

《公平交易季刊》
第九卷第四期(90/10)，頁 1-24
◎行政院公平交易委員會

公平交易法案件締結行政和解契約的探討

謝杞森*

摘要

行政院公平交易委員會為了配合行政程序法的實施，制定了「行政院公平交易委員會締結行政和解契約處理原則」，該原則共有十點，其主要係仿自行政程序法第一百三十六條的和解契約規定而來，但和解契約亦為行政契約之一種，仍應受行政程序法第一百三十五條但書的限制，亦即性質上或法規規定不得締結行政契約時，仍不能簽訂和解契約。雖然在行政契約上有所謂的隸屬關係之和解契約，但行政程序法第一百四十九條規定，行政契約本法未規定者準用民法相關之規定。

本文先從處理原則所規定締結行政和解契約的要件、內容、法律效果作一說明，並與民法、民事訴訟法、行政訴訟法上之和解及刑事訴訟法上之認罪協商制度作比較，以期釐清各制度之本質，再進一步探討該處理原則的法律依據與實效性，以免行政機關濫用和解契約而出售公權力以致使違法業者免於受高額罰鍰或刑事追訴。

行政機關固然應積極任事，除了行政處分之外，當可並用行政和解契約的締結，以節省行政資源並達成行政目的。但如果過度的採用行政和解而未注意到所隱藏發生各種弊端的可能性，並使其發展成公行政主控之典型契約時，將失去行政和解的意義，吾人不可不慎。

*作者係真理大學財經法律系專任助理教授，曾任行政院公平交易委員會副主委室秘書、第三處科長。感謝審稿委員提供寶貴意見使本文能更完整，惟若有不妥之處，當由筆者自負文責。

壹、前言

我國行政院公平交易委員會從 81 年 2 月 4 日開始執行公平交易法後，在尚無行政程序法作為依據之情況下仍先後於 83 年 7 月 6 日第一四三次委員會議通過「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則」（有關仿冒之規定）、同年 8 月 31 日第一五一次委員會議通過「行政院公平交易委員會處理 7 月 6 日第一四三次委員會議通過「行政院公平交易委員會處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」（公平交易法第二十一條），此後又陸續通過各相關條文的處理原則，甚至採用美國聯邦交易委員會（FTC）處理案件的程序，更有公平交易委員會本身所創新的制度，例如上述處理原則之外尚有行政指導、行業導正、警示、行業警示、行政和解、……等等，不一而足。這使得充滿不確定法律概念的公平交易法得有進一步的闡述，而業者也有改正的機會，不致對產業造成太大的衝擊，因此公平交易委員會的先進作風獲得不少正面的評價。

我國行政程序法嗣於民國 88 年 2 月 3 日經總統令公布，並於 90 年 1 月 1 日正式實施，這在我國行政法史上可謂是一重大之里程碑，誠值可喜。而公平交易委員會為因應行政程序法的實施，主任委員責成法務單位作成行政程序法建制計畫專題研究，根據此一研究制定了「行政院公平交易委員會締結行政和解契約處理原則」（以下簡稱和解契約處理原則）¹，以作為與業者訂立和解契約的依據，其用心良苦，必能再次獲得肯定。

由於行政和解契約在我國行政實務上被運用的情形仍極為有限，即便公平交易委員會以往曾嘗試運用此一制度來處理的案例也只有英代爾案、馬特拉案、三陽機車案、湯姆笙授權公司（RCA）案四件²，且與此次所定和解契約處理原則之要件與效力亦不盡相相同。由於和解契約處理原則只有簡短的十點，日後在適用該原則時，是否即能妥善運用與圓滿處理，此與主管機關及事業兩造間對該處理原則本質與內容的認知是否有共識有很大的關係。筆者不揣簡陋，拋磚引玉，嘗試作進一步的研析，願能獲得更多的重視與討論。

¹ 詳見行政院公平交易委員會公報，第九卷第十一期，民國 89 年 11 月 30 日，第 3 頁。

² 有關該四件大概的案情請參劉孔中，「略論公平交易委員會行政和解之實務及法理」，《律師雜誌》，第 235 期，第 68 頁，民國 88 年 4 月。

貳、「公平交易委員會締結行政和解契約處理原則」的依據與內容

公平交易委員會所制定的「締結行政和解契約處理原則」總共有十點，其依據與內容分述如下：

一、依據

依處理原則第一點規定：「行政院公平交易委員會（以下簡稱本會）與事業締結和解契約以代替行政處分者，除法律另有規定外，依本處理原則辦理。」該條僅宣示主管機關欲與事業締結和解契約來代替行政處分時必須依上述處理原則所規定之程序來辦理。至於有關該處理原則的訂定，如前言所述，其宗旨主要在配合行政程序法之施行，並使未來行政和解之簽訂有法令得以遵循，而不再只是屬於「非正式程序」。因此，公平交易委員會在民國 89 年 9 月 21 日第四六三次委員會決議通過實施。惟我國行政程序法第 175 條規定，該法係自民國 90 年 1 月 1 日施行，但公平交易委員會的行政和解契約處理原則是於民國 89 年 9 月 21 日決議通過，89 年 10 月 9 日（89）公法字第 03418 號函分行³，在民國 90 年 1 月 1 日行政程序法施行前，該處理原則仍屬「非正式程序」。

此外，處理原則第一點規定「除法律另有規定外」之所稱「法律」當係指行政程序法第三章（行政契約）第一百三十五條至第一百四十九條之規定而言，蓋我國法律中僅此處對行政契約有通則性規定，至於行政訴訟上之和解則須訴訟繫屬後才有適用，與此無關。

有問題的是行政程序法第一百四十九條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」因此，對於行政程序法未規定之部分，在準用民法相關規定後，是否亦屬處理原則第一點所謂「除法律另有規定外」之「法律」？從文義上解釋似應肯定之，不過倘作肯定解釋，則處理原則的第九點與第十點規定的內容恐有超越行政程序法準用民法和解相關規定的範圍。

由於民法有關和解契約之規定只有三個條文，即第七三六條、第七三七條、第

³ 同註一。

七三八條，其中第七三六條是民法和解的定義與要件規定，行政程序法第一百三十五條與第一百三十六條已對行政契約與和解契約之要件另有規定，當不在行政和解準用之列。

至於民法第七三七條與第七三八條之準用，因與處理原則的第九點、第十點有關，本文將於「貳、七、八、」與「肆、本質的探討」中，再作進一步說明。

二、締約的時機

依處理原則第二點第一項規定：「本會對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」因此，締約之時機限於主管機關經依職權調查仍不能確定事實或法律關係時始得為之，此亦為行政程序法第一百三十六條所明訂。但其並不包括主管機關與相對人事業對適用法規意見不一之情形⁴，在意見不一之情況下當由主管機關依職權適用正確之法令。

所謂「經依職權調查仍不能確定」，當指主管機關已盡調查之能事而言，惟其判斷時點仍不夠明確，很容易流於主管機關怠於調查或不夠積極調查，而以經職權調查仍不能確定為由來提出行政和解，甚至以行政和解來圖利業者使其免於受高額之罰鍰或避免被勒令歇業或避開下次刑事的追訴（公平交易法第三十五條及第三十六條的先行政後司法）。因此，如何落實監督（產生另一種執法成本）積極調查之能事即成為主管機關另一重要的工作，除了上級的監督外，倘若能將行政和解的過程與結論予以公告（營業秘密之部分可除外），亦可透過大眾加以監督，同時確保行政和解的公益性及妥適性，並可將其中得到共識的法律原則供其他事業參考遵循⁵。

三、和解契約的當事人

依處理原則第三點規定：「承辦處就和解契約之締結與否，及和解契約協商之重點與範圍，應於協商程序開始前，報請委員會議審議。」第四點規定：「本會就和解契約之要約或承諾，應由委員或承辦處提出，經委員會議決議通過後為之。相

⁴ 吳庚，行政法之理論與實用，民國89年9月增訂6版，第400頁。

⁵ 學者劉孔中教授即主張應將行政和解公告，而不是淪為公平交易委員會與檢舉人及被檢舉人「搓圓仔」的手段。同註2第73頁。

對人之要約或承諾，應以書面敘明內容及理由，向本會提出。相對人之要約，本會認無理由者，應拒絕之。但本會認為仍有訂立和解契約之必要者，得另為要約。前項要約之拒絕或另為要約之意思表示，應以書面向相對人為之。」

如第一點所述，和解契約當事人的一造是被檢舉或被調查之事業當無疑義，另一造之行政機關則應是公平交易委員會亦無問題。有問題的是，誰或哪一單位可代表公平交易委員會與對造協商？承辦處（承辦人、科長或處長）、個案審查委員、委員、委員會議？主任委員可否逕行指示承辦人有關協商之方向與範圍？

由於公平交易委員會是委員會制，理論上應由委員會議討論後授權個案審查委員、承辦人或承辦處（科）長代表協商，如由公平交易委員會提出要約時，應對業務單位明確指示授權內容的範圍。倘係由被檢舉或被調查之事業提出要約時，則應逕提委員會議審議，不應由承辦人逕與事業反覆協商或擅自提出建議而最後才提委員會議審議，否則倘若委員會議不通過，將有害事業對承辦人或公平交易委員會的信賴。當然，此種做法將因處在第一線的承辦人之權限極為有限，不可能在協商之當場給予對造任何之承諾（與檢察官得獨立接受被告的認罪協商不同），因此宜明確告知對造的事業，於提出和解內容時，即應以書面明確指出其所能接受讓步的條件與範圍，否則若在與承辦人對談當時新提出之內容與條件，承辦人因無權當場承諾，仍須送委員會議審議，如此一來一往，將造成案件的拖延。

此外，基於公平交易委員會尊重委員會制與其獨立性之精神，主任委員雖為公平交易委員會的行政首長，但仍不應逕行指示承辦人有關協商之方向與範圍，否則主任委員的意見若不能獲得多數委員的贊同，亦同樣會傷害到公平交易委員會的公信力。

四、被檢舉人與利害關係人的和解或協議

處理原則第五點規定：「和解契約協商過程中，本會得就所欲和解之內容徵詢利害關係人之意見，或要求相對人與之達成民事和解或協議。但本會並不受其意見、和解內容或協議內容之拘束。」

該點但書規定的適用將可能減低被檢舉人與利害關係人和解或協議的意願，因此前段條文不宜用「要求」而應用「建議」之字眼，以免被檢舉人誤以為主管機關可能會以公權力作為後盾來「要求」被檢舉人與利害關係人達成和解或協議。

又處理原則第八點既明定：「和解契約之締結，應以書面為之。締約過程中之

相關協商結論，亦同。」則有關第五點但書規定之精神與內涵亦宜比照之，另以書面明確告知被檢舉人有關第五點但書規定之內容，並進一步說明即便被檢舉人與利害關係人達成和解或協議，公平交易委員會仍有可能不承諾被檢舉人向公平交易委員會所提出行政和解的要約而續行調查甚至進一步處分，以免造成被檢舉人之誤解，而有害公平交易委員會的公信力。

此外，第五點但書之所以如此規定，主要仍著眼於公共利益考量的優先性，亦即處理原則第二點第二項所定：「進行和解契約之協商程序前，應衡酌下列要素：(一)本會與相對人互相讓步之適法性及妥當性。(二)公共利益之維護。(三)利害關係人因和解契約之成立，而可能遭受之損害。」可惜公平交易委員會並未進一步說明「公共利益」如何評估，亦未說明利害關係人遭受損害的可能性必須到達何種程度才會被衡酌，例如只有一位利害關係人可能受高度之損害或多位利害關係人受到低度的損害，而這些多數利害關係人之損害與公共利益之間的關係又是如何？其中是否又會因限制競爭與不公平競爭或不正競爭案件的不同屬性而有差別，例如競爭秩序的維護、相互競爭事業、單一交易對象的保護（尤其弱勢的中小企業）、單一或多數消費者的保護、……等等⁶。如此不確定的法律概念與範圍，在欠缺進一步闡明的情況下，即便被調查之事業與多數的利害關係人已達成和解或協議並更改交易條件後，仍有可能遭受到公平交易委員會的「突襲性」處分。

至於與公共利益有重大關係之個案但卻又因所依據之事實或法律關係經依職權調查仍不能確定時，是否仍可締結和解契約？其既經職權調查而仍不能確定時，若只因涉及公共利益而不允許行政和解，則勢必造成該案件的懸宕及增加繼續調查之成本，在兩權相害取其輕之考量下，主管機關應可同意被調查之事業所提出之和解要約，但事實上若被調查之事業知悉主管機關經職權調查而仍不能確定事實時，其將預測主管機關不可能作成行政處分，也不可能提出和解要約，終將使該案件無疾而終，因此主管機關相關承辦人員與委員之保密即應加以落實。另又因閱卷制度之實施，相關文件中哪些是屬於不得閱卷之部分也應特別注意。

五、和解契約對第三人之效力

處理原則第六點規定：「和解契約之履行將侵害第三人之權利者，應經該第三

⁶ 有關公平交易法公共利益的內涵請參拙著，我國公平交易法的行政程序與爭訟－以我國實務探討為中心，政治大學法研所博士論文有關公共利益一節，民國 87 年 6 月。

人書面之同意，始生效力。」該點只提及權利，是否包括法律上利益？從文義解釋似應作否定解釋。倘作否定，則第三人在利益受損之情況下，是否可向行政院提起訴願，並進一步向行政法院提起行政訴訟請求撤銷行政和解契約？從行政訴訟法第四條第一項規定包括法律上之利益受損害亦得提起行政訴訟，公平交易委員會之行政和解將面臨行政法院的考驗。然若從另一個角度觀察，行政和解契約並非行政處分，依行政訴訟法第四條第一項規定必須是「違法的行政處分」，人民才可以提起行政訴訟，而行政契約並非行政處分，人民不可提起撤銷之訴，除非擴張解釋，認為依行政程序法第一百三十六條其和解契約是在代替行政處分，亦應包括在廣義的行政處分在內，但是否能被行政法院接受，仍有待觀察。

倘若行政法院認為法律上利益受損害之第三人不得提起撤銷之訴而駁回時，該第三人單以原被檢舉人為被告提起民事訴訟，認為其行為違反公平交易法以致造成其損害，請求三倍損害賠償。民事法院之法官當不能因被檢舉人與公平交易委員會已達成行政和解而逕判決該第三人敗訴，仍應依當事人所提出之證據加以判斷，亦不受行政和解內容之拘束。

又條文所稱侵害第三人之「權利」，其究係指民法上權利、其他法律上權利，抑或公平交易法上之權利，亦令人懷疑？倘以事關公平交易法，當指公平交易法上之權利而言，則吾人殊難想像何人在公平交易法上得享有私人的權利或享有公法上的權利？且會因他人的行政和解而受侵害？要知，公平交易法上在行政處理過程中的第三人利益均為反射利益或法律上利益，並無權利可言。即便在得請求行政機關為一定行為的公法上請求權（如申請結合或聯合行為的許可），亦不因行政機關與他人達成行政和解而受影響，既不受影響，又有何權利受侵害可言。

倘若果真有權利受侵害，該第三人可否要求相當之賠償（補償？）為條件才書面同意，而這些賠償又該由誰負擔，其金額又該如何計算，都將是必須面對的問題。

六、要約之撤回與變更

處理原則第七點規定：「和解契約締結過程中，如有必要，本會得撤回或變更要約，或中止和解程序，繼續調查處理。」

該點所稱「如有必要」，究竟指何種情形，並未進一步說明。似應指例如發現其他證據而已經排除事實不明之狀況或主管機關認為有更佳之替代方案，以及如處

理原則第二點第二項所衡酌的三點因素的重新評估……等等。

又主管機關此一保留單方面撤回、變更權限，顯然不利於對造，雙方顯然非立於平等地位締約，有害被檢舉人或被調查人對主管機關的信賴。雖然此處行政和解契約一般認為係屬隸屬關係下的行政契約，而不同於民法上雙方當事人立於平等地位一旦要約到達他造時，要約人即應受要約內容之拘束（民法第一百五十四條第一項）。但主管機關所提出和解之要約內容倘已送達被檢舉人或被調查人，而其已委託律師或經濟分析師研擬承諾之方案，但因主管機關的單方面撤回，導致被檢舉人或被調查人之前所支出之費用（尤其涉及反托拉斯之案件其市場分析之費用、律師費用將所費不貲），恐怕只有默默承受。

另條文雖未賦予被檢舉人或被調查人有權變更和解要約內容，但若其變更，將更有利於公共利益或利害關係人之利益時，主管機關應無不同意之理。

該點亦未明定發出要約後，對造應在多久期限內答覆，故在實務運作上，其要約通知書宜載明答覆期限，而不宜委諸不明確的「相當期限」，否則對造在分析市場利弊得失後一再申請延後答覆，但事實上卻已賺進無數利益，將可能造成不可預料之市場傷害。

此外，公平交易委員會在撤回或變更要約，或中止和解程序而繼續調查處理時，亦應即另以書面通知對造，以使對造得以即時另行採取因應措施。

七、不得以錯誤為理由而撤銷之原則與例外

處理原則第九點規定：「和解契約不得以錯誤為理由撤銷之。但有下列事項之一者，不在此限：(一)相對人提出作為和解契約所依據之文件，事後發見為偽造或變造，而本會若知其為偽造或變造，即不為和解者。(二)和解事件，經法院確定判決，而為本會與相對人雙方或一方於和解當時所不知者。(三)本會對於相對人之資格，或雙方對於重要之爭點有錯誤，而為和解者。(四)相對人故意欺瞞重要事實，致對公共利益產生嚴重之損害者。」

該點之內容可謂仿自民法第七百三十八條之規定⁷。其以但書例外得撤銷之權限

⁷ 民法第七百三十八條規定：「和解不得以錯誤為理由撤銷之。但有左列事項之一者，不在此限：一、和解所依據之文件，事後發見為偽造或變造，而和解當事人若知其為偽造或變造即不為和解者。二、和解事件，經法院確定判決，而為當事人雙方或一方於和解當時所不知者。三、當事人之一方，對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤而為和解者。」

亦如處理原則第七點般集中在公平交易委員會，以及將民法原規定「當事人」改為「相對人」（即事業）之用詞，可以看出仍具高權行政之色彩。當然，吾人應可信賴公平交易委員會不會作出如但書第一款與第四款之行為。

在第一款所述的情況下，公平交易委員會可撤銷和解契約，應無疑義。惟主管機關對於作成和解所依據之文件，在和解之前似乎亦應作最基本的、形式上的查證，若有合理的懷疑，亦應請相對人進一步說明，而非一應採納，事後才以此為由撤銷和解契約。

第二款所稱和解事件經「法院」確定判決，應係指行政法院所作之判決而言，即便在民事法院亦有就公平交易法所作之民事判決係基於同一事實所為，亦與此無關。況且公平交易委員會是行政機關，亦不受民事法院之意見所拘束。

在第三款中，雙方若對於「重要之點」有不同看法時，仍以主管機關意見為主。當主管機關因此而撤銷和解契約時，倘相對人不以為然，其可否向行政法院起訴請求撤銷主管機關的撤銷行為？由於民法和解之相關爭議事項，最終仍由民事法院認定之，而依行政程序法第一百四十九條準用民法之規定，則行政法院當亦可對行政和解之爭議事項作最終之認定。

第四款之「故意欺瞞重要事實，致對公共利益產生嚴重之損害」，該前段所謂「故意」是否由主管機關證明之，抑或由事業證明沒有故意？然不論如何，主管機關都是球員兼裁判，蓋在主管機關片面認為是故意時（當然主管機關會提出一定之理由），而事業提出說明非故意但卻不被主管機關採納時，主管機關將撤銷和解契約，進一步調查甚至處分。這對相對人的事業並不公平，事業只得於提起行政訴訟時主張其「非故意」欺瞞重要事實，請求撤銷行政處分，亦即主張和解契約不應被撤銷。此外，「欺瞞的事實」是否「重要」以及後段的「嚴重」、「公共利益」概念，亦有相同之情形。後段所謂「致對公共利益產生嚴重之損害」，從「致」之文義看，似指已對公共利益產生嚴重之損害，惟是否如公平交易法第十九條前文所謂「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」就算是「致對公共利益產生嚴重之損害」，從公平交易法第十九條規範之意旨來看，似應為肯定之解釋較為妥當。

又第四款從反面解釋，若「非故意」欺瞞重要事實，例如因過失漏未陳明重要事實，致對公共利益產生嚴重之損害，仍不得撤銷和解契約，其是否妥當似可再斟酌。

此外，該點第四款之情形係民法第七百三十八條（只有三款）所無，而依行政程序法第一百四十九條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」其顯然超越行政程序法第一百四十九條準用之範圍，而處理原則第一點亦規定：「………，除法律另有規定外，依本處理原則辦理。」因此，該點雖重在公共利益之維護，但在法律依據上似嫌薄弱。況且行政程序法既然已對行政和解契約有明文規定，何不直接回歸行政程序法的適用，直接引據行政程序法之規定，倘若適用過程當中，人民有所爭議，自可由行政法院作司法審查，何勞球員兼裁判的公平交易委員會藉有超越行政程序法之嫌的「處理原則」來作為訂定行政和解契約的依據。

八、違反和解契約的效果

處理原則第十點規定：「相對人違反行政和解契約者，本會得解除或終止之。但契約另有約定者，從其約定。前項情形，本會得續行違法行為之調查，並得拒絕相對人再次向本會請求行政和解之請求。」

該點第一項亦僅明定相對人（即事業）違反行政和解契約時，公平交易委員會可以解除或終止和解契約；若相對人認為其未違反和解契約時，當亦可向行政法院起訴請求救濟。倘若公平交易委員會違約而續行調查時，相對人可否以此為由向行政法院起訴請求禁止公平交易委員會續行調查，從我國行政訴訟法的規定來看，我國並無請求法院頒發禁止令（injunction）的制度⁸，相對人頂多依行政訴訟法第八條第一項後段提起給付之訴，請求高等行政法院命公平交易委員會停止調查（亦即請求不為一定行為之訴），否則只有在被處分後提起撤銷行政處分之訴。

從該點第二項「得續行違法行為之調查」文義觀察，所謂拒絕再次請求，當係指曾達成和解之該同一個案而言，在該案因違約而被處分（或不處分）結案後，下次其他涉嫌違法之案件仍可另提出和解之要約，公平交易委員會不應逕引第十點規定而拒絕之。雖然留下此種違約紀錄，但下次之個案仍應依處理原則每一點逐一檢視評估，蓋行政和解主要目的仍在節省執法的行政成本，而不在於對造當事人是否有不良紀錄之問題。倘相對人常有違約之不良紀錄，當然可以認定其履約度過低，其所造成續行調查之成本過高，無法達到節省執法的行政成本之目的而有害及公共

⁸ 我國行政訴訟法上的暫時權利保護途徑，係指聲請暫時停止執行行政處分、假扣押及假處分。吳庚，行政爭訟法論，民國 88 年 3 月初版，第 14 頁、第 261 頁以下。

利益為由，引處理原則第二點第二項第二款「公共利益之維護」為由，拒絕其和解之要約。

此外，在民法上當事人違反和解之約定時，當事人之一造並無解約權，原告僅得依和解契約所取得之權利（民法第七三七條）訴請法院判決並進一步強制執行被告之財產或命其為一定之行為。而此處行政和解契約當無由行政機關向行政法院起訴進而執行因和解所取得之權利，但處理原則第十點規定：「相對人違反行政和解契約者，本會得解除或終止之。」似亦同樣超越行政程序法第一百四十九條準用民法和解規定之範圍，似有另尋法律依據之必要。

參、民事法上和解、刑事法上認罪協商與行政法上和解 本質的比較

一、民事法上的和解

(一)訴訟上之和解

依我國民事訴訟法第三百七十七條規定：「法院不問訴訟程度如何，如認有成立和解之望者，得於言詞辯論時或使受命推事或受託推事，試行和解。」因是繫屬於法院訴訟中，故屬於訴訟上之和解。其要件為(1)現繫屬於法院的民事事件，起訴前或判決後所作之和解則屬於民法（實體法）上之和解(2)雙方當事人均互有讓步（讓步之程度不一定要對等），若只有一方讓步則為捨棄或認諾而非和解(3)須於言詞辯論時或在受命或受託法官前作成和解，若係私下作成則屬訴訟外和解，而非訴訟上之和解，(4)以終結訴訟為目的，(5)須雙方合意。

由於民事訴訟是所涉及的是私益，故採當事人進行主義與辯論主論，當事人自負舉證責任，而其訴訟標的亦為當事人所得自由處分，因此不管所依據的事實或法律關係是否明確，均無礙於和解契約之作成。

至於訴訟上和解的效力依民事訴訟法第三百八十條第一項規定：「和解成立者，與確定判決有同一之效力。」因此，若一造不履約，他方當事人可據此聲請強制執行，所以一般認為訴訟上和解，除具有訴訟法上之效力外，同時具有實體法上之效

力。又同條第二項規定「和解有無效或得撤銷之原因者，當事人得請求繼續審判。」因其為訴訟上的和解，若有無效或得撤銷之原因者，當事人得請求繼續審判，而非如實體法上當事人可逕主張無效或撤銷後溯及自始無效，當然在此情況下雙方對無效或撤銷之主張如尚有爭議，最終仍須提起訴訟解決。

(二)訴訟外之和解

所謂民事法上訴訟外之和解即指民法上之和解，依我國民法第七百三十六條規定：「稱和解者，謂當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約。」亦即當事人私下達成的合意，雙方均有所讓步，若僅一方讓步則屬民法上的承認，並非此處所稱的和解，當然最重要的還是在終止爭執或防止爭執發生，否則就失其意義。

由於民法第七百三十七條規定：「和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力。」因此倘非法律行為所能取得之權利，例如身分權、一身專屬權、…等等即無法因和解而取得和解契約所訂明之權利；又法律所規定不能拋棄的權利（例如自由）亦不能透過和解契約來讓步。因此，和解契約的達成會產生民事實體法上權利義務的變動。倘一方不依和解契約履行義務，他方得起訴主張之。

至於民法上和解的無效與得撤銷之效果與訴訟上之效果不同。在後者是「當事人得請求繼續審判」，由法院定紛止爭。前者若有無效之原因則自始無效、當然無效、絕對無效，只是回到沒有和解契約前的狀態；在得撤銷之情況下，一經當事人撤銷，則溯及自始無效，但對於和解的撤銷，我國民法第七百三十八條有相當的限制，亦即：「和解不得以錯誤為理由撤銷之。但有下列事項之一者，不在此限：1.和解所依據之文件，事後發見為偽造或變造，而和解當事人若知其為偽造或變造即不為和解者。2.和解事件，經法院確定判決，而為當事人雙方或一方於和解當時所不知者。3.當事人之一方，對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤而為和解者。」

總之，民法上的和解契約內容所涉及的是私人所能自由處分的權利或利益，雙方願各有所讓，使其權利義務關係產生變動，其不涉及公益，又可終止爭執或防止

爭執發生，法律當無禁止之理。

二、刑事法上的認罪協商

在我國刑事法中只有程序上刑事訴訟法的認罪協商制度，並無訴訟外實體法上的認罪協商制度，當然更無所謂之和解。

我國刑事訴訟法第四百四十九條文明定「…被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者」⁹，亦即被告自己承認作了違反刑法規定的行為，也就是其作了違法行為的事實，而且刑事訴訟法第一百五十六條第二項規定：「被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，……。」因此該違法行為的事實至少有相當程度之明確，而並非經調查後事實仍不確定之情況。倘若經調查後事實仍不確定時，在罪疑惟輕原則下，應以現有證據仍不足以證明有違法之事實而不起訴或宣告無罪。

又同法第四百五十一條之一第四項但書第二款規定「法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符」¹⁰時，法官不會「於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決」，亦即法官對犯罪事實仍會作基本的審查（即是否顯然不符），並進一步在檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決。檢察官並無片面決定之權限，亦即並無在訴訟外接受認罪協商之權限，也就是只有訴訟程序法上之認罪協商，

⁹ 我國刑事訴訟法第四百四十九條規定：「第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑，但有必要時，應於處刑前訊問被告。前項案件檢察官依通常程序起訴，經法院訊問，被告自白犯罪，認為宜以簡易判決處刑者，得不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。依前二項規定所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金為限。」第四百五十一條規定：「檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請。第二百六十四條之規定，於前項聲請準用之。第一項聲請，與起訴有同一之效力。被告於偵查中自白者，得請求檢察官為第一項之聲請。」

¹⁰ 第四百五十一條之一規定：「前條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求。檢察官為前項之求刑或請求前，得徵詢被害人之意見，並斟酌情形，經被害人同意，命被告為左列各款事項：一、向被害人道歉，二、向被害人支付相當數額之賠償金。被告自白犯罪未為第一項之表示者，在審判中得向法院為之，檢察官亦得依被告之表示向法院求刑或請求為緩刑之宣告。第一項及前項情形，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決，但有左列情形之一者，不在此限：1.被告所犯之罪不合第四百四十九條所定得以簡易判決處刑之案件者。2.法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符，或於審判中發現其他裁判上一罪之犯罪事實，足認檢察官之求刑顯不適當者。3.法院於審理後，認為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決之諭知者。4.檢察官之請求顯有不當或顯失公平者。」

並無偵查（調查）程序上與實體法上之認罪協商。這主要在於刑事犯罪皆與公益有關，即便是屬於告訴乃論之罪，除非被害人不提告訴或逾期或撤回告訴，否則亦不因被害人與被告達成民事上和解而影響其刑事訴訟法上的告訴權。這在在顯示涉及公益與人民權益之案件，在事實經調查後仍不明確之情況下，並無認罪協商之餘地，更無和解的問題。

三、行政法上的和解

(一)訴訟上之和解

依我國行政訴訟法第二百一十九條規定，行政訴訟法上和解的要件是：1.必須於訴訟繫屬中在行政法院、受命或受託法官依法定方式為之，2.成立和解者須為訴訟之當事人，3.和解標的為訴訟上所主張之權利義務關係（訴訟標的）之全部或一部（但僅屬原則），4.和解必須雙方互相讓步之結果，5.和解的當事人就訴訟標的具有處分權及和解行為須不違反公益¹¹。

行政訴訟上之和解與前述民事訴訟上之和解，其要件大同小異，主要差別在於後者所涉及的是私益並不涉及公益，但前者的一造當事人常為行政機關，其所為的行政行為經常涉及公益，因此欲作成行政訴訟上之和解，必須當事人就訴訟標的「具有處分權」及和解行為須「不違反公益」，否則會有出賣公權力之嫌疑。

(二)訴訟外之和解

訴訟繫屬前或訴訟終結後當事人若有和解約定，皆為訴訟外之和解，與法院無涉¹²。此種訴訟外之和解，依我行政程序法第一百三十五條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」及第一百三十六條規定：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」亦承認行政實體法上之和解。但其非如民法的訴訟外和解般沒有限制，依行政程序法第一百三十五條但書規定，若依其性質或法規規

¹¹ 吳庚，行政爭訟法論，民國88年3月初版，第214頁。

¹² 同上。

定不得締約者，仍不得作成行政和解契約。

所謂依其性質不得締約者，例如「醫師證照之發給」、「考試評定」等即不宜訂立行政契約¹³。雖然學者亦有主張不只給付行政有行政契約的適用，就連干預行政也有行政契約的適用¹⁴，但這並不代表所有的干預行政都適用¹⁵，仍須進一步去研判其不同行政的本質所應具有的要件與性質來判斷是否適宜訂定行政和解契約。從以上之說明可知，公平交易委員會所訂定之「締結行政和解契約處理原則」，其不屬民事法上之和解與刑事法上之認罪，亦不屬行政訴訟法上之和解，當無疑義。因此，依前述處理原則所締結之行政和解契約應屬行政法上訴訟外之和解，其在行政法上之要件與法律效果究竟為何，且在法律（狹義）無明文規定及授權之情況下，公平交易委員會是否有權片面訂定其權限與法律效果，仍有待進一步釐清。

肆、「公平交易委員會締結行政和解契約處理原則」 本質的探討

如前所述，處理原則是經公平交易委員會第四六三次委員會決議通過實施，其宗旨主要在配合行政程序法之施行。依我國行政程序法第一百三十六條規定：「行

¹³ 林明鏘教授認為以「考試評定」為例作為性質上不宜訂立行政契約之典型，實具有誤導性。渠認為「考試評定」並無事實上或法律上不易調查之情事，加上判斷餘地的理論根本不符合成立和解契約之條件，根本不用在性質上加以否定。渠更認為原則上並無所謂「性質上之限制」，蓋如果在行政契約之性質上限制契約許可性之範圍，一方面因為「性質」係屬不確定法律概念，而易使行政契約動則不成立（或無效），影響契約之安定性及契約當事人的信賴，另一方面也將造成行政契約在實務使用的潛在負面考量因素，行政機關及人民在無法猜測其性質上是否許可訂立行政契約，進而排斥行政契約之使用，最後影響行政契約之發展。以上請參氏著，「行政契約法論」，台大法學論叢，第二十四卷第一期，第 174 頁。筆者以為，倘不作性質上之限制，則行政契約恐有被行政機關濫用之虞，進而出售公權力，誠如林教授所說，學者所舉「考試評定」一例係對其誤解，若連學者都可能產生誤解，又如何能期待行政機關必能正確適用行政契約，倘行政機關為便宜行事而不盡調查能事，動則與人民簽訂行政契約，過度倚賴行政契約以企圖節省行政成本，反而可能模糊了行政實體法所規範的標準與界限，造成人民不知如何遵循，只得每次均以行政契約來解決問題，造成行政契約的濫用。

¹⁴ 同前註，林明鏘，前揭文，第 156 頁。

¹⁵ 林明鏘教授在前揭文亦提到許多給付行政或干預行政適用行政契約在實務上之合用性。例如建設法中的徵收契約、開發契約、停車場代金契約、計劃契約；地方自治法中出現在地方稅法、道路法、道路清潔、使用地方公共建設；公務員法及教育法中例如大學與教授締結的任用契約、大學生與代聯會間締結就學獎助契約；社會法中於社會給付主體為給付時享有裁量權限者得締結行政契約；租稅法中對於租稅額度；環保法中締結處理廢車廢油契約；其他尚有交通行政、道路行政、歐體行政、回復原狀法、補助行政，-----等等。

政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」該條和解契約列於第三章行政契約，而公平交易委員會的處理原則的第二點第一項規定雖與行政程序法第一百三十六條規定之內容幾完全一樣（應係抄自該條），而作為締結行政和解契約的依據。

然而行政契約的締結，依行政程序法第一百三十五條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」該條但書規定『依其性質不得締約者不在此限』，而公平交易法案件之和解契約是否屬於在公法上依其性質可以締約者，尚有討論空間。除非採肯定見解，否則若屬性質上所不許可者，則公平交易委員會的處理原則就應另尋法律依據。

事實上締結行政和解契約處理原則的構想應係來自美國「同意判決」(*consent decree*)的制度¹⁶，但美國 FTC 是準司法機關，然而我國通說認為我國的公平交易委員會是隸屬行政院下的行政機關並非準司法機關。況且美國聯邦交易委員會依聯邦交易委員會法（Federal Trade Commission Act）第六條所賦予之法規制定權中，關於程序方面的規定可分為一般程序(*general procedure*)與非裁判程序(*non-adjudicative procedure*)。在程序上有所謂「同意命令」的規定，是聯邦交易委員會在訴訟以外用以處理反托拉斯案件的主要方式。依美國法例，如時間、程序本質及公益許可，刻正接受處理之任何個人、合夥或公司，均得以同意命令的方式處理案件。同意命令程序的特色係透過協商(*negotiate*)的方式來解決問題。實務上聯邦交易委員會向被告寄發同意命令草案及擬議中之控訴內容，並詢問被告欲提出抗辯或進行協商；倘被告願意進行協商，則就同意命令之內容進行討論。協商之進行係以聯邦交易委員會提出同意命令之草案為基礎，惟經長期協商仍未能達成共識時，則聯邦交易委員會僅能選擇起訴，一旦經聯邦交易委員會接受之協商結果需載入公文書(*public record*)，並公布於聯邦公報(Federal Register)上。公布後六十日內，利害關係人得就同意命令向聯邦交易委員會表示意見，請求審酌。聯邦交易委員會於期間屆至時，依其審酌結果得撤銷其同意之表示，並採取適當措施或直接起訴。同意命令雖非被告違法之判決，但仍具有禁止被告為特定行為的效力，且被告

¹⁶ 參見行政院公平交易委員會法規小組對行政和解專案研究之研析意見。

不得就同意命令向法院提出申訴，並有義務向法院報告其遵守同意命令的情形¹⁷。

從上述說明可知，不論從 FTC 的法律地位與法律授權依據，我國與美國有極大之差異，因此我國是否可逕引我國行政程序法第一百三十六條作為制定「締結行政和解契約處理原則」之依據，無不令人質疑。主管機關實應另提草案修改母法，增加程序與效果規定，以免又另外衍生依處理原則所作成之和解契約涉及第三人利益時，其法律效果究竟如何，以及處理原則是否有法律授權……等等之法律問題。

此外，從欠缺法律授權及其名稱「處理原則」觀察，其不屬法規命令當無疑義，其既為行政規則，則如何能對外拘束當事人事業且對其發生自定之法律效果。要知，在民事訴訟外和解時，當事人是處於平等的對等地位，而在訴訟上和解是於公正法官的面前作成，行政訴訟上之和解亦是在公正的行政法官面前作成，均是立於當事人對等之地位；刑事訴訟上之認罪協商亦成立在犯罪事實明確且仍須由當事人一造的檢察官起訴，法院作基本的審查後始在檢察官求刑範圍內宣判，亦是由法官公正裁判。

雖說行政上和解契約亦有屬於隸屬關係之契約型態，但在公平交易法下的當事人事業是處於被檢舉、被調查之地位，且處於可能被高額罰鍰¹⁸處分的疑懼下，在這種干預行政的高權行政，事業勢難以抗拒公平交易法之主管機關公平交易委員會所提出之和解要約（處理原則第四點）。況且公平交易委員會一面立於調查者的地位，又立於有權認定事業是否違法的地位，在其球員兼裁判的情形下，如何能雙方各讓一步（不問程度），是否公平交易委員會就是以不作成處分為其讓步的條件，事實上公平交易委員會所能退讓的也只有不再繼續進行調查與不作成不利於事業的行政處分。其種種情況在在顯示依該處理原則所達成者，更接近於刑事上的認罪協商制度或行政機關在行政法上的承諾¹⁹，而非屬民事法或行政法上之行政和解制度。

又行政訴訟上之和解必須是實體法上當事人得自由處分之事項且不得違反公益時始得為之。至行政法院應依職權調查之事項，因恆與公益攸關，自不得依當事人

¹⁷ 行政院公平交易委員會法規小組對行政和解專案研究報告。

¹⁸ 依公平交易法第四十一條規定，第一次違法最高可處新台幣兩千五百萬罰鍰，若未改正或未停止，則最高可處新台幣五千萬罰鍰，並可連續處罰。

¹⁹ 行政法上的承諾，德文稱為Zusage，詳參陳傳宗撰，論暫時性行政處分與行政法上承諾，台大法研所碩士論文，民國 79 年 6 月。

之合意而左右其結果，此類事項不得成立和解²⁰。是以在實體法上行政機關欲與人民和解，也必須是當事人得自由處分之事項且不得違反公益，倘涉及之公益是行政機關必須依職權調查之事項，當不應以經調查後事實仍不明時即可與人民和解，此即屬行政程序法第一百三十五條但書所稱依其性質不得締約者不在此限²¹的其中一種情形。況且公平交易法中除了競爭政策外，並無計劃行政、給付行政或福利行政，其內容均是為了維持公益的競爭秩序不受破壞的干預行政，既是為了公益則必須依職權主動調查，且此種干預行政事件，因其本質上會涉及人民權益之侵害（高額罰鍰或勒令歇業甚或成為刑事追訴的訴訟條件），若其事實經職權調查仍不能確定時，則表示證據不足以證明被調查之事業有違法的行為，即應作成無足夠之證據可以證明有違法情事之決議，認定其不違法，而非由主管機關提出和解之要約，引被調查之事業入彀，使其作部分讓步的修正行為。況且在和解協商過程中，主管機關若得知更進一步資訊因而不願同意與事業和解，並續依公平交易法第二十七條行政調查權命令該事業提出相關資料，否則連續處以罰鍰，在此種壓力下，無異形成一種陷阱，因此亦應對主管機關作相當程度之限制，以免使該制度受到扭曲使用。

再對照同為實體法的民法第七百三十七條之規定觀察，事業在公平交易法上因讓步所取得的絕非行政法上實體的權利（非如民法上的權利可在訴訟上主張），而是主管機關不續行調查或不作成處罰的承諾。倘主管機關片面違約而續行調查時，對造之事業似可依行政訴訟法第八條第一項後段逕向高等行政法院提起「命行政主管機關停止調查」之訴訟（因續行調查非行政處分故不得向上級機關提起訴願救

²⁰ 陳計男，行政訴訟法釋論，民國 89 年 1 月初版，第 601 頁。

²¹ 翁岳生教授亦於「法治國家之行政手續」一書中提到：「為除去法律狀態之不確定性，是否得締結公法上之和解契約，這個問題更加分歧更加複雜。這種契約在『干涉行政』（Eingriffsverwaltung），尤其『安全行政』（Sicherheitsverwaltung）之領域內，很少能想像得到。相反地，這種契約在稅務行政以及給付行政有實際上之意義。關於享有處分權或行政機關得依其裁量決定之事項對其法律問題得締結和解契約似應無疑義可言。但在裁量之案件，這種契約應注意不得逾越裁量之範圍，尤其不得違反平等待遇之法則。此外當請求權人得處分其請求權，而將該請求權拋棄時，亦得締結和解契約。可是不能承認行政機關具有超過這些以外之權限。尤其，關於強行性質之法律效果，行政機關不得與當事人和解之。如依事實可明白認定，主張請求權之人不屬於請求權人時，易言之，事實上之請求要件不存在時，不能亦不得經由和解，而創造這些缺少的事實上之請求要件。這種協議可能不僅違法，尤其可能侵犯立法者之權利，因而違背權力分立之原則。惟關於法律狀態有不確定性存在時，在強行法規方面，如將和解契約視為適法，是亦將令人頗為懷疑。在這種情形亦應要求官署作成明確的法律上決定，而不許其『不依據法律狀態』，避難於和解契約。」前揭書第 64-65 頁，民國 59 年 5 月初版。

濟），抑或等主管機關作成行政處分後始提起撤銷之訴，不過倘被處分之事業經查確有為違法之行為且又破壞了與公共利益有關的競爭秩序時，行政法院是否會因行政主管機關之違約而撤銷行政處分，亦令人質疑。

伍、公平交易法實務上不同性質案件 適用行政和解契約的分析

公平交易委員會在該處理原則正式公佈實施前即曾針對英代爾案、馬特拉案、三陽機車案、湯姆笙授權公司（RCA）案，以行政和解之方式來處理或嘗試以行政和解為手段而透過處理準則的研訂來減低對業者的衝擊。

例如三陽機車案涉及中衛體系與智慧財產權爭議問題，加上機車業為我國國內少數具出口競爭力之產業，且機車業之產銷分工亦為國內中衛體系之重要典範，而相關主管機關對中衛體系之權利義務關係並未予明確規範，在實務面與法律面對此類糾紛所衍生之課題，尚無定見之際，為避免該案之查處對該產業造成過重之衝擊，公平交易委員會基於公共利益之考量，經由該案進行通盤檢討研訂出適當之準則，俾有效規範中衛體系間之交易秩序，應屬妥適。而英代爾案、湯姆笙授權公司（RCA）案則涉及專業的專利授權與權利金的問題。馬特拉案則是台北市政府捷運局與法商馬特拉公司為木柵捷運線工程延誤引發重大賠償金額爭議所衍生之案外案，事涉敏感。

從上述這些個案的案情²²觀察，可謂均屬重大或涉及高度專業技術之案件，倘能達成行政和解，一則可解除主管機關辦案之壓力，二則業者可避免被處分而影響其商譽，三則提出檢舉的利害關係人多少亦獲益，如此三贏的局面，何樂而不為。但上述四案中，除了因三陽機車案而訂出「中衛制度實務作法與公平交易法之審度原則」外，吾人仍不得而知這些個案行為的合法與違法的界限在哪裡，日後倘有類似案情發生，是否基於平等原則，也應接受業者提出之行政和解，否則怎樣都難自圓其說。

此外，處理原則雖未明示只限於重大或涉及高度專業技術之案件才有締結行政和解契約的可能，但從處理原則第二點規定：「本會對於行政處分所依據之事實或

²² 同註二。

法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」顯然仍將落入昔日「重大案件或涉及高度專業技術案件」始有適用之可能，蓋此類案件非深入調查，不易釐清案情，一稍有障礙極易產生提出和解之想法。

至於一般被認為小案件的不實廣告²³亦可能經依職權調查仍不能確定事實時，是否亦應同等接受業者提出自行改正方案之行政和解。倘若主管機關不接受和解，將造成對小案件的歧視待遇而違反平等原則。此外，對於沒有能力聘請精通公平交易法的律師而無從提出和解方案之小企業而言，卻仍得受到高額罰鍰或刑事追訴的處罰，即可能產生另一種不公平的競爭環境，而不利於中小企業的發展。

事實上，對不實廣告經調查後，仍不能確定究竟該廣告是否為被檢舉人所為時，既然不能確定，就不能對被檢舉人加以處分，被檢舉人亦無提出行政和解要約的必要。倘若有足夠之證據證明確係被檢舉人所為，主管機關就應依法作成決議，認定究竟是否有不實或引人錯誤，而不得達成行政和解。倘若以經調查後仍不能確定事實，而進一步達成行政和解，將導致該廣告究竟是否有不實或引人錯誤模糊不清，以致於日後其他業者無從遵循，若有相同或類似之廣告再出現，也只得再以行政和解收場。

從另一個角度思考，當小案件的被檢舉人所為廣告行為的事實非常明確，並已提出自行改進方案且對主管機關提出和解要約時，因其不合「經依職權調查仍不能確定事實或法律關係」的要件，以致主管機關不能接受其行政和解，只能提由委員會議作成處分的決議。

事實上，在公平交易委員會歷年來所作成處分之案件有超過一半以上是不實廣告的案件，其所付出之行政成本亦相當可觀，而這些才是真正需要行政和解來節省行政資源的案件，但因要件不合而不能適用該行政和解處理原則，這與我國刑事案件所能認罪協商的只限於輕微的簡易案件（小案）有極大之差異。無怪乎有學者主張行政和解應不以「經依職權調查仍不能確定事實或法律關係」為必要²⁴，但如此一來將使處理原則因不合乎行政程序法第一三六條之規定而失其法律依據。

²³ 據悉從委員到承辦人員多數都認為不實廣告是小案件，難以和反托拉斯的案件相比擬，故此類案件與承辦人通常都不受重視。

²⁴ 同註2第73頁。

此外，倘若承認公平交易法的案件在性質上可以締結此種行政和解契約時，由於不同性質案件的和解內容千差萬別，一旦主管機關與相對人或第三人有各種爭議之情事發生時，當事人究應提起何種行政訴訟來救濟，以及公平交易委員會是否原告適格，抑或片面回到隸屬關係的高權行政，這都是極為爭議的問題。因此，對這些複雜的要件、效力與爭議，仍宜透過公平交易法的修法增訂此一制度以解決問題。

陸、結論

我國行政程序法已於民國 90 年 1 月 1 日正式實施，而公平交易委員會為因應行政程序法的實施，據此訂定了共有十點的「行政院公平交易委員會締結行政和解契約處理原則」，以作為與業者訂立和解契約的依據，其主要在有效達成行政目的及解決紛爭，維護公共利益並衡酌利害關係人可能遭受之損害（處理原則第二點），從其宗旨來看似應能使主管機關、事業與利害關係人獲得三贏的局面，公平交易委員會可謂用心良苦。但從處理原則所訂定若干單方面高權權限的情況下觀察，易使人質疑「處理原則」有逾越行政程序法之嫌，其實，行政程序法既已有對行政和解契約明定的情形下，主管機關何不直接引用行政程序法作為依據，倘人民有爭議，自可由行政法院作司法審查。因此，主管機關若欲適用處理原則作為依據，其過程中如何避免人民誤解主管機關是在濫用高權行政迫使人民接受和解契約，即有賴主管機關的高度智慧。

該處理原則可謂係仿行政程序法第一百三十六條的和解契約規定而來，但和解契約亦為行政契約之一種，仍應受行政程序法第一百三十五條但書的限制，亦即性質上或法規規定不得締結行政契約時，仍不能簽訂和解契約。雖然有學者主張不論給付行政、計劃行政，就連干預行政都有可能適用和解契約，但這並不意味亦當然適用在公平交易法上的案件。要知，公平交易法主要在規範與公共利益有關的競爭秩序，事業在公平交易法上是否享有可以自由處分的標的而以之作為讓步之內容，筆者實持較保留的看法²⁵。

此外，雖在行政契約上有所謂的隸屬關係之和解契約，但行政程序法第一百四

²⁵ 公平交易委員會在訂定「處理原則」之前，曾針對此一議題召開學者專家座談會，多數學者認為沒有問題，公平交易委員會才訂定此一原則。個人未參與此一座談會，但深以為憂，故持較保留的少數意見。

十九條規定，行政契約本法未規定者準用民法相關之規定。而該處理原則卻訂定了公平交易委員會得單方面撤回、變更要約或中止和解程序，且在球員兼裁判的情形下，可自行認定相對人之故意欺瞞重要事實以致損害公共利益而撤銷和解契約，亦可自行認定相對人違反和解契約，而得解除或終止契約。（處理原則第七、九、十點）。其在無法律明文授權下，以處理則自行訂定單方面高權權限，似有逾越行政程序法之嫌。又和解契約之履行將侵害第三人之權利者，應經其書面同意（處理原則第六點），該權利究何所指，吾人實難以想像何人在公平交易法上可享有何種權利，又其是否包括法律上利益亦不明確（似應採否定說）。

從處理原則所規定行政和解契約的要件與法律效果來看，其不同於民法、民事訴訟法、行政訴訟法上之和解，倒有點接近於刑事訴訟法上之認罪協商。由於行政和解契約在我國行政實務上被運用的情形仍極為有限，即便公平交易委員會以往曾嘗試運用此一制度來處理的案例也只有上述四例，相信以公平交易委員會的專業與卓著聲譽，當不至於濫用和解契約而出售公權力以致使違法業者免於受高額罰鍰或刑事追訴。

行政機關固然應積極任事，除了採用行政處分之外，當然可以並用行政和解契約的締結，以節省行政資源並達成行政目的。但如果過度的採用行政和解而未注意到所隱藏發生各種弊端的可能性²⁶，並使其發展成公行政主控之典型契約時，將失去行政和解的意義，吾人不可不慎。

²⁶ 陳敏教授亦提及行政契約所可能隱藏之瑕疵，亦即公行政亦有可能利用其具有公權力的優越地位，以契約為名，擴張權限，迫使人民承擔義務或接受不利條件。反之，具有特殊強勢地位之人民，則可能迫使或利誘行政機關給與其違法或不當之利益。且談判技巧的優劣，可能影響契約內容，形成不公平現象。氏著，行政法總論，民國88年12月2版，第518頁。陳教授所述，亦為筆者所擔憂之處，蓋公平交易法不比一般行政法，公平交易法所規範反托拉斯部分的事業對象，多為大企業，其有能力聘請多位律師、會計師、經濟分析師、技術人員等為其策劃謀略，例如有關晶片技術授權問題，中小企業無能力對抗，我國公平交易委員會亦無晶片技術人員，最終只得接受大企業提出之和解契約。此外，有關不正競爭部分，會違反者多屬中小企業，其有多少能力提出和解方案，個人實在存疑，如此將形成不公平現象，所以公平交易委員會宜多給與中小企業提出自行改進方案的機會，否則又將落入只打蒼蠅不打老虎之譏。

參考文獻

- 林明鏘，「行政契約法論」，台大法學論叢，第 24 卷第 1 期。
- 吳庚(1999)，行政爭訟法論，初版。
- 吳庚(2000)，行政法之理論與實用，增訂六版。
- 翁岳生(1970)，法治國家之行政手續，初版。
- 陳計男(2000)，行政訴訟法釋論，初版。
- 陳敏(1999)，行政法總論，二版。
- 陳傳宗(1990)，論暫時性行政處分與行政法上承諾，台大法研所碩士論文。
- 劉孔中(1999)，「略論公平交易委員會行政和解之實務及法理」，律師雜誌，第 235 期。
- 謝杞森(1998)，我國公平交易法的行政程序與爭訟-以我國實務探討為中心，政治大學法研所博士論文。
- 行政院公平交易委員會(1990)，行政院公平交易委員會公報，第 9 卷第 11 期。
- 行政院公平交易委員會法規小組行政和解專案研究。

**A Research on the Administrative Settlement Agreement of
Fair Trade Law**

Hsien, Chii-Sen

The Rule of Administrative Settlement Agreement was announced by the FTC of the ROC before the Law of Administrative Procedure was enforced on January 1, 2001.

I introduced the concept and effect of every section of the Rule of Administrative Settlement Agreement first and reviewed unreasonable sections in this paper. Following this, the rule was compared with civil settlement agreement, settlement agreement of civil procedure, settlement agreements of administrative appeal procedures and consent decree of criminal procedure.

In my opinion, it is doubtful that section 7 and 10 are unfair for enterpriss. Another problem to be concerned with is whether or not the rule will be abused when the FTC doesn't want to punish violating enterprise.