

學術專論

競爭法研究

吳秀明 著

競爭法研究



吳秀明 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

競爭法研究／吳秀明著． -- 初版． -- 臺北市
：元照，2010.06
面：公分

ISBN 978-986-255-017-5（平裝）

1. 公平交易法 2. 企業競爭 3. 論述分析

553.4

98021986

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

競爭法研究

1D151PA

2010年6月 初版第1刷

作 者	吳秀明
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 500 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-017-5

序 文

公平交易法被譽為「自由經濟的大憲章」，具有維護市場經濟，保護自由公平競爭及消費者利益之功能。作為此一領域理論與實務上多年的耕耘者，作者敝帚自珍，藉本書呈現這幾年的研究心得。內容上本書兼顧處理了理論制度、實務案例及比較法數個面向。在諸多基本而重要之問題，例如公平法之概括條款、我國經濟憲法之架構與內容、互補性專利聯盟與聯合行為之關係等，本書均提出其理論建構；在重要案例研析上，除評論個案外本書也試圖引伸建立一般性之法理與原則。德國限制競爭法之翻譯，雖注定要漸漸要過時，但為此一重要之比較法制資料留下發展紀錄，仍有其參考價值。公平交易法之研究在我國仍有不小的努力空間，透過本書之拋磚引玉，如能為公平法之研究注入一點新氣息，則甚幸矣。

吳秀明

目 錄

序 文

競爭法上之概括條款

——公平法第二十四條法律適用原則與規範功能之再檢討

前 言	3
壹、競爭法上概括條款之特殊性與必要性	5
貳、公平法第二十四條之實務意義、操作及其問題	23
參、公平法第二十四條角色功能之定位	42
肆、適用公平法第二十四條之限制	74
伍、行為構成要件內容與案例類型體系之建立	111
陸、結 論	126

憲法與我國經濟部門之基本秩序

壹、何謂「經濟憲法」？	132
貳、我國憲法有關經濟部門基本規範之橫切面剖析	147
參、憲法經濟因素之整合及經濟憲法內部體系之形成	198
肆、公平交易法與經濟基本秩序	210
伍、結 語	216

專利聯盟（Patent Pool）與公平法之聯合行為管制

——以「飛利浦光碟案」中弔詭的競爭關係為核心

壹、緒 論	219
-------------	-----

貳、本案有關事業競爭關係之事實、爭點、 法院見解及初步分析	223
參、技術（群）授權相關市場之特色——明顯但又 容易被忽略的關鍵	238
肆、核心議題——互補性專利聯盟成員是否具競爭 關係之檢驗	242
伍、周邊關鍵議題	256
陸、結 論	265

大型通路商的不實廣告責任

——評台北高等行政法院95年度訴字第04472號判決

前 言	268
壹、事實、處分及判決概要	269
貳、本案之法律爭點及評釋	269
參、結 語	295

訴願：一個在公平交易法領域早應被淘汰的制度

——兼評行政院訴願會院台訴字第0970084780號 決定書

前 言	298
壹、事實、處分及訴願決定之概要	298
貳、評 論	299
參、結 語	308

公平交易法民事責任基本問題概說

序 言	310
壹、競爭法之民事救濟制度架構	311
貳、除去侵害請求權與防止侵害請求權	313
參、損害賠償請求權	327

肆、相關問題研究	360
伍、結 語	362

德國限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）

——最新修正內容及全文翻譯

壹、德國限制競爭防止法第七次修正簡介	364
貳、德國限制競爭防止法全文翻譯	371

競爭法上之概括條款

——公平法第二十四條法律適用原則 與規範功能之再檢討*

目 次

前 言

壹、競爭法上概括條款之特殊性與必要性

一、概括條款之意義、功能與操作

二、經濟法規範客體之特殊性與概括條款

三、限制競爭與不正競爭法上概括條款必要性之區別

四、他山之石

五、小 結

貳、公平法第二十四條之實務意義、操作及其問題

一、實務現況與發展趨勢

二、公平法第二十四條實務操作之方向與輪廓

三、角色定位與限制適用之問題浮出檯面

* 本文係基於作者於1999年9月27日在公平會所作之演講，加以大幅擴充與改寫而成。當時之演講題目為「競爭法上的概括條款——公平交易法第二十四條規範功能之檢討」，其內容請參閱行政院公平交易委員會編，競爭政策通訊，第3卷第6期，1999年11月30日，頁14-19。基於演講之形式無法將問題作較為精確與深入之討論，當時只能提出基本之想法。故於演講完畢後，作者一直希望能有機會將個人對於實務上極為重要的公平法第24條之一些看法，以學術論文的方式撰寫發表。又這五年間，當時之演講內容，在公平法之文獻上得到若干反響，應予回應；另外公平會在有關本條的實務上，於2002年公布了新的「公平交易法第二十四條案件處理原則」，有了重要的新發展與討論基礎，處理原則也採納作者當時演講之部分內容，這些都值得進一步分析檢討，乃為此文，並以「競爭法上之概括條款——法律適用基本原則與規範功能之再檢討」為標題，以資與前述演講稿區別。

2 競爭法研究

參、公平法第二十四條角色功能之定位

一、從專屬於不公平競爭法到跨領域大型概括條款之各種可能

二、界定公平法第二十四條之角色功能

肆、適用公平法第二十四條之限制

一、補充適用的限制與基準——窮盡規範原則

二、國家介入管制的限制與門檻

伍、行為構成要件內容與案例類型體系之建立

一、本條違法行為構成要件之基本內涵

二、發展適合我國公平法第二十四條之案例類型及體系

陸、結 論

前 言

公平交易法（以下簡稱公平法或本法）第二十四條（以下簡稱本條或第二十四條）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。」本條不僅在規範體例上，為我國競爭法上最為完整而重要之概括條款¹，在實務上也有大量之案例，其實務意義十分重要。²從本條之實務運作以觀，我國競爭法主管機關相當頻繁地引用本條以解決市場交易或競爭過程中所產生之種種問題。此一現象，值得吾人正視。本條規定之實質規範力，已隨行政院公平交易委員會（以下簡稱公平會）之廣為適用本條規定，而漸次滲入國內各產業。本條遂成為諸多產業中競爭與交易行為之重要遊戲準繩。其次在實務上，本條常成為交易糾紛時當事人據以維護權益之武器與寵兒，許多交易上受有損害之一方樂於援引本條，訴諸法律之保護。此一趨勢之原因與影響，值得研究。又行政機關以事業違反本條規定為由，大舉介入私法上交易行為，以維護市場交易秩序，其妥當性如何亦值探討。行政機關以其調查、處分權為執法工具，介入私法自治，影響交易秩序與契約自由之運作，在市場經濟體制中，其界限何在，實引人深思。以維護市場機制為職志的公平會，會不會因本條之執法政策，反而成為市場經濟之不當干擾因素，應予關注。³

¹ 公平會所訂定之「公平交易法第二十四條案件處理原則」第1點即指出：「鑒於公平交易法第二十四條為一概括性規定，為使其適用具體化明確化，特訂定本原則。」可資參照。

² 本條之實務意義，參見本文「貳」。

³ 本條作為公平法上之概括條款，因其功能、地位之重要、適用範圍之廣泛以及政府干預之不可預測性等情形，而可以有「補遺條款」（廖義男語，重本條之補充適用功能）、「流刺網條款」（蘇永欽語，重其大小通吃，一網打盡）、「公平法上之帝王條款」（劉孔中等之語，重其至為重要之地位）、「大白鯊條款」（作者語，重其是適用結果之突襲性與政府干預之不可預測性）、「回馬槍條款」（作者語，重行為既不違

公平會自本法於一九九一年二月四日正式施行以來，除以本條規定補充不公平競爭之規定外，復時而將其作為管制某些限制競爭行為與進行消費者保護之依據。本條規定遂隱然有逐漸被發展成涵蓋領域涉及不公平競爭、限制競爭以及消費者保護三大領域之「超級概括條款」的趨勢。其對於市場經濟之競爭秩序（Wettbewerbsordnung）、以契約行為為基礎的私法秩序（Privatrechtsordnung）以及市場之交易秩序（Geschäftsordnung），均具有不可忽視且漸次擴散的影響力。

值得特別注意的是，本條所賴以處理大量又多樣性之案件者，為相當抽象模糊之法律要件，其使用者為所謂之「不確定法律概念」（unbestimmte Rechtsbegriffe）⁴，再由公平會與法院依據其所累積之執法審判經驗，逐漸予以具體化。這雖是適用概括條款的必然過程，惟不斷分化擴張第二十四條適用領域之結果，易使得本條之適用範圍、具體內容、判斷標準、相關理論與實務之運作狀況

反個別規定卻又意外地回過來受本條管制之情形）、「橡皮筋條款」（重其內容範圍不甚明確，且具巨大之彈性）、「奶媽條款」（重其所管制之內容含有瑣碎行為）等不同之比喻。蘇永欽並呼籲，應注意會不會因本條之不斷發展，使公平法成為另一個碩大無朋的經濟管制法，並使公平會在倡導解除管制之際，自己卻成為需被解除之管制機構，而與公平法落實自由化政策之理念相違。參見蘇永欽，私法自治與公平法的管制——公平法第二十四條的功用與濫用，月旦法學雜誌，第70期，2001年3月，頁40。

⁴ 「不確定法律概念」一般係指，無論關於事實描述或價值表述之概念，其概念內涵無法用明確、周延、完整之法律構成要件加以描述，而必須在法律適用之時，依案例事實，作個案之認定和判斷者，例如「夜間」、「公共利益」、「誠實信用」等。此等概念，其內容明確之「概念核心」範圍狹小，反之其不明確之「概念外圍」部份則特別大，故造成邊界案例特別多之現象。而在個案適用之際，尤其須透過解釋，始能確定何種案例事實可歸屬於某一概念之下。進一步之探討可參閱翁岳生，論「不確定法律概念」與行政裁量之關係，收錄於氏著，行政法與現代法治國家，第3版，1979年10月，頁37以下。

等，已逐漸離開一般法律人掌握之外，連競爭法之專家恐怕也要感到頭痛，更遑論普通事業及消費者。如果行政機關介入市場欠缺適當之自制，據以管制之法律又要件模糊，則具有脆弱防禦能力的私法自治與契約自由，極可能會被政府過度熱心或出於好意之干預所不當破壞。果此，實非市場經濟之福也。然而就另一方面而論，交易秩序與競爭秩序仍需有國家之「必要監督」，否則市場上諸多未構成公平法其他條文之欺罔或顯失公平行為，即無以排除或防止，亦非社稷之幸。⁵上述兩者如何調和，實為適用公平法第二十四條最重要而艱難之任務。本文之主旨，即在於就此一問題進行思考與討論。基於本條內容之抽象性，本文在討論有關問題時，常附上圖表說明，以使本文之思路見解更為清晰。

貳、競爭法上概括條款之特殊性與必要性

針對第二十四條之種種問題，我們不妨大膽地先提出一假設性但釜底抽薪之解決方案，即我們可否朝「廢除概括條款，以個別具體規定代替之」的方向思考。如概括條款在競爭法中並無特殊之存在價值與必要性，可有可無，又造成如此多之疑義，則予以廢除可能是較好的根本解決之道。只有其具有高度之重要性與實際需要時，我們才有容忍其概括與模糊，大費周章地逐步尋找解決之道的必要。以下先簡述概括條款的意義、功能與操作原則，再談公平法規範客體的特性，並對於他國法制做一番觀察，以較周延地回答此一根本問題。

⁵ 相對於自由放任，本文在這裡主張的乃是一種所謂「競爭作為一種（國家之）任務」（Wettbewerb als Aufgabe）的基本政經思想，簡言之，市場經濟與競爭為受憲法所保障之制度，國家有以法律手段維護市場競爭秩序之任務，而不能坐視競爭秩序遭受任意之破壞。

一、概括條款之意義、功能與操作

(一)意義與功能

概括條款（Generalklausel）係由性質上屬於一般性、概括性用語之所謂不確定法律概念，或「需價值補充之法律概念」（wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe）⁶所組成，立法者以之盡可能地廣泛涵蓋相關法律事實的法律條款。如公平法第二十四條以及民法第一百四十八條第二項之「誠實信用原則」，均為法律上典型之概括條款。⁷「不確定法律概念」或「需價值補充之法律概念」構成了概括條款之核心意旨，揭示了概括條款之中心價值與違法認定之關鍵標準。惟由於概括條款之法律用語過於抽象，法院或執法機關一般無法以之直接適用，而須於個案中經過詮釋之過程，將概括條款之意旨具體化於某一類型之個案。換言之，概括條款之實質內容，乃是被法律適用者經過解釋其核心意旨於個別類型之案例上，而被一步步「發展」出來的。立法者使用概括條款之立法技

⁶ 「需價值補充之概念」又稱為「規範性概念」（normative Begriffe），一般係相對於所謂之「描述性概念」（deskriptive Begriffe, beschreibende Begriffe）而言。後者係指對於客觀事實或狀態描述之概念，而前者則指概念之內涵必須經過若干之價值判斷（即所謂價值補充）後始能確定者，例如「無正當理由」、「不公平」、「善良風俗」等，vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983, S. 214 f. 惟「需價值補充之概念」與「描述性概念」之區分毋寧乃相對，並非絕對。兩者之關係可參考吳秀明，罪刑法定主義與聯合行為之定義，公平交易季刊，第6卷第4期，1998年10月，頁57以下。又「需價值補充之法律概念」與「不確定法律概念」之間，自然亦關係密切，蓋不確定法律概念之不確定處，一般而言即是需要透過解釋加以價值補充之處；而需價值補充之法律概念因須透過價值補充之後，其內容始能確定，故一般亦較容易被歸類為不確定法律概念。

⁷ 民法第148條第2項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」另民法第72條：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」亦為概括條款之適例。

術，通常是要透過較為抽象之法律語言，將複雜多樣之事實盡可能地納入規範，以免有所遺漏。

概括條款所具備之功能有：

1. 立法經濟

在行為類型繁多之領域，立法者甚難就個別行為一一明示其法律上之構成要件。如配合使用使用概括條款，可省去對於每一種可能出現之個別情況均明文加以規定之勞煩，而具有立法經濟之功效。

2. 截堵疏漏

在某些法律領域中，縱欲對違法行為詳加規範，立法者對於將來可能出現之違法行為類型與具體判斷標準，掌握能力卻相當薄弱。故立法時除對於已能掌握之行為類型加以明文規定外，復以較為抽象之概念，揭示規範之基本原則，立為補充之概括條款，以補其缺漏。易言之，概括條款之設立，能夠補充個別規定之不足所產生之規範漏洞，而具有所謂「截堵構成要件」（Auffangtatbestand）之功能。即能攔截為個別規定所遺漏，但依立法意旨卻應予以規範之案例類型。⁸

3. 由立法委託建立具體之行為規範

立法機關透過概括條款，能將解釋與價值補充之權限讓諸於行政與司法機關，由其充實法律之實質內容。⁹立法者放棄自為詳細之規定，僅以原則性之概括條款規範，即表示有意將形成具體行為規範之權，交給執法者或裁判者。而概括條款之抽象構成要件，正使

⁸ 公平法第24條立法理由之第1項云：「本條為不公平競爭行為之概括性規定，蓋本法初創，而不公平競爭行為之態樣繁多，無法一一列舉，除本法已規定者外，其他足以影響交易之欺罔或顯失公平之行為，亦禁止之，以免百密一疏，予不法者可乘之機會。」即著眼於此。

⁹ 蕭文生，於劉孔中主持，公平交易法第二十四條相關問題研究，公平會83年委託研究計畫，1994年6月，頁6。

執法者與裁判者有廣闊之判斷與形成空間，能夠斟酌個案之情況，並配合立法目的與交易習慣，建立適用於各種類型案例之具體準則。¹⁰在市場競爭遊戲規則不明之領域，可以透過概括條款之解釋適用，建立案例類型，提高法律之安定性、可預見性。

4. 適應動態多變的規範領域

在法律所規範領域，具有動態多變之現象者，法律如使用彈性用語，可以適應事實面無窮快速之變遷，因應時代與環境之需要，透過法律解釋產生妥適之規範內容。當時之法律見解、交易習慣或社會通念之變遷改移，可在適用概括條款時被納入考慮，使法律適應時空環境之能力大為提升。

5. 干預極限功能

概括條款雖然能發揮補遺及建立具體規範內容之作用，但國家透過概括條款介入法律所未具體規定之行爲，亦非毫無範圍之限制。概括條款透過對其要件之解釋（尤其是目的解釋），同時能設定國家以該條款介入人民有關行爲之干預界線，發揮限制其最大運用範疇的功能。此一功能之發揮，可以避免國家透過概括條款，來規避法律保留原則。

總而言之，消極而言，使用概括條款能夠避免因不採用概括條款（採取列舉性規定），而使規範領域被不當縮小之危險。積極而言，概括條款乃賦予法官或執法者法律再造（*Rechtsfortbildung*）的空間。故由立法者預先作價值判斷將使法律過於僵化者，宜使用較為彈性之法律用語（或概括條款），使執法者能依事件之性質作個案認定。至於用語之「彈性程度」與「抽象高度」若何，自應視個

¹⁰ 公平法第24條立法理由之第2項謂：「……本條規定並無具體之犯罪構成要件，有無違反本條規定將由公平交易委員會依實際情事判斷，……。」固在說明何以本條規定之處罰方式僅限於罰鍰而不宜科處刑罰，惟立法者在此亦明白表示了，將來違法行為之實際判斷將交由公平會（或法院）處理之立法意旨。

別法律規範對象之特色而定。立法者於此處，具有廣泛的裁量權。¹¹

（二）操作原則

概括條款僅提出一些尚乏具體內容之法律原則或法律思想（Rechtsgedanke）。其真正落實於一國人民之法律生活，成為具有生命力及規範效力的法規範，則有賴行政機關與法院在每一個案例中，將概括條款所揭示之中心價值，與實際個案之情況加以連結，進行詮釋，使概括條款從抽象用語「具體化」（Konkretisierung）為精緻之行為規範，並累積經驗，將案例「類型化」為各種案例類型（Fallgruppen），且與一國之政治、經濟、社會與文化之現狀、條件與發展等配合「本土化」。上述「三化」，可作為操作概括條款之基本原則¹²。此外經濟法上概括條款所處理之問題如與市場力有關時，也應同時注意涉案行為之經濟分析，以有助於闡釋不確定法律概念之內涵。¹³

¹¹ 惟法律對於構成要件之明確性，有要求其不能過於概括，而應達到一定最低明確程度（Mindestmaß an Bestimmtheit），以保障人民之權益者。在刑法上此屬於罪刑法定主義之基本要求。違反此一要求之法律，會因違反「法律保留」與「國會保留」原則，而構成違憲。參見吳秀明，前揭註6，頁62。在不涉及刑事處罰的經濟法規上，基於經濟事實之多變，對於法律明確性之要求則相對較低。

¹² 概括條款具體化過程中，會產生行政機關之認定是否享有「判斷餘地」之問題，易引發爭議，參見翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，法令月刊，第44卷第11期，1993年11月，頁42-44；黃俊杰、萬先鳳，獨占事業之認定、公告與救濟，月旦法學雜誌，第35期，1998年4月，頁70-74；蕭文生，公平交易法爭議與行政爭訟程序，收錄於公平交易法施行十周年回顧與前瞻學術研討論文集，2002年6月，頁573-580；石世豪，論經濟法上的概括條款與判斷餘地——評最高行政法院92年度判字第1909號判決，月旦法學雜誌，第108期，2004年5月，頁183以下。

¹³ 有關公平法上不確定法律概念之解釋，參見廖義男、顏雅倫，於廖義男

實際適用概括條款於個案時，會產生對於特定個案中具體行為之規範內涵與違法判斷標準。惟此種個案性的法律詮釋，亦有其一般性之普遍意義。因為個案解釋亦代表，對於所有可比較（vergleichbar）的類似案例而言，一個抽象的、較為精緻的判斷標準已經產生。又對於概括條款整體而言，一項前所未有的、更為具體的內容也被發展出來。概括條款就是如此逐步成長，內涵隨案例之累積而變為豐富細緻。此一因案例之發生、處理，長期不斷具體化概括條款，使其判斷標準日益充實、精緻之過程，即為概括條款法律生命的發展進程。¹⁴此一進程，將因社會之不斷變遷而生生不息，不知其所終止之日也。¹⁵

二、經濟法規範客體之特殊性與概括條款

公平法所規範者，市場經濟生活中影響交易秩序之競爭與交易行為也。作為規範客體之市場行為及競爭行為，具有複雜性、動態性、不確定性與未來發展之開放性（Komplexität, Dynamik, Unbestimmtheit und Entwicklungsoffenheit des Regelungsgegenstandes）等之特質。¹⁶復有進者，公平法所規範者為各產業之市場行為，可謂幾乎涵蓋整個市場經濟之領域，其多樣性、變化性與產業之特殊性等現象，在立法時均須予以考慮兼顧。故面對如此變化多端之經濟事實，立法者通常必須使用較為抽象、彈性之法律概念，或使用概括條款，以掌握這些行為，並對於競爭機制之運作有不利之影響

等主持，公平交易法之研究系列(一)，公平會92年合作研究報告，2003年12月，導論，邊碼37-43；石世豪，前揭註，頁192。

¹⁴ 此一發展過程，其實與英美判例法之形成過程，頗為類似。

¹⁵ Larenz, a.a.O., S. 214.

¹⁶ Möschel, Wettbewerb im Schnittpunkt von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie, in: Gernhuber (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, S. 350; ders., Ökonomische Kriterien in der Anwendung des Kartellgesetzes, JA, 1986, S. 525.