九十三年度委託研究報告二

公平交易法之註釋研究系列(二)

第十八條至第二十四條

行政院公平交易委員會

中華民國九十三年十一月

九十三年度委託研究報告二

FTC-93-C02

公平交易法之註釋研究系列(二)

第十八條至第二十四條

計畫主持人

廖義男

共同主持人

謝銘洋、范建得、黃銘傑、石世豪、吳秀明

研究人員

王以國、顏雅倫、洪大植

本報告不必然代表行政院公平交易委員會意見

中華民國九十三年十一月

目次

序論：逐條釋義之體裁……i

壹、體例……iii

貳、研究分工……iv

參、寫作說明……v

一、項目及順序……v

二、註釋風格……vi

肆、凡例 ……vii

第三章　不公平競爭……1

壹、本章條文內涵概說……2

一、規範範圍不限於「不公平競爭」行為……2

二、規範內容……3

貳、體系宜重新整編……6

一、規範體系調整……6

二、多層次傳銷行為之規範應單獨立法……7

三、第 24 條之行為類型具體化與獨立成章……8

四、智慧財產權相關法制修正之影響……9

參、各條彼此間之規範關係……10

一、第 18 條限制轉售價格行為與第 19 條第 6 款不正當之方法限制交易相對人事業活動之行為……10

二、第 18 條限制轉售價格行為與公平法第 23 條多層次傳銷……11

三、第 19 條第 1 款杯葛行為與第 19 條第 2 款差別待遇行為……12

四、第 19 條第 1 款杯葛行為、第 22 條損害他人營業信譽行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為……13

五、第 19 條第 2 款差別待遇行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公

平之行為……14
六、第 19 條第 3 款以不正當之方法使競爭者之交易相對人與自己交易之行為、第 22 條損害他人營業信譽行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為……15
七、第 19 條第 4 款以不正當方法使他人參與限制競爭行為與第 14 條聯合行為……16
八、第 19 條第 6 款不正當之方法限制交易相對人事業活動之行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為……18
九、第 20 條仿冒行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為……18
十、第 21 條不實廣告行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為……20
十一、第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為與第 10 條濫用獨占地位之行為……20
第十八條　約定轉售價格 ……23
壹、法制比較 ……26
一、美國 ……26
二、日本 ……30
三、德國 ……31
四、歐洲聯盟 ……36
貳、立法沿革與規範目的……43
參、構成要件分析……52
一、事業……52
二、交易相對人……53
三、供給之商品……53
四、轉售、再轉售……55

五、應容許其自由決定價格……65
六、約定無效……74
肆、法律適用……77
一、與本法第 14 條之關係 ……77
二、與本法第 19 條第 6 款之關係 ……78
三、與本法第 24 條之關係 ……78
四、與本法第 23 條之關係 ……79
五、技術授權與本法第 45 條 ……79
第十九條　限制競爭或妨礙公平競爭之行為……81
壹、法制比較……86
一、美國……86
二、日本……92
三、德國……95
四、歐洲聯盟……106
貳、立法沿革與規範目的……115
參、構成要件分析……119
一、共通要件……119
二、各款違法類型……124
三、違反本條之法律效果……174
肆、與其他違法行為之規範關係……182
一、第 1 款部分……182
二、第 2 款部分……183
三、第 3 款部分……183
四、第 4 款部分……183
五、第 5 款部分……184
六、第 6 款部分……184

第二十條　仿冒表徵或外國著名商標 ……185

壹、法制比較……190

一、美國……190

二、日本……192

三、德國……193

四、歐洲聯盟……194

貳、立法沿革與規範目的……195

一、立法沿革……195

二、規範目的……198

參、構成要件分析……200

一、商品表徵之仿冒……200

二、營業或服務表徵之仿冒……218

三、未經註冊外國著名商標之仿冒……228

四、除外規定……230

五、附加適當表徵……233

肆、法律適用……234

一、與公平法第 21 條之關係 ……234

二、與第 24 條之關係……235

三、與商標法之關係……237

四、與專利法之關係……241

五、公司法與商業登記法……244

六、與民法之關係……246

七、刑法第 253 條……246

第二十一條　引人錯誤之廣告或商品表示……249

壹、法制比較……254

一、美國……254

二、日本……258
三、德國……259
四、歐洲聯盟……271
貳、立法沿革與體系定位……277
一、立法沿革……277
二、體系定位……278
參、要件之分析……281
一、在商品或其廣告上……281
二、以其他使公眾得知之方法……285
三、交易資訊……286
四、虛偽不實或引人錯誤……287
五、為表示或表徵……307
六、販賣、運送、輸出、輸入之禁止……309
七、服務之準用……309
八、廣告代理及廣告媒體之連帶責任……309
肆、法律適用……311
一、公平會與目的事業主管機關行政協調結論……312
二、公平會介入處理之準則……313
三、公平會介入在民事法律上之效果……316
四、比較廣告在本法上之處理原則……317
第二十二條　營業誹謗……321
壹、法制比較 ……323
一、美國 ……323
二、日本 ……325
三、德國 ……325
四、歐洲聯盟 ……331

貳、立法沿革與規範目的 ……332
一、立法沿革 ……332
二、規範目的 ……332
參、要件分析 ……333
一、為競爭之目的 ……333
二、陳述或散布 ……335
三、不實情事 ……337
四、足以損害他人營業信譽 ……338
五、主觀要件 ……339
肆、法律適用 ……339
一、相關法律規定 ……339
二、比較廣告在公平法上之規範 ……340
三、警告信函在公平法上之規範 ……341
第二十三條　不正當多層次傳銷……343
壹、法制比較……344
一、美國……344
二、日本……345
三、德國……346
貳、立法沿革與規範定位……346
一、立法沿革……346
二、立法體例……350
三、規範功能與定位……350
參、要件之分析……351
一、「主要」與「合理市價」之關係……351
二、「主要」之分析……355
三、「合理市價」之分析……365

肆、與公平法其他條文之關係……369
第二十三條之一　多層次傳銷參加人之契約解除權……371
壹、立法沿革與規範定位……372
一、立法沿革……372
二、立法體例……373
三、規範功能與定位……374
貳、要件之分析……374
一、無條件解約權─第 1 項……374
二、退貨處理期限及一定代價之返還─第 2 項……377
三、返還價金金額之計算─第 3 項……379
四、運費之負擔─第 4 項……381
第二十三條之二　多層次傳銷參加人之契約終止權……383
壹、立法沿革與規範定位……384
一、立法沿革……384
二、立法體例……385
三、規範功能與定位……385
貳、要件之分析……387
一、契約終止權─第 1 項……387
二、退貨處理期限、買回商品及扣除─第 2 項……389
第二十三條之三　契約解除與終止之效果……393
壹、立法沿革與規範定位……394
一、立法沿革……394
二、規範功能與定位……394
貳、要件之分析……395
一、違約金與損害賠償責任之免除─第 1 項……395
二、契約解除權和終止權規範於服務之準用─第 2 項……396

第二十三條之四　多層次傳銷管理辦法.....399

壹、立法沿革與規範定位.....400

一、立法沿革.....400

二、規範功能與定位.....401

貳、要件之分析.....402

一、多層次傳銷事業之報備義務及其內容之公告.....403

二、財務報表之簽證及對外揭露.....403

三、對參加人應告知之事項.....403

四、參加契約之締結與內容（含參加人權益保障）.....404

五、重大影響參加人權益之禁止.....404

六、對參加人之管理.....405

七、業務檢查.....406

第二十四條　其他欺罔或顯失公平行為.....409

壹、法制比較.....416

一、美國.....416

二、日本 419

三、德國.....419

四、歐洲聯盟 432

貳、立法沿革與規範目的.....433

一、立法沿革.....433

二、規範目的.....434

參、本條法律適用之基本原則.....434

一、補充適用之範圍：第 24 條之角色功能.....434

二、適用之限制.....437

肆、構成要件分析與案例類型.....442

一、構成要件內涵之一般性分析與解釋.....442

二、案例類型……...443
附錄一、多層次傳銷管理法草案總說明 ……493
附錄二、多層次傳銷管理辦法草案……495
附錄三、美國法相關條文……532
附錄四、日本不公平競爭條文……542
附錄五、德國營業競爭限制防止法……546
附錄六、德國不正競爭防止法……550
附錄七、歐體競爭法條文……559
附錄八、營業秘密歸屬表……688
附錄九、多層次傳銷實務統計……690
關鍵字索引……699
參考文獻……709

序論：逐條釋義之體裁

關於成文法典之逐條釋義，德國法學界與出版商合作、針對重要法典所編纂之法條註釋書（Kommentar）頗具代表性[1]。該國最根本之實體法，如：德國聯邦基本法（Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland，GG）[2]、民法典（Bürgerliches Gesetzbuch，BGB）[3]、刑法典（Strafgesetzbuch，StGB）[4]，均有多部權威性之法條註釋書；不同審判系統中所適用之基礎程序法，如：民事訴訟法（Zivilprozeßordnung，ZPO）[5]、刑事訴訟法（Strafprozeßordnung，StPO）[6]、行政訴訟法（Verwaltungsgerichtsordnung，VwGO）[7]等，亦有著名學者領銜註釋，均成爲法學界及實務界普遍參證之法條解釋資料。實務發展較爲成熟之個別法律

---

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

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

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

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

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

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

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

領域，由於一方面文獻豐富、案例眾多，編纂法條註釋書之資料不虞匱乏；另一方面則需求面廣、閱讀者眾，出版商亦樂意與法學界合作推廣專業資訊，法條註釋書亦不斷推陳出新。德國營業競爭限制防止法（GWB）及不正競爭防止法（UWG），即分別有Immenga/Mestmäcker[8]、Baumbach/Hefermehl[9]等權威著作，並依法典重大修正而更新出版內容。

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

在日本，除一般教科書及學術專門論著外，由多位學者或結合實務界人士共同合作執筆之工具書，主要有講座與逐條釋義二種型態。講座之撰寫方式，乃是設定各種重要議題，由對該議題有深入研究者負責執筆。在有關限制競爭之法律規範方面，最重要者爲日本經濟法學位所編合計七冊之「獨占禁止法講座」。至

---

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

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

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

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

於逐條釋義，則與本書體裁相似，係由熟悉相關學說及實務見解者針對各條規定逐一註釋；由於多係針對學說及實務見解予以詳細之介紹，有時動輒二、三十鉅冊，例如註釋民法或註釋公司法等。在公平交易法方面，例如：正田彬教授所著之「全訂獨占禁止法」、田中誠二教授等合著之「コンメンタール獨占禁止法」等。

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

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

壹、體例

法條註釋書係透過高度概念化之體系架構，針對現行法典內各條規定所編纂之專業資料彙編。法條註釋書既爲資料彙編之一種，對於資料完整性、均衡性及

[12] 該書於 1970 年時原由作者自刊，其後則改由三民書局出版。

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

周延程度之要求，即與另一種法律專業資料庫，亦即 － 六法全書或法律（法令、法規）彙編（Gesetztexte） － 近似；以條文所涵蓋之廣度而言，法條註釋書固然不及六法全書；但其中各條註釋之深度及其所涉實務見解之周延程度，卻遠非六法全書概略之條列或註記可比。然而，法條註釋書畢竟非專論（Aufsatz），並不以單一概念、理論或案例之深入探討爲目的，毋寧更重視所註釋之現行有效法律及其規範內容，透過系統化之編纂方式，使法學者或實務工作者得以迅速查閱。

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

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

貳、研究分工

本小組由司法院大法官廖義男教授主持，共同主持人包括台灣大學法律學系謝銘洋教授、台灣大學法律學系黃銘傑教授、清華大學科技法律研究所范建得教授、政治大學法律學系吳秀明教授、東華大學財經法律研究所石世豪教授、研究員則有王以國律師、顏雅倫律師、洪大植律師。

有鑑於公平交易法繼受自外國法制、實務發展過程中亦持續借鏡於各國執法經驗，本研究小組特別就其成員留學背景，分配撰寫美國（范建得教授）、日本（黃銘傑教授）、德國（謝銘洋教授）、歐洲聯盟（吳秀明教授）等陸續建立之重要競爭法制介紹，並就個別法制內與本次研究計畫範圍內各條（第 18 條至第 24

條）相當之規定，摘要整理其主要規範內容及學說實務見解，以供負責各條註釋者參證之用。至於各條註釋及相關部分，則依編排次序及條次分工如下（各共同主持人分別由名列其後之研究助理協助整理實務案例資料）：

序論：石世豪教授。

第 3 章（章名解說）：由廖義男率王以國、顏雅倫撰寫。

第 18 條：由廖義男率王以國、顏雅倫撰寫。

第 19 條：范建得、陳丁章。

第 20 條：謝銘洋、李素華。

第 21 條、第 22 條：石世豪、謝葉毓麗。

第 23 條、第 23 條之 1、第 23 條之 2、第 23 條之 3、第 23 條之 4：黃銘傑、陳雅君。

第 24 條：吳秀明、陳信宏。

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

本研究小組於研究期間密集召開會議，公平交易委員會洪德昌、左天梁、吳丁宏、胡祖舜四位專門委員，以及王榮菁、葉寧、林金郎、施錦村、葉添福、吳麗玲六位科長，邱淑芬、周百威兩位專員，張展旗科員、周建志約聘助理研究員等不辭辛勞，參與全程討論並提供詳實之實務資料、及時之行政支援，使本研究得以順利進行、相關資料亦得隨時補充，居功厥偉。本研究小組王以國律師、顏雅倫律師、洪大植律師分別協助研究小組相關資料整理工作，並於研究會議後詳細彙整討論成果、編輯研究報告，功不可沒。

參、寫作說明

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

一、項目及順序

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

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

（一）第一階層依條文次序排列。

（二）第二階層建議依下列項目依序說明及註釋：參考文獻→法制比較→（立法背景→）立法沿革→體系定位或規範目的、功能→構成要件或法律效果分段註釋→產業內（如大型流通業、不動產交易相關產業）或特殊時期（如九二一震災重建或ＳＡＲＳ流行期間）特殊說明→法條在適用上（例如：特殊案件類型）與本法其他條文或其他法律之關係。

二、註釋風格

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

（一） 該條規定與本法其他條文規定有關者，指明其他條文；本法相關概念或字詞註釋，原則上以條序較前者爲詳細註釋，條序較後者僅指明條序較前者即可。

---

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

（二） 該條涉及其他法律規定者，指明其他法律並引註條文內容。

（三） 命令函釋及實務見解應註明字號。

（四） 有爭議事項可以短論評析，但應註明各項見解出處，並簡短說明取捨依據。

（五） 條號、實務案件、構成要件、重要概念、關鍵字應註記，以供製作索引之用。

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

肆、凡例

本研究報告主要內容爲公平交易法第 1 條至第 17 條之逐條釋義，在緒論、導論之後，即以各條爲獨立章節分別註釋。註釋資料除條次及其條文要旨、現行規定、歷次修正及施行細則相關規定之外，佐以美國、日本、德國與歐洲聯盟之法制比較，並將立法背景、國內重要之學說與實務見解納入各條相關規定之說明。報告編纂格式相關事項說明如下：

一、目次：

緒論、導論與條次爲第一層。以下各層依序標記爲：壹、一、（一）、1.、（1）、A.、a.、（a）…

二、每重要段落標「邊碼」（即德文 Randnummer；縮寫 Rn）

引註本註釋書某特定內容者，宜以引「邊碼」爲主，不引頁碼。

三、參考文獻欄

依文獻時間排序，較早期著作排序在前。

引用格式例：

- 僅參考該作者一篇文獻：（張長樹：）〈公平交易法之基礎〉，頁 3-45

參考到作者兩篇以上文獻，先標記著作年代，以俾內文簡式引註參考文獻時仍可區別，若參考到同一作者在同一年代內有兩篇以上文章，則在年代後加上小寫 a,b,c

以資區別：

- 例一（同一作者有兩篇以上著作，年代不同）：廖義男（1994）；〈公平交易法之立法目的與保護之法益－第一條之詮釋〉，《公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》，頁 1-14；廖義男（1995），〈憲法與競爭秩序之維護〉，《公平交易法之理論與立法》，頁 1-11
- 例二（同一作者有兩篇以上著作，年代又相同）：蘇永欽（2002a），〈公平會的再造–從國際比較與政府再造的角度觀察〉，《公平交易法施行十周年回顧與前瞻學術研討會論文集》，頁 485-500；蘇永欽（2002b），〈公平交易法第四六條修正後的適用問題〉，《走入新世紀的私法自治》，頁 249-272
- 附註：文獻格式中〈 〉表示此為文章；《》表示此為書籍。

四、法制比較欄

本註釋書扉頁需就將各參與計畫教授負責之法制比較部分加以說明，因此各條文註釋中在法制比較章節裡，有引用各共同主持人及其助理所提出之文稿內容部分，均註明引註著作的參與計畫教授姓名。

五、引註方式

- 本國作者之文獻：因在參考文獻一欄已將作者姓名、文獻名稱、及參考部分頁碼記明，在內文中引用，只作簡單格式的引用，例如（廖義男，1994）、（蘇永欽，2002b）。
- 外國作者的文獻，應作隨頁腳註，但隨頁腳註格式如同「參考文獻」欄裡所引的格式，包括作者姓名，著作年代、頁碼或邊碼。
- 在註釋書中所有地方出現同一份文獻的引註都要統一，例如蘇永欽教授的〈公平會的再造–從國際比較與政府再造的角度觀察〉，《公平交易法施行十周年回顧與前瞻學術研討會論文集》一文，若引為（蘇永欽，2002a），則所有地方提到此篇文章都稱為（蘇永欽，2002a），故各條註釋部分要注意引用文獻是否前面已經引用過，其引用的格式為何。

六、引用參照條文

- 本法（公平法）不再記明法律名稱，直接引條號，例如：「參照：第 9 條第 2 項」，若引用其他法律條文，則加上法律名稱，例如：「參照：訴願法第 1 條至第 3 條」
- 文中首次提及外國法律，譯成中文，如 UWG 譯爲「不正競爭防止法」以利讀者閱悉。

七、年制：

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

八、索引：

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

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

第三章　不公平競爭

參考文獻

廖義男(1997),《行政法院裁判之評析—公平交易法實務與行政法院裁判之評析》

第三章　不公平競爭

壹、本章條文內涵概說

一、規範範圍不限於「不公平競爭」行為

二、規範內容

（一）垂直之限制競爭行為（第 18 條、第 19 第 2 款、第 19 第 6 款）

（二）不正當使事業參與限制競爭行為（第 19 條第 4 款）

（三）不公平競爭之行為（第 19 第 1 款、第 19 第 3 款、第 19 第 5 款、第 20 條、第 21 條、第 22 條）

（四）多層次傳銷行為（第 23 條至第 23 條之 4）

（五）概括補遺條款（第 24 條）

貳、體系宜重新整編

一、規範體系調整

二、多層次傳銷行為之規範應單獨立法

三、第 24 條之行為類型具體化與獨立成章

四、智慧財產權相關法制修正之影響

參、各條彼此間之規範關係

一、第 18 條限制轉售價格行為與第 19 條第 6 款不正當之方法限制交易相對人事業活動之行為

二、第 18 條限制轉售價格行為與公平法第 23 條多層次傳銷

三、第 19 條第 1 款杯葛行為與第 19 條第 2 款差別待遇行為

四、第 19 條第 1 款杯葛行為、第 22 條損害他人營業信譽行為與第 24 條其他足以

影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為

五、第 19 條第 2 款差別待遇行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為

六、第 19 條第 3 款以不正當之方法使競爭者之交易相對人與自己交易之行為、第 22 條損害他人營業信譽行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為

七、第 19 條第 4 款以不正當方法使他人參與限制競爭行為與第 14 條聯合行為

八、第 19 條第 6 款不正當之方法限制交易相對人事業活動之行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為

九、第 20 條仿冒行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為

十、第 21 條不實廣告行為與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為

十一、第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為與第 10 條濫用獨占地位之行為

壹、本章條文內涵概說

一、規範範圍不限於「不公平競爭」行爲

1 按爲維護公平之交易秩序，促進市場之機能，必須確保營業競爭行爲之自由與正當。然事業於競爭的過程中，卻常會憑藉其市場力量或利用各種契約方式來限制他事業的營業自由或交易相對人之選擇自由，致使他事業參與競爭的機會遭到阻礙、惡化市場競爭結構或是扭曲市場競爭之機能。故爲確保營業競爭行爲之自由，消弭人爲對競爭自由之不當限制，即須對事業之限制競爭行爲加以規範。而除限制競爭行爲外，事業在競爭的過程中，若不以價格、數量、品質、服務等效能競爭之手段，而藉由違反商業倫理或競爭本質之方法擴張營業或爭取交易相對人，此種不正當的競爭手段，扭曲競爭功能並會對市場交易之公平競爭秩序有所傷害，故亦須有不正當競爭行爲之規範。事業限制競爭與

不正競爭的行爲態樣雖有不同，然對市場競爭機能均有不當影響，而有立法規制之必要。

2 本法立法之初，爲維護交易秩序並確保公平競爭，而將限制競爭行爲與不公平競爭行爲合併加以規範，故本法實體規定部分，除第 1 章「總則」（共計十條）明定立法目的、相關名詞定義及主管機關，與第 2 章「獨占、結合、聯合」（共計九條）規範獨占、結合與聯合行爲外，並另行以第 3 章「不公平競爭」針對約定轉售價格（第 18 條）、限制競爭或妨礙公平競爭之虞的行爲（第 19 條）、仿冒表徵或外國著名商標（第 20 條）、虛僞不實或引人錯誤之表示或廣告（第 21 條）、營業誹謗行爲（第 22 條）、多層次傳銷（第 23 條至第 23 條之 4）以及其他欺罔或顯失公平行爲（第 24 條）等加以規制。惟本章雖名爲「不公平競爭」，然規範範圍卻不僅限於不公平競爭行爲，尚包含部分限制競爭行爲，其規範內容大致可分爲下列類別，茲概述如下：

二、規範內容

（一）垂直之限制競爭行爲（第 18 條、第 19 第 2 款、第 19 第 6 款）

3 本法第 18 條（限制轉售價格）、第 19 條第 2 款（不正當差別待遇行爲）與第 19 條第 6 款（不正當限制交易相對人之事業活動），雖列在本章加以規範，但本法第 18 條（限制轉售價格）之規範重點，係在避免上游事業以限制下游經銷廠商價格決定自由的方式，使同一品牌內不同經銷商間不能爲價格競爭；本法第 19 條第 2 款則重在保護事業之交易相對人，不致於因該事業依恃市場力量而爲不正當差別待遇，而使其在已無多重選擇可能性之下因被阻絕進入市場或被不利之差別待遇而無法在市場上爲公平競爭；而第 19 條第 6 款（不正當限制交易相對人之事業活動）則係禁止事業透過市場力量，對他事業與第三人交易時，就其業務條件、事業活動甚至當事人之選擇自由等非價格事項，以訂定契約等方式（例如搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制）不正當地加以限制，而導致阻絕通路、妨礙競爭者之參進、減損交易相對人之取得可能與選擇自由等結果，甚或造成最終消費者之福利損失，三者在規範系譜上均係屬於對

事業垂直限制競爭之規範，而不應列屬不公平競爭之行爲類型（參照第 18 條邊碼 43；第 19 條邊碼 79、80）。

（二）不正當使事業參與限制競爭行爲（第 19 條第 4 款）

4 按事業進行聯合或結合行爲，係出於事業間之自由意識決定而爲限制競爭行爲，對營業自由與市場競爭秩序均有傷害，故於本法第二章加以管制。但本法第 19 條第 4 款更進一步禁止事業以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使他事業參與聯合或結合，以達限制競爭之目的，此即學理上所謂「限制競爭行爲之外部強制」，以保護他事業營業自由意識之自主、不受扭曲，法條序列雖列在本法第 3 章，但論其實際，其亦屬反托拉斯法或事業限制競爭行爲規範的一環，而應列於第 2 章較爲適宜。

（三）不公平競爭之行爲（第 19 第 1 款、第 19 第 3 款、第 19 第 5 款、第 20 條、第 21 條、第 22 條）

5 本章中對於事業對他事業進行杯葛（第 19 條第 1 款）、不正當爭取競爭者之交易相對人（第 19 條第 3 款）、不正當獲取他事業產銷機密（第 19 條第 5 款）、仿冒他人表徵（第 20 條）、對商品或服務之重要資訊爲虛僞不實或引人錯誤之表示或廣告（第 21 條）或損害他事業之營業信譽（第 22 條）等行爲之規範，在規範光譜上，均係對於事業違反效能競爭並具有商業倫理可非難性之不公平競爭行爲加以規制，重在維護市場交易中競爭手段之純正，禁止事業藉由不正當的競爭手段爭取交易機會或獲得產業活動上的不法利益，以確保本法保護市場公平競爭秩序之意旨，納入本章中加以規範，係符合本章章名意旨。

（四） 多層次傳銷行爲（第 23 條至第 23 條之 4）

6 按多層次傳銷係屬現代新興行銷方式之一種，藉由多層次傳銷組織之參加者間，逐層推銷產品之方式，建立其傳銷體系。然而不正當之多層次傳銷，卻常演變成爲參加者獲利之途徑主要係來自於介紹他人參加傳銷體系所獲得之佣金，而非藉由產品之推廣所得之利潤（參照廖義男，1997，頁 245）。此種不正當的多層次傳銷（即俗稱的「老鼠會」），係以「獵人頭」爲手段，除係非以效

能競爭之優勢爭取交易機會，而具有商業倫理上之可非難性外，更大的弊病在於若多層次傳銷其參加人所得之佣金、獎金或其他經濟利益，主要係基於介紹他人參加，則愈後參加者勢必因無法覓得足夠之人頭而遭經濟上之損失，而其發起或推動之人則毫無風險，且獲暴利，不但破壞市場機能，甚或造成社會問題，故本法於第 8 條雖先基於價值中立的立場對多層次傳銷加以定義，但仍於第 23 條明文禁止不正當或變質之多層次傳銷行爲。除此之外，即使是合法之多層次傳銷行爲，本法亦從消費者保護的角度出發，賦予參加人自由選擇退出多層次傳銷組織之權利（第 23 條之 1 至第 23 條之 3），並由公平會透過本法明確授權（第 23 條之 4）所制訂之多層次傳銷管理辦法，要求多層次傳銷組織必須將所有可能影響參加人決定是否加入的重要資訊，徹底對參加人進行告知，並明列對參加人重大影響權益之「禁止行爲」及對參加人之管理義務等相關規定。整體而言，本法對於多層次傳銷行爲之規範，在不正當或變質之多層次傳銷行爲的規範上，雖涵有部分不公平競爭行爲規制的精神，然保護參加人兼爲消費者之色彩更爲濃厚，而有別於本章其他不公平競爭行爲之規範。

（五）概括補遺條款（第 24 條）

7 本法係爲維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮之目的而制訂，亦即爲維護市場上自由及公平之營業競爭秩序而立法，故須對破壞或扭曲市場競爭功能之各種營業競爭行爲加以規範。惟市場上之營業競爭行爲態樣繁多，難以有限之條文涵蓋殆盡，面對變化多端之經濟事實，並希冀法規範能適度因應市場競爭行爲之多樣性、複雜性、變化性、動態性、不確定性與發展上的開放性等特質，故本法遂於第 24 條採取概括規定的方式，明定：「除本法另有規定者外，事業亦不得爲其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲。」，藉此更周延地掌握多樣性的市場競爭行爲，並補充本法個別規定不足所產生之規範漏洞，而本條之概括條款性質，使得本條在實務上扮演著舉足輕重的地位。然第 24 條係規範於第三章「不公平競爭」中，但其適用與概括補充的範圍及其角色功能定位，一直有諸多爭議（參見：第 24 條邊碼 28 至 34），

且歷年來公平會適用本條之實務案例並逐步累積、歸納之行爲類型與準則，已使本條補充之範圍與領域更爲深廣，而超越單純不公平競爭行爲概括條款之功能。惟公平會依本條規定對市場活動進行管制時，仍應有「窮盡規範原則」之適用（參見第 24 條邊碼 36、37），於個案處理時，並應受本條「足以影響交易秩序」之實體要件及本法第 26 條「危害公共利益」之程序發動門檻之限制（參見第 24 條邊碼 39 至 45）。

貳、體系宜重新整編

一、規範體系調整

8 按本章雖名爲「不公平競爭」，然規範範圍卻不僅限於不公平競爭行爲，尚包含本法第二章所規範之「獨占、結合、聯合行爲」以外的限制競爭行爲，不論是事業對其交易相對人爲限制轉售價格之約定，就供給之商品轉售與第三人，或第三人再爲轉售時，應遵守一定之價格，參照：第 18 條；或就價格以外之其他交易條件爲限制，如阻礙他事業進入競爭市場（「使用限制」或「獨家交易之安排」），或使受排斥之第三人無從取得商品（「顧客限制」），或具有市場力量的事業藉搭售行爲以推銷其他商品或服務而延伸其力量至另一市場等使交易相對人之營業自由受到不公平的限制，亦使他事業進入市場受到不公平的阻礙，同時也損及消費者之選擇自由之其他拘束第二手契約行爲，參照：第 19 條第 6 款及施行細則第 27 條第 1 項；抑或是事業不合理地對於在產銷關係中居於相同位階與作用之交易相對人，在價格、交易條件或交易與否等方面，給予不同對待，致使受不利差別待遇之事業不能自由及公平競爭之不正當差別待遇行爲，參照：第 19 條第 2 款；以及爲達限制競爭之目的，而以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使他事業參與結合或聯合行爲等，參照：第 19 條第 4 款，本法第三章對前述行爲之規範或禁止，與第二章「獨占、結合、聯合行爲」相同，均偏重於維護市場自由競爭之秩序與結構，然本法卻將之分散規定於章名爲「不公平競爭」之本章中，非但使本法第 19 條本文「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」

之解釋適用，須依各款係屬不公平競爭或限制競爭行爲之規範而有區別，而使本法第 19 條之解釋更形複雜，並且由於本法對於事業競爭行爲的實體規範，除第一章總則涉及獨占、結合、聯合等定義規定外，也僅存於上開第二、三章。因此，如果光從章名來理解本法，實會造成公平法對於危害競爭自由的限制競爭行爲，僅僅單就「獨占」、「結合」、「聯合」三種行爲加以規範的誤解。

9 另外，從實際條文內容來理解，在不公平競爭章節裡混雜限制競爭行爲之條文，也突顯出立法者對於維護競爭自由面向上所必要之限制競爭行爲規範，欠缺完整之體系思考。較佳之立法章節安排，或許應將本具有限制競爭性質之獨占、結合、聯合行爲與現列於本法第三章規範之其他限制競爭行爲，如限制轉售價格（第 18 條）、不正當差別待遇行爲（第 19 條第 2 款）、不正當限制交易相對人之事業活動（第 19 條第 6 款）與不正當使事業參與限制競爭行爲（第 19 條第 4 款）等共置於第二章，另更名爲「限制競爭」；抑或考量章節條文變動幅度，不變動第二章「獨占、結合、聯合」之章節完整性，將前述其他個別之限制競爭條款抽離出來，另立一章「限制競爭」，如此，方能爲完整體現公平法同時維護競爭秩序自由與公平的角色，並參照：第二章，邊碼 9 至 10。

二、多層次傳銷行爲之規範應單獨立法

10 按本法關於多層次傳銷之規範，係以消費者或參加人爲其直接保護對象，而與競爭法制所欲保護之直接法益在於自由公平的競爭秩序，參照：第 1 條，不論於規範目的、理念或規範方式上，均存有相當程度的差異性，而其他國家法制中，亦鮮見有將多層次傳銷的規範，直接於競爭法制中明文加以規制者，縱使是美國聯邦交易委員會有關不當多層次傳銷之管制，亦是源於美國聯邦交易委員會，於其歷史發展過程中，逐漸兼負有消費者保護之任務，而與我國的公平會主要被界定爲係屬競爭主管機關不同，故美國聯邦交易委員會爲落實其消費者保護之使命與任務，遂藉由擴大聯邦交易委員會法第 5 條第 1 項之不公平或欺罔行爲或手段之解釋，規範對重大危害消費者利益之多層次傳銷行爲。

11 雖多層次傳銷規範之理念與目的，與公平法整體之規範旨趣實屬不同，然

本法立法之初，立法者鑑於當時俗稱之老鼠會等不正當多層次傳銷型態的橫行，造成嚴重的社會問題，雖亦有制定專法予以規範之構想，惟爲求時效之便，恐另行立法緩不濟急，故將多層次傳銷行爲納入本法中加以規範。

然本法施行日久，多層次傳銷之規範體系與經驗雖已逐漸成形，但在本法中對於多層次傳銷行爲加以規範，不但過度耗費了本應致力於競爭事務處理之公平會的大量行政資源，且其與本法其他條文規範邏輯上之不一貫性與條文比重之錯置亦愈趨顯明，繼續維持此一規範體例，實有不當之處。再者，考量公平會依本法第 23 條之 4 授權所制訂之多層次傳銷管理辦法，其體例已相當完備，將本法中關於多層次傳銷之規定，諸如第 8 條（多層次傳銷、多層次傳銷事業及參加人之定義）、第 23 條（不正當多層次傳銷之禁止）、第 23 條之 1（多層次傳銷參加人解除契約）、第 23 條之 2（多層次傳銷參加人終止契約）、第 23 條之 3（多層次傳銷事業請求損害賠償或違約金之限制）與多層次傳銷管理辦法加以統合單獨訂定新法，並無太高的立法成本，自宜將本法與其相關子法中關於多層次傳銷之規範予以單獨立法，以維持本法內部法律規範邏輯之一致性，及維護自由及公平競爭之立法目的一貫性。從而，公平會乃有獨立立法之意圖，而於 2004 年 7 月 22 日公布「多層次傳銷管理法草案」(參照：第 23 條，邊碼 8)。

三、第 24 條之行爲類型具體化與獨立成章

12 由於本法第 24 條描述違法行爲之用語抽象概括，僅禁止其他足以影響交易秩序之「欺罔」或「顯失公平」之行爲，故有賴執法機關與法院經由實務案例逐步具體、累積本條所適用之行爲類型與準則，以體現本法第 24 條之規範意旨。而公平會歷年來就本法第 24 條之執法實務，亦已逐步累積出一定的案件類型，並透過訂定處理原則、頒佈解釋函示或者是針對一些常見的違法行爲類型或態樣或個別產業之特殊行爲與市場結構，說明其可能抵觸本法第 24 條規定等方式，而漸漸明確化本法第 24 條之法律適用標準。

13 由於迄今爲止，本法第 24 條此一概括條款之理論與實務發展，均已具有一定之成熟度，也累積了相當多實務案例，顯已有建立案例類型與體系的必要性。

若能將本條透過實務所累積且見解趨於穩定的眾多案例類型，於本法中加以明文化與體系化，不但有助於執法機關、法院或被規範者就本法對市場競爭行為之規範，有更全面性的掌握與理解，而且藉此亦可促進法律之安定性及可預見性，而更能適度控制本條之適用範圍。

14 至於第 24 條案例類型之立法規範方式，考量本法第 24 條概括補充之範圍，不論是理論或實務均認為不限於本法第三章不公平競爭之範疇內，故第 24 條宜自本法第 3 章移列而獨立成章，並綜合考慮第 24 條之構成要件、侵害法益與行為性質，將我國已累積並較固定之案例類型，諸如冒充或依附有信賴力之主體、不實促銷、隱匿交易重要資訊、不當招攬顧客、阻礙競爭（如不當比較廣告、警告信函）、榨取他人努力成果、違法取得競爭優勢、干擾市場機能、資訊不對等之不當利用、其他濫用市場地位或限制競爭行為等行為類型，予以歸類並適度例示，以兼顧各種性質之市場競爭行為類型規範。

四、智慧財產權相關法制修正之影響

15 就法律體系而言，智慧財產權法制，特別是商標法，與本法對於不公平競爭之規範，兩者均與競爭秩序有密切之關係。而本法第三章「不公平競爭」中與智慧財產權保護最密切相關者，即為本法第 19 條第 5 款關於禁止事業以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密（與營業秘密法），以及本法第 20 條與第 24 條對於商品或服務表徵及國外著名商標之保護（與商標法）。

16 然而，以本法第 19 條第 5 款而論，於立法之初係因考量當時我國保護營業秘密之法律依據不足，故將不當獲取事業產銷機密的行為納入本法加以規範，然我國其後於 1996 年 1 月 17 日立法通過「營業秘密法」，明確規範營業秘密保護要件、歸屬與利用、讓與及授權、營業秘密之共有、營業秘密侵害態樣、侵害之排除、損害賠償之認定、訴訟程序之特別規定等事項後，由於營業秘密法不論是營業秘密之認定範圍與侵害類型，均較本款周延，雖違反本款規定將產生行政責任與刑事責任，與違反營業秘密法僅涉及民事責任有所不同，但由於

本款構成要件嚴格，且公權力一旦介入後，營業秘密難免曝光，對權利人於秘密保護之利益，未必相符，公平會迄今未曾援引本款作出任何處分，致使本款在實務上幾無任何作用。是以，本款之存在必要性、其與營業秘密法之間的適用或競合關係、究竟應以何種手段保護事業的營業秘密或產銷機密等問題，均將成爲未來我國在進行營業秘密保護法制之相關檢討時無法迴避的課題。

17 至於我國對於表彰商品或服務來源之標識之保護規定，除商標法外，最重要者即爲本法，然因我國商標法係採取註冊保護主義，且過去商標法所保護者僅爲平面商標，不及於三度空間之立體標識，使許多業經使用之實質商標無法取得商標權保護，商標法對於著名商標之保護亦有所不足，而本法所保護之表徵，其範圍又遠比商標法上所保護之商標爲廣，故本法有關表徵之保護就顯得相當重要。然而此種情形在 2003 年商標法修正後，不但立體標識可以經由註冊而取得商標權之保護（參照：商標法第 5 條），商標法對於著名商標之保護亦較爲周延（參照：商標法第 23 條第 1 項第 12 款、第 62 條第 1 款），使得本法第 20 條與第 24 條所扮演角色有重新檢討的必要。未來修法之可能趨勢，應由商標法在表徵商品或服務來源之標識保護上扮演主要功能，本法第 20 條與第 24 條均僅是商標法對於標識保護不足之補充，是以本法第 20 條之規定與本法第 24 條在標識保護上之適用，均宜爲適度調整，參照：第 20 條邊碼 79 至 82。

參、各條彼此間之規範關係

一、第 18 條限制轉售價格行爲與第 19 條第 6 款不正當之方法限制交易相對人事業活動之行爲

18 上、下游事業間所爲之垂直限制競爭行爲，可大致分爲價格限制與非價格限制。前者即公平法第 18 條所欲規範之限制轉售價格行爲，至於非價格限制，如上、下游事業間所爲之搭售、獨家交易、地域、顧客或使用限制等約定，則係透過公平法第 19 條第 6 款「事業以不正當限制交易相對人之事業活動爲條件，而與其交易之行爲」予以規範。在 1999 年 2 月公平法修正時，刪除原第 18

條第 1 項但書「一般消費者之日常用品，有同種類商品在市場上可爲自由競爭者」之除外規定後，對於事業爲轉售價格限制行爲，公平法一律採取「當然違法」之立場，以確保價格競爭機能之維持（參第 18 條，邊碼□）。至於公平法第 19 條第 6 款於適用上，則須以事業之行爲有「限制競爭之虞」者爲要件，同時，就限制是否不正當應綜合「當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響」等因素加以判斷（施行細則第 27 條第 2 項）。從而，本法第 19 條第 6 款之規範對象，以事業擁有相當市場地位爲前提，而第 18 條之適用，則不以此爲必要。又現行公平法對於垂直之非價格限制競爭行爲，並不認爲當然違法，僅以其限制係「不正當」並有「限制競爭之虞」時，始加以禁止，故與公平法第 18 條對轉售價格之限制採取「當然違法」原則有別。

19 然而，現行公平法第 18 條規定：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效」，其適用情形頗受侷限。蓋依本條文義，其規範對象僅限於「商品之轉售」行爲，如事業提供之標的非「商品」而屬「服務」、或智慧財產權人對於依該「授權」製造之商品限制其售價，或交易之型態並非出售商品而係「出租」等情形，雖亦屬上、下游廠商間之垂直價格限制行爲，惟因與本法第 18 條之文義未盡相符，實務上多係透過本法第 19 條第 6 款規定，甚或第 24 條之概括補遺條款予以規範。就法政策而言，價格之垂直限制行爲，無論其限制對象係商品或服務，同樣對均會對市場之價格競爭機能產生限制效果，故宜以同一法條加以規範，因此，本法第 18 條規定尚有修法改善之空間（參第 18 條，邊碼 66、67、117）。

二、第 18 條限制轉售價格行爲與公平法第 23 條多層次傳銷

20 公平法所謂多層次傳銷，係指就推廣或銷售之計畫或組織，參加人給付一定之代價，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（公平法第 8 條第 1 項）。從而，判斷一事業是否爲多層次傳銷事業，參加人是否給付一定代價，即爲其構成要件之一，而

所謂「給付一定代價」，則包括給付金錢、購買商品、提供勞務或負擔債務等情形（公平法第 8 條第 2 項）。其中，就參加人購買商品之情形而言，因該商品之所有權與實質風險，若已自多層次傳銷事業移轉至參加人，如參加人將該商品販賣予其下線參加人，即應構成本法第 18 條所規範之「轉售」。

21 由於多層次傳銷事業參加人之收入來源，係因推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加，而獲得佣金、獎金或其他經濟利益。此時，參加人所獲得之經濟利益，除了來自本身銷售商品或勞務所得外，往往就其介紹加入者（俗稱下線）之銷售利得，亦可分得一定獎金。在多層次傳銷事業之經營型態上，如任由銷售者自由決定商品售價，必會影響到介紹其加入者（俗稱上線）之利益，因此多層次傳銷事業多會限制其參加人銷售商品之轉售價格。在公平會實務上，認爲多層次傳銷事業仍屬公平法第 2 條所稱之「事業」；且參加人一般均非多層次傳銷事業之受僱人或代表人，而與多層次傳銷事業分屬獨立之經濟主體，亦屬公平法第 3 條所稱之「交易相對人」。從而，多層次傳銷事業提供參加人購買之商品，自應遵守本法第 18 條之規定，容許其參加人自由決定該商品之轉售價格（參第 18 條，邊碼 84）。

三、第 19 條第 1 款杯葛行爲與第 19 條第 2 款差別待遇行爲

22 公平法第 19 條第 1 款規範之杯葛行爲，係指事業「以損害特定事業爲目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行爲」。按杯葛行爲並非依據自己商品或服務之品質優良、價格低廉等方法，使競爭者無法與自己競爭，而係藉助他人之力量排擠競爭者，故本質上即違反效能競爭，其行爲本身具高度商業倫理之非難性，乃典型之妨礙公平競爭行爲，無須另考量涉案事業是否具有市場地位（參第 19 條，邊碼 100）。再者，杯葛行爲之非難性，在於杯葛發起人以損害特定事業爲目的，藉助他事業以斷絕交易之方法，迫使該特定事業退出市場或阻礙該事業參與競爭，故杯葛發起人之行爲，客觀上若足以認爲有「誘導或唆使」他事業拒絕與特定事業交易之作用，自效能競爭之觀點上，即具有可非難性，至於杯葛受話人是否聽從唆使，事實上有無斷絕供給或購買之

行爲，均不足以影響杯葛發起人杯葛行爲之認定。

23 不過，依本法第 19 條第 1 款之構成要件，仍須有杯葛發起人、杯葛受話人及受杯葛人等三方當事人存在，始足以構成本款規定之違反。若事業僅單方面對某一特定事業爲斷絕供給、購買或其他交易行爲，因僅有兩方當事人，尚非本法第 19 條第 1 款之規範對象。蓋一般而言，事業基於私法自治及契約自由原則，本享有選擇交易對象之自由，單純與特定事業拒絕交易，並未違反自由與公平之競爭秩序，僅當事業具有市場地位，而有濫用其經濟力之情事，使他方交易相對人在選擇可能性受限制之下，因遭無正當理由之拒絕交易（差別待遇）而妨礙其公平競爭時，方構成公平法第 19 條第 2 款之「差別待遇」行爲（參第 19 條，邊碼 113）。一事業在與多數同種類事業進行交易之情形下，若針對特定事業斷絕現有之交易關係，或拒絕成立新的交易關係，即構成交易對象選擇之差別待遇。惟對於不具市場地位之事業，其所爲之差別待遇行爲，雖亦使特定少數事業之交易機會受到限制或不利對待，但該等交易相對人因尚有多重之選擇可能，可改與其他事業交易，並不會對市場競爭自由秩序造成損害，公平法並無介入規制之必要，故公平法第 19 條第 2 款規定於適用上，應以該事業具有一定之市場地位爲限。同時，在差別待遇有無「正當理由」之判斷上，亦需審酌市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險及其他合理事由（公平法施行細則第 26 條），而與本法第 19 條第 1 款係利用他事業排擠其競爭者，該手段本身即具商業倫理非難性之情形有所不同。

四、第 19 條第 1 款杯葛行爲、第 22 條損害他人營業信譽行爲與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲

24 由於公平法第 24 條乃整部公平法之概括補遺條款，其補充適用之範圍包括限制競爭、不公平競爭，甚至涵蓋部分關於消費者保護之領域。一涉嫌違反公平法之具體事實，其適用公平法各條文加以論處之適用順序上，應作如下安排：１、行爲已有其他條文加以規範者，應適用其他條文，不應適用第 24 條；２、行爲非其他條文可加以規範，而其行爲該當「足以影響交易秩序之欺罔或顯失

公平之行爲」者，應適用第 24 條；3、行爲之一部分滿足其他條文規範之要件，而他部分亦該當第 24 條之規範要件者，應併適用其他條文與第 24 條（參第 24 條，邊碼 36）。

25 公平法第 19 條第 1 款之杯葛行爲與公平法第 24 條兩項條文間，產生競合關係，實務上多見發生於專利權人發函警告其競爭對手之交易相對人之情形。按專利權人爲維護其權利，於有合理事證認爲其權利受侵害時，固然得以發警告函方式，警告侵害人停止侵害行爲。惟侵害人若爲其同業競爭者，而發函對象不僅侵害人，尚包括專利權人與侵害人共同爭取之客戶時，該警告函具有爭取交易，並促使其拒絕與他人交易之作用，涉及是否公平競爭之問題。如專利侵害之警告信函中，已明確指明特定競爭者涉嫌侵害其專利權，而要求受信人勿再購買或販賣該涉嫌侵害專利之商品，然卻未附以公正客觀之鑑定報告或未經法院判決有專利侵害，亦未敘明專利權明確內容、範圍及受侵害之具體事實者，則該發函行爲之作用，將使受信人無從判斷有無侵害專利，未免訟累而停止交易，即不能認爲係公平法第 45 條所稱「行使權利之正當行爲」，而已構成本法第 19 條第 1 款杯葛行爲之違反，無須對同一行爲同一可非難之部分，再適用公平法第 24 條予以論處（「行政院公平交易委員會審理事業侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」第 6 點參照）。惟公平會處理此類案例，多逕自援引公平法第 24 條予以論處，對具體個案何以不適用第 19 條第 1 款往往均未加說明，在論證方法上值得檢討（參第 19 條，邊碼 102）。此外，專利權人散發警告函行爲，如信函中之內容係以損害競爭者爲目的，陳述足以損害競爭者之營業信譽之不實情事者，更得進一步論以本法第 22 條之營業毀謗行爲（參照：第 22 條，邊碼 54）。

五、第 19 條第 2 款差別待遇行爲與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲

26 公平法第 19 條第 2 款所規定者，乃事業對於他事業無正當理由之差別待遇行爲，而所謂「差別待遇」，係指事業對於在產銷關係中居於相同位階與作用之

事業，在價格、交易條件或交易與否等方面，給予不同對待而言。事業基於契約自由原則，對於不同之交易相對人是否給予相同之交易條件，本應由事業自行決定。惟事業若具有相當之市場地位，即其交易相對人在交易對象選擇可能性受有限制或減少之情形下，如對其需求者或供應者爲無正當理由之差別待遇行爲時，即會使受差別待遇之事業與他事業之公平競爭受影響，並使自由競爭秩序受到限制，公平法即有介入管制之必要。是以，在本款規定之適用上，應以差別待遇有無「正當理由」及「限制競爭之虞」，作爲其判斷合法與否之標準。

27 按本法第 19 條第 2 款之差別待遇行爲，係以事業對「他事業」無正當理由之差別待遇行爲，而有限制競爭之虞者爲限。一具相當市場地位之事業，其無正當理由爲差別待遇行爲之對象，若非他事業，而係一般「消費者」時，雖與本條規定之要件有所不符，惟該事業仍有濫用市場地位之情事，即可依本法第 24 條「足以影響交易秩序之顯失公平行爲」予以補充適用。至於不具市場地位之事業，其所爲之差別待遇行爲，雖亦使特定少數事業之交易機會受到限制或不利對待，但該等交易相對人因尚有多重之選擇可能，並無限制競爭之虞，公平法亦應尊重事業所享有之契約自由與營業自由。從而，對於不具相當市場地位之事業所爲之差別待遇行爲，應無再適用本法第 24 條予以規制之餘地（參照第 19 條，邊碼 111；第 24 條，邊碼 90）。

六、第 19 條第 3 款以不正當之方法使競爭者之交易相對人與自己交易之行爲、第 22 條損害他人營業信譽行爲與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲

28 公平法第 19 條第 3 款之規定，乃係禁止事業「以脅迫、利誘或其他不正當方法，迫使競爭者之交易相對人與自己交易」之行爲。按事業若非憑藉較有利之價格、數量、品質等條件，而係以違反效能競爭或商業倫理之不正當方法，使競爭者之交易相對人與其從事交易者，即屬應予非難之不公平競爭行爲，而有本款規定之適用，無須另考量該涉案事業之市場地位（參第 19 條，邊碼 156）。惟對本款「其他不正當方法」此一不確定法律概念，其解釋亦應與例示之「脅

迫、利誘」性質相當，以具有高度不法內涵或商業倫理高度可非難性者爲限。至於尚未達與「脅迫、利誘」之不法程度相當，但仍足以影響交易秩序之其他不公平競爭行爲，則可藉由本法第 24 條之補遺條款予以規制。

29 在比較廣告之情形，若事業並非針對自身商品或服務，而係就被比較對象之商品或服務，爲虛僞不實或引人錯誤之表示者，雖無法論以公平法第 21 條規定，但仍有第 24 條之適用。若事業出於競爭之目的，於比較廣告中就他人商品或服務所提供之資訊，非但虛僞不實，且不實之內容非僅就產品優劣程度之比較，比較之結果更足以對他人營業信譽產生貶損之結果者，則進一步涉及公平法第 22 條所禁止之營業誹謗行爲（參第 22 條，邊碼 53）。此外，事業從事此類不實之比較廣告，以貶損競爭者商品之價值、功能等方式，突顯自己商品之優質者，其目的無非係用以招徠顧客與自己交易，故亦該當於本法第 19 條第 3 款之要件而有本款之適用。

七、第 19 條第 4 款以不正當方法使他人參與限制競爭行爲與第 14 條聯合行爲

30 按公平法第 19 條第 4 款，明文禁止事業「以脅迫、利誘或其他不正當方法使他事業不爲價格之競爭、參與聯合或結合」，乃係禁止事業利用經濟上之強制力量或其他不正當方法使他事業參與限制營業競爭行爲，其中「使他事業不爲價格之競爭」之部分，應該僅爲聯合行爲之例示。聯合行爲，則係事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格、或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行爲，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者（公平法第 7 條第 1 項、第 2 項）。因此，「是否影響市場功能」之認定，在聯合行爲之規制上至關重要，其中，聯合行爲參與事業之市場占有率，則爲其主要判斷因素。又公平法僅對於達到一定規模之事業結合，始限制其須爲申報（公平法第 11 條第 1 項）。惟事業參與聯合或結合行爲應出於其自由意願，如他事業不參與聯合或結合，而竟以脅迫、利誘或其他不正當之方法，促使他事業參與，以達限制競爭之目的者，乃直接危害市場自由競爭運作之基本法則。是以，公平法第 19 條

第 4 款所注重者，乃是手段之高度不法內涵，本款規定之行爲本身，其目的即在直接限制競爭之行爲，因此毋須探究涉案事業之市場地位，以及使參與之聯合行爲是否已達足以影響市場競爭功能，或使參與之結合事業是否已達應爲申報之門檻，即當然合致「有限制競爭之虞」之要件（參第 19 條，邊碼 182）。

31 關於聯合行爲之「合意」，除了具有法律拘束力之合意如契約、協議外，尚包括其他不問有無法律上拘束力，但事實上可導致共同行爲之意思聯絡（公平法第 7 條第 3 款）。數家事業縱令在外觀上採取一致性之市場行爲，惟該行爲若非基於事業間之合意者，尚不能構成聯合行爲。惟此項「合意」要件之證明，在聯合行爲管制上爲相當困難之任務，除少數掌握直接證據之情形外，執法機關雖可依賴間接證據來認定，但仍應以數家事業採取共同一致之行爲，市場上並無客觀之供需變化因素可資說明其原因，而自該各別事業之各別利益觀察，無法解釋之，僅能基於有共同之目標及計畫加以了解時，方能「合理推定」有聯合行爲合意之成立（參第 14 條）。對於事業之一致性行爲，雖有一事業單方面之建議或通知，擬影響他事業對該建議予以配合時，在要件上，尚難認爲已有聯合行爲之「合意」。此際，對於該不爲配合之他事業，利用脅迫、利誘或其他不正當方法，使該他事業參與聯合行爲者，則爲此等行爲之事業即應依公平法第 19 條第 4 款規定論處，惟本款規定既重在競爭手段之非難性，則所謂「脅迫、利誘或其他不正當方法」，均應以足以影響他人之意思決定，具有高度之不法內涵或商業倫理之高度可非難性者爲限（參第 19 條，邊碼 173 至 176）。是以，對於無法證明事業間之一致性行爲係基於合意所爲，而僅掌握事業有單方面建議或通知之事證時，尚須其手段可認爲係「其他不正當方法」者，始得依本款規定加以論處。

八、第 19 條第 6 款不正當之方法限制交易相對人事業活動之行爲與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲

32 公平法第 19 條第 6 款規定，乃禁止事業「以不正當限制交易人之事業活動爲條件，而與其交易」之行爲。本款所規範之行爲，即學理所稱之「拘束第二

手契約」，此等契約不僅規範當事人之權利義務，而且其作用或阻礙他事業進入競爭市場（使用限制，或獨家交易之安排）；或使受排斥之第三人無從取得商品（顧客限制）；而搭售行爲，更常爲某一已取得獨占或一定市場地位之事業藉以推銷另一商品，延伸其市場力量至另一市場，而阻礙其他競爭者競爭之手段。故此種行爲，不僅使交易相對人之營業自由受到限制，影響其營業決策自由，亦使他事業進入市場受到不公平之阻礙，同時也損及消費者之選擇自由。因而，適用本法第 19 條第 6 款規定，與本條第 2 款之要件相同，均必須強調該事業具有一定之市場地位。又公平法第 19 條第 6 款規範之「拘束第二手契約」，因以限制交易相對人之「事業活動」爲條件，故要件上，被限制之交易相對人須爲「事業」。若受拘束第二手契約限制之交易相對人，爲一般消費者時，對該事業濫用市場地位之行爲，則無本條款規定之適用，而須依本法第 24 條「足以影響交易秩序之顯失公平行爲」予以規制。惟事業若不具一定市場地位，其雖爲拘束第二手契約之行爲，但其交易相對人仍有多重之選擇可能性，對於市場之競爭自由秩序並不會造成損害，即無再以本法第 24 條補充適用之餘地。（參照：第 24 條，邊碼 90）

九、第 20 條仿冒行爲與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲

33 我國公平法第 20 條對於仿冒行爲之規範，大致可依其構成要件分爲對商品或服務表徵之仿冒，以及對未經註冊之國外著名商標之仿冒二類。按事業就其提供之商品或服務，以相關事業或消費者所普遍認知之他人商品或服務之表徵，爲相同或類似之使用致生混淆者，即應受公平法第 20 條第 1 項第 1 款或第 2 款規定所禁止。易言之，上述兩款仿冒行爲之構成要件，包括：一、被仿冒之對象須爲相關事業或消費者所普遍認知之表徵；二、仿冒行爲係就上開表徵爲相同或類似之使用；三、仿冒之效果須使相關事業或消費者致生混淆。至於本法第 20 條第 1 項第 3 款，乃係禁止事業於「同一或同類商品」上，使用相同或近似於未經註冊之國外著名商標。從而，若比較第 1、2 款與第 3 款構成要件之

差異，當可知此處所稱「爲相同或類似之使用，致與他人商品（或服務）混淆」，實不以使用在同一或同類商品或服務上，而致生混淆者爲限，亦應包括該表徵被使用於不同類商品或服務上，而造成其來源或主體混淆之情形在內（參第 20 條，邊碼 44）。蓋本法第 20 條第 1 項第 1、2 款之規範目的，乃在確保公平競爭、維護正當交易秩序及消費者利益，當該表徵被人擅自使用於不同類之商品或服務上時，仍可能導致相關大眾對該商品或服務之來源或主體產生混淆誤認，站在維護公平競爭與保護相關大眾之立場，不論該表徵使用於同類或不同類商品或服務上，公平法均有加以禁止之必要。

34 按事業從事產品之改良、創新或在產品製造、設計上突顯某項特色，目的無非在使該商品在市場上受歡迎而較具競爭力。若事業襲用他人著名之商標或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事；抑或高度抄襲他人商品外觀，積極榨取他人努力之成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序者，雖尚未合致本法第 20 條規定之構成要件，但自效能競爭之觀點，該事業並非以其商品或服務具有較優越之價格、品質、數量或其他有利之交易條件爭取顧客，而係以攀附或高度抄襲之方式，榨取他人之經營成果，對原製造此產品之競爭對手而言乃一不正當之競爭手段，在商業倫理上具有高度可非難性，仍得依公平法第 24 條「足以影響交易秩序之顯失公平行爲」予以論處（行政院公平交易委員會處理公平交易法第 20 條原則第 16 點）。惟因公平法第 35 條在 1999 年 2 月修正前，對於違反本法第 20 條之行爲得直接以刑事責任論處，公平會實務上對於本條規定之解釋，亦較趨嚴格，以致許多原應適用本條規定之行爲，如前述「事業將他人商品之表徵使用於不同類商品」之情形，公平會常改以第 24 條論處。此種情形，在公平法第 35 條改採「先行政後司法」之執法態度，以及其他法律（如商標法）對商品或服務表徵擴大保護後，宜重新作通盤檢討（參第 20 條，邊碼 83 以下）。

十、第 21 條不實廣告行爲與第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲

35 依照公平法第 21 條現行規定之文義，本條規定所禁止者係事業就其商品或服務「本身」之交易上重要資訊，爲虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵，且本條明示規定之商品價格、數量、品質等事項，應屬例示性質，於解釋法條條文所使用之「等」字時，仍須受限於與商品或服務「本身」有關之基本要件，而不能擴及於非關商品或服務「本身」之內容。若事業係對商品或服務本身以外之其他事項，如標的物以外之他人商品，或與非關商品或服務本身之契約條款內容，爲虛僞不實或引人錯誤之表示時，該客體雖非第 21 條規範之對象，然該事項若係足以影響交易決定之重要資訊者，仍屬具補遺條款性質之第 24 條規範之「欺罔」行爲。從而，在判斷公平法第 21 條與第 24 條適用之分野時，首應判斷該交易上重要資訊係屬商品或服務「本身」，或商品或服務「本身以外」之資訊，並作適當之法條適用。惟將交易上之重要資訊，區分爲商品或服務「本身」，抑或商品或服務「本身以外」之事項，而異其法條之適用，在具體個案之判斷上亦可能發生困難，且實益不大。從而，就立法論而言，應可考慮修正現行公平法第 21 條之文字，使事業就其有關交易資訊爲虛僞不實或引人錯誤之表示之行爲，均得納入本條規範（參照：第 21 條，邊碼 59；第 24 條，邊碼 98）。

十一、第 24 條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲與第 10 條濫用獨占地位之行爲

36 按公平法第 24 條雖列於本法「不公平競爭」一章內，實則應爲整部公平法規範之概括補遺條款，對於第二章「獨占、結合、聯合行爲」所未能規範之限制競爭行爲，亦有本條規定適用之餘地（參第 24 條，邊碼□）。從而，對於無法依本法第 10 條論處，亦未構成第 19 條違反之情形，例如，在市場上具有相當或相對市場優勢地位，但尚未達獨占門檻之事業，濫用其市場優勢地位，而對消費者爲不當之價格決定或搭售等行爲者，此種情形，因該事業非獨占事業，故不能以公平法第 10 條規定相繩，又因交易相對人並非事業，亦無第 19 條第 6

款之適用，而須依第 24 條規定予以處分。

第十八條　約定轉售價格

現行條文（1999 年 2 月 3 日修正公布）

「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。」

修正前條文（1991 年 2 月 4 日公布）

「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。但一般消費者之日常用品，有同種類商品在市場上可為自由競爭者，不在此限。

前項之日常用品，由中央主管機關公告之。」

參考文獻

劉紹樑（1991），〈從意識型態和執行實務看公平交易法〉，《政大法學評論》第 44 期；立法院秘書處（1992），〈法律案專輯第 132 輯—公平交易法案〉；胡光宇（1993），〈維持轉售價格行爲與「日常用品」認定之研究〉，《公平交易季刊》第 1 卷 2 期，頁 73-93；梁宇賢（1993），《關係企業與公平交易法有關問題之研究》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；公平交易委員會（1994），《限制轉售價格行爲之規範與「日常用品」認定之研究》；王弓、李小梅（1994），《公平交易法對於通路發展與連鎖加盟之適用性研究—以便利商店爲例合作研究報告》；劉紹樑（1994），〈公平交易法執行的回顧與檢討〉，《產業結構與公平交易法》，頁 31-108；廖義男（1995a），〈公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正

建議〉,《公平交易法之理論與立法》論文集頁 187-242；廖義男（1995b),〈公平交易法修正之重點與理由〉,《公平交易法之理論與立法》論文集頁 291-344；謝銘洋（1995),〈智慧財產權與公平交易法—以專利權爲中心—〉,《智慧財產權之理論基礎》論文集頁 167-299；林美惠（1995),《加盟店契約法律問題之研究-以企業規劃（隸屬）加盟爲主》；廖義男（1997),《行政法院裁判之評析—公平交易法實務與行政法院裁判之評析》；黃銘傑（1999),〈維持轉售價格規範之再檢討〉,《台大法學論叢》頁 121-149；陳志民（1999),〈接續性獨占，共謀理論，與最高轉售價格維持之約定〉,《法政學報》第 9 期，頁 63-98；王銘勇（2000),〈圖書限制轉售價格法制〉,《公平交易季刊》第 8 卷第 1 期，頁 67-100；顏廷棟（2000),〈我國公平交易法垂直限制行爲執法實務之檢討—兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範〉,《公平交易季刊》第 8 卷 2 期，頁 37-88 頁；何之邁（2001),《公平交易法實論》，頁 109-115；陳紀元、李培齊、姜禮華（2002),〈品牌內限制轉售價格與限制競爭—台灣機車市場實證研究〉,《公平交易季刊第 10 卷第 2 期》頁 57-86；趙義隆（2002),〈禁止約定轉售價格之平議〉,《公平交易法施行十週年回顧與前瞻學術研討會論文集》頁 195-212；王銘勇（2002),〈公平交易法第十八條之研究〉,《公平交易季刊》第 10 卷第 4 期，頁 19-57；行政院公平交易委員會（2002),《認識公平交易法》增訂九版；賴源河編（2002),《公平交易法新論》；劉孔中（2003),《公平交易法》。

第十八條　約定轉售價格

壹、法制比較

一、美國

（一）相關條文

（二）規範原則與制度架構

（三）實務見解與學說主流

二、日本

三、德國

（一）相關條文

（二）規範原則與制度架構

（三）學說見解與實務主流

四、歐洲聯盟

（一）規範維持轉售價格之經濟考量

（二）維持轉售價格之原則禁止

（三）維持轉售價格之內容與型態

（四）最高轉售價格之維持與建議轉售價格

貳、立法沿革與規範目的

參、構成要件分析

一、事業

二、交易相對人

三、供給之商品

（一）商品之定義

（二）智慧財產權之授權商品

（三）本條規定對「服務」有無適用？

四、轉售、再轉售

（一）轉售的定義

（二） 經銷或代銷

（三）加盟

（四）多層次傳銷

（五）關係企業間之轉售

五、應容許其自由決定價格

（一）規範文義特色

（二）限制轉售價格之類型

1、概說

2、最高轉售價格限制之規範

（三）限制轉售價格之約定

（四）建議售價

六、約定無效

（一）民事法上的效果

1、立法意旨

2、無效範圍

3、損害賠償之請求

（二）行政法上的效果

肆、法律適用

一、與本法第 14 條之關係

二、與本法第 19 條第 6 款之關係

三、與本法第 24 條之關係

四、與本法第 23 條之關係

五、技術授權與本法第 45 條

壹、法制比較

一、美國[15]

（一）相關條文

1 在美國，關於垂直約價（維持轉售價格）之禁止，強調當事人間之「合意」(agreement)，因此，於成文法上向以休曼法（Sherman Act 1890）第 1 條作爲規範基礎(「任何以契約、托拉斯、或其他方式作成之結合或共謀，用以抑制各州間之貿易或商業，或抑制州與外國間之貿易或商業者，均屬違法。

[15] 美國法制部分由范建得撰寫。

任何人締結上述違法之契約或從事上述違法之結合或共謀者，視爲觸犯重罪，若經定罪，處法人一百萬元以下罰金；其爲自然人者，由法院裁量，處自然人三年以下有期徒刑，或科或併科十萬元以下罰金。」）至於所謂的agreement，理解上並非完全要求交易當事人間，赤裸裸的將維持轉售價格當作要求要約、承諾的一部份，只要一方在履行過程中採取一定之行爲，足以認爲是對他方報復或牽制（quid pro quo to agreement）時，即足當之（例如：製造商在經銷績效之評量上，將經銷商是否遵守價格約定之「表現」，當作拒絕給予之評量基準優惠）[16]。

2 至於 1993 年司法部所頒之垂直交易限制準則，對於維持轉售價格以及 1995 年全國檢察總長協會所頒之垂直交易限制準則，對於垂直約價則採當然違法準則（不過，如觀察更早之前的 1985 年司法部垂直交易限制準則，則主要僅是著眼於「非價格」之部分，唯一有關的就是第 2.3 條中，針對事業間「明示的」「固定價格」式--“explicit agreement as to the specific prices”--的限制，採取當然違法之考量）。

（二）規範原則與制度架構

3 我國公平交易法第 18 條之規定，係置於本法第 3 章中，亦即，如僅按其章節體系觀察，是類行爲乃屬於「不公平競爭」之範圍，但在美國，反托拉斯法（antitrust law）所規範的體系，大致上區分爲對於「水平關係之交易限制」與對於「垂直關係之交易限制」二類，而各該類別又區分爲「價格限制」與「非價格限制」二種次類項，除此之外，則歸屬於「不公平競爭」（不正競爭、不公平交易）行爲規範之範疇。是以，類如我國法第 18 條之規定，乃劃屬「限制競爭」（反托拉斯）之範疇中屬於垂直之價格限制者。

4 是類行爲，以限制競爭角度觀察之理由，係著眼於：維持轉售價格可能 1、助長(加強)生產商的卡特爾，因爲如果生產商均對其下游中間商作垂直限價，市場上一但有價格的異常波動，他生產商即可輕易察覺，蓋愈是下階的

---

[16] see, Lehrman v. Gulf Oil Corp., 464 F.2d 26, 39, 40, cert denied, 409 U.S.1077.

通路成員，其數量愈多，而愈容易發現異狀；2、間接成立或幫助維繫中間商卡特爾，蓋多數中間商可能透過由生產者約定，達成實質上卡特爾，由於其情形表面上非中間商「共同決定」、「相互約束」而是因生產商的約定、拘束而來，可能無法以中間商之勾結看待，如不以法律介入將使此「間接」形成的中間商卡特爾的存在空間。因此，若就規範目的及立法體例而言，關於垂直約價（維持轉售價格）之禁止，美國法上係將之置於「反托拉斯」法之範疇討論，非以不公平競爭之角度觀察。

5 另外，與我國法不同而須特別提及者，美國關於維持轉售價格之禁止態度，及於商品及服務，諸等實務之認知，早在 1960 年代即逐次形成[17]，且為日後司法部所頒之垂直交易限制準則，以及 1995 年全國檢察總長協會所頒之垂直交易限制準則（第 2.1 條）所繼續沿用。

（三）實務見解與學說主流

6 本條之規定，與本法第 19 條第 6 款，共同構成美國法中「垂直關係之交易限制」，是類「垂直關係之交易限制」，在反托拉斯法之發展上出現甚早，早在 1911 年，最高法院即做出禁止「最低轉售價格」（minimum resale price-fixing）之判決[18]。

7 由於是類行為，美國向以違反休曼法第 1 條處理，所以強調的是所謂「約定」（agreement）的存在，所以，片面的（unilaterally）提出建議價格，或者與不遵守價格政策（pricing policy）之相對人停止交易，在 1919 年Colgate一案中[19]，即不被認為違法。不過該案所建立之Colgate rights，在行為人有高度市場力，而足以使交易相對人感到威脅時，則不准被告爰用，此時，即便是片面的「建議」或「宣示」訂價政策，相對人「事實上」因畏懼而遵從，仍有違法之虞[20]。

8 至於允許維持轉售價格的立法，曾一度出現於美國，首見於州的公平交易

---

[17] see, United States v. Parke, Davis&Co., 326U.S.29, 47.

[18] see, Dr. Miles Medical Co. V. John D.Park &Sons Co.,220 U.S.373.

[19] see, United States v. Colgate&Co., 250U.S.300.

[20] see, Nintendo of America,114 F.T.C.702,Consent Order.

法中。其中，多由二部分構成：1、有品牌的商品許可垂直限價；2、其他未簽署限價條款的中間商，明知生產商與他中間商有此約定而仍削價出售，生產者得請法院發禁制令（injuntion）——即所謂的 non-signer clause。加州首先於 1931 年通過前一類立法，而於 1933 修正加入了 non-signer clause；1937 年，有 42 州通過類此法案，但此時州際之維持轉售價格契約仍受休曼法之拘束。

9 1937 年參議會通過 Miller-Tyding Amendment to the Sherman Act 作了除外規定，認爲：1、有品牌之商品而與其他廠之同類商品在市場上可自由競爭者；2、且垂直約價協議爲各該州立法所許者，不適用休曼法，惟尚不採 non-signer clause。至 1941 年，已有 45 州完成公平交易法，其後聯邦始於 1962 通過 McGuir Act 納入了 non-signer clause，但由於經濟上的結構變化，美國國會乃於 1975 年廢止了一切除外法案，一律回歸至休曼法（Consumer Goods Pricing Act）。

10 現今，美國法上對於垂直性交易限制的適用，經實務發展至今，已就垂直限價與其他垂直限制作了區分，前者採「當然違法」說（illegal per se），而後者則依「合理原則」（rule of reason）判斷。對於垂直約價首次適用「當然違法」原則之代表判例（leading-case）即爲「麥爾博士藥廠」案[21]，其後一直適用如此之準則。惟時至 1970 年代後半，主張經濟分析的芝加哥學派大放異彩，法院實務上本諸「訴訟成本」、「舉證成本」而採illegal per se的舊理由曾受撼動，法院漸課予原告較重之舉證責任，令其證明「共謀」、「勾結」的存在，此在 1988 年「夏普電子案」[22]中更見明顯。學者已有人指出價格只係競爭要素之一，其和其他競爭要素之垂直限制，實無分別適用二歧原則之必要[23]。惟至今美國仍未放棄此項區分。

11 此外，如同其他立法例中，「最高轉售價格」之違法性發展，也是值得探究之問題。如就實務發展觀察，過去通用於一切維持轉售價格之「當然違法」標準，在聯邦最高法院 1997 年 State Oil Co. v. Khan「最高轉售價格」案例上有了

---

[21] see, Dr. Miles Medical Co. V. John D.Park &Sons Co., 220 U.S.373.

[22] see, Business Electronics Inc. v. Sharp Electronics Inc., 485 U.S.717, 722.

[23] R.H Bork keep Antitrust Pro-Consumer Fortune July 4 1988 pp.143-144.

改變，法院以爲在某些情況下，「最高轉售價格」之約定反而得以制約經銷商濫用區域市場力，可能有利於消費者福利，因此，「合理原則」之適用較爲適宜。

12 最後，值得注意的，關於晚近之執法議題中，針對「上游對下游要求共同廣告之方式，並將上游想要的市場價格置入廣告內容」之作法，是否代表雙方已有「約定」「維持轉售價格」？是否違法？聯邦交易委員會暫執保留之看法，但尚未見法院表示終局之意見（1995 年全國檢察總長協會所頒之垂直交易限制準則亦未明示）。此在我國，常常見到上游所做廣告，並列價格與經銷商之情形下，殊值觀察。另外，需再提出供參考的，乃關於維持轉售價格所造成之消費者損失，已經漸漸發展成美國法上判斷行爲合法性之重要考量，亦值得公平交易委員會參照。

二、日本[24]

13 日本法相當於我國公平法第 18 條維持轉售價格規範之條文，乃是其「一般指定」中之第 12 項，該項規定：

「無正當理由而對於購入自己商品之交易相對人，以下列各款所揭之拘束條件爲前提而對其供給商品：

一、訂定其所銷售之該當商品的銷售價格，令交易相對人維持此一價格或其他拘束交易相對人決定該當商品銷售價格之自由。

二、對於購入交易相對人所銷售之該當商品的事業，訂定該當事業銷售該當商品時之價格，而令交易相對人使該當事業維持該當價格或其他拘束該當事業決定該當商品銷售價格之自由。」

14 第 1 款所規範者，乃是對於直接交易相對人所爲維持轉售價格或其他拘束其價格決定自由之行爲，第 2 款則對於直接交易相對人之交易相對人、甚至是後者之交易相對人等間接交易相對人所爲的維持轉售價格或其他拘束其價格決定自由之行爲。從本項規定有關「妨礙公平競爭之虞」之要件，乃是使用「無正當理由」一詞，亦可知悉，現行日本法對於維持轉售價格行爲，採取幾近於

[24] 日本法制部分由黃銘傑撰寫。

當然違法的態度，因此有關此之違反，並無須考慮事業本身之市場佔有率等要件。而且與我國公平法第 18 條相同，一般指定第 12 項亦僅將其適用對象限定於「商品」，因此在服務的提供上，若有維持轉售價格之行爲，乃不得不適用一般指定第 13 項之附拘束條件的交易之規範。由於一般指定第 13 項在有關「妨礙公平競爭之虞」的表現上，乃是使用「不當」，因此可能產生同樣行爲，卻有不同違法性判斷基準的疑慮，現行多數學說都主張，雖然由於一般指定第 12 項規定之「商品」用語，使得有關「服務」之維持轉售價格不得不利用第 13 項規定進行規範，但在違法性判斷基準上，二者應屬同一，而不應有所不同，因此縱使對於服務的維持轉售價格行爲，亦應以「無正當理由」方式判斷之。最後，雖然有學說主張最高轉售價格拘束，應適用較爲寬鬆的違法性判斷基準，但實務運作對於最低轉售價格拘束和最高轉售價格拘束，仍認爲二者具有同樣的違法性，而應依同一基準判斷。

三、德國[25]

（一）相關條文

15 德國於限制競爭防止法第 1 編第 2 章第 14 條以下對於「垂直協議」（Vertikalvereinbarungen）加以規範，其中有關價格之協議爲第 14 條與第 15 條。另外，在第三章市場控制與限制營業競爭之行爲，第 22 條規定「建議禁止」（Empfehlungsverbot），對於轉售價格之建議亦有所規範。

16 1、限制競爭防止法第 14 條 價格與交易條件之協議禁止

事業間關於商品或服務之協議，且協議涉及本法適用範圍之（特定）市場，若該協議限制參與者與第三人就供給商品、其他商品或服務之價格或交易條件的決定自由者，該協議應禁止之。

17 2、 限制競爭防止法第 15 條 報紙與雜誌之價格限制

「（1） 報紙或雜誌出版事業透過協議方式，在法律上或經濟上拘束出版物購買者以特定價格轉售，或購買者再轉售時應包含同樣的拘束條款直至最

[25] 德國法制部分由謝銘洋、李素華撰寫。

終消費者，此等事業間協議不適用前條（第十四條）規定。本條所稱之報紙或雜誌，包括報紙或雜誌之轉載或代替性產出物，且整體評價上往往會被視爲出版類者；以報紙或雜誌爲主的組合產品，亦屬之。

（2） 前項協議涉及價格或價格條件者，應以書面爲之；參與者簽署價目表或價格報告之相關文件者，亦屬之。民法第一百二十六條第二項（關於書面要式之簽名規定）不適用之。

（3） 有下列規定情事之一者，聯邦卡特爾署得依職權或因受拘束當事人之聲請，宣告價格限制無效，並禁止日後適用同類型的價格限制約款：

1. 有濫用價格限制行爲者；或
2. 該價格拘束或其限制構成其他限制競爭行爲，造成系爭商品價格較高、阻礙商品價格降低或限制商品之生產或銷售者。」

18 3、 限制競爭防止法第 22 條 建議禁止

「（1） 以達成相同形式行爲爲目的或效果之建議，藉以規避本法所明文禁止或卡特爾署依本法所爲之處分者，應禁止之。事業建議其商品購買者在轉售第三人時，應要求或以特定價格要約，或適用特定的價格決定方式，或在決定價格時尊重價格上限或下限者，亦同。

（2） 中小型事業對於參與成員間所提出的建議，若符合下列要件者，不適用前項禁止規定：

1. 該建議用是爲改善參與者對抗大型事業或大規模經營事業之競爭能力；且
2. 明白的對建議接受者表示該建議無拘束力，且未運用經濟、社會或其他壓力促使該建議之實施者。

（3） 下列情況不適用第一項第一款之禁止規定：

1. 該建議僅以統一適用規格或型式爲目的，且該當第二項第二款所規定之要件者。但該建議若由相關產業團體所提出者，無需具備「明白表示建議無拘束力」之要件。

2. 由商業團體或職業團體所提出的建議，僅以統一適用定型化交易條件、運送條件、付款條件及期限付款折扣爲目的等。

（4） 第三項第一款之建議，僅在建議人已將其建議報備卡特爾署，且於報備時檢具相關產業團體所出示意見者，始能豁免於第一項之禁止規定。前述規定不適用於相關產業團體之建議。第三項第二款之建議亦適用本項第一句規定，報備時亦應檢具相關商業團體或職業團體所出示意見。

（5） 依據第三項規定所提出的建議報備，應公告於聯邦政府公報。關於公告內容準用第十一條第一項第二款規定。何人提出建議之報備案、該建議所適用對象爲何，亦應一併公告之。

（6） 若第二項第三項所規定之要件不具備或已不存在，或當事人濫用第一項禁止之豁免者，卡特爾署得宣告第二項及第三項之建議無效，並禁止日後適用同類型之建議。」

19 4. 限制競爭防止法第 23 條 無約束性的商標商品價格建議

「（1）第二十二條第一項不適用於事業爲轉賣商標商品之無拘束力價格建議，且該商品與其他製造商之同類商品立於價格競爭，但該價格建議應符合下列要件：

1. 明白的表示該建議無拘束力，僅包含特定的價格說明，且未運用經濟、社會或其他壓力促使該建議價格之施行；及
2. 該建議價格與大多數被建議者預期被要求的價格相當。

（2）第一項所稱之商標商品，係指該商品已由價格建議事業保證，該商品具有相同或是更佳的品質，且

1. 在該商品本身，或
2. 在其交付給消費者之特定包裝或外觀上，或
3. 在其藉以出售商品之容器上

附有辨識其來源之標誌者（商號、文字或圖案標記）。第一句規定亦適用於農產品；但由於自然條件而產生之細微品質差異，且生產者已採取

可期待的措施仍無法避免者，毋庸計較。

（3）聯邦卡特爾署確認第二十二條第一項所豁免的禁止被濫用者，得禁止（本條）第一項之（價格）建議，並禁止日後同類型建議之適用。所謂濫用，特別是指：

1. 該建議或該建議併同其他營業競爭之限制，造成商品價格提高、阻礙降價、限制生產或銷售者；或
2. 該建議使得消費者被絕大多數被建議者所要求的價格所欺騙；或
3. 所建議的價格在多數狀況下，遠高於本法規範區域或重要區域事實上所要求的價格；或
4. 提出建議的事業，藉其銷售規則或其他措施，無實質上的正當理由，排除特定事業或特定交易團體銷售該商品。」

（二）規範原則與制度架構

20 轉售價格之協議在德國是屬於限制競爭防止法規範之範疇，而非不正競爭之範疇。由於垂直價格或條件之協議會導致阻礙競爭，因此德國限制競爭防止法第 14 條明文禁止之。所謂垂直協議，係指處於不同經濟階段（Wirtschaftsstufe）之事業彼此間所為之協議，而這些事業彼此之間並不立於競爭之關係，如果事業間有競爭關係，則屬於 Kartellverbot（限制競爭防止法第 1 條以下）之規範範圍。透過垂直協議所為之限制，可以分為對契約內容自由（Inhaltfreiheit）之限制，以及對於契約締結自由之限制，垂直價格約束屬於對於契約內容自由之限制。

21 除價格之協議外，如果以「建議」（Empfehlung）之形式為之，以規避所禁止之價格協議，亦為限制競爭防止法第 22 條所禁止，包括事業建議其商品購買者在轉售第三人時，應要求或以特定價格要約，或適用特定的價格決定方式，或在決定價格時尊重價格上限或下限。

不論是價格協議或價格建議，原則上均被禁止，只有在例外之情形可以被容許。價格協議之例外規定於限制競爭防止法第 15 條，對於報紙與雜誌之價格

所爲之轉售價格之拘束，原則上爲有效。價格建議之例外規定於限制競爭防止法第 23 條，容許事業就自己之商標商品爲無拘束力之轉售價格建議。

（三）學說見解與實務主流

22 限制競爭防止法第 14 條之適用對象爲事業，且爲不具有競爭關係之事業間，就商品或服務（gewerbliche Leistung）所爲之垂直協議，而於國內發生效力。價格約束之對象，可以是原來給付之物品或服務，但不以此爲限，也可以是對其他商品或服務銷售給第三人時價格之約束。

第 14 條所禁止者爲在第一個契約中對於第二個契約直接或間接固定其價格，例如限制最高或最低價格，或者規定價格之結構、減價、利潤、運輸成本、折扣等，甚至規定將數商品以優惠價格一併出售，均屬於被禁止之價格約束行爲 [26]，甚至供應商與在經銷合約中，約定禁止經銷商給予第三人折扣，亦違反第 14 條之禁止規定 [27]。除上游對下游所爲之價格限制外，下游廠商對上游廠商所爲之「最優惠條款」（Meistgünstigungsklauseln）之約定，要求同樣享有供應者對第三人所爲之優惠條件，亦屬於第 14 條所禁止之範圍 [28]。

23 由製造商所爲之轉售價格建議，以規避所禁止之價格協議，除爲限制競爭防止法第 22 條第 1 項所禁止外，如果該建議尚伴有其他限制，使得買受人除遵守該建議外別無選擇，則亦會被認爲屬於第 14 條禁止之範圍 [29]。

違反第 14 條之法律效果爲無效，亦即違反之約款無效，至於契約之其他部分是否有效，則依民法之規定判斷之（德國民法第 139 條）。。

24 例外之情形，報紙與雜誌依第 15 條之規定，其轉售價格之約束不適用第 14 條之規定，亦即其協議爲有效。該規定於 1957 年限制競爭防止法制訂時基於「文化政策上之因素」（kulturpolitische Gründe）而爲規定，亦即反應出德國自 1887

---

[26] Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., §13.4

[27] Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., §13.6

[28] Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., §13.6

[29] Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., §13.3

年以來出版者對抗勢力強大之書商之結果[30]。報紙與雜誌所爲轉售價格之約束，應以書面爲之。雖然報紙與雜誌得爲轉售價格協議，然而此種協議仍然受到卡特爾署之監督，如果有濫用之情事，卡特爾署得依職權或受拘束當事人之聲請，宣告價格限制之協議無效（限制競爭防止法第 15 條第 3 項）。

25 另外，第 23 條則爲轉售價格建議之例外，容許事業就自己所供應並標示有自己標識（事業名稱或商標）之商品，爲無拘束力之轉售價格建議，但如有濫用情事，仍應受到卡特爾署之監督。就他人之商品所爲之轉售價格建議，則不在容許之列，因此例如大賣商或進口商，即不得爲轉售價格之建議[31]。

四、歐洲聯盟[32]

（一）規範維持轉售價格之經濟考量

26 轉售價格之維持在歐盟法雖然係原則被禁止（參見下文），但不乏有認爲垂直之價格限制與水平之聯合訂價在經濟上之評價不同，其可能有若干存在之正當理由，例如[33]：

1、 某些享有高知名度之名牌或奢侈商品（如法國名牌香水）之生產者認爲，如其商品之價格下滑，則消費者會認爲其價值降低，故爲維護商品形象，有必要實施轉售價格之維持。

2、 如不許限制轉售價格，則零售商可能將若干名牌商品甚至以低於成本之價格出售，並以此大作廣告，吸引顧客上門，以便使顧客能購買其他商品。如此對於被作爲領先犧牲（loss leaders）之品牌而言，將有降低品牌價值之不公結果。

3、 又有認爲如不許維持轉售價格，則一般小的零售商將容易被較大而採行侵

---

[30] Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., §14.1

[31] Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., §14.4

[32] 歐洲聯盟法制部分由吳秀明撰寫。

[33] 相關問題參見 Goyder, EC Competition Law, p.177-178(4th ed. 2003); Whish, Competition Law, p.592-594(5th ed. 2003); Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement, para. 4.35, n.57(1999).

略性、掠奪性訂價策略之零售商所逐出市場，然後再抬高價格至不合理之水準。

4、 轉售價格之維持可以保障零售商有一定之利潤，則零售商可以提供較佳之服務，而這對於消費者而言，無疑具有重要之意義。

5、 避免搭便車（free rider）：有些產品（例如電器用品）在消費者購買之過程，需要相當多之示範與諮詢服務，零售商爲此則需投注相當之成本。維持轉售價格可以避免有些消費者在提供諮詢服務之商店獲得所需資訊後，轉而至提供折扣而不提供諮詢之商店購買該產品。

6、 許多產品之生產者希望其產品能夠獲得最佳之行銷販售，惟這經常只有在提供銷售者一定之利潤保障的情形下才有可能實現。

此外轉售價格之維持可提供較高而穩定之利潤，使得銷售商願意促銷其商品，故在一定程度上可以幫助事業較順利地進入某一市場，促進市場上之品牌間競爭（inter-brand competition）。

27 惟相對而言，轉售價格之維持對於市場競爭與交易秩序亦可能有不利之影響，諸如：

1、轉售價格之維持將減少品牌內之價格競爭（intra-brand price competition）。

2、會使零售價格偏高，不利於消費者福祉。

3、其將造成下游價格之僵化與高透明度，在寡占市場中可能促使供給者之間易於勾結。

4、利潤之保障使得銷售者之創新誘因減少。

歐盟基於對價格競爭之格外重視，在競爭政策上對於轉售價格之維持基本上採否定之態度。

（二）維持轉售價格之原則禁止

1、原則之禁止

28 歐洲共同體條約（Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft，簡稱EG-Vertrag、歐體條約）第 81 條第 1 項（舊條文之第 85 條第 1 項）規定：「事

業間之約定、事業團體之決議，以及一致性之行爲，足以影響會員國間交易，並以阻礙、限制或扭曲共同市場內之競爭爲目的，或有此效果者，爲與共同市場不相容，並應禁止之。」本項規定係規範限制競爭之協議，惟並不區分水平與垂直協議，而係合併規定之。故無論水平或垂直之價格與非價格限制競爭協議，均有本項規定之適用。本項規定並設有五款之例示規定（Regelbeispiele），說明何謂上述之限制競爭協議及一致行爲。其第 1 款開宗明義即規定：「直接或間接固定購買或銷售價格或其他交易條件。」[34]此一規定自亦能同時適用於水平以及垂直之限制價格協議[35]。故所謂轉售價格之維持（resale price maintenance, RPM），在歐盟法係依據歐體條約第 81 條予以規範。雖然有上述經濟上之正反意見爭論，惟依本條第 1 項之規定，轉售價格之維持與水平聯合訂價一樣，係同被原則禁止之[36]。上述經濟上合理抗辯雖無法挽回垂直轉售價格被歐體條約禁止之命運，但是卻可能被用爲主張其構成同條第 3 項「個別除外」之理由。惟轉售價格之維持原則上並無法作爲「集體除外」之協議種類，而享受集體除外之利益（參見後文），甚至執委會也因此而經常拒絕給予垂直轉售價格協議個別除外或發給舒慰函（comfort letter）。

29 歐體條約對於轉售價格維持之上述基本立場，被「執委會 2790/1999 號規則」[37]，即垂直協議及一致行爲集體除外規則所進一步落實。首先，在 2790/1999 號規則之前言暨制訂理由欄之第 10 項，執委會清楚指出，如果垂直限制競爭之協議含有爲達到其促進經濟效率之目的所不必要之限制[38]，或此等協議含有若干對

---

[34] 這代表歐盟法特別重視價格競爭。歐洲法院同樣非常重視價格競爭，其認爲價格競爭爲事業競爭之主要形式，在任何行況都不應予以完全排除。參見 Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd.1, 9.Aufl., 2001, Art.81, Rn.79.

[35] Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker(Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Art.85 Abs.1, A.Tatbestand, Rdnr.73ff..

[36] Jones/Surfin, EC Competition Law, p.505-506, 551(2001).

[37] Regulation 2790/1999 on the application of 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices [1999] OJ L336/21; [2000] 4 CMLR 398.

[38] 此一集體除外之限制具有比例原則之意涵。

於競爭之限制特別嚴重的條款時，將無法獲得集體除外。執委會進一步明白指出，最低轉售價格或固定轉售價格之維持以及若干之地域限制，即屬於上述所謂嚴重限制競爭之條款，將排除於集體豁免之外。執委會 2790/1999 號規則第 4 條第 1 款遂依此意旨規定，對於交易相對人轉售價格決定權加以直接或間接限制之垂直協議，不適用本集體豁免之規定[39]。惟本條規定同時設有關於最高轉售價格維持以及建議轉售價格之例外規定，參見下文。

2、書籍出版物之轉售價格維持

30 圖書、報紙、雜誌等出版品是否應同受上述禁止原則之規範，在歐盟向有爭論。贊成上述出版品應予豁免者，主要來自於德國方面之強烈主張。贊成之理由主要是在於保護文化產業，例如可以鼓勵小量出版品之產出與維護其生存空間、保護小書店不會因暢銷書之被打折出售而無以繼日等。

31 執委會在個案中曾妥協於上述主張，表示對於純粹於會員國內銷售之書籍實施轉售價格之維持者，不構成歐體條約第 81 條[40]。惟對於發布指令以調和統一並保護各國之書籍轉售價格維持制度，執委會並未顯示出積極之態度。[41]歐洲法院則在Binon一案表示，報紙或期刊之出版者設定最低轉售價格者，如果考慮其必須取回未售完報刊之情事，致轉售價格之維持構成支撐其財務能力之唯一方法；其次這如果也是促使報刊言論市場多元化，以利於讀者之唯一途徑時，執委會應於判斷歐體條約第 81 條第 3 項之個別許可時，酌予考慮[42]。

---

[39] Art.4 (a) of Regulation 2790/1999.

[40] 參見 Sammelrevers and Einzelrevers, [2002] 4 CMLR 1278.

[41] 歐洲議會曾於 2002 年 5 月要求執委會草擬此種保護各國出版品轉售價格維持權利之指令，惟執委會卻抗拒之。執委會之所以有此反應，或許是因爲歐洲各國對於出版品之轉售價格維持問題，尚未達到足夠之共識。例如不同於德國在其限制競爭防止法第 15 條仍明文允許報紙與雜誌之轉售價格維持，英國之出版品轉售價格維持，則在出版商所共同達成之轉售價格維持協議 The Net Book Agreement 於 1997 年被限制交易法院(Restrict Practices Court)判定爲違法後，即等於宣告結束。

[42] Case 243/85, SA Binon & Cie v. SA Agence et Messageries de la Presse [1985] ECR 2015, [1985] 3 CMLR 800.

（三）維持轉售價格之內容與型態

32 歐盟法上爲理論實務所承認之垂直限制價格行爲態樣，例如有生產者集體對於轉售價格之約定（kollektive Preisbindung）[43]，或個別生產者對於其下游事業所爲之轉售價格約定。又如對於下游事業轉售價格之限制約定，以及對於下游事業再轉售價格之約定（Preisbinding der weiten Hand）[44]等，均係屬之。至於維持轉售價格之方式，有固定轉售價格、最低轉售價格限制、最高轉售價格限制、轉售價格區間（Preisrahmen）限制、轉售折扣限制、價格構成要素（Preisbestandteile）之限制、運費限制、維修費用限制等，不一而足[45]。生產者限制大盤商，有義務必須對於零售商提供不具拘束力之零售建議售價者，亦在法所不許之範圍內[46]。關於最高轉售價格之維持以及建議轉售價格，則在下文另闢專節討論之。

33 執委會就上述 2790/1999 號規則，進一步發布了「垂直限制指導原則」（Guidelines on Vertical Restraints），以對規則之內容詳加解釋[47]。在指導原則中執委會加以說明，所謂之轉售價格維持係指對於交易相對人課以義務或導致（induce, dazu verleitet wird）其在轉售時，價格不低於、固定於、或不高於一定之價位。而建議轉售價格，也在轉售價格維持之概念下[48]。執委會並指出，依 2790/1999 號規則第 4 條第 1 款之規定，轉售價格之維持包括對於交易相對人轉售價格決定權所爲之「直接或間接」限制措施。所謂直接之限制約定，內容明確，無待深論。所謂之間接措施（indirect means, indirekte Wege），則有待進一步

---

[43] 生產者之間可能同時構成水平之聯合行爲，參見 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, 過同業公會等產業組織達成者，甚至由數個生產者與銷售者之組織所共同達成，見 Bunte, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art.81, Rn.80.

[44] 即下游事業負有義務，須對於其本身之下游事業另爲轉售價格之維持。

[45] Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Art.85 Abs.1, B.Beispiele, Fallgruppen, Rdnr.20.

[46] Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Art.85 Abs.1, B.Beispiele, Fallgruppen, Rdnr.21.; Bunte, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art.81, Rn.80.

[47] Guidelines on Vertical Restraints [2000] OJ C291/1 [2000]5 CMLR 1074.

[48] Guidelines on Vertical Restraints, para 111.

澄清。執委會認爲，轉售價格之維持亦可透過下列間接措施達成：例如以預先規定之價位爲基礎，限定轉售之最高折扣、將給予回扣或退還促銷費用與否，繫諸於銷售者是否遵守供給者所訂定之轉售價格、要求遵守其競爭者之轉售價格水準等，又如以威脅、恫嚇、警告、處罰、延遲或斷絕交貨、終止契約關係等手段，迫使交易相對人遵守所定之價格者，亦屬之[49]。上述可能作爲轉售價格維持之內容與型態，值得吾人注意。

（四）最高轉售價格之維持與建議轉售價格

34 上游業者爲下游事業設定轉售之最高價格（maximum resale price, Höchstverkaufspreis）或建議轉售價格（recommended resale price, Preisempfehlung）時，其合法性如何易滋疑義。執委會 2790/1999 號規則第 4 條第 1 款一方面規定，對於交易相對人轉售價格決定權加以直接或間接限制之垂直協議，不適用本集體豁免之規定。另一方面則於同款後段規定，供給者設立最高轉售價格以及建議轉售價格者，得例外適用集體除外之規定，但當事人之一方施行壓力或提供誘引，造成最低轉售價格維持或固定轉售價格之實際效果者，又不在此限。換言之 2790/1999 號規則並無自始排除最高轉售價格維持以及建議轉售價格之集體除外可能，但是當事人以施壓、利誘等不正當方法脫法而實際上構成最低轉售價格維持或固定轉售價格者，自不能享有集體除外之利益。

35 執委會在其就 2790/1999 號規則所進一步發布之「垂直限制競爭指導原則」中進一步說明，最高轉售價格維持以及建議轉售價格雖非核心之交易限制（hardcore restrictions, Kernbeschränkungen），但仍可能產生限制競爭之效果。因這兩者可能成爲銷售者定價行爲之「參照焦點」（focal point, Bezugspunkt），而或多或少導致價格之統一。至少在集中度較高之市場上（如寡占市場），這兩者所造成之價格透明度（transparency on price）以及業者變更定價必須負擔責任之考量，使得無論製造商或銷售商之間的水平聯合均變得更容易推行。換言之此二者對於品牌內競爭之限制，因市場結構之故而有促進競爭者勾結之可能，而

[49] Guidelines on Vertical Restraints, para 47.

間接產生品牌間限制競爭之效果[50]。

[50] Guidelines on Vertical Restraints, para 111-112.

36 至於如何判斷最高轉售價格維持以及建議轉售價格之集體除外，執委會並做進一步之闡述。執委會在上述「垂直限制競爭指導原則」中表示，如果供應商之市場佔有率不超過 30%者，其所訂定之最高轉售價格以及建議轉售價格仍有 2790/1999 號集體除外規則之適用[51]。如供應商之市佔率超過 30%者，則基於前述「參照焦點」之效果並有促進寡占廠商勾結之可能，必須進一步判斷才能決定。執委會提出兩項主要之判斷標準，即「供應商之市場地位」以及「供應商競爭者之市場地位」。前者主要在審查供應商之市場佔有率，當供應商之市佔率相當高時，其最高轉售價格以及建議轉售價格之提出，即會具有相當強之影響力，使得零售商之售價趨於一致化。因爲零售商一旦認知到，某一價格係該地位重要之供應商所希望其訂定者，零售商基於種種利害關係之考量，往往很難予以拒絕。此時之最高轉售價格維持以及建議轉售價格，便有可能構成歐體條約第 81 條第 1 項之違反[52]。至於後者，則係在審查供應商所在市場之市場結構。如果供應商係處於一寡頭壟斷之市場（narrow oligopoly），則因爲最高轉售價格以及建議轉售價格之提出與運作過程，會伴隨許多資訊之公開或交換，再加上寡占事業多有不願意降低轉售價格水準之傾向等，使得此等措施甚容易促進寡占廠商間之勾結，故亦有構成歐體條約第 81 條第 1 項違反之可能[53]。

37 最後，歐洲法院亦曾認爲，不僅應管制最低轉售價格，事業將最高轉售價格予以固定，亦可能產生不利於競爭之效果。尤其生產者如將最高轉售價格予以壓低時，銷售商多會直接以該價格或貼近於該價格轉售，使市場價格僵化，產生類似固定轉售價格之效果[54]。此外，對於單純提出建議售價者，仍應不忘注意建議者與建議之接受者間，以及建議接受者之間，是否因此而有共同限制價

---

[51] Guidelines on Vertical Restraints, para 225

[52] Guidelines on Vertical Restraints, para 226-227

[53] Guidelines on Vertical Restraints, para 228

[54] EuGH, 6.11.1979 “Danis” Slg. 1979, 3227, 3339.; Bunte, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art.81, Rn.80.

格之協議或一致行爲[55]。

貳、立法沿革與規範目的

一、立法沿革

38 關於限制轉售價格行爲之規範，在最初由經濟部委託廖義男教授研擬之公平交易法原始草案第 19 條中，有如下規定：「企業對於其交易相對人不得加以法律上或經濟上之約束，使其就供給之商品轉售與第三人時，須遵守特定之價格或須限定其轉售之購買者售與最終消費者時，同樣受有特定價格之拘束（第 1 項）。違反前項規定者，其約定無效（第 2 項）。」本條提案除與現行條文相同，皆規定維持轉售價格之約定爲無效外，並直接明文禁止事業不得爲限制轉售價格之行爲。

39 至行政院於 1986 年 5 月函送立法院審議之公平交易法草案中，則於草案第 18 條規定：「事業對於其交易相對人就其提供之商品轉售於第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。但一般消費者之日常用品有同種類商品在市場上可爲競爭者，不在此限。」並將之列於「不公平競爭」一章中加以規範，其規定與 1985 年 3 月研擬完成之經濟部草案第 17 條文字大致相同（所差者主要係經濟部草案之但書係規定：「但一般消費者之日常用品『或』有同種類商品在市場上可爲競爭者，不在此限」）。依其立法理由，係謂：「一、爲防止事業對於商品轉售價格之限制，本條規定事業應容許其交易相對人對轉售商品或再轉售時自由決定價格，並明定其相反之約定爲無效。二、惟一般消費者日常用品之市場競爭性較強，其同種類商品在市場上可爲自由競爭，不易受到限制轉售價格之不良影響，故參考日、韓立法例，於本條但書作

---

[55] Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Art.85 Abs.1, B.Beispiele, Fallgruppen, Rdnr.21. 曾經發生之相關案例，如加盟主(Franchisegeber)對於加盟事業(Franchisenehmer)單純提供不具拘束力之建議售價，vgl. Kommission, 14.11.1988, “Service Master” ABl. 1988 L 332/38, 41.。

除外之規定」（立法院秘書處，頁 18）。

40 在立法過程中，或有立法委員認爲：「價格是依市場供需關係而定，價格純粹是依經濟原則而決定，於本案中加以限制毫無意義」，似以事業間自由約定轉售價格之行爲並未違反契約自由，本法對此無介入之必要（見汪漁洋委員發言）；或認爲：「以目前我國產業實際發展狀況而言，包括石化業、農產品加工業、紡織業等，因規模較小，各產業之上中下游工廠，有強烈依存關係。在民國 72 年經濟部工業局國貿局等單位全力倡導合理產銷秩序，目的即是在維持上中下游之依存，防止低價傾銷，制止兼併，此種生態若爲賤價交易所破壞，不見得有利於消費者」（見周文勇委員發言），乃從產業政策之觀點出發，對於本條規範是否合於整體經濟利益表示質疑，然多數委員仍認爲，限制轉售價格行爲之規範應予維持。此外，就公平法草案中之除外規定應否刪除或修正，立法委員間亦有不同意見，其後在二讀時，爲解決除外商品定義不明確之疑義，避免日後執法爭議，乃對「一般消費者日常用品」之認定採取公告制度。是以，1992 年 2 月 4 日公布之公平交易法第 18 條即規定爲：「事業對於其交易相對人就其提供之商品轉售於第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。但一般消費者之日常用品有同種類商品在市場上可爲競爭者，不在此限（第 1 項）。前項之日常用品，由中央主管機關公告之（第 2 項）。」

41 於公平法立法施行後，公平會即著手對公平法之修正案進行討論，對於本法第 18 條規定是否應加以修正，亦曾有所討論。認爲本條規定應予修正者，主要理由爲：一、應將限制轉售價格之約定，明定爲「不得爲」之禁止行爲。蓋公平法第 18 條之規範方式，僅規定限制轉售價格之契約無效，與本法第二、三章其他條文規定「不得爲」之行爲規範方式不同，立法者僅就該行爲之民事法上效力加以規範，但該規定是否課予事業有公法上之不作爲義務，從而對於違反本條規定之行爲公平會得加以介入處分？法意並不明確。二、刪除限制轉售價格商品之除外規定。從國外對於限制轉售價格行爲之立法政策，態度漸趨嚴

格觀之，我國公平法第 18 條第 1 項但書之規定，似與此一立法趨勢相背。況依公平會之執法經驗顯示，商品有限制轉售價格之約定者，其價格往往偏高，影響消費者權益，故有必要將除外商品及公告制度之規定刪除之。然經公平會委員會討論結果，基於以下理由，暫不考慮就限制轉售價格之規範進行修正：一、公平法之規範方式雖未明定爲禁止規範，但公平會實務解釋及運作上，均以之爲禁止規定，故實質上已達禁止之效果，因而無須加以修改。二、各國立法例趨勢，對於限制轉售價格雖漸採從嚴政策，惟仍須再多作觀察，且公平會亦並未就「日常用品」加以公告，其實質效果與無該條但書之情況相同，是以無刪除之必要（廖義男，1995b，頁 336）。

42 嗣後，於 1996 年 11 月立法院經濟、司法委員會審查「公平交易法部分條文修正草案」時，行政院版草案原文雖未就第 18 條規定提出修正內容，惟立法委員陳傑儒等則提案主張將原第 18 條第 1 項規定，修正爲：「事業對於其交易相對人，就其提供之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格，有違反契約自由之約定者，其約定無效。」即刪除第 1 項但書之除外規定及第 2 項公告制度。關於刪除第 1 項但書及第 2 項規定之主張，其理由爲：「一、反映與水平價格聯合一致之規範理念，並參考美國立法例，將但書刪除。二、參考美國法、日本法精神，以及日本發展趨勢，將第二項刪除。」再者，此一修正案擬將原條文「有相反之約定者，其約定無效」修正爲「有違反契約自由之約定者，其約定無效」，從而，當事人之間若本於自由意志作出維持轉售價格約定，將成爲不受公平法規範之有效行爲。惟競爭法之主要任務，本係在修正古典「契約自由原則」可能遭濫用之偏差，國家乃藉由法律手段介入，以防止市場中出現扭曲競爭機制之行爲，上述修正內容實與競爭法立法精神有所違背。最後，審查會通過刪除第 1 項但書及第 2 項規定之提案，並保留原條文第 1 項前段之文字，成爲目前本條之規定內容。

二、規範目的

（一）限制轉售價格行爲之概念

43 所謂限制轉售價格，亦稱轉售價格之維持（resale price maintenance），係指事業對於其交易相對人，就其所供給之商品，要求該交易相對人將商品售予第三人時，必須遵守其規定之價格，並通常以配合措施強制交易相對人遵守此項限制。事業間所爲之限制轉售價格約定，與使用限制、獨家交易之安排、販賣限制及搭售等非價格限制之契約，同屬於學理上所稱「限制第二手契約」（廖義男，1995a，頁 214），均爲廠商經常運用之經銷策略，爲上下游廠商間垂直限制競爭行爲之一種。惟現行法將之與仿冒行爲、不實廣告、妨害營業信譽行爲及多層次傳銷等均列於「不公平競爭」一章中，在立法體例之安排上未盡妥適。

（二）限制轉售價格行爲在法政策上之評價

44 關於限制轉售價格行爲之評價，學理上有認爲應採取「當然違法」（per se illegal），或主張採取「合理原則」（rule of reason），甚至如芝加哥學派視其爲「當然合法」（per se legal）等不同意見，爭論甚多（廖義男，1995a，頁 210-213；趙義隆，2002，頁 202-204；黃銘傑，2002，頁 257-265）。持「當然違法」之立場者，固然認爲對於限制轉售價格行爲之違法性，無須考量其對市場競爭之影響；惟主張應以「合理原則」評價限制轉售價格行爲者，乃認爲限制轉售價格行爲之違法性不宜一概而論，而應個別分析該行爲對於市場競爭所造成之影響，以論斷應否加以處罰。

45 對於事業間之維持轉售價格約定持肯定態度者，主要理由係以：

1. 對於附有品牌或商標之商品，轉售價格之限制可防止下游經銷商從事削價競爭，維持該商品之品牌形象及商譽，因而事業以限制商品轉售價格之策略，藉以確保其產品形象者，應屬合理正當。例如，甲經銷商強調服務及資訊之提供，因而訂價較高，乙經銷商因不提供服務及資訊，產品售價較低，結果使得消費者至甲處取得產品資訊或服務，卻因價格考量轉往乙處購買，如此，將會使甲失去加強服務品質之意願。因此，自防止搭便車（free ride）之觀點而言，限制轉售價格之約定對於服務品質之維持將有所助益。

46 2. 爲促使新品牌得以順利進入市場，維持轉售價格制度之實施，將可確保

下游經銷商獲得一定之利潤，避免經銷商間之削價競爭。從而，將有助於新廠商建立穩固之銷售網路，亦使市場進入較爲容易。

47 3. 限制轉售價格固然會減損品牌內之價格競爭，惟亦可使下游經銷爲擴大其利潤，強化其促銷方法、售後服務等非價格競爭，而使經營效率提高，並使消費者受惠。此外，附有品牌之商品得限制其轉售價格者，係以同類商品有其他品牌競爭爲前提，因不同品牌間之價格競爭仍存在，市場競爭並未完全排除，並不影響消費者之選擇可能性。

48 相對的，對於限制轉售價格行爲持負面看法者，主要係認爲：

1. 上游供應商將其商品出售與下游經銷商時，兩者爲分別獨立之事業體，經銷商以何種價格轉售商品乃其營業自由，不應剝奪經銷商之價格決定權。蓋縱屬同一品牌之商品，經銷商間之成本負擔及所提供之服務亦有不同，如經銷商因受到轉售價格之限制，不能因應自己在市場上之獨特條件或經濟狀況作適當調整，將造成不公平競爭之結果。此外，部分經銷商爲擴展業務或應付資金週轉，暗中降價求售，亦將使遵守限定轉售價格之其他經銷商處於不利之競爭地位。

49 2. 限制商品之轉售價格，無異使經銷商間成立統一價格之卡特爾，阻礙消費者購買價格下降之可能。一方面，下游經銷商間可能基於聯合訂價之目的，要求上游廠商實施轉售價格之限制，以達成統一經銷市場價格之效果。另一方面，上游廠商之間若形成統一價格之卡特爾，維持轉售價格制度亦將使其易於監視該卡特爾成員是否遵守協議，否則當零售價格下降時，上游廠商將很難得知該價格變動係出於下游經銷商之競爭，或其他上游廠商違反價格協議所致。

50 3. 價格競爭乃最重要之競爭手段，事業若欲強化品牌內之非價格競爭，仍得以其他方式爲之，不應犧牲經銷商間之價格競爭。何況，對於品牌形象之維護，本應以提供良好之品質或服務等方式爲之，若僅以高價位作爲維持品牌形象之手段，本質上爲一超額利潤，亦不具正當性。

51 現行公平法第 18 條之規定對於限制轉售價格行爲，乃採取當然違法之立

場。觀諸公平會對於限制轉售價格行爲之處分理由，對於本條規定立法意旨之闡釋，多指限制轉售價格行爲「無形中剝奪配銷階段廠商自由決定價格之能力，經銷商將無法依據其各自所面臨之競爭狀況及成本結構訂定合理售價，其結果將削弱同一品牌內不同經銷商間的價格競爭，故爲公平交易法所明文禁止。」所強調者爲下游廠商之價格決定自由。另最高行政法院對於本條規定之規範意旨，亦稱：「此一限制訂價之自由，將使特定商品「品牌內」之價格競爭完全趨於消滅，再因品牌內競爭喪失，使得該特定商品價格下降壓力減少，進而間接導致「品牌間」之競爭減少，故具有高度之限制競爭效果，致使少數事業獲得利益，不利於自由市場之公平競爭、經濟繁榮及消費者之利益，均有公平競爭阻礙性，自應視爲當然違法」（立明光學有限公司金雙氧隱形眼鏡清潔液限制轉售價格案，最高行政法院 92 年度判字第 825 號判決），乃肯定「品牌內競爭」亦列入本法之保護範圍（關於品牌內競爭，參見：第 4 條邊碼 27）。

（三）關於「限制最高轉售價格」行爲之影響分析

52 按限制轉售價格行爲一般係要求下游廠商在銷售商品時，不得低於一定之價格，即限制最低轉售價格行爲；然而事業亦可能基於特定理由，限制其下游廠商出售商品時，不得高於一定價格，此即限制最高轉售價格行爲。關於限制轉售價格行爲之負面影響，常見的指責之一是上游廠商實施限制轉售價格行爲，將剝奪下游廠商自由訂價之決定權，致使下游廠商將不能依市場競爭狀況及其自身之成本結構，訂定其商品售價，造成不公平競爭之結果。就此點而言，限制最高轉售價格與限制最低轉售價格，似無不同。

53 不過，學說上有認爲限制最高轉售價格行爲，對於消費者利益及經濟效率亦可能有正面意義，在規範上不應採取與限制最低轉售價格行爲相同之立場。此種情形，主要係發生在產銷通路存在「連環獨占」（或稱「接續性獨占」，successive monopoly）之現象，亦即，當上游廠商與下游廠商均具有市場獨占力，可能形成上游獨占廠商將商品銷售給下游廠商時，即採取一次獨占訂價，而下游獨占廠商於出售商品時，又採取一次獨占訂價，如此將對消費者產生「雙重

剝削」，同時亦將因爲最終零售價格偏高，致使商品銷售量減少，影響上游廠商之利潤。從而，如允許上游廠商實施最高轉售價格，防止下游廠商採取不當之過高訂價，以增加該商品之銷售量，不僅將對上游廠商本身有利，亦可使消費者享受商品售價降低之利益。

54 至於事業是否可能以限制最高轉售價格行爲，作爲「掠奪性訂價」之手段，排除既有或潛在之競爭者？學說上則有認爲，上游事業以限制最高轉售價格之方式，實施掠奪性訂價策略時，如未給予下游廠商合理補償，將使其缺乏意願配合上游事業之行動；惟如給予補償，則易使該掠奪性訂價行爲遭主管機關察覺。因此，一般掠奪性訂價行爲較不容易採取此種手段（黃銘傑，2002，頁 271、272）。或認爲事業採取掠奪性訂價之考量，大多涉及水平市場要素，如進入市場之難易或競爭廠商人數之多寡，與限制最高轉售價格行爲本身並無直接關係，因此須仍就限制最高轉售價格行爲是否對市場競爭有害調查事證以進行評估（陳志民，1999，頁 81、82）。

55 在比較法上，對於限制最高轉售價格行爲是否採取與限制最低轉售價格相同之規範形式，各國有不同規定。在我國，從公平會適用本條規定處分之案例觀察，其執法態度仍傾向於保護下游事業之價格決定自由。在豐禾實業股份有限公司限制轉售價格一案中，被處分人爲辦理其「優沛蕾」產品之地區性促銷活動，乃提供「炎夏大活動加量再回饋特價 39 元」之標籤，讓經銷商貼在瓶上，並派員調查下游廠商是否配合促銷，對於未配合者則以取消優惠或不再續約等方式作爲處罰。公平會乃認爲「促銷活動之目的在於鼓勵經銷商或其客戶增加訂貨，其方式甚多，而約定轉售價格之作法既爲公平交易法第十八條所明文禁止，被處分人自無權強制訂定其商品於下游各銷售階段之銷售價格，經銷商是否按所定轉售，應由經銷商自行決定」（公平會 85 年公處字第 013 號處分書）。本案例原係限制經銷商應以「固定價格」轉售商品，惟自被處分人稱「經銷商不配合促銷，反將促銷活動的價差自己賺取」之抗辯內容觀察，其所欲限制者應係不得高於促銷價格，實寓有限制最高轉售價格之意涵。

56 學說上對於限制最高轉售價格之規範方式，有以爲不宜採取與限制最低轉售價格相同絕對禁止之規範（王銘勇，2000，頁 278）；或認爲應承認其「原則合法」，相關主管機關若欲以之爲不法，則當自負舉證責任，證明該當行爲對競爭秩序或經濟效率造成損害；譬如，相關機關可證明行爲人之最高轉售價格維持係爲掠奪性價格策略之手段、該當行爲之實施係爲排除其他事業進入市場、或該行爲實爲最低轉售價格維持之僞裝等（黃銘傑，2002，頁 279）；亦有建議應透過修法方式，將最高轉售價格之約定排除於「無效」交易類型之外，而就具反競爭潛在危險之最高轉售價格維持約定，可考量於本法施行細則第 27 條第 1 項中增列「最高轉售價格維持」之約定，爲本法第 19 條第 6 款所稱之限制之一，使執法機關得依施行細則第 24 條第 2 項之規定，以類似美國法上之合理原則，考量諸如接續性獨占及共謀理論等促進競爭與反競爭因素；且由於最高轉售價格維持最主要的反競爭效果，乃在於其可能被利用作爲「掠奪性定價」之工具。故亦可考慮將其排除於本法第 3 章「不公平競爭」之外，而以第 2 章關於企業獨占與聯合行爲之相關規定規範之（陳志民，1999，頁 96）。

（四）限制轉售價格之除外適用

1、日常用品之除外

57 在公平法立法之初，於第 18 條第 1 項但書雖設有「一般消費者之日常用品，有同種類商品在市場尚可爲自由競爭者，不在此限」之除外規定，何謂「日常用品」依同條第 2 項規定則由公平會公告之。惟不僅「一般消費者之日常用品」概念模糊，且何以「一般消費者之日常用品」即可作轉售價格之限制，在理論基礎上亦甚爲薄弱，是以此項規定即遭學者批評（廖義男，1995b，頁 210）。

58 實務上，公平會自成立以來即對該例外規定之適用著手進行研究，並認爲在「一般消費者日常用品」之判斷標準上，應符合兩項要件：（1）消費者日常所使用；（2）購買頻率高。至於在判斷是否符合「有同種類商品在市場上可爲自由競爭」時，則應考慮：（1）競爭品牌多，則產品品牌間之競爭不致因限制轉售價格之實施而受到過度限制；（2）產品差異化程度低，則上游業者不易以

非價格競爭爲手段，塑造其產品忠誠度；（3）市場競爭程度之高低，應自該商品所屬之市場結構觀察，若市場集中度低則大致可推論該商品之競爭程度較高（胡光宇，1993）。其後，經公平會實證調查之結果，認爲並未發現有符合前揭要件，而得以實施限制轉售價格之日常用品，是以公平會並未就「日常用品」加以公告，實際執法上與無該條但書之情況相同，亦使此項規定形同具文。再參酌其他國家對於限制轉售價格行爲之立法政策，態度轉趨嚴格，因此公平法於 1999 年修正後，我國關於限制轉售價格之規範即成爲無例外之禁止規定。

2. 圖書出版品之除外

59 限制轉售價格之禁止規範，部分國家立法例雖就特定商品設有除外規定，准許該特定商品實施限制轉售價格之行爲，然各國之規範理由、型態及實施之商品範圍並不完全相同。允許爲限制轉售價格之商品，最常見者爲著作物或圖書，其理論依據主要係出於文化政策之考量（參照：本條邊碼 24、30、31）。蓋著作物一般而言利潤不高，如書商間再爲價格競爭，將壓縮原已有限的利潤空間。惟在對出版品實施轉售價格限制後，下游經銷商或零售商間之價格競爭受到限制，價格在圖書交易中較不占重要地位，出版商在成本計算時，可將出版冊數少或不易銷售的圖書，與大量印刷或易於銷售之圖書混合計算，提高書店買進此類圖書之意願，如此可使某些特殊之學術、藝術圖書容易出版，有助於圖書出版之多元化。不過，允許對圖書等出版品爲轉售價格之限制，亦可能發生濫行決定價格之弊，使得圖書價格偏高，從而競爭主管機關仍有進行濫用監督之必要。

60 如前所述，在我國公平會實務對於轉售價格之限制，一向是採取禁止之執法態度，圖書之轉售價格限制亦無法豁免。出版社在圖書上印有定價者，如未要求下游廠商以固定價格出售或打折，公平會固然認爲其尚不違反本條之規定（公研釋字第 019 號解釋）；惟實務上，公平會對於中央文化供應社出版之空中大學教科書（（81）公處字第 040 號處分書）、南一書局出版之國小參考書（（87）公處字第 087 號處分書）、龍騰文化事業出版之高中參考書（（89）年公處字第

207 號處分書）及財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會銷售證券期貨人員資格測驗用書（公處字第 091080 號處分書）等實施轉售價格限制之案例均曾予以處分，未因該商品爲圖書而有所不同。

參、構成要件分析

一、事業

61 關於「事業」之定義，參照：第 2 條。惟本條規定稱：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格」，自上下文義觀之，本條所規範之行爲主體解釋上乃以「供給商品之事業」爲限。從而，對於因上游事業實施維持行爲而受限制之下游事業，應屬本條所稱之「交易相對人」，而非實施限制轉售價格行爲之行爲主體。

62 惟就公平法第 2 條所列四款之事業定義中，第 3 款之同業公會原則上並不提供商品或服務從事交易。從而，當同業公會以內部決議或其他之方式，約束其會員共同實施限制轉售價格行爲時，因該公會本身並未提供商品，即無法成爲本條限制轉售價格行爲之規範主體。惟此時，同業公會藉由章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法，拘束其會員限定商品之轉售價格，仍屬本法第 7 條第 4 項及第 14 條所禁止之聯合行爲，應受關於聯合行爲規定之規範，僅就其所屬成員有爲限制轉售價格之行爲者，方有本條規定之適用。

63 再者，自商品之行銷通路觀察，限制轉售價格之行爲固然可能係出於製造商、進口商等上游事業主動實施。惟下游之經銷商或零售業者，若具有相當之市場力量時，例如由多家下游經銷商達成合意，或某些大型批發商或連鎖商店本身即足以掌握通路，亦可能反過來要求上游事業實施限制轉售價格之行爲。在台灣明尼蘇達礦業製造股份有限公司與其「3M 黑金剛」（不織布研磨產品）之經銷商星柏公司、三美商業用品社及煒興公司共同協研定該商品轉售價格一案中，公平會先以台灣明尼蘇達礦業製造公司製發「3M 黑金剛」產品轉售價格表，限制經銷商轉售價格之行爲，違反公平法第 18 條第 1 項規定（公平會 86

公處字 206 號處分書）；復又以「本案系爭價格表各式 3M 黑金剛產品價格之形成，經查係星柏公司、三美商業用品社及煒興公司等被處分人爲穩定銷售價格，爰與系爭產品上游供應商台灣明尼蘇達公司，共同討論漸次達成價格之合意」，認定台灣明尼蘇達礦業製造公司與其下游經銷商間所爲協商議訂轉售價格之行爲，違反公平法第 24 條規定（（86）公處字 207 號處分書）（並參見：本條邊碼 114、117）。其中，就下游之三家經銷商部分，因該等經銷商並非本條所規定「供給商品之事業」，是公平會對其與上游廠商共同協議訂定產品轉售價格表之行爲，即無法依本條規定予以論處。

二、交易相對人

64 關於交易相對人之定義，參照：第 3 條

三、供給之商品

（一）商品之定義

65 關於「商品」之定義，參照：第 2 條邊碼 42。我國自 1999 年 2 月 3 日公布修正本條規定後，業已將得限制商品轉售價格之除外規定刪除，使我國關於限制轉售價格之規範成爲無例外之禁止規定。

（二）智慧財產權之授權商品

66 在智慧財產權授權契約中，授權人對於依該授權所製造之產品限制其售價，是否屬本條所規範之轉售價格限制？蓋公平法第 18 條所規範者，係事業對其「供給之商品」轉售時所爲之價格限制，而在一般智慧財產權授權契約中，授權人所供給者乃專利權、商標權或著作權等「權利」，被授權人所銷售者則爲自己所製造之商品，兩者所出售之標的並不相同。因此，公平會於 2001 年 1 月 18 日第 481 次委員會議訂定之「行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則」中，即將技術授權協議之內容，有「限制被授權人就其製造、生產授權商品銷售第三人之價格」之情形者，列爲本法第 19 條第 6 款之規範對象，而非直接適用公平法第 18 條予以論處。

惟學說上則認爲，智慧財產權之授權人本身雖非商品之製造商或供應商，

但畢竟係居於最上游之地位，其所爲垂直價格限制之約定對市場造成之限制競爭影響最大，若僅能適用本法第 19 條第 6 款加以規範，則應改適用「合理原則」而非「禁止原則」，且爲限制行爲之事業須具有市場地位，始有適用，故其適用範圍相當有限，且本條所稱之「就供給之商品」，是否一定必須是事業原先提供之商品，亦不無疑問。因此，本條所謂「商品」，除原來所供給之商品外，尚應包括以原來商品爲基礎所生產製造之其他商品。因此，智慧財產權之授權人對於依該授權製造之商品限制其售價者，原則上均應屬無效，除非銷售價格與權利金之計算有密切關係（謝銘洋，1995，頁 187 及頁 289、290；並參照：第 45 條）。

（三）本條規定對「服務」有無適用？

67 按本法第 2 條第 4 項對事業所爲之功能性定義爲「其他提供商品或服務從事交易之人或團體」，乃將「商品」與「服務」同列，其他關於獨占、聯合行爲、仿冒行爲、不實廣告及多層次傳銷之規定，亦復如此（惟關於多層次傳銷之規定則將「服務」以「勞務」稱之），是以事業如就其下游「服務」轉提供之價格予以限制者，是否亦應依本條規定予以論斷？例如，再保險公司對於直接向消費者承保之保險公司約定，限制其收取之保險費金額；或如上游之電影發行商將其所發行之電影提供給下游戲院播放予消費者觀賞，此時，戲院提供消費者的乃是服務，並無商品出售之行爲，上游之影片發行商如進而限制戲院販售之票價，能否以本條規定論處，即有疑義。實務上，公平會在自由時報限制廣告代理商交易條件一案，被處分人爲管理其分類廣告代理商，乃要求廣告商如有將「分類廣告稿面異常放大」、「低價承作」、「免費贈送客戶」或「不當集稿」之情形，將予以處分。其中，關於不得低價承作及免費贈送客戶之部分，均係對下游廣告代理業者就委刊廣告之收費所爲之價格限制，而自由時報在本件交易中所提供者爲刊登廣告之服務，並非商品，是以公平會乃依公平法第 19 條第 6 款加以論處，而未直接適用本條規定，行政法院亦維持公平會之見解（（88）公處字第 133 號處分書、台北高等行政法院 89 年度訴字第 1526 號判決）。

四、轉售、再轉售

（一）轉售的定義

68 本法第 18 條係規定事業對於交易相對人，就供給之商品轉售給第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格。而其要件上必須存在兩個以上的交易關係（交易之概念，請參見：第 3 條邊碼 7），且商品之所有權已移轉給交易相對人，始有維持轉售價格之問題（胡光宇，1993，頁 74）。若商品所有權並未移轉，僅是就商品用益爲比例分配，則非轉售行爲（參照行政院台（90）訴字第 020098 號訴願決定書）。然而關於「轉售」此一概念的理解，多半而言係與有形的商品連結，一般服務的提供，似難出現所謂「轉售」（即「所有權」移轉）之情形。是以，本條規定若欲對服務所有適用，在「轉售」適用於服務之概念理解上，應係規範服務請求權移轉予第三人或第三人再移轉該服務請求權時，應容許其自由決定價格，較爲合理。

69 依本法第 18 條規定，限制轉售價格行爲之類型，可分爲對交易相對人轉售第三人價格之限制與該第三人再轉售價格之限制二種，前者係對交易相對人販賣價格之直接限制，後者係對交易相對人就其販賣該商品給第三人後，就該第三人販賣價格之間接限制。前者係一般轉售價格之限制，後者係再轉售價格之限制（王銘勇，2002，頁 42）。

70 由於本法第 18 條所規範者，乃商品出售後，原買受人再次「轉售」商品之價格決定權，是倘事業將其商品交由下游事業出售時，係委託該下游事業「代銷」，則下游事業銷售是項產品，僅係立於受託人或代辦商之地位，爲上游事業之利益及計算代爲出售是項商品。此時商品之所有權並未經過二次移轉，而係由上游事業直接移轉至下游事業所引進之買受人，並非「轉售」，故上游事業縱要求該爲其「代銷」之下游事業遵守其決定之價格，亦無本法第 18 條之適用（何之邁，2001，頁 110）。公研釋字 004 號與 013 號亦認爲，如代銷契約中約定有銷售價格者，因代銷之事業所獲得之利潤並非因購進商品再予轉售而賺取其間之差額，因此無轉售價格之問題，自不適用本法第 18 條之規定。

（二） 經銷或代銷

71 惟下游事業銷售商品究屬「轉售」抑或「代銷」，不能僅憑表面決定，縱上下游事業係簽訂「代銷契約」作爲限制下游事業銷售價格之依據，亦不得逕行認定並未違反本法第 18 條之規定（何之邁，2001，頁 110）。爲避免廠商假代銷之名，而試圖規避本法的規範。上下游事業間是否有代銷關係，不能僅從契約文字形式上爲斷，而應就契約之實質內容加以認定（公研釋字 004 號與 013 號）。

72 經銷與代銷的區別，我國實務上大抵認爲，上下游事業間是否有代銷關係，應就契約之實質內容，亦即下游事業銷售是項商品是爲何人計算、風險由何人負擔、所有權是否已經移轉、以何人名義作成交易，及有無佣金給付等因素綜合判斷之（公平會，2002，頁 161）。而學說除贊同實務之判斷標準外，另有援引日本學說而認爲契約究竟屬代銷或經銷關係，其判斷應考慮下列因素：（1）銷售價金之支付方式（如果是先付，較可能爲經銷；反之如爲後付，即可能爲代銷），（2）商品瑕疵擔保責任之歸屬（如歸生產者，多半是代銷；如歸銷售者，多半是經銷），（3）商品之保管責任（如歸生產者，多半是代銷；如係銷售者，多半是經銷），（4）商品未能出售之危險負擔（如歸生產者，多爲代銷；如歸銷售者，多爲經銷），（5）報酬之計算（如有議定報酬之計算方式，多半爲代銷；如係經銷，其利潤係反映於售價中，無所謂報酬計算），（6）商品之保險投保人（如生產者投保，多半爲代銷；如由銷售者投保，大多爲直銷）等因素，綜合判斷係代銷或經銷方爲妥當（賴源河，2002，頁 283-284）。

73 惟從公平會處分、行政院訴願審議委員會與行政法院判決實務的趨勢觀察，形式上是否已發生所有權的移轉，在個案中常是左右代銷關係成立與否之關鍵，特別是稅法上的認定常被援引作爲認定所有權形式上是否已發生移轉的重要標準。以早期公平會對化妝品轉售價格的處分案爲例，公平會即以化妝品自化妝品國內供應商移轉至消費者的過程中，營業稅已依營業稅法規定經過兩次扣抵而認係轉售（並請參見本條邊碼 77）；而在較近期的立明光學有限公司限制轉售價格案中，不論是公平會、行政院訴願審議委員會或行政法院，均以該

案與立明光學有限公司以所謂「代銷」交易之連鎖店，係以該店所屬公司或分公司名義開具銷售發票予消費者，並未註明「受託代銷」，而非以立明光學有限公司名義開具發票，且立明光學有限公司亦以「連鎖店」爲買受人開具銷售發票，亦未註明「委託代銷」字樣，形式上商品所有權已經移轉，立明光學有限公司雖稱未註明代銷轉售係交易之方便性，但依發票觀之，其與零售商之間已銀貨兩訖，故本案立明光學有限公司所稱之「代銷」，仍有所有權移轉及轉售過程。故立明光學有限公司縱以「代銷」契約爲名與部分經銷商簽訂合約，惟實際上該等交易方式，應屬買賣關係（(89）公處字第 010 號、行政院台（89）訴字第 27472 號決定書、台北高等行政法院 89 年度訴字第 2052 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 825 號判決，並參照加值型及非加值型營業稅法第 3 條第 3 項第 4、5 款、統一發票使用辦法第 17 條第 2 項）。

74 惟加值型及非加值型營業稅法第 3 條第 3 項第 4、5 款規定，營業人委託他人代銷貨物或營業人銷售代銷貨物者，均視爲銷售貨物，而統一發票使用辦法第 17 條第 2 項雖規定，營業人委託代銷貨物，應於送貨時依合約規定銷售價格開立統一發票，並註明「委託代銷」字樣，交付受託代銷之營業人，作爲進項憑證。受託代銷之營業人，應於銷售該項貨物時，依合約規定銷售價格開立統一發票，並註明「受託代銷」字樣，交付買受人，然是否開立發票尚非認定營業人間之交易關係，究爲經銷關係或代銷關係之依據，在個案，仍應視其具體約定內容有無使下游廠商負擔銷售風險認定之(參照黃茂榮，1993，頁 309-310)。

早期公平會對化妝品轉售價格的處分案中，較以稅法上之形式認定爲依據，而未詳細審認其實質所有權是否移轉與風險究竟由何者負擔。然在立明光學有限公司限制轉售價格案中，不論公平會、行政院訴願審議委員會或行政法院之論理均已較爲細膩，除了參照稅法相關規定而爲前述形式上所有權移轉之認定外，並就該案所涉及之「代銷契約」內容具體審酌，而認立明光學有限公司所指稱之「代銷」連鎖店不論就商品、交易、資金等風險承擔均與經銷商無異，顯然已注意到不宜僅由形式判斷所有權是否已經移轉。

75 至於我國民法上所規範之代辦商，係非經理人而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之人，參照：民法第 558 條，由於其乃是受他事業委託，以他事業之名義，辦理受託事務，效力直接歸屬於他事業，亦有稱之爲代理商者（參照第 3 條邊碼 12）；而行紀，則爲以自己之名義，爲他人之計算，爲動產之買賣或其他商業上之交易，而受報酬之營業，參照：民法第 576 條。以爲供應商銷售商品而論，兩者共同的特點均係「爲他人之計算」從事銷售行爲，僅是代辦商係以供應商（即本人）名義爲之，行紀則係以自身之名義爲之，故一般均將其等與供應商間歸類爲代銷關係。

惟公平會於立明光學有限公司限制轉售價格一案（（89）公處字第 010 號）中認爲，考量是否爲「代銷」至少有二項因素：（1）所有權是否移轉，如所有權未移轉，即以行爲人名義進行交易者，方屬代銷，否則非屬代銷；（2）交易風險承擔仍應歸屬委託代銷者，包括商品之瑕疵擔保責任、商品保管責任、商品未能售出之風險負擔等。由於行紀雖係爲「爲他人之計算」從事銷售行爲，但其卻是以行紀商本身的名義爲之，並非以供應商名義爲之，行紀與供應商之間在公平會實務上似有被排除於代銷關係的可能。惟法院見解雖認在判斷是否爲代銷關係時，以何人名義作成交易係考慮因素之一，但又指出，所謂「代銷」，因非屬民法上之典型契約，實務上係指以供應商之風險和計算將商品賣給他人，而向供應商收取佣金之謂（台北高等行政法院 89 年度訴字第 2052 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 825 號判決），則較爲強調究否屬於代銷關係，係以是否爲「供應商之風險和計算」爲準，從而民法上之行紀與代辦商，在此定義下，其與供應商之間均屬代銷關係。

76 關於代銷與經銷、代銷成立之要件（包括所有權之移轉及風險之負擔）等，更詳細的說明，請參照：第 3 條邊碼 12 至 21。

（五）百貨公司專櫃

77 公平會於本法通過之初，有鑑於我國化妝品之零售價格高於美、法、

英、香港等地區，並未反映當時之關稅及新台幣升值等因素，且全國售價又均予以統一，故本條早期即集中處分化妝品市場供應商與百貨公司間轉售價格約定。

在該等案例中，公平會均認定化妝品國內供應商與其經銷商屬買斷方式從事交易者，兩者係屬交易相對人；百貨公司中之經營專櫃者，因係以百貨公司之名義與消費者進行交易，因此認定其商品所有權之移轉方式，係經由化妝品國內供應商移轉與百貨公司，再由百貨公司移轉與消費者，其營業稅亦已依營業稅法規定經過兩次扣抵；另依所得稅法之規定，經銷商係以零售價格徵稅，化粧品國內供應商則以扣除經銷商之抽成後爲所得額，此與一般商品之轉售與再轉售情形並無不同，故兩者之關係亦應屬本法第 3 條所稱與事業進行或成立交易之交易相對人。因此，化妝品國內供應商所提供之商品自應遵守本法第 18 條之規定，容許經銷商於自負價格調整差額情況下自由決定其商品零售價格（如（81）公處字第 010 號、（81）公處字第 011 號、（81）公處字第 012 號、（81）公處字第 013 號等）。

78 惟我國百貨公司經營型態複雜，有者僅係提供場地提供化妝品業者、服裝業者設立專櫃，雖以百貨公司之名義開出發票，究其目的係藉此確定各專櫃之營業額，以收取一定比例之費用，至於專櫃之商品提供、價格決定、人員配置和雇用，則由專櫃業者自行決定。而百貨公司對於設專櫃之業者，均按業者在其賣場之當月營業額某一百分比抽成作爲收入，與其經銷商賺取商品價差作爲收入並不相同，故該抽成可視爲百貨公司向專櫃業者收取之「不固定租金」（用益租金）。而百貨公司與專櫃業者間之法律關係，應定性爲民法上之用益租賃契約。同時，營業稅爲銷售稅之一種，其稅捐客體爲「銷售」，即使營業人委託他人代銷貨物，或是營業人銷售代銷貨物，其商品之所有權並未移轉，但依營業稅法第 3 條第 4 款、第 5 款之規定，仍視爲銷售貨物，而須課徵營業稅，故不宜僅從發票名義人斷定貨物所有權是否已爲移轉，即進一步認爲有本法第 18 條之適用（廖義男，1997，頁 43 至 44）。

79 而公平會前述對化妝品供應商之處分案，卻以化妝品自化妝品國內供應商移轉至消費者的過程中，營業稅已依營業稅法規定經過兩次扣抵而認係轉售，可能也忽略了委託代銷時之稅務處理亦是兩次折抵。至於處分理由中所謂「經銷商之抽成」等用語，更是與委託代銷時之「佣金」幾爲同義詞。除此之外，若化妝品之所有權真已賣斷予百貨公司，何以百貨公司同意由化妝品國內供應業者在百貨公司處設櫃、提供銷售小姐？若化妝品卻已賣予百貨公司，而再由化妝品國內供應商「替百貨公司」銷售「百貨公司所擁有之化妝品」，似亦也不符合一般經銷實務與經驗法則。從上述事項而論，公平會於前述對化妝品國內供應商之處分案例，似並未深切究明個案情形究竟係屬代銷契約或經銷契約（劉紹樑，1994，頁 72）。

（六）加盟

80 加盟店組織，係近代最複雜、多樣但有效之商業組織型態之一。就目前我國加盟經營型態而論，大抵可分爲直營店、委託加盟店、特許加盟店、自願加盟店等。就直營店而論，其係完全由加盟總店投資經營，其店面、商品、生財設備與裝潢等全部屬於加盟總店所有，加盟總店亦享有絕對的經營決策權，發票亦由加盟總店開立，嚴格論之，實屬於加盟總店轄下的支店或分支機構；委託加盟則是由加盟總店提供店面並授與加盟者經營權，但店鋪、生財設備與裝潢等亦均由加盟總店所有，而加盟者須支付加盟金、商品保證金與訓練費用等，加盟總店則須提供商品、教育訓練、專業技術指導、廣告、促銷與財務管理等經營技術，營業利潤則雙方共享；特許加盟則是由加盟者自備店面，並須支付加盟金、保證金與輔導訓練費等，加盟總店則授與經營權並提供全套經營管理技術，加盟者得獲取之營業利潤分配比率通常較委託加盟的類型高；至於自願加盟，則係完全由加盟者自行投資經營，加盟者屬於獨立事業，凡店面租賃、生財設備、店內員工等均屬加盟者所有或負責，加盟者與加盟總店訂定契約，並向加盟總店採購訂貨，按規定繳交加盟金、會費與訓練輔導費等，加盟總店則須提供經營上的服務，如招牌、商標、廣告或促銷等事務之相關資訊（參照

王弓、李小梅，1994，頁 66-67；林美惠，1995，頁 31-33）。

81 就本法第 18 條之適用而言，直營店因實屬於加盟總店轄下的支店或分支機構，商品屬於加盟總店所有，發票亦由加盟總店開立，故加盟總店對直營店所販售之商品的價格，享有絕對控制權，並無本法第 18 條之適用。至於委託加盟與特約加盟，其商品所有權係屬於加盟總店或加盟者，個案各有不同，尚難一概論之，但以歸屬加盟總店者居多，在此等情形加盟總店縱使對加盟者所販賣之商品的價格加以拘束，亦應無本法第 18 條之適用。

82 惟自願加盟的情形，自願加盟者爲一獨立事業，財務獨立，且擁有商品之所有權，其與加盟總店間應屬於交易相對人之地位（王弓、李小梅，1994，頁 95），故加盟總店就其提供予自願加盟者之商品，限制自願加盟者轉售商品之價格，自違反本法第 18 條之規定。然而，若該加盟組織擁有多種不同型態的加盟方式，而僅有自願加盟者得以不受價格約制，特別是各種類型的加盟店又相距甚近時，因同樣的商品可能有不同的賣價，加盟總店將可能會擔憂將使顧客對整體加盟店組織產生不良印象或不信賴感，對於此一問題，有以爲可透過對自願加盟者提供建議售價加以解決（林美惠，1995，頁 233），至於建議售價的問題，請參照本條邊碼第 104-107。

惟整體而論，加盟店組織，雖有不同型態的加盟方式，但加盟總店所建立的整體企業、品牌形象，正是其吸引他人加盟的主因，因此加盟總店藉由其累積之企業、行銷網路、服務方式與品牌形象等無形資產的價值，在何種程度內得認爲其得反映在加盟總店對加盟店商品售價之訂定上，並認爲此等定價行爲具有一定合理性，進而排除本法第 18 條之適用，值得思考。

83 而在公平會對本法第 18 條之執法實務上，針對加盟店組織間之商品價格約定，相關的案例爲荷屬安地列斯商博雅股份有限公司台灣分公司約定轉售價格案（（87）公處字第 002 號），乃就加盟總店與特約加盟者間關於商品零售價格之約定加以處分。該案所涉之銷售方式較爲特殊，係由被處分人（即加盟總店）供貨，被處分人與特約店所簽訂之制式合約書係由被處分人提供，簽約時合約

文字不修正，僅就合約中空白欄位填上金額數字、日期及事業名稱等資料，每半年續約。合約金額（即約定之半年銷售總額）分爲十萬、二十萬、四十萬、六十萬（或以上）之等級，由特約店分別開出六張支票，逐一兌現，以支付合約貨款金額；被處分人則以出貨單所定品名、數量以建議零售價分批出貨予特約店，特約店亦以各該品名產品之建議零售價出售。特約店於達成合約銷售額時，被處分人會另提供贈貨，贈貨比率依所簽合約金額之大小，分別爲簽約金額之二○%、二五%、三○%、三五%，特約店之利潤即在於贈貨貨品之銷售。就非贈貨之銷售而論，如特約店係於銷售一定數額之商品後始須兌現、支付合約貨款金額，則該部分的銷貨方式實類似代銷關係，至於贈貨比率既係以所簽合約金額之大小（即預計所銷產品數量、金額）爲準，亦類似代銷關係中依據一定銷售金額之比率而給與之佣金或利益給付。然公平會在本案中認爲，被處分人銷貨方式雖係以提供贈貨作爲特約店銷售產品之利益，與一般由經銷商賺取差價之銷貨方式略有差異，惟不礙於其合致約定轉售價格行爲之認定。

（七）多層次傳銷

84 在多層次傳銷之組織中，一定代價（如給付金錢、購買商品、提供勞務或負擔債務）之給付係成爲參加人之要件（關於多層次傳銷事業與參加人之相關定義，參照：第 8 條）。就購買商品一項而論，若其商品之所有權與實質風險，均已自多層次傳銷事業移轉至參加人，即應構成本法第 18 條所規範之轉售。

由於參加人成爲多層次傳銷事業從業人員所取得之佣金、獎金或其他經濟利益，除來自本身銷售產品以外，往往就其介紹加入者（俗稱下線）之銷售利得，亦可分得一定獎金，因此在營業型態上如果任由銷售者自由決定售價必會影響到介紹其加入者（俗稱上線）之利益，故多層次傳銷業者較諸其他事業更可能限制其銷售人員之零售價格（賴源河，2002，頁 278）。而在公平會實務上，即認爲多層次傳銷事業與其參加人係屬交易相對人，故多層次傳銷事業所提供商品自應遵守本法第 18 條之規定，容許參加人自由決定其商品零售價格（如（81）公處字第 042 號、（81）公處字第 048 號、（82）公處字第 051 號）。

（八）關係企業間之轉售

85 至於關係企業彼此之間的限制轉售價格行爲，是否亦應適用本法第 18 條加以規範？有認爲，關鍵在於對此一問題究應採取所謂經濟利益共同體說（或集團法說 enterprise law），亦即關係企業爲一個經濟單位，若其市場之經濟力量、經濟地位影響到其他之同業競爭者，始由公平交易法加以規範，或者是應採所謂法人人格實體說（entity law），亦即關係企業內部各分子事業，均爲獨立之法律實體，得爲不公平競爭規範之主體（參閱梁宇賢，1993，頁 244 至 245）。

86 有採肯定見解者認爲，關係企業內部如爲上下游產業關係，單純的建議價格，通常爲下游分子事業所樂於引用，而由於控制、從屬的關係或董、監事的兼充，亦可藉由下游分子事業的「自主」決定，而輕易合法迴避本條之規定。雖英美法例有認控制控制從屬關係上、下游產業，其下游經銷商不具獨立人格，而視維持轉售價格之要求爲公司內部事務，不構成限制轉售價格，似採集團法說之看法。然即使採法人人格實體說，亦可藉前述規避方式，使關係企業內的垂直價格的約定合法化。對關係企業之集體經營利益，不生影響。但依法人人格實體說，至少可在控制事業違反本條規定，造成從屬事業之損害時，對消費者，甚或從屬公司之小股東及債權人之利益，得進一步加以保障（梁宇賢，1993，頁 259）。

87 然另有見解認爲，在控制事業與從屬事業係屬單一經濟體時，控制事業對從屬事業所爲限制轉售價格之指示，形式雖是二個事業間之行爲，但對從屬事業而言，其就該公司之經營事務並無完全決策權，形式上其所爲之決定，實際上是控制事業所爲，從屬公司僅係一執行單位，何有「限制」可言？其次，在我國法制認真正之代銷行爲，指示零售價格，並非限制轉售價格，既在二個無控制從屬關係事業間之代銷行爲中，所爲之指示零售價格之行爲，既無公平交易法第十八條之適用，則二個有控制、從屬關係之事業，形式上是二個事業之指示，但實際上是完全由控制事業所爲之意思決定，何以竟認違反本法第 18 條之規定（王銘勇，2002，頁 35）？

88 就此一問題而論，從屬事業形式上雖爲獨立之法人個體，但實質上實僅居於關係企業整個經濟體中的一個事業部門或分公司之地位而已，無法成爲市場上有效的競爭單位。因此，縱使控制事業與其從屬事業間，形式上有交易行爲的存在，並於此交易中對後者加諸各種競爭限制，但由於該當交易並未滿足本法第 3 條交易要件所要求之獨立性，從而從屬事業並非控制事業之交易相對人，二者間之「交易」實際上僅係同一經濟實體內部的商品移動而已，不具有對外競爭關係之意義。退一步言，縱令認定其間「交易」屬本法第 3 條所定義之交易，而命控制事業不得加諸從屬事業各種交易條件的限制，實質上亦無助於競爭秩序之促進，蓋控制從屬關係並未有所改變，從屬事業就此仍欠缺其自由意思決定的獨立性，依舊無法成爲市場上有效的競爭單位。而當控制事業與從屬事業間之交易被否定時，整體行爲應被視爲控制事業之行爲。僅有在個案狀況下，若該等關係企業間，不僅具有形式上獨立的法人格，於交易實質上，雙方亦各自擁有其自由交易決定權之獨立性，亦可能符合本法第 3 條之相對人要件，此時控制事業與從屬事業間之交易行爲，方有本法之適用，參照：第 3 條邊碼 24 至 26。

89 職是之故，以本法第 18 條之適用而言，若控制事業限制從屬事業之轉售價格，除非其亦同時對從屬事業以外之事業爲轉售價格之限制行爲或是就該個別交易或業務執行從屬事業享有獨立之決策權，否則控制公司對從屬事業爲轉售價格之限制，二者間之「交易」實際上僅係同一經濟實體內部的商品移動而已，應不受本法第 18 條之規範。然若控制事業係透過從屬事業執行其限制轉售價格政策，例如控制事業爲生產者，下設一從屬事業爲總經銷商，要求後者必須對其交易相對人之批發商，應遵守一定價格水平將商品銷售給零售商，且進而要求批發商，對其交易相對人之零售商於與消費者進行交易時，亦必須遵守一定的價格水平，否則將不再繼續供貨，此時即應由此一體行爲中擁有獨立的意思決定權者—控制事業，課予本法第 18 條之法律責任。

90 而本法第 18 條目前的相關執法實務，對前述問題並未有清楚的處理或說

明。但從公平會處分高鳳食品工業股份有限公司（以下簡稱「高鳳公司」，即控制事業，（82）公處字第 032 號、（87）公處字第 201 號）與帝輝企業股份有限公司（以下簡稱「帝輝公司」，即從屬事業，（82）公處字第 045 號、（87）公處字第 201 號、行政院台（88）訴字第 18382 號決定書）限制轉售價格一案以觀，雖高鳳公司與帝輝公司係屬關係企業，且高鳳公司係帝輝公司行銷產品之製造者暨行銷策略擬定者，然公平會仍個別就高鳳公司與帝輝公司之限制轉售價格行爲加以處分，似有檢討之空間。

五、應容許其自由決定價格

（一）規範文義特色

91 本法對限制轉售價格之行爲之規範方式，與整部公平交易法對其他行爲之規範方式相比較，有其明顯特色。首先本法 18 條對限制轉售價格之行爲，並未明定「不得爲」，亦即並無明文有「不作爲義務」之禁止規定，而僅規定「應容許其自由決定價格」。此與本法第 10、14、19、20、21、22、23、24 條等皆有「不得爲」字句之規定，亦即有明文禁止之規定，有所不同。亦即本法第 18 條並未課予事業有不得爲該行爲之不作爲義務，因此並無所謂「禁止規定」，從而亦無所謂違反禁止規定之行爲，因而亦無對所謂違反該規定之行爲，予以行政糾正或處罰規定之必要（廖義男，1995，頁 315-317）。

92 然亦有不同意見以爲，本法第 18 條前段規定以「應容許其自由決定價格」做爲命令其爲一定之行爲的內容。「應容許」在此可解釋爲：命爲一定內容之「作爲」，亦可解釋爲：命爲一定內容之「不作爲」，亦即不得剝奪事業之相對人「決定價格」之自由。所以，在此雖以「應容許」此種「命令爲一定作爲之句式爲之，但仍有禁止規定的意義，亦即與利用「不得」之句式加以規定者有相同之作用（黃茂榮，1993，頁 298）。

93 公平會爲制止限制轉售價格制度所產生之負面影響，以及順應各國對限制轉售價格制度漸趨嚴格管制及禁止之趨勢，在適用本法第 18 條時，即認爲其條文中有「應容許其自由決定價格」之字眼，因此應屬一「作爲義務」之規定，

違反此「作爲義務」者，即屬同法第 41 條所稱「違反本法規定」，因此，事業不容許其交易相對人，就供給商品之轉售價格自由決定，而限制其轉售價格者，公平會自得依第 41 條予以糾正，命其停止或改正其行爲（廖義男，1995，頁），參照：第 41 條，而行政法院迄今對於公平會援引本法第 41 條處分事業違反本法第 18 條之行爲，亦未曾表示過不同意見。

（二）限制轉售價格之類型

1、概說

94 事業未容許其交易相對人自由決定轉售價格之限制轉售價格類型，在學說與實務上大抵可分爲下列數種（參照顏廷棟，2000，頁 39）：

1. 固定轉售價格，即限制其經銷商僅得依一特定之價格銷售；
2. 最低轉售價格，即限制其經銷商之訂價不得低於某一價格水準，例如規定不得低於附近商圈之市售價格；
3. 最高轉售價格，即設定一價格上限，其訂價不得逾此上限；
4. 區間轉售價格，乃允許在某價格範圍任意訂價，例如許可其在進貨價格 5%內自由訂價；
5. 承認的轉售價格，即經銷商於訂定某一價格前，經須廠商之同意；
6. 默示的轉售價格，即雖未對經銷商明示限制其任意訂價，惟倘其訂價每低於一定水準，則施以經濟不利之制裁（如課以違約條款或拒絕供貨），因此暗中形成轉售價格之限制。

95 除上述類型外，亦有以爲，由於本法第 18 條之規範目的，係在保護交易相對人之價格形成自由，凡足以產生限制交易相對人形成價格自由之事業行爲，均應爲本法第 18 條所規範。故除直接限定轉售價格外，禁止交易相對人爲折扣促銷亦在廣義的「限制轉售價格」概念之中。假若上游供應商除價格外，另限制下游經銷商即令願意吸收損失亦不得進行打折或促銷活動（例如附贈贈品，其目的亦在實質地降低商品之價格以吸引消費者購買），以維持銷售價格之一致，此時上游供應商此一禁止折扣或促銷之限制行爲，仍係在限制交易相對人

之轉售價格，終極目的乃在維持其價格體系，並非本法第 19 條第 6 款所欲規範的「價格以外之其他交易條件」之類型（廖義男，1997，頁 46）。

惟在實務上，公研釋字第 007 號、019 號與 032 號解釋雖認爲強制折扣、不得打折等係受本法第 18 條規範，然公平會卻曾在具體個案中，認爲在經銷商完全自行吸收促銷費用下，供應商仍禁止經銷商進行禮盒、贈品、摸彩等促銷活動之行爲，係屬不正當限制交易相對人之事業活動，而引用本法第 19 條第 6 款作爲處分依據（例如（81）公處字第 010 號、（81）公處字第 011 號、（81）公處字第 012 號、（81）公處字第 013 號）。

2、最高轉售價格限制之規範

96 由於本法第 18 條對於約定轉售價格之規範，並未明文規定就不同的限制轉售價格類型，如最低或最高限制轉售價格，適用不同的法律原則。而從條文文義及本法之立法目的觀之，立法者所關切者，乃業者決定轉售價格的自由，係維持市場競爭之基礎，不容被任意剝奪。在此考量下，似無區分「最高」或「最低」轉售價格約定，並於法律之適用上爲不同之區分對待（參照陳志民，1999，頁 65）。而公平會執法實務上，亦採此一立場，不論是最常見的固定轉售價格或最低轉售價格限制，亦或是最高轉售價格維持均曾以違反本法第 18 條論處之（如（85）公處字第 013 號）。以豐禾實業股份有限公司案爲限制轉售價格及足以影響交易秩序之顯失公平行爲一案（（85）公處字第 013 號）而論，公平會對於被處分人所稱經銷商不配合促銷，反將促銷活動的價差自己賺取等抗辯，即認爲促銷活動之目的在於鼓勵經銷商或其他客戶增加訂貨，其方式甚多，而約定轉售價格之做法既爲本法第 18 條所明文禁止之規定，被處分人自無權強制訂定其商品於下游各銷售階段之售價，經銷商是否按所定價格轉售，應由經銷商自行決定，被處分人無權過問，亦即不按約定價格轉售無不誠信問題。

97 然學說上參考美國規範限制轉售價格之經驗，有認爲最高轉售價格維持制度於絕大多數情形都裨益於競爭秩序與經濟效率之達成（黃銘傑，頁 279），而與限制最低轉售價格不同。既然限制最高轉售價格與限制最低轉售價格，可能

產生不同之效果，將該二者可產生不同效果之限制價格行爲列入相同規範中，忽視限制最高轉售價格之正面影響，顯非得當。

98 比較法上，美國聯邦最高法院在 1997 年之 State Oil v. Khan 案判決，即就此一問題，對於限制最高轉售價格採取經濟分析，決定應適用與限制最低轉售價格不同之「合理原則」，可供參考。從而，本法第 18 條關於限制轉售價格之規範及公平會之執法態度，均認限制最高轉售價格與限制最低轉售價格同受禁止，或有再檢討之餘地（並參見本條邊碼 52 至 56）。

（三）限制轉售價格之約定

99 本法第 18 條僅規定事業就其所供給之商品，應容許其交易相對人自由決定價格，並無就限制行爲之定義加以規範，雖該規定後段用語爲「有相反之約定者無效」，立法意旨應認該限制行爲如係約定時，該約定無效（王銘勇，2002，頁 46）。然公研釋字第 007 號、第 019 號第 032 號與第 64 號，均先述及本法第 18 條所欲規範者，係事業與交易相對人間對轉售價格之「約定」，惟該等解釋在該句後之說明文字中，卻又認若上游廠商對下游廠商未「要求」、「約定」或「強制」應以固定價格出售或不得打折或應提供一定折扣等，即不能僅以該商品上印有定價或建議售價，即認違反本法第 18 條之規定。是以，即有學說依據該等解釋之文字而認爲，受本法第 18 條規範之轉售價格限制行爲，不僅指限制之「約定」，尚包括限制之「要求」（王銘勇，2002，頁 46）。

100 惟本法第 18 條之不法核心，應仍爲上下游之間的「約定」行爲，而該等「約定」行爲，除了明示之約定外，亦應包括上游事業爲限制轉售價格之要求，而下游事業以具體行爲默示承諾等情形。按若上游事業因享有一定的市場力量，而對下游事業具有事實上的強制力，甚或得隨時變更銷售條件，而下游事業因上游事業之市場力量，致使交易選擇之自由受到壓縮而不得不同意此等限制條款，此時應屬上游事業濫用市場力之情形，而非僅是本法第 18 條之規範問題，特別是若從本法第 18 條之規範文義觀之，其並未明文課與事業不得爲限制轉售價格之不作爲義務且僅規定限制轉售價格之約定無效，更應認爲本條之立法意

旨，係重在對上下游事業彼此間對限制轉售價格之約定行爲，不給予法律上的保護。蓋若非上游事業具有一定市場力，下游事業本有充分的自由而得拒絕上游事業此一限制轉售價格的要求，然下游事業非但未予拒絕，卻以明示（例如契約明訂）或具體行爲配合或遵循上游事業之限制轉售價格的要求等默示行爲，與上游事業形成限制轉售價格之約定，此時上下游事業此一限制轉售價格的約定，因對市場競爭機能產生不利影響，故明文規定該約定無效。

101 另本法第 18 條所規定之限制轉售價格行爲，是否僅以有轉售價格之約定即足？抑或須另行有確保限制轉售價格具有實效性之手段始符合該條規定之要件？觀本法第 18 條之規定，就限制轉售價格之規範，並未加上其他要件之限制。而在公平會之態度上，自本法施行後，該會所處理關於限制轉售價格之案件，大部分均有確保限制售價格行爲實效性之手段，惟亦有部分案例，被處分人僅與下游廠商約定，即被論以違反第 18 條之規定，例如（81）公處字第 009 號、（81）公處字第 010 號、（81）公處字第 011 號、（81）公處字第 012 號，與（81）公處字第 013 號、（81）公處字第 042 號、（85）公處字第 164 號等。但公平會處理部分違反限制轉售價格之案例中，在論理過程中強調的是限制轉售價格的強制性，且對確保限制轉售價格行爲得以有效施行之手段，有無違反其他公平交易法之規定（最常見者爲第十九條之規定）均會加以說明、討論（王銘勇，2002，頁 47-49），特別是在事業係以具體個案所定之轉售價格，僅有建議性質而不具強制性作爲抗辯時，公平會即會以個案中之轉售價格具有實質或形式上（例如契約約定但未執行）的強制性，而否定廠商之建議售價抗辯，如（85）公處字第 159 號、（86）公處字第 206 號、（89）公處字第 207 號。

102 而我國目前事業實施限制轉售價格之態樣，大抵包括下列數種（並請參閱王銘勇，2002，頁 49 至頁 50）：

1. 以契約明定：亦即在經銷、銷售契約書、經銷承諾書或加盟契約中明文規定限制轉售價格（例如（81）公處字第 009 號、（81）公處字第 010 號、（81）公處字第 012 號、（81）公處字第 040 號、（81）公處字第 042

號、（81）公處字第 046 號處分、（82）公處字第 032 號、（82）公處字第 045 號處分、（82）公處字第 051 號、（83）公處字第 063 號、（85）公處字第 164 號、（86）公處字第 044 號、（87）公處字第 002 號），且有事業於經銷契約中明定承銷價、建議價、建議批發價及建議市價，並另訂經銷商獎勵實施辦法，將不降價銷售列爲獎勵要件之一（如（87）公處字第 201 號）。但隨著本法施行日久，因在契約中載明限制轉售價格條款遭查獲而受行政處罰之可能性較大，是以此類限制樣態已逐年減少。

2. 制訂價格表：另有實施限制轉售價格之事業，於經銷契約中明定、於出貨單上載明或另行出具價格明細表等方式，使經銷商或零售業者遵循其所制訂之價格表（例如（83）公處字第 063 號、（84）公處字第 025 號、（86）公處字第 206 號、（87）公處字第 087 號）。
3. 在產品上標明轉售價格，並使交易相對人以事實行爲加以配合：有部分業者爲規避本法第 18 條之規範，即自行或強制要求經銷商或零售業者在產品上標示特定價格，如經銷商或零售業者未依該產品標定之特定價格販賣，即施以制裁（參見公研釋字第 22 號解釋、（81）公處字第 056 號處分與（85）公處字第 013 號處分等）
4. 強制提供特定折扣：例如強制規定經銷商銷售時須提供與供應商相同折扣（參見公研釋字 064 號解釋）。
5. 由供應商召集產銷協調會或業績檢討會等，促使各經銷商達成共識，並由供應商正式定案決定轉售價格並提請、通知各經銷商遵守：例如（84）公處字第 084 號、（86）公處字第 206 號。

103 至於我國違反本法第 18 條限制轉售價格之案例中，違反該等規定之事業，所採取確保限制轉售價格得以施行之手段，亦可分爲下列數種（並請參照王銘勇，2002，頁 53-56）：

1. 停止供貨：事業對交易相對人就其供給之商品，限制轉售價格時。常

在契約中約定，如未依該指定價格銷售，將予以停止供貨，是我國事業較常使用確保限制轉售價格得有效施行之手段。例如：（84）公處字 025 號、（84）公處字 084 號、（85）公處字第 013 號、（85）公處字 152 號、（85）公處字第 159 號、（86）公處字第 044 號等均是。

2. 取消經銷商資格：事業在實施限制轉售價格之約款時，常同時在契約中約定，如交易相對人未依該指定之價格販售商品時，即予以取消經銷商資格，例如（81）公處字第 042 號處分、（81）公處字第 048 號處分、（81）公處字第 056 號處分、（82）公處字第 051 號處分、（83）公處字第 002 號處分等。

3. 終止契約：另有部分事業，對未依其指定價格販售之交易相對人，常以終止契約之方式加以制裁，而此終止契約之手段，常以經銷契約有限制轉售價格之條款及在契約中明文規定，違反該限制轉售價格條款即爲違約爲前提，例如（81）公處字第 046 號處分、（82）公處字第 032 號處分、（82）公處字第 045 號處分、（87）公處字第 201 號處分等。

4. 賠償損害：另有事業則在經銷契約中約定，如交易相對人不依該指定價格販售，應賠償該事業之損失，例如（83）公處字第 063 號處分、公處字 092150 號。

5. 沒收保證金：事業亦常以經銷商所提供履約之保證金，作爲強制經銷商遵守轉售價格之擔保，對違反該指定價格者，即沒收該保證金，例如公處字 092054 號等。

6. 拒絕提供免費維修服務、優惠價格或取消獎勵等：另有事業則是改以不提供特惠價銷售、拒絕提供免費維修服務或取消業績折扣優惠獎勵等手段，作爲轉售價格之維持手段，如公處字 091080 號、公處字 092054 號等。

而在多數案例中，前述限制轉售價格之手段常是併行出現，例如同時有終

止合約、暫停供貨或是沒收保證金等處罰或制裁手段。

（四）建議售價

104 由於本法第 18 條僅規定事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售予第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格，但並未對事業之建議價格爲任何規範。因此，關於事業對其交易相對人或第三人再轉售，就其供給之商品的轉售價格予以建議或在商品上標價時，其是否會發生實質上限制轉售價格之效果而應適用本法第 18 條，以避免事業藉由建議售價而規避本法第 18 條之規制，遂成爲本法第 18 條執法上的重要課題。

對此一議題，公平會一貫態度係認爲，只要供應商對下游經銷商未要求或約定應以某固定價格、上下限價格出售或不得打折，即承認供應商得在商品上印有售價範圍、建議售價、定價或金額多少等字眼或標籤，而認不違反本法第 18 條之規定（公研釋字第 019 號、公研釋字第 22 號與公研釋字第 032 號）。但若事業在其所供應之產品上貼上「不二價」之標籤售予零售商，則顯有限制零售商銷售價格之意，依本法第 18 條之規定，該限定售價無效，而零售商售予消費者時，不另行標出實售價格，且未依標籤價格出售，則又可能違反公平交易法第 21 條對商品價格爲虛僞不實之表示，因此廠商不宜在產品上貼不二價之標籤售予零售商（公研釋字第 22 號）。

105 依公平會前揭解釋之見解，事業在商品標示建議零售價格，並不當然違反公平法第 18 條規定，應視該標示實質上是否有拘束力而定，是以事業實施建議價格行爲，如在商品上貼上「定價」、「金額多少」、「建議售價多少」，原則上均不違法，唯一例外是，事業所實施建議價格行爲係貼上「不二價」之標籤時，即違反公平法第 18 條之規定。與德、日法制相較，我國對建議價格制之管制，顯係寬鬆，如德國法制原則上係禁止實施建議價格制（參本條邊碼 18、19），而日本雖准許實施建議價格制，但須表明無拘束力之意，且不得使用「定價」等確定字樣。我國僅於廠商以貼「不二價」標籤實施建議價格時，始受到禁止，而德、日均不能使用之「定價」，在我國亦不受禁止，是以我國關於建議價格之

管制範圍明顯小於德、日，其結果即可能使建議價格制遭濫用，而產生限制競爭之效果（王銘勇，2000，頁 295）。

106 然公平會在執法實務上，對個案之所謂「建議售價」，是否確實僅具「建議」性質而無實質上強制力，並非僅從形式認定，而會對是否具有搭配性的強制措施或實質影響力加以審酌，若為建議售價之事業，有採取任何確保所謂建議售價得以施行的手段，諸如違反建議售價者即斷貨、減量供應、終止契約、不予續約、取消獎勵、優惠或經銷商資格，即認事業所稱之「建議售價」僅係規避之詞，而逕以本法第 18 條處分，如（85）公處字第 013 號、（85）公處字第 159 號、（87） 公處字第 002 號、（89）公處字第 207 號、公處字第 091080 號、公處字第 092054 號等；甚且在台灣明尼蘇達礦業製造股份有限公司約定轉售價格一案中（（86）公處字第 206 號），雖被處分人無其他明顯之強制措施或行為，但公平會基於：（1）被處分人為系爭產品唯一進口商及經銷授權人，且其經銷商均長期銷售被處分人產品，爰就被處分人與其經銷商經濟力量之懸殊及長期經濟依賴關係，被處分人製發產品價格表之行為，足以且客觀上已對其經銷商產生垂直性價格限制之效果；（2）被處分人製發之價格表既無僅供參考之意思表示，且被處分人製發系爭價格表之目的，既係交由其經銷商通知渠等交易相對人及穩定市場交易價格等理由，仍認被處分人違反本法第 18 條之規定。

107 雖公平會實務上在處分案中，對於建議售價之認定尚稱嚴格，然因本法並未如德國立法例般原則禁止建議價格，而公平會前揭解釋亦認為，事業於所供給產品上貼附的標籤，只要無拘束力即不違法，故事業常以建議零售價格作為限制轉售價格之手段，而產業間施行建議價格之比率亦不低，加以下游廠商對上游廠商所制訂之建議價格遵守程度相當高，常使建議價格產生與限制轉售價格行為相同之效果，在此情況下建議價格制度即有遭濫用之可能。故即有建議，應立法絕對禁止建議售價或價格制度，以杜絕所有之缺失，如不能加以絕對禁止，公平會亦應改變現在之態度，就建議價格採取更積極之作為，制訂處理原則，明文要求建議價格得使用之用語，並應註明該建議價格並無拘束力，以防

止有拘束力建議價格之發生，以避免建議價格所可能產生之弊端（王銘勇，2000，頁 296、297）。

六、約定無效

（一）民事法上的效果

1、立法意旨

108 對於違反本法第 18 條規定行爲所生之民事上法律效果，本法第 18 條後段即明定轉售價格之約定無效，因一方當事人有違反本法規定之行爲而成立之交易或契約，其法律行爲或契約之效力如何，本法中除本條有所規定外，皆無明文。此種特別之規範方式，顯示立法者對於限制轉售價格之行爲，基本上所採取之態度，並不採以行政干預或刑罰制裁爲後盾之嚴格禁止原則，而僅係不給予法律上之保護。所謂「不給予法律上保護」者，即規定限制轉售價格之約定無效，使爲限制之事業，不能依據明定無效之契約，請求法院判命交易相對人應履行其契約之義務或須負債務不履行之損害賠償責任。亦即其約定無從得到法律上之救濟與保護。立法者對於限制轉售價格之行爲，所以未採嚴格之禁止原則，而僅規定其約定無效之法律效果，主要乃鑑於限制轉售價格之評價不一。我國立法雖似認爲其所產生之負面影響較多，惟對其規範之立法技術上，則採較溫和之態度，雖未明定禁止，但亦不給予法律上之保護，故僅規定「其約定無效」（廖義男，1995，頁 316）。

2、無效範圍

109 公平會於本條執行實務上，係認爲訂有限制轉售價格條款之契約，當事人不得主張之條款，除違反本法第 18 條之限制轉售價格條款外，尚包括確保該條款得以有效施行之約定如違約金條款、停止供貨條款及停止經銷條款（如（82）公處字第 045 號；王銘勇，2000，頁 237）。

110 然而，就事業之經銷契約內有實施限制轉售價格及相關約定之條款時，即令一併認爲該限制轉售價格及相關條款（如違反限制轉售價格約定時之違約金、損害賠償、停止供貨、停止經銷權），均因違反本法 18 條之前揭規定而無

效，但就經銷契約當事人而言，事業訂定經銷契約之目的在於銷售該商品，是以經銷契約雖有部分條款，因違反法律強制規定而無效，在該經銷契約當事人間，應有就該經銷契約其他條款得有效成立，繼續遵行，維持經銷關係之意思；再徵之交易習慣，亦應爲如此解釋。況且，如認爲因約定限制轉售價格條款無效，而使全部經銷契約均因而無效，對經銷契約當事人已進行經銷之法律關係，將造成莫大混亂，是以限制轉售價格之約定雖無效，參我國民法第 101 條之規定，除去該限制轉售價格條款外，該經銷契約應可成立，即不影響經銷契約其他條款成立，故其他條款仍係有效，不受限制轉售價格條款無效之影響（王銘勇，2000，頁 239）。

3、損害賠償之請求

111 就本法第 18 條之規範目的而論，其所保護之利益或權益的範圍爲何，是否包括同業競爭者、受限制事業或一般消費者？有學者援引德、日學說及實務見解，而認爲不論是受轉售價格限制之事業（如下游經銷商）與一般消費者，若因事業違反本法第 18 條之規定受有損害，均得依本法第 31 條之規定請求賠償，惟受限制轉售價格之事業，對實施限制轉售價格之事業，得否依本法第 31 條之規定請求損害賠償，應視受限制之事業對實施限轉售價格之事業實施限制轉售價時，其是否有參與該價格之制訂決之，如受限制之事業，僅係單純受限制，其因上游事業實施限制轉售價格，因而權益受損害，自得依本法第 31 條之規定請求損害賠償。惟如事業對上游事業實施限制轉售價格時，參與該價格之決定，在此情況，受限制之下游廠商，既參與該轉售價格之決定過程，自不得向實施限制轉售價格之廠商請求損害賠償（王銘勇，2000，頁 244 至 247）。但亦有採參照美國實務見解者，認爲一般消費者並不具有向實施限制轉售價格之事業請求損害賠償之當事人適格（劉紹樑，1991，頁 48-49）。至於司法實務因尚未出現具體個案，尚無法觀察其法律見解之傾向，參照：第 31 條。

（二）行政法上的效果

112 由於本法第 18 條僅規定限制轉售價格之約定無效，與其他法條如第 10、14、

19、20、21、22、23、24 等條皆規定事業「不得爲」之行爲之規範方式不同。立法者似僅就其行爲之民事法效力加以規定，至於有無意含事業就該行爲亦存有「不作爲之行政義務」，亦即該條可否解爲行政法上之「禁止規定」，對於違反該條規定者，行政主管機關可否加以監督與干預？法意並不明確，已如本條邊碼 91-93 所述。且如企業擁有經濟上實力，縱其限制轉售價格之約定無效，仍可運用差別待遇、斷絕供給之方法，迫使其經銷商仍然遵守一定之轉售價格，而產生與契約有效之同樣結果，故僅規定約定無效，並不能達到禁止之目的。因此，爲有效規範限制轉售價格行爲，明確表明該行爲係禁止之行爲，宜將該條之規範方式，比照公平交易法其他法條之規範方式，修正爲：「事業不得對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，限制或決定其價格。」即明定限制轉售價格之行爲，係「不得爲」之禁止行爲（廖義男，1995，頁 335）。

113 然在未立法修正前，公平會爲制止限制轉售價格制度所產生之負面影響，對違反本法第 18 條之行爲，仍援引本法第 41 條予以糾正，命其停止或改正其行爲，而公平會依本法第 41 條規定，命事業「停止、改正或取必要更正措施」之具體內容相當廣泛，具有多樣性，除命該事業停止實施限制轉售價格行爲外（如（81）公處字第 009 號、（81）公處字第 042 號、（81）公處字第 048 號、（82）公處字第 051 號、（83）公處字第 063 號、（85）公處字第 164 號、（86）公處字第 044 號、（86）公處字第 206 號、（87）公處字第 002 號、（87）公處字第 201 號），尚包括命命不得再有限制轉售價格行爲或類似行爲（如（81）公處字第 040 號、（81）公處字第 046 號）、取消限制轉售價格條款及確保限制轉售價格具有實效性之條款（如（82）公處字第 032 號、（82）公處字第 045 號）、命事業通知交易相對人不再實施限制轉售價格行爲及停止黏貼價格標籤之行爲等（如（81）公處字第 010 號、（81）公處字第 011 號、（81）公處字第 012 號、（81）公處字第 013 號、（81）公處字第 056 號），透過多樣性之行政上處理，可使公平會制止或防止事業實施限制轉售價格行爲，可更有實效性（王銘勇，2000，

頁 253）。

肆、法律適用

一、與本法第 14 條之關係

114 公平法第 18 條所規範者乃上、下游事業間所爲之限制轉售價格約定，屬垂直限制競爭行爲之一種。若係處於同一產銷階段之事業，以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者，則屬本法第 7 條及第 14 條所欲規範之水平聯合行爲。本法對於水平之聯合行爲，於第 14 條第 1 項但書尚設有七款之豁免規定，得例外申請許可予以合法化，且就聯合行爲之處分，亦須以涉案事業全體所形成之力量，具有一定之市場地位爲要件。相對於本法第 18 條採取「當然違法」之規範立場，我國對於限制轉售價格行爲之立法態度，顯然較爲嚴格。

按具水平競爭關係之上游廠商之間，亦可能以契約、協議或其他方式之合意，約定共同實施限制轉售價格行爲，此時該等廠商除已違反公平法第 18 條之規定外，其水平聯合行爲亦應受公平法第 14 條之規制；惟上游事業如係透過同業公會之決議，約束其會員共同實施限制轉售價格行爲時，則將無法適用第 18 條予以論斷（參見：本條邊碼 62）。至於下游經銷商間基於聯合訂價之目的，要求上游廠商實施轉售價格限制之情形，實務上可見台灣明尼蘇達礦業製造股份有限公司與其三家經銷商間共同協研定該商品轉售價格一案，公平會雖認爲該三家經銷商「因系爭產品於整體研磨市場之市場占有率尚低，尚難謂足以影響市場供需機能而有違公平交易法第 14 條規定」，但仍以「被處分人台灣明尼蘇達公司係『3M 黑金鋼』產品唯一進口商，且僅透過星柏公司、三美商業用品社及煒興公司等被處分人經銷系爭產品，被處分人等各自掌控系爭產品之供貨來源及行銷通路，渠等爲穩定系爭產品經銷階層銷售價格，促使星柏公司、三美商業用品社及煒興公司等被處分人降低品牌內競爭行爲，爰經由上下游業者共

同協商之方式達成『3M 黑金鋼』產品經銷階層銷售價格（漆行價及零售價）之共識，該等上下游業者價格共謀之行為，純係反競爭目的及效果之行為，復無經濟上正面意義可資主張」等理由，將不具相當市場地位之三家經銷商以公平法第 24 條論處（另參見：本條邊碼 63）。

二、與本法第 19 條第 6 款之關係

115 上、下游事業間所為之垂直限制競爭行為，可大致分為價格限制與非價格限制。前者即公平法第 18 條所欲規範之限制轉售價格行為，至於非價格限制，如上、下游事業間所為之搭售、獨家交易、地域、顧客或使用限制等約定，則屬第 19 條第 6 款規定之「事業以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為」。除此之外，公平法第 19 條第 6 款在適用上須以事業之行為有「限制競爭之虞」者為要件，同時就限制是否不正當應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷（施行細則第 27 條第 2 項），而與公平法第 18 條採取「當然違法」原則有別。

116 在公平會實務上，因不符合第 18 條之要件，而將上、下游廠商間之垂直價格限制行為，逕以公平法第 19 條第 6 款予以論處者，例如，智慧財產權人就依該授權製造之商品限制其售價（參見：本條邊碼 66）、或轉售之標的非「商品」而屬「服務」者（參見：本條邊碼 67）。另關於上游廠商禁止交易相對人為折扣或贈品，其目的仍在維持其價格體系，應在廣義的「限制轉售價格」概念內，然實務上仍多以第 19 條第 6 款之規定為處分依據（參見：本條邊碼 95）。

三、與本法第 24 條之關係

117 公平法第 24 條規定，性質上乃屬本法之概括補遺條款（參見：第 24 條編碼第 28-34）。在法律適用上，同一行為如已有本法其他限制競爭或不公平競爭之個別禁止條款可資適用，足以充分評價該行為之不法內涵時，即無再援用第 24 條補充適用之餘地。在台灣明尼蘇達公司一案中（參見：本條邊碼 63），公平會先以台灣明尼蘇達公司製發「3M 黑金剛」產品轉售價格表，係限制經銷商

轉售價格之行爲，論以公平法第 18 條第 1 項規定之違反；其後又以本案系爭價格表之形成，係台灣明尼蘇達公司與三家經銷商共同協商議定，而再將台灣明尼蘇達公司依公平法第 24 條予以處分（公平會 86 公處字 207 號處分書），其見解有待商榷。

另在偉登資訊發展股份有限公司（十大書坊）一案中，被處分人乃限制其加盟店與消費者間有關出租書報雜誌之出租價格。對此，公平會一方面以「具有著作權之產品如 VCD，其所有權及出租權俱爲著作權人所專有，被處分人及加盟店均爲代理出租人，其價格係由被處分人參考加盟店之反映，對市場進行瞭解，及提供廠商之成本考量，協調出三方可接受之價格後，再向客戶收取費用。此一有關約定轉售價格部分，其中物之所有權並未移轉，並未構成轉售」，認爲被處分人未違反公平法第 18 條規定；他方面又認爲「然有關出租權之授權部分，被處分人限制加盟業者之出租價格，具有商業倫理之非難性」，而依公平法第 24 條「顯失公平行爲」予以論處（（89）公處字第 071 號處分書）。本案被處分人之限制「出租」價格行爲，雖不符第 18 條之「轉售」要件，然如前所述（參見：本條邊碼 68），公平會在第 19 條第 6 款之適用上並未以垂直之「非價格」限制爲限，則何以本案無法依第 19 條第 6 款論處？本案之被處分人是否不具相當市場地位？在公平會之處分理由中均未見著墨，即逕依公平法第 24 條規定予以處分，其見解有待斟酌。

四、與本法第 23 條之關係

118 參本條邊碼 84。

五、技術授權與本法第 45 條

119 參本條邊碼 66。

第十九條　限制競爭或妨礙公平競爭之行爲

現行條文（1999年2月3日修正公布）

「有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：

一、以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。

二、無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。

三、以脅迫、利誘或其他不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。

四、以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為。

五、以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為。

六、以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」

修正前條文（1991年2月4日公布）

「有左列各款行為之一，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：

一、以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。

二、無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。

三、以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。

四、以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為。

五、以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料

或其他有關技術秘密之行為。

六、以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」

參考文獻

蘇永欽（1981），〈論不正競爭和限制競爭的關係〉，《台大法學論叢》，第十一卷第一期，頁 55-86；楊永明（1987），〈排他性契約〉，《國立台灣大學法律研究所碩士論文》；湯明輝(1992)，《公平交易法研析》；范建得、莊春發(1992)，《公平交易 2-不公平競爭》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；徐遵慈（1993），〈論營業秘密保護之立法及其與不正競爭之關係〉，《東吳大學法律學研究所碩士論文》；王秋霜（1993），〈美國規制差別取價之研究〉，《東海大學法律學研究所碩士論文》；蘇永欽(1994)，《經濟法的挑戰》；劉孔中（1994），〈德國競爭法中與公平交易法第十九條相關規定之研究〉，《歐美研究》第 24 卷 第 1 期 49-86 頁；莊朝榮、劉孔中、陳家駿、韓毓傑(1994)，〈我國公平交易法第 19 條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較分析〉，《行政院公平交易委員會委託研究報告》；廖義男，（1994），《公平交易法之釋論與實務第一冊》；游素素（1994），〈公共工程發包與公平交易法〉，《公平交易季刊》，第二卷第三期，頁 77-106；陳家駿（1994），〈公平交易法對營業秘密保護之評析〉，《公平交易季刊》，第二卷第一期，頁 1-25；張芬芬（1994），〈公平交易法有關「營業秘密」之規範及案例〉，《公平交易季刊》，第二卷第一期，頁 75-79；廖義男(1995)，《公平交易法之理論與立法》；洪禮卿、黃茂榮、王弓、朱雲鵬、呂榮海、許松根、施俊吉(1995)，〈企業贈獎行爲之經濟效果分析〉，《行政院公平交易委員會委託研究報告》；潘雅惠（1995），〈論行銷通路組織行爲之規制〉，《輔仁大學/法律學研究所碩士論文》；梁基祥（1995），〈獨家交易安排之經濟分析〉，《國立中央大學產業經濟研究所碩士論文》；王銘勇（1996），〈杯葛之研究〉，《公平交易季刊》，第四卷第一期，頁 82-91；馮震宇（1996），〈論營業秘密法與競爭法之關係--兼論公平法第

十九條第一項第五款之適用〉，《公平交易季刊》，第四卷第三期，頁 1-38；陳美卿（1996），〈從公平交易法觀點論贈品促銷之規範〉，《國立中正大學法律學研究所碩士論文》；陳婉珍（1996），〈歐盟競爭法上獨家交易之規範--兼論我國公平交易法〉，《國立中興大學法學系碩士論文》；廖義男（1997a），〈公平交易法第十四條、第十九條第二款、第二十四條之行政法院裁判評析研討會〉，《憲政時代》，第 23 卷 2 期 95-132 頁；廖義男（1997b），〈論公平交易法第十九條之適用〉，《競爭及政策通訊》，第 23 卷 2 期 95-132 頁；孫奇芳（1997），〈公平交易法第十九條妨礙公平競爭行爲規範之違反與損害賠償〉，《司法研究年報 第 17 輯》；余適霖（1997），〈論企業贈品促銷行爲於公平交易法上之法概念〉，《法學評論》，第六十三卷第十期，頁 36-47；范建得（1997），〈侵權警告函之公平法問題探討〉，《智慧財產權管理》，第 12 期，頁 39-41；顏廷棟（1998），〈論垂直性交易限制在競爭法上之規範〉，《公平交易季刊》，第六卷第二期，頁 89-156；王文宇講、林妙姿摘錄（1998），〈論公平交易法規範垂直性契約之政策爭議〉，《競爭政策通訊》，第二卷第三期，頁 6-10；許松根講、王玲琴摘錄整理（1998），〈差別定價與公平交易法〉，《競爭政策通訊》，第二卷第五期，頁 16-20；薛嘉珩（1998），〈公共工程圍標與公平交易法〉，《國立政治大學法律學系碩士論文》；王爲孝（1998），〈下游對上游進行垂直限制之研究〉，《國立中央大學產業經濟研究所碩士論文》；范建得、莊春發(1999)，《公平交易法(一)─獨占、結合、聯合》，二版；范建得、莊春發(1999)，《公平交易法(二)─不公平競爭》，二版；蘇永欽(1999)，《跨越自治與管制》；單驥、何之邁、吳秀明(1999)，〈從依賴性理論探討相對市場優勢地位─以公平法立場之研析適用〉，《行政院公平交易委員會委託研究報告》；黃營杉、范建得(1999) ，〈事業垂直限制行爲之公平法適用問題研究─以非價格垂直交易限制爲核心〉，《行政院公平交易委員第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集》；行政院公平交易委員會第二處(1999)，〈我國公平交易法垂直限制行爲執法實務之檢討─兼論歐盟、德、美、日垂直限制規範〉《第四屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集》；行政院公平交易委員會(2000)，

《認識公平交易法》，增訂七版；許碧惠（2000），〈政府採購之法律規範—以公平交易法和政府採購法爲中心〉，《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》；陳丁章（2000），〈一個遊走在法律、經濟與行銷間的精靈—掠奪性訂價初探〉，《國立台北大學法學系碩士論文》；黃銘傑（2001a）；〈公平交易法第十九條之規範原理與架構〉，《月旦法學雜誌》，第 69 期 ，65-81 頁；黃銘傑（2001b），〈相對優勢地位濫用與公平交易法之規範〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第三十卷第五期，頁 221-268；楊宏暉（2001），〈競爭法對於搭售行爲之規範〉，《國立政治大學法律學系碩士論文》；劉俊儀（2001），〈公平交易法垂直交易限制之研究－以美國、歐盟垂直交易限制規範爲中心〉，《國立台北大學法學系博士論文》；賴源河編審（2002），《公平交易法新論》；何之邁（2002），《公平交易法實論》；李憲佐、吳翠鳳、沈麗玉（2002）；〈公平交易法第十九條規範之檢討-以「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」爲中心〉，《公平交易季刊》，第十卷第二期，頁 165-227；鄭茜純（2002），〈搭售行爲之分析〉，《中原大學財經法律研究所碩士論文》；黃銘傑（2003），〈智慧財產侵害警告函與公平交易法之適用--專利權權利行使之意義與界限〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第三十二卷第五期，頁 119-169；劉孔中（2003），〈挖角與惡意挖角〉，《月旦法學》，97 期，頁 173-188；黃榆楹（2003），〈競爭法與政府採購法對於圍標、綁標行爲規範之比較研究〉，《國立台北大學法學系碩士論文》；楊宏暉（2004），〈創新誘因的維護與競爭法規範--以專利拒絕授權爲例〉，《公平交易季刊》，第十二卷第二期，頁 67-112；黃銘傑（2004a），〈公平交易委員會搭售規範之弔詭(上)--論公平交易法第十九條第六款適用於搭售行爲之合理性〉，《月旦法學雜誌》，第 109 期，頁 173-188。黃銘傑（2004b），〈公平交易委員會搭售規範之弔詭(下)--論公平交易法第十九條第六款適用於搭售行爲之合理性〉，《月旦法學雜誌》，第 110 期，頁 160-171。

第十九條　限制競爭或妨礙公平競爭之虞

壹、法制比較

一、美國

二、日本

三、德國

四、歐洲聯盟

貳、立法沿革與規範目的

參、構成要件分析

一、共通要件

二、各款違法類型

（一）杯葛

（二）無正當理由之差別待遇

（三）使競爭者之交易相對人與自己交易

（四）使他事業參與限制競爭之行為

（五）營業秘密之妨礙

（六）垂直交易限制

三、違反本條之法律效果

（一）行政法上之效果

（二）民事效果

（三）刑事效果

肆、與其他違法行為之規範關係

一、第 1 款部分

二、第 2 款部分

三、第 3 款部分

四、第 4 款部分

五、第 5 款部分

六、第 6 款部分

壹、　法制比較

一、美國

（一）相關條文

1 在美國，反托拉斯法（antitrust law）所規範的體系，大致上區分爲對於「水平關係之交易限制」與對於「垂直關係之交易限制」二類，而各該類別又區分爲「價格限制」與「非價格限制」二種次類項，除此之外，均得以歸屬於「不公平競爭」（不正競爭、不公平交易）行爲規範之範疇（示意如下）：

<table>
<tr><td colspan="5">影響競爭行爲之規範</td></tr>
<tr><td colspan="4">限制競爭</td><td>不正競爭</td></tr>
<tr><td colspan="2">水平關係之交易限制</td><td colspan="2">垂直關係之交易限制</td><td rowspan="2">略</td></tr>
<tr><td>非價格限制</td><td>價格限制</td><td>非價格限制</td><td>價格限制</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td colspan="7">影響競爭行爲之規範</td></tr>
<tr><td>限制競爭</td><td colspan="6">不正競爭</td></tr>
<tr><td rowspan="2">略</td><td colspan="2">干預他事業之行爲</td><td colspan="4">針對他事業（潛在）交易相對人爲不當爭取交易機會之行爲</td></tr>
<tr><td>干預他事業內部關係之不正行爲</td><td>干預他事業外部關係之不正行爲</td><td>侵奪他人努力成果</td><td>混淆識別</td><td>欺罔與不實</td><td>不當行(促)銷模式(包括但不限於取價)</td></tr>
</table>

2 關於「不公平交易行爲」之規範，演變自習慣法之侵權責任，因此其規範乃著眼於行爲之不公平性，因此，舉凡不公平競爭行爲與部分兼有「限制競爭性格」之行爲、消費者保護、甚至於國際貿易上之公平性等，均涵蓋在此一概念之下：

1、依習慣法與成文法之發展，美國法上「不公平交易行爲」（unfair trade practice）

之規範及於：

3

（1） 干預事業內部關係之不正行爲（如行賄、誘騙機密等，相當於我國公平交易法第 19 條第 5 款）；

（2） 干預事業外部關係之行爲，包括干預既存契約關係之維繫與預期關係之建立，至於所謂既存之契約關係則指有效之契約，且包括明示、默示條款及基於履約誠信所生之關係（‘good faith’,/ See e.g.,U.C.C. 1-203）而言。（諸如杯葛上下游通路、商譽詆毀-defamatory or disparaging statement-、惡意或掠奪性競爭-malicious /predatory competition-等屬之。大致上分別相當於我國公平交易法第 19 條第 1 款、第 22 條、第 24 條）。

（3） 事業爲爭取交易機會對外所爲之不正行爲（侵奪他人努力成果-misappropriation-、混淆識別-misidentification； tradmark/ name infrigment；palming off-、欺罔與不實-deception and falsehood-、不當促銷及取價等屬之，大致上分別相當於我國公平交易法第 24 條及第 19 條第 5 款、第 20 條、第 21 條、第 24 條及第 19 條第 2、3 款）

但隨反托拉斯法關於限制競爭之管制發展，學理上則有將不屬於垂直及水平交易限制（含價格及其他）者，均劃歸於「不公平競爭」之範疇。

2、若就習慣法觀察：

4

（1） 原告需證明既存或預期的交易關係，爲被告所故意干預；被告係以不當之方法（improper business methods）或基於不當之目的(improper business objectives)爲之；原告受有損害。（See e.g., Leigh Furniture & Carpet Company v. Isom,1982）。

（2） 對於單純經濟損失，除係發生在存有「特別關係」（例如契約關係、專業信賴）之人間，被告對於「不可預期」（anticipate）之過失並不負責（See e.g.,Union Oil Co. v. Oppen,1974）。

（3） 至於所謂不當之方法，包括直接間接的物理干預（physical

intreferance）、欺罔不實（deception and falsehood/ See e.g., Pasley v. Freeman,1789）、毀損貶抑名譽（defamatory or disparaging statement）與其他不當強制行爲（coercion/ See e.g.,Cole-profession v.Whisnant,1945）等；至於所謂不當之目的，則諸如行爲係以破壞其他經濟或商業價值（例如反競爭）爲唯一或主要目的者屬之。

3、若就成文法觀察：

5 至於成文法對於「不公平交易行爲」之規範，則分別依個案情形（例如是否涉及聯邦利益、行爲人之市場力程度、個別行爲或集體行爲等）有個別州法、以及廣泛規範不公平競爭的聯邦貿易委員會法第 5 條（unfair methods of competition）、惠勒-李修正案（unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce）得予針對不公平競爭屬性之行爲加以規範外，另涉及限制競爭而有反托拉斯法規範者，則有：

（1） 休曼法第 1 條、第 2 條與我國公平交易法第 19 條第 1 款相關（實務採認當然違法之見解，See e.g., Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics, 1988/Summit Health, Ltd. v. Pinhas,, 1991）。

（2） 克來登法（Clyton Act）第二條 ，羅賓森派特曼法（Robinson-Patman Act）對於差別取價之規範，與我國公平交易法第 19 條第 2 款相關。

（3） 休曼法第 1 條、1993 年修正(1985 年司法部所頒)之垂直交易限制準則，以及 1995 年全國檢察總長協會所頒之垂直交易限制準則（價格部分採當然違法準則，其他採合理原則判斷），與我國公平交易法第 19 條第 6 款相關。

6 綜上可知，要將我國公平交易法第 19 條之規範，逐款相對應於美國法之現狀，因體例不同並不容易。大致而言，我國公平交易法第 19 條第 1、2 款所指之行爲，在美國法上，實兼受限制競爭法制之規範；第 3、5 款所指之行爲，在美國法上歸於「不公平交易行爲」（unfair trade practice），則較無疑義；

第 4 款所指之行爲則屬性較爲特殊（手段爲不正競爭，目的在求限制競爭），不易對應；第 19 條第 6 款所指之行爲，如相應於美國法之體例，乃爲反托拉斯法（antitrust law）之「垂直關係之交易限制」類型中，屬於「非價格限制」者。如盡其可能地，就美國法上「不公平交易行爲」與我國公平交易法第 3 章規定加以對照，約略可概敘如下表：

美國法不正競爭	干預他事業之行爲		針對他事業（潛在）交易相對人爲不當爭取交易機會之行爲			
	干預他事業內部關係之不正行爲	干預他事業外部關係之不正行爲	侵奪他人努力成果 misappropriation	混淆識別 misidentification；trademark/ name infrigment；palming off	欺罔與不實 deception and falsehood	不當行(促)銷模式(包括但不限於取價)false/undue marketing; sale below cost .etc
我國公平法相關條文	第 19 條第 5 款	第 22 條、第 24 條	第 24 條及第 19 條第 5 款	第 20 條	第 21 條、第 24 條	第 24 條及第 19 條第 2、3 款、第 23 條至 23 條之 4

（二）規範原則與制度架構

1、「不公平交易行爲」（unfair trade practice）爲一廣泛之概念：

7 美國法關於「不公平交易行爲」（unfair trade practice）之規範，並非由單一法律體系所架構，而是散見於習慣法（commom law）與成文法（statutory law）之中，且其發展並非一次、立即地繼受而來，而是分次、漸進地落實於

本土之需求上。依整體之觀察，美國法上所謂「不公平交易行爲」（unfair trade practice）亦僅爲一廣泛的概念，並非僅單純地指向於狹義的「競爭」事項而已，舉凡不公平競爭行爲與部分兼有「限制競爭性格」之行爲、消費者保護、甚至於國際貿易上之公平性等，均可涵蓋在此一概念之下。

2、關於「不公平交易行爲」（unfair trade practice）規範所欲保護之法益爲多元：

8 若以事業經營過程中，對外、對內所可能發生之關係觀察，該等關係所生之法益（interests）均爲「不公平交易行爲」相關規範（含習慣法與成文法）所欲保護之標的（objectives）。就內部關係而言，至少包括經理關係(management)、勞僱關係(labor)與企業所有權關係（partner/sharehold）；外部關係則有垂直的交易關係、水平的交易關係，前者更廣泛及於上下游之經銷/代理體系、既有顧客、潛在客戶以及等公共關係等層面之法益。

3、規範「不公平交易行爲」（unfair trade practice）之法源可以分做習慣法（common-law sources）與成文法（statutory-law sources）二端：

9 （1） 習慣法上關於「不公平交易行爲」之規範，係源自於傳統侵權行爲法（torts）之演變，僅是侵權行爲法發展下之特別類型，其救濟方式是以「私的執行」爭取「民事」賠償，尚與刑責及行政管制（措施）無涉。

（2） 由於習慣法(common law)的不足或不當（例如適格之原告、損失之證明等，在多數有爭議之競爭行爲中，並不易以私人之力量爲之），乃促成成文法對於「不公平交易行爲」之規範，但其仍非以單一之法律加以完整規範，相關規範乃散見於貿易管制法令、勞動法令、反托拉斯法、消費者保護法及智慧財產法等範疇。主要建立「公的執行」、懲罰性救濟以及刑事責任之架構。

（三）實務見解與學說主流

1、習慣法上之相關見解演變如下：

10 （1） 早期侵權行爲法上之損害賠償，僅建立在被害人身體法益、財產

法益之「直接」損害，因此單純的「經濟上損失」無法獲得救濟；而後，法制發展上乃由所謂的「nuisance」啓始，對於間接的、經濟的損失提供救濟。法院因此初始注意到欺罔不實（deception and falsehood）與毀損貶抑名譽（defamatory or disparaging statement）等行爲所致之經濟上損失；

（2） 此外，如同契約法上漸漸承認「當事人」間違約所致之經濟損害應受到保護，侵權行爲法也漸漸意識到「第三人」對於契約關係（包括既存關係之維繫與預期關係之建立）與利益之侵害應受保護，因此在第十九世紀時也逐步關心到對於他人契約關係或信任關係（contractual or confidential）干預行爲(interference)以及強制行爲（coercion）、共謀行爲（conspiracy）等問題，且承認對於侵害未經允爲揭露之文件、營業秘密等之衡平救濟(equitable relief)。

（3） 至於「不公平競爭」（unfair competition）一詞，出現於所謂的商業侵權（commercial tort）類型，則是在於二十世紀時法院陸續針對「商標」（tradmark/ name infrigment）侵害、「以商標以外之其他識別方法」混淆（一般以 palming off 概稱）、「侵奪他人努力成果」（misappropriation）、「以侵害他人爲目的之競爭行爲」（malicious competition）等類不正行爲之救濟上。最後有些法院甚至將侵權行爲法上的 prima facie tort，直接用於交易行爲之合法性判斷上，不去探究該行爲之商業目的合理性，僅權衡該等行爲對於其侵害之利益所造成之嚴重性是否相當。

2、成文法之適用則因聯邦體制有其特殊性：

11 關於「不公平交易行爲」之規範，其中除各州立法、聯邦立法外，亦包括在部分國際協訂中，此間，前二者則又因美國本身採用聯邦體制的關係，州立法與聯邦法律間，另又存有優先適用關係（preemptive）與相互補充(non-preemptive；supplementary)關係等不同競合效力問題。簡言之，聯邦憲法具

有最高性，聯邦立法與州法與之抵觸無效（supremacy clause）；州與州間之間商業行爲以及涉外事物（如 Trade and Tariff Act,Omnibus Trade and Competitiveness Act.etc.），歸聯邦立法管轄；聯邦憲法第　條，賦予聯邦據以創設專利權與著作權，因此，關於該類事物之規範，聯邦法優先適用關係（preemptive）於州法與習慣法(common law)；其餘類如商標法（Lanham Act）、反托拉斯法（Sherman Act,Clyton Act,Faderal Trade Law,Robinson-Patman Act. etc.），則與州法及習慣法(common law)互爲補充；最後，部分國際協定具有當然效力（self-executing），直接約束聯邦與州。

二、日本[56]

12 日本獨占禁止法相當於我國公平法第 19 條第 1 款規定者，乃是一般指定第 2 項後段部分，一般指定第 2 項規定如次：「不當拒絕與特定事業之交易或限制交易之商品或服務的數量或內容，或使其他事業爲該當於此之行爲。」

13 由此可知，本項規定前段乃是事業直接針對其特定交易相對人所爲的交易拒絕或其他限制行爲，後段則是相當於我國公平法第 19 條第 1 款的間接杯葛行爲。此種間接杯葛行爲之所以被認定有妨礙公平競爭之虞，乃是因爲因其杯葛行爲導致被杯葛事業因而無法另外找到可以有效交易之事業，致其事業經營發生困難，或是此等杯葛乃是爲達成其他違反獨占禁止法規範目的之行爲的手段。

14 相當於我國公平法第 19 條第 2 款之條文有三，除上述一般指定第 2 項外，其他二者一般指定第 3 項、第 4 項。各項條文規定如下：

第 2 項:「不當拒絕與特定事業之交易或限制交易之商品或服務的數量或內容，或使其他事業爲該當於此之行爲。」

第 3 項（差別對價）:「依地區或交易相對人之不同而不當以差別對價提供商品或服務，或接受提供者。」

第 4 項（交易條件等之差別待遇）:「不當對特定事業於交易之條件或實施上，爲較爲有利或不利之對待。」

---

[56] 日本法制部分由黃銘傑撰寫。

15 由上可知，第 2 項前段所規範者，乃是直接杯葛行爲。此一直接杯葛行爲之所以被認定有妨礙公平競爭之虞，實務運作上與前述間接杯葛之認定同，乃是因爲因其杯葛行爲導致被杯葛事業因無法另外找到可以有效交易之事業，致其事業經營發生困難，或是此等杯葛乃是爲達成其他違反獨占禁止法規範目的之行爲的手段。

16 第 3 項與第 4 項規定除有規範客體爲價格或爲交易條件之不同外，尙因第 3 項規定中被差別待遇之主體用語爲「交易相對人」，故而解釋上不以事業爲限，尙包括一般消費者。當然，二者規定不僅包括賣方所爲的差別待遇行爲，亦包含買方所爲之差別待遇。

17 日本法相當於我國公平法第 19 條第 3 款者，包含有一般指定中的三項規定：

第 6 項：「無正當理由而以顯著低於其供給所需費用之對價，持續供給商品或服務，或其他不當低價供給商品或服務，致其他事業之事業活動生有困難之虞者。」

第 7 項：「不當以高價購入商品或服務，致其他事業之事業活動生有困難之虞者。」

第 9 項：「對照於正常商業慣習，以不當之利益引誘競爭者之顧客與自己交易者。」

18 第 6 項之不當低價廉售行爲，當其價格係「顯著低於其供給所需費用」而「持續」地供給時，其妨礙公平競爭之虞者乃是「無正當理由」，違法性較高，除此之外的低價廉售，則以「不當」作爲其違法性判斷基準。不論何者，都必須因其低價銷售行爲導致其他事業事業活動的持續生有困難之虞，此時有無低價一事，乃是以事業進貨價格加上銷售所需經費之總銷售原價爲其判斷標準。

19 第 7 項規定乃是以不當高價購入爲其規範對象，其違法性認定基本上與不當低價銷售一樣，只是其所破壞者乃是買方間的競爭。

20 第 9 項之不當利誘競爭者顧客的行爲，其違法性不僅因其可能妨礙以價格、品質等爲基礎之效能競爭，亦因此等不當利誘行爲具有傳染性和惡性循環之效

應，故而應予以規範。對此，日本政府乃於 1962 年制定獨占禁止法之子法的「贈品標示法」，針對不當的標示和贈品行爲，予以特別的規範，並賦予較爲簡便且迅速的處理程序。贈品標示法第 3 條賦予日本公平交易委員會規範有關每件贈品之最高金額、最高贈品總額、贈品種類和贈品方法等之權限。

21 日本法相當於我國公平法第 19 條第 4 款者，當是其獨占禁止法第 8 條第一項有關事業團體之規範，該項規定禁止事業團體爲下列各款行爲之一：（1）實質地限制一定交易領域之競爭；（2）締結第 6 條所規定之國際協定或國際契約；（3）限制一定事業領域之現在或將來的事業數；（4）不當限制其成員之功能或活動；（5）使事業爲不公平交易方法。由於此種行爲其違法性相當於聯合行爲，因此判斷時利用接近於當然違法的判斷方式。

22 日本法相當於我國公平法第 19 條第 5 款之規定者，乃是其不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 4 款至第 9 款有關營業秘密之規範。該等規定將不當取得、不當使用、不當洩漏營業秘密等行爲，視爲不正當競爭行爲，並賦予營業秘密所有人得對不當取得、使用、洩漏其營業秘密之人，提起各種法律上的救濟。該等條文在規範上，比較接近於我國營業秘密法之規範，且由於係規定在不正競爭防止法中，其救濟方式乃是由營業秘密所有人依一般私權受損方式，提起司法救濟，行政機關不介入其中。

23 日本法相當於我國公平法第 19 條第 6 款規定者，乃是規定於一般指定第 10 項、第 11 項、第 13 項等 3 項規定中，其規定內容如下：

第 10 項：「於供給商品或服務之同時，不當對於交易相對人令其向自己或自己指定之事業購入其他商品或服務，或其他強制應與自己或自己指定之事業從事交易之行爲。」

第 11 項：「不當以交易相對人不與自己競爭者交易爲條件，方與之進行交易，致有減少競爭者交易機會之虞者。」

第 13 項：「除前二項規定外，設定不當拘束對交易相對人與其交易相對人間之交易或其他不當拘束交易相對人之事業活動之條件，而與該交易相對人進

行交易者。」

24 第 10 項所規範者，除一般所認知之搭售行爲外，尚包括該項後段所謂的交易強制之行爲。對於搭售行爲，其違法性之成立，除因一般所認識係因對於競爭的限制外，從該項後段之敘述亦可窺知，搭售行爲之所以違法的另一要素，乃是因其對交易相對人交易決定的自由和自主性，造成不當的壓抑。此外，第十項後段之交易強制其典型乃是所謂的「互惠交易」，最近因爲大型流通事業的興起，此等事業以其優勢的購買力，而要求交易相對人之互惠交易等濫用買方優勢地位的行爲，特別受到矚目。

25 第 11 項規定即一般所認知之獨家交易或排他性交易行爲，其主要類型有三：排他性供給、排他性購入及相互的排他性交易。此類獨家交易或排他性交易行爲之所以可能構成違法，乃是因此導致行爲人之競爭事業因而難能取得其他交易相對人，而可能被排除於交易市場外。由於本項條文用語乃是「之虞」，故而其違法行爲之成立，並不以實際上已發生行爲人之競爭事業其交易機會已行減少爲必要。

26 第 13 項規定即一般所稱之「附拘束條件之交易」，此類行爲包括交易地區限制、交易相對人之限制、交易方法之限制及互惠交易。在最後之互惠交易之情形，當互惠交易之發生係受當事人一方所強制時，其該當於一般指定第十一項的交易強制之規範，惟當當事人間未有此種強制情事存在時，其違法性認定乃是因此而導致各該當事人之競爭事業，無法立即發現其他可交易之人，致減少其交易機會。

三、德國[57]

（一）相關條文

27 德國與我國公平法第 19 條相當之規範，分別規定於限制競爭防止法與不正競爭防止法若干條文中，以下先按照我國公平法第 19 條所規定之各款情形，依序分別就相對應之規範條文列出。

---

[57] 德國法制部分由謝銘洋、李素華撰寫。

28 與第 19 條第 1 款（以損害特定事業爲目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行爲）相關者，爲德國限制競爭防止法第 21 條（1）杯葛之禁止：「（1）事業或事業團體不得意圖不公平損害特定事業，而要求他事業或事業團體對特定之事業斷絕供給或斷絕購買。」

29 與第 19 條第 2 款（無正當理由，對他事業給予差別待遇之行爲）相關者，爲德國 GWB § 20 Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung 關於優勢地位事業之差別待遇規定。略（已於本註釋書系列第一冊獨占部份討論）；以及限制競爭防止法第 21 條（4）其他限制競爭行爲之禁止（差別待遇）：「（4）特定事業向卡特爾署提出聲請或請求出面干預者，其他事業不得對該事業施以經濟上的不利益。」

30 與第 19 條第 3 款（以脅迫、利誘或其他不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行爲）相關者，爲德國限制競爭防止法第 21 條（2）其他限制競爭行爲之禁止：「（2）事業或事業團體不得以威脅或施加不利益及允諾或給予利益予他事業之方式，促使他事業接受契約所約定之限制，該限制乃本法所禁止或卡特爾署根據本法作成處分所禁止者。」；以及「不正競爭防止法第 4 條第 1 款及第 2 款：第 3 條所稱之不公平特別是指，行爲人：1.所從事之競爭行爲，其以施加壓力、以卑劣手法（in menschenverachtender weise）或以施加其他不當影響力之方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者。」

31 與第 19 條第 4 款（以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不爲價格之競爭、參與結合或聯合之行爲）相關者，爲德國限制競爭防止法第 21 條（3）其他限制競爭行爲之禁止:「（3）事業或事業團體，不得強迫他事業爲下列行爲：1. 參與第二條至第八條、第二十八條第一項或第二十九條之（聯合）協議或決議；或 2. 與他事業進行第三十七條結合；或 3. 意圖限制競爭而在市場上採取相同的行爲。」；以及「不正競爭防止法第 4 條第 1 款第 3 條所稱之不公平特別是指，行爲人：所從事之競爭行爲，其以施加壓力、以卑劣手法（in

menschenverachtender weise）或以施加其他不當影響力之方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者。」

32 與第 19 條第 5 款（以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行爲）相關者，爲德國不正競爭防止法第 17 條，其相關之新舊條文並對照如次：

新法	舊法
不正競爭防止法第 17 條 （1）在事業任職之人，爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業之所有人，將其於僱用關係之範圍內而受託或獲悉之營業或經營秘密，無故洩漏於他人者，處三年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業之所有人，而爲如下行爲者，其處罰亦同： 1.對於無權取得或獲得之營業或經營秘密， a) 以利用技術手段， b) 秘密具體化複製之製作，或 c) 取走秘密所具體附著之物。 2.無權利用或將營業或經營秘密洩漏第三人，而該等營業或經營秘密係以（本條）第一項所稱之方式，或自己或他人藉由（本條第二項）第一款明定之手段獲	不正競爭防止法第 17 條 （1）營業之職員、工人或學徒，爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於營業企業之所有人，於僱傭關係存續中，將其因僱傭關係而受託或獲悉之營業或經營秘密，無故洩漏於他人者，處三年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於營業企業之所有人，而爲如下行爲者，其處罰亦同： 1.對於無權取得或獲得之營業或經營秘密， a) 以利用技術手段， b) 秘密具體化複製之製作，或 c) 取走秘密所具體附著之物。 2.無權利用或將營業或經營秘密洩漏第三人，而該等營業或經營秘密係以（本條）第一項所稱之方式，或自己或他人藉由

悉、無權取得或獲得者。 （3）未遂犯亦罰之。 （4）對於特別重大案件，處五年以下有期徒刑或科以罰金。特別重大案件通常係指，行爲人： 1.職業慣行， 2.爲洩漏行爲時明知該秘密會在國外利用，或 3.第二項第二款之行爲人自己在國外利用該秘密。 （5）犯罪行爲之追訴爲告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認爲有依職權干涉之必要者，不在此限。 （6）刑法第 5 條第 7 款規定準用之。	（本條第二項）第一款明定之手段獲悉、無權取得或獲得者。 （3）未遂犯亦罰之。 （4）對於特別重大案件，處五年以下有期徒刑或科以罰金。行爲人爲洩漏行爲時明知該秘密會在國外利用，或行爲人自己會在國外利用該秘密時，通常即已該當特別重大案件。
不正競爭防止法第 18 條 （1）將營業關係中所受託的技術文件資料，尤其是圖案、模型、樣版、剖面式樣、配方，爲競爭或圖利自己之目的，無權自己加以利用或洩漏他人者，處二年以下有期徒刑。 （2）未遂犯亦罰之。 （3）犯罪行爲之追訴爲告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認爲有依職權干涉之必要者，不在此限。 （4）刑法第 5 條第 7 款規定準用之。	不正競爭防止法第 18 條 爲競爭或圖利自己之目的，將營業關係中所受託的技術文件資料，尤其是圖案、模型、樣版、剖面式樣、配方，無權自己加以利用或洩漏他人者，處二年以下有期徒刑。
（新法已刪除）	不正競爭防止法第 19 條

	違反第 17 條及第 18 條規定者，尚應負擔損害賠償義務。損害賠償義務人有數人者，負連帶債務人責任。
不正競爭防止法第 19 條 （1）爲競爭或圖利自己之目的，使他人從事第 17 條或第 18 條之犯罪行爲，或唆使他人爲該犯罪行爲者，處二年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）爲競爭或圖利自己之目的，已要約、期約或與人約定，從事或唆使他人爲第 17 條或 18 條之犯罪行爲者，其處罪亦同。 （3）刑法第 31 條規定準用之。 （4）犯罪行爲之追訴爲告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認爲有依職權干涉之必要者，不在此限。 （5）刑法第 5 條第 7 款規定準用之。	不正競爭防止法第 20 條 （1）爲競爭或圖利自己之目的，誘使他人從事違反第 17 條或第 18 條之犯罪行爲，或使他人爲該犯罪行爲之期約要求者，處二年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）爲競爭或圖利自己之目的，表示願意從事違反第 17 條或 18 條之犯罪行爲者，或表示願意依他人之要求而爲該犯罪行爲者，其處罪亦同。 （3）刑法第 31 條規定準用之。
（新法已併入各條條文）	不正競爭防止法第 20a 條 第 17 條、第 18 條及第 20 條之犯罪行爲，準用刑法第 5 條第 7 款之規定。

33 與第 19 條第 6 款（以不正當限制交易相對人之事業活動爲條件，而與其交易之行爲）相關者，爲德國限制競爭防止法第 14 條，價格與交易條件之協議禁止：「事業間關於商品或服務之協議，且協議涉及本法適用範圍之（特定）市場，若該協議限制參與者與第三人就供給商品、其他商品或勞務之價格或交易條件的決定自由者，該協議應禁止之。」；以及「限制競爭防止法第 16 條（第一款、第四款）排他性限制之濫用監督事業間就商品或服務所爲之協議，若有

下列各款情事之一，且對相同或相關商品或服務市場之競爭秩序產生重大妨礙者，卡特爾署得宣告該協議失效，並禁止日後適用同類型的限制約款：1.限制當事人之一方就商品、其他商品或服務之使用自由者；或 2.限制當事人之一方向第三人取得其他商品或服務或向第三人供給其他商品或服務者；或 3.限制當事人之一方供給第三人商品者；或 4.當事人之一方負有接受商品或服務之義務，且該搭售不符合交易性質上或交易習慣者。」；另有限制競爭防止法第 22 條（建議禁止，條文見前述）、「不正競爭防止法第 4 條第 1 款第 3 條所稱之不公平特別是指，行爲人：1.所從事之競爭行爲，其以施加壓力、以卑劣手法（in menschenverachtender weise）或以施加其他不當影響力之方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者。」

（二）規範原則與制度架構

34 由上述規範觀之，德國法中與我國公平法第 19 條相當之規範多而複雜，爲說明方便，以下以德國之規範爲說明之主軸。德國相關規範主要可以分爲下述五部分：

(1) 限制競爭防止法第 14 條與第 22 條：交易條件之協議與建議之禁止

(2) 限制競爭防止法第 16 條：排他性限制之濫用監督

(3) 限制競爭防止法第 20 條：優勢地位事業之差別待遇規定。略（此部分關於優勢地位事業之濫用經濟力行爲，應已在獨占部份討論，在此暫不論述）。

(4) 限制競爭防止法第 21 條杯葛之禁止、其他限制競爭行爲之禁止（如脅迫、施加不利益、給予利益等）

(5) 不正競爭防止法第 4 條第 1 款以施加壓力、卑劣手法（in menschenverachtender weise）或不當影響力方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者。

(6) 不正競爭防止法第 17 條至第 19 條：洩漏營業秘密之行爲以及其民刑事責任

35 限制競爭防止法第 14 條除前述禁止價格協議外，亦及於交易條件協議之禁止，若該協議限制參與者與第三人就所供給之商品、其他商品或勞務之交易條件的決定自由者，即屬於該條所禁止之範圍。而第 22 條則是對於為規避所禁止之交易條件協議，而以「建議」（Empfehlung）之形式所為之行為予以禁止。（就此請參見前述有關價格之協議與建議部分）。

36 限制競爭防止法第 16 條在於規範排他性約束之濫用監督（Mißbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsbindungen），其規範目的在於維持開放之市場，以避免人為形成之市場進入障礙。事業間具有排他性效力之協議，並非當然無效，而是必須受到競爭主管機關之監督，如果其對相同或相關商品或服務市場之競爭秩序產生重大妨礙，卡特爾署得宣告該協議失其效力（unwirksam）。

37 限制競爭防止法第 21 條在於規範杯葛之禁止、脅迫或其他限制競爭行為之禁止。2004 年新修正之不正競爭防止法，於第 4 條第 1 款規定，行為人以施加壓力、卑劣手法（in menschenverachtender weise）或不當影響力方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者，構成不公平行為。

38 有關營業秘密之保護規定在不正競爭防止法第 17 條以下至第 20a 條，屬於不正競爭之規範範圍，規範之內容包括民刑事責任。

（三）實務見解與學說主流

1. 限制競爭防止法第 14 條與第 22 條：交易條件之協議與建議之禁止

39 事業間在價格之外，對於其他交易條件所為之垂直協議或建議，均屬於限制競爭防止法第 14 條與第 22 條所禁止者，例如約定往來帳戶（Kontokorrent）、約定提供特定之保固[58]。

2. 限制競爭防止法第 16 條：排他性限制之濫用監督

40 限制競爭防止法第 16 條亦在於規範事業間就商品或服務所為之協議，其與第 14 條規定之間有時並不容易區隔，例如約定買受人應以相同之交易條件和其

[58] Emmerich, Kartellrecht, §13.5

後手訂約，這種情形就會同時涉及限制競爭防止法第 14 條與第 16 條第 1 項第 3 款（限制相對人供給第三人商品），通說認爲第 16 條之規定應優先適用[59]。

41 限制競爭防止法第 16 條之適用對象爲事業間就商品或服務所爲之垂直協議，且該協議對市場競爭秩序產生重大影響；如果事業間立於競爭關係，則此種約束協議應屬於限制競爭防止法第 1 條卡特爾規範禁止之範圍。限制競爭防止法第 16 條所規範之型態有四種[60]：

（1）限制使用自由之協議（Verwendungsbeschränkungen）

42 事業間所爲之協議，約定限制當事人之一方就他方所提供之商品、其他商品或任何服務之使用自由（Freiheit der Verwendung），此所稱之使用包括任何形式之使用。例如汽車製造事業與車商約定，於汽車維修時，車商只能使用汽車製造者所提供之零件。

（2）排他性之協議（Ausschließlichkeitsbindungen）

43 限制當事人之一方向第三人取得其他商品或服務或向第三人供給其他商品或服務。該規定所適用之對象並非契約客體，而是其他之商品或服務，亦即在協議中，一方限制他方向第三人取得或提供契約客體以外之商品或服務，例如約定只能與特定之第三人交易，或是不得與特定之第三人交易。限制之內容可以包括地域、時間、客體或對象之限制。全部或部分之限制均屬之，例如約定一方有義務就其需求之全部或部分應向第三人取得，或其產品應全部或部分供應第三人。屬於此所稱之排他性協議，例如附有供應或購買義務之獨家銷售契約即是，加油站契約中附有油品之取得義務、自動販賣機設置契約中附有飲料之取得義務。

（3）銷售約束（Vertriebsbindungen）

44 對於當事人之一方自他方取得之商品提供給第三人加以限制，例如規定他方就所購買之商品只能銷售給特定之人或於特定之銷售區域內銷售，如大盤商

---

[59] Emmerich, Kartellrecht, §13.5。

[60] Emmerich, Kartellrecht, §15.3 ff.。

與經銷商約定只能在經過認可之專賣店銷售該商品。

（4）搭售契約（Koppelungsverträge）

45 當事人之一方負有接受商品或服務之義務，且該搭售並不符合交易性質或交易習慣。搭售會產生排除他人對被搭售商品從事競爭之效果，而且對被搭售之契約相對人之經濟活動自由會產生不利之影響。特別是如果從事搭售之事業爲具有市場力量之事業，可以透過搭售將其市場力延伸及於其他市場，此種情形之搭售通常會亦被認爲構成第 19 條之濫用（濫用市場優勢地位）。

46 符合上述限制競爭防止法第 16 條所規定情形之協議，原則上爲有效之協議，除非該協議因爲對商品或服務之市場競爭秩序產生重大影響，而被卡特爾署宣告爲失效。至於是否「重大」（wesentlich）則爲程度之問題，應考慮規範之目的而爲判斷，如果對於法律所欲保護之主要競爭作用，亦即競爭效能（Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs），並無意義，則不構成重大影響。通常會被認爲構成重大影響者，爲對於受拘束事業之經濟活動造成干預（Eingriff），而且對於受保護之其他事業之競爭效能造成可察覺（spürbar）且持續（nachhaltig）之影響，而使得競爭之作用無從在必要範圍內發揮[61]。就法律效果而言，一旦卡特爾署爲失效之宣告（Unwirksamkeitserklärung），則該違反第 16 條之限制性協議即失其效力，向未來失其效力。如果該協議同時違反其他強制禁止之規定，例如違反限制競爭防止法第 19 條第 1 項濫用市場優勢地位、違反第 20 條第 1 項禁止差別待遇、違反第 21 條第 1 項禁止杯葛之規定，則其約款會被認爲無效（nichtig）[62]。

3、限制競爭防止法第 21 條：禁止杯葛、 其他限制競爭行爲

47 本條所禁止之行爲有下列數種：

（1）杯葛（Boykott）

48 限制競爭防止法第 21 條第 1 項規定杯葛之禁止，事業或事業團體不得

[61] Emmerich, Kartellrecht, §15.7。

[62] Emmerich, Kartellrecht, §15.8。

意圖不公平損害特定事業，而要求他事業或事業團體對特定之事業斷絕供給或斷絕購買。依通說本條適用之範圍相當廣，不以商品爲限，服務亦屬之，例如計程車之事業。杯葛不以有結果爲限，只要有所要求（Aufforderung）即足。除有要求外，尚須有有不公平損害之意圖，亦即有妨礙競爭之意圖（wettbewerbsfeindliche Absicht）。而杯葛者之要求，必須使得受要求之相對人之自由意思決定受到影響，始足當之；而且受要求之相對人必須原本享有決定之自由，而與杯葛者在經濟上各自獨立，因此如果關係企業主指示其子事業對特定之事業斷絕供給或斷絕購買，並不構成此所稱之杯葛[63]。

49 只要構成杯葛之行爲，原則上即具有違法性，而且杯葛除違反限制競爭防止法外，也會被認爲構成對事業之侵害而違反民法第 823 條，以及構成妨礙競爭之手段而違反不正競爭防止法第 1 條，通常只要其在民法與不正競爭防止法之領域構成杯葛而被禁止，則在限制競爭防止法亦會被認爲構成不公平而具有違法性[64]。

（2）施加壓力

50 限制競爭防止法第 21 條第 2 項規定事業或事業團體以威脅、或施加不利益或允諾給予利益之方式，促使他事業接受契約所約定之限制，而該限制乃限制競爭防止法所禁止或卡特爾署根據本法作成處分所禁止者。該規定所保護者爲受威脅之事業，至於間接受影響之事業則不屬之。構成本項禁止之行爲者，例如提起訴訟相要脅、揚言將爲杯葛、若不維持建議價格將斷絕供給、削價競爭，或威脅協會內之會員若不參與某被禁止之限制競爭行爲，將予以開除，或威脅將在團體內之刊物予以譴責等[65]。

（3）其他行爲

51 除前項脅迫他事業參與違反限制競爭之行爲，強迫他事業參與合法之限制

---

[63] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 6. Aufl., §6.2。

[64] Emmerich, Kartellrecht, §19。

[65] Emmerich, Kartellrecht, §17.2。

競爭行爲，限制競爭防止法亦不容許之，必須是參與之事業是自願參與始可。強迫參與合法之限制競爭行爲，例如脅迫參與合法之卡特爾[66]。

4、不正競爭防止法第 4 條第 1 款之影響交易自由行爲

52 除了限制競爭防止法規定外，新修正之不正競爭防止法第 4 條第 1 款亦有相似規定，亦即行爲人以施加壓力、卑劣手法或不當影響力方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者，構成不公平行爲。所謂的施加壓力、卑劣手法或不當影響力，包含令交易相對人心生恐懼的方式，諸如健康或環境有關之廣告，其使交易相對人產生反感或恐懼[67]。

53 對於營業秘密之保護，除不正競爭防止法第 17 條以下外，民法第 823 條有關侵權行爲之規定，以及不正競爭防止法第 1 條之概括規定，均有適用之餘地，特別是由於第 17 條與第 18 條所規定之範圍較窄，因此其他規定對於營業秘密之保護就有其重要性。不正競爭防止法所規定之洩漏營業秘密型態有幾種：

(1) 受雇人於僱傭關係存續期間所爲之洩漏（不正競爭防止法第 17 條第 1 項），此種情形必須是爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於營業企業之所有人。不正競爭防止法舊法明定之行爲人，乃受雇之職員、工人或學徒，然通說認爲此所稱之受雇人範圍相當廣，甚至經理、董事、監察人均屬之，僅股東或事業主不屬之。從而，不正競爭防止法新法修正爲「在事業任職之人」，改採一般性的文字，將經理人、董事、監察人納入，以符合通說見解；但股東或事業主仍不屬之[68]

(2) 任何人（包括受雇人）以特定之手段刺探，或是無權利用或洩漏他人之營業秘密（不正競爭防止法第 17 條第 2 項）。此種情形亦必須是爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於營業企業之所有人。

洩漏受託付之技術文件資料之行爲（不正競爭防止法第 18 條）。此種情形亦必須是爲競爭或圖利自己之目的，無權自己加以利用或洩漏給他人。

---

[66] Emmerich, Kartellrecht, §17.3。

[67] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §12.V.。

[68] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §10.II.1。

54 上述三種行爲，皆有刑事責任。前兩種行爲之未遂犯亦處罰之。另外，不正競爭防止法第 17 條第 4 項對於特別重大案件加重其刑，行爲人職業慣行，或於洩漏時明知該秘密會在國外利用，或行爲人自己會在國外利用該秘密時，通常即已該當特別重大案件。另外第 19 條則擴張刑事處罰之範圍，對於唆使、期約或與人約定之行爲亦予以處罰。關於民事責任部份，不正競爭防止法舊法第 19 條有規定，但現已刪除，因爲營業秘密擁有者能依據契約關係（民法第 280 條第 1 項）及侵權行爲（民法第 823 條第 2 項）請求不作爲及損害賠償[69]。

四、歐洲聯盟[70]

（一）前言

55 公平法第 19 條之涵蓋範圍十分廣泛，不僅行爲型態繁多，其性質也同時包含限制競爭及不公平競爭。因此我們當然不可能在歐盟法中，找到與第 19 條完全一樣，或具有同樣複雜多樣規範客體之單一條文。換言之在做第 19 條之歐盟法比較時，應就各款分別而論。歐盟法在限制競爭法部分，因自始就有歐洲共同體條約(Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft，簡稱 EG-Vertrag、歐體條約)第 81、82 條之直接法源依據，故呈現較有體系與規模之發展。相對地在不正競爭法部分，卻只有少部分之違法行爲類型（如不實廣告）具有法規依據，而大部分之不正競爭行爲，尚處在依據各國法解決，歐盟正在試圖調和統一之階段中，將來之發展性很大。以第 19 條所規範之行爲而言，目前以第 2 款之差別待遇以及第 6 款之垂直非價格限制競爭協議，在歐盟法上具有較爲明確之規範條文依據。因此本節將介紹歐盟法有關上述兩種行爲之規範。

（二）差別待遇

1、歐盟平等待遇之基本原則

56 首先在歐體條約第 12 條已設有規定：「除本條約另有規定者外，本條約之適用不得基於國別之理由而存在任何歧視。」本條規定宣示歐盟各國平等待遇

---

[69] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §10.II.5。

[70] 歐洲聯盟法制部分由吳秀明撰寫。

之基本原則，無此原則，歐盟將無存在之價值與必要。此一原則對於競爭法之平等適用，亦具有重大之意義。因爲只有歐盟中參與競爭之事業，均平等適用競爭法規，才能在歐盟實現與維持自由競爭之市場機制[71]。惟應注意，此一規定係揭櫫歐盟禁止差別待遇之基本原則，乃針對歐盟本身、歐盟機關、歐盟會員國而訂，並不能適用於事業間差別待遇之行爲。

2、基於獨占市場力量之差別待遇

57 對於事業間之差別待遇行爲，應適用歐體條約第 81 條及第 82 條。即可分爲依獨占市場力量所爲，以及依協議所爲之差別待遇兩部分。其中差別待遇行爲如係由支配市場地位之事業憑其市場力量所爲者，應適用歐體條約第 82 條。而歐體條約第 82 條第 3 款，係所謂濫用(abuse, Mißbrauch)例示規定之一，其更進一步就差別待遇加以規定「對於交易相對人，就相同給付，適用不同條件，致其受競爭上之不利益者」爲構成濫用。關於這部分請參閱第 5 條之有關說明，於此不贅述[72]。

3、基於協議之差別待遇

58 差別待遇如係經由事業間之協議所爲者，應適用歐體條約第 81 條第 1 項(舊條文之第 85 條第 1 項)。本項條文規定：「事業間之約定、事業團體之決議，以及一致性之行爲，足以影響會員國間交易，並以阻礙、限制或扭曲共同市場內之競爭爲目的，或有此效果者，爲與共同市場不相容，並應禁止之。」此規定係規範水平及垂直之限制競爭協議，故可包括透過協議而爲之差別待遇。本項規定亦設有例示規定，其中第 4 款即規定事業以協議「對於交易相對人，就相同給付，適用不同條件，致其受到競爭上之不利益者」，構成歐體條約第 81 條第 1 項之違反，是爲歐盟法上對於以協議方式從事差別待遇行爲之明確規範依據。「基於協議之差別待遇」與「基於獨占市場力量之差別待遇」的差別，主要

---

[71] Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd.1, 9.Aufl., 2001, Art.81, Rn.9-11.

[72] 並參考 Bellamy/Child, European Community Law of Competition, 9-083(2001); Jones/Sufrin, EC Competition Law, p.349-366(2001).

在於前者之行爲主體無須具有支配市場之地位(marktbeherrschende Stellung)，以及差別待遇措施限於雙方以上以協議達成者。故純粹基於單方市場力量所爲之差別待遇，無歐體條約第 81 條第 1 項第 4 款之適用[73]。歐體條約第 81 條第 1 項第 4 款之差別待遇，通常是行爲人透過協議設立一定之限制，使合意當事人以外之第三者因無正當理由之歧視性限制而受到競爭上之不利益[74]。

59. 歐體條約第 81 條第 1 項第 4 款差別待遇之構成，須「對於交易相對人，就相同給付，適用不同條件」(die Ungleichbehandlung der Handelspartner trotz gleichwertiger Leistungen)。所謂交易相對人提出「相同之給付」，例如生產相同或類似之產品、滿足相同或類似之銷售功能等。交易相對人是否滿足相同或類似之銷售功能，則可視其銷售之方式、所銷售商品或服務之品質、種類、範圍等等而定。本款之差別待遇行爲，例如對於提出相同或類似給付之交易相對人，卻給予不同之價格、拒絕給予從其他會員國平行輸入之產品售後服務或產品保證等。又如供應商負有義務僅供貨給特定之銷售者，而不供應其他銷售者或以較差之條件供應，或銷售商彼此約定，僅向某生產者購買或不向特定生產者進貨等。或如銷售者負有義務，禁止轉售給特定下游事業，或僅能以較差之條件轉售。[75]又差別待遇之規定，在所謂「選擇性經銷體系」上，亦有其適用，即事業擇定選擇性經銷商之標準如果欠缺客觀公正性，不一體適用而因人而異時，即有可能構成差別待遇。

60. 本款之差別待遇禁止，不僅要求對於相同之給付適用不同之條件，通說認爲不同之待遇尚須無正當理由始可。換言之，行爲人如能舉出正當之抗辯理由時，其差別待遇並不違法。例如，差別之待遇恰能反映不同之成本結構。相反地，如某銀行協會之成員約定，對於非會員收取較高之非現金交易手續費者，

---

[73] 例如關係企業母公司對於子公司施以不同之待遇，僅爲母公司之單方行爲，不符合合意差別待遇之要件，vgl. EuG, 12.1.1995 “Viho”; EuGH, 24.01.1996 “Viho” Slg. 1996, I, 5457.

[74] Bunte, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art.81, Rn.91.

[75] Bunte, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art.81, Rn.92-93.

則無正當理由，構成不法之差別待遇[76]。如銀行間約定，就歐洲支票(eurocheque)之紙張及相關器材，僅向特定印刷廠或造紙廠購買，且限制此等廠商僅能販售上述器材、紙張給經允許之特定銀行者，則不論銀行之獨家購買協議或印刷廠、造紙廠之依約拒絕供應行爲，均構成歐體條約第 81 條第 1 項第 4 款差別待遇，惟執委會認爲，爲了金融安全、杜絕仿冒支票之目的，此一差別待遇乃具有正當理由[77]。最後，歐體條約第 81 條第 1 項第 4 款之差別待遇，須致交易相對人「受到競爭上之不利益」(im Wettbewerb benachteiligt werden)始可，即交易相對人之競爭條件將因差別待遇之實施而蒙受不利之影響。

（三）垂直非價格限制

1、基本規範架構

61. 前文已經說明，歐體條約第 81 條第 1 項之規定，即「事業間之約定、事業團體之決議，以及一致性之行爲，足以影響會員國間交易，並以阻礙、限制或扭曲共同市場內之競爭爲目的，或有此效果者，爲與共同市場不相容，並應禁止之」，對於水平及垂直、價格及非價格限制競爭協議，均有其適用。不僅可包括水平之聯合行爲、垂直約價、差別待遇等行爲，亦可包含公平法第十九條第六款所規定之各種垂直非價格限制競爭協議。有關歐體條約第 81 條第 1 項各項要件之基本問題，參見第 7 條邊碼 85 以下，於此不贅述。

62. 歐體條約第 81 條第 1 項含有例示規定，其中第 5 款特別就「搭售」加以規定，事業所訂定之協議如係「以契約相對人同意附帶給付爲締結契約之條件，而此給付依其性質或按照商業習慣與契約標的並無關連者」，構成歐體條約第 81 條第 1 項之違反。本款既爲例示規定，則搭售以外種類繁多之垂直非價格限制競爭協議，只要符合本項之規定，亦可能落入其禁止範圍內，則不待言。

63. 合於歐體條約第 81 條第 1 項禁止之規定者，如合於同條第三項例外許可要件時，仍能得到豁免。此一豁免除外，又可分爲「個別除外」與「集體除外」。

---

[76] Bunte, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art.81, Rn.92, 94.

[77] Kommission, 19.12.1998 “Euroscheck II” ABl. 1989 L 36/16, 20.

有關個別除外與集體除外之制度大要，參見第 14 條邊碼 11-32，不贅述。於此值得特別介紹者，乃歐盟法有關垂直非價格限制競爭協議之集體除外規定。此一規定在 2000 年前後，有大幅之改變，以下茲就改革前、改革之嘗試、改革後之法規內容，作簡要之介紹，尤其是後者。

2、改革前之集體除外情形

64. 2000 年以前，執委會經理事會之授權（第 14 條邊碼 30），分別訂定數項有關垂直限制競爭協議之集體除外規則。其分別是獨家經銷協議(exclusive distribution agreements)[78]、獨家購買協議(exclusive purchasing agreements)[79]、連鎖加盟協議(franchising agreements)[80]、以及汽車經銷協議(motor vehicle distribution agreements)[81]之集體豁免規則。這些集體除外規則之詳細具體內容，限於篇幅，無法於此進一步討論[82]。惟此等集體除外規則在結構上，基本可分爲四到五大部分：首先規定集體除外之「適用範圍」，即抽象規定何種類型或何一產業之事業間協議，適用該集體除外規則。其次列出執委會認爲能被除外之若干限制競爭行爲類型，一般稱之爲「白名單」(white list)。接著復列出執委會認爲不能適用集體除外規則之限制競爭行爲類型，一般稱之爲「黑名單」(black list)。在某些集體除外規則中，尚有一些既不屬於白名單亦不屬於黑名單之所謂「灰色條款」(gray clauses)，這些條款適用所謂之異議程序，以加速許可之程序進行[83]。最後上述集體除外規則中多含有執委會得撤銷(withdraw)除外之規定，亦即當合於集體除外規定之案例在相當例外之情形卻不合於歐體條約第 81 條第

---

[78] Regulation 1983/83, [1983] OJ L 173/1.

[79] Regulation 1984/83, [1983] OJ L 173/7.

[80] Regulation 4087/88, [1988] OJ L 359/46.

[81] Regulation 1475/95, [1995] OJ L 145/25.

[82] 參見何之邁，《歐洲共同體競爭法論》，1999 年 5 月，頁 38 以下；魏杏芳，；王泰銓，《歐洲事業法（二）─歐洲競爭規範》，2000 年 7 月，頁 77 以下。

[83] 即事業向執委會申報後，一定其間（如四個月）內執委會未表示異議者，該協議即可適用集體豁免之規定。例如執委會所頒佈之技術移轉協議(technology transfer agreements)集體除外規則第四條，即含有此種灰色條款。

3 項之許可要件時，執委會得行使此一撤銷權。

3、執委會綠皮書與垂直限制競爭協議規範之改革

65. 上述有關垂直限制競爭協議之四項集體除外規則，雖然能使事業明白何種行爲能或不能被除外，也發揮了大幅節省執委會行政資源之作用，但同時卻逐漸爲各方批評其具有若干之重大缺點。此等缺點，可用集體除外之「緊身衣效果」(straight-jacket effect)形容之。即因除外類型之有限（例如未包括一般性之選擇性經銷協議）、實務上垂直協議未必能精準納入獨家經銷、獨家購買或連鎖加盟之其中一種類型、黑、白條款所發生強大之引導作用、歐洲法院對於此等例外許可條款一向所採的限縮、嚴格解釋立場（致使任何一項集體除外規則均無法較有彈性地靈活適用）等因素，使得此等規則往往限制了原本多樣化的垂直交易合約，實務上之此類協議變得越來越一致、僵化，契約自由與市場經濟之動態、多樣性被不當地限制 [84]。尤其垂直交易限制在本質上要求較多之經濟分析，以明瞭其對於市場競爭之影響。而執委會之前述幾項集體除外規則，多採較爲形式之認定方法，顯有不妥。而執委會對於垂直協議之立場過於嚴格，過度適用歐體條約第 81 條第 1 項以禁止之，也被批評。甚至有學者直言這是一種整個「系統之失敗」(system failure)，應予以大幅調整 [85]。

66. 面對越來越多之批評，執委會遂於 1997 年提出綠皮書 [86]，廣徵各方之改革意見。經過幾年之討論與準備後，執委會於 1999 年 12 月 22 日採用了新的垂直限制競爭協議集體除外規則，即執委會 2790/1999 號規則 [87]，此一規則並於 2000

---

[84] 尤其白名單所形成之安全避風港(safe haven)作用，使得實務上之垂直協議一般均盡量採用符合白名單之條款，形成一致化，see Jones/Surfin, EC Competition Law, p.527(2001); Whish, Competition Law, p.614(5th ed. 2003).

[85] Hawk, System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, (1995) 32 CML Rev 973.

[86] Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Law, COM(96) 721, [1997] 4 CMLR 519.

[87] Regulation 2790/1999, OJ [1999] L 336/21, [2000] 4 CMLR 398.

[88] Article 13 of Regulation 2790/1999.

年 1 月 1 日生效[88]。隨後執委會並於同年 5 月公布了執行本規則之詳細「垂直限制指導原則」(Guidelines on Vertical Restraints)[89]，使得有關之制度漸行完備。以下茲簡介執委會 2790/1999 號規則之主要內容。

4、垂直限制競爭協議之統一集體除外：2790/1999 號規則：

執委會 2790/1999 號規則共有十三條，茲將其幾項重點分析如下：

（1）將垂直限制競爭協議之集體除外統一規定並擴大適用範圍

67. 執委會 2790/1999 號規則取代了前述獨家經銷、獨家購買、及連鎖加盟三項集體除外規則，而將垂直限制競爭協議之集體除外予以統一規定[90]。惟仍保留汽車經銷協議集體除外規則，使得某些產業銷售活動之特色也能獲得考量。2790/1999 號規則可適用於在不同產銷階段活動的事業之間爲商品或服務之購買、銷售、或再轉售所訂定之協議或一致行爲，即適用於所有之垂直協議(vertical agreements, vertikale Vereinbarungen)[91]。換言之在新規則下，集體除外乃原則上被擴張至所有之垂直限制競爭行爲，以及所有的產業（汽車經銷業除外）。此一適用範圍之擴張，具有相當重大之意義。未來垂直限制競爭之集體除外不限於獨家經銷、獨家購買、及連鎖加盟三種行爲類型，個案處理時也不需認定其行爲究竟屬於獨家經銷、獨家購買、或連鎖加盟。此外，新規則也將「選擇性經銷體系」(selective distribution systems, selective Vertriebssysteme)明文納入適用範圍[92]。 又新規則亦可適用於智慧財產權之移轉或使用協議之附隨約定(Nebenabreden)，此等約款之內容並非協議之主要標的，卻與購買者或使用者產

---

[89] OJ [2000] C 291/1, [2000] 5 CMLR 1074.

[90] 上述三項規則均於 1999 年 12 月 31 日失其效力。新規則因兼納各種垂直協議，故被稱爲一廣泛的傘狀集體除外(umbrella block exemption, Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung)。

[91] See Article 2(1) of Regulation 2790/1999.

[92] 在「選擇性經銷體系中」，供應商負有義務將契約標的之商品或服務，僅供應給基於一定標準所挑選出之經銷商，而此等經銷商則負有義務，不得將上述契約標的之商品或服務銷售給未經允許從事銷售之經銷商。See Article 1 d) of Regulation 2790/1999.

品或服務之銷售、轉售、使用等活動產生直接關連者[93]。

（2）重視以經濟分析觀點處理垂直限制競爭之問題

68. 基於垂直限制競爭協議在各種不同之市場情況下，對於競爭可能產生不同之效果，執委會在 2790/1999 號規則特別加重基於經濟學知識之處理方式(economics-based approach)，即加強經濟分析之使用份量。執委會對於經濟觀點之重視，首先可在 2790/1999 號規則之前言，即其立法理由說明欄之第 6 點以下見之。執委會從相當經濟之角度認爲，凡是可以適用 2790/1999 號集體除外規則之協議，係因爲其促進參與協議之事業間有更佳之協調，可提升生產與銷售流程中之經濟效率，尤其可導致當事人交易成本與銷售成本之降低，而最佳化其銷售與投資活動。執委會進一步說明，垂直協議提昇經濟效率之效果能否大於其限制競爭之效果，端視行爲人之市場地位，以及此等事業所面臨替代性產品之競爭強度而定。此等經濟觀點，乃支配了垂直協議之集體除外。至於具體上如何操作判斷，執委會並提出市場佔有率之判斷方法，詳見下文。其次在執委會所制訂之「指導原則」中，對於判斷之方法，亦有整體性以及各種行爲類型之詳細介紹，值得參考[94]。

（3）以 30%市場佔有率作爲認定行爲人市場地位之門檻

69. 爲體現上述經濟分析之觀點，執委會並提出具體之標準而認爲：就未含有特別嚴重限制競爭內容之垂直協議（即不在黑名單上之協議）而言，如供應商之市場佔有率未超過 30%者，應可推定此等協議在一般情形下可改善生產或銷售，並使消費者適度分享其所產生之利益[95]。此時，2790/1999 號集體除外規則乃有其適用[96]。如供應商之市場佔有率高於 30%者，則不能推定其一般情形下能產生正面效應[97]。即不享有正面推定之利益，但只要不在黑名單上者，亦不當

---

[93] See Article 2(3) of Regulation 2790/1999.

[94] 限於篇幅，無法於此一一說明，請參見 Guidelines on Vertical Restraints, para 100-229.

[95] 2790/1999 號規則立法理由說明欄第 8 點。

[96] See Article 3(1) of Regulation 2790/1999.

[97] 2790/1999 號規則立法理由說明欄第 9 點。

然認爲其爲違法。此一 30%市場佔有率之門檻代表執委會基本上認爲，從事垂直限制競爭之事業須擁有一定之市場地位，其行爲才會構成違法。

（4）維持黑名單，廢除白名單

70. 不論事業是否超過上述 30%市佔率之門檻，凡垂直協議含有不必要或若干對於競爭損害特別嚴重之限制內容者，仍應排除於集體除外規則之適用。此即所謂之「黑名單」條款，在過去各個集體除外規則中即已有之，新規則仍予保留，以表明垂直協議所禁止踏入之領域。所謂對於競爭限制特別嚴重之條款，例如最低及固定轉售價格之維持、某些對於買方銷售區域之限制、禁止選擇性經銷商之間相互供應等，此等協議不論當事人之市佔率如何，均無法享有集體除外之利益[98]。另一方面 2790/1999 號規則則廢除了所謂之白名單條款，避免規則過於強大之引導作用，以除去前述廣爲各方批評的「緊身衣效果」。

（5）控制其他若干限制以利於開放市場

71. 垂直限制競爭協議中如含有「競業禁止」(non-compete obligation, Wettbewerbsverbote)之規定，其限制期間不論依明示或默示之約定長於五年者，均無法獲得集體之豁免[99]。

（6）微小不罰與區別真正與非真正之代銷商

72. 最後在執委會所制訂之「垂直限制指導原則」中，執委會並說明訂定垂直協議之事業如未超過 10%之市場佔有率者，適用微小不罰原則(de minimis)，應認爲不構成歐體條約第 81 條第 1 款之違反[100]。其次執委會並區別真正之代銷商契約 (echte Handelsvertreterverträge) 與非真正之代銷商契約 (unechte Handelsvertreterverträge)。依據運輸成本分派、倉儲責任與成本之負擔、服務之提供、對壞品之責任、財務風險之承擔等觀點，如果在代銷關係中上游事業承擔主要之財務與經濟風險，而下游事業僅聽從上游事業之指示者，爲真正之代銷商契約，下游事業爲真正之代銷商。就此等契約而言，上游事業既承擔經營

---

[98] 參見 2790/1999 號規則立法理由說明欄第 10 點；Article 4 of Regulation 2790/1999.

[99] See Article 5 a) of Regulation 2790/1999.

[100] Guidelines on Vertical Restraints, para 8-11.

之主要風險，自可限制下游事業之事業活動，此時並無歐體條約第 81 條第 1 款之適用，自亦無集體除外適用之問題。反之如依據上述觀點，下游事業爲承擔主要之財務與經濟風險者，則爲非真正之代銷商契約，下游事業具有類似獨立經銷商(Eigenhändler)之地位。此時該協議應有歐體條約第 81 條第 1 款禁止規定之適用，當然亦有集體除外規則適用之可能。

貳、立法沿革與規範目的

一、 立法沿革

73 民國 71 年 4 月，廖義男教授草擬之公平交易法草案我國第一部公平交易法草案出爐時，即曾仿效德國不正競爭之防止法第 1 條之概括立法模式，而於該草案第 38 條規定：「企業不得爲競爭之目的，而於營業交易中從事有背於善良風俗的行爲。」其立法理由爲：「不正當之營業競爭手段千變萬化，且層出不窮，立法上不可能一一個別加以具體規定，因而有必要以一個富有彈性之一般條款，做通則性的規定……營業競爭行爲乃是社會中的經濟活動，自應以社會倫理爲其要素之善良風俗爲基準，判斷其行爲是否正當。」且鑑於「善良風俗不易判斷，故吸取外國實務上的經驗，詳盡例示其類型」。故草案第 39 條例示規定了許多有背於善良風俗的行爲類型，包括：（一）不正當之招攬顧客。（二）不公平阻礙同業競爭，以意圖消滅之低價傾銷、杯葛、差別待遇等等阻塞市場的方法，阻礙同業競爭者之營業活動。（三）不當榨取他人努力成果。（四）利用違反法規或破壞約定以圖取競爭上之優勢。（五）其他有違反效能競爭本質或效用之營業競爭活動，即含括部分本條規定。

74 惟行政院於 75 年正式向立法院提出的公平交易法草案，將其概括條款（即現今第 24 條）內容改爲：「除本法另有規定外，事業亦不得爲其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲。」，而廖義男教授原始草案第 38、39 條部分條文，則分見於於現今第 19 條各款中，且在立法院審議時，並未受到立法委員特別之關注與異議，故原始條文係依行政院版條文通過。

75 而後，公平交易法三次修法過程中，本條亦並未有太大變動，僅於 88 年 2 月第一次修正時，立法委員陳傑儒曾提案表示「一、第一項本文加入『限制競爭』以求周延」…三、本條應屬垂直非價格行爲，依市場經濟理論，必有供給雙方之配合行爲，方足以發生，故不宜僅就發動者規範之…」，因此提案將原條文共通要件部分原來之「有下列各款行爲之一，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得爲之…」增修爲「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者」；並提案將原條文第 1 款「以損害特定事業爲目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行爲。」增修爲「以損害特定事業爲目的，促使或參與他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行爲。」、第 6 款原條文「以不正當限制交易相對人之事業活動爲條件，而與其交易之行爲」增修爲「參與以不正當限制交易相對人之事業活動爲條件，而與其交易之行爲」。嗣經審查會審查，則將陳傑儒委員提案「第六款句首『參與』二字」（立法院公報 88 卷第 6 期，頁 875、876），惟經朝野黨團協商（88 年 1 月 5 日），審查會原依陳傑儒委員提議修正之第 1 款回復原條文，餘維持審查會意見（立法院公報 88 卷第 6 期，頁 907、909），最後修正如現行條文，僅敘明該條各款行爲之不同屬性（「限制競爭」或「妨礙公平競爭」）。

76 實則，依公平交易委員會之內部研究，亦曾有認爲宜將公平交易法第 18 條及本條有關自由競爭之條文，進行體例調整之議（參：行政院公平交易委員會第二處，1999）

二、 規範目的

78. 如前所述，倘以概觀之角度，觀察美國法之相關規範，其乃就所謂「限制競爭」（即所謂「反托拉斯法」範疇）之行爲，約略區分爲「水平（性）聯合（交易限制）」與「垂直（性）聯合（交易限制）」兩端，且另就各二大分支，區分所謂「價格條件相關」及「價格條件以外之競爭要素相關」二細項，其餘競爭行爲之相關規範，始屬於「不正競爭」之範疇。

79. 依此，觀察我國公平交易法第 19 條之規範，其各款所定情形，實有分涉

本質上屬於上「限制競爭」及「不公平競爭」行爲者，是以，我國公平交易法於體系上，雖然將第十九條列於第 3 章關於「不公平競爭」之規範，但其各款條文屬性（「限制競爭（反托拉斯）」及「不公平競爭」）並非一致，此亦即各款共通構成要件，一併揭示「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」（現行條文）之故。

80. 換言之，本條規範之目的，依各條款屬性不同分別從「限制競爭」及「不公平競爭」二端（分別或併存）呈現。至於實務之見解，公平交易委員會於第三八二次委員會議（有關「公平交易法第十九條構成要件研析」乙案）決議，乃基於規範本質、保護法益與各國立法例之觀察，指出第十九條條文第三、四及五款歸類爲「不公平競爭」行爲；第一、二及六款歸屬「限制競爭」行爲之範疇。

條文	屬性	規範目的
第 1 款	兼具限制競爭	防止事業限制杯葛參與人（受話人）之交易對象決定自由（或共謀爲之），而得以非自身所擁有之（效能）競爭能力，遂行競爭（阻礙被杯葛人競爭）。
第 2 款	偏屬限制競爭	避免在無正當理由下，破壞行爲事業同一市場之競爭關係（即所謂 primary-line injury），並避免因此創造差別待遇受惠者，而破壞其所屬市場之競爭關係（即所謂 secondary-line injury）。
第 3 款	偏屬不公平競爭（條文文義明示「行爲不正性」）	避免行爲事業以非屬（效能）競爭本質之行爲，爭取交易機會，兼具保護相對人之選擇自由與理性。

第 4 款	目的偏屬預防限制競爭	禁止不正方法（行爲）取得市場力，事先防免「限制競爭」情事之發生，同時，另有保護他事業決定自由之旨趣。
第 5 款	單純不公平競爭（條文文義明示「行爲不正性」）	保護事業內部經營關係，禁止不正方法（行爲）侵害營業秘密等。
第 6 款	偏屬限制競爭	防免垂直交易限制所可能造成之通路阻絕等競爭不利益。

惟值得參酌者，乃單驥委員於公平交易委員會第四五五次委員會議，(八九)公處字第一四一號處分中，提出「不同意見」，認爲：「…新近修正的公平法第十九條中特別加入「限制競爭」之條件作爲第十九條各款適用之要件，其修正之法義，是在原來既有之「妨礙公平競爭之虞」不甚清晰的法律要件中，強調第十九條之本意是多在處理「限制競爭」之相關問題。爲此，公平法第十條、公平法第十九條及公平法第二十四條乃共同建構成限制競爭 (獨占) 、限制競爭 (具一定市場地位) 、不公平競爭 (不具市場地位) 綿密而層次完整之法律規範光譜。」且其認爲一定市場地位爲第十九條之要件。

參、構成要件分析

81. 公平交易法第 19 條之立法方式，係將各種可能違法之交易慣行，分以各條規定，再另以「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」，作爲各款違法行爲之共通要件，以下乃分別自共通要件先爲釋義，再另就各款情形討論。

一、 共通要件

82. 本條所揭六種競爭行爲類型，均繫諸於「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」者，始受競爭法之違法評價。至於「競爭」之定義，參見「註釋公平交易法之研究系列（一）」，關於本法第 4 條部分之說明。

至於何謂「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」？說明如下：

（一） 解釋原則

83. 相對於美國法上之規範，諸等類型即爲所謂之「商業侵權」，然其之所以被單獨列於民事侵權行爲以外，另以競爭法制（尤其是反托拉斯法）加以規範，即著眼於該等行爲之違法程度，已經達到涉及效能競爭 (competition on the merits) 之侵害，而不利於社會福利（social welfare），也只有如此解釋，才有辦法區分「競爭者保護」與「競爭制度保護」之不同介入需求（就美國反托拉斯法早期發展而言，關於「競爭者保護」與「競爭制度保護」之區分，實務上也頗爲掙扎，在 Standard Oil 案和 U. S. Steel Corporation 案中，法院認爲市場力上須伴隨排斥競爭的行爲才會構成犯罪，但在 1940 年末，Alcoa 案以及 A＆P 等案法院則明顯敵視市場力，Douglas 法官甚至在 Schin Chain Thertres 案中，明白表示獨占力量，不論其取得合法或非法，本身即是一種邪惡，即爲適例。詳參：F. M. Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance, at 454-465, Rand Mc. Nally, 1980。至於我國，學者多傾向於以我國公平交易法第 26 條所揭之旨，區分公平交易委員會介入保護「競爭制度」之時機），因此，除後揭文義上之辭條式解釋方式外，於適用本條之共通要件時，除注意一般性之倫理非難外（侵權行爲法之本質，即涉及行爲不法時），應隨時注意檢視「效率」（生產效率與配置效率）、「公平」以及可競爭環境（即產業經濟學上所強調的「可行的競爭理論」，其研究的對象放在潛在競爭者參進的可能，此學派的代表人物是 William J. Baumo。William G. Shepherd, The Economics of Industrial Organization, at 9,23，則稱此爲〝Baumol-Bailey-Willing〞School。）所受到之扭曲可能性，以輔助（非唯一）判斷是否該當於「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之不確定法律概念（尤其是行爲本身未達倫理非難之程度）。

（二） 「限制競爭」與「不公平競爭」概念上有所區分

84. 1、關於所謂「限制競爭行爲」，其所破壞的是制度保護（政策規範）、競爭自由，強調的是「市場不法」的觀察；至於所謂「不公平競爭行爲」，則破壞的是權

利保護（倫理道德規範）、競爭者間的公平，強調的是「行爲不法」的角度。

2、 惟近來發展上，兩規範間已有從競合、衝突以至價值理念統一之趨勢。（蘇永欽，1981）

（三） 「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」需先就競爭「行爲本身」判斷

85. 公平交易委員會第 71 次委員會議（1993 年 2 月 10 日）揭示：按事業之競爭行爲是否該當公平交易法第十九條「妨礙公平競爭之虞」的構成要件，應就事業採取之「競爭手段」本身是否具有「不公平性」或其「競爭結果」是否「減損市場之自由競爭機能」（分別或綜合）加以判斷。其競爭手段本身顯已失公平性者，即具可非難性，構成「妨礙公平競爭之虞」的適用要件，相當於所謂「當然違法」。其競爭手段之「不公平」未達當然違法時，應進一步從其競爭結果是否增加或減損市場之自由競爭機能併同認定之。減損之者，必須再從「合理原則」審酌有無構成「妨礙公平競爭之虞」。

1、競爭手段：

86. 第 19 條各款明訂已具非難性之不公平競爭手段者如第 3 款、第 4 款脅迫性競爭行爲，及第 5 款以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行爲。上開行爲原則爲刑法禁止之行爲，故其市場行爲之違法性或違反公平性應無疑義 (刑法第 317 條洩漏業務上知悉工商秘密罪、第 304 條強制罪)。至於其他情形，其競爭手段是否已因有失公平而當然違法，尚須自具體個案中，考量對於商業倫理及公序良俗的違反程度爲斷。

2、競爭結果：

87. 競爭手段之「不公平」性格不明顯，從而不能逕認其競爭手段爲當然違法者，必須從其競爭結果是否有增加或減損市場之自由競爭併同加以認定。在此並不以市場之競爭機能已實際受到影響爲必要，只要認其實施，將可能減損市場之競爭機能即具可非難性。惟倘經其實施之結果，對於市場不生影響，則反之。故須經認定其競爭手段能減損市場之自由競爭機能，才再依「合理原則」的經濟分析觀點加以審酌是否構成妨礙公平競爭之虞的要件。

88. 由於本次委員會決議，係在民國 88 年 2 月 3 日修正明文加入該條規範及於「限制競爭」前所做，故其實際背景乃是在既存條文文義侷限下（原條文只提及「妨礙公平競爭」之虞），試圖解釋澄清該條所欲規範之行為屬性，亦及於市場影響之考量，故除競爭手段外，並論及本條對於競爭結果減損競爭機能之非難。

（四） 行為本身本身如屬「不正」，即足非難

1、公平交易委員會第 382 次委員會議

89. 公平交易委員會第 382 次委員會議，略參考德國立法例，試圖將第 19 條條文第 3、4 及 5 款歸類為「不公平競爭」行為，而將第 1、2 及 6 款歸屬「限制競爭」行為之範疇。

2、第 382 次委員會議明揭「不正競爭行為本身」即足非難：

90. （1） 公平法第 19 條第 3、4 及 5 款固以不同之個別態樣出現（如爭取競爭者對手、使他事業參與結合、聯合及獲取他事業營業秘密等），惟其本質上均屬使用不正當之競爭手段，本有商業倫理非難性，並非著眼於非難各該行為對市場競爭結構之不良影響。

（2） 此外，因不正當競爭手段既非擁有相當市場力量之事業始得為之，是以，「不公平競爭」之行為人自不以有市場力量者為限，而宜以其採行不正當競爭手段為主要之違法構成要件。

3、公處字第 092152 號處分案（保證責任台灣省台中家禽運銷合作社，促使其下游經銷事業斷絕供貨予特定事業）則明揭：

91 事業之競爭行為是否該當公平交易法第 19 條「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」的構成要件，應就事業採取之「競爭手段」本身是否具有「不公平性」或其「競爭結果」是否「減損市場之自由競爭機能」加以判斷。其競爭手段本身顯已失公平性者，即具可非難性，構成「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」的適用要件，相當於所謂「當然違法」。其競爭手段之「不公平」未達當然違法時，應進一步從其競爭結果是否增加或減損市場之自由競爭機能，併同認

定之。

（五） 至於「之虞」一詞，則採「抽象危險性」之判斷標準

92 所謂「之虞」一詞，學說一般採以「抽象危險」視之（參：賴源河編審，2002），並不以各個行為的實施會對市場競爭產生實質的限制為必要，而只要該行為實施後「有限制競爭或妨礙公平競爭之可能性」或達到「抽象危險性」之程度即可。其構成要件應就事業採取之競爭手段本身是否具有不公平性或其競爭結果是否減損市場之自由競爭機能加以判斷。（參：(85)公處字第 181 號，飛寶企業有限公司促使他事業對特定事業斷絕購買處分案、公處字第 092167 號，揚聲多媒體科技股份有限公司杯葛及差別待遇處分案）。

（六） 是否要求「市場地位」

93 由於本條所規範之六款情形，其屬性並非一致，第 1 款之行為本身通常即足非難，甚至第 3、4、5 款已於文義中表明「行為不正性」之非難（惟自規範目的觀察，第 4 款之規範中心，實在於事前防止「限制競爭」情事之出現），是以是否對於行為事業要求「相當市場力」為要件，應分別視之，其理由如何，詳後各款違法類型之分析。惟(84)公處字第一○二號處分，似乎對於修正前條文中之共同要件（即所謂『妨礙公平競爭之虞』）採以「市場力要件說」，其處分理由略稱:「……再就是否妨礙公平競爭而論，其判斷標準，應指事業在特定市場之影響過大，致其行為能產生實質不公平競爭之危險性而言。故本案『妨礙公平競爭之虞』，認定基準應指事業在特定市場之總占有率，而非僅指其單一契約金額在特定市場之占有率。…被處分人辦理系爭採購行為，顯具有相當之市場地位，經考量其商業倫理非難性及對市場自由競爭之減損程度，已符『妨礙公平競爭之虞』要件。」；但(八九) 公處字第一四一號之旨，似又區分「妨礙公平競爭之虞」不需求市場力（行為非難、倫理非難）、「限制競爭之虞」則反之（其旨略稱：「妨礙公平競爭之虞之判準，將參酌本款規定保護法益為一般倫理及同業競爭者之利益，甚少涉及競爭之限制，事業尚非須市場力量始得為本款行為。易言之，則應就事業競爭手段之行為面是否具不公平性，及競爭結果是

否減損市場機能分別或綜合判斷，是倘競爭手段本身已顯失公平者，即構成妨礙公平競爭之虞之要件…」。在此，僅先總括言之，涉及本條第 2、6 款之違法判斷時，因注重於市場結果之觀察（公平交易法施行細則第 26、27 條），故學者之間較無爭議要求檢視市場力，實務執行上，過去則有「百分之十」門檻之默契，而在第 6 款之執法，實務見解更不乏提及「依賴關係」，以作爲市場力之判斷者（參照：公處字第 091086 號，太平洋崇光百貨股份有限公司之專櫃廠商合約書中，增訂營業區域限制條文被處案、公處字第 91022 號，松網科技股份有限公司搭售冷門遊戲軟體處分案、(89) 公處字第 038 號，樺陽車業股份有限公司銷售三陽機車搭售華南產物保險股份有限公司「強制汽車責任保險」處分案）。至於本條第 2 款之「市場力」解釋上，則亦不乏主張宜考量依賴關係者（何之邁，2002），但多數學者見解與實務操作方向，均尚未採之。

（七） 關係企業間之交易安排，如何適用本條之規定

94 另外，值得特別討論的，乃關於「關係企業」間之交易，如發生有本條所禁止之情事時，有無本條之適用？以及如何適用？等問題。

95 若從控制關係與有效從事競爭決策之觀點而言，控制事業與從屬事業二者間之「交易」實際上僅係同一經濟實體內部的商品移動而已，不具有對外競爭關係之意義（參照：第 3 條）。本法之執法重心在於競爭制度之維繫，且就現實而言，控制事業與從屬事業間之交易安排，並不乏對市場競爭產生衝擊者，因此，公平交易委員會固然於其結合未予異議，但亦僅是承認其結合之條件有利於整體經濟而已，並非意味著對於該結合體取得市場力後，對外影響競爭之行爲均不擬介入。是以，事業行爲依其具體情形，只涉及本條規定中屬於不公平競爭者，在關係企業之架構下，殊難認其倫理非難，折衷而論，應認由關係企業法制中，有關「深石原則」之理論途徑處理即足；至於關係企業間之交易安排，已涉及本條限制競爭事項之規範，而有影響市場競爭秩序之虞時，即應認爲仍有本條之適用，僅公平交易委員會得否以關係企業間所存之特殊關係，在應適用合理原則之案件類型中，作爲合理原則判斷時之「正當性」（第 19 條第 2

款之「無正當理由」與第 19 條第 6 款之「不正當」）考量而已。總括言之，就第 1 款之情形而言，殊難想像事業會杯葛其「關係企業」；就第 2、3、4、5、6 款而言，則應分別就其具體行爲「不正競爭」或「限制競爭」之屬性，分依前揭原則處理。

二、各款違法類型

（一） 杯葛

96 禁止「以損害特定事業爲目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行爲」爲本條第 1 款所揭。本款之規定，學理上有稱之爲「間接杯葛」者，藉而與由行爲事業直接壓迫他方，以達特定目的之「直接杯葛」區別（可能涉及本條第 2 款之「差別待遇」）。此外，本條之杯葛行爲如涉及「多數發起（話）人間」或「多數受話人間」之一致性行爲，則屬所謂之「集體杯葛」（group boycotts），倘發現有所謂之「合意」存在，則另回歸於聯合行爲之相關規範，予以評價。

以下謹就該等行爲之要件分析之：

1、相關當事人：需有杯葛發起人、杯葛參與人（受話人）及被杯葛人

（1） 相關當事人均需爲事業（關於事業，參照：第 2 條）。

97 需特別提出者，乃公平交易委員會過去對於以「公會」作爲事業體之集體杯葛行爲，均以本條本款處分（參(84)公處字第○四○號處分，略謂「建築師、結構技均爲獨立執行業務者，核屬公平交易法第二條第四款『其他提供商品或服務從事交易之人或團體』所稱之事業。另由建築師、結構技師組成之公會，核屬公平交易法第二條第三款『同業公會』所稱之事業；故上開事業之行爲應受公平交易法之規範，自無疑義。），似未見深入檢視參與公會之「獨立執行業務者」身爲個別事業體時，有無另存聯合行爲之非難可能性。例如，(84)公處字第 74 號，中華音響發展協會理監事臨時會議決議，發函請台灣音響雜誌聯誼會，請其勸說所屬雜誌社會員，慎重考慮刊登檢舉人（未違反公平法之）平行輸入品廣告，遭公平會議違反第 19 條第 1 款論處；此外， (84)公處字第 040 號，台

北市建築師公會函請所屬會員勿複委託對該會不友善技師乙案（(85)公處字第065 號所處分之高雄市建築師公會，亦爲相同作爲）亦均屬此類。就此，似與本條本款之「補充性」、「預防性」定位（黃銘傑，2001）未符，惟有認爲係因當時法制背景，尚未建立「先行政後刑罰」之預警機制，爲免聯合行爲刑事責任衝擊過大所致（何之邁，2002）。

98 至於，消費者團體所爲之抵制性消費活動，應非屬「事業」行爲，亦應無本條本款適用之餘地（參：王銘勇，1996）

99 最後，「潛在競爭者」得作爲被杯葛人更無庸論。諸此，參諸(84)公處字第013 號處分所揭「…潛在競爭者（或稱可得特定事業）是否存在，在執行公平交易法時就必須審慎考量其影響性，且不因其尚未有實際營業行爲，而否定其爲本法『事業』之身分。是以本案檢舉人雖尚在申請營業執照，惟其成爲新分銷商之意願顯明，是爲一潛在的競爭者，而應爲本法所稱之『事業』…」云云即明。

（2） 杯葛發起人，不必然要求有一定市場地位

100 此外，事業若有促使其他事業斷絕供給之杯葛行爲，且其手段由商業倫理及公序良俗觀之已顯失公平，或該行爲實施之結果將可能減損市場之競爭機能者，即足當之（參：(82)公處字第 046 號；(84)公處字第 013 號），是以，杯葛發起人本身，應毋須要求具有市場地位。蓋鑑於杯葛本即與效能競爭抵觸，杯葛人係以依靠他人力量之方式，而攫取市場以獲得利潤，因此，杯葛人市場地位之高低不是關鍵所在（廖義男，1997b），公平會於處分書中，刻意描述杯葛人之市場地位，實屬多餘（諸如公處字第 092167 號之旨，略稱：「…揆諸自九十一年迄今之伴唱帶授權市場消長變化，業足推定被處分人之相關行爲及市場地位足堪影響我國境內伴唱帶授權市場。…（四）…況以被處分人於伴唱帶授權市場之市場地位及影響力，該杯葛行爲對於未能與好樂迪ＫＴＶ及錢櫃ＫＴＶ交易，而僅能爭取其他交易機會之伴唱帶代理商亦已構成限制及損害，而具有不公平性或減損市場自由競爭之虞。…」等屬之）（不同意見參照：湯明輝，1992）。

（3） 被杯葛人與杯葛發起人間，不必然要求存有競爭關係

101 關於被杯葛事業之適格，宜認不必然要求與杯葛發起人有競爭關係，蓋其只要因爲杯葛人發起人之破壞效能競爭行爲，受有損害而將致無法維持，造成市場競爭秩序之不當影響即足當之。

2、需有促使他事業（杯葛受話人）對該特定事業（被杯葛人）斷絕供給、購買或其他交易之行爲：

（1）「促使行爲」

102 所謂「促使行爲」者，凡客觀上足以引致杯葛參與人（受話人）做出影響被杯葛人經營狀態之決定者屬之。包括杯葛發起人與杯葛參與人（受話人）之協議行爲，亦包括杯葛發起人對杯葛參與人（受話人）之施壓行爲（例如：公處字第 092152 號處分屬之，其旨略稱：「…被處分人以傳真方式警告其下游經銷事業不得供貨予檢舉人，對不從者將拒絕往來，不再交易，致關係人畏於被處分人之影響力，不得不接受其杯葛之要求，造成檢舉人顯著損失之行爲，違反公平交易法第 19 條第 1 款規定…」），亦可能包括單純之宣示行爲（例如：對他事業陳述、散布足以損害營業信譽之不實情事、誣指侵害專利或著作權等，造成該等事業等斷絕供應、購買或其他交易之行爲屬之。可參(84)公處字第 014 號處分）。不過，值得觀察的，依目前實務之絕多數處分，對於濫發警告函之行爲，多倚賴第 24 條加以處理，實則，該等行爲依其一般情形而言，實已足使信函者收受不敢繼續其交易，儼然該當於本款，何以跳躍適用補遺性質之第 24 條，論理邏輯上似有欠缺，實有檢討之必要。

（2）「杯葛行爲」

103 所謂「杯葛行爲」，依條文例示包括「斷絕供給」、「斷絕購買」，並以「其他交易行爲」概括規定之。茲所謂「其他交易行爲」應指一切可能影響被杯葛人經營狀態之作爲與不作爲。又，所有「杯葛行爲」均需與「促使行爲」有關，如係行爲人基於自由意識發動，而與杯葛之發話無關者，即無受違法評價之必要。

（3） 杯葛發起人之呼籲須足以影響杯葛參與人（受話人）之決定

104 客觀上「足以影響杯葛參與人（受話人）之決定」，爲構成要件之一，如前所述，杯葛行爲人並不一定要求有市場地位，但一般而言，行爲事業如具有一定之市場地位，或杯葛受話人對其有一定之依賴關係，「促使」行爲客觀上即易於該當於「足以影響杯葛參與人（受話人）之決定」之要件，其造成限制競爭之危險也越高。

105 又，杯葛發起人之呼籲客觀上雖然須足以影響杯葛參與人之決定，但杯葛受話人是否確實發動杯葛行爲，依本條款之文義解釋，並非違法行爲之構成要件。因此，或認爲「只要企圖杯葛人或實行杯葛人與杯葛參與人雙方達成杯葛之協議或安排時，企圖杯葛人即符合本款之適用」（賴源河編審，2002）。然依公平交易委員會於公處字第 092152 號處分書所揭，乃針對本條所謂「杯葛」行爲，指述爲：「係指事業爲達成損害特定事業或剝奪特定事業日後參與市場活動之目的，促使或透過合意方式約定他事業不與特定對象事業從事交易之行爲，其客觀要件須滿足下列要件：（一）須有杯葛發起人、杯葛參與人及被杯葛人等三方當事人參與；（二）杯葛發起人之呼籲須足以影響杯葛參與人之決定；（三）須有斷絕交易之行爲。至於主觀要件則爲杯葛發起人之杯葛行爲必須係基於『以損害特定事業爲目的』，即明知其行爲將構成不當之損害，仍然有意使其發生。」，顯然仍將「須有斷絕交易之行爲」列爲「杯葛」之要件，實不乏再於日後實務發展過程中，另爲澄清之必要。

3、主觀要件需以損害特定事業爲目的

106 （1） 本條款對於行爲非難，建立在「目的犯」之惡性，意即需以行爲事業之直接故意爲違法構成要件。

（2） 至於認定行爲事業是否基於「損害特定事業爲目的」，則需綜合其與被杯葛人之關係（例如公處字第 092167 號處分即謂：「…另被處分人與弘音公司與美華公司處於競爭關係，前揭不正當競爭手段係欲使弘音公司及美華公司退出伴唱帶代理市場，即符合公平交易法第 19 條第 1 款規

定所稱「以損害特定事業爲目的」…」）、行爲發動之時點（機）、背景、發話之內容，以及其他合理事由存否（例如公平交易法第 45 條之除外，或是防禦抗辯等），整體觀察判斷之。

（3） 此外，由於本法之目的即在維護競爭，因此，事業是否基於「損害特定事業爲目的」始爲規範之重點，所以，本款之適用並不需要求杯葛行爲人（發起人）與被杯葛人間存有競爭關係，意即，只要杯葛行爲客觀上足以破壞被杯葛人參與競爭之公平性，即足非難。

107 最後，可供參酌者，乃公平會於「行政院公平交易委員會審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則（民國 90 年 1 月 15 日 修正）第六點」、「行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則（民國 90 年 1 月 20 日 公(發)布）第 7 點「可能違反公平交易法事項之例示」（二）」、「公平交易法對於不動產仲介業者實施聯賣制度之規範說明（民國 91 年 12 月 30 日 公(發)布）第 4 點（三）之 2.」中，亦均已分別教示本條本款之適用情形。

（二） 無正當理由之差別待遇

108 禁止「無正當理由，對他事業給予差別待遇之行爲。」乃爲本條第 2 款所揭，又「本法第 19 條第 2 款所稱正當理由，應審酌下列情形認定之：一、市場供需情況。二、成本差異。三、交易數額。四、信用風險。五、其他合理之事由。」則爲公平交易法施行細則第 26 條所示。

109 單純的「差別待遇」行爲本身，屢見於商業慣行中，僅止於對「客觀交易條件不同」所爲之「描述」，而不具有價值評斷之色彩，其可能影響的，乃競爭秩序中關於「水平公平」（Horizontal Equity）性的保障。至於公平法所欲禁止的「差別待遇」行爲，僅係針對「無正當理由」之「差別待遇」行爲而論，即並非所有客觀上差別待遇之行爲，均值非難。亦即公平交易法施行細則第 26 條所揭「本法第十九條第二款所稱正當理由，應審酌下列情形認定之：一、市場供需情況。二、成本差異。三、交易數額。四、信用風險。五、其他合理之事由。」之旨趣。

110 禁止「無正當理由之差別待遇」之目的，在求防止：行爲人爲爭取交易機會，以「優惠性交易條件」破壞該階層之競爭（即所謂primary-line injury）[101]，例如區域性削價 [102]；或因而使相對人有增、減成本等情事，而阻礙或破壞交易相對人階層之競爭；同時，亦著眼於防免經濟力龐大的購買者，利用其有利的交易地位，迫使供應者給予價格優惠，以致於該購買者（交易相對人）在其所屬之競爭市場階層，得以藉此獲得不正之競爭優勢（後二者即所謂secondary-line injury）。

---

101 美國首次針對「歧視行爲」立法規範時，其立法背景之目的即在協助地方性獨立經營的小廠商，免於受到大資本經營的全國性廠商，挾其大資本和其在他地區所匯集的利潤，採行掠奪性差別訂價的威脅，使地區的小廠商不致於被全國性的大廠商逐出市場之外，事實上，這種取向於市場「競爭者保護」的立法，似和競爭法乃在「保護競爭制度」的目的相背，沒有效率的競爭者，可能因此得到法律的保護傘，反將不利競爭「效率」，但就美國反托拉斯法早期發展而言，這似乎是個無解的難題。惟需另外提及者，乃依 Areeda & Turner 之見解，則堅持原來的克萊登法中，文字上只提及競爭（competition）而未論及競爭者（competitor）保護，原來的 Clayton Act 所保護的是「競爭」而非競爭者，只有在 Robison-Patman Act 中增列的第二線競爭傷害的規範，才有保護「競爭者」之問題。Phillip Areeda and Donald F. Turner, Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Shermer Act, vol.88, Harvard Law Review, at 727（1975）

102從美國制定 Clayton Act（反差別待遇）的背景可知，其原始目的乃和防制大事業跨地理市場，進行價格掠奪緊密相關。事實上，掠奪性訂價與價格歧視在訴訟實務中，也一再如連體嬰般的併時出現，掠奪性訂價的判斷，往往被一併討論，而作爲判決的「附隨意見」（George A. Hay, Predatory Pricing, 58 Antitrust L. J. at 913, 917，1990），其牽連至深由此可知。惟並非所有因價格歧視所致之反托拉斯法傷害，均與掠奪性訂價相關，只有「第一線」價格歧視傷害之類型，始和掠奪性訂價行爲能產生規範競合（即 Robison-Patman Act Section 2（a）與 Sherman Act Section2）之情形（William Breit & Kenneth G. Elzinga, The Antitrust Casebook, , at 221-225, The Pryden Press 3rded，1996）。且係發生在不同地理市場（或同一地理市場卻可細分不同「區段」-section-）中，參進行爲出現之際。例如：甲事業在 A、B 兩個地理市場（假設此二地理市場的各方面，條件均相同，即不可能存有容許差別取價的正當化事由）均有工廠生產產品，並分區銷售，且對各該市場中交易相對人索價一致。但當其獲悉乙事業正試圖進入 B 市場時（或乙事業進入之初），甲事業即將 B 市場之價格調降，以爲因應。此時甲事業的行爲，對相同競爭階層的乙事業而言，即涉有「遏阻參進」類型的掠奪性訂價之嫌，並顯然對乙事業造成第一線價格歧視的傷害。

以下謹就該等違法行爲之要件分析之：

１、 相關當事人均需爲「事業」（參照：第 2 條）

111 從事「無正當理由差別待遇」之行爲主體與對象，均應爲事業。至於差別待遇之相對人，則需爲同一競爭階層之不同事業（廖義男，1994；另參照公研釋字 023 號。）因此，值得思考的，乃過去公研釋０一九號，曾就以「大中盤」及「量販店」之差別取價，討論有無「正當理由」，惟理論上，此等疑義，應先認定該二者就否屬於「同一競爭」階層，而後才有討論正不正當之必要。另外，一般消費者（非事業）作爲交易相對人時，並無本款規定之適用。或許此乃立法者認爲，一般消費者爲交易相對人時，並不會發生競爭傷害所致（但立法資料中，確實未見討論），若然，則就「第二線」的競爭傷害而言，固有其裡，惟若就「第一線」競爭傷害觀察，我國法似有不足（在我國，這種情形只得「退居」以第 24 條處理，相對的，美國法上受歧視之「對象」並未限於「事業」，即一般消費者作爲交易相對人時，亦同受規範）。

112 另外，分處不同階層市場之關係企業間，如有所謂差別待遇發生，並不當然排除本條之適用，最多僅是如何以關係企業之準內部關係，說明「正當理由」存在與否而已（例如：較低之信用風險、帳管成本等）

２、 行爲事業需有市場力

113 從事「無正當理由差別待遇」之行爲主體，是否需有相當市場力，本款文義並無明確規定。但如就其規範目的而論，行爲事業如不具市場力，相對人即不乏另擇交易對象之可能，殊無影響交易相對人同一競爭階層交易秩序之餘地；又，倘行爲事業不具市場力，則亦難想像其以「優惠性交易條件」（例如區域性削價）爭取交易相對人後，有能力進行利益之補償、回填，而有損害同一階層競爭之可能性。因此，行爲事業具有市場力，應解爲要件之一。

114 又依我國公平交易委員會過去之執法經驗，在處理本款違法行爲時，至少均將市場地位，作爲判斷是否該當於第 19 條「共通要件」之基礎之一。例如：(81)公處字第 017 號處分即稱：「…因目前國內供應航空用油者僅中油公司一家，

故其具有市場優勢地位…水滴機場之用油量，占永興公司各航線用油量百分之三十至四十…故中油公司以其市場優勢地位所為之前述差別待遇行為，顯已妨礙永興公司與其他航空公司間之公平競爭…」；(83)公處字第 025 號處分稱：「…捷運工程之總預算約占前述超過千億之工程總預算之百分之十七，故被處分人已具有影響市場之力量，並構成妨礙公平競爭之虞。…」； (84)公處字第 018 號稱：「…被處分人為唯一回收處理國內飲料廢寶特瓶之事業，其市場地位甚為特殊，…故被處分人所為斷絕收貨已構成無正當理由之差別待遇行為，並足以妨礙該市場之公平競爭。…」；(84)公處字第 102 號處分稱：「……再就是否妨礙公平競爭而論，其判斷標準，應指事業在特定市場之影響過大，致其行為能產生實質不公平競爭之危險性而言。故本案『妨礙公平競爭之虞』，認定基準應指事業在特定市場之總占有率，而非僅指其單一契約金額在特定市場之占有率。…被處分人辦理系爭採購行為，顯具有相當之市場地位，經考量其商業倫理非難性及對市場自由競爭之減損程度，已符『妨礙公平競爭之虞』要件。」；(84)公處字第 167 號：「…本案被處分人系爭招標案之市場占有率為 14.23%，具有影響市場競爭力量，其所為差別待遇行為，有妨礙公平競爭之虞，合致公平交易法第十九條第二款之違法要件。」； (86)公處字第 187 號處分：「…是以被處分人顯具有影響市場之力量，其於橋樑工程優惠單一廠牌之差別待遇行為，已有妨礙公平競爭之虞。」；（87）公處字第 087 號處分：「…次不論是被處分人自行估計之十至十二%左右，或依本會調查結果之市場占有率高達二十六%以上，均具有市場地位，顯有妨礙國內國小參考書市場公平競爭之虞，合致違反本法第十九條第二款之要件…。」；（90）公處字第 062 號處分：「…故倘具有市場力之事業，於招標規範投標資格之訂定，係屬無正當理由對他事業給予差別待遇之行為，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，即屬違反前開規定。」

3、 差別待遇之客觀事實（表見證據）

115 關於「無正當理由差別待遇」之禁止，乃普遍適用於商品與服務之交易上，但不論如何，均需以等級、品質相當之交易標的，做為比較之前題，始有辨別

有無「差別性」存在之實益。因此，過去公平會公研釋字 007 號，固曾在有無「正當理由」之構成要件下，討論作者作品因其知名度、知識、經歷等不同而差異，並非全然無疑，蓋諸此似已忽視客觀上應先釐清該作品是否等級、品質相當之前題。

116 至於其具體之行爲類型或態樣，現行法令並未有明白之規定，如從學者之描述（廖義男，1994）與所嘗試之歸類（黃茂榮，1993）等，併同實務之發展經驗觀察，大體而言，可略予區分爲：

（1）「相對人選擇標準」之差別（如「不當招標限制」，參：(84)公處字第 108 號，台北市公共汽車管理處標購整體式冷氣大客車，爲不當之資格限制處分案、(86)公處字第 187 號，台灣省交通處公路局辦理橋樑工程招標，訂定橋樑伸縮縫規範，大幅限縮廠牌之選擇權遭處分案、(89)公處字第 026 號，台灣電力股份有限公司之吊臂工程車購置案，不當限制參標遭處分案、（90）公處字第 062 號，台南市政府之公十一地下停車場委託公辦民營招標案，不當限制投標廠商資格，遭處分案、（90）公處字第 118 號，國立編譯館辦理部編審定本國民小學教科書印行作業，不當限制出版事業印行資格，遭處分案；又如「不當理由拒絕」，參：(84)公處字第 018 號，台灣再生工業股份有限公司於廢寶特瓶回收市場，不當拒絕收取回收業者繳交之廢寶特瓶，遭處分案）；另外，值得一提的，乃此種「拒絕交易」之情形，在美國反托拉斯法上，乃另一獨立之違法類型，通常與杯葛行爲併爲討論，而與差別待遇並非等同處理（參 William Breit & Kenneth G. Elzinga, The Antitrust Casebook, at 220, The Pryden Press 3rded，1996；），與我國學者間及實務上多借用公平法第十九條第二款加以涵攝其中，有所差異。

（2）「交易對價」之差別（參：(81)公處字第 017 號，中國石油股份有限公司、永興航空股份有限公司利用現有市場優勢地位，在航空用油

銷售爲差別取價，遭處分案、(85)公處字第 166 號，台灣省物資局受託代理台灣鐵路管理局標購鐵路車輛，涉因含稅與否之比價基準不一，對國內競標廠商差別待遇處分案、（86）公處字第 216 號，加工出口區管理處儲運服務中心，選擇對有競爭關係之外車業者收取場地使用費之行爲，涉差別待遇處分案）；

（3）「其他交易條件或限制」之差別（例如：以不公平之條件，給予他方非法的佣金、居間費或其他有價之報酬或利益。另可參：（87）公處字第 087 號，南一書局股份有限公司區分「學校組」經銷商，與門市書局，限定在「學校組」之經銷商推展業務完畢後，門市書局才能進貨零星銷售，違反本款被處分案、（87）公處字第 038 號，木喬傳播事業股份有限公司無正當理由，授與特定有線播送系統業者頻道節目代理權，對同區域有線播送系統業者給予差別待遇被處分案）；

（4）「排除事業參與某事業團體，致其事業活動困難」（參：公平交易法對於不動產仲介業者實施聯賣制度之規範說明【民國 91 年 12 月 30 日 公(發)布】第 4 點（三）小之 2.（2））

4、需無正當理由

117 關於差別待遇之正當理由存否，公平交易法施行細則第 26 條，訂有所謂「應」審酌事項。惟此，並非指公平交易委員會，需證明行爲事業所爲「無正當理由」。蓋依一般舉證責任分配之法理，主張積極事實者，應負舉證之責。職此，關於本款要件中，「正當理由」之存否，自非屬主管機關做成處分時，應「舉證」之範圍（「無正當理由」爲消極事實），而屬於被調查對象得提出之「抗辯」。換言之，公平交易法施行細則第 26 條所謂之「應」審酌事項，係指主管機關針對行爲人提出之抗辯事項，應據以審酌之標準而已，謹此澄清。

至於所謂之抗辯理由是否正當，依公平交易法施行細則第 26 條之旨，則應審酌下列情形認定之：

（1） 市場供需情況：

118 凡服務或商品之本質，常因市場供需情況變遷，（隨時間）影響其可銷售性，致生價格或其他交易條件變動者，亦不受本款之限制。這些變動原因包括：易腐物之降價求售、已過時之季節性商品求售、以及供過於求時（存貨）之拋售等。此外，交易相對人面對市場供需變化下，其供給能力穩定與否，亦得作爲決定與之交易與否之正當考量，如：第 00282 次委員會議針對燁輝企業股份有限公司被檢舉公開標售鋅浮渣，涉有排除特定廠商參與競標違反公平法案，即採認被檢據人答辯，贊同「避免貿易商因市場供需變化衍生提貨不順暢，影響本業產銷」之說法尚屬可採，因此，資格限定（排除貿易商）係爲本業營運暢順所生之安排，得認符本法第 19 條第 2 款所稱「正當理由」之考量因素。

（2） 成本差異：

119 一般而言，所謂之成本可略分爲生產成本與交易成本二大類。即便是同等級、同品質之服務或商品，如因生產要素之成本變化，有爲維持合理利潤或市場占有，而就交易條件調整時，均得考量其比例是否恰當；此外，如係因爲交易成本之差異（如運費、帳管、付款方式等），而與相對人個別議定交易條件，亦得考量其正當性。（如：公平交易委員會第 353 次委員會議三陽工業股份有限公司暨鼎豪實業股份有限公司不處分案，即認爲廠商對不同銷售點按不同的進貨成本、交易數額給予不同之供應價或銷售價，應爲市場價格機能之正常現象，而對銷售業績達某一標準以上者，以減收貨款獎勵，尚難謂爲違法。）

（3） 交易數額：

120 一般而言，大量交易之折扣，往往也跟交易成本降低有關，蓋一次大量之交易模式，本即減輕個別單次議約之成本，故交易數額之多寡，通常也會造成交易條件之不同，有認屬合理正當之空間。如：公平交易委員會第 353 次委員會議三陽工業股份有限公司暨鼎豪實業股份有限公司不處分案，即認爲廠商對不同銷售點按不同的進貨成本、交易數額給予不同之供應價或銷售價，應爲市場價格機能之正常現象，而對銷售業績達某一標準以上者，以減收貨款獎勵，

尚難謂爲違法。

121 惟此間值得一提者，乃一旦涉及買方獨占（因大量需求存在，相對於供給面之過剩，取得之議約地位）之情形，則另需檢視買方有無不當行使市場力之虞。

（4） 信用風險：

122 風險，即所謂之不確定。信用風險，則涉及交易當事人間對價取得之便利性與及時性等問題，更涉及日後有無訴訟（或其他實現權利）成本發生之可能性。交易過程中，任何不確定性因素之減低，均有利於效率之表現，因此，當事人間因風險不同（例如遠期支票之交付與現金支付，其風險已然不同；又如銀行對於不同信用等級客戶給予不同利率、費率與償還條件等），所做之不同交易安排，多有解釋爲具有正當性之餘地。

（5） 其他合理之事由：

123 例如，爲相應於對手行爲，所爲之防禦性（對抗）競爭（meeting competition）、短期之促銷推廣活動、交易雙方之既存合作（親疏）關係（如：公平交易委員會第 353 次委員會議三陽工業股份有限公司暨鼎豪實業股份有限公司不處分案，即認爲廠商對不同銷售點按不同的進貨成本、交易數額給予不同之供應價或銷售價，應爲市場價格機能之正常現象，而對銷售業績達某一標準以上者，以減收貨款獎勵，尚難謂爲違法）、法院對抵押品之拍賣等、具明確適格判斷基準或有意維持品牌形象（限量鋪貨）之「選擇性經銷」制度、因應法令要求（例如國家標準等，實務見解則如：公平交易委員會第 280 次委員會議，就台灣電力公司興達發電廠辦理「煤灰船運」工程招標被檢舉審驗投標廠商資格有失公平案，認爲業主要求依照船舶法第 27 條規定實施定期檢查，係依法令要求，不生差別待遇，故不處分；同旨可參第：307 次委員會議關於國立屏東師範學院被檢舉辦理該校東校區行政教學綜合大樓空調工程，依據行政院頒『各機關辦理公有建築物作業要點』第 19 條及『行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項』第 6、7 條規定辦理，訂定實績限制案）、保護公共安全或其他公益所需等（例

如售後市場之「正廠」零件採購，實務見解則如：公平交易委員會第 354 次委員會議，就國內汽車代理商拒將其代理汽車所需之零配件售予汽車材料買賣業者案，認爲事業基於合理之行銷策略考量所爲之獨家交易安排或採行選擇性經銷體制，致拒絕與部分事業爲交易者，即尚難就此拒絕交易逕認定其違法，且認爲求確保消費者之用車安全、釐清履行新車保證及零件保證責任之責任介面，避免額外擔負他廠維修不當所生之保證責任，所爲之零配件交易安排，尚難認非屬本法所稱「正當理由」)。

124 此外，另需特別提及者，乃「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」乙節，既業經明文規定，作爲違法行爲之共通要件，則涵攝相關事實於本款規定時，應先確認該等危險是否存在，始就行爲人主張之「正當」抗辯進行檢視。意即，相關行爲如經判斷（舉證）對於競爭的「質」或「量」並無損害之虞時，本非公平交易法制所需介入，此時，即便該事業之特定行爲，並無正當理由存在，則屬於傳統民事侵權行爲體系，討論有無「以背於善良風俗，侵害他人」之問題而已。

125 最後，可供參酌者，乃公平會於「行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則」（民國 90 年 1 月 20 日 公(發)布）第 7 點（三）、「公平交易法對於油品市場全面自由化前供油行爲規範說明」（民國 91 年 2 月 18 日修正）第 2 點（三）、「公平交易法對電信事業之規範說明」（民國 91 年 3 月 4 日 修正）第 6 點（二）、「公平交易法對於機車事業規範說明」（民國 91 年 4 月 12 日 公(發)布）第 3 點（四）之 2 項、「公平交易法對有線電視相關事業規範說明」（民國 91 年 4 月 22 日 修正）第 3 之 2 點（一）、「公平交易法對於審查合格及國民中學教科書出版事業銷售行爲之規範說明」（民國 91 年 11 月 11 日 修正）第二點（一）、「公平交易法對於不動產仲介業者實施聯賣制度之規範說明」（民國 91 年 12 月 30 日 公(發)布）第 4 點（三）之 2.(2）中，亦均已分別教示本條本款之適用情形。

（三）使競爭者之交易相對人與自己交易

126 禁止「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行爲」爲本條第 3 款所揭。所謂「使競爭者之交易相對人與自己交易之行爲」本身，本質上乃爲市場上事業競相爭取交易機會之常態，是以，本款之非難核心，乃在於條文前半段所示，即著眼於該等情形下事業所採取之行爲，係屬於「脅迫、利誘或其他不正當方法」乙節。

127 就此，如參考美國法上關於不公平競爭（交易）慣行規範之發展，本款所揭之行爲，即屬於對他人交易關係干預（interference）之「商業侵權」，且大致而言，保護範圍含及「內部關係」與「外部關係」，具體類型則包括「不當干預他事業預期建立之交易關係」、「不當干預他事業既存之交易關係」、「不當干預他事業僱傭關係」三類(參：范建得、莊春發 1992)。因此，其違法性判斷之標準，亦因各該作爲「被侵害客體」之「關係」本質不一（意即受保護必要程度各異），因而有所不同，在認定上自需由行爲人動機、目的、所屬市場結構及商品特性等綜合研判。

以下謹就本款行爲之要件分析之：

1、需爲事業之行爲

128 本款規定之行爲人需爲事業（參照：第 2 條），始足當之。至於所謂事業，其本質上當然需由自然人「代」爲行爲，加以法人之代表人或其他有代理權人之侵害秘密行爲，解釋上是否有本條之適用，不無疑義。蓋傳統見解即認「侵權行爲不得代理」，是以法人（事業）之所以與行爲人連帶負責，實係因爲有民法第 28 條（「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償之責任。」）規範之故，因此，此處足以使事業負擔本款責任的前題，即需確認施以「以脅迫、利誘或其他不正當方法」之人，判斷上需爲「事業」之機關，本款之適用始較無爭議。

2、干預對象需爲競爭者與其交易相對人間之「關係」

129 關於本款之適用，是否僅就行爲觀察，而對其不正性非難？抑或需同時觀

察是否系爭行爲是否侵害了競爭者與其交易相對人間一定之「關係」？

130 若依本款之文義觀察，表面上之構成要件僅言明「使競爭者之交易相對人與自己交易」，並未提及「破壞競爭者之特定關係」，且本款所例示之諸等行爲，倫理上，本即具有非難之價值，因此，行爲事業既然扭曲相對人之自由交易意識，自不容許。換言之，如採此說之立場，即是認爲「行爲本身之非難性」存在，便可以以本款相繩，因此，即便行爲事業藉此不正行爲所爭取之交易對象，與競爭者間只存有鬆散的潛在交易可能，其不正行爲亦無法脫免本款之非難。

131 惟若自另一角度觀察，亦不乏將所謂「使競爭者之交易相對人與自己交易」乙詞，理解爲「競爭者」與其交易相對人間之一定「關係」，必然遭到干預，否則何以競爭者之交易相對人，會轉而與行爲事業進行交易？只是此所謂之「關係」，存有親殊之差距而已（緊密性不同），「鬆」則從「單純的交易機會」屬之，「緊」則及於「交易已進行或完成」之狀態，但不論如何，一定要求所謂「競爭者與其交易相對人間」，已建立有一定程度之關連，否則難以區分正當的爭取行爲（就相對人角度而言，「爭取行爲」本身本即屬於以利誘之）與本條之界線，亦將使本條之適用與第 24 條之關係模糊不清。（至於「受保護之關係」，即「一定程度之關連」，如何解釋則詳後述）

132 實則，前述二說，均有其切入觀察之角度。只是如採前者之理解方式，勢必須先跳脫現行法第 3 條之文義，或將第 3 條之「交易相對人」擴張及於「潛在交易相對人」在內。蓋就本款觀察，其文義係指「使競爭者之交易相對人」「與自己交易」，意即行爲事業以「脅迫、利誘或其他不正當方法」所爭取到之相對人，需本來即屬「競爭者之交易相對人」，而「交易相對人」一詞，依現行法第 3 條之解釋，又係指「與事業進行或成立交易之供給者或需求者」而言，意即，不包括尚未與事業進行或成立交易之「潛在交易相對人」在內。

133 若採後者之解釋方式，則不生變更或擴張本法第 3 條文義之問題。且第 3 條之功能，正足以曠清「潛在交易相對人」之不正爭取，尚無本款適用，否則，在本款適用於「利誘」之情形時，（由於就潛在交易相對人之角度而言，「爭取

行爲」本身本即屬於以利誘之）將會因爲無法與正當爭取行爲區分，使事業行銷行爲產生「噤聲效應」（詳後）。換言之，即便是在事業以「脅迫、利誘或其他不正當方法」取得交易機會之情況下，只要被爭取之相對人與行爲事業之競爭者間，僅屬於「潛在交易（相對人）」關係時，亦應屬第 24 條適用之問題而已。

134 第一說之看法（「只就行爲觀察」），固然只須討論事業行爲之不正性，適用上顯較明確可期。但由於前述二說之最大癥結，即在於本法第 3 條之（修法或）解釋問題，因此，在現行本法第 3 條文義未變下，以下仍然併就第二說之立場加以說明。首先，關於如何形容或特定被干預之「關係」，概念上可參考美國法上遞次發展出來之概念，則包括「預期建立之交易關係」、「既存之交易關係」、「（內部）僱傭關係」三類：

（1）「預期建立之交易關係」：

135 所謂「預期建立之交易關係」，應配合本法第 3 條之定義觀察。蓋本款乃以「使競爭者之『交易相對人』與自己交易」之文義規範之，因此，關於「交易關係」之定義，即需緊扣「交易相對人」一詞做解釋。由於所謂之交易相對人（詳參第 3 條）之概念，係指「與事業進行或成立交易之供給者或需求者」而言，意即，不包括尚未與事業進行或成立交易之「潛在交易相對人」在內。是以，得作爲本款適格之「關係」，自然需爲交易之「進行式」或「完成式」，不包括「觀望」或「考慮」之消費者(范建得、莊春發 1992)。從而，茲所謂「預期建立之交易關係」，即應限定在於「競爭者已與其相對人有所揭觸，而進行交易磋商階段，所產生之利益」，始符合我國之立法體系。

136 保護此種「預期建立之交易關係」，概念之發展上始自於關係人間「合理期待」（reasonable expectation）利益之肯定。此種「抽象利益」之保護，在契約法上，關於交易相對人間「締約前義務」之發展、「締約過失」之賠償與「信賴關係」等利益之保護上，既得到法律實證，而劃爲值得保護之社會利益，則此處規範或禁止第三人對於他人間「締約前（pre-contract）關係」之侵害，即非不可

想像。況且，諸等預期或期待，在法律上之（保護強度）評價雖未臻於「既存權利」一般，但行爲人之干預，實已涉及對於他人已投入之交易成本，進行掠奪或搭便車等情，故其干預行爲本身即不失倫理非難性。

（2）「既存之交易關係」

137 所謂「既存之交易關係」，即指競爭者與其相對人間，已成立之交易關係（包括明示義務、默示義務與忠實關係）。諸等交易關係之破壞，對於競爭者而言，所致之傷害將更較前者具體可見，例如，有形方面，競爭者勢將承擔其相對人違約所致之損失（包括未經回收之交易成本），抑或承擔追償損失所生之訴訟成本等；無形方面，競爭者亦可能面臨諸如時間價值等所致之損害（此在彼間之交易性質，涉及知識累積或學習曲線遞減之效果者尤然），故諸等干預行爲確有明顯之倫理非難性。

（3）「（內部）僱傭關係」

138 所謂「（內部）僱傭關係」，如望文生義的理解，恐無法與「交易關係」連結，亦不易聯想所謂競爭者之交易「相對人」包括「雇主」與「受僱人」。實則，茲所謂「僱傭」非必與民法上所謂之僱傭契約等價，所指涉者，實在強調事業「內部勞務或經營安排之關係」不被競爭者干預，且在解釋上，諸等關係之人，亦必須其個人價值或地位具有低度替代性，始足當之（意即一般性勞務從事者，因其替代與流通性質頗高，自無特予強調保護之必要）。蓋究其實際，事業之內部勞務或經營安排，本即屬事業體與獨立第三人間透過對價關係安排而生，與「交易」（參照：第 3 條，邊碼 7）之概念並無不合，換言之，（以人力資源市場爲例）對供給勞務之一方而言，不同事業體間即互爲爭取人力資源之競爭者；反之，對於事業體而論，供給勞務之一方，自亦爲爭取服勞務機會之競爭者。值得注意的，我國實務上，實不乏已有將本條第 3 款用於處理「惡意挖角」之爭議者，諸如台灣高等法院即曾以本款規定，處理兄弟象股份有限公司與那魯灣股份有限公司間，關於挖角王光輝之爭議案，認爲那魯灣股份有限公司，干預兄弟象股份有限公司與王光輝間之交易關係，違反本款之規定（那魯灣公司

則抗辯本款係用以規範「球隊與球迷觀眾間」交易關係，尚不及於「那魯灣公司--似爲「兄弟象公司」之誤?--與王光輝間」之勞務契約關係，惟不爲法院所採），嗣最高法院 91 年台上字第 1969 號判決，對此法律見解並未表示反對意見。

3、干預行爲需具有不正性

139 爭取交易之行爲，本即屬於參與市場競爭者之目的，但如以不正當之競爭手段，爭取交易機會，自非法律容許。本款禁止之行爲乃包括有脅迫、利誘，以及其他不正當方法：

（1） 脅迫：

140 就所謂之「脅迫」而言，如以刑法第 304 條，關於強制罪（「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利）構成要件之相同標準解釋，係指「行爲人以加害或以加害之旨通知他人而使人心生畏懼，以影響其意思決定自由之謂」（最高法院 71 年度台非字第 8 號判決），且「祇以所用之強脅手段足以妨害他人行使權利，或足使他人行無義務之事爲已足，並非以被害人之自由完全受其壓制爲必要」（最高法院 28 年上字第 3650 號判例）。

141 惟有學者認爲，此處所謂之「脅迫」固不以被害人之自由完全受其壓制爲必要，且不需被害人心生恐懼爲要件，只要客觀上足認爲有脅迫之舉動爲足（何之邁，2002；范建得、莊春發，1992)。實則此等解釋應值參酌，蓋比較於刑法上之強制罪，乃以最高刑度三年爲法定刑，且處罰未遂犯之方式規範之，而本款相應之法律效果（本法第 36 條）卻爲最高刑度二年，且以「先行後刑罰」之原則處理。因此，此處所謂之「脅迫」如以與刑法強制罪一致標準檢視，將發生法體系上之困擾，意即：可能發生行爲人之行爲，已受刑法非難，已無必要「先行後刑罰」；亦可能發生公平交易委員會已先依本法第 41 條處分，遂而發生「一行爲，同時觸犯二罪名」之競合情事，針對行爲人（自然人，暫不論法人罰金刑部分）而言，本款規定將不具實益，此種情形，在我國實務對於本款之適用，多認爲「手段以具有倫理非難性，即有妨礙公平競爭之虞」之見解下，尤爲顯然。所以，此處之脅迫應以「客觀」認定有無妨礙被脅迫人之決定自由，

無須探究被脅迫人之內心狀態（心生恐懼）。至於脅迫之對象，則包括及於「交易相對人」及「競爭者」（賴源河編審，2002）。

142 此外，即便吾人認爲本款之適用，除需考量行爲之不正性外，另需併同考量「被干預之關係」時，也應認爲由於脅迫行爲之本身即具有「普遍」之倫理非難色彩，故不論是「不當干預他事業預期建立之交易關係」、「不當干預他事業既存之交易關係」、「不當干預他事業僱傭關係」之情形，認定上應無區分。意即「脅迫」行爲本身，已足以認定其不正性。

143 就此，或有認爲，如就事業所爲之競爭行爲觀察，其所「欲」干預之對象（即「競爭者與其交易相對人」間，受法律保護之關係），既然有（親疏）種類上之區別，自然亦應以「脅迫」之強度，區分行爲之可非難性。惟此說法，顯將客觀上已足非難之「脅迫」程度（量）化，實難想像，爲本文所不採，並此說明。

（2） 利誘

144 所謂利誘，即「以利誘之」之意，但由於所謂之競爭，即是指「二以上事業在市場上以較『有利』之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行爲」，因此「不正當之利誘」與競爭過程中必然存有的「爭取」，區分上並不容易。事實上，也只有前者，才是本款所欲歸責之對象。不過，正因爲經濟行爲，就是一連串「選擇」與「比較利益」（comparative advantage）法則的適用，經濟學者更以每一經濟個體，均是「自私」之人爲前提，詮釋存在於交易中之理性（rationality），因此，在未涉及「詐欺」、「誤導」之情形下，供給方與需求方之間「以利益爭取」、「以比較利益選擇」本爲自由市場天性，如要界定何謂法律非難之「不正當利誘」，並非易事。意即究竟何種手段，評價上足認屬「不正當」，實際上並不易區分。就此，公平交易委員會，則於 81 年 4 月 29 日第 28 次委員會議決議，公研釋 005 號認爲：「利誘」係指事業不以品質、價格及服務爭取顧客，而利用顧客之射倖、暴利心理，以利益影響顧客對商品或服務爲正常之選擇，從而誘使顧客與自己交易行爲。

145 然而，此等以單一定義之方式試圖釐清此一不確定法律概念，並未就適用時機（侵害之關係）加以區分，恐對正當競爭產生「噤聲」效應。此際，如果併同觀察「被干預之關係」，於個別情形中謹守「法益權衡」之分際（考量「個別行爲」與其「干預關係」之關連），綜合考量目的、客體（被侵害之關係）與結果（侵益性）等層面，應較有利於區分「不正當之利誘」與競爭過程中必然存有的「爭取」行爲：

146 A、首先就「不當干預他事業預期建立之交易關係」而言：

交易相對人於交易關係確實成立、生效之前，於市場上多方搜尋可能之交易對象，甚至願意耗費交易成本多方進行實質之交易條件磋商，以供有利之選擇乃爲常態，而且此階段爭取交易之一方，只要未以「詐欺」、「誤導」（之動機與目的）爲之，在「比較利益」之下，扭曲相對人選擇之機會不大（侵益可能性），況「進行中」的之合理期待關係，受保護之必要與「既存關係」亦本有程度之差別。此種情形下，對於同時爭取交易機會之競爭者，如何認定其最終取得交易機會，是來自於「不正」「利誘」，實無法以單一定義或標準確認。因此，此時關於利誘之判斷，應綜合判斷系爭行爲有無造成「效率」（生產效率與配置效率）、「公平」以及「可競爭環境」（contestable market）的之扭曲，而不宜直接僅就「行爲」評價，即跳躍式的認爲「競爭手段本身顯已失公平性者，『即』具可非難性，構成『妨礙公平競爭之虞』的適用要件」（參照：公平交易委員會第 71 次委員會），否則恐因「噤聲」效應，反使事業無法遂行正當商業貿易。

147 就此，另需特別提出加以討論者，乃公平交易委員會爲使市場中之促銷行爲有所遵循，避免商業行爲遭受過度之干預，防止贈品與贈獎活動嚴重妨礙公平交易，訂有「處理贈品贈獎促銷額度案件原則」（最近修正：民國 88 年 1 月 26 日）其第五點規定「事業辦理附送贈品及贈獎，違反第 2 點、第 3 點或第 4 點之規定者，構成公平交易法第 19 條第 3 款之違反」。簡言之，前述「處理贈品贈獎促銷額度案件原則」，就「贈品」部分之規範而言，主要係以產品售價與贈品價值之比例作判斷；就事業辦理「贈獎」部份而論，主要則是以其「全年贈獎總額與上

一會計年度之銷售金額之一定比例」爲上限。惟此作法仍有以下問題，值得進一步思考：

148 a、公平交易委員會的態度看來，似乎即將「贈品贈獎」視同「利誘」手段，但此處的「利誘」，是否即爲學理上非價格「掠奪」的概念，似仍有所不清。蓋就「贈品」部分之規範而言，顯非基於傳統上對於「掠奪」之認知，並非以「成本」爲考量基礎，而爲合法與否之界線規範（惟若觀諸 00157 次委員會議之相關文件，有提供訂定處理原則的參考方案中，仍有考量到「平均成本」基礎者--贈品規範乙方案，不過最終並未獲採用）。就此，如參考美國法制，此等贈品贈獎多以「是否構成過度促銷」（excessive promotional spending）討論，且歸於「是否構成（非價格）掠奪」之角度檢討。Areeda ＆ Turner，即認爲即便在「非價格促銷」（如贈獎、贈品廣告等）的過程中，仍有必要判斷掠奪與正當促銷之界限，乃建議「當事業所增加的促銷成本，足以使其平均變動成本大於取價時，此等促銷即爲掠奪」之判斷基準。但其並不否認如此的判斷準則，也存有實行上的困難，蓋促銷所增支的成本，究爲變動成本還是固定成本？本身即是一個待解的疑問，而此或許可以從事業過去的會計成例中去找尋答案，但如其未有會計成例時，問題勢將無從解決，況促銷的成本究應以長期還是短期攤提，也是問題。 故另需輔以行爲「時間」與「時機」而加以判斷[103]。

149 b、此外，依該處理原則之立論基礎，係著眼於「效能競爭」之維護以及消費者「射悻心裡」之防免。但在贈品贈獎之情形，提供者多已將其會計上成本支出項中，只要不涉及「掠奪」（排除有效之競爭或阻礙參進），則有能力提供「贈品贈獎」者，反而可能是成本結構較爲優良而有效率之事業，法律是否有必要爲無效率者提供一「庇護傘」，即不無疑問。

---

[103] 其詳可參：Phillip Areeda and Donald F. Turner, Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Shermer Act, vol.88, Harvard Law Review, at 727-730（1975）。

且就經濟學之觀察言之，比較利益法則與效用理論，乃作爲消費者交易與否之決定基礎，「中獎與否」、「贈品價值」似不致重大影響消費者之選擇，尤其是在市場資訊越趨透明之今日，越是如此，「射悻」、「賭博」之疑慮，就公平交易法之層次而言，似屬多餘。

150 c、實則，諸等問題，似乎宜回歸判斷有無「誤導」、「欺罔」之情事，分依本法第 21 條與第 24 條等處理，否則更可能發生比例原則之偏差，蓋「正大光明」提供贈品贈獎促銷之事業，有面臨刑責之虞，刻意隱匿或誤導交易資訊之事業，卻僅有行政處罰待之，有失其平。

151 d、最後，值得思考的，所謂「贈品贈獎」行爲，會「引誘」的對象爲何人？如果不是與競爭對手間之「進行式」或「完成式」交易相對人，而是「觀望」或「考慮」中之消費者，則此種「關係」本非本款保護之適格（惟自由時報企業股份有限公司的「回饋讀者五億元連環大贈獎」活動，涉嫌違反公平法第 19 條第 3 款規定案，公平交易委原會依據經濟分析結果雖認爲，贈獎促銷所開發 的客戶「多係潛在的交易相對人」，並非在奪取他報之交易相對人，但仍以「利誘」相繩，僅在「市場地位」及「危險性」--成功與否最後仍避免不了市場之考驗--層面排除違法，不予處分，似嫌粗略），似無僅以單一標準而只著眼於「行爲」本身，加以非難之理由。

152 B、 其次就「不當干預他事業既存之交易關係」而論：

「他事業既存之交易關係」之存否，非若「預期建立之交易關係」般抽象，因此，行爲事業能明確掌握其行爲侵害他人之可能性，「他事業既存之交易關係」如受干預或破壞，受損害之程度通常亦較高或益難回復。職此，對於「不正利誘」或「正當爭取」之界線，將受較嚴格之檢視，此等誘引他人違約之場合，探究行爲事業之主觀意圖已無太大意義，關於其正當性之判斷，則以權衡「契約安定性」與「公共利益」孰重爲基準。(范建得、莊春發 1992)。

153 C、另外，再就「不當干預他事業僱傭關係」觀察：

此種情形，涉及內部忠誠義務之破壞，基本上其正當與否之權衡基準，除與「不當干預他事業既存之交易關係」標準相同外，另考慮原「忠誠義務」約定之合理、合法性以及被誘使之相對人本身之勞務專屬性，以判斷行爲人誘使違約之「正當性」（例如：誘使相對人違反其原本即在非公平基礎下所簽訂之「賣身條款」，將較不具非難空間；誘使身兼專屬性能力之相對人，與誘使一般性人力投靠行爲事業，亦有所差異）。

154 最後，再需強調者，乃前揭公研釋 005 號，並未就適用時機（侵害之關係）加以區分，僅以單一定義之方式認爲：「利誘」係指事業不以品質、價格及服務爭取顧客，而利用顧客之射倖、暴利心理，以利益影響顧客對商品或服務爲正常之選擇，從而誘使顧客與自己交易行爲。因此，實務執行之際即應注意回到第 19 條共通要件之涵攝，以求個案正義之實現。

（3）其他不正當方法

155 解釋所謂「其他不正當方法」，必須是該不正爭取之行爲係以「針對性」（意即行爲事業所爭取的對象必須是競爭對手「既有的」或至少「處於議約中狀態」的對象，而不及於「潛在的顧客」）的方式爲之，始有該當於本款之餘地（意即行爲事業表明了「某特定競爭對手」的顧客如願意變更交易對象，進而與之交易，即可享有「優惠」---類如公平交易委員會於 309 次委員會議所決議處分的「熊貓有線電視案」---才會該當於該規範）。職此之故，倘事業採用一般性行銷手法，即是「普遍的」吸引消費者，且是「所有的、潛在的、不限競爭對手現實的交易相對人（顧客）」，自不宜本款規範之。

156 有認爲關於本款「其他不正當方法」之解釋，應受例示規定之限制，意即應具有脅迫、利誘之共同特徵(莊朝榮、劉孔中、陳家駿、韓毓傑，1994)，意即需要相對人之交易意願受到強制、誘引、扭曲，而無法適當判斷，始足當之。惟依公平交易法立法以來，以至於現階段執法之共識，關於「其他不正當方法」之判斷，則顯採寬鬆之標準。

157 至於所謂「不正當方法」之判斷，則應考慮以下各點（參考自美國法上之

關於商業侵權之案例；另可參 Restatement 2nd.of Torts 767）：

A、 行爲之性質

系爭行爲是否爲其他法律所容許？或是禁止？如果容許，則進一步考量本法第 45 條或第 46 條適用之必要；如果禁止，則宜再考量「法規範目的」，並辨析該禁止規範係基於制度惡或倫理惡。

B、 有無其他增進之利益

系爭行爲如有其他追求或增進之利益，則並權衡其與受侵害之利益間之關係。

C、 行爲人之動機

行爲人係基於惡意（actual malice）？抑或是有其他正當用意（例如：是否出於正當防衛（包括「對抗競爭」）？是否屬於言論自由？是否因義務衝突（尤其是對他人之其他商業忠誠義務）所不得不然？是否出於維護公共利益？

D、 系爭行爲所干預之「關係」

所干預者如是「他事業預期建立之交易關係」，宜採較寬之標準，蓋此等關係較抽象，可能肇致之損害程度較低，競爭自由之保障較優於他人「期待」之利益；相反的，如干預的是「他事業既存之交易關係」或「他事業僱傭關係」時，宜採較嚴之標準，此時競爭自由之保障較劣於於他人「合法取得且既存」之利益。

E、 因果關係

客觀上系爭行爲確有直接（proximate clause）肇致他事業意思決定自由扭曲之可能？抑或僅是相對人基於正常理性所爲之交易與否之決定所致，客觀上與主觀上與行爲人是否做出干預並無關係。

F、 其他加害人與被害人間之關係與商業習慣

加害人與被害人間，過去或現在有無存在某種特殊關係（例如信賴或忠誠），足以特別非難行爲人（事業）之系爭行爲者？有無其他商業慣例足以正當化系爭行爲。

158 至於常見之行爲類型，則例如：虛僞指摘他人侵害智權，如(83)公處字第 081 號，瑩圃電腦股份有限公司刊登不實廣告及刊印快報、發函學校與競爭對手客戶等，散發競爭對手等違反商標法及公平交易法被處分案屬之；不當意圖（如意圖取得獨佔地位）之低價搶標，例如(81)公處字第 004 號，保生製藥股份有限公司及保祥股份有限公司，以低價傾銷方式標售Ｂ型肝炎疫苗，以搶標方式爭取日後供應之優勢地位遭處分案屬之；故爲資訊不完整之評斷；僞稱實績或攀附他人之名而與競爭對手競取，可參(89) 公處字第 141 號，鴻瞬國際有限公司，對外僞稱德商公司在台分公司，致使交易相對人誤信，其罔稱公司名義之行爲，經公平會確認屬於「以其他不正當之方法」遭處分案；利用過去因信賴關係取得之對手資訊（例如原製造商利用過去經銷商收集回報之客戶資料，自行參與經銷階層之競爭，而直接爭取屬於過去經銷商之客戶群）。至於特定之行爲，如其不法內涵或商業倫理之非難性未達類似「脅迫、利誘」之程度時，則需考慮其對交易地位之影響，是否足以構成發動第 24 條之必要。

4、競爭者

159 即參與市場活動，而與行爲事業間存有競爭關係之人，至於競爭之概念，參照第 4 條。

5、交易相對人

160 指與行爲事業之競爭者，存有「既有的」或至少「處於議約中狀態」的對象，而不及於「潛在的顧客」，參照：第３條。

6、不以競爭者之交易相對人與自己交易爲必要

161 條文中所謂「使競爭者之交易相對人與自己交易」，即同時指出行爲事業之目的，但系爭行爲之非難，並非以交易行爲實際成立爲必要，而只要求客觀上依一般之經濟智識經驗，足以影響交易相對人之交易決定爲足（孫奇芳，1997）。(83)公處字第 081 號處分，則採「交易機會增加」之觀點，而謂：「…所謂其他『不正當』之方法，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構及商品特性等加以判斷。…形式上雖以檢舉人等違反商標法及公平交易法爲由，…

實則係利用一般人對其商標註冊情形、及檢舉人是否違反公平交易法無法判斷之情形，促使消費者勿購買或使用檢舉人之產品，以增加己身之交易機會，遂行其排擠同業競爭之目的。又....不僅指稱同業競爭者之不是，更自稱擁有九○%之佔有率，強烈表示競爭者之交易相對人似無其他選擇非與自己交易不可。核其所為，應屬以不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。...」

7、行為事業是否要有市場力

162 如以本條之規範定位，有認其屬於「不正競爭者」，因此不要求有市場地位，且依(89) 公處字第 141 號處分書所載：「...所謂其他不正當之方法基本上是屬概括性規定，在認定上，應自行為人動機、目的及手段等綜合研判。至其妨礙公平競爭之虞之判準，將參酌本款規定保護法益為一般倫理及同業競爭者之利益，甚少涉及競爭之限制，事業尚非須市場力量始得為本款行為...」亦同之。

163 惟過去公平交易委員會之(83)公處字第 081 號處分、(85)公處字第 004 號處分，則均曾於處分書中，針對行為事業之市場地位進行討論。而單驥委員更另就(89) 公處字第 141 號處分撰寫不同意見，認為市場地位仍為必要要件，強調「...公平法第十條 (及第五條併同施行細則中有關獨占事業之定義) 、公平法第十九條及公平法第二十四條乃共同建構成限制競爭 (獨占) 、限制競爭 (具一定市場地位) 、不公平競爭 (不具市場地位) 綿密而層次完整之法律規範光譜，在此架構下，復以公平法第三十五條及第四十一條、公平法第三十六條及第四十一條及公平法第四十一條之相關處分規定以為對應匹配，是以現有之公平法法律架構，是精義是在『比例原則』法理之貫通，惟在公平會『新的』法律見解下其法律架構如何？其又如何精確掌握『比例原則』之法理，仍有再商酌之必要」。惟此，恐忽略本款行為非難之核心，反將為市場地位不大之事業，尋得倫理上非難行為之保護傘，不無思索餘地。

164 最後，可供參酌者，乃公平會於行政院公平交易委員會處理贈品贈獎促銷額度案件原則（民國 88 年 1 月 26 日 修正）第五點規定、行政院公平交易委員會審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則（民國 90

年 1 月 15 日 修正）第 6 點、公平交易法對流通事業之規範說明（民國 91 年 2 月 21 日 修正）第 3 點中（三）之 2 、(1)、公平交易法對於油品市場全面自由化前供油行爲規範說明（民國 91 年 2 月 18 日 修正）第 2 點第 4 小點、公平交易法對電信事業之規範說明（民國 91 年 3 月 4 日 修正）第 6 點（二）、公平交易法對有線電視相關事業規範說明（民國 91 年 4 月 22 日 修正）第參、三點、公平交易法對於審查合格及國民中學教科書出版事業銷售行爲之規範說明（民國 91 年 11 月 11 日 修正）第 2 點（二）（三）中，亦均已分別教示本條本款之適用情形。

（四）使他事業參與限制競爭之行爲

165 禁止「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不爲價格之競爭、參與結合或聯合之行爲」爲本條第 4 款所揭。本款規定，用意即在事先防免「限制競爭」情事之發生、避免脫法之限制競爭行爲（如：經銷商面臨聯合行爲之究責時，推託「一致行爲」之產生，係來自於製造商強制之「表象」，彼此間無合意之存在）。又，依文義觀之，所謂之「不爲價格之競爭、參與結合或聯合之行爲」，並不限於「不法」之「不爲競價」、「結合」或「聯合」之行爲爲必要，蓋本款另有保護他事業「企業自主」，不受「意識」不正扭曲之用意。（德國法制旨趣亦同。參：劉孔中，1994）以下謹就該等行爲之要件分析之：

1、行爲人需爲事業

166 本款規定之行爲人需爲事業（參照：第 2 條），始足當之。因此，如施以「脅迫、利誘或其他不正當方法」之人，事實上無法判斷其爲「事業」之機關時，本款將無適用之餘地。

2、脅迫、利誘或其他不正當方法

167 關於本款條文中所謂「脅迫、利誘或其他不正當方法」之認定，或不乏有認其爲本條第 3、4、5 款共同要件，而做相同之解釋者。惟此等解釋方法，顯未就本條各款所欲保護之交易關係及秩序並不相同乙節爲考量，因此仍有必要就本條保護目的之本質分別說明之，謹就本款之例示行爲與概括要件之適用方

式，說明如下：

（1）脅迫

168 所謂脅迫，依前款之解釋，固不以被害人之自由完全受其壓制爲必要，且不需被害人心生恐懼爲要件（與刑法略有不同），但不論如何，「客觀上」均要求行爲人業已對於他事業直接或間接造成決定自由之侵害爲必要。至於本款之行爲態樣多似刑法第 304 條中，關於「使他人行無義務之事」之類（前款所欲規範之行爲，多類屬「妨害他人行使權利」之情形，可參：范建得、莊春發，1992）。

169 因此，需要進一步討論的，乃究竟有無必要分別「相對人事業被要求參與的『不爲價格競爭』、『結合』或『聯合』行爲本身是否合法」而易其對於「脅迫」之認定標準？就此，多數認爲「脅迫」行爲本身即具有普遍之倫理非難色彩，所以法律要非難的，是「壓制被害人（行爲相對人）之自由決定空間」（使他人行無義務之事）乙節，因此，關於何謂「脅迫」，本無須再做「量」的區別。惟有認爲在「被要求參與的，是『合法』的『不爲價格競爭』、『結合』或『聯合』行爲」時，脅迫之程度需使相對人只有形式選擇之餘地。（詳參：劉孔中，1994）

170 惟若依一般之見解，由於本款責難的，是「壓制被害人（行爲相對人）之自由決定空間」，因此，相對人間是否合致於「不爲價格競爭」、「結合」或「聯合」之要件？是否需達到市場不法之「結果」（例如：有限制競爭之虞），均非重點。

然而，少數見解並非全無參考價值，蓋本法許可之「結合」，需要「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」、許可之「聯合」則要求「有益於整體經濟與公共利益」，所以即便參與此等行爲，應無「限制競爭之虞」，甚至有利於經濟之整體。因此，權衡「事業體意思決定自由」受限之不利益與「合法限制競爭」所帶來之利益，必要時並同時考量「公平競爭」之目的，亦無非在求資源之最適配置（如認爲強使參加「限制競爭行爲」有「妨礙公平競爭之虞」），則此等

解釋，不無參考價值。意即「脅迫」一詞，非但在本條第 3、4、5 款之構成要件解釋與事實認定過程中，有區分必要，在同爲本款規定中，亦有細緻化之必要

（2）利誘

171 如前款（本條第 3 款）所述，所謂利誘，即「誘之以利」之意。前款之討論中曾提及，如果「利誘」之判斷如過於抽象，可能產生正當競爭之「噤聲」效應，但本款中之「利誘」行爲，並非用以爭取交易機會，不生事業行銷手段將無所適從之疑慮，無此問題。在此，所應關心的，應是相對人有無因爲「利誘」行爲，以致於「意思決定自由」受限制之虞。

172 理論上，相同於前段關於「脅迫」行爲之討論邏輯，仍有區分「被利誘參與的合法的『不爲價格競爭』、『結合』或『聯合』行爲」與「被利誘參與的不法的『不爲價格競爭』、『結合』或『聯合』行爲」之必要。前者之情形，需要求「使相對人只有形式選擇之餘地」；後者，則只觀察相對人意思決定有無遭到扭曲，即足當之。惟常態下，事業如欲參與改變市場「結構」（競爭強度）之決策「行爲」[104]，當係基於考量是否將因此獲得短期或長期「利潤最大化」之前提爲之，故其一旦決定「不爲價格競爭」或參與「結合」或「聯合」時，與其說是因爲利誘行爲，使其只有形式選擇之餘地，不如說是本即肇自「（勾結之）利之所趨」。所以，在未有強制力（壓迫、脅迫）或勾結利益介入之情況下，他人欲以「利誘」之方式，使其因爲「只有形式選擇之餘地」，而參與特定之「合法」行爲以改變市場結構，實不易想像。如此區分似只有形式意義。

（3）其他不正當方法

173 解釋所謂「其他不正當方法」，有認爲應受例示規定之限制，意即應具有脅迫、利誘之共同特徵(莊朝榮、劉孔中、陳家駿、韓毓傑，1994)，意即需要相對人之交易意願受到強制、誘引、扭曲，而無法適當判斷，始足當之。惟依公平

[104] 此即近代產業經濟學，爲修正傳統產業經濟學中頗受質疑的結構→行爲→績效「單向性模型」，而提出的結構→←行爲→←績效「回饋效果模型」。亦即著眼於產業的本期結構，可能是事業前期行爲的結果。

交易法立法以來，以至於現階段執法之共識，關於「其他不正當方法」之判斷，則顯採寬鬆之標準，一般要求則是需具有高度不法內涵或商業倫理之高度可非難性爲限，尙不需相對人之意思決定受到「完全」之扭曲或壓抑。

174 至於所謂「不正當方法」之判斷，參酌於本條第 3 款中，討論「其他不正當方法」所列之各點（參考自美國法上之關於商業侵權之案例；另可參 Restatement 2nd.of Torts 767），但須依其性質，微調如次：

175 A、行爲之性質

（同）

B、有無其他增進之利益

（同）

C、行爲人之動機

行爲人是否係基於壟斷市場或取得壟斷地位之意圖？抑或是存有其他公共利益維護之必要（例如價格平準措施）？

D、手段之強度

即扭曲他人意思決定自由之程度，同時考量由無伴隨其他「恫嚇」性制裁之存在。

E、因果關係

客觀上系爭行爲確有直接（proximate clause）肇致他事業意思決定自由扭曲之可能？

F、其他加害人與被害人間之關係

加害人與被害人間，過去或現在有無存在某種特殊關係（例如事實上得控制或債務關係），客觀上足以輕易促成行爲人（事業）屈服。

176 至於常見之行爲類型，則例如：不當高價取得統銷（市場力）機會，如(81)公處字第 003 號處分；利用既存市場力威脅；拒絕加入特定團體，如(83)公處字第 059 號處分；直接給予利益，要求棄標、圍標，如：(84)公處字第 161 號處分、(87)公處字第 205 號處分、公處字第 092130 號、公處字第 092131 號處分、公處

字第 092132 號處分；以團體輿論壓力引導價格，如(85)公處字第 068 號處分、(85)公處字第 202 號處分、(86)公處字第 106 號處分；以公會團體決議及章程罰則使未參與決議人礙於罰則而畏懼，如(85)公處字第 111 號處分書、(85)公處字第 112 號處分、（87）公處字第 126 號處分。

3、不爲價格之競爭

177 競爭之概念，參照第 4 條。由於本款文義僅將其適用對象，限於不爲「價格」競爭之情形，而本法就違反本款之效果，則另訂有刑責之規範，是以，如以罪刑法定之立場觀察，倘特定行爲事業之作法，係屬於利用不正方法，使他事業不爲價格以外之競爭時（如品質、服務、促銷活動等），尚無本款之適用（但使他事業放棄競爭之其他參數，如屬於「結合」或「聯合」行爲之一部者，則仍有本款「使參與結合或聯合」之適用）。

4、他事業

178 「事業」之定義，參照第 3 條。另需說明者，乃本款除事先防免限制競爭情事之發生外，另有保護他事業決定自由之目的，因此，行爲事業本身與相對人（他事業）有無競爭關係？行爲事業本身是否參與「不爲價格競爭」、「結合」或「聯合」行爲？均無礙於本款之適用。

5、參與結合

179 「結合行爲」之概念，參照第 6 條。惟此處不要求達到「需申報」之程度。

6、參與聯合

180 「聯合行爲」之概念，參照第 7 條。惟此處不要求達到「不利整體經濟」之程度。

7、不以他事業間，確已發生不爲價格競爭、參與結合或聯合行爲爲必要

181 本款之適用，蓋以對於系爭行爲之客觀判斷爲據，不以他事業間，確已發生不爲價格競爭、參與結合或聯合行爲爲必要。實務態度參照 89 公處字第 149 號處分，所稱「…被處分人…竟透過招標機關及民意代表不當取得競爭對手 (領標廠商) 之名單，據以買回標單，並爲符合形式上之法定投標程序，情商無參標

意願之廠商借牌參標，倘經衡酌其市場地位或工程合約金額等市場因素，已有妨礙公平競爭之虞，自係以利誘或其他不正當方法，使他事業不爲價格競爭之不公平競爭行爲，違反第十九條第四款規定，且不以被收購之領標廠商間或出借牌照之參標廠商間，合致同法第七條所稱合意爲必要。…」云云即明。（德國法制旨趣亦同。參：劉孔中，1994）

8、行爲事業是否要有市場力？

182 至於本條所謂之其他不正當方法，固然多有以市場地位之姿態施壓者，以至於過去公平交易委員會處分之內容，均論及被處分人之市場地位，或至少提及「影響力」。但如脅迫、利誘等行爲則非必然與市場地位相關，加以本條之規範定位，雖在求事先防止「限制競爭」情事之發生，但乃以直接禁止「不正競爭」手段加以規範，因此市場地位應非必要之要件。

183 最後，可供參酌者，乃公平會於機車事業行銷體系及銷售行爲導正與警示原則（85 年 1 月 17 日第 223 次委員會議決議）第 2 點「導正事項」、機車事業行銷體系及銷售行爲導正與警示原則（86 年 2 月 12 日第 276 次委員會議決議）第 3 點（8）小點、公平交易法對於桶裝瓦斯勞務配送中心營業行爲之規範說明（民國 91 年 2 月 18 日 修正） 第 3 點（4）小點、國內工業用紙紙板製造商召開廠商聯誼會交換經營意見適法性行業警示（民國 90 年 7 月 24 日 公(發)布）第 2 點、公平交易法對電信事業之規範說明（民國 91 年 3 月 4 日 修正）第 6 點（二）小點、公平交易法對於機車事業規範說明（民國 91 年 4 月 12 日 公(發)布）第 3 點（四）小點之 2、(4）中，亦均已分別教示本條本款之適用情形。

（五）營業秘密之妨礙

184 禁止「以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行爲」爲本條第 5 款所揭，規範的是行爲事業的「故意」行爲。我國於 1996 年 1 月 17 日立法通過「營業秘密法」，該法不但就「營業秘密」之定義清楚，已包括本款所謂之「產銷機密、交易相對人資料

或其他有關技術秘密」，且所規範之侵害類型亦顯然較爲周延，違法行爲之客觀要件乃上普遍涵蓋取得、使用與洩漏行爲，主觀要素上則及於「過失」(轉得人部分則爲「重大過失」)。因此，關於本款在「營業秘密法」通過施行後，其存在必要性，即頗受關注。惟該「營業秘密法」本身，自始於立法過程中，即以民事特別法定位，缺少關於行政責任、刑事責任之規範，且「營業秘密法」規範之對象，與本款不盡相同，況且對於被害事業之訴訟利益，亦非一致（尤其是公平法第 34 條之效果，以及訴訟費用之負擔等)，因此，仍不失其存在必要。以下謹就該等行爲之要件分析之：

１、 需爲事業之行爲

185 本款規定之行爲人需爲事業（參照：第 2 條)，始足當之。此節與「營業秘密法」之規範，及於任何自然人者不同。因此，如以不正當方法，取得他人「產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」之人，事實上無法判斷其爲「事業」之「機關」時，本款將無適用之餘地，蓋如依傳統見解認爲「侵權行爲不得代理」，則法人之代表人或其他有代理權人之侵害秘密行爲，解釋上是否有本條之適用，即不無疑義。(法人（事業）之所以與行爲人連帶負責，實係因爲有民法第 28 條規範之故)。另外，如被害事業將「產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」讓與或授權予他事業時，如係肇自於第三人之行爲，對於取得秘密之他事業，僅有民法上之救濟（例如意思表示之撤銷)，無關本條之適用。

２、 脅迫、利誘或其他不正當方法

186 關於本款條文中所謂「脅迫、利誘或其他不正當方法」之實施對象，不以「被害事業」爲限（例如向被害事業之職員利誘、向被害事業之主管機關公務員，賄賂、脅迫使其交付進、銷資料)，因此，「脅迫、利誘或其他不正當方法」之認定，即應分別考量實施對象與行爲事業之關係。所謂「脅迫、利誘」均是壓制、扭曲實施對象之意思自主，至於「其他不正當方法」，則不妨參考營業秘密法第 10 條第 2 項對於同條第 1 項第 1 款（以不正當方法取得營業秘密）之解

釋，包括「指竊盜、詐欺、賄賂、擅自重製、違反保密義務、引誘他人違反其保密義務或其他類似方法。」在內。

3、 取得（獲取）行爲始受規範

187 本款規定，係針對「取得行爲」（且需發生取得之「既遂」結果）爲規範，至於合法取得之後，不當之使用與洩漏，則屬「營業秘密法」之規範範圍。由於事業違反本條之結果，本法第 41 條訂有「命停止、改正或採取必要更正措施」之機制，且第 36 條針對怠於「停止、改正或採取必要更正措施」者及「停止後再爲相同或類似違反行爲者」亦訂有刑責，但本款規範之行爲爲「獲取」，屬於類似「即成犯」之性質，實際上不易想像還有所謂「停止、改正或採取必要更正措施」之餘地，立法技術上實有待斟酌審議。

188 再則，茲所謂「獲取」行爲，意義上應包括「有法律上原因之獲取」，以及「無法律上原因之『佔有』」二大類。

189 （1）前者所指者，即包括基於詐騙、脅迫或任何存有因行爲人之不正行爲，而「自始存在得撤銷原因」之契約，所取得之他事業「產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」，且包括他事業之直接處分移轉之營業秘密或僅爲使用權授予者；

190 （2）至於後者，則諸如來自竊取行爲所得，或者是其他任何雙方之法律原因，因行爲人之不正取得行爲發現後，已不存在（如詐欺或脅迫後之撤銷意思表示）者是。

191 此外，依文義觀察，本款之適用並不包括「使第三人（事業）獲取」之行爲（例如：行爲事業對被害事業施以脅迫，強制被害事業向第三人揭露「產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」），除非該事業處於類似「間接佔有」之地位。至於此等情形，則另行檢視有無本法第 24 條規定之適用。又，但本款規定中，行爲事業施以脅迫、利誘或其他不正當方法之對象，以及交付「產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」之人，並不以「被害事業」爲限（例如對於第三人，甚至掌有產銷資料之公務機關賄賂取得等）。

4、「產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」需爲他事業「所有」或「專屬之授權」

192 關於本款條文中之「產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」，多數文獻均認爲定義上應參酌營業秘密法第 2 條所揭之「新穎性」（非一般涉及該類資訊之人所知者，爲此處之「新穎性」之程度，並非如專利法所要求之「新穎性」一般）、「價值性」（因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者）、「保密性」（所有人已採取合理之保密措施者）決之，且認爲解釋上其與營業秘密法第 2 條相較，範圍顯然較狹窄。惟營業秘密法中關於「秘密」之定義，固爲一般性可參酌之解釋標準，但本法與營業秘密之法規範目的未盡一致，實另應回歸競爭秩序維護之立場考量之。

193 所謂「產銷機密」，乃包含「生產」過程之方法、技術、製程、配方、程式、設計，以及「銷售」過程涉及之方法、技術、程式、設計等；至於「其他技術秘密」更得以總括產、銷前之研發層次，就此部分與營業秘密法似無二致。二者之間關於保護客體之範圍，最大之不同即在營業秘密法保護另及於「經營之資訊」，而本款所謂「交易相對人資料」僅爲經營資訊之一部份而已。

194 然，本款文義中，並未對「交易相對人資料」加以「秘密」二字，因此，就「交易相對人資料」部分，是否仍需要完全合致於「保密性」（所有人已採取合理之保密措施者）之要求，始有保護之必要？

195 就此，有認爲「交易相對人資料」部分，並不以完全合致於「保密性」（所有人已採取合理之保密措施者）之要求爲必要，蓋「交易相對人」本身即爲競爭者間爭取之對象，相關資料之揭露，直接、立即影響事業之利益，因此，當然具有「秘密」之本質，此與其他無形之方法、技術，非經保密措施或標示，不易「彰顯」、「公示」者仍有不同，因此，諸等資訊如具有價值且非競爭者所得周知者，則著眼於其對競爭結果直接之影響（如容任競爭對手以不當之方式取得，足以發生「搭便車」之不公平效果，甚或發生掠奪通路、阻絕通路、杯葛交易等限制競爭之行爲），實不應容許行爲人以被害人未採合理保護措施爲抗

辯（例如行爲人係向稅捐機關賄賂取得競爭對手之進、銷資料，進而得悉其交易相對人名單、成本等情形，被害事業根本無所謂採「合理保護措施」之機會）。

196 然此說法，恐將所謂之「營業秘密」保護範圍陷於高度不確定，且對於一般用以規劃產銷計畫，普遍進行之競爭分析，將造成資訊取得合法性之疑慮，以致於競爭之效益反而無法正常發揮。因此，權衡「被害事業」對於資訊保護之努力程度，以及外部競爭機制之發揮，宜認爲此部分仍有受「保密性」（所有人已採取合理之保密措施者）要求之必要。

197 另外，需特別敘明者，被不正獲取之「產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」，並不以屬於被害事業「單獨所有」爲要件，解釋上應包括「共有」以及其他透過任何授權或原因關係所佔右、持有，而得以正當用益之部分，始足以達到實質保護之目的，至於相關「秘密」「利益」（有主張爲「權利」者）之歸屬原則，參酌營業秘密法第 3、4、5 條，得以本條附表歸納之，參照附錄八第 688 頁至第 689 頁。

5、 行爲事業是否要有市場力？

198 至於本條所謂之其他不正當方法，固然多有以市場地位之姿態施壓者，但如脅迫、利誘等行爲則非必然與市場地位，加以本條之規範定位，應屬於「不正競爭」之規範，因此市場地位應非必要之要件。

（六）垂直交易限制

199 依交易成本經濟學之觀點，當市場之不確定性越大、商品（或服務）流通到消費者之過程中所需之「特殊資產」越多、績效評估越不易完整時（機會主義充斥），嚴密之垂直整合或控制，即爲降低交易成本所需。因此「垂直交易限制」之商業上成因，乃來自於事業爲求降低交易成本，而對於通路垂直整合的必然。換言之，事業藉由行銷通路之建構，往往得以減少交易成本，並藉中間通路的利己心達到開拓市場的目的，有其效率緣由。然就事業而言，此間，如僅是單純的建構通路，最多只是延伸了事業之活動範圍，爲達減少交易成本以求效率之目的，並追求既定產銷計畫之完整（自主）性，事業即需同時注意到

「如何避免因爲通路之運用，以致於喪失產銷控制權」之問題，是以，有效的通路建立，多循「選擇」(selecting)、「激勵」(motivating)、與「評估」(evaluating)之方式爲之，其中在通路「選擇」時，對於「通路服從性」的考量；在（負面）「激勵」通路時，對於「不服從者」之處罰，即反應在「垂直交易限制」關於通路之控制上[105]。

200 惟禁止「以不正當限制交易相對人之事業活動爲條件，而與其交易之行爲。」乃爲本條第 6 款所揭，又「本法第十九條第六款所稱限制，指搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形。前項限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」則爲公平交易法施行細則第 27 條所示。其規範範圍則主要包括有搭售、排他性約定、銷售（流通）方式、使用限制，以及相對人第二個契約締結自由之限制等情形。惟若細爲區分，此間所謂之搭售屬於行銷手段，性質上與排他性約定、銷售（流通）方式、使用限制，以及相對人第二個契約締結自由之限制等，應屬於通路管理手段，屬性上仍有差異。該款之規定，即相當於美國法體系下所謂「垂直交易限制」中，屬於非價格限制者。然由於行爲本質之差異，美國法對於搭售行爲之處理，雖置於「垂直限制」之體系下討論，但實際發展上仍與其他通路管理行爲之規範略有區別，就此，我國公平交易法施行細則第 27 條在文義上卻與其他「垂直交易限制」並爲規範，因此，在未修法之現況中，主管機關於執法解釋上，應注意屬性之差異。

105 關於通路垂直整合，依行銷學者的分類可有大概三型(一)併合式(corporate vertical marketing system)：透由生產者和中間商以合併(所有權合一)或互相持股(控制公司、相互投資)的方式，統合市場力量，(二)支配式(administered VMS)：即生產者藉其產品市場上強勢的形象、口碑、市場力，使下游的中間商願以配合，此時的中間商爲求取得銷貨的權力會刻意迎合生產者的作爲；(三)契約式(contractual VMS)：即生產者和中間商訂立契約以爲整合，此方式通常出現在生產者和中間商的談判力量(bargain power)相近而得以藉合作局(corporative game)達成的狀態下完成才具實益，否則極易因不平等契約造成一方反撲(如：上游寧願違約另尋其他通路，或下游集體反撲)。參：Philip kotler, Siew Meng Leong, Chin Tion Tan, Swee hoon Ang,; Marketing magnagement 9Asian Perspective) 1996, Prentice hall. Pp.681-682

201 至於本款之適用是否要求市場力乙節，需先認知本款（第 19 條第 6 款）之違法判斷，係採「合理原則」待之，因此在不考慮其他社會價值或公益之前題下，福利損失之分析向爲執法重心，惟另需強調者，乃福利減少，只是管制之必要條件，非充分條件，此時介入或管制之成本，亦是另一重要考量之點（況依芝加哥學派學者之看法，甚至認爲「垂直交易限制很少會有反競爭性」）。職此，就此類型行爲「正當性」判斷，宜並同參考我國過去實務，於判斷本條「共通構成要件」時，所採之「市場占有率百分之十」。此間，需特別提及者，乃我國細則雖將「搭售」行爲與其他垂直交易限制（排他性約定、銷售（流通）方式、使用限制，以及相對人第二個契約締結自由之限制等通路管理手段）並列，而以市場力做爲合理原則考量要素之一，但如參考美國國家檢察長協會（NAAG）1995 年準則（guide line）之觀點，對於完全無關連性之標的物，進行全有或全無式的搭售（即相對人不願一併購買被搭售商品或服務時，即拒絕與之交易）時，市場力本身即成爲「當然違法」之表徵（非此等情形，則仍以合理原則待之）。

202 又，本款規定之行爲人需爲事業（參照：第 2 條），始足當之，本屬文義所當然而無須多論。惟有疑義者，乃關於「自然人」之行爲，應如何將其責任歸屬於事業？此節，依實務之見解則以「（違法行爲）是否爲執行職務所衍生」、「（違法行爲）與執行職務是否具有關聯性」、「（行爲人）執行職務是否須遵循該公司之指示」爲實質判斷（(88) 公處字第 141 號台灣山葉機車工業股份有限公司處分案，處分理由第四、（一）），以免事業將法律責任，藉由自然人之行爲，爲脫法、規避之安排。

203 除此，就文義而言，本款係禁止對「交易相對人之『事業』活動」爲限制，是以，此處之交易相對人應爲事業 (參照第 2 條)，因此，諸如對於消費者所爲之搭售限制、使用限制以及其他之不正當限制等，即無從依本款予以規範，只能轉而援引第 24 條作爲規範依據，另外，從事本款違法行爲之事業，如爲公平交易法上的獨占事業時，則不論相對人爲事業或消費者，均可依公平交易法第

10 條規定處理之。

204 至於此處所謂之「限制」，依本法前揭施行細則之規定，係指搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制等。且所謂之「限制」，條文中雖未明文揭示「間接」限制亦屬該當之限制行爲，惟業界習見之行銷通路，多屬多階層式行銷通路之設計，其間或同時隱含著「直接」及「間接」之商業行爲。因此，倘一事業透過產銷過程中之上、中、下游交易關係，而與次一階層事業分別爲「間接」(如上游事業對下游事業) 及「直接」(如中游事業對下游事業) 限制再次一階層事業之下游交易相對人事業活動之行爲，亦將合致公平交易法條所稱之限制構成要件，爰事業因上揭「間接」及「直接」限制行爲所生「限制或妨礙公平競爭之虞」之限制競爭效果，俱屬同一。（參照行政院公平交易委員會(89) 公處字第 038 號處分，「三陽機車搭售華南產險責任險」案）。此外，前揭諸等限制行爲，需作爲交易之條件，並非僅止於單純而無拘束力之默契而已，惟就另一方面而言，也不需要求該等「條件」已經達到使交易關係「全有或全無」之餘地，凡以經濟效果觀察，任何事實上或法律上「限制性」約定，與相對人之事業活動不自由有所「連結」時，即認爲已具有「條件」關係。例如，供應商對於違反區域限制之經銷商，雖不禁止其銷售主產品，但對於售後服務（另一交易關係市場）部分，則預示可能拒絕（或劣後於他經銷商）提供技術支援者屬之。

205 最後，限制需爲「不正當」：蓋肇自垂直整合之通路管理行爲，而衍生之「垂直交易限制」，在經濟上意義上本即有其效率正當性之存在，是以，法律究應如何干預，即需適度權衡事業追求個別效率同時，所造成之整體經濟不利益，包括「對於行爲事業階層之競爭不利益」（如：減損品牌內競爭、市場力槓桿之濫用、通路阻絕）、「對於相對人事業階層之競爭不利益」（如：相對人競爭者之成本增加、相對人競爭者喪失獨立議價空間、阻絕相對人競爭者參進）以及「最終消費者之福利損失」（如：交易相對人之成本轉嫁、回饋禁止、流通不足，致減損取得可能與選擇自由等）。換言之，此乃「合理原則」（較之於「當然違法原則」）普遍用於規範垂直交易限制，據以判斷行爲「正當性」之原因，芝加哥

學派學者甚至認爲「垂直交易限制很少會有反競爭性」(Lawrence A. Sullivan)。

206 依我國公平交易法施行細則第 27 條之規定，對於「垂直性非價格之交易限制」行爲之是否「不正當」，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。惟此處之「不正當」與本條第 3、4、5 款所稱之「不正當」在解釋上仍應認有實有不同之意涵。蓋如前述，後者之正當性判斷，係著眼於行爲本身之非難評價，而此處之是否「不正當」則考量到市場結構、地位、履行結果對於競爭之影響。在此，需另辯明者，乃吾人判斷行爲之「不正當」性時，應否與本條共通構成要件「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之分析，爲相同標準之檢視？抑或是同質、同時爲之？就此，依公研釋 016 號之旨觀察，即揭諸「…限制是否『不正當』以及是否『有妨礙公競爭之虞』，本會在認定上，將會依個案具體情形綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等因素判斷之。…」似將該二不同之法律概念判斷標準等同化。此種情形之原因無他，實係因爲此處之「不正當」與否，係偏向於就「市場」(受影響之結果）觀察，而非僅就行爲本身觀察評價所致。換言之，某一特定「限制」行爲之所以被認爲「不正當」，必然是因爲綜合考量各個主客觀要素後，認爲對市場競爭存有所影響所致，意即邏輯上實難以想像存有所謂「(限制）行爲不正當，事實上卻對市場競爭不生影響」或「(限制）行爲正當，卻對市場競爭存有不利影響」之情事。

207 至於「正當與否」，固然需判斷當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等。惟如具體地以經濟之觀察輔之，分析上無非著眼於探討「社會福利之減損」與「消費者福利之減損」二議題。就前者而言，觀察之重點在於「交易中之關係人福利總和（製造商與通路之「利潤」，加上消費者之「消費者剩餘」）是否因爲垂直交易限制而增加（或降低)」；就後者而言，則主要檢視「最終消費價格是否因垂直交易限制而降低（或提高)」，然此二者並非必然相容，若再參考美國近來之發展，關於垂直交

易限制之管制，則漸朝向維護「消費者福利」之方向推進。

208 此外，關於限制行爲之正當理由存否，公平交易法施行細則第 27 條，訂有所謂「應」審酌事項，作爲公平交易委員會判斷系爭行爲「不正當性」之構成要件基礎。惟此，並非指公平交易委員會，只能考量諸等情事，重點仍在對於「市場是否受影響」之評價。至於被調查對象得提出之「抗辯」。惟諸等垂直性之交易限制，爲事業垂直整合過程中之必然現象，依各國實務發展軌跡與經濟分析所顯現之結果（除搭售之情形較爲特殊外），亦多以認定合法定案，因此，基於執法經濟之考量，諸此爭議如屬檢舉案件時，則建議公平交易委員會於本款之執行上要求，仍應由檢舉人相當程度說明「不正當」之理由（至少「表面證據」），公平交易委員會始依公共利益與競爭秩序之維繫必要性考量（第 26 條），作爲決定是否進一步介入之判斷基礎。

除前揭共通要件之說明外。以下，僅就施行細則例示之限制行爲，分別說明之：

１、搭售

（1） 搭售之意義與構成要件

209 首先，需予說明者，此處之「構成要件」，係指針對「客觀的」、「未予評價的」行爲「構成要件」（事實）而言，不及於本款條文中所謂之「不正當」（評價）部分，至於，關於市場力等與「評價」相關之部分，乃屬於本款之「整體構成要件」，故另項說明之。

210 又，另就經濟上意義與目的言之，所謂「搭售」，即將商品（或服務）搭配銷售之意，爲事業促銷技巧之一，目的在於增加商品（或服務）的銷售，藉由主商品（或服務）的搭配，發揮母雞帶小雞的效果，以增加被搭售商品（或服務）之銷售，有時或爲順利進佔通路（黃營杉、范建得，1999）。至於「主商品（或服務）」與「被搭售商品（或服務）」，則是自相對人所欲交易與否之角度決之 [106]，且「主商品（或服務）」與「被搭售商品（或服務）」並不需要同屬一事

106 Herbert Hovenkamp (1994), Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 369

業爲出賣（供應）人[107]（可參：(89) 公處字第 038 號，「三陽機車搭售華南產險責任險」處分案）。至於搭售行爲之構成要件認定，則至少需存在二種可分的產品（服務），且須對於相對人造成「選擇是否併同交易」之機會，遭扭曲或剝奪（即兩種或兩種以上之商品或服務在交易時，彼此間存有非本質應然之連結關係）。

211 A、關於「如何判斷產品是否可分」：

美國法上所發展出之「需求特徵理論」（即強調被搭售之商品或服務，如存有足夠市場需求，足夠使事業得以採用「最適經濟規模」（MES）之方式生產供應時，即可認定爲另一產品，可參 Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 ，1984；1995 年全國檢察總長協會垂直交易限制指導原則亦採之）則可作爲解釋可分性之參考基礎。至於我國公平交易委員會公研釋 045 號解釋，則並提示考慮(1)同類產業之交易慣例。(2)該二產品(或服務)分離是否仍有效用價值。(3)該二產品(或服務)合併包裝、販賣是否能節省成本。(4)出賣人是否對該二產品(或服務)分別指定價錢。(5)出賣人是否曾分別販賣該二產品(或服務)等因素，惟此間關於「該二產品(或服務)合併包裝、販賣是否能節省成本」一項標準，事實上應屬於「正當性」（違法性）判斷之問題、「出賣人是否對該二產品(或服務)分別指定價錢」、「出賣人是否曾分別販賣該二產品(或服務)」二項，則與「可分性」無必然關係，蓋是否可分，應自需求面（交易相對人之立場）判斷之

212 B、 關於「相對人選擇是否併同交易之機會，遭扭曲或剝奪」：

行政院公平交易委員會公研釋 045 號解釋、 (82)公處字第 056 號台灣電視事業股份有限公司就高收視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案、(82)公處字第 057 號中國電視事業股份有限公司就高收視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案、(82)公處字第 058 號中華電視股份有限公司就高收

107 E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison (1994), Understanding Antitrust and Its Economic Implications, 182, 200. FTC v. Texaco, Inc., 393 U.S. 223 (1968); Atlantic Refining Co. v. FTC, 381 U.S. 357 (1965)

視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案、(89) 公處字第 038 號，「三陽機車搭售華南產險責任險」處分案，均以「存在明示或默示之約定買受人無法自由選擇是否向出賣人同時購買搭售與被搭售產品」形容之，實則，此間關於「明示或默示約定」之解釋，應以經濟之觀察爲準，意即非單指法律上健全之任何形式合意，而包括一切交易過程中所可能產生之事實上強制、壓抑、扭曲。換言之，本款規範之對象，乃包括有「全有或全無」式的狹義搭售，以及經濟上選擇行爲遭扭曲之搭售。前者之情形多涉及市場力之強制（enforce）；後者之情形，則例如事業於定價策略上，以相較於「總價」顯不合理之「高單價」進行交易，以致於他事業因較低總價之誘惑，選擇搭售組合者是，此即所謂「分開訂價方式卻實質上導致強制搭售之效果」者（可參：(86)公處字第 168 號，家韻傳播製作有限公司，大幅調高單支訂價方式成套銷售伴唱帶處分案、(89)公處字第 108 號，年代網際事業股份有限公司，以不當之訂價組合爲條件銷售頻道節目處分案）；又如，行爲事業刻意怠於揭露「得分別交易」之訊息，利用資訊之不對稱，使相對人無機會分別交易者屬之（可參：公處字第 092031 號，富康興業有限公司，針對非連鎖型態之獨立出租店，未適度揭露可零售之訊息，而採套裝販售影片被處分案）。至於事業圖以「贈送爲名，內化交易對價」者（另參照(82)公處字第 056 號台灣電視事業股份有限公司就高收視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案、 (82)公處字第 057 號中國電視事業股份有限公司就高收視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案、(82)公處字第 058 號中華電視股份有限公司就高收視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案），則可能依其情事分屬前二種類型。

（2） 搭售之正當性判斷

213 以下，僅另就搭售行爲，分別就其正負面之評價說明之，以供作衡量「正當性」參考。關於搭售行爲之負面評價，乃著眼於主商品（或服務）的市場力延伸(leverage)、主商品（或服務）的市場力強化（例如，以被搭售商品之收益，補貼爲維持獨佔力之掠奪性定價損失）、被搭售商品（或服務）市場參進障礙之

提高或造成水平閉鎖以致於他事業交易機會之實質減少（例如，因此導致被搭售商品或服務之剩餘需求減少；又如在相對人預算有限之情況下，通常搭售行爲之實施，也將對其他行爲事業之競爭者，造成交易機會之剝奪之不公平競爭情事，可參：公處字第 092032 號，元寶利影視有限公司，針對非連鎖型態之獨立出租店採套裝販售影片被處分案、公處字第 092031 號，富康興業有限公司，針對非連鎖型態之獨立出租店，未適度揭露可零售之訊息，而採套裝販售影片被處分案、公處字第 091022 號，松網科技股份有限公司，將熱門軟體與冷門軟體產品搭售，致增加相對人營運成本負擔，對他軟體發行人與相對人之交易機會發生排擠效應之處分案、(89) 公處字第 038 號，華陽車業股份有限公司，銷售三陽機車搭售華南產物保險股份有限公司之機車強制汽車責任保險，剝奪機車消費者或其潛在消費者自由選擇投保對象之權利，排除他產險事業競爭機會被處分案）、穩定勾結(collusion)，監督卡特爾（例如從事搭售之廠商，表示除非顧客有辦法證明，市場上存在較便宜的被搭售產品時，才可以「分開購買」[108]，如此一來，搭售便成爲監督被搭售產品聯合訂價之機制，顧客便成爲揭露其他廠商秘密降價訊息的勾結監督者）、混淆商品（或服務）間之價格與成本結構，規避價格管制（此在以「贈品」名義所爲之搭售尤然，主管機關將更不易判斷是否違反「管制」或是否構成「掠奪」）、剝奪交易相對人之選擇自由，或製造交易訊息不對稱，致影響配置效率等。因此，美國早期曾以「當然違法」之角度視之。

214 惟，搭售也有許多促進競爭的效果，例如效率的增進（例如交易成本與搜尋成本降低）、品質的控制（尤其涉及商譽、公共安全與相容性問題）、避免搭便車（例如事業要求品牌經銷人以「一系列」之方式採購，避免高品質形象產品與劣質品一併陳列，遭劣質品搭形象便車）、有助於達成減少獨占的無謂損失(deadweight loss)之差別取價、透過在搭售品中做價折讓，破壞卡特爾協議穩定性和轉售價格維持、有利降低被搭售商品或服務之參進障礙等（藉搭售之方式，

[108] International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392

降低被搭售商品或服務之參進風險，有利於新進市場者參與競爭）。是以，基於效率考量之故，一般而言相關學說與實務之發展，以「合理原則」對待，已成事實，但其管制密度相較於其他非價格垂直限制，仍是保持相對嚴厲的態度。

215 參諸行政院公平交易委員會公研釋 045 號解釋所揭，關於「搭售」行爲之違法標準，則需檢視出賣人須在搭售產品擁有一定程度的市場力、有無妨礙搭售產品市場競爭之虞、是否具有正當理由。（另參照(82)公處字第 056 號台灣電視事業股份有限公司就高收視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案、 (82)公處字第 057 號中國電視事業股份有限公司就高收視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案、(82)公處字第 058 號中華電視股份有限公司就高收視率節目廣告時段，搭售低收視率節目廣告被處分案、 (89) 公處字第 038 號，「三陽機車搭售華南產險責任險」處分案）。其中關於「正當理由」之考量，即包括考量被檢舉人（被告）可否提出前揭「促進競爭之效果」等理由在內。

２、 獨家交易

(1) 獨家交易之意義與構成要件

216 事業對於交易相對人，進行獨家交易之安排僅爲「排他性限制（約定）」之例示，其他「排他性限制（約定）」則以本法施行細則第 27 條「其他限制事業活動」之規定含括之。

217 所謂之「交易」一詞，並不限於「買」「賣」之間的關係，凡屬於資源(有體、無體物與勞務)間之互通有無者，均含括在內（另參第 3 條編碼 7）。所謂獨家交易，係指供應商限制經銷商只能與其進行交易，而不允許經銷商與供應商之競爭者爲交易者；相反地，供應商限制經銷商只能與其交易，而不允許供應商與經銷商之競爭者交易者，亦屬之。至於供應商限制經銷商間，基於種種之理由，均同意將交易對向限於對方者，更屬此類。是以，獨家交易之構成要件，即是指參與交易行爲之一方（或雙方），就所爲之交易，因他方之要求（或任何之事實上因素）而承諾（或屈服）排除與他方競爭者交易之可能性，屬於排他性交易之一。例如，所謂之獨家經銷（sole distributor）、獨家代理（exclusive agency）、

獨買（exclusive purchase）、雙邊排他性經銷（bilateral exclusive distribution arrangement）、選擇性排他經銷(selective exclusive distributorship)屬之。

(2) 獨家交易之正當性判斷

218 關於獨家交易安排之評價，過去學理上固曾出現強調參進障礙之觀點，而以嚴格之「當然違法」原則待之，不過，由於事業進行獨家交易之安排，可能是源自於商業之理性，且其意圖、目的均非基於傷害競爭之前題，只不過其實施之結果可能導致參進障礙之提高、水平競爭閉鎖之結果而已，所以，行爲之非難與市場效果事實上無法分離，是以，以「合理原則」待之，近來已較無爭議（學理上，芝加哥學派之學者不乏主張其屬「當然合法」[109]）者，我國公平交易法施行細則第 27 條所揭，即爲此理。

219 至於獨家交易安排的負面評價，對於行爲人階層而言，即在於該等行爲極可能產生通路（或來源）阻絕，而致提高參進障礙，甚至產生嚴重之水平閉鎖（foreclose）效果（參照 (84)公處字第 079 號，中國石油股份有限公司，限制民營連鎖加油站業者僅能販賣國光牌潤滑油脂，使加油站之各項附屬機能　無法充分發揮，阻礙加油站市場之效能競爭，亦妨礙汽機車潤滑油脂市場之公平競爭被處分案中，關於「商品特性及履行情況對市場競爭之影響」之分析理由項下，所述之「…. 由於加油站管道幾爲被處分人所獨有，致該管道幾無銷售其他廠牌之潤滑油，亦妨礙汽機車潤滑油脂市場之公平競爭…」即屬之。惟需另爲釐清者，乃本件本質上應屬第 10 條所需處理之問題，當時係因考量「先行政後刑罰」之立法未臻完成，爲縮減打擊面之故，僅以本款處理之）；對相對人階層觀察，則在於經營自由之侵害（如同(84)公處字第 079 號處分中關於「商品特性及履行情況對市場競爭之影響」之分析理由，所述之「….使加油站之各項附屬機能無法充分發揮…」即屬之）。換言之，事業進行獨家交易之安排，將因而阻止與其效率相同甚或更高之競爭對手，因爲面臨通路（或來源）遭倒阻絕之情事，爲求順利流通商品（或取得來源），以致於不得不自己進入經營下游之「銷

109 Bork,R.H.(1978),The Antitrust Pardox.New York:Basic Book,Inc.

售（通路）」（或上游之「生產（來源）」）之相關事業，進而被迫（墊高成本）參與二個以上市場，或是耗費與通路（或來源）磋商之成本，對於競爭產生直接威脅。尤有甚者，此等競爭之優勢，實係以不正當之方式增加對手成本，並非來自本身於較好之效率，卻極可能導致整體資源之配置無效率。此外，亦有認爲獨家交易安排加以維持轉售價格之實施，將更使卡特爾成員之欺騙意圖受到完全壓抑，有利卡特爾之持續（范建得、莊春發，1992）。

220 惟，獨家交易之安排也有許多促進競爭的效果，例如：有助於品質之保障與服務水準之維持、保護財產權與營業秘密等，以減少被搭便車之外部性、有效掌握通路，避免機會主義所生之無效率、穩定當事人間之經營計畫安排，而得減少風險，降低交易成本、維持品牌形象或加強差異化（品牌競爭之加強）等屬之。諸此，均得作爲考量正當性之事由。

３、 地域、顧客限制

(1) 地域、顧客限制之意義與構成要件

221 事業對於交易相對人，進行之地域、顧客限制僅爲「銷售（流通）方式」限制之例示，其他「銷售方式」限制（例如，爲求建立明確之通路監督及激勵制度，通常會配合地域限制約款，另爲所謂責任銷售額之限制或銷售目標獎勵制度者即屬之）則以本法施行細則第 27 條「其他限制事業活動」之規定含括之。

222 所謂地域限制，即是進行交易之一方，對他方事業活動之地理市場，逕爲劃定，並約做交易條件之謂。至於前揭定義所稱之地理市場，如簡單說明之，即指供給一方願意「供」，與需求一方願意「求」之交集範圍，亦即指財貨流通之最大界線，而其大小，本質上乃決定於「交易當時」（短期觀察）之交通條件、自然環境、財貨性質及其他所有可能影響交易成本之因素。依此觀察，地域限制約款，本即可能破壞自然之地理市場區隔，扭曲相關市場參與者，基於交易成本考量所爲之決定。綜上，是否構成「地域限制」之要件，主要即在於一方之地理市場有無經他方（或是雙方均互相約束）以消極或積極之手段進行劃分之情形。想像上，如果存有所謂限制，但其結果與自然狀態下之地理市場一致

時，即不生此問題。此外，一般而言，地域限制約款之強度與設計不同，其經濟上之效益亦將各異，若進一步將實務上常見之作法，從市場秩序可能受到干擾程度分類，其由弱而強進行排序者，略爲：主要責任區制（即積極地課予他方於一定區內之最低交易量義務，或消極地定訂責任區內最低提供最低交易量標準，以作爲折讓、獎勵依據）、越區獲益分享制（即約定越區行銷之事業，需將獲益與「被越區」之他方，以一定比例分享）、窒息式區域限制（即完全禁止相對人越區交易，通常以罰則作爲後盾）。

223 所謂顧客限制，即是進行交易之一方，對他方事業之交易相對人，逕爲限制，並約做交易條件之謂。此等顧客之限制，包括以正面表列之方式，限制相對人只能（或應優先）與特定（或可得特定）之顧客爲交易，也包括以負面表列之方式，禁止相對人與特定（或可得特定）之顧客爲交易。一般而言，通路商若能開拓更多之顧客，即當然會增加本身之需求，因此進而增加上游之供應數量與收益，對供給一方原本並非壞事，是以，事業會採用限制交易相對人顧客之手段，往往涉及「差異化行銷」與「市場區隔」之策略，例如，有品牌或特殊形象之商品或服務供給者，爲維持其商品或服務之「行情」，限制其次階通路，不得對不符合一定資格之顧客爲供應者屬之。此外，若嚴格言之，倘具體事實涉及對於「特定區域需求者」之排除與允許，則將同時可能發生與「地域限制」競合之問題（即以所屬區域作爲「應受限制之顧客」的一般性特徵）。

(2) 地域、顧客限制之正當性判斷

224 關於地域、顧客限制之評價，除過去學理上固曾出現強調「他事業經營自由遭限制」之觀點，而趨向於以嚴格之「當然違法」原則待之，不過，在效率觀念逐漸影響反托拉斯法之執法後，以「合理原則」待之，近來已較無爭議，我國公平交易法施行細則第 27 條所揭，即爲此理。

225 至於地域、顧客限制的負面評價，則多著重於非難其所造成之品牌內競爭減低、他事業經營自由遭限、有益於穩定勾結、以及配置無效率（此在「地域限制」尤然，蓋供、需雙方基於交易成本考量，自由決定交易，往往得以達到

效率目的，而交易成本之考量乃爲決定地理市場重要因素之一，惟如前所述，地域限制約款之性質，本即爲有破壞地理市場自然狀態之虞，因此，進行交易之一方，一旦對於他方之所得經營之地域做出限制，將改變自然狀態下之地理市場，甚有扭曲交易成本考量下之效率。例如：造成劃定區域內之特定財貨「流通不足」，限制末端消費者之選擇以致於資源未獲最佳配置者是）。以上即屬我國公平交易法施行細則第 27 條所揭「履行情況對市場競爭之影響」。

226 惟，地域、顧客限制也有許多促進競爭的效果，例如：商譽、品牌、品質與差異化之確保、避免搭便車行爲之發生、品牌間競爭之加強、避免通路之機會主義行爲（此效果在採用「責任區制」之區域限制手段時，爲最重要考量）等屬之。諸此，均得作爲考量正當性之事由。

4、 使用之限制

（1） 使用限制之意義與構成要件

227 所謂使用限制，係指進行交易之一方，就其相對人事業本得自由用益之權能，爲限制而言，惟需以相對人事業，依其交易關係之本質，就相關之標的物，本有自由用益之權，且他方當事人，依其交易關係之本質，對相對人無控制權能時，始有討論之餘地（例如租賃關係或融資性租賃關係中，原所有權人本得對交易相對人爲使用之限制，又如保險人基於風險管理之立場，限制被保險人對於保險標的物及其相關環境爲使用之限制）。此外，需注意者，乃所謂「使用之限制」與前揭銷售限制（地域、顧客限制）並不相同，蓋前揭銷售限制，係涉及相對人事業於交易後，就標的物之「流通他用」時，爲流通方式之限制，與此處所稱，係指對於相對人自爲用益之權能爲限制者有別。

（2） 「使用之限制」之正當性判斷

228 關於使用限制之評價，以「合理原則」待之。其負面評價，則主要在於使他事業經營自由遭限制、造成他事業之無效率（因使用限制可能無法以適當之方式，投入作爲生產要素，以致於生產無效率；亦可能因爲使用限制，造成配置無效率）甚至造成他事業之競爭劣勢（此在行爲人或其關係企業亦參與他事

業之其他市場競爭時，更有可能發生）。惟，使用限制也有確保商譽、品牌、品質與差異化之作用，有時，亦有助於維繫營業秘密與智慧財產權之完整，均得作爲考量正當與否之事由。此外，並需附帶提及者，關於智慧財產權人，對於被受權人所爲之使用限制，涉及授權對價（權利金結構）、權利耗盡原則等特殊問題，故其限制是否正當，應另依公平交易法第 45 條之規定檢視之。

三、違反本條之法律效果

（一） 行政法上之效果

229 「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行爲或採取必要更正措施爲止。」爲公平交易法第 41 條所揭。（本條民國 88 年 2 月 3 日修正前原條文則規定爲「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行爲；逾期仍不停止或改正其行爲者，得繼續限期命其停止或改正其行爲，並按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正爲止。」）

230 所謂「命其停止、改正」，一般而言較無爭議，惟關於所謂「採取必要更正措施」，係民國 19991 年 2 月 3 日修正後加入，固有利於回復競爭之傷害，但對公平交易委會之執法上而言，事實上極不易拿捏。蓋所謂「命採取必要更正措施」固屬主管機關對於事業違法行爲，進行處分（效果）之裁量，但關於「合義務裁量」以及「比例原則」等行政處分做成應遵守之法理，仍不能不加遵循。因此，何謂「必要」？何等「更正措施」符合比例原則（尤其是手段與目的關連性）？一旦加上市場變動與經濟不確定性之存在，解釋實屬不易（如考慮「長期」之觀點，所謂「裁量」將更難拿捏）。況且，所謂「採取必要更正措施」幾近於對於主管機關空白授權，是否得以通過傳統公法觀念中，關於「授權明確性」之要求，也不無疑義。

231 此外，必須澄清者，乃此處之「命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施」應屬於「不利益處分」，其作用只是「不法情狀」之除去而已，與「處罰」本身有性質上之差異，殊無必要探究行爲人之主觀意識，蓋其目的僅在「不法情況」的矯正，以求回復秩序而已（此在經濟法之高度目的性要求下尤然），與「處罰」權利之發動，乃著眼於主觀與責任（歸責性，參照大法官會議釋字 275 號解釋）自屬不同 [110]，職此，如認爲事業之特定行爲已有妨礙公平競爭或限制競爭之虞時，即姑不論其故意過失，公平交易委員會自得先命停止、改正或採取必要更正措施。

232 至於該條文中所稱之「罰鍰」對象，則可分成兩種性質視之。其中對於認定違法行爲時，所科處之「罰鍰」固屬對於「過去」違法行爲爲課處」，但經限期命停止、改正或採必要更正措施後，事業猶未改善，本法所責難者，則是其「不停止、改正或採必要更正措施」之消極作爲，此觀諸條文所揭「按次」(「命停止、改正或採必要更正措施」之次數）連續處罰即明，是以，後者之理解上，與其他法令中常見之「連續處罰」性質，係以間接強制，而求確保「未來」公共秩序者不盡相同。

（二） 民事效果

233 關於事業違反本條規定之行爲，所可能發生之民事法律效果，可自兩個層面分別說明之：其一，是行爲事業與其交易相對人間之法律效果；其二，則是交易相對人以外之第三人，對於系爭對於系爭限制競爭或妨礙公平競爭行爲，所得主張之法律關係。但不論何等情形，只要是「權益遭侵害之人」均有主張公平交易法第 30 條「除去侵害請求權及防止侵害請求權」之空間，並得依據第 31、32 條之規定，據以求償，至於損害金額之計算，雖有舉證之困難，亦不乏有民事訴訟法第 222 條第 2 項規定（當事人已證明受有損害而不能證明其數額

[110]但由於實體法上因立法技術之關係，往往使得「不利處分」與「行政罰」混淆不清，故對於所謂的不利益處分是否亦應考量行爲人的主觀要件（指的是故意過失而非意圖）等行政罰上之一般原理原則，吳庚大法官似持肯定之見解，詳氏著行政法之理論與實用，頁 381-382，三民經銷（1993）。

或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額）輔以適用（甚至併同民法第 188 條、民法第 28 條、公司法第 23 條規定主張連帶責任）。

234 在此，需另外特別提及者，乃關於當事人間之法律行爲違反本條規定時，應發生何等效果？就此，依我國法院實務見解，似乎傾向以民法第 71 條(違反強制規定)，及第 72 條(違背公序良俗)之規定處理，認爲行爲（一部）無效（參照：台灣高等法院 88 年度重勞上更一字第 4 號採之，最高法院 91 年台上字第 1969 號未以法律審之立場表示反對，惟該案爲本條第 3 款案件）。

235 然而，如依此等邏輯，則雙方乃因而均需依不當得利之法則，互負有回復原狀之義務。此時，即不難想像，如當事人間原屬長期或穩固之交易關係，則回復原狀之作法，勢將增加雙方困擾，牽動體系不僅只存在當事人間，甚至及於第三人或其他公法上權義（如稅捐），爭議化簡爲繁，顯非妥適。是以，類此違反公平交易法之行爲，似應於實體法上進行根本之修法，宣示類如「經公平交易委員會處分確定後無效」之「嗣後無效」制度，以杜爭議。

236 此外，如特定情形中，可認爲各該違法情事之產生，係肇自「權利濫用」時，則不妨循傳統民事誠信原則、權利濫用之思維（民法第 148 條），以侵權行爲或以類如美國法權利無法執行（unenforceable）之「不予保護」（抗辯）效果處理，而不逕認爲行爲無效，似較單純。

以下另依各款特別情形附加說明之：

1、 關於事業與其交易相對人間之法律效果：

（1） 就第 1 款之情形而言：

237 如前所述，所謂「促使行爲」者，凡客觀上足以引致杯葛參與人（受話人）做出影響被杯葛人經營狀態之決定者均屬之。

238 因此，行爲人以事實行爲「促使」時，可能依其「促使」行爲之脅迫或強制可能性，涉及對於相對人（受話人）之侵權；至於行爲人之「促使」行爲，屬法律行爲時，法律效果如前所述。

（2） 就第 2 款之情形而言：

239 首先，應說明者，乃事業與其相對人間之行爲，會遭相對人主張本款之違法，應指相對人本身，即是受差別待遇之不利益者而言，至於事業給予相對人優惠，僅有想像由第三人據以主張本款違法之餘地，惟此，屬於後述「交易相對人以外之第三人，對於系爭限制競爭或妨礙公平競爭行爲，所得爲之主張」的討論範圍。

240 所謂不正當之差別待遇，可能涉及事實行爲（例如：拒絕交易或拒絕加入特定團體），也可能以法律行爲（交易條件）爲之，其法律效果與前款（杯葛）相同。

（3） 就第 3 款之情形而言：

241 條文中所謂「使競爭者之交易相對人與自己交易」，即同時指出行爲事業之目的，但系爭行爲之非難，並非以交易行爲實際成立爲必要，而只要求客觀上依一般之經濟智識經驗，足以影響交易相對人之交易決定爲足，業如前述。

242 因此，在交易未成立之情形，當事人間最多只有締約過失原則之適用；而在交易成立之情況，依我國法院實務見解，似乎傾向以民法第 71 條(違反強制規定)，及第 72 條(違背公序良俗)之規定處理，認爲行爲以不正當方法爭取之契約（一部）無效（參照：台灣高等法院 88 年度重勞上更一字第 4 號採之，最高法院 91 年台上字第 1969 號未以法律審之立場表示反對）。

243 然而，此處（下揭第 4、5 款亦同）另外特別值得觀察的，乃前揭無效之法律效果，如何與民法本即存在之體系連結？蓋民法就詐欺、脅迫之意思表示，定有「得撤銷」（第 93 條）之規定，其目的即在於法律秩序安定之考量，至於脅迫以外之「交易意識」遭扭曲，則多與意思表示錯誤有關，亦非不得依民法第 88 條處理之，且如涉及輕率、急迫、無經驗之顯失公平，亦有民法第 74 條之撤銷訴權。是以，如僅因公平交易法將「禁止詐欺、脅迫」等普遍價值，「宣示」爲「事業不得爲之」之事項，法律效果即隨之改變爲「無效」，以致於失去「得撤銷」制度維護既存社會秩序安定性之本意，恐怕不乏存有介入過深之省思餘地。

（4） 就第 4 款之情形而言：

244 分析可參前款。惟需特別提及者，乃前款行爲人與相對人間，以成交易爲目的，而本款所述之「不爲價格之競爭」，可能根本即不涉及約定等法律行爲，而僅爲相對人爲事實上之配合而已，但此等情形下，被要求「不爲價格之競爭」之人，仍得依據本法第 30、31、32 條之規定、民事訴訟法第 222 條第 2 項規定主張權利（甚至併同民法第 188 條、民法第 28 條、公司法第 23 條規定主張連帶責任）。

（5） 就第 5 款之情形而言：

245 參照本條第 1、3 款之說明。另爲，如事業行爲涉及營業秘密法之違反時，受害之人並得依該法第 13 條之規定「依前條請求損害賠償時，被害人得依左列各款規定擇一請求：一、依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其使用時依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後使用同一營業秘密所得利益之差額，爲其所受損害。二、請求侵害人因侵害行爲所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行爲所得之全部收入，爲其所得利益。依前項規定，侵害行爲如屬故意，法院得因被害人之請求，依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。」而主張。

（6） 就第 6 款之情形而言：

246 關於垂直性之交易限制，在交易關係所存在之當事人間，如涉及一方對他方之事實行爲壓迫，可能依其行爲之脅迫或強制可能性，涉及對於相對人之侵權，餘參第 1 款之說明

2、 關於交易相對人以外之第三人，對於系爭限制競爭或妨礙公平競爭行爲，所得爲之主張：

（1） 就第 1 款之情形而言：

247 由於本款之違法性，並不以杯葛受話人確實發動杯葛行爲爲要件，所以，杯葛行爲未發動時，固不生對於第三人民事賠償之問題。惟此間較有疑問的，

乃消費者如主張受有損害時，有無依本法第 30、31、32 條規定主張權利之可能？就此，未見實務表示意見，亦未見學說明確表示立場，實則，如從實務操作觀察，此間最大之障礙，非僅止於「消費者利益僅爲公平交易法反射利益」而已，恐是「相當因果關係」之舉證問題。

（2） 就第 2 款之情形而言：

248 由於消費者受差別待遇受有損害，非本款規範對象，爲第 24 條問題。因此，此欲所應處理的，乃事業給予一方較優條件，致他方受有競爭不利益（secondary-line injury）；抑或是事業以區域性優惠，損及其競爭者利益（primary-line injury）之情形。對於該等第三人而言，得以對行爲人依本法第 31、32 條規定主張權利（甚至併同民法第 188 條、民法第 28 條、公司法第 23 條規定主張連帶責任），但對於因差別待遇受利益之一方而言，爭取較佳交易條件乃競爭機制之事理當然，本難認有故意、過失可言，解釋上自難認有民法第 185 條適用之空間。

（3） 就第 3 款之情形而言：

249 權益受損之人，對本款行爲人固得依本法第 30、31、32 條規定主張權利（甚至併同民法第 188 條、民法第 28 條、公司法第 23 條規定主張連帶責任）；權益受損之人，對本款「交易相對人」，若有債務不履行之請求權（例如競業禁止之約定），本得自由行使，亦無疑意，惟需進一步說明者，乃相對人應否與行爲人依民法第 185 條連帶負責，原則上宜採否定見解，蓋其亦不失爲「交易意識」遭扭曲之被害人，況爭取較佳交易條件乃競爭機制之事理當然，且即便其在「利誘」之情形下，惡意破壞原有（與行爲事業之競爭者間）之契約關係，亦僅是回歸債務不履行處理而已。

（4） 就第 4 款之情形而言：

250 權益受損之人，對本款行爲人固得依本法第 30、31、32 條規定主張權利（甚至併同民法第 188 條、民法第 28 條、公司法第 23 條規定主張連帶責任）；權益受損之人，對本款「行爲相對人」（條文中之「他事業」），則依具體情形，判斷

應否依民法第 185 條連帶負責，蓋其不失爲「經營自主」遭扭曲之被害人，亦不乏有「正當防衛」之抗辯，且由於本款規範並不限於「不法」之「不爲競價」、「結合」或「聯合」之行爲爲必要，因此「他事業」如參與「合法」之「不爲競價」、「結合」或「聯合」之行爲，亦無侵權之歸責要件。至於消費者如主張受有損害時，參第 1 款（杯葛）部分之說明。

（5） 就第 5 款之情形而言：

251 權益受損之人，對本款之行爲人固得依本法第 30、31、32 條規定主張權利（甚至併同民法第 188 條、民法第 28 條、公司法第 23 條規定主張連帶責任）；權益受損之人，對「遭竊密者」（條文中之「他事業」），若有債務不履行之請求權（例如未盡約定或法定保密義務），本得自由行使民法上之一般侵權行爲請求權，亦無疑意，且另依具體情形判其應否依民法第 185 條連帶負責。至於消費者如主張受有損害時，除另涉及電腦個人資料保護法外，參照第 1 款（杯葛）部分之說明。

（6） 就第 6 款之情形而言：

252 若從反托拉斯法制之發展觀察，關於「垂直交易限制」行爲之非難核心，近年來已逐漸移往「市場影響」程度作爲評估依據，經濟分析上著眼於「社會福利損失」與「消費者福利損失」的觀察，所以規範保護對象，解釋上亦趨於消費者利益。是以，事業若有違反本法之行爲，致消費者受有損害，解釋上仍有依本法第 30、31、32 條規定主張權利（甚至併同民法第 188 條、民法第 28 條、公司法第 23 條規定主張連帶責任）之餘地。此外，如影響他事業之權益時（尤其是發生市場閉鎖效應，以致於被排除於市場以外之競爭者），他事業亦得同此主張，則無庸贅述。

（三） 刑事效果

253 「違反第十九條規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行爲或未採取必要更正措施，或停止後再爲相同或類似違反行爲者，處行爲人二年以下有

期徒刑、拘役或科或併科新台幣五千萬元以下罰金。」爲公平交易法第 36 條所揭。（本條民國 88 年 2 月 3 日修正前原條文則規定爲「違反第十九條規定，經中央主管機關命其停止其行爲而不停止者，處行爲人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。」）

254 此外，公平交易法第 38 條並規定「法人犯前三條之罪者，除依前三條規定處罰其行爲人外，對該法人亦科以各該條之罰金。」，意即，本條之違反，有「可能」使事業與行爲人（決策採行者）並罹於刑章。但此間值得一提，供作討論或修法參考的，乃此種「命停止、改正、更正而不停止、改正、更正」的處罰構成要件，實存有重大的「歸責不一致性」。蓋倘若當初決定從事違法行爲之「行爲人」，於公平會發現不法情事且命事業改正時，業已無權對停止（更正、改正）與否做決定（甚或已離職），而當時有權決定者又不停止（改正、更正），究竟何人才是真正的應歸責對象（行爲人）？後來的決策（不停止）者，是否也同時成爲「不作爲」（停止義務）犯呢？而前決策者是否會受刑事追訴，似乎不是自己所能決定，這和此種「先行政後刑罰」的修法原意—警惕預告—顯有相背（此時縱使行爲人受到警告了也將因無權決定停止與否，預警作用形同泡沫）。

255 惟可以「想像」的，此部分關於刑事責任之規定，在於討論如何解釋此等附屬刑法所欲保護之目的時，即不免有以下兩種解釋之可能 ，並影響此刑責是否是針對「行爲」而設：

1. 甲說

256 刑事責任乃針對事業不服從公平交易委員會命停止、改正或更正之命令而來，目的在貫徹國家行政權的「威信」，是最典型的「行政刑法」。行爲人之受罰，乃是因其不遵從公平會的停止命令，而不是其違反第 19 條之行爲，爲刑法所不能縱容。蓋只有在公平會對行爲人（事業）的停止（改正、更正）命令遭到違反時，刑事訴追始行發動，且刑庭在構成要件之認定上只要確認該事業受停止（更正、改正）命令而未逾限停止（更正、改正）即爲已足。

2. 乙說

257 刑事責任乃係針對被公平會認爲違法的「行爲」本身而來，惟由於商業行爲合法與否在判斷上界限不明，基於給予事業「預警」機會的目的，才採用「先行政後刑法」的立法，並不得因此認爲刑事責任是在處罰事業不服行政處分的惡性。況在事業是在「停止」後又爲相同或類似之違反行爲時，依條文之文義，並未要求公平會須「再」先命其停止（解釋上也應如此，否則將陷於循環現象的矛盾之中），況且「前」相類違法行爲，也早就對之有所預警，不生「不教殺之」之虞，故此所謂刑事責任當然是對「違法行爲本身」而來，並非針對「不服行政監督之行爲」而予以規範，意即刑庭在構成要件審查上有必要對「行爲」做評價（尤其是在「停止後再犯」之情形）。

258 以上二說，從立法修正之理由以及條文之整體文義看來，乙說顯較可採，且甲說之看法，甚易引起「檢察官成爲公平會打手」之議，實非妥適。此外，對於第 35 條與 36 條中「行爲人」之解釋，通說也是解爲「實際爲行爲決策事業負責人」，並未見任何學者解爲「不停止行爲之人」，益可知甲說說服力有限。

259 事實上，所謂未依第 41 條之規定停止、改正，究爲本條犯罪之「構成要件」或「客觀處罰條件」，其認定將影響公平交易法第 36 條之執法態度，惟未見實務多予探究。蓋依一般刑法理論，或有認爲構成要件爲犯罪成立之問題，「客觀處罰條件」則是針對以成立之犯罪行爲發動國家刑罰權與否之問題，所以只有前者才是行爲人「知與欲」（構成要件故意）之對象。所以，如將「未依第 41 條之規定停止、改正、採更正措施」視爲處罰條件，只要行爲人「未依第 41 條之規定停止、改正採更正措施」刑罰權就可發動，相反的，如將「未依第 41 條之規定停止、改正、採更正措施」當作構成要件，則其將屬構成要件故意所需認識之範圍，所以（除非公平會於處分書中已經明白指示「改正」之方法）行爲人將有機會提出「已盡力改正，但經濟或市場要素難以捉摸，至未合乎主管機關所認之『應然』標準」作爲抗辯，主張其行爲

屬於不罰之「過失」。

肆、與其他違法行爲之規範關係

一、第 1 款部分

260 由於本款之「促使行爲」者，包括客觀上足以引致杯葛參與人（受話人）做出影響被杯葛人經營狀態之決定者屬之。因此，如涉及行爲人對於相對人以獨佔力濫用而施壓，固有第 10 條適用之餘地，同時，如以拒絕交易或其他不當限制相對人事業活動之手段，「促使」受或人配合，並應另考量本條第 2、6 款規定之適用。另外，行爲人如以單純之宣示行爲爲之（例如：對他事業陳述、散布足以損害營業信譽之不實情事、誣指侵害專利或著作權等，造成該等事業等斷絕供應、購買或其他交易之行爲屬之。可參(84)公處字第 014 號處分），亦與第 22 條之適用存有競合關係。至於第 24 條之規定，則應依具體情事考量適用之。

二、 第 2 款部分

261 第 19 條第 2 款之不當差別待遇則與第 10 條第 1 項第 1 款之市場阻絕或第 3 款的獨買力量濫用相關，另外，涉及拒絕交易時，除依市場地位，考慮第 10 條之適用問題外，並應依其所用之其他手段，考量與第 19 條第 6 款的競合關係（例如以相對人接受區域限制約款與否，作爲是否與之交易之條件）。

262 另外，從事「無正當理由差別待遇」之行爲主體與對象，均應爲事業。一般消費者（非事業）作爲交易相對人時，並無本款規定之適用。這種情形只得「退居」以第 24 條處理。

三、 第 3 款部分

263 第 19 條第 3 款所規範之不當爭取交易機會，與第 10 條第 1 項第 1 款之市場阻絕相關，因此涉及獨佔市場地位事業之處理，即應另行檢視與第 10 條第 1 項第 1 款之關係。

264 此外，關於事業進行比較廣告，除需以本款評價其行爲外，在涉及商譽毀

損時，亦可能涉有與第 22 條競合適用之關係。至於第 24 條之規定，則應依具體情事考量適用之。

四、 第 4 款部分

265 本款之規定，具有預先防免聯合或結合等限制競爭情事之功能，且不以他事業間，確已發生不爲價格競爭、參與結合或聯合行爲爲必要，因此，在無法發現或不易發現聯合行爲要件中須具備之「意思聯絡」特徵時，固無法以聯合行爲規範之。但如果得以尋得相關事業間，涉及以不正當方法促使他事業參與聯合行爲時，則有可能觸犯第 19 條第 4 款（88 公處字 019 號）。

五、 第 5 款部分

266 本款所規範的不正獲取行爲，應包括以經濟利壓迫取得之情形，例如行爲事業係以揭露產銷機密，作爲相對人換取交易機會之前題時，或以之作爲「減少人爲交易障礙」之條件時，即依其市場地位不同，可能涉及第 10 條第 4 款，以及本條第 2、6 款之情形。（最近，實務上即發生於光碟產業，權利人屢要求被授權之一方按時提供客戶資料、進口數量等涉及海外佈局之資訊，以作爲其是否於進口地「邊境措施」發動時，同意協助澄清，以爲盡速放行之條件）。

六、第 6 款部分

267 我國公平法立法初始，即區分水平聯合及垂直聯合，前者規定於公平法第 7 條、第 14 條，後者主要規定於公平法第 18 條及第 19 條第 6 款。如就體例而言，其中公平法第 18 條係著眼於「價格」限制，而本款範之行爲，則是「非價格」限制，爲本款於實務上常有被運用爲「後盾」，而求維持「限制轉售價格」之目的者（參照：(81)公處字第 010 號處分、(81)公處字第 011 號處分、(81)公處字第 012 號處分、(81)公處字第 013 號處分、(84)公處字第０２５號處分），此時，自有第 18 條及第 19 條第 6 款之競合適用。

268 另外，第 19 條第 6 款的垂直交易限制亦往往涉及獨占者之掠奪性定價或拒絕交易有關，此時並應一併考慮第 10 條之適用問題。至於如未涉及獨佔濫用時，則亦應一併考量與本條第 2 款之競合關係。此外，如受限制或拘束者，爲一般

消費者而非「事業」時，則應依具體情事考量第 24 條規定之適用。

第二十條　仿冒表徵或外國著名商標

現行條文（1999 年 2 月 3 日修正公布）

「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：

一、以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。

二、以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。

三、於同一商品或同類商品，使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項商標之商品者。

前項規定，於左列各款行為不適用之：

一、以普通使用方法，使用商品本身習慣上所通用之名稱，或交易上同類商品慣用之表徵，或販賣、運送、輸出或輸入使用該名稱或表徵之商品者。

二、以普通使用方法，使用交易上同種營業或服務慣用名稱或其他表徵者。

三、善意使用自己姓名之行為，或販賣、運送、輸出或輸入使用該姓名之商品者。

四、對於前項第一款或第二款所列之表徵，在未為相關事業或消費者所普遍認知前，善意為相同或類似使用，或其表徵之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼受而使用，或販賣、運送、輸出或輸入使用該表徵之商品者。

事業因他事業為前項第三款或第四款之行為，致其營業、商品、設施或活動有受損害或混淆之虞者，得請求他事業附加適當表徵。但對僅為運送商品者，不適用之。」

修正前條文（1991 年 2 月 4 日公布）

「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：

一、以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。

二、以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。

三、於同一商品或同類商品，使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標，或販賣、運送、輸出、輸入使用該項商標之商品者。

前項規定，於左列各款行為不適用之：

一、以普通使用方法，使用商品本身習慣上所通用之名稱，或交易上同類商品慣用之表徵，或販賣、運送、輸出或輸入使用該名稱或表徵之商品者。

二、以普通使用方法，使用交易上同種營業或服務慣用名稱或其他表徵者。

三、善意使用自己姓名之行為，或販賣、運送、輸出或輸入使用該姓名之商品者。

四、對於前項第一款或第二款所列之表徵，在未為相關大眾所共知前，善意為相同或類似使用，或其表徵之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼受而使用，或販賣、運送、輸出或輸入使用該表徵之商品者。

事業因他事業為前項第三款或第四款之行為，致其營業、商品、設施或活動有受損害或混淆之虞者，得請求他事業附加適當表徵。但對僅為運送商品者，不適用之。」

參考文獻

譚令蒂（1991），〈訊息性廣告與仿冒〉，《經濟論文》第 19 卷第 2 期，第 217-231 頁；黃榮堅（1992），〈濫用商標行爲之刑事責任〉，《台大法學叢論》，第 22 卷第 1 期，頁 51 以下；范建得（1992），〈論公平交易法對矇混行爲及商標濫權之管

制--商品標識使用人之得與失〉，《公平交易季刊》，創刊號，第 75-100 頁； Heath, Christoph（1993），〈著名商標的保護與商標仿冒的防止〉，《競爭政策通訊》第 3 卷 2 期，第 29-37 頁；張澤平（1993），〈公平交易法第二十條之研究〉，《經社法制論叢》，第 12 期，第 309-329 頁；吳翠鳳（1993），〈公平交易法有關仿冒之規範及案例〉，《公平交易季刊》，第 1 卷 2 期，第 113-120 頁；張瑜鳳（1993），〈公平交易法關於仿冒行爲制裁之研究〉，《國立台灣大學法律學研究所碩士論文》；蕭燕新譯（1993），〈加拿大商標法--本法爲有關商標及不公平競爭之法案〉，《工業財產權與標準》第 8 卷，第 18-39 頁；薛銘鴻（1993），〈從不正競爭觀點論我國公平交易法對不當表示之規制─以表示人之民事責任爲中心〉，《輔仁大學法律學研究所碩士論文》；廖義男（1994），〈公平交易法關於違反禁止行爲之處罰規定〉，《公平交易法之理論與實務》；張瑜鳳（1994），〈仿冒商標行爲之刑事制裁爭議問題--以公平交易法與商標法之規定爲例〉，《公平交易季刊》，第 2 卷 4 期，第 81-108 頁；謝銘洋（1994），〈從對商品或服務「表徵」之保護談商標法與公平交易法之關係〉，《智慧財產》第 10 期，第 35-38 頁；廖義男（1995），〈公平交易法之理論與立法〉；張瑜鳳（1995），〈仿冒行爲之案例研究〉，《三民出版社》；公平交易委員會（1996），〈未經註冊外國著名商標認定原則之研究〉；公平交易委員會（1996），〈公平交易法與消費者保護法相關問題之研究〉；公平交易委員會（1996），〈GATT烏拉圭回合談判TRIPS協議有關不公平競爭之規範暨我國公平交易法如何因應之研究〉；張澤平（1996），〈具實用或技術機能之表徵〉，《工業財產權與標準》，第 35 期，第 73-80 頁；張澤平（1996），〈公平交易法第二十條第二項之除外保護規定〉，《工業財產權與標準》，第 34 期，第 43-53 頁；謝銘洋（1996），〈從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護〉，《國立台灣大學論叢》第 25 卷 3 期，第 247-318 頁；趙晉枚（1997），〈美國對於著名標章保護的概述〉，《華岡法粹》第 25 期，第 93-109 頁；李美惠（1997），〈商品表徵權取得要件之研究〉，《公平交易季刊》，第 5 卷 3 期，第 57-84 頁；范建得（1999），〈論著名商業表徵之應有保護〉，《智慧財產權》，第 1 期，第 76-94 頁；莊春發（1999），

〈產品生命週期與地域限制的管制〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 29 卷 1 期,第 151-177 頁;行政院公平交易委員會編輯(2000),〈仿冒案例彙集〉;公平交易委員會(2000),〈仿冒未受專利保護之新式樣與不公平競爭規範〉;劉孔中(2000),〈論我國著名標章之保護〉,《月旦法學》第 63 期,第 64-76 頁;薛雅倩(2000),〈立體商標保護之研究〉,《東吳大學法律學系研究所碩士論文》;何之邁、單驥、張懿云、林廷機(2000),仿冒未受保護之新式樣與不公平競爭規範,公平會八十九年度合作研究計畫十;公平交易委員會(2001),〈仿冒商品(服務)外觀案件於公平交易法第二十條、第二十四條適用之研究〉;公平交易委員會(2001),〈公司名稱及著名商標之使用與公平交易法第二十條保護的「表徵」之關係〉;黃銘傑(2001),〈商號之登記、使用與著名標章之保護--商號法制、商標法及公平交易法的三不管地帶〉,《中原財經法學》第 6 期,第 67-122 頁;劉孔中、謝杞森(2001),〈仿冒商品(服務)外觀案件於公平交易法第 20 條、第 24 條適用之研究〉,《公平會九十年度合作研究報告五》;謝杞森(2001),〈商品外觀的模仿與不公平競爭--中、日法規之比較〉,《真理財經學報》第 5 卷,第 95-122 頁;劉孔中(2001),〈著名標章保護之個案研究--黑人牙膏與白人牙膏的戰爭〉,《國立臺灣大學法學論叢》第 30 卷 3 期,第 185-234 頁;劉孔中(2001),〈歐美近年與著名標章有關判決之研究〉,《律師雜誌》第 265 期,第 40-63 頁;陳怡珍(2002),〈論公平交易法第二十條對商品或服務表徵之保護〉,《東吳大學法律學系研究所碩士論文》;陳櫻琴(2002),〈使用知名公司名稱之積極攀附行爲在競爭法上之意涵--評全球寶島鐘錶公司案(行政院決定書臺九十訴字第○五九七三九號) 〉,《月旦法學》,第 85 期,第 211-216 頁;陳櫻琴、葉玟妤(2002),〈臺灣大哥大事業公司攀附「知名公司表徵」案--評公平交易委員會公處字 091052 號案〉,《法令月刊》第 53 卷 8 期,第 3-10 頁;劉孔中(2002),《著名標章及相關表徵保護之研究》;黃俊英、耿筠(2002),〈美國法院對於商業包裝之第二層含意要求之見解與重要判例分析〉,《智慧財產權》第 44 期,第 31-53 頁;賴源河編審(2002),《公平交易法新論》;林國全、馮震宇(2003),〈公平交易

法對公司名稱規範與保護及範圍〉，《公平會九十二年合作研究報告六》；劉孔中（2003），〈公平交易法對營業標誌保護之研究〉，《公平交易季刊》第 11 卷 2 期，第 1-39 頁；黃銘傑（2004），〈公平交易法第 20 條第 1、2 項「表徵」之意義及其與新式樣專利保護之關係（上）（下）〉，《萬國法律》，第 134 期，第 135 期。

第二十條　仿冒表徵或外國著名商標

壹、法制比較

一、美國

二、日本

三、德國

四、歐洲聯盟

貳、立法沿革與規範目的

一、立法沿革

二、規範目的

參、構成要件分析

一、商品表徵之仿冒

二、營業或服務表徵之仿冒

三、未經註冊外國著名商標之仿冒

四、除外規定

五、附加適當表徵

肆、法律適用

一、與公平法第 21 條之關係

二、與第 24 條之關係

三、與商標法之關係

四、與專利法之關係

五、公司法與商業登記法

六、與民法之關係

七、刑法第 253 條

壹、法制比較

一、美國[111]

（一）相關條文

1 關於事業「識別」（identification）之保護，除了廣泛規範不公平競爭的聯邦貿易委員會法第 5 條（unfair methods of competition）、惠勒-李修正案（unfair or deceptive acts or practices in commerce）及聯邦的商標法（Lanham Act section 43a/Any person who shall ... use in connection with any goods or services ... a false designation of origin, or any false description or representation, including words or other symbols tending falsely to describe or represent the same, and shall cause goods or services to enter into commerce . . . shall be liable to a civil action by any person doing business in the locality falsely indicated ... or by any person who believes that he is or is likely to be damaged by the use of any such false description or representation），得對此不公平競爭屬性之行爲加以規範外，習慣法上之商業侵權類型，以及各州商標法（可參照模範法典- Model State Trademark Act ）、各州欺罔交易行爲法（多參考 Uniform Deceptive Trade Practices Act 制訂）、各州之不公平交易行爲與消費者保護法（多參考聯邦交易委員會所頒之 Unfair Trade Plactices and Consumer Protection 制訂，或稱爲「州公平法」）亦爲規範依據。

（二）規範原則與制度架構

2 源自於古老英國法，對於事業「識別」（identification）之保護，目的有二，其一爲避免事業努力投入資源，所建立用以彰顯商譽（good will）的識別，遭到混淆(confuse)稀釋（dilution）；其二則是避免消費者遭欺罔（deceptively use）

111 美國法制部分由范建得撰寫。

而陷於錯誤[112]。

惟不成文法之發展及成文法對於商標之保護結果，則已進一步將對於商品、服務等商業識別之保護，約略區分「商標/商號名稱」（trade mark/trade name）侵害以及「以商標/商號名稱以外之其他識別方法」混淆（包括來源（origion）表示之保護，以及來源以外之表示混淆（representation），一般則以矇混（palming off 或 passing off 概稱）二類，前者可能涉及商標法之保護，後者則是完全依參照「不公平交易行爲」之規範處理類，常見之行爲態樣諸如包裝、產品外觀、甚至廣告標語之模仿等。

（三）實務見解與學說主流

3 不論依習慣法或聯邦商標法，原告均必須舉證有同一或混淆之情事（See 3 Restatement Torts:''identical with or confusingly similar with'', Lanham Act Section32:''likely to cause confusion,mistake or to deceive''）：

（1） 關於「被混淆」之對象，除應考量該交易情境下之一般買受人（ordinary purchaser）外(例如買飲料與買名車之情境不同，一般買受人之注意程度亦將不同；專業領域交易之專業人士，與「一般人」亦不同)，法院甚至曾以出賣人本身於交易過程中是否也亦混淆爲斷[113]。

（2） 至於何種程度構成混淆，法院曾以主觀標準推定，即行爲人如係故意（intentional）爲之，即得推定有混淆情事。但何謂客觀之混淆，其判斷則不僅就字、形本身觀察（sight），並及於發音(sound)[114]及意義(meaning)[115]。

此外，部分州的商標法，另參考或採用模範商標法典（Model State Trademark Act）第 12 條之立法，對於尚未構成商品、服務來源混淆，但已經可能導致經註

---

[112] See e.g., Blanch v. Hill, 1742。

[113] See e.g.,American Cyanamid Co v. United States Rubber Co.,1996。

[114] See e.g.,Esso, Inc v.Standard Oil Co.,1938, Brown-Forman Distillery Co v. Arthur M. Bloch Liqor Import Inc.,1938。

[115] See e.g.,Hancock v. American Steel & Wire Co,1953。

冊之商標或習慣法所承認之商標、商號造成識別效力減弱（dilution）或傷及聲譽（reputation）之使用，給與禁制令之救濟。不過，當此類規範用於廣告爭議，而被告以不混淆原告識別之方式，爲相關標語之呈現，且不涉及商譽之毀損時，法院則認有違憲（言論自由）之虞[116]。

二、日本[117]

4 日本法相當於我國公平法第 20 條之規範者，乃是其不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款及第 2 款所規定之不正當競爭行爲。

第 1 款：「使用相同或類似於廣爲需求者所認識之他人商品或營業標示（指與事業之業務有關之姓名、商號、商標、標章、商品容器或包裝或其他表示他人商品或營業之標示者），或轉讓、交付、爲轉讓、交付而展示、輸出、輸入、利用電子通訊線路提供使用該等商品或營業標示，致與他人商品或營業發生混淆之行爲。」

第 2 款：「將相同或類似於他人著名標示作爲自己之商品或服務標示而加以使用，或轉讓、交付、爲轉讓、交付而展示、輸出、輸入、利用電子通訊線路提供使用該等商品或營業標示之行爲。」

在有關第 1 款之實務運作中，所謂「廣爲需求者所認識」，並不以系爭標示必須達到全國著名爲前提，甚至亦不以在相當廣大的區域著名爲前提，只要在一定的地理區域中爲相關事業或一般消費者所認識的話，亦可認定屬滿足此一要件。對於本款之違反，並以產生「致與他人商品或營業發生混淆」之結果爲要件。再者，本款規定所欲規範之混淆，不以將廣爲需求者所認識的標示使用於同類的商品或服務之狹義的混淆爲限，縱使是使用在不同類的商品或服務上，只要有可能導致需求者誤認其係他人之關係企業或受他人授權者，亦屬本款所稱之不正當競爭行爲，亦即廣義的混淆行爲，亦屬本款規範之對象。相對於此，第 2 款規定之「著名標示」乃以全國著名爲要件，其保護亦不以是否產

---

[116] Hyatt Corporation v. Hyatt Legal Services,1985。

[117] 日本法制部分由黃銘傑撰寫。

生「致與他人商品或營業發生混淆」之結果爲前提，只要是有使用他人著名標示等行爲，即構成本款之不正當競爭行爲。由此可知，第 2 款規定所規範者，接近於一般所認知之防止著名標章稀釋或污染的保護。

5 與我國公平法第 20 條第 2 項規定相同，日本不正競爭防止法對於有關廣爲需求者所認識之標示的使用，亦有類似的除外規定，從而對導致與他人商品、營業發生混淆之行爲，若其係有關商品或營業的普通名稱或慣用名稱的合理使用（不正競爭防止法第 12 條第 1 項第 1 款），或是無不當目的而使用自己之姓名（不正競爭防止法第 12 條第 1 項第 2 款），或早於他人商品或營業標示廣爲需求者所認識前即已使用該當標示者（不正競爭防止法第 12 條第 1 項第 3 款），則不屬於該法第 2 條第 1 項第 1 款的不正當競爭行爲之列，惟對於後二者之自己姓名的善意使用或先使用行爲之除外，商品或營業標示所有人得要求其附加得防止混淆之標示。此等除外規定意旨，與我國公平法第 20 條第 2 項規範同。

三、德國[118]

6 在德國不正競爭防止法與我國公平法第 20 條相當之規範，原本爲 1994 年以前之不正競爭防止法第 16 條有關營業標識保護之規定，惟該規定已於 1994 年修法時被刪除。有關營業標識之保護則納入商標法（Markengesetz）加以規範。

德國有關營業標識（Geschäftliche Bezeichnungen）之保護從不正競爭防止法中被刪除，其原因在於 1994 年德國大幅修改商標法時，決定將營業標識之保護由不正競爭防止法改納入商標法加以規範。是以以下謹就德國商標法之規範加以說明。

7 德國商標法所保護之客體相當廣，可以分成三類：第一類是「商標」，其中包括註冊商標、表徵與巴黎公約眾所周知之著名商標，第二類是「營業標識」，第三類是「來源地之標識」。其中「營業標識」包括「事業之標識」（Unternehmenskennzeichen）與「著作物之標題」（Werktitel）（商標法第 5 條第 1 項）。事業之標識，係指在營業交易中所使用之名稱、商號，以及營業或

[118] 德國法制部份由謝銘洋、李素華撰寫。

事業之特別標識；而營業之特別標識則包括在相關交易範圍內，被視爲營業標識之營業標記或其他用以區別該營業與其他營業之特定標識（商標法第 5 條第 2 項）。因此其所保護之範圍相當廣，甚至事業特殊之裝潢或員工之服裝，均有可能成爲保護之客體。

營業標識從原來不正競爭防止法之規範改而被納入商標法保護，其重要意義在於權利化，亦即營業標識所有人可以享有如同商標權一樣之排他性權利（商標法第 15 條第 1 項），可以禁止他人以會引起混淆之方式使用相同或近似之標識（商標法第 15 條第 2 項），甚至如果是著名之營業標識可以享有更大之保護，亦即可亦禁止他人爲不當之使用或有減損其區別力或評價之行爲（商標法第 15 條第 3 項）。他人違反上述規定者，營業標識所有人可以請求不作爲，並請求損害賠償（商標法第 15 條第 4、5 項）。

營業標識中之事業標識，包括在營業交易中所使用之（1）名稱、商號，以及（2）營業或事業之特別標識；而營業之特別標識則包括在相關交易範圍內，被視爲營業標識之營業標記或其他用以區別該營業與其他營業之特定標識（商標法第 5 條第 2 項）。是以營業上之特別標識必須具有區別力（Unterscheidungskraft）始能受到保護，通常是幻想性文字比較容易具有區別力，而日常用語或物品之種類概念，則比較不容易具有區別力 [119]。如果一營業標識不具有區別力，則必須在交易上被認識爲一營業標識（Verkehrsgeltung），始能受到保護，其雖然不需要具備非常高的知名度，然而依實務見解，其在相關領域範圍內仍然必須具有達到 25%的知名度 [120]。

四、歐洲聯盟 [121]

8 歐洲聯盟並未就仿冒表徵或國外著名商標訂定規範，而由各會員國訂定相關規範或習慣法處理。

---

[119] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §18.V.。

[120] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §18.V.。

[121] 歐洲聯盟法制部分由吳秀明撰寫。

貳、立法沿革與規範目的

一、立法沿革

9 商業仿冒行爲在實務上甚爲常見，除了可能適用智慧財產權法加以規範外，亦有從不公平競爭法加以規範者，蓋仿冒行爲除侵害他人權利外，亦可能使消費者產生混淆，而危害自由市場的正常競爭秩序。就仿冒的客體及標的而言，除了傳統法領域的智慧財產權（專利、商標及著作權）外，即便是公司名稱、商號、服務標識、表徵及國外著名商標等營業上的識別標誌，亦與產業秩序維持與確立有密切關連，蓋此種營業活動上的識別標誌，具有創造龐大財產價值之特性，行爲人經由模仿或盜用可獲得產業活動上的不法利益（楊富強 / 賴源河，2002，325）。因此，不屬既有智慧財產權法保護之表徵或營業活動識別標誌，其被仿冒或盜用者，仍可能爲公平競爭法之概念所涵蓋。

10 1982 年 4 月廖義男教授接受經濟部委託所草擬之公平交易法草案，雖未有獨立的法條規範仿冒表徵或或營業活動識別標誌行爲，但該等不正當的營業競爭行爲，仍可適用草案第 38 條（禁止背於善良風俗之營業競爭行爲）及第 39 條第 3 款（以足以引起混淆之模仿不當榨取他人努力成果）規範之。草案第 38 條（背於善良風俗之營業競爭行爲之禁止）規定：企業不得爲競爭之目的，而於營業交易中從事有背於善良風俗之行爲。第 39 條（背於善良風俗之營業競爭行爲）第 3 款規定：營業競爭行爲，有下列情事之一者，即違背善良風俗：…. 三、不當榨取他人努力之成果，以足以引起混淆之模仿、依附他人之廣告、惡意延攬他人之員工或竊取他人營業秘密等方法，擴展自己之營業者。

至於經濟部研擬之公平交易法草案第 19 條，已增定獨立條文禁止表徵或國外著名商標之仿冒行爲，該條文在規範內容及架構上，已與現行條文相近 [122]。

---

[122] 經濟部研擬之公平交易法第 19 條條文：「企業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列仿冒他人標記之行爲：一、以國內所共知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝或其他表示他人商品之標記，爲相同或類似之使用，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項標記之商品者。二、以國內所共知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之標記，爲相同或類似之使用，致與他

草案第 19 條第 1 項第 3 款乃關於外國著名商標仿冒之規定，廖義男教授認爲應予以刪除：「事實上有關未經註冊外國著名商標之保護，現行商標法（按係指 1989 年 5 月 26 日修正公布）第六十二條之一、及之二、之三已有規定。且其規定較爲嚴謹，須行爲人有『欺騙他人之意圖』或『明知』而加以販賣、輸出或輸入，並且以『互惠主義』爲條件，須該商標所屬國家對於我國註冊之商標予以相同之保護，始對該仿冒行爲加以處罰。因此，如又在本法做不同構成要件之規定，將來即會發生適用上爭議，故應刪除」（廖義男，1995，頁 216）。

行政院於 1986 年 5 月函送立法院審議之公平交易法草案，仍以獨立條文規範表徵及外國著名商標仿冒行爲，僅就經濟部研擬之條文爲文字調整，並將條次移列爲第 20 條。立法院審議本條時，僅調整部份文字[123]，隨即通過行政院草案條文。行政院揭示本條之立法緣由，係考量商業仿冒行爲在我國層出不窮，欲徹底杜絕仿冒行爲，除在傳統的刑法、商標法中對於侵害商標專用權予以禁止、處罰外，在公平法中尤宜對其他仿冒行爲加以規範，以與刑法、商標法共同構成查禁仿冒之整體系（立法院公報，第 77 卷，第 13 期，頁 6）。是以乃仿照日、韓立法例，於公平法明定，事業不得仿冒他人商品或服務之表徵、不得仿冒國外著名商標行爲。按姓名、商號或公司名稱屬「標識」之一種，商品容器、包裝、外觀非屬「標識」或「商標」，遂以「表徵」二字爲包括標識、商

人營業或服務之設施或活動混淆者。三、於同一商品或同類商品使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項商標之商品者。前項規定於左列各款行爲不適用之：一、以普通使用方法，使用商品本身習慣上所通用之名稱，或交易上同類商品慣用之標記；或販賣、運送、輸出或輸入使用該名稱或標記之商品者。二、以普通使用方法，使用交易上同種營業或服務慣用名稱或其他標記者。三、善意使用自己姓名之行爲；或販賣、運送、輸出或輸入使用該姓名之商品者。四、對於前項第一款或第二款所列之標記，在國內未爲人所共知前，善意爲相同或類似使用，或其標記之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼受而使用；或販賣、運送、輸出或輸入使用該標記之商品者。企業因他人爲前項第三款及第四款之行爲，致其營業有受損害之虞者，得爲防止商品、營業設施或活動之混淆，請求行爲人附加適當標記。但對僅爲販賣、運送、輸出或輸入商品者，不適用之。」

[123] 亦即在第 1 項第 1 款增加「致與他人商品混淆」；第 3 項將「事業因他人事業爲前項第三款『及』第四款之行爲」之「及」改爲「或」。

標或其他表示商品特徵之泛稱。

11 在公平法草案提送立法院審議時，立法委員張平沼認爲：「第 1 項第 3 款之規定只限於國外商標，顯有特別保護外國商標，應該將「國外」二字刪除，以示國內外商標一視同仁」（立法院公報，第 77 卷，第 35 期，頁 167）。另外，立法委員周文勇認爲：「現行商標法未修正前，其所採行的制度是「『註冊保護制度』，而本條卻刻意違反此種保護制度，以致與商標法矛盾，對於未在我註冊的外國商標，擴大納爲保護對象，而造成法律體的混亂」（立法院公報，第 77 卷，第 35 期，頁 168）。

對於前揭意見，與會的行政院代表表示，商標法第 62 條之 1 雖訂有仿冒未經註冊外國著名商標處罰之規定，惟我國現行商標法係採註冊保護制度（參見商標法第 2 條、第 21 條、第 34 條），仿冒未經註冊之外國著名商標之處罰，不宜於商標法中予以規範。而仿冒外國著名商標之行爲，係屬不公平競爭之一種，故予本法中規定，本法通過後，商標法第 62 條之 1 當予刪除。復查仿冒外國著名商標之行爲，係不道德行爲，具有可責性，影響我國對外信譽頗巨，具有仿冒行爲即應予處罰，因此「外國」兩字仍有存在之必要（立法院公報，第 77 卷，第 35 期，頁 167）。行政院說明爲審議委員會所接受，因而維持「外國著名商標」之規定。按 1989 年 5 月 26 日修正公布之商標法第 62 條之 1 規定：「意圖欺騙他人，於同一商品或同類商品使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。前項處罰，以該商標所屬之國家，依其法律或與中華民國訂有條約或協定，對在中華民國註冊之商標予以相同之保護者爲限。其由團體或機構互訂保護商標之協議，經經濟部核准者亦同」。該規定於 1993 年 12 月 22 日修正公布之商標法中已經被廢除。至於仿冒外國著名商標之處罰行爲，則是於民國 72 年 1 月 26 日修正公布之商標法中所規定。

12 之後公平法三次修法過程中，本條並未有太大變動，僅於 1999 年 2 月第一次修正時，立法委員陳傑儒提案：應明確表示本法第 20 條係在維護產業競爭利

益與消費者福祉，排除原有條文所規定「共知」在邏輯上的不適當性，亦即提案修正條文爲：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行爲：『以相關事業或一般消費者所普遍認知之他人姓名、….』」。經審查會議審議後，接受陳委員提案，但刪除第一項第一款及第二款中「一般消費者」之「一般」兩字。亦即將原有條文之「以相關大眾所共知之他人姓名、…」改爲「以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、…」（立法院公報，第 88 卷，第 6 期，頁 876-880）。

二、規範目的

（一）標識之作用

13 表彰商品或服務之標識，不僅是事業於市場提供商品或服務時用以與他人所提供之商品或服務相區隔，而且往往也是消費者於選購商品或服務時，作爲辨識其所需要之商品或服務之重要憑藉。可以用來作爲表彰商品或服務之標識相當多，商標固然是其中最重要、最普遍者，藉由商標之註冊與使用，事業不僅取得專用該商標之權利，而且經由使用，商標也成爲消費者所認識之對象。除商標之外，可以作爲商品或服務標識者相當多，例如：公司名稱、商品之包裝、容器、外觀及營業標識。

就企業者而言，使用足以表彰商品或服務來源之標識，同時配合商品或服務之品質，可以塑造企業之經營形象，並累積商譽而獲得經濟利益；就消費者而言，不同標識所代表之產品品質與特性並不相同，經由對於商品或服務標識之辨認，得以區別各種不同之商品或服務，購得所欲購買之商品或服務，而不會發生錯誤。是以商品或服務來源標識之使用不僅涉及事業之競爭利益，並與消費者之利益息息相關。如果他人可以任意使用別人商品或服務之標識，不僅破壞該標識表彰商品或服務來源之功能，也破壞該標識之區別功能，不僅影響原來使用人應有之經濟利益與商譽，而且消費大眾會因受到混淆，而選購錯誤之商品或服務，甚至受到損害。爲保障事業之利益，並確保消費者之利益，同時維護正當之競爭秩序，有必要對於表彰商品或服務來源之標識予以保護。我

國相關的保護規定，除商標法外，最重要者即爲公平交易法。

（二）公平法對表徵之保護

14 公平法第 20 條第 1 項第 1 款是對「商品」之標識所爲之規定，亦即事業就其營業所提供之商品，不得以相關事業或消費者普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，爲相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品。按公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款之立法目的，係針對目前嚴重之商業仿冒行爲，就現行法所未能規範者而有礙公平競爭之行爲，予以禁止之規定。上開規定既係補充現行法所未能規範者，則其商品之表徵，自與是否申請商標註冊或能否申請商標註冊無關。

第 20 條第 1 項第 2 款則是對「營業、服務」之標識所爲之規定，亦即事業就其營業所提供之服務，不得以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，爲相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆。

又仿冒外國著名商標之行爲，係不道德行爲，具有可責性，影響我國對外信譽頗巨，具有仿冒行爲者即應予處罰。因而公平法第 20 條第 1 項第 3 款規定，事業不得仿冒未經註冊之外國著名商標，亦不得販賣、運送、輸出或輸入使用該商標之商品。

表徵或國外著名商標在不正競爭法上，固係保護權利人之商業信譽（Good Will），惟就另方面觀之，此種表徵之保護若過度擴張，亦難免使諸多表徵不能自由使用，將使市場上服務或商品表徵之成本大幅提高、有礙市場競爭正常資源之使用，對活潑市場競爭亦有阻礙（楊富強 / 賴源河，2002，327），因而公平法第 20 條第 2 項乃有除外條款之規定。亦即對於他人商品或服務表徵或國外著名商標，若係以普通使用方法使用商品習慣上通用名稱或交易上慣用表徵、名稱、及善意使用姓名、表徵等，認無仿冒之惡意者，應不適用本條第 1 項之禁止規定。惟事業爲免其營業遭受損害，得對於善意使用姓名、表徵者，請求

附加適當表徵，惟此項請求不得對僅負運送之責者爲之，因而有但書之設（公平法第 20 條第 3 項）。

另外，在我國實務上，第 24 條概括禁止事業有足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲，對於商品或服務表徵及國外著名商標之保護，亦有重要之意義。

參、構成要件分析

一、商品表徵之仿冒

(一) 商品

15 關於商品之概念及定義，參照：第 2 條編碼 42。

(二) 必須爲相關事業或消費者所普遍認知

16 表徵受到公平交易法保護之另一要件，必須是該表徵具有相當的知名度，亦即應爲「相關事業或消費者所普遍認知」。在 1999 年 2 月公平法修正前，公平會第 20 條處理原則第 2 點規定「相關大眾」，係指與該商品或服務有可能發生銷售、購買等交易關係之人，而「相關大眾所共知」，依現行第 20 條處理原則第 3 點，則指具有相當知名度，爲相關大眾多數所周知，其實質內容與修正後的「相關事業或消費者所普遍認知」，應無不同。基本上現行法所使用之「普遍認知」一詞，在文義上的確較舊法之「共知」明確。所謂「相關事業或消費者」，依公平會第 20 條處理原則第 2 點，係指與該產品或服務有可能發生銷售、購買等交易關係者而言，亦即具有上下游之垂直產銷關係，例如：日常用品，其交易對象爲一般消費大眾。但商品或服務如具專業性或特定性，有其特定之消費群者，應係指該等事業群（商界或商圈）。例如被處分人爲一專業投資移民諮詢顧問公司，其所引介有意願投資移民之交易者或潛在交易者，皆爲社會中較有經濟基礎之特定階層，則此一特定階層即爲「相關大眾」（87 公處字第 107 號）。

17 然而應到何等程度始能稱之爲「普遍認知」？其與著名商標或標章之「著

名」是否相同？有認爲「著名」係需要達到「聲名遠播」或「著有聲譽」程度，具有廣泛而高程度的知名度，判斷依據上不以特定商品或服務之範圍爲限，反之，「相關大眾所普遍認知」只要該交易圈之人知悉即可；公平法第 20 條第 1 項第 1 款關於表徵仿冒之禁止，毋須與「著名」商標或「著名」標章同視，不須達到「聲名遠播」或「著有盛譽」程度，否則不足以保障競爭秩序（廖義男，1994 年，頁 68；張澤平，1992 年，頁 94；黃銘傑，2001，頁 73）。惟亦有學者主張（劉孔中，2003 年，頁 223），表徵仿冒行爲本屬私權爭議，當事人本應尋求商標法或民法規定救濟。若欲使公平會介入本屬單純私權糾紛時，應較嚴格的門檻；再者，考量公平法第 32 條有最高三倍損害賠償請求之規定。因此，適用公平法之構成要件應與商標法或一般民事侵權行爲有所區別，對於「相關事業或消費者所普遍認知」採取較高的認定標準，亦即應達到「具極高知名度，爲絕大多數相關事業或消費者所知悉」。

本文認爲，既稱「普遍認知」，則該表徵在相關事業消費者間，必然已經達到廣爲人知的程度，亦即其知名度應相當高，事實上與「著名」已經無所區分。再者，從公平法及公平會第 20 條處理原則文字本身，亦就「相關事業或消費者所普遍認知」與「著名」二名詞互相流用，諸如公平法第 20 條第 1 項係使用「相關事業或消費者所普遍認知」一詞，但公平會第 20 條處理原則第 16 點（一）款之規定又爲「襲用他人『著名』之商品或服務表徵」（何之邁、單驥、張懿云、林廷機，2000 年，頁 123-124）。最後，參酌經濟部智慧局所頒布之「著名商標或標章認定要點」第 2 點規定：「本法所稱著名商標或標章，指有客觀證據足以認定已廣爲相關事業或消費者所普遍認知者」，前揭文字對於「著名」商標或標章之認定標準，幾與本條規定相同（何之邁、單驥、張懿云、林廷機，2000 年，頁 122-123）。因此，現行公平法第 20 條可以更明確地被認爲，其乃對於著名標章與表徵之保護；亦即必需達到較高標準的「著名」程度，始有公平法第 20 條之適用。

至於普遍認知之區域，是否必須達到全國之程度，或者是只要爲某一區域

內之人所普遍認知即可，公平會並未曾表示過意見。嚴格言之，雖然只在某一區域內達到普遍認知之程度，然而他人之使用有致混淆之情事，基於消費者之保護與競爭秩序之維護，仍有必要加以禁止。

18 於認定是否達到「普遍認知」時，依公平會第 20 條處理原則第 10 點[124]，應考量：

（一）以該表徵爲訴求之廣告量是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。

（二）具有該表徵之商品或服務於市場之行銷時間是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。

（三）具有該表徵之商品或服務於市場之銷售量是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。

（四）具有該表徵之商品或服務於市場之占有率是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。

（五）具有該表徵之商品或服務是否經媒體廣泛報導足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。

（六）具有該表徵之商品或服務之品質及口碑。

（七）當事人就該表徵之商品或服務提供具有科學性、公正性及客觀性之市場調查表資料。

（八）相關主管機關之見解。

在判斷之程序上，依第 20 條處理原則第 13 點，應由公平會之委員會議認定之，如有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，甚至以問卷之方式，徵詢各界之意見以供參考。

相關事業或消費者在見到商品之表徵時，有相當人數之人會將其與特定商

---

[124] 表徵是否爲相關事業或消費者所普遍認知，其判斷除了適用公平會第 20 條處理原則第 10 點規定之標準外，另參照經濟部智慧局所頒定之「著名商標或標章認定要點」第 5 點。89 智商 980 字第 98500052 號公告；2004 年 4 月 28 日經濟部授智字第 0932003036-0 號令修正公布（2004 年 5 月 1 日施行）。

品主體產生聯想即足，不以相關事業或消費者確知該商品主體之真實名稱爲必要，否則其要件過於嚴苛（楊富強 / 賴源河，2002，330）。

另外，依據公平會第 20 條處理原則第 19 點規定，表徵是否爲「相關事業或消費者所普遍認知」，必須由檢舉人提供相關資料或證據；未提供者，應於公平會以書面通知限期內提供，逾期仍未提供者，視爲檢舉無具體內容。此種情形，如果檢舉人是事業，通常較有能力提供相關資料或證據，但如果檢舉人是消費者，要求其提供，恐失之過嚴。因此如果對於某一仿冒事件，有許多消費者一再提出檢舉，則該被仿冒之表徵是否符合「相關事業或消費者所普遍認知」，宜由公平會主動進行調查。

19 表徵若未達到「相關事業或消費者所普遍認知」程度，則不屬本條保護之範圍，然而並不排除其依第 24 條受保護之可能性。公平會所處理過的案件中，被認定爲「相關大眾所共知」者、「相關事業或消費者所普遍認知」者相當多，例如「腦筋急轉彎」（81 公處字第 007 號處分），「中華賓士」（84 公處字第 029 號處分）、「山葉、光陽、三陽機油」（84 公處字第 038 號處分、行政法院 86 判 2895）、「企鵝商標」（85 公處字第 044 號處分）、「老虎牙子」（86 公處字第 171 號處分）、「Beck 啤酒」（86 公處字第 176 號處分）、「伯朗咖啡」（90 公處字第 194 號處分）、「蠻牛及圖」（90 公處字第 102 號處分）、「CARTIER」（90 公處字第 111 號）等。

另外，實務上認爲如依調查所得之結果，已足肯認其並無混淆之虞，則無須就其市場知名度及占有率等項另爲調查及認定是否爲相關事業或消費者所普遍認知（最高行政法院 89 判 2769）。

(三) 表徵

1.概說

20 公平法本身並未就表徵之概念加以定義，但從第 20 條之例示規定仍可得知此稱之表徵是一上位概念，其涵蓋之範圍相當廣，包含姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀，以及其他顯示他人商品或服務之表徵，均屬此

所稱表徵之範圍。依公平員會所發佈之「處理公平交易法第 20 條原則」第 4 點，公平法第 20 條所稱之「表徵」，係指「某項具識別力或次要意義之特徵，其得以表彰商品或服務來源，使相關事業或消費者用以區別不同之商品或服務」，亦即必需具備識別力或次要意義。

由此觀之，公平法上表徵之概念範圍相當廣，凡是具有「識別力」或「次要意義」而能用以表彰商品或服務來源之標識均屬之，至於該標識之存在形態是屬於平面或立體、該標識是否業經登記取得權利保護，均非所問，其範圍顯然較商標之概念廣（表徵與商標之區別詳見下述）。依公平會之處理原則第 8 點，表徵包含：（1）姓名、（2）商號或公司名稱、（3）商標、（4）標章、（5）經特殊設計，具識別力之商品容器、包裝、外觀、（6）原不具識別力之商品容器、包裝、外觀，因長期間繼續使用，取得次要意義者。

21 除表徵本身之概念外，公平法第 20 條所保護之表徵，尚須具有一定程度之知名度，亦即達到「相關事業或消費者所普遍認知」程度，若未能達此程度，則不屬該條保護之範圍，然而並不排除其依第 24 條受保護之可能性。另外，有學者認爲公平法所保護的表徵，應具有實際的市場經濟實力，本質上具有個別排他的經濟利益，始有受公平法保護之經濟價值（楊富強 / 賴源河，2002，330-331；張瑜鳳，1995，7-8）。雖然達到「相關事業或消費者所普遍認知」程度之標識可能具有市場經濟實力，然而在現行法規範下，似乎無法以市場經濟實力之有無，作爲判斷是否受保護之標準。

關於判斷表徵之考量因素，公平會第 20 條處理原則第 7 點有進一步規定，亦即：（a）文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式特別顯著，足以使相關事業或消費者據以認識其爲表彰商品或服務之標誌，並藉以與他人之商品或服務相辨別。（b）文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式本身未特別顯著，然因相當時間之使用，足使相關事業或消費者認知並將之與商品或服務來源產生聯想。

(1) 識別力

22 參酌公平法第 20 條處理原則第 4 點及 90 公處字第 102 號（蠻牛案），所謂識別力，係指某項特徵特別顯著，使相關事業或消費者見諸該特徵，即得認知其表彰商品爲某特定事業所產製。反之，如果欠缺表彰商品或服務來源之功能者，依處理原則第 9 點之規定，就無法成爲公平交易法上之表徵而受保護，例如：（a）商品慣用之形狀、容器、包裝，（b）商品普通之說明文字、內容或顏色，（c）具實用或技術機能之功能性形狀，（d）商品之內部構造，（e）營業或服務之慣用名稱。

實務上比較常發生被認定爲欠缺識別力的案例，多爲商品慣用之形狀、容器、包裝等情形，例如皮包之皮面紋飾、皮包扣環及皮包外型（「達克金典系列皮包案」87 公訴決字第 069 號訴願決定、行政法院 88 判 3098）、打火機之平行六面體外型（85 公訴決字第 121 號訴願決定「都彭打火機案」）、宗教文物之酥油燈蓮花座形容器（86 訴字第 34695 號再訴願決定「八國酥油燈蓮花座形容器案」）、茶盤上之花草圖樣（82 公訴字第 50456 號訴願決定「雅美茶盤案」）、蠔式型手錶之外觀等（最高行政法院 92 判 1649）等，都被認爲屬於慣用之形狀或容器而無法成爲表徵受保護。此外，具有實用性，也會被認爲不具有表彰來源之功能、例如公平會就認爲飲料玻璃瓶採用深褐色，係爲避免維他命遭陽光照射而被破壞，具有實用性，不具有表彰商品來源之功能（90 公處字第 102 號「蠻牛案」），另外，運動鞋鞋頭及鞋頂面縫製技術（83 公處字第 049 號處分）、開關端子排列及底座造型（84 公訴決字第 014 號訴願決定）亦均非表徵。

23 商標法中對於識別力亦有規定[125]，值得參考。現行商標法第 5 條第 2 項規定：「前項商標，應足以使商品或服務之相關消費者認識其爲表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別」，其所強調者爲消費者認識其

[125] 參照經濟部智慧局所頒定之「商標識別性審查要點」，90 智商字第 0905000076-0 號公告；2004 年 4 月 28 日智字第 0932003036-0 號令修正發布，2004 年 5 月 1 日施行。

爲一標識，且具有區別力。而公平會前揭處理原則則似乎較爲強調標識本體之特別顯著性，以及表彰商品或服務之來源，兩者略有不同。實則近年來在事業多角化經營之情形下，標識之表彰來源功能已經逐漸被弱化，反而標識之區別力與消費者之認識日漸重要，而判斷標識之區別力，亦不以標識本身是否具有特別顯著性爲唯一標準。是以公平會前揭處理原則對於識別力之認定標準，容有檢討之必要[126]。

24 值得注意者，一表徵是否具有識別力，應就該表徵而爲認定，並不能以其他表徵具備識別力就據以推論該表徵亦具備識別力。行政法院即曾認爲公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款規定係就商品之「整體表徵」加以保護，凡客觀上足以引起消費者對其主體或來源混淆之危險，不論商標是否同一，只要就他人商品整體之表徵爲相同或近似之使用，即屬違反該條規定（台北高等行政法院 89 訴 1665），亦即外觀與商標分別加以判斷。然而在「伯朗咖啡」案（90 公處字第 194 號處分）公平會卻認爲伯朗咖啡所刊印之文字圖樣，既經經濟部中央標準局（現爲智慧財產局）於 1983 年間核發商標專用權，該圖樣本身已具備識別力，該圖既已具備識別力，則「伯朗咖啡」之商品容器外觀，就其整體觀察，亦足以構成公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款所稱之表徵，顯然將兩種不同之表徵混爲一談。

(2)次要意義

25 所謂次要意義，依公平法第 20 條處理原則第 4 點及 89 公處字第 122 號（伯朗咖啡 vs. 伊朗咖啡案），指某項原本不具識別力之特徵，因長期繼續使用，使消費者認知並將之與商品或服務來源產生聯想，該特徵因而產生具區別商品或

---

[126] 劉孔中（公平交易法，2003 年，頁 222）亦持相同見解，認爲前揭處理原則規定表徵之識別力必需具備「特別顯著」特性，或有不妥。1993 年以前之商標法對於商標有「特別顯著」之要件規定，惟商標或表徵之最基本功能在於區別，因而只要能區別不同商品或服務即足，不以「特別顯著」爲必要，此亦爲 1993 年 12 月 22 日修正公布之商標法刪除「特別顯著」要件之原因。鑑於本法所保護之著名表徵亦重在區別之基本功能，對於表徵識別力之要求，亦不宜有「特別顯著」之要求。

服務來源之另一意義。次要意義在商標法上亦被明文規定，在 2003 年修法前，係規定於第 5 條第 2 項：「不符前項規定之圖樣，如經申請人使用且在交易上已成爲申請人營業上商品之識別標識者，視爲已符合前項規定」，現行法則規定於第 23 條第 4 項：「有第一項第二款規定之情形或有不符合第五條第二項規定之情形，如經申請人使用且在交易上已成爲申請人商品或服務之識別標識者，不適用之」。

26 如果一原本不具有識別力之標識，經使用而達到使消費者認識並具有識別力，則會受到公平法之保護，例如「Lipton 紅茶」案（最高行政法院 93 判 1158）其以黃色系搭配紅色標章作爲商品表徵，實務上認爲無論其包裝之標章圖案、文字、設色、佈局等，業經原告長期繼續使用，該「黃色系搭配紅標章」之包裝外觀易使相關事業或消費者自其外觀，產生印象辨別商品之來源而取得「次要意義」，即屬公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款所述之表徵。但有時公平會對於業經長期使用而具有識別力之標識，卻適用第 24 條加以處理，例如「兒敏奶粉」案（86 公處字第 072 號處分），檢舉人雖曾於 1985 年因中央標準局以「兒敏」爲說明性文字而遭註冊申請之核駁，然因該公司長期繼續使用該文字於其醫瀉奶粉之上，使得「兒敏」名稱已足以表彰該公司商品之來源，且爲相關大眾所共知之檢舉人醫瀉奶粉之表徵，被處分人主觀上並非以商品性質說明之方式使用「兒敏」一詞，而係基於利用檢舉人商品表徵之意圖，在同類醫瀉奶粉商品之市場上從事競爭，其行爲有減損檢舉人「兒敏」商品表徵之特殊性（unipueness）與個別性（individuality ），並使檢舉人長期努力所建立之相關大眾所共知之「兒敏」表徵產生淡化、稀釋（DILUTION）之效果，構成「足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平之行爲」，違反公平交易法第 24 條之規定。惟此一處分嗣後被行政法院撤銷（最高行政法院 89 判 3830），行政法院認爲法院認爲廠商使用「兒敏」等詞，僅係向消費者說明奶粉配方之內容，廠商向消費者說明奶粉屬無乳糖配方時，總不出「兒敏」、「醫瀉」、「無乳糖」等用語之範疇，故該文字未具創設性，性質上應屬商品說明。

公平法處理原則與商標法對於次要意義之規範，主要均在於強調，原本不具識別力，但經由使用後爲消費者所認識而取得識別力。然而公平會之處理原則強調「長期」繼續使用似無必要，因經由長期之繼續使用固然是取得識別力之方法，然而亦有可能雖未長期使用，但在短期間內經由廣告媒體或網路之強力傳播而取得識別力。

27 此外，處理原則仍然強調該標識之表彰來源功能，反而容易忽略標識本身所具有之識別力。例如在「皮卡丘」案（90 公處字第 045 號處分），公平會認爲著作物角色，必須使大眾能認爲是出自一個單一來源，即表彰該商品由特定事業所出品，始有爲人攀附之可能；倘系爭角色自始即常以各種媒體出現，即不容易被大眾認爲是出自一特定來源，無法表彰該商品由特定事業所出品，即不具備次要意義，無法受到公平交易法第 20 條之保護。在該案公平會以是否能被大眾認爲是出自一特定來源作爲判斷之標準，是否妥當，不無疑問。實則應以該標識是否仍然能和他人所使用之標識有所區別爲判斷標準。標識之識別力並非一成不變，理論上並不排除原先具有識別力之標識，因爲被廣泛使用且權利人未積極行使權利，而使其區別力弱化甚至喪失，例如成爲通用或慣用之名稱。若尚未達到成爲通用名稱之程度，其仍然被大眾認識爲一標識而具備區別力，雖然大眾無法認識其來自某一特定來源，嚴格言之，仍然具備識別力。如果以公平會所持之標準，則恐怕除皮卡丘外，史奴比、凱蒂貓、櫻桃小丸子等，恐都不具有識別力，似乎過於嚴格。其實先前在「LITTLE BOBDOG」案（87 公處字第 94 號），公平會就曾認定「LITTLE BOBDOG」之狗圖造形及名稱於我國應屬公平交易法第 20 條所稱之商品表徵。

28 如果一標識之使用程度尚未達到使消費者認識而具有識別力，則無法受到公平法有關表徵之保護。例如「長墩米」案（90 公處字第 066 號處分），公平會認爲檢舉人之「金墩米」包裝整體，尚難謂已構成公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款所稱之表徵。

2.他人姓名

29 自然人之姓名屬於公平法保護之表徵，固無疑問，此所稱之姓名並不以本名爲限，藝名或筆名亦應包括在內。例如在「林強有氧飲料」一案中，雖然「林強」並非知名藝人之本名（本名爲林志峰），而爲其藝名，然公平會仍然肯認其屬於服務表徵之範圍（83 公處字第 046 號）。又如在實務上亦肯認「伍佰」藝名乃吳俊霖演藝事業之表徵（台北高等行政法院 89 訴 3144）。有關人之姓名，在商標法中領域中，如果具有識別力，固然可以透過註冊取得保護，然而如果未註冊，在商標法中只能受到消極之保護，亦即如果有他人以著名之姓名、藝名、筆名申請商標註冊，而未得其同意者，不得註冊（商標法第 23 條第 1 項第 15 款），然而在公平法中，其仍然構成本條之「表徵」而受保護。

實務上常有翻唱的有聲出版品，由非原演唱者所灌錄，但業者常標示原演唱者的姓名或照片，此種情形除使用他人姓名外，尚且有誤導消費者之嫌。對此，公平會曾函釋：（a）翻唱之有聲出版品不宜標示原演唱者姓名、照片，避免誤導消費者。（b）業者如爲提供消費資訊，致需於翻唱之有聲出版品上標示原演唱者姓名時，宜另以顯著方式爲他人重新翻唱而非原唱者錄唱之表示（公平會公報，5 卷 8 期，頁 89）。

3.商號或公司名稱

30 商號及公司名稱亦屬於公平法第 20 條之表徵，甚至於其他團體名稱，包括社團或財團之名稱，只要具有識別性，且爲相關事業或消費者所普遍認知者，亦應該屬於表徵之範圍。

關於公司名稱，公司法（2001 年 11 月 12 日修正公布）第 18 條規定：「公司名稱，不得與他公司名稱相同，二公司名稱中標明不同業務種類或可資區別之文字者，視爲不相同」，亦即容許不同之公司使用相同之名稱，只要有標明不同業務種類或有可資區別之文字即可；商業登記法第 28 條規定：「商業在同一直轄市或縣（市），不得使用相同或類似他人已登記之商號名稱，經營同類業務。但添設分支機構於他直轄市或縣（市），附記足以表示其爲分支機構之

明確字樣者，不在此限」，亦容許使用相同或類似他人已登記之商號名稱，只要經營不同類之業務即可。由於商業主管機關並不就事業之名稱進行實體審查，因而經常引起紛爭，特別是利用他人知名之公司名稱，登記使用於不同業務之事業。此時他人能否禁止之，由於其他法律並未爲進一步規定，當事人只能向公平會提出檢舉。

31 從過去之案例，可以發現公平會早期傾向於認爲公司名稱只要使用經主管機關核准登記之公司名稱，便無違反公平法之問題。此由「中泰賓館」案（82 公訴決字第 010 號訴願決定）、「三商」案（84 公訴字第 036 號訴願決定）、「蝙蝠俠」案（87 公處字第 097 號處分），一直到「雅虎」案（89 公參字第 8900930-006 號處分），都可以看到公平會所持之態度。然而在雅虎案的訴願決定中，行政院訴願審議委員會對於公平會處分之妥當性已經有所質疑（90 訴字第 029572 號行政院決定書）。

由於商業主管機關對於事業名稱之登記並不爲實體審查，因此縱使主管機關核准其登記，並不表示其登記就具有正當性。如果其登記之事業名稱有侵害他人權利或違反其他法律規範之情事，仍然應負其責任，並不適當以其業爲形式登記爲由而免責。由於事業名稱之爭議不僅使消費者受到混淆，同時也使市場上之競爭秩序受到影響，因此公平法之規範與適用就相當重要；關於事業名稱登記之正當性，應由公平法規範之（謝銘洋，2002，頁 295-296）。

在「雅虎」案原處分被訴願會撤銷之後，由相關案例可以得知公平會嗣後對於此類案件之處理態度逐漸有所改變，亦即傾向於認爲其違法；雖然如此，公平會在法律適用上卻捨公平法第 20 條，而以攀附或榨取成果爲由，適用第 24 條。例如「全球寶島鐘錶有限公司」案（90 公參字第 8907393-006 號處分），公平會認爲被檢舉人明知檢舉人「寶島鐘錶股份有限公司」爲知名鐘錶公司，卻未積極彰顯彼我公司名稱之差異，於珠寶街設立與檢舉人公司名稱類似之「全球寶島鐘錶有限公司」，並經營同樣之鐘錶業。公平會認爲「寶島」與「全球寶島」尚屬有別，且被檢舉人使用之招牌顏色、設計及服務標章與檢舉人慣用

者有所不同，其所使用之橫式招牌亦有別於檢舉人及珠寶街制式橫式招牌，並未致與檢舉人之營業或服務之設施或活動相混淆，因而不違反公平法第 20 條第 1 項第 2 款。但是公平會認爲不論是否造成消費者混淆，亦不論對檢舉人營業是否造成實質影響，被檢舉人意圖攀附檢舉人公司名稱之行爲，至爲明顯，有悖於商業競爭倫理，且對市場效能競爭有所妨害，因而認定被檢舉人違法公平法第 24 條之規定。另外，在「台塑加油站股份有限公司」案（90 公處字第 122 號處分），公平會認爲被檢舉人於其變更公司名稱爲「台塑加油站股份有限公司」後，已積極建立本身營業場所獨特之企業識別標示，其與台塑石化股份有限公司兩者之整體營業形象顯有重大區別，應不致使消費者產生混淆誤認之情形，並不違反公平交易法第 20 條第 1 項第 2 款，但是公平會認爲被檢舉人明知台灣塑膠公司及台塑石化公司等著名公司，且台塑石化公司積極投入油品市場之際，卻變更原公司名稱，仿襲該著名公司名稱，經營加油站相關業務，顯有攀附檢舉人聲譽，榨取其努力成果，爲足以影響交易秩序之顯失公平行爲，因而認定其違反公平交易法第 24 條規定。在「GUINNESS」案（86 公處字第 049 號處分），被檢舉人金世實業股份有限公司向經濟部登記其英文名稱爲「GUINNESS INTERNATIONAL CORPORATION」，其所使用之「GUINNESS」與檢舉人之公司名稱特取部分與商標「GUINNESS」相同，公平會認爲其易使人聯想其爲 GUINNESS PLC 集團下之子公司，或者具有授權或贊助關係，而有攀附檢舉人所努力建立之商譽以達增進自身交易機會之意圖，因而認定其違反公平法第 24 條。至於是否有第 20 條規定之適用？公平會認爲被檢舉人依公司法所登記之公司名稱爲「金世實業股份有限公司」，而非「GUINNESS INTERNATIONAL CORPORATION」，因而並無該條之適用。

32 雖然如此，仍有若干案件，公平會直接即以第 20 條加以處理，例如在「中華賓士」案（84 公處字第 29 號）被處分人未經中華賓士公司同意，擅於營業所在地使用標示「Mercedes-Benz 中華賓士」字樣之白底藍字橫式招牌及標示賓士汽車標誌之藍底白字直式招牌，公平會認爲其整體設計與中華賓士公司全國各

地分公司、經銷商之招牌設施外觀幾近相同，且該營業所亦經營賓士汽車之銷售，其整體之服務設施及營業活動，足使一般大眾誤認其係中華賓士公司之分公司、經銷商或具特定之關係，產生服務主體之混淆，顯已違反公平交易法第 20 條第 1 項第 2 款之規定。在「太古」案（87 公處字第 107 號處分），「太古地產」及「Swire」均爲檢舉人之公司名稱，且爲相關大眾所共知之表徵，被處分人代理菲律賓商「Swire Land Corporation 」，該公司名稱在菲律賓並未有中文名稱，而被處分人係負責在台代理行銷事宜，將「Swire」一詞翻譯成「太古」，以吸引有意移民投資之交易相對人，即有造成公平法所稱「混淆」之虞，因而認定其違反公平法第 20 條第 1 項第 2 款。又如「台灣大哥大」案（91 公處字第 52 號），被處分人原名「太平洋電信股份有限公司」，後更名爲「台灣大哥大事業股份有限公司」，於廣告及加盟商招牌上使用「關係企業：太平洋電信股份有限公司」、「台灣大哥大事業關係企業」等，公平會認爲其所爲顯有以積極行爲使相關事業或消費者混淆誤認其營業或服務之設施或活動與檢舉人有關，因而認定其違反公平法第 20 條第 1 項第 2 款。

由上述案例，可知公平會在處理此類案件時，究竟在哪種情形下應適用第 20 條，哪種情形下應適用第 24 條，認定標準並不一致。使用相同事業名稱，雖然經營之事業種類不同，仍然有可能被認爲構成混淆而適用第 20 條（如前述「太古案」），使用相同事業名稱，經營類似之業務，卻仍有可能被認爲不構成混淆（如前述「台塑加油站」案）。未來實有進一步釐清之必要。

4.商標或標章

33 過去商標法將使用於商品之標識稱之爲「商標」，而將使用於服務之標識稱之爲「服務標章」，然而此一區別並無多大之實益，於民國 92 年修改商標法時，爲因應實務需要及國際立法趨勢，乃刪除服務標章之規定，而擴張商標之意義，凡表彰商品及服務者，一律以「商標」涵蓋之。公平法第 20 條第 2 項在於規範服務之標識，是以未來亦應以「商標」稱之，至於原來所規定之「標章」仍然有保留之必要，因爲尚有其他標識以「標章」稱之者，例如「證明標章」

與「團體標章」等。

34 屬於公平法第 20 條表徵之商標，應包含已註冊與未註冊之商標。就已註冊之商標而言，並非所有之註冊商標都屬於公平法保護之範圍，必須是達到「相關事業或消費者所普遍認知」者，始受公平法之保護。此時會有保護上之競合問題，以及「相關事業或消費者所普遍認知」和商標法上之「著名」有何區別之問題，就此詳見後述。

未註冊之商標，在我國現行商標制度下，並無法得到商標法之保護，縱使是經由長期使用而達到相關事業或消費者所普遍認知之程度者，亦同。此種情形顯然不合理，因爲其既然已經具備一定程度之知名度，已經成爲消費者選購商品時之憑藉，若無法受到保護，將使消費者因混淆而受損害，並對正當之交易秩序產生影響。因此對於未註冊之商標，有必要透過公平法之補充適用，給予適當之保護。或許有人認爲未註冊之商標並不適當納入公平法第 20 條之保護範圍，因爲如果予以保護，將使無法受商標法保護之標識竟然可以利用公平法而受到保護，不啻是對商標註冊制度之破壞。本文認爲由於商標制度只是屬於不正競爭規範之一環，商標法未能對未註冊商標予以保護，應屬對標識保護之不足，公平法屬於競爭秩序之基本規範，於商標法規範不足之時，援引適用公平法之規定以填補此一規範上之漏洞，以維護公平之競爭秩序，應無不妥。

況且實際上我國公平法於制訂之時，已經明文包含對未註冊商標之保護，例如第 20 條第 1 項第 1 款之「商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵」，以及第 2 款之「其他表示他人營業、服務之表徵」，這些具有標識作用之表徵，過去在商標法尚未保護立體商標時，並無法成爲註冊商標，但其在公平法上都能受到保護，是以對於未註冊商標，並無排除於公平法保護範圍之外之理。此外，在公平法同條文第三款更是明文肯定「未經註冊」之外國著名商標亦受保護，基於內外國民平等原則，未註冊之外國商標都可以受到公平法保護，則未註冊之本國商標亦應能受到保護。由此可知，公平法第 20 條第 1 項所稱保護之商標，是否取得商標註冊並不重要。

35 以他人之商標登記取得公司名稱並爲使用，例如「悅氏」案（86 公處字第 230 號處分），被處分人以他人之知名之商標「悅氏」登記取得公司名稱爲「悅氏縱橫事業股份有限公司」，公平會認爲被處分人在明知情況下，以「悅氏」登記爲其公司名稱之特取部分，並向經濟部中央標準局取得墨色「曲線圖」圖案及「悅氏」商標之註冊，用於「飲水機、純水器、淨水器、.....家庭用礦泉水製造機、軟水機」等及其他商品；再於報紙上以「悅氏健康事業集團」刊登廣告，將黑白圖案改爲「綠天藍地」彩色圖，與檢舉人之圖案類似而顏色倒換，並使用「悅氏」於商品上，意圖造成消費者對商品來源之混淆，違反公平法第 20 條第 1 項第 1 款。在「企鵝」案（85 公處字第 044 號處分），檢舉人擁有企鵝圖樣之商標，被檢舉人使用於其產製之錄音帶、雷射唱片商品包裝上，公平會認爲企鵝商標爲知名之商標，而被檢舉人使用之圖樣與檢舉人向來使用之企鵝商標圖樣完全相同，因而認定被檢舉人之行爲顯已違反公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款。

5.商品容器

36 此所稱之商品容器係指用以盛裝商品（特別是液態或氣態之商品）之容器形狀而言。商品之容器形狀如爲特殊之造型且具有識別性，在商標法於 2003 年修正後，亦可申請立體商標之保護。至於容器上之圖樣，應該是屬於商品之包裝或外觀之範疇。

如果其容器爲商品慣用或常見之形狀、容器，則無法具備識別力而受保護（見前述「蠻牛案」90 公處字第 102 號處分）。

6.包裝、外觀

37 包裝係指商品之外包，而外觀則是商品之整體外觀，兩者有時並不容易區別。在公賣局「參茸酒」案（90 公處字第 65 號），係以「人參」、「鹿頭」圖樣作爲商品標籤，行銷期間已有三十幾年，使相關消費者將「參茸酒」產生深刻之印象，公平會因而認爲其已經構成公平法保護之表徵。「伯朗咖啡」案（90 公處字第 194 號）之商品容器爲易開罐包裝，公平會認爲其以「MR. BROWN 伯

朗及圖」環繞於整個罐身，爲其商品外觀之主要特徵，就其整體觀察，足以構成公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款所稱之表徵。此外，實務上認爲構成包裝或外觀且有識別力之情形有：油品包裝（「山葉公司案」84 公處字第 38 號）、紅茶之包裝外觀（「Lipton 紅茶案」最高行政法院 93 判 1158）、香水之整體包裝外觀（台北高等行政法院 89 訴 1004）、吊夾之顏色組合及形狀（「HLC 系列吊夾案」86 公處字第 172 號）。

如果商品之包裝外觀不具有識別力，則無法受到保護，例如在「Chivas Regal 案」（行政法院判決 89 判 40），法院認爲威士忌酒採用外覆銀色之包裝盒，有多家品牌均是如此，並不具顯著性。

另外，對於功能性之商品外觀，公平會第 20 條處理原則第 9 點第 3 項及第 16 點第 3 項規定，其無法成爲公平法第 20 條所稱之表徵。學者認爲此等商品外觀若符合新式樣專利要件者，僅能循專利法取得保護，在此新式樣專利保護領域外，則屬公眾得自由利用之技術，不僅不能主張公平法第 20 條之表徵保護，亦無公平法第 24 條之適用（何之邁、單驥、張懿云、林廷機，2000，頁 127）。

7. 其他表徵

38 以其他表徵主張公平法保護者，常見者爲商品名稱，諸如電影名稱、書名或藥品名稱。商品名稱原則上很容易被認定乃系爭商品慣用之名稱（黃茂榮，1993，頁 94），但如果具有識別力及次要意義，仍屬本條所保護之表徵。

(1)著作名稱

39 關於著作之名稱，公平會肯定其可以成爲表徵而受保護。例如書名（「新腦筋急轉彎」案 81 公處字第 007 號處分），以及電影片名稱（「善意的背叛」案 82 公處字第 024 號處分）。但是如果不具備識別力，仍然無法受到保護，例如在「媽媽寶寶」雜誌與「寶寶」月刊案（公研釋第 018 號），公平會認爲「寶寶」二字係爲同類商品本身所通用之名稱，亦即「寶寶」二字係對商品（雜誌）內容之說明，使一般人見到「寶寶」名稱即知商品本身所提供之內容是有關育嬰、育兒之資訊，因此「寶寶」二字即不具備與同類商品區別之表徵，且無法

表彰商品特定來源。在 81 公處字第 007 號處分「新腦筋急轉彎」案例中，公平會就認爲時報文化出版公司所出版的「腦筋急轉彎」一書，其所用的「腦筋急轉彎」名稱「尚非成爲該類書籍之通用名稱，僅爲該類書籍中某一出版社所用之書籍名稱」，且「在被處分人出版新腦筋急轉彎時已出版至第十二集，總銷售量超過一百二十萬本，已爲出版同業及消費者所共知；亦即檢舉人之腦筋急轉彎，已達相關大眾所共知之程度，而認定其爲公平交易法上所保護之表徵。

(2)顏色

40 公平會對於顏色是否可以成爲表徵而受保護，原先似乎傾向於認爲尚必須結合其他商品之特徵，始能成爲表徵而受到保護，例如吊夾之顏色組合及形狀（「HLC 系列吊夾案」86 公處字第 172 號）、藥品膠囊之顏色（85 公訴決字第 067 號訴願決定），以避免顏色被不同之製造者獨占而用竭。嗣後則肯認顏色本身即足以成爲受保護之對象，如前述之紅茶包裝外觀（「Lipton 紅茶案」最高行政法院 93 判 1158），以及前述之黑人牙膏之黃色包裝（最高行政法院 89 判 2549）。

在商標法之領域，於 2003 年配合國際發展趨勢修法後，不僅顏色之組合可以申請商標註冊，單一顏色只要具有識別力，亦可申請取得商標註冊。

當然，如果其所使用之顏色爲其商品既有之顏色，則由於不具有識別力，並無法受到保護，例如在「加鹽沙士」案（86 公處字第 183 號處分），公平會認爲市面上之沙士飲料鋁灌外包裝其底色皆以咖啡色、使用白色字體、且以金白顏色相襯表現其圖形，故實際上外包裝以咖啡色爲底色之飲料，乃因沙士飲料之原色即爲咖啡色，至多只能表彰其產品內容物爲沙士飲料，足證上開配色安排已成爲沙士飲料業者慣用之包裝顏色，尚無法構成區別各品牌沙士飲料之表徵。

(3)聲音

41 公平會曾受理過有關聲音的案件，但認爲其尚不具備識別力而無法成爲受保護之表徵。在「都彭打火機」案（85 公訴決字第 121 號訴願決定），公平會認爲判斷系爭「鏘」響得否成爲表彰商品來源之表徵，應以一般消費大眾之認

知爲斷，而一般大眾對聲響之感受不盡相同，迪生公司亦僅能以「鏘」響大略地形容都彭打火機打開頂蓋時所發出金屬之撞擊聲，另或係都彭打火機等金屬製之打火機，其「鏘」響亦會因其機身上彈簧之彈性不同而有差異，然相關大眾仍無法藉「鏘」響之金屬撞擊聲來區別都彭牌與其他廠牌之打火機，此種單純以金屬片撞擊所發出之「鏘」響尚難謂已成爲辨別都彭打火機與其他品牌打火機之表徵。

(4)未經註冊之國外著名商標

42 我國商標法係採註冊主義，在我國未經註冊的國外商標不受到我國商標法之保護，但若該國外商標已享有相當程度的知名度，在我國爲相同或類似使用，仍可能產生混淆、影響競爭秩序。因此未經註冊之國外著名商標，若該當表徵之識別力或次要意義要件者，理論上亦有第 20 條第 1 項第 1 款之適用。因而有學者認爲，未經註冊之外國著名商標已能受到本條第 1 項第 1 款及第 2 款之保護了，第 3 款規定可以刪除（楊富強 / 賴源河，2002，頁 339；張瑜鳳，1995，頁 97）。雖然如此，第 20 條第 1 項第 3 款之保護要件與同條項第 1 與 2 款仍有不同，前者並不以致與他人商品或營業、服務之設施或活動混淆爲前提，顯然較爲寬鬆（有關未註冊外國著名商標之保護，詳見後述）。

（四）相同或類似之使用，致與他人商品混淆

1.相同或類似之使用

43 依第 20 條處理原則第 5 點，所謂「相同之使用」，係指文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式之外觀、排列、設色完全相同而言；所謂「類似之使用」，則指因襲主要部分，使購買者於購買時施以普通注意猶有混同誤認之虞者而言。公平法未進一步解釋或定義第 20 條之「使用」行爲，但或可參考商標法第 6 條關於商標「使用」之定義[127]。單純的「商標註冊行爲」，公平會認爲商標是否與他人之商標相同或近似，商標法定有事前審定程序以解

[127] 商標法第 6 條規定：「本法所稱商標之使用，指爲行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其爲商標」。

決此爭議，並對審定商標及註冊商標分別定有異議及評定程序以茲救濟，自不得逕以申請人申請註冊商標之行爲，涉有與他人商標相同或近似，即認該申請商標註冊之行爲涉有違反市場效能競爭或影響交易秩序，而謂有違反公平交易法第 20 條及第 24 條之規定，申請之審定商標圖樣雖事後遭智慧財產局認定與他人商標近似，而遭撤銷審定或評定爲無效，亦難謂其申請商標註冊之行爲涉有違反公平交易法第 20 條及第 24 條之規定（90 公處字第 111 號「聖卡堤亞 CARTEL案」）。

44 關於相同或類似之使用，應指表徵仿冒行爲型態而言，亦即因該相同或類似使用之行爲而導致交易相對人對於商品來源產生混淆，所強調者乃對表徵本體之使用「行爲」，而不是指商品或服務的歸屬分類、類別，此乃國內多數學者之看法（謝銘洋，1999，頁 300-303；黃銘傑，2002，頁 445；陳櫻琴，2002，頁 215；徐火明，1997，頁 186-189；張瑜鳳，1995，頁 13-14）。惟亦有少數說學者認爲（黃茂榮，1993，頁 390-391），本條所稱之「相同或類似使用」，應包含兩個要素：其一爲商標或商品標示之內容，其二爲該商標或表徵所使用之商品（類別或種類）。本文認爲與本條第 1 項第 3 款國外著名商標保護規定相較，第 1 款及第 2 款之規定，並不要求該表徵使用於「相同或類似之商品類別」，因而通說見解較可採。惟公平會對於前揭問題之處理態度，並不一致，公平會在有些案件持通說看法，例如在「企鵝商標」案（85 公處字第 044 號處分）中，企鵝商標原被使用於服飾用品，並已爲相關大眾所共知，嗣後被他人使用於錄音帶、雷射唱片之包裝上，公平會仍然認爲其以完全相同之商標使用於其商品上，容易使人招致混淆，而認定其違反公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款之規定。然有時公平會卻持少數說意見，諸如公平會（84）公訴字第 036 號訴願決定之「三商」案、87 公處字第 097 號處分之「蝙蝠俠」案。

根據公平會之解釋（85 公研釋 105 號），其於訂定公平法第 20 條處理原則時，係參酌最高法院 15 判字第 911 號判例：「商標圖樣之近似，係指具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，猶有混同誤認之虞者

而言」。故若就「與他人姓名、商標等『近似』之表徵，爲相同或類似之使用」，致與他人商品混淆，並不排除有違反公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款之可能。又公平法上所稱之「相同或類似使用」，應與商標法上的「相同或近似」做相同的解釋（楊富強 / 賴源河，2002，335）。

45 在判斷是否構成相同或類似之使用時，依公平會第 20 條處理原則第 12 點，應本於客觀之事實，以有普通知識經驗之相關大眾施以普通注意，爲判斷標準，並依通體觀察、比較主要部分以及異時異地隔離觀察之方法加以判斷。以下分述之：

（a）具有普通知識經驗之相關事業或消費者施以普通注意原則：原則上以普通一般人施以普通所用之注意爲斷（最高法院 21 年上第 1073 號判決），不能專以善良管理人之注意義務作爲衡量標準。例如：關於高爾夫球具用品之商標，應以一般消費者於購買該物品所施之普通注意爲標準，非以職業高爾夫球選手所施以之注意爲標準。低價咖啡商品之交易相對人乃一般消費大眾，其所投注之注意力本較其他高單價之商品爲低，於匆促之間，極易因一時誤認而爲選購（90 公處字第 194 號處分書），因而發生混淆情事。

（b）通體觀察及比較主要部份原則：商品表徵是否構成類似之使用，應就商品表徵之整體或主要部份加以觀察。所謂主要部份，係指就商品表徵最顯著、最醒目最易引起購買者注意之部分。

（c）異時異地隔離觀察原則：辨別商品表徵是否爲類似之使用，非將二商品表徵置於一處同時細加比對，而應隔離觀察，以爲判定。

46 在 Chivas Regal 案（行政法院 89 判 40）中，行政法院認爲葉格公司之包裝四面構圖均相同，與原告商品外包裝之構圖顯有差異，就整體外觀異時異地觀察，非屬相似，消費者於選購時當無混淆之虞。又如在「黑松沙士」案（最高行政法院 90 判 2572），行政法院認爲其與「曼卡羅沙士」之罐身圖案及文字整體，一般消費者以通常之注意，隔離觀察，在客觀上，不致產生以此爲彼之誤

認。就圖案言，咖啡底色與沙士同色，不可能因咖啡色罐包裝即有「黑松沙士」之誤認，且二種罐上弧形條紋，一爲斜形一則呈U形，亦難生誤認之虞，則二種產品不可能以包裝圖案而混淆，因而認定其不違反第 20 條第 1 項。此外，行政法院於「Lipton 紅茶」案（最高行政法院 93 判 1158）中，亦明確表示審酌表徵是否相同或類似使用之應本客觀事實，應以具有普通知識之相關事業或消費者施以普通注意、通體觀察及比較主要部分，或異時異地隔離觀察，爲其判斷原則。原告聯合利華股份有限公司主張：系爭紅茶商品乃日常消費產品，於一般販售場所，多係與多種品牌之同類產品並列擺放方式陳列，相關大眾即消費者於購買時，多僅憑其記憶中產品之形象而爲選擇，甚少仔細比對其包裝盒中說明文字部分，甚至對其商標之圖案亦非十分在意，故常因包裝顏色、佈局等特徵而爲購買，若二商品包裝外觀特徵近似，即易於造成消費者在購買時產生錯誤。則被告行政院公平交易委員會於原處分中，以詳細比對其包裝細節方式，認系爭案與「立頓紅茶」產品包裝不致混淆，是否有違通體觀察及比較主要部分，或異時異地隔離觀察之判斷原則，亦有待斟酌。

47 另外，應注意者爲，關於公司名稱之相同或類似使用，公平法第 20 條處理原則第 14 點有特別規定，亦即：「二公司名稱中標明不同業務種類者，其公司名稱非本法第二十條所稱之相同或類似之使用。以普通使用方法，使用依公司法登記之公司名稱，若無積極行爲使人與相關事業或消費者所普遍認知之他人營業混淆者，不違反本法第二十條規定」。據此，公司名稱之本體雖相同，但在名稱中標明不同業務者，不構成相同或類似使用。關於商號名稱之相同或類似使用，公平會第 20 條處理原則第 15 點亦有特別規定：「以普通使用方法，使用依商業登記法登記之商號名稱，若無積極行爲使人與相關事業或消費者所普遍認知之他人營業混淆者，不違反本法第二十條規定」。

由上所述，可知所謂相同或類似使用，係指就表徵與仿用之表徵本體所爲之比較而言。如果表徵本體並不相同或近似，則不構成此所稱之「爲相同或類似之使用」。例如「白人牙膏」案（88 訴字第 20832 號再訴願決定），「白人

牙膏」與「黑人牙膏」兩者包裝，無論顏色、圖案、文字，甚至製造人名稱皆明顯有別，上開二包裝圖樣之構思及整體設計並不相同，與行爲時公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款「爲相同或類似之使用」要件不符。惟此見解嗣後被最高行政法院所推翻（最高行政法院 89 判 2549），其認爲：「黑人牙膏一九五七年起即使用「黃色」作爲商品包裝，黃色對牙膏而言，完全不具內涵功能之陳述，「黑人牙膏」多年來以鮮黃色使用於牙膏包裝上係屬其創意。一般消費者見到黃色封套即會認爲係「黑人牙膏」，因此黃色已成爲黑人牙膏之主要表徵。且如前述超過百分之九十以上消費受訪者，甚至見到「白人牙膏」之黃色包裝，仍認爲該牙膏爲「黑人牙膏」，足見黑人牙膏多年來累積之知名度，使黃色成爲其商品重要之關連意義。「白人牙膏」深知此種消費者認知，在牙膏沒必要使用黃色之情形下，卻刻意選擇與黑人牙膏產生聯想之黃色。因此嘉聯公司選擇以「白人牙膏」爲名，並以「黃色」爲包裝，再佐以其他字體設計上之模仿，實具有商業上搶搭便車不當競爭之可非難性。被告至少應對此予以責難，並令其至少改變包裝或其色澤，以減少消費者之混淆云云，亦有併予調查研酌之必要。本件嘉聯公司所生產之「白人牙膏」商品之包裝圖樣、色彩之構思及整體設計，是否與原告生產之「黑人牙膏」商品構成商品製造主體（來源）之混淆？涉及如何認定有無混淆之事實？如何取捨證據？又根據上開市場調查報告之結論，能否作爲認定本件尚不構成混淆事實之依據？均有諸多爭議，要難據以正確適用法律。原告指摘原處分違法，經核非無理由，一再訴願決定未予糾正，遞予決定駁回」。

2.致與他人商品混淆

48 依公平法第 20 條處理原則第 6 點，必須他人仿用相同或類似之表徵，導致與他人商品混淆，才會被認爲違反公平交易法。所謂「混淆」，依第 20 條處理原則第 6 點，是指對商品或服務之來源有誤認誤信而言，而在判斷是否構成混淆時，應考慮到：（a）具普通知識經驗之相關大眾，其注意力之高低。（b）商品或服務之特性、差異化、價格等對注意力之影響。（c）表徵之知名度、企業規

模及企業形象等。（d）表徵是否具有獨特之創意（公平法第 20 條處理原則第 11 點）。此處混淆之概念，應與日本不正競爭防止法所謂的「引起混同」或美國商標法之「混淆的可能」（likelihood of confusion）做相同解釋，亦即不以仿冒行爲確實引起混淆爲必要，其行爲只要有產生混淆之可能即足。相關事業或消費者雖知道系爭表徵所標示的事業不同，但誤以爲彼此間具有經濟上、經營上、組織上或法律上的關聯者，諸如有加盟（affilation）、關聯（connetion）或贊助關係（sponsorship），亦構成混淆（楊富強 / 賴源河，2002，頁 335；劉孔中，2003，頁 218；黃銘傑，2002，頁 458-459；張瑜鳳，1995，頁 12-13；張澤平，1993，頁 313）。

49 於判斷是否構成「混淆」之事實，應斟酌相關大眾之消費習慣、經濟條件、居住地區（如都會區或非都會區）、教育水準等因素，綜合相關當事人之陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則予以判斷。在 90 公處字第 008 號之「蠻牛案」，公平會認爲就「蠻牛」與「狂牛」兩者通體觀察，除於左上方之「保力達」及「真口味」商標有所不同外，兩者之整體設色及字體設計皆極爲類似，異時異地隔離觀察，極有讓消費者混淆誤認而購買其商品之可能。再者，系爭「蠻牛」與「狂牛」維他命Ｂ飲料皆屬一般所稱之「提神飲料」，消費者包括一般上班族、學生、司機、勞工等各階層，在倉促購買之際，施以普通之注意，即有誤認可能，且以一般司機或較耗費體力之勞工而言，其可能對商品所施之注意力更低，只依賴標籤之設色及瓶身即選取商品。另衡之經驗及常情，坊間一般商店有將相同性質商品並列之習性，消費者於倉促間無暇仔細分辨而選購其產品必然發生，故以通體異時異地等原則予以隔離觀察，實仍有混淆誤認之虞。類似之情形亦在「國本強牛」案（台北高等行政法院 91 訴 1524）原告之「國本強牛 180」商標註冊申請，因違反商標法而被核駁，且衡之經驗及常情，坊間一般商店有將相同性質商品並列之習性，消費者於倉促間無暇仔細分辨而選購其產品必然發生，原告此種利用行爲，因而被認定有混淆誤認之情事（台北高等行政法院 91 訴 1524）。另外在「CARTIER」案（90 公處字第 111 號），「CARTEL」與「CARTIER」

二者外文部分僅「I」字母有無之別及字尾「EL」與「IER」字母之些微差異，異時異地隔離觀察，無論外觀或讀音上，於實際交易倉促間及連貫唱呼之際，亦有使一般商品購買者產生混同誤認之虞。

如果是專業使用者所使用之商品，則於判斷是否會有混淆時，消費者注意能力之高低亦應予以考慮，公平會於 86 公處字第 172 號即認爲，本案商品爲螺絲鉗（即 CLAMP 吊夾），該產品之購買者均屬專業使用者，其選購時皆會檢視實物，並考慮可吊重量、品牌信用、價格、維修方便性、零件價格、是否投保、材質等因素，應不致產生混淆。

50 公平會認爲混淆係指對商品之來源有誤認誤信而言（90 公處字第 102 號）。此一觀點對於真品商品之平行輸入案件而言較無問題，因基本上其對商品之來源並無混淆誤認之虞，並不會構成公平法第 20 條第 1 項第 1 款之適用（邱志平，1996，頁 133）。但公平會在 86 公處字第 024 號處分之「VOLVO車牌框架」案[128]，認爲他人未經授權或同意而販售標有「VOLVO」商標之車牌框架，縱使VOLVO爲相關大眾所共知之註冊商標，但一般汽車製造商均未製造車牌框架，爲相關用車大眾所共知，因而認爲不致於導致混淆。此一見解，以商品來源之誤認誤信爲判斷混淆之唯一標準，似嫌過於狹隘，實則標識之表彰來源功能已經逐漸被弱化，反而標識之區別力日漸重要，是以判斷是否混淆，應以相關消費者區別其所欲選購之商品或服務時是否會被混淆爲準，商品來源之混淆只是判斷因素之一部分而已。

---

128 公平會在該案中認爲：「國內汽車製造商或供應商均未製造、販賣或爲贈品贈送購車人標示有該汽車廠牌或品牌之車牌框，此爲多數用車之相關大眾所共知，又國內汽車製造商或供應商所生產或供應之汽車零組（配）件係經由汽車修護廠零售供應，而被處分人所營業者爲汽車裝飾品，諸如本案系爭商品汽車車牌框等，即與不同之銷售通路所銷售之商品種類有明顯之差異性，供應來源得以明顯區別，再者，檢舉人所提以證實被處分人陳列銷售「ＶＯＬＶＯ車牌框」之照片中之汽車爲ＢＭＷ汽車，與ＶＯＬＶＯ汽車廠牌有異，是施以普通注意力之相關大眾，多數不致誤認被處分人販賣或調貨轉售標示有「ＶＯＬＶＯ」字樣之車牌框爲「ＶＯＬＶＯ」商標註冊人所製造或供應，即相關用車大眾不致對於涉案商品之生產者或供應者身分發生混同誤認情事，爰本案尚未該當公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款之構成要件」。

縱使就他人之表徵爲相同或類似之使用，只要不會導致與他人商品相混淆，仍然不違反本條之規定。例如在「BOSS」案（最高行政法院 92 判 1884），法院認爲 Boss 爲日常習見文字，「BOSS」商標指定使用於各類商品，而與原告等之商品併存於國內消費市場多年，有「BOSS」商標註冊一覽表及商標公報影本可證，因原告等將該商標使用於香水，而上訴人將該商標使用於香菸，爲截然不同之商品，尚無混淆誤認之虞。此外，香水與香菸之消費者及銷售通路迥然有別，被上訴人即原審原告等之產品單價甚高，其主要販售點在於百貨公司專櫃、精品店（其他零售點）與專門店；而上訴人之香菸商品，單價僅新臺幣 40 元，主要販賣點則係便利商店、超級市場與雜貨店，其行銷管道不同甚明，難令消費者混淆。又如「大黑松小倆口」案（85 公訴決字第 069 號訴願決定書、85 公訴字第 02120 號訴願決定），檢舉人主張被檢舉人使用「大黑松小倆口及圖」作爲廣告招牌、標章及商標，與訴願人之「黑松」商標近似，有違反公平交易法第 20 條之規定，公平會認爲被檢舉人「大黑松小倆口及圖」商標係由男女笑臉圖置於曲線上，下置「中文大黑松小倆口」所組成，其中文字部分「大黑松小倆口」整體而言不得割裂，與檢舉人之「黑松」商標圖樣顯然有別，不構成近似，檢舉人與被檢舉人之商標圖樣均經中央標準局商標註冊在案，兩商標併存使用多年並各具知名度，無致消費者產生混淆誤認之虞，故無公平交易法第 20 條第 1 項之適用。行政法院亦認爲「大黑松小倆口」與「黑松」商標既併存多年，而該商標系列產品經長期大量宣傳廣告又已具相當知名度，自無致消費者混淆誤認之虞，其使用於年曆卡、訂購單、廣告說明書及消費者通訊函，又係商標之正當行使，因而判定被告之行爲並不違反公平交易法第 20 條（行政法院 86 判 2501）。

51 將他人之表徵使用在不同之商品或服務類別，如果不會引起消費者之混淆，公平會認爲其並不違反公平交易法第 20 條之規定。但實務上仍有可能被認爲違反第 24 條之規定。例如在「蝙蝠俠」案（87 公處字第 097 號處分），蝙蝠俠爲檢舉人美商 DC Comics 與華納兄弟公司所註冊之知名商標，除用於其所製作之漫畫、電影及影集外，並用於衣服，運動遊戲器具、鞋、照相器材、床單等

褲等多項產品及服務；被處分人則登記取得「蝙蝠俠國際貿易股份有限公司」之名稱，其營業項目爲汽車零配件、汽材百貨買賣業務、各種汽車之倒車警示器、語音告知器及超速探測器買賣業務等，公平會認爲其商品之特性與檢舉人所生產或授權生產之商品顯已有所區隔，故對一般相關大眾而言，尚不致造成對商品或服務來源有誤認誤信之虞，而構成公平法中所謂之「混淆」之情事，而且被處分人以「蝙蝠俠」爲其公司之特取名稱，其使用係依公司法規定申請登記，因而不違反公平法第 20 條。雖然如此，公平會還是認爲其行爲確有攀附他人商譽，顯失公平行爲之情事，而違反公平交易法第 24 條之規定。又如「AVENT」案（87 公處字第 163 號處分），檢舉人美商艾文特股份有限公司（AVNET INC.），在台灣先後取得多項商標註冊，使用於電子、電腦相關產品，銷售對象主要爲公司及廠商，而被檢舉人帝榮公司雖使用「AVNET」爲其公司英文名稱之特取部分，惟其所生產銷售之商品爲電腦軟體「林老師四合一多媒體電腦網路視聽教學系統」，主要客戶群爲學校，公平會認爲審酌檢舉人及被處分人公司之中文名稱、商品之標示與表徵方式及其商品及服務之類別及客戶特性等市場之區隔爲整體判斷，客觀上尚難謂有使一般相關大眾對二者商品之來源或產製主體發生混淆誤認之虞，故本案尚難認有違反公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款規定之情事。雖然如此，公平會認爲檢舉人之商標經由世界性之商標註冊與長期使用，顯已建立相當信譽，被檢舉人之使用方式易使人誤認系爭字樣爲被處分人產品之商標或誤認被處分人爲檢舉人 AVNET 公司旗下之子公司，或者具有授權或贊助關係，因而認定被處分人有攀附檢舉人所努力建立之商譽以達增進自身交易機會之意圖，無論就效能競爭原則或商業倫理之本質觀之，被處分人之行爲應屬公平法第 24 條所規範之足以影響交易秩序之顯失公平行爲。

52 在著作名稱之判斷上，公平會在前後案件所採取之見解並不一致。在「新腦筋急轉彎」案（81 公處字第 007 號）公平會認爲，被處分人在已爲相關事業或消費者所普遍認知的「腦筋急轉彎」上加上「新」字，在名稱上類似，且其所採的內容格式、書籍開本等編輯形式等，均與檢舉人所出版的「腦筋急轉彎」相

仿，整體綜合觀察，亦令人誤此爲彼或誤以爲二者有續集、系列等關聯，因而有違反公平法第 20 條第 1 項第 1 款之情事。但是在「異域 II」案（84 公訴決字第 040 號訴願決定）公平會認爲長宏公司所拍製之「異域 II－孤軍」，與「異域」雖然爲不同之電影公司所拍攝，且未經異域一書原作者之授權，但均是由同一導演所拍攝、主要演員相同，而劇情相連續，因此稱之爲續集或使用「II」，尚可爲一般消費大眾所接受，並不構成混淆，在本案公平會並未採取較爲廣義之混淆認定標準（黃銘傑，2002，頁 459），此或許是考慮電影市場之特殊性。

(五)販賣、運送、輸出或輸入

53 除使用他人表徵外，販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者，若該表徵之使用會與他人之商品相混淆，亦爲公平法第 20 條第 1 項第 1 款所禁止。

二、營業或服務表徵之仿冒

(一)營業或服務

54 所謂營業，係指爲獲取收入，獨立繼續從事之經濟活動而言，此爲事業之所以成其爲事業之經濟活動（黃茂榮，1993，頁 347-348）。關於服務之概念及定義，參照：第 2 條編碼 43。

(二)表徵

55 參照本條邊碼 20 以下。

1.他人姓名

56 參照本條邊碼 29。

2.商號或公司名稱

57 參照本條邊碼 30。

3.標章

58 公平法第 20 條第 1 項第 2 款之標章，係指用以表彰營業或服務之標章而言，過去包括商標法上之服務標章、證明標章及團體標章三種，惟自 2003 年修改商標法後，服務標章亦被納入「商標」之概念範圍。

公平會所肯認之服務標章，例如 84 公處字第 119 號：南陽公司所使用包括

「三陽汽車」、「喜美」、「雅哥」等標準字型、設色之企業「識別系統」，及業經日商本田技研工業股份有限公司依商標法請准註冊授權三陽工業股份有限公司再授權南陽公司使用之「HONDA」、「CIVIC」、「ACCORD」及「H」形服務標章，本具有識別力，得以區別不同商品或服務之來源，復經南陽公司自 1989 年起以紅灰配色之標準圖樣，多年來廣泛使用於全國各地直屬汽車修護廠及特約代理商對外服務之招牌及廣告，足以表彰其商品或服務之來源，堪稱爲公平交易法第 20 條所稱之表徵。

4.其他營業或服務表徵

59 其他營業或服務的表徵，係指事業爲爭取交易機會所表現於營業場所的布置，包括服務人員的制服、牆壁、貨架之顏色具有特徵之形狀、店面擺設、商品陳列態樣或先後順序、內外裝潢、特殊的節目內容（活動安排）（楊富強 / 賴源河，2002，頁 337；黃茂榮，1993 年，頁 387）。營業或服務表徵與商品的表徵相同，皆具有區別事業、吸引交易相對人作用，因而亦應爲本條所保護之外觀或表徵。

(三)必須爲相關事業或消費者所普遍認知

60 參照本條邊碼 16 以下。

(四)相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆

1.相同或類似之使用

61 參照本條邊碼 43 以下。

2.致與他人營業或服務之設施或活動混淆

62 參照本條邊碼 48 以下。例如「福特金莊修護廠案」（92 公處字第 118 號），其從事各種車維修等業務，與檢舉人「福特六和汽車股份有限公司」所從事之福特車輛之生產銷售及維修保養業務密切相關，被處分人將其事業名稱與「福特」聯用，極易使般消費大眾以爲被處分人爲檢舉人之分公司、經銷商或具特定之關係。在「中華賓士案」（84 公處字第 29 號），公平會認爲被處分人未經中華賓士公司同意，擅於營業所在地使用標示「Mercedes-Benz 中華賓士」字樣

之白底藍字橫式招牌及標示賓士汽車標誌之藍底白字直式招牌，其整體設計與中華賓士公司全國各地分公司、經銷商之招牌設施外觀幾近相同，且該營業所亦經營賓士汽車之銷售，其整體之服務設施及營業活動，足使一般大眾誤認其係中華賓士公司之分公司、經銷商或具特定之關係，產生服務主體之混淆，顯已違反公平交易法第 20 條第 1 項第 2 款之規定（本案另外涉及違反公平法第 21 條第 3 項，詳見後述之本條邊碼 78）。

三、未經註冊外國著名商標之仿冒

(一)未經註冊之外國著名商標

1.外國著名商標

63 我國於制定公平法時，考慮到仿冒外國著名商標亦屬不公平競爭行爲之一種，當時雖然商標法對此有規定，但顯然違反商標註冊保護主義，而決定刪除原來商標法上之規定，將其改於公平法第 20 條第 1 項第 3 款。此由該規定規之立法理由可知：「查商標法第六十二條之一雖定有仿冒未經註冊外國著名商標處罰之規定，惟我國現行商標法係採註冊保護制度（參見商標法第二條、第二十一條、第三十四條），仿冒未經註冊之外國著名商標之處罰，不宜於商標法中予以規範。而仿冒外國著名商標之行爲，係屬不公平競爭之一種，故改於本法中規定，本法通過後，商標法第六十二條之一當予刪除。復查仿冒外國著名商標之行爲，係不道德行爲，具有可責性，影響我國對外信譽頗巨，具有仿冒行爲者即應予處罰」。

本條第 1 項第 3 款所保護標的，限於未在我國註冊之外國「著名」商標。然是否爲「著名之商標」，其「著名」之意義與「相關事業或消費者所普遍認知」應如何區別？「著名」與「相關事業或消費者所普遍認知」之區別，有相同說及不同程度說。前者以爲二者並無差異（黃榮堅，1992，頁 51）；後者則以爲不必與商標法上之著名程度不同，不須達到「聲名遠播」或「著有聲譽」之程度（廖義男，1994，頁 68）。

64 另外，未經註冊之外國「著名」商標，是否在外國著名即可？抑或是在本

國亦著名始足當之？臺灣高等法院暨所屬法院民國 83 年法律座談會刑事類第 32 號，曾就前揭問題進行討論。研討結果認爲應採後者，亦即在外國及本國均著名始可，蓋「唯有如此，始能認定行爲人之社會侵害性如何，否則徒以外國是否著名爲唯一條件，非但調查不易，且受外國機關認定之限制」。該研討結論，亦經司法院刑事廳研究後同意研討結果之意見（司法院 84 年 4 月 13 日 84 廳刑（一）字第 07260 號函）。此一見解亦爲實務所採（最高行政法院 92 判 839），認爲商標法上的著名商標或標章，係指於中華民國境內一般所共知者。由於國際上對於著名標章之保護，均以其在本國著名爲前提，因此至少該外國著名商標必須在我國著名，始能受保護，否則會造成我國商標與外國著名商標間不公平保護之結果（謝銘洋，1999，頁 308-311）。

2.未經註冊

65 由於我國商標法採註冊主義（商標法第 2 條），因此未註冊之外國商標並無法受商標法之保護，只有當其在我國爲著名之商標時，始能符合本款之規定，而受公平法之保護。

(二)於同一或同類商品

66 相較於本條第 1 項第 1 款及第 2 款，本條第 1 項第 3 款關於外國著名商標之保護要件較爲嚴格，必須他人於「於同一或同類商品」使用相同或近似之商標，始第 3 款所禁止[129]。

(三)爲相同或近似之使用

67 本條第 1 項第 3 款之規定爲：「使用相同或『近似』於未經註冊之外國著名商標」，與本條第 1 項第 1 款及第 2 款之「相同或『類似』之使用」雖有不

[129] 有學者（張瑜鳳，仿冒行爲案例之研究—公平法與智產法系列五，1995 年，頁 15）認爲，公平法第 20 條關於外國著名商標仿冒行爲之規定，另有「於同一或同類商品」使用之要件規定，乃沿用舊商標法（民國 78 年 5 月 26 日修正公布）第 62 條之一規定。在商標法刪除前揭規定後，卻未同時將公平法第 1 項第 3 款規定配合修正，導致法律適用上產生困擾及法律體系上之缺憾，因而認爲未來在公平法修正時，應特別改正之。

同，但概念上應屬相同，均係指商標或表徵本體之使用而言。另外，相較於本條第 1 項第 1 款及第 2 款，第 3 款並無「致他人混淆」之文字，在法條適用上，是否不以該要件之存在爲必要？實務上有肯定說及否定說意見。前者認爲，爲符合憲法第 7 條之平等原則，避免「已經註冊」之外國著名商標反而較「未經註冊」之外國著名商標保護不週，應認爲「致與他人商品混淆」乃本條第 1 項之一般要件，亦即其乃本條第 1 項第 3 款之不成文要件。但否定說認爲，依「明示其一、排斥其他」之法理，公平法第 20 條第 1 項第 3 款既未規定「致與他人商品混淆」，顯係有意省略，解釋上自不以此爲要件。經司法院第 38 期司法業務研究會研討後，多數採否定說 [130]。本文亦認爲否定說較爲可採，蓋從法條文字而觀，立法者顯有意本條第 1 項就第 3 款爲不同的要件規定，從而關於外國著名商標仿冒之禁止，不以「致生混淆」爲必要。此一結果雖然會擴張未註冊外國著名商標之保護範圍，然而基本上符合國際上對於著名商標之保護理論，亦即不以混淆爲必要。

68 另外，有人認爲未經註冊之外國著名商標已能受到本條第 1 項第 1 款及第 2 款之保護，因而第 3 款規定可以刪除（張瑜鳳，1995，頁 97）。惟本文認爲由於本條第 1 項第 3 款乃針對「未經註冊國外著名商標」之規定，其保護要件與第 1 款及第 2 款之要件並不相同，因而並無法被第 1、2 款所取代。甚至有學者主張，本條第 1 項第 3 款與第 1 款、第 2 款間，乃特別條款優於普通條款之適用關係（楊富強 / 賴源河，2002 年，頁 339）。雖然如此，基於內外國人平等原則，第 3 款之存在並不妥當，宜回歸到第 1、2 款處理。

(四)於販賣、運送、輸出或輸入使用

69 參照本條邊碼 53。

四、除外規定

(一)普通使用商品本身習慣上所通用之名稱

70 所謂的普通使用方法，係指該使用態樣乃一般交易上所普遍實施者，所謂

---

[130] 司法院編「刑事法律專題研究（十五）」，頁 365.

的通用名稱，係指商品一般被使用之名稱，亦即在交易商通常用於表示某商品或服務之普通名稱（楊富強 / 賴源河，2002，頁 345），例如：「媽媽寶寶」雜誌與「寶寶月刊」之「寶寶」二字乃同類商品本生所通用的名稱，一般人見到「寶寶」名稱及之商品本身所提供的內容是有關育嬰、育兒資訊之一般性描述，因此，「寶寶」二字即不具備與同類商品區別之表徵，亦無法彰顯商品特定來源（公平會(81)公參字第 01334 號函）。

由於通用名稱已爲一般交易所慣常使用或知悉，自不允許由特定商品或服務主體享有排他的使用權，因而公平法明文排除其保護。關於商品通用名稱之判斷，應綜合考量該名稱與商品或服務之關係、使用時間及狀態，而非抽象的就交易關係上是否爲通用名稱做決定。亦即是否爲商品通用名稱，應判斷消費者是否認識某商品或服務所表示之一般名稱，諸如消費者已習於「巨峰」一詞爲葡萄品種表徵之通用名稱，又如阿斯匹靈（Aspirin）亦已成爲商品之通用名稱（楊富強 / 賴源河，2002，頁 345-346）。據此，某一種商品在初次引入市場時，提供商品之事業常就該商品爲一定之名稱，該事業若未爲商標註冊，日後該商品名稱若成爲通用名稱者，則變成公共財，該事業則不享有專用權（黃茂榮，1993，頁 396）。

71 在下列案例中，法院均認爲其並不違反公平法第 20 條第 1 項：「伍佰案」（台北高等行政法院 89 訴 3144），法院認爲參加人於廣告文句中引用「伍佰」名義，作爲彰顯其通信服務價格僅爲五百元之一半的方法，相關事業或消費者尚不致認知「伍佰」係表彰參加人公司之商品或服務的來源，而得以區別不同之商品或服務的特徵。在「免敏」案（最高行政法院 89 判 3830），法院認爲廠商使用「免敏」等詞，僅係向消費者說明奶粉配方之內容，廠商向消費者說明奶粉屬無乳糖配方時，總不出「免敏」、「醫瀉」、「無乳糖」等用語之範疇，故該文字未具創設性，性質上應屬商品說明。在「旺旺案」（最高行政法院 92 判 776），法院認爲系爭廣告「旺旺 2000」整體而言係表達 2000 年是最佳投資理財的時機，此非指商品或服務，亦非爲表示商品來源之「表徵」方式作爲訴

求。

(二)普通使用交易上同類商品慣用之表徵

72 交易上同類商品慣用的表徵，係指在交易活動上，同種營業所習慣使用的表示或說明，例如：比薩店的比薩圖案、水果禮盒包裝上的水果照片或圖樣。

公平法排除交易上同類商品慣用表徵之保護，其考量點同於前述之排除通用名稱保護（參照本條邊碼 70）。是否爲交易上同類商品慣用表徵之認定標準，亦同前述相同（參照本條邊碼 70）。

(三)普通使用交易上同種營業或服務慣用名稱或其他表徵

73 營業或服務因長期經營而有流通於市場上之慣用名稱者，自不應由特定人爲主張專用權，應屬公共財，例如：理髮廳外面常有彩色旋轉燈管之裝飾，該裝飾因長期使用而成爲理髮業慣用的表徵。

名稱或表徵是否因普通使用而成爲交易上同種營業或服務所慣用，其判斷標準同於前述之商品習慣上所通用之名稱或表徵（參照本條邊碼 70）。

(四)善意使用自己的姓名

74 本條所稱之「善意使用」，在意義上應與私法上之「善意」（不知情）不同。亦即此之善意使用，係指「不具有不公平競爭之目的及結果」，蓋本條規定意旨係爲保護消費者及維護公平競爭秩序，因而僅在不具有不公平競爭之前提下，始能適用除外規定（楊富強 / 賴源河，2002，頁 349；張瑜鳳，1995，頁 19）。是以先前已有某商品或服務表徵使用他人之姓名，且已有相當知名度而爲消費者所接受，嗣後同姓名者即不得以本條善意使用作爲抗辯。

自然人能否以自己的姓名作爲商品或服務表徵，應採肯定見解。惟所謂的自然人善意使用自己姓名，在解釋上應限於現時生存者所使用之情形，應不包括使用自己祖先姓名在內。除了姓名外，使用略稱、雅號、藝名、筆名或別號，亦有本條第 2 項第 3 款之適用（楊富強 / 賴源河，2002，頁 348-349）。

本條第 2 項第 3 款所稱之使用自己姓名，是否包括法人的姓名，有學者認爲「公司名稱」或「商業名稱」並不適用本條第 2 項第 3 款之除外規定，其理

由有：（a）比較本條第 1 項第 1、2 款與第 2 項第 3 款規定之文言，可發現後者無前者之「商號或公司名稱」等文字，立法者似無意將公司或商號名稱納入除外規定。（b）本條制定所參照之日本立法例，其除外規定亦未將商號或公司名稱納入（黃銘傑，2002，頁 450-451）。惟由於我國過去有許多公司使用相同之事業名稱而經營不同種類之業務，若將公司名稱或商業名稱一律排除於本款適用範圍之外，而不准其善意使用自己之名稱，恐似乎過於嚴格。

(五)他人表徵未爲相關事業或消費者所普遍認知前，善意爲相同或類似使用

75 商標法第 30 條第 1 項第 3 款[131]亦有相似規定，此即學理上的「先使用權」。在表徵尚未爲相關事業或消費者普遍認知前，尚不具有不公平競爭的情況，因而不應加以限制，以保障表徵可以爲任何人所善意自由使用。以「先使用用權」作爲抗辯必需具備三要件：（a）在表徵未爲相關事業或消費者所普遍認知前，已有使用行爲；（b）使用必需基於善意，亦即不得具有不公平競爭之目的；（c）善意使用必需繼續，除非有正當理由而一時中止其使用（楊富強 / 賴源河，2002，頁 350-351）。如果無法證明其使用在表徵成爲相關事業或消費者所普遍認知之前，則無本款之適用（行政法院 86 判 2895）。

(六)繼受善意使用人營業之使用

76 在他人表徵未爲相關事業或消費者所普遍認知前，善意爲相同或類似使用固可援引表徵仿冒之除外規定；在繼受善意使用人營業之情形，營業繼受人亦應受相同之保護，但解釋上應限於繼受人亦爲善意使用，始能主張受到本款保護。所謂的繼受，包括一般的繼受或營業合併之概括繼受（楊富強 / 賴源河，2002，頁 351）。

五、附加適當表徵

77 符合本條第 2 項第 3 款（善意使用自己姓名）及第 4 款（表徵未被普遍認知前之善意使用及繼受使用）之情形，表徵使用人雖無法禁止善意使用行爲，

[131] 條文內容爲：「下列情形，不受他人商標權之效力所拘束：….三、在他人商標註冊申請日前，善意使用相同或近似之商標於同一或類似之商品或服務者。」

但該使用若有致使他人之營業、商品、設施或活動受有損害或混淆之虞者，得請求該事業附加適當表徵，以資區別。所謂的「適當表徵」，只要該表示能使一般消費者加以區別之程度即足。在單純運送商品情況，原則上不會對表徵使用人之營業、商品、設施或活動產生損害或混淆，因而表徵使用人不得要求附加適當表徵。

若善意使用人不願意附加區別的適當表徵時，表徵使用人是否能強制要求之。有學者認爲本條第 3 項之「防止混淆表徵附加請求權」，與一般的請求權不同，不具有直接的強制效果，僅有權利人對義務人請求附加表示作爲之間接效果而已，倘義務人無正當理由而不爲附加表示，只能被推定具有惡意，因而不符合本條第 2 項第款及第 4 款之善意使用要件（楊富強 / 賴源河，2002，頁 352）。但亦有學者（黃茂榮，1993，頁 375-376；劉孔中，2003，頁 277-278）認爲，本條第 3 項賦予被害事業作爲請求權，甚而主張公平會應善用本條第 3 項「附加適當表徵」之規定，以息紛止爭。若採肯定說、認爲被害事業對於「附加適當表徵」有作爲請求權時，進一步衍生的問題爲：除了該作爲請求權外，被害事業是否另有公平法第 31 條民事損害賠償請求權及依據第 35 條追訴刑責？反對另可循民刑事追訴者認爲，本條第 3 項僅以「得請求他事業附加適當表徵」爲其法律效力，不及於其他民事責任或刑事責任。但亦有認爲，他事業不從附加適當表徵以資區別之請求者，即違反公平法第 20 條第 3 項規定，從而構成「事業違反本法之規定」，是以自應負擔民事損害賠償及刑事責任（黃茂榮，1993，頁 375-376）。

肆、法律適用

一、與公平法第 21 條之關係

78 著名表徵仿冒行爲若涉及廣告或商品標示者，有可能同時該當本條與第 21 條不實廣告之規定。舉例而言，佯稱爲他事業之業務人員銷售商品或服務，涉及對於商品或服務提供者爲虛僞不實之表示，違反公平法第 21 條第 1 項、第 3

項。但行爲人爲了取信於人，進一步以「有體」（書面）方法使用他事業之公司或商號名稱，諸如印在行銷文件或商品上，則該行爲同時構成公平法第 20 條及第 21 條之適用（黃茂榮，1993，頁 381-382），從而發生想像競合或方法與結果之牽連犯問題。

雖然如此，公平會於此類案件，傾向於以第 21 條處理之。例如「崧倫汽車有限公司案」（84 公處字第 119 號），模仿南陽公司之企業「識別系統」，且復於名片上加註「新樹服務廠」文字，使人誤認其爲南陽公司設於台北縣新莊、樹林地區之特約服務廠。另外，「恒賓汽車案」（84 公處字第 29 號）非中華賓士公司台東經銷商，卻在交通要道上之招牌廣告上標註「中華賓士台東經銷商」，則被認定爲同時違反第 20 條與第 21 條。

二、與第 24 條之關係

79 參酌公平法第 24 條處理原則第 2 點及第 4 點所揭示，公平法第 24 條與其他法條之關係，係適用「補充原則」，亦即其他條文規定對於違反行爲已涵蓋殆盡，則無再就公平法第 24 條加以補充規範之餘地，就此公平會亦認爲公平法 20 條所規範之行爲，亦即該行爲「本法另有規定」，且被處分之行爲已違反公平交易法第 20 條第 1 項第 2 款之規定，自無再予審究其行爲是否尚有違反公平交易法第 24 條之規定（92 公處字第 43 號）。反之，如該個別條文規定評價該違法行爲後，仍具剩餘的不法內涵，則以公平法第 24 條加以補充。

關於本條與第 24 條之適用關係，公平法第 20 條處理原則第 16 點規定：左列各款情形，於未符合公平法第 20 條規定之構成要件時，得以違反公平法第 24 條規定處理之；但商品外觀係屬公眾得自由利用之技術者，不在此限：

（a）襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事：由於本條第 1 項第 1 款及第 2 款所禁止之表徵仿冒行爲，必需該當「致生混淆」要件。從而不會造成混淆之仿冒行爲，即不屬前揭規定之規範範疇；惟此一行爲仍可能對交易及競爭秩序產生不利影響者，因而可能以公平法第 24 條規範之。反之，關於未經註冊國外

著名商標之仿冒行爲，本條第 1 項第 3 款之規定不以致生相關事業或消費者混淆爲必要，因而在仿冒未經註冊國外著名商標之情況，適用本條規定即足，無須以第 24 條補充規範之。

（b）抄襲他人商品或服務之外觀，積極榨取他人努力成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序：舉例而言，被仿冒之表徵雖未達到「相關事業或消費者所普遍認知」程度，但仿冒人榨取他人努力成果之顯失公平行爲，則可能適用公平法第 24 條規定。

80 前揭規定，亦可與公平法第 24 條處理原則第 7 點規定相呼應。關於公平法第 24 條之適用，認定事業之行爲是否構成不公平競爭，可以從交易相對人間之交易行爲，以及從市場上之效能競爭是否受到侵害加以判斷，在判斷上可採取二階段之認定法：先自交易相對人間之交易行爲觀察，以了解是否對交易相對人有欺罔或顯失公平之行爲，或強迫煩擾交易相對人，或對交易相對人濫用優勢地位等情形。如果無法或很難觀察出是否有欺罔或顯失公平之行爲，則進行第二階段之觀察，亦即從市場上之效能競爭（公平競爭本質）是否受到侵害觀察。侵害市場效能競爭之行爲可以分爲（1）榨取他人努力成果之行爲；（2）破壞市場的行爲。常見之榨取他人努力成果行爲有：

- 依附他人聲譽
- 依附他人著名廣告
- 不當模仿他人商品或服務之外觀或表徵
- 利用他人已投入廣告行銷之努力或成本，而推展自己商品之銷售：例如於真品平行輸入情形，貿易商對於商品之內容、來源、進口廠商名稱及地址等事項以積極行爲使消費者誤認係代理商所進口銷售之商品。

關於本條與第 24 條之適用關係，亦參見第 24 條邊碼 117 以下。

81 在表徵之保護上，公平會對於有些案件，在認爲其不符合公平法第 20 條保護要件之情形下，往往援引第 24 條處理，特別是認爲其有依附他人聲譽或著名廣告。例如「老虎牙子」案，雖然公平會認爲老虎牙子爲相關大眾所共知之商

標，但是飲料之容器外觀、設色，及藍色方形坎有「有氧飲料」或「AEROBIC DRINK」等文字之圖樣，皆屬該系列機能性飲料商品性質、內容成分及口味種類之說明，尚非消費者用以識別商品來源之表徵，而不受第 20 條之保護，但是被處分人所印製之「老虎之泉」飲料容器外觀所構成整體設計單元，與檢舉人銷售之「老虎牙子」飲料相較，亦步亦趨，並未積極將其與檢舉人產品區隔之情形，對首先使用該商品外觀之事業，顯已造成損害，嚴重影響正當交易秩序，因而認定其違反第 24 條之規定。在前述「VOLVO 車牌框架案」，公平會雖然認爲他人製造販賣 VOLVO 車牌框架並不會構成消費者混淆，但是仍然認爲不當攀附他人聲譽，違反公平交易法第 24 條。

82 另外，在「美吾髮」案（86 公處字第 182 號處分）、「綠力水蜜桃汁」案（83 公處字第 18 號處分）、「車輪牌鮑魚罐頭案」（台北高等行政法院 91 訴 2273）、「美他磁磚貼紙案」（89 公處字第 186 號處分）、「造型鬧鐘案」（86 公訴決字第 56 號訴願決定）、「折疊式老花眼鏡盒案」（87 公訴決字第 34 號訴願決定）、「皮卡丘案」（90 公處字第 180 號處分書）、「特級高粱酒案」（台北高等行政法院 91 訴 3278），公平會亦均以公平交易法第 24 條處理。

三、與商標法之關係

83 就法律體系而言，商標法與公平法對於不公平競爭之規範，兩者都與競爭秩序有密切之關係，都是屬於維護競爭秩序類之智慧財產權法中之一部份，其規範之目的並不僅在於保障事業或消費者，而且在於維護正當之競爭秩序以促進產業之發展。

關於公平法與商標法競合問題，公平法草案提送立法院審議時，行政院在報告中指出：「違反商標法者侵害商標權，其處罰自應較重，而違反本法第 20 條者，屬一般仿冒行爲，刑度自然應較低。又違反公平交易法規定之行爲，可能同時違反商標法或刑法，因而構成法條競合情形，依刑法規定自可從一重處斷，似毋庸再規定犯本法之罪，其他法律有較高刑之處罰者，從其規定」（立法院公報，第 77 卷，第 13 期，頁 6）。

84 我國對於商標保護採註冊主義，但商標註冊之目的非用以囤積、阻礙他人的自由使用，而是希冀藉此鼓勵商標權人積極使用、推廣商標。與此理念相同，當特定表徵因事業長期而積極的使用及投資，可認定其屬相關事業或消費者所普遍認知者，雖然保護該表徵最好的方法乃鼓勵事業對之申請商標，惟若事業怠爲註冊，其行爲雖有可議之處，但相關事業或消費者對該表徵所形成的信賴，仍應加以保護（黃銘傑，2004（上），頁 5）。據此，爲保障事業之利益，並確保消費者之利益，同時維護正當之競爭秩序，對於表彰商品或服務來源之標識應予以保護。我國相關的保護規定，除商標法外，最重要者即爲公平交易法；亦即在註冊主義的商標制度外，以使用主義之公平法，加以補充保護（黃銘傑，2004（上），頁 6）。

公平法上之表徵與商標法上之商標，兩者都是屬於事業所使用之標識，其功能同樣都在於表彰商品或服務之來源。然而兩者不同之處則在於公平法上表徵之範圍遠比商標法上所保護之商標廣。我國商標法所保護之商標只限於經註冊之商標，亦即必須經過註冊才給予保護，如果未申請註冊，或是因不符合商標保護要件而無法取得註冊，縱使有使用且在市場上足以表彰商品或服務來源之實質商標，仍然無法取得商標權之保護。相較於美國商標之保護採取使用保護主義，德國商標法兼採註冊保護主義與使用保護主義，對於未註冊但有使用之商標都給予高度之重視並加以保護，我國商標法上之保護實有不足。未註冊而有使用之商標，仍然有給予保護之必要，其原因在於一實際上被使用之商標，縱使其未爲註冊，然而其業已經由使用而爲消費者所認識，事實上已經產生表彰商品或服務來源之作用，而在交易上有其重要之意義。

由於我國商標法採取註冊保護主義之限制，而且過去商標法所保護者僅爲平面商標，而不及於三度空間之立體標章，使許多業經使用之實質商標無法取得商標權之保護，因此公平法有關表徵之保護就相當重要。惟商標法於 2003 年

---

[132] 2004 年 9 月 1 日智慧局公告我國第一件立體商標核准案--吉祥羊酒瓶圖立體商標，http://www.tipo.gov.tw/service/news/ShowNewsContent.asp?postnum=5342&from=news (last visited September 5, 2004).

5 月 28 日修正公布後，立體標識亦可以經由註冊而取得商標權之保護[132]。

85 此外，由於商標法採取註冊保護主義，因此一個商標圖樣只要具有識別力（以前稱之爲「特別顯著性」），縱使在註冊申請前並未使用過，不具有任何知名度，但仍然可以取得商標註冊而受到保護

；然而公平交易法上所保護之表徵，則除必須具有識別性外，還必須是其在市場上具有一定之知名度，亦即達到「相關事業或消費者所普遍認知」之程度，此爲兩者不同之處。在保護之效果上，如果一標識完成商標註冊，則取得一個具有排他效力之權利；然而公平法對表徵之保護，並非賦予表徵使用人一個權利，表徵之使用人只是因公平法對交易秩序之維護而受到保護。

86 在法律適用上，商標法是針對註冊之商標加以規範與保護，至於未註冊之其他諸多商品或服務標識，原則上並不在商標法保護之範圍。商標法可以說是對於註冊商標之特別規範，就此而言，公平法則是對於商品或服務標識之一般性規範。在商標法所規範之範圍內，自是應該優先適用商標法，而在商標法規範所不及之範圍，則應由公平法補充適用之。雖然如此，在過去商標法對於著名商標保護不足之情形下，由於公平法是對於達到「相關事業或消費者所普遍認知」之知名度之標識給予保護，因此似乎又可以反過來認爲公平法是對於具有知名度標識之特別規範。然而此種情形在 2003 年商標法修正後對於著名商標有較爲周延之保護後，又有所改變。

87 商標法在 2003 年大幅度修正，其中與本條有關者，爲擴大保護對象及於立體形狀之商標，以及對著名商標之保護。

首先就立體形狀商標之保護而言，修法前由於商標之保護僅限於平面商標，立體形狀之標識並不准予商標註冊，是以立體形狀之標識只能透過公平法受到保護，特別是第 20 條有關表徵之規定。商標法修正時，參酌各國之商標制度，擴大保護範圍使其及於立體形狀之商標，實爲我國商標制度之一大進步，並使過去立體標識必須完全倚賴公平法保護之情形獲得改善。未來有關已經註冊之立體商標之仿冒，原則上應該依商標法處理即可，特別是不具有知名度之

立體商標。至於未註冊之立體商標，由於無法受到商標法之保護，仍然有適用公平法之空間。雖然如此，並不是所有已經註冊之立體商標，就完全無公平法之適用。如果已經註冊之立體商標具有知名度，在商標法之外，是否仍然有公平法之適用，則值得進一步探討，此即涉及著名商標之保護問題。

88 這次商標法修正，有鑑於國際上對於著名商標之保護相當重視，而過去商標法對於著名商標之保護並不周延，因而積極強化對於著名商標之保護。新修正商標法第 23 條第 1 項第 12 款所規定之不得註冊事由規定：「相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者。但得該商標或標章之所有人同意申請註冊者，不在此限」，亦即不得註冊之事由，不以致相關公眾混淆誤認之虞爲限，縱無致相關公眾混淆誤認之虞，但有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者，仍然不得註冊。另外，新商標法第 62 條第 1 款：「明知爲他人著名之註冊商標而使用相同或近似之商標或以該著名商標中之文字作爲自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致減損著名商標之識別性或信譽者」，視爲侵害商標權，將商標權之保護範圍予以擴張，他人在明知之情形下，使用與著名商標相同或近似之商標，或以其文字作爲自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，縱使使用在不類似之商品或服務，只要有致減損著名商標之識別性或信譽，就被視爲商標之侵害。雖然如此，新修正商標法對於著名商標之保護，仍是較爲低度，因爲第 62 條只是規定民事責任，他人如果使用相同或近似之商標於不類似之商品或服務，而致減損著名商標之識別性或信譽者，侵害人只有民事責任，而無刑事責任。雖然如此，如果使用與著名商標相同或近似之商標於同一或類似之商品，而有致相關消費者混淆誤認之虞，仍然有刑事責任（商標法第 81 條）。然而此一刑事責任之規定（三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣二十萬元以下罰金），相較於違反公平法第 20 條第 1 項，依第 35 條之規定，於未停止、改正或採取必要更正措施時之刑事責任（三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰

金），顯然較輕。

89 在商標法修正前，由於商標法對於著名商標之保護不足，因而相當大程度地必須仰賴公平法對於著名商標之保護，雖然公平法中使用「相關事業或消費者所普遍認知」一詞，一般仍然將其理解爲係指著名商標而言。商標法修正後，雖然對於著名商標之保護有所規範，然而是否會使得著名商標之保護都回歸到商標法，而減少對公平法之適用。就保護範圍而言，新修正商標法對於著名商標之保護，並不以「有致相關消費者混淆誤認之虞」爲必要，只要有致減損著名商標之識別性或信譽，即受保護。雖然在未致相關消費者混淆誤認之情形，仿冒者並無刑事責任，但至少有民事責任。相對地，公平法要求必須達到致與他人商品、營業或服務相混淆之程度，始受第 20 條第 1 項之保護，若無混淆之虞，而只是減損著名商標之識別性或信譽，原則上無法依第 20 條第 1 項予以保護。就此觀之，本條對於著名商標之保護範圍顯然較商標法窄。雖然如此，在兩者保護範圍重疊之部分，亦即在會導致混淆之情形，公平法之刑事責任顯然較重，但必須先行政而無效果後才能加以處罰。

由於商標法修正後加強對立體形狀商標與著名商標之保護，使得商標法與公平法之關係更爲複雜，也使得公平法第 20 條與第 24 條在著名商標保護上所扮演之角色有重新檢討之必要。未來在修法方向上，本文認爲既然商標法對於著名商標欲給予較爲周延之保護，則應儘量讓諸商標法就此加以規範，而公平法所要扮演之角色，則是就商標法對於標識保護不足之補充。是以公平法第 20 條應有較大幅度之修正，而其修正方向，則是應該對於已經有使用而未註冊或無法取得註冊之商標或其他表徵提供保護，亦即如果他人有相同或類似之使用而有致混淆誤認之虞時，則予以禁止。

四、與專利法之關係

90 依據專利法第 109 條第 1 項及第 110 條規定，對於物品之形狀、花紋、色彩或其結合，透過視覺訴求之創作，若可供產業上利用者，可以申請新式樣專利。據此，商品外觀若符合新式樣專利保護要件，即可享有新式樣專利之權利。

惟商品外觀之設計，可能是純粹爲了功能性考量，亦可能是在視覺訴求外另可發揮功能性目的，亦不排除該商品外觀之設計係爲區別商品來源。依據專利法第 112 條第 1 款規定，純功能性設計之物品造形，不予新式樣專利；其他的商品外觀則具有新式樣專利之可專利性。

91 兼具功能性之商品外觀在取得新式樣專利後，是否能進一步受到公平法第 20 條保護，應視該商品外觀是否具有區別商品來源之功能。亦即仿冒具有區別商品來源功能之表徵（商品外觀），可能有公平法第 20 條或第 24 條之適用。反之，商品外觀雖能發揮功能性目的，但無區別商品來源之功能者，僅能尋求新式樣專利保護，無公平法之適用（公平法第 20 條處理原則第 9 點第 3 項及第 16 點第 3 項），在此新式樣專利保護領域外，則屬公眾得自由利用之技術（何之邁、單驥、張懿云、林廷機，2000，頁 127）。

92 具有區別商品來源功能之商品外觀，可能同時受到公平法及新式樣專利保護，從而衍生之疑義爲：新式樣專利保護期限屆滿後，具區別商品來源之商品外觀，是否繼續受到公平法第 20 條表徵保護？對此，公平會及最高行政法院曾在 92 判 1649 號判決「勞力士蠔式錶案」表示意見。在該案中，原告所生產勞力士蠔式型手錶錶面之刻狀外圈與錶殼、水晶錶面、上鍊表冠（錶把）所組成之外觀等特殊設計取得之德國新式樣專利業於 1972 年屆滿，故勞力士蠔式型手錶之外觀，已不再受到專利法所保護，但原告主張其每年投注於台灣市場所花費之電視、報紙等廣告宣傳費用有新台幣數億元之譜，消費者對勞力士「蠔式錶」之結構及外觀，已有深刻印象，即便前揭表徵因新式樣專利期限屆滿而不再具有特別顯著性，但在長久以來的廣告文宣及行銷下，已擁有次要意義，因而該當公平法第 20 條第 1 項第 1 款所規定之表徵。公平會及最高行政法院認爲，就整個法律體系及政策而言，專利法對專利權設有一定之保護期限，在該保護期限內，充分給予專有製造及販賣之權利，惟一旦期限屆滿，該項專利即屬公共財產，自不宜再以公平交易法爲過渡之保護，否則不僅與專利法賦予專利一定期間保護之目的相違背，且喪失避免專利權過於浮濫而造成社會進步障礙之

精神。關於蠔式錶之結構及外觀，公平會最高行政法院亦認爲，其已爲多數錶商所使用，因而不具有特別顯著性，消費者亦無法從該等外觀區別其與其他錶商品來源之另一意義。據此，蠔式錶外觀不符合公平法第 20 條第 1 項表徵規定，從而被檢舉人之行爲不構成該條表徵仿冒，亦無同法第 24 所稱之商業競爭倫理非難性及阻礙公平競爭行爲。

93 對於上述公平會及最高行政法院見解，有學者（黃銘傑，2004（上），頁 9-11；劉孔中、謝杞森，2001，頁 80、85、101）認爲一般智慧財產權法係提供形式性及靜態性的保護，公平法對於表徵之保護，則在維護動態的公平競爭秩序，因而表徵是否爲相關事業或消費者所普遍認知，始爲重點。特定表徵若符合前揭要件，且表徵使用人亦持續投入鉅額廣告成本，理論上即應受到公平法保護，與該表徵之新式樣專利保護期限是否屆至無涉。否則具備識別力或次要意義之表徵擁有者，即便符合新式樣專利保護要件，亦不應提出申請，以免在專利保護期屆滿後，同時喪失專利法與公平法之保護可能性。

惟亦有學者（黃茂榮，1993，頁 395；李美惠，1997，頁 73）認爲商品外觀若具備新式樣專利保護要件者，可能申請新式樣專利保護。先前既已受到新式樣專利保護之商品外觀，在專利保護期限屆滿後，不應再依據公平法第 20 條第 1 項規定繼續受到保護，否則該產品外觀之法律保障將超出專利法所賦予之期間，轉爲永久保障，此與智慧財產權保護之本旨不符。

就此本文認爲應從規範目的出發，基本上專利法與公平交易法各有不同之規範目的，從專利法之觀點，專利保護期滿之後，該新式樣理論上已經不再是原專利權人所得獨占者，而成爲公共財，眾人皆得利用之。然而畢竟此一利用行爲仍然屬於社會上經濟活動之一部分，仍應受到公平交易法之規範，因此如果該商品外觀經由原專利權人之積極使用而具有識別力，並成爲相關事業或消費者普遍認知之表徵，如果他人之使用會造成消費大眾之混淆誤認，從競爭秩序之維護與消費者保護之觀點，仍然有給予保護之必要， 因爲此時該外觀不僅是商品之外觀而已，其已經具備有標識之作用，其性質與商標相當接近。

五、公司法與商業登記法

94 公司法（2001 年 11 月 12 日修正公布）第 18 條第 1 項規定：「公司名稱，不得與他公司名稱相同。二公司名稱中標明不同業務種類或可資區別之文字者，視爲不相同」，同條第 3 項規定：「公司不得使用易於使人誤認其與政府機關、公益團體有關或妨害公共秩序或善良風俗之名稱」。另外，商業登記法第 28 條規定：「商業在同一直轄市或縣（市），不得使用相同或類似他人已登記之商號名稱，經營同類業務。但添設分支機構於他直轄市或縣（市），附記足以表示其爲分支機構之明確字樣者，不在此限。商號之名稱，除不得使用公司字樣外，如與公司名稱相同或類似時，不受前項規定之限制」。因而前揭規定禁止經營相同業務者，使用相同的公司或商號名稱；但只要是經營不同業務種類或在公司或商號名稱附加可資區別文字者，有可能產生公司或商號名稱之主要部份相同。

與前揭公司法及商業登記法規定相同，公平會第 20 條處理原則第 14 點及第 15 點認爲，雖是相同的公司或商號名稱，但標明不同業務種類者，即非相同或類似之使用，因而無公平法第 20 條之適用。關於前揭公平會第 20 條處理原則之妥適性、公平法與公司法及商業登記法之適用關係，學者間有不同看法。

95 有學者（楊富強 / 賴源河，2002，頁 356-357）認爲，公平法、公司法及商業登記法均就公司或商號名稱之使用有規定，此時應依公平法第 46 條處理。公平法第 46 條規定：「事業關於競爭之行爲，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」。公平法第 20 條對於表徵仿冒之禁止規定，雖有「爲相同或類似使用」之規定，但不等同於「經營相同或類似業務」。在法律適用上，若優先適用公司法或商業登記法規定，排除公平法規定，將造成著名公司之困擾，產生搭便車行爲，使用相同或類似的公司或商號名稱獲取不正當利益，此非公平競爭經濟秩序下所欲允許之行爲。從而若優先適用公司法或商業登記法規定，將會牴觸公平法之立法意旨。據此，不同企業經營相同業務種類，不得使用相同的公司或商號名稱，此乃公司法及商

業登記法所明定，亦會構成公平法第 20 條第 1 項之違反，因爲其會產生混淆及不公平競爭結果。反之，企業所經營業務不同種類，若使用相同的公司或商號名稱，雖符合公司法或商業登記法規定，但該相同或類似之使用，會與其他著名表徵之商品或服務產生混淆者，仍非公平法所許。

96 關於公司名稱規範問題，亦有學者（林國全、馮震宇，2003，頁 59-65）同樣反對應優先適用公司法規定，其所持理由爲：公平法與公司法對於公司名稱使用規範存有諸多差異，不論是規範目的、規範程度、規範對象、規範發動時期或規範方法均有不同，因而並無優先適用公司法規定之必要。持本見解之學者亦從公司法修正結果論述，其認爲在 2001 年 11 月 12 日公司法修正公布前，公司法第 18 條對於公司名稱使用之規範，尚及於「類似使用」之禁止，因而在法律適用上可能涵蓋不公平競爭行爲之禁止，至其規範範圍與公平法第 20 條有重疊之處。但 2001 年底公司法修正後，前揭法律適用之疑慮已不存在，舊公司法第 18 條第 2 項後段文字「二公司名稱中標明不同業務種類者，其公司名稱視爲不相同或不類似」已刪除。從而與舊公司法採相同文字之公平會第 20 條處理原則第 14 點第 1 項亦屬多餘，應配合公司法修正予以刪除，由公平會從不公平競爭之規範目的，審視個案是否違反公平法第 20 條規定。

惟亦有學者（黃茂榮，1993，頁 375-379）主張，經營不同類業務之公司，使用相同的公司或商號名稱，乃公司法或商業登記法所許，因此，除非登記在後之事業另有積極行爲（諸如自稱爲先登記公司或商號之關係企業或從事同類業務），使相關大眾產生混淆者，始有公平法之適用。但該行爲人具有欺罔交易相對人、分享先登記公司或商號商譽之意義，其所違反者乃公平法第 24 條，仍不構成第 20 條第 1 項第 1 款或第 2 款之適用，因爲此非「爲相同或類似之使用」情形。檢舉人欲援引第 20 條救濟者，必需具體指證後登記事業有從事積極的行爲。

97 本文認爲，由於商業主管機關對於公司或商號名稱之登記並不爲實體審查，因此縱使主管機關核准其登記，並不表示其登記就具有正當性。如果其登

記之事業名稱有侵害他人權利或違反其他法律規範之情事，仍然應負其責任，並不適當以其業爲形式登記爲由而免責。由於事業名稱之爭議不僅使消費者受到混淆，同時也使市場上之競爭秩序受到影響，因此，關於事業名稱登記之正當性問題，應由公平法規範之。實務上亦曾有判決明白表示（「台灣雅虎電子商務股份有限公司案」台中地院 89 訴 3399）：「公司使用與他人公司相同或類似之名稱，縱未違反公司法之規定，倘所設立在先之公司名稱已爲相關大眾所共知時，足以產生混淆或發生攀附名聲或引人錯誤聯想之情事，仍不得以未違反公司法爲由，排除公平交易法之適用」，此一見解值得贊同。

六、與民法之關係

98 仿冒表徵之行爲，亦可能構成民法之侵權行爲。在公平法尚未制定前，關於商品容器仿冒情事，臺灣高等法院 78 上（一）更 35 判決「Pentel 修正液容筆器仿冒案」即援引民法第 184 條第 1 項後段侵權行爲處理。在該案中被告所生產的修正液筆使用與原告 Pentel 相同的造型容器，並行銷於市面上，僅以不同內容之英文標示與原告產品相區別。臺灣高等法院認爲，被告全盤剽竊原告商品，導致消費者產生嚴重混淆誤認，顯然有悖正常商業競爭秩序；商品容器雖不受（當時）商標法保護，但前揭行爲違反誠信商業交易風俗，惡意損害原告產品銷售經營，自應構成民法第 184 條第 1 項後段之侵權行爲。

前揭判決乃在公平法施行前所做成，公平法施行後，與民法之規範間乃特別法與普通法關係，因而應優先適用公平法第 31 條及第 32 條規定（楊富強 / 賴源河，2002，頁 358）。另外，公平法第 31 條雖僅規定：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任」。條文中並未明定以行爲人有故意或過失爲賠償責任之要件，是否有意採無過失責任？本文認爲，在我國的民事損害賠償架構下，原則上應以故意或過失存在爲必要，無過失責任乃例外情況，應有法律有明文規定爲必要。

七、刑法第 253 條

99 刑法第 253 條規定：「意圖欺騙他人而僞造或仿造已登記之商標、商號者，

處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金」。本條所處罰者，乃「僞造」或「仿造」商標或商號行爲，且保護客體僅限於以登記之商標及商號。至若使用僞造、仿造商標、商號行爲，則可能以商標法第 81 條、公平法第 35 條第 1 項規範之。

第二十一條　引人錯誤之廣告或商品表示

現行條文（2000 年 2 月 3 日修正公布）

「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。

事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入。

前二項規定於事業之服務準用之。

廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主負連帶損害賠償責任。」

修正前條文（1991 年 2 月 4 日公布）

「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。

事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入。

前二項規定，於事業之服務準用之。

廣告代理業在明知或可得知情況下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，應與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦應與廣告主負連帶損害賠償責任。」

參考文獻

陳玲玉（1979），《論引人錯誤廣告與廣告主之法律責任》；曾世雄（1991），〈違反公平交易法之損害賠償〉，《政大法學評論》第 44 期，頁 351-365；廖義男（1991），〈公平交易法關於違反禁止行爲之處罰規定〉，《政大法學評論》第 44 期，頁 333-350；朱鈺洋（1993），《虛僞不實廣告與公平交易法》；呂玉琴（1993），〈公平會不實廣告處分案例之整理與介紹〉，《公平交易季刊》第 1 卷第 1 期，頁 127-133；周德旺（1993），〈廣告管制與公平交易法—論公平法修法應注意事項(上)、(下)〉，《律師通訊》第 167 期，頁 54-60、第 168 期，頁 66-72；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；吳翠鳳（1994），〈比較廣告適法性之研析〉，《公平交易季刊》第 2 卷第 4 期，頁 129-135；范建得、莊春發（1994），《公平交易法，第三冊：不實廣告》；陳文吟（1994），〈探討美國商標法第 43 條 a 項之「不實廣告」〉，《工業財產權與標準》第 19 期，頁 110-122；廖義男（1994），《公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》；羅明宏（1994a），〈論不實廣告與外在證據—美國立法例之評介〉，《公平交易季刊》第 2 卷第 4 期，頁 109-128；羅明宏（1994b），〈論不實廣告之判別準則—從消費者角度觀察〉，《公平交易季刊》第 2 卷第 2 期，頁 41-67；范建得（1995），〈論公平交易法對不實及引人錯誤廣告之管制〉，《公平交易季刊》第 3 卷第 2 期，頁 1-23；辛志中（1995），〈「行政院公平交易委員會對房屋廣告之規範」訂定簡介〉，《公平交易季刊》第 3 卷第 3 期，頁 65-78；陳櫻琴（1995），〈公平交易法如何取締不實廣告〉，《月旦法學》第 1 期，頁 78-79；廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；劉孔中（1995），〈事業以比較廣告從事競爭之界限〉，《公平交易季刊》第 3 卷第 3 期，頁 1-17；李欽賢（1996），〈保險業之不實廣告與消費者保護法〉，《保險專刊》第 43 期，頁 110-117；吳翠鳳（1996），〈美國對不實廣告行爲之規範及執行狀況〉，《公平交易季刊》第 4 卷第 1 期，頁 163-177；陳櫻琴（1996），〈「比較廣告」之案例研究—兼論廣告管制之法律原則〉，《東海法學研究》第 10 期，頁 1-31；廖

義男（1996），〈消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範之競合〉，《律師通訊》第 199 期，頁 16-36；饒懷真（1996），《我國公平會不實廣告判例之研究》；林發立（1997），〈夾層屋問題再探〉，《萬國法律》第 94 期，頁 2-13；林世華（1997），〈從廣告看夾層屋的法律問題〉，《律師雜誌》第 214 期，頁 54-57；張弘澤（1997）〈公平會對預售屋廣告之規範〉，《萬國法律》第 94 期，頁 14-23；公平會（1998），《我國目前對商業廣告規範之研究》；吳英同（1998），〈不實廣告類型及案例分析〉，《公平交易季刊》第 6 卷第 1 期，頁 125-148；殷世熙（1998），〈公平會目前處理瘦身、美容、美髮業不實廣告案例〉，《公平交易季刊》第 6 卷第 3 期，頁 161-180；陳櫻琴（1998），〈比較廣告之判斷原則—以公平會案例爲主〉，《中原財經法學》第 4 期，頁 137-160；劉默容（1998），《預售屋買賣之不實廣告暨其定型化契約之研究》；林東昌（1999），〈公平交易委員會對不實廣告的規範〉，《萬國法律》第 103 期，頁 52-62；陳忠五（1999），〈不誠實廣告與夾層屋買賣契約—實務上相關判決之綜合評釋(上)、(下)〉，《台灣本土法學雜誌》第 2 期，頁 66-87、第 3 期，頁 70-91；陳櫻琴（1999），〈比較廣告—評行政法院八十七年判字第二○○六號判決〉，《月旦法學雜誌》第 52 期，頁 139-144；廖義男（1999），〈不實廣告之判斷與法規修正之關係—評元上公司不實廣告之裁判〉，《法令月刊》第 50 卷第 9 期，頁 3-7；王銘勇（2000），〈公平交易法不實廣告與詐欺罪之界線〉，《第六屆競爭政策與公平交易法學術研討會》論文集，頁 351-379；黃立（2000），〈旅遊廣告的效力以及異常條款問題—評台灣台北地方法院八十七年度重訴字第七六○號民事判決〉，《月旦法學》第 71 期，頁 148-154；黃茂榮（2000），〈電子商務上之不公平競爭〉，《植根雜誌》第 16 卷第 9 期，頁 1-40；陳櫻琴（2000a），〈真品平行輸入之廣告—評行政法院八十六年判字第二七四五號判決〉，《月旦法學》第 58 期，頁 166-175；陳櫻琴（2000b），〈不實廣告保護法益之研究—「廣告詐欺犯罪」之省思〉，《第六屆競爭政策與公平交易法學術研討會》論文集，頁 381-427；劉孔中（2000），〈論欺罔與虛僞不實、引人錯誤之標示或廣告〉，《公平交易季刊》第 8 卷第 2 期，頁 1-35；廖義男（2001），〈行政法院裁判之評析〉，

《台灣本土法學雜誌》第 18 期，頁 81-89；黃茂榮（2002），〈藥品之不實廣告〉，《公平交易季刊》第 10 卷第 3 期，頁 117-144；須文蔚（2002），〈不實廣告管制社會科學化之研究—以公平交易法爲中心〉，《公平交易季刊》第 10 卷第 1 期，頁 29-77；劉華美（2002），〈最高行政法院有關不實廣告之裁判之評析〉，《台北大學法學論叢》第 51 卷，頁 1-33；汪渡村（2003），《公平交易法》；劉孔中（2003），《公平交易法》。

第二十一條　引人錯誤之廣告或商品表示

壹、法制比較

一、美國

（一）相關條文

（二）規範原則與制度架構

（三）實務見解與學說主流

二、日本

三、德國

（一）相關條文

（二）規範原則與制度架構

1、引人錯誤宣傳

2、比較廣告

3、其他該當不公平行為之引人錯誤行為

4、法律效果

四、歐洲聯盟

（一）規範依據

（二）歐盟 84/450/EWG「不實廣告指令」及 97/55/EG「比較廣告指令」

1、立法目的及調和功能

2、不實廣告與比較廣告之意義與判斷

3、會員國應採取之有關措施

貳、立法沿革與體系定位

一、立法沿革

二、體系定位

參、要件之分析

一、在商品或其廣告上

（一）在商品上

（二）在商品之廣告上

1、廣告之型態

2、廣告在競爭法上之評價

二、以其他使公眾得知之方法

三、交易資訊

四、虛偽不實或引人錯誤

（一）概念定義

1、虛偽不實

2、引人錯誤

（二）個別交易事項虛偽不實或引人錯誤之情形

1、商品價格、數量

2、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途

3、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地

4、贈品、贈獎及其他價格以外之優惠

5、其他重要交易資訊

（三）虛偽不實或引人錯誤之案件類型

（四）綜合判斷準則

（五）虛偽不實或引人錯誤之驗證或調查方法

五、為表示或表徵

（一）行為主體

（二）歸責要件

六、販賣、運送、輸出、輸入之禁止

七、服務之準用

八、廣告代理及廣告媒體之連帶責任

（一）廣告代理業負連帶責任之要件

（二）廣告媒體業負連帶責任之要件

肆、法律適用

一、公平會與目的事業主管機關行政協調結論

二、公平會介入處理之準則

三、公平會介入在民事法律上之效果

四、比較廣告在本法上之處理原則

壹、法制比較

一、美國[133]

（一）相關條文

1. 1、不實廣告（False and Deceptive Advertising）與不公平廣告(Unfair Advertising)之問題，主要是由美國聯邦交易委員會法－Federal Trade Commission ACT第5條所揭之不公平（unfair）或不實（deceptive）二字所「概括」地規範，屬於一種不公平或欺罔的交易行爲(unfair methods of competition and unfair or deceptive acts or practices)。此外，美國聯邦交易委員會法第12條更對食品、藥物、設施、服務、化妝品爲不實廣告之禁止（false advertisement of foods, drugs, devices, services, and cosmetics）爲例示規範，第15條則就第12條中所稱之不實廣告（「false ads」） 以實質重要的誤導（misleading in a material respect）之標準補充定義之。 實務之見解則承認第5條與第12條間爲競合

133 美國法制部分由范建得撰寫。

之關係[134]。執法上則由美國聯邦交易委員會以公共利益（in the public interest ）以及該足以影響消費者決定之可能性（capable of influencing consumers' decisions）爲條件發動[135]。

2. 2、另外，主要用以規範聯邦商標事務的Lanham Act，其第 43(a)條，亦規定任何人以文字或其他表徵對商品或服務爲任何不實的描述或表述，應就此造成之損失，負擔民事賠償責任[136]。

3. 3、此外，統一欺罔交易慣行法（Uniform Deceptive Trade Practices Act），除將習慣法上關於識別侵害之原則法典化外，也禁止不實廣告，但只提供禁制令（injunctive relief），亦爲部分州法採用。

4. 4、至於涉及消費者保護者，則有聯邦交易委員會所提出，且爲部分州立法所採行之「不公平交易行爲與消費者保護法」（Unfair Trade Practices and Consumer Protection Act）。

（二）規範原則與制度架構

5. 參照第 19 條，編碼 1-11 之說明。

（三）實務見解與學說主流

6. 關於商業廣告，美國聯邦最高法院早期曾以「商業言論理論」（The Commercial Speech Doctrine ），明白表示不是言論自由保障之範圍（聯邦憲法第一修正條款），意即對於商業廣告之法律層面規範，容有不接受「言論自由」違憲審查之空間。不過，其後聯邦最高法院改變立場，認爲「真實」（truthful

---

[134] See e.g., Simeon Management Corp., 87 F.T.C. 1184, 1219 (1976), aff'd, 579 F.2d 1137 (9th Cir. 1978); Porter & Dietsch, 90 F.T.C. 770, 873-74 (1977), aff'd, 605 P.2d 294 (7th Cir. 1979), cert. denied, 445 U.S. 950 (1980).

[135] 15U.S.C.A §45（b）參照。

[136] Any person who shall ... use in connection with any goods or services ... a false designation of origin, or any false description or representation, including words or other symbols tending falsely to describe or represent the same, and shall cause goods or services to enter into commerce . . . shall be liable to a civil action by any person doing business in the locality falsely indicated ... or by any person who believes that he is or is likely to be damaged by the use of any such false description or representation.

advertising）的廣告本身，與一般言論表現無異，應受言論自由之保障[137]，不過自始至終仍強調誤導性廣告非屬言論自由保障之對象[138]。

7. 習慣法上，競爭者間對於對手所爲之不實廣告訴訟，除另涉及習慣法上所承認之商譽詆毀（defamatory or disparaging statement）、混淆識別（misidentification）、惡意或掠奪性競爭（malicious /predatory competition）等商業類型之侵權者外，甚少成立，見解之保守在American Washboard Co v. Saginaw Manufacturing Co.,1990 一案中表現無遺。實則，此與習慣法上係以侵權行爲之角度觀察，以致於嚴格要求「被害人特定」所致，換言之，原告至少要證明被告的不實廣告，造成原告損害，其方法則在說服法院在「市場」中，原告與被告間之利益會因不實廣告而消長（例如被告不實之廣告被拆穿時，顧客會全部或大部回流至原告）[139]。至於消費者如主張因不實廣告發生損害，通常也已是事後救濟，且往往無法避免損害舉證之困難。諸此習慣法上之實然，即日後各州或聯邦嘗試將習慣法成文化，並一再明示將保護對象解釋放寬至競爭者與消費者，且加入行政調查、制止甚至刑罰機制之原因。

8. 由於廣告本身即有其宣傳、吸引消費者之本質，因此，誇大之用語本即無法避免，否則即失其經濟上之作用。若依美國執法經驗，廣告之內容如僅僅單純誇大（puffery）而無涉及誤導之虞時，因只涉及主觀意見陳述，未涉及特定事實的表述（representation of a specific fact），習慣法上並不非難其合法性，學者則稱之爲「可識別的誇張」（discernible exaggeration）。相反的，廣告之文義即便爲真，但其內容如果確實有誤導（mislead）之實時，仍屬可控訴之廣告[140]。至於誤導與否，則以一般買受人（ordinary purchaser）之標準爲斷[141]。

---

[137] See e.g.,Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizen Consumer Council,Inc.,1976.

[138] See e.g.,Help-U-Sell, Inc. v. Maine Real Estate Commission, 1992.

[139] See e.g.,Electronics Corp. of American v. Honeywell, Inc.,1970.

[140] See e.g., Kraft, Inc. v. FTC, 970 F.2d 311 ,7th Cir. 1992.

[141] See e.g., Charles ot the Ritz Distributors Corp. v. FTC, 1994.

9. 關於具體之執法政策宣示，可參 1983 年 10 月 14 日美國聯邦貿易委員會，綜理相關司法見解所爲之聯邦貿易委員會針對欺罔行爲之執法政策宣示（「FTC POLICY STATEMENT ON DECEPTION」）中，關於所謂「不實廣告」之判斷，基本上則認爲關於不實廣告之檢視，需確認：1、客觀上，是否存在某些表示、隱瞞或行爲（representation, omission or practice），其中，判斷上較不易的，是所謂的「消極隱瞞」構不構成欺罔或不實，就此，美國執法上認爲，除法定義務中屬於需揭露之部分外，尚需綜合行爲人之積極行爲所營造之整體廣告印象[142]；2、再來，檢視（確定）相關消費者在該特定事件中之合理觀點（reasonableness from the perspective of a consumer in the circumstances）；3、最後，針對已經判認存在之特定「表示、隱瞞或行爲」，依據消費者合理觀點，判斷是否爲「實質重要」（material），至於所謂「實質重要」，即指「極可能影響消費者行爲或決定」者（likely to affect the consumer's conduct or decision with regard to a product or service）。此外，更早期（1980 年 12 月 17 日）的聯邦貿易委員會針對不公平（競爭）行爲之執法政策宣示（「FTC POLICY STATEMENT ON UNFAIRNESS」）也於註釋 10 中揭示該等政策立場於廣告相關之案例，亦得一體適用（These standards for unfairness are generally applicable to both advertising and non-advertising cases.），而其判斷標準大致採S&H案[143]所揭之原則，略爲：1、在衡量系爭行爲與消費者及競爭利益之情況下，是否足以對消費者造成實質而無法合理防免之傷害[144]；2、系爭行爲是否違反成文法或習慣法或其他產業慣例所建構之公共政策，同時該等判斷基準也可以輔爲證明前揭「是否足以對消費者造成實質而無法合理防免之傷害」；3、最後，則判斷系爭行爲在商業慣行上是否是不道德、無誠信的（由於該項由S&H案所揭之標準，

[142] 參 ITT Continental Baking Co. Inc., 83 F.T.C. 865, 965(1976).

[143] FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 223, 244-45 n.5 (1972).

[144] It must be substantial; it must not be outweighed by any countervailing benefits to consumers or competition that the practice produces; and it must be an injury that consumers themselves could not reasonably have avoided.

與前揭二項準則本即有相當重疊，美國聯邦貿易委員會實際執行上並未刻意區分考量）。

10. 最後，著眼於真實的、無欺罔的比較廣告本身，本即具有幫助消費者做出理性選擇之正面效果，且有助益於獎勵改良、創新，因此，美國聯邦貿易委員會關於比較廣告之規制政策[145]，僅著眼於「不實的」（商譽）貶抑（"disparagement," "disparagement of competitors," "improper disparagement," "unfairly attacking," "discrediting"）的防止，並對於相關不當或過度限制「比較廣告」之產業法令或自律規範等，明白宣示將扮演「解除」管制之機制。

二、日本[146]

11. 日本法相當於我國公平法第二十一條之規範者，於獨占禁止法及不正競爭防止法二者中皆有之。

首先，在獨占禁止法的體系中，一般指定第八項規範欺瞞性的顧客引誘行爲，其謂：「就有關自己所供給商品或服務之內容、交易條件或其他交易相關事項，以使顧客誤認其較實際事物或較競爭者所提供者更爲顯著優良或有利，而不當利誘競爭者之顧客與自己交易之行爲。」

其次，不正競爭防止法第二條第一項第十三款亦有類似的規定：「於商品、服務、廣告、交易文件或交易通訊中，爲使人就其商品之原產地、品質、內容、製造方法、用途、數量，或服務之品質、內容、用途、數量等產生誤認之標示，或轉讓、交付、爲轉讓、交付而展示、輸出、輸入、利用電子通訊線路提供使用該當標示之商品，或提供有該當標示之服務者。」

12. 二者規範除因屬獨占禁止法系列者，其執行主要由行政機關之公平交易委員會負責，而屬不正競爭防止法系列者則爲一般法院管轄外，在一般指定第八項之規範上，尚因有一九六二年「贈品標示法」之特別法的制定，使得日本公平交易委員會可以藉由較爲便捷、簡易的處理程序，禁止引人誤認廣告之繼續

---

[145] 「STATEMENT OF POLICY REGARDING COMPARATIVE ADVERTISING」，August 13, 1979.

[146] 日本法制部分由黃銘傑撰寫。

存在。如此規範手法對於有傳染性、事業爭相誇大之引人誤認廣告，特別重要。此外，贈品標示法亦容許各該產業爲合理抑制業界內此類引人誤認廣告之橫行，可以在經過公平會與消費者代表參與的前提下，訂定業界內的「公平競爭規約」。無論如何，在實務運作上，一般多認爲，當有 10%以上的消費者對於系爭標示或廣告有發生誤認之虞時，即得認定其有引人誤認之虞。

三、德國[147]

（一）相關條文

13.

2004 年新法	舊法
不正競爭防止法第 5 條 （1）爲引人錯誤的宣傳，構成第 3 條之不公平競爭行爲。 （2）在判斷宣傳是否引人錯誤時，應考量該宣傳之所有組成內容，特別是其所包含之內容，乃關於： 1.商品或服務之特徵，諸如可供應性、種類、規格、成分、製造或產生的程序及時間、合於目的性、利用可能性、數量、特性、地理或企業來源、利用後之預期結果、商品或服務測試之重要組成內容。 2.銷售原因及價格、計價之種類與方式、商品運送或服務提供之條件。 3.營業關係，特別是宣傳者的種	**不正競爭防止法 第 3 條** 凡於營業交易過程，爲競爭目的而就營業關係爲引人錯誤的表示者。特別是關於如下內容爲錯誤表示者，乃不公平行爲，行爲人得被請求不作爲：關於特性、原產地、出產地、個別或整體商品或服務之價格計算、價目表、商品種類或商品來源、商號、商品販售之原因或目的、存貨數量。於比較廣告中所爲之表示，亦屬於營業關係之表示。 **不正競爭防止法第 4 條** （1）行爲人意圖呈現較佳的商品或服務條件，在對於一定範圍對象之公開宣傳中，就營業關係故意爲不實的（wissentlich unwahre）或引人錯誤的表示，特別是關於特性、原產地、出

[147] 德國法制部分由謝銘洋、李素華撰寫。

類、特性及權利內容，諸如其身份、財產、智慧財產權、資格、獲獎或聲譽。

在判斷未揭露重要事實是否構成引人錯誤時，應特別考量在交易觀念上，該事實對於做成契約之決定是否重要，以及未揭露是否影響交易決定。

（3）在比較廣告範圍內、圖片描述及其他展覽之內容，只要是爲了達到或相當於宣傳內容者，亦屬第 2 項所稱之內容。

（4）爲減價之宣傳，但僅在極短時間內以該價格銷售者，推定其乃引人錯誤。是否有減價銷售及減價銷售時間爲何若有爭議，由減價宣傳者負舉證責任。

（5）針對商品之宣傳，在考量商品種類、宣傳型態及其散布情況，若該商品無適當的存貨量以滿足預期的需求者，即爲引人錯誤。適當的存貨量係指一般情況之兩天庫存量；除非事業能證明，較少的存貨量乃正當的。第一句規定亦適用於針對服務的宣傳。

不正競爭防止法第 6 條

產地、個別或整體商品或服務之價格計算、價目表、商品種類或商品來源、商號、商品販售之原因或目的、存貨數量，該等行爲亦構成不公平行爲，處兩年以下有期徒刑，或併科罰金。

（2）不公平行爲之行爲人、委託或雇用他人爲不公平行爲者，諸如廣告主及廣告代理業，將處以兩年以下自由刑或罰金。

不正競爭防止法第 5 條

圖片描述及其他展覽之描述內容，只要是爲了達到或相當性的表示者，同樣視爲乃第 3、第 4 條規定之表示。

不正競爭防止法第 2 條

（1）比較廣告，係指使人直接或間接可辨認其競爭對手或競爭對手所提供商品或服務之廣告。

（2）有下列情形之一的比較者，該比較性的廣告構成第 3 條之不公平行爲：

1. 未就同一需求或符合同一目的之商品或服務進行比較。
2. 客觀上未就商品或服務之一項或數項重要的、相關的、可檢視的、類型的特性或價格加以比較。
3. 會於商業交易上造成廣告主與其競爭對手之混淆，或造成與其競爭對手所提供商品或服務、或所使用標識之混淆。
4. 以不正方式利用或損害競爭對手所使用之標識之信譽。
5. 比較會造成貶抑或毀謗競爭對手之商品、服務、活動、個人或商業關係。
6. 抄襲或仿冒使用他人受保護標識而爲銷售之商品或服務。

（3）比較廣告之內容或目的，常常係爲提供特別價格或其他優惠條件，於此狀況，應將特價期間之截止

（1）比較廣告，係指使人直接或間接可辨認其競爭對手或競爭對手所提供商品或服務之廣告。

（2）比較廣告所使用的比較方式，有下列情形之一者，違反第 1 條之善良風俗：

1. 未就同一需求或符合同一目的之商品或服務進行比較。
2. 客觀上未就商品或服務之一項或數項重要的、相關的、可檢視的、類型的特性或價格加以比較。
3. 會於商業交易上造成廣告主與其競爭對手之混淆，或造成與其競爭對手所提供商品或服務、或所使用標識之混淆。
4. 以不正方式利用或損害競爭對手所使用之標識之信譽。
5. 比較會造成貶抑或毀謗競爭對手之商品、服務、活動、個人或商業關係。
6. 抄襲或仿冒使用他人受保護標識而爲銷售之商品或服務。

（3）比較廣告之內容或目的，常常係爲提供特別價格或其他優惠條件，於此狀況，應將特價期間之截止

日明確揭露；廣告之際尚未開始特價期間者，則應明確揭露開始時間。僅對現存商品或服務提供特價者，亦應將此等事實明確揭露之。

不正競爭防止法第 16 條

（1）行爲人意圖呈現較佳的商品或服務條件，在對於一定範圍對象之公開宣傳中，以不實的內容爲引人錯誤的宣傳，應處兩年以下有期徒刑，或併科罰金，

（第16條第2項乃關於多層次傳銷之刑事處罰規定）

不正競爭防止法第 4 條第 3、4、5 及 6 款

第 3 條所稱之不公平行爲特別是指，行爲人：

3. 就競爭行爲之宣傳特徵加以隱藏（den Werbecharakter von

日明確揭露；廣告之際尚未開始特價期間者，則應明確揭露開始時間。僅對現存商品或服務提供特價者，亦應將此等事實明確揭露之。

不正競爭防止法第 4 條

（1）行爲人意圖呈現較佳的商品或服務條件，在對於一定範圍對象之公開宣傳中，就營業關係故意爲不實的（wissentlich unwahre）或引人錯誤的表示，特別是關於特性、原產地、出產地、個別或整體商品或服務之價格計算、價目表、商品種類或商品來源、商號、商品販售之原因或目的、存貨數量，該等行爲亦構成不公平行爲，處兩年以下有期徒刑，或併科罰金。

（2）不公平行爲之行爲人、委託或雇用他人爲不公平行爲者，諸如廣告主及廣告代理業，將處以兩年以下自由刑或罰金。

（舊法無規定）

Wettbewerbshandlungen verschleiert）

4. 在促銷措施中，諸如減價、附加物品或贈品，對於享有權益之條件未清楚而明確的揭露。

5. 在勸誘性的懸賞或中獎活動，對於參與條件未清楚而明確的揭露。

（二）規範原則與制度架構

14. 鑑於「真實原則」（Wahrheitsgrundsatz）乃競爭法所揭示之重要原則之一，不正競爭防止法乃有虛僞不實或引人錯誤表示或表徵之禁止規定[148]，在 2004 年不正競爭防止法修正以前，乃分別適用比較廣告（不正競爭防止法舊法第 2 條）、引人錯誤表示（不正競爭防止法舊法第 3 條至第 5 條）及禁止違反善良風俗行爲（不正競爭防止法舊法第 1 條）之規定。

15. 2004 年新修正之不正競爭防止法，關於虛僞不實或引人錯誤表示或表徵之規定，可分爲三大類：（1）第 5 條之引人錯誤宣傳規定，係將不正競爭防止法舊法第 3 條至第 5 條之條文爲整併性的規定，但其實質內容或判斷標準並無差異[149]。（2）第 6 條比較廣告規定，並未實質的修改不正競爭防止法舊法之比較廣告規定。（3）第 3 條第 3 款至第 5 款所例示之不公平行爲態樣，其乃因交易資訊未適當揭露而構成第 3 條之不公平行爲。

16. 不正競爭防止法修正前關於廣告主及廣告代理業之刑事處罰規定，新修正之不正競爭防止法已刪除。

---

[148] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.I.

[149] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.IV.

1、引人錯誤宣傳

（1）宣傳

17. 不正競爭防止法第 5 條關於引人錯誤宣傳規定，條文文字雖使用「宣傳」（Werbung, werben）一詞，但不以實務上常見的廣告形式爲限，此亦爲不正競爭防止法第 5 條第 3 項所明定。亦即：只要是在實現經濟活動上之所有表示或表達（Äußerung），其目的係爲鼓勵商品之銷售或服務之提供者，均屬之；因此，關於自己供給商品或服務之所有資訊，不論經由何種方式呈現，均屬不正競爭防止法第 5 條之規範範疇[150]。

18. 不正競爭防止法舊法第 3 條關於引人錯誤表示之規定，其適用前提必須是爲競爭之目的，且於營業交易過程中，就營業關係爲引人錯誤之表示；新修正的不正競爭防止法第 5 條雖無前揭要件規定，但在適用上，仍以該引人錯誤宣傳與競爭行爲（Wettbewerbshandlung）[151]有關者爲限[152]。

（2）引人錯誤

19. 所謂的「引人錯誤宣傳」，必需是不真實（unwahr）或不正確的（unrichtig）宣傳；宣傳之所以會不真實或不正確，又是基於其所包含之內容，並未切中事實關係（tatsächliche Verhältnisse）。從而欲判斷是否構成引人錯誤宣傳時，其首要即在確定宣傳所包含之內容[153]。

20. Ⅰ重要事實或內容

宣傳所包含之哪些事實或內容可能產生引人錯誤之結果，不正競爭防止法第 5 條第 2 項詳列之，例如：關於商品或服務可供應性、種類、規格、成分、地理或企業來源、利用後之預期結果、銷售原因及價格、計價之種類與方式、商品運送或服務提供之條件、廣告主的身份、智慧財產權、資格、獲獎或聲譽。

---

[150] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.I., §14.V.

[151] 競爭行爲定義於不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款，係指任一行爲，其目的係爲了利於自己或他事業之商品或勞務之提供或取得，不動產、權利及義務亦屬之。

[152] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.I.

[153] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.I., §14.V.

特定事實或內容是否重要，應特別考量在交易觀念上，該事實對於做成契約之決定是否重要，以及未揭露是否影響交易決定（不正競爭防止法第 5 條第 2 項後段）。

21. Ⅱ事實或內容之檢證步驟

引人錯誤之宣傳乃傳達一事實上之訊息，而該訊息嗣後被檢證爲錯誤，亦即其表示不真實或不正確，並因而產生誤導。對於交易資訊之表示是否造成誤導，必需由受理法院依據個案事實判斷之[154]。實務上檢證表示是否具有正確性，通常依下述三步驟爲之[155]：

A 該表示所爲之對象如何，因爲如果表示之對象爲專業人士，其瞭解程度可能比一般社會大眾高。

B 具體涉及之交易領域對該表示之理解如何，亦即其並非以宣傳者對該表示之理解爲依據，亦非以專家於仔細審度後之理解爲準。因此如果是以消費大眾爲對象之宣傳，則必要時應該考慮以問卷調查之方式來調查一般消費者對其理解如何。

C經由調查而得知之該表示之意義，是否符合真實。依通說之見解，只要所涉及之領域內有相當多的人，其對該表示之理解與真實情形不符，就構成引人錯誤。過去在實務上有相當多案例，法院認爲只要所涉及領域內有 10~15 %的人被誤導，就構成引人錯誤。現在稍微比較嚴格些，只有在該表示本身就不清楚、容易被誤解，或實際上完全不正確之表示，法院才認爲 10~15 %的人被誤導即足。如果表示本身實際上是正確的，而只有部分消費者會產生誤解，則法院會要求高於 15%之人，或甚至要到達 20%的人被誤導，始足當之。當然問卷調查需要花費相當多金錢與人力，因此有時候法院會自爲判斷。德國法院已經逐漸接受如同奧地利與歐洲法院所採取之方式，亦即以「一般有認知之消費者對於情事所具有之適當注意」（situationsadäquate Aufmerksamkeit des

---

[154] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.III.

[155] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.V.1.

durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers）爲標準而爲判斷[156]。

（3）與宣傳有關行爲產生引人錯誤結果

22. 宣傳的事實或內容或爲真實而正確的，但宣傳及其宣傳有關的行爲併存後產生引人錯誤結果，實務上亦常發生。因此，新修正之不正競爭防止法第 5 條第 4 項及第 5 項對此等行爲乃有規定。亦即：爲減價之宣傳，但僅在極短時間內以該價格銷售者，推定其乃引人錯誤；若有爭議發生時，由減價宣傳者負舉證責任。另外，關於商品之宣傳，在考量商品種類、宣傳型態及其散布情況，若商品無適當的存貨量以滿足預期的需求者，亦構成引人錯誤；所謂的適當存貨量，係指一般情況下的兩天庫存量。

（4）未揭露重要事實或內容

23. 積極以不真實或不正確的事實或內容，因而有引人錯誤之結果，固然構成不正競爭防止法第 5 條之違反；但實務上亦常見宣傳者僅消極地未揭露事實或內容，此是否亦成立引人錯誤宣傳，不無疑問。若已有特別法規定，事業必需向交易相對人揭露特定事實或資訊者，而該事業未善盡揭露義務者，即已該當不正競爭防止法第 3 條第 11 款之不公平行爲[157]。

但在無特別法規定情況下，通說認爲，事業並不負有揭露交易所有事實或訊息之義務。亦即：沒有任何一個理性的人會期望，宣傳者對於其商品或服務會有完全中性的陳述，將該商品或服務之所有優點及缺點均加以說明；除非該宣傳者依法負有該等揭露義務。

惟對於特定事實或內容之隱匿，仍可能構成不正競爭防止法之引人錯誤宣傳，此即不正競爭防止法第 5 條第 2 項後段之規定。亦即：依據交易觀念，特定事實對於做成契約之決定有其重要性，未揭露可能影響交易決定者，則該等未揭露行爲亦構成引人錯誤宣傳。

24. 不正競爭防止法第 5 條引人錯誤宣傳之規定目的，除了在於保護競爭相對

---

[156] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.III.

[157] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.V.

人外，解釋上也在於保護消費者和社會大眾，因此縱使是以廣告之方式爲之，而無個別之競爭事業受到損害，仍有該條之適用。另外，雖然不正競爭防止法第 5 條對於引人錯誤宣傳已有規範，但在具體個案上，仍可能對消費者保護不足，因此，德國又以若干有關食品與健康品廣告規範之特別法，補充不正競爭防止法對此規範之不足[158]。

2、比較廣告

25. 不正競爭防止法舊法第 2 條關於比較廣告規定，乃德國於 2000 年爲配合轉換歐盟 97/55/EG指令而新增之規定，在此之前，比較廣告在德國原則上不被容許，只有在特殊之例外情形始被容許，亦即只有在具有實質正當性與必要性而且符合真實之實質討論情形下，才會被法院容許，因此如果只有價格之比較，並且指明競爭對手或可得辨識競爭對手，則不會被認爲合法[159]。

26. 2000 年不正競爭防止法增定比較廣告規定後，對於比較廣告之嚴格態度則有所緩和，而且由於歐盟指令對此所爲之規範相當具體，各國所能自行解釋之空間相當有限，是以德國聯邦最高法院亦一改以往之態度，而認爲其原則上爲合法，除非有違反不正競爭防止法比較廣告規定之情形。歐盟對於比較廣告採取比較寬鬆之態度，主要是基於市場透明性之考量，其認爲只要是對於重要的、相關的、可檢視的、類型的特性加以比較，而無引人錯誤之情形，有助於消費者認識各種不同商品或服務之優點，應屬合法之方法[160]。

27. 依不正競爭防止法第 6 條第 1 項之規定，比較廣告係指使人直接或間接可辨認（erkennbar machen）其競爭對手或競爭對手所提供商品或服務之廣告。雖然從文義上看來，縱使在廣告尚未表示出比較之關係，仍有可能構成比較廣告，然而從規範目的觀之，仍然應該認爲必須有比較關係，始足當之。至於何謂「比較」，通說認爲必須是就競爭事業或競爭之要約加以對照，對於看到廣

---

158 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §14.I., §15.II.

159 Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §52 Rd. 1.

160 Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §52 Rd. 3.

告之人表現出購買上之選擇性，並影響其購買之決定[161]。因此如果只是單純地批評而無比較，尚不構成比較廣告。此外，如果欠缺競爭關係，亦不構成比較廣告，例如由中立之檢測機構所爲之商品比較，並不構成此所稱之比較廣告[162]。

28. 不正競爭防止法第 6 條第 2 項明定構成不公平行爲之比較廣告有六種，由於第 6 條第 2 項相對於第 1 條之概括規定，是針對比較廣告之具體規定，因此比較廣告是否違法，應完全以第 6 條第 2 項所列舉之六種情形爲判斷之標準，該當其所規定之要件即爲違法；不該當其所規定之要件，則爲合法[163]：

（1）未就同一需求或符合同一目的之商品或服務進行比較

29. 至於是否屬於同一需求或符合同一目的，並不需要比較與被比較之商品在功能上皆完全相同，而只要在系爭交易範圍內，兩者具有可替換性（austaushbar）即可。

（2）客觀上未就商品或服務之一項或數項重要的、相關的、可檢視的、類型的特性或價格加以比較

30. 此一規範之目的在於要求廣告主應提供消費者對於比較之項目有檢證之可能性，同時亦可以避免引人錯誤。

（3）會於商業交易上造成廣告主與其競爭對手之混淆，或造成與其競爭對手所提供商品或服務、或所使用標識之混淆

31. 此所稱之混淆與商標法上所稱之抽象之「混淆之虞」並不相同，而是必須達到有令看到廣告者實際上受到混淆之程度。此所稱之混淆並不以標識上之混淆爲限，商品或其外觀上之混淆亦屬之。

（4）以不正方式利用或損害競爭對手標識之信譽

32. 此一規定與商標法上不正利用或損害競爭對手標識之信譽不同之處在於，商標法係以著名商標爲前提，而此則不考慮標識之知名度。本款規定與攀附性比較廣告（anlehnende vergleichende Werbung）有關，例如廣告中說明自己

---

[161] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §52 Rd. 4.

[162] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §7.5.

[163] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §52 Rd. 5 ff.

之產品與某知名品牌產品「一樣好」，或者說自己之員工過去曾經在某知名公司工作，過去德國實務上認爲這種廣告違反不正競爭防止法舊法第 1 條，但自從不正競爭防止法增訂比較廣告規定後，已屬比較廣告之範圍，其必須是以不正當方法利用或損害競爭對手標識之信譽始足當之，因此如果只是單純提及他事業之標識以利用其聲譽，尚不構成違法，而以不正當方法，亦即必須欠缺實質正當之理由，始會被認爲違法[164]。

（5）貶抑或毀謗競爭對手之商品、服務、活動、個人或商業關係

33. 只要有貶抑性之表示即屬之，至於是否能證明其爲真實，並非所問。至於是否構成貶抑或誹謗，並非以廣告主之想法或意圖爲判斷之標準，而是以在相關交易範圍內所造成之印象爲判斷標準。

（6）仿製使用他人受保護標識而爲銷售之商品或服務

34. 依學說上之見解，此一規定之適用範圍應該被限制於禁止「明白」（offene）表示自己之商品爲仿照他人產品而爲製造，以免被當成禁止攀附性比較廣告之一般性規定[165]。此一規定之目的並不禁止於廣告中表示自己之商品與他人之商品有相同之品質或一樣好，而在於保護真品之製造商，特別是專利保護期間已經屆滿之藥品，其並無法禁止他人製造學名藥[166]。

3、其他該當不公平行爲之引人錯誤行爲

35. 2004 年新修正之不正競爭防止法第 4 條第 3 款至第 5 款，係將過去法院認定構成不正競爭防止法舊法第 1 條違反善良風俗行爲予以成文立法，其態樣上乃關於商品或服務之引人錯誤行爲，因而影響交易相對人之決定自由。各該規定內容如下：

（1）隱藏式廣告（verdeckte Werbung）

36. 隱藏式廣告長久以來即被法院認定乃違反善良風俗之不公平行爲。典型的隱藏式廣告例子爲：書報雜誌之編輯者文章，其實包含廣告內容；在電視節目

---

[164] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §7.

[165] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §7.

[166] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §52 Rd. 10.

或電影內容中，對於贊助廠商商品爲特寫或陳述之廣告行爲。

媒體相關法律對於隱藏式廣告亦有規範，諸如要求編輯者文章與廣告必需分開。對於媒體相關法律所發展出之隱藏式廣告禁止規定，不正競爭防止法第4條第3款之訂定目的，係就此爲一般性的規範[167]。

（2）促銷措施之揭露義務

37. 在2004年不正競爭防止法修正以前，德國對於商業活動有較嚴格的限制，除了不正競爭防止法及其他法令另有規定外，零售商店爲了加速商品銷售、提升銷售利益所舉辦的全館拍賣活動（Sonderveranstaltungen），或爲全館拍賣活動之宣傳（不正競爭防止法舊法第7條第1項），均予以禁止；限於不正競爭防止法舊法第7條第2項及第3項、第8條規定之情形，始得爲拍賣或折扣活動。

2004年不正競爭防止法修正後已放寬前揭限制，但爲了避免促銷措施不當影響消費者之決定自由，因而乃有不正競爭防止法第4條第4款規定，明定促銷者應清楚而明確的揭露促銷有關條件及資訊。立法者認爲，在促銷活動中，對於顧客往往會有較高的吸引力，因而必需避免濫用風險之產生，諸如顧客僅在嚴格的條件下始享有減價或贈品之優惠，或促銷條件增加顧客享有優惠之困難度[168]。

（3）未充分揭露懸賞或中獎之參與條件

38. 懸賞或中獎活動之進行，非法律所禁止者，但德國法院曾認定部份態樣構成不正競爭防止法舊法第1條善良風俗之違反。例如：懸賞或中獎之獎項內容爲折價券，強迫中獎顧客必需向事業訂購商品始能實現得獎內容；又如關於抽獎條件或中獎機會之引人錯誤宣傳。前述不公平競爭行爲之規範，現已明定於不正競爭防止法第4條第5款[169]。

---

[167] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §12.II.3.

[168] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §12.II.4, §12.IV.

[169] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §13.II.

4、法律效果

39. 違反不正競爭防止法虛僞不實或引人錯誤表示或表徵之法律效果，乃相關競爭對手、其他競爭者及協會請求不作爲（不正競爭防止法第 8 條第 1 項、第 2 項及第 3 項）。行爲人如有故意或過失，尙須負損害賠償責任（不正競爭防止法第 9 條）。如果行爲人有故意，並且意圖表現出較佳的商品或服務條件，以一定範圍爲對象之公開宣傳中，不實的內容構成引人錯誤者，始有刑事責任（不正競爭防止法第 16 條第 1 項）。

不正競爭防止法舊法第 4 條第 2 項關於廣告代理業、事業主之刑事處罰規定，在新修正的不正競爭防止法已刪除。

四、歐洲聯盟[170]

40. 相較於限制競爭法，歐盟之不正競爭法較爲零散且殘缺不全。大部分之不正競爭行爲，仍需依各國不正競爭法及國際私法處理。較爲大規模而全面之法制整合，正在積極進行中，值得高度注意[171]。目前歐盟不正競爭法中，有較爲完善規範者，厥爲對於不實廣告（或稱誤導廣告）之規定[172]，以下茲簡介之。

（一）規範依據

41. 規範不實廣告之歐盟法規，主要有兩號指令，即 84/450/EWG「不實廣告指令」[173]，以及 97/55/EG「比較廣告指令」[174]。除上述兩號指令外，歐盟尙有

---

[170] 歐洲聯盟法制部分由吳秀明撰寫。

[171] 特別值得注意者，爲執委會於 2003 年 6 月 18 日提出之「不公平交易行爲指令建議草案」，vgl. Kommision der Europäischen Gemeinschaft, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlauteren Geschäftspraktiken).

[172] Köhler/Piper, UWG, 3.Aufl., 2002, §3 Rdn.41.

[173] Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung vom 10. September 1984, ABl. L 250 S.17=GRUR Int 1984, 688.

就個別產品所發布之指令或規則。例如歐盟對於化妝品、食品、牛奶、奶製品、香菸、紅、白酒、雞蛋、農產品、藥品等商品，就發布有爲數不少的指令或規則。這些規定主要係基於消費者保護之目的，規範上述商品之標示等廣告行爲，以促進消費者資訊、健康與安全之保障，並防止產生誤導[175]。另外在歐盟「電子商務指令」[176]中，亦有若干關於網際網路和電子郵件廣告行爲之特殊規範[177]。此等不實廣告之特別規定，限於篇幅，無法予以論述。至於 97/55/EG「比較廣告指令」之目的，僅係爲修正 84/450/EWG「不實廣告指令」而訂定。修正後 84/450/EWG「不實廣告指令」已將比較廣告之部分納入，故兩號指令，實則已合而爲一。甚至 84/450/EWG之「不實廣告指令」被 97/55/EG「比較廣告指令」所修正後，也改稱爲「不實廣告及比較廣告指令」[178]。以下茲一併介紹此兩號指令之主要內容。

（二）歐盟 84/450/EWG「不實廣告指令」及 97/55/EG「比較廣告指令」

1、立法目的及調和功能

42. 經 97/55/EG「比較廣告指令」修改後之 84/450/EWG「不實廣告及比較廣告指令」[179]，其立法目的不僅係爲保護工、商、手工、自由業者，使其營業活動免受不實廣告之妨礙及其不公平之影響，本指令第 1 條也明文規定，其同時也在保護消費者以及公共利益[180]。換言之，84/450/EWG「不實廣告及比較廣

---

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

[175] Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22.Aufl., 2001, Einl UWG, Rdn.646; Köhler/Piper, a.a.O., §3 Rdn.38.

[176] Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 4.5.2000, ABl. 178 S.1.

[177] 例如電子商務廣告須收件人可立即辨識其爲廣告，不得隱藏在其他名義之下、須使他人瞭解從事廣告之事業爲何、及須尊重從事廣告行爲者住所地國法律之所謂「來源國原則」(Herkunftslandprinzip)等。Vgl. Köhler/Piper, a.a.O., Einf Rdn.85-88.

[178] Vgl. Art.1 der Richtlinie 97/55/EG.

[179] 以下論及歐盟 84/450/EWG「不實廣告指令」時，如未特別說明，均指經 97/55/EG「比較廣告指令」修改後之內容。

[180] Vgl. Art.1 der Richtlinie 84/450/EWG.

告指令」之保護範圍，包括競爭者、消費者、及公共利益（即社會大眾自一個公平的市場競爭環境下能獲得之利益）三者。其次同條規定也指出，歐盟84/450/EWG指令之目的，也在於確定何謂違法之比較廣告。

43. 指令（Directive, Richtlinie）之功能在於調和統一各國分歧之法律規定，惟尚有分所謂局部調和（Teilharmonisierung）及完全調和（Vollharmonisierung）。84/450/EWG「不實廣告指令」（不包括比較廣告之部分）僅限於各國法規之局部調和，而非完全調和，亦即指令僅提出有關各國應訂定不實廣告規範之所謂最低標準（Mindestkriterien），提出各國應配合立法之最低要求（Mindestanforderungen）[181]。這種情形下各國有相對較大之立法空間，尤其不禁止會員國訂定更嚴格之法律[182]，如果會員國之法律規定已經超越指令之最低標準者，便不存在法律轉化調和之問題[183]。97/55/EG「比較廣告指令」則係要求完全調和，故其有關部分納入歐盟84/450/EWG指令之後，各會員國之法律有關比較廣告部分有不同之規定者，均應依照指令所設定之期限、標準與原則修法調整之。

44. 各國在調和立法時仍應注意，內國有關不實廣告禁止之規定雖多出於保護消費者、競爭者等之目的而設，但不得不合比例原則地限制了歐體條約第28、30條所規定之商品交易自由（Warenverkehrsfreiheit），構成會員國間商業貿易之不當限制[184]。

---

[181] Vgl. Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG, Rdn.644, 652.

[182] Art.7 der Richtlinie 84/450/EWG，惟學說上對於本條規定係僅涉及法律效果或包括構成要件之部分，尚有重大之爭議。換言之，各國得保留其更進一步、更嚴格之立法空間的部分，究竟僅限於不實廣告之法律效果，或應包括構成要件。相關問題，參閱Köhler/Piper, a.a.O., §3 Rdn.43-48.

[183] 例如德國之通說即認爲，德國不正競爭法上之不實廣告規定已經比上述指令更爲嚴格，故無修法轉化之必要。Vgl. Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG, Rdn.612.但仍應注意指令內容，而從事所謂「合於指令之法律解釋」(richtliniekonforme Auslegung)。

[184] Köhler/Piper, a.a.O., §3 Rdn.39; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG, Rdn.645.

2、不實廣告與比較廣告之意義與判斷

45. 所謂之「廣告」（Werbung），依歐盟 84/450/EWG號指令之規定係指事業在進行工、商、手工、自由業等之營業活動時，爲促銷其商品或服務所爲之任何有關表示（Äußerung）[185]。所謂之商品及服務，也包括以不動產，以及權利、義務爲標的之交易客體。而所謂「不實廣告」（irreführende Werbung），則係指欺瞞誤導或足以欺瞞誤導廣告之對象或見聞廣告之人（包括自然人與法人），並能夠影響其經濟上行爲之任何廣告而言[186]。至於所謂「比較廣告」（vergleichende Werbung），乃指競爭者或競爭者之商品或服務在廣告中能被直接或間接所識別出者而言[187]。

46. 在判斷某廣告是否爲不實廣告或不法之比較廣告時，應注意下列事項：

（1）應考察構成廣告之一切內容，尤其應注意廣告對於下列有關事項之說明，如商品或服務之特徵、價格與交易條件、廣告行爲人之有關資訊等[188]。所謂商品或服務之特徵，例如商品或服務之種類、製造方式、組成內容、製造地、生產時間、用途、數量、預期效果等。所謂廣告行爲人之有關資訊，則包括廣告行爲人之姓名、地址、種類、特性、資格、財產、能力、所擁有之專利商標等智慧財產權、曾獲獎之情形等。

（2）所謂不實之廣告，不僅包括實際進行欺瞞誤導之廣告，尚且應包括足以構成欺瞞誤導（zu täuschen geeignet ist; Eignung zur Irreführung），即有造成欺瞞誤導潛在危險的廣告，其保護範圍頗廣[189]。

（3）單純之誤導廣告行爲，尚不足以構成不法，必須該行爲並能夠影響廣告對象或見聞廣告之人的經濟行爲始可，例如對於是否締結契約以及契約內

---

[185] Vgl. Art.2 Nr.1 der Richtlinie 84/450/EWG.

[186] Vgl. Art.2 Nr.2, 3 der Richtlinie 84/450/EWG.

[187] Vgl. Art.2 Nr.2a der Richtlinie 84/450/EWG.

[188] Vgl. Art.3 der Richtlinie 84/450/EWG.

[189] Köhler/Piper, a.a.O., §3 Rdn.45；相關之討論，參見”Nissan”一案之爭議，vgl. ZIP 92, 719; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG, Rdn.651a.

容如何之經濟上決定產生一定之影響[190]。

（4）在判斷某一廣告是否對消費者有不實、誤導之際，究竟應依據何種所謂「消費者之指導形象」（Verbraucherleitbild）[191]以爲判斷，乃甚爲關鍵之問題。換言之，在「消費者」之概念下，可能包括各種不同情況之消費者，例如具專業知識或普通一般知識之消費者、施以特別或一般注意力之消費者等。指令中所保護之消費者究竟何所指，不無疑問。歐洲法院認爲，歐盟法上之「消費者指導形象」係根據具有一般瞭解與資訊、施以一般注意力之平均一般消費大眾對於廣告內容所可能具有之理解與期待（mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen, und verständigen Durschnittsverbrauchers）爲判斷標準[192]。

（5）在上述「消費者形象」之概念下，應有多少之一般消費大眾被誤導始足當之，以及應如何調查得知此一事實等，則爲處理案例時很實際之問題。就此問題，指令本身並無明文之規定。歐洲法院認爲，無須全體或多數之消費者被誤導，只要有一定非極少數量之消費者（eine nicht unerhebliche Zahl von Verbrauchern）受到誤導或誤導之具體危險，即爲已足[193]。在判斷時，並無一絕對之門檻標準，而須在個案中綜合考量消費者之保護、產業上資訊流通之需要、以及公平競爭所帶來之公共利益等決定之[194]。具體之消費者誤導比率（Irreführungsquote）爲多少，可由各國法院決定。如參考德國法院之實務見解，

---

[190] Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG, Rdn.650.

[191] 亦可簡稱爲「消費者形象」（Verbraucherbild），即指立法者所謂被誤導之消費者，究竟是指哪一種之消費者而言。

[192] GRUR Int 98, 795, 797=WRP 98, 848, 850f. “Gut Springenheide”; Köhler/Piper, a.a.O., §3 Rdn.51ff; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG, Rdn.647.

[193] Vgl. Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG, Rdn.648.

[194] Köhler/Piper, a.a.O., §3 Rdn.57.

[195] Köhler/Piper, a.a.O.; Baumbach/Hefermehl, a.a.O.但應注意，德國之不正競爭法在歐盟各國中，係屬最爲嚴格之立法例之一。

[196] Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG, Rdn.651b.

[197] Vgl. Art.3a der Richtlinie 84/450/EWG.

一般認爲如有 10-15%之消費者被誤導即已足夠；在有關醫療健康以及環保之領域，法院甚至認爲只要有 5-8%之消費者受誤導即已構成違法 [195]。至於在個案中得知此一事實之方法，歐洲法院認爲並無每案一定必須依專家之鑑定報告或對消費者進行訪問或問卷之必要性。但如果歐洲法院不具有充分之判斷資訊基礎時，得委由各國法院決定某一廣告是否具有誤導性。各國在進行判斷時，則可依專家鑑定報告或對消費者進行訪問或問卷來確定之 [196]。

（6）對於比較廣告合法性之判斷，97/55/EG「比較廣告指令」特別在 84/450/EWG「不實廣告指令」中增添一條加以說明 [197]。依此規定，比較廣告須滿足多項要求始爲合法，其要求例如有：

I、比較廣告不得構成該指令之不實廣告。

II、所比較之商品或服務須爲滿足同一需求或具有相同目的功能者。

III、應客觀比較商品或服務之一項或多項主要、典型、相關、可驗證之特點或性能。

IV、在市場上不會造成廣告行爲人與其競爭者之混淆，或造成廣告行爲人與競爭者之商品、服務、商標、商號名稱、或其他區別標示之混淆。

V、比較廣告不能對於競爭者之商品、服務、營業活動、商標、商號名稱、或其他區別標示等有所貶損侮辱。

VI、不得以不公平之方法在比較廣告中利用競爭者之商譽。

VII、不得對於具有合法商標或商號之事業所生產之商品或提供之服務，構成抄襲或仿冒。

3、會員國應採取之有關措施

47. 歐盟 84/450/EWG號指令除含有上述有關之實體規定外，亦含有以下有關各國應進行法制調和之程序性規定。就各國相關法律之調和，84/450/EWG「不實廣告指令」僅設定一定之最低標準，提出一定之各國應達到之最低配合要求。本指令要求會員國對於不實廣告，應採取一定適當而有效之對抗措施。會員國應透過法律之制訂或修改，使得不實廣告或不法比較廣告之受害人有可能

向法院起訴，或向某一行政機關提出檢舉，而該行政機關則應有權就此等案件自行做出決定，或將案件移送法院後由法院裁決。究應採行何者，則由會員國決定[198]。

48. 其次，各會員國應賦予法院或行政機關有權命事業停止（Einstellung）其不實廣告或不法之比較廣告行爲，或由行政機關移送法院後由法院命其停止。如不實廣告或不法之比較廣告尚未（但即將）出版、播放或依其他方式公開其內容者，法院或行政機關應有權命事業不予公開，或由行政機關移送法院後由法院禁止其公開（Veröffentlichung untersagen）。上述命停止或禁止公開之程序，並應以簡易快速之程序（beschleunigtes Verfahren）行之[199]。

49. 爲能除去不實廣告或不法之比較廣告縱經命停止後對於市場仍持續存在之不公平影響，會員國得賦予法院或行政機關命行爲人刊登或公布行政或司法機關裁決之全部或一部內容，或刊登或公布更正性之說明[200]。

50. 在組織法方面，如果會員國係選擇以行政機關從事上述有關之措施者，該行政機關之組成應能保障其公正性。其次行政機關必須有足夠之權限，能貫徹及有效監督其處分與決定之執行。而行政機關就其處分決定，原則上必須附理由[201]。

貳、立法沿革與體系定位

一、立法沿革

51. 關於「引人錯誤之表示及廣告之禁止」規範，廖義男教授所研擬公平交易法草案第 40 條規定內容爲：「企業不得爲競爭之目的，而於營業交易中就其營業所提供之商品或服務，違反商品標示之義務，或就其性質、內容、產地、製

[198] Vgl. Art.4 Abs.1 der Richtlinie 84/450/EWG.

[199] Vgl. Art.4 Abs.2 der Richtlinie 84/450/EWG.

[200] Vgl. Art.4 Abs.2 der Richtlinie 84/450/EWG.

[201] Vgl. Art.4 Abs.3 der Richtlinie 84/450/EWG.

造方法、價格計算或價目表、進貨方法或進貨來源、所得獎賞、存貨數量、銷售或提供服務之動機或目的等作引人錯誤之表示（第 1 項）。企業在對大眾所為之廣告中，故意或過失違背前項之規定作不實且足以引人錯誤之表示者，主管機關應制止之（第 2 項）」。至於廣告代理及媒體連帶責任，則另於第 45 條第 3 項有關民事責任專章中加以規定：「廣播、電視、電影、雜誌或報紙等大眾傳播之廣告媒體業者，明知企業就其營業所提供之商品或服務所為廣告之表示係不實且足以引人錯誤，而仍為宣傳或登載之者，應與廣告主之企業連帶負損害賠償責任。廣告物之內容係廣告代理業受廣告主之委託而代為設計製作者，廣告代理業亦應負連帶損害賠償責任」。

52. 就此，經濟部所擬公平交易法草案則移至第 20 條，其條文內容為：「企業或其他從事交易之人不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之原產地、製造地、加工地、品質、內容、製造方法、用途、數量或價格，為虛偽不實或引人錯誤之表示（第 1 項）。企業或其他從事交易之人對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入（第 2 項）」，不僅刪除「為競爭之目的」要件，表示事項與商品標示法大多重疊且未列「價格計算或價目表、進貨方法或進貨來源、所得獎賞、存貨數量、銷售或提供服務之動機或目的」等項，以及，虛偽不實要件應與引人錯誤並存等各點，均已不同於廖義男教授所擬草案。關於廣告代理及媒體連帶責任未予明文規範，經濟部草案卻另就違反第 20 條規定者，在民事責任之外另就其事業負責人及行為人，課予最高可達三年有期徒刑的刑事責任。行政院提送立法院審議草案第 21 條規定除就「企業或其他從事交易之人」已統一改稱「事業」之外，大體維持經濟部草案規定內容，刑事責任則一致以「行為人」為其處罰對象。

二、體系定位

53. 本條規定主要規範功能在於：禁止事業透過廣告及商品表示、表徵，以虛偽不實或引人錯誤的資訊爭取交易機會，藉以保護效能競爭不因消費者遭交易

資訊誤導而破壞，就此而言，亦屬不公平競爭行爲的禁止規範而爲競爭法之一環。本條所保護法益主要爲以下三種：交易相對人不受誤導、事業的競爭者公平競爭不受影響、效能競爭不受扭曲等（劉孔中，2003，頁 241）。公平法上與本條類似，針對事業就交易有關資訊的揭露與否或其揭露方式等相關行爲，以其爲規範客體而明文加以規定者，尚有第 20 條（「表徵之使用」）、第 22 條（「陳述或散布」）、第 24 條（「欺罔」），較爲特殊者則另有第 23 條之 4。至於比較廣告另涉及第 19 條第 3 款、第 21 條、第 24 條等規定，以及，關於警告信函另涉及第 19 條第 1 款、第 22 條、第 24 條等規定，本條規定與上述條文儼然又形成一套（次）規範體系，共同用以處理競爭法上特殊的案件類型。

54. 由於本條第 1 項規定禁止事業不得於商品上，對於商品相關資訊爲虛僞不實的表示或表徵，在此範圍內，與商品標示法共同促進「促進商品正確標示，維護企業經營者信譽，並保障消費者權益，建立良好商業規範」的立法目的相通。就此，農藥、飼料、動物用藥品、藥物、化粧品、食品等特殊商品管制法律上，有關標籤、仿單、包裝、說明書等商品標示規範，亦有類似的規範功能。相較之下，公平法第 21 條規定所應發揮的獨特功能，原應在於禁止事業「爲競爭之目的」違反商品資訊應正確表示的法律規範。其次，「引人錯誤」原係公平法基於維護競爭秩序介入規範商品標示的核心不法要件，但是，自經濟部草案以迄於本條第 1 項、第 2 項現行條文，均使其與「虛僞不實」要件併列，致本條第 1 項規定與上述商品標示規範之間的規範功能不易清楚區分。公平會執法實務上，則改循第 9 條第 2 項規定協調相關主管機關，藉以劃分彼此權責；關於以下廣告規範的執行，亦同。

55. 另一方面，上述特殊商品管制法律及醫療、獸醫、就業服務、不動產經濟等服務業目的事業管理法律，亦就其廣告內容的正確性加以規範。此外，菸害防制法對於菸品廣告的禁止或限制，醫師、醫療機構、助產機構、會計師、社會工作師事務所、地政士等專門職業管理法律對於廣告事項及內容的管制，以及，建築法、消防法、文化資產保存法、公路法、大眾捷運法、電信法等空間

及通訊運輸相關法律對於廣告物設置的限制等，亦形成一套廣告內容及形式的管制規範體系。至於電影、廣播電視等媒體管制法律，係就廣告內容呈現方式加以規範；公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法，則以接近使用媒體與競選活動公平性等觀點，對於候選人使用廣告宣傳及廣告物加以規範。

56. 涉及交易秩序而與本條規定更密切關聯者，則爲消費者保護法上針對廣告及標示有關規範。該法基本上係以保護消費者權益爲其立法目的，並未以競爭者權益或交易秩序爲直接保護法益。該法第 2 章「消費者權益」中，其第 4 節即爲「消費資訊之規範」。該法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」，主要係就個別交易關係上，企業經營者對於消費者所負契約義務加以規範。同法第 23 條第 1 項規定：「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任」，解釋上亦僅限於消費者就其個別交易關係中所受損害，始得依本項規定請求媒體經營者與企業經營者負連帶責任。至於消費者保護法第 24 條、第 25 條規定，則又形成商品標示法第 5 條以下各條的特別規定。

57. 綜上所述，我國關於廣告與商品標示各項法律規範，散落於不同法典、基於不同立法目的，並以要件、法律效果各不相同的條文交錯加以規定，立法體例確實相當龐雜。此外，大法官釋字第 414 號解釋針對藥物廣告事前審查制度合憲性問題表示：「藥物廣告係爲獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質」，同時涉及憲法第 11 條所保障言論自由及第 15 條關於財產權保障等憲法規範。雖然，立法規範藥物廣告應於刊播前送衛生機關核准始得刊播，「旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，爲增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符」。該號解釋理由書亦指出：「惟廣告係在提供資訊，而社會對商業訊息之自由流通亦有重大利益，故關於藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正」。各機關執行廣告相關法律規範時，自應

注意前開解釋意旨，以免侵害當事人於憲法上所享有各項基本權利。

參、要件之分析

58. 本條規定包括二項禁止規定、一項準用規定及一項連帶損害賠償責任規定。其中，第 1 項規定所禁止的虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵，係本條規定所禁止不公平競爭行爲的基本類型；第 2 項僅將禁止規定擴及商品的販賣、運送、輸出及輸入，第 3 項將針對商品所設禁止規定準用於服務，第 4 項再將民事責任範圍延伸於廣告代理業及媒體業。至於事業違反前二項禁止規定的法律效果，應依本法第 30 條以下有關損害責任規定，其行政法上的相關責任，則主要依本法第 41 條定之。

一、在商品或其廣告上

59. 本條所禁止的虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵，係針對不特定的一般或相關大眾所爲，「在商品或其廣告上」僅爲例示規定，其方式亦不以商品標示或廣告爲限。本項要件原係針對表示或表徵所在位置或其方法爲規定，實務上卻有將「在商品或其廣告」解釋爲表示或表徵內容所指涉事項者；亦即，事業透過表示或表徵所提供的交易資訊，限於與商品本身有關者始能適用本項規定。本條第 3 項規定準用於服務，實務見解亦認爲：事業透過表示或表徵所提供的交易資訊，限於與服務本身有關者始有適用。至於與未涉商品或服務本身的交易資訊虛僞不實或引人錯誤，依上述見解，則改依第 24 條欺罔或顯失公平行爲處理。就文義解釋觀點而言，上述見解固有所本。然而，就補遺條款的規範功能及法律明確性原則而論，實不宜從嚴解釋本項「在商品或其廣告上」要件，致部分原屬本條所應規範案件類型轉而適用第 24 條，反向擴大補遺條款的適用範圍。

（一）在商品上

60. 本條第 1 項規定所稱商品，應以事業自己所提供以從事交易者爲限；至於商品是否爲事業所有，在所不問。關於事業提供商品以從事交易的特殊法律關

係，其具體可能型態及相關問題分析，參照：第 3 條，邊碼 12-26。

61. 法條規定「在商品上」，並不以商品本身爲限；參照商品標示法第 4 條對於「標示」的定義，除商品本身之外，亦及於內外包裝、說明書。解釋上，事業於商品陳列處所設標籤、貨架等，由事業或其商品供應者所製作的其他標示，仍應屬於「在商品上」的表示或表徵。由於本條第 1 項另有「其他使公眾得知之方法」的概括規定，因此，在商品上的表示、表徵所在位置或其方式，亦不妨從寬加以解釋。然而，公平會執法實務上，則並未從寬解釋「在商品上」，而係將展示架之標價卡等位於商品陳列處的表示或表徵，認定「係於賣場上公開陳列展示具商業價值之訊息，相當數量之消費者得以共見共聞」，因此解釋爲「其他使公眾得知之方法」（公處字第 092065 號處分「萬家福公司不實標示一般售價商品爲特價品案」）；解釋方式雖有不同，法律適用結果則並無不同。

（二）在商品之廣告上

62. 本條第 1 項所稱「其廣告」，就文義解釋的觀點而言，應指事業就其商品自行製作或由他人爲其商品所製作的廣告而言。亦即，廣告內容係以事業所提供商品爲推廣或宣傳標的者，即屬於本條第 1 項規定所稱「其廣告」。

1、廣告之型態

63. 廣告係透過人爲媒體「以其事布告於眾」，其中，與市場競爭尤其相關者，係「以廣告主之名義，透過大眾傳播媒體，向非特定之大眾，傳達商品或勞務的存在、特徵和顧客所能得到之利益…以激起其購買行動，或者爲了培植特定之觀念，所做的有費傳播」的商業廣告（公平會，1998，頁 5-6；朱鈺洋，1993，頁 41-42）。亦有謂：「凡將特定商品或服務，藉由一定之媒介，向不特定人或特定多數人推介之行爲」均屬競爭法上所謂「廣告」（陳玲玉，1979，頁 4）。由此可見，廣告未必均以大眾傳播媒體加以傳佈。其實，公平法對事業推介商品或服務的表示方法，已明文訂有「其他使公眾得知之方法」的概括規定；因此，凡足以使公眾得知的表示方法，因此均屬本條第 1 項規範對象。關於廣告行爲定義與「其他使公眾得知之方法」是否嚴格區分，在本條第 1 項規定的適

用上已失其重要性（汪渡村，2003，頁 190-191）。

64. 然而，由於廣告亦爲商品標示、媒體管制及目的事業管理等法律的規範對象，甚至，亦可能牽涉特定地點禁設廣告、或禁止就菸品等特定商品爲廣告，因而發生「事業關於競爭之行爲，另有其他法律規定」的情形（參照：第 46 條），實務上亦成爲公平會針對事業廣告規範問題，「商同」其他法律主管機關，協調相關行政措施的重要原因（參照：本條，邊碼 129）。於此範圍內，界定廣告概念並區分「其他使公眾得知之方法」，仍有其實益。就此，媒體管制法律相關規定，在法律適用上即有對照參考的價值。例如：廣播電視法第 2 條第 9 款所定義廣告，係指「廣播、電視或播放錄影內容爲推廣宣傳商品、觀念或服務者」；此外，有線廣播電視法上對於廣告所作立法定義，亦以「內容爲推廣商品、觀念、服務或形象」爲核心，僅就媒體差異而與上述規定有所不同。除廣播電視媒體之外，廣告亦得透過報紙、雜誌、書籍、傳單、戶外看板、交通工具內外看板、電視牆、電影、影音光碟、網路媒體等不同媒體加以傳播。

65. 至於廣告的內容，除上述媒體管制法律上所關切的推廣、宣傳之外，目的事業管理法律上，亦有注重其「招徠」目的或動機等主觀要件者。例如，醫療法第 8 條規定：「本法所稱醫療廣告，係指利用傳播媒體，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療爲目的之行爲」。雖然醫療業務應屬「服務」一種，並非公平法第 21 條第 1 項規定所稱「商品」。但廣告不因其標的不同而異其作用，且事業提供商品或服務從事交易，推廣、宣傳無非其用以爭取交易機會的手段之一，「招徠」目的並不因交易標的爲商品或服務而有所不同。此外，公平法第 21 條第 3 項規定既將廣告規範準用於服務，解釋上，對於商品廣告亦兼有「招徠」目的一點，即無需再與服務廣告有所區別。質言之，表示或表徵具備推廣、宣傳或「招徠」等其中任何一項作用，均得認定爲本條各項規定所稱的廣告。

2、廣告在競爭法上之評價

66. 一般而言，廣告具有提供資訊、說服、建立形象、教育、藝術及娛樂等功能；競爭法上尤其重視者，則是廣告作爲一種競爭工具的經濟效果（朱鈺洋，

1993，頁 44-46）。「手段論」觀點下的經濟分析指出：廣告具有提供交易資訊、使消費者獲知替代商品的功能，商品需求彈性因此提高，使新進事業得以順利進入市場。另有「障礙論」觀點下的經濟分析則指出：廣告具有加強消費者商品忠誠度、提高產品差別化而使需求彈性降低，外加廣告本身的規模經濟特性，新進事業將因廣告成本過高而難以與既有業者競爭，形成市場參進障礙。實則，在不同產業、不同商品之間，廣告的經濟效果並不相同，不應一概而論；例如：在菸品、酒類及藥品等市場上，廣告密度與市場集中度、商品價格之間即存在明顯的正向關係（范建得、莊春發，1994，頁 86-111）。

67. 本法在立法上，並未就廣告對市場結構所可能產生的影響加以評價，僅針對商品廣告的資訊及說服等功能，自不公平競爭的個別行爲觀點規範事業廣告。因此，事業透過廣告所提供交易資訊是否不實或引人錯誤，遂成爲本條所規範不公平競爭行爲的核心構成要件。雖然，本法於立法過程中刪除「爲競爭之目的」等字，就本條規定的解釋而言，無論就第 1 條所規定的立法目的，或自違反本條規定所可能導致行政介入時所應注意的「目的性」觀點（范建得、莊春發，1994，頁 118），均應自公共利益的角度出發，兼顧促進廣告提供交易資訊、強化「效能競爭」的正面作用，同時規範虛僞不實或引人錯誤廣告的「不正競爭」效果（朱鈺洋，1993，頁 50-51）。

68. 質言之，本條並非僅以保護個別消費者在交易關係中所應享有的契約權益爲其目的，更應以自由、不被誤導的交易選擇自由等「一般消費者利益」或「消費者整體利益」爲其保護法益。公平會依據第 26 條規定調查處理違反事業本條規定的行爲，應將「危害公共利益之情事」依本法第 1 條立法目的加以解釋，關於「維護交易秩序與消費者利益」亦應緊扣「確保公平競爭」加以理解（參照：第 1 條，邊碼 36）。其次，消費者或事業的競爭者依本法第 30 條以下規定，請求事業就其違反本條規定行爲負民事損害賠償責任時，亦應就「虛僞不實或引人錯誤」情事是否已達足以誤導相當數量的消費者，並使其交易選擇可能因此而受影響的程度加以認定；不應僅因個別消費者因此受有損害，即謂其構成

第 30 條規定關於「事業違反本法之規定」的行爲不法要件。

69. 反之，倘若廣告雖屬虛僞不實或引人錯誤，在個別交易關係中消費者卻並未受有實際損害，甚至，因事業實際所提供的商品或服務，其價值高於廣告所表示或表徵者，並無礙於虛僞不實或引人錯誤廣告仍得依違反本條規定論處；僅係消費者未受實際損害，不得依本法第 30 條以下規定請求民事救濟，事業的競爭者則不妨向公平會檢舉或自行提起民事訴訟請求救濟。

二、以其他使公眾得知之方法

70. 本條第 1 項規定並非僅以商品標示及廣告爲規範對象，兼及於「其他使公眾得知之方法」。「行政院公平交易委員會處理第二十一條案件原則」（公參字 0910010812 號令發布）第 3 點規定：「本法第二十一條所稱其他使公眾得知之方法，係指得直接或間接使非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息的傳播行爲。市招、名片、產品（服務）說明會、事業將資料提供媒體以報導方式刊登、以發函之方式使具相當數量之事業得以共見共聞、於公開銷售之書籍上登載訊息、以推銷介紹方式將宣傳資料交付於消費者、散發產品使用手冊於專業人士進而將訊息散布於眾等，均可謂其他使公眾得知之方法」。

71. 由於「其他使公眾得知之方法」係屬概括規定，因此，舉凡足使不特定或多數人獲知有關商品交易相同資訊的方式，無論是否已達「共見共聞」程度，亦不妨從寬加以認定。例如：廣告主自行或透過他人大量散發的商業電子郵件（Spam）或電話簡訊，雖然多數收件者之間並非同時（real time）或於同一地點閱讀相同內容的交易訊息，就字義而言並不符合「共見共聞」的情形；但其效果顯然亦足以使公眾獲知相同內容的交易資訊，解釋上亦應屬之。

72. 至於電話行銷（telemarketing），除以自動撥號方式向不特定或多數對象，播送事前已錄製完成的語音訊息之外；基本上，係以一對一、個別交談形態傳播交易資訊，與其他「直接或間接使非特定之一般或相關大眾共見共聞」情形差異較大，解釋上應不屬於「使公眾得知之方法」。

三、交易資訊

73. 商品標示、廣告及「其他使公眾得知之方法」，均係事業提供交易資訊予潛在交易相對人，藉以爭取交易機會的重要手段，因而成爲競爭法的規範對象之一。另一方面，事業所提供的交易資訊是否充分與正確，同時亦係契約法上誠實信用原則與消費者保護相關法令所關切者。由於交易資訊涵蓋範圍極廣，個別交易相對人依其需求不同，所注意的交易資訊亦隨之異其事項。因此，爲使本條第 1 項規定關於交易資訊正確性的規範要求可以事先預見、符合明確性原則，自不宜將納入規範的交易資訊無限制擴張，而應就其事項依其交易上的重要性，合理限定其範圍；其他因交易資訊錯誤或所生欺罔問題，則應透過第 24 條規定加以處理（劉孔中，2003，頁 234-235）。

74. 就文義解釋而言，本條第 1 項規定所列舉的交易資訊包括：商品價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地，均屬與商品有關的交易資訊。由於所列事項之前尚明文規定「商品之」，嚴格依其文義解釋，則各項交易資訊均應與商品本身有關；依本條第 3 項準用於服務時，亦同。公平會所頒布「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 2 點，即係針對「商品（或服務）」從寬解釋：「本條規定所稱『商品（或服務）』，係指：『具有經濟價值之交易標的暨具有招徠效果之其他非直接屬於交易標的之相關交易事項，包括事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等』」。

75. 然而，法條文字既於列舉事項之後明定「等」字，則與上列事項相當的其他重要交易資訊，就其對於消費者權益、公平競爭及交易秩序所可能造成的影響觀之，理論上自應包含之。進一步檢視上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」針對「商品（或服務）」所作擴張解釋，則「贈品、贈獎」或許可以納入價格、內容等交易條件之中；「事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係」，卻已非「商品（或服務）」本身品質、內容，而

係交易相對人所關切、重要性與列舉事項相當的其他交易資訊。雖然，服務提供者「身分、資格」與其品質、內容具間接關係，終究並非服務本身；事業的「營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係」，則更非「商品（或服務）」概念所能涵括。

76. 比較法上，亦有將事業負責人或商號所有人個人關係（Persönliche Verhältnisse der Inhaber）納入競爭法上的廣告規範者，例如，德國不正競爭防止法即採此立法體例，以營業關係之引人錯誤（Irreführung über die geschäftlichen Verhältnisse）爲其規範重心。倘若嚴格解釋本條第 1 項所規定交易事項限於與商品有關者，勢必無法涵括事業負責人個人關係等交易上被認爲重要的其他交易資訊，因而造成法律漏洞（徐火明，1993，頁 149-150）。倘若不認爲係法律漏洞，因此無法透過擴張解釋加以填補，轉而改以第 24 條的補遺條款處理此類案件，又將使該條涵括過多案件類型、其構成要件明確性更形薄弱。

77. 因此，本項規定列舉事項及上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」所謂「具有招徠效果之其他非直接屬於交易標的之相關交易事項」，應以「（一般交易上具有重要性的）交易資訊」爲其共通上位概念；在本項規定的文義範圍之內，雖然亦可透過列舉事項之後的「等」字，依本條規範商品標示、廣告等表示或表徵的競爭法目的，使其解釋涵括「事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係」等「（一般交易上具有重要性的）交易資訊」，不必嚴格限定於與商品或服務本身有關的交易資訊。立法政策上，仍宜明文規定本項係以「重要交易資訊」爲例示各事項的共通上位概念，例如，將「等」字改爲「或其他交易上重要之事項」，使其文義明確涵括所列事項以外其他重要交易資訊，既符合本條立法目的，又得以維持法律明確性，一併解決實務上關於本項究屬「列舉」或「例示」的解釋歧異問題。

四、虛僞不實或引人錯誤

78. 「虛僞不實或引人錯誤」係本條第 1 項規定所禁止「爲表示或表徵」行爲

的核心要件。法條文字明定爲「或」，使虛僞不實、引人錯誤並列爲擇一要件，就文義解釋的觀點而言，只須其中一要件成立即可。然而，交易資訊正確性在競爭法上的主要規範意涵，則仍以防止交易相對人因資訊扭曲而影響其交易決定，避免交易秩序因此遭破壞爲其宗旨。因此，虛僞不實或引人錯誤均以「足以引起錯誤之認知或決定」爲其共通要素，並非單就表示或表徵與事實之間存有任何出入，或行爲人懷有誤導交易相對人的主觀意圖，即認定事業「爲表示或表徵」行爲已構成本條第 1 項所禁止的「虛僞不實或引人錯誤」。由於本條各項規定均以「虛僞不實或引人錯誤」爲其核心要件，而此要件又以「足以引起錯誤之認知或決定」爲其共通要素，因此，本條各項規定及其所涉案件其實可以「引人錯誤」或「誤導」予以概括並簡稱之（劉孔中，2003，頁 250）；然而，實務上卻慣以商品標示或廣告「不實」概稱本條各項規定及其所涉案件。

（一）概念定義

1、虛僞不實

79. 依一般用語，凡廣告內容與商品（或服務）實際狀態有不相符合者，即屬「虛僞不實」。但如法律對廣告內容要求與事實完全一致，將使廣告不足吸引消費者注意，抹煞廣告所應有的說服、藝術與娛樂等功能，妨礙商品或服務流通、降低競爭。因此，法律所規範的虛僞不實廣告，應以其虛僞不實致使消費者陷於錯誤及導致其購買商品或接受服務決定之虞者爲限（朱鈺洋，1993，頁 62）。關於廣告以外的商品標示及「其他使公眾得知之方法」內容是否虛僞不實，就事業競爭的法律規範觀點而言，基本上亦應採取相同的認定標準。公平會所頒「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 5 點，亦將「虛僞不實」定義爲：「係指表示或表徵與事實不符，其差異難爲相當數量之一般或相關大眾所接受，而足以引起錯誤之認知或決定者」，即同此意旨。

2、引人錯誤

80. 就一般用語而言，所謂引人錯誤廣告，係指廣告主利用廣告製播技巧、表達手法，誇張或歪曲事實、遺漏重要事實，使消費者有陷於錯誤之虞，並足以

造成消費者或廣告主競爭者損失者。在上述理解之下，則廣告內容在客觀上並無不實，但仍有使消費者陷於錯誤之虞者，亦可能構成引人錯誤廣告（朱鈺洋，1993，頁 63）。關於廣告以外的商品標示及「其他使公眾得知之方法」內容是否虛偽不實，解釋上，亦應採取相同的認定標準。依上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 6 點所定義的「引人錯誤」:「係指表示或表徵不論是否與事實相符，足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定者」，亦同此意旨。

81. 至於單純消極「隱匿重要交易資訊」，而並非積極以資訊不完整的表示或表徵使人誤認，應屬於「欺罔或顯失公平之行爲」，參照第 24 條，邊碼 48，54，63 及 64-69。。在具體事實中，亦可能發生「虛偽不實或引人錯誤」與「欺罔或顯失公平之行爲」二者並存，因而應併同適用本條與第 24 條規定的情形。

（二）個別交易事項虛偽不實或引人錯誤之情形

82. 本條第 1 項規定納入規範的交易資訊，就法條文字所列舉者而言，有關於價格、數量等與「量」有關的事項，亦有品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途等與「質」或「功能」有關的事項，以及，原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等與「來源」有關的事項。由於事業針對不同事項所採取的表示或表徵手法亦有差別，因此，事業「爲表示或表徵」行爲是否構成本條所禁止的虛偽不實或引人錯誤，其具體情形應視所涉交易事項分別加以認定。

1、商品價格、數量

83. 價格向來被視爲最重要的競爭參數。由於商品種類眾多、一般消費者所能掌握的交易資訊有限，對於品質、售後服務等其他競爭參數，未必能於交易前充分體認其重要性；相較之下，價格高低不僅一般消費者感受最直接，對於專業商品的相關大眾或採購特定商品的下游事業影響亦大。因此，價格競爭始終爲事業所重視（廖義男，1995，頁 142-143），價格資訊亦爲各國競爭法規範重點所在。公平會處分實務上亦認爲：「商品或服務之對價是影響消費者作成交

易決策之重大因素，故事業所為表示若使人認為給付一定價格即可獲得所宣稱之商品，而實際售價超過表示之價格，即有虛偽不實及引人錯誤之情事」（87公處字第148號處分「廣正公司冰糖燕窩標價不實案」）。此類案件是否同時涉及詐欺，或交易當事人間關於價金是否合意的消費爭議，則需另就其具體事實由受訴的普通法院認定。

84. 實務上，公平會對於過期或不完整的價格資訊，例如：標價過時已與實際售價不同，以及，廣告中僅表示部分收費而未註明全部價格，均曾認定為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。在上述「廣正公司冰糖燕窩標價不實案」中，實際售價業已變更，但事業未隨之更改標價牌，原標價亦未有期間限制之表示，易使人誤認商品價格未改變，公平會因此認定處分人對於商品價格之表示有不實情事。至於廣告價格虛偽不實情形，實務上亦曾針對減肥課程「暑期特惠專案」有使人誤以為第一堂課收費即為全部價格，因此作成處分者：「被處分人於系爭廣告上表示：『暑期特惠專案：減肥只要1999元，外加免費減肥送給你。』惟查實際則為一堂課程收費1999元，僅於優惠期間以參加之課程數再贈送等值之課程，例如參加10堂之課程另送10堂，故20堂課程收費共計1999元×10=19990元，並非花費1999元即可達到減肥之目的，故系爭廣告顯有虛偽不實及引人錯誤之情事」（89公處字第044號處分「喬登公司減肥廣告不實案」）。

85. 關於商品標示或廣告價格與實際售價不符，因而被認為係虛偽不實或引人錯誤的常見形態，尚有：同類商品等級不同而僅標示與廣告標的配備不同的較低等級價格（89公處字第102號處分「王記公司自排車廣告不實案」），再如：僅標示同類商品中數量極少或不能提供的最低價格、卻刻意隱藏自此價格「起」算或已缺貨的相關資訊（81公處字第026號處分「高山公司大度山寶塔廣告不實案」，此類廣告表面上近似比較法上所稱「誘餌廣告」，卻未必藉此誘使交易相對人就其他商品或服務進行交易，比較：公處字第092128號處分「神鉅公司每人限購一台車拼價案」，以及，朱鈺洋，1993，頁113-120），以及，隱瞞

廣告優惠價格的多重適用限制（公處字第 091059 號處分「中華電信公司打二分鐘送五分鐘促銷廣告案」）、除廣告價格之外隱匿其他重要收費資訊（83 公處字第 005 號處分「士林火鍋店全部 150 元吃到飽案」），或未徵得下游業者同意即表示「一律」同一收費標準（82 公處字第 003 號處分「華納公司早場一律 80 元案」）等。

86. 此外，關於價格本身的表示或表徵雖無虛僞不實，卻利用與價格關係密切的其他交易資訊，以誘發聯想、對比等表達手法吸引消費者購買，亦可能被認定爲虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵。例如：將商品標記不實高價再打「X」標示較低的售價、以不實的較高價格如「廠商建議價格」對比實際售價（朱鈺洋，1993，頁 75-81）、長期以高標價與高折扣率方式襯托實際售價（83 公處字第 051 號處分「千大燈飾行標價不實案」、83 公處字第 070 號處分「伯特利眼鏡公司標價不實案」）、標示「不二價」卻普遍以較低價格交易（81 公處字第 25 號處分「十信公司維他命不二價案」、81 公處字第 51 號處分「伊凱寧公司高纖維錠不二價案」）、以「工廠直營」等表示或表徵使交易相對人誤以爲事業有較低價的進貨方法或進貨來源（87 公處字第 227 號處分「連發車行店面招牌不實案」）、不實的「換季」或「清倉」限時特價（朱鈺洋，1993，頁 86；黃茂榮，1993，頁 197）等。

87. 關於商品數量資訊不實或引人錯誤的表示或表徵，除與價格有直接關聯的隱匿折扣限下次消費時始適用（86 公處字第 193 號處分「歐日港餐廳五折大請客廣告不實案」），以及：不實限量特價、單價改以加計贈品後的平均價格標示（83 公處字第 090 號處分「萬客隆公司買二送一案」）等類型之外，事業亦有可能利用過大包裝或內裡襯墊使消費者誤認數量較多、數量充足卻廣告「所剩不多，欲購從速」（朱鈺洋，1993，頁 95），或餘屋尚有 70 戶卻廣告「最後二十戶限量配額，登記額滿爲止」（81 公處字第 014 號處分「山久公司台中國宅登記公告案」）等手法，足使消費者誤認數量而與之交易等情形。

2、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途

88. 關於商品的屬性及成分、原材料、純度、新舊、第三人驗證或保證品質、競賽成績或得獎、等級、銷售績效或受歡迎程度、保證或保固、售後服務、授權交易的權利完整性、技術、加工方法、方法專利或秘密性的表示、特殊製程（例如：防水或耐熱加工、高溫處理等）、天然生產、手工製、機械製造、出廠或完成日期、商品效能期限、操作或利用商品的方法及程序、適用情況、功能或效果等「質」或「功能」面向的交易資訊，雖然與價格、數量等「量」有關資訊相較下不易一目了然，但事業直接就上述事項爲不實的表示或表徵，或以間接暗示、推測事實造成誤認，均可能構成虛僞不實或引人錯誤的情形。

89. 關於商品特定成分爲誇大表示，有使消費者誤認其品質者，即可能構成本條所禁止「爲表示或表徵」行爲。例如：對於主要成分爲顯然超過實際含量的圖示（85 公處字第 006 號處分「七味之友公司外盒包裝上杏仁派圖片不實案」），以及：商品無論用字、圖樣、原料標示等，均以含有「燕窩」成分爲主要之訴求，但衛生署藥物食品檢驗局並未檢驗出燕窩成分（87 公處字第 114 號處分「祥昇公司就輸入、販賣之冰糖雪耳燕窩爲不實之成分標示案」）。此外，酒類等商品，其原產地、製造日期及成分與品質密切相關，就上述事項標示不實，將使消費者誤認其品質者。例如：進口銷售酒類商品，標示酒齡且原產地不符產地規定、成分標示不實，構成虛僞不實及引人錯誤之表示（87 公處字第 026 號處分「葉格公司威士忌酒標示不實案」、行政法院 89 年判字第 1769 號判決）；此類涉及菸酒標示「使人誤信」案件，經公平會與財政部協調自 2002 年起即改依菸酒管理法處理。再如：服務內容實已減少，卻未更正原有廣告者，亦可能構成虛僞不實或引人錯誤。例如：廣告傳單所載部分遊樂設施欠缺常駐人員維護，基於安全理由而停止使用，因此長期變更或減少服務內容，卻未更正原有廣告，或在入口處加以說明，致消費者誤認仍有提供該等服務，其廣告即有對服務內容、品質、數量爲虛僞不實及引人錯誤之表示（82 公處字第 027 號處分「金生育樂公司廣告傳單不實案」）。

90. 商品雖具有廣告所宣稱的部分功能，但無法達到如廣告所保證的完全、絕對效果，亦可能構成虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵，例如：報紙廣告宣稱「東龍牌開飲機不滲入生水、不喝到生水」，但尙無法保證「生水不滲入溫水膽」，已使人對其開飲機產品品質產生錯誤認識（84 公處字第 011 號處分「東龍公司開飲機廣告不實案」）；再如：手錶僅進口零組件在台組裝出售，卻在廣告上宣稱手錶係自「歐洲原裝進口」，並輔以「18K 金一體成型馬可孛羅金錶擁有固若磐石的錶殼設計，其製造過程與勞力士蠔式錶殼的製造過程如出一轍，同以堅硬的金屬塊在六十噸重壓下，經一百二十道壓刻，一體成型……」之說明，有使人誤以爲係高單價、高品質，且已於歐洲組裝完成的整隻錶進口之虞（86 公處字第 026 號處分「均威公司馬可孛羅金錶廣告不實案」）。

91. 事業就其商品僞稱獲獎、請准專利、由政府機關或知名機構檢驗認可等，使交易相對人有誤認其品質之虞者，亦可能構成虛僞不實或引人錯誤。例如：僞稱「榮獲經濟部鑑定爲化粧品保養品組品質之『特優金牌獎』」（87 公處字第 071 號處分「群麗公司御方敷面粉標示不實案」）；以及：於外包裝上印載「合格證第一○二號」、「本廠全年均接受糧食局檢查，爲合格工廠」等虛僞不實標示，經糧食局調查後仍未停用，又僅碾米機自日本進口卻稱「中日技術合作」，顯然引人誤認其栽種等製造方法（82 公處字第 007 號處分「台富米行帝王米標示不實案」）。再如：商品未獲專利，卻於外包裝、傳單及說明書上註明爲專利品（83 公處字第 107 號處分「小馬哥公司多功能磁性教育板廣告不實案」）；以及：對於法定應檢驗合格始得販售的商品，卻在廣告上表示「全國獨家通過政府認可」（84 公處字第 006 號處分「新品公司瓦斯設備廣告不實案」）等。關於服務品質及內容，亦有因聲稱提供者特殊技藝或秘傳方法，誘使交易相對人與之交易者，例如：於報紙刊登廣告，宣稱：如意掌「歷代單傳，上只傳皇帝一人」，該廣告用語有使人對其所推介如意掌產生御用珍貴祕笈的印象（83 公處字第 114 號處分「傅隆騰氣功廣告不實案」）。

92. 關於商品或服務品質、製造方法等事項，亦有事業以不實資訊攀附政府機

關、名人或知名機構、學術或科學研究成果，因而有引人誤認之虞而違反本條規定者。例如：以合照相片宣稱省政府主席參與動土（83 公處字第 028 號處分「天心公司金寶塔廣告不實案」）、預售屋廣告「證管會監工，品質最有保障」攀附非建築主管機關（83 公處字第 061 號處分「彥武公司預售屋廣告不實案」）、以衛生署公告無須申領許可證之醫療器材公文書字號爲醫療器材許可字號（86 公處字第 114 號處分書「吉米鹿公司傳銷商品廣告不實案」），以及：比較廣告經檢舉而公平會認定不違法，事業卻於廣告中宣稱「通過嚴厲考驗公交會裁定馬可孛羅一切符合規定」（84 公處字第 016 號處分「馬可孛羅公司鐘錶廣告不實案」）；再如：商品僅取得經濟部商品檢驗局「外線可見光透過率」試驗報告、工業研究院電子工業技術研究所「電磁波隔離效果」檢驗報告，卻廣告聲稱具有未經證實各項預防輻射傷害及視力病變的醫學功能（81 公處字第 024 號處分「凡賀公司安全護目網廣告不實案」）等。

93. 至於廣告中由名人、專家、消費者、團體親身見證、推薦特定商品或服務，亦即所謂「見證廣告」，比較法上雖有較爲詳盡的定義及規範，在我國實務上則仍須具體檢視廣告是否虛僞不實或引人錯誤，不可一概而論（朱鈺洋，1993，頁 121-130；劉孔中，2003，頁 235-240）。

3、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地

94. 「原產」通常係指農、林、漁、礦等原材料採擷，「製造」係原材料經一定製程而改變其性質、成爲具有新用途的其他製品，「加工」則未改變原材料性質、經一定處理程序而使其成爲新物品。一般所稱原產地、製造地、加工地泛指出產、加工、製造所在地及其所屬國家，在用語上則可能出現範圍相互重疊的情形。原產地獨特的自然條件，以及，加工地或製造地特殊的技術、人文條件，往往使商品具有一定品質而吸引消費者青睞（朱鈺洋，1993，頁 106-107）。此外，加工者或製造者的特殊技術能力、組織文化、經營績效、信譽或口碑等，亦可能成爲商品藉以建立消費者信賴的基礎所在。因此，事業於商品標示、廣告上或利用其他宣傳方法，使人誤認製造者、加工者及原產、製

造、加工所在地或其所屬國家，或就上述事項爲不實的表示或表徵，即可能構成本條所禁止「爲表示或表徵」行爲。

95. 關於商品附加地名標示不實的認定標準，公平會於 1997 年間以第 247 次委員會議通過「商品附加地名之標示與公平交易法第二十一條適用關係」考量因素」，第 1 點規定：「事業於商品原產地（國）之標示，有以積極方式引人誤認者，則該行爲即有違反公平法第二十一條之虞，惟若事業未有以積極行爲引人誤認商品之原產地（國），而僅以商品附加地名之方式標示，則該項地理名詞是否即係表彰商品之地理來源，應以一般或相關大眾之普遍性認知，是否認爲系爭商品係來自該地理區域而定」。例如：於廣告上隱匿商品實際內容，並稱「東北符龍草」、「河南木蓮花」及「不辭辛勞引進」，就其廣告文詞整體觀察，易引人誤認其所販售「浮龍草」係原產於東北地區、「木蓮花」則係原產於河南省，並經其「不辭辛勞引進」銷售，係對商品的品質、內容、原產地、製造者、製造地等，爲虛僞不實及引人錯誤之表示（81 公處字第 061 號處分「吳信正違規藥品廣告案」）。

96. 除農、林、漁、牧、礦等原材料產地之外，亦有就製造或加工商品來源、銷售、技術等積極引人誤認者。例如：事業於其店名、廣告及商品同時標示「PARIS」與「NEW YORK」字樣，就其整體觀察，有致多數一般大眾產生其來源地、銷售地區、生產技術、商標或專利與法國巴黎或美國紐約有關的不正確印象，構成虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵（86 公處字第 002 號處分「佐登妮絲公司化妝品標示及廣告不實案」）。又如：事業明知其進口廣告型錄上商品自韓國原裝進口，且韓國廠與德國並無任何關聯，卻於廣告中載以「德國〞EURO SAFES〞」、「德國 EURO SAFES 在全世界八個國家共設立十一個工廠，爲世界排名前三大保險櫃集團。本公司產品全部自其亞洲韓國廠原裝進口.....」等虛僞不實用語，意圖吸引潛在交易相對者誤認其產品爲德國公司所生產而與其交易之行爲（86 公處字第 157 號處分「將彬公司保險櫃廣告型錄不實案」）。

97. 地理名稱已轉換爲商品種類名稱、製造者名稱或註冊商標，已非單純爲地

理來源表徵者；然而，依一般或相關大眾的普遍性認知，事業積極為近似標示仍足以引人誤認其製造地或製造者。例如：事業進口韓國啤酒品牌雖稱「青一島」，但被處分人仍故意將「一」字縮小並置放青島二字中間下方，整體印象乃為「青島」，再配合使用「跨越海峽第一品牌」及「連接友誼的長城」等文字，易使人誤認為其為來自大陸「青島啤酒」，該廣告因此被公平會認定為虛偽不實或引人錯誤（85 公處字第 086 號處分「金門公司青一島啤酒廣告不實案」；此類案件亦可能涉及第 20 條）。又如：酒類進口商就「蘇格蘭威士忌」標示不實，構成虛偽不實及引人錯誤之表示（87 公處字第 026 號處分「葉格公司威士忌酒標示不實案」、行政法院 89 年判字第 1769 號判決）。

98. 此外，「真品平行輸入」雖不構成第 20 條所禁止的仿冒行為；至於是否違反本條第 1 項規定，依公平會公研釋字第 003 號解釋，仍須視為平行輸入的事業「為表示或表徵」行為，是否造成消費大眾誤認其商品來源為斷。關於「真品平行輸入」貿易商所為故意「搭便車行為」的規範，參照：第 24 條，邊碼 131。

4、贈品、贈獎及其他價格以外之優惠

99. 由於公平會所頒布「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 2 點，雖係針對「商品（或服務）」而非交易資訊從寬解釋，使其包括「事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等」，因此，公平會實務上亦認為：「本法第二十一條所稱之服務，…包括事業就該標的附帶提供之贈品、贈獎等，從而事業為達促銷目的，於廣告上就所提供之贈品、贈獎等服務內容為虛偽不實或引人錯誤之表示者，即屬違反公平交易法第二十一條規定之情事」（86 公處字第 087 號處分「花旗銀行澳門旅遊優惠廣告不實案」）。其實，贈品、贈獎或其他價格以外之優惠，亦屬足以影響消費者決定是否進行交易的重要資訊，就本條立法目的而言亦應一併加以規範。其具體案例則有如前引個案的處分理由所述：「事業為達促銷目的所提供之贈品、贈獎等活動，對消費者往往具有極大之吸引力，而包括該贈品、贈獎之優惠內容、參加辦法諸如人數、期間、數量、方式等限制及其他

負擔等，均屬交易上重要訊息，而足以影響消費者交易與否之決定，故事業就上揭事項於廣告上應爲具體、明確之標示，倘故意隱瞞部份訊息，而致消費者誤認者，其廣告即有虛僞不實或引人錯誤者，即屬違反公平交易法第二十一條規定之情事」。

100. 關於贈獎活動與廣告宣傳單所刊載內容不符，例如：發出抽獎券期間延長以至個別消費者中獎機率下降，公平會認爲：「抽獎日期與當初廣告內容不符，已失去一般大眾對該等商品促銷廣告之信賴，同時對交易訊息的傳播行爲產生不良影響，進而減損公平競爭之效能，核屬公平交易法第二十一條所規定之禁止行爲」，其處分理由並且述明：「另就贈獎是購買商品所附贈的東西並非商品本身，乃係購買決定要素之一，並非如價格、數量等主要決定因素，惟廣告內容表示或表徵之具體數字或說明與實際數字有相當數量之差異，乃對消費者原有期望造成落差，而損害其原有的消費者剩餘。因其行爲已符合違反公平交易法第二十一條構成要件，爰不論同法第二十四條概括規定」（86 公處字第 100 號處分「東逸企業贈獎活動廣告不實案」）應予贊同。

101. 關於贈品適用範圍或限制、贈品兌換期間或數量限制等資訊未爲充分揭露者，實務上亦有處分案例。例如：「凡於本店購買 100 元者，即贈 50 元兌換券乙張」未表示促銷範圍僅止於麵包、蛋糕及餅乾類商品（82 公處字第 005 號處分「可頌公司『買 100 送 50』廣告不實案」）；又如：對於消費者極具吸引力的贈品數量有限，「先換先贏，換完爲止」文字僅於電視及報紙廣告爲不顯著表示外，並未於包裝、網站等處充分揭露，並對促銷活動之後續動態訊息提供有所不足，致產生引人錯誤情事（86 公處字第 196 號處分「可口可樂集點送贈品廣告不實案」）。而贈送招待券而非贈品未於廣告載明，使消費者有誤以爲係贈品「及」、「或」招待券，亦有可能構成本條第 1 項所禁止行爲（83 公處字第 001 號處分「法西公司贈品廣告不實案」）。於廣告所稱截止日前無端取消贈獎活動（88 公處字第 134 號處分「新安公司飯店慶生廣告不實案」）、對贈獎活動期間爲虛僞不實或引人錯誤表示者（86 公處字第 208 號處分「花王公司洗衣粉

廣告不實案」），亦同。

102. 此外，關於贈品性質及其價值爲不實表示，例如：聲稱贈品市場交易價值遠高於實際價格，足以影響消費者爲合理判斷並作成交易決定（公處字第091014號處分「鍋寶公司廣告不實案」）；或者：將商品本身發揮基本功能所需的重要配備，原即應配置的附屬品卻以「附贈」表示，公平會處分認爲：「有違該類商品之平常交易方式，顯係以引人錯誤之表示，藉以增加其他潛在交易相對人與其交易機會之意圖」（89公處字第192號處分「勳風公司空氣清淨機廣告不實案」），亦應予肯定。

5、其他重要交易資訊

103. 除上述交易資訊外，與法條所列舉事項相當，而足以影響交易相對人選擇是否進行交易的其他資訊，如有虛僞不實或引人錯誤情事，亦應爲本條第1項所規範對象。關於事業本身的營業範圍、技術及專業能力，即屬之。公平會執法實務上卻以不同理由加以處分；例如：事業提供家電維修服務，其廣告易使人誤以爲一規模龐大之服務站體系，且爲知名進口家電廠牌的直屬或相關服務站，公平會認爲係就「服務內容」爲虛僞不實或引人錯誤之表示（85公處字第052號處分「一松公司廣告不實案」）。就事業資格及法令規定爲虛僞不實之表示，亦同。例如：同區已另有業者取得執照後仍自稱「唯一合法有線電視」（88公處字第012號處分「大新店民主有線電視公司廣告不實案」）；又如：以「瓦斯災害防止宣導竹苗區防災教育宣導中心」名義散發「瓦斯用戶通知單」，宣稱:「請依政府規定加裝瓦斯瓦斯防爆氣閥」,即有虛僞不實及引人錯誤情事（86公處字第131號處分「鄉安公司廣告不實案」）。此外，公平會亦曾作成「名片上關於學歷之記載如有不實，且該學經歷與分發名片者所要推廣或銷售之商品或服務的內容或品質有關時…即已違反公平交易法第二十一條第一項、第三項之規定」的解釋（公平會81公參字第01222號）。

104. 與此相反者，係行政法院89年判字第3441號判決卻認爲：本條第1項規定係列舉規定，不及於列舉與商品有關事項以外其他交易資訊。公平會對此判

決以其適用法律顯有錯誤，提起再審之訴，經最高行政法院 91 年度判字第 1823 號判決駁回，理由略以：「原判決適用之公平交易法第二十一條第一項所規定不實廣告表示或表徵之事項，究爲例示規定，抑或屬列舉規定，迄無定論，原判決認係列舉規定，僅係法律上見解之歧異」，足見上述實務見解尚無定論；但公平會已漸有改依第 24 條規定，處理法令規定等其他交易資訊不實相關案件的執法立場（公處字第 093085 號處分「保你家瓦斯防爆裝置廣告不實案」）。

（三）虛僞不實或引人錯誤之案件類型

105. 公平會整理其歷來處分、函示、行政指導涉及本條規定者，於上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 20 點列舉以下二十九項虛僞不實或引人錯誤類型，可供法律適用上參考：

1、表示或表徵使人誤認事業主體係他事業之（總）代理商、（總）經銷商、分支機構、維修中心或服務站等具有一定之資格、信用或其他足以吸引其交易相對人與其交易者。

2、表示或表徵使人誤認政府機關、公益團體係主辦或協辦單位，或與政府機關、公益團體有關者。

3、表示或表徵使人誤認他事業名稱或產品品牌已變更者。

4、表示或表徵誇大營業規模、事業或商品（服務）品牌之創始時間或存續期間且差距過大者。

5、表示或表徵僞稱他人技術（合作）或授權者。

6、表示或表徵使人誤認已取得特定獎項，以提升商品（服務）之地位者。

7、表示或表徵使人誤認其有專利、商標授權或其他智慧財產權者。

8、表示或表徵使人誤認係特定商品（服務）之獨家供應者。

9、表示或表徵使人誤認其商品（服務）有投保責任險者。

10、表示或表徵訂價長期與實際售價不符且差距過大者。

11、長期以特價或類似名義標示價格，而實爲原價者。

12、有最低價格之表示，然無符合最低價格商品（服務）或符合最低價格商品

（服務）數量過少，難爲一般人所接受者。

13、表示或表徵使人誤認給付一定價格即可獲得所宣稱之商品(服務)者。

14、表示或表徵之具體數字與實際不符，其差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。

15、表示或表徵說明服務之項目或等級與實際之差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。

16、表示或表徵說明商品（服務）具有一定品質，然差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。

17、表示或表徵使人誤認商品（服務）已獲政府機關核發證明或許可者。

18、表示或表徵援引公文書敘述使人誤認商品（服務）品質者。

19、表示或表徵使人誤認出版品之實際演出者、撰寫者或參與工作者。

20、表示或表徵使人誤認商品具有特定功能，且差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。

21、實際附有條件、負擔、期間或其他限制等，而表示或表徵未予明示者。

22、表示或表徵將不同資格、性質、品質之商品（服務）合併敘述，使人誤認所提及商品（服務）皆具有相同之資格、性質、品質者。

23、表示或表徵產品原產地（國）之標示使人誤爲係於該原產地(國)所生產或製造者。但該產地（國）名稱已爲產品通用之說明者，不在此限。

24、銷售投資性商品或服務之事業所爲表示或表徵使人誤認加盟者或經銷商有巨額收入者。

25、表示或表徵使人誤認節目收視率者。

26、表示或表徵之利率與實際成交之利率不符，其差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。

27、表示或表徵使人誤認其商品（服務）之製造者或提供者。

28、表示或表徵使人誤認政府將舉辦特定資格、公職考試或特定行業之檢定考試者。

29、表示或表徵就贈品（或贈獎）活動之優惠內容、參加辦法（人數、期間、數量、方式）、抽獎日期與實際不符；或附有條件、負擔或其他限制未予明示者。」

106. 此外，公平會亦針對爭議較多、標的單價較高，因交易資訊不實致消費者所受損害較大的不動產交易，特別自其執法實務經驗中整理各類可能違反本條規定情形，於上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 21 點中，分別就十四項相關交易資訊列舉虛僞不實或引人錯誤類型：

「（一）工業住宅：

1.廣告未對建築基地使用限制爲「工業區」或「丁種建築用地」之表示。

2.廣告雖已載明基地使用限制爲「工業區」或「丁種建築用地」，但標註較廣告中其他說明顯然有所不足。

3.廣告未對建築物係供與工業有關之使用明確加以表示。

4.廣告使用一般住宅配備爲圖示，或文字說明暗示其建築物適合供住宅使用。

5.廣告中有關「建築物用途」之宣傳，與建築或使用執照不同。

（二） 國民住宅公告：

1.未經主管機關核准即以國民住宅名義爲售屋廣告。

2.建商於獎勵投資興建國民住宅廣告中，使人誤認政府機關爲主、協辦單位。

3.廣告中引人誤認未限制承購資格即可辦理國民住宅優惠貸款。

4.僅部分建物經核准興建國民住宅，廣告使人誤認全部建物均屬國民住宅。

5.建商以「公告」型式爲國民住宅廣告，而廣告中隱匿廣告主體，或所載內容不足以辨明交易主體，或足以引人誤認爲政府機關直接興建銷售之國民住宅所爲之「公告」。

（三）建物座落地點：廣告上標示建物座落地點與實際不符，而差異難爲

一般大眾所接受程度者。

（四）建物面積：

1.廣告上標示建物之房屋或土地總面積與所有權狀登記之面積不符者。

2.廣告上標示建物之房屋或土地總面積雖與所有權狀登記之面積相符，然有下列情形者：

(1) 建商於廣告中以「使用面積」、「公共面積」、「室內面積」、「受益面積」、「公共設施」、「受益憑證」等非法定名詞爲建築物面積之表示或表徵，未於廣告中明顯處，以相當比例之字體註明其包括範圍，而有引人誤認面積數量者。

(2) 建商使用法定用語（如「建築面積」、「基地面積」、「主建物面積」、「附屬建物面積」、「共同使用部分面積」）作爲建物面積之表示時，而面積表示之數量與法定用語所應有或登記之面積不符，其差距難爲一般消費大眾所接受者。

3.廣告表示建物公同共有或共同使用設施比例之具體數字與完工建物不符者。

（五）建築物外觀、設計、格局配置、建築物環境（區分所有權建物之公同共有或共同使用部分，如休閒步道、戲水池、健身房、花園、游泳池、涼亭等）：

1.建築物之外觀、設計、格局配置與廣告海報不符者。

2.建築物之外觀、設計、格局配置雖與廣告海報相符，惟與施工平面圖或竣工圖不符，且經建築管理單位認定係屬違建者。

3.設施不屬於給付或附隨給付之內容，而有被誤爲屬於之虞者。

（六）建材設備：廣告上對建築物建材所爲之表示或表徵，與實際不符，且其差距難爲一般消費大眾接受者。

（七）建物廣告與公有公共設施及交通不符：

1.廣告對公有公共設施（如學校、公園、運動場、政府機關等）之表示

與使用廣告當時之客觀狀況或完工後之實際狀況不符，且其差距難爲一般消費大眾接受者。

2.建築物之銷售廣告上以未完成之公有公共設施及交通道路爲表示或表徵，使人誤認已完成者。

3.廣告對交通狀況、時間或空間距離之表示，未以通常得使用之道路狀況爲計算標準。

（八）房屋仲介加盟店標示：未於廣告、市招、名片上明顯加註「加盟店」字樣，使人誤以爲係該仲介直營店之行爲者。

（九）建造執照尚未核發引人誤認已取得建照。

（十）納骨塔廣告使人誤認業經核准啓用、開發等。

（十一）廣告表示建築物之用途與建造執照（或使用執照）所載不符，且依都市計畫或建築管理法規不得變更使用者。

（十二）夾層屋：

廣告表示系爭房屋爲挑高空間，並以文字、照（圖）片、裝璜參考圖、平面配置圖、立面剖視圖或樣品屋表示有夾層設計或較建物原設計更多之使用面積，且有下列情形之一者：

1.廣告平面圖與施（竣）工平面圖不符者。

2.廣告未明示建築法規對施作夾層之限制（樓層、面積、材質、容積率管制等）者。

3.經建築管理機關確認爲違建者。

（十三）建築物視野、景觀與廣告所表示不符，且其差距難爲一般消費大眾所接受者。

（十四）停車位：

廣告與施（竣）工圖不符，經營建主管機關認定爲違法者。縱建商嗣後實際交付之停車位與廣告相符，亦同。」

107. 此外，上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 10 點亦規定：「事

業違反本法第二十一條禁止規定，如其行爲由來已久，爲該行業普遍現象，且與產業特性有關者，得以訂定行業規範說明之方式處理」。

（四）綜合判斷準則

108. 商品標示、廣告或「其他使公眾得知之方法」涉及虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵的具體情形千變萬化，雖然實務上已分別就交易資訊所涉事項，甚至，針對不動產等商品或服務，以及，金融業、流通事業等產業別，就其中可能涉及虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵的情形加以類型化，卻終究難免掛一漏萬。就此，上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 7 點特別就「虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵判斷原則」，歸納以下四項提供執法時參考之用：

1、表示或表徵應以交易相對人之認知，判斷有無虛僞不實或引人錯誤之情事。一般商品（服務）以一般大眾施以普通注意力爲準；專業性產品則以相關大眾之普通注意力爲準。

2、表示或表徵隔離觀察雖爲真實，然合併觀察之整體印象及效果，倘足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定者，即屬引人錯誤。

3、表示或表徵之內容以對比或特別顯著方式爲之，而其特別顯著之主要部分易形成消費者決定是否交易之主要因素，故其是否虛僞不實或引人錯誤，得就該特別顯著之主要部分單獨加以觀察而判定。

4、表示或表徵客觀上具有多重合理的解釋時，其中一義爲真者，即無不實。但其引人錯誤之意圖明顯者，不在此限。

109. 「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 8 點並就「表示或表徵是否虛僞不實或引人錯誤應考量因素」，列舉以下三項以爲提示：

1、表示或表徵與實際狀況之差異程度。

2、表示或表徵之內容是否足以影響具有普通知識經驗之一般大眾爲合理判斷並作成交易決定。

3、對處於競爭之事業及交易相對人經濟利益之影響。

110. 至於交易標的尚不存在、履約期間較長的預售屋交易，上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 9 點亦特別訂定三項判斷準則：

「預售屋廣告是否虛偽不實或引人錯誤，應以廣告主使用廣告時之客觀狀況予以判斷。（第 1 項）預售屋廣告之廣告主使用廣告時，已預知或可得知其日後給付之內容無法與廣告相符，則其廣告有虛偽不實或引人錯誤。（第 2 項）第一項所稱之客觀狀況，係指廣告主提供日後給付之能力、法令之規定、建材之供給等。（第 3 項）」

（五）虛偽不實或引人錯誤之驗證或調查方法

111. 針對「虛偽不實或引人錯誤」的共通要件，亦即，「足以引起錯誤之認知或決定」是否成立，應以系爭表示或表徵與事實不符程度已達「相當數量之一般或相關大眾」所難以接受（「虛偽不實」），或足以引起「相當數量之一般或相關大眾」發生誤認爲準（「引人錯誤」）。關於「相當數量之一般或相關大眾」難以接受或誤認，究竟應達何種數量始爲「相當」，固然在比較法上有相關標準可資值得參考。就系爭表示或表徵內容虛偽不實或引人錯誤，是否客觀上足以使「相當數量之一般或相關大眾」難以接受或誤認，仍有待調查或驗證始能具體認定。由於判斷是否已達「難以接受」的差異或足以引起「誤認」，均以不特定或多數的「一般或相關大眾」認知爲準；因此，廣告代理業、廣告媒體業、語文學家、公平會委員或法官個人意見，不過作爲參考而已。解釋上，公平會應可於必要時，比照第 20 條第 1 項第 1 款、第 2 款規定關於「難以接受」、「誤認」等要件事實認定問題，以問卷或其他意見調查方法加以確認（徐火明，1993，153）。

112. 至於本條第 1 項規定所稱「虛偽不實」，既「係指表示或表徵與事實不符」而言，則商品標示、廣告或「其他使公眾得知之方法」所表示或表徵的交易資訊是否「虛偽不實」，一方面固爲表示或表徵的文字、圖示等表意內涵的解釋問題；另一方面，亦涉及其所指涉的事實是否客觀存在的驗證或調查問題。第 27 條所規定的到場陳述、提出帳冊資料及派員訪查等調查方法，基本上係針對

應受調查者依法負有協力義務加以規範，並未限制公平會就客觀事實是否存在採取何種驗證或調查方法。

113. 關於價格或數量是否虛僞不實，即須就表示或表徵的「量」比對實際售價與數量；就此，公平會即可透過應受調查者所協力提供的資訊加以查對。至於品質、內容、用途等關於商品成分、性質、功能等未必外顯事項，其物質性的客觀狀態實際上究竟如何，必要時亦可透過物理或化學檢驗加以確認。實務上公平會則有循行政管道徵詢商品檢驗局或目的事業主管機關（86 公處字第 127 號處分「勝家公司台灣分公司純水機廣告不實案」；亦有由其他機關移送者，例如： 81 公處字第 024 號處分「凡賀公司安全護目網廣告不實案」），或移送該管機關檢驗並依其檢驗報告加以認定者（82 公處字第 087 號處分「巨達公司減肥奶粉廣告不實案」）；亦有委託研究機構代爲檢驗者（84 公處字第 011 號處分「東龍公司開飲機廣告不實案」）。

114. 此外，關於驗證或調查應由何人爲之，以及，未經驗證或調查以致是否構成本條違反行爲無法確認之後果由何人承擔，亦即所謂「舉證責任」歸屬問題，有認爲：標示或廣告內容的真實性可以證明，例如：市場占有率或銷售量，以及，商品的特性、功能、數據或特殊成分，應由爲標示或廣告的事業就其內容真實性負舉證責任。至於系爭廣告是否有誤導數量相當的（潛在）交易相對人誤認之虞，則應由公平會負責舉證（劉孔中，2003，頁 240）。然而，公平會爲舉證系爭廣告足以誤導數量相當的潛在交易相對人，以問卷或其他意見調查方法加以確認，不僅行政成本耗費繁鉅，關於抽樣、編製問卷與執行、分析等調查方法常見爭議，而國內目前亦無具有公信力且爲各方所接受的調查機構；倘若嚴格要求凡涉及被誤導者是否已達「相當數量」均須以問卷調查舉證證明，則本條規範實益將因舉證困難而極爲有限。由於「相當數量」並未明定爲法定構成要件而係公平會所爲釋示，解釋上，應許公平會以座談會、公聽會等方式取代問卷調查；於表示或表徵內容誤導情形極爲明顯時，亦應容許公平會以釋明代替舉證證明。

115. 就此，上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 12 點則規定檢舉人應「提供相關商品、包裝、廣告等必要事證，委託他人檢舉者，應備委任書，並釋明他事業所為表示或表徵足以使一般人就有無虛偽不實或引人錯誤之情事產生合理之懷疑」；第 14 點另就被檢舉事業協力義務部分，規定公平會得通知其陳述意見或提出資料。

五、為表示或表徵

116. 本條第 1 項規定所禁止的事業行為，依法條文字係指「為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」。就文義解釋而言，「虛偽不實或引人錯誤」者係指表示或表徵的內容，「在商品或其廣告上」、「其他使公眾得知之方法」為表示或表徵所在位置或方法，而表示或表徵則又係「為表示或表徵」行為的客體。至於事業「為表示或表徵」行為的具體型態，則可能為由事業所屬人員自行製作或委託他人製作「表示或表徵」。質言之，本條第 1 項規定係課予事業一項公法上的不作為義務，禁止其自行或委託他人製作「虛偽不實或引人錯誤」的表示或表徵內容，並透過商品標示、廣告等方法「使公眾得知」。依上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 4 點定義，則「本法第二十一條所稱表示或表徵，係指以文字、語言、聲響、圖形、記號、數字、影像、顏色、形狀、動作、物體或其他方式足以表達或傳播具商業價值之訊息或觀念之行為」，並未嚴格區分行為及其客體在文義上的差異。

（一）行為主體

117. 本條第 1 項雖明文規定行為主體為事業，解釋上即為第 2 條規定的「一、公司。二、獨資或合夥之工商行號。三、同業公會。四、其他提供商品或服務從事交易之人或團體」。然而，事業為法人或非法人團體者，由於法人及團體實際上並無為意思表示的能力，其行為現實上係由其機關或有代表權或代理權限的自然人所為。然而，由於本條第 1 項規定禁止為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵者，其規範對象係「事業」，且事業違反本條第 1 項規定所課予的公法上不作為義務並無刑事責任，公平會係依第 41 條介入並加以取締。由於本

條第 1 項規定「爲…表示或表徵」者，實際上爲事實行爲者雖爲自然人，在法律評價上則無論違反不作爲義務或責任歸屬均以「事業」爲主體；因此，解釋上，爲事實行爲者應爲事業負責人，或依事業內部分工情況已獲授權，或其事實行爲所獲得的競爭利益將歸屬於事業者，始足當之。

118. 本條第 1 項與第 4 項規定係就主責任與連帶責任成立要件加以規範，關於廣告內容虛僞不實或引人錯誤的行爲主體如何認定，仍應視實際「爲…表示或表徵」相關事實行爲者，究竟係事業（廣告主）或廣告代理業、廣告媒體業所屬人員，以及，其彼此之間的法律關係如何而定。例如：廣告內容雖係由事業（廣告主）委由廣告代理業製作，但事業（廣告主）就廣告內容保有最後審查權限者，事業如明知或可得而知廣告內容虛僞不實或引人錯誤而仍使其刊播，即違反本條第 1 項規定。至於不動產「代銷」，如係以承攬契約交由仲介業者對外銷售並製作廣告，解釋上，負責代銷的仲介業者即本條第 1 項規定所稱「事業」，因而成爲該項所規範的行爲主體，自無適用本條第 4 項規定追究其連帶損害賠償責任的必要。

（二）歸責要件

119. 事業違反本條第 1 項規定「爲表示或表徵」行爲者，將分別依第 41 條及 30 條以下規定，負行政及民事法律責任。至於其歸責要件，本法未明文規定，依民法及行政法一般法理，仍應以故意或過失的情形爲限。至於故意或過失要件是否成立，應具體視行爲主體「爲表示或表徵」行爲時的事實狀態而定，不得僅以已於廣告或契約上載明該表示或表徵「僅供參考」，而主張免責。亦即：事業自行製作表示或表徵時，應就其負責人或依事業內部分工情況已獲授權之人製作的情形具體判斷；事業委託他人製作表示或表徵時，則應就其負責人或依事業內部分工情況已獲授權之人委任及指示、監督的情形具體判斷。例如：事業負責人或依事業內部分工情況已獲授權之人，明知或可得而知其表示或表徵違反本條第 1 項規定而仍爲之，或未予中止、更正，即可能依本法負行政及民事法律責任（81 公處字第 022 號處分「世爵建設公司廣告不實案」、82 公處

字第 003 號處分「華納公司早場一律 80 元案」、公處字 093021 號處分「網路家庭公司廣告不實案」)。

六、販賣、運送、輸出、輸入之禁止

120. 本條第 2 項規定所禁止的事業行爲，依法條文字係指「販賣、運送、輸出或輸入」表示或表徵「虛僞不實或引人錯誤」的商品。質言之，事業明知或可得而知載有「虛僞不實或引人錯誤」表示的商品，依本項規定即不得販賣、運送、輸出或輸入。因此，對於販賣、運送、輸出或輸入「載有前項虛僞不實或引人錯誤表示之商品」的事業而言，其行政或民事責任成立的前提，首先應就故意或過失等歸責要件加以判斷；亦即，其負責人或依事業內部分工情況已獲授權之人，明知或可得而知其所販賣、運送、輸出或輸入的商品，「載有前項虛僞不實或引人錯誤表示」而仍爲之或未予中止，即可能依本法負行政及民事法律責任。

七、服務之準用

121. 本條第 3 項規定將「前二項規定」，亦即，禁止事業就商品爲不實或引人錯誤之表示或表徵，以及，禁止事業販賣、運送、輸出或輸入「載有…虛僞不實或引人錯誤表示」商品兩項規定，準用於服務的「表示或表徵」及其「販賣、運送、輸出或輸入」。法條文字既稱「準用」，其構成要件自應依服務的特性有所調整。除上述關於個別交易事項虛僞不實或引人錯誤之情形，實務上係就服務與商品的差異於個案適用上有所調整，已如上述。此外，不僅服務的表徵方式異於商品(參照：第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款；對照：第 20 條，邊碼 131)，其「運送、輸出或輸入」亦應以跨地提供服務或服務貿易加以理解。

八、廣告代理及廣告媒體之連帶責任

122. 廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計內容引人錯誤的廣告，依本條第 4 項規定，應與廣告主負連帶損害賠償責任。至於廣告媒體業傳播或刊載內容有引人錯誤之虞的廣告，依同項規定，亦於明知或可得知而仍予刊播時，始與廣告主負連帶損害賠償責任。雖然本項連帶責任成立要件之一，亦即，

廣告內容違反本條前三項規定部分，法條文字僅規定「有引人錯誤」或「有引人錯誤之虞」，嚴格就文義解釋而言自不包括廣告內容「虛偽不實」的情形。然而，前三項規定既將「虛偽不實」或「引人錯誤」列爲擇一要件，其共通要素又係「足以引起錯誤之認知或決定」，具體適用上並不因法條文字有上述刪節而有所差異。

123. 此外，本項規定廣告代理業及廣告媒體業應負連帶損害賠償責任，其主責任的構成要件、賠償額度及消滅時效，均應依第 31 條以下各條規定定之。

（一）廣告代理業負連帶責任之要件

124. 廣告代理一詞，如用以指涉廣告公司與廣告主間的法律關係，其情形應係：廣告公司代理廣告主，以廣告主的名義向媒體事業訂定刊播廣告契約；此時，契約效力直接對於廣告主發生，廣告公司僅立於代理人的地位。至於廣告主委託廣告公司設計或製作廣告內容，不另牽涉代理問題，應單純稱之爲廣告業（徐火明，1993，頁 161）。本項規定所稱「廣告代理業」，應指後者的情形而言。實務上就「廣告企劃銷售代理合約」，認定係本項廣告代理的一種形態；其中，不實廣告如係依廣告主指示製作，廣告代理業亦無歸責可言（臺灣最高法院 92 年度台上字第 2606 號民事判決）。

125. 在上述廣告公司立於代理人地位的情形下，廣告內容如係由廣告主所製作而由廣告公司委託媒體事業刊播，關於廣告內容引人錯誤所生法律責任，廣告公司自無歸責可言，亦無從依本項規定命其負連帶損害賠償責任。廣告內容倘若係廣告公司依廣告主指示向媒體事業或其他傳播公司定作，應否就其代理訂定廣告內容承攬契約部分負連帶賠償責任，法無明文，依民法第 272 條規定，應爲否定之解釋。至於媒體事業或其他傳播公司承攬廣告內容製作或設計，是否應比照廣告代理業依本項規定負連帶損害責任，依上述連帶債務除當事人明示外必須法律明文規定的同一法理，亦應爲否定之解釋。

（二）廣告媒體業負連帶責任之要件

126. 報業、雜誌業、電影業、廣播電視業等媒體事業，除提供大眾付費閱讀或

收視、收聽其傳播內容之外，亦提供版面、時段作爲刊播廣告之用，並連同其他內容一併傳播予大眾，藉此換取廣告費收入。由於「要求其逐一審核其所經手無數廣告真實性…絕無可能。所以簡要且合理的分工，應該是由每個廣告主爲每個廣告負責」，否則，要求廣告媒體業在彼此激烈競爭下檢查廣告是否虛僞不實不僅不切實際，亦可能產生「寒蟬效應」而觸及言論自由的限制問題（劉孔中，2003，頁 248）。

127. 針對上述疑慮，公平會自執法初期即已參照美國、德國立法例，透過廣告內容審查「支配能力」的概念，對於廣告媒體業「可得而知」廣告內容有引人錯誤之虞而依本項規定負連帶損害賠償責任的適用範圍，作目的性限縮解釋：「公平交易法第二十一條第四項規定課以廣告媒體業負連帶民事責任，係以明知或可得知情況下始有適用。其目的在使廣告媒體業能對不實或引人錯誤之廣告作相當程度之篩選，因此該條所謂之媒體業限於對廣告主或廣告代理業所提出之廣告有支配能力之可能足以篩選時始有適用。違反公平交易法第二十一條第四項規定時，廣告媒體業僅負民事連帶責任，並無刑事及行政責任，而民事連帶責任乃普通法院審理之權責，故廣告媒體業之適用範圍仍由法院認定。」（公研釋字第 002 號）

肆、法律適用

128. 事業違反本條規定，致侵害交易相對人或第三人權益者，受害交易相對人或第三人得依本法第 30 條以下規定，請求除去侵害或損害賠償。另一方面，公平會依檢舉或職權調查發現：事業違反本條規定而有影響交易秩序、危害公共利益情事者，依第 41 條規定亦得限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施、課處罰鍰，並對未依後續改正命令改正者按次連續處罰。此外，其他法律就商品標示或廣告不實亦有規範，公平會就此，亦與其他機關針對主管事務協調彼此分工辦法。

一、公平會與目的事業主管機關行政協調結論

129. 上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 18 點規定：涉及目的事業主管機關職掌者，分別移請下列機關處理：

（一）商品或服務廣告內容暗示或影射具醫療效能者，移請行政院衛生署處理。

（二）化粧品廣告，移請行政院衛生署處理。

（三）食品廣告涉有食品衛生管理者，移請行政院衛生署處理。

（四）醫療廣告，移請行政院衛生署處理。

（五）乳品之不實標示，移請行政院衛生署處理。

（六）一般商品之標示是否虛僞不實或引人錯誤，移請經濟部處理。

（七）菸酒標示之廣告，移請財政部國庫署處理。

（八）已立案之補習班廣告，移請教育主管機關處理。

（九）推介就業或招募員工有不實廣告者，移請行政院勞工委員會處理。

（十）經新聞局審查許可之廣播、電視廣告，移請新聞局處理。

（十一）色情廣告及怪力亂神等廣告，移請新聞局處理。

（十二）旅遊服務廣告，移請交通部觀光局處理。

（十三）證券或期貨業爲虛僞不實或引人錯誤之廣告者，移請財政部證券暨期貨管理委員會處理。

（十四）未依法取得會計師資格而刊登廣告使人誤認有會計師資格之案件，由財政部處理。

（十五）有關保護消費者權益事項，如：消費安全、定型化契約條款效力、特種買賣、企業經營者對商品廣告之真實義務等，經判斷僅涉及私權糾紛，對交易秩序、公共利益之減損輕微者，移送行政院消費者保護委員會轉交相關消費爭議處理機關處理。

（十六）有關商品（服務）應爲之標示或出具保證書，以及商品包裝內容有誇張內容者，移由行政院消費者保護委員會轉請主管機關處

理。

130. 關於第 15 項所述有關保護消費者權益事項，例如；消費者保護法第 22 條以下有關廣告真實性及企業經營者最低義務標準、媒體經營者刊登不實廣告應負連帶責任等規定，除涉及消費者保護行政主管機關之外，亦係相關民事責任的規範基礎所在；消費者依上述規定請求私權救濟時，自應另依民事實體及程序相關法律規定辦理。

131. 除上述各款列舉情形，以及，經行政協調應由其他機關先行處理者外，上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 18 點亦規定，應依下列標準判斷應屬他機關辦理者：1.特別法優於普通法。2.重法優於輕法。就此，並請參照：第 1 條「其他有關法律」、第 46 條「另有其他法律規定者」。

二、公平會介入處理之準則

132. 公平會針對事業違反本條規定行為，除依上述行政協調結論處理之外，就其本身職掌範圍內相關事務，亦應將單純私權糾紛案件與危害公共利益者區別，而僅就後者繼續調查處理。就此，上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 17 點即規定：

「案件調查中有下列情事之一者得停止調查…（第一項）

（六）不涉及交易秩序、公共利益之民事事件。

（七）涉及刑事案件。

…

停止調查案件如有下列情形，應以書面通知檢舉人或移送有關機關處理：（第三項）

（一）純屬私人權益糾紛，適用民法或其他民事特別法之案件，如買賣契約之瑕疵擔保等，應請檢舉人逕循民事途徑尋求救濟。

（二）涉及刑事案件，如詐欺等，應請檢舉人檢附具體事證向檢警單位告訴（發）。」

133. 至於公平會依第 26 條規定依檢舉或依職權調查處理的標準，上述「處理

公平交易法第二十一條案件原則」第 19 點規定：

「本原則所稱影響交易秩序、公共利益之判斷原則如下：

（一）受害人數多寡。

（二）是否爲該行業普遍現象。

（三）商業倫理之非難性。

（四）戕害效能競爭之程度。」

134. 公平會調查後認定事業違反本條規定且危害公共利益者，除依第 41 條規定命其停止或改正之外，上述「處理公平交易法第二十一條案件原則」第 23 點規定：「對於違反公平交易法第二十一條第一項、第三項規定之事業，倘命其刊登更正廣告，可防止或除去或補救其行爲所造成之危害者，得命其刊登更正廣告，其處理方式依『本會命爲刊登更正廣告案件之處理原則』處理」。

135. 依「行政院公平交易委員會命爲刊登更正廣告案件之處理原則」（90.4.24.(90)公參字第 1229 號令發布）第 2 點規定，公平會命事業刊登更正廣告的時機爲：「對於違反公平交易法第二十一條第一項或第三項之事業，倘命其刊登更正廣告，可防止、除去或補救其行爲所造成下列危害之一者，得命其刊登更正廣告：（一）違法行爲之交易相對人，將繼續信賴虛僞不實或引人錯誤之資訊而爲交易決定，致有影響交易秩序之虞者。（二）違法行爲之交易相對人，因信賴虛僞不實或引人錯誤之資訊，致其權益有受損害之虞者」。至於「危害」是否發生及其大小，依上述處理原則第 3 點規定，「應就虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵，斟酌下列因素判斷之：（一）傳播媒介、數量、頻率、時間長短、及最後使用日期。（二）顯著性及說服力強弱。（三）對交易決定之重要性。（四）相關商品或服務資訊之其他來源。（五）相關商品或服務之交易及消費特性。（六）相關交易活動之持續性。（七）使用前後，相關商品或服務之銷售或供應情形」。

136. 此外，關於「如何刊登更正廣告之裁量注意事項」，上述處理原則第 4 點規定：「案件符合第二點情形已構成危害者，於要求事業刊登更正廣告相關之

方式、時間及數量裁量時，應考量下列事項：（一）違法行爲是否爲本會重點督導事項。（二）事業是否曾因相同或類似行爲，受本會處分或警示在案。（三）其他處分手段對於事業之嚇阻效果是否充分。（四）事業於本會處分前自行採取更正或改正措施之情形。（五）事業之規模、經營情況及營業額。（六）違法行爲所得利益。（七）違法行爲危害之程度及持續期間。（八）爲達到相同更正目的及效果，本會採取對事業權益損害較少之其他措施之可行性。（九）事業製作及散播更正廣告之負擔，與更正廣告效益之衡平性。」

137. 爲使行政資源有效利用於優先處理危害公共利益重大案件，並避免過度干預事業「商業言論」自由，上述處理原則第 5 點亦規定「輕微案件之排除」標準：「違法事業之規模、經營情況、營業額及因違法行爲所得利益，在一般標準以下，或違法行爲危害之程度或持續期間並非顯著，且對市場交易秩序無重大危害者，得不爲刊登更正廣告之處分。但依第四點綜合考量，確有命其刊登更正廣告處分之必要者，不在此限。（第 1 項）前項所稱違法事業之規模、經營情況、營業額及因違法行爲所得利益之考量，參酌本會裁處罰鍰額度標準爲之。（第 2 項）有下列情形之一者爲第一項所稱之違法行爲危害程度或持續期間非顯著：（一）依違法行爲表示或表徵之使用量、或商品或服務之供應數量判斷，可能受不利益者未達相當人數。（二）違法行爲表示或表徵之最後使用時間，距本會調查完畢時達半年以上者。但其曾經長期、密集、大量被使用，或其所包含虛僞不實或引人錯誤之資訊，以其他方式繼續散播者，不在此限。（三）違法行爲相關商品或服務，於本會調查完畢前，已停止銷售或供應者。（四）違法行爲前後，相關商品或服務之銷售或供應量無明顯增加者。（第 3 項）」

138. 上述處理原則第 6、7、8 各點，亦就公平會指定刊登內容、時間及方式加以規定：

「刊登內容之指定：

更正廣告之刊登，應指定具體、明確之說明文字，並得以「更正廣告」爲

標題，命被處分人刊登。

前項說明文字之指定，應視個案需要揭露違法行爲之虛僞不實或引人錯誤事項，及其他足以排除錯誤認知之相關資訊，並載明業經本會處分之意旨。

更正廣告之刊登，應同時要求被處分人不得於更正廣告上爲其他相反於前項文字之表示。」（第 6 點）

「刊登時間之指定：

更正廣告之刊登，應命被處分人於限期或指定日期爲之，以不逾處分書送達後三十日爲限。」（第 7 點）

「刊登方式之指定

更正廣告之刊登，應指定方式命被處分人爲之。

前項刊登方式之指定，應力求使可能因違法行爲而受不利益之消費者或事業，得以迅速而確實共見共聞爲原則。其刊登媒介、次數、頻率、時段、版面位置及大小、數量，得參酌違法行爲之傳播方式定之，必要時並得指定字體或字級大小、顏色、標線等編排方式。」（第 8 點）

三、公平會介入在民事法律上之效果

139. 由於本法第 31 條損害賠償請求權行使成本及舉證責任等問題，對於受不實廣告誤導的買受人而言，儘早從已成立的契約關係中脫身較具實益，因此真正需要者應係「解約權」。然而，依民法第 92 條或債務不履行尋求解約（撤銷意思表示或解除契約），實際上均不易證明；消費者保護法第 19 條關於解約權的規定，又僅限於郵購或訪問買賣，並附有七天的除斥期間，涵蓋面太小。至於本法第 30 條規定的侵害除去請求權，亦有待廣告主善意回應其請求。就此，學者有比較德國不正競爭防止法第 13 條之一規定，建議直接賦予被誤導的買受人「解約權」者（劉孔中，2003，頁 245），值得參考。

140. 實務上因不實廣告而由受害人提起民事訴訟者，大多爲不動產買賣契約，而預售屋廣告不實案件尤爲大宗。普通法院民事庭認爲：本條規定僅係行政法上的取締規定，當事人如欲解除因不實廣告誤導所訂定契約，或撤銷被詐欺所

爲意思表示，均應另依民法相關規定行使解除權或撤銷權。例如：「（公平法第21條第2項）係取締規定，非效力規定。被上訴人受上訴人委託銷售房屋、停車位，縱有廣告不實情事，其代理上訴人與訂購戶訂立之買賣契約，亦非當然無效。而該不實廣告，係依上訴人指示而爲，且公平會就廣告違反公平法乙事，係處分上訴人更正廣告內容，以同一發行數量，依原先分送管道，再次發送，並不得再刊登相同或類似虛僞不實或引人錯誤之廣告，並未禁止上訴人繼續銷售房屋等情，復爲原審合法認定之事實，則原審認被上訴人仍得本於廣告合約，請求上訴人給付報酬，自不違反公平法第二十一條第二項規定。」（臺灣最高法院92年度台上字第2606號民事判決）。

141. 又如：基於預售屋設計圖不實廣告而簽約購屋，實務上亦有認爲係因詐欺而爲意思表示（臺灣最高法院85年度台上字第946號民事判決）。再如：「（夾層屋預售廣告不實經公平會處分在案）系爭買賣契約既經被上訴人於八十四年五月二十八日以發現上訴人之廣告不實，事實上系爭房屋並無合法之夾層設計，係被詐欺簽訂爲由，寄發郵局存證信函向上訴人爲撤銷買賣之意思表示，依民法第一百十四條第一項規定，兩造間之買賣契約即應視爲自始無效，上訴人再就無效之買賣契約催告被上訴人履行，並解除契約，自不生解除之效力。」（臺灣最高法院90年度台上字第475號民事判決）。

四、比較廣告在本法上之處理原則

142. 公平會於1994年9月7日第152次委員會議通過、1999年1月13日第376次委員會議修正的「比較廣告違反公平交易法一覽表」，就比較廣告所涉違反第19條第3款、第21條、第22條、第24條的行爲類型與要件逐一表列。其中，涉及本條規定的違法行爲類型，主要係以事業就自身商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之表示爲認定標準；亦爲判斷本條與第24條如何區分各自適用範圍、或於重疊時一併適用的重要判準。至於對被比較對象之商品或服務是否亦有虛僞不實或引人錯誤之表示、有無損及被比較對象商譽，係認定比較廣告是否構成第22條所禁止行爲的重要判準；廣告主是否具有市場地位、廣告

內容是否使交易相對人對廣告主的競爭者產生排斥，則爲認定比較廣告是否構成第 19 條第 3 款的重要判準。依上述一覽表，違反本條規定的行爲類型與要件有如下述：

「A. 在廣告中未明白指出被比較之廠牌或企業名稱，且僅就自身商品或服務爲虛僞不實及引人錯誤之表示，對被比較對象未有虛僞不實或引人錯誤之表示。

B. 廣告中雖已具體指出被比較之廠商或商品，但未有虛僞不實及引人錯誤之情事，只有廣告主本身提供之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之表示。

C. 廣告中無具體比較對象，然而廣告主本身提供之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之情事，同時比較對象之商品或服務亦有虛僞不實或引人錯誤之表示。

D. 廣告中有具體比較對象，廣告主本身提供之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之情事，被比較對象之商品或服務亦有虛僞不實或引人錯誤之表示，但未符合公平交易法第二十二條要件者」。

143. 實務上，商品比較廣告違反客觀及公平原則，亦可能使人誤認其品質而違反本條及第 24 條規定。關於商品品質的不實比較，例如：以不同放大倍數顯微鏡相片比較腳踏車金相組織，因而有引人誤認其品質之虞（83 公處字第 115 號處分「久陞公司腳踏車比較廣告不實及欺罔顯失公平案」）。比較廣告涉及商品功能者，例如：比較廣告引用外國汽車安全測試結果，卻未註明測試車與國內實售車款不同者（90 公處字第 096 號處分「裕隆公司汽車比較廣告不實案」）；於廣告中比較其他否牌電腦字典查字功能，未以相同基準計算單字量、抹煞競爭商品各項功能，其比較欠缺公正客觀的標準及立場，除構成第 24 條規定的顯失公平行爲之外，亦屬虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵（83 公處字第 103 號處分「艾思得公司電腦字典廣告不實及顯失公平案」）；以及：聲稱即時資訊「是其他品牌一倍以上」而比較基準不明，亦未提供具體事證說明該商品即時資訊提供係其他品牌一倍以上，顯無客觀數據爲基礎，核爲虛僞不實及

引人錯誤之表示（公處字第 092137 號處分「神乎公司股票機廣告不實案」）。關於比較廣告涉及欺罔或顯示公平之行爲，參照：第 24 條，邊碼 93~106 之說明。

144. 關於服務效能的不實比較，例如：房屋仲介廣告並無任何營業地區之限制說明，足令一般或相關大眾誤以爲被處分人於「全國」均領先（公處字第 092182 號處分「永慶房屋公司領先一分鐘廣告不實案」）。流通事業於比較廣告中涉及而未充分揭露重要交易資訊者，亦可能構成虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵。例如：廣告上宣稱「最低價保證」、「保證日用品最便宜」，其保證與事實不符，且未充分揭露「發現更便宜，退你二倍差價」之條件與限制等重要訊息，就商品之價格與其條件及限制爲虛僞不實或引人錯誤之表示（公處字第 091064 號處分「屈臣氏公司退二倍差價廣告不實案」）。

第二十二條　營業誹謗

現行條文（1991 年 2 月 4 日公布）

「事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。」

參考文獻

張麗琴（1993），〈損害他人營業信譽之研究〉，《公平交易法論述系列第二輯》，頁 89-116；廖義男（1994），〈公平交易法之立法目的與保護之法益－第一條之詮釋〉，《公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則》；廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》；何之邁（1996），〈妨害營業信譽—以法國法爲中心〉，《公平交易季刊》第 4 卷第 1 期，頁 1-27；徐火明（1996），〈論不正競爭防止法及其在我國之法典化〉，《公平交易法論–不正競爭防止法》。

第二十二條　營業誹謗

壹、法制比較

一、美國

（一）相關條文

（二）規範原則與制度架構

1、「不公平交易行為」為一廣泛之概念

2、關於「不公平交易行為」規範所欲保護之法益為多元

3、規範「不公平交易行為」之法源可以分做習慣法與成文法二端

（三）實務見解與學說主流

二、日本

三、德國

（一）相關條文

（二）規範原則與制度架構

1、不正競爭防止法第 4 條第 8 款

2、不正競爭防止法第 4 條第 7 款

（三）與其他條文之適用區別

四、歐洲聯盟

貳、立法沿革與規範目的

一、立法沿革

二、規範目的

參、要件分析

一、為競爭之目的

二、陳述或散布

（一）陳述或散布行為

（二）行為主體

三、不實情事

（一）不實之情事

（二）不實之判斷標準

四、足以損害他人營業信譽

（一）他人營業信譽

（二）以具有競爭關係者為限

（三）足以損害營業信譽

五、主觀要件

肆、法律適用

一、相關法律規定

二、比較廣告在公法平上之規範

三、警告信函在公平法上之規範

壹、法制比較

一、美國[202]

（一）相關條文

1. 關於事業「商譽」（goodwill, reputation）之保護，除了廣泛規範不公平競爭的聯邦貿易委員會法第五條（unfair methods of competition）、惠勒-李修正案（unfair or deceptive acts or practices in commerce）及聯邦的商標法（Lanham Act section 43a），得對此不公平競爭屬性之行爲加以規範外，習慣法上之商業侵權類型，以及各州之不公平交易行爲與消費者保護法（多參考聯邦交易委員會所頒之 Unfair Trade Practices and Consumer Protection 制訂，或稱爲「州公平法」）、刑法等亦爲規範依據。

（二）規範原則與制度架構

1、「不公平交易行爲」爲一廣泛之概念

2. 美國法關於「不公平交易行爲」（unfair trade practice）之規範，並非由單一法律體系所架構，而是散見於習慣法（common law）與成文法（statutory law）之中，且其發展並非一次、立即地繼受而來，而是分次、漸進地落實於本土之需求上。依整體之觀察，美國法上所謂「不公平交易行爲」（unfair trade practice）亦僅爲一廣泛的概念，並非僅單純地指向於狹義的「競爭」事項而已，舉凡不公平競爭行爲與部分兼有「限制競爭性格」之行爲、消費者保護、甚至於國際貿易上之公平性等，均可涵蓋在此一概念之下。

2、關於「不公平交易行爲」規範所欲保護之法益爲多元

3. 若以事業經營過程中，對外、對內所可能發生之關係觀察，該等關係所生之法益（interests）均爲「不公平交易行爲」相關規範（含習慣法與成文法）所欲保護之標的（objectives）。就內部關係而言，至少包括經理關係

[202] 美國法制部分由范建得撰寫。

(management)、勞僱關係(labor)與企業所有權關係（partner/sharehold）；外部關係則有垂直的交易關係、水平的交易關係，前者更廣泛及於上下游之經銷/代理體系、既有顧客、潛在客戶以及公共關係等層面之法益。

3、規範「不公平交易行爲」之法源可以分做習慣法與成文法二端

4. (1)習慣法上關於「不公平交易行爲」之規範，係源自於傳統侵權行爲法（torts）之演變，僅是侵權行爲法發展下之特別類型，其救濟方式是以「私的執行」爭取「民事」賠償，尚與刑責及行政管制（措施）無涉。

(2)由於習慣法(common law)的不足或不當（例如適格之原告、損失之證明等，在多數有爭議之競爭行爲中，並不易以私人之力量爲之），乃促成成文法對於「不公平交易行爲」之規範，但其仍非以單一之法律加以完整規範，相關規範乃散見於貿易管制法令、勞動法令、反托拉斯法、消費者保護法及智慧財產法等範疇。主要建立「公的執行」、懲罰性救濟以及刑事責任之架構。

（三）實務見解與學說主流

5. 首先，應先肯定，商業言論本身，亦受有言論自由之保障。其次，對於商譽之保護，習慣法上發展之類型有二，爭訟難易程度亦不相同：

1. 傳統侵權行爲法中，存有所謂的誹謗（defamation）行爲責任，且依行爲之方式，區分有（口頭）一般毀謗（slander）與（文字）加重毀謗（libel）二類，其中後者之責任構成，僅行爲人之行爲本身，即足推定損害之存在，因此，原告起訴時並不需要證明損害（proof of special damages）。不過，在涉及他人交易或事業體時，即便僅是口頭傳述，亦以（文字）加重毀謗（libel）之標準處理，推定損害存在。
2. 此外，關於「商譽」之保護，美國法之發展上，乃另有所謂「貶抑」（trade disparagement）之類型，相較於前者，所謂 trade disparagement 只是針對他人之商品或服務，進行品質之攻擊。並非如前者所謂之誹謗，係對他事業爲詐欺、欺罔、不誠實等道德上之苛責。惟兩者區分並不容易。

3. 由於法院對於原告提起「貶抑」（trade disparagement）類型之訴訟，多普遍要求原告需證明（1）陳述不實；（2）實質惡意，即 actual malice；（3）所受之特定損害。相較於提起誹謗（defamation）訴訟，可推定損害，且由被告證明陳述之真實與確信（good faith）而言，所謂「貶抑」（trade disparagement）類型之侵權訴訟，確有較高難度，因此，原告多半擇定事實，盡量以誹謗訴訟之方式爲之。

至於成文法部分，主要在於強調「不公平」競爭手段之禁止與除去，因此，對於前揭二種非難行爲態樣，管制之關鍵均是在陳述本身有無「不公平」之處（例如比較廣告之比較基礎本身就是不平等，惟對他人與自己之陳述均並未涉及「不實」時），故實務上並未嚴格區分。

二、日本[203]

6. 日本法相當於我國公平法第 22 條規範者，乃是其不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 14 款，該項規定將「告知或散布危害有競爭關係之他人營業信譽之虛僞事實者」，定位爲不正當競爭行爲。

7. 本款規定適用上，以具有競爭關係之事業間所爲的損害營業信譽爲其規範對象，從而不具有競爭關係間的事業所爲之營業信譽損害行爲，即非本款規範範疇。實務認爲，告知或散布並不以須對不特定多數人爲要件，若僅對少數特定人爲之，而由此少數特定人再輾轉流傳、告知或散佈，亦該當於本款之告知或散佈。對於競爭事業之負責人信譽的損害，若實質上可認定爲係屬事業信譽的損害，亦可成立本款規定之不正當競爭行爲。於實務運作上，本款規定多適用於比較廣告及智慧財產侵害的警告函等行爲。

三、德國[204]

（一）相關條文

8. **2004 年新法** **舊法**

[203] 日本法制部分由黃銘傑撰寫。

[204] 德國法制部分由謝銘洋、李素華撰寫。

不正競爭防止法第 4 條第 8 款

第 3 條所稱之不公平行爲特別是指，行爲人：

8.關於競爭對手之商品、服務或事業，或關於事業主或經營成員之事實陳述或散布，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成事業經營或事業信用之損害者。若陳述或散布者爲私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實者，始構成不公平行爲。

（本條已刪除）

不正競爭防止法 第 14 條

（1）基於營業競爭目的，陳述或散布關於營業所有人或負責人、商品或服務有關事實，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成營業所有人營業或信用之損害者，負有義務賠償被害人之損害。被害人亦得請求停止不實事實之陳述或散布。

（2）若陳述或散布者爲私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實，始得被請求停止之。只有陳述人或散布人明知或可得而知事實乃不正確者，被害人始得請求損害賠償。

不正競爭防止法 第 15 條

（1）陳述或散布關於營業所有人或負責人、商品或服務之不實消息，因而造成營業損害者，處一年以下有期徒刑或科以罰金。

（2）第 1 項不實消息係由商店受僱人或受委任人所陳述或散布者，除了受僱人或受委任人應受處罰外，商店所有人若放任事情發生，亦應受處罰。

不正競爭防止法第 4 條第 7 款　　（舊法無規定）

第 3 條所稱之不公平行爲特別是指，行爲人：

7.貶抑或詆毀競爭對手之標誌、商品、服務、事業活動、個人或營業關係。

（二）規範原則與制度架構

9. 德國法關於營業信譽之保護，除了可以適用民法侵權行爲之規定外，不正競爭防止法亦有規定。2004 年不正競爭防止法修正前，營業信譽保護規定於舊法第 14 條，其與我國公平法第 22 條規定相近；舊法第 15 條爲刑事責任規定，其乃告訴乃論之罪（不正競爭防止法舊法第 22 條第 1 項）。

2004 年新修正之不正競爭防止法，關於營業信譽保護係規定於第 4 條第 7 款及第 8 款，前者乃包含價值判斷的貶抑或詆毀，後者則乃關於營業信譽之不實陳述行爲，其內容承襲不正競爭防止法舊法第 14 條規定；另外，不正競爭防止法舊法第 15 條關於營業信譽誹謗之刑事處罰規定，現已刪除。以下先探討與我國公平法第 22 條相近之第 4 條第 8 款。

1、不正競爭防止法第 4 條第 8 款

10. 不正競爭防止法第 4 條第 8 款規定如下：

「第 3 條所稱之不公平行爲特別是指，行爲人：

8.關於競爭對手之商品、服務或事業，或關於事業主或經營成員之事實陳述或散布，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成事業經營或事業信用之損害者。若陳述或散布者爲私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實者，始構成不公平行爲。」

依據不正競爭防止法第 4 條第 8 款規定，陳述或散布與競爭對手有關人或營業關係之未經證實爲真實之事實，原則上應負損害賠償責任；但如果是爲維

護正當利益，僅於陳述或散布違反真實之事實者，始構成不公平行爲（不正競爭防止法第 4 條第 8 款第 2 句）。

（1）事實

11. 不正競爭防止法第 4 條第 8 款之適用，必須是所陳述或散布者爲「事實」（Tatsachen），如果只是價值判斷（Werturteile）並不屬之，其可能構成不正競爭防止法第 4 條第 7 款營業信譽貶抑及詆毀之不公平行爲[205]。價值判斷和事實之區別在於，該陳述之是否有被證據證實之可能性。

所陳述或散布之事實，必須是關於其競爭對手之商品、服務或事業，或關於事業主或經營成員有關事實，且陳述或散布內容之真實性未經證實。因此，必須能被辨識其所陳述或散布者爲競爭對手之營業，如果只是一般性地對多數事業爲指摘，尚不符合不正競爭防止法第 4 條第 8 款之要件。另外，所陳述或散布之事實必須足以損害其競爭對手，如果對競爭對手在公眾心目中之信用有所減損，即足當之，例如指摘對方違反不正競爭防止法，並不必達到損害其聲譽之程度[206]。

（2）必須是競爭行爲

12. 不正競爭防止法舊法第 14 條營業誹謗規定之適用前提，必須是爲競爭之目的而爲陳述或散布，亦即陳述或散布構成競爭行爲。修正後之不正競爭防止法第 4 條第 8 款雖無該等規定，但在解釋上仍應限於競爭行爲（Wettbewerbshandlung）[207]之營業信譽誹謗，始受規範。實務上爲保護言論自由，對於競爭關係之認定採取較爲嚴格之態度，只有在行爲人所追求之利益與相對人所受之損害之間有「互換關係」（Wechselbeziehung），而當事人之間通常是處於相同之競爭市場。因此，如果是有關供應商或客戶之不正確陳述，或者兩個敵對之報業對於有關公共利益問題之不正確陳述，不屬不正競爭防止法

---

[205] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.III, §9.V.

[206] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9V.1.

[207] 競爭行爲定義於不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款，係指任一行爲，其目的係爲了利於自己或他事業之商品或勞務之提供或取得，不動產、權利及義務亦屬之。

所規範之競爭行爲，而只是涉及民法上之侵權行爲[208]。

（3）舉證責任

13. 不正競爭防止法第 4 條第 8 款有關事實真實性之舉證責任在於爲陳述或散布之人，亦即爲被告，是以其必須提出真實性之證明，如果無法提出證據，則將會受敗訴之判決，縱使被告所陳述者爲消極事實，例如原告無履行能力，其仍然負有舉證責任[209]。

（4）例外

14. 不正競爭防止法第 4 條第 8 款第 2 句規定，若陳述或散布者爲私下之消息（vertrauliche Mitteilungen），且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實，始構成不公平行爲。所謂「私下之消息」，係指只有對接受者發出之消息，而非對較大範圍之人發出之消息，因此如果是發給多數人傳閱之消息，在會員大會中之公開指摘、協會對其成員所發出之消息，均不屬此所稱之私下消息。至於「正當利益」則是基於利益衡量而爲判斷，通常是從寬認定。如果所散布者爲不真實之陳述，通常就無法被認爲有正當利益。

另外，在不正競爭防止法第 4 條第 8 款第 2 句之情形，舉證責任轉換成由原告，亦即由利害關係人證明，所陳述或散布之事實不具正確性[210]。

（5）法律效果

15. 違反不正競爭防止法第 4 條第 8 款之規定，得被請求不作爲、損害賠償（不正競爭防止法第 8 條及第 9 條）。值得注意的是，依據不正競爭防止法舊法第 14 條第 2 項規定，在陳述或散布者爲私下消息、且發出消息或接受消息者對此有正當利益之情況，僅限於故意行爲始有損害賠償之請求權；但修正後之不正競爭防止法已無前述限制，即便是過失行爲，亦能請求損害賠償[211]。

---

[208] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.III.

[209] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.V.2.

[210] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.V.3.

[211] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.VI.

另外，不正競爭防止法舊法第 15 條有刑事處罰規定，修正後之不正競爭防止法關於營業信譽保護，已無刑罰規定。

2、不正競爭防止法第 4 條第 7 款

16. 不正競爭防止法第 4 條第 7 款規定如下：

「第 3 條所稱之不公平行爲特別是指，行爲人：

7.貶抑或詆毀競爭對手之標誌、商品、服務、事業活動、個人或營業關係。」

第 4 條第 7 款乃 2004 年不正競爭防止法修正所新增之規定，係將法院實務見解予以成文立法，亦即將長久以來被法院認爲構成不正競爭防止法舊法第 1 條違反善良風俗行爲，予以明文規定。

（1）對於競爭對手爲價值判斷之陳述

17. 關於競爭對手之相關陳述若包含價值判斷，則該等陳述或散布即非「違反真實之事實」，因而不屬於第 4 條第 8 款之營業信譽誹謗。價值判斷屬於言論自由之範圍，原則上應被容許；只有在例外情形始應禁止，亦即批評依其方式與程度已經超出必要之範圍，對於競爭對手爲概括性之貶抑而無實質理由，例如：陳述競爭對手之報紙爲「衛生紙」[212]。德國法院長久以來均認爲，對於競爭對手爲概括性的貶抑，乃違反善良風俗行爲，應受到不正競爭防止法舊法第 1 條及民法第 826 條（故意以背於善良風俗之方法加損害於他人）之規範。從而在此次不正競爭防止法修法中，將前述不公平行爲予以明定。

據此，不正競爭防止法第 4 條第 7 款及第 8 款雖均爲營業信譽保護之規定，但陳述或散布內容是否爲「事實」，即乃第 7 款與第 8 款之區別所在[213]。

（2）必須是競爭行爲

18. 與第 4 條第 8 款適用相同，對於競爭對手之貶抑，必需是基於競爭行爲。

---

[212] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.IV.

[213] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.III, §9.IV.

（3）法律效果

19. 第 4 條第 7 款對於競爭對手貶抑行爲之法律效果，同於第 4 條第 8 款。

（三）與其他條文之適用區別

20. 不正競爭防止法第 4 條第 8 款規範陳述或散布他事業不實事實之行爲，與第 5 條有關引人錯誤之規範之區別在於：第 5 條只是在於規範不正確而與「自己」之營業關係有關之宣傳主張，而第 4 條第 8 款則在於規範關於「他人」之不正確陳述，特別是對其競爭對手之不正確陳述[214]。當然，如果所陳述或散布者爲真實之事實，原則上屬於憲法所保障之言論自由之範圍而爲合法（德國基本法第 5 條第 1 項）。

21. 至於不正競爭防止法第 4 條第 8 款和第 6 條比較廣告之關係，由於比較廣告之規範及於對廣告主本身之不正確陳述，亦及於對競爭對手之不正確陳述，就後者而言則構成第 6 條和第 4 條第 8 款之競合。而且第 6 條比較廣告必須是就兩事業而爲比較，如果只是對一個事業爲單方面之批評，則不屬於第 6 條所涵蓋之範圍[215]。

22. 不正競爭防止法第 4 條第 7 款在適用上則可能與第 6 條第 2 項第 5 款之比較廣告發生競合；但第 4 條第 7 款所規定的行爲態樣上包括對於競爭對手標誌之貶抑或詆毀[216]。

四、歐洲聯盟[217]

23. 歐洲聯盟並未就營業誹謗行爲訂定規範。

24. 各會員國分別立法或依習慣法規範。

---

[214] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.II.

[215] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §7.III.2., §9.II.

[216] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §7.III.2., §9.I.

[217] 歐洲聯盟法制部分由吳秀明撰寫。

貳、立法沿革與規範目的

一、立法沿革

25. 廖義男教授所擬公平交易法草案第 38 條規定：「企業不得爲競爭之目的，而於營業交易中從事有背於善良風俗之行爲」，第 39 條第 2 款則規定：營業競爭行爲如係以妨害他人信用、誹謗及（意圖消滅之）低價傾銷、杯葛、差別待遇、不當比較宣傳、大量贈送（阻塞市場）等方法，阻礙同業競爭者之營業活動，即構成前條所規定「違背善良風俗」。上述規定，係仿照德國不正競爭防止法上概括條款立法技術，並將其實務適用案件類型轉換爲法條文字，就其類型儘可能詳盡加以例示，藉以提高「善良風俗」抽象概念的規範明確性。關於違反第 38 條規定的法律效果，草案除於第三章中提供民事救濟手段之外，第 58 條第 6 款規定則以故意違反第 38 條者爲限，授權主管機關處以一萬元以上，一百萬元以下罰鍰，超過此數額者，並得依因違反行爲所得不當利益三倍爲範圍課罰。

26. 類似不公平競爭行爲的禁止規範，在經濟部研擬公平交易法草案中，已改爲其第 21 條規定：「企業或其他從事交易之人不得爲競爭之目的而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事」。至於違反禁止規定的法律責任，該草案第 46 條則由行政罰鍰改爲刑事制裁；另一方面，由於罰則改採刑事責任，其歸責要件遂與廖義男教授所擬草案相同，均以故意爲限。行政院送立法院審議的公平交易法草案，則於第 22 條中沿用與經濟部版本幾乎相同的法條文字：「事業不得爲競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事」，其立法理由則謂：「事業爲競爭之目的，而陳述或散布損害他人營業信譽之不實消息，以打擊競爭者，亦屬有害交易秩序，故明定禁止之」。

二、規範目的

27. 行政院送請立法院審議本法草案中，關於本條的立法理由，除重申禁止事業散布損害他人營業信譽的不實資訊之外，並強調此種行爲用以打擊競爭者，有害交易秩序的不法內涵。據此推論本條規定目的，亦可認爲係保護事業營業

信譽，禁止藉散布不實資訊的手段貶抑競爭對手，維持營業競爭中所應有的忠誠（何之邁，1996，頁 2）。

28. 本法第 4 條從效能競爭的觀點，將競爭定義爲：「二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行爲」；其中，所謂「較有利之…其他條件」，即包括足以令人信賴的營業信譽（何之邁，1996，頁 2）。本條規定禁止事業散布足以損害他人營業信譽的不實資訊，即著眼於此種競爭手段足以打擊競爭者歷來努力所獲致的營業信譽，從而影響競爭者藉營業信譽爭取交易機會、從事效能競爭的營業自由，因而將此種破壞效能競爭的競爭手段定爲不公平競爭行爲之一種，無論事業有無一定市場地位，依本條規定一律加以禁止。

29. 本條直接保護競爭者免於事業散布不實資訊致其營業信譽受損害，並以此間接維護第 4 條所定義的效能競爭，以及，透過效能競爭所形成的交易秩序。關於競爭者因事業違反本條規定所受損害，基本上均應由受害的競爭者循民事訴訟尋求私權救濟，或依刑事訴訟程序追究其侵害個人法益相關刑事責任。至於公平會是否依第 41 條規定介入取締，則應視事業違反本條規定的個別行爲，對於效能競爭所形成的交易秩序有無危害而定；亦即，應將效能競爭所形成的交易秩序解爲第 26 條規定中的「公共利益」，成爲公平會依檢舉或依職權調查處理時的重要判斷標準。

參、要件分析

30. 本條所禁止行爲，其法條用語與德國不正競爭防止法（UWG）第 14 條極爲近似而較爲簡略（張麗琴，1993，頁 95-96）。違反本條的法律效果，則分別規定於第 30 條至 34 條、第 37 條、第 41 條。本條規定僅針對具備以下要件的行爲，以禁止規範的型態，課予事業不得作爲的公法義務。

一、爲競爭之目的

31. 本條所禁止的散布不實資訊行爲，係用以打擊營業信譽爲手段以遂行其不

公平競爭目的（張麗琴，1993，頁 102）。事業必須以「爲競爭之目的」陳述或散布足以損害他人營業信譽的不實情事，始足當之。競爭法上關於營業信譽的保護，基本上亦以行爲人基於競爭目的而行爲的構成要件，藉以區別一般民事侵權行爲或刑法妨害信用罪（何之邁，1996，頁 18）。關於競爭的意義，參照：第 4 條。

32. 在此所謂「競爭之目的」，係指妨害顧客對於他人營業信譽應有的信賴，藉以爭取原將由他人取得的交易機會，亦即所謂「妨害正常忠誠競爭」的情形（何之邁，1996，頁 18）。比較法上，德國實務上即認爲，打擊他人營業信譽必須有利於行爲人自己或第三人從事競爭，亦即，對於營業信譽受損害者所造成的不利益，應與行爲人爲自己或第三人所追求的競爭利益之間，必須具備「交換關係（Wechselbeziehung）」[218]，在我國法上亦可參酌。德國不正競爭防止法實務上，又將「競爭之目的」細分爲具備上述「交換關係」或競爭關係的客觀要件，以及，損害他人以有利於自己或第三人從事競爭的主觀意圖；至於主觀意圖是否存在，司法實務上認爲得依客觀情勢加以推定，並且，此項意圖不必是促成行爲人爲損害行爲的主要原因[219]。

33. 我國公平法實務上，針對適用本條規定相關案件，普遍自客觀上存在於行爲人與營業信譽受損害者之間的競爭關係出發，再依客觀情勢推論主觀意圖存在（較早期者如「文新科技公司案」，83 公處字第 111 號處分；晚近者如「達太顧問公司案」，公處字第 093012 號處分）。反之，公平會亦曾就由其所召開的座談會中所發表不利競爭者言論（「廣水企業申訴案」，公平會 82 公訴決字第 035 號訴願決定，行政法院 83 判字第 1139 號判決）、競爭對手召開記者會說明未侵害其專利權且符合證券交易法令（「美商恩普檢舉案」，公平會 84 公訴決字第 001 號訴願決定，行政院台 84 訴字第 33755 號再訴願決定）等，認爲欠缺「爲競爭之目的」的主觀意圖，並未根據行爲人與營業信譽受損害者之

[218] Baumbach/Hefermehl，18. Aufl., §14, Rn. 2.

[219] Baumbach/Hefermehl，18. Aufl., Einl., Rn. 214 ff..

間的競爭關係逕予推定。

34. 刑事審判實務上，則有認爲：競爭目的未必以競爭關係存在爲前提，因此，「縱使兩個以上之事業，其彼此間在市場上並不立於『競爭關係』，但如行爲人主觀上是以『競爭目的』而爲公平法第二十二條之行爲，即足構成該條之犯行。我國公平交易法第二十二條之規定，並不以兩事業立於競爭關係爲要件，而是以被指爲違法之事業在主觀上是本於競爭目的而爲損害之行爲即爲已足」，值得注意（台灣高等法院 91 上易字第 1959 號刑事判決，「福高公司陳述不實案」）。

二、陳述或散布

（一）陳述或散布行爲

35. 「陳述或散布」並非本條所獨有的規範對象，相同的法條文字亦可見於刑法第 310 條第 1 項、第 313 條。本條關於「陳述或散布」行爲的構成要件，解釋上亦可參照刑事司法實務歷來見解。「陳述」、「散布」傳統上係指以言詞、文字、圖畫或大眾傳播媒體，使特定內容處於第三人或不特定人得以瞭解狀態的表意行爲。通訊傳播科技快速進步後，透過有形載體如磁碟片、光碟片，或有線及無線通訊技術如網際網路、行動電話等傳送各種電磁紀錄，亦能達到相同效果。因此，國內文獻即有主張「解釋上，凡一切足以達成陳述或散布目的之行爲均包含在內」者（張麗琴，1993，頁 102）。

36. 至於透過其他非表意行爲達到與「陳述」、「散布」相同作用者，例如，針對競爭對手有侵害其智慧財產權之虞的新商品，聲請檢察官率領執法人員於公開發表會當天前往查扣，理論上，亦可視爲本條規定所禁止的表意行爲。由於事業違反本條規定者，其法律效果可能分別構成民事、刑事或行政責任；基於罪刑法定主義思想，上述見解不宜用以解釋第 37 條第 1 項有關刑事責任的成立要件，至多亦僅適用於行政介入取締及民事救濟程序。

37. 另須注意者，「陳述」、「散布」既屬於表意行爲，解釋上亦受憲法第 11 條規定的言論自由所保障。本條規定雖以保護營業信譽、競爭自由等理由加以禁

止，原則上符合憲法第 23 條規範意旨；然而，如於個案事實中，系爭「陳述」、「散布」等表意行爲另有評論、告知、自辯等合法事由，無論從大法官釋字第 407 號、第 414 號等歷次解釋，或自比較法的觀點而言（何之邁，1996，頁 18），均應依比例原則具體權衡，不宜就其違法性驟下判斷。

（二）行爲主體

38. 本條雖明文規定行爲主體爲事業，解釋上即爲第 2 條規定的「一、公司。二、獨資或合夥之工商行號。三、同業公會。四、其他提供商品或服務從事交易之人或團體」。在事業係獨資、合夥及其他提供商品或服務從事交易的自然人時，本條禁止規定的規範對象及第 37 條刑事責任主體之間並無二致。

39. 事業爲法人或非法人團體者，由於法人及團體實際上並無爲意思表示的能力，其行爲現實上係由其機關或有代表權或代理權限的自然人所爲。例如：「與一般私人公司之業務人員無異」的專案經理陳述或散布不實情事的行爲，刑事審判實務上則認爲：被告事業「毫無所悉，並無積極之認知」，「亦非基於被告友訊公司明示或默示之指示所爲」，因而認爲「難認與被告友訊公司之行爲等價，自非可視爲公平交易法第二十二條所稱之事業」（台灣高等法院 92 上易字第 2397 號刑事判決，「友訊公司專案經理陳述不實案」）。

40. 就此，公平法施行初期有認爲：第 37 條第 1 項關於行爲人應負刑事責任的規定，應指實際決定事實行爲的負責人而言（張麗琴，1993，頁 98）者。至於法人或非法人團體的歸責要件是否成立，如以比較法觀點參考德國不正競爭防止法舊法第 15 條第 2 項規定，則仍應以實際爲陳述或散布行爲的自然人爲準，事業負責人僅於明知事業違反本條情形時始依法負刑事責任，民事責任方面則依民法第 188 條及公司法第 23 條論斷。然而，由於本條禁止規定所規範對象係事業，事業因此而負有公法上不作爲義務；至於實際爲事實行爲的自然人則並未負此不作爲義務，理論上自非第 37 條規定所稱「違反第二十二條規定」的行爲主體，解釋上亦不宜逕認爲係同條所稱「行爲人」而課予違反不作爲義務所生的刑事責任。因此，事業爲法人或非法人團體而有違反本條規定

者，解釋上應依第 38 條規定處以罰金刑。

41. 刑事審判實務上，則有因事業負責人利用不知情媒體記者散布不利於競爭對手消息，因此認定事業負責人爲「行爲人」而依第 37 條加以處罰、未依第 38 條處罰事業本身者（台灣高等法院 89 上易字第 754 號刑事判決，「最佳女主角散布不實抽脂消息案」）。晚近雖有依第 38 條規定處罰事業本身者，就事業負責人部分仍視之爲第 37 條所稱「行爲人」（台灣高等法院 91 上易字第 1959 號刑事判決，「福高公司陳述不實案」）。

三、不實情事

42. 刑事審判實務上認爲，本條與刑法上誹謗罪、妨害信用罪相同，均以內容不實爲處罰要件；因此，被告自得舉證證明其所陳述屬實而不罰：「公平交易法第二十二條罪名之成立，係以所陳述或散佈者爲足以損害他人營業信譽之不實情事爲要件，果所陳述或散佈者，並無不實，即與該罪之構成要件有間。另按刑法第三百十條第三項前段規定：『對於所誹謗之事，能證明其爲真實者，不罰。』，亦見刑法第三百十條第二項罪名之成立，亦以所傳述或散布者爲不實之事爲要件，果所傳述或散布者並非不實之事，即不得遽論以刑法第三百十條第二項之罪。另刑法第三百十三條之罪名，係以『散布流言或以詐術損害他人之信用』爲要件，果非散布流言或非以詐術損害他人之信用，即與該罪之構成要件有別，而不得遽以該罪責相繩」（台灣高等法院 90 上易字第 3784 號刑事判決，「偉欽公司傳真不實案」）。

（一）不實之情事

43. 本條規定的陳述或散布內容係「不實情事」，解釋上應指關於客觀事實的不實主張或聲明而言，完全無涉事實的價值判斷或意見表達不屬之。如以比較法觀點參考德國實務見解，則所謂事實係指「得以客觀方法加以驗證的事件內部或外部過程而言」；穿插價值判斷或意見表達於其中的事實陳述，或者，推測、質疑等事後得以客觀方法驗證者均屬之[220]。

---

[220] Baumbach/Hefermehl，18. Aufl., §14, Rn. 3 ff..

（二）不實之判斷標準

44. 本條規定的不實情事，其真實與否固然應以客觀標準加以判斷。一部分真實而混雜不實情事者，關於不實部分仍得依本條規定處理之。至於所陳述或散布事實爲真實的舉證責任，如以比較法觀點參考德國實務見解，係由行爲人負擔；其舉證所應證明的事項則以「可證實爲真實」爲已足，不必證明所陳述或散布者均與真實完全相符[221]。

四、足以損害他人營業信譽

（一）他人營業信譽

45. 本條並未如德國不正競爭防止法，明文就被指摘者加以規定；解釋上，舉凡針對特定競爭事業、其事業負責人或相關人員，以及，其商品或服務、「營業或服務之設施或活動」的陳述或散布不實資訊，致其營業信譽有受損害之虞者，均屬之[222]（張麗琴，1993，頁 95-96, 105）。至於陳述或散布內容雖未具體指明對象，依客觀情事可以輕易辨識被指摘者，仍屬可得特定（何之邁，1996，頁 9-10）。

（二）以具有競爭關係者爲限

46. 本條規定被指摘的「他人」，就法條文義而言，應與本條規範主體的「事業」之間具有競爭關係。由於實際行爲人與「事業」之間，未必存在明確的代表或代理關係。因此，就「他人」與「事業」之間應具有競爭關係一點，應以「爲競爭之目的」的範疇從寬加以認定；尤其，針對爲第三人從事競爭之利益而損害他人的情形，競爭關係存否的認定，應以行爲人意圖增進其競爭利益的「事業」爲準，並不以行爲人本身或其所屬事業爲限。

（三）足以損害營業信譽

47. 關於構成本條規定的「足以損害他人營業信譽」要件，對應於他人營業信

---

[221] Baumbach/Hefermehl，18. Aufl., §14, Rn. 26 f..

[222] Baumbach/Hefermehl，18. Aufl., §14, Rn. 13 ff.; Rn. 21 ff..

用實害而言係屬具體危險的概念；不實資訊是否已達「足以損害他人營業信譽」的程度，應按交易上一般客觀評價予以判斷，不受當事人間的主觀認知所限制（何之邁，1996，頁 18）。公平會於實務的執法標準則爲「致被貶損人之交易相對人及潛在交易相對人，產生嚴重不信任感，致有拒絕交易或減少交易之可能等情形」(「比較廣告違反公平交易法一覽表」)。

五、主觀要件

48. 本條規定應以故意或過失爲要件。有自不正競爭基本理論出發，認爲本條既屬不正競爭行爲規範之一環，自應以故意或過失爲本條禁止規範的先決要件者（何之邁，1996，頁 18）；亦有根據立法過程中所參考各國立法例，認爲應比照各國法制以故意過失爲要件者（張麗琴，1993，頁 101-102）。

至於第 37 條第 1 項規定的刑事責任，依刑法第 12 條規定，其歸責要件自應以故意爲限。

肆、法律適用

一、相關法律規定

49. 本條規定係保護效能競爭，使其不因競爭者以不實資訊損害他人營業信譽的行爲而遭到破壞，亦屬不公平競爭行爲的禁止規範而爲競爭法之一環。公平法上與本條類似，針對事業就交易有關資訊的揭露與否或其揭露方式等相關行爲，以其爲規範客體而明文加以規定者，尚有第 20 條（「表徵之使用」）、第 21 條（「廣告或…其他使公眾得知之方法」）、第 24 條（「欺罔」），較爲特殊者則另有第 23 條之 4。此外，關於比較廣告另涉及第 19 條第 3 款、第 21 條、第 24 條等規定，以及，關於警告信函另涉及第 19 條第 1 款、第 21 條、第 24 條等規定，本條規定與上述條文儼然又形成一套（次）規範體系，共同用以處理競爭法上特殊的案件類型。

50. 另一方面，由於本條規定禁止侵害營業信譽的陳述、散布不實情事等行爲，就營業信譽持有者的保護作用而言，亦與刑法保護個人信用法益及民法侵

權行爲等相關規範互通。然而，公平法對於事業違反本條規定的行爲，明文授予公平會行政介入的廣泛權限，又與刑法及民法規範有所不同；參照：第 41 條。對於違反本條規定而有危害公共利益的行爲，公平會自得依檢舉或職權調查處理；參照：第 26 條。值得注意者，本法於 1999 年修正第 35 條以下規定，改採「先行政後司法」的處罰程序之後，第 37 條並未隨之修正；因此，對於違反本條規定者，至今仍得逕行追究其刑事責任。

51. 事業違反本條規定的刑事責任方面，本條所規範的行爲係陳述或散布不實情事，與刑法第 313 條規定所處罰的「散布流言或以詐術損害他人之信用」類似，具體適用於個案事實時，不免發生競合的情形。由於本條明定「爲競爭之目的」的特別要件，且本法於 1999 年修正第 37 條第 1 項將有期徒刑提高爲兩年之後，法律效果亦較刑法第 313 條爲重，因此，於競合時自應優先適用本條規定。此外，新增第 37 條第 2 項規定將違反第 22 條之罪改爲告訴乃論，使本條與刑法妨害信用罪在訴追程序上並無差異；是否進一步調和甚至統合上述規定，值得未來修訂本法及刑法時斟酌。

52. 事業違反本條規定的民事責任方面，本條所禁止的陳述或散佈不實情事行爲，其直接損害的對象係他人營業信譽，本身亦爲法益的一種，與效能競爭同爲本法所保護。關於營業信譽受侵害請求民事救濟的規範依據，除依本法第 30 條至第 34 條相關規定外，亦可就財產上的損害，依民法第 184 條第 1 項前段或同條第 2 項規定尋求救濟；如在營業信譽之外更損及事業負責人或相關人員名譽，亦可就此請求救濟，並依民法第 195 條第 1 項規定，就非財產上的損害請求慰撫金。此外，民法第 195 條第 1 項規定「請求回復名譽之適當處分」，亦可補充本法第 34 條規定「請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞紙」，使名譽受損害者尚得尋求其他適當的救濟措施。

二、比較廣告在公平法上之規範

53. 公平會於 1994 年 9 月 7 日第 152 次委員會議通過、1999 年 1 月 13 日第 376 次委員會議修正的「比較廣告違反公平交易法一覽表」，就比較廣告違反本

條規定的要件列舉如下：

「符合左列要件者：

A. 爲競爭之目的。

B. 具體明白表示被比較之廠牌或企業名稱，不論自身商品實或不實，被比較對象之商品或服務亦有虛僞不實或引人錯誤之表示。

C. 不實內容非僅就產品優劣程度之比較，且比較之結果足以對他人營業信譽產生貶損之結果；至是否貶損他人之營業信譽，應依具體個案，衡酌交易相對人及潛在交易相對人對於廣告內容之客觀評價予以認定。例如廣告內容對於產品、營業、營業所有人或主管人員等之不當貶損，導致被貶損人之交易相對人及潛在交易相對人，產生嚴重不信任感，致有拒絕交易或減少交易之可能等情形。」

關於比較廣告涉及損害他人商譽的認定問題，實務上認爲：僅藉以強調本身商品較優良，並無指稱比較對象的產品低劣者，不構成本條所禁止的營業誹謗行爲（台灣高等法院 88 上易字第 2473 號刑事判決，「宏偉公司網路教學軟體比較廣告案」）。此外，「以不相等之計算基礎」比較競爭對手的商品或服務，亦可透過客觀判斷認定其比較不實（台灣高等法院 89 上易字第 4200 號刑事判決，「愛之旅比較廣告不實案」）。

關於比較廣告在公平法上的規範，並請參照：第 21 條，邊碼 142-144，以及，第 24 條，邊碼 93-106。

三、警告信函在公平法上之規範

54. 公平會於 1997 年 5 月 7 日第 288 次委員會議通過、經多次修正而於 2001 年 1 月 15 日以（90）公法字第 00139 號函分行的「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」第 8 點規定：「事業無論是否踐行第四點規定之先行程序，而爲發警告函行爲，函中內容係以損害競爭者爲目的，陳述足以損害競爭者之營業信譽之不實情事者，違反公平交易法第二十二條規定。」

刑事審判實務上，則有認爲主觀意圖得以一般論理及經驗法則反面推斷其不存在者，例如：「出於維護本身著作權之意思，在其主觀上非以事業競爭爲目的」（台灣高等法院 89 上易字第 1854 號刑事判決，「鴻旗公司發函不實案」）。關於警告信函內容不實，刑事審判實務亦有針對事業提供資料、委託專利事務所鑑定而無視其保留意見，認爲應就其明知不實而散發新聞稿行爲追究其刑事責任（台灣高等法院 92 上易字第 351 號刑事判決，「力捷公司散布不實新聞稿案」）。

關於警告信函在公平法上的相關規範，並請參照：第 24 條，邊碼 107-116。

第二十三條　不正當之多層次傳銷

現行條文（1999 年 2 月 3 日修正公布）

「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。」

修正前條文（1991 年 2 月 4 日公布）

「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。
多層次傳銷之管理辦法，由中央主管機關定之。」

參考文獻

立法院秘書處（1992），《法律案專輯第一百三十二輯─公平交易法案》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；施俊吉（1999），<雙向制多層次傳銷研究>；賴源河編審（2002），《公平交易法新論》；何之邁（2002），《公平交易法實論（修訂版）》；劉孔中（2003），《公平交易法》；行政院公平交易委員會（2003），《公平交易法修法沿革彙編（一）（二）》；行政院公平交易委員會（2004），《認識公平交易法（增訂第十版）》。

第二十三條　變質多層次傳銷之禁止

壹、法制比較

一、美國

二、日本

三、德國

貳、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

二、立法體例

三、規範功能與定位

參、要件之分析

一、「主要」與「合理市價」之關係

二、「主要」之分析

（一）「主要」之計算基礎

（二）「主要」之比例

（三）排定序號

（四）雙向制多層次傳銷

（五）商品虛化

三、「合理市價」之分析

（一）「合理市價」之判斷要素

（二）「合理市價」之判斷

1、明顯高於「合理市價」

2、未偏離「合理市價」或「合理市價」難以計算

肆、與公平法其他條文之關係

壹、法制比較

一、美國[223]

1. 美國有關變質多層次傳銷（稱之爲「金字塔銷售術」或「金字塔推銷術」）的立法例不但立法體例的態樣最多，立法內容上也較各國繁複（參照第 8 條註釋邊碼 1）。就報酬與銷售行爲、介紹行爲之相關程度而言，亞利桑那州、馬利

[223] 美國法制部分由范建得撰寫。

蘭州、伊利諾州等州規定在金字塔銷售計畫中，參加人所收取之報酬主要來自介紹他人加入之行為，而非主要來自於銷售商品或勞務時，屬違法行為。法院見解認為，「主要地」一詞之意義為「顯著地」（preeminently）或「基本上」（fundamentally），韋氏字典中其定義為「主要地」（mainly；principally），以量化的觀點來看，一般人理解此語為超過百分之五十，因此如果參加人的收入有百分之五十以上來自介紹他人加入，即構成金字塔銷售術[224]。相對於上述各州，加州、科羅拉多州、肯塔基州、北卡羅來納州等州則不管報酬與銷售行為所得之關聯程度如何，只要是參加人可因介紹他人加入而獲得報酬，就構成金字塔銷售術，而成為違法之行為。

二、日本

2. 日本「特定商業交易法」（原文「特定商取引に關する法律」）第三章「連鎖販賣交易」專就多層次傳銷予以規範（參照第 8 條註釋邊碼 3、4）。惟該法有關多層次傳銷之規範理念，與我國顯著不同，其並未困擾於參加人所得利益是否主要來自於介紹他人加入、抑或是推廣或銷售商品所得。該法對於其所定義之多層次傳銷行為，主要乃係基於公開理念，要求多層次傳銷事業必須告知足以影響參加人決定是否加入之所有重要事實，若於受領、知悉此等事實後，參加人仍執意加入，則依自己行為責任原則，理當對自己所為選擇和決定負責。於此規範理念下，日本「特定商業交易法」就參加人所得經濟利益來源為何，是為介紹他人加入、抑或屬推廣或銷售商品或服務所得，並無任何規範，其所禁止者乃是，多層次傳銷事業虛偽不實告知或隱匿不告知足以影響參加人決定是否加入之資訊等行為。另一方面，「日本無限連鎖會法」，則針對完全無商品或服務交易介入其中，僅靠介紹他人加入即可獲取經濟利益，即一般所稱之「老鼠會」，完全禁止其實施，並以刑事責任支撐其規範（參照第 8 條註釋邊碼 4）。

---

[224] （Schrader v. State,69 Md. App.377,517A.2d 1139,1146（1986））

三、德國[225]

3. 德國法對於多層次傳銷行爲乃是採取嚴格禁止之態度，其不正競爭防止法第 16 條第 2 項（舊法第 6 條之 3）於累進式招攬顧客或滾雪球系統的標題下，對任何形式的多層次傳銷行爲一律予以禁止：

「於營業交易中，自己或經由他人，從事誘使消費者購買商品或接受營業上給付或權利，並承諾後者於誘使他人爲同類行爲之決定時，將給予特別利益，此種特別利益亦將因該他人依此傳銷方式而對其他購買者所爲之相對應的傳銷活動，而給予該他人時，處二年以下有期徒刑或科罰金。」

由此規定內容可知，任何多層次傳銷行爲只要是承諾對參加人誘使他人加入時，即給予特別利益的話，即不得爲之，不論此一特別利益是否是在參加人所獲利益中，是否佔有一定比例或屬「主要」部分，一律予以禁止。並以刑事責任嚴禁此類多層次傳銷之實施。

貳、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

4. 迄今爲止，鮮見有外國法制將多層次傳銷行爲，直接於其競爭法制中明文加以規範者，雖然美國聯邦交易委員會藉由對聯邦交易委員會法第 5 條第 1 項之不公平或欺罔行爲或手段的擴大解釋，而將多層次傳銷納入其管制對象內，惟其係源於美國聯邦交易委員會於其歷史發展過程中，逐漸兼具有消費者保護之使命與任務，爲落實其消費者保護使命與任務，遂生有對重大危害消費者利益之多層次傳銷行爲加以規範之必要，此時屬不確定法律概念之聯邦交易委員會法第 5 條第 1 項，乃被用來作爲規範之依據。由此亦可窺知，主要係以消費者爲其保護對象之多層次傳銷規範，實與以維護自由公平競爭秩序爲其主要任務之競爭法制，異其規範旨趣。從而各國乃多分別立法規制多層次傳銷行爲，

[225] 德國法制部分由謝銘洋、李素華撰寫。

以維持不同法律規範邏輯之一貫性。

5. 最初由廖義男教授於 1982 年所研擬的「公平交易法草案」中，亦復基於如此見解，而未將多層次傳銷明文納入本法規範對象中；但在經濟部於 1985 年提請行政院審議之「公平交易法草案」中，因鑑於當時所俗稱之老鼠會等不當多層次傳銷型態的橫行，造成嚴重社會問題，雖亦有制定專法予以規範之構想，惟爲求時效之便，乃於草案中單獨列出第六章「多層次傳銷」（第 23 條至第 25 條），施予專章方式規範，於第 23 條對多層次傳銷予以定義後，並於第 24 條作出與現行法第 23 條規定內容完全相同之禁止條文，之後的第 25 條則是與 1999 年 2 月 3 日公布前之第 23 條第 2 項規定內容同，授權中央主管機關訂定有關多層次傳銷之管理辦法。

6. 其後，在 1986 年行政院函送立法院審議之「公平交易法草案」中，於刪除「多層次傳銷」專章，將多層次傳銷定義規定上移至草案第 8 條的同時，並將其禁止規定納入一般不公平競爭行爲規範體系中，且將原分屬第 24、第 25 二條條文之規定，整合爲第 23 條一條條文，分屬該條之第 1、2 項規定。立法院審議過程中，雖曾有委員發言表示，多層次傳銷規範理念與目的，與公平法整體規範理念和目的實屬不同，而應另定專法規範（立法院秘書處，1992，頁 160-163），惟多數立法委員鑑於多層次傳銷規範之重要性，另行立法恐緩不濟急，其時出席法案審議會議的行政機關代表亦稱，「其他國家對於多層次傳銷已單獨立法，但國內沒有時間也沒有必要單獨立法，希望能於本法中規範」（立法院秘書處，1992，頁 267）。於此認識與見解下，立法機關最後除僅於第 23 條第 2 項中追加一個逗點符號外，完全未變動行政院草案版本內容，照案通過。

7. 之後，1999 年 2 月 3 日所公布的公平法修正之研商過程中，公平會早期曾經研議將本條第一項修正爲二項條文，分別是：

「多層次傳銷事業其參加人取得佣金獎金或其他經濟利益，應係基於其本身銷售商品或勞務，以及協助其直接或間接介紹之人從事推廣、銷售商品或勞務而來，如係基於介紹他人加入之入會費而來者，不得爲之。

前項入會費之形式，無論係繳交一定費用或認購一定數量或金額之商品或勞務，且限制不得返還者均屬之，惟價購用以推廣、銷售商品或勞務所需之輔助資料者，不在此限。」

此一修正建議，主要乃鑑於當時第 23 條第 1 項規定條文中之「主要」與「合理市價」二項要件，不僅於實務上計算及認定不易，且有不少多層次傳銷事業曾藉由表面上的商品交易活動，規避該項禁止規定，因此乃研擬將導致違法多層次傳銷規範不易之「主要」、「合理市價」二項要件，予以刪除（公平會，2003（一），頁 52-54）。惟此一修正提案，最後於當時公平法修法專案小組第 8 次會議中，決議維持現行條文規範，不予修正（公平會，2003（一），頁 209-212）。雖然，上開修法專案小組或在於修法優先次序的考量下，決議暫時不針對第 23 條規定內容進行修正，惟於立法審議過程中，不少立法委員紛紛提出不同版本的公平法修正草案，其中謝錦川委員等所提修正條文草案，大幅修正多層次傳銷規範內容，並提議以「金字塔銷售組織」替代違法多層次傳銷規定。對此修法提案，立法院經濟、司法兩委員會聯席審查會議，最後雖決定採納謝錦川委員等提案中，有關現行法第 23 條之 1 至第 23 條之 3 等條文，但捨棄其以「金字塔銷售組織」替代違法多層次傳銷之規範建議，並基於授權明確原則，將原第 23 條第 2 項授權訂定多層次傳銷管理辦法之規定，往後挪移至第 23 條之 4，維持原第 23 條第 1 項條文規定內容不變。此一審查結果，最後經過立法院會三讀通過，成爲現行法第 23 條之規定（公平會，2003（二），頁 280-286）。

8. 公平會鑑於現行公平法規定「雖賦予公平交易委員會對於多層次傳銷行爲有監督與管理之權，惟因競爭法主要在規範限制競爭與不公平競爭行爲，與多層次傳銷行爲之管制性質有別，對於違法行爲之裁處標準與衡量條件亦有不同，將之置於同一法中併予規範，雖有其權宜之立法背景，然亦突顯我國多層次傳銷之管理法制未臻成熟，難以達到有效管制與嚇阻不法多層次傳銷行爲之立法目的。」從而乃有單獨立法之意圖，而於 2004 年 7 月 22 日公布多層次傳

銷管理法草案，將公平法中之條文與原本規定於多層次傳銷管理辦法中之條文，整合納入該當管理法草案中，分 8 章、計 47 條條文，規範大要如下：（1）本法立法目的、主管機關及用詞定義（草案第 1 條至第 5 條）、（2）多層次傳銷事業之報備、變更與停止（草案第 6 條至第 9 條）、（3）多層次傳銷事業報備名單及其重要動態資訊之公布程序（草案第 10 條）、（4）多層次傳銷事業對參加人之告知與說明義務（草案第 11 條至第 13 條）、（5）書面參加契約之締結、內容及違約事項與處理（草案第 14 條至第 16 條）、（6）多層次傳銷事業招募未成年參加人之要式規定與參加人之教育訓練（草案第 17 條與第 18 條）、（7）多層次傳銷事業財務報表之揭露義務（草案第 19 條）、（8）變質多層次傳銷行爲之禁止與對參加人之禁止行爲（草案第 20 條及第 21 條）、（9）參加人解除與終止契約之法定條件，及因解除與終止契約而生之權利義務（草案第 22 條及第 23 條）、（10）多層次傳銷事業不得請求因契約解除或終止所受損害賠償或違約金，並不得阻撓參加人辦理退出退貨（草案第 24 條及第 25 條）、（11）本法解除及終止契約專章於服務之情形準用之（草案第 26 條）、（12）中央主管機關之職權、調查程序及與其他機關之業務配合（草案第 27 條至第 31 條）、（13）當事人閱覽資料或卷宗之原則及其授權依據（草案第 32 條）、（14）違反本法之損害賠償與請求時效（草案第 33 條及第 34 條）、（15）違反本法之刑事處罰（草案第 35 條至第 37 條）、（16）違反本法之行政處罰及其強制執行（草案第 38 條至第 44 條）、（17）多層次傳銷事業於本法施行前開始實施多層次傳銷行爲者，其適用本法之過渡條款（草案第 45 條）、（18）本法之施行細則與施行日期。（草案第 46 條及第 47 條）。未來立法結果如何，有待觀察。有關多層次傳銷管理法草案，參照本書附錄一。

二、立法體例

9. 公平法在第 8 條針對受本法規範之多層次傳銷，予以定義後，並於本條中區別合法與違法之多層次傳銷，對於該當本條規定之多層次傳銷，嚴格地一律予以禁止，不准其實施。因此，若僅就公平法本身之條文規定以觀，有關多層

次傳銷之實體規範者，僅有本條規定。惟於此有必要提醒注意者，實際上公平法規範整體對多層次傳銷相關行為之禁止，並非僅限於本條規定，縱使多層次傳銷未有本條禁止之行為，而為一般所認知的合法多層次傳銷，但仍不得為多層次傳銷管理辦法第 17 條各款重大影響參加人權益之行為。該管理辦法第 17 條的八款所規定之行為，實質上亦係有關實體行為之禁止，而非程序或手續規範之違反。職是，綜合公平法整體多層次傳銷規範以觀，本條規定之規範意義，乃係對於已經變質或變調的多層次傳銷行為，一律予以禁止，而無合法之空間；相對於此，多層次傳銷管理辦法第 17 條所禁止的各款實體行為，則是於多層次傳銷並無變調或變質，而為合法之前提下，於對其他不當行為加以禁止之規範。同屬多層次傳銷之實體禁止規範，卻僅有本條規定於公平法條文中，是否合理，或有依據行政法上之「重要性」理論，將其提升至法律位階。

三、規範功能與定位

10. 從公平法有關多層次傳銷整體之規範體系來看，其規範大致上可分為五個層次或階段。首先，乃是先於本法第 8 條中針對多層次傳銷予以定義，但僅闡述本法所認知之多層次傳銷，並未對其作任何價值判斷；其次，再於本條規定中，針對特定的多層次傳銷行為，予以嚴格禁止；接著，則以未該當於本條規定之合法多層次傳銷為前提，對參加人於參加前，多層次傳銷事業所應為之各種程序、告知行為，加以規範（主要規定於多層次傳銷管理辦法中）；再者，則針對參加人加入後，多層次傳銷事業所負之作為、不作為義務、責任等，予以規定（本法第 23 條之 1 至第 23 條之 3 及多層次傳銷管理辦法）；最後，則係多層次傳銷與主管機關間有關報備、接受業務檢查等程序規範。

11. 由此可知，我國公平法在有關多層次傳銷的規範上，不僅於事前基於公開原則之理念，要求多層次傳銷必須將所有可能影響參加人決定是否加入的重要資訊，徹底對參加人進行告知，並於參加人加入後，賦予其解除契約權（公平法第 23 條之 1）或終止契約權（公平法第 23 條之 2），以非常優渥參加人之規範方式，保護參加人權益。於此規範體系中，本條規定所扮演之角色乃是，針

對符合本條規定之多層次傳銷，縱使於參加人加入前已徹底善盡其告知義務，但鑑於其已經變質或變調，而對之一律予以禁止。由此可知，本條規定不僅有區別合法與違法多層次傳銷之功能，更可免除主管機關探討第三階段以後問題之必要。申言之，一旦被認定爲本條規定之多層次傳銷行爲，即屬違法，毋庸再行探究其有無履行對參加人締約前後之義務等程序或手續上的違反，而可節省部分行政資源。惟於實務運作上，公平會於依本條規定處分違法多層次傳銷的同時，除中華防火協會一案（公處字第 091110 號）外，於其他案件中皆再針對其後續之程序規定違反，一併調查與處分。如此作法，有無必要，或有檢討空間。歷年來多層次傳銷違法行爲之統計（至 2004 年 7 月止），參照附錄九第 690 頁至 692 頁。

參、要件分析

一、「主要」與「合理市價」之關係

12. 本條規定中「參加人」、「佣金、獎金或其他經濟利益」、「介紹他人」、「推廣或銷售」「商品或勞務」等名詞，與第 8 條規定中之用語相同，有關其之說明，參照第 8 條之註釋。

13. 除上述名詞外，本條規定所剩餘者，就僅剩「主要」與「合理市價」二項要件。事實上，本條規範效果大小、有無，亦取決於吾人對此二要件有何認知與解釋。究竟，「主要」與「合理市價」二者，是處於「或」抑或「及」之關係。如同以下註釋所示，公平會於絕大多數的處分案中，都未對這二項要件同時進行判斷，尤其是有關後者「合理市價」之判斷，更是少數。公平會通常在認知到，參加人之收入實質上並非繫於其推廣或銷售商品而來（參照本條邊碼 12），抑或是該當多層次傳銷中，實際上並無實質的商品交易或產生所謂商品虛化現象時（參照本條邊碼 32-35），立即認定系爭多層次傳銷違法，鮮有再繼續論究該多層次傳銷中之商品，究竟有無以「合理市價」進行推廣或銷售（歷年來違反本條規定之處分事實和理由類型，參照附錄九第 693 頁至第 697 頁）。

此一結果，亦令人誤認本條規定「主要」與「合理市價」二者要件之關係，乃是屬於「或」之關係，而非「及」。只要認定其中之一成立，系爭多層次傳銷即屬違法，毋庸探究另一要件有無滿足。

14. 此外，公平會本身所編纂之認識公平交易法一書中，亦出現令人以為其持此種見解之敘述：「・・・參加人取得佣金、獎金或其他經濟利益之主要來源，形式上均係來自推廣或銷售商品，並無純係基於介紹他人加入者，此時欲判斷其是否完全符合公平交易法第二十三條之規定，應從其商品售價是否係『合理市價』判定之。」（公平會，2004，頁 385）。再者，於公平會所頒布之「如何判斷多層次傳銷事業合法不合法」調查作業處理原則中，認為應就五點涉及違法之判斷基準綜合考量，其中第一點「參加人之收入來源是否主要來自介紹他人所抽取佣金，而不是來自銷售商品的利潤以及與其下線參加人間的業績獎金差額」，第二點「所銷售商品或勞務之訂價是否較一般市面之相同或同類商品或勞務價格明顯偏高」，似亦易令人誤認，二者僅是五點判斷要素之一，並非必須同時滿足二者方始構成違法。

15. 就此等敘述以觀，公平會似乎認為，若從調查過程中可以得知，經濟利益等「主要」非來自於推廣或銷售商品時，即可認定系爭多層次傳銷違法，一旦「形式上」經濟利益來源係來自推廣或銷售商品所得時，由於無法判斷其實質上是否滿足「主要」之要件，因此乃可藉由相關商品之售價是否屬「合理市價」，若非「合理市價」，則屬違法多層次傳銷。依此見解，則「主要」與「合理市價」二項要件，不僅有可能處於「或」之關係，只要在前一階段可認定「主要」要件已然滿足時，即可認定違法；更處於一種涵攝關係，前者要件為後者所涵攝，當無法認定出「主要」時，只要可以得出非屬「合理市價」的結論，亦可認定系爭多層次傳銷違法。

16. 例如，在賀寶企管案中（公處字第 092001 號），多層次傳銷事業所提供之商品（油票），其價格與市價相同，但公平會仍認為參加人願繳付入會費，購買與一般市價相同之商品，實屬不合理，因此應將入會費一併考量納入商品價

格之計算中，以確定其偏離合理市價，公平會如此說明：「被處分人以銷售油票爲大宗，油票面額即其市價，本案參加人依油票面額給付價金，相較市價並無優惠，卻需額外負擔入會費，在A案爲一千元，B案爲四百元，顯見其實際總支出高於油票之合理價格。按同種品牌之油票，其用途相同且市場價格透明而一致，故正常情形下，售價高於面額之油票必無從銷售。又參加人購買油票，必須前往被處分人營業處所領取，且特定品牌油票僅能用於特定油品通路，以上均爲油票之使用限制。然而本案大多數參加人竟願意支付入會費一千元或四百元，再以依面額向被處分人購買油票，及甘於上述使用限制，其動機無非著眼藉由介紹他人加入及組織發展而獲取各項獎金收入。換言之，欠缺獎金誘因，被處分人幾無從銷售其油票。或謂參加人可因獎金利益而使購買油票之實質花費低於面額，惟該等獎金主要既來自參加人加入時繳交之入會費，而非來自銷售油票之合理利潤，自非合法。」

類似的見解亦可見於中華全民電信案中（公處字第 092170 號），「參加人加入被處分人，所須繳交之費用共爲二、五００元，可取得一經營權，前開費用又可分爲入會費三００元、門號開通服務費一、九００元及設定費三００元。」公平會除明白表示「入會費爲參加人加入傳銷組織之基本費用，爲參加人取得推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加等權利，給付金錢之一定代價，尚與推廣、銷售商品或勞務無涉」外，並再將開通服務費視爲入會費，「被處分人向其參加人收取每卡一、九００元之費用，雖名目上爲開通服務費，實務上並未存在所謂之開通服務，爰該項費用性質上與入會費並無差異，爲參加人加入時給付金錢之一定代價，而與推廣、銷售商品或勞務無涉。究其實，被處分人每卡所發放二、０００元獎金，除來自於前開之入會費，主要係以開通服務費支應，該項費用主要來自於介紹他人加入，而非基於推廣、銷售商品或勞務之合理市價。」

17. 上述二案在在呈現出，「主要」與「合理市價」二項要件，其間關係的錯綜複雜，實務運作上實難清楚切割何者爲何。從而，當賀寶企管案之處分理由

最後一段敘述強調「獎金主要既來自參加人加入時繳交之入會費，而非來自銷售油票之合理利潤」時，入會費似乎同時扮演有關「主要」與「合理市價」二項要件的判斷要素，強欲區分二者之不同，反倒可能導致治絲愈棼。

18. 不論如何，單純從本條規定文言來看，解釋上「主要」與「合理市價」二者，似乎可以認爲二者處於「及」之關係，從而只有在同時滿足此二要件的情況下，系爭多層次傳銷方能被認定爲違法多層次傳銷。實則，從公平會少數同時提及「合理市價」之處分案中（公處字第 090110 號、公處字第 091110 號、公處字第 092055 號、公處字第 092170 號），似亦可認爲公平會在有關此一問題上，有時亦認爲二者要件間，可能處於「及」之關係。

19. 然而，從公平會於絕大多數處分案，並未同時針對「主要」與「合理市價」二者要件進行判斷，甚至於其相關論述或處理原則中，亦未主張二者要件處於「及」之關係。實際上，不僅外國多層次傳銷規範法制，幾乎未見有「合理市價」之要件，縱令是有要求多層次傳銷須以其經濟利益收入「主要」係來自介紹他人加入之美國部分州的法律，亦已屬少數例外，而非通例規範。從而，若過份要求公平會必須於所有違反本條規定之處分案中，同時舉證「主要」與「合理市價」二者要件之存在，或將導致本法多層次傳銷規範實效性大減，令不少違法亂紀的多層次傳銷橫行閭閻之間，導致社會混亂。或正是基於如此考量，公平會於公平法正式施行後不久所成立的修法專案小組中，即有研議修改本條規定，廢除「主要」與「合理市價」二項要件，惟很遺憾地，最後修法專案小組並未採納此一提議（參照本條邊碼 7）。此一結果，使得「主要」與「合理市價」二者要件之關係，依舊處於混沌不明之狀態。最好之作法，應是徹底修法解決此一模糊地帶，惟於修法前，不論從多層次傳銷原本規範之意旨，抑或是實際規範之實效性，以及基於執法成本等考量，都難能肯定應僅依條文文字單純地將二者解釋爲處於「及」之關係。較佳的解釋方式，或應是當可以清楚認定參加人所得佣金、獎金等經濟利益，主要源自介紹他人加入時，即可認定其違法，而於此一「主要」認定無法清楚認知時，再檢討相關商品或服務其價格

是否合理，並以此與佣金、獎金等交互判斷，論示其違法性。

二、「主要」之分析

20. 由於我國公平法第 8 條有關多層次傳銷之定義規定，排除純粹僅有吸金或繳交一定代價，而無商品或服務銷售、推廣之多層次傳銷（參照第 8 條註釋邊碼 14），因此受公平法規範之多層次傳銷，形式上必須同時有入會費等一定代價的繳納及推廣、銷售商品或服務、或介紹他人加入等權利之取得。於此規範方式下，參加人於多層次傳銷中佣金、獎金等經濟利益的獲取，就可能有二種來源，一是來自於因推廣、銷售商品或服務之業績所得，另一則是因爲介紹他人加入多層次傳銷之所得。雖然，不少國家多層次傳銷規範於參加人因介紹他人加入而獲有經濟利益時，即認定該多層次傳銷違法（賴源河，2002，頁 403；公平會，2004（一），頁 211），惟我國公平法並未採此立法方式，於容許多層次傳銷參加人得因介紹他人加入獲得經濟利益的同時，要求此一經濟利益不得於其從多層次傳銷所得之整體收入中，占有「主要」比例，否則即構成違法。

（一）「主要」之計算基礎

21. 在分析「主要」之要件時，首先必須要確認的乃是，其計算基礎之分母爲何？在 90 公處字第 210 號捷安特一案中，對於被處分人抗辯公平會應以商品價格作爲計算基礎之主張，公平會回應：被處分人「認爲本會應就其商品價格與佣金支付比例詳爲調查，以實證列出佣金所占比例已超過商品價格百分之五十，始得做成論斷，均應屬誤會。蓋按本會係就各該公司之實際運作情形而爲違法認定，並非基於單純之制度設計。又前開規定係以多層次傳銷之參加人收入來源是否基於介紹他人加入，甚於推廣或銷售商品或勞務之合理市價，爲其要件，此與佣金占商品價格之比例尚無充分關聯。」實務上，公平會認爲作爲「主要」計算之分母者，乃是參加人自多層次傳銷事業處所獲得之所有經濟利益，若於此一經濟利益中，佣金、獎金等達一定比例以上者，即滿足「主要」之要件。

（二）「主要」之比例

22. 對於要求此一「主要」比例要件之規範意旨，公平會於近來之普美爾（90公處字第110號）、藝華文化（90公處字第114號）、金積國際（公處字第091163號）、張淑鳳（公處字第091169號）、王宮田（公處字第092055號）、林榮富（公處字第092061號）、中華全民電信（公處字第092170號）、鉅業人文電子（公處字第093002號）等案中，如此說明：「多層次傳銷之參加人收入來源，或爲『基於介紹他人加入之性質』，或爲『基於推廣或銷售商品或勞務之合理市價』之性質，若前者顯著高於後者，即已脫離多層次傳銷應著重推廣、銷售商品或勞務之本質」，進而成爲所謂的「變質多層次傳銷」（此一用語似乎是從89公處字第015號之沅鑫汽車案開始使用，惟本文以下對此種變質的多層次傳銷，以「違法多層次傳銷」或「不正當多層次傳銷」稱之），違反本條規定。依此所謂「前者顯著高於後者」之判斷標準，則似乎在整體因多層次傳銷所獲收入中，因介紹他人加入所得收入僅少量超過50%，尚不足以滿足本條規定之「主要」定義，蓋於此時「前者」與「後者」之差（可能是53%對47%、55%對45%），實不能謂爲「顯著」，而必須是因介紹他人加入所得經濟利益，遠超過整體收入的50%（可能是60%對40%、65%對35%或70%對30%），產生「前者顯著高於後者」之事態時，方能認定其違法。若此，則公平會時而認爲「主要」要件認定困難、減低其執法實效性，但於此又自我設限，將「主要」之門檻拉得高高的。

23. 然而，從公平會最近所出版之「認識公平交易法」一書中，公平會對於「主要」於整體多層次傳銷經濟利益中所需占有之比例，似乎並未要求到二種不同類型收入間，其差距必須達到「顯著」之地步。公平會如此說明：「『主要』如何認定，美國法院曾解釋『主要』爲『顯著地』，並曾以50%作爲判定標準之參考，而公平會於判定時，除參考其他國家之作法外，仍依個案是否屬蓄意違法及檢舉受害層面和程度等實際狀況作一合理認定。」（公平會，2004，頁385）由此觀點可知，公平會似乎認爲「主要」在整體因多層次傳銷所生之收入中，

基本上以 50%作爲判斷標準。事實上，自 1992 年公平會做出公研釋 008 號以來，公平會有關「主要」之認定，即基於如此見解，甚至在最近的賀寶企管案中（公處字第 092001 號），公平會再次此主張：「『主要』之認定，可參酌五十%爲判定標準。」若此，則於前述各處分案中，公平會所強調之「前者顯著高於後者」之判斷基準，當係筆誤，不論是「主要」或是「顯著」，皆應是介紹他人加入所得於整體多層次傳銷收入中，所占之比例，而非介紹他人所得與推廣或銷售商品所得二者間之比較。公平會未來或有必要修正於上述各處分案中之說法。

24. 公平會實務運作於依介紹他人加入所得占全體經濟利益收入之比例時，通常並非針對參加人實際所得收入爲計算基礎，而係以會計年度或一定期間中，被處分人所發出被認定屬介紹他人加入獎金金額於其整體所發出之經濟利益中所占比例，認定符合「主要」要件之要求。例如，上開賀寶企管案中（公處字第 092001 號），公平會於主張「主要」之認定，以 50%爲判定標準後，針對該案介紹他人加入所得於整體發放出去之經濟利益中所占比例，如此認定：「被處分人迄九十一年七月底止，共發放獎金二、八二八、九一七元，其中「推薦獎金」一、九二七、二００元，「組織獎金」爲九０一、七一七元。按「推薦獎金」之性質係基於介紹他人加入，業如前述，而該項獎金占總獎金達六八%，足可認其參加人主要收入來源，係來自介紹他人加入。」此外，於沅鑫汽車案（89 公處字第 015 號）中，公平會亦認定：「被處分人所發放『購車訂金』、『組織獎金』、『業務津貼』等三項經濟利益，其占經濟利益發放總數之比例已高達八三・七五%，均單純『基於介紹他人加入』。本案參加人之主要收入即來自於此，而非來自實質商品或勞務之推銷行爲，遑論爲『基於推廣、銷售商品或勞務之合理市價』。」本案中，公平會認爲當參加人介紹他人所得高達整體經濟利益發放額近 84%時，其滿足「主要」要件至屬明顯。

25. 雖然，公平會強調「主要」之比例，基本上以 50%爲判斷標準，並於少數案例中對此顯示其計算結果，然而於絕大多數案件中，公平會對於參加人介

紹他人加入所得於整體經濟利益發放金額中所占比例，並未加以計算。當公平會未就「主要」之比例，詳細論證時，其作法係以其他判斷標準，輔助 50%的認定，滿足「主要」要件之要求。此等輔助判斷標準包括（1）排定序號、（2）雙向制、（3）產品虛化等三種。

（三）排定序號

26. 始自縱橫學人生案（84 公處字第 090 號）起，公平會對於參加人之佣金、獎金等經濟利益所得，若係源自於渠之加入先後順序，而與其推廣、銷售商品或服務無所關連者，即認定此種多層次傳銷設計，其「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」，違反本條之禁止規定。以縱橫學人生案爲例，可以看出排定序號之違法多層次傳銷，其通常之作法，該案「獎金之計算方式，係以會員加入時依其加入先後順序所獲排序號碼爲準，當全體加入者之排列號碼達到該會員所獲序號之倍數時，稱之爲排序人數完成 (譬如序號爲一號時，等待二號出現，二號出現時等待四號出現，依此類推) ・・・・參加人之主要收入並非來自推廣或銷售商品，而係來自其本身介紹他人加入及該聯誼會整個組織網介紹他人加入之活動，其因此而獲領之獎金均係來自後加入者每月所繳交之三千元權利金。而且依其計算獎金之方式，係以會員按加入先後順序所獲序號之倍數出現時，方可開始獲領獎金，依此計算方式，愈晚加入者，其等待所獲序號倍數出現之時間愈長 (譬如目前其會員已達七萬多人次，此時加入者須等待十四萬多號出現，始可開始獲領第一代排序人數完成的三六○元獎金)。換言之，愈晚加入之民眾，可獲領獎金之機會愈小，甚至永無獲領獎金之機會，而將成爲受害人，屆時該聯誼會勢將無法繼續運作而倒閉，此即非法多層次傳銷之特徵。」

由於在排定序號之多層次傳銷類型中，參加人所得獎金等經濟利益，與其是否有推廣、銷售商品或服務無關，加入後只要等到後續加入人數達到自己加入時所領序號的一定倍數時，即可領取獎金等經濟利益，從而依公平會之見解，不僅由此可推知其經濟利益之取得，「主要」係因介紹他人加入，當被處

分人抗辯其乃是藉由銷售網之擴張、降低成本，以回饋參加人時，公平會則以所謂的商品或服務銷售「僅是幌子，甚少參加人使用，遑論推廣或銷售該商品或勞務以獲取合理市價」（84 公處字第 111 號美心公司案），予以回應，同時迴避合理市價舉證之責。

27. 此類排定序號案件，多發生於 1995、1996 年間，除上述案例外，屬於此一系列之處分案，尚有普三企業案（84 公處字第 124 號）、卡紛夫人案（84 公處字第 130 號）、駿鋐展業案（84 公處字第 175 號）、般若波羅密案（84 公處字第 176 號）、均衡養生案（85 公處字第 016 號）、龍盈國際案（公處字第 091060 號）、鉅業人文電子案（公處字第 093002 號），此等案件皆純粹以排定序號行爲，作爲其違法認定依據。1999 年之後，雖陸續出現部分處分案，其違法事由之一亦有排定序號因素，但並非僅以此認定其違法性，尚包含其他違反事由，此類案件包括群鑫理財案（88 公處字第 162 號）、圓滿國際廣告案（89 公處字第 060 號）、張淑鳳（公處字第 091169 號）、林鬱文化案（公處字第 091170 號）、林榮富（公處字第 092061 號）。

（四）雙向制多層次傳銷

28. 在 1995、1996 年的排定序號熱潮過後，1997 年間，國內多層次傳銷突然出現一股所謂的雙向制或雙軌制多層次傳銷型態的熱潮。在最初之捷安特、愛地潔一案（86 公處字第 134 號）中[226]，公平會對雙向制多層次傳銷的運作方式，如此說明：「所謂『雙向制』多層次傳銷獎金制度，無論其制度設計係採左右兩邊平衡或不平衡，三階段或四階段獎金一循環（或稱局），其事業商（或稱合銷商、傳銷商）加入條件均必須給付一定代價（購買創業資料袋等），填寫加入申請書後，取得經營權，購買公司商品業績累積達一定積分，（每個經營單位）並推薦二人（左右線）加入成爲合格事業商，則可依公司規定完成三階段（或四階段）累積積分，左右線並分別至少達規定之積分要求，即可獲領

[226] 本案其後雖於 2001 年 4 月 20 日遭最高行政法院撤銷原處分（88 年度判字第 621 號、622 號），惟其撤銷理由並非有關多層次傳銷違法性認定錯誤，而係於罰則上之法律適用上有可議之處，遭致撤銷。

三階段（或四階段）獎金，每週結算重複累積，並可重複領取。」依據公平會之見解，此種經營手法，顯然符合公平法第 8 條第 1 項之多層次傳銷定義，而受本法規範。

29. 依據公平會之見解，雙向制多層次傳銷之所以違反本條規定，主要乃係鑑於下列四項理由：（1）利用參加人「以小博大」之僥倖心態：雙向制多層次時而強調終生僅需投資一次，可在完成一循環後重複消費（自獎金中扣除），無限次循環領取獎金，獲取之獎金遠超過加入時所投資之金錢（即所謂終生投資之一次），造成參加人「以小博大」之投機心態，爭先恐後加入，而為求快速達成，並能獲得倍數獎金，加入時並可一次購買多數「經營權」，及再生所謂「子公司」（即經營權），顯已背離傳銷商品本質。（2）存在「公排」情事：亦即只要不斷有後進人員「排入」，不論渠等是否為自己所介紹加入者，亦可因渠之加入坐享其成，每週坐領高額獎金，無庸推廣、銷售商品，其運作結果，獎金大多為少數先加入者及體系領導人所囊得，參加人主要收入來源，均非基於所推廣或銷售商品或勞務之合理市價，而係基於介紹他人加入甚明。（3）獎金發放制度有違一般多層次傳銷常理：傳統傳銷一般參加人係以個人及所輔導建立之多層級傳銷組織網，從事推廣、銷售商品累積業績以獲取佣（獎）金，惟因其代數有限且組織業績層級愈疏遠，所獲佣（獎）金比例，必相對遞減，然被處分人實施所謂「雙向制」因採「無限代、不限時間」累積，致其組織業績累計之獎金，卻呈遞增趨勢，只要介紹參加組織的人愈多，其獎金愈高，其計算及獲取獎金之方式顯與傳統傳銷不同。（4）容易出現「獎金發爆」窘況：經精算師計算後，發現若「雙向制」之獎金設計不當，發放比例將超過百分之一百以上，呈發散級數，最後勢必發不出獎金。

30. 由此可知，依據公平會之見解，由於雙向制多層次傳銷利用參加人僥倖心理，誘使加入多層次傳銷，且其獎金發放方式與一般多層次傳銷常理不合，在所謂「公排」制度下，縱使並非自己所介紹加入之人，甚或與後者無關之後參加人，先前的參加人亦可因此等後參加人的加入而獲有利益，不僅其經濟利益

不是「主要」基於介紹他人加入，甚至不介紹他人加入，都可獲領經濟利益，最終結果將是經濟利益的發爆，使得後面的參加人只有一定代價的付出，而不可能領到任何經濟利益。雖然，有經濟學者主張，若使雙向制多層次傳銷屬於所謂的平衡制多層次傳銷，其獎金發放金額只要低於總收入的 50%，則無有所謂獎金發爆之危機（施俊吉，1999）。同樣地，台灣高等法院 90 年度上易字第 4075 號刑事判決亦指出：「『雙向制』之多層次傳銷方式，目的亦在推廣或銷售產品或勞務及建構傳銷網絡，若公司及各體系、事業商能協同尋求有效控制商品虛化、人爲排線及獎金發爆等制度，該傳銷事業仍可永續經營，亦無違法之問題。」若依此等見解，則只要雙向制多層次傳銷其獎金發放總額控制於整體收入 50%以下，且無商品虛化之現象，則似乎不能因其爲雙向制多層次傳銷之故，立即認定違法。

31. 不論如何，就公平會之立場而言，當雙向制多層次傳銷獎金發放之設計，係有別於傳統多層次傳銷設計，以「公排」方式使參加人可自與自己無關之後參加人的加入，獲領經濟利益，並且獎金發放不因層級愈疏遠而相對遞減，反倒因「無限代、不限時間」累積而呈遞增趨勢時，實已可證明其佣金、獎金等經濟利益之取得「主要」非基於推廣、銷售商品或服務業績，而係因爲他人加入所得。於此認識下，公平會乃於 1997 年間陸續針對雙向制多層次傳銷，進行處分，處分案例包括亞世盟案（86 公處字第 135 號）、新邁案（86 公處字第 136 號）、安泰興案（86 公處字第 137 號）、總誼案（86 公處字第 138 號）、雙蓮勝案（86 公處字第 139 號）、萬國案（86 公處字第 140 號）、元弋、新依案（86 公處字第 141 號）、香華案（86 公處字第 142 號）。

（五）商品虛化

32. 從最早期之亮陞國際、鴻森國際案（83 公處字第 060 號）、鈺眾國際案（83 公處字第 084 號）開始，公平會就有注意到，不少多層次傳銷中，其商品或服務交易僅屬形式，而非實質存在。於亮陞國際、鴻森國際一案中，公平會即以「被處分人等未曾提供任何商品供參加人銷售，而所舉辦『潛能訓練課程』，

僅爲參加人爲取得至被處分人任職機會之條件，尚非參加人得以進行推廣或銷售之勞務，自亦無是否爲合理市價之問題」，作爲其違法理由之一。其後，或因排定序號、雙向制多層次傳銷的猖獗，使得公平會在有關商品虛化理論的發展上，稍事停頓。然而，從 1997 年底起，雙向制多層次傳銷熱潮逐漸消退後，在 1998 年的群盛國際一案中（87 公處字第 214 號），公平會又開始關心起商品或服務交易逐漸流於形式之趨勢。該案中，公平會如此認定：「雖據被處分人提供資料，尚能佐證其確能提供有關的會員權益服務內容・・・・成爲會員者，其享有會員權益事項的使用比例，亦明顯偏低・・・・除了實際銷售出去成爲會員的比例偏低外（大多空白會員卡均仍留存在加盟店經營者手中），會員使用的比例亦明顯偏低・・・・足徵其參加人主要收入來源，實際上均係基於不斷介紹他人加入成爲合格服務處或加盟店，所繳交前揭的入會費，而非基於所推廣或銷售商品或勞務的合理市價。」依此見解，公平會似乎認爲，當參加人對所購入的商品或服務使用率偏低時，實可證明參加人並非爲使用商品或服務而加入多層次傳銷，而係爲介紹他人取得獎金等經濟利益而加入。

之後，在 2001 年的世運村科際生活館一案中（90 公處字第 074 號），正式出現「商品虛化」之用語，惟該案在有關此一概念之說明上，並未有所著墨。詳細確立起「商品虛化」之真正意涵者，當是同年的藝華文化案（90 公處字第 114 號），該案中公平會對此商品虛化概念如此說明：「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，即可能淪爲以形式上之勞務交易，構成「商品虛化」，做爲遂行介紹他人加入之幌子。故勞務之提供及使用情形，應爲判斷傳銷行爲是否將淪爲以介紹他人加入爲主之重要指標。」而當參加人「著重於加入後可因後續參加人之加入，而獲取高額報酬，導致系爭勞務於傳銷過程中無足輕重，流於『商品虛化』，幾爲介紹他人加入之幌子，足徵其參加人主要收入來源係基於介紹他人加入。」

33. 然則，爲何商品虛化即構成違法呢？公平會如此解釋：「商業交易，勞務需求者繳交一定費用取得特定勞務，基於對價關係，應有相當程度之使用，方

爲符合交易行爲之常理」（公處字第 091163 號金積國際案），因此「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勞務交易，作爲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。」（公處字第 091091 號陳信和案、公處字第 091163 號金積國際案）。由此敘述可知，一旦多層次傳銷中的商品或服務交易流於形式，進而淪爲收取費用並據此發放經濟利益的幌子時，即有商品虛化現象的產生，公平會得逕行依此認定參加人所得經濟利益，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。此時，不僅無實質的商品或服務之買賣，始構成商品虛化（公處字第 091019 號台灣威樂案）；雖確有購入情事，然其商品或服務使用率過低，亦屬於此之所謂商品虛化（90 公處字第 114 號藝華文化案、公處字第 091079 號張晉賓案、公處字第 091091 號陳信和案、公處字第 091163 號金積國際案、公處字第 092170 號中華全民電信案）。

34. 然而，上開商品虛化情事，若是實際上並未有商品或服務之交易，則其爲惡劣老鼠會之幌子，違法性甚高，應予處分尚可理解。例如，於原基財經一案中（公處字第 091028 號），「被處分人雖以『代會員操作金融商品投資之服務』爲名，然實質並未存有該項業務，已構成虛化之情形，被處分人爲達到發放高額獎金等經濟利益之運作制度，必須由會員不斷介紹新成員加入，或既有會員持續加碼認購挹注資金，以供應各項獎金來源。」然而，於其他確實存在商品或服務之交易上，是否可僅因參加人未使用多層次傳銷事業所提供的商品或服務，即依商品虛化概念，逕行認定其違法性，或有再加以檢討之空間。當參加人對於系爭商品或服務處於隨時可利用之狀態下，商品或服務確實存在，並未遭到虛化，例如於陳信和一案中（公處字第 091091 號），公平會於認定「會員個人網頁空間幾未使用」後，立即以此認定「會員繳交之費用，絕大多數並非個人網頁空間服務之對價，而應認定爲其加入及往後領取之回饋利益，參加人

僅以形式上之勞務交易，作爲參加系爭活動之手段，其目的在於加入後，可由後續參加人之加入獲取高額報酬」；同樣地，在中華全民電信案中（公處字第092170 號），公平會主張：「本案使用情形僅約百分之一．九，可推認參加人加入之目的，並非在於使用被處分人所提供之隨身碼服務，而係著重於加入後可因後續參加人之加入，領取高額獎金，導致系爭電信服務於傳銷活動中無足輕重，流於虛化，而成爲介紹他人加入之幌子，足證參加人主要收入來自於介紹他人加入。」縱令上開情事屬實，該等論述並未告訴我們，參加人因後續參加人加入所得利益，多少是因網頁空間的推銷，多少是因爲介紹他人加入所得，「主要」要件所要求的 50%門檻如何被滿足，於此並未有任何說明。

35. 在公平會基於「商業交易，勞務需求者繳交一定費用取得特定勞務，基於對價關係，應有相當程度之使用，方爲符合交易行爲之常理」（公處字第 091163 號金積國際案）的規範理念下，只要購入商品或服務不用，即不符商業交易常理，而被列爲於本條規定所禁止之不正當多層次傳銷，至於真正係基於推廣、銷售他人使用率低之商品或服務所得佣金等經濟利益，是否多於介紹他人所得利益，似乎就非商品虛化概念所欲關心之事了。惟須注意者，於此情形，縱使後續參加人鮮有利用商品或服務的意願，但實際上當仍有推廣、銷售商品或服務行爲之存在，亦有可能因此推廣或銷售行爲而獲有經濟利益，是否可利用商品虛化概念，將此經濟利益一律規爲介紹他人所得收入，而認爲只要是於商品虛化案例中所得利益，全屬介紹他人加入所得，無列入推廣、銷售商品或服務所得之空間？如此解釋方式，其理論基礎乃是，於「商品虛化」之情形，絕大多數情況下，參加人佣金、獎金等經濟利益主要來自介紹他人加入一事，至爲明顯，從而乃可一此概念，直接認定其違法。惟是否於所有情形，「商品虛化」情事全部滿足「主要」要件，則非無所疑問，此際堅持要求「主要」要件之滿足，或將造成執法困難並減低規範實效，而有必要檢討是否藉由修法刪除或修正此一要件。

三、「合理市價」之分析

（一）合理市價之判斷要素

36. 本條規定中之「合理市價」要件，比起「主要」，更是少見於其他國家多層次傳銷規範的違法性判斷要素中。立法過程中，雖有對「合理市價」究竟何指，而認爲「『合理市價』應該給予更明確的標示，例如：同樣的衣料，經由服裝設計師設計之後，一套要三、四萬元，而市面上只要三、四千元，類此情形，究竟何爲『合理市價』？」（立法院秘書處，1992，頁 212）惟其後法律草案審議，未再對此提出任何異議，而照原案通過。然而，此一「合理市價」內涵不確定的問題，並未因此而稍事減緩，公平會於公平法正式施行後不久，內部即有提議，認爲「由經濟學之觀點，商品或勞務價格係由市場供需所決定，因此只要市場機能能夠自由發揮運作，自然會達到價格的均衡，而以行銷學觀點來看，縱使同類商品或勞務的成本相同，因時、因地、因服務，因競爭條件的不同，其價格亦會有所差異，更何況同類產品尚有品質不同造成無法有意義比較的價格差異，因此現行條文之『合理市價』究該如何認定，實務上亦極爲困難」，而建議刪除此一要件（公平會，2003（一），頁 52）。但因內部另有見解以爲，「明確合法與明確違法的中間有一『灰色地帶』，『主要收入』、『合理市價』就是要切入『灰色地帶』」（公平會，2003（一），頁 210），從而保留「合理市價」要件似可增加公平會執法的裁量、彈性空間，最後乃決定對此要件不進行修正。

37. 由上述公平會本身內部見解之歧異，似亦可窺知，「合理市價」內涵明確化之不易。事實上，鑑於多層次傳銷時而被稱爲直銷，即可知其與依傳統流通管道銷售方式之不同，較諸後者，多層次傳銷省卻其中大盤商、批發商、零售商等中間流通媒介與費用，從而乃得以較一般市價低廉之價格，銷售至消費者手中。此一多層次傳銷機制賴以存續、發展之本質要素，實是正確判斷「合理市價」時無法規避之最大困境。究竟與系爭多層次傳銷所銷售之商品或服務同類之商品、服務，其於整個流通體系中必須支付中間大盤商、批發商、零售商等多少費用，參加人於多層次傳銷中所扮演之「零售商」角色，與一般零售商

間其費用、報酬應如何比較等問題，都是在得出正確的「合理市價」前，必須先行克服之困難。惟若市場有其他同種或同類商品、服務存在，則上述比較雖是困難，但仍有比較的可能性，若市場上並無其他同類商品的販售，則如何得出「合理市價」，實是至難之課題。

38. 對此問題，公平會回應如下：「（一）市場有同類競爭商品或勞務之情況：此時欲認定是否係『合理市價』時，國內外市場相同或同類產品或勞務之售價，品質應係最主要之參考依據，此外，多層次傳銷事業之獲利率，與以非多層次傳銷方式行銷相同或同類產品行業獲利率之比較，亦可供參考，其他考慮因素尚包括成本、特別技術及服務水準等。（二）市場無同類競爭商品或勞務之情況：此時因無同類商品或勞務可資比較，認定『合理市價』較爲困難，不過只要多層次傳銷事業訂有符合多層次傳銷管理辦法退貨之規定，並確實依法執行，則其所推廣或銷售商品或勞務之價格，基本上應可視爲『合理價格』。」（公平會，2004，頁 386）

39. 由此公平會實務見解可知，在有市場同類競爭商品或服務之情況，公平會雖認爲應就其價格、各該事業之獲利率、成本、技術、服務等綜合考量，但並未特別提及上開多層次傳銷「直銷」之特性與傳統須經各種中間流通管道行銷方式間的不同，實際上於公平會歷次有關多層次傳銷違反本條規定之處分案中，亦未見公平會對此有所著墨。未來，或有必要於處分理由中，對此問題詳細予以分析、探討。

40. 其次，當市場並未有其他同類商品或服務存在時，公平會認爲只要多層次傳銷事業訂有合法的退貨規定，並確實依此規定執行，則即可推定其價格合理。如此判斷法則，實是將實體與程序混爲一體，完全誤解本條規定之規範意旨。如同本條邊碼 10-11 有關公平法多層次傳銷之五個規範層次或階段處所述，原本依據公平法多層次傳銷規範之意旨，只要多層次傳銷事業有違反本條規定之虞，其多層次傳銷即屬違法，理論上實無須再就其是否有違反其他程序規範，進行判斷。程序規範違反之登場，原則上應是未違反本條規定的合法多

層次傳銷，未遵守相關程序規定始生之情事。然而，若依照公平會上開論理，將造成只要確實遵守程序規定，即推定「合理市價」的存在，進而推定該當多層次傳銷合法。若此，則本條規定似變成補充地位，居於程序規範之次。觀諸本法有關多層次傳銷規範，除第 8 條之定義規定外，僅有本條規定與 1999 年修法前第二項有關多層次傳銷管理辦法的授權規定外，並另無其他規定存在一事，似可推知，本條規定並非補充性規範定位，而是主要規範定位，其要件滿足與否之判斷，應就其本身之規範目的與理念爲之，而非將後續的程序規範是否遵守，當成其判斷要素，而且依據上開敘述，幾乎就是唯一的要素。此種作法，值得商榷。

（二）「合理市價」之判斷

41. 如同前述（參照本條邊碼 25），公平會於多層次傳銷規範的實務運作上，通常只要依各種替代判斷要素，舉證出滿足「主要」要件情事後，即認定系爭多層次傳銷違法，即無須再就「合理市價」要件再作判斷。結果使得明白就「合理市價」要件進行判斷者，成爲少數例外。此等少數提及「合理市價」的處分案中，可以大致分爲二種類型：（1）明顯高於「合理市價」、（2）未偏離「合理市價」或「合理市價」難以計算。

1. 明顯高於「合理市價」

42. 於此類案件中，公平會認定系爭多層次傳銷之商品或服務，其售價明顯高於一般市價，從而滿足本條規定對偏離「合理市價」的要求。於普美爾一案中（90 公處字第 110 號），公平會如此認定：「就被處分人所提供商品之價格合理性而言，經查參加人係以所繳交費用以十比一兌換積分，故就特定商品而言，其出貨價格等同於積分值之十倍，例如『超級鋼鍋』價格爲四一、四○○元、『鋼碗連膠蓋』爲七、二○○元、『量杯』爲三千元、『台塑汽車 MAGNUS 2.0 旗艦』爲八五○萬元、『賓士 E240』爲二、五○○萬元等，與市場上相同或類似商品相較，難謂合理。」金積國際（公處字第 091163 號）一案中，「一般電信業者・・・提供之簡訊服務，平均發送費率約每通二・五至三・五元。至被處分人提供參

加人每單位一百通之簡訊發送服務，以市場同類簡訊服務之平均發送費率計算，實際價值僅二五０元至三五０元，縱加上贈送之樂透彩券乙張，總價值亦僅三００元至四００元，惟售價卻高達一、六八０元」，而明顯偏離「合理市價」。於張淑鳳一案（公處字第 091169 號），公平會認定：「查前開『Ａ卡』服務售價一單位爲三千五百元，惟參加人透過被處分人主持之『貴族旗艦公司』互助會取得『Ａ卡』者，至少應繳一口六千五百元之費用，始得於互助會推廣出五口後取得一單位『Ａ卡』，被處分人推廣『Ａ卡』之對價顯非其合理市價。」

2.未偏離「合理市價」或「合理市價」難以計算

43. 於此類案件中，公平會認爲系爭多層次傳銷之商品或服務較諸「合理市價」，或尚屬合理、或難以計算而迴避其要件之澄清。在世運村科際生活館一案中（90 公處字第 074 號），對於會員所提供的餐廳、啤酒屋、保齡球館、游泳池、羽、網球場、汽車旅館・・・等各項服務，公平會認爲「除『世運村生活館會員卡』售價之合理性尚待商榷外，餘者似未與市價發生嚴重偏離」，惟最後仍以「參加人取得佣金、獎金或其他經濟利益，其主要來源顯係基於透過其所介紹之下線參加人加入後不斷繳交之月費，其性質屬介紹他人加入所獲得之獎金」之「主要」要件理由，認定其違法。此外，於陳信和一案中（公處字第 091091 號），公平會以該案爲高度的商品虛化爲由，認定其違法，雖然些許意識到「合理市價」要件之問題，但卻以「況所銷售之網頁空間商品是否爲前開法條所稱之合理市價，仍非無疑問」，一語帶過，而未進一步就其「合理市價」爲何，進行探討。

有時公平會以「合理市價」認定不易、無法正確確認其價格後，轉而以商品虛化概念進行處分者，可見於於王宮田案（公處字第 092055 號）中之敘述：「通常情形下，由於每件商品皆爲獨一無二，消費者除考量玉石來源、真僞、品質以外，主觀喜好亦爲重要因素，其價格難有客觀標準。系爭行爲核心成員雖辯稱其商品價格合理，自無客觀依據。又玉之價格雖可因人而異，惟尚難因此推論本案參加人購買商品皆係出於個人偏好與需要，故由參加人分配之利

潤，亦不足因此認爲係基於推廣或銷售商品之合理市價。復由於玉之選購著重於個人喜好，且非屬低價，因此，消費者購買時每每先親身試驗及議價。換言之，一般消費者幾無可能以本案之交易方式而選購玉，本案參加人卻動輒花費數萬乃至數十萬元購買，甚且，本案參加人從事傳銷活動，無法辨明匯款來源及匯款者身分，卻能坐領源源不絕之匯款收入，顯示其商品交易徒具形式，該等收入來源自當認爲與商品銷售無關，而純係組織發展及新進參加人之加入所致。」

44. 綜上可知，公平會於絕大多數案件中，並未對「合理市價」要件詳細探討、分析，主要理由應是，當公平會於系爭案件中，已可清楚認定系爭行爲滿足「主要」要件，參加人經濟利益主要來自介紹他人加入時，可因此立即認定其違法，無須再就「合理市價」與否，進行判斷。

肆、 與公平法其他條文之關係

45. 當其他國家法制基於消費者保護觀點，將多層次傳銷行爲之規範納入消費者保護相關法令中時，理當無與競爭法規範、尤其是有關自由競爭或限制競爭之規定，發生適用上之問題。正如同公平會在最近多層次傳銷管理法草案的立法理由總說明中，所指出的，「競爭法主要在規範限制競爭與不公平競爭行爲，與多層次傳銷行爲之管制性質有別，對於違法行爲之裁處標準與衡量條件亦有不同」，從而乃生有分別予以立法規範之必要（參照本條邊碼 8）。然而，在此一草案立法實現前，公平法中多層次傳銷規範與本法其他規定中，可能發生之互動問題，就必須予以正視。此一問題源於，被納入公平法中規範的多層次傳銷，其參加人因對傳銷事業提供介紹他人或推廣、銷售商品等之服務，而成爲提供服務從事交易之人，該當於本法第 2 條第 4 款所稱之「事業」（參照第 8 條邊碼 18-20）。此際，多層次傳銷事業與其參加人間，可能構成本法第 3 條所稱的交易相對人，若多層次傳銷事業有不當限制參加人轉售價格決定之自由或其他事業活動之自由，即有可能構成公平法第 18 條或第 19 條第 6 款之違反（參

照第 18 條邊碼 84）。

46. 然而，於不少情形，爲求多層次傳銷組織整體之發展及事業活動之推展，多層次傳銷事業實有必要對其參加人，於推廣商品或服務時，其價格、事業活動區域、自由等加以限制，否則將造成多層次傳銷組織內部的紊亂，甚至可能阻礙多層次傳銷的健全發展。實則，當多層次傳銷事業對其參加人之價格決定、推廣、銷售區域或活動自由等予以嚴格限制時，參加人於多層次傳銷中實質上所扮演之角色，與其說是「事業」，不如說是處於類似業務員或保險經紀人之地位。從而，由於形式上多層次傳銷被納入公平法之規範，而其參加人在與公平法第 2 條事業規定之解釋上，不得不被解釋爲「事業」，然而當實質上參加人因受各種限制而實際上處於業務員等之角色時，於此當無必要仍舊認定該等參加人爲公平法上之「事業」，而與多層次傳銷事業間處於第 3 條所稱的交易相對人，從而二者行爲有可能構成本法第 18 條或第 19 條第 6 款等規定之違反。此際，縱使因本法第 8 條第 5 項規定，而無法將參加人解釋爲多層次傳銷事業之受雇人，但價格決定、行動自由嚴格受到多層次傳銷事業管控之參加人，其對多層次傳銷事業所提供之服務，已非獨立的經銷商所提供之服務，而係與傳銷事業間處於代銷或行紀關係，此時參加人因缺乏「獨立」交易決定之要件，而非傳銷事業之交易相對人（參照第 3 條邊碼 12-15）。職是，雖然在對傳銷事業提供服務一事上，因爲參加人對傳銷事業仍有代銷或行紀等服務的提供，而可能被視爲「事業」，惟於二者整體對外關係上，實難能將傳銷事業與參加人視爲本法第 18 條、第 19 條第 6 款規範所需之「交易相對人」，而無該等規定之適用，從而於此類情形，多層次傳銷事業對其參加人所爲之轉售價格限制、事業活動、區域等之限制，亦將不構成上開規定之違反。

第二十三條之一　多層次傳銷參加人之契約解除權

現行條文（2002 年 2 月 6 日公布）

「多層次傳銷參加人得自訂約日起十四日內以書面通知多層次傳銷事業解除契約。

多層次傳銷事業應於契約解除生效後三十日內，接受參加人退貨之申請，取回商品或由參加人自行送回商品，並返還參加人於契約解除時所有商品之進貨價金及其他加入時給付之費用。

多層次傳銷事業依前項規定返還參加人所為之給付時，得扣除商品返還時已因可歸責於參加人之事由致商品毀損滅失之價值，及已因該進貨而對參加人給付之獎金或報酬。

前項之退貨如係該事業取回者，並得扣除取回該商品所需運費。」

參考文獻

立法院秘書處（1992），《法律案專輯第一百三十二輯─公平交易法案》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；賴源河編審（2002），《公平交易法新論》；何之邁（2002），《公平交易法實論（修訂版）》；劉孔中（2003），《公平交易法》；行政院公平交易委員會（2003），《公平交易法修法沿革彙編（一）（二）》；行政院公平交易委員會（2004），《認識公平交易法（增訂第十版）》。

第二十三條之一　多層次傳銷參加人之契約解除權

壹、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

二、立法體例

三、規範功能與定位

貳、要件之分析

一、無條件解約權─第 1 項

（一）14 日之猶豫期間

（二）猶豫期間之起算點

（三）解約行為之要式性

（四）通知

二、退貨處理期限及一定代價之返還─第 2 項

（一）契約解除生效後 30 日內

（二）取回或送回商品

（三）返還參加人繳付之價金等一定代價

三、返還價金金額之計算─第 3 項

（一）得扣除之項目

（二）可歸責於參加人之事由

四、運費之負擔─第 4 項

壹、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

1. 1991 年 2 月 4 日公布、1992 年 2 月 4 日施行之原始公平法條中，並無本條規定，但於依當時第 23 條第 2 項授權規定訂定，而於 1992 年 2 月 28 日發布之「多層次傳銷管理辦法」，其第 5 條第 1 項第 1 款要求，多層次傳銷事業於參加人加入其傳銷組織或計畫前，應告知「參加人得自訂約日起十四日內以書面通知多層次傳銷事業解除契約。」同項第 2、3 款則分別規定：「多層次傳銷事業應於契約解除生效後三十日內，接受參加人退貨之申請，取回商品或由參加人自行送回商品，並返還參加人於契約解除時 所有商品之進貨價金及其

他加入時給付之費用。」、「多層次傳銷事業依前款規定返還參加人所爲之給付時，得扣除商品返還時已因可歸責於參加人之事由致商品毀損滅失之價值，及已因該進貨而對參加人給付之獎金或報酬。前款之退貨如係該事業取回者，並得扣除取回該商品所需運費。」現行法幾乎可說只是將過去屬多層次傳銷管理辦法之規定內容，提升爲法律位階而已。

2. 原本，1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正，行政部門最初所提出之法律修正草案中，並未包括第 23 條之修正案，惟於草案審議過程中，不少立法委員針對第 23 條規定提出修正草案，其後經修正、通過立法審議，不僅修正第 23 條規定，亦同時追加第 23 之 1 至第 23 之 4 四條條文。（公平會，2004（二），頁 97 以下）。本條規定之立法理由謂：「因契約解除所退貨之商品，自進貨時起算應有一合理期限，以符合公平原則。」惟此一立法理由所說明者，僅有本條第 2 項或其以下第 3、4 項等有關程序規定，最重要的第 1 項實體規定即無條件契約解除權，反倒完全未被提及。觀諸於多層次傳銷相關條文修正審議過程中，立法機關引司法院大法官會議釋字第 313 號解釋爲據，謂：「對人民違反行政法上之行爲科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令爲補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後具以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」（公平會，2004（二），頁 97）雖然，此一解釋通常認係屬有關現行法第 23 條之 4 修正之理由，但限制多層次傳銷事業契約自由，強行加諸其必須忍受參加人無條件解約之義務的本條第 1 項規定，對照上述大法官會議解釋之精神，當亦有必要以法律位階，明文規範之。

二、立法體例

3. 當多層次傳銷未違反本法第 23 條之禁止規定，而爲合法多層次傳銷時，公平法仍從消費者保護之角度出發，賦予消費者可以自由選擇退出該當多層次傳銷之權利。其方式有二，一爲本條規定之無條件解約權，另一爲第 23 條之 2 的終止契約權。本條先就無條件解約權進行規範，鑑於多層次傳銷的特殊性，

對契約解除後多層次傳銷事業應負之義務，優先一般民法契約解除相關規定之適用，於第 2 至第 4 項中，規範有關於契約解除之程序規定。從而，本條規範體例，乃是於第 1 項規定中，明文賦予多層次傳銷參加人無條件解約權，並於第 2 至第 4 項規定中，闡述多層次傳銷事業與參加人雙方，因參加契約解除所生之權利、義務事項。

三、規範功能與定位

4. 理念上，受本條適用之多層次傳銷，應以未構成第 23 條規定之合法多層次傳銷爲限，惟縱使於此類合法的多層次傳銷體系中，或因其組織、契約內容複雜，或因其勸誘、鼓勵他人加入之手法，乃係看準消費者弱點、僥倖等心態而爲，消費者時而因爲一時衝動作出加入或購買決定，事後卻懊悔不已。爲使消費者有更多冷靜思考的時間，令其得以於無傳銷人員的干擾下，重新檢討其加入、購買行爲之合理性，本條第 1 項規定乃賦予參加人自訂約日起 14 日內的無條件解約權，除使參加人有自由選擇退出多層次傳銷之機會外，並間接告誡多層次傳銷事業，縱使以各種不當方式引誘消費者加入多層次傳銷組織，其後消費者仍可於無須告知解約理由、無須負擔任何違約責任的情況下，在上述期間內行使此一解約權，故而多層次傳銷事業從一開始就應對消費者誠實以對，避免負擔後續不必要的解約手續及成本。藉此規範，希冀促使多層次傳銷能於正當的行銷方式與環境下，健全發展，其規範精神與第 23 條之 2 相同，並與第 23 條之違法多層次傳銷的禁止規定、第 23 條之 4 的多層次傳銷管理辦法之授權規定，同爲本法有關多層次傳銷規範之三大支柱。

貳、要件之分析

一、無條件解約權─第 1 項

（一）14 日之猶豫期間

5. 由於多層次傳銷事業通常都以積極性、組織性的手法，對一般消費者進行加入的勸誘，消費者時而在不堪其擾或一時衝動的情緒，作出加入的決定。在

此種不甚明瞭多層次傳銷事業內容，即遽然加入傳銷組織之消費者，本項規定乃特別設計出一定的冷卻（cooling off）或猶豫期間，使得消費者在此期間內，得無庸負擔任何違約風險，隨時以書面方式通知多層次傳銷事業解除契約。從而，亦有稱此無條件解約權爲猶豫權者。在同樣是爲保護消費者利益而制定之消費者保護法，於其與多層次傳銷行銷手法頗爲類似之郵購買賣與訪問買賣規範中，消費者亦享有類似於此之無條件解約權，只是其冷卻期間或猶豫期間，僅有 7 日（消費者保護法第 19 條第 1 項）。相對於此，本項規定賦予多層次傳銷參加人較長的 14 日之猶豫期間。

（二）猶豫期間之起算點

6. 本項規定猶豫期間之計算，依條文文義來看，係自「訂約日」起 14 日內。依多層次傳銷管理辦法第 12 條第 1 項前段規定：「多層次傳銷事業於參加人加入其傳銷組織或計畫時，應與參加人締結書面參加契約」，且依同條第 2 項規定：「前項之書面，不得以電子文件爲之」。當電子簽章法爲推動電子化社會之發展，而鼓勵以電子文件替代書面或表示方法，從而於該法第 4 條第 1 項規定：「經相對人同意者，得以電子文件爲表示方法」時，上述多層次傳銷管理辦法第 12 條第 2 項要求，有關多層次傳銷參加契約之訂定「不得以電子文件爲之」，其意義除未來證據資料、證據力等之更容易確保外，更重要者當係鑑於前述多層次傳銷參加人衝動性或僥倖心態的特質（參照本條邊碼 **4**、**5**），爲促使參加人於爲加入決定時能更謹慎其事，避免未來無謂紛爭，乃要求多層次傳銷事業必須交付紙本或書面之契約書給參加人，促其審閱契約書記載之權利、義務事項等。依此見解，則所謂的「訂約日」不當拘泥形式，解釋爲契約上所載之訂約日期，而應就實質上參加人取得書面契約書而得審視其內容之日。否則，當公平會於其他處分案中認爲：「被處分人等對於經銷商所簽訂之經銷合約書正本均未交付，依一般經驗法則，縱使配合保證人對保程序或辦理擔保品設定，亦不應超過半年，如此代爲保管經銷合約書行爲，使得經銷商得爲主張之權利，承受不可預期之危險或損失，不但顯失公平，並影響經銷商之權益及不符

合商業競爭倫理之交易秩序，違反公平交易法第二十四條之規定。」（公處字第 092010 號、092011 號、092012 號）同樣地，僅有「訂約日」，而未交付契約書者，亦將妨礙參加人相關權利之行使，而有違反公平法第 24 條之虞。解釋上，本項規定猶豫期間之起算日，應以契約上之訂約日或參加人實際上收到契約書、得審視其內容之日，二者日期中較晚者爲據。

7. 其次，假使認定多層次傳銷其實亦是一種商品行銷方式，則當參加人實際受領商品之日期與上開「訂約日」不同時，由於參加人主要乃是著眼於商品而加入該傳銷組織，可是一旦真正受領商品，卻發現其與實際上有所差距，惟於此時欲行使本項解約權時，卻又赫然發現已經超過「訂約日」起 14 日，此際雖然尚有公平法第 23 條之 2 可資救濟，惟卻是有限制條件的終止契約權利，對其利益帶來一定程度的不當影響。就一般消費者或參加人而言，其對加入多層次傳銷感到後悔者，不少乃是實際看到、受領、使用商品之後，因此若契約訂定的同時，並未有實際商品的交付與受領，本項猶豫期間即開始計算，可能導致權利行使受到不當影響和限制，未來或有必要檢討將本項期間之起算時點，規定爲參加人實際收受書面契約或實際受領商品日二者中較晚者。

（三）解約行爲之要式性

8. 本項規定要求參加人應以「書面」通知多層次傳銷事業，方能解除契約。惟此一書面是否如同上述多層次傳銷事業必須交付予參加人之書面契約一樣，不得以電子文件替代（參照本條邊碼 6），實有檢討空間。多層次傳銷管理辦法之所以嚴格要求傳銷事業必須交付書面契約，而不得以電子文件替代，其意旨乃在於促使不諳傳銷事業、組織等之性質，而貿然作出決定之消費者。相對於此，多層次傳銷事業本身爲專業經營者，其專業、地位、立場本就與一般消費者不同，若其基於事務處理經濟之觀點，而同意參加人未來於行使解約權時，得以電子文件替代，則此不僅不會對多層次傳銷事業造成不當困擾，反而有利消費者得以更爲簡便之方式，解除契約。職是，解釋上，本項規定所要求之「書面」要式行爲，於經多層次傳銷事業同意的前提下，得以電子文件方式

爲之。

（四）通知

9. 參加人以書面「通知」多層次傳銷，此一「通知」之意思表示自何時起開始生效，與本條第 2 項規定之 30 日退貨期間的計算息息相關。原則上，要求以書面通知爲意思表示者，當係非對話人間的意思表示，從而該通知效力之生，乃依民法第 95 條規定，「以通知達到相對人時，發生效力」。所謂達到相對人，係指該通知已置於多層次傳銷事業可能支配之範圍或可得瞭解其內容之狀態。假設通知係以電子文件爲之，則此時的達到，應解釋爲該電子文件達到多層次傳銷事業所指定之網際網路服務業者的伺服器中，而處於傳銷事業可讀取之狀態者。

二、退貨處理期限及一定代價之返還─第 2 項

10. 依據本項規定，多層次傳銷事業應於第 1 項（1）契約解除生效後 30 日內，完成契約解除相關手續，包括（2）取回或由參加人自行送回商品、（3）返還參加人繳付之進貨價金及一定代價。

（一）契約解除生效後 30 日內

11. 本項規定之「契約解除生效」，應係配合第 1 項綜合觀察，而係指參加人所發解除契約的書面通知到達多層次傳銷事業時，該契約解除即生效力。因此，所謂 30 日內，應係指從契約解除生效日之翌日起算 30 日。

（二）取回或由參加人自行送回商品

12. 本項規定於要求多層次傳銷事業應自契約解除生效日後 30 日內，「取回商品或由參加人自行送回商品」之前，又有「接受參加人退貨之申請」文言。是否意指，參加人除前項之書面的契約解除通知外，還必須另有一要求退貨之「申請」作爲，多層次傳銷事業方會開始其「取回商品」之作爲。解釋上，本項規定應係指，一旦解除契約生效，多層次傳銷事業即負有義務，應於 30 日之期間內，至參加人處取回商品，毋庸參加人另有退貨之申請；另一方面，當多層次傳銷事業雖未超過 30 日之期限，但遲遲未有取回商品之作爲時，參加人可

自行將商品送回，此時可避免本條第 4 項「運費」之扣除。職是，不論有無參加人之退貨申請，基於本項規定保護參加人之觀點，多層次傳銷事業都應於契約解除生效日後 30 日內，完成相關的商品取回和價金返還程序。多層次傳銷事業亦可於加入契約中，省略此一退貨申請之手續，加速整體手續流程之進行；惟當契約中未省略此一退貨申請手續時，若參加人於解除契約後，遲遲未有退貨之申請，除多層次傳銷事業可通知、催促其儘速申請外，當參加人遲延爲此退貨申請，導致傳銷事業無法於上述 30 日之期限內，完成相關退貨等手續者，傳銷事業依合理流程所爲退貨相關程序所花時間超過上開 30 日期限時，解釋上亦無本項規定之違反。

13. 此外，在與本項規範意旨相同的郵購買賣或訪問買賣中，消費者保護法施行細則第 20 條如此規定：「消費者・・・以書面通知解除契約者，除當事人另有特約外，企業經營者應於通知到達後一個月內，至消費者之住所或營業所取回商品。」該條規定對消費者保護更進一步，令企業經營者負有至消費者處取回商品之義務，且此時其費用，消費者亦毋庸支付。未來，或可參照該條規定之意旨，修正本項及第 4 項規定。

（三）返還參加人繳付之進貨價金及一定代價

14. 原本，依據民法第 259 條規定，契約解除時當事人雙方互負回復原狀之義務，因此若有從他方受領給付者，自應返還該當給付，若所受領之給付爲金錢者，尚應附加自受領時日起之利息。本項規定要求，多層次傳銷事業「返還參加人於契約解除時所有商品之進貨價金及其他加入時給付之費用」，但未提及此等價金等之返還，是否必須附加利息一併爲之。由於本條規定之契約解除乃係無條件解約權行使的結果，與一般依民法規定因他方當事人債務不履行所爲之契約解除性質不同，多層次傳銷事業縱使無可歸責之處，參加人仍可自由於 14 日之期限內，自由解除契約。於此因參加人保護之考量，而加諸多層次傳銷事業特別負擔的情事下，解釋上傳銷事業只須返還自參加人所收之價金等費用即可，無須再附加利息返還。

多層次傳銷事業於此所應返還者，乃是「所有」參加人加入時進貨之價金及一切因加入所生之費用，因此不僅入會費、講習費、研修費等名義之費用，必須返還，縱使是加入時因資料攜帶之用而支付的資料袋費及相關刊物的「月刊費」，亦屬此處所爲之「其他加入時給付之費用」（公研釋 030 號）。

三、返還價金金額之計算─第 3 項

（一）得扣除之項目

15. 當多層次傳銷事業依本條第 2 項規定取回或由參加人送回商品時，原則上必須返還參加人爲加入而繳交之一切價金及其他任何費用，而若商品已因參加人之使用或其他因素而有毀損或滅失時，依民法第 259 條第 6 款規定，於「應返還之物有毀損、滅失或其他事由，致不能返還者，應償還其價額」。因此，當參加人所受領之物因可歸責於其本身之事由而有毀損、滅失時，由於多層次傳銷事業亦對參加人負有返還本條第 2 項價金之債務，從而直接以扣抵方式，容許多層次傳銷事業得將因此所生損失之金額扣除後，再將剩餘之價金及其他費用返還之。此時，若參加人尚有因其該進貨行爲而自多層次傳銷事業受領有獎金或報酬時，此等獎金或報酬亦爲扣除之項目。惟須注意者，此處所得扣除之獎金或報酬，僅限於「因該進貨」而得者，由於參加人因爲加入多層次傳銷組織，而取得推廣或銷售之權利（參照第 8 條第 1 項註釋），若其於此期間內因此推廣或銷售行爲，而有自多層次傳銷事業領取獎金等經濟利益時，由於此等經濟利益並非「因該進貨」行爲而得，故而不在扣除項目內。對此，或有質疑，認爲既然已解除契約，則生溯及效力，應認契約自始無效，故而應扣除之獎金、報酬等，包含推廣、銷售等之行爲所得。惟如此解釋，不僅不符本項「因該進貨」之文義解釋，參加人本身所付出之推廣、銷售等努力，亦將無所回饋，結果至屬不當。

（二）可歸責於參加人之事由

16. 上開民法第 259 條第 6 款規定，並未將物之毀損、滅失等不能返還原因，限定於可歸責於債務人之事由；相對於此，本項規定將多層次傳銷事業得扣除

之事由，限定於可歸責參加人者，從而縱使商品已移轉至參加人控制下，若因第三人或不可抗力因素導致商品毀損或滅失，多層次傳銷事業亦不得就此部分，進行扣除，本項規定明顯賦予多層次傳銷參加人較民法該款規定更爲優渥之保護。在同樣是以消費者保護爲其規範目的之消費者保護法中，其郵購買賣或訪問買賣之規範，雖於該法施行細則第 17 條規定：「消費者因檢查之必要或因不可歸責於自己之事由，致其收受之商品有毀損、滅失或變更者，本法第十九條第一項規定之解除權不消滅。」雖於有檢查商品必要之前提下，賦予消費者較優渥之保護，但該法第 19 條第 4 項於有關解除權行使之效力上，僅謂：「契約經解除者，企業經營者與消費者間關於回復原狀之約定，對於消費者較民法第二百五十九條之規定不利者，無效」，僅賦予與民法同樣程度之保護。當參加人決定與多層次傳銷事業締結契約、進而受領商品，而將商品置於自己可控制之範圍內，相關商品之危險負擔應已移轉至參加人身上，本項規定否定此一基本規範原則，其理論基礎爲何，不甚明瞭？尤其是與上開消費者保護法與多層次傳銷類似之郵購買賣、訪問買賣規範相較之下，爲何本法賦予多層次傳銷參加人如此優渥之保護，其意旨爲何，殊有探討之空間。

17. 或許，當初立法原意所構思者，乃是爲貫徹猶豫期間保護參加人之規範意旨，在商品因其保存期限、易腐壞性、流行性及自然蒸發、滅失等不可歸責於參加人事由，導致商品有此毀損、滅失情事者，不當令參加人負擔此類危險，避免本條第 1 項無條件解約權之規範實效，遭受減損。惟立法結果所顯示者，卻是上述當傳銷事業已喪失對商品之控制權，而於商品進入參加人之控制範圍內後，仍將包含第三人或不可抗力因素等所有危險負擔，要求由傳銷事業承受。此種規範方式，法理基礎上，實有重大問題。若「可歸責於參加人之事由」，其原意乃係爲排除上述保存期限、易腐壞性、流行性及自然蒸發、滅失等情事，則或有必要具體予以敘明排除之，不當以現行「可歸責於參加人之事由」的規範方法，將所有危險負擔仍由對商品無控制權之傳銷事業負擔。無論如何，本項規定所稱之「參加人」，係指解除契約之當事人，不及於其他參加人（公平

法施行細則第 29 條）。

四、運費之負擔—第 4 項

18. 當多層次傳銷參加人依本條第 1、2 項規定解除契約、送回商品，傳銷事業除依本條第 3 項規定扣抵因可歸責於參加人事由而毀損或滅失之商品價值外，如若該當商品之返還，並非參加人自行送回，而係由傳銷事業取回時，該事業尚可扣抵因此所支出之「運費」。必須注意的是，於此多層次傳銷事業所可扣抵者，僅是「運費」一個項目，不包含爲商品取回、存放所必須付出之其他人力、倉庫等支出。基於誠信原則，多層次傳銷事業亦應當以合理方式，取回相關商品，而不應以顯著不合理或高額之運送方式，取回商品，於增加參加人負擔的同時，亦減低其自由選擇退出多層次傳銷組織之意願。若有此種作爲，顯然是故意阻礙參加人本條第 1 項規定權利之行使，而有違反該項規定之虞。

第二十三條之二　多層次傳銷參加人之契約終止權

現行條文

「參加人於前條第一項解約權期間經過後，仍得隨時以書面終止契約，退出多層次傳銷計畫或組織。

參加人依前項規定終止契約後三十日內，多層次傳銷事業應以參加人原購價格百分之九十買回參加人所持有之商品。但得扣除已因該項交易而對參加人給付之獎金或報酬，及取回商品之價值有減損時，其減損之價額。」

參考文獻

立法院秘書處（1992），《法律案專輯第一百三十二輯─公平交易法案》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；陳得發（2001），《行政院公平交易委員會九十年度合作研究報告─參加人解除契約或終止契約退貨之權利保障對多層次傳銷管理之必要性研究》；賴源河編審（2002），《公平交易法新論》；何之邁（2002），《公平交易法實論（修訂版）》；劉孔中（2003），《公平交易法》；行政院公平交易委員會（2003），《公平交易法修法沿革彙編（一）（二）》；行政院公平交易委員會（2004），《認識公平交易法（增訂第十版）》。

第二十三條之二　多層次傳銷參加人之契約終止權

壹、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

二、立法體例

三、規範功能與定位

貳、要件之分析

一、契約終止權─第 1 項

（一）契約解除 vs.契約終止

（二）「前條第一項解約權期間經過後」

（三）終止契約之要式性

二、退貨處理期限、買回商品及扣除─第 2 項

（一）「終止契約」後 30 日內

（二）原價格 90%買回

（三）獎金、報酬或商品毀損等費用之扣除

1.「該項交易」

2.獎金或報酬

3.因商品滅失或毀損而減少之商品價值

壹、立法沿革與規範目的

一、立法沿革

1 1991 年 2 月 4 日公布、1992 年 2 月 4 日施行之原始公平法條文中，並無本條規定，惟於依當時第 23 條第 2 項規定訂定、1992 年 2 月 28 日發布之「多層次傳銷管理辦法」中，第 5 條第 1 項第 4 款規定：「參加人於第一款解約權期間經過後，得隨時以書面終止契約，退出多層次傳銷計畫或組織。」同項第 5 款亦謂：「參加人依前款規定終止契約後三十日內，多層次傳銷事業應以參加人原購價格百分之九十買回參加人所持有之商品，但得扣除已因該項交易而對參加人給付之獎金或報酬，及取回商品價值有減損時，其減損之價額。」現行法幾乎可說只是將過去屬多層次傳銷管理辦法之規定內容，提升爲法律位階而已。

2 原本，1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正，行政部門最初所提出之法律修正草案中，並未包括第 23 條之修正案，惟於草案審議過程中，不少立法委員針對第 23 條規定提出修正草案，其後經修正、通過立法審議，不僅修正

第 23 條規定，亦同時追加第 23 之 1 至第 23 之 4 四條條文。（公平會，2004（二），頁 97 以下）。至於爲何有本條規定之設，立法機關就此完全未有任何說明，對於本法第 23 條之 1 尚有立法理由說明謂：「因契約解除所退貨之商品，自進貨時起算應有一合理期限，以符合公平原則。」（參照第 23 條之 1 邊碼 2）但於本條之立法上，則連此一最低限度的說明都沒有。從立法審議過程中，立法機關引司法院大法官會議釋字第 313 號解釋爲本法第 23 條之 4 修正之依據（參照第 23 條之 1 邊碼 2），或可推論，限制多層次傳銷事業契約自由，強行加諸其必須忍受參加人本條終止契約之義務，對照上述大法官會議解釋之精神，或亦有以法律位階規範之必要，故而乃有本條規定之設。

二、立法體例

3 當多層次傳銷未違反本法第 23 條禁止規定，公平法仍從消費者保護之角度出發，賦予消費者可以自由選擇退出該當多層次傳銷之權利。其方式有二，一爲第 23 條之 1 的無條件解約權，另一爲本條之契約終止權。當多層次傳銷參加人未能於本法第 23 條之 1 第 1 項所定之期間內，行使解約權時，經過上開期限後，其仍可依本條規定隨時終止契約，且依本法第 23 條之 3 第 1 項規定，終止效力與第 23 條之 1 的契約解除效力相同，參加人不會因此契約終止而對多層次傳銷事業負有違約金或損害賠償責任，且依本條第 2 項規定，參加人於此所享有之權利與負擔之義務，亦幾近於第 23 條之 1 規定。於此規範方式下，本條與第 23 條之 1 二者其間最大差異，或應在於二者權利所可行使之期限不同，於 23 條之 1 的情形，必須在訂約日起 14 日內爲契約解除之意思表示，當此一期間屆滿後，即處於可發動本條規定之狀態。立法者似有意以此雙重保護方式，確保參加人之權利。

三、規範功能與地位

4 主要國家法制於有關多層次傳銷之規範上，基於消費者保護觀點，多與郵購買賣、訪問買賣相同，賦予消費者於一定的猶豫期間內，享有無條件的解約權。一旦消費者可於此猶豫或冷卻期間內，重新檢討其消費行爲之合理性，最

後卻決定不行使該權利時，即恢復法律有關契約一般之規範，消費者應受其自由的意思決定之拘束，享受或忍受契約之利益或義務，此實爲自己行爲責任之體現。或是基於此一理念，絕大多數國家多層次傳銷規範雖令參加人享有本法第 23 條之 1 的無條件解約權，但卻未同時賦予其本條之契約終止權。若使本條所規定之權利、義務，實際上已與第 23 條之 1 間之實質差異僅是於行使期間、價金返還時之折扣而已（參照本條邊碼 3），則法理上似乎可視爲上述猶豫期間或冷卻期間的無限期延長，而非繼續性或持續性契約關係之「終止」問題。從而其規範功能亦係爲促使多層次傳銷事業從一開始就應對消費者誠實以對、充分公開相關資訊，避免日後負擔不必要的解約負擔與成本，令多層次傳銷能於正當的行銷方式與環境下，健全發展，其規範精神與第 23 條之 1 一脈相傳（參照第 23 條之 1 邊碼 4）。

5 雖然，多層次傳銷事業經常利用組織性、積極勸誘、鼓勵他人加入之手法，針對消費者弱點與僥倖等心態，進行傳銷行爲。惟須注意者，若多層次傳銷事業並未違反本法第 23 條規定，其基本上亦應與公平法上之其他事業相同，享有促銷商品之行動自由，雖因其交易相對人爲一般消費者，從而基於消費者保護理念，於第 23 條第 1 項賦予參加人與消費者保護法上郵購買賣及訪問買賣相同性質之猶豫期間，且其猶豫期間甚至較消費者保護法第 19 條第 1 項所規定之 7 日爲長。但公平法多層次傳銷規範更進一步於本條規定中，再賦予參加人無須負擔違約金與損害賠償的契約終止權。實證研究曾指出「大多數的參加人較少行使解除契約之權利，反而常運用終止契約權利・・・造成多層次傳銷事業的高度不確定性」，影響多層次傳銷事業經營不可不謂不大（陳得發，2001，頁 61-63）。若使多層次傳銷事業並未變質，且未有其他程序規範的違反，對於如此事業以如此大幅超出消費者保護法程度之規範，保障消費者權利，限制事業之權利與自由，其法理基礎何在？與消費者保護法上開規範間，如何調和？對於合法事業加諸如此沈重負擔，卻未於立法理由中有任何說明，似有不當之處。

6 無論如何，既然已經立法成爲條文，就僅能接受此一事實，惟於解釋本條

規定時，就必須著重於此非常態的立法過程及結果，於平衡多層次傳銷事業與參加人二者之權利義務下、兼顧本法多層次傳銷規範與消費者保護法二者間規範之調和，對本條規定作適當的限縮解釋。切忌過度擴充其適用對象與範圍，不當侵害合法事業之權利。此外，本條第 2 項規定在契約終止權利的行使上，對於所有參加人不論其終止期日係爲加入後 3 個月、抑或是 2 年、3 年，均要求多層次傳銷事業對其現尚持有之商品，負有 90%的買回義務，此種立法方式，是否妥當，未來似亦有檢討的必要。

貳、要件之分析

一、契約終止權─第 1 項

（一）契約解除 vs.契約終止

7 本項規定在契約關係之結束上，所使用的用語爲「終止契約」，若就此以觀，則本項當係有關契約終止之規定。對此忠實於法條文言之文義解釋，亦可能有以下反駁論述。契約關係之終止，多是發生繼續性或持續性契約中的契約關係中斷，令其自往後發生效力，終止前因契約所生之債權債務關係不受影響。惟本項規定將本項權利與第 23 條之 1 第 1 項結合在一起，強調縱使於「前條第一項解約權期間經過後」，仍得行使本項規定之權利。其所欲言者，當係指本項所規定之權利內容，基本上與第 23 條之 1 第 1 項相同，僅是於退回商品、取回價金時，會遭受被扣除 10%價金的不利益。亦因此故，本法第 23 條之 1 無條件解約權所享有之法律效果，本條第 2 項、第 23 條之 3 等規定，亦同樣賦予給本項的終止契約權，甚至當本條規定欠缺類似第 23 條之 1 第 4 項規定，而使得多層次傳銷事業無法律明文根據可扣除運費時（參照第 23 條之 1 邊碼 **18**），本項終止權的保障內容竟較第 23 條之 1 解除權還高。職是，本項規定賦予參加人之權利，不僅與終止契約係往後發生效力、對過去有效的法律行爲不生影響之法理有違，且從上述各項實質的權利保護內容來看，實際上亦趨近於解除契約之規範，僅是參加人無法請求價金等之全部返還，而只能要求 90%的返還權，故而

乃係一種有條件的解約權。

8 然而，上述將本項規定解釋爲契約解除權規範者，不僅與本項規定文言「終止契約」之清楚記載有違，且亦故意忽略本條第 2 項規定「多層次傳銷事業應以參加人原購價格百分之九十買回參加人所持有之商品」之買回義務，與解除契約時互負回復原狀義務間之差別。多層次傳銷事業於參加人依據本項規定終止契約時，原本並無對參加人負回復原狀之義務，惟立法者於政策判斷下，認爲若欲徹底發揮前述契約終止之規範功能（參照本條邊碼 **4**），實有課予傳銷事業特別義務之必要，從而乃有本條第 2 項規定之設，並於本法第 23 條之 3 免除契約終止之人，違約金和損害賠償等責任。職是，本項規定之權利，仍應依其明文規定，解釋爲契約終止之權利，至於本條第 2 項、第 23 條之 3 等參加人所特別享有之權利，則非契約解除所生之當然效力，而係立法者基於立法政策所創設者。

（二）「前條第一項解約權期間經過後」

9 若依照本條邊碼 7 之見解，將本項規定權利解釋爲有條件解約權者之立場，本項中「前條第一項解約權」等文言，具有相當重要的指標意義。貫徹此等論者之見解，由於本項規定認爲其權利之發生，乃在於「前條第一項解約權」期間經過後，以此方式將本項權利與第 23 條之 1 第 1 項權利緊緊相扣，規範目的當係指參加人因本項規定所可隨時解除契約、返還商品者，亦與第 23 條之 1 內容相同。申言之，參加人依據第 23 條之 1 第 2 項規定所可返還之商品，毫無疑問地，係指其爲加入多層次傳銷而購入之商品，此由該項規定強調「商品之進貨價金」可以得知。若此，則參加人依本項規定解除契約，並依本條第 2 項規定得返還之商品，應僅限於參加人原始爲加入多層次傳銷組織而購入之商品。若參加人因該當商品之用罄或其他因素，之後再向多層次傳銷事業購買其他商品，則後者之商品就無本項規定的適用。蓋公平法之所以經由第 23 條之 1 至第 23 條之 3，給予參加人高於一般消費者之消費行爲的保護，乃係鑑於多層次傳銷事業可能利用各種傳銷手法，針對參加人之弱點與僥倖心態，使其於不堪其

擾及衝動下，作出加入的決定。爲使參加人在事後可以冷靜下來，重新思考其加入決定的妥當性，公平法不僅賦予其第 23 條之 1 第 1 項的無條件猶豫期間，並在大幅高於消費者保護法之保護程度的思考下，對超過上開 14 日的冷卻、猶豫期間，仍無法有效檢討、好好思考之參加人，再於本條規定中賦予其有條件的猶豫期間。如此高度的保護程度，其規範之合理性基礎，乃在於保護對相關商品或服務不甚熟稔即作出衝動性購買決定的消費者或參加人。若使參加人於第一次購買行動後，又繼續作出第二次、第三次・・・的購買決定，則實難能謂有繼續保護之必要。本項規定之所以緊密結合「前條第一項解約權」文言，其立意當在於此。

10 然而，如同本條邊碼 8 之敘述，多層次傳銷事業因參加人根據本項規定終止契約而負擔之各種特別義務，並非依據契約終止法理而來，而係立法者因政策判斷所創設、課予傳銷事業者。於此認識下，本項規定「前條第一項解約權」之文言，僅是單純地闡明本項契約終止權利之發生時點，至於契約終止所生之各種效力，則悉依賴本條第 2 項與第 23 條之 3 二者之規範。

（三）終止契約之要式性

11 本項規定在要求參加人應以「書面終止契約」的要式行爲要求上，與第 23 條之 1 第 1 項相同。職是，於多層次傳銷事業同意的前提下，解釋上本項規定所要求之「書面」，得以電子文件方式爲之（參照第 23 條之 1 邊碼 **8**）。相對於第 23 條之 1 第 1 項規定「以書面通知」解除契約，本項規定並無「通知」字眼，雖然如此，解釋上無爲不同解釋之必要。只是，既然所欲規範之行爲、內容相同，爲何用語間要有如此差異，未來或可思考修正令二者文言儘量趨近。

二、退貨處理期限、買回商品及扣除─第 2 項

12 依據本項規定，多層次傳銷事業應於第 1 項（1）「終止契約」後 30 日內、（2）以原價格 90％買回參加人現尚持有之商品、（3）但得扣除獎金或商品減損等之費用。

（一）「終止契約」後 30 日內

13 所謂「終止契約」後 30 日內，乃係指終止契約之書面達到多層次傳銷事業之翌日起算 30 日。其解釋與第 23 條之 1 第 2 項相同，參照該條邊碼 9、11。

（二）原價格 90%買回

14 相對於第 23 條之 1 第 2 項規定多層次傳銷事業必須返還予參加人者，涵蓋「所有商品之進貨價金及其他加入時給付之費用」，本項規定僅對多層次傳銷事業要求其「應以參加人原購價格百分之九十買回參加人所持有之商品」。依此文義解釋，其他參加人為加入所繳付之入會費、講習費、研修費等，就不屬本項規定所要求之返還價金內了。因此，當參加人依照本項規定終止契約，多層次傳銷事業只要以參加入原購買價格的 90%，買回參加人現在尚持有之剩餘商品即可，無須返還其他入會費、講習費、研修費等為參加而給付之費用。

（三）獎金、報酬或商品毀損等費用之扣除

15 多層次傳銷事業依本項但書規定得自買回價金中扣除之費用，包括（1）因「該項交易」對參加人給付之獎金或報酬以及（2）因商品滅失或毀損而減少之商品價值二者。

1.「該項交易」

16 本項但書在有關獎金或報酬之規範上，強調「因該項交易」對參加人給付之獎金或報酬，用語上類似於第 23 條之 1 第 3 項所規定之「因該進貨」而對參加人給付之獎金或報酬。只是，由於第 23 條之 1 所規定者乃係契約解除之問題，從而其第 3 項之「因該進貨」所指者，乃是參加人初次為成為多層次傳銷之參加人，並因此取得介紹他人、推廣、銷售等權利而購入之商品；相對於此，鑑於本條規定其法律性質被定位於契約終止，從而其所謂「因該項交易」就難能謂為是參加人初次成為多層次傳銷之參加人而購入之商品，而是造成參加人現時手中尚持有商品之該當交易。職是，雖有解釋認為「該項交易」係泛指參加人加入期間中，與傳銷事業間所為之所有交易，惟不僅從文義解釋上，「該項交易」即具有特定性，而非泛指所有交易，且因本項規定之法定買回義務，乃係

立法者基於消費者保護的立法政策，而課予多層次傳銷事業之特別義務，從而若將「該項交易」解釋爲參加人與傳銷事業間之所有交易，參加人因終止契約將被扣除之獎金、報酬，將會及於與傳銷事業買回之商品無關的交易，造成參加人選擇退出傳銷組織之阻礙，違反本條規定整體之立法意旨。

2.獎金或報酬

17 依據本項規定所得扣除之獎金、報酬，僅限於參加人因其本身之商品購入行爲而自傳銷事業處取得者，不包括參加人因其推廣或銷售行爲所得之獎金等經濟利益（參照第 23 條之 1 邊碼 **14**）。惟須注意者，得扣除之獎金、報酬等的計算，應配合前項「因該項交易」所得之獎金或報酬。鑑於多層次傳銷獎金、報酬等之發放，多係因交易金額的增加，而於各階段中成累進式的增加，針對此一特性則當多層次傳銷事業買回之商品，不滿參加人最後一次購入之商品數量時，得扣除之獎金、報酬等的計算應以最後一次購入所發放之獎金、報酬爲計算基準，而若傳銷事業買回之商品量，超過最後一次購入數量時，對於超過之數量則以倒數第 2 次所發放之獎金、報酬爲扣除額之計算基準，以此類推。

3.因商品滅失或毀損而減少之商品價值

18 除上述「因該項交易」而生之獎金或報酬可爲扣除之項目外，本項規定雖於用語上不盡相同，但立意上亦與第 23 條之 1 第 3 項規定一樣，容許多層次傳銷事業於商品有滅失或毀損時，得就該滅失或毀損所減少之商品價值，進行扣除。惟須注意者，與第 23 條之 1 第 3 項規定不同，本項規定並未將商品滅失或毀損限於「可歸責於參加人之事由」（參照第 23 條之 1 邊碼 16），而係回歸到民法第 259 條第 6 款之一般規定，當商品已移轉至參加人控制下，縱使非因可歸責於參加人之事由，而係因第三人或不可抗力因素導致商品毀損或滅失，參加人必須就此危險加以承擔，多層次傳銷事業可就此部分之價值減損，予以扣除。

19 當本條規定因被定位爲消費者保護上的例外規範，從而其保護程度似比第 23 條之 1 爲低，而對多層次傳銷事業較爲有利。若此，則當第 23 條之 1 於其第 4 項規定，在多層次傳銷事業可得扣除之項目上，尚包括「取回該商品所需運費」

時，本條並未有類似的明文規定，結果可能導致多層次傳銷事業無法就此運費進行扣除。若此，則多層次傳銷事業可能在其契約中規定，參加人於行使本條規定之權利時，必須自行送回商品，以避免運費之負擔。對參加人而言，此種作法實屬不便。觀諸立法審議過程，並未見立法者有意於本條規定中，對多層次傳銷事業加諸較第 23 條之 1 更重的義務，若此則舉重以明輕，當參加人商品係由傳銷事業取回時，傳銷事業自應可就其為此所支出之運費，進行扣除。本條對此未有規定，當係立法疏忽所致，而非立法者認多層次傳銷事業無此扣除權利，未來或有必要追加類似第 23 條之 1 第 4 項規定，令多層次傳銷事業與參加人二者，有更多的選擇空間決定其商品退回方式。

20 無論如何，本項規定所稱之「參加人」，係指終止契約之當事人，不及於其他參加人（公平法施行細則第 29 條）。

第二十三條之三　契約解除與終止之效果

現行條文

「參加人依前二條行使解除權或終止權時，多層次傳銷事業不得向參加人請求因該契約解除或終止所受之損害賠償或違約金。

前二條關於商品之規定，於提供勞務者準用之。」

參考文獻

立法院秘書處（1992），《法律案專輯第一百三十二輯─公平交易法案》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；陳得發（2001），《行政院公平交易委員會九十年度合作研究報告─參加人解除契約或終止契約退貨之權利保障對多層次傳銷管理之必要性研究》；賴源河編審（2002），《公平交易法新論》；何之邁（2002），《公平交易法實論（修訂版）》；劉孔中（2003），《公平交易法》；行政院公平交易委員會（2003），《公平交易法修法沿革彙編（一）（二）》；行政院公平交易委員會（2004），《認識公平交易法（增訂第十版）》。

第二十三條之三　契約解除與終止之效果

壹、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

二、規範功能與定位

貳、要件之分析

一、違約金與損害賠償責任之免除─第 1 項

二、契約解除權和終止權規範於服務之準用─第 2 項

壹、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

1 1991 年 2 月 4 日公布、1992 年 2 月 4 日施行之原始公平法條文中，並無本條規定，惟於依當時第 23 條第 2 項授權規定訂定、1992 年 2 月 28 日發布之「多層次傳銷管理辦法」中，第 5 條第 1 項第 6 款規定：「參加人依第一款及第四款行使解除權或終止權時，多層次傳銷事業不得向參加人請求因該契約解除或終止所受之損害賠償或違約金。」其規定內容，與本條第 1 項規定內容實質上相同。因此，縱使於 1999 年 2 月 3 日公平法部分條文修正公布前，多層次傳銷之參加人實質上已享有本條規定的損害賠償或違約金責任免除之利益。

2 原本，1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正，行政部門最初所提出之法律修正草案中，並未包括第 23 條之修正案，惟於草案審議過程中，不少立法委員針對第 23 條規定提出修正草案，其後經修正、通過立法審議，而爲現行法條文（公平會，2004（二），頁 97 以下）。爲何有本條規定之設，立法者完全未予說明。從立法審議過程中，立法機關引司法院大法官會議釋字第 313 號解釋爲本法第 23 條之 4 修正之依據（參照第 23 條之 1 邊碼 2），或可推論，跳脫一般民法有關契約解除或終止之規範，強加多層次傳銷事業不得依據民法請求損害賠償或違約金之義務，對照上述大法官會議解釋之精神，或亦有以法律位階規範之必要，故而乃有本條規定之設。

二、規範功能與定位

3 當公平法多層次傳銷規範基於保護消費者之觀點，而於第 23 條之 1、第 23 條之 2 賦予參加人無條件解約權及契約終止權後，爲確實促使上述權利能夠落實，鼓勵參加人行使該等權利，乃有必要令參加人毋庸顧慮因必需支付契約解除或終止所生之損害賠償或違約金，自由選擇是否繼續留在或退出多層次傳銷組織。職是，本條第 1 項規定免除參加人因退出多層次傳銷而負擔損害賠償或違約金之義務，其立法意旨乃在於促使第 23 條之 1、第 23 條之 2 之權利能夠確

切落實、實現。若無本條規定免除此等義務或責任，參加人將於必須支付有時可能是高額的損害賠償或違約金的考慮下，放棄契約解除或終止權利之行使，結果導致相關規定可能淪爲徒有其文，而無其實。從而，第 23 條之 1、第 23 條之 2 二條規定，只有在本條第 1 項規定的配合下，其存在意義與價值方能受到確認。

4 此外，由於多層次傳銷事業所欲推廣或銷售者，不僅限於商品，亦當然及於服務，若僅有商品始有上開契約解除或終止權利之存在，則將因所推廣或銷售之客體係屬商品、抑或服務，而於縱使隸屬同一多層次傳銷組織，參加人間亦可能因其所推廣或銷售客體之不同，而於法律上受到不同之待遇。爲避免此類不當的差別待遇，本條第 2 項乃明文規定，第 23 條之 1、第 23 條之 2 等二條有關商品契約解除和終止之規定，於服務之情形亦準用之。惟須注意者，由於本條第 2 項規定所準用者，僅限於第 23 條之 1、第 23 條之 2，而未準用到本條第 1 項規定，如果僅單純依照文義解釋，可能導致因無本條第 1 項損害賠償或違約金免除的適用，使得有關服務之多層次傳銷參加人其解約或終止權流於形式（參照本條邊碼 7）。

貳、要件之分析

一、違約金與損害賠償責任之免除—第 1 項

5 一般契約爲督促當事人確實依約履行義務，多於契約中訂有違約金條款（民法第 250 條），或於一方當事人因故解除契約時，雙方當事人除互負回復原狀之義務外，因契約解除而受有損害之人，並得請求損害賠償（民法第 260 條）。惟本項規定鑑於多層次傳銷之參加人時而可能因不堪其擾或一時衝動而作出衝動性的加入決定（參照第 23 條之 1 邊碼 **5**），除於本法第 23 條之 1、第 23 條之 2 賦予參加人契約解除和終止權外，並於本項規定，對於參加人上述權利之行使，多層次傳銷事業不得請求任何違約金或損害賠償。因此，不僅是事後的違約金或損害賠償之請求，不得爲之，縱使於加入契約中訂有類似條款，該等條款亦

將因違反本項規定及多層次傳銷管理辦法第 13 條規定而無效。也唯有在配合本項規定免除參加人損害賠償及違約金責任之前提下，參加人方能無後顧之憂，行使第 23 條之 1、第 23 條之 2 之解約和終止權，充實該二條規定之規範實效性，甚而所謂的無條件解約權之所以可稱爲「無條件」，乃係因爲有本項規定之配套，方有以致之。

二、契約解除權和終止權規範於服務之準用─第 2 項

6 依據本項規定文言，本法第 23 條之 1、第 23 條之 2 所賦予參加人之契約解除權和終止權，得準用於勞務之情形。當然，商品因其有體之性質，故有毀損、滅失等問題（第 23 條之 1 第 3 項、第 23 條之 2 第 2 項但書），服務或勞務則無此一問題。因此，於將有關商品之規定準用於服務時，就必須針對服務的無體性特徵，作適度的轉換。若此，則相當於商品的毀損或滅失者，於服務之情形，當係指參加人曾利用過多層次傳銷事業所提供之服務，導致其原始購入之服務總消費量有所減少，故僅得就尚未利用或消費之剩餘服務價值，依第 23 條之 1、第 23 條之 2 等規定之計算，請求相關價金之返還。此外，當吾人提議未來第 23 條之 1 第 1 項規定期間之起算日，或有必要以參加人實際受領商品日爲基準日時（參照第 23 條之 1 邊碼 7），於多層次傳銷事業所提供者係爲服務時，似亦有必要配合修正，令該當期間之起算以參加人第一次接受服務之日作爲基準日。

7 本項規定最大之問題點在於，其僅謂「前二條」關於商品之規定，準用於服務提供之情形。依據此一文義解釋可能導致誤解，以爲若多層次傳銷事業所提供者係屬服務，則其參加人雖可以本法第 23 條之 1、第 23 條之 2 等規定解除和終止契約，但因本項規定並未準用於本條第 1 項規定，從而將無法享有損害賠償及違約金等責任的免除，其保護顯然較 1999 年 2 月 3 日修法前，服務之提供亦享有本條第 1 項免責爲低（參照本條邊碼 1）。而且，如同前述（參照本條邊碼 **5**），本法第 23 條之 1、第 23 條之 2 等解除權和終止權規定，若無本條第 1 項免責規定之配套，勢將無法落實其規範實效性。從立法審議過程中，立法者於本條規定之制定時，所強調者僅是將原先多層次傳銷管理辦法之權利，提升

至法律位階，並無削減其權利內容或程度之意。若此，則無論是從本法有關多層次傳銷之整體規範體系、其規範實效性，抑或是從立法過程等觀點來看，服務都不應排除於本條第 1 項規定之免責對象外，本項規定所遭致易引起誤認或誤解之文言，未來當有修正本條爲「前二條及前項關於商品之規定，於提供勞務者準用之」，或是另列一條謂「前三條關於商品之規定，於提供勞務者準用之。」

第二十三條之四　多層次傳銷管理辦法

現行條文（2002 年 2 月 6 日公布）

「有關多層次傳銷事業之報備、業務檢查、財務報表應經會計師簽證並對外揭露、對參加人應告知之事項、參加契約內容、參加人權益保障、重大影響參加人權益之禁止行為及對參加人之管理義務等相關事項之辦法，由中央主管機關定之。」

修正前條文（1999 年 2 月 3 日公布）

「有關多層次傳銷事業之報備、業務檢查、及對參加人之告知、參加契約內容及與參加人權益保障等相關事項，除本法規定外，由中央主管機關訂定辦法管理之。」

修正前條文（1991 年 2 月 4 日公布）

第 23 條第 2 項

「多層次傳銷之管理辦法，由中央主管機關定之。」

參考文獻

立法院秘書處（1992），《法律案專輯第一百三十二輯─公平交易法案》；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；陳得發（2001），《行政院公平交易委員會九十年度合作研究報告─參加人解除契約或終止契約退貨之權利保障對多層次傳銷管理之必要性研究》；賴源河編審（2002），《公平交易法新論》；何之邁

（2002），《公平交易法實論（修訂版）》；劉孔中（2003），《公平交易法》；行政院公平交易委員會（2003），《公平交易法修法沿革彙編（一）（二）》；行政院公平交易委員會（2004），《認識公平交易法（增訂第十版）》。

第二十三條之四　多層次傳銷管理辦法

壹、立法沿革與規範定位

一、立法沿革

二、規範功能與定位

貳、要件之分析

一、多層次傳銷事業之報備義務及其內容之公告

二、財務報表之簽證及對外揭露

三、對參加人應告知之事項

四、參加契約之締結與內容（含參加人權益保障）

五、重大影響參加人權益之禁止

六、對參加人之管理

七、業務檢查

壹、 立法沿革與規範定位

一、立法沿革

1 1991 年 2 月 4 日公布、1992 年 2 月 4 日施行之原始公平法條中，第 23 條第 2 項規定：「多層次傳銷之管理辦法，由中央主管機關定之。」依此規定，公平會遂於 1992 年 2 月 28 日公布「多層次傳銷管理辦法」（參照本書附件 2）。於此幾近空白授權的規範方式下，當時規範於多層次傳銷管理辦法第 5 條規定中，相當於現行法第 23 條之 1 至第 23 條之 3 等三條對多層次傳銷事業之自由與財產，帶來重大限制與衝擊的條文，乃能因當時第 23 條第 2 項規定，得以正當化。同樣地，該辦法第 7 條諸多限制多層次傳銷權利、加諸義務的實體禁止規定，

亦因此而能正當化。

2 原本，1999 年 2 月 3 日公布之公平法部分條文修正，行政部門最初所提出之法律修正草案中，並無修正上開規範方式之構想。惟於草案審議過程中，立法機關在所謂「授權行政立法予以明確化」之觀點下，將原先規定於第 23 條第 2 項中之條文，大幅修改其文言內容爲：「有關多層次傳銷事業之報備、業務檢查、及對參加人之告知、參加契約內容及與參加人權益保障等相關事項，除本法規定外，由中央主管機關訂定辦法管理之。」其時，立法機關所引以爲據者，乃是司法院大法官會議釋字第 313 號解釋：「對人民違反行政法上之行爲科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令爲補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後具以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」（公平會，2004（二），頁 97）無論如何，基於此一授權規定，公平會於 1999 年 6 月 18 日，公布新的多層次傳銷管理辦法。

3 其後，於 2002 年 2 月 6 日公布的公平法部分條文修正中，公平會以下列二點理由，對本條規定再次進行修正：（1）法律授權以法規命令限制人民之權利或課人民以義務或規定其他重要事項者，其授權之目的、內容及範圍應具體明確，冀免違反法律保留原則，司法院釋字第 313 號、第 367 號、第 380 號、第 390 號、第 394 號等解釋，可資參照。（2）現行多層次傳銷管理辦法有關多層次傳銷事業「財務報表應經會計師簽證並對外揭露」之義務、對參加人重大影響權益之「禁止行爲」及對參加人之管理義務等相關規定，均係限制傳銷事業之權利或課予義務，或令其對參加人權益保障之重要事項，宜有法律明確之授權，爰予增列，以符法律保留原則。申言之，在所謂「重大性」、「授權明確」等行政程序基本理念下，公平會從事上開修正，其結果即爲現行法之條文。之後，依據該條規定之授權，公平會分別於 2002 年 4 月 20 日、2003 年 11 月 26 日修正原先的管理辦法，並公布之。

二、規範功能與定位

4 多層次傳銷由於其蔓延性、傳染性等特性，而能於短期間內招募大量的參加人加入其組織，此際一旦其組織經營不善，即可能導致參加人受害，重者引發嚴重的社會問題。此外，多層次傳銷手法層出不窮，隨著不同時期而有不同形式的發展與變化，於法律本文中予以規範，不僅因爲法律文言時而難以窮盡所有多層次傳銷類型，並可能因爲新形態、新手法的傳銷類型之發生，而無法就其各自之特徵，予以有效的規範。有鑑於此，本法除於第 23 條至第 23 條之 3 嚴格禁止不正當多層次傳銷、賦予參加人無條件退出多層次傳銷組織與契約終止等權利外，並進而於本條規定授權主管機關公平會，訂定多層次傳銷管理辦法，於謀求多層次傳銷事業管理之同時，亦希冀主管機關能配合情勢發展，適時因應新的規範需求，修正管理辦法，促進多層次傳銷規範之實效性。

5 從 2002 年 2 月 6 日修正公布之法律，於本條規定原有之授權事項外，再增加「財務報表應經會計師簽證並對外揭露」、「重大影響參加人權益之禁止行爲」以及「對參加人之管理義務」等事項來看，本條所授權者已不僅停留於多層次傳銷之「管理」問題，且係進一步可對於多層次傳銷事業的特定實體行爲，予以禁止（參照多層次傳銷管理辦法第 17 條至第 20 條）。此等規範實質上已趨近於第 23 條之禁止規定，而非單純的事業管理。若此，則本條規定及依其所訂定之多層次傳銷管理辦法，規範功能就非僅是有關多層次傳銷事業或組織的手續性或程序性規範，而係進一步具有實體規範功能之地位。由於本條規定所具上述功能與定位，並因其涵蓋範圍廣泛之故，歷年來公平會實務運作有關多層次傳銷之處分，絕大多數都發生於違反依據本條所頒布之管理辦法規定。有關多層次傳銷管理辦法之違反行爲類型及其件數統計，參照第 23 條註釋表二、表三。

貳、要件之分析

6 依據本條規定，多層次傳銷管理辦法中之規範事項大致可以分爲下列 7 項：（1）傳銷事業之報備、（2）財務報表之簽證及對外揭露、（3）對參加人應告知

之事項、（4）參加契約之締結與內容（含參加人權益保障）、（5）重大影響參加人權益之禁止、（6）對參加人之管理、（7）業務檢查。有關本條規定內容與多層次傳銷管理辦法規範內容之對照表，參照表一。

一、多層次傳銷事業之報備義務及其內容之公告

7 依據多層次傳銷管理辦法（以下簡稱「管理辦法」）第 5 條第 1 項規定，多層次傳銷事業應以書面備齊及據實載明該項各款所定文件及事項，於實施傳銷行為前，向公平會報備。於此必須注意者，此一提出書面行為，其法律性質僅停留於「報備」，而非「許可」或「准許」性質。上述書面資料若不齊全或公平會認有必要時，得命多層次傳銷事業於一定期限內進行補正或補充相關資料（管理辦法第 6 條）。當此等書面資料已經備齊時，公平會應依管理辦法第 9 條第 1 項規定，將該事業名稱列載於報備名單，此一名單及其重要動態資訊，並應由公平會於其公報、電腦網站或其他足使大眾周知之方式，公布之（管理辦法第 9 條第 2、3 項）。依據上述規定所提報之資料如欲變更時，多層次傳銷事業原則上應於實施前報備（管理辦法第 7 條第 1 項，惟應注意同項但書及同條第 2 項規定），同樣地，傳銷事業如欲停止其傳銷行為時，亦應於停止前向公平會報備（管理辦法第 8 條）。

二、財務報表之簽證及對外揭露

8 依據管理辦法第 15 條第 1 項規定，多層次傳銷事業之財務報表應經會計師簽證，並將其中之資產負債表及損益表備置於其主要營業所，此一義務於傳銷事業停止其傳銷行為起 2 個月內仍有適用餘地（管理辦法第 15 條第 3 項）。鑑於最近現金流量表於瞭解企業經營成果和現狀中，所扮演之角色愈來愈形重要，未來或有必要將現金流量表亦列為應備置的財務報表之一。無論如何，加入多層次傳銷已逾 1 年，且於前 1 年內自多層次傳銷事業應獲佣金、獎金或其他經濟利益之參加人，得向傳銷事業請求查閱經會計師簽證之財務報表，傳銷事業非有正當理由，不得拒絕參加人此一查閱之請求（管理辦法第 15 條第 2 項）。

三、對參加人應告知之事項

9 根據管理辦法第 11 條第 1 項規定，多層次傳銷事業對於有意加入其多層次傳銷組織者，應事先告知該項各款所定事項，且不得有隱瞞、虛僞不實或引人錯誤之表示，此等告知事項包含公平法第 23 條之 1 至第 23 條之 3 等規定之內容。上開告知義務於多層次傳銷參加人介紹他人加入時，亦適用之（管理辦法第 11 條第 2 項）。類似於管理辦法第 11 條規定之告知義務者，亦可見於管理辦法第 19 條，該條規定要求多層次傳銷事業以廣告或其他大眾可得知之方法進行招募時，應對應募人表明其係多層次傳銷組織和行爲，不得以招募員工或假借其他名義爲之；此一義務於參加人從事招募時，亦適用之（管理辦法第 19 條第 2 項）。

四、參加契約之締結與內容（含參加人權益保障）

10 依據管理辦法第 12 條第 1 項規定，多層次傳銷事業應以書面方式與參加人締結參加契約，契約除應包括管理辦法第 11 條第 1 項第 2 款至第 8 款、公平法第 23 條之 1 至第 23 條之 3（管理辦法第 13 條）等規定之內容外，根據管理辦法第 14 條規定，若多層次傳銷事業未來將以參加人違反規章、計畫或其他可歸責於參加人之事項而解除或終止契約者，對於該參加人提出退貨之處理方式，亦應於契約中記載清楚。此外，第十八條有關參加人之違約事由，亦應明訂於契約之中，再者根據管理辦法第 16 條第 1 項規定，當欲加入多層次傳銷組織者，係爲未成年之人時，傳銷事業除應事先取得其法定代理人之同意外，並應將此一書面同意附於參加契約書中。不論如何，上述所有書面契約和同意，都不得以電子文件替代之（管理辦法第 12 條第 2 項、第 16 條第 2 項）。編碼 10

五、重大影響參加人權益之禁止

11 依據管理辦法第 17 條規定，多層次傳銷事業及其參加人，不得有同條第 1 項之各款行爲：（1）以訓練、講習、聯誼、開會或其他類似之名義，要求參加人繳納與成本顯不相當之費用。（2）要求參加人繳納或承擔顯屬不當之保證金、違約金或其他負擔。（3）要求參加人購買商品之數量顯非一般人短期內所能售

罄。但約定於商品轉售後始支付貨款者，不在此限。（4）於解除或終止契約時不當扣發參加人應得之佣金、獎金或其他經濟利益。（5）約定參加人再給付與成本顯不相當之訓練費用或顯屬不當之其他代價，始給予更高之利益。（6）以違背其傳銷組織或計畫之方式，對特定人給予優惠待遇，足以減損其他參加人可獲得之佣金、獎金或其他經濟利益。（7）以不當方式阻撓參加人辦理解除契約、終止契約退出退貨。（8）要求參加人負擔顯失公平之義務。此等行爲，或對參加人帶來重大的經濟負擔，或對其有明顯的不公平對待，不論何者皆重大影響參加人之權益，有鑑於此，管理辦法乃於本條規定中就此類行爲，嚴格禁止其實施。此外，管理辦法第 20 條亦規定，當多層次傳銷事業或其參加人以聲稱成功案例之方式推廣、銷售商品或勞務及介紹他人加入時，就該等案例進行期間、獲得利益及發展歷程等事實作示範者，應具體說明，不得有虛僞不實或引人錯誤之表示。

六、對參加人之管理

12 由於多層次傳銷事業經常以優渥的佣金、獎金等經濟利益之設計，促使其參加人介紹他人加入或積極推廣、銷售商品和服務，參加人爲大量獲得此等經濟利益，有時可能會利用不正當手段進行勸誘和銷售，其結果不僅可能於原參加人間引發不公平的競爭手法，亦有損受此類不正當勸誘而加入之人的權益，甚而引發後續的解約紛擾等問題。爲避免參加人可能爲上述不正當勸誘、推廣、銷售等行爲，管理辦法除於第 11 條第 2 項、第 17 條第 2 項、第 19 條第 2 項等規定，要求參加人應與傳銷事業負有同樣之告知義務與不得爲之行爲類型外，並於第 18 條規定，多層次傳銷事業爲規範其參加人從事與多層次傳銷有關之行爲，應將下列事項列爲參加人違約事由，訂定處理方式並確實執行，包括：（1）以欺罔或引人錯誤之方式推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加傳銷組織。（2）假借多層次傳銷事業之名義或組織向他人募集資金。（3）以違背公共秩序或善良風俗之方式從事傳銷活動。（4）以不當之直接訪問買賣影響市場交易秩序或造成消費者重大損失。（5）從事違反刑法或其他工商管理法令之傳銷活動。此

外，爲徹底促使參加人瞭解其加入後之權利義務內容與應嚴守之規範，管理辦法於第 21 條規定要求，多層次傳銷事業應於參加人加入傳銷組織後，對其施予適當的教育訓練。

七、業務檢查

13 最後，爲令主管機關得依其職權隨時或針對有可能發生弊端之多層次傳銷事業，檢查其業務內容，以收預防之效，期能事前防止紛爭發生，管理辦法第 22 條規定，多層次傳銷事業應以 5 年爲期，保存同條第 1 項各款規定之資料，並備置於其主要營業所。此等資料之記載可以書面方式，亦可藉由電子儲存媒體之方式保存之。此 5 年間的資料保存義務，於多層次傳銷行爲停止時，亦適用之。對於此類資料，公平會得隨時派員檢查或命事業提出，事業不得有任何妨礙、拒絕或規避之情事（管理辦法第 23 條）。

表一：公平交易法第 23 條之 4 授權多層次傳銷管理辦法規定事項

項次	公平交易法第 23 條之 4 授權事項	多層次傳銷管理辦法之條號
一	報備	第 5 條　開始實施傳銷行爲之報備 第 6 條　報備之補正或補充 第 7 條　變更報備 第 8 條　停止實施傳銷行爲之報備 第 9 條　報備名單及重要動態資訊之公告
二	業務檢查	第 22 條　記載及備置傳銷經營資料 第 23 條　接受檢查及定期提供資料之義務
三	財務報表應經會計師簽證並對外揭露	第 15 條　財務報表之揭露

四	對參加人應告知之事項	第 11 條　應告知參加人之事項 第 19 條　明示從事傳銷行爲之義務
五	參加契約之締結與內容（含參加人權益保障）	第 12 條　參加契約之締結 第 13 條　退出條件與相關權利義務 第 14 條　可歸責參加人事由下之退貨　處理 第 16 條　招募未成年參加人之要式規定 第 18 條　特定違約事由及其處理
六	重大影響參加人權益之禁止行爲	第 17 條　禁止行爲 第 20 條　宣稱案例之說明義務
七	對參加人之管理義務	第 18 條　特定參加人違約事由及其處理 第 21 條　參加人之教育訓練

第二十四條　其他欺罔或顯失公平之行爲

現行條文（1991 年 2 月 4 日公布）

「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」

參考文獻

翁岳生（1979），〈論「不確定法律概念」與行政裁量之關係〉，《行政法與現代法治國家》，頁 37-71；廖義男（1983），〈西德營業競爭法〉，《台大法學論叢》，第 13 卷第 1 期，頁 89-131；徐火明（1984），〈論不當競爭防止法及其在我國之法典化（一）〉，《中興法學》，第 20 期，頁 369-400；徐火明（1985），〈論不當競爭防止法及其在我國之法典化（二）〉，《中興法學》，第 21 期，頁 303-369；林騰鷂（1990），《美國聯邦交易委員會之研究》；劉紹樑（1991），〈從意識型態及執行實務看公平交易法〉，《政大法學評論》，第 44 期，頁 9-52；廖義男（1992），〈公平交易法之立法目的與保護之法益─第一條之詮釋〉，《公平交易季刊》，創刊號，頁 1-10；湯明輝（1992），《公平交易法研析》；范建得（1992），〈論公平交易法對矇混行爲及商標濫權之管制─商品標識使用人之得與失〉，《公平交易季刊》，創刊號，頁 75-100；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》；王海南、吳綺雲、劉孔中、蕭文生（1993），〈公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行爲執行標準之研究〉，《公平會 82 年度委託研究計畫》；翁岳生（1993），〈不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定〉，《法令月刊》，第 44 卷第 11 期，頁 3-7；劉孔中、蕭文生（1994），〈公平交易法第二十四條相關問題研究〉，《公平會 83 年委託研究計畫》；劉孔中（1994a），〈公平交易法第二十四條之研

究〉,《公平交易季刊》,第 2 卷第 3 期,頁 1-30;劉孔中(1994b),〈公平交易法第二十四條相關問題研究〉,《公平會 83 年委託研究計畫》;胡明華,〈公平交易法上欺罔行爲之研究〉,《東海大學法律研究所碩士論文》;吳翠鳳、劉久瑛(1994),〈比較廣告適法性之研析〉,《公平交易季刊》,第 2 卷第 4 期,頁 129-135;劉孔中(1995a),〈美國聯邦交易委員會法第五條之研究〉,《人文及社會科學集刊》,第 7 卷第 1 期,頁 159-190; 劉孔中(1995b),〈公平交易法與消費者保護法之比較研究〉,《人文及社會科學集刊》,7 卷 2 期,頁 1-19;劉孔中(1995c),〈事業以比較廣告從事競爭之界限〉,《公平交易季刊》,第 3 卷 3 期,頁 1-17;謝銘洋(1995),〈智慧財產權與公平交易法之關係—以專利權爲中心〉,《台大法學論叢》,第 24 卷 2 期,頁 495-584;廖義男(1995),《公平交易法之理論與立法》;廖義男(1996),〈專利權人發函警告其競爭對手及競爭者之交易相對人應注意及尊重其專利權—兼評行政院公平交易委員會 85 公處字第 047 號處分〉,《月旦法學雜誌》,第 14 期,頁 104-113;劉孔中(1996),〈論公平交易委員會之行業導正〉,《公平交易季刊》,第 4 卷第 4 期,頁 1-13;梁哲瑋(1996),〈公平交易法第二十四條對定型化契約之監控與公平交易委員會之行業導正〉,《公平交易季刊》,4 卷 2 期,頁 39-62;陳櫻琴(1996),〈「比較廣告」[Comparative Advertising]之案例研究--兼論廣告管制之法律原則〉,《東海大學法學研究》,第 10 期,頁 109-139;馮震宇(1996),〈超級比一比─比較廣告有無違反公平法〉,《法律與你》,第 108 期,頁 108-117;侯雪芬(1996),〈比較性廣告之研究〉,《政大法研所碩士論文》;邱志平(1996),《真品平行輸入之解析》;廖義男(1997),〈行政法院裁判之評析─公平交易法實務與行政法院裁判之評析〉,《國科會專題研究計畫》;李文秀(1997),〈競爭法上有關公平競爭阻礙性之認定基準與實務作法之研究(續)〉,《公平交易季刊》,第 5 卷 1 期,頁 133-161;范建得(1997),〈侵權警告函之公平法問題探討〉,《智慧財產權》,第 12 期,頁 39-41;馮震宇(1997),〈網址名稱與不公平競爭--網路時代新興的公平交易法問題〉,《智慧財產權管理》,第 19 卷,頁 39-41;黃銘傑(1997a),〈再評公平交易委員會(85)公處０四

七號處分--外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法二十四條之禁制規定(上)〉,《月旦法學》,第 22 期,頁 88-94;黃銘傑(1997b),〈再評公平交易委員會(85)公處０四七號處分--外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法二十四條之禁制規定(中)〉,《月旦法學》,第 20 期,頁 98-100;黃銘傑(1997c),〈再評公平交易委員會(85)公處０四七號處分--外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法二十四條之禁制規定(下)〉,《月旦法學》,第 20 期,頁 90-95;吳秀明(1998),〈罪刑法定主義與聯合行爲之定義〉,《公平交易季刊》,第 6 卷第 4 期,頁 51-77 以下;陳櫻琴(1998),〈比較廣告之判斷原則--以公平會案例爲主〉,《中原財經法學》,第 4 期,頁 137-161;黃鈺華、蔡佩芳(1998),〈專利權人發警告信函是否觸犯公平交易法第二十四條之檢討〉,《智慧財產》,第 28 期,頁 51-63;吳秀明(1999a),〈競爭法上的概括條款─公平交易法第二十四條規範功能之檢討〉,《競爭政策通訊》,第三卷第六期,頁 14-19;吳秀明(1999b),〈從依賴性理論探討相對市場優勢地位──以公平法立場之研析適用〉,《第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集》,頁 143～207;王文宇(1999),〈論「共生交易」對公平交易法的挑戰--以加盟事業爲中心〉,《國立台灣大學法學論叢》,第 29 卷 1 期,頁 91-120;范建得(1999),〈論著名商業表徵之應有保護〉,《智慧財產權》,第 1 期,頁 76-94;陳櫻琴(1999a),〈比較廣告--評行政法院八十七年判字二００六號判決〉,《月旦法學》,第 52 期,頁 139-144;陳櫻琴(1999b),《比較廣告理論與案例》,頁 55-80;楊靜宜、李科逸(1999),〈網域名稱(Domain Name)之保護及不公平競爭之防止問題〉,《智慧財產權管理》,第 20 卷,頁 18-21;蘇永欽(1999a),〈公平會的角色功能─現在與未來〉,《跨越自制與管制》,頁 35-54;蘇永欽(1999b),「抄襲到什麼程度才構成違法」,《跨越自治與管制》,頁 141-156;廖元豪(2000),〈美國聯邦交易委員會法第五條與其他反托拉斯法之關係─兼論我國公平交易法第二十四條之適用範圍〉,《公平交易季刊》,第 8 卷第 4 期,頁 1-30;洪秀幸,李延禧(2000),〈公平會因應九二一大地震查處人爲哄抬物價實

務報導〉,《公平交易季刊》,第 8 卷第 3 期,頁 111-138;梁哲瑋(2000),〈足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討〉,《台大法律研究所碩士論文》;陳峰富(2000a),〈公平交易法第二十四條對於建築業之規範〉,《月旦法學雜誌》,第 63 期,頁 100-109;陳峰富(2000b),〈公平交易法第二十四條對於銀行業之規範 (上)〉,《司法周刊》,第 1027 期,頁 2;陳峰富(2000c),〈公平交易法第二十四條對於銀行業之規範 (下)〉,《司法周刊》,第 1028 期,頁 3;陳櫻琴(2000a),〈「號稱第一」與「暗示比較」廣告之研究〉,《全國律師》,第 4 卷 4 期,頁 65-73;陳櫻琴(2000b),〈真品平行輸入之廣告--評行政法院八十六年判字第二七四五號判決〉,《月旦法學》,第 58 期,頁 166-175;黃茂榮(2000),〈電子商務上之不公平競爭〉,《植根雜誌》,第 16 卷 9 期,頁 1-40;劉孔中(2000),〈論欺罔與虛僞不實、引人錯誤之標示或廣告〉,《公平交易季刊》,第 8 卷 2 期,頁 1-35;羅昌發(2000),〈89 公處字第 211 號之不同意見〉,《行政院公平交易委員會公報》,第十卷第一期,頁 96-103;馮震宇(2000),〈論網域名稱之爭議與其衍生之公平法問題〉,《公平交易季刊》,第 8 卷第 1 期,頁 25-65;蘇永欽(2001),〈私法自治與公平法的管制─公平法第二十四條的功用與濫用〉,《月旦法學雜誌》,第 70 期,頁 40-56;劉家榮(2001),〈自公平交易法與消費者保護法之定位研究公平交易法第二十四條之規範內涵與類型標準─以印表機爲例〉,《中央警察大學法律研究所碩士論文》;黃銘傑(2001a),〈相對優勢地位濫用與公平交易法之規範〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 30 卷 5 期,頁 221～268;黃銘傑(2001b),〈商號之登記、使用與著名標章之保護--商號法制、商標法及公平交易法的三不管地帶〉,《中原財經法學》,第 6 期,頁 67-122;黃銘傑(2001c),〈專利授權與公平交易法〉,《萬國法律》,頁 14-24;張有捷(2001a),〈公司名稱、網域名稱與不公平競爭 (上)〉,《法令月刊》,第 52 卷 9 期,頁 36-53;張有捷(2001b),〈公司名稱、網域名稱與不公平競爭 (下)〉,《法令月刊》,第 52 卷 10 期,頁 40-53;何之邁(2001),《公平交易法實論》;何之邁(2002),《公平交易法實論》;黃銘傑(2002),《公平交易法之理論與實際─不同意見書》;陳

櫻琴、葉玟妤（2002），〈臺灣大哥大事業公司攀附「知名公司表徵」案--評公平交易委員會公處字 091052 號案〉，《法令月刊》，第 53 卷 8 期，頁 3-10；陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌（2002），〈公平交易法第二十四條概括條款之檢討〉，《公平交易季刊》，第 10 卷第 2 期，頁 129-163；李建榮（2002），〈欺罔或顯失公平行爲之禁止〉，《公平交易法新論（賴源河編）》，第 415-437 頁；陳俊廷（2002），〈營業場所禁帶外食行爲於公平交易法之適用觀點〉，《公平交易季刊》，第 10 卷 4 期，第 109-147 頁；陳櫻琴（2002），〈使用知名公司名稱之積極攀附行爲在競爭法上之意涵--評全球寶島鐘錶公司案(行政院決定書臺九十訴字第○五九七三九號)〉，《月旦法學》，第 85 期，第 211-216 頁；吳秀明/陳志民（2003），〈事業以聯合行爲或濫用市場地位調漲價格經處分後，要求回復原價之探討〉，《公平交易季刊》，第 11 卷第 2 期，頁 41-109；劉孔中（2003a），《公平交易法》；劉孔中（2003b），〈公平交易法對營業標誌保護之研究〉，《公平交易季刊》，第 11 卷 2 期，頁 1-39；劉孔中（2003c），〈挖角與惡意挖角〉，《月旦法學》，第 97 期，頁 173-188；張有捷（2003），〈再論「公司名稱、網域名稱與不公平競爭」〉，《法令月刊》，第 54 卷 8 期，頁 33-45；馮震宇（2003a），〈論資料庫之保護與不公平競爭(上)〉，《月旦法學》，第 102 期，頁 172-187；馮震宇（2003b），〈論資料庫之保護與不公平競爭(下)〉，《月旦法學》，第 103 期，頁 187-203；黃銘傑（2003），〈智慧財產侵害警告函與公平交易法之適用〉，《台大法學叢刊》，第 32 卷 5 期，頁 119-169；石世豪（2004），〈論經濟法上的概括條款與判斷餘地─評最高行政法院 92 年度判字第 1909 號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 108 期，頁 183-195；林國全、馮震宇，〈公平交易法對公司名稱規範與保護及範圍〉，《第十一屆競爭政策與公平交易法學術言會論文集》，頁 283-316；吳秀明（2004），〈競爭法上之概括條款─公平法第二十四條法律適用原則與規範功能之再檢討〉，審查中之待刊搞；汪渡村（2004），《公平交易法》。

第二十四條　其他欺罔或顯失公平行為

壹、法制比較

一、美國

（一）相關條文

（二）規範原則與制度架構

（三）實務見解與學說主流

二、日本

三、德國

（一）相關條文

（二）規範原則與制度架構

（三）不正競爭防止法第 3 條不公平行為概括規定

1、競爭目的之行為

2、營業交易

3、違反善良風俗

4、故意過失

5、對於競爭秩序有一定程度的影響

（四）不正競爭防止法第 3 條之保護態樣

1、他人努力成果之保護

2、營業活動之保護

3、消費者之保護

4、競爭秩序之保護

（五）不公平競爭行為類型之具體化

四、歐洲聯盟

貳、立法沿革與規範目的

一、立法沿革

二、規範目的

參、本條法律適用之基本原則

一、補充適用之範圍：第 24 條之角色功能

二、適用之限制

（一）窮盡規範原則（補充原則）

（二）國家介入管制之限制與門檻

1、實體要件之限制：「足以影響交易秩序」

2、程序發動之門檻：須有「危害公共利益之情事」

肆、構成要件分析與案例類型

一、構成要件內涵之一般性分析與解釋

二、案例類型

導論

（一）欺罔

1、欺罔之不公平競爭行為

2、消費者保護領域足以影響交易秩序之欺罔行為

（二）顯失公平之行為

1、顯失公平之限制競爭行為

2、顯失公平之不公平競爭行為

（1）不當招攬顧客

（2）阻礙競爭

（3）榨取他人努力成果

（4）違法取得競爭優勢

（5）干擾市場機能

3、消費者保護領域足以影響交易秩序之顯失公平行為

（1）資訊不對等之不當行為

（2）妨礙消費者行使合法權益之不當行為

（3）利用定型化契約條款之不當行為

壹、　法制比較

一、美國[227]

（一）相關條文

1 美國現行「聯邦交易委員會法」(Federal Trade Commission Act，簡稱FTC Act)第五條第(a)項第(1)款之規定，即爲類同我國公平法第 24 條規定之競爭法上概括條款（立法上，我國公平法第 24 條實係參考該條例法而來）。該款現行規定：「商業上或影響商業之不公平競爭方法以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行爲或手段，構成違法。」(“Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.)。由於其揭示之unfair或deceptive二字，幾乎已經概括所有可能之限制競爭、不公平競爭以及消費者保護之範圍，所以向爲聯邦交易委員會用以介入市場之主要工具。執法上則由美國聯邦交易委員會以公共利益（in the public interest ）爲發動條件[228]。

2 此外，諸如主要用以規範聯邦商標事務的 Lanham Act、統一欺罔交易慣行法(Uniform Deceptive Trade Practices Act)以及各州的「小公平法」(State FTC Act）與「不公平交易行爲與消費者保護法」（Unfair Trade Plactices and Consumer Protection）等，亦完整構成對於「不公平競爭」行爲之規範。

（二）規範原則與制度架構

3 美國法關於「不公平交易行爲」（unfair trade practice）之規範，演變自習慣法之侵權責任，因此其規範乃著眼於行爲之不公平性，因此，舉凡不公平競爭行爲與部分兼有「限制競爭性格」之行爲、消費者保護、甚至於國際貿易上之公平性等，均涵蓋在此一概念之下，至於日後「成文法化」之主要思考，則在於行政權之適度介入保護、罰則加重等。因此，「聯邦交易委員會法」本身，雖

---

227 美國法制部分由范建得撰寫。

228 See FTC, FTC Policy Statement on Unfairness, December 17, 1980; FTC, FTC Policy Statement on Deception, October 14, 1983.

因爲條文用字上以 unfair 或 deceptive 二字呈現，而於不公平競爭之領域上被廣泛運用，但絕非單一或排他的「不公平競爭」管制法令，負有補充功能之相關規範實分散的數種法規與制度中。甚至如從其立法背景觀察，通說上多認爲是出於補充休曼法（反托拉斯法）實體與程序之不足，意即立法本意在於使若干未達休曼法或其他反托拉斯法違法標準之行爲，能透過對於該條之廣泛構成要件，即所謂「不公平之競爭方法」(unfair methods of competition)加以解釋而包含在內。

4 此外，若干自權利分立等組織法權限觀察之論點，則甚至強調該法主要立法考量，是在於試圖以創設聯邦交易委員會之方式，將競爭政策之決定完整地宣示爲行政權所固有，以免法院之判決態度，造成競爭政策之決定被法院所替代或改變。因此美國「聯邦交易委員會法」第 1 條宣示創設「聯邦交易委員會」(Federal Trade Commission)，賦予其行政調查權、處分權（cease-and-desist-order）、「規則制訂權」(rule-making power)等，而建構一高度獨立性之執法機關[229]。

5 至於「聯邦交易委員會法」之現貌，則是國會透過 1938 年「惠勒─李修正案」(Wheeler-Lea Amendment)而來，該次原聯邦貿易委員會法第五條所揭之「unfair methods of competition」擴及「unfair or deceptive acts or practices in commerce or affecting commerce」，是以，聯邦交易委員會法得以依據該條之規定，直接保護消費者之利益，而今，消費者保護之功能更有活躍積極之表現，而由一常設「消費者保護局」(Bureau of Consumer Protection)，保護消費者對抗欺罔與不公平之行爲，並執行諸多有關消費者保護之法律，其內容涉及商品包裝及標示、事業資訊之揭露、禁止對消費者貸款之差別待遇、委外催款收帳之規範、違約處罰之限制、書面或默示擔保內容之規範、現物要約等事項。簡而言之，該會及該法之任務與專門執行反托拉斯案件之聯邦司法部反托拉斯局相較，顯然較爲廣泛而在於使市場不被欺罔或不公平之措施所干擾同時，一併保

[229] See, Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law, Vol.II, 1995, p.10-12.

障及促進消費者之利益 [230]。此外，諸如主要用以規範聯邦商標事務的Lanham Act、統一欺罔交易慣行法（Uniform Deceptive Trade Practices Act）以及各州的「小公平法」(State FTC Act)與「不公平交易行爲與消費者保護法」(Unfair Trade Plactices and Consumer Protection）等，亦完整構成對於「不公平競爭」行爲之規範。

（三）實務見解與學說主流

6 首先，與我國公平交易法第 24 條不同的，聯邦交易委員會法初期，固然是出自於以對於不公平競爭方法（unfair methods of competition）之規範，補充反托拉斯法不足之處，但其後於「惠勒─李修正案」(Wheeler-Lea Amendment)後，已然揭示直接保護消費者之旨，因此，並無「規範保護目的」之爭議。

7 其次，此處主要所指之第五條第a項第 1 款之執法核心，即在於unfair 與deceptive二字。事實上，如訴諸「公平」，其實不難想像該條規範對於其他商業甚或消費者保護法制所發生之衝擊，如依FTC v. Sperry & Hutchinson Co案 [231]中，美國聯邦最高法院對於該條文所謂「不公平競爭之方法」之解釋，甚至已採認，違反反托拉斯法之行爲，當然是一種「不公平之競爭方法」之邏輯；此間，亦當然不乏針對未該當違反反托拉斯法之「危險」案件，逕以該條充作「預防」規範之作法 [232]。此外，該條文雖未明言「公序良俗」之思維，惟執法上顯然可得觀察的，公共政策(public policy)或公共價值(public values)之違背，亦被視爲「不公平」之商業行爲而處遇。至於何謂欺罔（deceptive），則幾乎用於所有有關「誤導」、「混淆」之案件上，包括廣告之管制、重大交易訊息之隱瞞、商品及服務之來源混淆、辨（標）識混淆，判斷上如參考 1983 年 10 月 14 日美國聯邦貿易委員會，綜理相關司法見解所爲之「FTC POLICY STATEMENT ON DECEPTION」，則所謂欺罔之判斷方式，乃是針對客觀上存在之某些表示、隱瞞或行爲（representation, omission or practice），檢視（確定）相關消費者在該特

---

[230] See http://www.ftc.gov/ftc/mission.htm.

[231] See 405U.S.233,1972.

[232] See e.g,,FTC v. Texaco Inc., 393 U.S. 223 ,1968.

定事件中之合理觀點（reasonableness from the perspective of a consumer in the circumstances），進而分析系爭表示、隱瞞或行爲在消費者合理觀點下，足以影響交易判斷之「實質重要」性（material）。

二、 日本

日本法並無相對應之規定。

三、德國[233]

（一）相關條文

8

新法	舊法
不正競爭防止法第 3 條 不公平競爭行爲，其足以對競爭對手、消費者或其他市場參與者之競爭產生非不顯而易見（nicht unerheblich）之不利益者，不得爲之。	**不正競爭防止法 第 1 條** 爲競爭爲之目的而於營業交易上爲違反善良風俗之行爲，得被請求不作爲及損害賠償。
不正競爭防止法第 4 條 第 3 條所稱之不公平行爲特別是指，行爲人： 1.所從事之競爭行爲，其以施加壓力、以卑劣手法（in menschenverachtender weise）或以施加其他不當影響力之方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者。 2.所從事之競爭行爲，係利用消費者之無交易經驗，特別是小孩或年輕人，或利用消費者之輕率、恐懼或	**（舊法無規定）**

[233] 德國法制部分由謝銘洋、李素華撰寫。

強制狀況。 3.就競爭行爲之宣傳特徵加以隱藏 4.在促銷措施中，諸如減價、附加物品或贈品，對於享有權益之條件未清楚而明確的揭露。 5.在勸誘性的懸賞或中獎活動，對於參與條件未清楚而明確的揭露。 6.對於消費者參與懸賞或中獎活動與否，取決於所購買之商品或服務。但懸賞或中獎活動在性質上即與商品或服務併存者，不在此限。 7.貶抑或毀謗競爭對手之標誌、商品、服務、事業活動或營業關係。 8.關於競爭對手之商品、服務或事業，或關於事業主或經營成員之事實陳述或散布，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成事業經營或事業信用之損害者。若陳述或散布者爲私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實者，始構成不公平行爲。 9.所提供的商品或服務，其乃模仿競爭對手之商品或服務者，且： a. 造成交易相對人誤認企業來源； b. 不當利用或妨礙被模仿商品或	

服務之信譽者；或 c.不當獲取模仿所需之知識或資料者。 10.爲特定目的而妨礙競爭對手。 11.違反法令規定，其乃基於市場參與者利益而對市場行爲之規定者。	
不正競爭防止法第 7 條 （1）第 3 條所稱之不公平行爲係指，行爲人以不合理的方式煽擾市場參與者。 （2）尤其是如下行爲會被視爲乃不合理的煽擾： 1. 廣告行爲，且可預見廣告接收者不願意接受之。 2. 未經其允許而對消費者之電話廣告；或推測其應不允許而對其他市場參與者之電話廣告。 3. 未得接收者允許之情況下，利用自動發話機、傳真機或其他電子郵件方式之廣告行爲。 4.包含訊息之廣告，而接受委託寄送廣告之寄送人身份被遮掩、隱藏或其有效的住址並不存在者，使得接收者無法在僅需負擔傳送費用的情況下，要求寄送人停止訊息之傳送。 （3）第 2 項第 3 款關於利用電子郵件寄	**（舊法無規定）**

送廣告，若符合如下要件，不被視爲乃不合理的煩擾： 1. 事業取得郵件住址，係與商品或服務售予顧客有關聯者； 2. 事業是爲了直接廣告自己的類似商品或服務，而利用該郵件住址； 3. 顧客對於該郵件住址之利用行爲不表反對；且 4.在取得郵件住址及每一利用行爲中，均向顧客明確而清楚的說明，其可隨時反對該利用行爲，且除了傳送費用外，無須負擔其他費用。	

我國公平法第 24 條爲一對於不公平競爭行爲之概括規範，在德國不正競爭防止法與之同樣具有概括規範作用者爲不正競爭防止法第 3 條。

（二）規範原則與制度架構

9 1909 年不正競爭防止法立法以來，不正競爭防止法舊法第 1 條相對於其他條文而言，屬於一概括條款，不正競爭防止法舊法第 2 條以下則是針對各種特定之競爭行爲所爲之規範。不正競爭防止法舊法第 1 條規定：「爲競爭爲之目的而於營業交易上爲違反善良風俗之行爲，得被請求不作爲及損害賠償。」

從法條適用關係而言，不正競爭防止法舊法第 1 條關於違反善良風俗行爲之禁止規定，雖有補充各條規範不足之功能；但在具體個案上，如果同時符合不正競爭防止法（舊法）第 1 條與其他個別條文之要件時，則可同時被適用[234]。

10 由於不正競爭防止法舊法第 1 條乃概括性的規定，因而在適用上，透過法院判決予以具體化，有其重要意義。從不正競爭防止法舊法第 1 條概括條款所發展出之受規範行爲態樣，必需反覆的經過法院檢視，確認在競爭秩序引導下

[234] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §49 Rd. 1.

的經濟體系中，該行爲是具有促進的或阻礙的功能性[235]。據此，累積法院實務案例，2004 年不正競爭防止法修法時，就概括條文部份，摒棄「違背善良風俗」（gegen dei guten Sitten verstoßen）之文字使用，亦將概括條文爲較具體之規定；除此之外，修正後的不正競爭防止法更將法院反覆檢證認定爲違反善良風俗行爲類型予以具體化，以獨立的條文加以規定，此乃不正競爭防止法第 4 條各款及第 7 條規定。

從而現行不正競爭防止法對於不公平行爲之規範架構爲：第 3 條概括性的規定不公平行爲應禁止之；第 4 條各款例示將法院認定之不公平行爲類型具體化；第 5 條規定引人錯誤廣告及表示之不公平行爲；第 6 條規定比較廣告之不公平行爲；第 7 條規定對於交易相對人過度騷擾之不公平行爲。以下僅就與我國公平法第 24 條相對應之不正競爭防止法第 3 條、第 4 條及第 7 條規定加以說明。

（三）不正競爭防止法第 3 條不公平行爲概括規定

11 2004 年不正競爭防止法修正後，第 3 條乃關於不公平行爲之概括條文，其規定如下：

「不公平競爭行爲，其足以對競爭對手、消費者或其他市場參與者之競爭產生非不顯而易見之不利益者，不得爲之。」

12 相較於不正競爭防止法舊法第 1 條規定，新的概括條文已摒棄「違背善良風俗」文字，其主要立法考量在於：前揭文字具有道德非難意味，對於系爭事業加諸不必要的標籤。產業界基本上肯定前述良善的修法意旨，但對於日後是否真能免除系爭事業之道德非難性，仍持懷疑態度。另外，學說上並不認爲現行條文之「不公平競爭行爲」與舊法上的「違反善良風俗」有實質上的不同，因爲德國規範不公平競爭行爲之「不正競爭防止法」，其法律名稱使用「不公平

---

[235] Jede aufgrund der Generalklausel entwickelte Verhaltensnorm muss daher ständing von neuem darauf hin überprüft warden, ob sie die Funktionsfähigkeit eines durch den Wettbewerb gesteuerten Wirtschaftssystems fördert oder behindert. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §5.III.2.

競爭行爲（unlautere Wettbewerb）」，該法（不正競爭防止法舊法）第 1 條又揭櫫應禁止違背「善良風俗行爲」，從而已將「違背善良風俗」與「不公平競爭」名詞使用劃上等號 [236]。

據此，不正競爭防止法第 3 條之不公平競爭行爲，係指任何足以對競爭對手、消費者或其他市場參與者之競爭產生非不顯而易見之行爲；不正競爭防止法舊法第 1 條之要件與前提，仍適用於不正競爭防止法第 3 條。

1、競爭目的之行爲

13 首先必須有多數各別獨立之競爭者，而且以自由競爭爲基礎，亦即有行爲自由與決定自由，競爭者必須對於交易條件可以自由決定。其次，競爭行爲必須以競爭關係爲前提，亦即多數事業具有相同之經濟目的，且客觀上足以促進自己或他人之經濟成果而影響其他競爭者，而主觀上具有競爭之意圖，但不需要有損害他人之意圖。通常如果營業交易上之行爲，且客觀上足以促進自己或他人之競爭，則可以推定有主觀之競爭意圖。競爭行爲之主體，不以營業者爲限，任何人只要欲促進自己或他人之營業目的，縱使是私人，亦可以成爲競爭行爲之主體 [237]。

2、營業交易

14 此所稱之營業交易不僅是商人之營業，自由業（包括律師、醫生、藝術家等）亦屬之，甚至國家或其他公法上之主體之經濟活動亦屬於此所稱之營業交易之範疇 [238]。

3、違反善良風俗

15 所謂善良風俗，係指最低限度之倫理，競爭之基礎是建立在對該最低限度倫理之遵守上。不正競爭防止法所欲規範之善良風俗與德國民法（第 138 條第 1 項）上之善良風俗並不完全相同，判斷不正競爭防止法上之善良風俗應該考慮競爭關係，而且違反不正競爭防止法之法律效果，未必會立刻如同德國民法第

---

[236] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §5.III.1.

[237] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §49 Rd. 2 ff.

[238] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §49 Rd. 6 ff.

138 條第 1 項被認定爲無效。於判斷是否違反善良風俗時，應就整體情事加以考量，特別是行爲之動機與目的，亦即其行爲之目的是否在於侵害或損害受保護之利益，例如削價競爭雖然原則上可以容許，但如果其目的在於消滅競爭者，以便未來片面控制價格，則會被認爲違反善良風俗。行爲人於行爲時是否認識其行爲違反善良風俗，並非所問[239]。

4、故意過失

16 雖然不正競爭防止法第 3 條並未規定必須要有故意或過失，通說認爲請求不作爲並不以有故意或過失爲必要，但如果欲請求損害賠償，則必須要行爲人有故意或過失。

5、對於競爭秩序有一定程度的影響

17 2004 年修正之不正競爭防止法第 3 條明文規定，不公平競爭行爲必需是對於競爭秩序產生「非不顯而易見（nicht unerheblich）」的結果，亦即必需達到相當程度的門檻（Erheblichkeitsschwelle），對於競爭及被保護群體之利益有一定的重要性（gewissen Gewicht für Wettbewerbsgeschehen und die Interessen der geschützten Personenkreise），始爲不正競爭防止法所欲規範之不公平行爲[240]。

（四）不正競爭防止法第 3 條之保護態樣

18 在德國實務上適用被認爲乃違反善良風俗或不公平競爭行爲之類型相當多，綜合而言可歸納成以下四種。部份不公平競爭行爲類型已具體化，並訂定於第 4 條及第 7 條。

1、他人努力成果之保護

19 關於事業經營成果（gewerbliche Erzeugnisse）的保護，除了以智慧財產權法保護外，不正競爭防止法第 3 條亦有補充性作用。可能受到保護的經營成果包括：價目表、目錄、節目表、遊戲的概念（Spielidee）、傢具五金配件（Möbelschläge）、衣帽掛勾（Huthaken）、人造花、行銷手法、出版創意、拍片

---

[239] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §49 Rd. 7 ff.

[240] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §5.IV.

創意、植物培育或其他經營成果。抄襲或模仿他人產品，若該產品未取智慧財產權法律的保護，原則上是屬於得自由模仿的空間；但在某些例外的情況下，不當模仿他人努力成果會以不正競爭防止法不公平行爲規範之。惟應該當哪些要件，始構成不當模仿他人努力成果，在認定上實屬不易。法院判決及學說見解認爲應綜合考量：利用他人創意或想法的行爲、耗費努力或成本所產生的經營成果[241]。

經營成果必需具有「競爭特徵」（wettbewerbliche Eigenart），始可能受到不正競爭防止法第 3 條保護；交易上認爲其具有特殊性（etwas Besonderes）者，即足。另外，該經營成果之產生或形成，必需是經過一段相當的時間（nach Ablauf einer bestimmten Zeit）。另外，該經營成果必需對事業活動能產生良好聲譽（gute Ruf eines Geschäfts）；在具體適用上，必需注意與商標法保護商業信譽之區別[242]。

2、營業活動之保護（der Schutz der gewerblichen Betätigung）

20 不正競爭防止法禁止不公平競爭行爲，除了保護經營成果外，進行中的營業活動亦在保護之列，以防止競爭者之不當阻礙行爲。據此，事業透過競爭以外的方式，包括以物理上及心理上的強迫方式，阻礙競爭者之營業活動或營業擴展，藉以獲取競爭上的優勢者，構成善良風俗之違反[243]。

因違反營業活動之保護而違反不正競爭防止法情形，包括：採取杯葛或號召杯葛以妨礙競爭對手之營業活動、以不當的文宣嚴重影響競爭對手之銷售、以有計畫的廣告招攬競爭對手的顧客、阻礙競爭對手進行廣告或宣傳、事業有計畫模仿競爭對手之廣告方式、網域名稱搶註行爲以增加競爭對手之經營成本或事業活動、干擾競爭對手之勞資和諧或招攬競爭對手之員工[244]。

3、消費者之保護

21 基於消費者或交易相對人之保護，亦可能有不正競爭防止法第 3 條之適用。

---

[241] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §50 Rd. 1 ff.

[242] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §50 Rd. 4 ff.

[243] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §50 Rd. 9 ff.

[244] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §50 Rd. 11 ff.

事業招攬顧客應透過提供較好服務或其他競爭方式爲之；若以競爭以外的手段招攬客戶，則可能構成善良風俗之違反。亦即交易活動應建立在真實的基礎上（Wahrheitsgrundsatz），特別是真實而清楚的廣告文宣；欺罔或誤導的宣傳（die Täuschung und Irreführung des Publikums）可能違反善良風俗[245]。

其可能情形包括，關於自己或第三人商品、服務或交易關係之不實數據、以投機射倖方式招攬顧客、所陳列樣品之品質遠高於出售商品、廣告商品僅以象徵性的現貨數量供應藉以吸引顧客上門。另外，影響交易相對人或消費者做成交易決定之自由（Beeinträchtung der Entschließungsfreiheit）、影響交易相對人之交易動機、過度煩擾或干擾的廣告文宣或拜訪顧客，均可能構成不正競爭防止法第 3 條之違反[246]。

4、競爭秩序之保護（der Schutz der Wettbewerbsordnung）

22 以不正競爭防止法第 3 條保護競爭秩序，係爲確保競爭者能居於相同的潛在競爭條件。價格或低價競爭乃法律上所允許的，即便該價格將侵蝕事業之利潤，亦同。但削價競爭或低價傾銷之目的，係爲將競爭對手排除於市場、消滅競爭對手者，則非法所允許；甚而有將競爭對手消滅之虞者，即可能構成不正競爭防止法第 3 條之違反。另外，以免費的贈品或服務影響競爭秩序、不當的引導使得他人無法履行契約或利用他人的違約關係，亦屬之[247]。

除了私法上的行爲可能破壞競爭秩序外，公法上的行爲（öffentliche Hand）亦可能有不正競爭防止法第 3 條之適用。例如：地方自治團體所從事的私經濟活動，應與一般事業立於相同的競爭條件，但卻利用地方自治規章取得較佳的競爭條件[248]。

（五）不公平競爭行爲類型之具體化

23 新修正不正競爭防止法將不公平競爭行爲類型之具體化，分別規定於第 4

---

[245] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §50 Rd. 16.

[246] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §50 Rd. 17 ff.

[247] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §50 Rd. 22 ff.

[248] Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §50 Rd. 27.

條及第 7 條；其中第 4 條第 8 款規定在不正競爭防止法舊法第 14 條已有規定。

第 4 條所規定之不公平競爭行爲及其內容如下：

1.所從事之競爭行爲，其以施加壓力、以卑劣手法或以施加其他不當影響力之方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者：受到本款規範不公平競爭行爲，包括以貶抑、侮辱、譴責性的言論或行爲，妨礙消費者或市場參與者之交易決定自由（Entscheidungsfreiheit）。例如：不當的贈品或試用品策略、驚悚性的廣告（Schockwerbung）引起消費者恐懼、歧視性的廣告（diskriminierende Werbung）；又如授權人以瀕臨破產爲由，要脅被授權人預先支付授權金之行爲[249]。

2.所從事之競爭行爲，係利用消費者之無交易經驗，特別是小孩或年輕人，或利用消費者之輕率、恐懼或強制狀況：本條規定係爲保護消費者，尤其是特別需要受到保護的消費者類型。在具體適用上，該等利用行爲必需具有故意，且其行爲乃惡劣的或不適當的，因而對於消費者之決定自由產生影響。例如：銷售促銷措施藉以蒐集兒童或青少年的個人資料，以作爲日後的廣告目的[250]。

3.就競爭行爲之宣傳特徵加以隱藏：隱藏式廣告（verdeckte Werbung）長久以來即被法院認定乃違反善良風俗之不公平行爲。典型的隱藏式廣告例子爲：書報雜誌之編輯者文章，其實包含廣告內容；在電視節目或電

---

249 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §12.II.1.

250 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §12.II.2.

251 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §12.II.3.

252 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §12.II.4, §12.IV.

253 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §13.II.3.

254 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §13.II.4.

255 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.IV.

256 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §9.III, IV, V.

257 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §11.

258 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §6.III, IV, V, VI.

259 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §6.IV.

影內容中，對於贊助廠商商品爲特寫或陳述之廣告行爲。媒體相關法律對於隱藏式廣告亦有規範，諸如要求編輯者文章與廣告必需分開。對於媒體相關法律所發展出之隱藏式廣告禁止規定，不正競爭防止法第 4 條第 3 款之訂定目的，係就此爲一般性的規範[251]。

4.在促銷措施中，諸如減價、附加物品或贈品，對於享有權益之條件未清楚而明確的揭露：在 2004 年不正競爭防止法修正前，德國對於商業活動有較嚴格的限制，除了不正競爭防止法及其他法令另有規定外，零售商店爲了加速商品銷售、提升銷售利益所舉辦的全館拍賣活動（Sonderveranstaltungen），或爲全館拍賣活動之宣傳（不正競爭防止法舊法第 7 條第 1 項），均予以禁止；限於不正競爭防止法（舊法）第 7 條第 2 項及第 3 項、第 8 條規定之情形，始得爲拍賣或折扣活動。但 2004 年不正競爭防止法修正後已放寬前揭限制，但爲了避免促銷措施不當影響消費者之決定自由，因而乃有不正競爭防止法第 4 條第 4 款規定，明定促銷者應清楚而明確的揭露促銷有關條件及資訊。立法者認爲，在促銷活動中，對於顧客往往會有較高的吸引力，因而必需避免濫用風險之產生，諸如顧客僅在嚴格的條件下始享有減價或贈品之優惠，或促銷條件增加顧客享有優惠之困難度[252]。

5.在勸誘性的懸賞或中獎活動，對於參與條件未清楚而明確的揭露：懸賞或中獎活動之進行，非法律所禁止者，但德國法院曾認定部份態樣構成不正競爭防止法舊法第 1 條善良風俗之違反。例如：懸賞或中獎之獎項內容爲折價券，強迫中獎顧客必需向事業訂購商品始能實現得獎內容；又如關於抽獎條件或中獎機會之引人錯誤宣傳。前述不公平競爭行爲之規範，現已明定於不正競爭防止法第 4 條第 5 款[253]。

6.對於消費者參與懸賞或中獎活動與否，取決於所購買之商品或服務。但懸賞或中獎活動在性質上即與商品或服務併存者，不在此限：本款保護對象爲消費者，因而若是以事業爲對象之懸賞或中獎活動，無本款之適

用，惟仍可能構成第 3 條不公平競爭行為。報章雜誌有獎徵答活動在實務上甚為常見，其適法性亦無疑慮，因而本款但書乃明定例外允許之情形[254]。

7.貶抑或毀謗競爭對手之標誌、商品、服務、事業活動或營業關係：關於競爭對手之相關陳述若包含價值判斷，則該等陳述或散布即非「違反真實之事實」，因而不屬於第 4 條第 8 款之營業信譽誹謗。價值判斷屬於言論自由之範圍，原則上應被容許；只有在例外情形始應禁止，亦即批評依其方式與程度已經超出必要之範圍，對於競爭對手為概括性之貶抑而無實質理由，例如：陳述競爭對手之報紙為「衛生紙」[255]。德國法院長久以來均認為，對於競爭對手為概括性的貶抑，乃違反善良風俗行為，應受到不正競爭防止法舊法第 1 條及民法第 826 條（故意以背於善良風俗之方法加損害於他人）之規範。

8.關於競爭對手之商品、服務或事業，或關於事業主或經營成員之事實陳述或散布，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成事業經營或事業信用之損害者。若陳述或散布者為私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實者，始構成不公平行為：如前所述，不正競爭防止法第 4 條第 7 款及第 8 款均為營業信譽保護之規定，但陳述或散布內容是否為「事實」，即乃第 7 款與第 8 款之區別所在。另外，所陳述或散布之事實，必須是關於其競爭對手之商品、服務或事業，或關於事業主或經營成員有關事實，因而必須能被辨識其所陳述或散布者為競爭對手之營業，如果只是一般性地對多數事業為指摘，尚不符合本款規範要件。再者，所陳述或散布之事實必須足以損害其競爭對手，如果對競爭對手在公眾心目中之信用有所減損，即足當之，並不必達到損害其聲譽之程度[256]。

9.所提供的商品或服務，其乃模仿競爭對手之商品或服務者，且：（a）造成交易相對人誤認企業來源；（b）不當利用或妨礙被模仿商品或服務之

信譽者；或（c）不當獲取模仿所需之知識或資料者：2004 年不正競爭防止法修正前，已由法院實務認定，榨取他人成果之模仿行爲構成舊法第 1 條不公平競爭行爲。基於經營成果之保護，2004 年不正競爭防止法修正則將實務案例予以類型化、明定之 [257]。

10.爲特定目的而妨礙競爭對手：立法者對於本款之定性及理解，認爲其乃關於阻礙競爭對手的概括性規定（generalklauselartige Regelung），與營業競爭限制防止法第 19 條第 4 項第 1 款及第 20 條第 1 項之規範目的及性質相當。從而，只要是對於競爭對手活動或競爭行爲之干擾，均屬之，爲打擊競爭對手之削價出售行爲、杯葛或破壞價格及產銷體系行爲，均爲典型的例子。惟妨礙競爭行爲必需是針對特定競爭者所爲，而非漫無目的或目標之行爲 [258]。

11.違反法令規定，其乃基於市場參與者利益而對市場行爲之規定者：價格管制法令乃本款之典型例子。事業享有價格決定自由雖爲原則，但基於不同的理由，特定法令對於價格之形成有適度限制，諸如關於交通運輸之費率。違反價格管制法令或其他法令規定是否構成不公平競爭行爲，實務過去並無一致定論。2004 年不正競爭防止法乃予以明文規範，特定法令若是以保護市場參與者利益爲目的者，違反該等法令之行爲構成不公平競爭 [259]。

24 不正競爭防止法第 7 條所規定之不公平競爭行爲態樣，乃關於過度騷擾交易相對人之行爲，其規範內容亦包含了電信自由化所衍生的電話廣告行爲、網際網路使用的垃圾郵件問題。本條規範包含兩大重點，其一乃市場參與者事前同意（vorheriger Einwilligung）的可能性（Opt-in-Regelung），其次則爲市場參與者事後退出或拒絕的可能性（Opt-out-Regelung）[260]。

不正競爭防止法第 7 條第 1 項及第 2 項第 1 款明確規定，以不合理的方式、可預見該等行爲乃違反市場參與者意願之煩擾行爲，構成不公平競爭行爲，例

[260] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §13.III.1, 2.

如：廣告信函寄送、基於廣告目的而在大街上主動向行人攀談（Ansprechen von Passanten）、寄送未經要約之商品。廣告信函寄送在實務上甚爲常見，基本上亦爲法所容許，但廣告信函接受者基於所有權、人格權或其他考量禁止他人寄送，諸如在信箱上張貼聲明，行爲人卻一再地或有計畫的忽略（mißachten）該等禁止聲明者，則構成不合理的騷擾、不公平競爭行爲[261]。

依循法院實務向來見解，不正競爭防止法第 7 條第 2 項第 2 款及第 3 款係採Opt-in規範模式，亦即基於保護消費者私人領域（Privatsphäre），舉凡電話廣告或利用自動發話機、傳真機或電子郵件方式之廣告行爲，應事先取得消費者的同意，始得爲之[262]。

不正競爭防止法第 7 條第 2 項第 3 款及第 4 款、第 3 項關於電子郵件廣告之規定或包含訊息之廣告行爲規定，係將歐盟 2002/58/EC號個人資料保護指令（Richtline 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation）之規定內容，予以明定。因此，僅在符合下列要件之情況下，以電子郵件寄送廣告行爲，始不會構成不合理的煩擾：（1）事業取得郵件住址，係與商品或服務售予顧客有關聯者；（2）事業是爲了直接廣告自己的類似商品或服務，而利用該郵件住址；（3）顧客對於該郵件住址之利用行爲不表反對；且（4）在取得郵件住址及每一利用行爲中，均向顧客明確而清楚的說明，其可隨時反對該利用行爲，且除了傳送費用外，無須負擔其他費用[263]。

四、歐洲聯盟

歐洲聯盟並無相對應之規定。

---

[261] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §13.III.3.

[262] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §13.III.5, 6.

[263] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, §13.III.6, 7.

貳、立法沿革與規範目的

一、立法沿革

25 本條規定乃爲公平法之概括條款，在其立法過程中，條文之文字與規範內涵，曾經過大小不等之變化。首先在廖義男教授於 1982 年受經濟部委託草擬之我國第一部「公平交易法草案」中，於第 2 章第 2 節「不正當之營業競爭行爲」之第 38 條及第 39 條，設有關於不正競爭行爲之概括以及例示規定。其第 38 條規定：「企業不得爲競爭之目的，而於營業交易中從事有背於善良風俗之行爲。」第 39 條則進一步規定：「營業競爭行爲，有下列情事之一者，即違背善良風俗：一、不正當之招攬顧客：利用不實之資料、強制、煩擾、利誘、投機射倖、濫用權威或引發同情心等方式，使顧客陷於不能本於事物而做正常之交易決定者。二、不公平阻礙同業競爭：以意圖消滅之低價傾銷、杯葛、差別待遇、妨害他人信用、誹謗、不當之比較宣傳或大量贈送而阻塞市場等方法，阻礙同業競爭者之活動者。三、不當榨取他人努力之成果：以足以引人混淆之模仿、依附他人之廣告、惡意延攬他人之員工、或竊取他人營業秘密等方法，擴展自己之營業者。四、利用違反法規或破壞約定以圖競爭上之優勢：以違反稅法、價格管制法規、勞工法或其他有關維護衛生或安全之法規等方法以圖降低價格或成本；或自己或誘使他人破壞約定以使自己較守信之同業競爭者獲得競爭上之優勢地位者。五、其他有違反效能競爭本質或效用之營業競爭活動。」廖義男教授所草擬之草案，自其上述條款置於「不正當營業競爭」一節之體例、使用「善良風俗」之核心概念，以及吻合於德國通說之案例類型體系等諸點觀之，應主要係參酌採納德國「不正競爭防止法」有關其概括條款之規定與理論實務而制定。

26 上述規定在經濟部所研擬之「公平交易法草案」第 22 條中，被相當大幅地更改與簡化爲與現行法較接近之：「除本法另有規定者外，企業或其他從事交易之人亦不得爲其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲。」不但例示規定被拿掉，核心概念也由德國法之善良風俗，轉而採用較近似於美國聯邦交易

委員會法第 5 條(a)(1)之欺罔或顯失公平之行爲。經濟部並未說明其如此大幅轉變之理由，其確實原因仍待進一步之考證。經濟部草案，經行政院調整本條文字之內容爲：「除本法另有規定者外，事業亦不得爲其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲。」之後，成爲行政院於 1986 年 5 月函請立法院審議之「公平交易法草案」的第 24 條。本條在立法院之三讀立法過程中，未被更動一字而成爲現行法。公平法歷次之修訂，均未涉及本條，故本條仍維持立法時之原樣。

二、規範目的

27 本條之立法理由謂：「本條爲不公平競爭行爲之概括性規定，蓋本法初創，而不公平競爭行爲之態樣繁多，無法一一列舉，除本法已規定者外，其他足以影響交易之欺罔或顯失公平之行爲，亦禁止之，以免百密一疏，予不法者可乘之機會。」（第 24 條立法理由第 1 項；廖義男，1995，頁 395）公平法所規範之市場競爭行爲與交易行爲，具有多種態樣，富有動態性之變化，且包括各產業之市場行爲，可謂幾乎涵蓋整個市場經濟之領域，致使立法者在立法時多無法全盤掌握，故需要以較爲彈性之法律用語，甚至概括條款予以規範。本條之立法目的，遂在於以一概括性之條款更週延地掌握多樣性的規範客體，避免產生規範上之漏洞，以周全妥善地維護本法所欲保護之市場競爭與交易秩序。

參、本條法律適用之基本原則

作爲本法概括條款的第 24 條，係列於本法實體規定之末，其法律用語抽象概括，深具彈性，致與本法其他實體規定、一般民事實體法及消費者保護法規定之適用，易生錯綜複雜之關係，不易釐清。本條規定之適用，有兩項基本問題，應首先予以說明：1、補充適用之範圍（即本條角色功能之定位問題），以及 2、適用本條之限制問題，分述如下。

一、補充適用之範圍：第 24 條之角色功能

28 首先應處理者，爲本條之角色、功能問題，亦即本條究竟是何一領域之概括條款，應予以清楚、適當地定位。此一問題將牽一髮而動全身地影響本條之

解釋適用。本條補充適用範圍，由小至大，可能有四種不同之主張，即 1、作爲本法第 3 章中不公平競爭規定之概括條款；2、作爲本法第 3 章整章規定之概括條款；3、作爲競爭法之概括條款；以及 4、可涵蓋限制競爭、不正競爭及消費者保護等性質案件之概括條款。

29 依第一種見解，本條較接近德國不正競爭防止法第 1 條（2004 年以前之舊法）之概括條款，故公平法第 24 條應僅爲同法第 3 章中除去第 18 條與第 19 條第 4、6 款等限制營業競爭之規定後，所餘其他規定之概括條款，換言之本條規定乃純粹作爲有關不公平競爭規定之概括條款，而不涉及限制競爭或消費者保護領域之補充適用（參見本條立法理由中提到「本條爲不公平競爭行爲之概括規定」一語；李建榮，於賴源河編，2002，頁 415、430）。

30 依第二種見解，本條爲公平法第 3 章整章規定之概括條款，而不論所補充之法律規定其性質屬於不公平競爭或限制競爭（劉孔中，1994a，頁 10）。此說主要基於本條位於第 3 章之體系地位，認爲不構成公平法第 18 條與第 19 條第 4、6 款等限制競爭規定之行爲，只要仍被認定具備「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平」之情形者，因上述規定屬於公平法第 3 章，故仍有可能構成公平法第 24 條之違反。相對地，獨占、結合與聯合行爲等限制競爭行爲，因體系上非屬於公平法第 3 章，故如不構成第 2 章規定之違反者，即不違反公平交易法，而無本條之補充適用。

31 其次，第三種見解認爲，本條爲競爭法規定之概括條款，而不問其所補充之規定位於本法第 3 章或第 2 章，亦不問所規範行爲之性質係屬於不公平競爭或限制競爭，但並不包括消費者保護性質之案件（廖義男，1997，頁 261、262；梁哲瑋，2000，頁 22 以下；何之邁，2002，頁 355、356；劉孔中，2003a，頁 167；石世豪，2004，頁 190；劉家榮，2001，頁 58 以下）。此一見解之論據，除因公平法第 24 條係規定：「除本法另有規定者外…」而非規定「除本章另有規定者外…」，難免使人認爲本條係用以補充本法所有之實體規定，而非僅補充不公平競爭一章；另外，本條在公平法體系上係置於所有實體規定之末，亦在

若干程度內可佐證此一見解。此外亦有主張，個別規定內容對於概括規定有一定之例示作用，補充規範應具有例示規範之共同特徵。公平法之個別規定既然均在維護市場競爭秩序之自由與公平，則本條補充適用之範圍亦應以競爭法爲限（梁哲瑋，2000，頁 25）。

32 最後依據第四種見解，本條除可補充公平法限制競爭與不公平競爭之規定外，亦可適用於（與競爭秩序之維護關係較遠的）消費者保護性質案件，使公平會可同時發揮直接保護消費者之功能，只要損害消費者之行爲能構成「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲」，且有危害公共利益之情事。此一見解下，本條成爲涵蓋不公平競爭法、限制競爭法，並且也踏入（直接）保護消費者之範疇的大型概括條款（公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 2 點第 3 項、第 3 點；行政法院 83 年度判字第 494 號判決「上能開發建設有限公司案」；蘇永欽，2001，頁 48；何之邁，2001，頁 337、338；吳秀明，1999a，頁 14 以下；吳秀明，2004，「參、二」；陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌，2002，頁 148；張長樹，於賴源河編，2000，頁 34；廖元豪，2000，頁 26、27）。本說除得到公平會及行政法院實務見解之支持外，公平法第 1 條明白提到本法之目的亦在於維護消費者之利益，亦屬採取此說之理由。另外，本條立法所參考之對象，即美國聯邦交易委員會法第 5 條即採取此一廣泛之適用範圍；一般民事法規以及消保法對於消費者保護之功能不足，仍有本條之補充空間；我國社會具有相當強烈之保護需求等，亦爲此說之論據。公平會在過去十幾年之實務，不論在處分案、訂定處理原則與規範說明、從事行政解釋、進行警示等各種執法活動中，已經將本條廣泛、深入地適用於不正競爭、限制競爭及消費者保護三大領域，此一情況已成爲我國公平法的一項特色。

33 公平會於 2002 年 1 月 9 日所發布施行之「公平交易法第二十四條案件處理原則」中，總結該會十年之實務見解，直接一般性地承認本條對於消費者保護性質之案件亦有其適用，但須符合足以影響市場功能之要件及危害公共利益之情事。該處理原則第 2 點規定「公平交易法第二十四條適用之基本精神」，其第

3 項即提到：「關於『維護消費者權益』方面，則應檢視系爭事業是否係以其相對優勢地位，利用『欺罔』或『顯失公平』」之銷售手段，使消費者權益遭受損害，而合致『足以影響交易秩序』之要件，以爲是否適用本條規定之判斷準據。」又同一處理原則第 3 點規定「與其他法律競合之釐清」，其中也提到：「消費者權益之保護固爲公平交易法第一條所明定之立法目的，惟爲區別兩者之保護法益重點，本條對於消費者權益之介入，應以合致『足以影響交易秩序』之要件且具有公共利益性質之行爲爲限，如廠商之於消費者具相對市場優勢地位，或屬該行業之普遍現象，致消費者高度依賴或無選擇餘地而權益受損之情形。」即公平會認爲，在一定限制下，原則上應肯定本條可適用於具有消費者保護性質之案件。

34 上述四說各有所據，基於法律文義之因素、比較法之參酌、規範體系之考量、立法資料與過程之佐證、本法立法目的與規範功能、公平會執法資源之衡量、組織法之考量、以及適度回應我國社會之需求等觀點，我們認爲將本條之適用範圍主要及於限制競爭及不公平競爭之案件，並在一定適用之限制條件下（參見本條邊碼 35-45），附帶及於直接保護消費者（即限制的第四說），應最爲符合公平法之立法意旨，值得採納（詳細討論，限於篇幅，不及備載，參見胡明華，1994，頁 132；蘇永欽，2001，頁 47、48；梁哲瑋，2000，頁 19 以下；吳秀明，2004，「參、二」）。

二、適用之限制

35 本條之適用範圍廣泛，使得其適用之妥當限制，成爲迫切之議題，以避免主管機關依本條干預市場過爲深廣。關於本條之適用，其補充空間應受所謂「窮盡規範原則」（又稱補充原則）之限制。其次，執法機關進行補充適用之際，應受一定「實體上之規範要件限制」與「程序上之管制門檻」限制。「窮盡規範原則」所涉及的，是本法概括與具體規定之間補充適用關係之釐清，可避免本條過於浮濫地在不該補充適用之處被援引適用。至於第二種限制，則是在處理國家依本法介入管制時的實體與程序門檻，其目的在於不使執法機關不當干預市

場經濟活動，否則將不但有損市場機能，也無端耗費執法之行政資源。

（一）窮盡規範原則（補充原則）

36 所謂「窮盡規範原則」，係一項用以處理公平法第 24 條與同法其他條文之間關係的法律適用原則，意指公平法第 24 條僅在同法之其他規定未窮盡評價某行爲之不法內涵時，始有適用之餘地。如果其他條文已經完整涵蓋對於某行爲不法內涵之評價，則該行爲只有是否構成該個別規定之問題，而無補充適用公平法第 24 條之問題。此時不成立個別規定之行爲，即屬於不違反公平法之行爲，不得再依本條加以處罰，亦無另就本條檢驗其合法性之必要。只有本法個別規定未窮盡評價某行爲，而該行爲具有所謂「剩餘之不法內涵」時，始有適用本條之餘地（公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 2 點第 2 項、第 4 點；吳秀明，1999a，頁 14 以下；吳秀明，2004，「肆、一」；陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌，2002，頁 149；汪渡村，2004，頁 232）。學者亦有認爲決定本條與本法其他條文之間的適用優先順序時，應遵循有三項準則：一、行爲已有其他條文加以規範者，應適用其他條文，無須再適用第 24 條。二、行爲非其他條文可加以規範，而其行爲該當第 24 條要件規定者，應適用第 24 條。三、行爲之一部分滿足其他條文規範要件，而他部分亦該當第 24 條規範要件者，一併適用其他條文與第 24 條。此適用規則中，亦含有補充原則之補遺意旨（廖義男，1997，頁 368、369）。

37 本條之補充，可以分爲與既有違法行爲類型具有密切關連的所謂「狹義補充」，以及建立新型行爲的所謂「創造性補充」兩種（吳秀明，2004，「肆、一、（一）、3」）。是否已經「窮盡評價行爲之不法內涵」乃在於檢視某行爲應予非難之內容，是否被本法第 24 條以外之個別規定所充分考量、包含、規範與譴責。當某行爲違反個別規定之時，固應依個別規定處斷；惟該行爲如未構成個別規定之違反時，仍應探究該行爲是否仍會破壞市場競爭秩序，或對消費者利益有重大損害，具有本法所不應容忍其存在的法益破壞性（即具有剩餘之不法內涵），以致衡酌本法立法意旨，認爲仍應對該行爲予以管制或譴責。關於「窮盡

規範原則」仍應注意者有：執法機關對於個案行爲具有「剩餘之不法內涵」應具有充分說明之義務、本條之補充適用不能被用於改變立法者之政策決定、個別規定已具有窮盡評價某類行爲不法內涵的概括規定者，即無須再以本條補充、具補充功能之個別規定應優先適用、以及個別規定經法律漏洞之補充後，仍未窮盡規範涉案行爲時，才有第 24 條之適用等重點（吳秀明，2004，「肆、一、(二)」)。

（二）國家介入管制之限制與門檻

38 除以窮盡規範原則限制本條之補充適用外，爲避免國家依據本條干預市場經濟過於浮濫，行政機關以本條介入管制時，復應受一定實體上之要件限制與程序上之管制門檻限制。所謂實體上之要件限制，係指違法行爲須達本條所規定「足以影響交易秩序」之程度；而所謂程序上管制門檻之限制，則指案情須具有第 26 條所規定之「危害公共利益之情事」。

1、實體要件之限制：「足以影響交易秩序」

39 國家以本條介入管制之實體要件門檻，是行爲須「足以影響交易秩序」。此一要件屬於具體危險構成要件，抽象危險尚爲不足，而其設立在於要求行爲應具有涉及交易秩序之整體性，除構成欺罔和或顯失公平之行爲外，尚須具有一定影響整體交易秩序之額外因素，以和民商法等純粹私法區別。

40 判斷影響交易秩序之一般考量因素有：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果、是否針對特定團體或族群所爲之行爲、有無影響將來潛在多數受害人效果（以上參考公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 5 點第 2 項)、行爲所採取之方法手段、行爲發生之頻率與規模、行爲破壞商業倫理之程度、所牽涉「競爭參數」的種類、行爲人與相對人資訊是否對等、糾紛與爭議解決資源之多寡、市場結構因素，如市場集中度、行爲人之市場占有率與市場力量大小、交易習慣與產業特色等，以決定行爲之「交易秩序衝擊度」。立法者在此處賦予執法機關在個案中有相當廣泛的判斷餘地，使其可依據案例事實衡酌其所影響交易秩序的程度，然後決定是否要介入

管制。

41 至於行爲所須影響交易秩序之程度爲何，可循所謂「三階門檻理論」處理之。限制競爭之案件，只要個別規定未窮盡規範行爲之不法內涵時，原則上即有本條之補充適用。其次對於不正競爭之案件，除個別規定須未窮盡規範之外，仍須要求涉案行爲對於交易秩序須有一定實質、相當之衝擊度。最後對於無涉於限制競爭或不公平競爭的消費者保護案件，基於消保屬於本條輔助之目的與功能，故公平會對於消保案件之直接介入管制，宜屬例外之舉，僅在必要時，對於「相當重大或相對上顯較嚴重之消保案件」，才宜發動公權力處理之，進行本條之補充適用（吳秀明，2004，「肆、二、(一)、4」)。

42 公平會鑑於過去適用本條時，有與其他法律之適用糾纏不清，以致於有投入許多行政成本執行私人權益糾紛或個別消保案件之情形，故在其所修訂定之「公平交易法第二十四條案件處理原則」中，對於以「足以影響交易秩序」一要件區別本法與他法之適用領域，格外加以重視。本原則就「公平交易法第二十四條適用之基本精神」加以規定：「爲釐清本條與民法、消費者保護法等其他法律相關規定之區隔，應以『足以影響交易秩序』之要件，作爲篩選是否適用公平交易法或本條之準據，即於系爭行爲對於市場交易秩序足生影響時，本會始依本條規定受理該案件；倘未合致『足以影響交易秩序』之要件，則應請其依民法、消費者保護法或其他法律請求救濟。」(公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 2 點）該處理原則復就「與其他法律競合之釐清」有如下規定：「本條對事業之規範，常與其他法律有競合之疑義，應考量左列事項判斷之：(一)按事業與事業或消費者間之契約約定，係本於自由意思簽定交易條件，無論其內容是否顯不公平或事後有無依約履行，此契約行爲原則上應以契約法規範之。惟於系爭行爲危及競爭秩序或市場交易秩序時，始例外有本條之適用。例如在契約內容顯失公平部分，倘未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應循民事途徑救濟解決；僅於合致前開要件，考量公共利益時，始由本條介入規範之。(二）消費者權益之保護固爲公平交易法第一條所明定之立法目的，惟爲

區別兩者之保護法益重點，本條對於消費者權益之介入，應以合致「足以影響交易秩序」之要件且具有公共利益性質之行爲爲限…。」（公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 3 點）

43 上述規定清楚說明並強調本要件之區別功能，值得贊同。其特別指出對於契約上之爭議，縱使顯不公平，原則上仍應依契約法解決，只有在競爭秩序或市場交易秩序受危害時，才「例外地」有本條之適用，格外值得注意。此一基本原則之宣示，代表公平會亟欲避免以本條介入無關交易秩序之私權糾紛，今後要嚴格地以「足以影響交易秩序」之標準，審查其所處理之個案，謹守其維護市場競爭與交易秩序並促進公共利益之角色。其實際上之成效如何，仍值得觀察。

2、程序發動之門檻：須有「危害公共利益之情事」

44 本條另有程序發動之門檻，即案件須有「危害公共利益之情事」（本法第 26 條）。公平會在「公平交易法第二十四條案件處理原則」中也提到：「在契約內容顯失公平部分，倘未合致『足以影響交易秩序』之要件，則應循民事途徑救濟解決；僅於合致前開要件，考量公共利益時，始由本條介入規範之。…消費者權益之保護固爲公平交易法第一條所明定之立法目的，惟爲區別兩者之保護法益重點，本條對於消費者權益之介入，應以合致『足以影響交易秩序』之要件且具有公共利益性質之行爲爲限…。」（公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 3 點）上述處理原則並未對於「危害公共利益之情事」加以特別解釋，但很明顯的是，公平會已經有此一門檻之認識。

45 依作者之拙見，此一要件與「足以影響交易秩序」基本上爲一體之兩面，故有關公共利益內涵之確定，可以參酌並使用關於「足以影響交易秩序」之判斷標準。二要件不同之處在於，當行爲有危害公共利益之情事時，公平會依本法第 26 條之規定仍「得」依檢舉或依職權調查處理；而在決定是否「得」介入時，主要之考量因素應不再僅是行爲之市場之衝擊度，而應爲執法資源之最佳分配，以及是否已有其他有效的規範或管制途徑或主管機關（吳秀明，2004，

「肆、二、(二)」)。

肆、構成要件分析與案例類型

一、構成要件內涵之一般性分析與解釋

46 本條之構成要件，可分爲三大部分予以解釋說明。首先「除本法另有規定者外，事業亦不得爲其他…行爲」等語之要件，涉及者乃本條規定與本法其他規定間之補充適用關係，應適用所謂「窮盡規範原則」(補充原則）處理之，前文已經予以說明（參見本條邊碼 36)。其次，「足以影響交易秩序」一要件，涉及本條之適用與其他民事法以及消費者保護法之區隔以及執法機關介入門檻之問題，亦已經討論如前（參見本條邊碼 39-43)，上述二者均不再贅述。此處所要探討者，乃本條「欺罔或顯失公平之行爲」之要件，以及實務上之案例類型。

47 「欺罔或顯失公平之行爲」係描述本條所規定違法行爲之要件，至爲關鍵，惟其用語抽象概括，尤其是「顯失公平」更富有高度之解釋彈性，提供了執法機關寬廣的形成空間，可在前述「窮盡規範原則」以及足以影響交易秩序之「三階門檻理論」的限制下，建構適合我國國情、符合公平法特色的案例體系。故對「欺罔或顯失公平之行爲」一要件抽象一般之解釋，固能指出其解釋適用之基本方向，惟其不免會失諸空洞。只有依據在我國所實際發生、經執法機關處理並逐年累積、日益擴展的案例爲素材，整理歸納其案例類型及相關之法理(參見本條邊碼 55 以下)，才能構成本條豐富而有生命力之內涵。

48 所謂「欺罔」之一般性意義，依公平會之說明「本條所稱欺罔係對於交易相對人，以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行爲。」(公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 6 點第 1 項)「前項所稱之重要交易資訊，係指足以影響交易決定之重要交易資訊；所稱引人錯誤，則以客觀上是否會引起一般大眾所誤認或交易相對人受騙之合理可能性(而非僅爲任何可能)爲判斷標準，同時衡量交易相對人判斷能力之標準，以『合理判斷』爲基準(不以極低之注意程度爲判斷標準)。」(同處理原則第 6 點第 2 項

前段）」上述要點，可資贊成作爲判斷之基礎（並參見劉孔中，2003a，頁 176 以下；梁哲瑋，2000，頁 36 以下）。

49 相較於對「欺罔」之說明尚能指點操作之基本方向，「顯失公平」的內涵就更爲抽象，難以做一般性之定義或說明。故公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」中對於「顯失公平」之一般意義，僅簡單說明：「本條所稱『顯失公平』係指『以顯失公平之方法從事競爭或商業交易』者。」（該處理原則第 7 點），實際上並未對顯失公平做進一步之解釋。故「顯失公平」一要件之重點，還是在實際案例類型之內容，但一般認爲不公平之情形須達到顯著之程度始可（少數不同見解認爲以不公平爲已足，無須達明顯程度者，曾有劉孔中，1994a，頁 21；其後變更見解，亦認爲不公平之程度須達重大及顯著始可，見氏著，2003，頁 180）。

總之「欺罔或顯失公平之行爲」一要件之實質內涵，如僅抽象地談其內容，顯然還是不夠，必須累積實務處理案例之經驗，不斷具體化與類型化後，才能發展對具體個案之處理有明確指導作用之行爲規範，使本條之理論實務日益充實精緻。

二、案例類型

導論

50 本條之實務案例，截至目前爲止已經有七百多件，面對如此龐大之案例群，實需要建立一個合理的案型體系，以利於本條之操作。類型化與體系化，不但有助於對本條的理解，使執法機關、法院與被規範者均能夠掌握其全貌，也能指導未來具體個案之法律適用，建立事業競爭與市場行爲的具體規範，促進法律的安定性與可預見性，更具有控制概括條款之適用範圍，避免其過度擴張之作用（蕭文生，於王海南、吳綺雲、劉孔中、蕭文生主持，1993，頁 38；同旨見於蕭文生，於劉孔中主持，1994，頁 11）。

51 案例之分類，並無所謂之唯一正確之標準，各種分類方法皆有其長、短處，故最重要者乃其實用性、分類標準之明確性、合理性，並具有符合我國公平法

制特色之適合性，最重要的是能藉以較爲精確與全面性地反映與掌握有關本條的實務運作，即應盡可能具有對於實務上已處理之既有案例的涵蓋完整性、能於法律適用之際發揮充分之指引功能、並對將來可能發生之新型案例同時具有開放性與發展性。上述實用性、明確性、合理性、適合性、涵蓋完整性、適用指引性、開放與發展性等，爲建立我國公平法第 24 條案型體系時，應多予注意之處。

52 此外，概括條款案例之任何分類方法，均無法完全避免邊界案例與多重屬性案例，一般可以依其主要屬性加以分類之（梁哲瑋，2000，頁 55-57）。

53 文獻上對於本條實務之案例類型，不乏已有用心之整理與研究者（參見梁哲瑋，2000，頁 59 以下；何之邁，2002，頁 382-435）。早期文獻則著重於比較法上案例類型之介紹，其中對於德國不正競爭防止法（舊法）第 1 條近百年來所發展出來之案型體系尤有詳細之介紹，亦具參考價值（參見王海南、吳綺雲、劉孔中、蕭文生主持，1993，頁 37-152；劉孔中主持，1994，頁 11-42）。

54 關於本條案例類型化之標準，理論上可依本條構成要件內容、依行爲對象、依侵害法益、依本條補充適用之領域（即行爲性質）、依產業別、依非統一之數項標準等數種可能，各具優缺。本書則以統一之標準出發，然後並用數種標準，而建立本條之案型體系。其基本上可以分成四層結構：第一層案例結構係依法條構成要件內容，分爲欺罔與顯失公平兩類；第二層案例結構則依補充適用之領域（行爲性質），在顯失公平之下區分爲限制競爭、不公平競爭與消費者保護三類；而於欺罔之下，區別爲不公平競爭及消費者保護二類，因在限制競爭之領域，案例多與顯失公平有關；第三層案例結構，乃依行爲內容與型態之大部分類；最後，第四層案例結構，則是依行爲內容與型態之細部分類。未來則應將發展成熟之案例類型，漸次納入公平法之明文規定，持續進行法典化之工作。

（一）欺罔

有關本條之欺罔行爲，依據我國實務案例，有下列之行爲類型：

1、欺罔之不公平競爭行爲

欺罔行爲中，其性質屬於不公平競爭者，有下列情形：

（1）冒充依附有信賴力主體

所謂冒充依附有信賴力主體，係指行爲人以積極欺瞞或消極隱匿資訊之方式，致引起交易相對人誤認其爲其他具有信賴力之主體，而與其交易之行爲。實務上具體案例可分爲下列情況：

55 **I、**瓦斯安全設備公司假借瓦斯公司名義，以假安檢真推銷之方式，使民眾陷於錯誤，誤以爲其與瓦斯業者爲同一經營主體，而與其交易之行爲。此種行爲，具體的行爲手段，早期多於服務名片上即直接署名「瓦斯公司」，或者其營業員僞稱「瓦斯公司」或「瓦斯公會」職員（82 公處字第 093 號「梨北瓦斯器材開發有限公司假安檢真推銷案」，本處分爲行政法院 84 年度判字第 951 號判決所維持；82 公處字第 085 號「尖兵瓦斯公司假安檢真推銷案」；82 公處字第 086 號「台灣全安瓦斯公司假安檢真推銷案」等）。

晚近案例，即使未直接冒用「瓦斯公司」名稱，但以印刷上的技巧使消費者誤認爲是瓦斯公司，亦爲公平會所處分。例如在瓦斯服務通知單或申購單上以不易辨識的公司篆體印鑑蓋於「安全設備」等字，而凸顯「瓦斯公司」字樣，以及註明其公司「工務課」及電話，然實際上該公司內部並無此等單位，而使消費者誤以爲其爲瓦斯公司（公處字第 091009 號「黃瑞隆君假安檢真推銷案」；公處字第 091038 號「大台北區聯合瓦斯安全設備有限公司假安檢真推銷案」；公處字第 091058 號「陽明山瓦斯安全設備有限公司假安檢真推銷案」[264]；公處字 093003 號「欣欣開發瓦斯設備有限公司假安檢真推銷案」等）。又如公司名稱並無瓦斯字樣但在瓦斯服務通知單上蓋記「瓦斯安全」、或戳章上印有瓦斯總服務處，使人誤以其爲瓦斯公司（公處字第 091040 號「欣海企業有限公司假安

[264] 本案被處分人另有僞稱「九二一震災後政府爲維護瓦斯安全，已全面通令安裝」等語，而實際上相關法令規範僅針對公共營業場所、十樓以上建築物及供公眾使用場所之「新申請」用戶，要求裝設緊急或自動遮斷設備。故本案亦應可構成「欺罔」行爲下，消費者保護之「隱匿重要資訊」之行爲。

檢真推銷案」)。另有事業假借防災安全宣導及瓦斯安全檢查，進行瓦斯安全器材銷售者（公處字第 091037 號「展福龍企業有限公司假借防災安全宣導行銷產品案」)，亦係屬之。

56 **II**、事業依附公益團體名義，於從事公益活動安全宣導之際，行銷商品，利用消費者之心理負擔，而誤導消費者進行交易之行爲。其行爲態樣包括：消防安全事業利用公益團體推動消防安全講習機會，推銷自身產品（83 公處字第 092 號「皇安消防實業有限公司利用公益活動推銷商品案」[265]；83 公處字第 127 號「民眾有限公司利用公益活動推銷其血壓計產品案」等)。另有事業以其負責人身兼防災協會理事長之便，而以協會防災宣導講習所得之資料，逕轉交與自己之經銷商處理（83 公處字第 077 號「新品瓦斯安全設備股份有限公司案」，本案爲行政法院 85 年度判字第 983 號判決維持，學者亦肯定之（廖義男，1997，頁 330))；類似案例，如事業負責人爲公益團體的卸任理事長，但仍實際負責公益團體的運作，藉職務之便，在宣導安全防災時將宣導所獲得資料逕交與自己的經銷商（公處字第 091001 號「昶周企業有限公司利用消防安全宣導活動而推銷其消防安全設備案」)。又如事業本身身兼公益團體服務處及相關產品之進出口業務，因具雙重身份而有導致消費者誤認身份及攀附公益團體名義行銷之行爲（85 公處字第 089 號「上凱有限公司依附公益團體案」)；或事業隱瞞其事業名稱及營利事業本質，而假借利用公益團體名稱，從事商品銷售（86 公處字第 079 號「天然保健醫療用品中心假借公益團體名義行銷商品案」）等。

57 **III**、其他冒充依附有信賴力主體之情形，例如家電商行刻意選擇知名家電廠商停用之電話號碼，並刻意隱瞞自身資格，誤導知名家電廠商之顧客誤認其係該等公司之特約服務站或與之有關之修理部門（82 公處字第 028 號「新服務體家電商行使用特定家電廠商舊有電話號碼案」；82 公處字第 029 號「美日歐家電服務公司使用特定家電廠商舊有電話號碼案」；83 公處字第 067 號「東國電器

[265] 此類案例該事業多亦身兼公益團體之理事，而公平會多認爲除對於交易相對人爲欺罔行爲外，對競爭者亦爲顯失公平之行爲。

有限公司使用特定家電廠商舊有電話號碼案」等）。又如事業就其賣場名稱或整體外觀爲引人錯誤之標示，使人誤信其爲合作社組織，構成足以影響交易秩序之欺罔行爲（88 公處字第 155 號「全聯實業股份有限公司以名稱及整體營業行爲使人誤信其爲合作社案」；84 公處字第 028 號「慶福開發公司以合作社名義對外營業案」等）。再如事業僞稱其定型化契約條款係取自政府機關之冒用有公信力團體名義之行爲（公處字第 091219 號「鵬耀國際有限公司欺罔僞稱契約條款取自公平會案」）。

（2）不實促銷

其具體情形如下：

58 I、事業於贈獎活動上之宣稱與實際中獎後所贈與之獎品內容不符

此類案例之情形，有舉辦贈獎活動，而於廣告單上之內容使人誤以爲有贈送某物品但實際並未提供該項贈品者（83 公處字第 083 號「大批發百貨公司贈獎不實案」）；或者文宣中有載明但實際上並未贈出所宣稱之獎項（86 公處字第 111 號「元順有限公司贈獎不實案」）；或者其實際獎項與所刊登之內容有重大差異（85 公處字第 026 號「聯米有限公司贈獎不實案」；86 公處字第 113 號「泰岫企業贈獎不實案」等）。又如贈獎文宣與一般認知不同而引人錯誤（83 公處字第 108 號「興農股份有限公司贈送非當日報紙案」）。他如機票之贈獎不實，即事業於某次贈獎促銷活動之摸彩券上宣稱贈送免費機票，但實際上僅贈送機票抵用券或折價券，且須與他項商品合併使用而不能單獨使用之情形（83 公處字第 058 號「易璇女子美容院機票贈獎不實案」；85 公處字第 015 號「廣萌開發股份有限公司機票贈獎不實案」等）。

59 II、贈獎活動之相關資格、條件等重要資訊並未充分揭露

其情形有：獎品內容本身之條件或限制未事先充分揭露，例如廣告上標明中獎者可獲贈與發票金額同額的現金，但未說明究爲該單次抽獎之基本消費或當日全部消費金額（83 公處字第 094 號「萬客隆股份有限公司贈獎資訊未充分揭露案」）；或獎品使用限制未事先揭露（87 公處字第 073 號「洄瀾傳播股份有

限公司未揭露贈獎使用限制案」)。其次，贈獎活動之參加資格的限制未充分告知（85 公處字第 097 號「立明光學有限公司贈獎資格未充分揭露案」；85 公處字第 103 號「厚生傳播事業有限公司贈獎資格未充分揭露案」等)；或領獎辦法或期限限制未事先揭露（83 公處字第 113 號「富蘊國際開發股份有限公司未事先揭露領獎期限限制案」；86 公處字第 073 號「國寶聯線文化事業股份有限公司領獎限制未事先揭露案」等)；或對獎額分配、數目未揭露（83 公處字第 112 號「信喜實業股份有限公司未揭露獎額分配案」)；以及贈獎活動期間未載明，致消費者之預期落空（85 公處字第 025 號「眾樂系統股份有限公司贈獎活動期間未揭露案」）等皆屬之。

60 III、以不實之陳述從事促銷

此類案例之情形如在特價廣告上，對特價商品實際上雖已限定每日限額，但廣告上卻未說明上述限額，僅表示「所有促銷商品數量，以現場供貨量爲準」，藉此吸引消費者前往消費。事業的確以現場供貨量爲準之行爲，雖不能謂爲虛僞不實，但對其他競爭同業，具有競爭倫理之非難性，未符效能競爭原則（公處字第 091104 號「萬客隆股份有限公司特價品數量限制案」)。又如以「分期付款僅今明兩日」、或與其他人交易之情形等不實的陳述而爲促銷（82 公處字第 075「柔珮詩國際企業股份有限公司促銷陳述不實案」)。另外又如以產品原產地陳述不實之方式，在促銷時以口頭謊稱產品自西德進口（83 公處字第 062 號「李瑞姝君原產地陳述不實案」)；或推銷報紙訂戶時，不實地以贊助清寒學童獎學金之名義促銷（86 公處字第 015 號「盧惠麗君以不實訊息促銷案」）等情況。

61 其他不實陳述之促銷，如網路促銷活動中，不實之標示或陳述，如KTV業者網站中之「新歌快報」，標示「獨家」二字，然實際上其他KTV業者亦有相同歌曲，足以使相關大眾產生錯誤認知或決定，並影響同業公平競爭秩序（公處字第 091115 號「錢興文化企業股份有限公司不實促銷案」)[266]。又如廣告代理商

[266] 本案較有爭議者應爲處分主體，公平會處分實際經營網站者，而非 KTV 業者，但實際上所影響的卻爲 KTV 之競爭業者，二者似屬於不同競爭階層，則處分書認爲影響同業公平競爭秩序，似有待釐清。

欺騙廣告主，僞稱自由時報有保障名額規定，致其不得刊登其他廣告代理商原有廣告主廣告，而使廣告主改而委託刊登其他報社廣告（公處字第 091122 號「黃得恩君不實陳述案」）。

62 IV、促銷或贈獎活動過程中其他有違誠信之行爲

例如部分中獎活動已完成卻未告知中獎名單（83 公處字第 155 號「真口味食品企業公司未公告中獎名單案」）；或實際上並未執行抽獎活動，對原先合格之參加人以贈送禮盒表示致歉者（84 公處字第 062 號「昭志貿易公司未實際抽獎案」）等。

63 V、與本法其他個別規定之區別

事業在進行促銷活動之過程，有表示不實或其他欺罔行爲者，如其並非於「商品或其廣告上爲虛僞不實或引人錯誤之表示或表徵」時，依公平會之見解並不構成本法第 21 條，此時如該行爲足以影響交易秩序者，該會認爲應有本法第 24 條之補充適用。換言之，凡在「商品或其廣告上」爲不實廣告者，適用第 21 條，而非於商品或其廣告上爲不實廣告，而係於贈獎等「促銷活動」上爲不實陳述、隱匿未揭露重要資訊、或其他欺罔不實或有違誠實信用之行爲者，則適用第 24 條。此種區別，固然有其法律構成要件上之根據，不能謂爲全無理由。但商品或服務之促銷活動與商品或其廣告，其區別之界線時有困難，易造成無謂之爭議。實則宜將兩者一體地視爲商品或服務之提供者，對交易相對人提供有關交易資訊之各個階段行爲或各種態樣，蓋兩者對於交易相對人所提供之重要交易資訊，均可能影響交易相對人之購買決定。再者，公平會在「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十一條案件原則」之第 2 點規定：「本法第二十一條所稱商品(服務)，係指具有經濟價值之交易標的暨具有招徠效果之其他非直接屬於交易標的之相關交易事項，包括事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等。」其將贈品、贈獎亦納入「商品（服務）」之概念中，已經擴大了商品之適用範圍，自會造成更多辯異之困難與爭議。未來如能對於第 21 條予以修訂，使該條規定

不限於適用在商品或其廣告上，而是能夠包括上述事業行銷過程中有關交易資訊提供之行爲者，或可免於上述爭議，而使法律之規範更爲合理（同旨，參照本書第 21 條，邊碼 59，75-77）。

2、消費者保護領域足以影響交易秩序之欺罔行爲

64 依公平會之實務見解，公平法第 24 條所規定足以影響交易秩序之欺罔行爲，除不公平競爭外尚包括具消費者保護性質之行爲。此類之行爲，尤以對消費者「隱匿重要交易資訊」最屬重要。所謂之「重要交易資訊」，係指足以影響交易決定之交易資訊（公平會「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 6 點第 2 項）。事業在與消費者交易之過程中，如隱匿上述之重要交易資訊，使消費者與其交易而受有不利益者，如足以影響交易秩序時，即可能有第 24 條之適用。我國實務上，對消費者隱匿重要交易資訊之情形如下：

（1）房屋仲介業者關於內政部版要約書之隱匿交易資訊

65 此係指房屋仲介業者未主動告知購屋人斡旋金契約與內政部版要約書之區別及其替代關係，隱匿重大交易資訊，使交易相對人與之交易之行爲。具體行爲態樣包括：未告知消費者可選用內政部版「要約書」（87 公處字第 078 號「大信廣告有限公司未告知消費者可用內政部版要約書案」；87 公處字第 096 號「聯勝房屋仲介有限公司未告知消費者可用內政部版要約書案」等）；或僅於公司牆上張貼「內政部版要約書與購屋要約書之內容比較表」，而公司內部並未備有內政部版要約書供消費者選擇，亦未實際對消費者說明者（89 公處字第 084 號「蝸牛族房屋仲介有限公司未向消費者揭露內政部版要約書案」，本處分爲臺北高等行政法院判決 89 年度訴字第 1819 號所維持）。

其次，若仲介業僅於所提供的「不動產買賣要約/承諾書」中載明「買方已詳閱本買賣斡旋金收據及內政部版要約書後，仍選擇本約給付要約金」等文字，而未主動揭露該等資訊、說明其具體內容或實際交付審閱者，亦屬於隱匿重要交易資訊（公處字第 091200 號「東方房屋仲介有限公司未充分說明內政部版要約書之資訊案」；公處字第 092049「光大不動產仲介經紀股份有限公司未充分說

明內政部版要約書之資訊案」)；而僅於「買賣斡旋金收據」內始書明同等文字者，亦同（公處字 092165 號「僑茂房屋仲介股份有限公司隱瞞內政部版要約書之重要交易資訊案」)。又基於未充分揭露必要之資訊，使消費者誤以爲所簽訂之斡旋金契約即爲內部正版要約書之行爲，亦被公平會處分（87 公處字第 081 號「連城房屋仲介有限公司誤導消費者以爲簽訂內政部版要約書案」)。

66 公平會以公權力，基於消費者保護之理由，要求房屋仲介事業主動提出內政部版要約書之作法，其妥當性不無疑義。蓋基於本書主張之「三階門檻理論」，對於與限制競爭或不公平競爭無直接關連的消費者保護案件，因消保屬於本條輔助之目的與功能，公平會對於消保案件之直接介入管制，宜屬例外之舉，僅在必要時，對於「相當重大或相對上顯較嚴重之消保案件」，才宜發動公權力處理之（本條邊碼 41)。仲介業者並非內政部版本要約書內容之唯一資訊取得管道，消費者若勤於蒐集相關資訊者，不難在網路上或有關文獻資料上得知此事。再加上上述處分所涉及之消費者人數或業者數量，是否有達到上述相當重大或相對嚴重之程度，亦值懷疑。況且如果業者之版本如較內政部版更優時，處罰其不提供後者將更形不合理。故上述處分是否有介入過深之不妥，宜進一步考量。

（2）房屋仲介業者以欺罔手段賺取差價

67 房屋仲介公司如利用所獲得之買、賣雙方之價格資訊，以欺罔手段詐騙當事人賺取差價，致與房屋仲介業者首重資訊透明、信實服務的行業規範相背者，構成欺罔之行爲。其行爲態樣有：仲介業者實際上與賣方協議，服務費爲底價與實際成交價之價差，但卻告知買方「賣方不付服務費」，而將底價調高並使買方負擔一定比例之服務費之行爲（85 公處字第 063 號「聯宏仲介股份有限公司虛僞告知消費者服務費計算方式案」，本處分爲 85 公訴決字第 006 號訴願決定所維持；85 公處字第 188 號「南英仲介有限公司虛僞告知消費者服務費計算方式案」等)；或房屋仲介業者隱匿買方所願出之高價，而使賣方以較低之價格出售，進而從中賺取差價之行爲（86 公處字第 021 號「鍾美蘭君案低報買方較高

出價案」；84 公處字第 047 號「丞漢有限公司低報買方較高出價案」；公處字第 091136 號「龜山房屋仲介有限公司低報買方較高出價案」；公處字第 091075 號「泉開有限公司低報買方較高出價案」[267]等）。類似之案型，有仲介業者以自己員工冒充買方出價，使賣方陷於錯誤而爲降價決定（89 公處字第 188 號「浤緯國際有限公司僞報仲介價格資訊案」）。又對買方高報賣方所出賣價（89 公處字第 188 號「浤緯國際有限公司僞報仲介價格資訊案」；公處字第 092169 號「郭禮財君高報賣方所出賣價案」[268]等），亦屬於此類案例。

（3）簽訂代工契約時隱匿交易資訊

68 事業隱匿重要的交易訊息，而與交易相對人簽訂不易製作完成的代工契約者，是謂一種之欺罔行爲。早期案例，多爲事業未善盡事先告知相對人工作之高度技術性、耗時性、高失敗率等資訊而與其交易，目的則是在販售代工材料以獲取暴利，而被公平會認定爲足以影響交易秩序之欺罔行爲（86 公處字第 143 號「陳志豪君案隱匿重要交易資訊簽訂代工契約案」；86 公處字第 163 號「劉世泰君隱匿重要資訊簽訂代工契約案」等）。近期案例，除上開情形外，事業若雖表示交易相對人得自行向他人購買原料，但卻未充分說明原料之成分、品名、單價及調配比例等資訊，仍遭公平會非難（公處字第 091020 號「鈺盛企業有限公司隱匿重要資訊簽訂代工契約案」[269]；公處字第 091083 號「鍾麗華君隱匿重要資訊簽訂代工契約案」；公處字第 091198 號「蔡佩華君隱匿重要資訊簽訂代工契約案」；公處字第 091205 號「許進興隱匿重要資訊簽訂代工契約案」等）。公

---

[267] 本案仲介業者除對屋主隱匿較有利之買方出價資訊外，另逕以自己名義僞稱願意購買，並向買方僞稱爲賣方代理人而爲交易，而致使屋主以較高價格出售，從中賺取差價。

[268] 本案仲介業者除消極隱匿賣方所願售出之較低價格外（亦即向買方高報賣價），並藉第三人名義先向賣方訂定成交價格較低之不動產買賣契約，再向買方哄抬售價，而從中賺取差價。

[269] 不過於此等案例中，公平會對於該等事業在交易相對人施工失敗後，向其尋求協助時，未善盡締約優勢方之照顧及協力義務，仍認爲具有商業倫理非難性，並且認爲弱勢的交易相對人在未取得工資前即應先負一定費用購買工作所需材料或設備者，亦屬於「顯失公平」之行爲。

平會就此類案件，制訂有處理原則，可供解決此類案件一般性之參考（參見「行政院公平交易委員會審理非法委託家庭式代工案件處理原則」）。

（4）其他隱匿交易資訊之行爲

69 其他對消費者「隱匿重要交易資訊」之行爲，諸如預售屋業者與承購戶所簽訂之契約中，未將公共設施之項目暨公共設施分攤計算方式予以載明（85 公處字第 175 號「東帝士股份有限公司未將重大交易條件於契約中充分載明案」；86 公處字第 081 號「德記建設股份有限公司未將重大交易條件於契約中充分載明案」；87 公處字第 124 號「聯茂鑫建設有限公司未將重大交易條件於契約中充分載明案」等）[270]。或如事業招攬保險時未充分揭露重要交易資訊（保險法第 105 條規定），爲足以影響交易秩序之欺罔行爲（公處字第 092005 號「中訊保險代理人股份有限公司案」）[271]。復如美容業者未事先告知美容產品及儀器之使用收費資訊，致消費者做出錯誤決定而爲交易之行爲（86 公處字第 082 號「永霖美容坊張玉春君隱匿重要消費資訊案」[272]；89 公處字第 151 號「永惠美容坊隱匿重要消費資訊案」等）。再如平行輸入業者以減少產品的內容量來降低售價，而使用與代理商相似的包裝，使消費者施以普通注意難以辨識其產品低廉之真正原因（83 公處字第 109 號「國英公司平行輸入減少內容量以降低產品售價案」）

---

[270] 早期關於此類案例之處理，公平會曾認爲是屬於「顯失公平」行爲，例如 85 公處字第 175 號「東帝士股份有限公司爲將公共設施項目及分攤方式於契約內載明案」、86 公處字第 081 號「德記建設股份有限公司未將公共設施項目及分攤計算方式於契約內載明案」，不過依據「公平法對預售屋銷售行爲之規範說明」第 3 點（二）2（4）之規定，則明確將之劃分爲「欺罔」行爲。

[271] 本案也應考慮是否屬於單一個案，而不宜由公平會介入。本案事實略爲保險代理人與要保人簽訂人壽保險契約，被保險人並未於保約上簽名同意，其蓋章等均由要保人代爲之，不過保險代理人並未告知要保人保險法第 105 條等規定，致該契約因不符合保險法第 105 條規定而無效，因而使被保險人無法獲得保險給付，故要保人即向公平會檢舉。本案另經台南地院 89 年 6 月 16 日保險字第 1 號判決契約無效。

[272] 本案另涉及美容業者事後迫使消費者付款（例如簽具商業本票），而構成顯失公平行爲。

[273]等。最後，事業於重大天然災害之際，未主動告知消費者漲價及交易數量資訊，致消費者無法估算交易價格，亦爲對於交易相對人隱匿重要交易資訊之行爲（公處字第 091090 號「中均實業有限公司隱匿重要交易資訊案」）[274]。

（二）顯失公平之行爲

公平法第 24 條所謂「顯失公平」之行爲，用語抽象概括，其具體內涵之說明，仍應以該會歷年之實務案例所累積之行爲類型加以整理呈現。本條顯失公平之行爲，可以分爲限制競爭、不公平競爭以及消費者保護三大類，茲分別說明如下。

1、顯失公平之限制競爭行爲

性質爲限制競爭之行爲，如不構成本法有關限制競爭之規定，惟該規定並未窮盡規範涉案行爲，即行爲仍有剩餘之不法內涵時，仍有第 24 條之補充適用。其情形有下：

（1）補充獨占之行爲

依公平會之實務，本法第 24 條適用於類似獨占之情形如下：

70 I、基於獨占事業公告之補充適用

在獨占公告制度未廢除以前，具有法定獨占力卻因年度銷售金額未達新台幣十億元而未被公告爲獨占的事業，例如地區之瓦斯和天然氣事業，其依恃市場力量所爲之不當行爲，如不當決定用戶之申裝或維修費用；或業者就牆壁修復費、暗管修護費、回填砂及級配費用、用戶共同管分擔費用、管線補助費等之重複收取或超收費用；以及應由被處分人負擔之表外管維修、被處分人員工團體保險費用之不當轉嫁等（87 公處字第 017 號「欣隆天然氣股份有限公司不當決定價格案」； 87 公處字第 157 號「欣南石油氣股份有限公司不當決定價格

---

[273] 此案公平會認爲對於競爭者之代理商爲顯失公平，而對消費者則構成欺罔行爲，故同時具有不公平競爭與消費者保護兩種之性質。

[274] 本案原處分爲 88 公處字第 138 號，歷經訴願、再訴願後，爲台北高等行政法院 89 年度訴字第 1643 號所撤銷，嗣後公平會另爲本處分。歸類上本案亦可同時歸類於顯失公平項下，限制競爭類型之補充獨占。

案」，本處分並爲最高行政法院 89 年度 157 號判字第 2975 號所維持；87 公處字第 167 號「新海瓦斯股份有限公司不當決定價格案」；88 公處字第 103 號「欣桃天然氣股份有限公司不當決定價格案」等）。

71 II、濫用相對市場優勢地位之行爲

事業之市場力量雖未達到獨占之程度，惟其對於交易相對人，基於種種之原因而具有相對市場優勢地位時，亦不得濫用其相對市場力量，而從事搾取不當利益等之濫用行爲。實務上認有濫用相對市場優勢地位之情形有下：

72 **A、「鎖入」**

事業之市場佔有率雖不高，但於其電梯產品之售後服務及相關零組件市場上具有幾近獨賣之相對優勢地位，而以拒絕提供售後服務之手段，迫使已經「鎖入」使用其產品之人代償實際債務人所負維修款項；並拒絕提供緊急之備用鑰匙與相關零組件，而剝奪交易相對人自由選擇交易對象之權利，並阻礙其他維修服務提供者相與競爭之機會（86 公處字第 068 號「瑞士迅達電梯股份有限公司濫用優勢地位案」）。

73 **B、利用重大天然災害或疫情濫用優勢地位之行爲**

事業如基於重大天然災害（如九二一震災）或疫情蔓延之際，而享有相對優勢市場地位時，不得濫用上述市場地位，而爲哄抬物價等不當之行爲。其中，關於九二一震災之違法行爲態樣包括有：事業於九二一震災期間因停電而以手搖方式爲消費者加油，並以機械式油量表計算加油量，但卻利用其所處競爭區域市場供需嚴重失調及消費者急迫需求之情勢，濫用市場優勢地位，調高並統一所販售之油品價格，且未充分揭露與告知消費者加油量、單價等重要交易資訊，致消費者一則迫於情勢，二則無法估算交易價格，而被榨取不當利益。因被處分人在當時對該區域油品之供應具舉足輕重之地位，實務上認爲其行爲構成足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平行爲。（88 公處字第 138 號「中均實業有限公司隱匿重要交易資訊案」，

本案經台北高等行政法院 89 年度訴字第 1643 號判決撤銷再訴願決定、訴願決定與原處分，嗣後公平會另爲處分，但仍維持原處分見解，惟提出更詳細之說明，參見公處字第 091090 號處分書）。

又如事業於九二一震災後調漲水塔價格，其價格漲幅不合理達相當顯著之程度，侵害中部地區水塔市場之商業倫理及效能競爭秩序（88 公處字第 152 號「金太乙水塔有限公司哄抬物價案」）。復如事業利用九二一震災後，無正當理由（例如並無不能生產情形，而於災害原因消滅之後，又恢復原來生產狀況）而調整產銷策略，完全生產利潤較高之厚型水塔，停止生產利潤較低之薄型水塔（89 公處字第 012 號「鴻茂工業股份有限公司無正當理由調整產銷策略案」）。另如，事業於九二一震災期間公開張貼或廣爲散發不實的調漲不鏽鋼材價格之公告之行爲（88 公處字第 128 號「穎昌水塔企業股份有限公司等侵擾市場案」）[275]。 其次，事業利用九二一震災後，不當調漲其代理的HONDA小型發電機組售價之行爲，亦被公平會認定其係屬價格之不當決定，嚴重侵擾市場安定及交易秩序，影響消費者價格選擇自由，構成足以影響交易秩序之顯失公平行爲（88 公處字第 163 號「金帝股份有限公司利用天然災害之際不當調漲產品價格案」，本處分並爲臺北高等行政法院判決 89 年度訴字第 1294 號所維持）。

74 同屬於此類之行爲，尚有利用 SARS 疫情，不當哄抬口罩或耳溫槍價格之行爲。對此類案例，公平會認爲不論是終端零售藥品商行（公處字第 092058 號「全國藥品企業有限公司哄抬口罩價格案」）或是供貨業者（公處字第 093008 號「昕承實業有限公司哄抬口罩價格案」），對於其交易相對人均立於相對優勢地位，因此若於疫情期間市場失衡之際，利用買受人資訊不對等或其他交易上弱勢地位，不當調漲口罩（如上述案例）或耳溫槍價格（公處字第 092099 號「吉電通醫學科技有限公司哄抬耳溫槍價格案」），

[275] 本案被處分人之行爲遭公平會認定已侵擾交易秩序並妨礙交易相對人之價格選擇自由，致生侵害消費者利益之情事，在民生物資供需嚴重失調之際，爲足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平之行爲。

達相當顯著程度而超過合理利潤，則為從事足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第 24 條之規定。至於如何認定不當，若有進貨價格可資比較，則以價格漲幅計算（公處字第 092093 號「永猷股份有限公司哄抬口罩價格案」）；如價格顯然過高，縱事業不提供進貨成本等資訊，公平會仍會直接認定其調漲幅度明顯超越市場經驗之正常價格，而認定其漲價為顯失公平（公處字第 092145 號「佑全食品百貨商行哄抬口罩價格案」；公處字第 092058 號「全國藥品企業有限公司哄抬口罩價格案」，本案漲價幅度達正常市場售價經驗九倍之多，而遭公平會認定違法）。

75 公平會為上述處分之理由在於，如按市場經濟之基本原則，市場價格乃藉由市場供需以決定，但若遭逢重大天災等緊急事故，致市場供需嚴重失調者，價格機能無法正常發揮，廠商也因此緊急情事，對於交易相對人享有一定之優勢地位。如事業濫用此相對市場優勢地位，不當決定商品價格，或陳述散發不當價格資訊，致妨礙交易相對人價格選擇自由，則得以公平法第 24 條予以規範（洪秀幸、李延禧，2000 年，頁 124-125）。公平會對於「哄抬物價」的認定基準，由上述實務案例觀察，大致上是以價格調漲幅度超過成本之上漲幅度，且達相當顯之程度者，即屬成立。至於何者屬於「相當顯著之程度」，則需考慮產品特性、產品單價、調漲比例、調漲時間、調漲速度及消費者所能接受程度加以考量（洪秀幸、李延禧，2000 年，頁 112）。

76 **C、利用資訊不對稱不當壓抑交易相對人**

未構成獨占地位之事業，如濫用優勢地位，隱匿己方重要交易資訊，並要求他方公開相關資訊，而為有利於己之契約談判交涉，對交易相對人不當壓抑，妨礙其自由決定交易條件者，具有欺罔及顯失公平之性質。例如有線電視頻道業者與系統業者交易過程中，要求系統業者先提供確實收視戶數資料，再由其決定是否提供個別頻道價格資訊之利用及進一步造成資訊不對等之行為（87 公

處字第 014 號「和威傳播股份有限公司資訊不對等案」）[276]。又如有線電視頻道業者給予系統業者的戶數折扣幾與頻道銷售辦法不符，隱匿實際意願成交價格、剝奪系統業者依其意願單獨購買頻道節目機會，亦爲事業濫用市場相對優勢地位，並利用資訊之不透明而爲之顯失公平行爲（89 公處字第 110 號「和威傳播股份有限公司隱匿實際議案成交價格案」，本處分爲行政院台 90 訴字第 006247 號訴願決定所維持，被處分人不服提起行政訴訟，經台北高等行政法院 90 年度訴字第 2958 號判決予以撤銷，而公平會提起上訴，爲最高法院 92 年度判字第 1909 號判決認爲上訴有理由，廢棄發回。應予說明者爲，公平會認定本案爲「欺罔」行爲，不過學者有認爲應屬於「濫用市場相對優勢地位從事不公平交易行爲」，而可能構成「資訊未透明化所造成之顯失公平行爲」較爲允當（石世豪，2004 年，頁 193））。

77 **D、 加盟業主於加盟過程中恃相對優勢地位，隱匿重要交易資訊以獲取利益之行爲**

此類行爲之型態如加盟業主「於收取加盟金前，未告知加盟者倘解除加盟合意，須負擔技術移轉費用、講師費、設店評估設計費等履約準備費用之訊息」（公處字第 092173 號「碧淨生物科技股份有限公司未充分揭露加盟資訊案」）；或未充分揭露加盟權利金等相關費用之付款時間及交付方式之資訊（公處字第 092004 號「啓發智慧科技股份有限公司未充分揭露加盟資訊案」）；又如未揭露「加盟業主對加盟店與其他加盟店或自營店之間營業區域之經營方案」及「加盟契約變更、中止及解除之條件及處理方式」等重要交易資訊（公處字第 091100

[276] 本案公平會認爲有線電視頻道業者享有資訊優勢之理由略爲，系統業者除須依照「有線電視節目播送系統暫行管理辦法」第 11 條規定，將訂戶數報行政院新聞局及交通部備查，實際上被處分人亦可透過上一年度與系統業者簽約時之資料約略推估次年之收視戶數；相對而言，除被處分人願意揭露其頻道節目之價格資訊外，下游系統業者別無其他掌握此一重要資訊之途徑，被處分人顯然於交易資訊居於優越地位，而挾此一優勢，要求系統業者先提供收視戶數後再報價，系統業者因而無法清楚知悉是項報價之計算方式，被處分人卻得以掌握交易相對人之收視戶數資訊，並視情形調整頻道節目之價格。故被處分人系爭行爲構成對下游系統業者顯失公平之行爲。

號「全球通通路股份有限公司案」）等等。

78 III、其他

例如室內電話市場具獨占地位的中華電信公司，於其所營電話號碼簿廣告登載業務上，將廣告用戶之廣告費用併入其室內電話帳單收取，逾期未繳則藉停話、消號拆機等方式催繳，而將其廣告業務經營所衍生之債權債務與其電信費用爲不當連結（86 公處字第 217 號「中華電信股份有限公司不當拒絕交易案」）。本案公平會係依第 24 條處分，惟對於中華電信之上述行爲是否構成本法第 10 條第 4 款「其他濫用市場地位之行爲」，並未做充分之考量與檢視，其妥當性不無疑問。

（2）補充聯合行爲之行爲

本法第 24 條適用於類似聯合行爲之情形如下：

79 I、借牌參標

公平會在若干案例中認爲借牌參標之事業雖未圍標，但係以欺罔方式，使招標單位誤信競爭存在，從而取得交易機會，符合公平法第 24 條所禁止之「欺罔」行爲（86 公處字第 089 號「東南造園有限公司借牌圍標案」；88 公處字第 091 號「黃其君（即旗鋒昌土木包工業）及介隆營造有限公司借牌圍標案」；88 公處第 112 號「太偉清潔工程有限公司借牌圍標案」；89 公處字第 064 號「石尙營造有限公司借牌圍標案」，本處分並爲臺北高等行政法院 89 年度訴字第 2095 號所維持；89 公處字第 042 號「建中工程股份有限公司及大安工程股份有限公司借牌圍標案」；公處字第 091088 號「元廷工程有限公司借牌圍標案」等）。惟公平會處分之案例中亦有認爲除對招標單位之欺罔外，對其他競爭同業亦屬「顯失公平」行爲（86 公處字第 003 號「明輝水電工業處借牌圍標案」；89 公處字第 171 號「華而泰工程有限公司等借牌圍標案」；89 公處字第 156 號「天眼企業有限公司借牌圍標案」；90 公處字第 068 號「固瑩有限公司借牌圍標案」等）。不過晚進案例公平會似多認爲同時構成欺罔與顯失公平行爲（公處字第 091109 號「伸其企業有限公司案」；公處字第 092159 號「陳武雄君（即朝欽機械工程

場）借牌圍標案」；公處字第 092163 號「馮世陽君借牌圍標案」等）。

80 若招標單位本身涉嫌與參標事業勾結，無從認定受參標事業欺罔時，因其仍使競爭者喪失參與公平競爭之交易機會，損及商業競爭倫理並妨礙市場價格機能之運作，仍構成足以影響交易秩序之顯失公平行爲（88 公處字第 085 號「原彰營造事業有限公司等借牌圍標案」；88 公處字第 111 號「洪森山君（即同鴻土木包工業）等借牌圍標案」；公處字第 092153 號「盧榮海君（即瑞華土木包工業）等借牌圍標案」；公處字第 092157 號「莊元福借牌圍標案」等）。

81 II、無競爭關係之有線電視業者間之共同行爲

有線電視系統業者處於不同之法定經營區域，且爲有控制從屬關係之關係企業者，受支配之事業既非獨立之事業，從而彼此也不具有一般事業間之競爭關係，惟不同經營區域之有線電視系統業者，與其關係企業及直接、間接控制之有線電視系統業者，有 1、訂戶數合計超過全國總訂戶數三分之一。2、超過同一行政區域有線電視系統業者總家數二分之一，但同一區域只有一家有線電視系統業者不在此限。3、超過全國有線電視系統業者總家數三分之一情形之一者，公平會認爲共同購買頻道節目者，對市場機能與秩序仍可能產生相當之衝擊，故仍涉有違反公平交易法第 24 條規定之虞（「公平交易法對有線電視相關事業規範說明」第「參、二、(二)」點）。

（3）補充維持轉售價格之行爲

82 本法第 24 條適用於類似維持轉售價格之情形如：進口商與其三家經銷商共同訂定產品轉售價格時，公平會認爲上游事業固然仍構成轉售價格之維持，惟三家下游事業則仍以第 24 條處斷（86 公處字第 207 號「台灣明尼蘇達礦業製造股份有限公司等共同訂定轉售價格案」）[277]；或限制「轉租價格」之行爲，如VCD出租之連鎖加盟事業，於其與加盟店簽訂之加盟契約中，要求加盟店必須依照其所同意或建議之價格出租VCD產品，因並未移轉所有權而不符合第 18 條要件，但限制加盟業者之出租價格，具有商業倫理之非難性，爲顯失公平行爲 (89

[277] 本案例亦可歸類於類似聯合之行爲。

公處字 071 號「十大書坊加盟契約案」)。

（4）補充公平法第 19 條之行爲

實務上將本法第 24 條適用於類似公平法第 19 條所規定之行爲者如下：

83 I、政府招標單位在制訂招標規範時，對投標事業或招標商品設定不當之資格或規格限制，形同指定特定事業使其得標者，即所謂「綁標」，原涉及公平法第 19 條第 2 款無正當理由對他事業給予差別待遇之行爲。不過欲合致第 19 條第 2 款規定，事業應有一定市場地位，因此若招標單位不具一定市場地位（如招標金額不大）時，公平會認爲仍應由第 24 條規範之（88 公處字第 080 號「省立桃園醫院指定外國廠牌案」；87 公處字第 235 號「高雄縣茄定鄉公所限定原裝進口案」；88 公處字第 090 號「台北榮民總醫院限制投標廠商資格案」等）。

另外，除招標單位外，由於招標作業常涉及專業知識，故有時政府機關會將規劃事宜委由設計、顧問公司代爲規劃設計。而此等設計、顧問公司一般雖也無市場地位，惟其亦有可能爲上述差別待遇之行爲。爲此公平會訂定有「公平交易委員會審理公共工程招標或公共採購受託單位指定廠牌或專利品案件處理原則」據以規範之。依據此一處理原則，受託辦理公共工程或公共採購之規劃、設計、訂定規範、專案管理或代辦採購之單位，明示或變相指定單一或特定廠牌，爲類似於綁標行爲，例如指定外國廠牌，排除國內病床參與競爭之機會、限制投標廠商資格等，但未達第 19 條「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之程度者，仍構成本條足以影響交易秩序之顯失公平行爲，(「公平交易委員會審理公共工程招標或公共採購受託單位指定廠牌或專利品案件處理原則」第 1、4、5、6 點)。

對於招標金額不大之綁標案件，公平會實務上傾向於適用第 24 條處分行爲人（如 84 公處字第 023 號「山耘工程顧問及安美設計顧問公司變相指定廠牌案」、86 公處字第 204 號「蔣紹良君變相指定廠牌案」等；並參見楊家駿，1996，頁 123-128)。若政府已具有一定專業，致受委託設計之單位對於招標規範非居於主導地位時，則公平會仍可能直接對招標單位處分（88 公處字第 095 號「交

通部公路局橋面伸縮逢標案」；梁哲瑋，2000，頁 210）。

不符合「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」的差別待遇行爲，因對市場機能不會妨害，本無處罰之必要。政府機關或其所委託之單位就金額較小之標案之所以仍不應從事差別待遇之行爲，係基於憲法上平等權之作用，所保護之目的或價值，則已超越公平法對競爭秩序維護之目的。此類案件，應交由規範政府採購行爲之專法規範較妥。如已經具有上述政府採購法規，則在公平法上，此等案件之規範仍應回歸公平法第 19 條第 2 款較妥（梁哲瑋，2000 年，頁 218-220；公平會內部之相關檢討，參閱楊家駿，1996，頁 128）。

84 II、大型流通事業不當收取「上架費」等附加費用之行爲（86 公處 036 號「統一超商股份有限公司不當收取附加費用案」；90 公處字 087 號「福客多商店股份有限公司不當收取附加費用案」；公處字第 091066 號「全聯實業股份有限公司不當收取附加費用案」）；或訂立抽象不明確之下架條件，未提供銷售不佳之條件、標準及相關佐證之財務資料，而將新商品銷售銷售不佳之責任全數推給供貨廠商，並且不當斷絕交易之行爲（公處字第 091193 號「富群超商股份有限公司不當斷絕交易案」；早期案例尚有 87 公處 098 號「家福股份有限公司不當斷絕交易案」）。公平會爲此類案例，並訂定有「公平交易委員會關於流通事業收取附加費用案件處理原則」，可資參考。

公平會關於此類案例的處分，漸有遭行政法院質疑的情形。例如 90 公處字 087 號「福客多商店股份有限公司不當收取附加費用案」、公處字第 091066 號「全聯實業股份有限公司不當收取附加費用案」即分別遭台北高等行政法院 91 年度訴字第 2485 號判決及台北高等行政法院 91 年度訴字第 4144 號判決所撤銷。其撤銷理由一方面認爲所謂「相對優勢地位」應以供給與需求雙方於訂定交易關係中是否生「相對經濟依賴關係」而爲評斷，需達於依賴者面對被依賴者，主客觀上處於無足夠及合理途徑解決其供給或需求之困境始屬之。基此論據，而認爲上開二案中行爲人是否達於相對優勢地位尚有可疑；另一方面則認爲此二案中所收取之附加費用有如何不當，亦無法充分說明，而撤銷原處分。因此，

往後公平會處理大型流通業不當收取附加費用之行爲時，對於依賴性等構成要件之舉證及說明應更爲充分始可。另外，此類案例同樣會引發本條與第 19 條第 2、6 款之關係問題，參閱本條邊碼 90。

85 III、因尚未進入市場，故未具有市場地位之事業，無正當理由限制交易相對人之終止契約權。例如國內油品自由化前，尚未具有供油商資格之事業，預先與民營加油站業者簽訂具有供油性質之協議書，以契約終止時得請求高額賠償等方式，無正當理由限制交易相對人中途終止契約之權利，影響其他新舊供油商之參與競爭，及加油站業者自由交易之決定（公處字第 091189 號「台灣聯合環球石油股份有限公司不當限制交易相對人終止契約權利案」）。本案係屬市場之潛在競爭者，先以限制交易相對人事業活動之協議，阻斷市場競爭者未來行銷通路之行爲，對於市場機能顯有妨礙之虞，實可直接以第 19 條處斷。

86 IV、具有相當市場地位之事業，代爲保管其與經銷商所簽訂之經銷合約，使經銷商對其得主張之權利，將承受不可預期之危險或損失（公處字第 092010 號「康軒文教事業股份有限公司代爲保管經銷合約案」；公處字第 092011 號「育橋文教事業股份有限公司代爲保管經銷合約案」；公處字第 092012 號「南一書局股份有限公司代爲保管經銷合約案」等）[278]。

87 V、具優勢地位之事業對於消費者所爲之不當搭售。例如菸酒零售商銷售米酒時，以購買其他產品達一定金額可獲配售一定數量之米酒，而強迫消費者購買與交易標的無關之商品（89 公處字第 021 號「貴群企業有限公司不當搭售案」）。

此外，實務上有所爭議者，爲營業場所禁帶外食，是否構成強迫搭售之案例。公平會於 89 年 4 月 5 日第 439 次委員會議針對「華納威秀案」，基於該禁帶外食規定爲企業經營方式之一，並無強迫民眾購買，且台北市與華納威秀同屬播放首輪影片之戲院甚多，具有充分替代性，而認定並不違法。不過在 89 公處字第 164 號「月眉國際開發股份有限公司禁帶外食案」則認爲違法，主要理

[278] 此類案例多爲涉案事業在教科書市場具獨占地位，而在補充教材市場則尚非獨占但具有相當市場地位，而通常補充教材市場則是基於教科書市場而來。此類案例另涉及經銷區域限制之不當限制，而違反公平法第 19 條規定。

由在於大型由樂園之消費特性不同，月眉之規定具有迫使入園之消費者盡量於其園區內從事餐飲消費之效果，而認爲屬於足以影響交易秩序之顯失公平行爲。但該案經行政院 90 訴字第 015323 號訴願決定撤銷原處分，而之後公平會第 509 次（民國 90 年 8 月 9 日）委員會則決議不予處分。不予處分之主要理由在於禁帶外食之規定已充分揭露，而使消費者有選擇交易與否之權利、基於事業之經營考量應允許事業有最大限度之營業自由等。同次委員會決議則有陳志龍委員提出不同意見書，其不同意見主要認爲本案重點在於消費者之選擇可能性是否遭不當壓抑、以及月眉是否有不當搭售，而非資訊揭露與否的問題。此二案在處理時，不論於公平會內部或學者見解均甚分歧，不過目前實務上顯然傾向於不予介入，但亦認爲業者應將禁帶外食規定事先予以充分揭露（陳俊廷，2002，頁 109-148）。

88 VI、使用「最惠待遇條款」而不構成第 19 條第 6 款者，如招標單位於採購合約中定有「賣方在合約期間內授予買方之價格不得高於其他醫院或機關，否則應補償差額損失及罰款」之規定（ 89 公處字第 103 號「台中榮民總醫院採購醫療耗材合約中使用不當交易條件案」）。

89 VII、百貨業者未充分揭露對專櫃廠商之撤櫃標準，而逕予撤櫃之行爲（公處字第 093014 號「太平洋崇光百貨股份有限公司逕行撤櫃案」，本案起因於台北市 SOGO 百貨之專櫃廠商至微風廣場舉辦特賣活動，之後 SOGO 百貨以該專櫃廠商業績大幅衰退爲理由不再與其續約之爭議。公平會認爲行爲人雖不構成公平法第 19 條第 6 款，惟 SOGO 百貨相較於專櫃廠商具有市場優勢地位，卻未將廠商撤櫃標準明確化，而藉故予以撤櫃，構成違反公平法第 24 條顯失公平之行爲）。

90 VIII、第 19 條與第 24 條之區隔：第 19 條含有複雜而多樣之行爲類型，以第 24 條補充第 19 條時，無論補充何一款，應注意「窮盡規範原則」（本條邊碼 36-37）之適用。換言之，本條只有在第 19 條各款之要件未窮盡評價某行爲之不法內涵時，始有適用之餘地。如果其他條文已經完整涵蓋對於某行爲不法內涵

之評價，則不成立個別規定之行爲，即屬於不違反公平法之行爲，不得再依本條加以處罰。只有第 19 條各款之要件未窮盡評價某行爲，而該行爲具有「剩餘之不法內涵」時，始有適用本條之餘地。以本條之案例而論，例如具有優勢市場地位者對消費者之不當搭售，雖因行爲對象非事業而不構成第 19 條第 6 款，但依本法之立法目的，其市場力濫用之行爲影響市場競爭秩序且榨取、損害消費者利益，實不容其合法存在，故有剩餘之不法內涵，應以第 24 條補充規範之。換言之，在上述情形下，「搭售行爲對象須爲事業」一要件並非窮盡要件，而有本條之補充空間。相對地，一具有「正當理由」之差別待遇行爲，自不構成第 19 條第 2 款，此時亦不得復以第 24 條予以規範處罰，蓋依第 19 條以及本法之立法目的，具正當理由之差別待遇對於市場競爭及交易秩序並無妨礙，「正當理由」一要件，應爲窮盡構成要件，不得再以第 24 條補充。

本條案例中較有爭議之問題，恐爲當事業之市場力量未達到第 19 條「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之程度時，可否仍舊適用第 24 條予以處罰？尤其在適用第 19 條第 2 款差別待遇以及同條第 6 款規定之時，因此二款之違法判斷係採「市場不法」之取向，當行爲人之市場地位未達到「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之程度時，原無規範管制之必要，執法機關如再以第 24 條介入管制者，即很可能干預過度而形成不當之競爭法管制。蓋此時行爲人之市場力量過低，在「市場不法」之行爲類型中，原則上已不具違法性。換言之在此時，「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」一要件，除個案有特殊情形者外，基本上應爲窮盡構成要件。如認爲行爲人具有相對市場優勢力量而欲加以規範者，仍宜回到第 19 條加以處理。惟所謂之相對市場力量之認定，有其嚴格之要件（吳秀明，1999b，頁 156 以下），不能浮濫肯定，致不當介入契約自由。且僅擁有相對市場力量正如具有獨占市場地位本身一般，並不當然構成違法，尚須滿足相關條文（如第 19 條第 2、6 款）之所有其他要件時，才能加以處罰（吳秀明，1999b，頁 156）。故例如大型流通業者與其上游供應商之間，如經調查肯定後者的確「依賴於」前者時，前者因具有「相對市場力量」，其任意斷絕交易關係，就應考慮在第 19

條第 2 款之架構下解決；反之，如大型流通業者未具有上述相對市場力量者，上游事業既然不依賴於流通事業，二者之爭議即應由民事法院解決，政府如仍以第 24 條介入當事人間之解約糾紛時，很可能即有不當充任法院角色，過度介入市場經濟與契約自由之嫌，應儘量避免爲之。

2、顯失公平之不公平競爭行爲

91 我國實務案例上，構成第 24 條顯失公平之行爲類型，最主要爲不公平競爭之行爲，這部分之案例數量也最多，實務上之重要性也最大。這反映了，競爭法上之概括條款在不公平競爭之領域，具有最爲重要之角色功能。截至目前之案例，其可進一步分類爲不當招攬顧客、阻礙競爭、榨取他人努力結果、違法取得競爭優勢、以及干擾市場機能等五種。

（1）不當招攬顧客

92 所謂不當招攬顧客，係指事業以脅迫或煩擾交易相對人等不當之方式，使交易相對人於決定是否交易之自由意思受到壓抑情形下，完成交易之行爲。如事業以緊迫盯人方式，長時間向消費者強力推銷其產品，而使消費者在精神疲勞和衝動之下，輕率簽約之行爲（86 公處字第 042 號「金冠企業管理顧問股份有限公司煩擾消費者干擾其決定自由案」[279]）。又如瘦身美容業者以低價引誘消費者參加後，再以煩擾及糾纏方式，遊說消費者另增名目加收其參加時無法預期之費用（85 公處第 024 號「媚婷峰股份有限公司煩擾消費者案」）。

（2）阻礙競爭

實務上構成第 24 條顯失公平之不公平競爭行爲類型，以不當比較廣告與濫發警告信函爲大宗，說明如下。

93 I、不當比較廣告

[279] 本案事實略爲，金冠公司以中獎之欺罔手段，假借消費者中獎，將提供免費國外旅遊方式，誘使消費者前往參加其渡假村產品說明會，於說明會中以一對一緊迫盯人之方式，長時間強力推銷其產品，使消費者在無預期且欠缺購買該商品之心理準備下，因精神疲勞及衝動而輕率簽訂以外文訂定之定型化契約，並於無預期之情形下以刷卡方式一次付清會費，是以煩擾消費者手段，影響其交易決定自由。

A、意義

「比較廣告」一詞，公平法並未予以定義。惟在公平會所制定之「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十一條案件原則」第 22 點及「比較廣告一覽表」中，此一用語已爲其所採納。學者間有參酌外國立法例，而認爲比較廣告可被理解爲「與特定或可得確定競爭對手或其製造、銷售之相同或類似商品或服務比較後，所做帶有貶損競爭對手或其商品或服務意涵之廣告」（劉孔中，1995c，頁 7；陳櫻琴，1996，頁 126）。不過依公平會之見解，未明白指出被比較之競爭者亦屬比較廣告規範範圍（吳翠鳳、劉久瑛，1994，頁 129；相關案例參閱下文）。

94 **B、比較廣告適用各條之標準**

a、第 21 條

不當比較廣告之行爲可能涉及之公平法條文，有第 21 條、第 24 條、第 22 條及第 19 條第 3 款。

比較廣告適用各條之標準，可參見公平會訂定之「比較廣告違反公平交易法一覽表」（83.9.7.第 152 次委員會議通過；88.1.13.第 376 次委員會議修正）。依據本一覽表，適用第 21 條之情形爲符合下列類型之一者：一、在廣告中未明白指出被比較之廠牌或企業名稱，且僅就自身商品或服務爲虛僞不實及引人錯誤之表示，對被比較對象未有虛僞不實或引人錯誤之表示。二、廣告中雖已具體指出被比較之廠商或商品，但未有虛僞不實及引人錯誤之情事，只有廣告主本身提供之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之表示。三、廣告中無具體比較對象，然而廣告主本身提供之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之情事，同時對被比較對象之商品或服務亦有虛僞不實或引人錯誤之表示。四、廣告中有具體比較對象，廣告主本身提供之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之情事，被比較對象之商品或服務亦有虛僞不實或引人錯誤之表示，但未符合公平交易法第 22 條要件者（「比較廣告違反公平交易法一覽表」第 1 欄）。總之，比較廣告適用第 21 條之要點，在於廣告主就本身提供之商品或服務，有虛僞不實或引人

錯誤之表示。

95 b、第 24 條

比較廣告適用第 24 條之情形爲符合下列類型之一者：一、廣告中未指出被比較之廠牌或企業名稱，但自身之廣告商品或服務並無不實，僅對被比較對象之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之表示。二、廣告中明白指出被比較之廠牌或企業名稱，但自身之廣告商品或服務並無不實，僅對被比較對象之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之表示。三、廣告中明白指出被比較之廠牌或企業名稱，自身之廣告商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之情事，被比較對象之商品或服務亦有虛僞不實或引人錯誤之表示（「比較廣告違反公平交易法一覽表」第 2 欄）。第三點之情形，亦同時違反第 21 條。

96 c、第 22 條

比較廣告適用第 22 條之情形爲符合下列要件者：一、爲競爭之目的。二、具體明白表示被比較之廠牌或企業名稱，不論自身商品實或不實，被比較對象之商品或服務亦有虛僞不實或引人錯誤之表示。三、不實內容非僅就產品優劣程度之比較，且比較之結果足以對他人營業信譽產生貶損之結果；至是否貶損他人之營業信譽，應依具體個案，衡酌交易相對人及潛在交易相對人對於廣告內容之客觀評價予以認定。例如廣告內容對於產品、營業、營業所有人或主管人員等之不當貶損，導致被貶損人之交易相對人及潛在交易相對人，產生嚴重不信任感，致有拒絕交易或減少交易之可能等情形（「比較廣告違反公平交易法一覽表」第 3 欄）。

97 d、第 19 條第 3 款

至於比較廣告適用第 19 條第 3 款之情形，爲符合下列要件者：一、廣告中指出特定之比較廠商或企業名稱。二、具有市場地位之事業以比較廣告使競爭之交易相對人對競爭者產生排斥。

98 e、綜合說明

歸納而言，第 22 條與第 19 條第 3 款具有特別之要件，在比較廣告之情形，

可視爲第 21 與 24 條之特殊規定，故其僅在個案中另有構成其要件之情形時，始有檢視論斷之必要（梁哲瑋，2000，頁 65）；且公平會在認定適用第 19 條第 3 款與第 22 條要件時，有較嚴格之趨勢（陳櫻琴，1999b，頁 197，310-311）。一般情形下應予以區別者，主要爲第 21 條與第 24 條。就此二條而言，廣告主如對「本身所提供之商品或服務」並無虛僞不實或引人錯誤之情事時，有關行爲之處斷一般即無第 21 條之問題。廣告主對自身商品或服務之廣告，雖無不實之情事，但其對被比較對象之商品或服務有虛僞不實或引人錯誤之表示；或其比較方法、比較基礎、引用資料、比較結果之主張方式等，有不客觀、不具代表性、誇張局部或以偏蓋全等情形時，即可能自第 21 條進入第 24 條之領域。

上述歸納也可以從公平法第 24 條之補充適用之角度視之，亦即公平法第 21 條之要件，限於對「其」商品或服務之廣告上之不實陳述始構成，因此對於他人商品之不實比較廣告，則易落入公平法第 24 條之範圍補充規範之。另外，實務案例上亦有可能同時構成公平法第 21 條與第 24 條規定者，例如 83 公處字第 103 號「艾思得公司不當比較廣告案」中，被處分人對於自己商品爲誇大不實陳述而違反第 21 條，對競爭對手商品爲不實或引人錯誤之表示，則違反第 24 條。又如 84 公處字第 131 號「美商亞培台灣分公司案」中，被處分人於比較廣告上對於自己產品爲虛僞不實陳述因而被認定違反公平法第 21 條；而對競爭對手則以缺乏公正客觀暨一致性之比較基準爲不當比較，而違反第 24 條。

99 **C、規範原則與案例類型**

處理不當比較廣告之基本原則，據學者研究可包括商業言論自由原則、公平性原則、客觀性原則、真實性原則、君子之爭原則、資訊充分揭露原則、公認比較基準原則、證據認定原則、市場影響原則、法益權衡原則等（陳櫻琴，1999b，頁 105-114；梁哲瑋，2000，頁 64）。以下茲參酌上述原則之精神，將實務上有關比較廣告之案例區分爲違反真實原則、欠缺一致性之比較基準、欠缺公認的比較標準、違反客觀原則、違反社會倫理（亦即過度貶損競爭對手或爲人身攻擊，而違反君子之爭原則者）等類說明之（分類參見梁哲瑋，2000 年，

頁 239）。

100 a、違反真實原則之比較廣告

實務上之具體行爲包括有：事業未經查證逕對競爭對手之產品或服務而爲不實表示（83 公處字第 123 號「卓閱股份有限公司比較廣告違反真實原則案」；83 公處字第 132 號「賓斯汽車實業股份有限公司不當比較廣告案」；87 公處字第 045 號「香港商荷蘭營養女神有限公司台灣分公司比較廣告違反真實原則案」，行政法院 89 年度判字第 1082 號判決維持本處分）；或者以廣告不實貶抑競爭對手產品，以遂行自身產品或服務之行銷（87 公處字第 177 號「蓮華菩提股份有限公司比較廣告違反真實原則案」；83 公處字第 115 號「久陞企業公司不當比較廣告案」；公處字第 091125 號「何鎰鎖業有限公司比較廣告違反真實原則案」；公處字第 091129 號「瑞士商愛爾康大藥廠股份有限公司比較廣告違反真實原則案」）等情形。

101 b、欠缺一致性比較基準之比較廣告

比較廣告欠缺一致性之比較基準者，例如超市在其商品廣告上宣稱其產品價格較其他超市便宜，但實際上是以其他超市該項產品之平均售價作爲比較基礎，無法正確反應商品售價（83 公處字第 122 號「百佳實業股份有限公司比較廣告欠缺一致性之比較基準案」）；又如事業以選擇性、不同等級之商品或服務從事有利於己之相互比較（公處字第 092137 號「神乎科技股份有限公司比較廣告欠缺一致性之比較基準案」）；或以不同基準或條件而爲商品或服務之比較（86 公處字第 030 號「台北市私立國家經濟升學文理短期補習班比較廣告欠缺一致性之比較基準案」；公處字第 091062 號「中華國際通訊網路股份有限公司比較廣告欠缺一致性之比較基準案」）等。

102 c、欠缺公認比較基準之比較廣告

比較廣告欠缺公認的比較標準者，例如事業以自訂的標準對其他事業做不當比較（86 公處字第 030 號「台北市私立國家經濟升學文理短期補習班比較廣告欠缺公認的比較標準案」）；又如廣告中對於所據以比較之基準，無法提出公

正客觀之佐證者（84 公處字第 072 號「飛漢公司比較廣告欠缺公認的比較標準案」；84 公處字第 131 號「美商亞培台灣分公司不當比較廣告案」）；或未經實地檢測即爲陳述者（公處字第 092149 號「雙鶴企業股份有限公司比較廣告欠缺公認的比較標準案」），均係屬之。

103 d、違反客觀原則之比較廣告

違反客觀原則比較廣告，例如依主觀印象或評價而爲廣告（88 公處字第 019 號「宏偉電腦股份有限公司比較廣告違反客觀原則案」；85 公處字第 106 號「台北市私立登蜂外語短期補習班案」等）；或以臆測性文字爲陳述者（86 公處字第 030 號「台北市私立國家經濟升學文理短期補習班比較廣告違反客觀原則案」）。

104 e、違反社會倫理之比較廣告

比較廣告所呈現之方式違反社會倫理者，例如事業以「無聊、無知、無恥」等詞謾罵，或以「抄襲、盜用」等詞予以負面評論，任意指摘或壓抑他人者（83 公處字第 123 號「卓閱股份有限公司比較廣告案」；85 公處字第 108 號「集友科技有限公司不當比較廣告違反君子之爭原則案」）。在上述「集友科技案」中，公平會認爲該比較廣告雖無涉事件真僞，但事業亦不得任意指摘或壓抑他人，故認定系爭比較廣告旨在譏諷被比較者，不符合商業競爭倫理而具有非難性。可見雖然比較廣告違法之核心在於廣告內容上的虛僞不實或引人錯誤，不過在例外情形縱使比較廣告內容爲真實，但因對競爭對手過度貶抑，違反君子之爭的社會倫理原則，亦可能違反公平法第 24 條（梁哲瑋，2000，頁 65-66）。

105 關於上述各類比較廣告之案例，公平會往往並未明確區分欺罔或顯失公平行爲，惟案例中仍有認爲是欺罔者（公處字第 092149 號「雙鶴企業股份有限公司比較廣告欠缺公認的比較標準案」）；亦有認爲係顯失公平者（公處字第 091129 號「瑞士商愛爾康大藥廠股份有限公司比較廣告違反真實原則案」；更有認爲兩者均構成者（公處字第 091062 號「中華國際通訊網路股份有限公司比較廣告欠缺一致性之比較基準案」；公處字第 092180 號「廣南國際有限公司不當比較廣告案」）。

106 再者，不論有無具體指明競爭對手均可能構成不當之比較廣告。具體指明競爭對手者，例如公處字第 091062 號「中華國際通訊網路股份有限公司比較廣告欠缺一致性之比較基準案」；未具體指明者，有 88 公處字第 091 號「宏偉電腦股份有限公司比較廣告違反客觀原則案」；另外，雖未具體指明但得推知所指之競爭對手者，有公處字第 091129 號「瑞士商愛爾康大藥廠股份有限公司比較廣告違反真實原則案」。文獻中有稱此種未具體指明被比較對象，但可得特定之比較廣告爲「暗示比較廣告」（陳櫻琴，1999b，頁 325-332）。又凡是文宣說明，使非特定人得以共見共聞者，均可構成比較廣告（公處字第 091190 號「新賀斯國際有限公司不當比較廣告案」）。

107 II、濫發警告信函

前言

智慧財產權人對於侵害其權利者，得以先發警告函予侵權人或其交易相對人請求停止侵害行爲者，係爲最高法院所承認（最高法院 84 年台上字第 1496 號判決，煥臣陶瓷藝術有限公司發警告函案）。惟專利權人發函給後者，係在爭取共同之交易相對人時，則可能涉及公平競爭之問題（廖義男，1996，頁 106）。公平會亦認爲，專利法與公平交易法之規範目的並不相同，專利法固賦與專利權人排除他人侵害之權利，惟專利權人在行使專利權之時倘非正當行使之行爲，仍非可脫免公平交易法之規範（公處字第 091031 號「張連祥君濫發警告信函案」）。由此可知警告函行爲實涉及智慧財產權法與本法之衝突與調和問題，與第 45 條「行使權利之正當行爲」息息相關。有關第 45 條之一般問題，參閱該條之說明，此處欲闡述者主要爲警告信函與第 24 條之關係。

關於警告信函，爲公平會大體上認爲警告函之寄發，只要符合權利正當行使範圍，即可豁免於本法之適用（公處字第 091116 號，「展昌塑膠股份有限公司濫發警告信函」）。爲規範此類行爲，公平會訂有「審理事業侵害著作權、商標權或專利權警告信函案件處理原則」（以下簡稱處理原則；另出於行文之便，均以案例上最重要之專利權代表各智慧財產權），執法上亦多依照本處理原則判斷

之。依照本處理原則第 6、7、8 點之規定，警告信函可能涉及公平法第 19 條第 1 款、第 3 款、第 21 條、第 22 條、第 24 條之規定，不過公平會所處分過之案例，泰半係適用第 24 條予以規範（如 85 公處字第 047 號，「新家工業株式會社濫發警告信函案」、公處字第 091107 號，「輝虎工業股份有限公司濫發警告信函案」等；警告信函適用本法其他條文之情形，參見處理原則第 6、7、8 點）。

108 **A、警告函之定義與散發方式**

所謂事業發警告函行爲，係指事業以警告函、敬告函、律師函、公開信、廣告啓事、或其他足以使其自身或他事業之交易相對人或潛在交易相對人知悉之方式，對其自身或他事業之交易相對人或潛在交易相對人，散發他事業侵害其所有著作權、商標權或專利權消息之行爲（處理原則第 2 點）。故公平會所欲規範之警告函行爲，係針對事業對其自身或競爭者之「交易相對人或潛在交易相對人」所爲之各類發函行爲。

至於實務上常涉及之不同發警告函方式，例如先刊登敬告啓事，後又對檢舉人與其經銷商及檢舉人與其經銷商之客戶寄發律師函（82 公處字第 041 號「映象公司濫發警告信函案」，本案並爲行政法院 84 年判字第 12 號判決予以維持）；另外，公處字第 092060 號「光展電腦有限公司濫發警告信函案」亦涉及發律師函予競爭對手之交易相對人，並於報紙上刊登敬告啓事。而所謂「其他足以使其自身或他事業之交易相對人或潛在交易相對人知悉之方式」，實務上包括寄發存證信函（85 公處字第 019 號「德保有限公司濫發警告信函案」）、發宣傳單與經銷商（86 公處第 153 號「佛金企業有限公司濫發警告函案」）、發佈新聞稿（85 公處字第 165 號「鴻海精密工業股份有限公司發佈新聞稿影射競爭對手涉有仿冒訴訟案」）、現場干擾行爲（87 公處字第 245 號「金健實業有限公司現場干擾案」，本案並爲最高行政法院判決 90 年度判字第 653 號所維持）、以電話、郵寄方式，濫發聲明書（88 公處字第 031 號「振豐電子企業股份有限公司濫發警告函案」）、或以傳真方式發警告函（公處字第 092166 號「O2 Micro International Limited 濫發警告函案」）等態樣。

109 **B、構成行使權利正當行爲之發函「先行程序」**

智慧財產權人散發警告信函，如屬行使著作權、商標權、專利權之「正當行爲」，根據第 45 條之規定，公平法並無過問餘地。反之，則很有可能構成本條之阻礙競爭違法行爲。所謂權利之正當行使，公平會不欲以實體審理專利權之存在與否以及是否遭侵害作爲判斷標準，而是以發函人是否踐行一定先行程序，作爲認定之標準。依處理原則第 3、4 點之規定，若事業於發函前踐行下列各項程序之一者，即爲依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行爲：

1、經法院一審判決確屬著作權、商標權或專利權受侵害者。（處理原則第 3 點第 1 款）

2、將可能侵害著作權、商標權或專利權之標的物送請司法院與行政院協調指定侵害鑑定專業機構鑑定，取得鑑定報告，且發警告函前事先通知可能侵害之製造商、進口商或代理商，請求排除侵害者。而若未踐行排除侵害通知，但已盡合理可能之注意義務或前項通知已屬客觀不能之情形，仍得視爲行使權利之正當行爲。（處理原則第 3 點第 2 款）

3、 於警告函內附具非司法院與行政院協調指定鑑定專業機構製作之鑑定報告，且發函前事先通知可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害者。（處理原則第 4 點第 1 款）

4、於警告函內敘明其著作權、商標權或專利權明確內容、範圍及受侵害之具體事實，使受信者得據以爲合理判斷，且發函前事先通知可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害。而若未踐行排除侵害通知，但已盡合理可能之注意義務或前項通知已屬客觀不能之情形，則仍得視爲行使權利之正當行爲。（處理原則第 4 點第 2 款）

110 寄發警告函只要踐行上開先行程序之一，公平會通常就認爲是所謂行使權利之正當行爲（公處字第 091113 號，「黃龍朗君濫發警告函案」）。即上開先行程序爲「擇一要件」，並非均須具備始爲行使權利之正當行爲。未踐行上述先行程序，逕發警告函，而足以影響交易秩序者，則依處理原則第 5 點，將違反公平

交易法第 24 條規定，但依同條但書規定，若事業於公平會處分前提出法院一審判決證明者不在此限。

111 其中就 經法院一審判決確屬權利受侵害之情形，若僅取得法院假處分即逕發警告信函者，仍爲不足（83 公處字第 039 號「日商共立理化學株式會社於法院未判決前即發警告函案」、公處字第 091203 號「五鼎生物技術股份有限公司濫發警告函案」等）；同理，若僅提出刑事告訴，相關司法程序尚在進行中即發警告函者，亦遭公平會處分（公處字第 092059 號「力韻科技股份有限公司濫發警告函案」）。

112 若事業未取得法院一審判決即爲發函，則應先取得「鑑定報告」；或於警告函內敘明其權利明確內容、範圍及受侵害之具體事實，以使受信者得爲判斷。除此之外，尚應於發函前先通知可能可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害。實務上未取得鑑定報告而遭處分者，如公處字第 092095 號「精威科技股份有限公司濫發警告函案」；另外雖先行鑑定，但發函時未附具該鑑定報告者，亦爲公平會認定爲違法（公處字第 091203 號「五鼎生物技術股份有限公司濫發警告函案」）。由此可知，鑑定報告應做成於發函前，且必須隨警告函發送始可。至於鑑定報告，是否係由司法院與行政院協調指定鑑定專業機構所製作，依最高行政法院之見解，並非構成違法之必要條件（參見 87 公處字第 074 號「陽跡國際股份有限公司濫發警告函案」；最高行政法院 90 年度判字第 693 號「力捷電腦股份有限公司濫發警告信函案」）。又如於發函前未「事先通知」可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害，請求排除侵害者，亦遭公平會處分（88 公處字第 023 號「美商普司通生物醫藥技術公司濫發警告函案」；公處字第 091138 號「高元平君案濫發警告函案」；公處字第 092166 號「O2 Micro International Limited 濫發警告函案」）。

113 處理原則所規定先行程序之第 2 種及第 4 種情形，若事業並未踐行排除侵害通知，但若已盡合理可能之注意義務或相關通知已屬客觀不能者，亦得視爲行使權利之正當行爲。例如雖未通知，但競爭者已受有假處分裁定之送達時，公

平會認爲發函者已盡合理可能之注意義務，無須再先通知製造商，請求排除侵害（公處字第 091203 號「五鼎生物技術股份有限公司濫發警告函案」）。惟學者指出，在第 3 種情形，對照完全未附鑑定報告而僅敘明權利之內容、範圍之第 4 種情形，其正當化事由應更強烈，理論上亦應有前開但書之適用（黃銘傑，2003，頁 126）。

114 若未具前 3 種先行程序之一，則至少應從事上開第 4 種先行程序，即應於警告函內敘明其著作權、商標權或專利權明確內容、範圍及受侵害之具體事實，使受信者得據以爲合理判斷；且應於發函前先通知可能侵害之製造商、進口商或代理商，請求排除侵害。此類型在實務上最爲重要，蓋不論有無踐行其他較爲繁瑣費時之先行程序，只要行爲人符合此一要求，則仍屬於正當合法行爲（如 83 公處字第 066 號「美商恩普公司濫發警告函案」;公處字第 092166 號「O2 Micro International Limited 濫發警告函案」等）。

發函人須敘明其專利權明確內容、範圍及受侵害之具體事實，使受信者得據以爲合理判斷。公平會對上述敘明之義務，要求甚嚴。若事業僅於警告函中敘明專利權字號，則屬未表明權利範圍，遂爲公平會所非難（88 公處字第 104 號「元帥特殊建材有限公司濫發警告函案」）；僅附具專利證書者，則因專利證書上僅有專利之發明名稱、專利權人、發明人及專利權限，並未詳與列明專利權明確內容及範圍者，亦無法使受信者爲合理判斷（公處字第 091203 號「五鼎生物技術股份有限公司濫發警告函案」）；又雖附有專利證書及專利公報影本，但並未明確表示具體侵害人及侵害事實者，亦被處分（85 公處字第 047 號「新加工業株式會社濫發警告函案」；公處字第 091065 號「許世昌君濫發警告函案」等）；又僅泛稱「若貴公司仍繼續採購銷售此類型產品將觸犯法律與專利權」者，亦爲違法（88 公處字第 031 號「振豐電子企業股份有限公司濫發警告函案」）；甚至警告函中即使附有專利證書及專利公報影本，且在函中具體指明如何侵害專利權之內容及侵害專利權之產品，如警告函內所引述專利證書之用語過於專業，非熟習該項技術之人客觀上難有足夠能力加以判斷者，亦被認定爲違法（公

處字第 092134 號「黃龍朗君濫發警告函案」)。

115 **C、爭議問題**

首先對於本處理原則，論者曾質疑是以未經法律授權的行政規則加諸智慧財產權法所無的限制，而違反法律保留原則（黃鈺華、蔡佩芳，1998，頁 54)。又有不同意見質疑，要求事業先經法院一審判決確屬專利受侵害，或先取得鑑定報告以及先行通知可能侵害之製造商、進口商或代理商，並請求排除侵害等，恐加諸權利人法律以外之額外負擔，而不利智慧財產權人權利之行使（羅昌發，2000，頁 96-102)。不過上述關於法律保留原則之爭議，在司法院大法官會議做出釋字第 548 號解釋，表達：「該處理原則第三點、第四點係行政院公平交易委員會為審理事業對他人散發侵害智慧財產權警告函案件，是否符合公平交易法第四十五條行使權利之正當行為所為之例示性函釋，未對人民權利之行使增加法律所無之限制，於法律保留原則無違，亦不生授權是否明確問題，與憲法尚無牴觸。」之見解後，關於本處理原則合憲性之疑義應已大致弭平。

116 另有質疑，要求權利人須經法院一審判決始能發警告函的限制，可能造成權利人緩不濟急的阻礙，值得再做思考（黃鈺華、蔡佩芳，1998，頁 55；羅昌發，2000，頁 96-102；謝銘洋，1995，頁 559)，惟上述要求提出一審判決之先行程序，只是使發函行為合法化之四項擇一要件之一，故問題應該不大。又有學者研究指出，公平會適用本處理原則有過於形式化而忽略了行為的實質之失（黃銘傑，2003，頁 156)，固屬值得重視之見解，惟另一方面公平會如介入專利權之實質審查，一則有無能力，再則是否會治絲愈棼，也值得思考。最後，處理原則要求警告函內應具體敘明專利權之內容、範圍及侵害之具體事實之情形下，若謂將專利證書、專利公報影本附隨警告函發送仍未達到具體敘明之要求，則其要求是否有所過份，不無疑問。學者認為對專利權內容、範圍記載最清楚明白者，不外專利專責機關所審查通過、公告之說明書、必要圖示等專利文件（黃銘傑，2003，頁 158)，如認為此一敘明仍有不足，則恐怕未來事業將無法再選擇以發送警告函方式救濟其權利，如此之發展趨勢是否妥當，確實值

得再加斟酌。最後，專利法於民國 92 年 3 月 31 日修訂施行後，刪除原有刑事處罰規定，將侵害專利之案件完全回歸民事救濟程序解決，此一專利法上救濟途徑之改變，是否對於公平法上警告信函之規範立場有所影響，宜注意之。

（3）榨取他人努力成果

117 事業不以提高自己效能之方式從事競爭，而是以剽竊、抄襲、攀附或利用他人努力之成果之方式與他人競爭，吸引、爭取交易相對人，以提高自己之銷售額，獲得競爭上之優勢者，屬於榨取他人努力成果之不公平競爭行爲，如不構成本法個別規定者，一般仍具有剩餘之不法內涵，得依第 24 條補充規範之。蓋此種榨取他人努力成果之行爲，將損害被榨取者之利益，且行爲人不經努力而取得競爭上優勢，違反商業競爭倫理，侵害效能競爭原則，自應予以規範。

榨取他人努力成果，實務上最常見者即是攀附商譽及高度抄襲，另外亦有少數利用他人努力推廣自己產品之案例。在判斷上公平會認爲：「判斷是否違法，原則上應考量(一)遭攀附或高度抄襲之標的，應係該事業已投入相當程度之努力，於市場上擁有一定之經濟利益，而已被系爭行爲所榨取；(二)其攀附或抄襲之結果，應有使交易相對人誤以爲兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果等。惟倘其所採行手段可非難性甚高(如完全一致之抄襲)者，縱非屬前述二因素之情形，仍有違法之虞，應依個案實際情形，綜合判斷之。」(「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 7 點第 1 項）

118 I、攀附他人商譽

襲用表徵、攀附他人商譽之行爲，縱使未構成第 20 條之要件，仍可能因行爲人不當榨取他人之努力成果，而構成顯失公平之行爲。蓋對於被攀附事業而言，可能造成其商譽被攀附而受「稀釋」之不良影響，另外對於未攀附商譽正派經營的競爭者而言，需透過自身效能競爭努力來取得交易機會，亦顯失公平（廖義男，1997，頁 291-292）。所謂不構成第 20 條之要件，主要係指不致構成混淆之情形。至於所攀附之商譽，是否爲本條所欲保護之商譽，則應考量該品牌是否於市場上具有相當之知名度，且市場上之相關業者或消費者，是否會因

此產品攀附而產生一定品質之聯想（「公平交易法第二十四條案件處理原則」第7點）。

公平會在處理原則中即認爲，襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事者，雖未符合本法第20條規定之構成要件，仍得以違反本法第 24 條規定處理之（「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條案件原則」第 16 點第 1 項）。因表徵被襲用雖未致混淆，但仍可能因「稀釋或污染」而減損其經濟價值或顧客吸引力（剩餘不法內涵之所在），自應以本條加以保護。既曰遭到稀釋，即代表消費者在有關攀附之案例中，對於商品來源仍有一定程度之錯誤聯想（攀附者也是利用此種聯想獲取不公平之競爭優勢）。惟此種錯誤之聯想，須未達到混淆誤認商品或服務來源之程度始可，否則即應該適用第20條而非第24條。因此在此類案例中，究竟適用第20條或第24 條，實經常繫諸執法機關或法院對於「致生混淆」一要件解釋之寬嚴而定。解釋立場愈嚴，第 20 條之仿冒就愈不易構成，案件落入第 24 條之範圍者就愈多；反之，則第20條之案件就會增加。從下述案例之說明可知，公平會之執法立場似乎是緊縮成立第20條之認定，而使得第24條之攀附案件因而增多。

119 實務案例上，事業對提供商品或服務主體之來源並未造成混淆，但卻構成攀附他人商譽之情形者，首先例如行爲人與知名廠商、事業或公益團體實際上並無關連，卻使用上述知名廠商、事業或公益團體之名稱營業者。例如82公處字第090號「上大商務有限公司以『民營郵局』名義從事商務文書遞送業務案」（該案爲行政法院 84 年度判字第 2183 號所維持）中，被處分事業使用「民營郵局」之名稱雖不致與一般郵局混淆，但公平會認爲從事文書遞送之私人事業卻使用「郵局」之名義經營，乃構成不法之攀附（類似案例有 83 公處字第 093 號「萬客隆家具行使用『萬客隆家具批發倉庫』爲其招牌案」）。

120 關於事業使用知名事業名稱之行爲，公平會在早期傾向認爲，所使用之公司名稱只要係經主管機關核准登記者，便無違反公平法問題。（參照本書第 20 條，邊碼 31）。惟其後則漸傾向認爲，縱經主管機關核准登記，攀附之行爲仍有

可能違反本法（90 公處字第 092 號「『全球寶島鐘錶有限公司』名稱仿襲『寶島鐘錶股份有限公司』名稱案」；90 公處字第 122 號「台塑加油站股份有限公司變更公司名稱仿襲台塑石化公司名稱案」等）。對此學者亦多主張，依公司法取得公司名稱並不當然排除其名稱之使用仍受公平法規範之可能（陳櫻琴，2002，頁 214-216；林國全、馮震宇，2003，頁 305-312）。又公平會在少數案例中雖加處分，惟係直接以第 20 條予以處理（例如 91 公處字第 52 號案「台灣大哥大事業股份有限公司」，參照本書第 20 條，邊碼 32）。由此顯示，公平會雖肯定此類攀附行爲之違法性，但對於應適用第 20 條或第 24 條，立場則尚未完全一致。

121 除使用知名廠商、事業或公益團體之名稱外，在「正揚製藥股份有限公司以廣告攀附知名藝人林強案」（83 公處字第 046 號）中，被處分人以廣告攀附知名藝人林強之名聲，而爲搭便車之行爲，亦屬違反本條。公平會之處分理由中認爲「公平交易法對知名藝人藝名之保護，其性質類似服務表徵之保護，而其保護不當然及於其他行業…」，惟卻未進一步探討本案是否構成第 20 條之違反。學者認爲，公平會既給與藝人之藝名類似服務表徵之保護，即代表已承認知名藝人之藝名係受第 20 條第 1 項第 2 款之規定對服務表徵之保護。則事業如就相關大眾所共知之藝人藝名作相同或類似使用，致交易相對人對於主體來源混淆，誤認商品爲知名藝人所提供或授權者，即應已構成公平法第 20 條第 1 項第 2 款規定之違反（廖義男，1997，頁 297-298）。換言之，使用他人表徵之行爲，如已構成相關事業或消費者對於主體來源之混淆誤認者，應構成第 20 條規定，而不應逕論以第 24 條之違反。

122 除攀附知名廠商、事業或公益團體之名稱，或知名藝人名稱外，使用他事業著名之「註冊商標」，但尚未使相關大眾對生產者或供應者身份發生混淆誤認者，亦爲實務上常見之攀附典型。例如 86 公處字第 024 號「長紘汽車精品社販售使用『VOLVO』字樣之車牌框案」、86 公處字第 049 號「今世實業股份有限公司案」、87 公處字第 097 號「蝙蝠俠國際貿易股份有限公司使用世界著名商標『蝙蝠俠』案」、87 公處字第 163 號「帝榮科技股份有限公司於產品型錄與公司

名片上使用他人商標案」、公處字第 091140 號「安麗國際企業有限公司使用他人註冊商標『AMWAY』之英文字樣案」等，乃係在與被攀附產品有關或無關之產品或營業上使用著名之註冊商標。上述行爲雖然可能使消費者對於商品來源產生若干程度之聯想，但恐不致誤認例如「VOLVO」字樣之車牌框係來自瑞典 VOLVO 原廠，惟公平會認爲上述行爲使得知名品牌之商譽被攀附而受稀釋之不良影響，應構成顯失公平之違法行爲。

除攀附著名註冊商標外，亦有使用他人其他著名「表徵」，但尚未達到使相關事業或消費者混淆誤認之案例，例如公處字第 091135 號「上發鋼鐵股份有限公司使用已成爲表徵之『開泰管』而爲其產品名稱案」。另外，也有同時抄襲他事業註冊商標與表徵者，如公處字第 092046 號「康強有限公司『陳年 38 度特級二鍋頭』案」。

123 實務上與稀釋表徵有關、適用本條之案例，尚有搶註網域名稱之類型（如 89 公處字第 036 號「奕昕電腦有限公司以家福股份有限公司之外文名稱『carrefour』註冊爲網域名稱案」）。此類行爲因使用他人著名名稱而與稀釋商品或服務來源之標識有關，但嚴格言其並非單純之攀附案型。文獻上有著眼於網域名稱較 IP Address 更具識別力，遂較贊同適用本法第 20 條第 1 項第 2 款加以規範者（張有捷，2001b，頁 53；2003，頁 43，45），惟公平會認爲此種行爲將阻礙原表徵所有人進入網際網路市場，爭取交易機會（可見其亦有阻礙競爭之色彩），而適用第 24 條予以處分。公平會在本案中未探究此搶註行爲之主觀意圖究爲自己使用，抑或企圖高價賣回家樂福公司以牟利（國外案例許多搶註網域名稱案例即出於此一目的，參閱馮震宇，2000，頁 49），似有不足。蓋在自己使用之情形，較有可能構成攀附，在意圖高價賣回之情形，則不應屬此處之類型。故本案在違法態樣之析述以及理由構成上，仍可強化（梁哲瑋，2000，頁 194）。

124 欲構成本條襲用表徵、攀附他人商譽之行爲，所襲用者須爲具有識別力或次要意義之「表徵」爲前提（關於表徵之解釋，參照本書第 20 條，邊碼 20-42）。

實務案例上，所襲用者若是他人註冊商標時，構成表徵通常較無疑義；若並非襲用註冊商標時，則是否構成表徵即可能發生爭議。例如在 86 公處字第 072 號「香港商荷蘭營養女神有限公司台灣分公司於產品上使用「免敏」字樣案」，公平會認爲「免敏」一詞雖非商標，但基於其次要意義構成公平法第 20 條之表徵。但最高行政法院 89 年度判字第 3831 號則認爲，「免敏」一詞僅爲廠商向消費者說明其產製之奶粉對乳糖過敏之嬰兒使用後可免除過敏之說明性文字，並非具有識別力或次要意義之特徵，故不得以之作爲表彰商品來源之表徵，遂撤銷該處分。

125 最後，依公平會之見解，攀附者與被攀附者之間如不處在同一商品或服務市場的競爭關係，往往會被認定爲不致生混淆之危險，惟仍可能成立攀附（梁哲瑋，2000，頁 142）。究竟是否同類商品間始有仿冒之問題，不同類商品間，則無仿冒問題，卻可能有攀附之問題，公平會之立場似不一貫（參閱 85 公處字第 044 號處分「企鵝商標」案；學說與實務之爭議性參照本書第 20 條，邊碼 44）。一般而言，將他人表徵使用在不同之商品或服務類別，若不會引起消費者混淆，此時認爲不違反第 20 條，並依攀附情形依第 24 條規定處斷（參照本書第 20 條，邊碼 51）。惟僅以是否爲同類商品服務，決定第 20 條或第 24 條之法律適用，似乎又有過於粗糙不妥之處。例如使用他人商標或名稱等表徵於非相同，但屬於相關或週邊之產品時，消費者對於商品主體來源相同或有關連之聯想將爲之大幅強化，而逐漸進入致生混淆之領域。此時究竟應以第 20 條或第 24 條處斷，不無疑問。實務上對於此一問題，應妥善因應之。

126 II、高度抄襲

高度抄襲係指一成不變或高度近似地抄襲他人商品或服務之外觀或內容之行爲。其因行爲人幾乎完全不付出任何心思勞力，而直接剽竊他人努力成果，故特別具有高度之商業倫理上可非難性，構成本條榨取他人成果之顯失公平之行爲。惟學者亦有強調，高度抄襲實則亦屬智慧財產權法與公平交易法交錯領域之一，因其也涉及對於他人創新的模仿行爲之評價，故認爲應權衡兩法域相

輔相成之精神，對於以抄襲模仿他人成果之行爲規範，應限於在行爲有特別惡性者始可，以免變相延展智慧財產權所保護的範圍或時限（蘇永欽，1999b，頁154-155），值得注意。公平會也認爲，判斷高度抄襲，應綜合考量 1、該項抄襲是否達「完全一致」或「高度近似」之程度；2、抄襲人所付出之努力成本與因而取得之競爭優勢或利益之關聯性及相當性；及 3、遭抄襲之標的於市場競爭上之獨特性及占有狀態，始能決定其違法性（「公平交易法第二十四條案件處理原則」第 7 點）。

127 從公平會之實務案例，也可看出此類行爲之可非難性在於：事業因「一成不變高度近似的抄襲」（83 公處第 018 號「全聯金屬股份有限公司所印製之空罐抄襲『綠力』水蜜桃汁外觀案」）、「毫無創見、完全一致之抄襲」（83 公處字第 031 號「月祥企業有限公司所製售的吊標槍完全一致抄襲他事業外觀包裝案案」；85 公處字第 098 號「漢士企業有限公司案」）、或「一成不變、全盤模仿」（83 公處字第 049 號「全壘打企業有限公司生產之運動鞋外觀仿襲『K-swiss』案」）他事業產品之行爲，而可能對首先使用該等產品外觀或圖樣之事業造成損害（83 公處第 018 號「全聯金屬股份有限公司所印製之空罐抄襲『綠力』水蜜桃汁外觀案」；85 公處字第 179 號「瑪鈦企業有限公司高度抄襲他事業潤滑由產品圖形按案」）、或可能使消費者產生混淆，而造成被模仿事業之損害（86 公處字第 183 號，「台灣帝納實業股份有限公司所販售『加鹽沙士』容器外觀高度近似『黑松沙士』案」）、或對競爭者顯失公平（86 公處字第 202 號「紅枋食品有限公司抄襲他事業於我國尚非表徵之服務標章案案」）。換言之其抄襲行爲必須是高度近似甚至一成不變之抄襲，而有直接榨取他人努力成果之搭便車行爲（87 公處字第 085 號「福義軒食品廠有限公司所販售之餅乾商品抄襲他事業商品容器之外觀、文字、圖樣、設色案」），始能成立。

128 對於他事業產品之外觀、包裝、顏色、形狀等模仿行爲之規範，實也涉及與本法第 20 條規定功能分配之問題。在我國實務案例上，與上述攀附行爲不同者在於，高度抄襲之案例態樣所仿襲之他事業產品外觀，多尚不構成本法第 20

條之「表徵」，但因行爲人一成不變之抄襲，可能造成競爭者之損害或消費者之混淆，乃予以規範。例如在 88 公處字第 064 號「維力科技股份有限公司抄襲『泰山純水』商品之包裝外觀、設色案」中，公平會以事業高度抄襲他人商品外觀爲由，依本條處分（對本案之不同意見有認爲，該案中「泰山純水」之產品外觀，實已構成相關事業或消費者所共知之商品表徵，僅是因產品上標明「維力」二字而應無發生混淆之虞，故不論以第 20 條，參見何之邁，2002，頁 403-404）。

129 就立體之美術著作物而言，90 公處字第 045 號「惠清貿易有限公司進口販售仿襲『皮卡丘』』玩偶外型案」、公處字第 091023 號「惠清貿易有限公司之造型玩偶抄襲『HELLO KITTY』商品圖樣案」等，即涉及以立體形式再現美術著作物是否構成「表徵」。過去公平會對於此種美術著作物，即曾認定屬於第 20 條之表徵（「LITTLE BOBDOG 案」）；近來於上開「皮卡丘案」，公平會則認爲「皮卡丘」自始即常於各種媒體出現，不易被大眾認爲是出自一特定來源，無法表彰該商品由特定事業所出品，即不具備識別力或次要意義，而無法受第 20 條之保護；「HELLO KITTY 案」亦同。惟學者有認爲不應過於強調標識表彰來源之功能，而忽略標識本身所具有的識別力功能，否則適用第 20 條之立場可能過於嚴格（參照本書第 20 條，邊碼 27；學者亦有主張表徵之功能應重在區別而非來源，參見劉孔中，2003a，頁 221）。就此而論，立體之美術著作物仍有構成表徵而適用本法第 20 條之可能。

130 公平會所處分之高度抄襲案例，除了多數係抄襲他人商品外觀之外，近來尚有事業不當抄襲他人網站內容（90 公處字第 172 號「雅虎國際資料公司經營之網站中抄襲蕃薯藤網站內容案」）、或網站上之產品說明（公處字第 092035 號「雅虎國際資訊股份有限公司網站上商品之介紹文章抄襲他事業網站上同類商品之介紹案」；公處字第 092034 號處分「明日世界電腦股份有限公司抄襲他事業同類產品介紹文章案」等）之情形，亦構成榨取他人努力成果，顯失公平之行爲。不過有學者認爲，除上開第一件「蕃薯藤案」所涉及的爲大量重製之行爲外，後二案所涉及之抄襲，僅有五筆產品說明，是否應適用本法第 24 條介入，

似值商榷（馮震宇，2003b，頁 193-194，200）。

131 III、利用他人努力推廣自己產品

關於利用他人努力推廣自己產品之行爲，實務上案例主要有「真品平行輸入」，以及人力仲介公司不當重製競爭事業之資料庫之行爲兩種。

首先關於真品平行輸入，公平會在公研釋字第 003 號解釋中即表示：「貿易商自國外輸入已經原廠授權代理商進口或製造商生產之商品者，因國內代理商投入大量行銷成本或費用致商品爲消費者所共知，故倘貿易商對於商品之內容、來源、進口商品名稱及地址等事項，以積極行爲使消費者誤係代理商所進口銷售之商品，即所謂故意『搭便車行爲』，則涉及公平交易法第 24 條所定之欺罔或顯失公平行爲。」即「以積極行爲使消費者誤以平行輸入商品係代理商所進口之商品」之「故意搭便車行爲」，爲一項認定違法之標準。

其後在 85 公處字第 130 號「環聯貿易有限公司真品平行輸入案」中，上述標準復得到進一步之補充。公平會鑑於該案中，被處分人在真品平行輸入產品上使用代理商之「安琪兒」商標，而認爲攀附商譽、利用國內代理商所投入之廣告與行銷之努力與成本，乃爲關鍵之判斷標準。上述見解，與學說尚稱吻合（廖義男，1994，頁 119；邱志平， 1996，頁 144-146；梁哲瑋，2000，頁 141）惟應注意，若真品平行輸入業者之廣告有虛僞不實及引人錯誤表示，使消費者誤認商品來源者，則應由第 21 條規範，實務見解亦同（公平會公研釋字第 003 號解釋；85 公處字第 123 號「瑞鏵公司廣告列平行輸入業者爲北區經銷商案」，本案並爲行政法院 86 年判字第 2745 號判決所維持；另參見陳櫻琴，2000b，頁 166-172 對該案之評釋）。

132 其次就事業不當重製競爭事業之資料庫之行爲而言，晚近由於網路發達，實務上出現對於電子式資料庫之資料爲重製使用之行爲態樣（馮震宇，2003a，頁 172-175；2003b，頁 191-194），例如人力仲介事業不當重製競爭事業之履歷資料（89 公處字第 118 號「凌亞資訊有限公司榨取 104 人力銀行網站登錄之履歷資料案」；89 公處字第 063 號「翰能人力資源顧問有限公司複製他公司網站上

刊登之企業求才資料案」等）。此外，在房地產網站亦出現類似行爲（90 公處字第 044 號「房地天下科技股份有限公司榨取他事業網站之不動產租售資料混充爲自身網站資料案」；90 公處字第 126 號「美商鉅亨網股份有限公司複製他事業所建構之新聞資料混爲己身網站使用案」等）。不過上開案例所涉及之資料往往爲不受著作權保護之資料，例如事實資料。此時以第 24 條介入，可能造成某資料庫事業先將屬於事實性或不受著作權法保護之的資料納入其資料庫後，雖不能獲得著作權保障，卻可獲得公平法之保護，因此取得近乎排他性權利之情形，其是否妥當，值得深思。學者即建議，應參考歐盟或美國對資料庫保護之規範，對於資料重製之行爲作質與量的分析，並視其有無足以影響交易秩序，而定其違法性之有無（馮震宇，2003b，頁 194-202）。

（4）違法取得競爭優勢

實務上發生之有關案例如：

133 I、合作社驗證不實

指合作社驗證不實，變相對於非社員之一般民眾經營零售業務。實務案例型態包括有未開立發票，而享有免徵營業稅之成本降低優勢，對於其他一般零售業者形成不公平競爭（83 公處字第 106 號「有限責任中華民國合作社聯合社驗證不實案」；83 公處字第 144 號「嘉義市機關學校員工消費合作社聯合社驗證不實案」等）；以及雖然對於非社員有另行開立發票，但仍因享有大量進貨、經營成本低等規模經濟之優勢，而對於一般零售業仍構成不公平競爭（84 公處字第 145 號等「有限責任中華民國合作社聯合社驗證不實案」，該案爲前述 83 公處字第 106 號處分之後續處分；87 公處字第 060 號「有限責任新竹市各機關學校員工消費合作社聯合社驗證不實案」等）。

134 上述處分案中，公平會對於驗證不實行爲之不法內涵說明，實有加強之空間。合作社成立之本旨，在於照顧立法者所認爲值得特別予以照顧之特定群體（其社員），如軍公教人員（此等群體是否果真值得特別保護，乃屬另一問題，應在其設立依據之法規層面解決，而非這裡所應處理之問題）。基於此目的而使

合作社之經營享有一定稅捐減免之成本上優勢，或因能合法聯合採購而具有一定規模經濟上之優勢，以便合作社能利用此等優勢，較平價地供應民生必需品，回饋其社員，照顧其生活。故此類案件之不法內涵在於，合作社之驗證不實，將使上述立法意旨落空。亦即如果因驗證不實，使合作社所「照顧」者，不再是特定值得照顧之群體，而是一般人民時，合作社享有一定經營優勢之正當性即不復存在。其將轉而成爲市場上經營同類業務一般業者全面性之競爭者，競逐相同之消費大眾，此時合作社既然不再限於供應特定群體，則其依法所享有之優勢，將成爲一種不公平之競爭。上述意旨，宜在有關處分中予以清楚說明。

135 II、工業區批發倉儲業者驗卡不實變相經營零售業務

事業在工業區經營批發倉儲業務，如未嚴格管制發卡及驗卡不實，而變相經營零售業務，形成於工業區內經營零售業、商業之違規情形，將對一般零售業者形成不公平競爭（83 公處字第 101 號「萬客隆股份有限公司違法取得競爭優勢案」；84 公處字第 121 號「家福股份有限公司違法取得競爭優勢案」；87 公處字第 139 號「亞太開發股份有限公司違法取得競爭優勢案」等）。

有關驗證不實之案件，如行爲人並未享有任何經營優勢時，既無不公平競爭之情形，其違反行爲則應在有關驗證管理之法規領域處理，而非公平交易法之問題（黃銘傑，2002，頁 65-71）。

（5）干擾市場機能

136 對市場機能之擾亂，會損害公平競爭之大環境，降低競爭之品質，故也爲一種不公平競爭。在我國社會曾發生之情形，例如利用市場機能即將暫時失靈之際的囤積居奇行爲，或以積存商品使市場供需機能更形惡化之不當行爲。實際之案例，諸如事業利用我國加入 WTO 後，米酒即將漲價之際，而爲不當積存米酒之行爲。其行爲態樣包括如下：領有菸酒零售商許可執照，負有供應米酒義務之菸酒零售商所爲之囤積米酒行爲（公處字第 091217 號「滿堂彩商號囤積米酒案」；88 公處字 076 號「億順行囤積米酒案」）。另如自領有菸酒零售商牌照之事業處取得米酒，將米酒作爲促銷自有商品之贈品，對其他未以米酒作爲贈

品之競爭者顯失公平，並造成米酒市場供需失衡情形益加惡化，影響消費者權益。(公處字 091214 號「義信有限公司囤積米酒做爲銷售贈品案」;公處字 091216 號「台大加油站股份有限公司囤積米酒做爲銷售贈品案」;公處字 091215 號「車容坊股份有限公司囤積米酒做爲銷售贈品案」)。

3、消費者保護領域足以影響交易秩序之顯失公平行爲

依公平會之實務，在消費者保護領域中，足以影響交易秩序之顯失公平行爲，有資訊不對等之不當行爲、妨礙消費者行使合法權益之不當行爲、以及利用定型化契約條款之不當行爲等三種類型：

（1）資訊不對等之不當行爲

137 金融業者於借貸契約中「未充分揭露借貸利率」之行爲，即屬之。其型態包括僅於貸款申請書註明每月應繳金額，導致最終確實填上之利率爲何，借款人無從掌握，而陷於不利之交易地位（公處字第 092176 號「日盛國際商業銀行股份有限公司未於貸款契約書中充分揭露貸款利率案」;87 公處字 158 號「美商美國商業銀行國家信託儲蓄股份有限公司台中非公司未於貸款契約書中充分揭露貸款利率案」);或除利率未註明外，在利率加碼處空白未註明者，亦構成未充分揭露利率之行爲（公處字第 092185 號「美商花旗銀行股份有限公司未於擔保透支約訂書中明示利率案」)。

138 又如預售屋銷售時，建商要求購屋人需先給付定金始提供契約書供購屋人審閱或所提供之契約審閱期間未盡充分，均屬本類案例(公處字第 093005 號「樺昱建設股份有限公司未合理提供契約以供審閱之行爲案」)。另外縱使購屋人並不知可要求閱覽契約書，處於市場資訊優勢地位之被處分人在收取定金或簽約前，仍應提供充分審閱契約之機會，其未提供者，仍屬顯失公平(公處字第 092147 號「展望建設股份有限公司未提供預售屋契約供購屋人審閱案」;公處字第 092154 號「建立建設股份有限公司未提供預售屋契約供購屋人審閱案」等)。

（2）妨礙消費者行使合法權益之不當行爲

139 預售屋的買賣合約書中約定，該契約於領取土地所有權狀時交由建商收

回，而使買受人請求權之行使發生困難（84 公處字第 049 號「李憲昌君暨張慶龍君收回買賣契約案」）[280]，即屬此類行爲。另外如交屋時要求購屋人需簽具「簽具交屋證明書」，約定對於不動產買賣雙方權利義務均不予爭執，因可能對於將來買受人請求全主張有所妨礙，亦被公平會認定爲另一種形式的契約繳回（84 公處字第 150 號「順鶴建設股份有限公司要求購屋人簽具交屋證明書案」）。另外，美容業者未就消費方式與消費者訂定書面契約，使雙方權益無以爲據，亦爲對消費者之顯失公平（89 公處字第 082 號「洪蕾美容股份有限公司未定立書面契約案」）[281]。

（3）利用定型化契約條款之不當行爲

140 事業利用定型化契約條款之不當行爲，例如事業利用消費者輕率、無經驗使消費者簽訂不公平的定型化契約（85 公處字第 078 號「喬登行以不當方式使消費者簽訂定型化契約案」）；或預售屋業者與承購戶訂定之買賣合約書中，未將土地移轉日期予以載明（87 公處字第 124 號「聯茂鑫建設有限公司未將重大交易條件於契約中充分載明案」）；或經營瓦斯供應之公營公用事業，利用定型化契約強制後用戶負擔前用戶之舊欠費等不合理規定（86 公處字第 181 號「新竹縣瓦斯管理處定型化契約條款不公平案」）。復如定型化契約中訂定不公平的解約條款（83 公處字第 003 號、83 公處字第 130 號「習技實業股份有限公司訂定不公平解條款案」，本案爲行政法院 85 年度判字第 2310 號判決所維持；84 公處字第 178 號「習技實業股份有限公司訂定不公平解條款案」，本案爲行政法院判決 86 年度判字第 1477 號判決所維持；84 公處字第 008 號「達英國際企業股

[280] 類似案例，83 公處字第 126 號、84 公處第 024 號等。

[281] 本案事實尚可構成欺罔行爲項下的隱匿重要交易資訊，該事業與消費者交易過程中並未充分揭露所有產品、課程之相關收費資訊，亦未訂立書面契約，故應可同時合致對消費者之欺罔與顯失公平。另外本案以多數消費者有受侵害之虞而認定足以影響交易秩序。

份有限公司定型化契約夾藏本票案」等）[282]，亦係屬之。最後如契約內規定，定型化契約之解釋英文爲準，使消費者權益處於不確定狀態（82 公處字第 012 號「福特六合股份有限公司契約解釋不利於消費者案」）。

141 本節所討論消費者保護領域足以影響交易秩序之顯失公平行爲，多屬於無涉限制競爭或不公平競爭的消費者保護案件。基於消費者保護屬於本條輔助之目的與功能，故公平會對於消保案件之直接介入管制，宜屬例外之舉，僅在必要時，對於「相當重大或顯較嚴重之消保案件」，吻合於「足以影響交易秩序」之要件時，才宜發動公權力處理之，進行本條之補充適用（本條邊碼 41）。此外，行政機關介入時，仍須符合「公共利益」之程序門檻。在本條公共利益與足以影響交易秩序二門檻之判斷雖然原則上十分類似，但當行爲有危害公共利益之情事時，公平會依本法第 26 條之規定，仍「得」依檢舉或依職權調查處理；而在決定是否「得」介入時，主要之考量因素應不再僅是行爲之市場之衝擊度，主管機關可以依據執法資源之最佳分配，訂定執行之優先順序（例如優先執行反托拉斯案件與影響深廣之不公平競爭案件，其次才執行消費者保護案件等），並應考量是否已有其他有效的規範管制途徑或能有效管理的主管機關（本條邊碼 45）。

上述各案中，公平會對於介入消費者保護案件之理由，諸如涉案行爲對於消費者利益之衝擊影響範圍與程度、行爲妨礙交易秩序與公共利益之重大程度、執法資源之分配原則等，多未加以充分之說明，以致於吾人對於公平會介入之合法與正當性，難以做正確之評估。惟可以確定的是，爲執行此等案件，相關之執法成本已經付出。是否因而未執行其他更重要之案件，而付出了過高不當之執法機會成本，則未可知。我們認爲，公平會不論介入資訊不對等之不當行爲、妨礙消費者行使合法權益之不當行爲、或介入利用定型化契約條款之不當行爲，只要上述違法之情形普遍而相當嚴重，廣泛涉及特定產業消費者之

[282] 此二案例均利用在定型化契約中夾藏本票，而排除民法第 390 條規定或使交易相對人無法行使消保法第 19 條之權利。另外此二案尚涉及，事業未予交易相對人充分時間與機會審閱合約書條款、對促銷優惠期限爲欺罔說明而誤導消費者。

利益時，應足以構成「相當重大或相對上顯較嚴重」的要求。此時公平會以行政之手段介入管制，應比放任個別涉及之消費者提起訴訟處理，較爲有效率，公平會之介入也有其正當與合法性。換言之，我們不反對公平會介入管制消費者保護性質之案件，惟公平會應在個案中清楚說明其介入管制之理由，否則可能會被認定爲涉案行爲不足以影響交易秩序，或不危害公共利益，而構成撤銷其處分之理由，公平會宜謹慎爲之。

附錄一、多層次傳銷管理法草案總說明

現行多層次傳銷事業及其行爲之管理，主要係依據公平交易法及其授權訂定之多層次傳銷管理辦法相關規定。多層次傳銷管理辦法經公平交易委員會於八十一年二月二十八日訂定發布，歷經八十八年六月、九十一年四月及九十二年十一月三次修正，爲多層次傳銷事業管理之主要規範。現行規定雖賦予公平交易委員會對於多層次傳銷行爲有監督與管理之權，惟因競爭法主要在規範限制競爭與不公平競爭行爲，與多層次傳銷行爲之管制性質有別，對於違法行爲之裁處標準與衡量條件亦有不同，將之置於同一法中併予規範，雖有其權宜之立法背景，然亦突顯我國多層次傳銷之管理法制未臻成熟，難以達到有效管制與嚇阻不法多層次傳銷行爲之立法目的。

邇來多層次傳銷風潮方興未艾，時有不肖業者利用變質多層次傳銷橫行詐騙，造成嚴重之社會問題，有必要進一步防範與查緝。從而，建構完整之多層次傳銷管理法制，加強多層次傳銷事業之管理與監督，實爲當前立法之必要課題。爰擬具「多層次傳銷管理法」草案，計分八章，四十七條條文，其要點如次：

一、本法立法目的、主管機關及用詞定義。（草案第一條至第五條）

二、多層次傳銷事業之報備、變更與停止。（草案第六條至第九條）

三、多層次傳銷事業報備名單及其重要動態資訊之公布程序。（草案第十條）

四、多層次傳銷事業對參加人之告知與說明義務。（草案第十一條至第十三條）

五、書面參加契約之締結、內容及違約事項與處理。（草案第十四條至第十六條）

六、多層次傳銷事業招募未成年參加人之要式規定與參加人之教育訓練。（草案第十七條與第十八條）

七、多層次傳銷事業財務報表之揭露義務。（草案第十九條）

八、變質多層次傳銷行爲之禁止與對參加人之禁止行爲。（草案第二十條及第二十一條）

九、參加人解除與終止契約之法定條件，及因解除與終止契約而生之權利義務。

（草案第二十二條及第二十三條）

十、多層次傳銷事業不得請求因契約解除或終止所受損害賠償或違約金，並不得阻撓參加人辦理退出退貨。（草案第二十四條及第二十五條）

十一、本法解除及終止契約專章於服務之情形準用之。（草案第二十六條）

十二、中央主管機關之職權、調查程序及與其他機關之業務配合。（草案第二十七條至第三十一條）

十三、當事人閱覽資料或卷宗之原則及其授權依據。（草案第三十二條）

十四、違反本法之損害賠償與請求時效。（草案第三十三條及第三十四條）

十五、違反本法之刑事處罰。（草案第三十五條至第三十七條）

十六、違反本法之行政處罰及其強制執行。（草案第三十八條至第四十四條）

十七、多層次傳銷事業於本法施行前開始實施多層次傳銷行爲者，其適用本法之過渡條款。（草案第四十五條）

十八、本法之施行細則與施行日期。（草案第四十六條及第四十七條）

附錄二、多層次傳銷管理法草案

條　　文	現行條文 （援引現行法對照）	說　　明
第一章　總則		章名
第一條　爲健全多層次傳銷交易秩序，保護參加人權益，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。		明定本法之立法目的及本法與其他法律間之適用順序。
第二條　本法所稱主管機關：在中央爲行政院公平交易委員會；在直轄市爲直轄市政府；在縣（市）爲縣（市）政府。	第九條　本法所稱主管機關：在中央爲行政院公平交易委員會；在直轄市爲直轄市政府；在縣（市）爲縣（市）政府。 本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之。 （公平交易法）	明定本法之主管機關。
第三條　本法所稱多層	第八條（第一項）	一、現行公平交易法第八

次傳銷，謂就推廣或銷售之計畫或組織，參加人推廣、銷售商品或服務，及介紹他人加入，並因其後參加之人爲推廣、銷售商品或服務或介紹他人加入，而獲得佣金、獎金或其他經濟利益者而言。	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。 （公平交易法）	條第一項移列，並酌作文字修正。 二、多層次傳銷係指一推廣或銷售商品或服務之計畫或組織，參加人得藉由推廣、銷售商品或服務及介紹他人加入而取得報酬，並以多層級組織架構及報酬制度爲主要特色。其因可透過人際關係而擴散快速，且參加人易因獎金報酬之誘引，達成不理性交易，衍生嚴重之經濟、社會問題，故有必要立法予以管制。 三、現行公平交易法第八條第一項關於多層次傳銷之定義，規定須以「給付一定代價」爲其要件，惟徵諸市場實務，多層次傳銷之運作尚非以參加人加入時須「給付一定代價」爲必要。即在

		無給付一定代價之情形，亦難以排除上述風險。復參酌國外立法例，給付一定代價常被引爲變質多層次傳銷之要件，而非多層次傳銷之一般要件。否則，不肖業者得藉由對參加人加入不設給付一定代價之門檻，規避法令，或託稱法有明文，做爲要求參加人給付一定代價之正當依據，以遂行不法。爲杜上述流弊，爰將現行公平交易法第八條第一項所定「給付一定代價」之要件刪除，並強化其組織之多層級特色。
第四條　本法所稱多層次傳銷事業，謂就多層次傳銷訂定營運計畫或組織，統籌規劃傳銷行爲之事業。	第八條 （第三、四項） 本法所稱多層次傳銷事業，係指就多層次傳銷訂定營運計畫或	一、現行公平交易法第八條第三項及第四項移列，並酌作文字修正。 二、外國事業所成立之多

外國事業之參加人或第三人，引進該事業之多層次傳銷計畫或組織，視爲前項之多層次傳銷事業。	組織，統籌規劃傳銷行爲之事業。 外國事業之參加人或第三人，引進該事業之多層次傳銷計畫或組織者，視爲前項之多層次傳銷事業。 （公平交易法）	層次傳銷在我國實施者，其在我國境內未必均設有營業處所或業務代表，爲使其傳銷活動可充分受到規範並確保參加人權益，爰明定引進之參加人或第三人亦視爲多層次傳銷事業。
第五條　本法所稱參加人謂符合下列各款情形之一者： 一、加入多層次傳銷事業之計畫或組織，得推廣、銷售商品或服務，及介紹他人參加者。 二、與多層次傳銷事業約定，於給付一定代價後，得推廣、銷售商品或服務，及介紹他人參加者。 前項第二款所稱給付一定代價，謂給付金錢、購買商品、提供	第八條 （第二、五項） …… 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。 …… 本法所稱參加人如下： 一、加入多層次傳銷事業之計畫或組織，推廣、銷售商品或勞務，並得介紹他人參加者。	一、現行公平交易法第八條第二項及第五項移列，並酌作文字修正。 二、多層次傳銷之參加人係指加入傳銷組織，得推廣、銷售商品或服務及介紹他人加入者，而非以實際從事該等活動爲必要。此外，爲避免多層次傳銷事業藉由要求參加人給付一定代價，如繳交費用或購買商品等門檻，在完成該項條件前，否定參加人之資格以規避法令，

服務或負擔債務。	二、與多層次傳銷事業約定，於累積支付一定代價後，始取得推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加之權利者。 （公平交易法）	爰分別定義之。
第二章　多層次傳銷事業之報備	（原爲報備程序）	章名
第六條　多層次傳銷事業於開始實施多層次傳銷行爲前，應以書面備齊及據實載明下列事項，向中央主管機關報備： 一、事業之名稱、實收資本額、代表人或負責人、所在地、設立登記日期及營利事業登記證影本。 二、主要營業所及其他營業所所在地。 三、開始實施多層次傳銷行爲之日。 四、傳銷制度，應包括佣	第五條　多層次傳銷事業於開始實施多層次傳銷行爲前，應以書面備齊及據實載明下列事項，向中央主管機關報備： 一、事業之名稱、實收資本額、代表人或負責人、所在地、設立登記日期及營利事業登記證影本。 二、主要營業所及其他營業所所在地。 三、開始實施多層次傳銷行爲之日。 四、傳銷制度，應包括	一、現行公平交易法第五條移列，並酌作文字修正。 二、爲有效管理多層次傳銷事業，中央主管機關須就多層次傳銷事業於其公司及營利事業登記事項、營業所所在地、開始實施多層次傳銷行爲之日、傳銷制度、參加契約條款及格式、商品或服務等相關資料，充分掌握瞭解，爰於第一項明定多層次傳銷事業應提出之報備文件。 三、另爲便利事業之申報及報備案件之格式，

金、獎金及其他經濟利益之內容、發放條件、計算方法及其合計數占營業總收入之最高比例。 五、參加契約條款及格式。 六、商品或服務之品項、價格、單位成本、用途、來源及其有關事項。 七、其他經中央主管機關指定之事項。 前項所稱書面之格式，得由中央主管機關定之。	佣金、獎金及其他經濟利益之內容、發放條件、計算方法及其合計數占營業總收入之最高比例。 五、參加契約條款及格式。 六、銷售商品或勞務之品項、價格、單位成本、用途、來源及其有關事項。 七、其他經中央主管機關指定之事項。 前項所稱書面之格式，得由中央主管機關規定之。 （多層次傳銷管理辦法）	第二項明定中央主管機關得指定報備之書面格式。
第七條　多層次傳銷事業未依前條第一項規定備齊報備資料者，中央主管機關得命其補正。 前條第一項所列報備事項，中央主管機關認有必要時，得命多	第六條　多層次傳銷事業未依前條第一項規定備齊報備資料者，中央主管機關得命其補正。 前條第一項所列報備事項，中央主管機關認有必要時，得命多	一、現行多層次傳銷管理辦法第六條移列，並酌作文字修正。 二、明定事業未依前條第一項規定備齊報備資料，或中央主管機關有進一步瞭解其內容之必要者，得通知事

層次傳銷事業提出相關資料補充。 前二項之補正或補充，多層次傳銷事業應於中央主管機關指定期限內為之。	層次傳銷事業提出相關資料補充。 前二項之補正或補充，多層次傳銷事業應於中央主管機關規定期限內為之。 （多層次傳銷管理辦法）	業於期限內補正或補充。
第八條　多層次傳銷事業報備資料所載內容如有變更，應於實施前報備。但第六條第一項第一款之報備事項如有變更，得於變更後十五日內報備。 第六條第一項第六款之單位成本如有變更，不適用前項規定。	第七條　多層次傳銷事業報備資料所載內容如有變更，應於實施前報備。但第五條第一項第一款之報備事項如有變更，得於變更後十五日內報備。 第五條第一項第六款之單位成本如有變更，不適用前項規定。 （多層次傳銷管理辦法）	一、現行多層次傳銷管理辦法第七條移列。 二、本法第六條第一項第六款所定之單位成本，實務上常有變動，倘有變更即須報備，過於繁瑣，且實益有限，爰特於第二項排除其變更報備之義務。
第九條　多層次傳銷事業停止實施多層次傳銷行為者，應於停止前向中央主管機關報備。	第八條　多層次傳銷事業停止實施多層次傳銷行為者，應於停止前向中央主管機關報備。 （多層次傳銷管理辦法）	一、現行多層次傳銷管理辦法第八條移列。 二、明定多層次傳銷事業欲停止實施多層次傳銷行為者，應於停止前報備，俾中央主管機關確實掌握市場動

		態。
第十條　多層次傳銷事業經查已備齊第六條第一項資料者，中央主管機關應將該事業名稱列載報備名單。 多層次傳銷事業報備名單及其重要動態資訊，由中央主管機關公布之。 前項公布，得以刊載於中央主管機關之公報、電腦網站或其他足使大眾周知之方式爲之。 列載於報備名單之多層次傳銷事業，經查已搬遷不明或無營業跡象者，中央主管機關得於報備名單上註記。	第九條　多層次傳銷事業經查已備齊第五條第一項資料者，中央主管機關應將該事業名稱列載報備名單。 多層次傳銷事業報備名單及其重要動態資訊，由中央主管機關公布之。 前項公布，得以刊載於中央主管機關之公報、電腦網站或其他足使大眾周知之方式爲之。 第十條　列載於報備名單之多層次傳銷事業，經查已搬遷不明或無營業跡象者，中央主管機關得於報備名單上註記。 （多層次傳銷管理辦法）	一、現行多層次傳銷管理辦法第九條及第十條移列。 二、爲便於民眾查閱並瞭解多層次傳銷事業之實際經營動態或重要資訊，明定中央主管機關應將備齊資料之多層次傳銷事業列載於報備名單，並以足使大眾週知之方法對外公布。此外，對於事業搬遷不明或無營業跡象等情形，明定中央主管機關得於報備名單上註記之。
第三章　多層次傳銷行爲之實施		章名
第十一條　多層次傳銷	第十一條　多層次傳銷	一、現行多層次傳銷管理

事業於參加人加入其傳銷組織或計畫時，應告知下列事項，不得有隱瞞、虛僞不實或引人錯誤之表示： 一、實收資本額及前一年度營業總額。但營業未滿一年者，以其已營業月份之累積營業額代之。 二、傳銷制度，應包括參加人直接推廣、銷售商品或服務，及因其後加入之參加人推廣、銷售商品或服務時，可獲得利益之內容、取得條件及計算方法。 三、多層次傳銷相關法令。 四、參加人應負之義務與負擔。 五、商品或服務之品項、價格、用途及	事業於參加人加入其傳銷組織或計畫時，應告知下列事項，不得有隱瞞、虛僞不實或引人錯誤之表示： 一、實收資本額及前一年度營業總額。但營業未滿一年者，以其已營業月份之累積營業額代之。 二、傳銷制度，應包括參加人直接推廣、銷售商品或勞務，及因其後加入之參加人推廣、銷售商品或勞務時，可獲得利益之內容、取得條件及計算方法。 三、多層次傳銷相關法令。 四、參加人應負之義務與負擔。 五、商品或勞務之品項、價格、用途及	辦法第十一條移列，並酌作文字修正。 二、多層次傳銷事業之特徵，在於一方面吸收他人加入組織，另一方面藉由他人之加入而推廣、銷售其商品或服務。因此，如何吸收他人加入，爲多層次傳銷業務成敗關鍵所在。就實務而言，不肖多層次傳銷事業爲吸收他人加入，常利用誇大不實或引人錯誤之宣傳方法勸誘他人加入組織或計畫，使參加人誤信加入即可輕易獲取利益，而忽略該商品或服務市場之發展可能性，以及未能審慎自己爲加入所給付之代價是否值得或可能落空。故爲防止此種弊端，對於多層次傳銷事業於參加人加入

其有關事項。 六、商品或服務瑕疵擔保責任之條件、內容及範圍。 七、參加人退出組織或計畫之條件及因退出而生之權利義務。 八、其他經中央主管機關指定之事項。 參加人介紹他人加入時，不得就前項各款事項爲虛僞不實或引人錯誤之表示。	其有關事項。 六、商品或勞務瑕疵擔保責任之條件、內容及範圍。 七、參加人退出組織或計畫之條件及因退出而生之權利義務。 八、其他經中央主管機關指定之事項。 參加人介紹他人加入時，不得就前項各款事項爲虛僞不實或引人錯誤之表示。 （多層次傳銷管理辦法）	其組織或計畫前，課以不得有隱瞞、虛僞不實或引人錯誤之表示之告知義務，使參加人對於事業資本額及營業額、傳銷制度、多層次傳銷相關法令、參加人應負之義務與負擔等有相當之瞭解，以保障參加人權益。 三、多層次傳銷組織之擴展，除依賴參加人之加入外，更須賴參加人介紹他人加入。基於同等考量，第二項明定參加人介紹他人加入時，亦不得有虛僞不實或引人錯誤之表示。
第十二條　多層次傳銷事業或參加人以廣告或其他使大眾可得知之方法招募參加人時，應表明係從事多層次傳銷行爲，並不得以	第十九條　多層次傳銷事業以廣告或其他使大眾可得知之方法招募參加人時，應表明係從事多層次傳銷行爲，並不得以招募員工	一、現行多層次傳銷管理辦法第十九條移列，並酌作文字修正。 二、就實務經驗觀察，多層次傳銷事業或其參加人爲招募新人加

招募員工或假借其他名義爲之。	或假借其他名義爲之。 前項規定，於參加人亦適用之。 （多層次傳銷管理辦法）	入，常利用報章廣告或其他媒體從事招募參加人之行爲，惟於招募過程中未表明係從事多層次傳銷，致事後爭議頻傳。鑑於以廣告媒體之招募方式，影響層面較廣，爲避免多滋不必要之爭議，爰課予多層次傳銷及其參加人有誠實告知之義務。
第十三條　多層次傳銷事業或參加人以聲稱成功案例之方式推廣、銷售商品或服務及介紹他人加入時，就該等案例進行期間、獲得利益及發展歷程等事實作示範者，應具體說明，不得有虛僞不實或引人錯誤之表示。	第二十條　多層次傳銷事業或其參加人以聲稱成功案例之方式推廣、銷售商品或勞務及介紹他人加入時，就該等案例進行期間、獲得利益及發展歷程等事實作示範者，應具體說明，不得有虛僞不實或引人錯誤之表示。 （多層次傳銷管理辦法）	一、現行多層次傳銷管理辦法第二十條移列，並酌作文字修正。 二、多層次傳銷事業往往於其說明會或類似之場合中宣稱，可快速致富或以特殊之成功案例誘使他人加入，爲防止多層次傳銷事業此類陷他人於錯誤之行爲，明定事業以聲稱成功案例之方式推廣、銷售商品或服務及介紹他人加入

		時，就其建立組織之期間、獲得利益及發展歷程等事實作示範者，應具體說明，不得有虛僞不實或引人錯誤之表示。
第十四條　多層次傳銷事業於參加人加入其傳銷組織或計畫時，應與參加人締結書面參加契約。 前項之書面，不得以電子文件爲之。	第十二條　多層次傳銷事業於參加人加入其傳銷組織或計畫時，應與參加人締結書面參加契約；參加契約應包括前條第一項第二款至第八款事項。 前項之書面，不得以電子文件爲之。 （多層次傳銷管理辦法）	一、現行多層次傳銷管理辦法第十二條移列，並酌作文字修正。 二、爲落實多層次傳銷事業對參加人之告知義務，並使雙方權利義務關係臻於明確，明定參加契約應以書面且不得以電子文件爲之。
第十五條　前條參加契約之內容，應包括下列事項： 一、第十一條第一項第二款至第八款事項。 二、第二十二條至第二十四條所定權利義務事項。	第十三條　多層次傳銷事業就第十一條第一項第七款事項，告知參加人或與參加人締結書面契約，其內容除有利於參加人之外，應包括本法第二十三條之一至第二十三條之三規定。	一、現行多層次傳銷管理辦法第十二條至第十四條移列，並酌作文字修正。 二、明定前條參加契約之內容，其法定應載事項，應包括第十一條第一項第二款至第八款事項、多層次傳銷

三、解除或終止契約係因參加人違反營運規章、計畫或其他可歸責於參加人之事由者，對於該參加人提出退貨之處理方式。	第十四條　多層次傳銷事業以參加人違反營運規章、計畫或其他可歸責於參加人之事由，而解除或終止契約者，對於該參加人提出退貨之處理方式，應於契約中載明。 （多層次傳銷管理辦法）	事業就參加人退出組織或計畫之條件及因退出而生之權利義務事項、以及多層次傳銷事業以參加人違反營運規章、計畫或其他可歸責於參加人之事由，而解除或終止契約者，對於該參加人提出退貨之處理方式。
第十六條　多層次傳銷事業應將下列事項列爲參加人違約事由，訂定處理方式並確實執行： 一、以欺罔或引人錯誤之方式推廣、銷售商品或服務及介紹他人參加傳銷組織。 二、假借多層次傳銷事業之名義或組織向他人募集資金。 三、以違背公共秩序或善良風俗之方式	第十八條　多層次傳銷事業爲規範其參加人從事與多層次傳銷有關之行爲，應將下列事項列爲參加人違約事由，訂定處理方式並確實執行： 一、以欺罔或引人錯誤之方式推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加傳銷組織。 二、假借多層次傳銷事業之名義或組織向他人募集資金。	一、現行多層次傳銷管理辦法第十八條移列，並酌作文字修正。 二、列舉參加人常見之不當傳銷行爲，明文列爲違約事由，使多層次傳銷事業訂定處理方式並確實執行。

從事傳銷活動。 四、以不當之直接訪問買賣影響市場交易秩序或造成消費者重大損失。 五、從事違反本法、刑法或其他工商管理法令之傳銷活動。	三、以違背公共秩序或善良風俗之方式從事傳銷活動。 四、以不當之直接訪問買賣影響市場交易秩序或造成消費者重大損失。 **五、從事違反刑法或其他工商管理法令之傳銷活動。** （多層次傳銷管理辦法）	
第十七條　多層次傳銷事業招募未成年人爲參加人者，應事先取得該參加人之法定代理人書面同意，並附於參加契約。 前項之書面，不得以電子文件爲之。	第十六條　多層次傳銷事業招募未成年人爲參加人者，應事先取得該參加人法定代理人之書面同意，並附於參加契約　。 前項之書面，不得以電子文件爲之。 （多層次傳銷管理辦法）	一、現行多層次傳銷管理辦法第十六條移列，並酌作文字修正。 二、招募未成年參加人應取得法定代理人書面同意，以保護未成年人之權益。
第十八條　多層次傳銷事業於參加人加入其傳銷組織或計畫後，應對其實施多層次傳銷相關法令及事業違法時之申訴途徑等教育	第二十一條　多層次傳銷事業於參加人加入其傳銷組織或計畫後，應對其施以多層次傳銷相關法令及事業違法時之申訴途徑等	一、現行多層次傳銷管理辦法第二十一條移列，並酌作文字修正。 二、多層次傳銷事業應對參加人實施教育訓

訓練。	教育訓練。 （多層次傳銷管理辦法）	練，俾參加人於從事傳銷行爲前，得瞭解相關法令及事業違法時之申訴途徑。
第十九條　多層次傳銷事業應將下列經會計師簽證之上年度財務報表備置於其主要營業所： 一、資產負債表。 二、損益表。 參加人加入已逾一年，且於前一年內自多層次傳銷事業應獲佣金、獎金或其他經濟利益者，得向所屬之多層次傳銷事業查閱前項財務報表。多層次傳銷事業非有正當理由，不得拒絕。 多層次傳銷事業於停止實施多層次傳銷行爲起二個月內，仍應依前二項規定辦理。	第十五條　多層次傳銷事業應將下列經會計師簽證之上年度財務報表備置於其主要營業所： 一、資產負債表。 二、損益表。 參加人加入已逾一年，且於前一年內自多層次傳銷事業應獲佣金、獎金或其他經濟利益者，得向所屬之多層次傳銷事業查閱前項財務報表。多層次傳銷事業非有正當理由，不得拒絕。 多層次傳銷事業於停止實施多層次傳銷行爲起二個月內，仍應依前二項規定辦理。 （多層次傳銷管理辦法）	一、現行多層次傳銷管理辦法第十五條移列。 二、多層次傳銷事業財務狀況之健全與否，常影響廣大參加人權益，故於第一項明定多層次傳銷事業有揭露其財務報表之義務。 三、加入一年以上且前一年曾獲取報酬之參加人，與多層次傳銷事業間已存在相當期間之商業關係，自對於多層次傳銷事業之經營具有利害關係，應使其得向該事業查閱財務報表，以保障其權益；又多層次傳銷事業雖報備停止傳銷行爲，仍應適度備置及提供查閱其財務報

		表，俾參加人採取保障自身權益之措施，爰於第二項及第三項明定之。
第二十條　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、銷售商品或服務之合理市價者，不得爲之。 依參加人加入時給付一定代價而計算之佣金、獎金或其他經濟利益，視爲前項所稱基於介紹他人加入。	第二十三條　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，不得爲之。 （公平交易法）	一、第一項爲現行公平交易法第二十三條移列。 二、多層次傳銷並非均爲不正當之銷售方式，惟因其變型態樣繁多，如其參加人所取得之佣金、獎金或其他經濟利益，主要係基於介紹他人參加，則其後加入之參加人必因無法覓得足夠之人頭而遭經濟上之損失，其發起或領導推動之人則毫無風險，徒獲暴利，並造成嚴重之社會問題，故應明文加以禁止。 三、多層次傳銷以「給付一定代價」購買商品或勞務做爲參加人加入條件，並以此發放

		佣金、獎金或其他經濟利益者，該部分參加人收入來源究係基於「介紹他人加入」或「推廣、銷售商品或勞務之合理市價」，實務上迭有爭議。爲使變質多層次傳銷之認定臻於明確，爰於第二項明定基於「給付一定代價」而計算之佣金、獎金或其他經濟利益者，視爲第一項所稱之基於介紹他人加入之情形。
第二十一條　多層次傳銷事業不得爲下列行爲： 一、以訓練、講習、聯誼、開會或其他類似之名義，要求參加人繳納與成本顯不相當之費用。 二、要求參加人繳納或承擔顯屬不當之	第十七條　多層次傳銷事業不得爲下列各款行爲： 一、以訓練、講習、聯誼、開會或其他類似之名義，要求參加人繳納與成本顯不相當之費用。 二、要求參加人繳納或承擔顯屬不當之	一、現行多層次傳銷管理辦法第十七條移列，並酌作文字修正；原條文第一項第四款及第七款另移列於第二十五條。 二、爲防止多層次傳銷事業利用收取費用、要求囤貨等手段，以從事變質多層次傳銷或

保證金、違約金或其他負擔。 三、要求參加人購買商品之數量顯非一般人短期內所能售罄。但約定於商品轉售後始支付貨款者，不在此限。 四、約定參加人再給付與成本顯不相當之訓練費用或顯屬不當之其他代價，始給予更高之利益。 五、以違背其傳銷組織或計畫之方式，對特定人給予優惠待遇，足以減損其他參加人可獲得之佣金、獎金或其他經濟利益。 六、要求參加人負擔顯失公平之義務。 前項規定，於參加人準用之。	保證金、違約金或其他負擔。 三、要求參加人購買商品之數量顯非一般人短期內所能售罄。但約定於商品轉售後始支付貨款者，不在此限。 <u>四、於解除或終止契約時不當扣發參加人應得之佣金、獎金或其他經濟利益。</u> 五、約定參加人再給付與成本顯不相當之訓練費用或顯屬不當之其他代價，始給予更高之利益。 六、以違背其傳銷組織或計畫之方式，對特定人給予優惠待遇，足以減損其他參加人可獲得之佣金、獎金或其	進行詐欺斂財，特就實務上常見之不當行為類型，予以明文禁止。又多層次傳銷之參加人亦可能對其下線參加人從事本條各款所列之不當行為，應一併禁止，爰明文準用之。

	他經濟利益。 七、以不當方式阻撓參加人辦理解除契約、終止契約退出退貨。 八、要求參加人負擔顯失公平之義務。 前項規定，於參加人準用之。 （多層次傳銷管理辦法）	
第四章　解除及終止契約		章名
第二十二條　參加人得自訂約日起三十日內以書面通知多層次傳銷事業解除契約。 多層次傳銷事業應於契約解除生效後三十日內，接受參加人退貨之申請，取回商品或由參加人自行送回商品，並返還參加人於契約解除時所有商品之進貨價金及其他加入時給付之費	第二十三條之一　多層次傳銷參加人得自訂約日起十四日內以書面通知多層次傳銷事業解除契約。 多層次傳銷事業應於契約解除生效後三十日內，接受參加人退貨之申請，取回商品或由參加人自行送回商品，並返還參加人於契約解除時所有商品之進貨價金及	一、現行公平交易法第二十三條之一移列，並酌作文字修正。 二、多層次傳銷之參加人，常為經濟上弱者或缺乏社會經驗者，容易因一時衝動而加入多層次傳銷事業。於訂約後，為使其能有一個重新檢討判斷加入與否的機會，爰賦予參加人得於一定之「猶豫期間」內有

用。 多層次傳銷事業依前項規定返還參加人所爲之給付時，得扣除商品返還時因可歸責於參加人之事由致商品毀損滅失之價值，及因該進貨而對該參加人給付之獎金或報酬。 前項之退貨如係該事業取回者，並得扣除取回該商品所需運費。	其他加入時給付之費用。 多層次傳銷事業依前項規定返還參加人所爲之給付時，得扣除商品返還時已因可歸責於參加人之事由致商品毀損滅失之價值，及已因該進貨而對參加人給付之獎金或報酬。 前項之退貨如係該事業取回者，並得扣除取回該商品所需運費。 （公平交易法）	單方之解除契約權，並就退貨之相關權利義務予以明定。 三、考量參加人常須實際投身傳銷業務後，始能確定本身是否適合，現行公平交易法第二十三條之一所定十四日之猶豫期間稍嫌過短，爰將之延長爲三十日，俾充分保障參加人權益。
第二十三條　參加人於前條第一項解約權期間經過後，仍得隨時以書面終止契約，退出多層次傳銷計畫或組織。 參加人依前項規定終止契約後三十日內，多層次傳銷事業應以參加人原購價格百分之九十買回參加人	第二十三條之二　參加人於前條第一項解約權期間經過後，仍得隨時以書面終止契約，退出多層次傳銷計畫或組織。 參加人依前項規定終止契約後三十日內，多層次傳銷事業應以參加人原購價格百	一、現行公平交易法第二十三條之二後移列，並酌作文字修正。 二、多層次傳銷之參加人於前條猶豫期間內如未行使解除契約權利，日後有意退出時，變質多層次傳銷事業往往對之加諸種種限制，使其無法退

所持有之商品。但其所持有商品自訂購日起已逾六個月者，不在此限。 多層次傳銷事業依前項規定買回參加人所持有之商品時，得扣除因該項交易對該參加人給付之獎金或報酬。其取回商品之價值有減損者，亦得扣除之。	分之九十買回參加人所持有之商品。但得扣除已因該項交易而對參加人給付之獎金或報酬，及取回商品之價值有減損時，其減損之價額。 （公平交易法）	出，爰於第一項明文賦予參加人仍得以書面隨時終止契約之權。 三、終止契約後之存貨買回義務，旨在防制多層次傳銷事業向參加人大量塞貨，進而達到防範變質多層次傳銷之目的。惟此項買回義務令多層次傳銷事業負擔較其他行銷通路更高之經營風險，買回價格自不宜過高，買回範圍亦不宜過廣，始屬合理，否則即可能使參加人藉此大量進貨，造成多層次傳銷事業損失，故於第二項明定買回價格爲參加人原購價格之百分之九十，並以參加人終止契約前六個月內購買之商品爲限。 四、第三項明定多層次傳

		銷事業之買回得扣除已因該項交易而對參加人給付之獎金或報酬，及取回商品之價值有減損時，其減損之價額，以資合理。
第二十四條　參加人依前二條行使解除權或終止權時，多層次傳銷事業不得向參加人請求因該契約解除或終止所受之損害賠償或違約金。	第二十三條之三　參加人依前二條行使解除權或終止權時，多層次傳銷事業不得向參加人請求因該契約解除或終止所受之損害賠償或違約金。（第一項） 前二條關於商品之規定，於提供勞務者準用之。 （公平交易法）	一、現行公平交易法第二十三條之三第一項移列。 二、為避免多層次傳銷事業於參加人行使前二條之解除權或終止權以退出傳銷組織時，利用各種不合理之條件予以實質限制，例如要求鉅額違約金或其他損害賠償等方法，迫使參加人無法行使前二條法定權利，爰予明文禁止。
第二十五條　多層次傳銷事業不得於參加人解除或終止契約時，不當扣發其應得之佣金、獎金或其他經濟利益，並不得以其他不當	第十七條　多層次傳銷事業不得為下列各款行為： …… …. 四、解除或終止契約時	一、現行多層次傳銷管理辦法第十七條第一項第四款及第七款移列，並酌作文字修正。 二、為充分落實保障參加

方式阻撓參加人辦理退出退貨。	不當扣發參加人應得之佣金、獎金或其他經濟利益。 …… …… 七、以不當方式阻撓參加人辦理解除契約、終止契約退出退貨。 （多層次傳銷管理辦法）	人權益及防範變質多層次傳銷之機制，禁止多層次傳銷事業不得以扣除參加人應得之利益或以其他不當方式阻撓參加人之退出退貨。
第二十六條　本章關於商品之規定，除第二十三條第二項但書外，於服務之情形準用之。		明定本章規定於服務之情形準用之。
第五章　業務檢查及調查程序		章名
第二十七條　多層次傳銷事業應於主要營業所備置下列書面資料，按月記載其在中華民國境內之發展狀況： 一、事業整體及各層次之組織系統。 二、參加人總人數、當月加入及退出之人數。	第二十二條　多層次傳銷事業應於主要營業所備置下列書面資料，按月記載其在中華民國境內之發展狀況： 一、事業整體及各層次之組織系統。 二、參加人總人數、當月加入及退出之人數。	一、現行多層次傳銷管理辦法第二十二條移列。 二、多層次傳銷事業係藉他人之加入擴張其組織及業務，且係以倍數增加的方式成長，故發展迅速，往往能在很短時間內，擴充數倍以上。為有效管

三、參加人之姓名或名稱、國民身分證或營利事業登記證統一編號、地址、聯絡電話及主要分佈地區。 四、與參加人訂定之書面參加契約。 五、銷售商品或勞務之種類、數量、金額及其有關事項。 六、佣金、獎金或其他經濟利益之給付情形。 七、處理參加人退貨之辦理情形及所支付之價款總額。 前項資料，保存期限爲五年，縱已停止多層次傳銷行爲者，亦同。 第一項書面資料得以電子儲存媒體資料保存之。	三、參加人之姓名或名稱、國民身分證或營利事業登記證統一編號、地址、聯絡電話及主要分佈地區。 四、與參加人訂定之書面參加契約。 五、銷售商品或勞務之種類、數量、金額及其有關事項。 六、佣金、獎金或其他經濟利益之給付情形。 七、處理參加人退貨之辦理情形及所支付之價款總額。 前項資料，保存期限爲五年，停止多層次傳銷行爲者，亦同。 第一項書面資料得以電子儲存媒體資料保存之。 （多層次傳銷管理辦法）	理多層次傳銷事業，並兼顧事業資料之機密性，明定多層次傳銷事業應於營業所記載及備置之傳銷經營資料，供中央主管機關檢查，使主管機關有足夠資訊瞭解該事業之活動情形，而能予以有效輔導或規範。 三、第一項之書面資料，倘保存期間過久，對於主管機關資訊之掌握，並無助益，且將形成業者之不必要負擔，爰於第二項明定其保存期限爲五年。 四、由於科技發達，事業在內部管理或對外營運，常使用電子儲存媒體資料，爰第三項明定得以該等資料替代第一項之書面資料。
第二十八條　中央主管	第二十三條　中央主管	一、現行多層次傳銷管理

機關得隨時派員檢查或限期命多層次傳銷事業提供前條資料，事業不得妨礙、拒絕或規避。	機關得隨時派員檢查前條資料或命事業定期提供該項資料，事業不得妨礙、拒絕或規避。 （多層次傳銷管理辦法）	辦法第二十三條移列，並酌作文字修正。 二、明定事業不得妨礙、拒絕或規避中央主管機關對於前條資料之檢查。
第二十九條　中央主管機關對於違反本法規定者，得依檢舉或職權調查處理。	第二十六條　公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。 （公平交易法）	一、明定凡有違反本法規定之情事者，中央主管機關因發見事實真相之必要，得為調查處理。 二、參照現行公平交易法第二十六條。
第三十條　中央主管機關依本法為調查時，得依下列程序進行： 一、通知當事人及關係人到場陳述意見。 二、通知有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物。 三、派員前往有關團	第二十七條　公平交易委員會依本法為調查時，得依左列程序進行： 一、 通知當事人及關係人到場陳述意見。 二、通知有關機關、團體、事業或個人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物。	一、明定中央主管機關進行調查之程序。 二、參照現行公平交易法第二十七條、銀行法第二十九條第二項及保險法第一百三十六條第二項。

體或事業之事務所、營業所或其他場所爲必要之調查。 四、對於涉有違反第二十條第一項規定之案件，得會同司法警察取締，並將涉及刑事部分移送該管檢察機關。 執行調查之人員依法執行公務時，應出示有關執行職務之證明文件；其未出示者，受調查者得拒絕之。	三、 派員前往有關團體或事業之事務所、營業所或其他場所爲必要之調查。 執行調查之人員依法執行公務時，應出示有關執行職務之證明文件；其未出示者，受調查者得拒絕之。 （公平交易法）	
第三十一條　中央主管機關爲監管及查處多層次傳銷事業之需要，得請財政部所屬稅捐稽徵機關定期提供相關多層次傳銷事業之財稅資料。		爲落實對於多層次傳銷事業之監管及查處，掌握多層次傳銷事業之經營動態，明定中央主管機關得視需要請財政部所屬稅捐稽徵機關定期提供多層次傳銷事業之營業額等財稅資料，俾達成有效管理多層次傳銷事業之立法目

		的。
第三十二條　當事人或關係人於調查程序進行中，除有下列情形之一者外，爲主張或維護其法律上利益之必要，得申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗： 一、行政決定前之擬稿或其他準備作業文件。 二、涉及國防、軍事、外交及一般公務機密，依法規規定有保密之必要者。 三、涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密，依法規規定有保密之必要者。 四、有侵害第三人權利之虞者。 五、有嚴重妨礙社會治安、公共安全或其	第二十七條之一　當事人或關係人於前條調查程序進行中，除有左列情形之一者外，爲主張或維護其法律上利益之必要，得申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗： 一、行政決定前之擬稿或其他準備作業文件。 二、涉及國防、軍事、外交及一般公務機密，依法規規定有保密之必要者。 三、涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密，依法規規定有保密之必要者。 四、有侵害第三人權利之虞者。 五、有嚴重妨礙社會治安、公共安全或其	一、違反本法案件之查處結果，對於當事人或利害關係人之權益影響甚鉅，是爲渠等主張或維護其法律上利益之必要，爰配合行政程序法第四十六條規定，增訂當事人或利害關係人閱覽資料或卷宗之原則。 二、行政程序法第四十六條第二項對於資料或卷宗之閱覽範圍雖有原則性之限制明文，然亦不排除各機關得視職掌所需，依同項第二款及第三款之立法精神，另訂其他保密之法規依據；又行政程序法有關申請人資格之認定、申請時間、資料或卷宗如何提供閱覽等相關程序問題，未臻明確，亦有進一步規範之必要。爰於第二項訂定明確之授權依據，俾中央主管機關得所

他公共利益之職務正常進行之虞者。 前項申請人之資格、申請時間、資料或卷宗之閱覽範圍、進行方式等相關程序事項及其限制，由中央主管機關定之。	他公共利益之職務正常進行之虞者。 前項申請人之資格、申請時間、資料或卷宗之閱覽範圍、進行方式等相關程序事項及其限制，由中央主管機關定之。 （公平交易法）	依循。 三、參照公平交易法第二十七條之一。
第六章　損害賠償		章名
第三十三條　違反本法規定，致侵害他人之權益者，應負損害賠償責任。	第三十一條　事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。 （公平交易法）	一、多層次傳銷事業或參加人違反本法規定致他人權益受損時，應負損害賠償責任。 二、參照現行公平交易法第三十一條。
第三十四條　前條所定之請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自行為時起，逾十年者亦同。	第三十三條　本章所定之請求權，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自為行為時起，逾十年者亦同。 （公平交易法）	一、明定本章所定請求權之消滅時效及除斥期間。 二、參照現行公平交易法第三十三條。
第七章　罰則		章名
第三十五條　違反第二	第三十五條　違反第十	一、現行公平交易法第三

十條第一項規定者，處行爲人一年以上七年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。	條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行爲或未採取必要更正措施，或停止後再爲相同或類似違反行爲者，處行爲人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。 違反第二十三條規定者，處行爲人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。 （公平交易法）	十五條第二項對於變質多層次傳銷之法定刑「三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金」過低，不足以產生威嚇之效果。又邇來變質多層次傳銷事業吸金動輒上億元，乃至於數十億元，考量其受害人數之多、影響層面亦廣，其惡性應與違反銀行法之經濟犯罪型態或刑法之常業詐欺罪相仿。而依現行銀行法之規定，違反者最高甚至可處三年以上十年以下有期徒刑，並得併科新台幣一億元以下罰金；刑法常業詐欺犯之法定刑，則爲一年以上七年以下有期徒刑，並得併科五萬元以下罰金。相較之下，現行公平交易法

		第三十五條第二項關於有期徒刑之處罰規定確有過輕之虞，難以達到遏止不法多層次傳銷之立法目的。 二、爲有效防範變質多層次傳銷事業之不法行爲，適度提高對於變質多層次傳銷行爲人之處罰，爰比照刑法第三百四十條關於常業詐欺犯之規定，將其刑度定爲「一年以上七年以下」，並維持現行得拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金之處罰規定。 三、參照現行公平交易法第三十五條第二項。
第三十六條　法人犯前條之罪者，除依前條規定處罰其行爲人外，對該法人亦科以前條之罰金。	第三十八條　法人犯前三條之罪者，除依前三條規定處罰其行爲人外，對該法人亦科以各該條之罰金。 （公平交易法）	一、明定法人犯前三條之罪者，亦應科以各該條之罰金。 二、參照現行公平交易法第三十八條。
第三十七條　前二條之	第三十九條　前四條之	一、明定前二條之處罰與

處罰，其他法律有較重之規定者，從其規定。	處罰，其他法律有較重之規定者，從其規定。 （公平交易法）	其他法律之處罰規定競合時之適用順序。 二、參照現行公平交易法第三十九條。
第三十八條　中央主管機關對於違反第二十條第一項規定者，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣一百萬元以上一億五千萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣二百萬元以上三億元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。 前項多層次傳銷事業違法情節重大者，得命令解散、停止營業或勒令歇業。	第四十一條　公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。 第四十二條（第一項）　違反第二十三條規定者，除依第四十一條規定處分外，其情節	一、明定違反本法第二十條第一項規定，中央主管機關得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，同時處以罰鍰之不利處分。逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，後段賦予中央主管機關有按次連續處罰之權，俾加強行政處分之效果。 二、復為有效遏阻變質多層次傳銷之實施，明定除得處罰鍰及其他必要處分外，其情節重大者，並得施以命令解散、停止營業或勒令歇業等侵益性較重之處分。 三、參照現行公平交易法

	重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。 （公平交易法）	第四十一條及第四十二條第一項。
第三十九條　違反第二十二條至第二十五條規定者，中央主管機關得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上五百萬元以下罰鍰。逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上一千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止；其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。 違反第二十六條準用前項條文之規定	第四十二條（第二、三項） …… 違反第二十三條之一第二項、第二十三條之二第二項或第二十三條之三規定者，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止；其情節重大	一、明定違反第二十二條、第二十三或第二十四條規定關於退貨規定之處罰。 二、參照現行公平交易法第四十二條第二項。

者，依前項規定處罰。	者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。 違反中央主管機關依第二十三條之四所定之管理辦法者，依第四十一條規定處分。 （公平交易法）	
第四十條　違反第十七條第一項規定者，中央主管機關得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣十萬元以上二百萬元以下罰鍰。逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣二十萬元以上四百萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。		基於本法對於未成年人之特別保護考量，對於違反第十七條第一項規定者，明定其罰責。
第四十一條　違反第六條第一項、第七條、第		一、明定違反現行多層次傳銷管理辦法所定行

八條第一項、第九條、第十一條至第十三條、第十四條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十一條、第二十七條第一項或第二十八條規定者，中央主管機關得限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並得處新臺幣一百萬元以下罰鍰。逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣二百萬元以下罰鍰，至停止、改正其行爲或採取必要更正措施爲止。		爲之處罰。 二、違反本法關於多層次傳銷事業之報備、多層次傳銷行爲之實施規定等行爲，或違反接受中央主管機關業務檢查及定期提供資料之義務者，其行爲之可非難性，與變質多層次傳銷行爲或多層次傳銷事業違反本法關於解除契約或終止契約時之退貨規定，相較之下顯然爲輕，爰定其較輕之處罰規定。
第四十二條　依本法所處停止營業之期間，每次以六個月爲限。	第四十二條之一　依本法所處停止營業之期間，每次以六個月爲限。 （公平交易法）	一、由於停止營業之處分對於違法事業之權益影響甚鉅，不宜使其過長，爰明定命停止營業期間之期間限

		制。 二、參照現行公平交易法第四十二條之一。
第四十三條　中央主管機關依第三十條規定進行調查時，受調查者於期限內如無正當理由拒絕調查、拒不到場陳述意見，或拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物者，處新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰鍰；受調查者再經通知，無正當理由連續拒絕者，中央主管機關得繼續通知調查，並按次連續處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰，至接受調查、到場陳述意見或提出有關帳冊、文件等資料或證物為止。	第四十三條　公平交易委員會依第二十七條規定進行調查時，受調查者於期限內如無正當理由拒絕調查、拒不到場陳述意見，或拒不提出有關帳冊、文件等資料或證物者，處新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰鍰；受調查者再經通知，無正當理由連續拒絕者，公平交易委員會得繼續通知調查，並按次連續處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰，至接受調查、到場陳述意見或提出有關帳冊、文件等資料或證物為止。 （公平交易法）	一、明定中央主管機關進行調查時，受調查者無正當理由拒絕調查、不到場陳述意見、不提出有關資料等不合作行為之處罰。 二、參照現行公平交易法第四十三條。
第四十四條　依本法所處之罰鍰，經限期繳納，屆期仍不繳納者，	第四十四條　依前四條規定所處罰鍰，拒不繳納者，移送法院強制執	明定依本法所處罰鍰拒不繳納者，移送強制執行。

依法移送強制執行。	行。 （公平交易法）	
第八章　附則		章名
第四十五條　多層次傳銷事業於本法施行前開始實施多層次傳銷行爲，除依本法施行前之多層次傳銷管理辦法應報備者外，依下列規定辦理： 一、於本法施行後三個月內依第六條規定向中央主管機關報備。 二、於本法施行後六個月內依第十四條規定與本法施行前加入之參加人締結書面契約。 本法施行前加入多層次傳銷之參加人，得依第二十二條規定解除契約。 本法施行前加入多層次傳銷之參加人，於本法施行後終		現行公平交易法第八條第一項所定之多層次傳銷，須具備「給付一定代價」之要件，惟本法第三條多層傳銷之定義已將之刪除，因而於本法施行後，勢將有許多原未具備「給付一定代價」要件而無須報備之多層次傳銷事業，須納入本法規範。爲合理規範此等事業之適用問題，爰針對事業之義務行爲及參加人權利行使分別定其過渡期間，俾使其有充分時間因應本法之施行。

止契約者，關於第二十三條第二項但書規定之期間，自本法施行日起算。		
第四十六條　本法施行細則，由中央主管機關定之。		明定本法施行細則由中央主管機關定之。
第四十七條　本法自公布日施行。		明定本法施行日期。

附錄三、美國法相關條文

§5（ａ）（１）Federal Trade Commission Act , 15 U.S.C. § 45(a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade **(1)** Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful. 」

聯邦貿易委員會法第五條（ａ）（１）(15 U.S.C. § 45)中譯：「第五條　（ａ）（１）商業上或影響商業的不公平的競爭方法，爲不法；商業上或影響商業的不公平或欺騙性行爲及慣行，爲不法。（２）（本法）授權聯邦貿易委員會阻止個人、合夥、公司、使用上述違法方法及行爲、慣行。下列情形除外：銀行、第１８條（ｆ）（３）規定的存貸款機構，《商業管理法》規定的公共運輸商，１９５８年《聯邦航空法》規定的航空公司、外國航空公司，１９２１年《牲畜圍場法》規定的個人、合夥、公司，但該法第４０６條（ｂ）規定的除外。」

§12 Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 52

(a) Unlawfulness

It shall be unlawful for any person, partnership, or corporation to disseminate, or cause to be disseminated, any false advertisement—

(1) By United States mails, or in or having an effect upon commerce, by any means, for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly the purchase of food, drugs, devices, services, or cosmetics; or

(2) By any means, for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly, the purchase in or having an effect upon commerce, of food, drugs, devices, services, or cosmetics.

(b) Unfair or deceptive act or practice

The dissemination or the causing to be disseminated of any false advertisement within

the provisions of subsection (a) of this section shall be an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce within the meaning of section 45 of this title.
聯邦貿易委員會法第 12 條(15 U.S.C. § 52)中譯：「任何個人、合夥、公司散播或導致散播不實廣告，爲不法。（１）藉由美國郵局，或在商業上藉由各種方式引誘（顧客），或直接間接地可能引誘（顧客）對食品、藥品、設備或化妝品購買的不實廣告。（２）透過各種方式引誘（顧客）或可能引誘顧客購買食品、藥品、設備或化妝品的虛假廣告。（３）散播或導致散播不實廣告，即是不公平的或欺罔行爲及慣行。」

§ 15 Federal Trade Commission Act ,15 U.S.C. § 55 (a) False advertisement
(1) The term “false advertisement” means an advertisement, other than labeling, which is misleading in a material respect; and in determining whether any advertisement is misleading, there shall be taken into account (among other things) not only representations made or suggested by statement, word, design, device, sound, or any combination thereof, but also the extent to which the advertisement fails to reveal facts material in the light of such representations or material with respect to consequences which may result from the use of the commodity to which the advertisement relates under the conditions prescribed in said advertisement, or under such conditions as are customary or usual.
聯邦貿易委員會法第 15 條(15 U.S.C. § 52)中譯：「所謂“不實廣告”係指在主要方面爲欺罔的廣告，不是標籤（示）。決定廣告的欺罔性時，即需考慮廣告說明、詞、句及設計、聲音或其組合本身，還要考慮其對相關事實的陳述程度與情境」。

§1 Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §1 「Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall

make any contract or engage in ay combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.」

休曼法第 1 條中譯：「任何以契約、托拉斯、或其他方式作成之結合或共謀，用以抑制各州間之貿易或商業，或抑制州與外國間之貿易或商業者，均屬違法。任何人締結上述違法之契約或從事上述違法之結合或共謀者，視爲觸犯奢罪，若經定罪，處法人一百萬元以下罰金；其爲自然人者，由法院裁量，處自然人三年以下有期徒刑，或科或併科十萬元以下罰金。」

§2 Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §2 「Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court. 」

休曼法第 2 條中譯：「就數州間或外國間之貿易或商業，爲一部獨占或意圖爲一部獨占或與他人共同或共謀爲一部獨占者，應負重罪之刑事責任。若經定罪，由法院裁量，處法人一百萬元以下罰金，其爲個人者，處三年以下有期徒刑，或科或併科三十五萬元以下罰金。」

克來登法（Clyton Act）第二條/羅賓森派特曼法（Robinson-Patman Act）

§ 2 Clayton Act, 15 U.S.C § 13. ("Robinson-Patman Price Discrimination Act" ,1936, amended this section and added 15 U.S.C. §§ 13a, 13b, and 21a)

Discrimination in price, services, or facilities

(a) Price; selection of customers

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent

price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned.

中譯：「任何人在商業上或商業行爲中，直接或間接地對於不同的購買人就相同等級、數量的商品爲價格之歧視，而所涉及的購買爲商業行爲，且該等商品是爲了在美國內、准州內、哥倫比亞內、或美國司法管轄權下的屬地及其它地域內的使用、消費和銷售，則一旦該等價格歧視的結果實質上減少競爭或旨在形成對商業之壟斷，或妨害、破壞、阻止該等准許或故意接受該歧視利益之人之競爭者間的競爭，或者是同他們的顧客之間的競爭，則屬不法。但因製造、銷售、運輸成本不同所做的合理補貼，無本款之適用。

聯邦貿易委員會認爲某一商品或某類商品中，大量購買者是如此少，以至於根據購買數量提出價格差異是歧視性的或旨在促成商業壟斷時，經過對所有利益相關之各方當事人的適當調查和審理後，可確定一數量標準，並在必要時予以修改。但不適用於超過聯邦貿易委員會規定的數量標準的數量差異所准許的差價。

本規定並不禁止基於善意，而就商品出售交易爲交易相對人之選擇且意不在於不限制貿易；且本規定不限制商品隨著影響市場的條件的變化而產生的價格變化，例如，但不限於：變質腐爛或即將變質腐爛的商品或時令商品拋售，及司法程序之搶售品以及於停業中善意地銷售商品。」

(b) Burden of rebutting prima-facie case of discrimination

Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the

discrimination: Provided, however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.

中譯：「依本節爭訟之聽證中，如果關於價格或提供之服務或設施具有差異性乙節已獲證明，則對於此等具有正當表面證據之案件，應由被訴之一方提出確實之正當化事由，否則，即授權委員會發佈中止歧視令。但本規定必不禁止出賣人針對此具有表面證據之案件，舉證其對於低價或勞務或設施之提供，係爲善意迎合（反應）競爭對手之相同低價或其提供之勞務或設施。」

(c) Payment or acceptance of commission, brokerage, or other compensation

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid.

中譯：「任何人於參與商業或在其商業過程中，支付、准許、收取、接受有價值之任何東西爲傭金，回扣或其他補償是非法的。但提供與商品購銷相關的勞務，予另一方當事人或代理人、或代表人，或其他仲介人不在此限。惟此處所指之仲介人，需在事實上或利害上，不是爲准許支付回扣或支付回扣一方供作且非受其直接、間接控制者。」

(d) Payment for services or facilities for processing or sale

It shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contract for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on proportionally equal terms to all other customers competing in the distribution of such products or commodities.

中譯：「除係依據成比例之同等條件，對所有在商品銷售中競爭性的其他顧客支付或爲支付之考量考慮外，任何人於參與商業或在其商業過程中，支付有價值之任何東西爲補償或簽訂類此契約，或是因同商品的加工處理、銷售相關的勞務是由某顧客提供或透過該顧客提供的，而支付補償或簽訂補償支付契約，均屬非法」

(e) Furnishing services or facilities for processing, handling, etc.

It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms.

中譯：「任何人對於買受人，非以相同比例之條件，藉約定方式爲其完成促成與商品的加工、處理、銷售有關的勞務、設施、而爲差別待遇，是非法的。」

(f) Knowingly inducing or receiving discriminatory price

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section.

中譯：「任何人於參與商業或在其商業過程中，故意引誘或者接受本節規定的價格歧視，是非法的」

Discrimination in rebates, discounts, or advertising service charges; underselling in particular localities; penalties, 15 U.S.C. § 13a

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to be a party to, or assist in, any transaction of sale, or contract to sell, which discriminates to his knowledge against competitors of the purchaser, in that, any discount, rebate, allowance, or advertising service charge is granted to the purchaser over and above any discount, rebate, allowance, or advertising service charge available at the time of such transaction to said competitors in respect of a sale of goods of like grade, quality, and quantity; to sell, or contract to sell, goods in any part of the United States at prices lower than those exacted by said person elsewhere in the United States for the purpose of destroying competition, or eliminating a competitor in such part of the United States; or, to sell, or contract to sell, goods at unreasonably low prices for the purpose of destroying competition or eliminating a competitor.

Any person violating any of the provisions of this section shall, upon conviction thereof, be fined not more than $5,000 or imprisoned not more than one year, or both.

中譯：「任何人於參與商業或在其商業過程中，認知對於買方之競爭者就該時相同等級、品質、數量之商品交易有差別待遇，卻參與或幫助出售或約定出售附以折扣、折讓、補貼、廣告，爲不法；基於破壞競爭或消滅競爭者之目的，以低於在美國境內其他地方之低價出售或約定出售，爲不法；基於破壞競爭或消滅競爭者之目的，以不合理之低價出售，亦爲不法」

Cooperative association; return of net earnings or surplus, 15 U.S.C. § 13b

Nothing in sections 13 to 13b and 21a of this title shall prevent a cooperative association from returning to its members, producers, or consumers the whole, or any part of, the net earnings or surplus resulting from its trading operations, in proportion to their purchases or sales from, to, or through the association.

中譯：「（美國法典/U.S CODE）第十三條到第十三 b 以及第二十一條 a，不妨礙合作社，按其成員、生產者或消費者與合作社進行買、售之比例，將其交易模式運作所得之淨收益或剩餘將全部或一部回饋其成員、生產者或消費者」

Exemption of non-profit institutions from price discrimination provisions, 15 U.S.C. § 13c

Nothing in sections 13 to 13b and 21a of this title, shall apply to purchases of their supplies for their own use by schools, colleges, universities, public libraries, churches, hospitals, and charitable institutions not operated for profit.

中譯：「（美國法典/U.S CODE）第十三條到第十三 b 以及第二十一條 a，在學校、學院、大學、公立圖書館、教堂、醫院以及慈善非營利機構，購買供自己使用時不適用」

聯邦的商標法 43a (15 U.S.C. §1125)

§43a Lanham Act section (15 U.S.C. §1125). False designations of origin; false description or representation ：「(a) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which-- (A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial

activities by another person, or (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.(2) As used in this subsection, the term "any person" includes any State, instrumentality of a State or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this Act in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity. (3) In a civil action for trade dress infringement under this Act for trade dress not registered on the principal register, the person who asserts trade dress protection has the burden of proving that the matter sought to be protected is not functional.」

聯邦的商標法 43a (15 U.S.C. §1125)相關部分中譯：「（a）（1）任何人在商業上，在任何商品或服務上或與之有關方面，或在商品的容器上，使用任何文字、名詞、名稱、符號或圖形，或其組合，或任何虛假的產地標記，對事實的虛假的或誤導性描述，或對事實的虛假的或誤導性表示，　（A）可能引起混淆，或導致誤認或欺騙，使人誤以爲其與他人有附屬、聯繫或聯合關係，或者誤以爲其商品或服務或商業活動來源於他人、由他人贊助或同意，或者　（B）在商業廣告或推廣中，錯誤表示其本人的或他人的商品或服務或商業活動的性質、特徵、質量、或原產地，　該行爲人在任何人認爲這種行爲已經或可能使其蒙受損害而提起的民事訴訟中，應負其責任。　（2）本節所用“任何人”一詞包括任何州、州的機關、或行使其公職權力的州的雇員或州的機關。任何州和任何這類機關、官員、或雇員，應和任何州和任何這類機關、官員、或雇員，應和任何非政府實體一樣，在同樣意義上和同樣程度上服從本法的規定。　」

附錄四、日本不公平競爭條文

獨占禁止法第 2 條第 9 項

本法稱不公平交易方法者，指該當於下列各款行爲，而有妨礙公平競爭之虞且經公平交易委員會所指定者：

1. 不當地對其他事業實施差別待遇。
2. 以不正當之對價進行交易。
3. 不正當地引誘或者強制競爭者之顧客與自己從事交易。
4. 以不當地拘束交易相對人之事業活動內容爲條件，而與之進行交易。
5. 不當地利用自己於交易關係上所享有之地位，而與對方交易。
6. 對於與自己或自己爲該當公司之股東或負責人之公司，於國內市場上，處於競爭關係之其他事業，不當地妨礙其與其交易相對人間之交易，或者是在該當其他事業爲公司型態之情形，不當地引誘、教唆或強迫該公司之股東或負責人，做出不利於該公司之行爲等。

不公平交易方法一般指定

1.（共同交易拒絕）無正當理由而與具有競爭關係之事業，共同爲下列各款行爲之一者：（1）拒絕與特定事業之交易或限制交易之商品或服務的數量或內容；（2）使他事業爲爲前款之行爲。
2.（其他交易拒絕）不當拒絕與特定事業之交易或限制交易之商品或服務的數量或內容，或使其他事業爲該當於此之行爲。
3.（差別對價）依地區或交易相對人之不同而不當以差別對價提供商品或服務，或接受提供者。
4.（交易條件等之差別待遇）不當對特定事業於交易之條件或實施上，爲較爲有利或不利之對待。
5.（事業團體中之差別待遇）事業團體或因共同行爲而對特定事業不當排斥

者，或事業團體內部或共同行爲中，對特定事業爲不當之差別待遇，致該事業之事業活動生有困難者。

6.（不當廉售）無正當理由而以顯著低於其供給所需費用之對價，持續供給商品或服務，或其他不當低價供給商品或服務，致其他事業之事業活動生有困難之虞者。

7.（不當高價購入）不當以高價購入商品或服務，致其他事業之事業活動生有困難之虞者。

8.（欺瞞性的顧客引誘）就有關自己所供給商品或服務之內容、交易條件或其他交易相關事項，以使顧客誤認其較實際事物或較競爭者所提供者更爲顯著優良或有利，而不當利用競爭者之顧客與自己交易之行爲。

9.（不當利誘顧客）對照於正常商業慣習，以不當之利益引誘競爭者之顧客與自己交易者。

10.（搭售等行爲）於供給商品或服務之同時，不當對於交易相對人令其向自己或自己指定之事業購入其他商品或服務，或其他強制應與自己或自己指定之事業從事交易之行爲。

11.（排他性交易）不當以交易相對人不與自己競爭者交易爲條件，方與之進行交易，致有減少競爭者交易機會之虞者。

12.（維持轉售價格）無正當理由而對於購入自己商品之交易相對人，以下列各款所揭之拘束條件爲前提而對其供給商品：（1）訂定其所銷售之該當商品的銷售價格，令交易相對人維持此一價格或其他拘束交易相對人決定該當商品銷售價格之自由；（2）對於購入交易相對人所銷售之該當商品的事業，訂定該當事業銷售該當商品時之價格，而令交易相對人使該當事業維持該當價格或其他拘束該當事業決定該當商品銷售價格之自由。

13.（附拘束條件之交易）除前二項規定外，設定不當拘束對交易相對人與其交易相對人間之交易或其他不當拘束交易相對人之事業活動之條件，而與該交易相對人進行交易者。

14.（優勢地位的濫用）利用自己於交易關係上所享有之優勢地位，對照於正常商業慣習，不當從事下列各款行爲之一者：(1)對於與自己持續進行交易之相對人，令其購買與該當商品或服務交易無關之商品或服務；(2)對於與自己持續進行交易之相對人，令其提供自己金錢、服務及其他經濟上之利益；(3)訂定或變更成不利於相對人之交易條件；(4)除該當於前三款之行爲外，在有關交易條件的設定或實施上，做出不利於交易相對人之情事；(5)對於交易相對人之公司，要求其公司負責人的選任，應依照自己事先的指示，或事前應得到自己的同意。

15.（妨礙競爭事業之交易行爲）對於在國內與自己或自己爲股東或負責人之事業具有競爭關係之他事業，於該他事業與其交易相對人進行交易時，以阻止契約成立、引誘其不履行契約或其他任何方法，不當妨礙其間交易者。

16.（干涉競爭公司之內部組織行爲）對於在國內與自己或自己爲股東或負責人之公司具有競爭關係之他公司的股東或負責人，以股東權之行使、股份轉讓、洩漏秘密及其他任何方法，不當引誘、唆使或強制其爲不利於該公司之行爲。

<u>不正競爭防止法第二條第一項</u>

本法稱「不公平競爭」者，指下列各款行爲：

一、 使用相同或類似於廣爲需求者所認識之他人商品或營業標示(指與事業之業務有關之姓名、商號、商標、標章、商品容器或包裝或其他表示他人商品或營業之標示者)，或轉讓、交付、爲轉讓、交付而展示、輸出、輸入、利用電子通訊線路提供使用該等商品或營業標示，致與他人商品或營業發生混淆之行爲。

二、 將相同或類似於他人著名標示作爲自己之商品或服務標示而加以使用，或轉讓、交付、爲轉讓、交付而展示、輸出、輸入、利用電子通訊線路提供

使用該等商品或營業標示之行爲。

三、 轉讓、交付、爲轉讓、交付而展示、輸出、輸入模仿他人商品（自其最初銷售日起已超過三年者除外）型態（該當商品或同類商品（無同類商品之情形，與該當商品於功能或效果上相同或類似之商品）之商品者。）

十三、於商品、服務、廣告、交易文件或交易通訊中，爲使人就其商品之原產地、品質、內容、製造方法、用途、數量，或服務之質、內容、用途、數量等產生誤認之標示，或轉讓、交付、爲轉讓、交付而展示、輸出、輸入、利用電子通訊線路提供使用該當標示之商品，或提供有該當標示之服務者。

十四、告知或散佈危害有競爭關係之他人營業信譽之虛僞事實者

附錄五、德國營業競爭限制防止法

第 14 條 價格與交易條件之協議禁止

事業間關於商品或服務之協議，且協議涉及本法適用範圍之（特定）市場，若該協議限制參與者與第三人就供給商品、其他商品或服務之價格或交易條件的決定自由者，該協議應禁止之。

第 15 條 報紙與雜誌之價格限制

（1） 報紙或雜誌出版事業透過協議方式，在法律上或經濟上拘束出版物購買者以特定價格轉售，或購買者再轉售時應包含同樣的拘束條款直至最終消費者，此等事業間協議不適用前條（第十四條）規定。本條所稱之報紙或雜誌，包括報紙或雜誌之轉載或代替性產出物，且整體評價上往往會被視爲出版類者；以報紙或雜誌爲主的組合產品，亦屬之。

（2） 前項協議涉及價格或價格條件者，應以書面爲之；參與者簽署價目表或價格報告之相關文件者，亦屬之。民法第一百二十六條第二項（關於書面要式之簽名規定）不適用之。

（3） 有下列規定情事之一者，聯邦卡特爾署得依職權或因受拘束當事人之聲請，宣告價格限制無效，並禁止日後適用同類型的價格限制約款：

1. 有濫用價格限制行爲者；或
2. 該價格拘束或其限制構成其他限制競爭行爲，造成系爭商品價格較高、阻礙商品價格降低或限制商品之生產或銷售者。

第 16 條 專屬性限制之濫用監督

事業間就商品或服務所爲之協議，若有下列各款情事之一者，卡特爾官署得宣告該協議無效，並禁止日後適用同類型的限制約款：

1.限制供給商品、其他商品或服務之使用自由者；或

2.限制他事業向第三人取得其他商品或服務或向第三人供給其他商品或服務者；或

3.限制他事業向第三人供給系爭商品者；或

4.他事業負有接受商品或服務之義務，且該搭售不符合交易性質上或交易習慣者。

除上述要件外，前述限制必需對相同或相關商品或服務市場之競爭秩序產生重大妨礙。

第 21 條 杯葛之禁止、其他限制競爭行爲之禁止

（1）事業或事業團體不得意圖不公平損害特定事業，而要求他事業或事業團體對特定之事業斷絕供給或斷絕購買。

（2）事業或事業團體不得以威脅或施加不利益及允諾或給予利益予他事業之方式，促使他事業接受契約所約定之限制，該限制乃本法所禁止或卡特爾署根據本法作成處分所禁止者。

（3）事業或事業團體，不得強迫他事業爲下列行爲：

1. 參與第二條至第八條、第二十八條第一項或第二十九條之（聯合）協議或決議；或

2. 與他事業進行第三十七條結合；或

3. 意圖限制競爭而在市場上採取相同的行爲。

（4）特定事業向卡特爾署提出聲請或請求出面干預者，其他事業不得對該事業施以經濟上的不利益。

第 22 條 建議禁止

（1） 以達成相同形式行爲爲目的或效果之建議，藉以規避本法所明文禁止或卡特爾署依本法所爲之處分者，應禁止之。事業建議其商品購買者在轉售第三人時，應要求或以特定價格要約，或適用特定的價格決定方式，或在決

定價格時尊重價格上限或下限者，亦同。

（2） 中小型事業對於參與成員間所提出的建議，若符合下列要件者，不適用前項禁止規定：

1. 該建議用是爲改善參與者對抗大型事業或大規模經營事業之競爭能力；且
2. 明白的對建議接受者表示該建議無拘束力，且未運用經濟、社會或其他壓力促使該建議之實施者。

（3） 下列情況不適用第一項第一款之禁止規定：

1. 該建議僅以統一適用規格或型式爲目的，且該當第二項第二款所規定之要件者。但該建議若由相關產業團體所提出者，無需具備「明白表示建議無拘束力」之要件。
2. 由商業團體或職業團體所提出的建議，僅以統一適用定型化交易條件、運送條件、付款條件及期限付款折扣爲目的等。

（4） 第三項第一款之建議，僅在建議人已將其建議報備卡特爾署，且於報備時檢具相關產業團體所出示意見者，始能豁免於第一項之禁止規定。前述規定不適用於相關產業團體之建議。第三項第二款之建議亦適用本項第一句規定，報備時亦應檢具相關商業團體或職業團體所出示意見。

（5） 依據第三項規定所提出的建議報備，應公告於聯邦政府公報。關於公告內容準用第十一條第一項第二款規定。何人提出建議之報備案、該建議所適用對象爲何，亦應一併公告之。

（6） 若第二項第三項所規定之要件不具備或已不存在，或當事人濫用第一項禁止之豁免者，卡特爾署得宣告第二項及第三項之建議無效，並禁止日後適用同類型之建議。

第 23 條 無約束性的商標商品價格建議

（1）第二十二條第一項不適用於事業爲轉賣商標商品之無拘束力價格建議，且

該商品與其他製造商之同類商品立於價格競爭，但該價格建議應符合下列要件：

1. 明白的表示該建議無拘束力，僅包含特定的價格說明，且未運用經濟、社會或其他壓力促使該建議價格之施行；及
2. 該建議價格與大多數被建議者預期被要求的價格相當。

（2）第一項所稱之商標商品，係指該商品已由價格建議事業保證，該商品具有相同或是更佳的品質，且

1. 在該商品本身，或
2. 在其交付給消費者之特定包裝或外觀上，或
3. 在其藉以出售商品之容器上

附有辨識其來源之標誌者（商號、文字或圖案標記）。第一句規定亦適用於農產品；但由於自然條件而產生之細微品質差異，且生產者已採取可期待的措施仍無法避免者，毋庸計較。

（3）聯邦卡特爾署確認第二十二條第一項所豁免的禁止被濫用者，得禁止（本條）第一項之（價格）建議，並禁止日後同類型建議之適用。所謂濫用，特別是指：

1. 該建議或該建議併同其他營業競爭之限制，造成商品價格提高、阻礙降價、限制生產或銷售者；或
2. 該建議使得消費者被絕大多數被建議者所要求的價格所欺騙；或
3. 所建議的價格在多數狀況下，遠高於本法規範區域或重要區域事實上所要求的價格；或
4. 提出建議的事業，藉其銷售規則或其他措施，無實質上的正當理由，排除特定事業或特定交易團體銷售該商品。

附錄六、德國不正競爭防止法

新法（2004 年 7 月 3 日公布）	舊法
第 1 條 本法係爲防止競爭者、消費者及其他市場參與者受到不公平的競爭。本法同時亦保護非被扭曲競爭之公眾利益。	
第 3 條 不公平競爭行爲，其足以對競爭對手、消費者或其他市場參與者之競爭產生非微不足道之不利益者，不得爲之。	第 1 條 爲競爭爲之目的而於營業交易上爲違反善良風俗之行爲，得被請求不作爲及損害賠償。
第 4 條 第 3 條所稱之不公平行爲特別是指，行爲人： 1.所從事之競爭行爲，其以施加壓力、以卑劣手法或以施加其他不當影響力之方式，妨礙消費者或其他市場參之決定自由者。 2.所從事之競爭行爲，係利用消費者之無交易經驗，特別是小孩或年輕人，或利用消費者之輕率、恐懼或強制狀況。 3.就競爭行爲之宣傳特徵加以隱藏 4.在促銷措施中，諸如減價、附加物品或贈品，對於享有權益之條件未	第 14 條 （1）基於營業競爭目的，陳述或散布關於營業所有人或負責人、商品或服務有關事實，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成營業所有人營業或信用之損害者，負有義務賠償被害人之損害。被害人亦得請求停止不實事實之陳述或散布。 （2）若陳述或散布者爲私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實，始得被請求停止之。只有陳述人或散布人明知或可得而知事實乃不正確者，被害人始得請求損害賠償。

清楚而明確的揭露。 5.在勸誘性的懸賞或中獎活動，對於參與條件未清楚而明確的揭露。 6.對於消費者參與懸賞或中獎活動與否，取決於所購買之商品或服務。但懸賞或中獎活動在性質上即與商品或服務併存者，不在此限。 7.貶抑或毀謗競爭對手之標誌、商品、服務、事業活動或營業關係。 8.關於競爭對手之商品、服務或事業，或關於事業主或經營成員之事實陳述或散布，且陳述或散布內容之真實性未經證實，因而造成事業經營或事業信用之損害者。若陳述或散布者爲私下之消息，且發出消息或接受消息者對此有正當利益者，僅於陳述或散布違反真實之事實者，始構成不公平行爲。 9.所提供的商品或服務，其乃模仿競爭對手之商品或服務者，且： a.造成交易相對人誤認企業來源； b.不當利用或妨礙被模仿商品或服務之信譽者；或 c.不當獲取模仿所需之知識或資料者。 10.爲特定目的而妨礙競爭對手。	UWG 第 15 條 （1）陳述或散布關於營業所有人或負責人、商品或服務之不實消息，因而造成營業損害者，處一年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）第 1 項不實消息係由商店受僱人或受委任人所陳述或散布者，除了受僱人或受委任人應受處罰外，商店所有人若放任事情發生，亦應受處罰。

11.違反法令規定，其乃基於市場參與者利益而對市場行爲之規定者。	
第 5 條 （1）爲引人錯誤的宣傳，構成第 3 條之不公平競爭行爲。 （2）在判斷宣傳是否引人錯誤時，應考量該宣傳之所有組成內容，特別是其所包含之內容，乃關於： 1.商品或服務之特徵，諸如可供應性、種類、規格、成分、製造或產生的程序及時間、合於目的性、利用可能性、數量、特性、地理或企業來源、利用後之預期結果、商品或服務測試之重要組成內容。 2.銷售原因及價格、計價之種類與方式、商品運送或服務提供之條件。 3.營業關係，特別是宣傳者的種類、特性及權利內容，諸如其身份、財產、智慧財產權、資格、獲獎或聲譽。 在判斷未揭露重要事實是否構成引人錯誤時，應特別考量在交易觀念上，該事實對於做成契約之決定是否重要，以及未揭露是否影響交易決定。 （3）在比較廣告內範圍內、圖片描述及其他展覽之內容，只要是爲了達到或相	第 3 條 凡於營業交易過程，爲競爭目的而就營業關係爲引人錯誤的表示者。特別是關於如下內容爲錯誤表示者，乃不公平行爲，行爲人得被請求不作爲：關於特性、原產地、出產地、個別或整體商品或服務之價格計算、價目表、商品種類或商品來源、商號、商品販售之原因或目的、存貨數量。於比較廣告中所爲之表示，亦屬於營業關係之表示。 第 4 條 （1）行爲人意圖呈現較佳的商品或服務條件，在對於一定範圍對象之公開宣傳中，就營業關係故意爲不實的（wissentlich unwahre）或引人錯誤的表示，特別是關於特性、原產地、出產地、個別或整體商品或服務之價格計算、價目表、商品種類或商品來源、商號、商品販售之原因或目的、存貨數量，該等行爲亦構成不公平行爲，處兩年以下有期徒刑，或併科罰金。 （2）不公平行爲之行爲人、委託或雇用他人爲不公平行爲者，諸如廣告主及廣

當於宣傳內容者，亦屬第 2 項所稱之內容。 （4）爲減價之宣傳，但僅在及短時間內以該價格銷售者，推定其乃引人錯誤。是否有減價銷售及減價銷售時間爲何若有爭議，由減價宣傳者負舉證責任。 （5）針對商品之宣傳，在考量商品種類、宣傳型態及其散布情況，若該商品無適當的存貨量以滿足預期的需求者，即爲引人錯誤。適當的存貨量係指一般情況之兩天庫存量；除非事業能證明，較少的存貨量乃正當的。第一句規定亦適用於針對服務的宣傳。	告代理業，將處以兩年以下自由刑或罰金。 第 5 條 圖片描述及其他展覽之描述內容，只要是爲了達到或相當性的表示者，同樣視爲乃第 3、第 4 條規定之表示。
第 6 條 （1）比較廣告，係指使人直接或間接可辨認其競爭對手或競爭對手所提供商品或服務之廣告。 （2）有下列情形之一的比較者，該比較性的廣告構成第 3 條之不公平行爲： 1.未就同一需求或符合同一目的之商品或服務進行比較。 2.客觀上未就商品或服務之一項或數項重要的、相關的、可檢視的、類型的特性或價格加以比較。 3.會於商業交易上造成廣告主與其競爭對手之混淆，或造成與其競爭對	第 2 條 （1）比較廣告，係指使人直接或間接可辨認其競爭對手或競爭對手所提供商品或服務之廣告。 （2）比較廣告所使用的比較方式，有下列情形之一者，違反第 1 條之善良風俗： 1.未就同一需求或符合同一目的之商品或服務進行比較。 2.客觀上未就商品或服務之一項或數項重要的、相關的、可檢視的、類型的特性或價格加以比較。 3.會於商業交易上造成廣告主與其競爭對手之混淆，或造成與其競爭對

手所提供商品或服務、或所使用標識之混淆。 4.以不正方式利用或損害競爭對手所使用之標識之信譽。 5.比較會造成貶抑或毀謗競爭對手之商品、服務、活動、個人或商業關係。 6.抄襲或仿冒使用他人受保護標識而爲銷售之商品或服務。 （3）比較廣告之內容或目的，常常係爲提供特別價格或其他優惠條件，於此狀況，應將特價期間之截止日明確揭露；廣告之際尚未開始特價期間者，則應明確揭露開始時間。僅對現存商品或服務提供特價者，亦應將此等事實明確揭露之。	手所提供商品或服務、或所使用標識之混淆。 4.以不正方式利用或損害競爭對手所使用之標識之信譽。 5.比較會造成貶抑或毀謗競爭對手之商品、服務、活動、個人或商業關係。 6.抄襲或仿冒使用他人受保護標識而爲銷售之商品或服務。 （3）比較廣告之內容或目的，常常係爲提供特別價格或其他優惠條件，於此狀況，應將特價期間之截止日明確揭露；廣告之際尚未開始特價期間者，則應明確揭露開始時間。僅對現存商品或服務提供特價者，亦應將此等事實明確揭露之。
第 7 條 （1）第 3 條所稱之不公平行爲係指，行爲人以不合理的方式煩擾市場參與者。 （2）尤其是如下行爲會被視爲乃不合理的煩擾： 1. 廣告行爲，且可預見廣告接收者不願意接受之。 2. 未經其允許而對消費者之電話廣告；或推測其應不允許而對其他市場參與者之電話廣告。	

3. 未得接收者允許之情況下，利用自動發話機、傳真機或其他電子郵件方式之廣告行爲。 4.包含訊息之廣告，而接受委託寄送廣告之寄送人身份被遮掩、隱藏或其有效的住址並不存在者，使得接收者無法在僅需負擔傳送費用的情況下，要求寄送人停止訊息之傳送。 （3）第 2 項第 3 款關於利用電子郵件寄送廣告，若符合如下要件，不被視爲乃不合理的煩擾： 1. 事業取得郵件住址，係與商品或服務售予顧客有關聯者； 2. 事業是爲了直接廣告自己的類似商品或服務，而利用該郵件住址； 3. 顧客對於該郵件住址之利用行爲不表反對；且 4.在取得郵件住址及每一利用行爲中，均向顧客明確而清楚的說明，其可隨時反對該利用行爲，且除了傳送費用外，無須負擔其他費用。	
第 16 條 （1）行爲人意圖呈現較佳的商品或服務條件，在對於一定範圍對象之公開宣傳中，以不實的內容爲引人錯誤的宣傳，	第 4 條 （1）行爲人意圖呈現較佳的商品或服務條件，在對於一定範圍對象之公開宣傳中，就營業關係故意爲不實的或引人錯

應處兩年以下有期徒刑，或併科罰金， （2）於營業交易中，自己或經由他人，從事誘使消費者購買商品或接受營業上給付或權利，並承諾後者於誘使他人爲同類行爲之決定時，將給予特別利益，此種特別利益亦將因該他人依此傳銷方式而對其他購買者所爲之相對應的傳銷活動，而給予該他人時，處二年以下有期徒刑或科罰金。	誤的表示，特別是關於特性、原產地、出產地、個別或整體商品或服務之價格計算、價目表、商品種類或商品來源、商號、商品販售之原因或目的、存貨數量，該等行爲亦構成不公平行爲，處兩年以下有期徒刑，或併科罰金， （2）不公平行爲之行爲人、委託或雇用他人爲不公平行爲者，諸如廣告主及廣告代理業，將處以兩年以下自由刑或罰金。
第 17 條 （1）在事業任職之人，爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業之所有人，將其於僱用關係之範圍內而受託或獲悉之營業或經營秘密，無故洩漏於他人者，處三年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於事業之所有人，而爲如下行爲者，其處罰亦同： 1.對於無權取得或獲得之營業或經營秘密， a) 以利用技術手段， b) 秘密具體化複製之製作，或 c) 取走秘密所具體附著之物。 2.無權利用或將營業或經營秘密洩漏	第 17 條 （1）營業之職員、工人或學徒，爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於營業企業之所有人，於僱傭關係存續中，將其因僱傭關係而受託或獲悉之營業或經營秘密，無故洩漏於他人者，處三年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）爲競爭、圖利自己或他人之目的，或意圖加損害於營業企業之所有人，而爲如下行爲者，其處罰亦同： 1.對於無權取得或獲得之營業或經營秘密， a) 以利用技術手段， b) 秘密具體化複製之製作，或 c) 取走秘密所具體附著之物。 2.無權利用或將營業或經營秘密洩漏

第三人，而該等營業或經營秘密係以（本條）第一項所稱之方式，或自己或他人藉由（本條第二項）第一款明定之手段獲悉、無權取得或獲得者。 （3）未遂犯亦罰之。 （4）對於特別重大案件，處五年以下有期徒刑或科以罰金。特別重大案件通常係指，行爲人： 1.職業慣行， 2.爲洩漏行爲時明知該秘密會在國外利用，或 3.第二項第二款之行爲人自己在國外利用該秘密。 （5）犯罪行爲之追訴爲告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認爲有依職權干涉之必要者，不在此限。 （6）刑法第 5 條第 7 款規定準用之。	第三人，而該等營業或經營秘密係以（本條）第一項所稱之方式，或自己或他人藉由（本條第二項）第一款明定之手段獲悉、無權取得或獲得者。 （3）未遂犯亦罰之。 （4）對於特別重大案件，處五年以下有期徒刑或科以罰金。行爲人爲洩漏行爲時明知該秘密會在國外利用，或行爲人自己會在國外利用該秘密時，通常即已該當特別重大案件。
第 18 條 （1）將營業關係中所受託的技術文件資料，尤其是圖案、模型、樣版、剖面式樣、配方，爲競爭或圖利自己之目的，無權自己加以利用或洩漏他人者，處二年以下有期徒刑。 （2）未遂犯亦罰之。 （3）犯罪行爲之追訴爲告訴乃論；但追	第 18 條 爲競爭或圖利自己之目的，將營業關係中所受託的技術文件資料，尤其是圖案、模型、樣版、剖面式樣、配方，無權自己加以利用或洩漏他人者，處二年以下有期徒刑。 第 19 條

訴機關因特別公共利益，對於追訴認爲有依職權干涉之必要者，不在此限。 （4）刑法第 5 條第 7 款規定準用之。	違反第 17 條及第 18 條規定者，尙應負擔損害賠償義務。損害賠償義務人有數人者，負連帶債務人責任。
第 19 條 （1）爲競爭或圖利自己之目的，使他人從事第 17 條或第 18 條之犯罪行爲，或唆使他人爲該犯罪行爲者，處二年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）爲競爭或圖利自己之目的，已要約、期約或與人約定，從事或唆使他人爲第 17 條或 18 條之犯罪行爲者，其處罪亦同。 （3）刑法第 31 條規定準用之。 （4）犯罪行爲之追訴爲告訴乃論；但追訴機關因特別公共利益，對於追訴認爲有依職權干涉之必要者，不在此限。 （5）刑法第 5 條第 7 款規定準用之。	第 20 條 （1）爲競爭或圖利自己之目的，誘使他人從事違反第 17 條或第 18 條之犯罪行爲，或使他人爲該犯罪行爲之期約要求者，處二年以下有期徒刑或科以罰金。 （2）爲競爭或圖利自己之目的，表示願意從事違反第 17 條或 18 條之犯罪行爲者，或表示願意依他人之要求而爲該犯罪行爲者，其處罪亦同。 （3）刑法第 31 條規定準用之。 第 20a 條 第 17 條、第 18 條及第 20 條之犯罪行爲，準用刑法第 5 條第 7 款之規定。

附錄七、歐體競爭法條文

規範對象與主管機關

壹、規範對象

依據羅馬條約之規定，歐體競爭法之規範對象爲事業（undertakings）。因此在歐體競爭法中，幾乎任何一個限制競爭行爲都涉及到事業。所以，明確事業的概念非常重要。然而羅馬條約對於事業並無定義規定，而是透過歐洲法院判決的解釋以及執委會之實務執行形成事業之概念。歐體累積大量之司法判例以及實務執行經驗後，在一九九二年之歐洲經濟區域協定中，賦予事業之定義爲：任何從事商業或經濟活動之實體 。

一、 事業之概念

所謂事業，係指任何從事經濟活動之組織體或自然人。歐洲法院之判決指出，事業爲從事經濟活動之單位，不論其法律型態與財務種類，亦不考慮依據會員國之法律規定，是否以營利爲目的 。由過去之案例顯示，執委會與歐洲法院對於事業之定義十分廣泛。企業呈現之型態並不僅限於公司，如合夥（partnership）、團體（association）、農業合作社、從事商業行爲之政府機關、國營事業及個人等均包括在內。換言之，事業之概念，包括任何以實現經濟活動之資源組合。在歐體競爭法中，一個實體能否被視爲事業，決定性的因素是其在相關的限制競爭活動中能否作爲法律上和經濟上獨立的行爲主體而出現。

事業僅需從事具經濟交易性質之活動即屬之，而不論其是否從事營利行爲（profit-making）。歐洲法院在 Distribution of Package Tours during the 1990 World Cup 案 中指出，從使經濟活動之實體不論是否具有營利行爲，均不妨礙其成爲企業之資格。本案中一九九〇年世界杯足球賽主辦單位與義大利足球協會雖主張其活動並無營利行爲，但世界杯足球賽主辦單位簽訂廣告、電視轉播合約，將大會徽

章作爲商業利用，以及承辦之意大利足協提供新聞發佈設備、整理場地、利用大會標誌以及享有比賽淨利等，皆爲具有經濟本質之活動，因此世界杯足球賽主辦單位與義大利足球協會皆被視爲事業，得適用羅馬條約之規定。

歐洲法院在諸多判決中認爲個人亦得成爲事業，而爲歐體競爭法所規範之對象。如取得執照之專業人士，即律師、醫師等，實務上認爲律師享有於各會員國間得任意設立事務所之自由，亦屬具備商業性要件之事業 ，還有零售商店店主等。至於「自由業者」（liberal profession），例如發明家與藝術家，若有就其發明或藝術等事項，進行商業活動時，依執委會之意見，其仍屬事業之概念 。企業雇員因爲並非從事獨立的經濟活動，不能成爲競爭法意義上的事業，然而，如果企業的雇員除了僱傭關係外，還從事獨立的經濟活動，即得被視爲事業。公司股東參與企業的管理，在一般情況下不能稱爲事業，但如果除了管理活動外，還能對該企業的計畫和管理產生支配性的影響，得包含於事業之概念中。

在 Mannesman v. High Authority 案 中，歐洲法院亦認爲事業爲人員之單一組織，追求一個長期之既定目標，包括有形和無形之因素，以達成一個自主的法律實體（legal entity）。由此可知事業之概念相當廣泛，而實際執行中此一概念仍被廣泛的接受，但排除國家主權行使的行爲以及非商業性活動之行爲。但若國家參與經濟活動，不論爲國庫行爲或公營事業，仍包含於事業之概念中。執委會於一九九一年發佈關於「歐洲共同體競爭規則關於電信領域之指導原則」中明確指出，羅馬條約第八十一條和第八十二條不僅適用於私人企業，而且適用於國營的電信事業。因此，任何在電信領域從事電信器材生產或者提供電信服務的組織，皆爲歐體競爭法意義上的事業，而不論其是否在法律上具有獨立性，還是國家組織的一部分 。

根據上述，歐體競爭法中的事業具有幾個重要的特徵。第一個特徵爲具有獨立的法律人格。因此，法律上不具有獨立性的企業部分，例如工廠、分公司或者銷售據點，不能被視爲事業。第二個特徵爲，歐體競爭法中的事業並沒有固定的法律形式。如果國家以企業的方式參與經濟活動，歐體競爭法就可以直接適用於

國家本身。第三個特徵爲，事業得獨立的參與經濟活動。根據此一特徵，數事業雖具有獨立之法律人格，但由於所有權或控制權之因素，使多數事業間之經濟關係十分密切，且欠缺法定經濟活動之獨立性，故將其視爲一個經濟實體。

執委會抑或歐洲法院均認爲子公司與持有其百分之百股份之母公司間所進行之意思聯絡，非屬卡特爾之合意。歐洲法院認爲第八十一條第一項之規定不適用於屬於同一企業集團之事業，或其母公司與子公司間之約定或一致性行爲，如果該等事業形成一個經濟單一體，於其中子公司在市場行爲決定上未有實際獨立自主能力，且事業間之約定或一致性行爲目的在於企業集團內部工作任務者之分派者。職是，於此企業一體論（theory of enterprise entity）下，如子公司係依母公司之指示進行相關行爲時，固無卡特爾之合意可言；反之，雖數事業皆爲母公司百分之百持股之子公司，惟其俱違反母公司之指示，依獨立之意思而決定爲聯合行爲者，即應對其所爲之反競爭行爲負責。

此外，關於代理商是否應被視爲一獨立事業，在一九六二年之執委會頒佈之通告（Notice） 顯示，當代理商具一定程度之獨立性，而得締結契約時，該代理商應被視爲單一事業。自執委會之通告以及相關案例觀察，代理商與獨立貿易商之區別在於其是否必須承擔交易時之財務風險，是否得獨立行動以及得對於交易條件（包括價格）的裁量空間加以判斷。由於代理商於垂直聯合型態中經常出現，其地位需由實際上加以觀察，非僅以文件中之描述爲唯一標準。

至於分包商係指總包商與他人訂立契約後，以契約中之部分權利義務爲內容，再與分包商訂立契約。依據執委會一九七八年發佈之通告 ，分包商係在總包商之控制下履行契約，其履行分包契約之行爲是總包商履行總包契約之一部份，其行爲完全受總包商控制，與總包商形成一個經濟實體，故總包商與分包商應視爲同一事業。

二、 國家從事經濟活動之行爲

歐體競爭法中的事業概念非常廣泛，任何從事經濟活動的實體不論其法律形

式以及財務種類，皆得被視爲事業，此涉及國家機關參與的經濟活動是否得被視爲事業活動的問題。歐洲法院在其 1991 年的 Hoefner 一案的判決中對這個問題作出肯定的答覆。判決指出「關於競爭法中的事業概念，首先要注意事業是包括所有從事經濟活動的實體，而不論其法律地位與財務種類。其次，職業介紹爲一種經濟活動。這種活動通常委託給國家機關實行，但並不能因此否定職業介紹的經濟性質，從事職業介紹的不必然是國家機關。因此，從歐體競爭法規定之目的出發，從事商業性職業介紹的國家機關得被視爲事業。」 歐洲法院此判決在各成員國之間引起高度的重視。此判決的核心問題在於，何種的政府活動得被視爲行使國家的職權，即行使公權力，從而不須受歐體競爭法之規範；何種活動得被視爲從事活動，從而爲事業應適用羅馬條約第八十一條或第八十二條之規定。

在歐體法內，時常引用羅馬條約第二百九十五條說明成員國的主權。依據此規定，成員國有權決定本國的所有權制度。法國政府於一九九一年曾依據此規定向歐洲法院對執委會提起訴訟。歐洲法院在判決中指出成員國有權建立其國營事業，但亦認爲成員國在行使其權力時需受歐體法的約束。歐洲法院在判決中並指出，公權力的行使是一個共同體的概念，必須予以嚴格的解釋。

歐洲法院在 1993 年的 Meng 、Ohra 、Reiff 等判決指出，羅馬條約第八十一條僅適用於事業行爲，不適用於會員國的法律或者行政措施。然而，根據與羅馬條約第八十一條以及第五條相關的判例 ，成員國不得透過法律或者行政措施，剝奪事業競爭規範之實際效力。依據此一判例，這些情況是指會員國執行或承認與羅馬條約第八十一條相衝突的協議之效力，或者在私人經濟領域採取干預行爲，使私人責任成爲國家責任，從而改變政府行爲的性質。

歐洲法院認定國家機關的活動是否爲事業活動的標準從相關判決可歸納出：第一，若國家機關的活動符合歐體法的目的，同時亦按照歐體法的規定行使其權限，此行爲得被視爲國家主權行爲。第二，若國家機關向市場提供商品或者服務，這些活動應視爲經濟活動，此時國家之行爲即包含於事業之概念中，適用羅馬條約第八十一條和第八十二條之規定。若國家機關實施具有整體經濟利益和社會公

共利益的服務，並且因此被授與專有權，稱爲「公營事業」（public undertakings）適用羅馬條約第八十六條之規定。

歐體競爭法將國家機關的公權力與事業活動相區別，目的在於協調歐體以下兩個重要原則：一爲國家主權原則。即歐體作爲一個主權國家的聯合體，並無意干涉會員國符合歐體法的目的並且按照歐體法的規定而行使的主權行爲。另一爲保護競爭原則。即國家不得因爲行使主權而損害市場競爭。如果一個成員國不是按照歐體法之規定行使主權，特別是因爲國家行爲而使歐體競爭法失去其實際效力的時候，此行爲得被視爲違反羅馬條約的行爲。

三、事業定義之重要性

事業之定義於歐體競爭法中具有十分重要之意義，其重要性分述如下：

1、確定事業行爲之性質，以適用競爭法規範。

歐體競爭法依據事業個數以及行爲表現形式之不同，將限制競爭行爲劃分爲三種不同類型，即聯合行爲、濫用市場力量行爲以及事業之結合，有各自不同之規範。因此在具體實踐中，事業的個數直接關係到對行爲類型之認定以及法律規範之適用問題。

如前述所提及之同一企業集團之事業，或其母公司與子公司間之約定或一致性行爲，執委會抑或歐洲法院均認爲非屬卡特爾之合意。因羅馬條約第八十一條規定者爲數事業共同實施限制競爭行爲，而關係企業或同一企業集團不具有羅馬條約第八十一條規定之數個獨立事業之間共同實施限制競爭行爲之性質，除非能證明子公司得依獨立之意思而決定爲聯合行爲，始得適用羅馬條約第八十一條之規定。於此情形下，只有證明該公司係處於優勢地位之事業，始能適用羅馬條約第八十二條關於事業濫用優勢地位之規範。由此可知，事業之概念爲正確適用競爭法規範之前提要件。

2、確定限制競爭行爲之影響力，以正確適用類型豁免責任。

依據羅馬條約第第八十一條第三項之規定，對於某些類型之限制競爭協議，

在符合特定條件之情況下，得予以個別豁免（individual exemption）。事業豁免之適用亦要求確定事業之個數，若聯合行爲之一方爲多數經濟活動個體構成一個事業，將增加其市場影響力，因此較難獲得執委會給予豁免之待遇。另外，若多數經濟活動個體構成一個事業，其可能違反的是羅馬條約第八十二條規定之濫用優勢地位行爲，羅馬條約第八十二條並無事業之豁免。

3、確定限制競爭行爲之法律責任

當實施限制競爭行爲之事業是由多數自然人、法人組成時，並且作爲此事業一部份之自然人或法人，係在其正常之職權範圍內從事活動，該事業單位即應對其自然人或法人之行爲負全部責任。例如，若公司雇員在其職務範圍內所實施之行爲違反歐體競爭法之規定，即使其行爲未受公司批准，仍應由該公司承擔全部責任。又如，公司之分支機構在其權利範圍內所實施之行爲違反歐體競爭法之規定，仍應由該公司對其行爲負全部之法律責任。

貳、主管機關

依據羅馬條約第四條的規定，歐盟的主要機關爲歐洲議會（European Parliament）、歐體理事會（the Council of the European Communities）、執委會（The European Commission）、歐洲初審法院（the Court of First Instance of the European Communities）以及歐洲法院（the Court of Justice）。歐體競爭法之執行機關首推執委會，其不但肩負競爭政策之擬定，法定事務之執行並依循理事會之授權以完成任務，實爲歐體競爭法之軸心執法機關。歐體競爭法之司法審理程序，係指歐洲初審法院以及歐洲法院，對於不服執委會之決定以及因其他事項，而訴請法院要求審理。透過二級法院之審理程序，一方面得以監督執委會於競爭法中行使職權之正確性，另一方面也透過判例法彌補競爭法規範之不足。

此外，聯合行爲及獨占諮詢委員會（以下簡稱諮詢委員會）係由各會員國指派一名有權處理聯合行爲及獨占案件之官員組成。依第十七－六二號規則第十條以及第四〇六四－八九號規則第十九條規定，執委會執行競爭法做成有利或不利

之決定前，應先徵詢諮詢委員會，故其亦爲歐體競爭法中重要之輔助機關。

一、　執行委員會（The Commission）

（一）組織

執委會爲歐體之執行機關，依羅馬條約第二百一十一條規定，執委會負責（1）確保共同體條約及法規的適用與執行；（2）起草法案並參與理事會和歐洲議會的立法程序；（3）依條約的授權直接制訂法規，如第三三八五－九四及第二八四二－九八號規則及第二八四二－九八號規則；（4）對共同體事務提供意見建議。

執委會爲合議制機關，由二十位執行委員組成，任期爲五年 ，惟委員中有一特別負責，指導競爭事務。執委會委員及執委會主席的提名與任命方式，依羅馬條約第二百一十四條規定，會員國首先必須針對主席之提名諮詢歐洲議會，會員國和被提名之主席於諮商後提名其欲任命之執行委員，前述之被提名人須經歐洲議會同意後，再經會員國政府以共同同意任命之。執委會委員應基於公共利益，於執行職務時保持完全獨立，亦即委員應以其政治眼光作判斷而非受其對所屬國籍忠誠度之影響，並不得接受各政府、團體或個人之指示，禁止爲任何與職務相違背之行爲，同時各會員國亦不得對執委會委員施以影響 。

執委會之內部組織，依不同事務領域分成各部門，主要在於協助執行委員之決策，稱之爲總署（Directorates-General，DGs）。目前，執委會下共設有二十三個總署，每個總署以總署長（Director General）爲首，負責向一位主管其事務的執委會委員提出報告。每一總署都專門負責某一領域的政策、法律的制訂或執行，其中第四總署（DGIV）爲競爭事務之專責機關，第六總署則執掌產業政策。

第四總署負責歐體競爭政策，由一名執行委員負責。總署下設八處（Directorates）與聽證官（Hearing Officer）所組成。各處下設有各別經濟部門之科（Divisions）組成之。A 處負責競爭政策、協調工作及內政與其他機構之關係；B 處爲結合專案組；C 處主要負責資訊、通訊及傳播媒體產業；D 處負責服務業；E 處負責卡特爾、基礎工業及能源；F 處負責製造業及消費產品工業；G 處及 H 處執掌國家

補助事宜 。

（二）職權

執委會之職權主要表現以下數方面：

1、行政權

執委會爲歐體主要之執行機關，依據羅馬條約第二百一十一條條第一項規定，執委會需依本條約及各機構所採取之相關措施執行；並依理事會之授權執行事務。其事務領域，則依各總署負責之事務而定。例如第四總署負責歐盟之競爭政策及事務之執行。

在競爭政策及事物之執行方面，爲了確保歐體競爭法的統一適用，適用法律之重要權限幾乎皆集中於執委會，歐體理事會爲使執委會履行執行羅馬條約內容之職權，賦予執委會對事業或事業團體提出建議與決定之權，以遏止第八十一條之違反行爲，故於一九六二年第十七－六二號規則。此規則賦予執委會對案件之調查權、追究權、裁決權、以及制裁權，並僅有執委會始能依據羅馬條約第八十一條第三項授與豁免決定（decision），會員國法院及行政機構均無此權限。然而，一方面由於執委會之人力有限，另一方面隨著內部市場之建立和歐體競爭法案件的不斷增加，執委會在競爭政策領域已達負荷過重之程度。因此執委會開始於歐體競爭法領域尋求改革，特別是要求放棄執委會依據羅馬條約第八十一條第三項授與企業豁免方面之壟斷權力，擴大會員國主管機關和成員國法院在執行歐體競爭法方面之權限。

2、提案權

依據羅馬條約二百一十一條規定，就本條約相關事宜，執委會得依條約之規定或認爲必要者，擬具建議或提供意見。即執委會向理事會提出議案，待理事會做成決議後即成爲共同體之政策。若執委會怠於提案，理事會或歐洲議會僅得依法促請提案。若仍不爲提案，得由歐洲議會依羅馬條約第二百零一條提出不信任投票，或由執委會依第二百三十二條提出不作爲之訴。由於依據羅馬條約第一百九十二條規定，歐洲議會對執委會之提案權採取「共同決定」程序（Co-decision），

即歐洲議會具有要求執委會提出議案之權利，如此，其對於提案內容之控制力更爲強大，執委會之提案權愈受限縮。

3、立法權

在立法權方面，依羅馬條約第二百四十九條之規定，爲完成共同體使命，執委會與理事會制訂規則、命令、決定建議及意見。執委會屬於執行機關，相較於理事會之真正立法權，執委會的法規則屬執行或實施層次，只是無論立法者或執行者所發佈的法規皆以規則（regulations）、指令（directives）或決定（decisions）稱之。

4、監督權

依羅馬條約第二百二十六條規定，若執委會認爲某一會員國未能履行該國依本條約所應履行之義務，執委會在給予該會員國提出其看法後，應就此問題作出說明理由的意見。如果相關會員國在執委會所規定之期限內未能履行執委會的意見，執委會可向法院提起訴訟。故執委會得監督各會員國是否遵守羅馬條約之規定，並在給予會員國說明之機會後，有做成意見之義務，若該會員國於期限內仍置之不理時，有訴追之權力。依據羅馬條約第二百二十八條第二項條第二項之規定，執委會有權對未依條約履行之會員國課以總數額金（lumpsum）或罰金。需特別強調者爲，對歐體境內的國營事業、私人事業或自然人亦擁有此監督權，尤其競爭或交通事故領域，有權作成直接處罰之決定。例如對重大的反競爭案件，執委會得對違法事業科以罰鍰。

5、其他職權

執委會在國際法院中代表共同體，在共同商業政策或羅馬條約之規定，需對外簽訂條約時，執委會代表共同體於理事會之授權下，與第三國或國際組織進行談判，以及在理事會之指導下交涉國際協定，但執委會並無締結條約之權限。

（三）、於歐體競爭法之地位及作用

執委會第四總署（DGIV）爲競爭事務之專責機關，具體而言，執委會於競爭方面之權能主要表現在以下幾方面：

（1）透過次級立法（secondary legislation） 的授權，即理事會頒佈的第十七－六二號規則，執委會有權制訂個別豁免之法規，對於雖有限制競爭性質，但更有利於消費者的某些限制競爭行爲，予以「個別豁免」。

（2）透過次級立法（secondary legislation）的授權，即理事會頒佈的第十七－六二號規則，執委會有權制訂規範性文件－三級立法，對於某些類型具有可寬恕情節的限制競爭行爲，予以「類型豁免」。

（3）理事會第十七－六二號規則賦予執委會對限制競爭行爲廣泛的調查權，若執委會對會員國的個人或企業有實施違反歐體競爭法行爲之疑慮，有權對其進行調查。

（4）執委會得對實施限制競爭行爲之當事人課以高額罰鍰。

（5）若會員國從事違反歐體競爭法規定之限制競爭行爲，執委會有權向歐洲法院起訴該會員國政府。

（6）執委會在某些特定情況下有權制訂相關指令並負責實施。例如，過去無線電通訊在一些成員國中由國家獨占經營，執委會爲此專門制訂指令，要求各會員國應開放無線電通訊領域之經營活動，允許此領域之競爭活動。

依據理事會第十七－六二號規則第十條第二項規定，執委會於審理案件過程中，應始終和會員國主管機關保持密切之關連，執委會應向會員國主管機關轉知各事業所提出的申報書以及重要證明文件，並就此徵求會員國主管機關之意見。各會員國對執委會之決定程序有權表示意見。爲與會員國主管機關建立密切聯繫，設立聯合行爲及獨占諮詢委員會，由各會員國指派一名有權處理聯合行爲及獨占案件之官員組成。依據理事會第十七－六二號規則第十條第三項，執委會依據歐體競爭法作出的所有決定，包括認定違反羅馬條約第八十一條及第八十二條之決定，皆應徵求諮詢委員會之意見。

又執委會發函向某一事業或事業團體請求提供資料時，或因事業或事業團體所提供資料不完整時，其所爲的罰鍰決定，均應副知該事業或事業團體所在地之會員國主管機關 。再者，於執委會要求時，會員國主管機關應進行執委會依第

十四條第一項規定認爲必要之調查。或執委會依第十四條第三項規定，以決定命令進行之調查 。另於事業拒絕執委會的職權調查時，有關的會員國應對執委會之授權官員提供必要協助以進行調查 。

因歐體競爭法得直接適用於會員國，會員國之主管機關和法院亦爲歐體競爭法之執行機關，然而，依據理事會第十七－六二號規則第十九條第三項，會員國雖有權管轄適用羅馬條約第八十一條、第八十二條之案件，但前提爲執委會對相關案件尚未進行調查。即執委會一旦開始審理這些案件，會員國的主管機關和法院即失去繼續審理案件之權限。此外，僅有執委會有權依據羅馬條約第八十一條第三項，對於某些原應適用第八十一條第一項之聯合行爲予以豁免，因此豁免決定對於法院亦有拘束力，因此，各成員國適用羅馬條約第八十條及第八十二條之情形即相當有限。

由上述可知，執委會第四總署於歐體競爭法之實行中具有舉足輕重的地位和作用，然而，一方面由於其職權範圍過於廣泛，需處理大量的限制競爭行爲案件，特別是某些案件複雜程度高，需要投入大量的人力及時間，因此執委會即面臨人力嚴重不足之問題，造成不得不僅選擇性地查處限制競爭案件。另一方面，執委會之權限集制定政策、解釋政策和執行政策於一身，易使其缺乏必要的監督和制約 。

有認爲 執委會應將部分權力授與各會員國之主管機關，例如將得依羅馬條約第八十一條第三項規定予以豁免之限制現爲之決定權交由各會員國之主管機關行使。針對此一部分，目前執委會已在進行非集權化之努力，特別是在給予企業豁免之部分，一九九九年四月二十八日提出「歐體條約第八十五條及第八十六條施行細則現代化白皮書」（White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Article 85 and 86 of the EC Treaty）以及以及二〇〇二年十二月十六日通過之「歐體條約第八十一條及第八十二條施行規則」（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） 。

其改革方向有三點：第一點，終結申報許可制，即事業無須再向執委會申報其限制競爭之行爲，等待執委會之豁免決定，該行爲只要符合第八十一條第三項項之要件，自完成之日起生效，可立即向會員國之法院請求執行其契約。第二點爲採行非集中方式執行競爭法，未來執委會將不再針對個案作豁免決定，但仍保留獨家（包括各種集體豁免之規定、通知、準則等）提出規範條文之權。除了做成禁止決定外，執委會仍有必要基於公共利益做成肯定決定（Positive decisions），肯定係爭行爲不適用八十一條第一項。其次，會員國競爭法主管機關執行歐體競爭法之角色應加強，除前述之刪除執委會之獨占豁免權外，尚須配合兩項措施，其一爲授與會員國競爭法主管機關得撤銷集體豁免規定在其領域之適用，另一措施則爲會員國競爭法主管機關之間以及會員國競爭法主管機關與執委會之間，應該可以相互提供檔案資料並直接以此檔案資料作爲證據。第三點爲強化事後監督，方法爲加強執委會之調查權、鼓勵限制競爭被害人提出檢舉、及加重處罰，並規定事業團體之成員（即個別事業）應共同爲該團體之違法行爲負連帶責任。

二、歐洲初審法院（Court of First Instance）

理事會一九六二年第十七－六十二號規則之序言指出，執委會根據該規則作出之所有決定皆必須接受歐洲法院之監督。此外，依據羅馬條約第二百二十九條規定，歐洲法院對於執委會之決定得加以審查、修正以及採取強制性措施。因此，當事人對於執委會之決定不服時，得向歐洲法院提起訴訟，請求判決執委會之決定無效。

審查執委會決定之任務首先由歐洲初審法院執行。在歐體成立之初期，集中以一審級之方式行使司法裁判權，即僅以歐洲法院作爲歐體競爭法之司法機關，由於案件負荷日益沈重以致訴訟程序延滯，迭有改進法院結構之呼聲。理事會於一九八八年十月二十四日決定設立歐洲初審法院，以分擔歐洲法院之部分訟累，其後並於羅馬條約第二百二十五條中，賦予歐洲初審法院之設立依據。歐洲初審法院雖亦受理歐洲煤剛條約、歐洲原子能條約以及歐洲反傾銷方面之案件，然而

競爭法之案件爲歐洲初審法院審理之重心所在。

（一）組織

歐洲初審法院由各會員國各選派一名法官組成，依據羅馬條約第二百二十五條第三項規定，歐洲初審法院之法官應自具備擔任司法職務之專業素養的獨立公正人士中挑選之，經會員國政府共同同意後任命，任期六年。每三年其成員應部分更新。

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

（二）職權

在競爭法領域，歐洲初審法院之主要功能爲經由審判產生競爭爭議之案件，進一步解釋競爭法所確立之基本原則及制度，適用競爭法規範，並透過判決形式彌補競爭法規範不足之處。歐洲初審法院之管轄權範圍爲因羅馬條約第八十一條至第八十六條而提起之無效訴訟或不作爲訴訟。凡涉及羅馬條約第八十七條國家補助之案件和歐體貿易政策即反傾銷之案件，歐洲初審法院係由五名法官所設立之合議庭審理。

依據羅馬條約第二百二十五條以下及其他相關之規定，歐洲初審法院主要管轄五類案件：第一，審查執委會處以罰金之決定；第二，審查執委會因執行歐體競爭法所作決定之合法性；第三，審查執委會未履行競爭法所規定的相關職責之行爲；第四，暫時停止執行之申請。以下分述之：

1、審查執委會處以罰金之決定

依據羅馬條約第兩百二十九條規定，歐洲初審法院得就不服執委會處以罰金或日罰金之決定而提起之訴訟加以審理。法院有權對於事實以及法律兩方面皆進行審查，並得將罰金或日罰金以判決予以撤銷、增加或者減少。

2、審查執委會因執行歐體競爭法所作決定之合法性

此一管轄權範圍之依據爲羅馬條約第二百三十條。但羅馬條約中並沒有明確規定執委會之何種決定屬於法院之審查範圍。對此，歐洲法院於審判實務中確立其審理案件之要件：(1)執委會之決定對於當事人產生拒約束力之法律效果。(2)當事人之利益因執委會對其法律地位的特定改變之決定而受到影響。(3)執委會之決定表明某一特定行政程序之結束。

依據上述要件，執委會所作之下列決定得爲法院審理之範圍：(1)、執委會認定事業違反競爭法所作之決定；(2)、執委會責令事業停止限制競爭行爲之決定；(3)、執委會依據羅馬條約第八十一條第三項給予、撤銷或變更豁免之決定；(4)、在調查程序中要求事業提供相關資料或應配合調查之決定；(5)、執委會依據理事會第十七－六二號規則規定，對於事業爲不適用羅馬條約第八十一條第三項之通知；(6)、採取或拒絕採取暫時停止執行之決定；(7)、明確拒絕投訴之通知。

3、審查執委會未履行競爭法所規定的相關職責之行爲

依據羅馬條約第二百三十二條規定，任何自然人或法人對於執委會依據競爭法相關規定有作爲義務而不作爲時，得提起訴訟。起訴原告應先向執委會提出作爲請求，而執委會於兩個月內仍不作爲時，原告始得於另行起算之兩個月內提起訴訟。

此類型訴訟應具備以下要件：(1)、執委會之不作爲違反歐體競爭法之作爲規定。如執委會並無法定之作爲義務，則不得提起訴訟。(2)、當事人之利益受執委會此不作爲行爲的影響。亦即，僅利害關係人得提起訴訟。(3)、執委會的不作爲行爲所涉及之作爲義務並非提出建議或發表意見。(4)、當事人應明確向執委會提出作爲之請求。(5)、執委會未於法定期限內履行被請求作爲之行爲。依據上述要件，一般認爲當事人對於執委會未於法定期限內授與或否定聯合行爲之豁免，或未於法定期限內同意延長豁免期限，當事人有權向法院提起訴訟。

4、暫時停止執行之申請

依據羅馬條約第二百四十二及第二百四十三條之規定，原則上當事人向法院提起訴訟並無停止執行之效力，但當事人得申請暫時停止執行。下列兩種情形得申請暫時停止執行：（1）、執委會對事業之罰鍰決定，在當事人起訴後，得申請延期至案件終結後再繳納罰鍰。需注意的是，若當事人得提供擔保，執委會亦將同意暫緩執行罰鍰，得於案件終結後再予執行。（2）、執委會已爲令當事人作爲或不作爲之決定，於起訴後，得申請至案件終結後再實行作爲或不作爲行爲。一般而言，執委會於下列情況下將同意採取暫時停止執行：（1）當事人對於執委會之決定所提出的抗辯有相當理由。（2）此決定之執行對於當事人將造成嚴重之損害，因而具有暫時停止執行之迫切性。（3）同意當事人停止執行的申請不會損害最終判決結果。

三、歐洲法院（The Court of Justice）

一九八九年歐洲初審法院設立之後，絕大多數之競爭法案件即由歐洲初審法院審理，然而，對於歐洲初審法院之判決不服的當事人，得於判決後之兩個月內提起上訴。歐洲法院爲歐洲初審法院之上級法院，對不服歐洲初審法院的判決提起上訴之案件具有最終的審判權。

（一） 組織

歐洲法院之組織與歐洲初審法院相同，依據羅馬條約第二百二十五條第三項規定，歐洲法院亦由各會員國選派一名法官組成，目前有十五名法官，任期爲六年，每三年應部分更新。與歐洲初審法院不同者爲，歐洲法院設有八名總顧問（Advocates General）。歐洲法院審判案件，由三至五名法官組成合議庭審理，並分配一名總顧問。總顧問之職責爲在審判中提出公平合理之意見以協助法官審理案件，在言詞辯論終結後至法院判決前，提出包括事實認定，適用法律及判決之意見，供法院在判決時之參考，但其意見並不具有拘束合議庭審判案件之效力，惟法官有不同意見時，須於判決理由中說明之。

（二） 職權

歐洲法院主要管轄以下兩類案件：

1、審理不服歐洲初審法院判決而提起上訴之案件。其管轄範圍與歐洲初審法院相同，即依據羅馬條約第二百三十條之規定得審查執委會決定之合法性，歐洲法院與提出上訴之理由，應爲執委會決定之不合法，或違反羅馬條約之規定。當事人不能就案件之事實認定部分提起上訴，因歐洲法院爲法律審，僅能審理適用法律錯誤之部分，而不能對事實爲審理。

歐洲法院透過審理不服歐洲初審法院判決而提起之上訴案件，得以進一步解釋羅馬條約及次級立法中所確立之競爭法規範及制度，以彌補競爭法中規範不足之部分，並爲日後處理類似案件之依據。

2、依據羅馬條約第二百三十四條規定，歐洲法院得爲先行裁決（Preliminary Ruling）。先行裁決係基於公共同體法律之解釋權與適用權相分離原則所設計之制度。亦即共同體法解釋權歸於歐洲法院，共同體法適用權歸於會員國法院。當訴訟於會員國之內國法院發生有關共同體法之解釋或效力之爭議時，可由條約所規定之人聲請歐洲法院裁決，以確保共同體法在會員國之統一解釋與適用。依據羅馬條約第第二百三十四條第一項規定，歐洲法院對於條約之解釋、共同體各機構頒佈法規之有效性與其解釋、以及理事會決定成立之各機關章程之釋義，但限於有關章程之規定。其適用時期，依據羅馬條約第二百三十四條第二項、第三項規定，其一爲會員國內國之司法機關認爲其判決之作成有賴於對此判決之先行裁決時，得請求歐洲法院對此作一裁決。其二爲依會員國內國法，該案件已無其他司法救濟途徑時，遇有共同體法令解釋之疑義，有義務提請歐洲法院爲先行裁決。得聲請之人，包括會員國之內國法院、仲裁機構、個人以及終審法院。

由上述可知，歐洲法院之重要作用在於對歐體競爭規範負有最終解釋權，此一作用在維護歐體競爭法實行之一致性上具有重要意義。首先，若各成員國法院皆按各自之理解解釋歐體競爭法，必將造成競爭法施行上之不一致；其次，以羅馬條約爲主之歐體競爭法規範僅提供歐體禁止限制競爭行爲之法律框架，其細節有賴歐洲法院透過判例而形成之大量司法解釋，以形成歐體競爭法之競爭規範體系。

但應指出者爲，歐洲法院所作出之判決雖然具有判例法地位和作用，但其僅對本案有嚴格之拘束力，對於將來之案件則僅具相對性，對歐洲法院而言，在審理類似案件時，一般應遵守判例所確立之基本原則，但若過去解釋有錯誤或隨形勢發展已不再適用，得不受過去判例之拘束。對內國法院而言，其得自由選擇直接適用歐洲法院先前表示過的先行裁決之見解，抑或重新申請歐洲法院爲新的先行裁決。

四、其他機關與歐體競爭法之關係

（一）歐洲議會（The European Parliament）

歐洲議會在歐體競爭法中之地位及作用，主要爲作爲立法機構之一，參與有關歐體競爭法的制訂活動。依據羅馬條約第八十三條第一項規定，理事會在制訂實施羅馬條約第八十一條以及第八十二條禁止限制競爭行爲所必須之有關規則與指令時，必須諮詢歐洲議會之意見；此外，理事會在制訂實施羅馬條約第八十六條以及第八十七條國家補助規範之條文所必須之有關法規時也必須諮詢歐洲議會之意見，否則該法規爲無效。

（二）部長理事會（The Council of Ministers）

理事會爲歐體主要之立法機關，其在歐體競爭法中之地位及作用即爲依據執委會之意見和建議，制訂規則（Regulation）和指令（Directive）兩種次級立法形式將羅馬條約之個項政策的實施予以具體化。依據羅馬條約第八十三條第一項以及第二項之規定，理事會需在會員國一致同意或多數同意執委會提交之立法建議的基礎上，諮詢歐洲議會之意見後，制訂下列規則或指令：

（1）、爲確保事業遵守羅馬條約第八十一條及第八十二條之規定，而制訂處以罰鍰或日罰鍰之規則或指令。

（2）、爲具體執行羅馬條約第八十一條及第八十二條之規定，對於某些限制之競爭行爲需予以豁免處理之具體規則而制訂的規則或指令。

（3）、對於羅馬條約第八十一條及第八十二條的適用所涉及範圍的各種經濟分支

機構予以定義的規則、指令。

（4）、對執委會和歐洲二級法院在適用競爭法得各自職權予以規範之規則、指令。

（5）、對如何協調處理歐體競爭法與各會員國國內競爭法之相互關係的規則、指令。

第一章　緒言

歐洲大陸爲圖第二次世界大戰後之復甦，冀期藉由建立以經濟合作爲本質的經濟共同體，俾達作政治、軍事等全面統合之目的，爰於一九五七年三月二十五日，由德、法、義、荷、比、盧等六國，在羅馬簽署「歐洲經濟共同體條約」(Treaty establishing the European Economic Community，又稱羅馬條約)。該條約自一九五八年一月一日生效後，更引導歐洲朝日趨細緻且廣泛統合歷程前進，致一九九三年誕生「歐洲聯盟」(European Union)，並形成所謂「歐洲共同體」(European Community，以下簡稱歐體)。

經濟議題既爲歐體之主軸，爰建立一共同市場即爲歐體會員國之原始目標。因此，羅馬條約第三條首揭其主旨在於消除各會員國間之關稅及貿易障礙，俾會員國間商品、勞務、人員、資本得以自由流通，並實施共同的農業、交通、運輸及經濟政策，協調各會員國國內法規，調整稅率以因應共同市場運作之需要。羅馬條約爲貫徹共同市場內之商品、勞務、人員、資本等自由流通四大原則，爰須確保歐體市場經濟體制之運行。因此，如何掃除共同市場內之貿易障礙，並維護其間之競爭秩序，實爲歐體競爭法之主要任務。

要之，歐體競爭法之立法目的主要有三方面，一是整合功能，二爲公平理念，三爲效率考量。所謂整合功能係指歐體之成立，即在創造一個商品、勞務、人員、資本得自由流通的共同市場。競爭法即在排除貿易障礙，使共同市場之整合目的得以達成。所謂公平理念，在歐體競爭法架構下，應包含三項原則，即機會平等、中小企業之保護以及廣義消費者主義之促進。所謂效率考量係指在資源分配功能

上，藉由鼓勵對現有生產要素作較佳的利用，俾使廠商的技術效率得以增加，消費者之需求亦可得到較佳之滿足。

惟嚴格言之，歐體競爭法並無一部統一完整的法典，而是分別以不同的規定，即條約、規則、指令、歐洲法院判決、執委會通告或指導原則建構成競爭規範。例如，在結合之管制與對智慧財產權之規範上，相關之條約、規則、指令、歐洲法院判決、執委會通告或指導原則，皆屬歐體競爭法之一環。由於市場障礙之產生可能由於私人企業而存在，亦可能因政府之行爲而產生，故在羅馬條約中除對事業之聯合行爲及濫用市場控制地位之行爲加以規制外，並對國家補助與公營事業設有規範。

按歐體競爭法第一次法源爲羅馬條約中之競爭規定即羅馬條約第八十五條至第九十四條及設立歐洲煤鋼共同體 (ECSC) 條約中之規定（ 即條約第六十五條、第六十六條)。至於上述兩個條約其適用之差異，主要是羅馬條約並無限定特定產業而歐洲煤鋼共同體條約僅適用於煤炭、鋼鐵之生產、供給領域，又歐洲煤鋼共同體條約爲羅馬條約之特別規則，此觀諸羅馬條約第二三二條規定自明。抑有進者，歐體競爭法第二次法源爲理事會及執委會通過之規則、執委會的決定及法院的判決、法的一般原則等。所謂法的一般原則爲從正當合法程序保障，防禦權保障之觀點，認應有受聽證之權利，不利益供述拒絕權等一般權利。

基上所述，爲對歐體競爭法作一體系性介紹，以下各章爰分別就聯合行爲及其除外規則、市場控制地位之濫用、結合之管制、與智慧財產權之關係、國家補助、公營事業及程序規定等，分別提出探討，最後總結其要旨。

第二章　聯合行爲之規範

壹、前言

按歐體對共同市場內之聯合行爲，洵以羅馬條約第八十五條爲規範依據。概言之，該條規定計有三項：第一項厥屬聯合行爲之禁止規定，乃係就聯合行爲規

定其違法構成要件；第二項則屬聯合行爲之效果規定，即規定違法聯合行爲之任何契約或決定應屬自動無效；至於第三項，乃屬聯合行爲之除外規定，即係就符合一定要件之聯合行爲，得宣告予以例外許可。

復就聯合行爲之態樣言之，其於學理上本有所謂水平聯合行爲與垂直聯合行爲之分；惟不論何者，均屬羅馬條約第八十五條規範範疇。易言之，不問聯合行爲係發生於水平性競爭者間，抑或垂直性供需者間，其均有羅馬條約第八十五條規定之適用。以下，就該條主要之規範，即第一、三項等規定，依序探討其禁止規定與除外規定，最後總結本章。

貳、聯合行爲之禁止規定

羅馬條約第八十五條第一項前段規定：有影響會員國間的交易之虞，並以阻礙、限制或扭曲共同市場內的競爭爲目的，或有此效果之所有事業間的約定，事業團體的決定，及一致性行爲，與共同市場不相容並應禁止。

分析上述規定得知，構成歐體所禁止之聯合行爲，其要件有三。以下分別說明之：

一、行爲主體間須有卡特爾之合意

依法條規定之形態觀之。行爲主體進行卡特爾合意之情形，計有下列三種：

（一）事業間之約定

所謂「事業」(undertakings)，係指任何從事經濟活動之組織或自然人 。其範圍，除公司外，亦包括從事商業活動之自然人、合夥 (partnership) 及團體 (association)。至於「自由業者」(liberal profession)，例如發明家與藝術家，若有就其發明或藝術等事項，進行商業活動時，依執委會之意見，其仍屬事業之概念 ；又如律師一職，實務上以其享有於各會員國間得任意設立事務所之自由，故亦屬具備商業性要件之事業 。

至於「公營事業」(public undertakings)，依羅馬條約第九十條第一項之規定，其仍有本條項卡特爾禁止規定之適用；又如係未具備獨立法律人格之政府部門所從

事之工商活動者，歐洲法院認爲其仍屬公營事業之概念 。

另值注意者，乃子公司與持有其百分之百股份之母公司間所進行之意思聯絡，究否屬於卡特爾之合意。就此問題，不論執委會抑或歐洲法院，均持否定之見解 ；例如在相關判決中，歐洲法院即認爲第八十五條第一項之規定不適用於屬於同一企業集團之事業，或其母公司與子公司間之約定或一致性行爲，如果該等事業形成一個經濟單一體 (unité économinque)，於其中子公司在市場行爲決定上未有實際獨立自主能力，且事業間之約定或一致性行爲目的在於企業集團內部工作任務者之分派者 。職是，於此「企業一體論」(theory of enterprise entity)下，如子公司係依母公司之指示進行相關行爲時，固無卡特爾之合意可言；反之，雖數事業皆爲母公司百分之百持股之子公司，惟其俱違反母公司之指示，依獨立之意思而決定爲聯合行爲者，即應對其所爲之反競爭行爲負責 。

（二）事業團體之決定

按本條項所謂之事業團體，係指由數個相互獨立之事業所組成之結合體。其成立之原因，除基於事業間之合意外，亦有基於國家法律而設者。至於其性質，不以有營利之目的爲必要，亦不問其是否具備法人資格。因此，凡係基於其事業構成員之利益而成立之事業結合體，即使係公法上之團體或組織，亦屬羅馬條約第八十五條第一項所稱之事業團體 。

依歐洲法院於個案顯示之見解，其對事業團體決定之認定，可謂頗爲廣泛。亦即，除基於其全體事業構成員或執行機關構成員一致決議所爲之決定外，尚包括事業團體之機關、機關構成員及代表人所爲事實行爲之決定。同時，如因上述行爲致生一定之市場效果者，即使僅係對其成員之建議性行爲，亦屬本條項之事業團體決定 。

（三）一致性行爲

按上述所謂事業間之「約定」，其形態除具有法拘束力之契約外，亦包括「君子協定」及「默示的合意」 。相對於此，所謂「一致性行爲」，即係指事業間雖未達約定之階段，然彼此爲迴避市場競爭，爰有意採行的一種相互營業策略調整

行爲。要言之，其合意之形態，主要顯現於事業間營業策略之協調性上。至於達成行爲一致性之手段，其客觀上未必先存有預定之計劃方案，而係事業間藉由直接或間接之方式，例如利用市場資訊之公開化，間接傳達相互之營業策略，或直接進行商業情報之交換 。

惟應值注意者，乃歐洲法院認爲 ，於事業間有所謂有意識之平行行爲 (consciously parallel behaviour) 時，固不得逕行認定此即爲一致性行爲 (concerted practice)；惟非不得以其作爲間接證據，並參酌涉案商品之種類，涉案事業所占比例、相關市場之範圍及其特性，如有生異於正常市場下之競爭條件狀況者，即得據以推定其間存有一致性行爲。

二、以限制競爭爲目的或產生此效果

（一）限制競爭之意義

爲實現羅馬條約之立法目的，該條約爰於其第三條 (f) 款設有「保障共同體內之競爭不致扭曲」之規定。亦即，歐體於市場經濟體制之架構下，其對於共同市場所期待之市場秩序，洵屬以「有效競爭」爲內涵之競爭。準此而言，聯合行爲必以阻礙、限制或扭曲共同市場內的競爭爲目的，或有此效果者，始受羅馬條約第八十五條第一項之禁止。易言之，並非任何事業間的協議皆受歐體競爭法之規範，僅以該協議以係妨害競爭爲目的，或因該協議而造成市場競爭之不利益者，始受非難。

至於可能構成聯合行爲之協議，依歐洲法院之見解，除卡特爾構成員間，所爲限制競爭之協議外，尚包括其他足以限制卡特爾成員與第三者從事市場競爭之協議 。蓋其立論基礎，乃係著眼於事業自主性原則。申言之，凡事業於共同市場上採行如何之經營策略，本應由各事業自主決定之；依此自主性原則，各事業皆享有市場參進自由、交易對象選擇自由、交易與否之自由及交易條件決定之自由等。準此，凡有礙於上述事業自主性原則之協議，即皆屬第八十五條第一項所稱之限制競爭。至於實際判斷上，歐洲法院認爲凡對於顯在或潛在競爭者之市場行動有所影響，或意圖爲此影響而直接或間接爲意思聯絡者，均係違背事業自主

性原則 。

依上所述，羅馬條約第八十五條第一項所保護之「競爭」，可謂係著眼於各個事業皆得自主性的發揮其競爭機能，俾確保各事業營業活動之自由。因此，符合該條項限制競爭概念之聯合行爲，除卡特爾成員間相互約束事業活動之協議外，尙包括直接或間接限制其成員與第三者從事市場活動機能之協議。

（二）選擇性構成要件

依第八十五條第一項之規定，聯合行爲以限制競爭爲目的或產生此效果，兩者是選擇性的構成要件，僅充足其一即應禁止。準此，倘以聯合行爲具限制競爭目的之理由加以禁止時，則無庸審視聯合行爲是否具體產生限制競爭之效果。惟所謂限制競爭之目的，非指當事人主觀之意圖，而係由該等協定客觀上所表現之態樣或屬性加以判斷。例如，依據進口商與出口商所爲禁止平行輸入之協議；或供應商與經銷商間所爲使用限制、轉售價格拘束、經銷區域限制等協定；或保險事業團體對其構成員爲一致提高保費之建議等情形，皆可能被認定具有限制競爭之目的傾向，因而合致第八十五條第一項之適用。

抑有進者，倘無從確認是否具備限制競爭之目的時，即須檢視該等協定有無產生限制競爭之效果。此之效果，乃包含經濟性效果及法律效果。要之，即在第八十五條第一項之規範下，檢視相關市場之競爭秩序有無受影響；且所謂該影響效果，不以有直接影響效果爲限，尙包括一切有影響可能性之限制競爭效果 。

由歐洲法院之判決以觀，其於審視某協定有無產生限制競爭之效果時，除該協定之本身，乃另綜合其他同類協定一併觀察。其判斷重點，即係視該等協定有無對競爭者形成市場參進障礙。亦即，該等協定是否具備所謂「排他性效果」，恆爲判斷其是否該當限制競爭效果之要素 。

（三）顯著性要件

誠如先前所述，並非所有事業間之協定均受羅馬條約第八十五條之禁制；亦即，除因符合該第八十五條第三項之要件而排除該第一項之適用外，某些卡特爾倘欠缺「顯著性要件」(suffisamment sensible)，認爲聯合行爲理論上產生限制競爭

之效果，但實際上並不顯著者，即使條文無明文排除之規定，亦可除外不適用第八十五條第一項之規定 。

對此顯著性問題，歐洲法院亦認爲第八十五條第一項之適用，以某種協定所引發之限制競爭效果，足以影響爲第三者之事業或消費者爲前題；亦即應以該協定在市場上對第三者之事業或消費者，於商品或勞務之供需狀況發生如何之影響爲斷 。

準此，某協定或於理論上具備限制競爭之可能性，惟實際上其影響頗爲輕微，甚至於經濟上全然欠缺阻礙競爭之意義者，即可能排除第八十五條第一項之適用。

歐洲法院於若干具體案例上，亦企圖將此顯著性要件予以量化。例如，其曾認爲參與協定之事業，因市場占有率合計尚不足百分之一，爰不符顯著性要件 ；另對於數參與協定之事業，因市場占有率合計已逾百分之五，即已達顯著性程度 。基此實務案例，執委會爰於一九八六年九月三日發布一項通告(communication)，對顯著性要件訂出具體之認定標準，俾將下列不具顯著性程度之卡特爾，排除於第八十五條第一項適用之外：

爲聯合行爲標的之商品或服務，及聯合之成員事業因其特性、價格及用途使用者視爲類似之商品或服務，在卡特爾產生效果之共同市場區域內，其市場占有率不超過百分之五，及所有參加聯合之成員事業會計年度營業額之總合不超過三億歐元 (ECU)。

又應值注意者，乃上述之通告，並不適用於事業間參與數個同種協定，因而累積一定程度對相關市場之影響。再者，該通告僅係執委會用以作爲有無第八十五條第一項適用之判斷標準，其對歐洲法院及各會員國之法院或競爭主管機關並無拘束力。

三、有影響會員國間交易之虞

以限制競爭爲目的或產生此效果之協定，須有影響會員國間的交易之虞者，始有第八十五條第一項之適用。惟其意涵與認定標準爲何，即有進一步說明之必

要。

首先，就所謂「影響」(affecter) 一詞而言，其意涵究否僅限於負面效果者，學說有不同之見解。持否定說者，以爲此要件僅係用以劃定共同體法與各會員國法之適用影響。反之，採肯定說者，主張僅限於具有負面效果之影響者，始足當之；亦即僅有聯合行爲對會員國間的交易造成妨害時，始屬本條項所稱「影響」會員國間之交易。

至於實務作法，則兼採上述二說之見解 ，認爲本要件既爲確定管轄之要件亦爲實體規範之要件。其結果，不啻使本要件與上述限制競爭要件相重疊，且因而擴大此要件之適用範圍。

其次，就有關影響所及之「會員國間之交易」概念言之，其形態並非僅限於「商品交易」，即「勞務交易」，如銀行交易、外匯交易、保險及損失保證交易等，亦包括在內。

再者，對於有影響會員間的交易「之虞」，其判斷標準何在？就此，實例有採廣義見解者，認爲凡對會員國間之交易具有妨害可能性者，即爲已足；亦即，衡量諸客觀條件，倘聯合行爲對於會員國間之經濟流通予以直接或間接性影響者，均該當此一要件 。惟對此廣義性見解，有批評其過於擴大解釋，致使該要件失其規範之意義。

抑有進者，所謂有影響會員國間交易之虞的聯合行爲，不以參與之事業分屬不同會員國爲必要；亦即，雖同一會員國之數事業締結協定，致對其他會員國之市場產生影響者，亦有第八十五條第一項之適用。易言之，聯合行爲雖係以某一會員國領域爲相關市場範圍，惟倘因此足以使該會員國相關市場自整體共同市場脫離者，即該當此有影響會員國間交易之虞要件。

具體言之，判斷有無有影響會員國間交易「之虞」之要素，包含聯合行爲之標的、參與聯合行爲之事業數目、參與事業之企業規模，及衡量與其他限制競爭協定間在經濟上之關係。例如，卡特爾網羅了某會員國多數經銷商爲其成員，因而對其他會員國形成一閉鎖性之經銷體系，即可能就該商品之銷售，生有影響該

會員國與他會員國間交易之虞 。又如，合計擁有百分之六十市場占有率之數製造商，以維持市場占有率爲目的而組成卡特爾，縱使該卡特爾未爲有關排斥外國事業之條款，惟基於其所擁有之市場占有率之考量，執委會與歐洲法院均肯定其有影響會員國交易之虞 。

參、聯合行爲之例示性規定

羅馬條約第八十五條第一項 (a) 款至 (e) 款以例示性規定之形式，將該條項所禁止之聯合行爲包含下例五種類型： 價格協定； 生產、銷售、技術開發或投資等協定； 分配市場； 差別待遇； 搭售。

雖屬上述所列各類型行爲之一，惟其究否該當第八十五條第一項所禁止之聯合行爲，仍應視其有無合致本條項所規定之禁制要件。以下分別介紹各類型所列之行爲。

一、價格或其他交易條件之聯合

按第八十五條第一項 (a) 款規定：「直接或間接決定採購或銷售之價格，或決定其他交易條件」。蓋價格或其他交易條件，本質上係屬市場競爭不可或缺之重要因素，故以此爲聯合行爲之標的者，執委會與歐洲法院恒認定其對競爭秩序有所侵害；尤以水平的價格聯合行爲，更被認定本質上當然有限制競爭之效果。易言之，有競爭關係之事業間所爲之價格聯合行爲，因其於根本上有悖於羅馬條約之宗旨，故不僅於制度上無適用除外規定之可能，並且實務上亦趨於嚴格認定之態度 。亦即，縱使於國家實施價格管制之場合，凡事業直接或間接對價格變更之時期、額度等進行協定，且不論其形態係採行固定價格、最低價格、最高價格或目標價格，均屬違反第八十五條第一項。此外，就違法之態樣而言，亦不僅限於同業間直接就價格本身進行協議；即凡一切對價格具有影響效果之間接性協議亦包括之。例如，就生產數量、銷售數量、折扣比例、成本計算方式等進行協商者，亦足合致水平價格卡特爾。

其次，所謂價格卡特爾，除水平的價格聯合行爲外，亦包含垂直價格聯合行爲；後者即所謂維持轉售價格之行爲。要之，倘基於限制某商品轉售訂價自由之

意圖，由製造商與經銷商間進行維持轉售價格之協定者，因其仍具備妨礙競爭秩序之危險性，爰歐洲法院亦認定其有第八十五條第一項本款之適用 。

至於「決定其他交易條件」之聯合行爲態樣，歸納若干實例以觀，以金融事業間對於利率高低進行協議爲典型。此外，亦有事業間就供貨條件、營業時間等交易條件進行協定而構成聯合行爲者 。惟就類如商品樣本之陳設、展示會場之場所進行會商之行爲，原則上固屬限制競爭之行爲，然倘其具備合理化之效果者，仍有除外適用之可能性。

二、生產、銷售、技術開發或投資等之聯合

第八十五條第一項 (b) 款規定:「限制或控制生產、銷售、技術發展或投資。」首先，就文義以觀，本款涵蓋之事項範圍頗爲廣泛；惟典型事例，可謂係事業間就各相關事項共同爲比例分配之協議。

就水平之形態言之，通常爲同業間進行共同銷售或共同購買之協定，並各依協定所分配之比例從事生產、供給。不過，如係產業間爲因應不景氣時機所必要，因而共同協議如何調整設備以限制各別之生產者，就此構成所謂「不景氣卡特爾」，固該當第八十五條第一項本款規定，惟因可能依同條第三項之規定，予以除外適用。又如，就商品之製造標準、規格等進行合理化卡特爾之行爲，據此因而合意不從事不符一定標準或規格產品之製造，固該當本款所謂生產之限制，惟因其有益於商品標準化與規格化之經濟利益，故亦有同條第三項除外規定之適用。

至於垂直關係之限制，則包含有廠商對經銷商課以銷售區域、使用目的、使用區域等多種限制態樣；此外，如於智慧財產權授權契約附加限制性條款、或於投資協定中課予投資前須經由其他當事人同意之限制等，均可能有本條款之適用。

三、分配市場之聯合

第八十五條第一項 (c) 款規定:「分配市場或資源之供應。」其中以分配市場區域爲典型 （ 通常係以會員國別爲分配標準 ）；另亦有以產品種類或依交易

相對人之業種別爲分配市場之標準者。至於所謂「分配資源之供應」，則係指由買方事業所爲分配市場之聯合。

實務上常見者，厥爲供應商彼此進行市場區域分配之聯合。且此類行爲亦係根本違反羅馬條約建立經濟共同體之目標原則；蓋依條約第三條 (a) 款及 (c) 款等規定，爲達成建立共同市場之目標，各會員國應廢除進出口貨物數量之限制及除去勞務流通之障礙。此外，同條約第三十條亦禁止各會員國實施進口數量限制及其他具有同等效果之一切措施。準此，凡依會員國各別據以分配市場區域者，不啻限制了對相關會員國之進出口，亦屬牴觸上述規定之立法意旨。

具體言之，分配市場區域之合意內容，有約定各卡特爾成員僅得在其所分配之區域進行交易者；有約定其成員對某區域僅得供應一定數量或品質之商品者；亦有約定不得於特定區域積極從事銷售行爲者。此外，於不同會員國之廠商間互爲產品經銷之委託，且基於避免發生品牌間競爭效果，爰於各會員國內區分其經銷市場區域之情形，執委會認爲其仍屬分割市場之聯合行爲 。

四、差別等遇

第八十五條第一項 (d) 款規定：「就相同之交易，對其他交易對象適用不同之條件，致其處於不利之競爭地位。」其中以所謂差別取價之類型爲代表，即出口商品至他會員國，惟依會員國國別而異其定價。不過，倘因成本不同而予相異定價，因屬實質上之正當事由，故不構成本款所謂之差別待遇。

此外，應值注意者，乃所謂「拒絕交易」是否該當此差別待遇之規定。以單獨的拒絕交易而言，如廠商僅對特定之經銷商供貨，亦即對其他的經銷商拒絕交易，其情形除係基於「選擇性經銷體制」對經銷商專業條件之限制，可認爲具備正當理由外 ，否則均可能構成本款差別待遇之實施。至於共同拒絕交易之情形，則係數事業合意不與某特定事業爲交易；即所謂聯合爲杯葛之行爲。其原因，常見諸於廠商間對不遵守維持轉售價格策略之經銷商，所實施之懲罰手段；當然，亦可能出現於數經銷商聯合不向某特定供應商進貨之情形。

五、搭售

第八十五條第一項 (e) 款規定：「使契約之訂定依另一方當事人是否接受附帶義務而定；而該附帶義務無論就其性質或商業用途而言，均與上述契約之主旨無關。」此即學理上所謂之搭售契約。其典型之例，則爲供應商於出售某商品予經銷商之際，課以該經銷商須同時購入他種商品之義務。

茲有疑義者，乃搭售契約之規範對象，究係爲該契約之合意，抑或係交易行爲本身，乃有加以釐清之必要。惟從第八十六條 (d) 款亦有相同之規定而言，倘將第八十五條第一項 (e) 款之規範客體求之於搭售交易之行爲本身，則有關第八十六條 (d) 款以其爲濫用市場優勢地位之例示性規定，將毫無規定之意義可言。準此，第八十五條第一項 (e) 款，似係以當事人間爲搭售契約之「合意」爲規範之重心。

肆、適用除外規定

一、適用除外之意義

羅馬條約第八十五條第三項規定：

「但第一項的規定得被宣告不適用；

—事業間之約定或約定類型，

—事業團體之決定或決定類型，及

—一致性行爲或一致性行爲類型

對商品的生產或分配之改善，或技術或經濟進步之促進有貢獻，且確保使用者能公平分享其所導致之利益，而無 (a) 爲達此目的而對相關事業課以非必要的限制；(b) 於涉案產品之重要部分，賦予事業排除競爭之可能性。」

由上述之規定得知，同時該當第八十五條第一項與第三項之規定者，並不當然得主張「適用除外」；蓋條文既日「得被宣告不適用」，可知能否除外仍繫諸執委會之決定 (decision)。惟就所謂被宣告不適用之意義而言，何以設置此適用除外制度？蓋羅馬條約第八十五條第一項所規範之範圍本即爲廣泛，加之實務認爲構成第一項之違法須以其限制競爭具備顯著性爲要件，因此或有形式上該當第八十五條第一項之要件者，惟實質上並無限制競爭效果；或形式上對於競爭者有限

制其競爭機能，惟實質卻有利於市場競爭之促進。舉例而言，A 會員國製造商與 B 會員國經銷商訂定獨家交易契約，由於其排他交易之效果，對於交易相對人及其競爭者均有礙其自由競爭機能，亦即可謂該獨家交易係有影響至會國間的交易，故形式上已違反第八十五條第一項。惟如實質探究 A 國製造商在 B 國的市場地位，及考量該類排他交易之安排對 B 國經銷市場有其行銷策略之必要性，則反而可促進 B 國市場品牌間之競爭；爰由整體而言，實難認該類交易限制具備違法性。綜上所言，適用除外可謂係用以排除實質欠缺違法性之限制競爭行爲而設；易言之，構成羅馬條約上違法之聯合行爲，須同時具備第八十五條第一項積極要件及同條第三項之消極要件。

二、適用除外之要件

第八十五條第三項適用除外之要件有四，其中積極要件與消極要件各有二項：即以促進經濟進步、使用者分享利益爲積極要件；另以無非必要之限制競爭、不得排除競爭爲消極要件。以下即分別說明：

（一）促進經濟進步

適用除外之第一個要件爲，對商品的生產或分配之改善，或技術或經濟進步之促進有貢獻。質言之，應有助於經濟進步；惟究竟有無此促進之效果，非係求之於當事人主觀之判斷，而係依客觀事項爲衡量基準。

歸納執委會相關見解，於聯合行爲倘得降低產銷成本、提高產品品質、增加商品種類以擴大消費者選擇範圍等，均肯定其有促進經濟之效果。

具體言之，於獨家經銷契約之場合，固僅將經銷權授與少數經銷商，惟倘因此得有助於市場行銷之管理，俾增進品牌間競爭，即屬所謂對商品分配之改善。再者，就獨家購買契約而言，如因而具備穩定供給，可規劃長期生產及降低產銷費用，即應承認其對商品的生產有改善效果。此外，於選擇性經銷之販售專業高級商品，或共同研發之有利技術之提昇，及專利授權之有益品質改良等，均肯定其有經濟進步之促進性。

（二）使用者分享利益

「且確保使用者能公平分享其所導致之利益」爲聯合行爲除外適用之另一積極要件；就與上述之積極要件的關係而言，可謂在效果上之補充關係。

條文中所謂之「使用者」(utilisateurs) 通常固指最終消費者，惟不限於此；凡於商品流通過中，具有商品交易關係之直接或間接交易相對人均屬之。至於「利益」(profit)，其概念則頗爲廣泛；除價格低廉外，尙包含供貨增加、提高商品品質、供應穩定、充實消費資訊、有效率的售後服務及縮短送貨時間等。

聯合行爲是否有益於使用者，毋寧謂係一種利益比較衡量之結果；易言之，乃端視聯合行爲對於使用者所創造之利益，是否大於同時所生限制競爭之不利益。一般而言，執委會據以比較衡量之因素包括：一般經濟情況、產業特性、涉案卡特爾之類型及約定效力、參加成員之性質及地位等。

（三）限制競爭應有其必要性

反面言之，倘聯合行爲於促進經濟進步之目的上，非屬「不可欠缺」之手段方法，即不得許可其除外適用。至於「不可欠缺」之判斷標準，歸納相關案例以觀，執委會及歐洲法院均採嚴格認定之態度。一般而言，執委會通常會分析下列因素：特定產業之性質、市場狀況及其變動預測、被妨害之標的，必要時考慮會員國政府之態度、生產條件及必要投資規模、商品的性質及其使用狀況，參加成員掌握必要技術之必要性，獲得尋求結果所需時間及採行其他行爲之可能性。

於訂定獨家授權經銷契約之場合，倘附加獨買、獨賣及限制經銷區域等約款，須該等限制交易之安排係屬滿足該商品專業性經銷要求所必要。又如聯合展示商品之情形，其限制參與之廠商不得同時參加其他商品展示會，如係基於達成共同展示之合理目的者，即承認其限制之必要性。

再者，於專利授權契約附加限制性約款，如限制被授權人不得直接將產品輸往其他被授權人之區域，此於一定條件下，有承認其具備提昇技術水準之必要性；反之，類如絕對性區域保護條款、競業禁止、不爭條款、產量或銷售之限制、價格或銷售對象限制等條款，因已逾越專利法權利保護之必要性，即非屬不可欠缺之手段方法。

（四）不得排除競爭

所謂不得排除競爭，係指聯合行爲除外適用之結果，實質上不得因而影響市場上之競爭秩序；反面言之，設前三要件皆已充分，惟若予除外，市場之競爭將被消滅者，則仍不得允許除外。要之，違反競爭之聯合行爲雖因有正面之經濟效益而受容忍，惟仍不可能因此造成該市場之競爭完全不存在。

執委會於若干水平聯合行爲之案例中，原則上是以參與者之市場占有率作爲判斷有無排除市場競爭之標準。亦即，凡參與者之市場占有率合計未逾百分之三十者，原則上認定其有除外適用之可能 ；反之，倘逾百分之八十者，即排除其主張除外適用之可能性 。至於垂直的聯合行爲態樣中，則係以同一商品在不同階段之經銷市場上，是否皆能維持有效之競爭爲判斷標準；其間不僅須維持有效的價格競爭，亦包含維持相關的研究或開發市場競爭 。

此外，應值注意者，乃判斷涉案產品重要部分之競爭有無被排除之前提，須決定該產品之相關市場範圍。就執委會之見解而言，凡產品間具有替代可能性者，均屬相關市場之範圍；至於有無替代可能性，則係依買方之需求加以判斷。倘對於買方在產品特性、價格及使用目的上均屬同種類者，其間即有替代可能性，故屬相關市場之範圍。再者，由地理區域之觀點，究係以全體共同市場爲判斷範圍，抑或僅以一會員國之市場爲判斷對象，亦有釐清之必要。就此問題，執委會爲避免形成市場範圍概念過大，致適用除外制度過於浮濫，爰認定僅排除一會員國市場之競爭程度即爲已足 ；亦即，祇要一會員國之市場競爭受到限制，即不得主張除外適用。

三、適用除外之態樣

聯合行爲符合第八十五條第三項要件而向執委會申請除外適用者，其類型有二：即所謂「個別適用除外」與「集體適用除外」。前者，係依據理事會所訂之第十七號規則進行相關程序 ，惟其決定僅及於個案；後者，則係由理事會依據同條約第八十七條之授權下，訂定相關規則，俾決定就一定類型之聯合行爲，是否集體的予以除外適用。其詳，以下說明之：

（一）個別適用除外

依理事會第十七號規則第四條規定，主張個別適用除外之當事人，應向執委會提出申報；易言之，決定應否適用除外之權限者，洵屬執委會之專屬權。惟就具體案件相關爭議，其系爭關鍵繫於得否主張第八十五條第三項適用除外規定時，各會員國之競爭主管機關仍得表示判斷意見。

執委會於受理適用除外之申報後，倘認其請求事項無涉於限制競爭，故無庸依通常決定程序予以審查者，即得以舒慰函爲無第八十五條第三項適用之通知。抑有進者，此種簡易行政書函僅係表明執委會不介入審查之立場，亦即僅爲執委會之事實判斷關係，故無拘束會員國之競爭主管機關或法院之效力。

反之，倘執委會受理申報，並進行調查是否符合前述之除外實體要件時，對於爲申請之當事人可獲暫時免受處罰之免責效果。惟爲終局的決定究應否予以除外適用，執委會應踐行下列程序：送達申報書副本予當事人所屬會員國之主管機關，俾其得以表明相關意見；公告案件摘要，俾利害關係人有提出意見之機會；徵詢「聯合行爲及獨占諮詢委員會」之意見，諮詢之結果須作成書面且附於決定初稿，但不公開。決定應附具理由，並對外公布。不服決定者得上訴歐洲第一審法院請求救濟 。

雖決定允許個別除外，惟仍有期間之限制，亦即決定書應記載其有效期間。再者，決定亦可附加條件或負擔；惟附加不利益之條件或負擔，則須賦與申報當事人說明之機會。此外，決定亦得請求延展。至於決定所依據之事實變更、當事人不履行決定所附之負擔、決定所依據之資料不正確或係被詐欺行爲、當事人濫用除外，執委會得撤銷、變更決定或禁止當事人爲特定行爲 。

（二）集體適用除外

依第八十五條第三項之規定，就一定類型之聯合行爲宣告其集體的排除同條第一項之適用，即爲所謂集體適用除外。蓋某特定類型之聯合行爲，未必有礙於共同市場競爭秩序或會員國之交易；反之，亦可能有促進實現共同體目的之效果者。因此，倘得訂定此類集體適用除外規則以爲規範之準據，不僅得以減輕執委

會逐一審查個案之行政負擔，亦有助於法規範明確性及安定性之建立。

據上所述，理事會爰依羅馬條約第八十七條之授權，分別制訂下列四個規則：

一九六五年三月二日第一九－六五號規則

授權執委會制定關於下列約定類型之除外：

－關於獨家購買或銷售之約定；

－關於取得或行使工業財產權約定。

一九七一年十二月二十日第二八二一－七一號規則

授權執委會制定有關下列約定類型之除外：

－適用規格或型式之約定；

－研究與發展約定；

－專業化約定。

一九九一年五月三十一日第一五三四－九一號規則

有關保險部門合作約定之除外授權。

一九九二年二月二十五日第四七九－九二號規則

關於海運公司間約定之除外授權。

執委會根據上述理事會之授權規則，截至目前已制定若干規則，其中仍屬有效者，如下：

一九八三年六月二十二日第一九八三－八三號規則，關於獨家授權經銷約定；適用期間，原爲一九八三年七月一日至一九九七年十二月三十一日，日前已決定延長適用至一九九九年十二月三十一日 。

一九八三年六月二十二日第一九八四－八三號規則，關於獨家購買約定；適用期間，原爲一九八三年七月一日至一九九七年十二月三十一日，日前已決定延長適用至一九九九年十二月三十一日 。

一九八四年十二月十九日第四一七－八五號規則，關於專業化約定；適用期間，原爲一九八五年三月一日至一九九七年十二月三十一日，惟依二二三六－九七號規則修正，業已延長適用至二〇〇〇年十二月三十一日 。

一九八四年十二月十九日第四一八－八五號規則，關於研發約定；適用期間，原爲一九八五年三月一日至一九九七年十二月三十一日，惟依二二三六－九七號規則修正，業已延長適用至二〇〇〇年十二月三十一日 。

一九八八年十一月三十日第四〇八七－八八號規則，關於加盟約定；適用期間，一九八九年二月一日至一九九九年十二月三十一日 。

一九九二年十二月二十一日第三九三二－九二號規則，關於保險部門合作約定；適用期間，一九九三年四月一日至二〇〇三年三月三十一日 。

一九九三年六月二十五日第一六一七－九三號規則，關於航空運輸約定；適用期間，一九九三年七月一日至一九九八年六月三十日 。

一九九五年四月二十日第八七〇－九五號規則，關於定期海運約定 。

一九九五年六月二十八日第一四七五－九五號規則，關於汽車經銷約定；適用期間，一九九五年十月一日至二〇〇二年九月三十日 。

一九九六年一月三十一日第二四〇－九六號規則，關於技術移轉約定；適用期間，一九九六年四月一日至二〇〇六年三月三十一日 。

依據上述各該集體適用除外規則，事業自得預先調整其聯合行爲之內容，避免觸法。蓋各集體適用除外規則，均訂有不得除外適用之條款（ 即所謂「黑條款」），俾明確指出違法行爲之界限，其結果當有助於法規範之明確性；另就其因而得免除個別適用除外之繁瑣程序而言，亦有提昇行政效率之功效。

伍、結　論

按各國競爭法對聯合行爲之規範，咸採所謂「原則禁止，例外允許」原則；此觀歐體羅馬條約第八十五條之規定亦然。申言之，羅馬條約第八十五條第一項設有聯合行爲原則禁止之規定，且於聯合行爲之成立上係採選擇性構成要件之形式；亦即，凡具備限制競爭之目的或效果者，均在禁止規範之例。惟該原則禁止之範圍雖行爲廣泛，然非謂所有之約定、決定及一致性行爲，均構成聯合行爲之違法。蓋依歐體實務運作之結果，爰認爲聯合行爲須具備「顯著性要件」，始足論其違法；此由執委會訂出一量化標準，俾排除不具顯著性之卡特爾於第八十五

條第一項適用範圍外，即足說明。

另歐體爲確保其共同市場交易之自由流通，爰對聯合行爲所謂「有影響會員國間的交易之虞」之構成要件，作廣義性解釋。冀期藉由擴大羅馬條約第八十五條之適用，俾對直接或間接有影響共同市場交易秩序之聯合行爲，均納入規範範疇。

至於第八十五條第三項，則屬聯合行爲例外許可之規定。凡具備該項所列四個要件者，均可除外於同條第一項禁止規定之適用。亦即，執委會得依個案或行爲類型，分別宣告個別除外適用或集體除外適用；惟兩者相較，集體適用除外規則制度，應較得提昇行政效率並符合法規範明確性之要求。

第三章　聯合行爲除外規則

壹、獨家授權經銷約定

一、基本定義

第一九八三－八三號規則係以獨家授權經銷契約爲規範主體而制定之集體除外規則　，凡符合規則所定要件之獨家授權經銷契約，可免除向執委會提出申報之義務，即自動除外於羅馬條約第八十五條第一項之適用。

第一九八三－八三號規則第一條規定，依羅馬條約第八十五條第三項之規定，且在本規則其他條款範圍內，羅馬條約第八十五條第一項不適用於二事業所訂立，而當事人之一方基於在共同市場全部或一部地區內轉售之目的，同意僅提供特定產品予他造當事人之契約。

第一條之定義規定可歸納出以下數點特色：

僅於契約之實質目的係在授予產品之購買人以獨家經銷商地位 (status) 時，方有第一九八三－八三號規則之適用。若締結契約之目的係爲課以買方「獨家購買」之義務時，即應適用第一九八四－八三號規則。

依第一條之規定，允許課以供應商不得將供轉售之產品售與特約地區內除獨

家經銷商以外之任何人的限制性義務。至於課以供應商須保護其經銷商免於遭受平行輸入商間接競爭之義務，則不在第一條之容許範圍內。

適用集體除外規則之契約須爲雙務 (bilateral) 契約，亦即僅限兩造爲契約之當事人。

本規則僅適用基於「轉售」之目的而締結之產品供應契約，執委會在「指導原則」中提出之判斷標準爲「經銷商所銷售之產品須與製造商基於轉售之目的所供給者相同」，但轉售前將產品分解另予包裝，並不妨害該產品經濟上之同一性 (economic identity)，若經銷商另作額外之處理時，則判斷之標準，應視此類加工程序對於產品增加多少價值而定，其間之分別，應就個案情節分別判斷，商業上之習慣 (trade usage) 尤應列入考量。

製造商得指定一經銷商負責其產品於整個共同市場中之行銷事宜。然若不存在由非歐體會員國之國家輸入同一種產品以形成同種品牌競爭之可能者，仍不得享有集體除外之利益。

若指定該獨家經銷商同時負責在非歐體會員國之其他國家中經銷產品之事宜時，仍得享有集體除外之適用。

不分當事人是位於同一會員國或隸屬不同之會員國，均得適用集體除外規則。

若同一地區中，同時指定二個以上之經銷商時，僅得申請個別除外 。但規則所容許之排他性，僅限於地域性質者，若係關於顧客之分類者，則不在此限。

二、除外適用條款

（一）對供應商之限制

依規則第二條第一項之規定，除本規則第一條所列之義務外，對於供應商不得課以禁止其於約定銷售區域內，提供產品予使用者以外之義務。惟當事人亦得於契約中保留供應商直接銷售產品給最終使用者之權利，而毋須給予獨家經銷商任何補償；使用人只要非基於再行銷售之目的而取得該產品，即不抵觸本條之規定。

（二）對獨家經銷商之限制

1.不得製造或經銷競爭品牌之產品

第二條 (a) 款之義務，實係課以獨家經銷商「不競業之義務」，除不得製造或經銷競爭品牌之產品外，尚包括不得使用其他之方法將競爭品牌之產品行銷至市場，例如擔任另一個品牌之代理人或加盟經銷商。此項限制係攸關異種品牌之競爭 (interbrand competition)，而於契約期滿後即失效。但實際上，經銷商亦可能藉利用銷售舊產品所獲致之商譽，用以銷售新廠牌之產品，而產生「搭便車」(free-riding) 行爲之問題。

2.須向供應商獨家購買

第二條 (b) 款之義務係關乎同種品牌間競爭之限制，供應商得藉此避免高價位地區之經銷商向低價位地區之經銷商採購產品。此項規定，以契約中包含獨家供給義務 (exclusive supply) 條款爲前提，否則應屬第一九八四－八三號規則之範圍。

3.禁止域外主動銷售活動

第二條 (c) 款之限制，並非一絕對性之限制，否則供應商即得藉課以經銷商出口之禁止以達成完全阻絕同種品牌產品競爭之效果。

除此之外，設定最低轉售價格或分配顧客之行爲均不受允許，限制獨家經銷商處理特約產品之自由，或無正當客觀之理由而對經銷商之資格加以限制，均不得適用集體除外規則。

4.經銷商之基本義務

第二條第三項列舉得課加獨家經銷商之積極性義務，包括獨家經銷商應購買與特約產品相關之所有附屬產品或約定最低購貨數量；依供應商指定之商標、包裝、陳列方式銷售產品；採取包括廣告、維持存貨、提供顧客服務或偏用有專業訓練經驗之員工等促銷措施。

三、不得除外適用

（一）競爭廠商互惠獨家授權經銷契約

第三條 (a) 款禁止競爭廠商互相授權對方爲自己之獨家經銷商，因此種水平

獨家交易安排，可輕易地達成分割市場之目的，故爲執委會所禁止。只是在行銷實務上，廠商透過一熟知市場狀況並擁有強大行銷網路之競爭廠商爲自己行銷產品，當可節省許多行銷成本，並可增加產能進而降低產品之售價，此種行銷上之優點亦爲執委會所肯定。

第三條之規定係立論於需求交互彈性 (cross-elasticity of demand) 之探討，對於供給交互彈性 (cross-elasticity of supply) 則不加分析，在內容上較爲具體。惟對於進入市場障礙 (entry barrier) 較高，或供應商人數較少之產品，第三條 (a) 款可能有執行上之困難。

廠商只須在同一產品市場中具有競爭關係，即可該當第三條 (a) 或 (b) 款之要件，至於是否在其他種類之產品市場中也處於競爭狀態，則非所問。至於與潛在之競爭者所訂立之獨家授權經銷契約，是否亦受第三條 (a) 或 (b) 款之拘束，由尋求法律明確性之立場來看，似應持否定之見解。

另外，規則第四條將競爭產品由契約當事人一方之關係企業 (connected undertakings) 所製造者，排除於適用範圍外。因此，獨家經銷商之子公司若開始生產特約產品或與之相當之產品，縱使銷售區域在共同市場外，該獨家授權經銷契約亦不得適用本規則之規定。同樣地，獨家經銷商若因併購而與競爭產品之製造商成爲關係企業時，集體除外亦失其效力。

（二）逾一定規模之非互惠獨家授權經銷契約

爲避免競爭廠商單方面授權他方爲其獨家經銷商以規避第六七－六七號規則，進而產生市場區隔 (market segment) 之弊病，執委會於第三條 (b) 款將非互惠之獨家授權經銷契約亦列入禁止範圍內；除非當事人中之一方其年度總營業額不逾一億歐元 (ECU)。總營業額之計算，依第五條第三項之規定，須扣除稅賦及所有產品於全球銷售總營業額之各類稅捐後計算之。惟廠商之規模因合併或收購而改變時，仍有第四條之適用。

第三條 (b) 款可視爲執委會有意協助中小事業之另一例證，係爲同條 (a) 款之例外規定，而其判斷之依據，以相關事業之市場營業額（ 即其經濟上之規

模 ）爲準，並不涉及其市場占有率之多寡 。惟在契約成立生效後，若原屬中小事業之一方，因併購或營收增加致逾越本條 (b) 款所定之總營業額之限度時，是否仍得享有集體除外之適用？若從條文文義解釋而言，此時即不應適用集體除外規則，且契約中之限制性約款亦可能因抵觸羅馬條約第八十五條第一項而無效；然學者多從維護安定性之角度批評此一立法之不當。

（三）限制使用者或經銷商選擇供貨來源

限制平行輸入之禁止

執委會認爲唯有開放平行輸入，方能確保市場利益由消費者共享，因此在第三條 (c) 款中，明定任何之獨家授權經銷契約，不得剝奪產品使用者 (users) 選擇於經銷區域外取得貨物之權利。

獨家授權經銷契約有第三條 (c) 款之情形發生時，契約當事人須證明使用者得藉平行輸入或自其他經銷區域取得該產品。再者，製造商於共同市場中僅指定一獨家經銷商，且產品無法自共同市場外之第三國輸入時，得以代表其他區域產品供應商之身分，提供產品予最終之使用者，並不得依第二條第一項規定，於契約中限制供應商之此一權利。

製造商就同一種產品貼以不同之商標而行銷於不同之歐體會員國中，執委會仍將之視爲同一種產品，並認此舉符合「貨物自由流通原則」之要求 ，但若製造商爲因應各地區不同消費者之需求，而在產品上作不同之改良並貼以不同之商標時，則仍須於實質上具備二種以上之取得管道，方得符合集體除外規則之要件 。

（四）工業財產權濫用之禁止

除使用者外，第三條 (d) 款將保護範圍延伸至其他中間商 (intermediary)。獨家授權經銷契約之當事人不得利用工業財產權或其他商業上之權利，令使用者或經銷商無法自其他區域取得特約產品或禁止其賣入經銷區域，否則均構成對平行輸入之妨礙。此外，執委會在「指導原則」第三十三點中就本條爲擴大解釋，認爲當事人限制自第三國之平行輸入，亦在本條禁止範圍內。此時，縱令使用者或

中間商於共同體內另有取得產品之管道，亦不排除該協議之違法性。

四、執委會之撤銷權

規則第六條規定，執委會得對任何不符合羅馬條約第八十五條第三項之協議或行爲，撤銷其除外決定。特別是在產品未能形成有效競爭，或當事人間之契約形成業者進入市場之障礙，以及使用第三條 (c)、(d) 款以外之方法令使用者或中間商不能自經銷區域外依通常條件取得產品之供應，或獨家經銷拒絕供應某類型之顧客或以超高價格出售產品等情形。執委會於行使撤銷權時，應就個案情形，依第十七號規則所定之程序，以決定 (decision) 爲之，撤銷之決定不具溯及效力。

執委會於行使權力以決定撤銷集體除外之效力前，應給予當事人充分申辯之機會。且執委會得於決定撤銷時，要求業者改善違法之情形，而符合執委會之要求後，另以「個別除外」之方式排除其違法性。

五、啤酒及加油站協議之排除適用

第一九八三－八三號規則第八條規定，本規則不適用於在特定場所供應飲料及在加油站銷售石化產品之獨家授權經銷契約。有關供應啤酒及汽油之獨家購買義務，於第一九八四－八三號規則中定有專節加以規範，故獨家經銷商僅擁有一小型的主要銷售區域 (principal sales area)，而未授與專屬經銷區域者，得援用第一九八四－八三號規則享有集體除外之適用。

六、一致性行爲之適用除外

對於不具法律拘束力之行爲，如基於供應商與經銷商間之默契所形成之交易限制，雖未明定具體排他性之條款，但實際上與獨家授權經銷之效果無異，此時依規則第九條之規定，仍準用本規則。

七、過渡性條款

對於一九八三年七月一日起已生效，或訂立於該年七月一日至十二月三十一日間之經銷契約，若符合第六七－六七號規則所定之要件時，仍可適用該集體除外規則至一九八六年十二月三十一日止，自該日以後，所有之獨家授權經銷契約

均須依第一九八三－八三號規則之規定，始得享有集體除外。因新會員國之加入，以致其原有之經銷契約有違反羅馬條約第八十五條第一項之虞時，新會員國之事業須於加入後六個月內向執委會提出申報，在執委會作成處分之決定前，其契約可享有暫時性之效力。

貳、獨家購買約定

一、基本定義

第一九八四－八三號規則第一條規定，所謂獨家購買契約，乃僅二事業所訂立，就經銷商基於轉售之目的銷售之特定產品，僅得向供應商，或其關係企業，或供應商授權銷售該產品之其他供應商購買之契約。要之，此規定揭示本規則適用之四個基本要件，即：

契約須由二事業所訂立；

經銷商須同意向供應商購買某些特定種類之產品；

經銷商須排他地僅能向特定之供應商購買產品；

購買產品之目的須爲轉售之用。

二、除外適用條款

對供應商之限制

本規則第二條第一項規定供應商所負義務，乃供應商不得將特約產品或其競爭之產品，銷售至經銷商之主要銷售地區 (principal sales area)。另外，在規則第十六條規定，契約當事人約定，供應商於共同體之全部或特定之地區內，僅供應產品予經銷商，而經銷商亦允諾僅向供應商購買時，不在本除外規則適用範圍內。分析上述二條文似有矛盾之處。究其實，第二條第一項之規定，係允許供應商對受供應者提供一定之地域保護；相對之，第十六條之規定則顯示，若經銷商被授予排他的保護區域時，即無第一九八四－八三號規則之適用，此時應考慮適用第一九八三－八三號規則。

（一）對經銷商之限制

規則第二條第二項規定，除第一條所定之義務外，就經銷商僅得限制其不得製造或經銷與特約產品相競爭之產品。此一義務與第一九八三－八三號規則中就獨家經銷商所爲之限制相同，而依規則前言第八項則指明「此種限制可強迫轉售商集中精力以銷售特約產品」。

其次，規則第二條第三項允許對經銷商課以某些積極之義務，其內容大致類似於第一九八三－八三號規則 ，例如經銷商負有最低購貨數量及其他的促銷義務。惟其中主要差異處，除了第一九八四－八三號規則將購買完整系列之產品及最低購貨數量二種義務分成二款加以規定外，乃是將最低購貨數量之義務僅限於適用特約產品 (contract goods)，而不及於其他產品。

三、不得除外適用條款

（一）競爭廠商間之互惠與非互惠契約

第一九八四－八三號規則第三條 (a)、(b) 兩款，分別禁止競爭廠商或其關係企業間訂立互惠或非互惠獨家購買契約。但年度總營業額未超過一億歐元 (ECU) 之中小事業，所訂立之非互惠獨家購買契約則不在此限。

（二）限制購買產品範圍

依規則第三條 (c) 款規定，獨家購買契約不得約定購買一種 (type) 以上，且產品彼此間依性質或商業習慣，無法視爲相關之產品。此一規定之目的係在防止不合理的搭售 (tie-in) 及強迫照單全收 (full-line forcing) 之情形。

（三）限制更新契約

獨家購買契約之期間，不得爲不定期或超過五年，因此經銷商得享有定期更換供應商之機會。經銷商於五年的期限屆滿後，在真正享有可更換供應商的機會下，仍得選擇與原供應商訂立新契約。但爲保障經銷商確實享有於契約期滿後更換供應商的機會，且避免當事人從事脫法行爲，爰執委會於「指導原則」第三十九點規定，當事人若約定，於期間屆滿後除非一方當事人爲終止契約之通知，否則契約視爲自動更新者，仍視爲不定期契約。

四、不適用一般集體除外之特別約定

規則第十六條及第十七條分別規定兩種不得適用第一九八四－八三號規則之情況：一是獨家授權經銷契約不得援用第一九八四－八三號規則之規定享有集體除外；二是相同的當事人就同一營業地點，就產品內容包括本規則第一編或第二編之啤酒或第三編之汽油，而成立之獨家購買契約，不得依第一九八四－八三號規則享有集體除外。

（一）啤酒供給契約

1.適用要件

依第一九八四－八三號規則第六條第一項規定，啤酒供給契約欲適用該規則第二編規定之獨家購買契約，須具備以下四項要件：

契約須由二個事業所訂立；

經銷商須被授予特殊的商業或財務上利益；

經銷商須同意僅向供應商、其關係企業或其授權經銷產品之事業，購買契約中所特定之啤酒或啤酒與其他飲料；

經銷商須出於在契約中指定之營業場所轉售之目的，而取得啤酒及其他飲料。

2.締約對象

第六條第二項規定，經銷商得與非供應商之獨立事業約定，僅向該事業所指定之供應商購買啤酒或飲料。另執委會在「指導原則」第四十五點中認爲，此種獨家購買義務之擴張，可由特約營業場所之所有人或承租人，移轉予該營業場所名義上之繼受人或次承租人。而且，轉售商可同時與數個對象成立獨家購買契約。

3.銷售地點

產品須於銷售及消費啤酒或飲料之約定營業場所中轉售，方得適用本規則。依本規則之英文及法文版本，該特約營業場所可用於同時消費酒精及非酒精性飲料，或僅消費非酒精性飲料。如果該營業場所並非供消費飲料之用，如外賣業，解釋上並不必然排除於本規則適用範圍之外。

4.供給產品範圍

規則第六條規定獨家購買義務僅適用於「特定啤酒」或「特定啤酒及其他飲料」，但不及於飲料以外之其他產品或服務。執委會於「指導原則」第四十一點中表示，啤酒或其他飲料須以品牌 (brand) 或名目 (denomination) 加以特定，並將購買之飲料限定在契約生效時，供應商所擁有者爲限，且該產品應按實際所需之數量，於充分正常之期間內，以通常銷售予消費者之價格、條件供應之。當事人若欲擴張獨家購買產品之範圍，需另以契約訂定之，且須符合本規則第二編所訂之各種要件。至於飲料品牌或名目雖有改變，而其他部分保持不變時，不構成獨家購買義務之擴張。

5.契約期間

規則第八條 (c) 及 (d) 款規定，依特約產品範圍之不同，而異其契約存續期間之長短。

在特約產品爲啤酒及其他飲料時，其契約期限不得爲不定期或超過五年以上；若特約產品僅限於啤酒時，則不得爲不定期或超過十年。且依第八條第一項之 (d) 及 (e) 款，供應商不得要求經銷商之繼受人與其訂立較原獨家購買契約期間更長之契約。惟當事人得於契約期滿後，再行更新。

（二）除外適用條款

1.對供應商之限制

依規則第九條之規定，規則第二條第一項及第三項亦適用於啤酒供應契約。因此，啤酒供應商之唯一義務，乃不得將特約產品或與之競爭的產品，銷售至經銷商之主要銷售地區。此外，由於第一九八三－八三號規之第八條，將啤酒與汽油之供應契約，排除於適用範圍之外。因此，在啤酒之獨家購買契約中，當事人不得藉任何之條款安排而適用第一九八三－八三號除外規則。

2.對經銷商之限制

除了獨家購買義務外，規則第七條亦列舉三種得對經銷商課加之附隨性限制義務，概略地可分爲不競業義務、包裝之義務及廣告之義務：

3.不競業之義務

依規則第七條第一項 (a) 款規定，得限制經銷商不在特約營業場所中銷售其他供應商所提供之同類型啤酒或其他飲料。所謂同類型 (of the same type) 之啤酒或其他飲料，依同條第二項規定，係指依製造成份 (composition)、外觀 (appearance) 以及口味 (taste) 判斷，二者難以區分者。

4.包裝之義務

依規則第七條第一項 (b) 款之規定，經銷商在特約營業場所銷售其他供應商所提供之不同類型啤酒時，除桶裝之販賣方式，係依慣例或爲滿足顧客需求所必需者外，當事人得約定轉售商僅能以瓶裝、罐裝或其他小型包裝出售之。

5.廣告之義務

規則第七條第一項 (c) 款乃對經銷商促銷行爲之限制。依該款規定，當事人得約定對於其他廠商所供應之產品，轉售商在特約營業場所之內部或外部，僅能按該產品占其總營業額比例之範圍內，爲廣告促銷之活動。

（三）不得除外適用條款

1.逾越獨家購買義務範圍

經銷商之獨家購買義務，僅限於第六條與第七條所定者，除此之外，供應商或其關係企業就飲料以外之產品或服務，不得課以經銷商獨家購買之義務（第八條第一項 (a) 款）。此外，就與獨家購買義務或不競業條款不相關之產品或服務，經銷商有權選擇其交易對象，供應商亦不得限制經銷商此項權利（第八條第一項 (b) 款）。

第八條第一項 (b) 款雖禁止供應商就其他產品或服務，過度限制轉售商選擇交易對象之自由，但執委會於「指導原則」第五十三點中，就在承租自供應商之營業場所設置之娛樂機器 (amusement machines)，卻放寬了此項限制。

「指導原則」第五十三點肯定，在承租之酒館中裝設娛樂機器，應獲得該營業場所所有人之書面同意。該所有人得以有損害該營業場所特色之虞，而拒絕承租人之要求，或限制承租人僅能裝設特定種類之機器。若所有人限制承租人僅能向其所推薦之廠商租用機器，除非是基於品質上之要求 ，且此一客觀標準須一

體適用於所有潛在之娛樂機器提供廠商，否則仍將因過度限制轉售商之締約自由，而有違反第八條第一項 (b) 款之虞。供應商亦不得限制其承租人僅能租，而不得自行購置娛樂機器。

2.逾越契約期限

依規則第八條第一項之 (c) 款及 (d) 款，啤酒供應契約須爲固定期限，但特約營業場所若係由供應商出租予轉售商者，則該契約之期限得依同條第二項 (a) 款予以延長。

本規則另依特約產品範圍之不同而劃分各該契約之最長期限，依第八條第一項 (c) 款，若特約產品包括特定啤酒及其他飲料者，契約最長期限爲五年；若特約產品僅限於特定啤酒，而不及於其他產品者，則依同條款之 (d) 款規定，其契約最長期限可達十年，且此一法定最長期限係強制性的。

第八條第一項 (e) 款允許經銷商將其獨家購買之義務移轉予其營業場所之繼受人，但該繼受人僅於原契約未屆期限內受其拘束。

另依特約營業場所係由供應商之承租人經營或由供應商獨立持有，其契約之最長期限亦適用不同之規定：

2.非承租之營業場所

若獨家購買契約中所特定營業場所，並非由供應商出租予轉售商使用，則視特約產品僅爲啤酒或尚包括其他之飲料，分別依第八條第一項之 (c) 款及 (d) 款，決定其契約之可容許最長期限。

3.承租之營業場所

在供應商出租營業場所予轉售商時，規則第八條第二項 (a) 款規定，啤酒獨家購買契約之期限不受同條第一項所定期限之限制，在經銷商實際於該處所營業之期間內均屬有效。若供應商允許其承租人，除以通知終止外，得永久於該處所營業，則獨家購買之特約即得繼續延續 。惟同條第一項 (e) 款，禁止供應商課以轉售商之繼受人，較轉售商更長之特約期限之規定，於此仍適用之。

4.準用規定

規則第九條規定，於適用啤酒供應契約之集體除外條款時，應參照第一編第二條第一項（ 供應商之競業禁止義務 ）、第二條第三項（ 經銷商有關購買特定系列、數量及促銷等附隨性限制義務 ），及第三條之 (a) 款、(b) 款合併第四條及第五修有關禁止相競爭製造商間締結契約之規定。

此外，規則第四編之規定亦可適用於第二編之啤酒供應契約。

（四）「微小不罰原則」(de minimis rule)

執委會於一九九二年另發布了一份「通告」(Notice) ，該「通告」修正原「指導原則」之第四十點，認爲釀酒廠（ 製造商 ）在內國之市場占有率不逾百分之一，且其啤酒之年產量不逾二十萬公石 (200,000 hectoliters) 之情況下，所訂立之啤酒供應契約不致有違反羅馬條約第八十五條第一項之虞。但此一原則僅於特定之契約期內有其適用；在特約產品包括啤酒及其他飲料之契約，係不得逾七年半；在特約產品僅爲啤酒之契約，其期限不得逾十五年。

1.加油站供應契約

(1)適用要件

規則第十條規定得給予集體除外之加油站供應契約，須具備以下四項要件：

契約須由二事業所締結；

經銷商須被授予特殊之商業或財務上利益；

經銷商同意僅能排他的向供應商購買契約中所特定之石化汽車燃料，或石化汽車燃料及其他燃料；

經銷商僅能出於在契約中指定營業場所轉售之目的，而購買石化汽車燃料與其他燃料。

此四項要件與啤酒供應契約大致相同，惟第十條並無類似第六條第二項，容許供應商以外之第三人課以經銷商獨家購買義務之規定。

(2)定義

本規則所稱之加油站 (service station)，依執委會於「指導原則」第六十一點，係採廣義之見解，包括臨接公共道路之汽油供應站，及設於不對外開放之私人土

地上之加油裝置。另根據「指導原則」第六十點對「汽車燃料」(motor-vehicle fuel)之定義，該加油站所供應之燃料，除使用於汽車外，尚包括使用其他以馬達作爲動力之陸上或水上之交通工具及航空器 (aircraft)。

(3)特約產品之範圍

依規則第十二條第一項 (a) 款規定，獨家購買義務僅適用於「特定之石化汽車燃料」或「特定之石化汽車燃料與其他燃料」，而不適用於燃料以外之產品或服務。

(4)契約期間

依規則第十二條第一項 (c) 款之規定，契約之期限不得超過十年，較啤酒供應契約爲長。該條第二項對於營業地點係由供應商出租予轉售商之情形，亦允許其得延長契約之期限至轉售商實際於該地營業之期間。

(5)除外適用條款

不競業義務：規則第十一條 (a) 款限制經銷商不得於特約加油站內或加油站外銷售其他廠商所提供之汽車燃料或其他燃料。其他廠商之燃料，不限於與特約產品屬同一種類 (the same type) 者。此外，依同條 (b) 款規定，當事人亦得約定於轉售商提供或融資裝設潤滑油站 (lubrication bay) 或其他汽車潤滑設備時，不得向其他廠商購買潤滑油或相關之石化產品。

潤滑油品義務：依規則第十一條 (b) 款規定，供應商得限制經銷商不得於特約加油站「使用」競爭品牌之潤滑油或其他石化產品。供應商僅能於該特約加油站之潤滑油站或其他汽車潤滑設備係由其所提供或資助時，始得爲此限制。且此項限制，僅限於對顧客提供保養服務而使用者，倘轉售商係以轉售之目的而購買時，不在此限。

廣告義務：規則第十一條 (c) 款與第七條第一項 (c) 款之規定相同，限制經銷商僅能依其他品牌產品占該加油站年度總營業額之比例，在特約加油站之內外刊登其他品牌產品之廣告。

保養維修義務：於特約加油站之設備係由供應商或其關係企業所提供或融資

之情形，規則第十一條 (d) 款授予供應商得指定維修廠商之權。

(6)不得除外適用條款

規則第十二條列出不得適用集體除外規則之情形，其中第一項 (a) 款禁止獨家購買義務之範圍，除第十一條 (b)、(d) 款所容許之例外情況，不可延伸及於汽車燃料及其他燃料以外之產品。同條項之 (b) 款則禁止就經銷商向其他廠商購買產品或取得服務之自由課以過多之限制。

此外，依規則第十二條第一項 (c) 款，契約之期間不得爲不定期或超過十年。但在特約營業場所係由供應商出租予轉售商，或允許轉售商基於其他之法律或事實上理由占有之情況，該獨家購買契約之最大期限等同於租賃契約之期限。另對於轉售商之繼受人所課義務之範圍及期限，亦不得逾越轉售商自身所受拘束之範圍。

(7)其他規定

依規則第十三條規定，於適用加油站供應契約之集體除外規則時，得準用規則第一編之第二條第一項、第三項、以及第三條之 (a)、(b) 款暨合併第四條與第五條之規定。

此外，對於獨家購買人亦不得授予任何之獨家銷售地域，否依規則第十六條規定，即不得適用本規則。依規則第十七條規定，若供應商課諸買受人之獨家購買義務，同時包括石化燃料及得依規則第一編享有除外之其他產品，亦不得適用第一九八四－八三號規則享有除外。但當事人若放棄依第三編所得享有之特別利益，如較長之時效期間，則仍得依第一編之一般規定享有除外。

零售商依第十三條準用第二條第三項之規定，雖負有採購最低數量及從事促銷活動之義務。如果零售商之採購量（ 或其銷售量 ）未能達到契約所定之最低數量時，供應商即有權終止契約或拒絕供應該零售商。若所約定之最低採購量係超過該加油站之合理能力範圍者，得被視爲係對該加油站之差別待遇行爲，可由執委會依規則第十四條撤銷其除外。

參、專業化約定

一、定義與適用範圍

所謂專業化協議，其種類本有多樣，如：生產專業化 (production specialization)；單方面專業化 (unilateral specialization)；相互專業化 (reciprocal specialization)；伴隨銷售之生產專業化 (production accompanied by joint sales)；產品組件生產專業化 (component production specialization)；新產品共同開發與生產 (joint development and production of a new product)。

惟依第四一七－八五號，有關專業化協議集體除外適規則第一條規定，其對專業化協議之定義，係指事業間基於生產專業化之目的，相互同意於協議有效期間內，遵守下列協議內容之限制：

相互間，就一定之產品，僅得委託他方當事人生產，即不得自行生產或委託第三人生產；

就一定之產品，僅得共同生產或共同委託第三人生產。

依上定義規定得知，協議限制須存於當事人「相互間」，因此所謂單方面專業化，即無本規則之適用。另依本規則前言所示，其適用對象除既有產品外，當涵蓋至新產品之共同開發與生產。此外，應予注意者，依一九九三年修正之第一五一－九二號規則 ，其於本規則第二條第一項中，增列 (d) 至 (f) 款有關排他性經銷條款，爰將本規則之適用範圍，擴展至伴隨銷售之生產專業化。

二、性　質

專業化協議，本屬製造市場上競爭者間互爲約束生產活動之限制競爭行爲，本規則所以允許其得除外於羅馬條約第八十五條第一項之適用，主要係著眼於專業化協議得促使製造市場之競爭者，各自致力於專業化生產，俾藉由生產效能之提昇，以增強共同市場之競爭力。

上述除外適用之理由，尤見諸於中小企業間進行專業化協議；蓋其既得達成規模經濟之生產、加強高科技合作、促使產品售價低廉等目的，且因當事人係屬中小企業，爰不致有生限制市場競爭機能之虞。準此，本規則僅以一定規模以下

之事業爲適用對象；倘參與協議之當事人係屬大規模之事業，則須個別申請除外適用。

大體而言，執委會於衡量專業化協議之利弊，主要考慮點如下：

協議所課加競爭之限制，不得超過確保上述利益之必要限度；

協議締結後，歐體或會員國之相關產品市場須維持有效競爭；

協議終止後，參與協議之事業仍得自由與他事業事競爭，不受任何限制。

三、適用要件

如前所述，本規則係以一定規模以下事業之協議爲適用對象，爰於規則第三條列有市場占有率門檻、交易額門檻等兩項消極適用要件：

參與事業對於協議產品及其同類產品在共同市場或其重要部分之市場占有率，合計不得逾百分之二十；

參與事業之年度總交易金額，合計未逾十億歐元。

綜言之，參與事業須同時具備上述兩項消極要件，始得適用本規則。事實上，此二門檻要件額度，歷來迭有更易。例如，於本規則前身之第二七七九－七二號規則時，係定爲市場占有率百分之十、交易額一億五仟萬歐元；於第二九〇三－七七號規則及第三六〇四－八三號規則時，則均定爲市場占有率百分之十五、交易額三億歐元。

此外，應予注意者，乃現行市場占有率百分之二十之門檻要件部分，僅係原則性規定；亦即，雖連續兩會計年度逾越此門檻，但均在十分之一之範圍內，則仍有本規則集體除外之適用。其次，依第一五一－九三號規則之修正，在本規則第二條所新增 (d) 款至 (f) 款之委託經銷之情形，其任何一協議當事人之市場占有率，均不得逾百分之十（ 各協議當事人之年度總交易金額，合計仍不得逾十億歐元 ）。

四、除外適用條款

本規第二條第一項 (a) 款至 (f) 款，列有以下六種得主張集體除外適用之限制約款：

就同種產品，不得再與第三人訂定專業化協議。

就協議產品，於相同交易條件下，僅得向協議當事人、共同事業體或所共同委託生產之第三人購買。

就協議產品，於不妨礙最終使用者得任意向其他供應商購買之前提下，須將共同市場全部或一部之獨家經銷權，授與協議當事人。

被授與協議產品獨家經銷權之事業，不得經銷與協議產品具有競爭關係之其他產品。

由共同事業體授與協議產品經銷權之第三者，不得製造、銷售其他競爭性產品。

就協議產品，於不妨礙最終使用者得任意向供應商購買之前提下，須將共同市場全部或一部分之獨家經銷權，授與共同事業體或不爲製造、銷售競爭性產之第三者。

五、適法條款

本規則第二條第三項 (a) 至 (c) 款，列有三種非限制競爭性，致無除外適用必要之約款：

就協議產品，負有供給並維持一定品質之義務。

就協議產品，負有維持一定庫存量及零組件之義務。

就協議產品，負有提供售後服務與保證服務之義務。

六、不得除外適用條款

依第一五一－九三號規則修正，其於本規則第二條第二項，增列「2a」項；亦即增訂一不得除外適用之概括條款。詳言之，凡協議當事人，以協定、契約、決定或其他合意方式，訂定本規則第一條及第二條規定以外之限制競爭約款，即不得主張除外適用。

肆、研發約定

一、定義與適用範圍

歐體於一九八四年十二月十九日頒布第四一八－八五號規則 ，對關於研究與發展的協議得直接依該規則除外於羅馬條約第八十五條之適用。惟應予說明者，乃歐體遠從一九六八年起，執委會即在通告 (Notice) 中闡述，對有關事業以約定，決定或一致性行爲之方式，協議共同執行研究任務或發展研究成果，倘其不涉及產業應用階段者，一般而言，是不會屬於羅馬條約第八十五條第一項範疇；除非在某種情況下，如參加成員同意在相同研發領域內不去從事其他研發，藉此放棄取得較其他當事人優勢的競爭機會，此種協議才屬第八十五條第一項範疇。

事業欲依第四一八－八五號規則除外適用，須事業間之研協議是在研發計畫明確及成果共享之基本原則下爲之，始可適用。此觀本規則第二條之規定自明。又規則適用範圍，並不是僅適用單純之研發階段，更擴及至共同利用之階段，此亦在規則第一條有所規定。

本規則之核心規定爲第四、五、六條。要之，第四條規範之內容係指研發協議中，雖存有限制競爭之條款，但爲促使研發之遂行而允許其存在，而得除外適用，即所謂除外適用條款。第五條規範內容通常爲不屬於限制競爭條款，而容許其存在，即所謂適法條款。而第六條規範內容則指若有本條所規定之任何一個限制存在時，則不能依本規則除外適用，稱不得除外適用條款。

二、除外適用條款

不在研發協議中爲競爭

爲了使參與事業得以專心一致從事研發工作，心無旁騖奉獻己力，或爲了使研發成果不致重複存在而喪失其價值，故規則於第四條 (a) 款及 (b) 款中明確規定，在計劃實施期間中，禁止在相同或密切相接的主題領域中爲獨自的研發，或與第三人共同爲之。

取得契約產品

本約款係指對於共同研發之契約產品，課以當事人排他性的須從其他接受委託製造者處，購買該契約產品的義務，亦即稱爲獨家購買約定；此係規定在規則

第四條第一項 (c) 款：有絕對的自參加成員、共同組織或事業或第三人等共同接受委託製造契約產品者取得該契約產品的義務。本款主要目的在於保護契約產品之專利性而設。

製造的地域保護

地域的瓜分通常被視爲違法，但在規則第四條第一項 (d) 款中，認爲不在保留給其他參加成員的地域內，從事契約產品的製造或契約製程之應用的約定，亦得容許其存在。

使用限制

本約款係規定在第四條第一項 (e) 款中，係指限制契約產品的製造或對契約製程某種技術或更多應用之約定，亦得容許其存在。

銷售地域保護

本約款屬於行銷、廣告之限制，依本規則第四條第一項 (f) 款規定，若中間商和使用者能自其他供應商取得契約產品或當事人不造成中間商或使用者，取得契約產品困難時，即使約定下列行爲亦被容許：

在契約產品開始行銷於共同市場起五年內，保留當事人於一定地域之經銷權，其他當事人不得在此地域積極從事銷售；

特別是對此保留區域爲廣告活動；

或在保留區域內建立任何契約經銷網路或有任何經銷據點。

獨家授權經銷

本約款係指共同研發當事人對於研發商品授權某一特定人爲獨家授權之約定。規則對於此種獨家授權經銷，則規定在第四條第一項 (fa) (fb) (fc) 三款，亦即包括三種類型：第一種類型是，在當事人不經銷由第三人所製造而與契約產品有競爭關係的商品時，負有授權此當事人獨家經銷此契約產品的義務；第二種類型是，共同事業或第三人不製造或經銷與契約產品有競爭關係之產品時，才授權此共同事業或第三人獨家經銷此契約產品之義務；第三種類型是，只要參加者或中間商均得自其他供應商取得契約產品，以及不論是參加成員或共同事業或第三

人等受託經銷契約產品而皆不至於造成使用者和中間商取得契約產品困難時，即有義務授與共同市場全部或部份之獨家經銷權，予共同事業或不爲製造銷售競爭性產品之第三人。

回歸授權

本約款係指改良發明回歸授權條款，指於研發契約中，約定研發當事人在實施研發技術成果後，於一定範圍內之改良發明應授權給其他研發當事人利用。蓋因改良發明原本就是利用共同研發技術成果而來，其他當事人當有權利用。故規則第四條第一項 (g) 款規定；當事人有義務向其他參加人揭示其從研發結果利用上所獲得之任何經驗，以及對於改良或新應用上的發明向其他參加人爲非獨占性之授權。

三、適法條款

本規則第五條第 (a) 款至 (h) 款，分別列舉八種非限制競爭約款，即：

對於研發計畫實施中或結果利用實施中所需要之專利或非專利技術知識，爲通知之義務。

在研發計畫實施和利用研發結果目的之外，不得使用其他當事人取得之任何 know-how 之義務。

對於契約產品或製程，取得維持其智慧財產權效力之義務。

在研發計畫下取得或共同發展出之任何 know-how，負保密之義務，此義務即使於協議終了後亦同。

於智慧財產權被侵害時，負有通知其他當事人關於智慧財產權被侵害，及採取法律行動對抗違反者，並協助任何法律行動或與其他當事人分擔此法律行動費用等義務。

支付權利金或提供服務給其他當事人，以補償其在共同研發中不平均貢獻或研發結果中不平均的利用之義務。

與其他當事人分配從第三者所收取權利金之義務。

有供給其他當事人最低限度數量之契約產品及遵守最低限度之品質標準之

義務。

四、不得除外適用條款

第四一八－八五號規則於第六條第 (a) 款至 (h) 款，臚列八種約款，認爲有該等八種約款存在時，即不得除外適用，蓋其約款之限制競爭效果明顯，或與研發協議不相關，茲分述如下:

不相關的限制研究

在第四條第一項 (a) 款當中，認爲在研發協議實施中，爲使參加成員得以致力研發，故得禁止在相同主題及相類似主題中爲獨自或與第三人共同爲之；但在第六條 (a) 款中，即認爲限制當事人獨自或與第三人合作在與研發計畫不相關連之領域從事研發；或於計畫完成後於相同或相關領域從事研發，即與研發協議無關且有礙競爭。

不爭執條款

不爭執條款係禁止研發當事人對於研發計畫相關之智慧財產權或研發結果之智慧財產權質疑其有效性之約款，此種約款旨在限制被授權人提起專利權之異議或專利權無效之訴，使此等訟爭之提起因授權人提出不爭執條款予以抗辯而成爲違法，終遭被駁回之命運。因此，規則於第六條 (b) 款中明訂：禁止在研發計畫完成後，質疑當事人在共同市場所持有且是關於計畫之智慧財產權的有效性，或於協議終了後，質疑當事人在共同市場所持有且係關於保護研發結果之智慧財產權的有效性。

數量、價格、交易對象之限制

數量、價格、交易對象之限制，因限制競爭效果明顯，通常被視爲當然違法約款。準此，本規則分別於第六條 (c) 款中規定關於契約產品，限制當事人製造銷售的數量；或關於契約製程，限制當事人實施利用的次數等。第六條 (d) 款規定：於出售契約產品給第三者時，限制其價格決定或價格成分或折扣之能力。第六條 (e) 款規定：非依第四條第一項 (f) 款規定，所爲交易對象選擇之限制等，均不得主張除外適用。

地域的限制

本規則第四條第一項 (d) 款及 (f) 款，雖分別允許得約定製造、銷售地域保護條款，惟若逾越一定限度者，仍不得主張除外適用，其情形如下：

依第六條 (f) 款規定，於第四條第一項 (f) 款所定期間終了後，限制參加成員在原先保留給其他當事人之共同市場區域內，爲契約產品的經銷或從事積極銷售策略行爲。

依第六條 (h) 款規定，欠缺客觀正當理由，對消費者或輸往保留地域外之經銷商爲供貨之拒絕；或造成消費者或經銷商在共同市場內，不易自其他經銷商處取得契約產品；特別是以行使智慧財產權等手段，阻礙消費者或經銷商取得其他當事人同意經銷之契約產品。

第三人製造限制

規則第六條 (g) 款規定，倘研發結果未依約定實施時，如限制當事人不得授權給第三人爲契約產品之製造或契約製程之應用，亦不得主張除外適用。

伍、加盟約定

一、定義與適用範圍

定　義

自從 Pronuptia 案　之後，連鎖加盟的問題引發歐體當局及社會各界密切的注意。

在 Pronuptia 案之後，陸續發生 Yves Rocher 案 、Computerland 案 、Service master 案　及 Charles Jourdan 案　都是有關加盟契約的案件。匯集歐洲法院及執委會對這些案件處理之經驗與心得，終於有一九八八年十一月三十日執委會第四〇八七－八八號規則之制定。

根據本規第一條第三項 (a) 款之規定，所謂「加盟」(franchise)，係指針對最終使用者之商品轉售或服務提供之目的，而爲利用之一組工業或智慧財產權，包括商標、商名、商店招牌、設計、著作權、營業秘密或專利。簡言之，此處之 franchise

乃指一組（ 或一套 ）工業或智慧財產權。這組工業或智慧財產權將作爲加盟契約之標的，被用於商品之銷售或服務之提供。

職是，「加盟契約」(accord de franchise) 依本規則第一條第三項 (b) 款之定義爲，一事業，加盟業主，以取得直接或間接經濟上的報酬爲條件，授權另一事業，加盟店，利用加盟以行銷特定類型之商品及（ 或 ）服務之契約。

適用範圍

本規則適用於僅由二事業組成之經銷加盟契約、服務加盟契約並兼及主加盟契約，但不包括工業加盟契約、批發加盟契約或相互加盟契約。

經銷加盟契約 (accord de franchise de distribution) 又分爲生產者加盟契約及經銷者加盟契約。前者之目的在於銷售加盟業主製造之商品，後者之目的則在銷售經加盟業主指定之第三人製造之商品。服務加盟契約 (accord de franchise de services) 之目的在於提供服務，如旅館業、餐廳業或汽車修理業屬之。不論是經銷或服務加盟，都含括流動加盟契約。流動加盟契約者，指加盟店有一根據地，由此根據地使用運輸工具以經營加盟之契約。至於所謂主加盟契約 (accord de franchise principale)，係指一事業，加盟業主，以取得直接或間接經濟上的報酬爲條件，授權另一事業，主加盟店，利用加盟俾得與第三人，加盟店，訂立加盟契約之契約。

二、除外適用要件

本規則第四條 (a) 款至 (c) 款，規定加盟契約除外適用須具備三項要件。其中 (a) 款與 (c) 款爲強制規定；(b) 款則爲任意規定。以下分述之：

在加盟網路內自由交易

(a) 款規定，加盟店應可自由向其他加盟店購買爲加盟標的之商品；如有經許可之經銷商構成另一網路爲平行經銷時，加盟店並得自由向此等經銷商購買。

同等保證之要求

(b) 款規定，若加盟業主課賦加盟店對加盟業主之商品負擔保證義務者，該項義務及於由加盟網路其他成員，或負擔類似保證之其他經銷商在共同市場所販賣之

商品。

加盟店爲獨立事業之表明

(c) 款規定，加盟店負表明其爲獨立事業地位之義務，但此項表明不應妨害特別是因使用同一名稱或商店招牌，及統一外觀的約定營業處所及（ 或 ）運輸工具而生之加盟網路共同一致性。

三、不得除外適用條款

加盟契約若要除外適用，不能有本規則第五條所規定之事項。綜合本條第 (a) 款至 (g) 款規定，得分爲三類。以下分述之：

競爭者間之聯合

(a) 款規定，所製造之商品或提供之服務相同，或因其特性、價格及用途被使用者視爲類似之事業間，訂立關於此等商品或服務之加盟契約。

購買者之差別待遇

(g) 款規定，於共同市場內，因最終使用者居住地之理由，加盟店被禁止不對彼等提供爲加盟標的之商品或服務。

嚴重妨害加盟店之自由

限制加盟店之購買

基於加盟體系一致性之要求，本規則同意加盟店不製造、販賣或使用與加盟業主有競爭關係之商品。另外，加盟商品若無法定出一個客觀品質的標準，亦允許加盟業主要求加盟店一定要販賣或使用僅由加盟業主製造或經其指定製造之商品（ 參照本規則第二條 (e) 款及第三條第一款 (b) 款)。因此在不符合上述要求的情況下，卻禁止加盟店購買與加盟業主提供之商品品質相當之商品（ 第五條 (b) 款)。加盟店尋求供應自由之原則，同樣亦反應在本規則第五條 (c) 款之規定上。

限制加盟店之訂價

(e) 款規定，加盟業主直接或間接限制加盟店關於爲加盟標的之商品或服務之賣價的決定，但不妨害加盟業主建議賣價之可能性。

限制加盟店之權利行使

(d) 款規定，於契約終止後，加盟店被禁止繼續使用被授權之營業秘密，惟該營業秘密須非因加盟店義務之違反，已爲普遍知悉或易於取得。

(f) 款規定，加盟業主禁止加盟店對構成加盟之工業或智慧財產權提出質疑，但不妨害加盟業主因此終止契約之可能性。

四、適法條款

依本規則第三條第一項 (a) 款至 (g) 款，及同條第二項 (a) 款至 (j) 款等規定，爲保護加盟業主之工業或智慧財產權，或維持加盟網路共同一致性及聲譽之必要範圍內所爲之約款，既不認爲是構成第八十五條第一項之限制競爭，爰無除外適用之必要。其相關之約款如下：

於提供服務之過程中，祇販賣或使用符合加盟業主所定最低客觀品質要求之商品。

爲加盟標的之商品因其性質之緣故，事實上不可能適用客觀品質要求者，於提供服務之過程中，販賣或使用僅由加盟業主製造或由其指定之第三人製造之商品。

在可能遭遇加盟網路成員（ 包括加盟業主 ）競爭之區域內，不直接或間接從事類似的商業活動；在加盟店曾經利用加盟之區域內，於契約終止後不超過一年之合理期間，得對加盟店課賦此項義務。

不得對處於競爭關係事業之資本取得財務參與，該事業可能給與加盟店影響該事業經濟行爲之權力。

僅得販賣爲加盟標的之商品於最終使用者、其他加盟店及受製造商供應此等商品之其他經銷管道之轉售商或經其同意者。

盡力行銷（ 或提供 ）爲加盟標的之商品或服務；提供出售最低範圍之商品、達成最低之營業額、預先計劃訂貨、維持最低存貨量及確保對顧客之服務及保證。

按收入之特定比例給付加盟業主廣告費用，及廣告之性質經加盟業主同意後，自行從事廣告。

不洩漏加盟業主所提供之營業秘密;契約終止,仍得對加盟店課賦此項義務。

告知加盟業主於利用加盟過程中所得到之任何經驗,及非排他地授予加盟業主及其他加盟店由該等經驗取得之營業秘密。

被授權的工業或智慧財產權受侵害時通知加盟業主,對侵害人提起訴訟或於加盟業主對侵害人進行訴訟當中加以協助。

對加盟業主授權之營業秘密,於利用加盟以外之目的不加使用;於契約終止後,亦得對加盟店課此項義務。

參加加盟業主爲其本人或其員工所安排之訓練課程。

實施加盟業主設計之商業方法,包括該等方法其後任何的修改,及行使被授權之工業或智慧財產權。

遵循加盟業主對設備及約定營業處所及(或) 運輸工具外觀所訂之標準。

同意加盟業主檢查約定營業處所及(或) 運輸工具,包括加盟店已銷售之商品、已提供之服務、盤存及帳目。

未經加盟業主同意,不得變更約定營業處所之地點。

未經加盟業主同意,不得將契約之權利與義務移轉於第三人。

五、除外適用條款

依本規則第二條 (a) 款至 (e) 款規定,屬於下列之限制競爭約款,得主張除外適用:

加盟業主於共同市場之特定部分,約定之區域內,負擔不爲下列行爲之義務,

－授權第三人利用全部或一部之加盟,

－自行利用加盟或自行以類似的方式行銷爲加盟標的之商品或服務,

－自行供給加盟業主之商品於第三人。

主加盟店負擔不與約定區域外之第三人訂立加盟契約之義務。

加盟店負擔僅由約定營業處所利用加盟之義務。

加盟店負擔義務,不於約定區域外就爲加盟標的之商品或服務尋找顧客。

加盟店負擔義務,於提供服務之過程中,不製造、販賣或使用與爲加盟標的

之加盟業主之商品有競爭關係之商品；於提供服務之過程中，如加盟之標的爲販賣或使用某些商品及其備用零件或附件，此項義務不包括此等備用零件或附件。

陸、保險業約定

一、適用範圍

依執委會一九七三年四月發布的競爭政策第二報告書 (Second Report on Competition Policy) 指出，任何保險業，共同保險業或再保險業間之約定，應受第八十五條之規範 。

惟理事會第一五三四－九一號規則中 ，列舉下列六種得予集體除外適用之保險業協議：

普通風險保費收費標準，係依理賠數目之集體統計數字爲基礎而建立；

普通保單條件標準之建立；

特定風險型態之普通保險項目；

保險金之清償；

預防措施之測試與接受；

加重風險之登錄及資訊。

另執委會依上揭規則之授權，亦於一九九二年訂定第三九三二－九二號規則(下稱本規則)。依本規則第一條規定，僅就普通風險保費收費標準、保單條件標準，特定風險型態之保險項目及預防措施四項予以集體除外。至於理賠之清償與加重風險之登錄及資訊兩項，因執委會缺乏處理此類個別案例之經驗，所以此兩種類型並未予以集體除外 。值得注意的是，本規則僅適用於產險業，不適用於壽險業。

二、除外適用條款

普通風險保費收費標準

此類型之除外論理基礎源於普通風險保費收費標準之聯合，有助於增進對風險的知識及簡化風險的等級。

依本規則第二條規定，保險費用計算之集體除外，範圍有二：　關於純保費平均價格之計算或死亡表之製訂及分配，所爲之契約、決議及其他合意行爲。

關於執行調查普通事件客觀地對利害關係事業，於理賠次數及規模，可能發生之影響，或不同型態之投資利潤，或其成果之分配，所爲之契約、決議及其他合意行爲。

另第三條係規定保費計算表、死亡統計表或其他調查之先決條件(preconditions)。此等條件係第二條所列除外適用條款之前提要件，其要件如下：

依第二條所協議之保費價格計算或表格製訂分配，不得具強制性；

依第二條所製訂之保費計算表，應含管理費用、仲介費用；但不得包含經銷費用、稅金或預定收益；

參與第二條協議之事業，須非屬特定之保險業者。

直接保險保單條件標準

此類型之除外論理基礎源於直接保險的保單條件標準或個別條款標準，及人壽保單紅利之範本，均有益於增進消費者對保險項目的比較，及有助於將風險作同一分類。且直接保險保單標準之除外，適用於彼此不拘束，僅提供範本之場合。

依本規則第五條規定，直接保險保單條件標準除外適用之範圍有二：　其目的爲直接標準保單條件之訂定及分配，所爲之契約、決議及其他合意行爲。

其目的爲舉例說明，自牽涉投資要素之保單取得利益之一般範例之訂定及分配，所爲之契約、決議及其他合意行爲。

另第六條第一項係規定第五條除外適用之先決條件。其條件如下：

相關協議標準，須明確表明不具強制性；

允許訂定與協議標準相異之保單條件；

保險業者均得任意適用該保單條件標準。

特定風險型態之保險項目

所謂特定風險型態之保險項目，係指共同保險與共同再保險而言，關於此類保險項目則規定在第十條至第十三條，其除外論理基礎源於 Nuovo CEGAM 案、

TEKO 案與 P&I Clubs 案 。然而爲確保有效競爭 (effective competition)，關於共同保險及共同再保險之除外，應適用於參加事業之市場占有率未超過既定門檻之時，且由於此種類型，缺乏足夠的經驗，所以本規則並不包括僅由再保險業者所建立之聯盟。

本規則第十條規定係就所謂共同保險聯盟 (co-insurance groups) 與共同再保險聯盟 (co-reinsurance groups)，所爲相關協議予以除外適用。

第十一條係規定第十條除外適用之先決條件。即共同再保險聯盟不得逾百分之十五之市場占有率門檻，而於共同保險聯盟則不得逾百分之十。

第十二條係規定對共同保險聯盟之參加事業所課予之義務。

第十三條係規定對共同再保險聯盟之參加事業所課予之義務。

預防措施

關於預防措施除外適用，規定在本規則第十四條至第十五條。蓋預防措施標準化之聯合行爲，有助於增進其在國際市場上的競爭力。且藉由預防措施之規定，促使執委會於許可保險業，針對技術規格化及關於預防措施安置與保養事業規則之聯合行爲，有一判斷標準可循。

第十四條規定範圍有二： 技術規格書，尤以因應未來歐洲標準的技術規格，與遵從如此規格之防範措施的估價及證明程序，及其安置與保養。 安置事業或保養事業之評估及認可的規則。即有關以上兩者所爲之契約、決議及其他合意行爲，均得除外適用。

第十五條係規定第十四條除外適用之先決條件。其條件歸納如下：

預防措施須爲適當且公平實施；

措施內容不具強制性；

預防措施得任意適用；

得無償行使審查請求權；

預防措施須訂有六個月期間，且須以書面提出實施效果。

三、不得除外適用條款

本規則第七條第一項 (a) 款至 (k) 款，分別列有十一項不得除外適用之保險條件約款。其情形如下：

未明訂損害保險之危險事故，而約定以一定事實爲除外保險事由。

未明訂保險人責任範圍，而約定保險事故。

非共同保險人，而同時與不具共同危險性之數被保險人訂定集合保險約款。

就保險費之全部或部分，訂定條件約款。

約定保險人得單方決定保險範圍、任意提高保險費及維持保險契約的條款。

約定保險人得任意變更保險契約期間。

非屬生命保險，而約定被保險人須訂定三年以上之保險期間。

因未爲解除契約之通知，致視爲契約延長之合意者，約定該延長之期間逾一年。

因保險利益滅失，致保險契約中止，而約定被保險人於有新的同種類危險時，負有更新契約之義務。

約定被保險人於有不同之危險時，負有對同一保險人締結保險契約之義務。

於保險契約讓與時，約定被保險人負有促使第三人受讓契約之義務。

柒、空運業約定

一、適用範圍

一九八七年十二月十四日，歐體理事會通過「理事會第三九七六－八七號規則，規定空運協議之集體除外適用規則 。該規則授權執委會針對航空公司間特定營運協議、電腦訂位系統及地面勤務三類，於一九八八年頒訂三項空運相關除外適用規則 。幾經修訂至今，「地面勤務規則」已於一九九二年十二月三十一日屆滿期限，不再展期延用。「電腦訂位系統集體除外規則」今爲「執委會第三六五二－九三號規則」取代，繼續沿用。而「航空公司間特定協定集體除外規則」則爲「執委會第一六一七－九三號規則」取代，並成爲當今空運業集體除外適用之主要規範。嗣依理事會第二四一一－一九二號規則」第二條之規定，執委會得特別對於以下列目的之協議行爲訂定集體除外適用規則：

航空公司時刻表之共同計畫與協調；

定期班機之客運、行李及貨運費率諮商；

新航線或較不忙碌的定期航線之共同運營；

機場時間帶分配及機場使用安排；執委會須確保此類協定與理事會所採之行爲法則一致；

共同購置、發展及操作電腦訂位系統。

二、除外適用條款

共同計畫與協調

執委會第一六一七－九三號規則（ 下稱本規則 ）以「定期空運之時間表」爲適用對象 。航空公司間共同計畫與協調定期空運時間表，必須是爲提供冷門時段或較冷門航線上充足合理的飛航班次，以利消費者。另外，爲促進航空公司間內部連線 (interline connections) 或確保定期空運之最小運輸量，亦允許航空公司間爲共同計畫與協調時刻表。由此可知獲准集體除外適用之共同計畫分爲兩類：第一類爲對於較冷門航線、較冷門時期（ 淡季 ）或一天中之冷門時段所爲之安排協調，其目的在維持飛航班次，使消費者不會遭到無機可搭之困擾與不便；第二類爲促進航空公司間內部連線作業所爲之共同計畫與協調。以此兩類爲目的所爲之協定或聯合行爲雖同受集體除外之適用，但是第一類協定並不具有拘束力，且不得以協定限制或阻止參與航空公司變更其既定班次與時間表；反之，爲配合航空公司間之連線作業，第二類協定所做成之計畫與協調，則具有強制執行的拘束力 。

共同計畫之集體除外適用規定，常會對參與人課予許多強制條件，這些條件主要目的是爲了確保該類協定不會不適當地限制競爭，且對於其他事業之活動亦不會產生額外的影響。因此共同計畫之協定中嚴禁直接或間接地限制參與事業之運量，亦禁止參與航空公司間彼此分配運量。

另外，依本規則第二條規定，參與協議之航空公司須仍保有增加額外服務之自由，且增加額外服務自始不須受罰，亦不須獲得其他參與人之同意；參與人可

自由決定繼續參加或退出下一季之共同計畫與協調；決定退出下一季共同計畫與協調須在不超過三個月以前提出通知；更重要的是此類協定不得企圖影響未參與之航空公司所提供之時刻表。

共同經營

共同經營協議之目的

共同經營協議可使小型航空公司受到其他航空公司在行銷或財政上之支援，有助該小型航空公司在新的航線或較冷門的航線上提供空運服務。然而爲了避免非爲達成該目的必要之拘束與限制，共同經營之存續期間必須限於爲獲得充分商業支持所必要之時間。換句話說共同經營之允許具有時間性，在這段期間內容許共同經營，是爲了使參與之航空公司獲得營運與商業上之支援，一旦小型航空公司到達可以獨立地經營空運服務，或參與共同經營之航空公司雙方皆可被合理期待獨立經營空運服務時，則將不再享有集體除外之利益 。

適用對象

只有定期空運才可適用集體除外規定，且共同經營者中至少須有一空運業者已在該空運服務中從事營運，此意味著執委會已考量到在某航線上由兩家業者來經營並不經濟，故有必要更加合理化。另外，誠如前述，此種集體除外適用之目的在於允許小型航空公司經營新的或較冷門的航線，故可知只有較小型的航空公司始可主張此除外適用 。

期間限制

依本規則第三條 (f) 款規定，共同經營之期間不可長過三年。航空公司若希望繼續延長共同經營期間，則須利用個別除外適用之規定。

終止共同經營之自由

依本規則第三條 (g) 款規定，在一交通季屆滿三個月前，參與人可通知終止共同經營，此項通知須出於雙方參與人之自由，參與共同經營之協議並不具強制性。

諮商旅客與貨運費率

根據本規則第四條第一項、第二項規定，符合下列條件之諮商可適用集體除

外：

諮商之內容只討論由空運使用者直接付給參與諮商之空運業者或其授權之代理人，以從事載運旅客或機場至機場間之貨運之定期空運票價與費率。諮商之範圍不得擴及運量，並依所諮商運量決定採行之費率。

諮商須有助於提昇內部連線 (interlining)。此意味任何參與運作之空運業者，對於諮商之票價、費率與季節，同意其他空運業者可爲下列行爲：

根據本身之費率及其他相容條款，簽發或完成運輸文件，做爲共同體內航空之運輸文件。

根據一般適用程序，改變關於飛行於共同體內之運輸文件。當一空運業者基於技術性或商業性本質，具有實質上的理由或非歧視性之理由，特別是爲了空運業者之信用價值時，仍可拒絕此種授權。

客運或貨運費率之適用不應有差別待遇，不得因旅客之國籍、在共同體內之住所，及貨運之來源地而有不同。

參與諮商須出於自願，任何既爲或擬申請營運之航空公司，不論直接或間接參與系爭航線之空運服務，皆可參加諮商。

諮商對參與人不具有拘束力，參與人仍可獨立決定旅客及貨運的費率。

諮商不得擴及對代理人報酬之部分，及其他討論費率之事項。

費率之諮商必須做成文件。每一參與人須個別做成諮商文件並通知執委會；同時亦須向其空運主管機關提出通知。

執委會及相關會員國可對雙邊或多邊之費率諮商發表意見。因此可派觀察員參與費率諮商。爲此，參與之空運業者必須比照對其他參與人一般，給予相關會員國及執委會同樣之通知；通知不得少於十天；通知內容包括諮商日期、集合地點及諮商事項。

諮商完成後六個禮拜內，空運業者須提出一分完整的諮商報告給執委會。

機場時間帶分配與機場時刻表安排

「機場時間帶分配 (slot allocation at airport) 及機場時刻表之安排協議」可改

善機場容量與空域之協調利用，有助於控制空運及擴大機場空運業務。但在控制過程中若競爭因而受到消弭，則須考量維護進入擁擠機場之可能性。爲了提供相當程度之安全性與透明性，此類協定必須是使所有相關航空公司皆可參與協商談判，基於無歧視且透明公開之基礎完成分配之情形，才可接受 。有關此類協議之集體除外適用，包含了航空公司本身即負有分配降落起飛之責任；通常在航空公司會議內舉行，且在大部分之歐洲機場皆會發生 。

依本規則第五條規定，凡符合下列之要件，即可適用本類集體除外規定：

機場時間帶分配與機場時刻表安排之諮商會議必須開放給所有聲稱在系爭航線上具有利益之相關航空公司；

使用機場之「優先次序規則 (rule of priority)」均與運送業者本身、或國籍、或提供服務之種類無關。此類規定必須顧及其拘束性、國家或國際機構之空運行銷規則 (或稱爲「空運分配規則」air traffic distribution rules)、以及空運業者在上一季之既得權利。另外，還必須考量到旅遊大眾之需要，以及機場之適用性。

「優先次序規則」必須開放給任何聲稱有利益之人。

「優先次序規則」之適用應無差別待遇，該規則必須提供所有航空公司公平進入時間帶之權利。

執委會及相關會員國有權指派觀察員參加航空公司間舉行之機場時間帶分配諮商會議。

除外撤銷

上述四類協議，若能符合規定之條件，各航空公司均可向執委會主張適用集體除外規定。但是當執委會發現特定的聯合行爲雖然符合集體除外適用條件，卻產生與羅馬條約第八十五條第三項不相容之效果，或違反條約第八十六條之禁止規定時，則執委會可依本規則第六條、第七條規定撤銷該協議適用集體除外之利益。以下爲三種適用情形：

「費率諮商」造成任何航線或特定航線群上沒有價格競爭；

本規則第三條所規定之「共同經營」空運服務無法直接或間接在相聯之兩機

場間，或鄰近之兩機場間，產生有效競爭。

新進入之航空公司無法取得時間帶，從而無法與既存之航空公司有效競爭，導致在這些特定航線上之實質競爭受到減損削弱。

三、近期修訂

執委會於一九九六年七月頒布執委會第一五二三－九六號規則 ，修訂本規則。此修訂是以理事會第三九七六－八七號規則施行以來，航空公司已有足夠的時間調整因應自由化的競爭市場；另配合歐體空運亦於一九九七年四月一日進入完全自由化環境爲前提，再考量到實務運作上，貨運費率諮商的結果常高出市場實際價格，使諮商結果與現實脫節，實喪失賦予除外利益之意義，故決定刪除原先爲本規則所除外的貨運費率諮商一項。

捌、定期海運約定

一、定義及適用範圍

定　義

基於歐體對海運業政策採取扶植會員國船隊之立場，因此爲提升其船隊之競爭力，即有允許海運業者間訂定海運同盟之必要。爰爲賦予該海運同盟合法地位，理事會即於一九八六年制定第四〇五六號規則，俾將海運同盟除外於羅馬條約第八十五條第一項之適用。

嗣由於亞太新興國家及權宜船籍國家船隊的迅速擴充並以盟外船隊身分提供較低廉的運費參與競爭，因此傳統海運同盟從收入面統一運費的作法已無法因應海運市場激烈的競爭。基此，海運業者即開始尋求協定運價以外之經營策略，爰所謂「聯營集團」於一九六五年首先出現於歐洲。

惟海運聯營集團是否能依照一九八六年理事會第四〇五六號規則除外適用於羅馬條約第八十五條第一項之規定，即有所爭議 。一般而言，聯營集團若不涉及二家以上公司之結合而形成獨占或寡占局面，的確有助於海運服務之合理化。因此理事會在一九九二年通過第四七九號規則授權執委會制定施行細則，俾

聯營集團於一定條件下亦可除外適用。

依據一九九二年第四七九號規則之授權，執委會於一九九五年通過第八七〇號規則 （ 下稱本規則 ）。本規則自公布於歐洲共同體公報之日起生效，自公布之日起五年期間內有效。

依據本規則第一條規則，其相關定義如下：

聯營集團 (consortium)

聯營集團，係指提供國際間定期船之貨物運送服務，涉及二家以上經營船舶運送之運送人所爲特定行業之協議。其目的是達成海洋運輸服務聯合營運的合作，從而改善各聯營集團成員所提供之服務，俾其營運趨於合理化。

定期船運送 (liner shipping)

定期船運送，係在港口間的特定航線上，按照事先擬定之時刻表及航行期間，於規律的基礎上從事貨物運送。

服務商議 (service arrangement)

服務商議，係單一或複數運輸使用者與聯營集團或其成員所簽訂的商議契約，依該商議契約，使用者爲了在一定期間內，運送一定數量的貨物，接受聯營集團或其成員提供一定品質且能滿足使用者需求之個別化服務。

運輸使用者 (transport user)

運輸使用者，係指託運人協會或其他爲達到貨物運送之目的，與聯營集團或其成員簽訂商議契約或已表達此種意圖之事業，如託運人、受貨人、船舶貨運承攬業等。

自主運費訂價 (independent rate action)

自主運費訂價，係指海運同盟成員有權利依據各種不同情況，提出不同於同盟價目表所列之運費。

適用範圍

依本規則第二條規定，其僅適用提供來往於一或多個歐體港口之國際間定期船運送服務之聯營集團。依此，本規則與第四〇五六號規則相同，皆限定於與歐

體會員國境內港口有關之定期海上運輸，若行爲不及於歐體會員國之港口，如遠東／美國西岸線，則不適用本規則。至於不定期船運輸服務係買賣雙方依個案決定，航行期間、路線、班次均不固定，其本質上係屬一完全自由競爭之市場，應適用第八十五條以下規定逐案檢視，而無本規則之適用。而另一方面，本規則之適用範圍僅限定於第一條所定義之聯營集團，其範圍較第四〇五六號規則第一條第二點之國際海上運輸服務窄。

二、除外適用要件

積極要件

依本規則第五條規定，聯營集團之行爲必須滿足下列要件之一，方得依本規則第三條規定予以除外：

聯營集團所屬的同盟中，存在有效的價格競爭。亦即基於同盟協議明確之授權，或同盟協議不具強制效力，允許其成員可以針對任何列於同盟價目表上之運費採取自主運費訂價。

聯營集團所屬的同盟中，存在充分有效的服務競爭。此有效服務競爭之存在，是由於協議中明確地允許聯營集團得任意進行服務商議；亦即就有關運輸服務的密集和品質及因應運輸使用者之特殊要求，聯營集團享有調整其服務型式的自由。

無論聯營集團經營之航線上，是否有海運同盟之存在，聯營集團受有非聯營集團成員之有效的潛在或實質競爭。

消極要件

綜合本規則第六條及第八條之規定，聯營集團若要依本規則第三條規定予以除外適用，即不得有下列情形：

聯營集團隸屬於該航線之海運同盟時，其市場占有率超過所泊靠港口總貨物量之百分之三十，若該聯營集團不隸屬於任何海運同盟，其市場占有率超過所泊靠港口總貨物量之百分之三十五。惟其連續兩曆年間之市場占有率超過上述之限制，但超過之比例不到百分之十，仍可除外；或任一聯營集團前一年度之市場占

有率超過上述之限制時，於後續六個月內仍可予以除外，若此占有率之超過係由於非聯營集團成員之退出載貨，則六個月期間可延長爲十二個月。

聯營集團禁止其成員依據個別的契約，提供成員本身個別的服務商議。

聯營集團之協議禁止其成員退出該聯營集團，或對退出聯營之成員課以違約金，特別是要求退出聯營之成員停止所有運輸活動。

聯營集團規定須使用共同行銷網路，禁止其成員建立獨立的行銷網路或採行不同的策略。

禁止任何聯營集團或其成員，在協議適用地域內運送相同之貨物，或運費與運送條件於同一交運地或目的地有不當差別特遇，致損害共同市場內特定港、運輸使用者，運送業者之權益。

三、除外適用條款

依本規則第三條規定，下列活動得除外適用：

共同經營定期船運送服務，包含下列活動

共同訂定航行時刻表及決定停靠港；

船舶空間或艙位之交換、買賣或互租；

船舶及港口設備之公攤；

聯合辦公；

貨櫃、船身底部及其它設備之供應及租賃或買賣契約；

電腦化的日期交換系統及共同文件提出系統之使用。

權宜地調整容量。

港口貨櫃場站及相關設施之共同經營或使用。

參與船舶公攤、收入公攤或淨收入公攤。

由同盟會員所組成之聯營集團，關於聯營集團本身的活動，該聯營集團之聯合投票權行爲。

共同行銷組織以及共同發行提單。

其它超出上述範圍之活動，但爲上述活動實施之必要輔助活動。

四、不得除外適用條款

依本規則第四條定，若聯營集團包含有關不利用現存容量之協議，使聯營集團之成員在聯營集團的體制內，凍結一定比例船舶載運容量，則無法適用上述之除外規定予以除外。

此規定之出現，已正式禁止要求成員限制供給面型式之卡特爾；然若聯營集團之減少供給行爲，主要是因應季節性、週期性之改變或目的在使聯營集團船舶得到更有效之利用，則例外仍有可除外規定之適用。

五、適法條款

運輸使用者與聯營集團有關使用定期海洋運輸服務之協議，依本規則第十條規定，亦不適用羅馬條約第八十五條第一項之規定。蓋運輸使用者或其代表機構，若與依據本規則第三條除外之聯營集團間，就有關聯營集團提供的定期船運送服務之條件及品質及所有與此服務相關連的問題之約定、決定與一致性行爲，已履行第九條第一點之諮商程序，因此種有關定期船運送服務的協議、決定，實際上屬於雙方之買賣契約行爲，若雙方已就服務之品質、條件等有關問題進行諮商，則運輸使用者之利益已獲得相當之保障，並不會產生羅馬條約第八十五條第一項限制競爭的效果，因而無除外適用之必要。

六、程序規定

依本規則第九條規定，其相關集體除外適用程序如下：

諮商程序

運輸使用者或其代表機構與聯營集團間，關於由聯營集團或其成員提供之定期海上運輸服務的條件、品質，爲了尋求與此條件、品質有關之重要問題的解決，應進行真正且有效的諮商。上述任何一方皆可提出進行諮商之要求。諮商必須依照下列程序進行：

在諮商之前，聯營集團應將討論細節，以書面通知他方。

以書面或會議之方式交換意見，並儘可能化解歧見，達成合意。

若雙方並未達合意，則雙方應確認此項歧見，並公告會談結果。此舉可能引

起執委會對此歧異之關注。

如果可能，諮商可透過進行諮商雙方之共同協議，設定合理之完成時間。

除了特殊的案件或依照運輸使用者間之協議，此設定之時間不可短於一個月。

運價表告知義務

由聯營集團提供，有關海上運輸服務之條件，包括有關該服務之品質及所有相關的修正，均應於運輸使用人要求時提供並收取合理費用，於聯營集團成員，代理商或聯營集團本身之辦公室供人查閱。

報告執委會的義務

聯營集團應立刻向執委會報告運輸使用者已接受之仲裁決定和懷柔推薦函及有關聯營集團依據本規則實施所面臨之紛爭的解決。

接受執委會調查之義務

任何要求依本規則除外之聯營集團，在執委會依具體個案決定，公告指定的期間內，且此期間不得短於六個月，必須能夠證明其已履行本規則第五條至第八條及第九條所附加之條件及義務。在這段期間內聯營集團也必須遵守該聯營協議。

執委會對於違反除外附加之條件及義務者，爲了停止其違反之行爲，得向違反者提出勸告。倘若違反者未能正視勸告，執委會視違反情節輕重可禁止其從事該項行爲或要求其從事特定行爲；或撤銷其享有之集體除外。

玖、汽車經銷約定

一、立法及修正背景

立法背景

爲因應高科技產品及高級品牌商品經銷之需要，歐體市場上出現所謂「選擇性經銷體系」(selective distribution system)。詳言之，對於某些高科技耐久消費財，於銷售上恆要求經銷商對產品本身之功能、構造、特性等，皆須有一定程度之瞭

解，以及必須備有必要之保養修護設施和專業維修人員。此種專業知識與專業配備，對高科技產品於售前對顧客之介紹、講解、操作示範，及售後之指導使用、檢查養護等皆有莫大之重要性。據此，選擇性經銷體系之特徵即在於，供應商僅選擇具備其產品銷售能力資格之經銷商，與之訂立經銷契約；同時爲嚴密控制其產品流通管道，俾防止品牌信譽受不當之侵害，恆配合有多種限制措施，如限制區域內經銷商數目或禁止向最終消費者直銷及不可轉售產品於未具資格之其他經銷商。

上述歐體所發展出選擇性經銷體系，於汽車市場上廣受實施，爰深受重視。蓋對於一般消費者而言，汽車係屬高價位之技術性耐久消費財，針對此商品特性，業界乃形成其特有之經銷體系。就此現象，執委會即於一九七四年之 BMW 事件中表示其規範之立場 。首先，執委會對 BMW 車廠限制德國境內經銷商數目之作法，主要鑑於汽車對生命、財產之重要性，及其對環保可能產生之影響，因此爲確保經銷商能提供完善之售後服務、保養維修功能之考量，故承認有除外適用之必要。

此外，在一九八五年之 Ford 事件 ，則係因選擇性經銷體系致生平行輸入阻礙效果，故受違法之評價。詳言之，於一九七九年因匯率變動之故，於德國所經銷之福特車價格，遠較英國所經銷者爲低廉。因此，英國市場乃紛紛向德國經銷商訂車。職是，福特車廠爲避免影響英國福特車經銷商之銷量，乃於選擇性經銷條款中課予德國經銷商不得向英國市場銷售之限制。對此，執委會與歐洲法院即係以其有礙平行輸入之效果，故認定其無羅馬條約第八十五條第三項除外規定之適用，即應構成同條第一項禁止規定之違反。

大體言之，執委會自一九七四年之 BMW 事件以來，即認爲選擇性經銷體制於汽車商品之行銷，有其合理性與必要性，故於一九八三年六月制定「汽車經銷契約集體適用除外規則草案」，嗣經若干修正後，爰於一九八四年十二月十二日，公布此「第一二三－八五號汽車經銷契約集體適用除外規則」 ，本規則現爲一九九五年六月二十八日第一四七五－九五號規則所更新。

修正背景

按第一二三－八五號有關汽車經銷契約集體適用除外規則，其實施期限至一九九五年六月三十日即已屆滿。當時，對於如何爲延長之適用；亦即，究應依循舊規則而延長適用，抑或予以修正後始爲適用之延長，固於汽車製造業界與主管機關間，頗有爭議。最後，執委會針對其中有關排他性的買受條款與區域性的排他條款加以修正後，爰公告此第一四七五－九五號規則 （ 以下稱本規則 ），俾延長適用此相關之集體適用除外規則。

大體以觀，此次修正之重點，厥爲強化市場競爭機能與確保經銷商營業之獨立性，兼促使其他獨立之零件供應商得順遂的與經銷商進行交易。基此，本規則對相關之限制競爭條款，即趨於嚴格禁止之態度；易言之，相較於舊規則，本規則乃擴大不得主張適用除外規定之認定範圍。例如，於舊規則得爲適用除外之排他性獨家經銷條款，依本規則即須賦與在一定條件下得同時經銷其他品牌之新車，始得許可其適用除外規定。又如，有關限制經銷區域之約款，依舊規則本得爲全面禁止在授權區域外進行促銷活動之限制約款；依本規則，即不能限制廣告性促銷活動，始有適用除外規定之餘地。此外，爲利於汽車保養維修業者得自他處取得同品質之零件保養品，乃增列多項除外適用之先決要件。

二、適用範圍

依本規則第一條規定，所謂適用除外之汽車經銷契約，係指：二事業間所訂之契約，係以當事人之一方 （ 供應商 ） 對他方 （ 經銷商 ），就三輪以上之新汽車及其相關零件保養品，於共同市場之約定經銷區域上，依經銷目的僅得對所屬行銷網之事業爲供給，由此所生相關義務內容之約定。另依本規則第二條規定，於契約中同時附加課以供應商不得於約定經銷區域上，對最終消費者爲契約商品之銷售或提供相關顧客服務之義務者，亦有本規則之適用。

三、除外適用條款

供應商於經銷契約課以經銷商如下之義務，依本規則第三條第一款至第十一款規定，得主張除外適用：

未得供應商之同意，不得變更契約約定商品或其相關商品（ 但其變更係依最終消費者之請求，且其請求係就其所整體購入之特定汽車者，不在此限 ）。

不得生產與契約約定商品具有競爭關係之商品。

就其他供應商所供給之新車，僅限依不同之法人格組織，於相分離之營業場所，以不致混同商標之方式，始得銷售。

就供應商投資之維修設備與從業人員之教育訓練，不得提供予第三人不當利用。

不得銷售與契約約定商品具有競爭關係之劣質零件保養品，或以此劣質品爲契約約定商品之保養維修。

未得供應商之同意，不得與經銷區域內之他事業，就契約約定商品，爲商品銷售、顧客服務等契約之締結、變更或終止。

經銷商對於依第六款與其締結契約之他事業，應課以規則第一條至第四條之同種類，且符合規則第五條、第六條規定之義務。

不得於約定經銷區域外，爲銷售契約約定商品而設置分店或門市部，或對顧客進行直接的推銷活動。

不得委託第三人於約定經銷區域外，從事契約約定商品之銷售或顧客服務等活動。

限制經銷商，不得對所屬行銷網以外之事業爲契約約定商品之供給，或限於保養維修契約約定商品之必要始爲相關零件保養品之供給。

以仲介方式將汽車售予最終消費者時，該仲介商須事前獲有書面之授權，始得爲特定汽車之受領。

四、適法條款

按本規則第四條列有九款非限制競爭性約款，因其本質並未違反羅馬條約第八十五條第一項，自無適用除外之必要，其各款規定如下：

就銷售與顧客服務，課以最低限度之遵守義務，特別係有關：

提供顧客服務之場所設施及技術設備。

從業人員之專業能力。

廣告。

契約約定商品之受領、保管、供給。

確保行駛安全性能之保養維修。

於一定時點或期限，應向供應商爲訂貨之請求，但雙方當事人約定之時點或期限間隔未超過三個月者，不在此限。

依合意；無合意時委由專家參考該區先前之銷售業績，以決定一年間應有之最低供給量。

依前款方式，決定應有之庫存量。

依第三款方式，維持相當之試乘用汽車數輛。

有關保證、免費服務、回收維修等義務。

依前款所定，負有使用合適之零件保養品之義務。

有使用第三者之零件保養品爲維修保養之必要時，負有向最終消費者說明之義務。

依前款所定，於維修保養後，負有向最終消費者說明之義務。

五、除外適用及適法行爲條件

相關義務約款，須具備本規則第五條規定之條件，始得主張除外適用，或認定其無限制競爭性致不該當羅馬條約第八十五條第一項規定，其規定如下：

有關經銷商之義務

經銷商對於共同市場中，其所屬經銷網路內之其他事業所供應而爲經銷契約涵蓋之車輛，須依本規則第四條第一項第六款提供同等之保固、免費服務及召回瑕疵車輛之義務，並對此等車輛提供維修及保養。

經銷商依第三條第六款規定，與經銷區域內之他事業締結商品銷售、顧客服務契約，因此對該他事業所課保證、免費服務、回收維修之義務，不得低於該經銷商所負相同義務之程度。

有關供應商之義務

對於經銷商依第三條第六款規定，爲相關契約之締結、變更或終止之請求，倘無實質之正當理由，不得拒絕同意。

對經銷商所課第四條第一項之義務不得有無正當理由之差別待遇行爲。

實施以總進貨量或總銷售量爲計算基準之折扣優惠制度者，須將契約約定商品列爲單獨項目，個別計算之。

供應商應將經銷契約約定範圍內之任何載客用車，提供與經銷商，且此等載客用車之車型，亦必須符合製造商在該特定車輛將來須登記註冊之會員國中所銷售，或基於製造商之同意而銷售之車型，俾經銷商得履行其與最終消費者之買賣契約。

就第三條第三款及第五款課以經銷商相關義務，於證明有正當理由時，供應商應爲義務免除之同意。

有關契約之期間、解除及終止

約定之契約期間不得低於五年；未定期間者，其正當解約期限最低爲二年；但依法律或特約，供應商於契約終止後應爲適度之補償，或經銷商係新加入該經銷體系之事業，得將期間縮短至一年。

定有期間之契約，當事人無延長契約期間之意思者，應於契約終止前六個月，向他方當事人爲通知。

六、不得除外適用條款

本規則第六條列舉十二種不得主張除外適用之項目：

具有競爭關係之汽車製造商間所訂之契約。

以非本規則所定之商品、服務項目爲標的之契約。

以本規則所未定之適用除外項目爲內容之條款。

逾越本規則範圍內容之契約條款。

訂定供應商得保留任意變更締約對象權利之條款。

訂定供應商得保留任意變更經銷區域權利之條款。

限制經銷商得自由決定價格或其他交易條件之條款。

限制經銷商交易對象選擇自由之條款。

訂定不當性報酬保障條款。

限制零件供應商就與約定產品同品質之備用零件選擇交易對象之自由。

限制零件製造商於其產品表明商標或品牌標章之自由。

製造商就達成環境保護所需之必要技術資料，對非屬其行銷網之維修業為不當之保留。

拾、技術移轉約定

一、立法背景

第二三四九－八四號關於專利授權集體除外規則，與第五五六－八九號關於營業秘密授權集體除外規則，二者之規範結構與實質內容多所重覆與矛盾，以致業界對此多有指摘。執委會於是在一九九四年六用三十日公布技術移轉協議集體除外規則草案 ，並於一九九六年元月獲頒施行而正式於同年四月一日生效 ，有效期間至二〇〇六年三月三十一日止。

第二四〇－九六號規則（ 下稱本規則 ）將第二三四九－八四號與第五五六－八九號規則結合為一個單一規則，以涵蓋技術移轉協議，並將二者加以調和，在可能單一化之範圍內，鼓勵工業知識能普及於共同體，並促進製造技術上更為複雜之產品，同時宣告廢止第五五六－八九號規則。第二四〇－九六號規則之適用範圍，包括單純專利授權協議 、單純營業秘密授權協議與混合專利與營業秘密授權協議。

二、除外適用條款

依本規則第一條第一項規定，下列限制約款得主張除外適用：

授權雙方於授權契約中約定，授權人不得在被授權人所屬之授權區域，就授權之技術另行授權予其他之第三人。

授權人不得於被授權人所屬之授權區域，自行實施授權之技術。

被授權人不得於授權人保留之地理區域內實施授權之技術。

被授權人不得於屬其他被授權人所有之授權區域內，就授權產品爲製造、使用行爲，或就授權之製程方法爲使用行爲。

被授權人不得在其他被授權人於共同市場之地域範圍內，從事積極策略將授權產品流通於該市場，尤其不得在該地域從事明確之廣告或建立任何分店，或維持經銷站。

被授權人不將授權產品流通於其他被授權人於共同市場之地域範圍內。

在授權期間，被授權人僅得以授權人所指定之商標或標示用以識別授權產品，惟被授權人並不因此無從表明其爲授權產品之製造者。

被授權人僅得生產因製造自己產品所需數量之授權產品，且亦僅能銷售限於本身產品整體需要，或本身產品替代部分，或與其產品行銷有關等考量因素之授權產品。惟關於上述數量之限制須係基於授權人所自由決定者爲限。

另依同條第二、三、四項規定，授權契約之限制約款得受除外之期間，因授權標的之不同而有差異。單純專利授權協議之區域限制，只要授權產品於該區域內受有平行專利權保護者，即隨專利權存續期間而繼續有效，惟第 6 點之除外規定，係自授權產品首次從任何一被授權人流通於共同市場時起，不得超過五年。至於單純營業秘密授權協議，第一點至第五點之除外規定，自授權產品首次從任何一被授權人流通於共同市場起，不得超過十年；第六點之除外規定則不得超過五年；第七、八點之除外規定，只要係維持 know-how 之秘密性與重要部分，則在契約存續期間內皆有適用。最後關於混合授權則視專利或 know-how 之有效期間何者較長而從其較長者。

三、適法條款

依本規則第二條第一款規定，下列約款因不具限制競爭性質，致無除外適用之必要：

被授權人不得洩露授權人所授與之營業秘密予第三人，於契約終了後，被授權人仍須負該項義務之約定亦爲有效。(保密義務)

被授權人不得爲移轉或再度授權行爲。(禁止讓與或次授權)

在授權之營業秘密仍具秘密性，或授權之專利仍爲有效之前提下，被授權人於契約期滿後不得再實施授權之營業秘密或專利。(契約期滿後不得再使用)

被授權人應將基於實施授權技術所獲得之經驗告知原授權人，或應將改良技術或新應用之方法回歸授權予原授權人。惟此限於該回歸授權或告知義務不具排他性，或授權人亦負有告知其改良技術於被授權人之義務者。(回歸授權義務)

被授權人負有義務維持授權產品特定之最低品質或向授權人或其指定之人換取產品或勞務，若該品質之特定或產品、勞務之提供能滿足下述要件：

授權之技術得以適當正確之實施。

保護被授權人製造之產品符合授權人及其他被授權人適用之最低品質要求。(交易對象或最低品質特定之限制)

約定被授權人負有義務：

向授權人告知營業秘密被剽竊或授權之專利遭侵害。

對侵害者向法院進行訴追程序或在營業秘密專利侵害訴訟中協助授權人對抗侵害者。(侵害告知與訴追)

約定因非可歸責於授權人之事由，致營業秘密公開或專利期前失效時，被授權人仍須於一定期間，依一定方法繼續支付當事人基於自由意思所決定之權利金，至契約失效或專利終止者。前述約定並不影響因可歸責於被授權人事由之債務不履行，導致營業秘密被公開，被授權人因此所須支付之額外賠償額。(權利金支付義務)

限制被授權人所能實施授權技術之應用領域，或產品市場。(實施範圍之限制)

限制被授權人須支付最低限額之權利金，或生產最低限額數量之授權產品，或實施最低限額次數之授權技術。(權利金、數量上之限制)

約定契約締結後，當授權人給予其他事業更爲優惠之條件時，亦應比照給予被授權人。(最優惠待遇義務)

被授權人應於授權產品上標示授權人之姓名或授權之專利。(標示義務)

被授權人不得使用授權人之技術爲第三人提供設施，惟此不得損及被授權人爲自己之需要而增加設施容量之權利，或其爲自己使用而增建額外設施之權利。(禁止爲他人使用設施)

授權關係之成立旨在使得特定顧客於授權區域內取得第二供貨來源時，約定被授權人負有義務對該顧客提供僅一定限額之授權產品者。(限額供貨義務)

約定授權人保留權利於被授權人在所屬區域外違約實施技術時，得依專利法提起訴訟。(訴訟權之保留行使)

約定授權人保留權利，於被授權人爭執授權人所授予專利權之效力或質疑營業秘密之秘密性、價值性時，得以終止授權契約。(被授權人爭執授權技術時，授權人之終止權)

約定授權人保留權利，於被授權人起訴爭執專利之必要性時，得以終止授權協議。(被授權人爭執專利時授權人之終止權)

被授權人負有義務盡其最大努力，製造、銷售授權之產品。(最大努力條款)

約定被授權人於共同市場內與授權人或特定之事業從事相互競爭之行爲時，授權人得取消授權契約之專屬性，或不再將改良技術授予被授權人。(勿爲競爭否則拒予授與專屬性授權或續予授權)

四、不得除外適用條款

依本規則第三條規定，下列限制約款，不得主張除外適用：

契約當事人之一方被限制就授權產品爲價格約定、價格組成或價格折扣之行爲。

契約當事人之一方被限制不得與契約相對人，或相關連事業或共同市場內其他企業，就競爭產品之研發、製造、使用、行銷等，從事互相競爭行爲。

授權契約之雙方或一方被要求：

無客觀正當之理由，不得接受欲將產品置於共同體其他區域內銷售之消費者或轉售者，在契約當事人之授權區域內所爲之訂購要約；或

使消費者或轉售者在共同市場內向其他轉售者取得授權產品更爲困難，特別

是行使產業財產權或商業財產權或採取其他措施，以阻止消費者或轉售者在授權區域以外取得由權利人自己或經其同意在共同市場內交易流通之產品，或阻止消費者或轉售者將產品置於授權區域內交易流通。

另外，當事人間互爲一致行爲而達成相同之結果者，亦同。

授權契約之一方受到技術使用範圍限制或顧客對象範圍限制，尤其被禁止供貨於特定顧客群，或禁止使用某種行銷方式，或爲達瓜分顧客目的而須使用特定外裝包裹產品，惟此不影響第一條第一項第七款及第二條第一項第十三款之規定。

授權產品之製造數量，或銷售數量，或實施授權技術之次數受到限制者，惟第一條第一項第八款之規定及第二條第一項第十三款之規定不受影響。

被授權人應將授權技術或授權技術之新應用，全部或一部移轉於授權人。

授權人在被授權人所取得之授權區域內，不得自行實施授權之技術；或一方不得在他方或其他被授權人取得區域內實施授權技術之約定，因契約之另立或改良技術之授與，致契約延長期間逾越第一條第二、三、四項規定之除外期限者。

五、除外撤銷

依第七條規定，執委會倘於具體個案中發現集體除外之約款具有羅馬條約第八十五條第三項規定之效果者，得撤銷其除外利益，特別是有下述情形者：

授權之協議具有阻斥授權之產品於市場上與其他同類商品競爭之效果，尤其是被授權人之市場占有率超過百分之四十者。

被授權人無正當理由拒絕由消費者或轉售者自其他被授權人之區域所爲之購買，惟第一條第一項第六款之除外規定並不受影響。

契約當事人：

無客觀正當之理由，拒絕接受自己所屬區域內，欲將產品銷往共同體內其他區域銷售之消費者或轉售者所爲之訂購要約；或

使消費者或轉售者在共同市場內向其他轉售者取得授權產品更爲困難，特別是行使產業上財產權或商業財產權，或採取其他之措施以防止消費者或轉售者在

授權區域外取得授權產品；或阻礙消費者或轉售者將已經第一次銷售而於共同市場上流通之產品置於授權區域內銷售。

授權雙方於簽訂授權契約時，爲具有競爭關係之製造者，而被授權人依第二條第一項第九款及第十七款規定所負之義務具有排斥使用競爭技術之效果。

第四章　市場控制地位濫用之規範

壹、前言

按歐體對於居市場控制地位之事業，就其經濟力濫用之行爲，係依羅馬條約第八十六條予以規範。該條規定：

「於共同市場或其重要部分，一個或數個事業有控制地位濫用之行爲，在會員國間之交易可能被影響的範圍內，與共同市場不相容並應禁止。

該等濫用行爲尤其包括：

直接或間接課加不公平的買價或賣價或不公平的交易條件；

限制生產、行銷或技術發展致生損害於消費者；

對交易相對人，就相同之交易適用不同之條件，致使其受到競爭上之不利益；

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

由條文觀之，羅馬條約第八十六條對於事業擁有「市場控制地位」(dominant position) 並不加以禁止，僅於該事業有「濫用」(abusive) 行爲時，始加以處罰。蓋一般而言，歐洲之事業規模並不龐大，爰於考量全球之競爭趨勢下，倘允許此種具優勢地位事業之存在，將有助於應付外來之競爭。再者，歐體內之貿易障礙消除，市場逐步自由化，若允許適度的經濟力集中，亦有助於事業調整體質，俾因應日趨激烈之市場競爭。

要言之，羅馬條約第八十六條於適用上，須具備下列三項構成要件：

一個或數個事業擁有市場控制地位。

濫用行爲。

影響會員國間之交易。

以下即分別說明各該要件，最後總結本章。

貳、市場控制地位

一、控制地位之意義

羅馬條約第八十六條並未就市場控制地位加以定義，故其相關意涵必須透過執委會及歐洲法院的見解加以補充。執委會在 United Brands 案 中曾做出定義：控制地位爲「事業享有一經濟強勢狀態，使該事業有能力對其競爭者、顧客及最終消費者爲一可察覺程度 (appreciable) 的獨立行動，並能在相關市場中阻止有效競爭之繼續維持。」歐洲法院在其後的案例中對此定義均加以支持 。另外，執委會在 AKZO 案 中亦表示所謂控制地位是「排除有效競爭的能力，其具有可獨立行動於其他競爭因素的能力，但也包括排除或嚴重減損現有競爭，或防止其他競爭者進入市場之能力。」

由歐洲法院及執委會對控制地位的定義分析可得下列二點：

在積極的方面，控制地位之事業不受到其他競爭者、顧客及最終消費者的影響，本身具有獨立行動的能力。

在消極的方面，控制地位之事業具有妨礙有效競爭之能力。

二、相關市場

判斷事業是否居於市場控制地位，首須由界定相關市場著手。蓋市場範圍大小關乎控制地位衡量：所劃定的市場範圍較大，則事業在該市場中之市場力量將相對減小，被認定爲控制地位之機會較低；反之，若劃定的市場範圍較小，事業之市場力相對提高，則被認定爲控制地位的機會將因而增加。歐洲法院即曾在 CCC 案 中指出相關市場的界定是決定控制地位的重要因素。

界定相關市場，通常須就產品市場、地理市場及時間因素三方面加以考量：

產品市場

產品市場是涉案產品或勞務，與其他產品或勞務得爲有效競爭之一定範圍。歐體執委會規則二七七九一七二號第二條揭櫫：相同產品，或因其特性、價格或用途，消費者認爲相似的產品，屬於同一產品市場。職是，合理相對的替代可能，爲產品相關市場的確定原則，祇要消費者認爲某些產品就價格、效用、品質，可取代原來之產品，則此類產品即應包括於同一市場之內，基此，供應特定產品之事業，雖無居市場控制地位之可能性，然就某特定消費者群言，該特定產品獨自形成一市場，此時供應是項產品之事業，則有居控制地位之可能性，是形成所謂「次市場」(sub-market) 之概念 。

在 United Brands 案 中，被告係一美國公司，事實顯示該公司控制全球性的香蕉市場，從生產、包裝、船運、分配、促銷一手包辦，而在歐體有限制價格及拒絕供應之行爲，經過一審詳密的調查分析，執委會認定被告有濫用控制地位之行爲。有關此點，歐洲法院接受執委會的意見，認爲要判定香蕉有別於其他水果爲一獨立市場，必須釐清香蕉之特殊性，確認其與他種水果僅於極有限的程度內具交換性，且幾乎不可發現它們之間有競爭關係存在。據此原則，法院同意柳橙不能取代香蕉，另外蘋果或其他應時的水果與香蕉的交換可能程度亦極爲有限。要言之，香蕉與他種水果既無長期的交換彈性，亦無季節性的代替關係，故判定香蕉爲一獨立市場。

在 Commercial Solvents 案 中，則屬產品無替代性之例子。Commercial Solvent Corporation (CSC) 爲一設於美國馬利蘭州的公司，該公司幾乎獨占全球製造抗結核藥 ethambutol 所必需的二種原料 nitropropance 及 aminobutanol 的市場。CSC 在義大利有一子公司 Istituto，透過該子公司 CSC 拒絕供應上述二種抗結核藥之原料給另一義大利公司 Zoja。Zoja 原爲 Istituto 之顧客，因其被拒供應，亦無法從他處取得代替品，有被逐出市場之虞，遂申訴於執委會。本案執委會及歐洲法院皆一致認爲，由於產品之無需求交互彈性，明顯的爲一單獨市場，因 CSC 透過其在歐體之子公司拒絕供應，實已構成控制地位經濟力濫用。

另外，在 General Motors Continental N. V.乙案 ，General Motors 公司獲得比利

時政府檢驗核發汽車合格執照的獨家授權，該公司就此勞務事實上擁有無可替代的產品市場，本案由於 General Motors 公司藉其獨家優勢，提高服務費用，執委會認其構成市場控制地位之濫用，遂繩之以羅馬條約第八十六條。

地理市場

界定相關地理市場主要爲劃出一合理的地理區域，在該區域內，相關產品得爲有效競爭。歐洲法院在 United Brands 案 曾提出如下定義：「關於地理區域之明確定義爲，就同一產品市場，其競爭條件達到充分相同的程度，使相關事業得以評估其經濟力影響程度的範圍。」故地理市場可謂對所有交易者而言，適用相同客觀競爭條件的區域。

最常影響地理市場範圍的因素不外乎運送成本、商品性質與特徵、消費者的使用習慣及愛好以及法令上的貿易障礙等。

另就法條規定而言，羅馬條約第八十六條已明白規定「在共同市場或其重要部分」。準此而言，學者皆認爲所謂「重要部分」，不能純以地理範圍之廣狹視之 。因爲不乏地理範圍狹小的市場，從經濟觀點分析卻極具重要性，於此類市場中具有控制地位之事業，設若純採地理範圍標準，則無異縱容其濫用行爲，經濟秩序亦將爲之紊亂。是以局部性、地理性的市場，應以經濟尺度來判斷始稱允洽。

實務上，在 Continental Can Company 乙案 中，執委會認爲雖然地理市場狹小，惟該區域內人口稠密且居民生活水準很高，顯示涉案市場經濟上之重要性，是對活動於其間之控制事業不宜等閒視之。在一九七一年的 Sirena 案 中，歐洲法院亦強調地區性市場經濟重要性的觀點。在 Sugar cartel 案 中，歐洲法院更明白表示，所謂「重要部分」除須考量買賣雙方之習性與經濟機會外，更應重視產品生產及消費的模式與數量。準此，雖涉案企業所控制之糖業生產，僅占歐市全部產量千分之五不到，歐洲法院仍然認爲該當羅馬條約八十六條之規定。

在 Hugin 案 中，歐洲法院認爲 Hugin 製造的收銀機修護零件，因無代替品，遂居世界性的控制市場地位，至其於歐體之活動，僅及於共同市場之重要部分，即包括英格蘭、蘇格蘭及威爾斯地區。於 United Brands 案 ，United Brands 公司

在歐體的活動被認爲是其在世界性香蕉市場營運的一部分。惟基於特殊因素的考量，將英、法、義，從共同市場排除。因爲英國對屬於大英國協的加勒比海國家所產香蕉，給予優惠關稅，法國與其昔日殖民地間亦有類似關係，義大利則出於其實施限額政策。另在 Bayer and Gist Brocades Agreement 乙案 中，執委會認爲本案盤尼西林 (penicillin) 的供應市場，遍及世界各角落，惟蘇俄及東歐除外。

從上述案例可知，地理市場應綜合相關因素，就個案具體探討。而左右產品供需及事業經營因素多端，故所劃定市場大小不一，非可一概而論；然大體而言，隨著共同體於一九九二年整合成爲單一內部市場，執委會對地理市場的定義也隨之修正。當外來的競爭打破了原建立於一國、一區或當地市場的競爭生態時，地理市場的範圍將因而擴大。若執委會放棄原先所採較爲嚴謹的市場定義，且在沒有技術上或法令上的限制下，則相關市場將以整個歐體區域爲範圍，此時被認定爲控制地位的機會將較過去大爲減少。

時間因素

競爭條件可能因時間而變化。對某些產品而言，不同的時節可能出現足以競爭的替代品，故時間因素亦應納入市場考量。在 United Brands 案 中，有證據顯示香蕉之交互需求彈性受到季節性的影響。夏季，各種水果充沛，香蕉面臨其他水果的競爭，需求降低；但在冬季，則因水果種類較少，香蕉的需求量大，市場地位益顯重要。可見香蕉市場應分爲兩個季節性市場。然執委會最後卻堅持以整年爲期，認定只有一個時間市場，且當事人在該市場中具有優勢地位。歐洲法院亦贊成此見 。

另外，在 Michelin 案 歐洲法院認爲對於進入短期市場的相關障礙亦應考量：相較於長期的競爭運作，短期進入市場的障礙是較爲突顯的，包括投資廠房的開銷、聲譽的建立、良好的行銷網、及技術移轉與取得等，皆會對長期發展投下風險及變數。歐洲法院基於廠房新設及建立消費者的信賴皆須長期培養，故忽略 Michelin 進入市場所造成的新容量。再基於 Goodyear 已獲利性地在荷蘭建立工廠，故認爲 Michelin 可能沒有剝奪其地位。但爲防有剝奪之虞，將限制 Michelin

的市場行爲 。

三、判斷標準

大體而言，市場占有率仍是歐體用以判斷事業是否具備市場控制地位之主要標準。蓋控制地位既爲事業於相關市場上經濟力之顯現，則以該事業占有市場比例之多寡，推算其是否具有此地位，當然是最直接有力之方法。實例上，即有以涉案產品之市場占有率超過百分之八十，據以認定涉案事業擁有市場控制地位者 。

惟實際上亦有顯現市場占有率之高低，與市場力量之強弱並無必然之關係者。蓋因產業結構各異，市場占有率有時未必能確切反應事業真實的經濟力 。此時，用以判斷事業是否具有市場控制地位，除市場占有率外，尚須斟酌其他因素。

市場占有率

歐洲法院 (ECJ) 及歐洲第一審法院 (CFI) 對市場力的考量確以市場占有率爲主要因素。在維他命 Hoffmann-La Roche 案，ECJ 曾表示市場占有率並非判斷市場控制地位的永久性因素，但除非情況特殊，否則事業具有強大的市場占有率，即是判定市場控制地位的指標。在 AKZO 案，ECJ 以百分之五十的占有率做爲市場控制地位的象徵。一九九二年 CFI 在 Hilti 案中，更對於擁有高市場占有率之事業要求負起舉證責任，令其提出反證以證明事業本身非具市場控制地位。

依歐體執委會在一九八〇年第十次競爭政策報告，凡市場占有率達百分之四十至百分之四十五以上的事業，容易被認定市場控制地位，而占有率在百分之二十至百分之四十之間者，在參斟相關因素後仍可能被判定居市場控制地位 。惟自歐體結合規則（ 四〇六四－八九號規則 ）施行後，低於百分之二十五市場占有率的事業，則通常被認爲與共同市場相容，此亦成爲第八十六條的判斷參考。

在實務執行上，執委會對占有率超過百分之五十的事業，通常推定爲控制事業。但單依市場占有率爲判斷極可能成爲誤判，故執委會仍要參酌其他因素才能做成客觀的判斷。

其他判斷因素

除市場占有率外，有關市場進入障礙、產品之替代性、競爭對手之規模、潛在競爭者、交易相對人之對抗力等因素，亦爲判斷有無市場控制力之重要認定要素：

進入障礙

當市場中不存在其他的法令上或特殊的障礙時，即使事業擁有較高的市場占有率，亦難驟被認有獨占地位。所謂法令上的障礙，例如智慧財產權的行使或因法令構成的獨占等。另外，昂貴設備或技術的取得也成爲市場進入的障礙因素。

替代性產品

市場上的替代品充裕與否攸關涉案產品的市場地位。除了直接替代產品外，間接替代品雖未形成市場的實質部分，但因其極可能限制了涉案產品的自由流通，故亦應納入考量。

競爭對手之規模

當市場結構呈分散零碎的競爭狀態，則即使僅爲相當小規模的絕對市場占有率亦足以被判定爲市場控制地位。相對地，當市場上存在其他強有力的競爭對手，則可能會限制涉案產品的自由流通。故衡量競爭對手之規模大小亦是必要考量。

對抗力

當一市場占有率極高的事業面臨單一消費者或一群共同行動的消費者之強大購買力時，該供應業者的市場力可能受到相當的抵銷，而無法取得市場控制地位。

潛在競爭者

對於市場進入障礙較低或潛在競爭者打算投入長期性投資的市場，執委會會特別衡量業者既有的高市場占有率與潛在競爭者的實力，以判斷是否構成優勢地位。實例上，以 United Brands 案 而言，在該案中涉案事業僅擁有相關市場百分之四十到百分之四十五的占有率，並非構成認定控制事業的重要基礎；其他有關的因素，才是歐洲法院作積極判斷的主因：如特定市場中規模最大的競爭者，其市場占有率祇有百分之九到百分之十六之間；與經銷商有垂直約定構成整合的經濟關

係；有範圍廣大且穩定可靠的供貨來源；快速有效率的載貨運輸等。

綜合上揭各要素觀察，認爲涉案事業以拒絕供應，作爲對不遵守其約定之懲罰手段，正是控制事業濫用市場地位之有力證明。

四、共同控制地位

羅馬條約第八十六條條文以「一個或數個事業」爲規範對象，不免涉及數事業間共同擁有市場控制地位的情形，此即所謂共同控制地位 (joint dominance or collective dominance)。以第八十六條處理共同控制地位，向有規範上的爭議；另外，此對以第八十六條適用寡占行爲亦意義深遠。

羅馬條約對寡占及寡占事業間之勾結並未明文規範，先前皆依第八十五條規範。但寡占間多半發生平行行爲（ 或模仿行爲 ）而非勾結行爲，欲以第八十五條繩之以法實非易事。故有主張依第八十六條規範，或可克服規範上的漏洞。但學者亦質疑第八十六條是否足以對抗寡占間巧妙的平行行爲 。

一九八六年執委會針對寡占市場及共同控制地位發表報告，該報告明示條約第八十六條得以適用處罰濫用共同控制地位。這也是競爭政策目標之一，用以預防由沈默的勾結所滋生的各種不當行爲。

依歐體長期的執法經驗，歐洲法院在 Hoffmann-La Roche 案認爲應將共同控制地位與寡占事業的平行行爲區分開來。在義大利平面玻璃案 Italian Flat Glass ，執委會認定三家義籍玻璃業者居於一高度寡占市場，並具有高度自主性可妨礙有效競爭，而無須考量其他競爭業者，實已構成違反第八十六條的濫用共同控制行爲。此外，執委會在決定案中亦對三家業者實施違反第八十五條的協定及聯合行爲予以非難，意義重大。再者，在 Societa Italiano Vetro 案 （ 該案爲 Italian Flat Glass 案的上訴案 ）後，學者咸認爲共同控制已成爲執委會用以對抗無勾結寡占及無法證明確有勾結之寡占行爲之利器。在 Alsatel v. Novasan 案 ，執委會即認爲非勾結的平行行爲亦可能構成共同控制地位的濫用。

但至今爲止，受到第八十六條規範的共同控制仍只出現在事業間存在協議或該濫用行爲同受第八十五條非難的情形 。

參、濫用行為

一、濫用行為之概念

羅馬條約第八十六條並未明白規定何謂經濟力濫用。是以，一九六五年十二月一日執行委員會備忘錄 ，即對濫用行為提供一個精簡扼要的說明：「事業所為的違法行為，有悖於（ 羅馬 ）條約所揭櫫的宗旨者，謂之濫用行為。控制事業濫用行為之對象，可為現在的競爭者、潛在的競爭者、供應者及使用者。因為無濫用的概括性定義，故認定濫用行為之存否，應就個案情況之差異分別判斷。」

在上述備忘錄中，雖言執委會對控制事業的濫用行為作一定義性的解釋，惟如上所見，究未十分明確，此為濫用本質所使然，亦為該會所明知，故在備忘錄的最後，彼等指出關於濫用行為之認定，有待實務上依客觀經濟環境之差異性分別斟酌研判。判斷行為的濫用，基本上應持客觀主義，即以事業之行為是否合乎市場正常運行之要求及條約所確立之宗旨而為權衡，至其在主觀上究否具破壞、扭曲競爭秩序之故意，或具違害公共利益，加害個別企業之意圖，則在所不問 。實務上在 GEMA 案 中，執委會即表現其客觀主義的立場，該會客觀地舉出一系列行為主體的行為，用資證明濫用的存在，諸如：對其他會員國國民的歧視；課以會員不必要的拘束；透過契約方式擴張著作權及於未有著作權之作品；對獨立唱片進口商的歧視；對錄音機、錄影機進口商的歧視等。及駁回當事人以不知其行為將導致競爭危害結果之抗辯。另外在 General Motors Continental N. V.乙案中，歐洲法院亦同樣的持客觀主義的看法。

濫用既以客觀行為效果為判斷的重要基礎，則認定該行為之存在，可以與假設的有效競爭市場比較。亦即某一行為於正常競爭之市場不可能發生者，卻出現於控制事業之身上，可以證明該行為已屬濫用。此於控制事業非法利益之取得上最明顯。控制事業可利用其優勢地位，任意調高賣價或壓低進貨價格，取得在正常市場無法得到利益，當然其結果必然建築於其他事業的犧牲之上毋庸置疑。如 Dyestuffs 乙案 即為事業提高售價攫取暴利之適例。另外，控制事業在維持或加

強其地位之過程中，不當的危害競爭之運行，或削弱競爭對手之力量亦進入濫用的範圍。另在 Continental Can Campany 案 中，歐洲法院表示，居控制地位之企業加強其勢力，以致於實質上妨礙競爭之進行者，濫用即屬發生。

二、濫用行爲之類型

關於價格之濫用行爲

羅馬條約第八十六條 (a) 款前段規定：直接或間接課加不公平的買價或賣價。由市場供需之觀點而言，所謂課加不公平的「賣價」，係就供應者之立場而言；反之，課加不公平的「買價」，則係基於需求者之角度加以觀察。此外，價格之濫用尚包含掠奪性訂價、價格歧視及忠誠折扣等型態。以下，分別說明之：

不公平的買價或賣價

供應者居控制地位

供應者居市場之控制地位，可能爲謀取非正常競爭市場所能產生超額利潤，而實施高價。

何謂超額價格？歐洲法院在 General Motor Continental 案 中指出，係以價格與產品經濟價值 (economic value) 是否具有合理之關係而定。至於如何決定價格超過其經濟價值之合理程度，歐洲法院認爲必須考量產品生產成本與販賣價格間之差額 (margin)，該差額即爲利潤之所在。

申言之，歐洲法院在 United Brands Company 案 ，雖認定 UBC 之 Chiaquitas 品牌香蕉，在愛爾蘭市場價格，較與其他歐陸國家中價格高出一倍以上；且 Chiaquitas 品牌香蕉與 UBC 本身其他未標示品牌但品質相近之香蕉，有著百分之二十至百分之四十之價差；惟歐洲法院仍認爲產品價格必須與其經濟價值具有合理關係之原則加以判斷。且欲客觀判斷價格是否超過其經濟價值之合理程度而爲超額價格，必須考量產品實際生產成本與實際販賣價格之差額。倘認定其爲超額價格後，可經由其他同質性之競爭產品加以比較是否爲不公平之價格。準此，由於執委會對於 UBC 之香蕉成本並未加以實際分析與研究。歐洲法院以 UBC 之香蕉較其他廠商供應之相同品質香蕉之價格僅高出百分之七，甚難逕行認定是否爲不公

平之超額價格。由於執委會對於成本分析不夠清楚，致其決定無法獲得歐洲法院之支持。

需求者居控制地位

需求者居市場之控制地位，爲自己之利益可能要求供應者給予低於一般競爭水準的售價，此不但妨害市場之正常競爭，同時亦損害到其他購買者。

在 CICCE 乙案 中，執委會依職權主動調查法國電視公司濫用其市場獨買力量，用非常低廉價格購買電影影片之播映權，執委會在本案中認爲，一個優勢購買者濫用其優勢地位，以不公平價格購買影片播映權，仍須受八十六條規範。

掠奪性訂價

行爲人企圖以較低價格排除其他競爭對手或潛在對手，待取得穩固的市場地位後，再行奪取獨占利益。欲爲此行者，必須先擁有相當的市場力，否則不足以承受前階段削價掠奪的行爲。

惟對於掠奪性訂價規範之困難，在於如何認定何謂掠奪性的低價。在 AKZO 案 ，歐洲法院原則上以成本計算原則做爲判斷標準。當事業之訂價低於平均變動成本，並意圖排除特定競爭對手時，則構成符合濫用的掠奪性訂價。但對於訂價高於平均變動成本，但低於平均成本時，爰依成本理論不認定爲掠奪性訂價。惟歐洲法院認爲若此訂價係以排除特定對手爲目的，仍應視爲掠奪性的濫用。另在 British Sugar 案 ，執委會則認定 British Sugar 一系列行爲係意圖打壓其唯一的競爭對手，構成濫用。

價格歧視

事業就相同的商品或服務，依買受對象、區域、購買數量等不同而訂定不同的價格，是爲價格歧視，或稱差別取價。

本類型的判斷難點在於區別價格差異和價格歧視。考量商品經營環境之差異、行銷成本之差異，當然可能產生價格差異，本屬合理。但若不計上述成本差異，或對所有產品以同價出售，反而可能形成價格歧視。

羅馬條約第七條對任何基於國籍理由的歧視行爲皆加禁止。就控制事業歧視行爲

之禁止，條約第八十六條 (c) 款亦規定對交易對手就相同的給付，適用不同之條件，致使其受到競爭上的不利益者，與條約所揭櫫的公平競爭精神不相容。在 United Brands 案中 中，同樣的香蕉因標籤之不同，而異其賣價，執委會認爲，該價格之差異無法以成本不同的理由解釋，是屬價格之歧視無疑。另外在 Hoffmann-La Roche 乙案 中，涉案的 HLR 公司對購買其所需全部或大部分維他命的公司，給予「忠誠折扣」(remises de fidlité)，執委會以爲此業爲價格的歧視，蓋其乃純粹以顧客種類之不同而給予折扣，並非真實反應成本的減少。

忠誠折扣

忠誠折扣 (loyalty rebates) 係指控制地位事業提供之一種特別折扣，其目的使交易相對人向其購買全部或大部分所需之產品，而不與其他競爭者進行交易。對於忠誠折扣之條款，控制地位事業常會加上期限以及解除條件，在期限內交易相對人必須持續與控制地位事業進行交易，若該期間內另與其他事業進行交易，則因解除條件成就而喪失請求給付折扣之權利。通常忠誠折扣伴隨著獨家交易 (exclusive dealing) 之契約運用，產生限制交易相對人之營業自由，妨礙與交易相對人從事交易之其他相對人權益，有妨礙於公平競爭之效果。忠誠折扣可能違反了八十六條 (b) (c) 款之規定，因其限制了交易相對人之自由，並將其他競爭者排除於市場外。

在 Hoffmann-La-Roche 乙案 中，Hoffmann 就其本身與其他許多不同行業如製藥、食品、飼料等之客戶，所簽訂之契約中規定，若各廠商向 Hoffmann 購買其所需全部或大部分之產品，可以獲得忠誠折扣，由於契約規定其折扣比率之計算標準，並非以顧客所購買之數量爲依據，而是以該顧客所購買產品佔其所需總量之比例給予折扣，顯然於管銷費用之節省無關。折扣計算尚包括不同族群維他命之購買量加以合併。Hoffmann 還制定了著名的英國條款 (English clause)，該條款規定，各廠商若發現其他供給者提供較 Hoffmann 較低之折扣，或較優惠之交易條件後，負有通知 Hoffmann 之義務，若 Hoffmann 無法提供相同條件，則各廠商可自由轉向其他供給者購買，而不影響其忠誠折扣之獎金，同樣被執委會認爲已違

反八十六條之規定。

在 Michelin 乙案 ，則以另一種方式發放忠誠折扣，由 Michelin 的荷蘭分公司 NBIM，對其經銷商年銷售所有種類 Michelin 輪胎金額達到一定額以上，並達到 NBIM 所要求銷售重型車輛用輪胎數目時，給予年度性折扣 (annual variable discount)。歐洲法院認爲，NBIM 之目的在於使荷蘭境內之經銷商轉向本身購買，且對於同爲 Michelin 之經銷商給予差別待遇。此種折扣系統之目的，在於限制或禁止經銷選擇供應來源的自由，與阻礙其他競爭者進入市場。由於銷售金額係由各種產品之金額累積，使各經銷商必須持續與 Michelin 交易以達到目標金額，其他競爭對手甚難與之競爭。

不公平交易條件

第八十六條 (a) 款後段規範“直接或間接課加不公平的交易條件”。至於何謂不公平交易條件，至今尚無權威性的解釋。事業除利用價格政策牟利外，亦常使用非價格性的不公平條件來利己排他。GEMA 案 ，GEMA 爲一著作權組織，在全球市場中占有優勢地位。歐洲法院認爲 GEMA 對其會員課以與組織目的不相關的拘束，實侵害會員之權益及自由，已構成濫用。在 United Brands 案 UBC 根據香蕉成熟後極易受損，不利運送的特性，訂立「綠色香蕉條款」，要求行銷商不得轉運仍爲綠色之青澀香蕉，以避免其差別取價政策無法維持，歐洲法院認爲此除合致價格歧視之外，亦構成不公平交易條件之濫用。

除了供應者一方可濫用不公平條款外，具有強大購買力的需方亦可透過其強大的市場力迫使供方依不公平條件供應原料或服務。Eurofima 案 可爲例證。執委會判定 Eurofima 以居於鐵路枕木需方市場之控制地位，要求供方提供現在與將來的專利權無限供其使用，且無須徵得供方同意或付費便可將該權利移轉他人使用。針對後部分，執委會認爲移轉專利權行爲與交易內容無關，並對供方有失公平，故構成需方濫用不公平交易條件。

不公平的條件之濫用通常也造成垂直限制協定條款，故有很大一部分與第八十五條規範互相垂疊。

限制生產、行銷、技術發展

第八十六條 (b) 款將“限制生產、行銷或技術發展致生損害於消費者”列爲濫用行爲。此款通常由優勢事業透過不公平壓力來消除或限制第三人之產銷或技術性發展，藉以鞏固本身的市場力量。

在 Sugar Cartel 乙案 中，製造商 Raffinerie Tirlemontoise 要求其比利時經銷商簽署禁止將砂糖轉售至德國或荷蘭以及其他非會員國家之條款，否則拒絕再供應其產品或減少其他供應量。歐洲法院認爲，限制經銷商之出口銷售對象與區域之限制，對於經銷商之行銷通路造成限制，也對其顧客造成間接影響，明顯違反第八十六條 (b) 款規定。同案中法院也指出另一種行爲，非競爭條款 (noncompetition clause) 也違反第八十六條 (b) 款規定。所謂非競爭條款係指事業間之進行營業上之交易時，居於控制地位之事業同時要求交易相對人，簽訂一定期間或一定區域內禁止從事相同商業活動之條款而言。此種非競爭條款其本質上並非可加以責難，只要其限制營業活動理念，符合一般商業習慣，限制營業期間不至於過長，而產生使交易相對人放棄從事該行業之效果即可被允許。歐洲法院認爲控制地位事業運用非競爭條款，而造成擴大其限制競爭範圍之效果，此等擴大限制競爭範圍效果，若與系爭法律與經濟關係之本質無法達到一致之程度時，將被視爲違法 。

限制生產而不利於消費者之濫用行爲，通常是由居於控制地位之事業方面限制其生產產品之數量，藉由限制生產數量而提高價格。此種行爲必須實際對於消費者發生損害或潛在性損害，始違反第八十六條 (b) 款規定。British Leyland plc 乙案 中，BL 公司就核發環保署所需汽車檢驗證書市場，具有優勢地位。BL 公司以限定數目核發檢驗證書之行爲，即屬限制生產而不利於消費者之濫用行爲。居市場控制地位事業爲限制生產行爲，其目的常在於希望謀取超額利潤，往往同時伴隨不公平價格或者價格歧視行爲 。以本案爲例，BL 公司核發檢驗證書之費用不分左手或右手駕駛座之汽車一律爲二十五英鎊，而後隨即漲到對於個人收取一百英鎊，汽車經銷商則收一百五十英鎊，在執委會展開調查後隨即又降至一律

五十英鎊。BL 公司濫用其行政上獨占地位收取與其服務經濟價值相較下顯不合理之服務費用，被認定爲濫用行爲。

差別待遇

條約第八十六條 (c) 款規定「對交易相對人，就相同之交易適用不同之條件，致使其受到競爭上之不利益」亦爲濫用行爲。條約第六條亦明文規定不可以國籍作爲差別待遇之理由。故依國籍適用不同交易條件當然構成違法。差別待遇大體上可分爲價格性差別待遇及非價格性差別待遇。價格性差別待遇已於前述提及，非價格性差別待遇則因買受人、地點、購買數量及其忠誠度等適用不同條件，使買受人間產生不平等地位，或使競爭對手居於競爭劣勢。

差別待遇的主要非難點在於其以人爲干擾造成排他效果，限礙市場進入及正常競爭秩序，並藉以成爲優勢企業鞏固及維持市場的不法利器。

搭　售

條約第八十六條 (d) 款規範搭售行爲。一般而言若搭售產品與被搭售產間存有經濟上的關聯性，則允許搭售行爲 。但若要求相對人購買不相關的產品或服務，或接受與契約目的無關的條件，則係強迫接受不公平條款，有違本條款。

截至目前爲止，此種以搭售行爲做爲優勢力量濫用的案例並不多。執委會曾自安全性觀點承認市場控制事業之搭售行爲 。對於受到專利集體豁免的事業，執委會亦允其爲合法的搭售行爲。

搭售行爲亦常被用爲介入遴近市場或相關聯市場的手段，亦常涉及拒絕供應。在 London European-Sabea 乙案 ，行爲人限制相對人加入所屬的電腦訂位系統，除非相對人同時使用行爲人所屬的地面勤務服務。又如 IBM 拒絕供應中央處理器 CPU 給交易相對人，除非相對人同時購買其記憶體架構服務及基本軟體 。最後，值得一提的是，控制事業即使在其他市場未居於控制地位，但其濫用行爲造成他市場競爭秩序受擾，亦將受到非難，此徵諸 Tetra Pak Ⅱ案 可證。

拒絕供應

拒絕供應常爲市場控制事業爲損害購買人而限制供給之濫用行爲。審視此類

行爲時，必須檢討拒絕供應與契約目的之關係，是否可客觀地予以正當化。例如原料供應者拒絕對其競爭者供給原料，以將其排出加工階段之外；零件供給者拒絕供給零件給其他業者，使其無法繼行服務或生產；市場控制事業以交易人販賣競爭商品爲由，終止長期以來的供給關係等，均構成濫用。

除了上述原料、零件的供給之外，技術的供給亦是進入市場或維持生產的必需要件，通常涉及智財權，尤其是專利權的使用。此時產生以下兩點：

可否要求該技術優勢事業授權潛在競爭者自行製造，使潛在競爭者亦能自行生產原料，進而完成最終產品。

可否要求技術獨占人供應原料給潛在競爭者，使自行生產最終產品。

關於　　，引發各種爭議，但有兩點必須在此先予區分：第一，所拒絕供應的是相關產品的主要成分因而妨礙、生產市場之競爭；第二，所拒絕供應的是完成產品的備用零件，因而妨礙成品修理市場之競爭。針對第一點，拒絕供應主要成分，在抗結核藥案 Commercial Solvents v. Commission ，對於 CSC 拒絕供應製藥原料給老顧客 Zoja，歐洲法院認爲係 CSC 欲進入抗結核藥市場，故撤回原料供應，以排除競爭，應屬濫用。另外，在 British Sugar plc 案　執委會亦面臨同一狀況，即製糖業者 British Sugar 拒絕對與其有競爭關係的零售商供應糖貨。由歐洲法院對拒絕供應的案例可知，歐體之競爭政府除著重經濟上之反競效果外，更有強烈保護中小企業地位之意旨。至於第二點，拒絕供應備用零件，執委會在 Hugin v. Commission 案 判定 Hugin 因拒絕供應備用零件給英國修理商，故構成濫用優勢。然本決定最後未被歐洲法院接受，因歐洲法院認爲執委會對本案無法舉證該行爲會對會員國間之交易造成影響。縱使如此，拒絕提供零件的行爲，仍已成爲執委會評估濫用的對象。

其　他

除上述諸類行爲外，優勢地位事業仍會透過設立人爲性進入障礙，例如壟斷技術資訊、拒絕技術授權或濫用智財權以取得不公平利益等方式，來鞏固既有地位。另外，破壞競爭對手的債信、收購競爭者的設備或買斷其廣告媒體，亦是排

除競爭者的上選利器。再則，優勢事業持續加強其水平或垂直的統合力量以擴大對市場的影響力，更成爲競爭對手無法掙脫的競爭壓力。凡此種種，皆可能破壞市場結構，妨礙有效競爭，而受到非難 。

肆、影響會員國間之交易

於適用羅馬條約第八十六條規定時，首應注意行爲主體雖非必定屬共同市場之任何一會員國，其濫用行爲亦不須於共同市場內實行；惟其效果應發生在歐體之內或其重要部分，且可能影響會員國間之交易。

歐洲法院與執委會對於所謂影響會員國間交易，一向採取較爲廣義解釋，在 Société Technique Minière 案 中，指出要構成影響會員國間交易之條件，必須事業所系爭之協議，基於客觀之法律與事實因素判斷，可預見具有直接或間接、實際或潛在的影響會員國間交易之相當程度的可能性。因此，基於本案對於會員國間交易影響所揭示之判斷原則，又稱「STM Test」 。本案中會員國間交易影響之判斷僅使用影響 (effect) 一詞，而非使用妨害 (hindrance) 一字，以採取較廣義之解釋。影響會員國間交易最明顯之行爲，乃是區隔各會員國市場之行爲，例如以平行輸入之規定而於各會員國指定總代理，以國家爲界線區隔市場 。

歐洲法院於 Hugin 案 中指出：「於解釋歐洲共同體條約第八十五條與八十六條中所規定之影響會員國交易要件時，需以該要件乃是於競爭法範圍內，爲釐清共同體法與各會員國法各自規範之領域爲目的行之。共同體法規範之領域，涵括了任何足以對會員國間交易自由有所妨礙之協議與行爲，尤其是指區隔會員國國內市場，或妨礙同市場中競爭之行爲。對於妨害行爲僅限於單一會員國領域時，則由各會員國之內國法加以規範。」惟必須瞭解者，並非只有會員國間之交易行爲才有造成影響會員國間交易的可能，單一會員國內部市場之行爲，例如排除其他會員國事業進入該國內部市場，其效果仍有可能對會員國間交易產生影響。

所謂影響不能單純以貿易數量之增減加以判斷，即不能以事業行業增加貿易量便認爲對於會員國間交易具有正面之影響，反之亦然。然如以忠誠折扣吸引顧

客購買產品，雖然增加了會員國間貿易量，但對於市場之競爭秩序造成妨礙。歐洲法院曾指出：「欲瞭解事業之行爲是否對於會員國間自由交易造成直接或間接、實際的或潛在性之危害，尤其必須考量是否有悖於共同市場之宗旨與目標，因此一項協議雖有助於增加會員國間之貿易量，亦不能排除對於前述目標影響之可能性。」因此，所謂影響會員國間交易之事業行爲，與是否增加或減低會員國間之貿易量無涉 。

影響會員國間交易之程度，必須到達使會員國間原有之貿易及競爭秩序，產生可感覺的程度之影響，始符合適用之要件。歐洲法院於一九六七年十二月之 Brasserie de Haecht 案 中，就可感覺的程度之影響明白指出，一項契約、協議、或事業之行爲對於會員國間造成交易可感覺的程度之影響，必須就法律與事實整體客觀事實的因素判斷下，對於會員國間自由交易造成直接或間接的影響，促使市場分裂，使條約之經濟目標更難以達成。事業之行爲若達到此種影響程度，便需受歐體競爭法之規範。

執委會與歐洲法院在解釋與適用第八十六條之會員國條款時，特別注重控制地位事業之濫用行爲是否影響或更動共同市場中之競爭結構 。例如在 ICI 乙案中，ICI 爲英國市場中供應蘇打粉之控制地位企業，ICI 提供忠誠折扣使其客戶向其購買大部分蘇打粉，被控違反八十六條之規定。執委會在判斷 ICI 濫用行爲是否符合影響會員國間交易之要件時，指出 ICI 此種策略目的，在於防止來自美國蘇打粉進口商 General Chemical 進入英國市場之競爭威脅。雖然 ICI 排除之企業爲共同體外企業，但執委會認爲進口蘇打粉行爲可以削弱 ICI 在英國市場優勢地位。ICI 給予忠誠折扣其目的在於維持並增加本身在英國之市場控制地位，此舉將影響共同體之競爭結構，因此被認定對會員國間之貿易產生影響。

伍、結論

羅馬條約第八十六條之規範，並非禁止事業居於市場控制地位，而係處罰該市場控制地位之濫用行爲。

分析第八十六條之構成要件有三。首先，行爲主體須居於市場控制地位；其次，須有濫用行爲；再者，即係可能影響會員國間之交易。惟嚴格言之，上列相關構成要件之內涵，條約規定本身並非明確，因此長久以來，均有賴執委會或歐洲法院，藉由個案之累積，始得明確。

以所謂「市場控制地位」而言，執委會及歐洲法院洵認其涵意包括有二。其一，係指不受競爭者、顧客及最終消費者之影響，本身有獨立行動的能力；另一則係具有妨礙有效競爭之能力。再者，就所謂「濫用行爲」之概念，條約雖訂有四款行爲態樣，惟就濫用之概括性定義，卻付之闕如。就此，執委會爰表明其客觀行爲效果原則，揭示認定濫用行爲之存否，應就個案情況之差異分別判斷。至於在判斷有無「影響會員國間之交易」一點上，執委會與歐洲法院則採廣義解釋；亦即，基於客觀之法律與事實因素判斷，凡可預見有直接或間接、實際或潛在的影響會員國間交易之相當可能性者，即屬之。

要之，羅馬條約第八十六條雖訂有市場控制地位濫用行爲之規範，惟實際用以供違法判斷之認定基準者，則係藉由實務個案次第有以形成。

第五章　結合之管制

壹、前言

一、結合概說

事業結合是整個經濟發展體系中起步較晚的類型。資本主義制度雖確立於十八世紀，惟自十九世紀最後三十年起，經濟集中現象才應運而生。隨著工業與科技快速拓展，聯繫著龐大的資金需求，經濟力集中的現象漸次明顯。

二次戰後，主要工業大國更進入規模龐大的固定資本投資階段，因應高科技與新興工業部門之發展，開拓跨國企業，並肆應各國貿易保護主義，事業結合應然而生，成爲企業擴展自然、穩定成長的最佳途徑。

事業結合的方式大致可分水平式，垂直式及多角複式三種類型。「水平式結

合策略」經由收購合併，取得目標公司現成產品線，除了現成生產技術外，該品牌及其行銷通路更是公司價值所在。透過橫向的水平結合，最直接利益在於吸收消弭原處於競爭狀態之對手。「垂直式結合策略」則係用以縮減供需成本、降低產品價格，進而提昇競爭取得優勢。至於「多角複式結合」，則集結不同競爭階層、不同競爭關係，乃至不同地理市場事業，朝多元化經營目標邁進，以分散風險，損益互補，以大養小之理念尋求新的收益與利潤。不但提昇了生產、設備及人力投資之效率，亦帶動異業間之技術交流及資訊分享，使市場更加多元化、活潑化，堪稱鞏固市場、創造商機的高度經濟活動 。

誠然，在結合蔚爲風潮的今日，處處可見事業藉由結合來擴充資本、排除競爭、攻占市場或挽救垂危事業。企業結合與收購 (merger and acquisition，簡稱 M & A) 已堂堂躍登世界舞台。在美國，大型企業不斷遭到日本企業的併購；歐洲市場亦是另一個重要的 M & A 市場，歐體以外各國大企業爲避免可能面臨的貿易障礙，紛紛先行於歐體設立據點，直接收購或與歐體內的事業進行結合，以打入歐洲市場。再回到國內市場，國內事業跟緊世界經濟腳步，展開整合性、綜合性的結合，一般所謂的關係企業、集團企業，甚至策略聯盟皆是事業結合的代表類型。總體而言，事業結合是相對於新設企業的多角化略策工具。運用結合策略不僅可爭取時效，減低資金大量挹注，又可利用現有行銷通路及生產設備迅速擴張產品線，掌握先進技術與管理制度。當然，事業結合後所帶來事業共鳴效益及市場力擴張，甚至藉由廉價收購，擴大事業王國，獲得單一事業無法得到之經濟利益，更是不可輕忽。

放眼國際市場，區域整合次第形成。如歐洲經濟共同體、北美自由貿易區及兩德統一市場的出現，莫不增加國際市場的同質性。

事業面臨的競爭越激烈，對事業規模經濟的需求越大。故事業大型化與國際化乃成爲結合考量的最大誘因。

全球性的購併風潮最早發生在本世紀初期（ 一八九五至一九〇三年)，當時購併鵠的爭逐產業領袖的地位。隨後發生在一九一八至一九二九年的購併潮，則

以美國的控股公司爲主導，目的在擴展美國的全球性市場。第三次出現在一九六〇年代，購併潮出現於跨國公司的集團式經營需求。而當前新的全球性購併潮，則在因應世界性市場同質化的事業規模需求，以及區域性市場整合的潮流衝擊。事業爲求市場競爭力的大幅提升而進行購併，台灣的產業亦受波及，正逐漸介入此一潮流中 。

事業結合固然可集中經濟力，提高生產效率、降低成本、避免重複投資，使經營更加現代化、合理化及國際化。但結合一旦超過規模經濟臨界，反而可能導致生產不經濟、社會資源浪費及生產力閒置等負面效果。另外，事業結合所帶來的經濟力集中，亦可能改變市場結構，形成壟斷、獨占、不當濫用市場地位等終局，進而破壞自由市場經濟秩序。再從社會面觀之，經濟力集中亦可能造成失業人口增加、資金流通受限於原設備等情形，加上事業極可能將結合所須的設備、管理、廣告等成本部分轉給消費者，間接引發物價上漲…諸此弊端，皆是事業結合可能增生的疑慮，無可輕忽 。

放眼世界，各國對事業結合的規範，大多著眼於結合所造成的限制競爭潛在效果，並加以相當程度的管制與規範 。

二、歐體結合管制之背景

歐體結合管制規則固屬競爭規範之一環，但發展較晚。競爭政策立法之初，共同體會員希望藉著共同立法維持域內不受扭曲之自由競爭。然而在一九五七年歐體羅馬條約訂立之初，並未將「結合管制規範」納入條文中。究其主因，一則以訂約當年，事業結合尚未風行，經濟力的集中猶未到重視，故歐體當局對事業結合可能產生的反競爭議題，傾向依羅馬條約第八十五條、第八十六條來處理；再則以訂約當時，歐體會員國（ 主要係英、法、德三國 ）原來已具有各自的結合管制政策及立法，不願將此經濟管轄權讓渡給共同體統一執行。

實則隨著事業面臨競爭壓力，不得不擴充本體以維生存的演進，事業結合現象因勢蔓延，相繼而生的反競爭課題亦非條約第八十五條、第八十六條可以完全解決，於是獨立訂定共同結合管制規則之呼聲高漲，歐體當局再也不能逃避此項

整合。早期歐體執委會對結合規範，強調與產業政策間之平衡，故在八十年代中期前，未有重大立法進展。然自八十年代中期以後，歐體當局積極打破原狀，希望進入結合規則之立法階段。

歐體結合管制規則（ 以下簡稱「結合規則」）之立法制定，大致分爲一九八四年至一九八八年及一九八九年兩個階段。第一階段強調使一九七三年之結合草案復活 。

但因一九七三年草案之規範範圍、評價基準及其對會員國所爲決定…等課題仍有爭議，在歷經三次修正後，理事會才採擇定案 。

第一階段

本階段立法工作遭到英法兩國之異議，理由主要在於兩國希望延緩將結合規制權限轉給共同體的速度，另外兩國對於規模利益的信奉及國營事業結合收購之能力亦有不同考量。執委會爲推動結合立法，一方面擴大適用第八十五條、第八十六條，另一方面則嚴格限制政府對產業之補助，藉此以爲牽制。著名的法國雷諾汽車補助案即遭執委會以削減補助金額及民營化爲條件，而允許該補助案。此外，歐洲法院亦以一連串的判決支援執委會的見解，在一九八五年之 AKZO 收購 ESC 事件及一九八六年歐洲另一化學公司共謀事件中，歐洲法院均做出嚴格的判決。明白宣示了規範市場經濟集中之意圖與決心。最後執委會在一九八八年五月發布結合規則之修正草案。同年六月，法國承認結合規則之必要性，英國亦肯定在面對國際間敵對性的收購之際，有必要制定屬於共同體層次之結合規則。

至此，執委會終於在一九八八年四月二十五日第五度向理事會提出修正草案，修正原二十八項前言及基本條款，爰做成「企業結合規則修正案」。

第二階段

歐體結合規則立法在一九八八年第五次修正草案提出後，結合規範的內容架構大致形成，最後的爭點只剩： 適用對象； 評價基準；及 管轄權。對於結合規則： 有關適用對象，原草案依營業額爲測試基準，原訂全球性營業總額過十億歐元，歐體內兩家事業合計超過一億歐元，且在同國內營業額不超過總營業

額四分之三爲門檻要件；但反對國主張此門檻太低，應予提高。　結合之審查與核駁基準究應純由競爭基準入手或亦應參入政治與產業政策考量，眾說紛云；又對於市場支配地位之形成，各國亦出現不同的評價基準。　至於在管轄權方面，德國代表主張，事業結合在獲得執委會的認許之後，若對會員國本國市場發生影響，會員國仍可獨立調查；法國亦提案表示調整工作應分階段進行。實則，面對歐洲產業的重建，應以拒絕各國政府介入爲妥，使會員國適當地讓出主權，建立共同體對結合的專屬管轄。最後，有關安全保障或具有相當地域經濟性質之結合，則應承認各國主權，軟性地應對。

歷經十六年醞釀，先後五次修正，歐體結合管制規則－理事會四〇六四－八九號規則，及其施行細則－理事會二三六七－九〇號規則，終於在一九九〇年九月通過生效，全文計二十五條。

貳、歐體結合規則

歐體部長理事會於一九八九年十二月二十一日通過理事會四〇六四－八九號－歐體事業結合管制規則（ 以下簡稱「結合規則」）依其第二十五條規定，於一九九〇年九月二十一日生效。

本規則排除傳統以羅馬條約第八十五條、第八十六條適用事業結合之困難與不足，配合一九九二年的共同單一市場，成爲獨立規範結合之立法。

事業結合乃市場經濟力量之整合，故歐體結合規則以「經濟力集中」爲規範對象。以下分項探討歐體結合規則之規範內容及其程序規定；並兼論其與歐體其他競爭規則之關係與其適用效力。

一、規範對象－集中

本規則著眼於經濟力集中 (concentration) 之管制，認爲凡有事業合併或收購行爲發生，即屬於經濟力之集中。可知受到歐體結合規則規範之對象必須具備兩個主要條件：　事業間之結合符合規則所定義之集中；　該集中須達到共同體規模 (community dimension)。另外，依歐體條約著重預防阻害單一市場之機能而言，

該經濟力之集中必須對共同市場之競爭秩序產生相當影響，始有規範必要。

須爲規則所稱之集中 (concentration)

依規則之規範目的，所謂「集中」係指兩個以上原各自獨立事業爲合併；或持有一以上事業控制權之人（ 一人或數人 ）控制其他一個或數個事業之全部或部分 。徵諸結合規則第三條特別針對集中加以定義，其中亦包括所謂「集中式合資」(concentrative joint venture)，故當企業間之結合、合資或彼此間合作不構成集中時，則不受本規則規範。

須達共同體規模

所謂共同體規模 ，依條文規定須具備三個條件：

所有相關事業之全球營業額超過五十億歐元 (ECU)；

至少有兩個參與事業各自在共同體內之營業額合計超過二億五千萬歐元 (ECU)

參與結合各該事業在同一會員國內之營業額未逾其於共同體內之總營業額之三分之二。

設定此門檻意旨在於過濾規模太小之結合，使其不受共同體層級規範。然而在規則前言中亦指出「緣規則之適用範圍，因此依事業活動之地理區域加以界定並受數量門檻之限制，俾涵蓋具共同體規模之結合；緣本規則第一階段結束時，前述門檻應依執行經驗檢討之；」規則定有理事會應以條件多數決，依執委會之提案，檢討上述門檻規定。可見規則之規範對象雖要求達一定規模之結合，但並非僵硬不變，乃視執行之情形及實際之狀況，配合修改，保持彈性。

集中之定義

結合規則運用了「集中」與「共同體規模」做爲規範的門檻，符合此兩定義，才適用本規則。究竟何謂規則所定義之「集中」(concentration)，規則第三條做出明確的定義。總體而言，事業因集中而失去經濟獨立性；在收購持股情形，以事業對他事業取得直接或間接的支配，而得對他事業爲「決定性的影響」爲判定關鍵。所謂「決定性影響」單僅消極具有拒絕權是不夠的，容須對事業行爲得爲積

極的決定，始足構成「集中」。

集中與合資

在新興的經濟行爲中，由多家母公司共同支配的合資 (joint venture, JV) 成爲判斷集中的一大難題。

根據規則第三條第二項，將合資分爲集中式與合作式兩類。「集中式合資」會對市場競爭造成持續性的變化，其得以自由行使獨立經濟之各項機能，且不涉及競爭行爲之協調，屬於本規則規範之集中；「合作式合資」則參與事業各保有獨立性，但以達到協調事業之競爭行爲爲合資目的或效果，非本規則所欲規範之對象。

由此可知合資處於結合規則與條約第八十五條、第八十六條之銜接地帶，集中式合資與合作式合資各受不同規範。爲使合資之集中概念更加明確，執委會於一九九〇年八月發在「集中式及合作式營運通告」(Notice on the Concentrative and Cooperative Operations) 作爲合資適用結合規則之補充 。

合資之定義

「集中式及合作式營運通告」第七條將合資定義爲由多家母公司共同支配之事業。深究之： 合資必須爲追求經濟性的目的，因而具有設備人力、物資資源；且爲持續性的組織體；故單純的合作協定不視爲合資； 合資必須在母公司的「共同支配」(joint control) 下成立。

簡言之，係指依在合資內取得之權利或依成立合資之契約所定，必須由母公司共同同意有關合資營業行爲之決策；如母公司之一取得少數股份，或得由母公司之一控制決策單位，均非所謂共同控制；惟若契約准許取得少數股份之一母公司得參與部分決策者，如事實上及法律上之情況皆可認有母公司共同決策意思時，亦得認有共同控制存在 。

合資之性格

根據通告第六條，集中式合資必須使參加的事業產生持續性的變化，故若單使事業間爲競爭行爲之協調，則屬合作式合資，適用條約第八十五條、第八十六

條，而不適用結合規則。依通告規定，判斷合資須具備積極、消極要件：

積極要件（ 獨立性 ）：具有持續實施獨立經濟實體之所有功能；

消極要件：須無競爭行爲之協調存在。

在　中，所謂「持續性」係指合資至少須有長期活動之意圖，故須投入相當人力、物資設備。具體言之，母公司須爲合資之獨立性投入相當的資金，並移轉授予重要的 know-how 技術，以示其持續性。

再則，判斷合資獨立性之關鍵，在於商業政策之決定性。合資事業體須得以獨立計畫、決定、實行本身之商業政策，並得依據自身經濟利害，決定自主的行動 。另外，集中式合資須可在市場中爲獨立的行動，僅向母公司供給商品或服務；或由母公司提供商品或服務等情形，皆不屬之，至於合資之營業、維持及發展，過度依附母公司者，亦不屬之 。

至於　無競爭行爲之協調存在，本通告第二十四條列舉四種評估情形：　當母公司移轉全部營業予合資，並自合資所在之市場永久地退出,通常不認爲有協調存在；如母公司成爲控股公司，則屬全部集中；如合資僅實施母公司之部分營業，則屬部分集中；在部分集中之情形，有很高之協調存在可能性（ 第二十五條至第三十條 ）。　合資從事其母公司未曾或將來也不會進行之新營業時，不具存在協調之可能性（ 第三十一條至第三十二條)。　合資可能進入母公司之市場時，推定有協調行爲，但得反證（ 第三十三條)。　合資在上游、下游或鄰近市場營運時，亦可能有協調行爲（ 第三十四條至第三十六條)。

最後，本通告規定某些母公司間之連繫關係，並不會被認定係屬集中者（ 第三十七條至第四十八條)；包括少數持股、交互持股、閉鎖式董監成員、股份或資產之取得，以及共同取得股份以分割被取得公司之情形等五種。

具體而言，設立合資若可合理地預測將對母公司及合資間之競爭行爲造成影響，則此合資將不被視爲集中式合資。從而母公司必須自合資所在市場撤退，並遠離其鄰近市場，使兩者間毫無協調可言 。另外，在合資與母公司的職員互有重覆的情形，將有損合資之獨立性，亦可能不被認定爲集中式合資 。

集中之判定

根據規則立法意旨，所謂「集中」乃於特定市場上經濟活動的控制，已（ 或進行中 ）落入單一或少數企業手中，導致市場上獨立事業數目減少。故事業集中（ 結合 ）與事業聯合之基本區別，在於參與聯合之事業仍保有其經濟上獨立性，僅競爭行爲受到限制；而事業集中（ 結合 ）則強調事業對事業爲支配控制，蓋被結合事業將失去經濟上之獨立性，而與結合事業建立一控制從屬關係。

至於集中的方式，不問係依收購股份，收購資產或透過契約或其他方式爲之，強調對他事業之全部或一部，取得直接或間接的「支配」。而所謂「支配」，依事實上的支配概念，係指依權利、契約或其他手段，而對事業產生「決定性的影響」，特別是對於事業資產所有權之取得，得予以營運上之決定性影響之謂。執委會對於判斷「決定性影響存否」一事，仍有待明確解釋，惟在「股份取得」課題上，執委會普遍對於取得百分之二十五以下之股份，傾向採取「支配不存在」見解。

儘管執委會發布「集中式及合作式營運通告」供作判斷基準；事業間之結合型態複雜且高度相關，欲釐清兩者分際仍屬不易。以下援引執委會若干案例見解，期有助瞭解。

有無共同支配

在 Renault/Volvo 決定案中，對於 Renault（ 雷諾汽車 ）與 Volvo（ 富豪汽車 ）在家用車部門中相互持股達百分之二十至二十五的情形，執委會認爲該少數股份持有並不會對事業造成決定性影響，故否定兩者間有共同支配存在。但是，對兩事業在巴士及大卡車部門中，相互持股達百分之四十五的情形，基於肯定雙方皆有共同的經濟利害，而認定具有持續的共同支配存在。另外，當母公司持有多數股份時，通常只成立單獨支配，但若公司保障少數股東對董事選任及重要決定事項等之經營參與權，則亦肯認其間具有共同支配存在。本案開啓了收購少數股份亦可能落入結合規範之先例，見諸後來的 Renault/Vsinor-Sacilor 案 亦可得證之。另外，在 Lyonnaise des Eaux Dumez/Brochier 案 ，建立了少數股東對於該公

司之重要事項（ 公司定價及內部規則 ）得行使否決權，亦屬於共同支配存在之例。

一般而言，少數股東是否具有共同支配一事，必須依個案分別評估，在 Eridani/ISI 案中，執委會即持否定見解 。

合資之獨立性

構成集中式合資要件之一，即合資須獨立於母公司之外。以 Baxter/Nestlé/Salvia 案爲例 ，本案合資與母公司共有 know-how 技術，合資不得不仰賴於母公司，故其獨立性遭到否定，因而不屬於集中式合資。執委會表示，集中式合資必須實質保有必要的 know-how 特許。相較之下，在 Dräger /IBM/HMP 案 ，基於母公司在合資設立後，即將所有的 know-how 技術及（ 包含營業員在內的 ）資產讓渡給合資事業，執委會據此認定母公司難以重入該合資所在市場，進而判定此合資屬於集中式。另外，母公司與合資間約定特定期間內彼此不互爲競爭，亦可補強「形式集中式合資」結論之作成。

競爭協調不存在

執委會對此，以母公司有無自合資市場退出及再進入之可能性，作爲重要判斷基準。

以再進入可能性言，在 Baxter/Nestlé/Salvia 案中，執委會以母公司透過其他合作式合資仍在合資所在市場及相關市場中活動爲由，否定該合資集中性格。

以退出市場言，在母公司僅將部分營業轉讓給合資，其餘部分仍有競合的情形，因此認定其可能藉由合資達成協調行爲 。

再則，當合資與母公司間不發生協調行爲時，即毋須要求母公司退出合資市場。即使當母公司與合資間成立競爭關係，只要競爭程度微不足道，則可以認定兩者間不發生協調 。

最後應予注意者，乃執委會在認定「市場退出」課題上，尚未對市場下定義；爰此「市場」是否與條約第八十五條、第八十六條的市場採同定義，至今仍有爭論。

二、規範程序

事前申報

設置結合規則，目的在於防止因事業集中，致產生或加強市場支配地位 (dominant position) 之濫用。故對結合行爲採事前申報制，令參與結合之事業，於結合之前，須向執委會提出申請，俟經審核通過始得實施。

結合規則第四條第一項規定「達本規則所稱共同體規模之結合案，應於訂約或公開招標公告或取得控制權後，一週內通知執委會」違反此申報義務者，執委會得課以相當罰緩 (第十四條第一項 (a) 款)。至於應申報內容細目，已規定於施行細則之中。

審查程序

初步門檻

對於事業提出之結合申報，執委會必須於申報次日起一個月內做成下列任一項決定。若該結合案：

不屬於本規則之適用範圍，此時應以決定記錄之。

屬於本規則之適用範圍，但並無與共同市場不相容之疑慮，則應宣告其適於共同市場。

屬於本規則適用範圍，且是否與共同市場相容有重大疑問，則應予起訴，進入調查程序。

調查與裁決

對於初步審查中，可能與共同市場不相容之結合案，執委會必須展開全面性調查。並在四個月內，決定結合是否對共同市場之有效競爭產生阻害 。

據規定，執委會得對所調查之結合案件做成下列決定：

若認爲結合案未產生或強化市場支配地位，即不致妨礙共同市場中之有效競爭者，應宣告該結合與共同市場相容 。

若認爲結合案產生或強化市場支配地位，致妨礙共同市場中之有效競爭，則應宣告該結合與共同市場不相容 ，此時若實施之，則爲違法。

若結合已經實施，則執委會得以決定，令結合參與人分設事業，處分資產或停止共同控制，或採取其他適當措施俾恢復有效競爭。

執委會若超過四個月期間，仍未做成上列決定之一，則應將結合申請視爲與共同市場相容 。

等待期間

相關事業在申報前或申報後三週內不得逕行實施結合 。

申報屆滿三週後，執委會爲維持日後所爲決定之效力，得自行決定繼續停止全部或部分結合，俟其做成最終決定或採取其他具相同效果之暫時性措施爲止 。

在公開取得股份的情形，若取得人尚未行使股份表決權，或僅爲保全投資之完整價值,應基於執委會所通過的豁免許可行使表決權 。

爲避免結合對關係事業及第三人造成損害，執委會得以申請例外免除上述等待期間義務 。

聽證程序

當結合申請進入調查程序時，執委會得對事業及公會爲一切必要之調查 。故在作成對當事人不利的決定前應給予事前陳述意見的機會 。但是，對於繼續停止實施結合及免除該停止之相關決定 ，則可例外不予陳述意見之機會。惟亦應於作成決定後，儘速予當事人表達意見之機會 。爲確保當事人防禦權之行使，應給予卷宗審閱權，但須顧及事業之營業秘密權 。

專屬管轄權

結合規則適用於所有達到共同體規模之事業結合，除受歐洲法院審查外，執委會享有適用本規則之絕對權力。爲貫徹結合規範「one stop shopping」原則，執委會爲歐體內唯一具有執法權利之機關，結合一旦落入共同體結合規範，則不再適用各會員國之國內法。

惟當涉及會員國之合法權益、安全保障及媒體多數意見等事宜時，此專屬管轄則出現例外。亦即，當會員國當局認爲其境內之有效競爭可能遭受重大妨礙，且其本身之競爭利益無法依規則獲得充分保護時，仍得採取適當的保護措施。會

員國採取此保護措施前，應知會執委會，並遵照執委會之命令負起審查義務 。

規則效力

域內效力－結合規則與會員國法

歐體將結合區分爲兩個規範層級：對於達到共同體規模之結合案件，專屬結合規則－共同體層級；規則對象外之結合，始歸屬會員國法規範－會員國層級。故不產生雙重適用之困擾。但規則本身亦設有若干例外規定，突破共同體與會員國法之管轄界線：

規則第二十一條第三項：會員國爲保護規則考慮外之合法權益，例如爲維持公共安全、或媒體之多數意見，得爲適當的保護措施。

規則第九條：當執委會接受結合申報，並將副本通知相關會員國時，會員國應於三週內通知有關產生或強化市場支配地位，致妨礙該會員國內有效競爭之虞之事實。此時執委會若承認會員國之主張，則得以決定通知將結合案委託移送相關會員國主管機關處理。受委託之會員國在適用本國之競爭法後，須四個月內公告移送案件之處理結果 。

受會員國委託：相對於上述情況，對於未達共同體規模，但可能產生或加強市場支配地位，致生損害於會員國內有效競爭之結合案件，執委會得以「該結合將影響會員國間之交易」爲條件，依會員國之請求而適用歐體結合規則。此規定係受到荷蘭、比利時等本身不具備有效結合規則的國家之要求而加入者 。

截至一九九四年六月止，執委會依規則第九條所做成之決定共有五件：

Varta/Bosch (M12, 31, 7, 91)－執委會自行審查，並予許可。

Alcatel/AEG Kabel (M165, 18, 12, 91)－本案德國聯邦卡特爾署認定限制競爭市場僅在國境內，故要求執委會移送；但執委會則認爲該案影響及於歐體全區，故仍自行審查。

Tarmac/Steetly (M180, 12, 2, 92)－本案因所涉範圍僅及於英國境內，故執委會受英國當局要求，將本案委託英國獨立暨結合委會員審查。

Mannesman/Hoesch (M222, 12, 11, 92)。

Mccormick/CPC/Robobank/Ostmann M330。

域外效力

關於結合案涉及外國事業參與的情形，歐體結合規則並未明文論及。結合規則並未要求參與結合的相關事業必須在歐體境內營業（具體成立子公司或分公司）。有關競爭規則之域外效力，其判決先例爲 Woodpulp Case 。根據此判例，結合即使爲歐體外之事業所爲，只要該結合符合規則所定全球營業額及歐體境內營業額等門檻要件，不問其是否在歐體境內設立子公司或分公司，仍應受本規則管制。在實際案例中，執委會亦對松下 MAC 案 (CASE IV/M.073)，協和埼玉銀行案 (CASE IV/M.069) 等非歐體事業間之結合、收購案件要求提出申報。

規範機關

執委會爲專門處理事業結合事務、受理結合申報案件，特別於第四總署 (DG IV) 中設置結合作業組 (Merger Task Force)，自一九九〇年結合規則施行後五年內（一九九〇－一九九五），共收受了二百八十八件申報案件，其中僅兩件遭到禁止：

de Havilland 案：本案源自 Aerospatiale and Alenia-de Havilland 企圖接收 Canadas de Havilland。執委會以本結合案將使被結合事業之市場占有率達到百分之五十以上，故拒絕此結合案。

一九九四年，執委會再度禁止德國付費電視市場 (the MSG) 中之合資案。結合規則原本可能對市場事業活動造成巨大衝擊，卻因適用門檻過高，大大減緩其衝擊性。近來執委會亦已積極討論降低適用門檻，但亦遭到許多會員國之反對 。

結合規則與羅馬條約第八十五條、第八十六條之關係

結合規則第二十二條第一項規定「本規則單獨適用於第三條所稱之結合。」同條第二項明文將所稱結合排除理事會第十七號規則之適用。由此可知，凡屬本規則定義涵蓋內之事業結合，皆優先適用本規則，而排除羅馬條約第八十五條、

第八十六條及其施行細則－理事會第十七號規則之適用。然而，對於未達到本規則規範臨界之結合，究應如何適用，則缺乏規定。

有主張應同時適用共同體層級及各國既存規範者，但遭到極大反對。來自英國的委員則提案排除羅馬條約第八十五條、第八十六條及理事會第十七號規則之適用，僅適用共同體層級規範。然此法亦有不妥之處，理由在於依此，則會員國無法在各自的國內法院，對特定結合案件依羅馬條約第八十五條、第八十六條提起訴訟。故一般意見咸認爲對未達共同體規模之結合應適用條約第八十五條、第八十六條規定。

基本上，執委會傾向對於全球營業額二十億歐元以下，歐體內營業額一億歐元以下結合持「保留但不予介入」的態度。

故對於未達共同體規模之結合，受到執委會容認的可能性極高，實際上，截至目前爲止，尚未出現適用羅馬條約第八十五條、第八十六條之例。

參、其他競爭課題

一、門檻設置

結合規則對於達到共同體規模之結合，施予專屬管轄。至於如何設置合理的「共同體規模」標準，自規則草擬以來皆爲爭議課題。根據條文規定，須在結合規則施行後四年，重新檢查現行門檻，經執委會提案及理事會多數決通過，訂定新的門檻標準。

設定門檻的難處，在於如何不違反國內法及共同體各自之規範法意下，區分出屬於各國權限規模及共同體權限規模之分界。近年執委會倡議降低現行規範門檻，並提案將須受規範之全球營業額由現行五十億歐元改爲二十億歐元；及歐體境內營業額由現行二億五千萬歐元降爲一億歐元，兩者同時向下調降。然則，門檻下降應設於何種標準才能使規則之規範目的有效發揮，實爲複雜難題。門檻太低，則使共同體法權限擴張，導致一國內之事業因合併形成之獨占無法受到內國規範；但若門檻過高，則使歐體域內因結合所形成之獨占，不但無法適用共同體

規則，亦不受國內法規範；再則，門檻過高，亦將減緩歐體結合規則對事業結合可能造成的衝擊。是以規範門檻如何合理設定並調整，成爲歐體競爭規範上之爭議課題。

對於執委會所提「調降規範門檻」方案，歐體內部反應紛歧。大體上，執委會、歐洲議會、歐體經社會及北歐諸會員國事業皆持贊成意見；而南方會員國主管機關則持反對看法，支持現行標準。

執委會在一九九四年階段中，礙於歐體擴大的問題尚未解決，加上近來受通貨膨脹影響，門檻標準已實質下降，故決定暫緩調降門檻。但執委會亦已斟酌考量在一九九六年一月加以修改。

二、結合規則與產業政策

歐體競爭規則以建立單一市場爲要務，儘可能破除各國規範上之紛歧，達成整合目的。事業透過結合擴充實體、提昇經濟力爲晚近環球趨勢，但當事業結合擴張至產生危害共同市場競爭之虞時，則須以競爭法規控制管制之。

歐體會員國各有特別重視的產業政策，歐體本身亦對產業政策凝聚了相當共識。早在六十年代後期，共同體就已提出「確立共同體全體做爲產業單一基礎」，迨至七〇年代確立產業政策的三大方向：

追求公司法規、稅制之統一；

共同研發先進技術；

對瀕臨不景氣產業加以介入。

歐體之競爭政策至今仍與會員國內各種產業政策（ 包含結構調整、技術開發、保護並培育公營事業等 ）互相對立，一旦遭逢此況，則引發競爭政策與產業政策之衝突。執委會在推行競爭政策的考量中，必須慮及各國的產業政策。故產業政策定義之廣狹影響執委會決定之作成。

傳統以來，產業政策與競爭政策之折衝，不僅爲政治統合問題，更關係到共同體這個超國家組織，如何提昇歐體產業競爭力問題。

共同體內部，對於歐體競爭政策之推行，抵觸到會員國產業政策一事，分爲

正反兩見。大致上法國、義大利等國重產業，而英國、比利時等國重單一市場推進。對於此爭議，共同體並未正式公開討論，故仍在懸置未決狀態。但若考量共同體以單一市場爲產業基礎，再加上與日、美相較，歐體產業之產能較爲低弱，則歐體確應積極改造產業結構，俾強化競爭力而著手整備相關環境與技術革新。

近來執委會在做成 de Havilland 決定案過程中，亦出現內部意見分裂現象，正可體現出共同體對產業政策之重視，藉該案使產業政策與競爭規範之相關爭議，一舉浮出檯面。綜言之： 歐體競爭規範雖極力破除各國歧異，遂行整合，但整合後如何強化單一市場，提昇全體競爭力，則成爲歐體產業前瞻關鍵。 歐體執委會對結合採取「管制而不限制」態度，對於申報案件通常課予附隨條件或義務，修正結合案對市場可能造成之不利影響，藉以維持最基本的規範秩序。歐體競爭規範仍不免與會員國政策發生衝突。此時，雖應以共同體規範爲優，但仍無法完全擺脫政治性考量。如何奠立歐體內部共同的產業政策，使各會員國共識共奉，爲解決衝突、共謀歐體利益之不二法門。

肆、結論

結合規則賦予執委會規範事業結合之最佳利器，規則自一九九〇年九月二十一日生效以來，執委會對於受理的結合案件很少真正展開全面調查，事業大部份案件僅在預備調查階段（ 初步審理 ）就予承認。基本上，執委會並不否定結合，但爲使申報案件符於市場競爭秩序，通常會要求當事人依其指導原則，對最初的計畫做某種變更，或附加特定應遵守條件。另外，執委會在合資案件提出申報前，透過非正式性的指導，與當事人接觸。

規則之訂定，當然有其不周之處，歐體結合規則適用至今，亦產生在純粹以競爭政策爲出發點之外，是否須另行加入產業政策考量之衡量難題。蓋規範當局對結合政策鼓勵與否，影響境內產業之外擴力及生命力甚深。歐體當局對於事業結合絕少禁止，規範之目的僅在維持市場之競爭秩序。故今後歐體結合規範改進的方向已不在規範與否，而在於如何調適實務所需與規範對象。歸納而言，下列

各項，或得爲歐體法規思考與改進方向：

對特定類型之結合，適用簡化加速程序，以配合其商業契機。

考量將核准條件類型化，俾增進法規範之明確性與安全性。

考量開放更大的競爭空間，俾循市場機制，發揮自然淘汰之作用。

加強預防並救濟事業結合對社會可能造成的衝擊。

因應產業特性，將評價基準予以量化或使其具體呈現（ 例如美國競爭主管機關以 HHI 指數爲評價基準 ）

最後，對於歐體結合規則之規範門檻，是否能達成執委會所預期之向下調降修正，使更多結合案件皆納入共同體法規範，則有待進一步之觀察。

伍、補記

一、結合規則新近發展

歐體理事會於一九九七年六月頒布理事會一三一〇－九七號規則 ，修訂原四〇六四－八九號結合規則。並於一九九八年三月一日起生效。本次修正內容主要包括兩大部分：

第一、擴大結合規則適用範圍，使達到共同體規模的完全功能合資 (full function joint venture) 皆受到結合管制。

第二、修改程序規定，特別針對達到會員國規模的結合案，設定一系列申報門檻，以避免同一案件多重申報。另外，並配合簡化申報程序。

此次修正，擴大將具有完全功能的合資納入結合規範，前提仍以該合資達到結合規則所訂定的共同體規模。至於此類合資所涉及的合作性因素 (cooperative aspects) 則須依結合規則的規定，受到羅馬條約第八十五條第一項及第八十五條第三項之審查。

在程序方面，除爲減低同一案件的多重申報，而設置一系列申報門檻外，新法亦允許在案件調查的第一個月，結合參與人可進行結合運作，以排除競爭上的不利。當有影響數會員國之競爭時，亦可由數會員國合併向執委會提出。最後，

新法對有關信用及金融機構營業額之計算，亦有新規定。

配合結合規則的修訂，執委會亦自九八年三月一日起採取新的施行細則，取代原執委會三三八四－九四號規則，以求立法與執法上的明確性。新施行細則修正重點除了反應母法的修訂事項外，更依照執委會多年來的執法經驗，修訂相關程序作業。而附錄於該細則的 Form CO 公告亦隨之修改。

除了結合規則與施行細則的修訂之外，有關歐洲煤鋼共同體條約 (ECSC) 與羅馬條約對結合的規範程序亦將整合爲一。執委會爲此頒布「結合適用歐洲煤鋼共同體條約與羅馬條約之調合程序公告」，並同步於九八年三月一日生效。

二、修正共同體規模門檻

新結合規則－理事會一三一〇－九七號規則第一條修正適用結合規則之門檻限制，以降低原有門檻，擴大結合規則適用範圍，並藉以減少同一案件重複建檔、申報之繁雜不便現象，達成結合管制「一次處理」(one stop shopping) 之原則。依新門檻規定，共同體規模是謂：

所有結合事業全球營業總額達二十五億歐元以上；

至少在三個會員國內，所有結合事業之營業總額超過一億歐元；

至少在三個會員國內，至少有兩個結合事業之營業總額超過二千伍佰萬歐元；

至少有兩個結合事業之共同體內營業總額達到一億歐元以上。

除非每一參與事業在同一會員國內所占之營業額達其「共同體營業額」之三分之二以上。

修正條文第一條第一項 (c) 款並規定在二〇〇〇年七月一日前，執委會須向理事會提出門檻運作及適用標準之報告。理事會根據執委會之報告及提案，可依條件多數決修訂門檻及標準。

三、新合資規範

原歐體事業結合規則－理事會四〇六四－八九號規則對合資規範限以「集中式合資」爲對象。至於「合作式合資」則不適用結合規則，而適用條約第八十五

條規定。

集中式合資之基本要件有二： 積極要件，事業在持續性的基礎上實行一獨立經濟體之所有功能； 消極要件，不造成獨立事業間或獨立事業與合資事業間競爭行爲之協調 (co-ordination)。

執委會爲進一步釐清集中式合資與合作式合資之區分，於一九九〇年發布「集中式及合作式營運通告」，並於一九九四年修正之 ，使更多的合資得依結合規則提出申報。

但業界及會員國對於將合資區分爲集中式及合作式，並分別適用不同的競爭規範及程序意見分歧。從經濟觀點言，兩種合資所帶來的效果實相去不遠，卻在法律適用上大相逕庭，時遭詬病。特別是對「合作式合資」所適用的規範使其「法律確定性」嚴重動搖 。針對此點，執委會過去亦試圖以「快速程序」(fast-track procedure) 加以彌補，通過非拘束性的內部規則，加速「結構性合資」之公告程序。在收到結構性合資申請二個月內，以書面通知該合資有無違反第八十五條之疑問，及其將如何追訴之要件。自一九九三年起已有眾多結構性合作式合資案例依此程序在二個月內完成相關通知及處理。

儘管如此，仍不免業界及會員國對此種「一事兩法」之疑議。故一九九七年六月理事會終於通過結合規則修正案，將合資規範統一整合，凡達共同體規模之完全功能合資，不分集中式或合作式，均納入該規則之規範。

此一重大修法突顯出歐體對合資是否適用結合規則之判斷標準，改以合資是否爲「完全功能合資」爲標準，先前區分合作式與集中式合資之標準不再適用。

執委會完全功能合資概念通告

何謂完全功能合資 (full-function joint venture)？執委會配合新修正規則文義，對完全功能合資之概念作成通告 (Commission Notice, 98/c 66/01)。於本通告執委會特別指出：

合資爲由二家或二家以上母公司共同控制之事業。(通告第三條)

根據四〇六四－八九號規則前言二十三點，集中是指會造成涉案事業結構上

持久改變的行爲。(通告第五條)

結合規則第三條第二項所規範的完全功能合資係指，在持久性的基礎上，合資實行一獨立經濟體之所有功能。(通告第七條)

歸納言之，構成結合規則第三條定義下之合資必須兼具　共同控制及　產生結構性變化之本質。根據通告第十一條，所謂完全功能合資是指，合資必須在市場上運作，實施一般事業營運之所有功能。爲達此目的，合資必須有專司日常營運的管理部門及獨立充足的資產 (包括財務、人員、及爲建立持久性商業活動所需之有形、無形資產)。此外，通告亦提出當合資只承接母公司之某項特定功能時，例如研發性合資、生產製造或行銷販賣的合資，則只能視爲輔助性質的合資，而不具備完全功能。但若合資利用母公司之行銷網或銷路，只要母公司居於合資之代理人地位，則無損合資之完全功能地位。(通告第十三條)

由此可知受到結合規則規範之完全功能合資，其要素爲：

爲母公司共同控制

須實行一獨立經濟體之所有功能

須建立在持久性的基礎上

至於是否因合資之產生而協調了母公司間之競爭行爲 (合作性因素)，則不影響合資適用結合規則，但執委會在本通告最後一部分明確指出「完全功能合資」可能直接導致獨立事業間競爭行爲之協調，此部分則依新修正規則第二條第四項規定，將此合作性因素依條約第八十五條第一、三項之評估標準評定是否與共同市場相容。(通告第十六條)

新結合規則之規定

新修正結合規則於一九九八年三月一日生效施行。該規則最大修正重點在於　降低結合規範門檻，擴大結合規則之適用範圍，藉此減少同一案件之多重國家申報；　將合作式合資納入結合規範，以「完全功能合資」做爲判斷合資是否適用結合規範之依據。

新規則對於「集中」之定義刪除原規則第三條第二項排除合作式合資之規

定，凡所有完全功能合資皆適用結合規則。至於完全功能合資可能衍生的合作性因素，新修正條文第二條第四項明文規定應依條約第八十五條第一、三項之標準加以評估，以確定行爲是否與共同市場相容。並強調其評估考量應特別注重：

母公司是否繼續在合資所在市場、其上下游市場或相鄰市場中保有相當範圍的活動。

因合資之形成所直接產生之協調，是否可能使相關事業在產品或服務之實質部分減少競爭。亦即，合資造成母公司間之協調，是否有減少競爭之可能性。

新條文之實行效果

新修正條文對合資規範之改變主要引發兩大效果　將合作式合資一併納入結合規範，使其得以享受結合規則之時效利益，縮短審查時間，並提高其法律確定性。　在條文中增加條約第八十五條第一、三項之評估，使原合作性合資所考量之合作性因素在結合規則程序規定下，受到上開條項規定之審查。

故對於合資之規範，歸納如下：

以「完全功能」或「非完全功能」決定適用結合規則與否。

結合規則對於完全功能合資之合作性因素，須依條約第八十五條規定之標準審查，即合資是否有違該條第一項，若是，則進一步視其有無該第三項之豁免事由，若無法依該條第三項豁免，則應禁止該合資交易。

新修正規則亦舉例說明可能適用條約第八十五條第一項之情形，即當合資母公司與合資並存於同一市場，或出現在合資之上游下游市場或其鄰近市場，並保有相當範圍之活動時，則可能適用上述規定。

規範內容及施行上之問題

新規則明文將條約第八十五條類型之分析納入結合規則之中，引起規範上諸多問題。

原本結合規則祇對集中進行「優勢測試」(dominance test)，即評估集中是否有創造或加強優勢地位而對共同市場或其主要部分之有效競爭產生重大妨礙，若無，則宣布與共同市場相容。但新規則將所有完全功能之合資納入規範後，針對

合資對母公司間產生之效果，亦須依條約第八十五條第一項標準評估之。換言之，當合資有協調母公司間之競爭行爲之目的或效果時，執委會將審酌有無違反條約第八十五條規定之標準，以判斷其是否與共同市場相容。

針對具有協調競爭行爲之目的或效果之合資，執委會表示將提出適用準則(guidance)，但在準則出爐之前仍循先前「集中式及合作式營運通告」之相關判斷。

歸納言之，於新結合規則下審查「完全功能合資」包括兩部份：

完全功能合資本身適用優勢測試。

完全功能合資造成母公司間競爭關係之變化適用條約第八十五條類型測試。

因爲母公司間之限制關係直接源自合資，故條約第八十五條第三項之分析將適用於合資本身，即：

合資是否有利於改善生產、行銷或促進經濟進步。

消費者是否得以分享合資所產生之利益。

針對合資所造成母公司間之限制，是否已到達不課加限制無法達成目的之程度。

合資是否無法免除母公司排除競爭之可能性。

針對上述評估，在技術上存有困難，尤其是第　、　兩點評估，更具疑慮。

就　而言，母公司及合資所在市場可能不同，是合資之利益及母公司間爲限制競爭行爲之效果可能存在於不同消費者群，故很難評斷消費者是否從中獲利。

就　而言，如何證明限制競爭之效果僅由合資而生，非有其他因素介入，且亦僅此一途，始能達到經濟進步之正面效益。此種「必要性之測試」(indispensable test) 近來已被嚴格適用。執委會亦表示將儘量減少第　第　項測試標準。

故在上述測試中，僅餘第　項標準成爲執委會大力強調且判斷之標準－合資之減少競爭可能性。

新結合規則實行之結果

新規則以完全功能合資爲適用標準，不但容易區分，且普獲業界肯定。

雖然集中式與合作式合資之區別不再成爲適用結合規則與否之標準，但此種

區分仍是決定在結合規則下應適用何種實質評估之判斷關鍵。即對集中本身適用優勢測試評估；對於合作性因素則另以條約第八十五條第一、三項規定。換言之，合作式合資雖受結合規則規範，但其引起的合作性因素仍依條約第八十五條之標準審查。

對於達共同體規模，但不具合作性效果之完全功能合資，將祇進行結合規則之優勢測試。

對於達共同體規模且具合作性效果之完全功能合資除考量其優勢測試外，對所引起之合作性因素亦適用條約第八十五條第二項之標準加以評定。當該合資符於該條第一項但無法依該條第三項豁免時，則該結合案可能因而被禁止。

新規則第二條第四項強調執委會著重之焦點在於母公司間競爭行爲之協調，而較不重於母公司與合資間之協調。另外，對於「溢出效果」(spillover effect)，包括母公司在合資所在市場，或其上下游市場或其鄰近市場爲積極或相當範圍之活動，皆可能適用條約第八十五條第一項。

從任何案例看來，執委會必須對合資所帶來的積極效果和其引起的協調母公司競爭行爲之消極效果兩者取得相當的平衡。而此對於條約第八十五條第三項第四個評估因素－競爭未被消滅－具有重大意義。

對於不具共同體規模且無合作性因素之完全功能合資，回歸各會員國之結合規範。

對不具共同體規模，但有合作性因素之完全功能合資，將受到條約第八十五條第一、三項之審查規範。

對於非完全功能但具結構性、合作性合資，將依條約第八十五條規範，但適用所謂「快速程序」(fast-track procedure)。

合作式合資適用結合規範之利益

從程序觀點著眼，對於所有達共同體規模之完全功能合資適用結合規則之程序規定，使得合作式合資不再適用理事會第十七號規則程序，參與人因而可獲下列程序利益：

執委會須限期作出決定。執委會必須在接到申請後一個月內作成決定，除非其決定展開第二階段之調查。在第一階段之評估中，若執委會決定接受擔保條件，則調查期間可延長至六個星期。

澄清期間持續 (duration of clearance)，依結合規則規定，澄清是永久性的，但在例外情形亦可能被撤銷。而依條約第八十五條第三項及理事會第十七號規則第七條所作之豁免，則有一固定豁免期間。

依結合規則「一次處理原則」，不必再事先區分合作式或集中式，以決定向何處申報、登記。而凡達共同體規模之完全功能合資因而由執委會統一受理。但必須注意，當結合規則適用於合作式合資時，在執委會做成澄清之前，不可實施此合資。此與理事會第十七號規則之規定情況有異。

附錄八、營業秘密歸屬表

研發人	研發方式	職務相關性		原始歸屬		繼受取得
				法定原則	約定例外	使用/處分
受雇人	單獨	職務上		雇用人	契約另有約定	用益與處分自由
		非職務上	與雇用人之資源或經驗無關	受雇人		用益與處分自由
			利用雇用人之資源或經驗	受雇人		用益與處分自由；雇用人得於支付合理報酬後，於該事業使用其（受雇人所有）營業秘密。

	共同研究或開發	職務上		雇用人與其他非受雇人而參與研發者均有	雇用人與其他非受雇人而參與研發者可約定應有部分	除另有約定，非經其他共有人之同意，不得以其「應有部分」讓與他人；非經共有人全體同意，不得使用或處分或授權他人使用
		非職務上	與雇用人之資源或經驗無關	受雇人與其他參與人均有	受雇人與其他參與人，可約定應有部分	除另有約定，非經其他共有人之同意，不得以其「應有部分」讓與他人；非經共有人全體同意，不得使用或處分或授權他人使用
			利用雇用人之資源或經驗	受雇人與其他參與人均有	受雇人與其他參與人可約定應有部分	雇用人得於支付合理報酬後，於該事業使用該營業秘密，屬於受雇人「應有部分」。
~~XXX~~	~~XXX~~	**職務相關性**		**原始歸屬**		**繼受取得**

人	方式		法定原則	約定例外	使用/處分
受聘人	單獨		契約未約定者，歸受聘人所有	依契約之約定	用益與處分自由
	共同研究或開發	出資人不參與	受聘人與其他參與人（指其他「獨立」與受聘人共同研發者；受聘人與其受雇人間，另依上欄處理）均有，或由該等人約定應有部分共有	依契約之約定（歸出資人所有之契約，通常並約定受聘人之「權利瑕疵擔保」責任與「第三人訴追時之義務承擔）	除另有約定，非經其他共有人之同意，不得以其「應有部分」讓與他人；非經共有人全體同意，不得使用或處分或授權他人使用。
		出資人參與	出資人、受聘人與其他參與人（指其他「獨立」與共同研發者；受聘人、出資人與其受雇人間，則另依上欄處理）均有，或由該等人約定應有部分共有	依契約之約定（歸出資人所有之契約，通常並約定受聘人之「權利瑕疵擔保」責任與「第三人訴追時之義務承擔）	

附錄九、多層次傳銷實務統計

表一：多層次傳銷事業違反公平交易法第二十三條系列處分件數統計表

條號	統計時間	處分件數
23	83.6（83 公處字第 060 號亮陞、鴻森案[283]）-93.7	44
2 3 之 1Ⅱ	89.4（89 公處字第 061 號錢威案）-93.7	5
2 3 之 2Ⅱ	88.11（88 公處字第 150 號美商捷盛案）-93.7	19
2 3 之 3I	90.5（90 公處字第 073 號威力案）-93.7	2
2 3 之 3Ⅱ	91.8（公處字第 091127 號天盛案）-93.7	6

[283] 要注意的事，受茂、京雅案（81 公處字第 008 號）處分書中，僅以違反多層次傳銷管理辦法第 3、4、5、7 條，而台灣高雄地方法院 82 年度易字第 1846 號刑事判決則以違反公平交易法第 23 條第 1 項處罰新台幣 20 萬元。本統計以違反公平法第 23 條受公平會處分案爲主，從而不將受茂、京雅案列入統計。

表二：多層次傳銷管理辦法 88 年修正前後違法行爲處分案件統計表

行爲類型	88 年修正前條號	88 年修正前處分件數	88 年修正後條號	88 年修正後處分件數	合計處分件數
未於實施前報備	3I	55	5I	61	116
變更未報備	3Ⅱ	32	7	51	83
第一項報備之過渡期	3Ⅲ	1	過渡期滿刪除		1
補充報備	3Ⅳ	1	6	0	1
應告知參加人之事項	4I	37	11I	10	47
締結書面參加契約	4Ⅱ	28	12	50	78
參加人簽名業經告知之文件	4Ⅲ	1	贅文刪除		1
參加人介紹他人加入時適用	4Ⅳ	2	11Ⅱ	0	2
參加人之權利義務	5I、5Ⅱ	47	13I、13Ⅱ	9	56
備置書面資料	6I	10	22I	1	11
不得妨礙拒絕檢查	6Ⅲ		23	1	1
禁止行爲	7I	8	17I	1	9
參加人介紹他	7Ⅱ	4	17Ⅱ	0	4

人加入時適用					

表三：88 年修法後新增違法行爲之處分案件統計表

行爲類型	條號	件數
未於停止前報備	8	4
參加人違約之退貨處理方式	14	8
違反財務報表備置義務	15	7
未成年參加人要式規定	16	3
不當傳銷行爲爲違約事由及處理	18	12
明示從事多層次傳銷之義務	19	5
宣稱成功案例虛僞不實或引人錯誤	20I	3
變更報備之過渡期	25	9

表四：不正當多層次傳銷受公平會處分案例：

年份	案件名稱	處分案	銷售商品或服務	主要違法事由	合計
83	亮陞國際、鴻森國際	83 公處字第 060 號	潛能訓練課	詐騙入會	2
	鈺眾國際[284]	83 公處字第 084 號	潛能訓練課	詐騙入會	
84	吳春福（縱橫學人生）	84 公處字第 090 號	福利折價點券	排定序號	7
	美化人生案	84 公處字第 106 號	鑽石會員卡	排定序號、未提供商品銷售	
	美心公司	84 公處字第 111 號	美容保養抵用券	排定序號（商品甚少使用）	
	普三企業	84 公處字第 124 號	健康卡、健康食品及化妝、保養品	排定序號（商品甚少使用）	
	卡紛夫人	84 公處字第 130 號	會員消費制度	排定序號	
	駿鋐展業	84 公處字第 175 號	雙寶茶和臭氧產生器等生化科技產品	排定序號	
	般若波羅密	84 公處字第 176 號	雙寶茶和臭氧產生器等生化科技產品	排定序號	

[284] 鴻森公司改名爲鈺眾國際企管顧問公司。

85	均衡養生	85 公處字第 016 號	水質淨化、生飲設備	排定序號	1
86	捷安特、潔愛地（已撤銷）	86 公處字第 134 號	雙向制		9
	亞世盟國際	86 公處字第 135 號	雙向制		
	新邁國際	86 公處字第 136 號	雙向制		
	安泰興	86 公處字第 137 號	不平衡雙向制		
	總誼實業	86 公處字第 138 號	互利共生制（即雙向制）		
	雙蓮勝	86 公處字第 139 號	雙向制		
	萬國國際（已撤銷）	86 公處字第 140 號	不平衡雙向制		
	元弋、美商新依	86 公處字第 141 號	雙向制		
	香華國際	86 公處字第 142 號	不平衡雙向制		
87	群盛國際	87 公處字第 214 號	卡多利旅遊世界會員卡	商品使用比例低足證參加人主要收入基於介紹他人加入	1
88	萬國國際	88 公處字第 125 號	不平衡雙向制		2

	群鑫理財	88 公處字第 162 號	理財及人生規劃課程	購買商品爲繳交入會費、排定序號	
89	沅鑫汽車	89 公處字第 015 號	預約車或享受預約購車服務	參加人主要收入基於介紹他人加入	2
	圓滿國際廣告	89 公處字第 060 號	互助經濟策略均富特案	購買商品爲繳交入會費、排定序號	
90	世運村科技生活館	90 公處字第 074 號	世運村生活館會員卡	會員卡費、月費爲參加人主要收入	4
	普美爾	90 公處字第 110 號	商品預訂單	參加人主要收入基於介紹他人加入、提貨情形明顯偏低	
	藝華文化	90 公處字第 114 號	商務型網站	勞務使用偏低足見收入來源基於介紹他人加入	
	捷安特	90 公處字第 210 號	雙向制		
91	台灣樂威	公處字第 091019 號	預購鑽石之投資	無鑽石商品	10
	共享人生	公處字第 091021 號	網頁空間服務	商品虛化、排定序號	
	原基財經	公處字第 091028 號	代會員操作金融商品投資之服務	實質上無服務提供	
	龍盈國際	公處字第 091060 號	互助會	排定序號	
	張晉賓	公處字第 091079 號	Lailaisogo.com 電子商務	實質上無服務提供	

	陳信和	公處字第091091號	網頁空間服務	勞務使用幾近爲零	
	中華防火協會	公處字第091110號	行動電話門號	收入主要來自介紹他人加入	
	金積國際	公處字第091163號	行動電話簡訊服務	服務幾未使用、獎金來自介紹他人加入	
	張淑鳳	公處字第091169號	個人網站空間（A卡）	商品數量不足、排定序號	
	林鬱文化	公處字第091170號	加盟網站卡（網頁服務）	服務使用比例偏低且重複購買、排定序號	
92	賀寶企管	公處字第092001號	油票、百貨量販店禮券、機油、強制責任險、報紙等商品或服務	參加人主要收入基於介紹他人加入	5
	王宮田	公處字第092055號	玉、明日葉、豎琴	參加人主要收入基於介紹他人加入、無重複購買每單位商品之理由	
	林榮富	公處字第092061號	福座(納骨塔位)	參加人主要收入基於介紹他人加入、商品數量不足、排定序號	

	合利國際	公處字第092124號	小客車月租服務	入會費爲主要收入、服務使用比例偏低	
	中華全民電信	公處字第092170號	國際隨身碼卡	購買商品爲入會費性質、服務使用偏低	
93.1	鉅業人文	公處字第093002號	電子飛鏢機	排定序號	1
81-93.7 違反公平法第23條公平會處分案總計					44

關鍵字

一劃

一般消費者日常用品：§18 Rn39、40、41、42、57、58.

三劃

三階門檻理論：§24 Rn41、47、 66.

上架費：§24 Rn83.

大型流通事業：§24 Rn83-89.

干擾市場機能：§24 Rn90、135.

四劃

不公平競爭：§19 Rn1、2、3、5、7、10、55、79、80、84、86、89、90、95、114、127、163、181、213.

不當招攬顧客：§24 Rn91、90.

不當斷絕交易：§24 Rn83.

不實：§22 Rn5、8-9、20、26、27-29、31、34、39、41、42-44、45、47、49-52、53、54.

不實促銷：§24 Rn58-63.

公司名稱：§20 Rn30-32、 94-97.

公司法：§20 Rn30-32、 94-97.

公共利益：§21 Rn1、42、46、57、67-68、128-129、132、134、137；§24 Rn1、32-33、38、42-45、140.

公排：§23 Rn29、31.

比較廣告：§21 Rn10、13-15、25-34、42-43、45-50、53、92、142-144 ；§22 Rn5、7、21-22、47、49、53；§24 Rn92-105.

五劃

目的事業：§21 Rn55、64-65、113、129.

主要：§23 Rn1、7、13-15、17-23.

代銷：§18 Rn70、71、72、73、74、75、76、78、79、83、87.

代辦商：§18 Rn70、75.

加盟店組織：§18 Rn80、81、82、83、117.

可歸責於參加人之事由：§23 之 1 Rn16、17；§23 之 2 Rn18.

市場不法：§24 Rn89.

引人錯誤：§21 Rn13-15、17-24、26、30、35、38-39、51-52、53-54、58-59、67-69、76、78、80-81、82-91、93、95-97、99、101-102、103、105-106、108-110、111、115、116-118、120、121、122、125、127、129、135、137-138、139、142-144.

六劃

先行政後司法：§22 Rn50.

合理市價：§23 Rn7、13-15、17-19、36-38、40-43.

因該進貨：§23 之 1 Rn15；§23 之 2 Rn16.

因該項交易：§23 之 2 Rn16.

在商品或其廣告上：§24 Rn63.

多層次傳銷管理法草案：§23 Rn8.

多層次傳銷管理辦法：§23 之 4 Rn3-5.

交易資訊：§21 Rn15、21、53、59、66-67、71-72、73-77、78、81、82-83、86、88、99、103-104、106、108、112、144.

交換關係：§22 Rn32.

有限制競爭或妨礙公平競爭之虞：§24 Rn82、89.

次要意義：§20 Rn25-28.

百貨公司專櫃：§18 Rn 77、78、79.

老鼠會：§23 Rn5.

地域限制：§19 Rn221、222、223、224、225、226.

行使權利之正當行爲：§24 Rn106、108-109、112、114.

行紀：§18 Rn75.

行政協調：§21 Rn129-131.

行爲人：§22 Rn5、8、10、12、16、31-34、40-41、44、46.

行爲主體：§21 Rn117-118、119.

列舉：§21 Rn28、74-75、77、82、103-104、105-106、109、131.

七劃

告知：§23 之 4 Rn9.

足以影響交易秩序：§24 Rn26、30-33、38-45.

利誘：§19 Rn20、30、31、32、86、126、128、131、132、133、139、144、145、146、148、151、152、154、156、158、165、166、167、171、172、173、181、182、184、186、191、198、249.

言論自由：§21 Rn6、57、126；§22 Rn5、12、17、20、37.

見證廣告：§21 Rn93.

判斷餘地：§24 Rn40.

妨礙公平競爭：§19 Rn13、15、18、75、79、81、82、83、85、87、88、91、92、114、141、146、162、181、204、206、231、233、239、246.

八劃

事業：§23 Rn45、46.

依賴（性）：§24 Rn33、83、89.

姓名：§20 Rn29、75.

使用限制：§19 Rn200、201、203、227、228.

定型化契約：§24 Rn57、139-140.

非價格限制：§19 Rn1、6、55、61、62、63、200.

杯葛：§19 Rn3、13、15、28、34、37、46、48、49、50、73、80、92、95、96、

97、99、100、101、102、103、104、105、106、195、237、240、247、249、251、260.

服務：§23 之 3 Rn4、6.

表徵：§20 Rn20、21、59；§24 Rn63、117、120-124、126-128.

返還價金：§23 之 1 Rn15；§23 之 2 Rn14.

金字塔銷售組織：§23 Rn7.

金字塔銷售術：§23 Rn1.

阻礙競爭：§24 Rn20、90、92-115、122.

附加費用：§24 Rn83.

其他不正當方法：§19 Rn30、31、32、86、126、128、132、133、139、155、156、165、166、167、173、174、181、182、184、186、191、198.

九劃

冒充依附（有信賴力主體）：§24 Rn55-57.

品牌內競爭：§18 Rn27、35、47、50、51、114.

哄抬物價：§24 Rn72-74.

垂直交易限制：§19 Rn5、65、80、199、200、201、205、207、252、268.

垂直限制競爭：§18 Rn10、29、32、33、35、36、43、114、115.

契約自由：§24 Rn89.

建議售價：§18 Rn32、37、82、99、101、104、105、106、107.

相同或類似使用：§20 Rn43-47、67、68.

相對市場力量：§24 Rn89.

相對市場優勢地位：§24 Rn33、71-75、83、86、88、137.

限制第二手契約：§18 Rn43.

限制最低轉售價格：§18 Rn6、14、29、31、32、34、37、52、53、55、56、94、96、97、98.

限制最高轉售價格：§18 Rn11、14、31、32、34、35、36、37、52、53、54、55、

56、94、96、97、98.

限制轉售價格：§18 Rn26、38、39、40、41、43、44、45、47、48、51、52、55、58、59、61、62、63、65、69、73、74、75、85、86、87、89、90、91、93、94、95、96、97、98、100、101、102、103、104、107、108、109、110、111、112、113、114、115、116.

限制競爭：§19 Rn1、2、3、5、6、7、29、30、31、34、37、46、50、51、55、58、61、62、63、64、65、66、67、68、69、70、71、75、78、79、80、81、82、83、84、85、88、89、91、92、93、95、104、114、124、163、165、170、178、182、195、204、206、231、233、239、246、265.

保證：§21 Rn88、90、129、144.

十劃

借牌參標：§24 Rn78-79.

差別待遇：§19 Rn14、16、29、34、46、55、56、57、58、59、60、61、73、80、92、96、108、111、112、113、114、115、116、117、123、239、240、248、261、262；§24 Rn5、25、82、89.

書面：§23 之 1 Rn8、9；§23 之 2 Rn11.

書面契約：§23 之 1 Rn6、7；§23 之 4 Rn10.

消費者保護：§24 Rn1-7、 28-29、 31-33、 41-42、46、 54、 64-66、 69、 136、140 .

消費者權益：§21 Rn54、56、75、129-130.

特別顯著性：§20 Rn23、 85、 92.

脅迫：§19 Rn30、31、32、34、37、51、86、126、128、132、133、139、140、141、142、156、158、165、167、168、169、172、173、182、184、186、189、190、191、198、238、243、246.

財務報表之對外揭露：§23 之 4 Rn8.

退貨申請：§23 之 1 Rn12.

高度抄襲：§24 Rn125-129.

十一劃

參加人之管理：§23 之 4 Rn12.

商品本身：§21 Rn59、61、74、100、102.

商品包裝：§20 Rn37.

商品外觀：§20 Rn39.

商品容器：§20 Rn36.

商品虛化：§23 Rn32、33-35.

商業登記法：§20 Rn30-32、94-97.

商號：§20 Rn30-32、94-97.

商標 ：§20 Rn33-35.

商標法：§20 Rn83-89.

國外著名商標：§20 Rn10、11、42、63、64.

專利：§20 Rn90-93.

專利法：§20 Rn90-93.

連帶：§21 Rn51-52、56、58、118、122-127、130.

授權明確：§23 之 4 Rn2、3.

排定序號：§23 Rn26、27.

混淆：§20 Rn48-52、62.

異時異地隔離觀察：§20 Rn45、 46.

終止契約：§23 Rn11；§23 之 1 Rn3；§23 之 2 Rn3-5、7、8、10、13、14；§23 之 3、 Rn3；§23 之 4 Rn11.

訪問買賣：§23 之 1 Rn5、13；§23 之 2 Rn4、5.

販賣價格之直接限制：§18 Rn69.

販賣價格之間接限制：§18 Rn69.

通用名稱：§20 Rn70-73.

最惠待遇條款：§24 Rn87.

十二劃

散布：§22 Rn8、10-15、17、20、26、27-29、31、35-37、39-41、42-44、45、50-51、54.

剩餘（之）不法內涵：§24 Rn36-37、41、89、117、133.

圍標：§24 Rn78-79.

報備義務：§23 之 4 Rn7.

普遍認知：§20 Rn16-19.

普遍認知：§20 Rn16-19.

智慧財產權：§24 Rn108、116、125.

欺罔：§24 Rn1-2、5、7、21、26、27、46-49、54-69、72、75、78-79、104、130.

無條件解約權：參照解除契約

猶豫期間：§23 之 1 Rn5、7；§23 之 2 Rn4、9.

猶豫權：§23 之 1 Rn5.

稀釋：§24 Rn117、121-122.

善意使用自己的姓名：§20 Rn74.

著作名稱：§20 Rn39.

虛偽不實：§21 Rn14-15、39、52、53-54、58、59、67-69、78-91、93、95-97、99、101、103、105-106、108-110、111-113、115、116-118、120、121、122、126、128-129、135、137-138、140、142-144.

虛偽不實或引人錯誤：§23 之 4 Rn11；§24Rn63、 93-95、 103.

實際售價：§21 Rn83-86、105、113.

郵購買賣：§23 之 1 Rn5、13；§23 之 2 Rn4、5.

揭露：§21 Rn9、13、15、20、23、37、53、101、138、144.

媒體管制：§21 Rn 55、64-65.

十三劃

搭便車：§24 Rn120、126、130.

搭售：§19 Rn24、33、45、62、93、200、201、203、203、209、210、211、212、213、214、215；§24 Rn86、 89.

損害賠償或違約金免除：§23 之 3 Rn3-5、7.

搶註網域名稱：§24 Rn122.

新式樣專利：§20 Rn90-93.

業務檢查：§23 之 4 Rn13.

概括條款：§24 Rn1、 9-10、 25-32、 50、 52、 90.

經銷：§18 Rn1、11、12、22、43、45、48、49、50、51、55、59、63、71、72、73、74、76、77、78、79、83、86、89、94、95、96、102、103、104、106、109、110、111、112、114、117.

綁標：§24 Rn82.

補充適用：§24 Rn28-31、35-38、41、46、54、63、70、97、140.

解除契約：§23 之 1 Rn3-5；§23 之 2 Rn3、4、7、9；§23 之 3 Rn3；§23 之 4 Rn11.

資訊不對稱（等）：§24 Rn73、75、136-137、140.

運費：§23 之 1 Rn18；§23 之 2 Rn19.

違法取得競爭優勢：§24 Rn90、132-134.

電子文件：§23 之 1 Rn6、9；§23 之 2 Rn11；§23 之 4 Rn10.

十四劃

廣告：§21 Rn1、3、6-10、11-12、13-17、20、24、25-30、31-34、36、39、40-49、51-57、58-67、69、70、71、73、76-77、78、79-80、84-85、87、89-93、94-97、100-102、103-104、105-106、108、110、111-115、116、118、119、122-127、128-130、134-138、139-141、142-144.

廣告代理業：§21 Rn13、16、39、51、58、111、118、122-127.

榨取他人努力成果：§24 Rn90、116-131.

維持轉售價格：§23 Rn46.

維持轉售價格：§18 Rn1、4、5、8、11、12、13、14、26、32、38、42、43、45、46、49、68、86.

維持轉售價格：§24 Rn81.

十五劃

標示：§21 Rn11-12、41、46、51-52、54、56-57、59、61、64、70、73、77、78、79-80、85-87、89、91、94-97、99、105-106、108、112、114、116、128、129.

標章：§20 Rn.58.

價格限制：§19 Rn1.

潛在交易相對人§24 Rn95、 107.

潛在競爭者：§24 Rn84.

調查方法：§21 Rn111-115.

誤認：§21 Rn11-12、81、84、87、88-92、94-98、99、105-106、111、114、129、138、143.

誤導：§21 Rn6、8、21、40-41、45-46、53、68、78、114、139-140.

積極：§21 Rn9、23、40、81、85、95、97.

窮盡規範原則（補充原則）：§24 Rn35-38、 46-47、 89.

十六劃

獨家交易：§19 Rn25、123、200、204、216、217、218、219、220.

十七劃

聲音：§20 Rn.41.

舉證責任：§21 Rn13、22、114、139.

隱匿：§21 Rn23、81、85、87、95、106.

隱匿（重要/重大）交易資訊：§24 Rn48、 64-66、 68-69、 72、 75-76.

營業信譽：§22 Rn6-7、9、11-12、15、17、26、27-29、31-33、37、42、45、47、49-50、52、53、54.

營業秘密：§19 Rn10、22、34、38、52、53、54、80、90、184、186、187、189、192、193、196、197、220、228、245.

十八劃

鎖入：§24 Rn71.

雙向制：§23 Rn28-31.

顏色：§20 Rn.40.

十九劃

攀附：§20 Rn79-82 、 §24 Rn56、 116-124.

識別力：§20 Rn22-24.

贈獎（贈品）：§21 Rn74-75、99-102；§24 Rn22-23、 58-59、 62-63、 135.

二十劃

警告信函：§22 Rn49、54；§24 Rn106-115.

競爭：§22 Rn1、2、4、5、6-7、8-22、25-26、27-29、30、31-34、36-37、40-41、45、46、48、49、51-52、53、54.

競爭目的：§22 Rn8、31、34.

競爭關係：§22 Rn6-7、12、32-34、46.

顧客限制：§19 Rn221、223、224、225、226.

二十三劃

顯失公平：§24 Rn26、 27、 30、 42、 44、 46-49、 54、69-140.

參考書目及文獻

一、中文書籍

立法院秘書處，法律案專輯第 132 輯—公平交易法案，1992 年。

王弓、李小梅，公平交易法對於通路發展與連鎖加盟之適用性研究—以便利商店爲例合作研究報告，1994。

行政院公平交易委員會，認識公平交易法（增訂第十版），2004 年。

行政院公平交易委員會，公平交易法施行十週年回顧與前瞻學術研討會論文集，2002 年。

行政院公平交易委員會，第四屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，1999 年。

行政院公平交易委員會，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，1999 年。

行政院公平交易委員會，第六屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，2000 年。

行政院公平交易委員會，第十一屆競爭政策與公平交易法學術言會論文集，2004 年。

行政院公平交易委員會，公平交易法修法沿革彙編（一）（二），2003 年。

行政院公平交易委員會，未經註冊外國著名商標認定原則之研究，1996 年。

行政院公平交易委員會，公平交易法與消費者保護法相關問題之研究，1996 年。

行政院公平交易委員會，GATT 烏拉圭回合談判 TRIPS 協議有關不公平競爭之規範暨我國公平交易法如何因應之研究，1996 年。

行政院公平交易委員會，我國目前對商業廣告規範之研究，1998 年。

行政院公平交易委員會，仿冒案例彙編，2000 年。

行政院公平交易委員會，仿冒未受專利保護之新式樣與不公平競爭規範，2000

年。

公平交易委員會，仿冒商品服務年外觀案件於公平交易法第 20 條、第 24 條適用之研究，2001 年。

公平交易委員會，公司名稱及著名商標之使用與公平交易法第 20 條保護的「表徵」之關係，2001 年。

朱鈺洋，虛僞不實廣告與公平交易法，1993 年。

何之邁，公平交易法實論，2002 年，二版。

何之邁、單驥、張懿云、林廷機，仿冒未受保護之新式樣與不公平競爭規範，公平會合作研究計畫，2000 年。

汪渡村，公平交易法，2003 年，初版。

洪禮卿、黃茂榮、王弓、朱雲鵬、呂榮海、許松根、施俊吉，企業贈獎行爲之經濟效果分析，行政院公平交易委員會委託研究報告，1995 年。

林國全、馮震宇，公平交易法對公司名稱規範與保護及範圍，公平會合作研究報告，2003 年。

林騰鷂，美國聯邦交易委員會之研究，1990 年。

范建得、莊春發，公平交易法（一）：獨占、結合、聯合，1999 年，二版。

范建得、莊春發，公平交易法（二）：不公平競爭，1999 年，二版。

范建得、莊春發，公平交易法（三）：不實廣告，1999 年，二版。

徐火明，公平交易法論—不正競爭防止法，1996 年，初版。

陳櫻琴，比較廣告理論與案例，1999 年，初版。

陳得發，參加人解除契約或終止契約退貨之權利保障對多層次傳銷管理之必要性研究，公平會合作研究報告，2001 年。

黃茂榮，公平交易法理論與實務，1993 年，初版。

黃銘傑，公平交易法之理論與實際─不同意見書，2002 年，初版。

梁宇賢，關係企業與公平交易法有關問題之研究，1993 年

張瑜鳳，仿冒行爲之案例研究，1995 年。

張麗琴，損害他人營業信譽之研究，公平交易法論述系列第二輯，1993 年。

湯明輝，公平交易法研析，1992 年。

單驥、何之邁、吳秀明，從依賴性理論探討相對市場優勢地位─以公平法立場之研析適用，公平會委託研究報告，1999 年。

廖義男，公平交易法之釋論與實務：第一冊：立法目的、事業、罰則，1994 年，初版。

廖義男，公平交易法之理論與立法，1995 年，初版。

廖義男，行政法院裁判之評析—公平交易法實務與行政法院裁判之評析（I），國科會專題研究計畫，1997 年。

劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，2002 年，初版。

劉孔中，公平交易法，2003 年，初版。

劉孔中、莊朝榮、陳家駿、韓毓傑，我國公平交易法第 19 條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較分析，公平會委託研究報告，1994 年。

劉孔中、蕭文生，公平交易法第 24 條相關問題研究，公平會委託研究計畫，1994 年。

劉孔中、蕭文生、王海南、吳綺雲，公平交易法第 24 條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行爲執行標準之研究，公平會委託研究計畫，1993 年。

劉孔中、謝杞森，仿冒商品服務年外觀案件於公平交易法第 20 條、第 24 條適用之研究，公平會合作研究報告，2001 年。

賴源河編，公平交易法新論，2002 年，三版。

謝銘洋，智慧財產權之理論基礎，1997 年，二版。

瞿文宛主編，產業結構與公平交易法，1994 年。

蘇永欽，經濟法的挑戰，1994 年，初版。

蘇永欽，跨越自治與管制，1999 年，初版。

【博碩士論文】

張瑜鳳，公平交易法關於仿冒行爲制裁之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，1993 年。

薛銘鴻，從不正競爭觀點論我國公平交易法對不當表示之規制─以表示人之民事責任爲中心，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1993 年。

胡明華，公平交易法上欺罔行爲之研究，東海大學法律研究所碩士論文，1994 年。

侯雪芬，比較性廣告之研究，政大法研所碩士論文，1996 年。

薛雅倩，立體商標保護之研究，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2000 年。

陳怡珍，論公平交易法第 20 條對商品或服務表徵之保護，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2002 年。

梁哲瑋 2000 年，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，台灣大學法律學研究所碩士論文，2000 年。

二、中文期刊論文

王文宇，論「共生交易」對公平交易法的挑戰—以加盟事業爲中心，《國立台灣大學法學論叢》第 29 卷 1 期，1999 年。

王銘勇，杯葛之研究，《公平交易季刊》第 4 卷第 1 期，1996 年。

王銘勇，圖書限制轉售價格法制，《公平交易季刊》第 8 卷第 1 期，2000 年。

王銘勇，公平交易法第 18 條之研究，《公平交易季刊》第 10 卷第 4 期，2002 年。

石世豪，論經濟法上的概括條款與判斷餘地—評最高行政法院 92 年度判字第 1909 號判決，《月旦法學雜誌》第 108 期，2004 年。

辛志中，「行政院公平交易委員會對房屋廣告之規範」訂定簡介，《公平交易季刊》第 3 卷第 3 期，1995 年。

何之邁，妨害營業信譽—以法國法爲中心，《公平交易季刊》第 4 卷第 1 期，1996 年。

李文秀，競爭法上有關公平競爭阻礙性之認定基準與實務作法之研究（續），《公

平交易季刊》第 5 卷 1 期，1997 年。

李美惠，商品表徵權取得要件之研究，《公平交易季刊》第 5 卷 3 期，1997 年。

李憲佐、吳翠鳳、沈麗玉，公平交易法第 19 條規範之檢討—以「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」爲中心，《公平交易季刊》第 10 卷第 2 期，2002 年。

呂玉琴，公平會不實廣告處分案例之整理與介紹，《公平交易季刊》第 1 卷第 1 期，1993 年。

吳秀明，罪刑法定主義與聯合行爲之定義，《公平交易季刊》第 6 卷第 4 期，1998 年。

吳秀明，競爭法上的概括條款—公平交易法第 24 條規範功能之檢討，《競爭政策通訊》第 3 卷第 6 期，1999 年。

吳秀明、陳志民，事業以聯合行爲或濫用市場地位調漲價格經處分後要求回復原價之探討，《公平交易季刊》第 11 卷第 2 期，2003 年。

吳英同，不實廣告類型及案例分析，《公平交易季刊》第 6 卷第 1 期，1998 年。

吳翠鳳，公平交易法有關仿冒之規範及案例，《公平交易季刊》第 1 卷 2 期，1993 年。

吳翠鳳，比較廣告適法性之研析，《公平交易季刊》第 2 卷第 4 期，1994 年。

吳翠鳳，美國對不實廣告行爲之規範及執行狀況，《公平交易季刊》第 4 卷第 1 期，1996 年。

吳翠鳳、劉久瑛，比較廣告適法性之研析，《公平交易季刊》第 2 卷第 4 期，1994 年。

林世華，從廣告看夾層屋的法律問題，《律師雜誌》第 214 期，1997 年。

林東昌，公平交易委員會對不實廣告的規範，《萬國法律》第 103 期，1999 年。

范建得，論公平交易法對不實及引人錯誤廣告之管制，《公平交易季刊》第 3 卷第 2 期，1995 年。

范建得，論公平交易法對矇混行爲及商標濫權之管制—商品標識使用人之得與失，《公平交易季刊》創刊號，1992 年。

范建得，侵權警告函之公平法問題探討，《智慧財產權》第 12 期，1997 年。

范建得，論著名商業表徵之應有保護，《智慧財產權》第 1 期，1999 年。

胡光宇，維持轉售價格行爲與「日常用品」認定之研究，《公平交易季刊》第 1 卷 2 期，1993 年。

洪秀幸，李延禧，公平會因應九二一大地震查處人爲哄抬物價實務報導，《公平交易季刊》第 8 卷第 3 期，2000 年。

徐火明，論不當競爭防止法及其在我國之法典化一年，《中興法學》第 20 期，1984 年。

徐火明，論不當競爭防止法及其在我國之法典化二年，《中興法學》第 21 期，1985 年。

殷世熙，公平會目前處理瘦身、美容、美髮業不實廣告案例，《公平交易季刊》第 6 卷第 3 期，1998 年。

梁哲瑋，公平交易法第 24 條對定型化契約之監控與公平交易委員會之行業導正，《公平交易季刊》第 4 卷第 2 期，1996 年。

翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，《法令月刊》第 44 卷第 11 期，1993 年。

莊春發，產品生命週期與地域限制的管制，《國立臺灣大學法學論叢》第 29 卷 1 期，1999 年。

陳志民，接續性獨占，共謀理論，與最高轉售價格維持之約定，《法政學報》第 9 期，1999 年。

陳紀元、李培齊、姜禮華，品牌內限制轉售價格與限制競爭—台灣機車市場實證研究，《公平交易季刊》第 10 卷第 2 期，2002 年。

陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約—實務上相關判決之綜合評釋（上）（下），《台灣本土法學雜誌》第 2、3 期，1999 年。

陳俊廷，營業場所禁帶外食行爲於公平交易法之適用觀點，《公平交易季刊》第 10 卷 4 期，2002 年。

陳峰富，公平交易法第 24 條對於建築業之規範，《月旦法學雜誌》第 63 期，2000 年。

陳峰富，公平交易法第 24 條對於銀行業之規範 （上）（下），《司法周刊》，第 1027、1028 期，2000 年。

陳櫻琴，真品平行輸入之廣告—評行政法院 86 年判字第 2745 號判決，《月旦法學》第 58 期，2000 年。

陳櫻琴，公平交易法如何取締不實廣告，《月旦法學》第 1 期，1995 年。

陳櫻琴，「比較廣告」之案例研究—兼論廣告管制之法律原則，《東海法學研究》第 10 期，1996 年。

陳櫻琴，比較廣告之判斷原則—以公平會案例爲主，《中原財經法學》第 4 期，1998 年。

陳櫻琴，比較廣告—評行政法院 87 年判字第 2006 六號判決，《月旦法學雜誌》第 52 期，1999 年。

陳櫻琴，「號稱第一」與「暗示比較」廣告之研究，《全國律師》，第 4 卷 4 期，頁 2000 年。

陳櫻琴，真品平行輸入之廣告—評行政法院 86 年判字第 2745 號判決，《月旦法學》第 58 期，2000 年。

陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌，公平交易法第 24 條概括條款之檢討，《公平交易季刊》第 10 卷第 2 期，2002 年。

陳櫻琴，使用知名公司名稱之積極攀附行爲在競爭法上之意涵—評全球寶島鐘錶公司案行政院決定書臺 90 訴字第 059739 號，《月旦法學》，第 85 期，2002 年。

陳櫻琴、葉玟妤，臺灣大哥大事業公司攀附「知名公司表徵」案—評公平交易委員會公處字 091052 號案，《法令月刊》第 53 卷 8 期，2002 年。

黃立，旅遊廣告的效力以及異常條款問題—評台灣台北地方法院 87 年度重訴字第 760 號民事判決，《月旦法學》第 71 期，2000 年。

黃茂榮，電子商務上之不公平競爭，《植根雜誌》第 16 卷第 9 期，2000 年。

黃茂榮，藥品之不實廣告，《公平交易季刊》第 10 卷第 3 期，2002 年。

黃銘傑，再評公平交易委員會（85）公處 047 號處分—外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法 24 條之禁制規定（上）（中）（下），《月旦法學》第 20、22 期，1997 年。

黃銘傑，維持轉售價格規範之再檢討，《台大法學論叢》第 29 卷第 1 期，1999 年。

黃銘傑，相對優勢地位濫用與公平交易法之規範，《國立臺灣大學法學論叢》第 30 卷 5 期，2001 年。

黃銘傑，公平交易法第 19 條之規範原理與架構，《月旦法學雜誌》第 69 期，2001 年。

黃銘傑，專利授權與公平交易法—以拒絕授權與強制授權爲中心，《萬國法律》第 120 期，2001 年。

黃銘傑，商號之登記、使用與著名標章之保護—商號法制、商標法及公平交易法的三不管地帶，《中原財經法學》第 6 期，2001 年。

黃銘傑，智慧財產侵害警告函與公平交易法之適用，《台大法學叢刊》第 32 卷 5 期，2003 年。

黃銘傑，公平交易法第 20 條第 1、2 項「表徵」之意義及其與新式樣專利保護之關係（上）（下），《萬國法律》第 134、135 期，2004 年。

黃榮堅，濫用商標行爲之刑事責任，《台大法學叢論》，第 22 卷第 1 期，1992 年。

黃俊英、耿筠，美國法院對於商業包裝之第二層含意要求之見解與重要判例分析，《智慧財產權》第 44 期，2002 年。

黃鈺華、蔡佩芳，專利權人發警告信函是否觸犯公平交易法第 24 條之檢討，《智慧財產》第 28 期，1998 年。

馮震宇，網址名稱與不公平競爭—網路時代新興的公平交易法問題，《智慧財產權管理》第 19 卷，1997 年。

馮震宇，論網域名稱之爭議與其衍生之公平法問題，《公平交易季刊》第 8 卷第

1 期，2000 年。

馮震宇，論資料庫之保護與不公平競爭（上）（下），《月旦法學》第 102、103 期，2003 年。

須文蔚，不實廣告管制社會科學化之研究—以公平交易法爲中心，《公平交易季刊》第 10 卷第 1 期，2002 年。

張弘澤，公平會對預售屋廣告之規範，《萬國法律》第 94 期，1997 年。

張有捷，公司名稱、網域名稱與不公平競爭（上）（下），《法令月刊》第 52 卷 9、10 期，2001 年。

張瑜鳳，仿冒商標行爲之刑事制裁爭議問題—以公平交易法與商標法之規定爲例，《公平交易季刊》，第 2 卷 4 期，1994 年。

張澤平，公平交易法第 20 條之研究，《經社法制論叢》第 12 期，1993 年。

張澤平，具實用或技術機能之表徵，《工業財產權與標準》第 35 期，1996 年。

張澤平，公平交易法第 20 條第 2 項之除外保護規定，《工業財產權與標準》第 34 期，1996 年。

曾世雄，違反公平交易法之損害賠償，《政大法學評論》第 44 期，1991 年。

廖元豪，美國聯邦交易委員會法第五條與其他反托拉斯法之關係─兼論我國公平交易法第 24 條之適用範圍，《公平交易季刊》第 8 卷第 4 期，2000 年。

廖義男，西德營業競爭法，《台大法學論叢》第 13 卷第 1 期，1983 年。

廖義男，公平交易法關於違反禁止行爲之處罰規定，《政大法學評論》44 期，1991 年。

廖義男，公平交易法之立法目的與保護之法益—第 1 條之詮釋，《公平交易季刊》創刊號，1992 年。

廖義男，專利權人發函警告其競爭對手及競爭者之交易相對人應注意及尊重其專利權—兼評行政院公平交易委員會 85 公處字第 047 號處分，《月旦法學雜誌》，第 14 期，1996 年。

廖義男，消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範之競合，《律師通訊》

第 199 期，1996 年。

廖義男，公平交易法第 14 條、第 19 條第 2 款、第 24 條之行政法院裁判評析研討會，《憲政時代》第 23 卷 2 期，1997 年。

廖義男，論公平交易法第 19 條之適用，《競爭及政策通訊》第 23 卷 2 期，1997 年。

廖義男，行政法院裁判之評析，《台灣本土法學雜誌》第 18 期，2001 年。

廖義男，不實廣告之判斷與法規修正之關係—評元上公司不實廣告之裁判，《法令月刊》第 50 卷第 9 期，1999 年。

趙晉枚，美國對於著名標章保護的概述，《華岡法粹》第 25 期，1997 年。

劉孔中，德國競爭法中與公平交易法第 19 條相關規定之研究，《歐美研究》第 24 卷第 1 期，1994 年。

劉孔中，公平交易法第 24 條之研究，《公平交易季刊》第 2 卷第 3 期，1994 年。

劉孔中，美國聯邦交易委員會法第 5 條之研究，《人文及社會科學集刊》第 7 卷第 1 期，1995 年。

劉孔中，公平交易法與消費者保護法之比較研究，《人文及社會科學集刊》第 7 卷第 2 期，1995 年。

劉孔中，事業以比較廣告從事競爭之界限，《公平交易季刊》第 3 卷第 3 期，1995 年。

劉孔中，論公平交易委員會之行業導正，《公平交易季刊》，第 4 卷第 4 期，1996 年。

劉孔中，論我國著名標章之保護，《月旦法學》第 63 期，2000 年。

劉孔中，論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告，《公平交易季刊》第 8 卷第 2 期，2000 年。

劉孔中，著名標章保護之個案研究—黑人牙膏與白人牙膏的戰爭，《國立臺灣大學法學論叢》第 30 卷 3 期，2001 年。

劉孔中，論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告，《公平交易季刊》第 8 卷

2 期，2000 年。

劉孔中，歐美近年與著名標章有關判決之研究，《律師雜誌》第 265 期，2001 年。

劉孔中，公平交易法對營業標誌保護之研究，《公平交易季刊》第 11 卷 2 期，2003 年。

劉孔中，挖角與惡意挖角，《月旦法學》第 97 期，2003 年。

劉華美，最高行政法院有關不實廣告之裁判之評析，《台北大學法學論叢》第 51 卷，2002 年。

劉紹樑，從意識型態和執行實務看公平交易法，《政大法學評論》第 44 期，1991 年。

謝銘洋，從對商品或服務「表徵」之保護談商標法與公平交易法之關係，《智慧財產》第 10 期，1994 年。

謝銘洋，智慧財產權與公平交易法之關係—以專利權爲中心，《台大法學論叢》，第 24 卷 2 期，1995 年。

謝銘洋，從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護，《國立台灣大學論叢》第 25 卷 3 期，1996 年。

謝杞森，商品外觀的模仿與不公平競爭—中、日法規之比較，《真理財經學報》第 5 卷，2001 年。

顏廷棟，我國公平交易法垂直限制行爲執法實務之檢討—兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範，《公平交易季刊》第 8 卷 2 期，2000 年。

羅明宏，論不實廣告之判別準則—從消費者角度觀察，《公平交易季刊》第 2 卷第 2 期，1994 年。

羅明宏，論不實廣告與外在證據—美國立法例之評介，《公平交易季刊》第 2 卷第 4 期，1994 年。

蘇永欽，論不正競爭和限制競爭的關係，《台大法學論叢》第 11 卷第 1 期，1981 年。

蘇永欽，私法自治與公平法的管制—公平法第 24 條的功用與濫用，《月旦法學雜

誌》第 70 期，2001 年。

蕭燕新譯，加拿大商標法—本法爲有關商標及不公平競爭之法案，《工業財產權與標準》第 8 卷，1993 年。

Heath, Christoph，著名商標的保護與商標仿冒的防止，《競爭政策通訊》第 3 卷 2 期，1993 年。

三、英文文獻

Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law, Vol.II, 1995.

Bellamy/Child, European Community Law of Competition, 2001.

Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement，1999

F. M. Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1980.

Hawk, System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, 1995.

Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 1994.

George A. Hay, Predatory Pricing, 58 Antitrust L. J. at 913, 917，1990.

Goyder, EC Competition Law,2003（4th ed）.

Jones/Surfin, EC Competition Law, 2001.

Phillip Areeda and Donald F. Turner, Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Shermer Act, vol.88, Harvard Law Review, 1975.

R.H Bork, Keep Antitrust Pro-Consumer Fortune, 1988.

Whish, Competition Law,2003（5th ed）.

William Breit & Kenneth G. Elzinga, The Antitrust Casebook, 1996（3rd ed）

四、德文文獻

Immenga/Mestmäcker(Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, 1997.

Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., 2001.

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9.Aufl., 2001.

Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 6.Aufl., 2002.

Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22.Aufl., 2001.

Köhler/Piper, UWG, 3.Aufl., 2002.

中文摘要

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

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

本次研究報告內容，係「公平交易法之註釋研究系列」第二部份。除於序論中再次說明「公平交易法之註釋研究系列」逐條釋義之撰寫體例外，本次註釋範圍限於公平交易法第三章，即公平交易法第 18 條至第 24 條，包括第 18 條約定轉售價格、第 19 條限制競爭或妨礙公平競爭的行爲、第 20 條仿冒表徵或外國著名商標、第 21 條引人錯誤之廣告或商品表示、第 22 條營業誹謗、第 23 條不正當之多層次傳銷、第 23 條之 1 多層次傳銷參加人之契約解除權、第 23 條之 2 多層次傳銷參加人之契約終止權、第 23 條之 3 契約解除與終止之效果、第 23 條之 4 多層次傳銷管理辦法，與第 24 條其他欺罔或顯失公平之行爲。

Abstract

The project regarding “The Annotation of the Fair Trade Law” intends to accomplish the purpose of providing a profound reference book and then helping the government, scholars and enterprises to cope with the cases related to the Fair Trade Law. Furthermore, follow-up researches are also supposed to be boosted by this project. Hence, this project tries to expound the theories and practice with regard to the Fair Trade Law and to consider users’ need of interpreting and applying the Fair Trade Law.

As for its style, “The Annotation of the Fair Trade Law” is compiled by taking foreign annotation books and the previous experiences of annotating important Taiwan’s codes for reference. Besides, it also emphasizes the purpose, elements, effects and application of each article, and especially focus on the interpretation of the competent authority. Moreover, for improving the experiences and abilities of enforcing competitive laws, “The Annotation of the Fair Trade Law” introduces the relevant regulations of United States, Japan, German and the European Union prior to the annotation of each article.

“The Annotation of the Fair Trade Law” volume 2 is comprised of the preface and the annotation of the Articles classified in Chapter 3(Unfair Competition), including Article 18” Resale Price Maintenance”, Article 19” Acts Likely to Lessen Competition or to Impede Fair Competition”, Article 20” Palming Off”, Article 21” False or Misleading Representations or Symbol”, Article 22” Trade Disparagement and Defamation”, Article 23”Illegitimate Multi-Level Sale”, Article 23-1” Participant’s Right to Rescind the Agreement”, Article 23-2” Participant’s Right to Terminate the Agreement”, Article 23-3” the Effect of Participant’s Rescinding and Terminating”, Article 23-4” Supervisory Regulations Governing Multi-Level Sales”

and Article 24” Deceptive or Obviously Unfair Conduct That Is Able to Affect Trading Order”.