

《公平交易季刊》  
第九卷第二期(90/04)，頁 13-36  
◎行政院公平交易委員會

# 公平交易法第三十五條、三十六條刑事處罰 與第四十一條行政處分的比較 ——以我國實務運作為中心

謝杞森\*

## 摘要

公平交易法於民國 88 年 2 月 3 日修法前僅第三十六條針對違反第十九條規定時採用所謂「先行政後司法」，即違法者經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，始對行為人處以徒刑或罰金的刑事責任。修法後，於第三十五條亦增加對違反獨占濫用（第十條）、聯合行為（第十四條）與仿冒（第二十條第一項）的規定亦採取「先行政後司法」的手段。同時在第三十五條與第三十六條修正文中均增加「…或停止後再為相同或類似違反行為者，…」之文字，而第四十一條則未增加相同之文字。

雖然是短短的十幾個字，但卻引起相當大的爭議。何謂「相同行為」？何謂「類似行為」？是否因其行為係屬限制競爭的行為或不正競爭的行為而有不同的認定標準？而第四十一條修正時未增加相同之文字，究竟是立法的疏漏或有意加以區別？若是立法的疏漏，則應該如何解讀第四十一條的規定？將攸關業者巨大之權益。蓋公平交易委會在民國 88 年提案修法時為了保有嚇阻的效果，採取窮化違法者的手段，即將刑事罰金之最

\* 作者曾任公平交易委員會副主任委員室機要秘書、第三處第一科科長  
現職：真理大學財經法律學系專任助理教授

\*\*感謝本文審稿委員提供寶貴意見，使本文得以更完整。惟本文倘仍有誤，當由筆者自負文責。

高金額提高到新台幣一億元，行政罰鍰的最高金額則提高到初犯新台幣二千五百萬元、不改正時罰新台幣五千萬元。

本文先從公平交易法第三十五條與第三十六條的刑事處罰與刑法連續犯及累犯的概念作一釐清，並將公平交易法第四十一條行政處分不同於一般行政的特色加以說明，最後將「先行政後司法」作一檢討，祈能對我國公平交易法的實務運作有所幫助。

## 壹、前言

由於公平交易法中存在著諸多「不確定法律概念」，為了避免業者因不夠了解其內涵與精神而招致刑事責任上身，故而主管機關公平交易委員會在民國八十八年提案修法時，擴大採取「先行政後司法」（亦有稱為「先行政後刑事」）<sup>1</sup>的適用範圍。同時為了保有嚇阻的效果，也採取了窮化違法者的手段，亦即將刑事罰金之最高金額提高到新台幣一億元，行政罰鍰的最高金額則提高到初犯新台幣二千五百萬元、不改正時罰新台幣五千萬元。此種高額度的罰金罰鍰在我國法中雖非絕無僅有（如犯罪組織條例），但也不多見，對業者生存權的影響不可謂不大。

公平交易法於民國 88 年 2 月 3 日修法前僅第三十六條針對違反第十九條規定時採用所謂「先行政後司法」，即違法者經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，始對行為人處以徒刑或罰金的刑事責任。修法後，於第三十五條亦增加對違反獨占濫用（第十條）、聯合行為（第十四條）與仿冒（第二十條第一項）的規定亦採取「先行政後司法」的手段。同時在第三十五條與第三十六條修正文中均增加「…或停止後再為相同或類似違反行為者，…」之文字，而第四十一條則未增加相同之文字。

雖然是短短的十幾個字，但卻引起相當大的爭議。何謂「相同行為」？何謂「類似行為」？是否因其行為係屬限制競爭的行為或不正競爭的行為而有不同的認定標準？而第四十一條修正時未增加相同之文字，究竟是立法的疏漏或有意加以區別？若是立法的疏漏，則應該如何解讀第四十一條的規定？

## 貳、公平交易法第三十五條與第三十六條的刑事處罰

### 一、與刑法連續犯及累犯概念的差異

<sup>1</sup> 所謂「先行政後司法」就我國公平交易法嚴格而言應係「先行政後刑法」，不包括民法。廖義男教授將「先行政後司法」稱為「附從行政監督之犯罪行為」，見氏著，公平交易法之理論與立法，民國 84 年 10 月初版，第 324 頁。有關「先行政後司法」的相關概念與進一步說明，請參閱許玉秀，「水污染防治法的制裁構造……環境犯罪構成要件的評析」一文中對「犯罪構成要件的行政從屬性（Verwaltungsakzessorietat）」的介紹，政大法律評論第 45 期，民國 81 年 6 月，第 193 頁與第 199 頁以下。

公平交易法修法前（以下簡稱舊法）第三十六條雖採「先行政後司法」，但僅規定經命停止其行為而不停止時處行為人二年以下有期徒刑。所謂「應停止其行為而不停止」，從文義解釋以及與舊法第四十一條條文對照來看，應係指同一行為雖經命停止但卻不停止而一直在持續中。若該行為已完成，時隔一段時間（不論長短）再為相同性質的行為時，已屬另一違法行為。除非行為人基於「一個概括的犯意」連續實施「數個」犯罪行為，否則亦不成立刑法上的連續犯，而仍應屬數罪並罰。

在公平交易法上所欲規範之對象為事業而非一般自然人，雖然公平交易法第二條第四款之事業也包括自然人，因此在理論上公平交易法第三十五、三十六、三十七條以「行為人」為處罰對象時仍有連續犯適用之可能性，但是實務上在「限制競爭」領域中，極少會有自然人的「行為人」會基於「一個概括犯意」來作連續數個「限制競爭」的違法行為，例如「行為人」先後分別與數個交易相對人簽訂區域經銷契約或專利授權契約而違反第十九條第六款規定時（獨占濫用、聯合行為或第十九條第一、二、三、四款亦同），若非將其合併作為一個行為來評價，即是當作數個行為分別加以處罰，很難以具有「一個概括犯意」來認定成立連續犯，而且此一刑事法上連續犯之認定，屬於法官的權限，不可能由公平交易委員會來認定，況且定位為行政機關的公平交易委員會對此一先後出現的數行為必以每一行為均違法而分別處理（即便是寫在同一處分書上），又如何由公平交易委員會來認定該行為人成立連續犯？即便是倫理非難性極高的第二十條的仿冒，在行為人仿冒他人商品，而該仿冒之商品包括服飾、襪子、鞋子、帽子時，也只成立一個仿冒行為來加以非難，而非成立仿冒的連續犯。更何況公平交易法本欲課以法人事業刑事責任，但因法人無從課以徒刑，故轉而課以為行為的行為人徒刑，此種做法在刑法學說上固屬通說，但是否妥當，亦遭受不少學者批判，更遑論自然人的「一個概括的犯意」而連續實施「數個」犯罪行為可以視為法人的犯意與行為。

因此，所剩者僅公平交易法第十九條第五款與第二十二條的不當獲取他人營業秘密及損害他人營業信譽行為始有連續犯適用之可能，此二種情形本即具有高度倫理非難性（與市場力「market power」無關），且一定要有自然人才可能犯之，此時就有可能出現基於「一個概括犯意」為之而成立連續犯，但此種犯罪在傳統刑法本即應加以規範，而非留待行政機關的公平交易委員會來「先行政後司法」。因此，有關競爭之行為在實際生活上很難成立連續犯，惟是否會成立連續犯，仍需視其行

為特性來認定。

至於是是否有累犯之適用？若同一行為人利用事業一再地違反公平交易法，而符合刑法第四十七條累犯之要件時，該行為人（自然人）亦不排除有累犯之適用而加重本刑至二分之一。倘前後違法者均係同一事業（尤其是法人）但行為人前後不同時，自無累犯之適用，蓋無法對法人宣告徒刑，而適用累犯的規定加重其刑。

既然法律上承認法人有獨立的人格，可科以刑責，但卻又同時將代表法人行為的自然人處以徒刑，在學說上不無爭議。雖然刑法學者通說認為法人亦有犯罪能力，惟不論連續犯或累犯均只發生在自然人身上，蓋法人本身並無連續概括犯意的「犯罪意思能力」，但在處罰時卻每次均科以罰金（公平交易法第三十八條），而非以刑法第五十六條加重其刑二分之一來論處。

實務上，在台北市捷運工程局在前後兩次對不同事業之不同工程綁標而被檢舉違反公平交易法案件中，捷運工程局第二次被公平交易委員會認定又違反公平交易法第十九條無正當理由差別待遇而依舊法第四十一條後段以未改正其行為為由處五十萬元罰鍰<sup>2</sup>。由於係引用第四十一條後段處罰鍰而並未依同法第三十六條命停止之，故無刑事訴訟法第二百四十一條：「公務員因執行職務，知有犯罪嫌疑者，應為告發。」規定將該案移送（應係告發）地檢署偵辦之問題。顯然在該案中公平交易委員會擴張解釋「未改正其行為」之「其行為」的範圍，即認為包括事後相同或類似之另一行為。但行政院卻於八十七訴字第〇八三五五號訴願決定書撤銷公平會上述對台北市捷運局之罰鍰處分乙案，其撤銷理由即質疑公平會對第四十一條後段（舊法）之適用要件是否合致<sup>3</sup>。更遑論舊法第三十六條刑責之適用（該條舊法只適用於「命停止而不停止」，不包括「命改正而不改正」）。

今修法後（以下簡稱新法）第三十五條與第三十六條規定，對「停止後再為相同或類似違反行為者」將處以刑罰，亦即依新法規定欲進入刑事責任的適用時，只要嗣後「類似」行為一再出現即一再地有刑責的侍候，即第一次先行政，第二次的類似行為即適用刑責，第三次、第四次、……等等的類似行為全適用刑責，而不是第三次先行政，第四次才刑事，而這第三次、第四次、第五次、第六次……等等的

<sup>2</sup> 參公平交易委員會（86）公處字第040號處分書，公平交易委員會公報第6卷第4期，民國86年4月30日，第2頁。

<sup>3</sup> 參閱行政院公平交易委員會公報第6卷第7期，民國86年7月31日，第67頁。

類似行為有可能是不同類型的類似行為，例如產品不同而違法手段相同，或產品相同而交易對象不同且時間先後不同，而時間的不同又可區分為緊接的隔天與五年後行為手段相同但交易對象不同……等等不一而足，此顯然已違反刑事違法行為明確原則。

因此，公平交易法第三十五、三十六條所謂「停止後再為相同或類似違反行為者，……」應係表示行為人停止後再為的行為是另一個犯意的行為而不是基於「一個概括犯意」的行為，與刑法上連續犯的定義不同。又刑法上之累犯必須是受有期徒刑執行完畢五年內再犯有期徒刑以上之罪才成立累犯（刑法第四十七條），公平交易委員會在第一次「先行政後司法」時，其第一次是行政罰鍰，並未曾有「有期徒刑」之執行，自不可能成立刑法之累犯，除非第一次經公平交易委員會命停止後，第二次、第三次、第四次、第五次、……，經徒刑執行後每次都在五年內一再違法，才會成立刑法第四十七條的累犯。倘若行政罰欲借用刑法累犯之概念，在第二次、第三次、第四次、第五次、……等等的行政罰鍰時加重處罰，只要依公平交易法第四十一條前段法律所賦予主管機關處罰裁量權限範圍內逐次加重並於理由中說明即可，殊無借用刑法累犯概念之必要。倘欲仿刑法第四十七條累犯有一總則性規定時，自應於公平交易法或行政執行法中另明定之，而非以類推之方式處理。因此，所謂「停止後再為相同或類似違反行為者」之概念純為行政違法行為之理念，與刑法連續犯、累犯的刑事行為的本質有極大差異。

## 二、同一事業前後違法行為之不同行為人的責任不同顯不合理

舊法第三十五條、第三十六條所規定「行為人」的意義與範圍，實務該如何適用，本即存在極大之爭議。新法增訂「停止後再為相同或類似違反行為者」之規定，使得同一事業前後行為人不同時，其刑責之認定更加複雜。

依新法增訂文字之文義解釋，第二次的類似行為即適用刑責，第三次、第四次、……等等的類似行為全適用刑責，而不是第三次先行政，第四次才刑事，而這第三次、第四次、第五次、第六次……等等的類似行為，均由事業後行為的新行為人負擔刑事責任，即便每一次的行為人都不同時亦無緩衝之機會，因此所謂先行政後司法實際上只是給事業第一次緩衝之機會，不給第二次以後的新行為人緩衝機會。

原為行為人的公司負責人換人時，新負責人仍繼續為之而不停止，或停止後新

負責人再為相同或類似行為時，這原本都屬於事業（法人）的責任，但卻由自然人的新負責人或行為人負擔（尤其只是單純執行的行為人），而第一次為違法行為之行為人因先行政後司法之關係而免於刑事責任之追究，但同一事業第二次以後之另一行為人卻必須承擔前行為人所種下的因。要知，刑法上所謂犯罪的「故意」乃是主觀上之「知」與「欲」，前行為人的「知」與「欲」又如何由後行為人主觀上的「知」與「欲」來涵蓋或承受？每個自然人主觀上的「知」與「欲」不同，因此刑法上自然人的犯罪只有共犯的問題（即便是相續的共犯也是各自負責），並不存在一人的刑事責任由另一人來承受的問題。但公平交易法但卻因透過同一事業（或法人）的前後違法行為，使前後不同之行為人一無刑責而一有刑責，其不合理之處，不言可喻。

### 三、新法將先行政後司法擴大適用於仿冒與聯合行為的不當

先行政後司法在舊法三十六條規定只侷限於第十九條之適用，尚稱允當。蓋限制競爭中事業市場力可能因外在環境經常變動而有不確定性，並非事業本身自己所能掌握，加上第十九條各款語多「正當」、「不正當」，因此採用先行政後司法有其相當程度的意義。修法時，將其擴大適用於獨占事業尚可贊同，蓋是否會被認定為獨占事業有時仍決定於外在客觀市場環境的變動，加上修法時將獨占公告廢除，何時會被認定有第十條第四款之適用，確實令人擔憂。

在我國水平聯合行為是為「當然違法」行為，並無「合理原則」的適用。既然如此明確，又何有先行政後司法適用之必要。修法後聯合圍標的行為第一次也必須先行政第二次才司法，若第二次以後的相同或類似行為涉及刑責從嚴解釋而縮小範圍時，恐難有適用刑責的機會。尤其政府採購法實施前的聯合圍標行為其行為人被判無罪，法人亦不能依公平交易法第三十八條科以罰金，其不合理實不言可喻。倘認為此種經濟秩序直接由檢察官偵辦不妥，似可考慮採用日本獨占禁止法賦予其公平交易委員會「專屬告發權」的制度，予以緩衝。

在不正競爭領域中雖亦有不確定法律概念存在，但其仿冒行為具有倫理非難性，何種程度會構成仿冒是判斷的問題，與不確定的市場狀況不能同日而語。是否構成仿冒，獨任法官一人即可作判斷，但瞬息萬變的市場狀況不是檢察官或法官一人有能力作調查分析，必須主管機關投入相當人力作市場調查分析，再由專業的委員作

競爭政策考量後始作成妥適的決議。否則與智慧財產權相關的法律，商標法、專利法、著作權法、積體電路布局布局保護法等在何種程度會構成違法亦具有不確定性，是否均應改為先行政後司法，這恐怕也難令人接受。

## 參、公平交易法第四十一條的行政處分

### 一、行政「秩序罰」與行政「執行罰」在公平交易法的適用

行政處分可分為下命處分、形成處分與確認處分。下命處分有執行的問題，形成處分與確認處分則否。下命處分指的是課與相對人特定作為、不作為或忍受義務的行政處分，其特色是具行政執行法的重要功能，即遇相對人不履行義務時，行政機關自身即得以該下命處分為執行名義，據以強制執行<sup>4</sup>。

行政法的觀念不同於刑法，蓋刑法乃對過去行為的追懲，並無對未來課以一定行為或作為的義務；然而行政法除有對過去行為的懲罰外，並有可能同時課以人民未來有「一定之作為」或「一定之不作為」的義務。

例如任意棄置廢棄物時被環保機關開單罰鍰處分，即是對過去違反行政義務的棄置行為所作的懲罰，屬行政「秩序罰」，此時被處分人即負有在相當時間內（視廢棄物的大小而定）清除該廢棄物的一定作為義務（亦即不代表被處分人被罰鍰後即可了事），毋庸環保機關另外作成命其改正（因行為已完成，無從停止）的下命處分。若在該相當時間內仍未清除，表示被處分人未盡清除該廢棄物的一定作為義務，其對環境污染與健康危害之狀態仍持續存在，環保機關再度前往檢視而發現仍未清除時，其不作為將被視為另一行為而再處以罰鍰（此時亦有可能由環保機關「代執行」清除後，向行為人請求給付清除所需之費用），直至其盡清除該廢棄物的一定作為義務止。此與隔日再棄置另一新的廢棄物的新行為而被處分不同，此一新的棄置廢棄物的行為即出現與前一棄置行為同樣的行政法上之義務，倘法律有明文對同一行為人的第二次以後的任意棄置廢棄物行為有加重處罰規定時，在法律授權範圍內自得裁量加重（當然不得違反比例原則），雖然法律並未明文規定限於「相同或類似」之棄置廢棄物行為始加重處罰，但其重點在於任意棄置行為造成之危害（或

<sup>4</sup> 許宗力，行政處分。收編於翁岳生編，行政法第十一章，第 555 頁至 556 頁，1998 年 7 月一版二刷。

有危害之虞）將被處分與禁止，至於是以外卡車載運廢棄物至野外傾倒或以人工手拿任意棄置路旁或以其他方式為之，其違反行政法上義務的本質並無不同，自得加重處分；反之，若法律無明文規定第二次以後之違法行為可加重時，則每一次的違法行為均有其獨立性，亦即第二次之違法所處之罰鍰金額應與第一次相同。當然此處之任意棄置廢棄物行為的概念相當明確，幾無爭議，易於認定，與公平交易法之眾多交易行為類型，何種行為始構成違反行政法上之義務，經常仍有待主管機關之認定，因此在不同特性下，公平交易法第四十一條後段的處分明文規定提高為新台幣十萬至五千萬，實已明確授權主管機關得對第二次以後之違法行為予以加重處罰，不需有概念依然不明確的「相同或類似」的文字。主管機關仍得基於其特性之需求，發展出其所加重處分之行為類型，此乃立法之能力所不及而無法處理之處，亦正是行政積極、主動、彈性、活潑特性之所在，也是與司法被動、嚴謹不同之處，倘虞慮行政之此種積極、主動、彈性、活潑特性會有濫用情形，自有司法審查（行政訴訟）加以約束。

又如駕車超速被交通警察攔下（其行為已完成，並不存在違法狀態，與廢棄物未清理前危害仍持續存在不同）開罰單罰鍰，之後再超速被攔下則係另一新的行為，針對此一新的行為當重另開罰單處罰，若無加重處罰規定，則只能以新事件另行單一處理。若在高速公路違規超速，在高雄被測速照相（是否足以證明乃另一問題）罰鍰，因無交通警察將其攔下，其超速行為持續進行中，至台南又被測速照相再開一張罰單，一直到台北，總共被開十張罰單，行為人可否主張其從高雄至台北只有一個超速行為，應該只有一張罰單，顯然存在極大的爭議性。從天然的行為觀察，確實只有一個行為，理應只開一張罰單；但若從另一角度觀察，駕車一超速即具有超越一般程度之危險性，此種高度危險性乃交通法規所禁止，駕駛人有義務「隨時」保持注意是否超速。至於一路上從南到北究竟應設置多少測速照相，究竟應開具多少張罰單，則是比例原則適用的問題。若謂交通警察為避免行為人超速造成之危險，應將行為人攔下使其超速行為終止，就不會出現從南到北一個超速行為被照十次相而被開十張罰單的問題，但實際上在高速公路交通警察高速追逐攔下超速者，其所存在之危險性亦相當高，究竟採取何種方式為之，尚難一概而論。因此，在上述同樣違規超速的情況即發展出不同的處分類型，其「行為論」（究為一行為或數行為），即無法比照刑法之「行為論」來加以說明，因此在行政法的一行為或數行為的認定

以及相對的處分次數與加重均與刑法不同<sup>5</sup>。

再如超載被交通警察攔下開罰單後仍繼續超載行車，一路上從高雄至台北被不同縣市交通警察開具二十張罰單。行為人可否主張僅有一個超載行為而主張應只有一張罰單，倘為肯定，豈不默認在高雄被開罰單後其後之同一車超載即可豁免。要知，在高雄被開罰單後之繼續行車超載，其重力加速度所帶來的危險並未消失，該行為人在被開罰單後所產生一定不作為義務（即行為人有義務卸貨至安全載重量範圍內）仍存在，若該一定不作為義務未被履行，行為人將再被處分。事實上在本案例之正確作法是交通警察第一次攔下違規司機時即應命司機或貨主當場卸貨或至空曠安全處卸貨或停在原地命貨主另行再雇一輛卡車分裝至安全載重程度始予放行，就不會出現嗣後仍對同一超載開出數十張罰單。因此在本案例的「行為論」亦不能以刑法之觀念來理解詮釋之。此亦為行政多樣化所必須採取較彈性運用的另一理由。

此外，行政「秩序罰」與行政「執行罰」皆係國家對於違反行政義務者，所施之制裁。前者乃在制裁人民過去行政義務之違反，性質上為一種行政處分<sup>6</sup>，此種制裁之裁處，亦不排除帶有預防將來再行違反義務之效果在內<sup>7</sup>；後者（即行政強制執行）係人民違反行政義務時，為督促其履行，以實現與該義務已履行之同一狀態，由行政機關採取行政上強制執行之手段。換言之，即國家對於不履行其義務之人民，為了強制其在「未來」履行，所施加之不利益。其目的在促使行為人未來履行其義務，以實現義務已履行之狀態<sup>8</sup>。

由於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………」其所稱「本法」包括違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，故依修法後第四十一條前段規定，第一次即可處以新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰，而同法第三十五條並無行政罰鍰之規定，修法後只是改為所謂的「先行政後司法」。因此，第四十一條前段之罰鍰，即是針對過去違反行政義務行為的制裁，屬上述之行政「秩序罰」，而第三十五條並無行政「秩序罰」之規定。

<sup>5</sup> 有關行政法上多數違法行為之聚合，可參 Erich Gohler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, z, 1998, Vierter Abschnitt. Zusammentreffenmehrerer Gesetzesverletzungen.

<sup>6</sup> 洪家殷，行政制裁。收編於翁岳生編，行政法第十四章，第 691 頁至 692 頁，1998 年 7 月一版二刷。

<sup>7</sup> 參原田尚彥，行政法要論，第 203 頁（1991）。轉引自同前註第 693 頁。

<sup>8</sup> 同註 6。

此外，公平交易法第三十五條亦無行政「執行罰」可言，蓋該條欲處刑責時，是以行政機關（公平交易委員會）之先命停止或改正為條件，此一命停止或改正之下命處分的違反，將帶來刑責，該條並無因此即可對違法之事業處以罰鍰之規定，若欲同時處以罰鍰，勢必要另引同法第四十一條後段為依據，因此第三十五條並無所謂行政「罰」的問題。亦即此處先命停止或改正的下命處分在形式上看似屬「行政執行罰」的性質，但實際上，違反該下命處分時，僅有刑事責任，不能因此而援引「行政執行法」的相關規定來迫使事業履行該下命處分的內容。

至於公平交易法第四十一條後段究應係屬秩序罰或執行罰？從我國新修正之行政執行法第二十七條第一項規定：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，逾期仍不履行者，由執行機關依間接強制或直接強制方法執行之……。」以及同法第二十八條第一項第二款、第三十條第一項、第三十一條第二項規定之本文與立法理由，尤其第三十一條第二項但書立法理由稱<sup>1</sup>……，惟實務上，行政法院七十八年度判字第四四四號判決認為水污染防治法第二十條按日連續處罰之規定係行政執行罰（即本法規定之怠金）之一種，則該其他法律對反復處怠金之程序既有特別規定，自應依其規定，爰設但書之規定」。）來看，公平交易法第四十一條後段應係行政執行罰之一種，亦即行政執行法第三十一條第二項但書所稱之「法律另有特別規定者」<sup>9</sup>。

綜上所述，因為事業不同類行為在不同行政法領域上所造成之處分與未來「一定之作為」或「一定之不作為」義務的態樣將因行政類別的特性所需而出現不同之處分方式。公平交易法上事業的行為特性即與一般人民行為特性不盡相同，難以完全比照援引，故而形成所謂的特別規定。

## 二、不同於一般行政的公平交易法特色

<sup>9</sup> 但政治大學陳敏教授則認為我國許多行政法規中對違反義務行為採「連續違反連續處罰」以及在應作為而不作為時更有予以「按日處罰」之規定係因我國行政執行法修法前對怠金的強制執行全無規定所致。此種行政罰具有濃厚的執行罰色彩，不僅混淆行政罰與行政執行之制度功能，且對同一事件一再處罰，有違比例原則，行政機關在執法時易流於因循怠惰，不思積極有效達成行政目的。在行政執行法全面翻修時本應逐步廢止連續違反連續處罰之規定，以回歸制度之常軌。然立法者不此之圖，除於行政執行法第三十一條第二項進一步混淆行政罰與行政執行外，並於地方制度法第二十六條第二項及第三項，對違反地方自治事項之行政義務者，授權地方制定自治條例規定科處罰鍰，並得連續處罰之。（陳敏，行政法總論，民國 88 年 12 月二版，第 638-639 頁。）

### (一) 從一般行政法的角度觀察

依修正後之公平交易法第四十一條條文文義觀察，對違法之業者，公平交易委員會得視情節，依其裁量權，採取下列不同之方式為之：

#### 1. 作成下命處分命停止或改正或採取必要更正措施，並同時聲明不停止或改正時將處以罰鍰

公平交易委員會不得單純作下命處分，亦即不得僅命停止或改正或採取必要更正措施，蓋公平交易法第四十一條前段（即分號之前）規定「……，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；……」，條文使用「並」得處新臺幣……，而非規定「或」得處新臺幣……。故公平交易委員得視情節需要作下命處分命事業停止或改正或採取必要更正措施，並處以一定金額罰鍰的行政「秩序罰」。倘嗣後再有違反下命處分之內容時，則以第四十一條後段處以更高金額罰鍰，並再作成另一新的下命處分。

或有學者認為公平交易法第四十一條前段條文規定「……，並得處……罰鍰」，似應同時考慮「並」與「得」，法文既曰並「得處」，則公平會在裁量之際，應包括能夠決定「不處」罰鍰<sup>10</sup>。其說實不無道理，惟愚意以為從行政法與刑法規範目的之差異性來看，前者主要在除去現在不法狀態，而非如後者在對過去行為的懲罰，因此只要人民已履行義務而其不法狀態現已不存在時，行政法所欲規範之目的已達，主管之行政機關本即有裁量權「得不處」罰鍰。但倘欲作此解釋，則其條文應規定為「……主管機關得命其停止、改正或處……罰鍰或併處……罰鍰。」使前段的下命處分與罰鍰可以作單一的選擇，亦可作複數的選擇，此時即可單使用下命處分命其於期限內改正或停止而不處罰鍰。若只單單選用有秩序罰性質的罰鍰，其本質已含有認定其行為已違反該行政法規而有改正之義務且下次不得再有相同行為之意味，但因其未下達「應於……之期限內改正」之下命處分，因此在相當期限過後主管機關再度檢查而仍未改正時，可否將其視為另一違法行為而處罰鍰甚至以更重之罰鍰處分即非無爭議，但其主要之問題也仍侷限在何以主管機關不明確下達「應於……之期限內改正」之下命處分所造成之結果，而與法律所賦予主管機關有何種裁量權

<sup>10</sup> 本文審稿委員似採此一見解。

限無關。

## 2. 單純罰鍰

在理論上，一違法行為若已完成且不存在違法之狀態者，此時已無停止或改正前已結束之行為的可能，故對每次新行為均應以公平交易法第四十一條前段為依據處以罰鍰，不須同時作成下命處分聲明不停止或改正時將處以罰鍰。蓋第一次違法被處罰鍰時，事業已知該種行為屬違法行為，當知不得持續為同一行為或再為相同之另一行為，主管機關當無再作成下命處分的必要。

有疑義者乃主管機關可否同時以公平交易法第四十一條前段為依據作成下命處分，命事業日後不得再為「相同或類似」之新行為？若有違反該下命處分（第四十一條條文並無「相同或類似行為」之用語）時，將以第四十一條後段為依據加重處分之？

至於以行政先行之刑事責任的公平交易法第三十五條則與此無關，亦即第三十五條並無行政責任，即便新法第三十五條亦規定「……中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施……」，故不得作為行政處分之依據。

### (二) 從公平交易法中交易行為特性之角度觀察

如本文貳之一、所述，公平交易法所規範對象為事業，殊難想像有刑法連續犯與累犯規定之適用，行政法（不包括行政刑法，蓋其為實質刑法）中更無連續犯與累犯之概念，亦無借用或比照援引刑法連續犯與累犯規定之必要。此不論行政秩序罰或執行罰均對每一個違反行政法規之行為單獨處分，而不論其前後犯意如何或之前是否有違法紀錄。倘欲對後行為加重處罰，行政法規均會有特別規定，例如再次違法時即吊銷執照或勒令歇業或加重罰鍰（公平交易法第四十一條即屬最後一種情形），但決與連續犯、累犯無關，故不能任意借用刑法之原理以解釋行政所欲規範事業所為之行為。

由於新法第三十五條與第三十六條條文中均增加「……依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，……」之文字，而第四十一

條雖亦同時修正而提高罰鍰額度，但未同時增加「……或停止後再為相同或類似違反行為者，……」之文字，使得事業於停止後再為另一相同或類似違反行為時，中央主管機關可否依新法第四十一條後段處以更高罰鍰，公平交易委員會內部與學者間均出現肯定說與否定說之爭議。

### 肯定說

雖然公平交易法第三十五條與第四十一條於同時間均加以修正，但第三十五條第一項之修正主要在採用「先行政後司法」（即先行政後刑事）之制度，其立法目的乃鑑於公平交易法條文語多不確定法律概念，為免事業行為人不了解公平交易法之衡量標準何在，故而先以行政處分為之，但又為避免事業為圖不法之獲利豐厚，事後再次為相同或類似之行為，故而對「停止後再為相同或類似違反行為者」處以刑罰，以祈產生威嚇作用，此乃基於罪刑法定主義，有必要作更進一步明確立法。然而同法第四十一條在修正前與修正後均為行政處分，不涉及刑事責任，並無所謂「先行政後司法」（即先行政後刑事）之問題，當初修法之立法目的即不相同，故二條文在解釋上不應以所謂「明示其一排除其他」之原則來解釋適用，亦即第四十一條雖未如第三十五條有「停止後再為相同或類似違反行為者」之明文，如本文於一、所述，但仍無礙於公平交易法針對交易行為特性在行政罰上對事業於事後再為相同或類似違反行為時之再進一步加重處分。此乃當初立法時，區分前後段之用意，否則後段適用之機會鮮少，當非立法之本意，尤其修法後第一次最高罰鍰為二千五百萬元，加上行政處分原則上不停止執行，即便大企業亦難以承受，無有不停止或改正者，即便有不停止原行為者，亦可如本文一、所舉相當期限內不清除廢棄物再次罰鍰之法理，以遏阻違法行為之繼續，則豈有訂定後段之必要。

### 否定說

公平交易法於民國 88 年 2 月 3 日經總統令修正公布，其中第三十五條與第四十一條同時均有所修正，但第三十五條第一項之修正文中增加「或停止後再為相同或類似違反行為者」之文字，而第四十一條並未增加相同之文字。從文義解釋上似應解為在同一法律中相同之用語應作相同之解釋，故此處乃立法者有意作不同之區隔，而非立法的疏漏，從而違反該二條之行為應作不同之處理，亦即依第四十一條規定作成處分時不得比照第三十五條規定對「停止後再為相同或類似違反行為者」加重

處分。

公平交易委員會乃於 88 年 7 月 14 日第四〇一次委員會議決議採否定說，對於事業在修法後所再為相同或類似之違法行為，將改依公平法第四十一條前段論處，而變更修法前逕為適用第四十一條該條文後段之實務見解（即前述台北市捷運工程局在前後兩次對不同事業之不同工程綁標案）<sup>11</sup>。

### 三、對類似行為刑事加重處罰而行政不加重處罰顯然輕重失衡

公平交易委員會採否定說固然對違法事業較有利，但是否合乎當初立法目的，仍值得商榷。由於事業交易類型繁多，已非一般傳統的行政法理論所能處理，實宜針對公平交易法規範各類型交易行為的特性發展出一套適當的規範。

新法第三十五條規定，對「停止後再為類似違反行為者」將處以刑罰，對於嗣後非常概括的「類似」行為都加重地處以刑責及最高新台幣一億元的罰金，為何在適用同法第四十一條時，嗣後若出現「類似」的行為卻不能適用後段加重到五千萬元罰鍰的規定而仍必須停留在第四十一條前段的二千五百萬元最高限額的罰鍰，顯然輕重失衡。亦即依公平交易法第三十五條規定欲進入刑事責任的適用時，只要是「類似」行為一再出現即一再地有刑責的侍候，即第一次先行政，第二次的類似行為即適用刑責，第三次、第四次、……等等的類似行為全適用刑責，而不是第三次先行政，第四次才刑事，而這第三次、第四次、第五次、第六次……等等的類似行為有可能是不同類型的類似行為，例如產品不同而違法手段相同，或產品相同而交易對象不同且時間先後不同，而時間的不同又可區分為緊接的隔天與五年後行為手段相同但交易對象不同……等等不一而足。這顯然已違反刑事違法行為明確原則，但因立法政策見解的差異，導致類似的後行為會加重而有刑事責任，然而依第四十一條的規定，類似後行為卻不能適用加重的後段規定，而一直依前段的規定將第二次、第三次、第四次、……等等的類似或相同行為視為各別獨立的新行為，使二單位適用的法理產生分歧，實違背當初立法的目的，是以第四十一條並未將類似的後行加以明定，顯然是立法的疏漏。其不但輕重失衡，且公平交易委員會對於事業的類似後行為是否如上所述可有行政處分之權限，實有疑義（亦即公平交易法第三十

<sup>11</sup> 詳參沈麗玉，「公平交易法部分條文修正後相關違法行為之罰則適用問題實務探討」，公平交易季刊第 7 卷第 4 期，民國 88 年 10 月，第 141 頁。

五、三十六條與第四十一條可否並用處罰之問題，本文將於肆、二作進一步探討）。倘採否定見解，頂多只有在第三十五條情形下認定屬類似行為時需移請（告發）檢察官起訴，而不能再依第四十一條對事業處罰鍰，因此是否屬類似行為恐仍難避免需經檢察官與法官（尤其是法官）的實質審查認定（雖有不同見解），此與公平交易委員會當初設立時取其專業之用意將漸行漸遠。

## 肆、先行政後司法的省思

公平交易法第三十五條與第三十六條的「先行政後司法」條款，必須先經公平交易委員會命事業停止為違反公平交易法之行為而不停止者，檢察官始得對行為人起訴，與第三十七條所謂「行政與司法併行」不同。此一「先行政後司法」制度有若干問題值得商榷。

### 一、公平交易法第三十六條規定未將第十九條各款類型細緻化

公平交易法第三十六條僅規定違反第十九條規定，並未言明停止哪一行為，究竟是對同一行為之停止，例如對同一檢舉人之同一差別待遇之停止，或同一檢舉人之不同之差別待遇行為的停止，抑或不同檢舉人之同類差別待遇行為之停止，或不同類差別待遇行為的停止？

從上述台北市捷運工程局被處五十萬元罰鍰之例子來看，似指只要是被檢舉人之差別待遇行為，不論屬哪一種情形，即有第三十六條規定之適用。

又第十九條不同款行為之違反則不符合第三十六條之要件。但第十九條第六款限制事業活動之類型繁多，如何認定何種情形始符合第三十六條之要件，亦相當困難，例如前行為限制交易相對人越區銷售，後改為限制交易相對人不得跨越產業別之銷售對象，此時是否有第三十六條之適用，誠有待解釋。

從第三十六條條文僅針對「停止」加以規定，自明示其一則排除其他之法理，似應指同一行為之繼續存在而未停止之情形而言，應不包括日後他行為是否已改正之問題，蓋事業根本難以預知日後他行為是否亦將被認定違法。無法達到當初行政先行警示之立法目的。

### 二、公平交易法第三十五、三十六條與第四十一條並用之迷思

依公平交易法原始草案第四十一條規定：「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。期滿仍不停止或改正其行為者，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。」而違反同草案第二十一條規定，依第三十五條規定處三年以下有期徒刑，嗣因立法委員於二讀時認為不實廣告處三年以下徒刑過重，故而刪除之。為配合違反第二十一條之處罰，只得將草案第四十一條修改為現行之「……違反本法之規定……」<sup>12</sup>，因此整體配套設計之立法體例遭破壞，以致現行第四十一條所稱「……違反本法之規定……」自文義解釋即包括公平交易法所有條文。

從而在修法前違反第十九條規定，若主管機關不採用第三十六條而以第四十一條命停止時，行為人永無二年以下徒刑之適用；倘若採用第三十六條命停止，是否即不得再同時使用第四十一條命停止，蓋二者係同樣之下命處分；若為使行為人有二年以下徒刑適用之可能，以及連續罰鍰亦有適用之可能時，可否並用第三十六條與第四十一條之規定；抑或上述各種情形之適用全在主管機關裁量之範圍？從整體配套設計觀察以及有特別規定時排除概括規定之適用的法理，既然第三十六條明文規定違反第十九條規定時命其停止……，則應採用第三十六條規定下一命令處分，不得併用第四十一條前段之規定（事實上命其停止的內涵即已包括改正，因違法之事業倘不欲停止，則必須改正始能繼續為之，否則即已違反停止之命令）。雖然二年以下徒刑只適用在行為人（自然人）身上，而依第三十八條科法人事業五十萬元以下罰金，看似低於第四十一條後段一百萬元以下罰鍰，但從行為人之二年以下徒刑與得併科五十萬元以下罰金以及法人事業五十萬元以下罰金之總和計算，其處罰絕不低於第四十一條後段一百萬元以下之罰鍰，蓋處罰之輕重是否失衡，不能切割觀察。

從民國 88 年 2 月 3 日新修正公佈之第三十五條與第三十六條之條文來看，對於第一次違反第十、十四、二十、十九條之行為時，因礙於先行政後司法，故而只會出現主管機關所為的行政處分行為，而沒有第三十五、三十六條與第四十一條並用之情形，看似已解決上述之問題。實則不然，蓋事業未依命停止、改正或第二次違

<sup>12</sup> 參立法院秘書處編印，公平交易法案，法律案專輯第一百三十二輯經濟（二十六），民國 81 年 6 月初版，第 29 頁。

反第十、十四、二十、十九條之行為而被認定為相同或類似於第一次之行為時，即會出現刑事責任，同時主管機關又認為第二次的違法行為也是屬於違反「本法」的行為而依第四十一條處以罰鍰，此時即又出現上述第三十五、三十六條與第四十一條並用之問題。

此外，雖然為行為的自然人與事業法人的人格各自獨立各有其責任能力而各負其刑事責任，但其責任卻是由同一個違反公平交易法的違法行為所產生。況且針對同一違法行為由「法院」對事業法人科以「罰金」（第三十八條），同時又由主管機關「公平交易委員會」對事業法人處以「罰鍰」（第四十一條），而其規範的精神宗旨又相同，實有重複處罰之嫌。同樣的法理，對第二次以後相同或類似的行為，法律已在第三十五條至第三十八條分別對自然人科以徒刑並對自然人與法人科以比第四十一條更高額的罰金（最高為一億元），何勞行政主管機關再另處以較低額之罰鍰。因此，對第二次以後相同或類似的行為，法院科以刑責，主管機關又以獨立的新行為視之而依第四十一條前段處以罰鍰，顯然又有重複處罰之嫌。實不能因為將使主管機關的作用減低，而擴張解釋第四十一條所稱「本法」的範圍，倘欲將主管機關的功能發揮到極至，就應除罪化，況且新法已將罰鍰金額大幅提高。

綜合上述的說明，筆者以為，在學理上雖然對於同一人可以刑事與行政並罰，但應係指存在不同的規範宗旨或不同的處罰手段時才有適用（例如刑責與勒令歇業、停止營業、撤銷執照等的並用）。因此，在未重新修法之前，對於事業有第二次以後的相同或類似行為，主管機關只能移請（告發）地檢署起訴，由法官科以刑責，主管機關不宜將其視為新違法行為而依第四十一條前段再處以罰鍰。

### 三、檢察官、法官判斷權限與蒐證受影響

若公平交易法之罰則如原草案所述係配套設計時，違反第十條、第十四條、第二十條、第二十一條、第二十三條第一項之規定，依第三十五條行為人有三年以下有期徒刑，……；違反第二十二條之規定，依第三十七條行為人有一年以下有期徒刑，……；違反第二十四條之規定，依第四十一條規定處行政處分。則刑事責任與行政責任分流，檢察官、法官判斷事業是否違反公平交易法時固然可請主管機關鑑定或表示意見，但不受行政判斷之拘束，檢察官、法官判斷權限即不受影響。但因第四十一條改為「違反本法之規定」，以致事業違反任何一條文時，公平交易委員

會均可判斷後依第四十一條處分之，倘公平交易委員會以事業違反第十條第一項、第十四條、第二十三條第一項規定而依第四十一條處分後移送地檢署偵辦，檢察官根本難以不違反該等法條而不起訴。又以違反第十九條規定而用第四十一條後段連續處罰時，顯見已構成要件合致，若法院卻認後行為構成要件不合致，以致無第三十六條規定二年以下有期徒刑之適用，此種歧異現象實難以令人接受。雖然理論上刑事與行政之要件、證據、程序與責任各自認定，互不拘束，但很難想像違反獨占濫用之行政法的構成要件會與刑事法的構成要件不同，或可以不同證據力分別認定有行政之非難性而無刑事非難性之存在。因此，要檢察官、法官在公平交易法判斷權限上不受影響也難。

又公平交易委員會常於命事業停止或改正之同時，亦因礙於刑事訴訟法第二百四十一條：「公務員因執行職務，知有犯罪嫌疑者，應為告發。」之規定，而將該案移送地檢署偵辦，但卻又於移送書函說明因事業之行為人無惡性而建請檢察官予以不起訴處分。雖依法檢察官不受建議之拘束，卻又如何要求其偵辦後又不起訴，反不如不須調查，逕以不起訴結案，但此時檢察官卻又變成橡皮圖章，著實兩難，實有進一步檢討之必要。

此外，司法權在行為發生時，因為行政權之先行而暫不發動，以致蒐證作業受影響，可能相關「證據」在此階段即流失，若待司法權發動時，其有效性即大打折扣，況且在「先行政後司法」下，司法機關之審度範圍為何？若僅處理以後再犯之部分，則嚴重限縮司法機關之權限，另可慮者公平交易委員會之行政調查權極為薄弱，若缺少司法警察權之協助，又如何辦理聯合行為案，故採行「先行政後司法」亦有其先天上之缺陷。

#### 四、是否已依命停止或改正究竟由哪個單位認定

公平交易法第三十五條與第三十六條僅規定違反第十、十四、二十、十九條之規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年或二年以下有期徒刑，……。而未規定究竟由誰認定違法之事業或行為人是否已依命停止，且前後事業相同但行為人不同時，又當如何？從條文意旨觀察，重在後續行為之終止，故當以後行為人為刑事責任之主體。

至於認定之權限應仍在中央主管機關，蓋前所命停止者係中央主管機關所下，唯有其知之甚詳，縱然檢察官先發現事業未依命停止，仍宜送中央主管機關認定後始據以起訴。蓋恐因市場狀況已有所改變而不符合第十九條「有妨礙公平競爭之虞者」的要件，而此一市場狀況仍由專長之主管機關調查認定為宜，否則單以一位檢察官之人力恐難以負荷。

雖然先行政後司法之制度對事業有事先警示作用，但從上述說明可知，待克服之問題更多，實弊多於利，何不連續重處罰緩而除罪化，或可解決行政與司法併行時二者產生重複處罰或不同見解與判斷之困擾。

## 伍、結論

舊法規定的行為人範圍究竟有多廣，在學說上本即存在諸多爭議，如今新法修正，不但未解決舊問題，更因擴大採取「先行政後司法」的適用範圍以及增加「…或停止後再為相同或類似違反行為者，……」之字眼，使得相同與類似行為的認定與新舊行為人不同時該如何適用的問題更形複雜。

新法鑒於獨占認定之不易與濫用獨占力之概括規定不夠明確而將其違法行為改採「先行政後司法」的作法，尚可接受。但將當然違法的水平聯合行為與具倫理非難性之仿冒行為也改採「先行政後司法」，實難令人苟同。

雖然「先行政後司法」使用在第十條與第十九條違法行為之情形有給事業緩衝機會的正面功能，但卻也在實務運作上引起不少爭議。例如 1.公平交易法第三十六條規定未將第十九條各款類型細緻化，導致何謂相同或類似違法行為的認定造成困難，有違罪刑法定與明確原則；2.對事業同一違法行為科以第三十八條之罰金同時又處以第四十一條之罰緩，實有重複處罰之嫌；3.檢察官、法官判斷權限與蒐證受影響；4.是否已依命停止究竟由誰認定？……等等相關問題更令人棘手。

因此，與其擴大採取「先行政後司法」的適用範圍，倒不如除罪化而再提高罰緩金額，同時賦予中央主管機關較大之裁量權，在第一次得處以罰緩亦得不處以罰緩而可單命改正，倘不改正時始加重連續處以罰緩，不但可以給業者緩衝機會，亦可達到嚇阻效果。若謂擔心事業脫產而難以執行其財產，同樣地事業亦可以人頭去擔刑責，況且在公平交易法的行為人是誰，以及其範圍究竟多大，不但有很大爭議，

且行為人過多時亦常令主管機關有所顧忌，實宜廢除此一爭議性極大之制度。

此外，公平交易委員會在修法後改變見解，對於事業在修法後所再為相同或類似之違法行為，改依公平法第四十一條前段論處，而變更修法前逕為適用第四十一條該條文後段之實務見解，亦即依第四十一條規定作成處分時不得比照第三十五條規定對「停止後再為相同或類似違反行為者」加重處分，此一作法固然對違法事業較有利，但是否合乎當初立法目的，仍值得商榷。蓋事業交易類型繁多，已非一般傳統的行政法理論所能處理，實宜針對公平交易法規範各類型交易行為的特性發展出一套適當的規範。

## 參考文獻

- 1.行政院公平交易委員會(86)公處字第 040 號處分書、行政院公平交易委員會公報第六卷第四期，民國 86 年 4 月 30 日。
- 2.行政院公平交易委員會公報第六卷第七期，民國 86 年 7 月 31 日。
- 3.廖義男，公平交易法之理論與立法，民國 84 年 10 月初版。
- 4.許玉秀，「水污染防治法的制裁構造 - 環境犯罪構成要件的評析」，政大法律評論第 45 期，民國 81 年 6 月。
- 5.許宗力，行政處分。收編於翁岳生編，行政法第十一章，1998 年 7 月一版二刷。
- 6.洪家殷，行政制裁。收編於翁岳生編，行政法第十四章，1998 年 7 月一版二刷。
- 7.陳敏，行政法總論。民國 88 年 12 月二版。
- 8.沈麗玉，「公平交易法部分條文修正後相關違法行為之罰則適用問題實務探討」，公平交易季刊第 7 卷第 4 期。
- 9.立法院秘書處編印，公平交易法案，法律案專輯第 132 輯經濟(26)，民國 81 年 6 月初版。
- 10.原田尚彥，行政法要論。(1991)。
11. Erich Gohler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, z,1998, Vierter Abschnitt.  
*Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen.*

**Comparing Criminal Penalty of Article 35、36 with Administrative  
Penalty of Article 41 in Fair Trade Law**

**Hsien Chii-Sen**

After the Fair Trade Law of ROC was amended on February 3, 1999., Article 35 is ruled:

「If any enterprise violating the provisions of Article 10, 14, or paragraph 1 of Article 20 is ordered by the central competent authority pursuant to Article 41 to cease therefrom, rectify its conduct, or take necessary corrective action within the time prescribed in the order, and after the lapse of such period, shall such enterprise fail to cease therefrom, rectify such conduct, or take any necessary corrective action, or after its ceasing therefrom, shall such enterprise have the same or similar violation again, the actor shall be punished by imprisonment for not more than three years or detention, or by a fine of not more than one hundred million New Taiwan Dollars, or by both.」

This idea is the Principle of 「administrative enforcement before criminal procedure」. Article 35 and 36 of Fair Trade Law were added some words amended .....shall such enterprise have the same or similar violation again....., but Article 41 of Fair Trade Law was not added the same words. These words are arguable. What is " the same violation again"? What is " the similar violation again"? How does the central competent authority explain it? These puzzles affect greatly Enterprise. This paper tries to explain it and compare Article 35、36、41 of Fair Trade Law with Article 47、55、56 of Criminal Code (about recidivism and combined punishment for several offences) , and then compare criminal penalty of Article 35、36 with administrative penalty of Article 41 in Fair Trade Law.

