

不同意見書

公平交易法 之理論與實際

黃銘傑 著



學林

公平交易法之理論與實際

——不同意見書——

黃 銘 傑 著

學林文化事業有限公司 出版

公平交易法之理論與實際：不同意見書／黃銘傑著．一版．
——臺北市：學林文化，2002〔民91〕

面； 公分

ISBN 957-0413-68-9（精裝）

1. 公平交易法－論文，講詞等

553.407

91013385

公平交易法之理論與實際—不同意見書

作 者：黃銘傑

出 版 者：學林文化事業有限公司

台北市重慶南路一段13號5樓

電 話：(02)23141078 傳真：(02)23319972

E-mail：law@sharing.com.tw

責任編輯：蔡景濤

登 記 證：局版北市業字第1190號

一 版：2002年8月

郵撥帳號：19168499 學林文化事業有限公司

定 價：新台幣720元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換。

ISBN 957-0413-68-9

序

公平交易法在我國整個法規範體系中，顯得既獨特又奇妙。原因在於，不僅為其執行，而於政府部門內設置有特別的獨立管制機關—行政院公平交易委員會，以有效實踐其法規範之實效性；同時，亦由於公平交易委員會積極的實務運作，使得正式施行期間僅有短短十年餘的公平交易法，深邃地影響著我們日常的經濟社會生活。從而，不僅於公平交易法固有的規範對象之競爭政策、消費者保護等經濟事務中，有公平交易委員會介入規制之足跡，即連九二一震災、米酒囤積等社會議題上，亦時而可見該會之身影；其管制對象主體，不僅及於從事一般商業行為的私人企業，對於利用公帑進行政府採購之其他行政機關，亦一體適用；不僅麵粉、瓦斯等基本民生用品事業，曾因聯合壟斷行為而受到公平交易委員會的高額罰鍰，高科技產業代表之微軟公司，最近亦因其軟體授權價格過高，刻正受到該會之調查。一般行政機關，固然無此廣泛遼闊的規制權限，專責法律執行的司法機關，於此相關議題上，似亦難望其項背。

然則，吾人不禁要問，人力、物力資源胥屬有限的公平交易委員會，是否克當如此重任？過多的管制量，是否影響了其管制品質？更者，公平交易法規範理念本身，是否賦予公平交易委員會如此廣闊的權限？任事積極的公平交易委員會有無過度擴張法律授權，造成與依法行政原則間之齟齬。本書各篇文章，主要基於上述問題意識，批判性地檢討

公平交易委員會現行相關實務運作，試圖勾勒出應有的規範藍圖。對於一位長期關心公平交易法發展的研究者而言，經由著述批判、促成改進，是我個人能力所及可為之貢獻。無可否認地，本書所觸及之各項議題，僅是公平交易委員會整體管制行政中的一小部分，雖然就作者之分析結果而言，其於此可能蘊含著不少缺失，惟瑕不掩瑜，該會整體之執法成效，仍應給予高度的肯定與評價。

日本一橋大學名譽教授久保欣哉博士與山部俊文教授，啓蒙了筆者對於公平交易法之研究興趣，二位恩師的諄諄教誨與循循誘導，建構了本書的理論基礎。謹以本書，獻給二位教授，感謝他們長年以來的關心與指導。內子靜芳，不論是在博士論文寫作期間，抑或在本書各篇文章執筆時，扶持家務、呵護幼女，令個人得以於無後顧之憂的情況下，專心寫作，沒有她的全力支持，本書或將永無見天之日；虧欠的太多，怎一個謝字了得，只能慢慢地還了。謝謝富雄、派緯辛苦的校稿。在學林出版公司莊品秀總編輯、蔡景滿編輯以及其他同仁的通力配合下，本書乃得於短期間內，以如此精湛的面貌，呈現在各位讀者眼前，再次感謝你們的大力相助。

黃 銘 傑

2002 年 7 月于淡水

目次

序

PART I GENERAL THEORY

經濟法基本性格論	1
壹、前言	3
貳、經濟法之基本性格	4
參、經濟法基本性格論之意義	15
肆、解除管制政策下之經濟法	23
伍、兩岸經濟法制之特色與其現代課題	26
陸、結語	32

中小企業保護與競爭政策

——憲法增修「中小企業保障條款」的問題提起	35
壹、前言	37
貳、中小企業政策之法理	40
參、中小企業之「生存權」與競爭政策	49
肆、公平交易法與中小企業保護	57
伍、未來的中小企業政策與競爭政策	72
陸、結語	77

日本解除管制政策推動之方向與作法

——對我國法制之啓示	79
壹、前言	81

II 「公平交易法之理論與實際－不同意見書」

貳、日本解除管制政策之背景及沿革	84
參、日本解除管制政策實施之機制	94
肆、日本解除管制政策之內容及成效	105
伍、日本之解除管制政策與競爭政策	121
陸、代結論——對我國法制之啓示	134

貿易法與競爭法整合之試論

——貿易法中競爭要素之重新評價	149
壹、前言	151
貳、整合之意義	153
參、整合之必要性	161
肆、結語	174

PART II ANTITRUST

相對優勢地位濫用與公平交易法之規範	177
壹、前言	179
貳、相對優勢地位之意義與發生背景	183
參、相對優勢地位之規範理念	196
肆、主要國家法制有關相對優勢地位之規範	205
伍、公平交易法與相對優勢地位濫用	217
陸、相對優勢地位之規範方式	234
柒、結論	239

維持轉售價格規範之再檢討	243
壹、前言	245
貳、我國法上之維持轉售價格規範	248
參、最低轉售價格維持與競爭政策	257
肆、最高轉售價格維持與競爭政策	270
伍、結論與建議	276
 公平交易法第十九條之規範原理與架構	281
壹、前言	283
貳、規範架構與定位	285
參、「妨礙公平競爭之虞」之意義	293
肆、違法行為類型	302
伍、阻卻違法事由	312
陸、結語	316
 「醫藥分業」爭議中的公平交易法	319
壹、前言	321
貳、醫師是否為公平交易法上之「事業」	323
參、醫師（公會）集體杯葛行為之違法性— 形式要件該當性	325
肆、適用除外之可能性	333
伍、醫師（公會）集體杯葛行為之違法性— 實質要件該當性	339
陸、法律上的責任	342
柒、結語	344

PART III UNFAIR COMPETITION

解碼、破碼與公平競爭秩序

——「技術保護措施」規避行為之法規範	347
壹、前言	349
貳、國際條約暨他國法制之規範	352
參、我國現行法之規範	373
肆、立法之必要性與方式	390
伍、結論	397

外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函 違反我國公平交易法第二十四條之禁制規定——「再評行政院公平交易委員會(85)公處第 047 號處分」

壹、案例事實概要	401
貳、處分理由要旨	401
參、評析	403
肆、結論	430

公司名稱之登記、使用與著名標章之保護

——商號法制、商標法及公平交易法的三不管地帶？

.....	433
壹、楔子－威而鋼之爭	435
貳、標章保護法制之架構與特色	439
參、未註冊著名標章之保護	453
肆、著名標章保護規範之衝突與調整（一）	
——商號法制與商標法	470

伍、著名標章保護規範之衝突與調整（二）	
一商號法制與公平交易法	479
陸、結語	514

PART IV ENFORCEMENT

論公平交易法上之檢舉與公平交易委員會的不作為	517
壹、前言	519
貳、公平交易委員會有關檢舉之實務運作	521
參、其他國家（區域）法制對於檢舉之處理方式	528
肆、檢舉與公平交易委員會不作為之法律性質	538
伍、公平交易委員會現行實務運作之問題點	550
陸、結語	556

公平交易法損害賠償制度之功能與詮釋

——以第三十二條第二項規定為中心	559
壹、前言	561
貳、公平交易法之規範原理與損害賠償制度	564
參、公平交易法損害賠償制度之功能	576
肆、公平交易法第三十二條第二項規定之法律性質	586
伍、公平交易法第三十二條第二項規定之適用	591
陸、結語	595

公平交易委員會廣告規制改革之試論

——以自律規範之建構為中心	597
壹、前言	599
貳、公平會廣告規制之現狀與自律規範之比較	605
參、外國法制廣告自律規範之作法	612
肆、日本「公平競爭規約」制度之介紹	622
伍、代結論－我國建構廣告自律規範時應注意之事項 ..	631

經濟法基本性格論*

目 次

壹、前言

貳、經濟法之基本性格

一、保障實質的契約與營業自由之經濟法

二、經濟統制實施手段之經濟法

參、經濟法基本性格論之意義

一、研究、講學時體系劃分之基準

二、法規整理分類之依據

三、法之解釋或經濟政策制定時之思考模式

肆、解除管制政策下之經濟法

伍、兩岸經濟法制之特色與其現代課題

一、台灣經濟法制之現代課題

二、大陸經濟法制之現代課題

陸、結語

* 本文發表於《政大法學評論》第五十八期，台北(1997)。

2 「公平交易法之理論與實際－不同意見書」

壹、前言

關於經濟法之意義、內容及其應有之體系結構，歷來即並存著諸多不同的見解，至今仍難謂為有通說之存在¹。本文所關心、研究之對象雖亦為經濟法這個法體系，但無意對經濟法的概念再另行提出個人的見解，加入現今眾說雲集的學界狀況；而係試著去分析、歸納各主要經濟法學說之研究成果，並考察經濟法形成之背景及其歷史演進過程，從中擷取出現代經濟法體系所具有之基本性格。無庸諱言地，因為各個國家之社會經濟發展狀況、背景因素以及各自所面臨之課題的不同，經濟法之基本性格亦會因國而異；惟本文有關經濟法之性格並不侷限於或針對特定國家而言，而係指共通於各國經濟法體系的普遍性格。今日，論證經濟法體系所具有之基本性格，不僅於學術研究及講學上有其固有之意義，在經濟法規整理分類、法之解釋及經濟政策制定上、甚至於與最近自由化、民營化、解除管制(Deregulation)政策潮流等的關係上，亦具有高度實踐上的意義，對此本文將逐一加以論述。最後，本文並將以台灣與大陸之公平交易法制為中心，而基於經濟法基本性格論之觀點，分析兩岸經濟法制的特色以及各自所面臨的現代課題。

¹ 關於經濟法之概念內容與體系的學說上之不同見解，參見廖義男，〈經濟法之概念與內容體系〉，收錄於氏著，《企業與經濟法》，國立台灣大學法學叢書，初版，台北(1980)。

雖然本文無意對經濟法的概念或定義加以深入探討，但是在分析經濟法的基本性格之前，實有必要對經濟法略作簡單的定義。本文稱「經濟法」者，乃指調整、規範經濟（生活）秩序之法律的總稱。惟經濟秩序又可大別為中央集權式的經濟秩序與分權式或市場經濟式的經濟秩序，本文所著重者厥為有關後者之分權式或市場經濟式的經濟秩序之法律。但是，即令是在採行市場經濟、自由競爭體制之國家，亦非完全將經濟秩序之調整與運作皆委由私人或企業來操控；於不少情形下，為求國家整體經濟之健全發展，政府亦會以各種強制或誘導的手段介入、引導民間經濟活動的走向，此種混合式的經濟體制實際上主導著現今大多數國家經濟政策的運作方式。然則，在此一混合式的經濟體制或秩序下，現代經濟法體系卻無可避免且弔詭地蘊含著二種不同且相互對立的性格²。

貳、經濟法之基本性格

整體而言，經濟法乃為修正近代民法體系所根本之原理原則而興起之法律。近代民法以自由且平等的個人為其基本前提，並堅信藉由此等個人自主且自律的自由意思活動，社會經濟秩序始得以調和，而公共福祉乃得以增進。惟因十

² 有關經濟法的這二項基本性格，參照富山康吉，〈二つの經濟法〉，收錄於氏著，《現代資本主義と法の理論》，法律文化社，東京(1969)。

九世紀後期資本主義經濟制度高度發達之結果，使得自由且平等的個人之前提不再為真，而社會上亦出現大型資本與獨占體之支配階級和一般勞工、消費者及中小企業等之被支配階級相互對立的景況；經濟法乃針對此種社會經濟現實而產生，其基本上否定近代民法所預定之調和、和諧的社會經濟秩序，並基於社會「公益」之觀點對私人的自由意思活動加以限制，且以扶助特定階級利益的方式實現國家所預定之「公益」的政策目標。然而，因為對國家應該支持何種階級之利益在認知以及實際運作上的不同，遂造成經濟法體系性格上的分裂。

一、保障實質的契約與營業自由之經濟法

經濟法之第一項基本性格乃是反對、修正近代民法體系所擁護之抽象的、形式上的契約自由以及因此而導致之限制契約與營業自由的結果，而企圖藉由限制特定（階級）的契約與營業自由之行爲，以保障參與市場交易活動之各個經濟主體的實質的契約與營業之自由。

在韋伯所謂「形式的合理性」之指導原理下³，根本於個人主義的近代民法體系中之「人」並不具有任何實質、具體的內涵，而僅是抽象地被認為胥為自由且平等的存在之人格主體；而且，因為對個人自由與權利之極度尊重形成個人

³ Max Weber（世良晃志郎譯），《法社會學》，頁104以下，創文社，東京（1974）。

意思自主的絕對性，契約自由的大原則遂應運而生。此等於道德上自律且平等的獨立人格，本著契約自由的理念在市場上自由地進行交易、從事競爭時，結果就會如亞當·史密斯所言，在「一隻看不見的手」的導引下⁴，各個人的私利之追逐無形中卻促進了社會整體利益之擴大。惟個人的私利追逐要想直接連結到公益的增進時，必須先行滿足一前提要件：市場上存在著自由的競爭，任何得以壓抑自由競爭之進行的獨占體或特權都不存在。申言之，任何參與市場活動的經濟主體都只能依據市場或競爭機制(Market or Competition Mechanism)運作的結果之價格水準來從事生產或進行交易，誰也不能且無法去影響市場所規定的價格水準。

然而，在國富論的另一個章節中，亞當·史密斯亦做出如是之警語：「同業者即使爲了娛樂或解悶而集會，其談話內容往往會演變成對社會公眾的一種陰謀，也就是爲提高價格之策略。」⁵換言之，同業者間的卡特爾(Cartel, Kartell)契約或行爲限制了彼此間的自由競爭，導致市場競爭機制無法正常運作，市場價格水準受控於此等參與卡特爾契約（行爲）的事業。從歷史而言，英、美、德等先進資本主義國家自十九世紀後半起，雖遂行了高度的資本主義經濟之發展，但卻也同時面臨到週期性的經濟恐慌；爲了因應此等經濟恐

⁴ Adam Smith, *The Wealth of Nations* (Edwin Cannan, ed.; N.Y.: The Modern Library), at 423. 雖然，國富論中這個「一隻看不見的手」的定律流傳最爲廣泛，但很有趣地，它卻在該書中出現過一次而已。

⁵ *Id.* at 128.