

# 檢舉人就公平會未為處分的覆函 得否提起訴願

蘇永欽\*

## 目 次

### 壹、問題說明

- 一、因檢舉而開始的調查處分程序
  - 二、檢舉而未致處分的處理類型
  - 三、問題爭點
- 貳、覆函是否行政處分
- 一、機關基於職權
  - 二、就特定具體事件

### 三、為對外發生一定效果的單方行政行為

- 參、從處分的可能類型檢視
  - 一、否准處分
  - 二、確認處分
- 肆、有無「致」訴願人權益受損
- 伍、經濟法的補充觀點

行政機關因檢舉而調查有無違法事實，作成處分，從一般警察到稅務、環保、建管單位，莫不如此。但當檢舉人接到機關回函表示未對被檢舉人作成不利行政處分時，檢舉人若不同意可否據此提起訴願，則尚須就不同情形分別分析。行政院公平交易委員會在訴願程序上，除認檢舉人就所請求事項顯無訴願利益或已逾訴願期限外，原則上均肯定符合訴願要件，在所有政府機關中顯得獨樹一格，這是否意味公平交易法案件確有其特殊之處，值得深究。在最近公平會舉辦的兩場公聽會上，行政法與經濟法學者表示的見解都非常分歧，筆者七月訪歐一再以此請教競爭法機關的處理方式，發現類此問題在其他國家竟也頗有爭議，以下即先略述問題背景，

\* 作者為德國慕尼黑大學法學博士，國立政治大學法律系教授，現任行政院公平交易委員會副主任委員。

再分從行政法與經濟法角度分析，希望能對公平會此一實務的妥當性，全盤作一檢討。

## 壹、問題說明

### 一、因檢舉而開始的調查處分程序

作為公平法的中央主管機關，公平會處理與人民有關的行政事務依程序性質可概略分為許可程序（§§11-12、14-17）、公告程序（§§10、11、18）、報備程序（多層次傳銷管理辦法§3）與調查處分程序（§§13、26-27、40-44），其他或可歸類為非正式程序，包括諸如請釋、行政和解、行業導正或警示等程序。

此處討論的問題，性質上應僅限於調查處分程序，從公平法第二十六條：「公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理」，即知所謂檢舉必以涉及違法的行為為其對象，而以使公平會發動調查處分程序為其目的。且檢舉與「依職權」相對應，實務顯示絕大多數的調查處分程序是「依檢舉」而發動，雖然依職權主動調查的案件皆屬重大案件，作成處分的比例也相對較高（註1）。

### 二、檢舉而未致處分的處理類型

公平會因檢舉而開始調查，最後作成不利於被檢舉人的處分，固不在少。但更多情形是未作成不利於被檢舉人的處分，而使檢舉目的不達。公平會在統計上把檢

註1：截至今年八月底公平會共處理檢舉案件結案七、六七二件，其中作成違法處分者七〇四件，僅予行業導正、函勸改善或請行政機關配合辦理者二一二件，其餘為不處分或中止審理。而到六月底計共成立主動調查案件才一三九件，但均屬影響層面較大案件，投入人力多達九二四人次，舉辦公聽會或座談會計一零八場次，受查事業也有一、四六一家，且在結案的一三〇件中，作成違法處分的達七三件（處分事業一二三家），給予行業導正、函勸改善或請行政機關配合辦理的計二二件，而不處分獲中止審理的才三五件。

舉案處理結果區分為：「處分」、「不處分」、「行政處置」、「中止審理」、「併案處理」等五種，則未作成處分的情形顯可分為四種，其中行政處置主要是指函請主管機關配合辦理、函勸改善及進行行業導正，中止審理則是認所檢舉行為無涉公平法而應循民事管道處理，而併案處理顧名思義即知為單純行政上的併案（同一行為事實）。足見第二十六條所稱的「處理」實務上基於合理的考量確已發展出不同類型，但為使後面有關行政處分的分析在理論上更周延，還可再加入是否經委員會合議決定與其他因素，而完全不考慮統計上是否有意義（有些可能件數極少），把公平會因檢舉所作「處分」以外的處理，整理成以下幾種類型：

- a.根本不處理
- b.認為非屬公平法案件而由業務單位教示循民事爭議或刑事司法程序處理或逕移轉他機關
- c.雖屬公平法案件但認無涉公益而由業務單位教示循民事爭議程序處理（實務上此種類型往往會以 b. 方式處理）（註2）
- d.雖屬公平法案件但因與其他機關均有管轄權而由業務單位基於協調（公平法第九條第二項）逕移轉他機關
- e.屬公平法案件但事證尚不足以認定違法而由業務單位逕行決定不處分
- f.屬公平法案件但明顯未違法而由業務單位逕行認定不違法

註2：從公平交易法第二十六條文義即知，危害公共利益是違反公平法以外，要發動調查權或作成處分必須滿足的另一個「獨立」實體要件，也是區隔行政執行與民事執行的主要關鍵，不過公平會迄今實務並不嚴格論究此二點的不同，常將公共利益未至危害程度與無涉公平法的情形混同。事實上公平法第二十四條除了填補限制競爭法的漏洞外，當然也可以提供民事法院作為不正競爭法的概括條款，發揮類似德國不正競爭法第一條的宏大功能。也就是對欺罔或顯失公平但未至危害公共利益的行為，作為民事法院處理事業間或事業與消費者間的爭議、補充民法不足的衡平條款。因此只是不適合由公平會介入，尚非無涉公平法。就此公平會正在研究如何適當處理此類無涉公共利益的檢舉案件，使公平會與民事法院均能各自發揮最大功能。

以上六種情形除 e. 與 f. 外一般而言均未發動調查權，但一律經委員分案指導，由承辦處簽陳副主委與主委核判，且每月彙整統計後，於委員會議上提出報告。

g. 屬公平法案件但經委員會認定違法事證不足而作成不處分決議

h. 屬公平法案件但經委員會認定不違法而作成不處分決議

i. 屬公平法案件經委員會認定違法但因輕微或考量處分缺乏實益而作成不處分決議

j. 屬公平法案件經委員會認定違法但基於合目的性考量而決議以代替處分方式處理（行業導正、個案導正、函勸改善等）

以上四種情形均需發動調查權，調查權名義上屬委員會，實際行使則是在主任委員核定或委員會議指示下由承辦處為之。又，包括 b. 到 j. 這九種情形，公平會都會正式函復檢舉人處理情形。

### 三、問題爭點

在前述九種情形，檢舉人若以公平會的覆函為一行政處分，而向其訴願會提起撤銷訴願（註3），是否符合程序？公平會向來的做法，是除檢舉人於訴願顯無利益的情形，而以無理由或程序不合駁回外（註4），原則上均認為符合要件，而逕就該決定內容是否違反公平法作實質審查（註5）；若認為訴願有理由，即撤銷「

註3：由於公平會為中央層級的委員會，依訴願法第三條第七款，不服其處分者仍向原會提起訴願，不服訴願決定再向行政院提起再訴願。此一設計使行政院仍得在再訴願程序中以違法或不當為理由而改變公平會的決定，與公平法第二十八條強調的公平會依法「獨立」行使職權，是否扞格，一直是爭論的議題。公平會訴願會的組成依訴願法第二十六條也須包含至少三分之一會外人士，目前的結構除主任委員外，會外與會內委員人數均等（五：五）。

註4：如以原處分已不存在、訴願標的消失而認訴願程序不合，陸發公司訴願案（86）公訴決字第〇〇九號決定書可參，載於公平會公報第六卷第一期。

註5：即以今年八月二十六日公平會第一一九次訴願會審查的案件為例，檢舉人黃金朝訴願案是因公平會請其循民事途徑救濟，檢舉人吳文駿訴願案是因公平

原處分」，命公平會「另」為適法之處分（註6）。然而在以上九種情形，該覆函是否從形式與實質觀點來看均已構成得撤銷的「行政處分」？若從保障人民訴願權角度從寬認定，其性質又可歸類為何種行政處分，解釋上有無法理困難？或者覆函雖非行政處分，檢舉人仍得基於對被檢舉人的處分，以其為處分效力所及的第三人地位提起訴願？又該處分是否確已「致」訴願人「權利或利益受損害」（訴願法第一條）？實有待深入剖析。此外，性質為經濟行政法的公平交易法，是否應有何特別考量？以下即分別就這幾個關鍵點加以論述。

## 貳、覆函是否行政處分

究竟一紙覆函在法律上是否可解為一行政處分，應先從行政處分的法定要件來分析。依訴願法第二條的定義，構成行政處分的基本要件是：1、機關基於職權，2、就特定的具體事件，3、為單方發生一定公法效果的行政行為。第三項要件參考學者通說與行政院版「行政程序法」草案的定義，或可修正為：3、為可發生一定法律效果的單方行政行為。依次檢驗如下：

會認事證不足而由業務單位經陳判逕行回復不作處分，檢舉人朱士屏、趙芝娟訴願案是因公平會認顯然不違公平法而由業務單位經陳判逕行回復不作處分，檢舉人力嘉公司訴願案則是因公平會委員會議決議認被檢舉人未違法而不作處分。訴願會對以上四案都作實質審理，未以無行政處分訴願程序不合或無理由而逕予駁回。在公平會訴願實務上唯一曾以無行政處分存在而以程序駁回的例子，是屬於d. 案型的日商加農公司訴願案（公平會公報第二卷第九期）。

註6：比如在珠江公司檢舉捷運局案，公平會訴願會撤銷原「不處分」的處分命公平會重新調查若干問題另為適法處分，結果公平會仍作成不處分的決議（僅附帶警示），參（85）公訴決字第113號公平會決定書，載於公平會公報第五卷第十一期及八六年八月六日第三〇一次委員會議決議。

## 一、機關基於職權

公平會作為公平法的中央主管機關，對檢舉違反公平法者就檢舉事項有所回復，自不能說已逾越其職權範圍。此處唯一有疑義者，在於 b. 至 f. 的情形都是由業務單位逕行決定，雖經審查委員、副主委與主委的陳判，但未經全體委員的合議，每月僅有案件統計報告委員會議，亦不及個案內容，是否與委員會組織條例第十四條關於執行公平法「處分案」為委員會議職權的規定不合。從而覆函雖以公平會名義發文，事實上若非經委員會作成決議，即不得認為具有行政處分的地位。然而從法律安定性與人民信賴的保障觀點來看，以此一要件的不備而排除行政處分的存在，從而不許人民提起訴願，顯然過苛。故行政院版的行政程序法草案第九十四條已刪除此一要件，縱認公平會未經委員會議決議不得為有關公平法的任何處分，也只宜認為事屬內部程序的瑕疵，不影響其為行政處分。尤其在現行訴願程序尚無「確認之訴」的情況下，如不以此類內部程序瑕疵－包括重大程序瑕疵－不影響其為訴願前提的行政處分，對於人民的訴願權無疑將形成不合理的限制。故只要覆函形式上以公平會的名義作成，在 b. 到 j. 的情形都不能說未符合第一要件。

## 二、就特定具體事件

此一要件也因覆函都是針對特定檢舉事項而屬具體事件，通常應無爭議。但如檢舉者僅泛就業界一般現象提出質疑，行政上即可能當成一般「請釋案」處理，則該就抽象問題回答的覆函便不符合此一要件，不得認為是行政處分，此種情形較為罕見。

## 三、為對外發生一定效果的單方行政行為

覆函為單方行為，且為居於國家行政權作成，而非私行為，就此自無爭議。惟所謂行政處分與單純行政行為不同之處（德國課以義務之訴與一般給付之訴即建立在處分與事實行為的二分法上），在於其為一有法律拘束力的規範，命令為一定作為或不作為，設定、變更、廢止或確認一定的權利或義務，須有處分的「意思」，乃至「形式」。縱以要式或非要式僅涉處分的效力，仍不能否認作為處分核心要件的意思若不具備，即根本無處分。但主觀命令意思的有無，終究還是要從其「表示

」中認定。公平會對於違反公平法所作的處分，自始即採嚴格的書面定格，記載被處分人、主文、事實、理由、處分機關、文號，並教示救濟方法、期間及受理機關（註7）。不僅這種待執行的命令處分如此，同樣屬於不利行政處分而可為撤銷訴願標的不許可決定或部分不許可決定，也都採書面定格，「決定書」詳載申請人、申請事項、許可內容（部分許可決定則含不許可內容）、理由、處分機關、文號，並教示救濟方法、期間及受理機關（註8）。相對於此，公平會給檢舉人的覆函內容通常相當簡略，不分主文及事實理由，且未教示救濟方法，從而若認為公平會在b.至j.的情形，其覆函均無對檢舉人為不利處分的意思，而只是「通知」其處理結果，應屬較為合理的認定（註9）。

---

註7：所有對違法行為作成的處分與許可決定都刊登公平會公報，其形式自始即已統一，可參閱各期公報；公平會就處分書撰寫方式並不斷研究改進，可參見「行政院公平交易委員會處分書主文之撰擬原則」、「有關本會處分對象之主體及其表示方式」等內規，載於「執行公平交易法之內規及解釋彙編」，八十六年三月，頁五三一以下。

註8：由於申請許可案多經由非正式諮詢程序而事先排除不合法者，截至目前公報上尚未見任何不許可的決定書，但部分許可部分不許可的混合處分則不少見，如信用卡業務聯合行為許可案，載於公平會公報第四卷第一期，頁三五以下。且多數許可決定都附有限制或負擔，因此許可決定書上多仍有訴願途徑的教示。

註9：德國法院實務也每從書面的形式與內容去推論機關有無為處分的意思，BGHZ51, 61 (63)一案中，法院便認為邦卡特爾廳對檢舉人要求認定被檢舉人濫用獨占地位一事所作不擬進行調查的覆函，從其信函的形式與內容而觀，均顯示並無為處分之意，從而僅為單純意思通知。既無可以撤銷的行政處分，則該訴願在程序上應視為課以義務的訴願（Untätigkeitsbeschwerde），而非撤銷訴願。事實上不止在卡特爾法領域，各種形式的事實行為已在德國行政法不同領域大量出現，其重要性也受到愈來愈高的重視，可參Brohm, DVBl., 1994, 133ff.。

惟從保障人民訴願權的角度來思考，則行政機關處分意思之有無，似又不能做過度的強調，在目前行政救濟仍僅限於撤銷之訴的情形，尤其不能不多從客觀法律效果的角度再加審酌。公平會的訴願會歷來皆引用行政法院兩號判決為認定行政處分存在的法理依據：七七年判字第二〇五四號與七九年判字第二〇六一號，核其意旨，即不外強調：「行政機關對於人民請求之事項，雖未為具體准駁之表示，但由其敘述之事實即理由之說明內容，如已足認其有准駁之表示，而對人民發生法律上之效果者，自難謂非行政處分，即得為行政爭訟之標的」、「原告請求撤銷關係人申請註冊之系爭著作，被告機關函復其礙難辦理，此項函覆，實不能不認為係對原告所為之消極處分，應非不可對之提起行政爭訟」。故在前述 b. 到 j. 的九種情形，是否全部或部分仍可從其法律效果推論行政處分的存在，尚須就可能涉及處分類型分別加以分析，再作認定。

## 參、從處分的可能類型檢視

行政處分的類型，若從效力的觀點來區分，則依規範內涵可得命令（befehlender）、形成（gestaltender）與確認（feststellender）三種，依對被處分人權義影響則可得受益（begünstigender）與不利（belastender）兩種（註10）。命令處分要求被處分人為一定行為，公平會對違法者所作處分皆屬此類，上述 b. 到 j. 皆為對檢舉人的覆函，顯然不可歸於此類；而單純受益處分，也不得由被處分人提起訴願。故此處可以考量者，為覆函實質上可否認為是一對檢舉人不利的形成處分或確認處分。又由於覆函的對象雖是檢舉人，內容卻都是關於被檢舉人的行為，因此可能存在的處分，不外否准對第三人處分聲請的處分，與確認第三人違法或不違法的處分，分別檢視如下。

### 一、否准處分

---

註10：參閱 Weides, Peter, Verwaltungsverfahren und Widerspruchs-verfahren, 3 A., 1993, S.34。

人民請求國家機關為一行政處分，機關不確答或不准其所請，如不待執行即發生一定法律效力，性質上當可歸類無為不利的形成處分。此一處分以人民有請求權為前提，若無請求權，自即無「准駁」問題，也就無從認定有何行政處分。於此行政法院的一貫見解可說十分明確：「官署所為單純的事實敘述或理由說明，並非對人民之請求有所准駁，既不因該項敘述或說明而生法律上之效果，非訴願法上之行政處分，人民對之提起訴願，自非法之所許」（六一裁字第四一號判例）。然而此一請求權是否存在，在法有明文時固無問題，法律若未明確規定，是否仍可就一定公法關係解釋認定人民得為一定請求，則不無疑義。人民依公平法所為檢舉，可否認為就是公法上的處分請求權，首先即有辨明的必要；如若不是，是否還可從公平法其他規定推導出請求公平會為處分之權，則尚須進一步的探討。

#### (一) 檢舉為請求機關對第三人處分之權？

公平法第二十六條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理」，此處的檢舉可否認為是人民對公平會的請求權（Antragsrecht），請求對第三人作成處分，從而公平會於調查第三人確有違反公平法情事時，即有對第三人作成處分的義務；於調查發現第三人不違法時，亦應為否准請求的處分？不無疑義。

僅從檢舉與職權的對立而觀，很容易得到一個印象認為公平會對於違法行為的處理有兩種程序，一依他人的檢舉而導入（Einleitung），一由公平會主動發動；導入或發動的程序指的都是調查，調查結果如果確認違法，則作成處分。行政程序因人民請求而導入的，在管制行政與給付行政都十分普遍。但一般而言，這時候有請求權的都限於符合一定條件的特定人，而非任何人；請求的內容則多為一形成處分，即可生權利義務的設定、消滅或變動效果的處分，而非命令處分；且鮮有同時容許由機關主動發動此一程序的。以公平法而言，事業向公平會申請結合或聯合的許可，即其典型。

但把公平法第二十六條的檢舉，解讀成這樣的請求權，很明顯的會格格不入。首先，法律顯然無意限制檢舉的主體，任何人皆得向公平會提出檢舉（註11），完

註11：依過去所作的比例，檢舉比例最高的是一般民衆，其次是公司行號、公會、

全不需要與檢舉事項有何利益瓜葛，因此很難把檢舉和一般公法上的請求權這兩件事連在一起。其次，檢舉的目的是要公平會作成一命令性質的裁罰處分，而非形成處分；且公平會也可以不待檢舉主動發動此一程序，縱使利害關係人全無追究之意，公平會的主動調查權仍不受其限制。事實上公平會因檢舉而發動的調查，在範圍上也無須受到檢舉事項的限制。然而與一般請求權最關鍵的差異，還是在於「危害公共利益」的判斷，此一認定不僅是作成處分的先決要件，正確解釋應該也是發動調查的先決條件。且不只機關主動發動調查要受公共利益的限制，依檢舉而發動調查文義上也不能省略公共利益的審查。換言之，檢舉實際上並不當然「導入」調查程序，而只是促使機關去作公共利益的審查，和公平法上的申請許可程序當然因申請而導入調查，公共利益的因素僅於作成處分時才加以考量，大不相同。因此嚴格言之，一如文字上也把「依職權」與「因申請」並列的德國卡特爾法第五十一條，其通說與實務都認為申請不包含檢舉不法的情形，檢舉實僅為發動調查程序的建議（Anregung），「由於檢舉」（durch Antrag 而非 auf Antrag）所發動者，本質上仍為職權程序（Amtsverfahren）（註12）。公平法第二十六條規定的檢舉非概

政府機關、財團法人、民意代表等。

註12：德國限制競爭防止法第五十一條第一項規定：「卡特爾機關依職權或因申請而導入行政程序」（Die Kartellbehörde leitet ein Verfahren vom Amts wegen oder auf Antrag ein.）並未區分行政程序的性質，因此和我國公平法第二十六條限於違法處分程序在範圍上不同。依通說與實務，所謂依職權當然包括機關主動及由於人民申請（Antrag）而發動，真正因申請而自動導入的，則只限於嚴格意義的有「申請權」（Antragsrechte）的情形，應採「列舉主義」（numeris clausus），大體上都只在該法明文規定由卡特爾機關為許可管制的情形，如第四、五、六、七、八、十一、十四等有關聯合行為例外許可，第十七、十九條有關垂直限制約款效力的管制，第二十條有關智慧財產權契約效力的管制，第二十四條有關結合許可，第二十七條、二十八條有關對經濟結社會員加入與自律公約的管制，第三十八條之一有關「建議價格」的管制等，而不包括任何對違法取締的事項，凡違法取締事項一律為職權

括的請求權，而是與一般秩序法上的檢舉一樣，只是單純對執法機關提供資訊，當其由人民為之時，可認為是請願權的一種行使方式（基於公共利害或權益維護，請願法第二條可參）。行政機關對於請願有將其處理結果通知請願人的義務，但既非具體的公法請求權，即無就其請求為具體准駁的義務，其唯一的義務就是為一定的回應。就此而言，公平會對檢舉人的覆函即不得解為對處分請求的准駁，而當然為一行政處分。既無請求權而為請願性質，公平會的覆函亦已踐行其程序義務。即在違反請願法而完全未處理的情形（案例 a.），也不得提起訴願（註13）。

## (二)就其他法律規定來認定請求權存在

公平法第二十六條雖不得作為人民請求公平會行為的請求權基礎，已如上述，但是否仍可從其他法律規定的性質與目的解釋出此一請求權，而國家亦有為准駁處分的義務；且被請求機關縱未具體准駁，仍得由其「敘述之事實及理由之說明內容」認定為准駁的處分（七七年判字二〇五四號判決），或為訴願法第二條第二項所規定的消極（視為）行政處分（七九年判字二〇六一號判決），值得作進一步的探討。

事實上公平會所引據的以上兩號行政法院判決，原告當初向行政機關提出請求，就都沒有明確的法律基礎。七七年判字二〇五四號判決的原告請求財政部證管會否准其為股東的第三人公司撤銷公司股票公開發行的申請，七九年判字二〇六一號判決的原告請求內政部著作權委員會撤銷第三人的著作權註冊，但在證券交易法與

---

程序，適用便宜主義，非如申請程序當然因有申請權人申請而導入，可參閱 Junge, in : Müller-Henneberg/ Schwarz, *Gemeinschaftskommen-tar*, 4A., 1980, § 51, Rn.9; Schmidt, Karsten, in : Immenga/Mestmacker, *GWB-Komm.* 2A., 1992, § 51, Rn.2ff.。

註13：在我國，行政機關可能會受到民意機關的譴責，監察機關的糾正，乃至輿論的聲討。在德國，則許可民眾向其上級機關以非正式的方式提出「監督訴願」（*Aufsichtsbeschwerde*），僅要求其為內部行政的控制，不審理案件實質內容，並非真正的訴願，參 Schenke, Wolf-Rüdiger, *Verwaltungsprozessrecht*, 5A., 1997, S.1。

著作權法中都沒有此一請求權的規定。被告機關顯以請求權不存在，而未為具體准駁的規定，僅函復說明未處分的事實理由，或表示礙難辦理。行政法院竟仍認定有否准處分或消極行政處分的存在而撤銷一再訴願決定，論理上顯已認定原告有請求權而被告機關則有處分義務。判決主文雖如一般撤銷之訴僅撤銷一再訴願的決定，實質上則要求訴願機關實質審查重作決定，程序的終局目的還是要被告機關依原告請求作成處分（註14）。

然而法既無明文，行政法院對於何時可認定當事人有請求權，從而被告機關的覆函亦可解為一否准處分而給予行政救濟，不能不提出較為清晰的法理基礎。從六一年裁字第一三七號判例否定檢舉人有請求權即知，並非所有基於本身利益向行政機關請求對第三人為一定處分，行政機關都有為處分的義務：「查政府拆除違章建築，旨在謀求公共利益，非為保護土地所有人之私權，故違章建築之所有人或使用

註14：此一訴願與訴訟程序的性質，顯然已非一般理解的撤銷之訴。訴願人所請求者，不僅為否准處分（七七年判字二〇五四號判決）或消極處分（七九年判字二〇六一號判決）的撤銷，更重要的是依其請求對第三人另為處分。故嚴格而言，此一訴願及訴訟程序本質上實為課以義務之訴。德國行政程序法上的課以義務之訴（Verpflichtungsklage），本來就有行政機關未處分而請求處分的「不行為之訴」（Untätigkeitsklage），與行政機關否准處分請求的「行為之訴」（Vornahme- od. Versagungsgegenklage）之分。前揭七九年判決性質上可歸類為單純不行為之訴（惟德國並無消極行政處分的概念，故無須先「撤銷」此一處分），七七年判決則可歸類為包含撤銷與另為處分的行為之訴，可參閱 Kuhla/Hüttenbrink, *Der Verwaltungsprozess*, 1995, S. 75ff.；Schenke, Wolf-Rüdiger, 前註14, Rn. 263f.；我國目前在尚無課以義務之訴的情形下，藉撤銷之訴的程序實質上擴張為課以義務之訴，從保障人民訴願權的角度或有其合理性，就此可參陳秀美，行政訴訟上有關行政處分之研究，七十八年，頁六三八；王和雄，論行政不作為之權利保護，八十三年，頁三四八。但未來通過行政訴訟法修正增加訴訟類型後，即不能不在程序性質上嚴格區分。

人，認為拆除違章建築之處分為違法或不當者，固得請求行政救濟，而土地所有人則不得因主管官署不為拆除處分，提起訴願或行政訴訟」。比較此一否定的判例和前述兩則肯定的判決，僅從其簡略的論述，還很難看出足以區辨的法理。在前兩號判決中原告請求機關作的處分，是否完全無涉公益亦頗值懷疑。較明顯的不同應在於，行政法院肯認為「否准」處分的回函，其否准者剛好都是「形成處分」，即在七七判字二〇五四號判決，否准當事人請求「禁止」（實為「否准」）其為股東的公司撤銷股票公開發行，被告機關依行政法院判決卻仍為「核准」的決定；當事人請求否准者，為該公司的核准請求，被告機關否准的，則是當事人的否准請求。而在七九判字二〇三四號判決，法院則認為被告機關若應作成而未作成「撤銷」第三人著作權註冊，即為一消極處分，該處分也是形成性質。而被行政法院否定有請求權，從而否認被告機關有處分義務的判例，原告請求的則是一命令性質的處分。行政法院的見解似可解讀為：同樣是行政機關未為或拒絕為一定行為，因該行為的性質不同，其在實體法上即有不同的意義，且可影響行政救濟的是否允許。

簡言之，命令性質的處分因必涉執行問題，便不能不予以行政便宜主義特別的考量，因國家對人民違反行政法的行為若一律均須追究執行，顯然超出其能力，且不符行政效率的原則。但如任何人對他人的違法都有請求機關為處分之權，而不只是因機關的處分而享有反射利益，則行政便宜主義無疑將成空談（註15）。反之，形

註15：行政便宜主義（*Opportunitätsprinzip*）在現代行政法雖有收縮的趨勢，就此可參王和雄，前註，頁二五一至二七八；但若說已到完全廢除的時候，顯然還言之過早。特別在卡特爾法的領域，實務與通說都強調便宜主義的重要性，否認市場參與者有請求卡特爾機關作成停止濫用處分（*Missbrauchsverfügung*）的公法請求權，詳參Schmidt, Karsten, in: Immenga/Mestmacker, GWB-Komm. 2A., 1992, § 51, Rn. 7-11, § 62, Rn. 33; Fikentscher對於這個在六十年代一度引起討論的問題曾作很清楚的說明：私人應該沒有請求卡特爾機關對第三人違法行為作成處分之權，行政便宜主義與私益保護的合理調和，應該是對§ 35 GWB作有利於私法請求權的解釋，儘量放寬人民依卡特爾法為私法請求的管道，參Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd. 2, 1983, S. 357f.。

成性質的處分雖也多涉及「裁量」，但正因無須執行即發生一定效力，與處分尚須執行才有實質的改變，從而其處分與不處分尚不「直接」影響利害關係人的命令處分不同，所謂「行政便宜主義」即無太多意義（註16）。故如證管會對於撤銷公司公開發行股票的准駁或不作決定，都直接影響股東在公司法上的權利；著委會對著作權註冊撤銷與否的決定，也直接影響他人對相同內容著作的利用（著作權為「絕對權」）。基於同一考量，正因為無涉執行，無需為行政便宜主義多作考慮，則肯定利害關係人對形成處分有請求權，而使行政機關有作成處分的義務，並於否准所請時給予行政救濟，迫使處分機關重新作實質審查，也不至有太大困難。故僅在涉及形成處分的情形，即使法無明文，原則上仍肯定有公法請求權的存在，應屬較為合理的區隔；當然若形成處分不直接影響第三人權利時，則同樣應該否定第三人的請求權與機關的處分義務（註17）。反之，若涉及的是命令處分，即人民請求機關對第三人違法予以處分時，則除非法律有明文規定，機關原則上並無義務作成處分（註18）。

---

註16：事實上從法條文義的「應」與「得」，往往也可探知有無請求權的存在，或者屬於機關職權裁量的範圍，參BGHZ51, 68f.；我國公平法第十一條第二項規定：「中央主管機關收受第一項之申請，應於二個月內為核駁之決定」，第二十六條則規定：「公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理」。在前者公平會「應」為一形成處分，在後者，公平會則得就是否作成命令處分加以裁量。

註17：行政法院五六年判字第二一八號判決即以：「查公地承領人違反台灣省公有耕地扶植自耕農實施辦法之規定，經人檢舉而由政府撤銷其承領，收回土地另行放領時，原檢舉人並不享有優先承領權或其他確實之權利或利益，被告官署拒絕辦理原告之檢舉案件，並無損害原告確實之權利與利益，原告自難對之提起訴願」，惟此處法院究認原告無請求撤銷之權，或雖有請求權但行政機關的否准未影響第三人權益，為駁回訴願的主要論點，尚不明確。日本學者也有相同論點，參閱賴恆盈，從行政法之觀點論行政訴訟與民事訴訟之機能，以日本法制為中心，八十一年政大碩士論文，頁七二。

若同意以上的論斷，則公平會對檢舉人的覆函，從 b. 到 j. 各案型，都因檢舉人聲請的是對第三人為命令性的裁罰處分，而非形成處分，不宜逕認為檢舉人有請求權而公平會有為具體准駁的義務，其覆函即不能在公平會無明確處分意思時強解為一否准的處分。反之，公平會對人民就其許可他人聯合或結合所為撤銷的申請，如果加以拒絕，就可以援引前述兩號判決，認為縱無具體准駁的表示該覆函仍可構成一行政處分，從而應許其就此提起訴願。惟公聽會中有學者雖同意，人民依公平法所為檢舉不可一概認為有請求權，但基於公平法的規範特性，仍可能從某些公平法實體規定中依其目的導出請求權，所指則為公平法的禁止規範中具有保護私益目的者，如營業祕密的侵害（第十九條第五款）、仿冒（第二十條）等。蓋若非如此，將不足以貫徹保護私益的立法意旨。此說從貫徹私益保護的角度，認為有針對某些違法行為，承認利害關係人得請求公平會作成處分的必要。

公平法為規範市場行為的經濟法，和其他經濟法一樣，保護的目的往往兼及公益與私益，這一點當然無可置疑。惟經濟法規範縱使兼有私益保護的目的，行政救濟制度的設計也重在人民私益的實現；但行政機關執行法律仍應以貫徹公共利益為其主要考量，而行政救濟實現的私益也以其有「公法」上的權利為前提。當私益可循民事途徑得到最大實現時，原則上應引導人民走向此一途徑；無論如何，不得僅因公平法規範兼有私益保護目的，即輕易推導出利害關係人得在私法請求權外另享

註18：德國限制競爭防止法第六十二條第三項雖規定人民對於卡特爾機關未依聲請作成處分（拒絕或逾期未答覆）得提起訴願，但仍以聲請人有請求權為前提，基本上僅在有關聯合、結合的管制程序中有請求作成有利處分之權，在違法處分程序，如第十八、二十二、二十四、三十七之一等條，通說與實務均不認為有請求權，從而也否定得依該條提起課以義務的訴願，可參 Schmidt, Karsten, in : Immenga/Mestmacker, GWB-Komm. 2A., 1992, § 62, Rn.33 ; Möschel (前獨占委員會主席) 的看法甚具代表性：課以義務之訴在此的功能只是貫徹（例外許可）競爭限制的法律工具，而非請求法院責令卡特爾機關處分違法競爭限制行為的工具，參所著：Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, S.717 。

有「公法」請求權。德國的限制競爭防止法僅於該法規定兼有保護私益目的時，許可被害人提起民事請求（§ 35GWB），聯邦法院反而從民事請求的例外賦予，認為已不得再從行為規範的意義與目的（Sinn und Zweck）主張有何公法的處分請求權（註19）。我國公平法上的行為規範縱然寓有私益保護的目的，應該也不當然表示有賦予利害關係人公法上請求權、從而強化其行政救濟的必要性。特別是在國家已提供私法救濟途徑而使私益得經私法請求權的行使而獲得實現時，以解釋創設公法請求權更顯得多餘，反而易造成人民怠於使用私法救濟途徑，而有公器為私人濫用之虞。此所以德國聯邦法院就限制競爭防止法案件發展出「公法第三人保護補充性」原則（Subsidiarität des öffentlichrechtlichen Drittschutzes）（註20），藉民事救濟的開放來減輕行政機關的負擔，使其在整體執行的規劃上取得更大的彈性，從經濟法的觀點來看，顯然也是較為合理的見解。以公平法民事救濟途徑的開放（第三十至三十四條），與立法者特別加入有利於民事請求的各種誘因（三倍賠償、損害額計算、刊登判決書等）來看，尤其可知從某些公平法的行為規範兼有私益保護目的即推出公法請求權的見解，尚非全無商榷餘地。

此處唯一比較值得考量的是，公平法規範的不易操作與公平會擁有的高度專業性與獨立性（公平會的組織條例可參），是否足以合理化有利於人民對公平會有處分請求權的解釋（註21）。有關反托拉斯主管機關與法院功能調和的問題，大體上

註19：BGHZ 51, 67f. mwN。

註20：在 BGHZ 51, 61ff. 一案中，聯邦法院指出：「只要人民有民事訴訟請求，原則上即不存在一範圍相同之行政行為請求」（Jeder-mann, der einen zivil-rechtlichen Klageanspruch hat, steht in der Regel ein Anspruch auf deckungs-gleiche Verwaltungs-massnahmen nicht zu.）其他案例尚多，可參 Schmidt, Karsten, in : Immenga/Mestmacker, GWB-Komm., 2A., 1992, § 51, Rn.10。

註21：德國也有少數學者從公法的第三人保護較有實效立論，主張卡特爾機關不得以有私法保護而採便宜主義，應受申請的拘束，如 Scholz, Wirtschaftsauf-sicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S.103；Schmidt, Karsten,

有兩種立法例，一是給予主管機關較高的法律判斷權，使民事請求以主管機關對該行為認定違法為其前提要件，南韓反獨占法與前年才重新翻修的瑞士卡特爾法即為其例（註22）。一是使民事救濟管道完全獨立於主管機關的處分，行政與民事並行而使反托拉斯法的執行呈現較為多元的風貌，美國法與德國法即為其典型（註23）。在採前一立法例的情形，如不賦予利害關係人請求機關調查處理違法行為的權利，對私益的保障確實難稱周全。但我國公平法僅在部分刑事責任的科處上採「先行政後司法」（第三十六條），使公平會對部分違法行為的追究取得主導地位；至於民事責任則完全獨立於行政責任的認定，顯然是採美德立法模式，其傾向多元執法，由行政機關依循最大公益原則發動調查權，使利害關係人得到反射利益，而另以誘因鼓勵被害人起訴以己力維護私益，間接強化公平法的落實，用意可謂甚明。在此立法模式下，公平會的專業判斷仍可透過通案性「認定標準」、「處理原則」、

Kartellverfahrenrecht-Kartellverwaltungsrecht -Bürgerliches Recht, 1977, S.628ff. 惟通說除從傳統行政法理論出發認為應採便宜主義外，並從法律政策面強調若非如此將使卡特爾機關為民事案件淹沒，執法失去重心，參 Schmidt, Karsten 本人所作評註 in : Immenga/Mestmacker, GWB-Komm. 2A., 1992, § 51, Rn.11。

註22：南韓反獨占法第五十七條第一項規定：「依前條規定之損害賠償請求權，非經依本法規定之糾正措施確定後，不得請求裁判」；瑞士一九九四年十一月通過翌年施行的新卡特爾法則於第十五條規定：「（民事）訴訟程序中若就限制競爭之合法性有所爭議，應即停止程序，移由競爭主管機關作一決定」。

註23：美國克萊登法第四條與德國限制競爭防止法第三十五條可參。惟後者在實務上因部分規定不確定性過大，有認為其民事請求應繫於行政決定者，如第二十二條有關支配性事業濫用其市場地位的禁止規定，學者 Karsten Schmidt 即認為此時為保障民事請求的落實，應對卡特爾機關的便宜裁量權加以限制，參 NJW 1974, 901; ders. in : Immenga/Mestmacker, GWB-Komm. 2 A., 1992, § 51, Rn.9。

「疑義解釋」，與個案性「鑑定意見」的提供，在民事與刑事司法程序中發揮一定功能，目前實務運作在某類案件（如仿冒、敬告信函）已有此趨勢。公平會訂定「公平會處理司法機關送請鑑定案件作業原則」，並與院檢人員定期座談，與檢警調等部門定期舉行公平法執法機關協調會報，目的亦在加強溝通，減少執法上不必要的扞格（註24）。從而再要以此理由主張應賦予人民請求權，以貫澈私益在公平法上的落實，顯然已與立法本旨相悖。

綜上，現行公平法既無任何有關人民得請求公平會對違反公平法行為作成處分的規定，檢舉又僅具有資料提供的意義，公平會致檢舉人，說明未作成處分的回函，從 b. 到 j. 自均不得解為否准處分。如果覆函仍要滿足行政處分的要件，唯一可能的定性就是確認處分了。

## 二、確認處分

所謂確認處分，其內容僅為單純權利義務、合法違法狀態的認定，而不涉及權利或義務的設定、變更或廢止，乃至作為不作為的命令。在前述各種函復檢舉人的情形，至少 b. 到 e. 及 g. 的案型，公平會不僅完全未就檢舉事項設定、變更或廢止任何權利或義務，而且未作任何有關實體權義狀態及有無違法的認定，故無論如何在這五種情形，因欠缺處分意思要件，又不得認為是對檢舉人請求的否准，甚至不發生任何確認的效果，而不存在得撤銷的行為處分。覆函僅為基於程序法上照顧義務（verfahrensrechtliche Fürsorgepflicht）所為的單純資訊行為（ein bloßer Informationsakt），殊無可疑（註25）。值得探究的是，當公平會在 f. 與 h. 的情形已

註24：在此制下，公平會與民事法院就同一行為有不同見解的情形終無法完全避免，以華康公司被處分違反公平交易法第二十四條一案為例，民事法院另行審理的結果就認為未違反公平法，可參行政法院八五年判字第二八九一號判決，載於公平會公報第五卷第十二期。

註25：Schmidt, Karsten, in: Immenga/Mestmacker, GWB-Komm. 2A., 1992, § 57, Rn.23；吳庚在其教科書上也提到機關移送行為不生法律效果而非行政處分，並引行政法院四五裁字第二一號、五〇判字第四三號判例為證，參

明確對被檢舉人行爲認定不違法，而在 i. 與 j. 的情形則認定違法，但不為命令停止或改正的不利處分或課予秩序罰，是否已可認為對外直接發生確認的法律效果而可「推定」有為處分的意思，性質上即所謂確認處分？又如果認定的雖都是被檢舉人的行爲，但處分的對象仍可能為檢舉人或被檢舉人，在後者僅於該處分對檢舉人也有一定效力時，例外仍許檢舉人提起訴願，分別分析如下。

#### (一) 以檢舉人為對象的確認處分

首先，在 i. 與 j. 這兩種認定違法的情形，公平會基於裁量「有意」的選擇不對被檢舉人作成不利的命令處分，則意思要件不備似乎已十分明顯，縱有確認的外形似乎也不得再推定有任何處分。但 j. 是以行政指導來代替處分，又不同於完全不對被檢舉人作任何改變的 i.，其中行業導正或個案導正以違法為前提，其性質實為輔導改善暫不追究責任（一旦被導正者再違反法律，即當然追究責任）（註26），則若否定其為行政處分而使被檢舉人失去救濟機會，顯然將使被檢舉人受到強大壓力屈從於行政指導卻無請求救濟機會，未必合理。故對「被檢舉人」而言，若肯定此處有為確認行政處分的意思及效果（註27），使其得就此提起撤銷處分的訴願（不

閱：行政法之理論與實用，增訂二版，八十四年，頁277，依此則就將該程序行為對人民所作的告知當然也不是處分。

註26：公平會區分行業導正、行業警示、個案導正與個案警示，可參其內規「涉及公平交易法事業導正處理原則」；學者已開始注意公平會行業導正的實務，參閱劉孔中、吳秀明二位教授的論文，載於公平會出版公平交易法論叢：「機車行銷體系及銷售行為改正方案之研究」，八五年六月。

註27：行業導正可否視為行政處分，當然還涉及處分對象非特定事業的問題，因為此時公平會有意不就個人行為為違法性的認定，而強調行為的「行業普遍性」。實務上，被導正的事業有僅三家者，如機車業行銷體系導正案，也有上百家者，如金融機構借貸契約導正案，也有連自然人在內多達數千者，如房屋仲介業斡旋金導正案（以上三案內容載於公平會公報第六卷第三、四期），是否都可認為是「得特定的多數」而歸類為「一般處分」（Allgemeinverfügung），恐怕仍有爭辯餘地。由於此一行為的違法認定在時

及於行政指導部分），似乎較能得其平，公平會實務上亦採此見解（註28）。但對「檢舉人」而言，此一以確認被檢舉人違法為內容而不包含行政指導（導正）的處分，性質上既非不利行政處分，則無論其他訴願要件是否具備，即以其非不利處分一點，已不得許其提起撤銷的訴願。i.的情形如認為屬確認處分，也有相同的疑慮。故還有考慮餘地的，就只有認定被檢舉人「不違法」的 f. 與 h. 這兩種情形了。

行政機關對外的各種表示何時得認為構成確認處分，可發生確認的「公定力」，不論從行政空間的保留或人民權益保護的觀點，無疑都需有嚴格界定。一般的看法是，行政機關為確認處分應有法律的授權，且多是因人民申請而作成。縱不採這樣嚴格的解釋，至少也要顯示被處分人有「受確認的正當利益」（德國行政法院法第四十三條第一項有關確認之訴意旨可參）（註29）。就公平法而言，法律雖未明文規定公平會在何種情形得確認特定行為的合法性，但基於該法規範內涵仍有高度不確定性，公平會自始即參考美國 FTC「顧問意見」（advisory opinion）與歐體

間上並無限制，其效力範圍不限於現時從事該行業者，故除機車導正案依其內容較可確定為該三大機車行的特定行為（該案是否仍可適當定性為「行業導正」，事實上也頗有爭議），其餘可否認定為一般性的確認處分，而非行政命令，本文仍有相當保留。有關一般處分的概念說明，可參吳庚，前註25，頁268－274；陳新民，行政法學總論，修訂三版，八十一年，頁224－226；Weides，前註10，S.30ff.；至於個案導正，自不生具體性問題。

註28：迄今雖無被導正事業提起訴願，但在訴願會討論本問題時，承辦的法務單位即持此見解；另外在違法行為於檢舉時已改正的情形，公平會依82、10、6第105次委員會議決議及85、3、27第232次委員會議通過的「行政院公平交易委員會主動調查案件或檢舉案件處分不處分處理原則」第一點，「原則上」不處分，但是否仍可認為已有違法的確認處分，而於符合其他訴願要件時（實際上殊難想像），許受確認處分者提起訴願，尚不明確。廖義男教授在第105次委員會議中表達的見解肯定有確認行政處分。

註29：可參如 Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz-Komm., 4A., 1994, § 35 Rn. 5.2.4.。

執委會「不違法認定」(negative clearance)等制(註30)，創設所謂「請釋案」的程序，其申請解釋者為抽象問題時原則上固不生處分問題，如為一具體行為，且申請者確有受確認的正當利益，一旦經公平會具體深入的研析作成認定回復申請人，可認為已存在一確認行政處分，使公平會必須受其拘束，被處分人如有不服，在符合其他訴願要件的情形下，似無不許受處分人提起訴願之理(註31)。但就「檢舉案」對檢舉人的覆函而言，不僅法無明文授權公平會得對非行為人的檢舉人就行為的合法性加以確認，而且從公平會受理檢舉向不限制檢舉人對於檢舉事項須有利害關係，故對任何檢舉人亦均以同一方式函復看來，顯然不考慮檢舉人是否有受確認的正當利益，均說明公平會受理檢舉的目的在調查排除不法，檢舉的真正意義在於違法資訊的提供，而覆函也只是將調查處理結果告知檢舉人，完全沒有對檢舉人確認被檢舉人行為合法性的意思。檢舉人既非就「自己」的行為請釋，公平會也沒有對檢舉人為確認處分之意，當然不能認定覆函是一確認性行政處分。足見要認定f.與h.案型中的覆函為以檢舉人為對象(對第三人行為)的確認處分，論理上也相當牽強。

## (二)對被檢舉人處分的第三人效力

還可研究的是，如果可認為公平會對被檢舉人函知其行為未違法或違法而不處

註30：顧問性意見在美國被歸類為非正式程序，參閱拙文（與陳榮傳等合撰），非正式程序與補充性規則，收錄於「經濟法的挑戰」，五南，83年，頁89–90；歐盟國家依羅馬公約的競爭法規定發展出所謂「不違法認定」(negative clearance, Negativattest)制度，德國法院基本上肯認其為一行政處分，參KG WuW/E OLG 3685 “Aral” = BB 86, 1801，但須由行為人提出申請，且卡特爾機關須有為此認定的授權，參Schmidt, Karsten, in: Immenga/Mestmacker, GWB-Komm. 2A. 1992, § 57, Rn.3。

註31：惟實務上公平會對於具體個案適法性函請解釋者，通常會以「較保留及委婉用語就請釋之內容可能涉及之公平法條款及本會適法性考量原則函覆之」，（第二〇〇次委員會通過「本會受理請釋案件處理原則」第一點），故在多數情形因覆函不夠具體而尚不得認為是確認處分。

分為一「默示之確認行政處分」，是否即有進一步檢視檢舉人以該處分有第三人效力（Verwaltungsakt mit Drittwirkung）而提起訴願的可能性，如蔡志方所建議（註32）。這裡首先碰到的困難，就是在被檢舉人根本未請求確認的情形下（非請釋案），公平會可否對他作成確認處分；如果公平會依法理不得作這樣的處分，又如何認定有「默示」的處分？其次，所謂第三人效力的處分，必然是對被處分人為授益性而對第三人造成負擔（註33），果如此仍只有 f. 與 h. 的情形始有可能。且此時依德國發展出來的學說與實務，尚須嚴格要求第三人依保護規範理論（Schutznormtheorie）得從相關法條解釋出有公法上的權利，即在其個人法益受侵害方式及被保護主體範圍都可明確釐清的情形，始認其在處分效力下而有訴訟地位。如果依解釋該法律保護的純為公益，僅事實上對某些人有所裨益，則只是反射利益，尚不能認第三人為該處分效力所及而獨立取得訴權（註34）。惟此處所謂個人法益受侵害，指的應是受國家行為的侵害，才會推導出公法上的權利，而非單純私法上的請求權，此所以德國實務上承認會發生第三人效力的處分，幾乎都是形成性的處分，如智慧財產權的賦予或建築執造的許可，僅於此時國家對某甲的有利處分，會形成某乙的不利負擔。我國實務上雖也承認「利害第三人」得提起訴願與行政訴訟，而不以被處分人為限，但所謂利害關係人僅指「法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係在內」（行政法院七五年判字三六二號判例可參）。實際上多限於智慧財產權處分的爭議，比德國實務還狹窄。

小結：在檢視完所有可能的行政處分類型後，應該可以肯定，檢舉人要就公平會的覆函提起訴願，不論屬於前述 b. 到 j. 何種類型，在行政處分的要件上就很難通過。過去訴願與訴訟程序上均未就此點深入討論，實有未洽。公平會作為「被告機關」而默認其覆函為一處分（但何種性質的處分則不明），不加爭議，可能是一再訴願機關與行政法院不主動否認的主要原因。但縱使不對行政處分要件的合致精

註32：參閱蔡志方，論訴願之程序標的與訴權，－以檢舉違反公平法之訴願為例－，全國律師，創刊號，86年元月，頁55－60。

註33：參閱 Schenke, 前註14, S.80-81; Kuhla/Hüttenbrink, 前註15, S.56。

註34：Kuhla/Hüttenbrink, 同前註, S.56f.。

確考核，僅泛稱覆函已對檢舉人發生某種法律上的效力，仍不能不進一步追問，此一「處分」是否已致訴願人權益受損。此一撤銷之訴關鍵性的要件，剛好在檢舉違法的情形，非常讓人質疑。

## 肆、有無「致」訴願人權益受損

提起撤銷訴願的另一個要件，是違法或不當的行政處分「致」損害其權利或利益，此一要件和前面曾提及「訴願利益」尚不可混為一談。訴願人對於訴願結果若無任何值得保護的個人利益（Rechts-schutzbedürfnis）（註35），國家原則上即無加以保護的必要，否則必將造成行政救濟資源的浪費，不符訴願制度落實人民訴願權之旨，此所以學說與實務皆肯定訴願人與提起訴訟者一樣應有訴之利益。但訴願利益為所有訴願程序的共通要件，一如訴訟利益之於各種民事訴訟程序，可在程序上作一般前置的檢驗。至於行政處分造成特定權益受損，則是撤銷訴願的特別要件（註36），兩者顯然並非同一。質言之，行政處分雖造成訴願人權益受損，但訴願人於訴願時仍可能已無訴願利益；另一方面，訴願人縱有訴願利益，若該違法或不當的行政處分未致其權益受損，仍不應許其撤銷該行政處分，足見此二要件並非同一（註37）。公平會訴願實務對於欠缺訴願利益的檢舉人，均不予受理，但對於

註35：參閱 Kuhla/Huttenbrink, 同前註，S. 45；就此概念分析最清楚者為 Schenke, 前註14, S.167ff.。

註36：所有訴願與訴訟程序皆以發動程序者有權利受損為前提，固為參考歐陸法制的我國程序法的一大特色，以避免所謂「民衆訴訟」（Popularklage），此處所強調者僅為撤銷之訴特有的行政處分「造成」特定權益受損要件。但無論如何權利受損（Rechtsverletzung）與訴訟利益（Rechtsschutzbedürfnis）應屬程序上兩個階段分別檢驗的不同要件，前者是到了有無理由階段才加以檢驗，後者則屬訴訟權能（Klagebefugnis）問題，在前一階段就要檢驗，可參前註所引 Schenke, S.167。

註37：我國學者有時並不嚴格區分二者，將訴訟標的已不存在（如27判字第28號判

行政處分是否造成檢舉人特定權益受損一點，通常卻未加以詳酌，殊不知剛好在本問題上，檢舉人的權益是否「因」行政處分而受損，非常可疑。

關於撤銷訴願此一要件的特殊性，僅從文義來看也許還不甚明確，因為實質上屬於課以義務訴願性質的訴願法第二條第二項也有類似的規定：「中央或地方機關對於人民依法聲請之案件，於法定期限應作為而不作為，『致』損害人民之權利或利益者，視同行政處分」。德國行政法學者 Weyreuther 在一篇專文裡對撤銷之訴與課以義務之訴共有的此一要件 (dadurch) 却有非常精闢的分析（註38），指出後者在程序上的聲請權即基於實體上的處分請求權，故只需具備訴願必要的請求權，說明該處分請求權未被滿足即可，無須另證明權利受損害，故致權益受損的文字實為多餘。反之，撤銷之訴並非請求機關為一處分，而是主張某一處分造成其權益受損，既不以訴願人有實體請求權為前提，則勢須另有「權利」或「利益」受損，且須顯示與該違法或不當處分間有因果關係。

剛好在檢舉他人違反公平交易法的案件，不論是違反聯合、差別待遇或仿冒的禁止規定，即使檢舉人有權利（如商標權）或單純財產利益受損害，其損害也都是來自「被檢舉人」的行為，而與公平會的覆函無因果關係。檢舉人通常是因認定被檢舉人的行為造成其權益受損才向公平會提出檢舉，縱使損害發生於公平會覆函之後，被檢舉人的違法侵權行為也必發生在前。公平會的各種覆函，不論為一否准處分，或確認處分，均發生於檢舉人權利被侵害之後，本身並非造成檢舉人受害的原因。即使損害發生在公平會覆函之後，該處分也不致構成損害的原因或阻斷舊原因。故勉強可認為有因果關係者，是當被檢舉人在檢舉人收到覆函後繼續或重新為該行為，致檢舉人權益受損的情形，此時訴願的檢舉人仍須說明，被檢舉人確是「因

---

例）的訴訟利益不存在問題與所指摘行政處分未致其權益受損害（如41判字第9號判例）的撤銷之訴特別要件一併當作訴訟利益來談，可參陳秀美，前註15，頁570－571。

註38：Weyreuther, Felix, Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungs-aktes und die “dadurch” bewirkte Verletzung “in ... Rechten” (§ 113 Abs.1 Satz1 und Abs.4 Satz1 VwGO)，載於 FS Menger, 1985, S.681-692。

」公平會確認其行為並不違法才為該一行為。嚴格言之，只有在被檢舉人因知悉檢舉而停止該行為，於公平會函知（同時函覆檢舉人）未違法時才又「重新」開始的情形，可認為有一定的因果關係。這種情形實務上並未出現。可見即使退一萬步，肯定覆函為一行政處分，也因為該處分未「致」檢舉人權益受損，而應認訴願為無理由。

此一因果關係的要件，只有對訴願法第二條第二項的訴願，也就是實質上具有課以義務之訴性質的訴願，不必特別檢視，已如前述。但除非肯認公平法第二十六條的檢舉人對公平會有公法上的請求權，而認公平會的不處理或不處分可視為一否准處分，始有本項的適用餘地，就此本文前面的分析亦已予否定。至於非屬違法行為的檢舉，而涉及公平會形成處分的撤銷，如第三人申請撤銷公平會所為聯合許可，則又另當別論，不必混為一談。

## 伍、經濟法的補充觀點

如上所述，公平會給檢舉人的覆函既無行政處分的形式，實質上也很難想像公平會有對檢舉人就被檢舉人的行為為不利處分的意思。即從所生效果反面推論，仍無法在現行行政處分體系內找到合理的歸類。甚至依行政處分附第三人效力的理論為檢舉人的訴願建立正當性，都格格不入。且不僅行政處分不存在，此一覆函的表示與檢舉人權益所受損害也無因果關係，以其為撤銷的標的殊無實益。然而儘管公平會此一訴願實務不符合行政救濟法的法理，若於公平法目的的達成終無大礙，則涉及的只是行政救濟資源合理分配的問題，或還不到難以容忍的地步。因此不能再從經濟行政法的角度作一評價。

基本上，性質為經濟法的公平交易法比一般行政法有更鮮明的政策目的（註39

註39：就此說得最透徹的就是 Ernst Steindorff，他指出經濟法的本質是引導法（Steuerungsrecht）、政策法（politisches Recht），掌握其本質，則知規範的制定或適用，都應從目的手段關係的分析著手，以合目的性為其終局考量，參所著：*Einführung in das Wirtschaftsrecht der BRD*, 2A., 1985, S.8。

)，其對違法行為的制裁，追究責任的意義可說遠在落實政策目的之後。故面對市場上形形色色、大大小小的違法行為，主管機關是否及如何追究，可說一以維持自由競爭秩序為其考量。在行政資源有限的情況下，競爭法的執行機關自較其他行政機關有更堅強的理由保留一定裁量空間。則當一般行政機關未依檢舉作成處分的覆函已不被當成行政處分而予救濟時，公平會更沒有受此束縛的理由。以現階段公平會訴願會處理案件來分析，由檢舉人提出者就佔了三分之一強，在第一級訴願必須由公平會自行處理的情形，已消耗不少行政資源，但實際影響尚不止此。經由訴願與訴訟程序的受理，公平會對於個案是否涉及公平法、是否於公益影響有限、是否情節輕微、是否以導正代替處分為宜等等的裁量，都全部得經訴願機關與行政法院的實質審查，而於其不同意時，必須另為處分。公平法為使國家干預市場能恰如其分，而特別將其執行交付一具有高度專業並獨立委員會的用心，實際上已經相當程度的落空！經由程序的放寬，公平會專業判斷的餘地反而較其他機關大幅減少；訴願機關與行政法院對於行政資源如何有效分配－直接影響上述公益性、情節輕重與處理方法的權衡與選擇－事實上完全無法掌握，對於公平法執行的整體結果也無從負起責任，理論上卻可經由此一程序替代公平會來做判斷，並由公平會負起最後的責任。

此一程序的開放，也打亂了行政便宜主義與私法自治並行的原始設計，公平法上的私法執行誘因系統完全失靈。行政救濟的提供實質上凍結了便宜主義，使檢舉成了貫徹私益成本最低的工具，長此以往，公平會制定執法「政策」或「重點」的空間將愈來愈小，越來越像法院一樣，只能被動的依先後次序處理大大小小的案件，維護市場效能競爭的公共利益則在公權力任意揮霍的情況下，越來越不能得到及時有效的維護。這對於我國公平法特別把公平會提升到部會層級，使其更能對整體競爭環境的改善負起整體責任而言（多數國家的競爭法機關為部會以下的執法機關），尤屬難以想像。「過度回應」（over-responsive）的公平會，事實上反而變得無法負責（irresponsible）。行政救濟的法理在此受到的輕忽，連帶造成行政機關對市場經濟的干預也無法恪遵「最小而有效」的原則，可說是對「經濟」與「法」雙重的扭曲，其不當實已甚明。

結論：公平會未依檢舉意旨，對被檢舉人作成處分，其回復檢舉人的覆函，不

論屬於何種內容，均尚非行政處分，檢舉人雖不滿意也不得提起訴願。公平會訴願會所持見解應有所修正，公平會作為被告機關就此也應該有所堅持。檢舉人如認為其私法上權益已受損害，自仍得循私法途徑向加害人提出請求，憲法所保障的人民訴願與訴訟權，當不至因此一實務的修正而有所減損。

## Can the Complaint Board review the no-intervention decision Made by the Fair Trade Commission?

Su, Yeong-Chin

Whether there is an administrative act against the person or undertaking who reports a case of law violation, when the agency decides in the end not to take any action against the accused undertaking? This issue invites debates because only administrative acts, not other administratvie decisions in word or in deed, are subject to adminidtrative as well as judicial review. The practice of the FTC's Complaint Board is unique in dealing with this issue. The reply of the Commission, that it does not act out of different reasons, is taken as an administrative act. The author argues that no action can only then be deemed as an administrative act, when the agency is obliged to act, which is not the case here. Besides, the law demands causality of the administrative act to the claimed infringement of right, while it is clear, that not the agency, but the accused undertaking has eventually done harm. And so long as all those who seek protection of the Fair Trade Law can independantly file a suit against the undertaking in the civil court, the Commission should have more discretionary power, so that the limited resources could be better allocated.