

公平交易法第二十四條之研究

劉 孔 中 *

目 次

| | |
|----------------------------|---------------------|
| 壹、研究問題之提出 | 七、本條之具體化 |
| 貳、公平交易法之立法沿革 | 肆、足以影響交易秩序之意義 |
| 參、公平交易法第二十四條之相關問題 | 一、交易秩序之意義：交易關係或競爭關係 |
| 一、本條之立法目的（保護之公益） | 二、本條之預防功能 |
| 二、統合經濟規範下自由競爭規範與公平競爭規範間之關係 | 伍、欺罔之意義 |
| 三、本條與本法其他不公平競爭之具體規定的關係 | 一、與詐欺不同 |
| 四、本條要求之主觀要件 | 二、欺罔之三要素 |
| 五、本條與善良風俗之關係 | 陸、顯失公平之意義 |
| 六、本條與經濟政策的關係 | 一、以「不公平」為已足 |
| | 二、不公平之種類及意涵 |
| | 柒、欺罔與不公平之關係 |
| | 捌、結 語 |

壹、研究問題之提出

公平交易法第三章規定不公平競爭之行爲。立法者在逐條列舉各種具體的不公

*作者為德國慕尼黑大學法學博士，現任職中央研究院中山人文社會科學研究所法律組助研究員，國際管理學院法律研究所兼任副教授。

平競爭行爲之後，於該章最後規定第二十四條：「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」，其立法理由爲：「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」。此種可避免掛萬漏一、又可授予執法機關針對個案發揮具體化權限之立法體例，普遍存在於各國競爭法之上，可謂對抗層出不窮、不斷翻新之不公平行爲的法寶。但是，公平交易法第二十四條有不少亟待釐清之法律問題，例如：

1. 本條之立法目的爲何？
2. 「交易秩序」（亦出現在本法第一條）究竟何指？是否爲本法第二十四條立法理由所暗示之與「競爭行爲」有關的秩序？抑或包括交易關係？
3. 自由競爭規範（公平交易法第二章）與不公平競爭規範（公平交易法第三章）間之關係如何？
4. 第二十四條此種概括條款與公平交易法上關於不公平競爭之具體規定的關係如何？是一般規定與特別規定之關係？或一般規定與具體規定之關係？（在前者二者互斥，在後者則二者相互補充。）
5. 大法官會議第二七五號解釋要求行政罰應以過失爲要件，則本條適用上之主觀過失應如何認定？
7. 何謂「欺罔」？與詐欺有無不同？是否必須有欺騙之意思？
8. 何謂「顯失公平」？

本文之作即是希望能對前述問題提出一些初步解答。本文分七部份，除第壹部份爲研究問題之提出外，以下依貳、公平交易法第二十四條之立法沿革，參、公平交易法第二十四條之相關問題，肆、足以影響交易秩序之意義，伍、欺罔之意義，陸、顯失公平之意義，柒、欺罔與不公平之關係，捌、結語分述之。

貳、公平交易法第二十四條之立法沿革

我國公平交易法之制定，約於民國七十年起展開，是年六月二十五日，前行政

院長孫運璿於第一七三六次院會中指示：「公平交易法及消費者保護基本法等法律，有及早完成立法程序之必要，使保護消費者工作有完整之法律依據。請經濟部及內政部進行研擬法律草案，報院核議」（註1）。民國七十一年四月，國立臺灣大學法律系教授廖義男博士受經濟部委託提出我國第一部公平交易法草案，該草案共計八十三條，體例分明、規定周延。草案第三十八條基於「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，做通則性之規定，加以涵蓋，以資適用」之立法理由，規定：「企業不得為競爭之目的，而於營業交易中從事有背於善良風俗之行爲」，「蓋營業競爭行爲乃是社會生活中之經濟活動，自應以社會倫理為其要素之善良風俗為基準，判斷其行爲是否正當」。但又鑑於「善良風俗不易判斷，故吸取外國實務上之經驗，詳盡例示其類型」即變得十分必要，故該草案在第三十九條例示規定了許多有背於善良風俗之行爲類型：

「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，阻礙同業競爭者之營業活動者。
- 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取競爭上之優勢，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」。

此外，草案第四十條進一步禁止引人錯誤之表示及廣告：

註1：引自林榮耀，「從憲法保障國民經濟之規定，談公平交易法之制定」，法學叢刊一〇三期，第八四頁至九三頁（第八四頁），民國七十一年。

「企業不得為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。

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，主管機關應禁止之」（註2）。

草案第三十八條係習自德國不正競爭防止法第一條之概括條款：「對於為競爭目的而於營業交易中從事有背於善良風俗之行爲者，得請求其停止作爲及賠償損害」。此種規範體例記取了德國不正競爭防止法最初將不正當營業競爭行爲採列舉方式規定之缺失的經驗（註3）。草案第三十九條係仔細綜合、歸納德國法院自一九〇九年以來無數判決之結果，而第四十條則採自德國不正競爭防止法第三條，均可供吾人有效判斷系爭行爲是否有背於善良風俗。故總體言之，值得吾人贊同（註4）。

但是經濟部於民國七十四年三月提出「公平交易法草案」時，並未採納廖義男教授之建議，在相關之立法技術及法律用語上，都做了修改。該項草案是先規定個別之不公平競爭的行爲，再規定概括條款（第二十二條）。而該概括條款之文字也與以前不同：

「除本法另有規定者外，企業或其他從事交易之人亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲」（註5）。行政院於民國七十五年正式向立法院提出公平交易法草案，則於第二十四條建議與目前條文內容完全相同之規定。

註2：廖義男教授草擬之公平交易法草案（總說明及條文）第十八頁、第五二頁至第五三頁。

註3：廖義男，西德營業競爭法，台大法學論叢，卷1期（七十二年），第八九頁至一三一頁（第九三頁）。

註4：徐火明，論不當競爭防止法及其在我國之法典化（二），中興法學，第二十一期（七十四年），第三〇三頁至三六九頁（第三五六頁至第三五七頁）。

註5：引自廖義男、顏吉利「公平交易法草案之評析，刊於行政院經濟革新委員會報告書，第一二四頁至一三五之九頁（一三五之四至一三五之六）。

究其實際，現行第二十四條之規定係仿自美國聯邦交易委員會法第五條 (a) 項 (1) 款之規定：

「商業上或影響商業之不公平競爭方法 (unfair methods of competition) 以及商業上或影響商業之「不公平」或「欺罔」之行爲或手段 (unfair or deceptive acts or practices)，違法」。

至於行政院爲何放棄廖義男教授以德國法爲藍本之規定，而採取美國法之立法例，吾人不得而知。也許跟我國公平交易法於制定時受到美國強大壓力有關（註6），正如同我國著作權法在美國強大壓力之下，第六十五條關於「合理使用」之認定標準，與美國著作權法第一〇七條之文字，幾乎一字不差。而著作權法第八十七條之一第一項第一至第三款關於輸入著作之規定，與美國著作權法第六〇二條 (a) 項亦極爲類似。

參、公平交易法第二十四條之相關問題

公平交易法第二十四條條文文字簡短，並且運用許多抽象法律概念（：「足以影響交易秩序」、「欺罔」、「顯失公平」），故在理解上原來即不容易掌握。此外，在整個立法過程，不論法律起草者、法律草案聽證會參與者或立法者本身，均未提及第二十四條，遑論提出任何說明。本部份之研究即試圖探討第二十四條之相關問題，以便解釋該條之法律意義，提高其適用之明確性、安定性及可預測性。

一、本條之立法目的（保護之法益）

在吾人討論第二十四條之立法目的之前，應先探究第一條之立法目的，蓋其支配整部公平交易法。公平交易法第一條是以「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」爲其立法目的。吾人認爲公平交易法一方面保障競爭制度之自由（註7）與公平（「維護交易秩序」、「確保公平競爭」），另一

註6：范建得、莊春發，*破解公平交易法*，系列2，第二七三頁；顧儉德於七十六年五月六日立法院經濟、司法兩委員會審查「公平交易法草案」第二次聯席會議發言，刊於立法院公報，第七十六卷，第四十二期，第六十五頁。

方面保護消費者利益，但是以促進經濟之安定與繁榮為其終極目的（註8）。蓋我國由四十餘年前的貧窮落後，發展到今日之富裕進步，經濟的發展是最大的功臣。故即使吾人近十年來亦逐漸認識到經濟以外其他社會目標（例如環境保護、人文建設）的重要性，但毫無疑問，「促進經濟之安定與繁榮」仍是以外貿為導向之我國的國家共識。因此以「建立公平合理之競爭秩序與環境，以維護市場之正常運作，並消除有礙市場交易之阻力」為期許之公平交易法亦以「促進經濟之安定與繁榮」為其終極目的，是很自然的。何況我國憲法課予國家對人民負有廣泛的生存照顧義務（註9），故必須經濟安定與繁榮，導致財富極大化，國家才有必要的財務能力提供人民生存上的照顧（註10）。

註7：公平交易法條文本身雖然未使用「自由競爭」一字，但在其立法理由中數度提及「自由競爭」，例如在該法立法目的總說明談及「…為配合經濟建設朝向『自由化』與國際化發展…」（見公平交易委員會編印之公平交易法立法目的與條文說明，下同，第一頁）、「獨占與『自由競爭』之精神相違，妨害交易秩序，使競爭不能發揮其調整經濟活動與制衡之功能」（第二頁），在第二十五條之立法理由亦提及：「…為有效執行本法，以確保事業『競爭行為之自由』與公平…，明定應設置公平交易委員會（第二〇頁）。

註8：廖義男，「公平交易法之立法目的與保護之法益——第一條之詮釋」，收錄於氏著「公平交易法之釋論與實務」，第一冊（第一頁至第十四頁），第八頁。

註9：例如國民經濟應謀求「國計民生之均足」（第一四二條）、國家應扶持自耕農（第一四三條第四項）、節制私人財富及私營事業、獎助與扶助合作事業，獎勵、指導及保護國民生產事業及對外貿易（第一四五條）、適當工作機會之提供（第一五二條）、保護勞工及農民（第一五三條）、實施社會保險及社會救濟（第一五五條）、推行衛生保健事業及公醫制度（第一五七條），以及獎勵、保護及保障教育科學文化（第一六四條至一六七條）。

註10：正是基於國家對國民的生存照顧義務，公平法第四十六條第一項才允許排除公平法之適用。請參閱公平會委託台大法學基金會完成之「公平交易法第四

第一條之立法目的在第二十四條獲得進一步的具體化，特別是在消費者保護及競爭對手的保護上。由於消費者往往欠缺從事理性判斷所必要之消費資訊，無法與職業性從事經濟行為之事業抗衡，而常遭受到欺罔或顯失公平的行為，故第二十四條（乃至第二十條及第二十一條）有意積極保護消費者。德國不正競爭防止法之保護目的，原係僅以保護參與競爭之人為其目的，後亦擴張及於保護消費者（註11）；美國法的發展亦復相同，聯邦交易委員會法第五條（a）項原本僅保護競爭關係，即係保護有競爭關係之事業，而於一九三八年經惠勒－李修正案明文加入對消費者之保護（註12）。

此外，事業於從事競爭之際，難免對其對手有欺罔或不公平待遇之行為，故實在有必要在第十九條、二十條、二十一條及第二十二條保護競爭對手之具體規定之外，另外以第二十四條之概括規定保護共同參與競爭之人。

本條之立法目的雖然在於保護消費者與競爭者，但是其保護的方式卻是間接的，即是以保護公益的方式（即保護競爭之自由及公平）來間接保護個別消費者或競爭者之私益，而不是直接以保護私益為目的。因此，若不公平或欺罔行為僅零星地發生在個別的消費者或競爭對手身上，而個別之消費者或競爭對手已有充分的法律救濟途徑（例如依據民法第一八四條對抗侵權行為，依據民法第二二七條對抗債務不履行，依據民法第三五九條對抗瑕疵給付，依據消費者保護法第十二條對抗顯失公平的定型化約款），並且沒有難於（因為訴訟費用太高，或出於經濟上的依賴關係）或不願（因為標的太小）行使該其他救濟途徑之情事者，公平交易委員會以不介入為宜。但是，事業若大量地對消費者（典型的是透過定型化契約）或競爭對手為不公平之競爭行為，並利用渠等難於或不願主張其他法律救濟之情事，則顯然會使競爭環境惡化，此時，公平交易委員會即應介入，以維護公共利益。如此才能有效使

十六條第一項之探討」研究報告，第一〇六頁以下。

註11：Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl., 1992, Einl., UWG, Rdnr. 41。

註12：N.W.Averitt, The Meaning of "Unfair Acts or Practices" in Section 5 of the Federal Trade Commission Act. 70 Geo. L. J. 225

用公平交易委員會有限的行政資源，並且在不同的法律及主管機關（例如消費者保護法及消費者保護委員會）間達成適當的分工合作。

二、統合經濟規範觀下自由競爭規範與公平競爭規範間之關係

在規範限制自由競爭及不公平競爭時，會產生一個問題，即二種規範間之關係如何？茲先從比較法的觀點談起。

1. 美國法上違反自由競爭之行爲，不論是直接違反違反托拉斯法，潛在違反反托拉斯法或使反托拉斯法精神落空，均被認爲是不公平的競爭方法（註13）。至於不公平的競爭方法是否當然亦是違反反托拉斯法之行爲，美國法上少有討論。
2. 德國法上，同一競爭行爲得基於不正競爭防止法及限制競爭防止法分別加以評價。在此時，由於二者之基本原則不盡相同（前者之目的在於透過對行爲之管制來保障競爭行爲之正當性，後者乃是透過對結構之管制來保護自由競爭之秩序），故在解釋適用二法時，應相互尊重立法者在此二法中所表現出之價值。換言之，二者之間並不存在著特別法與普通法之關係，而是同一層級、部分交錯且相互補充的法律。限制競爭防止法克意留下來的競爭空間，不可透過不正競爭防止法第一條之概括條款來限制；反之，不正競爭防止法第一條所容許之對特定競爭者之阻礙行爲，限制競爭防止法亦必須予以尊重（註14）。

不公平競爭及限制自由競爭在我公平交易法上之關係，又是如何呢？吾人認爲從概念上說，二者可謂一體之二面，相互交錯且相互影響（註15）。蓋一個事業的

註13：N.W.Averitt, The Meaning of "Unfair Methods of Competition" in Section 5 of the Federal Trade Commission Act, 21 B.C.L. Rev.229(239)

註14：BGH, NJW 1985,S. 1140.

註15：Emmerich(Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl. 1990, S. 62-63), Rittner (Wettbewerbs-und Kartellrecht,4. Aufl.,1993,S. 1) 及 Baumbach/Hefermehl,(§ 1 UWG, Rdnr. 833, 834) 對德國不正競爭防止法及限制競爭防止法之關係亦採此見解。

不公平競爭行為當然會對另一個事業的競爭自由造成某種程度的限制；反之，一個事業非法的限制自由競爭之行為，亦會對另一個事業構成某種程度的不公平競爭。固然公平交易法基於此二種行為不同之重點，而於第二章以規定禁止限制競爭自由之行為為主，於第三章以規定不公平競爭之行為為主，但是吾人不能忽略：1. 限制競爭自由之行為與不公平競爭之行為間的內在關連。公平交易法既然將禁止限制自由競爭之規定及禁止不公平競爭之規定統合地規定在一部法典之中，二者即形成一個整體秩序，據此吾人應採統一的競爭規範觀點（註16），對競爭之行為進行全面的評價及規範（註17）。換言之，吾不可受到公平交易法外部體系（註18）之惑，僵硬地使用二分法，而認為第二章的規範自成體系，與第三章之體系無關，或者第二章及第三章存在著普通規定與特別規定之排斥關係。如此才可以避免重蹈最高法院在民國七十一年民法總則篇增列第一四八條第二項（「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」）之前之覆轍，即主張民法之誠實信用原則因為僅規定於債篇通則（第二一九條），故只適用於債之關係（註19）。

總言之，一個事業的競爭行為同時要通過公平交易法第二章禁止限制競爭之檢驗，及第三章禁止具體不公平競爭（第十八條至第二十三條）及概括不公平競爭（第二十四條）之檢驗，才能成為在公平交易法上站得住腳的競爭行為。因此一個競爭行為可能只構成第二章之限制自由競爭之行為，亦可能只構成第三章之不公平

註16：但是行政院公平交易委員會專題研究，「公平交易法第二十四條適用問題之研究」（以下簡稱「公平會專題研究」），第四十四頁卻認為「...我國的公平交易法...採行綜合立法方式便很容易打亂法系之一致，如此將導致限制競爭防止法與不公平競爭防止法規範界限之模糊」。

註17：Baumbach/Hefermehl, Allg. Rdnr. 86。

註18：Lerenz (Methodenlehre, 6, Aufl. 1991, S. 324-28) 認為法律的外部體系安排及概念體系對吾人之法律解釋之功用是有限(.328)。

註19：最高法院六一年台上字第四一三號判決，引自王澤鑑，誠信原則僅適用於債之關係？，收錄於民法學說與判例研究第一冊，第三二九至三三三頁（三三〇頁）。

競爭行爲，或者同時構成第二章及第三章之限制競爭自由之行爲及不公平競爭的行爲。例如獨占事業以不公平之方法阻礙他事業參與競爭，同時違反第十條第一項第一款及第十九條第一款；事業未經公平交易委員會許可而爲聯合行爲者，同時違反第十四條及第十九條第四款。在此吾人無庸擔心，事業會因同一行爲而受到雙重處罰，因爲刑罰部份，應適用刑法第五十五條「從一重處斷」（故在第三十五條及第三十六條之情形，應依第三十五條處罰）；而行政罰部分，應適用一事不再理原則，只能處罰一次（註 20）。

三、本條與本法其他不公平競爭之具體規定的關係

公平交易法第二十四條係公平交易法第三章不公平競爭規範之概括條款，就其立法理由而言，立法者考慮到「不公平競爭行爲之態樣繁多，無法一一列舉」，爲避免「百密一疏，予不法者可乘之機會」，故以第二十四條之概括條款來防堵第十八條至第二十三條具體規定不足之處。同法第二十四條對第十八條至第二十三條具有一種補充的關係。其次第十八條至第二十三條其實即第二十四條規定之具體案例，故其彼此之間並不是一種基於一般規定與特別規定之法律競合關係，所以，第十八條至第二十三條之規定並不排除第二十四條之適用，只不過是在法條之援引上，若有第十八條至第二十三條可供引用，即無庸再引用第二十四條。在德國法上，一般對其不正競爭防止法第一條與其他具體規定之關係，亦做相同之理解（註 21）。

四、本條要求之主觀要件

司法院大法官會議於民國八十年三月八日公佈釋字第二七五號解釋，變更了以往行政院所建立之「行政罰不以故意或過失爲要件」原則，而認爲：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行爲，法律無特別規定時，雖不以出於故意爲必要，仍須以過失爲其責任條件」，以保障人民權利（註 22）。而違反第二十四條之法律效果（依據第四十一條公平交易委員會得限期命其停止或改正其行爲；逾期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

註 20：吳庚，行政法之理論及實用，第三八三頁。

註 21：RGZ 79, S.321/327; Rittner, S. 41.

註 22：司法院大法官會議解釋續編（五），第二三五頁。

元以下罰鍰，至停止或改正為止）是行政罰（命其停止或改正行為即會對事業之權利造成侵害），故事業起碼亦必須有過失，始依據第四十一條課予行政罰。依據德國學說及判例，行為人主觀上必須知悉或可得知悉所有導致該行為客觀上違反善良風俗之事實情況，但對其行為是否違反善良風俗則無認識必要（註 23）。吾人認為此不失為一妥適之標準，故主張事業可得知悉所有導致其行為為「欺罔」或「顯失公平」之事實情況而未得知者，即構成過失。至於是否認識該事實情況為「欺罔」或「顯失公平」，則非所問。

五、本條與善良風俗之關係

善良風俗，係指依照普遍被接受之社會倫理標準，可對一個法秩序中共同生活之每一個人提出之最低要求（註 24）。事業之競爭行為自然亦應遵守交易行為中之最低倫理要求。當然在一個價值多元（甚至分歧）的社會，往往難以認定此一最低倫理要求之具體內容，但此正是一切不確定法律概念的共同命運：它們抽象而模糊，需要具體化，但在不斷具體化的過程中，亦調整規範與事實之差距，使法律與時俱進。因此，吾人不必排斥以善良風俗為法律的工具。但是要強調的是，善良風俗應該是在認定事業行為是否欺罔或不公平的最後一個標準，而不是第一個標準，亦即幾乎只有在發生「法律緊急危難」（Rech-）時，才能加以引用。否則，公平交易法將變成道德色彩濃厚的法律，而阻礙其與人民之溝通，降低其實現上所必要之說服力。

吾人之所以談到善良風俗，是因為善良風俗條款早已存在於我國法律制度之中（民法第七十二條、第一八四條第一項後段），為我國法制之重要原則；除非公平交易法有其特殊立法目的之考量，否則亦應與之配合。何況，台灣高等法院於公平交易法尚在立法的階段時，即已作成判決：「上訴人全盤剽竊被上訴人商品，導致消費者產生嚴重混淆誤認之虞，顯然有悖正當商業競爭秩序，違反誠信商場交易風俗，並且惡意損害被上訴人產品銷售經營，自應構成民法第一八四條第一項後段之侵權行為」（註 25），認定不公平競爭與善良風俗的關聯性。

註 23：BGH, GRUR 1954, S. 274; GRUR 1960, S. 201; GRUR 1967, S. 596.

註 24：Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 14. Aufl. 1987, S. 128.

再就比較法的觀點而論，德國不正競爭防止法第一條亦以善良風俗為標準而禁止不正競爭行為，然而該條經過八十餘年之適用，早已不限於一般倫理道德的範圍，而有強調效能競爭（註 26）之趨勢。此外，美國法上亦禁止違反公共政策之競爭行為，而其所謂公共政策（public policy）其實與我國法律上之「善良風俗」極為接近（註 27）。

六、本條與經濟政策的關係

一般而言，自由競爭之規範（即卡特爾法）追求特定的經濟政策（例如特別是公平交易法第十四條第四款之「確保或促進輸出」、第五款之「加強貿易效能」）；反之，公平競爭規範在經濟政策上是保持中立的態度（wirtschaftspolitisch neutral）（註 28），但這並不表示，吾人於判斷系爭行為是否正當（即有無欺罔或不公平）時，可以完全不考慮經濟的原則或經濟政策的觀點，特別是在立法者有明確的經濟政策上的價值判斷的情形。舉例言之，公平交易法第十九條第三款「利誘」認定，原則上僅考慮「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為正常之選擇，從而誘使顧客與自己為交易行為」（註 29），若吾人考慮系爭贈獎活動有助於打破目前市場之獨占，而允許已達於利誘之贈獎活動（註 30）等經濟政策，則顯非正確的判斷，何況立法者並未有「以

註 25：七十八年上更（一）字第三十五號裁判，引自林敏生，不正競爭法理之適用在我國法制內成長茁壯，律師通訊，一三〇期（七十九年），第四十頁至第五十一頁（第五十頁至第五十一頁）。

註 26：v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 1987, S.57.

註 27：Larenz, Methodenlehre, S. 332-333.

註 28：Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 75.

註 29：公平交易委員會公研釋〇〇五號公平交易法第十九條第三款「利誘」之疑義，刊於公平交易委員會公報一卷四期（81.5.31），第八頁。

註 30：公平交易委員會八十一年十一月十八日第五十九次委員會議「關於民眾申訴中國時報、聯合報、自由時報分別以重金促銷報紙，涉嫌違反公平交易法第十九條第三款案」之決議，即認為「自市場結構觀之，報業市場為由二大報

利誘的方式促進競爭之自由」之經濟政策上的考量。

總言之，公平交易法第二十四條之適用，原則上是不考慮經濟政策的，亦即不做經濟政策上之價值判斷，故經濟政策上的因素，例如市場關係如何，是否有獨占之存在，系爭行為是否有助於打破獨占，原則上不在其考慮之列。除非立法者對此有明確的經濟政策之價值判斷（此種情形應該非常少見）。

七、本條之具體化

公平交易法第二十四條因為具有高度的不確定性，故事業較難在其從事經濟活動之前即預估其行為是否與之符合，而且違反第二十四條之法律效果是限期命事業停止或改正其行為及科以一百萬元以下之罰鍰，對事業之競爭行為及其因此投入之資本有很大的殺傷力。故如何避免公平交易法第二十四條成為阻礙事業勇於競爭、投資之法律絆腳石，便成為事業極為關切的重要課題。對於事業而言，一份具有公信力，並且針對特定競爭行為之具體的行為準則，毋寧是最好的指標。故公平交易委員會應將第二十四條具體化。具體化的方式有二種，一種是以法規性命令為之，一種是以行政指導為之。

(一)以法規性命令制定行為規則將第二十四條具體化？

以法規性命令制定規則的做法，德國及美國均加以採行。以美國為例，美國聯邦交易委員會依據聯邦交易委員會法第六條 (g) 項，得制定執行該法必要之規定，依據該法第十八條 (a) 項第 (1) 款，並得針對商業上或影響商業上之不公平或欺罔行為或手段，制定解釋規則及一般的政策聲明 (目)，並得制定規則明確定義商業上或影響商業上之不公平或欺罔行為或手段 (B 目) (註 31)。

在此應探討的是，公平交易委員會在目前公平交易法的規定下，有無此種準立法權。依據公平交易法第二十五條第一款及第五款，公平交易委員會之職掌包括

系占有率遠超過三分之二之獨占市場，自由時報之市場占有率... 不足百分之一；處於弱勢地位之小報為提高占有率，採取訂報抽獎之方式，適足以增加市場中的競爭」(見該案第十三頁)。

註 31：林騰鶴，美國聯邦交易委員會之研究，第一二二頁至第一二七頁，對美國聯邦交易委員會此項準立法權有詳細介紹。

「關於公平交易政策及法規之擬訂事項」以及「關於公平交易之其他事項」。而其立法的理由為「按美國、西德及日本均設有公平交易委員會，賦予相當的權限，具有行政權、準司法權及訂定行政命令之權。為有效執行本法，以確保事業競爭行為之自由與公平。爰參酌該國家之立法例及我國實際狀況，明定應設置公平交易委員會，隸屬行政院，處理與本法有關公平交易事項」。嚴格的說，法條本身及立法理由均未明確規定，公平交易委員會之權限是否包括針對第二十四條之欺罔或不公平競爭行為，制定法規性命令之權限；立法者雖然有參酌國外立法，但未言明是否以及如何地採納外國之法制。唯鑑於法治國家法律授權行政機關制定法規性命令時，必須明確指定授權之目的、內容及範圍之要求（即授權明確原則）（註 32），吾人認為在現行公平交易法第二十五條的規定下，公平交易委員會並沒有權限就欺罔或不公平競爭行為制定對外有約束力之法規性命令。此外，以目前公平會有限的實際經驗，若要就欺罔或不公平競爭行為制定對外有拘束之法規性命令，可能亦屬言之過早。

（二）以行政指導制定行為規則將第二十四條具體化

德國及美國的競爭法主管機關均經常以行政指導的方式，引導事業的行為。以美國為例，美國聯邦交易委員會即經常活用其行政指導權，從事產業指導。透過此種指導準則之頒布（迄今約三十五種），聯邦交易委員會對公眾、廠商、產業界發揮相當大的指導功能（註 33）。故公平交易委員會不妨善用其行政指導權限，制定沒有拘束力的行為規則，將公平交易法第二十四條具體化，以善盡其指導產業及大眾之責。

肆、足以影響交易秩序之意義

註 32：H.Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1990, S.296 我國司法院大法官會議第三一三號解釋(82. 2. 12)亦要求「授權之內容及範圍應具體明確」，司法院公報第三十五卷，第三期，第七頁。

註 33：林騰鶴，註 31，第一一九頁至第一二二頁。

一、交易秩序之意義：交易關係或競爭關係

本條之立法目的既然在於保護消費者或其他共同參與競爭之人，故須涉及供應者與消費者或競爭者與其他共同參與競爭之人，換言之，須涉及交易關係及競爭關係才有本條之適用。故本條所謂之交易秩序，應該包括交易關係及競爭關係之秩序（註 34）。而交易關係是存在於供給者與需求者間之一種垂直的關係（vertikale Beziehung），例如製造人與大批發商，大批發商與零售商，以及製造人、大批發商、零售商與消費者之關係，他們通常以契約之方式追求對立之目標。反之，競爭關係是存在於同為供給者或需求者間之水平的關係（horizontale Beziehung），他們的目標是相同的，即在於爭取締約機會而排除他方之競爭（註 35）。從比較法的觀點而言，德國不正競爭防止法第一條要求行為須「出於競爭之目的」，即當事人間須有競爭關係之存在，詳言之，系爭行為在客觀上必須是有助於競爭目的之行為（增進他人或自己之銷售皆可），在主觀上必須具有增進競爭之意圖，此種見解顯然未考慮到交易關係，故遭到彼國學者之批評（註 36）。而美國聯邦交易委員會法第五條則只是一般性地要求系爭行為須係「商業上或影響商業」之行為，故應該足以包含交易關係及競爭關係。

二、本條之預防功能

公平交易法為有效維護交易秩序及確保公平競爭，必須在交易秩序及公平競爭受到破壞、發生實際損害之前，就要介入規整對其可能造成危險之行為，否則不僅坐令損害發生，並且徒然增加追訴管制及恢復交易秩序之成本。因此第十一條規定，

註 34：廖義男教授認為交易秩序係指「商品或服務之交易市場上，為供給及需求之經濟活動時所應遵行之規則」（參閱氏著「公平交易法之立法目的與保護法益」，收錄於「公平交易法之釋論與實務」第一冊，第一頁至第十四頁（第二頁），此項見解似乎較限於交易關係。此外，公平交易委員會於(82)公訴決字第○一五號訴願決定書中表示（公報第二卷第五期，第五六頁）：「所謂「交易秩序」應包括事業間之交易秩序及事業與消費者間之交易秩序」，似乎亦忽略事業間之競爭秩序。

註 35：Baumbach/Hefermehl, Allg. UWG, Rdnr. 8-10。

事業結合時應先向公平交易委員會申請許可；第十四條規定，事業之聯合行為例外得由公平交易委員會事先許可，均授予公平交易委員會事先介入之機會。同樣地，在關於不公平競爭之規範，原則上亦以行為有破壞公平競爭之虞（危險）為已足，公平交易委員會無庸等待損害實際發生。故第十九條規定之種種競爭行為以「有妨礙公平競爭之虞」為已足；第二十條規定之各種仿冒行為，雖須「致與他人商品混淆」，但仍以有混淆之虞為已足。蓋一方面我國商標法第三十七條第一項第六款規定商標圖樣有使公眾誤認誤信其商品之性質、品質或產地之「虞」者，不得申請註冊；此外我國行政法院亦一向「以商標主要部份隔離觀察有無引起混同誤認之『虞』」認定商標是否近似（註 37）。對於商標以外之其他表徵（如商品容器、包裝、外觀等），吾人沒有理由不做相同解釋。另一方面，德國不正競爭防止法第十六條（相當我國公平法第二十條）之規定，亦僅要求「足以」（geeignet）引起混淆；第二十一條規定之虛偽不實或引人錯誤之表示，亦應以消費者有受誤導之虞為已足（註 38）；第二十二條禁止陳述或散布之不實情事，亦以「足以」損害他人營業信譽為已足。

在此背景之下，吾人才能理解何以第二十四條規定事業亦不得為「其他」「足以」影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。蓋必須位於其前之其他相關規定亦以「足以」為要件，第二十四條才有使用「『其他』足以」之可能。而所謂之「足以」，係以客觀上有無發生某種結果之危險（抽象危險）為準，至於該結果是否確實發生，並非所問。

註 36：Emmerich, S. 31.

註 37：行政法院年判字第號判例、年判字第號判例、年判字第號判例。

註 38：徐火明，註，第頁；呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法解讀，第 151 頁；德國不正競爭防止法第三條亦禁止引人錯誤的廣告，學說及判例基於該條之保護目的，均認為廣告以「足以」（geeignet）引人錯誤即可，Baumbach/Hefermehl, § 3 UWG, Rdnr. 87,88; Emmerich, S. 214.

伍、欺罔之意義

一、與詐欺不同

就我國法律條文文字之使用而言，在條文規定中使用「欺罔」者，可謂少之又少。除公平交易法第二十四條之外，吾人僅在舊商標法第三十七條第一項第六款中找到「欺罔」二字（「欺罔公眾」）。法律上比較常用的是「詐欺」（例如民法第九十二條、一〇五條、九九七條、一一四五條；保險法第七十六條；刑法第三三九條；刑事訴訟法第九十八條、一五六條；軍事審判法第一〇九條、農民健康保險條例第四十五條；勞工保險條例第七十條等）。由於公平交易法之立法者完全未對欺罔之意義有何界定，吾人無法認定其在使用「欺罔」二字時，究竟是要沿用「詐欺」，抑或故意要與詐欺區別，才使用與「詐欺」不同之「欺罔」。但從公平交易法之法律客觀目的而論，第二十四條之欺罔不宜當作詐欺解釋。以民法第九十二條第一項之詐欺（因被詐欺或被脅迫，而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。）為例，通說要求詐欺必須具備以下要件：

1. 須有主觀上之故意，即實施詐欺之人必須有(1)欲陷相對人於錯誤，(2)進而欲相對人因其錯誤而為意思表示之故意（註 39）。
2. 須有詐欺之事實，最高法院將此通稱為「不實之事」（十八年上字第三七一號判例），學說上復將之區別為積極之虛構事實及消極的隱蔽真實事實（註 40）。
3. 須相對人因詐欺而為意思表示，即詐欺事實與意思表示之間，須有因果關係之存在（註 41）。

此種解釋其實是本於德國民法第一二三條之規定及其學說判例對該規定之解釋

註 39：洪遜欣，中國民法總則，第四〇〇頁；黃茂榮，民法總則（增訂版），第七五二頁；最高法院十八年上字第三七一號及五十六年台上字第三三八〇號判例。

註 40：洪遜欣，註，第四〇一頁；梅仲協，民法要義，第八十二頁；黃茂榮，註 39。

註 41：同前註。

(註 42)，自然有其正當性。但是將詐欺用來解釋公平交易法第二十四條之欺罔，是不妥當的。蓋公平交易法第二十四條在於預防交易秩序受到破壞，故只要事業之行為客觀上有破壞交易秩序之虞，即應該加以禁止，已如前所述。所以事業在行為時，是否有欺罔之故意(註 43)、是否出於惡意、相對人是否確實相信(受到欺騙)並作成交易之決定，均非所問。亦正是基於此種考量，我國行政院於認定商標圖樣是否有「有欺罔公眾或致公眾誤信之虞」時，只考慮是否有發生混淆誤認之虞，而不追問其他因素(註 44)。從比較法的觀點而言，美國學說及判例對於其聯邦交易委員會法第五條之「欺罔」之解釋(註 45)，以及德國學說及判例對不正競爭防止法第三條「引人錯誤廣告」之解釋(註 46)及對違反善良風俗之「引人錯誤」之解釋(註 47)，均採此種見解。故欺罔與詐欺不同。

二、欺罔之三要素

本文認為公平交易法第二十四條之「欺罔」應該包括下列三個要素：

(一)行為相對人有受到誤導之虞

欺罔的前題是偏離真實，而偏離真實可能以虛構事實、掩飾事實，亦可能以引

註 42：Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl., 1990, S. 292; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Buergerlichen Rechts 7. Aufl., 1989, S. 398。

註 43：「公平會專題研究」認為欺罔係指「故意欺騙或故意隱瞞交易行為重要內容而使交易相對人陷於錯誤而與其交易」(第五十頁)，幾乎完全採取民法上「欺詐」之定義。此外，公平交易委員會在(81)公研字第〇〇四號處分書中(公報一卷四期，第三頁)亦認為「欺罔之意」為欺罔之要件。

註 44：行政院八十一年度判字第一四七八號判決、二四一一號判決、二一九三號判決、二三六一號判決、一七八五號判決、一七二九號判決、二二五八號判決，請參閱行政院裁判書彙編，八十一年，第二冊。

註 45：Haper & James, The Law of Torts § 7.1 at 528 (1956).

註 46：Baumbach/Hefermehl, § UWG, Rdnr. 2,3。

註 47：Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 5,6.; Kehl, Wettbewerbsrecht, 1990, S. 98.

人錯誤方式陳述真實事實之方式造成；此外，必須行為相對人受到誤導，而又鑑於公平交易法第二十四條之功能在於預防，故以行為相對人有受到誤導之虞為已定。例如「辣得噴火」之類的廣告詞，雖然偏離真實，但由於沒有人會相信真的可以噴火，所以無受到誤導之虞，故無欺罔可言。用美國法上的用語來說，就是「該行為有誤導消費者之傾向或能力」，但是因為公平交易法第二十四條並不限於以消費者為行為相對人之行為，故吾人認為欺罔的第一個要素是「行為相對人（包括消費者及競爭對手）有受到誤導之虞」。至於事業之行為是否有誤導相對人之虞，除應就其行為之整體判斷，更應就相對人之反應判斷之，此即涉及欺罔的第二個要素。

(二)行為須足以誤導相當數量之行為相對人

欺罔的第二個要素，用美國法的說法是，「事業之行為須足以誤導相當數量之消費者」，而用德國法的說法是，「事業之行為須依行為所針對交易圈之見解係足以引人錯誤」。詳言之，並不是所有的行為相對人均須有受到誤導之虞，才能構成欺罔，如此一來過於嚴格；同樣地，並不是少數幾個行為相對人有受到誤導之虞，即構成欺罔，如此一來過於寬鬆。故必須以行為所針對之交易圈的一般、平均人之印象為準〔即美國法上所謂之 ordinary or average consumer, 德國法上 Durchschnittsmaßstab (註 48)〕。然而一般人之見解會隨著事業行為之種類而有不同，例如在廣告的情形，由於一般人沒有時間或興趣集中精神去接受日常周遭之大量廣告，故應以粗略之一般讀者或聽者的印象〔Eindruck des flüchtigsten Durchschnittsbeschauers, 用美國法的話是 impression gleaned from a quick glance at the most legible words (註 49) 為準。至於如何去發覺一般人之印象，在美國及德國均有採消費者意見調查 (consumer survey, Verbraucherbefragung) 探究，但均只以此為輔助工具，最後仍由法官自由心證 (註 50) 。德國法院大約以百分之十認定一般人

註 48 : Bailey & Pertschuk, *The Law of Deception: The Past as Prologue*, AM. U. L. Rev. 849-897, 1984, at 886; Baumbach/ Hefermehl, § UWG, Rdnr. 32。

註 49 : Baumbach/Hefermehl, § UWG, Rdnr. 33 ; Bailey & Pertschuk, *supra*note 48, at 880。

註 50 : Bailey & Pertschuk, *supra*note 48, at 890。Baumbach/Hefermehl, *Einl* UWG,

之印象，而美國法院大約以百分之十至十五認定是否有相當數量之人受到誤導（註 51）。在我國商標訴訟中亦曾有使用市場問卷調查法調查商標是否近似，但行政法院卻以認為不會混淆之消費者（占 90.6 %）之印象，而不以認為會混淆之消費者的印象為準（註 52），與德國及美國恰巧相反，導致的結果是對消費者較為不利，故不足採。至於公平交易委員會在認定欺罔時，均未探究系爭行為是否足以誤導相當數量之行為相對人，甚至在僅一位消費者受到誤導之情形，該會 (82) 公處字第〇七五號處分即認定為第二十四條之欺罔行為（註 53）。此舉固然有助於消費者保護，但對於公平交易委員會的有限行政資源而言，似乎過於浪費。因此本文認為必須行為須足以誤導相當數量之行為相對人。而原則上以百分之十為相當數量，但可隨行為涉及法益之輕重而調整。

(三)行為相對人在重要事項上有受到誤導之可能

欺罔的第三個要素是，行為相對人在重要事項上有受到誤導的可能。美國法以「對消費者決定是否購買系爭產品服務而言，係屬於重要之資訊」認定該事項是否具有重要性；德國法先抽象地以「關於營業情況」(geschäftliche Verhältnisse) 為標準，再例示九種重要之營業狀況：關於商品或服務之性質、出產地、製造方法或價值計算、關於價目表、進貨方法或來源、所得獎賞、銷售之動機或目的，以及存貨數量（不正競爭防止法第三條），此外尚有營業稱謂 (Bezeich des Betriebs) 及營業所有人及會員等重要的營業情況（註 54）。反觀我國公平交易法第二十一條只限於對與商品有關之重要事項的欺罔，對於商品以外重要事項之欺罔，則須仰賴公平

Rdnr.77。

註 51：Prof. G. Schricker 一九九三年應邀於公平交易委員會發表系列演講之講稿，第十一頁；Firestone Tire & Rubber Co. v. FTC, 481 F. 2d 246, 249 (1973); Benrus Watch Co. v. FTC, 352 F. 2d 313, 319-320。

註 52：行政法院八十一年度判字第〇一五號判決，刊於行政法院裁判書彙編，八十一年，第二冊。

註 53：參見公平交易委員會公報二卷十一期 (82.11.30) 第五頁。

註 54：Baumbach/Hefermehl, § UWG, Rdnr. 367, 414。

交易法第二十四條之補充。依據公平交易委員會之見解，交易相對人之資料（註 55）、促銷期間（註 56）、與其他交易相對人之交易情形（註 57）以及其專利權之範圍與侵害之事實（註 58），均屬重要事項，須對此事項有誤導，才有欺罔之可能。公平交易委員會的見解，值得贊同。

陸、顯失公平之意義

一、「不公平」為已足

除公平交易法第二十四條以外，我國法律使用「顯失公平」之文字者，約有四處：民法第七十四條、三五九條、一〇三〇條之一，以及民事訴訟法第三九七條：

1. 法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產之給付，或為給付之約定，依當時情形「顯失公平」者，法院得因利關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付（民法第七十四條第一項）。

註 55：(82) 公處字第〇二八號、〇二九號、〇三〇號處分書，公平交易委員會公報二卷五期(82.5.31)，第四〇、四四、四七頁（隱藏其非特約維修站之性質）；(82) 公處字第〇八五號、〇八六號處分書，公平交易委員會公報二卷十一期(82.11.30)，第五、八頁，二卷十二期(82.12.31)，第三四頁，三卷二期(82.2.28)，第二頁（瓦斯器材公司偽稱為導管瓦斯公司）；(83) 公處字第〇一六號處分書，公平交易委員會公報三卷二期(83.2.28)，第二二頁（隱藏其保險經記人之身份及實質之交易行為）。

註 56：(82) 公處字第〇七五號處分書，公平交易委員會公報二卷十一期(82.11.30)，第五頁，(83) 公處字第〇〇三號處分書，公平交易委員會公報三卷一期(83.1.31)，第八頁。

註 57：(82) 公處字第〇七五號處分書，公平交易委員會公報二卷十一期(82.11.30)（謂同行之二位同學均已購買）。

註 58：(82) 公處字第〇四一號處分書，公平交易委員會公報二卷六期(82.6.30)，第三六頁。

- 2.買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約，或請求減少其價金。但依情形，解除契約「顯失公平」者，買受人僅得請求減少價金（民法第三五九條）。
- 3.依前項規定（夫妻聯合財產關係消滅時，夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負擔債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其他無償取得之財產，不在此限。），平均分配「顯失公平」者，法院得酌減其分配額（民法第一〇三〇條之一第二項）。
- 4.法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由，致情事變更非當時所得預料，而依其原有效果「顯失公平」者，法院應依職權公平裁量，為增、減、給付或變更其他原有效果之判決（民事訴訟法第三九七條第一項）。

究此四條規定之實質，可分為二類，即授權法院改變或撤銷當事人原本基於私法自治所完成之法律行為（民法第七十四條第一項及民事訴訟法第三九七條第一項），以及防止當事人因權利之使用而造成實質不公平（民法第三五九條及第一〇三〇條之一）。由於法院在此介入人民之私法關係，而且法院之權限很大，為避免不當介入私人之法律生活，故要求須於發生「顯失公平」時，法院始可介入，亦即不公平之程度須為顯著 (erheblich, wesentlich)，始為顯失公平（註 59）。

由於公平交易法之立法者完全未對顯失公平有任何界定，吾人無法認定其是否以前述四條之考量（避免過當介入私人之法律生活）而於第二十四條使用「顯失公平」，吾人亦無法形式地斷定，因為法律用語相同，故一律具有相同之意義（註 60）——民法之「處分行為」與行政法之「處分行為」完全不同。此時，吾人仍須借助公平交易法之法律客觀目的加以判斷。準此，吾人認為公平交易法第二十四條之「顯失公平」應該以有「不公平」為已足。

蓋公平交易法第二十四條在於預防交易秩序受到破壞，故只要事業之行為客觀上足以破壞交易秩序，即應加以禁止，無庸待其行為「顯失」公平。此外，公平交

註 59：史尚寬，債法總論，第四三六頁。但史於其債法各論（第三六頁），卻又僅以「有失平衡」認定顯失公平。

註 60：Larenz, Methodenlehre, S.321-22。

易法第二十四條為公平交易法對抗「不公平」競爭之概括條款，原本在於防止不公平競爭，若必須「顯失公平」之競爭行為才禁止，豈不正好與其立法目的衝突？正是如此，做為第二十四條例示規定之第十九條未要求「顯然」無正當理由，第二十一條亦未要求「顯然」虛偽不實。此外，從比較法的觀點而言，公平交易法第二十四條所宗法的美國聯邦交易委員會第五條亦僅要求系爭行為係「不公平」(unfair)。

證諸公平交易委員會之處分書，吾人亦可發現其中不乏以「不公平」為已足之傾向，例如：

1. 「揆諸被處分人所提供資料說明『絕非意圖使車主誤以為該保證條款（為）國外原廠所定』，亦難認其『保證書及保證責任之限度』加註「若發生解釋上的問題時，以英文為準。」合於我國交易習慣，是故被處分人之所為，顯有挾其賣方優勢地位從事『不公平』交易行為之情事——(82)公處字第〇一二號處分書理由二（註61）。
2. 「惟在本案被處分人映像公司僅享有硬體結構專利情況下，刊登易使人對其專利權範圍產生錯誤印象之敬告啓示在先，繼而於檢舉人是否侵害映像公司之專利權尚未經司法審判確定前…寄發律師函，函內指稱檢舉人…侵害映像公司…專利權；然而對其專利權之範圍及檢舉人所為之具體的侵害事實卻未明確表示。…此種不當之競爭手段，已超出保護自己權利所必要之程度，並造成『不公平競爭』之情事——(82)公處字第四十一號處分書理由三（註62）。

又，在判斷系爭行為是否為不公平時，消費者行為本身是否有可議之處，亦是一個應該加以考慮的因素。公平交易委員會(81)公處字第〇二一號處分書即於理由二表示：「查被處分人被檢舉以告發B拷（即非法重製錄影帶）迫使出租業者與之簽約或續約部份，詢據被處分人則矢口否認，而出租業者亦無法提出具體證據以實所說，且縱有類此情形，出租業者亦非全然無可歸責之處（即非法重製錄影帶），是以尚不能以權利濫用之衡平觀點論究被處分人之行為有公平交易法第二十四條所

註61：公平交易委員會公報，二卷二期(82.3.31)，第一九頁。

註62：公平交易委員會公報，二卷六期(82.6.30)，第三七頁。

稱「顯失公平」之情事。(註 63)

二、不公平之種類及意涵

不公平行為是市場競爭的產物，隨著商業活動的千變萬化而不斷推陳出新，所以要劃定一個足以包含所有不公平行為的定義是不可能的，美國聯邦交易委員會法第五條即未對不公平行為加以定義。然而不公平行為主要可分為對消費者的不公平行為及對競爭者之不公平行為，因此本文採取比較實際的作法，分別對此二種不公平行為討論不公平行為之意涵。

(一)對消費者之不公平

美國聯邦交易委員會就針對消費者之不公平行為發展出二個認定不公平的標準，此項標準並已得到美國法院的支持(註 64)：該行為是否造成消費者的實質損害，或該行為是否違反成文法、普通法或以其他方式所建立之公共政策。本文認為此項標準值得吾人遵行。先就「系爭行為造成消費者之損害」而論，消費者受到的損害必須符合三要件：

1. 損害必須是實質的

若消費者毫無損害或只是受到細微或臆測的損害，則根本無庸國家的介入。所謂實質的損害，不一定要是金錢的損害，亦包含對健康、生命之損害。實質的損害亦不一定要現時存在，產生具體損害的重大危險，亦是實質的損害。在(83)公處字第〇〇三號處分書中，公平交易委員會表示了類似的見解。在系爭案件中被處分公司要求消費者就二十四期之分期付款簽發一張總額本票，公平交易委員會認為「以票據之無因性及持票人可向法院申請對發票人強制執行付款之特性...消費者將遭遇該公司對消費者強制執行付款之『潛在危險』...此種合約的內容應屬足以影響交易秩序之顯失公平行為」(註 65)。此外，損害雖然不大，但若是多數消費者受有此種損害，則亦是

註 63：公平交易委員會公報，一卷八期(81.9.30)，第五頁至第八頁。

註 64：FTC Statement of Policy on the Scope of the Consumer Unfairness Jurisdiction. Geo. L. J. 288, 291 (1981).

註 65：公平交易委員會公報三卷一期(83.1.31)，第九頁。

一種實質的損害。

2. 損害必須大於該行為對消費者所提供之利益

絕大多數的商業行為均會帶給消費者不同的成本及效益，若只片面強調消費者所受到的實質損害，而不考慮其可能得到的利益，將有失事理之平。故必須損害及利益相抵後，若消費者仍受有損害，才有不公平可言。例如出賣人未提供其產品之複雜的技術資料，雖然會降低消費者選擇判斷的能力，但是卻可避免消費者為其根本沒有時間、能力或意願去閱讀的技術資料付費，二者之間，有必要做出成本效益分析，才能決定是否不公平。

3. 消費者必須已盡到合理之注意而仍無法避免損害

在市場經濟體制之下，商業行為由個別消費者所完成。經由消費者的冷靜思考及理性判斷，市場自然能發揮自我修正之機能，國家不可能也不應該以其行政手段取代消費者在商業活動中應有的注意義務，如此方可以避免消費者事前漫不經心地隨意締約，然後又再以行政機關之介入任意解約。

此外，系爭行為若違反公共政策，亦會對消費者構成不公平行為。而公共政策之範圍非常廣泛，包括成文法、習慣法、交易習慣或建立良好商業環境之考量等等。公平交易委員會即曾認為「解約條款已逾越民法第三百九十條之規定，對早期解約之消費者更有顯失公平之處」（見前註）。以下再舉二例說明之：

消費者若於締約時自願放棄某些權利，因為此係出於私法自治之結果，故原則上國家不願對消費者該決定是否明智做事後的論斷。但是此種權利之放棄（例如留存印鑑聲明書上約定「存款人之印鑑縱有被盜用情形，存款人亦應負一切責任」）若被銷售人大量使用，則有可能導致銷售人普遍降低其注意程度，甚至故意造成違約之情形（註 66），則非良好商業環境所樂見，故應將之認定為不公平行為。又，

註 66：最高法院七十三年第十次民事庭會會議決議認為「至金融機關如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務（存款人之印鑑縱有被盜用情形，存款人亦應負責），免除其抽象的輕過失責任，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效」，蓋其原因在於「就金融機關之業務言，因以定型化契約全面的為此約定，將導致執業人員之注意義務普遍降低，其因執行業務疏懈發生

不給予買受人有充分審閱並深思熟慮契約內容之機會（公平交易委員會(81)公處字第○五三號處分書之案例），或扣緩發合約書（公平交易委員會(82)公處字第○四四號處分書之案例），在我國頗為常見，此種行為使得買受人在不知悉其權利義務的情形下冒然簽約，對其顯然有失公平，並且與建立良好商業環境之公共政策不符，故應構成對消費者的不公平行為。

(二)對競爭對手之不公平

從德國及美國的法制發展來看，防止不公平交易之法律原本主要是保護競爭對手不受到不公平競爭行為之侵害。當然，任何一種競爭行為都會對競爭對手造成侵害，但法律所不容許的是不公平競爭手段，即不以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件與競爭對手競爭，此種手段使事業喪失以有利價格、品質或服務進行競爭之誘因，進而使市場機能無法發揮。

一般常見之對競爭對手不公平的行為約有：阻礙競爭對手進入市場、阻礙其銷售、廣告及營業、低價傾銷、杯葛、差別待遇、損害營業信譽、搭競爭對手便車之行為（註67）、榨取競爭對手之成果（仿冒、混淆、挖角、竊取營業秘密及顧客名單）、攀附他人商譽（註68）、營業自由之限制（轉售價格、搭售、排他性契約、使用目的、地域）、智慧財產權之濫用（權利人如將其權利不當地擴張到智慧財產

之危險，全由存款戶負擔，與公共秩序殊難謂無違背」，引自保成，六法全書，民法（八十年），第五二九頁至第五三二頁。

註67：公平交易委員會八十一年公研釋○○三號解釋書研究意見三：「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者，因國內代理商投入大量行銷成本或費用致商品為消費者所共知，故倘貿易商對於商品之內容、來源、進口廠商名稱及地址等事項，以積極行為使消費者誤認係代理商所進口銷售之商品，即所謂故意「搭便車行為」則涉及公平交易法第二十四條所謂定之「欺罔」或「顯失公平」行為，公平交易委員會公報，一卷四期(81.5.31)，第六頁。

註68：(82)公處字第九○及九一號處分書（民間「郵局」攀附郵局之商譽，見公平交易委員會公報二卷十二期(82.12.31)，第二四、二九頁。

權本來賦予範圍之外，或是利用權利當作控制競爭的工具，例如在法院判決確定前欠缺合理懷疑，而仍刊登啓事，發佈新聞，或發內容不明確之律師函給競爭對手、其經銷商及顧客，促其不要經銷或購買（註 69 ），以及利用違反法規（如稅法、價格管制法規、勞工法或其他有關維護衛生或安全之法規）或破壞約定（自己或他人之約定）而獲得競爭上之優勢（註 70 ）。

柒、欺罔與不公平之關係

基於吾人對於「欺罔」與「不公平」之理解，茲在此簡單比較一下二者。欺罔的重點是相當數量之行爲相對人就重要事實有受到誤導之虞，亦即行爲相對人之主觀期待與客觀事實有出入。因此吾人可以贊同美國的通說：行爲相對人被迫承擔較他所期待更大的風險，即爲欺罔。而就競爭行爲有無使相當數量之相對人受到誤導之傾向或能力，比較是一個事實認定的問題。反之，公不公平則是一個法律價值判斷的問題，須從公平交易法的保護法益，分別判斷系爭行爲是否對消費者、競爭對手造成實質損害，或抵觸公共政策。若系爭行爲使得消費者與競爭對手被迫承擔比一個有效能市場之風險更大的風險（註 71 ），則構成不公平之競爭。

註 69：陳家駿，從智慧財產權觀點談權利濫用在公平交易法中之適用，資訊法務透析，一九九三年三月，第二十四頁至三十八頁（第二十五頁、三十三頁）；公平交易委員會(82)公處字第○四一號處分書，見註。此外，商標之不當授權，亦可能違反第二十四條，范建得，論公平交易法對矇混行爲及商標濫權之管制，公平交易季刊創刊號（年），第七十五頁至一〇〇頁（九五頁）。

註 70：廖義男教授公平交易法草案第三十九條第四款。

註 71：Craswell, The Identification of Unfair Acts and Practices by the Federal Trade Commission, WIS. L. Rev.117, 125; American Financial Services v. FTC, 767 F.2d 957, 979-980 (1986), footnote 27.

捌、結語

由於公平交易法第二十四條用語涵蓋層面廣泛，以及公平交易法第四十一條對違反第二十四條所課予之處罰並不嚴苛，所以公平交易委員會在實務上日益樂於引用第二十四條之規定，以取締其認為可議之行爲，由此亦顯示本條在公平交易法的重要性。此外，隨著社會經濟之發展，對各種競爭行爲或商業活動加以規範的需要，必定大幅提高，公平交易法的體系及適用範圍均會不斷複雜化，在此，本法第二十四條確實具有舉足輕重的窗口功能，在學界已可聽見「第二十四條爲公平交易法的帝王條款」之類的主張。本文偏重對第二十四條做構成要件式的分析，其實該條仍有許多相關問題，例如：事業違反公平交易法第二十四條，對其與交易相對人之私法關係，會有何種影響？本條之適用是否受到新通過的消費者保護法的影響？凡此種種，均值得吾人再做進一步的研究。

參考文獻

1. 林榮耀，「從憲法保障國民經濟之規定，談公平交易法之制定」，法學叢刊一〇三期，第八四頁至九三頁，民國七十一年。
2. 廖義男教授草擬之公平交易法草案（總說明及條文）。
3. 廖義男，西德營業競爭法，台大法學論叢，十三卷一期，第八九頁至一三一頁（七十二年）
4. 徐火明，論不當競爭防止法及其在我國之法典化（二），中興法學，第二十一期，第三〇三頁至第三六九頁，（七十四年）。
5. 范建得、莊春發，破解公平交易法，系列2，第二七三頁。
6. 公平交易委員會委託台大法學基金會完成之「公平交易法第四十六條第一項之探討」研究報告。
7. 廖義男，公平交易法之立法目的與保護之法益——第一條之詮釋——，收錄於氏著「公平交易法之釋論與實務」，第一冊，第一頁至第十四頁，民國八十一年。
8. 吳庚，行政法之理論及實用。

- 9.王澤鑑，誠信原則僅適用於債之關係？民法學說與判例研究第一冊，第三二九至三三三頁。
- 10.行政院公平交易委員會專題研究，「公平交易法第二十四條適用問題之研究」。
- 11.呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法解讀。
- 12.林敏生，不正競爭法理之適用在我國法制內成長茁壯，律師通訊，一三〇期，第四十至五十一頁。
- 13.洪遜欣，中國民法總則。
- 14.梅仲協，民法要義。
- 15.黃茂榮，民法總則（增訂版）。
- 16.史尚寬，債法總論，債法各論。
- 17.黃茂榮，買賣法（增訂版）。
- 18.陳家駿，從智慧財產權觀點談權利濫用在公平交易法中之適用，資訊法務透析，第二十四頁至三十八頁，一九九三年三月。
- 19.范建得，論公平交易法對濫混行為及商標濫權之管制，公平交易季刊創刊號，第七十五至一〇〇頁，民國八十一年。
- 20.林騰鶴，美國聯邦交易委員會之研究。
21. N.W.Averitt, The Meaning of "Unfair Acts or Practices" in Section 5 of the Federal Trade Commission Act. 70 Geo.L.J. 225-287.
22. Bailey & Pertschuk, The Law of Deception: The Past as Prologue, AM. U. L. Rev. 849-897, 1984.
23. Craswell, The Identification of Unfair Acts and Practices by the Federal Trade Commission, WIS. L. Rev. 117, 125.
24. FTC Statement of Policy on the Scope of the Consumer Unfairness Jurisdiction. Geo. L. J. 288, 291 (1981).
25. Haper & James, The Law of Torts (1956).
26. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. 1992.
27. Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl. 1990.
28. v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 1987.

29. K.Larenz, (1) Allgemeiner Teil des deutschen Buergerlichen Rechts ,7. Aufl. 1989 (2) Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 14. Aufl.1987 (3) Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991.
30. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 1990.
31. H. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1990.
32. Prof. G. Schricker 一九九三年應邀於公平交易委員會發表系列演講之講稿。