

# 公平交易法第25條 對不公平競爭之補充適用 及其類型化之發展\*

牛曰正\*\*

## 要 目

### 壹、問題提起

一、公平法修正與行政法院  
判斷對公平法第25條適  
用之影響

二、本文之討論範圍

貳、對不實廣告之補充適用及  
其類型化發展：比較廣告  
之回歸與「冒充或依附有  
信賴力主體」違法性判斷  
標準之建構

一、在修法後重新盤點之必  
要：以比較廣告回歸公平  
法第21條為例

二、「冒充或依附有信賴力之  
主體」之類型化判斷體系  
的建構

三、補充適用原則與類型化需  
求下之觀察

參、「榨取他人努力成果」對  
公平法第22條之補充適用

投稿日期：110年01月25日；接受刊登日期：110年12月02日

\* 本文為作者參與公平會109年度委託研究計畫「公平交易法國內重要案例之評析——以欺罔或顯失公平行為為例」之一部分研究成果。感謝吳秀明教授、楊宏暉教授及研究團隊提供寶貴意見及協助。也誠摯感謝三位審稿人，不辭辛勞閱讀本文並提供許多精闢意見，本文從中獲益匪淺。惟本文若有任何疏漏，文責皆由作者自負。

\*\* 東海大學法律學院助理教授，日本東京大學法學博士。

一、2015年修正對第22條與第25條間之補充適用關係所產生的影響	五、重新省思以公平法第25條補充適用之必要性
二、榨取他人努力成果之類型化判斷體系之建構	伍、以損害競爭者為目的之阻礙競爭與公平法第24條之營業誹謗
三、類型化體系之檢討及未來展望	一、「以損害對手為目的之阻礙競爭」之意義與問題之所在
肆、公平法第23條增訂與中小學教科書選用行為之補充適用	二、向競爭者之交易相對人或潛在交易相對人散布（散布行為）
一、補充適用原則下重新盤點公平法第23條可能發揮之功能	三、足以影響競爭者競爭活動之資訊
二、基於第25條補充適用的歷史緣由	四、無正當理由
三、2015年修正後之現況	五、執法建議
四、日本法關於教科書選用行為規範之變革	陸、結 論

**關鍵字：**公平交易法、概括規定、補充適用、不公平競爭、榨取他人努力成果、不當贈品贈獎、侵權警告函、冒充或依附有信賴力之主體

## 壹、問題提起

### 一、公平法修正與行政法院判斷對公平法第25條 適用之影響

公平交易法（以下簡稱「公平法」）第25條規定，乃是公平法上之概括條款。由於此一規定，主要僅以「欺罔或顯失公平」、「足以影響交易秩序」作為要件，因此其適用範圍長久以來存在著諸多討論<sup>1</sup>。

學說上對於此一規定之適用，有以「窮盡規範」之概念，說明其在補充適用上應注意的基本原則<sup>2</sup>。並建議透過「類型化」的方法，使公平法第25條之適用範圍得以較為明確<sup>3</sup>。此二項基本原則，能使第25條之不確定性有效地受到限制，實務上也受到公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）之採用。

但此二項原則實際上在公平法第25條的運作上，以往雖有在理論上之精闢論述，但此二項原則具體的應用在公平法個別行為類型中，在先行研究中則是較少著墨。本文以下，試基於公平法2015年2月全盤修正（以下簡稱「2015年修正」<sup>4</sup>）與補充適用原

<sup>1</sup> 關於公平法第25條適用範圍相關文獻討論之回顧的詳盡整理與分析，請參閱吳秀明，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，收錄於競爭法研究，頁42-74，元照出版有限公司（2010）。第25條之適用範圍，例如得否針對消費者保護進行「創造性補充適用」，乃是學說與實務上一項甚為重要的議題。然而，無論是任何一種學說觀點，對於第25條得補充適用不公平競爭行為似乎皆無歧見，故關於此一問題之討論於本文中割愛之。

<sup>2</sup> 前揭註，頁75-93。

<sup>3</sup> 吳秀明，前揭註1，頁121-126。

<sup>4</sup> 雖然在2015年2月及6月公平法分別曾經進行修正，但本文中所提及之「2015年修正」，皆係指於2015年2月由總統（104）年華總一義字第10400014311號令修正公布之修法。

則間之關係，以及行政法院歷年來所建構類型化判斷體系，說明本文後述討論的主要脈絡：

### （一）補充適用原則與公平法修正

「公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則」（以下簡稱「第25條處理原則」）第4點，闡述了補充適用的基本原則。其中，「適用本條之規定，應符合『補充原則』，即本條僅能適用於公平交易法其他條文規定所未涵蓋之行為」與「如該個別條文規定不能充分涵蓋涉案行為之不法內涵者，始有以本條加以補充規範之餘地」之說明，明確表達出「存在剩餘不法內涵時，始得以適用公平法第25條」之概念（適用第25條之積極條件）。另外，「若公平交易法之其他條文規定對於某違法行為已涵蓋規範殆盡，即該個別條文規定已充分評價該行為之不法性」及「該個別條文規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題」之論述，則說明「若一項行為已構成公平法其他個別條文時，應優先適用該個別條文」（適用第25條之消極條件）之原則。從而可以得知，若公平法其他個別規定有所修正時，第25條的適用範圍自然也可能受到影響。

公平法在2015年修正時，針對各個條文的要件及法律效果有著許多調整，乃至於後續的處理原則修正，皆連帶使得第25條的適用範圍產生變化。儘管如此，2015年修正所帶來的影響，似乎尚未受到充分評價。

2015年修正後，在公平法第25條與其他規定就補充適用原則所可能產生的疑義，除了使比較廣告回歸公平法第21條適用外，主要尚有以下二點：第一，在公平會不再運用行政權限處分違反第22條之行為後，公平會得否再基於第25條「發動行政權限」補

充適用第22條之不足，似有分析之餘地。第二，在增訂第23條後，創造了一項較為廣泛之不當贈品贈獎行為規範，此一規範之誕生是否可能取代舊法下以第25條補充適用之作法，亦有分析之必要。

## （二）類型化與行政法院判決

另一方面，公平法第25條使用高度不確定之「欺罔」、「顯失公平」等法律概念作為其要件。學說上指出必須透過類型化的方法，方能使其具體化<sup>5</sup>，減少規範執行上之不確定性。在此一觀點下，執法者必須能明確意識到先例中之行為類型的違法性判斷基準為何，方能在處理相同案件時能有相同處理<sup>6</sup>。

在公平會相關處理原則中，也採用類型化方法呈現公平法第25條之適用範圍。除了第25條處理原則第6點與第7點中，將11種常見之行為態樣予以類型化外，在許多涉及特定產業的處理原則中<sup>7</sup>，也皆會提及適用第25條之行為類型。

在先行研究中，主要是以公平會行政處分作為分析對象，形成公平法第25條案例類型體系<sup>8</sup>。然而，行政法院作為行政處分適法性之把關者，對被處分人及公平會見解的妥當性皆會作成判斷，足以影響公平法之解釋適用。多年來行政法院雖已累積許多

<sup>5</sup> 參閱劉孔中，公平交易法第二十四條之研究，公平交易季刊，第2卷第3期，頁13-14（1994）；吳秀明，前揭註1，頁121。

<sup>6</sup> 另一方面，主管機關，若欲在既有框架下所無之新案例類型，也必須較為詳實地說明其可非難性之所在或行為之要件，以便事業從事競爭活動時能掌握其界線。

<sup>7</sup> 例如，「公平交易委員會對於瓦斯安全器材銷售案件之處理原則」、「公平交易委員會對於國民中小學教科書銷售行為之規範說明」、「公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」。

<sup>8</sup> 如廖義男等，公平交易法之註釋研究系列（二），行政院公平交易委員會委託之計畫成果報告，頁443-491（2004）。

具有高度價值的重要案例，但在先行研究中著墨較少，甚為可惜。

本文中將藉由與不公平競爭有關之主要類型中行政法院重要判決之研究，試著勾勒出行政法院所採納之類型化體系，作為未來進一步規範修正時之參考。此一討論主要分為三部分：第一，臺北高等行政法院在震安科技案中，針對「冒充或依附有信賴力之主體」建立了三項違法性判斷標準。但行政法院僅提供了一個基本框架，要如何將公平會以往的執法觀點置於此一框架下進行分析，有其探討必要。第二，公平會在2017年修正第25條處理原則時，改以案例式之行為類型取代原先處理原則中規範性的描述，此一改變或許與原先處理原則之敘述未能全面適用於所有行為相關。但由以往行政法院就此一行為類型之內涵曾有較為完整之闡釋，以往並未受到重視而有提出討論之價值。第三，「以損害競爭者為目的之阻礙競爭」之行為類型中，存在著僅該當「顯失公平」與同時該當「欺罔及顯失公平」之不同類型，此類型之區別為何、與公平法第24條規定在適用上之界線何在，在以往之先行研究中並未有明確說明；又在正當理由之根據上，向來是以公平法第45條作為其依據，但此一觀點與行政法院在以往案例中之處理，略有出入。本文中，將藉由行政法院之案例分析，試著給予這些問題的處理較為明確的指引。

## 二、本文之討論範圍

綜合以上所述，為了回應公平法第25條之補充適用原則與類型化的要求，本文的目的主要有以下兩點：第一，公平法第三章之規定在2015年修正後，雖然第25條本身並未有文字修正，但第21條、第22條、第23條規定皆有所修正，基於第25條對不公平競爭在進行補充適用時，是否有值得調整執法觀點之處。第二，以往對於公平法第25條之研究，著重在公平會之執法觀點，因此在

素材的選擇上多以公平會處分作為研究對象；然而，自公平法施行以來，在行政法院已累積許多公平法第25條之執法經驗，其中是否有對於各行為類型之內容有更進一步的闡釋，尚未受到充分之關注，故有研究之價值<sup>9</sup>。

又本文主要針對第25條處理原則中所列出之不公平競爭行為進行類型化研究<sup>10</sup>，並分別以「冒充或依附有信賴力之主體」對於公平法第21條、「榨取他人努力成果」對第22條、「以損害競爭對手為目的之阻礙競爭」對第24條之補充適用作為討論主題。由於第23條規定乃是2015年修正所新增，因此在本文中也從「中小學教科書選用行為」對於第23條之補充適用（乃至於回歸第23條之可能性）進行分析。又由於2015年修法時第25條並未受到實質修正，因此除與第22條與第23條相關而有調整必要、本文中也會一併加以指明之部分外，其餘第25條補充適用的範圍並未真正受到改變，在現行法下仍會受到沿用，故有探究其規範體系之必要。

<sup>9</sup> 2015年公平法修正及2017年第25條處理原則修正後，是否對於行政法院就第25條之執法觀點帶來影響，也是相當重要之工作。惟惜於2015年修正後至今，於行政法院進行訴訟且與本文所探討之行為類型相關者，僅有酷玩線上、維娜斯國際、台灣之星3案，且皆為涉及關鍵字廣告之案例。囿於有限的研究素材，尚難就行政法院整體執法觀點受相關修法所生之影響有全面觀察，故此議題之討論於本文中割愛之。

<sup>10</sup> 在第25條處理原則第6點與第7點所列出11種之行為類型中，隱匿重要交易資訊、不當招攬顧客、利用資訊不對稱、妨礙消費者行使合法權益、利用定型化契約之不當行為與消費者保護較為有關；不當利用相對市場優勢地位、補充公平交易法限制競爭行為，則屬於補充限制競爭之行為類型。與不公平競爭較為有關的類型中，「未涉及廣告之不實促銷手段」因以往行政法院判決中並無就此有所處理故本文中割愛，其餘則分別在本文後述各節中進行討論。



## 貳、對不實廣告之補充適用及其類型化發展： 比較廣告之回歸與「冒充或依附有信賴力 主體」違法性判斷標準之建構

### 一、在修法後重新盤點之必要：以比較廣告回歸 公平法第21條為例

#### （一）分析之意義

在補充適用原則（特別是前述「適用第25條之消極條件」）下，第25條之適用須特別注意其他個別規定之適用範圍是否已因法條修正而有所調整。若新法之適用範圍已能對應舊法下適用概括規定之行為時，將案件回歸該個別規定方為最佳的處理方法。

公平法第25條對於第21條之補充適用，在2017年修正前之第25條處理原則，主要是存在於欺罔之「不實促銷手段」與顯失公平之「不當比較廣告」的兩種類型當中。在2017年同處理原則修正時，前者略作文字修正，後者則是完全從處理原則中刪除，回歸適用第21條規定。此一發展，大幅減少第25條對第21條之補充適用。

此一轉變，看似理所當然，但由後述歷史發展脈絡來看，比較廣告的回歸並非是在2015年修正後立即產生之改變。相較之下，公平會是在經歷一段調整後，方明確改變此一執法觀點。由此可以發現，即便法律已經修正通過，但或許受到行政機關自我拘束及判決先例的影響，在新舊法過渡間仍可能會先沿用以往觀點處理此一時期之案件。因此，在條文修正的轉變過程中，有必要找出修正後的變與不變，才能重新觀察補充適用原則下公平法第25條的完整機能。

本文以下，試以2015年修正後公平法第21條與第25條間的一



進一退為例，說明個別規定之修正對於第25條適用產生之影響，藉此彰顯「補充適用原則與公平法修正」議題之重要，並以此提示重新檢視修正後第22條及第23條與概括規定間之補充適用關係的必要性。

## （二）舊法下之解釋適用觀點：「其」所造成的割裂適用

在2015年修正前，舊法公平法第21條第1項規定主要禁止事業「在商品或其廣告上」，或以其他使公眾得知之方法為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。在舊法下針對比較廣告中就他事業商品或服務（為求行文方便，本文以下皆僅以「商品」稱之）為不實表示之行為，實務上傾向認為並不構成舊法第21條規定，而以舊法第24條補充適用之<sup>11</sup>。之所以不符合舊法第21條，主要是因為就「他事業」之商品所為之廣告不構成「其」商品之廣告的要件<sup>12</sup>。

因此，在舊法下，一件比較廣告同時涉及對「事業自身商品」與「競爭對手商品」之虛偽不實表示，公平會針對「事業自身」之部分，會認定為違反公平法第21條；關於「競爭對手」之部分，則會以概括規定補充適用之<sup>13</sup>。

針對此種解釋方法，學說上雖肯定其符合條文文義解釋，但也有認為一方面限縮公平法個別規定，一方面卻又透過概括條款

<sup>11</sup> 吳翠鳳、劉久瑛，比較廣告適法性之研析，公平交易季刊，第2卷第4期，頁134（1994）。

<sup>12</sup> 參閱廖義男等，前揭註8，頁469。

<sup>13</sup> 如行政院公平交易委員會公處字第092180號處分書；行政院公平交易委員會公處字第097111號處分書。公平會早期係以「（九二）公處字第一八〇號」之形式表現處分書字號，中間經歷調整後至2005年起改為現行合一之阿拉伯數字格式表現。本文為求格式統一，將公平會之處分字號統一以現行格式表達。

的補充適用解決此一規範漏洞，並非妥當的解釋適用法律方法之批判<sup>14</sup>。但最高行實務上皆肯定公平會之執法觀點<sup>15</sup>。

### （三）藉由修正後的重新盤點確認修法的價值

2015年修正時，將舊法第21條第1項中「其」之文字刪除。移除了舊法下造成不實比較廣告割裂適用的枷鎖，使得不實比較廣告之處理更為簡明，值得肯定<sup>16</sup>。但藉由以下兩點可以窺知，2015年修正後，公平會雖應已理解第21條之修正意義，但仍繼續沿用舊法之觀點。

<sup>14</sup> 廖義男等，前揭註8，頁281。無論是在舊法下，或是在現行法下，確實都可能有著先限縮既有個別規定之解讀適用範圍，又改以概括規定補充適用之傾向。對於存在概括規定之法律，應以何種觀點針對既有規定進行解釋適用，確實是一個值得省思的問題。

<sup>15</sup> 參閱最高行政法院98年度判字1353號判決。本文以下，除引用判決字號時外，簡稱最高行政法院為「最高行」、臺北高等行政法院為「北高行」。

<sup>16</sup> 關於2015年公平法第21條之修正，值得注意之處有二。第一，從2006年公平會提出之修正草案，第21條「其」之文字的刪除便已納入規劃，其後歷經2011年及2012年之修正草案，皆可確認此一方向。但包含2015年修正草案在內，任何版本草案之修正說明中，皆未就刪除「其」之文字的目的特別說明，故難以掌握其修正之正式理由。第二，有別於2006年、2011年、2012年草案皆在修正對照表中針對舊法「其」之文字以加劃邊線之形式表示，2015年修正過程中行政院所提出之版本，並未在「現行法條文」之欄位中，針對「其」之文字加劃邊線，似略有違背行政院「法規修正草案條文對照表加劃邊線原則」。2006年版修正草案，曾於公平會「法規意見徵詢區」公開；2011年版公平法修正草案對照表，以附錄形式收錄於廖義男，公平交易法之釋論與實務（第二冊），頁477-529，元照出版有限公司（2015）；2012年版公平法修正草案對照表，同收錄於廖義男，前揭註，頁429-476；2015年修正之第21條草案對照表，收錄於2012年12月28日立法院第8屆第2會期第15次會議議案關係文書，政18（2012）；立法院公報，第103卷第65期，頁325-326（2014）。為求行文方便，本文以下不再逐一說明修正理由之出處。

第一，為因應2015年2月之全盤修正，在同年3月12日公平會就「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」（以下簡稱「比較廣告處理原則」）進行修正時，同處理原則第6點和第8點仍是將就他事業商品之比較項目為不實表示列為違反第25條規定之行為<sup>17</sup>。

第二，在2015年3月12日作成之公處字第104021號處分書中華電信比較廣告案中，公平會雖指出在該案中適用修正後新法，但係以就「他事業商品」之比較項目為虛偽不實或引人錯誤之表示違反公平法第25條規定為由作成處分<sup>18</sup>。由此可以理解，在當時公平會仍是延續著當時處理原則中所採用之舊法下觀點，進行不實比較廣告之執法。

在2015年修正經過近2年後，公平會於2016年11月修正通過之「公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」（以下簡稱「第21條處理原則」）第2點、比較廣告處理原則第5點中，才明確確認了比較廣告回歸第21條之觀點<sup>19</sup>。其後，公

<sup>17</sup> 2015年3月12日修正之公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則，主要應是針對修正後受到調整的條號進行修正，因此僅就同處理原則第8點關於適用條文的部分進行調整。參閱公平交易委員會（104）年公競字第1041460184號令。

<sup>18</sup> 公平交易委員會公處字第104021號處分書。

<sup>19</sup> 2015年修正就公平法條文之條號及內容皆大幅調整，因此處理原則也有全盤調整修正之必要。2015年修正後，公平會就其所建立之處理原則也進行了全面調整。根據作者於行政院公報網站搜尋之結果（設定「機關」為公平會），於修法後之2015年2月4日至2017年1月31日間吳秀明主委任內，針對法規命令行政規則（包含處理原則與規範說明）合計修正123次。無論是相較於2013年2月至2015年2月4日吳主委任期前半期間之29次，或是2017年2月1日至2021年1月31日黃美瑛主委任內11次之調整，均可發現2015年修正後相關規範確實有相當高密度之調整，在2015年修正後近2年才完成前述3處理原則之修正，確實有其緣由。

平會在2016年12月23日之公處字第105139號處分書宏注科技案中，第一次基於公平法第21條處分就「他事業商品」所為之不實比較廣告<sup>20</sup>。最後，隨著2017年1月第25條處理原則第7點之修正<sup>21</sup>，長年存在的不實比較廣告之割裂適用始完整地告一段落。

雖然無法明確掌握在過渡期間中，公平會並未立即適用新法之原因，但或許一方面是受到行政機關自我拘束及舊法下存在的處理原則、處分、判決先例之影響，若逕行變換適用之依據，可能對於事業造成突襲。另一方面也可能是該次修法對第21條調整之範圍較多，故須針對該條文有較完整周延之評估，方能確立執法觀點。但由此可以得知的是，法律適用的變遷未必是在條文修正後就立即塵埃落定，針對相關規定進行全盤省思，能讓主管機關更有信心地針對條文適用進行調整，讓法律修正的意義真正完整落實。即便是立法當時立法者未必有所意識，但在條文文義調整（例如，後述關於公平法第22條之分析）或是增設（如後述關於第23條之分析）的無心插柳下，仍可能對第25條之適用帶來改變，值得在修法後特別留意。

<sup>20</sup> 公平交易委員會公處字第105139號處分書。

<sup>21</sup> 當時之修正理由為「針對不當比較廣告之案件，本會向區分『自身商品』與『他事業商品』，而分別適用公平交易法第二十一條及第二十五條規定；惟一〇四年二月四日公平交易法修正後，因修正後公平交易法第二十一條之適用對象已不以事業自身之商品或服務為限，如於廣告上對他事業之商品或服務為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，亦有前開條文適用之餘地，爰配合刪除本點『不當比較廣告』之行為類型。」針對此種舊法下執法觀點的轉變，學說上也表示贊同，參閱廖義男，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，收錄於公平交易法之釋論與實務（第三冊），頁235-236，元照出版有限公司（2017）。

## 二、「冒充或依附有信賴力之主體」之類型化判斷體系的建構

### （一）有待處理的問題

「冒充或依附有信賴力之主體」在公平會處分中最常見的模式是事業使用與知名事業類似之商號，並在衣物、識別證、通知單等資訊傳播媒介上僅顯示出商號中共通之片段等，使得交易相對人不能掌握該事業與知名事業乃是不同主體之事實，進而與之交易。

自2001年公平法第25條之處理原則訂定以來，此種類型雖然存在於同處理原則中，但其內容並不明確。其後，公平會因2015年修正而開始全面調整相關處理原則後，才在2017年修正第25條處理原則時，明確列出三類常見的冒充或依附有信賴力主體之行為類型。另一方面，由於冒充或依附有信賴力之主體的行為，特別又是以瓦斯安全器材之行銷為大宗，因此在「公平交易委員會對於瓦斯安全器材銷售案件之處理原則（以下簡稱『瓦斯安全器材銷售處理原則』）」當中，也將一些常見的銷售手法加以例示<sup>22</sup>。

瓦斯安全器材銷售處理原則第4點第1款至第3款中，舉出三種事業使用不當手段使交易相對人誤信其與知名事業具有同一性之行為。此種行銷行為可能使得未冒充依附有信賴力主體之競爭者，在從事競爭時承擔不利結果，也可能使得交易相對人在誤信下締結契約而受有損害。然而，以往學說上，較少直接論述此種類型之補充適用，究竟是屬於對既有規定的補充適用，抑或是屬於一種創造性的補充適用。直到近期文獻中，具有代表性的公平

<sup>22</sup> 此一處理原則是在2006年時訂定，但直到2016年同處理原則修正時，才更明確地將以安全檢查名義進行推銷、以通知書、識別證或制服冒充或攀附他事業進行推銷等行為規範至處理原則當中。

法學者明確將其置於對於公平法第21條之補充適用的脈絡下進行討論<sup>23</sup>。由冒充或依附有信賴力之主體所具備之「使人陷於錯誤之虞」性質來看，確實與第21條不實廣告之「引人錯誤」的性質相近，因此本文中也將其置於對第21條補充適用的概念下進行討論。

但在瓦斯安全器材銷售處理原則中，有著兩點未臻明確之處。第一，處理原則中僅舉出可能使人陷於錯誤之行為外觀，若事業創造此一使人誤認之外觀後，是否毫無任何可能得使其行為被認為已經有效防免相對人陷於錯誤？例如，在第21條處理原則第7點中，係以「重要交易資訊內容於版面排版、位置及字體大小顯不成比例」、「表示或表徵有關之負擔或限制條件未充分揭示」等作為廣告是否引人錯誤的判斷因素，代表的是具有誤導可能之資訊若能有適度的導正或資訊揭露，則能夠例外地使得該種行為被認為不會造成誤導。惟惜在關於冒充或依附有信賴力之主體之處理原則中，並未就此有所著墨。在近年案例中，銷售瓦斯安全器材之事業是否已經善盡資訊揭露、導正義務，似乎也成為一項公平會內部討論的焦點<sup>24</sup>，有進一步探討之必要。

第二，雖然公平會特別針對瓦斯安全器材訂定一處理原則，但公平會在第25條處理原則中是相當廣泛地並未限定可能構成「冒充或依附有信賴力之主體」之產業，這使得此一規範所適用之交易範圍貌似不具有任何之限制。但從以往行政法院判決（本文後述震安科技案）中所承認之要件體系來看，「冒充或依附有信賴力之主體」的適用似乎存在著一些限制，在先行研究中並未

<sup>23</sup> 參閱吳秀明、沈麗玉，公平交易法關於廣告規範之最新發展，月旦法學雜誌，第241期，頁262（2015）；廖義男，從公平交易法談不實廣告，月旦法學雜誌，第309期，頁15（2021）。

<sup>24</sup> 參閱公平交易委員會公處字第108029號處分書，魏杏芳委員不同意見書，頁3-4。



受到重視而有待更進一步地釐清。

## （二）震安科技案臺北高等行政法院判決之解讀與要件體系的建構

於行政法院進行訴訟之「冒充或依附有信賴力之主體」案例並不多，近年案例中最值得注意，但其重要性尚未受到充分評價者，乃是臺北高等行政法院100年度訴字第1728號判決震安科技案。在該案中，北高行建立了三項標準，使得「冒充或依附有信賴力之主體」有較為明確的要件得以進行判斷。

震安科技乃是以銷售瓦斯防震器為業，其在進行銷售活動前，會以政府機關或公益團體名義，向住戶散發傳單招徠民眾參加說明會。其後在說明會進行銷售時，並不會呈現任何可能顯露其身分之擺設或資訊，使得消費者誤解係政府機關之說明會，並在會中以「免費贈送」等話術吸引民眾安裝後收取安裝費。又或是以煩擾之方式，使民眾在自由意志受到壓抑之下為交易之決定<sup>25</sup>。

北高行在震安科技案中，以下意旨說明其在「冒充或依附有信賴力之主體」行為類型中，對欺罔所採取的通案性判斷基準：

「如其行銷之產品非屬一般人均能判認之大眾化物品，而未誠實揭露全部足以影響交易決定之重要交易資訊，以使交易對象能為正確認知，即符合欺罔情形<sup>26</sup>」

其後，又進一步將此段論述闡明為：

「一般消費者對於特殊效能產品之性能及其合理價格，並未具足判斷能力，倘事業銷售產品之際，利用彼此間掌握資訊之懸

<sup>25</sup> 行政院公平交易委員會公處字第100050號處分書，頁7-10。

<sup>26</sup> 臺北高等行政法院100年度訴字第1728號判決。



殊程度，以不實促銷手段，隱匿重要交易資訊，誘使交易對象為不正確認知，進而影響其交易與否之決定，即難謂其行為非屬欺罔範疇」<sup>27</sup>。

這兩段關於「冒充或依附有信賴力之主體」之違法要件的主要內容，約可將其主要內容分為三部分：1.非大眾化、具有特殊效能之物品、2.不實促銷手段、3.隱匿重要交易資訊，以下分別說明其在本案中之應用。

首先，由北高行判決中「行銷之產品非屬一般人均能判認之大眾化物品」、「一般消費者對於特殊效能產品之性能及其合理價格，並未具足判斷能力」等意旨，可以理解涉案商品必須非大眾化、具有特殊效能。亦即，法院並不認為任何型態之產品皆能適用「冒充或依附有信賴力之主體」之規範。之所以在瓦斯安全器材行銷有必要以公平法規範之理由則在於，一般民眾多恐懼瓦斯外洩造成災害，但對於效能與價格是否合理多缺乏認知能力，因此容易受到事業使用防災宣導、安全檢查、公益團體、政府補助等名義之誤導<sup>28</sup>。

再者，北高行判決中所指的不實促銷手段，應是一種使交易對象形成不正確認知的資訊落差的行為。例如，震安科技之行銷人員，以「南部水災賑災說明會」、「因應颱風造成重大傷亡而舉辦說明會」、「政府關心民眾」等語，誘使消費者形成不正確認知（說明會之舉行與政府有關），進而產生資訊懸殊落差。此外，利用辭意不明之「免費安裝」口號，誘使消費者誤以為完全免費，應也是一種形成資訊懸殊落差之手段。

最後，「隱匿重要交易資訊」則係指行政院所提到的「未

<sup>27</sup> 臺北高等行政法院100年度訴字第1728號判決。

<sup>28</sup> 臺北高等行政法院100年度訴字第1728號判決。

誠實揭露全部足以影響交易決定之重要交易資訊，以使交易對象能為正確認知」。易言之，在以不實手段形成資訊懸殊落差後，事業並未積極地將足以導正誤解、使交易相對人能形成正確認知之資訊加以揭露，反而是藉著使交易相對人持續陷於不正確認知之下為交易決定。在本案中，行銷人員在形成誤解後，於會中未穿著制服或配戴原告公司識別證等「刻意不明示其事業名稱及銷售商品之目的」之事實認定，應可認為係在此一概念下進行之分析。從而，或許可以認為在該案中「事業名稱」及「銷售商品之目的」應是屬於法院認定之重要交易資訊。

藉由北高行於本案中所建立之三項判斷標準可以理解，行政法院藉由「非大眾化、具有特殊效能之物品」與「不實促銷手段」之要件，限制「冒充或依附有信賴力之主體」之適用範圍；此外，若事業創造使人誤認之外觀後，若能誠實揭露足以影響交易決定之重要資訊，則似乎可以認為已有效防免相對人陷於錯誤。

雖然此三項標準建立了違法性判斷的主要框架，但以往案件中之實務見解要如何與此框架進行整合，尚欠缺完整的研究。因此，本文以下試著藉由相關案例之分析，釐清此三項標準的具體內容，以便能使震安科技案所建構的類型體系能更為明確。

#### 1. 要件一：非大眾化、具有特殊效能之商品（或服務）

##### （1）目前實務上之三種類型

震安科技案中，法院所揭示的非大眾化、具有特殊效能之物品，在目前實務的案例中曾經出現過三種類型：瓦斯安全相關器材、淨水器材、兒童圖書及教學軟體。

在以往的案例中，最常見的就是關於瓦斯安全的相關器材，例如「瓦斯安全警報自動控制斷路器」、「瓦斯防爆器」、「瓦斯防

震器」、「瓦斯安全開關」等器材。在公平會處分書及行政法院判決中，往往也都強調一般使用者對於瓦斯安全之憂心、或不理解。從而使得使用者「對公用天然氣事業具有較高之專業信任」<sup>29</sup>、或是對於「政府機關下令安裝<sup>30</sup>」較不容易感受到懷疑。

又公處字第103117號處分書之統一淨水案，則是針對淨水器材銷售之案例。事業在臺中市政府與農委會所舉辦之活動中發放摸彩券，使民眾誤認是由政府機關或團體辦理摸彩活動<sup>31</sup>。雖然在處分書中，並未意識到行政法院之非大眾化、具有特殊效能之要件，但或許可以將淨水器、水質好壞理解為一般人難以判斷其優劣、具有特殊效能的產品。如此一來，似乎也與行政法院所建構的基本原則若合符節。

最後，在公處字第105077號處分書之智學王案中，涉及的是兒童圖書及教學軟體。在該案中事業宣稱產品獲得政府透過公益團體之補助，但實際上並不存在此一事實，事業只是希望能藉此「形成一種品質的保證並增強消費者對商品的信心」<sup>32</sup>。同樣地，公平會也並未在處分書中積極地基於行政法院所提及的「非大眾化、具有特殊效能」之商品的要件進行闡述，但或許可以理解兒童圖書及教學軟體之所以需要品質保證增強信心，也是因為一般人較難判斷其性質優劣，故屬於具有特殊效能的產品，因此特別值得主管機關運用其權限加以介入。

總結來看，雖然震安科技案中行政法院提出的「非大眾

<sup>29</sup> 臺北高等行政法院100年度訴字第465號判決；公平交易委員會公處字第108029號處分書。

<sup>30</sup> 臺北高等行政法院91年度訴字第2454號判決。

<sup>31</sup> 類似行為，也出現在公平交易委員會公處字第104127號處分書大同淨水案。

<sup>32</sup> 公平交易委員會公處字第105077號處分書。

化」、「特殊效能」等觀點，限縮了冒充或依附有信賴力之主體之適用範圍。但是在其他類型的案件中，皆未能意識到行政法院此一觀點進行分析，甚為可惜。

## （2）要件明確化之可能方向

然而，「非大眾化」、「特殊效能」的內容其實也並不相當明確，本文認為或許可以考慮從兩種觀點進行思考此一要件之內容。

第一，在震安科技案中所指「產品非屬一般人均能判認之大眾化物品」，代表的是需求者可能不容易判斷產品品質的優劣，在此種市場中具有信賴力的事業、政府或是公益團體，會因為能給予需求者一些可以作成交易決定的信號，對需求者作成交易決定帶來很大助益。因此冒充或是依附具有信賴力之主體，會是一些不肖事業所選擇的手段。

這樣的邏輯，與分析市場可能因資訊不對稱而失靈時，特別是在經驗財或信用財的市場中，消費者很難判斷其品質，因此特別容易產生資訊不對稱的觀點相當類似<sup>33</sup>。因此，藉由市場是否屬於因資訊不對稱而產生市場失靈之經驗財或是信用財之市場，似乎是一種可能的發展方向。

第二，從以往的案例來看，瓦斯安全直接涉及消費者的生命財產安全、淨水設施也是對於人體的生命或是健康可能產生直接影響、兒童圖書及教學軟體則是牽涉父母對於子女基於身分關係所產生的期待。因此，「非大眾化」或「特殊效能」，是否必須與需求者之重大人格法益相關，似乎也是一種針對「冒充或依附有

<sup>33</sup> 我國公平法學者針對此一問題進行分析說明之文獻，參閱陳志民，競爭法下之「資訊不對等」問題——以「法易通」及「丹堤加盟」案為例之分析架構，公平交易季刊，第22卷第2期，頁70-74（2014）。

信賴力之主體」之適用範圍形成限制的可能方向。

## 2. 要件二：因誤導行為而形成之資訊落差

震安科技案中，北高行所建立的第二項要件，乃是交易雙方間存在著資訊之懸殊落差。承前所述，在該判決中法院並沒有指明此一資訊懸殊落差所指為何。在前述非大眾化、具有特殊效能商品之判斷中，考量一般消費者對於產品性能或合理價格無判斷能力時，似乎也已包含著資訊落差、資訊不對稱的觀點於其中，二者究竟有何區別？

除了因商品特性所造成的資訊落差外，在冒充或依附有信賴力之主體的案例中，往往也會存在因「以不實手段誘使交易對象為不正確認知」而形成的資訊落差。例如，在震安科技案中，行銷人員以「南部水災賑災說明會」、「因應颱風造成重大傷亡而舉辦說明會」、「政府關心民眾」等語，誘使消費者形成不正確認知（說明會之舉行與政府有關），進而產生資訊懸殊落差。換言之，公平法第25條在補充適用「冒充或依附有信賴力之主體」時，除了第一重因產品特性而形成之資訊落差（前述要件一）外，必須再加上「其他藉由誤導手段而形成之資訊落差」的第二重資訊落差。

此種誤導手段而形成的資訊落差，在第25條處理原則及瓦斯安全器材銷售處理原則中，依據其冒充或依附的主體對象之不同，主要列出了三大類的事業：（1）知名事業、（2）政府機關、（3）公益團體。

知名事業之代表，即為各地之天然氣供氣業者。在臺北高等行政法院100年度訴字第465號判決欣林瓦斯案中，法院強調事業使用與天然氣供氣業者相同之公司名稱於相同營業區域經營，並以大字體標示「欣林瓦斯服務通知」、「承蒙使用」、「貴用戶」、

「加強軟管線維護」等事實認定，認為此等表示足以使人產生聯想，故被處分人已有誤導消費者認為是天然氣供氣進行定期檢查服務之事實<sup>34</sup>。又在大臺北區聯合瓦斯安全案中，法院也曾質疑，安全器材業者並無如天然氣之瓦斯公司須受營業區域限制，何以安全器材業者特別以當地供氣公司之名稱而取名<sup>35</sup>？

在臺北高等行政法院91年度訴字第2299號判決震盛實業案中，事業為了行銷瓦斯防爆器材而印製並使用使人誤認政府強制民眾安裝瓦斯防爆器之通知單，也是一種以誤導行為依附政府機關而形成資訊落差之行為<sup>36</sup>。臺北高等行政法院90年度訴字第5733號判決大地生活案，則是屬於冒充依附公益團體之類型<sup>37</sup>。

### 3. 要件三：因未導正交易相對人之錯誤而形成之「隱匿重要交易資訊」

在行政法院於震安科技所建立的標準，雖然對於事業行銷手法有所限制，但只要事業「揭露重要交易資訊」，使交易相對人於形成正確認知而進行交易，則不會構成欺罔行為。但「重要交易資訊」具體內容所指為何、應以何種方式進行揭露，方能認為已經充分揭露，在相關處理原則中並未有體系性的說明。

藉由以往案例之分析，可以認為若事業提供足以導正交易相對人錯誤之資訊時，則可認為不構成隱匿重要交易資訊。以下試說明其具體判斷基準。

#### (1) 重要交易資訊之範圍：應包含足以導正交易相對人錯誤認識之資訊

在判斷重要交易資訊之揭露時，第一項問題在於何種資訊方

<sup>34</sup> 臺北高等行政法院100年度訴字第465號判決。

<sup>35</sup> 臺北高等行政法院91年度訴字第3292號判決。

<sup>36</sup> 臺北高等行政法院91年度訴字第2299號判決。

<sup>37</sup> 臺北高等行政法院90年度訴字第5733號判決。



為重要交易資訊。在前述震安科技案中，法院在判斷「隱匿重要交易資訊」時，指出判斷重點置於「未誠實揭露全部足以影響交易決定之重要交易資訊，以使交易對象能為正確認知」。並認定行銷人員在以不實手段形成誤解後，於說明會中未穿著制服或配戴原告公司識別證等「刻意不明示其事業名稱及銷售商品之目的」。由此至少可以認為，若在該案中事業在會場若明確表達「事業名稱」及「銷售商品之目的」等資訊，則足以使交易相對人形成正確認知、導正已形成之錯誤認識。

### （2）揭露重要交易資訊之方法

但除了重要交易資訊之範圍外，以何種方法揭露資訊，方能被認為已揭露重要交易資訊，在許多案件中成為焦點。

在以往案件中事業常會主張「已明確標示事業名稱」<sup>38</sup>、「已在通知單上揭露並非天然供氣公司」<sup>39</sup>、已說明「非導管供氣外包人員」<sup>40</sup>，因此應已揭露重要交易資訊。從重要交易資訊的範圍來看，確實這些資訊有助形成導正作用，但法院通常會再針對揭露行為與誤導行為進行「整體觀察」。此一「整體觀察」，通常是基於「誤導行為」與「揭露行為」二者間是否合乎比例，進行是否已揭露資訊之判斷。

例如，在大臺北區聯合瓦斯安全設備案中，雖然事業在通知單上揭露事業商號之全名，但以「紅色公司全名篆體章戳」將公司名稱之「瓦斯安全設備」等字遮住，被法院認為仍易於使一般消費者產生誤認<sup>41</sup>。易言之，雖然事業以通知單之方式揭露資

<sup>38</sup> 公平交易委員會公處字第108029號處分書。

<sup>39</sup> 臺北高等行政法院100年度訴字第465號判決；臺北高等行政法院100年度訴字第717號判決。

<sup>40</sup> 公平交易委員會公處字第108029號處分書。

<sup>41</sup> 臺北高等行政法院91年度訴字第3292號判決。



訊，但該揭露因同時存在著紅色戳印，而使得重要資訊並不被認為已經成功地提供給消費者，故對於交易相對人所形成之誤導並未受到導正。

又在欣中天然瓦斯工程行案中，欣中天然瓦斯工程行主張已於通知書注意事項之第5項載明「本公司並非天然供氣公司，僅銷售瓦斯器具及安全設備，同時協助住戶瓦斯使用安全之維護」，故已足以使交易相對人知悉其與欣中天然氣之不同。但法院認為欣中天然瓦斯工程行明知欣中天然氣為當地供應公司，卻仍冠以「欣中天然」之商號，且在通知單「正面」以「紅色粗體字型」標示「欣中天然瓦斯檢測通知」，已產生一定程度的誤導。相對的，事業揭露之資訊僅在通知書「背面之末行」記載，且使用之字體大小與標示細小且不顯眼，故難謂不易受混淆<sup>42</sup>。換言之，以易引人注目之方式使人誤導，卻僅以不易引起注意之方式進行導正，不能被認為足以導正交易相對人之誤解。

另外，導正行為的即時性，也可能是受到重視的因素。在統一淨水案中，事業之行為使人誤認摸彩活動係由政府所舉辦，雖然事業主張在其網站上表明活動與臺中市政府或公所無關，但公平會認為該網站之內容是在活動結束後才揭露，故未接受事業之主張<sup>43</sup>。

由以上案例分析可知，目前實務上藉由導正資訊的文字比例、配色等「呈現方式」、正反面或版面之上下等「呈現位置」、「呈現時間」等幾種觀點，「整體觀察」導正資訊是否已充分提供。

針對此一觀察，值得補充之處有二：第一，此一觀察結

<sup>42</sup> 臺北高等行政法院100年度訴字第717號判決。

<sup>43</sup> 公平交易委員會公處字第103117號處分書。

論，與第21條處理原則第7點中指出之「版面排版、位置及字體大小比例」判斷也若合符節。由此也可印證，學說強調「冒充或依附有信賴力之主體」和公平法第21條不實廣告規範間之補充適用關係，確實有其根據。第二，儘管目前在第21條處理原則與「冒充或依附有信賴力之主體」中皆重視此一導正資訊提供之議題<sup>44</sup>，但此一判斷應如何在個案中操作，則較無完整的文獻分析，或可藉由外國法之觀點得到一些啟示。

### （三）日本法就導正資訊提供之規範

近年來，提供資訊導正交易相對人已接收之錯誤資訊在何種條件下可能不會被認為是不實廣告，在日本成為一項受到關切的議題。雖然此一討論主要是在不實廣告的脈絡下進行，但由冒充或依附有信賴力之主體乃是對不實廣告之補充適用的觀點來看，或許也具有一定之參考價值。

#### 1. 2018年導正表示注意事項公告之沿革

由於日本社會有高齡化發展的傾向，日本公平交易委員會（公正取引委員会，本文以下簡稱“JFTC”）自2007年起，針對視力惡化中的中高年族群對於廣告表示內容的理解進行產業調查研究，並在2008年作成「難以讀取的表示之實態調查報告——以導正表示的樣貌為中心（見にくい表示に関する実態調査報告書——打消し表示の在り方を中心に——）」（以下簡稱「JFTC調查報告」）。在該報告書中整理出一些不易閱讀的表示方法，提供事業在製作廣告時之參考<sup>45</sup>。

<sup>44</sup> 若在廣告中提供一項足以使人誤導之資訊而未導正交易相對人之錯誤，有可能違反第21條之規定。參閱廖義男等，前揭註8，頁288-289。

<sup>45</sup> 公正取引委員会事務総局，見にくい表示に関する実態調査報告書——打消し表示の在り方を中心に——，頁16-18（2008）。

由於JFTC調查報告僅針對50歲以上之族群進行研究，2016年起消費者廳將所有消費族群納入研究範圍<sup>46</sup>，進行了三年的「導正表示」（打消し表示）研究。導正表示，是指在廣告表示當中，就強力訴求低價格之表示（此部分又稱為「強調表示」）內容，表達其實存在例外條件之廣告表示<sup>47</sup>。換言之，強調表示所傳達的內容，可能使消費者誤以為並非毫無條件的一律適用，因此須藉由導正表示導正消費者心中的錯誤認識<sup>48</sup>。

特別值得注意的是，此一研究由於關切消費者實際上在何種條件下能受到導正、錯誤能受到澄清，因此納入認知心理學專家參與研究活動<sup>49</sup>，藉此提供導正表示相關法制之科學根據。

在為期三年的研究後，消費者廳於2018年公告「導正表示之表示方法與表示內容的注意事項〔打消し表示に関する表示方法及び表示内容に関する留意点（実態調査報告書のまとめ）〕」（以下簡稱「導正表示注意事項」）中，總結研究成果並針對消費者廳就導正表示之基本觀點進行說明<sup>50</sup>。

<sup>46</sup> 在日本法上針對不實廣告之一般性執法，在2009年之前主要是由JFTC承擔此一任務，但在2009年消費者廳設立，贈品表示法移交消費者廳管轄後，該法便脫離JFTC之權限範圍，目前主要由消費者廳基於消費者保護之觀點加以運作。

<sup>47</sup> 大元慎二等編，強調表示と打消し表示に関する景品表示法上の考え方：調査報告書の概説と関連分野からの考察・評価，頁2，商事法務（2019）。

<sup>48</sup> 在先行研究中，也已有學者注意到此一問題對於不實廣告之影響，參閱劉姿汝，論日本不實廣告之規範與運用——兼論對我國法之啟示，公平交易季刊，第27卷第4期，頁142-144（2019）。

<sup>49</sup> 大元慎二等編，前揭註47，頁3-4。

<sup>50</sup> 相較之下，JFTC產業調查報告及消費者廳2016至2018年之調查報告較偏近產業調查之結果說明，2018年公告之導正表示注意事項，作為規範說明的性質較為強烈。

## 2. 導正表示注意事項之具體內容

導正表示注意事項主要分為三大部分：(1) 表示方法、(2) 表示內容、(3) 「經驗談」式的強調表示。與本文所欲比較之「冒充或依附有信賴力主體」較相關的問題，主要是涉及表示方法的部分。

又在導正表示注意事項中基於導正表示涉及的是平面媒體、動畫、涉及電腦之網路廣告、涉及智慧型手機之網路廣告而有不同討論。由於「冒充或依附有信賴力主體」之行為主要是以通知單等平面媒體的形式為之，故本文以下主要針對共通性與書面的表示方法進行介紹。

### (1) 導正表示的共通性表示方法

在導正表示注意事項中強調，一項導正表示能否認為是以「可使一般消費者形成正確認識之書面表示方法」作成，必須基於以下四點進行考量：導正表示之文字大小、強調表示之文字與導正表示之文字大小的比例關係、導正表示之配置場所、導正表示與背景之區別<sup>51</sup>。

#### A. 導正表示之文字大小及其與強調表示之比例關係

導正表示應使用何種字體表示，方能被認定為一項足以導正錯誤認識之表示，在JFTC調查報告中曾經指出，至少須以8號字體以上的字體表示。若強調表示本身的字體比8號字體小，導正表示至少也必須以相同大小的文字表示<sup>52</sup>。

但在導正表示注意事項中，消費者廳並未沿用JFTC調查報告

<sup>51</sup> 參閱消費者庁，打消し表示に関する表示方法及び表示内容に関する留意点（実態調査報告書のまとめ），頁2（2018）。由於其中動畫廣告、網路廣告等部分與本文行文目的較無關聯，故在本文中割愛之。

<sup>52</sup> 公正取引委員会事務局，前掲註45，頁17。

之觀點，提供明確的字體大小標準供事業參考。在目前的消費者廳執法上，主要的觀點是認為導正表示的方法必須綜合多項要素進行判斷，雖然字體大小是一項判斷標準，但並不能建立具體、一致的數值在個案中進行處理<sup>53</sup>，此乃與JFTC調查報告最為不同之處。

另一方面，沿襲著JFTC調查報告之觀點，強調表示與導正表示所使用之文字的比例性，在導正表示注意事項同樣受到消費者廳之重視<sup>54</sup>。但二者間的比例，究竟要如何認定，同樣尚未有明確的標準，必須就個案中的各項要素綜合判斷。

#### B. 導正表示之座落位置

在JFTC調查報告中指出，導正表示若能在接近強調表示之處一併記載，乃是最受到期待的作法<sup>55</sup>。在2018年導正表示注意事項中，基本上沿襲著此觀點，進一步指出在判斷座落位置時，應考量（1）強調表示與導正表示之間的距離、（2）強調表示與導正表示各自的字體大小。具體來說，即便使用合乎前述字體比例大小的表示，但若將其放置於難以令一般消費者注意、或是即便注意到該表示但可能也難以認識該表示乃是針對強調表示之導正，此種情形下並不能認為是有效的導正表示<sup>56</sup>。由此也可以再度確認，就消費者廳的執法態度而言，字體大小、比例、座落位置等要素，必須在個案中進行綜合之判斷，任何單一要素都不足以使導正表示的功能當然被承認。

<sup>53</sup> 參閱大元慎二等編，前揭註47，頁3-4。

<sup>54</sup> 參閱消費者庁，前揭註51，頁3。

<sup>55</sup> 公正取引委員会事務総局，前揭註45，頁16。

<sup>56</sup> 參閱消費者庁，前揭註51，頁4。

### C.和背景之顏色區別等

在JFTC調查報告和導正表示注意事項中皆指出，若表示的文字與背景並非容易產生對比的顏色，可能使得一般消費者無法注意到該表示之內容<sup>57</sup>。因此，包含字體與背景之顏色組合、導正表示的背景圖樣等，都是在進行判斷時必須考量的要素<sup>58</sup>。

#### (2) 平面廣告中的導正表示

基於以上的共通性原則，在導正表示注意事項進一步針對平面廣告所涉及的導正表示應注意之事項，加以說明。

首先，在針對一般消費者的視點進行調查後發現，雖然平面廣告並沒有閱讀時間的限制，一般消費者能積極的閱讀廣告內容，但是當目光聚焦在強調表示時，很可能不會將注意投向離強調表示較遠的位置。因此，在離強調表示較遠之處所為的導正表示，很有可能不容易被消費者注意。在此一基礎之上，導正表示注意事項指出，若是在強調表示附近並未作成導正表示，或是在強調表示附近並未註明在其他地方存在之導正表示的位置，則一般消費者很有可能就不會看到該導正表示<sup>59</sup>。

再者，由於平面廣告中往往記載許多資訊，難以期待一般消費者會從中找出相關資訊並閱讀，在消費者視點調查後並發現，消費者傾向將目光投向有特別強調之表示內容。因此，若導正表示之理解必須以理解其他相關資訊作為前提，但並未將導正表示與該相關資訊具有一體性加以表示，則很難認為一般消費者能理解導正表示之內容<sup>60</sup>。

<sup>57</sup> 公正取引委員会事務總局，前掲註45，頁18。

<sup>58</sup> 消費者庁，前掲註51，頁4-5。

<sup>59</sup> 參閱消費者庁，前掲註51，頁5。

<sup>60</sup> 參閱消費者庁，前掲註51，頁5-6。

最後，即便在鄰近處所為導正表示，但若與強調表示使用顯然不成比例的小字加以表示，或是以不同的字體、顏色加以表示、或是以不同的背景表達，都有可能使一般消費者難以認識到強調表示與導正表示間的一體性。因此，表示應在鄰近處所，以合乎比例的文字大小、顏色、背景，使消費者能認識二者間的一體性，並在前後文關係上使用容易理解其與強調表示之方式表達<sup>61</sup>。

### 3. 對於我國法之啟發——兼論公處字第108029號處分書 欣欣天然瓦斯企業社案

由以上分析可以理解，導正表示之字體大小、比例、座落位置、與背景之對比等表示方法，都是目前消費者廳在判斷一項提供導正資訊之表示是否已經達成其導正誤導功能時之指標。在震安科技案北高行所建立之第三項要件中，也可以發現類似的判斷。

例如，在前述欣中天然瓦斯工程行案中，法院明確地參考字體大小、顏色、座落位置等因素。再者，以往也強調以「整體觀察」方式判斷誤導行為與資訊之揭露是否合乎比例。又在大臺北區聯合瓦斯安全設備案，使用篆書印章遮掩事業名稱不同之部分，也與重視背景對比之觀點類似。由此可知，雖然我國以往並未明確建立此一判斷的體系架構，但在是否已提供導正表示之判斷上，與日本法之基本觀點相去不遠。

但另一方面，在導正表示注意事項中強調各項要素必須以綜合判斷的方式進行，任何單一要素都不足以使導正表示當然被承認。又若導正資訊之內容，必須以理解其他相關資訊為前提，卻

<sup>61</sup> 參閱消費者庁，前揭註51，頁6。關於此點之理解，具體來說，例如若強調表示使用紅色字體，則導正表示也應使用紅色字體，以表現二者間的一體關係。



未針對作為前提之資訊有所提供時，可能也不會被承認是一項有效的導正資訊，此等討論在以往則較少受到重視。

從公處字第108029號處分書欣欣天然瓦斯企業社案，可以發現此兩項判斷方法之分析實益。在該案中，事業在通知單中以放大字體使用「欣欣天然」、「補檢」等字樣，隱匿實為銷售瓦斯安全器材業者之實情<sup>62</sup>。該案之爭議在於，事業在通知單正面以較小字體載明「本公司服務員非導管供氣外包人員」等表示，有別於以往事業是在通知單之背面之作法<sup>63</sup>，能否肯定事業已明示與天然氣導管公司有所區別？

若從前述導正表示注意事項中所給予之啟示，可以理解即便事業滿足了字體大小、比例、座落位置或與背景之對比等任何單一或複數條件（例如，在本案中於通知單正面提供資訊），皆不能僅因單一要素即肯定其已發揮導正表示之功用。相對的，仍必須在綜合判斷下綜觀所有因素後，才能進行判斷。

又事業所提供「非導管供氣外包人員」之資訊，雖然對於導正錯誤或有所幫助。但此一資訊之利用，是以交易相對人能理解「天然氣導管公司」與「導管供氣外包人員」等概念作為前提，若未能使交易相對人對此二概念的區別究竟為何有所理解，能否認為已經作成充分之導正，亦不無疑問。

### 三、補充適用原則與類型化需求下之觀察

本文以上，首先針對2015年修正後公平法第21條與第25條間在補充適用範圍的變化進行分析。並且發現在條文修正後有必要

<sup>62</sup> 參閱公平交易委員會公處字第108029號處分書。欣欣天然瓦斯企業社所使用之通知單，於公平會就本案所發布新聞稿時，也曾一併於公平會網站公開。

<sup>63</sup> 參閱公平交易委員會公處字第108029號處分書，魏杏芳委員不同意見書，頁3-4。

針對概括規定之補充適用重新進行盤點，並且持續反思原先適用概括規定之行為類型回歸公平法各別規定之可能性。藉由此一討論所得到之寶貴啟發，本文在後述「參」及「肆」中，也會在補充適用原則下，就原先由第25條補充適用之行為類型，在修正後應如何受到處理，進行相關之討論。

另外，「冒充或依附有信賴力之主體」近年來在學說上受到強調其作為一種補充適用不實廣告的行為類型，但由行政院所建立的類型化判斷體系，在先行研究中則較少受到關注。本文中，藉由抽取震安科技案之北高行判決所指引的三項判斷要件：（一）非大眾化、具有特殊效能之商品或服務、（二）因誤導行為而形成之資訊落差、（三）行為人未導正交易相對人之錯誤，建構「冒充或依附有信賴力之主體」之類型化判斷體系。並試著藉由相關案例及比較法之分析，使此三項標準之內容更為具體。

## 參、「榨取他人努力成果」對公平法第22條之補充適用

### 一、2015年修正對第22條與第25條間之補充適用關係所產生的影響

#### （一）現行公平法第22條之修正

從公平法立法以來，公平法第22條（2015年修正前為第20條）與商標法間的關係究竟應該如何分工，一直為學說實務所困擾，而有許多討論處理公平法與商標法間的規範分工<sup>64</sup>。其中，商標法主管機關經濟部智財局也建議應針對公平法舊法第20條要件進行修正，並應刪除相關行政裁處與刑事責任規定，僅課予民

<sup>64</sup> 參閱廖義男等，前揭註8，頁237-241；劉孔中，公平交易法對營業標誌保護之研究，公平交易季刊，第11卷第2期，頁28（2003）。

事責任<sup>65</sup>。

2015年修正後，基於釐清公平法與商標法目的<sup>66</sup>，形成現行公平法第22條之樣貌。除將已註冊商標排除適用範圍外，又為了不使公平法對未註冊商標之保護優於商標法對已註冊商標之保護，也將第22條的適用範圍限制於「同一或類似之商品」。在法律效果上，由於商標法對於已註冊商標之保護主要透過民事訴訟實現，若公平會以行政權介入未註冊商標之保護，可能產生「法益保護輕重失衡」之疑慮，故在現行法第34條、第42條明確地排除違反第22條之刑事與行政責任<sup>67</sup>。

## （二）第25條在適用上的因應調整

在2015年修正前，舊法第24條（現行法第25條）對舊法第20條（現行法第22條）之補充，主要涉及的是當時「公平交易委員

<sup>65</sup> 參閱經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁240，經濟部智慧財產局，4版（2017）。

<sup>66</sup> 參閱2012年12月28日立法院第8屆第2會期第15次會議議案關係文書，政4（2012）。吳秀明、沈麗玉，競爭法制革新之整體規劃與藍圖，月旦法學雜誌，第228期，頁164（2014）。

<sup>67</sup> 參閱修正理由及吳秀明、沈麗玉，前揭註，頁164-165。此外，由於公平法第20條不再由公平會進行解釋適用，因此在2015年3月18日公平會也以公平交易委員會（104）年公競字第10414602181號令，廢止「公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則」。學說上對於2015年修正，有許多不同評價，參閱廖義男，仿冒行為規範修正之評析，收錄於公平交易法之釋論與實務（第三冊），頁195-203，元照出版有限公司（2017）；何之邁，公平交易法要義，頁9-10，自版（2020）；參閱陳皓芸，不公平競爭規範與著名表徵的保護——論二〇一五年公平交易法修正後之相關議題，成大法學，第38期，頁1-51（2019）；陳皓芸，商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題——以臺日相關法制比較為中心，公平交易季刊，第27卷第3期，頁89-96（2019）。本文目的主要在於分析修法後之規範解釋適用，關於第22條修正是否妥適等立法論的問題，並非本文之目的，故本文中割愛之。

會對於公平交易法第二十四條案件之處理原則」第7點第1款第1目之「榨取他人努力成果」，其又包含「攀附他人商譽」和「高度抄襲」兩種子類型<sup>68</sup>。

為配合2015年修正，公平會在2017年修訂第25條處理原則時，基於：

「有關商品外觀之『高度抄襲』，本屬智慧財產權法之規範範疇，本會過往雖曾因智慧財產權法之規範不足，而援引公平交易法第二十五條規定予以論處，惟體系上終非妥適。又一〇四年二月四日公平交易法修正後，因公平交易法第二十二條已刪除仿冒行為之行政責任及刑事責任，而採單純民事責任；公平交易法第二十五條本屬同法其他條文之補充規定，修正後第二十二條既已刪除仿冒行為之行政責任，自無再適用第二十五條補充規範之餘地，爰配合刪除本點『高度抄襲』之行為類型。」

之理由，將高度抄襲自公平會運用公平法第25條之範疇中移除。

由此可知，在現行法下，公平會並不會基於公平法第25條針對高度抄襲作成處分。但這並不代表在民事案件中，民事法院不得認定高度抄襲違反公平法第25條規定，而允許被害人基於公平法第29條、第30條之請求。現行第25條處理原則第9點中，特別強調因高度抄襲行為受有損害者，得依循公平法民事救濟途徑解決，即是對此一觀點之明確表達。

### （三）法條與處理原則修正所帶來的改變：雙軌制的形成

公平會藉由刪除第25條處理原則第7點中高度抄襲之說明，

<sup>68</sup> 參閱公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則，第16點（2015年3月18日經公平交易委員會（104）年公競字第10414602181號令廢止）；廖義男等，前揭註8，頁235-237。

固然處理了一部分公平法第22條和第25條間之互動關係，但仍未使得此一問題全面受到釐清。為了解決此一問題，有二項前提必須重申。

第一，在補充適用原則（特別是前述「適用第25條之消極條件」）的概念下，若一項行為構成公平法第22條規定，則不應再以第25條補充適用。因此，雖然違反第25條將有受行政處分，但因第22條在適用上之優先性，凡是已構成第22條規定之行為，皆不應以第25條補充適用之。因此，即便事業向公平會檢舉他事業行為構成第25條規定，但公平會若認定該行為已構成第22條規定時，當然不得依照第25條作成處分，僅能建議檢舉人依照民事救濟途徑解決。

第二，在進行補充適用時，「不能以第25條改變立法者之政策決定」<sup>69</sup>。因此，公平法第25條在補充適用第22條規定時，法律效果應尊重立法者對既有個別規定之決定。公平會在第25條處理原則中論述高度抄襲之定位時，強調第25條作為填補漏洞之規定，因此在補充適用個別規定時應受到該個別規定之法律效果限制（類似於法律效果類推適用之處理），即為此理。若已構成第22條之案件，仍以第25條作成行政處分，等於改變立法者對於此類行為之評價，且有架空第22條規定之可能。從而，若事業向公平會檢舉他事業之行為構成第25條規定，但公平會在調查後認定屬於第25條對於第22條規定之補充適用時，同樣不得作成行政處分，僅得建議事業依循民事途徑解決。

在上述兩點理解下，可以發現公平法第25條在補充適用第22條時之規範運用，會因為是置於民事事件與行政裁罰的不同軌道上，而有不同的規範解讀。具體來說，公平會為行政裁處時，必

---

<sup>69</sup> 參閱吳秀明，前揭註1，頁89。

須謹慎依循2015年修正及2017年第25條處理原則修正之修正理由以及補充適用原則，就已符合第22條規定之行為不得基於第25條為裁處；不符合第22條規定但仍具有剩餘不法內涵者，若屬於對第22條補充適用之範圍時，也應受到被補充之個別規定的法律效果限制，同樣不應依據第25條作成行政處分。相對的，在民事事件中，法院則可積極地考量第22條之規範目的，認定第25條規定有補充適用第22條規範漏洞之功能，處理高度抄襲等案例。

這或可稱為是在民事與行政案件的不同軌道上，運用公平法第25條在補充適用同法第22條時所產生的「雙軌制」。亦即，在民事事件中，必須考量第22條之精神，積極以第25條補充適用；但在行政裁處時，不僅不能只是把第22條當作不存在的條文，尚且必須基於2015年第22條、第34條、第42條之修正精神，視為立法者針對補充適用第22條之行為創設了一種排除行政責任的「(法定外)除外適用」，限縮第25條之適用範圍。

#### (四) 在雙軌制之觀點下省思「榨取他人努力成果」中功能

在這樣的雙軌制之下，本文進一步欲思考的問題在於，在以往的公平法第25條體系下，除了高度抄襲行為外，是否存在著其他以補充適用第22條作為目的之類型，而這些類型是否已經都排除於第25條的行政裁處的範圍之外？若尚未受到排除，是否在運用行政權限進行處理時，有必要以積極限縮的觀點，限縮第25條在此種類型中之適用？

為了進行此一討論，本文以下將先就公平法第25條案例類型中特別與第22條之補充適用相關的「榨取他人努力成果」，基於公平會及行政法院以往所建立的類型化判斷體系之基準進行釐清，以便能掌握現行法規範的結構。再就其中涉及第22條之規範



目的，在現行法下已不適宜再以第25條進行行政裁處之情形，進行說明。

## 二、榨取他人努力成果之類型化判斷體系之建構

在2017年第25條處理原則修正前，是以：「事業已投入相當程度之努力，於市場上擁有一定之經濟利益」和「使交易相對人誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果等」作為要件，說明「榨取他人努力成果」之違法性判斷基準。在2017年同處理原則修正後，則是改以五種行為態樣，例示其常見違法類型。其中，在以往案例中，曾為公平會處分並且曾受行政法院審查的案例類型，主要為「使用他事業名稱等各種方式攀附他人商譽」和「抄襲建置之資料」之行為。

針對此二類型進行分析後，可發現行政法院大致上依循2017年修正前第25條處理原則之要件進行審查，惟其中略有因應行為類型之特性加以調整。此一調整，對於修正前第25條處理原則中之缺漏有所補正，而具有參考之價值。以下即基於前述要件進行說明，並釐清行政院所形成之類型化判斷體系之現況。

### （一）利用他人已有相當投入之經濟利益

#### 1. 經濟利益的類型

構成榨取他人努力成果之行為，利用的必須是在他人投入相當努力之下所形成之經濟利益成果。在以往行政法院判決中曾經出現者，主要為「商譽」和「資料庫」兩大類型<sup>70</sup>。

#### （1）商譽

商譽，是由最傳統的口耳相傳所形成的、被認為能夠用來解

---

<sup>70</sup> 現行第25條處理原則中，雖另外列有真品平行輸入之類型，但以往並沒有在行政法院進行訴訟之此類案例，故相關討論於本文中割愛之。



決資訊不對稱問題的一種市場自我矯正的機制<sup>71</sup>。若事業在市場競爭中，透過自身的長期努力，在品質、價格等競爭活動上累積了一定名聲，本應對於市場競爭能帶來一定助益。若他事業不當利用而使事業辛苦累積之聲譽受到損害、稀釋時，目前公平會與行政法院皆認為有以公平法第25條規範之必要。

例如，在臺北高等行政法院105年度訴字第1240號判決台灣之星關鍵字廣告案中，台灣之星使用競爭對手「台灣大哥大」之事業名稱，以關鍵字廣告之方式從事行銷活動。北高行在該案中認為肯定台哥大公司為促銷其電信服務，就各類型廣告已投入高額之廣告費用，據以推展服務；且「台灣大哥大」5字也已經主管機關核准商標註冊，作為表彰其服務，使消費者用以與其他競爭同業區別<sup>72</sup>。因此肯定「台灣大哥大」乃是該公司投入相當努力而獲得之經濟成果。此一認定，其後也受到最高行之維持<sup>73</sup>。

## (2) 資料庫

除了商譽外，實務上也曾經有事業投入勞力時間所搜集建立之資料庫，受到他人不當的抄襲，公平會與行政法院皆認定該行為構成榨取他事業之努力成果<sup>74</sup>。

在臺北高等行政法院101年度訴字第211號判決全曜財經資訊案中，全曜財經資訊在未得到建置資料庫之事業的同意下，直接使用並將資料庫中之資料引用作為全曜財經資訊自身資料庫之資料，提供給全曜財經資訊之客戶使用<sup>75</sup>。法院一方面雖承認該資

<sup>71</sup> 參閱陳志民，前揭註33，頁80。

<sup>72</sup> 臺北高等行政法院105年度訴字第1240號判決。

<sup>73</sup> 其他類似案例，如使用他事業之商品名稱，藉此增加交易之機會，參閱臺灣臺北地方法院105年度簡字第313號行政判決。

<sup>74</sup> 公平會近期之執法，如2017年10月3日作成之公平交易委員會公處字第106084號處分書豬豬科技案。

<sup>75</sup> 臺北高等行政法院101年度訴字第211號判決。

料庫之內容固然為公開資料而不受著作權法保護，但也認為資料庫之建置必須就非以電子形式呈現之檔案進行整理、須投入相當人力財力進行資料之蒐集、整理及建置，因此肯定資料庫之內容乃是具有經濟利益之資產<sup>76</sup>。

由於著作權法第7條第1項對於資料庫的著作權保護設有限制，不受到著作權法保護的資料庫、或是近來受到矚目的巨量資料（big data）的集合若受到他事業的複製、竊取時，仍有可能藉由公平法第25條規定補充適用之。

## 2. 利用方式

在「利用他人已有相當投入之經濟利益」時，最傳統的利用方法是使用類似商號名稱以攀附他人商譽，例如在最高行政法院94年度判字第1454號判決台灣田邊食品案中，「台灣田邊食品」因使用與「台灣田邊製藥」相似的事業名稱，最高行在該案中也認為已構成攀附他事業商譽之行為<sup>77</sup>。

近年來，事業也常以關鍵字廣告攀附他事業之商譽。在最高行政法院108年度判字第359號判決台灣之星關鍵字廣告案中，台灣之星在Google網站上購買關鍵字廣告，而以「獨家【台灣大哥大】月租費限時半價」等文字，使台灣大哥大之潛在客戶進入其網站，也被肯定為利用他人努力成果之行為<sup>78</sup>。

又在全曜財經資訊案，事業未取得建置資料庫之事業的同意而將其所提供之資料直接引作自身資料之行為，也被行政法院認定為一種利用行為<sup>79</sup>。

<sup>76</sup> 臺北高等行政法院101年度訴字第211號判決。

<sup>77</sup> 最高行政法院94年度判字第1454號判決。

<sup>78</sup> 參閱最高行政法院108年度判字第359號判決。

<sup>79</sup> 臺北高等行政法院101年度訴字第211號判決。

## （二）增加交易機會

### 1. 對於市場產生之影響的重新釐清

在修正前第25條處理原則第7點中，雖然是以「使交易相對人誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果等」說明此行為對於市場競爭產生影響之原因。但承前所述，榨取他人努力成果可能是以抄襲、重製他事業之資料庫的形式為之，此種行為對於市場所產生之影響，似乎難以藉由誤認相同來源等論述加以說明。由此可知，舊處理原則中之論述確實不能完整反映此一類型之執法現況。

A事業使交易相對人誤認A與B具有同一性之行為，形成不公平競爭之原因應是在於該行為使得A事業增加交易之機會。在臺灣臺北地方法院105年度簡字第313號行政判決酷玩線上案中，酷玩線上在Google網站購買競爭者之平台及遊戲名稱之關鍵字廣告，同時使自身網站連結與競爭者之平台或遊戲名稱並列，而受到公平會處分。法院在說明購買關鍵字廣告行為之不法性時，也強調若使潛在交易相對人誤以為屬於相同來源，可能會產生「減少競爭者接觸潛在客戶之機會」之結果，並且「減損檢舉人遊戲平台及遊戲名稱等營業表徵背後所蘊含之經濟效益及努力成果」，因此對於其他透過自身效能競爭努力爭取交易機會之競爭同業造成不公平競爭之結果，長遠以觀將減損事業追求效能競爭之意願<sup>80</sup>。由此可知，法院對此一行為之不法性的認識，主要在於同一性之外觀下對於競爭者交易機會的攫取。

在全曜財經資訊案中，法院或許也認識到過去處理原則論述的涵蓋性之不足，未以同一來源、同系列產品、關係企業等說明資料庫抄襲行為之違法性；相對的，北高行以：

<sup>80</sup> 臺灣臺北地方法院105年度簡字第313號行政判決。

「藉以擴充自身投資系統之資料庫內容，原告就此減省原應付出之成本，將使其系統產品於市場上較檢舉人之產品更具競爭性，故檢舉人主張原告此舉，造成檢舉人相當程度之營收損失，應屬可信，而對於其他須透過自身效能競爭努力爭取交易機會之競爭者而言，原告逕行取得他事業已編製完成財經資料之行為，應屬不公平之競爭行為」<sup>81</sup>（底線為筆者所加）。

為由，說明其行為對於市場競爭產生之影響。似乎可以看到法院同樣強調行為增加榨取者之交易機會（底線部分）、使得受榨取者之努力成果受到損害之觀點<sup>82</sup>。在2017年修正第25條處理原則時，在處理原則第7點第2項第2款與第4款中，增加「增加交易機會」之論述，或許也是在理解此一判決意旨下所為之修正。

由此觀之，或許可以從更上位的「利用他人努力增加自身交易機會」的觀點，說明使人誤認來源、關鍵字廣告、資料庫抄襲等榨取他人努力成果之行為的行為特性。換言之，攀附他人商譽之行為中，攀附者因使交易相對人誤認相同來源因此增加自身的交易機會；也可能如同全曜財經資訊案等資料庫抄襲重製案件中，抄襲者使辛苦建立資料庫的事業，有喪失交易機會之可能，故有規範之必要。

## 2. 誤以為屬相同來源

雖然修正前之第25條處理原則是「同一來源、同系列產品或關係企業」，說明使人誤認以達到增加交易機會之行為為特徵，但由最高行政法院100年度判字第1575號判決可果美案可以發現，「相同經營團隊」似乎也可以被解釋為「同一來源」之情形。在該案中，法院中指出：

<sup>81</sup> 臺北高等行政法院101年度訴字第211號判決。

<sup>82</sup> 在公平會早期的處分書中也可以觀察到類似的觀點，參閱行政院公平交易委員會公處字第089216號處分書。

「企業經營之成敗與否，無不取決於決策者與執行者即所謂團隊之策略與態度，於初立之始，經營團隊莫不以如履薄冰、穩紮穩打之精神，默默耕耘致力於商品之生產及行銷，一旦商品於市場上受消費者歡迎並具有高市占率，依一般經驗法則，即代表該產品經長時間之努力行銷後已具有相當程度之知名度及品質，此時消費者往往將該團隊視同企業之形象予以評價。<sup>83</sup>」

由此可知，法院認為「事業」和「事業之經營團隊」具有相當緊密的關係，若使交易相對人誤認是由相同經營團隊所經營時，將使交易相對人誤認二者具有相同品質，其結果與誤認具有相同來源同樣具有攀附他人商譽之效果。因此，弘景公司主打其番茄醬產品為「可果美團隊」製造，但實際上弘景公司中之前可果美員工既未超過半數，且該等員工在可果美公司任職時亦非全部皆參與生產程序。從而，主打「可果美團隊製造」之行為，構成攀附他人商譽之榨取他人努力成果行為<sup>84</sup>。

### 3. 與「單純使用」之不同

若事業單純購買他事業名稱或表徵作為關鍵字廣告使用，並不會因此當然構成攀附他人商譽或榨取他人努力成果。公平會在公處字第105098號處分書酷玩線上案中相當精確地指出：

「搜尋引擎之功能，原本就是為了提供網路使用者與鍵入關鍵字『相關』（而非『相同』）之搜尋結果而設計，當網路使用者於搜尋引擎輸入特定表徵作為搜尋之關鍵字，其心裡所欲搜尋之目標，未必僅限於該表徵所代表之事業，還可能包含與該表徵有類似特徵之所有資訊。」

<sup>83</sup> 最高行政法院100年度判字第1575號判決。

<sup>84</sup> 最高行政法院100年度判字第1575號判決。但此一行為，或許也有解讀為不實廣告之可能。

後，強調關鍵字廣告必須有使網路使用者誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業；或於廣告中使用爭議性之敘述文字，產生侵害他事業表徵所蘊含之經濟利益，而無助消費者獲得更充分正確資訊、降低搜尋成本之結果，方有違反公平法之可能<sup>85</sup>。

由此可知，若關鍵字廣告之使用上，能確保網路使用者不會誤以為屬於相同來源而增加交易機會、或是不使用具有爭議性的文字而侵害他事業表徵之經濟利益，則不會被認定為違法行為<sup>86</sup>。

### 三、類型化體系之檢討及未來展望

本文以上，就2015年修正後第22條和第25條因補充適用原則而產生之雙軌制進行說明，並且發現「榨取他人努力成果」可以理解為是一種禁止利用他人努力增加自身交易機會之規範。在未來執法時之注意事項，約略有以下幾點。

#### （一）行政權介入範圍之限縮

在2015年修正公平法第22條後，學說有指出公平會若仍運用第25條補充適用第22條，並作成行政處分時，可能使得「不致造成主體或來源混淆誤認」之「侵害或危害性較小之顯失公平行為」，反而得在第25條之公權力行使下受到保護，產生不法評價

<sup>85</sup> 參閱公平交易委員會公處字第105098號處分書。

<sup>86</sup> 因此，若事業之關鍵字廣告僅在於使廣告閱聽者產生「除了A事業，還有B事業經營類似業務」，但不足以使閱聽者產生A事業與B事業為相同來源時，公平會不應基於公平法第25條規定作成處分。但公平交易委員會公處字第109056號處分書笙寶實業案中，笙寶購買「捷鉞需求 請找笙寶實業」之關鍵字廣告，又被公平會認為此一廣告有使交易相對人誤認「兩者屬同一系列產品或有一定合作關係」，參閱公平交易委員會公處字第109056號處分書。究竟如何區分單純使用之關鍵字廣告，期待主管機關能確立更明確的基準。



與保護程度不成比例之矛盾現象<sup>87</sup>。

此一質疑，非常明確地點出目前第25條在補充適用上所面臨的問題，但在本文所指出的雙軌制之觀點下，透過行政權介入範圍之限縮，避免介入「不致造成主體或來源混淆誤認」之行為，或許能避免此一矛盾之產生。具體來說，可將其分為以下兩種情形：

#### 1. 不屬於「同一或類似之商品（或服務）」之情形

2015年修正公平法第22條時，基於「避免與已註冊商標之保護有所失衡，本條對於未註冊商標之保護，應限於同一或類似之商品或服務」之理由，在同條第1項與第2項中增加「於同一或類似之商品」之要件。基於此要件與立法理由的限制，若是在不同或不類似之商品使用未註冊商標並不會構成第22條規定。

雖然在2015年修正前同條中並無此一要件，但其實舊法下透過條文解釋，將涉及「不同且不類似之商品」之行為解釋為「不引起產生混淆」。例如，佐丹奴眼鏡案之公平會處分書<sup>88</sup>、同案最高行判決，皆認為「佐丹奴眼鏡」與銷售鞋、帽、皮包等商品之香港商佐丹奴公司有市場區隔，不致使消費者誤認商品之來源而造成混淆，故不構成現行法第22條規定<sup>89</sup>。從而可以理解，不屬於同一或類似商品之攀附他人商譽之行為，在新舊法適用上的區別可能僅在於適用之要件為何<sup>90</sup>，規範本身之適用範圍並未受到

<sup>87</sup> 參閱廖義男，前揭註67，頁200-201。

<sup>88</sup> 參閱行政院公平交易委員會公處字第091208號處分書。

<sup>89</sup> 參閱最高行政法院95年度判字第444號判決。

<sup>90</sup> 因此，本文認為2015年修正時為了確立公平法第22條之適用範圍而增訂的「於同一或類似之商品」之要件，只不過是將舊法第20條下透過解釋所創設的要件明文化。從修法過程來看，相較於同條其他部分之修法，看不出立法者有積極欲藉由「於同一或類似之商品」之要件調整適用範圍之意，且亦無法發現主管機關曾



改變。

儘管因「不屬於同一或類似商品」而不構成混淆，未違反現行法第22條規定，但最高行又再特別指出「縱不該當於該法第二十條各款之情事，惟若有其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為，亦為法所不許」後，認定佐丹奴使用之公司名稱屬於依附他人商譽之行為而違反現行公平法第25條規定<sup>91</sup>。由此一脈絡可以推知，佐丹奴眼鏡案中之第25條適用，其實就是對於不構成第22條行為的補充適用。

儘管近年來與佐丹奴眼鏡案類似之情形較為少見，但誠如本文前方就雙軌制之說明，現行法下立法者既然已經排除公平法第22條的行政責任，則在依據第25條進行補充適用時公平會也應遵循立法者之立法決定，不應再以第25條補充適用此種案例。再者，從舉重明輕的法理來看，若認為在「同一或類似之商品」所產生之混淆對於公平競爭造成之破壞較為嚴重，而在「不同一或類似之商品」中造成混淆則破壞較為輕微，且前者具有較高之受保護需求<sup>92</sup>。那麼在現行法下，即使在影響較為嚴重之「同一或

---

經表示有意將此種攀附不同市場商譽之行為完全排除於第25條補充適用範圍的意圖。從而，「於同一或類似之商品」之要件不應被解讀為窮盡剩餘不法內涵之要件，故在現行法下依循民事救濟途徑爭訟時，仍應可依循舊法下之觀點，以第25條補充適用非屬於「於同一或類似之商品」之案例。

<sup>91</sup> 參閱最高行政法院95年度判字第444號判決。判決原文中引用者為2015年公平法修正前第20條規定，但實際上相當於現行法第22條規定。

<sup>92</sup> 參閱廖義男，前揭註67，頁200-201。值得注意的是，在文獻中廖義男教授主要是較宏觀地從立法論的層次，針對2015年修正後第22條規定提出修正建議。承前所述，2015年就第22條之修正，也反映了商標法主管機關經濟部智財局與公平會間任務分配的爭議，此一立法論的討論涉及層面甚廣，並非本文所能承載，故本文中主要從解釋論之觀點，試著透過條文詮釋解決現行法下二條文間可能產生

類似之商品」之情形，公平會都欠缺介入權限、事業僅能依公平法第22條循民事途徑處理；僅涉及較為輕微之行為時，公平會當然更無發動行政權限介入之必要。

綜合上述理由，在現行法下，公平會不適宜再針對佐丹奴眼鏡案等將他人表徵使用在「不同之商品」之案例，運用行政權限進行處分，方能避免產生學說上所指摘之不成比例的適用問題。

## 2. 關鍵字廣告之執法

事業以使用關鍵字廣告之方式，利用他人努力成果增加自身交易機會之行為，若足以混淆著名商標時可能違反公平法第22條規定；即便未構成混淆，仍有可能因為榨取他事業之商譽而適用公平法第25條<sup>93</sup>。由此也可以認為公平法第25條針對關鍵字廣告之執法，也是一種對於公平法第22條之補充適用。

然而，若事業使用他事業之名稱等，使交易相對人因受到混淆而無法辨識其交易對象，因而對於投入商標或商譽經營之人產生侵害時，依據公平法第22條都僅能以民事途徑獲得保護。在使用關鍵字廣告時，若交易相對人並未陷入混淆，仍能得知交易對象並非被攀附之事業，對於被攀附之事業所投入的努力造成之侵害似乎顯得較前者為輕。但在後者的情形下，如同前述酷玩線上案或台灣之星關鍵字廣告案一般，受侵害之事業卻可得到政府公權力之介入，在規範強度上同樣陷入了學說所指摘之不成比例之矛盾現象。

因此，為了避免在關鍵字廣告執法陷入此種矛盾，若事業使交易相對人產生混淆之行為，在現行法下公平會都無發動行政權

---

之矛盾現象。

<sup>93</sup> 劉孔中，關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議——以Google為例，月旦法學雜誌，第235期，頁89（2014）。

介入之空間，那麼針對未使人混淆的關鍵字廣告行為，公平會之行政權限介入也必須更謹慎地行使，才能避免輕重失衡之執法結果的產生<sup>94</sup>。

## （二）展望「榨取他人努力成果」之規範功能

儘管本文指出許多公平會不應再基於以往之觀點就榨取他人努力成果行為進行補充適用之情形，但必須強調公平法第25條在民事案件中之適用，其實和以往沒有實質改變。因此，掌握以往實務所建構之類型化體系，對於相關規範之運用仍會帶來助益。

另外，未來在執法上值得注意之處在於，公平會仍可能針對巨量資料的數據資料受到他事業之複製、抄襲，且不受到著作權法保護之案例，基於公平法第25條進行介入。此種規範之可能性，值得主管機關在未來執法上持續觀察。

## 肆、公平法第23條增訂與中小學教科書選用行為之補充適用

### 一、補充適用原則下重新盤點公平法第23條可能發揮之功能

中小學教科書選用時，若出版業者向學校經辦採購或採購最後決定權人提供或預告提供不當之經濟利益，爭取選用其教科書之機會，依照「公平交易委員會對於國民中小學教科書銷售行為之規範說明」（以下簡稱「教科書銷售規範說明」）第10點，可

<sup>94</sup> 但本文並非認為目前所有涉及關鍵字廣告之執法，皆屬不當。例如，在公平交易委員會公處字第105064號處分書台灣之星關鍵字廣告案、公平交易委員會公處字第107066號處分書中華電信關鍵字廣告案中，其關鍵字廣告之內容似乎又涉及「不實資訊」作為廣告內容之情形，似乎也不能否認其具有商業倫理上之可非難性，甚至也有分析是否違反公平法第21條之可能。

能違反公平法第25條規定。

此種提供不當經濟利益爭取教科書之選用的行為，在公平會最早期的執法上，是以舊法公平法第19條第3款處理之。但其後受到學說對於教科書選用行為特性及舊法第19條第3款文義之釐清，公平會方改以現行第25條補充適用此種行為類型。

然而，2015年修正後，針對將不當贈品贈獎行為增訂現行公平法第23條規定。此一條文文義較舊法寬鬆，並非沒有規範教科書選書行為所涉及之不當贈品贈獎行為之可能。另一方面，在補充適用原則下，第25條之補充適用，應是在既有法律規範未能充分評價行為剩餘之不法內涵時，始得為之。因此，若公平法之個別規定，已因規範修正或增訂而足以涵蓋原先基於第25條補充適用之行為時，則應優先適用該個別規定。但截至目前為止，公平會似乎並沒有改變執法觀點之動向。

本文以下，簡要回顧中小學教科書選書行為執法觀點的轉變，再探討從2015年修正增訂公平法第23條後所帶來之可能，並且分析公平會目前尚未將中小學教科書選書行為中之不當贈品贈獎回歸至第23條規範之可能原因，並在最後藉由比較法觀察提出執法上的建議。

## 二、基於第25條補充適用的歷史緣由

針對國中小學選用教科書時，書商以提供與教學無關的贈品贈獎爭取交易之行為，應如何適用公平法之規定，公平會訂有教科書銷售規範說明。在2000年6月22日公平會第450次委員會議所通過之教科書銷售規範說明第2點第3項中，將出版業者提供贈品以爭取訂購機會等行為，列為有違反舊法公平法第19條第3款之

虞的行為<sup>95</sup>。

然而，由於舊法第19條第3款規定中，以「使競爭者之交易相對人與自己交易之行為」作為要件，在嚴格的文義解釋下應是以利誘競爭者之「交易相對人」的方式進行始足以當之。在2004年公平會委託研究計畫「國民中小學教科書、參考書相關市場管理及公平交易法對其市場銷售行為規範之研究」（以下簡稱「2004年委託研究」）中，學者指出教科書市場競爭之特性在於「真正使用、給付對價之學生（家長）」與「決定購買何種版本教科書之校務會議成員」之分化，而實際上受利誘者為擁有「決定權」之校務會議成員，而非使用、付款的學生（家長）。因此，此種行為並不能認為滿足舊法第19條第3款之「（利誘）交易相對人」之要件<sup>96</sup>。

此種可謂「使用與決定分離」之交易上特性，乃是中小學教科書選用行為最特別之處，在書商、校方（如教師或校務會議成員等）、學生（及其家長）的三方關係之間，是由校方代理學生進行教科書的選擇決定，最終購買、使用教科書的學生雖然實質上是書商的交易相對人，卻較難參與此一交易決定過程。這也使得書商對於代理人所為的贈品贈獎，並不受到舊法第19條第3款之規範。

公平會在2004年12月16日第684次委員會議中，針對教科書

<sup>95</sup> 原文參閱行政院公平交易委員會公報，第9卷第8期，頁9（2000）。當時第19條第3款規定為「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。」

<sup>96</sup> 參閱黃銘傑等，國民中小學教科書、參考書相關市場管理及公平交易法對其市場銷售行為規範之研究，行政院公平交易委員會委託之計畫成果報告，頁63-64、70-71（2004）。相同意見，也載於黃銘傑，國民中小學教科書、參考書市場競爭行為與公平交易法，公平交易季刊，第13卷第3期，頁13（2005）。

銷售規範說明進行修正時，將原先認定為違反舊法第19條第3款的觀點，改列為違反現行法第25條規定，沿用至今。雖然規範說明之修正理由並未明確向外公開，但應可以認為是在這樣的學說質疑之下，所產生的轉變<sup>97</sup>。

### 三、2015年修正後之現況

#### (一) 修法後之公平法第23條

在2015年修正時，將原先規範於舊法第19條第3款之不當贈品贈獎行為中具有不公平競爭性者，獨立為第3章之第23條規定。在同條第1項中僅針對「不當提供贈品、贈獎之方法，爭取交易之機會」進行規範，並不存在舊法第19條第3款中之「交易相對人」要件。因此，由條文文義來看，不論贈品贈獎之對象為何人，凡以不當贈品贈獎之方式爭取交易機會者，似乎皆有可能構成不當贈品贈獎行為。

但另一方面，在公平法第23條第2項授權下，公平會訂有「事業提供贈品贈獎額度辦法」（以下簡稱「贈品贈獎辦法」）。在同辦法中存在著下列限制，可能會使得教科書選書行為所涉及之不當贈品贈獎，難以直接適用第23條規定。

第一，在同辦法第3條第1款中，將「免費試吃、試用，及其他不以交易為要件之促銷行為」排除於贈品贈獎之範圍外。在此一規定之限制下，或許可能認為校務會議成員並非實際上從事交易之人，因此或許可能會將向校方（代理人）贈送贈品之行為，解讀為「不以交易為要件之促銷行為」，而不適用公平法第23條

<sup>97</sup> 本文承蒙公平會法務處提供該議案修正時之內部初步研析意見，從中確認公平會當時是在舉辦邀請業界人士舉辦座談會，並委託學者進行前述2004年委託研究後，基於教科書選用權人與教科書使用人非同一人，以及教科書所負有之教育政策，故以原先所適用之第19條第3款規定有所不妥，而改以現行法第25條規定處理之。



第1項規定<sup>98</sup>。

第二，在同辦法第4條中，有針對銷售商品時所附贈之贈品的金額設有上限。但向校方（代理人）所贈送之贈品，是否屬於「銷售商品時附送」<sup>99</sup>、金額是否得以依照同規定計算，皆不無疑問，也形成教科書選用行為之不當贈品行為適用公平法第23條之障礙。

由此可知，雖然在作為母法的公平法第23條中並未有所限制，但在這些由法規命令所形成的限制之下，書商向校方所為之贈品贈獎行為，可能難以適用第23條規定。

## （二）修法後之執法觀點

或許是受到贈品贈獎辦法中所增加之限制的影響，2015年修正後，教科書銷售規範說明雖然經歷兩次修正，但皆未就公平法第23條之適用可能進行說明。

這樣的觀點，也反映在公平會所作成的行政處分上。在2015年修正後，曾在公處字第106018號處分書南一書局案以及公處字第106110號處分書康軒案中，針對中小學教科書選用行為所涉及之不當贈品贈獎行為作成處分。在南一書局案中，業者預告提供

---

<sup>98</sup> 此種嚴格針對「交易相對人」或「以交易為要件」之嚴格解讀，可認為是以往受到日本學說上基於「使用與決定分離」觀點論述「教科書業特殊指定」之特殊性時所採用的見解之影響。但由2016年JFTC之實務發展情形可以發現，在其實務上似乎已放棄此種嚴格區分之觀點。詳參本文後述「四」之說明。

<sup>99</sup> 同樣地，認為向選擇權人、代理人之贈送並非是在「銷售商品時贈送」，可能也是一種在「使用與決定分離」觀點下所產生的限制。在2016年JFTC的案件承辦人員所撰寫之案件解說中，也可明確看到JFTC認為代替本人進行意思決定之人所受的贈與，應與本人所收受之贈與受到相同處理。詳參本文後述「四」之說明。



書套、字典、桌遊等與教學並無直接關聯之物品<sup>100</sup>；在康軒案中，康軒舉辦聖誕大抽獎活動，不當提供教師金錢及物品，皆被認定為違反公平法第25條規定<sup>101</sup>。

在此二處分書中，可以發現公平會仍是依循著以往的執法觀點運用第25條規定，未針對修正後公平法第23條不適用之理由，有較為具體的說明，甚為可惜。

#### 四、日本法關於教科書選用行為規範之變革

2004年委託研究，對於公平會就中小學教科書選用行為所涉及之贈品贈獎產生了相當之影響。當時也曾就日本獨占禁止法（以下簡稱「獨禁法」）上在探討教科書選用行為所涉及之贈品贈獎時，「選用權人」與「實際使用教科書之人」之不同所產生的法律適用問題進行分析<sup>102</sup>，此一觀點最終也反映在舊法第19條第3款之解釋適用。由此可知，日本獨禁法之規範對於我國法之解釋適用可帶來啟發。雖然2004年委託研究內容已相當詳盡，但其後於日本法制上有一些變革，有追蹤後續發展之必要。

##### （一）「教科書業特殊指定」在規制緩和浪潮下的廢止

在2004年委託研究完成之當時，受到JFTC規範之不當贈品行為主要適用之規範有三：第一，依據當時獨禁法第2條第9項之授權訂定、適用於所有產業、以「利誘競爭者之顧客」作為要件之一般指定（不公正な取引方法，昭和57年公正取引委員会告示第15号）第9項<sup>103</sup>；第二，依第2條第9項之授權、專以教科書業為

<sup>100</sup> 公平交易委員會公處字第106018號處分書。

<sup>101</sup> 公平交易委員會公處字第106110號處分書。

<sup>102</sup> 黃銘傑等，前揭註96，頁26-27、70-71。

<sup>103</sup> 一般指定第9項之規定為：「對照於正常商業慣習，以不當之利益引誘競爭者之顧客與自己交易者。（正常な商慣習に照らして不当

適用對象之「教科書業特殊指定（教科書業における特定の不正な取引方法，昭和31年公正取引委員会告示第5号）」；第三，當時仍屬於獨禁法特別法之贈品表示法（景品表示法）<sup>104</sup>。

由於以往常強調特殊指定在適用範圍中，優先於一般指定之適用，屬於特別法之性質<sup>105</sup>；加上論者也有以向選書權人之餽贈並非利誘「競爭者之顧客」，說明此行為不適用一般指定第9項及贈品表示法之理由<sup>106</sup>。因此，以往在討論教科書業贈品贈獎行為時，多將重點放在教科書業特殊指定之分析。我國於2004年當時，即是在此一時空環境下，銜接日本法之觀點，將教科書業特殊指定所啟發之「使用與決定分離」的觀點，引導至公平法舊法第19條第3款與第24條之解釋適用當中。

隨著日本政府在1990年代起走往構造改革、規制緩和的方向，JFTC在一連串研究討論後於1997年起正式展開規制改革的立法作業<sup>107</sup>。進入21世紀後，在構造改革、規制緩和的浪潮下，除了JFTC對市場競爭之重要性以及適應21世紀的競爭制策之制定

な利益をもつて、競争者の顧客を自己と取引するように誘引すること。）」，中文翻譯參考黃銘傑等，前揭註96，頁23。關於一般指定之內容雖在2009年獨禁法修正後有所變動，但一般指定第9項並未修正。又一般指定與獨禁法間之關係的詳細說明，可參閱黃銘傑等，前揭註96，頁21-25。

<sup>104</sup> 由於贈品表示法所規範之贈品，以附隨於交易為要件，因此向並非購買人之使用者、選擇權人贈送贈品之行為，被認為難以構成贈品表示法之規定。參閱利部脩二，実務家のための景品表示法基礎講座-2，公正取引，第466号，頁37（1989）。

<sup>105</sup> 田中誠二等編，コンメンタール独占禁止法，頁187，勁草書房（1981）。

<sup>106</sup> 今村成和等編，注解經濟法 上卷，頁278，青林書院（1985）。

<sup>107</sup> 關於規制緩和與競爭政策的歷史介紹文獻，參閱上杉秋則，規制改革と競争政策，收錄於バブル/デフレ期の日本經濟と經濟政策（第7卷）：構造問題と規制緩和，頁312-318，慶應義塾大学出版会（2010）。

備受期待外<sup>108</sup>。在2001年起之「規制改革推進3年計畫」中也一再提及JFTC應基於商業交易的實際情形、經濟情況、消費者的購買行動等變化，修正關於贈品之規定<sup>109</sup>。

在此一規制緩和以及贈品規範全面檢討的脈絡下，JFTC在針對特殊指定進行全面檢討時，也開始思考教科書業特殊指定之廢除。之所以要廢除教科書業特殊指定，JFTC主要是基於：

「教科書業特殊指定在制定後已經過50年，在此期間已經確立教科書之選擇方法與程序，教科書發行業者的激烈競爭與交易的實際情形也有所改變。因此，因向選擇權人提供利益而使教科書之選用逸脫常軌之疑慮也已經顯著減少。相較於其他領域，教科書業特殊指定存在的必要性已經不再存在，故基於簡化規範的觀點廢止之<sup>110</sup>」

<sup>108</sup> 參閱第一百五十一回国会における小泉内閣総理大臣所信表明演説，首相官邸，<https://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/233374/www.kantei.go.jp/jp/koizumispeech/2001/0507syosin.html>（2021/11/06，造訪）。

<sup>109</sup> 參閱規制改革推進3か年計畫——競争政策等關係，内閣府，<https://www8.cao.go.jp/kisei/siryu/010330/>（2021/12/07，造訪）；規制改革推進3か年計畫（改定）——競争政策等關係，内閣府，<https://www8.cao.go.jp/kisei/siryu/020329/3-03.pdf>（2021/12/07，造訪）；規制改革推進3か年計畫（再改定）——競争政策等關係，内閣府，<https://www8.cao.go.jp/kisei/siryu/030328/3-04.pdf>（2021/12/07，造訪）。對於贈品規範之修正，向來日方在與美國進行意見交換時，受到關注的重點之一，主要原因和美方認為贈品規範將造成市場開放受到阻礙有關。在以往日美競爭當局進行意見交換時，美方也會不斷強調改善市場開放之必要，期待日本政府能針對贈品規範有所放寬，參閱公正取引委員会事務局官房涉外室，「第12回日米独禁当局意見交換」東京において開催される——公取委涉外室，公正取引，第455号，頁39（1988）。

<sup>110</sup> 平成18年3月27日独占禁止懇話会第173回会合議事概要、議事録，公正取引委員会 [https://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/kenkyukai/dk-kondan/kaisai-h17\\_h19\\_files/173.pdf](https://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/kenkyukai/dk-kondan/kaisai-h17_h19_files/173.pdf)（2021/12/07，造訪）。

之理由加以說明<sup>111</sup>。在此一理由之中，似乎也可窺得規制改革推進3年計畫中因應經濟活動發展進行調整之期待。對於此一廢止之決定，儘管存有部分反對意見<sup>112</sup>，JFTC最終仍在同年6月將教科書業特殊指定廢止<sup>113</sup>。

在此之後，隨著2007年政權轉移至重視消費者權益的福田康夫內閣，象徵消費者保護抬頭的時代到來，並在2009年設置了消費者廳（消費者庁），將原先JFTC針對贈品及不實廣告進行規範時之主要法源依據「贈品表示法」移交消費者廳管轄<sup>114</sup>。隨著此一變化，學說上甚至有認為未來JFTC不會再運用一般指定第9項取締利誘競爭者顧客之行為<sup>115</sup>。

<sup>111</sup> 學說上也有指出刪除的理由，和當時已長期並未實際運用此一規定之事實有關。參閱村上政博，独占禁止法における判審決分析の役割（第18回）競争の實質的制限と公正競争阻害性——不公正な取引方法の見直し，公正取引，第687号，頁54（2008）。

<sup>112</sup> 例如，日本高等學校教員協會（日本高等学校教職員組合）、全國聯合小學校長會（全國連合小學校長會）等團體，皆對於此一特殊指定之廢除表達反對意見。另外，也有文獻指出業界團體與文部科學省（文部科學省，與我國教育部相近）對於此一修正，也多有不滿及批判，參閱矢島基美，憲法からみる「教育と規制緩和」（特集 憲法学は「規制緩和」にどう向き合うか），法学セミナー，第619号，頁36（2006）。

<sup>113</sup> 相較於此，同時期討論廢除與否之報紙業特殊指定（新聞業における特定の不公正な取引方法）因引起各界軒然大波，最後則未受到廢除。參閱內田耕作，新聞特殊指定の見直し（2005年～2006年）と公取委のスタンス——市場主義の貫徹か他政策との調整か，彥根論叢，第385号，頁8-15（2010）。

<sup>114</sup> 參閱松本恒雄，消費者法学会の設立の意義と必要性（小特集=現代消費者法の潮流を考える——日本消費者法学会（仮称）の設立に向けて），法律時報，第80卷第5号，頁74（2008）；大元慎二編，景品表示法，頁25-29，商事法務，5版（2017）。

<sup>115</sup> 村上政博等編，条解独占禁止法，頁218，弘文堂（2014）。

## （二）一般指定第9項適用可能之重新確認

儘管早期學者強調教科書業特殊指定優先於一般指定<sup>116</sup>，因此在討論教科書業之不當贈品行為時，往往忽略一般指定之適用可能。但在一般指定於1982年修訂後之相關文獻中，已有指出即便是向可能成為顧客者以外之人（亦即，包含選擇權人）提供經濟利益，若客觀上可認為具有招徠交易之效果即為已足<sup>117</sup>。另外，也有強調教科書業特殊指定，實際上即相當於一般指定第9項<sup>118</sup>、或強調該特殊指定之內容已包含於一般指定當中之見解<sup>119</sup>。換言之，雖然一般指定第9項設有利誘「顧客」之要件，但用以禁止「使用與決定分離」之教科書選書行為所涉及之不當贈品贈獎，在規範解讀上並非毫無可能。

在2006年教科書業特殊指定廢除後，就如同在廢止前一般，長期間不曾出現教科書業不當贈品之案例。然而，隨著2015年年底日本文部科學省在發現教科書業者三省堂向中小學校校長等提供金錢等利益後，一併開始調查其他業者之參與情形。隨後，JFTC也從2016年4月起調查教科書業者藉由提供金錢利益爭取書籍選用之行為<sup>120</sup>，並在同年7月針對9家教科書出版業者向具有教科書選書權之教師、校長等相關人員提供金錢、飲食、節慶贈品

<sup>116</sup> 田中誠二等編，前揭註105；今村成和等編，前揭註106，頁206。

<sup>117</sup> 田中寿編，不公正な取引方法：新一般指定の解説，頁61，商事法務研究会（1982）。相同意見之引用，今村成和等編，前揭註106，頁206〔該文獻中並指出，（相較於一般指定）適用特殊指定會「較為有效（より効果的）」，並未完全否認一般指定適用之可能。〕；厚谷襄兎等，条解独占禁止法，頁156，弘文堂（1997）。

<sup>118</sup> 厚谷襄兎等，前揭註，頁228。

<sup>119</sup> 矢島基美，前揭註112，頁37。

<sup>120</sup> 公取委、教科書発行22社から聴取へ独占禁止法違反の疑い，日本經濟新聞，[https://www.nikkei.com/article/DGXLASDG12H2D\\_S6A410C1CC0000/](https://www.nikkei.com/article/DGXLASDG12H2D_S6A410C1CC0000/)（2021/11/06，造訪）。

之行為，以該行為違反一般指定第9項規定，對9家事業作成警告<sup>121</sup>。

關於本案值得注意之處有三點：第一，由於JFTC僅作出警告，並未作成停止命令（排除措置命令、cease and desist order），因此並沒有具有絕對公信力之公文書得以確認主管機關適用法律之觀點，僅能透過記者會紀錄、承辦人員所撰寫之案例解說，更深入地了解本案內容。

第二，之所以僅對於9家事業作出警告，而並非作成停止命令，在JFTC事務總長（Secretary General，約相當於公平會主任秘書）定期召開之記者會<sup>122</sup>，以及該案之承辦人員所撰寫的案例解說中<sup>123</sup>，皆是以為求迅速改善問題並且徹底防止再犯作為理由，說明其原因。

第三，也是最為值得注意之處，承辦該案之審查官於案例解說中指出，雖然購入者、利用者、選擇者有所不同，但考量教科書選擇制度的實際情形，教科書雖是由國家所購入，但教科書的選擇則是由教育委員會替國家作成意思決定。因此，國家、教育委員會或教科書選定委員會、調查員都可以包含在「顧客」之要

---

<sup>121</sup> 參閱JFTC網頁之公告，（平成28年7月6日）義務教育諸学校で使用される教科書の発行者に対する警告等について，公正取引委員会，[https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/jul/160706\\_2.html](https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/jul/160706_2.html)（2021/01/15，造訪）。

<sup>122</sup> 參閱平成28年7月6日付 事務総長定例会見記録，公正取引委員会，[https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/h28/7\\_9/kaikenkiroku160706.html](https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/h28/7_9/kaikenkiroku160706.html)（2021/01/15，造訪）。

<sup>123</sup> 池田卓郎等，事件解説 義務教育諸学校で使用する教科書の発行者に対する警告等について[公正取引委員会平成28.7.6]，公正取引，第794号，頁72（2016）。



件中<sup>124</sup>。

在這樣的發展下可以得到兩點觀察：首先，從JFTC執法觀點來看，同一規定之適用範圍同時包含「使用與決定合一」之贈品贈獎行為與「使用與決定分離」之贈品贈獎行為，在概念上並無不妥之處<sup>125</sup>。再者，在外觀上雖然選擇權人、使用人、購買人有所不同，在教科書業中確實也可能存在「使用與決定分離」之情形，但有別於早期學說對一般指定第9項之「利誘顧客」採取嚴格解釋進而論述教科書業特殊指定存在必要之觀點，2016年JFTC實務所展現之態度似乎已不再認為有必要區分收受贈品贈獎之對象為選擇權人或交易相對人。

### （三）對我國法之啟示

由此觀之，我國在舊法第19條第3款之規定下，受到日本以往為了論述教科書業特殊指定重要性而採取之「使用與決定分離」觀點之影響，使得此種不當利用贈品爭取顧客之行為必須適用第25條之規定，確實有其根據。但藉由本文以上針對近期發展的追蹤，可以發現日本法上在其後已放棄教科書業特殊指定之必要性<sup>126</sup>、又在一般指定中也放棄繼續強調「使用與決定分離」之

<sup>124</sup> 前揭註。

<sup>125</sup> 雖然贈品表示法移交消費者廳管轄，但在民事救濟途徑上，由於獨禁法對於行為設有民事的侵害停止及侵害預防請求權（差止請求）之規定，因此私人仍有可能以一般指定第9項作為請求權之依據，請求停止不當贈品贈獎行為。參閱白石忠志，*独占禁止法*，頁278，有斐閣，3版（2016）。

<sup>126</sup> 學說指出，一般指定的內容幾乎是完全涵蓋獨禁法第2條第9項第6款之範疇，而特殊指定的內容也不可能逾越獨禁法第2條第9項第6款；因此，特殊指定在概念上不可能發揮除了「一般指定之例示」以外之機能。但以往JFTC卻有著強調特殊指定之特殊意義的傾向。參閱前揭註。在分析2009年修正前獨占禁止法第2條第9項第1款至第6款與一般指定和特殊指定之關係時，也可確認相同觀點。參閱白石忠志，*独占禁止法*，頁132-133，有斐閣（2006）。在這樣



區別，改以一般指定第9項規定同時處理「使用與決定合一」和「使用與決定分離」之交易型態。

如此一來，既然作為此一區分之源流的獨禁法，都已承認使用相同法規（一般指定第9項）同時處理使用與決定合一與分離之案件，並無不妥；以我國在2015年法後增訂之第23條規定，同時處理「使用與決定合一」和「使用與決定分離」之交易型態，在比較法上似乎並非毫無根據。

又即便在一般指定第9項中明確要求必須向「顧客」為贈品贈獎，但實務也已放棄嚴格地基於「使用與決定分離」之觀點進一步區分選擇權人、使用人、購買人等概念；我國在第23條第1項規定在條文中更無此一限制，似乎也沒有必要進行此一限縮。

## 五、重新省思以公平法第25條補充適用之必要性

### （一）回歸之必要

綜合以上之討論，針對2015年修正後中小學教科書選用所涉及之贈品贈獎行為，基於以下幾點理由，在法制上使之回歸至公平法第23條加以處理，似乎是較為妥當之結果。

第一，回顧在舊法第19條第3款中繼受日本法「使用與決定分離」之觀點，改以公平法第25條規定，處理向選擇權人（代理人）進行贈品贈獎之發展沿革，再與其後日本法之法制發展進行比較後，可以發現「使用與決定分離」之觀點，在近期日本法發展上已不再受到強調。甚至於在「顧客」之概念中，也明確地納入選擇權人（代理人），並未繼續維持以往學說對於收受贈品之人的嚴格強調。由此觀之，我國在修法增訂之第23條規定，既然

---

的觀點下，或許也可能認為過去強調「使用與決定分離」之案例不構成一般指定第9項，僅適用教科書業特殊指定規範之觀點，只是一種為了強調特殊指定特殊性而提出的主張。

在公平法母法中並未有就適用範圍有特別限制，同時處理使用與決定之合一與分離之案例，更無不妥之處。且對於收受贈品之人究竟為何人，似乎也無嚴格進行區分之必要。

第二，進一步來看，若在作為母法之公平法第23條第1項文義中並無明確排除對於代理人（選擇權人）進行贈品贈獎行為的意圖，且長年來公平會及行政法院實務上，也皆肯定此行為可能影響市場競爭，則唯一使得無法以第23條規定加以規範的因素，僅在於贈品贈獎辦法中所形成的限制。

如同我國學說上以往即有質疑，對於既有之個別規定限縮解釋，又擴張概括規定之適用以解決此種「規範漏洞」並非妥當的法學解釋之方法<sup>127</sup>。同樣在公平法第23條第1項之法律位階上本無特別限制，卻是先以「法規命令」之方法限縮個別條文之適用範圍後，又將此一「因法規命令所形成之漏洞」，透過「解釋性行政規則」位階之教科書銷售規範說明宣示其違反概括規定之可能。此種迂迴曲折的體系建構，徒增概括規定之適用，是否妥適，不無疑問。

又公平會長年來，透過體系化與類型化的努力，建構公平法第25條的案例體系，最終目的也希望透過「法典化」的方式，使得相關規範能更具有高度、正式且穩定之規範效力<sup>128</sup>。在這樣的終極目標下，若因規範修正使原先由第25條承載之規範功能得以回歸至公平法個別規定時，則應優先將其回歸至個別規定。如此一來，方能使得第25條承擔的重責，得以適時減輕。

## （二）修法建議

在這樣的目的下，若能針對主要著眼於向交易相對人進行贈

<sup>127</sup> 廖義男等，前揭註8，頁281。

<sup>128</sup> 吳秀明，前揭註1，頁126。

品贈獎之贈品贈獎辦法進行修正，應是最簡易的解決方法。

就現行贈品贈獎金額之規範設計而言，就「一般之贈品贈獎」與「教科書業之贈品贈獎」有區別之必要。原因在於，一般為了爭取交易機會而進行之贈品贈獎行為，被認為可能有助於競爭活動<sup>129</sup>。因此，公平法並非全面禁止一般之贈品贈獎行為，而僅是針對已逾越正常競爭活動本質之涉及巨額利益、射倖性之贈品贈獎加以禁止<sup>130</sup>。在事業提供贈品贈獎額度辦法第4條以下，參考日本等國之立法例，設定贈品贈獎額度之上限金額等，限制同條規定之適用，便是反映此一觀點。

相對的，在教科書銷售行為中，向選擇權人（代理人）所為之贈品贈獎，不僅對於競爭並不會產生助益，且其實際上已具備「賄賂」之性質，行為本身即具有違反商業競爭倫理之可非難性，故毋須再就其贈品贈獎金額進行討論，一律皆應受到禁止<sup>131</sup>。從而可以理解，一般之贈品贈獎與教科書業之贈品贈獎，在贈品贈獎金額上存在著不同的容許程度。

因此，在回歸至第23條適用之大方向下，比較妥當的調整方式，應是在贈品贈獎辦法中，分章處理一般之贈品贈獎與教科書

<sup>129</sup> 參閱公正取引委員會事務局取引部景品表示指導課，「景品規制の見直し・明確化に関する研究会報告書」について（概要）（景品規制の見直しと今後の方向〈特集〉），公正取引，第536号，頁10-12（1995）。該文獻乃是JFTC召開之「贈品規範之修正與明確化研究會（景品規制の見直し・明確化に関する研究会）」之會議成果的摘要，該研究會乃是前述日美在進行貿易談判後，JFTC為了修正贈品規範所召開之研究會，在此研究會後也展開了一系列有關贈品的修法行動，故其中有關贈品之機能所為之檢討，值得參考。關於此一發展過程之簡述，參閱大元慎二編，前揭註114，頁16-19。

<sup>130</sup> 參閱事業提供贈品贈獎額度辦法總說明。

<sup>131</sup> 參閱黃銘傑等，前揭註96，頁108-109、119。

業之贈品贈獎，並考量將目前教科書銷售規範說明中關於贈品贈獎之內容，提升至法規命令位階，強調其不受現行贈品贈獎辦法第3條至第5條之限制。如此，便能避免一方面藉由法規命令限制公平法個別規定之適用範圍，一方面又藉由行政規則與概括規定補充適用之法律解釋邏輯的困境，並可有效減少概括規定適用之必要性，更合乎第25條處理原則中所揭示之補充適用原則的理論精神。

## 伍、以損害競爭者為目的之阻礙競爭與公平法第24條之營業誹謗

### 一、「以損害對手為目的之阻礙競爭」之意義與問題之所在

#### (一)「以損害對手為目的之阻礙競爭」之意義及類型化判斷體系之建構

公平會在第25條處理原則中所指「以損害對手為目的之阻礙競爭」之類型，在實務上主要是針對散布對手侵權（主要包含但不限於著作、商標、專利等智慧財產權之侵權）之言論進行規範。此種類型主要是以散布資訊之方式為之，故可將其理解為「以散布資訊妨礙競爭者從事競爭活動」，散發侵害著作權、商標權或專利權警告函則為其典型行為。除了侵權警告信函外，以往也有涉及有指稱競爭者品質低劣<sup>132</sup>、違反藥事法之案件<sup>133</sup>，為求行文方便，本文以下將散布此等資訊之信函或媒介統稱為「侵權警告等信函」。

由於以散布侵權警告等信函阻礙競爭者之競爭活動之行為多

<sup>132</sup> 例如，行政法院87年度判字第2006號判決之勞力士案。

<sup>133</sup> 例如，最高行政法院94年度判字第547號判決之百年康案。

是以散布資訊之方式為之，因此必須針對「(1) 向競爭者之交易相對人或潛在交易相對人散布（散布行為）」、「(2) 足以影響競爭者競爭活動之資訊」進行分析。另一方面，侵權警告等信函之發出也可能是基於某些正當目的，為了確保行為人並非虛託正當理由，公平會在「公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則（以下簡稱『警告函處理原則』）」中，對正當理由之主張設下許多條件加以箝制。

針對典型之散發侵權警告等信函行為雖然存在許多值得參考之先行研究<sup>134</sup>，但以往較少將重點放在行政法院是如何建構此一類型之要件體系。本文以下，主要藉由行政法院判決之研究，試圖勾勒其可能之輪廓。

## （二）和其他規範之分工

侵權警告等信函若是由獨占事業所發出、或是其發出可能產生限制競爭之虞時，有可能構成涉及公平法第9條第1款、第20條第1款規定<sup>135</sup>。在第25條的補充適用原則下<sup>136</sup>，若行為已符合第9

<sup>134</sup> 以往也累積了許多從比較法觀點，針對此一問題進行討論的學說文獻，如參閱何之邁，妨害營業信譽——以法國法為中心，公平交易季刊，第4卷第1期，頁1-27（1996）；參閱許忠信，智慧財產權侵害警告函之比較法觀察——以美國法與德國法之比較為中心，公平交易季刊，第16卷第3期，頁53-106（2008）；參閱王立達，智慧財產權侵權警告函妥適規範之再探討：從公平交易法之適用與專利主張實體防治立法出發，公平交易季刊，第24卷第4期，頁71-106（2016）；參閱楊智傑，美國智慧財產虛假訴訟與我國智慧財產權不當行使之案例研究，公平交易季刊，第25卷第4期，頁67-132（2017）皆廣泛地從各國立法例進行分析，對於我國法治提出具有建設性之建議。

<sup>135</sup> 以往案例中，會有不交代為何一項行為不構成第20條，即直接認定第25條的情形，例如行政院公平交易委員會公處字第086071號處分書勞力士案。學者針對此種執法觀點也曾有提出質疑，認為若構成公平法第20條規定時，應優先適用之，不宜省略同條之分析，逕行

條或第20條規定，則不應適用第25條。

又侵權警告等信函之發出，也可能涉及公平法第24條之營業誹謗。由於第24條禁止事業散布「不實資訊」而「侵害競爭者商譽」之行為<sup>137</sup>，若資訊並非不實、或不足以侵害競爭者之商譽時，則不能以涉及刑事責任的第24條相繩。針對一項不構成第24條之行為，公平會仍可能基於第25條規定補充適用。

### （三）實務執法之問題存在

以損害競爭對手為目的之阻礙競爭行為，在25條處理原則中列出三種行為態樣。在警告函處理原則中，也分別定義「發警告函行為」和「權利行使之正當行為」，提供一些較為明確的執法基準。

然而，這些規範中仍存在二項問題。第一，關於正當理由法源依據之說明未盡明確。具體來說，實務上因案件多半涉及智慧財產權之侵害及權利行使，因此向來傾向以公平法第45條作為正當理由之法源依據<sup>138</sup>。但由以往案例分析可以發現，法院過去所肯認具有正當理由者並非僅侷限於智慧財產權之權利正當行使。若事業之正當理由與智慧財產權無關時，顯然無法以第45條作為法源依據。

第二，就欺罔或顯失公平之分類有釐清之必要。舉例來說，第25條處理原則第7點將「以損害對手為目的之阻礙競爭」置於

---

適用公平法第25條規定。參閱廖義男，公平交易法實務案例評析，收錄於公平交易法之釋論與實務（第二冊），頁101-102，元照出版有限公司（2015）。此一批判相當值得贊同。

<sup>136</sup> 吳秀明，前揭註1，頁75-93。

<sup>137</sup> 廖義男等，前揭註8，頁337；張麗卿，禁止營業誹謗之研究，公平交易季刊，第14卷第2期，頁8-12（2006）。

<sup>138</sup> 參閱司法院釋字第548號解釋，解釋文。



「顯失公平」之要件分類下<sup>139</sup>，似以此種行為歸屬於顯失公平之行為類型；但另一方面，在警告函處理原則第5點卻又指出寄發警告函有可能構成「欺罔或顯失公平」，二者分類似有出入。在以往案例中，又有認定一項行為同時構成「欺罔及顯失公平」之案件。究竟這三種判斷間之區別所由何來，似乎有探求之必要<sup>140</sup>。

## 二、向競爭者之交易相對人或潛在交易相對人散布（散布行為）

藉由散布資訊妨礙競爭者從事競爭活動，最主要的目的是使得競爭者之交易相對人不與競爭者進行交易。因此凡是能使得競爭者之交易相對人（或潛在交易相對人）得知此種資訊之方法，皆有可能符合此一要件。

### （一）散布之方法

由於藉由散布資訊妨礙競爭者從事競爭活動在實務上最典型的態樣即為寄發侵害智慧財產權之警告信函，因此公平會在現行警告函處理原則第2點中，明確地指出此種警告書函（散布資訊之方法）包含警告函、敬告函、律師函、公開信、廣告啟事或其他足使其自身或他事業之交易相對人或潛在交易相對人知悉之書面。

若使用寄送警告信函之方法，可能僅有收到警告信函之事業

<sup>139</sup> 但必須認為，第25條處理原則僅是就常見類型予以分類，因此在體系分類上或許無法極為完整的顧及所有類型，並不能認為因此在執法上有所不當。

<sup>140</sup> 在以往的訴訟中，也有被處分人質疑公平會未能明確針對「欺罔」及「顯失公平」之內容明確說明，參閱最高行政法院93年度判字第430號判決。但行政法院似乎並不認為對於個別要件的區分有進行詳細分析之必要，甚為可惜。



能得知此一侵害商譽之資訊，在實務上也有以書面以外之方法，使不特定第三人（包含競爭者之潛在交易相對人在內）得共見共聞之散布行為，例如在前往競爭者之營業處所、展覽會場散布資訊、新聞稿或網站等方法。

## （二）散布之對象

散布行為的目的，是使得競爭者的競爭活動受到阻礙，因此散布行為並不以與競爭者實際上從事競爭之市場為限，足以導致競爭活動受到阻礙者皆屬之。

例如，在行政法院87年度判字第2006號判決勞力士案中，勞力士公司向報社發出警告信，欲使報社不再刊登競爭者均威公司之廣告。此一行為，也被行政法院認定為以損害對手為目的之阻礙競爭行為<sup>141</sup>。因此，警告函的發送並不以事業直接從事競爭的主要交易相對人為限，凡足以影響事業間競爭關係之人，皆可包含在內。

但若事業乃是向具有調查、懲戒權限之政府機關檢舉，此種行為僅係敦促政府機關發動職權，仍必須經過其調查判斷後，才會對於競爭者產生影響。因此，在以往案例中公平會及北高行認為此種檢舉並不構成「警告函」<sup>142</sup>。

## 三、足以影響競爭者競爭活動之資訊

### （一）規範類型之分析與檢討

雖然在處理原則中並未明確說明，但由以往案例的分析可以發現，公平會實務上似乎基於事業所散布之資訊的不同，分為2種不同處理方法：

<sup>141</sup> 參閱行政法院87年度判字第2006號判決。

<sup>142</sup> 參閱臺北高等行政法院95年度訴字第3149號判決。

第一，若事業散布之資訊並非不實，僅是交易相對人難以判斷其真實性之資訊<sup>143</sup>，當其足以對於競爭者之商譽造成損害且無正當理由時，公平會多以其構成第25條「顯失公平」之要件補充適用之<sup>144</sup>。

第二，若該散布之資訊雖為不實，但不足以對於競爭者之商譽造成損害時，雖不構成公平法第24條規定，但若無正當理由時，公平會多以其構成第25條「欺罔及顯失公平」之要件補充適用之<sup>145</sup>。

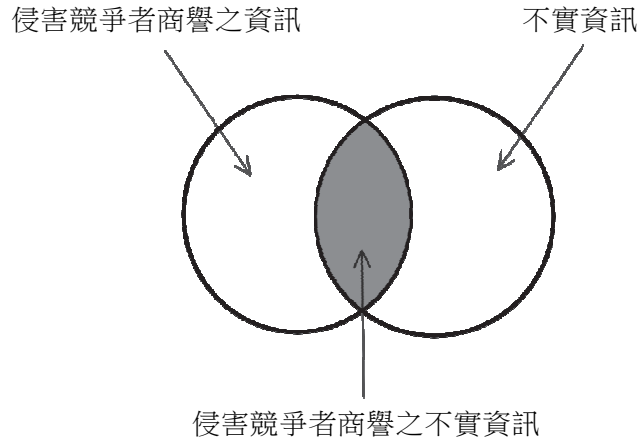
此二種類型與公平法第24條之區別在於，若同時構成「不實資訊」與「侵害競爭者商譽」，將構成第24條營業誹謗；若不構成不實，僅構成「侵害競爭者商譽」，公平會實務上將其定位為「顯失公平」行為（前述「第一」之情形）；若構成「不實資訊」，但不構成「侵害競爭者商譽」（前述「第二」之情形），則會被認為構成一項「欺罔及顯失公平」之行為。試以下方圖表，說明前述三者間之關係。

<sup>143</sup> 事業散布競爭者已侵害自身智財權之資訊時，由於對於智財權是否有受到侵害，交易相對人往往欠缺判斷可能，因此可能會對於交易相對人的交易決定產生影響。

<sup>144</sup> 詳參本文後述三、（二）。

<sup>145</sup> 例如，行政院公平交易委員會公處字第085104號處分書卡爾奇夫案、行政院公平交易委員會公處字第088025號處分書貝恩案、行政院公平交易委員會公處字第089023號處分書百年康案、行政院公平交易委員會公處字第090025號處分書協禧電機案、行政院公平交易委員會公處字第095011號處分書建準電機案、公平交易委員會公處字第105080號處分書奇游科技案。此種不實資訊，若足以影響競爭者之商譽，將構成公平法第24條規定，參閱行政院公平交易委員會公處字第090025號處分書，詳參本文後述三、（三）。

圖1 「不實資訊」與「侵害競爭者商譽」要件之適用關係



資料來源：作者自行整理

由以上討論可以理解，針對一項散布資訊以妨礙競爭者從事競爭活動之行為（前述第一之情形），公平會將侵害競爭者商譽之行為歸類為「顯失公平」之類型。反面來說，若該行為「不足以侵害競爭者商譽」時，將認為其不構成顯失公平。由此可以得到，在以損害對手為目的之阻礙競爭類型中，「不足以侵害商譽則不構成顯失公平」之結論。

但另一方面，在前述第二之類型中，公平會又認定事業散布一項不足以侵害競爭者商譽之不實資訊之行為，同時構成「欺罔及顯失公平」之要件<sup>146</sup>。因此，在以損害對手為目的之阻礙競爭

<sup>146</sup> 參閱如行政院公平交易委員會公處字第090025號處分書；行政院公平交易委員會公處字第095011號處分書。之所以特別強調其不影響競爭者之營業商譽，應是因為若一行為會產生「侵害競爭者商譽」之結果，同時又具備「不實」要素時，此行為將構成公平法第24條營業誹謗，根本無須適用第25條規定。

類型中，「不足以侵害商譽仍構成顯失公平」。

固然可以理解公平法第25條因適用的案例類型眾多，因此在不同行為類型中針對「欺罔」或「顯失公平」可能有不同解讀之需求。但是僅在單一「散布資訊以妨礙競爭者從事競爭活動行為」之類型中，對於同樣的「顯失公平」之要件，卻同時適用於兩種截然不同的行為：在第一之類型中，「顯失公平」之解讀係以侵害商譽為前提；但在第二之類型中，對「顯失公平」之解讀，則不以侵害商譽為必要。如此條文理解，將使得概念條款的適用變得更加紊亂不清。

若從使用「顯失公平」之實益來看，主管機關是否有強調此一顯失公平之意圖？在同時構成「欺罔及顯失公平」之案例中，是如何說明此一顯失公平之內涵？以公處字第105080號處分書為例，就顯失公平之論述只是錦上添花般「前述行為係屬以欺罔行為，使競爭對手產品自平台下架，達成不公平競爭之結果，核已構成欺罔及顯失公平之行為」說明其構成理由<sup>147</sup>。公平會並未分析顯失公平之具體內容，只是強調欺罔行為可能產生不公平競爭之結果而已。但構成「欺罔」又具有不公平競爭性質之案例甚多<sup>148</sup>，並非在所有類似的欺罔案例中皆會強調其同時構成「欺罔及顯失公平」。惟獨在本類型中強調同時具有「欺罔及顯失公平」之性質，似乎也看不到其必要性。

從而，在一種行為類型中對於顯失公平若有過多不一致的觀點，將造成說理上的窘迫，實務操作上也看不到同時強調「欺罔及顯失公平」之必要性。為了能有首尾一貫的解讀，較為恰當的方法應是在目前歸類於「欺罔及顯失公平」之不實資訊類型中，

<sup>147</sup> 公平交易委員會公處字第105080號處分書。

<sup>148</sup> 參閱廖義男等，前揭註8，頁445-450。

僅論究其「欺罔」之責任即可<sup>149</sup>。

## （二）利用難以判斷真實性之資訊侵害競爭者商譽： 顯失公平

### 1. 並非僅限於智慧財產權之侵權資訊

承前所述，被歸類為僅構成顯失公平的案例，事業所散布之侵權資訊皆非為不實之資訊，而僅是交易相對人難以判斷其真實性之資訊。

在最高行政法院90年度判字第653號判決金健實業案中，法院即曾經指出判斷是否侵害權利，需專業及複雜之鑑定技術與能力，除非是經過權責機關認定，否則一般經銷商或消費者無法自行判斷其所販賣或購買之產品是否侵害他人權利。由於一般經銷商或消費者因無法判斷專利權之範圍、如何侵害其專利權，因此此種資訊之散布「易導致經銷商為免訟累，未進一步究析專利紛爭之真偽，即以停止買賣因應」之結果，而產生不公平競爭<sup>150</sup>。

但何種情形下可能構成此種資訊？從公平會所訂定之警告函處理原則來看，關於競爭者侵害智慧財產權之資訊，似乎是最受關切的範疇。但由第25條處理原則第7點第2項第1款來看，第1目與第3目皆僅以「散布競爭對手侵權之言論」表示其行為態樣，僅有第2目明確指出適用於「侵害智慧財產權」。由此可知，散發資訊的內容並非僅限於智財權之侵害，若屬於其他權利侵害之行為，最終足以導致競爭者商譽受損時，皆可藉由此一規定加以禁止。

<sup>149</sup> 必須注意的是，若是事業複數行為個別涉及欺罔或顯失公平，而該複數行為在同一個案件中受到究責時，當然不能排除在一個處分中同時涉及欺罔及顯失公平之問題。

<sup>150</sup> 參閱最高行政法院90年度判字第653號判決。

在實務案例中，也有指稱競爭者品質低劣<sup>151</sup>、違反藥事法規  
定之案件<sup>152</sup>，公平會之處分皆受到行政法院維持。由此也可再度  
確認，公平法第25條所關切之資訊，並非僅侷限在與智財權侵權  
訊息有關之範疇。

## 2. 主要類型：仍是與智慧財產權有關

但公平會以往案例中，仍係以侵害智慧財產權之訊息為最大  
宗。因屬於侵害競爭者商譽之資訊而受到公平會處分，並受到行  
政法院肯定之類型，主要有兩種。另外，行政法院也曾經明確的  
表示，若並非指控他公司有侵權之行為，則不構成商譽之侵害。  
茲分述如下：

### (1) 就繫屬中案件以詆毀貶抑文字發函

在實務上最常見的藉由散布資訊妨礙競爭者從事競爭活動之  
行為，乃是以詆毀貶抑之文字散布競爭者涉及侵害智慧財產權  
(包含著作權、商標權或專利權)之情事。

在公處字第095158號處分書鴻海II案中，針對鴻海散布競爭  
者仿冒、剽竊、惡意競爭、企圖混淆市場、違法投機等資訊之行  
為，公平會一方面認為鴻海確實對於檢舉人提起訴訟且於法院繫  
屬中，因此鴻海散布之資訊並非不實<sup>153</sup>。但另一方面，公平會又  
認為此等資訊乃是「大量使用一般社會通念認顯足以詆毀、貶抑  
檢舉人商譽等非正面評價文字」，且該資訊可能是交易相對人無

<sup>151</sup> 例如，行政法院87年度判字第2006號判決。

<sup>152</sup> 例如，最高行政法院94年度判字第547號判決之百年康案。

<sup>153</sup> 參閱行政院公平交易委員會公處字第095158號處分書。由於鴻海曾  
因不同之行為先後兩次被認為構成以損害競爭者為目的之阻礙競  
爭，違反公平法第25條規定。本文中，稱先作成之第一則處分（行  
政院公平交易委員會公處字第085165號處分書）為鴻海I，後作成  
之第二則處分（行政院公平交易委員會公處字第095158號處分書）  
為鴻海II。



法據以為合理判斷<sup>154</sup>，易心生疑慮而與競爭者斷絕交易之資訊。在同案之北高行判決中，行政法院也同樣認為此一資訊足以詆毀、貶抑他人商譽且非正面評價文字，易使交易相對人心生疑慮<sup>155</sup>，顯見支持公平會之觀點。

## (2) 影射參與子公司侵害智慧財產權之行為

除了競爭者本身涉及侵權外，也有可能是以影射競爭者參與子公司侵害智慧財產權之情形。

在公處字第085165號處分書鴻海 I 案中，鴻海指出其競爭者台灣莫仕乃是聯盈電子之大股東，由於聯盈電子在當時受到鴻海指控涉及仿冒，因此台灣莫仕為聯盈電子大股東之事實可能使得交易相對人誤認台灣莫仕亦涉有仿冒訴訟，有與台灣莫仕斷絕交易之可能<sup>156</sup>。在處分書中，公平會指出台灣莫仕為聯盈電子大股東之事實有官方資料登記佐證，因此並非不實<sup>157</sup>。但公平會也認為鴻海「鴻海將依據相關證據與法律規定，來追查該公司股東有無涉及本案」之言論，可能使人誤認台灣莫仕從事違法行為，將使得競爭者之交易相對人產生疑慮而影響交易，故此行為違反公平法第25條規定<sup>158</sup>。在同案行政法院87年度判字第2366號判決中，行政法院也肯定公平會觀點，認為此一影射可能使得競爭者之交易相對人產生疑慮<sup>159</sup>。由此可理解，法院認為被影射作為股東而可能參與子公司之侵權，足以對於該股東之營業商譽產生影響。

<sup>154</sup> 相同意旨，最高行政法院90年度判字第653號判決。

<sup>155</sup> 參閱臺北高等行政法院96年度訴字第3936號判決。

<sup>156</sup> 行政院公平交易委員會公處字第085165號處分書。

<sup>157</sup> 行政院公平交易委員會公處字第085165號處分書。

<sup>158</sup> 行政院公平交易委員會公處字第085165號處分書。

<sup>159</sup> 行政法院87年度判字第2366號判決。

### (3) 若未直接指稱權利侵害：未必構成商譽侵害

若事業之行為並非散布權利侵害之指稱，則未必會構成侵害競爭者商譽之行為。

在公處字第088025號處分書貝恩案中，貝恩公司因認為惠群公司平行輸入之產品侵害貝恩公司之商標專用權，行文請家福公司說明係由何人供貨。然而，家福公司受到此函件影響，將惠群公司所有商品下架，造成惠群公司通路經銷商之損害。在公平會處分中，認為貝恩公司之行為已侵害競爭者之商譽。但同案最高行政法院91年度判字第361號判決中，法院認為貝恩公司僅係「懷疑其是否真品平行輸入，乃函請家福公司提供系爭商品之貨源，尚未指責系爭商品，已侵害原告之商標權」，因此撤銷公平會之處分<sup>160</sup>。

### (三) 不足以影響商譽之不實資訊：同時構成欺罔及顯失公平

承前所述，在現行第25條處理原則及公平會案例中，多數藉由散布資訊妨礙競爭者從事競爭活動之行為皆置於「顯失公平」之類型中；但若事業行為中，同時帶有「不實」之陳述時，實務上有將此種行為認定為同時構成「欺罔及顯失公平」之傾向。

關於此種類型之認定，主要可分為以下兩點。

#### 1. 欺罔行為：不具有權利者自稱為權利人

若侵權警告等信函之寄發，是由不具有權利者自稱為權利人所為時，由於該陳述具有不實之性質，故將被認為構成欺罔之要件。

例如，在公處字第105080號處分書奇游科技案中，手機遊戲

---

<sup>160</sup> 最高行政法院91年度判字第361號判決。

代理業者奇游科技向Google Play平台寄發警告信函，表示競爭者侵害自己之商標權，使得競爭者所代理之遊戲自平台下架。公平會認定奇游科技尚未取得商標權卻對該事項為不實陳述，造成競爭者之交易機會喪失，屬於以欺罔之行為使競爭者下架之行為。

## 2. 雖屬不實但不構成營業誹謗之可能理由：僅使競爭者受懷疑

若不實資訊足以影響競爭者之商譽，則有構成營業誹謗的問題；但公平會之所以僅以公平法第25條進行補充適用，是因為該等行為不構成使競爭者商譽受損之要件。為何此種類型的行為具有不實之性質，卻能認為不構成商譽侵害，在多數案件中往往未能明確說明。

在公處字第095011號處分書建準電機案中，公平會提供了一些可能的指引。該案中，台達基於專利權受到建準電機侵害而就建準電機之產品向法院聲請假處分，建準電機在台達實施該假處分後，於建準電機之網頁發布消息指出該假處分已受到撤銷，故產品生產銷售並不受影響。但實際上，台達所實施之假處分並未受到撤銷。

在該案中，台達向公平會提出檢舉時，除了公平法第25條外，也同時基於第24條提出檢舉。但公平會認為雖然建準電機之資訊可能引起誤認，但「尚不致造成一般社會大眾對檢舉人營業信譽產生貶抑效果」，因此不違反第24條規定。但另一方面，公平會又以此行為所公開之資訊，將使交易相對人誤信訴訟皆已撤銷，並對台達公司之專利權產生懷疑<sup>161</sup>。在本案之北高行判決中，法院也基於相同觀點維持公平會之處分<sup>162</sup>。

<sup>161</sup> 行政院公平交易委員會公處字第095011號處分書。

<sup>162</sup> 臺北高等行政法院95年度訴字第4284號判決。

由此可以發現，公平會認為建準電機之行為雖已造成競爭者受到懷疑，但此一懷疑尚不足以使競爭者之商譽受到損害，因此僅以公平法第25條補充適用之。但自建準電機案後，實務上並未有更進一步就「使競爭者受到懷疑」之基準有更多闡釋，故仍有待未來進一步的發展。

#### 四、無正當理由

對於侵害競爭者商譽的行為，雖然可能構成不公平競爭而影響交易秩序，但是若行為背後存在著正當目的時，未必有以公平法第25條規範之必要。關於正當理由是否存在，也是在現行警告函處理原則中，使用較多篇幅討論的要素（參閱警告函處理原則第3點、第4點）。

此一規範模式，可以理解為公平會承認基於智慧財產權之權利行使有其目的上的正當性，但是在手段的行使上必須合於一定的比例，故設下行使界線。然而，值得注意的是，除了智慧財產權外，以往行政法院仍有承認其他類型的正當理由，必須加以注意。本文以下，主要針對正當理由的類型、以及在賦予事業正當理由的法源依據進行探討。

##### （一）正當理由的事由：目的正當性範圍

在行政法院判決中，曾經作為正當理由受到討論者，有以下幾種類型：

###### 1. 智慧財產權正當行使

侵害競爭者商譽最典型的行為，即為發送警告信函。從現行警告函處理原則之觀點可以了解，公平會並不否認事業得於自身之智慧財產權受到侵害時，得基於權利人之地位依法正當行使其權利。換言之，認為即便主張智慧財產權可能侵害他事業之商譽，但該行為若具備正當理由時，並不違反公平法第25條規定。

## 2. 自我防衛之事實澄清

若事業是為了自我防衛、保護自身之商譽，而發出足以影響競爭者商譽之資訊時，此種行為也有可能被放入正當理由之有無進行分析。

例如，在勞力士案勞力士曾向公平會檢舉競爭對手均威公司刊登不實比較廣告，但在檢舉受到處理前即發信報社，除指出均威公司之鐘錶品質低劣外<sup>163</sup>，並要求報社不得再刊載相關廣告。公平會在處分書中指出勞力士之行為「主觀上已不僅止於澄清事實」、「不無逾越保護自己權利之必要範圍」<sup>164</sup>，在考量其市占率及商譽等因素後，認定其違反公平法第25條規定。

針對此一案件，行政法院並未否定勞力士基於自我防衛而為資訊宣傳之可能，但法院認為勞力士在信中並未提供資料或測試供報社參考、也未提及不實廣告之法律責任，僅一再針對均威公司之品質進行貶抑。因此，該行為之主觀意圖並非在於告知法律責任，「顯已逾越其保護自己權利之必要範圍」<sup>165</sup>。

由本案可以得知，法院並非認為事業在受到他事業攻訐時，不能基於自我防衛的意識進行事實澄清；相對的，使該行為具有正當性之重點在於，在進行防衛行為而可能對於他事業之商譽造成損害時，必須在保護權利的必要範圍內為之。

又在臺北高等行政法院95年度訴字第3149號判決新揚科檢舉杜邦案中，新揚科認為杜邦公司向韓國客戶提供之資訊，已足以造成自身損害。但公平會和行政法院皆認為杜邦之所以發函韓國

<sup>163</sup> 公平會認為為了自我防衛所為的事實澄清，並非基於競爭之目的所為的行為，因此並不認為勞力士之行為涉及營業誹謗，參閱行政院公平交易委員會公處字第086071號處分書。

<sup>164</sup> 行政院公平交易委員會公處字第086071號處分書。

<sup>165</sup> 行政法院87年度判字第2006號判決。

客戶，主要是因為新揚科向韓國客戶也曾經提供對杜邦公司不利之資訊，故杜邦有針對該資訊回應之必要，故不構成濫發警告信之行為<sup>166</sup>。由此可以得知，為了進行自我防衛而為之事實澄清，即便造成競爭者損害，確實可能被認為具有正當理由。

### 3. 制止違法行為

若事業發送警告函之目的，是為了使競爭者所為的違法行為受到停止，也有可能被視為是一種具有正當理由的行為。

在最高行政法院91年度判字第2385號判決百年康案中，事業以競爭者違反藥事法規定，製造及銷售未經核准查驗登記之產品，在提出檢舉並由地檢署函送偵辦後，又向競爭者之交易相對人發函，指稱該等違法行為之存在。在該案中，最高行指出，若事業對於競爭者交易相對人之警告函，乃在制止競爭者及其交易相對人違反藥事法之違規行為，尚難以其作為違反公平法之依據<sup>167</sup>。雖然在事實認定層次並不符合最高行所述之情形，但仍然提供了一個一般性的準則，值得參考。

## （二）正當理由的手段限制：手段正當性的要求

正當理由之主張有無理由，除了在目的上必須受到主管機關承認外，在「手段」上也必須合乎比例而不能逾越權利行使的正當範疇。關於此點最具體的展現，即為公平會也在警告函處理原則中，一方面雖承認事業得為了維護智慧財產權而造成他事業商譽之損害，但另一方面又針對智慧財產權之正當行使，設下「手段」上的先程序限制（第3點及第4點）。

另外，也可以發現最高行時以強調事業以警告函等手法主張

<sup>166</sup> 臺北高等行政法院95年度訴字第3149號判決。

<sup>167</sup> 最高行政法院91年度判字第2385號判決。



權利，將涉及是否「內容顯有過當」的問題<sup>168</sup>。雖然此一判斷，至今並無發展出更為明確的分析標準，但似乎可以認為其中隱含著比例原則、利益衡量的概念。

例如，在最高行政法院94年度判字第547號判決百年康案中，百年康公司對於競爭者產品所涉及的違法行為在發送警告函時，未注意競爭者西合公司同時銷售複數種類的產品，而在信中疏於明示涉及違法之具體內容，致使警告函指稱對象不當及於其他未違法之產品，而被法院認為不當<sup>169</sup>。由此可知，指稱競爭者涉及違法行為可能侵害其侵害，因此在手段的選擇上，也必須限制於合理必要之範圍。

### （三）主張正當理由之法律根據

若屬於權利正當行使等考量，指出競爭者在競爭上的不當之處，雖然可能對於競爭者之競爭活動產生影響，但此種行為對於交易相對人也會有所助益，從競爭活動的本旨來看也是值得期待的結果。但就法律根據來看，為何此種行為不構成違法行為？

現行實務上透過公平法第45條作為根據，將權利正當行使為目的之寄發警告函行為不納入公平法範疇<sup>170</sup>。就智慧財產權之權利行使而言，此一解釋固無不當；然而，基於自我防衛目的所為之事實澄清、基於制止違法行為目的之發函行為，同樣受到行政法院肯定其具有正當理由。此種情形下行為具有正當性之法律依據，可能難以適用第45條。剩下較有可能作為正當理由根據的選項，可能是將具有正當理由的行為解讀為不構成「欺罔」或「顯失公平」之要件。

<sup>168</sup> 臺北高等行政法院96年度訴字第3936號判決。

<sup>169</sup> 最高行政法院94年度判字第547號判決。

<sup>170</sup> 參閱司法院釋字第548號解釋，解釋文。

但若是僅將具有「自我防衛之事實澄清」、「基於制止違法行為目的之發函」等類型，以不構成欺罔或顯失公平處理；卻將「智慧財產權正當行使」仍基於公平法第45條論述其正當性，在條文適用上產生割裂適用的結果，欠缺一致性。因此，較佳的解決途徑應是全面藉由欺罔或顯失公平之要件進行解讀，第45條之規範精神則僅是作為說明正當理由之輔助，方能使得正當理由之判斷更為一貫。

## 五、執法建議

關於以損害對手為目的之阻礙競爭行為，目前公平會及行政院協力建構的法律規範體系，已簡述如上。關於未來執法上，關於此一類型之執法方向建議，主要有以下兩點：

### （一）法條要件的釐清

承前所述，在「以損害對手為目的之阻礙競爭行為」構成公平法第25條之欺罔或顯失公平之判斷上，公平會存在著不同的執法觀點。但此種區分在面對著營業誹謗的構成要件的夾擊下，以往的區分在論理上顯得左支右絀。本文認為，為了避免法律適用上的複雜、維持第25條要件解讀的一貫性，在「以損害對手為目的之阻礙競爭行為」中，應可更為嚴謹的區分「欺罔」與「顯失公平」之類型，避免在認定一項具有不實性質之欺罔行為時，同時適用構成「顯失公平」之要件。

### （二）正當理由的根據

再者，關於正當理由的論述，在現行法下往往強調智慧財產權行使的問題，而著眼於公平法第45條規定。然而，以往案例中也有完全與智慧財產權行使無關之案例，此種類型的正當理由並不能藉由公平法第45條說明。因此建議主管機關將正當理由的判斷回歸至「欺罔」或「顯失公平」之要件中進行說明，而以第45

條作為建立一項特定正當理由之法律根據即可。

## 陸、結 論

本文中，基於公平法第25條適用上之補充適用原則與類型化、體系化之需求，就其對於不公平競爭之補充適用進行分析。

在補充適用原則的指引下，本文一項重要的任務在於分析2015年修正及其後續相關處理原則修正，對於公平法第25條補充適用之範圍所產生之影響。此一討論，首先藉由第21條修正後之動向作為開端，指出在法律修正後有必要重新全面盤點現行法規範所發揮之功能，藉此省思舊法下藉由概括規定所處理之案例，在修法後有無回歸至個別法律規定之可能。

在此一問題意識下，本文中將討論延伸至2015年公平法第22條與第23條之修法所產生的變化。具體來說，本文認為第22條及其罰則、2017年第25條處理原則之修正，使得第25條對第22條之補充適用，在民事案件與行政處分中產生不同的規範解讀需求（亦即本文前述之「雙軌制」）。在此一影響下，公平會基於第25條規定就第22條進行補充適用時必須有所調整。另一方面，2015年增訂第23條規定，提供不當贈品贈獎行為之明確規範依據。然而，實務上對於此一條文的運用，仍較為保守，並未將以往藉由公平法第25條補充適用之中小學教科書選書行為所涉及的不當贈品贈獎，納入第23條之適用範圍。本文中，藉由舊法下適用概括規定的沿革進行回顧，並從對於此一執法轉變產生重要影響之日本法實務在近年來之轉變進行分析，省思將中小學教科書選書行為所涉及之不當贈品贈獎回歸至第23條之可能。

在公平法第25條類型化的需求下，本文中另一項重要任務在於釐清行政院對第25條之行為類型所採取之違法性判斷體系為

何。藉由行政法院之案例研究，確實發現法院針對第25條所補充適用之不公平競爭行為曾有建構其類型化之分析架構。由於2015年公平法第25條並未受到實質修正，因此除前述第22條與第23條相關之部分外，公平法第25條補充適用的範圍並未受到改變，在現行法下仍可受到沿用。主管機關未來於處理原則進一步修正時，也可透過這些規範體系使處理原則有更為明確地要件內容。

具體來說，首先，北高行在震安科技案中，以（一）非大眾化、具有特殊效能之物品、（二）不實促銷手段、（三）隱匿重要交易資訊建立「冒充或依附有信賴力主體」之分析判斷標準。本文中除指出該案之重要性外，並藉由以往案例之分析，使各要件內容更為具體。但由於此類案件中，是否隱匿重要交易資訊之判斷，涉及錯誤資訊應如何受到導正之問題，在實務上迭生爭議。本文進一步藉由與日本相關法制之比較，提供一些可能之參照。

其次，在2017年修正前第25條處理原則中，以行為類型具「使交易相對人誤以為兩者屬同一來源」等特性，說明「榨取他人努力成果」之違法性。然而，實務上也將資料庫之抄襲歸類為此類型，但很難基於相同論述說明此行為之不法內涵所在。本文中，藉由行政法院案例之分析，發現以往行政法院此種類型之案件中，擴張以往處理原則中之觀點，以利用他人努力「增加交易機會」說明此種行為之違法性。借重此一觀點，則可對於本類型之內容有更為完整的掌握。

最後，在以損害對手為目的之阻礙競爭行為中，可從行政法院之判斷中提取出散布行為、足以影響競爭者競爭活動之資訊、無正當理由之三項要件。特別值得注意者，乃是公平會以往有基於資訊內容之不同，區別「僅構成顯失公平」與「同時構成欺罔及顯失公平」之傾向。本文嘗試針對此一執法觀點進行解讀，但

發現此種觀點使得單一類型中之顯失公平要件的解讀過於繁複而欠缺一致標準。又在正當理由之判斷上，以往案例雖多涉及智財權之行使，但行政法院以往承認具有正當理由之情形，則並非僅限於此。因此，公平法第45條並非所有類型皆能全盤適用的法源根據，有調整之必要。

本文之討論，僅針對第25條就不公平競爭之補充適用的行為類型進行規範體系之釐清，藉此提供公平法第25條之行為類型能有更具體系的理論架構，以便未來實務執法能有更為明確之標準<sup>171</sup>。但不能否認仍有許多行政法院尚未有機會全面檢視其體系架構之行為類型，仍需仰賴未來實務進一步之發展。

# 中原財經法學

<sup>171</sup> 必須注意的是，類型化能使得各行為類型之規範內容更為明確，降低概括規定之不確定性，同時也才能監督政府公權力行使與法院觀點是否具有一貫性。但另一方面，概括規定本身就是為了因應法律漏洞而存在，不可避免地必須經常面對以往不曾存在的新型態案例，從而執法者也有因應個案創設新行為類型或突破既有類型之要件限制的需求。在這兩難之間，本文並不期待執法者僅是墨守成規，但在創設新行為類型或是突破既有限制時，應善盡其說明義務，完整闡明其擴張或突破之必要性或目的何在。方能針對此種進行觀察分析，避免公權力的行使流於恣意或缺一致標準。

## 參考文獻

### 書 籍

- 何之邁，公平交易法要義，自版（2020）。
- 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，經濟部智慧財產局，4版（2017）。
- 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第二冊），元照出版有限公司（2015）。
- 大元慎二編，景品表示法，商事法務，5版（2017）。
- 大元慎二、糸田省吾、河原純一郎、土橋治子、村千鶴子編，強調表示と打消し表示に関する景品表示法上の考え方：調査報告書の概説と関連分野からの考察・評価，商事法務（2019）。
- 今村成和、丹宗昭信、実方謙二、厚谷襄児編，注解經濟法 上卷，青林書院（1985）。
- 田中寿編，不公正な取引方法：新一般指定の解説，商事法務研究会（1982）。
- 田中誠二、菊地元一、久保欣哉、福岡博之、坂本延夫編，コンメンタール独占禁止法，勁草書房（1981）。
- 白石忠志，独占禁止法，有斐閣（2006）。
- 白石忠志，独占禁止法，有斐閣，3版（2016）。
- 村上政博、内田晴康、石田英遠、川合弘造、渡邊惠理子、伊藤憲二編，条解独占禁止法，弘文堂（2014）。
- 厚谷襄児、糸田省吾、向田直範、稗貫俊文、和田健夫編，条解独占禁止法，弘文堂（1997）。

### 期刊論文

- 王立達，智慧財產權侵權警告函妥適規範之再探討：從公平交易法之適用與專利主張實體防治立法出發，公平交易季刊，第24卷第4期，頁71-106（2016）。



- 何之邁，妨害營業信譽——以法國法為中心，公平交易季刊，第4卷第1期，頁1-27（1996）。
- 吳秀明、沈麗玉，競爭法制革新之整體規劃與藍圖，月旦法學雜誌，第228期，頁141-174（2014）。
- 吳秀明、沈麗玉，公平交易法關於廣告規範之最新發展，月旦法學雜誌，第241期，頁254-280（2015）。
- 吳翠鳳、劉久瑛，比較廣告適法性之研析，公平交易季刊，第2卷第4期，頁129-135（1994）。
- 陳志民，競爭法下之「資訊不對等」問題——以「法易通」及「丹堤加盟」案為例之分析架構，公平交易季刊，第22卷第2期，頁47-92（2014）。
- 許忠信，智慧財產權侵害警告函之比較法觀察——以美國法與德國法之比較為中心，公平交易季刊，第16卷第3期，頁53-106（2008）。
- 陳皓芸，不公平競爭規範與著名表徵的保護——論二〇一五年公平交易法修正後之相關議題，成大法學，第38期，頁1-51（2019）。
- 陳皓芸，商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題——以臺日相關法制比較為中心，公平交易季刊，第27卷第3期，頁85-141（2019）。
- 張麗卿，禁止營業誹謗之研究，公平交易季刊，第14卷第2期，頁1-38（2006）。
- 黃銘傑，國民中小學教科書、參考書市場競爭行為與公平交易法，公平交易季刊，第13卷第3期，頁1-39（2005）。
- 楊智傑，美國智慧財產虛假訴訟與我國智慧財產權不當行使之案例研究，公平交易季刊，第25卷第4期，頁67-132（2017）。
- 廖義男，從公平交易法談不實廣告，月旦法學雜誌，第309期，頁6-29（2021）。
- 劉孔中，公平交易法第二十四條之研究，公平交易季刊，第2卷第3期，頁1-30（1994）。
- 劉孔中，公平交易法對營業標誌保護之研究，公平交易季刊，第11卷

- 第2期，頁1-39（2003）。
- 劉孔中，關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議——以Google為例，月旦法學雜誌，第235期，頁69-92（2014）。
  - 劉姿汝，論日本不實廣告之規範與運用——兼論對我國法之啟示，公平交易季刊，第27卷第4期，頁105-156（2019）。
  - 公正取引委員会事務局取引部景品表示指導課，「景品規制の見直し・明確化に関する研究会報告書」について（概要）（景品規制の見直しと今後の方向〈特集〉），公正取引，第536号，頁8-13（1995）。
  - 公正取引委員会事務局官房渉外室，「第12回日米独禁当局意見交換」東京において開催される——公取委渉外室，公正取引，第455号，頁38-39（1988）。
  - 内田耕作，新聞特殊指定の見直し（2005年～2006年）と公取委のスタンス——市場主義の貫徹か他政策との調整か，彦根論叢，第385号，頁4-16（2010）。
  - 矢島基美，憲法からみる「教育と規制緩和」（特集 憲法学は「規制緩和」にどう向き合うか），法学セミナー，第619号，頁34-37（2006）。
  - 池田卓郎、田中修、永久雅也、奥居孝士，事件解説 義務教育諸学校で使用する教科書の発行者に対する警告等について[公正取引委員会平成28.7.6]，公正取引，第794号，頁68-73（2016）。
  - 村上政博，独占禁止法における判審決分析の役割（第18回）競争の実質的制限と公正競争阻害性——不公正な取引方法の見直し，公正取引，第687号，頁49-55（2008）。
  - 利部脩二，実務家のための景品表示法基礎講座-2-，公正取引，第466号，頁36-39、44（1989）。
  - 松本恒雄，消費者法学会の設立の意義と必要性（小特集=現代消費者法の潮流を考える——日本消費者法学会（仮称）の設立に向けて），法律時報，第80巻第5号，頁72-75（2008）。

## 專書論文

- ▶吳秀明，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，收錄於競爭法研究，頁1-130，元照出版有限公司（2010）。
- ▶廖義男，公平交易法實務案例評析，收錄於公平交易法之釋論與實務（第二冊），頁61-227，元照出版有限公司（2015）。
- ▶廖義男，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，收錄於公平交易法之釋論與實務（第三冊），頁206-244，元照出版有限公司（2017）。
- ▶廖義男，仿冒行為規範修正之評析，收錄於公平交易法之釋論與實務（第三冊），頁195-203，元照出版有限公司（2017）。
- ▶上杉秋則，規制改革と競争政策，收錄於バブル/デフレ期の日本経済と経済政策（第7卷）：構造問題と規制緩和，頁309-346，慶應義塾大学出版会（2010）。

## 研究報告

- ▶黃銘傑、廖本哲、許富雄、周恬怡、林靜芳，國民中小學教科書、參考書相關市場管理及公平交易法對其市場銷售行為規範之研究，行政院公平交易委員會委託之計畫成果報告（2004）。
- ▶廖義男、謝銘洋、范建得、黃銘傑、石世豪、吳秀明、王以國、顏雅倫、洪大植，公平交易法之註釋研究系列（二），行政院公平交易委員會委託之計畫成果報告（2004）。

## 摘 要

本文中主要從2015年公平法全盤修正以及歷年來行政法院判決所建構之要件體系作為出發點，探討第25條對不公平競爭之補充適用及其類型化之發展。

儘管公平法第25條在2015年修正時，並未有文字修正，但在補充適用原則下，公平法個別規定適用範圍的擴張，可能使第25條補充適用的範疇受到限縮。因此，本文試從2015年公平法及其後相關法規之修正（特別是第22條和第23條），分析第25條對不公平競爭行為之補充適用，是否有必要因應2015年修正而有所調整。

又第25條適用範圍之類型化與體系化，被期待作為一種降低概括規定不確定性之方法，有必要藉由掌握實務已建構之要件體系，以持續深化其發展。本文中藉由歷年來行政法院判決之分析，使第25條所補充適用之不公平競爭的違法性判斷之體系架構得以更為明確。希望藉此能使第25條之補充適用，有更為明確的判斷基準。

## **Supplemental Function of Article 25 of the Fair Trade Act in Unfair Competition and the Systematization of the Main Categories**

Yue-Jheng Niou

### **Abstract**

This paper investigates the scope of the supplementary application of Article 25 of the Fair Trade Act (the “Act”) in unfair competition at the background of major revision of the Act in 2015 and the judicial standards adopted by administrative courts over the years.

Under the principle of “supplementariness,” the expanded application scope of individual provisions of the Act may affect the scope of application of Article 25 of the Act. Therefore, this paper analyzes whether to adjust the supplementary scope of Article 25 to unfair trade acts, particularly in relation to the 2015 revision of the Act and the subsequent amendments of regulations and guidelines, if necessary.

The systematization and categorization of the supplementary applications of Article 25 are methods intended to reduce the uncertainty of general provisions. To achieve a better systematization and categorization, analyzing judgments of administrative courts is necessary. In this paper, leading judgments by administrative courts over the years are examined to identify legal elements of types of unfair competition stipulated by Article 25 of the Act. On the basis of this analysis, a better set of judicial standards for the supplementary application of Article 25 of the Act to unfair competition acts can be developed.

Keywords: Fair Trade Act, general provisions, supplementary application, unfair competition, exploiting the fruits of others' work, improper offerings of gifts or prizes, infringement warning letter, pretending or free riding on the credibility of another entity

# 中原財經法學