限期命「停止、改正其行為或採取必要更正措施」，不僅得命事業「不作為」（停止），必要時亦得命事業採取一定之「作為」（改正或更正），而與行政罰法上「限制或禁止行為之處分」，僅在限制或禁止相對人之行為，尚非一致。更重要者，本法第 41 條「限期命停止、改正其行為或採取必要更正措施」之處分，其重點不在處罰，而係欲糾正事業破壞市場競爭秩序之行為，使其違法狀態得以終止，僅屬一般之不利處分（廖義男，1995；洪家殷，1999）。易言之，倘事業之行為已違反本法規定，無論其是否具備行政罰法上關於行為人責任能力、責任條件、違法認識、免責條件等事由，公平會均得對其進行糾正，俾使市場回復原有之自由與公平競爭秩序。又公平會採取此類糾正處分，雖無行政罰法之適用，惟仍須遵守行政程序法上之相關規定，自屬當然。

41. 在基泰建設股份有限公司不實廣告案中，因被處分人於廣告中誤導消費者其銷售之房屋可興建合法夾層，經公平會認定違反公平法第 21 條第 1 項規定，以 87 年 3 月 1 日（87）公處字第 066 號處分書，命其停止違法行為。被處分人

---

<sup>13</sup> 行政罰法係於 2005 年 2 月 5 日由總統公布，定於本法公布後一年施行。

<sup>14</sup> 包括「限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請或其他限制或禁止為一定行為之處分」等情形。

雖抗辯該廣告在兩年前刊登後，早已未再使用該廣告，並無處罰之實益，惟行政法院仍認為「原告縱已停用系爭廣告或有與檢舉人達成若干協議，並不影響其違規行為之成立或阻卻其違法」，而維持公平會之原處分（最高行政法院 89 年判字第 1905 號），其見解值得贊同。蓋被處分人之違法行為雖已停止，但公平會所為之糾正處分，仍具有確認違法事實之警示作用。

## 42. (二) 意義及類型

### 1、「停止」或「改正」其行為

所謂「停止」，乃係命事業不得再繼續實施原違法行為，以使其違法狀態得以終止，通常係課予事業一不作為義務。所謂「改正」，乃係命事業調整、修正其行為之違法狀態，使其成為合法，通常係課予事業一作為義務，較停止處分具有更為積極之意義。以不實廣告為例，倘公平會對違法事業課予「停止」處分，通常係命相對人應停止該不實廣告繼續刊登或播放，倘公平會進而命該事業塗銷或修正原廣告不實之內容時，則應屬「改正」處分。又如聯合行為，公平會對於同業公會透過決議約束其會員之商品價格或其他交易條件，除命相對人停止該聯合行為外，並進而命其撤銷違法決議，並須將撤銷違法決議之事由通知會員與交易相對人時，即賦予相對人撤銷決議與通知之作為義務，亦屬一「改正」處分。在「大台北區瓦斯股份有限公司濫用市場地位對商品價格為不當決定」一案，被處分人藉其獨占事業之優勢市場地位，在用戶不知情下大量為用戶裝設較大流量之瓦斯計量表（五號燈表），以提高基本度數獲取不當利益，公平會認定其違反公平法第 10 條第 2 款規定，其處分書即命相對人「應立即停止前項違法行為，對既有五燈表用戶，無須更換燈表，改以三燈表之基本度計收費用」，被處分人既須「停止」原先收取不當高價之行為，即表示事業應降低價格以「改正」其違法行為（公平會（89）公處字第 038 號處分書、台北高等行政法院 90 年度訴字第 1091 號判決）。

43. 公平會為使事業知其行為違法之所在，而能停止或改正之，在處分書主文之表現上，除首先確認事業之特定具體行為，已違反公平法某特定條文外，早期經常會再命被處分人「不得再為相同或類似之行為」。惟嚴格來說，所謂「不得再為相同或類似之行為」，是否即發生「命其停止或改正」之效果？就其字面意義，「不得再為」似乎是指不得再有「新行為」之發生，與「停止」係終止「舊行為」之繼續，含義並非全然相同，故公平會命被處分人「不得再為相同或類

似之行爲」，是否符合法意，有待斟酌。此外，公平會命事業「不得再爲相同或類似之行爲」，惟何種行爲可認爲是「類似」行爲？其範圍實難明確界定，易生爭執（另參照：第 35 條第 1 項、第 36 條）。是以，目前公平會之處分多係直接命被處分人「停止」違法行爲，幾已鮮有使用「不得再爲相同或類似之行爲」之用語。

#### 44. 2、「採取必要更正措施」

至於 1999 年本法修正時，立法者另於本條規定公平會得限期命事業「採取必要更正措施」，此項處置之意義爲何？與「改正」處分間應如何區別？有認爲本法施行細則第 28 條第 1 項規定，事業爲不實廣告之情形，公平會得依本法第 41 條規定命其刊登更正廣告，即屬命事業「採取必要更正措施」之例。是以，所謂「採取必要更正措施」，實爲「改正」之一種，其不僅在除去原違法行爲所造成之不法狀態，尚須再進一步以文字表達或澄清事實或爲其他必要之合法措施，其作用更勝於「改正」（公平會，2004，頁 515）。或認爲，所謂命事業「採取必要更正措施」，係指命事業將過去行爲所造成之違法狀態或後果予以排除，亦即違法之行爲雖經停止，但仍存在違法後續狀態時，得命事業排除之，而「改正」所涉及的則是事業未來之行爲，並不處理行爲停止後過去已經造成的違法狀態後續影響之問題（吳秀明，2004，頁 650、651）。

45. 惟在本法第 41 條尙未增訂公平會得「採取必要更正措施」之文字前，公平法施行細則中，已明訂公平會對於進行不實廣告之事業，得命其刊登更正廣告（參 1999 年 8 月 30 日修正前之公平交易法施行細則第 25 條）；且實務上，此類公平會要求被處分人刊登更正廣告之處分案例，亦屬常見，應屬命事業「改正」其行爲之處分。又於本法第 41 條規定修正後，公平會命被處分人「採取必要更正措施」之案例，可參見「證券櫃檯買賣中心及證券交易所濫用市場獨占地位不當定價」一案（公平會公處字第 091132 號處分書、公平會公處字第 091132 號處分書）。本案被處分人爲提供上市證券交易資訊之獨占事業，其除了對資訊廠商按月收取「固定費用」外，又另依資訊廠商所發展之不同傳輸方式，額外加收十萬元不等之「變動費用」，經公平會認定屬不當收取過高之對價（資訊使用費），有濫用市場地位榨取下游資訊廠商努力成果之情事，違反公平法第 10 條第 2 款規定。公平會除命被處分人停止濫用行爲外，並命其應「採取必要更正措施」，包括：（1）決定、維持或變更資訊使用費收取標準前，須充分揭

露依照會計原則且經會計師簽證之相關部門別成本收益細目資料予證券主管機關及資訊廠商參考。(2) 決定、維持或變更資訊使用費收取標準前，應與資訊廠商充分協商。(3) 取消現行「固定費用」與「變動費用」分列計收資訊使用費之方式，改採固定定額收費方式。上述公平會之「更正」處分，除了對於被處分人之不當價格決定行為，直接命其改採「固定定額」之計價標準外，更進而要求被處分在決定價格之過程中，負有與交易相對人充分協商、充分揭露資訊之義務。然而，若將本案公平會要求事業採取之必要「更正」措施，與其他案例之「改正」處分相較，似未見公平會對「更正」與「改正」兩者，發展出更細緻之區別標準。

#### 46. (三) 限期之意義

本法第 41 條規定，公平會得「限期」命被處分事業停止、改正其行為或採取必要更正措施，如該事業「逾期」仍不停止、改正或採取必要更正措施時，方得依本條後段按次課予連續罰鍰。此項期限之訂定乃係主管機關停止、改正或更正處分規制內容之一部分，而非行政處分之附款（參照：行政程序法第 93 條第 2 項第 1 款），為糾正處分中所必須明定之事項。實務上，常以命被處分人自本處分書送達之次日起，應「立即」停止被確認違法之行為，係以處分書送達之次日起為期間之起算點，並以「立即」為期間。蓋違法行為本即不得為之，命「立即停止」即不容有違法行為仍繼續存在之期間，故被處分人如在被處分書送達之次日起，不即停止違法行為者，即屬「逾期」，公平回即可依本條後段為處分。至於限期命改正或更正措施者，公平會所定期限之長短，雖屬得由行政機關裁量之事項，惟其該期間長短必須相當，俾使被處分人明確知悉必須在該期限內，及能夠在該期限內改正或更正其行為，方符合比例原則。

### 三、罰鍰之裁處及其裁量基準

#### 47. (一) 科處罰鍰之要件

在 1999 年 2 月本條規定修正前，公平會對於違反本法之事業欲科處罰鍰，必須以「限期命其停止或改正其行為，而該事業逾期不為停止或改正者」，作為科處罰鍰之構成要件，以貫徹公平會糾正權之行使，著重在被處分人「不聽從糾正」行為之可責性。惟本條規定因當初立法倉卒，將原僅違反第 24 條改為「違反本法」，致其內容存有諸多缺失（廖義男，1995，頁 285-287 及頁 320-322）。

48. 首先，除本條規定外，因本法其他罰則規定並未能配合修正，以致相關法條對於處罰要件之規定，相形下顯得不盡合理。例如，依 1999 年 2 月修正前第 35 條及第 37 條之規定，違反第 10 條、第 14 條、第 20 條、第 23 條第 1 項或第 22 條之規定者，即構成犯罪行為而應受刑罰之制裁；但依第 41 條規定，事業違反上述規定之行為，仍採「先糾正、後處罰」之原則，其課予秩序罰（罰鍰）之要件，竟較刑罰制裁之犯罪行為構成要件更為嚴格，顯不甚合理。又如，依第 36 條規定，違反第 19 條之事業，經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，同時論以刑罰及違反秩序行為之罰鍰制裁，在同一法律上，對同一行為竟做不同責難程度之評價，立法上亦有疏忽而矛盾。

49. 再者，本條規定實際上僅賦予公平會對違反本法規定之事業，「得限期命其停止或改正其行為」，並未賦予對違法行為得直接處以罰鍰之權限。本條後段雖有「得按次連續處罰新台幣一百萬以下罰鍰」之規定，惟此項罰鍰規定，係以事業不服從公平會之糾正處分，為其構成要件，並非針對事業違反本法禁止之行為予以制裁。從而，本條規定對於制止違法行為之繼續，固然有其作用，惟對於違法行為之發生或再發生，因公平會對於違反本法之事業，不具直接處罰之權限，事業若心存僥倖，故意為違法行為，亦不至於立即受公平會以罰鍰制裁，其嚇阻作用尚屬有限。

50. 其後，為強化公平會取締及制裁之效果，於 1999 年 2 月已修正本條規定，故公平會對於違反本法規定之事業，除得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施外，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。因此，公平會依本條規定對違法事業進行糾正之同時，即可直接科處罰鍰，不再以事業不服從公平會之糾正處分，作為科處其罰鍰之前提要件。惟條文既稱「並得」科處罰鍰，即仍須以公平會同時為「限期命停止、改正其行為或採取必要更正措施」之糾正處分為必要，不應僅單獨科處罰鍰（與刑法上併科罰金之情形相當）。又「罰鍰」既屬行政秩序罰之一種，其科處自須具備行政罰法上構成要件該當性、違法性及有責性之要件（參照：行政罰法第 4 條、第 7 條至第 13 條）。

## 51. （二）處罰之對象

應依公平法第 41 條科處罰鍰之對象，乃違反本法規定之「事業」（參照：第 2 條），與本法第 35 條至第 38 條之刑事制裁規定，係採「行為人」與「法人」併罰之原則，並非相同。惟在行政罰法公布施行後，依該法第 15 條、第 16 條



規定，倘違反公平法之事業為私法人、設有代表人或管理人之非法人團體，或法人以外之其他私法組織時<sup>15</sup>，將對「事業」與「事業之董事或其他有代表權之人」併同科處罰鍰。此種事業與其有代表權之人併科罰鍰之情形，又可分為「事業之董事或其他有代表權之人，因執行其職務或為事業之利益為行為，致使事業違反本法規定而應受處罰，而該行為人如有故意或重大過失」，及「事業之職員、受僱人或從業人員，因執行其職務或為事業之利益為行為，致使事業違反本法規定而應受處罰，而事業之董事或其他有代表權之人，對該行政法上義務之違反，因故意或重大過失，未盡其防止義務」等兩種。又上述對事業有代表權之人與事業並受同一規定科處罰鍰之額度，不得逾新台幣一百萬元；但其所得之利益逾新台幣一百萬元者，得於其所得利益之範圍內裁處之（參照：行政罰法第 15 條第 3 項）。

## 52. (三) 裁處罰鍰之額度及其審酌標準

### 1、裁處罰鍰之額度

公平會對於違反本法規定之事業，得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。又罰鍰之裁處，除了警惕行為人注意其行政法上之義務外，對於違反行政秩序之行為人，亦有制裁及嚇阻之作用。因此，對於經濟及財稅上之行為，行為人因違反行政法上之義務所獲得之利益，有可能超過法定罰鍰之最高額，為避免行為人保有不法利益，行政罰法第 18 條第 2 項並規定：「前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制」，值得注意。

## 53. 2、裁處罰鍰之審酌標準

關於罰鍰裁處之審酌標準，行政罰法第 18 條第 1 項已明訂：「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。」此外，公平法施行細則第 26 條另規定依本法量處罰鍰時，應審酌之事項包括：1、違法行為之動機、目的及預期之不當利益。2、違法行為對交易秩序之危害程度。3、違法行為危害交易秩序之持續期間。4、因違法行為所得利益。5、事業之規模、經營狀況及其市場地位。6、違法類型曾否經中央主管機關導正或警示。7、以往違法類型、次數、間隔

<sup>15</sup> 不包括中央或地方機關或其他公法組織，參照行政罰法第 17 條。

時間及所受處罰。8、違法後悛悔實據及配合調查等態度。據此，公平會自 1999 年 7 月起即訂有「行政院公平交易委員會裁處罰鍰額度參考表及適用說明」（於 2005 年 5 月為最新之修正），此項參考表所列舉之裁罰應審酌事項，大致與本法施行細則所列事項相當。公平會在應依本法第 41 條前段規定裁處罰鍰時，係由承辦處依參考表所列事項，先行審酌違法案件相關情狀，並對照違法等級暨罰鍰額度表，擬具適當之罰鍰建議後，再提請委員會議裁決。

#### 54. 3、裁處罰鍰額度參考表之性質及效力

公平會「裁處罰鍰額度參考表」係為統一解釋法令、認定事實及行使裁量權而訂定，為行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定之「裁量基準」，而屬非直接對外發生法規範效力之行政規則。在國匯液化煤氣分裝公司等聯合調漲運裝費用一案，行政法院即表示：「裁處罰鍰額度參考表僅係被上訴人內部業務單位於處理具體案件時，參酌公平交易法施行細則第三十三條規定（按即現行施行細則第 36 條），就其違法程度，提供委員會決定罰鍰數額裁量之參考資料，並非行政處分之本身，要無違法之可言」（台北高等行政法院 90 年度訴字第 6275 號判決）。

55. 惟此類裁量性之行政規則，雖依行政程序法規定「未直接對外發生法規範效力」，但其作用，亦會使人民依該裁量基準之內容相應調整其行為，對人民之行為仍具間接規範作用，對於訂定規則之機關本身亦發生拘束力，即形成「行政自我拘束」之原則。從而，對於該裁量基準有無遵守，亦係判斷行政行為有無違法之依據。倘行政機關依裁量權所為之行政處分，違背其自訂之裁量基準時，即有裁量濫用之情形，而屬違法，其權益因該違法處分而受侵害之人民，即得循行政爭訟途徑將其撤銷之（參照：行政訴訟法第 4 條第 2 項、第 201 條規定）。

56. 公平會因違反其「裁處罰鍰額度參考表」之規定，致其處分遭行政法院撤銷之案例，可參見「台灣區麥粉工業同業公會聯合限定配額」（最高行政法院 93 年度判字第 968 號判決）及「國匯液化煤氣分裝公司等聯合調漲運裝費用」（最高行政法院 93 年度判字第 259 號判決）等兩案。在前一案例中，最高行政法院以自公平會原處分之事實欄記載中，無法認定被處分人之違法聯合行為係自民國 82 年間開始，惟公平會在審酌本件「違法行為對於交易秩序持續期間」時，卻認定被處分人自 82 年以來即持續為配額，期間長達五年以上，而將等級列為

A，其應考量之因素與所認定之事實不盡相符，並影響罰鍰裁罰之金額，最高行政法院遂以原處分關於罰鍰部分有裁量違法之情形，而維持原審撤銷原處分之判決。在後一案例中，公平會以被處分人之「關係企業」過去曾有聯合行為之違法紀錄為由，認為被處分人違法類型「曾經導正或警告」，事業以往違法「一次」，「有一為同一類型」、間隔時間「三年未滿」。惟最高行政法院認為，在公平會原處分卷內不僅無該關係企業違法紀錄之證據資料，且被處分人係公司組織之法人，與其關係企業分屬公平法第 2 條所稱各自獨立之「事業」，處罰之主體不同，因而認為公平會將其關係企業過去之違法行為，亦列入處罰被處分人之罰鍰裁量審酌事項，應屬不當，而將原判決廢棄發回。

57. 值得注意的是，在「台灣區麥粉工業同業公會聯合限定配額」一案中，台北高等行政法院曾以本案聯合行為之主體為同業公會，關於被處分人「違法行為所得利益」及「違法事業之規模、經營狀況、營業額」等審酌事項上，被處分人之行為固有造成消費者之損失，然被處分人本身並非營利事業，而為職業團體，其辦理聯合採購業務則僅為服務會員，不可能因辦理聯合採購而獲得任何實質利益。是以，所謂「違法行為所得利益」，應係被處分人之會員事業獲得，而非由被處分人獲得，公平會在列計其「違法行為所得利益」、「違法事業之規模、經營狀況、營業額」等事項時，亦不應以等級為 A 列計之，因而認為公平會此部分之裁量亦有瑕疵（台北高等行政法院判決 90 年度訴字第 1207 號判決）。惟台北高等行政法院此項見解，並未獲得最高行政法院支持（最高行政法院 93 年度判字第 968 號判決）。

#### 四、逾期不停止、改正或採取必要更正措施

##### 58. (一) 逾期不停止、改正或採取必要更正措施之意義

逾期不停止、改正或採取必要更正措施，係指被處分之事業未聽從公平會之糾正處分，未履行該糾正處分所課予之不作為或作為之公法上義務而言。1999 年 2 月修正後之公平法第 41 條規定，對於違反本法規定之事業，雖賦予公平會除糾正外並得逕行科處罰鍰之權力，不再以「限期命其停止或改正其行為，而該事業逾期不為停止或改正者」，作為科處罰鍰之構成要件。然而，本條前段之罰鍰額度為「新台幣五萬元以上二千五百萬元以下」，與後段按次連續處罰之罰鍰額度為「新台幣十萬元以上五千萬元以下」，並非一致，其罰鍰額度較高係為強化糾正處分之執法效果，以確保主管機關之執法威信。是以，公平會依第 41

條後段所定之額度，對違法事業科處罰鍰者，係以「限期命其停止、改正或採取必要更正措施，而該事業逾期仍不為停止、改正或更正」為其前提。

59. 公平會對於違反本法規定之事業，已限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施者，倘若事業對該處分表示不服而提起行政救濟者，於行政爭訟期間，公平會之糾正處分尚未發生形式之存續力（確定力）。若事業於糾正處分之原訂期限內，仍未停止、改正其行為或採取必要更正措施，能否認為其「逾期不停止、改正或採取必要更正措施」？由於訴願或行政訴訟之提起，原則上並不停止原行政處分之執行（參照：訴願法第 93 條第 1 項、行政訴訟法第 116 條第 1 項），理論上應採肯定見解。不過，公平會原糾正處分如經訴願或行政訴訟而被撤銷者，則事業原負有不作為或作為之行政義務即自始不存在，公平會如以該事業「逾期不停止、改正或採取必要更正措施」，而依第 41 條後段科處罰鍰，即屬無理由而將招致被撤銷之結果。
60. 公平會對於違反本法規定之事業，如已限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而該事業逾期仍不停止、改正或採取必要更正措施，已經過相當期間，公平會均未再依本法第 41 條後段為處置者，公平會是否仍得依本法第 41 條後段規定，繼續為糾正處分並按次連續科處罰鍰？在舊法時期之帝輝企業股份有限公司限制轉售價格一案中，被處分人在與經銷商簽訂之經銷合約書中限制商品轉售價格，違反行為時公平法第 18 條規定，經公平會於 82 年 7 月 6 日以（82）公處字第 045 號處分書（第一次處分），命其在處分書送達後三十天內通知所屬經銷商取消轉售價格限制，並取消經銷合約有關限制轉售價格之處罰條款。嗣後，被處分人於行銷乳品之獎勵辦法中，復再要求下游經銷商遵守經銷契約有關約定轉售價格之行為，經公平會認定其未依第一次處分書之要求，取消轉售價格限制及改正契約書之內容，雖距前處分之作成已逾五年以上，公平會仍依行為時公平法第 41 條後段規定，以 87 年 9 月 10 日（87）公處字第 201 號處分書科處罰鍰新台幣 100 萬元，並命其自處分書送達之次日起立即停止前述限制經銷商轉售價格之行為。行政法院亦維持公平會之原處分，並未認為公平會第一次作成之處分，業已發生失權效果（最高行政法院 90 年度判字第 1351 號判決）。
61. 按行政罰法之規定，行政罰裁處權之時效為三年，自違反行政法上義務之行為終了時起算（參照：行政罰法第 27 條第 1 項、第 2 項）。從而，被處分人

於公平會糾正處分書送達之次日起，命立即停止違法行為，而未立即停止者，即構成行政法上義務之違反。此時，公平會欲依第 41 條後段科處罰鍰者，其裁處權之時效為三年，應自糾正處分書送達於被處分人之次日起算。又依行政執行法第 7 條第 1 項前段規定：「行政執行，自處分、裁定確定之日或其他依法令負有義務經通知限期履行之文書所定期間屆滿之日起，五年內未經執行者，不再執行；其於五年期間屆滿前已開始執行者，仍得繼續執行。但自五年期間屆滿之日起已逾五年尚未執行終結者，不得再執行。」<sup>16</sup>是以，公平會命違法事業停止、改正或為必要更正措施之執行時效，亦應為五年；倘公平會對違法事業所為之糾正處分，被處分人逾期仍未停止、改正其行為或採取必要更正措施已逾五年者，固然不得再依行政執行法第 27 條規定，以間接強制或直接強制方法逕予執行，對於公平會所為之原糾正處分，亦應認為已發生失權效果。如該事業之違法狀態仍在持續中，公平會雖仍得予以糾正，並進而科處罰鍰，惟其依據應係公平法第 41 條前段之規定，而非適用本條後段逕予論處。

## 62. (二) 得繼續為糾正處分並按次連續科處罰鍰

### 1、「按次」連續科處罰鍰之意義

依修正前公平法第 41 條後段規定：「逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新臺幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止。」其科處罰鍰規定，乃係針對事業不遵從公平會糾正之處罰，必須公平會已行使公平法第 41 條前段之糾正權為要件，且每次糾正處分均須「限期命其停止或改正」，對「逾期不停止或改正」之事業，方得科處罰鍰。故本條後段所謂「按次」，應係指事業每次未遵從公平會限期命停止或改正之糾正處分，而逾期未停止或改正之行為而言。

63. 但在習技實業股份有限公司對交易相對人為欺罔或顯失公平之締約行為一案中，被處分人在銷售語言學習教材時，未予交易相對人充分時間與機會審閱合約書條款內容，對促銷優惠期限為欺罔之說明，在定型化契約書中訂定不公平之解約條款，並於合約書下夾藏本票，使人不察而簽署之行為，經公平會認定違反本法第 24 條規定，以 83 年 1 月 19 日（83）公處字 003 號處分書命其立即停止該等行為，並將合約書中不公平解約條款及合約書下夾藏本票使人誤簽

<sup>16</sup> 行政執行法係於 1998 年 11 月 11 日全文修正公布，自 2001 年 1 月 1 日開始施行。

之行爲加以改正，及將修改後之合約書送該會備查（第一次處分）。嗣後，被處分人於交易過程中仍有未詳實告知交易相對人有關契約內容、本票性質，甚至以欺瞞手段使消費者在契約書、本票上簽名以促成交易，經公平會以其未依第一次處分書停止違法行爲，再以 83 年 12 月 1 日（83）公處字第 130 號處分書，科處其罰鍰新台幣 50 萬元（第二次處分）。及至 84 年 6 月間，被處分人復經人檢舉於 83 年 4 月間，仍有於購買合約書下夾藏本票，使人不察而簽署之欺罔及顯失公平行爲，公平會再以其未依第一次處分停止違法行爲，另依公平法第 41 條後段規定，以 84 年 12 月 30 日（84）公處字第 178 號處分書，科處其罰鍰 50 萬元。對此，公平會及行政法院均認爲，本法第 41 條後段所稱「次」，係指違法行爲而言；而「按次」係指經公平會依公平法第 41 條前段處分後之每一次違法行爲，故事業如經公平會依本法第 41 條前段處分後，仍繼續從事經公平會命其停止或改正之行爲，於前開處分後之每一次違法行爲，均屬每一「次」獨立之違法行爲，自可按次連續處以罰鍰（行政法院 86 年度判字第 1477 號判決），其見解似有誤會。

64. 至於現行公平法第 41 條規定，公平會對於事業違反本法之行爲，除得予以糾正外，並得逕行科處罰鍰，雖無庸再以公平會已先行使糾正權爲必要，是以，修法後第 41 條前段之罰鍰目的及性質，已轉變爲對被處分人違法行爲本身之處罰。惟本條後段「按次」連續科處罰鍰之規定，仍應依「違反行政法上義務行爲」之次數，予以處罰，而此處所稱之違反義務行爲，並非指事業違反本法各項禁止規定之行爲，而仍係指違反公平會糾正處分所課予其作爲或不作爲義務之情形。

65. 關於行爲之次數，即「一行爲」應如何認定，一般可分爲「自然之一行爲」與「法律上之一行爲」。前者係指基於單一行爲決意而爲單一意思活動，或是基於單一之行爲決意，而各部分行爲在時空上具有緊密關係，旁觀者通常會視爲單一行爲之情形；後者則涉及法律上對行爲應如何評價之問題。例如，事業短期間內在電視上大量、重複播放相同內容之不實廣告，其反覆出現之違反行政法上義務行爲，因具有緊密之時空關係，法律上應綜合評價爲一行爲，公平會無須就其個別單獨播放之舉動，逐一予以糾正並處罰。又如，事業長期在戶外廣告看板上懸掛內容不實之單一廣告物，其違法狀態之繼續，在法的評價上固然亦多視爲單一行爲。惟公平會若已依本法第 41 條規定，命事業除去該不實廣

告者，乃課予違法事業一改正其行為之作爲義務。在違反義務行為次數上，即因該糾正處分之介入，而中斷原本對於「違法狀態之繼續」僅屬一行為之認定。亦即，事業持續懸掛內容不實之廣告物，與其不遵從公平會之糾正處分，在法的評價上，應爲兩項違反行政義務之行為。

## 66. 2、本條後段之「罰鍰」與間接強制手段之「怠金」不同

關於公平法第 41 條得按次連續科處罰鍰之規定，其性質爲何？有認爲本條後段之罰鍰，目的係爲使違反行政法上義務，而負有行為或不行為義務之義務人，督促其自動履行義務，並非針對義務人過去違法之行為加以處罰，而係一種間接強制手段，屬執行罰之性質。因本條後段已有明文規定，公平會逕依本法規定按次連續處罰即可，無須再適用行政執行法第 30 條規定連續處以「怠金」（公平會，2004，頁 512；洪家殷，1999）。

67. 1998 年 11 月 11 日修正前之行政執行法（第 5 條），稱間接強制方法之「怠金」爲「罰鍰」，此用語與行政罰中對違反行政法上義務予以處罰之「罰鍰」，用語相同，容易產生混淆。惟針對過去違法行為處罰性質之罰鍰，應受「一行為不兩罰」原則之拘束，對於一次違法行為僅能處罰一次，不能重覆處罰。而屬行政執行性質之「怠金」，則係一種間接強制手段，以促使義務人履行其義務爲目的，在義務人未履行義務前，得一再裁處，直至義務人履行其義務爲止。如前所述，公平法第 41 條後段既爲「按次」連續科處罰鍰，其按次應指事業違反義務行為之次數，即違反公平會對違法行為所爲糾正處分中，課予違法事業停止、改正或爲更正措施之不作為或作為義務，其每次罰鍰之科處，僅係針對一次違反行政法上義務之行為，並無違反「一行為不兩罰」原則之問題，是其應屬處罰性質之「罰鍰」，而非間接執行性質之「怠金」。何況，本條後段所定之罰鍰裁處額度，乃前段規定之兩倍，對事業課予相當沈重之負擔，倘若將該連續科處「罰鍰」之規定，解釋爲執行罰性質之「怠金」，即可規避行政罰法上對罰鍰裁處各項實體或程序規範之適用，實不符比例原則。

## 68. （三）與第 35 條第 1 項、第 36 條及第 38 條「刑罰」規定之競合

依公平法第 35 條第 1 項、第 36 條規定，對於事業違反本法第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項或第 19 條規定者，均採取「先行政，後司法」之原則，亦即，經公平會依本法第 41 條規定「限期命違法事業停止、改正其行為或採取必

要更正措施」，而該事業逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，即可對該事業之負責人論以刑事制裁，並依第 38 條對該事業法人科以罰金。易言之，在公平會對於違反本法第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項或第 19 條規定者，已依本法第 41 條前段對其進行糾正，而該事業屆期未能遵從公平會之糾正處分時，一方面依第 35 條第 1 項、第 36 條及第 38 條規定，得對該事業法人及其負責人論以刑事制裁，一方面亦符合第 41 條後段得「得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰」之前提要件，兩者在適用上之競合問題，即值得檢討。

69. 其中，公平會繼續限期命違法事業「停止、改正其行為或採取必要更正措施」之處置，因僅屬糾正權之行使，不具裁罰性質，與第 35 條第 1 項、第 36 條、第 38 條刑罰規定，並無「一行為不兩罰」原則適用之問題。惟本條後段之「按次連續科處罰鍰」，並非執行罰之怠金，針對事業違反行政法上義務行為所課予之行政罰，如同一行為主體之同一行為，同時觸犯刑罰制裁及罰鍰制裁之規定時，依我國過去行政法院之判例，均認為刑罰與行政罰之性質不同，得分別依照規定併行處罰，並不發生從一重處斷之問題（行政法院 42 年判字第 16 號判例、48 年判字第 83 號判例、49 年判字第 40 號判例等）。惟依行政罰法第 26 條規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之」、「前項行為如經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之」，已明確採取吸收原則，在行政罰與刑罰發生競合時，即逕依懲罰作用較重之刑罰處斷即可。

70. 再者，在適用對象上，公平法第 35 條第 1 項、第 36 條科以刑罰之對象為「行為人」（即事業之負責人），第 38 條科處刑罰（罰金）之對象則為法人，與本法第 41 條之行政責任係針對違反本法之「事業」，並非一致。因此，倘若違法事業為獨資商號時，其負責人即為事業本身，第 41 條後段之罰鍰與第 35 條第 1 項、第 36 條之刑罰規定，固然會發生競合問題；又倘若違法事業為法人時，第 41 條後段之罰鍰與第 38 條對事業法人科處之罰金，亦會發生兩者競合之情形。惟若事業為非法人團體，其負責人與該事業團體本身並非一致，即無從再依本法第 38 條對該非法人之事業團體科以刑罰，此時即可分別依本法第 41 條後段對該事業團體科處罰鍰，並依本法第 35 條第 1 項、第 36 條之規定對其事業負責人論以刑事制裁。此外，行政罰法第 15 條、第 16 條雖規定，對於事



業（包括私法人、設有代表人或管理人之非法人團體，或法人以外之其他私法組織）之董事或其他有代表權之人，得在符合法定要件之情形下與事業併同科處罰鍰，惟在與第 35 條第 1 項、第 36 條刑罰規定發生競合時，亦應依本法規定逕論以刑罰即可。

## 肆、程序與救濟

### 一、公平會依本條規定為糾正或罰鍰處分之行政程序

71. 公平會依本法第 41 條規定對違法事業行使糾正權及處罰權之行政程序，關於其程序之發動，參照：第 26 條；關於事實證據之調查與當事人陳述意見，參照：第 27 條；關於資訊公開，參照第 27 條之 1。以下僅就本條在適用行政程序之規定上較值得注意之處，說明如下。

#### 72. (一) 當事人之陳述意見

公平會依本法第 41 條規定對違法事業為糾正處分或科處罰鍰，均係課予相對人義務或產生法律上不利益之不利處分。依行政程序法第 102 條規定，行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，原則上應給予該處分相對人陳述意見之機會，僅在以下情形方可例外：(1) 已依行政程序法第 39 條規定，通知處分相對人陳述意見者；(2) 決定舉行聽證者；(3) 法規另有規定（如行政程序法第 103 條），行政機關得不給予陳述意見之機會者。另在行政罰法第 42 條，亦有類似規定。其中，依行政程序法第 39 條第 1 項規定：「行政機關關於事實及證據調查之階段，得依職權通知相關人陳述意見」，情形與公平法第 27 條第 1 款所規定者類似（參照：第 27 條），應有「職權調查原則」之適用，不受當事人主張之拘束（參照：行政程序法第 36 條）。反之，行政程序法第 102 條所規定之「應給予陳述意見之機會」，乃屬相對人之權利，如行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，未給予相對人陳述意見之機會，事後亦未予以補正者，其行政處分即有瑕疵，而得予以撤銷（參照：行政程序法第 114 條第 1 項第 3 款）。惟行政機關於事證調查之階段，既已依職權給予相對人陳述意見之機會者，待具體個案調查完畢而進入委員會審議之程序，經委員會決議對該事業作成糾正或處罰之不利處分時，因於事證調查之前階段，已給予被處分人有相當之程序保障，即無須再次給予相對人陳述意見之機會。不過，行政機關於調查事證階段，如僅針對全案之部分非重要事實，通知處分相對人陳述意見，嗣後作成不利處分時，卻係基於其他重要事實者，仍宜再次給予相對人

陳述意見之機會。

### 73. (二) 聽證程序

除了給予相對人或關係人陳述意見之機會外，行政機關亦可舉行聽證，以聽取相對人或關係人之意見。按行政程序法第 104 條規定，行政機關遇法規明文規定，或依職權認為有必要者，即應舉行或得舉行聽證程序；其中，行政機關對受處罰者科處「限制或禁止行為」或「剝奪或消滅資格、權利」之裁罰性不利處分，經受處罰人申請者，即屬法規明文規定應舉行聽證之情形（參照：行政罰法第 43 條規定）。惟行政罰法第 43 條但書亦規定，有下列情形者不在此限：(1) 有行政罰法第 42 條但書各款情形之一；(2) 影響自由或權利之內容及程度顯屬輕微；(3) 經依行政程序法第 104 條規定，通知受處罰者陳述意見，而未於期限內陳述意見。換言之，行政機關於事證調查之階段，如已依職權給予相對人陳述意見之機會者，於作成「限制或禁止行為」或「剝奪或消滅資格、權利」之裁罰性不利處分時，即無須再舉行聽證。又公平會為強化程序進行之正當性及處分之正確性，分別制定有「行政院公平交易委員會舉行聽證應行注意事項」及「行政院公平交易委員會舉行言詞辯論要點」，惟依上述注意事項第 4 條及第 5 條規定，是否舉行聽證仍係由公平會依職權決定。目前公平會正式舉行聽證會者，僅有 2005 年 10 月 17 日舉行之「國內水泥業者被檢舉涉及聯合壟斷哄抬水泥價格」乙案。

74. 公平法第 28 條雖規定公平會依法獨立行使職權，惟其設置於行政院下，仍為一行政機關，人民對公平會所為之處分不服時，自得提起訴願及行政訴訟尋求救濟。其中，訴願係針對行政機關違法或不當之行為，透過行政體系內部之審查機制，以達成權利救濟之目的，原則上得對行政處分之合法性及合目的性為全面性之審查。惟公平會之處分，係由具有法律、經濟、財稅、會計或管理等背景之相關專業人士，依公平法規定及競爭法理所作成，而行政院訴願審議委員會之委員則未必熟練於競爭法理，由行政院訴願審議委員會審議公平會處分是否違法或不當，於專業判斷之理論上，並非適當合理。尤其涉及限制競爭行為之處分案件，如對獨占濫用行為或違法聯合行為之取締等，多涉及複雜之市場結構、產銷資料及經濟狀況等資料之調查、分析，所涉及之當事人或利害關係人亦甚廣泛。此時，公平會如能經聽證程序作成處分，當事人對該處分不服時，即不經訴願程序，應逕向高等行政法院提起行政訴訟（參照：行政程序

法第 109 條規定)。蓋聽證程序，原則上係公開以言詞為之，較訴願程序所採之書面審查原則，在對當事人之程序保障上更為優越（參照：行政程序法第 59 條第 1 項，訴願法第 63 條至第 65 條）。

### 75. (三) 其他行政機關對於公平會作成處分之程序參與

凡行政機關依法須事先經不相隸屬之其他機關（甚至上級機關），參與表示意見、同意或核准始能作成之行政處分，即學理上所稱之「多階段行政處分」。此種依法須經其他機關參與，例如須經其他機關表示意見、同意或核准而作成之行政處分，在作成處分時其他機關未為參與行為者，該行政處分即罹有程序上之瑕疵，除已於事後經補正參與程序者外，其處分即屬違法，而得予以撤銷（參照：行政程序法第 114 條第 1 項第 5 款）。公平會在依本法第 41 條對違法事業進行糾正或處罰時，往往亦涉及其他部會所執掌之事項（參照：本條邊碼 64 至 66），此時能否認為依公平法第 9 條第 2 項規定，已課予公平會與其他部會「商同辦理」之法定義務，若未踐行此一程序，公平會之處分是否即罹有程序上之瑕疵？值得討論。在台北市、高雄市及台灣省建築師公會「統一訂定業務酬金標準」等案（參公處字第 0920027、0920028 及 0920029 號處分書），公平會以被處分人藉會員大會決議統一訂定建築師酬金標準表，並於公會章程限制會員不以減低酬金爭取業務等行為，違反公平法第 14 條第 1 項規定而予以處分。惟行政院訴願審議委員會則以本案另涉及建築師法第 37 條規定之適用及內政部對本件酬金標準表之核定，而公平會認為本案「並無商同內政部辦理之必要，是否合妥，尚待斟酌」，作為其撤銷公平會原處分的理由之一，值得注意（參行政院台訴字 0922287462 號訴願決定書）（另參照：第 9 條第 2 項，第 46 條）。

## 二、救濟程序

76. 關於違法事業經公平會依本法第 41 條處分之救濟程序，我國現行之行政爭訟制度，可分為行政體系內部之訴願程序，以及行政體系外部之行政法院訴訟程序。依 2000 年 7 月 1 日修正施行前之訴願法，仍設有「再訴願」之制度，人民對公平會之行政處分不服者，應向公平會提起訴願；如不服其決定者，應向行政院提起再訴願（參照：修正前訴願法第 3 條第 7 款）。至於訴願之類型僅有撤銷處分一種，對於人民依法聲請行政機關作成行政處分，而行政機關於法定期限內應作為而不作為，致損害人民權利或利益者，則亦視同行政處分，得提起訴願（參照：修正前訴願法第 2 條第 2 項）。惟在 2000 年 7 月 1 日訴願法及

行政訴訟法修正施行後，再訴願程序已遭廢除，建立二級二審制之行政法院，並調整訴願管轄機關之層級，增訂課予義務訴願之新訴願類型，行政訴訟之類型則包括撤銷訴訟、課予義務訴訟、確認行政處分無效訴訟、確認公法上法律關係存否訴訟、一般給付訴訟、合併請求損害賠償訴訟及維護公益訴訟等類型，較舊法時期大幅擴張（參照：行政訴訟法第 4 條至第 9 條）。

關於訴願機關及行政法院對於公平會處分審查權限之範圍，涉及公平會之組織設計問題，參照：本法第 28 條。以下僅就被處分事業對於公平會之糾正或罰鍰處分表示不服，以及檢舉人對於公平會不為糾正或處罰之函覆表示不服時，與行政訴訟類型間之適用關係，說明如下。

#### 77. （一）被處分事業不服公平會之糾正或罰鍰處分

人民對於中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經提出訴願仍無法獲得救濟時，即得向高等行政法院提出撤銷訴訟（參照：行政訴訟法第 4 條第 1 項）。因此，事業對於公平會依本法第 41 條所為之糾正或罰鍰之不利處分不服者，自可依法提起撤銷訴訟，此類撤銷訴訟在行政法院處理涉及公平交易法之案例中，數量亦佔最大宗。惟行政處分之瑕疵，包括「無效」或「得撤銷」之情形，兩者有時區別不易，行政處分如有重大明顯之瑕疵時，即屬無效，被處分人應另提起確認行政處分無效訴訟，以謀救濟（參照：行政程序法第 110 條、行政訴訟法第 6 條第 1 項）。當事人應提起撤銷訴訟，而誤為提起行政處分無效之訴時，行政法院處置之可能情形有：（1）已經過訴願程序者，行政法院應向原告闡明為訴之變更。若原告堅持為行政處分無效之主張，行政法院審理結果認為該處分之瑕疵，尚未達無效之程度者，應為原告敗訴之判決；（2）未經過訴願程序，但尚未逾訴願期間者，行政法院應以裁定將該案移送訴願機關管轄，並以行政法院收受訴狀之時，視為提起訴願（參照：行政訴訟法第 6 條第 5 項）；（3）未經過訴願程序，但已逾訴願期間者，行政法院即應自行受理，就原處分是否具有無效之情事為實質審查，依法作成判決。

78. 在新品瓦斯安全設備股份有限公司及保你家國際事業股份有限公司提供不實行銷資訊一案，公平會曾以其違反本法第 24 條規定作成（90）公處字第 139 號處分書。被處分人則於法定訴願期間內，向公平會請求「撤銷確有瑕疵明顯有誤處分」，已對原處分表示不服，嗣後復逕向台灣高等行政法院提起「確認行政處分無效」訴訟。高等行政法院則以確認行政處分無效訴訟，須已向原處分

機關請求確認其無效未被允許，或經請求後於三十日內不為確答者，始得提起；被處分人雖曾請求公平會撤銷原處分，但與請求確認行政處分無效之要件不符，而將原告之訴以裁定駁回（台北高等行政法院 90 年度訴字 5688 號裁定）。經當事人提起抗告，最高行政法院則認為：「高等行政法院受理確認行政處分無效之訴訟，應先審查有無應提起撤銷訴訟之情形，如有，法律既已明定應移送訴願管轄機關受理，即不作確認行政處分無效訴訟處理，自不必審查其是否具備先經行政程序之要件。且就提起確認行政處分無效之訴訟，為移送訴願管轄機關之裁定，並非實體裁判，亦無具備先經行政程序要件之必要，即無行政訴訟法第六條第二項規定之適用」，並以高等行政法院未審查抗告人有無應提起撤銷訴訟，而誤為提起確認行政處分無效訴訟之情形，逕認抗告人並未踐行請求確認處分無效之程序，即有違誤，遂將原裁定予以廢棄（最高行政法院 92 年度裁字第 155 號裁定）。

#### 79. (二) 檢舉人不服公平會不為糾正或處罰之函覆

公平會對於經人檢舉他事業有違反公平法之行爲，認為不符合本法第 26 條之調查要件或應先由其他機關受理而未予調查，或公平會雖經調查，但依所得資料認定被檢舉事業並不違法，而向檢舉人回覆其處置之決定時，該函覆是否為行政處分或僅屬一觀念通知，即公平法第 26 條所規定之檢舉，能否認為係賦予檢舉人一公法上之請求權？甚有爭議（參照：第 26 條）。在檢舉人不服公平會之函覆時，此項爭議即涉及檢舉人能否提起行政救濟，以及應如何提起行政救濟之問題。

80. 有認為檢舉僅係對公平會提供資訊促使其發動調查程序，並未賦予檢舉人公法上之請求權，公平會不為調查或不為處分之函覆僅屬一事實通知時，檢舉人即無法循行政爭訟途徑尋求救濟（蘇永欽，1999；黃銘傑，2002。實務見解可參最高行政法院 92 年度裁字第 1856 號裁定「台灣明尼蘇達礦業製造股份有限公司檢舉錦徽企業有限公司為不實廣告」案、最高行政法院 94 年裁字第 1364 號裁定「皇室股份有限公司檢舉大仙企業股份有限公司等仿冒」案等）。

81. 然而，亦有見解認為對於本法第 26 條檢舉之性質，應作體系上之判斷，若主管機關取締違法行爲之職務行爲，依規範該職務行爲之法規目的，除保護公益外，並兼具保護該檢舉人之利益時，此項檢舉行爲無異於當事人依法提出保護之申請，行政機關自有開始調查程序之義務，並得提起課予義務之訴願及訴

訟（蕭文生，2002、廖義男，2003，實務見解參最高行政法院 94 年度裁字第 717 號「德誠食品有限公司檢舉堅岱企業有限公司等仿冒商標」案。又關於公平法之立法目的及保護法益，參見：第 1 條）

82. 另外，在「吳天養檢舉台北漁產公司壟斷操控養殖魚類拍賣市場」案（台北高等行政法院 91 年度訴字第 3128 號裁定）及「荷蘭商愛維比馬鈴薯澱粉製造公司檢舉加源貿易有限公司仿冒」案（台北高等行政法院 91 年度訴字第 1486 號裁定）中，行政法院進一步表示：「撤銷訴訟只發生使檢舉人不獲得答復之效果，應非抗告人請求權利保護之目的；如檢舉人得請求行政機關作成行政處分，在訴訟種類的適用上，屬於課予義務訴訟之範疇，惟課予義務訴訟，僅適用於人民依法申請之事件，無論是申請對自己作成處分，或例外對他人作成處分，均須有法律明文規定，但查公平交易法並無檢舉人得提起課予義務訴訟之規定；本法施行後，對於人民依法申請作成行政處分以外之其他非財產上給付事件，如檢舉人請求相對人對事業是否有違反公平交易法規定、危害公共利益之情事，為調查處理事件，相對人如有違法，檢舉人似不妨適用一般給付訴訟請求救濟；惟其救濟範疇，亦僅止於相對人是否依法調查，以及是否於合理的期間內完成調查結果通知檢舉人等，要不包括對被檢舉人作成不利益（符合檢舉內容）的行政處分在內。」而以訴訟要件不備為由，駁回原告等所提起之課予義務訴訟，並表示檢舉人得另提起一般給付訴訟，請求命公平會依法調查，最高行政法院對其見解亦予以支持（分別參見最高行政法院 93 年度裁字第 1537 號裁定，及最高行政法院 93 年度裁字第 1001 號裁定）。另在台北高等法院 89 年度訴字第 956 號判決「博士倫股份有限公司檢舉瑞士商愛爾康大藥廠違法比較廣告」案，其判決主文係命被告公平會「續行調查並依其調查之結果另為處分」，並於判決理由中表示：「原告請求被告續行調查愛爾康大藥廠股份有限公司之違反公平交易法行為，並依調查之結果另為處分，核屬請求被告為一定之事實行為，為給付訴訟」，即無庸再就公平會函覆之性質是否為行政處分再為判斷，亦認為檢舉人得提起一般給付訴訟，命公平會續為調查（另參照：本條邊碼 68、69）。

83. 不過，在「春水堂實業股份有限公司檢舉春水堂科技娛樂股份有限公司仿冒」案，台北高等行政法院雖採取與前述吳天養檢舉案及荷蘭商愛維比馬鈴薯澱粉製造公司檢舉案相同之見解（台北高等行政法院 91 年度訴字第 780 號裁

定)，惟最高行政法院則採取規範保護目的之理論，認為公平會對被檢舉人不為處分之函覆為行政處分，並將影響檢舉人之權益，故檢舉人經依法訴願後即可提起課予義務訴訟，而將台北高等行政法院之原裁定撤銷（最高行政法院 93 年度裁字第 1698 號裁定）。從以上實務見解顯示，行政法院實務上對此一問題所採取之態度相當分歧，對於人民權益影響甚大，實有儘速統一見解之必要。

## 伍、法律適用

### 一、公平法第 41 條與其他法律相關規定競合適用之基本原則

84. 事業之競爭行為若已違反本法之禁止規定，而有本法第 41 條之適用，但其他行政法規對於該競爭行為，亦同樣予以規範時，即發生法律適用之競合。此時，事業之競爭行為，如係其他法律所允許者，即屬能否依公平法第 46 條規定豁免本法適用之問題（參照：第 46 條）。

85. 倘事業違反本法禁止規定之行為，亦同樣為其他法律所禁止，並於該法律中訂有行政秩序罰或刑罰者，則將會與本條規定發生行政罰間之競合，或行政罰與刑罰間競合。就行政罰競合之部分，其情形大致如下：

（一）行為人之一行為違反數項行政法規，但各法規所規範之行政法上義務及所保護之行政法益均屬同一，而有「特別法優先於普通法」、「基本規定優於補充規定」等法規競合之情形時，僅須適用該特別規定或基本規定。

（二）行為人之一行為違反數項行政法規，並違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，即屬想像競合之情形，應採取吸收原則，依法定罰鍰最高之規定裁處，但裁處額度不得低於各該規定之罰鍰最低額（參照：行政罰法第 24 條第 1 項）；此時，裁處罰鍰之管轄機關，原則上應為法定罰鍰最高之主管機關，但法定罰鍰相同者，則由先受理之機關管轄（參照：行政罰法第 31 條第 2 項）。若除應處罰鍰外，另有沒入或其他種類行政罰之處罰者，得依該規定併為裁處，並由各該主管機關分別裁處；但其處罰種類相同，如從一重處罰已足以達成行政目的者，即不得重複裁處（參照：第 24 條第 2 項、第 31 條第 2 項）。

（三）行為人之數行為，違反同一或不同行政法上義務之規定者，應分別處罰之（參照：行政罰法第 25 條），並應由各法之主管機關分別管轄。

86. 不過，對於行政法所保護之法益及行政義務之創設，經常分別從不同角度，

因立法者基於行政管制之需要，對同一事項加以規制，而在立法之際，卻經常欠缺橫向的聯繫工作，以致從不同角度制定之行政法規，其保護之法益出現重疊、相容關係之情形，法益間如何區別、計算即有困難。此外，在其他法律另訂有較公平法之法定罰鍰最高額更重之罰鍰規定，而應由其他法律之主管機關對罰鍰之裁處進行管轄時，因公平會對於違反本法之事業，得依本法第 41 條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而此項糾正處分並非管制罰，不具裁罰性質，與其他法律之適用間，並無一事兩罰之問題，公平會仍保有介入管制之空間。上述情形，在本法規定之事項，涉及其他部會之執掌者，公平會即有必要依本法第 9 條規定與其他部會商同辦理（參照：第 9 條），又公平會依職權發動調查，則應依公平法第 26 條規定辦理（參照：第 26 條）。

87. 公平會為處理同一行為同受公平法及其他法律規範，及其他機關制定或修正法律涉及公平法時，與其他行政機關間之業務協調分工事宜，乃於 2000 年 11 月第 470 次委員會議訂定有「行政院公平交易委員會與其他行政機關業務協調作業要點」。依該作業要點第 3 條規定，公平會與他機關進行業務分工協商時，應考量下列因素，決定其介入之程度：（一）各產業法規管制密度之高低；（二）各產業法規競爭秩序規範之有無。（三）對公共利益影響之程度。（四）主管機關所具有之管理資源及手段。具體而言，就同一行為同受公平交易法及其他法律規範，而該其他法律之規範事項及目的與市場競爭有關者，依該作業要點第 5 條規定，公平會應依序考量依「特別法優於普通法」、「從一重處斷」原則與主管機關進行協商。但考量他機關之行政資源、效率、管理手段等因素，得例外依「先目的事業主管機關後本會」原則進行協商。又公平會為維護市場交易秩序及確保公平競爭，而依上述第 5 點規定與他機關進行協商決定由他機關處理之事項，應聲明有下列情形之一者，公平會得保留介入之權：（一）其他機關請求本會協助。（二）依該他機關主管之法律處理，不足以維護市場交易秩序，且考量個案之受害區域、受害人數、受害情節等因素，對公平交易政策影響重大，有介入之必要，以維護公共利益。（三）他機關因特殊事由未行使職權，且考量個案之受害區域、受害人數、受害情節等因素，對公平交易政策影響重大，有介入之必要，以維護公共利益。就特定案件依前項規定介入處理時，應主動知會該他機關，以避免一事二罰之爭議（作業要點第 6 條）。

## 二、公平法第 21 條與其他法規關於廣告或標示之規範



88. 事業在其商品上為虛偽不實之表示，同時觸犯公平法第 21 條第 1 項、消費者保護法第 24 條及商品標示法第 5 條第 1 項、第 6 條第 1 款規定<sup>17</sup>。惟公平法所保護之法益，除了公平競爭秩序與競爭者之利益外，亦包括保障消費者作成正確交易選擇之利益，而消費者保護法與商品標示法，則僅單純地保護消費者利益，兩者法益的內涵不盡相同。對此，公平會與經濟部曾就不實標示與廣告案件達成協調結論，依該協調結論，一般商品之標示是否虛偽不實或引人錯誤，原則上由經濟部主管，公平會於移送此類案件時，倘該商品之標示有相對於商品標示法為特別法所規範時（如食品衛生管理法、藥事法等），則移該特別法之主管機關處理。但公平會就目的在從事不公平競爭之不實標示案件，亦可會經濟部後，依公平法第 41 條規定辦理<sup>18</sup>。此外，公平會在處理不實廣告之案例時，亦經常涉及其他部會之執掌事項，公平會另分別與內政部（不實移民業務廣告）、農委會（農藥、肥料、乳品、農產品、動物藥品等廣告或標示）、衛生署（食品、藥品、化妝品及美容瘦身等廣告）、勞委會職訓局（職業訓練廣告）、及新聞局（廣播電視廣告）等達成業務執掌協調結論。

89. 在博士倫股份有限公司檢舉瑞士商愛爾康大藥廠違法比較廣告一案，公平會即依據與衛生署達成之業務執掌協調結論，函覆檢舉人謂：「隱形眼鏡保養液廣告係屬藥事法有關藥物廣告之規範範疇，該案業已經台北市衛生局處分在案，爰予中止調查處理；其餘部分另移請行政院衛生署處理」，檢舉人不服提起行政救濟。在行政訴訟中，公平會主張藥事法第 68 條對於藥物廣告之不當宣傳

---

<sup>17</sup> 消費者保護法第 24 條第 1 項：「企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之標示。」消費者保護法第 56 條：「違反第二十四條、第二十五條或第二十六條規定之一者，經主管機關通知改正而逾期不改正者，處新臺幣二萬元以上二十萬元以下罰鍰。」商品標示法第 5 條第 1 項：「商品標示，應具顯著性及標示內容之一致性。」商品標示法第 6 條：「商品標示，不得有下列情事：一、虛偽不實或引人錯誤。二、違反法律強制或禁止規定。三、有背公共秩序或善良風俗。」商品標示法第 14 條：「流通進入市場之商品有第六條各款規定情事之一者，直轄市或縣（市）主管機關應通知生產、製造或進口商限期改正；屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰至改正為止；其情節重大者，並得令其停止營業六個月以下或歇業。」

<sup>18</sup> 惟關於商品「價格」之標示，乃公平交易法第 21 條獨有，而屬商品標示法第 9 條所規範未及之範圍。因此，事業倘就商品標示之價格有虛偽不實或引人錯誤之表示時，即應適用公平法第 21 條規定。

方式，已特別設有禁止規定，依特別法優於普通法之原則，就「藥物不實廣告」之部分該法應優先適用，並認為依公平法第 41 條前段，最高雖可處新台幣 2500 萬以下之罰鍰，然該條係針對獨占、結合、聯合及其他不公平競爭行為等違法行為之一般處罰規定，尚非僅適用於不實廣告行為，自難相提併論；而藥事法第 96 條對於違反該法規定之藥物廣告，情節重大者得撤銷其藥物許可證，其原品名二年內亦不得申請使用，並命其刊播聲明致歉，尚可停止該事業之全部藥物廣告，其法律效果尤勝於公平法第 41 條之裁罰規定<sup>19</sup>。然而，行政法院則認為，藥事法施行細則中有關藥物廣告審核之事項，並未包括廣告內容是否涉及市場不正競爭秩序，且此種事前審查制度，亦難以就廣告內容是否貶損他事業以影響交易秩序做衡量，而公平法第 21 條、第 24 條規定，於適用上均以侵害交易相對人，或使不為不實廣告或標示者之競爭利益受損害之「結果」發生為必要，但違反藥事法第 66 條，僅在刊播之廣告與主管機關核准之內容不同或未經主管機關核准刊播藥物廣告即可裁罰，並不審酌有無不公平競爭情事，兩法之立法目的、規範對象均有所不同，因而藥事法第 66 條之藥物廣告事前審查制度，並非公平交易法第 21 條、第 24 條之特別規定，兩法之適用關係應屬「想像競合」。又行政法院於判決中並指出，公平會於裁處被檢舉人時，宜參酌司法院釋字 503 號解釋意旨，並考量台北市政府衛生局前已裁處之罰鍰額度，予以適當之處罰，而命公平會應續行調查，並依調查結果另為處分（台北高等行政法院 89 年度訴字第 956 號判決）。

90. 本案行政法院雖未直接指名公平會上開函覆即為行政處分，惟仍依規範保護目的之理論，認定公平會對於本案檢舉人之檢舉，有義務發動調查處理程序，公平會與其他機關間之業務執掌協調結論，不能作為決定管轄權之法定標準。

---

<sup>19</sup> 本案依行為時藥事法 66 條第 1 項規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」第 68 條規定：「藥物廣告不得以左列方式為之：一、假借他人名義為宣傳。二、利用書刊資料保證其效能或性能。三、藉採訪或報導為宣傳。四、以其他不正當方式為宣傳。」第 92 條第 1 項規定：「違反……第六十六條第一項、第六十八條……規定者，處新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。」藥事法施行細則第 47 條規定：「藥物廣告之內容，具有左列情形之一者，應予刪除或不予核准。一、涉及性方面之效能者。二、利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者。三、表示使用該藥物而治癒某種疾病或改進某方面體質及健康或捏造虛偽情事藉以宣揚藥物者。四、誇張藥物效能及安全性者。」

此外，行政法院認為公平法第 21 條與藥事法相關規定間，乃屬想像競合之情形，應從重依公平法第 41 條規定予以論處，故本案之被檢舉人雖已由台北市政府衛生局裁處罰鍰，惟公平會仍得在考量前處分之裁罰額度後，對違法事業再行課予適當之處罰，惟行政罰法施行後，一行為同時違反公平法及藥事法，而二者對所禁止行為之不法內涵規定不同，但處罰種類皆同為罰鍰者，僅能由法定罰鍰最高之主管機關管轄（參照：行政罰法第 31 條第 2 項）。法定罰鍰額較低之主管機關如已為裁處，其裁處因欠缺管轄權，應屬無效（參照：行政程序法第 111 條第 6 款，另參照：本條邊碼 61）。

### 三、公平法第 10 條與電信法上關於市場主導者之規範

91. 在解除管制政策下，管制機關對於在市場開放前即具競爭優勢的既有業者，多會課以較其他新進業者更多經營上之限制，以防止其以不公平之競爭手段，排除其他新進業者的挑戰，藉由此種「不對稱管制」（asymmetric regulation）的方式來拉近雙方差距。電信法於 1999 年修正時增訂第 26 條之 1 規定，將「市場主導者」之觀念引進電信法，規定第一類電信事業市場主導者，不得有濫用市場地位或經主管機關認定之不公平競爭行為<sup>20</sup>。至於何謂「市場主導者」，依電信法第 26 條之 1 第 2 項規定則由主管機關認定之。第一類電信事業資費管理辦法第 10 條規定：「第一類電信事業市場主導者，指有下列情形之一，並經交通部公告之第一類電信事業：一、指控制關鍵基本電信設施者。二、對市場價格有主導力量者。三、其所經營業務項目之用戶數或營業額達各項業務市場之百分之二十五以上者（第 1 項）。第一類電信事業市場主導者，認不符前項所定要件時，得提供相關資料向交通部申請解除公告（第 2 項）。」另外在電信事業網路互連管理辦法第 2 條第 12 款、固定通信管理規則第 2 條第 7 款中亦有類似規定。第一類電信事業違反電信法第 26 條之 1 第 1 項規定者，依電信法第

<sup>20</sup> 依電信法第 26 條之 1 規定：「第一類電信事業市場主導者，不得有下列行為：一、以專有技術直接或間接阻礙其他第一類電信事業提出網路互連之請求。二、拒絕對其他第一類電信事業揭露其網路互連費用之計算方式及有關資料。三、對所提供電信服務之價格或方式，為不當決定、維持或變更。四、無正當理由，拒絕其他第一類電信事業租用網路元件之請求。五、無正當理由，拒絕其他電信事業或用戶承租電路之請求。六、無正當理由，拒絕其他電信事業或用戶協商或測試之請求。七、無正當理由，拒絕其他電信事業要求共置協商之請求。八、無正當理由，對其他電信事業或用戶給予差別待遇。九、其他濫用市場地位或經主管機關認定之不公平競爭行為（第 1 項）。前項所稱市場主導者，由主管機關認定之（第 2 項）。」

62 條之 1 第 1 項規定，處新台幣 30 萬元以上 500 萬元以下罰鍰，並通知限期改善，屆期仍未改善者，得連續處罰至改善時為止，或停止其營業之一部或全部，或廢止其特許。

92. 上述電信法第 26 條之 1 與公平法第 10 條規定，均係對事業濫用其市場優勢地位之行爲予以規制。不過，「固定通信管理規則」所規定「市場主導者」之定義，其與公平法對獨占事業之認定，仍有部分差異：（一）兩者之認定門檻略有不同：在電信法上，單一電信事業僅須在其所經營業務項目之用戶數或營業額達各項業務市場之 25% 以上，即可被認定爲第一類電信事業之「市場主導者」；但在公平法上，單一事業在特定市場之占有率未達 50% 者，除非有第 5 條之 1 條第 3 項之情形者外，尙無法認定其爲獨占事業。是故，在規範之競合適用上，電信法上第 26 條之 1 尙可能與公平法第 19 條、第 24 條等規定發生競合。第二，修正前之原公平法第 10 條第 2 項亦設有獨占公告制度，惟該制度業已於 1999 年 2 月公平法修正時廢除，但電信法上第一類電信事業市場主導者之認定，仍須經交通部公告之。

93. 電信法第 26 條之 1 規定對第一類電信事業市場主導者之濫用市場地位或不公平競爭行爲予以規制，乃係立法者針對個別產業所設計之競爭規範，在解釋上應認屬公平法對於第 10 條、第 19 條等之特別規定，故公平法第 41 條所規定之最高罰鍰額雖遠較電信法第 62 條之 1 所訂者爲高，惟依「特別法優先於普通法」之適用原則，第一類電信事業市場主導者如有濫用市場地位之行爲，而同時構成電信法第 26 條之 1 及公平法第 10 條或第 19 條等規定之違反時，仍應優先適用電信法上之罰鍰規定予以裁處，方不致使電信法之規範遭到架空。惟就電信法第 26 條之 1 所未能加以規制之對象，如該濫用市場地位之電信事業，尙未經主管機關公告爲市場主導者，或者其市場地位已達 10% 之市場占有率，但尙未達電信法上市場主導者之認定標準者，即應由公平會介入處理。惟因兩法規範之罰鍰金額有一定之差距，爲避免發生裁罰金額輕重失衡之情形，公平會與電信主管機關間，宜建立一致之裁罰標準。

## 第四十二條 多層次傳銷禁止規定違反之行政罰

### 現行條文（1999年2月3日修正公布）

「違反第二十三條規定者，除依第四十一條規定處分外，其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。

違反第二十三條之一第二項、第二十三條之二第二項或第二十三條之三規定者，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止；其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。

違反中央主管機關依第二十三條之四所定之管理辦法者，依第四十一條規定處分。」

### 修正前條文（1991年2月4日公布）

「違反中央主管機關依第二十三條第二項所定之管理辦法者，處新台幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰；情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。」

### 參考文獻

立法院秘書處（1992）：《法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；廖義男（1994），《公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》；廖義男（2000），〈從行政法院裁判看公平交易法實務之發展〉，收錄於廖義男等合著《公平交易法施行九週年學術研討會論文集》；賴源河編審（2002），《公平交易法新論》；何之邁（2002），《公平交易法實論（修訂版）》；劉孔中（2003），《公平交易法》；行政院公平交易委員會（2003），《公平交易法修法延革彙編（一）（二）》；行政院公平交易委員會（2004），

《認識公平交易法（增訂第十版）》；林三欽（2004），〈勒令歇業處分之行政執行問題〉，《月旦法學教室》第24期，頁18至19。

## 第四十二條 多層次傳銷禁止規定違反之行政罰

### 壹、法制比較

一、美國

二、德國

三、日本

### 貳、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

二、立法體例

三、規範功能與定位

### 參、構成要件分析

#### 一、裁罰性之不利處分—第一項

（一）受規範主體

（二）「依第四十一條規定處分」

（三）情節重大

（四）並得命令解散、停止營業或勒令歇業

（五）與行政罰法第26條之關連

#### 二、妨礙參加人解除或終止契約之糾正及處罰—第二項

（一）受規範主體

（二）「違反第二十三條之一第二項、第二十三條之二第二項或第二十三條之三規定」

（三）「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰」

（四）「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得

繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止」

(五) 情節重大

(六) 並得命令解散、停止營業或勒令歇業

三、違反多層次傳銷管理辦法之糾正及處罰—第三項

(一) 規範目的與法律效果

(二) 受規範主體

(三) 違反行為類型

## 壹、法制比較

### 一、美國

1. 多層次傳銷在美國法制上，可能構成聯邦交易委員會法（Federal Trade Commission Act）第五條所禁止之欺罔行為（deceptive acts and practices），對於違反該條規定之行為，美國聯邦交易委員會得發出「停止與禁止命令」（cease-and-decease order）、協議命令（consent order），對於違反上述停止與禁止命令者，聯邦交易委員會並得請求法院對違反行為人處以民事制裁金，甚至依據聯邦交易委員會法第 19（b）規定，該會並得請求法院令違法行為人對因其行為受害之人進行民事賠償等措施。

### 二、日本

2. 日本主要的多層次傳銷規範法律之「特定商業交易法」（原文「特定商取引に関する法律」），其第三章「連鎖販賣交易」專就多層次傳銷加以規範，該法基於資訊公開理念，要求多層次傳銷事業必須告知足以影響參加人決定是否加入之所有重要事實，而由參加人基於此等資訊，作出加入與否的判斷。於此規

範方式下，行政機關介入之空間較少，於有紛爭發生時，多以民事賠償或刑責規範之。惟依該法第 39 條第 1 至第 3 項規定，多層次傳銷事業若未善盡資訊告知義務、告知不實資訊、妨礙參加人解除契約、為虛偽不實廣告等行為，致有明顯危害多層次傳銷交易的公平性或參加人之利益時，主管機關得訂一年以下之期間，命該多層次傳銷停止其推廣、銷售行為之全部或一部分。另外，日本法中，專門針對未伴隨有商品或服務銷售，而僅是以介紹他人加入即可獲得獎金等經濟利益之老鼠會行為，予以規範之「無限連鎖會法」（原文為「無限連鎖講の防止に関する法律」），對於組織、營運此類不法老鼠會者，乃是以刑事責任科處之（參照第 35 條第 2 項註釋邊碼 2），而無行政罰。

### 三、德國

3. 德國法有關多層次傳銷規範係規定於其不正競爭防止法中，該法第 6 條之 3 對於所謂的累進式招攬顧客或滾雪球系統傳銷行為，除予以嚴格禁止外，並對違反者處以二年以下有期徒刑或罰金（參照第 35 條第 2 項註釋邊碼 1）。由於不正競爭防止法被定位為侵權行為特別法之法律性質，從而其法律執行並未有行政機關的介入，而係由一般法院為之，故無類似本條行政處罰之規定。

## 貳、立法沿革與規範定位

### 一、立法沿革

4. 最初由廖義男教授於 1982 年所研擬的「公平交易法草案」中，並未將多層次傳銷明文納入本法規範對象中，惟於經濟部 1985 年提請行政院審議之「公平交易法草案」中，因鑑於當時所俗稱之老鼠會等不當多層次傳銷型態的橫行，造成嚴重社會問題，雖亦有制定專法予以規範之構想，惟為求時效之便，乃於草案中單獨列出第六章「多層次傳銷」（第 23 條至第 25 條），施予專章方式規範；並於第 44 條中，對違反第 24 條規定者（相當於現行法第 23 條），科以企業負責人及行為人刑責，而無相關行政罰則。其後，行政院函請立法院審議之公平交易法草案，其第 42 條規範內容則與 1991 年 2 月 4 日制定之公平法第 42



條規定內容相同（立法院秘書處，1992，頁 568）。

5. 1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正修法過程中，行政部門最初所提出之法律修正草案中，並未包括第 23 條之修正案，因此亦未包含有關本條之修正內容。惟於立法審議過程中，不少立法委員針對第 23 條規定提出修正草案，其後經修正、通過立法審議，不僅修正第 23 條規定本身，亦同時追加第 23 之 1 至第 23 之 4 四條條文（公平會，2004（二），頁 97 以下）。在多層次傳銷實體規範條文大舉受到修正的情況下，該等實體規範條文違反之行政罰則規定，勢必必須配合該等條文之修正，而生變動。於此認識下，並在「針對不法多層次傳銷行為之情節輕重，分別定其罰則為三類」之修法理念下（公平會，2004（二），頁 498），乃將原條文內容，調整為現行法之三項規定方式，最後並經院會第二、三讀會通過，成為現行法第 42 條規定內容。同時，並將其罰鍰金額從原先的「新台幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰」，一體提升至現行第一次違反的「新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下」，以及對「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者」，得「按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰」之程度。

## 二、立法體例

6. 本條規定係分別針對違反本法第 23 條、第 23 條之 1 至第 23 條之 3 以及依第 24 條之 4 所定之管理辦法等三種違法行為類型，以各該項規定處以不同程度的行政罰。公平法規範整體對於多層次傳銷相關行為之禁止，大致可以區分為三種類型。首先，乃是著眼於多層次傳銷計畫或組織之設計，係「主要」以介紹他人加入而發給獎金、佣金等經濟利益的不法性，而對於此種不當的傳銷計畫或組織本身予以禁止。其次，則是基於參加人保護之規範理念，針對攸關參加人利益之契約解除或終止等重要事項，於第 23 條之 1 至第 23 條之 3，加以規範。最後，則以第 23 條之 4 授權主管機關得為確保多層次傳銷事業之適當且正常營運，訂定多層次傳銷管理辦法。
7. 由此可知，本條規定之立法理念，當係鑑於上述三種不同的違法傳銷行為類型，其違法惡性程度不同，基於比例原則，而應處以不同程度的行政罰。從

而，本條第 1 項對於第 23 條規定之違反，除得處以公平法第 41 條規定之處罰外，並得同時「命令解散、停止營業或勒令歇業」。其次，在 23 條之 1 至第 23 條之 3 違反的第 2 項規定上，則以已經公平會處分，但「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施」時，若其違反情節重大，公平會乃得「命令解散、停止營業或勒令歇業」。最後，針對依第 23 條之四所定之多層次傳銷管理辦法的違反，本條第 3 項規定則刪除 1999 年 2 月 3 日修法前，主管機關得「命令解散、停止營業或勒令歇業」之權限，使得公平會僅能就違反多層次傳銷管理辦法之行為，處以第 41 條規定之處分。如此規範方式，使得本條三項規定在有關命令解散、停止營業或勒令歇業之處罰上，有著層次分明的設計。

### 三、規範功能與定位

8. 公平法對於多層次傳銷之規範體系，大致可分為以下三個層面。首先，於第 8 條規定中針對本法所欲規範之多層次傳銷加以定義，但僅闡述其所認知之多層次傳銷，而未對之作任何價值判斷；其次，再於第 23 條至第 23 之 4 等規定中，對於應受禁止之多層次傳銷類型、多層次傳銷事業所負之作爲、不作為義務以及多層次傳銷管理辦法的授權條文等，予以規範；最後，則於第 35 條第 2 項及本條規定中，對於違反第 23 條至第 23 之 4 各條規定之行為，或科以刑責、或處以行政罰。本項規定於此體系之定位，即隸屬於上述第三種規範層面。
9. 基本上，屬於上開第三種規範層面之條文，其規範目的乃在於藉由對違反行為人刑事或行政責任之科處，一方面懲罰其行為，一方面藉以收預防、遏止違法行為發生之效。蓋多層次傳銷性質上隱含有積極促使參加人介紹他人加入之誘因，從而乃能於短期間內以等比級數增加、擴散整個多層次傳銷組織，若不對其於傳銷過程中可能發生的違法行為，予以嚴格且迅速的規範，將可能對社會整體帶來重大不當影響。雖然，針對公平法第 23 條所禁止的不當多層次傳銷，本法亦於第 35 條第 2 項設有刑責規範。惟刑罰本於謙抑理念，不僅是一種最後手段的規範，且其定罪必須經過一般法院綿密的刑事訴訟程序，時而有曠日廢時之虞，較難收迅速、及時處罰違法行為人之效。

10. 相對於此，本條規定之行政罰，其執行機關乃是就此具有專業知識、且是有關於此之專門性的主管機關之公平會，於此專業背景下，並配合行政處分較諸刑事制裁所擁有的彈性及裁量空間，令主管機關得於較短的時間內，依據本條規定，對違法行為人作出處分。雖然如此，倘若本條規定罰則過輕，對照於多層次傳銷事業等行為人因多層次傳銷相關違法行為所可獲得之鉅額利益，顯不相當時，實仍難能期待藉此而足以收預防、遏止違法行為發生之效。於此認識下，1999年2月3日公布的公平法部分條文修正，乃將原先僅「處新台幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰」之處罰程度，提升至現行法的罰鍰金額，令主管機關得斟酌違法情節、所得利益等情事，處以適當金額的罰鍰，剝奪違法者之不法利得，使違法者無利可圖，藉此以收預防、遏止違法行為發生之效。

### 參、構成要件分析

#### 一、裁罰性之不利處分—第一項

##### (一) 受規範主體

11. 由於公平法第23條規定僅謂「多層次傳銷……不得為之」，並未明示出行為主體，從而何人可成為本項「違反第二十三條規定者」，遂有探討之必要。有關多層次傳銷之主體，依據公平法第8條相關規定，主要有二，一為第3項之多層次傳銷事業（包含第4項被視為事業者），一為第5項之參加人。實務運作上，除當然認定多層次傳銷事業為公平法第23條規定之違法行為主體外，亦肯定「參加人與傳銷事業倘有共謀合議、積極參與傳銷組織擴散、大量招募他人加入等積極從事變質多層次傳銷行為」時，該等參加人亦可視為第23條規定之違法行為主體（台北高等行政法院92訴字第3335號判決林鬱文化事業，另外參照第35條第2項註釋邊碼9-10）。若此，則本條規範之對象主體，可能包括多層次傳銷事業本身及被認定有積極參與傳銷組織擴散等行為之參加人。

12. 然而，對於上述解釋，或有反對見解，主張從本項規定後段「其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業」之文言可知，由於會受到解散、停止營業或勒令歇業等處分者，僅限於事業，從而受本項規範之主體，應僅限於多層次傳銷事業，而不含括參加人。甚而，雖然就文義解釋而言，對違反第 23 條規定而得以處以行政罰之法條依據，亦非不可以解釋應依本條為之，然而實務運作上公平會對於違反第 23 條規定但情節不重大者，多逕行依據第 41 條進行處分。由於第 41 條之規範主體，乃是「事業」，因此違反第 23 條之行為人被公平會依據第 41 條處分，但又認其情節重大而欲依本條規定予以處分時，顯而易見地，其對象將僅限於事業，而不及於一般參加人。若此，則就公平會現行實務運作對於違反第 23 條之行政罰依據條文係為第 41 條規定以觀，則本條規範主體亦將因此而限定於事業，而不及於一般參加人。於此情形下，公平會於上述林鬱文化事業案件中，逕以參加人為其處罰對象，法理上似有所瑕疵。

此外，有關第 23 條規定違反之要件判斷及違法類型，參照第 35 條第 2 項註釋邊碼 12-19。

### （二）「依第四十一條規定處分」

13. 公平會於實務運作上，認為違反第 23 條規定者，亦係同法第 41 條規定所稱之「違反本法規定」，因此乃逕依同條規定進行處分。依據第 41 條規定處分之類型，大致上可分為二種不同處分類型，一為「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」等管制性行政處分，另一則為一定金額罰鍰之處分。於前者之管制性處分的情形，為求危害社會秩序或公益狀態之有效除去，不問行為人有無故意、過失，皆有必要經由此類處分除去該違法狀態。另一方面，在罰鍰之行政罰上，依據 2006 年 2 月 5 日起施行之行政罰法第 7 條第 1 項規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」職是，欲對行為人依第 41 條規定處以罰鍰時，乃須以行為人有故意或過失存在為前提。

其他有關公平法第 41 條規定之解釋，參照第 41 條註釋。

### (三) 情節重大

14. 1999年2月3日公平法部分條文修正公布前之本條條文，對於違法情節重大，而得以命令解散、停止營業或勒令歇業者，乃是有關多層次傳銷管理辦法的違反，而非針對第23條不正當多層次傳銷禁止本身的違反。因此，在萬國國際開發一案中（行政法院88判字第3099號判決），公平會以被處分人違反當時公平法第23條第1項（現行法第23條）情節重大為由，從而乃依當時第42條規定作出勒令歇業處分，對此行政法院以公平會法律適用錯誤為由，撤銷有關勒令歇業之處分。論者有認，本案中被處分人之第23條規定違反行為，其違法情節遠高於管理辦法之違反，但卻未能依當時第42條規定，處以勒令歇業處分，法理及法律適用上，有待商榷（廖義男，2000，頁60-61）。或係有鑑於此法規範上之矛盾，1999年2月3日之法律修正，除廢止對多層次傳銷管理辦法的違反，得命令解散、停止營業或勒令歇業之規範外，並於本項規定追加對第23條的違反，得命令解散、停止營業或勒令歇業之規定，惟以該違法情事具有「情節重大」者為限。立法理由如是說：「現行法對違反多層次傳銷管理辦法情節重大者，除處以罰鍰外，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。惟對較重之非法多層次傳銷（即違反現行條文第二十三條第一項），並未規定得命令解散、停止營業或勒令歇業。爰依多層次傳銷行為之輕重，予以增訂第一項」規定（公平會，2004（二），頁508-509以下）。

15. 於此認識下，最初有關本項規定之立法提案，雖追加公平會得命為解散、停止營業或勒令歇業等權限，但並無「其情節重大者」等文言，易言之，公平會此等命為解散、停止營業或勒令歇業等權限之行使，並不以第23條違反情節重大者為前提。其後，公平會經委員會議決議，增加「其情節重大者」等語（公平會，2004（二），頁497-500以下），並為立法機關所採，而成為現行法之規範。惟何謂「情節重大」，立法理由並未有任何說明，而必須求諸實務運作依據各該案件之具體不法程度，加以解釋。司法判決上，雖是有關1999年2月3日前之第42條案件，但卻可提供「情節重大」之解釋參考者，厥為最高行政法院91

年判字第 90 號萬國國際開發判決，該判決理由針對雙向制多層次傳銷，其傳銷行為違法性之所以該當於「情節重大」要件，有此敘述：「按非法多層次傳銷，因具有擴展迅速及危害社會經濟秩序之特性，依據公平交易法規範多層次傳銷之立法目的，即在防範變質多層次傳銷之蔓延．．．．多層次傳銷之參加人，常為經濟上弱者或缺乏社會經驗者，容易一時衝動而加入．．．．考量本件參加人數及營業額發展均甚為迅速，嚴重影響社會經濟秩序，為避免無辜民眾遭受損害，乃勒令其歇業．．．．若為一正當多層次傳銷，因注重於推廣或銷售價格合理之商品或勞務，雖難免有參加人退出及退貨情形，尚不致即造成經營困難。惟在變質多層次傳銷，因參加人進貨多非基於自用或再行銷售之考量，甚者其商品或勞務價格若非合理，更幾無對外銷售之可能性．．．．」。

16. 由上可知，不當多層次傳銷之惡性在於其抓準「經濟上弱者或缺乏社會經驗者，容易一時衝動而加入」之投機及僥倖心理，並善用其迅速蔓延之特性，致生「嚴重影響社會經濟秩序」之結果。因此，於有關情節重大要件之認定上，乃應就下列三項因素判斷之。首先，應就其所引起之參加人投機或僥倖之程度，進行判斷，亦即當參加人取得佣金、獎金或其他經濟利益，「主要」係基於介紹他人加入的成分愈大，則其違法情節愈形重大（「主要」要件之判斷，參照第 23 條註釋邊碼 20-35）。其次，當多層次傳銷參加人數愈眾、層級發展愈快、蔓延速度愈快，其影響社會經濟秩序之程度愈高，違法情節亦愈形重大。最後，當多層次傳銷所欲推廣或銷售之商品或勞務價格過高而不合理（「合理市價」要件之判斷，參照第 23 條註釋邊碼 36-44），其「對外銷售之可能性」就愈低，對參加人所可能造成之傷害就愈大，違法情節亦愈形重大。當然，當上述三項因素其加總效果愈大，傳銷事業所獲暴利愈多，對社會經濟影響愈大，則其該當於本項規定所稱「情節重大」之可能性，就愈高。

#### （四）並得命令解散、停止營業或勒令歇業

17. 當多層次傳銷事業違反公平法第 23 條規定情節重大時，公平會得命該事業解散、停止營業或勒令歇業。依據行政罰法第 2 條規定，所謂的命令解散或勒

令歇業乃是屬於同條第 2 款之「剝奪或消滅資格、權利之處分」，而停止營業則是同條第 1 款之「限制或禁止行爲之處分」。命令解散係指以消滅法人格爲目的，而要求其立即停止營業活動，進入清算程序之處罰。於公司之情形，受解散命令者，應即向公司主管機關申請解散登記，若其未主動向主管機關申請解散登記者，主管機關得依職權或據利害關係人申請，廢止其登記（公司法第 397 條第 1 項）。勒令歇業則是禁止其繼續營業，剝奪其營業之資格，其法律效果或是營業登記的撤銷（營利事業登記規則第 11 條第 1 項第 2 款）、或是廢止其公司登記或部分登記事項（公司法第 17 條之 1）、或是撤銷其商業登記或部分登記事項（商業登記法第 29 條第 1 項第 2 款）。停止營業之處分，則是限制其於一定期間內不得營業，依據公平法第 42 條之 1 規定，命令停止營業之期間，每次以六個月爲限。

由上可知，命令解散、勒令歇業、命令停止營業之處分，對於違法事業所生影響寬嚴不一，於決定應以何種方式處分違法事業時，自應依其違反情節程度作出具體的處分內容，以符合比例原則之要求。

- 18.** 當多層次傳銷事業違反公平法第 23 條規定情節重大時，公平會得命該事業解散、停止營業或勒令歇業。依據行政罰法第 2 條規定，所謂的命令解散或勒令歇業乃是屬於同條第 2 款之「剝奪或消滅資格、權利之處分」，而停止營業則是同條第 1 款之「限制或禁止行爲之處分」。命令解散係指以消滅法人格爲目的，而要求其立即停止營業活動，進入清算程序之處罰。於公司之情形，受解散命令者，應即向公司主管機關申請解散登記，若其未主動向主管機關申請解散登記者，主管機關得依職權或據利害關係人申請，廢止其登記（公司法第 397 條第 1 項）。勒令歇業則是禁止其繼續營業，剝奪其營業之資格，其法律效果或是營業登記的撤銷（營利事業登記規則第 11 條第 1 項第 2 款）、或是廢止其公司登記或部分登記事項（公司法第 17 條之 1）、或是撤銷其商業登記或部分登記事項（商業登記法第 29 條第 1 項第 2 款）。停止營業之處分，則是限制其於一定期間內不得營業，依據公平法第 42 條之 1 規定，命令停止營業之期間，每次以六

個月為限。

### （五）與行政罰法第 26 條之關連

19. 行政罰法第 26 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」由於違反公平法第 23 條規定者，乃採取直接刑事責任，得直接處以公平法第 35 條第 2 項或第 38 條之刑責，不屬於「先行政、後司法」之範疇，因此違反公平法第 23 條規定之事業，同時觸犯第 35 條第 2 項或第 38 條之刑罰規定與本條之行政罰規定。
20. 就相關事業係為自然人時，則就自然人之行為人而言，其結果乃是對其違反行為本得依第 41 條規定處以罰鍰，惟依上開行政罰法第 26 條第 1 項規定，其罰鍰處分為第 35 條第 2 項之刑責所吸收，僅能對其處以第 35 條第 2 項之刑責，而於該行為經不起訴處分或為無罪之裁判確定時，方再依行政罰法第 26 條第 2 項規定，依第 41 條規定處以罰鍰。另一方面，就多層次傳銷事業之法人而言，其負責人等違反公平法第 23 條之結果，使事業本身可能受到第 38 條之刑事處罰，同樣依行政罰法第 26 條第 1 項規定，其依第 41 條規定所得課處之罰鍰乃為第 38 條之刑責所吸收，而僅能對其處以同條之刑責，只於該事業經不起訴處分或為無罪之裁判確定時，方再依行政罰法第 26 條第 2 項規定，依本條規定處以罰鍰（有關行政罰法第 26 條第 1 項規定與公平法第 41 條規定之詳細，參照本條註釋邊碼 13）。
21. 不論如何，由於行政罰法第 26 條第 1 項規定並不妨礙行政機關得對違反公平法第 23 條規定之事業，處以其他種類之行政罰，從而雖然公平法因行政罰法第 26 條第 1 項規定而無法對違反事業處以罰鍰，但仍不礙其得對違法情節重大之事業，為命令解散、勒令歇業、停止營業之處分。

## 二、妨礙參加人解除或終止契約之糾正及處罰—第二項

### （一）受規範主體



22. 由於本項乃是有關第 23 條之 1 第 2 項、第 23 條之 2 第 2 項、第 23 條之 3 等規定之違反的行政罰規定，而該等規定之行爲主體限定於「多層次傳銷事業」，因此本項規定之行爲主體僅限於多層次傳銷事業。

(二)「違反第二十三條之一第二項、第二十三條之二第二項或第二十三條之三規定」

23. 該當於本項規定客體之違法行爲者，或係未依規定對解除傳銷契約之參加人接受退貨情事者、或是未依規定對終止傳銷契約之參加人接受退貨情事者、或以損害賠償或違約金之請求阻礙參加人契約解除或終止權利之行使。前述萬國國際開發判決（最高行政法院 91 年判字第 90 號判決）對此等阻礙參加人自由行使其解約權或契約終止權之違法性，敘述如下：「若爲一正當多層次傳銷，因注重於推廣或銷售價格合理之商品或勞務，雖難免有參加人退出及退貨情形，尙不致即造成經營困難。惟在變質多層次傳銷，因參加人進貨多非基於自用或再行銷售之考量，甚者其商品或勞務價格若非合理，更幾無對外銷售之可能性，在組織發展漸趨飽和之後，參加人在無利可圖之情形下，退出、退貨之壓力逐漸浮現，則變質多層次傳銷事業每每需以規避退貨之方式以避免經營危機，是以世界上多數國家均立法保障參加人退出、退貨之權利，做爲防控變質多層次傳銷之機制。另一方面也因爲多層次傳銷事業往往以高額佣金爲宣傳，其參加人又常爲經濟上弱者或缺乏社會經驗者，對於傳銷經營及商品或勞務，資訊相對不足，容易因一時衝動而加入多層次傳銷組織，允許其退出退貨規定亦有其必要性。」

24. 有鑑於此等違法行爲對參加人權益影響之重大，基於法律保留原則，1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正除將此等違法行爲類型，由原先規定於多層次傳銷管理辦法中，提升至現行法的法律位階外，並新增本項規定，對此等違法行爲處以與多層次傳銷管理辦法違反不同的行政罰。申言之，現行法有關多層次傳銷管理辦法的違反，並無「得命令解散、停止營業或勒令歇業」之處分權限，但對於本項規定所規範之違法行爲，則於其未遵守公平會對違反所

爲之「限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施」，而「逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施」，且其情節重大時，公平會「得命令解散、停止營業或勒令歇業」。如此罰則內容之不同，區隔了本項規定與本條第三項規定之規範內容，令本項規定相較於本條第 1 項與第 3 項規定，有其獨自之存在意義。

**（三）「限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰」**

25. 本項規定針對初次違反第 23 條之 1 第 2 項、第 23 條之 2 第 2 項或第 23 條之 3 規定之多層次傳銷事業，公平會對其所得爲之行政處分內容，與公平法第 41 條前段之規範內容相同，有關此等行政處分之詳細註釋，參照第 41 條註釋邊碼 17-25。

**（四）「逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行爲或採取必要更正措施爲止」**

26. 本項規定後段針對雖已經公平會處「限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施」之處分，但「逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施」之多層次傳銷事業，公平會對其此等逾期仍不停止等行爲，所得爲之行政罰內容，其規範內容與公平法第 41 條後段之規範內容相同，有關此等行政處分之詳細註釋，參照第 41 條註釋邊碼 37-49。

#### **（五）情節重大**

27. 本項規定對於經公平會限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，但逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施，且「情節重大」者，公平會並「得命令解散、停止營業或勒令歇業」。立法理由對此「情節重大」要件之說明，曰：「當其不法情節重大時，如不接受退貨，主管機關亦得命令解散、停止營業或勒令歇業。」由於依據本項規定整體處分之前提，乃是多層次傳銷事業有不接受退貨等阻礙參加人解約權或契約終止權之正當行使，因此上開立

法理由之說明，雖藉由最極端的妨礙行爲之「不接受退貨」行爲，說明對此不當行爲可有命令解散、停止營業或勒令歇業之處罰，但實質上對於「情節重大」要件解釋疑點之釐清，並無重大助益。

28. 與本條第一項規定所謂之「情節重大」，乃係對於公平法第 23 條不正當多層次傳銷之實體規範的違反，本項規定之對象客體，則是對於利用阻礙商品之退回或取回、價金返還之延宕、高額的損害賠償或違約金等方式，妨礙或減低參加人解除或終止契約之意願。因此，若多層次傳銷事業乃是以不接受退貨之惡質手法，完全阻卻參加人解除或終止契約者，則其行爲該當於情事重大一節，當無疑義。惟若多層次傳銷事業並非完全拒絕接受退貨，而僅是不主動取回商品，而要求參加人應自行將商品送回至其所指定之特定場所，此一指定場所若對參加人而言交通不便，則其可能大幅減低參加人解除或終止契約之意願。或是，多層次傳銷事業對於應返還之價金計算方式，對參加人而言實屬不利，或是以相當長期的票據作為價金支付手段等，亦是另一種減低參加人解除或終止契約意願之作法。最後，當多層次傳銷事業於加入契約中，對於契約之解除或終止，約定有損害賠償或違約金，且實際上亦有此等損害賠償或違約金之收取時，其行爲該當於「情節重大」之可能性更大。

29. 無論如何，鑑於本項規定之規範目的，乃是保障參加人契約解除或終止權的行使，因此當多層次傳銷事業以上述各種方式阻礙參加人此等權利之行使時，若各該手段或作法的結果，愈接近「不接受退貨」之實質，且當該傳銷組織之參加人人數重多時，因此「不接受退貨」行爲對社會經濟秩序所造成之影響也愈大，而該當於「情節重大」之可能性愈高。當然，是否符合「情節重大」之要件，仍應針對各該案件的具體事實，依據上述行爲之惡質程度與參加人之人數的量做個案的判斷。

#### (六) 並得命令解散、停止營業或勒令歇業

30. 多層次傳銷事業若經公平會限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，但逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施，且情節重大時，其

法律效果之一，乃是公平會即得依據本項規定，命該事業解散、停止營業或勒令其歇業。有關命令解散、停止營業或勒令歇業之意涵，參照本條註釋邊碼 17-18。

### 三、違反多層次傳銷管理辦法之糾正及處罰—第三項

#### （一）規範目的與法律效果

31. 公平法第 23 條之 4 授權主管機關得訂定多層次傳銷管理辦法，並為確保該辦法為多層次傳銷事業所確實遵循，乃於本項規定對違反多層次傳銷管理辦法者，令公平會得依公平法第 41 條規定之內容，進行處分。有關公平法第 41 條規定之處分內容的詳細註釋，參照第 41 條註釋。

32. 1999 年 2 月 3 日公平法部分條文修正前之本條規定，對於違反多層次傳銷管理辦法相關規定而其情節重大者，公平會並得命令解散、停止營業或勒令歇業。惟於是次法律修正審議過程中，鑑於已將過去多層次傳銷管理辦法中，阻礙參加人自由行使解約權或契約終止權等違法情節重大事項，提升至第 23 條之 1 至第 23 條之 3 的法律位階（參照本條註釋邊碼 5），並對其違反於一定條件下設有命令解散、停止營業或勒令歇業等規範，故而對於僅係一般性違反多層次傳銷管理辦法者，無須再以命令解散、停止營業或勒令歇業等方式處分之，故而刪除此等法律效果。立法理由對此如是說明：「本項處罰之不法行為僅屬違反管理辦法，其情節較前二項為輕，參諸比例原則，刪除得命令解散、停止營業或勒令歇業之處分。」

#### （二）受規範主體

33. 與本條第二項之受規範主體，僅限於多層次傳銷事業不同（參照本條註釋邊碼 22），由於多層次傳銷管理辦法除針對傳銷事業之行為予以規範外，並於該辦法第 11 條第 2 項、第 17 條第 2 項、第 19 條第 2 項等規定中，要求參加人應與傳銷事業負有同樣之告知義務與不得為之行為，使得參加人亦於此等規定之適用上，成為其規範對象（參照第 23 條之 4 條註釋邊碼 9、12）。因此，受本項規定適用之主體，不僅限於多層次傳銷事業，亦及於其參加人。

#### （三）違反行為類型

- 34.** 一般而言，違反多層次傳銷管理辦法之行爲類型，大致可區分爲下列八種類型：(1) 未於停止前報備、(2) 參加人違約時之退貨處理方式、(3) 違反財務報表備置義務、(4) 未成年參加人要式規定、(5) 以不當傳銷行爲爲違約事由及其處理、(6) 明示從事多層次傳銷之義務、(7) 宣稱成功案例虛偽不實或引人錯誤、(8) 變更報備之過渡期（詳細參照第 23 條之 4 註釋）。



## 第四十二條之一 停止營業之期間

### 現行條文（2002年2月6日公布）

「依本法所處停止營業之期間，每次以六個月為限。」

### 第四十二條之一 停止營業之期間

#### 壹、法制比較

##### 一、德國

##### 二、日本

#### 貳、立法沿革與規範定位

##### 一、立法沿革

##### 二、規範功能與定位

#### 參、構成要件分析

##### 一、「依本法所處」之情形

##### 二、每次

##### 三、六個月

## 壹、法制比較

### 一、德國

1. 德國法有關多層次傳銷規範係規定於其不正競爭防止法中，該法第6條之3對於所謂的累進式招攬顧客或滾雪球系統傳銷行為，除予以嚴格禁止外，並對違反者處以二年以下有期徒刑或罰金。由於不正競爭防止法被定位為侵權行為特別法之法律性質，從而其法律執行並未有行政機關的介入，而係由一般法院為之，故既無停止營業之規範，自無停止營業期間之限定。

### 二、日本

2. 日本主要的多層次傳銷規範法律之「特定商業交易法」（原文「特定商取引

に關する法律」)第 39 條第 1 至第 3 項規定，多層次傳銷事業若未善盡資訊告知義務、告知不實資訊、妨礙參加人解除契約、為虛偽不實廣告等行為，致有明顯危害多層次傳銷交易的公平性或參加人之利益時，主管機關得訂一年以下之期間，命該多層次傳銷停止其推廣、銷售行為之全部或一部分。

## 貳、立法沿革與規範定位

### 一、立法沿革

3. 本條規定乃是公平法於 2002 年 2 月 6 日修正時，新增之條文，該次修正前，公平法本身條文中，並無有關停止營業期間限定之規定。但於 2002 年 6 月 9 日前之公平法施行細則第 34 條有著與本條幾乎雷同的規定，謂：「依本法命令停止營業之期間，每次以六個月為限。」鑑於停止營業期間長短對於事業權益影響重大，僅於施行細則中予以規範，似有不妥，因此乃於 2002 年 2 月 6 日公平法部分條文修正時，將其限定提升至法律位階，立法理由如此說明：「中央主管機關依本法所為停止營業之處分對於違法事業權益影響甚鉅，惟本法對於該項處分並未設有一定期間之限制。現行施行細則第三十四條有關命令停止營業期間之限制規定，立法精神雖佳，然有逾越母法之虞，爰將之提升至母法位階，以符行政程序法第一百五十條規範之本旨。」

### 二、規範功能與定位

4. 就違反公平法各實體規定之行為，公平法除於第 40 條至第 42 條等規定中，賦予主管機關得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施或處以罰鍰外，針對特定的違反行為如違反第 23 條對不正當多層次傳銷之禁止規定，於其違法情節重大時，並得命令解散、停止營業或勒令歇業，令違法事業永久性或一時性地無法繼續利用該當事業組織，實施其不法行為，以有效落實公平法就相關規定之規範實效性。於命令解散或勒令歇業之情形，違法事業或因此喪失其法人格、或因此而遭撤銷其營利事業登記，而無法繼續利用原先事業或營業登記，從事事業活動；相對於此，在停止營業之情形，事業之法人格或營業登記並未消滅或遭撤銷，僅是於一定期間內不得營業，於懲罰其違法行為的同時，



並給予事業一定的緩衝期間，讓其得重新整頓組織、加強內控等，避免未來相同或類似違法行為之再發。

5. 此一懲罰或重新出發之期間應如何設定，原應由主管機關依照違法行為之惡性、影響程度、對公益之危害程度及事業重新出發所需時間等各種因素，綜合考量，並於比例原則下，作出最終決定。惟過去公平會之實務運作，鑑於「停止營業之處分對於違法事業權益影響甚鉅」，從而應對其設有一定期間的限制，而認為以六個月為佳，之後並於 2002 年 2 月 6 日公平法部分條文修正時，將其提升至法律位階（參照本條註釋邊碼 3）。由上可知，本條規定乃係以公平會已依本法相關規定對違法事業作出停止營業之處分為前提，對於公平會此一停止營業處分的裁量權予以限制，定位上並非是對事業所為的行為規範，而是對於執法機關之權限行使加以設限之規範。

## 參、構成要件分析

### 一、「依本法所處」之情形

6. 所謂依「本法」所處停止營業者，有三。首先，為公平法第 13 條第 2 項規定，當公平會依據第 13 條第 1 項對於違反結合相關規定之事業，禁止其結合、限期命其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業、免除擔任職務或為其他必要之處分，事業卻有違反此等處分行為時，公平會即得依第 13 條第 2 項規定，作出包括停止營業在內之處分。其次，為公平法第 42 條第 1 項規定，公平會對於違反第 23 條規定而其情節重大者，得處以包括停止營業在內之處分。最後，則為公平法第 42 條第 2 項規定，對於違反第 23 條之 1 第 2 項、第 23 條之 2 第 2 項或第 23 條之 3 規定之多層次傳銷事業，公平會雖已對其作出限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施之處分，但該事業逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施，而其情節重大時，公平會得對該事業處以包括停止營業在內之處分。

## 二、每次

7. 所謂「每次」當係指公平會於各次處分中，對違法事業所為之停止營業處分。因此，若事業之數行為違反同一或不同公平法之規定時，依行政罰法第 25 條規定，公平會得分別處罰之。此時，各該分別處罰者，即屬於本條規定所謂之「每次」。而且，因各該行為而「每次」被處停業之期間，理論上亦可加總，而非吸收。

## 三、六個月

8. 由於本條規定性質乃是對於公平會所為停止營業處分之裁量權，於其期間上予以限制，因此「六個月」所意味者，乃是得命停止營業期間之上限，而非固定期間。具體運作上，應對違法事業處以多久期間的停止營業處分，仍應視個案中，違法行為之惡性、影響程度、對公益之危害程度等因素綜合考量，並依照比例原則作出合理的停止營業期間之決定。

## 第四十三條 拒絕配合調查之處罰

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「公平交易委員會依第二十七條規定進行調查時，受調查者於期限內如無正當理由拒絕調查、拒不到場陳述意見，或拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物者，處新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰鍰；受調查者再經通知，無正當理由連續拒絕者，公平交易委員會得繼續通知調查，並按次連續處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰，至接受調查、到場陳述意見或提出有關帳冊、文件等資料或證物為止。」

### 參考文獻

廖義男（1994），《公平交易法之釋論與實務（第一冊）》；廖義男（1995），〈公平交易法之立法經過〉，《公平交易法之理論與立法》；吳庚（1999），《行政法之理論與實用》；廖義男（2001），〈從行政法院裁判看公平交易法實務之發展（上）（下）〉，《月旦法學雜誌》第69期，頁26-42、第70期，頁28-40；廖義男（2001），〈公平交易法八十七年及八十八年行政法院裁判評析之研究報告〉，《台灣本土法學雜誌》第18期，頁81-89。

### 第四十三條 拒絕配合調查之處罰

- 壹、法制比較
- 貳、立法沿革與體系定位
  - 一、立法沿革
  - 二、體系定位
- 參、要件分析
  - 一、應配合調查之主體
  - 二、公平會依法進行調查時
  - 三、拒絕履行法定配合調查義務

- 四、歸責要件
- 肆、法律效果
  - 一、拒絕之處罰
  - 二、連續處罰

## 1. 壹、法制比較

1. 參閱：第 27 條，邊碼 1 以下相關說明。

## 2. 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

2. 廖義男教授研擬之公平交易法草案第 59 條第 3 款規定，於主管機關依草案第 55 條規定行使調查權時，「故意或過失不提出或不按期限提出報告或營業資料，或提出之報告或營業資料不實或不全，或拒絕接受檢查者」，得處五萬元以下之罰鍰。特別值得注意者，本草案除將主觀歸責要件明文加以規定外，亦仿照德國法上之類似規定，明定受調查者未提出真實、完整之報告及營業資料者，得課予秩序罰法上之罰鍰。
3. 經濟部研擬之公平交易法草案第 42 條規定：「公平交易委員會依第三十二條規定進行調查時，受調查者於期限內如無正當理由拒絕調查、拒不到場陳述意見，或拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物者，處新臺幣五萬元以下罰鍰。連續拒絕者，並得連續處之。」
4. 行政院草案第 43 條文字與現行法第 43 條規定大致相同，僅第一次處罰之罰鍰額度為二千元以上二萬五千元以下，連續處罰之罰鍰額度為五千元以上五萬元以下，立法院三讀通過之本條規定已大幅提高其罰鍰額度。

### 二、體系定位

5. 本條規定係強化第 27 條行政調查權之制裁措施。本條前段，將違反第 27 條規定拒絕調查、拒不到場陳述意見，或拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物者，課予行政秩序罰之制裁。本條後段，則針對受調查者再經公平會通知，

無正當理由而仍連續拒絕之情形，得就各次拒絕連續加以處罰。本條與第 41 條之適用關係，參照：第 41 條邊碼 14。

### 3. 參、要件分析

#### 一、應配合調查之主體

6. 本條規定所處罰之對象，僅以依法負有配合公平會調查義務之受調查者為限。具體依其配合義務之內容加以分類，即：依第 27 條第 1 項第 1 款規定，經通知到場陳述意見之通知當事人及關係人；依同項第 2 款規定，經通知應提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物之個人或有關機關、團體、事業；以及，依同項第 3 款規定，公平會派員前往有關團體或事業之事務所、營業所或其他場所為調查時，該團體、事業或調查當時於場所內之事業所屬人員或其他個人。在後二種情形，受調查之機關、團體或事業，則應就其負責人拒絕履行配合調查義務之行爲，接受本條規定之處罰。

#### 二、公平會依法進行調查時

7. 本條處罰規定，係針對受調查者拒絕配合公平會依第 27 條所規定程序中之各款調查措施加以制裁。因此，對於公平會非依第 27 條規定所爲之調查，或其他獲取資訊之措施，例如：事業申報結合或申請聯合行爲程序中，公平會限期通知補正資料而事業未依通知提出者，公平會應依第 11 條第 3 項以下、第 14 條及施行細則第 9 條、第 11 條、第 23 條、第 24 條等規定處理，不得適用本條之處罰規定。
8. 此外，公平會啓動第 27 條所規定之調查程序前，或調查程序已終結後，拒絕配合公平會其他獲取資訊之措施者，解釋上亦不得援引本條規定加以處罰。

#### 三、拒絕履行法定配合調查義務

9. 公平會得援引本條規定處罰受調查者，必須以其違反第 27 條規定、拒絕履行特定之配合調查義務者為前提。因此，除受調查者依該條第 2 項拒絕調查者不適用本條規定外，本條針對受調查者拒絕法定配合調查義務之情形，亦配

合該條第 1 項規定分爲三類：

10. (一) 拒不到場陳述意見；須以公平會已依法通知爲前提。受調查者除應依法到場之外，仍應針對公平會人員所詢問事項陳述意見；因此，拒絕針對公平會人員所詢問特定事項陳述意見，除係依「不自證己罪」之法理合法拒絕者外，仍可能構成本條之義務違反要件。此外，本條雖未明文規定受調查者陳述不實者之處罰，依其情節，仍有可能構成刑法第 213 條規定之「使公務員登載不實罪」。
11. (二) 拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物；須以公平會已依法通知，並於通知中載明應提出之特定帳冊、文件等資料或證物爲前提。公平會派員到場調查時發現調查所必要之特定帳冊、文件等資料或證物，經依法另行通知有關機關、團體、事業或個人提出而拒絕提出者，亦得依本條規定處罰之。
12. (三) 拒絕調查；須以公平會所派人員出示證明文件且依法調查爲前提。公平會派員前往有關團體或事業之事務所、營業所或其他場所爲必要之調查，受調查者拒絕其入內、妨礙其調查者，即屬之。至於拒絕開啓調查人員所指定之密閉設施、抽屜、櫥櫃或門鎖者，於檢查所必要之範圍內，解釋上亦屬之；此乃因本條規定並未賦予公平會人員搜索權限，其到場調查程序實有必要借助於受調查者之自由配合。
13. 此外，受調查者拒絕履行特定之配合調查義務，須無正當理由者，始得依本條規定加以處罰。亦即，受調查者就其拒絕公平會依第 27 條規定所爲之調查，能提出正當理由者，例如：文件自始不存在或非可歸責於受調查者之事由已不在其占有狀態中，或事務所、營業所於公平會派員前往時無人員在場配合調查者，即不得援引本條規定加以處罰。

#### 四、歸責要件

14. 本條文字上雖未明定故意或過失爲其歸責要件，但既已載明「無正當理由」，解釋上，依本條規定應受處罰者仍以出於故意或過失者爲限。尤其，本條之處罰屬於秩序罰之一種，行政罰法第 7 條第 1 項規定：「違反行政法上義

務之行爲非出於故意或過失者，不予處罰」，於本條規定之情形亦有適用。

#### 4. 肆、法律效果

15. 依本條規定，受調查者拒絕履行其法定配合調查之義務者，處新臺幣 2 萬元以上 25 萬元以下罰鍰；連續拒絕履行其法定配合調查之義務者，並按次連續處新臺幣 5 萬元以上 50 萬元以下罰鍰。

##### 一、拒絕之處罰

16. 依本條前段規定，受調查者拒絕履行其法定配合調查之義務者，公平會得處以新臺幣 2 萬元以上 25 萬元以下罰鍰；公平會依本條規定所作成之裁罰決定，應屬於裁量處分。關於本條罰鍰額度之裁量，公平會雖未訂定參考表，就其同屬秩序罰之性質而言，則與第 41 條之裁處審酌並無不同；參照：第 41 條邊碼 33-37。關於依本條規定之處罰時效，基於本條規定同屬秩序罰之性質，亦應為相同之解釋；參照：第 41 條邊碼 41。至於本條規定所處罰對象係受調查者，並不以第 2 條或第 10 條至第 24 條所規定之事業為限，此乃本條規定與第 41 條最大不同之處。

17. 此外，本條規定之處罰既屬秩序罰之一種，行政罰法上之相關規定，自亦有其適用。

##### 二、連續處罰

18. 本條後段「按次連續」處罰之規定，係針對受調查者未遵從公平會「繼續通知調查」，「無正當理由連續拒絕」之行爲，每次均課予法定額度範圍內之處罰。亦即，受調查者於拒絕公平會前次通知調查後，再次拒絕公平會此後新作成之另一次通知調查，公平會得再針對此次拒絕依法課予罰鍰。公平會每次依本條後段規定所處罰者，係受調查者拒絕履行依新通知所生之配合調查義務，與前次拒絕履行依原通知所生之配合調查義務，係分屬二次不同之社會秩序違反行爲。因此，本條規定之連續處罰，並非間接強制之「怠金」。關於「按次」之意義及連續處罰與「怠金」之適用關係，參照：第 41 條，邊碼 42-47。

19. 至於本條後段規定「至接受調查、到場陳述意見或提出有關帳冊、文件等

資料或證物為止」，係指公平會「繼續通知調查」之前提，並非指「間接執行」概念下強制受調查者履行原配合調查之義務而言。如受調查者已履行配合調查之義務，或公平會已無再透過同一受調查者獲取資訊者，即無必要再為調查通知，因此亦無本條後段規定之適用。

- 20.** 此外，公平會每次依本條後段規定課予罰鍰，均以受調查者該次拒絕無正當理由者為限；因此，如前次拒絕有正當理由而本次拒絕無正當理由者，僅得就本次拒絕加以處罰，反之亦然。



## 第四十四條 移送強制執行

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「依前四條規定所處罰鍰，拒不繳納者，移送法院強制執行。」

### 參考文獻

廖義男（1995）：《公平交易法之理論與立法》；蔡震榮（2000）：〈行政執行法〉，翁岳生編（2000）：《行政法》（下），第十七章。

### 立法沿革與體系定位

1. 本條係有關罰鍰移送強制執行之規定。於行政執行法於1998年11月11日總統令修正公布前，行政機關得否逕行以行政執行手段對於抗不繳納者之財產，而為強制執行？於實務上有所爭議，經司法院大法官會議釋字第十六號解釋認定，「行政官署依法科處之罰鍰，除依法移送法院辦理外，不得逕就抗不繳納者之財產而為強制執行」，並且於釋字第三十五號解釋更進一步補充「對人民財產為強制執行，非有強制執行法第四條所列之執行名義，不得為之。行政機關依法科處罰鍰之公文書，如法律定有送由法院強制執行或得移送法院辦理者，自得認為同法第四條第六款所規定之執行名義，否則不能逕據以為強制執行。」是以不論係廖義男教授草擬之公平交易法草案（第75條第2項）、經濟部研擬之公平交易法草案（第43條）或者行政院版之公平交易法草案（第44條），均明訂移送法院執行之規定。
2. 行政執行法於1998年修正時，即考量上述由於早期行政執行法欠缺執行機關與執行程序之規定，故有關代執行費用與罰鍰產生無法強制徵收之情形，因此增加公法上金錢給付之執行及執行機關之規定。於行政執行法修正後，考量已有多數行政法規因應釋字第十六號及第三十五號之意見，制定移送法院強制執行之規定，特於第42條明訂「法律有公法上金錢給付義務移送法院強制執行之規定者，自本法修正條文施行之日起，不適用之（第1項）。本法修正施行前

之行政執行事件，未經執行或尚未執行終結者，自本法修正條文施行之日起，依本法之規定執行之；其為公法上金錢給付義務移送法院強制執行之事件，移送該管行政執行處繼續執行之（第 2 項）。前項關於第七條規定之執行期間，自本法修正施行日起算（第 3 項）。」因此本條移送強制執行之規定，可謂已完全為行政執行法之規定所取代，應於日後修法時予以刪除，直接適用行政執行法之規定，由法務部行政執行署所屬行政執行處執行（行政執行法第 4 條第 1 項參照）。

## 第七章 附則

### 第七章 附則

- 壹、 本章規範功能
- 貳、 本章規範內容
  - 一、 第 45 條：除外規定—智慧財產權之正當行使
  - 二、 第 46 條：本法與其他法律競合適用之情形
  - 三、 第 47 條：未經認許之外國法人或團體
  - 四、 第 48 條：本法施行細則之制定
  - 五、 第 49 條：本法施行日
- 參、 本章修法方向
- 肆、 法制比較
  - 一、 美國
    - (一) DOJ
    - (二)、FTC
  - 二、 日本
    - (一)法規命令
    - (二)行政規則
- 三、 德國
- 四、 歐體聯盟
  - (一)規則
  - (二)通告與指導原則

### 壹、 本章規範功能

1 本章為公平交易法的附則，所涉範圍包括智慧財產權之除外規定（第 45 條）、公平交易法與其他法律競合適用的情形（第 46 條）、未經認許之外國法人或團體之當事人及訴訟能力（第 47 條）、施行細則之制訂（第 48 條）以及本法施行日期之規定（第 49 條）。

2 公平法關於附則之體例，與一般法規相較未有差異之處。一般法規於附則章之內容，除施行細則之制訂及施行日期之規定外，尚可能包括新、舊法律適

用過渡期間之規定（如礦業法第 74 條之一至第 77 條）、法律施行前既有業者執照轉換（如石油管理法第 57 條）、相關規費之收取（如電業法第 114 條之一、公路法第 80 條、民用航空法第 122 條）、相關規則之訂定（如鐵路法第 74 條、郵政法第 48 條），或者授權主管機關以國際條約或國際協定事項，作為法規命令之內容（如電信法第 71 條參照國際電信公約、民用航空法第 121 條參照國際公約）等。公平法為規範一般產業市場競爭秩序之規範，本質上即不包括執照、規費等事項之規定，亦不可能直接援引國際條約針對跨國之競爭法事務進行規範。至於本法未規定事項之補充，於本法第 1 條已明訂適用其他有關法律之規定。

- 3 本章規範重點在於第 45 條智慧財產權之除外規定、第 46 條公平交易法與其他法律競爭適用之情形，試圖以法律規範方式界定公平法與智慧財產權法、其他法律之適用關係。第 47 條對於未經認許外國法人或團體的當事人及訴訟能力加以規定，係採取所謂互惠原則的立法方式。

## 貳、本章規範內容

- 4 以下簡要說明本章條文之重要內容：

### 一、第 45 條：除外規定—智慧財產權之正當行使

- 5 原則上事業所有之經濟活動都應受到公平法的規範，只有在例外情形始得被排除於適用範圍外，而除外規定在適用上應從嚴解釋認定，盡量維持公平法的適用，以確保法律規範下之自由與公平的競爭環境。由於智慧財產權係賦予權利人不同程度的排他性權利，讓權利人可以藉由此一權利獲取經濟利益，因此若斷然認為此一行為違反公平交易法，勢將使智慧財產權的規範目的無法達成。如何調整本法與智慧財產權法的關係，就本條規定之構成要件而言，只有行使權利之「正當行為」始不適用本法；如果超出此範圍而為「不正當行為」，縱使其為行使權利之行為，仍然應受到公平法之規範。

- 6 本條規範之適用對象，為依照著作權法、商標法或專利法行使權利之行為，

其他智慧財產權如植物品種權、積體電路電路佈局權，由於性質上亦具排他效力，於法律體系思考上亦應受相同之規範。因此在解釋上可以考慮透過類推適用，或者於適用本法時，斟酌其性質與內容，就其妥當性妥為判斷（參見第 45 條，邊碼 16 以下）。

- 7 公平會為處理與智慧財產權相關的案件，已制訂若干處理原則，包括「行政院公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」以及「行政院公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則」，可供事業發送警告函及協商技術授權協議之參考（參見第 45 條，邊碼 24 以下）。

## 二、第 46 條：本法與其他法律競合適用之情形

- 8 除本法以外，於其他法律對於競爭行為有所規範者，如專門職業規範之法律（醫師法、律師法、建築師法、會計師法等）、特定產業法律（電信法、電業法、石油管理法、鐵路法等）、中小企業法律、貿易法律等，此時若產生規範競合時，該如何適用法律即有所爭議。本條規定認為應於「不牴觸本法立法意旨之範圍內」，優先適用該其他法律之規定。

- 9 本條規定於解釋上之重心，即在於如何確認其他法律係「不牴觸本法之立法意旨」。基於本法第 1 條已明示立法目的為「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」，若吾人所重視者為結果面，本法之立法意旨應為「經濟之安定與繁榮」等經濟公益之實現。本條規定於 1999 年修正時，雖宣示競爭政策於總體經濟政策的重要性，但立法者對於其他法律之立法目的以及其背後所蘊含的政策考量，應於判斷時列入其考量要素之一，並不當然與公平法之立法意旨完全牴觸。倘若相關法律規範有多種不同解釋之可能時，依本條規定宜採取最能合乎本法規範目的之解釋方法，盡量避免產生法律間之衝突與矛盾（參見第 46 條，邊碼 ）。。

- 10 關於「優先」適用其他法律之規定，解釋上只有在前述「不牴觸本法之立法意旨」的情形，方為此一認定。倘若系爭其他法律關於競爭行為之規定，牴觸公平法之立法意旨時，解釋上即無本條規定之適用，而回歸一般法律規範競

合處理之原則處理（參見第 46 條，邊碼 ）。此時為維護本法所欲保障之競爭秩序，公平會有必要依據本法第 9 條第 2 項規定之意旨，商同其他部會加以處理（參見第 46 條，邊碼 ）。。

### 三、第 47 條：未經認許之外國法人或團體

11 本條係對於未經認許之外國法人或團體，有關訴訟及當事人能力之規定，採取所謂互惠原則之立法模式。此一規定雖明文僅限於民事訴訟及刑事告訴、自訴之行為方有適用，但於公平會實務上均擴張至行政事項，亦有所適用（參照第 47 條，邊碼 ）。。

12 於本條適用上，由於我國已加入 WTO 成為會員，各會員國均應本於國民待遇原則處理有關貨物及服務貿易之往來，即給予各會員國所屬人民如同本國人相同之保護，因此本條規定解釋上在大多數個案上，皆應符合但書之規定而享有依本法提起訴訟的當事人能力及訴訟能力，符合本條前段規定者之情形應不多見，是以本條規定於立法政策上有無保留之必要，似不無探討之餘地（參見第 47 條，邊碼 ）。。

### 四、第 48 條：本法施行細則之制定

13 本條係關於施行細則制定的授權規定。施行細則在體系上是屬於法規命令的範疇，其制定與生效應符合法規命令的合法要件，由公平會發布，並踐行中央法規標準法第 7 條規定之發布程序。

就現行施行細則之規定觀之，係對於公平法之構成要件、法律效果及程序規範具體化其內涵（參照第 48 條，邊碼 16）。施行細則第 27 條對於母法第 19 條第 6 款之例示性規定，已就「不正當限制交易相對人之事業活動」為進一步之類型化，包括搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制，及其他限制事業活動之情形，係屬於不同的垂直限制競爭行為，似應考慮針對個別類型行為之競爭規範，直接規定於母法中以提供法律之明確性及安定性（參照第 48 條，邊碼 22）。

- 14 除施行細則之制定外，公平會並訂有其他法規命令與行政規則，前者如「行政院公平交易委員會卷宗閱覽辦法」、「多層次傳銷管理辦法」，後者如公平會所訂定的各類「處理原則」、「應行注意事項」及「作業要點」等均屬之。就現行公平會所訂之行政規則而言，雖性質上應僅限於公平會為有效處理所執掌事務，下達所屬單位及人員而僅供內部參考之說明或標準，但論其實質，公平會不僅將各類行政規則對外發布，且所規範事項亦有涉及事業配合義務或甚至具有外部法效力者，如有關第 24 條案件之處理原則，已揭示各種不法類型態樣（如「榨取他人努力成果」、「濫用市場優勢地位」等）。由於相關案件日益增多，相關執法經驗不斷累積且逐漸定型，縱使短期內無法提升至母法明文規定，亦宜考慮規定至具法規命令性質的施行細則中，以使本法規範更具明確性及安定性（參見第 48 條，邊碼 39）。

#### 五、第 49 條：本法施行日

- 15 本條為本法最後一個條文，規定本法之施行日。本法於 1991 年 2 月 4 日總統公布，於制定時係考量公平會之設置、訂定施行細則及完成執行之準備工作，均需要相當時間，且本法係規範產業之經濟活動，有必要公示一年俾眾週知以為遵循（參見第 49 條，邊碼 ）。。

另本法曾於 1999 年、2000 年及 2002 年修正，修正條文於何時生效，亦有明訂之必要。本條第 2 項規定係自公布日施行。

### 參、本章修法方向

- 16 本章附則之規定，可考慮就本法之適用範圍予以明訂，特別是針對限制競爭行為的「域外效力」(extraterritoriality)，若事業於國外所為之限制競爭行為，其反競爭效果於我國境內發生，應明示我國公平法對於此一行為有適用之餘地，亦即採取所謂之「效果主義」(the effects doctrine)。如美國反托拉斯法實

務早於 1909 年 American Banana Co. v. United Fruits Co.<sup>1</sup> 以及著名的 United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)<sup>2</sup> 有關國外反托拉斯行為之案例，法院認定即便該行為是在域外所做成，但反競爭效果足以對國內市場競爭秩序造成傷害（economically harmful）時，反托拉斯法即可對之加以規範<sup>3</sup>。

17 德國營業競爭限制防止法（GWB）於第五章「本法適用範圍」（Anwendungsbereich des Gesetzes）即訂有本法效力範圍（Geltungsbereich）之規定。GWB 於 1999 年第六次修正時，即規定在第 130 條第 2 項：「於本法效力範圍內具有限制競爭效果之行為者，本法適用之；該行為於本法效力範圍外所發起者，亦同。」（2005 年第七次修正未對此加以修改）是以德國 GWB 對於國外所為之限制競爭行為，亦採取「效果主義」（Auswirkungsprinzip）。此外，法國法、歐盟法亦係採取此一原則<sup>4</sup>。是以我國公平法於未來修法時，似可考慮參酌外國反托拉斯法之立法及實務加以訂定，以使我國公平法之適用更為妥善。

## 肆、法制比較

### 一、美國

18 不論是 DOJ 或 FTC，均有相關大的權限得對市場競爭相關事項與議題，制定法規命令或行政規則，其權限的來源主要有二：其一、法律的授權。最典型的例子，乃 FTC Act 第 18 條（通稱「美國聯邦貿易委員會改革法」（FTC Improvement Act），授權 FTC 得針對 FTC Act 第 5 條所謂的“不公平”（unfair）或“欺罔”行為，制定「解釋規則」（interpretive rules）或「一般性的政策說明」（general statements of policy）；也得制定規則，定義特定行為是否已構成不公平或欺罔，或規定避免該不法行為之要件。其二，依美國行政程序法（Administrative

---

<sup>1</sup> 213 US 347 (1909).

<sup>2</sup> 148 F 2d 416 (2nd Cir., 1945).

<sup>3</sup> See Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, 159-162 (Cambridge 2003).

<sup>4</sup> Vgl. Jungbluth, in: Langen/Bunte, KartR (9. Aufl), §130 Rn.113ff. (2001).



Procedure Act) 中關於行政機關「規則制定」(rulemaking) 權限的規定，特別是其中第 551 條及 553 條賦予行政機關得就關於法規或政策之執行或解釋的一般或適用範圍及未來效力，或基於說明組織架構、程序、或慣例要求，含對未來費率、工資、價格、公司組織與重整之准駁標準等相關議題(第 551(4)條)，制定部分或全部的說明書。

### (一) DOJ

19 DOJ 對特定產業或競爭行為所制定之相關行政規則中，較為重要者有以下幾項：

20 (一)、刑事追訴：主要有 1993 年的「公司免責政策」(Corporate Leniency Policy) 及 1994 年的「個人免責政策」(Individual Leniency Policy)。

21 (二)、健康照護(Health Care)：1996 年「健康照護反托拉斯執行政策說明」(Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care)。(與 FTC 共同制定)

22 (三)、智財權授權：1995 年之「智財權授權之反托拉斯準則」(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property) (與 FTC 共同制定)。

23 (四)、國際適用：1995 年之「國際適用之反托拉斯執行準則」(Antitrust Enforcement Guidelines for Internatioal Operations) (與 FTC 共同制定)。

24 (五)、結合：計有 2004 年之「結合救濟手段反托拉斯局政策指引」(Antitrust Division Guide to Merger Remedies); 1997 年「水平結合準則」(Horizontal Merger Guideline)(與 FTC 共同制定); 1984 年「非水平結合準則」(Non-Horizontal Merger Guidelines)。

25 (六)、合資(joint venture)：2000 年「競爭者合作之反托拉斯準則」(Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors)。

### (二)、FTC

26 除了和 DOJ 所共同制定之準則外，FTC 所制定之法規命令和相關規則相當多，主要收集在「聯邦規則法典」(Code of Federal Regulations; CFR) 第 16 部「商業行為」(Commercial Practices)中的第 1 章「聯邦貿易委員會」下，統稱「聯邦貿易委員會規則」(FTC Rules)。規則分為 9 大節，內容包括 FTC 組織架構及

審理程序規定、特定商業行為之規則與指引、以及依國會授權法律所制定之法規命令、政策說明及行政規則等。由於內容繁多，以下僅擇要介紹之。

### 1. 準則與政策說明

27 除上述與 DOJ 共同制定者外，FTC 本身所制定之準則與政策說明如下：

28 1、2003 年「聯邦貿易委員會競爭局協商結合救濟手段說明」(Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies)。

29 2、2002 年「結合調查合作最佳方式」(Best Practices on Cooperation in Merger Investigations)：FTC—歐盟共同工作小組所制定。

30 3、2002 年「反托拉斯調查數據、經濟與財務分析之最佳方式」(Best Practices for Data, and Economic and Financial Analyses in Antitrust Investigations)：由經濟局 (Bureau of Economics) 所制定。

31 4、2002 年「聯邦貿易委員會競爭局結合調查準則」(Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Guidelines for Merger Investigations)。

### 2. 法規命令與行政規則 (CFR 第 16 部第 1 章)

32 1、「組織、程序、與行為規章」(Organization, Procedures and Rules of Practices)：規定於第 A 節中。內容包括組織架構規定 (§§0.1-0.19)，一般程序 (general procedures) 規定 (§§1.1-1.99)，非裁決程序 (nonadjudicative procedures) 規定 (§§2.1-2.51)，裁決程序之慣例規則 (rules of practices for adjudicative proceedings) (§§3.1-3.83)，及關於行政解釋、一般政策說明及執行政策說明 (administrative interpretations, general policy statements, and enforcement policy statements) 之規定 (§§14.9-14.16)。

33 2、「指引與交易行為規則」(Guides and Trade Practice Rules)：規定於第 B 節中，主要針對特定產業及行為是否違法所制定之指引，包括汽車二手零件市場 (§§20.0-20.3)、珠寶及貴重金屬業 (§§23.0-23.26)、欺罔定價 (deceptive pricing) 行為 (§§233.1-233.5)、誘餌廣告 (bait advertising) (§§ 238.0-238.4)、擔保及保證廣告 (§§239.1-239.5)、見證 (endorsement and testimonial) 廣告

(§§255.0-255.5)等。類似的規定也見於第D節，所規定的產業行為包括有零售業之廣告與行銷方法 (§§424.1-424.2)、郵購產品 (§§435.1-435.4)、加盟事業之揭露義務與禁止事項 (§§436.1-436.3)、殯葬業 (funeral industry; §§453.1-453.9) 行為、中古車交易 (§§455.1-455.7)、眼鏡業 (§§456.1-456.5) 等。

- 34** 3、「國會特定法案之規則」(Regulations Under Specific Acts of Congress)：規定於第C節中，主要系針對國會特定法案所授權制定之規則與命令，例如依國會所制定之「羊毛產品標示法」(Wool Product Labeling Act)及「毛皮產品標示法」(Fur Product Labeling Act)所分別制定之標示規則 (§§300.1-300.35, §§301.0-301.49)；又如針對「電話行銷及消費者詐欺與剝削預防法」(Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act)所制定之「電話行銷銷售規則」(Telemarketing Sales Rule; §§310.1-310.9)。另外，同樣依國會立法授權所制定之行政命令、解釋規則、及政策說明者，尚有第E節關於「公平包裝與標示法」(Fair Packaging and Labeling Act; §§500-503)、第F節關於「公平信用報告法」(Fair Credit Reporting Act; §§600-698)、第G節關於「麥格努森—莫斯擔保法」(Magnuson-Moss Act; §§700-703)、以及第H節的「1976年哈特—史考特—羅迪若反托拉斯改革法」(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976; §§801-803)。

## 二、日本

### (一)法規命令

- 35** 日本公平會除依照獨占禁止法相關規定的授權，而制定不少法規命令外，並基於獨占禁止法之子法的不當贈品暨不當標示行為防止法、承攬價金給付遲延等防止法等之授權規定，亦訂有法規命令。其中，最重要者乃是依據獨占禁止法第二條第九項規定，將不公平交易方法的類型加以具體化之一般及特殊的不公平交易方法指定，除一般不公平交易方法指定外，針對特殊行業所為之不公平交易方法指定包括「教科書業之特定不公平交易方法」、「海運業之特定不公平交易方法」、「食品罐頭業之特定不公平交易方法」、「新聞業之特定

不公平交易方法」等。

- 36 此外，在有關程序方面，重要的法規命令計有「公平交易委員會審查及審判規則」、「公平交易委員會審判費用細則」、「課徵金繳納督促狀樣式規則」等。

## （二）行政規則

- 37 日本公平會經常會制定一些所謂的運用指針（Guidelines），對外說明其針對特定行為的執法想法，希冀藉此令相關事業或大眾更能清楚瞭解到獨占禁止法對於相關行為的規範內涵。此類指針最重要者，包括「獨占禁止法針對行政指導之規範理念」、「針對流通、交易慣行之獨占禁止法的規範指針」、「針對事業團體活動之獨占禁止法的規範指針」、「有關政府招標時之事業及事業團體型為的獨占禁止法之規範指針」、「獨占禁止法官於企業結合審查之運用指針」、「獨占禁止法關於連鎖加盟事業之規範理念」、「獨占禁止法對於專利或專門技術授權之規範指針」、「獨占禁止法對於共同研究開發之規範指針」等。

- 38 此外，近年來所訂定之指針中，較為重要者包括「有關瓦斯合理交易之規範指針」、「促進電信通訊事業領域競爭之規範指針」、「關於收費之老人安養院之不當標示運用基準」、「獨占禁止法關於服務委外時之優勢地位濫用規範指針」、「有關企業或產業重建是案之企業結合審查指針」、「贈品標示法對於不當價格標示之規範理念」、「有關企業結合計畫之事前諮商的因應方針」等。

## 三、德國

自 GWB 第六修正法及 UWG 於 2004 年修正以後，原環繞於 GWB 及 UWG 的眾多附屬法律及法規命令已大幅調整或廢止。折扣法（Rabattgesetz）、關於贈品之法規命令（Zugabeverordnung）均已廢止；僅存者係聯邦經濟部長權限範圍內的「一般價格法（allgemeines Preisrecht）」：

Gesetz über Preisnachlässe

出版業特別規範：Das Gesetz zur Regelung der Preisbindung bei

Verlagserzeugnissen vom 2. September 2002

Preisangabenverordnung

此外，另有 GWB 第六修正法時納入該法架構下的政府採購法令：

Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge  
(Vergabeverordnung)

#### 四、歐體聯盟

40

在介紹歐體競爭法之命令規章等「派生法」之前，有必要簡單說明歐體法之法源體系。歐體法之法源除了歐體條約本身以外，依據歐體條約第 249 條之規定，歐體機構尚可以規則(Regulation)、指令(Directive)、決定(decision)、建議(recommendation)、意見(opinion)等來達成歐體條約所欲賦予之任務。不過概念上應先釐清者，乃在歐體條約中並未界定這些派生法源的位階。因此例如就規則與指令而言，不能遽指規則之位階高於指令，反之亦然<sup>5</sup>。然上述幾項在效力上則有所不同。規則本身具有拘束所有會員國以及於會員國內直接適用之效力<sup>6</sup>；指令中之規定，原則上有待會員國政府採取相關之措施始能具體落實，因此通常並不具有直接效力，不過指令若對細節性問題也規定詳盡，或者會員國未依指令而適時採取適當措施，或所採取之措施與指令規定格格不入時，歐洲法院亦認為指令具有直接適用效力；決定則僅拘束其所針對發布之對象；至於建議或意見，依歐體條約第 249 條第 5 項之規定則不具有拘束力。上述幾種方式為主要之派生法源，不過並不僅止於此，歐體機構有時亦會以其他的方式說明其政策立場，例如執委會即常以通告(Notice)或指導原則(Guidelines)說明其執法立場與細部標準<sup>7</sup>。

41

若根據上述說明，則可大略將歐體法依據其拘束力，區分為幾個階層：第一層級為歐體條約之規定；第二層級則為具有拘束力之規則、指令、以及決定；

<sup>5</sup> Paul Craig & Gráinne de Búrca; EU Law, Text, Cases and Materials, p112 (3<sup>rd</sup> ed., 2003).

<sup>6</sup> 關於歐體法之直接效力 (direct effect)，其意義至今仍有廣狹之爭，不過概略而言，其意旨會員國人民得直接於會員國法院請求救濟，而會員國法院亦得直接適用其規定之謂。Id, 178-193. 中文介紹可參閱王泰銓，歐洲共同體法總論，1997 年，頁 185-194。

<sup>7</sup> See Craig and Búrca, supra note 29, p112-117.

第三層級則為不具拘束力的建議、意見或者指導原則等。

42

同樣在競爭法領域，亦可沿用上述類別劃分歐體競爭法的法源。屬於第一層級基本規範的，自然是歐體條約第 81 條至 89 條規定，其中第 81 條、第 82 條更為核心之實體規範；其次在第二層級，理事會或執委會即制定有為數眾多的規則與指令，其中包括程序上規定、涉及實體事項之規定、集體除外規則、針對特定經濟領域所制定的規則或指令，以及極為重要的歐體結合管制規則等。至於決定，則是包括執委會對於個案的決定。最後關於第三層級派生法，主要則是執委會發布的許多通告或指導原則等。此等通告或指導原則，往往在個案中是決定行為違法與否及其處理程序之具體、關鍵規定，對我國實務具有相當之參考價值。

除了歐體條約之競爭規範在歷次條約增補修正中均未有所變動以外，其他的派生法源多少均有所廢止、增訂或修正。以下逐項將歐體競爭法之派生法列出，並將法規變動歷程稍作交代。

## （一）規則

### 1. 程序規範

43

1. Council Regulation No 1/2003（本規則取代過去的理事會 1962 年第 17 號規則，嗣後並被第 411/2004 號規則所修正）。
2. Commission Regulation No 773/2004（本規則主要規範執委會依據理事會第 1/2003 號規則欲開啓程序所需之進一步程序性規定）。

### 2. 集體除外規則

44

1. 權限規定：Council Regulation No 19/65（本號規則賦予執委會得以制定集體除外規則之權限，嗣後本規則並為 Reg. 1215/1999 所補充）。
2. 權限規定：Council Regulation No 2821/71（本號規則賦予執委會針對水平關係的規格或形式之應用協議、研發協議以及專業化協議制定集體除外規則之權限）。
2. 垂直限制競爭協議集體除外規則：Commission Regulation No 2790/1999

(本號規則取代了過去的專屬經銷協議集體除外規則—Reg. 1983/83、專屬購買協議集體除外規則—Reg. 1984/83、以及專屬加盟協議集體除外規則—Reg. 4087/88)。

3. 汽車經銷協議集體除外規則：Commission Regulation No 1400/2002 (本號規則乃專門處理汽車經銷領域之垂直限制競爭協議之集體除外，並取代過去的 Reg. 1475/95)。
4. 技術授權協議集體除外規則：Commission Regulation No 772/2004 (本號規則取代舊有的 Reg. 240/96)。
5. 專業化協議集體除外規則：Commission Regulation No 2658/2000 (本號規則取代原先的 Reg. 417/85)。
6. 研發協議集體除外規則：Commission Regulation No 2659/2000 (本規則取代原先的 Reg. 418/85)。
7. 保險領域之集體除外規則：
  - (1) 權限規定：Council Regulation No 1534/91 (本規則賦予執委會在保險領域制定集體除外規則之權源)。
  - (2) 集體除外：Commission Regulation No 358/2003 (本規則取代過去的 Reg. 3932/92)。

### 3.運輸領域之特別規則

45

1. 排除規定：Council Regulation No 141/62 (本號規則排除第 17 號規則之適用)。
2. 程序規定：Council Regulation No 2988/74 (本號規則規範程序進行之期限規定)。
3. 公路、鐵路與內陸水路運輸：Council Regulation No 1017/68 (本規則嗣後為 Reg. 1/2003 所修正)。
4. 海運運輸：

(1) Council Regulation No 4056/86（規範航行於國際或者一個或數各共同體港口間之海運服務，不過排除不定期班輪之適用）。

(2) Council Regulation No 479/92（賦予執委會得於不違反上述規則範圍內，制定集體除外規則之權限）。

(3) Commission Regulation No 823/2000（執委會根據 Reg. 479/92 所制定之集體除外規則，本號規則取代原來的 Reg. 870/95，嗣後並為 Reg. 611/2005 所補充）。

5. 空中運輸：

(1) Council Regulation No 411/2004（本規則廢止舊有的 Reg. 3975/87）。

(2) Council Regulation No 3976/87（本規則賦予執委會制定集體除外規則之權限，嗣後並被 Reg. 1/2003 所修正）。

(3) Commission Regulation No 1617/93（本規則嗣後並被 Reg. 1523/96 以及 Reg. 1083/1999 所修正）。

**4. 農業領域之特別規則**

46

1. Council Regulation No 26/62.

**5. 結合管制規則**

47

1. Council Regulation (EC) No 139/2004（取代舊有的 Reg. 4064/89 以及 Reg. 1310/97）。

2. Commission Regulation (EC) No.802/2004（實施 Reg. 139/2004 之規定）。

**（二）通告與指導原則**

**1. 與理事會第 1/2003 號規則相關之規範**

48

1. Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities（執委會與會員國競爭主管機關之合作通告）

2. Commission Notice on cooperation within between the Commission and the Courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82



EC(執委會與會員國法院關於執行條約第 81 條與第 82 條之合作通告)

3. Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty (執委會處理關於條約第 81 條與第 82 條之檢舉案之通告)
4. Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letter) (對於個案中涉及新穎性之問題之處理通告)
5. Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (「影響會員國間交易」指導原則)
6. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (條約第 81 條第 3 項之適用之指導原則)

## 2.與集體除外規則相關之規範

49

1. Commission notice: Guidelines on Vertical Restraints (詳細說明對於 Reg. 2790/1999 之適用)。
2. Commission Notice: Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements (除說明對於 Reg. 772/2004 之適用外，亦針對不適用該規則之技術授權協議適用歐體條約第 81 條時應注意之事項)。
3. Commission Notice: Guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal co-operation agreements (說明對於 Reg. 2658/2000 與 Reg. 2659/2000 之適用)。

## 3.與特殊經濟領域相關之規範

50

1. Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector (說明競爭規範在電信領域之適用)。
2. Notice concerning procedures for communications to the Commission pursuant to Articles 4 and 5 of Commission Regulation (EEC) No 1617/93

（說明 Reg. 1617/93 之適用）。

3. Commission Communication: Clarification of the Commission recommendations on the application of the competition rules to new transport infrastructure projects（關於運輸領域適用競爭規範之一般性說明）。

#### 4.與結合管制規則相關之規範

51

1. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings（關於水平結合管制之指導原則）。
2. Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004（對於特定結合案件所適用之簡易程序）。
3. Commission Notice on Case Referral in respect of concentrations（）
4. Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations

#### 5.其他重要規範

52

1. Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1)（此即關於微小不罰通告，取代 1997 年舊有的微小不罰通告）。
2. Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law（此即市場界定通告於歐體條約第 81 條與第 82 條均有適用可能）。

## 第四十五條 除外適用 — 智慧財產權之正當行使

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」

### 參考文獻

陳家駿（1994），〈公平交易法中行使專利權之不正當行為〉，《法令月刊》第45卷第1期，頁16-22；謝銘洋（1994），〈從德國法及歐洲共同體規範之觀點探討專利權之行使與競爭法之關係（上）〉，《植根雜誌》第10卷第12期，頁7-31；謝銘洋（1995），〈從德國法及歐洲共同體規範之觀點探討專利權之行使與競爭法之關係（下）〉，《植根雜誌》第11卷第1期，頁1-9；謝銘洋（1995），〈智慧財產權與公平交易法之關係--以專利權為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第24卷第2期，頁495-584；羅怡德（1995），〈智慧財產權法與公平交易法：專利授權與不公平交易〉，《輔仁法學》第14期，頁191-222；李文秀（1995），〈英國暨歐體對競爭法規與智慧財產權法規之執行政策與適用關係〉，《公平交易季刊》第3卷第3期，頁139-164；郭淑貞（1995），〈公平交易法規範智慧財產權之回顧與展望〉，《公平交易季刊》第3卷第1期，頁101-118；張炳煌（1996），〈著作權之行使、交易自由與競爭法之關係--以歐美競爭法之觀點為中心兼評公平會處分〉，《律師通訊》第203期，頁12-20；官顯庭/黃俊英（1996），〈由專利權紛爭案例探討公平交易法對專利權濫用的規範〉，《台北銀行月刊》第26卷第7期／總號第310期，頁10-20；陳起行（1997），〈由美國不正競爭法之排除適用探討智慧財產權法理念〉，《政大法學評論》第57期，頁451-466；游晴惠（1997），〈由華康案看專利權之行使與競爭法之關係〉，《律師雜誌》第211期，頁44-51；黃銘傑（1997），〈再評公平交易委員會(85)公處0四七號處分--外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法二十四條之禁制規定（上）〉，《月旦法學》第20期，頁88-94；黃銘傑（1997），〈再評公平交易委員會(85)公處0四七號處分--外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函

違反公平交易法二十四條之禁制規定（中），《月旦法學》第 22 期，頁 98-100；黃銘傑（1997），〈再評公平交易委員會(85)公處 0 四七號處分--外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法二十四條之禁制規定（下）〉，《月旦法學》第 23 期，頁 90-95；戴豪君（1997），〈從華康公司案看公平法中專利權正當行使的範圍〉，《智慧財產權管理》第 13 期，頁 38-40；溫俊富（1998），〈技術授權契約之輸出限制條款與公平交易法--以日本處理長春石化公司乙案為素材〉，《工業財產權與標準》第 66 期，頁 8-22；黃鈺華/蔡佩芳（1998），〈專利權人發警告信函是否觸犯公平交易法第二十四條之檢討〉，《智慧財產》第 28 期，第 51-63 頁；劉豐州（1998），〈從公平交易法第四十五條規定論專利權人對疑似侵害人發警告函行為之界限〉，《萬國法律》第 97 期，頁 84-95；黃玲淑（1999），〈由普司通事件看中華民國專利侵害相關的法律問題〉，《化工資訊》第 13 卷第 11 期，頁 63-68；黃銘傑（1999），〈解碼、破碼與公平競爭秩序〉，《台大法學論叢》第 28 卷第 4 期，頁 129-166；李素華（1999），〈技術授權協議之限制約款與競爭法關係--由歐美立法看我國公平交易法適用〉，《資訊法務透析》民 88.03，頁 39-54；姚嘉琳（2000），〈授權契約限制約款與公平交易法--簡介美國 1995 年反托拉斯法智慧財產權授權行為準則〉，《科技法律透析》第 12 卷第 8 期，頁 24-34；施至鴻/李雅萍（1998），〈技術移轉契約中之限制授權約款與公平交易法之關係〉，《技術尖兵》第 47 期，頁 17-18；劉博文（2000），〈公平交易法與智慧財產權保護〉，《智慧財產權》第 16 期，頁 65-71；賴文智/顏雅倫（2001），〈從飛利浦案看技術授權契約的法律爭議〉，《網路資訊》第 120 期，頁 99-103；李素華（2001），〈軟體授權協議涉及之公平法規範〉，《軟體產業通訊》第 40 期，頁 35-41；李素華（2001），〈專利及專門技術授權與公平法規範--研析審理技術授權協議案件處理原則〉，《智慧財產權》第 31 期，頁 3-36；黃銘傑（2001），〈專利授權與公平交易法--以拒絕授權與強制授權為中心〉，《萬國法律》第 120 期，頁 14-24；李素華（2002），〈技術移轉合資涉及之競爭法規範（下）〉，《科技法律透析》第 14 卷第 11 期，頁 18-22；黃銘傑（2002），〈專利集管(Patent Pool)與公平

交易法--評行政院公平交易委員會對飛利浦第三家事業技術授權行為之二次處分案),《月旦法學》第 88 期,頁 122-148;李素華(2002),〈技術移轉合資涉及之競爭法規範(上)〉,《科技法律透析》第 14 卷第 10 期,頁 18-22;王立達(2002),〈競爭法對智慧財產權市場力量之管制--以有線電視頻道授權案件為例〉,《月旦法學》第 84 期,頁 143-166;何愛文(2003),〈專利聯盟所生競爭法上爭議〉,《公平交易季刊》第 11 卷第 4 期,頁 1-29;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〉,《國立臺灣大學法學論叢》第 32 卷第 5 期,頁 119-169;李素華(2003),〈技術標準制定之競爭法規範與調和〉,《東吳法律學報》第 15 卷第 1 期,頁 117-178;馮達發(2003),〈淺談專利權、工業標準、與公平交易法〉,《萬國法律》第 127 期,頁 33-39;馮震宇(2003),〈論資料庫之保護與不公平競爭(下)〉,《月旦法學》第 103 期,頁 187-203;馮震宇(2003),〈論資料庫之保護與不公平競爭(上)〉,《月旦法學》第 102 期,頁 172-187;李文秀(2004),〈數位科技與公平交易法執法實務:關聯問題及適當平衡〉,《萬國法律》第 134 期,頁 34-45;楊宏暉(2004),〈創新誘因的維護與競爭法規範--以專利拒絕授權為例〉,《公平交易季刊》第 12 卷第 2 期,頁 67-112;劉孔中(2004),〈公平法與智慧財產權法的衝突與調和〉,《月旦法學》第 104 期,頁 93-111。

## 壹、法制比較

### 一、美國

1. 美國反托拉斯實務與智慧財產權有關者,為美國司法部(DOJ)及聯邦交易委員會(FTC)於 1995 年所共同制訂之「智財權授權之反托拉斯準則」(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)。

### 二、日本

2. 獨占禁止法第 21 條規定:依據「著作權法、發明專利法、新型專利法、新

式樣專利法或商標法之權利行使行為，不受本法之適用。」

日本學界對於獨占禁止法第 21 條規定之性質，主要有下列四種不同見解<sup>1</sup>：

（1）適用除外說；（2）權利濫用說；（3）違背立法意旨說；（4）訓示規定或確認說。

### 1.適用除外說

3. 本說見解主要著眼於智慧財產法與獨占禁止法規範功能之不同，智慧財產法多賦予智慧財產人一定的排他性獨占權，雖然獨占禁止法存在之目的係為預防、制止此類獨占的成立及濫用，但鑑於獨占禁止法係經濟基本法，基於特別法優於普通法之原則，行使著作權法等所賦予權利之行為，理當排除獨占禁止法之適用

### 2.權利濫用說

4. 本說主要繼受美國法上「專利濫用」(patent misuse)之法理，而認為若相關智慧財產權之權利行使行為，可以將之歸類於權利濫用行為，則不受獨占禁止法第 21 條規定之適用，其權利濫用行為直接適用公平法相關實體規定。

### 3.違背立法意旨說

5. 本說認為，所謂權利行使行為，乃是該當權利行使符合各該智慧財產法之立法規範意旨，從而當其權利行使跳脫了相關智慧財產法保護智慧財產之旨趣時，就不再是獨占禁止法第 21 條之權利行使行為，而屬不正當競爭行為，應受獨占禁止法相關規定之規範。

### 4.訓示規定或確認說

6. 本說認為，不論有無獨占禁止法第 21 條規定的存在，依據智慧財產法所為之權利的正當行使行為，都將不受到獨占禁止法的適用，易言之，該條規定僅是一種訓示規定或確認規定而已，因此智慧財產權於獨占禁止法上並無特殊地位，其權利行使行為與其他一般財產權之權利行使行為，於獨占禁止法上受到

---

<sup>1</sup> 以下各說之分類，主要係採日本學說有關於此之分類，參照村上正博，〈特許、ライセンスの日米比較〉，頁 99-104，弘文堂，第二版，東京（1997）；稗貫俊文，〈知的財産權と獨占禁止法〉，有斐閣，東京（1994）；渋谷達紀，〈工業所有權と獨占禁止法〉，收錄於：紋谷暢男、渋谷達紀、滿田重昭著，〈新技術開發と法〉，三省堂，東京（1993）；根岸哲，〈知的財産權法と獨占禁止法—獨占禁止法二三條論〉，收錄於氏著，〈獨占禁止法の基本問題〉，有斐閣，東京（1990）。

同樣的評價。

### 三、德國

7. 智慧財產權之讓與或授權契約中，若對受讓人或被授權人為營業交易上之限制，而逾越權利保護之內容，原本在德國營業競爭限制防止法（GWB）第六次修正之前，規定於第 20、21 條，在第六次修正時，酌作修正後被移至第 17、18 條，但到了第七版這些規定就被刪除。其原因在於歐盟於 1996 年技術移轉約定之規範（Verordnung (EG) Nr. 240/96 vom 31. Januar 1996）<sup>2</sup>就已經和德國之規定有所重疊，歐盟於 2004 年又公佈有關技術移轉約定之新規範（Verordnung (EG) Nr. 772/2004 vom 27. April 2004）<sup>3</sup>，由於歐盟競爭規範有其直接適用性與優先性，德國這些重覆規定已屬多餘而無意義，因而於第七版時就被刪除<sup>4</sup>。

### 四、歐洲聯盟

8. 歐盟法制與本條規定有關者，為關於技術授權協議之集體除外規則：Commission Regulation No 772/2004（本號規則取代舊有的 Reg. 240/96）。

## 貳、立法沿革與體系定位

### 9. 一、立法沿革

於 1986 年行政院函送立法院審議之公平交易法草案，於第 45 條條文即為現行之文字，而未有變動。本條之立法理由為：「著作權、商標專用權及專利權在本質上皆為法律所賦予之獨占權，故依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，自不適用本法之規定」，於立法院審查時，未有委員對此條文持不同意見。本規定自制定之後即一直沿用至今，並未為修改。

<sup>2</sup> ABl. EG Nr. L 31 vom 9. Dezember 1996; S. 2

<sup>3</sup> ABl. EU Nr. L 123 vom 27. April 2004; S. 11

<sup>4</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S.26.

## 10. 二、體系定位

本條規定是位於公平法第七章附則的範圍內，明訂有關公平法與著作權法、商標法或專利法之適用關係。從智慧財產權法的觀點而言，智慧財產權除前述著作權法、商標法及專利法外，尚包括營業秘密、積體電路電路佈局權、植物新品種權等。這些未明訂於公平法第 45 條之智慧財產權，與公平法之關係如何，請參見後述邊碼 8 以下之說明。

11. 公平法與智慧財產權法的關係，有認為是兩個對立的法律，後者的各種排他權利被解釋成對競爭的限制，亦有認為二者各以其方式與功能形成並維護競爭，公平法則是規範此種財產被投入於競爭後的事項，二者共同協助競爭發揮其經濟功能（例如促進技術進步）以及社會功能。無論何者，均肯認二者之間存在者某種緊張關係，尤其在知識經濟時代，智慧財產權經常被事業當作競爭策略手段，使得兩者的適用界線更難釐清（劉孔中，2004）。

智慧財產權之目的，於經濟理性的考量上，係在於維持投資及創新，避免「搭便車」（free rider）所可能造成的扭曲市場競爭功能，對於智慧財產權為過度之保障，將損害資源配置效率及消費者利益，並阻礙更進一步的創新。由於知識經濟時代的來臨，與智慧財產權相關之競爭策略及網路效應（network effect）將擴大過度保護所可能造成的不利影響<sup>5</sup>，是以兩者之間的緊張關係有日益明顯的情形。

## 參、構成要件分析

### 一、概說

#### （一）本條除外規定之法律性質

12. 關於本法第四十五條之法律性質，有多種理論，有人將其分為例外不適用說與適用說（汪渡村，公平交易法，2005，頁 286），亦有認為可以分為適用除

---

<sup>5</sup> See Lawrence A. Sullivan, *Is Competition Policy Possible in High Techmarkets?: An Inquiry into Antitrust, Intellectual Property, and Broadband Regulation as Applied to "the New Economy"*, 52 Case W. Res. L. Rev. 41, 62 (2001).



外說、權利濫用說、違背立法意旨說、訓示說或確認說（黃銘傑，2001，頁 15），亦有認為尚有違法考量說、阻卻違法事由說（楊宏暉，2004，頁 81），這些不同之理論都嘗試著從不同角度說明智慧財產權和公平法間之關係。

13. 原則上事業所有之經濟活動都應該受到公平法之規範，只有在例外之情形始得被排除於適用範圍之外，而除外規定在適用時，應從嚴解釋認定，盡量維持公平法之適用範圍，以確保在法律規範下之自由與公平之競爭環境。就智慧財產權而言，智慧財產權法賦予權利人不同程度之排他性權利，讓權利人可以藉由此一權利而獲取經濟利益，亦即權利人可以就該智慧財產享有一定程度之專屬使用權，並在一定範圍內可以排除、禁止他人使用該智慧財產。由於該智慧財產只有特定之權利人可以使用，他人除非經過權利人同意否則並無法使用，限制或排除他人進入該智慧財產所涉及之商品市場與權利人自由競爭，而形成限制競爭之結果。此一限制競爭之結果，為賦予具有排他效力之智慧財產權所必然會產生者，如果因而就被認為違反競爭法，恐將使得智慧財產權之規範目的無法達成。本條之主要目的即在於調和「智慧財產權法對於智慧財產權利人之保障」與「公平交易法對於公平交易秩序之維護」二者所產生之衝突現象，因此於適用該規定時，不僅必須考慮智慧財產權利人之利益，而且亦須考慮維護一個自由公平之競爭環境對於競爭者與社會公眾所具有之利益，並於該二者間為一適當之衡量。從本條之規範觀之，其並不在於承認智慧財產權之行使一律排除公平法之適用，反而在於宣示智慧財產權之行使有其界線，仍然必須受到競爭秩序之檢視，只有行使權利之「正當行為」始不適用本法，如果超出此範圍而為「不正當行為」，縱使其為行使權利之行為，仍然應受到公平法之規範。由此可知本條之適用，必須通過兩階段之判斷，一是必須是智慧財產權之權利行使行為，二是行為必須是正當行為。

## (二) 智慧財產權與市場力

14. 智慧財產權法所賦予的法律上排他地位，與實際市場力並不能被劃上等

號。所謂「市場力」，在經濟學上之定義係指事業有能力使價格持續高於競爭價位，或使產出持續低於競爭狀態下產出之能力（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 1995, 2.2），法律上的排他地位是法律所創設之地位，而市場力則需就個案作事實之檢證。

智慧財產權之所有人並不當然因其擁有智慧財產權，而應立即被視為當然具有市場力（market power per se），公平會於其所頒佈之「技術授權協議案件之處理原則」（第三條）亦認為授權協議案件，並不因授權人擁有專利或專門技術即推定其在特定市場具有市場力量。雖然法律上賦予智慧財產權所有人就特別產品、製程或創作可以享有排除他人競爭之地位，然而則此種地位之享有本身並不必然表示智慧財產權人享有控制市場之力量，其是否具有市場力量，仍須視其與其他智慧財產或一般商品或服務之間，是否具有替代可能性而定。倘系爭智慧財產權與其他具有替代性之產品相較，在特定市場中並不具有市場力量，則其授權行為基本上應無構成限制競爭之可能，尚不至違反競爭法之規範（王立達，2003，頁 156）。雖然如此，如果其權利之行使構成不正當競爭行為，則不論是否具有市場力，均仍應受到公平法之規範。

### （三）權利濫用與本條之關係

15. 「權利濫用」為許多國家於法律明文規範或於法院判決中所肯認之重要法律概念，權利之行使一旦構成濫用，則會使權利人原來所享有之權利內容受到限制。在智慧財產權之領域內，權利濫用之概念亦經常為法院於裁判時所引用，藉以對於權利人不當行使其權利之行為加以限制。

16. 在美國法上，「權利濫用」（misuse/abuse）係由普通法（common law）上「衡平」（equity）之觀念與「不潔之手」（unclean hands）之原則所發展出來者，其在專利侵害訴訟中經常由被告提出做為抗辯，專利權之濫用通常係指專利權人企圖將其權利不當地擴張延伸至原來專利權法保護範圍之外來行使，或者為原

來法律保護以外之目的，刻意利用專利權做為其控制競爭之工具。其與反托拉斯法之間有密切之關係，但二者並不相同，基本上，專利權之濫用通常是被告作為防禦抗辯之手段而已，專利權之行使如果違反反托拉斯法之規定，往往亦會構成專利權之濫用；但反之，構成專利權之濫用之行爲，卻未必已經達到違反反托拉斯法之程度（陳家駿，1994，頁 16）。在德國法上，權利濫用規定於民法第 226 條，其基本思想係來自於誠信原則，亦即權利之行使並非漫無限制，其仍不得違反善良風俗與誠信原則，構成權利濫用者，在主觀上必須權利人行使其權利除損害他人外並無其他目的，而且在客觀上該權利之行使對於權利人並無利益，而僅在於對他人造成損害。該規定屬於德國民法第八百二十三條第二項所稱之「保護他人之法律」，因此濫用權利者亦可能會構成侵權行爲，應負損害賠償責任。在德國競爭法上，權利之濫用亦有重要之意義，因為其構成對權利行使上及內容上之限制，濫用權利之行爲不僅違法，而且依通說如果行爲人具有故意或重大過失，則可能會構成違反善良風俗，如果更進而具有競爭之意圖，則可能同時違反競爭法<sup>6</sup>，因此權利之濫用對於智慧財產權之行使亦具有重要之規範意義，在實務上相關之案例亦相當多（謝銘洋，1995，頁 519）。

17. 我國有關權利濫用係參考德國民法之規定，規定於民法第 148 條第 1 項：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的」，實務上認為權利之行使構成濫用者，在主觀上須專以損害他人為主要目的，在客觀上則須比較行使權利所得之利益與他人所受之損失是否相當而定（45 年台上字第 105 號判例、71 年台上字第 737 號判例）。至於「權利失效」、「禁反言」與「不潔之手」雖然於民法中並未明文規定，但其均屬於「誠信原則」之具體表現，因此其法律基礎為民法第 148 條第 2 項所規定之：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」（61 年台上字第 2400 號）。無論是「權利濫用」或「權利失效」，或者是外國學說與實務所肯認「禁反言」或「不潔之手」，基本上皆為一般權利（特別是

---

<sup>6</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl., Einl. Rd. 423

私權）行使之基本原則與限制，其與公平法第 45 條間之關係究竟如何？

18. 權利濫用等係屬於權利行使上之一般限制，其基本出發點在於誠信原則而非競爭秩序之維持，其適用之範圍及於所有權利之行使行為，而非僅是與競爭目的有關之權利行使行為。在判斷是否構成權利濫用時，重要之考慮因素在於權利人與相對人雙方利益之衡量，至於其行為是否有競爭上之目的、是否有違反競爭之情事，並不重要，此與公平法上判斷是否構成限制競爭或不公平競爭並不相同。當然，一個行為可能同時構成權利之濫用並違反公平法，然而並不必然皆如此。由於權利濫用並不需要達到影響競爭秩序之程度，是以構成權利濫用並不一定即違反公平法，然而由於權利濫用之行為通常會被認為已經逾越權利之正當行使範圍，因而會落入公平法之適用範圍，至於其是否違反公平法仍應進一步檢視其行為是否違反競爭秩序而定。反之，權利之行使行為如果被認為構成不正競爭，卻往往亦會構成權利之濫用。

19. 雖然智慧財產權之濫用行為並不必然就違反公平交易法；但由於濫用權利之行為已經超出一般通念所容許之行使權利之範圍，甚至會造成不得行使權利或權利失效之結果，因此其仍應受到公平交易法之規範，特別是如果權利濫用之行為涉及不公平競爭行為，而不公平競爭行為並不能依公平交易法第四十五條之規定被排除於該法適用範圍之外，因此濫用權利之行為人亦不能以之為依據而主張其行為不受公平交易法之監督。

## 二、適用範圍

20. 本條規範之對象為依照著作權法、商標法或專利法行使權利之行為。固然商標法與專利法中所規範者分別為商標權與專利權，然而在著作權法中所規範者，除著作權之外，尚有製版權（第 79 條）與權利管理電子資訊（第 80 條之 1）及防盜拷措施（第 80 條之 2）。製版權固然為著作權法中所賦予之權利，然而權利管理電子資訊（第 80 條之 1）及防盜拷措施，係用以保障著作內容之資訊或

措施，著作權法雖然給予保護，但並未賦予權利之地位，亦即其本身並非屬權利，縱使移除或變更權利管理電子資訊，以及未經合法授破解、破壞或以其他方法規避防盜拷措施，均屬於著作權法所禁止之行爲，但對於權利管理電子資訊及防盜拷措施所有人而言，其並非屬於權利之行使行爲，因此並無本除外規定之適用，亦即其仍應受公平法之規範。

21. 除上述著作權、製版權、商標權與專利權外，其他智慧財產權則未爲本條所明文涵蓋，例如植物品種權、積體電路電路佈局權。這些權利性質上亦屬於具有排他效力之權利，與著作權等均同屬於智慧財產權，理論上亦應該受相同之規範。在解釋上可以考慮透過類推適用，或是於適用公平法時，斟酌其權利之性質與內容，就其正當性妥爲判斷。雖然如此，建議於未來修法時，將其他智慧財產權明文列入，以避免適用上之疑義。

至於營業秘密，雖然其亦屬於智慧財產之一環，然而由於其性質上並非具有排他效力之權利，而且營業秘密法並未賦予其所有人對於營業秘密享有專屬使用之權利地位，只能對他人之不正當行爲加以禁止，是以其並非權利行使行爲，並無本條之適用，而仍應受公平法之規範。

### 三、行使權利之行爲

22. 就智慧財產權之權利行使行爲而言，是否屬於「行使權利」之行爲，必須依相關智慧財產權法而爲判斷，亦即必須是行使智慧財產權法所賦予之各種權利始足當之，至於智慧財產權人有哪些權利？權利之範圍與內容如何？均依各種智慧財產權法之規定而定。

#### (一) 行使著作權之行爲

23. 著作權人享有著作人格權與著作財產權，前者包括公開發表權、姓名表示權以及禁止不當變更權（著作權法第 15 條至第 17 條），後者包括重製權、公開口述、公開播送、公開上映、公開演出權、公開傳輸權、公開展示權、改作權、散布權、出租權（著作權法第 22 條至第 29 條）。行使這些權利，均屬於權利行

使之行爲。

公開發表權，係指著作權人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容之權利（著作權法第 3 條第 1 項第 15 款）。姓名表示權，係指著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利（著作權法第 16 條）。禁止不當變更權，係指著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利（著作權法第 17 條）。

至於著作財產權所包含之各種權利所涉及之概念則規定於著作權法第 3 條第 1 項各款中。「重製」指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之（第 5 款）。「公開口述」指以言詞或其他方法向公眾傳達著作內容（第 6 款）。

「公開播送」指基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之（第 7 款）。「公開上映」指以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法於同一時間向現場或現場以外一定場所之公眾傳達著作內容（第 8 款）。「公開演出」指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之（第 9 款）。「公開傳輸」指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容（第 10 款）。「改作」指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作（第 11 款）。「散布」指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通（第 12 款）。「公開展示」指向公眾展示著作內容（第 13 款）。

著作權法雖然賦予權利人上述權利，但同時會對這些權利加以限制，包括

權利保護期間之限制，以及權利範圍之限制。期間上之限制，就著作財產權而言，除著作權法另有規定外，存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年（著作權法第 30 條），法人為著作人之著作，其著作財產權存續至其著作公開發表後五十年（著作權法第 33 條），攝影、視聽、錄音及表演之著作財產權存續至著作公開發表後五十年（著作權法第 34 條第 1 項）。在權利範圍之限制，在著作權法第 44 條以下至第 65 條，有許多「著作財產權之限制」之規定，這些規定限縮了著作財產權之權利範圍，在在受限制之範圍內，並不為權利人之權利效力所能及，亦即其並非屬於權利人之權利範圍，是以如果權利人在受限制之範圍內行使權利，便不能被認為是權利之行使行為，並無法排除公平法之適用，而仍然應該適用公平法以判斷其是否違反競爭秩序。

有關著作物平行輸入之問題，著作權法採取原則禁止、例外許可（著作權法第 87 條第 4 款、第 87 條之 1），是以著作權人於法律規範之範圍內，禁止著作物平行進口，亦屬於行使權利之行為。

## (二) 行使商標權之行為

24. 依商標法之規定，下列情形均應得商標權人之同意：1. 於同一商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標者，2. 於類似之商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，3. 於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。是以商標權人禁止他人為上述行為，均屬於權利之行使行為（商標法第 29 條）。

雖然如此，商標法亦對權利之範圍明文加以限制，下列情形並不受商標權之效力所拘束：1. 凡以善意且合理使用之方法，表示自己之姓名、名稱或其商品或服務之名稱、形狀、品質、功用、產地或其他有關商品或服務本身之說明，非作為商標使用者，2. 商品或包裝之立體形狀，係為發揮其功能性所必要者，3. 在他人商標註冊申請日前，善意使用相同或近似之商標於同一或類似之商品或服務者。但以原使用之商品或服務為限；商標權人並得要求其附加適當之區別標示。

至於商標品之平行輸入，商標法第 30 條規定，附有註冊商標之商品，由商標權人或經其同意之人於市場上交易流通，或經有關機關依法拍賣或處置者，商標權人不得就該商品主張商標權，允許商標品之平行輸入，因此商標權人並無權禁止他人為平行輸入之行爲，只有在例外情形，亦即為防止商品變質、受損或有其他正當事由者，始可禁止該商標品流通，商標權人在此種情形亦可以禁止他人平行輸入。

如果行爲之人實際上並未取得商標權，或商標權已經被撤銷而不存在，卻以權利人之名義行使之，例如「向智慧財產局申請註冊，經該局審定核發商標核准審定書，惟因他事業提起異議，而經智慧財產局撤銷審定在案，是該商標圖樣既未取得商標權，若事業使用該商標圖樣於前述第十六類別之商品上，即非屬商標法之正當行使權利行爲，自無公平交易法第四十五條之適用」（「PINGU 企鵝商標案」公處字第 093108 號）。

如果權利人所爲之行爲與權利行使並無任何關係，自亦不能任意主張依公平法第 45 條之適用，例如權利人「以保護其智慧財產權為由，而拒絕受理參加人解除或終止契約及辦理退貨退款」，而「未能說明參加人有何具體侵害其智慧財產權事由之情形下，即逕自援引著作權法或商標法之規定拒絕適用公平交易法規定，難謂係依公平交易法第四十五條規定行使權利之正當行爲」（「天盛網路多層次傳銷案」，臺北高等行政法院判決 92 年度訴字第 1495 號）。

### （三）行使專利權之行爲

25. 專利權人之權利內容，依其為物品專利或方法專利而有所不同，物品專利權人，除專利法另有規定者外，專有排除他人未經其同意而製造、為販賣之要約、販賣、使用或為上述目的而進口該物品之權。方法專利權人，除專利法另有規定者外，專有排除他人未經其同意而使用該方法及使用、為販賣之要約、販賣或為上述目的而進口該方法直接製成物品之權（專利法第 56 條）。

專利法除賦予專利權人權利外，亦對上述權利加以限制，亦即下列各款情事並不為發明專利權之效力所及：1. 為研究、教學或試驗實施其發明，而無營



利行爲者，2. 申請前已在國內使用，或已完成必須之準備者。但在申請前六個月內，於專利申請人處得知其製造方法，並經專利申請人聲明保留其專利權者，不在此限，3. 申請前已存在國內之物品，4. 僅由國境經過之交通工具或其裝置，5. 非專利申請權人所得專利權，因專利權人舉發而撤銷時，其被授權人在舉發前以善意在國內使用或已完成必須之準備者，6. 專利權人所製造或經其同意製造之專利物品販賣後，使用或再販賣該物品者（專利法第 57 條）。

不屬於行使權利之行爲，例如專利權人「藉口保護專利權爲由，以宣稱他事業產品侵害其專利權，至他事業經銷商之銷售現場加以現場干擾」，法院認爲此種行爲縱使原告另委請專利商標事務所作成鑑定報告，然亦已「已逾越行使專利法正當權利之必要程度，而具有商業競爭倫理非難性，原處分依首揭規定命其停止此一足以影響交易秩序之顯失公平行爲，一再訴願決定遞予維持，並無違誤」（最高行政法院 90 年判字第 653 號），縱使他人銷售之商品有構成專利之嫌，權利人亦應循法律途徑解決，而非派人至現場進行干擾，此種干擾行爲已經非屬權利之行使行爲，自應受到公平交易法之規範。

#### 四、公平法可被排除適用之範圍

26. 公平法第 45 條對於行使智慧財產權之正當行爲所能排除適用之公平交易法範圍究竟如何？係排除全部公平交易法之適用，或者只是排除部分規定之適用？由於智慧財產權之排他性格會對競爭造成限制之效果，立法者爲保障權利人之權益乃例外容許其爲之，因此會被排除適用者，嚴格言之，僅是公平交易法中有關「限制競爭」之規範；至於「不公平競爭」之部分，雖然有人認爲其亦應可被排除適用，然而由於不公平競爭部分之規範在於維持公平之競爭秩序，任何人皆不得爲不公平競爭之行爲，智慧財產權人亦同，因此該部分原則上應不在排除適用之列。此由其他國家，特別是將限制競爭與不公平競爭分開立法之國家，多將智慧財產權行使之特殊情形規定於限制競爭法中，而非不正競爭法中，即可知（謝銘洋，1995，頁 515；賴源河/魏千峰，2000，頁 100）。

27. 我國實務上亦明白認爲不公平競爭之部分，並不在被排除適用之列，例如

在「BOSS 香菸案」（臺北高等行政法院判決 89 年度訴字第 1004 號），行政法院認為公平法第四十五條之規定，當然僅應適用公平交易法中「限制競爭」行為（即將行使商標、專利等智慧財產權所造成之限制競爭結果，排除公平交易法之管制），而不及於「不正競爭」之行為，此乃立法上之當然解釋，因而認為縱使是註冊商標之使用行為，仍然有可能構成不公平競爭行為。又如在「國立編譯館教科書案」（臺北高等行政法院判決 91 年度訴字第 1865 號），行政法院認為：「事業適用本條除外規定之範圍，僅限於反壟斷法（即獨占地位之濫用、結合事先申請及聯合之禁止）之部分，對於反不當競爭法（如妨礙公平競爭）部分則無除外規定之適用，否則會造成鼓勵事業從事不公平競爭」，因而認定原告辦理部編審定本國民小學教科書印行作業，無正當理由限制出版事業印行資格，排除其他具印行能力之書局，損害國內出版事業公平競爭機會，為無正當理由之差別待遇行為，而有妨礙公平競爭之虞，違反公平交易法第十九條第二款規定」。

## 五、行使權利正當行為之判斷

### （一）相關處理原則

28. 公平會為處理和智慧財產權相關之案件，先後通過若干處理原則，包括「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」（以下簡稱警告函案件處理原則），以及「技術授權協議案件之處理原則」等，都與智慧財產權之行使有密切關係。雖然這些規範僅能涵蓋部分之行為，但於判斷行為是否正當時，仍具有參考價值。

### （二）有權判斷機關

29. 事業行使智慧財產權之行為是否屬於正當之行為，固然公平會身為公平法之主管機關，於適用公平法時有權加以判斷，然而實務上認為公平會就此並無判斷餘地，其仍應受法院見解之拘束。就此行政法院於「文鼎與華康再審案」（行政法院86年判字第2660號）中，即表示：「再審原告認再審被告為保護自

己主張之專利權、逾越所必要之程度，為權利之濫用。不合公平交易法第四十五條規定『正當行為』之要件云云。顯基於錯誤事實之認定，本院自得加以審查。而再審原告所引本院判例及司法院解釋，係涉及專利審查及考試評分之爭議，與本案行使專利權之情形迥然不同，並無援用之餘地。則再審被告為保護其專利權提出告訴請求為停止侵害行為，乃係依法行使權利，即難指其為不當，或逾越正當範圍。原判決就原處分及決定適用法規有無違誤予以審查，係本於行政法院職掌所為。再審原告指原判決未尊重行政機關基於公平交易法之規定對於『正當行為』所為『判斷餘地』云云，無非法律上見解之歧異而已」。

### (三) 判斷正當性之考量因素

30. 就正當行為而言，行使智慧財產權之正當行為雖然或多或少會對競爭秩序造成限制與影響，但衡量智慧財產權法之立法目的，公平交易法對於此種行為原則上應予以容認，例如權利人與他人訂立讓與或授權契約，並於契約中對於所讓與或授權之使用權種類、權利範圍、使用之區域、使用之期間等加以約定。然而如果權利人在行使權利時，有其他情事足以被認為濫用其權利或違反誠信原則，並且對競爭秩序造成影響時，則不能再以其形式上為行使權利之行為而被正當化，例如於授權契約中有搭售、限制交易相對人或其他限制被授權人事業活動之約定，此時公平交易法即有介入規範之必要，由於此時係以權利本身以外之情事對競爭秩序所造成之影響為判斷之標準，因此所謂正當性之判斷，除了要考量該其他情事與權利間之關聯性外，公平交易法上之判斷因素以及該行為對於競爭秩序之影響亦極為重要（謝銘洋，1995，頁 517）。

實務上行政法院亦持相同之見解，其於「普司通公司專利侵害警告函案」（行政法院 89 年度判字第 914 號判決）中即認為於判斷是否構成「行使權利之正當行為」，除專利法外，並應依公平法之規定加以判斷：「至原告所稱『依專利法行使權利之正當行為』應由專利法之角度解釋乙節。按專利權人享有何種專利法上權利，自應依專利法之角度解釋，惟倘專利權人濫用專利法賦予權利而對市場或競爭對手造成不公平競爭之結果，則屬規範市場競爭之公平交易

法範疇，此由公平交易法第四十五條規定僅『行使權利之正當行為』始得排除公平交易法規範，可清楚得知。故公平交易法第四十五條有關『依專利法行使權利之正當行為』規定之解釋，除據專利法規定判斷專利權人所具有之權利，亦須依公平交易法相關規定，審視權利之行使是否正當，專利權人有無權利濫用形成不公平競爭行為之情事，方屬妥適」。另外，臺北高等行政法院 92 年訴字第 2947 號判決，亦持相同之見解。

#### (四) 授權契約中正當行為之判斷

##### 1. 判斷原則

31. 通常可以被認為屬於行使權利權利之正當行為者為：權利人就智慧財產權法所賦予之各種權利授權他人使用時，於契約中對於授權之權利內容、期間、區域，以及授權之形態所為之限制。

對於權利之「內容」所為之限制，例如僅授與專利製造權、販賣權或進口權中的一種權利，或同時授與製造權與販賣權等數個權利。由於這些權利皆屬專利權之內容，亦為專利權人所得享有者，其自可將之分別或一併授與之，以獲取法律上所保障最大之經濟利益。

關於「期間」上之限制，智慧財產權都有一定之保護期間，在這段期間內權利人可以自由使用其權利，其可以將權利為短時間或長時間之授權，完全視雙方當事人間之需要而約定。這種限制行為對於競爭秩序並無妨礙，亦應屬於行使權利之正當行為。

「區域」上之限制，係指授權人對於被授權人得行使權利之地區所為之限制，例如在授與販賣權時，限定被授權人僅得於一定之地區銷售，而不得越區銷售。專利權人在受專利權保護之區域內，原則上可以對其權利之行使加以安排，包括其所授權行使之範圍，這種區域上之限制與其經濟利益之實現有密切之關係，原則上亦會被認為是屬於正當行為。然而這種約定畢竟有分割市場、限制競爭之作用，如果容許專利權人對於授權區域作過細之區分，對於市場之競爭機能將有嚴重之妨礙，是否仍可被認為是屬於正當行為，即不無疑義，因

為正當性之判斷亦必須考慮競爭法上之因素。惟究竟何種程度之區域限制會例外地被認為不具有正當性，則須視該專利技術之市場力、專利權人之市場地位與所屬市場之結構等，具體判斷之。值得注意者，在區域限制之情形，授權人所得禁止者僅為被授權人不得在其他地區銷售專利品，如果已經銷售出去之物品流通至其他區域，例如第三人於買受後將其運送至其他區域銷售，由於依第一次銷售理論之規定，專利權人就該物品之權利即已耗盡，專利權人自不得禁止之。

至於授權「形態」之限制，例如權利人可以對被授權人為「專屬授權」或「非專屬授權」。在為專屬授權之情形，被授權人所取得之權利排他性相當強，就如同實質上之專利權人一般，相對地，通常其所必須支付之權利金就較高；而非專屬授權則權利金較低，因為權利人可以在相同之授權範圍內另外再授與其他他人。授權之形態如何，涉及權利人擬將其專屬排他之地位讓多少出來給被授權人，由於這種專屬地位為智慧財產權法所賦予，且法律上容許其讓與，因此其行為屬於行使權利之正當行為並無問題。

上述之限制均屬於智慧財產權之行使行為，其雖然或多或少會對相對人之事業活動形成某種程度之影響，然而由於此為智慧財產權法所賦予之排他權在行使上所會產生之當然結果，如果禁止此種行為，將使智慧財產權人難以實現其經濟利益，而智慧財產權法之立法目的亦將無法達成，因此公平交易法對於此種行為所造成之限制競爭之效果應予以容忍，並肯定其為行使權利之正當行為。

但是必須注意者，上述之限制必須是在智慧財產權保護範圍內所為之限制，始有被排除於公平交易法適用範圍之外之可言，如果超越此範圍，而對被授權人加以限制，則仍應受到公平交易法之規範，例如授權之內容為其專利權所不及之部分，授權之期間超出專利之保護期間，授與販賣權時限制被授權人不得將其專利品外銷至授權人未取得專利保護之國家<sup>7</sup>。

---

<sup>7</sup> Vgl. Emmerich, Kartellrecht, 6. Aufl., § 15, 4. b), S. 188 f.

至於在智慧財產權授權契約中，授權人對於依該授權所製造之產品限制其售價，並不能被認為屬於權利行使之範圍，因為授權製造產品已經非屬於權利之內容範圍。此種約定是否構成公平法第 18 條之約定轉售價格之禁止，詳見第二冊第 18 條註釋編碼 66。

## 2. 技術授權協議案件處理原則

32. 公平會有鑑於「技術授權協議之授權人為增加其市場之影響力，或授權協議當事人間為避免相互競爭，常於技術授權協議中附加某些限制約款，以提高其市場地位，獲取較高的經濟利益。該等限制約款若不當運用，不僅對於授權技術造成壟斷，甚或造成限制競爭或不公平競爭，而有違反公平交易法之虞」，「為使公平交易法相關規範更具體化，參考本會以往相關案例之經驗，及我國目前產業發展之現況，並參酌美國、日本及歐盟有關技術授權之相關規定，期使執法標準更臻明確，俾利業者遵循且利相關案件之處理」，乃於 2001 年 1 月 20 日訂定發佈「行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則」，該處理原則於 2005 年 2 月 24 日修正，並更名為「行政院公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則」（以下簡稱「技術授權協議案件處理原則」）。另外，於 2005 年 8 月 26 日又修正其中第 6 點之規定。

### (1) 適用範圍

33. 本技術授權協議案件處理原則所欲規範之對象為技術授權協議，依第 2 點之規定，技術授權協議包括專利授權、專門技術授權、或專利與專門技術混合授權等授權協議類型。其中專利為依我國專利法取得之發明專利或新型專，至於未於我國取得專利所為之授權協議，而對我國特定市場產生限，則準用本處理原則。專門技術 (Know-How)，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，其並非一般涉及該類資訊之人所知，並因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值，而且所有人已採取合理之保密措施。

依公平法第 45 條之規定，只有權利之正當行使始能排除公平法之適用，至

於專門技術，由處理原則所規定之內容觀之，性質上應為營業秘密，依前所述，其並無第 45 條之適用，亦即仍應受公平法之規範，而且實務上經常專利授權與專門技術授權混合為之，是以本處理原則將其一併納入規範。因此嚴格言之，本處理原則之作用並不在於判斷具體行為是否構成公平法第 45 條之正當行為，而在於判斷這些具體行為是否違反公平法。

## (2) 判斷是否違反公平法之審酌因素

34. 公平會審理技術授權協議案件時，主要是著重於技術授權協議對特定市場 (relevant markets) 可能或真正所產生限制競爭或不公平競爭之影響，將並將特定市場區分為「商品市場」 (goods markets)、「技術市場」 (technology markets) 與「創新市場」 (innovation markets)，但不因授權人擁有專利或專門技術，即推定其在特定市場具有市場力量 (market power) (技術授權協議案件處理原則第 4.2 點)。

公平會審理技術授權協議案件，除考量相關授權協議內容之合理性，並審酌下列事項：1. 授權人就授權技術所具有之市場力量；2. 授權協議當事人於特定市場之市場地位及市場狀況；3. 授權協議所增加技術之利用機會與排除競爭效果之影響程度；4. 特定市場進出之難易程度；5. 授權協議限制期間之長短；特定授權技術市場之國際或產業慣例 (技術授權協議案件處理原則第 4.3 點)。

## (3) 技術授權契約約定事項是否違反公平法之例示

35. 技術授權協議案件處理原則並將技術授權協議中之約定事項，分為不違反、違反、可能違反公平法三類加以例示。

### I. 不違反公平法之例示

36. 依照技術授權協議案件處理原則之規定，不違反公平法之約定事項有：「
- (一) 約定被授權人實施範圍限於製造、使用或銷售之限制約款。
  - (二) 在專利有效期間內，對於授權協議所為期間之限制。專門技術在非可歸責於授權人之事由，致使授權之專門技術喪失營業秘密性而被公開前所為授權協議期間之限制，亦同。

- (三) 授權技術係製造過程之一部分或存在於零件，為計算上之方便，以使用授權技術生產之最終商品之製造、銷售數量，或以製造授權技術商品之必要原材料、零件之使用量或使用次數，作為計算授權實施費用之計算基礎。
- (四) 專利授權實施費用之支付係以分期付款或實施後以後付之方式支付時，約定被授權人於專利期滿後仍應支付其已使用授權技術之實施費用。因非可歸責於授權人之事由致專門技術被公開，被授權人仍須於一定期間依一定方法繼續支付當事人基於自由意思所決定之實施費用，至授權協議失效或終止者。
- (五) 技術授權協議約定被授權人應將改良技術或新應用之方法以非專屬之方式回饋授權予原授權人。
- (六) 技術授權協議約定被授權人於授權期間或授權協議期滿後對於仍具營業秘密性之專門技術負有保密義務。
- (七) 專門技術授權協議約定被授權人於授權期間或授權協議期滿後對於仍具營業秘密性之專門技術負有保密義務。
- (八) 為確保授權人授權實施費用之最低收入、授權人要求被授權人利用授權技術製造商品之最低數量，要求授權技術之最低使用次數，或就銷售商品要求最低數量之約款。
- (九) 為使授權技術達到一定效用，維持授權商品一定品質之必要範圍內，授權人要求被授權人就授權技術之商品、原材料、零件等應維持一定品質之義務。
- (一〇) 被授權人不得就授權技術為移轉或再為授權行為。但授權人與被授權人另有約定者，不在此限。
- (一一) 在授權之專利仍為有效或授權之專門技術仍為營業秘密之前提下，被授權人於授權協議期滿後不得繼續實施授權技術。」



## II. 違反公平法之例示

37. 依照技術授權協議案件處理原則之規定，違反公平法之約定事項有：「

(一) 有競爭關係之技術授權協議當事人間以契約、協議或其他方式之合意，共同決定授權商品之價格，或限制數量、交易對象、交易區域、研究開發領域等，相互約束當事人間之事業活動，足以影響特定市場之功能者，違反公平交易法第十四條規定。

(二) 技術授權協議之內容，有下列情形之一，而對特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，違反公平交易法第十九條第六款之規定：

1. 限制授權協議之當事人或其相關事業，就競爭商品之研發、製造、使用、銷售等從事競爭之行爲。
2. 爲達區隔顧客之目的，規定其須使用特定行銷方式、限制授權協議相對人技術使用範圍或交易對象。
3. 強制被授權人購買、接受或使用其不需要之專利或專門技術。
4. 強制被授權人應就授權之專利或專門技術所爲之改良以專屬方式回饋予授權人。
5. 授權之專利消滅後，或專門技術因非可歸責被授權人之事由被公開後，授權人限制被授權人自由使用系爭技術或要求被授權人支付授權實施費用。
6. 限制被授權人於技術授權協議屆滿後，製造、使用、銷售競爭商品或採用競爭技術。
7. 限制被授權人就其製造、生產授權商品銷售與第三人之價格。
8. 技術授權協議限制被授權人爭執授權技術之有效性。
9. 授權人拒絕提供被授權人有關授權專利之內容、範圍或專利有效期限等。

(三) 技術授權協議之當事人爲獨占事業，該當本點所例示之行爲態樣，

是否違反公平交易法第十條之規定，就具體個案判斷之。」

### III. 可能違反公平法之例示

38. 依照技術授權協議案件處理原則之規定，可能違反公平法之約定事項有：「

（一）技術授權協議之內容，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，將可能違反公平交易法第十九條第六款規定：

1. 專利授權協議在專利有效期間內，於我國領域內區分授權區域之限制；專門技術授權協議在非可歸責於授權人之事由，致使授權之專門技術喪失營業秘密性而被公開前對專門技術所為區域之限制，亦同。

2. 限制之範圍與應用領域無關，而限制被授權人銷售範圍或交易對象。

約定被授權人所能實施授權技術之應用領域及範圍之限制約款。

3. 限制被授權人製造或銷售商品數量之上限，或限制其使用專利、專門技術次數之上限。

4. 要求被授權人必須透過授權人或其指定之人銷售。

5. 不問被授權人是否使用授權技術，授權人逕依被授權人某一商品之製造或銷售數量，要求被授權人支付授權實施費用。

（二）技術授權協議授權人要求被授權人向授權人或其所指定之人購買原材料、零件等，而非為使授權技術達到一定效用，維持授權商品之商標信譽或維護專門技術秘密性之合理必要範圍內，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，將可能違反公平交易法第十九條第一款或第六款規定。

（三）技術授權協議無正當理由，就交易條件、授權實施費用等，對被授權人給予差別待遇之行爲，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，將可能違反公平交易法第十九條第二款規定。

### (五) 專利交互授權與授權聯盟

39. 在授權方面，特別是在專利之領域，經常會有在專利權之運用上，交互授權（cross-licensing）與專利授權聯盟（patent pools, Patentgemeinschaften）為經常被採取之方式，其優點在於專利權人彼此間可以利用他人所取得之專利技術，而避免逐一簽訂授權契約之麻煩，並使專利技術得到充分之使用，且可避免專利侵害訴訟之發生。其與一般之專利授權不同之處，一方面在於後者通常是單向式之技術給予，而前者則是彼此使用彼此之技術，屬於雙向性或多向性之技術交流；另一方面在授權聯盟或交互授權之情形通常參與之事業間有共同之目的，而一般授權原則上雙方當事人則係立於相對立之地位。由於專利權原本就具有排他專屬性，數個專利權交互或組成授權聯盟之結果，特別是如果參與者係具有競爭關係之專利權人時，將使其排他效力更為增強，而更具有壟斷技術與市場之可能性，因此其在競爭法上具有重要之意義。

「交互授權」係由雙方當事人各自將其所擁有之專利權相互授權給他方實施，通常在交互授權之情形，雙方所擁有之專利技術會有一定程度之關連性。

所謂「授權聯盟」，係由多數專利權人為達共享專利技術之目的所形成之聯合體，其在組織上可能係由多數專利權人相互交互授權所形成，亦可能有一共同之核心，例如專利權人間所共組之共同事業，或者是專利權人中之其一或第三者之事業，而由參加之專利權人將其專利權或授權實施之權利集中於此一核心事業，再由其分別授與有需要之各個參加者；其可能是封閉性而不容許其他競爭者再加入或取得授權，亦可能是開放式，即參加者以外之人就專利技術仍可取得授權，前者由於會造成他人進入市場之障礙，因此對於營業競爭有相當大之影響<sup>8</sup>。

40. 基本上專利交互授權或授權聯盟本身並不會違反公平法，雖然在授權聯盟之情形，有可能會因參加者均屬具有競爭關係之同類商品之事業，並因組成授權聯盟之結果而在特定市場上取得壓倒性之地位，其若有一共同之核心事業，

<sup>8</sup> Vgl. Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 1992, § 20 Rd. 111 ff.

則該事業即可能成為公平法第五條第一項之獨占事業，若無核心事業，則參加之多數事業仍有可能成為同法條第二項之寡占並被視為獨占。

雖然專利授權聯盟與專利授權有密切的關係，但由於專利授權聯盟的形態特殊，對競爭的影響遠超過一般的專利授權契約，因此應該比一般授權契約受到更為嚴格的規範，並不能以一般授權契約來看待，亦不能將競爭法上適用於一般授權契約較為寬鬆之規定，直接套用到專利授權聯盟來。雖然如此，數個事業組成專利授權聯盟本身是否就構成違法的行為？

41. 從市場力之觀點而言，專利授權聯盟和市場力並無必然關係，數個事業組成專利授權聯盟未必就一定擁有市場力，如果組成授權聯盟的專利技術並非關鍵且市場上尚有其他替代性技術存在，他人仍然可以利用或取得替代性技術製造商品，則該專利授權聯盟並不具有市場力，此種專利授權聯盟對於競爭秩序的影響就較為有限。但是如果專利授權聯盟內包含關鍵性專利技術，缺少此一技術並無法製造某種商品，或者甚至包含某種商品標準規格所必要的專利技術，缺乏此一技術並無法製造合乎標準規格的產品，或者該專利授權聯盟是由數個擁有替代性專利技術的事業所組成，甚至組成封閉式專利授權聯盟，則其所擁有的市場力就非常強，對於競爭秩序的影響就非常大。

原則上開放式的專利授權聯盟對於競爭秩序的影響較小，封閉式的專利授權聯盟對競爭秩序的影響較大。雖然如此，如果開放式的專利授權聯盟是由替代性專利所組成，且有市場力，仍然會有影響競爭的效果。

至於封閉式的專利授權聯盟，如果其擁有市場力而會阻礙他人進入市場參與競爭，就可能被認為違反競爭法，特別是在參與封閉式專利授權聯盟的專利如果包含關鍵性專利，亦即欠缺該等專利技術即無法完成商品的製造，而且市場上並無可替代性的技術，則此種封閉式專利授權聯盟就會對他人造成進入市場參與競爭的障礙，而產生限制競爭的效果。但是如果封閉式的專利授權聯盟並不擁有市場力，亦即市場上仍然有其他替代性的技術，其他人仍然可以利用替代性技術參與競爭，則該封閉式的專利授權聯盟並不影響競爭。

42. 至於專利授權聯盟，是否會構成聯合行爲，重點應在於參與的數個事業彼此之間是否有水平的競爭關係？而判斷是否有競爭關係，又與這數個事業是否立於同一產銷階段、是否在同一市場有密切關係。原則上只有當參加的事業是屬於同一階段之水平關係，並具有競爭關係，以相同技術領域內具有替代性的技術參加授權聯盟，才有可能在技術市場構成聯合行爲。若非如此，如果數事業並不具有競爭關係，特別是參加授權聯盟的事業所擁有的專利技術之間只具有互補性關係，而不在同一技術市場，參加授權聯盟的事業只是爲方便共同利用技術、降低授權成本或避免發生侵權之目的，甚至有促進競爭的效果，並不適當將其全部當成聯合行爲施以嚴格管制，否則事業動輒得咎，反而不利於競爭。是以並不能只以組成專利授權聯盟的行爲，就認爲其構成聯合行爲。雖然如此，由於組成專利授權聯盟還是有可能對競爭秩序造成影響，因此或許有必要參酌其他國家之規範，設計出一種管制程度比聯合行爲管制較爲低度之管制措施，例如報備制度，要求達到一定門檻之專利授權聯盟應向競爭主管機關報備，以減少其可能對競爭秩序之不利影響。

如果事業之間在組成專利授權聯盟之前，就商品之標準規格有所約定，或是在組成專利授權聯盟之後，才對商品之標準規格加以約定，這些行爲則有可能會構成聯合行爲。

#### (六) 實務上之案件類型

43. 從我國實務上發生之案例觀之，涉及本條之行爲，有些被認爲是屬於行使權利之正當行爲，有些則雖屬權利之行使，但仍然被認爲並非屬於正當行爲。以下先就實務上肯定其屬於行使權利之正當行爲加以說明，然後再就較常發生之行爲類型加以說明這些主要爲發警告函、搭售、商標仿冒等，下分述之。

#### 1. 行使著作權正當行爲之判斷

##### (1) 著作權之專屬授權

44. 著作權之正當行使，實務上亦有肯定之案例。例如在「教科書案」，國立編譯館將「部編審定本」之編譯著作交由「部編本國民小學教科用書印行處」

印製，「屬著作授權他人使用，並以著作權人地位要求被授權人履行契約義務之行爲，尙無任何商品或服務之提供可言。上訴人將系爭教科書著作權授權『印行處』專屬利用，符合公平交易法第四十五條規定之正當行爲，應無公平交易法之適用」（最高行政法院 93 年裁字第 1572 號）。本案爲授權他人在一定範圍內行使著作權印製著作物，屬於智慧財產權在權利「形態上」之利用，屬於權利之行使行爲，而且原則上亦爲正當行爲。

## (2) 搭售行爲不具有正當性

45.

搭售在智慧財產權或是受智慧財產權保護商品交易之領域，亦屬常見，智慧財產權本身之交易，特別是智慧財產權人在具有優勢之締約地位時，有時會強迫交易相對人必須接受以搭售之方式和其進行交易。這種情形，過去在著作權之領域較爲常見，公平會所處理過有關著作物搭售之案例類型，最大宗者係對於影片代理商或錄影帶上游業者利用其控制電影影片或 KTV、MTV 等視聽著作之通路，以其市場之優勢地位或加盟制度對於下游錄影帶出租業者或 KTV、MTV 影帶有使用需求之業者，於定型化契約中列有搭售條款，迫使下游業者必須接受搭售約款，一併購買不熱門甚至是不知名之影帶。我國著作權法固然賦予著作權人散布權，然而散布權之內容也僅在於賦予權利人散布受保護之著作物或其重製物之權利，至於其於散布該等著作物或其重製物時，所利用之銷售方式，並不屬於權利之內容範圍。是以雖然著作權人銷售著作物之行爲，屬於行使權利之範圍，然而如果以搭售之方式爲散布，而該行爲對於自由競爭或競爭秩序有所影響，則不能以行使權利之正當行爲爲由，而主張排除公平交易法之適用。

例如在「學者公司搭售案」，學者公司要求出租業者一次需購買四十部院線片不得選片，該四十部院線片內容並非自成一套，原可一部部購買，而被處分人卻不許出租業者只簽其中之數部及不許出租業者選片（81 公處字第 021 號）。在「協和育樂公司搭售案」，協和育樂公司被檢舉以聯營拆帳方式推出加盟合約，利用其特定影片獨家發行之市場優勢地位，以斷絕未簽約加盟者單

片買賣之機會，並對加盟店進行強制搭售次級銷售帶之行爲，公平會認爲其以定型化加盟合約書之條款限制其下游業者須配合以加盟聯營，亦未提供下游業者單支購買之交易機會，違反公平法第十九條第六款（85 公處字第 133 號）。

在「美華影視公司伴唱帶搭售案」，行政法院亦明白認爲：「原告加盟合約書所設計之搭售交易方式，使其交易相對人無法自由合理選購單首單曲伴唱帶，有妨礙公平競爭之虞，即涉違反公平交易法第十九條第六款之規定。所訴著作權人當然得依著作權法第三十七條規定授權他人使用，而不虞違反公平交易法云云，顯對公平交易法之規定有所誤解」（行政法院86 年判字第 1403 號）。

### (3) 其他著作權行使行爲

46. 除上述行爲外，在著作權行使之情形，亦可能有透過偵查機關進行搜索扣押，或是著作權人寄發警告函之情形，其是否構成權利行使之正當行爲，請參酌後述行使專利權正當行爲之判斷部分之說明。

## 2. 行使商標權正當行爲之判斷

### (1) 註冊商標之使用即爲正當行爲？

47. 實務上被肯定爲行使權利之正當行爲之案例，以商標權之行使較爲常見，特別是所經註冊之商標，如果與他人已經註冊在先之商標相同或近似，如無其他情事，原則上法院會認爲其屬於商標權之正當行使。
48. 例如在「B.B DOG 案」，被告涉嫌在其生產之成衣上重製巴布豆狗圖，而被檢察官以違反著作權法提起公訴，被告辯稱係松仁公司將所註冊「B.B DOG 及圖」商標專用權授與其使用，法院認爲被告既爲商標之授權使用，且該商標雖經告訴人申請評定無效，但經主管機關駁回確定在案，是以被告乃屬善意正當行使「B.B DOG 及圖」之商業行爲，依公平交易法第 45 條規定，自排除公平交易法之適用（臺灣高等法院臺南分院刑事判決 86 年上訴字第 693 號）。在「大黑松小倆口案」，本件原告所有之「黑松」商標早已獲准註冊於蜜餞、糖果及飲料等類商品，關係人邱氏公司則取得「大黑松小倆口及圖」商標註冊在案，行政法院認爲「『大黑松小倆口』與『黑松』商標既併存多年，而該商標

系列產品經長期大量宣傳廣告又已具相當知名度，自無致消費者混淆誤認之虞，其使用於年曆卡、訂購單、廣告說明書及消費者通訊函，又係商標之正當行使，被告判定其無違公平交易法第二十條之規定，洵無違誤」（行政法院判決八十六年度判字第250一號）。

又例如在「BOSS 案」，雖然「被上訴人即原審原告等係以『BOSS』『HUGO BOSS』圖樣在中華民國取得商標專用權，指定使用服飾、香水、化妝品等多種商品」，然而「上訴人亦以『BOSS』圖樣在中華民國取得商標專用權，指定使用於菸草、香菸、雪茄、捲煙、菸具、打火機、火柴等多種商品」，被上訴人曾經先後對上訴人註冊之商標提出異議、評定無效，然而均被主管機關駁回，行政法院認為上訴人「BOSS」圖樣暨其「BOSS LIGHTS」香菸之包裝整體設計，既然分別獲准註冊為第七〇三六一一號及第九二一六八一號商標，且未遭評定無效，「自享有於香菸類商品上使用「BOSS」商標之合法權利，故上訴人之BOSS LIGHTS 香菸使用含「BOSS」商標之包裝，與BOSS VIRGINIA BLEND 香菸包裝之使用「BOSS」商標，係為正當行使其商標專用權，依照公平交易法第四十五條規定，自無公平交易法之適用餘地」（最高行政法院判決 92 年度判字第 1884 號）。

在「畢卡索 Picasso 案」，被告就「畢卡索 Picasso」之商標申請註冊使用於三十九類商品，並就已經成為公共財之畢卡索部分美術著作創作成各項改作著作，取得改作（衍生）著作權，並經美國著作權局政府准予著作權登記。法院認為：「本案被告使用畢卡索美術著作於商品上，純依著作權法及商標法行使權利之正當行為，自亦無違反公平交易法第二十條第一項可言」（臺灣臺北地方法院刑事判決 82 年自字第 814 號）。

上述的案例之共通點在於被檢舉人或被告，就其所使用之商標均經過合法註冊，甚至他人申請評定無效亦告失敗。從商標法之觀點，這些商標之使用，均屬於行使權利之行為，然而是否能以此為由即認為其可排除公平法之適用，實不無疑問，因為公平法第 45 條規定，必須是行使權利之「正當行為」始能排



除公平法之適用，而正當與否之判斷，如前所述，尚必須從公平法之觀點考慮其對於競爭秩序之影響，甚至不公平競爭之行為並不適當被認為可以被排除於公平法適用範圍之外。因此並不適當以其為權利行使行為為由，即據以推斷其為正當行為，並進而排除公平法之適用。是以這些權利行使行為，是否違反公平法，仍應依公平法之規範而為認定。

49. 除上述商標與他人之商標相同或近似之案例外，亦有可能因為商標權之授權利用而構成限制競爭之效果。例如司法院就曾討論過下述問題：甲股份有限公司為北部地區生產砂石之獨占事業，該公司就所生產之砂石曾以「大新」二字向智慧財產局申請註冊為文字商標，嗣該公司有意將上開文字商標授權他事業使用，乃指定乙事業為被授權人，並配合供應生產砂石之原料及配備，試問甲股份有限公司所為，有無違反公平交易法第十條之規定？就此問題，有認為（甲說）「甲股份有限公司為生產砂石之獨占事業，其任意指定乙事業為被授權人，使乙事業取得優勢地位，致原與乙事業為競爭行為之他事業無法為公平競爭，況甲股份有限公司實施商標授權，竟願意配合供應生產砂石之原料及配備，顯然獨厚乙事業，破壞乙事業所處競爭市場之正常機能，甲股份有限公司所為，屬於公平交易法第十條第四款之濫用市場地位之行為」；然而反對說（乙說）則認為「按依照商標法行使權利之正當行為，不適用公平交易法之規定，公平交易法第四十五條定有明文。商標授權行為為商標法第二十六條規定賦予商標專用權人之權利。題示甲股份有限公司依商標法第二十六條規定授權乙事業使用其商標，乃依商標法行使權利之正當行為，並不違法公平交易法第十條之規定」，最後研討結論採乙說（司法院第五十期司法業務研究會法律問題研討 第一則，刑事法律專題研究（十八）第 757-759 頁）。雖然如此，乙說似乎只是考慮商標授權，而未考慮到商標權人配合供應生產砂石之原料及配備，而造成獨家交易，已經超出商標權之範圍，而對於交易秩序造成影響，是否能遽以公平法第 45 條之規定為由，即認為其為行使權利之正當行為而排除公平法之適用，實不無疑義。

## (2) 商標仿冒行爲

50.

單純商標仿冒之行爲，應屬於商標權之侵害，或是違反公平法第 20 條之規定，與公平法第 45 條並無關係。與公平法第 45 條有關之商標仿冒行爲，通常是行爲人本身亦享有其他智慧財產權之保護，然而卻未按照其受保護之狀態加以利用，而是加以變更後利用，致與他人之商標構成近似，而有使消費者混淆之虞。

例如在「加鹽沙士案」，行政法院認爲「本案原告雖舉出其經向內政部著作權委員會爲著作權登記在案，及由內政部就案關兩造之圖樣是否有抄襲問題作出解釋，然其所舉之事實與本案系爭兩商品是否有使消費者混淆或誤認無關，且原告將該著作權用於系爭商品圖樣上，加上其容器外觀、圖樣、設色等組合使用於「加鹽沙士」整體外觀，致與「黑松沙士」商品相混淆，使用上已非原申請著作權之方式，尙難稱係權利行使之正當範圍」（臺北高等行政法院判決 89 年度訴字第 1689 號）。

另外在「仿冒光陽機油、齒輪油罐包裝圖樣案」，雖然原告主張其機油之包裝圖，皆係獨立創作，並皆有向內政部登記著作權在案，且使用之商標亦皆有向經濟部智慧財產局申請註冊使用，有公平交易法第 45 條規定之適用，然而行政法院認爲：「本件原告之前述商品於使用前述商標圖樣或著作時卻分別擷取部分圖樣再混合使用，以作爲各商品外觀之一部，又以相同之包裝大小，類似之形狀及圖樣設計、排列、設色、文字說明等各細部」，構成整體設計單元，致與光陽公司銷售之齒輪油包裝圖及二行程機油罐商品混淆，因而認爲「誠難謂原告係依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行爲而不適用公平交易法之規定」（行政法院判決 88 年度判字第 3238 號）。

## (3) 其他商標權行使行爲

51.

除上述行爲外，在商標權行使之情形，亦可能有搭售、透過偵查機關進行搜索扣押，或是商標權人寄發警告函之情形，其是否構成權利行使之正當行爲，請參酌前述行使著作權正當行爲之判斷，以及後述行使專利權正當行爲之判斷

部分之說明。

### 3. 行使專利權正當行為之判斷

#### (1) 透過偵查機關進行搜索扣押

52. 智慧財產權人行使權利而透過告發由偵查機關進行搜索扣押之情形，在我國甚為常見，特別是國人在刑事訴訟附帶民事訴訟不需要繳納裁判費之制度誘導下，更是習慣於「以刑逼民」之糾紛解決模式。特別是過去專利侵害有刑事責任時，實務上經常見專利權人提出告發，而甚少見其直接提起民事訴訟。專利法自 2003 年 3 月 31 日全面除罪化後，往後此種利用檢警機關進行搜索扣押之專利權行使方式將不再存在。雖然如此，過去公平會曾經處理過之華康與文鼎專利侵害案（見下述），即涉及透過告發由偵查機關進行搜索扣押之情形。另外由於商標法和著作權法對於侵害行為仍然有刑罰，是以未來並不排除仍有類似之權利行使行為發生之可能。

華康與文鼎因字庫而引發之案件，華康公司以專利權受侵害為由，向偵查機關提出告發，由偵查機關對涉嫌侵害專利之文鼎公司之交易相對人進行搜索扣押，文鼎公司認為其行使權利過當違反公平法，乃向公平會提出檢舉，雖然公平會認為其行使權利過當違反公平法，但華康公司不服提出訴願、再訴願、行政訴訟，最後行政法院推翻公平會之見解，認為其行為係依照專利法行使權利之正當行為，依公平交易法第四十五條規定，應無該法之適用：「原告於委請台大資訊系吳家麟教授鑑定認鹿鼎字庫侵害其系爭專利後始向警方提出告訴，並搜索扣押其產品，應係保護專利權之正當行使。況系爭鹿鼎字庫經台灣高等法院囑託工業技術研究院鑑定結果，其造字技術與原告第三八八三〇號之專利造字技術均係依關鍵點、轉折點、胖瘦值、筆劃表、特殊符號表、字根表及字型表之架構所製成，有工業技術研究院之鑑定報告在卷可證，益見原告懷疑關係人之鹿鼎字庫產品侵害其專利權有正當之合理性。且販售侵害專利產品之經銷商其引致之侵害較製造者為大，專利法對於侵害專利權之經銷商亦有處罰之規定，原告為避免損害擴大，要求警方搜索扣押經銷商販賣之侵害專利產

品，亦有其必要。又原告八十一年十一月十八日之告訴、搜索、扣押雖在台灣台北地方法院八十一年十一月十四日裁定原告應容忍關係人公司推廣促銷鹿鼎字庫產品之假處分後，惟假處分為私權之保護程序，而犯罪偵查應不受其限制，否則任何犯罪者均可先聲請假處分以避免檢警單位之偵查或搜索扣押，故假處分並不得限制搜索扣押，亦不得據此認原告行使權利為不當……」。綜上原告八十一年十一月十八日之告訴、搜索及扣押關係人及其經銷商之鹿鼎字庫產品為依照專利法行使權利之正當行為，且無行使權利過當之情形，依公平交易法第四十五條規定，應無該法之適用，被告認其違反公平交易法第二十四條之規定尚有未洽，一再訴願決定遞予維持，亦嫌疏略，原告執以指摘，非無理由，應將此部分之原處分及一再訴願決定均予撤銷，以符法制」（行政法院85 年判字第 2891 號）。

53. 在上述案件中，文鼎公司除向公平會提出檢舉外，亦對華康公司主張其濫用專利權，而提起民事侵權行為損害賠償訴訟，然高等法院亦認為華康公司行使專利權之行為不構成侵權行為：「搜索扣押之准駁及執行範圍，均繫於檢察官或司法警察，被上訴人華康公司並無置喙之餘地，則受理告發之警員依其查察犯罪之經驗獨立判斷，認確有於當日偵查犯罪之必要，乃呈報其機關首長核准前往現場製作筆錄、採證，此均為偵查機關包括警察機關基於查察犯罪之目的，其權限及職務上之需要，該項公權力之行使是否過當亦屬偵查機關行使公權力是否適法之問題，非可歸責於被上訴人華康公司，被上訴人華康公司依刑事訴訟法所賦與之告發權，向警察機關為告發，此外復無任何積極證據足資證明被上訴人華康公司所為告發，有任何濫用權利，造成不公平競爭之足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」（臺灣高等法院民事判決 83 年重上字第 115 號）。

## (2) 寄發警告函之行為

54. 發警告信函之行為為智慧財產權人常使用之方法，理論上著作權人或是商標權人都有可能透過發警告函來達到權利行使之目的。我國實務上以專利權人

寄發警告函之情形最為常見。公平會為確保事業公平競爭，維護交易秩序，有效處理事業濫用著作權、商標權或專利權，不當對外發布競爭對手侵害其著作權、商標權或專利權之警告函，造成不公平競爭案件，因而於 1997 年制訂「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」（以下簡稱「警告函處理原則」）。該處理原則制訂後，歷經數次修改，並於 2005 年 2 月 24 日更名為「行政院公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」，最近一次之修正為 2005 年 9 月 16 日。

### I. 處理原則制訂前之案例與見解

#### A. 對權利範圍為虛偽不實之表示

55. 在警告函處理原則制訂前，行政法院對於發警告函之行爲，多採比較嚴格之見解，例如在「亨茂公司機車防盜器不當寄發專利侵害警告信函案」（行政法院 84 年判字第 1989 號）認為：「查事業以敬告信函或其他使公眾得知之方法表示其專利權時，在行銷上具有阻嚇競爭者進入市場之作用，為避免此類敬告信函產生過當之阻嚇作用，造成不公平競爭，故專利權人以表示其專利權作為競爭手段時，應明示其專利內容及範圍，並應注意防止引人誤認其專利權或專利權之範圍，否則即有虛偽不實或引人錯誤情事，縱使原告發函對象僅限於與其有經銷關係之機車行，仍足以造成相當多數之公眾誤認僅原告擁有前述六項不得作為新型專利內容之六項功能，違反公平交易法第二十一條之規定……公平交易法第四十五條之除外規定係以依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為為限，原告寄發『敬告信函』，函中除對於所生產之機車防盜器專利範圍為虛偽不實之表示外，並影射販售非其出產而具有前述之六項功能之機車遙控器，即可能涉及仿冒而遭致刑事制裁之後果，其行為顯非依法之正當行為，原告自不得據此而主張免責」。

#### B. 警告函中未表示權利範圍及侵害事實

56. 在「PU 隔熱浪板案」，法院認為「原告所發信函內容未就專利權之範圍及關係人如何具體侵害其專利之具體事實予以明確表示，而僅假藉保全處分之執

行名義，積極使他人誤認關係人已遭法院判決其有侵害原告專利權，及禁止生產該專利產品情事，已如前述。原告之發函行為顯已逾越法律規定保護專利權之必要程度，自非行使權利之正當行為，即應受公平交易法之規範」（行政法院86年判字第1557號）。

### C. 對競爭對手之交易相對人發警告函

57. 如果發警告函之對象為競爭對手之交易相對人，行政法院認為「專利爭議涉及高度專業知識，一般人對專利爭議結果具高度不確定性，於收到律師函時易形成心理實質壓力，懼於捲入糾紛而不敢與專利爭議關係人達成交易，其情形已產生實質減少競爭之效果，原告發函行為誠難認仍屬行使權利之正當行為，對於競爭者顯失公平，核屬公平交易法第二十四條所稱足以影響交易秩序之顯失公平之行為。原告謂其發函係正當權利之使行，不無誤會」（行政法院判決87年度判字第686號）。

在過去專利侵害有刑事責任時，當時專利法要求專利權欲提出告訴，應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，行政法院認為此一規定「僅止於發函侵害人而已，對於侵害人之交易相對人，前揭專利法規定並未賦與專利權人此等權利」，因而認為原告所發律師函，係以可能侵害人之交易相對人為發文對象，應非屬行使正當權利之範疇，亦不得主張依公平交易法第四十五條規定排除公平交易法之適用（行政法院判決88年度判字第590號）。

### D. 發函前未經權責機關認定侵害事實

58. 過去公平會在警告函處理原則尚未制訂前，曾經認為如果在專利侵害事實未經權責機關認定之前，就發警告函之行爲，會造成不公平競爭，例如在「映像公司之電腦印鑑比對系統案」（82 公處字第 041 號），公平會認為「被處分人…繼而於檢舉人是否侵害其專利權尙未經司法審判確定前，對檢舉人、檢舉人之經銷商，以及檢舉人或其經銷商之客戶寄發律師函，…然對其專利權之範圍及檢舉人所爲之具體侵害事實尙未明確表示。致該等人員紛紛要求檢舉人開據切結書保證未侵害被檢舉人上開專利權，甚或表示將俟公平會對本案有所決議，否則不敢經銷或購買檢舉人之產品，此種不當之競爭手段，已超出保護自己權利所必要之程度，並造成不公平競爭之情事」，另外在「開飲機案」（84 公處字 002 號），亦有相同之見解。於「日商共立理化學公司案」（83 公處字第 039 號），公平會更明確要求「衡諸公平交易法維護公平競爭之立法精神，事業間就仿冒之糾紛應循正當且合理之法律程序加以解決，尤其不應在法院未判決前即大事張揚對方爲違法，即或最後判決結果確爲仿冒，公平交易法第三十二條業已提供充分之損害賠償保障。基此，如容認事業於法院未判決確定前任意發警告函，將導致事業利用仿冒案件訴訟之高度不確定性，作爲其不當取得競爭優勢之護身符，當非公平交易法立法之旨意」。

## II. 處理原則制訂後之適用範圍

59. 依照警告函處理原則之規定，其適用範圍及於著作權、商標權或專利權之警告函，而發警告函之行爲，係指事業以警告函、敬告函、律師函、公開信、廣告啓事，或其他足以使其交易相對人或潛在交易相對人知悉之方式，對其交易相對人或潛在交易相對人，散發他事業侵害其所有作權、商標權或專利權消息之行爲（警告函處理原則第 2 點）。

警告函處理原則之所以特別針對向交易相對人或潛在交易相對人寄發警告函之行爲加以規範，其原因在於「競爭對手之交易相對人，一般常爲商品之通路或終端消費者，對未清楚陳明專利侵害事實警告函之相關事證加以查證，於交易相對人而言，並無任何經濟上利益，反造成交易成本增加，遑論其是否具

有查證侵害之能力。是以交易相對人受信後，心生疑懼，甚至為免訟累及查證之麻煩，逕行拒絕與發函者之競爭對手交易，而造成有悖商業競爭倫理之不公平競爭情形，非無可能，其對事業應從事以品質、價格、服務等效能競爭本質為中心之公平競爭之交易秩序，亦將產生重大之不良影響」（臺北高等行政法院 92 年訴字第 2947 號）。

60. 至於發警告函以外之行爲，例如發布新聞稿之行爲，行政法院亦認為其足以使其交易相對人或潛在交易相對人知悉該項訊息，而原告於新聞稿未敘明其專利權之明確內容及範圍，復透過「專利技術」等用語，即有引人誤認其所申請之新型專利具有發明專利之保護範圍，使交易相對人或潛在交易相對人無從透過新聞報導內容為合理之判斷，甚或可能導致所有利用單次掃描技術之產品皆侵害其專利之錯誤認知，已超出保護自己權利所必要之程度，並足以影響交易秩序，自難認原告已踐履行使正當權利範圍之必要方式（最高行政法院判決 90 年度判字第 693 號）。

但是如果只是請求提供系爭商品之貨源，尙未指責系爭商品，已侵害其權利，實務上認為其尙非警告函，縱使未先向競爭對手請求排除侵害，亦不違反公平法（最高行政法院判決 91 年度判字第 361 號）

警告函處理原則除適用於屬同一產銷階段競爭關係之事業，對於事業不當對外發布與其非屬同一產銷階段競爭關係之事業侵害其著作權、商標權或專利權之警告函，而造成不公平競爭情事者，亦有本處理原則之適用（警告函處理原則第 10 點）。

### III. 處理原則之適法性爭議

61. 警告函處理原則要求發警告函之行爲，必須先踐行一定之行爲，始能被認為是行使權利之正當行爲。此一要求，是否違反法律保留原則，對人民權利之行使增加法律所無之限制，而有違法之虞，臺灣臺北地方法院曾經於「普司通侵權行爲案」（86 年度訴字第 129 號民事判決）中認為：「該規則規定，專利權人發警告函時必須踐行該處理原則第三條之先程序，否則將會被認為非屬



行使專利權的正當行為，該處理原則增加專利法所無之限制，顯違背專利法第八十八條之規定。故公平會自不得依該處理規則認定被告之發函行為違反公平交易法第二十四條，原告亦不得據此依同法第三十一條請求損害賠償」。相反地，行政法院則認為：「本件被告機關基於公平交易法執法機關之法定職掌，就公平交易法第二十四條、第四十五條及其他相關法條規定對於事業發侵害智慧財產權警告函行為是否構成顯失公平或其他違法不公平競爭行為，資為判斷是否適法之準據，難謂為擴大公平交易法範圍之情形」（89年判字第761號）。

此一問題，嗣後經司法院於2002年7月12日釋字第548號解釋認為：「事業對他人散發侵害專利權警告函之行為，雖係行使專利法第八十八條所賦予之侵害排除與防止請求權，惟權利不得濫用乃法律之基本原則，並非前揭處理原則所增。該處理原則第三點、第四點係行政院公平交易委員會為審理事業對他人散發侵害智慧財產權警告函案件，是否符合公平交易法第四十五條行使權利正當行為所為例示性函釋，未對人民權利之行使增加法律所無之限制，於法律保留原則無違，亦不生授權是否明確問題，與憲法尚無牴觸」。此一解釋與釋字第507號解釋，兩者並不相同，後者是由於過去專利法要求專利權人提出刑事告訴，應檢附侵害鑑定報告與受害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，未提出前項文件者，其告訴不合法（舊專利法第131條第2項），大法官於2000年5月19日認為此一規定係對人民訴訟權所為不必要之限制，違反比例原則，而宣告其違憲。

#### IV. 處理原則之規範內容與相關案例

62. 警告函處理原則將事業發警告函之前是否踐行一定之先程序，分為三種情形，第一種情形為踐行比較嚴謹之程序，則嗣後之發警告函行為就會被認為屬於行使權利之正當行為（第3點）。第二種情形為踐行比較不嚴謹的程序，則嗣後之發警告函行為，並不當然會被認為屬於行使權利之正當行為，仍須視警告函之內容是否違反公平法第19條、第21條、第22條或第24條而定（第4點）。第三種情形，如果未踐行前述兩種先程序，即逕發警告函者，則應就

其行為是否為足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，依公平交易法第 24 條規定予以論究，但在公平會作成處分前，事業提出法院一審判決或著作權審議及調解委員會調解書者，不在此限（第 5 點）。

此種區分方式，形式上雖然明確，但有學者認為似乎過於重視程序與形式而忽略了實質，應該著重於權利人是否企圖濫用警告函或司法程序，遂行其反競爭目的（黃銘傑，2003，頁 147）。雖然如此，欲證明或認定權利人有濫用之企圖，似非易事。

63. 第一種比較嚴謹之先程序，為踐行下列三種確認權利受侵害程序之一：
- (一) 經法院一審判決確屬著作權、商標權或專利權受侵害者、
  - (二) 經著作權審議及調解委員會調解認定確屬著作權受侵害者、
  - (三) 將可能侵害專利權之標的物送請專業機構鑑定，取得鑑定報告，且發函前事先或同時通知可能侵害之製造商、進口商或代理商，請求排除侵害者。如果未發排除侵害通知，但已事先採取權利救濟程序，或已盡合理可能之注意義務，或通知已屬客觀不能，或有具體事證足認應受通知人已知悉侵權爭議之情形，視為已踐行排除侵害通知之程序。

此所稱之「專業鑑定機構」，解釋上並不以經司法院指定之鑑定專業機構為限（最高行政法院判決 90 年度判字第 693 號）。過去警告函處理原則要求必須是司法院與行政院協調指定之侵害鑑定專業機構鑑定始可，惟嗣後考慮按舊專利法第 131 條之 1「司法院與行政院應協調指定侵害鑑定專業機構」之規定，於新法中已被刪除，並於新法第 92 條第 2 項規定「司法院『得』指定侵害鑑定專業機構」，且著作權法對於著作權侵害並無要求需附具鑑定報告之規定，因而於 2005 年 9 月 16 日修改警告函處理原則時，將其改為「專業鑑定機構」，而不以司法院指定者為限（公平會第 00627 次委員會議）。

鑑定機構除必須具有專業外，亦必須為公正客觀之機構，否則如果是原告申請專利之代理人，其所制作之鑑定報告將會受到質疑（最高行政法院判決 90 年度判字第 653 號）。

縱使權利人有經專業鑑定，但如果未踐行先行通知程序，仍非屬行使權利之正當行為，仍然可能會被認為違反公平法，在「何鎰鎖業公司汽車防盜鎖蓋不當寄發專利侵害警告函案」（公處字第 093078 號），公平會即認為「被處分人無法提出具有客觀證據力之證據，證明其於發警告函前曾以任何方式通知勝和興公司請求就系爭專利排除侵害，雖其已將系爭產品送請雲林科技大學鑑定並取得鑑定報告，但因未踐行先行通知程序，而有公平交易法第二十四條規定之適用」。

**64.** 第二種比較不嚴謹的先行程序，為踐行下列兩種確認權利受侵害程序：（一）發函前已事先或同時通知可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害。如果未發排除侵害通知，但已事先採取權利救濟程序，或已盡合理可能之注意義務，或通知已屬客觀不能，或有具體事證足認應受通知人已知悉侵權爭議之情形，視為已踐行排除侵害通知之程序，而且（二）於警告函內敘明著作權、商標權或專利權明確內容、範圍，及受侵害之具體事實（例如系爭權利於何時、何地、如何製造、使用、販賣或進口等），使受信者足以知悉系爭權利可能受有侵害之事實。惟縱使有踐行上述程序，如果其警告函之內容有不公平競爭之情事，仍然會被認為並非行使權利之正當行為。

**65.** 此所稱之不公平競爭情事，包括於警告函內有下述之內容（警告函處理原則第 6、7、8、9 點）：

- 以損害特定競爭者為目的，促使競爭者之交易相對人拒絕與該特定競爭者交易，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者（違反公平法第 19 條第 1 款）
- 使競爭者之交易相對人與自己交易，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者（違反公平法第 19 條第 3 款）
- 對其商品或服務，有虛偽不實或引人錯誤之陳述者（違反公平法第 21 條第 1 項或第 3 項）
- 以損害競爭者為目的，陳述足以損害競爭者之營業信譽之不實情事者（違反公平法第 22 條）

- 有下列情形之一，而足以影響交易秩序者：明知未具有著作權或未依法取得商標權或專利權者；誇示、擴張其著作權、商標權或專利權範圍者；不實陳述，影射其競爭對手或泛指市場上其他競爭者非法侵害其著作權、商標權或專利權者；其他欺罔或顯失公平之陳述者（違反公平法第 24 條）。

66. 是以如果權利人所發之信函內容，未就專利權之範圍及關係人如何具體侵害其專利之具體事實予以明確表示，而僅假藉保全處分之執行名義，積極使他人誤認關係人已遭法院判決其有侵害原告專利權，及禁止生產該專利產品情事，已如前述。原告之發函行為顯已逾越法律規定保護專利權之必要程度，自非行使權利之正當行為，即應受公平交易法之規範（「德保公司不當寄發侵害專利權警告函案」行政法院 86 年判字第 1557 號）。但是「倘函中未附有前開法院判決或侵害鑑定證明，但已據實敘明專利權範圍、內容及具體侵害事實，而無公平交易法規定事項之違反，亦屬權利之正當行使」（「普司通公司專利侵害警告函案」行政法院判決 89 年度判字第 914 號）。

67. 第一種和第二種先行程序中，都涉及必須通知可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害，亦即發函給涉嫌侵權之競爭對手，行政法院即認為：「為確保公平之交易秩序，公平交易法所著重者在於發函者有無事先通知其競爭對手，本件原告不能證明其在八十九年七月十六日以前，即已事先通知可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害，而依其所提出之存證信函發出之日期又晚在同年八月八日，是原告未踐行確認及通知之先行程序」（臺北高等行政法院 91 年度訴字第 2144 號）。在「慧訊公司」案，則由於發警告信函者已經先發函可能侵害之人排除侵害，而被公平會認定其行為不違反公平交易法（90 年第 00509 次委員會議決議）。

此種通知是否有必要於「事先」為之，或者與警告函「同時」為之即可？原先之警告函處理原則係規定必須於「事先」為通知，惟嗣後公平會認為「判斷權利人是否有濫用智慧財產權，可從發函者到底有無與涉嫌侵權之競爭對手處理此一問題之意願，或只是將警告函寄發給通路而未通知涉嫌侵權之競爭對

手進行觀察；倘發函者同時寄送給涉嫌侵權之競爭對手，表示其願意與涉嫌侵權之源頭解決此一問題，難謂其未給與競爭對手防禦之機會，而有濫用其智慧財產權」，而且「有關警告函之寄發究係採發信還是到達主義，在調查認定上易生爭議，實務上很多事業於寄發警告函時，也都是同時將正本寄給侵害其權利之競爭對手，副本寄給競爭對手之交易相對人」，因此將通知之規定，修改為「事先或同時」為通知均可（公平會第 00648 次委員會議）。

68. 第三種情形，未踐行前述任何一種先行程序，即擅發警告函，則應就其行為是否為足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，而認定是否違反公平法第 24 條。公平會在「易極通科技公司不當寄發侵害專利權警告函案」（公處字第 092179 號）中，即認為：「被處分人寄發律師函，未踐行排除侵害通知之先行程序，且未於律師函內敘明其著作權明確內容、範圍及受侵害之具體事實，使受信者無法為合理之判斷，復影射商之器公司侵害其權利，系爭信函之影響性，已對其他事業產生警惕效果，係為以足以影響交易秩序之顯失公平方法從事競爭，應屬不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為」。

69. 另外，在 2003 年修改專利法之前，專利法規定「申請專利之發明，經審定公告後暫准發生專利權之效力」（舊法第 50 條），行政法院認為所謂暫准發生專利權之效力，舉凡專利法所規定之一切權利，均享有之，因此專利權人寄發敬告信函，請求排除侵害，乃依專利法行使權利之正當行為（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 2073 號）。2003 年修改專利法之後，刪除暫准專利，並規定自公告之日起給予發明專利權（專利法第 51 條），是以專利權人於公告之日起發警告函之行為，即屬權利之行使行為。

### (3) 其他專利權行使行為

70. 除上述行為外，在專利權行使之情形，亦可能有搭售等情形，其是否構成權利行使之正當行為，請參酌前述行使著作權正當行為之判斷部分之說明。

## 肆、法律適用

## 一、與公平法第 46 條之關係

71. 公平交易法原本於第 46 條規定：「事業依照其他法律規定之行爲，不適用本法之規定」（第一項），該規定於 1999 修法時，被修正爲：「事業關於競爭之行爲，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」。由於有關智慧財產權之權利行使爲公平交易法第四十五條所特別規範，因此事業就其所擁有之智慧財產權之行使，如果屬於著作權法、商標法或專利法所規範之範圍，則就其所產生之公平交易法上之問題，基本上仍然依第四十五條處理。是以第四十六條對於智慧財產權之意義在於：對於著作權法、商標法或專利法中所未規範而爲其他法律所規範之行爲，提供補充適用之可能性。在此意義下，與該條最有關者爲著作權仲介團體之行爲。

依著作權法之規定，著作財產權人爲行使權利、收受及分配使用報酬，經主管機關之許可，得組成著作權仲介團體，著作權仲介團體之許可設立、組織、職權及其監督、輔導，另以法律定之（第八十一條）。1997 年立法院通過著作權仲介團體條例，在該條例中對於著作權仲介團體之組織、運作、監督與管理等均有所規定。著作權仲介團體之設立目的一方面在於爲著作財產權人管理其著作財產權，另一方面更重要者在於方便並促進公眾利用著作。爲管理著作財產權，因此此種團體必須與權利人訂立管理契約並依一定之費率收取管理費，並與利用人訂立授權契約而依一定之使用報酬率收取使用報酬，再將收取之使用報酬分配與權利人，這些行爲或多或少會造成對競爭之限制，特別是如果要使著作權仲介團體真正發揮其作用，則必須著作財產權愈集中，仲介團體愈少，愈能達到促進公眾使用之目的，然而此種情形卻與競爭法所要維護之自由競爭之基本精神並不一致。因此在此種情形下，就有必要承認可以透過除外領域之規定，將著作權仲介團體之一些行爲排除於公平交易法適用範圍之外，由於這些行爲並非著作權所規範之一般著作權行使之情形，而是規定於其他法律中，因此著作權仲介團體根據該法所爲之行爲，即屬於另有其他法律規定之情形，於不牴觸公平交易法立法意旨之範圍內，應優先適用該條例之規定。

## 二、與專利法第 60 條之關係

72. 專利法第 60 條規定：「發明專利權之讓與或授權，契約約定有下列情事之一致生不公平競爭者，其約定無效：一、禁止或限制受讓人使用某項物品或非出讓人、授權人所供給之方法者。二、要求受讓人向出讓人購取未受專利保障之出品或原料者」。

此一規定所禁止之行爲，都有可能涉及公平法第 19 條第 6 款所禁止之行爲。雖然如此，專利法只是從專利讓與契約或授權契約之觀點，對契約之效力加以規定，而無任何處罰或民事責任之規定，相較於公平法之規定，顯然過於簡略。實則專利法第 60 條所規定之約定無效之法律效果，從公平法與民法之觀點，並非不能導出相同之法律效果，亦即如果其約定之內容被認爲違反公平法第 19 條之規定，依民法第 71 條之規定，其約定亦屬無效。而且專利讓與或授權契約約款中，有可能致生不公平競爭之情形，並不僅限於專利法第 60 條所規定之兩種情形而已，是以嚴格言之，專利法之規定亦不夠周延。既然公平法對於不公平競爭之行爲已經有較爲周延而完整之規範，未來專利法修法時，不妨考慮將第 60 條刪除，以避免產生法律適用上之疑義。





## 第四十六條 本法與其他法律競合適用之情形

### 現行條文（1999年2月3日修正公布）

「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定。」

### 修正前條文（1991年2月4日公布）

「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定。」

公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於本法公布後五年內，不適用本法之規定。」

### 參考文獻

立法院秘書處（1992），《法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；廖義男（1994），《公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》；蘇永欽、范建得（2000），《公平交易法第四十六條修正後之適用問題研究》，行政院公平交易委員會八十九年度合作研究計畫；黃銘傑（2001），〈專利授權與公平交易法—以拒絕授權與強制授權為中心〉，《萬國法律》第120期；賴源河編審（2002），《公平交易法新論》；何之邁（2002），《公平交易法實論（修訂版）》；蘇永欽（2002），〈公平交易法第46條修正後之適用問題〉，收錄於《走入新世紀之私法自治》；吳秀明、楊宏輝（2002），〈十年來公平法上之獨占管制〉，《公平交易法十週年回顧與前瞻學術研討會論文集》；黃銘傑（2002a），〈經濟法基本性格論〉，收錄於《公平交易法之理論與實際—不同意見書》；黃銘傑（2002b），〈中小企業保護與競爭政策—憲法增修「中小企業保障條款」的問題提起〉，收錄於《公平交易法之理論與實際—不同意見

書》；劉孔中（2003），《公平交易法》；行政院公平交易委員會（2003），《公平交易法修法沿革彙編（一）、（二）》；王以國（2003），《公平交易法中調和競爭政策及產業管制之機制—以第四十六條之修正為中心》，台灣大學法律研究所碩士論文；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》；吳秀明（2006），〈憲法與我國經濟部門之基本秩序〉，收錄於蘇永欽等合著《部門憲法》。

#### **第四十六條 本法與其他法律競合適用之情形**

##### 壹、法制比較

- 一、美國
- 二、歐洲共同體
- 三、德國
- 四、日本

##### 貳、立法沿革與規範目的

- 一、立法沿革
- 二、立法體例
- 三、規範功能與定位

##### 參、1999年2月3日修正前公平法第46條第1項之分析

- 一、規範定位與功能
- 二、「其他法律」
- 三、「不適用本法之規定」

##### 肆、本條規範之分析

- 一、修正之意義
- 二、「事業」
- 三、「關於競爭之行為」
- 四、「其他法律」

五、「於不抵觸本法立法意旨之範圍內」

- (一)「本法立法意旨」之意涵—確保公平競爭 vs. 經濟之安定與繁榮
- (二)學說之見解
- (三)公平會之實務運作

六、「優先」適用該其他法律之規定

- (一)「優先」之意涵及解釋
- (二)公平會有關「優先」之實務運作
- (三)審查基準及方式的建立
- (四)本條規定之解釋方法論及未來改革方向

伍、與本法其他條文間之適用關係

- 一、公平會與其他機關間之商同辦理—第9條第2項
- 二、智慧財產權權利正當行使行為之除外—第45條

陸、與其他法律間之適用關係

- 一、其他法律規定與公平法間競合、衝突之類型與適用上之關係
  - (一)相互衝撞型
  - (二)部分重疊型
  - (三)二者並行型
- 二、明文排除公平法適用之法律規定
- 三、未有排除公平法適用之法律規定
  - (一)符合公平法立法意旨之法律規定
  - (二)與公平法立法意旨相悖之法律規定

## 壹、法制比較

### 一、美國

1. 美國反托拉斯法制上，與本條規範較接近者，主要有由判例法所發展出之州行爲（state action）法理與實定法上對於管制產業（regulated industries）之除

外適用。

州行為法理乃是認為在符合特定要件後，依照州法所為之行為，即使產生與市場競爭相悖之效果，州政府及私人被告均得主張不受聯邦反托拉斯法的管轄。此一法理係美國聯邦最高法院於 1943 年的 *Parker v. Brown* (317 U.S. 341(1943)) 一案中所建立，欲除外於反托拉斯法之適用，該法理要求系爭行為應滿足下列要件：(一) 行為不得與聯邦反托拉斯法所明顯禁止之行為相衝突；(二) 行為為州所授權 (authorization)；(三)、行為必須受到州的積極監督 (active supervision)。由於要求除外適用行為必須有州的授權並於州的積極監督下執行，使得該行為帶有濃厚的政府管制色彩，聯邦反托拉斯法規範於此乃須退讓。

2. 與多數其他國家法制一樣，美國法亦基於實現經濟、社會、衛生或勞工等政策目標，而由國會就特定的產業部門制定聯邦特別法，將該當產業中全部或部分行為排除於反托拉斯法的管轄範圍外。例如，1918 年「韋伯－帕默恩法」(Webb-Pomerene Act)，針對出口商的集體出口合意所為之除外規定；1966 年的「銀行合併法」(Bank Merger Act)及「銀行控股公司法」(Bank Holding Company Act)，針對銀行間合併及產品搭售或獨家交易安排等行為所為之除外規定，優先於克萊登法相關規定的適用。此類聯邦特別法律數量眾多，於調和競爭政策與管制政策上，扮演著重要角色。

## 二、歐洲共同體

3. 歐體條約的競爭規範原則上應涵蓋所有的經濟活動，惟根據歐體條約第 83 條第 2 項第 3 款之規定，理事會得經由執委會的提案、徵詢過歐洲議會之意見後，針對特定的經濟領域界定歐體條約第 81 條與第 82 條之適用範圍。是以在某些經濟領域可能會因理事會頒布之規則，而全部或者部分不適用歐體條約第 81 條或第 82 條規定。例如，歐體條約本身於第 36 條即規定：「條約之競爭規則僅於歐洲理事會界定範圍內，適用於農產品的生產與交易……」。據此，歐洲理事會於 1962 年頒訂第 26 號規則，界定競爭規則在農產品市場的適用界限。此外，過去除歐體條約外，尚有歐洲煤鋼共同體條約與歐洲原子能共同體條約，

二者之規定亦可能排除歐體條約之適用，例如歐體條約第 305 條第 2 項即規定，歐體條約之規範不能損及歐洲原子能共同體條約(Euratom Treaty)關於核能產業的規定。此等針對特定產業部門排除歐體條約競爭規範之規定，為數不少，雖限制競爭規範的適用範圍，但於兼顧產業現實的需求下，卻也是不得不然之規範。

### 三、德國

4. 德國營業限制競爭防止法第 28 條、第 30 條及第 130 條等規定，針對部分特定產業，限縮該法的適用範圍，此等產業部門包括農業、報業及特定金融機構等。

農業：農產品事業與農產品協會就農產品之生產與銷售，或是就農產品使用共同之儲存或加工設備，所為之約定或決定，只要不涉及價格限制，且不排除競爭，不適用營業限制競爭法第 1 條之規定。涉及農產品之揀選、標記或包裝之垂直價格限制，亦不適用該法第 1 條之規定（第 28 條）。

報紙與期刊之價格限制：報紙或期刊業者，對於產品之購買者所為之法律上或經濟的垂直價格約束，約定以特定價格轉售，或購買者再轉售時應包含同樣的拘束條款直至最終消費者，不適用營業限制競爭法第 1 條之規定。但是如果濫用價格限制行為者，或是該價格拘束或其限制構成其他限制競爭行為，造成系爭商品價格較高、阻礙商品價格降低或限制商品之生產或銷售者，聯邦卡特爾署得依職權或因受拘束當事人之聲請，宣告價格限制無效，並禁止日後適用同類型的價格限制約款（第 30 條）。

德國聯邦銀行、重建金融機構：全部或部分財產為公家所有之事業，以及由公家所管理或經營之事業，原則上亦有營業限制競爭防止法之適用，但德國聯邦銀行、重建金融機構不適用該法第一篇至第三篇有關限制競爭、卡特爾官署以及相關程序之規定（第 130 條第 1 項後段）。

### 四、日本

5. 日本法上排除其競爭法之獨占禁止法適用的立法方式，基本上有二，一種

為直接於獨占禁止法中，規定特定行為不受獨占禁止法的適用，另一種則於個別產業法中，規定特定行為不受獨占禁止法的適用。原本二種排除獨占禁止法適用的制度，總計有三十部法律、八十九種適用除外制度的存在，惟日本公平會自 1997 年以後，為配合日本政府整體的解除管制政策之推動，陸續修法廢止此類適用除外行為，成果相當豐碩，現今此類排除獨占禁止法適用之法律，已縮減至十五部法律、二十一種適用除外行為。

6. 在與本條規範之關連上，較為接近者厥為舊獨占禁止法第 21 條、第 22 條規定，舊獨占禁止法第 21 條如是規定：「鐵路、電力、瓦斯及其他性質上屬當然獨占之事業所為有關生產、銷售、供給，而為該事業固有之行為者，不適用本法規定。」舊第 22 條則規定：「就特定事業有特別法律存在時，事業或事業團體基於該當法律或該當法律所發之命令所為之正當行為，不適用本法規定。」後者規定於產業政策隆盛時期，曾因大量的除外法律的制定，導致獨占禁止法之規範實效性大減，惟因上述解除管制政策之推動，相關法律幾乎都已遭受廢止命運，順此潮流，日本政府亦於 1999 年修法刪除該條規定。翌年之 2000 年，鑑於技術發展、企業的國際化等因素，使得原先被認為是自然獨占事業者，亦逐漸喪失其自然獨占屬性，從而乃修法刪除獨占禁止法第 21 條規定。

## 貳、立法沿革與規範目的

### 一、立法沿革

7. 最初由廖義男教授於 1982 年所研擬的「公平交易法草案」中，即有類似 1991 年 2 月 4 日公布之第 46 條的除外規定，草案第 79 條規定謂：「營業競爭行為之限制，其他法律明文容許並有事業主管機關加以監督者，在此範圍內，本法不適用之。但有第三項規定之情形者，不在此限（第 1 項）。前項情形，事業監督主管機關依據事業特別法律之規定認可事業之限制競爭行為前，應徵求公平交易評審委員會之意見。認可後，並應將限制營業競爭行為之內容通知公平交易評審委員會（第二項）。企業因第一項之規定，濫用因本法之不適用而取得之市

場地位者，公平交易評審委員會仍得行使本法所賦予之權限。但行使此項權限時，由經濟部長與該管事業之主管部長協調為之（第三項）。」此一規定內容，似有融合管制產業規範方式與美國法之州行為法理，對於得排除於公平法適用範圍外之競爭行為，予以嚴格的限制。

8. 其後，在經濟部所研擬的公平交易法草案中，則以較趨近於當時日本獨占禁止法第 22 條規定之立法方式，而於草案第 47 條如是規定：「特定企業依照特別法律規定所為之正當行為，不適用本法之規定。」惟 1986 年行政院函送立法院審議之「公平交易法草案」中，在國營事業或公用事業負有實現特定政策任務的認識下，遂以經行政院許可為要件，而排除公平法對此等國營事業或公用事業競爭行為之適用。該草案第 46 條如此規定：「事業依照其他法律規定之行為，或公營事業、公用事業、交通運輸事業，經行政院許可之行為，不適用本法之規定。」針對國營事業或公用事業等之行為，是否應排除公平法相關規定的適用，於立法院經濟、司法兩委員會聯席審查過程中，引起立法委員們的熱烈討論，贊成與反對者兼有之（立法院秘書處，1992，頁 250-251、324-328、471-476），雖然反對者似占多數，但最後因無法達成共識，審查會仍依行政院草案原文，完成一讀程序，送交院會討論（立法院秘書處，1992，頁 407）。

9. 在立法院院會的第二讀程序中，贊成與反對意見者，再次燃起戰火，多數委員對於國營事業等，得排除公平法之適用，深不以為然，紛紛提出不同版本的修正案，其中當時的趙少康委員認為，縱使國營事業等得排除公平法適用，但亦不應無限期，而應僅給予五年的緩衝期間，從而乃建議第 46 條應修正為：「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定（第 1 項）。公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於民國八十五年一月一日前不適用本法（第 2 項。」（立法院秘書處，1992，頁 474）對此五年緩衝期間，時任立法委員之陳水扁委員，雖認為過長而應減縮為三年，但最後因不堅持，而依舊維持五年的緩衝期（立法院秘書處，1992，頁 328、549）。最後，並對趙少康委員之修正建議文言，略作修正，而成為 1991 年 2 月 4 日公布之第 46 條條

文（立法院秘書處，1992，頁 556）。

10. 1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正修法過程中，行政部門最初所提出之法律修正草案中，並未包括有關本條之修正內容。惟於立法審議過程中，陳傑儒委員等所提修正條文案中，涵蓋本條之修正，內容為：「事業之競爭行為適用本法之規定（第 1 項）。事業之競爭行為另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定（第 2 項）。公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於本法公布後五年內，不適用本法之規定（第 3 項）。」有關第 2 項規定之立法理由如下：「(一)當法規發生競合時，同屬競爭行為之規範，由其他專責機構依各該特別法優先管轄，以符合特別法優於一般法之法理。(二)公平交易法就規範競爭行為之事務，屬於一般法，至於其他基於特定目的而訂定之法律，其中涉及競爭行為事務者，在該特別法之規範範圍內，自應屬競爭行為事務之特別法。(三)條文中所謂不牴觸立法意旨，應考慮立法時間、立法目的、立法的原則與例外等。(四)參考美國、英國與日本的立法例。」(公平會，2003 (一)，頁 495-496)
11. 此一修正，雖然可能擴大公平法的適用範圍，惟主管機關的公平會對此則持保留之看法，認為可能發生解釋的問題，「何時為抵觸本法立法意旨，何時又不抵觸」，而認為應以維持原條文為宜（公平會，2003 (二)，頁 199-200）。在公平會對此修正並未表贊同的情勢下，立法院經濟、司法兩委員會聯席會議最後仍決定就本條進行修正，並採納黃國鐘委員之建議，將本條修正為：「事業關於競爭之行為另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定。」(公平會，2003 (二)，頁 202、295)
12. 對此立法院一讀會之結果，公平會仍有所顧忌，並有尋求翻案之舉，在為此所召開之「研商立法院審查會通過公平交易法第四十六條之修正對相關部會之影響等事宜」之會議中，與會的各機關代表對於此一修正，紛表反對意見，會議主席結論並謂：「依上開與會代表之意見，咸認為應維持公平法第四十六條第一項現行條文規定為宜。蓋認如依立法院審查會通過之修正內容，或將造成



部會執行業務之窒礙難行，且其於法制上顯不適宜，易滋生法律及適用上之疑義及混淆。」(公平會，2003(二)，頁375)其後，公平會並希冀協商透過立法委員提案，維持原公平法第46條第1項條文，同時刪除第2項條文，公平會認為：「經濟、司法聯席審查會通過之修正條文並不合普通法及特別法法律位階之適用次序，於法制上恐不適宜，易滋生法律適用及解釋上之疑義及混淆，且倘獲通過，將使行政部門各部會主管法律未能優先適用，致特殊性政策任務，無法執行。況因其難以判斷是否抵觸公平交易法之意旨，將會造成執行上之困擾，並亦造成事業無所適從，妨礙產業發展，不利整體經濟利益。」(公平會，2003(二)，頁549、566)。

13. 雖然，公平會上開提案於朝野黨團協商時，曾有討論，但因當時擔任主席之陳傑儒委員「堅持照立法院審查會通過文」，雖經「公平會再詳予溝通說明，但仍未獲採納」，其間公平會雖再提出折衷方案，但「主席仍續堅持，終至採立法院審查會通過條文」(公平會，2003(二)，頁580)。最後，於院會討論中，亦無委員對此審查會通過條文持反對意見，經二、三讀會通過，而成爲現行法之條文(公平會，2003(二)，頁708)。

14. 其後，於2001年間，雖有立法委員趙永清等提案，追加第46條第2項規定，針對專門職業競爭行爲之特殊性，排除公平法有關於此之適用，修正條文內容謂：「專門職業提供其心智勞務於公共利益、公共安全或市場交易公信之競爭行爲，另有法律規定者，優先適用該法律之規定。」(立法院第四屆第五會期第十五次會議議案關係文書，委250)惟該案並未獲採納，終至廢案，公平法第46條仍維持其1999年2月3日公布之內容於不變。

## 二、立法體例

15. 公平法第1條前段在明示出該法之立法目的後，並於後段表明「本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」確認公平法在「實現立法目的之功能領域內，具有『原則法』之地位(參照第1條註釋邊碼24)，惟在與其他法律規定

之重疊適用，或是依本法審查事業行為之合法性上，該段規定並未提示明確的適用準則（參照第 1 條註釋邊碼 55），而有待本條規定加以補充。

16. 從比較法之分析，可以得知，除日本法就獨占禁止法第 22 條曾有類似我國公平法 1991 年 2 月 4 日公布之第 46 條第 1 項規定外（參照本條註釋邊碼 5-6），其他國家競爭法制多無類似本條規範文字內容之規定。縱令是日本獨占禁止法，亦在解除管制潮流下，過去其他曾有排除獨占禁止法相關規定的法律或條款，紛紛遭到廢止或刪除，獨占禁止法事實上已儼然成為經濟體制之基本規範的情況下，認已無必要再有第 22 條規定，從而乃於 1999 年修法時刪除該第 22 條條規定（參照本條註釋邊碼 5-6）。相對於此，我國公平法卻於 1999 年部分條文修正時，在其他可能影響公平法適用的法律或條款並無變動的情況下，基於強化公平法為「經濟憲法、基本的經濟體制」之理念（公平會，2003（二），頁 202），修正本條規定，意欲藉由此一修正，「確定競爭政策優於其他政策」（公平會，2003（二），頁 256），促使公平法得於有關競爭行為之規範上，凌駕其他法律之適用。

17. 此種不以修正其他可能與公平法適用發生衝突之法律，而藉由亦僅與其他法律同屬法律位階之公平法一條條文的修正，即將公平法之適用提升至優於其他法律適用的作法，幾乎未見於其他擁有競爭法制之國家。結果，縱使是可能因本條修正所生擴大公平法適用範圍結果而權責加重的公平會，亦堅決主張：如此修正「不合普通法及特別法法律位階之適用次序，於法制上恐不適宜，易滋生法律適用及解釋上之疑義及混淆，且倘獲通過，將使行政部門各部會主管法律未能優先適用，致特殊性政策任務，無法執行。」（參照本條註釋邊碼 12）此種一人堅持下的不合常態之立法體例（參照本條註釋邊碼 13），難能謂對法律整體發展、甚至是公平法本身的發展，有重大的加分效應。

### 三、規範功能與定位

18. 1999 年 2 月 3 日公布之本條修正立法意旨，似有意將立公平法為「經濟憲法」之地位。實則，於有關 1991 年 2 月 4 日公布的公平法第 46 條之立法審議

討論過程中，即已有立法委員主張，公平法應居於「經濟基本法」之地位（立法院秘書處，1992，頁 250-251）。毫無疑問地，在採行市場經濟型態的經濟體制中，競爭機制在經濟資源分配一事上，扮演著愈來愈重要的角色，國家利用產業管制(regulated industries)或產業政策(industrial policy)，介入民間經濟活動運作之作法，無論從量的方面、抑或是從質的方面來看，都愈來愈少；特別是，經過解除管制政策洗禮之國家，幾乎都已朝向競爭為主、管制為輔之經濟體制運作模式（黃銘傑，2002a，23-26）。於此情勢發展下，將以維持競爭秩序為職志的公平法，定位為經濟體制的基本法或直接稱之為「經濟憲法」，就實存面而言，或部分反映出我國現行經濟體制運作的實際狀況。

19. 然則，此一實存面上的部分真實，是否可立即將之提升為應然面之法律規範，並令其具體化後之條文，可優先於其他法律規定之適用，則有探討之空間。正如同論者所說明的：「競爭法著重於競爭政策，其表現的僅係現行經濟環境下之政策最適而已，管制政策與貿易政策事實上仍占有一席之地，競爭法僅係反映時代之精神，不應斷然將其定位為『經濟憲法』。」（蘇永欽、范建得，2000，頁 37）然則，在本條 1999 年 2 月 3 日公布修正的立法過程中，少數立法委員似乎將此實存與應然二者混為一談，希冀藉由本條的修正，確立起公平法在有關經濟領域法律規範中的優越，令於有關競爭行為之規範上，僅限於「不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該他法律之規定。」

20. 若此，則似乎因本條 1999 年 2 月 3 日的修正，使得公平法立於經濟基本之地位，其他法律規定，於有關競爭事務上，僅於不抵觸本法立法意旨之限度內，方有其適用餘地。惟非常弔詭地，本條修正提案之立法委員，於其立法理由說明中，卻又如此說明：「(一)當法規發生競合時，同屬競爭行為之規範，由其他專責機構依各該特別法優先管轄，以符合特別法優於一般法之法理。(二)公平交易法就規範競爭行為之事務，屬於一般法，至於其他基於特定目的而訂定之法律，其中涉及競爭行為事務者，在該特別法之規範範圍內，自應屬競爭行為事務之特別法。．．．」依此立法理由說明，則雖有本條規定文言稱「於不抵觸

本法立法意旨之範圍內」，但公平法實仍屬一般法或普通法之地位，在與其他法律規定之適用上，仍應服膺中央法規標準法第 16 條特別法優於普通法適用之原則，縱令法規因修正而變動，仍不妨礙此一原則的適用。

21. 在上述充滿矛盾的立法過程下所產生之本條現行規定，欲清楚界定其規範功能與定位，實屬不易。此時，可能有二種不同的思考方向。首先，著眼於立法理由之說明，定位公平法與其他有關競爭行為之法律規範間的普通法（一般法）與特別法之關係，若此則本條雖亦可視為經濟基本法或「經濟憲法」之定位，惟其規範功能乃是立法機關的自我期待或自我約束功能，未來於其他立法時應盡量不抵觸公平法之立法意旨，或未來應依據公平法立法意旨修正其他與公平法規範有所抵觸之現行法律規定。其次，依循本條規定「於不抵觸本法立法意旨」之文義解釋，並尊重本條修正立法過程中，贊成本條修正之立法委員有關「經濟憲法、基本的經濟體制」之主張，及希冀藉由本條修正「確定競爭政策優於其他政策」之理念（參照本條註釋邊碼 10-13），令於有關競爭行為之規範上，公平法居於經濟基本法之地位，公平會得依公平法之立法意旨，審查其他法律關於競爭行為之規定，確立起公平法在經濟領域中所具有之原則法、基礎法的優先性格（吳秀明，2005，頁 63）。

### 參、1999 年 2 月 3 日修正前公平法第 46 條第 1 項之分析

#### 一、規範定位與功能

22. 與我國公平法 1999 年 2 月 3 日修正前第 46 條第 1 項有著類似規定的日本獨占禁止法第 22 條規定：「就特定事業有特別法律存在時，事業或事業團體基於該當法律或該當法律所發之命令所為之正當行為，不適用本法規定。」針對該當規定之規範定位與意旨，日本學者有不同見解<sup>1</sup>：（1）依照其他法律規定所為之正當行為，本來於獨占禁止法上即不具有違法性，因此該當行為並非排除獨占禁止法的適用，而係不違反獨占禁止法之相關規定，從而該條規定乃係確

<sup>1</sup> 厚谷襄兒、系田省吾、向田直範、稗貫俊文、和田俊夫等編，《條解獨占禁止法》，頁 420（松山隆英執筆），弘文堂，1997。

認相關行為並未違法之確認性規定；(2) 由於獨占禁止法之立法目的乃在於維持自由且公平之競爭秩序、確保一般消費者利益、促進國民經濟之健全發展，依此立法目的，縱令行為形式上該當於獨占禁止法相關規定之禁止對象，但若其符合一般消費者利益、有益國民經濟之健全發展時，其違法性乃受到阻卻，因此獨占禁止法第 22 條規定即在於闡明依其他法律所為之正當行為，所具有的違法性阻卻地位；(3) 獨占禁止法第 22 條規定，乃是對於違反獨占禁止法規定之正當行為，但於其他法律中被規定為合法行為時，再次確認其不受獨占禁止法之適用；(4) 最後一說則認為，是否為「正當行為」，理當應對照其他法律之立法理念予以判斷，若依據該當法律系爭行為具有「正當性」，則不問其是否蘊含反公共利益之性質，一律排除獨占禁止法之適用，從而該條規定具有創設性之功能，因其規定使原本應屬違反獨占禁止法之行為，不受該法之適用。

23. 雖然，文言上與我國公平法第 46 條第 1 項之規定不同，日本獨占禁止法第 22 條條文中特別聲明「正當行為」，惟依照各該法律規定所為之行為，本來對照該當法律之立法理念，本即應屬正當，似難能因此文言之不同，即認為我國公平法在適用上因未限定於「正當行為」，因此其適用範圍較廣。似乎亦是在相同的理解下，我國學者對於 999 年 2 月 3 日修正前第 46 條第 1 項規定之功能定位，有如下解釋（蘇永欽，2002，頁 211-216）：

（一）法律領域除外：本說從系爭行為本身是否已備有專屬法律規範為基準，若有，則於該法律所明定之規範範圍內一律不適用公平法；即便該行為於該法中並無禁止或許可之規定，而係公平法所禁止者，亦然。

（二）行為管制除外：若特定行為如於其他法律中有特別之規定，即應排除公平法適用，其下又可再分為：

1. 「公平法禁止，但其他法律所強制」：此係義務衝突。
2. 「公平法禁止，為其他法律明確許可」
3. 「公平法禁止，其他法律為行政管制」：又「行政管制」包括「其他法律為事前管制—申報、核可或特許」、「其他法律事中管制—得於一定情形下

禁止」、「其他法律事後管制—得禁止或懲處」

- 4.「公平法為行政管制，其他法律亦有管制」：其中又可分為其他法律為「事前管制」與「事後管制」之兩種情形。

（三）行為違法性阻卻：此說認為公平法僅於系爭行為係公平法所禁止，而其他法律不禁止的情形下，始排除公平法之適用；換言之，事業行為雖該當於公平法中之相關禁止規定的構成要件，但由於其他法律容許該行為，因而阻卻該行為於公平法上之違法性。公平會向來之實務似即採取此說，因為此說對於公平法之適用範圍限制最小，最有利於公平法立法意旨之落實。

## 二、「其他法律」

24. 該項規定「其他法律」之範圍，公平會實務上僅限於「法律」及「依法律授權發布之法規命令」。若事業之行為違反公平法，而為其他法律之主管機關依職權訂定之行政規則（依行政程序法第 159 條第 2 項之規定，但似不包括第 1 款之一般性行政事項分配之規則）、職權命令、行政指導所允許，則無法排除公平法之適用，公平會仍得依法處分該事業（王以國，2003，頁 52）。

25. 又此處得以其他法律之規定排除公平法適用，係因考量市場競爭機制之失衡，可能為兼顧其他社會、經濟政策下之產物，此時若強制介入排除，則可能無法達成其他政策之目的。另一方面，於正常競爭環境下，事業之行為仍須受有公平會之監督；則於市場競爭機制失序時，若依第 46 條第 1 項規定排除公平法適用，進而公平會亦不能行監督之責，倘若此時「其他法律」的主管機關亦不加以監督，則市場失調之情形將更為嚴重。因此不論國家之監督手段係由何機關控制，市場內事業的經濟活動原則上均不應脫離特定主管機關之監督，藉此以確保國家社經政策之遂行（王以國，2003，頁 54）。

## 三、「不適用本法之規定」

26. 由於修正前公平法第 46 條第 1 項於立法體系上係置於該法「附則」之中，從而就體系解釋而言，似應認為第 46 條第 1 項應適用於公平法全部規範，易言之，不論是有關「限制競爭」（除公平法第二章外，尚包括第三章中第 18 條、

第 19 條第 2、6 款等)之規定、抑或係關於「不公平競爭」(排除上述限制競爭規範之其他典型的不公平競爭規範)之規定,均有公平法第 46 條第 1 項規定的適用。對此,有認為,考量「限制競爭」與「不公平競爭」規定本質上之差異,得依公平法第 46 條第 1 項排除適用者,應僅限定於「限制競爭」之規定,而不及於「不公平競爭」。蓋雖然我國公平法同時包括兩者之規定,並皆以公平會為其主管機關,但如此之立法方式並不當然消弭二者規範上之差異。「限制競爭」之規範係從宏觀之角度出發,考量整體市場競爭情事,避免市場因人為因素而喪失其應具有之效能,係反應經濟政策之價值決定。相對於此,「不公平競爭」之本質則為侵權行為,從微觀的角度出發,觀察事業行為是否具有商業倫理之非難可能,原則上不須考量事業行為對於其所在市場之影響。前者著重在市場中競爭環境之狀態(市場不法),而後者則著墨於事業所為的不正當行為(行為不法)。因此,「限制競爭」本身即具有政策上之相對性,而「不公平競爭」本身手段即已被界定為「不公平」,則似無以其他法律合理化之可能。實務上,公平會援引第 46 條第 1 項規定排除公平法適用者,亦多屬聯合行為、差別待遇等有關限制競爭之行為,鮮見有違反不公平競爭之案例援用本項規定,進而排除公平法適用者(王以國,2003,頁 69)。

27. 此外,本項規定「不適用」之範圍,當係指公平法中的實體規範,而不包括程序性規定,從而事業行為之所以能夠排除公平法實體規範的適用,即因適用該法第 46 條第 1 項規定之結果(蘇永欽、范建得,2000,頁 37;王以國,2003,頁 51)。

## 肆、本條規範之分析

### 一、修正之意義

28. 1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正,除將原條文第 2 項關於公營事業、公用事業與交通運輸事業之落日條款刪除外,並對原第 1 項規定內容進行修改,立法目的似在於確認本法在現行我國經濟體制運作中,應有之所謂的

「經濟憲法」或經濟體制基本法的地位（參照本條註釋邊碼 18-19）。雖然，與原第 46 條第 1 項規定相互對照，本條規定於以「另有其他法律規定」取代「依照其他法律規定」、追加「關於競爭之行爲」及「於不牴觸本法立法意旨之範圍」等用語、以「優先適用該其他法律之規定」替代「不適用本法之規定」等事項上，與原第 1 項規定有所不同，惟就強調本條規定確立本法之經濟體制基本法的地位而言，其最重要之修正內容，應是在與其他法律的適用關係上，以「於不牴觸本法立法意旨之範圍」，作為其他法律優先適用之前提（蘇永欽、范建得，2000，頁 28-29）。

29. 雖有認為，因此「於不牴觸本法立法意旨之範圍」用語追加之結果，使得本條規定與修正前第 46 條第 1 項相較，於其他法律規定與公平法之立法意旨有所衝突時，修正後條文之處理方式並不如原第 46 條第 1 項規定般，要求公平法應尊重其他管制法規之規範而退讓，以達成其他法律所欲實現之政策目的；修正後條文乃係對於其他法律關於競爭行爲之規定，允許公平會擁有檢視其與公平法立法目的是否相容的審查權限，藉由此一法律適用次序之調整，確認公平法所欲彰顯之「競爭政策」於經濟政策中所具有的優勢地位（王以國，2003，頁 76；吳秀明，2005，頁 63）。

30. 然而，本條修正是否即意涵著此一結果，實端視吾人對「經濟憲法」、「經濟體制基本法」以及「本法立法意旨」之具體意涵的認知。倘若，「經濟憲法」或經濟體制基本法並不具有實定法上規範之效力或地位，而僅是立法機關以此作為其未來立法時應尊重或遵守之行爲準則，則尚難謂因本條修正而使公平法居於經濟法體系中之優越地位。同樣地，倘若吾人有關「本法立法意旨」之理解，除消費者利益及公平競爭秩序之維護外，尚包括經濟之安定與繁榮，則公平法與其他所有為促進我國經濟之安定與繁榮的法律，將居於同等之地位，同是為實踐該當政策目標的規範手段，其間當無優劣關係。究竟，本條修正之意涵為何，有待司法機關未來於具體案例中，予以釐清。



## 二、事業

31. 「事業」為公平法所欲規範之對象主體，公平法第 2 條特對「事業」之意涵加以定義，以確定公平法上各該限制競爭或不公平競爭行為的責任主體，並藉由各種行政、民事、刑事責任之科處，以預防、遏止違反公平法行為之發生（參照第 2 條註釋）。由於本條規定乃係有關本法與其他法律規範競合時之法律適用問題，從而「事業」除須為受本法規範之主體外，尚應為其他法律之規範對象，導致其競爭行為可能同時受到公平法及該其他法律之適用，進而發生規範競合之問題。

## 三、「關於競爭之行為」

32. 原本，於 1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正立法過程中，立法委員有關本條修正提案最初之內容乃是：「事業之競爭行為適用本法之規定（第 1 項）。事業之競爭行為另有其他法律規定者，於不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定（第 2 項）……」。公平會的代表於立法院司法、經濟兩委員會聯席審查會議中，針對第一項事業之「競爭行為」適用本法規定，表達相當的疑慮，認為其會限制公平法的適用範圍，因為：「公平交易法所規定的標的，有部分是垂直的交易行為，而間接可能產生不利競爭的效果，但就其行為本質而論，卻不能將其視為競爭行為或有疑義，其次第二十四條的適用範圍，有時是單純不涉及競爭，但明顯不公平的契約行為，若是依本法修正提案第一項之規定，日後此類行為將無法再以第二十四條規範之。」（公平會，2003（二），頁 200）
33. 於此疑慮下，原本第 1、2 項之「事業之競爭行為」，遂同時修正為「事業關於競爭之行為」。立法委員認為，第 2 項規定文言如此修正，「可使本法的適用範圍涵蓋了限制營業競爭與不公平競爭，至於多層次傳銷管理法的問題，則可暫時不予考慮。」（公平會，2003（二），頁 202）對此，公平會代表亦認為如此修正「擴大了適用的範圍，可包括影響競爭的效果，但……若採取排除性的解釋，即非關於競爭行為，便不適用本法之規定，則以不公平契約的管制為

例，便無法再適用第二十四條。」（公平會，2003（二），頁 202）在此憂慮下，最後審議的結果乃是刪除草案的第 1 項規定，並同時刪除日落條款的第 3 項規定，獨留第 2 項規定，而成爲現行本條之規定（公平會，2003（二），頁 203）。

34. 從上述立法過程之問答過程，可以得知，本條規定所稱「關於競爭之行爲」，並不當然包括公平法所有實體規範，而僅含括直接有關競爭之行爲，以及對競爭秩序產生影響效果之限制競爭或不公平競爭行爲，其他第 23 條至第 23 條之 4 有關多層次傳銷之規範、第 24 條中類似不公平契約而關於消費者保護規範者（參照第 24 條註釋邊碼 137-141），即非本條規定所稱之競爭行爲，從而縱使此等無關競爭之行爲，同時受到公平法與其他法律之規範，亦無藉由本條規定介入，判斷二者間法律適用順序優劣之問題。一言蔽之，本條規定既稱「關於競爭之行爲」，則其規範對象當僅限於限制競爭或不公平競爭行爲，而排除其他與競爭無關之單純的消費者保護規範。

#### 四、「其他法律」

35. 原則上，本條規定所稱之「其他法律」，應與修正前第 46 條第 1 項中的「其他法律」作同一解釋，亦即應僅限於「法律」及「依法律授權發布之法規命令」，而不及於「行政規則」、「職權命令」等（參照本條註釋邊碼 24）。由此可知，由於其他法律規定之所以優先於公平法適用者，乃是其針對事業之競爭行爲有特別規範，從而該等法律應是作用法或行爲法之定位，而非組織法之定位，故而行政機關不能以其組織法規定爲依據（包括依此規定所發布之行政規則或職權命令），排除公平法的適用。惟須注意者，由於本條規定，增加原第 46 條第 1 項規定所無之「關於競爭之行爲」，從而本條中所謂「其他法律」，亦僅限於與限制競爭或不公平競爭行爲有關之其他法律規定，而非一切與公平交易有關之法律規範。
36. 此外，公平會於實務運作上，對於得排除公平法適用之法律規定，採取類似美國反托拉斯法上州行爲除外之見解，要求事業依其他規定所爲行爲，應有其他法律主管機關的「實質監督」，方能排除公平法第 46 條之適用。於臺灣證

券交易所股份有限公司（公處字第 091132 號）及財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心（公處字 091133 號）不當收取交易資訊使用費等案中，被處分人雖主張現行收費標準係經證券主管機關「核備」，而應依公平法第 46 條規定排除公平法之適用；但經公平會函詢其主管機關後，後者之回覆乃是「...『准予備查』，對於收費標準訂定之高低，並未進行實質審核。」據此，公平會認定證券主管機關僅是依其權責，就證券交易法等相關規定範圍予以「備查」，而非「實質審查」其內容，當然亦未就系爭行為是否會影響市場競爭秩序，加以衡量，因此不得排除公平法之適用。

#### 五、「於不抵觸本法立法意旨之範圍內」

##### （一）「本法立法意旨」之意涵—確保公平競爭 vs. 經濟之安定與繁榮

37. 公平法第 1 條明示本法立法目的為「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」。因此，本條規定所稱之「立法意旨」，或可能包括「交易秩序」之維護、「消費者利益」之保護、「公平競爭」之確保以及「經濟之安定與繁榮」之促進等四項。惟若針對各該項目細察之，所謂「交易秩序」，乃係「市場上進行供給及需求等經濟活動時所應遵行之規則」，其概念雖具有「相當程度之開放性」，但應經由本法所欲實現之其他立法目的之「消費者利益」、「公平競爭」、「經濟之安定與繁榮」等加以闡明（參照第 1 條註釋邊碼 27），從而交易秩序本身並未有具體內涵，而係於維護「消費者利益」、確保「公平競爭」及促進「經濟之安定與繁榮」等情形下，所形成之市場交易秩序。

38. 另一方面，公平法第 1 條規定中之「消費者利益」，亦非個別消費者權益之意涵，而係指「消費者剩餘」、「一般消費者利益」或「消費者整體利益」等概念，此等「一般消費者利益」或「消費者整體利益」之維護，乃係藉由市場中之自由、公平競爭之維持，促使事業創新研發、提升其生產、行銷效率而達成，從而其概念實已脫離個別消費者主觀權利之問題，而係趨近於客觀、整體的「公共利益」之概念（參照第 1 條註釋邊碼 31-36）。此一解釋，亦符合本條規定特別將其適用範圍限縮於「關於競爭之行為」，而排除與競爭無關之單純的消費者

保護規範之立法意旨（參照本條註釋邊碼 33-34）。申言之，本法所欲實現之「一般消費者利益」或「消費者整體利益」的保護，乃係競爭秩序維持之結果，二者間具有目的與手段之關係。

39. 同樣地，「公平競爭」之確保以及「經濟之安定與繁榮」之促進二者間，亦具有手段與目的之關係（參照第 1 條註釋邊碼 40）。與「一般消費者利益」或「消費者整體利益」乃是「公共利益」的另一項代名詞，「經濟之安定與繁榮」則是所有經濟法規所欲實現之經濟「公共利益」，因此本法其他條文中乃亦有「整體經濟與公共利益」之文言（第 12 條第 1、2 項），說明二者之同義性。從而，不論是「一般消費者利益」、「消費者整體利益」、抑或是「經濟之安定與繁榮」，就本法規範內容與目的而言，都是一種經濟公益，本法用以達成此等經濟公益之規範手法，乃是對於限制競爭與不公平競爭行為的禁止。

40. 職是，本條規定所謂之「本法立法旨意」，可有二種解釋。首先，是著重於手段面的解釋，認為「一般消費者利益」、「消費者整體利益」或「經濟之安定與繁榮」等經濟公益，乃是依據本法相關規定維護自由、公平競爭秩序之結果，因此本法規範之主要意旨即在於第 1 條之「確保公平競爭」一事上，唯有如此解釋方能區別在眾多為實踐「一般消費者利益」、「消費者整體利益」或「經濟之安定與繁榮」等經濟公益的法律規範中，公平法所具有之獨特地位及其存在意義。

41. 其次，當吾人所重視者為目的面或結果面時，則所謂「本法立法旨意」，實是「經濟之安定與繁榮」等經濟公益之實現。雖然，誠如著眼於手段面之見解所言，強調「確保公平競爭」之立法目的，方能彰顯公平法之獨特地位與存在意義，惟公平法最終之規範目的，仍在於「促進經濟之安定與繁榮」等經濟公益。正因為如此，公平法乃於第 12 條第 1 項規定，縱令結合之結果可能限制競爭，但只要系爭結合「對整體經濟利益大於限制競爭之不利益」，公平會即不得禁止該當結合（參照第 12 條註釋邊碼 40-48）。於同樣的思考形式下，對於聯合行為採原則禁止之公平法，亦於聯合行為「有益於整體經濟與公共利益」時，

公平會得例外許可該聯合行爲（參照第 14 條註釋邊碼 62-65）。凡此，皆顯示出公平法著重於結果面，更勝於手段面。蓋於實現「經濟之安定與繁榮」之所有經濟法規的共同目標時，其手段乃是多元化、多樣性的，應依據各該具體規範對象而有不同的選擇，期能最有效達成該當終極目標；此際，各該手段間乃是居於分工、又合作的關係，時而亦可能是競爭關係，手段（亦即法律、政策）間不應有優劣性之分，而僅有合目的性的考量，手段本身更不能被目的化。

## （二）學說之見解

42. 學說間，不乏與上開著重結果面有共同思考者而認為，公平法以維護競爭秩序爲其規範主軸，對於經濟之發展與繁榮固有其不可抹滅之功，但對於追求經濟安定與繁榮此一目標而言，競爭秩序並非唯一的手段。例如，於市場機制之功能失衡、抑或是國家有較維護競爭秩序更爲迫切之政策需求時，此時國家即可能兼採他種經濟政策，以填補市場競爭機制之缺漏。此外，欲達成經濟安定與繁榮，單僅依靠維護競爭秩序之競爭政策實明顯有不足之處，使得國家時而尚須採用景氣政策、繁榮政策、結構政策、貿易平衡政策等等，對於一國總體經濟作整體之規劃與調節，方能圓滿遂行其經濟任務。因此，如何於各種不同層面的經濟政策考量下，使事業關於競爭行爲能夠取得一均衡點？此即公平法第 46 條規定所被課予之課題與任務。公平法第 46 條之修正，雖宣示了競爭政策於總體經濟政策中的重要性，於檢視其他法律規定是否符合公平法立法意旨時，公平法所提示的「維護競爭秩序」固亦非不可列爲優先考慮之準則，惟立法者對於其他法律之立法目的以及其背後所蘊含的政策考量，亦應於判斷時列入其考量要素之一，且並不當然與公平法立法意旨完全抵觸。當然，若相關法律規範有多種不同解釋之可能時，鑑於現時強調「競爭爲主、管制爲輔」之政策理念，宜採取最能合乎公平法規範目的之解釋方法，儘量避免產生法律間之衝突與矛盾。因此，於解釋公平法第 46 條規定時，除應考量公平法之立法目的外，對於其他公共利益之追求亦應一併納入思考，在以「競爭政策與其他公共利益之調和」爲前提下，追求公平法之理想目標的「經濟之安定與繁榮」。職

是，公平法第 46 條雖因 1999 年 2 月 3 日之修正，而突顯出其於現時經濟體制中之地位，但競爭政策仍僅為達成上開終極目標的手段之一，實難因此導引出「市場競爭已然凌駕於其他公共利益」之結論，毋寧說是次修正乃是回應新競爭法之時代需求，擴張市場競爭機制至原屬於產業管制之領域，其他各領域之公共利益，並不因此修正而受有減損（廖義男，1994，頁 11 至 12；蘇永欽、范建得，2000，頁 78；王以國，2003，頁 84 至 86）。

### （三）公平會之實務運作

43. 公平會於有關本條規定之「本法立法意旨」的解釋上，雖強調應以本法第 1 條之立法宗旨為準，但就其具體所列舉之各項判斷要素而言，似較偏重於手段面之競爭秩序的維持，而未明文提及結果面之「經濟之安定與繁榮」判斷要素，公平會於第 537 次委員會議所通過的「公平會第 46 條之判斷準則與適用流程」如是說：「關於本會實務上適用公平交易法第 46 條時，就判斷有無抵觸本法立法意旨方面，自以本法第一條之立法宗旨(維護交易秩序與消費者利益、確保公平競爭、促進經濟之安定與繁榮)為準，至於其具體落實於個案時，對於是否「合於公平交易法立法意旨」之判斷，則須就個別情況依下列基準為綜合判斷：

- （1）競爭手段：應以價格、數量、品質、服務等作為競爭手段。
- （2）市場範圍：市場範圍應以擴大為佳。
- （3）參與競爭者之家數與市場績效：參與的競爭者原則上應有相當之家數，且應將市場績效納入考量。
- （4）市場集中度：相關市場的集中度，愈低愈有利於競爭。
- （5）市場進入障礙：市場進入障礙愈少、程度愈低，愈有利於競爭。
- （6）經濟效率（生產效率、配置效率及動態效率）：若能提高經濟效率，且不致對競爭造成負面影響時，亦較佳。
- （7）消費者利益：若能提高整體消費者福利，且不致對競爭造成負面影響時，亦較佳。
- （8）交易成本：若能降低交易成本，且不致對競爭造成負面影響時，亦較

佳。

(9) 其他與本法立法意旨有關之各種情形。

## 六、「優先」適用該其他法律之規定

### (一)「優先」之意涵及解釋

44. 學說上，似多將本條規定「於不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」中之「優先」，認係一種審查密度的提升或審查方式的細緻化（蘇永欽，2002，頁 247-248；吳秀明、楊宏輝，2002，頁 94-95；王以國，2003，頁 86-89）。然則，若嚴格檢視本條規定之結構及語法，並從一般國民對於該條規定之理解，則其所欲言者僅是，「於不抵觸本法立法意旨之範圍內」，其他法律關於競爭行為之規定，「優先」於公平法的適用，易言之，此時公平法對競爭行為即無適用餘地。另一方面，當其他法律關於競爭行為之規定，抵觸公平法之「立法意旨」時，就本條規定之語法邏輯而言，僅是「不優先」適用該其他法律規定，而非因此即可導出「優先」適用公平法規定。此際，其他法律與公平法間僅有不優先適用其他法律之關係，而非公平法當然優越於其他法律的存在。或許，本條規定之意義，乃是在於藉此促使公平會於本條規定理念下，積極檢視其他法律規範是否合乎自由、公平競爭之精神，符合公平法立法意旨，並於認定有不符情形時，透過與他機關間之協商，督促違反公平法立法意旨之法律規定的修正。

45. 不論如何，由上可知，本條規定所欲闡明者，當是於其他法律規範與公平法規範二者有競合情形發生時，於不抵觸公平法之立法意旨範圍內，應優先適用其他法律，法條規定本身並未進一步提及或要求，當其他法律規定抵觸公平法立法意旨時，二者法律間應如何適用的問題。此時，即應依照中央法規標準法第 16 條有關特別法優於普通法之規定，探討公平法與其他法律間之適用關係。亦係基於此種認識，本條修正之立法理由乃首揭「(一)當法規發生競合時，同屬競爭行為之規範，由其他專責機構依各該特別法優先管轄，以符合特別法優於一般法之法理」；之後，又為強化此一理由，並於接著的第二個立法理由中，

直接將公平法定位為一般法或普通法，而謂：「(二)公平交易法就規範競爭行為之事務，屬於一般法，至於其他基於特定目的而訂定之法律，其中涉及競爭行為事務者，在該特別法之規範範圍內，自應屬競爭行為事務之特別法。」(參照本條註釋邊碼 10)

46. 本條修正之提案委員在基於同樣的認識下，面對「如此一來，有線電視豈不優先適用有線電視法，而排除公平交易法的適用？」之質疑時，乃明確回應，「應是優先適用有線電視法」(公平會，2003(二)，頁 200)。若此，則於本條並未明白規定，當公平法與其他法律規範相抵觸時，公平法優先於其他法律之適用，且從立法理由及立法過程中，都可見立法機關將公平法定位為普通法或一般法之地位時，本條規定是否真因 1999 年 2 月 3 日之修正，而於法規範體系上確立起「競爭政策優於其他政策」，致使公平法得於有關競爭行為之規範上，凌駕其他法律之適用(參照本條註釋邊碼 20)，不得不謂有所疑問。其真正之意涵，當非在於實體法上之公平法的優越性，而係宣示應朝向「競爭政策優於其他政策」邁進(參照本條註釋邊碼 21)。

47. 因此，無論是就文義解釋以觀、抑或是從立法真意探求之歷史解釋出發、還是在與以「經濟之安定與繁榮」為彼此共同目標之其他經濟法律規定間的體系解釋上，實皆難以本條規定之存在，得出於有關競爭行為上，公平法優越於其他法律之存在，其他法律僅於不違反公平法立法意旨範圍內，方有其適用餘地。反倒是，因為本條規定的存在，當其他法律有關競爭行為之規定，並「不抵觸本法立法意旨」時，僅有其他法律可以適用，公平法無適用餘地；另一方面，當其他法律有關競爭行為之規定，「抵觸本法立法意旨」時，二者間即會產生規範競合或衝突問題，由於本條規定於此並未就此明白闡述其解決之道，因此為維護公平法所欲保障之競爭秩序，公平會當有必要依照公平法第 9 條第 2 項規定之意旨，「商同」其他部會，就此規範衝突，謀求解決之道，並務求依據公平法規範理念，解決該當衝突。申言之，公平法與其他法律關於競爭行為之規範衝突，除由立法機關本身或公平會之提醒，於未來立法時應依照本條規定



之立法精神，從事「競爭政策優於其他政策」之立法，改善公平法與其他法律規範之衝突情況外（參照本條註釋邊碼 21）；在現行法律規定之執行上，亦應有必要基此理念，商同各該部會同謀規範衝突解決之道。

48. 另一方面，於一般民事或刑事訴訟中，由於並未有公平會此一主管機關的介入，從而亦無由依循公平法第 9 條第 2 項規定，由公平會與其他機關就公平法與其他法律規定間之競合或衝突問題，謀求立法上獲行政上的解決之道。此時，面對當事人依據本條規定為主張時，法院應如何處理規範間之競合或衝突問題。實則，於此情形，法院應回歸一般法律適用準則，依刑法第 21 條第 1 項「依法令之行爲，不罰。」之規範理念，對於依照其他法令規定所爲之行爲，縱使其違反公平法相關規定，由於法律規範不能自我精神分裂，一方面許可某一行爲，同時又對其加以處罰，造成一般人民無所遵從。職是，當違反公平法之行爲，亦屬其他法令所許可之行爲時，該當行爲將因其他法令的存在，而於公平法規範上阻卻其違法性。

## （二）公平會有關「優先」之實務運作

### 1. 公平法優先其他法律規定適用之案例

49. 雖然，法條解釋及實務運作上，理當如上所述，且鑑於本條修正立法過程中，公平會本身對此修正所示之憂心，將本法定位爲經濟基本法並優先其他法律適用之結果，「將使行政部門各部會主管法律未能優先適用，致特殊性政策任務，無法執行。況因其難以判斷是否抵觸公平交易法之意旨，將會造成執行上之困擾，並亦造成事業無所適從，妨礙產業發展，**不利整體經濟利益**。」（參照本條註釋邊碼 12）然而，公平會於法律修正成立後之實務運作上，似一改其原本對本條規定之悲觀看法，而積極強調本條規定所意涵之經濟基本法地位，公平會於台北市建築師公會（公處字第 092007）、台灣省建築師公會（公處字第 092008）、高雄市建築師公會（公處字第 092009）等案中，如是說明：「由於建築師法第三十七條之立法目的，並未考量建築師自由公平競爭問題，依據現行公平交易法第四十六條規定，即優先適用公平交易法規定，核無建築師法是否

為公平交易法之普通法或特別法之問題；再者，建築師公會統一訂定業務酬金標準，已然對於建築師市場產生限制價格競爭效果，明白抵觸公平交易法立法意旨，自不得豁免於公平交易法的規範。」

50. 雖然，建築師法第 37 條於 1969 年起草制定時之立法要旨強調：「現行建築師管理規則第二十一條雖規定建築師收取酬金之標準，最高不得超過所設計工程價款之百分之九，惟目前建築師收取設計費通常為受委託設計建築物造價百分之五左右，亦有低至百分之一以下者。設計酬金過於低微，自難產生良好之設計．．．至建築師公會所訂標準，必須根據各地實際情況，並須呈報主管機關予以核定．．．」。明白顯示出，為促進「良好之設計」（當然事實是否如此，有待斟酌），並以主管機關之核定為前提，建築師公會得於其業務章則中，明訂受取酬金標準。但公平會顯然不接受此等良好設計、主管機關核定之抗辯，逕謂：依據公平法第 46 條規定意旨，「其他法律規定倘有抵觸公平交易法立法意旨，復無豁免於公平交易法規範之正當性，自不得作為公平交易法除外適用之規範」，況且「時至今日，當被處分人統一訂定酬金標準，已然阻礙競爭之自由性及公平性，扭曲價格競爭機能，徒增社會成本時，公平交易法之介入即有其必要，亦符立法者於八十八年主動提案修正公平交易法第四十六條規定之目的」。

## 2.其他法律規定優先公平法適用之案例

51. 另一方面，在有關國際性的事案上，公平會對於公平法作為經濟基本法之地位，似乎又不是那麼堅持，在公平會第 00669 次委員會議所處理的「多家經營太平洋航線之國際海運業者被檢舉共同調漲海運費率」一案上，雖然，航業法第 25 條第 1 項規定：「船舶運送業經營固定航線之客、貨運價表，應報請當地航政機關核轉交通部備查。」依據前述臺灣證券交易所股份有限公司（公處字第 091132 號）及財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心（公處字 091133 號）之處分理由，僅是「備查」並不足以排除公平法之適用（參照本條註釋邊碼 36），但公平會仍以被檢舉人「依照航業法規定經航政主管機關交通部備查之國際聯

營組織，而在航業法規範架構下，對於『海運同盟』等國際聯營組織已定有監理機制，另對於個別船舶運送業者或國際聯營組織之運價表亦定有申報義務，應認符合『另有其他法律規定者』要件。」之所以如此，乃是因為「經考量航業法之立法目的、海運產業之特性、國際海運聯營組織對經濟效率之影響、本會過去對國際聯營組織之政策、國際間普遍給予『海運同盟』或類似協議『反托拉斯豁免』之國際禮讓等因素，本案擬依照公平交易法第四十六條規定優先適用航業法相關規定，亦即針對依據航業法規定向航政主管機關核備之國際聯營協定，及依據該協定所從事之行爲，現階段不適用公平交易法規定。惟爲防範國際聯營組織及會員濫用其市場力，確保託運人及海運使用者之合理權益，擬依據公平交易法第九條規定，函請目的事業主管機關加強海運運價之監督管理。」

52. 由此可知，雖然公平會明確認知到本案「國際聯營組織及會員」於相關市場上擁有市場力，爲避免渠等濫用「市場力，確保託運人及海運使用者之合理權益」，乃須依據公平法第9條第2項規定之精神，函請相關主管機關加強監督。若此，則爲何於建築師公會等案上，公平會不能依公平法第9條第2項規定之精神，函請相關主管機關加強監督？同樣是我國政府部門的主管機關，是否航運業之主管機關較會監督，故而公平會得信賴其監督成效，而建築業之主管機關則監督無效，故而無法利用其監督，防杜市場力之濫用。當然，二者間有此差別待遇，理由應非在於其他法律主管機關之監督能力問題，而在於本案「國際間普遍給予『海運同盟』或類似協議『反托拉斯豁免』之國際禮讓」因素。雖然，國際禮讓法理之作用，乃是對於主要於外國實施而與本國市場競爭秩序無直接關連之競爭行爲，基於對受該行爲主要影響國家法律適用之尊重，從而抑制本國法律對該行爲管轄權的行使，而非所謂「反托拉斯豁免」之問題，且本案例中該等事業之共同調漲海運費率行爲，已對我國境內之海運市場產生直接影響，亦無國際禮讓之必要。雖然如此，公平會仍基於「國際」視野，在「國際間普遍給予」被檢舉人等禮讓下，國內機關的公平會亦無須堅持公平法作爲經

濟基本法之地位，因此縱令系爭價格聯合行為乃是最為惡質的反競爭行為，完全違反公平法「立法意旨」，但仍應「優先適用該其他法律」，產生與建築師公會等案完全不同之結果。

53. 雖然，公平會或許是基於尊重航運業者間之國際慣例，而對於依循「海運同盟」決議共同漲價之航運事業，對其行為不適用以公平法。然而，在該當海運同盟並非國家間所締結之國際條約的情況下，作為維護我國境內競爭秩序之基本法律的公平法，所當問者應是相關事業之行為是否不當影響或扭曲我國市場上之競爭秩序，而非僅因該等事業所依循者為業者間的跨國協議，即認為渠等因此而擁有法律屏障。於此認識下，真正對本條規定適用造成關鍵性影響者，應在於是否已有其他法律對系爭行為予以規範，該等法律之主管機關是否以核定、核備等較為積極之方式，監督事業依據該其他法律所為之行為（參照本條註釋邊碼 36、51），若其他法律已有規範且主管機關亦有積極監督時，雖事業國籍不同，但亦不應對本條規定適用帶來不同結果。當建築師公會等案中，建築師公會所定酬金標準乃是有建築法第 37 條之明文授權，並要求其實施應先呈報中央主管機關核定时，其所為之監督當不致較航業法第 25 條第 1 項僅要求之「備查」為輕，在舉輕明重之法理下，若後者之國際海運業得優先適用航業法，則前者之建築師公會自當更有資格優先適用建築師法。

54. 無論如何，當公平會認定其他法律抵觸公平法意旨，而事業因循該其他法律所為行為係屬初犯時，公平會實務運作似乎對此表現出較為寬容的態度，於第 00537 次委員會議所通過的「公平交易法第四十六條之適用流程」修正中，公平會如此說明：「對於事業因依據其他法律而為之行為，嗣經本會認定該其他法律之規定抵觸公平交易法立法意旨，而認為該事業違反公平交易法時之處理方式：有關事業依據其他法律而為之行為，經本會認定其係違反公平交易法時，倘該事業主管機關之執法態度十分明確，而本會尚未與該主管機關就數個法律間之適用方向達成共識，或尚無機會對事業就公平交易法與其主管機關之相關法令間之競合為適當教示之情形下，本會似可斟酌情節，對初犯之事業僅限期

命其停止或除去違法狀態，而不處以行政罰鍰；如其再犯時，始依本會一般處罰標準予以裁罰。」

### （三）審查基準及方式的建立

#### 1. 審查基準

55. 由以上敘述可知，公平會於其他法律抵觸公平法立法意旨時，雖似亦有意依照公平法第 9 條第 2 項規範理念，商同其他機關辦理，從而強調「共識」之存在，惟當無此「共識」存在，抑或公平會尙未就公平法與其他法律間的競合問題，其處方式與其他機關進行協商時，公平會即回到其於建築師公會等案中之貫立場，認為於關於競爭之行爲上，公平法應優先於其他法律之適用，從而認定「初犯」事業之行爲仍屬「違法」，只是不處以行政罰鍰而已，若該事業再犯，則可逕處行政罰鍰。或許是對於公平會將本條規定提升至如此優越地位之憂慮，學說中乃將「『優先』適用該其他法律之規定」(參照本條註釋邊碼 44)，解釋爲係有關審查密度或審查方式之規範，並進一步就此審查密度或方式，進行深入的探討。

56. 依此見解，於適用本條規定時，除應依公平法立法旨趣之判斷基準外，亦有必要參酌本條規定之功能定位，以及公平法於經濟法制上之地位、立法背景、競爭政策等，提出就不同因素應採取之不同審查基準，亦即對於某些情形可採取低度之審查標準，其他情形則採取高度審查。此際，應考量之具體因素共有四點（蘇永欽，2002，頁 247-248）。

（1）除外是否基於經濟因素考量：對於非基於經濟因素考量所爲之例外，如有關人身安全、環境保護、國防機密等法益，應非第 46 條所欲著墨者，於此即應採低密度審查。僅於對該法益並無明顯提升，但卻會嚴重破壞市場競爭機制之情形始認爲有牴觸之嫌，進而不排除公平法之適用。

（2）立法時點是否先於或後於公平法：先於公平法之法規，因立法時可推定並未考量競爭政策，則對於該法之適用是否符合公平法之意旨，即

應採取高密度審查。

(3) 立法原則有無維護競爭秩序之原則宣示：若排除適用之法律規範，其中已經涵括競爭政策之經濟思維，如電業法第 1 條之目的規定，特別提及市場競爭秩序之維護，則如同公平法之補漏，已適度反應公平法之立法目的，則於審查時自然得採取低度審查。

(4) 決策協商是否有加入公平會之參與諮詢：排除公平法之法律，如於立法過程中有諮詢公平會相關意見；或與公平會就競爭政策問題已充分協商，而達成協議者，則公平會於具體審查時僅需採取低密度審查即可。若法律明定由公平會參與部分執行或必要諮詢者，則就該部分得免除再次審查。

57. 此外，亦有見解認為，對於管制機關之管制有效性及行政能力，亦應加以比較、評估。若其他法律之主管機關就其主管的事項於行政資源、管制成本和效率上較公平會為優時，則審查密度即應降低，而由他法律主管機關更有效率地行使監督責任；反之，若管制法規有特別或排除之規定，但若由於該法之主管機關無足夠之資源、管控不易或是成本過昂等因素，公平會仍得逕行採認該管制法之適用將牴觸本法之立法旨趣，進而採取高度審查，不排除公平法之介入（吳秀明、楊宏輝，2002，頁 94-95）。

## 2. 審查方式

58. 另一方面，在有關審查方式上，學說認為，可採取之操作方式類型如下（蘇永欽，2002，頁 226-227）：

(1) 抽象審查：為法律規範之比對，如同大法官之違憲審查，但此處係為同一位階之法規範作比對。

(2) 具體審查：就法律適用於具體個案之見解，為有無相互牴觸之審查；此即係以公平法之意旨檢驗其他法律於適用系爭案件之見解有無牴觸，以藉此調和公平法與他法。又於其他法律於適用個案時有數種解釋可能時，僅於採取最合乎公平法之解釋時始能排除公平法適用。如

此一則有助於豁免之解釋避免機關權限衝突，一則可對其他法律作更實質之觀察，確認有無違反公平法，使公平會對於事業之競爭行為在有其他法律規定之情形下，仍有最後審查之決定權。則於公平法之意旨被實質違反時，公平會始行介入，亦可簡省行政資源，執法上亦保有彈性的空間。

- (3) 以抽象審查為原則，視情形再以具體審查降低公平法與其他法律之衝突或補強抽象審查產生之漏洞。

**59.** 學者雖然提出上述三種不同類型的審查方式，但卻同時基於各種法律解釋方法之理念，闡明上述三種審查方式於理論上及實務運作上可能遭遇之各種問題點（蘇永欽、范建得，2000，頁 30 至 40）：

- (1) 體系解釋：採抽象審查說，乃係賦予公平會審查其他法律內容是否抵觸公平法之權力，於認定抵觸時，即可無視該法明確許可事業為公平法所禁止行為之規定，而得依據公平法相關規定對該事業逕予處分。如此一來，人民對於該其他法律之信賴恐將遭致破壞，致使該法律之規範目的完全落空，造成公平法與其他法律之衝突。相對於此，若係採取具體審查說，則公平會原則上仍應尊重其他法律之效力，僅依公平法審查其執行，介入之程度看似較淺；惟運作上公平會逕行認定其他法律違反公平法意旨之機會並不大，但公平會於執行面時介入審查，對於其他法律之體系可能產生更大干擾。因此兩說孰優孰劣，不能一概而論；但可確定的，係若採行第三說，對於體系解釋之角度，破壞力最大，最不可採。
- (2) 合憲解釋：採行抽象審查之第一說與第三說，將導致公平會得無視於新制定之其他法律所反映的政策與民意，逕行適用制定在前的公平法，與憲法所強調之「民主原則」及「民意政治原則」似乎有所衝突；而於具體審查下，係以維持其他法律效力為原則，不輕易以公平法排除其適用，僅就個案之執行納入公平法之考量，而賦予公

平會彈性介入之空間，似較無違反憲法上的民主原則。於現行憲政體制下，公平法僅係處在「法律」位階，不能逕以「憲法」之位階視之，進而合理化將第 46 條當成對其他經濟法規作抽象審查之基礎。

60. 此外，亦有見解認為，若採具體審查說，則將限制公平會僅得於具體個案中，對於事業競爭行為適用其他法律規範之見解進行審查，此與修法前之實務作法並無二致，結果或將導致新增之「不抵觸公平法意旨」要件，似僅剩宣示經濟基本法之作用而已。且對於立法時點早於公平法之其他經濟法規，若其規範與修正後公平法有所衝突時，則依「後法優於前法」之原則，可以推定立法者於修正公平法時有意廢止與公平法之規範相抵觸之其他法規，此時若仍採取具體審查，則對於因規範衝突而無解釋空間之其他法規，公平會僅能於每單一個案中屢屢提出公平法應優先適用之意見，不僅浪費行政資源，且亦違反民主政治之原則（王以國，2003，頁 89）。

#### （四）本條規定之解釋方法論及未來改革方向

##### 1. 解釋方法論

61. 在公平會就本條規定之解釋，乃是立法者欲藉由本條規定之修正，賦予公平法優越於其他法律之地位的情況下，上述學說有關審查密度、審查方式之看法，其立論目的或出發點，或在於抑制公平會對於本條規定過份的擴張解釋與適用，避免發生公平會於本條修正過程中所主張的：「將使行政部門各部會主管法律未能優先適用，致特殊性政策任務，無法執行……並亦造成事業無所適從，妨礙產業發展，不利整體經濟利益。」（參照本條註釋邊碼 12）然而，單純地就一般國民對於文字意義與結構之認識而言，本條規定僅止於「於不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律」，並未提及「於抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用本法」，不論採取何種解釋方法，都無法導出後者之結論。而當抵觸本法立法意旨，其他法律無法優先適用時，所應遵循者，即是立法者於立法理由中所提示之說明：「(一)當法規發生競合時，同屬競爭行為之規範，由其他專責機構依各該特別法優先管轄，以符合特別法優於一般法之法理。(二)



公平交易法就規範競爭行為之事務，屬於一般法，至於其他基於特定目的而訂定之法律，其中涉及競爭行為事務者，在該特別法之規範範圍內，自應屬競爭行為事務之特別法。(三)條文中所謂不牴觸立法意旨，應考慮立法時間、立法目的、立法的原則與例外等。」(公平會，2003(二)，頁708-709)蓋個別立法者就本條修正之相關發言，乃是其個人有關於此之見解與主張，全體立法委員所通過者，乃是明白記載於修正草案上之立法理由說明，於法條適用有疑義時，自當依照此一立法理由說明為主，僅於依此說明仍無法精確理解條文意義或適用關係時，方得再依據個別立法委員有關於此之發言記錄，從事法律解釋與適用。此方為「依法行政」之真諦，方是行政機關貫徹立法機關立法意旨之作法，而非提示出單一或一、二位立法委員之看法或漫無標準之「經濟憲法」、「經濟基本法」等概念，即據以推翻實定法文言所欲規範及闡釋之內容。

62. 於此認識下，當公平法被定為一般法，其他「基於特定目的而訂定之法律，其中涉及競爭行為事務者，在該特別法之規範範圍內，自應屬競爭行為事務之特別法」，因此「當法規發生競合時，同屬競爭行為之規範，由其他專責機構依各該特別法優先管轄，以符合特別法優於一般法之法理。」在此特別法優於普通法適用之原則下，縱使該其他法律係於本條1999年2月3日修正前制定，亦不妨礙此一特別法優於普通法原則的適用。此實係基於本條規定之文義解釋、歷史解釋、體系解釋、合憲解釋等各種解釋方法，所生之當然結果，雖然合目的性解釋或於一定程度上，符合公平會將本條規定解釋於經濟基本法之理念，但合目的性解釋卻也不能無視文義解釋之要求，當本條規定謂「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定。」時，其文義所表達者，乃是關於競爭之行為，「於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」之其他法律規範優越性，而非公平法規範的優越性，其所欲闡釋之結果，似與公平會逕將本條規定認定為經濟基本法之法源基礎，大相逕庭。

63. 當然，如此解釋，並不排除公平會得依立法機關修正本條時之立法期待，

希望公平法可以扮演未來我國經濟體制基本法的角色，經濟體制運作應該儘量依照公平法所欲維護之競爭機制為之。公平會當應基此理念，善用公平法第 9 條第 2 項規定，積極與其他機關進行協商，闡明市場經濟體制以競爭機制為其體制運作基本原理之原則，促使及協調其他機關放棄與競爭機制原理不合之法律規範與作法，共同促進我國經濟之安定與繁榮。

## 2.未來改革方向

64. 上述解釋方法論之結果，或許不符公平會現行將公平法視為「經濟憲法」或經濟體制基本法，並優先其他法律規定適用之實務運作方式。原本，在修正前公平法第 46 條第 1 項的規範方式下，只要是依照其他法律所為之行爲，即可完全排除公平法之適用，此一結果導致競爭為主、管制為輔之政策理念，於其實踐上受到相當的限制。1999 年 2 月 3 日的修法，理當為克服此一問題，從而乃特別強調「不抵觸本法立法意指」之用語，但卻因立法失誤，導致其所能規範者，僅是「優先適用其他法律規定」，並因立法者將公平法定位為普通法，導致在特別法優於普通法適用之規範下，修正後之本條規定幾乎無法發揮其原欲期待之立法功能。當然，吾人亦不贊成將公平法定位為「經濟憲法」或經濟基本法，並得優先其他法律適用之規範方式，因為如此一來「將使行政部門各部會主管法律未能優先適用，致特殊性政策任務，無法執行……並亦造成事業無所適從，妨礙產業發展，不利整體經濟利益。」（參照本條註釋邊碼 12）

65. 較佳之作法，當是對於其他抵觸公平法立法意旨之法律規定，要求相關主管機關於依據各該法律規定對限制競爭行爲或不公平競爭行爲，作出許可或核准的程序中，應有公平會的參與，提供有關競爭的專業意見，促使相關主管機關將競爭納入其是否許可或核准的考量因素中。甚至，於其他法律規定所容許的限制競爭行爲，將對競爭秩序產生非常重大不當影響時，亦非不可要求應由該他主管機關與公平會共同作出許可或核准的決定。如此規範方式，將可在確保其他該管主管機關亦擁有其特殊政策判斷的權限下，使得公平法所欲維護之競爭秩序亦可反映於在其他特殊政策判斷的決策過程中，促進競爭政策或公平

法與其他產業政策或產業法律之調和。公平會於未來修法中所應為者，當非繼續堅持法理上所稱之「經濟憲法」，而應抱持公平法與其他法律位階平等之理念，促進公平法與其他法律間的分工、合作關係。

## 伍、與本法其他條文間之適用關係

66. 本法其他條文在與本條規定之解釋、適用上，最可能發生關係者，厥為第 9 條第 2 項及第 45 條等規定。

### 一、公平會與其他機關間之商同辦理—第 9 條第 2 項

67. 在現行大多數的共識乃是我國經濟體制運作之基本原理，應是以競爭為主、管制為輔的政策及法規範理念下，無論是 1999 年 2 月 3 日公平法部分條文修正前的第 46 條第 1 項，抑或是是次法律修正後的第 46 條規定，都會產生「其他法律」適用的結果，若與公平法適用結果發生齟齬時，應該如何處理的問題。此時，公平法第 9 條第 2 項扮演著相當重要的角色。公平法第 9 條第 2 項規定：「本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之。」本項規定係揭示「行政一體」原則，促使本法主管機得於有關事務分工之基礎上，與其他機關就各自所主管事務相互協調折衝，藉以避免彼此行政權限之衝突（參照第 9 條註釋邊碼 13）。

68. 有關第 9 條第 2 項與第 46 條二者間之規範關係，學說上有認為，公平法第 46 條規定係針對實體規範之規範選擇，本應與第 9 條第 2 項係規範如何執行之事項較為無涉，惟由於規範通常係由主管機關執行，從而當系爭事項牽涉到公平法與其他法律時，乃有可能發生本法主管機關與他法之主管機關間，對於特定事項皆有規範權限，應如何決定行政管理權分配之問題，故第 9 條第 2 項與第 46 條二者關係密切。因此，「在思考第 46 條的解釋與操作時，不可忽略第 9 條第 2 項的規定。但二者功能不同，且吾人不可不知第 46 條的規範選擇具有先決性。」（蘇永欽、范建得，2000，頁 11）。另一方面，亦有見解認為，若將公平法第 46 條與第 9 條第 2 項並列觀之，則知一方面立法者肯定公平法所維護之

市場經濟與競爭具有原則性之優越地位，而賦予公平會於個案中得依公平法之立法意旨選擇適用法律之具體審查權；另一方面，若審查結果係為適用競爭法，並因此將造成與其他法律之主管機關行使職權所代表之公共利益與政策有所衝突時，此時並非當然由競爭政策取得優勢地位，而應由公平會負責調和。公平法第 9 條第 2 項因而負有一定調節之功能，能與第 46 條修法意旨之「促進整體經濟利益」共同擔負調和競爭政策與其他經濟產業政策之任務（吳秀明，2004，頁 379）。

69. 上開各項見解，似皆基於吾人得依公平法第 46 條規定，推出於有關競爭行為上，公平法相較於其他法律之優越地位或「先決性」。於此認識下，第 9 條第 2 項在與第 46 條的規範關係上，似居於輔助之地位，由公平會基於法規範上公平法應優先適用的原則，商同其他主管機關，謀求解決之道。另一方面，當吾人有關公平法第 46 條規定之見解，乃是從其規定文義、立法過程、體系解釋、合憲解釋等，皆無法得出於實體法上，公平法就競爭行為有優越其他法律規範之地位，則第 9 條第 2 項規定，乃是對於經常可能是為特定政策目的之實踐，致其規範可能抵觸公平法立法意旨的其他法律規定，公平會藉由檢視該當政策目的於現今經濟體制中存續之妥當性、是否有其他更不會妨礙競爭之作法可以達成相同政策目的，並於競爭為主、管制為輔的現行國家經濟政策基調下，與相關主管機關進行協商，使抵觸本法立法意旨之法規範，減至最低必要程度。若此，則在與第 46 條之關係上，第 9 條第 2 項規定即非居於輔助地位，而應是主導地位，因其積極運用，使得公平法第 46 條所希冀之「抵觸本法立法意旨」的法律規定之減少，可以藉由第 9 條第 2 項規定的積極運用，而得以實現。

70. 無論如何，於具體的實務運作上，藉由第 9 條第 2 項規定，公平會得與其他部會商同辦理者，除法律執行層面外，亦包括依據公平法第 25 條第 1 款擬定競爭政策之層面。此時，公平會與其他機關間分工關係，大致可分類為下列五項：（1）應由公平會適用公平法而須他部會協助者、（2）應由他部會適用部門法，而須由公平會為補充監督或協助者、（3）公平會與他部會均各得適用公平

法與部門法，而在管轄及執行程序上協調如何分配與配合者、(4) 公平會與他部會均應各自適用公平法與部門法，而在執行程序上協調如何配合者、(5) 部門法明定應由他部會與公平會共同執行，而須在執行程序上協調如何配合者（蘇永欽、范建得，2000，頁 11-15）。實際上，公平會為處理同一行為牽涉公平法及其他法律時，公平會與其他機關間之業務協調分工事宜，已訂有「行政院公平交易委員會與其他行政機關業務協調作業要點」，其中要求公平會應依序考量「特別法優於普通法」、「從一重處斷」等原則，與其他法律之主管機關進行協商。迄今為止，公平會已與內政部、經濟部、財政部、新聞局、農委會、衛生署、法務部、公共工程委員會、勞委會職訓局、內政部等行政機關就相關事項作出協商結論（參照公平會編印之「公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編」中之行政協調部分）。

## 二、智慧財產權權利正當行使行為之除外—第 45 條

71. 公平法第 45 條規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」本條規定係對於行使智慧財產權之「正當」行為排除公平法的適用，此係因智慧財產權究其本質，係賦予權利人排他性之權利，令智慧財產權人於一定範圍內享有專屬之權利，得排除他人對於其智慧財產之侵害，並得請求防止將來之侵害。因此，智慧財產權於某種程度上可能會產生「限制競爭」之效果，從而為調和「智慧財產法對於智慧財產權利人之保障」與「公平法對於競爭秩序之維護」二者間可能之衝突，公平法乃特別設置第 45 條規定，以求智慧財產權人之私益與競爭秩序之公共利益之調和（參照第 45 條註釋邊碼 9）。

72. 原本，公平法第 46 條之規範目的，即在於處理公平法與其他法律間之規範競爭或衝突問題，著作權法、商標法、專利法理應亦屬本條規定所稱之其他法律，若此則有關二者間之競合、衝突問題，直接交由本條規定處理即可，似無必要再另設第 45 條規定。對此，有學說認為，由於智慧財產權與公平法交錯之灰色地帶甚寬，因此公平法第 45 條乃限定，智慧財產權之權利行使行為僅於其

屬「正當」時，方得排除公平法之適用，因此一「正當」的不確定法律概念，令公平會得就兩法之立法意旨，依個案為權衡認定（蘇永欽，2002，頁 216）。然而，此一解釋似無法解決，其他亦被歸類為智慧財產法之積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法、營業秘密法、甚至是有關公司名稱、商業名稱規範等法律，其相關權利之行使，是否亦應於「正當」的前提下，方可排除公平法之適用，抑或是由於此等法律並非第 45 條所列舉之法律，從而不適用第 45 條有關「正當」性之判斷，而應專依本條規定之規範理念，探究公平法與此等法律間之適用關係。

**73.** 如何解釋，端視吾人對於公平法第 45 條規定性質之理解而定，當吾人認為公平法第 45 條乃係一創設適用除外規定之條文時，則非經該條規定明白列舉除外，其他法律規定自不得類推適用該條規定，享受除外之「利益」（黃銘傑，2001，頁 15）。然而，依此解釋則根據第 45 條規定排除公平法適用，並非當然較其他智慧財產法為有利。蓋如同前段所述，第 45 條規範功能之一，乃是將得排除公平法適用之著作權法、商標法、專利法等之權利行使的除外，限定於其被認定為「正當」時；相對於此，若著作權法等以外之其他智慧財產法律，因未被第 45 條所明白列舉，從而不能適用第 45 條，而僅能依據第 46 條分析其與公平法之適用關係時，由於第 46 條並未有「正當」的限定，其他智慧財產法律在與第 46 條的適用關係上，仍是依循特別法與普通法間適用關係的判斷，結果反而較諸適用第 45 條更有可能排除公平法相關規定之適用。

**74.** 另一方面，若吾人認為公平法第 45 條規定之性質，乃是權利濫用說、或者是確認規定、訓示規定說的話，則其他智慧財產法律雖未規定於該條規定中，亦可或應類推第 45 條規定，探討與各該智慧財產法律與公平法間之適用關係。所謂「權利濫用說」者，乃是於智慧財產權之權利行使有濫用情事時，不得排除公平法的適用；而「確認規定、訓示規定說」者，則強調「正當」的權利行使行為，當然不受公平法的適用，此不僅於智慧財產法上如此，其他法律上之權利行使行為亦同（黃銘傑，2001，頁 15）。若此，則依據著作權法等所為之正

當權利行使行為，得排除公平法之適用，並非因該法第 45 條之設置，方有以致之，而係根本於其權利本身而生，因此同樣被定位為智慧財產法之積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法、營業秘密法，在與公平法之適用關係的探討上，自亦可類推適用該法第 45 條規定。如此解釋，方能促使所有智慧財產法制於公平法上受到同等之評價，符合同樣事物應受同樣對待之平等原則。

## 陸、與其他法律間之適用關係

### 一、其他法律規定與公平法間競合、衝突之類型與適用上之關係

**75.** 本條規定主要在闡明「關於競爭之行為，另有其他法律規定者」時，公平法與其他法律間所發生的規範競合或衝突，應如何處理之問題。其他法律規定與公平法間之競合、衝突類型，大致可以分為以下三種：(1) 相互衝撞型、(2) 部分重疊型、(3) 二者並行型。

(一) 相互衝撞型：由於其他法律規定或是容許限制競爭行為、或是容認不公平競爭行為，導致與公平法所欲維護之自由、公平競爭秩序相互衝突。此際，倘若容認限制競爭或不公平競爭行為存在之其他法律規定，乃係作用法之規範，且該等行為亦係於相關主管機關之積極監督下被容許及實施，則依特別法優於普通法適用之規範原理，其他法律於此應優先適用。另一方面，若其他行政機關僅是依據組織法之權限而對事業進行指導或輔導時，則不得排除公平法相關規定的適用。

**76.** (二) 部分重疊型：此一類型中，其他法律規定亦包含有關於限制競爭或不公平競爭之規範，其規範內容與公平法之實體規定有重疊之處，此時由於二者規範理念與目的相同，因此依據本條規定，其他法律規定「於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」。惟須注意者，此時之其他法律規定，通常多僅是包括部分競爭規範，其所未規範之競爭行為，當然屬於公平法之規範對象。

**77.** (三) 二者並行型：此一類型中的其他法律規定，形式上雖亦係有關限制

競爭或不公平競爭之規範，但由於其立法意旨或規範目的與公平法之立法意旨、規範目的間，不盡相同。例如，其他法律規定可能是基於保護生命、健康之目的而對限制競爭或不公平競爭行為進行規範，但公平法之規範目的乃是維持競爭秩序，從而二者規範不僅不相違背，亦無競合之處，而可同時並行實施規範。

78. 由上可知，「其他法律規定」，有各種不同的規範方式，其對於公平法扮演經濟體制基本規範所帶來的衝擊，亦有不同程度的影響。其分類方式，首先可以著眼於對公平法規範影響最大之其他法律規定有無明文排除公平法適用，現行法律規定中，明文排除公平法相關實體規定適用者，包括金融控股公司法、金融機構合併法等。在無明文排除公平法的其他法律規範中，尚可次分類為該法律規範中，符合本法立法意旨與不符合本法立法意旨之法律規定者，前者又可細分為其規定係有關自由競爭者（例如政府採購法、電信法等）及公平競爭者（消費者保護法、商品標示法、藥事法等），後者之典型則是於各種專門職業規範法律、特定產業法律、農業法規定、中小企業法律、貿易法律等法律中，其部分具體規定容許或容認限制競爭或不公平競爭存在之規範。

## 二、明文排除公平法適用之法律規定

79. 本類型的法律規定，對於公平法所欲維持之競爭秩序可能產生之影響最大，在為有效實施其他可能與競爭政策發生衝突的政策理念下，立法機關於法律中明文排除特定行為不受公平法之適用，縱令該行為對競爭秩序會帶來不利影響。屬於此類法律規定者，例如金融控股公司法第 19 條規定，金融控股公司於滿足特定要件之情形下，且其本身或「其銀行子公司、保險子公司或證券子公司發生財務或業務狀況顯著惡化，不能支付其債務或調整後淨值為負數，經主管機關認為有緊急處理之必要，對金融市場公平競爭無重大不利影響者，免依公平交易法第十一條第一項規定向行政院公平交易委員會申請許可」。另外，金融機構合併法第 13 條第 3 項第 2 款亦有類似規定，容許股份有限公司組織於依規定受讓農、漁會信用部時，若「經主管機關認為有緊急處理之必要，且對



金融市場競爭無重大不利影響時，免依公平交易法第十一條第一項規定向行政院公平交易委員會申請許可。」此等其他法律規定，皆是基於保護金融交易秩序，避免因少數金融機構的財務危機，引起連鎖效應，導致金融市場的恐慌，終至危害國家整體金融秩序，從而於特殊緊急必要情況下，容許排除公平法有關結合規定之適用，而由金融主管機關單獨就其結合可否作出決定。

80. 惟須注意者，此類法律規定由於明文排除公平法相關規定之適用，因此理論上並無與公平法適用發生競合或衝突之問題，從而亦無須依據本條規定進行二者間何者應優先適用的問題。

### 三、未有排除公平法適用之法律規定

#### (一) 符合公平法立法意旨之法律規定

##### 1. 本身已有關於自由競爭規範之法律規定

81. 此等法律多針對其市場或產業的特殊性，認為就相關限制競爭行為應有特別規範，從而乃於其法律中訂出有關競爭行為之規定。此時，可謂該其他法律已針對特定的競爭行為，訂有特別的規定，且其規定通常亦係為促進市場競爭，而未抵觸公平法「立法意旨」，從而依據本條規定，自應優先適用該其他法律。惟須注意者，若其他法律之規範主體與公平法不同，或是其他未有特別規範之競爭行為，由於此時並無「另有其他法律規定者」之情況，從而對此仍有公平法相關規定之適用。

82. 例如，政府採購法在提升採購效率與功能、確保採購品質的目標下，要求其採購程序應公平、公開（同法第 1 條），為此並於同法第 19 條規定：「機關辦理公告金額以上之採購，除依第二十條及第二十二條辦理者外，應公開招標。」強調公開招標之原則。且為落實整體政府採購之公平性，遂於同法第 6 條第 1 項規定：「辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇。」並於同法第 73、74 條規定，受差別事業可提起之救濟程序。因此，於有關政府採購行為上，若採購機關有不當差別待遇情形，當事人固得依政府採購法上開救濟程序之規定，提起救濟。惟須注意者，此時並不當

然排除公平法相關規定之適用，蓋由於政府採購法在有關違法行為之主體上，乃係限定於採購人員不身的違法行為，對於採購機關並未有相關責任規定，此時若該採購機關屬於公平法上之事業，則其所為差別待遇可能該當於公平法第 19 條第 2 款之違反，而有公平法適用之可能（參照第 2 條註釋邊碼 68）。

**83.** 此外，其他法律中，針對限制競爭行為有特別具體規定者，尚有電信法。電信法針對電信產業之特殊性，除於第 19 條為維持事業間之公平競爭基礎，而針對第一類電信事業訂出交叉補貼規範、第 20 條之 1 第 3 項要求第一類電信事業應提供平等接取服務、第 21 條禁止電信事業為差別待遇、第 22 條禁止電信事業不得拒絕電信之接受及傳遞外；並鑑於過去國營事業體制所遺留下來之一家獨大的產業結構，有特別的「不對稱管制」方式，而於該法第 26 條之 1 針對所謂的「市場主導者」，規定出類似公平法第 10 條的獨占濫用規範，該條規定如下：

「第一類電信事業市場主導者，不得有下列行為：

- 一 以專有技術直接或間接阻礙其他第一類電信事業提出網路互連之請求。
- 二 拒絕對其他第一類電信事業揭露其網路互連費用之計算方式及有關資料。
- 三 對所提供電信服務之價格或方式，為不當決定、維持或變更。
- 四 無正當理由，拒絕其他第一類電信事業租用網路元件之請求。
- 五 無正當理由，拒絕其他電信事業或用戶承租電路之請求。
- 六 無正當理由，拒絕其他電信事業或用戶協商或測試之請求。
- 七 無正當理由，拒絕其他電信事業要求共置協商之請求。
- 八 無正當理由，對其他電信事業或用戶給予差別待遇。
- 九 其他濫用市場地位或經主管機關認定之不公平競爭行為。

前項所稱市場主導者，由主管機關認定之。」

**84.** 由於此等競爭行規範，同樣是為促進電信市場內之競爭，理當「不抵觸本

法立法意旨」，依據本條規定，應優先適用電信法之規定，而與公平法間處於部分重疊之關係。在第一類電信事業資費管理辦法第 10 條第 1 項規定，第一類電信事業市場主導者，係指控制關鍵基本電信設施、或對市場價格有主導力量、或是其所經營業務項目之用戶數或營業額達各項業務市場之 25% 以上，且經交通部公告者。因此，當電信事業市場占有率在 25% 以下、10% 以上時，即不該當於電信法上之市場主導者，但於其該當於公平法第 5 條、第 5 條之 1 所定義之獨占事業時，即受有公平法第 10 條禁止濫用獨占地位之規範，或者是直接受公平法第 19 條第 2、6 款之適用。甚者，當於滿足上開市場主導者要件之情形，但交通部未予公告時，亦可依上述規範想法，適用以公平法第 10 條或第 19 條第 2、6 款規定。無論如何，於針公平法與電信法規定之適用問題，公平會實務運作上，訂有「行政院公平交易委員會對於電信事業之規範說明」。

## 2. 本身已有關於公平競爭規範之法律規定

85. 此類有關公平競爭規範之其他法律規定，主要集中於有關引人誤認之標示或廣告規範上，主要包括消費者保護法、商品標示法、藥事法等法律中，有不實或引人錯誤廣告之規定。例如，消費者保護法第二章第四節「消費資訊之規範」中，有關企業經營者之廣告行為規範；雖然公平法第 46 條規定僅止於「關於競爭之行為」，調和與其他法律規定之規範，排除單純的消費者保護規定（參照本條註釋邊碼 33-34），惟此等有關廣告之規範，亦係公平法第 21 條規定之規範對象，從而二者法律規範可能產生競合問題，而有依本條規定調和之必要。同樣地，商品標示法第 5 條至第 11 條，亦針對商品本身之標示，訂有特別規定或授權主管機關得針對特殊商品訂出其應標示事項及標示方法；藥事法第七章「藥物廣告之管理」則基於藥物對一般人生命、健康重大影響之考量，而有特別的規範。

86. 上述各該法律，於其特定的規範事項內，亦可認為係基於維護商品或服務廣告之真實性，避免事業利用虛偽不實或引人錯誤廣告，實施不公平競爭行為，從而亦當係有關於競爭之行為，且其立法意旨亦當與公平法規範之立法意旨不

相違背，依據本條規定理念，或可優先適用該其他法律。惟另一方面，亦非不可認定二者法律規範目的、意旨係屬不同（例如藥事法有關藥物廣告之規範中，亦有係出於維護生命、健康而為，而與公平法維護競爭秩序之目的不同），若此則二者法律間乃係處於二者並行之規範類型，從而除可適用藥事法等規定外，亦可同時適用以公平法相關規定。

## （二）與公平法立法意旨相悖之法律規定

- 87.** 本類法律規定多對於事業之競爭行為有一定的介入，或是容許事業間之價格聯合行為、或是由主管機關介入該市場之價格機制運作、或是容許主管機關得對事業行為進行一定輔導而可能引起反競爭之結果。其又可細分為四種不同類型的法律規定：（1）專門職業規範之法律規定、（2）特定產業法律規定、（3）農業法律規定、（4）中小企業法律規定、（5）貿易法律規定。

### 1. 專門職業規範之法律規定

- 88.** 在有關醫師、律師、建築師、會計師、技師……等專門職業人員上，由於其與顧客間所具有之特殊信賴關係，是否應將其視為一般事業，而對之適用以公平法，過去頗有爭議。亦或基於如此認識，乃有 2001 年間之立法委員提案，希望追加第 46 條第 2 項規定，針對專門職業競爭行為之特殊性，排除公平法之適用（參照本條註釋邊碼 14）。然而，現今多認為專門職業雖有其特殊性，但亦應屬於公平法上之事業，而應受公平法相關規定之適用（參照第 2 條註釋邊碼 53-54）。

- 89.** 惟此種專門職業與公平法間之適用問題，並不因將之認定為公平法上之事業而告解決，傳統法律規範在鑑於專門職業所具有之特殊性下，乃多於各該有關專門職業規範之法律規定中，容許其公會得訂出專門職業人員得收取報酬之標準，例如律師法第 16 條第 6 款要求律師公會應於章程中規定「律師承辦事件之酬金標準」、會計師法第 34 條第 6 款規定會計師公會章程應載明「會計師承辦事件之酬金標準及其最高額之限制」、建築師法第 37 條第 1 項規定「建築師公會應訂立建築師業務章則，載明業務內容、受取酬金標準……事項」；同條

第 2 項規定並要求此等業務章程應經會員大會通過，最後報請內政部核定。技師法第 32 條第 8 款要求技師公會章程應規定「酬金標準及其最高、最低之限制」。獸醫師法第 24 條規定：「獸醫診療機構收取診療費用不得超過規定之標準，並依動物所有人或管理人要求，掣給收費明細表及收據。(第 1 項) 前項診療費用標準，由所在地獸醫師公會擬訂，報請所在地直轄市或縣(市) 主管機關核備。(第 2 項)」

90. 上述規定，皆容許各該職業公會針對其會員所提供之服務，得訂定一定的收費標準，對此，公平會向來表達強烈的反對意見，於公平會第 558 次委員會議中，認為「經查建築師法、技師法、會計師法及律師法規定，系爭專門職業人員『應經由考試及格始得充任』，固有其特定進入門檻限制，惟目前各該市場雖競爭者仍眾，然在系爭法律復明定『非加入公會，不得執業』下，使得該特定市場之所有競爭者更已侷限為公會全體會員。當該其他法律授權公會(所有競爭者) 統一訂定業務酬金標準規範所有會員，促使會員間不以價格競爭為手段，交易相對人乃至於最終消費者亦無從就所需商品或服務品質作抉擇前，即須支付一定的價格予該等專門職業人員，實已嚴重扭曲市場價格競爭機制，損害社會利益。準此，經綜合判斷前揭因素，該其他法律並未有『合於公平交易法立法意旨解釋』之空間，系爭專門職業公會統一訂定業務酬金標準之行為，自應受公平交易法之規範。」

91. 當然，此等對於會員得收受報酬之行為，不是交由會員自行決定，而係由同業公會訂定一定收費標準，實為價格聯合行為之溫床，對競爭秩序之維持有非常不當之影響，其規範有強烈抵觸公平法規範立法意旨之虞，從而此時不應優先適用該其他法律規定，而應依特別法與普通法間之適用法則，解決其間可能發生的適用問題。此際，在其他法律規定，容許相關專門職業之同業公會等於其章程等，訂出有關會員之報酬收取標準的情況下，公平法理當無法直接介入此一報酬標準的訂定行為；惟由於該等法律所容許者，僅是公會得訂出此類收費標準，並未容許會員間得依此標準進行任何更進一步有關報酬收取的合意

或聯合行爲。職是，當於上述章程的報酬收受標準外，同業公會會員間有任何於此標準外所爲有關報酬收取之合意存在時，即可能違反公平法第 14 條禁止聯合行爲之規定，而有公平法的適用。

92. 雖然，並非屬於專門職業範疇，但與此有類似之法律規範者，厥爲商業團體法第 46 條，該條規定如是說：「各級商業同業公會聯合會，對所屬團體會員之目的事業，有採取一致行爲之必要時，得經會員代表大會通過，報請目的事業主管機關核准行之。」此種行爲如係有關競爭行爲，則明顯屬公平法第 14 條所欲禁止之聯合行爲，但由於乃是在「報請目的事業主管機關核准」後，始得爲之，當目的事業以行政行爲介入核准其一致行爲時，公平會實難依據公平法相關規定，對依據該當行政行爲所爲之行爲，予以處分。此際，公平會所當爲者，應是積極利用第 9 條第 2 項規定，與該管目的事業主管機關進行協調，說明競爭對於促進商業活絡、健全發展之重要性，力勸其勿就此申請進行核准。無論如何，若此類一致行爲所欲達成之目標，乃係經濟以外之公益時（例如爲環保或市容整齊），則似非不可認係於公平法第 14 條但書所容許的七種例外卡特爾外，提供其他有利公益促進之許可卡特爾類型。

## 2. 特定產業法律規定

93. 傳統上被視爲自然獨占事業之電信、瓦斯、石油、電力、鐵路、自來水等公用事業，或與公益密切關連之有線、無線電視或廣播等事業，鑑於其產業部門的特殊性，多針對各該產業定有特別的產業法律規範，例如電信法、電業法、石油管理法、鐵路法、自來水法、有線廣播電視法、廣播電視法等。此類特定產業法律規範之特徵，乃是對於得進入此一產業之事業，以特許或許可方式行進入管制，例如電信法第 12 條地 1 項、第 17 條第 1 項、電業法第 18 條、石油管理法第 5 條、鐵路法第 3 條、自來水法第 7、19 條、有線廣播電視法第 18 條以及廣播電視法第 10 條等。同時，並鑑於特許或許可制下所爲之進入管制，可能導致相關市場上產生獨占或寡占事業，令該等獨占或寡占事業得以濫用其市場力，危害一般消費者利益，從而乃復對於其進行價格管制，要求其資費或費

率，應依法律規定方式或主管機關核定後收取或調整。例如，電信法第 26 條第 1 項對於第一類電信事業之資費管制即採上限方式管制、電業法第 59 條第 1 項要求電價及各種收費率應送經地方主管機關或其事業所屬機關加具意見後轉送中央主管機關核定、石油管理法第 21 條容許主管機關於油源不足或油價大幅波動時得為價格限制、鐵路法第 35 條要求鐵路運價由交通部會核定、自來水法第 59 條規定自來水定價之計算公式應由主管機關訂定、有線廣播電視法第 51 條規定系統經營者得收取之收視費用應依相關審議委員會所訂收費標準核准。

94. 由此可知，若從公平法規範之終極目的乃是在於確保一般消費者利益、促進經濟之安定與繁榮而言，則上述各該產業法律於其規範最終目標上，實與公平法有著共同理念，只是二者達成目標時所使用之方法或手段不同，二者之對照如下圖：

公平法規範：防止獨佔或寡占→自由公平競爭→一般消費者保護

產業法律規範：容許獨佔或寡占→政府管制→一般消費者保護

95. 申言之，公平法以防止獨佔或寡占事業濫用市場力之方式，追求競爭秩序的維持，實現一般消費者利益之保護；相對於此，產業法律規範則常以進入管制方式容許獨佔或寡占事業的存在，但為防止其濫用市場力，乃藉由政府介入管制其價格等，達到維護一般消費者利益之目的。倘若吾人認為公平法「立法意旨」乃是在於認為「一般消費者利益」、「消費者整體利益」或「經濟之安定與繁榮」等經濟公益，則產業管制法律似不違公平法之立法意旨；當特定產業法律另有規定時，應優先適用其他法律。惟須注意者，縱使於此情形，除非主管機關有關價格之管制，乃是限定於事業只能依循一定價格收費，否則當主管機關所定者乃係參考價格或上、下限價格時，事業於此價格空間內，仍有競爭之可能，如放棄競爭而有聯合行為等違反公平法規定行為之生，自應受公平法相關規定之規範。另一方面，假設吾人認為公平法之「立法意旨」應限定於「確保公平競爭」，此時公平法規範與產業法律規範產生競合、衝突，雖可阻礙「優先適用該其他法律之規定」結果之生，但並不當然因此優先適用公平法，

而仍須就特別法與普通法間之適用關係予以考量，並透過公平法第 9 條第 2 項之協商機制，與該管目的事業主管機關進行協調，說明國際潮流往競爭為主、管制為輔發展之趨勢，說服該主管機關避免使用管制法律介入市場競爭或價格機制的運作。

### 3. 農業法律規定

96. 在調整農業產業結構，穩定農業產銷，增進農民所得及福利，提高農民生活水準等規範目標下，農業發展條例第 48 條容許農業主管機關得「會同有關主管機關，對各種農產品或農產加工品，得實施計畫產銷，並協調農業生產、製造、運銷各業間之利益。」同法第 49 條並規定，「農產品加工業，得由主管機關，或經由農民團體或農產品加工業者之申請，劃分原料供應區，分區以契約採購原料」；對於「不劃分原料供應區者，主管機關得會同有關機關統籌協調原料分配。」此外，該法第 51 條第 1 項亦規定：「外銷之農產品及農產加工品，得簽訂公約，維持良好外銷秩序。」同條第 2 項針對指定農產品，則容許得「由農民團體、公營機構專責外銷或統一供貨」。另外，農會法第 5 條第 1 項規定，容許各級農會為辦理相關業務事項，「經主管機關核准，得組織共同經營機構，聯合經營，並得與個人會員直接交易」。

97. 上述各該規定，雖多係違反公平法第 14 條規定之聯合行為，而可能與公平法確保公平競爭秩序之意旨抵觸，但不僅其所意欲實現之規範目的，乃是保障易受天候、自然環境影響其產銷之農業從業者的利益，而帶有濃厚的農業公益促進之目的，且由於其相關限制競爭行為或係由主管機關訂定其產銷計畫、或由主管機關劃分市場、或由主管機關介入協調分配原料、或在主管機關監督下簽訂產銷秩序公約、或是經主管機關核准而聯合經營。在此等農業法規之特別授權下，且於主管機關主動規劃或積極監督的情況下，此類法律規定雖有抵觸公平法立法意旨之虞，但依據特別法優於普通法適用之原則，該等法律規定乃優先於公平法之適用。



#### 4.中小企業法律規定

98. 有關中小企業法制規範理念，基本上有二種不同的見解，一方面，有從中小企業係屬弱勢族群出發，認為其容易受到經濟結構或景氣變動的影響、或受到大企業無情的壓榨而陷入經營或生存危機，故而對於具有如此性格之中小企業，國家應保障其生存或生活的權利；另一方面，又有見解給予中小企業相當高的評價，認為其所具有之積極進取心、創新力和旺盛的企業家精神，正是現代經濟社會發展的原動力，而為自由競爭之經濟體制所不可或缺的成員（黃銘傑，2002b，頁 47）。此種消極與積極二者兼有的對立評價，突顯出有關中小企業法律規範之困難點。在我國有關中小企業規範法律中，最重要之「中小企業發展條例」亦是於此有些相互矛盾、衝突的看法下成立。

99. 無論如何，現行中小企業發展條例規範的基本精神，乃是從上述積極的看法出發，從而在整部法律中，完全沒有出現消極評價中經常強調的「保護」、「保障」等字眼，惟縱使如此，中小企業困於資源、規模上不若大企業，若任令其單打獨鬥，可能無法達到應有的經濟規模，導致其產銷不具效率性。於此考量下，中小企業發展條例於不少規定中，乃要求主管機關應適當輔導中小企業共同為特定產銷行為，例如該法第 7 條規定，主管機關為推動中小企業相互合作，應以左列事項為輔導重點：（1）業界垂直合併及中心衛星工廠制度之建立與推廣、（2）業界水平合併及聯合產銷制度之建立與推廣、（3）互助基金或合作事業、（4）技術合作與共同技術之開發、（5）共同設備之購置、（6）行銷據點之建立。此外，同法第 25 條規定：「主管機關為增進中小企業經營效率，加強其競爭能力，得輔導中小企業共同從事生產、行銷、採購、運輸及合作開發技術與研究發展等事項。」第 28 條第 1 項規定：「為鼓勵中小企業製造高級產品、高附加價值產品或服務，開拓外銷市場，主管機關應會同有關機構予以技術及行銷指導，並協助參加國外展覽，獲取市場情報，辦理聯合廣告、註冊商標、申請專利或在國外共同設置發貨倉庫。」

100. 從上開各條項規定文言可知，此等規定並非賦予中小企業主管機關管制權

限，而僅是其得對中小企業進行輔導或指導而言，因此若主管機關所為之相關輔導或指導，可能影響中小企業間之競爭關係時，即係「關於競爭之行爲」，問題在於上開各規定是否爲本條規定所稱之「其他法律規定」。由於上開各條項規定並未賦予中小企業主管機關管制權限，從而難能認其係爲本條規定所稱之「其他法律規定」。若此，則依據本條規定，中小企業若依中小企業發展條例上開規定，接受主管機關的指導，而有該當於聯合行爲之虞時，既無優先公平法適用之可能，亦不生二法規範產生競合、衝突之問題，該等行爲完全受公平法之規範。於此認識下，中小企業若有意爲此等行爲，當有必要依照公平法第 14 條但書第 7 款規定，申請爲聯合行爲之許可，若未申請或申請而尚未許可、或未經許可即實施相關聯合行爲時，即生違反公平法第 14 條規定之虞。爲減輕中小企業於依據公平法第 14 條但書第 7 款申請聯合行爲許可時之負擔，中小企業主管機關應協助中小企業爲此申請，並於必要時主動與公平會就此申請之許可進行協調。

## 5. 貿易法律規定

101. 在 WTO/GATT 促進商品自由流通之自由貿易理念下，不僅是 WTO/GATT 直接規範對象之政府，負有維持自由貿易之任務，民間事業亦應於此自由貿易理念下，從事輸出、入之競爭，期能促進各國稀少資源作有效利用。雖然，我國公平法第 14 條但書第 4、5 款例外容許輸出卡特爾、輸入卡特爾的存在，惟此等規定與 WTO/GATT 所要求之國民待遇是否相符，實有疑問，其存在之合理性及必要性，值得商榷（劉孔中，2003，頁 158-159）。無論如何，WTO/GATT 雖強調自由貿易理念的重要性，但亦體認到若毫無限制地維持此一規範理念，可能導致各國特定產業因貿易自由化而受損，對其不賦予任何救濟權利時，其反動結果可能使得各國政府蒙受相當的政治壓力，嚴重者甚至可能選擇脫離此一自由貿易體系，從而乃容許各國政府於符合一定要件之情形下，得限制特定商品之進口數量或是提高其關稅。此等規範於我國法律中之具體呈現，乃是貿易法第 18、19 條規定。

102. 貿易法第 18 條第 1 項規定：「貨品因輸入增加，致國內生產相同或直接競爭產品之產業，遭受嚴重損害或有嚴重損害之虞者，有關主管機關、該產業或其所屬公會或相關團體，得向主管機關申請產業受害之調查及進口救濟。」同法第 19 條則有如是規定：「外國以補貼或傾銷方式輸出貨品至我國，對我國競爭產品造成實質損害、有實質損害之虞或對其產業之建立有實質阻礙，經經濟部調查損害成立者，財政部得依法課徵平衡稅或反傾銷稅。」上開貿易法第 18 條第 1 項規定容許於因輸入增加導致國內產業遭受嚴重損害或有嚴重損害之虞時，「該產業或其所屬公會或相關團體」得進行相關救濟措施，雖然同法第 19 條並未言明其程序之啟動權人為何，但依平衡稅及反傾銷稅課徵實施辦法第 6 條第 1 項「我國同類貨物生產者或與該同類貨物生產者有關經依法令成立之商業、工業、勞工、農民團體或其他團體，具產業代表性者，得代表該同類貨物產業，申請對進口貨物課徵平衡稅或反傾銷稅。」可知，申請主體實際上亦與第 18 條第 1 項規定相去不遠。在與公平法適用之關連上，此時相關產業中之事業聯合起來或由公會代表，申請適用相關救濟措施，阻礙外國商品進入我國市場時，此等行為是否該當於公平法第 7 條所稱之聯合行為。答案若屬肯定，則其與公平法第 46 條規定之關係為何？

103. 上述事業聯合申請或由同業公會統一代表申請救濟措施，意欲阻礙外國商品的進入，外觀上及目的上似該當共同阻礙他事業商品進入我國市場之聯合行為，但由於其作法乃是向我國相關政府機關申請救濟，況且最後決定是否限制外國商品進口數量或提高其關稅者，亦係政府機關本身，而非事業或其公會可自行決定，因此在美國反托拉斯法上乃有所謂的 Noerr-Pennington 法理（參照美國法制介紹），將此類向政府部門請求救濟之行為，排除於反托拉斯法的適用對象外，我國公平法之適用上，亦有必要作此解釋，避免對於人民請求政府相關部門救濟的權利，遭受不當的限制。惟須注意者，該當法則之適用，亦非毫無限制，若請求救濟程序僅是一種「假象」（sham），亦即當請求救濟之目的並非冀望政府部門對其請求予以回應，採取一定行動，而係意欲藉由請求救濟程序

本身，達成其反競爭目的時，實已構成救濟請求權等之濫用，而不能排除公平法之適用。

- 104.** 無論如何，未來中央政府組織調整計畫將有關貿易救濟之主管機關的貿易調查委員會納入公平會之組織編制中，此案一旦實現，則未來有關競爭政策與貿易救濟措施將同時有公平會管轄，二者間上述衝突景況或將不再。

## 第四十七條 未經認許之外國法人或團體之保護

### 現行條文

「未經認許之外國法人或團體，就本法規定事項得為告訴、自訴或提起民事訴訟。但以依條約或其本國法令、慣例，中華民國人或團體得在該國享受同等權利者為限；其由團體或機構互訂保護之協議，經中央主管機關核准者，亦同。」

### 第四十七條 未經認許之外國法人或團體之保護

#### 壹、法制比較

##### 一、美國

##### 二、日本

##### 三、德國

##### 四、歐洲聯盟

#### 貳、立法沿革與規範目的

##### 一、立法沿革

##### 二、規範目的

##### 三、適用範圍

### 壹、法制比較

#### 一、美國

1. 無相關之立法。

#### 二、日本

2. 無相關之立法。

#### 三、德國

3. 無相關之立法。

## 四、歐洲聯盟

4. 無相關之立法。

### 貳、立法沿革與規範目的

#### 一、立法沿革

5. 第 47 條未經認許之外國法人、團體之訴訟及當事人能力規定，首見於行政院版之公平交易法草案。依據行政院版「公平交易法草案總說明」（院總第一三七五號 政府提案第二九七九號）所示，本條規定係參照商標法及著作權法之立法例，明訂基於互惠原則，外國法人或團體就本法規定事項得為告訴、自訴或提起民事訴訟，不以經認許者為限。本條規定於立法過程中未有爭議。

#### 二、規範目的

6. 有權利能力者，有當事人能力（民事訴訟法第 40 條第 1 項）。外國人於法令限制內有權利能力（民法總則施行法第 2 條），並且經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人有同一之權利能力（民法總則施行法第 12 條；公司法第 375 條參照）。是以未經認許之外國法人其能否享有公平交易法之保護，解釋上即不無疑問，而有必要於立法上加以考量。
7. 本條規定係採取互惠原則，但僅限於有關未經認許之外國法人或團體的保護，必須中華民國人或團體於該國享受同等權利為限。至於該外國法人或團體所屬國家是否具有競爭規範，及規範內涵或執法標準是否與我國相同，均非所問；違反本法規定之外國法人或團體，如其行為對於我國市場造成限制競爭或不公平競爭之影響，我國司法機關及公平會均得依法加以處罰，與互惠原則無關。
8. 於現行我國立法例上，有關未經認許外國法人或團體之保護規定，智慧財產權法相關規定均有加以規範，包括專利法第 91 條（得提起民事訴訟）、植物品種及種苗法第 43 條（得提起民事訴訟）。不過，著作權法、積體電路電路布局保護法及商標法，對於未經認許外國法人或團體之民、刑事訴訟權利有類似之文字，似未要求未經認許外國人之著作、積體電路電路布局及商標爭議，其

訴訟能力之取得應採互惠原則<sup>1</sup>，但對於外國人著作保護（著作權法第 4 條）、商標註冊申請（商標法第 3 條）及電路布局之登記（積體電路電路布局保護法第 5 條）仍係採取互惠原則。

9. 關於認許之規定，以公司法外國公司認許之規定為主。外國公司申請認許的條件，須在其本國設立登記營業（公司法第 371 條）；若外國公司之目的或業務，違反中華民國法律、公共秩序或善良風俗者，或者公司之認許事項或文件，有虛偽情事者，則不予認許（公司法第 373 條）。

### 三、適用範圍

10. 依據第 47 條規定之要件，賦予在符合互惠原則下未經認許之外國法人或團體，得為告訴、自訴或提起民事訴訟之權利。文義上似限於民事及刑事案件，由司法機關依本條規定於個案認定外國法人是否有公平交易法之適用。然而，與行政責任或行政保護有關之事項，由公平會擔任審理之權責機關，對於未經認許之外國法人或團體，是否有公平交易法之適用，應由公平會依個案加以認定。
11. 對此公平會之一貫見解認為，第 47 條雖僅對「告訴、自訴或提起民事訴訟」加以規範，而未及於「行政責任或行政保護」有關之事項，但衡諸該條關於外國法人或團體之法律保障，採互惠原則，對於民事、刑事以外之行政事項，亦應有該條揭示之互惠原則的適用。於公研釋字 054 號函釋對於日本法人或團體在我國未經認許者，是否得依公平交易法請求行政保護一事，認為應由公平會本諸互惠原則，準用本條認定之。公研釋字 091 號函釋亦採同一見解。而依據行政程序法第 21 條規定，得為權利義務主體者，有行政程序之當事人能力，是以仍須回歸民法總則施行法第 12 條須有認許之要求，所以公平會此一解釋應係以「類推適用」第 47 條規定的方式，賦予未經認許之外國法人或團體，得以受本法的保護。
12. 不過，在我國於 2002 年加入世界貿易組織（WTO）後，WTO 多邊貿易體

---

<sup>1</sup> 參見著作權法第 102 條、積體電路電路布局保護法第 33 條，以及商標法第 70 條。

系之基本理念，即在於創造自由、公平之國際貿易環境，使資源依照永續發展之原則，作最佳之使用以提升生活水準，確保充分就業，並擴大生產與貿易開放、平等、互惠與互利，期能透過貿易提升開發中與低度開發國家之經濟發展。於WTO規範之基本理念及規範準則中，即強調無歧視之貿易，亦即在對外關係上須對來自所有會員之貨品給予同等最優惠待遇之「最惠國待遇」

(Most-Favored- Nation Treatment)；在對內關係上則須對自會員進口之貨品給予與本國貨品同等待遇之「國民待遇」(National Treatment)。另依據GATS及TRIPS之相關規定，最惠國待遇與國民待遇之原則係適用於服務貿易及與貿易相關之智慧財產權規範<sup>2</sup>。

13. 由於在現行 WTO 多邊貿易體系下，於協定範圍內有關智慧財產權及服務貿易之，均需符合國民待遇之原則，因此在涉及智慧財產權及服務貿易之商品或服務市場所引起是否違反公平交易法之疑慮，解釋上應認為同屬 WTO 會員國之外國法人或團體，不論是否經由認許，均應給予與我國法人或團體相同之保護，而無須再探究該外國之法令、慣例，中華民國人或團體是否得在該國享受同等權利。是以第 47 條於 WTO 多邊貿易體系下，未能符合但書規定之要件者（非 WTO 會員國，且未賦予中華民國人或團體享受同等權利），似屬少見。是以本條於立法政策上有無保留之必要，似不無探討之餘地。

---

<sup>2</sup> See <http://cwto.trade.gov.tw/webPage.asp?CuItem=11546>



## 第四十八條 本法施行細則之制定

### 現行條文（1991年2月4日公布）

「本法施行細則，由中央主管機關定之。」

### 參考文獻

許宗力（1993），〈行政命令授權明確性問題之研究〉，《法與國家權力》；廖義男（1994），《公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》；廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；劉孔中（1996），〈論公平交易委員會之行業導正〉，《公平交易季刊》第4卷第4期，頁1-13；陳清秀（2000），〈行政法的法源〉，翁岳生編《行政法》；葉俊榮（2000），〈行政命令〉，翁岳生編《行政法》；廖義男等（2003），《公平交易法之註釋研究系列（一）：第一條至第十七條》；廖義男等（2004），《公平交易法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條》；吳庚（2005），《行政法之理論與實用（增訂九版）》。

### 第四十八條 本法施行細則之制定

#### 壹、法制比較

- 一、美國
- 二、日本
- 三、德國
- 四、歐洲聯盟

#### 貳、立法沿革與體系定位

- 一、立法沿革
- 二、體系定位

#### 參、本法施行細則之授權依據、內容及定位

- 一、本法施行之規範及其授權
  - （一）法律保留原則
  - （二）授權明確原則

二、本法施行細則之內容

- （一）構成要件之具體化
- （二）法律效果之具體化
- （三）程序規範之具體化

三、與公平會其他規範制定之關係

- （一）法規命令
- （二）行政規則
- （三）行政計畫
- （四）行政指導

## 1. 壹、法制比較

### 一、美國

1. DOJ 或 FTC 均有相當大的權限得對市場競爭相關事項與議題，制定法規命令或行政規則，其權限的來源主要有二：其一、法律的授權。最典型的例子，乃 FTC Act 第 18 條（通稱「美國聯邦貿易委員會改革法」（FTC Improvement Act），授權 FTC 得針對 FTC Act 第 5 條所謂的「不公平」（unfair）或「欺罔」行為，制定「解釋規則」（interpretive rules）或「一般性的政策說明」（general statements of policy）；也得制定規則，定義特定行為是否已構成不公平或欺罔，或規定避免該不法行為之要件。其二，依美國行政程序法（Administrative Procedure Act）中關於行政機關「規則制定」（rulemaking）權限的規定，特別是其中第 551 條及 553 條賦予行政機關得就關於法規或政策之執行或解釋的一般或適用範圍及未來效力，或基於說明組織架構、程序、或慣例要求，含對未來費率、工資、價格、公司組織與重整之准駁標準等相關議題（第 551(4)條），制定部分或全部的說明書。

### 二、日本

2. 日本公平會除依照獨占禁止法相關規定的授權，而制定不少法規命令外，並基於獨占禁止法之子法的不當贈品暨不當標示行為防止法、承攬價金給付遲延防止法等之授權規定，亦訂有法規命令。其中，最重要者乃是依據獨占禁止

法第 2 條第 9 項規定，將不公平交易方法的類型加以具體化之一般及特殊的不公平交易方法指定。此外，日本公平會也經常會制定一些所謂的運用指針（Guidelines），對外說明其針對特定行為的執法想法，希冀藉此令相關事業或大眾更能清楚瞭解到獨占禁止法對於相關行為的規範內涵。

### 三、德國

3. 自 GWB 第七次修正及 UWG 於 2004 年修正以後，原環繞於 GWB 及 UWG 的眾多附屬法律及法規命令已大幅調整或廢止。折扣法（Rabattgesetz）、關於贈品之法規命令（Zugabeverordnung）均已廢止；僅存者係聯邦經濟部長權限範圍內的「一般價格法（allgemeines Preisrecht）」如「價格標示之法規命令（Preisangabenverordnung）」，以及「關於價格減讓之法律（Gesetz über Preisnachlässe）」。適用於出版業之價格特別規範，則有「出版品價格限定法（Das Gesetz zur Regelung der Preisbindung bei Verlagserzeugnissen vom 2. September 2002）」。此外，另有 GWB 第七次修正時納入該法架構下的政府採購法令，亦即「關於公共委託案採購規定之法規命令（Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge）」。

### 四、歐洲聯盟

4. 歐盟在競爭法領域中之立法及命令規章等「派生法」，可以分為三個層級。屬於第一層級基本規範的，自然是歐體條約第 81 條至 89 條規定，其中第 81 條、第 82 條更為核心之實體規範；在第二層級具有拘束力之規則、指令、以及決定，前二者包括程序上規定、涉及實體事項之規定、集體除外規則、針對特定經濟領域所制定的規則或指令，以及極為重要的歐體結合管制規則等。至於決定，則是包括執委會對於個案的決定。最後關於第三層級派生法，主要則是執委會發布的許多通告或指導原則等。

## 2. 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

5. 由廖義男教授所研擬公平交易法草案第 3 條第 1 項規定：「本法所稱主管

機關，為經濟部公平交易審議委員會」；第 82 條規定：「本法施行細則，由行政院定之」。經濟部研擬之公平交易法草案第 4 條規定，則改以經濟部為本法中央主管機關，因此相應修正經濟部版草案第 49 條規定：「本法施行細則，由經濟部定之」。其後，行政院函送立法院審議之公平交易法草案，則採取與經濟部版本相同之規定，以經濟部為本法之主管機關，並於行政院版草案第 48 條規定：「本法施行細則，由經濟部定之」。至立法院審議過程中，修正本法之主管機關為行政院公平交易委員會而非經濟部，因此將本條修正為「本法施行細則，由中央主管機關定之」，以資配合。關於本法主管機關於立法過程中之變革，參照：第 9 條，邊碼 7-9；第 25 條，邊碼 7-9。

6. 公平交易委員會依據本條之授權，於 1992 年 6 月 24 日制定公布公平交易法施行細則，其後，配合本法於 1999 年 2 月 3 日第一次修正，及 2002 年 2 月 6 日第三次修正，分別於 1999 年 8 月 30 日及 2002 年 6 月 19 日修正本法施行細則，以配合母法相關規定之修正調整其施行規範。

其中，2002 年修正本法以及本法之施行細則時，為配合 2001 年 1 月 1 日施行生效之行政程序法第 150 條第 2 項規定：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神」，遂將舊施行細則（1999 年 8 月 30 日）第 3 條關於獨占事業認定範圍之規定提升至本法第 5 條之 1；舊施行細則第 5 條第 1 項、第 2 項與第 3 項前段關於聯合行為之定義提升至本法第 7 條第 2 項至第 4 項；舊施行細則第 10 條第 1 項關於事業結合許可得附加條件或負擔之規定提升至本法第 12 條第 2 項；舊施行細則第 34 條關於停止營業以 6 個月為限之規定提升至本法第 42 條之 1，以避免可能引發違背法律授權明確性原則之相關疑義。

## 二、體系定位

7. 本條關於施行細則制定之授權規定，列於本法末章「附則」中，係我國作用法上一貫之立法體例。惟與本法第 23 條之 4 關於授權公平會訂定多層次傳銷管理辦法之規定相較，本條規定之授權方式顯較不符授權明確性原則，早期

即有學者批判，此種空白授權之規定方式，原則上無法通過授權明確性要求之審查（許宗力，1993，頁 266）。而自釋字第 367 號解釋以降，大法官釋憲實務上則將此類規定解釋為立法機關就執行本法所必須之細節性、技術性之事項，授與主管機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，依其行政專業之考量以制定規範之權限（參照：本條註釋，邊碼 18-19）。

8. 本法施行細則在體系上既屬法規命令之範疇，其制定與生效即應符合法規命令之合法要件，亦即形式上發布本法施行細則之主體須為行政機關，且發布之機關必須為經本法授權擬訂本法施行細則之公平會，本法施行細則訂定後並應踐行中央法規標準法第 7 條規定之發布程序；實質上的合法要件則是本法施行細則所規範事項不得逾越其授權之目的、內容與範圍，且其內容亦不得牴觸憲法、法律等上位規範（吳庚，2005，頁 289-296；葉俊榮／翁岳生編，2000，頁 470-485）。

### 3. 參、本法施行細則之授權依據、內容及定位

#### 一、本法施行之規範及其授權

##### （一）法律保留原則

9. 依行政程序法第 150 條第 1 項規定，法規命令係指「行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」，此類命令因與人民權利義務關係有關並對外發生效力，一般法制國家對於此類命令均限於必須法律具體授權，否則行政機關不得發布（吳庚，2005，頁 46）。而經法律具體明確授權之施行細則作為法規命令之一種，係立於立法與行政的交界點，一方面規定執行法律的細節，另一方面具體化抽象法律規定（不確定法律概念）的內容，實質上具有「補充」法律內容的作用（陳清秀／翁岳生編，2000，頁 102-103）。本法施行細則第 1 條規定，即表明其授權依據為本法第 48 條規定。
10. 按依法行政原則乃支配法治國家立法權與行政權關係之基本原則，亦為一

切行政行為必須遵守之首要原則，其可區分為法律優越原則與法律保留原則二者，前者係指行政行為或其他一切行政活動，均不得與法律相牴觸，後者則指行政機關無法律之授權即不能合法的作成行政行為。在法律保留原則之下，行政行為不能以消極的不牴觸法律為已足，尚須有法律之明文依據，憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」即明文揭櫫此旨，中央法規標準法第 5 條規定：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者」，更係現行制度下，「法律保留」之具體範圍（吳庚，2005，頁 93）。大法官亦自釋字第 313 號解釋以下多次闡示，「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨」。

11. 本法第 7 條第 4 項「同業公會藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為第二項之水平聯合」之規定，原係規定於本法 1999 年 8 月 30 日舊施行細則第 5 條第 3 項前段，惟審判實務上有認為該規定係於施行細則中增加法律所無之限制，違反法律保留原則，而違反憲法保障人民權利之意旨者。其認為同業公會前揭行為態樣，雖可能亦達成與本法舊法第 7 條（即現行條文第 7 條第 1 項）立法定義所稱之聯合行為同樣之影響或更超越者，惟立法者既無意禁止之，則行政機關自不得另設限制並據以為處罰之構成要件，將原非該當「事業」及「與有競爭關係之他事業」構成要件之行為態樣，以施行細則之規定擬制為公平交易法第 7 條所禁止之聯合行為，顯已增加法律所無之限制（參照台北高等行政法院 91 年訴字第 1568 號判決，「花蓮縣液體氣體燃料商業同業公會聯合行為遭公平會處分案」）。

12. 為解除前開施行細則之規定可能違反法律保留原則之疑慮，並配合行政程

序法之施行，2002 年修正本法以及本法施行細則時，將舊施行細則（1999 年 8 月 30 日）第 5 條第 3 項前段關於同業公會聯合行為之定義規定，提升至本法第 7 條第 4 項。然而，在 2002 年本法修正前，縱認前開施行細則之規定因違反法律保留原則而屬無效，學者以為，本法原則上禁止聯合行為之意旨並非重在合意內容本身，而重在合意內容是否實質上會產生限制市場上競爭之效果與作用，因此，多數有競爭關係之同業公會會員間，藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，若足以產生限制市場上競爭之效果者，即屬聯合行為（廖義男，1994，頁 93），不因前開施行細則之規定無效而有不同。

13. 其次，依釋字第 407 號解釋，主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據，其性質應屬行政程序法第 159 條第 1 項規定之行政規則，大法官並進一步於釋字第 548 號解釋中表示，主管機關所為之例示性函釋，未對人民權利之行使增加法律所無之限制，與法律保留原則無違，亦不生授權是否明確問題，與憲法尚無牴觸。

## （二）授權明確原則

14. 大法官釋字第 367 號解釋之解釋理由書中，大法官明確宣示法律之授權涉及限制人民自由權利者，其授權之目的、範圍及內容必須符合具體明確之條件，始為憲法之所許，至於「法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」，且大法官並進一步於釋字第 394 號解釋中闡示，「授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關」，就相關技術性、細則性事項「依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範」，釋字第 402 號、第 538 號、第 547 號解釋亦同此意旨。

15. 此外，大法官新近（2005年10月21日）作出之釋字第604號解釋認為，「鑑於交通違規之動態與特性」，立法者「得授權主管機關考量道路交通安全等相關因素，將連續舉發之條件及前後舉發之間隔及期間以命令為明確之規範」，惟「有關連續舉發之授權，其目的與範圍仍以法律明定為宜」。但廖義男大法官則於其部分不同、部分協同意見書中認為，道路交通管理處罰條例第92條規定，「就舉發或連續舉發之標準及密度應如何，並無原則性規定，...亦無具體明確之授權」，「導致多次處罰之基準及界限未具體明確，實與憲法第二十三條之法律保留原則不符」，應違反授權明確性原則；且系爭施行細則「以每逾二小時為連續舉發之標準，實已決定人民可能受處罰之次數並影響其應負擔繳納之罰鍰金額，已屬處罰之構成要件及法律效果之部分，應由法律明定或須有法律具體明確之授權」，始符合憲法第23條之法律保留原則。

## 二、本法施行細則之內容

16. 本法施行細則之內容，可大分為構成要件之具體化、法律效果之具體化，以及程序規範之具體化三大部分。

### （一）構成要件之具體化

17. 就本法規定之構成要件具體化部分，應區分對行為主體、行為本身，以及狀態或情況之具體化。

#### 1. 行為主體

18. 本法第2條第3款將「同業公會」列為本法所稱「事業」之一，係考量立法當時國內現況而有之規定，惟實務上，所謂「同業公會」因其成立之法源依據不同，而各有不同之名稱，然該等團體具有主導所屬會員營業活動之特質，則無不同，因此，公平交易委員會於2002年修正本法施行細則第2條規定：「本法第二條第三款所稱同業公會如下：一、依工業團體法成立之工業同業公會及工業會。二、依商業團體法成立之商業同業公會、商業同業公會聯合會、輸出業同業公會及聯合會、商業會。三、依其他法規規定所成立之職業團體。」具體規定得作為本法行為主體之「同業公會」之範圍。同時，並於本法施行細則



第 5 條規定：「同業公會代表人得為本法第七條聯合行為之行爲人」，以求其明確。關於同業公會之詳細說明，參照：第 2 條，邊碼 28-37。

19. 其次，本法施行細則第 10 條定義本法第 11 條第 2 項之「金融機構事業」為「金融機構合併法第四條之金融機構、金融控股公司法第四條之金融控股公司」，藉以避免因現行法律對於金融機構事業定義之不一致所造成之適用上疑慮。至於本法第 14 條第 1 項第 7 款所稱「中小企業」之認定標準，亦於本法施行細則第 22 條明文規定「依中小企業發展條例規定之標準認定之」。

20. 另，關於事業結合之申報主體與事業為聯合行為之申請主體，則分別規定於本法施行細則第 7 條：「本法第十一條第一項之事業結合，由下列之事業向中央主管機關提出申報：一、與他事業合併、受讓或承租他事業之營業或財產、經常共同經營或受他事業委託經營者，為參與結合之事業。二、持有或取得他事業之股份或出資額者，為持有或取得之事業。三、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者，為控制事業（第 1 項）。應申報事業尚未設立者，由參與結合之既存事業提出申報（第 2 項）」與第 13 條：「事業依本法第十四條第一項但書規定為聯合行為時，應由各參與聯合行為之事業共同向中央主管機關申請許可（第 1 項）。同業公會為本法第七條第四項之聯合行為而申請許可時，應由同業公會向中央主管機關為之（第 2 項）。前二項之申請，得委任代理人為之（第 3 項）」以杜爭議。

## 2. 行爲

21. 為使本法第 19 條第 6 款所謂「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易」之有限制競爭或妨礙公平競爭之虞行為之內涵明確化，本法施行細則第 27 條第 1 項規定：「本法第十九條第六款所稱限制，指搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形」。惟自本條「其他限制事業活動之情形」的概括規定可知，所謂搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制，僅屬所謂「限制」之例示規定，並不以該等行為類型為限。又依本法施行細則第 27 條第 2 項規定：「前項限制是否不正當，應綜合當事人之

意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷」。參照：第 19 條，邊碼 204-208。

22. 其實，上述施行細則第 27 條關於母法第 19 條第 6 款之例示性規定，已就「不正當限制交易相對人之事業活動」進一步類型化，而搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制等行爲，在實際市場交易中係屬不同之垂直限制型態；針對其中個別類型行爲之競爭法規範，在比較法制上亦已分別累積相當豐富之執法經驗，實應直接規定於母法之中以提高法律之明確性及安定性，並使歷來公平會適用第 19 條第 6 款規定處理垂直限制行爲略嫌不足之情形獲得改善。

### 3. 狀態或情況

23. 本法施行細則第 3 條規定：「本法第五條所稱獨占，應審酌下列事項認定之：一、事業在特定市場之占有率。二、考量時間、空間等因素下，商品或服務在特定市場變化中之替代可能性。三、事業影響特定市場價格之能力。四、他事業加入特定市場有無不易克服之困難。五、商品或服務之輸入、輸出情形」。第 26 條規定：「本法第十九條第二款所稱正當理由，應審酌下列情形認定之：一、市場供需狀況。二、成本差異。三、交易數額。四、信用風險。五、其他合理之事由」，係針對獨占之認定方式及何謂正當理由，提供較具體之標準，而有助於本法之執行。
24. 本法施行細則第 4 條規定：「計算事業之市場占有率時，應先審酌該事業及該特定市場之生產、銷售、存貨、輸入及輸出 值（量）之資料（第 1 項）。計算市場占有率所需之資料，得以中央主管機關調查所得資料或其他政府機關記載資料爲基準（第 2 項）」。與第 6 條規定：「本法第十一條第一項第三款所稱銷售金額，指事業之營業收入總額（第 1 項）。前項營業收入總額之計算，得以中央主管機關調查所得資料或其他政府機關記載資料爲基準（第 2 項）」，係就「市場占有率」及「銷售金額」之計算，提出審酌與計算之標準，惟針對其他政府機關所載資料部分，由於本法及本法施行細則均未規定公平會應如何與其他機關協調取得該機關所記載之資料，造成公平會實際上在非公開資料取

得上之困難。

## (二) 法律效果之具體化

25. 在法律效果之具體化部分，可區分為對於本法所定效果之具體化，以及依本法裁處罰鍰時應採行標準之具體化。

### 1. 法定效果之解釋

26. 本法施行細則第 28 條規定：「事業有違反本法第二十一條第一項、第三項規定之行爲，中央主管機關得依本法第四十一條規定，命其刊登更正廣告（第 1 項）。前項更正廣告方法、次數及期間，由中央主管機關審酌原廣告之影響程度定之（第 2 項）」。蓋事業以虛偽不實或引人錯誤廣告之方式，從事不公平競爭行爲時，僅依本法第 41 條規定命違反本法之事業停止其行爲，顯然不足以除去因其行爲所致之危害競爭秩序之效果，而與本法禁止事業爲前開不公平競爭行爲之本旨有違，因此，本條施行細則明文將「刊登更正廣告」作爲本法第 41 條「改正」措施之一種（參照：第 41 條註釋，邊碼 21），並由公平會審酌原廣告之影響程度，決定違反本法之事業應以何種方法、次數及期間刊登更正廣告，而在實務運作上，公平會亦已就改正廣告應具備之內容備有定例可資遵循。

27. 本法施行細則第 29 條規定：「本法第二十三條之一第三項及第二十三條之二第二項所稱參加人，係指解除契約或終止契約之當事人，不及於其他參加人」，係針對法條用語之解釋，以確定得適用本法第 23 條之 1 及第 23 條之 2 第 2 項所定法律效果之對象。

### 2. 效果裁量之準則

28. 本法施行細則第 36 條規定：「依本法量處罰鍰時，應審酌一切情狀，並注意下列事項：一、違法行爲之動機、目的及預期之不當利益。二、違法行爲對交易秩序之危害程度。三、違法行爲危害交易秩序之持續期間。四、因違法行爲所得利益。五、事業之規模、經營狀況及其市場地位。六、違法類型曾否經中央主管機關導正或警示。七、以往違法類型、次數、間隔時間及所受處罰。

八、違法後懊悔實據及配合調查等態度」。關於依本法裁處罰鍰時應審酌標準之介紹，參照：第 41 條，邊碼 32-36。

29. 在最高行政法院 93 年判字第 383 號裁判「大統灌裝股份有限公司聯合漲價案」中，法院即援引本條施行細則之規定，認為公平會「所為之行政處分，係經九位學者專家組成之委員會決議所作成，各委員據其專業依法獨立行使職權，就所得之證據經過充分討論，審酌相關違法情節」，而依本條施行細則之規定，就被處分人「是否居於主導性、配合調查程度、營業規模及獲利金額、違法程度等予以考量，而於公平交易法第四十一條授權範圍內裁處罰鍰...在行政處分方法與目的間，尚稱均衡，自無違比例原則...考量...並非居於主導地位，到會配合程度、營業規模及獲利金額、違法程度等情，而為上開罰鍰裁量，亦未違背禁止恣意原則」。

### （三）程序規範之具體化

30. 關於程序規範之具體化方面，可分為文書程式與手續規範之具體化兩部分。

#### 1. 文書程式

31. 關於結合申報之文書程式，規定於本法施行細則第 8 條。而聯合行為申請之文書程式，則依其聯合行為種類之不同，分別規定於本法施行細則第 14 條至第 21 條與第 25 條第 1 項。至於檢舉違反本法之案件時應具備之文書格式，則規定於本法施行細則第 30 條：「中央主管機關對於無具體內容、未具真實姓名或住址之檢舉案件，得不予處理」。
32. 通知當事人及關係人到場陳述意見之通知書應載之內容，規定於本法施行細則第 31 條第 2 項：「前項通知書，應載明下列事項：一、受通知者之姓名、住居所。其為公司、行號、公會或團體者，其負責人之姓名及事務所、營業所。二、擬調查之事項及受通知者對該事項應提供之說明或資料。三、應到之日、時、處所。四、無正當理由不到場之處罰規定」。關於通知有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物之通知書應載之內容，則

規定於本法施行細則第 34 條：「中央主管機關依本法第二十七條第一項第二款規定為通知時，應以書面載明下列事項：一、受通知者之姓名、住居所。其為公司、行號、公會或團體者，其負責人之姓名及事務所、營業所。二、擬調查之事項。三、受通知者應提供之說明、帳冊、文件及其他必要之資料或證物。四、應提出之期限。五、無正當理由拒不提出之處罰規定」，以俾當事人有所準備，提高行政程序之效率。

## 2.手續規範

33. 本法施行細則第 9 條規定：「事業結合依本法第十一條第一項提出申報時，所提資料不符前條規定或記載不完備者，中央主管機關得敘明理由限期通知補正；屆期不補正或補正後所提資料仍不齊備者，不受理其申報」，第 11 條規定：「本法第十一條第三項所定受理其提出完整申報資料之日，指中央主管機關受理事業提出之申報資料符合第八條規定且記載完備之收文日」，第 12 條規定：「中央主管機關對於依本法第十一條第四項規定，就申報案件所為之決定，得刊載政府公報」，均係針對結合申報應踐行之手續規範所作之細節性規定。
34. 至於關於聯合行為申請許可之細節性手續規範，則規定於本法施行細則第 23 條：「事業依本法第十四條第一項規定申請聯合行為許可時，所提資料不全或記載不完備者，中央主管機關得敘明理由限期通知補正；屆期不補正或補正後所提資料仍不齊備者，駁回其申請（第 1 項）。前項補正，以一次為限（第 2 項）」，以及，第 24 條規定：「本法第十四條第二項所定之三個月期限，自中央主管機關收文之次日起算。但事業提出之資料不全或記載不完備，經中央主管機關限期通知補正者，自補正之次日起算」。
35. 再者，依本法第 27 條第 1 項第 1 款規定，公平會依本法為調查時，得通知當事人及關係人到場陳述意見，依本法施行細則第 31 條第 1 項規定，該通知應以通知書為之，而依同條第 3 項規定，除有急迫情形外，該通知書至遲應於到場日 48 小時前送達，且依本法施行細則第 32 條規定，受通知者得委任代

理人到場陳述意見，但公平會認為必要時，仍得通知應由本人到場。又，公平會依本法第 27 條第 1 項第 2 款規定，通知通知有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物時，依本法施行細則第 34 條規定，該通知亦應以書面為之，且提出人於提出相關資料或證物後，得依本法施行細則第 35 條規定，要求公平會掣給收據，公平會不得拒絕。

### 三、與公平會其他規範制定之關係

36. 除本法施行細則外，公平會並訂有其他法規命令與行政規則，以配合執行本法之需，此外，並大量以行政指導之方式，進行行業警示，以簡省分別處理之行政成本。

#### （一）法規命令

37. 與本法施行細則同樣居於法規命令之位階者，另有公平會依本法第 27 條之 1 第 2 項規定授權制定之「行政院公平交易委員會卷宗閱覽辦法」，及依本法第 23 條之 4 規定授權訂定之「多層次傳銷管理辦法」，惟本法施行細則與卷宗閱覽辦法，及多層次傳銷管理辦法，在管制體系上卻位於全然不同之位置。其中，卷宗閱覽辦法係針對程序事項之細節性規定，與本法施行細則一方面規定執行法律的細節，另一方面具體化抽象法律規定（不確定法律概念）的內容相似，實質上具有「補充」法律內容的作用之功能（陳清秀／翁岳生編，2000，頁 102）；而多層次傳銷管理辦法，則係根據法律之授權，針對多層次傳銷事業另行制定一套行政上之管制措施，既不屬於因執行本法所需之技術性、細節性規定，亦難謂係針對本法抽象規定之具體化規範。關於多層次傳銷管理辦法，參照：第 23 條之 4 註釋。

#### （二）行政規則

38. 依行政程序法第 159 條第 1 項規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規效力之一般、抽象規定。」而依公平會所訂定之各類「處理原則」、「應行注意事項」及「作業要點」等均屬之，類型上除有關於機

關業務處理方式之一般性程序規定(參照行政程序法第 159 條第 2 項第 1 款),如「行政院公平交易委員會舉行言詞辯論要點」、「行政院公平交易委員會委託研究計畫作業要點」等外,亦有為協助下級機關或屬官統一解釋法律、認定事實、及行使裁量權,而訂頒之解釋性規定及裁量基準,如「行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則」、「行政院公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」等即是。

39. 關於行政規則所得規範之事項,基本上應僅限於公平會為有效處理所職掌事務,下達所屬單位及人員而僅供內部參考之解釋性、例示性、注意性之說明或標準,原不應具有拘束事業之外部效力。然而,公平會不僅將各類行政規則對外發布,其所規範事項亦有涉及事業配合義務或甚至具有明顯外部法效力者。例如:「行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十四條案件之處理原則」中,「榨取他人努力成果」、「濫用市場優勢地位」等各類不法行為態樣,由於案件日多、執法經驗不斷累積已逐漸定型,若短期之內不能提升至母法明文規定,亦宜轉而規定於法規命令性質之施行細則中,以使本法規範更具明確性及安定性。

### (三) 行政計畫

40. 依行政程序法第 163 條規定,所謂「行政計畫」,係指「行政機關為將來一定期限內達成特定之目的或實現一定之構想,事前就達成該目的或實現該構想有關之方法、步驟或措施等所為之設計與規劃」,而公平會之行政計畫多以年度施政計畫或中長期施政計畫之方式呈現,並訂有「行政院公平交易委員會施政計畫管制暨評核作業要點」,以落實計畫之執行,並提升管理績效及施政品質。

### (四) 行政指導

41. 按公平會對於事業普遍違反公平交易法之現象,為避免一一處分耗費太多行政成本,故以效力不溯及既往之「行政指導」方式,訂定一定期限,以導正、規勸業者自行改進違法之行為,遇導正期限屆至前所發生之不法行為,執法的

決策裁量上便不予處分，且基於「行政自我拘束原則」，公平會也不得違背其導正宣示的執法裁量政策，而對於導正期限未屆滿前的行為仍予以處分（參照最高行政法院 93 年判字第 383 號裁判「大統灌裝股份有限公司聯合漲價案」）。



## 第四十九條 本法之施行日

### 現行條文（1999年2月3日修正公布）

「本法自公布後一年施行。  
本法修正條文自公布日施行。」

### 修正前條文（1991年2月4日公布）

「本法自公布後一年施行。」

### 參考文獻

廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；王立達（1999），〈新修正公平交易法第四十一條之適用與法律不真正溯及既往（上）（下）〉，《司法周刊》第920期，第3版、第921期，第3版；張佳弘（2000），〈從政府管制探討競爭政策〉，《公平交易季刊》第8卷第3期，頁1-32；廖義男等（2003），《公平交易法之註釋研究系列（一）：第一條至第十七條》；林三欽（2004），〈行政法令變遷與信賴保護—論行政機關處理新舊法秩序交替問題之原則〉，《東吳法律學報》第16卷第1期，頁131-186；吳庚（2005），《行政法之理論與實用（增訂九版）》；林錫堯（2005），《行政罰法》。

### 第四十九條 本法之施行日

- 壹、法制比較
  - 一、美國
  - 二、日本
  - 三、德國
  - 四、歐洲聯盟
- 貳、立法沿革與體系定位
  - 一、立法沿革
  - 二、體系定位

參、本法效力之時點

- 一、本法第一次施行
- 二、修正條文之施行
- 三、效力時點之例外
  - （一）過渡時期
  - （二）回溯適用

## 1. 壹、法制比較

### 一、美國

1. FTC 總計執行 46 項國會立法，DOJ 反托拉斯局則主要執行休曼法、克萊登法及 Wilson Tariff 法等，各有其修正及施行日期。

### 二、日本

2. 2005 年 4 月的獨占禁止法修正（修正於平成 17 年 7 月 26 日，編號：法律 87 号，公布後 1 年 6 個月始施行）。

### 三、德國

3. GWB 於 2005 第七次修正，該法第 131 條過渡條款分別針對多項舊條文規定其失效日期；UWG 於 2004 年修正，該法第 22 條則規定自公布日生效。

### 四、歐洲聯盟

4. 理事會於 2002 年 12 月 16 日通過理事會第 1/2003 號規則，在 2004 年施行。

## 2. 貳、立法沿革與體系定位

### 一、立法沿革

5. 公平交易法之制定係法律制度之新創，其施行對於事業在市場上營業競爭活動將造成相當大之衝擊，且在施行前亦有許多前置之準備工作需要完成，例如制定公平交易委員會組織條例、設置公平交易委員會、訂定公平交易法施行細則以及多層次傳銷管理辦法，並且須蒐集、分析與整理有關市場之資料，俾可及時公告獨占之事業（參照行政院版草案第 10 條第 2 項）、市場占有率達五

分之一之事業（參照行政院版草案第 11 條第 2 項）以及可為限制轉售價格約定之日常用品（參照行政院版草案第 18 條但書）等（廖義男，1995，頁 289）。因此，廖義男教授研擬之公平交易法草案第 83 條規定：「本法自公布日後一年施行」。草案總說明中並說明延期施行之目的，係便在公布後一年時間內，配合公平交易法之規定，設置公平交易評審委員會（參照廖義男版草案第 3 條），及在該會所在地之高等法院及最高法院分別設置公平交易法庭（參照廖義男版草案第 76 條），以執行公平交易法（廖義男，1995，頁 289、403）。其後，經濟部研擬之公平交易法草案第 50 條，及行政院函送立法院審議之公平交易法草案第 49 條，亦皆維持「本法自公布後一年施行」之規定，以俾完成機關設置、訂定施行細則及從事執行本法所需之相關準備工作等，並使在市場上從事營業競爭活動之事業得於一年的公示時間內，進行調整、適應與遵循，而得減少本法施行之衝擊，也可消除對本法之制定採取反對論者之疑慮（廖義男，1995，頁 190-191）。關於本法主管機關於立法過程中之變革，參照：第 9 條，邊碼 7-9；第 25 條，邊碼 7-9。

除本法外，以公布後一年為施行日期者，尚有政府採購法、商品標示法及新近通過（2005 年 2 月 5 日公布）之行政罰法等，不一而足。

6. 本條於立法院審議過程中，並未引致任何爭議，依行政院版草案通過為現行條文第 49 條第 1 項：「本法自公布後一年施行」。至 1999 年本法第一次修正時，因本法已施行有年，就修正條文不需再給予一年之準備期間，而可自公布日施行。為明確修正條文之施行日期，爰增訂本條第 2 項：「本法修正條文自公布日施行」（廖義男，1995，頁 334）。

## 二、體系定位

7. 本條施行日期之規定，列於本法末章末條，並於本法修正時增訂修正條文之施行日期於第二項，係我國立法體例之一貫方式。

### 3. 參、本法效力之時點

8. 就本法效力時點之計算，須區分本法第一次施行及修正條文之施行分別以

觀，並就例外之情形加以探討。

### 一、本法第一次施行

9. 中央法規標準法第 12 條規定：「法規應規定施行日期，或授權以命令規定施行日期」。蓋法規之生命始於制定生效，終於廢止失效，而法規之施行日期係用以計算法規生效並對人民權利義務發生影響日期之基準，因此，本條第 1 項明定本法自公布後一年施行，以作為計算法規生效日期之基準。又，依中央法規標準法第 14 條規定：「法規特定有施行日期，或以命令特定施行日期者，自該特定日起發生效力」。因此，本法係自施行日起發生效力。

10. 本法既於 1991 年 2 月 4 日制定公布，依本條第 1 項規定，自公布後一年施行，亦即自 1992 年 2 月 4 日開始施行，並自施行日起發生效力。

### 二、修正條文之施行

11. 本法於 1999 年第一次修正時，增訂本條第 2 項為：「本法修正條文自公布日施行。」依中央法規標準法第 13 條規定：「法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第三日起發生效力」。所謂第三日之計算，依大法官釋字第 161 號解釋內容，應將法規公布或發布之日算入。因此，本法修正條文之生效日期，應依各該修正條文修正公布之日期為準，分別計算。

12. 本法自制定至今經歷三次修正，分別為 1999 年 2 月 3 日第一次修正、2000 年 4 月 26 日第二次修正，及 2002 年 2 月 6 日第三次修正，各該修正條文依本條第 2 項規定均自公布日施行，並於公布日起算至第三日發生效力，亦即分別於 1999 年 2 月 5 日、2000 年 4 月 28 日及 2002 年 2 月 8 日生效。

### 三、效力時點之例外

13. 在本法效力時點之例外部分，應區分過渡時期與回溯適用兩部分加以討論。

#### （一）過渡時期

14. 蓋本法制定之初，既已於本條明定本法自公布後一年施行，以俾完成相關準備工作，並使在市場上從事營業競爭活動之事業得進行調整、適應與遵循，

而得減少本法施行之衝擊以及消除對本法之制定採取反對論者之疑慮（參見本條註釋，邊碼 5），且本法並未有類似稅捐稽徵法第 50 條之 1 或新通過（2005 年 2 月 5 日公布）行政罰法第 45 條第 1 項之過渡條款規定，則在此延期施行之過渡期間內，事業於市場上之營業競爭活動，尚無本法之適用，至法院於審判時若欲採用尚未施行生效之法條規定以為依據者，只能以之作為法理加以援引適用。關於本法新舊條文適用上之問題，參見本條註釋，邊碼 17-20。

15. 與本法有關之過渡條款規定，僅見於 1999 年 6 月 16 日修正、1999 年 7 月 1 日施行之多層次傳銷管理辦法第 25 條（本條規定業於 2002 年 4 月 24 日修正時刪除）規定：「多層次傳銷事業於本辦法修正施行前已報備者，第五條第一項第二款、第三款、第五款之報備及第七款之變更報備應於本辦法修正條文施行後二個月內為之」，以調和修正前、後多層次傳銷管理辦法之規定。

## （二）回溯適用

16. 依據法治國家內涵之信賴保護原則，行政法係以不溯及既往為原則，而以溯及既往為例外，故行政法規不溯及既往原則不僅是適用法規之原則，且應是立法原則。因此，除立法機關於制定法律之際，於衡量公益之維護與私益之保護後，明定行政法規得例外地溯及既往外（如中央法規標準法第 18 條、現行刑法第 2 條第 2 項），其他國家機關於適用行政法規時，應遵守該原則，不得任意擴張例外規定解釋，而使行政法規之效力溯及於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，以維持法律生活之安定，否則將違反行政法規不溯及既往原則，進而牴觸法治國家思想（最高行政法院 84 年判字第 668 號裁判參照）。
17. 據此，行政院公平交易委員會 1992 年 7 月 15 日公研釋字第 026 號函釋即謂：「按法律不溯及既往為原則，行為發生於公平法施行前者，並無公平法之適用，惟若行為發生於公平法施行前，而於施行後繼續存在者，則於公平法施行後之行為，仍有公平法之適用」，避免事業以其行為發生於公平交易法施行之前為由，任讓其繼續實施至公平交易法施行後，或以確認前行為（例如公平交易法施行前已有之聯合行為決議）為手段，遂行其違法行為，而得規避本法

之管制。同理，行為如發生在本法修正條文生效施行前，而在本法修正生效施行後繼續存在者，對該行為之處罰應適用修正後條文。

18. 惟若行為在修正條文生效前已完成者，有關罰則之適用，須區分刑事責任與行政責任分別處理。在刑事責任部分，本法於 1999 年第一次修正時，為貫徹「先行政後司法原則」，修正第 35 條第 1 項規定為，於事業違反第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項規定時，「經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者」，始科以刑罰之制裁，因此，事業之違法行為在第 35 條第 1 項規定修正生效日（即 1999 年 2 月 5 日）前已完成者，應依現行刑法第 2 條第 1 項本文規定，採「從新原則」，適用修正後前揭條文規定；如事業違反第 23 條規定，且其違法行為係在第 35 條第 2 項規定修正生效日（即 1999 年 2 月 5 日）前已完成者，雖修正後第 35 條第 2 項規定仍採刑事制裁，然因修正前罰金額度較低，故應依現行刑法第 2 條第 1 項但書規定，採「從輕原則」，適用修正前第 35 條規定處罰之，公平會 88 公法字第 00966 號函釋亦採相同見解。

19. 惟 2005 年 2 月 2 日新修正公布，預定於 2006 年 7 月 1 日生效施行之新刑法第 2 條第 1 項規定，已改採「從舊從輕原則」，因此，在新刑法生效施行後，事業違反第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項規定之行為係在本法第 35 條第 1 項規定修正生效日（即 1999 年 2 月 5 日）前已完成者，就該違法行為之處罰，應改依新刑法第 2 條第 1 項但書規定，採「從輕原則」，適用修正後前揭條文規定；如事業違反第 23 條規定，且其違法行為係在本法第 35 條第 2 項規定修正生效日（即 1999 年 2 月 5 日）前已完成者，則依新刑法第 2 條第 1 項規定，採「從舊原則」，應適用修正前第 35 條規定處罰之。雖然，適用現行刑法與新刑法之最終結果並無不同，即均係導致從輕之結果，但其論理邏輯並不相同，因此，在新刑法施行生效後，公平會允宜修正前開函釋，以為因應。

20. 至於事業之違法行為在修正條文生效前已完成者，有關罰則之適用，在行

政責任部分，依公平會前開函釋之見解，係採「實體從舊，程序從新」原則，適用舊法，即修正前條文規定。惟行政罰之裁處，依 2005 年 2 月 5 日公布，預計於 2006 年 2 月 5 日施行生效之行政罰法第 5 條規定：「行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定」，揭示「從新從輕原則」(林錫堯，2005，頁 65)，因此，事業違反本法規定，且其違法行為係在本法修正條文生效前已完成者，在行政罰法施行生效後，公平會應依前開規定，以從新適用修正後條文裁處為原則，並在修正前條文有利於受處分者時，改依從輕原則，適用修正前條文作為裁處之依據。公平會前開函釋未來亦宜相應修正，以符行政罰法之規定。





## 一劃

一行爲兩罰：§35IRn 38、87、88、89；§37Rn 55；§38 Rn30

一定代價：§35II Rn 13-15

一事不二罰：§35IRn95

## 三劃

三倍損害賠償：§32 I Rn5、6、9、11、12、14、15、23

## 四劃

不作爲請求權：§30 Rn1、9-10、12、15、18-21、24、27、30；§33 Rn2、5；§34 Rn3.

不公平競爭：CH4 Rn3、12；§48 Rn26；§35IRn 43、100；：§36Rn5；§37Rn 30、

不抵觸本法立法意旨：§46 11、29、37-43、64-65

不實情事：§35IRn 17、20-28、32；§37 Rn4、9、10、17、19-21、26-29

不教而殺：§35IRn42、67、72

不法意識：§37Rn45、46

日本特定商業交易法：§35II Rn 2、§42 Rn 2；§42 之 1 Rn 2

公平交易政策§25 Rn8、19-20；§26 Rn15；§29 Rn20

公共利益：CH4 Rn5、11、22、24、77；§26 Rn7、12-14、17-20、23、31；§27-1 Rn13、  
16；§48 Rn10；§35IRn18、22；§35IRn4；

公營（用）事業：§46 Rn 8-9

比較廣告：§37Rn17、18、22、50、51

附錄

比例原則：§30 Rn33-34. §35I Rn33、41、42、54、67、92；§38Rn23

反托拉斯損害：§31 Rn14、18-19.

主要：§35II Rn 16-17、§42 Rn 6、16

中小企業發展條例：§46 Rn 98-100

## 五劃

目的事業 CH4 Rn12；§29 Rn9

民事責任：§32 I Rn1

市場力：§45 Rn14、34、41

## 六劃

州行爲：§46 Rn 1、7

企業權：§30 Rn5.

因果關係：§30 Rn25；§31 Rn7、18-20、37-46.

回復原狀請求權：§30 Rn11、28.

同業公會：§30 Rn1、15-16；§31 Rn8-9.

先行政後司法：CH4 Rn10；§26 Rn16；§49 Rn18；§35IRn33、38、41-54、81、86、  
111；§36Rn5、7、9、10；§37Rn13；§38Rn25；§35II Rn 4-5、8、15；  
§42 Rn 19

刑罰優先：§35IRn54、59、88、89、93、96；§37Rn16、55；§38Rn30

先處罰：§35IRn35、53、54、

先處理：§35IRn54；§36Rn6

危險犯：§35IRn42

行爲效果：§35IRn71

行爲後法律變更：§35IRn81-83、85；§38Rn25

行使權利之正當行爲：§45 Rn9、24、30、31、43、47、49、50-52、55、62-66、69

行政一體：§46 Rn 67

行政介入：CH4 Rn9；§26 Rn14、20

行政罰：§35IRn48、88、89、90、91；§37Rn55；§38Rn18、30

行政罰法：§35IRn38、54、59、88-93、96；§37Rn16、55；§38Rn30；§35II Rn 11、  
§42 Rn 13、17-21

行政處分構成要件效力：§35IRn44、47-50

行政司法併行制：§35IRn33、43、45、51；§35II Rn 5；§37Rn13、16、50、53

行政協調：§26 Rn30、34

行政資源：CH4 Rn5、8、10、11；§26 Rn12、17、20

行政監督：CH4 Rn9

行政調查：CH4 Rn8、11、59、65、74；§25 Rn27；§26 Rn27；§27 Rn5、9；§43 Rn5

仿冒：§35IRn97-100

合理市價：§35II Rn 16-17、§42 Rn 16

合理懷疑：§37Rn27、42

因果關係：§32 II9、13、14

休曼法：§35IRn1、2、7；§36Rn1；§38Rn1、2、5

附錄

老鼠會：§35II Rn 2-3、21

多層次傳銷管理辦法：§35II Rn 6-7、§42 Rn 6、8、14、31-32

多層次傳銷事業：§42 Rn 11-12、23-24、33

交互授權：§45 Rn39、40

## 七劃

私的執行：§30 Rn7；§31 Rn5.

防止侵害請求權：§30 Rn2、6、9-10、16、18、22、24、29-30、32、36.

防衛請求權：§30 Rn7-9、12.

克來登法：§32IRn 1、5、15

判斷餘地：§35IRn44、45

免刑：§35IRn12、13

改正：§35IRn35、55、58-59；§36Rn16

告發：§35IRn15、16、41、

告發權：§35IRn41；§37Rn34、35、36、38、39

告訴乃論、告訴：§35IRn17、18、19；§35IRn4、10、11、14、15、34-39、55、

告訴人：§37Rn35、36、37、55

利益：32IIRn 5、6、7、8、9、11、12、13、14、15

利害關係人：CH4 Rn7、34、55；§26 Rn6、24；§27 Rn2；§27-1 Rn2、4、7、13、

技術市場：§45 Rn34、42

技術授權協議：§45 Rn34-38

## 八劃

非法收受存款（違法吸金）：§35II Rn 20-23

非專屬授權：§45 Rn31

其他法律：§46 Rn 24-25、35-36

直接被害人：§31 Rn20-23.

直銷：§35II Rn 13

法人犯罪能力：§38Rn2-6、21、22

法條競合：§35IRn98；§37Rn11、

法規競合：§46 Rn 10、18-21、44-466、61-63、75-77

法律保留：CH4 Rn11；§26 Rn34；§29 Rn13、14、31、32；§48 Rn10-13、15

事業：§35IRn7、15、17、77；§38Rn1、18、19、23、24、

事業負責人：§35IRn60、61、65、87；§38Rn16、18、24、

事業負責人更換：§35IRn60、61、73-76

兩罰規定：§35IRn15、39；§38Rn16、18、

杯葛：§36Rn5、16、17

表徵：§35IRn22、97

相同或類似違反行爲：§35IRn50、63-71、72

附錄

易服勞役：§38Rn27

非常時期農工商管理條例：§35IRn31；§39Rn9

命令解散：§42 Rn 7、17-18、30

金融控股公司法：§46 Rn 79

金融機構合併法：§46 Rn 79

依檢舉：CH4 Rn1、5；§26 Rn7、12、13、23-25、27

依職權：CH4 Rn1、34、54、57、71、76、84、120；§25 Rn6；§26 Rn2、4、6、9、  
10、22、26-27、28、31；§27 Rn2

卷宗閱覽：§27-1 Rn3、4、5-21；§48 Rn37

委員會議：CH4 Rn6、80；§25 Rn12、22、27、28；§27-1 Rn8；§28 Rn11、12、16；  
§29 Rn17、19-23

## 九劃

故意：§30 Rn7-8、22-23；§31 Rn7、11、25-36.

保護他人之法律：§31 Rn54-55、57.

侵害之不作為請求權：§30 Rn10、18-21、24.

前後理論：§31 Rn51.

客觀處罰條件：§35IRn42

限制競爭：CH4 Rn5、11、73、83、86、88、89、95、106、109、110、112、128；  
§48 Rn21；§35IRn43、71；§36Rn11、

限期命其停止：§35IRn55、58、87；§36Rn14、15

限期命改正或為其他必要更正措施：§35IRn55、58；§36Rn16、17

政府採購法：§39Rn13、17；§46 Rn 78、82

建築師法：§46 Rn 8-9、49-50、89

## 十劃

勒令歇業：§42 Rn 7、17-18、30

消滅時效：§33 Rn2-9.

除斥期間：§33 Rn4.

除去侵害請求權：§30 Rn2、6、9、11、16-17、22、27-29.

冤獄賠償：§35IRn85

真實惡意原則：§37Rn28

消費者利益：§46 Rn 37-40

消費者保護法：§46 Rn 78、85

航業法：§46 Rn 51-53

配合義務：§25 Rn25；§43 Rn6；§48 Rn39

## 十一劃

參加人：§42 Rn 11-12、23-24、33

商品市場：§45 Rn13、34

商品標示法：§46 Rn 78、85

商業團體法：§46 Rn 92

附錄

商號（獨資合夥行號）：§35IRn77；§37Rn54；§38Rn19

商標：§35IRn97-100；§39Rn10

商標仿冒：§45 Rn43、50

商標權：§45 Rn20、21、24、28、47、49-51、59、60、64、65

商標法：§35IRn97-100；§39Rn10

著作權法：§39Rn12；§45 Rn9、16、20、21、25、28-31、39、46、51-72

停止後再違反：§35IRn34、62-76

停止營業：§42 Rn 7、17-18、30；§42 之 1 Rn 3-8

專利權：§45 Rn9、16、20、21、25、28-31、39、46、51-72

專利警告函：§37Rn20、22、23、24、25、43、46

專利授權聯盟：§45 Rn39-42

專門職業：§46 Rn 814、88-92

專屬告發權：§35IRn41

專屬授權：§45 Rn31、44

處罰輕重：§39Rn7、8

得併科、或科、或併科：§35IRn80

從新從輕：§35IRn81；§36Rn11；§39Rn5

從重處斷：§39Rn5、7、8

常業詐欺罪：§35II Rn 24-25



情節重大：§42 Rn 7、14-16、27-29

產業管制法律：§46 Rn 93-95

陳述意見：CH4 Rn7、132；§26 Rn6、27；§27 Rn4、7、11、13-16、23；§43 Rn3、  
5、6、10、19；§48 Rn32、35

授權契約：§45 Rn7、30、31、40、72

## 十二劃

間接被害人：§31 Rn20.

無過失責任：§30 Rn23、28；§31 Rn25-28、30-34.

集體訴訟：§31 Rn22.

最適嚇阻：§30 Rn7、§31 Rn40.

量刑：§35IRn9-11；§38Rn7-14、27

詐欺取財罪：§35II Rn 24-25

智慧財產權：§45 Rn10-19、21、22、24、26-31、44、45、50、52、54、61、67、  
71；§46 Rn 71-74

貿易法：§46 Rn 78、101-103

創新市場：§45 Rn34

## 十三劃

資訊公開：CH4 Rn1；§27-1 Rn4、13

預防之不作為請求權：§30 Rn10、18、20-21.

附錄

過失：§30 Rn7-8、22-23、28；§31 Rn7、25-36、54、58；§33 Rn7.

違法性：§30 Rn26；§31 Rn7、47.

損害：§30 Rn1、3、6-9、11-17、21、27-28、32、34；§31 Rn7-16、18-20、24-25、  
27-28、32-33、37-40、42-46、48-49、51-54；§33 Rn2、5、7-9；§34 Rn4-5.

損害賠償：§30 Rn7-8、11-14、17、28、34；§31 Rn3-22、24-25、27、30、32-35、  
37-38、41-42、48-52、54-57；§31 Rn2-3、5、7-8；§34 Rn3、5-6.

經濟刑法：§35IRn18

經濟犯罪：§35IRn78

經濟基本法：§46 Rn 16-21、30

經濟憲法：§46 Rn 16-21、30、65

搭售：§35IRn70、71；§36Rn1、15；§45 Rn30、43、45、70

損害賠償：§32IIRn 2、5、6、9、10、11、12、13；§35IRn19、22

當然違法：§35IRn2、3、43

罪責：§35IRn42；§37Rn45、46

想像競合：§35IRn98-100、§37Rn50、§39Rn4、

電信法：§46 Rn 78、83-84

農業發展條例：§46 Rn 96-97

農會法：§46 Rn 96-97

十四劃

團體訴訟：§31 Rn22.

罰金：§35IRn9、11、78-79；§39Rn7-14、20、22、23、27、

罰金刑：§35IRn9、11、78-79

銀行法：§35II Rn 20-23；§39Rn14

## 十五劃

管制產業：CH4 Rn14

標準理論：§31 Rn51.

誹謗罪：§37Rn13、14、26、47

妨害信用罪：§37Rn26、

緩刑：§38Rn27、28

德國不正競爭防止法：§35II Rn 1；§42 Rn 3；§42 之 1 Rn 1

審查方式：§46 Rn 44、58-63

審查基準：§46 Rn 8-955-57

審查密度：§46 Rn 44、55-56

## 十六劃

調查程序：CH4 Rn1、5、7、8、11、34-36、66、122、124；§25 Rn12、28；§26 Rn2、7、8、10、11、13、14、15、17、19-21、22、26、27、28、31；§27 Rn2、3、9、11、23；§27-1 Rn8、10、11；§43 Rn8、12

調查權限：CH4 Rn34；§27 Rn1、2、7

附錄

機關權限：§25 Rn10-12；§29 Rn33

## 十七劃

舉證責任倒置：§31 Rn46.

營業信譽：§37Rn4、5、9、10、14、17、24、25、41、42、44

嚇阻：§32IRn 6、9、10、11、14、15、16、19、21、22；§35IRn7、42、43、64；§  
37Rn56

營業信譽：§37Rn4、5、9、10、14、17、24、25、41、42、44

嚇阻：§32IRn 6、9、10、11、14、15、16、19、21、22；§35IRn7、42、43、64；§  
37Rn56

關於競爭之行爲：§46 Rn 32-34

優先適用其他法律：§46 Rn 44-54

獨立行使職權：CH4 Rn6、31、50；§25 Rn16；§28 Rn7、9、11、12、14-16、17；  
§29 Rn23；§48 Rn29

獨立機關：CH4 Rn4、6；§25 Rn14、16；§28 Rn15；§29 Rn12、17、19、24、33

檢舉：CH4 Rn5、34、53、54、124；§25 Rn12、28；§26 Rn2、4、12、15-18、21、  
22、23-26、28、30-32；§27 Rn2、9；§27-1 Rn11；§48 Rn31

## 十八劃

職掌：CH4 Rn1、3、10、14、83；§25 Rn8、10、11-14、17、18、20、23-25、27、  
29；§26 Rn11、15、32；§27 Rn12；§28 Rn10、14；§29 Rn13、15、25、26、  
33、34；§48 Rn39

職權調查：CH4 Rn1、5、76；§26 Rn7、10、23、26、30

證據調查：CH4 Rn58；§26 Rn4、11；§27 Rn8

## 十九劃

藥事法：§46 Rn 78、85-86

懲罰性損害賠償：§31 Rn3、5

## 二十劃

警告信函：§37Rn20、21、27、37、52；§45 Rn43、46、51、54-68

競爭目的：§37Rn30、32、33

競爭關係：§37Rn5、15、30-33、

競爭爲主、管制爲輔：§46 Rn 42、69

競爭政策：CH4 Rn10、14、28、50、83；§25 Rn20

## 二十二劃

權利濫用：§45 Rn2、4、12、15-19、30

## 外文

Noerr-Pennington 法理：§46 Rn 103

## 參考文獻

### 一、中文書籍

1. 簡榮宗，公平交易法，書泉，2002年。
2. 劉孔中，公平交易法，元照，2003年。
3. 汪渡村，公平交易法，五南，2004年。
4. 賴源河編，公平交易法，元照，2002年。
5. 莊勝榮，解讀公平交易法，書泉，2003年。
6. 陳櫻琴，競爭理論與案例評析，五南，2005年。
7. 楊偉文、胡浩叡，新公平交易法，華泰，2004年。
8. 行政院公平交易委員會編，認識公平交易法，增訂第十版，2004年。
9. 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，元照，2004年。
10. 黃銘傑，公平交易法之理論與實際：不同意見書，學林，2002年。
11. 何之邁，公平交易法實論，三民，2002年。
12. 陳櫻琴，公平交易法與經濟政策，翰蘆，2000年。
13. 呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法解讀：空前的經濟憲法，元照，2000年。
14. 黃茂榮，公平交易法專題研究，植根，1998年。
15. 廖義男，公平交易法實務與行政法院裁判之評析，行政院國家科學委員會研究報告，1998年。
16. 廖義男，公平交易法之釋論與實務，1994年。
17. 黃茂榮，公平交易法理論與實務，植根，1993年。
18. 湯明輝，公平交易法研析，五南，1992年。
19. 孫奇芳，公平交易法第十九條妨礙公平競爭行為規範之違反與損害賠償，司法院秘書處，1997年。
20. 廖義男，公平交易法之釋論與實務第一冊：立法目的、事業、罰則，1994年。

21. 陳櫻琴，科技產業的第五元素：競爭法的建構與解讀，五南，2005年。
22. 石世豪，產業組織與公平交易，永然，1992年。
23. 陳家駿、羅怡德，公平交易法與智慧財產權：以專利追索為中心，五南，1999年。
24. 行政院公平交易委員會編，專利權人寄發敬告信函適用公平交易法相關案例彙編，1996年。
25. 徐玉玲，營業秘密的保護，三民，1993年。
26. 李鎡，商標授權論，三民，1994年。
27. 邱志平，真品平行輸入之解析，三民，1996年。
28. 張瑜鳳，仿冒行為之案例研究，三民，1995年。

## 二、學位論文

1. 蔡琇媛，行政調查之研究-以公平交易法之規定為中心，國立台北大學法律學研究所碩士論文，2003年。
2. 林俊廷，公平交易法制定過程與執行之研究，國立政治大學公共行政研究所碩士論文，1992年。
3. 劉建宏，從行政指導觀點論公平交易法之行業警示與監視制度之建立，國防管理學院碩士論文，2001年。
4. 謝佩芬，行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究-以協議裁決為中心，淡江大學公共行政學系公共政策碩士班碩士論文，2002年。
5. 游成淵，違反公平交易法之損害賠償責任--以限制競爭法為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2003年。
6. 丁世傑，論我國公平交易法之民事賠償與刑事責任:民生思想的檢證，國立政治大學中山人文社會科學研究所碩士論文，1995年。
7. 薛銘鴻從不正競爭觀點論我國公平交易法對不當表示之規制—以表示人之民事責任為中心，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1993年。

8. 白忠志，論聯合行爲之刑事處罰，國立台北大學法律學研究所碩士論文，2003年。
9. 許永欽，違反公平交易法行爲制裁制度之研究，國立台北大學法律學研究所碩士論文，2003年。
10. 丁世傑，論我國公平交易法之民事賠償與刑事責任：民生思想的檢證，國立政治大學中山人文社會科學研究所碩士論文，1995年。
11. 劉錫賢，以行政罰爲前提的刑事不法之研究—兼論其舉證責任及證明標準，東海大學法律學系研究所碩士論文，2003年。
12. 曾遠豪，知識經濟時代競爭規範之挑戰--以美國微軟之反托拉斯訴訟爲題材，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003年。
13. 蔡宜芯，專利集中授權（Patent Pools）之法律規範--以競爭法爲中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年。
14. 汪渡村，專利授權限制競爭條款之規範--以公平交易法草案爲中心，國立政治大學法律研究所博士論文，1990年。
15. 邱琦瑛，事業就有關智慧財產權事項寄發警告函涉及公平交易法之探討，國立政治大學法律學系碩士論文，2000年。
16. 洪秀峰，網域名稱與商標紛爭解決之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2001年。
17. 柳瑜珊，著作權授權與競爭法相關問題之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2001年。
18. 林達峰，策略性行爲與競爭法之研究——以美國微軟案（United States v. Microsoft Corp., Civil Action No. 98-1232）爲中心，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2002年。
19. 廖英珊，從相關案例探討網域名稱之爭議及處理機制，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2002年。
20. 王文龍，電子商務與公平交易—以實務研究爲中心，中國文化大學法律學研



- 究所碩士論文，2002年。
21. 何愛文，論專利法制與競爭法制之關係--從保護專利權之正當性談起，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年。
  22. 江國慶，由美國國家徵用理論探討台灣之專利強制授權，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2002年。
  23. 宋皇志，技術授權之法制規範—以瓶頸設施理論在專利強制授權的應用為中心，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2002年。
  24. 周永信，專利授權與公平交易法之關係，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1997年。
  25. 陳怡珍，論公平交易法第二十條對商品或服務表徵之保護，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2002年。
  26. 張心悌，國際智慧財產權保護擴張與競爭法規範，東吳大學法律學系研究所碩士論文，1994年。
  27. 張澤平，商品與服務表徵在不正競爭法上的保護規範，國立中興大學法律學系研究所碩士論文，1990年。
  28. 紀舒青，公平交易法對專利授權契約中限制競爭條款之規制，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1992年。
  29. 賴安國，智慧財產權行使與獨占經濟力濫用，國立台北大學法律學研究所碩士論文，2003年。
  30. 張長樹，樞紐設施原則之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1999年。
  31. 吳佩潔，論反托拉斯法與專利授權之衡平—以專利集管為例，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003年。
  32. 田弘華，回歸授權-專利法與公平交易法競合的賽局分析，國立中央大學產業經濟研究所碩士論文，1990年。
  33. 宋金比，商標權行使在公平交易法上正當性之探討，國立政治大學法律學研

究所碩士論文，1996年。

34. 王以國，公平交易法中調和競爭政策及產業管制之機制—以第四十六條之修正為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年。
35. 許碧惠，政府採購之法律規範—以公平交易法和政府採購法為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2000年。
36. 賴柏菁，我國勞資關係法制於公平交易法規範上適用範圍及效力之研究，中國文化大學勞工研究所碩士論文，2001年。
37. 何朝棟，競爭法域外適用之相關法律問題研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1996年。
38. 丁麗仙，競爭法規的除外適用—美國反托拉斯法與我國公平交易法相關規定之比較研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1987年。
39. 許嘉昇，公平交易法除外領域範圍之探討，東海大學法律研究所碩士論文，1993年。
40. 李介民，陸上大眾運輸業在公平交易法除外適用領域之探討，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1991年。
41. 曾增成，反托拉斯法對保險業適用之探討，國立政治大學保險研究所碩士論文，1988年。
42. 顏雅倫，我國結合管制之檢討與前瞻—以金融產業之結合為例，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2000年。
43. 廖柏基，反托拉斯法域外效力問題之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1984年。

### 三、中文期刊論文

1. 謝佩芬，行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究--以「協議裁決」為中心，公平交易季刊第13卷1期，2005年1月，第113-182頁。
2. 張若雯、黃仕翰，限制閱卷次數，有必要嗎？--從「行政院公平交易委員會

- 卷宗閱覽辦法」第八條談起，律師雜誌第 296 期，2004 年 5 月，第 83-89 頁。
3. 洪羽柔，淺論公平交易委員會與其他行政機關間之行政事務協調，萬國法律第 134 期，2004 年 4 月，第 46-52 頁。
  4. 洪秀幸，公平會最近三年施政回顧與展望，公平交易季刊第 12 卷 2 期，2004 年 4 月，第 113-132 頁。
  5. 劉孔中，略論公平交易委員會行政和解之實務及法理，律師雜誌第 235 期，1999 年 4 月，第 68-74 頁。
  6. 黃銘傑，論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會之不作為，人文及社會科學集刊第 10 卷 3 期，1998 年 9 月，第 421-450 頁。
  7. 黃銘傑，從 Legal Process 之法理論探討公平交易委員會幾則實務運作，東吳法律學報第 10 卷 2 期，1997 年 7 月，第 89-115 頁。
  8. 李建良，從公共工程弊端談公平交易委員會之行政調查權，月旦法學第 18 期，1996 年 11 月，第 13-21 頁。
  9. 劉孔中，論公平交易委員會之行業導正，公平交易季刊第 4 卷 4 期，1996 年 10 月，第 1-13 頁。
  10. 公平會，行政院公平交易委員會回應工商時報社論「探索公平會法務萎縮的真相」，公平交易季刊第 13 卷 2 期，1995 年 4 月，第 195-200 頁。
  11. 石世豪，經濟專業之違法審查：公平會處分如何遭撤銷，月旦法學第 91 期，2002 年 12 月，第 293-304 頁。
  12. 王立達，司法審查之對向發展--再論公平會不作為檢舉覆函之行政爭訟，政大法學評論第 64 期，2000 年 12 月，第 343-369 頁。
  13. 林昱梅，行政訴訟法案例系列(4)--公平交易法之檢舉與課予義務訴訟之訴訟權能，法學講座第 8 期，1992 年 8 月，第 20-30 頁。
  14. 蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分的覆函得否提起訴願，公平交易季刊第 5 卷 4 期，1997 年 10 月，第 1-28 頁。
  15. 蔡志方，論訴願之程序標的與訴權--以檢舉違反公平法之訴願為例，全國律

- 師第 1 卷 1 期，1997 年 1 月，第 55-60 頁。
16. 沈麗玉，公平交易法部分條文修正後相關違法行為之罰則適用問題實務探討，公平交易季刊第 7 卷 4 期，1999 年 10 月，第 127-142 頁。
  17. 陳櫻琴，公平會獨立性之研究，公平交易季刊第 7 卷 1 期，1999 年 1 月，第 65-102 頁。
  18. 蔡業成，合議制中央行政委員會的設立與改進，考銓第 15 期，1998 年 7 月，第 17-35 頁。
  19. 吳秀明，獨占性訂價管制新近實務案例研析，臺灣本土法學雜誌第 52 期，2003 年 11 月，第 25-45 頁。
  20. 公平會，審理臺灣微軟股份有限公司等相關事業所提出之「行政和解要約內容」案，全國律師，2003 年 4 月，第 52-53 頁。
  21. 謝杞森，公平交易法案件締結行政和解契約的探討，公平交易季刊第 9 卷 4 期 2001 年 10 月，第 1-24 頁。
  22. 劉孔中，略論公平交易委員會行政和解之實務及法理，律師雜誌第 235 期，1999 年 4 月，第 68-74 頁。
  23. 謝杞森，公平交易法的行政程序與爭訟--以我國實務探討為中心，公平交易季刊第 7 卷 2 期，1999 年 4 月，第 61-106 頁。
  24. 謝杞森講，公平交易法的行政程序，競爭政策通訊第 2 卷 4 期，1998 年 7 月，第 12-18 頁。
  25. 劉孔中，論市場調查在商標法及公平交易法之應用，國立臺灣大學法學論叢第 26 卷 2 期，1997 年 1 月，第 173-195 頁。
  26. 王耀慶，歐盟競爭法程序規範之研究，公平交易季刊第 8 卷 4 期，2000 年 10 月，第 31-92 頁。
  27. 魏杏芳，獨立超然的行政官--論聽證官(Hearing Officer)在競爭法案件中的角色，公平交易季刊第 10 卷 1 期，2002 年 1 月，第 145-158 頁。
  28. 魏杏芳，歐洲共同體競爭法的新風貌--從改革執行政程序的政策白皮書談起，

- 月旦法學第 83 期，2002 年 4 月，第 92-99 頁。
29. 王耀慶，歐盟競爭法程序規範之研究，公平交易季刊第 8 卷 4 期，2000 年 10 月，第 31-92 頁。
30. 陳志民，「嚇阻」(deterrence)概念下之反托拉斯法私人訴訟--「最適損害賠償」理論之政策啓示，人文及社會科學集刊第 14 卷 1 期 2002 年 3 月，第 55-109 頁。
31. 黃銘傑，公平交易法損害賠償制度之功能與詮釋--以第三十二條第二項規定為中心，中原財經法學第 7 期，2001 年 12 月，第 73-105 頁。
32. 陳志民講、張羽玲摘錄整理，「防堵模型」下之反托拉斯損害賠償計算方法及其政策啓示，競爭政策通訊第 5 卷 1 期，2001 年 1 月，第 14-21 頁。
33. 曾品傑，從民法到公平交易法--以損害賠償為中心，公平交易季刊第 6 卷 1 期，1998 年 1 月，第 91-123 頁。
34. 謝杞森，公平交易法第三十五條、三十六條刑事處罰與第四十一條行政處分的比較--以我國實務運作為中心，公平交易季刊第 9 卷 2 期，2001 年 4 月，第 13-35 頁。
35. 李震山，「先行政後司法」之行政制裁，月旦法學第 60 期，2000 年 5 月，第 26-27 頁。
36. 洪家殷，行政罰中一事不二罰原則之適用，臺灣本土法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，第 139-145 頁。
37. 洪家殷，論「一事不二罰」原則在行政秩序罰上之適用，國立臺灣大學法學論叢第 26 卷 4 期，1997 年 7 月，第 77-113 頁。
38. 翁曉玲，限期改正與法律保留--評最高行政法院九十二年度判字第八一一號判決與臺北高等行政法院九十年度訴字第一七九號判決，月旦法學第 108 期，2004 年 5 月，第 196-205 頁。
39. 洪家殷，新修正公平交易法第四十一條後段之適用與行政秩序罰之關係全國律師第 3 卷 10 期，1999 年 10 月，第 74-78 頁。

40. 沈麗玉，公平交易法部分條文修正後相關違法行為之罰則適用問題實務探討，公平交易季刊第 7 卷 4 期，1999 年 10 月，第 127-142 頁。
41. 黃茂榮，關於公平交易法第三十五條、第三十六及條第四十一條修正後之適用的法律意見，植根雜誌第 15 卷 5 期，1999 年 5 月，第 21-28 頁。
42. 王立達，新修正公平交易法第四十一條之適用與法律不真正溯及既往（下），司法周刊第 921 期，1999 年 3 月，第 3 頁。
43. 王立達，新修正公平交易法第四十一條之適用與法律不真正溯及既往（下），司法周刊第 920 期，1999 年 3 月，第 3 頁。
44. 吳秀明，罪刑法定主義與聯合行為之定義--公平交易法第七條有關聯合行為之規定究屬概括規定或列舉性規定之研究，公平交易季刊第 6 卷 4 期，1998 年 10 月，第 51-77 頁。
45. 鄭善印，公平交易法上兩罰規定之研究--法人處刑問題，中央警察大學法學論集第 1 期，1996 年 3 月，第 161-196 頁。
46. 黃銘傑，專利集管(Patent Pool)與公平交易法--評行政院公平交易委員會對飛利浦第三家事業技術授權行為之二次處分案，月旦法學第 87 期，2002 年 8 月，第 122-148 頁。
47. 張韶文，「行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則」淺介，萬國法律第 120 期，2001 年 12 月，第 2-13 頁。
48. 劉孔中，數位網路產業之競爭政策與競爭規範，國立臺灣大學法學論叢第 30 卷 6 期，2001 年 11 月，第 195-226 頁。
49. 黃銘傑，商號之登記、使用與著名標章之保護--商號法制、商標法及公平交易法的三不管地帶？，中原財經法學第 6 期，2001 年 7 月，第 67-122 頁。
50. 黃銘傑，再評公平交易委員會(85)公處 0 四七號處分--外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法二十四條之禁制規定（上），月旦法學第 20 期，1997 年 1 月，第 88-94 頁。
51. 黃銘傑，再評公平交易委員會(85)公處 0 四七號處分--外國專利權人向國內事

- 業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法二十四條之禁制規定  
(中)，月旦法學第 22 期，1997 年 3 月，第 98-100 頁。
52. 黃銘傑，再評公平交易委員會(85)公處 0 四七號處分--外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法二十四條之禁制規定  
(下)，月旦法學第 23 期，1997 年 4 月，第 90-95 頁。
53. 廖義男，專利權人發函警告其競爭對手及競爭者之交易相對人應注意及尊重其專利權--兼評行政院公平交易委員會(85)公處第 047 號處分，月旦法學第 14 期，1996 年 7 月，第 104-113 頁。
54. 張炳煌，著作權之行使、交易自由與競爭法之關係--以歐美競爭法之觀點為中心兼評公平會處分，律師通訊第 203 期，1996 年 8 月，第 12-20 頁。
55. 李治安，寬頻網路之開放接取與競爭政策，公平交易季刊第 12 卷 3 期，2004 年 7 月，第 25-62 頁。
56. 李素華，專利及專門技術授權與公平法規範--研析審理技術授權協議案件處理原則，智慧財產權第 3 卷 1 期，2001 年 7 月，第 3-36 頁。
57. 戴豪君，從華康公司案看公平法中專利權正當行使的範圍，智慧財產權管理第 13 期，1997 年 4 月，第 38-40 頁。
58. 黃銘傑，功能性立體商標與專利權保護間之競合與調和月旦法學 120 20055 頁 150-165 頁。
59. 黃銘傑，公平交易法第二十條第一、二項「表徵」之意義及其與新式樣專利保護之關係--評最高行政法院九十二年判字第一六四九號判決(上)，萬國法律第 134 期，2004 年 4 月，第 2-12 頁。
60. 黃銘傑，公平交易法第二十條第一、二項「表徵」之意義及其與新式樣專利保護之關係--評最高行政法院九十二年判字第一六四九號判決(下)，萬國法律第 135 期，2004 年 6 月，第 98-108 頁。
61. 李文秀，數位科技與公平交易法執法實務：關聯問題及適當平衡，萬國法律第 134 期，2004 年 4 月，第 34-45 頁。

62. 楊宏暉，創新誘因的維護與競爭法規範--以專利拒絕授權為例，公平交易季刊第 12 卷 2 期，2004 年 4 月，第 67-112 頁。
63. 林發立，網域名稱爭議解決機制在我國實務運作之觀察，萬國法律第 134 期，2004 年 4 月，第 53-70 頁。
64. 陳信宏，B2B 電子交易市集之經濟效果與公平交易法，公平交易季刊第 12 卷 1 期，2004 年 1 月，第 1-34 頁。
65. 劉孔中，公平法與智慧財產權法的衝突與調和，月旦法學第 104 期，2004 年 1 月，第 93-111 頁。
66. 馮震宇，論資料庫之保護與不公平競爭（下），月旦法學第 103 期，2003 年 12 月，第 187-203 頁。
67. 馮震宇，論資料庫之保護與不公平競爭（上），月旦法學第 102 期，2003 年 11 月，第 172-187 頁。
68. 黃銘傑，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，國立臺灣大學法學論叢第 32 卷 5 期，2003 年 9 月，第 119-169 頁。
69. 張有捷，再論「公司名稱、網域名稱與不公平競爭」，法令月刊第 54 卷 8 期，2003 年 8 月，第 33-45 頁。
70. 劉孔中，公平交易法對營業標誌保護之研究，公平交易季刊第 11 卷 2 期，2003 年 4 月，第 1-39 頁。
71. 馮達發，淺談專利權、工業標準、與公平交易法，萬國法律第 127 期，2003 年 2 月，第 33-39 頁。
72. 范建得，論資訊時代之反壟斷議題，國立臺灣大學法學論叢第 31 卷 5 期，2002 年 9 月，第 33-85 頁。
73. 林欣蓉，網域名稱爭議處理機制及最新案例之介紹，法令月刊第 53 卷 8 期，2002 年 8 月，第 14-32 頁。
74. 范建得講、曾志超紀錄整理，從近來科技產業之反壟斷爭議看公平法對生物科技產業之影響，競爭政策通訊第 6 卷 1 期，2002 年 1 月，第 2-8 頁。



75. 黃銘傑，專利授權與公平交易法--以拒絕授權與強制授權為中心，萬國法律第 120 期，2001 年 12 月，第 14-24 頁。
76. 沈麗玉，登錄公司特取名稱為網域名稱之公平交易法案例研究--從美商雅虎公司(YAHOO!INC.)乙案談起，萬國法律第 120 期，2001 年 12 月，第 25-34 頁。
77. 賴文智、顏雅倫，從飛利浦案看技術授權契約的法律爭議，網路資訊第 120 期，2001 年 11 月，第 99-103 頁。
78. 李素華，軟體授權協議涉及之公平法規範，軟體產業通訊第 40 期，2001 年 9 月，第 35-41 頁。
79. 李素華，專利及專門技術授權與公平法規範--研析審理技術授權協議案件處理原則，智慧財產權第 31 期，2001 年 7 月，第 3-36 頁。
80. 劉孔中，著名標章保護之個案研究--黑人牙膏與白人牙膏的戰爭，國立臺灣大學法學論叢第 30 卷 3 期，2001 年 5 月，第 185-234 頁。
81. 單驥，資訊產業、電子商務與公平交易法，公平交易季刊第 9 卷 2 期，2001 年 4 月，第 143-158 頁。
82. 廖義男，從行政法院裁判看公平交易法實務之發展，月旦法學第 70 期，2001 年 3 月，第 28-40 頁。
83. 謝杞森，從 Carrefour(家樂福)網址事件論商標專用權與公平交易法獨占的適用，公平交易季刊第 9 卷 1 期，2001 年 1 月，第 123-140 頁。
84. 戴豪君，網路廣告與公平交易法，智慧財產權管理第 27 期，2000 年 12 月，第 53-57 頁。
85. 姚嘉琳，授權契約限制約款與公平交易法--簡介美國 1995 年反托拉斯法智慧財產權授權行為準則，科技法律透析第 12 卷 8 期，2000 年 8 月，第 24-34 頁。
86. 戴豪君，電子商務競爭下的法律糾紛，資訊與電腦第 239 期，2000 年 6 月，第 140-144 頁。

87. 劉博文，公平交易法與智慧財產權保護，智慧財產權第 16 期，2000 年 4 月，第 65-71 頁。
88. 馮震宇，論網域名稱之爭議與其衍生之公平法問題，公平交易季刊第 8 卷 1 期，2000 年 1 月，第 25-65 頁。
89. 蔡明誠，網域名稱在臺灣的法律保護問題，中興法學第 45 期，1999 年 9 月，第 59+61-92 頁。
90. 黃銘傑，解碼、破碼與公平競爭秩序，國立臺灣大學法學論叢第 28 卷 4 期，1999 年 7 月，第 129-166 頁。
91. 李素華，技術授權協議之限制約款與競爭法關係--由歐美立法看我國公平交易法適用，資訊法務透析，1999 年 3 月，第 39-54 頁。
92. 蔡瑞森，三論「著名商標之保護於我國現行實務所面臨之問題」，智慧財產權第 1 期，1999 年 1 月，第 104-116 頁。
93. 黃鈺華、蔡佩芳，專利權人發警告信函是否觸犯公平交易法第二十四條之檢討，智慧財產第 28 期，1996 年 12 月，第 51-63 頁。
94. 溫俊富，技術授權契約之輸出限制條款與公平交易法--以日本處理長春石化公司乙案為素材，工業財產權與標準第 66 期，1998 年 9 月，第 8-22 頁。
95. 劉豐州，從公平交易法第四十五條規定論專利權人對疑似侵害人發警告函行為之界限，萬國法律第 97 期，1998 年 2 月，第 84-95 頁。
96. 陳銘煌，公平交易法與農產運銷法規之競合關係，農產運銷第 112 期，1997 年 9 月，第 12-22 頁。
97. 馮震宇，網址名稱與不公平競爭--網路時代新興的公平交易法問題，智慧財產權管理第 14 期，1997 年 7 月，第 39-41 頁。
98. 李美惠，商品表徵權取得要件之研究，公平交易季刊第 5 卷 3 期，1997 年 7 月，第 57-84 頁。
99. 劉麗雲，論公平交易法第十二條「商品表徵」與專利法適用競合問題，電子技術第 134 期，1997 年 5 月，第 124-126 頁。

100. 張澤平，商品外觀之保護規範，律師雜誌第 211 期，1997 年 4 月，第 36-43 頁。
101. 馮震宇，公司名稱、商號名稱、商標與網址名稱--論網路時代的名稱權與公平交易法問題，公平交易季刊第 5 卷 2 期，1997 年 4 月，第 33-81 頁。
102. 劉麗雲，論公平交易法第二十條「商品表徵」與專利法適用競合問題兼論在我國無專利且國外專利權已屆滿之產品形狀、外觀應否再適用公平交易法保護之疑義，智慧財產第 21 期，1997 年 3 月，第 59-61 頁。
103. 范建得，侵權警告函之公平法問題探討，智慧財產權管理第 12 期，1997 年 1 月，第 39-41 頁。
104. 官顯庭、黃俊英，由專利權紛爭案例探討公平交易法對專利權濫用的規範，臺北銀行月刊第 310 期，1996 年 8 月，第 10-20 頁。
105. 馮博生，由公平交易法看專利權之合理行使，工業財產權與標準第 35 期，1996 年 2 月，第 65-72 頁。
106. 王立達，策略聯盟與公平交易法--以臺灣電腦硬體業為中心公平交易季刊第 3 卷 4 期，1995 年 10 月，第 79-107 頁。
107. 羅怡德，智慧財產權法與公平交易法:專利授權與不公平交易，輔仁法學第 14 期，1995 年 6 月，第 191-222 頁。
108. 謝銘洋，智慧財產權與公平交易法之關係--以專利權為中心，國立臺灣大學法學論叢第 24 卷 2 期，1995 年 6 月，第 495-584 頁。
109. 郭淑貞，公平交易法規範智慧財產權之回顧與展望，公平交易季刊第 3 卷 1 期，1995 年 1 月，第 101-118 頁。
110. 張瑜鳳，仿冒商標行為之刑事制裁爭議問題--以公平交易法與商標法之規定為例公平交易季刊第 2 卷 4 期，1994 年 10 月，第 81-108 頁。
111. 陳家駿、雷憶瑜，資訊業界如何運用公平交易法因應專利追索資訊法務透析，1994 年 9 月，第 23-39 頁。
112. 謝銘洋，從對商品或服務「表徵」之保護談商標法與公平交易法之關係，智

- 慧財產第 10 期，1994 年 6 月，第 35-38 頁。
113. 黃茂榮，平行輸入、智慧財產權與公平交易法，公平交易季刊第 2 卷 2 期，1994 年 4 月，第 1-14 頁。
114. 許士宦，日本商標權之行使與公平交易法之關係，植根雜誌第 10 卷 3 期，1994 年 3 月，第 25-40 頁。
115. 陳家駿，公平交易法中行使專利權之不正當行為，法令月刊第 45 卷 1 期，1994 年 1 月，第 16-22 頁。
116. 陳櫻琴，論「使用公司名稱行為」在競爭法上之評價--公平會案例觀察，全國律師第 8 卷 11 期，2004 年 11 月，第 3-20 頁。
117. 李素華，競爭秩序維護與智財權行使正當性之關係--以美歐技術標準制定案之最近發展為例，萬國法律第 134 期，2004 年 4 月，第 23-33 頁。
118. 李素華，技術標準制定之競爭法規範與調和，東吳法律學報第 15 卷 1 期，2003 年 8 月，第 117-178 頁。
119. 蔡瑞森，網域名稱與商標及不正競爭法間之相關問題探討--由美國 *Darrell J. Bird v. Marshall Parsons, et. al.* 案件談起，智慧財產第 44 期，2003 年 1 月，第 1-4 頁。
120. 謝銘洋，論資料庫保護之法律保護，國立臺灣大學法學論叢第 27 卷 2 期，1998 年 1 月，第 263-345 頁。
121. 陳起行，由美國不正競爭法之排除適用探討智慧財產權法理念，政大法學評論第 57 期，1997 年 6 月，第 451-466 頁。
122. 謝銘洋，從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護，國立臺灣大學法學論叢第 25 卷 3 期，1996 年 4 月，第 247-318 頁。
123. 謝銘洋，從德國法及歐洲共同體規範之觀點探討專利權之行使與競爭法之關係（下），植根雜誌第 11 卷 1 期，1995 年 1 月，第 1-9 頁。
124. 謝銘洋，從德國法及歐洲共同體規範之觀點探討專利權之行使與競爭法之關係（上），植根雜誌第 10 卷 12 期，1994 年 12 月，第 7-31 頁。

125. 黃銘傑，中小企業保護與競爭政策--憲法增修「中小企業保障條款」的問題提起，國立臺灣大學法學論叢第 27 卷 3 期，1998 年 4 月，第 47-78 頁。
126. 劉孔中、施俊吉、朱雲鵬，論反傾銷制度及其與公平交易法之關係，Proceedings of the National Science Council(Part C)第 8 卷 1 期，1998 年 1 月，第 37-57 頁。
127. 鍾琴講、張剛維記錄整理，從全球 ICT 產業發展軌跡談產業政策與競爭政策的不平衡發展，競爭政策通訊第 6 卷 6 期，2002 年 11 月，第 4-13 頁。
128. 陳銘煌，公平交易法暨施行細則修正之經濟政策涵義剖析，商學學報第 8 期，2000 年 6 月，第 137-156 頁。
129. 陳銘煌，產業政策與競爭政策的調合關係與問題--日本獨占禁止法對事業結合行為之規範研究，公平交易季刊第 4 卷 4 期，1996 年 10 月，第 131-145 頁。
130. 胡俊賢，產業政策與競爭政策的調合關係與問題，公平交易季刊第 4 卷 3 期，1996 年 7 月，第 129-140 頁。
131. 王志誠，跨國性併購：政策與法律，國立臺灣大學法學論叢第 33 卷 4 期，2004 年 7 月，第 205-265 頁。
132. 胡祖舜，我國對 WTO「競爭政策」議題立場之研究，公平交易季刊第 12 卷 3 期，2004 年 7 月，第 1-23 頁。
133. 陳櫻琴，電信事業與四 C 事業之競爭規範--以競爭政策及案例發展觀察為中心，公平交易季刊第 11 卷 3 期，2003 年 7 月，第 133-172 頁。
134. 羅昌發，競爭法與競爭政策之國際合作：我國經驗之回顧與前瞻，公平交易季刊第 10 卷 3 期，2002 年 7 月，第 145-160 頁。
135. 廖惠珠，競爭政策與管制政策之調和--我國能源市場之回顧與展望，公平交易季刊第 10 卷 2 期，2002 年 4 月，第 103-127 頁。
136. 劉孔中，數位網路產業之競爭政策與競爭規範，國立臺灣大學法學論叢第 30 卷 6 期，2001 年 11 月，第 195-226 頁。

137. 張玉山、李淳，受管制產業中競爭與管制政策協調機制的初探，公營事業評論第 2 卷 4 期，2001 年 6 月，第 45-62 頁。
138. 陳人傑，網路產業競爭政策初探--以網路效應理論為中心，科技法律透析第 13 卷 4 期，2001 年 4 月，第 32-43 頁。
139. 徐宗佑，貿易政策與競爭政策的互動，公平交易季刊第 8 卷 4 期，2000 年 10 月，第 93-130 頁。
140. 羅昌發，反傾銷制度與競爭政策的臺灣觀點，貿易調查專刊第 5 期，2000 年 7 月，第 37-55 頁。
141. 張佳弘，從政府管制探討競爭政策，公平交易季刊第 8 卷 3 期，2000 年 7 月，第 1-32 頁。
142. 吳翠鳳，日本獨占禁止法的除外適用制度，公平交易季刊第 5 卷 1 期，1997 年 1 月，第 111-113 頁。
143. 李昭賢，「公平交易法第四十六條第一項之除外適用檢討實施計畫」內容及執行情形，公平交易季刊第 3 卷 2 期，1995 年 4 月，第 151-156 頁。
144. 趙揚清，競爭政策與解除管制，公平交易季刊第 7 卷 1 期，1999 年 1 月，第 137-148 頁。
145. 陳盈儒譯，反傾銷所扮演之角色及其與競爭政策之關係，公平交易季刊第 4 卷 3 期，1996 年 7 月，第 119-128 頁。
146. Ying, Stanley 著、楊家駿譯，競爭政策與貿易政策的關聯--反傾銷，公平交易季刊第 4 卷 2 期，1996 年 4 月，第 133-141 頁。
147. Hideaki, Kobayashi 著、白裕莊譯，競爭法與競爭政策之概觀，公平交易季刊第 4 卷 2 期，1996 年 4 月，第 117-118 頁。
148. Stark, Charles S. 著、楊家駿譯競爭政策與貿易政策的關聯--長期的觀點，公平交易季刊第 4 卷 2 期，1996 年 4 月，第 119-131 頁。
149. 廖義男，消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範之競合，律師通訊第 199 期，1996 年 4 月，第 16-36 頁。

150. 廖元豪，論勞動團體協約是否受公平交易法之規範--兼論公平交易法第二條與四十六條第一項之意義，公平交易季刊第 3 卷 2 期，1995 年 4 月，第 85-105 頁。
151. 黃銘傑，貿易法與競爭法整合之試論--貿易法中競爭要素之重新評價，經社法制論叢第 14 期，1994 年 7 月，第 265-285 頁。
152. 石世豪，市場競爭規範適用於廣播電視領域的理論基礎--德國法學界逾十載「卡特爾法」與「廣電法」論戰的啓示，新聞學研究第 53，19967，第 161-189 頁。
153. 蔡文宜，電信自由化後公平競爭法制之研究--以網路互連機制為中心，公平交易季刊第 9 卷 3 期，2001 年 7 月，第 75-115 頁。
154. 黃郁雯，歐盟競爭法對航空業之規範，公平交易季刊第 7 卷 1 期，1999 年 1 月，第 1-64 頁。
155. 馮震宇，論營業秘密法與競爭法之關係--兼論公平法第十九條第一項第五款之適用，公平交易季刊第 4 卷 3 期，1996 年 7 月，第 1-38 頁。
156. 沈麗玉，公平交易法對域外結合之規範簡介--以「公平交易委員會域外結合案件處理原則」為核心，公平交易季刊第 8 卷 4 期，2000 年 10 月，第 157-182 頁。
157. 王銘勇，美國反托拉斯法域外適用之最新發展，全國律師第 2 卷 10 期，1998 年 10 月，第 38-50 頁。
158. 陳惠平，美國反托拉斯法之域外適用，公平交易季刊第 2 卷 1 期，1994 年 1 月，第 123-138 頁。
159. 謝杞森，從日本天野--諾波事件看我國公平交易法對外國事業(人)之保護，公平交易季刊第 4 卷 1 期，1996 年 1 月，第 94-113 頁。