

# 公平法第三十六條「先行政後司法」之法律分析

陳櫻琴 ( 中原大學財經法律系副教授 )

壹、研究緣起

貳、公平法第三十六條之研究

一、概說

二、現行條文之規定

三、修正草案之研究

( 一 ) 行政院版本

( 二 ) 立法院版本

參、「先行政後司法」之法律分析

一、先行政後司法與秩序罰

二、先行政後司法與刑事罰

三、先行政後司法與行政指導

四、先行政後司法與行政裁量

肆、競爭法之制裁機制設計

伍、結語

## 公平法第三十六條「先行政後司法」之法律分析

### 壹、研究緣起

對於競爭行為之違法判斷，理論上具有社會倫理非難性之不公平競爭行為，以刑罰制裁，屬於犯罪行為，但若一項不公平競爭行為，在社會普遍未形成違法意識前，不宜逕判斷為犯罪行為，處罰上先以行政罰（罰鍰）為之，僅在行政處罰不能產生取締效果時，再以刑罰制裁。<sup>1</sup> 行政罰（行政秩序罰）與刑事罰有不同之處罰法價值，違法行為構成犯罪要件者，應由司法機關處理，屬國家司法權之行使。公平法在我國為新興經濟立法之一，對違反公平法之行為，應受處罰之法價值，究屬行政罰或刑事罰，其間有極大立法政策考量，對於若干交界於行政罰與刑事罰「灰色地帶」之違法行為，若一律移送法辦，亦與民眾的違法認識有差距。公平會在執行時採取「先行政後司法」，固有其特殊的背景因素，值得就立法沿革、社會適應及其與秩序罰、刑事罰、行政指導、行政裁量等層面加以分析。<sup>2</sup>

所謂「先行政後司法原則」，係違反法律所規定之行為，其取締權及處罰權之發動，原則上由法院判斷，但在若干具有行政管理目的之處罰規定，法律授權行政機關先採取一定的處理權限，待行政取締效果不足以遏阻違法行為時，再由法院發動刑事制裁權。採取此一立法政策，主要理由有二：一方面可強化行政主管機關的執法權威，另一方面可減少法院審理的負擔，為新興立法技術。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 參見廖義男：對行政院函送立法院審議之公平交易法草案之修正建議，收錄於公平交易法之理論與立法（以下簡稱廖義男：理論與立法），第二五三頁，一九九五年十月。

<sup>2</sup> 事業違反本法禁止規定，經主管機關下令停止或改正而未停止或改正，顯然惡性重大，具有社會倫理之非難性及刑罰可責性。但公平法在我國屬新建制立法，嚴格執法處以刑事制裁，亦必考量工商企業界的反應，故當時之立法建議採取「低度立法原則」。

<sup>3</sup> 經濟性法規中有關先行政後司法之規定，茲列舉如下：

條文	行政行為	司法制裁	備註
建築法第九十三條	勒令停工並制止復工	一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金	建築法第九十四、九十五條有類似規定
勞動檢查法第三十四條	書面通知停工	三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金	違反勞動檢查法第二十七至第二十九條之處分

一般稱公平法之先行政後司法原則，可分為廣義與狹義兩種，廣義係指違反本法之行為，由公平會先予處理或處分，命其停止或改正，並得按次為行政罰，包括第四十一條規定；及第三十六條規定。此一類型之條文有「經中央主管機關命停止而不停止者」之文字。狹義僅指第三十六條規定，違反第十九條規定者，先由行政主管機關調查認定，命其停止而不停止者，移送法院審理，有稱「附從行政監督之犯罪行為」。<sup>4</sup> 廣義意義之先行政後司法強調「行政權首先發動」；狹義意義之先行政後司法表現「行政權」是「刑罰權之前提要件」，本文主要討論第三十六條有關先行政後司法原則。

## 貳、公平法第三十六條之研究

### 一、概說

「先行政後司法」並非法律明文規定之用語，狹義之先行政後司法為第三十六條規定，列

電腦處理個人資料保護法第三十八條第一項第一款至第三款	限期改正	二年以下有期徒刑	
空氣污染防治法第三十二條	命令停工或停業	一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金	水污染防治法第三十二條有類似規定
電信法第五十八條	警告	六個月以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三十萬元以下罰金。影響飛航安全者依公共安全罪加重處罰	
商品檢驗法第三十四條	停止生產、製造、陳列、銷售之命令	處負責人三年以下有期徒刑、拘役或一萬元以下罰金	
自來水法第九十六條	制止污染之行為	一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金	
公職人員財產申報法第十一條第三項	通知限期申報或補正，無正當理由未申報或補正	一年以下有期徒刑、拘役或科新台幣十萬元以上五十萬元以下罰金	第三項之刑事罰以第一項之行政罰為前提

分析上列規定之類型，行政行為包括命令、處分、通知等。另外如出版法及廣播電視法，對於違反者，行政機關之行政行為包括三次定期停止發行（出版法第四十一條第二款）或警告（廣電法第四十二條第一款），但在該法中並未規定後續刑事制裁效果，若其行為違反刑法規定者，另依刑法制裁。

<sup>4</sup> 參見廖義男：公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定，收錄於公平交易法之釋論與實務，第一冊，（以下簡稱廖義男：釋論與實務）第五十七至八十六頁，一九九四年二月。

於第六章「罰則」部分，係指違反本法第十九條，「經中央主管機關命其停止其行為而不停止者」，始處有期徒刑等之制裁。亦即違反本法第十九條之禁止規定者，尚未構成犯罪，須經中央主管機關發動取締權，命其停止其行為而不停止時，始成立犯罪。此一條文所規範之處罰效果明確，惟違反第十九條各款情事，為事業有妨礙公平競爭之行為(第一至第六款)，違法類型相當複雜，加上第三十六條之處罰前提條件為「須經公平會命其停止其行為而不停止時，始受刑罰制裁」，故在適用上產生爭議。<sup>5</sup>

公平法規定之罰則體系，可分成兩大類：一屬於「直接犯罪行為」，一為「附從行政監督之犯罪」。

1. 直接犯罪行為：指違反本法者，直接處以刑罰，如第三十五條規定，對違反第十條（獨占）；第十四條（聯合）；第二十條（仿冒）；第二十三條第一項（多層次傳銷）。因其具有反社會倫理之非難性，對社會危害重大，直接規定刑罰制裁，屬於「對犯罪行為的評價」。
2. 附從行政監督之犯罪：對於違反第十九條規定之行為（妨礙公平競爭），須經中央主管機關命其停止而不停止時，始處以刑罰。亦即經公平會調查後，認定是否構成妨礙公平競爭，並為一定行政處分後而未改善，行為人即具有「非難可責性」，再移送司法機關處以刑罰。惟第十九條共有六款規定，其條文多屬不確定法律概念，是否「不正當」；有無「正當理由」；是否「有妨礙公平競爭之虞」，須斟酌當事人之市場地位、所屬市場結構、商品特性等市場資料，此屬公平會之調查職掌（第二十五條第三款），因此該行為是否違法，先由行政機關調查，此即「先行政後司法」原則之適用。

查經濟部委託研究之原草案，並有搭配主管機關之「專屬告發權」，明定觸犯本法之罪，須經主管機關之告發，始可論罪，一方面借重主管機關之專業職掌及經驗，得以較正確判斷是否違反本法之行為，另一方面尊重主管機關之裁決罰鍰權，俾可在事業繼續或再為同一行

---

<sup>5</sup> 根據公平會處理案件，違反第十九條及三十六條者，多由主管機關採取下令停止或改正之「行政處分」，法院援引第三十六條之「司法判決」，幾乎未見。參見公平會編印：公平交易法行政裁判案例彙編（第一輯），一九九六年；公平交易法司法案例彙編（一），一九九四年及（二），一九九六年。

有關違反第十九條之案件統計，從一九九二年至一九九七年六月止，總計四十九件，（該期間內處分件數總計七七二件），數量不算多。參見公平交易季刊，第五卷第三期，第二〇〇頁，一九九七年七月。且依公平會編印：認識公平交易法所列出違反第十九條之處分書，均屬公平會之行政處分，未有進一步司法制裁之文獻，參見增訂四版，一九九六年五月，第一〇三至一五六頁。

為時，選擇重覆罰鍰之處分或向檢察官告發而進行公訴。<sup>6</sup> 日本「關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律」第九十六條明定此一制度。<sup>7</sup> 惟本法通過施行並未採取此種立法例。

<sup>6</sup> 參見廖義男：理論與立法，第四〇〇頁。

<sup>7</sup> 專屬告發制規定獨禁法第九十六條：「(第一項) 第八十九條至第九十一條之罪，須經公平交易委員會之告發，始可論罪。(第二項) 前項告發，應以書面為之。(第三項) 公平交易委員會對於第一項犯罪之告發，認為相當於依照第九十五條第一項或是第一〇〇條第一項第一款之宣告，得將其意旨記載於前項書面。(第四項) 提起公訴後不可撤回第一項之告發」

本條規定第一項中所引之第八十九條至第九十一條之罪，分別為第八十九條(私的獨占、不當之交易限制、有期徒刑之罪)、第九十條(國際協定等、事業團體之其他禁止行為、違反確定審決之罪)、第九十一條(違反公司活動等有關規定之罪)。其中第八十九條係以違反獨占或不當之交易限制，及對於特定交易上之競爭加以實質限制之罪。此為日本公平交易委員會專屬告發制度的特性。參見公平會編印，日本公平交易法相關法規彙編，第四六頁，一九九六年四月。

其他國家目前尚少見專屬告發的制度，但是卻有相類似之制度，略述如下：

1.美國：聯邦貿易委員會法第十六條(由委員會或檢察長提起、辯護、參加及監督訴訟或上訴)之(b)規定：

「委員會有理由相信任何個人、合夥或營利組織應受本法之刑事處罰者，委員會應向檢察長以書面證實(certify)該事實，檢察長應命對之提起適當之刑事程序。」參見公平會編印，美國公平交易法相關法規彙編，第五十六頁，一九九五年一月。

本法之規定由於涉及刑事處罰之規定，本於美國法律上正當程序之原則，上述規定是源自於美利堅合眾國法典(U.S.C.A.)15 之第五十六條規定：

"Commencement, defense, intervention and supervision of litigation and appeal by Commission or Attorney General; procedure for exercise of authority to litigate or appeal; **certification** by Commission to Attorney General for criminal proceedings."

而此一「證實」一字係指：

"(b)Whenever the Commission has reason to believe that any person, partnership, or corporation is **liable for a criminal penalty under section 41 to 46 and 47 to 58 of the title**, the Commission shall certify the facts to the Attorney General, whose duty it shall be to cause appropriate criminal proceeding to be brought."

因此聯邦貿易委員會對於任何人或合夥或營利組織應受本法之刑事處罰者，應向檢察長以書面證實該事實，並由檢察長進行刑事訴追程序。聯邦貿易委員會在權限執掌之範圍內，發現有妨礙公平競爭之事實，進行事實的證實，與日本專屬告發制有異曲同工之妙。事實之「證實」在實務上則有概念性的闡述：

## 二、現行條文之規定

第三十六條規定「違反第十九條規定，經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。」立法理由為：「違反本法第十九條所禁止之不公平競爭行為者之刑罰。」似未能闡明「先行政」與「後司法」彼此間之關係。

有認為第三十六條的意旨為先行政後司法，賦予行政機關以專屬告發權的作用，其所以採

1.U.S. v. Ancorp Nat. Services, Inc., C.A.N.Y.1975,516 F.2d 198

"Suit by United States at direction of Attorney General acting upon Commission certification of facts as to alleged violation of cease and desist order by newsstand operator was jurisdictionally defective on theory that government failed to comply with statute requiring Commission to certify facts to the Attorney General where operator did not dispute affidavit submitted by government stating that it had complied with certification procedure."

2.U.S. v. Swingline, Inc., D.C.N.Y.1974,371 F.Supp.37

"Under this section providing for Commission's certification of facts to Attorney General whenever Commission has reason to believe that any person, partnership or corporation is liable to penalty under certain statutory provision, certification was necessary only to provide authority for Attorney General to bring this action."

2 法國：競爭審議委員會對於集體之限制競爭行為，可以自己提出告訴，自行進行審判程序，並為裁決懲罰，係集審檢於一身，具有準司法權之性質。參見何之邁：論法國競爭審議委員會，收錄於公平交易法專論，第五九五頁，一九九三年十月初版。

對於非法企業聯合、控制企業經濟力濫用及經濟依賴狀態濫用，法國法之基本懲治原則是依照行政處分而非刑事制裁，僅在特殊情況下有例外。依一九八六年 86-1243 號命令第十七條規定：「自然人為集體限制競爭行為受刑事制裁之構成要件，由競爭審議委員會移送檢察機關。」86-1243 號命令同時揭示同一案件行政處罰由競爭審議委員會負責，刑事責任則由刑事法院審理。但是可以相互諮詢，以謀求事實認定與法律適用之一致。不論受理機關為競爭審議委員會或檢察官，對於檢察官之不起訴法院之輕罪判決，包括無罪或科刑判決；競爭審議委員會之行政罰或不受理裁決，均可上訴至上訴法院。競爭審議委員會與刑事法院之相互諮詢，對犯罪人之移送檢察機關，與專屬告發制類似。

3 南韓：韓國並無專屬告發制，但可經由公平交易委員會對特定之不正競爭行為提出訴訟。依不正競爭防止法第十八條第一項第一款到第三款規定可不必由被害者提出告訴，可由被害者以外之第三者，包括公平交易委員會對於行為人提出告訴。參見公平會編印：韓國公平交易法相關法規彙編，第六四頁，一九九四年三月。

用的用意，在於先讓行政機關利用行政手段處理之，其手段之內容可包括「先處理」及「先處罰」，待行政手段無效果，才移由司法機關利用刑事制裁權處理，主要係因司法手段具有「候補性」。<sup>8</sup>

此一條文在立法院審查時，引起討論，有認為行政主管發動權限若不明確規定期限，可能會有拖延的情形發生；但代表政府主管部門意見認為「第三十六條之處罰規定即是採二段式，首先是命其停止其行為，由中央主管機關命其停止；若仍不停止，第二段則送法院，由法院裁判」；且「第三十六條是針對第十九條而規定的處罰，第十九條中有六款不同的情況，例如第三、四、五款均脅迫、利誘之情形，類此情形應該是令其立即停止，不能再給予期限，因此第三十六條不宜有期間之規定。行政罰可以命令其於期間內改善，但刑罰訂有刑責之後，即須有法定要件，於本條文增訂期限之規定，在立法體例上有所不妥。」<sup>9 10</sup>

至於第十九條所規定之六種情況包括：杯葛；差別待遇；不正當略誘交易相對人；不正當迫使不為競爭或參與結合或聯合；不正當獲取營業秘業；不正當限制交易相對人之事業活動。其行為是否「妨礙公平競爭之虞」，先由公平會加以認定，經主管機關判斷確實妨礙公平競爭行為，並命其停止或改正而不停止或改正時，行為人即有「非難可責性」，應受刑罰制裁。

惟有學者認為公平法第三十六條之立法技術不當，分析其主要論點有二：<sup>11</sup>

1. 行政處分權未發動，司法機關無從處罰，無異縱容違法狀態之發生。

第三十六條規定，以經中央主管機關「命其停止其行為而不停止者」為處罰條件。行為人已為違反第十九條妨礙公平競爭之行為，實際上已違反本法禁止之規定，如經中央主管機關命其停止其行為後，即行停止時，則依該條之規定，仍可免於處罰，而事實上該行為已破壞市場之公平競爭並造成他人之損害，竟可不必負責，不啻縱容行為人可不視第十九之禁止規定，先為妨礙公平競爭之行為，然後視中央主管機關有無反應，再做是否停止其行為之打算。

<sup>8</sup> 參見黃茂榮：公平交易法理論與實務，第五二四頁以下，一九九三年。

<sup>9</sup> 參見立法院編印：公平交易法案，第二三六頁、二三八頁，一九九二年。

<sup>10</sup> 第四十一條依原草案係指事業違反第二十四條規定者，採取廣義先行政後司法原則，在立法院一讀、二讀皆無異議通過，但在三讀時卻以「決議」的方式放寬第四十一條的構成要件，成為現行條文「公平會對於違反本法規定之事業者」，形成先行政後司法的適用爭議。參見立法院三讀之「決議」，同前註，第五五六頁。

<sup>11</sup> 參見廖義男：釋論與實務，第六〇頁以下。

2. 行政處分成為犯罪構成要件之前提，在理論上有所欠妥。

中央主管機關命其停止之行為，乃是一種「行政處分」，當事人不服可以提起訴願、再訴願及行政訴訟以求救濟。當事人對命停止之處分表示不服，提起行政訴訟並且不停止其行為時，是否可認為具備第三十六條之犯罪構成要件而可論罪？依本條之規定，似宜採否定說。事業不服中央主管機關命其停止行為之處分而提起訴願及行政訴訟期間，縱事業不停止其行為，第三十六條所規定之犯罪構成事實，尚非完全確定，檢察官不宜在該訴願及行政訴訟案件確定之前即進行偵查起訴。刑事法院亦在訴願及行政訴訟案件確定後，始進行本案犯罪之偵查。如此一來，行政處分竟成為犯罪構成要件之前提，在理論上似有所欠妥。

### 三、修正草案之研究

#### (一) 行政院版本<sup>12</sup>

公平法修正草案之行政院版本建議強化公平會行政管理權限，修正條文對「先行政後司法原則」予以明文化，包括第三十五條、三十六條及四十一條等，增加「經公平會處罰鍰，並限期命改正者，才處刑罰」之規定。主要理由是公平會職掌經濟秩序之管理，宜以行政處理優先，故賦予公平會行政罰之權限（公平會對命其停止或改正之行政處分，有裁量權）。

行政院版本主要賦予公平會對違反本法規定之事業，得逕以處罰。建議第三十五條比照第三十六條，亦明文採取先行政後司法原則。修正草案第三十五條條文：「違反第十條第一項、第十四條、第二十條第一項、第二十三條第一項規定之事業，經中央主管機關處以新台幣五萬元以上五十萬元以下之罰鍰並限期命其停止或改正其行為而未停止或改正，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十萬元以上一百萬元以下罰金。」

修正草案第三十六條條文：「違反第十九條規定之事業，經中央主管機關處以新台幣五萬元以上五十萬元以下之罰鍰並限期命其停止或改正其行為而逾期未停止或改正，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五萬元以上五十萬元以下罰金。」

依此修正條文分析，行政院修正版本在第三十五條、第三十六條條文之文字增加「經中央主管機關處以罰鍰並命停止或改正而未停止或改正，或停止或再為相同或類似違反行為者，再加以刑事處罰。」修正後之違法要件有二：

<sup>12</sup> 參見行政院一九九四年四月二十一日送立法院修正草案，該修正版本，共修正七條。包括刪除第十條第二項及第十一條第二項、修正第三十五條、三十六條、第三十七條、第四十一條及第四十九條。



1. 經中央主管機關處以罰鍰；
2. 經中央主管機關命其停止或改正其行為而未停止或改正，或停止後再為相同或類似違反行為。

根據行政院版本修正理由包括下列各幾點：

1. 避免執法機關對同一事實認定不同。
2. 刑罰制裁應屬最後不得已之措施。
3. 明文規定「先行政後司法」原則。<sup>13</sup>

## (二) 立法院版本<sup>14</sup>

公平法修正草案立法院版本對「先行政後司法原則」係採兩案並陳，主要是審查委員會對此一原則意見不一致，是否明確規定於法律條文中？如何在公平會執法過程予以強化？並未定案。<sup>15</sup> 至於立法院版本，第三十六條及第四十一條之修正案，原則上採行政院版修正意見，再增列「採取必要更正措施」之文字。

---

<sup>13</sup> 至於行政院版本建議第四十一條修正為：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，除本法另有規定外，得處新台幣五十萬元以下罰鍰，並得限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並得按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止。」將公平會的處罰權與糾正權並行，以加強執行效果。

現行法第四十一條之缺點包括：

- 1 公平會僅有糾正權，無直接制裁權，產生嚇阻的作用有限。
- 2 罰鍰之作用，並非在對違法行為加以制裁，係對不聽糾正予以處罰。即刑事處罰係以採取行政處分後，「逾期仍不停止或改正」為關鍵。

所謂「違反本法規定」，若採最廣義解釋，指包括下列條文：第十、十四、十九、二十、二十一、二十二、二十三條第一項、二十四條等。故第四十一條之規定取締及處罰所牽涉之範圍相當廣，學者廖義男並指出，現行法第四十一條的規定不妥。

<sup>14</sup> 立法院一讀通過條文，一九九六年十二月十一日完成第一讀審查案，共修正條八條，增訂四條，包括第十、十一、十八、十九、二十三、三十七、四十一、四十六條；增加二十三之一至二十三之四條。惟另有委員提案版本併案審查。

<sup>15</sup> 參見立法院陳傑儒委員版本：第三十五條、第三十六條條文「……經中央主管機關依第四十一條規定處以罰鍰並限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者。」

綜上分析，公平法從草擬至立法施行、修正草案，採納先行政後司法原則，均無爭議，然在學理引起批評。本法之立法及施行過程，固有其特殊社會背景，當時企業界普遍不熟悉，恐引起工商業經營者之反彈，故採取從寬之立法及執行態度，先行政後司法可以說是「過渡」期間的產物；然經一段時間之運作，企業對此一重要經濟法有相當之法的認識及避免違法之共識，宜採取嚴格執法之態度為宜。

## 參、「先行政後司法」之法律分析

### 一、先行政後司法與秩序罰

行政法上「秩序罰」係為維持行政上的秩序，達成國家行政的目的，對於違反行政上義務所科之制裁。<sup>16</sup> 有稱「行政罰」<sup>17</sup>。行政秩序罰係指於一般統治關係中，對違反行政法上義務者，為維持行政秩序，達成行政目的，所科以刑事刑罰以外之制裁方法，其處罰的目的有別於刑罰，也就是行為欠缺社會倫理非難性、行為後果的損害較低或出現頻率較低，由行政機關為初步制裁，較符合行政效率及管理目的，又不致嚴重侵犯人權，屬行政秩序罰之範疇。

<sup>18</sup>

行政秩序罰因其行為之非難性在於欠缺社會倫理性。惟以社會秩序維護法為例說明，秩序罰類型包括拘留、勒令歇業、停止營業、罰鍰、沒入、申誡等（第十九條），對人民產生制裁之效果甚為廣泛。由此觀之，行政秩序罰與刑罰類型本質上並無不同，僅在程度上有所差異。即行政秩序罰之違反法律義務或違反行政秩序行為，與刑罰具有量的區別；違反刑法之不法重於違反行政秩序法的不法，二者僅為量的不同，本質並無不同。

因此先行政後司法在量的區別說上就具有相當意義。行政機關對於本質上已違反行政法中特別規定的行為，先命其停止而不停止，於行為人其後有相同行為時，再將行為人移送司法機關，行政機關於移送司法機關前所採取之行政處分，如命其停止行為，行為人即有停止或改正違法行為之回應，即行政處分程序達到取締目的，不必再移送司法機關處罰。此時，行

<sup>16</sup> 參見吳庚著，行政法之理論與實用，增訂三版，第 405 頁。

<sup>17</sup> 行政罰範圍若採廣義者，包括「行政刑罰」、「行政秩序罰」、「行政紀律罰（懲戒或懲處罰）」，除了行政紀律罰是含有公務員懲戒法與陸海空軍刑法等專法規範，自成一個體系外，行政罰法多以特別刑法的方式出現。

<sup>18</sup> 目前行政秩序罰法草案第一條第一項則明定：「本法於違反行政義務，尚未構成犯罪而受罰鍰、沒入、或管制處罰之行為，適用之。」參見蔡志方：行政法三十六講，一九九四年再版，第二六一頁。

政機關對第一個違反行政法規之行為具有較低的倫理非難性，此為行政秩序罰所涵蓋的範圍。進一步言，違法行為經行政處分後尚未停止或改正，則由司法機關發動刑事制裁權，對第二個違反行政法規之行為，具有較高的倫理非難性，則屬刑事罰所涵蓋的範圍。至於行為人違法行為，本應受到特別刑法之制裁，卻由行政機關之處分將行為人違法行為，減量為違反行政秩序法的行為，此純屬立法政策考量。

## 二、 先行政後司法與刑事罰

公平法所規定的罰則，對於行政罰、刑罰與先行政後司法等立法考量因素，值得研究，例如：對於第二章所規定之限制營業競爭行為，濫用獨占行為、違法聯合行為，處以刑罰制裁（第三十五條），對於第三章所規定之不公平競爭行為，如仿冒、不實廣告、違法多層次傳銷及妨害他人信譽之行為，亦直接處以刑罰（第三十五條及第三十七條）。但對於第十九條所規定之杯葛、差別待遇等行為，須經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，始得以刑罰制裁（第三十六條）。對於其他違反本法規定之行為，規定經中央主管機關命其停止或改正，而不停止或改正者，處以罰鍰（第四十一條），其間關於行政罰、刑事罰與先行政後司法等特殊政策考量如何，立法理由並不明確。

對於不法行為，以刑罰處罰須該行為具有社會倫理之非難性為前提，對於限制營業競爭或不公平競爭行為，如具有欺騙性，侵害社會法益或財產法益，應利用刑罰制裁。且因其行為係侵害刑法上的法益，違反社會倫理，依照國民之法律情感、倫理觀念均認為其為犯罪，故又稱自然犯。

換言之，行為人違反社會共同體某種機能之順利運轉而為之反倫理之行為，例如法律規定人民有作為、不作為之守法義務，國民即應遵守，不遵守產生違法行為，致使國家社會利益受侵害，即具有倫理非難性。此一倫理非難性在行政法中也能夠觀察到，許多行政法律亦負有維護人民及社會道德價值之任務。因此行政法規若具有刑事制裁的內容，對於違反行政法規之行為人加以刑事制裁的結果，該行為之社會可非難性，也就是刑法上所關心的倫理可非難性。

刑法所規定之法律效果，係所有法律中最具強制性與嚴厲性之法律手段，因此刑罰制裁手段是規範社會共同生活秩序之「最後手段」(ultima ratio)，若以刑罰以外之法律手段可有效防制不法行為時，則應避免使用刑罰，在其他法律未能有效防制不法行為時，才用刑罰制裁，此即刑法之最後手段性。<sup>19</sup> 但公平法第三十六條規定以行政機關之命令停止或改正，作

<sup>19</sup> 參見林山田：刑法通論，三版三刷，第一六頁。但是林山田教授的這種見解，是由制裁體系出發，其認為

為處罰事業違法行為的前提，對公平法規定事業應受刑事制裁的最後手段性，強加一行政處分發動要件的前提。在先行政後司法原則之下，對於足以影響交易之欺罔行為，不僅未逕予刑法制裁，也未直接處以行政罰鍰，而以「經中央主管機關命其停止或改正」為處罰要件，甚為不妥。即行為人經中央主管機關制止時，即行停止其違法行為，即可免於處罰，而事實上該行為已經發生損害，竟可因此而不負責，有謂「不啻鼓勵行為人先為不法行為，然後視行政主管機關有無反應，再做打算。」<sup>20</sup> 由此可見先行政後司法與制裁理論似有未符。

行政行為之手段與目的應合於比例、禁止過度原則，包括「適合性原則」：自目的取向觀之，該行政行為之實施需能夠達到預定之行政目的；「必要性原則」：自法律效果觀之，該行政行為不得逾越法律目的所訂之必要範圍，若有數種同樣有效之手段可資運用，應選擇對人民損害最少之手段；「狹義比例原則」：自價值衡量觀之，行為之手段與行政目的間需成比例，人民因所受之損害與所達成之公益間應成比例。刑法既具有制裁違法行為之最後手段性，更應檢討制裁手段與目的間是否符合比例原則之比例性，也應檢討「刑度之比例性」。尤其在行政法規具有刑罰效果，行政法與刑法間之比例性亦應考量。但觀諸公平法第三十六條，對於事業違反第十九條不公平競爭之行為，於經公平會命其停止行為而不停止者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金，但在同法第三十五條對於事業為獨占、聯合行為、提供商品之特定禁止行為、多層次傳銷禁止行為等，則處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金。而同法第三十七條，對於事業違反禁止以陳述或散佈不實情事而為競爭行為，則處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下之罰金。公平法第三十五、三十六、三十七條行為，事業目的均在妨礙市場公平競爭，其行為態樣是獨占、聯合或是第十九條而有不同。因此，在立法政策上，對於事業進行之不同行為態樣之妨害公平競爭之行為，在刑度比例性上觀之，有一至三年不等的刑度，其中先行政後司法原則所源起的第三十六條條文，規定刑度為二年，屬中間類型，既不是最重刑度，也非最輕刑度，就此點觀之，公平法之刑度似符合比例性之考量。

惟在若干案例，對事業違反公平法，已實現法律規定之構成要件，公平會卻對此一行為進

---

刑事制裁法體系，僅有普通刑法、特別刑法與附屬刑法，因此其徹底反對行政刑法的概念，也不贊同由行政刑法衍生出的行政犯概念。另參見蔡墩銘：中國刑法精義，第三四頁，則認為行政刑法之責任非難與倫理色彩較為淡薄，因此只要有違反行政法之違法狀態發生，即應受非難，則承認由行政刑法所衍生出的行政犯概念。

<sup>20</sup> 參見廖義男：理論與立法，第二五四頁。

行導正，而未有行政處分或刑事制裁，似乎無法合於前述之制裁比例性原則。如公平法第三十六條規定事業違反同法第十九條不公平競爭行為，需先經公平會命其停止行為而不停止者，方可加以刑事制裁。但公平法對於事業妨害公平競爭行為科以刑事制裁之目的在於維護交易秩序並確保公平競爭，若事業違法之行為已完成，已經獲取因違法行為所得之利益，單純命其定期改正並未能達到公平法所要達到的確保公平競爭與維護交易秩序之目的。

析言之，事業經由第一次的違法行為獲取利益，對其他事業遵守公平法者反而形成不公平，若公平會對於違法行業進行導正，事業即停止違法行為，公平法罰則中之刑事制裁即不會發動，事業之行為具有刑法上之倫理非難性，卻未由刑事制裁，違法行為與刑事制裁不等價，對於刑法所要規範之目的並非妥當；而事業違法行為未受到刑事制裁，反而經由第一次的違法行為獲取利益，也未盡合理。

### 三、先行政後司法與行政指導

公平會執行本法透過諸多行政指導，以達成管理目的。依目前實證經驗，公平會之處理方式，分為三類：「處分」、「不處分」、「行政處置」，其中引起爭議最多者為行政處置，可再分為個案之行政處置與行業之行政處置。前者，對個案之行政處置，指未涉實質對相對人不利者，否則，屬於行政處分，而非單純之個案行政處置。至於行政處分與行政處置如何明確區分，亦有灰色地帶。後者，即公平會在實務上大量運用「行業導正」之方式。<sup>21</sup>

所謂行政處置，指申訴或檢舉案件，經委員會議討論，對有違公平法或公平法精神之事業採取導正計畫、函勸改善、函請主管機關配合辦理或其他措施。

1. 行業導正計畫：此為最值得探討者，違法案件不立即作成處分決定，先進行導正計畫，限期改正或請其注意。通常係該行業違法現象已存在多年，為避免對少數業者逕予處分，可能形成不公平現象，乃採取對整體行業之導正，以有效維護該產業之公平交易秩序。如眼鏡、燈飾、衛浴陶瓷等不合理標價（低價高標，打折出售），公平會採行業導正方式處理。
2. 函請改善：指未函送處分書，僅以去函方式，限期停止或改正行為，或請其採取改善措施。如建築師公會統一代收業務酬勞金事件，公平會以去函方式要求公會改正。

<sup>21</sup> 有關公平會之行業導正，可參見下列文獻：劉孔中：公平交易委員會之行業導正，收錄於公平交易季刊，第四卷第四期，第一至十三頁，一九九六年九月；梁哲璋：公平交易法第二十四條對定型化契約之監控與公平交易委員會之行業導正，收錄於公平交易季刊，第四卷第二期，第三九至六二頁，一九九六年四月；行業導正計畫內容報導，公平交易季刊，第三卷第一期，第十七頁以下，一九九五年一月；

3. 函請主管機關配合辦理：係指移請目的事業主管機關配合辦理。如復華證券金融被檢舉濫用獨占市場地位獲取超額利潤，公平會函請證管會辦理；中興、中華與國際票券金融公司被檢舉共同訂定簽證手續及貼現利率，公平會函請財政部辦理；液化石油氣供應體系銷售問題，公平會函請退輔會系統改善。

有關行業導正部分，公平會認為過去部分產業常存有一些習慣性、普遍性的不公平交易行為，由於涉及廠商家數眾多，對整體經濟與公共利益之影響層面亦較小，為避免處分個別事業之耗費時日，且成效有限，乃採取導正的方式處理。如大型流通業（經營日常雜貨之大型量販店、便利商店、百貨店、超市及消費合作社等）不合理之「上架費」、「下架費」等。

「行業導正」之性質，在行政法上屬於行政指導，其法源為第四十一條，賦予公平會對違反本法規定之事業或行業，利用直接或間接方式，引導其改善，但有時並未直接發生法律效果。行政導正之特性：包括下列幾項：1. 單方性；2. 社會性；3. 相對人可得特定；4. 優越性（地位不對等性）；5. 非直接發生法律上效果（但有用較強烈用語：應改善，有用：請改善）；6. 任意性；7. 相對人配合性。

至於業者對公平會的行業導正不服者，可否提起行政救濟，在學理上有爭論，目前通說採否定說，亦即導正屬事實行為，未對相對人產生權益損害，故不得主張行政救濟。<sup>22</sup> 在國外實務上也採取否定之見解，認為不宜予其主張行政救濟。日本公平交易委員會訂立之「關於行政指導之獨占禁止法上的看法」之指導原則「前言」中則揭示「關於事業或事業團體之行為，即使其行為係由行政機關之行政指導所誘發者，亦不妨礙獨占禁止法之適用，公平交易委員會在當事業或事業團體之行為該當於獨占禁止法違法行為之要件時，得採取排除違法行為之法律措施」<sup>23</sup>。目前公平會對行業導正訂有處理原則<sup>24</sup>，對於事業違法行為而屬於該行

<sup>22</sup> 目前通說及實務見解採否定說，但主張肯定說者亦相當具有說服力，其理由如下：

1. 行政指導中若有一部份具有「行政處分」性質者，應許其提起救濟。
2. 行政處分之概念已逐漸放寬中。
3. 導正係行政處分的「先行行為」，對相對人具有「強制性」，若不服從導正之建議者，日後可能遭致處分之不利效果。
4. 導正屬於公平會行使公權力之方式之一，受公法原則拘束，應許其提起行政救濟。

<sup>23</sup> 參見公平會編印：日本公平交易法相關法規彙編，一九九六年四月，第八九頁。

<sup>24</sup> 參見「涉及公平交易法事業導正處理原則」，一九九六年四月一日，公平會第 233 次委員會議通過。該處理原則共分四點，其中僅簡單規定內容程式：「行政指導除應以書面表明相對人及行政指導之內容、期間

業普遍現象，有先予全面導正之必要者，予以「導正」，但公平會認為此為「行政指導」之性質，非權力性，為單純事實行為，不宜採取類似行政處分之強制性或命令式詞語，如「不得」、「應」等，致相對人誤認為行政處分，應以規勸性語句，如「請注意」、「宜」等代替之。

以「流通業」之行業導正為例，範圍包括經營日常雜貨之大型量販、便利商店、百貨、超市及消費合作社等。導正項目包括：

1. 大型流通業銷售時利用其市場地位向供貨廠商不當收取附加費用，如上架費。
2. 大型流通業於合約書中要求供貨商給予最優惠價格之條款。
3. 流通業所訂「下架」條件之透明化。
4. 流通業設有物流中心者，其缺貨責任歸屬。
5. 缺貨罰款之計算。
6. 大型流通業有特定銷售對象者之驗證。

分析過去公平會所處理之導正案，有分為四個類型<sup>25</sup>：

1. 公平會單獨行為，未與第三者商議。如速食麵外包裝案<sup>26</sup>。
2. 公平會與系爭業者研商。如關於不動產買賣契約明定土地移轉時間導正案。<sup>27</sup>

---

外，亦應敘明行政指導之理由與依據，以資明確，俾杜爭議。」也規定遵循原則：「行政指導仍為行政行為仍應遵行『法律優先原則』，是本會所為之行政指導不得逾越相關法令。亦應符合行政法之一般原理原則，如符合比例原則、平等原則及信賴保護原則等。」惟本文以為公平會實務上的行業導正所採取案例類型過於繁複，且未有透明化程序，個案間的差異性極大，有必要修正此一導正處理原則，提供更統一且制度化的處理模式。

<sup>25</sup> 參見劉孔中前揭文，第一頁；關於衛浴及速食麵外包裝導正案，參見劉孔中前揭文，第五頁。

<sup>26</sup> 關於速食麵外包裝圖示行業導正案，參見(83)公參字第五三二一五號函，參見公平會公報第二卷第十二期，一九九四年十二月。另外，衛浴陶瓷業行為導正案係公平會於一九九三年四月之第八十一次委員會，在未對行業導正之意義、法律依據、效力、違反時之法律效果及導正應何時及如何進行等問題，做過一般性規劃下的第一個導正案。參見劉孔中前揭文，第一頁。

<sup>27</sup> 參見(84)公壹字第 O 六五八六號函，參見公平會公報第四卷第八期，一九九五年八月，第一八六頁；關於此類行業導正類型，公平會尚有關於建築業應於房地產買賣契約載明各共有人分配之公共設施面積或比例導正案，參見(84)公壹字第 O 九四九 O 號函，參見公平會公報第四卷第十二期，一九九五年十二月，第一一三頁。

3. 公平會與系爭業者達成共識。如關於銀行借貸契約七項約款導正案。<sup>28</sup>

4. 公平會先邀集專家、學者組成專案小組研究適當導正程序，再召開導正會議。如台灣山葉機車工業股份有限公司導正案。<sup>29</sup>

然而根據公平會所採取的行業導正，其內容及拘束性各有不同，約可分為下列幾種處理方式：

1. 在導正但中明白指出如何改正之具體內容。
2. 明白告知違反之條文規定，如旅遊保證協會之公定價格違反公平法第十四條；有線電視導正案違反第十四、十九、二十四條等。
3. 未明白告知違反之條文。
4. 表示逕依第四十一條處分者，如仲介業之斡旋金導正案。
5. 導正案中指出在一定期限內應遵守者，如銀行金融借貸契約導正案。
6. 未定有限期，只表示不得再有類似行為者，如大型流通業導正案。

公平會採取導正之理由為「由於公平法在我國尚屬首創，國內部分事業基於其產業特性，交易習慣等因素，仍存有若干不公平競爭行為。而基於該等不公平競爭行為皆屬業界所共通者，如個別處分不但耗費時日，且成效亦屬有限，因此公平會即陸續針對多項行業進行導正。惟在導正程序運作上是否符合行政程序統一化、透明化原則，亦有待商榷。

#### 四、先行政後司法與行政裁量

公平法中規定條文中甚多具有不確定法律概念，如第十九條「有妨礙公平競爭之虞者」、「無正當理由，對他事業給予差別待遇者」、「其他不正當方法」、「不正當限制交易相對人之事業活動」等，即應透過法律的解釋，以求得最理想的法律適用方法<sup>30</sup>。有關不確定法律概念，傳統認為屬法律要件，行政機關有判斷餘地，不受司法審查；而在法律效果部分，

<sup>28</sup> 參見(84)公壹字第 00 五 00 號函，參見公平會公報第四卷第二期，一九九五年二月，第八五頁；關於此類行業導正類型，公平會尚有關於不動產仲介業於廣告加註加盟店字樣導正案，參見(84)公三字第 0 七二九七號函，參見公平會公報第四卷第十期，一九九五年十月，第一三八頁。但也有導正後再加處分者，如裕隆汽車公司銷售廣告馬力單位引人錯誤表示或表徵處分案，參見(84)公處字第一一四號處分書，公平會公報第四卷第九期，一九九五年九月，第四十頁。

<sup>29</sup> 參見(85)公貳字第八三 000 四四-00 一號函，公平會公報第五卷第二期一九九六年二月，第一七七頁。

<sup>30</sup> 有關公平法之法律解釋與適用，參見陳櫻琴：論經濟法之法律解釋方法——以公平交易法為例，收錄於中原財經法律第三期，一九九七年六月，第二三一至二四六頁；尤其是第二三八頁至二四一頁。



委由行政機關裁量。惟現今裁量理論發展趨勢，有關法律要件和法律效果均有不確定性，故傳統分類漸泯，原則上在專業性裁量，法院不加以審查。

例如有關「獨占」之規定，涉及第五條及第十條規定，依第十條第二項：「獨占之事業由中央主管機關定期公告」，公平會公告時，須適用第五條規定，但其規定相當概括，如「事業在特定市場處於無競爭狀態」，其中的「特定市場」，屬不確定法律概念，係在法律中授權由公平會決定。既然由公平會經過解釋、適用之後，基於其決定的專業性，故法院即不能審查，公平會公告事業為獨占事業時，法院應予尊重；在某一範圍內法院應儘可能尊重行政機關的決定，如具高度技術性、政策性的問題。<sup>31</sup>

公平會與法院對認定獨占有不同意見時，牽涉行政權和司法權交界的問題，應由法院做最後決定，若有見解不一致，可透過行政院聲請司法院做成統一解釋。惟公平法明文規定獨占之定義及要件，係擔心行政機關濫用權力，故對行政機關有無濫用權限，法院可以審查；除此之外，法院對高度專業的問題，應儘量尊重行政機關的決定權。因為法院既非競爭法專家，又不負責競爭政策成敗的責任，而公平會有豐富的經驗，同時要負政策責任，故法院應予尊重。

#### 肆、競爭法之制裁機制設計

吾人思考競爭社會公平性(fairness)與達成制裁性(sanction)目的，勢必透過各種機制的設計，包括企業面、政府面及市場面都息息相關。我國公平會所確立的機制亦採「多元模式」，即由行政手段與法律手段多管齊下，其中的法律手段涵蓋民事損害賠償（第五章）及刑罰手段（第六章）。因此本文討論第三十六條先行政後司法原則之適用爭議時，有必要從較大格局的競爭法「制裁機制」加以思考。

經濟社會因主客觀環境有重大變化之際，法律規範的內容及運用也會產生變化，例如公平法施行之初，各界對其規範甚感陌生，採用低度立法或從寬執行，亦有社會現實層面的考量。如今公平法施行多年，對行政介入、行業導正及先行政後司法之運用，是否宜改弦易

---

<sup>31</sup> 參見翁岳生：不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，收錄於法治國家之行政法與司法，第九三至一〇六頁，一九九四年，台大法學叢書（64），月旦出版社發行。

其主要論點為：「在某一範圍內法院應該要儘可能尊重行政機關的決定，如具高度技術性、政策性的問題。但是要法院不審查，恐怕很難。所以要法院完全放棄這種不確定法律概念的適用，可能在國內比在國外更難。」

轍，尋求多樣化的管制模式及制裁機制，值得進一步討論。本文分析第三十六條立法得失，有必要分析經濟發展所面臨的競爭環境變化和公平法實施前後之社會背景條件。

公平法在一九九一年公佈，九二年施行，當時來自美國貿易報復的壓力最大，在產業政策仍由政府主導之際，事業對競爭法認識有限，所謂的「競爭政策」尚未成型，本法施行之初階段，由政府採用行業導正、行政介入等方式，固有其特殊背景條件使然。第三十六條先行政後司法原則之擴大運用，也係此一背景之下，在獨厚於行政手段之際，其他依競爭法法理所設計的法律或非法律手段，事業及政府都較少動用。本文認為值此公平法修法之際，不宜再擴大先行政後司法原則，而應強化其他制裁機制的功能。

台灣積極加入世界貿易組織(WTO)，在經濟自由化趨勢之下，農業、工業、服務業等各產業都面臨國內外的競爭，政府對競爭法的功能，競爭政策的落實，都應有更新的思考，不能再拘泥於目前的現象，或過於迷信行政介入的作用，否則浪費太多行政資源，對市場違反競爭法之行為，亦產生不了嚇阻或制裁效果，反而造成競爭力低落。

公平法立法過程中，有關公平會隸屬？是否定位為準司法機關？有無專屬告發權？在外國立法例和本國實務現況考量，爭議未休。其中第四十一條擴大適用範圍與三十六條先行政後司法之適用，形同主管機關行政處理權限的擴充。其實違反市場競爭秩序之制裁機制，最有效的莫過於由參與交易活動者或競爭事業相互間，提起民事訴訟，透過損害賠償的方式加以解決。刑法制裁既是最後手段性，自不宜輕易動用，公平會的行政介入，無論所採取是權力或非權力方式，亦必考慮其執行成本效益及取締有效性。在外國的競爭法執行經驗，有「重民事輕刑事」的趨勢<sup>32</sup>，當然與各國經濟規模、民眾對司法的信賴、訴訟制度特性有關。我國公平會僅隸屬行政院，又無準司法權，似不宜過度擴大行政處理權。

分析競爭法的制裁機制設計，應考慮違法行為對社會的影響層面，如事件的規模，對消費者或競爭同業的侵害；也應衡量違反者的惡質性程度，如事業對行政處分的態度，對刑事制

---

<sup>32</sup> 據統計美國違反卡特爾的案件，若屬刑罰者，多屬違反 Sherman Act，因其有「共謀」，具倫理非難性，本質上為刑事制裁對象，但刑事案件仍比民事案件少，其中原因之一與企業策略有關，例如企業內法務工作準備周全，防止違法交易行為，律師制度及舉證手法之靈活運用等，競爭法的制裁機制多靠民事法律手段解決。而日本競爭法的制裁機制之一是由公平會對企業課徵罰款，據統計在一九七九到一九八八年十年間，課徵金總額為一〇二億萬日圓，而同一時期美國政府對事業的罰金為三六四億日圓，日本實務人士認為，與美國相較之下，日本屬於輕罰，對事業制裁效果有限，且浪費行政執行的資源。統計資料參見川越憲治：占禁止法－競爭社會，平成三年，金融財政事情研究，第三五三頁。

裁之接受度及是否再犯等；當然也要顧及社會對制裁規範的觀感，如果社會對違法行為普遍欠缺倫理非難性，縱加以嚴苛之刑罰制裁，亦與民眾認知或社會期待有所未合。目前第三十六條在執行上所引起的疑慮是如何決定行政罰和刑事罰之間的妥適性、合理性問題；在行政罰間如何確立其合比例性原則。簡言之，事業對於違反競爭法規範之行為，行政或司法單位如何發動制裁權，視行為人違法之態樣、類型，違反行政處分之效果，對司法判決之態度等，宜有不同的社會評價和法律判斷。研究第三十六條之效力，宜進一步就公平會移送至司法機關之違反第十九條案件再行比對，司法機關採認公平會見解，判決違法之案件比例如何，才能據以當作修法擴大第三十六條適用之參考。

總之，本文建議競爭法制裁機制在設計上既採多元模式，公平會在解決違反公平法第十九條及三十六條案件時，即不宜太倚重行政介入手段，可由其他面向尋求合理的解決及救濟管道，包括：

- 當事人適用民事損害賠償訴訟制度。
- 司法機關主動偵辦速審違法案件。
- 修改法律提高行政罰鍰額度。
- 擴充預算大幅增員及強化公平會執行取締能力。

## 伍、結語

綜上所述，先行政後司法係我國公平法在施行之初所採取的從寬執法態度，但公平會行業導正（主要法源是第四十一條）已適用相當多的案例，就法律觀點分析，其與行政法、刑法皆有密切關連性。公平會執行第三十六條「先行政後司法」原則，目前由於採取「先行政處分權」之案例較多，發動「司法制裁權」之案件少見，有必要待案件累積後，再加以分類，並評估此一立法原則是否應予廢止。

公平法修正草案，包括行政院版本和立法院版本亦多沿革此一原則，並擴大先行政後司法之範圍，包括第三十五條、第三十六條及第四十一條等，皆建議擴大行政主管機關公平會之行政權限，惟是否對司法裁判形成制約，或危及司法獨立精神，亦有必要由第三十六條之刑罰執行案件研析之。

若就先行政後司法之宗旨係為增加行政主管權限言，則經濟部原草案，搭配「專屬告發權」，由行政機關先出面處理，借重公平會專業性，得以較正確判斷是否違反競爭法之行為；而且在行政裁量權下，法院亦尊重公平會的專業判斷，有助於執行技術層次高的經濟法。然而目前公平會並無此種「準司法權」，僅利用先行政後司法原則，恐難達成立法規範

目的。其次，對於違反第十九條規定之行為，須經中央主管機關命其停止而不停止時，始處以刑罰，司法機關行使刑罰權以行政權的發動為前提，與刑法理論似有不合。

本文認為，若公平法欲有相當幅度之調整，修正草案亦宜採從嚴規範，刑事制裁委由法院處理，行政主管不宜再扮演刑事處罰發動權的前提角色。然不論行政院版本或立法院版本修正草案，對先行政後司法，採取擴大適用的立法建議，是否因此增加公平會權限、削弱法院制裁的權威，有待商榷。