

# 公平交易法修正之重點與理由

廖義男\*

## 目 次

壹、前言	貳、修法之原則與內容
一、法律之功能	一、修法之原則
二、公平交易法運用不確定法律概念之原因	二、修法之內容
三、不確定法律概念並非公平交易法立法上之瑕疵而成爲應修法之理由	叁、其他曾討論而未修正之條文
四、以施行細則、釋解及案例補充及澄清法律規定不足或不明之疑義	一、第十八條關於限制轉售價格之規範
五、法條結構與制度設計上之缺陷，須以修法方式解決	二、第十九條第五款關於營業秘密保護之規範
	三、第二十三條第一項關於不正當多層次傳銷定義之規定
	肆、結語

## 壹、前 言

### 一、法律之功能

法律是社會生活之規範，也是政策執行之工具。做爲社會生活之規範，法律之內容應儘量明確，使受規範人能明瞭法律之要求而有所遵循；同時法律亦應力求安

---

\* 德國杜賓根大學法學博士，原任台灣大學法律研究所教授，現任公平交易委員會副主任委員。

定，避免朝令夕改，使人們能熟悉法律之運作並可預期其行為遵守或違反法律之評價，以便適應法律之要求而決定其行為。另一方面，法律做為政策執行之工具，也應講求達成政策目標之功效，亦即應時時檢討其規定是否符合時宜而確能達成政策目的，以及執行法律所花人力、物力之行政成本所獲得之成效。

## 二、公平交易法運用不確定法律概念之原因

民國八十一年二月四日開始施行之公平交易法，係為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮之目的而制定，亦即為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營業競爭行為加以規範。惟市場上之營業競爭行為態樣繁多，難以有限之條文涵蓋殆盡，因此，在立法技術上，僅能針對常見而典型之限制營業競爭行為如獨占、結合、聯合行為，以及不公平競爭行為如限制轉售價格、杯葛、差別待遇、不正當略誘交易相對人、迫使參與限制營業競爭、不正當獲取他人營業秘密、不正當限制交易相對人之事業活動、仿冒行為、虛偽不實或引人錯誤之表示或廣告、損害他人營業信譽、多層次傳銷行為、欺罔或顯失公平之行為等加以規範。此外，對於規範行為之構成要件上，亦不得不用「不確定法律概念」如「不公平之方法」（第十條第一項第一款）、「不當之決定」（第十條第一項第二款）、「無正當理由」（第十條第一項第三款、第十九條第二款）、「濫用市場地位」（第十條第一項第四款）、「整體經濟利益」（第十二條、第十四條）、「公共利益」（第十四條）、「妨礙公平競爭」（第十九條）、「不正當之方法」（第十九條第三款、第四款、第五款）、「不正當限制」（第十九條第六款）、「影響交易秩序」（第二十四條）、「顯失公平」（第二十四條）等用語，以保留法條較有彈性之適用空間。

以不確定法律概念做為規範行為之構成要件，除了保留法條較有彈性之適用空間之作用外，尚有兩個主要理由。第一，營業競爭行為所牽涉之法益，除行為者事業本身所追求之利益外，尚有同業競爭者之利益、上游或下游交易相對人之利益、以及維護市場競爭秩序之公共利益等，而營業競爭行為是否違法，應否加以禁止或管制，應以該行為所牽涉之上述法益是否獲得應有之尊重與維護加以論斷，換言之，應為「利益之衡量」。從而公平交易法規定營業競爭行為是否違法，以「不公平

」、「不當」、「無正當理由」、「不正當」、「顯失公平」等不確定法律概念做為構成違法行為之判斷準據者，可以讓執法機關於處理具體個案時，得以衡量系爭之營業競爭行為所牽涉各種不同法益間之衝突，斟酌何種法益較值得保護，而解釋及認定該系爭行為是否「不公平」、「不當」、「無正當理由」、「不正當」、「顯失公平」，進而決定對該行為是否予以禁止、糾正或處罰。第二，公平交易法之立法目的，係在維護市場自由及公平之競爭秩序，透過市場上之競爭作用，促使事業努力於生產效能之提高，而促進整體經濟之安定與繁榮。故經濟之安定與繁榮才是終極目標，競爭僅是達成該目標之手段之一，而且亦非唯一手段。換言之，事業以聯合行為或結合行為等相互合作之方式代替彼此間競爭，有時亦能提高生產效能，而有助於經濟之安定與繁榮。對於此種與競爭政策與原則有所出入之聯合行為或結合行為，應否容許其存在，應以該行為是否有利經濟之安定與繁榮之整體經濟利益為斷。從而公平交易法規定具備特定條件之聯合行為或結合行為，得否給予許可，以「有益於整體經濟與公共利益」、「對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益」等不確定法律概念做為判斷準據者，都在讓執法機關於處理具體個案之申請事件時，得斟酌當時經濟情況及發展趨勢，衡量系爭行為對於市場競爭秩序、市場結構、同業競爭者、交易相對人、以及整體經濟利益之影響，確認該聯合行為是否有益於整體經濟與公共利益；或結合行為確實對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益，而決定是否給予許可。

### 三、不確定法律概念並非公平交易法立法上之瑕疵而成為應修法之理由

公平交易法以不確定法律概念運用於其所規範行為之構成要件上，與法律應力求明確之原則似有衝突。但如前所述與分析，由於公平交易法所規範營業競爭行為之特質、牽涉之法益及其立法所追求之目標，其運用不確定法律概念有不得不然之考慮因素。從而公平交易法之運用不確定法律概念，不能認為係其立法本身具有不明確之瑕疵而成為應修法之理由。按法律條文運用不確定法律概念無可避免時，其彌補之道，係由執法機關秉持立法精神制定細則或透過解釋函示闡明該不確定法律概念之真諦，並且經由無數之具體案例而歸納其適用之類型及準則。事實上，公平交易法之執法機關，即公平交易委員會，自施行公平交易法以來，即朝此方向努力。例如，制定施行細則闡明公平交易法第十九條第二款所稱正當理由，應審酌(1)市

場供需情況。(2)成本差異。(3)交易數額。(4)信用風險。(5)其他合理之事由等情形定之(施行細則第二十三條)。並說明公平交易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。且該限制是否不正當,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(施行細則第二十四條)。又如,以解釋方式闡明公平交易法第十九條第三款所稱之「利誘」,係指事業不以品質、價格及服務爭取顧客,而利用顧客之僥倖、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(公研釋○○五號解釋)(註1)。

#### 四、以施行細則、釋解及案例補充及澄清法律規定不足或不明之疑義

法律條文係該特定法域形成之基本架構與基石。欲使該特定法域安定成長,不宜輕易動搖其基本架構與基石。如若條文本身略有欠缺或適用上發生疑義,其解決方法,首先應儘量以施行細則加以補充或透過具體案例之裁決及解釋予以充實及澄清。實務上,公平交易委員會於執行及適用公平交易法時,亦努力於此項工作。例如,公平交易法第十四條前段規定,事業不得為聯合行為。而所謂聯合行為,依同法第七條規定,謂事業以契約、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為而言。依此規定,有競爭關係之同業以合意方式共同限制事業活動之行為,是否即構成聯合行為應受禁止,而不問其行為對市場供需有無影響?以及其所稱合意,是否以具有法律拘束力者為限?適用上難免產生疑義。因此,乃以施行細則第二條做補充說明,解釋公平交易法第七條之聯合行為,以事業在同一產銷階段之水平聯合,足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限。且該條所稱其他方式之合意,指契約、協議以外之意思聯絡,不問有無法律拘束力,事實上可導致共同行為者而言。再如,公平交易法第十四條第五款規定,為加強貿易效能,而就國外商品之輸入採取共同行為者,如有益於整體經濟與公共利益,並經中央主管機關許可者,不受聯合行為之禁止規定。因條文僅稱「國外商

---

註1:載於公平交易委員會公報第一卷第四期第30頁。

品之輸入」，則得許可之輸入聯合，是否僅限於「商品」而不包括「服務」？抑或此為立法上疏忽遺漏？按國際貿易之客體，不以商品為限，亦應包括服務，如「商品」之輸入聯合得為許可，則「服務」之輸入聯合，符合相同之條件者，即有益於整體經濟與公共利益時，亦應給予許可。本此理解，公平交易委員會對於中華、台灣、中國三家電視股份有限公司申請一九九二年巴塞隆納奧運會聯合轉播事項，其標的雖屬一種「服務之輸入聯合」，但以其聯合行為可以降低成本，且無妨礙於消費者之收視利益，其經濟效益大於各自轉播，自有益於整體經濟與公共利益，乃給予許可（註2）。而公平交易委員會在此項許可中，亦併予敘明，公平交易法第十四條第五款雖僅就商品之輸入聯合加以規定，但鑑於「服務」之輸入符合該條款規定之意旨，而有聯合之必要者，仍應准予申請許可聯合。換言之，以行政裁決之實務案例，彌補法條文字上遺漏，而貫徹原立法精神。

#### 五、法條結構與制度設計上之缺陷，須以修法方式解決

雖然公平交易委員會自執行公平交易法以來，努力以施行細則、解釋及個別案例等方法澄清公平交易法適用上之疑義及彌補原來法條之文字遺漏，使公平交易法能順利施行，而著有相當成效。但公平交易法本身因法條結構以及原來立法之制度設計所產生之執行上困難或不能充分發揮執行成效之問題，並不能以上述訂定施行細則、經由解釋或個別案例等方法加以解決，蓋此乃涉及法律本身應否修正之問題。固然公平交易法自民國八十一年二月四日施行迄今，尚不及二年，時間尚短，仍有待累積更多經驗，不宜輕易提議修法，俾使其能在安定中充實成長。唯若干法條結構及原來之制度設計，經過一年多之執行經驗，已明顯呈現其缺陷，不能達成原來設計規範之目的；或未能配合實際工商業活動之需要；或不能充分發揮執行成效；或造成法規上適用之困擾者，則為使法律能及早順利推行，適時配合社會需要，提高執行成效以貫徹立法之規範目的，根本解決之道，仍應即時透過修法程序，早日除去該缺陷。此外，公平交易委員會之委員，依其組織條例第十一條規定，任期

---

註2：見公平交易委員會（81）公聯第002號許可決定書，載於公平交易委員會公報第一卷第八期第30頁。

三年，為使其執法經驗傳承，避免下屆委員執法時重覆遭遇因法條結構缺陷所生困難，因而第一任委員將其任期中執法時所認為之法律缺陷及其應如何修正之看法，以「法律修正草案」之方式提出，亦屬一種負責任之作法。

## 貳、修法之原則與內容

### 一、修法之原則

公平交易委員會經過一年多之執法經驗後，已發覺公平交易法之若干條文規定，並不能達成原來制度設計之目的，反而徒增執行上之困擾；或既有規範不盡周延，不能適應實際之社會需要；或不能充分發揮執法成效者，鑑於此乃法條結構上之缺陷，必須以修法方式解決，遂組成「公平交易法修法專案小組」，並首先確立修法原則如下：

1. 修正條文數不逾現行條文二分之一。

2. 本次修法之重點，應考慮之因素如次：

(1) 本會業務執行有窒礙難行者。

(2) 前後條文不相配合者。

(3) 法條用語不夠明確易生爭議者。

(4) 配合國家政策需要者。

(5) 本會執法上有事實之需要者。

3. 至於現行法制定過程中即具有爭議性，復無前述修法原則之情形者，則不予列入。

上述修法原則之第一點，主要考量為首次修法，不宜牽動過大而影響法之安定成長。第三點之修法原則，則鑑於公平交易法從最初起草至完成立法，歷經十年，其若干立法原則，如聯合行為之規範究竟應採「原則禁止，例外許可」抑或「原則許可，濫用禁止」；以及結合行為之監督應採「許可制」、「異議制」或「申報制」，此種問題在原來立法過程中即屬有爭論，最後以採行現行法規範原則之方式解決其爭論。如現行之規定在執行上並無窒礙或產生嚴重不良影響，即無必要列入修法議題而徒增舊有爭端之重起。

## 二、修法之內容

公平交易委員會修法專案小組依據上述修法原則，歷經十三次會議後，決定提出十一個修正條文。其間為避免閉門造車，並將修正條文草案初稿分函請各有關機關、各大學法律、經濟、管理等系所、工商業團體及其他相關學術研究機構研提意見，俾供定稿時之參考。茲就修正條文草案之內容，歸類分述如下：

### (一)廢止獨占事業與市場占有率達五分之一事業之公告制度

#### 1.現行獨占公告規定執行與適用上之困擾

公平交易法第十條第二項規定，獨占之事業，由中央主管機關定期公告之。此項公告制度，係仿照韓國立法例（註3）制定，但為其他施行反托拉斯法或營業競爭法富有經驗之歐美先進國家如美國、德國及歐市等立法例所無。其立法原意，係將獨占事業之公告，做為預警作用，提醒被公告為獨占之事業，不得有濫用其市場地位之行爲，而違反第十條第一項之禁止規定。惟此項公告獨占制度之規定，在執行上及適用上產生若干困擾，值得檢討：

#### (1)對於未經公告為獨占之事業，能否適用第十條第一項禁止濫用市場地位行爲之規定？

對此問題，公平交易委員會認為獨占事業公告制度，依其立法原意既為預警，則對於未經公告為獨占之事業，因未給予預警，即難以規範獨占事業濫用市場地位行爲之禁止規定相繩。否則，將使公告之預警作用，失其意義。換言之，縱令事業事實上在特定市場具有相當優勢地位，且其行爲有濫用其市場地位而使其交易相對人或同業競爭者之利益受到損害，但如該事業未經公告為獨占事業者，公平交易委員會並不以其行爲是否符合公平交易法第十條第一項禁止獨占事業濫用市場地位之構成要件加以調查，而是以該行爲是否構成該條項以外之其他法條如第十九條、第

---

註3：韓國「限制獨占及促進公平交易法」第四條規定，公平交易委員會應依第二條第七款總統令基準指定並公告市場支配事業者。參照公平交易委員會編印之「各國公平交易法相關法規彙編」，民國八十二年六月，第8-1頁以下。

二十四條等禁止規定而加以處分（註4）。此種立場，就維護及貫徹獨占事業公告制度而言，應無可厚非，但就禁止獨占事業濫用其市場地位之規範目的而言，則有待斟酌。申言之，如在客觀上或事實上已符合公平交易法第五條關於獨占定義之事業，且其行為並已具備第十條第一項禁止規定之要件者，就禁止獨占濫用之規範精神而言，即應加以禁止、糾正甚至處罰，而不問其是否在形式上有無經中央主管機關公告為獨占事業。故獨占事業之公告制度，在現行實務上，反而限制了公平交易委員會對獨占事業之監督管制，使其不能及時對未經公告但實質上及事實上已符合獨占要件之事業濫用其市場地位之行為，以有關獨占之規範加以管制禁止，而不能有效發揮禁止獨占濫用之規範作用。

(2)行為時之市場情況須重新調查，致使為公告獨占事業所為之調查成為徒勞無益

經公告為獨占之事業，如其行為被人檢舉有濫用市場地位而違反公平交易法第十條第一項之禁止規定者，無論其有無提出市場情況已有變化而未居獨占地位之抗辯，公平交易委員會在適用上開條文禁止獨占事業濫用其市場地位之行為時，依職權仍應調查該事業於為該系爭行為時，其所居之市場地位是否仍符合獨占之要件。蓋獨占事業之公告，係依據事業上一會計年度之市場資料（註5），而非行為現時

---

註4：在永興航空股份有限公司檢舉中國石油股份有限公司銷售航空用油採差別待遇行為一案，由於公平交易委員會當時（民國八十一年八月）尚未對獨占事業加以公告，故中油公司雖然係國內航空用油之唯一供應者，但就其對永興公司銷售航空用油之價格上，採取差別待遇而無正當理由之行為，並不論究其是否違反第十條第一項濫用市場地位之禁止規定，而僅以其行為違反第十九條第二款差別待遇之禁止規定加以處分（見公平交易委員會81年公處字第017號處分書，載於公平交易委員會公報第七期第11頁）。

註5：公平交易委員會於民國82年2月8日公告之獨占事業名單（載於公平交易委員會公報第二卷第二期第1頁以下），其參考及依據之資料為民國80年之統計資料及81年之調查資料。有此時間上之落差，乃屬必然。蓋調查事業在特定市場之占有率及其年度之總銷售金額時，僅能以最近一年之統計資料為準。

之市場資料，而市場情況隨時都在變化，故對於經公告為獨占之事業，仍應調查其行為當時之市場情況，以判斷該事業是否仍居市場獨占地位，必須該事業仍符合獨占之要件，始可以禁止獨占濫用之規範相繩。從而市場之情況及事業之資料既然仍應依行為時之市場情況重新調查，則先前為獨占事業公告之目的所進行之調查及因此所費之行政成本，是否徒勞無用而浪費，即有檢討之必要。

(3)尋覓存有獨占事業之特定市場之過程中，耗費大量之行政成本

公平交易委員會為執行獨占事業之公告任務，其作業程序極為審慎。首先在施行細則第三條規定，公告獨占事業時，應審酌下列事項：

- 1.事業在特定市場之占有率。
- 2.商品或服務在特定市場中時間、空間之替代可能性。
- 3.事業影響特定市場價格之能力。
- 4.他事業加入特定市場有無不易克服之困難。
- 5.商品或服務之輸入、輸出情形。

同時在施行細則第四條規定獨占事業之門檻，即事業無下列各款情形者，不列入獨占事業之認定範圍：

- 1.一事業在特定市場之占有率達二分之一。
- 2.二事業在特定市場之占有率達三分之二。
- 3.三事業在特定市場之占有率達四分之三。

又雖有前項各款情形之事業，但其個別事業在該特定市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達新台幣十億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。

此外，事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前二項不列入認定範圍之情形，中央主管機關仍得認定其為獨占事業。

依據上述獨占事業之認定標準，認定獨占事業之關鍵，即特定市場之界定、事業之市場占有率、市場競爭及進入之情況。

為使獨占事業之認定更為客觀及學術基礎，公平交易委員會並委請台灣經濟研究院進行市場界定之研究，而公平交易委員會本身亦成立「產業市場專案小組」，

首先就台灣經濟研究院所劃分之市場進行研討，歷經二十三次小組會議之討論，決定將服務業劃分為六十五個市場，製造業（農工業部門）劃分為四五四個市場。然後進行各個市場之產業調查，調查重點為各個市場總銷售值及各主要事業之銷售金額或市場占有率。依據此項調查結果，篩選符合施行細則第四條第一項及第二項獨占事業門檻條件之事業，計服務業十二個市場、二十二家事業；農工業四十三個市場、七十七家事業。此外，並檢討有無因法令、技術之限制或進出口管制等原因而產生施行細則第四條第三項規定之獨占事業，經此檢討，計有各地區家用導管天然氣市場二十四家事業、精鹽市場一家事業、廣播電台市場三家事業及報業市場二家事業列入可能獨占事業名單中。

由於獨占事業之認定，依施行細則第三條，其考量因素除市場占有率外，尚須審酌市場競爭與進入難易之情況，為慎重起見，針對上述可能獨占事業，分別訪問其所屬公會、目的事業主管機關、個別公司與工廠等，以確切瞭解產業市場及交易等實況。其後為使可能被公告為獨占之事業有說明之機會，並驗證調查所得市場資料之正確性，並請該等事業共一〇一家之負責人到公平交易委員會表示意見及說明。經審酌可能被公告為獨占事業到會說明之意見及事後補提之資料，「產業市場專案小組」對擬公告獨占事業之特定市場及名單略有刪除與修正，最後提報委員會議討論者，計有服務業十個市場、十九家事業；農工業二十四個市場、二十一家事業（有些事業同時在二個以上市場獨占）合計三十四個市場、四十家事業。此外，對於嫻縈纖維（台灣化纖）、聚氯乙烯（台灣塑膠）、丙烯（中油）、苯（中油）、鋼板（中鋼）等五個市場四家事業應否刪除或公告併列甲、乙兩案討論。而對於新聞報紙、廣播、醋酸乙烯酯、碳煙、碳酸鈉、氮、小貨車、家用導管天然氣等市場則建議保留進一步研究。經第六十九次委員會議決議，將國內航空用燃油市場（中油）予以保留外，於民國八十二年二月八日經公平交易委員會正式公告為獨占事業者，計有服務業十個市場、十九家事業；農工業二十三個市場、二十一家事業，合計三十三個市場、四十家事業（註6）。綜觀公平交易委員會為辦理此次獨占事業之公告，成立之專案小組，共動員了八位委員及第一處、第二處、企劃處及統計室

---

註6：公告之獨占事業名單，詳見公平交易委員會公報第二卷第二期第1頁以下。

等六十人以上人員，幾達公平交易委員會全部人力三分之一，而小組開會共三十二次，前後歷時半年以上，其所花費之人力、物力之行政成本，不可謂不大(註7)。

值得檢討者，為公告三十三個市場、四十家事業為獨占，卻必須從全國農工商業之各種不同市場，即至少從服務業六十五個市場、農工業四五四個市場調查起，此種過程，為篩選是否符合獨占要件之事業乃無可避免，而此也表示在存有獨占事業之三十三個市場之外之其餘四百多個市場之調查所花費之行政成本，為公告四十家獨占事業所必需伴隨之費用。就規範獨占事業禁止其濫用市場地位行為之立法精神而言，事前對該獨占事業所居特定市場以外之市場做調查並無必要，從而為公告獨占而對絕大多數未存有獨占事業之市場調查而不得不花費之行政成本是否值得以及經濟，即有疑問。

#### (4)公告獨占之預警作用，事實上導致事業之不安與反彈

公平交易委員會公告獨占事業名單時，雖同時強調「經公告為獨占事業，僅表示其在特定市場有優勢地位的事實狀態，並非認定該等事業企圖或曾經於國內外市場濫用其市場地位」(註8)。但部分被公告為獨占之事業則有不同之感受，認為被貼上獨占之標籤，有損事業形象，對事業乃造成負面影響，因此對於獨占之公告有所不滿，事實上，已有七家被公告為獨占之事業提起訴願(註9)，主張其並未具有壓倒性地位，可排除競爭之能力，亦無濫用其市場地位之行為，因此不應列入獨占事業之公告名單而要求刪除。

被公告為獨占之四十家事業中，竟有七家提起訴願之事實顯示，原來公告獨占以為預警作用，提醒已居獨占之事業勿為濫用其市場地位行為，以免觸法之立法本

---

註7：關於公平交易委員會公告獨占事業之整個過程，詳見公平交易季刊第一卷第一期第27頁以下，李延禧、林慶堂、洪德昌、楊家駿、陳銘煌等人之報告。

註8：見公平交易委員會於八十二年二月八日(82)公秘法字第002號公告，載於公平交易委員會公報第二卷第二期第1頁以下。

註9：此七家為「人身保險」市場之南山人壽；「氮肥」市場及「複合肥料」市場之台肥公司；「機車」市場之台灣三葉、光陽、三陽公司；「平板類玻璃」市場之台玻公司；「家用導管燃氣」市場之大台北區瓦斯公司。

意，事實上已造成該等事業之惶恐與不安而有所反彈，此不僅使公告獨占僅為預警之原意盡失，而且徒增公平交易委員會對不服獨占公告而提起訴願之處理(註10)。

2.將獨占事業之公告，修正為由中央主管機關認定之

(1)現行獨占事業公告規定，在執行上與適用上既產生上述之困擾，顯現該規定有修正之必要，因此擬將公告制度廢止，並將該有關條項，即第十條第二項，改為「獨占之事業，由中央主管機關認定之」。

做上述修正之主要理由，乃獨占事業之定義，雖公平交易法第五條有所明文，即「事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者」，以及「二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情形者，亦視為獨占」，涉及不確定法律概念適用上之解釋、認知與判斷之問題。為避免執法機關，包括公平交易委員會、檢察官與法院等對獨占事業之認知與判斷有所不同而影響國家威信，並且考量獨占事業之認定，事涉特定市場之界定、市場結構與產業資料之調查、蒐集與研判，而此市場情況之調查與掌握，本屬公平交易委員會之職掌(參照公平交易法第二十五條第三款)，因此宜明定公平交易委員會對於獨占事業之認定，有所謂之「判斷餘地」，其基於高度專業與專門知識所為之判斷，應受司法機關之相當尊重(註11)。故條文改為「獨占之事業，由中央主管機關認定之」，即在表現此旨趣。

(2)條文如依上述修正後，將來適用時之預期效果，約可略述如下：

---

註10：事業被公告為獨占後，即不得為違反公平交易法第十條第一項所規定之濫用市場地位之行為，亦即獨占事業之公告，發生限制事業行為之法律效果，而具有行政處分之性質，故公平交易委員會對不服獨占公告而提起之訴願，皆加以受理並為實體上之審理。

註11：關於行政機關基於其高度專業與專門知識，於適用不確定法律概念時所為之解釋、認知與判斷，應受司法機關之相當尊重，即其價值判斷有不可替代性之所謂「判斷餘地」，詳見翁岳生著「行政法與現代法治國家」，一九七九年三版，第37頁以下；廖義男著「國家賠償法」，民國八十二年增訂版第50頁以下。

I、執法機關遇有檢舉事業濫用其市場地位之情事時，經調查該事業所屬之特定市場，如該事業已符合獨占要件，且其行為並構成違反濫用市場地位之禁止規定者，即可逕依有關獨占之規範加以制止及處罰。而無須如同現行實務，如該事業未經公告為獨占者，即不能依有關獨占之規範處理。故修正後之條文，對於制止獨占之濫用，將更為及時與有效。此外，亦不必為獨占事業之公告作業，再花費大量之行政成本，而可節省經費，亦符合行政經濟之原則。

II、檢察官或法院等司法機關於處理獨占事業違法案件時，因條文修正為「獨占事業之認定，由中央主管機關認定之」，因此，涉案之事業是否為獨占事業，司法機關即可請求中央主管機關，即公平交易委員會對該問題提出鑑定意見，俾便審理，此將可彌補司法機關平時並未蒐集市場情況而生之資料欠缺，並且亦可減輕司法機關對於判斷事業是否獨占之工作負荷，而有助於獨占事業違法案件之加速審理。

3.市場占有率達五分之一事業之公告，實際上並無作用，故擬廢止之

公平交易法第十一條第二項規定，市場占有率達五分之一之事業，由中央主管機關定期公告之。按其立法原意，在使被公告之事業於為結合時，如因而使市場占有率達三分之一者，即有向中央主管機關申請許可之義務（參照公平交易法第十一條第一項第一款）。唯此種對市場占有率達五分之一事業之公告制度，對於事業結合之監督管制，實際上，並無助益。分析如下：

(1)關於事業之水平結合，公平交易法第十一條第一項第一款規定，如因結合而使市場占有率達三分之一者，即應向中央主管機關申請許可。依此規定之反面解釋，事業結合而未使市場占有率達三分之一者，即不須申請許可。故事業縱令被公告為市場占有率達五分之一，如其水平結合之有競爭關係之他事業市場占有率在八分之一以下，則其結合後之市場占有率並不及三分之一，即無須申請許可。就此而言，對於市場占有率達五分之一之事業予以公告，即無作用與意義。

(2)關於事業之垂直結合及多角化（異質）結合，公平交易法第十一條第一項第二款規定，參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者，其結合即應向中央主管機關申請許可。依此規定，市場占有率僅達五分之一之事業，與他事業為垂直結合或多角化（異質）結合時，並不須申請許可，因而對市場占有率達五分之一之事

業加以公告，就垂直及異質結合之監督管制而言，亦無意義。

對於市場占有率達五分之一之事業之公告，依上述分析，既然無助益於事業結合之監督管制，則配合獨占事業公告制度之廢止，亦擬隨同廢止之，以節省公告作業之行政成本（註12）。

(二)增列聯合行為例外情形之規定與容許農工商團體為防止不公平競爭之自津公約

1.現行有關得以例外許可之聯合行為，採列舉式規定，不足以適應事業之需要聯合行為，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為（公平交易法第五條）。亦即係一典型之限制營業競爭行為。由於聯合行為係在限制競爭，妨害市場之競爭機能，故為確保市場上自由及公平競爭目的而立法之公平交易法，基本上，對該限制競爭之聯合行為加以禁止，因此規定「事業不得為聯合行為」（第十四條前段）。唯聯合行為之態樣甚多，效用不一，有些聯合行為，如統一規格或型式之聯合、合理化之聯合、專業化之聯合等，可以降低成本、改良品質、增進效率或提高技術；又如輸出聯合、輸入聯合等，亦可促進貿易效能；再如不景氣之聯合，亦有助於遭受困境之事業共渡難關；此外，中小企業之合作，可以加強其對抗大企業之競爭能力等，此等聯合雖約束事業之活動、限制彼此間之競爭，但其降低成本、改良品質、增進效率、提高技術、

---

註12：公平交易委員會於民國八十二年二月八日公告獨占事業名單之後，利用同時調查市場情況所得資料，又於同年三月十日依公平交易法第十一條第二項規定，公告市場占有率達五分之一之事業名單，計服務業十五個市場、二十八家事業；農工（製造）業九十五個市場、七十七家事業（其中有同一事業同時在二個以上市場列名者），合計一〇一個市場、一〇五家事業。其名單詳見公平交易委員會公報第二卷第三期第1頁以下。

市場占有率達五分之一之事業名單之公告，對被公告之事業並未發生限制事業行為或命令事業為一定作為或不作為之法律效果，故其性質並非行政處分，與獨占事業之公告為一種行政處分，有所不同。

促進貿易效能、共同應付不景氣之困境、以及加強競爭能力等功能，亦有益於整體經濟與公共利益。而公平交易法之終極目標為促進經濟之安定與繁榮（第一條），因此對於有益於整體經濟與公共利益之聯合行為，亦應例外容許其合法存在，故公平交易法第十四條但書遂有例外許可之聯合行為之規定。

例外許可之聯合行為，係對聯合行為原則禁止之排除。為使聯合行為之禁止原則，不致因過多之例外，導致名存實亡而不能有效發揮其禁止聯合壟斷之規範目的，因此，公平交易法對於得例外許可之聯合行為，經參酌外國實務與立法體例，以列舉方式規定七種類型之聯合行為，即(1)統一規格或型式之聯合、(2)合理化之聯合、(3)專業化之聯合、(4)輸出之聯合、(5)輸入之聯合、(6)不景氣之聯合、(7)加強中小企業經營效率之聯合等（註13），經中央主管機關考量其確實有益於整體經濟與公共利益而為許可後，得容許其合法存在。

排除禁止原則而例外許可之聯合行為，既然採列舉方式規定，則列舉以外之其他類型之聯合行為，縱令有益於整體經濟與公共利益，亦不能給予許可，而仍應加以禁止。此種結果，除不能適應事業為聯合行為之需要外，亦顯與公平交易法在促進整體經濟與公共利益之目標相左。例如，事業基於其產業之特性，為確保整個產業之健全發展及維護交易相對人之正當權益，擬統一訂定定型化契約條款，就該產業所屬事業與其大量交易相對人為交易時，針對商品或服務之提供方法、擔保或責任範圍等交易條件（不包括價格）為統一之規定，此種所謂「交易條件之聯合」，對於交易相對人之正當權益，如給予適度之保障，可以節省交易過程個別磋商之行銷成本，同時交易條件之統一，可以使該行業市場情況與條件明朗化，而使事業較

---

註13：德國「營業競爭限制防止法」（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）（簡稱GWB），對於聯合行為，採原則禁止（第一條），但對於不景氣之聯合（第四條）、合理化之聯合（第五條）、專業化之聯合（第五條之一）、中小企業之合作（第五條之二、第五條之三）、輸出之聯合（第六條）、輸入之聯合（第七條），亦例外容許其可合法存在。又如日本之「關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律」，對於不景氣之聯合（第二十四條之三）、合理化之聯合（第二十四條之四），亦可例外容許之。

能集中於價格與品質之競爭（註14）。再如，事業爲了避免環境繼續惡化，共同約定不再製造成本低廉、富有競爭能力，但卻會嚴重污染環境之商品。此種所謂「環境保護之聯合」及前述之「交易條件之聯合」，縱令有益於整體經濟與公共利益，在現行條文所列舉之七種得予例外許可之聯合行爲之構成要件上，並不能找到合乎該構成要件規定之依據，而無法給予許可。

## 2. 增列聯合行爲例外許可之概括規定

(1) 由於現行第十四條條文對得例外許可之聯合行爲，採列舉規定有上述之缺陷，因此即擬增加一概括條款，以資涵蓋有益於整體經濟與公共利益之聯合行爲而得給予許可之依據。惟此例外許可之概括規定不能失之過寬，以免使聯合行爲之禁止原則遭受過度侵蝕而失其規範原意，故例外許可之條件應較第十四條但書所規定者更爲嚴謹。換言之，對於事業爲聯合行爲之內容，不妨採概括規定而不限定特定類型，以資包容各種不同之聯合而符事業之需要，但許可之條件則應趨嚴謹，必須該聯合行爲有不得不爲之必要性，且有合理之理由，同時其對整體經濟與公共利益之助益應顯然大於其限制競爭所帶來之不利益，始可認爲係正當之聯合行爲而可給予例外之許可。基此認識，乃擬在第十四條之後，另列一條，即第十四條之一，而其條文規定如下：

「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相互約束之事業活動，雖不具備前條各款之要件，但顯然有益於整體經濟及公共利益，而屬必要且正當者，得申請中央主管機關許可之。」

(2) 上述擬增訂之第十四條之一之條文，有待說明者如下：

I、在條文位置上，所以不將其列爲第十四條但書增列一款爲第八款，而增列爲獨立一條，一方面在彰顯其係原第十四條但書所列舉七種特定類型聯合行爲之外之補充的概括規定，另一方面，也基於許可條件應較第十四條但書規定更爲嚴謹之考慮。

---

註14：交易條件之聯合，即因有此作用，故德國「營業競爭限制防止法」第二條亦容許其可例外合法有效存在。參照 Immenga, in Immenga/Mestmäcker, *GWB - Kommentar*, 2 - Aufl. 1990 § 2 Rdn. 1 ff.

II、增列條文將來在適用上，如事業所為之聯合行為不屬於第十四條所列舉之七種類型之一者，即可依本條申請公平交易委員會許可之，惟申請之事業必須釋明其聯合行為之必要性與正當性。所謂「必要性」，即事業所共同追求之目的，以他方式難以達成，而須以聯合行為之方法才可將之實現。所謂「正當性」，即事業相互約束事業活動所為之限制競爭，做為達成其目的之手段，可認為具有相當之理由；同時因其限制競爭而影響市場供需之不利益，顯然小於因其約束事業活動而對整體經濟與公共利益所帶來之利益，因而可認為合理及正當。

3. 相關條文因增列第十四條之一之故，須在其條文有關條文之次序及數目之文字上做修正

得例外許可之聯合行為，其法條依據在增列第十四條之一以後，將不以原來第十四條一個條文為限，因此第十五條第一項規定「中央主管機關為前條之許可時，得附加條件、限制或負擔」中之「前條」，即應配合修正為「前二條」。同理，第十七條規定「中央主管機關對於前三條之許可、條件、限制、負擔、期限及有關處分，應設置專簿予以登記，並刊載政府公報」中之「前三條」，亦應配合修正為「前四條」。

4. 容許農工商團體為防止不公平競爭之自律公約

(1) 為防止不公平競爭之自律公約與聯合行為不同

同業公會或以事業為會員之農、工、商團體，為促使其會員從事公平及效能之競爭，防止不公平競爭行為，以提昇或維護其整個產業之形象，而議定之自律公約，其議定之形式，雖與由有競爭關係之同業以合意之方式共同約束事業活動之聯合行為，極其類似，但其性質，因自律公約之內容，係在防止事業為不公平競爭行為，其目的乃在淨化競爭手段，以提昇公平及效能競爭，因而有助於競爭功能之發揮，此與聯合行為係在限制正當之營業競爭行為，而有妨礙市場競爭機能者，截然不同。從而此種自律公約既然與聯合行為不同，自不應適用公平交易法有關禁止聯合行為之規定。

(2) 為防範自律公約被濫用為脫法變相之聯合行為，仍應對之為事前監督

I、同業公會或以事業為會員而依法組織之農、工、商團為防止不公平競爭行為所議定之自律公約，因本質上並非公平交易法所要禁止之聯合行為，故不能適用

規範聯合行爲所採取之「原則禁止，例外許可」之原則。申言之，自律公約，基本上應容許其存在。惟自律公約因是有競爭關係之同業所共同議定，且其內容又是在限制彼此間之事業活動，而此事業活動之限制，究竟係在防止不公平競爭行爲，促使公平、效能競爭，抑或在對正當、自由之營業競爭活動加以限制，而妨礙市場競爭機能？亦即有無假藉自律公約之名而行限制正當競爭之實，使之成爲脫法變相之聯合行爲？不可不察。因此，對於同業公會等議定自律公約之行爲，仍應加以監督。

II、監督有「事前監督」與「事後監督」之分。事後監督，係指自律公約有被濫用而成爲實質上限制正當競爭之聯合行爲時，主管機關始以之爲應受禁止之聯合行爲，而加以干預、禁止與處罰。事前監督，則以自律公約在生效實施前，應先經主管機關之審核，經查其確係在促使會員從事公平、效能競爭，防止不公平競爭行爲而核准者，始爲合法生效。採事後監督時，往往因該變相之聯合行爲已對市場競爭造成損害，且使主管機關有蒐證上之負擔，爲其缺點。反之，採事前監督者，則可先爲審查其議決內容，究爲真正之自律公約抑或實質上之聯合行爲而予以准駁，可達防範於未然之效果，故採事前監督較宜。

### (3)監督准駁之標準

同業公會或以事業爲會員之農、工、商團體所議定之自律公約，宜採事前監督，前已言之。事前監督，除審核其內容是否真正在促使會員從事公平、效能競爭，以及防止不公平競爭行爲外，並應衡量該公約或共同行爲之內容，有無與公平交易法之規定或精神有所牴觸，對於交易相對人或消費者利益有無造成重大損害之虞。蓋自律公約雖使業者不從事不公平競爭行爲，但其約定如有違反公平交易法規定，諸如對他事業爲杯葛行爲或爲轉售價格之限制等；或其約定之結果會對交易相對人或消費者產生重大損害，則此種自律公約，並不符合公平交易法之宗旨，自不應容許其合法存在，而應予核駁。

### (4)擬增訂條文之內容

基於以上認識，爲使同業公會或以事業爲會員之農、工、商團體爲防止不公平競爭行爲而議定之自律公約有合法之依據，擬增訂第十七條之一如下：

「同業公會或其他以事業爲會員依法組織之團體，爲防止所屬會員爲不公平競

爭或促使所屬會員從事效能競爭，所議定之自律公約或其他共同行為，報經中央主管機關核准者，不適用本法關於禁止聯合行為之規定。

前項公會或團體議定之自律公約或其他共同行為內容，有違反本法規定，或對交易相對人或消費者利益有重大損害之虞者，中央主管機關應予核駁。

第十五條第一項、第十六條及第十七條之規定，於中央主管機關為第一項之核准，準用之。」(註15)

(5)擬增訂第十七條之一條文之說明

I、在條文位置上，所以列在第十七條之後，乃要與聯合行為有所區隔。因防止不公平競爭行為之自律公約，其目的與性質，與聯合行為不同，因此，不能在規範聯合行為之條文中加以安排。但其議定行為之形式又與聯合行為極為相似，故乃安排在規範聯合行為之條文之後，以便區別與比較(註16)。

II、自律公約所以規定經中央主管機關「核准」，而不規定「許可」，蓋自行政法之用語而言，「許可」乃禁止之例外；而「核准」者，乃對該等行為並不禁止，但為便於監督，要求事前須經審查。自律公約與聯合行為不同，其目的係在淨化

註15：擬增訂第十七條之一第一項規定之初稿草案文字為「同業公會或其他以事業為會員依法組織之團體，為促使所屬會員從事公平競爭、效能競爭或為防止不公平競爭行為，所議定之自律公約或其他共同行為，報經中央主管機關核備者，不適用本法關於禁止聯合行為之規定。」其中「核備」二字，因學者擔心易誤解為係「事後備查」，故定案後之修正條文改為「核准」。此外，自律公約之內容，多係防止不公平競爭行為，故定案後之修正條文將「防止不公平競爭」與「促使效能競爭」之順序對調，並刪除其中「公平競爭」等字。

註16：德國「營業競爭限制防止法」(GWB)，對於聯合行為(Kartell)，以第一條至第十四條加以規範。而對於同業公會或工商團體以防止違反正當競爭之原則或效能競爭之效用之行為，及激勵競爭行為符合此項原則為目的而訂定之「競爭規則」(Wettbewerbsregeln)，則另設一節規定於第二十八條至第三十三條。

競爭手段，促使會員從事公平、效能競爭，與公平交易法在確保公平競爭之目的相符，故不能採禁止原則，然後再以例外「許可」容許之。其規定須「報經核准」者，僅為達到事前監督之目的，與聯合行為之「原則禁止，例外許可」之規範原則，截然不同。

Ⅲ、議定自律公約之主體，不限於同業公會，亦包括其他以事業為會員依法組織之團體，如農會、漁會等。又本條所規範者，亦不限於名為「自律公約」者，凡該公會或團體所做成之決議，其目的在促使其會員從事公平、效能競爭，或為防止不公平競爭行為者，此種共同行為亦有本條之適用。

Ⅳ、由於條文明定自律公約如對交易相對人或消費者利益有重大損害之虞時，中央主管機關應予核駁，因此，將來在適用此條文時，公會或團體在議定其自律公約之過程中，宜溝通及徵求交易相對人或消費者保護團體之意見，並兼顧其利益，避免引起交易相對人或消費者之反對；另一方面，中央主管機關對自律公約為核駁前，宜經過一聽證程序，即給予該自律公約所涉及之交易相對人及消費者保護之團體，表示意見之機會，確定該自律公約並不致於對交易相對人或消費者利益構成重大損害之虞時，始予以核准。

Ⅴ、為確保自律公約或其他共同行為之內容與執行，不違反公平交易法之規定或對交易相對人或消費者利益造成重大損害，中央主管機關為核准時，得附加條件、限制或負擔，且應設置自律公約專簿予以登記，並刊載政府公報，讓相關產業、事業或消費者大眾有所知曉。又自律公約經核准後，如因核准事由消滅、經濟情況變更或公會或團體或其所屬會員之事業有逾越核准之範圍之行為者，中央主管機關並得撤銷核准、變更核准內容、命令停止或改正其行為，以貫徹其監督。

### (三)賦予公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得逕處以罰鍰

#### 1.現行法第四十一條之執法效果有限

公平交易法第四十一條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處罰新台幣一百萬以下罰鍰，至停止或改正為止。」此條賦予公平交易委員會有一般之糾正與處罰之權限，為公平交易委員會執行公平交易法、監督事業有無違反自由及公平競爭行為之最重要依據。惟此條由於其條文本

身架構上之限制，使公平交易委員會之執法效果深受影響，分述如次：

(1)對於確認違法之行爲，僅能限期命其停止或改正

第四十一條所謂「違反本法規定」，實務上，採最廣義之見解。包括違反第十條（獨占事業濫用市場地位之行爲）、第十四條（聯合行爲）、第二十條（仿冒行爲）、第二十三條第一項（不正當之多層次傳銷）、第二十二條（損害他人營業信譽之行爲）、第十九條（妨礙公平競爭之行爲）、以及違反第二十一條（虛偽不實或引人錯誤之表示或廣告）、第二十四條（欺罔或顯失公平之行爲），此外，更包括違反第十八條（約定轉售價格）（註17）以及違反依第二十三條第二項授權所定

註17：見公平交易委員會（81）公處字第009號、第010號、第011號、第012號、第013號處分書（載於公平交易委員會公報第一卷第六期第10頁、第12頁、第16頁、第20頁、第24頁以下）；第040號、第042號、第046號、第048號處分書（載於公平交易委員會公報第一卷第十期第15頁、第20頁、第35頁、第41頁）；第056號處分書（載於公平交易委員會公報第一卷第十一期第18頁）；（82）公處字第032號處分書（載於公平交易委員會公報第二卷第六期第5頁以下）。

按公平交易法第十八條規定：「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。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。」

上開條文對限制轉售價格行爲之規範方式，與整部公平交易法對其他行爲之規範方式相比較，顯現有兩大特色：

(1)對限制轉售價格之行爲，並未明定「不得為」，亦即並無明文有「不作為義務」之禁止規定。此與第十、十四、十九、二十、二十一、二十二、二十三、二十四條等對獨占事業濫用市場行爲、聯合行爲、妨礙公平競爭行爲、仿冒行爲、虛偽不實或引人錯誤之表示或廣告、損害他人營業信譽之行爲、不正當之多層次傳銷、欺罔或顯失公平之行爲等皆有「不得為」字句之規定，亦即有明文禁止之規定，有所不同。

(2)對於違反該規定行為所生之法律效果，在該條文本身予以明文，即明定「其約定無效」，此與公平交易法禁止其他行為之條文，僅規定「不得為」而對於違反該禁止規定行為之效力如何並無規定之情形，亦有不同。例如，以契約相互約束事業活動之聯合行為，該契約係違反第十四條之禁止規定，但該契約是否即屬「當然無效」？抑或僅屬「不生效力」？公平交易法並無明文。又如獨占事業不當決定交易價格；或事業無正當理由對他事業為差別待遇之交易條件；或事業以契約不正當限制交易相對人之事業活動；或事業以欺罔之方法使交易相對人成立契約等，即當事人間之交易或契約，因一方當事人有違反公平交易法規定之行為而成立者，其法律行為或契約之效力如何，整部公平交易法中，除第十八條有所規定外，皆無明文。

就立法原則與立法技術而言，如立法者對於限制轉售價格之行為，係採「原則禁止，而保留但書例外」之態度時，則該條之規範方式，比照第十四條之立法體例，應為：「事業不得對其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時之價格加以限制。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。」但立法者顯然不採此規範方式，未有「不得」兩字，而改以「應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效」替代之。此種特別之規範方式，顯示其有特殊之立法用意。分述如下：

(1)立法者對於限制轉售價格之行為，基本上所採取之態度，並不採以行政干預或刑罰制裁為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，使為限制之事業，不能依據明定無效之契約，請求法院判令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。

(2)法條本身用語並未規定事業「不得為限制轉售價格之約定」，亦即並未課予事業有不得為該行為之不作為義務之規定，因此，並無所謂「禁止規定」，從而亦無所謂違反禁止之行為，因而亦無對所謂違反該規定之行為，予以行政糾正或處罰規定之必要。事實上，在行政院送立法院審議之「公平

交易法草案」之罰則一章中，並無所謂「違反第十八條規定之行為」，亦無對該所謂「違反行為」有任何予以行政糾正或刑罰之明文。此乃鑑於第十八條並非不作為義務之禁止規定，故無所謂禁止規定之違反行為，同時為貫徹該法條本身已明定並僅止於「約定無效」之法律效果，而導致之當然結果。

(3)立法者對於限制轉售價格之行為，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制度之評價不一。有認為其為製造商在不同品牌之同類商品間進行價格競爭之重要行銷方法，並且可提昇同品牌商品經銷商間之服務競爭，因此有助於競爭而不應禁止。但亦有認為限制轉售價格制度，使經銷商不能依憑其經營成效及市場情況自由決定價格，會扭曲競爭功能；且製造商為使所有經銷商皆願遵行其所訂價格轉售，則須給經銷商較高額利潤以爭取配合，從而有轉售價格約束之商品，其市場價格即有偏高趨勢。此外，限制轉售價格如容許合法存在，將使同一品牌商品之經銷商間，透過共同製造商限制轉售價格之假象，達成共同決定統一價格之目的，而可規避聯合行為之禁止規定。又製造商維持其限制轉售價格體系之完整無缺，防止其經銷商中有不遵守約定破壞轉售價格之行為，在經銷商數量甚多時，事實上常有困難，因此，將使遵守約定受價格拘束之經銷商，遭受不遵守約定不受價格拘束之經銷商打擊而形成不公平競爭。故限制轉售價格制度存有很多負面之影響而應加以規範，甚至禁止。我國立法似亦認為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」。

公平交易法第十八條雖有上述值得注意之特別規範方式與立法用意，惟公平交易委員會為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，在適用第十八條時，認為其條文中有「應容許其自由決定價格」之字眼，因此應屬一種「作為義務」之規定，違反此「作為義務」者，即屬同法第四十一條所稱「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，公平交易委員會自得依第四十一條予以糾正，命其停止或改正其行為。此種見解，就為有效制止事業為限制轉售價格行為之政策目

之「多層次傳銷管理辦法」(註18)。換言之，事業之行為違反公平交易法之規定

的而言，應可理解。但就現行條文之規範架構與形式，僅摘取「應容許其自由決定價格」之上段文字，即認為係一種「作為義務」，而未顧及其緊接之後段文字：「有相反之約定者，其約定無效」所顯現之賦予特定法律效果之意義，是否正確無誤，以及能否受到其他執法機關，尤其法院之支持，仍有待進一步觀察。

註18：見公平交易委員會(81)公處字第008號處分書(載於公平交易委員會公報第一卷第六期第4頁以下)；第042號、第043號、第048號處分書(載於公平交易委員會公報第一卷第十期第20頁、第24頁、第41頁以下)；(82)公處字第022號處分書(載於公平交易委員會公報第二卷第五期第14頁以下)；(82)公處字第043號、第047號、第049號處分書(載於公平交易委員會公報第二卷第七期第1頁、第15頁、第21頁以下)。

按公平交易法第四十二條規定，違反中央主管機關依第二十三條第二項所定之管理辦法(即多層次傳銷管理辦法)者，處新台幣五萬元以上五十萬以下罰鍰；情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。換言之，違反多層次傳銷管理辦法者，已有第四十二條之處罰規定，因此，可否再引用第四十一條命其停止或改正，值得討論。

肯定說者認為，第四十一條所稱「違反本法規定」，包括公平交易法本身及依其授權制定之法規，因此，違反依第二十三條第二項授權制定之「多層次傳銷管理辦法」，亦屬「違反本法規定」，自可適用第四十一條予以糾正。其次，第四十一條所規定者，係「命其停止或改正其行為」，亦即係一種「糾正權」之規定，而第四十二條所規定者，則係對違反管理辦法規定之行為，逕予處罰，係一種「制裁」規定，兩者性質不同，且各有其目的，故可併為處分，並不生所謂「一行為不兩罰」原則是否抵觸之問題。

否定說者認為：

第一，從立法沿革言，在行政院送請立法院審議之草案中，對於違反多層次傳銷管理辦法之行為，已設有專條第四十二條(現行法第四十二條)加

以處罰之規定。而草案第四十一條原規定為：「事業違反第二十四條規定，經中央主管機關命其限期改正而不改正或停止其行為而不停止者，處五千元以上五萬元以下罰鍰。期滿仍不改正或停止其行為者，得繼續限期命其改正或停止其行為，並按次連續處一萬元以上十萬元以下罰鍰，至改正或停止其行為為止」。亦即原第四十一條係針對事業違反第二十四條所禁止之「欺罔或顯失公平之行為」而設之糾正與處罰規定。惟立法院二讀審議時，鑑於行政院草案對於違反公平交易法禁止規定之行為，皆以刑罰制裁（參照草案與現行法第三十五條至第三十八條），而未賦予中央主管機關之公平交易委員會有處罰之權限，將使公平交易委員會難以有效執行其任務，因此，遂將之修正成為現行條文，使公平交易委員會對違反公平交易法所禁止之行為，亦有一般糾正及處罰之權限。故從立法沿革及其原意而言，第四十一條應僅適用於公平交易法條文中明定「不得」為之禁止行為（即違反第十條、第十四條、第十九條、第二十條、第二十一條、第二十二條、第二十三條第一項、第二十四條）。至於僅違反公平交易法監督管理規定之行為，如未經許可之結合、違反多層次傳銷管理辦法、妨礙調查等之行為，因已各有第四十條、第四十二條、第四十三條行政罰鍰之制裁規定，第四十一條應無適用之餘地與必要。

第二，就法條文義言，「違反本法規定」，與「違反中央主管機關依第二十三條第二項所定之管理辦法」畢竟有別。換言之，「違反管理辦法」者，並非等同於「違反公平交易法第二十三條第二項之規定」。所謂違反公平交易法第二十三條第二項之規定，應指多層次傳銷管理辦法，非由中央主管機關定之；或中央主管機關訂定該辦法時，不合法定程序或逾越授權範圍等而言。違反該條項之規定，固然屬於「違反本法規定」，但事業之行為違反依該條之授權而訂定之管理辦法者，並不能稱之為「違反公平交易法第二十三條第二項之規定」，而認為屬於「違反本法規定」，因此，並非第四十一條所能涵蓋，故不能為第四十一條之適用，僅能依第四十二條，即專為違反多層次傳銷管理辦法而設定之處罰條文，加以規範，此亦為第四十二條所以有特別訂定專條之必要與理由。

者，除結合行為及拒絕調查行為因另有特別規定（第四十條、第四十三條）而不適用外，第四十一條皆可適用。

第三，從第四十二條規範之作用言，第四十二條對於違反多層次傳銷管理辦法之行為，訂有罰鍰、命令解散、停止營業、勒令歇業等輕重不同程度之制裁規定。對違法行為之制裁，除課予被處分人須對其違法行為負法律責任而受處罰外，本質上，即在藉此處罰而使被處分人心生警惕而知所改正。故依該條科以罰鍰時，對被處分人應已生警惕而有促其改過遷善之作用，何況該條尚有命令解散、停止營業、勒令歇業等更嚴重之制裁手段。因此，對於違反多層次傳銷管理辦法之事業，處以罰鍰之同時，要求被處分人停止或改正其違法行為者，乃本於制裁規範之目的，加強對被處分人之警惕作用，促其注意，以免再遭受處罰或受更嚴重之處罰。準此而論，依第四十二條之制裁規範，本即可要求被處分人停止或改正其違反管理辦法之行為，實無須再援引第四十一條限期命其停止或改正其行為之必要。

第四，依行為之法律評價言，立法者對於事業違反多層次傳銷管理辦法之行為之法律評價，在第四十二條已明白規定指出，處新台幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰；情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。換言之，如要處以罰鍰，最高亦僅得處新台幣五十萬元罰鍰。因此，如對於違反多層次管理辦法之事業，依第四十一條限期命其停止或改正其行為，而因其逾期仍不停止或改正其行為者，則依第四十一條後段規定，即可對繼續違反多層次傳銷管理辦法之行為處以新台幣一百萬以下罰鍰，此種結果，顯與立法者在第四十二條對違反多層次傳銷管理辦法之法律評價最高罰鍰僅處新台幣五十萬元之立法意旨，有所矛盾。故為貫徹立法者對違反多層次傳銷管理辦法之行為之法律評價，亦不能援引第四十一條而破壞整個公平交易法之制裁規範體系。

否定說之上述見解雖言之成理，但公平交易委員會並不採納，而持肯定說之說法，認為第四十一條與第四十二條仍可併用。此種作法，能否受到行政法院之支持與贊同，有待觀察。

第四十一條適用範圍廣範，似使公平交易委員會能依據該條有效執行公平交易法之任務，遏止事業為違反公平交易法規定之行爲。然該條實際上僅賦予公平交易委員會對於違反公平交易法規定之事業「得限期命其停止或改正其行爲」，並未賦予對違法行爲得直接處以罰鍰之權限。換言之，僅給予糾正權，並無直接之制裁權。因此，難免使有心之徒，心存僥倖，即故意為違法行爲，嗣後縱被檢舉而經公平交易委員會調查屬實，亦僅受應停止或改正之處分，尙不致於即受罰鍰之制裁，從而並不懼於違法行爲之禁止。故第四十一條之規定，對於制止違法行爲之繼續，固然有其作用，但對於禁止違法行爲發生或再發生之嚇阻作用，則屬有限（註19）。

註19：實務上，公平交易委員會為使事業知其行爲違法之所在而能停止或改正之，因此，在其處分書主文之表現上，通常即首先確認事業之特定具體行爲係違反公平交易法某特定條文；然後再命被處分人「不得再為相同或類似之行爲」。例如，在（82）公處字第003號處分書之主文（載於公平交易委員會公報第二卷第一期，第24頁），即分為二點：

(1)被處分人於八十一年八月八日至八十一年八月二十日在民生報電影廣告版，刊登映演「推動搖籃的手」電影片之各放映業者「早場票價一律80元」，首都戲院部分有虛偽不實及引人錯誤情事，違反公平交易法第二十一條第三項準用同條第一項之規定。

(2)被處分人不得再為相同或類似虛偽不實及引人錯誤之表示或表徵。

此種處分書之體例，就其第一點而言，相當具體，包括行爲之時間與地點。如處分書之目的，僅在確認事業之個別特定行爲違法者，則此種表現方式，無可厚非，但法條之意旨，乃重在「命其停止或改正其行爲」，因此，上述處分書之第二點命「被處分人不得再為相同或類似之行爲」，才是處分書重點之所在。惟其所謂「不得再為相同或類似之行爲」，是否即發生「命其停止或改正」之效果，以及何種行爲係屬「不停止或改正」而構成得處罰鍰之要件，值得討論。就字面意義而言，「不得再為」，係指不得再有「新行爲」之發生，與「停止」係指中止「舊行爲」之繼續，含義並非相同。因此，命「不得再為相同或類似之行爲」，是否符合法意，即有疑問。其次，

(2)罰鍰之作用，並非在對違法行為加以制裁，而係對不聽糾正予以處罰

第四十一條後段雖有得「按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰」之規定，惟此項罰鍰規定，並非針對事業為違反公平交易法禁止之行為予以制裁，而係對其不遵

上述「不得再為相同或類似之行為」之命題，係緊接處分書主文第一點確認相當具體之個別違法行為，甚至包括其行為發生之時間、地點而來。由於前後行為時間必然不同，因此也不可能有後來發生之新行為與先前發生而有特定時間描述之前行為「相同」。再者，何種行為可認為係屬「類似行為」，亦生疑義。以前舉(82)公處字第003號處分書主文第一點所指出之違法行為內容為例，該違法行為係指被處分人在報紙電影廣告版，刊登映演「推動搖籃的手」電影片之各放映業「早場票價一律80元」，首都戲院部分有虛偽不實情事。換言之，首都戲院在映演「推動搖籃的手」電影片時之早場票價，實際上，並非80元，故被處分人所刊登之電影廣告有虛偽不實情事。以此而論，該主文第二點所謂「不得再為類似虛偽不實及引人錯誤之表示或表徵」，究為何指？如被處分人再次刊登「推動搖籃的手」電影片之廣告上，在首都戲院以外之戲院；或早場票價以外之午場或晚場票價上有虛偽不實情事，是否即屬「類似行為」？又票價以外之有關該電影片之情事，如演員、獲獎、片長等有虛偽不實之表示時，是否亦包括在所謂「類似行為」之概念內？甚至被處分人在其他電影片之廣告上又有關於戲院票價之虛偽不實情事，是否亦包括在「類似行為」之範圍內？凡此，皆屬解釋「類似行為」時所產生之疑義。此外，更為關鍵者，既稱「類似行為」，必然屬於原來行為以外之行為，即屬於一種新行為，則此與法條所稱「命其停止其行為」，指中止原來行為之繼續之意旨是否相符，更有疑問。

基於以上分析，實務上處分書主文命「被處分人不得再為相同或類似之行為」，在解釋上將帶來很大爭議，並且亦不合法條「命其停止或改正其行為」之意旨，因此，能否以被處分人有「再為相同或類似之行為」，而認為其「仍不停止或改正其行為」，因而構成第四十一條後段得處以罰鍰之要件，而加以處罰，誠有問題。

從公平交易委員會之糾正之處罰。蓋其罰鍰，係以「事業違反本法規定，經公平交易委員會限期命其停止或改正其行為，而逾期仍不停止或改正其行為者」為構成要件，亦即以「逾期仍不停止或改正」為關鍵，因此係不聽糾正之處罰規定，藉以強化公平交易委員會行使糾正權之執行效果。此種規定，固能增強公平交易委員會之執法威信，但從另一角度言，公平交易法之中央主管機關對於違反公平交易法之事業，竟然未有直接處罰權限，不能直接處以罰鍰以收制裁警惕之效果，對於執法機關而言，可謂限制了其最有效與最重要之執法工具，對於其執法威信與成效而言，難免構成一種負面作用（註20）。

註20：違反公平交易法規定之事業，經公平交易委員會依第四十一條前段予以糾正，命其停止或改正其行為後，不聽糾正而仍繼續為該違法行為，因而依第四十一條後段予以罰鍰之處罰者，在實務上，亦有案例發生。見公平交易委員會（82）公處字055號處分書（載於公平交易委員會公報第二卷第八期第19頁以下）。該案係兩家建設公司銷售興建於工業用地上之建築物時，在其印製、使用之廣告上，有虛偽不實及引人誤認該建築物可供住宅使用之情事，經公平交易委員會以（82）公處字第014號處分書（載於公平交易委員會公報第二卷第三期第24頁以下），命「被處分人不得再於廣告上或以其他公眾得知之方法（含報紙、雜誌、傳單、海報、說明書、看板等）從事系爭「台北清水灣」「希望工程大園」或與之相同或類似虛偽不實及引人錯誤廣告，表示其在工業區興建之建築物可供住宅使用之表示或表徵」。然被處分人於接獲處分書後，就同一建築物之促銷廣告上，僅將「希望工程大園」改名為「九華大鎮」，並將其中有關樓層「二十二層」文字刪除，其餘廣告海報版面及排列組合與文字內容，均與以前「台北清水灣」及「希望工程大園」為名，被認為有虛偽不實及引人錯誤之廣告仍然相同，因此，認定被處分人並無依公平交易委員會之糾正，停止或改正其違法行為之事實，因而依公平交易法第四十一條後段規定，除再命「被處分人自本處分書送達之次日起應立即停止於廣告上或以其他使公眾得知之方法為虛偽不實及引人錯誤之表示」外，並各處該二家建設公司新台幣三十萬元之罰鍰。

## 2.第四十一條之修正內容

第四十一條之現行條文，使公平交易委員會之執法效果受有限制，已如上述。因此，為使公平交易法之中央主管機關能更有效達成其執法任務，對於違反公平交易法規定之事業，除得予以糾正外，並得直接處以罰鍰以強化其取締及制裁之效果，乃擬將第四十一條條文修正如下：

「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，除本法另有規定外，得處新台幣五十萬元以下罰鍰，並得限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止。」

上述案例，就事業為違反公平交易法規定之行為，經公平交易委員會為糾正之處分後，竟不聽從，仍不停止或改正其違法行為之事實，為強化公平交易委員會之威信，固然應予以罰鍰之處罰，以示警惕。惟在法言法，第四十一條後段科以罰鍰之要件為經「限期」命其停止或改正其行為，而「逾期」仍不停止或改正其行為者。換言之，為命停止或改正其行為之行政處分，其內容必須明白「定出期限」，且其期間之長短必須相當，俾使被處分人明確知悉必須在該期限內，以及能夠在該期限內停止或改正其行為。若法令明定「限期」，而行政處分中未定期限，則難謂其係依法行政，且期限未定者，即表示無期間之限制，從而亦無所謂「逾期」之可言。又法律縱對期限長短未設規定，而賦予行政機關裁量之權，然如行政機關所定期限不明或期間無限，致被處分人無所遵從，則以該裁量為基礎之行政處分，亦為違法。本案例之原處分書（82年公處字第十四號）之主文(二)，僅謂被處分人「不得再」於廣告上或以其他使公眾得知之方法從事系爭或與之相同或類似虛偽不實及引人錯誤廣告，並未明定被處分人應停止或改正其行為之期限，亦即「不得再」並非等於「限期」，因而，此時能否單純以其引人錯誤之廣告行為，已經公平交易委員會命其停止而仍不停止之事實，即認為符合經「限期命其停止或改正其行為，逾期仍不停止或改正其行為」之要件，而得處以罰鍰，頗有疑問。

### 3. 修正條文之說明

(1)修正條文係在現行條文之前段「公平交易委員會對於違反本法規定之事業」下，增加「除本法另有規定外，得處新台幣五十萬元以下罰鍰」等字，即明定公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得直接處以罰鍰。因此，經修正後，將來事業有違反公平交易法所禁止之行爲者，即必須承擔受罰鍰制裁之行政責任。從而違反公平交易法規定之行爲，其性質上，即屬一種「違反秩序行爲」（行政不法行爲）。

(2)公平交易委員會對於違反公平交易法規定之事業，除得直接處以罰鍰外，並得命其停止或改正其行爲，即處罰權與糾正權可以並行，因此可以增強執行效果。此外，對於違法行爲直接處罰之最高罰鍰金額爲新台幣五十萬元，而違法行爲經限期命其停止或改正而逾期仍不停止或改正其行爲者，則最高可處罰鍰新台幣一百萬元，此種罰鍰數額之差距，使被處分人感受其違法行爲經限期命其停止或改正後，如逾期仍繼續而不停止或改正者，將受更高罰鍰之制裁，因此將會促使被處分人遵從糾正之意願，因而可強化糾正之效果。

(3)修正條文中所謂「除本法另有規定外」，係指第四十條、第四十二條已有逕處罰鍰之規定而言。申言之，事業結合應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而爲結合者；或者事業違反多層次傳銷管理辦法之規定者，因現行條文第四十條、第四十二條已有直接處以罰鍰之規定可資適用，無須再援引第四十一條處以罰鍰之必要，故規定「除本法另有規定外」之意旨，即在表明上述本法已另有規定處罰之情事，第四十一條並無適用之餘地。

#### (四)貫徹「先行政後司法」之處理原則

1. 第三十五條及第三十六條對違法行爲處以刑罰之構成要件上，處理原則不同現行公平交易法第三十六條，對於違反第十九條規定之行爲（即妨礙公平競爭之行爲），須經中央主管機關命其停止而不停止時，始處以刑罰。所以有此種「先行政後司法」之處理原則（或稱「附從行政監督之犯罪行爲」）之設計，乃鑑於第十九條所規定之六種情況，即(1)杯葛(2)差別待遇(3)不正當略誘交易相對人(4)不正當迫使不爲競爭或參與結合或聯合(5)不正當獲取營業秘密(6)不正當限制交易相對人之事業活動等，其行爲是否「不正當」或「無正當理由」，以及是否「有妨礙公平競

爭之虞」，須斟酌當事人之市場地位、所屬市場結構、商品特性等市場資料與情況加以判斷，而產業資料與市場情況之調查與掌握，本即屬公平交易委員會之職掌（公平交易法第二十五條第三款），因而該等行為是否違法，宜先由「關於違反本法案件之調查、處分事項」之專責機關，即公平交易委員會（公平交易法第二十五條第四款），加以認定並予以處分，即經其認定確實違反第十九條規定而構成妨礙公平競爭之行為，並因而命其停止其行為而不停止者，其行為人即有非難可責性，而應受刑罰制裁（註21）。

相對地，公平交易法第三十五條則規定，對於違反第十條（獨占事業濫用市場地位之行為）、第十四條（聯合行為）、第二十條（仿冒行為）、或第二十三條第一項（不正當多層次傳銷）之規定者，逕處以刑罰，並無「經中央主管機關命其停止其行為而不停止」之構成要件。立法者所以有此規定，或認為該等行為危害市場競爭秩序之法益相當嚴重；或該行為具有反社會倫理之非難性，因此規定逕處以刑罰者，乃對該等行為定性為犯罪行為之一種評價。立法者此種考量，固非無見，惟與第三十六條「先行政後司法」之立法考量相比較，立法者對犯罪構成要件之處理原則，並非一貫。蓋第三十五條所處罰之行為，尤其事業是否「獨占」及有無「濫用」其市場地位、聯合行為是否「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」（參照公平交易法施行細則第二條）、仿冒行為所侵害之他人商品或服務之表徵，是否為「相關大眾所共知」、以及多層次傳銷參加人取得之佣金、獎金或其他經濟利益，是否主要非基於其所推廣或銷售商品或勞務之「合理市價」等，亦須對產業資料與市場情況有所掌握，始能加以判斷，因此，仍須由平時負有調查及蒐集產業資料與市場情況職掌之公平交易委員會先行介入，較為妥當。基於此種考量，第三十六條既然將處以刑罰之構成要件上，以「先行政後司法」為其處理原則，則第三十五條本於相同之考量亦應採「先行政後司法」之處理原則為當。

2. 避免執法機關同時對同一事實各別認定不同，而影響國家威信

依現行第三十五條之規定，違反第十條（獨占事業濫用市場地位之行為）、第

---

註21：參照廖義男著「公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定」，載於政大法學評論第四十四期，八十年十二月，第333頁以下，第335頁。

十四條（聯合行爲）、第二十條（仿冒行爲）、第二十三條第一項（不正當多層次傳銷）之規定者，即構成犯罪行爲，因此，檢察官依刑事訴訟法第二二八條知有犯罪嫌疑之情事者，即有權利並有義務開始偵查。但另一方面，公平交易委員會之職掌之一，爲「關於違反本法案件之調查、處分事項」（公平交易法第二十五條第四款），因此，公平交易委員會對於違反第十條、第十四條、第二十條、第二十三條第一項規定之事業，亦得進行調查，並依第四十一條予以處分。故依現行法制，對於事業濫用其獨占市場地位之行爲、聯合行爲、仿冒行爲或不正當多層次傳銷，檢察官及公平交易委員會皆得各自同時分別處理之。設如兩個機關對於同一事實是否構成違法，認定不同，即檢察官認定違法而予以起訴，而公平交易委員會卻認定不違法而不予處分；或檢察官認定不違法而不予起訴，而公平交易委員會卻認定違法予以處分，將使當事者之事業及其相關之利害關係人無所適從，並影響執法機關及國家之威信。爲避免兩個機關同時執法而對同一事實認定不同所產生之矛盾與困擾，由法有明定爲違反公平交易法案件之調查、處分事項之專責機關，且負有經常蒐集及掌握各行業及相關市場情報資料職掌之公平交易委員會先行處理，應是妥善之解決方法。

### 3. 刑罰制裁應屬最後不得已之措施

按刑罰係國家對違法行爲用以制裁之最嚴厲手段，依憲法第二十三條所揭示「限制人民自由權利，以有必要者爲限」之意旨而蘊含之「比例原則」，刑罰做制裁手段，應屬最後不得已之措施。申言之，所謂「比例原則」，即國家爲達一定目的而不得不對人民自由權利有所侵害時，如有多種同樣能達成目的之方法者，應選擇對人民權益損害最少者爲之，否則，即超出必要範圍而屬過份，與憲法第二十三條所強調之「必要」意旨有所牴觸。故對人民爲違法行爲而欲加以制裁時，先經處以較輕之處罰手段（如行政罰鍰等）而仍不能達到警惕及嚇阻作用者，始不得已才考慮處以較重及嚴厲之刑罰，即採「先行政後司法」之處理原則，應符合「比例原則」之要求。

### 4. 第三十五條及第三十六條之修正內容

基於上述之分析及理由，爲貫徹「先行政後司法」之處理原則，乃擬將第三十五條及第三十六條，做如下之修正：

第三十五條：「違反第十條第一項、第十四條、第二十條第一項、第二十三條第一項之規定，經中央主管機關處以罰鍰並命其停止或改正其行為而未停止或改正，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金。」

第三十六條：「違反第十九條規定，經中央主管機關處以罰鍰並命其停止或改正其行為而未停止或改正，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬以下罰金。」（註22）

註22：對於上述修正，公平交易委員會內部曾有主張不須更有「處以罰鍰」為條件者，即不聽中央主管機關之糾正，「命其停止或改正其行為而未停止或改正，或停止後再為相同或類似違反行為者」，即處以刑罰，無須考量是否曾受罰鍰之處罰。此種主張，易使刑罰被誤解係強化行政糾正權之制裁後盾，且與第四十一條後段處以罰鍰之構成要件相當，不足以區別及彰顯何以仍須處以刑罰之必要性，此外，未經處以罰鍰，即處以刑罰，似與「比例原則」亦有出入，故此項主張，最後並未被採納。

再者，亦有認為修正條文中有「或改正」等字應予刪除者，即「經中央主管機關處以罰鍰並命其停止其行為而未停止，或停止後再為相同或類似違反行為者」，即處以刑罰，而不應包括「命其改正其行為而未改正」之情形。蓋刑罰之制裁，應係對過去違法行為之處罰，違法行為經命其「停止」其行為而未停止者，則係過去違法行為之繼續，其不聽主管機關之糾正而繼續為違法行為，使違法行為所生侵害法益之作用仍然繼續或擴大，顯現行為人具有社會倫理之非難性，因此應受刑罰之處罰。然而「命改正」則係課以違法者一個新的作為義務，此作為義務之作用，應係在「除去」或「減少」過去違法行為所造成之法益損害，就行政目的之貫徹而言，「經命其改正而不改正」，雖可以「行政罰鍰」處罰之，但刑罰不應用為因不積極除去或減少過去違法行為所造成法益損害之追懲手段，其作用應限於對已發生之違法行為，而造成法益損害之懲罰手段，或因其不停止而造成法益損害之繼續或擴大之制止措施為已足。換言之，違反行政機關「命改正」之作為義務，未積

### 5. 修正條文之說明

(1) 獨占事業濫用其市場地位之行爲、或事業爲聯合行爲、仿冒行爲、不正當多層次傳銷，依修正條文，不再是立即構成應受刑罰制裁之犯罪行爲，而是與妨礙公平競爭行爲一樣，尚須具備兩要件，即：

I、經中央主管機關處以罰鍰；

II、並經中央主管機關命其停止或改正其行爲而未停止或改正，或停止後再爲相同或類似違反行爲。

(2) 上述所謂「經中央主管機關處以罰鍰並命其停止或改正其行爲」，係指公平交易委員會依修正後第四十一條前段，對於爲該等行爲而違反公平交易法規定之事業，處以罰鍰，並命其停止或改正其行爲而言。換言之，公平交易委員會對爲該等違法行爲之事業，曾以行政罰鍰予以處罰及警惕，並加以糾正，命其停止或改正該等違法行爲。

(3) 「經處以罰鍰並命其停止或改正其行爲而未停止或改正者」，即表示行政罰鍰並未達成其警惕與嚇阻之作用，且「命其停止或改正其行爲」之處分亦未能有效發生糾正之效果，亦即行爲人任令其領導管理之事業繼續爲違法行爲侵害同業競爭者或交易相對人之權益及妨礙市場競爭秩序，顯現行爲人具有反社會倫理之非難性，且曾施加之行政罰鍰既然不能有效達成其警惕與嚇阻之效果，則在制裁手段上，即應考慮以更嚴厲之刑罰爲其處罰措施，俾能有效發揮其嚇阻作用，因此，行爲人在此種情況下，即應受刑罰之制裁。另一方面，行爲人，即實際決定事業行爲之事業負責人（事業爲法人者，爲法人機關之董事、監察人及經理，即有代表或代理法人事業權限之自然人；事業爲非法人者，在「獨資或合夥之工商行號」，即爲獨資之出資人及合夥之合夥人；在「其他提供商品或服務從事交易之人或團體」，即指

---

極以新行爲除去或減少過去違法行爲所造成之法益損害，是否即有刑罰非難性，頗有疑問。雖有此疑慮，然公平交易委員會多數委員認爲配合公平交易法第四十一條之糾正措施，包括「命其停止或改正」，以及貫徹行政監督之目的，修正條文中仍應包括「或改正」等字。

實際為該交易行為之人或該團體依其組織章程有代表或代理權之人) (註23)，依第三十五條、第三十六條受刑罰制裁，並不影響公平交易委員會依第四十一條後段處以罰鍰，並繼續限期命為違反公平交易法規定之事業停止或改正其行為。蓋公平交易委員會對於事業逾期仍不停止或改正其行為，而處以罰鍰者，係在貫徹其糾正權之行使，即對事業不聽糾正之一種處罰，且其處罰對象為事業；而依第三十五條及第三十六條處罰之對象則為事業負責人，且其處以刑罰，係以事業負責人居於事業之機關或代表人或代理人之地位，執行其職務或為事業之利益為行為時，即應遵守法律所課予事業之義務，如其不遵守，致使事業違反公平交易法之禁止規定而構成違法行為者，因該不遵守，係由於事業之機關或有代表權或代理權之事業負責人之意思決定，故該等事業負責人必須為其不遵守法律規定，即違反公平交易法禁止規定之意思決定及行為負責。如該違法行為造成重大法益之侵害，經主管機關處以罰鍰並命其停止或改正其行為而仍未停止或改正者，即顯現該等事業負責人任令其所領導管理之事業繼續為違法行為侵害法益，而具有社會倫理之非難性與刑罰可責性。故第三十五條、第三十六條與第四十一條之處罰，兩者之處罰主體、及處罰目的及性質皆有不同，因此可以併罰。

(4)所謂「停止後再為相同或類似違反行為」，係指事業有濫用其獨占市場地位之行為、或為聯合行為、仿冒行為、不正當多層次傳銷、或為妨礙公平競爭之行為，經公平交易委員會處以罰鍰並命其停止該行為後，雖事業遵從此糾正而曾停止，然又故態復萌，再為相同或類似違法行為而言。所謂「再為相同違反行為」，指事業重覆為同一違反行為。例如，獨占事業違反第十條第一項第二款規定，對商品之價格為不當之決定，經公平交易委員會處以罰鍰並命其停止該行為後，該事業因而將該商品之價格調低，但不久，既非反映市場供需之變動，亦無其他合理之理由，又將該商品以原來被認為不當之價格，甚至更高之價格販售。所謂「再為類似違反行為」，指事業再為與原來違法行為類似之同一型態及性質之違法行為。例如，事業利用其在 A 商品具有優勢之市場地位，搭售 B 商品，要求其交易相對人一併購買

---

註23：參照廖義男著「公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定」，載於政大法學

評論，第四十四期，第336頁。

，此種搭售行為經公平交易委員會認為違反公平交易法第十九條第六款之規定，處以罰鍰並命其停止該搭售行為後，該事業雖停止 B 商品與 A 商品之搭售，但無正當理由，卻又將另外 C 商品與 A 商品搭售，致妨礙公平競爭。此時因非原來之 B 商品與 A 商品搭售，故非屬相同行為，但因與原來利用 A 商品市場地位之違法搭售行為同一型態與性質，因此應可認為係屬類似行為。「停止後再為相同或類似違反行為」所以應受刑罰制裁，乃因行為人所領導與管理之事業先前所為之違法行為，已經受罰鍰之處罰並命停止，但停止後竟再為相同或類似違反行為，表示行為人不知悔改而有社會倫理之非難可責性，並且也顯示罰鍰之制裁手段並不能達成其警惕與嚇阻之作用，而須以更嚴厲之刑罰手段加以處罰以達嚇阻之效果。

再者，「再為相同或類似違反行為」，事實上是為一個新行為，因此，為避免其認定失之浮濫而逕處以刑罰，有違「先行政後司法」之處理原則，故其解釋與認定，應嚴謹為之。例如，獨占事業就 A 商品為不當之價格決定，經認定違法處以罰鍰並命停止後，該獨占事業不再就 A 商品價格為不當之決定，卻另對 B 商品抬高價格，此時 B 商品之價格縱令過高，屬於不當之決定，並不能認為係「再為相同或類似違反行為」，因 B 商品與 A 商品並非同一市場，仍應視該事業對 B 商品所居之市場地位而定，因此，宜解為係一個與原來利用 A 商品之市場地位而為價格不當決定之違法行為並非相同或類似之新行為。同理，同一事業曾利用其在 A 商品之市場地位搭售 B 商品而被認為違法，經處以罰鍰並命停止後，如又利用另外 D 商品之市場地位搭售 B 商品或其他商品，則因利用之被搭售 D 商品與 A 商品並非同一，故其搭售行為是否當然違法，仍應重新認定，因此亦不能解為係原來利用 A 商品市場地位為違法搭售行為之相同或類似行為。

#### (五)損害他人營業信譽之行為改為告訴乃論並加重其刑

##### 1.公平交易法第三十七條之處罰規定與刑法第三一〇條及第三一三條有競合關係

公平交易法第二十二條規定：「事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事」。違反此條規定者，依同法第三十七條，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。而刑法第三一〇條第

一項及第二項則規定：「意圖散布於衆，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，爲誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」。此外，刑法第三一三條並規定：「散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金」。故公平交易法第三十七條之處罰規定，其構成要件(1)陳述或散布不實情事(2)損害他人營業信譽，與刑法第三一〇條之誹謗罪及第三一三條之妨害信用罪相當，有發生競合之可能。

### 2. 從重處罰，但必須告訴乃論

公平交易法第三十七條之最重本刑爲「一年以下有期徒刑」，而刑法第三一〇條第二項及第三一三條之最重本刑則爲「二年以下有期徒刑」，依公平交易法第三十九條規定：「前四條之處罰，其他法律有較重之規定者，從其規定」，因此，構成公平交易法所禁止之損害他人營業信譽之行爲，依「從重處罰」之原則，應依刑法第三一〇條第二項或第三一三條論處，惟刑法妨害名譽及信用罪章之罪，須告訴乃論（刑法第三一四條），而公平交易法第三十七條則非告訴乃論之罪，因此，法條之適用上產生困擾。申言之，事業有爲競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事者，檢察官能否不待被害人之告訴，直接對於陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事之事業從業人員，以及授意爲該行爲或明知其所屬從業人員爲該不實情事之陳述或散布而竟默示同意或放任其行爲之事業負責人逕行起訴？就公平交易法之規定而言，似非不可，惟就整體刑罰體系而言，同一違法構成要件而規定刑罰較重之行爲，須告訴乃論；規定刑罰較輕之行爲，卻無須告訴乃論，而使刑法在處理法條競合關係所適用之「從重處罰」原則能否適用，繫屬於被害人是否告訴而被左右，並非妥適。

### 3. 特別法處罰較輕，適用餘地有限

按公平交易法第三十七條所處罰之損害他人營業信譽之行爲，須事業有「爲競爭之目的」，即行爲人所領導及管理之事業，與營業信譽被損害之他人之間有競爭關係存在，故其構成要件，相較於刑法第三一〇條之誹謗罪或第三一三條之妨害信用罪較爲特殊而居於「特別法」之地位。具體事實同時符合普通法與特別法之構成要件者，依特別法優先普通法適用之原則，理應適用特別法。惟因公平交易法第三

十七條規定之處罰較刑法第三一〇條第二項及第三一三條規定為輕，而公平交易法第三十八條亦明文其他法律有較重處罰之規定者，從其規定，故發生法條競合之情形時，適用處罰之條文係刑法而非公平交易法，從而公平交易法對於事業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，雖特別規定對其行為人處以刑罰之規定，然依從重處罰之原則，其適用可能極其有限。

#### 4.第三十七條之修正內容

依據上述分析，如公平交易法第三十七條之處罰規定有特別規定之必要，並要使其真能被適用，則要修正提高其刑度，且配合刑法對屬於侵害個人法益性質濃厚之誹謗罪及妨害信用罪係採告訴乃論，因此，同其性質之損害他人營業信譽之行為之刑罰，亦應採告訴乃論。故公平交易法第三十七條擬修正如下：

「違反第二十二條之規定者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。

前項之罪，須告訴乃論。」

#### 5.修正條文之說明

(1)公平交易法第三十七條之修正，係配合刑法誹謗罪與妨害信用罪有關刑度與告訴乃論之規定而為。由於誹謗罪與妨害信用罪，並未有所謂「先行政後司法」之處理原則，故公平交易法第三十七條對於損害他人營業信譽行為之處罰，亦不採「先行政後司法」之處理原則，而規定逕處以刑罰。此與擬修正之第三十五條與第三十六條之處罰原則，有所不同。

(2)公平交易法第三十七條之處罰，改為告訴乃論之後，並不影響公平交易委員會依第四十一條處以罰鍰及命其停止或改正之行使。蓋告訴乃論僅係對處以刑罰之犯罪行為之追訴要件，而在處以行政罰鍰及行政糾正權行使對象之行政不法行為（違反秩序行為），則無所謂告訴乃論之問題。因此，縱無被害人之告訴，公平交易委員會本於其維護市場公平競爭之任務，亦得依職權對於為競爭目的而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事之事業，依修正後之第四十一條逕處以罰鍰並命其停止或改正其行為。

#### (六)修正條文自公布日施行

公平交易法第四十九條規定：「本法自公布後一年施行」。當時所以未如通常

法律體例規定自公布後施行，而規定「公布後一年施行」，乃因本法係屬新創，在施行前應讓受規範之對象事業周知其規範內容而能所適應與調整。此外，執行本法之中央主管機關，即公平交易委員會尚待設置，同時執行本法之相關產業資料亦待建立，故規定公布後一年始正式施行，即在給予一年之準備期間。惟今日公平交易法已施行快近二年，其條文如有修正，並不須再自公布後一年施行，而可自公布日施行，故第四十九條之條文乃修正另增第二項規定：「本法修正條文自公布日施行」。

### 叁、其他曾討論而未修正之條文

公平交易委員會此次提出之修正條文，計有第十條第二項、第十一條第二項、第十五條、第十七條、第三十五條、第三十六條、第三十七條、第四十一條、第四十九條，並增訂第十四條之一、第十七條之一，共計十一條，已如前述。惟在修法過程中，在上述條文之外，對其他條文應否修正，亦曾一併討論，但基於各種不同因素之考量，認為暫不列入此次修正案為宜。其詳如下：

#### 一、第十八條關於限制轉售價格之規範

##### (一)擬修正之理由

公平交易法第十八條規定：「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。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。」

上述規定，認為應修正之處有二：

##### 1. 將限制轉售價格之約定，明定為「不得為」之禁止行為

現行法第十八條之規範方式，僅規定限制轉售價格之約定無效。與其他法條如第十、十四、十九、二十、二十一、二十二、二十三、二十四等條皆規定事業「不得為」之行為之規範方式不同。立法者似僅就其行為之民事法效力加以規定，至於有無意含事業就該行為亦存有「不作為之行政義務」，亦即該條可否解為行政法上

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。因此，為有效規範限制轉售價格行為，明確表明該行為係禁止之行為，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，修正為：「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為，係「不得為」之禁止行為。

## 2. 刪除但書之例外規定，並廢止第二項日常用品之公告

現行法對於限制轉售價格之行為，設有例外得容許合法有效存在之情形，即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，其轉售價格之約定，得為合法有效（第十八條第一項但書）。而一般消費者之日常用品，是否有同種類商品在市場上可為自由競爭，則由中央主管機關公告之（第十八條第二項）。按限制轉售價格之立法政策，外國之立法趨勢漸趨嚴格，採禁止原則，少有例外，因此我國公平交易法第十八條第一項但書之規定，與多數先進國家之立法趨勢相背。且依據一年多之執法經驗顯示，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。故有必要將該但書規定刪除，從而第二項有關日常用品之公告規定亦無必要而應併同刪除。

### (二) 不修正之理由

上述擬修正第十八條之理由，固然言之成理，但基於下列原因，暫不考慮修正之：

1. 公平交易法第十八條之規範方式，雖未明確表明係「禁止規定」，但實務上，公平交易委員會在衆多個案之處分書（81公處字第009、010、011、012、013、040、042、046、048、056號；82公處字第032號）中，皆以之為禁止規定，而依第四十一條命其停止或改正其行為，迄今尚無人對此作法做為不服之理由而提起訴願，故現行規定，在實務之解釋及運作上，已達到禁止之作用，因而無須修改。

2. 外國立法趨勢，對限制轉售價格制度，漸採從嚴政策，固然應密切注意，惟仍需再多做觀察，而公平交易委員會現階段並未對第十八條第二項所規定「日常用品」加以公告，亦即尚無第十八條第一項但書所稱「有同種類商品在市場上可為自由競爭之一般消費者之日常用品」，因而其實際效果與無該條但書之情形並無兩異，故目前亦無須急於刪除第十八條第一項但書及第二項規定之必要。

## 二、第十九條第五款關於營業秘密保護之規範

### (一)擬修正之理由

公平交易法第十九條第五款規定，事業不得以脅迫、利誘或其他不正當之方法，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，而有妨礙公平競爭之虞。違反該條款規定，經中央主管機關命其停止其行爲而不停止者，依第三十六條之規定，行爲人處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。

上述規定，認爲應修正之理由如下：

1.以脅迫、利誘或其他不正當之方法，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，其行爲本身即具有社會倫理之非難可責性，即應受刑罰之制裁，而不須再以「有妨礙公平競爭之虞」爲其不法之可責條件，因此，關於侵害營業秘密之行爲，與第十九條其他各款規範之不公平競爭行爲，重視有無妨礙公平競爭之情形不同，不宜同列於第十九條，而應列專條予以規範。

2.以脅迫、利誘或其他不正當之方法，獲取他事業之營業秘密時，對他事業而言，已構成侵害，惟此侵害行爲，依現行條文，尚不構成可處罰之行爲，依第三十六條規定，須「經中央主管機關命其停止其行爲而不停止」，始構成應受刑罰制裁之犯罪行爲，此種規定，使第十九條第五款禁止侵害他事業營業秘密之規定，形同具文。蓋以不正當方法獲取他事業之營業秘密者，事實上已獲知他人之營業秘密，此時經中央主管機關命其停止其行爲，並即停止者，則無罪責之可言，不啻使人無視於第十九條第五款之禁止規定，先獲取他事業之營業秘密，探得他人之產銷及技術等機密，掌握他人營業底細後，俟主管機關命其停止其行爲時，再行停止不遲。此外，現行條文僅對於不正當之「獲取」行爲，加以規範，對於以不正當方法而獲取之他事業營業秘密，加以「公開」或「使用」之行爲，是否亦受禁止，並無明文，此亦爲現行條文有缺陷之處，凡此皆有必要修法加以補正。

### (二)不修正之理由

現行條文關於營業秘密之保護，固然有其不週全之處，但基於下列原因之考量，暫不考慮修正之：

1. 侵害他事業之營業秘密，僅是公平交易法所規範不公平競爭行為之類型之一，故以一款加以規範。如要週全保護營業秘密，宜設專法，有體系對營業秘密之概念、營業秘密侵害之類型、侵害營業秘密所生民事、行政與刑事責任，營業秘密之保護與其他無體財產權保護之關連性、營業秘密侵害之司法救濟途徑等一一詳細規定始能克盡其功，並非修正公平交易法二、三條文即可達此目的。

2. 針對現行有關營業秘密保護規定之缺失有所修正時，牽動之條文不僅是第十九條、第三十六條，尚須增訂若干條文，其結果不僅使本次修正條文比重增加，而且可能牽動第十九條其他各款規定之檢討。而第十九條各款規定，為公平交易法規範妨礙公平競爭行為之最重要條文，在施行初期，應就現行條文詳加闡明，力求安定，因此在不宜輕易變動第十九條整個條文之考量下，對於其中第五款有關營業秘密侵害之規範及其相關規定，乃暫不列入修正範圍。

### 三、第二十三條第一項關於不正當多層次傳銷定義之規定

#### (一) 擬修正之理由

公平交易法第二十三條第一項規定：「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」。此條項係對不正當多層次傳銷之定義規定，乃劃清合法正當之多層次傳銷與非法不正當多層次傳銷界線之重要規定。惟該條項規定中，何謂「主要」以及「合理市價」，未臻明確，以致如何辨識多層次傳銷為正當或不正當，即難有明確準則，不僅影響當事人權益，且使法之執行易生爭議與困難，故有修正之必要。

#### (二) 不修正之理由

不正當多層次傳銷之定義，縱有不盡周延明確之處，但其可透過具體個案處理經驗之累積以及行政解釋，予以釋明澄清，因此不須急於此刻修正。將來隨案例累積而逐漸建立之辨識準則確立後，自可將此確立之辨識準則納入條文而修正之。

## 肆、結語

法律能否有效達成其原來制定之目的，以及是否符合社會現實之需要，應歷經一段執法期間之驗證。公平交易法自開始施行迄今，雖不及二年，但此段執法期間已發現現行若干條文，在執行上有窒礙難行、或不能因應工商活動之需要、或不能有效發揮執法成效等缺失，而有修正或增訂之必要者。為使公平交易之法制更臻健全及執法順利，公平交易委員會在歷經其修法小組十三次會議、其間並多次召開修法專題會議及座談會廣徵學術機構、有關行政機關、工商團體、學者、專家對修法之意見，最後提出十一條修正草案條文，包含五個修正重點，即(1)廢止獨占事業與市場占有率達五分之一事業之公告制度。(2)增列聯合行為例外情形之規定與容許農工商團體為防止不公平競爭之自律公約。(3)賦予公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得逕處以罰鍰。(4)貫徹「先行政後司法」之處理原則。(5)損害他人營業信譽之行爲改為告訴乃論並加重其刑。綜觀此次修法內容，雖然未必改進公平交易法現行條文所有之缺失，但至少可以除去當前若干執法上之困擾與制度設計缺失所形成之障礙，因此，此次修法如能順利完成，將使公平交易法更為健全，而更能有效達成其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立法目的。