

《公平交易季刊》
第七卷第四期(88/10)，pp.127-142
◎行政院公平交易委員會

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*

沈麗玉**

壹、前言

公平交易法（下簡稱公平法）部分條文修正案，業於 88 年 1 月 15 日經立法院三讀通過，並經總統於同年 2 月 3 日公布。依中央法規標準法第十三條規定，法規明定自公布日施行者，自公布之日起算至第三日起發生效力。又修正後公平法第四十九條第二項規定：「本法修正條文自公布日施行。」故公平法部分修正條文自 88 年 2 月 5 日起即生效力，其修正後所發生之違法行為，自應適用新法之相關處罰規定。惟違法行為於公平法修正前已完成，或行為雖於修正前發生，然持續至修正後者，主管機關（即行政院公平交易委員會，下簡稱公平會）應如何適用新舊法之規定？又對於修正前已繫屬法院或已移送檢察機關偵辦之刑事案件，其適用情形有無不同？司法與行政機關之實務見解如何？厥為修法後實務上亟須探討之課題。

此外，本次公平法罰則部分經大幅修正，其中除對於涉及刑事處罰之案件改採「先行政後司法」原則外，在行政處罰方面最重要者，為對違法行為得逕處行政罰鍰，並同時提高罰金、罰鍰上限額度等規定。蓋因修正前第四十一條前段對違法行為並無逕處罰鍰之規定，故實務上，公平會基於有效嚇阻事業再犯之動機考量，乃

*感謝匿名審查委員、陳惠平科長對本文之指正與建議，及張弘澤專員提供寶貴之研究心得與資料，以為本文之素材。如有疏漏之處，文責由本人自負。

**本文作者現為行政院公平交易委員會法務處科員。

將第四十一條後段所適用之違法行為予以類型化擴張，即認除具繼續性質之單一違法行為，逾期未遵該會處分內容為停止或改正之情形者外，與該違法行為具相同或類似性質之另一違法行為，即視同原違法行為之不停止或不改正，而得以第四十一條後段規定逕予非難。惟本次修正後，新法第四十一條前段已設有逕處罰鍰之規定，且其罰鍰額度最高可達新臺幣二千五百萬元，對違法事業足收相當嚇阻之效，故修正後公平會有無必要再維持上開擴張解釋之作法，殊值再酌；況修法後第三十五條第一項對前揭類型化之行為已有規範明文，而第四十一條卻未配合修正之情況下，倘公平會繼續維持修法前之實務作法，在體系解釋上有無矛盾衝突之虞，亦值再進一步思考。

本次修法為公平法自 81 年 2 月 4 日施行以來首次修正，計增訂四個條文，修正十六個條文，其幅度不可謂不大。修法後所面臨之重要課題，即是如何妥適適用新、舊法之規範，以落實公平法修法之目的與精神。本文謹就修法後，實務上對於上揭法律適用之爭議問題，試予探討如後，疏漏之處，希各先進不吝批評指正。

貳、修正重點說明

本次公平法修正之重點主要包括：刪除獨占事業公告與市場占有率五分之一之事業公告規定、刪除日常用品得例外於禁止限制轉售價格、對違法行為採「先行政後司法」之原則，並同時提高罰金、罰鍰額度，對違法行為得逕處行政罰鍰、加強規範多層次傳銷行為並確立公平法為經濟基本法地位等等。其中與本文討論主題（罰則）有關者，為前述「先行政後司法」原則之採行、對違法行為得逕處罰鍰並提高罰金、罰鍰額度等規定，爰就此部分之修正先予說明如下：

一、改採「先行政後司法」原則

公平法修正後第三十五條第一項規定：「違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，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，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」準此，對違反第十條之獨占事業濫用市場地位行為、第十四條之聯合

行為及第二十條第一項仿冒行為之處罰，修法後即應由公平會依第四十一條規定先為行政處理，無效果，始由司法機關進行刑事追訴、處罰。此即所謂「先行政後司法」原則。其相較於修正前第三十五條對於上開不法行為，逕以刑罰相繩之規定，堪稱允洽。蓋公平法為經濟法規，對有礙市場競爭機能之限制及不公平競爭行為，應以合理之經濟工具制裁之，手段方為得當。且刑罰係對不法行為之最重且最後之制裁手段，對以行政罰手段即足以達管理目的者，基於比例原則，自宜先循行政處罰之方式為宜。復查公平法對於上開行為之規範條文，存在許多不確定法律概念，如「其他濫用市場地位行為」、「其他方式之合意」、「相關事業或消費者所普遍認知」等，尤須先有行政權之介入以為預警。故綜上整體考量，即為本條文改採「先行政後司法」之主要修正理由。

二、提高罰金罰鍰上限

修正條文第三十五條、第三十六條、第三十七條、第四十條、第四十一條及第四十二條均大幅提高罰金罰鍰之上限，其中罰金部分提高為修正前之一百倍，最高可達新臺幣一億元；至罰鍰部分則提高為修正前之五十倍，最高亦達新臺幣五千萬元。其修正理由主要係謂現今國內整體經濟水準及企業體年營業額均已大幅提高，公平法有關罰金罰鍰之上限，自宜併予提高，以有效遏止不法。此種「窮化犯罪人，以遏止不法」之立法考量，顯然受到德、法立法例及執法趨勢影響，而賦予公平會更具嚇阻效果之管制法寶。

三、對違法行為得逕處罰鍰

修正後第四十一條規定：「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、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；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」因修正前第四十一條前段對於違法之事業，僅規定得「限期命其停止或改正其行為」，而無逕處罰鍰之規定，故實務上，違法事業即存有可違反公平法一次而不受處罰之僥倖心理。本

次修法為解決此流弊，爰於前段增訂主管機關得逕處罰鍰，並同時提高罰鍰之上限金額，故事業於公平法修正後所為之不法行為，依其情形將可能即受二千五百萬元以下之罰鍰，已無初犯不受處罰之僥倖空間。且就事業之違法心態而言，倘其因違法行為所受之不利益較高於其原欲藉此獲取之利益，基於風險與利益之衡量結果，應可有效消彌事業之違法「動機」。

參、修法後相關違法行為之適用問題

一、公平法修正條文生效前，原應逕處行政處罰或刑事處罰之案件，修正後應如何適用新舊法（即裁判時法或行為時法）之規定？其已移送檢方偵辦或原已繫屬法院之刑事案件，應如何處理？

按所謂「法規不溯既往原則」，指行政法規不適用於該法規變更或生效前業已終結之事實或法律關係，惟如法規變更或生效時，過去發生之法律關係或事實現仍存在、尚未終結者，則不在此限。故自公平法修正條文生效日起（即 88 年 2 月 5 日），違法行為始發生或繼續存在者，該行為之處罰應適用修正後條文之相關規定處理；惟若修正條文生效日前，行為已完成者，其相關罰則之適用，理論上雖可能有所謂「從新從輕」、「從新從優」或「實體從舊，程序從新」等不同見解，然實務上因所涉刑事責任與行政責任性質之不同，而適用之原則殊異。以下即就刑事處罰及行政處罰之規定分別論之：

(一) 刑事處罰：

按「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」為刑法第二條第一項所明定，亦即所謂「從新從輕」原則。公平法第三十五條、第三十六條、第三十七條及第三十八條為一般行政刑罰之規定，修法後自應適用上開刑事法原則。惟所謂「從新從輕」之衡量標準為何？其適用之結果有無差異？容進一步就各違法行為類型之處罰條文試予解析：

1. 應適用修正後之條文規定者：

刑法第二條第一項所謂有利於行為人之法律，除參酌同法第三十三條暨第三十五條所規定之主刑輕重之比較次序與標準外，尚應就新舊法所定之全部效果綜合予以考量，擇其最有利於行為人之法律予以適用。職是以觀，修正後公平法第三十五條，業對違反第十條、第十四條及第二十條第一項者，採取「先行政後司法」原則，究其實質，即是將第一次之違法行為予以除罪化，而改以行政管制手段先為處理，此與修正前之違法行為係採行政、司法併行之法律效果相較，雖有罰金額度提高之不利益，然卻可免遭受三年以下有期徒刑併科罰金之刑事追訴，總體而論，自仍以修正後之規定為輕。故依刑法第二條第一項所揭示之「從新從輕」原則，行為在修正條文生效日前已完成者，自應適用較輕之新法規定，而無修正前公平法第三十五條之適用。

2. 應適用修正前之條文規定者：

修正條文生效前，違反公平法第二十二條及第二十三條規定者，因修正前第三十五條及第三十七條之刑責均較修正後之條文規定為輕，自應適用修正前之規定處罰。又修正條文生效前，違反第十九條規定，經公平會命其停止其行為而不停止者，依較輕之修正前條文處理。至如修正條文生效前，違反第十九條規定，經本會命其改正其行為而未改正者，因行為時法律並無刑罰規定，依罪刑法定原則，該行為並不成立犯罪，自無刑罰規定之適用。

(二) 行政處罰

查現行行政法規就有關新舊法之適用，除中央法規標準法第十八條對於「人民申請許可案件」採「從新從優」原則之明文外，其他並未如刑法設有總則規定。是除法律特別規定者外，就行為後法規變更之適用問題，應如何處理，學理上雖有爭議，惟實務上依行政法院向來之見解，係採「實體從舊、程序從新」之原則¹。準此以解，公平法第四十條係對於事業結合應申請許可而未申請許可，或經申請未獲許可而為結合之處罰規定；第四十一條乃對於違反公平法行為之一般處罰規定；第四

¹ 如行政法院 49 年判第 108 號：「... 按實體從舊程序從新之原則，被告官署所為之行政處分，自應依照行為時有效之舊法規，在職權範圍之內，依法裁量，要不能適用行為後公告之新辦法，而溯及既往...」

十二條則為對多層次傳銷事業違反同法第二十三條、第二十三條之一第二項、第二十三條之二第二項、第二十三條之三及依同法第二十三條之四所定多層次傳銷管理辦法規定之處罰，三者性質上均屬行政處罰之實體規定，依上開行政法院之實務見解，自應適用修正前之規定。

前述修法後之適用原則，亦為目前公平會之實務見解，並經該會於 88 年 4 月 7 日以（88）公法字第 966 號函行文司法機關參考在案²。另有關涉及刑事責任之司法案件，經進一步檢視各級法院之判決可知，公平會上開解釋函之適用見解，已為多數法院判決所肯認，是多逕為不訴處分或無罪之判決³。惟亦有部分司法判決持不同之見解，如臺灣高等法院 88 年度上易字第 912 號判決，其理由雖亦認修法前已繫屬法院之刑事案件，應依刑法第二條第一項但書之規定適用法律，然卻逕以修法後第三十五條所定之罰金額度較修正前高為由，認定修法後之規定不利於被告，而適用修正前第三十五條規定，處以被告有罪之判決⁴；又臺灣臺北地方法院 87 年度易字第 965 號判決理由謂：「新修正之公平交易法第三十五條所新增之命停止、改正或採取必要更正措施，其有無為此行政命令之必要，或須命令幾次，行為人不從時，始構成刑事處罰要件，係屬行政命令以相當於法律位階之方式立法時，所需斟酌裁量之事，但究其法令性質，終非刑罰法令。行政院公平交易委員會（88）公法字第 966 號函，認違反公平交易法第二十條之規定而犯同法第三十五條之罪，有從新從輕原則之適用，殊屬誤解法律所為之釋示⁵...」從而亦為被告有罪之判決。

上引二法院之判決理由，前者雖亦肯認有刑法第二條第一項「從新從輕」原則之適用，惟其純就罰金額度之高低作為是否有利於被告之憑斷，不惟與刑法第三十

² 公平會第 381 次委員會議曾通過「有關公平交易法部分條文修正後違法行為應如何適用」乙案，並鑑於修法後部分法院法官及檢察官多次來電或來函請釋，爰以 87 年 4 月 7 日（88）公法字第 00966 號函將該決議內容行文司法院及法務部轉知所屬參考。

³ 如臺灣臺南地方法院檢察署 86 年度偵字第 12498 號不起訴書及臺灣臺北地方法院第 87 年度易字第 2125 號刑事判決。

⁴ 該號判決理由謂：「本件行為後，公平交易法已於 88 年 2 月 3 日公布，於同年月五日生效，其中第三十五條之刑度提高罰金額度最高為新台幣一億元，顯較修正前為高，不利於被告，依刑法第二條第一項但書，應適用修正前公平交易法第三十五條規定論處。...」

⁵ 該號判決理由之前段謂：「... 刑法第二條第一項所謂法律有變更者，此法律乃指刑罰法律而言，刑罰法令之立法方式縱以違反某行政命令為該當要件，而使該行政命令具有法律同等地位，但因該行政命令本無刑罰之規定，究難解為刑罰法令，而望文生義，謂該行政命令有所變更或新發布某行政命令時，即謂法律變更。...」似有將公平法第三十五條之變更視同空白刑法變更之意。

三條及第三十五條有關主刑重輕之比較次序與標準不盡相符；且如前述，修正後第三十五條改採「先行政後司法」後，對於第一次違反公平法第十條、第十四條及第二十條第一項規定之事業（即初犯）而言，實質上已將其除罪化，並大幅縮減上開違法行為之可罰性範圍，是綜合全部結果以觀，仍以修正後之條文有利於行為人，殊不因修正條文之罰金刑較修正前為重，而有所不同。故上開高等法院判決逕以罰金之多寡，作為新舊條文輕重之比較，而為行為人有罪之不利判決，其見解容待商榷。至後者將修正後公平法第三十五條所新增之行政罰規定視為刑事處罰要件，而認其非屬刑罰法令，無刑法第二條第一項「從新從輕」原則之適用乙節，固非無見，惟其將修正後第三十五條新增「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」之要件，視為刑事處罰要件（推其意應係指學說上所稱之「客觀處罰條件」⁶，即在犯罪構成要件上，附加一客觀處罰條件，用以限制國家對犯罪行為之刑罰權行使界限。臺灣臺北地方法院87年度自字第856號判決對此亦持相同見解），而非犯罪構成要件，論據上似有未周。蓋依通說，客觀處罰條件與構成要件最大之不同，乃前者不論行為人對此事實有無認識，或對於條件之發生有無過失，必待該等事由存在時始加以處罰；後者則須行為人主觀上對要素事實之發生有故意或過失，始有罪責可言。修正後第三十五條增訂主管機關對違法事業所為命停止、改正或採取必要更正措施之性質，係對個案所為之行政處分（非行政命令，上揭臺灣臺北地方法院87年度易字第965號判決理由逕以行政命令論之，顯有誤解），其須以行為人之違法行為為基礎，是如認該行政處分之存在為前述客觀處罰條件，而行為人之故意或過失於此竟可置之不論，邏輯上似難贊同。且客觀處罰條件之判斷標準，學說見解分歧，尚無定論，修正後第三十五條所採先為行政處理，無結果始得進行刑事追訴之規定，概念上是否合致於客觀處罰要件之內涵，容亦有爭。況退一步言，縱認該修正為客觀處罰要件之附加，其亦屬刑法第二條第一項之「法律變更」，應有「從新從輕」原則之適用。故上開判決之創見，仍有待斟酌。

⁶ 臺灣臺北地方法院87年度自字第856號刑事判決逕將其論以「客觀處罰條件」：「．．．在立法政策上，修正後之新法對於違反公平交易法第二十條第一項之處罰，已由原先之規定逕為刑事制裁，基於『比例原則』及『先期預警』等理由，轉而在犯罪構成要件上，附加一『客觀處罰條件』，用以限制國家對違反公平交易法行為之刑罰權行使界限。．．．」並援引刑事訴訟法第三〇一條論知無罪判決。

二、如事業之違法前行爲完成於修正條文生效日前，並經主管機關依舊法規定處分在案，後行爲（作爲或不作爲）發生或繼續存在於修正條文生效日後，則後行爲究應適用修正前或修正後之處罰規定？

或謂後行爲之處罰如以前行爲違法為基礎，前行爲既已適用舊法處斷，則後行爲自宜為同一處理。惟查修正條文生效後，除前述因行爲後法律變更，依「從新從輕」或「實體從舊」等原則而有適用舊法規定之情形外，其對修正後所發生之違法行爲並無規範效力，不得再行援用，此為法律適用之基本原理。茲後行爲（作為或不作為）既發生於修正條文生效日後，自應受新法之規範，而適用修正後條文處理。至如事業之前行爲經主管機關依舊法處分後，因未為停止或改正，而持續其違法狀態至修正條文生效後者，與前述行爲後法律有變更之情形，亦有不同，應適用修正後之條文規定，而無法律溯及既往適用之問題。至上開違法之後行爲究應適用修正後相關處罰條款之前、後段規定處理，係另一問題，容後再述。

三、承上題，如認違法之後行爲應適用修正條文之規定處理，則究應適用修正後相關處罰條款之前段抑或後段規定處理？

(一)公平法相關條款之前、後段處罰性質

為探討前述違法之後行爲應如何適用之問題，首須究明者，乃公平法相關條款之前、後段處罰規定之性質為何。以公平法第四十一條之規定為例，公平會依其前、後段規定對違法事業所為之行政處分，本質上均屬行政罰應無疑義，惟在行政法上，行政罰尚得區分為行政刑罰、行政秩序罰、懲戒罰及執行罰四種。所謂行政刑罰，指對於違反行政法上之義務者，科以刑法上所定刑名之制裁；所謂行政秩序罰，則指對於過去違反行政法上之義務者，科以刑罰之刑名以外之制裁；所謂懲戒罰，指基於行政法上之特別權力關係所加之制裁；所謂執行罰，乃對於違反行政法上義務者，為督促行為人將來履行義務之手段。要之，行政秩序罰係對於行為人過去違反義務之制裁，執行罰則係督促行為人將來履行義務之手段，兩者性質有所不同，非得混淆。此行政法院 45 年判字第 65 號判例暨 83 年判字第 02230 號判決理由足資

參照⁷。

準此以解，修正後公平法第四十一條前段所定「對於違反本法規定之事業，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；」應屬行政秩序罰，以行為人過去已成立「違反本法規定」之行為，為處罰客體；後段規定「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」應屬執行罰性質，以按次連續處罰，作為督促行為人完成改善之手段，而非以行為人繼續「違反本法規定」之行為作為處罰對象⁸。

(二)違法後行為之行為分析與適用

復須進一步探討者，乃修正條文生效後之行為，在概念上究屬數行為中之後行為，抑或屬於修正條文生效前行為之持續？若屬數個行為中的後行為，則此後行為究竟應適用修正後相關處罰條款之前段或後段處理？此殆有斟酌之餘地：

1.前、後違法行為係屬法律上之單一行為（亦即後行為屬於前行為之持續）者：

若前、後行為係屬法律上之單一行為者，如不實廣告之招牌經公平會依舊法認定為違法後，未依該會處分之要求而拆除，且其行為持續至修正條文生效後，則此種持續性之行為，即未依原處分要求停止或改正其違法行為之情形，自應依第四十一條後段之執行罰規定處理，而不得另為另一新的秩序罰處分。至修正條文生效後之持續部分，性質上既非事業再為其他違反本法規定之另一行為，自不能獨立另依

⁷ 其判決理由謂：「...行政秩序罰係對於行為人過去違反義務之制裁，執行罰則係督促行為人將來履行義務之手段，兩者性質有所不同，非得混淆...水污染防治法第三十八條前段所定『事業或污水下水道系統排放廢（污）水，違反第七條第一項或第八條規定者，處新台幣六萬元以上六十萬元以下罰鍰，』應屬行政秩序罰；接續規定『並通知限期改善』為主管環保機關，對行為人所課將來應履行之義務；其次規定『屆期仍未完成改善者，按日連續處罰』應屬執行罰性質，以按日連續處罰，作為督促行為人完成改善之手段，而非以行為人繼續『違反第七條第一項或第八條規定』之行為為處罰對象。...」

⁸ 惟亦有學者認為，如連續處罰之規定，亦係對尚未改善之違法狀態所施之制裁，則此種連續處罰除係執行罰外，亦寓有秩序罰之意，即兼具執行罰與秩序罰之性質。參閱陳新民(1977)，行政法學總論，6版，297。

第四十一條前段論處。

2. 前、後違法行為非屬法律上單一行為者（即新法實施後再為另一違法行為）：

(1) 後行為與前行為非屬相同或類似之違法行為者：

在此情形，後行為完全屬於修法後另一新的違法行為，應分別依其違法情狀施以不同之秩序罰處分，即適用修正後公平法第四十一條前段規定，殊不待言。

(2) 後行為與前行為係屬相同或類似之違法行為：

即後行為並非前行為違法狀態之延續，而係與前行為相同或類似之另一違法行為。於此應考量者，乃就理論面而言，依公平法第四十一條後段「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施」之文義，須前行為已依該條前段規定予以處分後，被處分人逾期未遵該處分內容為停止、改正或採取其他更正措施者，始得依同條後段予以處罰。易言之，公平法第四十一條後段之適用，須以原處分所非難之行為繼續存在為前提，是如行為不具繼續性質，或該違法狀態事後業已終止，行為人復再為另一相同或類似之行為者，應無第四十一條後段規定之適用餘地。

然，考諸公平會過去之執法實務以觀，誠如本文前言之說明，修正前公平法第四十一條前段因無逕處罰鍰之規定，為能有效遏止事業反復實施之不法行為，公平會曾以抽象行為類型之認定方式，將同一事業再為相同或類似之違法行為，視為原不法行為之不停止或不改正，而逕以第四十一條後段規定之法律效果論處。此種擴張解釋方式，雖有逸脫文義解釋範疇之虞，而滋爭議⁹，然於舊法時期因第四十一條前段無法逕處罰鍰之規範，實務上確有成效不足之憾，且上開作法除體系解釋上尚無邏輯上之明顯謬誤外，論理上亦非全然無據，故總體而言尚屬無可厚非。惟值注意者，本次公平法修正後，已於第四十一條前段增訂得逕處罰鍰之規定，且罰鍰金額之上限（新臺幣二千五百萬元）為修正前同條後段額度（一百萬元）之二十五倍，似已足生嚇阻違法行為之效果；又修正後公平法第三十五條第一項將「逾期未停止其行為」及「停止後再為相同或類似違反行為」分列，立法者似有意將此二者之概

⁹ 行政院台 87 訴字第 08355 號訴願決定書撤銷公平會 86 年 4 月 3 日（86）公處字第 040 號處分書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第四十一條後段之適用要件是否合致。參閱行政院公平交易委員會公報，2-8；及 721，67-75。

念予以區隔，復對照修正後第四十一條後段僅有「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施」之效果規定，而未如前述第三十五條、三十六條後段併有「停止後再為相同或類似違反行為」之規定，基於體系解釋之邏輯觀點，則前述公平會於修正前所採擴充第四十一條後段適用範圍之見解，似已難逕於修正後繼續援用。

事實上，前揭修正後第四十一條前、後段之適用問題，不惟存在於題示「前行為完成於修正條文生效日前，而後行為（作為或不作為）發生或繼續存在於修正條文生效日後」之情形，修正條文生效後經公平會依新法處分之事業，如再為另一相同或類似之違法行為（即前、後行為均發生於修正條文生效後），亦有相同之適用疑義。爰於後詳述之。

四、承上，以修正後公平法第四十一條之規定為例，事業於公平法修正前後再為相同或類似違法行為之處罰，應適用第四十一條前段抑或後段之處罰規定？

(一)公平交易法第三十五條及第四十一條之修正背景：

公平會自第 96 次委員會議決議通過該會「處分書主文撰寫之原則」後，即確定公平會處分書主文就違法行為之確認部分宜以抽象行為類型記載為原則，其主要理由即如前述，乃欲藉該會處分書主文違法行為類型化之結果，將修正前有「停止後再為相同或類似違反行為者」之違法事業，論以第四十一條後段之罰鍰處分。公平法修正草案提出當時，即基於此一考量，並以該會處分書主文之撰寫方式應保持前後一致之立場，而認第四十一條修正條文就此一部分尚無特別增加「停止後再為相同或類似違反行為者」規定之必要。惟因考量司法機關對於刑事犯罪行為個數之認定，可能與上開「抽象行為類型」之概念不同，爰於第三十五條將「停止後再為相同或類似違反行為」予以明定，以避免司法審判與行政機關見解之歧異。

(二)事業再為相同或類似違法行為之適用探討

公平法修正後有關事業再為相同或類似違法行為之適用問題，實務上是否應承襲原修法前之立場，對於事業於修法前、後再為相同或類似之違法行為，逕以公平法第四十一條後段論處，或回歸文義解釋之範疇，改依第四十一條前段予以處分，

因涉法律見解之變更，爭議迭生。為此，公平會除廣徵學者意見外，內部亦責成法務部門專案研究，惟有關本問題之探討，無論公平會內部或學者間均有肯、否二說之意見紛呈，以下謹就二說所持之理由試予歸納並分述之：

1. 肯定說：

(1) 公平會現行處分書記載方式不致有不明確之虞：

蓋違法行為之確認以抽象行為類型記載，如其範圍係在合理之範圍內，則該行政處分似難謂失明確。且查事業所為違法行為通常屬同一類型或具相同模式，故渠等對違法之行為類型應已有相當的認識。又如命停止之客體若僅限於具體個案所呈現出來之違法行為，似無法充分預防事業嗣後仍以同一模式或類型的行為擾亂市場競爭秩序，而只能在違法行為發生後，依個案認定，而增加執法成本並減損預防機能。

(2) 適用第四十一條後段有嚇阻再犯之執法意義：

就主管機關之立場而言，如採否定說見解，第四十一條後段適用之可能性甚微，似無法彰顯政策上之宣示意義。易言之，無法使違法事業明白其將可能受更不利之法律規範，以嚇阻其再犯之惡性。

(3) 以擴大行為單位之概念替代相同或類似違法行為之認定：

公平會實務上以擴大解釋之方式，將事業再為相同或類似之違法行為，直接適用第四十一條後段之作法，雖有其解釋上之瑕疵，然仍非不得以擴大行為單位之解釋方式，將該相同或類似之違法後行為論以原來行為之繼續¹⁰。

(4) 基於行政目的之考量，行政罰與刑法對於行為概念非必完全一致：

行政法上一行為或數行為之認定，以及相對的處分次數與加重均與刑法不同。公平法第三十五條第一項與同法第四十一條之修法目的本即不同，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，但仍無礙於公平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，為進一步之

¹⁰ 引自台大法律系黃茂榮教授應公平會之邀所提出之書面意見。

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¹¹。

2. 否定說：

(1)回歸第四十一條前段之文義解釋範圍：

公平法修正後，應排除第四十一條後段適用於「相同或類似」行為之概念，即將第四十一條後段之適用回歸於文義解釋之範圍，限於不遵公平會處分內容（依第四十一條前段所為處分）為停止、改正或其他必要更正措施之情形（亦即，限於持續性的行為，經原處分要求其停止而不停止；或經原處分要求行為人刊登更正廣告而不刊登等類情形）者，始有適用餘地。若完全屬於不同之二行為（如前次曾為差別待遇行為，其後再為類似的差別待遇行為），則不屬於對原行為之「不停止」或「不改正」。

(2)法律體系之解釋：

基於明確性要求，同一部法中相同之法律用語，不宜做分歧的解釋。若認公平法第三十五條及第四十一條有關「停止其行為」之意義，係指停止同一類型違法行為，第三十五條「停止後再為相同或類似違反行為」則係「停止其行為」之下位概念，之所以特別要在一條文中再加標明，係為避免司法機關對於「停止其行為」做太過狹義之解釋而設，二者實質意義並無出入。此種觀點，偏離法條文義之一般解釋方法，又未見諸修法說明及理由，乃逕從主管機關自有之考慮及觀點出發，恐非妥適。

(3)現行處分書記載方式非無不明確之虞：

行政處分之內容應明確且可能實現，為行政機關作成行政處分之基本原則，公平會現行作法係先確認個案違法行為，再視該個案情形就商品品目、服務項目及行為為抽象之行為類型限定，以達制止再為相同或類似行為之目的。惟行為類型之記載畢竟具有一定的抽象性，且實務上被處分之事業似亦難經由處分書對抽象違法行為類型之記載，而明確得知其不得再犯之行為範圍。

¹¹ 引自淡水工商管理學院謝杞森助理教授應公平會之邀所提出之書面意見。

(4)第四十一條前段逕處罰鍰之規定對違法行為已足收嚇阻之效果：

公平會現行處分書主文撰寫原則之所以以抽象行為類型記載，係著眼於依修正前公平交易法第四十一條前段處罰違法事業，若於處分書主文有關違法行為類型之記載較寬時，較易發動第四十一條後段有關罰鍰之規定，從而有較強之嚇阻效果。惟本次修正既已於第四十一條前段增訂得逕處罰鍰之規定，且罰鍰上限額度高達二千五百萬元，應有足夠之嚇阻力，無需再經由擴張違法範圍的認定，借助第四十一條後段規定來增強其嚇阻力。

(5)主管機關在法定裁量權範圍內仍得以提高罰鍰之方式達到對再犯之制裁：

事業違反公平法規定，經主管機關依第四十一條前段規定處分後，仍繼續其違法行為時，顯然原有之處罰已無法達到制裁目的，故有加重處罰之必要。該條文之處罰規定係配合同一違法行為之程度，由輕到重，逐漸增加，以達到制裁目的，並符合比例原則。至其他「相同或類似」之違法行為，由於未經過本條前段之較輕處罰，自不得直接適用後段較重之處罰。此時，應視該行為為另一獨立之違法行為，先適用本條前段規定。惟因該行為之前已有「相同或類似」之違法行為存在，故本次行為之惡性顯然較重，可構成累犯或連續犯，得由主管機關在法定裁量權範圍內處以比前次更高之罰鍰，同樣可達制裁目的¹²。

(6)立法者對直接違抗第一次處分而不停止或改正、更正者，賦予主管機關比另為相同或類似行為更大裁量權，並無權衡偏失之虞：

要之，對事業再次為相同或類似行為者，除主管機關已有最高可達二千五百萬元之罰鍰權限外，行為人尚須受刑事追訴之不利，此亦難謂有何不合目的之處。至於連續處罰，性質上本來就是一種對違反國家命令之執行罰，而不宜適用於另一行為之秩序罰。主管機關如於修法後，仍欲沿襲過去對行為概念之擴張解釋方式，恐僅治絲益棼而已¹³。

上揭肯、否二說各有所據，肯定說認修法後第四十一條後段規定仍得適用於與前行為具「相同或類似」關係之另一違法行為者，則事業於修正後所再為之相同或

¹²引自東吳大學洪家殷教授應公平會之邀所提出之書面意見。

¹³引自政治大學蘇永欽教授應公平會之邀所提出之書面意見

類似違法行為，自得逕依該修正後條文之後段處分；否定說則認修正後公平法第四十一條前、後段規定之適用，解釋上僅得涵括單一行為之概念，故上揭相同或類似之違法後行為自僅得適用該條文前段規定予以處罰。針對上開二說之理由，公平會委員會議經二次激辯結果，終於 88 年 7 月 14 日第 401 次委員會議決議採否定說，對於事業於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該條文後段之實務見解。筆者以為，公平會上開變更見解之決議值得肯定，蓋修法前該會擴張解釋之法律適用方式，實務上雖不可否認其較原文義解釋範圍更具嚇阻再犯之管制效果，且對於行為人再犯之惡性施以實質之懲罰，就處罰之公平性、應報性而言，似亦難謂有何不妥。惟如前述，修法後公平法第四十一條前段既可逕處罰鍰，且罰鍰之額度高達二千五百萬元，其處罰之效果與嚇阻力已不可謂不大，修正前主管機關對於第四十一條後段擴張適用之考量基礎已不復存。如在執法政策上，主管機關有意區隔初犯與再犯之處罰，當可建立一套透明且合理之裁量標準，在處罰之額度上比例加重，並提高其可預測性，同樣可達嚇阻再犯之效果，而無必須適用第四十一條後段之絕對理由。復承前述，第四十一條前段之處罰規定性質上為行政秩序罰，後段之連續處罰則為執行罰，二者性質不同，適用上自應有所區別。後行為之違法型態縱認與前行為具「相同或類似」之違法行為關係，如二者侵害之法益殊異，違法行為之時間、空間並無關連性，本質上亦非屬單一之法律行為（如同一事業在不同之時、地對二以上事業之產品為不同之仿冒行為），則該後行為顯然係另一有害競爭秩序之行為，應以具制裁特徵之秩序法相繩，即適用第四十一條前段之秩序罰，而非後段之執行罰處分。

或謂在此情形，仍得援引肯定說之見解，藉文義解釋之擴張或行為單位之解釋將該前、後行為視為法律上之一行為處理，惟文義解釋有其界限，行為概念在法律上亦非可無限擴張。茲舉一例說明，如某公司在民國 82 年仿冒他事業之飲料罐外觀行為，業經公平會處分確定，十年後該公司再度仿冒另一事業之食品包裝，其違法型態雷同，對競爭秩序之妨礙結果亦無二致，惟前後二行為之時間相距十年，是否仍得援肯定說見解以逾期仍不停止或改正之一行為論之？如是，姑暫不論行為人主觀之意圖為何，客觀上其時間之關連性如此薄弱，似已明顯逸脫法律上一行為之概念，有失之過寬之虞，亦與一般民眾之法律感情不符；如否，則對於相同或類似行為認定之違反時點如何加以區隔？其標準何在？殆將有數不清之爭議滋生。公平法

實施迄今未逾十年，多數案件尚無時間上之明顯爭議，如採肯定說見解，在可預見之未來，除目的性考量外，似宜有一更審慎、合理、客觀之解釋。

此外，就法治國之角度以觀，國家行為應具明確性，尤其對於干涉人民權利之國家行為，基於明確性原則，應使人民知悉在何種情況下可能採取何種行政作為，法律之規定除使人民判斷何者當為何者不當為外，更應使其了解違反當為或不當為規定將有何法律效果，俾人民有預見可能而有所遵循。此明確性之要求，為法治國之憲法原則，公平法為一經濟管制之基本法（有稱經濟憲法），在競爭政策與規範之執法目的外，對人民之基本權保障，誠應有更具法治國理念之思考。

肆、總結

公平法實施迄今已逾七年，本次修法為首次且相當重要之修正，除將過去實務上許多窒礙難行之規定予以刪除外（如獨占事業公告等），更賦予主管機關顯著增強及彈性化之執法工具，可見立法者對經濟秩序管制之重視與期待。因此修法後當務之急，即是如何妥適運用立法者所賦予之管制法寶，有效遏止限制競爭及不公平競爭之行為，確保事業得在市場上公平競爭，並維護交易秩序與消費者權益，促進經濟之安定與繁榮。本文前述修法後之罰則適用問題，雖無深厚之學理探討，然基於筆者曾參與公平法修法過程之經驗，及對公平會實務之了解，爰將問題提出並試予解析，希對執法之公平會與司法機關而言，可以提供另一思考與研究方向，使公平法執行之理論與實務更趨圓融。