

# 公平交易法第三十八條 「兩罰規定？」的幾個問題點

黃銘傑\*

## 目次

壹、前言	肆、公平交易法第三十八條規定之檢
貳、兩罰規定之理論基礎	討
參、各國立法例	伍、其他問題點

## 壹、前言

公平交易法（以下簡稱公平法）第三十八條謂：「法人犯前三條之罪者，除依前三條規定處罰其行為人外，對該法人亦科以各該條之罰金。」鑑於現代經濟生活中，法人企業所佔地位之重要性，本條規定乃對於違反公平法之行為，除處罰其行為人外，並對該行為人所屬之事業科以罰金，藉以加強預防並嚇阻違法犯罪行為的發生。其立法本意雖佳，惟若從比較法的觀點來看，則本條規定之內容，又令人產生不少的疑問與顧慮，而深覺對此一規定之方式與內容，有再詳加檢討與改善的必要。是以，以筆者非刑法專攻者之人，而就本條規定大作文章，實不免簡陋與惶恐之感。之所以厚顏執筆者，乃希望藉此提出一些問題和看法，並期待國內刑法學者能對本條規定作更深入的研究探討，以為未來修法改正之參酌。若能如此，則本文所冀拋磚引玉之目的，即可謂達成。

\* 國立台灣大學法學士（法律學系），日本國立一橋大學大學院法學碩士，日本國立一橋大學大學院博士課程（在學中）經濟法。國際經濟法專攻。

## 貳、兩罰規定之理論基礎

公平法草案起草者在答覆立法委員有關本條規定之質詢時，作如下敘述：「行政罰有所謂兩罰主義，除了行爲人之外，並對負責人加以處罰……本條即根據此一立法例而來。」（註1）。由此，吾人可知，公平法第三十八條係一「兩罰規定」。邇來，行政法規之中，此類兩罰規定條款有逐漸增加的趨勢，其與固有刑法理論間的關係，饒富趣味，值得深思。因此，在檢討本條規定的內容之前，我們有必要對兩罰規定的性質及其理論基礎作一基本的了解。一般而言，兩罰規定所處罰之對象事業，尚可大別爲個人事業和法人事業兩種。以下，依序分別說明之（註2）。

### 一、個人事業

個人事業因其代理人或受雇人所犯違法行爲而受到刑罰處分時，其根據自來有轉嫁（代位）責任與過失責任兩種見解。前者認爲，兩罰規定中個人事業之刑事責任的性質，乃因他人的違法行爲所負之責任，亦即所謂代位責任。此說從兩罰規定之設乃爲促進行政目的的順利達成一事著眼，主張於此可承認罪責原則之例外，而使個人事業負擔無過失責任。但是，單以行政目的之順利達成爲由，即認爲可無視刑法上犯罪主體須與受罰主體同一，無罪責即無刑罰的基本原則之主張，實難令人苟同。故現在通說，多採取過失責任之見解。依據此一見解，兩罰規定中個人事業的刑事責任並不在於代位違法行爲人之責任，而係因其本身未能善盡選任監督之責，致使受雇人等於執行職務時發生違法行爲，個人事業於此生有過失而應負擔刑責。若此，則對個人事業與其受雇人等所作處罰之根據，乃各爲其本身所負固有之刑事責任；亦即，受雇人等係因自己的行爲而受到刑事處分，而個人事業則因未善盡

---

註1：立法院秘書處編印「法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案」，民國八十一年初版，239頁。

註2：本文有關兩罰規定理論之敘述，多參照福田平「行政刑法」第三章（有斐閣，新版，1977）。以下，除有特別必要者外，不另行引註。

注意監督責任的過失被科以刑罰。在此，兩罰規定的目的，即為藉由刑事罰則之科處，促使個人事業善盡注意監督之責，以防止違法行為的發生，使得藉該刑罰之科處所欲達成的行政目的得以順利遂行。

## 二、法人事業

比起有關個人事業之兩罰規定，法人事業的兩罰規定之理論基礎將顯得非常複雜。其主因在於，傳統上對於法人是否具有犯罪能力之爭議。一般而言，採英美法體系之國家，多承認法人有犯罪能力，而肯定其刑事責任。反之，在大多數的大陸法系國家，則繼承羅馬法之傳統，認為法人無犯罪能力（*Societas delinquere non potest*）。蓋，刑事責任之本質，乃在於對違法行為人所作之倫理的非難性。故只有具自由意志，可自行為倫理決定的自然人，方始成為倫理非難的對象。法人僅依法律擬制而存在，其本身並非可行倫理決定之人格主體；因之，法人無法負擔刑事責任。若此，則兩罰規定中處罰法人之事又將作如何解釋。

有謂，民法上承認法人為一實在之團體，可享受權利負擔義務，並有為侵權行為之能力。故在刑法上，亦應承認法人具有犯罪能力。但觀諸民法上所謂法人行為能力之本質，乃係法人機關之自然人的行為，於法律構成上將其效果直接歸屬於法人本身；此時，可清楚地發現其間有事實上的行為與法律上的歸屬之區別。在此，民法乃係基於交易安全等政策上的考量，而承認法人機關之自然人的行為效果可歸屬於法人。但是，如上所述，刑事責任之本質乃在於倫理的可非難性，其法律上責任之構成與民法迥異，故民法上法律效果歸屬之構成方式的想法並不當然可立即類推適用於刑罰規定。因此，行政刑法上的兩罰規定中，法人機關的犯罪行為可否歸屬於法人本身一事，仍須從行政刑法本身的原理原則來作衡量，始為適當。對此，福田平教授表明了如下的見解：

「與固有的刑法相較之下，吾人不得不承認行政刑法其倫理性要素較弱，而合目的性要素（為實現特定的行政目的之保障）較強。因而，從此一行政刑法的特殊性來看，對行政犯所施制裁之刑罰比起對刑事犯之刑罰，其倫理性要素顯得較弱，而由一般預防要素、政策的觀點所作之威嚇刑（*Abschreckungsstrafe*）的要素較強。故在論定此類刑罰的前提之責任時，或不應就對具深度倫理性的行為人之人格所

作倫理非難一點以觀，無寧應從對因行政法規的違反而發生之違法狀態所作社會非難的歸屬之觀點來作出發。因此，若承認法人為行政法上權利義務之歸屬主體，而其機關之自然人的行為在行政法上其法律效果歸屬於法人的話，則對於機關之自然人所犯違反行政法規而在社會上應受非難之行為，從法人與其機關間的關係來看，應可容許令法人負擔該項責任而科之以一般預防要素較強的刑罰。惟須注意者，厥為即使如此，事實上的違反行政法規之行為仍為機關之自然人所為，只是從行政刑法的特殊性之觀點將其歸責於法人，並非因此而肯定法人有為違反行政法規之行為的能力（亦即行政刑法上的犯罪行為能力）。對於此一主張，雖有批判認為，承認無犯罪能力之法人負有刑事責任者，即是違反刑法原則。但是，吾人於行政刑法中著眼於其特殊性而對刑事責任作一修正，並認為法人可負擔此一修正後的刑事責任。機關之自然人所犯違反行政法規的行為，從法人與其機關間的關係來看，承認法人於該違反行為負有直接責任，此事乃基於法人之固有關係而言，與自然人對其他自然人之行為負擔責任一事不同。」（註3）。

由以上敘述，吾人可知，行政法上科處法人刑罰之規定，係因行政法多為實現一定之行政目的而設，故乃著眼於此一合目的性的特殊性，再就法人與其機關間的固有關係以觀，而例外地承認在行政法規中法人亦可因其機關之自然人的違法行為負擔刑事責任。惟具體上，兩罰規定中法人所負刑事責任之性質又為何？管理外匯條例第二十二條第二項規定：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，有前項規定之情事者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以該項之罰金。」本項規定乃於法人的代表人或其職員因執行職務而觸犯禁止以非法買賣外匯為常業的規定時，亦得對該法人科處罰金。此際，條文對法人所負刑責，雖未因其係法人之代表人所為違法行為，或為其他職員所為違法行為而有所區分，但從法律上責任歸屬的方式來看，兩者應分別考察之。法人之代表人是為法人之機關，其因執行業務而犯違反行政法規之行為時，從上述法人與其機關間的關係之敘述可知，該違法行為的效果在法律上直接歸責於法人，法人因之負有直接責任。另一方面，法人之代理人或其他職員因執行職務而觸犯行政法規時，

---

註3：同前111-12頁。

乃因法人之機關未善盡注意監督之責，以致該違法行為發生。此時，法人所負刑事責任之理由，並非在於代理人或職員的違法行為，而係因其機關之自然人對其所應負的注意監督責任有所懈怠，並將此一過失責任歸屬於法人（註4）。

若此，則可知兩罰規定之條文通常雖多不因是代表人之違法行為，或為其他職員之違法行為而對法人之刑罰訂有不同的法定刑，但事實上，法人因此兩者所負刑責之性質，實不相同。其中，因法人的職員之違法行為而科處法人刑罰之上述的法律構成方式，其最大特色厥為法人責任的從屬性。依據此一從屬性原則，當法人之職員的特定違法行為無法確定而不能追究其刑事責任時，亦不得謂其機關有所過失，連帶地亦不得追究法人的責任（註5）。但是，法人事業、尤其是大企業，其內部組織關係縱橫交錯，各項業務擔當之人又時常更迭，導致責任歸屬曖昧而不易確定。因此，若就企業全體以觀，雖可認為確有違法情事的存在，然囿於內部關係之複雜，如欲確定特定之某人曾為特定之某個違法行為一事，至屬困難。其結果乃導致，眾人皆知有違法行為的發生，卻囿於刑法傳統的罪責原則，而不只無法處罰行為人，連該行為人所屬之法人事業，即令因此行為獲有鉅利，亦得免於刑罰（註6）

註4：一般有將法人其代表人等機關所犯違法行為而負擔刑責者，稱為「行為責任」，而於因代理人或其他職員之違法行為所負刑責，則稱之為「監督責任」。此兩者區別之實益在於，對行為責任並不承認法人有免責的可能性，以及在法定刑上可對兩者分別作不同的處罰規定。參照西田典之「獨占禁止法における刑事罰の強化について」『經濟法學會年報第13號』81頁（有斐閣，1992）。

註5：惟在法人之職員有違法行為的情事確定時，僅因該職員個人之免責事由而不受處罰時，並不當然可謂法人亦因此而不受罰。蓋，法人之刑責乃立足於其機關之過失責任，與其職員所負違法行為責任乃為各別不同之事。法人如欲主張免責時，須立證其已費盡所有可能的注意監督義務，而乃不免該行為之發生。此事於個人事業之情形亦為真。參照福田，前揭書（註2）75頁。

註6：例如，在日本最近曾有過多家建設公司共同參與公共工程圍圍標達數年之久的事件，日本的公正取引委員會最終雖以其違反獨占禁止法之規定為由，而

。為克服此一弔詭的情況，近來乃有主張建議法人之責任，應就其組織整體觀之，若因企業組織之營運活動而生有違法情事時，法人於此即負有過失責任，具體上雖無法確定特定人之違法行為，亦得對該法人科處刑罰（註7）。惟如此主張，不啻承認法人有犯罪行為能力，在罪責原則現今尚為一般所接受的情況之下，此等見解似將難以獲得支持。但現代企業組織體的犯罪行為，僅依傳統的罪責理論並無法有效地解決時，此等見解之主張亦值得吾人深思。

在對兩罰規定的法律性質作過概要的說明之後，以下，我們將先行就外國類似公平法第三十八條規定之相關立法例作一探討，而以該處探討所得結果為基礎，以之與第三十八條規定作一比較，進而檢討該條規定之缺失。

### 叁、各國立法例

世界上擁有類似我國公平法之國家為數眾多，本文僅擇其中較具代表性之美國、德國及日本等三國的有關法律規定作一考察。

#### 一、美國

美國法上承認法人有犯罪能力，故休曼法第一條及第二條對違反各該條規定者（註8），訂定其「應負重罪之刑事責任，若經定罪，由法院裁量，處『法人』以一千萬美元以下之罰金，其為『人』（person）者，處三年以下有期徒刑，或科或併科三十五萬美元以下之罰金。」（註9）。另外，1984年之罰金實行法（The

---

下達屬行政處分之排除措施命令。然於刑事告發上，卻因「證據不足」，而不得不斷念。參閱，日本經濟新聞1992年5月9日第12版。

註7：參照藤木英雄『行政刑法』45-50頁（學陽書房，1976）；板倉宏『現代社會と新しい刑法理論』第I部（勁草書房，1980）。

註8：原則上，違反克萊登法及聯邦交易委員會法之行為，並非犯罪。惟有克萊登法第十條之例外。See 15 U.S.C.A. § 21（1987）。

註9：本文有關各國公平交易法之翻譯條文，多參酌經濟部編印「各國公平交易法

Criminal Fines Enforcement Act of 1984 ) ( 註10 ) 除提高連邦法上的犯罪行為之法定刑外，並增訂「在不致使複雜或拖延判刑程序的情形下，罰金額度最高可達因該違法行為被告所得利益之二倍或他人所受損害之二倍。」休曼法第一條、第二條規定之法定刑其嚴苛程度已罕見於其他國家類似之立法，而為更徹底地剝奪違法行為人所獲不當的利益，乃於1984年的罰金實行法中更訂定代替性的罰金規定，以資懲戒並收犯罪預防之效。且此處之違法行為人包含法人與「人」( person ) 兩者。依該法第八條規定：「本法所稱之『人』( person, persons )，包括依合眾國、合眾國之屬地、州或外國之法律設立之法人及『團體』( associations )。」此時所謂之「團體」( associations ) 含括非法人團體 ( Unincorporated Society )、信託 ( Trust ) 及合夥 ( Partnership ) 等 ( 註11 )。若此，則休曼法處罰之對象除法人與個人外，亦廣泛地包含其他不具有法人格之團體或合夥事業。甚者，克萊登法第十四條並規定：「法人有違反『反托辣斯法』之刑罰規定時，就該違反行為之全部或一部為認可、命令或實行之董事 ( directors )、經理人 ( officers ) 或代理人 ( agents )，亦視之為違反行為人，而應負輕罪之刑事責任，依法院之裁量處一年以下有期徒刑或科或併科五千美元以下之罰金。」( 註12 )。如此一來，法人事業的董事等人若以認可、命令或實行等方式參預違法行為的施行時，亦將因此而負擔刑責。

---

有關法規彙編」，民國七十五年。惟違反休曼法之罰金額度，乃因1990年的法律修正，各由法人的一百萬美元和個人的二十五萬美元提昇至現在的金額。

註10：18 U.S.C.A. § 3623 ( 1987 )。

註11：See Black 's Law Dictionary ( St. Paul, Minn. : West 6th ed., 1990 )，at 121。

註12：惟董事等人若專在代表公司的情形下行為者，則有直接負擔休曼法規定之較重刑罰的可能性。II P. Areeda & D. Turner, Antitrust Law-An Analysis of Antitrust Principles and Their Application ( Boston : Little, Brown and Company, 1978 )，at 27n.3。

## 二、德國

德國於第二次大戰之前及戰後初期占領期間，曾有過承認法人刑事責任之少數例外的立法與判例（註13），但其後即固執於傳統的罪責原則，而不論是在刑法法典裏或是在其他行政法規中，都不承認法人有犯罪能力可為刑事制裁的對象。但此並不意味著否定法人可成為其他制裁方式的對象，1968年制定的「秩序違反法」（Gesetz Über Ordnungswidrigkeiten, OWiG），一般地規定對法人或其他人合團體（Personenvereinigungen）所犯秩序違反行為都可處以罰鍰。因此，在其他法律中被認定為秩序違反行為者，除各該法律另有特別規定者外，都可對該項行為適用以秩序違反的各項規定。「營業競爭限制防止法」中，有關秩序違反之規定，亦自不例外。

營業競爭限制防止法第三十八條第一項列舉了各種違反該法規定的秩序違反行為類型，並於同條第四項謂：「對於秩序違反行為，得科以一百萬馬克以下，或超過此數，而科以因違反行為所得不當利益三倍以下之罰鍰……。」（註14）。此時，第三十八條第一項規定之秩序違反行為人的範圍如何，有所爭議（註15）。條文規定上之文言為「人（wer）」，故若單就此語作文理解釋的話，則一般之人皆可成為本條規範的對象。但對此種解釋持反對意見者則指出，營業競爭限制防止法上其他條文的規範對象多為事業（Unternehmen）或事業團體（Unternehmensvereinigungen），故第三十八條第一項規定之行為人可否泛指一般之人，乃屬疑問。惟縱使立於後者之見解，吾人仍得依秩序違反法第九條規定，將營業競爭限制防止法上的「事業」之範圍擴及於一般負有推行事業業務並履行事業義務之責的人。重要

---

註13：有關德國法上處罰法人規定之歷史沿革的簡介，參照 Klaus Tiedemann（西原春夫/宮澤浩一監譯）『經濟犯罪と經濟刑法』第九章（「法人の可罰性と過料責任」）（成文堂，1990）。

註14：此外，營業競爭限制防止法第三十九條第二項亦規定得對同條第一項所列之較輕的秩序違反行為，科以五萬馬克以下之罰鍰。

註15：Tiedemann in Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentear zum Kartellgesetz, 2. Aufl., 1992, S.1582ff.



者厥為秩序違反法中有關處罰法人暨社團之第三十條規定（註16），以及處罰負責人之第一百三十條的規定（註17）。

註16：茲將秩序違反法第三十條規定之相關部分條文試譯如下：

「 § 30 法人及社團之罰鍰

(1) 法人的代表機關或該機關之成員、或非法人社團之代表人或該代表之成員、或人合公司（Personenhandels-gesellschaft）有代表權限之股東，為犯罪行為或秩序違反行為，而

1. 違背該法人或社團所負擔之義務，或

2. 致該法人或社團獲有利益或將可獲得利益者，

得對該法人或社團科以罰鍰（筆者註：在1986年之前，此一罰鍰之性質係「從屬效果（Nebenfolge）」，惟1986年的法律修正刪除此一從屬效果之語，使本項罰鍰性質居於獨立之「主效果（Hauptfolge）」的地位。）

(2) 罰鍰之金額……於秩序違反的情形，罰鍰之最高額度依對各該秩序違反行為所科處之最高罰鍰金額定之。

註17：秩序違反法第一百三十條條文之相關部分的試譯如下：

「 § 130(1) 營業或事業的所有人對其所應負之義務且係其違背將被科處刑罰或罰鍰之義務的違反行為，因故意或過失而未盡必要之監督措施，以防止該行為於其營業或事業發生時，視其為該所有人之秩序違反行為。惟以該項義務之違反，若能對之為適當的監督即可防止其發生者為限。對監督人之任命、細心的選任暨監視亦為必要之監督措施。

(2) 以下人等，視其為營業或事業的所有人

1. 營業或事業的所有人之法定代理人，

2. 法律上代表法人之機關的成員及人合公司有代表權限的股東，

3. 被委任經營營業或事業的全部或一部之人。惟以該人對該項義務之履行負有責任者為限。

……(4)……因違反監督義務而得科處之罰鍰的最高額度依對各該義務違反所科處之最高罰鍰金額定之。

依第三十條規定，法人或社團之有代表權限的機關犯秩序違反行爲時，得對該法人或社團科處各該秩序違反規定之罰鍰。而第一百三十條又訂定，營業或事業之所有人或同條第二項所列被同視爲營業或事業之所有人者，因未善盡監督之責，以致秩序違反行爲發生時，得科各該人等以各該秩序違反規定之罰鍰。秩序違反法第一百三十條規定，實際上有點類似保證責任（*garantenähnliche Haftung*）。依此，則企業所有人、代表人或其他負有經營責任之人，將因其職員所犯秩序違反行爲而負有責任，且此責任以過失即爲已足，不必舉證其故意。故在實務上，爲避免舉證之困難或對該秩序違反行爲之處罰僅以有故意者爲限時，乃多有利用本條規定之趨勢。蓋，經由本條規定除可追究企業的代表人等之責任外，更可因此一代表人的秩序違反行爲而上溯追及法人或社團本身的責任（註18）。因此，法人或社團之有代表權限的機關若犯營業競爭限制防止法上所規定的秩序違反行爲時，可直接依秩序違反法第三十條規定，科處該法人罰鍰。另一方面，若犯該秩序違反行爲者係法人或社團的職員時，則可先依秩序違反法第一百三十條規定處罰法人之代表人等，再由此更進一步上溯追究法人或社團本身的責任。惟於此二種情形，其罰鍰額度都爲一百萬馬克或因違反行爲所得不當利益三倍中較高者。

### 三、日本

日本雖在刑法典上並不得承認法人具有犯罪能力，但於各種行政法規中卻多設有兩罰規定，科處法人罰金。此在獨占禁止法上亦然。獨占禁止法第九十五條第一項作如下之規定：

「法人之代表人或法人或自然人之代理人、受雇人或其他員工，於該法人或自然人之業務或財產，有違反以下各款所揭規定之行爲時，除處罰行爲人外，對該法人或自然人亦科以各該款規定之罰金。

一 第八十九條 一億日圓以下之罰金

二 第九十條、第九十一條（第五款除外）、第九十一條之二、第九十四條各

---

註18：Tiedemann, aaO., S.159ff.

該條規定之罰金。（註19）」

另外，同條第二項對非法人團體之代表人、管理人、代理人、受雇人或其他員工所犯違反行為亦訂有與第一項同樣之處罰規定。第九十五條第一項第一款規定所處罰之對象，包括不當的交易限制行為（相當於我國公平法上的聯合行為），獨占行為以及事業團體所為之不當交易限制等三種行為。因此等行為惡性較大，且以今日企業之規模來看，若科以同第八十九條規定之低額（五百萬日圓）罰金的話，恐難有巨大成效；故對此三種行為乃特別科以高額罰金，以收遏止、預防之效。其餘各項違反行為仍科以各該條規定之罰金。惟如第二節中有關兩罰規定之說明所述，兩罰規定的特色乃在於其所具之從屬性，此一違法行為的從屬性亦多反映在法定刑的規定上。故自來典型的兩罰規定對事業（法人事業及其他事業等）之處罰乃以行為人的罰金刑為基準，兩者間具有「連動」關係。行為人之法定罰金刑加重減輕時，事業之刑罰亦隨之加減，此在過去乃被視為當然之事。故當最近的修正法案欲將此種連動關係切斷，而改為如現行第九十五條第一項第一款之規定時，乃備受爭議。惟亦如前述，兩罰規定中事業所負責任之內容與其受雇人等違法行為人之責任內容實為不同之事，且行為人之法定刑除罰金刑外並另有自由刑，與法人僅負有罰金刑相互比較之下，顯得為重。若此，則實無特別理由可認為事業之罰金刑須與行為人之罰金刑一致，修正法亦採取此種見解，而改正為現行之規定（註20）。

如此一來，獨占禁止法對違反該法之行為除處罰行為人外，並對該行為人所屬之事業，不論其為法人、自然人、或非法人團體，亦一律科以罰金；且對惡性較大之違法行為更科以高額罰金。此外，獨占禁止法並於第九十五條之二、第九十五條之三兩條規定中，對法人之代表人或事業團體之代表人於知悉有違法行為之計劃時，「明知而不採取必要之防止措施，或明知其違反行為而不採取必要之糾正措施」，致該違反行為發生者，對該代表人等亦科處各該條規定之刑罰。再者，雖非刑事

---

註19：本條規定係於去（1992）年底新作修正，而於今年1月15日開始施行。修正前之規定並未有第一款、第二款之區別，而一律科以各該條規定之罰金。

註20：參照「獨占禁止法に關する刑事罰研究會報告書」ジエリスト999號（1992）。

處罰，但於違反行為之預防與遏止上具有相當成效者，厥為課徵金制度。獨占禁止法第七條之二規定對參加價格卡特爾之事業或參加足以影響市場價格之數量卡特爾的事業，以該卡特爾實行期間（以該行為終了之日起往前算三年內之期間為限）內之對象商品或服務的銷售總額乘以百分之六（零售業為百分之二，批發業為百分之一）所得結果為課徵金金額，命其全數繳交國庫，公正取引委員會對該項金額無加減裁量之權。

以上，為美、德、日三國之公平交易法中，對事業之違反行為所作刑事處分（美、日）或類似於刑事處分（德）之概要說明。由此等敘述中，吾人可作如下之簡單的摘要：亦即，姑且不論其制裁之性質與內容如何，三國都在處罰行為人之外，並對該行為人所屬之事業加以處罰；且事業之種類並不僅限於法人事業，於個人事業及非法人團體亦都科以罰則。此外，法人之代表人等對於各該違反行為在某種程度上負有責任時，亦都被列為制裁的對象。而且，對事業所作金錢性的制裁上，亦都除在明示固定的數額之外，並訂定代替性或選擇性（美、德）、或追加性（日本之課徵金）的不定金額之制裁，以追繳因違反行為所獲之不當利益（註21）。

基於以上對各國制度所作之摘要，接下來我們將以此一結果為基礎來檢討我國公平法第三十八條規定所蘊藏的各项問題點。

## 肆、公平交易法第三十八條規定之檢討

### 一、條文本身之規定方式

我國自來受德國法制及學說影響頗深，故於刑法典中並不承認法人可為刑事處罰之對象，且學說亦多反對法人具有犯罪能力的說法（註22）。但立法實務上，則

---

註21：EC 對違反羅馬條約第八十五條、第八十六條規定之行為，亦訂定得對參與違反行為之事業科以一千至一百萬 ECU 或該事業之前年度的營業總額（與日本之課徵金相異，不限於違反行為之對象商品或服務）之百分之十的金額。

註22：例如，林山田「刑法通論」，民國七十九年三版，369頁以下。

多做日本制度，而於不少的行政法規中，設有兩罰規定，以利特定行政目的的順利達成。公平法第三十八條規定，原則上亦可列入此一範疇之內。只不知讀者諸君在看到本條規定「法人犯前三條之罪者……」時，是否會同筆者一樣感到困惑，而誤以為本法中承認法人有獨自為犯罪行為的能力。但若法人可獨自實施違反本法規定之行為的話，則本條後段之「除……處罰其行為人外」等語即為贅言。蓋，法人與行為人之犯罪行為若為各自獨立之行為，則行為人之處罰已於第三十五條至第三十七條中有所規定，不應於本條條文中另行重複規定。本條如此規定之方式，其原意實如法案起草者所言，乃以訂定一可連帶處罰法人之兩罰規定為目的。惟從第二節有關兩罰規定之說明中，吾人亦可得知，兩罰規定中得以處罰法人之理由，並非因其具有獨自的犯罪行為能力，乃係法人之代表人或其他職員因執行職務所犯違法行為，將其效力歸屬於法人，而使法人亦受到刑事處分，立法者原意或在於此，只是其規定方式令人百思難解。

因此，若欲繼續主張本條規定係一兩罰規定，則不外乎以下兩條途徑。其一為另行開創一足以說明本條內容為兩罰規定之嶄新的行政刑法理論。然就現存之解釋方式在通說的刑法理論下已屬牽強一事以觀，如欲另闢新說，以筆者非刑法專門研究者的淺識來看，若非不可能，至少於短期間內無法實現。但本條規定如此缺失，不能長期間置之不理，故妥善的解決之道，應為第二條途徑。亦即，將本條規定內容修正為類似前述管理外匯條例第二十二條第二項的規定方式，回復兩罰規定原本應有之面貌（註23）。

---

註23：此處只是說明若本條規定為兩罰規定的話，則其應有之規定方式的問題，希望不要據此即謂筆者贊成兩罰規定的立法方式。蓋，此種立法方式亦有其實際上固有之缺點，此由前述註6及其所註解的本文內容即可窺知一二。對於日本獨占禁止法上的兩罰規定，經濟法學者與刑法學者之間夙存有歧見。經濟法學者認為獨占禁止法規範之對象乃為「事業」，其所禁止者厥為「事業」所行的違法事業活動，且事業之職員在事業的業務活動中行動，其因此所得之利益亦歸屬於事業，故從社會經濟生活的實態來看，違法行為之事業活動本身係一組織的行為。因而，對此行為應可直接追究事業本身的刑事責任

## 二、非法人團體及個人事業的不罰

公平法第三十八條處罰對象之事業，僅限定於法人。從該法第二條規定對事業所作定義中，吾人可依其是否具有法人資格而將之大別為以下三類：

(一)具有法人資格者：公司（公司法第一條）、同業公會（工（商）業團體法第二條）；

(二)不具法人資格者：獨資或合夥之工商行號；

(三)性質不明者：其他提供商品或服務從事交易之人或團體。

第三種類型之團體可能為法人團體，亦可能屬非法人團體。但不論如何，三者  
在公平法上均屬事業，並於市場上從事交易活動。故因其之不當的交易行為，致使  
市場競爭秩序受到限制或扭曲，而違反本法規定時，應專就該行為對市場競爭所及  
影響之輕重，論斷罪刑，而不應以法人資格之有無作為罰與不罰的標準。本條於此  
，不可不謂其犯了重大失誤。此徵諸前述美、德、日三國皆對非法人團體及個人事  
業施予處罰一事，尤為歷然。故吾人以為，公平法第三十八條規定應增列對非法人  
團體及個人事業因其代表人或管理人（個人事業除外）、代理人、受僱人或其他員  
工於執行職務時，所犯違反本法之行為，亦得對該非人團體或個人事業科處罰則。

## 三、代表人等的不罰

如前所述，法人因其職員等的違法行為而受到刑罰處分之理由，乃係因其機關  
之代表人等未善盡注意監督責任以致違法行為發生，進而將該代表人之過失責任的  
效果歸屬於法人。故對照於各該行政法規的目的與性質，若藉科處代表人刑責而能

---

，而不必先行將事業之事業活動分割成各個自然人的行為，再由此依兩罰規  
定追究事業的刑事責任。相對於此，刑法學者則強調刑法上的罪責原則及其  
道德倫理的可非難性，而認為外觀上為事業之違反行為者，其最終仍須還元  
到個個自然人的違法行為上面，再據此追究法人的刑事責任。參照「座談會  
·獨占禁止法の刑事罰強化をめぐる問題」公正取引1993年2月；「座談會  
·獨占禁止法と刑事罰一事業者處罰の強化を契機として一」ジエリスト1020  
號（1993）。

有效地督促該項注意監督責任的履行，防止違法犯罪行為發生的話，則亦生有對法人的代表人等科罰之必要（註24）。惟各國對此一代表人等的處罰所作規定範圍寬狹不一，美國克萊登法第十四條規定之對象，除法人的董事之外，並及於其經理人（officers）和代理人（agents）。德國的秩序違反法第一百三十條所規範的範圍亦與美國類似。日本最狹，獨占禁止法第九十五條之二僅將其對象限定於法人之代表人。為確保公平法能被有效地遵守以提高其施行的實效性，我國立法似亦可考慮訂定對法人之代表人等的罰則，惟其規範對象之範圍應如何界定，則有待深入探討。

#### 四、罰金額度過低

刑事制裁之功能，除在對違法犯罪之人施予應報刑之外，尚有預防犯罪行為發生的效用。現代經濟犯罪事件發生時，其金額動輒達數億、數十億元以上，令吾等升斗小民瞠目結舌，但大企業則將之視為理所當然。刑事法上，於此等犯罪行為之對策，若其為自然人，尚可以自由刑威嚇之，而對企業則只能科處罰金刑。若該罰金刑額度過低，則其是否能夠有效地發揮犯罪預防功能一事，實足令人堪憂。現行公平法第三十八條對法人所科罰金，或為一百萬元、或為五十萬元，企業因違反行為所可獲得之利益可能超出此一金額數十、數百倍、甚至數千倍。如此，則縱令依本條規定被科繳罰金之後，其仍有厚利可圖，本條規範效果若被忽視，其來有自。或謂，受刑事處分對企業而言實為不名譽之事，故不論罰金額度如何，企業當會自愛自重。惟屈於巨利之下，此一自尊心機能能在何種程度上有效地運作，實屬疑問；且對企業而言，若果真受到處罰，休息個幾天過後，再換個公司名稱，或可掩人耳目，繼續原來的營業，以國內公司設立登記制度而言，此事並無多大困難。有鑑於此，吾人以為對現代企業犯罪而言，最有效的制裁與預防之法，乃係令企業不因違法犯罪行為而有利可圖，因違法行為所獲不當利益應儘可能悉數歸公。

此際，美國、德國、EC等之代替性或選擇性的制裁方式，對我國而言，應屬較為可行的立法方式。蓋，日本之追加性的課徵金之制裁方式，一般雖都認為其法律性質係為行政罰鍰，但其實質乃幾近於刑事處分，而有陷於重複科處刑罰之危險

---

註24：福田，前揭書（註2），106-07頁。

。且，公平法第三十二條亦已規定有三倍的懲罰性損害賠償制度，於同一法律中對同一行為科同一人以三種不同的懲罰性的制裁，理論上或可以其各為不同性質的制裁而作說明，但就一般人對法律的觀感而言，恐有難以信服之處（註25）。

以上四點，是為筆者所認現行公平法第三十八條規定的幾項缺失。如筆者一再強調地，筆者因非刑法專攻之人，各項立論疏漏之處難免，只希望本文能引起刑法學者的回響，而以其專攻博學之才對本條規定作更有深度、更適切的建議，俾能在未來修法之際有所助益。

## 伍、其他問題點

最後，再對同業公會的行為與刑罰之問題作一簡要的說明，以為本文之終結。

如眾所周知地，同業公會和聯合行為間的關係非常密切。同業公會聚集各個有競爭關係之事業，形成一個立於個個事業之上的獨立團體。其所作決定或決議，不論是否具有法律上的拘束力，只要事實上為個個事業所接受並實行之的話，即帶來類似聯合行為的效果。因同業公會在競爭政策上所具此種重大影響力之故，各國法制亦多有將其與一般事業互作區別，而稱之為事業團體（如德國、日本等）。然我國公平法並未採取此一區分，而於第二條規定中亦將同業公會定義為事業。如此，若聯合行為者乃二以上具有競爭關係之事業所行之共同行為的話（公平法並不承認「垂直」性的聯合行為），則同業公會所作決定或決議即令會在其所屬之事業間帶來聯合行為的效果，但因其本身並非聯合行為的當事人（蓋，其與個個事業之間並

---

註25：惟若干讀者或會著眼於前述註6及其所註解之本文內容的情形，而主張若採取類似美國之制度，將此一金錢制裁的性質列為刑罰規定時，或會因困於罪責原則，而無法科罰法人致其逍遙法外，故不若採取類似日本之屬行政罰緩性質的課徵金制度，方能保有迅速、確實的制裁效果。筆者本身對此種觀點，亦不堅表反對；惟在此欲提醒讀者者，乃德、日兩國之損害賠償制度係為實額賠償，與我國和美國之三倍賠償制度相異，在探討本項制度時，希對此異同亦付與注意。



不具有競爭關係），將無法以其違反聯合行為之禁止規定而科罰之。此外，若事業僅依同業公會之決定或決議行事，相互間並無有意思溝通或意思連絡時，是否亦可視此等事業有共同實施聯合行為之事，解釋上頗有疑問（註26）。更者，聯合行為乃為本法第三十五條、第三十八條刑事處罰之對象；罪刑法定主義要求犯罪構成要件必須明確，並嚴格禁止類推解釋。在此等種種制約之下，對同業公會或其所屬事業之上述行為的處罰，顯得困難重重。也許，最好的解決方式，應是直接以明文禁止同業公會所為足以影響市場競爭秩序的決定或決議吧！

---

註26：當然，若同業公會之決定或決議並非由同業公會本身獨力議決之，而係有事業參與其間共同行之時，或可直接針對此種情況而認定事業間存有聯合行為。惟並非於所有的情形之下，都可簡單地立證企業間有聯合行為的存在。在參與決定或決議的事業數不多時，立證其間存有共同的意思連絡或溝通一事，或不致太難；但隨著事業數的增加，該項立證亦將變得愈來愈困難，甚至於不可能。

