

考察報導(二)

日本獨占禁止法及不正競爭防止法之 研究及公正取引委員會之運作

白裕莊 郭淑貞 周作姍 曾惠卿 *

壹、前 言

日本「關於禁止私的獨占及確保公平交易法律」（下稱獨禁法）於一九四七（昭和二十二）年制定以來，迄今已有四十餘年的歷史。而在此一段期間內，日本獨禁法亦曾因應各個經濟發展階段需要，作過多次修訂。因此儘管獨禁法亦曾因應各個經濟發展階段需要，作過多次修訂。因此儘管獨禁法於立法之初，幾乎完全參考美國反托拉斯法之內容而制定，惟發展至今，卻已呈現出不同的面貌，而展現更能適應日本經濟、企業背景之特色。

鑑於我國之經濟發展歷程於日本頗為類似，因此日本公正取引委員會於執法過程中，所曾面臨過之困擾及問題，以及其所採行之因應策略等，均頗值我國之參考。爰此，本（一九九三）年中日技術合作計畫，本會即以「日本獨占禁止法及不正競爭防止法之研究及日本公正取引委員會之運作」為題，申請赴日研習。在赴日研習期間，所有講師的安排，幾乎均是由公正取引委員會的現職職員擔任，就其於實際業務處理過程中，所累積之經驗現身說法地加以說明，因此透過此一研習，對於公正取引委員會的執法有更深入的了解。本報告即係整理此項講習內容，並藉由與相關講師及實地拜訪公取會時所提出之問題，並輔以其他所蒐集之書面資料彙整而成。

本報告分為五部分，其中第貳部分係就獨占禁止法之內容及公正取引委員會之組

* 作者分別為公平交易委員會第一處、第二處、企劃處及法務處專員

織與運作，加以說明；第參部分說明獨禁法對聯合（卡特爾）行爲之規範；第肆部分介紹不公平交易方法之限制；最後則就不正競爭防止法之內容加以說明。

貳、獨占禁止法之內容及公正取引委員會之組織

一、獨占禁止法之沿革

(一) 獨占禁止法之制定及其發展

日本獨禁法係於一九四七（昭和二十二）年制定。當初其制定之背景，主要係二次大戰結束後，聯合國占領軍為避免日本財閥再度壟斷市場，而引入美國反托拉斯法之設計而成。

獨禁法制定之初，其內容相當嚴苛。之後日本政府依據其經濟、環境變遷有過多次修訂，近年來則以美日構造問題協議（Structural Impediments Initiative, SII）後，所引發獨禁法內容之修定，及執行力之強化最為重要，且其影響直至目前仍在持續進行中。

(二) 美日構造問題協議與獨占禁止法之修訂

美日構造問題協議係起源於美日間龐大之貿易逆差，為有效改善日本國內市場結構，提高其國內市場之競爭度，美日兩國乃自一九八九年七月起，進行雙邊之貿易談判，其間經過五次會議，而於一九九〇年六月完成最終報告，記載美日雙方所應採行之具體措施。其中日方須積極改善項目之項目計有「儲蓄、投資型態」、「土地利用」、「價格機能」、「流通」、「排他性的交易慣行」、「關係企業」等六項，其中後三項的規定，均與獨禁法之執行有關。

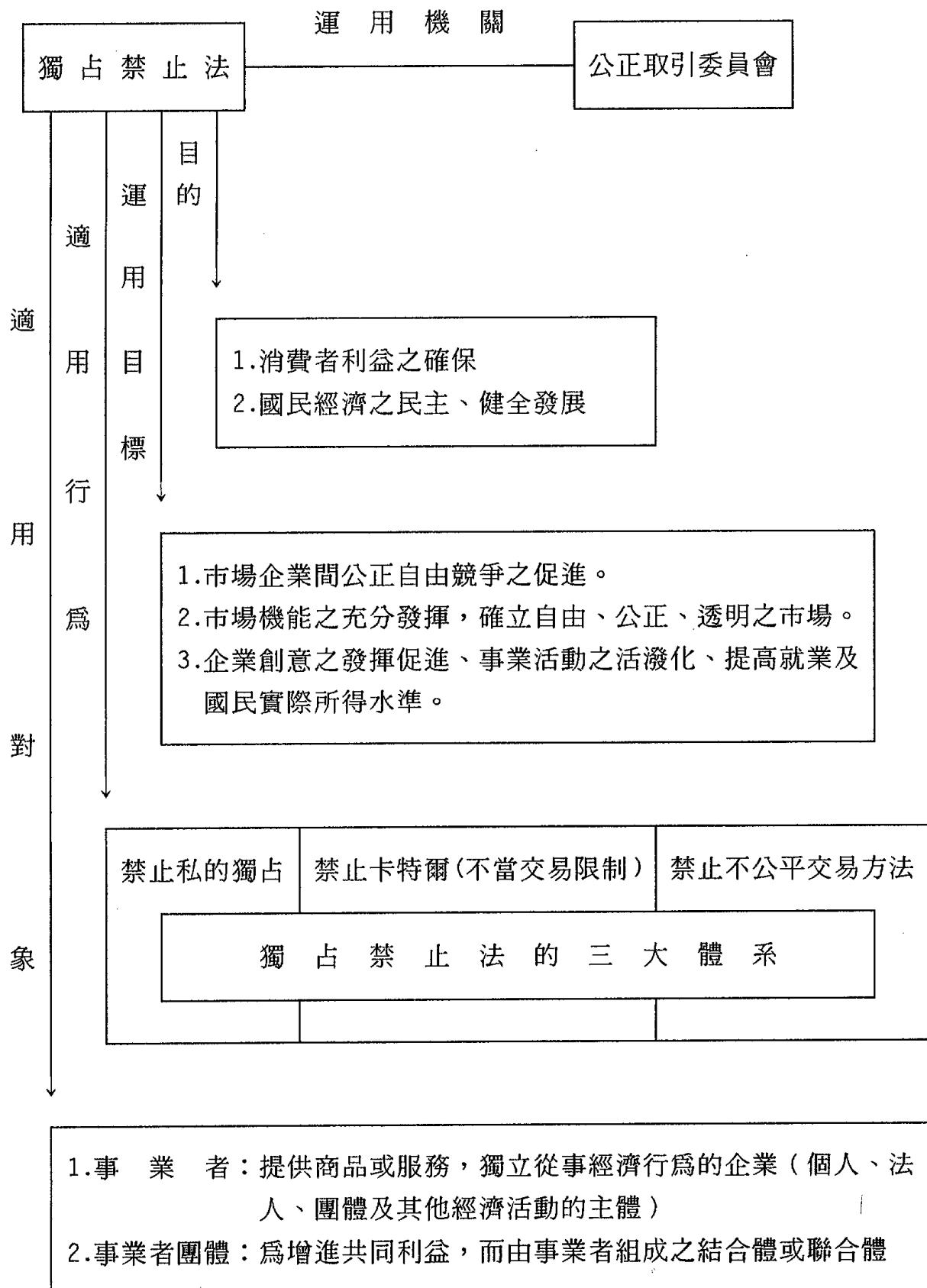
針對美日構造問題協議所獨致結論，加以來自日本國內之壓力，日本近年來大幅強化獨禁法之執法，除了修改法規本身內容（如提高課徵金徵收比例及法人罰金上限）外，並透過各種指針之發表，明確告知業界其加強執法之決心。

二、獨占禁止法之規範內容

(一) 獨占禁止法之構造

獨禁法之構造可以圖一表示：

圖一、獨占禁止法之構造



由圖一可知，一般日本學者認為獨禁法之規範內容，基本上可分為「私的獨占」、「卡特爾」及「不公平交易方法」三大支柱。而其他諸如結合、國際契約以及景表法、下請法等規定，均係由該三大支柱的概念衍生而來。例如景表法及下請法即係根源於不公平交易方法之規範觀念，而國際契約或協定之規範，就其實質規範內容而言，亦與卡特爾及不公平交易方法之規定相關。

有關獨禁法規範內容中之卡特爾及不公平交易方法二部分，第參、肆部分將分別介紹，此僅簡單介紹獨禁法中適用除外制度及審判程序。

(二)適用除外制度

日本獨禁法的適用除外制度，可分為三大部分：

第一，係獨禁法中明白規定，可排除適用者。

第二，係獨占禁止法適用除外法（適用除外法）中規定者。

第三，係於其他個別法規中，明定若干制度可排除獨禁法之適用。

日本獨禁法之適用除外制度，近乎九成係於一九四〇至五〇（昭和二〇至三〇）年代引入，惟自一九八〇年代起逐漸減少。據公取會統計，至平成五年七月止，計有基於四十一種法律之六十七種制度，可排除獨禁法之適用，其中又以卡特爾行為最多，計有基於三十六種法律之五十五種制度。

(三)審查、審決制度

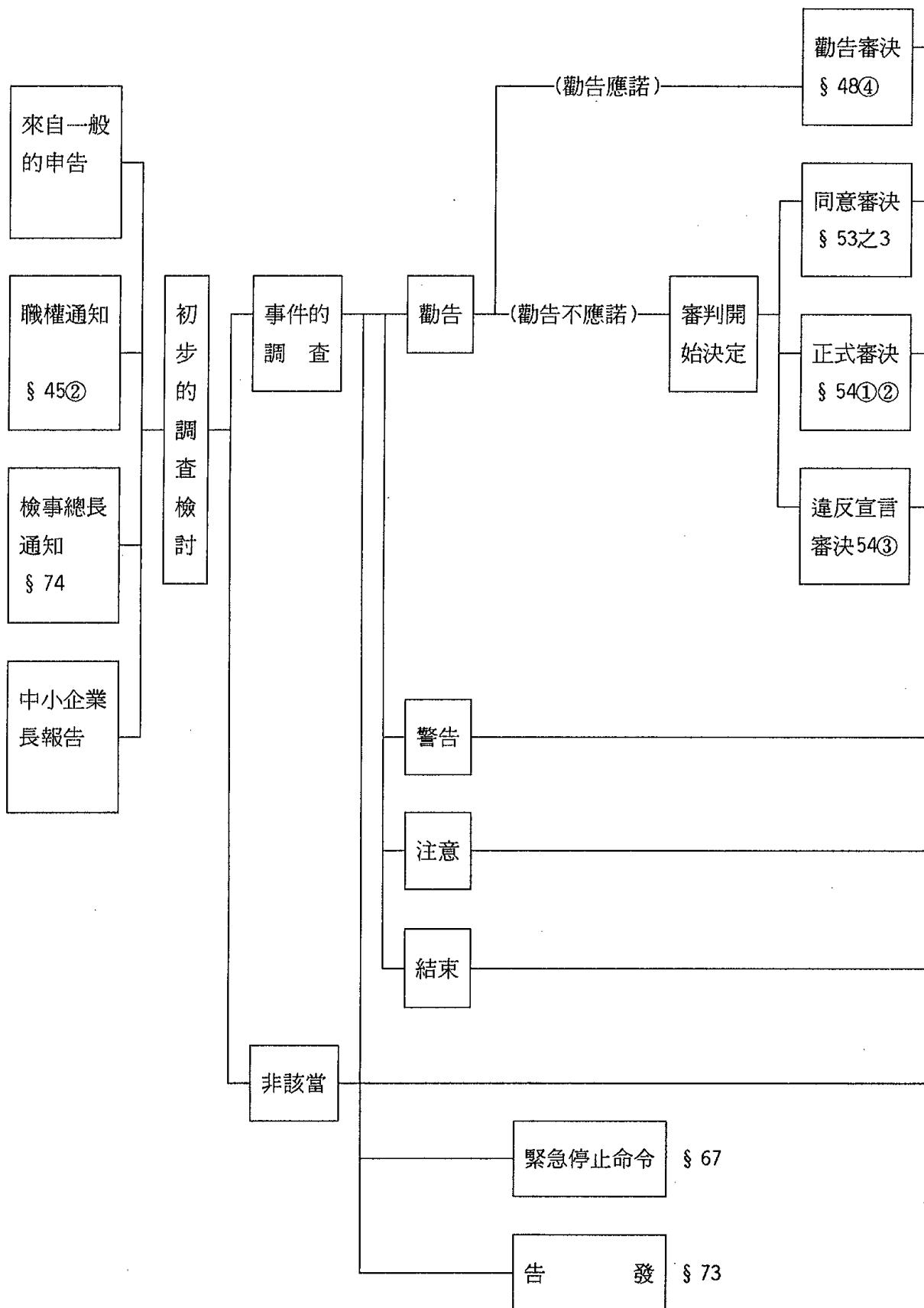
依據獨禁法之規定，以及公取會內部之行政命令，現行對於違反獨禁法事件之處理手續，大致上可分為 1. 事件的發端；2. 初步之調查、檢討；3. 事件的調查；4. 勸告等措施四大步驟，詳如圖二。以下將簡單介紹公取會的勸告程序。

公取會於經過實際調查後，認有違法事實者，得依獨禁法第四十八條第一、二規定，勸告事業就其違反行為採取必要之措施。而事業亦須就該勸告之認諾與否，通知公取會。如應諾，則就其勸告內容其形成所謂之「勸告審決」，否則即進入審判程序。

事業若未對公取會的勸告表示認諾，則案件即進入審判程序，至於審判的結果，依其性質可分為同意審決、正式審決及違法宣言審決等三種。

此外，對於涉法案件公取會亦得採取警告、注意及停止等行政指導措施。

圖二、公正取引委員會審查及審決手續



三、公正取引委員會

(一)公正取引委員會的地位

公取會之設置，係依據獨占禁止法第二十七條規定：「為達成本法之目的，設置公正取引委員會。公正取引委員會之委員長及委員，獨立行使職權。」依據此二項規定可知，公正取引委員會雖為隸屬於內閣總理大臣之國家行政機關，惟在實際業務之處理上，除了委員長及委員之任命、內部組織及預算之安排外，公取會應立於獨立地位，行使其職權。

(二)公正取引委員會的組織

公取會的組織，可分為委員會及事務局二大部分，茲分述如次：

1. 委員會

依據獨禁法第二十九條，公取會的委員有五人，其中一人為委員長。委員長及委員均由內閣總理大臣提名年滿三十五歲，具有法律或經濟學識經驗，並經兩議院同意後任命之，其中委員長之任命，更須經天皇認證。

委員長及委員之任期為五年，在任期中非有獨禁法第三十一條所列各款情形，並不得違反其意思予以免職。委員長及委員得連任，惟年滿六十五歲時應退休。

而自公取會委員之組成觀之，雖然獨禁法中規定，須自具有法律或經濟學識經驗者中選任，惟在實際上，歷任委員大多係出身自其他行政機關如大藏省、通產省、外務省及法務省之高級官員。

2. 事務局

獨禁法第三十五條規定「公平交易委員會為處理其事務，設事務局。」。事務局並置有審判官，擁有準司法樣限，以五人為限辦理審判程序（除審決外）事務。

以下分別說明事務局各主要組成分子或部門：

(1)審判官

日本公取會事務局下置有五人以內之審判官，其職樣依獨禁法第五十一條之二「公正取引委員會決定開始審判後，得使審判官依公正取引委員會規則之規定，為第四十六條第一項各款之處分外，並得使其進行後審判

程序（審決除外）之一部。但就該事件曾擔任審查官之職務或曾參與該事件之其他審查者，不在此限。」

由於審判官得接受審判程序一部之委任，因此公取會之審判可分為「委員會審判」以及「審判官審判」二種型態。至於如何判斷案件應交由委員會抑或係審判官審判，實務上並無明確之基準可循，一般而言，經由審判官審判的案件數較多。經統計，自昭和二十八年現行審判規則制定以來，至平成四年止，經由委員會審判之案件僅四件。

(2)事務局本部

公取會事務局本部下，設有官房、經濟部、取引部、審查部等。

基本上，公取會事務局於收受違法案件之告發後，係由審查部進行調查處理，而在處理過程中，若審查部認有必要時，可就涉案事業所屬產業之經營情況、產業特性等，請經濟部或交易部表示意見（惟不涉及個別案件事項），並做為辦案之參考。而經濟部及交易部於平常即致力於產業資源特性資料、廠商經營活動實況等之蒐集與整理。

(3)地方事務所

目前公取會地方事務所包括北海道、東北、中部、近畿、中國及九州事務所；另沖繩開發廳總合事務局內亦設公正取引委員會事務局之地方事務所，處理轄區內有關獨禁法相關事件。

綜合說來，地方事務所雖亦可直接處理獨禁法相關案件，惟通常還有較大或性質較特殊之個案時，仍會請示東京本局或甚至要求本局派員協助，而其所直接處理者，多半係規模較小（例如結合事業規模較小之申請案）或居於輔助地位，協助本局人員處理相關案件（例如協助本局下請課進行對於事業之定期問卷調查）等。對於獨禁法涉法案件，地方事務所可給予涉案事業行政指導、文件或口頭警告，惟通常亦均係遵從東京本局之指示，而由地方事務所行之。

(三)公正取引委員會的權限

依據獨禁法第二十七條之二，公取會的職掌包括行政權、準司法權及準立法權等，詳如下表：

	目的（實體）職務及權限	手段（手續）職務及權限
行政權	<p>(1)私的獨占、不當交易限制、不公平交易方法等獨禁法違反行爲之排除措施命令。</p> <p>(2)課徵金納付命令。</p> <p>(3)對獨占狀態回復競爭措置</p> <p>(4)有關價格同止上漲報告之徵收。</p> <p>(5)持有大規模事業股份的適用除外、股份持有的認可、承認、金融事業股份持有有限制之例外認可。</p> <p>(6)對於不景氣聯合以及企業合理化聯合卡特爾的認可。</p> <p>(7)公正競爭規約的認定。</p>	<p>(1)國際協定契約、事業者團體成立等之申請；合併、營業受讓、再販賣價格維持契約申請的受理、股份持有報告書的受理等。</p> <p>(2)命令公務機關、事業者、事業團體、學術經驗者到場或提出必要之報告、情報或資料。</p> <p>(3)囑託公務機關、事業者、事業團體、學術經驗者為必要之調查。</p> <p>(4)獨禁法違法事件以及獨立狀態之調查以強制處分（到場應訊、命令提出報告、資料或物件、至現場檢查等）。</p> <p>(5)公聽會之舉辦。</p> <p>(6)必要事項之公開。</p> <p>(7)向國會報告獨禁法施行狀況。</p>
準立法權	<p>(1)公正交易方法以及得維持轉售價格商品之指定。</p> <p>(2)依景表法第二條所為贈品及表示之指定。</p> <p>(3)依景表法第三條所為贈品之限制與禁止。</p> <p>(4)依景表法第四條第三項所為不當表示之指定。</p>	<p>(1)內部規定、事件處理手續、認可、申請等事項相關規則之制定。</p>
準司法權	違反獨禁法犯罪事實之告發。	獨禁法違反行爲、獨占狀態、課徵金納付命令之審判、審決。

(四)公正取引協會

公正取引協會雖係一個民間之財團法人組織，惟其運作與公取會有極其密切之關係，故於此一併加以介紹。

公正取引協會係於昭和二十五年，由公正取引委員會所發起，並由當時公正取引委員會委員長、相關官廳、產業界及學界人士擔任發起人。為獨占禁止法以及相關經濟法令之調查、研究、普及的單位。

公取協會的主要任務，包括：

1. (日本)國內外競爭政策及獨占禁止法相關法令之蒐集、整理。
2. 競爭法以及競爭政策之調查、研究。
3. 競爭法以及競爭政策相關刊物之發行。
4. 舉辦各式研究會及講座。
5. 協助企業辦理研修講習。
6. 推廣獨占禁止法遵守規範。
7. 相談(諮詢)業務。

四、公正取引委員會之實際運作

(一)目前公取會推動之主要業務概述

現行日本公取會所推動之各項業務中，不乏本會可供借鏡之處，以下謹擇要介紹如次：

1.各種相談窗口之設置

為解答業界對於獨禁法之疑慮，一般業者餘可至公取協會洽詢外，公取會本身亦依性質，於各部門之下設有多處報告、申告及相談窗口。

值得一提的是，在某些諮詢窗口下，公取會不僅係提供一般的諮詢服務，甚至公取會可依據業者所提供之資料，明確地就其是否違法予以回答，俾提供業者作業之參考。

2.各類行為指針、基準之強調運用

為使獨禁法之內容，更為企業界所認知與了解，公取會更針對獨禁法之內容，研訂多項指針、基準等，用以補充解釋獨禁法，且就其各項指針或基準之內容觀之，大致上均能於全盤掌握業界之實際運作狀況後，就各常見行

為與獨禁法之關係，予以闡明，故基本上均能充分符合業界需要。

3. 獨占禁止法遵守規範之推動

隨著獨占禁止法執行之強化，為避免業界誤觸法網，加以公取會所發表之各項行為指針、基準等之趨於完備，使得業界對於獨禁法之規範內容可有更深入之掌握，故公取協會乃參考美國之作法，於平成三年一月成立「遵守規範 (compliance program) 研究會」，俾提供業者在實務運作上，有關獨禁法之適用規定。

依據「獨占禁止法遵守規範研究會」之設計，完整的獨禁法遵守規範，應包括以下幾個部分：

第一，序言。以企業負責人名義，就企業內部經營方針、員工遵守獨禁法之必要性等加以說明，以明確宣示企業願意配合獨禁法之態度。

第二，獨占禁止法概要。就獨禁法之立法旨趣、內容、手續、罰則、施行機關等加以簡單說明。

第三，具體的行動方針。就事業實際的各項營運活動加以整理，並就其中與獨禁法規定相關者，訂定具體的行動方針，俾使從業人員有所遵循。

第四，其他相關制度的建立。包括獨禁法研修教育制度之建立、相關文件報表保管體制之整備、違反遵守手冊中各項行動指針時之罰則及處分，以及資訊交換或聯繫之系統。

(二)公正取引委員會之政策方向

近年來，由於日本國內外要求加強獨禁法執行之呼籲，以及消費者意識之提高，公取會已漸次加強獨禁法之執行，其政策重點包括：

1. 獨占禁止法之嚴正運用，以及執行力之強化。
2. 法運用透明性之確保。
3. 政府規制及獨禁法適用除外制度之重新檢討。
4. 因應經濟全球化之後，調整國內競爭政策。
5. 下請法及景表法之嚴正運用。

五、結論

日本獨禁法實施迄今已有四十餘年的歷史，其間為因應其國內經濟社會環境以

及本身商業交易習慣的需要，日本公取會在執行獨禁法方面，亦發展出其獨特的面貌，其中更不乏值得我國參考及借鏡者，僅說明如次：

- (一)相談窗口之設置：為協助業者清楚了解獨禁法之規範內容，日本公取會在其各部門下均設置有相談窗口，收受企業界有關獨禁法內容之各項諮詢。其中業者除了可就獨禁法之一般規定提出詢問外，更特殊者乃是在某些相談窗口，如交易課流通對策室下之流通交易慣行相談窗口，業者甚至可就其實際所欲從事之行銷行為，事先要求主管官署予以審閱，是否有違法之虞，而一旦經認定未違法後，在該項認可未被撤銷前，業者均可依所提出之行銷計畫進行各項營運。此種方式之實施，不但可使主管機關能防範於未然，在違法行為發生前，即可透過行政指導的方式予以疏處，對於業者而言，若能於計畫實施前先經主管機關的認可，則亦可降低行為之不確定性，故無論就減低行政機關之執行成本，抑或是降低業者之經營風險而言，均有其正面助益。
- (二)獨禁法遵守規範 (compliance program) 之推動：此一制度最早係起源於美國企業，為防範違反反托拉斯法之規定，而就其營銷行為與反托拉斯法之關係，所制定之作業準則。近年來，由於獨禁法執行之趨於強化，公取會乃引入此項制度，透過公取協會之協助，希望業界能針對其各自營銷行為，檢討與獨禁法之關係後，制定一套包括作業準則（手冊）、教育訓練、危機處理（指發現處理違反獨禁法事件部分）等之遵守規範，透過此一遵守規範的制作，業者不但可將獨禁法之觀念深植於員工，且亦可促使各階層之作業人員在相關營銷行為之採行時，均能符合獨禁法之要求，以避免違法行為的發生。
- (三)各項基準、指針的制定：為使獨禁法之規範，更為業界所了解，並知所遵循，公取會更分別就獨禁法所規範之行為態樣，以及其與相關行業之關係，制定各項基準或指針。這些基準或指針雖然並不具備法律效力，僅係補充解釋獨禁法之規定，但是透過類此基準或指針的發表，業界將可更清楚掌握公取會的執法方向及態度，俾能及早檢討本身的營運，使其各項營業行為均能符合獨禁法的規範。

參、聯合行爲

一、前 言

日本獨禁法第三條中禁止不當之交易限制應即該當我國公平交易法對聯合行爲之規範。而於獨禁法第二條第六項對不當之交易限制作有定義規定如下：「本法稱『不當之交易限制』者，指事業者依契約、協定或其他名義，與其他事業者共同決定、維持或提高對價、或限制數量、技術、產品、設備或交易對象等，相互拘束或遂行其事業活動，違反公共利益，對於一定之交易分野之競爭加以實質之限制者。」條文前段係對卡特爾之定義再加以明確規定，後段則就獨禁法第三條所禁止之卡特爾（即違法之卡特爾＝不當之交易限制）構成要件予以明確訂定之。

二、卡特爾之禁止範圍

(一) 卡特爾與不當的交易限制

1. 兩者之關係——是否包含卡特爾以外之行爲

關於不當的交易限制，獨占禁止法第二條第六項中有明確之定義。從而由獨占禁止法第三條對不當的交易限制之禁止規定，可明確得知第三條所禁止之卡特爾之範圍。惟卡特爾以外之行爲是否亦有可能該當於獨占禁止法第三條規定之不當的交易限制。關於此有因垂直協定所產生之競爭限制與因水平協定對市場進度產生障礙之兩種情形會產生問題，對此並有研究之必要。

2. 垂直協定行爲所為之限制競爭

因垂直協定所產生之競爭限制是否該當於不當之交易限制（即獨禁法第二條第六項）之規定，此乃關係卡特爾定義規定中（獨禁法第二條第六項前段）有關「共同行爲」之解釋問題。關於此一問題，日本學說初期都一致採消極說之見解，惟公正取引委員會所作審決中，數次認定因垂直協定所為之限制競爭該當於不當之交易限制（註 3-1）。

註 3-1：如電影契約事件（公取會同意審決昭和二五・二・二七審決集一卷一一四頁）、下津井電鐵事件（公取會會同意審決昭和二五・五・二審決集二卷一八頁）等。

但公正取引委員會此一見解亦面臨考驗，於有關報紙販賣通路協議事件審決取消訴訟之東京高等法院之判決及東寶・新東寶事件審決取消訴訟之判決中，東京高等法院否定了公正取引委員會之見解。

3. 水平協定對市場進入產生障礙

於後述不當之交易限制之構成要件之部分，會言及不當之交易限制要件之一，對於一定之交易分野中之競爭予以實質上之限制。所謂一定之交易分野中競爭之實質上的限制，其意指對市場所持有之競爭機能之阻害，而其中應包含經由價格支配所失去之市場競爭及對事業者進入市場之阻礙而失去一個開放之市場中之競爭而言（註 3-2）。惟不當之交易限制所指之一定之交易分野中競爭之實質上限制，是否專指前述之競爭亦或關於後述之競爭亦包含在內。關於後述之情形有可能經由共同拒絕行為 (BOYCOTT) 所形成，在此簡單地作一說明。

共同拒絕乃是對第三者為交易拒絕之共同行為，典型的行為是以水平之聯合將他事業從市場排擠掉。故其行為實際上如滿足不當之交易限制之要件亦應該當不當之交易限制。然而獨禁法在制定當初即將共同拒絕行為列入不公平之交易方法中之規範對象，故基本上現行獨禁法並不將共同拒絕列入不當之交易限制之範圍內。

(二) 意識性並行行為

1. 意識性並行行為之非卡特爾性格

所謂意識性之並行行為，乃在寡占市場中一種企業間協調之型態所為之行為。如於寡占市場中，由某一企業之降低價格行為立即誘發其他企業為對抗性之降價行動，導致降低市場價格之結果。從而寡占企業間之價格競爭，如果強行為之是極有可能變成一個破滅性之競爭，有鑑於此，於寡占市場中之各企業在決定其價格政策時，而不考慮其競爭者之反應是很困難的。這就是寡占企業間的相互依存性，因為這種相互依存性的存在，而產生寡占企業

註 3-2：參今村成和著「獨占禁止法入門」一四頁。

間之協調行動（註 3-3）。

基於寡占企業間之相互依存性所形成之協調性行動，於迴避價格競爭時，企業憑其優越之價格設定力，可支配市場對需求及價格之變動進而形成硬直的價格。

如果此種價格之形成是以卡特爾的方式所為時，即會成為不當之交易限制所規範之對象，因此為規避獨禁法之規範僅在各自默示了解下進行協調的行動。因這種協調的行動是僅靠彼此間之默契所形成，故其實施是否可能必須視當時之市場狀況而定。而此種協調的行動之實施即是所謂的意識性並行（註 3-4）。

不當的交易限制要件中所謂「共同」，係指行為者對該實行應有共同之認識，即該行為必須是基於某一種合意所為之，因此基於寡占市場中企業之相互依存而形成之價格一齊上漲行動，為一個欠缺共同認識（即合意）之共同行為，故並不該當不當之交易限制（註 3-5）。

該不當之交易限制之禁止並不及於和卡特爾行為同樣有競爭限制效果之意識性並行行為，惟從競爭政策觀點而言，放任意識性並行行為不為規範，理論上和實際上並不妥當。故在昭和五十二年獨禁法修正之時，特別新增一條對價格同步上漲行為之規範。

2. 價格同步上漲

依獨禁法第十八條之二之規定，於年間總供給額超過三百億日元，且前三位事業之市場占有率合計超過百分之七十之市場構造中之同種商品或服務，二個以上之主要事業者（含第一位）如其交易之基準價格於三個月以內，為同一或類似金額或比率之上漲時，公正取引委員會得請求此等主要事業者，報告該價格上漲之理由。

該當於前述之市場構造要件之商品或服務之品目，經公正取引委員會調

註 3-3：參今村成和・馬川千里・正田彬・來生新著「カルテルと法」六〇頁。

註 3-4：參今村成和著「私的獨占禁止法の研究（五）」二七頁。

註 3-5：同註 3-3 書六一頁。

查並公告之結果，其數目從一九七七年十一月二十九日公告之四十九品目，其中有十三品目已被削除另增加新的三十二品目至一九八四年六月二十二日公告之結果共有六十八品目。（註 3-6）

三、卡特爾之意義

(一)事業之共同行為

1. 共同行爲之意義

卡特爾係事業者之共同行為。所謂共同行為，乃複數以上之事業者，為達其共通之目標，不問以契約、協定等或其他任何名義，經由明示或默示之合意所為之一致行為。明示之合意，係指經由契約、協定、決議等，明白地表明、書明合意之內容；而默示之合意，係指為共同行為之意思聯絡。其結果乃在彼此間對同一行動之實行有一個暗默的了解。公正取引委員會及通說上對共同行為之解釋，均認為共同行為之成立須要明示或默示之合意，亦即要有協議、契約等或意思聯絡存在之必要。惟有少部分之學者主張所謂共同行為只要在事業者間存在「共同之認識」而其為了遂行其目的所為之事前之交涉或連絡並非不可缺少不可。根據此一見解，基於寡占企業間之相互依存關係所形成之意識性並行行為，亦應包含在不當的交易限制範圍之內。如此則將不當的交易限制之概念，由作為擴張至不作為，此為日本目前之公正取引委員會之見解及通說所不採。事實上為防止類似之脫法行為是有其必要，惟對此種不作為即使命其停止（即為排除命令）或改正，事實上亦無法具體地命其停止即命其停止已無實益。及因日本對同止價格之上漲行為另有規範之前提下，此一見解似不足採。基於上述，複數事業者間即使有一致之行為，如無法證明此等事業者間有明示或默示之合意，則應認定其共同行為不存在。例如基於寡占企業間之相互依存關係所形成之意識性之並行行為及依據個別的行政指導所為之生產限制等，均不認為其行為符合卡特爾之構成要件之「共同行為」。

(二)共同行為之態樣：互相拘束或達成

註 3-6：同註 3-3 書六九頁。

獨占禁止法第二條第七項中規定「稱不當之交易限制，指事業者依契約……與他事業者共同決定、……等，相互拘束或遂行其事業活動，……，故可知卡特爾有相互拘束性。而條文中除「拘束尚有「遂行」二字，惟根據日本現行之一致見解，遂行並非與拘束之意思有異而獨立存在。故其解釋與拘束並無不同。

1. 相互性

共同行為之參加人必須相互地對其事業活動課以共通之限制，故如有競爭關係之二個事業者，其中一方對另一方之事業活動課以限制之時，該當限制欠缺相互性。

相互限制必須是要有一個共通性，而所謂共通乃為了達成限制競爭之共通目的，並非指內容之相同。

2. 拘束性

卡特爾乃參加之事業者相互地限制其事業活動，所以當然必須要對事業活動之自由予以拘束。只是參加之事業者並非都會對互相約定之內容一一遵守，因此於卡特爾所定之內容並無拘束性乃為自由意思所得決定之時，不為卡特爾。惟獨占禁止法卡特爾行為是禁止的，為此事業當不致於公然地為卡特爾行為，其通常都是以紳士協定或默示合意之方式進行，故獨占禁止法對卡特爾行為雖有刑罰之規定，但是如果沒有掌握證據亦無法認其違法。

3. 共同達成

關於獨占禁止法第二條第六項中稱不當之限制，為「事業者，以……和其他事業者共同……相互地拘束其事業活動或達成之」條文中所謂「達成」之意義，究竟為何？

公正取引委員會在東寶・新東寶事件中，主張「相互拘束」和「共同達成」應予以區別，認定事業者間之協議、合意等之限制內容，雖具片面之拘束性，但應該當於條文共同達成之協成要件。但東京高等法院在此事件，依然遵循於報紙販賣通路協定事件之解釋，認為在此一種情形之下所謂共同行為必須是「相互拘束」行為，而否定了公正取引委員會之主張（註3-7）。

註3-7：東寶・新東寶事件，公取會審決昭和二六・六・五審決集三卷四四頁。東京高院昭和二八・一二・九判決。

(三)共同行為之內容：限制事業之活動

關於共同行為之內容，如獨占禁止法第二條第六項中「決定、維持或提高對價，限制數量、技術、商品、設備或其交易對象……」之規定所述，乃是以限制當事人間之競爭即所有事業活動之相互拘束都包含在內。

1.價格卡特爾

卡特爾之目的乃在追求當事人間最大之共同利潤及安定的利潤。而價格卡特爾則是為達此目的的一個最直接且最典型之手段，也是限制競爭方法中最常被使用之共同行為。

第二條第六項「決定、維持或提高對價」中所稱的對價，除商品之價格外，應包括利息、入場費、加工代金、服務費等於交易中之金錢的反對給付之全部。

2.數量限制卡特爾

數量限制卡特爾乃為維持價格而限制市場中被供給商品之數量。在此所謂數量，並不僅指販賣數而已，尚應包含生產數量或原材料使用之數量。

(註 3-8)

數量限制之本身是一個可能影響市場價格之共同行為，惟其實際上大都為增強價格卡特爾目的而伴隨價格卡特爾之協定而實施。

3.對技術、製品、設備之限制

「技術」和「設備」可能和交易並無直接關係，但卻是競爭之有效且有力的手段。故如果為限制競爭而對「技術」或「設備」為限制時，除無明白之合意之證明外亦有可能當不當之交易限制而違反獨禁法第三條之規定。

4.對交易相對人之限制

共同拒絕以外之對交易相對人的限制，乃是以限制當事人間之競爭為目的，包括以地域為主之販賣地區之協定（市場分割協定）、以顧客為對象所為之協定（含顧客爭奪之禁止協定、分配或劃分顧客協定及對接受訂貨之調整等）及以共同販賣為目的所為之協定等。

註 3-8：石油價格卡特爾事件，昭和五五・九・二六判決。

5. 對其他事業活動等之拘束

其他雖不該當前面所述之類型，惟如為限制競爭而為之相互拘束其事業活動時，即該當這裡所稱之卡特爾。如折扣或回扣 (rebate) 卡特爾（註 3-9）、支付條件卡特爾（註 3-10）等之條件卡特爾及利益分配卡特爾（註 3-11）等。

三、違反獨禁法之卡特爾

(一) 構成要件

1. 公益要件——違反公共利益

不當之交易限制係指經由卡特爾而有違反公共利益，對於一定之交易分野之競爭加以實質之限制之行為。

2. 市場效果要件

① 市場效果要件之意義

所謂市場效果之要件，即是對於一定之交易分野中之競爭予以實質的限制。一定之交易分野，係指特定之市場，從而於特定之市場予以實質之限制，乃是對市場之競爭機能予以影響。故卡特爾必須對市場之競爭機能予以影響之效果，才符合不當之交易限制之構成要件。對一定交易分野之競爭予以實質上之限制，並非指對卡特爾事業者內部間之競爭之限制，而是就該當特定市場之競爭機能之限制。

② 一定的交易分野

所謂「一定之交易分野」，概念上係指市場或某一競爭圈。於石油卡特爾事件中，東京高等法院就「一定之交易分野」之意義曾作過如下之解釋：「獨占禁止法第二條第六項中一定之交易分野之意義，應解釋為和實質上之競爭限制之行為其所可能影響之範圍有所關連之業種上及地域上之市場。」

註 3-9：具體事件如公取會勸告審決昭和四六・六・九審決集一八卷一八頁。

註 3-10：具體事件如公取會勸告審決昭和三一・三・三〇審決集二九卷一〇四頁。

註 3-11：具體事件如公取會勸告審決昭和五八・三・三一審決集二九卷一〇四頁。

③實質的限制競爭

實質的限制競爭，係指從一定之交易分野中之競爭全體觀之，該市場之競爭機能受限制。也就是已形成一個市場支配之狀態或是對有效競爭之運作造成困難。

四、違反卡特爾禁止規定之處分

為了確保獨占禁止法規範之實效性，獨占禁止法對於違反行為規定了各種之處分措施。該當措施均是為了達成獨占禁止法之目的所設置，而公正取引委員會對此措施之運用扮演著決定性或重要性之角色。對違反獨占禁止法之卡特爾所設置之措施，與公正取引委員會有關的大約可分為如下三項。對違反獨占禁止法第三條後段、第八條第一項第一款之行為，公正取引委員會依審決可為排除措施之命令。（獨占禁止法第七條、第八條之二）對違反獨占禁止法第三條後段、第八條第一項第一款影響價格之行為，公正取引委員會可命其納付課徵金。（獨占禁止法第七條之二、第八條第一項第一款之行為者，公正取引委員會為追究其刑事責任所為之告發。（獨占禁止法第七十三條、第九十六條）。前二項乃是由公正取引委員會所為之行政處分，後者刑事責任之部分只是賦予公正取引委員會對應追究刑事之違反行為之一個專屬告發權。以下就這三種措施做一簡略之說明。

(一)行政處分

1. 排除措施

公正取引委員會為回復由違反獨占禁止法規定之卡特爾所產生之限制或阻害公正或自由之競爭秩序所為之行政處分即是為排除措施之命令。排除措施乃是為排除違法行為所為之命令，故排除措施是以除去該違法行為為原則，但其範圍不僅止於對違反行為自體為廢棄或禁止之命令，而是包括為有效地除去違反行為之競爭限制及為防止違反行為再發及為確保違反行為排除後之狀態的維持所必要採取之措施。

從來公正取引委員會對不當交易限制所為之排除措施，基本上都是以禁止或廢棄為共同行為之協定或合意之命令為之。即對有關價格決定之不當之交易限制，乃以命令禁止或廢棄其有關價格之協定或合意為中心，同時為確保該命令之實效性，並命其必須將該協定或合意已被禁止或廢棄之一事，

徹底地讓其交易相對人得知。

另外可命其在一定期間內須將其交易數量或販賣價格等資料定期向公正取引委員會報告，或命其將來不可再為同樣或類似之共同行為。

2. 課徵金

課徵金制度為不使違反卡特爾之行為者持有其經由卡特爾行為所得之利益，故在於確保社會的公正之同時，為抑止違反行為，確保對卡特爾禁止規定之實效性所制定由國家徵收經由卡特爾所得之經濟上利益之行政上之措施。關於此制度，於昭和五十二年獨占禁止法修正之時所新增訂的。獨占禁止法對違反行為者除得命停止違反行為之行政措施之外，對卡特爾、私的獨占等違反行為，另設有刑罰之處罰規定。而對卡特爾之違反行為，則是以排除措施和刑罰之處罰再加上課徵金之制度所形成之行政措施。而對卡特爾之違反行為併以課徵金制度其背景乃是公正取引委員會為回復競爭所為之必要措施只得為，命禁止卡特爾等排除行為之行政措施，而事實上經由卡特爾所得之利益，仍舊為違反行為者所持有，其行政措施之採取，實際上對卡特爾行為並無法產生十分之抑止效果，而導致卡特爾行為之反覆迭起，為確保卡特爾禁止規定之實效性應有不待刑事之制裁而採行政上措施之必要。

(二) 刑事處分

獨占禁止法對於不當之交易限制，設有負有刑事責任之罰則規定，可知獨占禁止法是有刑事法之性格。就不當之交易限制所產生之一定交易分野中競爭之實質限制之行為，乃是對獨占禁止法之基本原則即對公正及自由競爭之直接且重大之侵害，也就是對日本基本的經濟秩序之市場經濟體制之根本之侵害，從而該當行為具有相當高之反社會性，因此有以該行為為犯罪行為予以規範之必要。對獨占禁止法之違反行為為排除命令之措施，乃是以求回復競爭上之事實為目的；而對影響價格之不當之交限制易所課處之課徵金，乃是以對違法行為之不當利益之徵收為目的。相對此二者以除去違法卡特爾所生之弊害為目的之措施，刑事罰乃是藉由對侵害社會秩序者科以制裁來抑止違法行為為其直接目的。獨禁法對違法之卡特爾所定罰則和其他國家一樣大抵都包括拘役和罰金之部分。

五、卡特爾適用除外制度

(一) 獨占禁止法適用除外制度之概要

適用除外制度是對於特定分野、條件下之事業者或事業者團體之共同行爲（卡特爾），例外的排除其獨占禁止法之適用之制度，而於獨占禁止法中或其他法律規定中，具體地將容許適用除外行爲之範圍、要件、手續等予以規定。

1. 獨占禁止法

依據獨占禁止法規定之適用除外制度有自然獨占（第二十一條）、智慧財產權之權利行使行爲（第二十三條）、合作社或組織之行爲（第二十四條）、維持轉售價格行爲（第二十四條之二）、不景氣卡特爾（第二十四條之三）、合理化卡特爾（第二十四條之四）等。

2. 獨占禁止法適用除外法

獨占禁止法適用除外法之制定背景乃為促進市場公平自由之競爭，於獨占禁止法制定後全面檢討將在獨占禁止法制定之前即已存在之抵觸獨占禁止法規定之法律規定，除了刪除不合宜之法規定外，對於需要以法律規定予以保護之部份，將其盡數彙整納入獨占禁止法適用除外法之規定之中。依據獨占禁止法適用除外法之適用除外制度有基於陸上交通事業調整法、食糧管理法等之法律所行使之正常行爲及基於其他特定法律所設立之團體不適用獨占禁止法第八條對事業者團體禁止行爲之規定。

3. 其他個別法律

在獨占禁止法制定之後，對其他行政機關所屬範圍內之事項有認須排除獨占禁止法適用者，分別在其他法律中規定其排除獨占禁止法適用。其他個別法律之適用除外制度計有基於輸出入交易法、中小企業團體組織法、漁業生產調整組織法、道路運送法、航空法、保險業法等 28 個法律 47 個適用除外制度。其中有關卡特爾之適用除外制度根據 25 種法律共有 42 種制度。日本臨時行政改革推進審議會中建議對現行政府在某些特定產業中之保護規範予以全面檢討，其中對獨占禁止法之適用除外制度之削減是一個重要且必要之工作，且在國內外均認為應加強獨占禁止法運用之壓力下，日本政府已決定接受審議會之提言，宣布至 1995 年底前對基於個別法律之適用除外制度作一全面性之檢討。

(二)適用除外卡特爾制度

1.須經公取會認可

(1)適用除外卡特爾制度件數其及變遷

經公取會認可、同意或通知公取會或與其協商過而由目的事業主管機關認可之適用除外卡特爾制度，直至平成五年七月一日為止，共有依據十五個法律所為之三十個制度。根據這制度所實施之卡特爾件數，從昭和四十一年度末之一千零七十九件而言，已有顯著減少的傾向，平成五年七月一日為止共有依據六項法律所實施之一百五十九件卡特爾。

(2)個別法中主要卡特爾件數

主要的有①依據中小企業團體組織法所實施之 90 件②依據環境衛生關係營業運營適正化法所實施之 37 件③依據輸出入交易法所實施之二十六件。

適用除外卡特爾制度中尚包含自導入以來完全不會實施者及已有一段長時間未曾被實施運用者。

2.與公取會無涉者

在法律上除上述須經公取會認可、同意或除經目的事業主管機關認可外尚須通知公取會或須與公取會協商等之適用除外卡特爾制度外，另有與公取會無涉之適用除外卡特爾，即其無須向公取會申請認許可，其目的事業主管機關於許認可之際亦無須通知公取會或與公取會協商者亦有之。其中在保險業關係（保險業法等）、運輸業關係（道路運送法、海上運送法、航空法等）等中，有多數適用除外卡特爾。另外，於中小企業協同組合等中之協同組合，有生產、販賣等之共同經濟事業之實行。

六、結 論

世界各國對卡特爾的政策並不相同，在第二次世界大戰前德國可稱為規範卡特爾的母國，而美國對卡特爾之禁止政策則始於休曼法之制定（一八九〇年），至今已有一百年之歷史。日本獨占禁止法為禁止卡特爾而設立……獨禁法第三條不當之交易限制之禁止、第八條事業者團體限制競爭行為之禁止、不當交易限制之國際協定參加之禁止等規定。

第二次世界大戰後的日本，在美國壓力下於一九四七年制定獨占禁止法確定卡

特爾之禁止原則，在此之後多數資本主義國家陸續採競爭政策時均對卡特爾行爲予以規範，我國當然亦不例外。故在為維持自由競爭經濟體制及在美國壓力之背景下，日本近年來對卡特爾行爲之注意漸漸提昇，如於一九九一年十一月針對八家生產保鮮膜化工廠之卡特爾行爲認為其構成獨禁法第三條所禁止之不當之交易限制，除對其作成審決外其行使刑事專屬告發權。事實上，這也是自石油卡特爾事件以來日本公正取引委員會經過十七年後第一次針對卡特爾行爲行使刑事告發權。

我國公平交易法自實施以來，企業界對聯合行爲所規範之範圍普遍認為太過寬廣，且公平交易法第十四條之例外計可部分定義不夠明確，致各界對聯合行爲之規範頗有怨言。關於何種共同行爲該當卡特爾，從獨禁法第二條第六項之規定可得知卡特爾的定義應為事業者依契約、協定或其他名義，與其他事業者共同決定、維持或提高對價、或限制數量、技術、產品、設備或交易對象等，相互拘束或遂行其事業活動之共同行爲。而何種卡特爾是違法的卡特爾行爲而該當於獨禁法中不當之交易限制，獨禁法第二條第六項中亦明文規定須要有二個要件，一是違反公共利益，一是對一定交易分野之競爭予以實質上之限制。日本公正取引委員會及法院對卡特爾及違法卡特爾之構成要件曾作過多數之見解，均值得我國在解釋或認定聯合行爲時之參考借鏡。

肆、不公平交易方法之限制

獨占禁止法視有損於公平競爭之行爲為「不公平之交易方法」而加以禁止，即當事業者使用不公平交易方法時，以獨占禁止法第十九條限制之，當事業者團體使事業者採取屬於不公平交易方法之行爲時，以同法第八條限制之，而當國際契約中含有以不公平交易方法為內容時，則以同法第六條限制之。

一、不公平交易方法之指定

「不公平交易方法」指「在有損害公平競爭可能性之範圍中」，公正取引委員會所指定之部分。該指定內容包括適用於所有行業之「一般指定」，以及僅適用於特定行業之「特殊指定」。在現階段中，特殊指定以百貨店業、新聞業、教科書業、食品罐頭業以及限制消費品廣告獎賞最高額為對象。

根據獨占禁止法第二條第九項，「不公平交易方法」係指下列各款行爲之一，經公取會指定足以妨礙公平競爭者：

1. 對他事業不當之差別待遇。
2. 以不當之價格為交易。
3. 以不當引誘或強制競爭者之顧客與自己交易。
4. 不當約束對方事業活動做為條件而與之交易。
4. 不當利用自己在交易上之地位與對方交易。
6. 不當妨礙與自己或自己為股東或負責人之公司在國內有競爭關係之其他事業者與其顧客間之交易，或不當引誘、教唆或強制與自己在國內有競爭關係之公司股東或負責人為不利於該公司之行爲。

上開公取會用以指定「不公平交易方法」時所依據之範圍或基準，僅係概括抽象規定。目前，經公取會具體指定之「不公平交易方法」（一九八二年六月十八日告示第一五號），即所謂之一般指定，共有十六項行爲，其中除第五項適用於事業者團體之指定外，其餘十五項適用於事業者之指定行爲，可歸納為三大類：

- (1) 限制自由競爭（即減少競爭者與競爭者間之水平競爭）之行爲，屬於此類者包括拒絕交易、差別交易、不正常廉價出售、限制再販售價格等。
- (2) 事業者競爭手段本身即屬不公平者，屬於此類者包括以欺瞞手法與不正當利益引誘顧客、搭售等。
- (3) 事業者利用交易上之優越地位，強加於交易對方不利之交易條件之行爲，如具有購買力之零售商對於批貨商強制地要求購買，使對方產生不利益之行爲。

上述三大類之行爲類型，有的原則上即屬違法行爲，如限制再販售價格，但多數以行爲型態來看，不馬上成為違法，而是在不正當，且有損害公平競爭之可能性時，才成為違法。

二、不公平交易方法之行爲態樣

(一) 事業者適用部分

前述十五項適用於事業者之指定行可再分為八類如下：

1. 拒絕交易：包括①共同拒絕交易（第1項）②其他之拒絕交易（第2項）。
2. 差別取價或差別性交易：包括①差別取價（第3項）②交易條件等之差別待

遇（第 4 項）。

3. 不當對價：包括①不當廉售（第 6 項）②不當高價購買（第 7 項）。
4. 不正當引誘顧客：包括①欺瞞地引誘顧客（第 8 項）②以不正當之利益引誘顧客（第 9 項）。
5. 搭售：搭配販賣等（第 10 項）。
6. 附限制條件之交易：包括①附排他條件之交易（第 11 項）②再販售價格之限制（第 12 項）③附其他限制條件之交易（第 13 項）。
7. 交易上優越地位之不當利用：優越地位之濫用（第 14 項）。
8. 交易妨害與內部干涉：包括①妨害競爭者之交易（第 15 項）②對競爭者之內部干涉（第 16 項）。

（二）事業團體適用部分

根據獨占禁止法第八條，事業者團體不得運用其影響力，對成員事業者之事業活動予以不當限制，或使其為不公平之交易行為。在一般指定第 5 項中，亦明訂事業者團體不當地對事業者團體或共同行為之特定事業者為排擠行為，或對其為差別待遇，致使該事業者之事業活動產生困難時，即為違法之行為。

（三）國際協定或契約之限制

根據獨占禁止法第六條，事業者不得以不當之交易限制或不公平之交易方法為內容訂立國際協定或契約，事業者所訂立之國際協定或契約，如其內容有公取會規則所定之不當交易限制或不公平交易方法事項，應自該協定或契約訂定之日起三十日內，將該協定契約之繕本（以口頭訂立者應附證明書），向公取會提出報告。另依同法第八條，事業者團體亦不得訂立前項規定之國際協定或契約。

三、公平競爭規約制度

（一）公平競爭規約之目的

公平競爭規約係依據贈品標示法第十條之規定，由事業者或事業者團體依公取會之相關告示規定，對於贈品類或有關商品標示事項所為之自主性設定，而得到公取會認定者，其目的在防止品質與價格之競爭過激化後，變質為贈品及標示方面之過度與不當競爭，故以條文化之商業慣例來體現業界大多數之良知，消除事業者間無益之對抗意識及彼此之不信任感，其性質上係業界有關公平競爭之自律規則。

(二)公平競爭規約之內容

可以在公平競爭規約訂定之內容僅限於贈品類或有關標示事項，但其他為了運用規約，有關必要之組織及手續之規定，亦可訂定。至於內容要如何具體規定，係由訂定規約之事業或事業者團體所決定，但通常應包含下列之事項：

1.關於贈品之事項

- (1)對「懸賞限制告示」中被限制贈品類之價格，再加以限制，並且全面禁止憑據懸賞品類之提供。
- (2)限制懸賞之方法（禁止快速中獎等等之方法）。
- (3)限制能提供之贈品類（廢除招待旅行，禁止提供與商品無關聯之贈品類等等）。
- (4)限制非憑據懸賞贈品類之金額（贈品類之價格在商品單價3%以內等）。
- (5)全面禁止贈品類之提供。

2.關於標示之事項

- (1)規定必要之標示事項（如標示原材料名稱、內容量、製造年月日、製造業者名稱等之義務）。
- (2)規定標示之基準（如不動產廣告登載徒步所需之時間，以80公尺一分鐘來換算表示等等）。
- (3)規定特定用語之意義（如「全糖」這種用語，只使用當甜味料之砂糖、葡萄糖等糖類，不使用混合人工甜味料等等）。
- (4)規定等級之標示基準。
- (5)禁止特定用語之標示（如乳飲料，原則上不使用「牛乳」、「牛奶」之用語等）。

(三)公平競爭規約之執行機關及公平標誌

公平競爭規約係由各地區業者所組成之公正取引協議會等執行之，凡違反公平競爭規約之事業者，可先由各該業之公正取引協議會依規律處置，而不需經由公取會以排除命令或警告之程序處理，可免除公取會於調查處理上之時間拖延及人力耗費，在違法行為即時遏止及行政成本之節省上有其利益。公正取引協議會准許參加規約之會員在其商品上適當地表示出遵守規約之標示（如「公正」「或○○公正取

引協議會會員證」等，因此可保證此商品係經審查會通過而有適當標示之商品，消費者可以信用它、選擇它。另，參加規約之事業者，亦可在其店頭上為「會員證（店）」之標示。

四、有關流通及交易慣行重點政策之聲明

公取會為了將獨占禁止法之內容具體並明確地表示在流通及交易慣行上，根據「有關流通及交易慣行等之競爭政策檢討委員會」（主席為東京大學名譽教授館龍一郎）於平成二年（西元一九九〇年）六月之建言，並經過廣泛地徵詢國內外各方意見之檢討作業後，作成「有關流通及交易慣行於獨占禁止法上之指針」（重點政策），並於平成三年（西元一九九一年）七月公布。

(一)指針內容

本政策係由消費者利益及市場開放性確保之觀點，將有關流通及交易慣行於獨占禁止法上之觀點予以明確化。

政策內容分成三部，第一部主要著眼於生產財、資本財之事業間交易之繼續性及排他性，屬於此部之行為類型有杯葛、不當之相互交易、以取得或擁有交易對象事業者之股份為手段而阻害競爭之行為。第二部主要著眼於有關消費財在流通範圍上，對廠商等流通業者之限制行為，以及零售業者優越地位之濫用。第三部則著眼於國內總代理之交易型態及平行輸入之不當阻礙。該指針內容彙集至目前為止之運用事例等為基礎，使人容易明瞭獨占禁止法構思之內容。

(二)指針特色

該指針具有以下之特色：

1. 較以往獨占禁止法更進一步地將行為類型予以明確化，且以往所沒有規定之行為類型有了新的行為類之規定，如多頻度小口配送（零售業者要求進貨業者以少量多次之運送方式進貨）。
2. 明確地指出何者為原則上違法之行為，包括杯葛、再販售價格之限制、強制購買等，也包括準用於再販售價格限制之行為。
3. 對於需個別判斷是否違法之行為，制定有「在市場上有力之事業者」之基準，即市場占有率 10% 以上，而且排名在前三名內。
4. 公取會於指針作成之同時，設置有關流通及交易慣行問題於獨占禁止法上之

事前商談制度，以期事業者充分理解此政策重點，防止返反獨占禁止法於未然。

伍、不正競爭防止法

一、前 言

日本不正競爭防止法甫於去（一九九三）年五月十九日修正公布，公布後一年內施行。由於我國公平交易法所規範之不正競爭行為之類型，與日本修正前之法規較為相似，是以仍有必要了解日本修正前法規、實務上所引發之爭議，俾便瞭解法規與實務運作、以及修法之理由，以為我國執法及修法之借鏡。為方便說明，本文中所稱舊法，指一九九〇年修正施行之不正競爭防止法，新法則指一九九三年五月十九日所公布者。

二、不正競爭防止法之沿革

(一)制定之目的

不正競爭防止法於一九三四年制定，其目的係為了加入巴黎公約。故其規定僅在滿足巴黎公約保護工業財產權之最低限度之義務，而非針對國內之需求所定。之後，法律雖經六次之修正，但仍僅在配合巴黎公約之修正下，作小幅之修正，主要之架構仍未變更。一九九〇年不正競爭防止法增列營業秘密之保護，乃係為響應關稅及貿易總協定(GATT)烏拉圭回合談判有關智慧財產權保護之議題。可謂法律之制定全為因應國際之要求。

(二)法律之修正

如前所述，不正競爭防止法制定目的係為了加入巴黎公約，而非針對國內之需求所定，其條文內容自非適用於國內。加以日本經濟迅速發展，現存法律更是無法適當或有效的反應近年來各式各樣的不公平競爭行為。在程序方面，不正競爭防止法又比其他工業財產權法之規定較為不足。司法判例雖努力於擴大法律之解釋及適用，以具體、適當的解決個案。然而，判例的努力仍有其限制，各界強烈要求應立法規範近年來實務上所發生之不公平競爭行為。

另一方面，在國際上，WIPO(世界智慧財產組織)自一九九二年七月起，企

圖調和世界各國之不公平競爭防止制度，並著手草擬法律範本。在此情況下，為使日本能在此事項居主導地位，自有必要使日本之不公平競爭防止法合於國際立場。

為順應時代變遷之需要，以及國際之潮流，不正競爭防止法乃第一次全盤檢討，考慮司法判例、日本經濟社會之改變、配合國際法律調和之能力，以及日本之法律制度架構，重新修正。修正草案於本（一九九三）年三月十五日提至國會，四月九日參議院一致通過，五月十三日衆議院一致通過，五月十九日公佈。依該法第十四條規定，新法於公佈後一年內施行。

三、不正競爭防止法之內容

(一)不正競爭防止法所規範之不正競爭行為類型

1. 冒用他人成果

根據舊法第一條第一項第一款及第二款（新法對此類型之行為仍加以規範，惟作文字修正，將舊法分別規定之二條款合併規定於一條款，條次調整為第二條第一項第一款）規定，本法施行地區內所共知之他人商品表徵或營業表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品或營業活動混淆之行為，他人得請求禁止。由條文文義觀之，本條之保護要件須具有左列四項要件：

- (1)周知性：共知，必須在日本境內為衆人所知。在國外享有盛名，但在日本不為衆人所知之商品或營業表徵，尚不能受本法之保護。又共知之程度，不需是日本全國所周知，只需在某一特定地點為衆所周知為已足，尤其是於競業者營業區域內為衆所周知。
- (2)為相同或類似之使用：指自己之商品表徵或營業表徵與競爭者之商品表徵或營業表徵相同或類似，造成混同而形成不公平競爭。
- (3)混淆：必須競業者之行為使商品主體或營業主體產生混同之虞。因商品主體或營業主體混同而產生不公平競爭行為才受到保護，在具體之交易狀態下不產生混同之虞即不受保護。是否有混同之虞，實務上認定方法係綜合表徵之使用方法、態樣、周知程度等各因素作具體判斷。
- (4)利益被侵害之虞：判例上認定並不需要利益被實際侵害，只須有混同之虞為已足。其保護範圍因混同概念之擴大而擴大，例如實務判決已引用稀釋理論，當著名表示所持有之形象被淡化，則該著名表示對顧客之吸引力、

廣告力被減損，其利益自有被損害之虞。

2. 未經允許使用他人著名表示

本類型為新法所增訂。

依舊法第一條第一項第一、二款規定，使用共知之他人商品表示或服務表示，須二者有「混同」之虞。而所謂「混同」，狹義而言，指誤認商品主體或營業主體為同一，故基本上，被冒用者及冒用者間需有競爭關係存在（狹義的混同）。

由於現代企業多角化經營非常普遍，「狹義之混同」概念已不符經濟情況需要，實務個案上，法院判決有擴大保護範圍之趨勢，「廣義之混同」之虞亦受到保護。「廣義之混同」指衆所周知名稱之持有人和競爭者所使用之營業名稱間，被誤認可能具有某種關係（如母子公司、關係企業、或與附屬於經營商品化事業集團的公司有密切營業關係）。被冒用者與冒用者之間不需存有競爭關係。

實務判決上將「混合」之要件擴張解釋，以擴大保護著名表示，雖然在個案上被認為是正確的，但仍易受質疑，故新法增訂著名表示之保護，亦即知名程度高之商品表示或服務表示，不需有混同之要件以及競爭關係之存在，均在保護之範圍，他人不得使用。

3. 模倣商品形態之行為

本類型亦為新法所增訂。

利用前人之成果，創造新的成就，將有助於社會健全的、繼續的發展；完全禁止模倣行為，會阻礙自由競爭，並危害發展。但另一方面而言，允許所有之模倣，將無法激勵前人尋求發展。何種模倣行為應予禁止，如何於社會健全、繼續發展與鼓勵前人二者間找到均衡點，應視經濟發展情況及社會倫理道德而定。每一個別之智慧財產法即是在此種觀念下，賦予創作物某種權利。

不正競爭防止法之目的亦在規範此類不公平競爭行為，維護公平競爭秩序。尤其，近年來，隨著複製技術之進步、商品週期之縮短、流通管道之發達，他人投入大量資金、心力進入市場之商品很容易被模倣。在此情況下，

模倣者可節省許多成本及風險，對被模倣者極不公平，且會減低前人發展更優良產品之意願。若此種行為不加以限制，整個公平交易秩序會被破壞。在此情況下，有意的完全模倣他人投入資金、心力進入市場之商品形態，未予任何的改變，在競爭上應屬不公平之行為，不論該商品是否有智慧財產權之存在。

綜觀現有之法規，均未禁止此種完全模倣商品形態之行為本身。對商品形態的模倣，舊法第一條第一項第一款、設計法、著作權法、民法第七〇九條各有不同之要件，符合要件者始有其適用，往往使得許多完全模倣之不公平競爭行為無法加以限制。

新法第二條第一項第三款增訂模倣他人商品形態之行為，於符合特定要件下予以禁止。依該條規定，其適用要件如左：

- (1)完全模倣：利用他人之成果加以修改，作出自己之產品進入市場，應認屬公平競爭行為之範疇。故本條款之適用，限於完全模倣他人之成果。惟為防止規避法律適用，若模倣他人之成果，僅作細微之修飾，實質上依然相同，則仍屬完全模倣。
- (2)競爭關係：完全模倣行為之所以受限制，因其會破壞競爭者間之公平競爭秩序。故模倣者之目的須是提供商品於市場與原來之商品競爭，始構成不公平競爭行為。
- (3)被模倣之商品具有市場價值：如前所述，完全模倣商品形態之行為造成不公平競爭，係因前人投注大量資金、心力使商品成功的進入市場，模倣者不須花費成本而與之競爭。故被模倣之商品須有市場上之價值，始會造成不公平競爭。
- (4)保護期間：限制完全模倣商品形態之行為，乃為改正該等模倣所造成之不公平競爭。故如前人投注金錢及努力後，其所預期得到之利益已經獲得，此時他人之模倣應非屬不公平競爭，無庸加以限制。根據日本工業設計保護協會之間卷調查，變更商品外型之生命周期為三年。故法條規定，商品自最初販售之日起已經過三年者，其商品形態不在保護之範圍。
- (5)例外情形：商品通常具有之形態不適用本條款規定。

4.妨害營業秘密

營業秘密，指生產方法、販賣方法以及其他不被公眾所知悉且對事業活動有用之技術上或營業上之情報，持有者將之視為秘密且予以管理者。營業秘密之不正當行為，依法條規定（舊法條文第一條第三項，新法第二條第一項第四、五、六、七、八、九款），有左列六種：

- (1)以竊取、詐欺、脅迫以及其他不正當手段，取得營業秘密之行為；使用以上述方法所取得營業秘密之行為；或將之予以揭示之行為。
- (2)就所取得之營業秘密，明知有營業秘密之不正當取得行為之介入，或因重大過失而不知有不正當行為之介入時之取得行為，使用該營業秘密之行為或將之揭示之行為。
- (3)取得營業秘密後，就該營業秘密知悉有營業秘密不正當取得行為之介入，或因重大過失而不知有不正當行為之介時之取得行為，使用該營業秘密之行為或將之揭示之行為。
- (4)介圖為不正當競爭或其他不正當利益之行為，或企圖加損害於持有人，而使用持有者所示之營業秘密，或為上述目的而將該營業秘密予以揭示之行為。
- (5)營業秘密之不正當揭示行為，或於取得營業秘密時明知有營業秘密不正當揭示行為之介入，或因重大過失而不知有該不正當揭示行為介入時之取得行為、使用所取得秘密之行為，或將之予以揭示之行為。
- (6)於取得營業秘密後，就該營業秘密所為不正當揭示行為，或明知有營業秘密不正當揭示行為之介入，或因重大過失而不知有不正當揭示行為介入，而使用該營業秘密之行為，或將之予以揭示之行為。

5.虛偽標示

事業於提供商品或服務時，為了表示其有別於其他同業之商品或服務，以吸引消費者購買，除了在品質、內容、數量上競爭外，並於標示上競爭。業者經由上述之競爭，獲得較其他同業優越之成果，固屬合理，但若此種競爭逾越某種程度，例如對商品或服務之品質或內容為不實或引人錯誤之標示，可能會引起消費者不當之需求。業者對商品或服務為不實或引人錯誤之表示，

會比適當標示之業者有利，甚至搶奪後者之顧客。此等行為若不加以禁止，將破壞公平競爭秩序。

依舊法第一條第一項第五款規定，虛偽標示之情形有三種：

- (1)於商品上或其廣告中，或以公眾得知之方法，於交易之書類或通信上為虛偽之原產地標示，或販賣、散布、輸出有該虛偽標示之商品，而令人誤認原產地之行為。
- (2)於商品或其廣告中，或以公眾得知之方法，於交易上之書類或通信上，為令人誤認該項產品係於原生產、製造、加工地以外之地區所產產、製造、加工之表示，或就該項產品為販賣、散布或輸出之行為。
- (3)於商品或其廣告中為使人誤認其商品之品質、內容、製造方法、用途或數量之標示，或就該項產品為販賣、散布或輸出之行為。

本條規定於一九五〇年制定，其後僅作細微之修正，以配合巴黎公約一九六五年之改正。由於日本經濟及社會顯著進步，環境已與過去大不相同，有必要對現行法規作全面之檢討及修正。

依條文之規定，本條款僅適用於商品，並不包含服務。而參考德國、瑞士、美國等國之有關規定，對商品其服務均作相同之規範。不僅此，智慧財產權組織 (WIPO) 於討論調和世界各國不正競爭法時，亦不區分商品或服務。另一方面而言，日本經濟於近年來，服務業明顯進步，已占國內經濟極重要之部分，服務之競爭亦越來越激烈。基於上述各項理由，有關引人錯誤之標示之規範，商品及服務不應有所區別。新法第二條第一項第十款乃增訂服務亦有其適用。

6. 損害營業信譽行為

意圖侵害有競爭關係之他人營業上信用，而陳述或散布虛偽事實之行為（舊法條文第一條第一項第六款、新法第二條第一項第十一款）。違反本條規定之行為，經常同時違反其他條文規定。在チエストロン事件（一九八八年七月一日東京地裁判決），原告為電子樂器製造商，其與被告簽訂獨家販賣契約，商品由被告銷售。被告私自仿製原告之商品，並於廣告上聲稱商品具有某種優越之功能，而加以銷售，然實際上商品並無該等功能，法院認定

被告除違反不實廣告之禁止規定外，且因被告為原告之代理商，消費者均認被告所銷售之商品為原告所產製，該不實廣告損害原告之營業信譽。

7. 代理人未經同意，使用相同或類似商標於相同或類似產品。

代理人、代表人或前任代理人、代表人，無正當理由，且未經該商標權人之同意，將相同於或類似於與該當權利有關之商標，用之於相同或類似之商品，或販賣、散布、輸出該相同或類似商品，此情形於商標權人為外國人時最為常見。代理人一方面代理他人商品，一方面生產、銷售相同或類似商標之商品，屬不正當之競爭行為，依舊法條文第一條第二項（新法第二條第一項第十二款）規定，商標權利所有人得請求停止該行為，但其前任代理人或代表人在其行為開始日前一年內，並非其代理人或代表人者，不在此限。

本條規定係為因應巴黎公約所訂。巴黎公約第六條之六規定：「(1)代理人或代表人未經一方領域商標權人本人同意，擅以自己名義，於他方領域申請商標註冊時，該商標權人得提出異議、或請求撤銷其註冊，於該領域法律許可時，並得請求將註冊商標移轉於其名義；但代理人或代表人就其行為有正當理由者，不在此限。(2)商標權人於其代理人或代表人未經其授權而使用其商標時，並得依前項規定，阻止其使用。(3)商標權人行使本條所定權利之期限，得由各領域法令自行規定之。」

前述巴黎公約條款主要在解決商標遭他國代理人或代表人擅自申請註冊所引起之糾紛。為此，日本商標法第五十三條之二規定：「註冊商標，係巴黎公約同盟國內具有商標權利人權利範圍內之商標，並以該權利人之商品同一或類似之商品作為指定商品，而且其商標註冊之申請無正當理由未經該商標權利人之同意，由其（權利人）代理人或代表人或該商標註冊之申請前一年以內曾任其代理人或代表人之人申請商標註冊者，該商標權利人得請求審判撤銷該商標之註冊。」同法第五十三條之三規定：「前條之審判，於商標權之設定註冊日起經過五年後不得求之。」

商標遭他國代理人或代表人擅自申請註冊，除得依商標法申請撤銷商標註冊，並得依不正競爭防止法規定禁止其使用。不正競爭防止法可視為商標法之特別規定。因其係依巴黎條約而來，故法條之適用，以商標權人所屬之

國家為巴黎公約會員國為限。

(二) 不正競爭行為司法救濟之請求權人

1. 停止請求權

依舊法條文第一條（新法第三條）規定，因他人之不正競爭行為，而本身營業上之利益有被侵害之虞者，得請求行為人停止其行為。本項請求係向法院為之。而得請求之人為受害之業者，消費者僅反射受保護，並無請求之權。

有許多人主張請求權人應包括業界團體、消費者團體及消費者。同時亦有人主張由於事業引人誤認之行為而受有損害之消費者應有權撤銷契約。請求權人究應限於營業利益受損害之業者，抑或應包括業界團體、消費者團體及消費者，應由不正競爭防止法之法律制度架構、目的及地位等加以判斷。

由於舊法並未規定立法之目的及「不公平競爭」之概念，所以必須從法規內容及法律結構來解釋法律之目的。而由法條規定觀之，基本上法之目的在維持市場之水平之公平競爭。判例上亦採此見解。新法將判例明文化，於第一條增訂立法之目的，規定本法之目的在防止不正競爭行為，及採取損害賠償措施，以確保事業間之公平競爭以及與此有關之國際條約之確實實施，進而促進國民經濟之健全發展。既然不正競爭防止法之目的在維護公平競爭秩序、保護業者私人之利益，則應認僅競爭之業者有請求權。

關於消費者團體及消費者之訴訟權，景品表示法及有關營業之法律（如不動產交易法、訪問販售法、藥事法等）均基於保護消費者之觀點而有所規定。尤其，該等法律為達保護消費者之目的，賦予行政機關採取行政措施之權責。

另外，消費者因事業引人錯誤之行為而簽署契約，民法已有規定意思表示錯誤，契約無效；因受詐欺，契約得撤銷。又有些特別法，如分期付款販售法、訪問販售法，規定有冷卻制度，允許消費者於一定期間內得撤回契約之成立。

正如以上所述，目前已存在多種足以保護消費者之法律，是以尚無必要改變不正競爭防止法之目的，將之擴大至賦予消費者或消費者團體依不正競

爭防止法提起訴訟之權。

2.損害賠償請求權

舊法條文第一條之二（新法第四條）規定，因行為人故意或過失之行為，致營業上之利益受損害者，負損害賠償責任。

請求損害賠償，必須證明損害額。實務上，損害額經常不易證明，如同智慧財產權侵害案件之損害額一樣困難。而在智慧財產權法規方面，均明文規定損害額之推定，以減輕原告之舉證責任。專利法第一〇二條第一項、商標法第三十八條第一項規定，侵害者所受之利益推定為受害者之損害額，專利法第一〇二條第二項、商標法第三十八條第二項規定，受害者通常可獲得之授權權利金相當金額，推定為損害額。有人主張不正競爭防止法所規定之不正競爭行為，性質上與智慧財產權之侵害類似，故在損害賠償方面應採取相同之措施。新法已參照智慧財產權法有關損害賠償之規定，於第五條增訂損害賠償額之計算，以侵害者所受利益或授權權利金相當金額，推定為受害者之損害額。因其僅屬推定，侵害者若能證明受害者實際所受損害低於推定額，或受害者能證明其所受損害高於授權權利金相當金額，則以證明之實際損害額為損害賠償額。

四、結論

日本不正競爭防止法執行至今，業已六十年。雖其制定之最初目的係為加入國際組織，滿足國際間之要求，而非針對國內需要所訂，但由於法院在實務運用上，會隨社會經濟發展，適度擴張解釋法條規定，使該法在因應國際潮流及維持國內公平競爭秩序上，發揮極為重要之功能。

我國公平交易法於八十一年二月四日實施，另一部份為不公平競爭行為，中央主管機關行政院公平交易委員會，有調查處理、命違法之事業停止或改正之權責，另有關損害賠償及刑事處罰，則屬法院之權限。日本將上述二部分分開立法，制定「關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律」（即一般所稱獨禁法），規範有關獨占、聯合、結合等行為，主管機關為公正取引委員會。另制定「不正競爭防止法」，規範不公平競爭行為，其純屬司法審判範疇，行政機關未予介入。不公平競爭行為之防止究屬私益之保護或公益之維護，行政機關應否介入，其與消費者保護法如何

區別，均是值得探討之議題。日本之法規及實務，或可作為參考，但作分析比較時，應同時考量兩國社會、經濟情況，以及其他法律相關規定、整體法律架構，以免偏頗。

另外，我國目前正積極爭取加入關稅及貿易總協定，不公平競爭行為是否有效規範，是否滿足國際要求，必受關注。公平交易法於立法過程中，美國即高度關切不公平競爭部分之法條規定，並數次將不公平競爭列入中美智慧財產權諮詢會議之議題。研究巴黎公約以及 GATT 烏拉圭回合談判 TRIPs 關於不公平競爭之規範，以因應國際潮流，已刻不容緩。日本在此方面之經驗，頗值吾人參考。

