

《公平交易季刊》  
第九卷第三期(90/07)，頁 39-74  
◎行政院公平交易委員會

## 公平交易法第二十四條之規範定位 與要件之淺析\*

梁哲璋\*\*

### 摘 要

原本在立法時被視為次要、補充的概括條款—公平交易法第二十四條，因長久以來被公平交易委員會實務賦予重任，而躍為競爭秩序規範的主角。然其條文定位與要件之不明確，倘未先予界定清楚，不僅將使受規範之事業無所適從，而使該條招來「公平交易法上大白鯊」、「橡皮筋條款」之譏，亦無從檢驗主管機關公平交易委員會適用該條文之適法性與妥當性。值此之故，本文就本條之規範定位與要件分析作一探討，以祈在實際案例處理上，就本條規範意義的核心，及其與公平交易法其他條文、甚至其他法領域規範間的適用範圍能有一明確之方向可資適從。

---

\* 本文改寫自作者於國立台灣大學法律研究所之碩士論文足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，該篇論文曾榮獲 89 年度「行政院公平交易委員會獎助研究生撰寫研究論文」之獎助。

\*\* 作者現職為實習司法官。

## 壹、前言

公平交易法（後簡稱「公平法」）公布施行至今已八年有餘，從每年的案件統計數量來計算（詳細數字請見附表），除開剛公布施行的前兩年外，幾乎自民國83年起，每年依據公平法第二十四條規定處分的案例，占處分總案件數比例即維持在三成左右<sup>1</sup>；另外從質的方面來看，處分行為的違法態樣包括贈獎促銷廣告不實行為、定型化契約條款公平問題、攀附其他事業商譽、高度抄襲、濫發智慧財產權警告函、變相經營零售業、圍標、綁標等等行為，可說包羅萬象<sup>2</sup>。綜合而言，本條在公平法的執法實務上可說占有舉足輕重的地位，甚至有「公平交易法上之帝王條款」之稱<sup>3</sup>，其重要性不言可喻。然而，相對於在民法上也有「帝王條款」之稱之第一百四十八條第二項「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」的「誠信原則」條款，民事法院適用本條在私法爭執事件中平亭曲直的比例卻相對低微，甚至是有意

附表：歷年來依據公平法第二十四條處分案件統計表

年度	統計項	第二十四條處分案件數	處分案件總數	第二十四條處分案件占處分案件總數比例
81		1	63	1.5%
82		13	91	14.3%
83		53	156	34%
84		40	178	22.5%
85		59	197	29.9%
86		71	228	31%
87		85	249	34%
88		59	166	35.5%

數據資料來源：中華民國88年公平交易統計年報（行政院公平交易委員會出版，民89年3月，頁94）

<sup>1</sup> 84年是例外，但也占有兩成左右。

<sup>2</sup> 關於各個案例類型之歸納整理與評析，請見梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，台大法研所碩士論文，民89年6月，第四至第六章之探討。

<sup>3</sup> 劉孔中，「公平交易法第二十四條之研究」，公平交易季刊，民83年7月，2卷3期，頁28。

自制的不能輕易動用此等要件抽象的一般條款<sup>4</sup>，而公平法之執法卻相對地必須相當程度上須大比例地依賴同樣要件抽象之「帝王條款」，如果我們再回頭來對照立法者當初制定本條時的立法說明：「本法初創…除本法已規定者外，其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為亦禁止之，以避免百密一疏…」。豈不表示公平法的立法密度上已非立法者所說的「百密一疏」，毋寧誇張一點來說，反而可能是「百疏一密」的狀態？而第二十四條性質上為整部公平法的概括補遺條款，等於是公平法規範網的邊界防線，可以說公平法應該適用到哪裡，第二十四條就得以適用到哪裡，因此實有必要釐清公平法第二十四條之規範定位並就其構成要件作深入分析，或可作為評價之基準，而得對於公平法第二十四條相關案例適用見解之適法與妥當性作進一步之檢討。

## 貳、公平法第二十四條在公平法上規範地位的界定

### 一、公平交易法制的定位

#### (一)公平法在經濟法制上的地位

##### 1. 憲法上賦予國家規整維護競爭秩序任務的法制度

根據憲法第十五條及第二十二條規定，人民生存、工作、財產權及營業自由、契約自由是受到憲法所保障，人民透過此等自由權利的實踐，在經濟生活中形成以競爭為主軸之自由市場經濟體制，不僅有使整個社會資源做充分合理使用及生產科技進步，並進而帶動整體經濟繁榮與人民生活品質提高的功能，亦為國家所認許之經濟秩序<sup>5</sup>。然而另一方面，市場參與者總有一種濫用契約自由、競爭自由的傾向，欲將市場上推動與調節經濟活動之工具或方法的競爭予以限制，或利用不正當的競爭手段，取得競爭上的優勢，以求其個人在經濟上獲利的極大化<sup>6</sup>。基於憲法第二十三條保護經濟生活中其他參與者能免於因競爭功能減弱或畸形發展而受害，以及基

<sup>4</sup> 請參見劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局，民82年9月再版，頁57、65。

<sup>5</sup> 廖義男，「憲法與競爭秩序之維護」，收於氏著公平交易法之理論與立法，民84年10月初版，頁4。

<sup>6</sup> Vgl. Rittner, Wirtschaftsrecht, 2 Aufl. 1987, S.4.

於憲法第一四二條、一四四條及第一四五條第一項規定對國計民生平衡發展之目標的追求，積極規整與維護自由公平的競爭秩序，即國家負有之權限與不可推諉的任務。以獨占、聯合、結合等限制競爭行為及垂直轉售價格限制、杯葛、仿冒、竊取營業秘密等不公平競爭行為為規範對象的公平交易法，無疑即是實踐此等任務的制度<sup>7</sup>。

## 2. 對市場交易行為的干預恆以競爭秩序維護為核心

公平法雖然負有積極規整維護自由公平競爭秩序的任務，但是對於市場私經濟行為的規整干預，並非毫無限制，其干預介入運作的範圍，可說是受「競爭秩序之維護」這個核心所牽引規制的。

建立在自由化市場經濟制度之上的公平法，在防止限制競爭相關法規中，即令透過獨占地位濫用、聯合、垂直約定或不當差別待遇的禁止及結合管制等規定，對濫用契約自由、營業自由的市場行為有所干預，但是所謂的濫用，是從競爭自由空間的維護觀點來判斷，所干預者只是獨占、聯合等以限制競爭方式形成價格等交易條件的行為，而非如早期「計畫性市場經濟」時期，基於物價穩定或某種產業政策考量，而直接進行價格或生產、製造、供給命令等的經濟管制。否則透過公平會執法行政權的介入，反而可能形成自由市場的干擾因素，而無益於市場機制的強化<sup>8</sup>。

同樣的，在防止不公平競爭的相關法規中，透過侵害營業秘密、營業信譽仿冒、不實廣告、不當多層次傳銷<sup>9</sup>之禁止等規定，所干預者僅從維持公平競爭環境的觀點，使參與競爭者遵行一定的競爭遊戲規則，不致濫用競爭自由，使用不正當的競

<sup>7</sup>請參見廖義男，同前註5文「憲法與競爭秩序之維護」，頁5-9。

<sup>8</sup>蘇永欽，「自由化、解除管制與公平交易法」，收於氏著《跨越自治與管制》，五南圖書出版，民88年1月初版，頁4；並請參見廖義男教授對競爭法制在經濟法制體系中之地位的說明，「經濟法之概念與內容體系」，收於氏著《企業與經濟法》，民69年4月，頁36-38，44-45。

<sup>9</sup>公平法上關於不當多層次傳銷行為的規定，有學者以其屬消保觀點的商業行為管制，而認為公平法規範已接近北歐發展出來的「市場法」，（請參見張長樹，「公平交易法立法體例及目的之研究」，公平交易季刊，1卷4期，民82年10月，頁114），實則其仍可歸屬為一種不公平競爭行為，以德國立法例而言，不當多層次傳銷稱之為「累進式招攬顧客」（Progressive Kundenwerbung），早期德國學者即一致認為屬違反善良風俗之不正當營業競爭行為，應受「不正競爭防止法」第一條規範（請參見廖義男，「公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議」，收於氏著同前註5書《公平交易法之理論與立法》，頁221註25）。近已於1986年修法中，將之納為不正競爭法第六條之三予以規範。該條規定詳細內容的中譯版，請見德國公平交易法相關法規彙編，行政院公平交易委員會，民86年6月，頁88。

爭手段，巧取交易機會或取得競爭上的優勢。其並非在保障競爭者不受競爭所淘汰，亦非直接對交易內容直接進行監控，否則將對契約自由、私法自治反而造成過度的干擾。因此，公平法原則上以具有競爭意義，亦即足以影響市場功能之競爭行為作為其規範對象<sup>10</sup>。

## (二)公平法與民法

公平法所保護的法益，除了市場競爭秩序之公共利益之外，也經常直接對市場參與者的個人利益（Individualintressen）予以保護。例如公平法第十九條對不正當差別待遇、杯葛的禁止、營業秘密的保護及第二十二條對營業信譽的保護等，係對事業競爭利益的直接保護；又如第二十一條不實廣告的規定，與消費者利益息息相關。然而，公平法畢竟著重於整體經濟秩序的維持，其終極目的係在追求促進經濟安定與繁榮<sup>11</sup>，法制設計上甚至將外國法上有歸由民事法院管轄，視為特別侵權行為法的不正競爭法<sup>12</sup>，也納於其中，由行政機關性質的公平會管轄，職權發動上以第二十六條公益原則為考量，使其事件具有公法性質。因此，即令公平法與一般民法、商法及公司法等皆以事業的私經濟行為作為規範對象，但後者的規範角度卻單純著眼於所有權人之使用收益、契約當事人之權利義務或股東與公司間關係等私人利益之維護，與公平法有所不同<sup>13</sup>。

特別要說明的是，公平法在維護競爭。而競爭是一種在市場上爭取交易機會的行為。因此，公平交易法著重在於「影響交易決定作成」之時點，若於成立契約時，事業有利用市場地位為欺罔或顯失公平之行為，影響當事人為契約之決定，則有公平法之適用。在上述認識下，須進一步澄清的一點是，在交易機會已經取得後的情形下，也就是在契約訂立後，事業與其交易相對人之間交易條件的具體內容是否公平合理，有無違反誠實信用原則或公序良俗，或事業不履行其與交易相對人間契約的相關糾紛，除了該事業因具有一定的市場地位，而有濫用其市場地位，使交易相

<sup>10</sup> 洪禮卿、黃茂榮、謝銘洋，公平交易法與消費者保護法相關問題之研究，行政院公平交易委員會委託計畫，民85年，頁4。

<sup>11</sup> 廖義男，「公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋」，收於氏著公平交易法之釋論與實務第一冊，民83年2月，頁10。

<sup>12</sup> 德國的不正競爭防止法即是如此，請參見Kohler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1995, Einl. Rdn.26, 27。

<sup>13</sup> 廖義男，「經濟法之概念與內容體系」，收於氏著同前註8書企業與經濟法，頁24。

對人無從作合理選擇而不得不接受對其不公平合理的交易條件，因而得以市場地位濫用之監控的觀點加以規範之外，一般來說僅為交易雙方當事人間所生民事上的契約內容公平合理與否與契約履行的糾紛問題，原應由專門在衡平契約雙方利益負擔的民事法律加以規範，而非目的在維持整體市場競爭秩序的公平交易法所應過問之事<sup>14</sup>。

### (三)公平法與消保法

依據公平法第一條規定，公平法是以「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」為其立法目的。該規定規範意旨中消費者利益的保護應作如何之理解？與保護消費者權益為主要目的之消保法應作如何之區分？對於公平法整體的執法方向，與具體條文尤其是概括條款的適用範圍息息相關<sup>15</sup>，有必要深究。

一般而言，事業在市場上作為限制競爭或不正競爭的手段，往往植基於個別交易關係中的不當行為，例如濫用獨占地位制定不公平交易條件、以聯合行為統一制訂不合理的交易價格、無正當理由的差別待遇或不實廣告、使用足致來源混淆的表徵等等皆屬之。競爭法制存在，不僅一方面維持競爭自由，確保交易相對人享有充分的選擇自由，另一方面透過限定事業以有利的價格、數量、品質、服務或其他條件的效能競爭方式<sup>16</sup>，爭取交易機會，也同時保障了交易相對人得以正確選擇對其最有利的交易條件。也就是說使交易相對人能夠因為正常競爭之存在，而可以真正獲得「以客為尊」的禮遇，享有公正的交易利益。而消費者是經濟交易圈中最終的需求者，當然亦是交易相對人概念之一，也由於這種最終需求者無法轉嫁交易上損失的角色，往往處於特別弱勢的地位。從這層意義上，消費者通常也就是競爭法制的受惠者之一，亦即競爭法通常也就含有消費者保護的功能<sup>17</sup>。相較於此，消保法則

<sup>14</sup> 廖義男，行政法院裁判之評析—公平交易法實務與行政法院裁判之評析，行政院國科會委託研究計畫，民86年10月，頁264。

<sup>15</sup> 詳細請見本文貳、三有關適用範圍爭議的討論。

<sup>16</sup> 按公平法第四條對競爭的定義，其實已包含法秩序對競爭行為的應然評價，是一種效能競爭（Leistungswettbewerbs）的觀念。請參見廖義男，同前註11文「公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋」，頁3。

<sup>17</sup> 請參見廖義男，同前註11文「公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋」，頁7；蘇永欽，「消費者保護法」，收於氏著民法經濟法論文集，民77年，頁342。

是直截了當地以保護消費者權益、促進國民消費生活之安全為目的，透過商品責任、不實廣告、定型化契約規制、商品標示及消保組織、訴訟等法制，維護個別消費者的健康安全，並強化其與企業交易或爭議時的交涉地位。

基於上述認識，可以看出競爭法制與消費者保護法不同的是，競爭法是從競爭機制的維護出發，將消費者視為一個整體作為交易相對人概念之一而予以保護；至於消保法的保護方式，則是直接以個別消費者的保護出發，兩者有所不同。此點從公平法的條文結構上亦可得知，蓋除了文義相當模糊的第二十四條概括條款外，其他各條均與維護競爭秩序息息相關<sup>18</sup>。學者甚至有認為消費者保護在公平法上只具間接性，或僅係反射利益者<sup>19、20</sup>。

再者，公平法常有多元的保護目標，通常消費者利益往往不是最重要的一環，遇到消費者利益與正當經營的事業利益相衝突時，尚必須從整體經濟利益的考量作廣泛的「利益衡量」(Interessenabwaegung)，始能決定何者利益優先。與消保法直接以消費者私益促進為唯一目標又有所不同<sup>21</sup>。這也是為何執法管道的法制設計上，消保法重民事法院，而公平法重行政機關積極追求公益目的之達成的原因。

還有一點可證明立法者在第一條立法目的上雖言及消費者保護，但並不是要求公平法實際擔負起保障個別消費者權益的任務。從執法機關公平會的組織來看，雖然公平會之組織設立已有第四章之明文依據，且依照第二十八條規定屬於獨立的行政委員會，公平會對於其內部單位應享有一定的組織權限，不過立法者仍在第二十九條規定：「公平交易委員會之組織，另以法律定之」，將組織權限完全保留由立

<sup>18</sup> 至於概括條款可否脫離其他具體規定的共同特徵，在未涉及競爭秩序保護的情形下，另外援引消保考量作為適用依據，尚須探討，詳參本文貳、三有關適用範圍爭議的討論。

<sup>19</sup> 認為消保目的具間接性者，請參見劉孔中，「公平交易法與消費者保護法之比較研究」，人文及社會科學集刊，7卷2期，民84年9月，頁4-5；許宗力，林子儀等，公平交易法行為主體研析，行政院公平交易委員會委託計畫，民83年12月，頁78-79。認為僅具反射利益者，請見黃茂榮，公平交易法理論與實務，民82年10月，頁14。

<sup>20</sup> 事實上在個別規定中，例如不實廣告的規範，已直接賦予消費者申訴權和損害賠償的基礎，其實已屬直接對消費者保護的規定。但是此等兼具直接保護消費者目的之規定，之所以在公平法中出現，還是在於該等行為同時具有以違反真實原則從事交易機會之爭取的不正競爭性格。另外，被視為消保條款而非競爭規範的多層次傳銷相關規定，究其實際仍不脫為一不正競爭行為。

<sup>21</sup> 請參見廖義男，「消費者保護法之行政監督」，臺大法學論叢，18卷2期，民78年6月，頁90註8。

法者決定<sup>22</sup>。而參酌立法者在公平會組織條例裡的規劃<sup>22-1</sup>，除了企劃處、法務處及秘書室等支援性單位外，實際從事執法調查事項的第一、二處，掌理的是不同產業面向的獨占、結合及聯合行為，第三處則掌理公平法第三章不公平競爭章節所列各項行為。要之，立法者對公平會的角色期待仍是一競爭法制的執法機關，而非專職的消費者保護機關。

也就是基於上述的差異，使得我國的公平法並未如北歐一般，將競爭法制與消保法熔於一爐在所謂的市場法中。因此，我國公平法對消費者的保護應在競爭秩序保護的脈絡下理解，始符合立法者將競爭法制與消保法制分立的原意<sup>23</sup>。而執法機關公平會面對層出不窮的消保檢舉，亦應循此理解對消保事件採取自制的態度，避免過度自詡為消保爭議處理機關。否則，民眾殷切的企盼，對整體競爭管制與促進的政策落實而言，反倒是一種強烈的掣肘，而非助力。

#### (四)公平法與智慧財產權法

專利、商標、著作屬於人類智慧創作的成果，以專利、商標、著作為保護標的之智慧財產權法，賦予創作人一段期間之專屬權，並使其具有絕對排他之效力，其目的在避免此等精神創作淪為公共財，使得社會上各個潛在的發明人失去創新的誘因，或將創作成果隱密不公開，使得整體社會技術水準無法快速提升。然而智慧財產權與傳統民法物權最大不相同者除在其無體性外，尚具有競爭性，蓋智慧財產

<sup>22</sup> 學者林騰鶴即批評立法者在公平法上不作組織結構性的基本規定，卻交由自己再行制訂組織條例之立法方式不當，易使公平會之組織調整陷於呆滯（請參見林騰鶴，「評公平交易委員會組織條例草案」，政大法學評論，44期，民80年12月，頁302）。

<sup>22-1</sup> 請參見行政院公平交易委員會組織條例第四條：「本會設左列各處、室：一、第一處。二、第二處。三、第三處。四、企劃處。五、法務處。六、秘書室。」、第五條：「第一處掌理左列事業關於獨占、結合及聯合行為之調查處理事項：一、農、林、漁、牧、狩獵業。二、商業。三、運輸、倉儲及通信業。四、金融、保險、不動產及工商服務業。五、社會服務及個人服務業。」、第六條：「第二處掌理左列事業關於獨占、結合及聯合行為之調查處理事項：一、礦業及土石採取業。二、製造業。三、水電燃氣業。四、營造業。五、其他相關或不能歸類之行業。」、第七條：「第三處掌理左列事項：一、關於限制轉售價格行為之調查處理事項。二、關於妨礙公平競爭行為之調查處理事項。三、關於仿冒行為之調查處理事項。四、關於虛偽不實或引人錯誤之表示、表徵及廣告行為之調查處理事項。五、關於損害他人營業信譽行為之調查處理事項。六、關於多層次傳銷行為之調查處理事項。七、關於其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為之調查處理事項」。

<sup>23</sup> 類似的見解，請參見胡明華，公平交易法上欺罔行為之研究，東海大學法研所碩士論文，民83年6月，頁94-96。

權法的排他保護，使得任何人未得權利人之允許，均不得以該精神創作的成果製造、使用、販賣相關商品或服務，也就是說禁止權利人以外之人利用精神創作的成果在市場上與權利人競爭<sup>24</sup>，另一方面在該精神創作所附著之商品或服務上，也成為有力的競爭者。而公平法在保護市場競爭秩序的公平與自由，一方面要防止事業以非不正當的手段從事競爭，另一方面也防止競爭自由、競爭機制受到不當的限制。而以抄襲他人精神創作成果方式從事競爭，性質上即不公平競爭行為，因此智慧財產權法對權利人的排他保護，也算對於不公平競爭行為規範的一環，不過從另一方面言，此種對營業競爭方式的限制，也是公平法所要保護之營業競爭自由的限制與阻礙<sup>25</sup>。由此可看出智慧財產權法與公平法其實一方面處於相輔相成的關係，另一方面又處於衝突對立的關係。而公平法之規範與實務，其實也可看出兩法領域在此二方面交錯調和的痕跡：公平法第二十條對於「相關事業或消費者所普遍認知之表徵」足致來源混淆之仿冒的禁止，與第二十四條實務案例榨取他人努力成果之不公平競爭行為的類型<sup>26</sup>，都算是公平法在智慧財產權法之外，對於精神創作之保護具有輔助功能的規範。相對地，公平法第四十五條規定：「依著作權法、商標法或專利法行使權利的正當行為，不適用本法之規定」。則可以看出在智慧財產權人依法行使其排他權的行為，因有阻礙競爭的效果與公平法維護競爭自由公平之目的有所衝突下，究應如何平衡調和？端賴權利行使是否正當而定，而公平法第二十四條的實務中，亦有智慧財產權人不當行使其排他權利，反而成為阻礙競爭之不公平競爭行為的案例<sup>27</sup>。

<sup>24</sup> 智慧財產權保護標的乃精神思想的無體物，在客觀現實上會有權利人以外之人擅自利用權利人之思想創作重製，或將重製而成的有體物提供於市場交易，在市場上以侵權方式與權利人同時競爭的問題，此時重製行為與市場上交易的競爭行為都侵害了他人的智慧財產權。相較於此，一般物權專屬排他的保護是依附於個別獨立而具體的有體物上，在客觀現實上就比較不可能同時有權利人及權利人以外之人均利用同一個權利標的之有體物，在市場上與交易相對人交易，即使有，非權利人以他人所有之有體物在市場上交易的法律行為，也將因民法第一百一十八條的無權處分規定而效力未定，也就是說有體物權人很難因為非權利人的侵權行為，而在市場上面臨營業競爭。另外即使特定人甲將乙所有之特定有體物A商品重製成一模一樣的A1商品，A1商品有體物權的權利人仍是甲，甲在市場上以A1之商品與A物所有人乙競爭，並沒有侵害到乙之有體物權（至於有沒有侵害乙的在A商品上所享有的智慧財產權則是另一回事）。

<sup>25</sup> 請參見溫俊富，專利制度與競爭制度調和之研究，政大法研所博士論文，民86年7月，頁19，62-64。

<sup>26</sup> 關於此類型案例，請見梁哲璋，同前註2書足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，第五章第一節之部分。

<sup>27</sup> 關於此類型，請見梁哲璋，同前註2書足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，第五章第二節第一項之部分。

關於公平法與智慧財產權法交錯關係，要進一步說明的是，在相輔相成的關係上，公平法在來源混淆之表徵抄襲的禁止與榨取他人努力成果的規範上，雖然同樣具有保護到他人精神創作的的作用，但是兩法律規範目的上畢竟有所不同，以第二十條表徵之保護為例，構成該條所保護之表徵，雖然也包括智慧財產權法保護客體的商標，但是商標法的保護是立法者經過廣泛的利益衡量，藉由要件與期間的限制，將創造發明的公共財轉化為私有財，直接賦予個人在一定期間內享有專屬排他使用權<sup>28</sup>，從而反射出維持公平競爭秩序的功能。而公平法僅為確保公平競爭秩序，而制止引起商品主體來源混淆的不正競爭行為，從而反射出表徵受保護的功能，並非在賦予受保護的表徵享有專屬排他權<sup>29</sup>。因此，公平法在制止不正競爭行為時，對於所保護之表徵便要求必須在市場上有表彰特定商品主體的實際作用，且為相關事業或消費者所普遍認知（相對地，商標法所保護的商標便無需具有此種相當的市場經濟力量），就是要避免公平法變相地延展或擴張智慧財產權法上本屬有限的專屬排他保護。由此可知，雖然表面上兩者皆有保護精神創作成果的作用，但是規範目的上在維護效能競爭秩序，一在直接賦予主觀的專屬排他權利，仍然有所不同<sup>30</sup>。

另一方面，在衝突調和的關係上，有論者以為智慧財產權在本質上是由法律授予市場上獨占權，亦即享有「法定的獨占地位」，與市場自由競爭理念在基本概念上既然相背離，則公平法第四十五條規定之權利行使行為正當與否的判斷，僅能從智慧財產權法本身的角度及設計目的來考量，不應考慮公平法在維護競爭秩序上的觀點，否則恐怕只有智慧財產權的不行使，才可能達到公平法所要求的公平競爭理

<sup>28</sup> 蔡英文，「公平交易法與智慧財產權」，政大法學評論，44期，民80年12月，頁256-257。

<sup>29</sup> 張瑜鳳，公平交易法關於仿冒行為制裁規定之研究，台大法研所碩士論文，民83年6月，頁11-12。

<sup>30</sup> 公平法第二十條所禁止行為值得非難的重點，國內文獻多單方面著重在仿冒行為的惡性，甚至有認為公平法第二十條乃在保護所謂的「表徵權」，將公平法的表徵予以主觀權利化（請參見李美惠，「商品表徵權取得要件之研究」，公平交易季刊，5卷3期，民86年7月，頁60），或者也有強調抄襲行為本身即具有受道德非難性，使人認為抄襲行為具有當然違法（*per se illega*）的本質惡性（請參見范建得，「論著名商業表徵之應有保護」，智慧財產權，民88年1月，頁86）。相對地，在比較法觀念裡類如第二十條之規範，在禁止違反效能競爭行為的目的下，所非難的者僅系爭之表徵抄襲的營業競爭行為「未採取可期待的行為以避免抄襲所肇致的來源混淆危險」，而具有違反效能競爭的不正當性（vgl. Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 19Auffl. 1996, §1, Rdn. 42 9）。（國內少數注意到公平法第二十條真正非難重點者，請見公平交易委員會第114次討論案5，決議所附廖義男委員之不同意見書，引自張瑜鳳，同前註29論文公平交易法關於仿冒行為制裁規定之研究，頁130）。

念<sup>31</sup>。這樣的觀念首先誤解了智慧財產權法與公平法的相對關係，按智慧財產權法所謂的「法定獨占地位」，並不是公平法概念上所規範的獨占<sup>32</sup>，不過是指強烈的排他性而言，也就是禁止權利人以外之人利用精神創作的成果在市場上與權利人競爭，這等排他性在公平法上至多僅有限制他事業競爭行為方式自由的意義，還未到真正的獨占<sup>33</sup>。而即使享有智慧財產權基礎的商品或服務，在市場上得利於較優良的技術而享有獨占的市場地位，一則該地位的取得也是經由市場的力量所決定者，並非因智慧財產權法規定所賦予者，二則我國公平法對獨占市場地位的規範，本來就是採取濫用監督原則，而非禁止原則，因此即使是真正由法律所賦予的獨占地位，都不能豁免公平法獨占地位濫用的規範<sup>34</sup>，更遑論智慧財產權在公平法上根本就不是真正的獨占，因此要以基本概念的相背離豁免公平法之規範，恐怕對於智慧財產權反射到公平法的限制競爭作用已有錯誤的理解。其實智慧財產權的本質既在激勵精神創作與公開，使經濟產業得以發展，與公平法均同屬於經濟法制的一環，其終極目標之促進產業發展，與公平法之促進經濟繁榮與安定相通，因此要以智慧財產權法或公平法作為權利行使正當與否的判斷標準，應無實質上的不同，只是以智慧財產權法為判斷標準時，必須借用「權利濫用」原則而已，而權利濫用原則過於抽象，不若以公平法判斷較為易行<sup>35</sup>。又即使以智慧財產權法作為判斷標準，作為民事法上保護的財產權之一，也不能忽略民法第一百四十八條有關權利行使不得違反公共利益之規定，而公平法乃立法者在追求自由、公平競爭秩序公共利益上的法制度，當然也應考慮不得違反公平法之規範。因此，在行使權利行為正當性的判斷上，

<sup>31</sup> 請見黃鈺華，蔡佩芳，「專利權人發警告函是否觸犯公平交易法第二十四條之檢討」，智慧財產季刊，28期，民87年12月，頁59-60。

<sup>32</sup> 公平法上之獨占依第五條第一項規定，係指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，而智慧財產權法所賦予發明人的權利，並不必然造成有智慧財產權基礎的商品或服務，在市場上就享有無競爭狀態或壓倒性可排除競爭的地位。以排他專屬性最強的專利權為例，一項享有專利技術的商品，如標榜人體工學之辦公座椅，可能由於價格昂貴或外觀設計等因素，在市場上的競爭力也不一定較普通沒有專利特殊技術的辦公座椅來得強，還是可能必須面對激烈的競爭。

<sup>33</sup> 關於智慧財產權所謂「獨占」的意涵，尚可見謝銘洋、徐火明主持，公平交易法與智慧財產權法之關係，行政院公平交易委員會委託計畫，民83年12月，頁43-44。

<sup>34</sup> 真正的「法定獨占地位」，例如國家基於規模經濟或其他政策因素之考量，所授予瓦斯、水電等公用事業的在特定地理區域內的獨占經營權，公平法對之仍有獨占地位濫用監督的權限（請參見廖義男，「公用事業法—國家對公用事業之監督與規範」，收於氏著公共建設與行政法理，民83年8月，頁202以下）。

<sup>35</sup> 謝銘洋、徐火明主持，同前註33書公平交易法與智慧財產權法之關係，頁192。

由公平法之觀點從其維護競爭利益的立場，對智慧財產權行使行為與自由公平之競爭利益之維護作適度的平衡，本屬應當且合理<sup>36</sup>。

## 二、競爭法制對概括條款的需要性

在經濟生活中，由於經濟活動變化快速，市場上之營業競爭行為態樣繁多，尤其是不正競爭行為，其型態千變萬化，甚至有「海神」(Protee)之比喻<sup>37</sup>，以有限要件具體之條文實難以涵蓋殆盡，因此在立法技術上，不得不用「不確定法律概念」作為規範行為之構成要件的概括條款，作為具體規定的補充。再者，營業競爭行為是否違法，應否加以禁止或管制，常須就事業以該行為所追求之利益、競爭者之利益、上游或下游交易相對人之利益、維護市場競爭秩序及整體經濟安定繁榮之公共利益等法益，是否獲得應有之尊重與維護作廣泛的「利益衡量」。以不確定法律概念作為構成違法行為之判斷準據，可以讓執法機關於處理具體個案時，得以衡量斟酌系爭營業競爭行為所牽涉各種之不同法益間衝突，何種較值得保護，而解釋認定該系爭行為是否合於文義抽象、具有價值補充功能的構成要件，進而決定對該行為是否予以禁止、糾正或處罰<sup>38</sup>。從而，規範市場營業競爭行為的公平法為避免立法時力有未逮的缺憾及保持一定利益衡量的彈性空間，確實需要用語抽象，文義含括可能範圍較廣，以發揮攔截個別構成要件所遺漏之功能的概括條款。

公平法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」置於本法實體規定之最後，從立法說明<sup>39</sup>，以及條文要件「足以影響交易秩序」、「欺罔」、「顯失公平」文義抽象，以求適用範圍不受過度侷限的含意來看，即可知立法者有意藉本條作為公平法上的概括條

<sup>36</sup> 其他學者亦多採公平法之觀點應介入智慧財產權權利行使正當與否的判斷，請參見溫俊富，同前註25書專利制度與競爭制度調和之研究，頁65-67；謝銘洋，「智慧財產權與公平交易法之關係—以專利權為中心」，台大法學論叢，24卷2期，84年6月，頁516-517；黃茂榮，同前註19書公平交易法理論與實務，頁581-582；汪渡村，專利授權限制競爭條款之規範—以公平交易法草案為中心，政大法研所博士論文，民79年6月，頁424。

<sup>37</sup> 德國學者Kohler的比喻，引自曾陳明汝，「商標不正競爭之研究」，收於氏著專利商標法選論，民77年9月，頁161。

<sup>38</sup> 請參見廖義男，「公平交易法修正之重點與理由」，收於氏著同前註5書公平交易法之理論與立法，頁291-293。

<sup>39</sup> 本條立法說明：「本法初創，而不公平競爭行為態樣繁多，無法一一列舉，除本法已規定者外，其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為亦禁止之，以避免百密一疏，予不法者可乘之機會」。

款。其享有之網補競爭法制漏洞及利益衡量的價值填補功能，可說是國家履行其憲法賦予之維護競爭秩序任務的最後一道防線，重要性不言可喻。

### 三、公平法第二十四條概括範圍的爭議

公平法第二十四條性質上雖屬概括條款並無疑問，但是該條究竟作為何種規定之概括條款，亦即概括補充適用的範圍究竟到底多廣，學說上一向有所爭議。蓋我國維護競爭秩序的公平法，係採統合規範的模式，將限制競爭與不正競爭冶於一爐，因此概括條款的角色地位亦非單純之分離規範模式下的不正競爭防止法概括條款可類比之。由於第二十四條可謂是公平法制上的最後關卡，因此問題影響的層面及於公平法對個案中特定類型行為有無介入的空間及判斷的重點<sup>40</sup>，至於學說上關於公平法第二十四條概括補充的範圍，大約可分為：1.第三章不公平競爭行為概括規定說<sup>41</sup>、2.第三章整章規定之概括規定說<sup>42</sup>、3.整部公平法之概括規定說<sup>43</sup>及4.公平法與消保法聯合概括規定說<sup>44</sup>等四種不同的見解。

至於公平會之見解，早期傾向於採該條僅屬第三章之補充規定<sup>45</sup>。近則在第一一七次委員會議通過之「公平交易法第二十四條之適用原則」（後簡稱「適用原則」）後，即對此問題改變見解並有清楚的說明，基本上是採整部公平法的概括規

<sup>40</sup> 公平法第二十四條概括補遺範圍之廣狹，對具體個案中行為是否具公平法違法性判斷上的不同，詳細的舉例討論，請參見梁哲璋，「公平交易法第二十四條對定型化契約之監控與公平交易委員會之行業導正」，公平交易季刊，4卷2期，民85年4月，頁45。

<sup>41</sup> 李建榮，「欺罔或顯失公平行為之禁止」，收於賴源河編審，公平交易法新論，月旦出版，民83年11月，頁445-446。

<sup>42</sup> 第2種說法乍看之下與第1種說法相同，其主要理由亦在於公平法第二十四條章節安排上的體系位置。但是由於第三章雖名為不公平競爭，惟其內含的條文，其實更精緻的可分為限制競爭規定、不正競爭規定與兩者兼具者，以第十九條為例，該條第一款杯葛行為及第二款無正當理由之差別待遇行為屬不正、限制競爭兼具者；第三款獵捕顧客行為及第五款侵害營業秘密行為則係不正競爭行為；第四款以不正當方法使不為價格競爭、參與結合或聯合之行為及第六款搭售、獨家交易、地域限制、顧客限制、使用限制等行為則屬於限制競爭性質。因此，即令第二十四條只作為第三章概括規定，也非如第一種說法僅是不公平競爭的概括條款。

<sup>43</sup> 廖義男，同前註14書行政法院裁判之評析—公平交易法實務與行政法院裁判之評析，頁261-262；胡明華，「我國公平交易法第二十四條之規定」，收於公平交易法論述第二輯，行政院公平交易委員會編印，民82年11月，頁134-136。

<sup>44</sup> 吳秀明，「競爭法上的概括條款—公平交易法第二十四條規範功能檢討」，競爭政策通訊，3卷6期，頁16-17。

<sup>45</sup> (84)訴決字第005號訴願決定。惟會中亦有委員採不同見解，認其概括補遺範圍包含全部公平法（參見(82)公訴決字第015號訴願決定），廖義男委員不同意見書。

定說。其謂：「公平交易法第二十四條係不公平競爭行為的概括規定，但是公平法第二章所規範之限制營業競爭行為，亦有可能涉及不公平競爭，因此公平法第二十四條之規範範圍非限制於必不包括分類上應屬第二章所規範之行為（即獨占、結合及聯合行為）。」由此可知，實務上對此問題基本上已有此定論。話雖如此，公平會於實務上遇到無涉競爭的單純消費者與業者的契約糾紛的案件，依消費者保護法本可由消費者提起民事訴訟，有時也由公平會作成消保色彩濃厚的處分<sup>46</sup>。是以，關於第二十四條的概括範圍，公平會的見解基本上有逐漸放寬的趨勢，實際運作上甚至有擴張到將之作為消保法概括規定的傾向。

對此爭議問題，本文贊同公平會適用原則所採的第三種說法，即整部公平法概括規定說。按第一說不可採的理由在於（1）雖著時間的經過，歷史解釋僅具參考地位<sup>47</sup>。（2）客觀文義上，本條文義的確清楚地說明「除本法」另有規定者外，係以整部公平法為範疇。（3）我國將限制競爭與公平競爭並立於一法，雖然章節形成上仍有劃分，但中間或有錯雜之處，在立法目的皆為對市場之良好競爭秩序維護之下，若僅將第二十四條解為不正競爭之防止的補遺規定，予人有失衡之感。（4）在此次修正新法中，第十九條條文上附加限制競爭的字眼，使得該條文名正言順的成為不正競爭與限制競爭交錯的條文，也使公平法第二、三章的嚴格形式區分喪失意義。

至於第二種說法不可採的理由則在於其雖以章節為界限，又合於章節中規範性質的細緻實情，看似最合規範體系，實則不甚符合邏輯，蓋其不能說明既然能補充第三章中限制競爭的規定，何以不能補充第二章其他的限制競爭規定<sup>48</sup>。

其實最具爭議的，本文認為莫過於第四種同時涵蓋公平法與消保法的說法。其不值得贊同的理由在於：（1）公平法對消費者保護的真意，如同前節所述，應在競爭秩序保護的脈絡下理解，尤其各該具體條文皆與競爭秩序維護脫離不了關係，即令第二十四條概括規定文義抽象，立法者應無以此規定擴張到跨越本法的領域以外，適用到與競爭秩序維護無關，純然保護消費者的消保法領域的意思。（2）再者，第

<sup>46</sup> 蘇永欽，「競爭法—台灣法律體系與經濟生活的新生物」，收於氏著同前註 8 書跨越自治與管制，頁 20。此類案件詳情與評析，請見梁哲璋，同前註 2 論文足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，民 89 年 6 月，第四章第二節第一項有關契約爭議案例實務見解。

<sup>47</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法，民 76 年 9 月，頁 293。

<sup>48</sup> 吳秀明，同前註 44 文「競爭法上的概括條款—公平交易法第 24 條規範功能檢討」一文，頁 17。

二十四條的條文用語雖然確實係襲自美國法上聯邦交易委員會法第五條第 a 項第一款規定，但是美國不論限制競爭性質的反托拉斯法或不正競爭性質的相關法律，本即採取分散立法的結構，聯邦交易委員會法整部法典及其執法組織，在立法之初的設計，即是為了補充反托拉斯法的不足，後經過立法者數次修法始逐漸擴張其職權，確立該法的消費者保護性格<sup>49</sup>。所不同者在於，我國公平法本來就是一部完整的競爭法典，其立法原始目的即並非在補充其他法典的不足。況且如前述，早年未立法前雖有將公平法與消保法合併立法之建議，但是基於種種因素考量，立法者仍選擇採取分立的立法。今僅因文義模糊具有包容性，便將消保目的獨立解釋於概括條款文義中，使之跨越法典補充他法，不啻模糊立法者原有意分立法典的原意。即令文義不確定性含有授權執法機關依情事判斷之意，此種說法實已遠遠超出立法者授權範圍。絕非法制結構不同的比較法所可比擬的。（3）況且美國聯邦交易委員會一方面負擔反托拉斯法之任務，另一方面擔任保護消費者之任務，早被學者批評其角色過於吃重。彼邦學者甚至指出聯邦交易委員會失敗處就在不相稱的消保職掌<sup>50</sup>。（4）公平會現有的組織、人員配置，已因民眾關於不公平競爭的檢舉過多，而逐漸在執法比重上出現失衡現象。影響整體市場結構深遠的限制競爭部分尚有待調整執法政策方向以重新回到執法重心，難道真有餘力再包攬消費者保護警察的角色？民意的殷切期盼對整體經濟長遠的發展究竟是利是弊？令人懷疑與擔憂。

綜上所述，公平法第二十四條所概括的範圍，應以整部公平法為補充對象，一方面能恰如其份的貫徹強化公平法立法目的，另一方面，亦不會因此超出立法者預測的授權範圍，並避免公平會承擔不必要的過度任務。

#### 四、概括條款功能角色的限制

如前節所述，公平法第二十四條具有網補競爭法制漏洞及利益衡量的價值填補功能，但是此等功能必須藉由執法機關透過實務個案的適用，始得以逐步發揮。然而，執法機關公平會在個案判斷認定上並非漫無邊際毫無限制的，尤其概括條款本身具有要件不明確的特點，倘利用此點毫無考慮地適用於任何系爭案件，不啻利用

<sup>49</sup> 關於美國聯邦交易委員會法的發展與補充範圍，請見林騰鶴，美國聯邦交易委員會之研究，行政院經濟建設委員會經社法規工作小組，民79年6月，頁35-42，107-108。

<sup>50</sup> 請參見林騰鶴，同前註49書美國聯邦交易委員會之研究，頁171。

概括條款作為擴張執法權限的護身符，對法律安定性也造成一定的危害。實務運作至今，公平法第二十四條的適用多少出現一些浮濫的現象，而享有「公平交易法上的大白鯊」、「流刺網條款」的惡名，尤應注意該功能角色上的限制。公平法上概括條款的功能角色限制，綜合而言，應注意下列幾項原則，即：1.立法目的之指導牽制；2.與具體條文間的例示補充關係；3.適用上的「窮盡規範原則」；4.程序發動的公益門檻。分述如後：

### (一)立法目的之指導牽制

第二十四條雖然具有強化公平法整體立法目的貫徹，以彌補立法技術不足的用意，但相對地，立法目的對於概括條款的適用亦即具有首要的指導牽制作用。在個案適用概括條款的具體化過程中，要件的解釋與個案行為違法的判斷認定，便須符合立法目的所追求保護的範籌，一方面對於超乎立法目的者，即令合於文義可能指涉的意涵，亦應作目的性的限縮解釋與適用；另一方面相對地，對合於立法目的所欲規範的具體行為，也不妨對文義作目的性擴張解釋<sup>51</sup>。

### (二)與具體條文間例示補充的共同價值內涵

再者，概括條款不同於所謂的「獨立規範」<sup>52</sup>，在法學解釋上，既係立法者用來補充具體規定的不足，與具體規定間應存在著一定的關聯，即具體規定對補充規定而言，應具有一定的例示作用，使得補充規定適用的範圍，具有例示行為類型所具備之共同特徵或相同的價值內涵<sup>53</sup>。而公平法第二十四條對應於所補充的具體規

<sup>51</sup> 關於規範目的對於法律適用的影響，請參見黃茂榮，同前註 47 書法學方法與現代民法，頁 74 以下，338-340。

<sup>52</sup> 公平法立法之初關於第二十四條的地位，曾有獨立規範而非概括補充規定的說法，該說法認為，具體行為該當第二十四條的要件，是因該行為具違反第二十四條之性質，非因第二十四條為其他條文之概括規定。（請參見胡明華，「我國公平交易法第二十四條之規定」，收於同前註 43 書公平交易法論述第二輯，頁 136。）惟學界及實務未採之，且明顯違反立法說明意旨。關於獨立規範的說法，筆者曾詳細討論不妥當之處，請見梁哲瑋，同前註 40 文「公平交易法第二十四條對定型化契約之監控與公平交易委員會之行業導正」，頁 46。

<sup>53</sup> 莊朝榮等，我國公平交易法第十九條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較分析，行政院公平交易委員會出版，民 83 年 5 月，頁 157-158；劉孔中、王海南、吳綺雲、蕭文生，同前註 6 書公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，民 83 年 12 月，頁 296。

定，基於前節之討論，包括整部公平法的規定，但不能單獨作為消保法的補充規定，雖然有防止限制競爭與不正競爭的兩大類別，但其共同的特徵即在維護整體競爭秩序的自由、開放與公平。因此，具體行為要合於公平法第二十四條規定之要件，被認定為是一「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」，所不可或缺的特徵即是該行為已破壞市場競爭的自由或公平秩序。

### (三)適用上的「窮盡規範原則」

公平法第二十四條與具體個別規定間的適用關係如何？此問題雖然僅單純法律適用的邏輯順序問題，形式意義的成分居多。然而，倘未能妥適辨明，亦可能造成第二十四條的浮濫引用，甚至捨立法者原已預設之規範典型的具體規定而不用之現象，招致「大白鯊」之譏，不可不察。

關於此問題，有學者從德國法制上探討不正競爭防止法第一條概括條款與其他具體個別規定的適用關係之研究著手，認為我國的公平法第二十四條與其他具體規定間亦存有所謂的「補充」、「競合」及「相互影響」關係<sup>54</sup>。然而，一方面從文義上言，公平法第二十四條條文中提及「除本法另有規定者外」之「其他…行為」始有適用，因此應僅能適用於本法規定所未涵蓋的行為；另一方面從法律效果上來說，違反公平法第二十四條並無特別的法律效果，其相關的法效規定第三十條、三十一條及第四十一條等所規定的法效內容，亦為其他具體條文所享有，不法內涵若為具體規定所評價殆盡，重複的競合其實徒具形式。因此，本條文的適用應遵守所謂的「窮盡規範原則」，亦即，若本法其他具體規定已充分評價該行為的不法性，或謂個別規定已窮盡規範該行為的不法內涵，而不具備剩餘的不法內涵時，則該行為僅有構成或不構成個別之具體規定的問題，而無第二十四條補充與否的問題。反之，如個別規定評價某違法行為後仍具有剩餘的不法內涵，則以公平法第二十四條加以補充始具有必要性及合法性。另一方面，若一行為縱使不違反前面的個別規定，但該行為從公平法的立法目的，有加以非難、譴責的必要，且具有整體個別規定所具有的共同特徵，則亦有單獨適用第二十四條的必要。再者，立法者若已於立法政策上排除某些行為的不法性，即不得再依第二十四條加以處罰，又個別規定中已有概

<sup>54</sup> 請參見劉孔中等，同前註 53 書公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，頁 9-10。

括要件規定者，即其他規定已具有補充功能者，例如第十條第四款，則無須再依第二十四條加以補充<sup>55</sup>。

要之，從上述原則出發，第二十四條與其他條文的適用順序上，應作如下之安排<sup>56</sup>：（1）行為已有其他條文加以規範者，應適用其他條文，無須再適用第二十四條。（2）行為非其他條文可加以規範，而其行為該當第二十四條要件之規定者，應適用之。（3）行為之一部分滿足其他條文規範之要件，而他部分亦該當第二十四條之規範要件者，始併適用其他條文與第二十四條。

#### （四）程序發動的公益門檻

近來，由於公平會處理案件比重上，私益性質成分居高的不公平競爭案件量過大，吞蝕大量的行政資源，人力使用上甚至必須違反組織條例規定，不斷抽調職管限制競爭的一、二處人力支援職管不公平競爭的第三處，使得公平會要達成立法者賦予的監督管控市場集中度、市場績效的主要任務，可說相當困難，甚至有逐漸轉變為專職市場秩序警察的可能。尤其在民眾高度期待下，第二十四條的適用上，往往容易成為不涉公益個案中大小通吃的「流刺網條款」<sup>57</sup>。事實上，公平法第二十六條規定「公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。」係有關公平會程序發動的公益原則門檻規定。公平法第二十六條既已有所規定，且根據公平法的經濟法特質，不同於民事法律的私益衡平取向，負有積極規整與維護競爭秩序之公益的政策任務，過度的介入反將代表可能不當侵入私法自治的空間<sup>58</sup>。因此，公平會在第二十四條的程序發動與個案認定適用上，應把守公益的門檻，尤其針對無涉競爭的單純消費者與業者的契約糾紛，應交由民事法院承擔私益救濟的功能。使執法管道有更適當的分配，始符合立法者的真義。

<sup>55</sup> 吳秀明，同前註44文「競爭法上的概括條款—公平交易法第24條規範功能檢討」，頁17-18。

<sup>56</sup> 廖義男，同前註14書「行政院裁判之評析—公平交易法實務與行政院裁判之評析」，頁368-369。

<sup>57</sup> 請見蘇永欽，同前註8書「跨越自治與管制」，頁20，44，76。

<sup>58</sup> 吳秀明，同前註44文「競爭法上的概括條款—公平交易法第24條規範功能檢討」，頁18。

## 參、公平法第二十四條之構成要件淺析

### 一、足以影響交易秩序

#### (一)交易秩序之意涵

公平交易法於第一條立法目的中即首先明白揭示了「維護交易秩序」，但是交易秩序一詞本身並不明確，交易上到底哪一種具體的秩序是適合由公平法及其相關執法組織來加以維護的？尤其身為概括性補救條款的第二十四條立法者附加了「足以影響交易秩序」的要件限制，換言之，並非每一個交易上的欺罔或顯失公平行為，皆應受到公平法的規範，「足以影響交易秩序」毋寧是這張攔截網構織成網眼的經緯線，使欺罔或顯失公平行為未達足以影響交易秩序者，通過這層網眼，進而或由其他法律擔負起規範的責任。因此「交易秩序」的詮釋毋寧是第二十四條要件中相當重要的核心問題。

#### 1. 公平會之實務見解

公平會關於「交易秩序」的具體意涵，在「適用原則」已有統一的說明：「係指符合社會倫理及效能競爭原則之交易秩序，包括了交易相對人間不為欺罔及不當壓抑的交易秩序，以及不阻礙競爭者為公平競爭的交易秩序。」

這項對交易秩序之闡釋，是從兩個層面出發，第一個層面公平會先將交易秩序的具體內涵，抽象的歸納為「符合社會倫理及效能競爭原則之交易秩序」的基本原則，另一層面則從主體面著手，具體地從交易相對人間及競爭者間分別觀察，而認定在兩種關係中符合社會倫理及效能競爭原則的交易秩序，具有如何的要求。

第一個層面所謂「符合社會倫理及效能競爭原則之交易秩序」，原則上與學說所闡述的公平競爭秩序相去不遠。蓋營業競爭活動乃社會生活中之經濟活動，其行為違反社會倫理，尤其是違背善良風俗者，就是一種不公平、不正當之行為<sup>59</sup>。而以良好的品質、低廉的價格、適宜的服務、誠信的交易爭取交易機會的效能競爭，

<sup>59</sup> 廖義男，「公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議」，收於氏著同前註5書公平交易法之理論與立法，頁218。

又是經濟社會中最核心的善良風俗<sup>60</sup>。因此符合社會倫理及效能競爭原則之交易秩序，就是公平競爭秩序。

而第二個層次依照主體關係將交易秩序分為交易相對人間的交易秩序與競爭者間的交易秩序，應係受到學說見解之啟發，而認為應包含交易關係與競爭關係的交易秩序<sup>61</sup>。實務案例中「交易相對人的交易秩序」概念之強調，對於牽涉到消費者保護的案例而言更形重要，蓋自從第一一七次的適用原則出現後，上述概念常被轉化為「事業與消費者間之交易秩序」而強調<sup>62</sup>，即可知多少與消費者保護有關。

## 2. 本文見解

### (1) 交易秩序就是自由公平的競爭秩序

從整部公平法的體系來看，特別的是，除了第一條立法目的及第二十四條外，其他關於獨占、結合、聯合或諸多防制不公平競爭具體條文均未見「交易秩序」之字眼，然而公平法最後概括規定第二十四條的規範方式「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為」，其實透露出一個訊息，即公平法具體條文所例示之違法行為，就是足以影響交易秩序之行為。從這個認識出發，回溯去認識交易秩序的意涵，如前所述，例示規定所具有的共同特徵是在維護競爭秩序的自由、開放與公平。因此我們可以說，公平法所欲保護之交易秩序，其實就是自由、公平的競爭秩序。而公平法特重對交易上此種秩序的維持，也就形成其在經濟法制上的定位和與其他法律界分的表徵。

### (2) 與競爭無涉之單純交易關係的交易秩序，非公平法上的交易秩序

<sup>60</sup> 效能競爭 (Leistungswettbewerbs)，其實是德國實務學說針對不正競爭防止法第一條條文核心之善良風俗 (Gute Sitten) 的解釋，所發展出來的判斷標準。請參見 Emmerich, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 5. Aufl. 1998, S.44-45。學者劉孔中等對此並有詳盡介紹，請參見劉孔中等四人，同前註 53 書公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，頁 16-26。

<sup>61</sup> 公平會第一一七次委員會議所審議通過的「二十四條適用原則」，其提案說明即言明，「適用原則」內容是根基於該會委託中央研究院劉孔中等學者之研究計畫意見。（請參見公平會第一一七次委員會議討論議案六，及劉孔中等四人，同前註 53 書交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，頁 15，293）。

<sup>62</sup> 例如喬登行案（（85）公處 078 號）、永霖美容坊張玉春君案（（86）公處字第 082 號）、漢士企業有限公司案（（86）公處 098 號）、九銘建設股份有限公司案（（87）公處 089 號）等處分案均有提到。

### ①比較法上的誤解

危害競爭秩序的限制競爭或不正競爭手段，往往植基於個別交易關係中的不當行為，例如濫用獨占地位制定不公平交易條件，無正當理由的差別待遇或不實廣告等皆屬之，已如前述。而受此等不法行為直接危害，以致會有動機去訴求競爭法保護者，通常是交易上受害的交易相對人。從這點意義上，在不正競爭法屬於民事侵權行為法之一環，法制設計上交由民事法院管轄的國家，如德國，要求得向法院請求不作為或損害賠償之人，只限於與被告間存有競爭關係（Bestehen des Wettbewerbsverhältnisses）者，雖有避免民眾訴訟（Popularklagen）的考量，但是對於整體競爭秩序維護的目的貫徹而言，在訴訟上要證明此點，往往失之嚴格，而遭到彼邦學者 Emmerich 的批評<sup>63</sup>、<sup>64</sup>。

上述強調競爭關係存在而遭批評的比較法上見解，被國內學者引為公平法第二十四條「交易秩序」應包含交易關係的秩序的基礎<sup>65</sup>，也成為公平會對交易秩序的解釋，依照主體關係區分為交易相對人間的交易秩序與競爭者間的交易秩序的參考來源。然而，在這裡要辨明的是，德國學者 Emmerich 關於此處的評論核心是有關請求權人適格的問題，並未表示不正競爭防止法所追求的秩序，已因此缺失而應涵蓋到個別交易關係的秩序中。亦即對德國實務上要求競爭關係存在的批判，所追求的目的仍是在如何能盡量達成維護競爭秩序這個大原則下，而放寬請求人的要件。

綜上，學者以比較法的見解成為公平會關於交易關係之交易秩序的依據，毋寧有所誤解。

### ②交易關係的交易秩序解釋，易成為跨足私益糾紛的藉口

交易關係（Austauschverhältniss）是存在於供給者與需求者間（也就是交易相對人間）垂直的關係，與競爭關係相比，不同的是，交易關係的參與人所尋求的並不是互相超越或取代其在整體市場上的地位，毋寧是欲透過一雙方合意的契約，

<sup>63</sup> Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5.Aufl. 1998, S.23, 24.並參見劉孔中等四人，同前註 53 書公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，頁 15。

<sup>64</sup> 也因此，德國不正競爭防止法的功能變遷（Funktionswandel），也從最早保護個別競爭者的觀點轉變到保護整體市場競爭秩序與其他市場參與者—尤其是消費者。表現在法制實務上即是競爭關係要件審查的放鬆，與第十三條享有不作為請求權人範圍的擴張，包含營業利益促進團體與消費者保護團體。請參見Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19Aufl. 1996, Einl. Rdn. 55 ff.; §13 Rdn. 20, 34.

<sup>65</sup> 劉孔中等四人，同前註 53 書交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，頁 15，293。

來拘束對方。但另一方面沒有供給需求的交易關係，卻也沒有競爭<sup>66</sup>，競爭中的不當行為也多源自於交易關係中。然而，一行為違反「交易相對人間符合社會倫理的交易秩序」（也就是「交易關係的交易秩序」），卻同時包含了兩種不同的意涵：一是個別交易上雙方關於契約締結、約款內容或履約上違反誠信原則的秩序；二是交易上出現足以影響整體競爭自由公平的秩序。後者屬於競爭秩序的問題，應為公平法上的交易秩序意涵，不論從我國或比較法上德國法的觀點而言，均殆無疑問。前者本質上則係一契約法上追求的公平秩序，除非個案中依其手段或方式對競爭秩序有造成一定的影響，否則僅具有私益衡平性。這種個別交易中私益衡平秩序的追求，倘若公平會也介入，即使可能出於保護弱勢消費者的考量，其結果將容易導致所有交易上不論大小的不公平事件，均可由公平會予以干涉，會不會過度干預私法自治，或違反立法者對公平法原始任務的設想，成就所謂「流刺網」的惡名，甚至模糊掉經濟競爭法制與民法的界限，實有疑問。也因此有學者主張只有在相當多數消費者受害的情形，透過概括條款作行政干預始有其正當性<sup>67</sup>。

本文以為，交易秩序從公平法整部法典的規定歸納來看，就是自由公平的競爭秩序，而不必要畫蛇添足的去解釋包括交易相對人間的秩序與事業間的秩序。如此的解釋，對於以交易關係中的不當手段，來影響整體競爭秩序者，例如以欺罔方式誘使交易相對人作交易決定，以取得交易機會的行為，仍然可以因其以違反效能競爭的方式取得交易機會（另一方面意義即創造競爭優勢），而認定其足以影響整體競爭秩序，予以處分，對於因此而受害的消費者而言，亦有保護的作用<sup>68</sup>。另一方面，也可避免公平會過度介入個別交易糾紛，畢竟個案契約私益衡平與否的判斷問題，不論從組織、程序或介入的負面影響上，公平會還是有其不足的地方<sup>69</sup>。

## （二）不以實際損害發生為必要

<sup>66</sup> Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19A. Aufl. 1996, Allg. Rdn. 10.

<sup>67</sup> 蘇永欽，同前註 46 文「競爭法—台灣法律體系與經濟生活的新生物」，頁 21；劉孔中，同前註 3 文「公平交易法第二十四條之研究」，頁 7。

<sup>68</sup> 相類似的見解，認為公平法規範者是存在於競爭者間之競爭行為或競爭關係，不包括存在於競爭者與其交易相對人間之交易關係。而事業利用交易關係作為對其競爭者的競爭手段，仍是競爭法的規範範圍，乃因為仍影響及競爭關係。請參見洪禮腳、黃茂榮、謝銘洋，同前註 10 書公平交易法與消費者保護法相關問題之研究，頁 7。

<sup>69</sup> 詳細的理由，請見梁哲璋，同前註 2 論文足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，第四章第二節之討論。

欺罔或顯失公平行為，要到達足以影響交易秩序之程度，是否必須以實際損害發生為前提？肯定論者因為我國第二十四條條文用語與美國聯邦交易委員會法第五條第a項（1）款規定相近，而從美國法上要求須存在實質的損害之認定標準，並從德國法條上不作為義務與損害賠償義務側面推測，而要求我國法上足以影響交易秩序之構成，也必須以競爭者或消費者之損害已發生為前提<sup>70</sup>。否定者有從條文中「足以」二字文義推知<sup>71</sup>，有更進一步從公平法多數規定都僅以對競爭秩序之危害有危險存在即可，說明為何第二十四條採「足以」二字為要件，主要都在發揮預防功能<sup>72</sup>，而認為只要客觀上有影響交易秩序之可能，即使未實際造成損害，即可構成第二十四條的違反。

實務上公平會雖然在「適用原則」中表示「行為是否構成不公平競爭，可從…市場上之效能競爭是否受到侵害加以判斷」，但是在個案處分理由中則闡明「是否欺罔或顯失公平，應以市場上之效能競爭是否受侵害加以判斷，並不以產生實際之損害為要件。」可知實際上是採取否定的見解<sup>73</sup>。

本文亦贊同公平會及多數學者的見解，認為足以影響交易秩序從文義上即清楚明白的顯示出本條屬危險犯，不須以實際損害結果發生為必要。況且美國法上條文用語雖然大部份相近，兩者最大的不同正在此部份，我國是「足以影響交易秩序」，而美國聯邦交易委員會法第五條第a項（1）款的用語則是「商業上或影響商業」，意涵本有不同，實不能遽以為比附援引的基礎。

## 二、欺罔

### （一）概說

按真實原則為競爭法上之基本原則，蓋事業從事交易機會爭取的競爭行為，使交易雙方對交易狀況有相同的認識可說是公平競爭的前提<sup>74</sup>。以欺罔之方式，使交

<sup>70</sup> 李建榮，同前註41文「欺罔或顯失公平行為之禁止」，頁447-448。

<sup>71</sup> 胡明華，同前註43文「我國公平交易法第二十四條之規定」，頁142。

<sup>72</sup> 劉孔中，同前註3文「公平交易法第二十四條之研究」，頁15-16。學者吳秀明教授亦認為「足以影響交易秩序」屬於危險的構成要件，不以實害為必要。但二人對此等危險的程度要求，有不同見解，劉氏主張抽象危險即已足，吳氏則主張需達具體危險。

<sup>73</sup> 處分理由中做此等表示者繁多，無法一一備載，僅舉幾例：美商亞培台灣分公司案（（84）公處131號）、台北市私立登峰外語短期補習班案（（85）公處106號）等。

易相對人不能本於事物真實情形作正確理性的交易決定，對其他遵守公平競爭規則之同業而言，無疑已顯失公平，更何況交易相對人亦將因此購買到非其所願的商品。在相同交易條件下，一個誠實之企業經營者，卻僅因另一競爭者利用欺罔手段而喪失交易機會，於此，競爭秩序已然受到破壞。是故，以欺罔方式作為競爭手段者，本身即帶有足以影響交易秩序之性格。公平法上具體規定中不乏欺罔行為的例示，第二十條防止來源主體混淆行為的規定與第二十一條禁止不實廣告的規定，即屬之，然而除了不實廣告與來源主體的仿冒行為外，其他足以影響競爭秩序的欺罔行為，亦有規範之必要，因此便須藉由第二十四條予以概括補充。

## (二)欺罔的定義與認定標準

關於欺罔行為的定義，學界與實務見解並無重大分歧，依公平會的「適用原則」是指「以欺騙或隱瞞重要事實等引人錯誤之方法，致使交易相對人與其交易，或使競爭者喪失交易機會。」值得一提的是，公平法實行之初，對欺罔行為瞭解尚不完全的情形下，公平會曾強調欺罔係「故意欺騙或故意隱瞞」<sup>75</sup>，似將欺罔與主觀上必須具備故意的民法上「詐欺」視為同一概念，而與學者意見紛歧<sup>76</sup>。近從上述「適用原則」中將「故意」二字取去，可知已將欺罔的意涵自詐欺獨立出來，不要求行為人主觀上的故意。至於定義中「致使交易相對人與其交易，或使競爭者喪失交易機會」，則明白表示出公平法作為競爭法制，並非交易上任何涉及欺罔的行為均有適用，毋寧必須限制在為使交易相對人與其交易，或使競爭者喪失交易機會的競爭行為上。

根據上述定義，「適用原則」中並進一步說明認定的標準：「行為是否構成欺罔，應以一般人之標準衡量，且無須以發生實際交易行為為要件，只須行為於客觀上構成「欺罔」即屬該當。」學說上則依美國法及德國法的比較，將欺罔的認定標準說明的更為具體，包括<sup>77</sup>：

### 1.行為有使相對人受誤導之虞

<sup>74</sup> Akira Schoda, *Kartellrecht und Verbraucher, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag*, Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 1991, S. 652.

<sup>75</sup> 請參見公平會專題研究，及(81)公研字第004號處分書。引自劉孔中，同前註3文「公平交易法第二十四條之研究」，頁18註43。

<sup>76</sup> 學者意見請見劉孔中，同前註3文，頁17-18。

方式包括積極表示引人錯誤資訊的欺騙，以及消極的省略、隱瞞事實。

## 2. 誤導與否以足以誤導相當數量的相對人為基準

此處的相對人是以一般人施以普通注意之認知為基礎，非以無知者亦非以專家之認知水準為基礎。換言之，是以「具有通常一般購買者所具有之理解能力」為判斷標準。因此，如過分誇大的行為，對於一般人而言若施以普通注意，尚不至於誤信者，即不屬之<sup>78</sup>。另外，所謂的相當數量，參酌比較法見解的歸納，學者認為只須達百分之十以上者，即屬相當數量。不過，此點認定標準似乎未被公平會所注意。蓋公平會曾出現僅以一位消費者受誤導，即認定有第二十四條的欺罔行為<sup>79</sup>，亦曾出現高達百分之八十以上的購買者均表示會混淆的情形下，公平會仍不予以處分的情形<sup>80</sup>，顯見此尚未成為公平會適用的統一認定標準。

## 3. 涉及的事項須為交易上重要事項

也就是說欺罔行為所傳達的交易資訊，或尤其是所隱瞞的交易資訊，必須是交易上認為重要的事項，足以影響相對人交易決定之選擇，才會構成公平法上的欺罔行為。

# 三、顯失公平

## (一) 學說見解

由於公平法第二十四條「顯失公平」的用語含糊，學說關於本條之意涵，眾說紛紜，莫衷一是。有以本條立法用語與美國聯邦交易委員會法（*Federal Trade Commission Act*）第五條第（a）項（1）款規定極為相近<sup>81</sup>，因此認為應參考美國法的關於「不公平」的認定標準，即 1. 是否牴觸公共秩序（*public policy*）； 2. 是否

<sup>77</sup> 胡明華，同前註 23 書公平交易法上欺罔行為之研究，頁 16，73-77；劉孔中，同前註 3 文「公平交易法第二十四條之研究」，頁 18-20。

<sup>78</sup> 最有名的案例即速食麵因強調其產品辣度，在廣告上作食用後會「噴火」的誇大表示，公平會並不予以處分，請見公平會第三十七次委員會決議。

<sup>79</sup> 柔珮詩國際企業股份有限公司案（（82）公處字第 075 號），載於公平交易委員會公報 2 卷 1 1 期，民 82 年 11 月，頁 5。

<sup>80</sup> 請見高仕金筆案公平會認定不違反公平法的內部審查意見，收於張瑜鳳，同前註 29 論文公平交易法關於仿冒行為制裁規定之研究，頁 129。

倫理及審慎 (unethical or unscrupulous)；3.是否侵害消費者原則<sup>82</sup>。有學者解釋則含有濃厚的民事法色彩，以事業「是否有不忠實行為，或給付與對待給付是否顯失相當，或優勢競爭條件之取得是否不當」認定之<sup>83</sup>。另有綜合美國及德國法制的比較，將顯失公平分三方面標準來看：一是「對消費者之不公平」，主要參考自前述美國法關於「是否侵害消費者」的認定標準，如不公平之定型化契約；二是「對競爭對手不公平」，屬於違反效能競爭的不當競爭手段，如低價傾銷、榨取對手成果、智慧財產權濫用等；三是「破壞市場經濟效能之不公平」，如大量分贈原產品、價格戰等<sup>84</sup>。

## (二)實務見解

公平會對何謂「顯失公平」，其「適用原則」則採取所謂的「二階認定法」：

### 1.先自交易相對人間之交易行為觀察：

對交易相對人為顯失公平行為：所謂對交易相對人為顯失公平行為，係指對交易相對人為不當壓抑，亦即妨礙交易相對人自由決定是否交易及交易條款。行為構成顯失公平者，同樣亦不必以發生實質交易行為為要件，只須在客觀上構成顯失公平即可。常見之行為類型包括：（1）強迫或煩擾交易相對人：所謂強迫係指以物理上強制力或造成心理上壓力使交易相對人與其交易。所謂煩擾，係指以干擾、糾纏或造成厭煩等方法促使交易相對人與其交易。（2）對交易相對人濫用優勢地位：所謂對交易相對人濫用優勢地位係指強迫交易相對人接受不公平交易條款，例如不公平之定型化契約即為著例。

### 2.次從市場上之效能競爭是否受到侵害觀察：

若其行為已違反效能競爭的原則，對於其他遵守公平競爭本質的競爭者而言，

<sup>81</sup> 該條規定：「商業上或影響商業之不公平競爭方法，以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行為或手段」。原文是：「Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are unlawful」。

<sup>82</sup> 李建榮，同前註 41 文「欺罔或顯失公平行為之禁止」，頁 446-447。

<sup>83</sup> 黃茂榮，同前註 19 書公平交易法理論與實務，頁 486。

<sup>84</sup> 劉孔中等，同前註 53 書公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，頁 308-310，312。

已構成顯失公平，而使市場上公平競爭本質受到侵害，從而其行為具有商業競爭倫理非難性，構成公平法第二十四條之違反。此類行為大致可分為：（1）榨取他人努力成果之行為…（2）破壞市場的行為」<sup>85</sup>。

### （三）本文見解

#### 1. 美國法與我國法體系定位不同，認定標準不應一律採之

美國聯邦交易委員會法上有關不公平的認定標準，能否毫無顧慮地適用在我國法上，本文實表疑問。蓋我國公平法第二十四條的顯失公平，是以足以影響交易秩序（競爭秩序）為要件，和美國聯邦交易委員會法是以「商業上或影響商業」為要件有所不同。再者，如同前面章節所述，在美國分散立法的結構下，聯邦交易委員會法除了第十二條不實廣告外，並無其他例示的實體規定以彰顯其追求的法秩序為何，毋寧係以第五條概括規定為規範核心，因此在「惠勒—李修正案」（Wheeler-Lea Amendment）後，規範對象除原始的不公平競爭行為外，包括到其他商業上或影響商業之不公平或欺罔行為，在執法上便容許有其他價值填充的空間，往修法者所欲直接保護消費者的方向適用，而且這種保護是不必證明同時對競爭秩序有所助益的<sup>86</sup>，也因此該法在美國已非單純的反托拉斯法一環，更是消費者權益保護上不可忽略、相當重要的法律<sup>87</sup>。相較於此，公平法第二十四條置於競爭法律中，其條文結構又顯示出必須受到該法其他例示規定共同價值的拘束，因此即使是用語相當類似的欺罔或顯失公平，恐怕也只能在公平法這部法典所追求的價值裡，尋求其

<sup>85</sup> 綜觀公平會「適用原則」的見解，很明顯的受到前註學者劉孔中在公平會所委託之研究計畫報告影響相當深，僅將其主張之不公平三標準，簡化為二層次標準的所謂「二階認定法」，將對消費者不公平轉化為對交易相對人之顯失公平，另就競爭對手與市場經濟效能之不公平，綜合地以「市場競爭效能侵害」標準判斷之。而事實上，公平會第一一七次委員會議所審議通過的「二十四條適用原則」，其提案說明即言明，「適用原則」內容正是根基於該會委託中央研究院劉孔中等學者所做之研究（請參見公平會第一一七次委員會議討論議案六）。

<sup>86</sup> 美國聯邦最高法院於FTC vs. Sperry & Hutchinson一案中強調自惠勒—李修正案後，聯邦交易委員會的權限已不限於競爭秩序的維護。其並於該案判決註解中間接承認聯邦交易委員會提出的三項認定標準，使得該法直接保護消費者的發展快速蓬勃。該案見解請參見405 U.S. 233（244-246）。關於本案的影響可參見劉孔中等，同前註53書公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，頁200以下。

<sup>87</sup> 請參見林子儀，「消費者保護之行政管制—美國法制之簡介—」，收於廖義男主持，消費者保護之行政監督與執行之研究研究計畫，民80年10月，頁49-50。

意義的可能範疇。要之，從美國法上發展出來之不需與競爭維護有所關連的認定標準，在我國法上可否被引用，實有疑問。

## 2. 「足以影響交易秩序之顯失公平」與民事法上的顯失公平不應一概而論

按顯失公平一語，含意模糊。除公平法外，相關法律使用「顯失公平」之文字者，大約有六處：（1）民法第七十四條。（2）民法第三五九條。（3）民法第一零三零條之一。（4）民法第二四七條之一。（5）消保法第十二條。（6）民事訴訟法第三九七條。唯公平法上的顯失公平，依第二十四條規定，必須達到「足以影響交易秩序」之程度始構成。而交易秩序之意涵，本文見解以為就是市場競爭秩序，則顯失公平行為，便必須造成對市場競爭秩序有侵害之危險，始足論以第二十四條；反觀民法、民事訴訟法及消保法上之顯失公平，便不須以同時對競爭秩序有造成侵害之危險為要件。蓋民事法規的特性，在於以個個經濟利益主體為基準，目的在調整個個主體間之利益<sup>88</sup>，故其所謂「顯失公平」，主要指民事法律關係上兩造當事人間，利益或危險負擔分配不平衡的情形。兩者文字相同卻不宜作一致之解釋。因此學者將民事契約法上講究分配正義之給付與對待給付顯失相當，用來解釋顯失公平，本文並不認同。

## 3. 公平會「二階認定法」之評析

### (1) 效能競爭之侵害即足以影響交易秩序之顯失公平應予肯定

公平會所採的「二階認定法」，關於顯失公平的內涵，其第二階層以「市場效能競爭是否受到侵害」來認定，就整部公平法其實就在維護效能競爭秩序而言，此等判斷標準誠屬適當，也符合第二十四條概括條款之顯失公平，須以足以影響交易上競爭秩序為適用門檻的條文結構。蓋公平法所欲維護的交易競爭秩序就是事業以較佳之品質、低廉之價格等手段來爭取交易的效能競爭秩序。至於第一階層認定上，以對交易相對人而言是否顯失公平來觀察，其中所例示之行為類型包括兩大類：一是強迫或煩擾手段，使交易相對人與其交易；二是對交易相對人濫用優勢地位，迫使交易相對人接受不公平交易條款。就前者而言，競爭者在爭取交易機會時，本應使相對人有足夠的空間冷靜並理性的從事經濟判斷，以決定是否、以及以何種方式

<sup>88</sup> 汪渡村，反托拉斯在經濟法上之地位，中興大學法研所碩士論文，民72年6月，頁54。

作成一交易。以強迫或煩擾之手段，使相對人喪失冷靜理性的空間，不能本於交易標的事物作正常之交易決定，本質上就是違反效能競爭的<sup>89</sup>。公平法第十九條第三款規定之脅迫、利誘的顧客獵捕（Kundenfang）行為，毋寧便是基於此種考量下的具體規定。所以「適用原則」上的「強迫、煩擾」行為，可謂是對第十九條第三款的補充類型，也可說是第二階層效能競爭侵害行為，在事業與交易相對人間行為觀察角度的的延伸。

## (2)濫用優勢地位使交易相對人接受不公平交易條件足以影響交易秩序？

比較有疑問的是所謂「濫用優勢地位，強迫交易相對人接受不公平交易條款」之顯失公平類型，在公平法上應如何理解？尤其依照私法自治、契約自由原則，交易條件的內容給付與對待給付是否公平合理的契約正義，原則上本應由雙方當事人自行決定，基於尊重市場機能及人民基本權利，對經濟活動之規範，著重於「影響交易決定作成」之時點的公平法，以所謂之「優勢地位濫用」原理介入民事契約的衡平，干預契約自由與私法自治也實應依比例原則限於必要之最小程度，並「合乎比例地」對於經濟活動上大小不同的優勢力量，從事輕重不一之管制<sup>90</sup>。而公平法要「合於比例地」介入干預契約條件公平問題，其前提應在於系爭交易中，市場上競爭調節機制已生失效的狀況，而經濟優勢地位足使市場失效者，僅限於具有控制市場地位之事業，以及在個別交易中因依賴關係存在的相對性市場強勢事業<sup>91</sup>。至於市場上具有一定經濟力量的事業，僅在個別交易中掌握較交易相對人交涉優勢者，在市場競爭仍充分的前提下，對交易優勢的事業，也不必然就欠缺足夠且可期待的偏離空間，換言之，交涉的弱勢與依賴性無關。在交易過程中不致依賴特定事業，市場上其他替代可能性的商品或服務選擇機會仍然充分的情況下，從競爭法的角度來看，即使交易優勢者有濫用其優勢地位，提出不公平交易條件，但只要優勢一方不使用不正當的手段，例如隱瞞不公平條款、催促、引導等影響交易決定之作成，使交易相對人享有理性、冷靜的充分選擇比較空間，再不濟，弱勢一方仍可選擇放

<sup>89</sup> 劉孔中，同前註19文「公平交易法與消費者保護法之比較研究」，頁12。

<sup>90</sup> 同樣認為對市場力量之管制認為應依大小型態不同作輕重之區別者，請參見吳秀明、單驥、何之邁，從依賴性理論探討相對市場優勢地位，行政院公平交易委員會委託計畫，民88年3月，頁75。

<sup>91</sup> 相對性優勢的市場強勢事業之所以需競爭法加以管制的理由，詳見吳秀明、單驥、何之邁，同前註90書從依賴性理論探討相對市場優勢地位，頁30-34。

棄對其不利的交易，轉向與其他提出較公平之交易條件的競爭者交易，這也是市場競爭所能發揮的功能之一。因此，維護市場競爭機制自我調節功能的公平法，對於因資訊掌握與交涉能力產生之交易優勢地位，訂定不公平交易條件的行為，實在沒有介入管制的基礎。如果不顧市場整體競爭狀況，輕易以訂定交易條件之一方占有交涉優勢地位，而認定有濫用地位之弊而以介入規範，則不免對契約自由與私法自治干預過深，違反比例。其優勢力量原則上都不至於強到能迫使交易相對人不得不接受特定的交易條件。因此此等事業使用對他方不利之不公平交易條件行為，公平法不應輕易介入扮演個別交易上濟強扶弱的角色。適宜的規範模式也許應是透過民事法律或消保法，由民事法院透過武器對等的爭訟程序，去做雙方權利義務衡平的專門工作。

### (3)小結

綜合上述討論，本文認為公平法第二十四條的顯失公平行為，由於第二十四條置於競爭法規中補充維護競爭秩序之角色地位，應以足以對市場競爭機能造成危害者為限，並非交易上一切不公平的行為均可構成。因此原則上同意公平會「適用原則」所提出之效能競爭本質判斷標準。至於濫用交易地位使交易相對人接受不公平交易條件的行為規範，則僅限於足使市場失效的市場優勢地位。另外，從第二十四條作為整部公平法補充條款的功能來看，足以影響交易競爭秩序的顯失公平行為，其意涵便可由整部法典例示規定所指引的二個方向來認識：一是限制競爭意義上的顯失公平行為，例如一般性或相對性市場地位的濫用，或其他足以妨礙、限制市場競爭機能的行為；二是不正競爭意義上，營業競爭手段有違反效能競爭本旨者，如榨取對手成果、強迫、騷擾交易相對人作成交易決定，或甚至大量分贈原產品的破壞市場等行為。不過，在適用上仍然必須以其他具體法條均不足適用規範，而就立法目的維護上有所必要範圍內，以涉及公益維護的前提下，才得論以第二十四條之違反。

## 肆、結 論

本文從整部公平法之定位開始，探討公平法第二十四條作為公平法之網補條款，乃係國家履行其憲法賦予之維護競爭秩序任務的最後一道防線，其規範功能並非在對市場價格、生產、製造、供給形成命令之經濟管制，亦非求個別經濟主體契約權利義務的衡平，而在消費者保護之目的追求上，亦有其一定之界限，在精神創作之成果保護上，與智慧財產權法又具有互為補充與衝突之關係，由體系上來廓清第二十四條隱含之功能界限。進而確立本條在整部公平法之概括補遺範圍，及提出功能角色之種種限制，包括：立法目的之指導牽制、與具體條文間例示補充的共同價值內涵、適用上的「窮盡規範原則」與程序發動的公益門檻。並藉由此法制定位釐清之助，進一步對本條的構成要件予以闡釋、分析，而認定（1）「交易秩序」就是自由公平的競爭秩序；（2）欺罔，指於交易上重要之事項上，其行為有足使相當數量之相對人受誤導之虞；（3）足以影響交易秩序之顯失公平，就是違反效能競爭秩序之行為，且個別交易條款的公平與否，須交易一方之事業具有足使市場失效之優勢地位，方得為公平法所應介入規範之事項。其最終之目的，在為長久以來擔負執法重心的公平法第二十四條，形成規範意義的核心及適度的規範範疇，以祈在實際案例處理上能有一明確之界限，以界分本條與公平法其他條文，甚至其他法領域規範間的適用範圍。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

公平交易法論述第二輯（1993），行政院公平交易委員會編印。

汪渡村（1993），反托拉斯在經濟法上之地位，中興大學法研所碩士論文。

林騰鵠（1991），「評公平交易委員會組織條例草案」，政大法學評論，四四期。

林騰鵠（1990），美國聯邦交易委員會之研究，行政院經濟建設委員會經社法規工作小組。

李美惠（1997），「商品表徵權取得要件之研究」，公平交易季刊，五卷三期。

范建得（1999），「論著名商業表徵之應有保護」，智慧財產權。

吳秀明，「競爭法上的概括條款—公平交易法第二十四條規範功能檢討」專題演講稿，競爭政策通訊，三卷六期。

吳秀明、單驥、何之邁（1991），從依賴性理論探討相對市場優勢地位—以公平法立場之研析適用，行政院公平交易委員會研究計畫報告。

莊朝榮等（1994），我國公平交易法第十九條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較分析，行政院公平交易委員會委託計畫。

洪禮腳、黃茂榮、謝銘洋（1996），公平交易法與消費者保護法相關問題之研究，行政院公平交易委員會委託計畫。

胡明華（1994），公平交易法上欺罔行為之研究，東海大學法研所碩士論文。

張長樹（1993），「公平交易法立法體例及目的之研究」，公平交易季刊，一卷四期。

黃茂榮（1993），公平交易法理論與實務。

黃茂榮（1987），法學方法與現代民法。

黃鈺華，蔡佩芳（1998），「專利權人發警告函是否觸犯公平交易法第二十四條之檢討」，智慧財產季刊，二八期。

梁哲璋（1996），「公平交易法第二十四條對定型化契約之監控與公平交易委員會之行業導正」，公平交易季刊，四卷二期。

曾陳明汝（1988），專利商標法選論。

許宗力，林子儀等（1994），公平交易法行為主體研析，行政院公平交易委員會委託計畫。

謝銘洋、徐火明主持（1994），公平交易法與智慧財產權法之關係，行政院公平交

易委員會委託計畫。

謝銘洋（1995），「智慧財產權與公平交易法之關係—以專利權為中心」，台大法學論叢，二四卷二期。

賴源河編審（1994），公平交易法新論，月旦出版。

溫俊富（1997），專利制度與競爭制度調和之研究，政大法研所博士論文。

蔡英文（1991），「公平交易法與智慧財產權」，政大法學評論，四四期。

張瑜鳳（1994），公平交易法關於仿冒行為制裁規定之研究，台大法研所碩士論文。

劉孔中、王海南、吳綺雲、蕭文生（1994），公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，行政院公平交易委員會委託計畫。

劉孔中（1994），「公平交易法第二十四條之研究」，公平交易季刊，二卷三期。

劉孔中（1995），「公平交易法與消費者保護法之比較研究」，人文及社會科學集刊，七卷二期。

劉宗榮（1993），定型化契約論文專輯，三民書局。

廖義男（1997），行政法院裁判之評析—公平交易法實務與行政法院裁判之評析，行政院國科會研究計畫。

廖義男（1995），公平交易法之理論與立法。

廖義男（1994），「公用事業法—國家對公用事業之監督與規範」，收於氏著公共建設與行政法理。

廖義男主持（1991），消費者保護之行政監督與執行之研究研究計畫。

廖義男（1989），「消費者保護法之行政監督」，臺大法學論叢，十八卷二期。

廖義男（1980），企業與經濟法，民69年4月。

廖義男（1994），「公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋」，收於氏著公平交易法之釋論與實務第一冊。

蘇永欽（1999），跨越自治與管制，五南圖書出版。

蘇永欽（1988），民法經濟法論文集。

德國公平交易法相關法規彙編（1997），行政院公平交易委員會。

## 二、德文文獻

Baumbach/Hefermehl（1996），*Wettbewerbsrecht*，19Aufl.

Emmerich（1998），*Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*，5.Aufl.

Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag（1991），*: Beiträge zum*

*Handels- und Wirtschaftsrecht.*

Kohler/Piper (1995), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.*

Rittner (1987), *Wirtschaftsrecht*, 2 Aufl.

**A Brief Analysis of the Status and Terms of Article 24  
of the Fair Trade Law**

**Liang Che-Wei**

Article 24 of the Fair Trade Law originally designed to be just a supplemental, subsidiary norm. Currently, however, through frequent application by the Fair Trade Commission, it has become the main instrument for regulating competition order. However, the obscure nature of its status and the abstract quality of the terms often make implementation unpredictable and also difficult to review the reasonable degree of the opinions of Fair Trade Commission. Therefore, the article even includes ironic sobriquets such as “the Shark in the Fair Trade Law” or “the rubber band article”. Therefore, this paper tries to clarify the article's status and to identify more concrete meaning of the terms. It is hoped that these efforts could highlight the scope of the application and make the praxis more reasonable and predictable.

