

公平交易法法源及其適用關係

呂榮海*

目次

壹、多重結構的法源論	參、同位階法源及其關係
貳、不同位階法源及其關係	肆、補充性因素

壹、多重結構的法源論

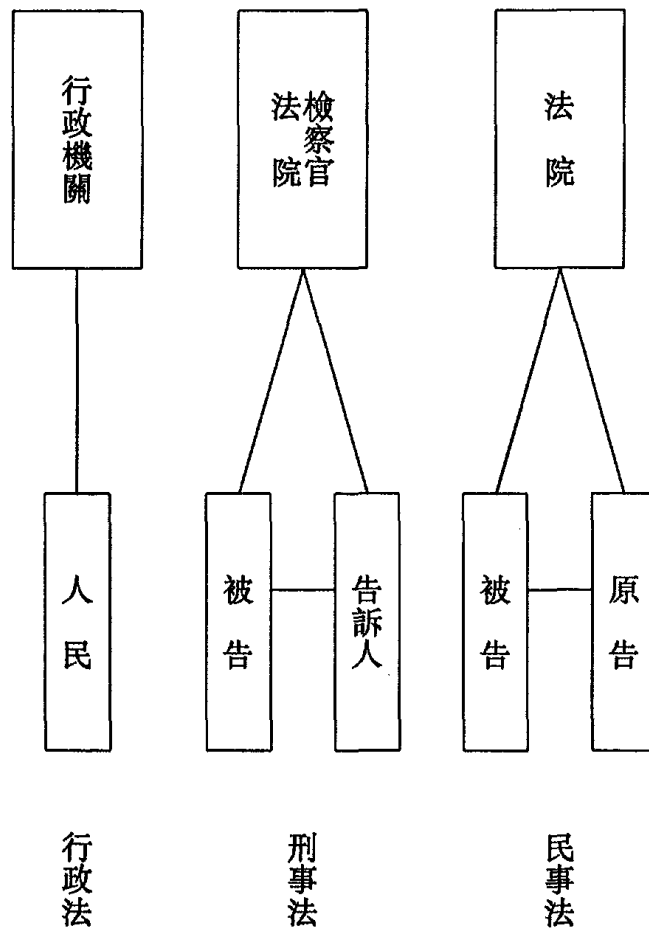
我們在執行或適用公平法時（適用其他法律時亦然），常提及「法源」（Source of Law, Rechtsquelle）或「有無法源依據」之用語，究竟什麼是法源？那些範圍內之規範可以當作法源？引用法源的功能及規則如何？都可能充滿複雜的問題。爲此，本文擬以公平交易法爲中心，探討有關的法源問題及其適用關係。

關於「法源」之意義，雖也可從「歷史的」、「法哲學的」或「法社會學」的角度來加以了解，但一般多從「法認識論」或「法的存在形式」的角度來理解法源，亦即：爲了具體認識、適用法律之目的，觀察「法」以如何之形式而形成或表現？「法官」或「行政機關」在適用「法」時，得依「什麼東西」（什麼規範形式）作爲裁判或行政行爲的依據（註1）？不過，這樣講，將主體以「法官」或「行政

* 台灣大學博士，曾任律師，現任行政院公平交易委員會委員。

註1.有關「歷史的」法源論，「法哲學的」法源論，「法社會學的」法源論、「法認識論的」法源論，詳參拙著「法源基本理論與勞動法法源」，載81年4月法學叢刊第37卷，第二期，第61頁以下。

機關」為主，未免過於忽視真正之當事人——人民或企業。實際上，在「刑法」或「行政法」之領域，法院或行政機關固然是適用法源之主角，但在民事案件，人民或企業可能才是適用法源之真正主角，故也有必要從人民或企業的角度來探討什麼是法源。且由於人民或企業的介入，在雙方當事人（人民或企業）與法院（或行政機關）關係之間形成三角關係，才足以促使該領域之法律特別發達及具有高度的實效性。

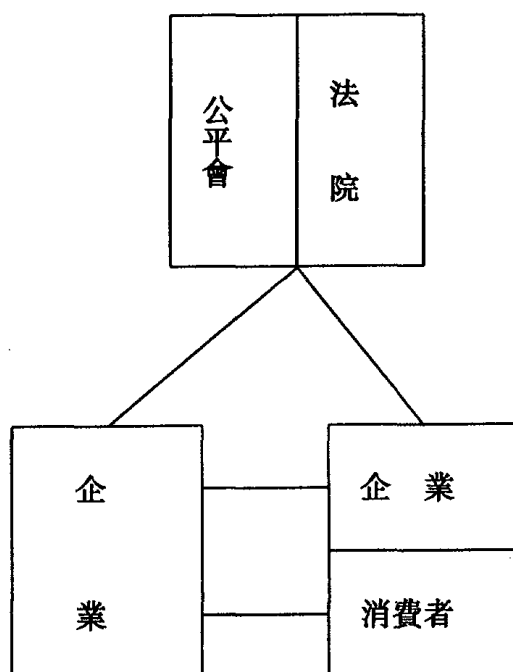


圖一

如上圖所示，在行政法領域，適用法源之發動來自於行政機關，普遍欠缺來自人民與人民間的執行力（只有上下關係），故執行率較低（法的實效性較低），反之，民事法（私法）之執行力來自人民與人民之間（原告與被告間是平等的關係），通常實效性較高。刑事法介乎其中，檢察官可提起公訴，被害人亦可提出告訴或

自訴，執行率亦高。

公平法同時具有行政責任、民事責任及刑事責任，依本文之見，將具有高度的執行力（法的實效性），其執行力的根源有主要來自於：①企業與企業之間②消費者與企業之間。



圖二

根據以上分析，可知：公平法之法源具有兩類功能：①裁判或依法行政之規範功能：即：統治機關如法院或公平會（行政機關）可以根據什麼規範來做成裁判或行政行為（含行政處分），②行為規範之功能：即事業根據公平法之法源，藉以判斷可以做或不可以做的行為，知所進退。

在法源之適用、引用方面，因涉及私法、刑法及行政法之不同領域，而有不同之方法或規則。如所週知，在私法之領域，法源之適用較為活潑，當存有法律漏洞之情形，可以用類推適用、目的性限縮等多種方法，來填補漏洞（註2）；反之，

註2.關於（私法）法律漏洞及補充方法，詳參黃茂榮，法學方法與現代民法，第303頁以下。

刑法因依據罪刑法定主義，注重人權之保障，故一般以為應禁止類推；至於行政法雖未明文規定類似的罪刑法定原則，但依法治國家原則，亦塑立了若干如依法行政、授權明確性等基本原則，故其法律適用及解釋，亦有一定之限制，難於類推。

公平法乃屬混合式、多種結構之法律，違反其規範之責任，包括民事、刑事及行政責任三種。是以就各責任之認定，應考量不同屬性之法律責任。分別依上開說明適用法律。茲分析如下：

一、民事問題與法源

相對於刑事問題、行政法問題，民事問題具有比較特別的法源論。在承認法律存有漏洞或不足的前提下，民法第一條規定「民事，法律未規定者，依習慣，無習慣者依法理」，承認習慣及法理得作為補充性的法源。此原則如何具體地落實於涉及公平法的民事問題上，乃值得注意。

例如，依公平法第18條規定，限制商品轉售價格之約定無效。法律文字只限於「商品」，並未及於「服務」或「專利、技術、know-How之授權生產產品」，因此，上游對下游就「服務」之價格或專利授權所生產產品之售價為價格之約定時，其約定是否「無效」？此問題在方法論上面臨兩個完全相反的邏輯：①無效：類推適用第18條，因為約定「服務」等之轉售價格之性質與約定「商品」之轉售價格相同；②非無效（有效）：反對解釋，因為公平法第18條未提「服務」等，認為公平法第18條僅適用於「商品」，有其規範目的與屬性而不及於「服務」，不能類推。本文贊成應類推適用，果如此，則公平法上民事問題之「法源」已不限於公平法表面上的條文或文字而已。

二、刑事問題與法源

在罪刑法定主義、保障人權之下，刑法之法源論最為嚴格，禁止類推適用。公平法第三十五條至三十七條設有關於濫用獨占地位、聯合行為、仿冒、不當多層次傳銷、毀損營業信譽、不公平競爭行為等有關刑事責任的規定。適用、解釋上述規定，應受罪刑法定主義、不得類推適用等原則之限制。因此，有關公平法第十條第四款「其他濫用市場地位之行為」，構成要件甚不明確，可能面臨罪刑法定主義之

挑戰（註3），法院於審判時宜在「故意」之要件上做審慎認定，以解決此疑義。

又如，違反第19條之刑事責任以「經中央主管機關命『停止』而不停止」為條件（第36條），則在中央主管機關命「改正」而不改正時，得否科處刑罰，亦發生困難。再者，公平法第七條關於聯合行為之類型以「等」字表示，過於概括，也發生違反罪刑法定主義的問題。

顯然，在刑事責任方面須嚴格地遵守「文義」範圍，和民事問題可以「類推適用」或依「法理」而規範，是截然不同的。

三、行政法問題與法源論

前已言之，法源扮演裁判規範之功能及行為規範之功能。

從法源之功能而言，法院在「不告不理」原則之下，法源對法院扮演裁判規範的功能，行政機關相對於法院之不告不理，行政機關必須主動、積極有所作為，因此，法源對於行政機關除了是「處分」人民之「裁判」規範以外，也是行政機關積極有所作為之行為規範。對於前者，主要是「干涉行政」或「秩序行政」之部分，應謹守較嚴格的「法律保留」原則，也就是所謂「涉及人民權利義務之事項應以法律定之」的部分（中央法規標準法第五條第二款），公平交易法第四十一條、第四十二條的規定屬之。後者其他積極有所作為之部分，屬於「服務行政」之部分，並不一定須要嚴格的遵守法律保留原則，「法律」以外之其他行政法法源，如行政命令、行政規則（如解釋）、行政慣例、法理均有可能成為法源（註4）。

因此，公平會於依據公平法第18條、第41條「處分」事業，應不及於約定「服務」之轉售價格，與民事問題得類推適用不同。甚至，因為公平法第18條並無像第19條、20條、21條等條文有「事業不得……」之文義，只規定「事業……應容許」，而引起違反第18條規定是否得依公平法第41條予以行政處分之爭論，惟最後多數

註3. 相同見解，劉紹樑，從意識形態及執行實務看公平交易法，載政大公平法學術研討會紀錄，第31頁。

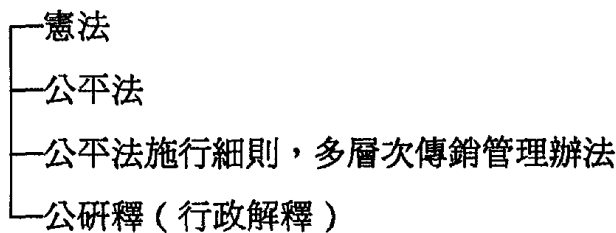
註4. 關於行政法法源（含成文法法源、不成文法法源），詳參吳庚，行政法的理論與實用，第35頁以下，陳新民，行政法總論，第64～88頁。

認為「應容許」也是一種作為義務之違反，和「事業不得」之不作為義務之違反一樣，仍應依第41條處分（註5）。

其次，公平會曾做過「查價」活動，將所知之價格結構向大眾公佈，顯非第41條之處分，係屬於其他的積極作為吧。

貳、不同位階法源及其關係

現代法源體系以一金字塔之模樣構成，依憲法171、172條規定，上下法源具有位階關係，應依「位階原則」（Rangprinzip）決定上下位階法源之適用關係，下位階之法源不得抵觸上位階之法源，以公平法為例，其位階關係如下圖所示：



一、憲法與公平法

憲法是根本大法，位於金字塔之頂端，自為公平法之最高法源。惟憲法對公平法產生如何之具體關係，在我國尚不明白。在德國，基本法確立了社會的市場經濟（社會國），有關競爭法即係實現社會市場經濟的內容之一。

依學理論之，我國憲法對公平法應有下列兩種類型的具體影響力：

1. 基本權利規定，尤其是平等原則，比例原則對公平法或執行公平法之影響，

註 5. 81.7. (81) 公處字第009號處分，81.7.10 (81) 公處字010號處分，81.7.10 (81) 公處字第011號處分，載行政院公平交易委員會公報（以下簡稱「公報」）第一卷第6期，第10頁以下。另有81.11.19 (81) 公處字第046號處分及81.11.24 (81) 公處字第048號處分，載「公報」第一卷第10期第35頁、第41頁以下。

例如，公平會在受茂、京雅違反多層次傳銷管理辦法之案例中，分別按其情況之不同程度之處分，對已報備者處四十萬罰鍰，對未報備者則處五十萬罰鍰（註6）。即有關案例之處分，應按情節為「平等」之處理。

2. 憲法中「國民經濟」條項對公平法之影響：例如，憲法第145條規定「私人資本之節制……」、第148條「貨物自由流通……」，可謂係公平法之基礎，因為有了公平法，上述憲法的規定，多了一種得以落實的途徑。當然，這些憲法規定算是「方向條款」，到底應做到什麼「程度」，是很複雜的事。另外，較覺得不易理解的是，憲法第144條規定「……獨占事業以公營為原則……」，具有相當深厚的「社會主義」思想，似與「公營事業移轉民營條例」及有關思潮有不配稱之處！不過，82年2月經公平會公告為獨占事業之名單中，倒是大部分是公營事業，公平法可以說突顯了憲法第144條之實然」（或實況），而獨占事業不得濫用其獨占地位（公平法第10條），算是對憲法144條之實然，做了一些平衡性的限制規定。

總之，憲法和公平法有十分密切的關係，值得研究公平法及憲法之學者作深入之研究，使其具體化、深化。

二、公平交易法

公平交易法本身是處理有關公平交易事項最根本的法源。除此形式的公平法外，另有許多實質的公平法，例如，農產品市場交易法第6條、藥事法第68條。

三、行政命令

現行有關公平法之行政命令有施行細則、多層次傳銷管理辦法等。依一般法規位階理論，法律不得抵觸憲法，行政命令不得抵觸法律。至其實際，即上述行政命令就其母法（公平法）具體化、明確化之範圍有多大？隱含著很深的學問。舉例言之，(1)施行細則第二十五條事業為不實之廣告，公平交易委員會得命其刊登更正之廣告，即命事業為一定作為義務。而國家或政府如要求人民為一定行為，須有法源之依據，此乃民主社會之基本原則。上開施行細則之規定，乃牽涉到公平法第四十

註 6.81.7.9 (81) 公處字第008號，載「公報」第一卷6期，第4頁。

一條……「命改正」之行爲，是否包括刊登更正廣告之方法，依吾人之見解，刊登更正廣告可屬命改正之方法，此即施行細則在不違背母法下，具體化、明確化母法之功能。(2)何謂差別待遇之「正當理由」？依施行細則第二十三條須審酌市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險及其他合理之事由等情形，此即屬具體化公平法第十九條第二款之規定。

另外，施行細則第二條對於「聯合行爲」也增設了「妨害市場場功能」等實質要件，具有具體化及「目的性限縮」公平法第七條關於聯合行爲之規定的功能。當然，其與母法即公平法第七條之間乃引起「緊張關係」，其是否逾越母法及是否有效之關鍵在於多數人對此規定，是否具有「合法的確信」？本文深信答案應是肯定的。

四、公研釋（行政解釋）

在公平會處理公平交易法業務的實務中，存有爲數不少的「行政解釋」，以「公研釋○○號」的形式，經過委員會決議，以公文函覆詢問之當事人，並刊載在公平交易委員會公報上，不管理論如何，這些「公研釋」的行政解釋，在實務上發揮了相當多的功能，它們不僅是公平會以公文函覆詢問的人民或相關機關，事實上也原則上成爲公平會處理類似事件之準則。

1.功能

從方法論而言，這些解釋函對公平法具有解釋、具體化的功能，其中，也有少數達到「法律補充」的功能，以下說明之：

(1)解釋、具體化的功能

公平法存有許多不明確的不確定法律概念，須進一步解釋或具體化。此項工作固然可透過案例之處分或裁判慢慢達成，但一時之間又不符法之可預測性的要求，所以，人民及有關機關遇有適用疑義，即函請公平會做成解釋，而對公平法發揮了解釋及具體化的功能。

例如，①真品平行輸入是否構成公平法第24條所稱「顯失公平」的行爲？公平會解釋認爲「……倘貿易商對於商品之內容、來源、進口廠商名稱及地址等事項以積極行爲使消費者誤認係代理商所進口銷售之商品，即所謂故意搭便車行爲則涉公

公平交易法第二十四條所定之欺罔或顯失公平行為（註7），即以「積極行為」作為分水嶺。又如，②「代銷契約」不適用公平法第十八條及第十九條六款（註8）。類似這些解釋，都具有決定性的重要性。

(2)補充、創造的功能

公平會所做成的「公研釋」解釋中，有的比解釋、具體化「跨了更大的一步」，到了可稱補充、創作的程度（註9）。例如：①在「華航旅行社」解釋案中，公平會認為「公平交易法第六條第一項所稱他事業，以結合時既存之事業為規範對象，故二以上既存事業共同設立新事業之行為，尚非該條規範對象」（註10），即以「既有之事業」限縮了「事業」的範圍，含有創造的性格。本案在決議過程中，討論甚多。

聯合承攬公共工程是否構成聯合行為？公平會亦做成解釋，認為因發包單位之要求，意圖不在限制競爭、個案承攬等條件下，不構成聯合行為（註11）。由於公平法第7條於文字上看不出「主觀要素」（目的是否在於限制競爭），上述解釋等於對外表上的聯合行為做了限縮，含有補充性功能。法律補充既須謹慎，又要不害怕為之，這樣，法律才有發展，又不致陷於人治，是一項高度藝術的工作。

由此可見，對於不同位階的法源，其適用關係雖應依「位階原則」（Rangprinzip）處理之，但例外的，如果碰到少數「法律補充」的情形，適用關係則不一樣，上位階的法源可能被下位階的法源「修正」甚至是「革命」了。

2.法源地位與拘束力

行政機關（含公平會）做成的行政解釋，其法源地位如何？有無拘束主管機關、人民之效力？應如何控制其不違法或違憲？

註7.公研釋第003號，載「公報」第一卷第六期，第6頁。

註8.公研釋第004號，載「公報」第一卷第六期，第7頁。

註9.在方法論上，法律解釋與法律補充的區別，詳參黃茂榮，法學方法與現代民法，第284頁。

註10.公研釋012號解釋，載「公報」第一卷第5期，第24頁。

註11.公研釋〇三一號解釋，詳細解釋內容，載「公報」第一卷第7期，第26頁以下。

關於行政解釋之法律性質，在行政法學上向來有「行政規則說」及「職權命令說」之爭論。（Vervaltungsvorschriften），乃行政機關就行政內部事務之處理規定不發生法規範效力之規定，對行政主體本身及人民不發生法規範（Rechtsnorm）之拘束力，對法官亦無拘束力，並且，因其非屬「法規命令」，不受違憲審查（註12），又有認為行政解釋令之性質屬於中央法規標準法第7條規定之「職權命令」，得由行政機關依職權逕行發布，不必法律授權，並且具有拘束行政主體本身及人民之法規範效力，但須接受違法和違憲審查（註13），按判斷某行政行為在法律上之地位，不能純從理論著手，應考慮其於實務上扮演之角色以及實務見解之態度，即行政解釋令在現行行政實務上既廣受援用，行政法院見解亦承認其具有「與法律相同之效力」（註14）。可見行政解釋在現行法制上實具有職權命令之地位（註15）。

本文認為，行政機關對於解釋，只有在行政機關或一般出版社將其編成公報成「彙編」時，人民始有知悉之餘地，故宜將其列為其內部之「行政規則」之地位，且從其形式而言，依中央法規標準法第3條「各機關發布命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則」之規定，一般所稱之「職權命令」只能採用此七種名稱，行政解釋顯非此七種，故不宜將解釋認為職權命令。

但，認定行政解釋為「行政規則」，實際上亦無法否認行政解釋之對內拘束力及對外拘束力。以「對內拘束力」而言，基於「公平」原則或「心理學」原因，行政相關除非變更解釋，否則均將依該解釋行政；以「對外效力」而言，行政解釋一經公開，即逐步喪失其純粹內部之性質，從一定方向誘導人民行動，產生行政指導

註12朱武獻，命令與行政規則之區別，收於氏著公法專題研究(-)，75年1月初版，第15頁；莊國榮，職權命令與行政規則之研究，台大碩士論文，75年，第150頁。

註13參見翁岳生，行政法與現代法治國家，第109頁以下。

註14參行政法院59年判字第148號判決。

註15以上見解及資料，參見林合民，行政解釋令之法律地位與司法獨立，載植根雜誌，3卷7期，第253頁。

之事實，並引起人民之信賴，使行政機關受「信賴保護原則」之拘束（註16），又對法院而言，行政解釋係法院裁判時「重要參考資料」，強烈誘導法院依之而為判決，但法院享有某種程度的「審查權」，就此關係，司法院大法官會議釋字第216號解釋曾作下列解釋：「法官依據法律獨立審判，憲法第80條載有明文。各機關依其職掌有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第137號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得依司法院大法官會議法第4條第1項第2款之規定聲請解釋。……」（註17）。

叁、同位階法源及其關係

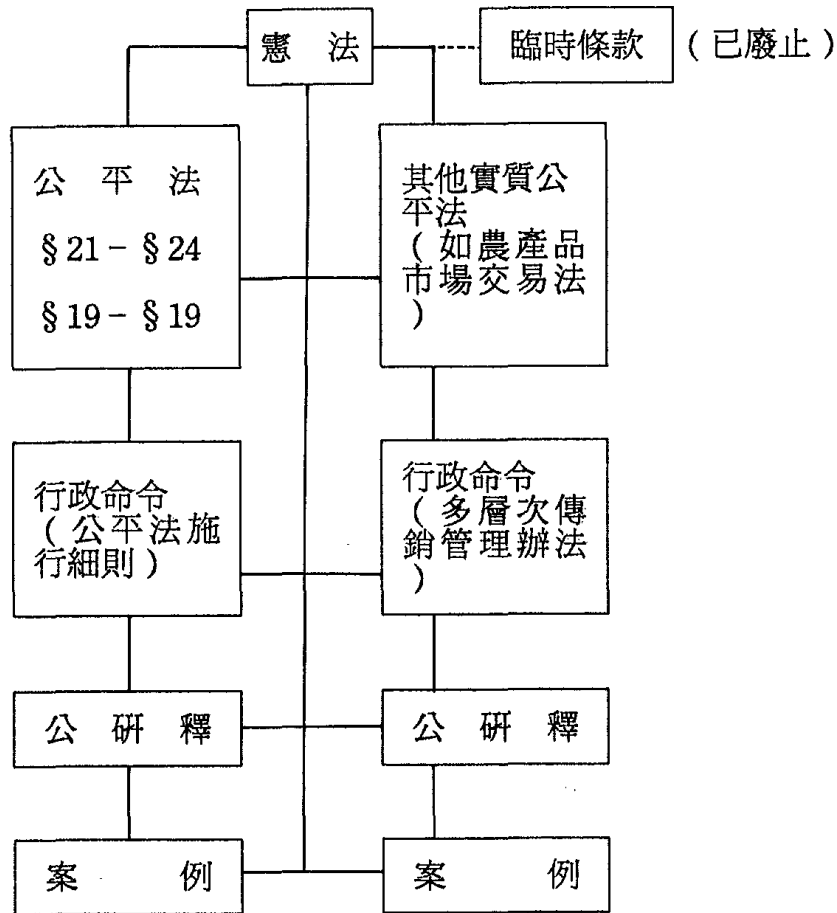
人們俗稱法律像網（法網），的確，除了有如上所述上下位階關係的法源外，在同位階法源亦存有多數法源的問題，必須在多數法源間決定其適用關係。根據一般法律適用理論同位階法源之適用關係，有二個基本原則，即「特別法優於普通法」原則及「後法優於前法」原則，此二原則於公平法同位階法源間之適用關係，居於指導地位。惟有時，何者為「特別法」、何者為「普通法」，並非十分明確。

一、公平法各條、款間之關係

公平交易法中各條、款間之適用關係如何？原則上如事業之行為分別符合各條、款之構成要件，則分別有各條、款之適用，構成競合。比較特別的是，公平法第二十四條與其他條文的適用關係如何？由於第二十四條規定「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他……」，因此，公平會多數人認為如果有其他條文適用即不適用第二十四條，例如，如構成第21條「虛偽不實或引人錯誤廣告」，即不再構成第24條，這樣既明瞭又簡單。

註16參見莊國榮，職權命令與行政規則之研究，第37～52頁。

註17就此問題，相關的大法官會議解釋另有137、173、191號解釋。



圖四

不過，於1993年3月應邀前來公平會講學的德國公平法學者 Schriker 則認為「個別構成要件具優先性，但並非窮盡的規定。無寧在每一方面均須經由一般條款補充，即使一個行為符合一個別之構成要件，只要該構成要件未窮盡地評價該行為之不法內涵，仍然可以適用一般條款作為補充（註18）」

本文先贊同這樣的見解，因為公平法第21條只有規範行為中「廣告」之部分，而整個行為中之其他部分行為，則仍有可能構成第24條。不過，因為德國不正競爭防止法第一條明確的係屬「概括條款」，而我國公平法第二十四條則未如此明確，仍有爭議。

註18.Schricker, Einführung in das unlauteren Wettbewerbs: Irreführende und unlaute Werbung S.9, 引自劉孔中，中譯，第4頁。

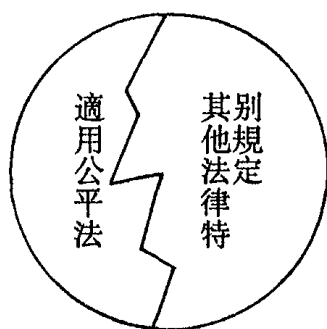
二、公平法與其他實質公平法

目前，大家所熟知的「公平交易法」（共49條）是形式上的公平交易法，此外，有些法律中的部分條文所規範的內容、宗旨，實質上與公平交易法相同，堪稱為「實質的公平交易法」，和形式的公平交易法具有補充的關係，二法都有適用，不生依其他法律排除公平交易法適用的問題。例如：①農產品市場交易法第6條規定「農產品之交易不得壟斷、操縱價格或故意變更質量，謀取不正當利益」，其規定不得壟斷、操縱價格與公平交易法禁止濫用獨占地位及聯合行為，有同向的目的二者可相輔相成，（同向關係），不可以視為依公平交易法第46條第1項排除公平法之適用。②藥事法第68條，藥物廣告不得以不正當方法為宣傳。

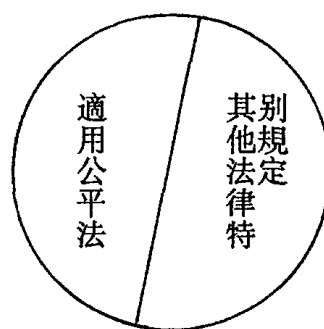
三、排除關係

1. 公平法第46條第1項

公平法為避免因與法律規定之目的之衝突，而造成適用上疑義，故於四十六條第一項規定自我設限，即如其他法律有特別規定，不適用公平法。而目前約計有上百種法律有特別規定，例如農業發展條例就有關果菜之運銷，規定農業部門得為產銷計劃之實施或其他調節供需之行為；汽車運輸業之客、貨運價，公路法規定由公路主管機關核定，菸酒之定價，依菸酒專賣條例，由財政部核定等。



圖五



圖六

惟上開特別規定，並非排除全部公平法之適用，而僅具有排除公平法某部分規定之效果。如前列舉之特別規定，多屬定價之行為，故僅排除公平法有關價格上之部分規定之適用，其他廣告或交易內容之行為，則仍受公平法之規範。質言之，公

平法第四十六條第一款之除外規定與其他法律特別之規定間，係屬犬牙般錯綜複雜之關係，如圖五，而非平行直線之絕對排除關係，如圖六。

2. 公平法第四十五條規定

依公平法第四十五條規定，行使著作權法、商標法或專利法之正當行為，不適用公平交易法。換言之，有關智慧財產權之特別規定排除公平法之適用。茲舉一例說明如下：就平行輸入之問題，公平會曾有原則上不違反公平法之解釋（參考公研釋003號）（註19），此乃僅針對一般商品而言。如商品本身具有智慧財產權，則須視智慧財產有關規定有無禁止平行輸入而定。譬如81年修訂之著作權法第八十七條第三款得否作為禁止平行輸入之依據，內政部早期採肯定看法，故禁止平行輸入，惟有學者持不同意見，後來內政部則改採不禁止平行輸入之解釋。因之，假設著作權法第八十七條第三款之規定係禁止平行輸入，即屬公平法第四十五條之特別規定；反之，則否，而仍有公平法之適用。此問題，一直是對美貿易談判之重大問題。在美方壓力下，立法院已於82年4月修正著作權法八十七條「原則禁止」著作物之平行輸入。

肆、補充性因素

之所以稱為補充性因素，係指是否為法源，尚有爭議，且一般多認其非法源，惟因其與法源具有相當之關係，即至少扮演補充性法源之地位，故吾人姑且以「因素」稱之。在公平法領域，這些補充性因素包括：

一、交易習慣

習慣在民法上具有一定之重要性，諸如許多條文規定有「……另有習慣……」等語（參考民314、369、372、373、378等規定），即足以證明。在公平法條文表面上雖看不出交易習慣之影響，惟實際判斷上，如第十九條有無「妨礙公平競爭之

註19.81年4月22日第27次委員會議，公研釋003號解釋，載「公報」第一卷第4期，第6頁。

虞」，須考慮二個因素：①正常商業之倫理性②經濟分析上對市場之影響，其中所謂「正常商業之倫理性」，即涉及交易習慣之問題，換言之，如經社會大眾認屬正當之商業習慣，即足影響公平法之解釋與認定。另公平法第十九條第三款之「利誘」，解釋上亦注入商業習慣之考量，如商業上常見之抽獎、贈品等促銷行為，是否構成「利誘」，須判斷是否符合社會一般人認同之正當商業習慣。因之，交易習慣實為執法上補充性重要因素。

在公平會案例中，就自由時報舉辦訂報六個月以上者，即可參加第一獎二千兩之黃金，而總獎額共一億五千萬元之抽獎活動乙案，公平會即以其抽獎獎額雖高，但自由時報市場占有率不到百分之一，此抽獎活動，尚屬小企業進入市場競爭之正當方法、手段，而認其符合商業習慣，不至妨礙公平競爭之程度，認定其行為不違反公平法。值得注意的，如係由大報所舉辦之同樣活動，則可能有不同結論。又如，有關出版業「業者對回頭看、清倉、低價拍賣及各種節日折扣優待，原係出版業界行之多年之商業習慣……」，公平會對之曾經解釋原則上不適用公平法(註 20)。

二、學說

學說係指研究法律之人對「成文法之闡釋、習慣法之認識、法理之探求」所表示之意見，依現行法律，學說不具法源地位，但仍具有相當地位之參考價值及影響力。在公平法上，學說不限於學者之意見，尚包括同業公會所提出之意見、建議，因其透過具體適用或補充公平法之準備過程中被充分討論，均可能被公平會採為形成公平法執行上之決定性因素。例如，公平會在認定政府機關是否為事業，對於獨占之公告得否訴願，均請學者、專家發表意見，並因此產生了決定性的影響力。政府機關的私法行為是否有公平法之適用，也斟酌了學者、專家的意見。還有，公平會辦理許多案件，也一再地開公聽會，廣徵各界意見，作為執行公平法的重要參考。

三、法理與外國法源

法理是各種法律的最後「泉源」，它的存在可說是無所不在，但又受法實證主

註 20.81.6.20 公研釋字第 019 號，載「公報」第一卷第 6 期，第 32 頁。

義的限制，不得任意爲之，故一般認爲它頂多只是補充性的法源，於法律解釋或補充（民事）過程中扮演指導性的角色。由於我國許多法律繼受自外國，因此，在法律實務上，尤其是民事案件，外國之法源有時被作爲「法理」而發揮了影響力（註21）。

這一些法理及外國法源的問題，基本上也存在於公平法。尤其，我國施行公平法之時日尙短，尙難有豐富的法理，所以，外國的立法例、判例、學說、法理常在不知不覺中發揮影響力。例如，美國法上「當然違法」與「合理原則」常在人們口中及文字中出現而發生影響力，問題是，必須注意在「技術」上如何融入我國既有的公平法體系中。比較特別的是，所謂「經濟分析」的觀點或「法理」，在實務上如何運用？例如，如何運用在公平法第十九條「妨礙公平競爭之虞」的解釋上？均須進一步演練，以逐漸形成穩固的法理，這些仍在發展中。

四、案例法

我國爲大陸法系國家，一般不認爲有所謂的「案例法」（Case Law），不過，在實務上，案例仍具有事實上的拘束力。在公平法也有此問題，目前尙少有法院判決先例，不過，公平會已做出許許多多「處分」或「不處分」的案例，對公平法的具體化或補充，具有相當大的功能，對日後相同的案例，有決定性的影響力，堪稱爲補充性的法源。例如，公平會決議認爲，已付訂金之房屋交易，如售屋人未予購屋人充分的審閱契約書條款，構成第24條「顯失公平行爲」（註22），對售屋行爲，有相當影響。引用案例，最重要的是要懂得「區別」的藝術。

註21.最高法院59年台下字第1005號判決認爲似非不可將外國立法例視爲「法理」而適用。有關本判決之評釋參見王澤鑑，比較法與法之解釋適用，收於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，第1頁以下。

註22.詳參（81）公處字第〇五三號，載「公報」第一卷第11期，第7頁以下。