

公平交易委員會執法30週年回顧與前瞻

---

學術研討會論文集

公平交易委員會  
中華民國112年12月



# 目 錄

開幕式.....	I
公平交易法獨占地位濫用規範之省思與革新.....	1
黃銘傑	
聯合行為之合意推定：概念與執法的檢討與展望.....	37
謝國廉	
事業結合之典範變遷、執法檢討及前瞻.....	63
王志誠	
德國2022年不正競爭防止法新法重點對我國公平法的啟示—以資訊透明化為中心.....	107
楊宏暉	
多層次傳銷管理與展望—簡介南韓訪問銷售法.....	147
戴佑任、劉華美	
公平交易法執法與正當行政程序.....	177
王銘勇	
閉幕式.....	209



## 公平交易委員會「執法 30 週年回顧與前瞻學術研討會」議程

主辦單位：公平交易委員會

協辦單位：台灣公平交易法學會

日 期：111 年 9 月 2 日（星期五）

會議地點：公務人力發展學院福華國際文教會館 1 樓 前瞻廳

【臺北市新生南路 3 段 30 號】

111年9月2日（星期五）	
08:30~09:00	報 到
09:00~09:10	開幕式 李 鎡 公平交易委員會主任委員 致詞
09:10~12:30	主持人：王立達（台灣公平交易法學會常務理事、政治大學法學院教授）
09:10~09:45	論文 1：公平交易法獨占地位濫用規範之省思與革新 報告人：黃銘傑（臺灣大學法律學系教授）
09:45~10:00	與談人：何之邁（臺北大學法律學系教授）
10:00~10:10	綜 合 討 論
10:05~10:30	茶 敘
10:30~11:05	論文 2：聯合行為之合意推定：概念與執法的檢討與展望 報告人：謝國廉（高雄大學財經法律學系教授兼財經法律研究中心主任）
11:05~11:20	與談人：張宏浩（臺灣大學農業經濟學系教授）
11:20~11:55	論文 3：事業結合之典範變遷、執法檢討及前瞻 報告人：王志誠（中國文化大學法學院教授兼院長、副校長）
11:55~12:10	與談人：石世豪（東華大學法律學系教授）
12:10~12:30	綜 合 討 論
12:30~13:30	午 餐 休 息

13:30~16:50	主持人：陳志民（公平交易委員會副主任委員）
	論文 4：德國2022年不正競爭防止法新法重點對我國公平法的啟示—以資訊透明化為中心
13:30~14:05	報告人：楊宏暉（中正大學法律學系教授）
14:05~14:20	與談人：顏廷棟（銘傳大學財金法律學系教授）
14:20~14:30	綜合討論
14:30~14:50	茶敘
14:50~15:25	論文 5：多層次傳銷管理與展望—簡介南韓訪問銷售法 報告人：劉華美（臺灣科技大學科技管理研究所教授）
15:25~15:40	與談人：黃美瑛（臺北大學經濟學系教授）
15:40~16:15	論文6：公平交易法執法與正當行政程序 報告人：王銘勇（大眾聯合法律事務所律師）
16:15~16:30	與談人：林明昕（臺灣大學法律學系教授）
16:30~16:50	綜合討論
16:50~17:00	閉幕式 陳志民 公平交易委員會副主任委員 致詞

## 開幕式 李主任委員鎡開幕致詞

各位貴賓、各位女士、先生，大家早安：

首先，謹代表公平交易委員會歡迎各位出席由本會與台灣公平交易法學會合辦的「執法30週年回顧與前瞻學術研討會」。

民國80、81年間，為打造公平合理的競爭規則，以因應經濟發展與社會結構轉變，公平交易法及公平交易委員會應運而生，轉眼間已經30個年頭過去了。

這30年來，本會的發展可以概分為3大階段，第一個10年是草創期，以制度建立與公平競爭理念的宣導倡議為首要之務，在此期間本會研訂許多法令規範，並邀集政府部門共同檢視法規障礙，解除市場不當管制；第二個10年是茁壯期，除持續精進法制，提升執法知能，也將結合申請改為「事前申報異議制」，並引進「寬恕政策」強化聯合行為的查處；另外率各部會之先成為經濟合作發展組織（OECD）「競爭委員會」觀察員後，也使得公平會從國際競爭法制的追隨者，逐漸成為規則制定的參與者；第三個10年，則是成熟期，這期間完成組織改造、全面修正公平交易法並制定多層次傳銷管理法，無論是法規制度的完備及執行都已漸趨成熟穩定；在打擊跨國卡特爾及國際執法交流合作上，亦獲得了國際社群的認同與肯定。

感謝在座各位一路陪伴我們成長，以人生來說，30歲是一個重大的里程碑，正當而立之年固然是一件可喜的事，但更必須進一步思考，本會未來要扮演什麼樣的角色？雖然面對社會經濟環境的快速變化，本會的執法面臨了更加嚴峻的挑戰，但這也是回顧與檢討施行成果的良好契機，因此本會特別舉辦「執法30週年回顧與前瞻學術研討會」，邀請學者專家針對獨占、聯合、結合、限制競爭、多層次傳銷及正當行政程序等6項主題進行研討，希望能匯聚在座各位學者專家的學識與經驗，就本會30年來的執行實務及成效進行檢討並提出對未來執法之展望，做為本會未來施政參考的依據。

如同本會30週年紀念活動的標語「公平三十、交易磐石」所示，公平競爭秩序的扎根，是各行各業交易活動的基礎，雖然我們已完成各階段目標，但仍需面對國際經濟環境快速變化及國內產業調整所帶來的各種挑戰，我們仍會秉持初心、迎難而上，並期許以30年為立足點，繼續朝下個10年邁進。



# 公平交易法獨占地位濫用規範之省思與革新

黃銘傑\*

## 目次

- 一、前言
- 二、獨占地位定義之問題點
  - (一) 獨占定義本身之問題
  - (二) (非) 獨占地位推定規定之問題
    - 1. 反面否定之規範方式與市場占有率門檻之設定
    - 2. 依據市場占有率及年度營業額之反面否定及其再度否定
- 三、共同獨占規範之必要性
  - (一) 公平交易法第7條第2項規定本身內涵之問題點
  - (二) 我國現行實務運作解決寡占市場競爭問題之執法方式
- 四、欠缺對市場效果要件所引發之誤解
- 五、濫用行為類型化之問題點及其與公平法第20條間之規範關係
  - (一) 「濫用」之概念及其類型化
  - (二) 現行公平交易法第9條與第19條、第20條間之規範關係
- 六、結語

---

\* 國立臺灣大學法律學院教授

## 中文摘要

本文認為，公平法獨占地位濫用規範經過30年的實務運作，出現不少缺失，而有必要加以修正，其正本清源之道當是重新省思公平法獨占地位濫用規範條文可能蘊藏之問題點，進而加以修正。本文於檢討公平法現行獨占地位濫用規範條文及實務運作缺失後，提出公平法未來獨占地位濫用規範應有修正方向及內容：（1）公平法第7條第1項之「獨占」，應更名為「市場支配」，並仿效歐盟法院針對一般市場支配地位之認知或德國限制競爭防止法第18條第1項規定之類型化作法，闡明「市場支配」概念之內涵。（2）公平法第8條第1項應修正為：「一事業於相關市場之占有率達百分之四十以上者，推定為獨占（市場支配）事業。」（3）公平法第8條第2項、第3項規定，應予刪除。（4）公平法第7條第2項、第8條第1項第2款、第3款等規定，應予刪除。（5）公平法第9條規定本文應加入類似聯合行為規範的對市場效果要件，而修正為：「獨占事業因下列各款行為之一，而足以影響生產、商品交易或服務供需之其所處或其他相關市場功能者，不得為之。」（6）公平法第9條未來應修正如下：「獨占事業不得當濫用其獨占地位，致影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。（第一項）前項所稱濫用獨占地位者，包含下列各款行為：一、排他性或獨家交易。二、搭售或綑綁。三、掠奪性行為。四、拒絕交易。五、差別待遇。（第二項）」（7）公平法第19條、第20條規定，應予刪除。本文最後綜整上述建議後，提出具體的修正條文內容。

## 一、前言

在公平交易法（以下簡稱「公平法」）施行10週年的學術研討會中，吳秀明教授於將公平法獨占地位濫用規範依其定性分類為阻礙濫用管制及榨取濫用管制後，針對公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）第1個10年的阻礙濫用管制執法成效，如此闡述：「觀諸競爭法先進國家對於阻礙濫用之理論實務，獨占事業阻礙濫用之型態甚為豐富，判斷標準亦較為精緻穩妥。我國獨占管制之案例有限，經驗尚淺，對於各種阻礙濫用究竟應採取何種判斷原則，至今尚未明確，應積極努力建立一套周全之認定標準。」<sup>1</sup>而對於同期間的榨取濫用管制執法，則有如下評析：「總結我國十年來之榨取濫用管制，我們發現榨取濫用屬於我國獨占管制案件之大宗。．．．此一現象與其他國家之獨占管制係以阻礙濫用之監督為主的情形，卻有明顯之區別，不失為我國之特色。獨占管制一般宜以阻礙濫用之監督為主，榨取濫用之管制，如獨占性定價之管制等，因為在競爭政策上較有爭議，故不宜輕易發動。而我國執法機關在第一個十年，

<sup>1</sup> 吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，379（2004）。

似乎卻以榨取濫用作為獨占管制之重點，執法之大方向上有無偏差，值得思考。」<sup>2</sup>的確，當絕大多數國家鑑於過高價格等榨取濫用規範在競爭法整體規範上之特異性，而將其執法列為不得已的「最後手段」（last resort）時<sup>3</sup>，以其為獨占地位濫用規範執法的大宗或常態之作法，不無商榷餘地。

在公平法施行20週年之學術研討會中，陳志民教授利用經濟分析手法，從執法的錯誤成本（error cost）觀點出發，探討獨占地位濫用規範應有的執法方向及原理<sup>4</sup>。就此，陳教授於文章中指出：「就反托拉斯法執法的整體趨勢來看，『錯誤制裁』出現的機率仍可能高於『錯誤縱放』。主要理由在於，許多被歸類為具排除競爭效果之市場力濫用行為，也可能是經常出現在競爭法中之合法行為．．．當我們把執法錯誤的成本也列入考量後，預設規則，則應朝向『特定意圖檢視』原則來調整。」<sup>5</sup>所謂「特定意圖檢視」原則，係指：「主管機關或原告，須能證明獨占者有排除競爭對手之主觀意圖，始能主張其違法。此一字面意義看似相當接近典型法律分析之檢視方法；但在現代競爭法的實踐過程中，已改以『理性』、『追求利潤極大』等經濟分析前提思維為基礎，判斷獨占者之行為是否符合經濟理性，來反推其排除競爭意圖的存在與否。」<sup>6</sup>

在檢討過相關獨占地位濫用案例後，陳教授認為：不少案例「涉及到公平交易法介入判斷獨占事業價格合理性的爭議。對此，公平會向來並無一致性之分析架構，用以判斷於何種市場與產業條件下，競爭機關得合理化其認定事業價格已屬『超額定價』而應被禁止之處分．．．公平會的論理方式，過於側重於從垂直面交易關係特徵，推論行為之排除競爭效果．．．在『超額利潤』類型的案例中，公平會往往並未就超額利潤與排除市場既有或潛在競爭的關連性，遑論利潤是否是獨占者回收創新投資所必須等議題，有較深入的論述。同樣的，在構成不公平『競爭負擔』的案例類型中，對於行為的增加市場產出效果（如差別取價），最終消費者享受低價或折扣利益等有利獨占者之因素，也往往在分析過程中被忽略了。」<sup>7</sup>在此種以「垂直面交易關係特徵，推論行為之排除競爭效果」或「最終消費者享受低價或折扣利益等．．．被忽略」的執法態度及手法下，或許可以推知，公平會當時的獨占地位濫用規範之執法，存在著諸多「錯誤制裁」的疑慮，既未深入析論各該行為的限制競爭效果有無或多

<sup>2</sup> 同上註，363。

<sup>3</sup> OECD Competition Committee, Excessive Pricing 9-10 (2011)。

<sup>4</sup> 陳志民，「公平交易法關於濫用獨占力規定之執法檢討與展望」，收錄於：公平交易委員會，公平交易法施行20週年—回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，自版，74-106（2012）。

<sup>5</sup> 同上註，91。

<sup>6</sup> 同上註，84。

<sup>7</sup> 同上註，82-83。

寡、亦完全漠視事業的「理性」意圖及行為，吳秀明教授前所建議應「**建立一套周全之認定標準**」，在陳教授「**公平會向來並無一致性之分析架構**」的指摘下，依舊是遙不可及。

其後的公平會關於獨占地位濫用規範的執法，是否有所進展？答案似乎仍是令人沮喪的！在2017年著名的美商高通公司濫用獨占地位一案處分中<sup>8</sup>，2位公平會委員對系爭處分提出不同意見書。其中，魏杏芳委員的不同意見書認為：「**本案決定的內容恰反映出本會採取了完全『形式』的審查觀點，偏重被處分人與其競爭者間得失的比較，極少論及被處分人現行商業模式的變與不變，究竟會對消費者福利產生何種影響……由於處分書的析論偏向在形式上確立系爭行為的存在，並未進一步考量被處分人可能的抗辯（例如必要性、效率、有利終端消費者等），也未綜合評估系爭行為對同業、下游業者及終端消費者短期與長期利益可能的影響，使得公平會在適用公平法第9條第1款時，實質上等同採取了『當然違法』的立場，這與我國禁止獨占濫用規範的立法意旨與歐美競爭法執行趨勢是否一致，令人高度存疑……這顯示本處分的指摘是基於『形式』，而非本於合理分析得到的結論，似乎只要確認有可名之為獨家交易、忠誠折扣等作法存在並由獨占廠商實施，就是『不公平』的阻礙競爭了，形同依行為的類型決定其法律效果，實已認定系爭行為屬於『當然違反』的態樣。」**

洪財隆委員的不同意見書則指出：「**如果沒有經過仔細評估與分析過程（包含商業慣例或交易成本等市場效率角度），而在認定高通於晶片等相關市場具有市場獨占地位之後，就直接判定高通的專利授權模式為『不公平且直接或間接阻礙他業者參與競爭』，並合致公平法第9條第1款的構成要件，顯然犯了『套套邏輯』（tautology）或『循環論證』的謬誤，一如本處分書所為……高通被指控的這些『限制措施』究竟有無反競爭效果？例如造成價格上升、產品下降或排除既有或潛在競爭對手等；緊接著必須查明，和高通有關的這些限制措施是否都和效率或促進競爭無關？總的來說，如果高通的這些『限制措施』具有反競爭效果且無關乎效率，才足以直接判定高通違法。」**

由此或可窺知，陳志民教授前所指出以「**垂直面交易關係特徵，推論行為之排除競爭效果**」、忽視經濟理性分析等往往可能引發「**錯誤制裁**」的問題，於其後的執法過程中，似乎尚未受到充分、有效的重視及解決。在公平法施行邁向而立之年，對於案件量不多但其執法卻時而引發爭議、甚至是公平會本身內部爭議的獨占地位濫用規範，或許吾人檢討的視角可以從其法律執行抽離，直接正視、回歸到其規範內容本身。本文認為，或許是因為現行公平法獨占地位濫用規範條文內容及用語本身，存在著諸多問題點及盲點，特別是欠缺如同聯合行為規範之「**足以影響生產、商品交易或**

<sup>8</sup> 公平會（106）公處字第106094號處分書。

服務供需之市場功能」之對市場效果的構成要件，致使公平會執法態度及手法因此出現偏差；正本清源之道或在於探討是否可能藉由條文規定內容的修正，促使其法律執行依循一般競爭法執法原理為之，降低錯誤執法成本及機率。於此思維下，本文以下，將針對其獨占定義的問題點、共同獨占規範的必要性、欠缺對市場效果要件所引發之誤解、濫用行為類型化或分類之合理性及其與公平法第20條垂直交易限制規範之關係等問題，加以闡述，最後並提出未來可有的改革方向及內容。

## 二、獨占地位定義之問題點

### （一）獨占定義本身之問題

公平法第7條第1項將獨占定義為：「**事業在相關市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。**」並於同法施行細則第3條規定，獨占之認定應審酌下列各款事項：「**一、事業在相關市場之占有率。二、考量時間、空間等因素下，商品或服務在相關市場變化中之替代可能性。三、事業影響相關市場價格之能力。四、他事業加入相關市場有無不易克服之困難。五、商品或服務之輸入、輸出情形。**」此等獨占地位認定因素，大致與其他國家競爭法制相同，可資肯定。惟第7條第1項獨占定義本身，值得商榷。

原本，獨占本身就是一種地位、一種狀態問題；因此當公平法第7條第1項前段以「**事業在相關市場處於無競爭狀態**」認定獨占時，並無問題，亦接近經濟學上所稱「**只此一家，無近似替代品**」<sup>9</sup>之獨占概念。問題在於，何謂「**具有壓倒性地位，可排除競爭之能力**」？此一問題，或許藉由歐洲聯盟（以下簡稱「歐盟」）競爭法實務運作之比較，可以更清楚得知其癥結所在。歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第102條禁止擁有市場「**支配地位**」（a dominant position）者，濫用其市場地位。依據歐盟法院（Court of Justice of the European Union）實務判決之見解，此種支配地位並不需要達到經濟學所稱「**只此一家，無近似替代品**」的獨占狀態，只要「**事業享有一定的經濟力量，令其於相當程度上得獨立或無視其競爭者、交易相對人、甚至最終消費者而自由行動，致使相關市場上之有效競爭無法被維持**」<sup>10</sup>時，即得認定市場支配地位的存在。由此可知，上開市場支配地位的存在，並不侷限於「**只此一家，無近似替代品**」的純粹獨占概念，而係著重於市場牽制、制衡

<sup>9</sup> 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，經濟學—理論與實際（上冊），6版修訂，翰蘆圖書出版有限公司，336（2012）。

<sup>10</sup> Case 27/76, *United Brands v. Commission*, 1978 E.C.R. 207, ¶65; Case 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission*, 1979 E.C.R. 461.

力量的有無，當相關市場上之競爭者、交易相對人、甚至最終消費者皆無法有效制衡或制約系爭事業的行動，令其於相當程度上得恣意、依循己意而提高價格、調節產量、設定交易條件時，即可認定市場支配地位的存在。

由此亦可窺知，歐盟競爭法上的市場支配地位並非是一種全有或全無的存在，而係一種類似光譜的連續狀態<sup>11</sup>。光譜的最右端為經濟學上「**只此一家，無近似替代品**」的獨占概念，最左端可認為站立著上開歐盟法院所稱之一般市場支配地位，中間則還矗立著一般所謂的「準獨占」（quasi-monopoly）、「超級支配地位」（superdominance）或「壓倒性優勢支配地位」（overwhelming dominance verging on monopoly）之接近獨占的市場支配地位之概念<sup>12</sup>。因此，當公平法第7條第1項後段規定「**具有壓倒性地位，可排除競爭之能力**」，亦屬獨占時，究竟其所要求者是僅止於歐盟法院所稱一般市場支配地位，抑或是必須達到該法院所稱「準獨占」、「超級支配地位」或「壓倒性優勢支配地位」的程度？公平會出版的《認識公平交易法》一書，對於獨占地位概念如此說明：「**事業是否具有獨占力量，能否控制市場，應視其是否擁有『排除競爭之能力』而定，故甲事業即使在相關市場之占有率極高，但若其僅將價格作些微之提高，即會引進其他事業，如乙、丙、丁等參與競爭，或其他事業欲進入該市場經營並無特別之困難，則甲事業尚不能稱之為獨占事業。**」<sup>13</sup>

就此敘述內容以觀，似乎有意採行類似歐盟法院從牽制或制衡觀點出發，而衍生的一般市場支配地位概念。然而，就公平法第7條第1項後段之規範邏輯而言，並不是因為擁有「**可排除競爭之能力**」，從而使其享有「**壓倒性地位**」；而是因為系爭事業於相關市場上具有「**壓倒性地位**」，故可排除競爭。重點依舊在於，何謂「**壓倒性地位**」？倘若再從比較法觀點，加以檢討，則或可從德國限制競爭防止法第18條第1項規定，獲得一定啟發。依據德國限制競爭防止法第18條第1項規定，於下列情形，認定系爭事業擁有市場支配地位：「**1.並無競爭者。2.並未處於有效競爭。3.相較於其競爭者具有優越的市場地位。**」<sup>14</sup>對照於德國法該項規定，我國公平法第5條第1項後段

<sup>11</sup> Robert O'Donoghue QC & Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3rd ed., 253 (2020) .

<sup>12</sup> Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading, [2002] CAT 1, ¶21 9有如下敘述：「the special responsibility of a dominant undertaking is particularly onerous where it is a case of a quasimonopolist enjoying “dominance approaching monopoly”, “superdominance” or “overwhelming dominance verging on monopoly”」.

<sup>13</sup> 公平交易委員會，*認識公平交易法*，19版，自版，39（2021）。

<sup>14</sup> 本文有關德國限制競爭防止法之中文版翻譯，係採用林易典教授之版本，並適度加入作者之見解。該版本可自以下網址閱覽：<https://www.ftc.gov.tw/upload/05002827-c68c-4737-83bb-231a51a6b77e.pdf>，最後瀏覽日期：2022/08/06。

之「壓倒性地位」似乎更趨近於「並未處於有效競爭」之情形，而非僅是「相較於其競爭者具有優越的市場地位」，後者之優越市場地位，比較類似於歐盟法院一般市場支配地位之概念。倘若此種見解正確，則相較於歐盟或德國競爭法制，我國公平法關於獨占地位之認定，似乎過於嚴格；且對照於歐盟或德國競爭法使用「支配」一語，我國公平法的「獨占」用語本身，不無更支持趨向嚴格解釋、適用之方向。此種解釋適用方法，可能會導致不少對市場競爭秩序造成不當影響者，因無法於一開始就被認定為「獨占」事業，而無法適用公平法獨占地位濫用規範<sup>15</sup>。為避免此類不當情事發生，正本清源之道，或應修改現行公平法第7條第1項獨占概念之規定，直接採行歐盟或德國競爭法制之「市場支配地位」用語，並參考歐盟法院就一般市場支配地位之概念說明，或德國限制競爭防止法第18條第1項之三種類型化的規範方式。

**建議一：公平法第7條第1項之「獨占」，應更名為「市場支配」<sup>16</sup>，並仿效歐盟法院針對一般市場支配地位之認知、或德國限制競爭防止法第18條第1項規定之類型化作法，闡明「市場支配」概念之內涵。**

## （二）（非）獨占地位推定規定之問題

### 1. 反面否定之規範方式與市場占有率門檻之設定

鑑於公平法第7條第1項獨占概念規定內容的抽象化，欠缺法律適用的安定性及可預測性，同法第8條遂以更為具體的規定內容，推定或不推定獨占地位的存在。公平法第8條第1項規定：「事業無下列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：一、

<sup>15</sup> 當然，公平會實務運作對於實質上應屬獨占事業，但因法律規定而無法認定為獨占事業者，可遁逃到現行公平法第20條、甚至第25條之一般條款等規定。有關於此，參照：吳秀明，前揭註1，364-372；陳志民，前揭註4，80-82。

<sup>16</sup> 支持將「獨占」改為「市場支配」的另一個理由在於，過去我國學界曾針對現行公平法第9條第1款之阻礙他事業參與競爭之濫用獨占地位行為，認為其適用對象應限定於獨占事業所處之相關市場的阻礙濫用，抑或是包括其他相關市場的阻礙濫用，有所爭議。傳統上，美國反托拉斯法的獨占地位濫用（monopolization），多將其適用對象限定於獨占事業所處之相關市場；惟鑑於近年來數位經濟、平臺經濟高度發展所衍生的雙邊市場或多邊市場問題，若將獨占地位濫用規範適用對象僅限定於獨占事業所處相關市場，將無法有效規範獨占事業將於特定相關市場所擁有之獨占力，槓桿至其他相關市場、不當影響該市場之競爭秩序，從而有主張美國反托拉斯法之獨占地位濫用規範，應仿效歐盟之市場支配地位濫用規範的規範理念，容許濫用規範亦可適用至非獨占事業或市場支配事業所處的相關市場，期能有效規範雙邊市場及多邊市場所衍生的獨占或市場支配地位濫用問題。See e.g., Herbert Hovenkamp, "The Sherman Act and Abuse of Dominance in the Age of Networks," Promarket (2021) <https://www.promarket.org/2021/12/20/sherman-act-abuse-dominance-europe-monopolization/>, last visited on date: 2022/08/18.

一事業於相關市場之占有率達二分之一。二、二事業全體於相關市場之占有率達三分之二。三、三事業全體於相關市場之占有率達四分之三。」本項規定的問題點在於，不僅其規定方式並非採取正面推定方式，而係以「不列入」用語採取反面的完全否定作法，不容許得舉反正加以推翻，致其規範喪失彈性；且其否定獨占地位存在的市場門檻，不無過高之嫌。特別是，倘若吾人認為我國公平法關於「獨占」概念之認知，應採行類似歐盟法院所稱一般市場支配地位的話，則現行公平法第8條第1項的反面否定之規範方式及高市場占有率門檻設定的問題點，就會更加凸顯出來。

蓋在以牽制或制衡觀點出發界定市場支配地位的規範方式下，牽制力或制衡力之有無，必須綜合考量各該相關市場的現有市場結構、潛在競爭等各種因素，加以判斷、認定。從而倘若對照於系爭相關市場結構，縱令市場占有率低於50%之事業，亦可無視其競爭者、交易相對人等之牽制或制衡，而於相當程度上可自由決定價格、產量時，則理當亦將此類事業認定為市場支配事業。在以正面推定（例如：「一事業於相關市場之占有率達二分之一，推定為市場支配事業。」）的規範方式下，該當推定並不排除市場占有率未達二分之一但實際上享有市場支配地位者，亦可依據採納本文建議一修正後的公平法第7條第1項認定為市場支配事業。惟現行公平法第8條第1項的反面否定之規定方式，完全否定此種規範的可能性，而使得實質上擁有市場支配地位者，因此而被否定其為市場支配事業的可能性。職是，此種欠缺規範彈性且衍生規範漏洞的規範方式，實不足採。

其次，在有關市場占有率門檻的設定上，歐盟執委會認為於相關市場擁有低於40%市場占有率之事業，通常不具有市場支配地位<sup>17</sup>；同時採取正面推定規範方式，將一事業之推定市場支配門檻，設定為40%，其規定內容如下：「**一事業如有至少百分之四十的市場占有率時，推定該事業係屬支配市場。**」惟對於此種正面推定，事業當然可以以其所處相關市場存在有效競爭、或者是相較於其競爭者其並不擁有優越的市場地位，加以推翻；但此種推翻推定的作法，如同上述，在現行公平法第8條第1項所採反面否定之規範方式下，並不存在。

無論如何，既然獨占或市場支配地位有無之認定，主要繫於公平法第7條第1項之規定內涵，則推定該種地位存在有無的規定，實無必要設定過高的市場占有率門檻！否則在特定市場結構下縱令低於50%市場占有率、但卻依舊可能擁有市場支配地位的

<sup>17</sup> European Commission, “Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance),” O.J. (C 45), 24.2.2009, 7–20 (2009), para. 14: “The Commission considers that low market shares are generally a good proxy for the absence of substantial market power. The Commission's experience suggests that dominance is not likely if the undertaking's market share is below 40 % in the relevant market.”

事業，吾等無法以獨占地位或市場支配地位濫用規範繩之，此對其他被認定有獨占地位或市場支配地位者，即造成不公平的法律適用結果。於此認知下，本文認為，若在法律適用安定性、可預測性的考量下，有意針對獨占事業或市場支配事業規定出相關的推定規定，不應以缺乏規範彈性的反面否定方式，而應以正面推定為之；且既然是可以被推翻的推定，其推定之市場占有率的門檻設定，亦無須過高，德國現行限制競爭防止法第18條第4項規定內容，可資參考。至於公平法第8條第1項第2款、第3款之共同獨占或共同市場支配的推定規定，如同本文後述參之敘述，因本文主張未來應刪除共同獨占或共同市場支配之規範，故現行第8條第1項第2款、第3款之規定，亦應一併刪除。

**建議二：公平法第8條第1項可修正為：「一事業於相關市場之占有率達百分之四十以上者，推定為獨占（市場支配）事業。」**

## 2. 依據市場占有率及年度營業額之反面否定及其再度否定

現行公平法第8條第2項規定，縱使依據該條第1項規定而有被認定為獨占事業者，倘若「**個別事業於相關市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達主管機關所公告之金額者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。**」其中，有關「個別事業於相關市場占有率未達十分之一」之反面否定規定，主要係針對共同獨占規範而設，如同後述三，本文既主張應刪除共同獨占規範，就此規定實無詳細討論之必要。現行公平法第8條第2項規定較有問題者則在於，其藉由年度營業額門檻，排除獨占事業之認定。

原本，獨占地位有無，屬於一種事實認定問題，倘若經過公平法施行細則第3條規定所列各款要素綜合判斷後，認定系爭事業擁有獨占地位，則該事業即屬於公平法上之獨占事業，不會因其年度營業額不高，就不是獨占事業。倘若因該事業之營業額不高，對整體經濟秩序健全運作或公共利益並不會產生有意義的影響，而無須動用公平會稀少的人力、物力資源加以取締、規範，則公平會理當可以藉由公平法第26條「**主管機關對於涉有違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。**」規定，以其行為並未發生「**危害公共利益之情事**」，而不予以立案、調查處理。此乃公平會身為行政機關所當然擁有的裁量權限，縱無公平法第26條規定，亦可於考量其本身資源限制的條件下，妥善利用其稀少資源、發揮最大的執法成效。

亦係於此思維下，歐盟執委會方訂定、公布其有關歐盟運作條約第102條的針對何種類型案件執法、執法優先順序為何之指引<sup>18</sup>；而美國聯邦交易委員會法第5條第2項亦對於此種案件選擇（case selection）裁量權提供法源依據。根據該項規定，美國

<sup>18</sup> *Id.*

聯邦交易委員會不僅必須有理由相信不公平交易方法的存在，而且必須是在「**對此等行為之調查程序的進行符合公共利益的情況下**」，始進行調查處理程序。實則，美國聯邦最高法院早於1985年的*Heckler v. Chaney*<sup>19</sup>一案判決中，基於行政機關的專業、資源的稀少性及執法成效的有效發揮等觀點，肯定行政機關選擇案件執法的裁量權限，判決如此闡明：「**首先，行政機關所作出之不作為決定，通常牽涉到對諸多因素之複雜的利益衡量問題，而行政機關實為有關此等事項之專家。因此，行政機關不僅必須考量是否有違法行為的發生，亦必須針對就何種違法行為之取締方能使行政機關的資源達到最適當的運用、行政機關是否可以成功地制止違法行為、被請求之執法行動是否確切地符合行政機關的整體政策以及行政機關是否有充足的資源去進行此一取締行動等事項加以考量。於正確地排定執法之優先順序上，較諸法院，行政機關更有能力去衡量各種相關變數。．．．除上述行政管理問題外，吾人亦注意到，當行政機關拒絕作為時，其一般並未對私人的自由或財產加諸任何的強制力，從而也沒有觸犯到法院通常應加以保護之權利**」<sup>20</sup>。

由上可知，縱令因系爭事業年度營業額不高，致對其執法缺乏實質的經濟意義與執法成效，而基於公共利益考量，決定不介入系爭案件、取締其獨占地位濫用行為。但此種行政機關不執法的決定，並非意味著系爭事業因此就不具有獨占地位，特別是如同上開美國聯邦最高法院判決所述「**當行政機關拒絕作為時，其一般並未對私人的自由或財產加諸任何的強制力，從而也沒有觸犯到法院通常應加以保護之權利**」；故，縱使公平會決定不介入系爭案件，但仍不排除系爭事業為獨占事業，因其濫用獨占地位而受害的私人，仍可以依據公平法第29條及第30條，請求法院介入、尋求民事救濟管道。然而，依據現行公平法第8條第2項規定，該當事實上獨占事業從一開始就被否定其為公平法上之獨占事業，因其濫用行為受害的一般人民，無法依據獨占地位濫用相關規定，尋求救濟。或有認為，反正若無法依據公平法獨占地位濫用相關規定尋求救濟，還有同法第20條可以遞補、遁逃，就救濟之實效性而言，當無差別。惟既然無所差別，為何要讓獨占變成不是獨占，徒然擾亂公平法規範理念及邏輯，令合理、理性之人不知其規範理念、邏輯之所在。

或許是鑑於此種否定、又否定的規範方式，於實務運作上可能發生不當結果，公平法遂於第8條3項規定出再度否定其前2項否定規定的條文。該項如是規定：「**事業之設立或事業所提供之商品或服務進入相關市場，受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前二項不列入認定範圍之情形，主管機關仍得認定其為獨占事業。**」本項規定，雖立意良善，但仔細閱讀其內容，卻覺得

<sup>19</sup> 470 U.S. 821 (1985)。

<sup>20</sup> *Id.* at 831-832. 上述翻譯，係引述自：黃銘傑，「論公平交易法上之檢舉與公平交易委員會的不作為」，人文及社會科學集刊，第10卷第3期，428-429（1998）。

相當荒謬。倘若僅是基於「法令、技術」問題而訂出此種再度否定規定，則或可將其解讀為係為解決法定獨占或因專利權等存在導致的市場進入障礙，尚可推敲其立法目的所在。然而，當所謂「其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事」，亦成為此種再度否定的事由時，則不得不令讀者精神錯亂了！公平法第7條第1項不就是以其擁有可排除競爭之能力，而認定其屬獨占事業嗎？結果擁有該種排除競爭能力的獨占事業，先因其市場率或年度營業額未達一定門檻或標準，被否定其「獨占」地位，之後又因其擁有本就擁有的排除競爭之能力，而敗部復活被認定為獨占事業。此種規範邏輯及方式，實令人瞠目結舌，亦幾乎未見有其他國家競爭法制有類似之規範設計。

實則，若能回歸公平法第7條第1項規範之初衷，正視獨占之所以為獨占之緣由所在，則充其量僅是為法律解釋適用的安定性、可預測性，而增加類似本文建議二之正面推定規範，而其他有關獨占地位或市場支配地位有無之判斷及認定，理當皆回歸類似公平法施行細則第3條之各種綜合因素的考量作法，而非使用否定、又否定、再度否定的光怪陸離規範方式。即使事業年度營業額不高，但對其所處相關市場的競爭者、交易相對人及最終消費者而言，其依舊是獨占事業、依舊可以濫用其獨占地位，其影響程度或有差距，但行為本質與於全國地理區域擁有獨占地位之事業並無差別。而縱使因為所謂法令、技術限制，導致市場進入困難，倘若相關事業於系爭相關市場本就不具有獨占或市場支配地位，則理當不會因公平法第8條第3項再度否定規定的存在，就變成獨占事業；相反地，倘若系爭事業因法令、技術限制而於相關市場擁有獨占或市場支配地位，則直接回歸第7條第1項規範之初衷即可，實無需先否定、再度否定而認定其擁有獨占或市場支配地位。於此認知下，現行公平法第8條第2項、第3項規定，不僅是多此一舉！且從公平法規範理念、目的及邏輯而言，實屬不必要的存在，而有必要予以廢止。

**建議三：現行公平法第8條第2項、第3項規定，應予刪除。**

### 三、共同獨占規範之必要性

#### （一）公平交易法第7條第2項規定本身內涵之問題點

現行公平法第7條第2項規定：「二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情形者，視為獨占。」本項規定即一般所稱之共同獨占（shared monopoly）或共同支配（collective or joint dominance）規範<sup>21</sup>，自公平法1991

<sup>21</sup> See generally Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law*, Edward Elgar Publishing (2013).

年制定伊始，本項規定即已存在，其立法理由謂：「我國產業機構，真正由一事業獨占之情形並不常見，而少數事業雖無聯合行為，惟實際上（例如其市場由少數廠商控制支配）不為價格之競爭；在此寡占情形下，事業可能以價格領導機能操縱市場，故有規定二以上事業寡占情形視為獨占之必要。參考韓國限制獨占法第二條第五項（丙）款規定及美國判例。」整個公平法立法過程中，除上述立法理由說明外，幾乎未有針對該項規定發言或討論者<sup>22</sup>。若僅就上開立法理由以觀，姑且不論其所謂參考韓國、美國立法例，是否真的存在；若其所謂，寡占市場之事業不為價格競爭而有藉由價格領導方式操縱市場一事為真，則藉由本項規定將此等寡占事業視為獨占事業，是否就可以解決其所謂寡占市場上的價格領導問題？答案似乎是，否定的！

蓋公平法既不認為獨占本身就是違法，而是禁止濫用獨占地位；則同樣地，寡占事業縱令被認定為獨占事業，亦非因此當然違法，尚須該等寡占事業從事濫用行為、發生限制競爭效果，方得認定其違法。所謂價格領導行為，是否即屬於濫用獨占地位，不無疑問。正如同論者所言：當寡占市場上存在較為強勢的價格領導者時，「比較弱勢的企業將必須以市場領導者的行為做指標．．．一件由市場結構所導致的單純事實上平行行為，在法律秩序上必須加以接納。因為競爭法並不能夠照顧新的競爭者，也不能強迫企業從事經濟上不理性的行為。」<sup>23</sup>若此，倘若價格領導模式中的價格跟隨乃是一種經濟理性行為，則價格領導行為本身即難遽然評價為違法，除非競爭法執法機關願意動用屬於最後手段的過高價格之榨取濫用規定<sup>24</sup>，否則實難能合法且合理管制此類在大多數國家競爭法制皆肯定其屬合法平行行為類型的價格領導及其跟隨行為。即使我國公平會於各國競爭法主管機關中，算是對於過高價格的榨取濫用規範執法較為積極者，惟迄今為止，尚未見有利用本項規定管制其所謂價格領導行為之案例。

就公平法第7條第2項規定本身而言，似乎一開始就有先天不良的內在要素。二以上事業得以成立共同獨占或共同支配者，必須同時滿足內部關係及對外關係。首先，就內部關係，依公平法第7條第2項規定，乃是指寡占事業彼此間「實際上不為價格之競爭」；惟正如同公平法第4條「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之

<sup>22</sup> 立法院秘書處編印，法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案，初版，自版（1992）。

<sup>23</sup> 石世豪譯，Arndt Teichmann著，「寡占市場上事業競爭行為之監督」，公平交易季刊，第5卷第3期，140（1997）。廖義男教授亦有幾乎相同的敘述，而謂：「在寡占市場上，若一事業有率先調整價格之行為，其他事業亦常跟隨作相同或相近幅度之調整價格，此種現象被稱為『價格領導或跟隨行為』或『有意識之平行行為』，法律上認為其乃寡占市場之競爭結構使事業須作如此之理性反應，並不認為違法。」參照廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司，196（2021）。

<sup>24</sup> 參照前揭註2-3以及其所引註之本文內容敘述。

價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」所示，事業間之競爭要素除價格外，尚有其他數量、品質、服務或交易條件之競爭，寡占事業間縱使不存在價格競爭，亦不排除其間存在品質或服務等之競爭。特別是最近數位平臺、社群網路等，競相提供消費者免費服務，價格不再是其競爭要素或變數，於此發展情勢下繼續將價格競爭有無作為共同獨占成立有無的認定要素，實無意義<sup>25</sup>。

其次，當寡占事業滿足第7條第2項規定而被認定為共同獨占事業後，究竟是其中個別事業本身即屬於公平法所稱「獨占」事業，抑或是所有事業整體方成立一個「獨占」事業？對照公平法第8條第2項「有前項各款情形之一，其個別事業於相關市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達主管機關所公告之金額者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。」之規定，似乎意涵著各個事業都將各自成立「獨占」事業，其行為各自受公平法第9條各款規定所規範。再者，公平會出版的《認識公平交易法》一書，有下列敘述：「由於公平交易法所定義之獨占，尚包括2家以上不為價格競爭，且具壓倒性地位，可排除競爭之能力之事業，因此公平會在認定相關市場之獨占事業時，並不以1家事業為限」<sup>26</sup>，其敘述似乎意味著，各個「寡占」事業皆將各自因此而成為「獨占」事業，而非其整體方構成一個「獨占」事業。

然而，姑且不論其因何種內部關係而成立共同獨占地位<sup>27</sup>，既然因為是寡占事業整體方構成「獨占事業」，於其濫用行為之規範上，理應遵守此種整體性原則，而不能於以整體性認定其「獨占」地位後，立即將渠等彼此間加以切割，以其各自行為論斷公平法第9條各款規定該當之有無。從而就法理而言，共同獨占或共同市場支配之複數事業，應是其整體共同對外實施滿足公平法第9條各款行為，方該當於該條各款禁止規定，而非其中一家任何事業依憑己意所為，即該當於公平法第9條各款之禁止規定。就比較法觀點而言，歐盟競爭法實務運作原則上雖也認為，共同支配地位的濫用，應由共同支配事業整體為之，但亦不排除，當其中個別事業所為乃是其共同支配地位的對外表明、抑或與其共同支配地位的利用有關時，各該事業的濫用行為亦可該

<sup>25</sup> 何之邁教授對於此種僅侷限於價格競爭的規範方式，亦有如下之評析：「本法僅以『實際不為價格競爭』為擬制條件，似未考慮到寡占市場可能存在長期之非價格競爭，如此之規定與寡占產業之經濟理性未洽，亦與擬制寡占事業為獨占之意旨有所違背。」參照：何之邁，「公平交易法：第一講—獨占（上）」，月旦法學教室，第60期，74（2007）。

<sup>26</sup> 公平交易委員會，前揭註13，38。

<sup>27</sup> 何之邁教授等主張，共同獨占內部關係之滿足，主要有下列三種情形：（1）相關事業屬於關係企業；（2）相關事業成立聯合行為；（3）寡占事業間的相互依賴關係，導致其對外關係一致、對內彼此牽制之現象。參照：何之邁、林怡君，「荷蘭皇家飛利浦光碟案判決評析—以公平交易法對於『獨占』之規範為中心」，月旦民商法雜誌，第11期，95-96（2006）。

當於市場支配濫用規範之禁止對象<sup>28</sup>。由此可知，縱使承認構成共同獨占或支配地位之各個事業，亦可能各自成為獨占或支配地位濫用規範之對象，但前提必須是其行為屬於全體事業共同默認的行為之一部分，而非任何單一事業的行為皆可視為共同獨占或支配事業的對外濫用行為<sup>29</sup>。

無論如何，正如同論者所指出，公平法之共同獨占濫用規範除一開始的獨占事業認定公告之特殊情形外，其後並無以該規定論處之案件，故而可謂「**公平法第7條第2項之實務執行，近30年堪稱並無任何進展**」<sup>30</sup>。對於此種從公平法成立以來，幾乎不具有規範實效性、在實務運作、理論發展毫無進展的共同獨占地位濫用規範，論者認為當有必要參酌外國法制，修正現有條文內容以促進其利用可能性<sup>31</sup>。然而，倘若現行公平會實務運作，已經藉由其他條文相當有效、甚至比獨占地位濫用規範本身更為有效處理、解決共同獨占地位濫用規範原本所欲解決之寡占市場競爭問題時，獨占地位濫用規範是否尚有繼續存在之必要，不無商榷餘地。

## （二）我國現行實務運作解決寡占市場競爭問題之執法方式

縱使擁有「共同」獨占或支配地位濫用規範的國家（區域），渠等對於該規範的執法相較於該國（區域）的「單獨」獨占或支配地位濫用規範，顯得消極許多。以與美國反托拉斯法共同被稱為世界二大競爭法規類型法域、且其規範內容及實務運作對其28個會員國競爭法制帶來重大影響的歐盟競爭法為例，雖然於歐盟運作條約第102條明文規定出共同支配地位濫用規範，但歷年來的實務運作事例在扣除有關結合管制案件後，顯得異常貧乏，致使其相關構成要件的解釋，迄今依舊存有難解、尚未有效釐清之處<sup>32</sup>。從歐盟競爭法主要執法機關之歐盟執委會，歷來相關文件中，亦可

<sup>28</sup> See Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] E.C.R. II-2969, para. 66: “**the abuse does not necessarily have to be the action of all the undertakings in question. It only has to be capable of being identified as one of the manifestations of such a joint dominant position being held. Therefore, undertakings occupying a joint dominant position may engage in joint or individual abuse conduct. It is enough for that abusive conduct to relate to the exploitation of the joint dominant position which the undertakings hold in the market.**”

<sup>29</sup> O'Donoghue QC & Padilla, *supra* note 11, at 248 中，作者如此說明：「**The conduct must therefore be part of a tacitly agreed course of action and not simply any (unrelated) conduct that an individual firm happens to carry out in an oligopolistic market.**」。

<sup>30</sup> 周泰德，「論寡占事業之共同支配地位—以德國競爭法獨占規範為借鏡」，公平交易季刊，第30卷第2期，42（2022）。

<sup>31</sup> 同上註，43-45。

<sup>32</sup> David Bailey & Laura Elizabeth John (eds), *Bellamy & Child: European Union Law*

窺悉該當共同支配地位濫用規範，所不被重視之程度。歐盟執委會於2009年公布其市場支配地位濫用執法優先指引時，全文14頁中提及共同支配地位者，僅僅只有短短的6行敘述，且敘述目的亦只是為說明，該指引僅適用於單獨支配地位，而不適用於共同支配地位之情形<sup>33</sup>；學者研究亦指出，歐盟會員國之競爭法執法機關於共同支配地位濫用規範之執法上，比起歐盟執委會顯得更為消極，且其多數集中於結合管制上，僅有少數事例係真正碰觸到支配地位濫用規範<sup>34</sup>。

凡此種種，在在顯示出，縱使共同支配地位濫用規範原本目的係在於解決寡占市場所引發的競爭問題，但實際上其並無法有效規範寡占事業之行為<sup>35</sup>。歐洲學者甚至認為，鑑於寡占市場結構並非僅有類似價格領導之不利於競爭機制發揮的行為，賽局理論說明寡占事業依舊有相互競爭的可能性，惟現行共同支配地位濫用規範並無法有效區辨合法與違法行為，其執法結果將引發「錯誤制裁」（false positive）之錯誤成本，故主張歐盟執委會應放棄共同支配地位濫用規範的執法<sup>36</sup>。

於此認知下，從公平法正式施行開始，就共同獨占地位濫用規範「**30年堪稱並無任何進展**」的我國公平法及公平會，是否有必要繼續留存該規定、甚至修改該規定內容以促進其執法？實不無疑問。實際上，正如同論者於文章中所指出，我國公平會過去亦非缺乏得以動用公平法第7條第2項規定之案例，但卻皆以聯合行為規範加以處理<sup>37</sup>。特別是，在堪稱為嚆矢的中油台塑漲價一案中，不僅其市場結構可被認定為中油與台塑二者之雙頭寡占，明顯符合現行公平法第7條第2項、第8條第1項第2款之共

*of Competition*, 8th ed. Oxford University Press, para. 10.051 (2018).

<sup>33</sup> European Commission, *supra* note 17, para. 4: “**Article 82 applies to undertakings which hold a dominant position on one or more relevant markets. Such a position may be held by one undertaking (single dominance) or by two or more undertakings (collective dominance). This document only relates to abuses committed by an undertaking holding a single dominant position.**”

<sup>34</sup> Nicolas Petit, “The Oligopoly Problem in EU Competition Law,” 43 (2012), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1999829&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829&download=yes), last visited date on: 2022/08/18.

<sup>35</sup> Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases, and Materials*, 6th ed., Oxford University Press, 710 (2016).

<sup>36</sup> See e.g., Félix E. Mezzanotte, “Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error,” *World Competition* 33.1, 77 (2010).

<sup>37</sup> 周泰德，前揭註30，42如此敘述：「我國實務上，關於管制寡占市場事業限制競爭行為，主管機關已聯合行為規範為主，然而，以永豐餘工業用紙漲價案（最高行政法院106年度判字第265號判決）、中油台塑案（最高行政法院98年度判字第92號判決、四大超商線煮咖啡漲價案（最高行政法院103年度判字第195號判決）而言，均係探討寡占市場中業者是否為一致性行為或者平行行為之議題。」

同獨占要件，且公平會亦發現於不到2年半的期間內，該二家公司同步漲價的行為達20次之多。對於此種最接近濫用共同獨占地位之行為，公平會從一開始就完全沒有檢討是否適用現行公平法第7條第2項規定之適用，而直接以聯合行為規範作為其法律依據，並利用其所認為美國反托拉斯法上之「促進措施」(facilitating practices)，認定二家事業間存在聯合行為的合意<sup>38</sup>，最後並獲得最高行政法院支持<sup>39</sup>。倘若對於此類因其市場價格資訊非常透明化，而其定性應屬寡占市場合法的平行行為之類型<sup>40</sup>，我國公平會及法院皆可利用聯合行為規範加以管制<sup>41</sup>，則對於其他市場價格資訊等較不透明、市場結構低於雙頭寡占之一般寡占結構，又有何困難可以阻礙公平法聯合規範的適用<sup>42</sup>。

本文無意針對公平會現行有關聯合行為合意認定之實務運作良窳，加以評論<sup>43</sup>，僅是意欲闡明，我國公平會現行有關寡占市場競爭行為規範之實務運作事實。更何況，自上述中油台塑同步漲價案之後，公平會實務運作即更重視經濟分析之說理、強

<sup>38</sup> 公平會(94)公處字第094079號處分書。

<sup>39</sup> 最高行政法院98年度判字第92號行政判決。

<sup>40</sup> 何之邁教授即清楚指出：「公平會對於本案之處分，雖完整描述被處分之二公司近二十次價格調漲之事實，期以強化處分理由之說服力，惟因未符一致性行為之間接證據認定法則，將中油公司價格預告機制之產生背景及運作之歷史納入考量，亦未進一步說明被處分人之行為如何與聯合合意有所關連，即以寡占市場中事業有意識之平行行為為價格一致之結果，遽而推論被處分人間具有聯合行為之合意，其法理上之論據不免有失嚴謹，且無法確切釐清本案事實究屬寡占市場中經常發生之有意識之平行行為，抑或如處分理由所認定之一致性行為。」參照何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？—評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第58期，167(2006)。

<sup>41</sup> 事實上，當我國公平會代表於2006年參加OECD全球競爭論壇，於會中特地報告上開中油台塑同步漲價之間接證據利用方式及作法時，論壇的秘書單位於彙整各國資料並加以評論之際，對於中油台塑案中的間接證據解釋、適用方式，直接指出其問題點而如此闡述：「**The competition authority apparently employed a form of economic analysis . . . but it is not clear why the agency rejected the hypothesis of unilateral non cooperative best response-in particular the dominant-firm price leadership model.**」 See OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence* 38-39 (2006)。

<sup>42</sup> 有關於此，可以參照最高行政法院100年度判字第600、615、616、617號判決(水泥業者聯合漲價案)、最高行政法院103年度判字第294號判決(超商現煮咖啡聯合漲價案)、最高行政法院104年度判字第181號判決(造紙業者聯合漲價案)等。

<sup>43</sup> 有關公平會聯合行為合意認定之實務運作的評析，可參照：顏雅倫，「聯合行為之合意推定—美國反托拉斯法之比較法研究」，公平交易季刊，第27卷第1期(2019)。

化其促進措施、附加要素（plus factors）適用之基礎及情況，而於法律適用上有相當長足的進步。此外，公平法並於2011年修正時，引進寬恕政策，以賽局理論囚犯困境之模式鼓勵違法者挺身而出自我告發，並對其免除或減輕罰鍰處分<sup>44</sup>，藉此以更容易偵測寡占市場聯合行為的存在，亦可同時減輕公平會關於合意之舉證責任。而於法律規範上，當公平會關於上述促進措施、附加要素相關論述及舉證，未能被法院所接受時，立法機關亦隨之挺身而出，增訂現行公平法第14條第3項「**聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。**」<sup>45</sup>之推定規定，直接以法律明文規定試圖減輕公平會關於寡占市場聯合行為合意舉證之困難性。

凡此種種，在在顯示，就我國現行公平法規範及公平會之實務運作而言，針對寡占市場結構可能引發的市場領導等競爭問題，較諸一開始其規範內容就僅是問題提起、僅是提出共同獨占地位狀態本身規範，而未針對價格領導等行為直接加以禁止的現行公平法第7條第2項等共同獨占地位濫用規定；於經過長期運作磨合、磨練並強化的聯合行為（合意）及其舉發、舉證等規範，在促進措施、附加因素、寬恕政策及現行公平法第14條第3項等的加持下，現行公平法聯合行為規範及公平會有關於此的實務運作，已可以充分、甚至完全取代原本共同獨占地位濫用規範所欲實踐之規範目的。更何況，外國法制運作實際狀況僅說明共同獨占或支配地位濫用，並無法減輕聯合行為合意要件舉證時所面臨的問題點及責任<sup>46</sup>，其運用不慎甚至可能導致原本應於第二階段方始認定的濫用行為，內含於第一階段共同獨占或支配地位認定的結果中，造成共同獨占或支配地位存在本身即屬違法之弔詭<sup>47</sup>。如同前述，此種錯誤制裁所引發的對合法行為的制裁及其所產生的錯誤執法成本，早已成為論者主張競爭法主管機關應停止共同獨占或支配地位濫用規範之論述基礎<sup>48</sup>。最後，則是救濟手段或矯正措施之問題。縱令同意共同獨占或支配地位濫用規範的存在，但對於其所預定規範對象之寡占市場的價格領導行為等，又如何祭出有效、合宜的矯正措施<sup>49</sup>？蓋渠等原本即

<sup>44</sup> 有關寬恕政策之論述及各國法制比較，參照：石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究—美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第26卷第2期（2018）。

<sup>45</sup> 該項規定之立法理由如下：「舉證為訴訟勝敗之關鍵，實務上主管機關欲取得成立聯合行為之直接證據，非常困難，為有效規範聯合行為，應適度賦予主管機關得以相當依據推定聯合行為之合意要件，爰增訂第三項規定。」

<sup>46</sup> Bailey & John (eds), *supra* note 32, para. 10.053.

<sup>47</sup> O'Donoghue QC & Padilla, *supra* note 11, at 248.

<sup>48</sup> See Mezzanotte, *supra* note 36及其所引註之本文內容敘述。

<sup>49</sup> Barry E. Hawk & Giorgio A. Motta, "Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of A Problem," in: Enrico Adriano Raffaelli (ed.), *VI Antitrust Between EC Law and National Law*, 1st ed., Bruylant, 70-71 (2008).

是基於各自理性、利益之追求，而有其各自價格設定或跟隨行為，一旦此種各自理性之合理利益追求行為被認定為違法，並禁止渠等再有此類行為，則於市場上此類事業將何去何從？不得為理性經濟行為之事業，還有資格可以稱為公平法上之事業嗎？

基於以上認知，本文認為，現行公平法第7條第2項規定，除內容本身先天不良並無法針對其所提出問題加以有效規範及解決，尚可能帶來對合法行為的禁止等錯誤制裁的寒蟬效應，加以公平法及公平會近年來於促進措施、附加因素、寬恕政策等舉證能力強化、舉證責任減輕等可以更為合理、有效解決寡占市場競爭問題，在對於此類市場寡占競爭行為欠缺合宜、有效的救濟措施下，「**30年堪稱並無任何進展**」的現行公平法第7條第2項、第8條第1項第2款、第3款等規定，應予刪除，以回歸一般競爭法制聯合行為規範的常態。

**建議四：現行公平法第7條第2項、第8條第1項第2款、第3款等規定，應予刪除。**

#### 四、欠缺對市場效果要件所引發之誤解

本文認為，現行公平法獨占地位濫用規範最大之問題點，當在於其未能明文規定出對市場效果要件，導致實務運作上認為只要認定獨占地位的存在，加上有公平法第9條各款行為的外觀，系爭行為即屬違法，毋庸探究該行為是否對市場帶來限制競爭的效果<sup>50</sup>。一般而言，競爭法關於獨占地位濫用之違法性的認定，多係採取納入各種促進競爭、限制競爭要素的綜合比較衡量之「合理原則」（rule of reason），而非類似價格、數量、分割市場聯合行為等其行為本身即屬違法的「當然違法」（per se illegal）認定方式。然而，當我國公平法對於含括上述當然違法類型在內的聯合行為規範，都要求其行為必須產生「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之對市場效果要件時，方得認定其違法<sup>51</sup>；甚至對於，一般而言對市場競爭影響層面較小的公平法第20條所規範之垂直交易限制行為，都以該等行為「**有限制競爭之虞**」時，方加以禁止。於此規範方式下，對競爭影響層面及程度與聯合行為類似但遠較垂直交易限制為大的獨占地位濫用規範，若無類似的對市場效果要件之存在，其規範邏輯，豈不荒謬。

的確，如果純粹僅侷限於文義解釋，則相較於公平法第15條有「**足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能**」、第20條存在「**有限制競爭之虞**」等明文規定的對

<sup>50</sup> 參照公平會前揭註8處分書及其所引註本文中，魏杏芳委員、洪財隆委員所提出之不同意見書的內容敘述。

<sup>51</sup> 有關聯合行為對市場效果要件之評析，參照：黃銘傑，「我國法院判決對『足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能』要件之認知及其發展趨勢研析」，公平交易季刊，第28卷第1期，1-38（2020）。

市場效果要件，無此相對應文字的公平法第9條規定，其適用似不以對市場造成一定的不當限制效果為前提。或因此故，導致公平會雖於公平法施行細則第3條，就認定獨占地位存在與否的各種要素，加以臚列、規定，但完全未見有考量獨占地位濫用所引發限制競爭效果的各项要素之條列。然而，就合目的性解釋而言，公平法既以「自由與公平競爭」為其規範目的及手段，則當市場競爭並未因系爭行為遭受負面影響時，公平法實無介入空間。正如同論者所言：「當市場進入障礙不存在時，獨占者賺取獨占利益本身將會吸引新的事業進入市場；易言之，獨占地位的利用行為本身，將會隨著時間的流逝而促進競爭。」<sup>52</sup>若此，則僅是依據形式上獨占或市場支配地位之有無，加上特定行為形式存在與否的認定，即斷言其對市場競爭造成不當影響、從而違法之違法性判斷方式，當不足取。

正是於此認知下，與我國公平法一樣，市場支配地位濫用規定中並不存在對市場效果要件的歐盟運作條約第102條<sup>53</sup>，其主要執法機關歐盟執委會自2009年開始，即已對外公佈其關於該條規定之執法指引，闡明其通常係於存在強而有力且令人信服證據，足以證明系爭濫用行為可能造成限制競爭的市場封鎖之情況下，方始介入<sup>54</sup>。此際，歐盟執委會除正視系爭行為所涉及之特殊要素外，通常還會考慮下列一般要素，確認其限制競爭效果之有無：（1）市場支配力量之大小；（2）系爭相關市場之結構及（進入）條件等；（3）市場支配者之競爭者的市場地位及能力；（4）市場支配者之上游或下游交易相對人之市場地位及能力；（5）系爭濫用行為所涉及之銷售額、存續期間等對市場影響之範圍及程度；（6）其他造成市場確實封鎖之可能證據；（7）任何其他排除競爭策略之直接證據<sup>55</sup>。

事實上，歐盟運作條約第102條的權威解說書指出，早於歐盟執委會公布上開指引前，歐盟法院的判決從一開始即堅持市場支配濫用規範的適用，必須以其具有阻礙競爭之效果為前提。就此，該書作者認為，此種法律適用方式與歐盟運作條約第102條並不存在所謂當然違法行為之事實，相互一致；從而當缺乏任何可感知的限制

<sup>52</sup> Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 9th ed., Oxford University Press, 207-208 (2018).

<sup>53</sup> 於此必須注意的是，歐盟運作條約第102條本文雖有「影響會員國間交易」(may affect trade between Member States)之要件，但該要件乃係共通於該條約第101條及第102條之規定，其規範意義在於界定系爭限制競爭行為究竟應屬於歐盟執法機關管轄、抑或應由各會員國競爭法主管機關等管轄之問題，而非一般所認知法律適用實體要件之對市場效果要件。See generally Bailey & John (eds), *supra* note 32, paras 1.113-114.

<sup>54</sup> European Commission, *supra* note 17, para. 20: “The Commission will normally intervene under Article 82 where, on the basis of cogent and convincing evidence, the allegedly abusive conduct is likely to lead to anti-competitive foreclosure.”

<sup>55</sup> *Id.* at para. 20-21.

競爭效果之證據時，必須合理推論系爭行為並不該當於濫用。職是，於適用該條規定時，至少必須提出一定證據證明其限制競爭效果的存在<sup>56</sup>。甚至，當歐盟普通法院（General Court）於*Intel v. commission*一案判決中<sup>57</sup>，對於此種必須要求展現限制競爭效果的法律適用有所退縮，而認為系爭全量購買或排他性折扣行為並非基於效能競爭而為，應認定其目的本身違法而其行為當然違法時<sup>58</sup>，歐盟法院對此並不表示認同，其進而闡明，判例法已經澄清，當系爭事業於行政程序中基於可信的證據，主張其行為並不足以限制競爭、特別是並未產生所謂的市場封鎖效果時，主管機關應就此加以考量並就此限制競爭效果相關要素加以論證<sup>59</sup>。

在歐盟法院發回後，歐盟普通法院於2022年1月所為判決中，確認歐盟執委會於歐盟運作條約第102條的案件中，必須嚴格舉證其限制競爭效果，且必須至少就下列事項加以說明及分析：（1）相關市場中事業之市場支配地位的程度或高低；（2）系爭行為所涉及之市場占有率；（3）事業給予系爭折扣之條件或協議；（4）系爭折扣之存續期間及數量；（5）是否存在任何策略計畫將與市場支配事業至少具有同等效率之競爭者排除於市場外<sup>60</sup>。若此，則於歐盟法院的堅持下，論者認為：「**系爭行為會被認定為濫用，僅於可以證明其對於同等效率競爭者具有限制競爭效果之情形。易言之，於歐盟運作條約第102條的規範下，並不存在所謂當然違法之行為**」<sup>61</sup>。

由上可知，在世界二大競爭法系，不論是美國反托拉斯法所採取的合理原則<sup>62</sup>、抑或是上述歐盟競爭法所要求的限制競爭效果分析，在在都不存在以其行為本身即屬違法，而毋庸論斷、證明其限制競爭效果之當然違法類型。此種法律適用態度及認知，不因其競爭法關於獨占或市場支配地位濫用規定，是否包含對市場效果要件而發

<sup>56</sup> O'Donoghue QC & Padilla, *supra* note 11, 323-324.

<sup>57</sup> Case T-286/09, EU:T:2014:547.

<sup>58</sup> *Id.* at paras 81, 94.

<sup>59</sup> Case C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, paras 138-140.

<sup>60</sup> Case T-286/09 RENV EU:T:2022:19, para 119: **“the criteria to be taken into account in determining whether there had been an infringement of Article 102 TFEU. According to the Court of Justice, the Commission is required to analyse, first, the extent of the undertaking’s dominant position on the relevant market, second, the share of the market covered by the contested practice, third, the conditions and arrangements for granting the rebates in question, and fourth, their duration and their amount; but it is also required to assess, fifth, the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market.”**

<sup>61</sup> Whish & Bailey, *supra* note 52, at 206.

<sup>62</sup> 有關美國獨占地位濫用規範違法性認定採「合理原則」之說明，*See generally* E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, 7th ed. Carolina Academic Pr, 266-272 (2019).

生差異。如同前述<sup>63</sup>，我國論者早已指出公平會往往以「**垂直面交易關係特徵，推論行為之排除競爭效果**」，而此種僅著眼於行為本身或行為形式的法律適用方式，將導致「最終消費者享受低價或折扣利益等．．．被忽略」；論者更進一步申論：「**在單方行為的案件中，我們比較可以期待透過潛在的競爭壓力，來抑制具市場力廠商的濫用行為，以及所產生排除競爭的效果。故如果主管機關對單方與雙方行為採同等之執法密度與強度時，單方行為出現『錯殺』的機率也將增加。**」<sup>64</sup>當我國公平法針對對市場競爭危害更大的聯合行為（雙方行為），係以其（可能）產生「**足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能**」的限制競爭效果為其適用前提，倘若公平會執法態度及作法，亦如同前述僅是著眼於其行為面，進而從行為態樣或特徵等方式推論出限制競爭效果的話，則顯然我國公平會關於獨占地位濫用規範的執法密度與強度，不僅不低於、甚至可謂遠遠高於聯合行為規範，其法律執行不可避免將導致「錯殺」機率大幅增加，不僅可能對於合法的競爭行為帶來寒蟬效應，亦損及消費者權益而無助於我國經濟之健全發展。

綜合以上認知，本文認為，不論是公平會、抑或是法院，原本或許無意對於獨占地位濫用規範採取形式法律適用方式，而以行為本身認定違法；惟因現行公平法第9條本文規定並未包含對市場效果要件，令渠等於法律解釋適用時，或為求便利、或為求處分目的之達成，進而產生誘因規避繁瑣的限制競爭效果之舉證責任。此際，未能明文規定出對市場效果要件的現行公平法第9條，正好提供渠等得以規避如此責任之誘因及管道。不論是就比較法之分析結果、抑或是從獨占地位濫用規範原本應有之違法性認定法理、甚至執法錯誤成本之考量，在在皆有必要敦促公平會於有關獨占地位濫用規範時，證明系爭行為具有限制競爭效果，且該效果大於促進競爭或對消費者等有利之結果。倘若因為條文規定本身欠缺對市場效果要件，而提供公平會及法院得以規避該當責任之誘因及管道，則當有必要修正法條規定，於其中加入對市場效果要件。

此際，鑑於聯合行為整體對外之關係亦形同獨占一般，且從比較法觀點而言，就獨占地位濫用規範設有對市場效果要件之美、日競爭法制，其獨占地位濫用與聯合行為二者的對市場效果要件亦設定為相同標準<sup>65</sup>；從而未來於我國公平法第9條規定中追加對市場效果要件時，似可直接套用現行公平法第14條第1項之對市場效果要件。至

<sup>63</sup> 參照前揭註7及其所引註之本文內容敘述。

<sup>64</sup> 陳志民，前揭註4，92。

<sup>65</sup> 美國休曼法第1條聯合行為規範、第2條獨占地位濫用規範二者之對市場效果要件，皆為「限制州際或對外貿易」；日本獨占禁止法第2條第5項獨占地位濫用規範、第6項聯合行為規範，其對市場效果要件則同為「對一定交易領域之競爭造成實質限制者」。

於其效果的判斷、認定方式，是採取與第14條第1項同樣的「質」、「量」並重法<sup>66</sup>，抑或是參考前述歐盟執委會指引所列各種限制競爭效果判斷、考量之因素<sup>67</sup>，而將其規定於公平法施行細則中，皆無不可。惟因聯合行為之對象市場，法理上多僅限定於相關事業所處之相關市場，而如同前述<sup>68</sup>，我國未來獨占或市場支配地位濫用規範所應規範之市場，不應僅限定於獨占或市場支配地位本身所處之相關市場，而應包含其他關連市場，故於立法時應就此予以明文規定，避免產生解釋適用上的疑慮。

**建議五：現行公平法第9條規定本文應加入類似聯合行為規範的對市場效果要件，而修正為：「獨占事業因下列各款行為之一，而足以影響生產、商品交易或服務供需之其所處或其他相關市場功能者，不得為之。」**

## 五、濫用行為類型化之問題點及其與公平法第20條間之規範關係

### (一) 「濫用」之概念及其類型化

任何人都同意，事業、特別是包含獨占事業在內等擁有市場力（market power）之事業，不得濫用其市場地位干擾或扭曲市場競爭機制的正常運作，各國競爭法制亦皆對於此種濫用行為，加以規範。但對於何謂「濫用」，幾乎未見有國家競爭法從正面詳細加以定義，而係委由各國法院於個案中加以闡明。其中，最受矚目者，當屬歐盟法院有關其歐盟運作條約第102條市場支配地位濫用規範之解釋。在 *Hoffmann-La Roche v. Commission*<sup>69</sup> 一案判決中，歐盟法院針對何謂濫用有如下詳細的闡述：「濫用概念係有關擁有足以影響市場結構之市場支配事業行為的客觀概念，該當市場中因為系爭事業存在本身導致其競爭程度減弱，且經由訴諸不同於一般事業經營者基於商品或服務的通常競爭方式之方法，而發生阻礙維持或增進市場現有競爭程度之效果。」<sup>70</sup> 由此可知，濫用係一種有關行為的客觀概念，其規範屬於行為規範，而非市場結構規範；與此同時，濫用行為形式本身並不違法，而係因其行為實施發生限制競爭效果，導致市場競爭維繫或促進受到阻礙，方得認定其屬於競爭法上之違法行為。

於此認知下，不論法規或其實務運作、抑或是學說針對「濫用」行為如何分類，都不應脫離上述有關濫用概念之行為及效果二者基本要素，而其核心在於阻礙市場競

<sup>66</sup> 有關此種「質」、「量」之違法性認定方法及其具體運作方式，參照：黃銘傑，前揭註51，7-17。

<sup>67</sup> 參照前揭註54-55及其所引註之本文內容敘述。

<sup>68</sup> See Hovenkamp, *supra* note 16之內容說明。

<sup>69</sup> Case 85/76, 1979 E.C.R. 461.

<sup>70</sup> *Id.* at para. 91.

爭機制的有效運作。惟不論如何詳細描繪濫用概念之內含，其概念本身依舊相當抽象，從而多數國家競爭法制於規定其獨占或市場支配地位濫用時，除以一般性禁止獨占或市場支配事業濫用其獨占或市場支配地位外，尚於其規定中例示出濫用行為的具體類型。我國公平法第9條規範方式及設計較為特殊，該條規定先於第1款至第3款規定中，例示出3種濫用類型<sup>71</sup>，其後方於第4款中一般性地禁止「**其他濫用市場地位之行為**」。嫻熟德國法學研究方法論且受德國競爭法學說影響者，立刻就可以將該等濫用規定類型化為「阻礙濫用」及「榨取濫用」二者<sup>72</sup>。

陳志民教授對於上述類型化作法加以質疑，其認為：「**隨著競爭法愈來愈強調以經濟效果分析作為執法之依據，此一分類實有調整的必要。．．．愈來愈多的經濟研究顯示，多數的濫用行為，其可能會同時產生『阻礙』與『榨取』的效果。**」<sup>73</sup>惟相當弔詭地，陳教授其後關於獨占地位濫用類型之主張，又似乎回到與「阻礙濫用」及「榨取濫用」相當近似的分類方式，而謂：「**從經濟分析的角度來看，『排除』（exclusion）與福利或利潤『抽離』（extraction），乃競爭法關切獨占行為的二項主要效果類型。**」<sup>74</sup>但其後論述則未就「排除」與「抽離」二種類型，其下各自包含何種具體行為類型，而可作為改善現行公平法第9條規定之參考，詳細加以闡述。或許，陳教授之所以強調「排除」與「抽離」之類型化概念，其目的在於提醒競爭法主管機關，由於屬於「抽離」類型者，「**有相當部分純屬交易當事人間之財富移轉，不涉及福利效果的損失，除非涉案行為呈現特定市場與產業之結構或行為面特色，否則，競爭法不宜介入規範此類行為。蓋除了上述出現『錯誤制裁』機率與成本高於『錯誤縱放』外，以利潤『抽離』為執法依據，很容易出現低估創新等動態競爭效率，以及忽略了事業以類似差別取價或搭售行為來因應競爭或控制產品品質之正當性。．．．再者，規範行為之『抽離』效果，也會涉及很高的事後監督成本**」<sup>75</sup>。

本文完全同意陳教授上述關於「抽離」類型執法可能產生之問題點，以及有關於此之介入應非常謹慎為之的看法。正是基於同樣觀點，歐盟運作條約第102條的權威解說書，針對「榨取」或「脫離」濫用之典型的過高價格（excessive pricing）行為，主張應僅限定於其滿足非常嚴格的市場結構及行為面條件下，競爭法主管機關方得介

<sup>71</sup> 當然，倘若認為獨占或市場支配地位濫用的核心在於阻礙市場競爭機制之有效運作，則公平法第9條第1款「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭。」之規定，其實不能稱之為具體的濫用行為類型，而近似於同條第4款之其他濫用市場地位之規範方式。

<sup>72</sup> 吳秀明，前揭註1，341-342。

<sup>73</sup> 陳志民，前揭註4，93-94。

<sup>74</sup> 同上註，95。

<sup>75</sup> 同上註，95。

入、加以管制<sup>76</sup>。申言之，就競爭法主管機關而言，介入「榨取」或「抽離」濫用之管制，乃是極端例外，而非常態，其實屬在其他目的事業主管機關無法實施有效管制下的「最後手段」<sup>77</sup>。亦當是於此認知下，歐盟執委會於其有關歐盟運作條約第102條執法優先順序的指引中，雖然明白指出第102條規定雖亦可適用於類似過高價格之「榨取」濫用類型，但該指引目的及對象僅限定於「阻礙」或「排除」濫用類型，特別是基於其過去執法經驗，最常出現之排除市場競爭之行為類型<sup>78</sup>。

由上可知，就獨占或市場支配地位濫用規範而言，其規範或執法重心應在於「阻礙」或「排除」濫用行為，而不在於「榨取」或「抽離」濫用之規範。然而，相當弔詭地，如同吳秀明教授所述，我國公平法獨占地位濫用規範施行的前10年，其法律執行對象及重心竟在於榨取濫用<sup>79</sup>；而在公平法施行的第2個10年中，「榨取」濫用規範似乎並沒有減退其重要性，而遭致陳教授對其執法的批評<sup>80</sup>。其後，公平會並未如同歐盟執委會對其有關公平法第9條規定的執法對象及重心，提出任何說明，對其著重

<sup>76</sup> 該書就此如是說明：「**a multi-stage approach to the assessment of excessive pricing by dominant firms is appropriate. As a first stage, the structure of the market under scrutiny would be analysed. The investigation of the pricing policy of the dominant firm should continue only when it is found that: (1) the market is protected by hing barriers to entry; (2) consumers have no credible alternatives to the products of the dominant firm; and (3) firms compete in a mature environment, where investment and innovation play little or no role. As a second stage, the prices and price-cost margins of the dominant firm are compared to a battery of “competitive” benchmarks. Those prices are considered abusive when: (4) most or all benchmarking exercises point in the same direction; and (5) the differences between the dominant firm’s prices and the various competitive benchmarks are “substantial.”**」 See O'Donoghue QC & Padilla, *supra* note 11, 953.

<sup>77</sup> OECD Competition Committee, *supra* note 3, at 48 ( “Competition authorities may have a role to play as residual regulators or regulators of last resort particularly for sectors not requiring permanent regulators.” ) .

<sup>78</sup> European Commission, *supra* note 17, para 7: “Conduct which is directly exploitative of consumers, for example charging excessively high prices or certain behaviour that undermines the efforts to achieve an integrated internal market, is also liable to infringe Article 82. The Commission may decide to intervene in relation to such conduct, in particular where the protection of consumers and the proper functioning of the internal market cannot otherwise be adequately ensured. For the purpose of providing guidance on its enforcement priorities the Commission at this stage limits itself to exclusionary conduct and in, particular, certain specific types of exclusionary conduct which, based on its experience, appear to be the most common.”

<sup>79</sup> 參照吳秀明前揭註2及其所引註之本文內容敘述。

<sup>80</sup> 參照陳志民前揭註7及其所引註之本文內容敘述。

於榨取濫用的執法態度，是否已經有所改善，不得而知。

無論如何，倘若針對獨占或市場支配濫用行為的類型化，對於公平會執法可以帶來一定啟示及方向，則其類型的具體化例示規定，又可更具體闡明出，競爭法關於獨占或支配地位濫用規範應著重的執法對象及重心；則公平法獨占地位濫用規範若有意規定出例示規定，其內容理當以阻礙或排除濫用類型為主，毋庸刻意針對榨取或抽離濫用，加以例示，僅需於實務運作中肯定其可為獨占地位濫用管制類型之一，即可。於此認知下，吾人對於現行公平法第9條的例示規定，就無法予以認同。蓋該條第1款之例示，不僅因其文字過度抽象，而完全無法發揮其應例示具體行為態樣之功能；更重要的是，其所使用之「不公平之方法」用語，可能誤導實務運作誤認為該款規定因其手段本身「不公平」而違法，故於適用其規定時，毋庸探究其是否發生限制競爭效果、其效果內涵為何等經濟或競爭效應分析<sup>81</sup>，從而引發前述陳志民教授所稱「錯誤制裁」的高額成本。

因此，公平法第9條各款規定若欲發揮其對於公平會執法應有方向的引導功能，不僅其例示應以阻礙或排除濫用類行為主，亦應從其本身或其他國家競爭法執法經驗中，將最為常見的阻礙或排除濫用的具體行為類型，加以例示規定。此際，可資參酌者，當是歐盟執委會前述歐盟運作條約第102條執法優先順序指引，該指引具體提示出下列四種最為常見阻礙或排除濫用類型，作為其未來執法重心<sup>82</sup>：（1）排他性或獨家交易（exclusive dealing）；（2）搭售及綑綁（tying and bundling）；（3）掠奪性行為（predation）；（4）拒絕交易及價格擠壓（refusal to supply and margin squeeze）。

於此認知下，本文主張，未來我國公平法第9條規定方式，當是先一般性規定出獨占事業不得濫用其獨占地位，其後方參考歐盟執委會之實務運作成果及經驗，例示出類似上開各種具體的濫用行為類型，其他濫用行為則藉由實務運作有關一般性的獨占地位濫用禁止之規定，逐漸發展。再者，鑑於歐盟執委會所列各種類型中，價格擠壓的競爭效果較為複雜，對其是否具有限制競爭效果而違法，美、歐判決就此亦出現迥異之見解<sup>83</sup>，故建議我國公平法於例示濫用類型時，先不將其列入例示對象。此外，鑑於我國實務運作中經常出現差別待遇之濫用行為<sup>84</sup>，故建議應將差別待遇列入例示類型中。最後，未來條文規定內容應避免使用，類似現行公平法第9條第1款暗示行為或手段本身違法之「不公平之方法」等用語。

<sup>81</sup> 參照：公平會，前揭註8處分書，魏杏芳委員之不同意見書敘述。

<sup>82</sup> European Commission, *supra* note 17, at paras 32-90.

<sup>83</sup> 有關於此，參照：林心印、王立達，「競爭法上價格擠壓違法性之探討與建構」，*萬國法律*，第184期，91-95（2012）。

<sup>84</sup> 在公平會所編著之《認識公平交易法》一書中，有關獨占地位濫用案例所舉出的4件濫用案例，即有其中半數之2件屬於差別待遇濫用。參照：公平交易委員會，前揭註13，43-62。

**建議六：我國公平法第9條未來應修正如下（惟此處僅列出其類型名稱，至於其具體文字內容，則留待公平會基於其過去執法專業經驗具體描述之）：「獨占事業不得當濫用其獨占地位，致影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。（第一項）前項所稱濫用獨占地位者，包含下列各款行為：一、排他性或獨家交易。二、搭售或綑綁。三、掠奪性行為。四、拒絕交易。五、差別待遇。（第二項）」**

## （二）現行公平交易法第9條與第19條、第20條間之規範關係

或許，讀者諸君已經注意到，在上述建議六所草擬的公平法第9條第2項修正案中所例示的各款濫用行為，與現行公平法第20條規定，具有高度的重複性。的確，除第20條第2款明文規定出差別待遇，而包含拒絕交易及其他差別待遇類型外，依據公平法施行細則第27條「**本法第二十條第三款所稱低價利誘，指事業以低於成本或顯不相當之價格，阻礙競爭者參與或從事競爭。**」，此類似於掠奪性訂價；而該施行細則第28條第1項「**本法第二十條第五款所稱限制，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。**」，亦對應於上開建議案之獨家交易、搭售等類型。實則，現行公平法第9條與第20條規定，從其制定伊始，就已經注定二者間的糾結關係。蓋獨占地位濫用行為本來就是獨占事業所為單方行為，其目的在於，影響其本身所處相關市場或其交易相對人所處相關市場的競爭；同樣地，被定位為垂直交易（競爭）限制規範的公平法第20條，亦是屬於事業之單方行為，其行為目的或對象，亦是在於影響事業本身所處相關市場或其交易相對人所處相關市場的競爭。二者規範目的、對象，本就高度重疊，因此方有吳秀明教授、陳志民教授於公平法施行第1個10週年、第2個10週年的報告中，或稱之為「**遁入第十九條（現行法第二十條）之獨占管制**」<sup>85</sup>或以「**依公平交易法第19條（現行法第20條）規定處分之案件**」為標題，就其適用方式加以檢討<sup>86</sup>。此種情形，因現行公平法第8條第2項將縱使實際上是名符其實的獨占事業，卻因其年度營業額未滿足公告門檻，而無法將之以公平法上的獨占事業予以對待，故只得藉由第20條各款規定加以管制<sup>87</sup>。

當然，之所以對原屬獨占地位濫用行為，卻得以藉由公平法第20條各款規定加以規範之理由，在於公平會實務運作上，對於適用第20條所要求之事業市場占有率，遠低於對獨占事業的要求，而使得只要符合獨占事業認定，幾乎就自動滿足第20條適用之門檻。依據公平會2016年2月17日第1267次委員會決議：「**1.公平交易法第20條所規**

<sup>85</sup> 吳秀明，前揭註1，365-368。

<sup>86</sup> 陳志民，前揭註4，80-82。

<sup>87</sup> 事實上，筆者過去於檢討我國法院有關公平法第20條之判決時，亦發現此種問題，參照：黃銘傑，「我國法院對垂直交易限制規範之認知及判決發展趨勢研析」，公平交易季刊，第29卷第2期，16-21、50-51（2021）。

範之垂直非價格交易限制行為，事業於相關市場之市場占有率未達 15%者，推定該事業不具有市場力量，原則上無限制競爭之虞。2.另考量市場運作實務，事業之市場占有率雖未達 15%，但若交易相對人對該事業不具有足夠且可期待之偏離可能性，應認事業間有依賴性存在，該事業具相對市場優勢地位，其限制競爭之行為仍得依公平交易法第 20 條予以規範。」由此可知，相對於依據現行公平法第8條第1項第1款規定，獨占事業以其市場占有率達50%以上為前提，同法第20條適用之市場占有率門檻則為 15%，甚至於所謂相對優勢地位之情形，縱令未達此該15%門檻，亦得適用之<sup>88</sup>。

然而，市場占有率僅有15%的事業，其行為果真會對市場競爭造成不當影響而容許公平會的介入、管制嗎？就此，筆者過去於檢討公平法第20條規定之實務運作及其存廢時，曾有如下敘述：「顯然，僅是10% 或15% 的市場遭到封鎖，當不致會有排除競爭者或阻礙新事業的市場進入；蓋尚有其他90% 或85% 的市場存在，競爭者或潛在競爭者理當可以輕易與此等未遭封鎖的上、下游事業從事交易，而無難能覓得其他交易對象、或退出市場或無法進入市場之問題。申言之，實施垂直交易限制的事業，其市場封鎖策略能否成功，取決於對其具備『牽制力』的事業之存在與否。倘若競爭者得以從此等具有牽制力的上、下游事業獲得其供給或銷售管道，則其競爭能力不會受到影響，亦不會產生重大的限制競爭效果，而無競爭法介入管制之餘地。．．．從上述牽制力、重大限制競爭效果等管制前提，已可窺知，得以成功藉由垂直交易限制封鎖市場、排除競爭者，實是公平法第7條所稱．．．獨占事業。」<sup>89</sup>

筆者同時於該文說明美、歐等國競爭法制，針對得以排除競爭者、限制競爭之能力，進而影響市場競爭機制之健全運作者，多以40%的市場占有率為門檻。從而，「倘若公平法對於自由競爭保護、限制競爭行為規範之目的，在於確保市場競爭機制免於受到人為扭曲並得恣意將其價格提升至高於競爭價格水平的話，則此時應受規範之事業，就不應該是僅僅擁有10% 或15% 左右市場占有率的事業，而應如同美、歐、德等國所要求的40% 以上市場占有率之事業。若此，則我國公平法縱使廢止第20條規定，亦得藉由第7條至第9條獨占地位濫用規定，有效規範對市場產生重大限制競爭效果而有必要由主管機關介入、加以管制的垂直限制競爭行為。」<sup>90</sup>

上述文章中，筆者之所以主張，應由改善現有獨占地位濫用規範著手，廢止現行公平法第20條，不僅因就競爭法規範理論而言，該條規定立足的「萌芽」理論，已

<sup>88</sup> 公平會現行關於相對優勢地位濫用之實務運作所產生之問題點及其批判，參照：黃銘傑，「相對優勢地位濫用規範的六大迷思」，臺大法學論叢，第51卷第1期，209（2022）。

<sup>89</sup> 黃銘傑，「公平交易法第20條廢止之試論」，公平交易季刊，第27卷第2期，12（2019）。

<sup>90</sup> 同上註，14-15。

不再為競爭法學理及實務所採；且因我國公平會關於該條規定之實務運作，「實已成為公平會『遁入』、『避難』的絕佳場所，其執法作為亦已扭曲公平法相關規定適用應有的正常作法，且於部分案件中，又以數百年前之理論，看待、處分現在經營、競爭策略，其危害不可不謂不深。」<sup>91</sup>其後，當筆者通盤檢討近20年我國法院關於公平法第20條之所有判決後，發現法院判決所衍生、蘊含之問題點（共9點）及盲點（共3點），完全不遜色於前述公平會的實務運作<sup>92</sup>。如此結果，使得吾人更有必要早日廢止此種被扭曲、濫用，且在實務運作存在各式各樣問題點及盲點的公平法第20條，並依循美、歐競爭法規範法理，將該條所規定的各種垂直交易限制行為，回歸其應有的獨占地位濫用規範之範疇。特別是，倘若可以依照本文建議，將「獨占」用語改為「市場支配」，且依照歐盟法院從牽制或制衡觀點重新定義市場支配概念<sup>93</sup>，令其得以對照各該事業所處市場結構、環境、市場進入障礙等實際狀態，以更為彈性之方式認定市場支配地位有無，更可適當降低其適用門檻，而更為有效規範各種不當限制市場競爭之單方垂直交易（競爭）限制之行為。

此外，針對規定於公平法第19條之另一種垂直交易限制類型的限制轉售價格規範，正如同筆者過去於檢討其法理基礎及公平會實務運作後得出之結論所示：「著眼於近年來產業組織論針對限制轉售價格所具有的競爭效果之研究成果，嘗試分析我國公平會現行法律執行的現狀，並發現其執法現狀蘊藏諸多問題點，其結果並可能對我國市場競爭、事業（國際）競爭能力帶來不當的影響，進而從解釋論層面，提出公平法第19條規定未來應有的解釋、適用之道，且主張若公平會無意更改其現行執法方式及態度時，則乾脆一勞永逸，廢除該條規定，以免其存在繼續對我國市場競爭及事業競爭能力，造成不當影響。」<sup>94</sup>特別是，現行公平法第19條有關限制轉售價格之規範方式，並非如同美國反托拉斯法般，以上下游事業間存在合意為前提<sup>95</sup>，而係由上游事業單方面加諸下游事業轉售價格之限制，其型態亦屬於單方垂直交易限制類型，其限制轉售價格行為得以對市場競爭造成不當影響，而有必要由公平法介入、加以管制者，亦與現行公平法第20條之狀況相同。

<sup>91</sup> 同上註，37。

<sup>92</sup> 黃銘傑，前揭註87，42-57。

<sup>93</sup> 參照前揭註10及其所引註之本文內容敘述。

<sup>94</sup> 參照：黃銘傑，「限制轉售價格之規範理念與革新之道—以經濟分析及我國法制變革為中心」，*公平交易季刊*，第27卷第3期，79（2019）。

<sup>95</sup> 有關限制轉售價格須以合意存在為前提及其可能引發之問題點，*See generally* Herbert J. Hovenkamp, "Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement" (2010). *Faculty Scholarship at Penn Law. 1838*, <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty-scholarship/1838>, last visited on date: 2022/08/18.

職是，依照前述論理，於廢止現行公平法第20條令其回歸市場支配地位濫用規範的同時，亦有必要廢止同樣屬於垂直交易限制規範之現行第19條規定，回歸市場支配地位濫用規範；並僅於分析其限制競爭、促進競爭效果後，對於造成市場不當影響之限制轉售價格行為加以禁止，而非如同現行公平法第19條因未有對市場效果要件，從而實務運作幾乎將其認知為當然違法類型，完全未就其限制競爭、促進競爭效果等予以綜合考量，方始論斷其違法性。

基於以上認知，本文認為，於適當修正現有獨占或市場支配地位規範後，其規範內容及對象當可有效涵蓋現行公平法第19條、第20條之規範對象及內容，從而該二條規定於市場支配地位濫用規範修正的同時，應予刪除。

**建議七：於依照本文建議修正市場支配地位濫用規範後，現行公平法第19條、第20條規定，應同時刪除。**

## 六、結語

本文接續吳秀明教授、陳志民教授針對公平法施行第1個10年、第2個10年有關獨占地位濫用規範之研究成果，而於公平法施行第3個10年的階段，再度檢視二位教授於其研究中所提示的重要問題，在第3個10年的運作中，是否已經得到充分、有效的解決？然而，結論似乎是悲觀的。於此認知下，本文認為若欲徹底改善公平法獨占地位濫用規範之實務執行，不應僅是停留於其後端的實務運作之檢討，而應徹底重新檢視、省思現行公平法獨占地位濫用規範本身，是否合適、妥當，而得作為第4個10年改善其實務運作之基礎？惟經詳細檢視公平法現行獨占地位濫用規範內容，發現其條文結構、規範內容、及用語本身，在在蘊含諸多問題點，以此問題多多之條文為法律執行依據，實難對其結果可以給予樂觀的期待。從而，若欲使公平法獨占地位濫用規範內容符合國際規範標準，令其執法結果及成效得以趕上國際執法潮流，則當有必要大刀闊斧對現行獨占地位濫用規範，加以修正。從而，本文主要利用與我國公平法獨占地位濫用規定具有類似規範內容的歐盟競爭法為比較法研究，針對我國現行公平法相關規範之修正方向及內容，提出共達七項之建議。於此，將各該建議之內容再次臚列如下：

建議一：公平法第7條第1項之「獨占」，應更名為「市場支配」，並仿效歐盟法院針對一般市場支配地位之認知或德國限制競爭防止法第18條第1項規定之類型化作法，闡明「市場支配」概念之內涵。

建議二：公平法第8條第1項可修正為：「一事業於相關市場之占有率達百分之四十以上者，推定為獨占（市場支配）事業。」

建議三：公平法第8條第2項、第3項規定，應予刪除。

建議四：公平法第7條第2項、第8條第1項第2款、第3款等規定，應予刪除。

建議五：公平法第9條規定本文應加入類似聯合行為規範的對市場效果要件，而修正為：「獨占事業因下列各款行為之一，而足以影響生產、商品交易或服務供需之其所處或其他相關市場功能者，不得為之。」

建議六：公平法第9條未來應修正如下（惟此處僅列出其類型名稱，至於具體文字內容，則留待公平會基於其過去執法專業經驗具體描述之）：「獨占事業不得當濫用其獨占地位，致影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。（第一項）前項所稱濫用獨占地位者，包含下列各款行為：一、排他性或獨家交易。二、搭售或綑綁。三、掠奪性行為。四、拒絕交易。五、差別待遇。（第二項）」

建議七：於依照本文建議修正市場支配地位濫用規範後，公平法第19條、第20條規定，應同時刪除。

最後，在重新整理、調整上述各項建議後，現行公平法獨占地位濫用規範，可為如下修正：

第七條 事業於相關市場上，有下列情形之一者，為市場支配事業：

- 一、處於無競爭狀態。
- 二、未面臨有效競爭。
- 三、相對於其競爭事業，具有優勢之市場地位。

一事業於相關市場之占有率達百分之四十以上者，推定為市場支配事業。

第八條 市場支配事業不得當濫用其市場支配地位，致影響生產、商品交易或服務供需之其所處或其他相關市場功能。

前項所稱濫用市場支配地位者，包含下列各款行為：

- 一、排他性或獨家交易。
- 二、搭售或綑綁。
- 三、掠奪性行為。
- 四、拒絕交易。
- 五、差別待遇。

第九條 （刪除）

第十九條（刪除）

第二十條（刪除）

## 參考文獻

中文部分：

- 1.公平交易委員會，認識公平交易法，19版，自版（2021）。
- 2.立法院秘書處，法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案，初版，自版（1992）。
- 3.石世豪譯，Arndt Teichmann著，「寡占市場上事業競爭行為之監督」，公平交易季刊，第5卷第3期（1997）。
- 4.石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究—美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第26卷第2期（2018）。
- 5.何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？—評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第58期（2006）。
- 6.何之邁，「公平交易法：第一講—獨占（上）」，月旦法學教室，第60期（2007）。
- 7.何之邁、林怡君，「荷蘭皇家飛利浦光碟案判決評析—以公平交易法對於『獨占』之規範為中心」，月旦民商法雜誌，第11期（2006）。
- 8.吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 9.周泰德，「論寡占事業之共同支配地位—以德國競爭法獨占規範為借鏡」，公平交易季刊，第30卷第2期（2022）。
- 10.林心印、王立達，「競爭法上價格擠壓違法性之探討與建構」，萬國法律，第184期（2012）。
- 11.張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學—理論與實際（上冊），6版修訂，翰蘆圖書出版公司（2012）。
- 12.陳志民，「公平交易法關於濫用獨占力規定之執法檢討與展望」，收錄於：公平交易委員會，公平交易法施行20週年—回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，自版（2012）。
- 13.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卷第3期（1998）。
- 14.黃銘傑，「公平交易法第20條廢止之試論」，公平交易季刊，第27卷第2期（2019）。
- 15.黃銘傑，「限制轉售價格之規範理念與革新之道—以經濟分析及我國法制變革為中心」，公平交易季刊，第27卷第3期（2019）。
- 16.黃銘傑，「我國法院判決對『足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能』要

- 件之認知及其發展趨勢研析」，公平交易季刊，第28卷第1期（2020）。
- 17.黃銘傑，「我國法院對垂直交易限制規範之認知及判決發展趨勢研析」，公平交易季刊，第29卷第2期（2021）。
- 18.黃銘傑，「相對優勢地位濫用規範的六大迷思」，臺大法學論叢，第51卷第1期（2022）。
- 19.廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司（2021）。
- 20.顏雅倫，「聯合行為之合意推定—美國反托拉斯法之比較法研究」，公平交易季刊，第27卷第1期（2019）。

外文部分

- 1.Bailey, David & John, Laura Elizabeth, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8th ed., Oxford University Press (2018).
- 2.Filippelli, Marilena, *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2013).
- 3.Hawk, Barry E. & Motta, Giorgio A., “Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem,” in: Raffaelli, Enrico Adriano (ed.), *VI Antitrust Between EC Law and National Law*, 1st ed., Bruylant (2009).
- 4.Hovenkamp, Herbert J., “The Sherman Act and Abuse of Dominance in the Age of Networks,” (2021), <https://www.promarket.org/2021/12/20/sherman-act-abuse-dominance-europe-monopolization/>.
- 5.Hovenkamp, Herbert J., “Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement,” *1838 Faculty Scholarship at Penn Carey Law* (2010), [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1838](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1838).
- 6.Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EU Competition Law — Text, Cases, and Materials*, 6th ed., Oxford University Press (2016).
- 7.Mezzanotte, Félix E., “Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error,” *33(1) World Competition* (2010).
- 8.O’Donoghue, Robert QC & Padilla, Jorge, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3rd ed., Hart Publishing (2020).
- 9.OECD, *Excessive Pricing*, DAF/COMP(2011)18, OECD Competition Committee (2011).
- 10.Petit, Nicolas, “The Oligopoly Problem in EU Competition Law,” *SSRN Paper* (2012), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1999829&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829&download=yes).

11. Sullivan, E. Thomas & Harrison, Jeffrey L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, 7th ed., Carolina Academic Press (2019).
12. Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 9th ed., Oxford University Press (2018).

## Reflections on the Control of Abuse of Monopoly in the Fair Trade Act

### Summary

This article argues that after 30 years of legal enforcement, there are many deficiencies in the control of abuse of the monopoly position in the Fair Trade Act, and it is necessary to correct it. After reviewing the current provisions of the Fair Trade Act on the abuse of monopoly position and the lack of practical operation, this paper proposes that the future of the control of abuse of the monopoly position should be revised in the direction and content as follows: (1) The "monopoly" in Paragraph 1 of Article 7 should be renamed as market dominance, and following the European Court of Justice's perception of general market dominance or the typographical approach stipulated in Article 18(1) of the German Act on the Prevention of Competition Restriction. (2) Paragraph 1 of Article 8 of the Fair Trade Act shall be amended to read: "A business that occupies 40% or more of the relevant market shall be presumed to be a monopoly (market dominance) ." (3) Paragraphs 2 and 3 of Article 8 shall be deleted. (4) Paragraph 2 of Article 7 and Subparagraphs 2-3 of Paragraph 1 of Article 8 should be deleted. (5) The market effects requirement of Article 14 should be added to Paragraph 1 of Article 9: "(6) Paragraph 1 of Article 9 should be amended as follows: "A monopoly enterprise must not abuse its monopoly position so as to affect the market function of production, commodity transaction or service supply and demand. (Paragraph 1) The abuse of monopoly position referred to in the preceding paragraph includes the following acts: 1. Exclusive dealing. 2. Tying or bundling. 3. Predatory behavior. 4. Refusal to deal. 5. Discriminatory treatment. ( Paragraph 2)" (7) Articles 19 and 20 of the current Fair Trade Act should be deleted.

## 與談

與談人：何之邁教授（臺北大學法律學系教授）

對「公平交易法獨占地位濫用規範之省思與革新」一文，表示幾點看法。

### 一、所謂「共同獨占」規範存廢之問題

文章中所謂共同獨占即因寡占市場事業擬制或推定而生之複數獨占，也就是說寡占市場主要事業被擬制或推定，擁有一個市場的獨占地位。其建議是廢除現行公平法第7條第2項及第8條第1項第2款、第3款規定。

上開建議不無商榷。

寡占市場事業之活動涉及反托拉斯法規範，一般言之，從理論及實務言不外有以獨占、聯合或結合規範，由不同角度介入者。特別從行為面而言，以聯合或獨占介入，乃歐陸立法或實務，並及理論上，所常加探討者。如德國從1957年營業競爭限制防止法立法以來，雖歷經多次修法，迄今於獨占規定上仍保持寡占市場事業之擬制及推定。法國競爭法於實務操作上亦採此制，而為學界理論上所普遍接受。

依據不太權威的一些著作，於歐陸寡占事業通過獨占規範之架構，介入其反競爭行為之管制，似非如本文所稱「態度消極」或「不被接受」。

反觀我國，若聯合行為規範對寡占市場事業疑涉聯合行為，尤合意主觀要件，這麼容易認定，就不會有從1999年引進一致性行為理論以來，多少處分案件經年累月輾轉於訴願、起訴、上訴、駁回、發回更審之間，而往返徘徊於行政機關與法院之側，甚而為理論探研更動員大批人力、物力投入。

然則，本文的觀察是「現行公平法聯合行為規範及公平會有關於此的實務運作，已可以充分，甚至完全取代原本共同獨占地位濫用規範所欲實踐之規範目的」云云。是耶？非耶？

### 二、欠缺對市場效果要件之問題

我國公平交易法為二法合一，前半部限制競爭法，其立法目的即在透過對事業濫用經濟力行為之管制，維護市場競爭秩序，健全市場競爭機制。

如是任何屬限制競爭領域行為之違法判斷，標準即為行為對市場競爭是否造成損害。故不論條文在文字上是否再次明文或強調市場競爭效果。理論上學者在分析一個行為之違法性時，必將行為對市場效果影響部分詳加分析；實務上，行政機關在執法過程中，個案評價行為之違法性時，亦當著重行為對市場之效果之評核。若不此之

圖，則非競爭法之分析、執行。

本文建議第9條加上類如聯合行為規範對市場效果要件之文字「而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」。本該如此解釋之事，加上這些文字，是否徒生畫蛇添足而已。

### 三、關於獨占濫用行為類型化與第9條、第19條及第20條關係

(一) 針對過高價格，有一段文字「公平法獨占地位濫用規範若有意規定出例示規定，其內容理當以阻礙或排除濫用類型為主，毋庸刻意針對榨取或抽離濫用，加以例示，僅需於實務運作中肯定其可為獨占地位濫用管制類型之一，即可」。

既然要規範過高價格，又何必遮掩，殊難索解。

(二) 作者花很大的力氣分析第19條及第20條，結論是廢止現公平交易法第19條及第20條，讓它「回歸」獨占的規範。實則，第19條及第20條問題的癥結，在於我國公平法第14條未將垂直交易約定納入規範。如將垂直聯合行為納入現行聯合規範體系，即不需第19條、第20條。

# 聯合行為之合意推定：概念與執法的檢討與展望

謝國廉\*

## 目次

- 一、前言
- 二、法規範層面的主要問題：修法前後的不同問題
  - (一) 修正前的爭議主要涉及「其他方式之合意」的判斷
    - 1. 「其他方式之合意」涉及合意的認定而非合意的推定
    - 2. 意思聯絡與合意在實務上的界線並不清楚
    - 3. 主管機關並未明確說明其是否在認定「其他方式之合意」
  - (二) 修正後的主要問題
    - 1. 實際上未參與聯合行為的事業在被推定合意時難舉反證
    - 2. 推定合意的考量因素
- 三、增訂公平法第14條後之主管機關實務見解
  - (一) 105年倉儲物流案
    - 1. 案件事實與行政處分
    - 2. 評析
  - (二) 111年動物廢棄物處理案
    - 1. 案件事實與行政處分
    - 2. 評析
- 四、比較法的思考：歐盟競爭法的相關規定與實務見解
  - (一) 名詞翻譯與定義
  - (二) 關於歐盟法院實務的簡要說明
- 五、結論與建議

\* 國立高雄大學財經法律學系教授、英國愛丁堡大學法學博士

## 一、前言

聯合行為的參與者為了規避競爭法的規範，因此經常以秘密的方式商討實現聯合行為的方式，而其決議內容的具體程度往往因各種原因而有所不同，參與的事業可能決定了商品或服務具體價格，亦可能是僅同意相互交換敏感的商業資訊，讓其他參與的事業自行評估是否會採取相對應的作為<sup>1</sup>。由於參與事業接觸、討論和決議方式和內容，存在著高度的秘密性與不確定性，因此主管機關往往難以取得直接證據，證明聯合行為的合意方式與內容。總體而言，主管機關與被指控參與聯合行為的事業各自擁有的資訊，存在著高度不對稱的情況。

此種資訊不對稱的情況，一方面使得主管機關難以證明參與聯合行為事業的相關行為。另一方面，當主管機關以間接證據推定聯合行為的合意時，亦可能會將與聯合行為無關的商業作為，或者被處分事業無涉商業目的的接觸，誤判為聯合行為，從而引起被處分人對於合意推定模式的質疑乃至於後續的行政救濟。此等問題的核心爭議是，當主管機關並未取得證明聯合行為的直接證據，但已蒐集到關於疑似參與聯合行為的事業的間接證據，例如不正常的接觸及（或）對敏感商業資訊的交換等，主管機關如何推論出事業應已參與聯合行為的結論。對於此一反覆發生的爭議，行政、立法和司法機關如何處理？就過往的經驗來看此等處理方式是否有效？展望未來，是否有調整的空間？

本文並未採取某一個特定的理論、分析模式或某個國家的相關規範來探究此一問題，而是從我國相關條款中關於「一般合意」、「其他方式之合意」及推定合意的要件出發，分別加以深入分析。其次，本文並非單純蒐集資料作個別要件的文義解釋，而係分析我國學術界和實務界的專家對於各個要件的理解，並將其與公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）的實務見解比較、分析。關於實務案例的選擇，由於國內文獻對於民國（下同）104年2月增訂公平交易法（以下簡稱「公平法」）第14條前後行政法院的相關見解，已有相當的關注<sup>2</sup>，且修正前後公平會和行政法院，甚至行政

<sup>1</sup> 關於敏感資訊交換與聯合行為的關係，請參考：施錦村、馬泰成、單驥、劉姿汝，「競爭法規範有關事業間交換敏感資訊與聯合行為之研究」，公平交易季刊，第26卷第2期，55~114（2018）。此研究將敏感資訊分成the good、the bad、the ugly等3類。其中the good屬於產業間垂直資訊交換，與應禁止的聯合行為無關。the bad有明確的直接證據證明該交換涉有勾結共謀，因此以聯合行為論處並無爭議。此研究特別關心的是the ugly，並藉以建構短期評估及提出未來長期建議作為研究目的，其中短期評估建議包括目的或效果侵害與例外許可的探討等2項，十分具有參考價值，108。

<sup>2</sup> 合意要件應如何解釋，乃是公平法第14條修正前後最高行政法院相關爭訟的爭執焦點之一。請參考：石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰—評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁法處分相關判決」，公平交易季刊，第25卷第4

法院本身在不同案件的見解，皆有一定程度的分歧<sup>3</sup>，因此本文將特別著重增訂第14條之後，特別是近5年公平會的見解，一方面避免相關分析無法聚焦在主題「執法的檢討」上，另一方面避免忽略了裁罰金額較小但與地方產業關係密切的行政處分。此外，本文於分析的過程中將考量104年2月的修法意見，並參考歐盟法的見解，探討我國與合意的判斷有關的爭議。

## 二、法規層面的主要問題：修法前後的不同問題

### （一）修正前的爭議主要涉及「其他方式之合意」的判斷

針對本文所討論的主要議題，亦即主管機關僅能蒐集到事業疑似參與聯合行為的間接證據，在2015年2月增訂公平法第14條第3項之前，主管機關主要是利用此等間接證據，試圖認定公平法第14條第2項（修正前的公平法第7條第3項）規定的「其他方式之合意」。為避免條文的引用產生誤解，以下以現行法的條號為準。根據公平法第14條第2項，該條第1項（修正前的公平法第7條第1項）「所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者」。倘若有間接證據證明，疑似參與聯合行為的事業之間存在著事實上可導致共同行為的意思聯絡，則主管機關便可認定此等事業之間有參與聯合行為的合意。

吾等可將修法前公平法規定的合意態樣，區分為契約和協議等「一般合意」和「其他方式之合意」。關於「一般合意」和「其他方式之合意」等2類合意，有3點值得說明和深入分析。

#### 1. 「其他方式之合意」涉及合意的認定而非合意的推定

在104年2月增訂公平法第14條第3項之前，公平法並無推定合意的規定，因此「一般合意」和「其他方式之合意」無論從概念和條文的文義觀察，皆為合意的認定，而非合意的推定。此處的重點在於，證明參與聯合行為的事業之間有「一般合意」或「其他方式之合意」的責任，係由主管機關負擔，因此僅有主管機關蒐集的證據是能否證明「一般合意」或「其他方式之合意」的問題，並無主管機關認定後可能被處分事業舉反證推翻的問題。

#### 2. 意思聯絡與合意在實務上的界線並不清楚

嚴格來說，事業之間存在「事實上可導致共同行為」的意思聯絡，與事業之間存

期，18~19（2017）。

<sup>3</sup> 石世豪教授指出，104年增訂第14條第3項後，合意的推定逐漸轉為競爭法「各論」領域內法條解釋的問題，從而頗有「主管機關—第一審法院—上訴審法院」3個「獨立機關」各執己見而相持不下的情形。石世豪，上註2，26。

在合意，亦即事業之間的意思表示已有交錯且合致的情況<sup>4</sup>，二者的意義並不能畫上等號<sup>5</sup>。進一步來說，事業之間「事實上可導致共同行為」的意思聯絡，在共識的程度上應當低於事業間的合意，但此一關於共識程度的高低差異，在國內學界或實務界的討論頗為有限，其中較有代表性的當屬廖義男教授的評論，事實上可導致共同行為的意思聯絡，「嚴格而言，與『合意』文義之意思合致，有所出入。實際上擴大聯合行為之適用範圍，不以聯合行為主體之當事人之意思有『合致』而成立『契約』或『協議』為必要，而以期間有『意思聯絡』並因而『導致有共同行為之事實』為已足」<sup>6</sup>。

由以上的分析可知，事業之間存在「事實上可導致共同行為」的意思聯絡，並不同於事業之間存在合意。值得進一步探究的是，此一關於共識程度的顯著差異，何以並未引起學界或實務界太多的討論。究其原因，或因主管機關有時難以蒐集到意思聯絡的證據，因此連意思聯絡的這項結論，皆係由包括相近的漲價時間和相近的漲價幅度等客觀資訊推論而來。在實務上，當時推論出有意思聯絡的這個結論，幾乎等同於「籠統地」推論出合意的結果，而既然連意思聯絡的證據都未必充分，吾等自難期待主管機關嚴格界定意思聯絡與合意的界線。

當時意思聯絡與合意在實務上的界線雖不清楚，但仍有少數例外，亦即，並非所有涉及事業之間「其他方式之合意」案件，皆可以推論而得意思聯絡再推論出事業間大致的合意。舉例來說，104年電容器案<sup>7</sup>，即針對受處分的日本電容器業者的意思聯絡，以及何以系爭的意思聯絡於事實上可導致共同行為，提出了清楚的證據及相關說明<sup>8</sup>。就此案的事實而言，日本電容器業者自西元1980年代起，召開數個多邊之同業會議與雙邊會議，會中交換敏感交易資訊及討論價格，相關產品銷售對象包括我國事

<sup>4</sup> 以民法的角度觀之，所謂的合意，指的是二個以上相互對立的意思表示合致，亦即民法第153條第1項所謂的「互相表示意思一致」。按此條款，「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立」。換句話說，當事人意思合致，即可成立契約。由此可知，民法的合意，係指「當事人雙方的意思表示，在內容上客觀的趨於一致，並且在主觀上有相結合成契約的意思」。陳聰富，民法概要，10版，93（2016）。

<sup>5</sup> 我國的文獻中亦有不同觀點：將「透過合意方式」和「意思聯絡」的意涵畫上等號。請參考：劉姿汝，「論聯合行為之市場界定與市場效果—兼與日本獨占禁止法之比較」，公平交易季刊，第25卷第3期，37（2017）。

<sup>6</sup> 廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司，322（2021）。

<sup>7</sup> 公平會104年12月16日公處字第104133號處分書。

<sup>8</sup> 值得補充說明的是，電容器案係近年來臺灣少數因商業資訊交換而導致的聯合行為案例。根據學者於107年發表的研究，資訊交換所導致的聯合行為案例，不論是原則禁止或是例外許可，均相當缺乏，在國內僅有少數的案例。施錦村等，前揭註1，109。

業<sup>9</sup>。針對何以系爭的意思聯絡於事實上可導致共同行為，按此案的處分書，「按MK會議為自2005年以來電容器業者長期參與之會議，同時間另有鋁質電容器業者共同集會之CUP會議及香港SM會議之進行。MK會議中所填制式表格雖非實際銷售金額及數量，惟所填寫數量及金額之百分比均可推估各公司訂單之現況及未來價格與數量發展之趨勢，此外再由他事業之會議紀錄亦可得知他事業將與會公司所提數量及銷售金額之百分比繪成圖表，亦可見該公司未來數量及金額之趨勢可證」<sup>10</sup>。根據此案的處分書，被處分人與其他事業進行雙邊聯繫，交換價格、數量及對客戶之因應等競爭敏感資訊，達成限制競爭的合意，足以影響我國鋁質電容器市場的供需功能，違反行為時公平法第14條第1項本文聯合行為的禁制規定<sup>11</sup>。

電容器案的處分書，清楚地說明了何以系爭的意思聯絡於事實上可導致共同行為，並提出了清楚的證據及相關說明。唯一稍嫌美中不足之處，係主管機關於處分書中，並未明確說明其認定了被處分事業之間的「其他方式之合意」，而僅稱此等事業違反行為時公平法第14條第1項前段規定<sup>12</sup>。就此議題，本文於下個部分將有深入的討論。

### 3. 主管機關並未明確說明其是否在認定「其他方式之合意」

當主管機關利用間接證據認定特定事業參與聯合行為的結論時，此種判斷是否必然在認定此等事業有「其他方式之合意」？此判斷與「一般合意」的認定能清楚區隔？從實務來看，此一區隔似乎並不清晰；公平會和行政法院經常僅是在認定合意，而並未將「一般合意」的認定和「其他方式之合意」的認定，區分得非常清楚。尤有甚者，如文前所述，公平會推論出有意思聯絡的這個結論時，幾乎同時「籠統地」推論出合意這項結論，亦即公平會僅推論出意思聯絡，但並未明確地指出此處的意思聯絡即等同於合意，而法院對於此種隱諱的推論方式，通常並未加以糾正。

究竟是什麼原因造成了上述不精準的法律適用模式？本文以為，上述「一般合意」和「其他方式之合意」的區分方式看似清楚，但在實務的操作上難以區分。之所以如此，係因「一般合意」和「其他方式之合意」皆以意思聯絡作為要件，因此，若有證據證明事業間有可導致共同行為的意思聯絡，則將可導致共同行為的意思聯絡認定為協議，並無疑義。同時，從另一角度觀之，倘若主管機關並無證據證明事業間有可導致共同行為的意思聯絡，而僅是以關於商品、服務特性和事業行為等產業資訊認定事業間存在「其他方式之合意」，則受處分的事業往往會對此判斷加以爭執，而在後續的行政爭訟中，行政法院亦未必會贊成主管機關的見解。因此，若公平會已蒐集

<sup>9</sup> 公平會，前揭註7，1。

<sup>10</sup> 公平會，前揭註7，17。

<sup>11</sup> 公平會，前揭註7，1。

<sup>12</sup> 公平會，前揭註7，20。

到較為充分的證據，得以論證事業間有可導致共同行為的意思聯絡，則公平會傾向將事業間的行為直接認定為協議，亦即「一般合意」。然而，若公平會僅有有限的證據證明事業間可能有導致共同行為的意思聯絡，則公平會通常不會明確地認定「其他方式之合意」的存在，而僅會直接推論出合意這項結論。

關於上述「一般合意」和「其他方式之合意」區別不易的情況，近年來已被廣泛討論的便利商店咖啡案和鮮奶案，當為104年2月公平法修正前最能凸顯相關爭議的案件。

(1) 便利商店咖啡案<sup>13</sup>

按公平會調查，連鎖便利商店現煮咖啡調漲價格日期，分別為：全家於100年10月4日、統一及萊爾富於10月5日、來來於10月6日，4家事業均在同一週調漲；調漲品項均為含乳現煮咖啡，無論冰熱、容量大小、額度均為每杯調漲5元。根據原處分，上訴人認為，被上訴人4家事業於100年10月聯合調漲現煮咖啡價格，足以影響連鎖便利商店現煮咖啡市場供需功能，違反行為時公平法第14條第1項聯合行為之禁制規定。值得特別說明的是，公平會係懷疑被處分人之間存在聯合行為的意思聯絡，而非明確地指稱被處分人之間有「其他方式之合意」。公平會於此案處分書的理由中指出，「是以本案倘經由相關事證可資合理懷疑被處分人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡，則業者對於係因為成本上漲等客觀因素而調整含乳現煮咖啡價格，應負有合理說明之舉證責任」<sup>14</sup>。

然而，臺北高等行政法院和最高行政法院皆認為，公平會無法證明此案的便利商店業者有聯合行為的意思聯絡。此處的關鍵在於，法院認為，公平會所提出聯合行為意思聯絡的相關事證，包括各項材料、人工、器具等成本、調漲作業期間、新聞稿之發布等間接證據，「尚不足以合理推定被上訴人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡等情」。法院認為，此案的便利商店業者的行為，乃是有意識的平行行為，其主要理由在於，「系爭調漲行為係被上訴人等各自根據市場狀態及競爭對手行銷策略，基於其經濟合理性及利益最大化之追求，在獨立的意思決定下所為的經濟行為」。

觀察處分書的內容可知，公平會於咖啡案中係將「聯合行為之意思聯絡」當作「合意」的同義詞加以使用<sup>15</sup>。該會懷疑被處分人之間存在聯合行為的意思聯絡，其

<sup>13</sup> 公平會100年11月9日公處字第100220號處分書。

<sup>14</sup> 公平會，前揭註13，8。

<sup>15</sup> 學界分析關於聯合行為為合意的概念與爭議時，雖會強調意思聯絡作為聯合行為要件的重要性，但通常不會將「聯合行為之意思聯絡」當作「合意」的同義詞，仍會在分析和論述中區隔二者的意涵。舉例來說，楊宏暉教授分析寡占市場的訂價行為規範時曾指出，「聯合行為之違法性係建立在意思聯絡之上，如果是個別事業基於其個別成本、利潤及其他相關因素所做之獨立考量，縱其行為與他事業恰

以不甚明確的推論方式，得出合意以及聯合行為的結論，並認為業者應舉證說明調整含乳現煮咖啡價格的理由。值得注意的是，該處分書並未明確地指稱被處分人之間存在「其他方式之合意」。其後法院並未糾正公平會將「聯合行為之意思聯絡」當作「合意」的同義詞的使用方式，至於法院之所以得出不同結論，並非因法院認為「聯合行為之意思聯絡」並未達到「合意」的共識程度，而係因公平會提出的聯合行為意思聯絡的相關事證，「尚不足以合理推定被上訴人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡等情」。簡言之，法院維持將原處分及訴願決定均撤銷的見解，係因公平會未能成功舉證，證明被上訴人等調漲現煮咖啡售價乃是意思聯絡的結果。

## (2) 鮮奶案<sup>16</sup>

類似於便利商店咖啡案，公平會懷疑被處分人之間存在聯合行為的意思聯絡，但並未明確地指稱被處分人之間存在「其他方式之合意」。公平會指出，「被處分人等一致性調漲鮮乳參考建議售價之行為，應可合理懷疑存有聯合行為之意思聯絡，且被處分人無法舉證說明，其價格調整係出於市場客觀合理之因素，若無進行調價意思聯絡之事實，誠無法合理解釋前揭一致性之調價行為」<sup>17</sup>。

針對此案的爭議，最高行政法院贊同臺北高等行政法院的見解，認為上訴人3家事業的系爭行為，並非有意識的平行行為，而是聯合行為中的一致性行為：「衡諸經驗法則，寡占市場上之跟隨行為係在領導者作出決策後，追隨者方跟進，上訴人等三家公司在決定調價時，勢須提前至少2至4週通知通路業者並進行協商，要無在100年10月初味全公司調漲後，再由統一公司及光泉公司見其調漲後數日內即跟隨調漲之可能」。基於以上關於經驗法則的推論，最高行政法院認為，「原判決認定被上訴人據此排除上訴人等一致性行為係因寡占市場結構使然之有意識平行行為（追隨行為），核屬有據」。

觀察鮮奶案處分書的內容可知，類似於便利商店咖啡案，公平會係將「聯合行為之意思聯絡」當作「合意」的同義詞使用。該會懷疑被處分人之間存在聯合行為的意思聯絡，便籠統的推論得出合意和聯合行為的結論，並指出業者無法舉證說明鮮乳價格調漲的理由。值得注意的是，此案的處分書並未明確地指稱被處分人之間存在「其他方式之合意」。法院對於公平會將「聯合行為之意思聯絡」和「合意」混用的推論

巧有一致性調價之行為，亦不可以聯合行為相繩。因此，合意的證明便成為聯合行為執法的關鍵」。值得注意的是，此段論述指出聯合行為的違法性建立在意思聯絡之上，但最終強調合意的證明（而非僅意思聯絡的證明），乃是聯合行為執法的關鍵。楊宏暉，「寡占市場的訂價行為規範：等待期間與不得同時漲價義務之可行性檢討」，公平交易季刊，第26卷第3期，36（2018）。

<sup>16</sup> 公平會100年10月25日公處字第100204號處分書。

<sup>17</sup> 公平會，前揭註16，9。

方式，並未表示不同意見。

總體而言，在104年2月增訂公平法第14條第3項之前，條文雖區分了「一般合意」和「其他方式之合意」，但在行政和司法實務上僅能看出公平會和法院認定了聯合行為的合意；公平會和法院並未說明其究竟是在認定「一般合意」或是在認定「其他方式之合意」。換句話說，二者在條文和概念上雖皆可清楚區分，但在實務上二者的界線卻相當隱晦不明。

## （二）修正後的主要問題

本文以下將探討增訂的公平法第14條第3項，以及其與前2項的關係。第一項議題與舉證責任有關，第二項議題則與涉及推定合意時主管機關應考量的因素有關。

### 1. 實際上未參與聯合行為的事業在被推定合意時難舉反證

104年2月增訂公平法第14條，該條第1項和第2項的「一般合意」和「其他方式之合意」，在概念上皆為合意的認定，而非合意的推定，因此主管機關須負擔舉證責任，證明參與聯合行為的事業之間存在「一般合意或其他方式之合意」。換句話說，主管機關須考量其蒐集的直接及間接證據，是否能證明「一般合意或其他方式之合意」確實存在於被指控的事業之間。須特別強調的是，若主管機關選擇適用公平法第14條第1項及第2項判斷「其他方式之合意」的存在，則主管機關須負擔舉證責任，證明參與聯合行為的事業有契約、協議以外的意思聯絡，且此意思聯絡事實上可導致共同行為。總體而言，以上適用公平法第14條第1項和第2項的情況，皆為公平法關於合意的認定，無涉推定或被指控事業的反證。

不同於適用公平法第14條第1項和第2項的情況，倘若主管機關係按公平法第14條第3項推定聯合行為參與者的合意，則受處分的事業須提出合理的反證，方能否認合意的存在。根據修正理由，「舉證為訴訟勝敗之關鍵，實務上主管機關欲取得成立聯合行為之直接證據，非常困難，為有效規範聯合行為，應適度賦予主管機關得以相當依據推定聯合行為之合意要件，爰增訂第三項規定」。由此可知，公平法第14條第3項的增訂，係因聯合行為的直接證據取得困難，而加入推定合意的規定，以適度降低主管機關的舉證責任。針對此項推定規定，公平會指出，若綜合對具體案件的調查蒐證結果，考量公平法第14條第3項各項因素後，已可合理懷疑事業間存有合意者，公平會得基於相關事證及前揭「相當依據」推定合意之存在，受處分的事業若「欲推翻此推定，則須提出相當之事證說明之」<sup>18</sup>。國內學者對此亦表贊同，認為法條既然規定為推定，「則於主管機關為合意之推定後，事業能提出有力之反證者，即能推翻此規定」<sup>19</sup>。

<sup>18</sup> 請參考：公平交易委員會，認識公平交易法，19版，自版，126（2021）。

<sup>19</sup> 廖義男，前揭註6，328。

然而，此一推定合意條款可能引發以下的爭議：倘若被主管機關推定有聯合行為合意的事業，實際上並未參與聯合行為，則該事業於日後的調查程序中是否有足夠的能力針對其未參與的聯合行為充分舉證？本文以為，該事業至多僅能否認其與其他（參與或未參與）聯合行為的事業之間存在合意，或者對主管機關推定合意的證據或論證加以反駁，但被指控的事業難以就不存在的合意，提出「相當之事證」或「有利之反證」，並據此推翻主管機關的合意推定。

值得補充說明的是，在產業界舉辦的各項活動中，業界人士不免共同出席會議、參加餐敘或其他正式或非正式的活動。一旦受指控參與聯合行為的事業曾參加上述活動，則各個事業的主管便不可能毫無接觸，但吾等顯然不能將接觸和聯合行為的合意貿然畫上等號。在真實世界中，若公平會能提出被指控的事業曾有接觸的證據，則被指控的事業將難以就合意的推定提出有效的反證，但此對於實際上並未參與聯合行為卻受指控的事業而言，顯不公平。

## 2. 推定合意的考量因素

主管機關推定合意的考量因素為何，乃是另一項重要的議題。若主管機關推定合意時應考量的因素，帶有極高的不確定性，則被推定有聯合行為合意的事業對於主管機關的處分，必定難以信服。按公平法第14條第3項，推定合意時所需考量的因素，包括以下各項因素：市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性。為便於分析，本文在此將公平法第14條第3項所例示的各項因素統稱為「客觀市場因素」。之所以使用此用語，係因此等因素既與市場本身的狀況有關，亦涉及市場上的商品與服務，以及市場上運作的事業的行為<sup>20</sup>。關於此條款，有幾項問題值得進一步深究，包括主管機關應否考量疑似參與聯合行為的事業之間有無意思聯絡？主管機關可依據那些「客觀市場因素」推定受指控事業的合意？此外，主管機關除了考量例示的「客觀市場因素」之外，推定事業合意時應否考量關於事業的主觀因素？在此將上述問題統整為以下2大議題。

### （1）按現行法應否考量受指控的事業之間有無意思聯絡？

受指控的事業之間的意思聯絡的證據，是否為主管機關推定合意時應考量的因素？針對推定合意的考量因素，公平會指出：

由於聯合行為之成立，以事業間共同決定約束事業活動之「合意」為要件，然而實務上主管機關取得「合意」存在之直接證據，往往十分困難，為有效規範聯合行為，實有增訂推定制度之必要。據此規定，若綜合對具體案件之調查蒐證結果，考量市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤、事業行為之經濟合理性等相關因素後，已可合理懷疑事業間存有合意者，公平會得基於相關事證及前揭「相當依據」，推定合

<sup>20</sup> 廖義男教授將公平法第14條第3項所例示的各項因素，統稱為「經濟合理性因素」。廖義男，前揭註6，328。

意之存在<sup>21</sup>。

由以上的說明可知，主管機關推定合意時的考量因素，主要為公平法第14條第3項所例示的各項「客觀市場因素」，而其中並無意思聯絡這項因素。由於此條款係例示規定，因此按文義解釋，主管機關仍可就意思聯絡這項因素加以考量。較有爭議的是，意思聯絡乃是確認被指控的事業是否曾有接觸的重要依據，但公平法第14條第3項卻未將其列為例示的考量因素，因此主管機關是否在特定情況下有必要考量事業之間有無意思聯絡，或者在所有情況下皆須檢視與意思聯絡有關的證據，便成為一項必須釐清的問題。

針對此項議題，有必要說明的是，僅按公平法第14條第3項的各項「客觀市場因素」推定受指控事業主觀上是否存在聯合行為的合意，極易引起爭議，而在寡占市場之中尤其如此<sup>22</sup>。廖義男教授曾指出，在「寡占市場中應較著重於事業有導致為共同行為之意思聯絡之事實證明」。他強調，於欠缺直接證據情況下，要論證寡占事業價格一致性之行為係基於聯合行為之合意時，不宜僅以「經濟合理性」的間接證據作為判斷因素，而應著重其有導致為共同行為的「意思聯絡之事實」證明之<sup>23</sup>。

主管機關應否在所有推定合意的情況下，皆考量意思聯絡這項因素？此問題實有進一步分析的必要。首先，如前所述，主管機關認為，若綜合對具體案件的調查蒐證結果，考量公平法第14條第3項的相關因素後已可合理懷疑事業間存有合意者，公平會得基於相關事證及前揭「相當依據」，推定合意之存在。由此可知，主管機關並未區分應於寡占市場或非寡占市場的考量因素。其次，疑似聯合行為可能出現於寡占市場，亦可能出現於非寡占市場，因此無論在寡占市場或非寡占市場，主管機關推定事業之間有合意時，若無法提出被處分的事業曾有接觸的證據，則此等事業恐難信服，而後續的行政救濟亦在意料之中。此外，就聯合行為案件的調查與蒐證而言，並非所有的商品及服務相關市場，皆有清楚而完整的市場資訊，因此界定案件中相關市場為寡占或非寡占市場，有時並非易事；若要求在寡占市場方有必要考量意思聯絡這項因素，恐增加主管機關調查上的難度。因此，本文以為，無論在寡占市場或非寡占市

<sup>21</sup> 公平會，前揭註18，126。

<sup>22</sup> 國內學者曾指出，寡占市場的事業是否存在合意，極為難辨，使得執法上的困難度增加。在寡占結構的市場中，由於事業家數少，容易觀察到競爭對手的行為，若產品同質性高且資訊透明，則在極短的時間內即可迅速回應且亦知悉若任意調整價格，即有可能引發無利可圖的價格戰爭，反不如隨其他事業的價格領導，而為相同的訂價以獲取利益來得划算。他接著指出，寡占事業間具有相互牽制的特性，往往不需要合意，只需要有默契，即可形成外觀上一致的行為。因此在此情況下，是否存在合意，極為難辨，使得執法上的困難度增加。楊宏暉，前揭註12，37。

<sup>23</sup> 廖義男，前揭註6，330。

場，主管機關皆有必要以間接證據證明事業之間存在著意思聯絡的事實。

此處更為困難的問題是，104年2月增訂公平法第14條第3項後，在實務上可能出現不易區分第1項和第2項「一般合意」、「其他方式之合意」、第3項推定合意的情況。何以如此？按文前二、（一）、1.、（3）的分析，「一般合意」和「其他方式之合意」在實務的操作上難以區分，主要因為二者皆以意思聯絡作為要件。進一步來說，若主管機關於適用第3項推定合意時，須考量有無事業間意思聯絡的證據，則意思聯絡這項因素，實質上亦將成為推定合意的要件。因此，當主管機關取得證明意思聯絡的充分證據時，應如何判斷相關事業之間究竟有「一般合意」或「其他方式之合意」，或應推定相關事業之間存在合意？實務上三者的具體差異為何？此等問題對於主管機關而言將是相當棘手的難題。

### （2）以「客觀市場因素」推定事業主觀上的聯合行為合意易生爭議

公平法第14條第3項例示的考量因素皆為「客觀市場因素」，但主管機關卻必須於考量此等因素後，推定受指控事業主觀上是否存在聯合行為的合意。本文以為，此問題乃是引起爭議的根本原因。判斷公平法第14條第1項和第2項的合意存在與否，主管機關係檢視其蒐集的證據是否能證明被處分人主觀上存在意思的合致，因此主管機關進行的乃是主觀及客觀要件的檢測。然而，主管機關按公平法第14條第3項推定合意時，係檢視關於「客觀市場因素」的證據，亦即國內學界與實務界所稱的間接證據，推定被處分人的聯合行為是否以主觀上的合意作為基礎。換句話說，我國判斷是否符合主觀要件的方式，係審酌與「客觀市場因素」相關的證據是否充分。

申言之，公平法第14條第3項欲達成的是推定合意的目的，但卻要求檢視「客觀市場因素」。欲以此手段本身達成推定合意的目的，本身即有極大的困難。所謂的間接證據，實際上大多是關於被指控事業行為的證據，例如事業相互接觸、商品或服務的漲價幅度、漲價時間點的密接性等，而即便證據能證明事業之間有接觸事實（即意思聯絡），但此等證據主要為關於事業行為的證據，因此主管機關以此等間接證據論證被指控的事業在主觀上已有意思的交錯與合致，此等事業往往難以信服。

## 三、增訂公平法第14條後之主管機關實務見解

在此選取了幾個關於推定合意的、具有代表性的行政處分。本文對各個案件的觀察重點有三。第一，主管機關是否清楚區分了公平法第14條第1項和第2項「一般合意」、「其他方式之合意」及第3項推定合意的情況。第二，主管機關是否明確地就被處分事業的合意作出了推定。第三，無論主管機關有無使用「推定合意」一詞，若主管機關實際上作出了推定合意的處分，則其究竟考量了那些因素進而作出了此一處分？

## （一）105年倉儲物流案<sup>24</sup>

### 1. 案件事實與行政處分

多位檢舉人指控長榮國際儲運股份有限公司（以下簡稱「長榮公司」）等國內21家倉儲物流公司於103年7月聯合恢復收取3噸以下CFS出口貨物裝卸搬運使用機械費，違反公平法<sup>25</sup>。處分書將「貨櫃場」作為倉儲物流公司的同義詞，並交互使用，為避免用語的混淆，以下簡稱「倉儲公司」，合先敘明。

公平會於處分書的理由中指出：

就有競爭關係之各事業、同業公會或其他團體，倘有合意共同決定商品或服務價格或限制數量、交易對象、交易地區等相互約束事業活動之行為，並足以影響市場供需功能者，即屬違反公平法聯合行為之禁制規定。又公平法對於聯合行為之規範，係採實質認定，除以契約及協議達成合意者外，尚包含因意思聯絡而事實上可導致一致性行為之「其他方式之合意」。

公平會接著強調：

故2個或2個以上之事業，在明知且有意識之情況下，透過彼此間意思聯絡，就其市場行為達成不具法律拘束力之共識或瞭解，形成外在市場上之一致性行為，倘經調查確實有意思聯絡之事實，或得以其他間接證據（如市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性、誘因、類似之漲價時間或數量、發生次數、持續時間、行為集中度及其一致性等）判斷事業間有意思聯絡，且為其外部行為一致性之唯一合理解釋，即可認定該等事業間有聯合行為。

公平會補充說明：「又一致性行為非以同時日調整、等幅價格等為限，倘相關事證足資證明其一致性行為之合意，縱有時間差或微幅價格之不同，亦無礙違法性之認定」<sup>26</sup>。

根據此案的處分書，倉儲公司一致性恢復收取CFS出口機械使用費，別無合意以外個別決定之可能性<sup>27</sup>。21家倉儲公司請協會轉寄恢復收取的函文或公告的時間均在103年4月底、5月初，至於恢復收取的時間均在103年7月間。按處分書，「該等時間上之一致或相近情形，顯非反應各自營業盈虧或系統建置及通知貨主所需作業時間而為決定，且悖於合理之商業營運行為，足認該等業者倘無意思聯絡，無法合理解釋該同時間恢復收取之一致性行為」<sup>28</sup>。

此外，針對此案中被指控參與聯合行為的倉儲公司，處分書指出，部分倉儲公司

<sup>24</sup> 公平會105年4月22日公處字第105034號處分書。

<sup>25</sup> 公平會，前揭註24，1-6。

<sup>26</sup> 公平會，前揭註24，26-27。

<sup>27</sup> 公平會，前揭註24，33。

<sup>28</sup> 公平會，前揭註24，34。

有恢復收取CFS出口機械使用費的動機，或曾於貨櫃儲運協會餐敘，且恢復收取該使用費的時點，均與其他倉儲公司極為一致。根據以上事證，公平會認為中航公司、高鳳公司、長榮公司、亞太公司、聯興公司對恢復收取事先已有與其他倉儲公司進行意思聯絡，且並非出於獨立考量決定，否則無法合理解釋此一致性行為<sup>29</sup>。綜合以上事由，公平會認定涉及此案的倉儲公司利用協會餐敘聚會時間，就恢復收取CFS機械使用費進行意見溝通，共同決定於103年7月間恢復收取CFS出口機械使用費，為相互約束事業活動之行為，屬公平法第14條第1項規定所稱的「聯合行為」，分別處21家倉儲公司新臺幣10萬元至1,725萬元不等的罰鍰<sup>30</sup>。

## 2. 評析

首先，此案處分書的理由清楚地區隔了「一般合意」及「其他方式之合意」的概念，但對於「其他方式之合意」以及推定合意在概念上的界線，則未有明確的說明。按此案的處分書，「就其市場行為達成不具法律拘束力之共識或瞭解，形成外在市場上之一致性行為，倘經調查確實有意思聯絡之事實」，可認定該事業間有聯合行為，此應為關於公平法第14條第2項「其他方式之合意」的論述，但處分書接著指出，「或得以其他間接證據（如市場狀況…等）判斷事業間有意思聯絡，且為其外部行為一致性之唯一合理解釋，即可認定該等事業間有聯合行為」。此段論述並未出現「合意」一詞，由此可知處分書係將「意思聯絡」視為「合意」的同義詞，亦即判斷事業間有意思聯絡的存在且有一致性行為後，同時作出推定合意及認定聯合行為的結論。

其次，主管機關並未明確地適用公平法第14條第3項就被處分事業的合意作出推定。公平會指出，各倉儲公司一致性恢復收取CFS出口機械使用費，別無合意以外個別決定之可能性<sup>31</sup>。觀察此意見無法得知被處分事業之間究係存在公平法第14條第1項的「一般合意」及第2項的「其他方式之合意」，或者主管機關係就該條第3項推定合意，甚至在其後的論述中，不再使用「合意」一詞，而以「意思聯絡」取而代之。此案處分書基本上採取了一致的論證方式：先考量倉儲公司是否有恢復收取CFS出口機械使用費的動機，以及是否曾於貨櫃儲運協會餐敘，再檢視公布恢復收取該使用費的時點的一致性和實際收取該使用費的時點的一致性，最後認定受處分倉儲公司已進行了意思聯絡，且並非出於獨立考量決定，否則無法合理解釋此一致性行為<sup>32</sup>。本文以為，此一論證方式實際上混合了公平法第14條第2項及第3項的要件，例如處分書考量了意思聯絡這項要素，此係第2項的「其他方式之合意」的要件；第3項推定合意條款並未將其作為一項例示的考量要素。又如處分書考量的因素，主要為第3項例示的

<sup>29</sup> 公平會，前揭註24，36-42。

<sup>30</sup> 公平會，前揭註24，36-42。

<sup>31</sup> 公平會，前揭註24，42。

<sup>32</sup> 公平會，前揭註24，36-42。

各項「客觀市場因素」，但卻未明確地指出公平會係按此項規定推定被處分事業的合意；針對大部分的受處分事業，公平會並未使用「合意」一詞，而是僅稱此等事業已進行意思聯絡，否則無法合理解釋此一致性行為。唯一的例外，係處分書論證台北港公司、欣隆倉儲及聯興公司的行為時，使用了「推定」和「合意」等詞彙，「該等業者仍均於103年7月1日或15日恢復收費，亦得推定系爭一致性行為係基於與其他貨櫃場之合意所形成」<sup>33</sup>。由以上分析可知，主管機關並未明確地適用公平法第14條第2項認定被處分的各倉儲公司有「其他方式之合意」，亦未清楚地適用該條第3項推定各倉儲公司之間存在合意。對於被處分的倉儲公司來說，由於不清楚主管機關是否適用了第3項推定合意，因此各倉儲公司亦無法確定是否有舉反證推翻此項合意推定的可能性。

第三，關於主管機關考量了那些要素進而得出被處分事業有聯合行為的結論，按以上的分析可知，主管機關既考量了公平法第14條第2項的意思聯絡要素，亦考量了該條第3項例示的「客觀市場因素」，但從處分書無法判斷主管機關係適用公平法第14條第2項或第3項。值得特別注意的是，針對大部分受處分的倉儲公司，公平會反覆指出，此等事業已進行意思聯絡，否則無法合理解釋此一致性行為，因此可知處分書傾向於將「意思聯絡」取代「合意」一詞，忽略了二者在共識的程度上仍有顯著的差異性。此外，處分書多次使用了並未出現於公平法條文中的「一致性行為」一詞，反而鮮少使用公平法第14條第2項「共同行為」，因此處分書似乎將2個詞彙視為同義詞。

此外，值得進一步討論的是臺北高等行政法院105年度訴字第906號判決<sup>34</sup>。如前所述，長榮公司（以下簡稱「原告」）為此案21家倉儲公司之一，該公司不服公平會的行政處分，提起行政訴訟，請求撤銷原處分。原告於此案的主張，涉及美國法Noerr-Pennington原則能否排除公平法適用的問題<sup>35</sup>，但由於此議題與本文的主題並無直接關係，因此在此僅聚焦於法院對於合意的認定方式。

根據此判決，法院指出，「原告104年5月6日陳述紀錄明確說明組團去基隆報關公會之原因，係告訴該公會關於貨櫃場業者擬計劃恢復收取CFS出口機械使用費之訊息，可見原告明確知悉相關貨櫃場業者聯合恢復收費之計畫，並積極協助該聯合行為之實現，嗣原告果然於103年7月1日如期收取系爭費用，難謂無聯合行為之合意」。分析此段論述可知，法院並未指出其係適用公平法第14條第1項、第2項或第3項得到原告與此案其他倉儲公司之間存在合意，但由組團赴基隆報關公會告知恢復系爭費用

<sup>33</sup> 公平會，前揭註24，34-35。

<sup>34</sup> 臺北高等行政法院105年度訴字第906號判決。

<sup>35</sup> 關於此議題，請參考：牛曰正，「聯合行為之正當理由—評臺北高等行政法院105年度訴字第906號判決」，公平交易季刊，第26卷第3期，73~120（2018）。

的訊息、積極協助實現聯合行為，以及如期收取系爭費用，可知法院已認定原告與此案其他倉儲公司之間已有協議，亦即公平法第14條第1項的協議。值得注意的是，法院的論證方式與上述公平會混合了公平法第14條第2項及第3項的要件，判斷各倉儲公司有一致性行為的論證模式，存在著顯著的差異。

## （二）111年動物廢棄物處理案<sup>36</sup>

### 1. 案件事實與行政處分

此案涉及屏東地區的動物廢棄物化製契約。此處所謂的「化製」，係指對畜牧場因病死亡的禽畜（即動物廢棄物）進行化製再利用處理的程序。109年以前，畜牧業者將動物廢棄物透過清運業者運送至處理化製業務的公司（以下簡稱「動物廢棄物公司」）處理，無須支付任何費用，但其後按新法令規定，畜牧業者須與一家以上的動物廢棄物公司簽訂合約，方可將動物廢棄物送至公司的化製場處理<sup>37</sup>。經民眾檢舉，3家動物廢棄物公司自108年11月起，通知所有畜牧場得預繳109年的年費（即化製場合約服務費）新臺幣1萬2千元，但此通知引起畜牧業者不滿，認為各個畜牧場的禽畜品種不同或畜牧場規模大小不同，因此年費金額不應皆為新臺幣1萬2千元<sup>38</sup>。

按此案的處分書，被處分的動物廢棄物公司參與了108年3月18日舉行的協調會，並相互促成「自109年1月1日起統一收取1萬2,000元化製場合約服務費（年費）」的合意傾向，且會後各自長時間未與簽約的畜牧場進行個別年費洽談，即一致於同年11月公告收取新臺幣1萬2千元年費，「核屬有競爭關係的事業間共同合意決定其服務之交易價格，且足以影響相關市場之供需功能，違反公平交易法第15條第1項本文聯合行為禁制規定」<sup>39</sup>。

### 2. 評析

首先，處分書的第一點理由雖引用了公平法第14條及第15條，但並未說明公平法第14條各項的差異。其次，主管機關並未明確地適用公平法第14條第3項就被處分事業的合意作出推定。處分書的論證方式，可謂混合了公平法第14條第2項及第3項的要件，例如處分書指出，被處分的3家動物廢棄物公司，參與了108年3月18日舉行的協調會，可知公平會考量了意思聯絡這項要素，而此係公平法第14條第2項的「其他方式之合意」的要件。又如處分書指出，被處分的3家動物廢棄物公司一致於108年11月公告收取新臺幣1萬2千元的年費，可知公平會考量了「事業行為之經濟合理性」，而此乃公平法第14條第3項所例示的「客觀市場因素」之一。較為可惜的是，處分書最

<sup>36</sup> 公平會111年4月7日公處字第111017號處分書。

<sup>37</sup> 公平會，前揭註36，2。

<sup>38</sup> 公平會，前揭註36，2。

<sup>39</sup> 公平會，前揭註36，10。

終並未清楚地指出公平會係按何條款的規定推定被處分事業的合意，而是直接認定被處分的動物廢棄物公司「違反公平法第15條第1項本文聯合行為禁制規定」。

第三，處分書雖未使用「推定合意」一詞，但主管機關實際上作出了推定合意的處分，此處有必要分析的是，公平會究竟考量了那些因素進而作出了此一處分？如前所述，被處分的動物廢棄物公司一致於同月公告收取新臺幣1萬2千元的年費，可知公平會審酌了3事業同時公告收費的證據，亦即考量了「事業行為之經濟合理性」。處分書雖未說明考量的結果，但由最終認定3事業違反公平法第15條的結論觀之，公平會似認為公告收取年費的時點如此密接絕非巧合。較有爭議的是，公平法第14條第3項的「客觀市場因素」尚有市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量等因素，何以公平會未對此等因素加以考量？就屏東地區動物廢棄物化製業務的市場占有率而言，按處分書的說明：

據屏東縣政府表示，屏東縣畜牧場登記有○場，而動物廢棄物化製場只有被處分人等；且依被處分人等提供的動物廢棄物收受重量資料，核算被處分人璇億公司108年動物廢棄物化製處理之市占率約○%；被處分人昱成公司市占率約○%；被處分人慈宏公司市占率約○%，是屏東地區動物廢棄物化製處理市場為寡占市場，僅3家業者。

同在屏東地區寡占市場的3家業者，從事相同的動物廢棄物化製業務，有無可能因化製的成本及利潤幾乎相同而各自決定收取新臺幣1萬2千元的年費？此可能性或許不高，但僅考量公告年費的時點相同，而未考量市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量等公平法第14條第3項所例示的其他「客觀市場因素」，恐招考量不夠周延的批評。更何況以被處分的動物廢棄物公司的角度觀之，由於不清楚公平會是否適用了第3項推定合意的規定，因此各事業將難以對此項合意推定提出反證。

#### 四、比較法的思考：歐盟競爭法的相關規定與實務見解

觀察歐盟（the European Union）競爭法（competition law），與臺灣「其他方式之合意」及推定合意在概念上較為密切者，係歐盟競爭法關於「共同行為」（concerted practice）的規定與概念。簡單來說，共同行為的規定和概念有助於解決認定聯合行為時所遭遇的困難。不同於「事業間之協議」（agreements between undertakings），參與共同行為的事業雖有反競爭的共識，但共同行為不以「意願的合致」（a concurrence of wills，即「合意」）為要件。

##### （一）名詞翻譯與定義

為了方便後續的分析，在此有必要先對歐盟法制下的「共同行為」一詞加以說

明。歐盟競爭法的「共同行為」，並非我國公平法第14條第2項的「共同行為」。依循我國公平法第14條條文的脈絡，第2項的「共同行為」一詞，與第1項的「聯合行為」在意義上頗為接近。本文雖將“concerted practice”一詞譯為「共同行為」，但國內亦有學者將其翻譯為「一致性行為」<sup>40</sup>。就中文的語意而言，「一致性行為」的「一致性」，與寡占市場中「平行定價」（parallel pricing）的「平行」一詞的語意較不易清楚區隔，而「一致性」的詞意是否包括「偶然一致」，亦即不同事業「恰巧出現的行為一致性」，亦可能出現不易釐清的情況。此外，在參與“concerted practice”的不同事業之間，存在著共同限制競爭的共識，但「一致性行為」一詞的詞意，卻無法呈現出此種特性。因此，將“concerted practice”譯為「共同行為」，一方面得以避免和平行定價行為混淆，另一方面又能彰顯出共同行為共同限制競爭的特性，應較符合歐盟競爭法的原意。

就歐盟競爭法而言，共同行為乃是一個嚴謹的概念<sup>41</sup>。首先，歐洲聯盟運作條約（the Treaty on the Functioning of the European Union；以下簡稱「歐盟運作條約」）第101條所規範的共同行為<sup>42</sup>，既與合意無涉，亦非協議的一種態樣。

根據歐盟運作條約第101條第1項及第2項<sup>43</sup>：

<sup>40</sup> 何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？—評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第58期，167（2006）。許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究—以市場界定與市場效果為中心」，公平交易季刊，第25卷第3期，7（2017）。

<sup>41</sup> 共同行為的認定之所以為一項重要的議題，係因其雖為聯合行為或廣義的反競爭協議的一種態樣，但此行為態樣的範圍不易界定，但實務上卻又有界定的必要性。若將共同行為的意涵界定得過於寬廣，則平行定價亦可能被認定為共同行為。若界定得過於狹隘，僅將實際上實施共同行為者認定為參與事業，則幕後協助實現共同行為的服務提供者，將無須負擔違反競爭法的責任，顯不公平。謝國廉，「論歐盟競爭法『共同行為』（concerted practice）之概念與實務」，收錄於：廖義男、黃銘傑等編，競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使，初版，元照出版公司，147（2017）。

<sup>42</sup> 歐盟運作條約第101條的規定，與歐盟運作條約施行日（2009年12月1日）之前的歐洲共同體條約（the Treaty Establishing the European Community; the EC Treaty，以下簡稱「歐體條約」）第81條，僅有條號的不同，其內容並無差異。

<sup>43</sup> 歐盟運作條約第101條第1項及第2項的原文為：

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:
- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
  - (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;

(1) 下列行為因違反共同市場原則故應予禁止：

所有事業間之協議、事業之同業公會之決定、共同行為，有影響歐洲聯盟會員國間貿易之虞且係以規避、限制或破壞內部市場內之競爭為目的或造成影響者，特別是下列行為：

- (a) 直接或間接訂定買入或賣出之價格或訂定其他交易之條件；
  - (b) 限制或控制生產、市場、技術發展或投資；
  - (c) 共享市場或共享供給之來源；
  - (d) 將不同條件適用於對其他數個交易相對人之同類交易中，使渠等處於競爭上之不利地位；
  - (e) 以其他交易相對人接受額外義務作為與渠等契約之成立要件，而就此額外義務之本質或就商業習慣而言，此義務與契約之主要權利義務無涉；
- (2) 依本條認定應予禁止之任何協議或決定應屬無效。

「共同行為」是一種「非正式的安排」(informal arrangement)，係歐盟競爭法所禁止的「反競爭協議」(anti-competitive agreements)的一種態樣<sup>44</sup>。根據歐盟執委會(the European Commission)的定義，「共同行為」乃是數個事業之間透過直接或間接的聯繫，於並未訂定正式協議(concluding a formal agreement)的情況下所進行協調(coordination)。此時，雖無正式的協議，但數個參與聯合行為的事業之間已有協調的行為，以實際的合作取代競爭所帶來的風險<sup>45</sup>。此外，歐盟亦曾指出，共同行

- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this article shall be automatically void.

<sup>44</sup> European Commission (2012), *Anti-competitive Agreements*, [http://ec.europa.eu/competition/consumers/agreements\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consumers/agreements_en.html) (last visited August 29, 2022).

<sup>45</sup> The phrase “concerted practice” refers to “[c]oordination between undertakings which, without having reached the stage of concluding a formal agreement, have knowingly substituted practical cooperation for the risks of competition. A concerted practice can be constituted by direct or indirect contact between firms whose intention or effect is either to influence the conduct of the market or to disclose intended future behaviour to competitors”. Directorate-General for Competition (2002), *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations*, 11, [http://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary\\_competition\\_archived\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_en.pdf) (last visited August 29, 2022).

為乃是一種不同事業的共同反競爭作為，且其不以事業之間已訂定正式協議為前提。共同行為源自事業之間直接或間接的聯繫，而此等事業的目的，在於影響市場行為，或將涉及自身未來作為的資訊洩漏給競爭對手<sup>46</sup>。

理解以上的定義時必須注意，共同行為所為的協調，可能出現於兩種不同的情況。在第一種情況，共同行為的協調，可能在尚未訂定正式協議之前進行，而此非正式的協調，其後演變為正式協議內容。在第二種情況，共同行為的參與者於協調之後，並未就反競爭行為的具體事項，作出正式的協議。換句話說，有些參與共同行為的事業日後並未訂定正式協議，但由於具備反競爭性質的共同行為，仍會對市場秩序或競爭對手造成實質的負面影響，因此歐盟競爭法仍將此等行為認定為聯合行為而禁止之<sup>47</sup>。

## （二）關於歐盟法院實務的簡要說明

分析歐盟法院的見解可知，判斷的關鍵在於共同行為是否客觀存在，至於是否有正式的協議，則非所問。因此，若數個事業之間已有協調的行為，以實際的合作取代競爭所帶來的風險，則主管機關評估此種協調時，重點在於行為是否客觀存在，而非事業經理人內心的意思。就實際的行為而言，若事業之間已有直接或間接協調行為，甚至開始交換關鍵的市場資訊，則即便對於聯合行為的內容或手段，尚無明確而具體的計畫，此等協調仍會被認定為共同行為<sup>48</sup>。

1972年歐洲法院的ICI v. Commission案（以下簡稱「ICI案」）<sup>49</sup>，乃是歐盟競爭法實務上關於共同行為的第一個重要案例。各界討論此案時，經常將其簡稱為「染料案（the Dyestuffs case）」。歐洲法院於ICI案的見解，有二項重點值得特別注意。第一，執委會提出的證據，包括相關染料業者之商品漲價的幅度、時間點、寄送漲價指示的時間點皆相當接近，加上執委會提出了業者多次非正式接觸的事證，此等事實皆成為日後歐盟競爭法認定共同行為的重要指標。第二，歐洲法院指出，「究其本質，一共同行為雖不具備一契約的所有要件，但共同行為（確實）可經由協調而產生，

<sup>46</sup> 其原文為：Concerted practices: practices which, whether with or without a formal agreement being concluded between the parties, are anti-competitive. They may result from either direct or indirect contact between companies whose intention is to either influence the conduct of the market or to disclose intended future behaviour to competitors. <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/eu-rules-on-concerted-practices-and-agreements-between-companies.html> (last visited August 29, 2022) .

<sup>47</sup> 謝國廉，前揭註41。

<sup>48</sup> 謝國廉，前揭註41。

<sup>49</sup> Case 48/69, *ICI v. Commission* [1972] E.C.R. 619.

而觀察參與者的行為，即可發現此種共同行為的存在，乃是顯而易見的」<sup>50</sup>。由此可知，歐洲法院觀察的重點，在於參與共同行為的事業於行為上的協調，至於參與事業是否確實存在著合意，則是協議的判斷標準，無涉共同行為的認定。

此外，歐洲法院的Åhlström Oy v. Commission案判決<sup>51</sup>，乃是歐盟競爭法實務上關於共同行為的另一個重要案例。學術界與實務界討論此案時，經常將其簡稱為「木紙漿案（the Wood Pulp case）」，本文以「紙漿案」簡稱之。歸納法院於紙漿案的見解可知，第一，執委會將平行行為直接認定為共同行為的見解，並不妥當。第二，針對平行行為與共同行為的關係，倘若平行行為與系爭共同行為之間毫無關聯，則執委會不應將平行行為當作共同行為的證據。換句話說，企業有能力以明智的方式調整自身的商業手段，以因應競爭對手的商業手段，此等調整的作為，並非共同行為。第三，在紙漿案中，作出公告的事業，雖於相關市場中多次就各自的紙漿價格作出調漲的公告，但執委會不應直接將公告行為認定為共同行為。此處的重點在於，多次的調漲公告與市場風險的消除之間，並不存在著因果關係。第四，比較ICI案與紙漿案，可知執委會於ICI案中提出了業者多次非正式接觸的事證，但執委會於紙漿案中，卻未能提出紙漿製造商正式或非正式接觸的證據。此項差異，相當程度上左右了歐洲法院的心證<sup>52</sup>。

必須強調的是，訂定共同行為的規範，非為降低執委會的舉證責任以便「入人於罪」。雖然共同行為的確為「事業間之協議」以外的聯合行為，但歐洲法院並未因此降低執委會的舉證責任。因此，執委會僅憑紙漿製造商可能參與共同行為的「表面證據」，包括最高價格、每次漲價的幅度和漲價的時間點的近似性，實無法證明紙漿製造商確有共同行為。

## 五、結論與建議

從本文對於相關法規範和案例的分析可知，適用公平法第14條第3項最困難之處在於，按此條款，推定合意是考量受處分事業行為、市場狀況等客觀事實和因素，判斷可能參與聯合行為的事業主觀上是否就聯合行為有意思表示的交錯與合致。簡言之，主管機關須以涉及客觀事實和因素的間接證據，證明此等事業應該有主觀上的意

<sup>50</sup> 其原文為：“By its nature, then, a concerted practice does not have all the elements of a contract but may inter alia arise out of coordination which becomes apparent from the behaviour of the participants”。

<sup>51</sup> Cases 89 etc/85, *Åhlström Oy v. Commission* [1993] E.C.R. I-1307.

<sup>52</sup> 不過，隨著資訊科技的發展，此項差異的重要性於實務上恐已無足輕重，其原因在於，由於通訊技術發達，執委會欲蒐集非正式接觸的事證，必將面臨極大的困難。謝國廉，前揭註41。

思合致。此時，從受處分的事業若能成功說服法院，使其相信主管機關所蒐集的間接證據並不充分，至少尚不足以推定受處分事業有意思表示的交錯與合致，則行政法院便有撤銷主管機關行政處分的可能。

本文所分析的核心問題，乃是如何處理「模糊的（聯合行為）共識」的問題。第一，所謂模糊的共識，係事業經由正式或非正式接觸進而交換敏感商業資訊之後，所產生的實施聯合行為的模糊意圖。此時，主管機關蒐集到的證據，僅能證明被指控的事業間存在實施聯合行為的模糊共識，例如前文動物廢棄物處理案中公平會所稱的「合意傾向」即屬此種模糊共識。

第二，就模糊共識這個概念的性質而言，有時事業之間可能有較為具體的共識，但主管機關的證據僅能證明模糊共識的存在。此外，有時實際上的確僅有模糊的共識，而此種共識可能發展為具體共識，亦可能無法發展為具體共識，甚至參與的事業有時亦不清楚此種共識將如何演化。

第三，本文以為，如同主管機關於「一般合意」的案件中必須證明契約或協議的存在，於涉及模糊共識的案件中，主管機關亦須證明模糊共識的存在。換句話說，主管機關的舉證責任並未減輕，亦無推定合意和受處分人舉反證推翻主管機關推定決定的問題。

第四，就模糊共識產生的具體影響而言，由於實施聯合行為的事業，係基於此種共識而有聯合漲價或割裂市場等行為，因此模糊共識將會對消費者帶來具體的負面影響，不因其模糊而不生負面影響。

第五，就規範的法律效果而言，由於模糊共識仍會損害消費者權益，因此模糊的共識在競爭法上應受到非難。

既然現行法的規範與運作存在前述的種種問題，此時有必要思考的是，是否有必要維持公平法第14條第1項至第3項「一般合意」、「其他方式之合意」及推定合意的聯合行為規範。為了明確化及合理化現行規範，本文認為可考慮將上述三類的判斷合意的規範簡化為二類。

第一類的聯合行為規範係以「一般合意」為前提。由於是在有直接證據支持的情況下認定聯合行為的契約或協議，故而此類規範較無爭議。第二類的聯合行為規範則應簡化目前「其他方式之合意」及推定合意的規範，以「共同行為」取而代之。若將第二類聯合行為稱之為「一致性行為」，亦無問題，畢竟此乃公平會、行政法院和學術界多年來在實務上習慣使用的詞彙。此處的關鍵不在用語，而在認定「共同行為」的考量因素。

針對第二類聯合行為，亦即「共同行為」的考量因素，本文參考前文分析的歐盟競爭法「共同行為」的概念，認為未來「共同行為」至少應包括三項要件。第一，須有事業間的聯繫和協調，亦即公平法第14條第2項所稱的意思聯絡。主管機關須蒐集

足夠的證據，證明涉及聯合行為的事業之間已進行了正式或非正式的聯繫和協調。此乃一項關鍵的要件。從被指控事業的角度觀之，若主管機關無法提出關於事業間接觸的證據，便推定事業間存在合意，則被處分的事業必定難以信服。此外，以明文將意思聯絡列為「共同行為」的要件，可消除前文討論的推定合意是否以意思聯絡為前提的爭議。

第二，考量「客觀市場因素」後得到事業之間存在「共同行為」的結論。此處所謂的「客觀市場因素」，指的主要是公平法第14條第3項推定合意時應考量的「客觀市場因素」，包括市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為的經濟合理性等。以明文將考量「客觀市場因素」列為認定「共同行為」的方式，主管機關便無須再混合公平法第14條第2項和第3項的要件，在未能明確指出相關事業間存在「其他方式之合意」或係推定合意的情況下，籠統地推論出聯合行為。當然，在實際的案件中，「客觀市場因素」的考量是否具有說服力，未來仍需要主管機關、法院、經濟學家的共同努力，以行政命令、司法實務見解和經濟學的理論和實證研究成果等，共同構築考量「客觀市場因素」的有效論證模式。

第三，聯繫和協調須有消除競爭風險的效果。「共同行為」的協調係以實際的合作取代競爭所帶來的風險。換句話說，倘若事業間的接觸並不會消弭競爭的風險，則無須將其認定為聯合行為的一種態樣。

有必要進一步說明的是，以上建議與現行法存在著二項關鍵差異。第一，不以推定合意的論證模式認定「共同行為」。換句話說，「共同行為」涉及（契約、協議以外的）聯合行為的認定，而非合意的推定。有時主管機關掌握的涉及客觀事實和因素的間接證據，尚不足以證明受處分的事業有主觀上明確而具體的意思合致，但由於審酌各項相關的客觀事實和因素，已可判斷受處分的事業已利用私下的協調消弭了競爭的風險，此時當可判斷受處分的事業有聯合行為。必須承認的是，實務上有時主管機關所蒐集的包括意思聯絡或「客觀市場因素」在內的證據，至多僅能在客觀上證明相關事業間的模糊共識。倘若主管機關於推定合意的證據仍不充分的情況下，勉強認定「受處分人無法合理解釋一致性之調價行為」、「別無合意以外個別決定之可能性」、「外部行為一致性之唯一合理解釋」或「足認該等業者倘無意思聯絡，無法合理解釋該同時間之一致性行為」等，則後續的紛擾必不可免。第二，由於不再採取推定合意的論證模式，因此亦無被指控的事業舉反證推翻主管機關合意推定的問題。主管機關必須負擔證明事業間存在「共同行為」的責任，否則不應以公平法聯合行為規範相繩。

最後，在聯合行為的調查與蒐證工作中難以取得充分證據的問題，乃是一項全球性的挑戰。其或因主管機關的調查權不夠充分，或因寬恕政策（leniency policy）未能

提供聯合行為的參與者充分的舉報誘因<sup>53</sup>，但無論解決此等問題的任務有多艱鉅，本文以為，調查與蒐證的困難度，不應被用來合理化目前混合公平法第14條各項要件的論證方式。

---

<sup>53</sup> 不可否認的是，主管機關關於聯合行為的調查權和調查能力，亦與寬恕政策實施的成效，存在著密切的關係。石世豪教授指出，回歸「寬恕政策」誘因機制設計本旨，其實不難發現：提高競爭法主管機關發現並掌握違法聯合行為不法事證的調查能力，才是「重罰」規定在事前就可以讓理性計算者放棄違法企圖的嚇阻力來源。因此，他強調，建置一條有效連結（跨刑事、行政、民事等各相關領域）法律適用、資訊科技、鑑識科學等專業能量，連同傳統競爭法原本就迫切需要的產業調查、經濟分析、法庭應訴等執法專業能力一併強化，方能真正強化「寬恕政策」的制度誘因，同時又不減損「重罰」在事前就具備的嚇阻作用。請參考：石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究—美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第26卷第2期，140（2018）。

## 參考文獻

- 1.公平交易委員會，認識公平交易法，19版，自版（2021）。
- 2.牛日正，「聯合行為之正當理由－評臺北高等行政法院105年度訴字第906號判決」，公平交易季刊，第26卷第3期（2018）。
- 3.石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁法處分相關判決」，公平交易季刊，第25卷第4期（2017）。
- 4.石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究－美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第26卷第2期（2018）。
- 5.何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？－評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第58期（2006）。
- 6.施錦村、馬泰成、單驥、劉姿汝，「競爭法規範有關事業間交換敏感資訊與聯合行為之研究」，公平交易季刊，第26卷第2期（2018）。
- 7.陳聰富，民法概要，10版，元照出版社（2016）。
- 8.許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究－以市場界定與市場效果為中心」，公平交易季刊，第25卷第3期（2017）。
- 9.楊宏暉，「寡占市場的訂價行為規範：等待期間與不得同時漲價義務之可行性檢討」，公平交易季刊，第26卷第3期（2018）。
- 10.廖義男，公平交易法，初版，元照出版社（2021）。
- 11.廖義男、黃銘傑編，競爭法發展之新趨勢－結合、聯合、專利權之行使，元照出版社（2017）。
- 12.劉姿汝，「論聯合行為之市場界定與市場效果－兼與日本獨占禁止法之比較」，公平交易季刊，第25卷第3期（2018）。

## 與談

與談人：張宏浩教授（臺灣大學農業經濟學系教授）

這篇文章關切的重點是在2015年的修法，也就是增訂公平法第14條第2和第3款，放寬聯合行為推定合意之要件。因此，本文不外乎是針對「一般合意」、「其他方式之合意」及「推定合意的要件」進行分析。而本文的結論主要為：案件中「客觀市場因素」考量是否具有足夠說服力？這個仍需主管機關、法院、經濟學家共同努力，以行政命令、司法實務見解和經濟學的理論和實證研究成果等，共同構築考量「客觀市場因素」的有效論證模式。

對我個人來說，公平法第14條的修法，給經濟學工具判斷聯合行為指出蠻好的方式。首先，公平法第14條第2款提及「前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」而第3款「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。」則明確把經濟合理性納入，也就是說聯合行為的合意，依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性來判定。依我看來這是蠻明確的，之前可能需要很嚴謹的證據才能判定聯合行為，那修法的目的就是讓他放寬一點，放寬到如果你有充足客觀的證據，搭配意思聯絡，就有空間判定聯合行為。所以這個時候經濟合理性就變得非常重要。但是我們在這幾年的場合中，好像沒有看到真正將經濟分析落實在第14條的SOP。也就是說，我們大家都知道經濟分析很重要，但要怎麼做，好像沒有很明確的SOP，不論是公平會或是學者都沒有提出。所以我在這邊藉這個機會分享我對第14條使用的看法。

所以現在的問題就是：經濟學能幫忙什麼？經濟學家又能做什麼？以下是我自己建議的一個方法：（一）收集加總總體市場資料，從加總的數據進行觀察，是否有所謂符合聯合行為的外觀。純粹用市場數據反映，如果是有涉及聯合行為的外觀，就進入第二層次廠商分析；（二）觀察違法行為前後市場價量的改變；（三）收集廠商數據，進行各廠商經濟行為分析。三個步驟說明如下：

### （一）總體市場資料的檢視

這是借鏡一篇很有名的文章，在談鱸魚的價格。下圖為整體市場鱸魚價格，觀察他的價格以及成本，隨著不同時間起伏。可以看到第一個紅框，市場價格是穩定的，所以可以判斷是聯合行為的區間。而在第二個紅框，市場價格開始波動，這是聯合行為被瓦解後。相對的，整段調查時間，他的成本是趨近於固定的。

我們可以藉由很快收集市場數據，觀察這段時間我們懷疑的聯合行為期間，市場

的外觀有沒有改變，是否符合卡特爾的外觀（市場面），例如：價格穩定、變異性（variation）較小。另外的好處就是可以就該聯合行為對於市場是否存在實質影響進行初步檢測，如果是只有兩家、三家進行聯合行為，基本上不會影響整個市場最後均衡的數量跟價格，所以我們可以透過第一步很簡單快速的收集公開資料，對聯合行為進行檢視。

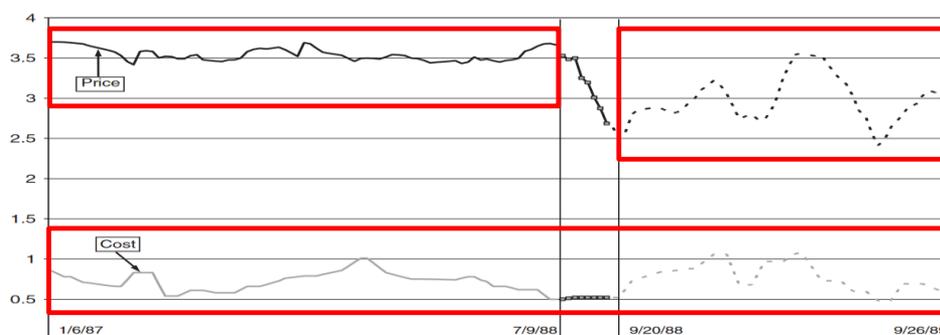


Fig. 1. Frozen perch prices and costs: 1/6/87-9/26/89.

## （二）廠商經濟行為分析

這時候需要詳細的各廠商產銷與成本資料，以利後續進行經濟模型的分析。另外，主管機關必須對於產業市場結構有一定的瞭解，因為不同形態的寡占市場，所適用的經濟模型也不相同。

如果以收集到上述資料，就是要就學理上的最適行為及觀察到的實際行為，進行比較。所以在給定市場結構狀況下，是可以計算出各廠商追求利潤最大化行為決策下，各廠商的最適產量與定價。可以拿這個數據去跟廠商市場上定價、訂價時間進行比較，去看廠商偏離他應該的最適狀態多少。

## （三）完成具客觀說服力之經濟分析要件

- 1.完整的產業資料庫，因為open data的推動，公開的資訊有增加，但也仍需要跨部會間的合作，印象中公平會曾透過電子發票資料庫，去瞭解便利商店的競爭狀況。
- 2.充分的產業知識：不同市場狀況，廠商反應會不一樣，如果要去計算一個理論性、廠商應該要怎麼樣的狀況，就必須要瞭解該廠商適用怎樣的寡占市場結構。
- 3.建構經濟模型之能力，須熟稔經濟模型的設定。
- 4.具有將經濟模型搭配資料，進行計量分析的能力。

以上是我個人淺見，謝謝。

# 事業結合之典範變遷、執法檢討及前瞻

王志誠\*

## 目次

- 一、楔子
- 二、事業結合管制之法制沿革
  - (一) 1999年2月3日之修正
  - (二) 2002年2月6日之修正
  - (三) 2015年2月4日之修正
  - (四) 2017年6月14日之修正
- 三、事業結合規範之內容
  - (一) 事業結合之定義及型態
  - (二) 事業結合之申報門檻及認定
  - (三) 申報義務之免除類型
  - (四) 事業結合申報審查制度
- 四、事業結合管制之執法分析
  - (一) 公平會之執法成就
  - (二) 錢櫃公司與好樂迪公司結合申報案
  - (三) 燁聯公司與唐榮公司結合申報案
  - (四) 統一公司與維力公司結合申報案
- 五、事業結合管制之展望
  - (一) 附款體制之運用
  - (二) 多重管制機關之協調機制
- 六、結論

\* 中國文化大學法學院教授、副校長、國立政治大學法學博士

## 中文摘要

公平交易法自1992年2月4日施行以來，迄今已逾30年，期間雖歷經8次修正，其中有4次修正涉及事業結合規範。觀諸公平交易法之事業結合規範中，存在諸多不確定法律概念，例如「主要部分」、「共同經營」、「委託經營」、「直接或間接控制」、「業務經營或人事任免」、「整體經濟利益」及「限制競爭之不利益」等法律用語，除透過傳統法學解釋方法釐清其內涵外，如何透過訂定各種行政規則、行政解釋或其他方法，以建立明確之法律適用標準，以避免執法爭議及違法情事之發生，進而完善事業結合之規範體系，實為必須持續關注之課題。

本文先從整理事業結合管制之法制沿革出發，以掌握臺灣典範變遷之脈絡，進而從解釋論之觀點，檢討現行事業結合規範之內容及爭議。此外，恰逢公平交易法施行30週年，本文除分析公平交易委員會對於事業結合管制之執法現況，檢視具有代表性之案例，並提出具體建議，作為未來修正事業結合規範及執法之參考。

關鍵字：事業結合、水平結合、垂直結合、多角化結合、單方效果

## 一、楔子

公平交易法（以下簡稱「公平法」）自1992年2月4日施行以來，迄今已逾30年，期間雖歷經8次修正，其中有4次修正涉及事業結合規範。公平法對於事業結合管制之目的，係為避免經濟力之不當集中，亦在防止事業利用結合之行為不當取得或強化其市場地位而對市場競爭造成實質減損之可能。一般而言，若事業進行水平結合，因參與結合之事業具有水平競爭關係，較易引起反競爭疑慮，自然成為管制之重點。又若事業進行垂直結合，其目的多在整合上、中、下游資源，調整經營結構或組織型態，基於營業自由原則，原無須加以限制，但仍必須就兩者界定相關市場後，評估垂直結合後對於上、中、下游市場競爭之影響<sup>1</sup>，若對市場結構造成影響，亦有進行管制之需求。至於若事業進行多角化結合，一般認為因參與結合之事業非屬水平競爭關係及上、中、下游關係，除非其產生組合力量（portfolio power），其效果有減損市場競爭機能之虞時<sup>2</sup>，始有加以管制之必要。基本上，當事業結合前所屬市場集中度越高，或因事業結合導致市場集中度增加越多，限制競爭之疑慮越高。

問題在於，公平法之事業結合規範中，存在諸多不確定法律概念，例如「主要

<sup>1</sup> 參閱：邱永和主持，垂直結合實證分析法之應用，公平交易委員會110年委託研究報告，45、47（2021）。

<sup>2</sup> 參閱：施錦村，「事業多角化結合案件類型結構分析—以組合效果為中心」，公平交易季刊，第19卷第1期，156-157（2011）。

部分」、「共同經營」、「委託經營」、「直接或間接控制」、「業務經營或人事任免」、「整體經濟利益」及「限制競爭之不利益」等法律用語，除透過傳統法學解釋方法釐清其內涵外，如何透過訂定各種行政規則、行政解釋或其他方法，建立明確之法律適用標準，以避免執法爭議及違法情事之發生，進而完善事業結合之規範體系，實為必須持續關注之課題。

又鑒於事業結合可能因其形態不同而對市場競爭狀態產生不同程度之影響，本文試圖從資訊不對稱及制衡力量之角度出發，檢視具有代表性之案例，並提出具體建議，作為未來修正事業結合規範及執法之參考。

本文先從整理事業結合管制之法制沿革出發，以掌握臺灣典範變遷之脈絡，進而從解釋論之觀點，檢討現行事業結合規範之內容及爭議。此外，恰逢公平法施行30週年，本文除分析公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）對於事業結合管制之執法現況，針對具有高度爭議性案件進行評論外，並嘗試提出二項前瞻建議，以供各界參考。

## 二、事業結合管制之法制沿革

公平法於1991年2月4日制定公布後，共歷經8次修正，其中與事業結合管制相關者共有4次，本文除簡要介紹其修正重點外，亦先整理在公平法首次修正前之階段，公平會為執行事業結合管制所採取較為特殊之行政作為。

首先，公平會於1995年4月12日即通過「事業結合申報須知」，明定結合申報時，應備申報書及申報書內所規定之各種附件。其次，鑒於便利商店之展店，雖屬於「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之結合類型，但尚不會立即發生限制競爭效果。公平會為簡化便利商店申請結合行政作業程序，簡政便民，提升行政效率，並兼顧市場自由公平競爭，遂於1998年6月17日第345次委員會議通過「行政院公平交易委員會批次審查便利商店申請結合案件作業原則」。亦即，便利商店得將擬於未來兩個月內以加盟方式為事業結合之申請案，以整批方式提出申請，公平會得進行批次處理，惟仍維持個案審理之意旨，予以准駁<sup>3</sup>。再者，公平會鑒於在有線電視產業，因多數地區有線電視之普及率已達到七成以上，收看有線電視節目不僅已成為民眾主要休閒活動之一，同時亦是資訊來源之重要管道，且因有線電視多數經營區係屬於一區一家或一區二家之情況，收視戶對有線電視系統並無充足之選擇機會，一旦系統業者經營行為不當，不僅可能造成多數收視戶權益受損，往往更因為「別無選擇」而迫使收視戶不得不承受此一損害，除1996年12月24日通過訂定「公平交易法對有線電視相關產業規範說明」（現名稱為「公平交易委員會對於有線電視相關事業之規範

<sup>3</sup> 參閱行政院公平交易委員會批次審查便利商店申請結合案件作業原則第2點。

說明」)外，並於1998年8月26日發布「有線電視頻道節目供應業者(包括製作業者及代理銷售業者)與有線電視(播送)系統業者垂直結合申請案審理原則」，而就有線電視相關事業之結合，另訂審查基準。

### (一) 1999年2月3日之修正

公平法之第1次修正，主要係因部分條文之規定有不盡周延、不相協調或有窒礙難行之處，而進行修正。例如刪除市場占有率五分之一之事業公告規定(原條文第11條第2項)。

公平會為處理域外結合案件，臚列決定是否管轄之考量因素，乃於2000年8月18日發布「行政院公平交易委員會域外結合案件處理原則」(現名稱為「公平交易委員會對於域外結合案件之處理原則」)。

又為落實行政院財經小組於2000年12月26日第15次會議決議加速審查公開收購案件精神，並配合當時財政部證券暨期貨管理委員會執行「公開收購公開發行公司有價證券管理辦法」須於12個工作日內完成審查之規定，對於公開收購應向本會申請結合許可之案件，務必以「密件」、「特急件」優先處理。公平會其後於2001年9月27日曾發布「公開收購結合案件簡化審查作業程序」，但其後因法制環境變更，已於2002年10月11日發布廢止。

### (二) 2002年2月6日之修正

公平法於2002年2月6日進行第3次修正，對於事業結合管制之修正重點如下：

1.對於事業結合之管制，由現行「事前申請許可制」改為「事前申報異議制」；此外，對於銷售金額之公告門檻，由單一門檻之公告標準，修正為得由公平會視實際需要，就金融機構事業與非金融機構事業，分別予以公告。且事業向公平會提出申報後，如公平會未於30日內提出異議者，該結合案件即可合法生效(第11條)。2.明定對市場競爭機能並無減損之事業結合，無須再向公平會提出申報之結合類型(原條文第11條之1)。3.增訂中央主管機關對於事業結合得附加附款，以及違反附款之法律效果(原條文第12條)。

又為使結合申報案件審理標準更臻明確，俾利事業遵循，公平會先後發布4項行政規則，除一般性處理原則外，並針對有線廣播電視頻道供應者與系統經營者、金融業、國內民用航空運輸事業等特定產業，訂定結合處理原則。

第一，公平會於2002年3月4日就「有線廣播電視頻道供應者與系統經營者垂直結合申報案件審理原則」進行全文修正。

第二，公平會於2002年11月6日發布「公平交易法對金融業經營行為之規範說

明」（現名稱為「公平交易委員會對於金融業之規範說明」）。原則上，公平會對於金融業者提出之結合申報案件，依「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」審查，並得另審酌以下因素：1.對於金融市場穩定性及健全性之影響。2.對於金融服務普及性及近便性之影響。3.對於金融服務創新之影響。4.金融相關主管機關之政策<sup>4</sup>。

第三，公平會於2006年7月發布「行政院公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」（現名稱為「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」）。依據「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」於2016年7月18日最新修正之內容，結合大致上分為水平結合、垂直結合與多角化結合三種型態，針對不同之結合型態，公平會在審酌限制競爭效果或具有重要潛在競爭可能性時，分別訂有不同之考量因素<sup>5</sup>。

第四，公平會於2008年1月8日發布「行政院公平交易委員會對於國內民用航空運輸事業結合、聯合行為案件之處理原則」（現名稱為「公平交易委員會對於國內民用航空運輸事業結合、聯合行為案件之處理原則」），就國內民用航空運輸事業結合，另訂審查基準。

### （三）2015年2月4日之修正

基本上，公平法2015年2月4日之修正，實使我國市場競爭法制更為完備，對於企業經營及競爭環境亦多所幫助，可謂其調整範圍最廣、規模最大，也影響最深之修法。其中關於結合相關規範方面，主要進行下列修正：1.明定關係企業（含兄弟公司）之持股及銷售金額應併同計算。2.將自然人或團體有控制性持股之情形納入結合規範，倘符合結合態樣及申報門檻，須事前向公平會提出申報。3.公平會得擇定行業分別公告銷售金額門檻<sup>6</sup>。

### （四）2017年6月14日之修正

市場上事業之結合，除了合意結合外，尚有敵意併購（hostile acquisition），意指併購者之收購行動遭被併購公司經營者抗拒時仍強行收購，或未事先與經營者商議即逕提公開收購要約。當敵意併購發生時，若兩家事業國內市場占有率超過二分之一時，需要充分的時間進行事業結合的研究與討論，經濟部更須對產業結合之影響進行各類評估，亦應讓行政機關能有時間進行經濟分析、產業分析，也需要讓被併購者能有答辯與防禦之機會，故條文規定30日內必須做出決定，時間上讓敵意併購方出現可

<sup>4</sup> 參閱公平交易委員會對於金融業之規範說明第4點第5項。

<sup>5</sup> 參閱公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第9點、第11點、第12點。

<sup>6</sup> 參閱公平交易委員會，公平交易委員會30週年紀念特刊1992-2022，初版，自版，34（2022）。

操作之時間漏洞。申言之，公平會於審查重大結合案件或非合意結合案件，時有向他機關或事業索取資料、召開公聽會或座談會徵詢外部意見等需求，為避免因連續假期等由而壓縮審查期間，爰修正第11條，將結合審查期間由日曆天修正為「工作日」，並明定對於參與結合事業之一方不同意結合者（即非合意結合或敵意併購案件），公平會應提供申報結合事業之申報事由予不同意結合之一方，徵詢該事業之意見，並應就該結合申報案件作成決定，以提高結合審查作業之周延性<sup>7</sup>。蓋如參與結合事業之一方，係屬遭敵意併購之事業，逕行同意其結合，恐嚴重影響該事業之經營與競爭秩序，且對我國整體經濟產生重大不利益，是以增設主管機關針對非合意結合案件，於進行結合審查前，應先行提供疑遭敵意併購之事業必要資料，並徵詢其意見以探求真意之必要審查程序。若主管機關認為對我國整體經濟恐有產生重大不利益之虞，必要時亦得委請學術研究機構提供產業經濟分析意見作為審理參考依據，爰增列第11條第10項及第11項規定。

公平會於2021年8月18日頒布實施「公平交易委員會提供事業結合申報前諮詢服務作業要點」，提供事業結合申報前諮詢服務。其諮詢適用對象為參與結合事業，並允許檢具委任書後委由代理人進行諮詢。至於諮詢服務內容，則包括協助釐清是否符合結合之定義、是否達到申報門檻、應提出申報之主體、事業結合申報相關文件、結合案件之適用程序等，在相當程度上應可降低執法及法律適用之爭議。

又公平會於2021年8月24日公告修正「事業結合申報須知」，並同步修正「事業結合申報書」，而於2021年10月1日生效。

### 三、事業結合規範之內容

#### （一）事業結合之定義及型態

依公平法第10條第1項規定，事業結合共分為下列五種型態：本法所稱結合，指事業有下列情形之一者：1.與他事業合併。2.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總數或資本總額三分之一以上。3.受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產。4.與他事業經常共同經營或受他事業委託經營。5.直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免。其中，計算公平法第10條第1項第2款之股份或出資額時，應將與該事業具有控制與從屬關係之事業及與該事業受同一事業或數事業控制之從屬關係事業所持有或取得他事業之股份或出資額一併計入（公平法第10條第2項）。申言之，公平法對於結合之定義不採例示方式，而以列舉及概括方式予以併列，第6條第1項第1款至第4款列舉規定，而第5款則具有概括之功能。本文囿於篇

<sup>7</sup> 參閱公平交易委員會，認識公平交易法，19版，自版，11（2021）。

幅，僅就不確定法律概念及執法實務較有爭議者，加以論述。

### 1. 持有或取得他事業之股份或出資額之概念及計算

#### (1) 持有或取得事業之股份或出資額之概念

若依文義解釋之方法，所謂「持有或取得事業之股份或出資額」，本應指股份或出資額已移轉或完成交割而言。惟依公平會之解釋，則認為事業如因徵求委託書，而取得他事業之經營權，倘其取得他事業董監事席次過半數，對他事業之業務經營或人事任免有直接或間接之控制情事，或藉收購委託書達到他事業有表決權股份三分之一者，即符合公平法第10條第1項第2款、第5款所規範之結合態樣。事業徵求委託書之行為，如依「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」辦理，尚不致構成公平法有關結合之適用，只有違法徵求委託書之情形（此時已違反「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」），始有公平法結合之適用<sup>8</sup>。

此外，若事業與他事業合資設立新公司，達到他事業有表決權股份總數或資本總額三分之一以上，實務上向來認為可構成公平法第10條第1項第2款及第5款所規範之結合態樣<sup>9</sup>。

#### (2) 具有控制與從屬關係之事業、受同一事業或數事業控制之從屬關係事業

依公平法施行細則第6條第1項規定，公平法第10條第2項所稱控制與從屬關係，指有下列情形之一者：1. 事業持有他事業有表決權之股份或出資額，超過他事業已發行有表決權股份總數或資本總額半數。2. 事業直接或間接控制他事業之人事、財務或業務經營。3. 二事業間，有公平法第10條第1項第3款或第4款所定情形，而致一事業對另一事業有控制力。4. 公平法第11條第3項之人或團體及其關係人持有他事業有表決權之股份或出資額，超過他事業已發行有表決權股份總數或資本總額半數。又依公平法施行細則第6條第2項規定，有下列情形之一者，推定為有控制與從屬關係：1. 事業與他事業之執行業務股東或董事有半數以上相同。2. 事業與他事業之已發行有表決權股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資。

由於公司法第369條之2及第369條之3對於所謂控制公司與從屬公司設有立法解釋，故公平法第10條第1項第2款所稱「具有控制與從屬關係之事業」，自不宜為相左之定義。因此，公平法施行細則第6條第1項第1款及第2款有關「控制與從屬關係」規定，應與公司法第369條之2、第369條之3規定見解一致，以維持法律適用之一致性。

應注意者，依公平法施行細則第6條第1項第3款及第4款尚設有二款公司法上並未定義之「控制與從屬關係」規定。首先，公平法施行細則第6條第1項第3款規定，二事業間，有公平法第10條第1項第3款或第4款所定情形，而致一事業對另一事業有控

<sup>8</sup> 參閱公平會公研釋字第106號函。

<sup>9</sup> 參閱公平會公處字第102171號處分書、第102172號處分書。

制力，主要係沿用早期公平會之解釋<sup>10</sup>。

其次，公平法施行細則第6條第1項第4款規定，公平法第11條第3項之人或團體及其關係人持有他事業有表決權之股份或出資額，超過他事業已發行有表決權股份總數或資本總額半數，則係配合公平法第11條第3項及第4項增訂對事業具有控制性持股之人或團體，視為公平法有關結合規定之事業，以求明確。蓋依公平法第11條第3項規定，對事業具有控制性持股之人或團體，視為公平法有關結合規定之事業。至於所稱控制性持股，指前項之人或團體及其關係人持有他事業有表決權之股份或出資額，超過他事業已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者（公平法第11條第4項）。

此外，所稱關係人，其範圍如下：1.同一自然人與其配偶及二親等以內血親。2.前款之人持有已發行有表決權股份總數或資本總額超過半數之事業。3.第1款之人擔任董事長、總經理或過半數董事之事業。4.同一團體與其代表人、管理人或其他有代表權之人及其配偶與二親等以內血親。5.同一團體及前款之自然人持有已發行有表決權股份總數或資本總額超過半數之事業（公平法第11條第5項）。

舉例而言，例如大坤投資股份有限公司等4家事業因應申報而未申報之結合行為，違反公平法處分案，公平會認為本案○○○家族係透過個人持股、○○○3 位子女所共同控制之寶泰、坤泰、寶坤、大坤、坤山、興泰及惠普等 7 家控股公司、併其控制之欣彰天然氣及其從屬公司和通公司，共同取得欣雄、欣南、欣彰、欣林、裕苗等5家公用天然氣事業三分之一以上股份，或控制上開公用天然氣事業之業務經營或人事任免。其中寶泰、坤泰、寶坤、大坤、坤山、興泰及惠普等 7 家控股公司，因董事有半數以上均為相同，彼此依公司法第 369 條之 3 規定得認定彼此互為控制從屬公司。按公平法規定，持有或取得他事業之股份或出資額者，申報結合事業為持有或取得之事業；直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者，申報結合事業為控制事業；且持有或取得他事業之股份或出資額者，應加計其控制從屬公司持有之股份或出資額，控制他事業之業務經營或人事任免者，亦包括間接控制，即得加計其控制從屬公司之董事席次，以達實質控制之結果<sup>11</sup>。

此外，所稱「受同一事業或數事業控制之從屬關係事業」，解釋上係指自參與結合事業追溯至其最終控制母公司（可能為一事業或數事業），該最終控制母公司之所有從屬關係公司，即所謂事業之「兄弟公司」<sup>12</sup>。

## 2. 受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產

<sup>10</sup> 參閱公平會101年3月27日公法字第10115603922號令。本筆資料，依據公平會104年6月29日公法字第10415605641號令，廢止。

<sup>11</sup> 參閱公平會公處字第 107036 號處分書、第 107037 號處分書、第 107040 號處分書。

<sup>12</sup> 參閱公平會，前接註7，65。

若屬受讓或承租他事業全部之營業或財產，因受讓、承租或全部等法律概念，其文義較為明確，在個案判斷上較無爭議，但若為受讓或承租他事業主要部分之營業或財產，因所稱「主要部分」為不確定法律概念，則有待透過解釋或司法實務之認定加以具體化。至於所謂「承租」，係指當事人之一方，給付一定對價，而取得他方標的使用、收益之權利而言。

關於公平法第10條第1項第3款所規定「主要部分之營業或財產」之認定，公平會曾認為，除應從系爭財產之「量」占讓與事業總財產之比例，及其「質」相較於讓與事業其他財產之重要性外，更應衡酌參與結合事業之市場地位是否因此而有改變。可參酌下列因素就具體個案綜合考量：1.讓與部分之財產或營業占讓與事業之總財產價值之比例及其營業額比例。2.讓與部分之財產或營業得與事業分離，而得被視為獨立存在之經營單位（例如行銷據點、事業部門、商標、著作、專利或其他權利或利益）。3.從生產、行銷通路或其他市場情形，讓與部分之財產或營業具有相當之重要性。4.受讓公司取得讓與部分之財產或營業，將構成受讓事業經濟力之擴張，而得增加其既有之市場地位<sup>13</sup>。應注意者，經查最高法院對於公司法第185第1項第2款有關「主要部分之營業或財產」之見解，向來係以公司營業或財產之轉讓，是否足以影響公司所營事業之不能成就，作為判定是否構成「讓與主要部分之營業或財產」之標準<sup>14</sup>。本文以為，公平會所為上開迥異於最高法院向來實務見解之行政解釋，並認為應衡酌參與結合事業之市場地位是否因此而有改變，其觀點應係考量公平法之立法意旨而來。

### 3. 經常共同經營或委託經營

所謂經常共同經營或委託經營，公平會並未作成行政解釋。理論上，似應針對各種事業結合案件之類型抽取共通之概念，以形成判斷不確定法律概念之具體標準。目前受託經營之事業結合案件較為罕見，本文謹整理較具代表性之共同經營個案如下：

(1) 以有線電視產業而言，頻道節目之洽購及接收；網路工程之建置、傳輸及維修，乃至於服務品質之客戶服務等俱屬業者存立之不可或缺要素，是公平法第6條（現行法第10條）第1項第4款有關「共同經營」的內涵，於有線電視產業係指包含但不限於數事業頻道節目的採購、訊號接收、傳輸、網路工程的建置、客戶服務、及其他包含公司營運所涉之行政、人事、財務等各種營運內涵的同一性。經查「大○媒

<sup>13</sup> 參閱公平會88年12月3日公法字第03543號函。

<sup>14</sup> 參閱最高法院81年度台上字第2696號民事判決：「公司法第一百八十五條第一項第二款所謂讓與主要部分之營業或財產，係指該部分營業或財產之轉讓，足以影響公司所營事業之不能成就者而言。鼎盛公司將系爭債權讓與上訴人，是否足以影響該公司所營事業之不能成就？原審未予說明，遽依前開理由為不利於上訴人之判斷，自有疏略。」其他類似之司法實務見解，參閱最高法院93年度台上字第781號民事判決、最高法院100年度台上字第717號民事判決。

體」MSO組織雖未向主管機關申請商工登記，惟確實存在，且組織架構完整，並由被處分人大○及台○2家有線電視公司共同參與運作，且被處分人大○及台○2家有線電視公司於行政、人事等營運內涵亦具有高度同一性，爰被處分人大○及台○2家有線電視公司業有透過統一指揮中心（即「大○媒體」）從事經常共同經營<sup>15</sup>。

（2）被處分人提供之公司組織圖、員工名冊、電話號碼表、頻道節目表、廣告單、訂戶視訊費繳款通知暨收據等，尚無發現彼此有相互投資或持有或取得對方股份或出資額之情形。惟據進一步查察被處分人帳務資料顯示，91年7月1日至92年3月31日期間，彼此帳務往來頻繁，包括相互間工程材料調借買賣、光纖網路出租、錯收帳務沖轉、物品設備相互買賣等，因彼此間非屬同一集團，且為同一競爭區，故已非屬同業間常態交易往來，應屬經常共同經營或受他事業委託經營有線電視播送業務之結合，業已符合公平法第6條（現行法第10條）第1項第4款規定之結合型態<sup>16</sup>。

（3）聯○公司與寶○公司於103年5月迄今有共用有線電視服務主要營運內涵之機房及攝影棚場地，有共同收費、共同採購有線電視相關設備、聯合製播自製節目及共同推廣業務等多項行為，復加以兩家公司在人事、財務、工程、總務、法務等部門亦均有共用人員或主管及共同教育訓練之情事，足認兩家公司就有線電視服務已屬共同營運，且於前開營運所涉之行政、人事及財務等各種營運內涵已具有同一性，核屬經常共同經營之行為，符合行為時公平法第6條（現行法第10條）第1項第4款規定<sup>17</sup>。

（4）參與結合之一事業分別取得他公司股權後，四家結合申報人將各取得他公司1/4股權，且共同經營該公司並組成專利聯盟，核屬公平法第6條（現行法第10條）第1項第4款之結合型態<sup>18</sup>。

（5）申報人等擬合資設立新事業經營信託服務管理平臺，合致公平法第6條（現行法第10條）第1項第4款所規定之結合型態<sup>19</sup>。

（6）參與結合事業擬合資設立並共同經營點○整合行銷股份有限公司（下稱點○公司或新設事業），由點○公司招募參與紅利點數服務之結盟商家（下稱結盟商家）及會員，依公平法第6條（現行法第10條）第1項第2款、第4款及第11條第1項第2款規定，申報事業結合<sup>20</sup>。

申言之，所謂「與他事業經常共同經營」，例如數事業間訂定損益全部共同之契約，訂定契約的事業均須服從統一指揮權，以求經營之一體化<sup>21</sup>。又例如數事業間

<sup>15</sup> 參閱公平會公處字第102152號處分書。

<sup>16</sup> 參閱公平會公處字第093038號處分書。

<sup>17</sup> 參閱公平會公處字第105002號處分書。

<sup>18</sup> 參閱公平會102年1月24日公結字第102002號結合案件決定書。

<sup>19</sup> 參閱公平會102年1月23日公結字第102001號結合案件決定書。

<sup>20</sup> 參閱公平會100年3月31日公結字第100001號結合案件決定書。

<sup>21</sup> 參閱公平會公處字第102152號處分書、第105002號處分書。

於重要經濟決策事項整合為經濟一體、核心業務統一指揮與共同營運、營運用設備及產品共同採購、資源共享等。至於損益之分配，則依照各事業的投資比例或其實際價值比例為之，且需經常共同經營，如僅係偶爾為之，則無公平法第6條（現行法第10條）第1項第4款之適用<sup>22</sup>。

應注意者，共同經營契約，可能是二以上事業合資經營某一事業時簽訂者<sup>23</sup>，實務上則常以合資契約（joint venture agreement）之型態呈現。所謂合資契約，通常是當事人為結合雙方之資源及勞務，以獲取經營利益而成立<sup>24</sup>。換言之，當事人進行合資之目的，固然主要在於創造重要效益，並用以提高競爭地位及獲得綜效<sup>25</sup>，但共同事業之參與者在共同經營之範圍外仍可能經常保持著競爭關係，且可能使共同事業之參與者提供更物美價廉、更具有價值之商品或服務給消費者<sup>26</sup>。一般而言，合資契約通常是由二家以上之事業所締結，其主要目的在於共同出資設立新公司，其內容並可能約定合資事業（joint venture company）之人事、財務、業務或股份轉讓之限制<sup>27</sup>。就合資公司之結合型態而言，應注意出資公司間之結合關係（間結結合），例如檢視出資公司間具體之契約內容及交易關係等，有無利害共通化之情事，據以認定是否構成間接結合。實際上，由於難以期待出資公司與合資公司間之競爭，故結合管制之意涵應在於藉由切斷出資公司與合資公司間之結合關係，據以切斷出資公司間之結合關係<sup>28</sup>。

所稱「委託經營」，係事業將營業委由受託事業經營，就法律關係而言，對外營業仍需以委託事業之名義為之，且營業上之損益概歸委託事業所有，委託事業握有指揮權，得監視受託事業之經營，並對其負有給付一定報酬之義務<sup>29</sup>。至於在經濟上，因委託事業營業之控制權，實際上操縱於受託事業之手，仍可能增強受託事業之市場

<sup>22</sup> 參閱公平會，前揭註7，65。

<sup>23</sup> 參閱公平會102年1月23日公結字第102001號結合案件決定書、100年3月31日公結字第100001號結合案件決定書。

<sup>24</sup> See Jonathan A. Mukai, Joint Ventures and the Online Distribution of Digital Content, 20 BERKELEY TECH. L.J. 781, 788 (2005) .

<sup>25</sup> See Stephen Fraidin & Radu Lelutiu, Strategic Alliances and Corporate Control, 53 CASE W. RES. L. REV. 865, 867 (2003) .

<sup>26</sup> 參閱吳盈德，「論競爭法上對共同事業之規範—以美國、我國競爭法為中心」，中華國際法與超國界法評論，第12卷第1期，170、176（2016）。

<sup>27</sup> 參閱王志誠，「股東書面協議法制—公開化或閉鎖化之判定基準？」，收錄於曾宛如主編，股東協議—論表決權拘束契約及表決權信託，初版，元照出版公司，97（2021）。

<sup>28</sup> 參閱金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄編著，獨占禁止法，弘文堂，6版，200（2018）。

<sup>29</sup> 參閱公平會，前揭註7，65。

力量，故仍應防範其濫用市場力量<sup>30</sup>。

#### 4. 直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免

##### (1) 公平會之執法實務

公平會早期以結合規範處理超商加盟行為時，曾認為聯盟總部對於加盟主具有「直接或間接控制他事業之業務經營」之情形者，應構成公平法第10條第1項第5款之結合關係<sup>31</sup>。鑒於所謂「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」仍屬不確定之法律概念，本文謹整理較具代表性之共同經營個案如下：

##### a. 取得他事業全部或過半數董事席次

被處分人於92年2月17日迄同年6月1日止，擔任淡水區紅○林有線電視股份有限公司全部董、監事職務；92年3月12日迄同年7月7日止擔任新莊區新○有線電視股份有限公司全部董、監事職務，故被處分人已可直接或間接控制紅○林與新○有線電視公司之業務經營及人事任免，符合公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款所稱之結合態樣<sup>32</sup>。基本上，以是否掌握過半數董事席次之形式標準，因其在法律判斷上相當明確，事業及主管機關較能夠清楚預測企業併購案是否成立公平法上之事業結合。

##### b. 董事兼充或總經理兼充

##### (a) 取得半數董事、監察人席次

按「董事兼充」一般被認屬公平法第10條第1項第5款所定直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免之結合型態之一，乃因在水平結合方面，因事業原處於競爭狀況，而透過企業經營人員之兼任，明顯的將因此種兼任而消弭彼此間之競爭，故應受競爭法有關結合之規範。董事兼充者實不應限於董事，舉凡企業之董事、監察人、總經理及其他一切有決定營業權限之人亦皆應包括在內。本案屬於競爭對手之被處分人與○○公司本應有其競爭敵對性，惟被處分人卻獲○○公司大股東之支持而取得○○公司半數董事席次並任董事長，顯見雙方已有以合作取代敵對之現象。故被處分人透過該等實質控制，實已弱化雙方市場競爭之誘因。被處分人對○○公司之董事長（即羅○○）與半數董事席次（即羅○○、謝○○、劉○○等3人）應具有實質控制力，即能透過該等人員對○○公司有相當影響。故被處分人人員取得○○公司半數董事、監察人席次並擔任董事長職務乙事，已使被處分人具有能力影響○○公司之重要經營決策。綜上論述，被處分人人員取得○○公司半數董事、監察人席次並擔任董事長職

<sup>30</sup> 參閱莊春發，「結合之執法檢討與展望」，收錄於：公平會，公平法施行20週年回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，自版，113（2012）。

<sup>31</sup> 參閱張芬芬，「公平交易法第六條第五款結合實務」，公平交易季刊，第4卷第2期，96（1996）。

<sup>32</sup> 參閱公平會公處字第093034號處分書。

務，已構成公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款之結合態樣<sup>33</sup>。

（b）總經理兼充

對於結合之規範，「董事兼充」固屬公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款所定直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免之結合型態之一，且在水平結合方面，因事業原處於競爭狀況，而透過實際負責企業經營人員之兼任，明顯將因此種兼任而消弭彼此間之競爭，是企業間舉凡董事、監察人、總經理及其他一切有決定營業權人員之兼充，均應認屬符合公平法第6條第1項第5款之結合態樣。又，評估事業結合間之控制關係分有「法律控制」、「實質控制」及「實質影響」，除了法律控制相當明確外，對於事業間實質控制或是實質影響之標準均須視具體個案的情形評估是否構成「實質影響」，尤其在股份未達門檻或是董事未達一定比例，事業間仍有可能有實質影響或實質控制之結合關係存在。職是，被處分人之總經理蔡佳璋擔任○○公司總經理，對於○○公司業務經營或政策已然有實質影響及決定，不待被處分人持有○○公司之股份或董事之派任等法律控制方式為已足<sup>34</sup>。

c. 主要營業及資產出租

查龍○公司及皇○公司已將其主要營業及資產出租予龍○公司使用5年，龍○公司及皇○公司於該5年期間就其出租之主要營業及資產已無權支配，而已為龍○公司所支配控制。而台○○車隊為龍○公司之控制公司，可直接控制龍○公司業務經營及人事任免，故實質上台○○車隊係透過龍○公司間接控制龍○公司及皇○公司之業務經營，亦合致公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款所稱之結合型態<sup>35</sup>。

應注意者，公平會對於公平法第10條第1項第2款之結合型態，亦經常認定得以直接或間接控制該公司之業務經營或人事任免，而同時構成同條項第5款所規定之結合型態<sup>36</sup>。蓋直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免，通常以持有有一定比例之股份或出資額為前提<sup>37</sup>。舉例而言，大○媒體公司擬購買PX Capital Partners B.V.所持有之80%盛○公司普通股股權，從而得以控制盛○公司及其從屬公司—凱○公司之業務經營及人事任免，並間接取得凱○公司所持有之大○○山等12家有線廣播電視系統經營者88.36%以上股份，且得以間接控制該12家有線廣播電視系統經營者之業務經營及人事任免，核屬公平法第6條（現行法第10條）第1項第2款、第5款規定之結合型態<sup>38</sup>。從法律適用之觀點而言，當複合存在公平法第10條第1項第2款、第5款規定之結

<sup>33</sup> 參閱公平會公處字第098035號處分書。

<sup>34</sup> 參閱公平會公處字第096148號處分書。

<sup>35</sup> 參閱公平會公處字第103078號處分書。

<sup>36</sup> 參閱公平會公結字第109002號處分書、公平會公處字第109012號處分書、第107036號處分書、第107037號處分書、第107040號處分書、第102172號處分書。

<sup>37</sup> 參閱金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄編著，前揭註28，201。

<sup>38</sup> 參閱公平會99年10月29日公結字第099004號結合案件決定書。

合型態時，公平會在執法實務上固然得重疊適用該二款規定外，亦得個別適用第10條第1項第2款或第5款之規定，惟似可先從形式上認定是否構成第10條第1項第2款之結合型態後，再將第10條第1項第5款之結合型態納入考量事項<sup>39</sup>。

## (2) 司法實務之見解

公平會就統一企業公司占維力公司董事與監察人席次各半數，且由羅○○出任維力公司之董事長一案，曾認為評估事業間是否有「實質影響」之控制力，除以持有股份或董事席次達特定比例作為判斷基準外，仍須綜合具體個案的事實基礎論斷，亦即在掌握之股份或董事未達一定比例之情形，一事業仍可能透過財務依賴、資訊分享及是否具有否決權等治理權利等，對他事業的經營決策有實質控制，致有結合減損競爭之情形存在<sup>40</sup>，似採取較具彈性之見解。相對地，行政法院對於取得半數董事、監察人席次是否構成公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款之結合態樣，並未與公平會之見解一致。亦即，行政法院就公平法第10條第1項第5款規定文義範圍之解釋，顯與公平會有法律上見解之歧異。

### a. 臺北高等行政法院之見解

經查臺北高等行政法院就本案訴訟認為，按公平法第1條後段規定「本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」同法第6條（現行法第10條）第1項第5款「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之要件規定究應如何認定，公平法既無任何規定，故應依公司法決定。依公司法第208條第1項規定，董事長係由董事互選之，從而，董事長享有之表決權應與董事同為一表決權，顯亦已明示股份有限公司之董事長就董事會決議事項並不具有可決權，自無僅因董事長兼充乙節即已可認定已達到公平法所立「直接或間接控制」要件之程度，仍須視是否已掌握該公司過半數董監事席次之事實而定，此種認定標準始符公司法之規定<sup>41</sup>。

其後，臺北高等行政法院於更一審訴訟則認為，事業是否具有公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款所稱之直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免情形，

<sup>39</sup> 觀諸日本公正取引委員會之執法實務，亦有是否重疊適用日本「独占禁止法」第10條及第13條所規定結合型態之問題。有學者即指出，當股份所有關係與役員兼任關係複合存在時，日本公正取引委員會通常先認定有無構成股份所有關係，再將役員兼任關係列為追加考量事項。參閱舟橋和幸編，独占禁止法による合併・株式保有規制の解説—新ガイドライン・規制事例・届出手続きを中心にして—（別冊商事法務169号），初版，商事法務研究会，94（1995）。

<sup>40</sup> 參閱公平會公處字第098035號處分書。

<sup>41</sup> 參閱臺北高等行政法院98年度訴字第2814號判決。應注意者，最高行政法院100年度判字第1346號判決認為：「以原判決有違反論理法則及不備理由之違背法令事由，其或為上訴意旨所指摘，或為本院依職權調查所得，是上訴人求予廢棄，為有理由。因上訴人之請求有無理由，尚須由原審調查事實始能判斷，自應由本院將原判決廢棄，發回原審法院更為審理。」遂廢棄原判決。

固不以取得他事業董事席次過半數為必要，然亦非以負責人兼任為已足，而應就具體個案情形，探究原屬各自獨立之二個以上事業，經由該特定連結方式，是否有形成單一經營實體，達到實質限制競爭，足以促成獨占或有導致市場集中之虞。易言之，須事業已將他事業之業務經營或人事任免置於自主控制之狀態，始符合公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款所稱之結合情形，不能因該狀態可能繫於其他不確定因素而偶然成就，即謂該當此款規定<sup>42</sup>。

#### b. 最高行政法院之見解

最高行政法院就本案於第一次及二次上訴審訴訟皆認為，公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款之直接或間接控制事業之業務經營或人事任免，自是以控制事業因其對他事業業務經營或人事任免之影響程度，達到有妨害市場競爭之危險，始足當之<sup>43</sup>。此外，最高行政法院於第二次上訴審訴訟尚認為，公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款所稱之直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免情形，固不以取得他事業董事席次過半數為必要，然亦非以負責人兼任為已足，而應就具體個案情形，探究原屬各自獨立之二個以上事業，經由該特定連結方式，是否有形成單一經營實體，達到實質限制競爭，足以促成獨占或有導致市場集中之「虞」等語，即是認公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款之規定，是以控制事業因其對他事業業務經營或人事任免之影響程度，達到有妨害市場競爭之「危險」，其並未認必須達到實質限制競爭之程度，始該當公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款之要件。公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款係「直接或間接『控制』他事業之業務經營或人事任免者」，並非「直接或間接『影響』他事業之業務經營或人事任免者」，原處分所持該款之「控制」以實質上影響，或上訴意旨所主張以形成牽制作用為已足等之見解，與法文未符合<sup>44</sup>。

其次，最高行政法院於再審訴訟則認為，公平法管制事業結合之立法目的，在於避免事業經由結合之手段而有形成獨占之可能，或雖未形成獨占，卻造成市場結構之過度集中，進而可能影響交易秩序，造成對於競爭與整體經濟利益之弊害。公平法對事業結合之管制，是防止限制競爭之一環。是以上開公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款之直接或間接控制事業之業務經營或人事任免，自是以「控制」事業因其對他事業業務經營或人事任免之影響程度，達到有妨害市場競爭之危險（可能），始足當之，而非直接或間接「影響」他事業之業務經營或人事任免者<sup>45</sup>。

#### （3）學說見解

<sup>42</sup> 參閱臺北高等行政法院100年度訴更一字第155號判決。

<sup>43</sup> 參閱最高行政法院100年度判字第1346號判決、101年度判字第1017號判決。

<sup>44</sup> 參閱最高行政法院101年度判字第1017號判決。

<sup>45</sup> 參閱最高行政法院102年度判字第134號判決。

國內學者對於認為公平法第10條第1項第5款所規定「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之結合類型，見解較為分歧。多數學者似較傾向於公平會之主張，其立論基礎主要如下：1.所謂董事兼充不應僅限於董事，舉凡企業之董事、監察人、總經理及其他一切有決定營業權限之人皆應包括在內<sup>46</sup>。2.所稱控制之要件，並不以須達到全部控制的程度為必要，只要達到一事業基本上受他事業之控制，且足以影響受控制事業之重要經營決策或經營成敗即可<sup>47</sup>。3.解釋「控制」要件之意涵時，應格外重視事業之獨立性是否因而喪失，故不應僅限於正面控制之類型，所謂控制應指單獨或共同、直接或間接、積極或消極等方式而得影響他事業之人事、財務、業務等經營決策，致他事業有喪失其獨立決策之虞者<sup>48</sup>。4.實質控制條款之解釋應按結合管制之立法目的賦予必要之彈性，使其達成概括規定截堵不法最後一道防線之重要任務，不宜拘泥於法律文字（如「控制」或「影響」），採取過度謹慎保守之態度，以文害義，反而使結合管制之功能落空。故凡是一事業能夠使他事業之經濟上獨立性因而喪失之作為或不作為，不論是多數控制或少數控制，亦不問是正面控制或是產生具體牽制作用之反面控制，皆宜肯定其屬於事業結合之型態，使其有受到競爭法主管機關審查之機會<sup>49</sup>。

相對地，有學者認為，人事任免之範圍極廣，有必要加以限縮，並例示公平會早期之案例<sup>50</sup>，基於掌握7席董事中之4席，已超過半數，而且董事會係股份有限公司之業務執行機關，依公司法第29條第2項第3款規定，對於經理人亦有任免權，而認其已符合「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之結合類型<sup>51</sup>。亦即，採取形式認定之標準。

本文以為，公平法第10條第1項第5款所規定「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之結合類型，固然屬於實質控制條款，職司守護認定構成結合之最後一道防線，但亦不得過度擴張其適用範圍。觀諸公平法第10條第1項第5款之法條文義，既然使用「直接或間接」與「控制」一詞，則二事業間業務或人事之結合程度或相互關係，從文本主義之觀點，自不宜分別改用「單獨或共同」、「積極或消極」與「影

<sup>46</sup> 參閱何之邁，「論企業結合」，收錄於：氏著，公平交易法專論，初版，自版，283（1993）；莊春發，前揭註30，113。

<sup>47</sup> 參閱汪渡村，公平交易法，五南圖書公司，64（2004）。

<sup>48</sup> 參閱黃銘傑，「公平交易法結合管制之問題與盲點—以結合類型與實體規範要件為中心」，收錄於：廖義男、黃銘傑主編，競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使，初版，元照出版公司，7（2017）。

<sup>49</sup> 參閱吳秀明，「論結合管制上實質控制認定標準之典範轉移」，月旦法學雜誌，第322期，105-106（2022）。

<sup>50</sup> 參閱公平會（85）公處字第195號處分書、（86）公結字第123號許可決定書。

<sup>51</sup> 參閱劉孔中，公平交易法，元照出版公司，初版，88（2023）。

響或牽制」等概念替代。且基於法律適用之一致性，亦不宜認為公司法是從「正面控制理論」處理控制從屬關係，而公平法則係著眼於「反面控制理論」，只要形成牽制作用，即可認定具有控制關係，而應從具體個案，詳細分析二事業間之業務經營或人事任免是否果真存在實際控制關係。因此，當董事兼任人數未超過半數時，除考量兼任事業間持有股份或出資額之狀況外，亦應考量兼任事業間之交易關係、業務合作等關係，亦認定是否構成「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之結合型態<sup>52</sup>。

## （二）事業結合之申報門檻及認定

事業結合管制原有「事前監督」與「事後監督」之別，目前各國潮流多以「事前監督」為主要趨勢。「事前監督」又可分為「事前許可制」與「事前異議制」二種，公平法於2002年2月6日修正前，為防止事業結合可能造成之弊害，規定超過一定規模之事業結合，應事前向中央主管機關申請許可，即為事前監督之「事前許可制」；至於「事前異議制」，各國所採之內涵固然略有差異，但其要均以事業提出申報後，如主管機關未於一定期間提出異議者，該結合案件即可合法生效。臺灣目前即採用「事前異議制」，即認為事業透過結合方式，雖有助於提升經營效率，獲致規模經濟之利益，但為避免事業規模擴大後，可能導致市場集中、競爭減弱之妨礙競爭效果，公平法即規定達到一定規模之事業結合案件，必須事前向公平會申報。

### 1. 申報門檻

依公平法第11條第1項規定：「事業結合時，有下列情形之一者，應先向主管機關提出申報：一、事業因結合而使其市場占有率達三分之一。二、參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一。三、參與結合之事業，其上一會計年度銷售金額，超過主管機關所公告之金額。」可見公平法對於事業結合，係以「市場占有率」與「銷售金額」作為篩選之標準，劃定一定事業規模作為結合管制之申報門檻。其中，第11條第1項第1款應係為水平結合而設，第2款及第3款則可能適用於水平結合、垂直結合及多角化結合<sup>53</sup>。

<sup>52</sup> 例如若所兼任之職務為具有代表權之董事長，因其在事業經營上具有重要地位，縱然僅兼任一名董事，在考量所持有股份或出資額之狀況、兼任事業間之交易關係、業務合作等關係後，仍可能認定構成役員兼任之結合型態。參閱鵜瀨惠子編，合併・株式保有規制の解説—届出・報告制度に係る平成10年独占禁止法改正（別冊商事法務209号），初版，商事法務研究会，18（1998）。

<sup>53</sup> 應注意者，國內學者有認為，第11條第1款的門檻規定，基本上係針對水平結合的情況而設；同法第2款的門檻設定，對三種結合的情況均適用，不過從立法的意旨而言，似乎是針對垂直結合可能性較大；同法第3款的規定則係為多角化結合而定。參閱：莊春發，前揭註30，115。

依公平法第11條第6項規定：「第一項第三款之銷售金額，得由主管機關擇定行業分別公告之。」經查公平法第11條第1項第3款所稱之「銷售金額」，臺灣早期係採取單門檻制<sup>54</sup>，直至公平法於2002年2月6日修正後，始改採雙門檻制<sup>55</sup>。目前關於結合申報所涉及之銷售金額標準及計算方法，本應依「事業結合應向公平交易委員會提出申報之銷售金額標準及計算方法」審查。公平會為完備公平法之事業結合規範，參考歐盟、法國、德國、瑞士等競爭法主管機關之作法及過去處理案例，尚於2016年12月2日修正「事業結合應向公平交易委員會提出申報之銷售金額標準及計算方法」，除了原有國內高低門檻之外，尚增列參與結合之所有事業，若上一會計年度全球銷售金額超過新臺幣400億元，且至少有2個事業在國內的銷售金額達新臺幣20億元以上者亦須申報<sup>56</sup>。

又依公平法第11條第2項規定：「前項第三款之銷售金額，應將與參與結合之事業具有控制與從屬關係之事業及與參與結合之事業受同一事業或數事業控制之從屬關係事業之銷售金額一併計入，其計算方法由主管機關公告之。」蓋鑒於結合管制目的係監督及防範事業透過與他事業之結合而形成或強化其支配市場之力量，為有效規範市場經濟力之集中現象，結合申報門檻應併計與參與結合之事業具有控制與從屬關係之事業及與參與結合之事業受同一事業或數事業控制之從屬關係事業，而不受限於組織外觀形式，始能顯現參與結合事業之真正規模，以正確評估經濟上具一體性事業之市場力量。

又因在商業實務上，集團內相關事業常有由特定自然人控制業務經營或人事任免，或該自然人透過其他信託人、親屬、其他關係企業持股，以規避揭露其實際持股控制之情形，有必要將該等透過自然人持股以達實質結合效果之行為予以納入規範，

<sup>54</sup> 參閱財政部81年4月1日台秘法字第012號公告：「公告事項：參與公平法所稱結合之一事業，其上一會計年度之銷售金額超過新臺幣貳拾億元者，於事業結合時，應向行政院公平交易委員會申請許可。」另參閱行政院公平交易委員會民國88年1月20日(88)公秘法字第00214號公告：「公告事項：自中華民國八十八年二月一日起，參與公平法所稱結合之一事業，其上一會計年度之銷售金額超過新臺幣伍拾億元者，於事業結合時，應向行政院公平交易委員會申請許可。」

<sup>55</sup> 參閱公平會91年2月25日公企字第0910001699號公告。

<sup>56</sup> 參閱公平會105年12月2日公綜字第10511610001號公告：「一、事業結合時，有下列情形之一者，應向本會提出申報：（一）參與結合之所有事業，其上一會計年度全球銷售金額總計超過新臺幣四百億元，且至少二事業，其個別上一會計年度國內銷售金額超過新臺幣二十億元。（二）參與結合之事業為非金融機構事業，其上一會計年度國內銷售金額超過新臺幣一百五十億元，且與其結合之事業，其上一會計年度國內銷售金額超過新臺幣二十億元者。（三）參與結合之事業為金融機構事業，其上一會計年度國內銷售金額超過新臺幣三百億元，且與其結合之事業，其上一會計年度國內銷售金額超過新臺幣二十億元者。」

以免脫法。爰增訂公平法第11條第3項規定：「對事業具有控制性持股之人或團體，視為本法有關結合規定之事業。」而將自然人或團體對事業具有控制性持股者，視為本法有關結合規定之事業；並增訂公平法第11條第4項及第5項規定：「前項所稱控制性持股，指前項之人或團體及其關係人持有他事業有表決權之股份或出資額，超過他事業已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者。（第4項）前項所稱關係人，其範圍如下：一、同一自然人與其配偶及二親等以內血親。二、前款之人持有已發行有表決權股份總數或資本總額超過半數之事業。三、第一款之人擔任董事長、總經理或過半數董事之事業。四、同一團體與其代表人、管理人或其他有代表權之人及其配偶與二親等以內血親。五、同一團體及前款之自然人持有已發行有表決權股份總數或資本總額超過半數之事業。（第5項）」作為解釋控制性持股之認定標準。

## 2. 主管機關之處理期限

觀諸公平法第11條第7項及第8項規定：「事業自主管機關受理其提出完整申報資料之日起算30工作日內，不得為結合。但主管機關認為必要時，得將該期間縮短或延長，並以書面通知申報事業。（第7項）主管機關依前項但書延長之期間，不得逾60工作日；對於延長期間之申報案件，應依第十三條規定作成決定。（第8項）」即明定公平會對於事業結合申報案件之處理期。蓋主管機關受理有限制競爭疑慮之重大爭議結合申報案時，有研析、審查與討論之時間不夠充裕之疑慮，遂於公平法2015年2月4日修正時，酌量增加延長審理期間為60天；且鑒於事業結合之審查屬於影響事業競爭之重大事項，應予主管機關一定之審查期間，避免因連續假期等由變相壓縮審查期間，導致倉促，故公平法2017年6月14日修正時，遂將審查期日規定為「工作日」，以資明確。

依公平法第11條第9項規定：「主管機關屆期末為第七項但書之延長通知或前項之決定者，事業得逕行結合。但有下列情形之一者，不得逕行結合：一、經申報之事業同意再延長期間。二、事業之申報事項有虛偽不實。即為避免事業因所申報之事項虛偽不實而致公平會未能於法定期間為禁止之通知者，爰明定其不因法定期間之經過而得逕為結合，用資完整。

## 3. 敵意併購之配套機制

公平法2017年6月14日修正時，增訂公平法第11條第10項及第11項規定：「主管機關就事業結合之申報，得徵詢外界意見，必要時得委請學術研究機構提供產業經濟分析意見。但參與結合事業之一方不同意結合者，主管機關應提供申報結合事業之申報事由予該事業，並徵詢其意見。（第10項）前項但書之申報案件，主管機關應依第十三條規定作成決定。（第11項）」主要鑒於對事業結合並未區分合意或非合意結合之審查方式，如參與結合事業之一方，係屬遭敵意併購之事業，逕行同意其結合，恐嚴重影響該事業之經營與競爭秩序，且對我國整體經濟產生重大不利益，是以增設主

管機關針對非合意結合案件，於進行結合審查前，應先行提供疑遭敵意併購之事業必要資料，並徵詢其意見以探求真意之必要審查程序。若主管機關認為對我國整體經濟恐有產生重大不利益之虞，必要時亦得委請學術研究機構提供產業經濟分析意見作為審理參考依據，爰增列上開規定。

### （三）申報義務之免除類型

事業結合因具有經濟規模擴大，改善營運效能，而易導致市場集中度提高，貶損市場競爭效能，增加其他競爭者進入市場障礙等效果，自就該等結合之弊害預作防範，但若其結合態樣並未產生規模經濟擴大、市場競爭機能減損之效果，則無加以管制之實益。觀諸公平法第12條規定：「前條第一項之規定，於下列情形不適用之：一、參與結合之一事業或其百分之百持有之子公司，已持有他事業達百分之五十以上之有表決權股份或出資額，再與該他事業結合者。二、同一事業所持有有表決權股份或出資額達百分之五十以上之事業間結合者。三、事業將其全部或主要部分之營業、財產或可獨立營運之全部或一部營業，讓與其獨自新設之他事業者。四、事業依公司法第一百六十七條第一項但書或證券交易法第二十八條之二規定收回股東所持有之股份，致其原有股東符合第十條第一項第二款之情形者。五、單一事業轉投資成立並持有百分之百股份或出資額之子公司者。六、其他經主管機關公告之類型。」明定免除申報義務之態樣。其中第6款為概括條款，使主管機關得視實務需要，適時調整免予申報之類型。依公平會之公告<sup>57</sup>，即列舉下列情形，亦不適用公平法第11條第1項規定：1.事業與原已存在控制從屬關係之他事業結合。2.事業與他事業結合，且該等事業為同一控制事業之從屬事業。3.事業將其持有之第三人具有表決權股份或資本額之一部或全部，讓與其具有控制從屬關係之他事業。4.事業將其持有之第三人具有表決權股份或資本額之一部或全部讓與他事業，且該等事業為同一控制事業之從屬事業。

### （四）事業結合申報審查制度

#### 1. 衡量標準

依公平法第13條第1項規定：「對於事業結合之申報，如其結合，對整體經濟利益大於限制競爭之不利益者，主管機關不得禁止其結合。」蓋當公平會評價事業結合案件對於社會可能產生「整體經濟利益」影響大於「限制競爭不利益」時，公平會將不禁止該事業結合申報案。由於「整體經濟利益」與「限制競爭之不利益」均屬不確定法律概念，向來存在爭議而有相當幅度之解釋空間，至於二者應如何衡量，有賴於主管機關公平會在執行上進行詮釋<sup>58</sup>。申言之，事業申報結合後，公平會是否提出異

<sup>57</sup> 參閱公平會105年7月18日公服字第10512606761號公告。

<sup>58</sup> 參閱許淑幸，「競爭法水平結合規範下UPPI、CPPI及DEA之運用」，公平交易季

議禁止其事業結合或以條件或負擔之附加為前提，同意其事業結合，其衡量標準為公平法第13條第1項「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」。

按公平法第11條對於事業結合，以「市場占有率」和「銷售金額」為篩選之標準，劃定了一定事業規模作為結合管制的門檻，採事前異議制，審核是否准予結合，其標準則依同法第13條第1項規定，須就結合案件對於「整體經濟利益」與「限制競爭之不利益」予以利益評量，惟此二者均為不確定之法律概念，立法者既將該審查標準以不確定法律概念之方式委諸公平法之主管機關於執法時進行補充，則主管機關本於權責所發布之處理原則，將審查標準予以具體化、明確化。基於憲法之功能分配，並未逾越法律授權之範圍，自非不得適用<sup>59</sup>。

## 2. 附款體例

依公平法第13條第2項規定：「主管機關對於第十一條第八項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。」蓋事業結合所涉及之經濟情況萬端，為使公平會有一彈性處理之機制，有賦予其就不禁止之結合附加附款之必要，故採用附款體例。實務上，公平會於為結合案件決定時，為確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益，即可依公平法第13條第2項規定，附加必要之負擔不予禁止。本文以為，公平會就結合案件為決定時，一則應考量申報事業結合後其市場占有率、市場集中度之高低，二則應分析上下游廠商或消費者之抗衡力量高低，附加適當之條件或負擔，進而能消除資訊不對稱之情況，並減緩抗衡力量之消弭。

## 四、事業結合管制之執法分析

公平法於2002年2月6日修正，結合申請許可制改為申報異議制；且因業將結合「申請許可制」改為「申報異議制」，結案屬性之「核准」改為「不禁止結合」、「駁回」改為「禁止結合」。本文因囿於篇幅，僅簡要分析公平會之執法績效，並選擇較具爭議性之個案，加以檢討分析。

### （一）公平會之執法成就

根據公平會之統計資料，自1992年至2022年7月20日止，申請或申報結合案共7,200件，結合案辦結者有7,185件，包括2002年2月6日以前之申請結合案6,009件，2002年2月6日以後之結合申報案1,176件。若就核准或不禁止結合之6,480件而言，屬於2002年2月6日以前之申請結合案者有5,904件，屬於2002年2月6日以後之結合申報案者有576件。至於自1992年至2022年7月20日止，駁回或禁止結合者共12件，停止審議

刊，第28卷第2期，150（2020）。

<sup>59</sup> 參閱最高行政法院100年度判字第1696號判決。

者有662件，併案者有31件<sup>60</sup>。其中駁回或禁止結合之案件中，屬於垂直結合案件有2件，其餘10件為水平結合案件，茲整理如表1，以供參考。

表 1 公平會駁回或禁止結合案件

申請結合或結合申報之案由	結合型態	適用第10條 (修正前第6條) 第1項之結合型態
群健有線電視公司擬受讓威達有線電視公司主要資產(公平會第438次委員會議)	水平結合	第3款
東森媒體科技申請與聯群、新臺北、金頻道及新竹振道有線電視事業結合(公平會第441次委員會議)	垂直結合	第2款
怡星有線電視申請與萬象、吉隆、家和、慶聯、三冠王、長德、麗冠、新視波及港都等九家有線電視公司結合((89)公結字第1086號)	垂直結合	第2款
新臺北有線電視擬與麗冠有線電視合併(公結字第091003號)	水平結合	第1款
錢櫃公司與好樂迪公司申報事業結合(公結字第 096002號)	水平結合	第1款
錢櫃公司與好樂迪公司申報事業結合(公結字第 097002號)	水平結合	第1款
錢櫃公司與好樂迪公司申報事業結合(公結字第 098002號)	水平結合	第1款
錢櫃公司與好樂迪公司申報事業結合(公結字第108001號)	水平結合	第2款、第5款
統一企業公司與維力食品申報事業結合(公結字第097005號)	水平結合	第2款
統一企業公司與維力食品申報事業結合(公結字第099003號)	水平結合	第2款、第5款
統一企業公司與維力食品申報事業結合(公結字第107001號)	水平結合	第2款、第5款
燁聯公司與唐榮公司不銹鋼平板申報事業結合案(公結字第098003號)	水平結合	第2款

資料來源：本文自行整理

基本上，由於臺灣公平法於2002年2月6日修正以前，就銷售金額係採取單門檻

<sup>60</sup> 參閱公平會，「案件審理情形統計」，表6：結合案辦結統計—按處理結果分，資料來源：<https://www.ftc.gov.tw/upload/a4a81236-5140-4024-9778-fa63e0be46bc.pdf>，最後瀏覽日：2022年8月14日。

制，因便利商店（加盟業主）採取委託加盟或特許加盟之方式構成公平法第6條（現行法第10條）第1項第5款及第11條第1項第3款規定之結合態樣，導致申請結合案之數量相當多，高達6,009件。公平法於2002年2月6日修正後，因改採雙門檻制，除非便利商店（加盟業主）本身之市場占有率達四分之一，否則並不須為結合申報，結合申報案之數量大幅減少，公平會可將有限資源集中投入於審理可能實質減損市場競爭效能之事業結合案。

## （二）錢櫃公司與好樂迪公司結合申報案

### 1. 審理經過

首先，錢櫃企業股份有限公司（以下簡稱「錢櫃公司」）與好樂迪股份有限公司（以下簡稱「好樂迪公司」）雙方擬進行合併於92年5月9日向公平會申報結合，案經公平會92年7月4日公結字第092003號結合案件決定書，不禁止其結合。觀諸公平會92年7月4日公結字第092003號結合案件決定書之內容，即本件結合案之相關地理市場為「全國市場」，兩家公司結合對於相關市場結構變化影響不大，並無顯著限制競爭之不利益，結合之後上游市場仍可維持伴唱曲發行管道之暢通，並因此強化國際競爭力，消費者亦可持續保有歡唱多元曲目之管道，爰以附加負擔不禁止其結合<sup>61</sup>。惟被處分人等因故未於預定結合日民國93年1月1日前完成合併。

嗣於95年12月26日擬再次進行合併，合致公平法第6條（現行法第10條）第1項第1款之結合型態，並達到同法第11條第1項第1款規定之參與結合事業市場占有率合計已超過視聽歌唱產業市場三分之一之申報門檻，復向公平會申報結合，案經公平會96年3月9日公結字第096002號結合案件決定書、公平會97年4月24日第097002號結合案件決定書及公平會98年4月20日公結字第098002號結合案件決定書禁止其等結合<sup>62</sup>。

經查公平會96年3月9日公結字第096002號結合案件決定書禁止其結合之關鍵，應在於將該結合案之相關地理市場縮小為「臺北縣市視聽歌唱市場」。若允許結合將嚴

<sup>61</sup> 公平會第608次委員會議紀錄（民國92年7月3日）：「三、好樂迪股份有限公司擬與錢櫃企業股份有限公司合併，依據公平交易法規定向本會提出結合申報案。決議：（一）本案有甲、乙二案，多數委員贊同甲案修正通過，即本結合案之整體經濟利益大於限制競爭之不利益，依公平交易法第十二條第一項規定，不予禁止。（二）惟為確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益，爰依公平交易法第十二條第二項規定，附加條件及負擔如下：1.申報人不得利用因結合而取得之市場地位，為限制交易相對人與其獨家交易之行為。2.申報人不得利用因結合而取得之市場地位，為限制交易相對人不得與特定視聽歌唱業交易之行為。3.申報人不得利用因結合而取得之市場地位，使交易相對人給予特殊優惠。4.申報人不平競爭或其他濫用市場地位之行為。」

<sup>62</sup> 參閱公平會公處字第099040號處分書。

重損害「臺北縣市視聽歌唱市場」之競爭機能，結合案使該二廠商成為公平法之獨占事業，將使臺北縣市欲消費視聽歌唱服務之消費者無密切之替代選擇、買方市場力量之壯大將排擠其他伴唱帶代理商之生存、以及先消滅國內市場之競爭，方能向海外投資等理由禁止其結合<sup>63</sup>。應注意者，公平會96年3月9日公結字第096002號結合案件決定書後遭行政院97年2月1日院臺訴字第0970081708號訴願決定書撤銷，並命其於2個月內另為適法之處分。

惟查公平會97年4月24日第097002號結合案件決定書仍認為，基於視聽歌唱服務之消費特性，難期消費者願意支出過高之移動成本前往遠地取得視聽歌唱服務，是自需求面界定「地理市場」，應以規劃有短程交通路網之個別縣市或相鄰縣市為範圍較妥適，例如臺北縣市間設有綿密之公車及捷運路網，即可視為一地理市場等理由禁止其結合。應注意者，公平會民國97年4月24日第097002號結合案件決定書後雖遭行政院98年3月9日院臺訴字第0980083674號訴願決定書確定全部撤銷，但公平會98年4月20日公結字第098002號結合案件決定書仍維持禁止其結合之決定，其理由略謂：不同區域縣市間之視聽歌唱服務業者彼此間替代性低、甚至無替代性。是自需求面界定「地理市場」，應以規劃有短程交通路網之個別縣市或相鄰縣市為範圍較妥適，例如臺北縣市間設有綿密之公車及捷運路網，即可視為一地理市場<sup>64</sup>。

其後，錢櫃公司擬收購好樂迪公司之全部股份，並直接或間接控制好樂迪公司之業務經營或人事任免，依公平法第10條第1項第2款及第5款規定，再向公平會申報事業結合。案經公平會108年8月21日公結字第108001號決定書禁止其結合，其理由略謂：本案地理市場倘以消費者之日常生活圈而言，得再以短程交通路網之個別縣市或相鄰縣市為範圍界定各區域市場，其中「臺北市及新北市」（下稱雙北市）間因設有綿密之公車及捷運路網等因素，劃分為一地理市場，其餘「各縣市」自為單一地理市場。

<sup>63</sup> 參閱莊春發，前揭註30，130。

<sup>64</sup> 本結合案件之爭議，最後經臺北高等行政法院99年度訴字第779號判決、最高行政法院100年度判字第1696號判決駁回而告確定。

表 2 公平會對錢櫃公司與好樂迪公司結合申報案之市場界定與集中度測定

案號	公 結 字 第 092003 號 (92/07/04)	公 結 字 第 096002 號 (95/03/09)	公 結 字 第 097002 號 (97/04/24)	公 結 字 第 098002 號 (98/04/20)	公 結 字 第 108001 號 (108/08/21)
結 合 型 態	合 併 (第1款)	合 併 (第1款)	合 併 (第1款)	合 併 (第1款)	收 購 全 部 股 份，並直接或 間接控制業務 經營或人事任 免(第2款、第 5款)



市場集中度測定	好樂迪公司市場占有率約為21%，錢櫃公司市場占有率約為20%。	就全國前100大視聽歌唱業者而言，參與事業合計超過90%之市場占有率。是參與事業結合後將在臺北縣市取得獨占地位。	申報人於臺北縣市合計之市場占有率，則超過90%。	申報人於臺北縣市合計之市場占有率，則超過90%。	依107年度「視聽視唱業」稅務統計資料計算，錢櫃公司及好樂迪公司（含具控制從屬關係之事業）107年度營業額分別約占該市場總營業額之26.06%及19.29%，排名第1名及第2名，結合後合計市場占有率為45.35%。參與結合事業營業範圍重疊之區域，雙北市、桃園市、新竹市、臺中市、臺南市及高雄市之市場占有率合計分別為57%、65%、73%、27%、25%及14%。
---------	---------------------------------	--	--------------------------	--------------------------	---

資料來源：本文自行整理。關於公結字第092003號、公結字第096002號及公結字第097002號之資料整理，參閱莊春發，「結合之執法檢討與展望」，收錄於：公平交易委員會，公平交易法施行20週年回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，自版，131（2012）。

## 2. 評析

本案公平會92年7月4日公結字第092003號結合案件決定書認定相關地理市場為「全國市場」，但公平會96年3月9日公結字第096002號結合案件決定書、公平會97年4月24日第097002號結合案件決定書、公平會98年4月20日公結字第098002號結合案件決定書及公平會民國108年8月21日公結字第108001號決定書，則將地理市場突縮減為「臺北縣市視聽歌唱市場」或「臺北市及新北市視聽歌唱服務市場」，其餘「各縣市」自為單一地理市場，對於地理市場之界定態度丕變。

依國內學者分析公平會對於市場界定處理之演進，可區分為空白期、琢磨期及重視期三階段<sup>65</sup>。事實上，為使相關市場界定標準更臻明確，以利案件審議與事業遵循，公平會於2015年3月6日訂定「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」，除明定產品市場界定之考量因素及質性分析外<sup>66</sup>，並採用合理可替代性分析法、交叉

<sup>65</sup> 參閱胡祖舜，競爭法之經濟分析，2版，元照出版公司，93-107（2021）。

<sup>66</sup> 參閱公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則第4點、第5點。

彈性檢測法及假設性獨占者檢測法等量化分析<sup>67</sup>，期待能建立較為客觀、精緻、明確之界定標準，以回應學界多年之呼籲，應值肯定。

所稱抗衡力量，指交易相對人或潛在交易相對人箝制參與結合事業提高商品價格或服務報酬之能力。本結合案所涉視聽歌唱服務業者，其交易相對人在上游為伴唱帶代理業者或唱片公司、在下游為個別消費者。倘參與結合事業結合後調漲價格，在市場內可選擇足資替代之視聽歌唱業者相當有限，難期待個別消費者藉轉向其他視聽歌唱服務業者之方式，達到箝制參與結合事業提高服務價格之能力。

應注意者，依不同意見書之觀點，則認為錢櫃公司與好樂迪公司申報結合（目前已交叉持股），依其利潤與經營考量，將維持兩品牌運作，此一經營定位（repositioning）策略對其訂價空間是否構成限制<sup>68</sup>，似有檢討空間。

### （三）燁聯公司與唐榮公司結合申報案

#### 1. 審理經過

2009年間，燁聯鋼鐵股份有限公司擬於公開證券交易市場中，收購唐榮鐵工廠股份有限公司股權達34%以上，申報人依公平法第6條（現行法第10條）第1項第2款暨第11條第1項第1、2、3款規定，向公平會申報結合，惟公平會認定其結合對限制競爭之不利益大於整體經濟利益，爰依同法第12條（現行法第13條）第1項規定禁止其結合<sup>69</sup>。本案公平會認定地理市場範圍應界定為各廠商提供商品或服務從事競爭的區域範圍，在此範圍內交易相對人可自由選擇及無障礙的轉換交易對象。為反映我國對不銹鋼板類產品之真實需求量，本案所涉地理範圍仍以「我國境域」不銹鋼板類（包括冷、熱軋鋼捲）市場為計算基礎。另不銹鋼類產品屬國際性流通商品，我國業者所產之不銹鋼類產品除自行使用外，亦有出口及進口之情形，足見不銹鋼產業業者亦面對國際的競爭。至於禁止結合之理由，主要包括：1. 本案參與結合事業結合後，於我國不銹鋼板類（包括冷、熱軋鋼捲）市場占有率變化為：以公平會調查之市場總值核算由39.08%增至57.25%、若以國內销售量核算由35.53%增至55.29%，至以申報人自行提供資料核算由37.52%增至58.73%。參與結合事業彼此間的競爭壓力將有所消滅，是渠等將減少單方調整商品價格時之原有顧慮，而對商品價格提高更具影響之能力。2. 本案尚無積極事證足認結合事業與其競爭者有可能以相互約束事業活動或採取一致性之行為之疑慮。惟對於參與結合事業結合前供應冷軋鋼捲重疊之下游廠商，兩家事業結合後卻有可能導致一致性價格或聯合提高價格之共同效果。3. 設立一座熱軋廠約需68億元，一座冷軋廠約需45億元，設立時間約需2至3年，本案之結合，對相關市場所產

<sup>67</sup> 參閱公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則第7點、第8點、第9點。

<sup>68</sup> 參閱公平交易委員會結合案件公結字第108001號之不同意見書（委員洪財隆）。

<sup>69</sup> 參閱行政院公平交易委員會民國98年5月8日公結字第098003號結合案件決定書。

生之參進障礙，不無疑慮。

經查本案經歷13年之漫長訴訟過程，在最高行政法院與臺北高等行政法院來回4次發回更審<sup>70</sup>，目前訴訟尚繫屬於最高行政法院審理中。若依最近期臺北高等行政法院108年度訴更四字第78號判決就本件結合案地理市場之界定所持見解：「地理市場界定應考量之因素，主要為不同地區間之運輸成本、運輸時間及運輸風險所增加之交易成本，故產品之國外供給者及需求者，除非有足夠多之證據，足以證明，因地理界限造成之資訊籬籬已經打破，或降低至與國內相同之程度，不然很難將此等產品之國外供給者及需求者，亦納入以國境為界之市場範圍內。又本件之所以進行相關市場之界定，實係為了正確評估本件結合可能造成之限制競爭不利益與整體經濟利益，故於判斷原處分所為之市場界定是否有誤時，自應回歸到本件結合審查之目的，而為論斷。以本案而言，被告雖運用『E-H檢測法』之經濟分析方法進行推論，然於界定本案所涉之地理市場時，並非僅憑該『E-H檢測法』之單一方法即為論斷，而尚輔以其他之經濟分析方法，如運輸成本法及移轉理論等交互參照，並參酌相關業者、公會、研究機構之意見及資料，經綜合考量各項事證後，始為論斷。是以，被告於充分審酌本案所涉98年間我國不銹鋼平板類產品之真實市場狀況，以及業者自行使用及進出口等相關情形後，將本案地理市場界定為『我國境域市場』，確屬妥適。……綜上，被告認定本件結合案，市場應界定為我國境域，本件參與結合事業於結合前市場占有率分屬第一、第二大廠商，相互為主要之競爭對手，結合後相互間牽制力量削弱，彼此間的競爭壓力有所消減，將減少單方調整商品價格時之原有顧慮，減損不銹鋼板類市場之競爭機能，而就結合所能產生之整體經濟利益，則無從認定可能實現，尚不能確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益，爰依公平法第12條第1項規定禁止其結合，並無違法。」亦即，仍維持公平會之決定。

## 2. 評析

本案爭議之關鍵，顯然在於地理市場之界定。所謂地理市場，指就參與結合事業提供之某特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選擇或轉換其他交易對象之「區域範圍」。有學者認為，外國競爭存在時，單以實際進口量所衡量出來的外國廠商市場占有率，並不能充分顯示其對市場價格限制的能力，尚應考慮外國廠商所帶來「潛在競爭」的影響<sup>71</sup>。經其重新釐清臺灣不銹鋼平板市場結構與進出口現象，並使用

<sup>70</sup> 參閱臺北高等行政法院98年度訴字第2630號判決、最高行政法院100年度判字1093號判決、臺北高等行政法院103年度訴更字第1號判決、最高行政法院復以102年度判字第758號判決、臺北高等行政法院103年訴更二字第1號判決、最高行政法院105年判字第124號判決、臺北高等行政法院105年度訴更三字第26號判決、最高行政法院108年度判字第400號判決、臺北高等行政法院108年度訴更四字第78號判決。

<sup>71</sup> 參閱莊春發，「淺評台北高等行政法院108年度訴更四字第78號判決—由相關地理

Elzinga & Hogarty銷售理論原始公式，重新計算LOFI 與LIFO 兩項公式之結果，獲得之結論為臺灣不銹鋼平板地理市場，不應侷限於所謂「國內市場」<sup>72</sup>。申言之，經由其重新計算結果，證明此結合案於地理市場認定為國內市場，應有根本性之錯誤，自然影響後面對不銹鋼平板市場競爭的危害之判斷，以新結合事業的市場占有率，限制競爭之不利益結果應不至於大於整體經濟可帶來之效果<sup>73</sup>。

#### （四）統一公司與維力公司結合申報案

##### 1. 審理經過

關於統一公司（以下簡稱「統一公司」）擬持有維力公司（以下簡稱「維力公司」）申報事業結合案，前後共有3次，均遭公平會禁止其結合。

第一次申報事業結合為97年間，統一公司擬間接持有維力公司超過三分之一股份，為公平法第6條（現行法10條）第1項第2款規定之事業結合，惟其結合對限制競爭之不利益大於整體經濟利益，爰依同法第12條第1項規定禁止其結合<sup>74</sup>。

第二次申報事業結合為99年間，統一公司擬間接持有維力公司超過三分之一股份，並直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免，為公平法第6條（現行法10條）第1項第2款及第5款規定之事業結合，惟其結合對限制競爭之不利益大於整體經濟利益，爰依同法第12條第1項規定禁止其結合<sup>75</sup>。

第三次申報事業結合為107年間，統一公司擬持有維力公司超過三分之一股份，並直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免，為公平法第10條第1項第2款及第5款規定之事業結合，惟其結合對限制競爭之不利益大於整體經濟利益，爰依同法第13條第1項規定禁止其結合<sup>76</sup>。

---

市場觀點評論訴訟十二年的燁聯公司與唐榮公司不銹鋼平板的結合案」，法源法律網，5（2022）。

<sup>72</sup> 同上註，20。

<sup>73</sup> 同上註，21。

<sup>74</sup> 參閱公平會97年9月10日公結字第097005號結合案件決定書。

<sup>75</sup> 參閱公平會99年9月8日公結字第099003號結合案件決定書。

<sup>76</sup> 參閱公平會107年11月1日公結字第107001號結合案件決定書。

表 3 統一公司與維力公司結合申報案之市場界定與競爭分析

案號	公結字第097005號	公結字第099003號	公結字第107001號
結合型態	取得1/3股份（第2款）	取得1/3股份（第2款）、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免（第5款）	取得1/3股份（第2款）、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免（第5款）
市場界定	產品市場： 速食麵市場、飲料市場、食用油脂市場及保健飲品市場。 地理市場： 全國	產品市場： 速食麵市場、飲料市場及食用油脂市場。 地理市場： 全國	產品市場： 速食麵市場。 地理市場： 全國

<p>限制競爭 不利益</p>	<p><b>單方效果：</b> 按本案參與結合事業於速食麵市場占有率分屬第 1、第 2 大廠商，相互為主要之競爭對手，結合實施後，參與結合事業彼此間的競爭壓力將有所消滅，是渠等單方調整商品價格時之原有顧慮將有所減低。</p> <p><b>共同效果：</b> 本案目前尚無事證顯示結合後有明顯的共同效果。</p> <p><b>參進程度：</b> 本案潛在競爭者參進可能性與及時性極低，其參進障礙高。</p> <p><b>抗衡力量：</b> 本案結合實施後，對上游而言，原料供應商雖仍存在抗衡力量，為參與結合事業之實質議價談判能力將有所提高，對下游而言，連鎖通路商之抗衡力量則有所減損，至於下游傳統零售通路及消費者方面，則難期傳統零售商及個別消費者有箝制申報人提高商品價格之能力。</p>	<p><b>單方效果：</b> 按本案參與結合事業於速食麵市場占有率分屬第 1、第 2 大廠商，相互為主要之競爭對手，而依據本會產業資料庫 98 年速食麵市場占有率資料估算統一公司及維力公司結合後之 HHI 增值超過 2,000，參考美國水平結合處理原則之增值標準，本結合之市場集中度增加甚劇，對於其結合後之單方效果實不可不慎。倘進一步依 HHI 值變化、商品價格彈性、速食麵市場需求彈性估算，結合實施後，參與結合事業彼此間的競爭壓力將有所消滅，市場集中度更形顯著，其抬價之單方效果無法排除。</p> <p><b>共同效果：</b> 本案結合實施後，參與結合事業調漲商品價格時，其餘既有廠商採取跟隨調漲之可能性極高，尚難排除結合後之共同效果。</p> <p><b>參進程度：</b> 行銷通路而言，新產品之成功須投入廣告行銷成本及爭取銷售通路，統一公司與全國門市數將近 5,000 家之統一超商及家樂福量販店屬同一集團事業，結合實施後統一公司與維力公司對通路之影響力量更強，亦將間接影響既存業者或潛在參進者爭取通路之可能性。</p> <p><b>抗衡力量：</b> 本案結合實行後，飲料及食用油脂等產品之市場占有率與結合前相較並無重大變化，應不影響目前市場競爭強度。</p>	<p><b>單方效果：</b> 低價位進口速食麵產品倘無法對統一公司與維力公司造成競爭壓力，其結合後抬價效果無法抑制，恐使參與結合事業更有誘因及能力逐步抬價至高價位。</p> <p><b>共同效果：</b> 本案結合實施後，參與結合事業調漲商品價格時，其餘既有業者採取跟隨調漲之可能性極高，尚難排除結合後之共同效果。</p> <p><b>參進程度：</b> 潛在競爭者進入國內市場尚須面對消費者口味偏好、行銷通路等各項交易條件，其對於既有業者尚不足以形成及時、有效之競爭壓力。</p> <p><b>抗衡力量：</b> 參與結合事業於結合後更居市場主導地位，無論在議價、談判能力更顯著上升，上游原料業者及下游連鎖通路商對其之抗衡力量相形削弱，更難期待下游傳統零售商及個別消費者有箝制統一公司提高商品價格之能力。</p>
---------------------	--	---	--

整體經濟利益	<p>1.本結合案將損害速食麵製造市場之競爭機能及影響消費者利益，具有顯著限制競爭之不利利益。</p> <p>2.本結合案對整體市場或消費者造成之經濟利益並不明顯且無法確保實現。</p>	<p>1.統一公司雖表示將盡力避免調高零售端產品售價，但綜合上情以觀，縱有規模效益，其是否得以轉嫁至終端消費者則未臻明確。</p> <p>2.本結合案對整體市場或消費者之整體經濟利益，難認有明顯助益。</p>	<p>1.統一公司雖稱結合後得以協助維力公司降低生產要素成本，解決產能滿載情形，俾提高維力公司速食麵產量以促進市場競爭，及開發更優質產品來嘉惠消費者，惟競爭同業間協助代工以維持產能利用率實屬常態，非必然須藉由結合方能為之。</p> <p>2.參與結合事業非屬垂危事業，而統一公司尚有通路優勢，下游交易相對人尚難與其抗衡，實難認參與結合事業屬交易弱勢之一方。</p>
--------	---	--	--

資料來源：本文自行整理。

## 2.評析

本案之結合行為分屬水平結合與垂直結合，公平會對於第三次申報事業結合，不僅認為產品市場限縮於速食麵市場，不再包括飲料市場、食用油脂市場及保健飲品市場；且首次輔以運用向上訂價壓力指標（Upward Pricing Pressure Index; UPPI）、邊際成本補償減量（Compensating Marginal Cost Reduction; CMCR）等進行分析，結合後提高價格之可能性提高，參與結合事業彼此間之競爭壓力將有所消滅，市場集中度更形顯著，其抬價之單方效果無法排除，應可肯定。蓋美國司法部與聯邦交易委員會於2010年8月公布「2010水平結合指導原則」（2010 Horizontal Merger Guidelines）<sup>77</sup>中明確提出，由計算轉換銷售值（value of diverted sales）所衡量之向上訂價壓力指標，可用來偵測結合可能導致漲價之單方效果。因而不需依賴先定義市場再據以計算市場集中度變化的方式，來評估結合之競爭影響<sup>78</sup>。

## 五、事業結管制之展望

### （一）附款體制之運用

公平法施行細則於2002年6月19日修正前第10條原規定：「中央主管機關為本法第十二條結合之許可時，為確保整體經濟利益大於限制競爭之不利利益，得定合理期間附加條件或負擔。前項附加條件或負擔，不得違背許可之目的，並應與之具有正當合

<sup>77</sup> See DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (08/19/2010), <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010> (last visited on August 14, 2022).

<sup>78</sup> 許淑幸，前揭註58，165。

理之關聯。」其後為配合事業結合由「事前申請許可制」改為「事前申報異議制」，並鑒於事業結合所涉及之經濟情況萬端，為使中央主管機關有一彈性處理之機制，賦予其就不禁止之結合附加附款之必要，公平法於2002年2月6日修正時，遂將得附加條件或負擔之規定提升至母法之位階，增訂第12條（現行法第13條）第2項規定。

觀諸公平法第13條第2項之文義，公平會對於結合申報案為不禁止結合決定附加條件或負擔，其目的應在於確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益。學理上有謂附加條件或負擔即是所謂「結合補救措施」<sup>79</sup>。從執法實務而言，若結合申報案仍存在限制競爭疑慮，為確保申報人就限制競爭疑慮事項所提之承諾得以實現，仍應透過附加必要負擔，進一步消弭可能產生之限制競爭不利益，並確保整體經濟利益，固然無可厚非，但有認為公平會近年來所作成之結合案件決定，似有下列有待改善之處：1.有「附款」之名卻無「附款」之實。2.附款內容與「競爭」無關。3.無限制競爭疑慮仍附加附款<sup>80</sup>。

## （二）多重管制機關之協調機制

公平法上跨業別之結合管制規範，原即針對參與結合事業「就一定之商品或服務，從事競爭」之市場結構，設定授權公平會介入及異議與否相關標準，因而在法律規範之抽象層次上，與針對特定業別所進行的目的事業結構管制相互重疊交錯，埋下競爭法與目的事業管制法規彼此矛盾衝突之制度遠因<sup>81</sup>。例如2011年間，旺中寬頻媒體股份有限公司擬分別向馬來西亞商 Evergreen Jade SDN BHD、Goodwill Tower SDN BHD 購買其持有之安順開發股份有限公司及博康開發股份有限公司之全部普通股股份，以及向盛開投資股份有限公司及緯宏投資股份有限公司購買其所持有安順開發股份有限公司、安成開發股份有限公司、博康開發股份有限公司及博碩開發股份有限公司之所有特別股股份，完成相關交易後，申報人將持有安順開發股份有限公司及博康開發股份有限公司之100%股權，從而得以控制安順開發股份有限公司、博康開發股份有限公司及其從屬公司（包含中嘉網路股份有限公司、全球數位媒體股份有限公司、吉隆有線電視股份有限公司、長德有線電視股份有限公司、萬象有線電視股份有限公司、麗冠有線電視股份有限公司、新視波有線電視股份有限公司、家和有線電視股份有限公司、北健有線電視股份有限公司、三冠王有線電視股份有限公司、慶聯有線電視股份有限公司、港都有線電視股份有限公司、雙子星有線電視股份有限公司）之財務、業務經營及人事任免，依公平法第6條（現行法第10條）第1項第2款、第5款

<sup>79</sup> 參閱胡祖舜，前揭註65，422-424。

<sup>80</sup> 參閱胡祖舜，前揭註65，425-428。

<sup>81</sup> 參閱石世豪，「目的事業參與結合之多重管制問題及其制度革新芻議—以通訊傳播領域為例」，公平交易季刊，第25卷第2期，56（2017）。

及第11條第1項第2款規定，申報事業結合。本案經公平會認定旺中寬頻媒體股份有限公司擬透過持有安順開發股份有限公司、博康開發股份有限公司之100%股份，控制安順開發股份有限公司、博康開發股份有限公司及其從屬公司（包含中嘉網路股份有限公司、全球數位媒體股份有限公司及吉隆等11家有線電視系統經營者）之財務、業務經營及人事任免，為公平法第6條（現行法第10條）第1項第2款及第5款規定之事業結合。公平會為確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益，依公平法第12條（現行法第13條）第2項規定，附加11大項負擔不予禁止<sup>82</sup>。應注意者，本案NCC幾經輾轉徵詢其他部會意見、一再要求相關業者補件、召開相關機關代表座談會、函詢地方政府意見、立法院交通委員會邀NCC主任委員蘇蘅專案報告、辦理聽證、舉行公聽會，經多次委員會議始終議而不決。直到2012年7月25日，始於例會之外加開的第496次委員會議中，決議附加「3項停止條件、25項負擔、保留負擔之事後附加或變更及保留行政處分之廢止權」等龐雜附款「許可」英屬維京群島商PureInvestmentGlobalCorp.經由旺中公司多層轉投資中嘉公司旗下12家系統經營者<sup>83</sup>。其後，旺中公司函請NCC「確認」上述「停止條件成就」，經NCC於第582次委員會議決議認定並未成就，本案因此爭訟（及訴外爭議）不已。直到2014年8月中旬，買方撤回行政訴訟，去函NCC表示已與賣方達成協議，擬不執行NCC於2012年7月31日所發處分函附附款「許可」事項，相關爭議始暫時告一段落<sup>84</sup>。

基本上，特許行業之事業結合，經常須面對多重管制標準，遵法成本相當高。一般認為不能因僅因另有監管體系之存在，即可排除競爭法之適用。例如天然氣管道工業、通訊業、交通運輸業等，在一定程度上，亦都存在競爭法及監管問題。一般來說，除非有相當大之特異性，否則不能豁免競爭法之適用<sup>85</sup>。為解決多重監管政策及執法策略之歧異，各個產業主管機關與競爭法主管機關於行政執法時，不僅應充分考量各個特許產業或市場之特性及競爭因素，亦應對特許行業之競爭行為採取趨同或一致之實質審查標準，建立協調機制。若以金融業之事業結合為例，則可採取下列二種作法。

### 1. 競爭法之內設管道

從競爭政策之觀點出發，為使金融主管機關與競爭法主管機關在執法實務上採取趨同或一致之實質審查標準，可在競爭法中內設管道<sup>86</sup>，妥適地解決競爭政策與金融

<sup>82</sup> 參閱公平會100年4月29日公結字第100003號結合案件決定書。

<sup>83</sup> 參閱石世豪，前揭註81，61-62。

<sup>84</sup> 參閱石世豪，前揭註81，62。

<sup>85</sup> See William T. Lifland, *Banking Practices and the Antitrust Laws*, 42 NOTREDAMEL REV. 465, 466 (1967).

<sup>86</sup> 參閱王志誠，「金控集團之競爭規範」，政大法學評論，第84期，21（2005）。

政策相互調和之問題。例如臺灣公平會對於金融業結合申報案件所為之決定，即得依公平法第13條第2項規定附加條件或負擔，以確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益。又例如公平會所訂定發布之「公平交易委員會對於金融業之規範說明」第4點第5項規定，公平會對於金融業結合申報案件，除依「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」進行審查外，得另審酌對於金融市場穩定性及健全性之影響、對於金融服務普及性及近便性之影響、對於金融服務創新之影響及金融相關主管機關之政策等因素，亦具有類似之效果<sup>87</sup>。

## 2. 金融管制法之外設管道

從金融政策之角度出發，若在各種金融管制法中外設管道，以謀求金融政策與競爭政策之調和，亦非不可行。目前臺灣係採取下列二種模式：

其一，對於金融業之競爭行為，分別由金融主管機關與競爭法主管機關依其權責分別為准駁決定或認定，至於金融主管機關亦應審酌其競爭行為對金融市場競爭程度及增進公共利益之影響，以降低發生歧異認定之可能性。例如臺灣金融機構合併法第6條、金融控股公司法第9條第1項、第18條第1項對於金融機構之合併、金融控股公司之設立或併購，即採取此種調和策略。

其二，對於金融業之競爭行為，雖分別由金融主管機關與競爭法主管機關依其權責分別為准駁決定或認定，但形式上可由金融主管機關與競爭法主管機關對於金融業之競爭行為，共同研訂實質審查標準<sup>88</sup>，以杜絕發生歧異認定之可能性。由於金融監理之執行及金融穩定之設計屬於金融主管機關之職權及專業，是故如何管制金融業之競爭行為，宜由金融主管機關與競爭法主管機關共商大計，方能建立適合金融市場特性之競爭規範及管制策略。例如臺灣金融控股公司法第9條第2項及第18條第1項對於金融控股公司之設立或併購，即搭配採行此種調和策略<sup>89</sup>。

## 六、結論

公平會於81年1月27日成立，轉眼間已屆滿30年，所累積之執法經驗及豐富成果，對於臺灣公平競爭秩序之確保，以奠立穩固之基石。本文先彙整臺灣事業結合管制之法制沿革，並就各階段所訂定發布之各種行政規則加以說明，以掌握臺灣典範變遷之脈絡。

<sup>87</sup> 參閱王志誠，「金融管制法與競爭法之調和——法釋義學上平行法域耦合之模式設計」，收錄於：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文及編輯委員會，法學的理想[第三卷] 跨域教義，元照出版公司，434（2022）。

<sup>88</sup> 參閱顏雅倫，「我國結合管制之檢討與前瞻——以金融產業之結合為例」，公平交易季刊，第11卷第3期，115（2003）。

<sup>89</sup> 參閱王志誠，同註87，435。

其次，主要從解釋論之觀點，檢討現行事業結合規範之內容，針對不確定法律概念及執法實務較有爭議者，加以論述，期能建立較為明確、一致之適用標準。其中，公平會於2021年8月18日頒布實施「公平會提供事業結合申報前諮詢服務作業要點」，提供事業結合申報前諮詢服務，應可避免執法爭議及違法情事之發生，應值肯定。

自1992年至2022年7月20日止，公平會所辦結之結合案共有7,185件，執法成效相當斐然，但仍出現若干重大爭議案件，承受各界之批評。本文則整理錢櫃公司與好樂迪公司結合申報案、燁聯公司與唐榮公司結合申報案及統一公司與維力公司結合申報案等各界關注之案件，並加以評析，以供參考。

最後，除針對公平會運用附加條件或負擔之狀況，提出改進建議外，並認為為解決特許行業所面臨之多重管制標準問題，宜建立協調機制，以降低遵法成本。

## 參考文獻

### 一、中文部分

1. 公平交易委員會，認識公平交易法，19版，自版（2021）。
2. 公平交易委員會，公平交易委員會30週年紀念特刊1992-2022，初版，自版（2022）。
3. 王志誠，「金控集團之競爭規範」，政大法學評論，第84期（2005）。
4. 王志誠，「股東書面協議法制—公開化或閉鎖化之判定基準？」，收錄於：曾宛如主編，股東協議—論表決權拘束契約及表決權信託，初版，元照出版公司（2021）。
5. 王志誠，「金融管制法與競爭法之調和一法釋義學上平行法域耦合之模式設計」，收錄於：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法學的想像（第三卷）：跨域教義—蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集，初版，元照出版公司（2022）。
6. 石世豪，「目的事業參與結合之多重管制問題及其制度革新芻議—以通訊傳播領域為例」，公平交易季刊，第25卷第2期（2017）。
7. 何之邁，「論企業結合」，收錄於：氏著，公平交易法專論，初版，自版（1993）。
8. 吳秀明，「論結合管制上實質控制認定標準之典範轉移」，月旦法學雜誌，第322期（2022）。
9. 吳盈德，「論競爭法上對共同事業之規範—以美國、我國競爭法為中心」，中華國際法與超國界法評論，第12卷第1期（2016）。
10. 汪渡村，公平交易法，初版，五南圖書公司（2004）。
11. 邱永和主持，垂直結合實證分析法之應用，公平交易委員會110年委託研究報告（2021）。
12. 胡祖舜，競爭法之經濟分析，2版，元照出版公司（2021）。
13. 施錦村，「事業多角化結合案件類型結構分析—以組合效果為中心」，公平交易季刊，第19卷第1期（2011）。
14. 許淑幸，「競爭法水平結合規範下UPPI、CPPI及DEA之運用」，公平交易季刊，第28卷第2期（2020）。
15. 莊春發，「結合之執法檢討與展望」，收錄於：公平交易委員會，公平交易法施行20週年回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，自版（2012）。
16. 莊春發，「淺評台北高等行政法院108年度訴更四字第78號判決—由相關地理市場觀點評論訴訟十二年的燁聯公司與唐榮公司不銹鋼平板的結合案」，法源法律網（2022）。

- 17.張芬芬，「公平交易法第六條第五款結合實務」，公平交易季刊，第4卷第2期（1996）。
- 18.黃銘傑，「公平交易法結合管制之問題點與盲點—以結合型與實體規範要件為中心」，收錄於：廖義男、黃銘傑主編，競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使，初版，元照出版公司（2017）。
- 19.孔中，公平交易法，初版，元照出版公司（2003）。
- 20.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」，公平交易季刊，第11卷第3期（2003）。

## 二、外文部分

- 1.Fraidin, Stephen & Lelutiu, Radu, “Strategic Alliances and Corporate Control,” 53 Case Western Reserve Law Review (2003).
- 2.Lifland, William T., “Banking Practices and the Antitrust Laws,” 42 Notre Dame Law Review (1967).
- 3.Mukai, Jonathan A., “Joint Ventures and the Online Distribution of Digital Content,” 20(2) Berkeley Technology Law Journal (2005).
- 4.舟橋和幸編，独占禁止法による合併・株式保有規制の解説—新ガイドライン・規制事例・届出手続を中心にして—（別冊商事法務169号），初版，商事法務研究会（1995）。
- 5.金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄編著，独占禁止法，6版，弘文堂（2018）。
- 6.鵜瀨恵子編，新しい合併・株式保有規制の解説—届出・報告制度に係る平成10年独占禁止法改正（別冊商事法務209号），初版，商事法務研究会（1998）。

## Paradigm Change, Law Enforcement Review and Prospect of Business Merger

Chih-Cheng Wang<sup>\*</sup>

### Abstract

It has been more than 30 years since the Fair Trade Act came into effect on February 4, 1992. Although there have been eight amendments during this period, 4 of them are related to business merger regulations. There are many uncertain legal concepts in the business merger norms of the Fair Trade Act, such as "major part of the business or assets ", "operates jointly ", "entrusted management", "direct or indirect control", " business operation or the appointment or discharge of personnel", "overall economic benefit" and "disadvantages resulted from competition restraint". In addition to clarifying its connotation through traditional legal interpretation methods, how to establish clear legal application standards by formulating various administrative rules, administrative interpretations or other methods to avoid law enforcement disputes and illegal situations, and then improve the normative system for business merger, is a subject that must be continuously paid attention to.

This article begins with sorting out the legal evolution of business merger regulation in order to grasp the context of the paradigm shift in Taiwan, and then reviews the content and controversy of the current business merger norm from the point of view of hermeneutics. Besides, coinciding with the 30th anniversary of the Fair Trading Act, this article will not only analyze the current state of the Fair Trade Commission's enforcement of business merger regulations, review representative cases, and make specific recommendations as a reference for future revisions to business merger regulations and enforcement.

Key words: Business Merger, Horizontal Merger, Vertical Merger, Multi-angle Merger, Unilateral Effect

---

\* Professor of Law, Dean of Law School, Vice President, Chinese Culture University(Taiwan); Ph. D., National Chengchi University College of Law (Taiwan).

## 與談

### 與談人：石世豪（東華大學法律學系教授）

我就借志誠兄的報告來分享另一個觀點，也就是所謂「典範轉移（paradigm shift）」概念，從比較嚴謹的社會學定義來說，T. Kuhn在他的升等著作裡寫到，必須是科學演進上的重大變化：「A paradigm shift is a fundamental change in the basic concepts and experimental practices of a scientific discipline.」。其一是根本性的變化，其二是涉及基本概念的變化，其三要在「實作」上都開始在變化了，再來要波及整個學門。既然本文稱結合有所謂典範轉移，就必須要波及整部公平交易法。我的結論是沒有，結合規定近年只有小修，沒有發生波及整個競爭法領域的根本變化。

先從學門說起，競爭法作為法學之下的一個次級學門，屬於私法與公法交錯領域，學者基本上必須能跨越行政管制與民商事法範疇毫無罣礙，才能貫通競爭法研究。其次，對於經濟學的基本概念也必須相當純熟，包含競爭、市場，然後深入解析不同型態行為的規範、管制手段，才能彼此呼應。而倘若論及修法，如今各國都注重一項基本觀念，同時也算是SOP，就是：法規影響評估（regulatory impact assessment）。再來，在學門內的「實作」層面，則包含公平會行政實務、法院訴訟實務、事業法遵（compliance）實務3個面，不能偏廢；前兩個面向，在法釋義分析上需要互相對照，才不至於過度偏向執法機關的立場；而最後一個面向，則涉及法律規範實效，必須避免公平法架空在一個事業不容易配合的雲端上勉強操作。至於競爭法學門內的實務日常操作，法釋義當然要非常嫻熟，並講求明確化；更要熟悉每一個產業；最後還要聚焦實證。從法釋義操作到經濟分析，都是以實證為中心，就是競爭法這個法學次級學門的特殊屬性。

回到事業結合概念或制度作為一個「典範」。從競爭法這個次學門整個研究領域的視野來看結合概念，有人說反托拉斯3種主要行為型態中，聯合及獨占濫用，是從事業外部觀察其市場上行為；結合從市場上看不出事業行為誘因與經濟合理性，從經濟觀點看來就像black box，彷彿在箱子裡面暗中作業，事業彼此彷彿如同獨占廠商主導的市場行為怎麼形成的，外部看不清楚。結合介於聯合與獨占兩者之間，把決策體從多數變成少數，在市場上看不出彼此行為異常原因所在，理論上說就是決策單位同一。所以，結合的核心概念只有一個，就是「實質控制」。現行法定持股比例過高，其實，在理論層次看來已經一點也不重要，畢竟，在公開發行公司中達到實質控制程度所需的持股比例，實證經驗上遠低得多；簡而言之，持股比例在現行實務所牽涉的，主要是事業是否必須依法申報的行政作業層次問題，跟結合管制中的介入干預必要性，並沒有實質關聯性；從早期預警及資訊流通等（低密度）管制功能角度來說，

持股比例作為申報門檻，其實應該訂得更低。此外，我認為市占率跟申報門檻也應該脫鉤；但是，公平法依舊把市占率寫在結合申報門檻裡，我認為這是公平法需要修改的部分，德國早已刪除，我國卻還保留。我認為結合管制還可以再進化，市占率其實是干預門檻，既不是結合定義，也不該是申報門檻。

在結合定義例示多款看似明確實則倚重「實質控制」概念，申報門檻又隱含介入干預門檻的狀況下，結合申報在我國實務運作上幾乎是We knew one when we saw one。這樣事前飄忽不定的結合定義與申報門檻很難操作，太複雜了。更何況，經濟觀點下結合是black box，進入到實質控制的事業內部安排，不同的事業型態情形都不一樣。我認為結合管制應該從整套競爭法的制度來思考，結合並不是單一行為型態。尤其，關鍵在於：結合管制是事前預防措施，跟聯合、獨占濫用不同，後二者除了少數聯合事前申請許可之外，基本上是在行為出現之後，才去抓違法行為；結合原則上就是合法行為，所以不能仿照抓違法獨占濫用或聯合的執法方式處理。

眾所周知，併購一家公司最重要的是商機，既要掌握時機，事前當然也要保密到家；公平會要求什麼資料都要事業配合，事業為求及時結合也只能被迫配合，至於最低下限必須提供的資料是什麼，每件個案都在拉鋸之中各有不同，以致於公平會30年來的實務，基本上就是行政便宜，我認為：不符合比例原則的行政管制，其實是潛藏違憲爭議的！

回顧公平法上結合管制在制度上的最大翻轉，應該是從申請許可制轉換成申報異議制；但是，公平會現在還沒有完全轉換到異議制，基本上依舊維持申請許可制的行政作業模式。由於申報案件數量，無論如何都遠比需要實質介入結合管制案件多很多，每件申報都要檢視市占率，又動輒觸及潛在限制競爭風險，實務上大部分的困擾也源自於此：必須完整申報才開始起算30天，光是「完整申報」與否來回確認就曠日廢時，沒有制式要求的文件清單，根據產業別及性質個案（委員會）又要求有所不同，導致事業與第一線公務員兩方面都很困擾。

美國結合管制另有專法HSR，列舉須事前申報的形式化標準，無論是購買資產或是股份，到一定標準就要申報，非常明確。就整部反托拉斯法而言，結合管制的完整功能最終還是回到Sherman Act跟Clayton Act，而管制重點、實質控制概念都在Clayton Act上。至於歐盟的結合規定，其實跟我國有點像，就是集中化（concentration），而集中化的核心概念就是實質控制。但是，歐盟另外設有反向的逃脫條款，事業只要結合後不會造成新的concentration，就通過了，我國並不是如此。整體而言，我國結合管制跟這兩大典範都很不一樣。

剛剛說的結合管制兩大典範中，從申報進入到實質介入干預的案件比例，差不多是25:1，反觀我國則是1:1，所以剛剛志誠兄所提，公平會30年來處理七千多件相當偉大，跟歐盟、美國相比總受理件數其實並不算多。因為我們用1:1行政成本在處理，別

人用25:1在處理，重點放在那25分之1的重大案件，其他絕大多數案件送進來過水就結束了，別人介入干預比例非常低。

德國結合管制從許可制轉換到申報制曾經大翻轉，在GWB第6次修正（1998）就改採歐盟結合管制模式－申報異議，完整申報後1個月內決定是否啟動正式審查程序，5個月內決定是否禁止結合，全面採取歐盟制「輕者輕放」，而且1個月的時效也可以主動縮短，行政管制密度差異相當大。

最後，回應今天主題「結合管制『典範轉移』」，我認為：（一）申報門檻應徹底形式化，且申報資料制式化，如果公平會需要進一步的資料，則要自己進一步（以「下命處分」形式）正式要求（request）補正；（二）干預門檻實質化，如果不涉及足以減少市場競爭情事，則毋庸出手，以美國跟歐盟為例，剛才所提的25分之1重大案件才實質審查，進而要求矯正或加以禁止者，可以再除以10，所以遭受實質干預的事業非常的少；（三）寬嚴分流，簡易案件加速審查，重大案件慎重操作經濟分析；（四）程序透明，且可以事前諮詢，減輕申報事業配合行政作業及時間等各方面壓力；（五）資料制式化及數位化，除便於進行經濟統計及大數據分析，讓公平會對各行業掌握程度越趨熟稔，案件處理越來越快；（六）接軌國際，儘可能標準化。

最後再次強調，希望將來在公平法結合管制上能看到真正的典範轉移，謝謝各位。



# 德國2022年不正競爭防止法新法重點對我國 公平法的啟示 —以資訊透明化為中心

楊宏暉\*

## 目 次

- 一、前言
- 二、資訊透明化措施
  - (一) 影響力行銷
  - (二) 產品排序
  - (三) 顧客評價
  - (四) 雙重品質
- 三、我國相關規定
  - (一) 影響力行銷
  - (二) 產品排序
  - (三) 顧客評價
- 四、結語

---

\* 中正大學法律學系教授、政治大學法律學系法學博士

## 中文摘要

德國不正競爭防止法新法於2022年5月28日起適用，此次修正同樣也是受到歐盟綜合指令轉換義務的督促所致，該指令重點在於課予線上服務業者一定義務，以促成B2C網路交易及廣告資訊的透明化，達到保障消費者權益之目的，同時也規定了個別消費者訴權與違法行為的行政罰規定，再次提高消費者保護密度。此次新法特別針對數位交易作出因應，分別針對影響力行銷的標示義務、產品排序參數的標示、顧客評價真實性的揭露、雙重品質銷售禁止等重點領域，環繞資訊透明化主題，作出相關的規定，其規範內容應可作為我國公平法執法與修法之參考。故本文在介紹上開修法重點之後，接著論述我國法的相應規定與類似之執法，而我國法的實務主要是針對個別事業而非中間事業為規範，因此，留下解釋適用的空間。本文認為將既有規定套用於交易中間人上，現行法並無難行之處，而消費者的自主決定是市場競爭的裁判者，近年來不正競爭防止法的重點，一直都放在資訊透明化或資訊不對稱問題的處理上，且這樣的規範方式，相對地簡單易行，而可容易操作，並可增加法律的安定性。

關鍵字：影響力行銷、產品排序、顧客評價、雙重品質銷售、資訊透明化、薦證廣告、廣告真實原則、口碑行銷、利益關係揭露、比較網站、不正競爭防止法、公平交易法

## 一、前言

2021年6月10日德國議會通過「競爭法與營業法中的消費者保護強化法案」（Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht），再次對「不正競爭防止法」（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG）進行修正，並於2022年5月28日起施行，此一法案如同2008年的修法係受到歐盟「不當交易行為指令」（Directive 2005/29/EC<sup>1</sup>）的轉換義務所引發一樣<sup>2</sup>，這次修法旨在將歐盟2019

<sup>1</sup> Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’). 亦有將之譯為「不公平商業行為指令」。

<sup>2</sup> 楊宏暉，「歐盟不當交易行為指令與德國不正競爭防止法的新變革——以消費者保護的強化為中心」，公平交易季刊，第18卷第2期，75（2010）。

年通過之「較佳之執行與現代化歐盟消費者保護法指令<sup>3</sup>」（一般稱為「綜合指令」，Omnibus Directive）在期限內轉換為內國法<sup>4</sup>，該指令更新了數個既有的消費者保護指令<sup>5</sup>，重點是透過課予線上服務業者一定義務，以促成B2C網路交易及廣告資訊的透明化，達到保障消費者權益之目的，顯見消費者保護將再度成為焦點。從而，德國在修法過程中，除了將綜合指令的相關規定進行修法之外，也引進了個別消費者訴權（§ 9 II UWG）<sup>6</sup>，以及侵害消費者利益（§ 5c UWG）<sup>7</sup>之跨境的「嚴重違反行為」（weitverbreiteter Verstoß）<sup>8</sup>，得被課處年營業額4%以下罰鍰（§ 19 UWG）<sup>9</sup>，以便有效遏止違法行為的發生，再次提高消費者保護密度，也使得不正競爭防止法再一次愈往消費者保護貼近<sup>10</sup>。

而在實體規定上，這次的修法，係為因應數位經濟變遷與線上交易興起後所引發的一些新問題，提供明確的規範，以對數位交易行為作出因應，其重點包括：「影響力行銷（influencer marketing）的標示義務」、「產品排序（ranking）參數的標示」、

<sup>3</sup> Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

<sup>4</sup> Article 7 of Directive 2019/2161.

<sup>5</sup> 包括：不公平契約條款（Directive 93/13/EEC）、價格標示指令（Directive 98/6/EC）、不當交易行為指令（Directive 2005/29/EC）及消費者權利指令（Directive 2011/83/EU）。

<sup>6</sup> 在此規定增訂前，消費者可以依民法第826條故意背俗侵權行為規定提出損害賠償請求，因此有無必要將不正當交易行為指令第11a條引進，即引發討論。學界普遍認為民法救濟即已足夠，但立法者在此為個別消費者特別創造其訴權，以符合指令要求，其重要意義在於可透過UWG第9條第2項的團體訴訟予以實施。Vgl. Ansgar Ohly, „Die ab 28.5.2022 geltenden Änderungen des UWG in Überblick“, *GRUR* 2022, 769 (2022).

<sup>7</sup> 包括：§ § 3 III, 4a I S.1, 5 I, 5a I, 3 I。

<sup>8</sup> 依據歐盟「消費者保護合作規則」（Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004）第3條第3項a款對於「嚴重違反行為」（weitverbreiteter Verstoß）的界定，係指涉及二會員國以上或三會員國以上的不當交易行為；而「嚴重違反聯盟層級的行為」（weitverbreiteter Verstoß mit Unions-Dimension），依第3條第4項，則是指不當行為至少傷害三分之二會員國消費者利益的行為。

<sup>9</sup> Björn Kalbfus, „Umwälzungen in Wettbewerbsrecht: Kommen jetzt Massenverfahren und Bussgelder?“, *CCZ* 2022, 104-105 (2022).

<sup>10</sup> 這部分的發展趨勢，其實在2008年的修法就已顯見蹤跡了。參見：楊宏暉，前揭註2，117-118。

「顧客評價 (Bewertung) 真實性」、「雙重品質 (dual quality) 銷售禁止」、「遠距銷售之堅持攀談 (hartnäckige Ansprache) 禁止」等。除堅持攀談之外，其餘皆跟資訊透明攸關，即使是對平臺的管制，亦然<sup>11</sup>，故本文以事業的資訊義務作為探討的主題，儘量將本次修法的實體內容予以涵蓋。而資訊透明化或資訊不對稱的問題，一直是競爭法上重要的議題，數位經濟所引發的問題，更是當前的執法重點，雖然公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）於2022年底公布之「數位經濟競爭政策白皮書」，大部分著重於限制競爭行為的討論，但仍有一部分側重於網路廣告的討論<sup>12</sup>，顯示我國執法機關亦看到數位經濟的不公平競爭問題，甚至於過去實務也有類似案例的發生，故這部分法制的發展，應有值得留意及參考之處。

## 二、資訊透明化措施

消費者依不正競爭防止法第1條規定，其免於受不正當交易行為所害之利益，亦與競爭者利益和市場參與者利益，同等受到保護，而受保護之消費者利益，包括消費者對於有效競爭的「競爭自治利益」（wettbewerbliche Autonomie）、消費者對於「決定基礎」（Entscheidungsgrundlage）與「決定過程」（Entscheidungsprozess）的利益、以及消費者「免於騷擾」的利益<sup>13</sup>。其中，「消費者的自主決定」（Selbstbestimmung des Verbrauchers）是競爭的重要參數，凡干擾消費者決定的行為，如不實廣告或騷擾等，均為常見的不公平競爭行為，保護其自主決定，亦寓有消費者自我負責及維護其於市場競爭中的「裁判功能」（Schiedsrichterfunktion）之意，其保護也由禁止不實資訊的提供擴張至應積極提供正確的資訊。鑑於市場資訊的透明度也會影響到自主決定的健全性，從而觸及競爭秩序的好壞，在現代平臺交易的環境下，消費者進行交易時，通常未直接接觸到締約相對人及締約客體，對於契約的可信度，往往有賴其他方面予以佐證，例如使用經驗的分享、產品的評價或排序等。而作為商品或服務提供者的事業，因其對相關影響交易之因素的控制，較消費者為近，且資訊的正確性，又遠比只誤導部分消費者之不實資訊的禁止，來得重要多了，使得資訊理解的提供，比起資訊的設限，更為重要。但過多的資訊，也會造成資訊的混亂，在人的有限理性下，過多的資訊義務也會形成反生產的結果，只會增加事業的負擔，

<sup>11</sup> Franz Hofmann, „Lauterkeitsrechtliche Haftung von Online-Plattformen – Die neuen Transparenzvorgaben im UWG 2022 im Kontext lauterkeitsrechtlicher Plattformregulierung“, *GRUR* 2022, 780f.

<sup>12</sup> 公平會，*數位經濟競爭政策白皮書*，138-153（2022）。

<sup>13</sup> Axel Beater, *Unlauterer Wettbewerb*, Aufl., Mohr Siebeck, § 14 Rn. 1084-1086（2011）。

在數位經濟下反而可能不利於中小企業的發展；若資訊的提供，可以簡單明瞭且讓義務事業留有依其成本效益的決定空間，則還是可以促進市場競爭的健全性，因此，在本次德國的修法中，「數位經濟」（digitale Ökonomie）的透明度再次成為重點<sup>14</sup>。

## （一）影響力行銷

### 1. 影響力行銷之意義

影響者（influencer）意指在社群網路上能夠影響其他使用者的政治、社會和交易決定之人<sup>15</sup>，其通常會表現自己和自己的生活環境、日常和特殊情況、事件和情狀，目的在贏得用戶的認同並將之轉變為自己的追隨者（followers）<sup>16</sup>。因此，影響力行銷（又稱「影響者行銷」或「社群意見領袖行銷」），是一種「兩級傳播」的方法，藉由作為中介之影響者的高人氣，將之轉換為商品的買氣，對於行銷事業而言，只要找到一個好的影響者，就可以有效拉抬其商品的銷售量<sup>17</sup>，是「社群媒體」（social media）興起後產生的新廣告寵兒，比起傳統的薦證廣告，網紅（internet celebrity）對其鐵粉（stan）的推銷，更見促銷成效，藉此來提升品牌知名度、增強宣傳效果及驅動廣告效益和增加互動率<sup>18</sup>，改變傳統上事業直接對客戶為廣告而可能碰壁反彈的缺失，也使得這些影響者得以成為經營自身事業的廣告傳播者而可高度介入市場上的交易活動<sup>19</sup>。既然其本質上是為了取代傳統直接廣告所為之替代措施，故其本身也是一種廣告，從而，只要影響者主觀上具為促進自己或其他事業商品或服務的銷售關連性，即有可能該當不正當交易行為。

影響力行銷一般認為是「原生廣告」（native advertising）的下位類型<sup>20</sup>，如

<sup>14</sup> Karl-Nikolaus Peifer, „Die neue Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer)“, *GRUR*, 1453, 1454 (2021)。

<sup>15</sup> Joch Glöckner, „Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien“, *NJW*, S. 3427 (2021)。

<sup>16</sup> Christian Alexander, „Transparenz beim Influencer-Marketing – BGH-Rechtsprechung und UWG-Neuregelungen“, *ZUM*, S. 77 (2022)。

<sup>17</sup> Peter J. Fries, *Influencer-Marketing: Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media*, S. 5f (2019)。

<sup>18</sup> 邱淑華，「從意見領袖到影響者：談網路時代的影響力行銷」，*廣告學研究*，第37期，37（2012）。

<sup>19</sup> 楊宏暉，「影響力行銷中消費糾紛的責任認定」，*臺灣法學雜誌*，第387期，170（2020）。

<sup>20</sup> 原生廣告是在文字環境中嵌入不引人注意的文字廣告，完美地融合在網頁內容當中，讓閱讀者得以自然而然地閱讀下去，不容易發現在閱讀廣告的一種廣告形式。關於原生廣告之規範重點在於「透明化」與「揭露」，可參閱：陳皓芸、楊燕枝、汪志勇、杜怡靜、王震宇，「公平交易法對網路廣告之適用與因應」，*公平交易季刊*，第28卷第3期，58-59（2010）。

Facebook 上的動態贊助、建議貼文等，常見於網路平臺上，如部落格 (blogs)、YouTube、Facebook、Instagram、Twitter 等社群媒體，這類將廣告性格予以抹去，以減少觀眾抗拒心理的宣傳，一般有「隱藏式廣告<sup>21</sup>」(verdeckte Werbung)、「置入性行銷」(Schleichwerbung)<sup>22</sup>或「偽裝性廣告」(getarnete Werbung)<sup>23</sup>等形式，典型例子包括：書報雜誌的編輯者文章，其實包含廣告內容，或是在電視節目或電影中，對贊助廠商商品為特寫或陳述的行為<sup>24</sup>，因此，規範重點便放在如何將其隱藏或偽裝打破，使之曝露於外<sup>25</sup>。不過，UWG 這次增訂的影響者責任，這部分並不是受到歐盟指令影響的結果，而是將實務的看法予以整合後的規定。

## 2. 影響者之交易行為認定

影響者藉由其作為事業與顧客之間的中介人，一方面為促進其廣告夥伴或贊助者的競爭，另一方面，成功的影響者也能發展自己的品牌，其對廣告客戶的價值取決於渠對其粉絲的影響成果而定。因此，影響者在功能性理解及客觀認定下，縱未銷售商品或服務，亦屬行銷自身形象或經由廣告收入予以商業化，應該符合「事業」概念，而有不正競爭防止法的適用<sup>26</sup>，但首先面臨的問題，是其推介行為是否受法律規範，涉及其行為是否為「交易行為」(geschäftliche Handlung) (亦有譯為「商業行為」)之認定，依不正競爭防止法第2條第1項第2款規定，交易行為係指有利於自己或其他事業於交易的一切行為，並與商品或服務之銷售促進具有「直接且客觀上關連性者」(unmittelbar und objektiv zusammenhängen)。相較於舊法，多了「直接性」(unmittelbar)的要件，立法者原意是要減輕影響者的負擔，認為影響者未收取對價

<sup>21</sup> 又有稱為「秘密行銷廣告」。參見：陳皓芸等，同上註，67-71。

<sup>22</sup> Sabine Lettman, „Schleichwerbung durch Influencer Marketing – Das Erscheinungsbild der Influencer“, *GRUR*, S. 1210 (2018). 惟公平會實務上對於隱藏性廣告似有不同界定，係指廣告雖係由雜誌免費刊登，惟相關資料則由被處分人所提供，此種免費之工商資訊廣告，係為隱藏性廣告性質，殆無疑義。參閱 (89) 公處字 139 號處分書及 (89) 公處字第 177 號處分書。然而，比較適當的見解，是臺北高等行政法院 98 年度簡字第 125 號判決中針對廣播電視法案件所使用的說法，即「系爭節目之音樂或歌曲，並無區隔『節目』與『廣告』之特定意涵，又未特別告知聽眾該等內容係屬廣告時段，進而認定原告違反節目與廣告應明顯分開以避免聽眾遭隱藏性廣告暗示影響之規範目的云云。」

<sup>23</sup> 林易典，「論隱藏式廣告於競爭法下之適法性：歐體指令、德國不正競爭防止法與我國公平交易法規範之比較觀察」，收錄於：公平交易委員會，第18屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，278-279 (2011)。

<sup>24</sup> 吳秀明，「第二十四條」，公平交易法之註釋研究系列(二)——第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年度委託研究報告，428 (2004)。

<sup>25</sup> 參見不當交易行為指令 (Directive 2005/29/EC) 第 7 條第 2 項及附件一第 22 點。

<sup>26</sup> Alexander, a.a.O. (Fn.16), S. 78.

者，即與所推介商品之間，欠缺直接性，而可能只是為了增加自身知名度<sup>27</sup>，但此點並無說服力且理由過於粗略<sup>28</sup>，且此一要件在2005年歐盟不當交易行為指令第2條d款中就已存在，實務也早已作了符合指令的解釋，故並未對現況加以改變。從而，交易行為是指凡有利於自己或其他事業於交易締結前、締結時與締結後的一切行為，其與促進銷售、或促進商品或服務之購買、或與商品或服務契約之進行，具有直接且客觀上的關連者，從而，收取對價為他事業進行廣告，應屬交易行為<sup>29</sup>。

如果從條文字義觀之，有無取得對價，並非是交易行為的必要條件<sup>30</sup>，因此，影響者的無償推薦，若其目的是為了增加自己事業的利益，是否仍構成交易行為，則須回到第2條第1項第2句的判斷，縱屬是無償之自我廣告，若與商品或服務之銷售具有直接關連性，亦屬交易行為。從而，只要是其他人無法辨識商業目的者，即負有標示義務；反之，若商業目的是公開的，則無標示的需求。因此，修法前聯邦最高法院（Bundesgerichtshof, BGH）即確認影響者在Instagram（IG）上的公開貼文，係為了促進自身事業的銷售，仍屬交易行為<sup>31</sup>。但若影響者只是建議或提及商品或服務但未獲得對價者，則其貼文目的可能僅是為了增加自身知名度而已，於修法後，未收取對價者即不具有商業目的而可能無涉交易行為<sup>32</sup>，故前開修法前的聯邦最高法院見解即可能面臨修正<sup>33</sup>。

### 3.影響者之商業目的

#### （1）商業目的之認定

除了影響者的交易行為認定之外，依UWG第5a條第4項，還必須有一定的商業目的而未揭露，才屬不正當交易行為。有爭議的是商業目的之要件，是直接從交易行為本身推知，亦或有其他主觀要件，聯邦最高法院曾認為只要從客觀之交易行為加以確認即可<sup>34</sup>，甚至於認為即使要探討事業的主觀動機，也只要依客觀情況證據即可，如是否標記事業網站、有無提供折扣碼、有無購買連結、甚至於粉絲人數眾多等等。此外，甚至於以UWG附件（黑名單）第11點之偽裝性廣告為例<sup>35</sup>，條文上雖有「出於促

<sup>27</sup> BT-Drucks. 19/27873, 32.

<sup>28</sup> Alexander, a.a.O. (Fn.16), S. 83.

<sup>29</sup> Dirk Bruhn, in: Wolfgang Gloy/Michael Loschelder/Rolf Danckwerts (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 5. Aufl., 2019, § 59a Rn 31, 32.

<sup>30</sup> Alexander, a.a.O. (Fn.16), S. 79.

<sup>31</sup> BGH MMR 2021, 875 – Influencer I, Rn. 35.

<sup>32</sup> BT-Drucks., 19/27873, 32.

<sup>33</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1459.

<sup>34</sup> BT-Drucks. 19/27873, 75.

<sup>35</sup> Anhang 11 (als Information getarnte Werbung) zu § 3 III UWG: „der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art

進銷售之目的」(zu Zwecken der Verkaufsförderung)的要求，但認為只要透過編輯的內容得以促進商品或服務之銷售，即可推知事業主觀意圖的存在<sup>36</sup>。因此，付費廣告但經偽裝為編輯內容而無法從其內容或其他形式看出具商業促銷目的者，即有本點的適用<sup>37</sup>。

## (2) 促進他人事業銷售

德國不正競爭防止法第5a條第4項規定：「使交易行為之商業目的無法加以辨識出來，而此目的無法直接由情事中得出，且使之無法辨識係足以促使消費者做出其原本不會做出的交易上之決定者，其行為構成不正當。若其行為雖利於他事業，但其未由他事業就其行為有對價或其他類似給付之取得或獲允者，則不存在商業目的。取得或獲允對待給付係屬推定，但行為人如能證明其未取得者，則不在此限。<sup>38</sup>」此一新增規定係為影響者提供一「安全港」(safe harbor)，只要影響者為他事業推薦產品而未從中獲得直接財務利益者，即不適合解釋為具有商業目的<sup>39</sup>，藉以跟一般未帶有廣告目的之使用心得分享相區別，同時也可與媒體法的相關規定作等同處理。但是，這也會削弱了對消費者及其他市場參與者的透明化保護<sup>40</sup>。因此，此項規定解釋上只處理為他事業利益之行為，並不包括為自己事業利益的行為，故自我廣告者，仍負有標示義務<sup>41</sup>。

不過，有無收取對價這種內部事實，是外部人士所難以證明的，而且影響者對此情狀最為瞭解也最能掌握，所以條文採用「推定」(vermuten)方式，由其負反證推翻責任，例如：提出購買系爭商品的收據(Kaufquittung)<sup>42</sup>或事業未為對價的確認文

der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt; “

<sup>36</sup> BGH MMR 2021, 875, Rn. 77.

<sup>37</sup> Bruhn, a.a.O. (Fn.29), § 59 Rn. 20.

<sup>38</sup> § 5a IV UWG: „Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt. Der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung wird vermutet, es sei denn der Handelnde macht glaubhaft, dass er eine solche nicht erhalten hat.“

<sup>39</sup> BT-Drucks. 19/27873, 34.

<sup>40</sup> Alexander, a.a.O. (Fn.16), S. 84.

<sup>41</sup> Ohly, a.a.O. (Fn.6), S. 766.

<sup>42</sup> 但若事業對影響者允諾說如果推介有成，將會以下一代的新產品免費或折扣取得者，應也可該當其他類似給付之獲允。

件，抑或以行為人的宣誓（*eidesstattliche Versicherung*）代之<sup>43</sup>。

作為關鍵的對價認定，如廣告費的支付或商品折價，即明顯屬之，至於與對價並列之「其他類似給付」（*ähnliche Gegenleistung*），則包括佣金、他事業所寄送之產品而由其所使用或保有者、新聞之旅（*Pressereise*）、設備（如照相機和攝影機）提供（*Stellung von Ausrüstung*）或旅遊或設備取得之成本吸收（*Kostenübernahmen*）等等，對待給付也不必然必須具有時間上的直接相關性。但是，若僅是藉此提升自己的知名度，則不會被評價為對待給付，以及如果只是期望獲得對待給付，亦不該當。對待給付必須源自因此受益之該事業，若是透過受託第三人（如代理人）為之，依一般原則也可歸責於該事業，但是，若是經由獨立第三人為之，則不會被納入<sup>44</sup>。

對於未獲對待給付之貼文及「點擊標註」（*tap tag*）<sup>45</sup>，是否構成不當交易行為而有標示義務，過去則有不同見解，有法院認為是否負標示義務，取決於貼文是否為出於「編輯目的」或「廣告目的」而定，如果是編輯目的，如影響者穿著毛衣並鏈結商標，不構成交易行為，該貼文只是為粉絲滿足資訊的提供而已<sup>46</sup>；但也有法院認為仍構成違法廣告，蓋透過上傳照片及連結企業帳號，即使得影響者客觀上具有促進他事業商業活動之性質，而該當廣告行為及負有標示義務<sup>47</sup>，蓋不管是依新法或舊法關於交易行為之認定，都不以對待給付取得為必要，決定性的僅須促進他人事業或自己事業之銷售，即為已足，甚至於有法院認為即使事業宣稱未提供對待給付，但影響者在貼文中標記髮廊帳號，並稱讚其服務品質、氣氛及性價比，亦被法院認為是隱藏商業目的之違法行為<sup>48</sup>，蓋過度地強調髮廊服務並附加連結，即在客觀上足以該當促進該髮廊的銷售<sup>49</sup>。而且影響者也可能藉此行為吸引他事業的注意而期待建構出對其自身有利可圖的商業關係，不過，此時他事業並不用對影響者的宣傳不實負其責任，蓋其並未引發該行為<sup>50</sup>。

影響者若就其廣告貼文有從贊助事業處獲取對待給付者，則其貼文直接該當有利於他事業的交易行為，如利用IG的「點擊標註」連結至他事業的商品網頁或他事業的IG帳號，雖有認為應將影響力行銷的責任限縮於此促進他人事業銷售之類型<sup>51</sup>。

<sup>43</sup> BT-Drucks. 19/27873, 35.

<sup>44</sup> BT-Drucks. 19/27873, 34f.

<sup>45</sup> 該標籤下藏有他網頁之超鏈結，以方便點選後，直接連結。

<sup>46</sup> KG Berlin, *GRUR-Prax*, 2019, 69.

<sup>47</sup> OLG Brunschweig, *BeckRS* 2020, S. 8522.

<sup>48</sup> LG Koblenz, 08.04.2020 - 1 HK O 45/17.

<sup>49</sup> Martin Gerecke, „Die rechtliche Behandlung des Influencer Marketings – unverändert unbefriedigend“ *GWR*, S. 44 (2021).

<sup>50</sup> Alexander, a.a.O. (Fn.17), S. 79.

<sup>51</sup> Daniel Timmermann/Bianca Berndt, „Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-

但是，聯邦最高法院並未接受影響者為自身利益發展與他事業之關係，可以符合促進他事業的行為，而是採取「整體衡量」（Gesamtabwägung）的方法，視所張貼之商品照片、文字背景及連結等對影響者的商業利益而定，並看重追隨者通常對影響者的穿著和使用的商品會有興趣，依有無「宣傳過度」（werblicher Überschuss）以及有無提供使用者與他事業便捷的交易接觸為斷，或有無使相對人直接置於供應商的廣告影響範圍內<sup>52</sup>，因此若是標記IG的商業帳號（Instagram shopping accounts）或事業網頁時，應該該當；又或是行文之間以典型的廣告方式高度讚揚所介紹之商品者，亦可認為有宣傳過度，或是對第三事業與用戶提供直接的交易接觸，如利用圖片上的標記，點擊之後即連結事業帳號或商品及其描述和價格，或是連結至事業的外部網頁而得以購買該商品，亦可該當，但若連結至第三方所提供之中立資訊者，則不該當<sup>53</sup>。

### （3）促進自己事業銷售

影響者為了自己利益從事交易行為，如健身教練為了自己的健身課程、貼身訓練、營養補給的推銷，固屬具備商業目的。甚至於推銷自身的形象，以吸引廣告的投入，也不排除商業目的之該當，因此，社群網路中個人檔案的經營，如IG檔案，也可能因其有助於自身品牌的建構及形象維護（imagepflege），而被視為是促進自己的事業經營，因其可提升自己的知名度、吸引跟隨者及提高關注數，而具有提高自己廣告價值及促進自己事業的經營<sup>54</sup>。據此，作為促進自身事業利益之交易行為，並不以有無取得直接或間接之財務利益為斷<sup>55</sup>。

但若依新法第5a條第4項第2句來看，不是為了促進他人事業之銷售，只是提升自己知名度或是形象廣告，並不構成對待給付，故似無標示義務，修法理由中表示這類情況主要是有助於資訊提供及意見形成，而且也未獲取任何的對價，但是，仍然引發爭議。論者認為這類的單方面的讚揚或吹噓商品的貼文，不應豁免於UWG的規範，而認為法院不應固守於第5a條第4項第2句的文義，而應就可能的額外廣告效果進行內容上的判斷，甚至於影響者的貼文，目的是在為跟特定品牌或商品建立具體的合作關係這點而失其中立性，也不容加以忽視<sup>56</sup>。但若其追隨者依個案情狀，可得而知其商業目的者，則無須為特別的資訊揭露<sup>57</sup>。

## 4. 標示義務

Kommunikation “, *WRP*, S. 1001 (2020) .

<sup>52</sup> BGH *MMR* 2021, 875, Rn. 57.

<sup>53</sup> Jochen Glöckner, „Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien “, *NJW* 2001, 3427, 3429. Alexander, a.a.O. (Fn.17) , S. 80f.

<sup>54</sup> BGH *MMR* 2021, 875, Rn. 37ff. Alexander, a.a.O. (Fn.17) , S. 78.

<sup>55</sup> Alexander, a.a.O. (Fn.17) , S. 78.

<sup>56</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14) , S. 1460.

<sup>57</sup> Ohly, a.a.O. (Fn.6) , S. 766.

條文規定是以商業目的無法辨識作為歸責要件，從而，欠缺廣告的標示，即可能因「隱瞞的誤導」（wegen Irreführung über die Tarnung）而被禁止（§ 5a UWG）<sup>58</sup>，具有保護消費者及其他市場參與者之意<sup>59</sup>；反之，若有足夠標示可資區別者，即不該當違法，故依此，影響者負有將贊助予以標示的義務，以將廣告性格曝露於外，使其「第一眼」（auf den ersten Blick）就可被辨認出，如果是以跑馬燈文字（Fließtext）為之而無法使人於第一眼即可辨認廣告性格者，則不該當<sup>60</sup>。

對於如何標示，若網頁內容涉及商品廣告時，應使用「主題標籤」（hashtag）<sup>61</sup>於開頭標明「#ad」或「#sponsored」，並於黑色字體環境以藍色字體突顯強調，以使閱讀者明白其背後贊助關係，若是在文末才標示，則非一望即知之適當標示<sup>62</sup>；至於不明確的標籤，如「#Ambassador」、「#Partner」、「#Spon」、「#sp」、「#paid」、「#commercial」、「#PR」等等，則應儘量避免使用<sup>63</sup>，不過，也有法院認為標示「#ad」以指示廣告的存在<sup>64</sup>，或以英文「#sponsored by」、「#powered by」而非德文標示，對於非精通英文者可能難以理解，故尚不足夠<sup>65</sup>，建議用「#werbung」或「#anzeige」等德文標示<sup>66</sup>。

假若影響者是為促銷自身事業，如其追隨者可精確認知時，則法院表示具體的標示是不必要的<sup>67</sup>，但若貼文具有廣告與非廣告之混合性質者，若商業目的既無法從其IG帳號之個人檔案予以確認，也無法從其特別多的粉絲數或影響者的一般知名度，予以得出者，則宜解為具有商業目的而必須予以標示<sup>68</sup>。

另外，依新法第5b條第1項第6款規定，對於在「線上市集」（Online-Marktplatz）（如Amazon Marketplace, eBay或個別獨立網頁之網路商店）供應之商品

<sup>58</sup> Hans-Jürgen Ahrens, „Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1)“, *GRUR* 2018, 1211, 1213.

<sup>59</sup> Alexander, a.a.O. (Fn.17), S. 84.

<sup>60</sup> BGH *MMR* 2021, 875, Rn. 81.

<sup>61</sup> 主題標籤，又稱為話題標記、題標，是一種網際網路的元資料標籤，由一個#號加上一個詞、單字，或沒有空格的一句話所構成。

<sup>62</sup> OLG Celle *WRP* 2017, S. 1236.

<sup>63</sup> Thomas Fuchs/Caroline Hahn, „Erkennbarkeit und Kennzeichnung von Werbung im Internet - Rechtliche Einordnung und Vorschläge für Werbefragen in sozialen Medien“, *MMR*, S. 503, 506 (2016).

<sup>64</sup> OLG Celle, *GRUR* 2017, 1158.

<sup>65</sup> BGH *GRUR* 2014, 849 (Good-News II).

<sup>66</sup> Bruhn, a.a.O. (Fn.29), § 59 Rn. 20.

<sup>67</sup> BGH, a.a.O. (Fn.31), Rn. 92.

<sup>68</sup> BGH, a.a.O. (Fn.31), Rn. 90.

或服務，其提供者應對線上市集依其自己聲明是否為事業<sup>69</sup>，是故，對線上市集之經營者而言，其須索取該聲明，以將該提供者的帳號表明為事業，此一規定的增訂，也是將透明義務（Transparenzpflichten）往上提升的結果，此一規定也會跟影響力行銷間接相關，即影響者必須自己公開其貼文是否基於商業目的所為而決定是否負標示義務<sup>70</sup>，同時課與線上市集經營者有「組織義務」（Organisationspflichten），予以依聲明揭露，但不因此負有查證義務。另依附件（黑名單）第22點，對於事業屬性之誤導，視為當然違法之不當交易行為<sup>71</sup>。

### 5.特別法上的評價規範

若影響力行銷的媒介，涉及電信網路或廣播電視者，則有電信媒體法（Telemediengesetz, TMG）、廣電邦際協約（Rundfunkstaatsvertrag, RStV）、國家媒體協定（Medienstaatsvertrags, MStV）的適用，因其對廣告標示設有特別規定，而成為不正競爭防止法的特別法，但其規定仍具有市場行為規範之屬性，故仍可經由UWG第3a條之「違背法令之不正競爭」（Rechtsbruch）而適用UWG<sup>72</sup>，只不過在適用過程中，法院認為應優先考量特別法的評價，特別是言論自由與媒體自由面向的考量<sup>73</sup>，故仍無損於UWG第3a條的適用<sup>74</sup>。於不正競爭防止法修正之後，依UWG的第1條第2項，於判斷是否存在不正當交易行為時，規範不正當交易行為的特別法規定，應優先於本法規定（如§ 5a IV UWG）而為適用<sup>75</sup>，是故，在影響力行銷中，因上開電信媒體法等特別法只規定當獲得對價時才有標示義務的存在，從而會影響到本法的適用<sup>76</sup>。但若特別法只是規範補充的資訊要求，則UWG第5a條及第5b條仍有適用餘地<sup>77</sup>。

<sup>69</sup> § 5b I Nr.6 UWG: bei Waren oder Dienstleistungen, die über einen Online-Marktplatz angeboten werden, „die Information, ob es sich bei dem Anbieter der Waren oder Dienstleistungen nach dessen eigener Erklärung gegenüber dem Betreiber des Online-Marktplatzes um einen Unternehmer handelt.“

<sup>70</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1459.

<sup>71</sup> Anhang 22 (Irreführung über Unternehmereigenschaft) zu § 3 III UWG: „die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig;“

<sup>72</sup> Ahrens, a.a.O. (Fn.58), S. 1213.

<sup>73</sup> BGH, *MMR* 2021, 886 – Influencer II.

<sup>74</sup> Ohly, a.a.O. (Fn.6), S. 763. BT-Drucks. 19/28783, S.32.

<sup>75</sup> § 1 Abs. 2 UWG: „Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen gehen bei der Beurteilung, ob eine unlautere geschäftliche Handlung vorliegt, den Regelungen dieses Gesetzes vor.“

<sup>76</sup> Ohly, a.a.O. (Fn.6), S. 764, 766. Alexander, a.a.O. (Fn.17), S. 83.

<sup>77</sup> BT-Drucks. 19/28783, S.31.

## 6. 產品事業責任

本項規定係以影響者作為規範對象，但對於產品的合作夥伴之供應事業，如何論斷其責任，學理上認為，對於委託影響力行銷的事業，則應視其涉入程度而定，如其作為違法行為之促使者，應可論為共同行為人，以落實對於不正當交易行為的有效對抗<sup>78</sup>，甚至於若影響者的廣告方案獲得事業的認可並發佈者，該委託事業亦因將之「援為己用」（zu eigen machen）而成為廣告主。但是，如果只有單純的資助關係，則尚不足以共同行為相繩之<sup>79</sup>。

### （二）產品排序

排序是指由事業所促成之商品或服務的「相對強調」（relative Hervorhebung）（§ 2 I Nr.7 UWG），排名高低無形中會對消費者的心理產生聲望享受的快感，同理，在產品的排序中，也會有這樣的相同心理作用，同時在資訊提供中也扮演重要地位。而在數位經濟時代中，搜尋引擎和比價網站（Vergleichsportal）已成為當前消費者要從事交易前的當然準備工作，對於搜尋結果，一般消費者往往只會點擊排序的前幾名而已，以免浪費時間。因此，產品排序也成為事業間相互競爭的另外一個戰場。

一般消費者對於搜尋結果的排序方式，直覺上大概是評價最好、或最相關、或最常被查詢的、或最常（再）購買的，而不會想到是市集的自有商品或市集獲利最多的商品。對於排序到底是如何經由演算法得出，或是依哪些參數綜合判斷的結果，對於消費者而言，都是不可知的黑洞，因此，就留下可以操弄的空間，左右消費者的自主決定，使得交易受到平臺的操控而非由看不見的手所決定，從而，即可能不利於競爭秩序的維護，而有規範之必要。

產品排序是「演算法」（Algorithmen）的結果，而演算法被視為是一個黑盒子（black-box），一般認為應具備中立性，並撇除「自我偏惠」（self-preferencing）。因此，如果排序是付費的結果，即應予以揭露，競爭法上的「關鍵字廣告」（keyword-buying）規範，即涉及此一問題（§ 5a IV UWG），而過去法院也處理過不少這類的問題，認為付費廣告以自然結果排序，以價格購買而未公開為廣告者，

<sup>78</sup> Fries, a.a.O. (Fn.17), S. 201f. 美國FTC的「廣告使用推薦與見證指導原則」（Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising），亦有由薦證者與廣告主共同負有揭露義務之類似規定。See 16 C.F.R. § 255.5 ex. 7. 關於美國對這方面的執法，可參閱Laura E. Bladow, „Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing”, 59 *William. & Mary Law Review* 1123 (2018)。

<sup>79</sup> Christina-Maria Leeb/Mark Maisch, „Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum?“, *ZUM*, S. 31 (2019)。

構成誤導<sup>80</sup>，而以「連結農場」(link-farming)<sup>81</sup>進行搜尋引擎的優化處理，因其搜尋結果受到製造流量假象的操縱，以提高自身網站的搜尋排序與重要性，使得該連結農場亦具有廣告性格，而為違法<sup>82</sup>。或是在比價網站廣告中，未揭露佣金約定者，亦構成隱匿重要資訊的誤導(§ 5a I UWG)<sup>83</sup>，此外，事業使用「檢驗標章」(Prüfzeichen)以廣告其商品，但未揭露認證流程(zertifizierungsverfahren)所用以核發標章之標準者，亦同<sup>84</sup>。

在此要處理的新問題，是要就排序結果，到底是依哪些標準形成的告知問題，讓光線照進這個黑盒子<sup>85</sup>，一方面涉及被排序之市場參與者，因其商品的排序能見度愈高，即能帶動更多的銷售結果；另一方面，也涉及搜尋者的利益，因為通常其傾向於只會點選最前面幾個的排序結果，故其對於搜尋結果是不是符合邏輯的正確排序，以及是否與其期待相符合，亦具有重要利益<sup>86</sup>。因此，受規範的對象，只有比較平臺(Vergleichsplattformen)、評價平臺(Bewertungsplattformen)和線上市集。對此，新法於第5b條第2項引進線上市集和中介服務(如比較平臺)的透明義務，要求這些事業應揭露排序的「主要參數」(Hauptparameter)及「主要參數權重」(relative Gewichtung der Hauptparameter)，並以直接且易近用方式，標示於搜尋結果上。主要參數在條文中並未有所定義，而依歐盟2019年綜合指令衡量理由第22點，意指一般的標準、過程及特定信號。除此之外，事業對其排序系統的運作方式，包括演算法在內，並不須詳細公開，否則，即會和營業秘密的保護，相互抵觸<sup>87</sup>。

但是，對於演算法所使用之標準，究竟應該揭露多少主要參數，以及「次要參數」(Nebenparameter)為何不用揭露，則不清楚；另外，對於主要參數與次要參數

<sup>80</sup> Horst-Peter Götting/Sven Hetmank, in: Karl-Heinz Fezer/Wolfgang Büscher/Eva Ines Obergfell (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: UWG*, 3. Auf., 2016, § 4 Nr. 4. Rn. 108. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *UWG*, 40. Aufl., § 4 Rn. 4.31a (2022). 至於metatag方式，則須以攀附他人商譽或誤導相對人作為違法要件，從而使用一般名詞作為metatag者，即不該當。

<sup>81</sup> 「連結農場」是透過創建一個堆砌大量連結而沒有實質內容的網頁，是為了交換連結而存在的頁面，而連結間彼此互鏈，或指向特定網站，以增加被連結網站外部連結數量，藉此欺騙搜尋引擎蜘蛛程式，為目標網站獲得更高的連結廣度，而提升搜尋結果排名。

<sup>82</sup> Bruhn, a.a.O. (Fn.29), § 59 Rn. 43.

<sup>83</sup> BGH, *GRUR* 2017, 1265.

<sup>84</sup> Wolfgang Büscher, in: Wolfgang Büscher (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 5a Rn. 46 (2019).

<sup>85</sup> Hofmann, a.a.O. (Fn11), S. 785.

<sup>86</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1457.

<sup>87</sup> BT-Drucks. 19/27873, 36.

如何認定、各參數之間的權重關係如何及如何決定，也不清楚，特別是演算法若計算諸多參數而定時，揭露主要參數也可能助益有限<sup>88</sup>。以Amazon的「A9演算法」（A9 Algorithm）為例，影響商品排序的相關參數即包括：搜尋語義關連、銷售成績、點擊率和轉換率、產品庫存、價格、廠商或產品評價、有無產品圖片、有無促銷活動、銷售量短期激增、長期增長、產品贊助、產品標題和產品描述、關鍵詞、產品相關性、交貨和服務品質、人氣、回購率、回答客戶疑問、競爭商品數量等等。是否皆為主要參數，不易判斷。

另外，UWG於第3條第3項附件（黑名單）第11a點，亦對第5b條第2項進行補充，對付費排序的未揭露作出當然違法的禁止，針對搜尋結果之隱藏廣告構成對消費者隱瞞，加以禁止，即對於搜尋結果未明確揭露在搜索結果中為排序更高而為之付費廣告或特別支付（如每筆交易的佣金或置入的不同津貼方案）<sup>89</sup>，但是上架費或一般會費的未揭露，則不會該當<sup>90</sup>。從這點可知，UWG對於付費排序並不禁止，只要其清楚明確地被公開即可<sup>91</sup>。

這兩個規定都只適用於市集經營者或線上中介者，至於消費者有無締約，並不影響其適用。但不適用於事業自己只銷售自家商品或服務的線上商店<sup>92</sup>，以及純粹搜尋引擎經營者，如Google<sup>93</sup>，蓋其已須依「線上中介服務規則」（Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services）第5條第2項<sup>94</sup>處理<sup>95</sup>。

<sup>88</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1458.

<sup>89</sup> Anhang 11a (verdeckte Werbung in Suchergebnissen) zu § 3 III UWG: „die Anzeige von Suchergebnissen aufgrund der Online-Suchanfrage eines Verbrauchers, ohne dass etwaige bezahlte Werbung oder spezielle Zahlungen, die dazu dienen, ein höheres Ranking der jeweiligen Waren oder Dienstleistungen im Rahmen der Suchergebnisse zu erreichen, eindeutig offengelegt werden;“

<sup>90</sup> Patrik Schmidt, „Neue Anforderungen für Online-Marktplätze und Bewertungsplattformen im Zivil- und Lauterkeitsrecht“, *VuR*, S. 134 (2022).

<sup>91</sup> Hofmann, a.a.O. (Fn.11), S. 785.

<sup>92</sup> BT-Drucks. 19/27873, 36.

<sup>93</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1452

<sup>94</sup> Article 5 II of Regulation (EU) 2019/1150: “Providers of online search engines shall set out the main parameters, which individually or collectively are most significant in determining ranking and the relative importance of those main parameters, by providing an easily and publicly available description, drafted in plain and intelligible language, on the online search engines of those providers. They shall keep that description up to date.”

<sup>95</sup> Henrike Weiden, “Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes”,

### （三）顧客評價

「口碑行銷」(word-of-mouth marketing)也是數位經濟下的競爭方式之一，商品和服務的「評價」(Bewertungen)係線上世界裡，對於消費者決定之確保與準備的重要工具，此一問題亦與遠距交易息息相關，蓋消費者無法親自接觸相對人，也無法透過現場的商品鑑賞而為交易決定，所以，其他消費者的評價，在「同儕效應」(peer effect)的影響下，即成為重要的參考指標。但實際上，有相當比例的網路上評價，是受到操控及不可信的，付費取得正評及競爭者負評，在網路世界裡都可輕易找到。評價制度不只影響顧客的購買決定，同時對於事業的聲譽制度也扮演重要角色。

雖然消費者評價具有個人的主觀性，但憑心而論，其評價結果，依一般而言，較少有被利益所操控，而仍具有一定的可信度(Authentizität)，可在消費決策過程中扮演重要角色，有利決定的作成<sup>96</sup>。在此設想之下，為了使評價得以真實反應，避免灌虛評的出現，例如：購買正面顧客評價、免費贈送產品、刪除不利評價、自己評價等等，不正競爭防止法即有介入的空間。而在網路世界裡，除了購買評價或承諾回報以外，還可能有「點擊工人」(clickworker)或「機器人程式」(bot-programme)等方式，使評價短期內獲得大幅快速的增加，要用人為方式一一去檢驗這些評價的真實性，是不太實際的。

在新法增訂之前，實務上即透過中立性的誤導<sup>97</sup>，或是隱匿重要資訊<sup>98</sup>予以處理，認為評價制度只有是客觀且不受第三人或事業之影響時，才是正當的<sup>99</sup>，但對於評價的動機是否構成重要資訊，並不明確<sup>100</sup>。至少，消費者評價必須是真的來自於其他消費者所為，將評價之消費者是否真的使用或取得商品視為重要資訊，故UWG第5b條第3項規定事業自身所公開之評價必須符合真實性<sup>101</sup>，但是，並不包括事業連結至第三方所提供之消費者評價<sup>102</sup>。是故，只是將此一問題作表面上的處理

*NJW*, S. 2234 (2021).

<sup>96</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1455.

<sup>97</sup> OLG Frankfurt a.M., *GRUR-RR* 2020, 87.

<sup>98</sup> OLG Frankfurt a.M., *GRUR-RS* 2018, 40460.

<sup>99</sup> BGH, *GRUR* 2018, S. 636.

<sup>100</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1455.

<sup>101</sup> § 5b III UWG: „Macht ein Unternehmer Bewertungen zugänglich, die Verbraucher im Hinblick auf Waren oder Dienstleistungen vorgenommen haben, so gelten als wesentlich Informationen darüber, ob und wie der Unternehmer sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von solchen Verbrauchern stammen, die die Waren oder Dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben.“

<sup>102</sup> BT-Drucks. 19/27873, 37.

而已<sup>103</sup>，並未課與平臺事業有所謂的內容真實檢驗義務，因其欠缺「保證人地位」（Garantiestellung）<sup>104</sup>，故只要求事業若公開評價時，則其對於「是否」（ob）消費者真正使用該產品，以及「如何」（wie）採取措施為相應的檢驗而負有確保義務。此一規定，於出賣人、市集經營者或評價網站經營者，皆有適用，即這些事業必須告知其於顧客評價公開前，是否採取措施以檢驗其真實性，若未採取這類措施，則其必須揭露之，但若有採用檢驗措施者，則其必須揭露為了檢驗消費者評價之真實性，採取了哪些程序或過程，例如只允許經由其平臺取得商品之消費者的評價，以及依何種標準分類評價及是否全部評價（正面或負面）皆公開<sup>105</sup>，如果有部分（負面）評價被刪除的話，是依何種規則而定，因這部分對於使用者判斷而言，會因剔除的不對稱性而使正面評價更為強烈<sup>106</sup>。從其規定內容來看，也僅止於揭露義務而無控制義務，故最多只有間接誘因促使該事業為避免其聲譽受損，而採取一定之控制措施而已<sup>107</sup>。因此，亦有認為對於誤導或被操縱之評價的實際上保護效果，其實有限，而且也僅止於顧客評價，並不及於產品測試者（企業經營者）的評價，另外對真正使用之消費者，付費所為之評價，其客觀性及可信度都有疑義下，也不能納入規範<sup>108</sup>。

另在UWG的附件（黑名單）中額外規定了二種對消費者為當然違法的評價不實，附件（黑名單）第23b點<sup>109</sup>禁止在未有適當之檢驗措施下，「聲稱」（Behauptung）消費者評價是源自事實上使用或取得之消費者。據此，立法者對於事業的消費者評價之處理，課與了「組織義務」，即這些聲稱的事實必要具體存在，但其適用範圍有點窄，即若無聲稱之存在，即無從組織監督起<sup>110</sup>，此外，對於聲稱是否包括默示，還是只以明示為限，從當然違法嚴格禁止之立場，應限於明示始符例外從嚴原則，故若只揭露30%客戶滿意度，則有爭議，此時，可能須回到第5a條的重要資訊進行判斷<sup>111</sup>。但若事業未採取檢驗措施者，則其將此一事實揭露，立法理由中似認

<sup>103</sup> Ohly, a.a.O. (Fn.6), S. 767.

<sup>104</sup> Hofmann, a.a.O. (Fn.11), S. 782.

<sup>105</sup> BT-Drucks. 19/27873, 37.

<sup>106</sup> Weiden, a.a.O. (Fn.95), S. 2234.

<sup>107</sup> Ohly, a.a.O. (Fn.6), S. 767.

<sup>108</sup> Schmidt, a.a.O. (Fn.90), S. 136.

<sup>109</sup> Anhang 23b (Irreführung über die Echtheit von Verbraucherbewertungen) zu § 3 III UWG: „die Behauptung, dass Bewertungen einer Ware oder Dienstleistung von solchen Verbrauchern stammen, die diese Ware oder Dienstleistung tatsächlich erworben oder genutzt haben, ohne dass angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen zur Überprüfung ergriffen wurden, ob die Bewertungen tatsächlich von solchen Verbrauchern stammen;“

<sup>110</sup> Hofmann, a.a.O. (Fn.11), S. 784.

<sup>111</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1456. Schmidt, a.a.O. (Fn.90), S. 137.

為也可滿足法律要求<sup>112</sup>，但此一弱點（Schwachstelle）的補救，仍有待討論<sup>113</sup>。

附件（黑名單）第23c點<sup>114</sup>則禁止錯誤消費者評價之傳遞或委託，以及在社群媒體上為促銷目的而扭曲消費者評價或推薦（Empfehlungen）。從而，選擇性地公開正評與刪除負評，或社群媒體上的「喜愛數」（likes），應可該當<sup>115</sup>。因此，評價只有是來自於真正自然人消費者且客觀上不受影響時，才是真正的消費者評價<sup>116</sup>。但若以負評可能有誤而全部自動刪除者，是否仍該當不法，不無疑問，過於嚴格的責任，則可能又走得太遠了<sup>117</sup>。此外，仍不清楚的是，若消費者評價是內容上有誤，或是隱藏的自我評價（getarnte Selbstbewertung），是否也包括在內，以及事業付費給消費者所為之真實評價，因其內容可能沒有不實但確受到影響，從規範保護目的來看，應可包括在內，但若依字義的嚴格解釋無法涵蓋時，則不妨回到UWG第5條及第5a條的適用<sup>118</sup>。

#### （四）雙重品質

事業就外部看來是同一、但實則有不同品質及內容和組成之商品，在不同歐盟會員國間進行銷售，即構成「雙重品質」（Doppelqualität von Waren, Dual Quality）的問題，例如：在西班牙銷售之可樂配方不同，以致於跟在德國銷售的可樂，嚐起來不太一樣，即可能構成誤導消費者，特別是某些商品在中東歐會員國所銷售之品質，經常是低於西歐及南北歐會員國同一品牌同一包裝的商品<sup>119</sup>，故新法於第5條第3項第2句增訂，儘管商品之組成或特徵有重大差異，但以相同商品在不同會員國間為銷售者，該當引人錯誤之交易行為，但若有正當且客觀之理由者，不在此限<sup>120</sup>。此一規定，係

<sup>112</sup> BT-Drucks. 19/27873, 37.

<sup>113</sup> Hofmann, a.a.O. (Fn.11), S. 785.

<sup>114</sup> Anhang 23c (gefälschte Verbraucherbewertungen) zu § 3 III UWG: „die Übermittlung oder Beauftragung gefälschter Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern sowie die falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung;“

<sup>115</sup> Schmidt, a.a.O. (Fn.90), S. 138. Hofmann, a.a.O. (Fn.11), S. 784

<sup>116</sup> Schmidt, a.a.O. (Fn.90), S. 138.

<sup>117</sup> Ohly, a.a.O. (Fn.6), S. 767f.

<sup>118</sup> Peifer, a.a.O. (Fn.14), S. 1456.

<sup>119</sup> Jörg Rosenow/ Cynthia Staiger, „Entstehungsgeschichte, Zweck und wesentlicher Inhalt des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht“, *GRUR*, S. 776 (2022).

<sup>120</sup> § 5 III S.2 UWG: „Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn 2. mit ihr eine Ware in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Markt bereitgestellten Ware vermarktet wird, obwohl sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder in ihren

為補充既有之混淆危險而設，以保護消費者的信賴。依此，立法者並未禁止不同組成及不同特徵之商品，在不同國間進行銷售，而是只禁止把不同商品當作相同商品予以銷售的行為。因此，必須於個案中為具體的檢視，只要對消費者而言，該商品可以輕易分辨其差異時，即不該當禁止規定<sup>121</sup>，例如：透過「標籤」（Etikett）標示其組成差異，並提醒消費者注意<sup>122</sup>。如葡萄牙的可樂含糖量為10%，比利時的可樂含糖量為20%，但二國標籤卻是同樣的，雖在可樂瓶上小字印刷各自的語言，並在營養上正確標示含糖量，但因沒有特別強調，仍有可能違反本項規定。

依條文規定，品質差異程度，須有「重大差異」（wesentlich voneinander unterscheiden）才會受到禁止，換句話說，若只有些微的偏差，並不違反本項規定，但差異是否重大，條文並未有明文規定，因此，只能依個案認定，視商品組成的差異在消費者眼中，是否重大而定。

又對於品質差異，如有正當及客觀理由者，即不受禁止，例如：涉及原料的可得性或季節性、改善健康及營養的自願策略、就同一品牌商品在不同地理市場為不同數量或容量之包裝等等<sup>123</sup>，因為歐盟2019年綜合指令並未窮盡列舉，故若針對不同消費者偏好進行調整，亦可構成正當理由<sup>124</sup>。依此，若玉米片在法國是以650公克包裝方式銷售，而在德國是以875公克包裝銷售，是因供應商認為在德國較大包裝比較容易銷售者，因其成分相同，只是包裝不同，即使包裝差異並未特別突顯，因係為滿足兩地消費者的包裝尺寸願望，亦不構成本項的違反。

依本項負有義務者，為商品之「供應商」（Hersteller），因為其可決定商品之配方、特性、外觀、包裝及營銷。經銷商（Händler）因其僅銷售商品而未喚起消費者對於所經銷商品的同一印象，原則上不會該當本項的違反<sup>125</sup>。而同一品牌之不同商品的銷售，也不受本項限制，除非其在自身網站商店上透過產品照片及產品敘述而未揭露其重大差異。另外，條文也未將服務並列，故服務也不在禁止之列。

---

Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist. “

<sup>121</sup> 參見歐盟綜合指令衡量理由第53點。

<sup>122</sup> BT-Drucks. 19/27873, 33.

<sup>123</sup> 參見歐盟綜合指令衡量理由第53點。

<sup>124</sup> BT-Drucks. 19/27873, 34.

<sup>125</sup> BT-Drucks. 19/27873, 34.

### 三、我國相關規定

上開德國修法重點的四大領域，除「雙重品質」此一問題，因我國市場為單一，不像歐盟會有跨境交易而生同一商品不同品質之問題，在我國法上要發生規範需求的情況，也許機率並不高。但其他情形，如影響力行銷、產品排序、顧客評價，皆有規範之可能性與必要性，實務上也實際上發生過類似的案例，可供討論。茲分述如下：

#### （一）影響力行銷

雖目前公平交易法（以下簡稱「公平法」）條文未有針對影響力行銷的特別規定，但仍有薦證廣告的規定，可作為參考，廣告薦證人其實是影響力行銷的一種典型，包括「名人薦證」、「專家薦證」與「素人薦證」三典型<sup>126</sup>。而影響力行銷則可能是這三者的綜合體，一方面其是一般使用者，卻有足夠的專業知識，並在其追隨者群中又具有一定知名度，除了具備形象及專業化，同時又是建立及傳佈廣告的管道<sup>127</sup>。

##### 1. 影響者該當事業

公平法第21條即規定有廣告薦證者之界定（第6項）及其民事責任（第5項），其必須忠實反映自身之真實意見、信賴、發現或親身體驗結果，從公平法第21條將之另立民事責任規範看來，在體系結構上似乎認薦證者並非是銷售系爭商品或服務的廣告主，而是處於類似幫助行為的概念。過去在「全竹炭塑身衣案」薦證者○君即被公平會論為故意共同實施違法行為（行政罰法第14條第1項），認為其以名人身分擔任商品代言，使系爭商品與個人形象產生連結，並於廣告中陳述個人親身體驗結果，藉其知名度及不實之薦證內容，增強消費者對於系爭商品之信賴感，對該不實廣告結果之發生，具有不可或缺之功能性支配與貢獻，認定符合與廣告主共同實施不實廣告行為之客觀構成要件<sup>128</sup>。依此，廣告薦證者原則上非屬廣告主，不直接負公平法第21條第1項的不實廣告責任，而是透過幫助行為的概念，將其於第5項中另為規定<sup>129</sup>。從而，網路廣告以他人薦證或社群網站用戶（含部落客）撰文之方式推廣商品或服務者，於未符合真實原則時，與廣告主故意共同實施之薦證者或社群網站用戶（含部落客），得依廣告主所涉違反條文併同罰之<sup>130</sup>。不過，作為意見領袖之影響者，因在其社群團

<sup>126</sup> 楊宏暉，前揭註19，178。

<sup>127</sup> Fries, a.a.O. (Fn.17), S. 41.

<sup>128</sup> 公平會公處字第098094號處分書。

<sup>129</sup> 謝杞森，「薦證廣告與薦證者之責任」，真理財經法學，第6期，75-76（2011）。

<sup>130</sup> 公平交易委員會對於網路廣告案件之處理原則第九、十點。

體中具有知名度，非屬一般素人，故其賠償責任應不受十倍報酬的限制。

此外，如果薦證者本身即是商品或服務之供應者，其即為廣告主而直接有公平法第21條之適用<sup>131</sup>。另外，薦證者本身雖未直接提供商品，但若網路上的網紅或直播主等意見領袖，在影片中說明或推薦商品、服務的同時，若有從相關販售中獲利，應可認為是非單純薦證者而有該當廣告主之可能<sup>132</sup>，但因是對特定粉絲為之，是否屬公平法第21條廣告責任之適用範圍，或有爭議，雖公平法上並未對廣告加以定義，雖有實務見解表明廣告係對不特定大眾為之<sup>133</sup>，但觀諸消保法施行細則第23條關於廣告定義，則僅以多數人為對象，並要限定於不特定人，應可涵蓋針對特定粉絲所為之廣告宣傳<sup>134</sup>。對此，公平會2022年8月修訂「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」，業已闡明「其他使公眾得知之方法」係指得直接或間接經由網路或實體管道使特定多數人、非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息的傳播行為。不過，公平法第21條只就廣告內容的真實性加以規範，對於廣告性格的隱藏，並不能直接依該條規定論處。

## 2.利益關係的揭露

關於影響力行銷的規範重點，其焦點是放在影響者的行為上，若影響者未從商品銷售中分利，而是收取佣金報酬或免費商品服務的話，並為商品或服務之推介行為者，有無公平法的適用，依我國法規定，其前提必須是其本身合乎公平法第2條的事業概念，而網紅或Youtuber這類的影響者，常為自然人，當然不排除有組成專業團隊並申請商號登記的情況，因此，是否符合提供商品服務從事交易之人，有待個案檢驗。學說認為薦證者若有經常性收取對價而為薦證致被認為該當營業行為時，即可該當事業概念<sup>135</sup>。依此，影響者若有經常性收取對價而為推介致被認為該當營業行為時，即應該當事業概念，故其如果有從贊助事業處獲得對價者，應可持肯定見解<sup>136</sup>。

<sup>131</sup> 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第六點、(二)、1。

<sup>132</sup> 劉姿汝，「論日本不實廣告之規範與運用—兼論對我國法之啟示」，公平交易季刊，第27卷第4期，111（2019）。

<sup>133</sup> 最高行政法院100年度判字第1709號行政判決參照。

<sup>134</sup> 陳皓芸、劉姿汝、黃銘輝、杜怡靜，「我國不實廣告執法實務之評析—以公平法與其他法規之適用為中心」，公平交易季刊，第30卷第3期，88（2022）。

<sup>135</sup> 吳秀明、沈麗玉，「公平交易法關於廣告規範之最新發展」，月旦法學雜誌，第241期，277（2015）。謝杞森，前揭註129，59。

<sup>136</sup> 至於支付對價讓影響者推介其商品的事業，是否有公平法上的責任，德國UWG上有所謂的濫用權威（Autoritätsmissbrauch）之不當影響（unzulässige Beeinflussung）或外行廣告（Laienwerbung）（§ 4a I Nr.3 UWG），而例外地違法，現行法對這類行銷方式的評價由過去的採禁止原則改採合法原則，亦即其廣告性格被掩飾或有誤導的危險，或是對消費者構成不合理的騷擾，或於符合強迫要件時，才會構成違法。Vgl. Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, 10. Aufl.,

對於傳統的名人薦證廣告，一般觀眾大多可以輕易地判斷是廣告，而無須特別揭露內部關係，如同上述的「全竹炭塑身衣案」，一般人應可推知藝人○君是收取報酬進行薦證的<sup>137</sup>，但如果是名人在新聞專訪中提到自己對商品或服務的使用經驗，則可能具有非一般大眾可合理預期之利益關係的存在。

對於社群網路之影響力行銷而言，內部之利益關係有無揭露，即涉及群眾資訊自主決定的保護問題，對於商品之推文，到底是「業配文」還是「評論文」的區別，關鍵在於獨立創作的有無，即產品評論是獨立自主的創作內容，而非如業配文是受到贊助廠商的影響<sup>138</sup>，從而要求其必須於廣告中或廣告前，將利益關係予以揭露，以判斷有無商業動機，讓消費者對於是否正在閱讀觀賞廣告一事，具有警覺可能性，故在「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」中規定，薦證廣告以社群網站推文方式為之（包括網路部落客推文及論壇發言等方式），如薦證者與廣告主間具有「非一般大眾可合理預期之利益關係」，而未於廣告中充分揭露，屬足以影響交易秩序，隱匿重要交易資訊之行為<sup>139</sup>，涉及違反公平法第25條<sup>140</sup>。

其中，利益關係是指薦證者與廣告主間具有僱用、贈與、受有報酬或其他有償（如提供試用品或是試乘機會）之關係<sup>141</sup>。至於如何揭露才算充分，標記為廣告或是直接表明跟廠商合作，應可該當，關鍵點在於使受訊者可以直接清楚地為分辨判斷即

---

2016, § 12 Rn. 34f. Meinrad Dreher/Michael Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 10. Aufl., 2018, Rn. 243ff. 楊宏暉，前揭註19，189-191。

<sup>137</sup> 蓋一般名人從事薦證者，一般社會大眾可以推測其應從中受有報酬或利益，故縱未揭露，通常無引人錯誤之虞。

<sup>138</sup> 王明禮，「網路時代之薦證廣告與其管制」，*東吳法律學報*，第28卷第4期，148（2017）。

<sup>139</sup> 這類的廣告分離原則與標示義務，亦見於廣播電視法第33條、有線廣播電視法第25條第1項、衛星廣播電視法第23條等規定當中。

<sup>140</sup> 對此，亦有從廣告主角度，認為這類廣告，事業對於接收者根本隱藏其提供訊息屬於廣告之本質，使消費者在錯誤基礎上作成交易決定，仍屬公平法第21條之引人錯誤行為。參閱：林易典，前揭註23，290-291。

<sup>141</sup> 依此，薦證者與廣告主為親友間的無償或微小利益，似乎無須揭露，對此，學者認為之所以要求揭露，是因為是項關係的存在，可能影響薦證廣告接受者對該廣告訊息之評價，因此建議捨棄「有償／無償」之區別，改以薦證人與廠商間之關係是否「足以影響一般人對證言之評價」，來定義利益關係，並認為公平會所採之揭露以具有非一般大眾可合理預期之利益關係者為限，其判斷亦會有爭議，且揭露義務之遵行成本應該不高，故建議應一律揭露。參閱：王明禮，前揭註138，157。本文認為上開一律揭露之見解應屬可採，蓋對於薦證者而言，是否受他人所託，還是主動為之，自身最為清楚，而且揭露的成本其實很低，故以一律揭露為宜，甚至於該利益關係有無，係屬內部事項，外人無從得知，應可參考德國修法所採之推定方式，於發生爭訟時，由該影響者負舉證責任。

可。

而影響者收取對價受託從事商品或服務的推播，即使是對不同商品或受不同人委託，因該推播服務往往具有經常性，故影響者應可符合事業概念<sup>142</sup>，應依公平法第25條為利益關係的揭露<sup>143</sup>。又除揭露利益關係之外，若其同時符合薦證不實態樣時，則同時有公平法第21條第5項民事賠償責任的適用<sup>144</sup>。

## （二）產品排序

### 1. 搜尋排序之重要性

在網路滲透極為強的當代商業社會裡，如何在多樣化的眾多商品和服務之間迅速作出選擇，在購物網站林立且商品繁多下，消費者作到「貨比三家」還不夠，更要多方比較，才能從眾多品項叢林中找到物超所值的商品，往往利用比較工具是最快的，也使得網路上出現各種的比較網站，如「FindPrice價格網」、「飛比價格」（Feebee）等網購商品比較平臺，或是「Trivago」、「HotelsCombined」、「Skyscanner」等全球知名之旅館或機票價格的比較平臺。比價網站的出現，幫助消費者即時一次搜尋及比較各家商品，從商家角度觀之，透過比價平臺的轉介，有助於將潛在消費者引導至其網站，以促成交易，因此，如何導引便成為費盡心思的角力

<sup>142</sup> 至於是否要薦證者量身打造「一定薦證收入門檻」始列為「從事薦證之事業」，學者間贊成者有之，參閱：楊智傑、王思原，「不公平競爭法規對新興薦證廣告之適用與因應：美國、加拿大、英國、臺灣之比較」，公平交易季刊，第29卷第3期，53-54（2021）。但本文認為應只要從公平法第2條第1項第3款的事業概念中的「從事交易」及不成文要件的「經常性」，予以解釋認定即可，因此即使是為爭取曝光度而免費代言的素人，如符合經常性要件者，亦有可能為事業。

<sup>143</sup> 惟從「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」第6點來看，似乎只提到薦證者跟廣告主共同責任情形，似乎不認為薦證者可有單獨的責任，而薦證者倘為商品或服務之提供者或銷售者，即屬廣告主，所規定的服務，似乎不是指「薦證服務」，依此，則規範說明第5點未揭露利益關係之行為人，究指廣告主，還是薦證者，並不明確，就整個規範說明及第六點強調廣告主違反本法規定來看，似乎是指「廣告主」，但從範例所舉例子，卻又表明「張貼者應清楚明確地向留言板會員及讀者揭露他與製造商的關係，而製造商應提醒並監督張貼者揭露此一關係」，似又指「薦證者」。另2007年版本的薦證廣告規範說明，曾在第5點第2項第1款規定：「薦證者與廣告主故意共同實施違反本法之規定者，雖其本身不符合本法第2條第4款所稱之事業定義（現行版本已刪除此段文字），仍得視其從事薦證行為之具體情形，依廣告主所涉違反條文併同罰之。」從其文字強調薦證者不符事業定義來看，似又不是指薦證者。

<sup>144</sup> 相同見解亦見於美國FTC「廣告中使用推薦與見證之指引」（Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising）（16 C.F.R. Part 255），薦證者除依第255.5條負利益關係揭露責任外，亦依第255.1（d），就其薦證陳述負其責任。

點。以Trivago為例，點選臺北W酒店，則會連結到Booking.com的頁面；以飛比價格為例，點選iPhone可直接連到momo購物網。對於比較排序的結果，因為內容太多了，消費者為節省時間，往往只會關注瀏覽第1頁前面幾個的搜尋結果，因而引發如何優化排序結果的問題。

## 2. 排序廣告不實

不同於德國法已轉向關注比價中介人的中立性問題，要求中介者須將排序之參數及其權重，予以事先揭露，讓消費者得以瞭解比較的基礎，並納入消費決定的參考，實質課予事業有組織義務，以納入行為事業的歸責。而我國目前尚未有任何比價網站的處罰案例，對於Trivago案中的排序，公平會於2019年2月公布調查結果認為其廣告用語並未違法<sup>145</sup>。

而Trivago在外國的廣告聲稱可在該平臺上輕鬆找到「最優惠價格」，但其實是利用演算法，依飯店給的佣金高低排序，而有「推薦的不是最低價」和「拿豪華房型與低價房型比價」的情形，Trivago甚至透過刪除線將原價碼劃掉，留下看似比較便宜的價格，也經常把同一間飯店的標準房與豪華房進行比較，而非同類型的房型，令消費者以為價差是網站篩選服務替消費者省下的錢，並引導消費者轉訂那些付佣比較多的飯店，澳洲競爭及消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC）以不實廣告違反消費者保護法為由提出控告，而法院也判決Trivago應處4,470萬澳幣（相當於臺幣9.29億）的罰款<sup>146</sup>。

## 3. 參數揭露

未揭露排序參數之類似的案子，則以「中視收視率調查案<sup>147</sup>」較為接近，「中視新聞全球報導」依據尼爾森收視率調查資料，系爭節目相較於同時段新聞節目，在全國各電視頻道新聞節目中，收視率確屬第一，故宣稱「全臺灣最多人看的新聞」，並無引人錯誤情事；惟未同時揭露作為調查基礎之相關資料，如：調查時間、調查區域範圍、調查對象、調查方法、抽樣方法、抽樣誤差值、樣本數量及有效樣本數量之重要交易資訊，而一般具公信力之調查報告，均會揭露前開資訊，以作為判讀調查報告結果數據之重要參考，且收視率高低亦為廣告投資的重要參考指標，影響電視媒體事業廣告收益及電視媒體產業競爭秩序，故其挾資訊不對稱之市場資訊優勢地位，隱匿重要調查資訊，以顯失公平之方法從事競爭或商業交易，核屬足以影響交易秩序及潛

<sup>145</sup> 公平會認為Trivago的廣告用語尚無違反公平法情事。參閱<https://cpc.ey.gov.tw/Page/7DE82685C6AC340B/58caf106-5835-4765-aa40-1af93541b1dc>（last visited on date:2019/11/5）。

<sup>146</sup> Trivago to pay \$44.7 million in penalties for misleading consumers over hotel room rates, <https://www.accc.gov.au/media-release/trivago-to-pay-447-million-in-penalties-for-misleading-consumers-over-hotel-room-rates>（last visited on date:2022/5/21）。

<sup>147</sup> 公平會公處字第097165號處分書。

在交易相對人交易之顯失公平行為，違反現行公平法第25條規定。

#### 4.事業的排序優化

在未明文要求排序參數揭露下，我國實務上有更多案例是個別事業研究排序演算法，而自行進行網頁排序的優化，如類似排序結果之關鍵字廣告案例<sup>148</sup>。關鍵字為搜尋網站建立索引資料最常採用的方法，以方便搜尋用戶迅速找到想要的資料，使得關鍵字的連結成為廣告素材，是故，關鍵字廣告是指一種藉由網路使用者輸入特定關鍵字來觸發特定廣告放送之廣告模式，通常由廣告主付費給搜尋引擎業者，並將廣告內容以超連結型態建置於搜尋結果網頁上之明顯位置，而與依被搜尋關鍵字的搜尋頻率排列的自然搜尋結果有所區隔，屬另外出現的廣告，可分為跳窗式廣告（pop-up）、排序廣告（paid listing）及內容導向（context-based）廣告等三種<sup>149</sup>，其中，付費的排序廣告是目前比較常見的類型，使其廣告內容因使用特定關鍵字而較易被使用者所尋得，並可直接連結至廣告主設置的網站，目的在增加其網站的曝光率或到訪率，只要願意出價，即可在短期內看到成效。通常在搜尋排序上，關鍵字廣告會以不同背景顏色呈現而有所區分，並標示為「廣告」，而不同於自然搜尋結果的排序，使搜尋用戶直接就可明瞭是一種付費排序的廣告形式，而不致於發生誤導，但如未有明顯區隔者，則有該當混淆誤認之虞<sup>150</sup>。所以，關鍵字廣告的非難，在其呈現形式，可能傷害他事業的經濟利益，而無助消費者搜尋成本的節省與正確資訊的取得<sup>151</sup>，其目的在於增加所指定網站的曝光率與流量，而非藉由廣告提升形象，但仍有可能構成榨取他人努力成果之顯失公平行為，因為購買的關鍵字常為他事業投入心血的名稱或著名商標，常見於使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係之攀附商譽<sup>152</sup>，公平會實務多半是

<sup>148</sup> 如：公平會公處字第105071號處分書（維納斯購買瑪麗蓮關鍵字案）、公處字第107066號處分書（中華電信購買台哥大關鍵字案）、公處字第110081號處分書（酈泰購買悅夢關鍵字案）。

<sup>149</sup> 劉孔中，「關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議—以Google為例」，月旦法學雜誌，第235期，71（2014）。

<sup>150</sup> 至於搜尋引擎業者販賣關鍵字廣告，如涉及他人商標，是否構成商標的侵權使用，則有爭議。參閱：劉孔中，比較商標法，初版，新學林出版公司，369-370（2014）。陳昭華、陳育廷，「搜索引擎服務商之侵權責任—以將他人商標作為關鍵字廣告為中心」，月旦民商法雜誌，第28期，155-158（2010）。

<sup>151</sup> 但亦有認為其所造成之誤導成本，因消費者可即時退回，而無足輕重。參閱：陳皓芸，「商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題—以臺日相關法制比較為中心」，公平交易季刊，第27卷第3期，130（2019）。黃銘傑，「關鍵字廣告與公平交易法—兼論『通知／移除』機制之適用問題」，臺北大學法學論叢，第119期，118-119（2020）。

<sup>152</sup> 牛曰正，「公平交易法第25條對不公平競爭之補充適用及其類型化之發展」，中原財經法學，第47期，38（2021）。臺北高等行政法院99年度簡字第531號判決：「藉由網路關鍵字查詢有關產品之銷售資訊，已為目前一般消費者所習用，且為

以購買關鍵字之廣告主作為處分對象，而未特別論及廣告媒體業的責任<sup>153</sup>。

論及搜索引擎責任者，主要是「幸福空間關鍵字廣告案」，智慧財產法院認為Google將系爭商標「幸福空間」以關鍵字廣告出售禾林等室內設計業者，使其得以增加交易機會，顯係攀附上訴人長久以來努力經營之系爭「幸福空間」商標之知名度，榨取上訴人長期以來努力之成果，而Google販售系爭關鍵字廣告，於知悉系爭關鍵字廣告可能構成不公平競爭之情況下，未移除系爭廣告的行為，明顯幫助各廣告主事業進行公平法第24條（現為第25條）之不公平競爭行為，依民法第185條第2項規定應視為共同侵權行為人<sup>154</sup>。最高法院則以105年度台上字第81號民事判決駁回Google上訴<sup>155</sup>。

另一與關鍵字廣告可達同樣效果者，即是利用自己網頁的「metatag」，自行將他人的商標名稱寫入，因metatag屬於隱藏式程式語言，只會出現在HTML的原始碼中，不會顯現在網頁上，故不會有侵害他人商標的問題，其主要功能是設計者用以提供與搜尋軟體相通之關鍵字，當搜尋軟體執行搜尋作業時，會搜尋資料庫裡所有網頁metatag內容，及具有相關內容之網頁資料，但該metatag不見得即與內文具有關連性，是以，事業使用metatag技術，即可使其網站容易被搜尋引擎找到，藉以達到增加其網站的到訪率，而可能對於他事業之著名表徵或營業信譽背後所蘊含經濟成果之努力造成損害，影響到市場的公平競爭秩序<sup>156</sup>。但若該metatag關鍵字與網頁內容相關性低而未進行優化者，即可能會自然排序在後，難達增強曝光目的。

因此，另一種可達排序往向的方式，即是在自己的網頁上進行「搜尋引擎優化」（search engine optimization, SEO），使其容易被搜尋引擎「爬文」（crawling）及「收錄」（indexing）並「排序」（ranking），依其相關性在自然搜尋結果頁面排序在前，不同於關鍵字廣告可從頁面配置上即可輕易看出，其成效常常需要較多時間才能看到，SEO是透過了解搜尋引擎的運作規則，調整網站的結構和內容，以提高其結果排序的方式，而跟關鍵字廣告運作的原理，有所不同，因此，如何讓網頁可

業者行銷廣告之手法，是若以一般消費者已熟悉之同業產品名稱有關詞彙作為網路搜尋之關鍵字而購買廣告，利用一般消費者在搜尋同業產品之際，連結至販售自己架設之網站，以引誘其購買自己販售之產品，確係攀附他人營業信譽，並掠取其努力成果，已足以影響正常之交易秩序，悖離商業競爭倫理，而具非難性至明。」但廣告主如進一步於相關文案中放上系爭商標者，若有混淆誤認之虞，則可能另有侵害商標問題。

<sup>153</sup> 陳皓芸，前揭註151，109。

<sup>154</sup> 智慧財產法院102年度民商上字第8號民事判決。

<sup>155</sup> 關於本案中Google責任的批評，參閱：陳皓芸，前揭註151，131-134。黃銘傑，前揭註151，93-94。但亦有與本案上訴法院持相同立場者，參閱：劉孔中，前揭註149，89-92。

<sup>156</sup> 公平會公處字第095035號處分書（台大小博士攀附商譽案）。

被頻繁地被Google爬文，即是首要任務，並依排列參數（如關鍵字出現次數），調整頁面關鍵字的使用，以使其排序被往前提，其中撰寫網頁標題（title）及網頁摘要（description）為最基本SEO作法，強化關鍵字與網頁內容的關連性，以提高搜尋結果的排名，從而，若事業利用網頁之程式設計，不當使用他事業之名稱、商標、其他營業表徵或相關資訊，以提升事業之網站搜尋結果頁面排序之位置，常見於購物網站上，如網站上未銷售特定商品，但將該商品名稱與自身網站建立關連性，藉以出現在搜尋結果頁面，吸引搜尋消費者點選連結進入其網站購買類似商品，藉以增加自身網站之到訪率。例如：網路使用者在松果購物網站搜尋過「悅夢床墊」，網站程式即會主動生成行銷文案網頁，以供搜尋引擎攫取，之後若有消費者在Google搜尋引擎查詢「悅夢床墊」時，搜尋結果便會帶出「悅夢床墊的熱銷搜尋結果 | 生活市集」、「人氣熱銷悅夢床墊口碑推薦品牌整理—松果購物」等搜尋結果項目，經消費者點選後即會導向「松果購物」，誤導使消費者產生可在松果購物網站購買悅夢床墊之錯誤認知，點選後才發現事業網站並未販售該商品，更會攔截該資訊所涉及事業網站之流量，本質上是一種「誘導/轉向」（bait-and-switch）的行為，透過網頁程式設計，以錯誤資訊吸引原本欲搜尋特定品牌商品之消費者造訪松果購物網站，進而選購其他品牌的商品，除打斷消費者正常的商品搜尋與購買過程，也會對有提供該等商品販售之任何相關網站交易機會造成妨礙，構成公平法第25條以顯失公平的方法爭取交易機會之不公平競爭行為<sup>157</sup>。

## 5.比較網站

此外，我國實務上另外衍生出這類比較平臺網站，未經被導引商家的同意予以擷取，而涉及有無榨取他人努力成果的問題。如「住通搜尋系統案」中，認定「住通搜尋系統」所顯示之物件地址，係依上訴人（臺灣房仲）公開網站提供之物件資訊，以電腦進行綜合比對後所得之結果，被上訴人並未入侵或使用上訴人公司內部物件資料，且其未屏蔽原刊登委賣物件資訊之房仲業者的聯絡方式，未於直接顯示物件之詳細資訊，故使用者可輕易知悉「住通搜尋系統」僅係單純提供房屋資訊之蒐集、整合及連結之功能，並未從事不動產之仲介服務，況搜尋結果亦設置連結回原刊登委賣物件之房屋仲介公司網站，故並未有任何積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之欺罔行為<sup>158</sup>。

<sup>157</sup> 公平會公處字第111019號處分書（松果購物攀附商譽案）。

<sup>158</sup> 智慧財產法院107年度民公上更（一）字第1號民事判決、最高法院108年度台上字第1240號民事判決駁回臺灣房仲公司的上訴。但原審之智慧財產法院104年度民公上字第2號民事判決則採不同見解：「惟被上訴人就上開物件之招攬或重要資訊未作任何之努力與付出，復未徵得上訴人之同意，即擅自以連結之方式連結至上訴人之網站，大量擴充為己身網站內容，使上訴人之網站功能遭到取代，且極易誤導不知情使用者，誤認其與上訴人有合作關係。被上訴人榨取上訴人網站所登載之不

但是，在類似之「屋比房屋比價平臺案」中，智慧財產法院認為比價平臺所顯示之物件資訊，係彙整各家房仲網頁之公開資訊，依使用者所設定之搜尋條件而提供更多特定商品之相關公開資訊，該比價平臺可對不同房仲業者所提供之相同物件資訊進行即時比較，並提供比較結果與使用者自行決定點選符合需求之房仲業者之網站連結，並非直接複製或擷取房仲網站資料，消費者自行決定有興趣之房仲業者，並直接點選比價平臺所提供之連結即進入該房仲業者之官網，認為可促進房仲業間之競爭，間接提高對消費者之保障，而未違法<sup>159</sup>。但是，最高法院認為系爭比價平臺，以超連結利用房仲業者所努力建置之房屋物件資訊內容，而僅限其招募之屋比經紀人，有首先回應買家提供仲介服務之機會，能否認該利用他人努力成果，推展自己「間接仲介」之行為，仍屬提供房屋物件資訊之房仲業者所應容忍？且客觀上是否不致誤導房屋物件之可能買家僅與加入為屋比經紀人之不動產營業員接洽，由其提供仲介服務，從中攔截客源，而有影響不動產仲介市場公正競爭秩序之情事？非無斟酌研求之餘地。乃原審未詳為推求，僅以被上訴人未於系爭比價平臺直接擷取房屋物件之網頁資料，或屏蔽房仲業者之聯絡資訊，且已標明足以區別「屋比」文字圖案，亦未直接從事買賣仲介，即認其並無足以影響交易秩序之顯失公平行為，自屬可議，而廢棄原判決<sup>160</sup>。

上開二案的事實都是架設整合系統抓取他人公開之物件資料，並向使用者收取會員費，可知法院關心的重點在於有無將他人成果作為自己成果的誤認，而認為若只是就搜尋標的為資訊之蒐集整合與提供連結，縱自身有營利目的，只要未致使用者混淆，其資訊整合及客製化功能亦具有一定經濟價值，屬資訊服務業而非房屋仲介業，而且能夠針對特定物件詳細回答問題者，通常也只有各家受該物件委託之房仲的業務員，不致妨礙效能競爭，其著眼點亦放在對交易相對人的有無誤導作用上。而且這類的比較結果排序，基本上是由使用者自行設定，可選擇依總價、坪數、單價、更新時

---

動產租售資料，擴充為己身網站之資料，以達自身經濟目的之行為，核屬榨取他人之努力成果，足以影響價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之交易秩序，並對其他遵守公平競爭本質之競爭者而言，構成顯失公平，而具商業競爭倫理之非難性，業已違反修正前公平法第24條及現行公平法第25條之規定。…但就被上訴人而言，該連結方式顯然已將系爭系統之內容延伸至上訴人公司網站，而就消費者而言，亦極易誤認兩造有何合作關係。…被上訴人並未付出任何努力，卻使用系爭系統，在使用者於系爭系統輸入搜尋條件並顯示符合之物件後，點選該物件連結至刊登該物件資訊之房屋仲介公司網站，以擴充為自身網站之資料，並藉以招攬更多會員人數，增加其會費收益之行為，核屬榨取他人努力成果之行為，足以影響交易秩序，並對其他遵守公平競爭本質之交易者而言，構成顯失公平。」

<sup>159</sup> 智慧財產法院107年度民公上字第1號民事判決。

<sup>160</sup> 最高法院109年度台上字第1756號民事判決。亦有認為刊登關鍵字廣告的搜索引擎業者為廣告媒體業。參閱：陳皓芸，前揭註151，109。

間、或瀏覽人次等方式加以排序，這部分也符合主要參數的揭露。但若有排序結果非依上開法則之自然排序，如付費廣告優先者，若未有明顯揭露，應可有隱匿重要交易資訊之欺罔行為的成立。

此外，如果是未經同意，自行透過「網路爬蟲技術」擷取他事業房屋網出租物件資訊，將資料存入雲端資料庫後，充作自身App內容，並透過App將出租物件資訊提供給用戶，使其無須再連結至他事業網頁，將原本造訪他事業網站之用戶導向自身網站，減損他事業為吸引用戶所投入之努力，並將廣告版位提供給廣告媒合服務業者使用以獲取廣告費用分潤，則屬「抄襲他人投入相當努力建置之網站資料，混充為自身網站或資料庫之內容，藉以增加自身交易機會」之榨取他人努力成果的顯失公平行為<sup>161</sup>。

### （三）顧客評價

#### 1. 評價真實性

對於顧客評價的利用，可能涉及商品或服務的品質滿意度，或事業主體的可信賴度，而屬具有招徠效果之相關事項，評價是網購最重要的信任機制，如著名之Amazon購物平臺即非常重視評價的真實性，故將評價公開周知，則可能落入公平法第21條的廣告規範內，基於廣告真實原則的適用，必須忠實反映其真實意見，故事業如公開評價，則其必須確保系爭評價確為消費者個人的親身體驗，如打卡消費或是網購平臺上之買賣雙方互評，使用假評論推薦盛行，形成洗評價歪風，將不利於消費者的消費決定，故若能令事業因此負有一定之監督義務，即可導正虛假好評、買榜拉票、刷分控評、網路水軍等不正歪象，而使假帳號的評價口碑行銷受到遏止。是故，若事業在同一網站設立數個分身帳號，相互彼此各給虛假好評，創造出受到不同人好評的外觀，但其實是為短期內迅速累積大量好評的速成手法，即會構成評價不實，應予規範。即使不是建立網路水軍，也可藉由利誘方法來賺取好評累積。2021年Amazon網路市集就大動作關閉上百家中國商家頁面，因為這些商家的「操控評價」（manipulating review）行為，如以折扣退款方式利誘他人發表正面評論，已嚴重影響Amazon的品質，而Amazon歷年也都在調整評論政策，藉以避免假評論影響到用戶購買商品的體驗<sup>162</sup>。另外，對於不設限之按讚的心得分享機制，則因欠缺確認機制，不宜讓該事業承擔檢查義務。

現行法雖然尚未有特別針對網路評價的相關規範，但相關法理，應可從薦證真

<sup>161</sup> 公平會公處字第106084號處分書（豬豬快租榨取591租屋網案）。相同見解亦見於智慧財產及商業法院109年度民公上字第2號民事判決。

<sup>162</sup> <https://www.inside.com.tw/article/23489-chinese-products-get-pulled-from-amazon>（last visited on date:2022/06/01）。

實性切入。對此，日本的「口碑行銷協議會」亦於2017年修訂「口碑行銷指引」，明確禁止非基於真實的虛偽口碑行銷，如向消費者支付對價而不當操縱按讚、關注等評價、透過自動化程式或人工反覆不當操控相關資訊的閱覽次數、惡意提供不實資訊或刻意留下非基於真實的評價、竄改其他消費者所提供的資訊、惡意攻擊廣告主的競爭對手使其評價下滑等行為，該指引雖屬業界的自律規範，不具法律上強制力，但若形成行業標準，將有助於維持行業的競爭秩序，營造網路廣告的公平競爭<sup>163</sup>。上開指引是以「自律規範」方式，針對口碑操作進行規制，而自律規範應可該當產業慣例，違反者，應可該當不符合事業上之注意且足以重大影響消費者的經濟行為者，構成欺罔或顯失公平行為<sup>164</sup>。

關於匿名口碑行銷的爭議，實務上以「三星寫手門事件」最富盛名，在該案中被處分人等利用寫手，營造熱絡討論假象以批評競爭對手產品，從中給予發文報酬，公平會認為口碑行銷倘係以匿名發言之方法為之，會使消費者降低對行銷的認知，而提升該等目的性發言內容的可信度，故事業與寫手之間的利益關係，因會影響觀眾對相關意見的信賴度，故屬重要交易資訊，應予揭露，否則即有公平法第25條之欺罔行為，而臺灣三星公司為本案系爭網路行銷服務之出資者及商品出賣人，為本案行為主體；鵬泰公司依系爭病毒行銷服務契約委託工讀生進行匿名議題操作，並依發文內容支付報酬，而商多利公司係再轉包商，受指示並充分知悉匿名議題操作，依行政罰法第14條第1項，均為故意共同違法之共同行為人<sup>165</sup>。

類似案例亦見於「塑身衣之爭」，維娜斯公司與博思公司簽訂網路口碑優化服務合約，為維娜斯公司在網路討論區有關塑身衣品牌之討論串中，就瑪麗蓮公司之商品及服務，指示寫手發布負面評價及不實之負面體驗，導致瑪麗蓮公司的名譽及信用受損。法院判決瑪麗蓮公司依侵權行為法則為登報道歉，但以法人無精神上痛苦可言，駁回非財產上損害賠償請求<sup>166</sup>。

不過，上面所述，都不是在事業自身網站所留的評價，而是在第三方網站留下對競爭者不利的負面評價或感想，以在同儕之間形成風氣，造成競爭公平的不利影響。

## 2.買榜行為

與評價真實性類似者，為所謂的「買榜行為」，我國實務上常見於升學或考試補習班的榜單公布，透過榜單的高錄取人數來招攬學生，對此，公平會過去曾頒布

<sup>163</sup> 陳皓芸等，前揭註20，53。

<sup>164</sup> 參照 § 3 II UWG。關於欺罔和顯失公平之判斷標準，可參閱：吳秀明，「從行政法院判決看適用公平交易法第25條之共通原則與問題」，公平交易季刊，第29卷第3期，100-104（2021）。

<sup>165</sup> 公平會公處字第102184號處分書。

<sup>166</sup> 臺灣高等法院105年度上字第464號民事判決參照。本案同時也涉及營業誹謗之刑事責任，參見臺灣高等法院103年度上易字第1350號刑事判決。

「公平交易委員會對於升學文理補習班資訊揭露之規範說明」（已於2015年4月8日廢止<sup>167</sup>），在規範之背景說明中提到，補習教育事業倘憑恃其優勢地位或利用資訊不對稱之特性，促使學生或其法定代理人為錯誤之決定或迫使學生或其法定代理人進行交易，從事限制競爭或不公平競爭行為，即有規範之必要，但在規範內容上則以處理退費糾紛事宜為主。不過，在「問答集」中針對學生並無在該補習班上課事實的買榜行為（購買同業考取學生之刊登榜單同意書），該補習班即涉及刊登不實榜單，違反公平法第21條，立案補習班由教育行政機關查處，未立案者則由公平會查處；又若學生僅參加單項課程，該補習班不得將該名錄取學生之所有成績據為功勞，只可刊登該生在該補習班所補習之課程，否則，亦如同上述處理<sup>168</sup>。此一作法，與上述之評價真實原則意旨相同。

### 3. 付費評價之揭露

至於，雖是親身體驗的評價，但若事業有因此給予一些利益，如Facebook打卡按讚即贈送飲料、或是Google評論給五星好評即送冰淇淋等情況，基於客觀中立性的要求，該事業應也要一併揭露，才算合理，以讓其他消費者可以得知評價基礎而作健全的自主判斷，是該內部關係應可該當重要資訊。從而，應可構成隱匿重要交易資訊之欺罔行為，如進而有不實情事者，亦可該當公平法第21條之不實廣告，蓋評價本身即屬具有招徠效果之事項，並透過網頁向不特定多數人進行傳播。

## 四、結語

消費者的自主決定是市場競爭的裁判者，自主決定除了決定自由外，亦及於決定基礎的健全性，因此，近年來不正競爭防止法的重點，一直都放在資訊透明化或資訊不對稱問題的處理上，一方面其相較於個別行為之不當性的認定上，在資訊有無揭露的判斷上，相對來得簡單，且容易作到，其執行成本也低。但另一方面，如何判斷事業有無揭露義務，便成為重要的前提。在數位經濟下，交易相關的資訊又扮演更重要的角色，也發展出新的資訊需求，這部分德國新修法即借鏡侵權行為法「社會活動安全注意義務」（Verkehrssicherungspflichten）之創造及控制危險者，負有防範義務的想法，要求影響者、比價平臺及公開評價這類的交易中間人，應負有一定之重要資訊揭露義務，以確保消費者的自主決定，這些新的行為人形式，既不同於傳統的「妨害

<sup>167</sup> 公平會公服字第10412603321號令。

<sup>168</sup> 行政院公平交易委員會對於補習班之規範說明問答集，[https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=http://www.ftc.gov.tw/upload/88d8b27a-369b-432b-b959-67bf512cabcc.pdf&ved=2ahUKEwjSzqfAqvP3AhUaAKYKH6TC2kQFnoECAIQAg&usg=AOvVaw0\\_JP9uRfoJRnJvzpN\\_4IYT](https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=http://www.ftc.gov.tw/upload/88d8b27a-369b-432b-b959-67bf512cabcc.pdf&ved=2ahUKEwjSzqfAqvP3AhUaAKYKH6TC2kQFnoECAIQAg&usg=AOvVaw0_JP9uRfoJRnJvzpN_4IYT)（last visited on date:2022/05/22）。

人責任」(Störerhaftung)<sup>169</sup>，也跟上開侵權行為法上注意義務不盡相同，而是借用自這二者的概念，從風險管理角度，解決數位經濟下的新問題。

關於「利用資訊不對稱」或「隱匿重要交易資訊」的行為<sup>170</sup>，一向被認為「顯失公平行為」與「欺罔行為」的重要案例類型<sup>171</sup>。例如：建設公司不當限制契約書審閱<sup>172</sup>，或是要求位處交易中介而具有占據資訊的優勢地位者，必須誠實揭露交易相關重要資訊，才符合重視資訊透明、信實服務的行業規範<sup>173</sup>，以及要求不得隱瞞「斡旋金」與「要約書」之替代關係<sup>174</sup>，在此條文依據與實務經驗的基礎上，要將其適用範圍延伸至數位經濟之影響力行銷、排序與評價這類新的問題上，應非難事，只不過是將執法重點由個別事業轉向交易中間人而已，相關之執法配備對於數位經濟下不正競爭行為的新規範需求，應已星火到位，就只待那蠢蠢欲動的個案東風。

<sup>169</sup> 相當於我國民法第767條第1項中段。

<sup>170</sup> 關於這二種行為的區分，可參閱：廖義男，公平交易法，652-653（2021）。吳秀明、楊宏暉、牛曰正，公平交易法國內重要案之評析—以欺罔或顯失公平行為為例，公平交易委員會109年委託研究報告，118-138、191-197（2020）。

<sup>171</sup> 吳秀明、楊宏暉、牛曰正，同上註，200-203。

<sup>172</sup> 「太平洋建設限制契約審閱顯失公平案」（公平會90年公處字第036號、臺北高等行政法院91年度訴字第155號、最高行政法院93年度判字第613號）。

<sup>173</sup> 「寶田仲介隱瞞買方出價斡旋欺罔案」（公平會公處字第095119號、臺北高等行政法院96年度訴字第1348號、最高行政法院98年度判字第1281號）。

<sup>174</sup> 「光大仲介隱匿要約書欺罔案」（公平會公處字第092049號、臺北高等行政法院92年度訴字第5182號裁定）。

## 參考文獻

### 中文部分

1. 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-aeb6-6ff8c0811977.pdf>。
2. 牛曰正，「公平交易法第25條對不公平競爭之補充適用及其類型化之發展」，中原財經法學，第47期（2021）。
3. 王明禮，「網路時代之薦證廣告與其管制」，東吳法律學報，第28卷第4期（2017）。
4. 吳秀明，「第二十四條 其他欺罔或顯失公平之行為」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二）—第十八條至第二十四條，公平交易委員會93年度委託研究報告（2004）。
5. 吳秀明，「從行政法院判決看適用公平交易法第25條之共通原則與問題」，公平交易季刊，第29卷第3期（2021）。
6. 吳秀明、沈麗玉，「公平交易法關於廣告規範之最新發展」，月旦法學雜誌，第241期（2015）。
7. 吳秀明、楊宏暉、牛曰正，公平交易法國內重要案之評析—以欺罔或顯失公平行為為例，公平交易委員會109年委託研究報告（2020）。
8. 林易典，「論隱藏式廣告於競爭法下之適法性：歐體指令、德國不正競爭防制法與我國公平交易法規範之比較觀察」，收錄於：公平交易委員會，第18屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，自版（2011）。
9. 邱淑華，「從意見領袖到影響者：談網路時代的影響力行銷」，廣告學研究，第37期（2012）。
10. 陳昭華、陳育廷，「搜索引擎服務商之侵權責任—以將他人商標作為關鍵字廣告為中心」，月旦民商法雜誌，第28期（2010）。
11. 陳皓芸，「商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題—以臺日相關法制比較為中心」，公平交易季刊，第27卷第3期（2019）。
12. 陳皓芸、楊燕枝、汪志勇、杜怡靜、王震宇，「公平交易法對網路廣告之適用與因應」，公平交易季刊，第28卷第3期（2010）。
13. 陳皓芸、劉姿汝、黃銘輝、杜怡靜，「我國不實廣告執法實務之評析—以公平法與其他法規之適用為中心」，公平交易季刊，第30卷第3期（2022）。
14. 黃銘傑，「關鍵字廣告與公平交易法—兼論『通知／移除』機制之適用問題」，臺北大學法學論叢，第119期（2021）。
15. 楊宏暉，「歐盟不當交易行為指令與德國不正競爭防止法的新變革—以消費者保護

- 的強化為中心」，公平交易季刊，第18卷第2期（2010）。
- 16.楊宏暉，「影響力行銷中消費糾紛的責任認定」，台灣法學雜誌，第387期（2020）。
  - 17.楊智傑、王思原，「不公平競爭法規對新興薦證廣告之適用與因應：美國、加拿大、英國、臺灣之比較」，公平交易季刊，第29卷第3期（2021）。
  - 18.廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司（2021）。
  - 19.劉孔中，比較商標法，初版，新學林出版公司（2014）。
  - 20.劉孔中，「關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議—以Google為例」，月旦法學雜誌，第235期（2014）。
  - 21.劉姿汝，「論日本不實廣告之規範與運用—兼論對我國法之啟示」，公平交易季刊，第27卷第4期（2019）。

#### 外文部分

- 1.Bladow, Laura E., “Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing,” 59 William & Mary Law Review (2018).
- 2.Ahrens, Hans-Jürgen, „Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1), “ GRUR (2018).
- 3.Alexander, Christian, „Transparenz beim Influencer-Marketing – BGH-Rechtsprechung und UWG-Neuregelungen, “ ZUM (2022).
- 4.Beater, Axel, Unlauterer Wettbewerb, 1. Aufl., Mohr Siebeck (2011).
- 5.Bruhn, Dirk, in: Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael/Danckwerts, Rolf (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., C.H. Beck (2019).
- 6.Büscher, Wolfgang, in: Büscher, Wolfgang (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1. Aufl., Carl Heymanns Verlag (2019).
- 7.Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl., C.F. Müller (2018).
- 8.Emmerich, Volker, Unlauterer Wettbewerb, 10. Aufl., C.H. Beck (2016).
- 9.Fries, Peter J., Influencer-Marketing: Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media, 1. Aufl., Springer (2019).
- 10.Fuchs, Thomas/Hahn, Caroline, „Erkennbarkeit und Kennzeichnung von Werbung im Internet – Rechtliche Einordnung und Vorschläge für Werbefragen in sozialen Medien, “ MMR (2016).
- 11.Gerecke, Martin, „Die rechtliche Behandlung des Influencer Marketings – unverändert unbefriedigend, “ GWR (2021).

12. Glöckner, Jochen, „Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien, “ NJW (2021).
13. Götting, Horst-Peter/Hetmank, Sven, in: Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl., C.H. Beck (2016).
14. Hofmann, Franz, „Lauterkeitsrechtliche Haftung von Online-Plattformen – Die neuen Transparenzvorgaben im UWG 2022 im Kontext lauterkeitsrechtlicher Plattformregulierung, “ GRUR (2022).
15. Kalbfus, Björn/Uhlenhut, Theresa/Feilke, Michael, „Umwälzungen im Wettbewerbsrecht: Kommen jetzt Massenverfahren und Bussgelder?, “ CCZ (2022).
16. Köhler, Helmut, in: Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn, UWG, 40. Aufl., C.H. Beck (2022).
17. Leeb, Christina-Maria/Maisch, Marc, „Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum?, “ ZUM (2019).
18. Lettmann, Sabine, „Schleichwerbung durch Influencer Marketing – Das Erscheinungsbild der Influencer, “ GRUR (2018).
19. Ohly, Ansgar, „Die ab 28.5.2022 geltenden Änderungen des UWG im Überblick, “ GRUR (2022).
20. Peifer, Karl-Nikolaus, „Die neuen Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer), “ GRUR (2021).
21. Rosenow, Jörg/Staiger, Cynthia, „Entstehungsgeschichte, Zweck und wesentlicher Inhalt des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, “ GRUR (2022).
22. Schmidt, Patrik, „Neue Anforderungen für Online-Marktplätze und Bewertungsplattformen im Zivil- und Lauterkeitsrecht, “ VuR (2022).
23. Timmermann, Daniel/Berndt, Bianca, „Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-Kommunikation, “ WRP (2020).
24. Weiden, Henrike, „Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes, “ NJW (2021).

## The Implications of Germany's UWG in 2022 on Taiwan's Fair Trade Act—Focusing on the Provisions of Information Transparency

Hung-hui Yang<sup>\*</sup>

### Abstract

The new German UWG, which is amended on June 10, 2021, comes into force from May 28, 2022. This amendment is also influenced by the Directive of 2019/2161 in European Union. The focus of this directive is to impose obligations of disclosure on online service providers in order to facilitate B2C transactions and the transparency of advertising. At the same time, the purpose of protecting the interests of consumers could be better achieved. It also stipulates individual consumers' rights of action and administrative penalties for the illegal acts, which once again increases the intensity of consumer protection in the Act against Unfair Competition. The new Act specifically responds to the digital economy, and makes relevant regulations around the theme of information transparency in key areas such as the disclosure obligation to influence marketing, the labeling of ranking parameters, the disclosure of the authenticity of customer evaluations, and the prohibition of dual-quality sales. The normative contents in this new act should be used as a reference for Taiwan's Fair Trade Act. Therefore, after introducing the key points of the above-mentioned UWG revision, this article discusses the corresponding provisions and similar enforcement of the Fair Trade Act in Taiwan. The practices of the Act in Taiwan, different from the UWG, are aimed primarily at the individual undertakings rather than the intermediate undertakings. Therefore, there is still room for the normative interpretation of Taiwan's Act. This article believes that there is no difficulty in applying the existing regulations to the transaction intermediaries. The consumers' independent decisions are the judges of market competition from the Fair Trade Act. In recent years, therefore, the key issues of the Act against the Unfair Competition have been always on the information transparency or the problems of information asymmetry, and such a method is relatively simple and easy to operate, and can increase the stability of the law.

---

\* Professor, Department of Law, National Chung Cheng University; Ph.D., College of Law, National Chengchi University

Key Words: Influence Marketing, Ranking of Goods, Consumer Evaluations, Dual-Quality Sales, Information Transparency, Testimonial Advertisement, Authenticity of Advertising, Word-of-Mouth Marketing, Disclosure of Internal Interest, Comparative Portal, Act against Unfair Competition, Fair Trade Act

## 與談

### 與談人：顏廷棟（銘傳大學財金法律學系教授）

主持人陳副主委、報告人楊教授及各位與會的產官學界先進，大家午安，很榮幸擔任這場次研討會的與談人。楊教授這篇大作是從德國不正競爭防止法規範來探討數位廣告的資訊揭露透明性問題，本人在此則利用此次與談機會，跟各位介紹日本在2021年發布的「日本數位廣告市場交易實態調查報告」。該報告是日本公平會依據產業調查結果發現數位廣告市場有一些違反獨占禁止法的限制競爭行為，並從交易的公平性、透明性的觀點去作規範。

隨著數位平臺商務型態興起，數位媒體創造龐大廣告經濟效益，改變傳統廣告媒體事業營收結構，連帶影響數位平臺、廣告主提供商品或服務等相關市場經營策略，日本公平會爰實施數位廣告市場之交易實態及競爭狀況調查，以防範相關業者違反獨占禁止法行為，並擬定合宜的競爭政策因應方針。

調查的期間是2020年2月25日至3月13日，調查方式包括針對廣告主、媒體、代理業、消費者（搜尋、社群網路服務）進行問卷調查、邀集數位平臺、廣告相關事業及團體、學者專家辦理公聽會，並參考各國、OECD、ICN競爭策略，與英國、澳洲競爭法主管機關交換意見，最後於2021年2月17日發布了報告書。內容介紹如下：

#### 一、數位廣告市場概況：

（一）從2012年到2019年，數位廣告費在總廣告費的占比是逐年上升的遞增趨勢，2019年時總廣告費約7兆日圓、數位廣告費約2兆日圓，占比已逾30%。

（二）數位廣告類型分為以下3類：

- 1、搜尋連結型：在Google、Yahoo!等平臺，以關鍵字搜尋結果顯現相關廣告標題，連結至標題專屬網頁；而Google在搜尋連結型市場，擁有70-80%市占率之獨占地位。
- 2、自有營運型：YouTube、Yahoo! Japan、Facebook、LINE，在自有平臺網頁，直接刊播廣告內容；而Facebook、Google、Yahoo在自有營運型市場，各有10-20%市占率之相當市場力地位。
- 3、開放展示型：在自有平臺以外網頁（新聞媒體網頁等），刊播廣告內容；而Google在開放展示型市場，分別擁有媒體方（80-90%）、網路（50-60%）、廣告仲介需求/供給方平臺分別有60-70%與50-60%獨（寡）占市場地位。

（三）近年，數位廣告費在總廣告費之占比逐年遞增，傳統媒體（電視、廣播、報

紙、雜誌)廣告費則逐年遞減,因此如何增加數位廣告收入,就成為傳統媒體經營重點。因此有以下幾種增加數位廣告收入之方式:

- 1、自設新聞網頁刊播廣告,路徑包含書籤、Google新聞搜尋、媒體社群、Yahoo!新聞/LINE新聞連結,其中Google新聞搜尋、Yahoo!新聞/LINE新聞連結路徑占比相當高。透過Google新聞搜尋,路徑流量增加,有助於媒體網頁廣告及收費會員增加效果,也就是所謂的網路間接效果。
- 2、在入口網站、新聞APP提供新聞內容,分享該網站/APP廣告收入,有固定金額、收入比例、依瀏覽次數或其他方式,則衍生出大家所關心的數位平臺與媒體廣告分潤議題。

## 二、數位廣告交易型態重視公平性、透明性

(一)交易當事人:數位平臺(媒體)vs.廣告主(廣告代理商、仲介商),在調查過程中發現數位平臺有以下的問題:

- 1、廣告刊播:標準不透明、未說明拒播或停播廣告原因,而廣告主希望能夠(1)提高刊播標準明確性、一致性;(2)建置異議協商制度;(3)變更標準事前通知、給予適當緩衝期間。
- 2、廣告費用:廣告主委託仲介商刊播流程手續費、廣告單價不透明,希望平臺能夠(1)提高廣告供應鏈透明性、主動公開刊播流程手續費及廣告單價;(2)建置充分且完整資訊揭露制度。
- 3、廣告可視度(viewability):用來區別廣告的能見度及曝光率,惟廣告曝光(impression)定義不明確,平臺對實際未能察覺之廣告亦收費。而按照國際廣告協會的標準,如果是串流影音廣告,必須影像畫素50%以上,在瀏覽網頁停留2秒以上;如果是橫幅廣告,一半要在瀏覽網頁停1秒以上。
- 4、廣告詐欺(ad fraud):平臺可能利用機器或非人工之方式去增加廣告的點閱率以增加收入,而廣告主會希望扣除媒體無效流量部分廣告費,但並無認定廣告詐欺標準。因此,希望能夠(1)揭露有效管理廣告詐欺規則資訊;(2)建置完善管理廣告詐欺制度;(3)積極參與業界管理廣告詐欺規則計畫。
- 5、廣告帳戶(account):平臺以維護資安、品質理由停用廣告帳戶,未具體說明違反管理規則。廣告主希望能夠(1)提高管理規則明確性、一致性;(2)公布內部受理異議申訴處理狀況;(3)建立公平異議審查制度(附說明理由)。

從競爭政策、獨占禁止法執法觀點來看,以上行為可能會構成不公平交易方法中的不當單獨拒絕交易、差別對價、差別交易條件;如果同時實施複數行為,那反競爭的效果就更大,可能會構成排除競爭者、阻礙市場參進等排除型私的獨占行為。

(二) 交易當事人: 數位平臺 (媒體) vs. 消費者

利用瀏覽網頁儲存 (cookie)、追蹤 (tracking) 功能取得個資, 應明確告知取得、利用個資目的; 不得超過利用目的之必要範圍; 提供數項服務, 應分別告知利用個資目的, 否則將違反個資法、濫用交易優勢地位行為。

(三) 交易當事人: 數位平臺 vs. 媒體事業

也就是所謂廣告分潤議題, 未揭露支付提供新聞內容之計價標準, 計算基礎的網頁瀏覽次數不明確, 搜尋廣告、新聞排序標準, 不透明。因此他們認為應建置效率協商體制, 充分揭露新聞內容計價、廣告排序標準等資訊。

### 三、對我國公平會執法之啟示

(一) 在制定競爭政策之前, 一定要對於市場有所瞭解, 可以區分為以下幾個層面:

(1) 數位平臺 vs. 數位平臺; (2) 數位平臺 vs. 供貨商 (媒體)、廣告商、消費者。

(二) 在實施數位平臺產業調查之後, 公平會可能需要訂定數位平臺事業規範說明, 如果平臺已經具有獨占地位行為, 可能構成 (1) 公平法第9條第1款的阻礙性濫用、或者是第4款的概括條款; (2) 如果涉及非價格限制行為, 還未達壟斷地位, 則可能是公平法第20條第2款的無正當理由差別待遇; (3) 至於不公平競爭部分, 若有虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵, 則可能違反公平法第21條不實廣告; (4) 個資、排序參數等重要資訊未揭露, 則屬於公平法第25條補充條款所規制。

(三) 媒體與數位平臺之廣告分潤爭議: 問題核心在於締約地位不對等、交易資訊不對稱, 包含聯合行為例外許可 (公平法第15條)、與數發部協商 (公平法第6條)。另以日本而言, 訂有「特定數位平臺交易公正性、透明性提升法案」, 把數位媒體議題納入, 如果未依照主管機關經濟產業省規定進行仲裁, 罰金 100 萬日圓, 如果有影響市場交易秩序, 他們的經濟產業省, 可以將案件移送到日本公平會。至於我國是要朝著作權法方向、還是競爭法方向處理, 目前仍不明確, 所以建議將來公平會仍要適時參與, 依照公平法第6條與數發部進行協商, 釐清何種情況下是由數發部採事前管制、或由公平會採事後管制。

我的與談意見到此, 請各位指教, 謝謝!

# 多層次傳銷管理與展望—簡介南韓訪問銷售法

戴佑任\* 劉華美\*\*

## 目次

- 一、前言
- 二、回顧與展望
  - (一) 回顧
    - 1. 產業與市場面
    - 2. 規範面
    - 3. 保護機構
  - (二) 展望
    - 1. 產業與市場面
    - 2. 規範面
    - 3. 保護機構
- 三、比較臺灣與南韓
  - (一) 產業與市場面
  - (二) 規範面
  - (三) 保護機構
- 四、結論

---

\* 億光電子新興市場事業部專員  
臺灣科技大學科技管理研究所碩士/澳洲昆士蘭大學商學院碩士

\*\* 臺灣科技大學科技管理研究所教授  
中華民國科技管理學會智慧財產權委員會主任委員

## 中文摘要

多層次傳銷為一種銷售的商業模式，近代的傳銷源自1945年的紐崔萊公司。在1970年代亞洲開始流行，產生影響，這在當時是相當新穎的銷售方式，但欠缺相關法律規範，不肖商人藉機讓多層次傳銷造成社會的損害。30年之後，南韓以立法的方式來監管多層次傳銷活動，儘管韓國民眾不一定認同此銷售方式，但尚不至於負面化。本研究以韓國監理傳銷產業的經驗對比臺灣，以期他山之石可以攻錯。透過文獻分析法，分析臺灣與韓國的傳銷發展史，再區分產業市場、規範和其保護組織面向，來分析及整理各自之優缺。最後提出結論與展望，從韓國現況對臺灣主管機關的修法和執法提供建議。

關鍵字：多層次傳銷、多層次傳銷管理法、《訪問銷售法》、變質多層次傳銷、多層次傳銷保護基金會、韓國特殊販賣共濟組合、韓國直銷共濟組合。

## 一、前言

傳銷在臺灣發展四十多年，但公平交易委員會（以下稱「公平會」）成立如本次研討會的舉辦於今（2022）年是30週年，換言之，傳銷剛開始發展的前十多年，傳銷產業並無專法在管理，直到公平會開始運作，在公平交易法（以下稱「公平法」）80年1月18日制定49條，80年2月4日總統公布（總統（80）華總（一）義字第0704號令）全文49條，其中第8條及第23條即規範傳銷，我國採事前報備制，韓國採登記註冊制。

作為對比的韓國根據IMF2022年的預測人均GDP將落在34,990美元，而我國則是相近的36,000美元，同時兩國都市化程度也接近<sup>1</sup>，也同樣為著名的出口國，且皆位列亞洲四小龍之列，故以此選擇韓國作為比較國。

韓國的傳銷立法相當完整，於1992年就開始實施訪問銷售法，其後並陸續積極修法<sup>2</sup>。本文即以我國與南韓的傳銷產業、法規和保護機構做比較，期能從韓國的執法經驗提供我國執法上的參考。

我國從1992始規定多層次傳銷事業須向公平會報備，至今已過去30年，而作為近代傳銷創始國：美國，其美商安麗傳銷自1982年傳入臺灣已40載。臺灣安麗公司迄今

<sup>1</sup> 南韓為81.4%，我國則為78.9%。

<sup>2</sup> 參閱吳秀明、沈麗玉，「多層次傳銷管理法制的新紀元」，月旦法學雜誌，第231期，173（2014）。

仍在蓬勃發展中，並提供線上購物專區。這些年間從公平會的統計<sup>3</sup>中得知2021年共有347間傳銷事業，產值高達1,068億新臺幣，相比於1992年統計之初的139家帶來的230億元營收，已有長足之進步。

多層次傳銷產業於我國發展四十餘年間，也經歷了諸如台家事件、中華保康促進會、鴻源案等社會重大事件後，老鼠會便一直與多層次傳銷產生聯想，但因此類變質多層次傳銷屬刑事法制裁領域，不列入本文研究範圍<sup>4</sup>。

韓國在2020年以18,824間事業<sup>5</sup>創造15兆3,600億韓圓（約3,462億新臺幣）的驚人產值<sup>6</sup>，並登上世界第四大傳銷事業國<sup>7</sup>。其與臺灣曾面臨類似的發展脈絡，但透過細膩的法律規範出現現今的盛況。

傳保會組織法規已通過最新修正，公平會於112年4月7日公告多層次傳銷保護機構設立及管理辦法修正後條文，修正內容包含傳保會組織、任務、財務及業務處理方式等。多層次傳銷保護機構設立及管理辦法於103年5月19日訂定發布，歷經二次修正，最近一次修正為112年4月7日。鑑於多層次傳銷保護機構（以下簡稱保護機構）設立迄今約9年，有必要就保護機構業務執行成效、保護基金及年費收取運用情形等，予以檢討修正，俾彰顯保護機構保障傳銷商權益、促進多層次傳銷業健全發展之設立目的。另為配合財團法人法於108年2月1日施行，並參酌財團法人法規定一併檢視修正<sup>8</sup>。

## 二、回顧與展望

### （一）回顧

#### 1. 產業與市場面

##### （1）臺灣

傳銷的始祖普遍被認為是1934年創立於美國的營養補給食品製造企業紐崔萊

<sup>3</sup> 公平會，110年多層次傳銷管事業經營發展狀況調查結果報告，自版，2021。

<sup>4</sup> 有關變質多層次傳銷，可參閱：劉華美，變質多層次傳銷簡報，臺灣本土法學雜誌學術研討會（2018）。

<sup>5</sup> KDSA，Annual Report 2021，38。

<sup>6</sup> WFDSA，WFDSA-Annual-Report-2021，22。

<sup>7</sup> 前三分別為美國、中國和德國。

<sup>8</sup> <https://www.mlmpf.org.tw/epaper-detail?pk=147>，瀏覽日期2023/04/26。

(Nutrilite) 公司<sup>9</sup>，其於1945年採用了多層次傳銷模式<sup>10</sup>後被視為第一間多層次傳銷公司；而目前世界上最大的多層次傳銷公司，同時也是目前紐崔萊母公司的安麗<sup>11</sup>。1970年代開始，臺灣也在此時有了第一家以直銷經營的公司<sup>12</sup>。而1980年代伊始眾多的美商進入臺灣後也一定程度上奠定了傳銷的地位，越來越多的公司公開宣示遵守《商德約法》<sup>13</sup>。

## (2) 韓國

韓國於1970年代後期首次引進傳銷制度。在韓國，直銷經歷了引進期（70年代後期）→金字塔型銷售<sup>14</sup>登場期（80年代末）→外國企業進軍期（90年代初）→法律許可期（95年）→成長期（90年代末）的過程，參閱表2-1。

<sup>9</sup> 紐崔萊 (Nutrilite, 在某些地區名為Nutriway)，原名California Vitamins，是Carl F. Rehnberg 於1934年開發的礦物質、維生素和膳食補充劑為主力商品的品牌。於1945年改名為Nutrilite並以其多層次傳銷的經營模式聞名世界。本註參：林天財（編）、郭德田、曾浩維、傅馨儀、劉倩姝，直銷法律學，五南出版社，6（2015）。

<sup>10</sup> 由推銷員Lee Mytinger和心理學家William Casselberry為紐崔萊公司設計的獎金分配方法，透過自己銷售商品能夠獲得35%的利潤，而購買者如果也願意進行銷售的話可以獲35%的折扣，但是在銷售後必須上繳最高25%的收入，然而這是可以不斷發展下去的一種鏈狀組織。同前揭註2，6、7。

<sup>11</sup> 安麗 (Amway, 原名American Way association) 由原紐崔萊的直銷商Jay Von Andel和Rich De Vos與他們的一些分銷商成立，起初為銷售清潔劑。於1972年取得了紐崔萊的控股權，並在1990年正式取得完整所有權。

<sup>12</sup> 臺灣英文雜誌社 (台英社)，取得時代生活叢書總代理後以直銷模式經營。

<sup>13</sup> 《直銷商德約法》(WFDSA Code of Ethics)，簡稱《商德約法》，乃為WFDSA於1994年制定。其中規定了所有直銷的行為需要合乎商德約法，也為成員國立法起到了範本般的作用，經過三次修法後成為全體WFDSA成員國必須遵守的基本規定。參考：<https://wfdsa.org/about-direct-selling/>，最後瀏覽日：2022/8/7。

<sup>14</sup> 金字塔行銷又稱層壓式傳銷，是一種違法且無法永續經營的商業模式，由組織中的高層級成員招募新成員作為下線。這些新成員向註冊他們的人支付高昂的前期費用（入會費、首次購買等）。隨著新成員反過來招募他們自己的下屬，他們也能透過一樣的方式持續剝削下一批的成員，以此構成不健康的上下線關係。

表 1 韓國直銷簡史

金字塔型銷售登場期	1986年	與日本Pola合作開設的韓國Pola正式打開直銷在韓國的經營。
	1989年	金字塔型銷售由山隆產業 <sup>15</sup> 帶入韓國市場。
外國企業進軍期	1991年	外國大型傳銷公司如安麗、仙妮蕾德、永久、丞燕等進入韓國市場。
法律許可期	1991~1996	修訂《訪問銷售法》，並於這段期間多次修法以迎合市場之需求。
成長期	1996年	多層次傳銷產業進入高速發展期。

資料來源：다단계 마케팅 (판매) 의 역사, 현황 및 문제점 분석을 통한 발전방안 (通過分析多層次傳銷(銷售)的歷史、現狀和問題的發展規劃)，7 (2005)。

## 2. 規範面

### (1) 臺灣

在臺灣相連的傳銷法規主要是由公平會掌管的公平法，沿革上80年2月4日公布公平法，81年2月4日公平法開始生效實施，所以迄111年也就是公平法施行屆滿30週年。81年2月28日在公平法生效實施不多久，多層次傳銷管理辦法（以下稱「管理辦法」）即第一次發布，在88年6月16日即第一次修正發布，其後分別於91年4月24日、92年11月26日、93年12月24日、98年5月25日、101年9月28日，管理辦法陸續再修正發布；迄103年1月29日，多層次傳銷管理法（以下稱「傳銷法」）於公布日即施行，至此多層次傳銷不再以行政命令（辦法）的方式來管理，是藉由正式立法院三讀通過的法律位階來進行規範。並旋即於103年4月17日發布生效多層次傳銷管理法施行細

<sup>15</sup> 山隆產業（산용산업），從1988年到2004年存在的企業集團，是韓國歷史上第一個多層次傳銷公司。這一事件導致韓國多層次公司的數量增加，以及率先使用多層次營銷一詞。

1988年與日本生活合作，在首爾江南區大峙洞成立。該公司開發了磁鐵棉被、磁鐵項鍊、醫療器械等，特別是磁鐵棉被作為主力銷售，甚至通過報紙或地面波廣播進行廣告廣播。在將公司名稱從山隆產業更名為日本人壽韓國後，最終由著名的SMK董事長이광남接手，日本人壽實際上退出了在韓國的業務，整理自：한국마케팅신문（2004），SMK 계열사부도 도산직면（SMK相關公司破產），最後瀏覽日：2022/7/23。

該公司的銷售方式是，如果進入公司，就要參加事業說明會，但實際上就是事業說明會，誘導顧客強行參加事業說明會，不僅進行半強制性的監禁行為或施暴等行為，還以購買200萬韓圓以上磁石窯的名義聚集會員，在公寓等地方集體住宿。甚至對收取產品價格後不支付產品或要求退貨的購買者拒絕退貨等蠻橫的行為。

則。後續相連的傳銷產業行政命令亦陸續發布，諸如多層次傳銷事業報備及變更報備準則、多層次傳銷保護機構設立及管理辦法（103年5月19日發布，下稱「保護機構設立辦法」）、多層次傳銷管理法施行細則修正發布。

公平法立法之初多層次傳銷的定義規範於公平法第8條，同時在第23條的第1項中禁止變質多層次傳銷<sup>16</sup>。

## （2）韓國

根據《訪問銷售法》第13條<sup>17</sup>，想要從事多層次傳銷業的傳銷商在向公平貿易委員

<sup>16</sup> 原始公平法第八條條文內容：「本法所稱多層次傳銷，謂就推廣或銷售之計畫或組織，參加人給付一定代價，以取得推廣、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者而言。前項所稱給付一定代價，謂給付金錢、購買商品、提供勞務或負擔債務。」；及原始公平法第二十三條條文內容：「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，而非基於其所推廣或銷售商品或勞務之合理市價者，不得為之。」。

<sup>17</sup> 《訪問銷售法》第十三條（多層次營銷事業的登記等）

一、傳銷商應根據總統令規定，具備下列各項文件，向公平貿易委員會或特別市長、廣域市長、特別自治市長、道知事、特別自治道知事（以下簡稱「市、道知事」）登記。

（一）填寫商號、地址、電話號碼及電子郵箱地址（法人包括代表的姓名、身份證號碼及地址）等的申請書。

（二）證明資本金在3億韓圓以上且在總統令規定的規模以上的文件。

（三）第三十七條規定的消費者損失賠償保險合約等的簽訂證明文件。

（四）贊助佣（獎）金的計算及支付標準相關文件。

（五）庫存管理、補貼等銷售方法相關事項的文件。

（六）此外，作 確認傳銷人員身份的必要事項，由總理令規定的文件。

二、傳銷商根據第一款登記的事項中，如果變更同款一項至第四項的事項，應按照總統令規定進行申報。

三、傳銷商在停業或停業後重新開始營業時，應根據總統令規定進行申報，如果申報停業，根據第一款的登記將失去效力。然而，如果符合停業申報前取消登記的條件，則視 在停業申報日取消登記。

四、公平貿易委員會或市、道知事應自收到第二款規定的變更申報之日起十日內通知申報人是否受理申報。

五、如果公平貿易委員會或市、道知事在第四款規定的期限內未通知申報人是否受理申報或根據信訪處理相關法令延長處理期限，則視 在該期間（根據信訪處理相關法令延長處理期限或再次延長處理期限時，指該處理期限）結束的第二天受理了申報。

六、公平貿易委員會應根據總統令規定，公開對傳銷商的下列各項信息。但是，作為傳銷商經營上、營業上的秘密相關事項被公開時，被認為為有可能明顯損害傳銷商正當利益的信息及個人相關事項被公開時，被認為為有可能侵犯私生活的秘密或自由的信息除外。

會或市、道知事登記，其宗旨是為了預防非法傳銷者給消費者帶來的損失。這是市、道掌握傳銷企業，便於從多層次傳銷公司購買產品的消費者退款及退貨處理，防止事後管理出現問題。

於第34條<sup>18</sup>規定，想要新登記的多層次傳銷商必須簽訂消費者損失賠償保險合同才能進行登記，從而最大限度地減少其停業、破產、逃避等對消費者的損失。

其中，想要從事多層次傳銷業的傳銷商在向公平貿易委員會或市、道知事登記時，填寫商號及地址、電話號碼、電子郵件地址（當為法人時，包括其代表地的名稱、身份證號碼及地址）等申請書、證明資本金在3億韓圓以上且在總統令規定的規模以上的文件、根據第34條規定記載消費者損失補償保險合同等簽訂證明書、佣（獎）金的計算及支付標準相關文件、庫存整理、銷售方法等有關多層次傳銷的文件，並應具備營業執照影本、記載公司營業日的文書）等文件進行登記。

### 3.保護機構

在各國的多層次傳銷機關方面，除了原本的主管機關外，有些國家為了能夠更好的解決紛爭並提高行業水準等，也由政府的規定成立了額外的財團法人，以輔佐的姿態來促進整個產業的發展。

#### (1) 臺灣

財團法人多層次傳銷保護基金會（以下稱「傳保會」）係依據「傳銷法」第38條

（一）根據第一款登記的事項。

（二）此外，公平貿易委員會認 確立公平交易秩序和保護消費者需要的事項。

七、公平貿易委員會為了公開第六款規定的信息，必要時可以要求傳銷商提交相關資料。在這種情況下，傳銷商如果沒有正當理由，必須遵從。

#### <sup>18</sup> 《訪問銷售法》第三十四條

一、持續交易者等不得有下列情形之一的行為。

（一）持續交易等合約的簽訂或妨礙合約的解除或解除而威脅消費者的行為。

（二）告知虛假或者誇張的事實或者使用欺騙方法引誘或者交易消費者，或者妨礙解除或者解除合約的行為。

（三）以明顯高於正常交易價格的價格購買持續交易等所需商品的行為。

（四）消費者解除或解除持續交易等合約後，無正當理由拖延或拒絕相應措施的行為。

（五）以妨礙解除或解除合約為目的變更地址、電話號碼等的行為。

（六）在相當長的一段時間內放任糾紛或投訴處理所需的人力或設備不足的狀態，對消費者造成損害的行為。

（七）消費者未訂購或要求提供財物等，而索要財物等貨款的行為。

（八）消費者表示無意購買財物或接受勞務，但通過電話、傳真、電子郵件等強迫消費者購買財物或接受勞務的行為。

二、公平貿易委員會為防止違反該法律的行為及預防消費者損失，可以制定並公佈持續交易者等應遵守的標準。

所設立之保護機構（參閱保護機構設立辦法第1條），主要目的在於調處已完成報備之傳銷事業與傳銷商間之多層次傳銷民事爭議，與保障傳銷商之相關權益。傳保會於2014年9月12日業經公平會許可成立，並於同年9月29日於臺灣臺北地方法院完成設立登記。第38條立法意旨即在於促使公平會設立類似財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心的保護機構<sup>19</sup>，於2014年12月開始運營。

傳保會之業務內容以保護、守護傳銷產業、共創傳銷業之榮景為出發點，設立任務如下：

- 一、調處多層次傳銷事業（以下簡稱傳銷事業）與傳銷商間之多層次傳銷民事爭議。
- 二、協助傳銷商提起訴訟。
- 三、代償及追償傳銷事業因多層次傳銷民事爭議，而對於傳銷商所應給付之金額及損害賠償。
- 四、管理及運用保護基金、年費及其孳息。
- 五、協助傳銷事業及傳銷商增進對多層次傳銷法令之專業知能。
- 六、協助辦理教育訓練活動。
- 七、提供有關多層次傳銷法令之諮詢服務。
- 八、輔導及評鑑傳銷事業與傳銷商間紛爭處理機制。
- 九、獎勵檢舉違反多層次傳銷管理法第六條及第十八條之行為。
- 十、辦理其他有利傳銷商權益保障及多層次傳銷業發展之相關事項。

## （2）韓國

根據2002年修正的《訪問銷售法》第38條條文規定，註冊多層次傳銷事業和贊助訪問銷售業需要加入共濟組合<sup>20</sup>，若企業沒有簽訂共濟組合等消費者損失賠償險合

<sup>19</sup> 吳秀明、沈麗玉，前揭註2，192。

<sup>20</sup> 第三十八條（共濟組合的設立）

- 一、根據第五條第一款申報或根據第十三條第一款或第二十九條第三款登記的企業，了運營負責消費者損失補償金支付的保險事業等第三十七條第一款第三目規定的共濟事業，經公平貿易委員會的批准，可以設立共濟組合（以下稱「共濟組合」），認可標準由總統令規定。
- 二、共濟組合為法人，在主要事務所所在地進行設立登記後成立。
- 三、加入共濟組合的人要向該會繳納履行共濟事業所需的出資金等。
- 四、共濟組合的基本財產根據總統令規定，由加入者的出資等組成，但共濟組合的基本財產的運營相關事項必須得到公平貿易委員會的批准。但是，政府可以在預算範圍內出資或補助。
- 五、共濟組合的加入資格、管理人員相關事項及出資負擔標準相關事項由章程規定。
- 六、共濟組合的設立許可程序、章程記載事項、運營、理事會的構成及權限、管理人員的選任、監督等必要事項由總統令規定。

同，則該企業視為違法企業。任何想要經營多層次傳銷事業的企業均需向共濟組合提交資料，獲得許可證後還要審核企業資格，並將資料上交公平貿易委員會，再由其發放許可。

目前韓國有兩個共濟協會，分別是韓國特殊販賣共濟組合（한국특수판매공제조합，KOSSA）和韓國直銷共濟組合（직접판매공제조합，MAC&CO），主要業務皆為賠償機制的完善和對於交易的電子化和透明化。而兩會最主要的差別來自於入會保證金和對於損失賠償的區別，KOSSA的保證金僅為3個月銷售額的20%，而MAC&CO則為40%。在賠償的部分KOSSA提供給消費者最多300萬韓圓、傳銷商最多600萬韓圓；而MAC&CO則有著600萬、1,500萬的最高賠償額度。

然而如此強大的功能性的財團法人也必然需要受到監管，故於《訪問銷售法》第39條中詳細的規定了對於共濟組合的監督規定<sup>21</sup>。

## （二）展望

### 1. 產業與市場面

#### （1）臺灣

依我國110年多層次傳銷事業經營發展狀況調查結果<sup>22</sup>，2021年多層次傳銷事業之營業總額及發放佣（獎）金總額均較上一年度增加，呈現穩健上升的趨勢，整體趨勢

七、共濟組合想要根據第一款進行共濟事業時，必須制定共濟規定，並得到公平貿易委員會的認可。想要變更共濟規定的情況也相同。

八、第7款的共濟規定中，應規定共濟事業的範圍、共濟基金、充當共濟事業的責任準備金等共濟事業的運營所需事項。

九、關於共濟組合，除本法規定外，適用《民法》中有關社團法人的規定。

十、根據該法，共濟組合的事業不適用《保險業法》。

#### <sup>21</sup> 第三十九條（共濟組合的監督）

一、公平貿易委員會認有必要時，可以命令共濟組合提交業務及會計相關報告書或其他必要措施，或者讓所屬公職人員調查共濟組合的業務及會計情況或檢查賬簿或其他文件。

二、公平貿易委員會在共濟組合的運營及業務執行等不合法令或章程時，可以命令其改正。此外，在消費者受害救濟等需要時，可以要求採取適當的措施。

三、公平貿易委員會在共濟組合的職員符合下列各項中的任意一項時，可以要求對相關職員進行懲戒、解僱或命令糾正相關違反行。

（一）違反第三十八條第七款規定的共濟規定處理業務時。

（二）未履行第二款規定的糾正命令或措施時。

四、根據第一款的規定，進行調查或檢查的公職人員應攜帶表示其權限的證件，並向相關人員出示。

<sup>22</sup> 公平會，同前揭註3，自版。

除2018年因部分事業出現虧損而略有衰退<sup>23</sup>。

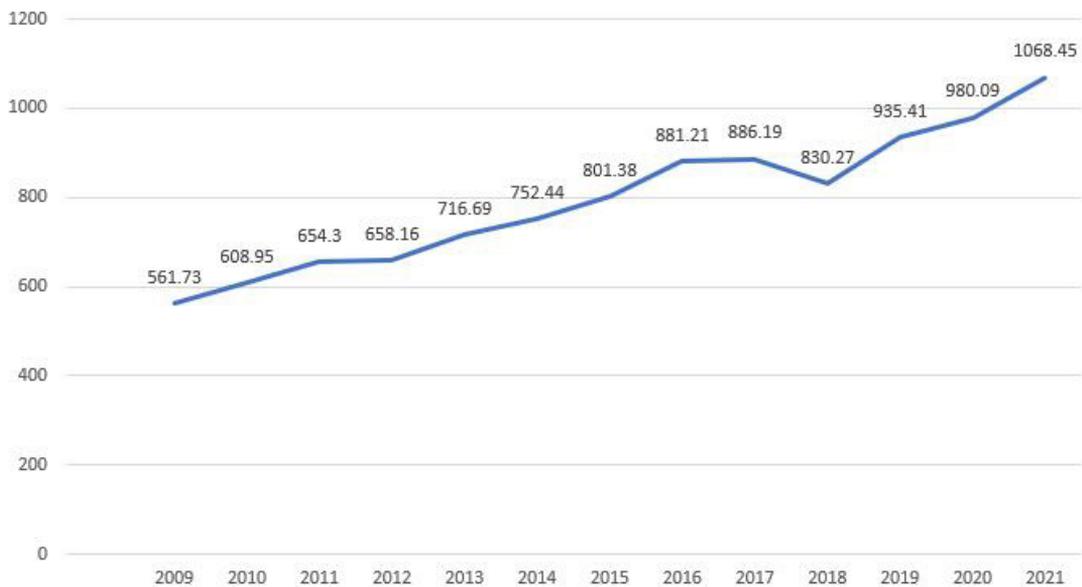


圖1 我國13年傳銷業營業總額變化

資料來源：整理自110年多層次傳銷事業經營發展狀況調查結果報告

<sup>23</sup> 公平會，同前揭註3。

我國傳銷營業總額為1,068.45億元新臺幣，相較前一年成長約4.5%；在這之中共有21間業者營業額突破十億元大關，共占802.79億元，而營業額一億以上十億元以下有68間，共217.23億元；其餘230間則創造總額為48.2億元的營利。

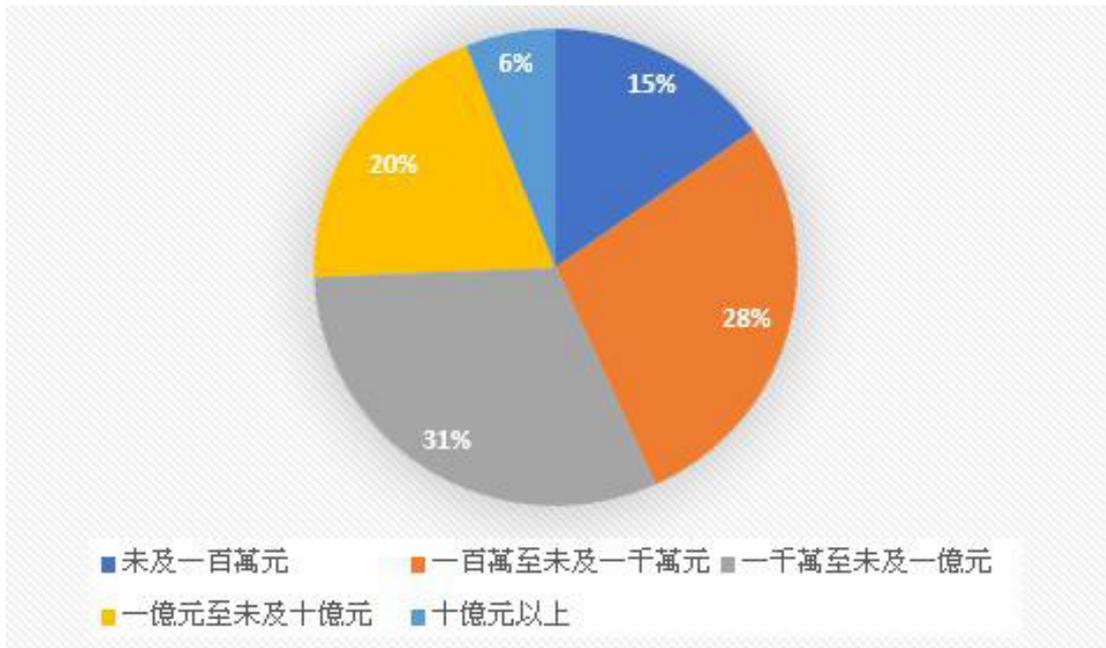


圖2 2021我國傳銷營業總額占比

資料來源：整理自110年多層次傳銷事業經營發展狀況調查結果報告

人員的部分，於報告<sup>24</sup>中指出傳銷商人數減少5.4%，共有347.8萬人，佔全國總人口比例約14.8%，對比2019年的15.6%略降0.8%。其中新進傳銷商人數共有99.68萬人，而退出的傳銷商人數則有44.9萬人。

<sup>24</sup> 同前揭註3。

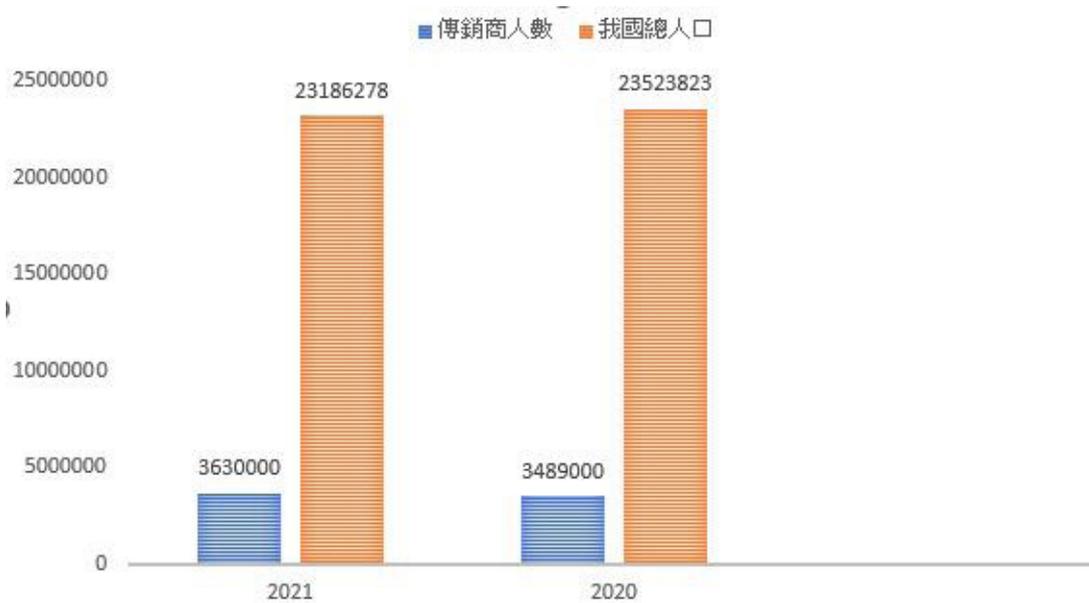


圖3 我國傳銷商人數與人口占比

資料來源：整理自行政院主計總處，人口統計指標，<https://www.dgbas.gov.tw/point.asp?index=9>，最後瀏覽日：2022/8/8。

依2021年資料顯示，傳銷商中，性別比例以女性為大宗，共計251.5萬人，占68.93%，相較2020年的比例（71.24%）小幅下滑，然而整體比例還是遠超過男性傳銷商的比例。

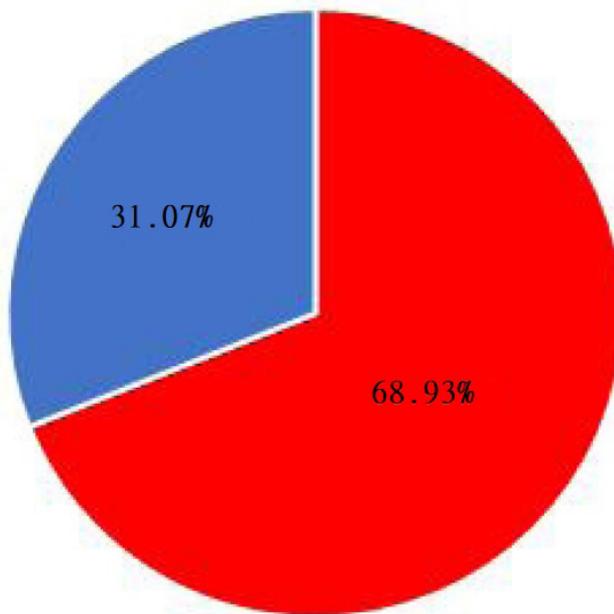


圖4 我國傳銷商性別比

資料來源：整理自110年多層次傳銷事業經營發展狀況調查結果。

2021年以營養食品類銷售為最大宗，以291間（總家數之83.86%）之數計701.28億元，占65.64%，第二為美容保養品類的197.18億元，占18.45%。

在網路日益普及的情況下，2021年共有222家傳銷商採用網路行銷，占63.98%，較2019年之63.06%，略有增幅。其中，提供網路購物（線上訂購）者有212家，有178家設置網路商城，二者皆有使用或設置者共168家。

#### （2）韓國

韓國於2020年迎來了下滑的一年，由於疫情的關係，對於整個產業帶來了衝擊，其中直銷產業的銷售額為15兆3600億韓圓，比去年下降了0.5%。而即使受到疫情衝擊，不需透過實體接觸的交易方式較為活躍，網路銷售得到了高速發展的情況下，由於整個產業都進行了一定程度的數位化轉型，使得整體產業規模仍保持一個穩定的水準。

由下圖5中可以得知，整個產業中銷售占有率最大的商品種類為健康食品，由於新冠肺炎，健康食品的消費持續以39%的占有率維持著一個不錯的水準；其次為化妝品與個人護理的23%，由於疫情的來襲，出外的次數減少，也因此導致以化妝品為主的贊助訪問銷售業務開始進行重組和轉型。排名第三的則是佔據19%的生活家居用品，受共享經濟的影響，租賃消費的壁壘正逐漸降低，加之租賃領域經營的產品有著多樣化的跡象，也使得此領域持續增長。

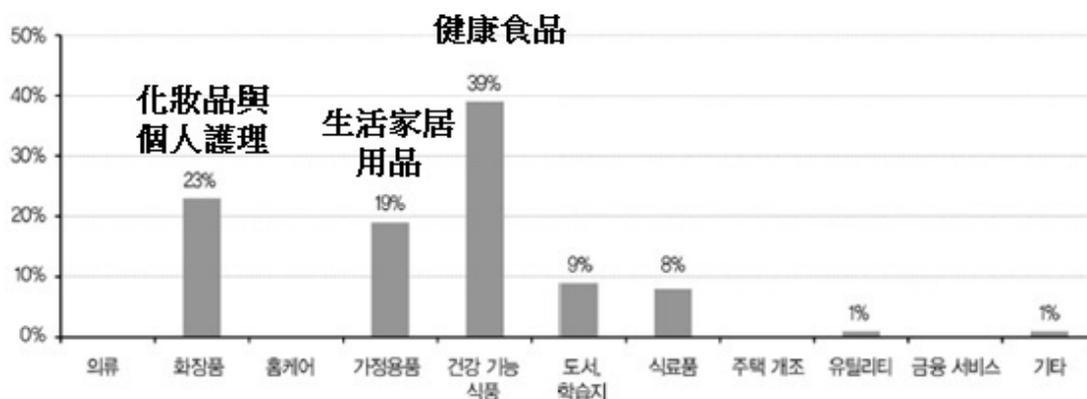


圖5 韓國傳銷銷售種類

資料來源：KDSA，Annual Report（2021）

在傳銷商的部分，2020年贊助訪問傳銷商人數從約38.4萬名增加到69.8萬名，獲得贊助津貼<sup>25</sup>的人從22.9萬名增加到33.4萬名。多層次傳銷商人數從約834萬名減少到827萬名，獲得佣（獎）金的人從約152萬名減少到144萬名，其中根據圖6還能得知女性比例為77%，遠高於臺灣的71%。

<sup>25</sup> 即佣（獎）金，下改稱為佣（獎）金。

## 銷售人員性別比例

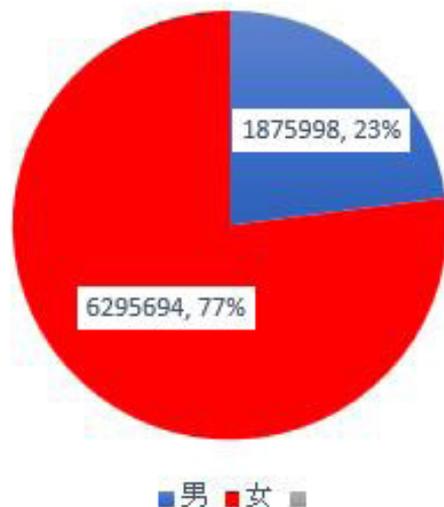


圖6 2020韓國多層次傳銷商性別比

資料來源：自KDSA Annual Report (2021) 彙整

## 2. 規範面

### (1) 臺灣多層次傳銷管理法

傳銷法第18條規定變質多層次傳銷，分別是傳銷商之收入來源並非以合理市價推廣、銷售商品或服務為主，而以介紹他人參加為主要收入來源<sup>26</sup>，例如商品虛化之情形<sup>27</sup>。

<sup>26</sup> 根據法第十八條規定，無論銷售商品之所得抑或介紹他人所得之佣金皆為傳銷商之主要收入，故其中任一者之提高皆會造成另者之下降，由此可判斷兩者之並存，可視為一體兩面，故以「及」字同時要求此兩項條件作為判斷依據。

<sup>27</sup> 公平會於(90)公處字第074號處分，正式提出「商品虛化」一詞，隨後於(90)公處字第114號處分具體指出：「按以多層次傳銷方式推廣或銷售勞務，其正當性應在於勞務之確實提供及使用。反之，即可能淪為以形式上之勞務交易，構成『商品虛化』，做為遂行介紹他人加入之幌子。故勞務之提供及使用情形，應為判斷傳銷行為是否將淪為以介紹他人加入為主之重要指標」。隨後還有公平會(91)公處字第091169號處分記載：「按以多層次傳銷方式推廣或銷售勞務，其正當性應在於勞務之確實提供及使用，倘勞務未確實提供或使用，參加人僅以形式上之交易，作為收取費用並據此發放經濟利益之幌子，即構成『商品虛化』，得據此認定參加人所取得之經濟利益，主要係基於介紹他人加入，而非來自推廣或銷售勞務之合理市價。」

另還有臺灣高等法院99年度上易字第2376號刑事判決指出：「所謂商品虛化，係指商品僅是虛擬之交易媒介，參加人購買系爭商品，並非基於該商品之使用價值

另我國採事前報備制，公平會至今仍繼續維持事前報備制<sup>28</sup>。傳銷法第6條訂有多層次傳銷事業需報備之7大項目<sup>29</sup>。

## (2) 韓國訪問銷售法

1991年制定《訪問銷售法》之前，對於傳銷產業的規範仰賴《民法》、《刑法》、《消費者保護法》、《壟斷規制及公平交易相關法律》等。

根據法律第4481號，1991年12月31日制定，並於次年7月1日施行《訪問銷售法》。此法制定時，對訪問銷售、電話銷售及傳銷相關交易等三種銷售形式進行了限制，並制定了禁止在傳銷交易階段提供佣（獎）金等利益等規定。

多層次傳銷在定義上分為幾個階段，起初於《訪問銷售法》中只有規定一層的情況下，多層次傳銷實則被視為違法，而陸續在1995年和2002年的三次修法中對於其定義有了一定的修正。

---

或交換價值，而係為了進組織領取獎金」。

<sup>28</sup> 公平交易委員會第1595次委員會議紀錄報告案第一項第二點：報備制改許可制決議維持現行管理制度，即繼續維持報備制。

<sup>29</sup> 多層次傳銷管理法第六條

- 一、多層次傳銷事業基本資料及營業所。
- 二、傳銷制度及傳銷商參加條件。
- 三、擬與傳銷商簽定之參加契約內容。
- 四、商品或服務之品項、價格及來源。
- 五、其他法規定有商品或服務之行銷方式或須經目的事業主管機關許可始得推廣或銷售之規定者，其行銷方式合於該法規或取得目的事業主管機關許可之證明。
- 六、多層次傳銷事業依第二十一條第三項後段或第二十四條規定扣除買回商品或服務之減損價值者，其計算方法、基準及理由。
- 七、其他經主管機關指定之事項。

表 2 韓國多層次傳銷定義之變革

	1991年立法	1995年第一次修法	1995年第二次修法	2002年第三次修法
多層次傳銷的定義	以購買建議對方產生的利益和物品等經濟負擔條件，提供商品銷售、勞務的交易。	獲得零售利潤或下級傳銷商進行相同活動時，建議可以獲得佣（獎）金，並提供銷售員階段性加入的商品的銷售、勞務。	X	X
傳銷商的層級	只承認一層	承認兩層組織	承認三層組織	接受三層以上的組織

資料來源：한경희, 「방문판매 등에 관한 법률」상 다단계판매 분야의 소비자피해 보상보험에 관한 연구- 공제조합의 공제계약 제도를 중심으로 (《訪問銷售法》中多層次營銷監管的合理改進方案研究：以多層次傳銷的定義為主)，선문대학교, 10 (2013)。

在核心構成方面，儘管《訪問銷售法》多層次傳銷的定義雖然看起來有些複雜，但根據該法第2條第5項<sup>30</sup>，仍能蓋括出傳銷概念的核心構成要素有三點：一、鼓勵傳銷商加入；二、三個層級以上銷售員加入；三、佣（獎）金。

訪問銷售法基本上是保護消費者的法律，而傳銷商的一大特性便是其同時具備消費者和傳銷商的雙重身分。在退貨的部分也有特別規定，消費者從傳銷商處購買財物等時，應優先向該傳銷商撤回認購<sup>31</sup>。然而，因傳銷商的地址、電話號碼或電子郵

<sup>30</sup> 《訪問銷售法》第二條第五項「傳銷」是指通過滿足下列各項條件的銷售組織（以下簡稱「傳銷組織」）銷售財物等。

（一）有一種招募方式，即屬於銷售商的銷售員將特定人作為該銷售員的下位銷售員加入。

（二）根據第一目，銷售員的加入分3個階段（不通過其他銷售員的勸導而加入的銷售員一階段之銷售員。以下相同）以上階段性進行。但是，即使銷售員的階段在二階段以下，實際上也是三階段以上管理和運營的情況，包括總統令規定的情況。

（三）銷售商將採取向銷售員支付相當於第九項第二目或第三目的贊助佣（獎）金的方式。

<sup>31</sup> 《訪問銷售法》第七條（訪問傳銷商等對消費者的信息提供義務等）

一、訪問銷售者等在簽訂財物等銷售相關合約之前，應說明下列各項事項，以便消費者能夠理解合約的內容。

（一）訪問銷售商等的姓名（法人代表姓名）、商號、地址、電話號碼及電子郵箱地址。

箱地址等聯繫方式變更或不明確等原因無法取消訂單時，或者即使向傳銷商取消訂單等，也難以期待貨款退還等效果時，可以向銷售員取消訂單<sup>32</sup>，以上訪問傳銷商需要對消費者履行之義務規定於《訪問銷售法》第7條與第7條之2。根據《訪問銷售法》第8條<sup>33</sup>訂定之取消訂閱之相關規定，其中第一款第一項規定消費者以傳銷的方法簽訂

- (二) 上門售貨員等的姓名、地址、電話號碼及電子郵箱地址。但是，訪問銷售商等直接與消費者簽訂合約的情況除外。
- (三) 財物等的名稱、種類及內容。
- (四) 財物等的價格及其支付方法及時間。
- (五) 提供財物等的方法及時期。
- (六) 取消認購及解除合約（以下簡稱「取消認購」）的期限、活動方法、效果相關事項及取消認購等權利行使所需的格式，由總理令規定。
- (七) 財物等的交換、退貨、修理保證及其貨款退款的條件和程序。
- (八) 與電子媒介可供應的財物等的安裝、傳送等相關的技術事項。
- (九) 消費者對損失賠償、財物等不滿及消費者與經營者之間糾紛處理相關事項。
- (十) 交易條款。
- (十一) 此外，作為影響消費者購買與否判斷的交易條件或消費者受害救濟所需事項，由總統令規定的事項。

二、訪問銷售者等簽訂銷售財物等相關合約時，應向消費者發放寫有第一款各項事項的合約書。

三、訪問銷售者等想要與未成年人簽訂財物等合約時，必須得到法定代理人的同意。在這種情況下，如果得不到法定代理人的同意，未成年人本人或法定代理人應告知可以取消合約。

四、第二款規定的合約中關於電話勸誘銷售的合約，是指經消費者同意後，將該合約的內容作為傳真或電子文件（根據《電子文件及電子交易基本法》第二條第一項規定的電子文件。以下相同）可以代替發送。在這種情況下，如果就傳真或電子文件發送的合約內容或到達發生爭執，電話勸誘銷售者應予以證明。（修訂於2012年6月1日）。

五、訪問銷售商等應按照信義誠實履行根據第一款及第二款向消費者說明或標示的交易條件。

<sup>32</sup> 《訪問銷售法》第七條之二（電話勸誘銷售提供者保存通話內容的義務）

一、第七條第一款的合約中的電話勸誘銷售合約的情況下，電話勸誘銷售者應徵得消費者的同意，並在通話期間處理合約的細節，必須從合約簽訂之日起至少保留3個月。

二、消費者可通過拜訪、電話、傳真、電子郵件等方式要求查看電話勸誘銷售者依據第一款存儲的電話內容，電話勸誘銷售者應予以配合。

<sup>33</sup> 《訪問銷售法》第八條（解除合約）

一、通過訪問銷售或電話勸誘銷售（以下簡稱「訪問銷售」）的方法簽訂財物等購買相關合約的消費者，可以在下列各項期間（交易當事人之間約定比下列各項期間更長的時間時，在該期間）內撤回對該合約的訂購等。

(一) 從收到第七條第二款規定的合約書之日起十四日。但是，如果財物等比收

財物等購買相關合同時，可以在收到合同之日起14天內取消預約。這裡的14天以內是指消費者以書面形式表示撤回認購意向的日子，因此消費者在14天內發送包含撤回認購內容的證明等書面材料即可，並不需要14天內到達傳銷商。但是根據情況其期限可能會延長。另一方面，由於消費者的責任原因，也有不能撤回訂購的情況。

根據《訪問銷售法》第44條，如有人如實並依法取得合理證據舉報變質多層次傳銷的話，公平貿易委員會可以為其提供檢舉獎金；然而如果其證據有誤，抑或是其證據來源不合法的話，公平貿易委員會能夠依第45條向受獎人追回獎金。

在《訪問銷售法》第9章中提及了大量的處罰規定，而其中第65條是非常特別的一點，如果事業代表、事業或委託人和其員工<sup>34</sup>違反第58條至63條中的任一條時，對於事業或其個人也處以相同對應條文的罰款，不過如果事業或是個人有為阻止該行為

到合約書之日晚供應時，從收到財物等或開始供應之日起十四日。

(二) 下列各項中任何一項的情況，自知道訪問銷售者等地址之日起十四日。

1. 未收到第七條第二款規定的合約書時。
2. 收到未寫有訪問銷售者等地址的合約書時。
3. 因訪問銷售者等地址變更等原因，在第一目規定的期限內不能取消訂購等時。

(三) 根據第七條第二款的合約中未寫明取消訂購等相關事項時，自知道可以取消訂購之日起十四日。

(四) 訪問銷售商等妨礙取消訂購等行時，自妨礙行結束之日起十四日。

二、消費者在符合下列各項中任何一項的情況下，不得與訪問銷售者等意願不同，根據第一款取消訂購等。但是，如果訪問銷售者等沒有採取第五款規定的措施，即使符合第二日至第四目的規定，也可以取消預約等。

- (一) 因消費者有責任的原因導致財物等缺失或損壞時。然而為確認財物等內容而損壞包裝等的情況除外。
- (二) 消費者使用財物等或消費部分，其價值明顯降低時。
- (三) 隨着時間的流逝，財物等價值明顯降低到難以再銷售的程度時。
- (四) 損壞可複製的財物等包裝者。
- (五) 此外，了交易的安全，由總統令規定的情況。

三、消費者儘管有第一款或第二款的規定，但如果財物等內容與標示、廣告的內容不同或履行與合約內容不同，則可以在收到財物等之日起三個月內、從知道事實之日起三十天內取消訂購等。

四、根據第一目或第三目規定，以書面形式取消預約時，在發送表示取消預約等意向的書面材料當天生效。

五、訪問銷售者等根據第二款第二日至第四目的規定，不能取消訂購的財物等時，應採取在財物等包裝或其他消費者容易知道的地方明確標示或提供試用商品等方法，以免妨礙取消訂購等權利行使。

<sup>34</sup> 「개인의 대리인」和「사용인」是指代表個人行事的代理人和受僱於個人或企業從事工作的人員。其中，「대리인」通常可以翻譯為代理人、代表人或委託人，而「사용인」通常可以翻譯為使用人、職員或員工。

之發生進行注意和監督的話，則無需按此執行。

### 3.保護機構

#### (1) 臺灣

傳保會目前很少進行代償的案件，2019年有一次代償案件發生，在訴訟協助案件上也只有一件<sup>35</sup>。傳保會業務內容為調處傳銷事業與傳銷商之多層次傳銷民事爭議，致力於提倡公平競爭及提升傳銷業整體之社會形象；瞭解各國多層次傳銷業之發展趨勢，並持續研擬更完善之保護措施，目標是引領臺灣傳銷業更加走向國際化與立足全世界<sup>36</sup>。

但在112年4月新修正之保護機構組織法規通過後，預料將會大幅提昇傳保會在調處、代償、訴訟協助之功能<sup>37</sup>。本修正辦法除第21條自113年1月1日施行外，其餘條文已自發布日施行。

傳銷商有數年依公平會公告免繳保護基金費用（應繳金額0元），依據傳銷機構設立辦法第22條第1項，112年保護基金應繳100元，年費金額0元。

#### (2) 韓國

韓國特殊販賣共濟組合獲得公平貿易委員會的許可後於2002年12月24日成立，是一個多層次傳銷和贊助訪問銷售消費者損失賠償機構。自2013年以來，KOSSA的公司數量穩定保持在80家左右，但由於2020年的COVID-19疫情，去年只與67家合作社簽訂了共濟合同，比上年減少了11家。在2003年至2021年間，根據報告指出KOSSA自2003年開始，其總共處理了21,874件代償案件，並總共賠償了200億韓圓。也由此可見儘管疫情的影響使得會員公司有所減少，也同樣的反映在需要處理的案件<sup>38</sup>；相對的韓國直銷共濟組合創立於2003年，並於2006年末會員公司減少到31家，這是因為在成立初期驅逐了金字塔傳銷等欺詐性企業，銷售不振的企業也主動解除了會員資格。但此後市場逐漸穩定，自2017年開始會員公司的數量呈穩定的增加趨勢。截至2020年12月31日，簽訂了MAC&CO與59家會員公司共濟合同，比前一年多5家的。2020年新簽訂共濟合同的10間企業的主要經營商品分為化妝品（6家）、健康功能食品（1家）、其他（3家）。在2003年至2020年間，根據報告指出MAC&CO自2003年開始，其總共處理了10,199件代償案件，並總共賠償了130億韓圓<sup>39</sup>。

<sup>35</sup> 多層次傳銷保護基金會，傳保會110年度工作報告暨財務報表，2021。

<sup>36</sup> 參閱傳保會官網。

<sup>37</sup> 參閱多層次傳銷保護機構設立及管理辦法修正總說明暨修正條文對照表。

<sup>38</sup> KOSSA 訊息揭露，<https://kossa.or.kr/info/m5/cntnts/unionOperAcmslt/cntntsPage.do>，最後瀏覽日：2022/7/14。

<sup>39</sup> MAC&CO，AnnualReport2020，MAC&CO，2021。

### 三、比較臺灣與南韓

#### (一) 產業與市場面

南韓與臺灣從事傳銷均以女性人口居多，南韓女性傳銷人員占比整體高於臺灣。傳銷產業的成長率，在臺灣是持續成長，南韓則有退步的現象，或因近年受疫情的影響。傳銷產業販售的商品，兩國差異不大，多為保健食品，其次是美容保養品和生活居家用品等，就保健食品而言，臺灣有更高的營業額、產值。

#### (二) 規範面

臺灣的傳銷管理規範，早期是行政命令，後來更新為法律，南韓是以法律的方式規範傳銷產業，即現在施行中的訪問銷售法。訪問銷售法相較於臺灣傳銷法有一些特點，例如有處罰的機制和連坐的規範，另外對於變質多層次傳銷則設有檢舉獎金。臺灣依新增保護機構設立辦法第3條第9款說明：「將獎勵檢舉納為保護機構任務之一，並將獎勵事項集中於檢舉違反多層次傳銷管理法第6條及第18條之行為，除較能收促進多層次傳銷業健全發展之效，同時避免檢舉氾濫，有利保護機構在有限資金下，為最大效益之運用」，臺灣也由此設立了檢舉獎勵制度。

就主管機關的管理模式上，臺灣採取事前報備制，曾經引起各方討論者有是否改採較嚴格的事前許可制，但在公平會綜合考量下，目前仍維持現行的報備制。南韓係採登記註冊制，有一定的登記要件。

一般而言，南韓的訪問銷售法更注重對消費者的保護，例如可以透過聽取社會各方意見來擬訂要適用的規則。

#### (三) 保護機構

臺灣的保護機構是傳保會，南韓的保護機構是特殊販賣共濟組合和直銷共濟組合。南韓與臺灣的保護組織有若干共同點，例如兩國都是在傳銷管理法規（臺灣是多層次傳銷管理法；南韓是訪問銷售法）的第38條規定設立傳銷保護組織（臺灣是傳保會；南韓是共濟組合）。但南韓在訪問銷售法第39條直接規範了對共濟組合的監理，臺灣則是立法授權主管機關公平會來管理傳保會（參閱傳銷法第38條第5項）。

在代償案件和賠償金額方面，兩國目前有所差異，臺灣此類案件數量迄今為止尚少，但南韓共濟組合發展迄今已累積相當規模的受理案件數量及因此衍生的賠償金額。但臺灣透過最新最近的修改傳銷行政規章，又逢第4屆基金會人事更新，相信繼往開來，未來的臺灣基金會可肩負更多代償賠償功能。

#### 四、結論

傳銷產業在美國發跡，盛行於全球多國，包括亞洲的臺灣、南韓、日本和中國大陸等。在各地形塑的風貌略有不同，往好的發展是一個健康的產業，如不好的發展則是像變質多層次傳銷老鼠會。值得提出的是，南韓的傳銷產業產值高於臺灣，在全球排名領先臺灣。在南韓對傳銷產業有完整的法規規範，值得臺灣參考，但南韓的訪問銷售法也不是一步到位，仍係經由幾次不同階段的修法，才逐漸完備規範本產業的法規需求。南韓的訪問銷售法修法次數較臺灣多，如同德國經常修正該國限制競爭防止法，南韓訪問銷售法的主管機關是南韓公平貿易委員會，但南韓公平貿易委員會較臺灣的公平交易委員會主管法規更多，例如尚有大規模流通事業法等，亦即訪問銷售法是南韓公平貿易委員會眾多轄下主管法規之一。

Covid-19 新冠疫情改變了世界，帶給南韓和臺灣許多改變，此其中自然衝擊到以人與人接觸為銷售出發點的傳銷經營方式，轉機也在於此，許多臺灣的傳銷事業已積極從事數位化轉型，例如安麗傳銷公司等；如同在南韓的許多傳銷事業亦積極進行數位化轉型。以網路從事傳銷商品販售管道，在臺灣的官方統計上顯示占有一定的比例，在南韓以網路從事傳銷商品販售的管道也同樣有相當占比，網路銷售傳銷商品仍透過傳統個別傳銷商經營引介。

展望未來，如何更健全對傳銷商和消費者的保護，一直是社會期盼的課題，傳銷事業仍須不斷自我努力提昇形象，使傳銷的商業模式持續留給大眾良好的印象。南韓不論從產業面、規範面或保護機構面，都提供臺灣很好的發展借鏡。期許經由本文的研究，能提供主管機關在修法及執法上的建議。

## 參考文獻

### 中文部分

#### 專書

1. 公平交易委員會，認識多層次傳銷管理法，二版，自版（2016）。
2. 林天財（編）、郭德田、曾浩維、傅馨儀、劉倩姣，直銷法律學，五南出版社（2015）。
3. 財團法人多層次傳銷保護基金會、直銷世紀雜誌，多層次傳銷發展史，傳智國際出版社（2020）。
4. 廖義男、劉華美、何之邁、范建得、黃銘傑、石世豪、謝銘洋，公平交易法之註釋研究系列（一）及（二），公平會委託研究計畫（2003、2004）。

#### 期刊論文

1. 吳秀明／沈麗玉，「多層次傳銷管理法制的新紀元」，月旦法學雜誌，第231期（2014）。
2. 陳一鳴、唐玉盈，「禁止變質多層次傳銷之實務問題」，全國律師，第23卷第12期（2019）。
3. 劉華美，變質多層次傳銷簡報，台灣本土法學雜誌學術研討會（2018）。

#### 解釋

大法官會議94.07.29釋字第602號解釋。

#### 裁判

1. 臺灣高等法院99年度上易字第2376號刑事判決。
2. 臺灣最高法院107年度台上字第510號刑事判決。

#### 官方資料

1. 公平交易委員會，110年多層次傳銷事業經營發展狀況調查結果，初版，自版（2022）。
2. 公平交易委員會，108年多層次傳銷事業經營發展狀況調查結果，初版，自版（2020）。
3. 公平交易委員會，公平交易委員會第1595次委員會議紀錄（2021）。
4. 公平交易委員會，公競字第1081460909號函。
5. 立法院，第10屆第3會期經濟委員會第7次全體委員會議議事錄。
6. 立法院，第10屆第5會期司法及法制委員會第8次全體委員會議議事錄。
7. 多層次傳銷保護基金會，傳保會110年度工作報告暨財務報表（2021）。

#### 網路資料

- 1.公平交易委員會，多層次傳銷的管理是採報備制，而非核准制，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=61&docid=685>，最後瀏覽日：2022/8/9。
- 2.行政院主計總處，人口統計指標，<https://www.dgbas.gov.tw/point.asp?index=9>，最後瀏覽日：2022/8/8。
- 3.WFDSA，直銷商德約法，<https://www.dsa.org.tw/Conduct.php>，最後瀏覽日：2022/8/7。

#### 外文部分

##### 學位論文

한경희, 「방문판매 등에 관한 법률」상 다단계판매 분야의 소비자피해 보상 보험에 관한 연구- 공제조합의 공제계약 제도를 중심으로 (《訪問銷售法》中多層次傳銷監管的合理改進方案研究:以多層次傳銷的定義為主)，선문대학교 (2013)。

##### 官方資料

- 1.KDSA, KDSA Annual Report2020, 首爾:KDSA, 2021。
- 2.MAC&CO, Annual Report2020, 首爾:MAC&CO, 2021。
- 3.訪問銷售等相關法律全部修改法律案(代案)，議案編號14310, 2011。

##### 網路資料

한국마케팅신문(2004), SMK 계열사부도 도산직면 (SMK相關公司破產)，最後瀏覽日:2022/7/23。

##### 產業報告

다단계 마케팅(판매)의 역사, 현황 및 문제점 분석을 통한 발전방안 (通過分析多層次傳銷(銷售)的歷史、現狀和問題的發展規劃) (2006)。

## **Administration and prospects of multi-level marketing industry — introduction to the Act on Door to Door Sales of the South Korea**

### **Abstract**

Multi-level marketing (MLM) is a type of business model that originated from the Nutrilite Company in 1945. It became popular in Asia in the 1970s and was a novel sales method at the time, but lacked legal regulation, which allowed unscrupulous businesses to cause harm to society through MLM. Thirty years later, South Korea began regulating MLM through legislation, and while not all Korean citizens agree with this sales model, it has not become stigmatized. This study aims to compare Taiwan's MLM industry with the regulated industry in South Korea to learn from their experiences. Through literature analysis, this study examines the development of MLM in Taiwan and South Korea, analyzes industry market, regulatory, and protective organization aspects, and summarizes the advantages and disadvantages of each. Finally, this study offers conclusions and prospects for Taiwan's regulatory authorities based on the current situation in South Korea, providing suggestions for law and law enforcement reforms.

Keywords: Multi-Level marketing, Multi-Level Marketing Supervision Act, Pyramid sales, Multi-Level Marketing Protection Foundation, KOSSA, MAC&CO.

## 與談

與談人：黃美瑛（臺北大學經濟學系教授）

### 一、論文之摘要說明

本論文內容涵蓋臺灣與南韓在多層次傳銷產業之市場、規範及保護機構三方面的剖析，並以回顧、展望及比較之層次進行探討，其目的在於針對目前該產業在臺灣面對的若干討論議題或爭議，提供解決方案或對策的參考，期以展望臺灣多層次傳銷產業未來持續良性及健全的發展。

### 二、我國多層次傳銷之發展

根據記載，傳銷的起源始於美國紐崔萊（Nutrilite）公司，其於1945年，為第一家採用多層次傳銷模式銷售商品的公司，而後傳銷業於1970年代亦盛行於亞洲。我國多層次傳銷產業的發展，自1980年代初期，數家跨國性傳銷公司相繼來臺開始，迄今已有近40年的歷史，然而，由於1970年代曾發生數件不肖業者模仿多層次傳銷制度遂行非法詐欺之違法事件，導致社會大眾遭受嚴重的危害，各國均相應制定相關規範。而我國亦於1991年，由公平交易法及其授權訂定的多層次傳銷管理辦法，將多層次傳銷納入規範；其後於2014年元月公布施行「多層次傳銷管理法」，自此多層次傳銷正式邁入專法管理的時代，顯示我國對於多層次傳銷產業的重視，以及積極管理的態度與決心。

我國傳銷業的發展超過40年的歷史，2020年由傳保會及直銷世紀雜誌聯合編著「臺灣多層次傳銷發展史」一書，完整呈現臺灣多層次傳銷40年的發展軌跡，以及在40年期間，來自產官學界，對於促進多層次傳銷產業健全及蓬勃發展的共同努力。現行我國多層次傳銷的發展已邁向成熟階段，綜合五會並立，且在「多層次傳銷管理法」的立法規制下，多層次傳銷整體產業持續有正向成長及發展。近3年（108年至110年）來，營業總額成長率分別為12.66%、4.78%及4.50%，後兩年即使在疫情衝擊下，仍有超過4%的成長，且110年營業總額已突破千億元（1,068億新臺幣）。因此，我國在促進多層次傳銷產業發展的立場上，是採取積極管理的態度，也看到了該產業發展的成效。

然而，隨著經濟環境的快速變化，尤其是在數位浪潮下，各種新興商業模式及行銷方式，均伴隨著網路應用的活絡而大量興起，傳銷業者將面對如何調整其傳銷模式以拓展營業版圖之挑戰；另一方面，政府對傳銷業的規範，亦應檢討相關法規的合宜性，或進行必要的修訂。

### 三、修訂多層次傳銷管理法之建議及討論

近年來時有修訂多層次傳銷管理法的建議，包括報備制改為許可制，書面參加契約是否得以電子文件為之，以及合理市價與「主要」收入來源的認定等問題。本論文以南韓「訪問銷售法」為比較，進行我國多層次傳銷管理與展望的研究，相當有助於這些爭議問題的討論。以下將逐一說明，而第一個議題，將藉助於本論文提供之資訊。

#### (一) 報備制或許可制

「本論文中提及，在歷經數次修法後，目前我國採事前報備制，而南韓採登記註冊制，在規範強度上，我國為輕度規範，而南韓則有相對強硬的立法規範。」

以下為幾點簡要的評述：

#### 1. 兩國法規涵蓋的規範內容類同：

我國規範多層次傳銷事業行為及交易秩序之法規，為「多層次傳銷管理法」，共41條，主管機關為公平交易委員會（以下稱「公平會」）。相對地，南韓主管法規為「訪問銷售法」，共67條，該法的主管機關為韓國公平貿易委員會，而其執行由公平貿易委員會和地方行政機關共同負責，同時具備接受登記、監察、調查等功能；就這點而言，我國地方行政機關僅居於協助的角色。然而，就法規規範的範圍及涵蓋的內容而言，兩者均以健全多層次傳銷之交易秩序（提高市場信賴度）、保護傳銷商權益（消費者權益）為其宗旨。觀察及審視兩國規範多層次傳銷的法規條文，內容均涵蓋對傳銷之相關定義、完成報備（或登記）之必要程序、違法行為之禁止規定、終止或解除契約之規範、得進行調查（或業務檢查）及裁處之規定、罰則、以及明定設立保護機構（或共濟組合）。

#### 2. 兩者不同之處則在於規範的強度，或可由下列幾點來分析：

- (1) 由本論文提供之韓國「訪問銷售法」第13條規定，其多層次傳銷事業（傳銷商）須先具備各項文件（基本資料、約600萬新台幣以上之資本額證明、簽訂消費者損失賠償保險合約之證明、佣（獎）金之計算及支付標準之相關文件等），向公平貿易委員會或地方特別行政機關進行登記。本論文又提及，任何想要從事多層次傳銷的企業，均需加入「共濟組合」，經其審核企業資格後，再由公平貿易委員會發放許可，若依此相關規定，則南韓對多層次傳銷的規範，可視為採取所謂登記許可制（或本文稱登記註冊制），具相當高的規範強度。其中，亦明定佣（獎）金比例不得超過30%，以及資本額必須在約新臺幣600萬以上之限制。
- (2) 相對地，就我國的規範來看，或許不若南韓的強度，譬如，未設置資本額門檻，亦未明訂佣（獎）金比例之上限，雖然如此，對於佣（獎）金比例過高

者，我國係透過業務檢查或必要的調查，加強監管，以防杜變質多層次傳銷的發生。但若以我國「僅以」報備方式為進行輕度規範，來論斷我國對於多層次傳銷的管理及規範強度，則非妥適。

- (3) 依「多層次傳銷管理法」之規範，公平會係採「事前報備之積極管理制」：我國要求多層次傳銷事業須先完成「報備」始可營業，此相當於南韓的「登記」程序；而整部多層次傳銷管理法的精神，旨在健全傳銷交易秩序及保護傳銷商權益，因而對於事業完成報備後，其傳銷行為的規範，解除及終止契約退貨之相關規定，定期業務檢查以查緝不法，以及設立保護機構調解傳銷事業與其傳銷商之紛爭等，均有相關條款作詳盡的規定，所以，在規範上雖然以「完成報備程序」作為前提要件，實則開始營運之傳銷行為相關規範，以及傳保會（類同於南韓之共濟組合）保護機構之設置，均為了防範變質多層次傳銷發生之相關措施，進而達到積極保護傳銷商（消費者），並促進傳銷業正向成長及發展之目標。因此，我國對傳銷業為採行「事前報備及積極監管」的規範體制。針對來自若干團體及立委建議，是否可將報備改變為許可制的訴求，公平會在經過多次討論後，亦在委員會議作出維持現行規制的決議（2021/4/19）。

(二) 書面參加契約是否可以電子文件取代之

如前所述，在當今數位經濟時代，傳銷業亦面對數位轉型的各種挑戰，因此，在網際網路運用頻繁的時代，以及傳銷業網路行銷比例逐年遞增（110年多層次傳銷事業採行網路行銷方式的比例已達63.98%）的情況下，繼而，有些從事多層次傳銷之業者，乃提出以電子文件取代書面參加契約之需求，則現行多層次傳銷管理法第13條第2項規定：書面參加契約不得以電子文件為之，此項規定是否可以考慮有條件地放寬。於此建議公平會，可以依不同行業之屬性，討論以電子文件取代「書面」參加契約的合宜性及可行性，包括電子文件的格式及安全性設定，均應有充分討論，以探究修訂該法條之可行性。

(三) 合理市價及主要收入來源之認定

違反多層次傳銷管理法第18條規定者，即屬變質多層次傳銷，其行為人及法人，均應負刑事處罰（管理法第29條規定），且公平會對於違反第18條規定之多層次傳銷事業，得命令解散、勒令歇業或停止營業6個月以下（管理法第31條規定）。

多層次管理法第18條是要使其傳銷商的收入來源，以合理市價推廣、銷售商品或服務為主，不得以介紹他人參加為主要收入來源。因此，主要收入來源是判斷違法的主要標準，而合理市價是作為輔助判斷是否為主要收入來源的依據。然而，由於合理市價之用語易生誤解，而引發在認定變質多層次傳銷時，是否應同時論斷「合理市價」及「主要」等要件之爭議。

面對此項爭議，公平會認為傳銷事業是否以合理市價銷售商品，為司法機關審理

個案時考量因素之一，尚無需針對處理合理市價問題，而有建立各類商品或服務價格資料庫之必要，且實務上亦難達成。但是，公平會均會配合司法機關審理個案時，提供傳銷事業所銷售傳銷商品或服務之價格及來源等資料，作為其審理時之參考依據。

進而，為積極因應資訊公開化，及提供民眾自行判斷其商品或勞務價格之合理性，公平會已於其「多層次傳銷管理系統」網站，新增公告商品之價格及來源資料，以保障民眾之權益。



# 公平交易法執法與正當行政程序

王銘勇\*

## 目次

- 一、前言
- 二、公平法正當行政程序
  - (一) 憲法正當行政程序意義
  - (二) 公平法執法程序特點
- 三、歐盟、日本競爭法執法程序聽審程序
  - (一) 歐盟 (EU)
  - (二) 日本
- 四、陳述意見程序
  - (一) 行政程序法與公平法之陳述意見程序
  - (二) 公平法執法程序陳述意見之爭議
- 五、聽證程序
  - (一) 行政程序法與公平法之聽證程序
  - (二) 處分前聽證程序爭議問題
- 六、閱卷權
  - (一) 行政程序法與公平法閱卷權
  - (二) 公平法閱卷權爭議
- 七、處分前程序應有規範架構—代結論
  - (一) 處分前應對行政程序當事人資訊充分公開
  - (二) 處分前應賦與當事人充分聽審權

\* 大眾聯合法律事務所所長、全國律師聯合會競爭法委員會主任委員、清華大學科法所兼任副教授

## 中文摘要

隨著違反公平交易法罰鍰數額提高，公平交易法執法程序如何更加完善，益加受到注意。公平交易法就執法程序之規範，僅有行政調查程序之規定，並無關於調查後，決定行政處分前相關程序之規範，公平交易委員會依行政程序法訂有閱卷與處分前聽審程序之執法準則，但該執法準則是否符合憲法正當行政程序之要求，是本文分析討論重點。本文首先說明憲法正當行政程序之意義與具體內容，並說明公平交易法執法程序之特點，並介紹歐盟與日本競爭法執法處分前程序，進而探討公平交易法執法程序處分前陳述意見、聽證與閱卷執法準則規範與運作，探討公平交易法執法程序是否符合憲法正當行政程序之要求，本文結論認公平法交易法執法程序，在處分前提供當事人違法事件行政程序相關資訊尚有未足，致當事人陳述意見與聽證程序未發揮功能，未就當事人陳述意見執行程序制訂執法準則，另聽證程序執法準則定性不明，偏向行政調查，似非屬保障當事人程序權利之執法程序，在閱卷權部分，執法準則對閱覽資料限制過多，對當事人資訊揭露不足，均與憲法正當行政程序要求不符，本文結論建議修正公平交易法執法準則，處分前應對行政程序當事人資訊充分公開、賦與當事人處分前充分聽審權，在公平交易委員會調查後處分前，讓當事人充分表達意見之完整程序，情節重大案件採由全體委員參加之強制聽證程序、其他案件可採現行陳述意見程序。

關鍵字：公平交易法、執法程序、正當行政程序、罰鍰、聽證、閱卷

## 一、前言

公平交易法（以下稱「公平法」）自1991年（民國80年）1月18日公布，1992年1月18日施行，迄今30年，公平法實體規範內容自該法制訂後迄今經多次修正，部分內容有相當大的改變，但公平法主管機關執法程序<sup>1</sup>，立法時相當簡略，僅有公平法開始調查原因與調查程序規範，其後行政程序法在1999年2月3日公布，自2001年1月1日施行<sup>2</sup>後，公平法程序因適用行政程序法，主管機關公平交易委員會（以下稱「公平會」）依行政程序法規範，陸續制訂行政程序相關執法準則，惟就公平法雖於2016年增訂中止調查程序之規範，但公平法就執法程序仍未脫立法時簡略架構，因公平法執法程序涉及受調查事業程序相關權利義務，行政程序法關於行政程序相關規範，適用於公平法執法程序，是否充分保障受調查事業之權利，應值得探討研究。

<sup>1</sup> 本文所指執法程序係指公平法執法行政程序。

<sup>2</sup> 民國八十八年二月三日總統（88）華總一義字第 8800027120 號令公布全文 175 條；並自九十年一月一日施行。

隨著各國產業發展，競爭法在各國均受到重視，違反競爭法如涉卡特爾（聯合行為）可能獲取暴利，各國競爭法制對部分違法事業課以高額金錢處罰，但競爭法制執法程序因常涉及經濟證據判斷、分析，與一般常見民事交易有別，競爭法執法程序中主管機關如何妥適判斷認定、同時保障受調查事業在行政程序上之權利，是近年來各國競爭法執法機關與國際組織關注問題。

各國就競爭法執法程序，可能因法制不同而異，但執法程序對受調查事業之保障規範應確保達正當行政程序（due process）要求<sup>3</sup>，經濟合作暨開發組織（Organisation for Economic Cooperation and Development，下稱「OECD」）自2011年開始即關注此議題，多次召開會議研討競爭法執法程序之透明與公平相關問題，就競爭法執法與正當行政程序，OECD理事會依競爭法委員會提議於2021年通過「競爭法執法透明度與程序公平建議」（Recommendation of the Council on Transparency and Procedural Fairness in Competition Law Enforcement），以確立競爭法執法程序透明度與程序公平標準，供會員國參考<sup>4</sup>。

公平法與執法準則，規範公平法執法程序自開始調查至最後決定處分，應遵行程序，該規範對受調查事業即行政程序之當事人程序權利影響大，尤其是最後決定處分前，究應遵守何程序，始符合正當行政程序之要求，影響尤為重大，是以本文主要以公平法執法程序中處分前程序為研究範圍，研討我國公平法執法程序規範之妥當性。

本文首先介紹說明就競爭法決定機關同採委員會合議制，執法程序力求符合正當行政程序要求之歐盟（European Union下稱EU）、日本競爭法執法程序中處分前程序相關規範，與我國法制相比較，並就我國公平法執法特點，說明在正當行政程序要求下，公平法執法程序相關規範，是否符合正當行政程序之要求，最後並提出公平法執法程序中處分前程序相關規範未來應修正的方向，以供執法機關未來修法參考。

## 二、公平法正當行政程序

### （一）憲法正當行政程序意義

行政程序應遵行正當行政程序，在憲法中雖無明文規定，但在我國司法院大法官會議解釋，從司法院釋字第384號解釋，認憲法第8條規定對人身自由保障之法定程序

<sup>3</sup> Douglas H Ginsburg, Taylor Owings, Due Process in Competition Proceedings, *Competition Law International*, Vol.11, No.1, 39 (April 2015) .

<sup>4</sup> OECD競爭委員會自2011年起即關注競爭法執法透明度與程序公平。關於OECD2021年前開建議與該組織歷年就此議題討論相關報告，請見該組織網站：<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0465>，最後閱覽日：2022/8/15。

「係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件」，「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容」<sup>5</sup>，復在後續關於個別行政法規範合憲性爭議解釋時表明，行政程序應遵守之正當程序<sup>6</sup>，進而在釋字第663號解釋中，表示「基於法治國家正當行政程序之要求，稅捐稽徵機關應依職權調查證據，以探求個案事實及查明處分相對人，並據以作成行政處分（行政程序法第36條參照），且應以送達或其他適當方法，使已查得之行政處分相對人知悉或可得知悉該項行政處分，俾得據以提起行政爭訟。」<sup>7</sup>

在司法院釋字第709號解釋認「中華民國八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項（於九十七年一月十六日僅為標點符號之修正）有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。同條第二項（於九十七年一月十六日修正，同意比率部分相同）有關申請核准都市更新事業概要時應具備之同意比率之規定，不符憲法要求之正當行政程序。九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第十九條第三項前段（該條於九十九年五月十二日修正公布將原第三項分列為第三項、第四項）規定，並未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，亦不符憲法要求之正當行政程序。」

司法院釋字第731號解釋認「人民之財產權應受憲法第十五條之保障。國家因公

<sup>5</sup> 依該號解釋理由說明，實質正當法律程序「實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等」。

<sup>6</sup> 關於司法院解釋涉及行政行為應踐行之正當程序之詳細分析與說明，請見湯得宗，第十六章行政程序法，引自：翁岳生主編，行政法（下），4版，元照出版社（2020）。

<sup>7</sup> 2009年7月10日公布司法院釋字第663號解釋係認稅捐稽徵法第19條第3項關於「稅捐稽徵機關對公同共有人所為核定稅捐之處分，以對公同共有人中之1人為送達，即對全體公同共有人發生送達效力之部分，不符憲法正當法律程序之要求，致侵害未受送達之公同共有人之訴願、訴訟權，與憲法第十六條之意旨有違」應自解釋公布日起，至遲於屆滿2年時，失其效力。

用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應儘速給予合理、相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨（本院釋字第400號、第516號、第579號、第652號解釋參照）。土地徵收條例（下稱系爭條例）之區段徵收，原土地所有權人得申請以徵收後可供建築之抵價地折算抵付補償費（系爭條例第39條第1項參照），該抵價地之抵付，自屬徵收補償之方式。而申請發給抵價地之申請期限，涉及人民財產權之限制，自應踐行正當之行政程序，包括應確保利害關係人及時獲知相關資訊，俾得適時向主管機關主張或維護其權利（本院釋字第663號、第689號、第709號解釋參照）。」<sup>8</sup>

司法院釋字第739號解釋認「獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第8條第1項發起人申請核定成立籌備會之要件，未就發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總面積比率為規定；於以土地所有權人七人以上為發起人時，復未就該人數與所有擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為規定，與憲法要求之正當行政程序不符。」「同辦法關於主管機關核定擬辦重劃範圍之程序，未要求主管機關應設置適當組織為審議、於核定前予利害關係人陳述意見之機會，以及分別送達核定處分於重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人；同辦法關於主管機關核准實施重劃計畫之程序，未要求主管機關應設置適當組織為審議、將重劃計畫相關資訊分別送達重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人，及以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核准之市地重劃計畫，分別送達重劃範圍內各土地所有權人及他項權利人等，均不符憲法要求之正當行政程序。」<sup>9</sup>

司法院釋字第763號解釋認「土地法第219條第1項規定逕以『徵收補償發給完竣屆滿1年之次日』為收回權之時效起算點，並未規定該管直轄市或縣（市）主管機關就被徵收土地之後續使用情形，應定期通知原土地所有權人或依法公告，致其無從及時獲知充分資訊，俾判斷是否行使收回權，不符憲法要求之正當行政程序，於此範圍內，有違憲法第15條保障人民財產權之意旨，應自本解釋公布之日起2年內檢討修正。」<sup>10</sup>

司法院前述解釋，雖均揭示行政行為應遵行憲法正當行政程序之要求，但就憲

<sup>8</sup> 2015年7月31日司法院釋字第731號解釋認系爭規定關於土地徵收程序中欲申請發給抵價地「應於徵收公告期間內」提出申請部分，於徵收處分公告日之後，始送達徵收處分之書面通知者，仍以徵收公告日計算申請期間之規定，不符憲法要求之正當行政程序。

<sup>9</sup> 2016年7月29日司法院釋字第739號解釋，認前開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起1年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

<sup>10</sup> 2018年5月4日司法院釋字第763號解釋。

法正當行政程序具體內容，並未明確界定，但依前開解釋，行政程序應遵行正當行政程序，應係指對利害關係人提供相關訊息，讓利害關係人得以陳述意見，或以聽證方式，以言詞進行陳述並辯論後，行政機關再審酌陳述意見、聽證與辯論內容為處分，並說明理由送達相對人。

就憲法正當行政程序之具體內容，學者有認除個別法律有特別規定外，於行政程序法施行後，正當行政程序其內涵包括：公正作為義務：包含迴避制度、組織適法、片面接觸之禁止等；受告知權：包含事前告知（預告）、事後告知（處分送達）、救濟途徑之教示等；聽證權：指聽證（正式的聽證權）及陳述意見之機會（非正式的聽證權）；說明理由義務；行政資訊公開<sup>11</sup>。

有學者另認行政程序當事人在行政程序中程序權利有：聽審權（陳述意見、聽證）、卷宗閱覽權、保密權、諮詢權及詢問權、設定代理之權利，並認司法院釋字第689號、前開釋字709號解釋，基於憲法上正當程序原則，肯定行政程序之法律聽審原則，而憲法正當程序原則之憲法依據當在「法治國家原則」<sup>12</sup>。就正當行政程序之憲法依據，前開司法院相關解釋中，並無一致見解，有認我國憲法現行規範，並無類似美國憲法第5或第14修正之一正當法律程序之規定，憲法第8條原應限定於刑事程序與人身自由相關事項之適用，憲法第22條為人權保障之抽象性概括條款，是以就憲法正當法律程序之憲法依據，其根據或可援用憲法第22條，在具體內容上，可解釋為準用憲法第8條之規定<sup>13</sup>。

美國Douglas H. Ginsburg法官曾提出競爭法行政程序應遵行正當行政程序5種要求，包括：與證據對質與答辯權、真正決定者前聽證程序、中立決定者、處分程序不拖延與由獨立法院審查。且歐盟、日本後述競爭法執法程序法制，在處分前行政程序，亦係以資訊告知（閱卷權）、當事人聽證權為規範重心

就公平法執法程序之正當行政程序具體內容，依前開司法院解釋，行政程序法之規定與前開學者見解，公平法執法程序中，公平會處分前，當事人之聽審權與閱卷權，應屬公平法執法程序正當行政程序規範，應研究者為公平法執法程序是否有相關執法程序之規範與該規範是否合於憲法正當行政程序之要求。

## （二）公平法執法程序特點

<sup>11</sup> 湯德宗，行政程序法論，2版，元照出版社，175以下（2003）；湯德宗，註6前揭文，110-125。

<sup>12</sup> 陳敏，行政法總論，10版，自版，822-842（2019）。

<sup>13</sup> 關於正當行政程序之憲法依據討論，請見：李仁森，《憲法上的正當行政程序—以行政處分之事前程序為出發點》，大法官105年學術研討會，64-66（2016）。該文引自憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=85&id=107041>，最後閱覽日：2022/08/19。

行政程序法規定之行政程序除該法第3條規定除外機關程序外適用於所有行政機關之行政程序，但公平會就公平法執法程序，與其他機關行政程序相較有何特點？可能造成行政程序法規定之行政程序對公平法執法程序相對人之保障尚有不足？

公平法執法程序有以下特點：

### 1. 主管機關為專業人員組成獨立委員會

公平法規定公平會為該法主管機關（參見公平法第6條第1項）。依組織法規定，該會掌理事項之一為「違反公平法案件之調查及處分」<sup>14</sup>。公平會委員之任用，應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學識及經驗<sup>15</sup>。且該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<sup>16</sup>。

即公平法主管機關係由專業人員組織之公平會，合議決定違反公平法事件調查處分。即公平會就違反公平法案件，依檢舉或職權進行調查後，由承辦單位依行政程序擬具議案（處理意見），列入委員會議議程，由委員會議進行討論<sup>17</sup>。

公平會係仿美國聯邦交易委員會體制而設<sup>18</sup>，但就執法程序，並無特別規定，在委員會議決議前，與首長制機關相同，與美國聯邦交易委員會執法程序，係由行政法官主持行政審判程序不同。

### 2. 處罰效果對違法事業影響重大

公平會對於違反公平法第9條（獨占事業濫用市場地位）、第15條（違法聯合行為）、第19條（違法限制轉售價格）、第20條（限制競爭之虞行為）規定之事業，依該法第40條第1項之規定得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣10萬元以上5千萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣20萬元以上1億元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。對於違反第21條、第23條至第25條規定之事業，依同法第42條規定得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣5萬元以上2,500萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣10萬元以上5千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。

即事業違反公平法之規定者，除該事業違法商業模式可能遭禁止實施外，並可能遭處以2,500萬元罰。對違法事業影響甚大；且如事業違反公平法第9條（獨占事業濫

<sup>14</sup> 參見公平會組織法第2條第4款。

<sup>15</sup> 參見公平會組織法第6條。

<sup>16</sup> 參見公平會組織法第8條。

<sup>17</sup> 公平會，認識公平交易法，17版，自版，333（2017）。

<sup>18</sup> 同上註，338。

用市場地位)、第15條(違法聯合行為),經公平會認定有情節重大者,得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰,不受前項罰鍰金額限制。

公平會依公平法授權訂有「違反公平法第九條及第十五條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法」<sup>19</sup>,依該計算辦法第2條規定,公平法第40條所稱之情節重大,係本法第40條第2項所稱情節重大,「指違法行為嚴重影響市場競爭秩序。」「前項所定嚴重影響市場競爭秩序,由主管機關審酌下列事項後認定之:一、違法行為影響競爭秩序之範圍及程度。二、違法行為危害競爭秩序之持續時間。三、違法事業之市場地位及所屬市場結構。四、違法行為於違法期間之銷售金額及違法所得利益。五、違法行為類型為共同決定商品或服務之價格,或限制數量、交易對象、交易地區等聯合行為。」「有下列各款情形之一者,得認定為情節重大:一、獨占事業或參與聯合行為之一事業,其違法行為於違法期間內所獲商品或服務銷售金額逾新臺幣一億元。二、違法行為所得利益逾本法第四十條第一項所定罰鍰金額之上限。」公平法第40條第2項所稱「事業上一會計年度銷售金額,指主管機關作成處分時該事業上一會計年度之營業收入總額。」

就適用前開情節重大罰鍰計算辦法計算罰鍰之程序為:

(1) 先算出基本數額:

基本數額,依計算辦法第5條規定,指違法行為於違法期間內所獲商品或服務銷售金額之百分之三十。

(2) 依增減因素調整

增減因素係指依計算辦法第6條第2項、第3項規定加重、減輕因素。<sup>20</sup>

(3) 決定罰鍰額度是否超過受處分事業上一會計年度銷售金額之百分之十。

近年來違反公平法第9條、第15條規定之事業,經公平會處以億元以上罰鍰之處分案例相當多,如2017年10月20日高通公司(Qualcomm Incorporated)處分案,就違反公平法第9條之高通公司處以新臺幣234億元罰鍰<sup>21</sup>。

<sup>19</sup> 公平會101年4月5日公法字第10115604731號令訂定發布全文8條,最新修訂內容公平會104年3月6日公法字第10415601941號令修正發布名稱、第1條至第4條、第6條。

<sup>20</sup> 依計算辦法第6條第2項、第3項規定「前項所稱加重事由,指事業有下列各款情形之一者:一、主導或教唆違法行為。二、為確保聯合行為之遵守或履行而實施監督及執行制裁措施。三、五年內曾違反本法第九條或第十五條規定遭處分。」「第一項所稱減輕事由,指事業有下列各款情形之一者:一、於主管機關進行調查時,立即停止違法行為。二、具懺悔實據,並配合調查。三、與受害者達成損害賠償之協議或已為損害之補救措施。四、因被迫而參與聯合行為。五、因其他機關之核准或鼓勵,或依其他法規之規定。」

<sup>21</sup> 公平會公處字第106094號處分書。

### 3. 決定違法事實與效果涉及專業經濟分析

公平會就違法事業應認定事實包括：市場界定、有無違法行為、足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能；如係可能適用情節重大罰鍰規定者，應就是適用情節重大之要件、上一會計年度銷售金額加以判斷。部分涉及經濟證據之分析判斷，非日常生活知識所得以決定。

### 4. 公平會有廣泛調查權限

如前開說明，公平會就違法事業進行調查時，依公平法第27條之規定，「得依下列程序進行調查，調查程序包括一、通知當事人及關係人到場陳述意見。二、通知當事人及關係人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物。三、派員前往當事人及關係人之事務所、營業所或其他場所為必要之調查。為供調查、檢驗、鑑定或其他為保全證據之目的所必要，並可扣留「調查所得可為證據之物」。受調查者對於主管機關依第一項規定所為之調查，無正當理由不得規避、妨礙或拒絕。

受調查者違反第27條第3項前開規定，無正當理由規避、妨礙或拒絕者，公平會得處5萬元以上50萬元以下罰鍰；受調查者再經通知，無正當理由規避、妨礙或拒絕者，主管機關得繼續通知調查，並按次處10萬元以上100萬元以下罰鍰，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。

依前開說明，公平會對違反公平易法規定之事業，有廣泛調查之權限，可多方面蒐集資料。公平會透過前開廣泛調查權限，調查程序所取得之資料，除受調查者提供者外，還包括其他關係人包括受調查者之員工、競爭者、上游廠商、下游廠商提供之與違法行為相關訊息與資料。

## 三、歐盟、日本競爭法執法程序聽審程序

依前開司法院解釋行政程序應遵守正當行政程序之案例，公平法執法程序處分前正當行政程序主要為當事人聽審權，茲就競爭法執法程序中執法機關亦採取委員會制度之歐盟與日本競爭法執法程序中，處分前當事人聽審程序加以分析說明以供與我國後續法制比較。

### （一）歐盟（EU）

歐洲聯盟基本權利憲章（the EU Charter of Fundamental Rights）第41條賦與任何人享有公正行政（good administration）之權利，此權利包括聽審與取得相關資訊權，第47條賦與受即時且公平審判權<sup>22</sup>。另歐洲人權公約（the European Convention on human

<sup>22</sup> Dr. Marek Martyniszyn, *Due Process in EU Competition Proceedings*, 引自：Daniel D Sokol and Andrew T Guzman eds., *Antitrust Procedural Fairness*, Oxford University

Rights) 第6條亦規定「受公平審判權利」(right to a fair trial)，均與EU競爭法執法程序是否符合正當行政程序相關。

EU競爭法係歐盟作用條約(The Treaty on the Functioning of the European Union 下稱TFEU) 第101條、第102條<sup>23</sup>，但該競爭法並無執法程序，主要係以2003年執法規則(Regulation 1/2003)<sup>24</sup>規定調查處分執法程序。

EU委員會於2011年10月，為因應正當行政程序要求，公布相關執法程序規則，主要為以強化EU委員會審查程序透明度與預見可能性之「關於TFEU第101條與第102條執行政程序最佳實踐公告」(Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU，以下稱「最佳實踐公告」)與聽證官職務權限規程(Decision of 13 October 2011 on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition proceedings)。

EU就違反競爭法事件執法程序主要分為2階段，即調查程序(investigation stage)、決定禁止措施程序(procedure leading to a prohibition decision)。

EU就違反競爭法事件，經初步調查程序後，認事業有違反前開競爭法前開規定，須為排除措施、罰鍰處分時，應對相關事業送交載有違法事實、應適用法條與認

Press, 1 (2019)。Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=3426510>.

<sup>23</sup> EU條約第101條(原第81條)「事業間協議、事業團體決議與一致性行為，係足以影響歐體會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體共同市場競爭為效果或目的者，與共同市場不相容，應予禁止。包括下述行為：(a)直接或間接決定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)分配市場或資源供給；(d)對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上不利益；(e)以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質與商業用途均與該契約毫無關聯。」(第2項)「本條規定所禁止之協議或決議，應自動無效。」(第3項)「但有下列情形時，第1項規定得被宣告不適用：一事業間協議或某種協議類型，一事業團體決議或某種決議類型，一一致性行為或某種一致性行為類型，有助於改善商品之生產或分配、促進技術或經濟進步，並確保消費者能享受其利益，而無(a)對相關事業課以非必要之限制；或(b)使相關事業就系爭商品之重要部分排除競爭等情形者。」

第102條(原第82條)在歐體共同市場內或某個重要區域，一個或數個事業濫用其優勢市場地位之行為，係足以影響歐體會員國間交易，與共同市場不相容，應予禁止。包括下述行為：(a)直接或間接要求不公平價格或其他交易條件；(b)限制生產、市場或技術發展，致消費者權益受損；(c)對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上不利益；(d)以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質與商業用途均與該契約毫無關聯。該規定中文譯文，引自公平會網站，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1069&docid=11201&mid=1069>，最後閱覽日：2022/8/17。

<sup>24</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.

定理由之「異議告知書」(Statement of Objection)，並給予收受告知書當事人主張與提出證據之答辯機會，以落實最佳實踐公告第78點規定，保障行政程序當事人受處分前聽證權利基本原則。聽證程序應由具有獨立性之聽證官(hearing officer)負責。

對違法事業之異議告知書，應清楚地表明如果告知書所載事實獲支持，委員會是否會對違法事業處以罰款<sup>25</sup>。此時告知書將參考EU罰鍰執法準則相關原則。在異議告知書中亦將說明可能導致罰款的基本事實和應適用法律，如違法行為持續時間和嚴重程度是故意或疏忽造成的。還將以足夠準確的方式提及加重或減輕事由(參見最佳實踐公告第84段)。

另儘管無法律義務，但為提高執法透明度，委員會應努力在異議告知書中說明與後續罰款計算相關的事項，包括相關的銷售數字、應考量或將考量銷售數額的年份。此類訊息也可能在異議告知書後提供給當事人，供當事人表示意見(參見最佳實踐公告第85段)。

為保障執法程序當事人之防禦權，EU執法程序當事人於收受委員會交送異議告知書後，委員會如取得新證據或就該異議書所載事實有所調整時，應讓當事人知悉，以表示意見，即如有新證據或新調整事實，委員會應以補充文件通知當事人(參見最佳實踐公告第109、110點)<sup>26</sup>。

在異議告知書送達後，收受異議書當事人有閱覽委員會紀錄之權。即除內部文書、營業秘密外其他委員會紀錄中之文書有閱覽權。即EU委員會有義務將其所有資料全面對收受異議告知書之當事人公開。收受異議告知書之當事人，可提出答辯書，答辯書提出時間，因案情不同而異，但依委員會規則應在收受該異議書後最遲4週內提出，認有必要時，得聲請延長至2個月，一般大致為6週至8週，但是否延長答辯書提出期限，由負責聽證之聽證官決定。

當事人有言詞聽證權，在異議告知書答辯期限內，得請求由聽證官負責進行政序之言詞聽證程序(最佳實踐公告第106段)。

至於言詞聽證程序中，當事人得以口頭方式提交其書面意見，在聽證程序，並容許當事人就罰鍰考量事項表示意見，該程序採不公開方式，讓當事人得以自由陳述，至口頭聽證程序中揭露訊息，僅能適用於系爭違反TFEU第101條和第102條的司法、行政程序，聽證會的任何參與者不得對外披露或使用於其他目的。此限制也適用於口頭聽證程序紀錄，及任何可見事物。如律師於違反競爭法事件行政、司法程序目的外揭露口頭聽證期間訊息，委員會可通知所屬事務所以期採取紀律處分(第107點)。

基於口頭聽證的重要性，委員會競爭主管單位的慣例是確保高階主管與負責調查

<sup>25</sup> 2003年規則第23條。

<sup>26</sup> Cristina Teleki, *Due Process and Fair Trial in EU Competition Law-The Impact of Article 6 of the European Convention of Human Right*, 221 (2021)。

的委員會官員的案件小組、成員國的競爭主管機關、首席經濟學家團隊和相關的委員會機關，包括法律服務機構，也會應邀出席聽證會（第108點）。

觀EU競爭法執法程序，在處分前程序有幾項特點值得注意：

### 1. 受調查事業有權收受議異告知書

受調查事業有權收受委員會交付異議告知書，記載事實、理由與認定之證據。

### 2. 當事人收受告知書後程序有權取得委員會所持有相關證據

但該證據如涉及第三人秘密訊息時，由聽證官審酌保護第三人秘密與當事人防禦權，決定是否提供當事人閱覽。

### 3. 言詞聽證權

當事人得請求舉行由聽證官（直接向委員會競爭主管報告）主持之言詞聽證程序。該程序採不公開方式，且有防止聽證會訊息目的外使用之規範。但聽證官僅係主持言詞聽證程序，並不是最後決定是否處分者，係由EU委員會決定最後之處分。

## （二）日本

### 1. 獨占禁止法聽取意見程序

日本獨占禁止法規定，設委員會組織日本公平交易委員會（公正取引委員會，以下稱「公平會」）為主管機關，關於該法之執法程序在2013年（平成25年）修法時，針對處分前程序所發生問題，廢止公平會內部行政審判制度，同時充實日本公平會最終判斷命令排除措施等處分前程序，明文規定由日本公平會指定職員負責意見聽取程序、得閱覽證明日本公平會認定事實之證據等規定。日本公平會並就意見聽取程序訂有「聽取意見規則」，供執行聽取意見程序遵行<sup>27</sup>。

獨占禁止法規定日本公平會就違反該法事件，準備對違法事業命令採取排除措施處分時，應對該當事人之違法事業進行聽取意見程序<sup>28</sup>，該規定之程序於對違法事業準備課以罰鍰（課徵金）時亦準用<sup>29</sup>。

日本公平會處分前聽取意見程序<sup>30</sup>，係由日本公平會個案指定公平會職員（下稱聽取官）負責。日本公平會指定負責聽取意見之聽取官後應通知當事人（聽取意見規則第14條第1項）。聽取官原則上應直接聽取當事人陳述之意見。為確保其公正適切

<sup>27</sup> 關於日本獨占禁止法2013年修正內容關於「聽取意見程序」之說明，請見：林秀弥，《平成22年独占禁止法改正法案の検討》，新世代法政策学研究V.8，197-216（2010）。

<sup>28</sup> 獨占禁止法第49條。

<sup>29</sup> 獨占禁止法第62條。

<sup>30</sup> 關於獨占禁止法規定聽取意見程序之詳細分析與討論，參見：王銘勇，「公平交易正當行政程序—以處分前程序為核心」，全國律師雜誌，第25卷第10期，45-59（2021）。

執行職務，避免參與調查後，又負責聽取意見，獨占禁止法明文規定參與系爭違法事件調查之審查部門官員或其他參與違法事件調查人員，不得受指定擔任聽取官<sup>31</sup>。此係日本行政程序法（行政事件手続法）之特別規定，在日本一般行政程序，聽證程序並無排斥系爭事件承辦人員擔任主持人之規定。

聽取意見程序，依獨占禁止法規定，應通知準備處分之當事人，該通知應載明下列事項<sup>32</sup>（獨占禁止法第50條第1項）：

- （1）預定排除措施命令之內容。
- （2）日本公平會認定之事實與就該事實法令之適用。
- （3）聽取意見之期日與場所。
- （4）關於聽取意見之組織與所在地。

該通知應預留至聽取預定期日相當期間，並載明預定命令之內容、日本公平會認定事實與適用法令，並以書面（聽取意見通知書）為之。該通知書中應教示得在期日出席陳述意見、提出證據、得要求閱覽、重製證據等意旨，該通知書並應送達。

聽取意見通知書上，應記載證明日本公平會認定之事實之證據目錄（參見日本聽取意見規則第9條）。日本公平會實務運作上，在聽取意見通知書上係以附加「證據目錄」方式為之，以便於受通知之當事人，申請閱覽、重製證明日本公平會認定事實之證據。

當事人接到聽取意見通知書後，就聽取意見程序，得委任代理人，該代理人得為當事人關於聽取意見程序一切行為<sup>33</sup>。且該代理人與訴訟程序代理人限於律師不同，亦即非律師亦得擔任代理人。但關於代理人資格，須以書面證明（聽取意見規則第11條第1項）。

獨占禁止法聽取意見制度特色之一在於當事人得聲請閱覽、複製證明日本公平會認定事實之證據。當事人得聲請閱覽、複製證據之時間為（1）依獨占禁止法第50條第1項規定，自收到聽取意見通知時起至聽取意見終結時止（獨占禁止法第52條第1項）；（2）為進行聽取意見所必要時（獨占禁止法第52條第2項）。

當事人所得閱覽之證據，依獨占禁止法第52條前開規定係指「證明公平會認定事實」之證據，但何謂證明公平會認定事實之證據，立法施行初期，即有認係實務重要之爭議問題，例如關於證據評價之證據，包括第三人基於日本公平會命令所提出之報告或審查官所提出之報告，是否在得閱覽證據之列？恐有爭議。另有認除證明日本公平會認定事實之積極證據外，有認日本公平會所有之消極證據，亦應公開，以促聽取

<sup>31</sup> 獨占禁止法第53條。

<sup>32</sup> 獨占禁止法第50條第1項。

<sup>33</sup> 獨占禁止法第51條。

意見程序與其後司法審查更加充實<sup>34</sup>。

除閱覽證據外，日本獨占禁止法就聽取意見制度另設有當事人得請求複製證據之規定，即在得閱覽證據中，就該當事人或其員工所製作之供述筆錄（紀錄），得請求複製<sup>35</sup>。就此聽取意見規則第13條規定，得複製之證據，限於下列證據：

- (1) 日本公平會依獨占禁止法第47條提出命令命當事人或其員工所提出帳冊書類及其他物品或當事人或員工自願提出冊簿書類（獨占禁止法第13條第1項第1款）。
- (2) 依獨占禁止法第101條第1項規定事人或其員工自願提出或留置物、第102條第1項、第2項扣押物品（獨占禁止法第13條第1項第2款）。
- (3) 對當事人或其員工訊問紀錄或供述紀錄（獨占禁止法第13條第1項第3款）。
- (4) 基於獨占禁止法第101條第1項規定，記載詢問結果之紀錄（獨占禁止法第13條第1項第4款）。

但當事人向日本公平會申請閱覽證據，日本公平會並非一定准許，如認該閱覽證據有（1）妨害第三人利益之虞時；或（2）其他正當理由時，依獨占禁止法第52條第1項之規定，得拒絕閱覽證據之申請。該規定所稱第三人，有認依獨占禁止法第51條用語，係指受聽取意見通知者以外之人，即指當事人以外之人均包括在內，是以當事人之員工也可能包括在內，即日本公平會就記載涉及當事人員工個人隱私事項之證據，當事人如申請閱覽或抄錄時，得依前開規定加以拒絕<sup>36</sup>。

至如未供當事人閱卷之證據，在行政程序時如已存在，在行政訴訟程序是否得提出？日本有學者認在處分撤銷訴訟時，日本公平會得提出之證據原則上應以提供閱覽之證據為限。如申請閱卷時已存在之證據，但未提供當事人閱覽者，應限於有合理理由時，如在聽取意見程序未列為爭點，但在撤銷訴訟時列為爭點，為補充該部分主張，始得提出<sup>37</sup>。

聽取意見期日程序，獨占禁止法規定聽取意見期日程序係非公開進行<sup>38</sup>，並由公平會指定聽取意見官負責主持。聽取意見程序開始，應由日本公平會負責調查之職員即審查官，就預定命令之排除措施處分內容、公平會認定之事實與證明該事實證據、應適用之法令加以說明；如係預計命令處分繳納罰鍰者，係就預定命令繳納罰鍰（課

<sup>34</sup> 土田和博、栗田誠、東條吉純、武田宣邦，条文から学ぶ独占禁止法，2版，有斐閣，317（2019）。

<sup>35</sup> 日本獨占禁止法第52條第1項。

<sup>36</sup> 岩成博夫、横手哲二、岩下生和，逐条解 平成25年改正 占禁止法：審判制度の止と意見取手の整備，初版，商事法務出版，73（2015）。

<sup>37</sup> 白石志忠，論点体系 占禁止法，2版，第一法規出版社，564（2021）。

<sup>38</sup> 獨占禁止法第54條第4項。

徵金)金額、罰鍰計算的基礎與關於罰鍰之違法行為加以說明<sup>39</sup>。當事人在聽取意見期日得出席陳述意見，同時提出證據，且經主持人同意後，得詢問審查官<sup>40</sup>，聽取意見官在聽取意見期日，認有必要時得提出問題詢問當事人，並促當事人陳述意見或提出證據，亦得對審查官要求說明<sup>41</sup>。聽取意見官在聽取意見期日，依當事人陳述意見、提出證據與詢問與審查官之說明，認有續行聽取意見程序之必要時，得再訂聽取意見期日，該期日必須通知當事人，但當事人如出席聽取意見期日，以口頭告知即可<sup>42</sup>。

聽取意見官在聽取意見期日後，應製作記載在聽取意見期日，聽取當事人意見經過紀錄與整理關於聽取意見事件問題之報告書<sup>43</sup>，向日本公平會提出，當事人得請求閱覽聽取意見官所製作聽取意見紀錄與報告書<sup>44</sup>。該閱卷在聽取意見程序終結前，應向聽取意見官申請，在聽取意見程序終結後，應向日本公平會申請（聽取意見規則第22條）。

## 2.聽取意見制度檢討

日本2013年修正獨占禁止法所採行聽取意見制度，係針對修法前日本獨占禁止法日本公平會內部行政審判制度若干缺失加以調整修正，但應注意的是該制度同時配合日本公平會行政處分司法救濟制度修正，即將日本公平會之處分與一般行政處分行政救濟採取相同程序，由東京地方法院為一審管轄法院<sup>45</sup>，與修改前由東京高等法院管轄不同。

其次，獨占禁止法所採聽取意見程序係屬「事前陳述意見型」制度，與修法前行政審判程序屬處分事後審查機制不同，即在日本公平會處分前，當事人透過聽取意見程序陳述意見，提出證據，使日本公平會委員會決議前，可再審酌當事人所陳述之意見或提出之證據，可能採取與聽取意見程序前不同決定。

聽取意見制度特點之一，在於當事人可透過閱覽證據程序，知道日本公平會認定事實、計算罰鍰金額所依據之證據，並可針對該證據提出答辯，行政程序較修法更加透明化，但缺點在於當事人所得閱覽之證據，範圍過小，仍有不足，在抄錄證據部分範圍太小，與前述EU法制與實務運作相較，當事人是否得以充分取得日本公平會認定事實之證據，實有疑義。

<sup>39</sup> 獨占禁止法第54條第1項、第62條第4項。

<sup>40</sup> 獨占禁止法第54條第2項。

<sup>41</sup> 獨占禁止法第54條第3項。

<sup>42</sup> 獨占禁止法第56條。

<sup>43</sup> 獨占禁止法第58條第1項、第4項。

<sup>44</sup> 獨占禁止法第58條第5項。

<sup>45</sup> 依獨占禁止法第85條規定於日本公平會所為命令排除措施等處分行政訴訟，由東京地方法院專屬管轄。

## 四、陳述意見程序

### (一) 行政程序法與公平法陳述意見程序

#### 1. 行政程序法陳述意見規範

行政程序法第112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，除已依第39條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。同法第113條復規定，得不給予陳述意見之機會，即如有該條規定之情況者，行政機關得不給予相對人陳述意見之機會。該情況包括「一、大量作成同種類之處分。二、情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者。三、受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵行者。四、行政強制執行時所採取之各種處置。五、行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。六、限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者。七、相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者。八、為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。」

至行政機關通知相對人陳述意見方式，依行政程序法第104條規定應以書面記載下列事項通知相對人，必要時並公告之：「一、相對人及其住居所、事務所或營業所。二、將為限制或剝奪自由或權利行政處分之原因事實及法規依據。三、得依第105條提出陳述書之意旨。四、提出陳述書之期限及不提出之效果。五、其他必要事項。」書面通知相對人之文書或公告，應載明前述事項，目的在使相對人知悉案情，得於指定期間內，提出陳述書陳述意見<sup>46</sup>。

依前開行政程序法規定陳述意見方式，行政程序法前該規定之陳述意見，應屬行政機關經行政調查後決定處分前，讓相對人就「限制或剝奪自由或權利行政處分之原因事實」陳述意見之程序，不是行政調查程序中調查違法行為有無階段，讓受調查者陳述意見之程序。

但行政程序法處分前陳述意見之程序，既係提供相對人在處分前就處分表達事實與法律意見，陳述人亦可以在陳述意見程序提出證據，供行政機關在處分時審酌，但要落實相對人在處分前陳述意見權利，應以相對人在陳述意見前知悉處分所涉及違法行為與認定該行為之依據（證據）為前提，如在陳述意見程序前，僅通知相對人抽象違法行為或未說明認定依據，要求相對人陳述意見，相對人自難以充分就事實與法律陳述意見，此陳述意見程序僅係形式保障，不符行政程序法處分前陳述意見規範本旨，是以多數處分前陳述意見程序，通知時會說明違法行為時地，並附上相關證據

<sup>46</sup> 參見行政程序法第104條立法理由說明。

(如照片)，供相對人就該違法事實陳述意見。

## 2.公平法執法程序之陳述意見程序

公平法執法程序，有行政程序法相關規定之適用，公平會經調查後決定處分時，負責調查之人員將所調查之違法事件作成議案列入委員會議前，依行政程序法處分前陳述意見之規定，自應通知相對人陳述意見。

但公平法第27條第1項第1款亦規定，公平會調查時，得「通知當事人及關係人到場陳述意見」。此規定之陳述意見應屬行政調查程序之陳述意見，而非該會決定處分前依行政程序法前開規定陳述意見。

公平法第27條之陳述意見與行政程序法之陳述意見，用語相同，但意義不同，主要區別在於當事人在行政調查時拒絕陳述意見，可能遭處以罰鍰，但在處分前陳述意見程序，係屬相對人程序上權利，自得拋棄。

公平會就陳述意見程序，訂有「公平會陳述意見場所管理要點」<sup>47</sup>，但該要點係為「執行案件調查時，為維持陳述意見場所之秩序」所為之規定（參見場所管理要點第1條），主要規定內容為：

- (1) 陳述人與陪同人員報到程序。
- (2) 陳述人陪同人員須經公平會人員同意後始得陪同在場。
- (3) 陪同人員如有妨礙談話進行之行為，公平會人員應予勸止；不聽勸止者，得命其離開，並記明於陳述紀錄。
- (4) 陳述場所內禁止陳述人與陪同人員錄音、錄影、攝影或為通訊行為。但公平會必要時得全程錄音或錄影存證。
- (5) 到場陳述人應就公平會談話人詢問事項據實陳述，不得有隱匿或增添情事。
- (6) 陳述人於陳述紀錄完成後，如紀錄有錯誤得請求更改，且於紀錄更改處、騎縫處及緊接記載之末行簽名或蓋章。
- (7) 有陪同人員在場者，陳述紀錄應一併記載，且陪同人員應於陳述紀錄中簽名。
- (8) 到場陳述人及陪同人員對於陳述紀錄不得抄錄、影印或攝影。但依行政程序法第46條及公平會卷宗閱覽須知向該會提出申請者，不在此限。
- (9) 到場陳述人於陳述時知悉之他人或他事業秘密，於會外不得有危害或洩漏之行為。
- (10) 陪同人員為輔佐人者，其所為之陳述，到場陳述人或代理人若未立即提出異議者，視為到場陳述人或代理人所自為。

依前開場所管理要點規定內容，該要點規定之陳述意見，不是行政程序法前開規定處分前陳述意見，應係屬公平法第27條規定公平會就違法事件行政調查程序中，命

<sup>47</sup> 公平會84.10.18.奉主任委員核定並實施，最新修正110.12.21.公法字第1101560508號函分行。

當事人或關係人陳述意見之程序。

## （二）公平法執法程序陳述意見之爭議

公平會執法程序之處分前陳述意見程序，在公平法中並無明文規定，執法程序適用行政程序法陳述意見相關程序，但公平法執法程序陳述意見，有下列爭議問題：

### 1. 欠缺處分前陳述意見程序相關作業規定

歐盟與日本競爭法執法程序中，在決定處分前行政程序相對人就遭指控違法事實提出事實與法律上答辯，均係針對競爭法執法程序的特點所設特別程序，歐盟與日本均訂有相關執法準則可供遵循，我國法制就此有所欠缺，就公平法執法陳述意見程序，仍應針對公平法執法特點，制訂處分前陳述意見執法準則，以供作業參考。

### 2. 陳述意見前應提供與違法事實相關充分訊息

公平法執法程序中處分前，經公平會調查結果，認有違法事實，由承辦單位擬具處理意見列入委員會議議案前，依行政程序法處分前陳述意見程序之規定，應通知相對人陳述意見。如前開說明，在通知陳述意見時，應讓相對人知悉違法行為相關事實與認定之依據。在違反公平法第9條、第15條規定情節重大，依公平法第40條第2項規定，罰鍰數額提高至違法事業「上一會計年度銷售金額」百分之十，適用「違反公平法第九條及第十五條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法」時，就罰鍰數額計算與「主管機關作成處分時該事業上一會計年度之營業收入總額」、「違法行為於違法期間內所獲商品或服務銷售金額」相關，就此二數額相關證據亦應提供相對人陳述意見。

最高行政法院就處分相對人主張，就系爭不實廣告未讓其陳述意見，違反行政程序之事件中，判決認「行政程序法中第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，應給予處分相對人陳述意見之機會，旨在保障相對人之權利及防止行政機關專斷。查，被上訴人因105年12月間接獲民眾檢舉系爭資費方案之網站廣告不實，於促請上訴人注意改進之行政指導函內，即指明該廣告下方貼心叮嚀揭示之優惠限制條件，其版面排版、位置及字體大小應明確清楚，俾免觸法，嗣被上訴人主動立案調查後，亦多次發文通知上訴人就系爭資費方案廣告內容、意涵，提出陳述書為事實上及法律上陳述，並提出與本案有關之說明資料；上訴人於歷次復文，亦一再陳稱該公司刊登廣告有關重要交易資訊內容，於版面排版、位置及字體大小已力求明確清楚，且以明顯方式標記限制條件等語，已經原判決認定甚明，足見，被上訴人於行政調查中，已明確告知本案要調查的違法事實及違反之法律，上訴人亦已充分提出其事實上及法律上之意見。上訴人事後謊稱被上訴人於原處分作成前，並未就案關廣告是否有限制條件字體太小之『引人錯誤』之違法型態，給予上訴人陳述意見之機會，其程序顯有違誤，執以指摘原判決有判決不適用法規及理由不備之違法，亦無

可取。」<sup>48</sup>

違反公平法事件之處分就違法事實、罰鍰數額考量因素相關數額之判斷，常涉及證據分析解讀，讓相對人在處分前陳述意見，既可充分保障相對人程序權利，也可避免明顯錯誤之發生。如公平會就鉅質電容業者聯合行為處分案中，認該違法事業違法聯合行為，屬行為時公平法第41條第2項規定之情節重大案件，依同條第3項授權、2012（民國101）年4月5日訂定發布之「違反公平法第十條及第十四條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法」，處12億1,820萬元罰鍰，經該違法事業起訴後，最高行政法院就罰鍰考量因素判決認「行為時情節重大罰鍰計算辦法第7條規定之罰鍰上限，依同辦法第3條規定，應以上訴人於104年12月16日作成原處分時，被上訴人上一會計年度即103年之營業收入總額為計算基準，且不得將子公司之銷售金額納入計算。惟上訴人逕依被上訴人陳報之102年合併財務報表為據，且將其全球各地子公司銷售金額納入計算，而以被上訴人102年全球銷售金額之10%即〇元，作為本案罰鍰上限，自有違誤，..」<sup>49</sup>原處分就罰鍰部考量因素有2項明顯錯誤；即應以103年營業收入總額為基準，誤以102年度營業收入總額為基準；誤將子公司銷售金額納入。原處分就該件情節重大罰鍰考量因素，如在處分前充分提供相對人陳述意見，應可避免明顯錯誤認定。

### 3.違反公平法事件應均給予陳述意見機會

行政程序法第103條規定在特定情況，行政機關得免給予相對人陳述意見之機會。在公平法執法程序上曾發生公平會處分經法院判決以部分事實認定有誤為由，撤銷原處分，該會就相對人違法行為重為處分前未給予相對人陳述意見，經受處分人以該重為處分違反行政程序法規定提起行政訴訟後，最高行政法院判決認：「行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者，得不給予陳述意見之機會，行政程序法第103條第5款定有明文。查本件上訴人上開違規行為已有卷附系爭廣告首頁文字及內頁之「全區平面配置參考圖」「3D剖面透視示意圖」「A、B、C、特C、特E平面配置參考圖」「特F平面配置參考圖」圖樣可憑，復以地方業務主管機關即改制前臺中縣政府於被上訴人前次處分前，即函復被上訴人該雙車位所在之騎樓位置之實際用途及限制，且原審前判決亦認定被上訴人就系爭廣告關於雙車位之內容，依違反公平交易法第21條之規定予以論處，認事用法並無違誤在案，堪認上訴人之違規事實，在客觀上足以確認，則被上訴人據以作成原處分，未再通知上訴人陳述意見，核與上述規定無違。」<sup>50</sup>

該案事實係公平會認受處分人廣告內容之「雙車位」及「台灣『首座』會呼吸的

<sup>48</sup> 最高行政法院108年度判字第232號判決。

<sup>49</sup> 最高行政法院108年度判字第597號判決。

<sup>50</sup> 最高行政法院102年度訴字第223號判決。

房子」均違反行為時公平法第21條之規定，合併作成前處分予以裁罰，經受處分人提起行政救濟程序，經臺北高等行政法院<sup>51</sup>判決認定系爭廣告中「雙車位」之表示屬虛偽不實，但關於「台灣『首座』會呼吸的房子」部分不構成違法，將原處分撤銷，並經最高行政法院判決駁回公平會上訴而確定<sup>52</sup>後，公平會依該撤銷原處分判決認定事實，就系爭廣告關於雙車位之內容，重為處分<sup>53</sup>。

本判決以受處分人既經法院判決認定有違規事實確定，在客觀上足以確認，則被上訴人據以作成原處分，未再通知上訴人陳述意見，符合行政程序法第103條規定之不給予陳述意見之例外情事，惟此判決見解仍有待斟酌。蓋陳述意見係就違法事實之事實與法律陳述意見，此案涉及公平會重為處分時，撤銷第一次處分確定判決認定事實拘束力範圍、依據，在有疑義情況，給予相對人陳述意見之機會，始符正當行政程序要求本旨。

## 五、聽證程序

### (一) 行政程序法與公平法之聽證程序

#### 1. 行政程序法處分前聽證程序

行政程序法第54條以下訂有聽證程序乙節，規定行政程序聽證程序之發動、通知、主持人與聽證進程序。行政程序法規定聽證程序係使人民有參與行政決定的可能性<sup>54</sup>，以落實行政程序法第1條民主與公開機制之立法目的。

聽證程序之發動情況有二，即強制聽證程序、職權聽證程序。前者係法規有明文規定，應經聽證程序者；後者係行政機關認有舉行聽證程序之必要者<sup>55</sup>。

行政程序法規定聽證程序舉行前，應將包括聽證事由與依據相關事項，通知當事人及已知利害關係人（行政程序法第55條）。聽證程序由行政機關首長或其指定之人擔任主持人，必要時得由律師、相關專業人員或其他熟諳法令人員在場協助。

聽證進程序，應公開以言詞為之；以主持人說明案由開始。主持人或其指定之人應說明事件之內容要旨（參見行政程序法第60條）；當事人於聽證時，得陳述意見、提出證據，經主持人同意後，得對機關指定之人員、證人、鑑定人、其他當事人或其代理人發問（參見行政程序法第61條）。

行政程序法就行政處分聽證程序復規定，行政機關於有「法規明文規定應舉行聽

<sup>51</sup> 臺北高等行政法院97年度訴字第2388號判決。

<sup>52</sup> 最高行政法院99年度判字第1178號判決。

<sup>53</sup> 公平會公處字第100021號處分書。

<sup>54</sup> 李惠宗，行政法要義，8版，元照出版社，315（2020）。

<sup>55</sup> 李惠宗，前揭註54，317。

證者」、「行政機關認為有舉行聽證之必要者」情形之一者，應舉行聽證（參見行政程序法第107條）；行政機關作成經聽證之行政處分時，除依第43條之規定外，並應斟酌全部聽證之結果。但法規明定應依聽證紀錄作成處分者，從其規定（參見行政程序法第108條第1項前段）。當事人不服依第108條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序（參見行政程序法第109條）。

依行政程序法前開關於行政處分前聽證程序之規定，可發現在行政程序法聽證程序雖讓當事人有參與行政處分決定之程序之機會，但就聽證程序前，應提供當事人何種與行政處分相關訊息，行政程序法規定除在通知載明「聽證事由與依據相關事項」外，並無明確規定，當事人如何在聽證程序中就事實與法律提出意見、證據，實有疑義。

## 2.公平法執法處分前聽證程序

公平會就公平法執法之聽證程序，訂有「公平會舉行聽證應行注意事項」<sup>56</sup>（以下簡稱聽證注意事項）。聽證注意事項共有24點，係參照行政程序法前開規定訂定。第1點即明文揭示「本注意事項所稱之『聽證』，係指行政程序法第一章第十節所規定之聽證程序」。同時表明「本注意事項規範之聽證程序，提供案件當事人及其他利害關係人陳述意見、提出證據之機會。著重於案件事實之發現，聽證中不對案件實體加以判斷或作出決定。參加者應儘可能提供詳細說明與資料，俾利於本會綜合書面與實地調查及聽證所發現之事實，對案件作成正確與妥適之決定。」

至公平法執法程序處分前聽證程序之發動，依聽證注意事項規定有下列「依公平法第二十七條規定調查後，認屬對所處市場具有全面性之影響、對上下游產業利益及公共利益具有重大影響，或涉及公平交易政策之重大案件者」、「其他有舉行聽證必要之情形者」情事之一者，得舉行聽證。聽證應由委員或承辦處提出，經委員會決議通過後，始得舉行（參見聽證注意事項第4、5點）。

聽證程序之主持人應由主任委員或其指定之人員負責擔任。聽證進行時，除有特殊事由，該會委員均應出席聽證（聽證注意事項第15點）。

為使聽證順利進行，聽證注意事項規定視個案之繁複程度及出席者之多寡，得於聽證期日前，通知當事人或其他已知之利害關係人，就下列事項，舉行預備聽證：議定聽證進行之程序。釐清個案之爭點。提出有關之文書及證據。其他與聽證有關之事項（聽證注意事項第17點）。

聽證進程序如下：

- (1) 先由主持人介紹出席聽證之人員，並詢問當事人對於出席人員資格有無異議；如無異議，由主持人說明案由，宣布發言順序、時間及其他應注意事項。

<sup>56</sup> 公平會89.11.30.第473次委員會議通過，最新版本111.3.21公法字第1111560106號令發布。詳細內容請參見公平會網站。

- (2) 承辦單位摘要報告案件之案情及處理情形。
- (3) 出席者陳述意見、提出證據：  
發言順序按預備聽證議定順序或主持人依下列類組安排發言順序，順序為案件當事人、其他利害關係人、證人、鑑定人及其他第三人（含政府機關、學者專家及有關單位）。
- (4) 主持人或經其同意之公平會委員、承辦單位，亦得向出席聽證之當事人及其他到場人進行詢問，詢問內容應與案件相關，並請受詢者答復。
- (5) 當事人經主持人同意後並得對本會指定之人員、證人、鑑定人、其他當事人或其代理人發問。
- (6) 詢問當事人或利害關係人有無最後陳述。

公平法執法程序處分前聽證程序與行政程序法行政處分聽證規定內容相較，公平法執法程序處分前聽證程序規定較為具體詳細，但公平會決定處分前實施聽證程序案例相當少，該會曾在2005年（民國94年）9月13日公告該會就「國內水泥業者被檢舉涉及聯合行為案」進行調查，除已函請當事人及利害關係人提供相關資料並到會說明外，因本案屬重大繁複案件，對市場相關產業具有全面性之影響，且涉有公共利益，於同年10月17日舉行聽證程序。於2005年12月21日認國內21家有競爭關係之國內水泥供應銷售業者，於2001年3月起至2004年底間，以合資、契約、集會或其他方式之合意，共同決定調漲價格、限量發貨、轉銷水泥、退出市場或不為進口等相互約束事業活動之行為，嚴重影響國內水泥供需之市場功能，違反行為時公平法第14條第1項（現行公平法第15條）禁止聯合行為之規定，乃依同法第41條前段之規定予以處分，分別處以罰鍰，同時命其停止違法行為<sup>57</sup>。

## （二）處分前聽證程序爭議問題

### 1. 行政調查或保障當事人程序權利定性不明

依公平會前開「聽證注意事項」規定，如係適用於決定處分前程序，公平會係由「承辦單位摘要報告案件之案情及處理情形」，與歐盟異議告知書所載內容及日本法制聽取意見程序通知所記載事項相比較，內容簡略。且出席人員除當事人外，尚包括其他利害關係人、證人、鑑定人及其他第三人（含政府機關、學者專家及有關單位），「聽證注意事項」所規定之聽證程序，究係保障當事人之行政程序權，讓當事人在聽證程序就公平會初步認定違法事實與證據進行陳述，或係行政調查程序，定性不明，該規定之聽證程序，是否符合正當行政程序之要求，實有疑義。

### 2. 處分相關資訊是否充分揭露

<sup>57</sup> 公平會公處字第094136號處分書。

如前開說明，公平會「聽證注意事項」，聽證程序涉及當事人部分，僅記載「聽證之事由與依據」，在聽證程序進行中「承辦單位摘要報告案件之案情及處理情形」，對當事人而言，是否充分獲得可能遭處分違法行為之資訊（事實、認定事實之理由或證據）並不明確，因處分相關事項未充分揭露。

在公平會與行政程序當事人間就系爭案件相關資訊極度不對等，也造成公平交易行政程序不透明，當事人在行政程序中可能陳述之事實與或法律相關意見，反拖延至訴訟程序始會提出，造成案件拖延，影響當事人行政程序相關權利。

## 六、閱卷權

### （一）行政程序法與公平法閱卷權

#### 1. 行政程序法規定閱卷權

閱卷權係閱覽系爭處分相關文件、證據，閱覽不僅是單純觀看，包括抄寫、複印、拍照或攝影。民刑事與行政訴訟法，就訴訟程序中閱卷程序有詳細規定，是訴訟當事人取得訴訟相關訊息主要程序，在刑事訴訟部分，司法院釋字第737號解釋認：「本於憲法第8條及第16條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第33條第1項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第101條第3項規定：『第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。」

釋字第762號解釋認：「刑事訴訟法第33條第2項前段規定：『無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本』，未賦予有辯護人之被告直接獲知卷證資訊之權利，且未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利，妨害被告防禦權之有效行使，於此範圍內，與憲法第16條保障訴訟權之正當法律程序原則意旨不符。」

前開司法院解釋均彰顯在刑事訴訟程序中，當事人之一被告閱卷權為憲法保障人身自由正當法律程序主要權利。

行政程序法並無如民刑訴訟法，專設有當事人閱卷之規定，但要落實處分前行

政程序陳述意見、聽證程序，如前開說明，應以行政機關提供當事人關於處分相關訊息為前提，行政程序當事人知悉處分相關訊息，始可能在處分前，提出事實或法律上主張，以維護其權利，即前開陳述意見或聽證程序，與當事人在處分前是否能充分獲取相關資訊有關。而當事人要取得處分相關資訊，即應向行政機關申請閱卷，是以閱卷權與行政程序當事人陳述意見、聽證等聽審權有密切關係，閱卷權之依據在於實現「當事人公開原則」與「當事人武器平等原則」<sup>58</sup>。

行政程序法第46條規定為當事人處分閱卷主要依據，依該條規定當事人或利害關係人得向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗。但以主張或維護其法律上利益有必要者為限。行政機關對收到閱卷之申請，除有下列情形之一者外，不得拒絕，拒絕閱卷情形包括：

- (1) 行政決定前之擬稿或其他準備作業文件。
- (2) 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。
- (3) 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。
- (4) 有侵害第三人權利之虞者。
- (5) 有嚴重妨礙有關社會治安、公共安全或其他公共利益之職務正常進行之虞者。

但前開(2)、(3)無保密必要之部分，仍應准許閱覽。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。

## 2. 公平法執法程序之閱卷權

公平會就公平法執法程序閱卷訂有「公平會卷宗閱覽須知」<sup>59</sup>（下稱閱卷須知）。

閱卷須知係「為執行行政程序法第46條卷宗閱覽之規定」而訂定，依該須知規定，申請人申請卷宗閱覽，應填具規定格式申請書；如委任代理人辦理者，並應向該會提出委任書。

申請閱卷者，限於當事人與因行政程序進行將影響其權利或法律上利益之利害關係人為限（閱卷須知第2點）。公平會收受閱卷申請書後，應發文徵詢資料提供者於10日內表示意見。但於該會案件調查過程中已表示同意公開提供者，則不在此限（閱卷須知第4點）。

前項資料提供者之意見，得供公平會審酌閱卷範圍之參考；若逾期未回覆者，公平會得逕依第5點為準駁之決定。

就當事人得申請之閱卷之資料範圍，公平會訂有「公平會卷宗資料分類提供閱覽參考表」，由該會依行政程序法第46條前開規定判斷是否准許閱覽。

<sup>58</sup> 陳敏，前揭註12，829。

<sup>59</sup> 公平會104.9.2第1243次委員會議通過，最新修訂版本111.2.23公法字第1111560076號函分行。

依「公平會卷宗資料分類提供閱覽參考表」規定，該表內所列卷證，除檢舉人與被檢舉人身分個人資料，不供閱覽外，是否准許當事人閱覽，情況如下：

(1) 當事人（檢舉人、被檢舉人）所提供者

產銷資料、意見陳述、其他案情資料，該會「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或有妨礙本會維護公共利益之職務進行者，得不提供。」、「實物（證物）不提供，但其照片可原則提供。」

(2) 關係人提供

產銷資料、意見陳述、其他案情資料，該會「原則提供，但經關係人請求保密而有正當理由或有妨礙本會維護公共利益之職務進行者，得不提供。」、「實物（證物）不提供，但其照片可原則提供。」

(3) 公平會調查所得資料是否同意閱覽，依證據內容而定：

約談陳述紀錄：「原則上提供閱覽，但涉機密或經陳述人請求保密而有正當理由或有妨礙本會維護公共利益之職務進行者，得不提供。」

閱卷調查：原則僅提供取樣設計，並提供統計結果，但個別問卷則不提供閱覽。

專家意見：除專家身分背景不提供外，鑑定意見與專業見解「原則提供，但經鑑定人或專業意見提供人請求保密或有妨礙本會維護公共利益之職務進行者，得不提供。」

座談會及公聽會意見：提供「彙總分類結論」，個別發言紀錄「原則提供，但視性質經該與會者請求保密或有妨礙本會維護公共利益之職務進行者，得不提供。」

公會團體意見：提供閱覽。

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或有妨礙本會維護公共利益之職務進行者，得不提供。」

其他調查所得資料：公平會檢查紀錄「原則提供，但如有部分涉機密性質或有妨礙本會維護公共利益之職務進行者，得不提供。」；實物（證物）不提供閱覽，但照片原則上可提供；攝影、錄音不提供閱覽。

「公平會卷宗資料分類提供閱覽參考表」前開規定，涉及處分相關卷宗與證據，當事人申請閱覽時，是否提供閱覽，公平會依行政程序法第46條第2項第3款（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）、第4款（有侵害第三人權利之虞者）、第5款（有嚴重妨礙有關社會治安、公共安全或其他公共利益之職務正常進行之虞者）等理由，有裁量權限。惟檢舉人或關係人所提供產銷資料，如系爭商品生產數量、年度銷售額、營業額等，有時係屬相關事業營業秘密，但在違反公平法事件是界定市場範圍重要參考數據，既係處分所需使用之證據，也是當事人以外事業的營業秘密，在何條件下既可提供當事人閱覽，也可保護該當事人以外事業之營業秘密，應是閱卷程序主要問題。

就當事人閱卷所得卷證之使用，「閱卷須知」第8點規定「依本須知所取得之資料，除供本案參考外，不得移作其他用途，並應依相關法令保護規定使用，如有違反者，依相關法令規定處罰之。」但該規定並未敘明，如移作其他用途使用，依相關法令規定處罰所稱之相關法令為何？如發生當事人閱卷後，移作他用途使用，違反何種法令之爭議。

## （二）公平法閱卷權爭議

### 1. 公平會拒絕閱卷理由過廣

依公平會前開「閱卷須知」所附「提供閱覽參考表」所載，公平會就可能作為認定行政程序當事人違法事實之證據，拒絕當事人閱覽理由相當廣泛，該拒絕當事人閱卷之情況，雖有行政程序法規定為依據，但相關資料既要作為認定當事人有違法行為之證據，原則上即應提供當事人閱覽，當事人始得以在陳述意見或聽證程序，充分答辯，如不提供當事人閱覽，又要以該資料為證據，是否符合正當行政程序之要求，恐有爭議。

況部分拒絕閱覽之卷證在其後行政救濟程序中，依行政訴訟法規定，行政法院可能准許閱覽，形成當事人在行政訴訟程，仍可取得行政程序未閱覽之卷證，公平會前開閱卷須知規定拒絕閱卷之證據範圍是否過廣？應可再檢討。

### 2. 閱卷程序欠缺秘密資訊保密措施規範

如前開說明，在歐盟與日本競爭法執法程序，在提供當事人案件相關訊息時，均會面臨，當事人行政程序閱卷權（資訊取得權）與第三人營業秘密、隱私權衝突之爭議，如不准當事人閱卷，但仍以該證據認定當事人有違法行為，處以高額罰鍰，恐生爭議，如何衡量二者衝突，採取適當保密措施，在適當保密措施下，仍提供當事人閱卷，應係可行方式，但實際運作上，或有採若干保密方式，但在公平會前開「閱卷注意事項」，欠缺明文規定。

### 3. 欠缺卷證目的外使用責任明確規範

歐盟前開競爭法執法程序規範，對當事人閱卷後取得資訊，使用於系爭案件行政與司法程序以外之目的之使用行為，如律師參與者明確規範其責任，但在公平會「閱卷須知」，僅規定「並應依相關法令保護規定使用，如有違反者，依相關法令規定處罰之」，但未規定如移作其他用途使用時，依相關法令規定處罰所稱之相關法令為何，如發生當事人閱卷後，移作他用途使用，違反何種法令，也會發生爭議。

法院組織法第94條之4第1項、第2項規定持有法庭錄音、錄影內容之人，就所取得之錄音、錄影內容，不得散布、公開播送，或為非正當目的之使用。違反該規定者，由行為人之住所、居所，或營業所、事務所所在地之地方法院處3萬元以上30萬元以下罰鍰。但其他法律另有特別規定者，依其規定。係可以參考之目的外使用責任

規範。

## 七、處分前程序應有規範架構—代結論

公平法執法程序如首揭說明，係採用合議制委員會議決定處分內容，且執法機關有調查權限，對行政程序當事人處分影響當事人權益甚重，並不亞於刑事處罰，是以在行政程序對當事人程序權利之保護是否應提高至刑事程序，是值得思考的問題。

參諸前開關於歐盟、日本競爭法執法程序處分前程序法制之分析與介紹，競爭法主管機關決定處分程序前，力求透明化與程序公平，以符合正當行政程序，落實改進行政程序當事人聽證權與閱卷權相關規範，使處分前程序對當事人之保障更加周延。

公平法執法程序中，就公平會調查後認事業有違法行為，決定處分前，公平會現行作法係依行政程序法規定陳述意見程序，提供行政程序當事人陳述意見之機會，公平會就行政程序中陳述意見、聽證與閱卷權亦訂有相關執法準則，但前開執法行政程序規範，是否實質符合正當行政程序之要求，恐有斟酌之餘地，為使公平會執法程序之處分前行政程序，對當事人之程序保障更加完整，建議調整相關規範修正如下：

### （一）處分前應對行政程序當事人資訊充分公開

公平法執法程序於處分前對當事人資訊充分公開，當事人在後續聽審程序始能充分表示，保障當事人程序權利。

對當事人資訊公開程序有二，可參採前述歐盟執法程序異議告知書，公平會應在調查認有處分可能時，提出類似載明違法事實、法條與證據之書面，送交行政程序受調查當事人；其次，對當事人行使閱卷權時，公平會原則上應准許檢閱與違法案件有關證據，如有保密之必要時，應請申請人簽署保密文件，如不提供給當事人閱卷之文件，即不應為認定違法事實之證據。

公平會如在交付初步調查認定書後，取得新證據或調整事實者，亦應通知當事人，以利當事人在後續程序意見。

### （二）處分前應賦與當事人充分聽審權

公平法執法程序，應建立公平會調查後處分前，讓當事人充分表達意見之完整程序，當事人在處分前表達意見完整程序，即當事人在取得違法事實充分資訊，進行下列程序：

- 1.情節重大案件採由全體委員參加之強制聽證程序
- 2.其他案件應採職員負責陳述意見程序

就違反公平法案件執法程序，處分前應提供當事人就違法事實表達意見之機會，

始符憲法正當法律程序之要求，但考量違反公平法案件數量，建議就處罰較重適用情節重大之違反公平法案件，由全體委員參加強制聽證程序，至其他案件，則採較簡略陳述意見程序，由公平會職員主持之陳述意見程序。

## 參考文獻

### 中文部分

1. 公平交易委員會，認識公平交易法，17版，自版（2017）。
2. 王銘勇，「公平交易正當行政程序—以處分前程序為核心」，全國律師雜誌，第25卷第10期（2021）。
3. 李惠宗，行政法要義，8版，元照出版社（2020）。
4. 李仁森，「憲法上的正當行政程序—以行政處分之事前程序為出發點」，大法官105年學術研討會（2016）。引自憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=85&id=107041>，最後閱覽日：2022/08/19。
5. 湯德宗，行政程序法論·2版，元照出版社（2003）。
6. 陳敏，行政法總論，10版，自版（2019）。
7. 翁岳生主編，行政法(下)，4版，元照出版社，（2020）。

### 外文部分

1. Teleki, Cristina, *Due process and fair trial in EU competition law-the impact of Article 6 of the European Convention of Human Right*, 1st ed. (2021).
2. Ginsburg, Douglas H & Owings, Taylor, “Due Process in Competition Proceedings” , *11(1) Competition Law International* (2015).
3. Martyniszyn, Marek, “Due Process in EU Competition Proceedings” ,cit. : Daniel D Sokol and Andrew T Guzman(eds), “Antitrust Procedural Fairness” , *Oxford University Press* (2019)。Electronic copy available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=3426510>.
4. 土田和博、栗田誠、東條吉純、武田宣邦，条文から学ぶ独占禁止法，2版，有斐閣（2019）。
5. 林秀弥，「平成22年独占禁止法改正法案の検討」，新世代法政策学研究，第8期，197-216（2010）。
6. 白石志忠，論点体系—独占禁止法，2版，第一法規出版社（2021）。
7. 岩成博夫、横手哲二、岩下生和編著，逐条解説平成25年改正独占禁止法：審判制度の廃止と意見聴取手続の整備，初版，商事法務（2015）。

## Due Process and The Fair Trade Act Enforcement Procedure

Wang, Ming-Yung\*

This article analyze the relation between due process and the Fair Trade Act (TFTA) of Taiwan (R.O.C.+). With the increase in the amount of fines for violating the TFTA., more attention has been paid to the enforcement procedures of the TFTA.

The TFTA. regulates the enforcement procedures, only the administrative investigation procedures, and does not regulate the relevant procedures before the decision after the investigation. However, whether this enforcement criterion conforms to the requirements of due process of law is the focus in this article.

Firstly this paper explains the meaning and specific content of the due process under the Constitution, and explains the characteristics of the TFTA. enforcement procedures.

Secondly this paper also introduces the EU and Japan competition law enforcement procedures before decision.

Discuss the normative and operation of the law enforcement criteria for making opinions, hearings, and accessing files before the decision, and explore whether the enforcement procedure meets the requirements of the due process of law.

The conclusion of this paper is that it is not enough to provide relevant information on the administrative procedures of the parties' illegal incidents before decision, so that the parties' making statement and hearing procedures have not functioned. The nature of the TFTA enforcement criteria for the hearing procedure is unclear, and it is biased towards administrative investigation. It does not seem to be enforcement procedures that protects the procedural rights of the parties. In the part of the right to access the file, the law enforcement criteria restricts the viewing of data too much and does not disclose enough information to the parties, which is inconsistent with the requirements of due process. This paper recommend to amend the TFTA and guidelines of making statement, hearing and access files procedures, to fully disclose the information of the parties involved in the administrative procedure before decision. For cases with serious violations, the compulsory hearing procedure with the participation of all members of Fair Trade Commission of Taiwan shall be adopted. For other cases, the current procedure of make statement may be adopted.

Keywords: Fair Trade Law, Enforcement Procedure, Due Process Procedure, Fines, Make Statement, Hearing, Access Files.

## 與談

### 與談人：林明昕（臺灣大學法律學系教授）

因為時間有限，我簡單提出一些問題點供大家參考。首先，王律師一直有提到「處分」，如果「處分」是指行政程序法上之處分時，那我就要問，剛剛提到的「許可制」跟「報備制」跟這個處分有沒有關係？那如果不是讀法律的人，或是早期讀法律，但是行政法像我們那個時代一樣不用考試的人，大概全部都會說這有關係嗎？許可制怎麼會跟處分有關，處分不是處罰嗎？其實不是，行政程序法規定的處分並不是處罰，而是行政行為的一種，就像法律行為一樣，並不是一個狹隘的概念。在講正當法律程序的時候，是有必要區分清楚的，雖然在行政程序法都是處分的一種，但因為功用不一樣，也必要予以類型化，並有不同的配套作法，才不至於有紊亂的狀況。

另外剛剛報告人有提到「陳述意見」，公平法上規定的陳述意見，好像跟行政法上說的陳述意見不太一樣。公平法上規定的陳述意見依照內部規則來看，比較像是調查證據時，找人來問話及他的回答；跟我要做成處分最後階段，你有什麼意見提出來，兩者不大相同。的確，在調查證據時所要得到的資訊，跟最後作成決定前的詢問，是兩個不同層次的問題，本就不應混為一談。這種情況下，如果沒有予以類型化，就會將兩者放在一起討論，而造成紊亂。

再來提到「許可制」跟「報備制」，兩者有何不同？乍聽起來，好像只是一個比較嚴格，另一個比較不嚴格，是這樣嗎？我的看法當然不是。所謂「許可制」是指我許可了，你做的事情才是合法的，甚至於是我許可了，你做的事情才會發生效力。所以許可制，一定要一個行政機關表達可、否的意思表示才行。所謂「報備制」，行政機關在這裡是被動的，是等著人把資料拿來給它，報備沒有許可不許可。而臺灣有一種「核備」，既「核」又「備」到底是什麼？這是臺灣吾人所獨創的見解，「核備」就是核、就是許可。那這樣報備怎麼辦？其實報備也好，許可也好，都是一些事前管制程序。報備的特點在於，讓要被管制的對象先把資料交上來，我看到有問題，就接著事後的管理程序，比如：立即改善等。所以「不予報備」是很荒謬的事情，不予報備是已經進入要限期改善的事後階段，可是臺灣又全部混在一起，所以不予報備跟不許可就看不出什麼不同。那就發展出所謂許可制就是很嚴格的，所謂報備制就是很寬鬆的。而事實上，無論許可制或報備制都有事後管制，只是程序的開始時間不太一樣，另外許可制較為嚴格，因為要經過許可，後面被管制者的程序才會是合法的。

公平會比較特別，很多判斷基準很明白、很私人交易的事項，可是因為它國家介入管制，就帶有公法的色彩，就是如何「管制」的問題。講到管制，我們經常會把管制立刻連結到處罰，然後把行政罰法變成所有管制不利處分的基礎法，這是完全錯誤

的。甚至於行政罰法當時制訂時，就犯了錯誤，因為行政罰法的第2條，它雖然說叫其他種類的行政罰，但是如果細心去看，它所歸類的不利處分事項，通通都是非裁罰性，其中真正的處罰大概只有罰鍰，或者吊銷或吊扣執照，但是我們全部混在一起，所以我們的管制跟處罰也會分不清楚，往往也會透過處罰的方式進行管制。

以公平會來說，它在行政法領域處理兩塊，一塊是管制，比如說限期改善、許可、報備，而處罰是附帶的，管制以外怕你再犯，所以處罰管制要清楚分開。行政罰法理論上是違反行政的處罰，不應把管制一併放進來處理，這是我想在談到正當法律程序時，正本清源，應該要把各種不同的程序釐清。

公平法觀點來講，大家會想說它跟行政程序法有什麼關係？行政程序法在臺灣幾乎是所有行政機關所有行政程序的一個範本，這說法是對也是錯。對的話是因為它的確是一個範本，錯的話在於它只是一個普通法，我們還需要一個特別法，也就是說我們的其他各種法律，對於它自己特殊的行政程序或類型，都一律沒有規定或是斷簡殘篇，所有都要回到行政程序法。所以行政程序法主管機關法務部也常常頭痛，行政程序法明明是一個最低度規範的一般法，卻被行政機關期待什麼都要規範到。如果今天要正本清源，讓公平法執法順遂，我認為公平會已經30年了，我們應該可以建立自己的特殊類型的行政程序問題，在公平法或相關法規修正過程中加進去，而不是樣樣都回過頭去用行政程序法。如同剛剛講的行政程序法第102條所說的處分、第103條所說的陳述意見的問題；另外所有機關聽證都是用行政程序法第54條以下的聽證程序，以至於窒礙難行，那個部分也不是德國創設的，而是去抄美國的正式程序，是否完全合用令人存疑，更何況是連法規命令也是走同一套聽證程序，就更是荒謬。所以細緻化跟類型化是很重要的，我國目前還是有很大的空間，但公平會在這方面也可以有自己的平台，訂定自己需要的程序。

最後我要講的是「訴願」，訴願重不重要？很多人認為這是多了一個審級，也可以下面再設復查、異議、申復再多個好幾級，審級一直來一直去其實只是浪費時間，有沒這個必要其實我是畫一個大問號。那之所以會把獨立委員會的訴願程序拿掉，一個很大的原因是，今天找一些沒有經國國會同意的訴願委員，來審有經過國會同意的獨立委員會所作的行政處分決定，這樣合理嗎？所以當時就認為這樣違反民主正當性，唯一可能性就是由原來這些委員，自己再審一次，這是一個可能，但後來是決定都不要了，就直接到法院去，當時有這些考慮，提供大家參考。我特別要強調的是，不要把訴願這些非法院的先程序當成是一個審級看待，而審級保障說要好幾審，這個在憲法上也是找不到依據的。以上，謝謝。

## 閉幕式 陳副主任委員志民閉幕致詞

各位貴賓、各位先進、各位先生、各位女士，大家好：

本研討會在經過一整天的熱烈討論後，即將圓滿落幕。首先，感謝台灣公平交易法學會對本會此次研討會議程安排上提供的各項協助；其次，也感謝各位報告人及與談人付出的心力，每篇論文內容及評論都相當精闢，也將會作為本會未來執法或修法的參考；最後還要感謝在場的各位佳賓，能夠撥冗出席，一同關心國內、外競爭法及傳銷法的發展趨勢。

30週年是一個機關重要的里程碑，今（111）年，本會除舉辦了慶祝茶會、出版紀念特刊外，在3月的時候，也發表了「數位經濟競爭政策白皮書」初稿，探討數位經濟發展對傳統競爭法執法的挑戰及衍生的爭議，並就國外競爭法主管機關執法動態與見解進行了梳理。此外，本會也規劃籌辦本場「執法30週年回顧與前瞻學術研討會」，希望透過重新檢視過去執法成果的方式，省思未來的施政方針，以打造一個專業且與時俱進的競爭法主管機關。

本次研討會已接近尾聲，最後，謹代表公平會再次感謝所有嘉賓的參與，也希望大家繼續給予本會支持與鼓勵，同時祝福與會所有嘉賓身心健康、萬事如意，謝謝！



國家圖書館出版品預行編目資料

公平交易委員會執法 30 週年回顧與前瞻學術研討會

論文集／公平交易委員會編著. -- 初版. --

臺北市：公平交易委員會，民 112. 12

面；公分

ISBN 978-626-7438-01-5(精裝)

1. CST: 公平交易委員會
2. CST: 公平交易法
3. CST: 競爭
4. CST: 文集

553.43307

112022906

公平交易委員會執法 30 週年回顧與前瞻學術研討會論文集

編著者：公平交易委員會

發行人：李鎡

出版機關：公平交易委員會

地址：臺北市中正區濟南路1段2之2號12樓

電話：(02)2351-7588

網址：www.ftc.gov.tw

出版年月：中華民國112年12月

版／刷次：初版一刷

定價：新臺幣400元

展售處：國家書店松江門市

地址：104臺北市松江路209號1樓

電話：(02)2518-0207

五南文化廣場臺中總店

地址：403臺中市臺灣大道二段85號

電話：(04)2226-0330

排版印刷：全凱數位資訊有限公司

地址：新北市新店區中正路501-13號3樓

電話：(02)8667-5397

GPN：1011201998

ISBN：978-626-7438-01-5

本著作以報告人為著作人，享有著作人格權及著作財產權，發行機關得依著作權法第12條第3項規定利用該著作；他人僅限於非營利及標示著作人姓名之條件下，得利用本著作。





