

# 公平交易法第四十六條修正後的適用問題

蘇永欽\* 范建得\*\*

## 目 次

- 一、公平法第四十六條在適用上有何疑義
- 二、公平法第四十六條修正前的體制功能
  - 1、與第一條後段的關係
  - 2、與第九條二項的關係
  - 3、三種可能的功能定位
  - 4、與第四十五條的關係
  - 5、可能排除適用的條文
  - 6、無關本條的適用問題
- 三、公平法第四十六條修正後的體制功能
  - 1、修正前後的文義差異
  - 2、審查有無抵觸的方式
  - 3、從公平法的定位觀察
  - 4、具體審查的操作方式
- 四、公平法立法意旨應從什麼角度去探求
  - 1、從第一條切入的困難
  - 2、九十年代競爭法典範
  - 3、多元目的的競爭秩序
- 五、公平會如何為具體審查：基準與密度
  - 1、審查基準的參考因素
  - 2、審查密度的參考因素

---

\* 政治大學法律系教授。

\*\* 清華大學科技法律研究所教授。

## 中文摘要

公平交易法為在當前經濟法制中因其體現自由化、國際化的基本政策，及規範領域的全面性，而具有「經濟總則法」的地位，但絕非「經濟憲法」。作為處理公平交易法與其他法律衝突的機制「之一」，第四十六條在解釋上應將其功能單純化。而不論修正前後，這裡說的其他法律，均只限於狹義的法律，及授權範圍、目的明確的法規命令；而其排除公平法禁止規定的意旨也必須相當明確。

修正後的第四十六條賦予公平法執法機關「反排除」的審查權，即以公平交易法追求效能競爭的立法意旨為基準，對排除公平法禁止規定的其他法律規定，做能否相容的審查。惟基於法律位階效力相同的考量，此一審查應非單純兩法規範內容是否相容的「抽象審查」，對於規範內容與公平法禁止規定相反者，原則上仍不能否定其效力—不論其制定在公平法之前或之後。但公平會應就該規範的適用，依公平法立法意旨加以檢視，有無迴避或降低衝突的空間，換言之，本條目的在使與公平法平行的經濟、社會管制法律，儘可能朝向與公平法相容的方向操作，在不太妨礙該法目的達成的情況下，輔助公平法，或至少不影響公平法目的的達成，性質上可稱之為具體審查權。

公平會行使具體審查權，關鍵在於立法意旨的掌握。本法第一條雖為目的規定，但以其文字之籠統，尚難推導出較為明確的審查方向。若能回溯本法產生的社經背景，並更宏觀的透視競爭法的發展趨向，即知公平法為國際第三波競爭立法浪潮的產物，其不同於第一、二波立法之處，在於對待經濟管制的態度，當管制革新的理念與實踐幾乎席捲全球後，新一波的競爭法不再認為管制與競爭為兩種對立而不可替代的經濟領域，而是在相當程度上可以相輔相成的兩套機制，此所以修正公平法第四十六條的反排除設計，在標的上雖不限於各種經濟管制法，但主要考量在於調和兩者，則殊無可疑。美國最高法院在操作反托拉斯法時，有關豁免的承認與審查態度，也有相當多可以參酌之處。

## 一、

### 公平法第四十六條在適用上有何疑義

在探討公平交易法第四十六條修正後如何適用的問題時，不能不先從第四十六條的規範性質，以及該條在公平法體系中的功能出發。也就是從形式－概念的角度，窮盡本條各種適用可能性；再從比較實質－合目的的角度，嘗試找出最合理的法律解釋。公平交易法第四十六條在舊法時期就有所謂「領域除外條款」或「阻卻違法」條款之屬性爭論，影響公平法適用範圍極大。而公平法對於市場競爭行為的規範，在法律體系上是不是立於特別法的地位，如公平法第一條第二項所示，從而若在處理第四十六條時又把公平法推到普通法的地位，顯然會有矛盾，如何解開這個矛盾，又必須列為更先決的問題。此外，公平法還就競爭政策和其他經濟、社會政策的調和，分別建立了一定的機制，包括以第九條第二項處理公平會和其他機關管轄的衝突，並在第二十五條第一款規定了公平會對廣義競爭政策的規劃權，這些機制也必須和涉及「除外」的第四十五、第四十六條，做整體觀察及統合的解釋。

民國八十八年修正第四十六條，對於公平法適用的排除，增加了「不抵觸本法立法意旨」的限制，對於此一新增限制所造成的改變有多大，是否改變了該條原來的規範功能，或者只是在原來的體制定位上，就公平法和其他經濟、社會法規的關係，做了「範圍」上的調整，有待進一步的釐清。

從文字上看，可知新的第四十六條使公平法對於其他法律排除公平法適用有了「反排除」的可能，從調和競爭和其他公共利益的角度來看，是否意味公平法所保障的法益已在實質意義上「向上提升」？事實上在公平法第四十六條修正前，就有學者將公平法定性為經濟憲法，而近年來政府也曾經明白宣示「競爭政策為主，產業政策為輔」的原則，加上修法過程中立法委員熱心疾呼公平法應定性為經濟憲法，並明示於第四十六條的立法理由中，使得此一修正，似乎「確認」了公平法在經濟法制中的某種特別地位。形式上公平法雖和其他法律一般無二，但若實質上居於較其他法律為高的地位，自然對於本條的「反排除」範圍會有重大影響，其結果會不會使得大部分排除公平法適用的條文落空？反過來說，如果公平法並不能具有經濟憲法的地位，是否第四十六條的修正就毫無意義？如果仍然有一定的意義，那又是指何種情形？

新修正公平法第四十六條的關鍵，還是在所謂本法立法意旨，由於公平法也和許多經濟立法一樣，在第一條就立法目的做了一般性的宣示，從這裡切入應該是合理的想法。但第一條宣示所謂的立法目的，包括了「維護交易秩序」、「（保障）消費者權益」、「促進公平競爭」、「（促進）整體經濟之安定與繁榮」，作為檢驗其他法律的基礎，是否足夠明確，有待研究。如果答案是否定的，即有必要另循其他方法來探求，尤其是比較法的研究，畢竟我國公平法的制定也是在國際化的政策基礎上，且競爭法的國際化正好在九十

年代有著突破性的發展。無論如何，所謂本法立法意旨，即使要歸納出非常具體的內涵，還不容易，至少也要嘗試在既有的理論與實務基礎上，找出一些可操作的標準。

## 二、公平法第四十六條修正前的體制功能

公平交易法第四十六條在修正以前，和第四十五條一樣是一個有關法律適用的「除外規定」，惟其究屬何種性質的除外，仍不明確，實有必要先加以釐清。在此基礎上，才能進一步探討新條文操作的方向。但公平法中處理公平法與其他法律、政策的條文尚有第一條後段、第九條第二項及第四十五條，這些條文在修法時均未改變，故以下先依次分析其與第四十六條間的體系牽連，再進一步探討本條合理的功能定位。

### 1、與第一條後段的關係

修正前的公平法第四十六條第一項規定：「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定」。似以本法為普通法，而必須優先適用其他的特別法。惟第一條後段又規定：「本法未規定者，適用其他有關法律之規定」，為立法常見的一種『法律定位』規定，（如貿易法第一條、政府採購法第三條、消費者保護法第一條、動產擔保交易法第三條等），一般泛以其為「特別法」的規定<sup>1</sup>，而與『除法律另有規定為，應依本法規定為之。』的『普通法』立法形式相區別<sup>2</sup>。果真如此，二者之間即存有明顯的矛盾。

其實相對於特定法律，本法是否為特別法，仍應分別情形，依中央法規標準法第十六條來論斷。就嚴格語意邏輯而言，從本條也還無法推導出「本法有規定者，一律適用本法規定」的結論。且所謂的立法技術或習慣，迄今也未超越中央法規標準法第十六條，創出一套何者為特別法何者為普通法的準則。何況縱將第一條後段，依所謂反面解釋解，而認為「本法有規定者，一律適用本法規定」，則在具體個案中選擇適用法律時，依第四十六條排除公平法適用，仍可說是因為適用本條而生排除本法的結果，從而第一條後段與第四十六條間也無衝突，這樣的分析顯然得不出任何有意義的結果。綜上而觀，此類立法的習慣用語，與其說有特別法的定位作用，不如說在強調該法在一定功能領域具有「原則法」的地位。換言之，就本條前段所宣示的立法目的而言，本法承擔實現該目的的主要功能。且不排除可能存在其他法律，兼有落實前開目的的功能。

至於就規範適用的優先性，何者為「普通法」或「特別法」，仍應個別而論。此與民法及各種特別民法之間（如民法與土地法及耕地三七五減租條例之適用關係），或刑法與各種特別刑法之間（如刑法與貪污治罪條例之適用關係），僅從規範標的的寬窄，即可認

---

羅傳賢，立法程序與技術，頁158，五南書局，85年版；羅成典，立法技術論，頁135，文笙書局，80年版

<sup>2</sup> 如行政程序法第三條第一項：『行政機關為行政行為時，除法律另有規定為，應依本法規定為之。』之立法形式。

定法與法間存有普通、特別的關係不同。像第一條後段這樣的宣示，尚不能概括的賦予其「特別」於所有法律，而得主張優先適用的地位。即以消費者保護法為例，和公平法相同的均有保護消費者之作用與目的，如果說將公平法第一條後段解釋成「本法有規定者一律適用本法」，則公平法第二十二條「應」優先於消費者保護法關於不實廣告管制的規定。這樣的說法，無疑的掏空了消費者保護法的作用且在未經細為釐清下，混淆了兩個規範的意旨。相類的情形在定型化契約的規範中，也同時存在。消費者保護法第十七條僅規定主管機關得公告定型化契約之應記載事項，但可否基於保護消費者目的而以行政指導方式訂定契約範本，即因契約條款所定的各種交易條件乃競爭因素之一，若業者採取普遍一致化的契約內容，很可能違反公平法對聯合行為的規制（此種契約內容的一致化，並不合於公平法第十四條的例外規定），此時究竟有無公平法的適用，或應予消保法保護消費者意旨更多的考量，即不能純從兩法的立法定位規定遽爾推出任何結論。此時，毋寧應該釐清消保法中主管機關公告限於「應記載事項」的規定，即已對消費者權益的直接保護與藉效能競爭對消費者福利做間接保護做了權衡，從而即不宜逾此再訂定任何契約範本，而造成競爭條件的一致化（即本文後述的「合公平法解釋方法」），也就是說兩個法律之間，應該存在一種原則性尊重的相輔相成態度。換言之，二法之間應為相容的解釋，而非何者優先的問題。

## 2、與第九條二項的關係

第九條第二項所謂「本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之」相較，第四十六條為單純實體的規範選擇問題，無涉規範的執行。但由於規範通常由主管機關執行，才有第九條第二項對機關執行問題加以規範。故兩條文雖有密切關連，在思考第四十六條的解釋與操作時，不可忽略第九條第二項的規定。但二者功能不同，且第四十六條的規範選擇具有先決性，仍不可不知。此處尚需特別說明，第九條第二項的適用也不以公平法執行為限，還包括了公平會依本法第二十五條第一款擬定競爭政策，而須商同其他部會的情形：

### （一）公平法的執行

#### （1）應由公平會適用公平法而須他部會協助者<sup>3</sup>

結合管制調查，公平會即常常需要他部會的行政協助為調查協力或宣導協力，例如公平會與財政部就公開發行公司合併案件於程序上的配合，即協調達成「證期會就所可能掌握有關公平交易法第六條第一項第二、三、四款取得公開發行公司股份十分之一以上，受讓或承租全部或主要部分營業或財產，經常共同經營或委託經營等項資料，請提供予公平會。」的結論(88.2.12(88)公法字第0四八七號函)。

#### （2）應由他部會適用部門法（依第四十六條排除公平法適用）而須由公平會為補充監督，或協助者<sup>4</sup>

<sup>3</sup> 資料來源<http://www.ftc.gov.tw/framec1.htm>

例如關於醫療機構依核定之收費標準收取醫療費用，如屬經衛生主管機關核定的標準，係合於醫療法第十七條規定，有公平交易法第四十六條第一項的適用。又如關於麻醉藥品經理處辦理麻醉藥品的輸入、製造及銷售，因有麻醉藥品管理條例可資依據，故依公平交易法第四十六條第一項規定，不適用公平交易法。（公平會第二十六次委員會議決通過）。此種依第四十六條的除外，為貫徹競爭法的目的，如不採領域除外之說，應認為公平會能保留監督、協助的補充權利。

### （3）公平會與他部會均各得適用公平法與部門法，而在管轄及執行程序上協調如何分配及配合者<sup>5</sup>

例如關於農產品的標示與廣告管制，公平會與農委會依1.特別法優於普通法；2.從重處斷；3.先目的事業主管機關後公平會；4.介入保留之原則協調達成「1.農產品不實標示部份，如屬將農產品以灌注液體、摻入異物或農產品本身與包裝標示不符等方式變更質量，致有不實標示情事者，由農委會依農產品市交易法處理，其餘部份屬商品標示法規者，由經濟部處理，農產品市場交易法及商品標示法未涵括者，方由公平會處理。2.農產品不實廣告部份，由公平會依公平法處理。」的結論。

### （4）公平會與他部會均應各自適用公平法與部門法，而在執行程序上協調如何配合者<sup>6</sup>

例如關於電視廣告之管制，各媒體法均賦予新聞局管制權，以避免廣告節目化或節目廣告化，但就這種情形而言，也很有可能構成引人錯誤情事，公平會自有介入必要。此時兩機關管制的對象並不相同，一為媒體，一為廣告主。為此公平會與新聞局達成「1.經新聞局審查許可之電視廣告，如涉有不公平競爭者，公平會自可依法調查，並通知新聞局。嗣後系爭電視廣告倘經公平會決議違反公平法規定者，公平會基於尊重新聞局審查許可之結果暨廣播電視法與公平法有關不實廣告之規範法規競合、一事不二罰之理由，不予處分，逕移請新聞局依法處理。2.經新聞局審查許可之電視廣告，以相同內容於平面媒體登載，而系爭平面廣告有違反公平法規定者，公平會逕予處分並副知新聞局。」的協議（八四、三、廿七）即為適例。

### 5、部門法明定應由他部會與公平會共同執行，而須在執行程序上協調如何配合者<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> 資料來源<http://www.ftc.gov.tw/framec1.htm>

<sup>5</sup> 資料來源<http://www.ftc.gov.tw/framec1.htm>

<sup>6</sup> 資料來源<http://www.ftc.gov.tw/framec1.htm>

<sup>7</sup> 資料來源<http://www.ftc.gov.tw/framec1.htm>

如產業技術發展法草案第十一條規定公平會對經濟部主管的共同研發聯合，有異議權。

## (二) 競爭政策的擬定

### (1) 修正公平交易法

修正公平法時，可能需要聽取其他機關的意見，而當檢討各種例外許可的聯合行為類型時，則可能要諮詢經濟部、國貿局等部門法主管機關的意見。

### (2) 訂修部門法而涉及市場競爭的結構或行為者

各主管部會在修正其各部門法時，凡遇有涉及市場競爭的結構或行為之事項（即涉公平會執掌時），依公平法第九條之旨，應與公平會聯繫，由公平會就相關問題表示意見，使新修正之部門法適切納入競爭法之觀點。例如石油法、電信法之修訂<sup>8</sup>。

### (3) 推動解除管制、開放市場參進等自由化政策

公平會為推動法規自由化，確實解決各部門法與公平法第四十六條第一項競合或適用上之問題，曾依公平法第九條第二項訂定「公平交易法第四十六條第一項之除外適用檢討協調實施計畫」，自八十三年起藉由五十一次的內部會議，檢討有違公平法之虞的兩百一十五種法規、三百一十四條條文。並在同年十月就其中七十四種法規、一百二十二條條文透過邀集相關部會，召開十九次的協調會議協商獲得共識，並在八十四年三月報奉行政院備查在案。這種「法規自由化」的促進專案，目的就在試圖溝通部門協商修法。此次專利法第七十八條的修正即是納入公平法考量的適例。在上開法規自由化促進專案後，公平會更從產業結構出發，規劃「解除管制促進市場競爭專案」，針對油品市場、基本電信業務等十二個製造業、服務業產業推動管制革新，與各機關的協商更為頻繁，此處不贅。

## 3、三種可能的功能定位

---

<sup>8</sup> 例如石油法草案制定過程中，和桐化即一再爭取納入為煉製業者，以取得和中油、台塑相同的競爭地位。主管部門對於此種市場終究應容許多少的事業進入競爭，即得徵詢公平會依市場狀況的了解，對於開放家數是否合宜（例如是否不利規模經濟以及其他整體利益等）表示意見；此外，關於此等網路或管線經濟性質之事業，其瓶頸設施之利用事宜亦同。又如：電信法第二十六條之一第一項，即納入公平法之觀點，明定第一類電信事業市場主導者，不得有下列行為：一、以專有技術直接或間接阻礙其他第一類電信事業提出網路互連之請求。二、拒絕對其他第一類電信事業揭露其網路互連費用之計算方式及有關資料。三、對所提供電信服務之價格或方式，為不當之決定、維持或變更。四、無正當理由，拒絕其他第一類電信事業租用網路元件之請求。五、無正當理由，拒絕其他電信事業或用戶承租電路之請求。六、無正當理由，拒絕其他電信事業或用戶協商或測試之請求。七、其他濫用市場地位或經主管機關認定之不公平競爭行為。

關於第四十六條的功能，究應如何定位，從其排除公平法適用範圍的寬窄觀察，可區分為以下三說：

#### （一）、法律領域除外

此說乃就系爭行為本身是否已有專屬法律規範觀察，若有，則於該法律規範範圍一律不適用公平法。縱該具體行為在該法尚無禁止或許可規定，而公平法禁止，亦然。

從本條文義著眼於事業的行為，而非整體產業看來，法律領域除外的解釋顯然過度擴張。而從本法落實經濟自由化大政方針的立法背景來看，此一擴張－對公平法的適用而言則為限縮－，自難以合理化。例如，商業團體法第一條明揭「協調同業關係，增進共同利益」之旨，其規範範圍非但不甚明確，甚至可謂包含一切商業團體的行為，倘採此說而排除公平法的適用，恐將賦予商業團體無限聯合的空間，自非公平法所樂見，而為現行實務所不採<sup>9</sup>。

#### （二）、行為管制除外

較前說為窄的一種看法，是僅於特定行為於其他法律有特別規定時，始排除公平法的適用，特別規定包括：

##### （1）公平法禁止，而為其他法律所強制或許可

##### A、公平法禁止者，為其他法律所強制（義務衝突）

例如公研釋043號解釋屬之。該解釋說明技師法第三十二條規定公會章程應訂定酬金標準及其最高最低之限制的規定，因同法第三十九、第四十條對違反章程的技師訂有懲戒規定，故屬強制規定。即技師酬金統一標準，可依公平法第四十六條第一項予以豁免。相類的情形不少，如會計師法第三十四、三十六、三十七條。

（理論上還可包括「公平法強制，其他法律不強制」的情形，但實際上無此種情形）

##### B. 公平法禁止者，為其他法律明確許可

---

<sup>9</sup> 例如同業公會統一制定標準契約條款，或相互約束收費方式、服務方法、付款期間、付款條件、交貨地點、方法、售後服務之期間、內容及方法之統一約定，看似「協調同業關係，增進公共利益」之行為，但公平會則在「公平法相關行為處理三號函原則」中（涉及對同業公會之規範類），明示該等行為亦可能違反公平交易法之有關規定，詳88.7.8.(88)公法字第0一八七。



公平法禁止，而為他法律所許可的行為，可分「明確許可」及「未明確許可」。前者如合作社法第三條第一、二款規定合作社得置辦社員生產上（或製造上）公共或各個的需要設備，或社員生產品（或製造品）的聯合推銷；又如農產品市場交易法第八條規定：「農民團體辦理共同運銷及調配，應由各級主管機關輔導」。後者則可以工業團體法第一條的立法宗旨為例，其所用文字「協調同業關係，增進公共利益」概括而不明確，商業團體法第一條同此。

## （2）公平法禁止，其他法律卻納入行政管制

### A. 其他法律事前管制－申報、核可或特許

如漁會法第五條第一項：「漁會為辦理前條事業，經主管機關核准，得組織共同經營機構，聯合經營；並得與個人會員直接交易。共同經營機構為法人；其組織經營辦法，由中央主管機關定之」，及農會法第五條第一項：「各級農會為辦理前條事業，經主管機關核准，得組織共同經營機構，聯合經營，並得與個人會員直接交易。共同經營機構組織經營辦法，由中央主管機關定之」的情形，均可說明。至如工業團體法第四十七條規定「全國工業同業公會聯合會對所屬團體會員之目的事業，有採取一致行為之必要者，得經會員大會通過，報請目的事業主管機關核准行之」，該條所稱「一致行為」是否包括限制競爭性質的聯合行為，則不無疑義，從有利於公平法的角度解釋，應採否定。

### B. 其他法律事中管制－得於一定情形禁止

### C. 其他法律事後管制－得禁止或追懲

以上兩種情形，還找不到適當的例子。

## （3）公平法為行政管制，其他法律亦納入管制

### A. 其他法律事前管制－申報、核可或特許

例如大眾捷運法第三十八條規定「大眾捷運系統營運機構增減資本、租借營業、抵押財產或移轉管理，應先經地方主管機關核准並報請中央主管機關備查。」，而其所列行為有屬公平法第六條第三款或第五款者。是類行為，依大眾捷運法的規定均應先經地方主管機關核准，和公平法第十一條關於結合管制，定有事前申請門檻者不同。又如電信法第十五條第款規定第一類電信事業間相互投資或合併，應先經交通部核准。促進產業升級條例第十五條，經濟部為促進公司合理經營，而專

案核准之合併，則均與公平法對結合採事前門檻管制（第十一條）有所不同。

#### B.事中管制—得於一定情形禁止

還找不到適當的例子。

#### C.事後管制—得禁止或追懲

公平法對聯合行為，雖認原則應予禁止，但在例外許可之範圍中，仍以同法第十五條十六條為事中管制之後盾。故倘事業依他法之行為非屬公平法第十四條本文所禁止（如因應不景氣之產銷限制政策或共同開發市場等）但受公平法第十五條、第十六項之管制，且該其他法律也有事後管制者，即可歸屬本類態樣。如事業依農產品市場交易法第七條定有關於共同運銷之規定<sup>10</sup>，而成立批發市場（其第三十五條對於因共同運銷行為，而發生農產品的交易壟斷、操縱價格或故意變更質量，謀取不正當利益等情形時，定有關於批發市場許可撤銷的事後管制規定）的行為屬之。

此說雖未逾越第四十六條文義，且可能較符合本條立法理由（「...該等特定企業所為之營業上行為，已為特別法所容許，且有其主管機關加以監督，自無須再由本法予以規定」）。但對公平法第一條所宣示立法意旨的落實，仍構成過大的限制。且從第九條第二項規定推論，立法政策上既賦予公平會部會協商的權利，則至少不應在(3)的情形排除公平法的適用，故此說亦不可採。

#### (三) 行為違法性阻卻

此說認為公平法僅於系爭行為為公平法所禁止，而其他法律不禁止的情形下，始排除適用。

從文義上觀察，此說雖為最限制的解釋，但從刑法第二十一條第一項、社會秩序維護法第十一條亦採「依法令之行為，不罰」的規範模式，而通說皆稱其屬於所謂阻卻違法規定看來，倘對同樣強調事業「依照其他法律行為」的本條，採相同的解釋方式，立論上應可獲得支持。且此說對公平法適用範圍的限制最小，最有利於其立法意旨的落實，故公平會實務向採此說。例如公平會公研釋001號解釋，認為醫療主管機關就醫療報酬的收取，依醫療法第十七條規定核定標準，即有公平法第四十六條的適用。公研釋010號解釋則認為台北市依據民營公用事業監督條例，核定瓦斯業經營分區及售價，亦同上旨。

---

10 農產品之運銷，得由農民團體辦理共同運銷，其方式分左列兩種：一、以供應再販賣或加工為目的之批發交易。二、以供應直接消費者為目的之零售交易。

前項農民團體未辦理共同運銷之農產品或地區，得由農民自行辦理農產品之運銷，得由農民團體辦理共同運銷，其方式分左列兩種：一、以供應再販賣或加工為目的之批發交易。二、以供應直接消費者為目的之零售交易。前項農民團體未辦理共同運銷之農產品或地區，得由農民自行辦理

如依此說之見解，則第九條第二項和第四十六條規範即不相矛盾或重疊，也與法律適用優先性無關。蓋在規範功能定位上，本條乃在處理公平會與他部門法主管機關，對於特定事項均同為管理（禁止或諸如許可等行政管制）時，決定誰來管理，或誰先管誰後管，或同時管理等，行政資源適當分工的問題。而第四十六條則應定位在事業是否得依他法，阻卻公平法違法性的問題。

#### 4、與第四十五條的關係

一旦把第四十六條的功能定性為阻卻違法，則又要和文字上即明確顯示此一功能的第四十五條作一區隔。兩條規範可說皆為排除公平法的禁止規定，而優先適用其他法律的強制或許可規定。惟第四十五條在文字上特別強調僅於智財權行使為「正當」時，始可排除公平法，第四十六條則未見規定。理論上第四十六條的排除當然也須依其他法律的行為具有某種「正當性」，則兩者間究有何實質區隔，如果沒有不同，為何又分成兩條規定，至少第四十五條似乎即成贅文？本文以為，重點應在於智財權法與公平法交錯的「灰色地帶」甚寬，如依「明確」許可原則處理，可能會對智財權的行使限制過嚴，而無法落實智財權法立法目的，但也不能太過限縮公平法的規範，而形成智財權的濫用，故特加上「正當」的不確定概念為一要件，使公平會有就兩法域立法意旨就個別情形為權衡認定的權責，此一存在於智財權法的特色，或可說明為何要分成兩條規定。

#### 5、可能排除適用的條文

如前所述，本文擬把本條功能限縮為違法性的阻卻，即只有公平法中的「禁止規定」始有排除適用的可能，且只在其他法律（含法規命令）有與該禁止規定內容相反的「強制」或明確「許可」規定的情形，始有排除適用可言，但以下幾點疑義仍有待澄清：

（一）是否限於公平法中限制競爭部分的禁止規定，而不包括不正競爭部分？

學說上，對於限制競爭與不正競爭的區隔，常從以下幾種二分法切入<sup>11</sup>：

- 政策與道德
- 制度保護與權利保護
- 自由與公平
- 市場不法與行為不法

足見限制競爭法尚有相對化的空間，不正競爭法則依其本質即不太可能容許相對化。因為若可相對化，即不能在認為不正，既界定為「不正」，即沒有以法律合理化的空間。

---

<sup>11</sup> 但兩規範間，近來發展上已有從競合、衝突以至價值理念統一的趨勢，其詳可參蘇永欽著，論不正競爭和限制競爭的關係，台大法學叢論，第十一卷第一期，頁47。

反之，行為性質若非出於不正的道德考量，而是因加入特定市場因素、政策考量才認定違法，則理論上仍有另以他法阻卻其違法的可能。果依此說，公平法規範的行為中，有屬純粹不正競爭者，如第十九條第三、五款，第二十條、第二十一條、第二十二條及第二十四條中的「高度抄襲」、「攀附」、「警告信」、「比較廣告」、「違法取得競爭優勢」等。也有兼具限制競爭與不正競爭性質者，如第十九條第一、二款、第二十四條的若干行為類型，其餘才是較純粹的限制競爭法，從而可依第四十六條規定，因其他法律明確許可乃至強制而排除公平法適用的，將僅限於最後一種純粹限制競爭類型的規範。

## （二）是否限於限制競爭部分中實體的禁止規定？

公平法的行政管制包含有程序強制規定部分，如第十一條，以及處罰違法行為規定部分，如第四十條、第四十三條（第十三條及第四十一條為強制處分規定），而這些管制若有除外，理應規定於公平法中，很難想像以其他法律規定，而依第四十六條排除公平法適用（例如與結合相關之部門法規定中，即未見有明文規定事業結合達到門檻，但不須向公平會申請許可之規定）。故可能依第四十六條排除適用的公平法條文又限於純粹限制競爭規範中的實體規定。

## 6、無關本條的適用問題

前面已一再強調，公平法與法律之間的相互影響，並不限於公平法第四十六條這種規範選擇的情形，最好不要混為一談，以下即再針對幾種同樣涉及規範間衝突協調，卻無關本條的法律適用問題，略加說明：

### （一）公平法禁止，其他法律也禁止的情形

例如公平法第十條與電信法第二十六條之一，均同對事業獨占力(或市場力)的濫用禁止為相類規範。這種情形，由於其他法律也禁止，此時應無「依照」該法律規定而排除公平法適用的餘地，僅能發生競合問題及機關協商執法問題，應注意第九條第二項及第三十九條的適用。

### （二）公平法適用時納入其他法律政策的考量

#### （1）許可管制的裁量

公平法的執行並非僅止於競爭效率而已，尤其公平會在為結合許可管制時，考量的並不限於競爭利益，並須就整體經濟的利益加以權衡。在聯合行為的例外允許，同樣須在經濟利益外，考量其他公共利益。蓋效率和公平、競爭與管制均不失為經濟法的目的與工具，

立法者授權公平會為許可與否的裁量，公平會若全然不考慮這些法律政策，仍可能夠成裁量瑕疵。

## (2) 不確定概念的具體化

公平法規範的是事業的經濟活動，事業經濟活動越是多元化，法律就越需要在構成要件上加入一些不確定法律概念，為執行機關保留因時空轉變而為具體化的空間。例如公平法第十九條第二款的「正當理由」，以及第三至六款的「不正當」都是適例。即使在許可管制，如第十四條的「整體經濟利益」，或當主管機關以「公益」為由，准許事業聯營時<sup>12</sup>，也都需要先將此類不確定概念具體化。對此，公平會適用法律時，即須借重其他法律規定，或經濟理論的分析，對不確定法律概念作成解釋，其同時具有緩和部門法與公平法衝突的作用，實不待言。

## (3) 合憲法律解釋

此或可以公平法適用於媒體市場時，不能不納入言論自由的考量為例。媒體的設立與營運自由同時為保障憲法上言論自由所不可缺，換言之，傳播政策對媒體的引導管制應該作為公平法執行過程中，不可忽視的非經濟因素。故學者主張，公平法的立法政策面與解釋論面至少應列入三點考量：其一、以新聞獨立為放寬結合的例外，其二、強化(媒體)結合限制，以保障言論多元。其三、以強化新聞競爭為考量，作為公平法限制不正競爭的例外<sup>13</sup>。

### (三) 其他法律適用納入公平法的理念

這主要是指制定在後的公平法，反過來對於制定在前，立法者尚欠缺競爭政策觀念的法律，發生影響。使公平法的意旨，也能投射到其他法律中不確定概念具體化的過程，藉此緩和不同法律間的衝突。

## (1) 納入民法的適用

---

<sup>12</sup> 大眾捷運法第三十二條：「為公益上之必要，大眾捷運系統地方主管機關，得核准或責令大眾捷運系統營運機構與市區汽車客運業或其他大眾運輸業者，共同辦理聯運或其他路線、票證、票價等整合業務。」鐵路法第三十七條：「交通部為公益上之必要，得通知地方營及民營鐵路與其他鐵路、公路、水運或空運辦理聯運；如有緊急需要，並得指定任何鐵路撥車清運。」

<sup>13</sup> 蘇永欽，媒體與公平交易，收錄於跨越自治與管制，頁107，五南書局，88年。

比如在侵權行為有關「善良風俗」的解釋，可在傳統五倫的風俗以外，擴張到商業風俗，而把公平法第二十四條實務所建立的現代商業社會應守的競爭或交易道德納入。又在有關地役權設定時，常會碰到為競業目的而設的情形，如以「不在供役地經營大賣場」為內容，應從效能競爭角度考量，是否地役權的濫用，就此德國地役權實務有相當多案例可供參考。

## (2) 納入產業管制部門法

例如公研釋029號解釋中，公平會對於政府依法補助飲水工廠，致可能產生之不正競爭或限制競爭效果，而有違反公平法之虞乙節，已建議環保署「審慎研酌處理」。換言之，此後縱使是公法行為，主管機關仍應相當考量公平法的政策為宜。

## (3) 納入事業團體法

事業團體法過去有些操作方式，在公平法制定以後，縱使未直接抵觸，也應考慮其自由及效能競爭的理念，而有所更張。公會對於會員的各種協調、輔助，不宜間接造成同業競爭度的降低。

## (四) 非法律的其他法律規範對執行公平法的影響

實務僅承認法規命令可排除公平法的適用，其餘則不該當於第四十六條所稱的法律，但非謂即不能影響公平法的適用，諸如各產業主管機關所作的行政規則、判例、行政處分或行政指導，乃至妾身未明的職權命令，雖不可排除公平法適用，但公平法規定的刑責及行政罰仍可能因「期待不能」而免除。值得注意的是，此處既非「違法性」的阻卻而僅為「責任」的不追究，即不完全排除公平法的適用，但凡無涉處罰的行政強制，如命改正、停止等，應不受影響。此類下位階法律規範的存在，有時也可能因此使構成要件不合致，如聯合行為的「合意」要件不存在。足見依公平會的解釋，非法律及法規命令的規範，雖不得排除公平法的適用，仍非全無影響其執行的空間。

綜合以上的分析，可知在修正第四十六條以前，其調和公平法和其他法律間規範及政策衝突的功能，即有一定限度，既非領域性排除，而僅為違法性阻卻，且公平法亦另有其他管道擔負此一功能，無須賦予本條過大的負擔。然而在八十八年修正，進一步限縮本條阻卻違法的範圍後，對公平法所要實踐的競爭政策，固然是更有利的向上提升，但如何操作，才不至使職司其事的公平會陷入四面樹敵，反而難以執行的困境，則有待從體制功能的角度的角度，再對新條文做深一層的分析。

## **三、公平法第四十六條修正後的體制功能**

公平法第四十六條在民國八十八年修正後，其調和公平法和其他法律的功能並未改變，但調和的「基調」則有了明顯的不同。某種程度可以說是賓主易位，對公平法日後的執行影響自不容低估。惟新的四十六條仍然架構在舊條文上，故前節的分析基本上仍然有效，尤其有關第四十六條與第一、九與四十五條之間功能的區隔，都不受修正的影響。本節主要在分析修正後所生的差異，由於法條文字的含混，可容許幾種解釋方向及其利弊。

## 1、修正前後的文義差異

修正後的公平法第四十六條除刪除第二項日落條款僅存一項外，針對原第一項也修改其內容為：「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」。僅從文字架構上，與舊法不同之處在於：

- 以事業行為「另有其他法律規定」取代事業「依照其他法律規定」
- 對行為加上「關於競爭之行為」的限制
- 以「優先適用該其他法律之規定」取代「不適用本法之規定」
- 增加優先適用的前提為「於不抵觸本法立法意旨之範圍內」

這四點不同，是否影響第四十六條的內涵及功能，分別檢討如下：

(一) 文義上因刪除「依照」，似乎更接近行為管制除外，而非僅行為阻卻違法而已。但修正目的既在於擴大公平法的適用，且第九條協調執行的規定仍保留，足見本條雖刪除「依照」，性質上仍屬違法阻卻的規定，非關管制競合，此一文字修正並無實質意義。

(二) 對行為加上「關於競爭之行為」，僅排除無關競爭之行為，但因公平法所規範者，除多層次傳銷外，非關競爭限制，亦與競爭之公平有關，故唯一限縮者只有關於多層次傳銷的規定。又由於公平法為目前唯一直接針對多層次傳銷事業及行為加以規範的法律，故此一限縮亦尚無實質意義。

(三) 優先適用其他法律應僅為不適用本法的倒裝句法，並無不同。

(四) 故本次修正真正的重點，應在增列優先適用其他法律—亦即不適用公平法—的「前提」，即須該其他法律的規定「不抵觸本法立法意旨」，並以此為優先適用的「範圍」，若該其他法律的其他規定抵觸本法立法意旨，則其他規定仍無優先適用的效力。

## 2、審查有無抵觸的方式

純就文義而言，必須不抵觸本法意旨的，就是「其他法律規定」，因此這裡需要做的，似乎就是以本法意旨為基準來審查其他法律規定，如果抵觸就不能優先適用而必須適用公平法，如果不抵觸，則優先適用該其他法律規定而阻卻行為的違法（指公平法）性。用符號來說明的話，即公平法（FTA）中與競爭有關的禁止規定，使事業為一定行為（B）須受處罰（P），而於其他法律（X與Y）有與其內容相反的強制規定，或明確許可的規定時，依修正後的公平法第四十六條，即須先檢視該其他法律規定是否抵觸本法意旨（ratio），才

能認定是否優先於公平法而適用，可以簡單公式說明如下：

$$N1(FTA) : B \rightarrow P$$

$$N2(X) : B \rightarrow -P$$

$$N3(Y) : B \rightarrow -P$$

$$\therefore N2(X) \rightarrow \leftarrow FTA(\text{ratio}) \quad \therefore N1 > N2, B \rightarrow P$$

$$\therefore N3(Y) \sim FTA(\text{ratio}) \quad \therefore N1 < N3, B \rightarrow -P$$

如上圖所示，由於N1為公平法的一部分，從法律為一和諧的整體，內容應不相互矛盾出發，可推論N1應不至於抵觸公平法的立法意旨。而N2與N3既與N1矛盾，則非常有可能抵觸公平法的意旨，但邏輯上又非必然。簡單的說，這完全要看N1與公平法立法意旨的關聯性而定，若N1為落實公平法立法意旨不可或缺的規定，則N2或N3即很難不抵觸公平法意旨而排除公平法的適用。反之，若N1僅為公平法上邊緣性的規定，非落實其立法意旨的重要規定，則其他法律出現一不抵觸公平法立法意旨而得優先於N1的規範（如上例的N3），即非無可能。此一可能性有多大，則要看公平法的立法意旨單純還是複雜而定。一般而言，立法意旨越複雜，則「容許矛盾」的空間越大，不僅其他法律出現不抵觸公平法意旨的可能性增加，即公平法內也可能出現分別實現不同立目的的規定。

這種法律規範之間的比對，性質上為一種「抽象審查」，大法官的違憲審查也是這種性質，只不過其審查基準為憲法，標的則是比憲法位階要低的法律、命令或判例、決議，不像這裡是在同一位階的法規範之間做比對。抽象審查之外，還可能就法律適用於具體個案的見解，為有無抵觸的審查，不妨稱為「具體審查」。方法上也可以參考違憲審查制度發展出來的「合憲法律解釋方法」<sup>14</sup>，就是以公平法的意旨來檢驗其他法律在適用上的見解—包括通案解釋或個案適用—，或可稱之為「合公平法解釋方法」，藉此達到調和公平法和部門法的目的。若用符號來表達，即於標的法條（N2）有數種解釋可能（N2（a1），N2（a2））時，僅於採符合公平法解釋時，得不適用公平法。此一做法，一方面有利於豁免的解釋，而得避免機關衝突；另一方面僅於其作通案解釋或適用於個案時，符合公平法之意旨始予豁免，間接亦可達到落實公平法意旨的目的。換言之，此一方法的運用，不啻對該其他法律為更實質的觀察，確認有無違反公平法之旨，使公平會對於一切競爭行為，於縱使其他法律另有規定下，仍保有最後的決定權。在個案的處理上，其他法律有規定時，原則上即由該主管部門先行管轄，公平會僅在公平法的意旨被實質違反時，始行介入，對行為人依公平法加以處罰。如此一來，不但在行政資源上不至重疊，執法上也可保有相當的彈性空間。沿用前一公式，亦即：

$$N1(FTA) : B \rightarrow P$$

$$N2(X) : B \rightarrow -P$$

---

<sup>14</sup> 參閱蘇永欽，合憲法律解釋原則—從德國法律方法論的理論、實務淺析我國大法官會議實務，收於「合憲性控制的理論與實際」，民國八十三年，頁77-142



$N2(X) \text{ — } N2(a1) \text{ or } N2(a2)$

$\therefore N2(a1) \rightarrow \leftarrow \text{FTA}(\text{ratio})$

$N2(a2) \sim \text{FTA}(\text{ratio})$

$\therefore N2(X) \text{ — } N2(a1), N2 < N1, B \rightarrow P$

$N2(X) \text{ — } N2(a2), N2 > N1, B \rightarrow -P$

當然，抽象審查並不排除具體審查，正如大法官的違憲審查，兼採兩種審查方式，可以說是視個案情形而以具體審查來沖淡抽象審查結果的不洽，運用之妙，存乎一心。因此修正後的公平法第四十六條理論上即有三種操作方式：

(一) 抽象審查

(二) 具體審查

(三) 以抽象審查為原則，視情形再以具體審查降低公平法與其他法的衝突或補強抽象審查產生的漏洞。

哪一種方式較為可採，須從不同角度來探討。首先當然是文義解釋。以中文用語習慣來說，通常只有在規範之間的矛盾才稱「抵觸」，而以「違反」來指稱行為不符合規範，如果具體審查比對的對象不是通案性的解釋，而是具體個案的適用，則違反的用語確實較為貼切。故把所謂不抵觸本法意旨，解釋為法律條文間的比對，也就是抽象審查，自非無據。這是有利於第一說—抽象審查，乃至於第三說—以抽象審查為原則—的地方。但抵觸通常僅指下位階規範與上位階規範在內容上出現矛盾而言，同位階規範間的矛盾，則很少稱抵觸。而具體審查說則是比對其他法律主管機關適用法律的見解與公平法的意旨，一邊是行政機關的行政行為，一邊是立法機關的法律，其間矛盾以「抵觸」稱之，就依法行政原則而言，並不為過，這又是有利於具體審查說的地方。故以文義解釋而言，三說都可成立，而且並不明顯以何說為當。

若再從政府依憲法分關設職、各有所司，也就是整體法制的體系解釋來看，採抽象審查說，無異賦予公平會審查其他法律內容是否抵觸公平法意旨之權，於認定構成抵觸時，形式上雖非宣告其無效，但可無視於其明確許可事業為公平法所禁止行為的規定，而依公平法處分該事業，實際上將使人民不敢信賴該法的保護，而使該規定的規範目的完全落空；間接將使二法主管機關之間形成緊張、對立，是其最大的缺點。採具體審查說，則公平會原則上仍尊重其他法律的效力，不概括認定其內容抵觸公平法的立法旨意，僅依公平法審查其執行，表面上介入的程度較淺。惟實際運作起來，採抽象審查，公平會逕以其他法律違反公平法意旨的機會畢竟不大，尤其對於許多制定或修正於公平法之後的經濟法規，公平會可能直接或間接都有參與表示意見的機會，嗣後再以違反公平法意旨而不優先適用，確實難昭公信。而採具體審查，反而可使公平會廣泛介入各機關就其主管事務的執行，這種執行面的介入就實際效果而言，可能比概括的、原則性的審查，一次定奪有無抵觸，對分工體制的干擾要大得多。故從維繫經濟法制著眼的體系解釋較有利於何者，還很難說。可以確定的是，兼採兩者的第三說，就體系解釋而言破壞力最大，從而應該最不可採。

另外還可以從合憲解釋的角度來思考<sup>15</sup>，也就是朝儘量合乎憲法原則，而不只是一般法體系圓融的方向去解釋。採抽象審查的第一說和第三說將使公平會可以無視於其他法律所反映的新政策與新民意，而逕行適用制定在前的公平法，與憲法所強調的民主原則，及大法官據此引伸出的「民意政治」原則（釋字第三八七號、第四一九號、第四六一號等解釋），似乎很難說全不違背。採具體審查的第二說則以維持其他法律規範效力為其原則，不輕易以公平法排除其適用，僅就個案迫使各該法律的執行納入公平法的考量，而予公平會彈性介入的空間，基本上可說已無違反民意政治原則之虞。但如果我們再往深一層看，如果公平法的立法者本來就有意藉著此一特殊立法技術來「鞏固」公平法背後的競爭政策，「對抗」僅觀照一時或特別產業利益的經濟立法，則從立法者主觀目的角度所作的目的解釋來看，要落實立法意旨又似乎非採取抽象審查不可。該條修正理由雖很簡單：「公平交易法就規範競爭行為之事務，屬於一般法，至於其他基於特定目的而訂定之法律，其中涉及競爭行為事務者，在該特別法之規範範圍內，自應屬競爭行為事務之特別法。爰修正之。」但最早提出修正案的陳傑儒委員，確實有把公平法提升為「經濟憲法」的意思<sup>16</sup>，類似的提法也屢次在美國、德國競爭法定位的論述中出現。因此，第四十六條經過修正以後，是不是已經從單純的「除外規定」一變而為「優先次序規定」，經由立法委員點石成金，公平法實質上已經從一般的經濟法提升為經濟憲法，從而前面所提的違憲疑慮，也可因此一新的定性而滌除？

綜上所論，新條文如何解釋，不同觀點可以推出很不同的結論，對「有無抵觸本法意旨」究應採抽象還是具體審查，取捨的重要關鍵，似乎就在經濟憲法的定位。從公平法的立法背景，及各國競爭法發展趨勢，我國憲政體制等角度綜合觀察，究竟可否推出這樣的定位？換言之，在解釋所謂「於不抵觸本法立法意旨之範圍內」時，不能不從本條在公平法的功能定位切入，而有趣而又有點弔詭的是，要定位本條的功能，最後又須回歸到公平法在整個經濟法制中的定位。

### 3、從公平法的定位觀察

#### （一）實質的與形式的經濟憲法

德國經濟行政法學者Ernst Huber把經濟憲法的概念分為兩種：一種是形式的經濟憲法，指在憲法文件上已經完備或大致上被錄列的，另外一種是實質的經濟憲法，指實際上有關經濟上的財貨、勞力、與企業營業秩序，並且更重要的是隨時規整這些因素的交互配合與整體功能的最高法律原則。

從這裡的討論，我們可以明白，所謂「實質的經濟憲法」，所代表的是一種極為抽象的經濟秩序「指導原則」，而這種指導原則並不囿於憲法的形式範圍，亦即無須將一切的

<sup>15</sup> 參閱楊仁壽，闡釋法律之方法論，民國七十四年，頁54

<sup>16</sup> 參閱陳傑儒委員提案說明，

<sup>17</sup> 蘇永欽，自由化、解除管制與公平交易法。收錄於跨越自治與管制，五南書局、民國八十八年版、頁11。

<sup>16</sup> 參閱陳傑儒委員提案說明，

<sup>17</sup> 蘇永欽，自由化、解除管制與公平交易法。收錄於跨越自治與管制，五南書局、民國八十八年版、頁11。

經濟制度或原則明文入憲，故在經濟制度的光譜上，依國家介入的大小，雖存有完全放任與嚴密規制兩個極端間的多種類型，但如果從「國家的生存照顧義務」的立場觀察，是否將特定的經濟制度予以憲法化，則不是那麼重要，只是一旦將特定的經濟制度放入憲法之中，則具有明白宣示的形式效果而已，換言之，不同的經濟制度，表現的只是國家宣示以不同的方式，履行他對國民的生存照顧義務罷了。縱使在憲法形式條文中，並不存在對於經濟法結構或秩序的明文規範（如德國基本法即採此種保留態度），關於經濟行為的爭訟上，為判斷企業行為是否抵觸憲法秩序，仍不妨透過一般的憲法原則，諸如法治國原則，社會福利國家原則，以及一般的基本權、自由權的明文保障作衡平的處理，間接透過憲法上既存的「制度性保障」機能（例如社會國的憲法原則等）去做為經濟行為規制的「導向」。

綜上所述，如果要將經濟憲法做形式與實質的區分，其實益乃在於形式意義的經濟憲法，因為明白條列於憲法文件之上，故在於修改上有其僵固本質，一方面較為安全，一方面也較不易因為政策的轉向而模糊或甚至輕言廢棄，（此處是指「形式上」消失或改變，因其為合乎憲法目的的實質經濟憲法，並不會因形式上修正或廢除而改變），這種優點是其他以法律甚至命令表現的經濟原則規制所不及的。故某些實質的源自於國民生存照顧義務等憲法原理的經濟活動規制準則，即所謂實質經濟憲法，縱使未明白呈現為憲法條文，仍可以透過憲法解釋衍生，則其以何種形式表現（如法律、命令）並不重要，除非所表現的只是國家照顧人民的「政策」或「手段」之一，並不代表經濟活動指導原則本身（及憲法條文中所得的基本原則）。

## （二）我國的經濟憲法

我國經濟政策的基本原則，是民生主義的經濟制度，亦即憲法第一百四十二條所載「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權、節制資本，以謀國民生計之均足。」之旨。和德國不同的是，兩者的民生主義經濟制度和「社會福利國」原則（基本法第二十條第一項，及第二十八條第一項）雖然有所近似，但德國憲法並未如我國在基本國策中就經濟制度，做憲法上的直接規定，換言之，德國雖然明白於憲法中揭櫫社會國原則，但並未曾指定一個特定的經濟制度或社會秩序做為唯一的途徑，只要是不違社會國的目的，任何可能的經濟秩序，甚至經濟統制都是合憲的，而此種基於實踐憲法理念的經濟關係事項，則可喻之為「實質的經濟憲法」。換言之，關於經濟政策的決定，憲法中採取中立的態度，在憲法規定的基本制度範圍以內，則屬政策決定之空間、由執政者依據經濟現況，透過國民總意以立法的方式表現政策，這和我國明顯不同。我國的形式經濟憲法，具體顯列在憲法第一百四十二條至第一百五十條，以及憲法增修條文第十條第一項至第四項中，而分別就國民經濟基本原則、土地政策、獨佔性企業公營原則、私人資本的節制與扶助、農業發展、地方經濟的平衡發展、貨暢其流、金融機構的管理、僑民經濟事業的發展、獎勵科學技術發展及投資、促進產業升級、推動農漁業現代化、重視水資源的開發利用、加強國際經濟合作、強調經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧、中小型經濟事業的扶助並保護其生存與發展以及公營金融機構的企業化經營原則為具體政策提示。此外基本權的保障，包括諸如平等原則、結社自由權生存權、工作權、財產權以及概括自由權及其限制等，透過解釋更進一步的構成完密的自由經濟體系。至於建構在中央與地方均權理論下的經濟立法權分配，則訂在憲法第一百零七條至第一百一十條中。

## （三）公平法是經濟憲法？

誠如上述，我國憲法上所定的基本經濟制度，為民生主義經濟，目的在將工業化帶來的不均以及資本主義的流弊，透過計劃經濟與自由經濟並重，並以國營與民營並行等手段來達到社會化，就此看來，管制並非不許，競爭更非唯一經濟政策，換言之，要達到民生主義的均足，競爭的保護與促進只是一途。亦即在我國經濟朝自由化方向大步邁進的此時，競爭政策固然重要，但產業管制尚不能說已無存在的空間，競爭政策、管制政策與貿易政策事實上仍處於一種持續的緊張平衡中，各有其合理的目的。故我們雖可肯定競爭法反映一種時代精神<sup>17</sup>，但是不是因此就可以把它定位為無上的「經濟憲法」，恐怕還有斟酌餘地。

就經濟現實而言，競爭政策的執行，不能不重視成本效益的問題，許多經濟行為均涉及公共財，明顯存在外部效果，市場上供需雙方的資訊取得更往往處於不對等，都不是光靠競爭政策就能解決的。因此經濟資源要達到的配置效率，似乎仍不能解除所有管制（尤其從福利經濟學的觀點），有時候貫徹競爭的結果反而是競爭的失序。

次就法律位階而論，公平法此一僅經立法院通過的法律，如何能取得經濟憲法的地位？屆時立法者只要念頭一轉，修法廢除公平法第四十六條，公平法的優越性將被立法院輕而易舉的除去，無待任何修憲程序—自民國八十九年五月以後即改由立法院提案，再選舉國民大會複決始能通過。此外，難以想像的是，何以立法者能夠預將日後代表更新民意、回應更新社會需求的立法先行排除？又如何解釋同為法律位階，而共同促進民生福利的其他管制或貿易法為何應該退居劣後地位？

倘主張公平法為實質經濟憲法，亦非全然正確，蓋依前述，實質經濟憲法是指一切為達憲法上基本經濟制度的經濟原則，此競爭政策固為其一，管制或貿易政策也同為作用，當無獨調競爭政策排除其他之理，貫徹競爭可能不見得對民生經濟是必然的有利。故公平法第四十六條並不當然的足以使其變成經濟憲法，表現的只是一種現行經濟環境下的政策最適而已，誰也不能保證產業政策不會因為經濟變遷，而有再次居於經濟政策主流的一天。

#### 4、具體審查的操作方式

綜上所述，可知公平交易法在我國現行經濟法制固然具有一定的「總則」性地位，即就規範對象而言，廣泛涵蓋各種產銷階段的產業，就規範時地而言，也沒有任何特別限制（所以為「法」而非「條例」）。但在整個憲政體制下畢竟只是法律位階的一般法，不能逕以經濟憲法視之，進而合理化把第四十六條當成對其他經濟法規作抽象審查的基礎，乃至於其他經濟法規明確排除公平法禁制時，可無視於其阻卻違法的立法意旨，而課予事業違反公平法的責任。若公平法在形式上與實質上都不具有憲法地位，則朝此方向操作，將可能有違反民主政治原則之虞。因此比較合理的選擇，就是把本條解釋成對公平會為具體審查的授權。換

<sup>17</sup> 蘇永欽，自由化、解除管制與公平交易法。收錄於跨越自治與管制，五南書局、民國八十八年版、頁11。

言之，公平會對於任何明確排除公平法禁制的法律或法規命令，不得概括以其規定抵觸公平法意旨而不優先適用，只能就該排除條文的「適用」作進一步的審查，包括通案性的行政釋示，及個案處分或行政指導。如果執行該法的機關，未將公平法意旨納入適用的考量，儘可能朝與公平法意旨相容的方向去解釋，對可能有損效能競爭的執法後果儘量趨避，則公平會應透過一般性協調，及個案監督的方式，設法改變。在不得已的情況，則依公平法第四十六條認為其適用已超出「不抵觸公平法意旨範圍」，而依公平法相關規定處分該事業。

採具體審查說必須面對的問題是，如果明確許可公平法禁制行為的其他法律規定，在文義上，乃至依其他解釋方法，已明確到無為與公平法意旨較相容解釋的空間時，儘管該規定已明顯抵觸公平法立法意旨，是否公平會仍只能聽任該法執行，而不處分違反公平法的事業行為？不僅如此，即使其他法律的規定在解釋上仍有空間，但該法律性質為單純民事或刑事法，或甚至屬訓示性質而無主管執行機關的法律，則公平會無從依公平法第九條第二項進行有關法律執行的協商，在法院採與公平法意旨較不相容的解釋時，公平會是否因無從為具體審查，而仍不得採抽象審查？這樣的操作是否將使修正第四十六條的效果大打折扣？因此還有一個可能的折衷，就是「原則上」採具體審查，而於該法律規定顯然抵觸公平法意旨，而無為「合公平法解釋」空間時，例外得採抽象審查，這樣一方面不至擴大公平法與其他社會經濟法規的衝突，造成政府部門間各執一法相持不下，而人民無所適從的窘境；另一方面，修正第四十六條凸顯競爭政策優先性的美意也不至大幅落空。特別是針對公平法制定前即已存在的、明確容許嗣後為公平法所禁止行為的法律，顯然無法推定立法者已就競爭政策加以考量，此時若例外採抽象審查，以其抵觸公平法意旨而不得優先適用，似乎並不為過，相較於前三說，不失為一個合理的折衷，似可列為第四說。

惟本文綜合前面分析仍然認為，只要肯定公平法形式上與實質上都不具有經濟憲法的地位，從而任何抽象審查都可能違反民主政治的原則，則即使例外為之，也以避免為宜。且如前述，如果正確解讀第四十六條在公平法的體制功能，將其限縮於阻卻違法，即知調和公平法與其他社會經濟法規的管道尚多，實無須過度強調第四十六條在落實競爭政策上的不可或缺性。誠然，當其他法律規定明顯抵觸公平法立法意旨而阻卻依公平法追究責任，幾無任何「合公平法」解釋空間時，所謂具體審查事實上已不能讓公平法的規範力穿透到其他經濟法規。但如果退一步而言，此處所謂不抵觸公平法意旨，仍可以朝向「防濫」的功能去運作，即監督該法主管機關審慎適用法條，在數種可能的適用方式中，雖無「合公平法」的可能，至少應選擇「對競爭機制影響最小」者，公平會可據本條與主管機關協調，若主管機關執意採較不利於競爭機制的解釋方式，則對於依該解釋行為的事業，仍將依公平法追究相關責任。換言之，此時第四十六條的功能已從「合公平法」的適用強制，轉變為降低對競爭機制不良影響的濫用防止。前面有關具體審查方法的公式說明或許可修改為：

$$N1(FTA) : B \rightarrow P$$

$$N2(X) : B \rightarrow -P$$

$$N2(X) \rightarrow \leftarrow FTA(\text{ratio})$$

$$\therefore N2(X) \text{ — } N2(a1) \text{ or } N2(a2)$$

$$\begin{aligned}
& N2(a1) \rightarrow \rightarrow \leftarrow \leftarrow \text{FTA}(\text{ratio}) \\
& N2(a2) \rightarrow \leftarrow \text{FTA}(\text{ratio}) \\
\therefore N2(X) \text{ — } N2(a1), N1 > N2, B \rightarrow P \\
& N2(X) \text{ — } N2(a2), N1 < N2, B \rightarrow -P
\end{aligned}$$

至於當其他法律的規定性質上為單純民事或刑事規定，並無主管機關專責執行，從而無法由公平會依公平法第九條第二項進行協商時，公平會仍可就如何「始不抵觸」公平法意旨，或「對競爭機制影響最小」，採取明確立場，一如在智慧財產權的行使，依公平法第四十五條如何始稱「正當」，而不至抵觸公平法，法院對於是否抵觸或是否正當，固然有為最後認定之權，但公平會仍可藉此對於法域間理念的調和表達其立場，並不因該法律規定無專責執行機關而有不同。整體而言，採具體審查說應該還是較為穩妥的一種解釋。

#### 四、公平法立法意旨應從什麼角度去探求

##### 1、從第一條切入的困難

公平法修正後第四十六條適用的關鍵既在「本法立法意旨」，其他法律規定能否阻卻公平法的適用，端視該法的解釋與在個案的實際操作是否抵觸公平法立法意旨而定，已如上述，則無論如何，不能不先確認公平法的立法意旨。

本法一如許多政策性濃厚的法律，在第一條即有關於立法意旨的宣示：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法」。以此四句箴言作為第四十六條所稱的立法意旨，進而檢驗其他法律規定，至少會有以下幾個問題：

- 一、這四句話本身具有高度不確定性，作為檢驗的基礎，若非進一步提出具體標準，可操作性甚低；
- 二、這四種不同的目的之間，有無優先性，或先決性，或原則例外關係，如果發生目標衝突，如何取捨；
- 三、本法各規定是否當然符合第一條宣示的意旨，特別是若干「例外」的規定：如果例外規定也正是本法意旨所在，則從例外規定加以引申，如各種有益於外貿，或有利於中小企業的限制競爭規定，皆不抵觸本法意旨？或者剛好相反，例外規定即非本法意旨所在，僅能例外容忍，而不得再有所引申？
- 四、這四句話所未能包含的公共利益，如環保、安全等，是否都不足以阻卻違反本法的違法性？

這些都是援用第一條作為適用第四十六條「立法意旨」的檢驗基礎，很不容易回答的問題。立法意旨解釋得太寬，將使其他法律規定的適用與此抵觸的機會大幅減少，致第四十六條的適用與修正前幾無差異。反之，如果解釋得太嚴，則將使其他法律規定阻卻事業違反本法的機會大幅減少，不論對人民的信賴，或國家機關間的和諧，也都會構成重大衝

擊。如何允執厥中，恐怕不能只在第一條探求，而有必要回到第四十六條來找答案。換言之，即須就民國八十年第一次立法訂入第四十六條規定，以及民國八十八年修正該條，背後的「立法意旨」開始思索。要了解本條訂修的目的，又不能不從兩次立法的時代背景切入，畢竟我國公平法為九十年代新一波競爭立法浪潮的產物，不僅規範原則與立法技術，就是整套政策理念也很難跳脫當時競爭法的典範，以下即先對九十年代各國競爭法的發展趨勢，乃至隱隱然在立法者、執法者與學者之間形成的新典範，作一嘗試性的探討。

## 2、 九十年代競爭法典範

### （一）美國競爭法從產業經濟學到芝加哥

#### （1）「共識時期」：反托拉斯與管制並行

競爭法起源於十九世紀末期的北美。在美國反托拉斯法制定之初，就其立法意旨為何，立法者的意見縱使不免歧異，但都是透過對於競爭的保護使消費者免於過高的產品價格，並使市場中的競爭者不受策略行為的濫用之害，以確保市場的自由開放，惟其出發點均不免出自於民粹的思考—保護弱小的市場參與者，認為既然政治自由的保障，必須節制政府力量的過渡使用，則經濟自由的保障也應同樣的限制經濟獨裁者的權利濫用<sup>18</sup>。

早期的發展過程中，所謂的經濟考量（例如：規模經濟、潛在進入、獨占訂價等）並未全然受到重視，政策上重視的是交易過程中的行為規範，而不是市場的結果，所以大致上來說，採取較為放任的態度，而對市場的介入較為保留，此時企業的合併和垂直的整合，相較於聯合行為而言，較未受到法院重視。第一次世界大戰後，羅斯福總統期間為解決經濟不景氣的困境，通過產業重整法，有意容許卡特爾的存在，更是對於反托拉斯思想的一項衝擊（其後這種可能引起類似德國納粹崛起的政治危機，在政治上或法律上均未被接受）<sup>19</sup>。一直到一九七〇年以後，美國的反托拉斯法才步入所謂的共識時期，借用了產業經濟學中傳統的結構—行為—績效理論，為政策提供理論基礎。產業組織經濟學，是一門個體經濟的應用科學，就美國的發展經驗而觀，產業組織經濟學於公共政策與經濟體系的連結上，一直扮演著重要的角色，尤其在管制與競爭法規的形成過程中，該學科的學者總是提供不少的理論或實證研究供參。這種結構—行為—績效的理論，並不是早期放任時代所倚重的古典經濟學立場，也和新古典經濟學理論去假設一個原子結構市場有所不同。<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Wolfgang Fikentscher, Freiheit Als Aufgabe, at97,98

<sup>19</sup> Id, at100

<sup>20</sup> Id.at101.

但在一九六〇年後除了傳統的結構學派外，關於廠商行為的研究也漸漸流行，重要的有以Cournot、Nash模型為基的「策略行為學派」、褒揚獨占的芝加哥學派，甚至出現了間接對完全競爭市場灰心，認為產業內部結構只是「次重要」而轉向研究外部競爭者進入可能性的「可競爭學派」（contestability theory---the Baumol-Bailey-Willing School）。其中芝加哥學派在後來受到雷根政府的青睞，而一時蔚為顯學<sup>21</sup>。但在此所謂共識時期中，傳統的結構－行為－績效理論依然領導主流，政府對於經濟事務的態度相信可能的市場失靈，所以在容許自由競爭的同時，也並存著對於特定產業的管制政策。

## （2）「芝加哥時期」：反托拉斯與管制同時解除

芝加哥學派重視的是競爭的過程，認為完全競爭市場是虛擬的。芝加哥學派把研究重點放在行為，認為市場現在的結構是過去廠商間競爭經營行為的結果，所以獨占的事業正代表它比其他的競爭者更有效率，並不值非難，市場上唯一要注意的是勾結，但他總是容易因欺騙而自己瓦解，制度上造成的進入限制才是需要注意的<sup>22</sup>。基本上芝加哥學派可以說是建構在一種反政府的意識型態上<sup>23</sup>，效率尤其是配置效率成為該學派所追求的唯一目標，並且對於其他的公共利益不願多予討論，甚至認為一旦將其他公共利益的想法放到反托拉斯法的執行上，將可能使身為司法者的法院成為權力無盡的立法者<sup>24</sup>。由於芝加哥學派的受到倚重，美國經濟法上的政策，不但在管制領域漸漸放手，甚至也因為害怕法律為了保護競爭，反而抑制競爭的兩難，而對反托拉斯法的執行也變得消極。換言之，管制與競爭同樣不再受到政策上的重視。

## （二）德國競爭法踵事增華帶動歐洲法的發展

德國和歐洲的競爭法受到美國相當的影響，但是就德國的發展來說，仍有其獨自的背景，早期弗來堡學派（Freiburger Schule）的私有財產社會化思想，正是其競爭法的理念基礎，該學派認為私有財產的保障固然為憲法上的基本權，但是私有財產權的行使（包括自然人與法人）並不能與社會目的相背。傳統的憲政思想保障自由，當然包括財產權行使的自由以及由此延伸的締約自由，但自由本身的過渡，如果沒有加以社會經濟目的的約束，

---

<sup>21</sup>Williamson G. Shepherd ,The Economics Of Industrial Organization, Prentical Hall(1990),at6~10,19~23.

<sup>22</sup> Id.at23

<sup>23</sup> Wolfgang Fikentscher ,supra note30 ,at106.

<sup>24</sup> Id.at132.



將會造成自由的自我毀滅，所以必須有一個制度來保障這種個體間的財產自由權行使，避免財產權的濫用，競爭法於是發生<sup>25</sup>。

在發展上而言，德國早期的反限制競爭法立法，主要在盡最大的可能保護所謂的完全競爭，相信完全競爭的存在是該時期的特色，但是也不免受到美國關於「可行競爭」（Workable Competition）理論的影響而受到漸次修正。這種情形在一九五八年到一九六五年的執法初期一直存在，其中傳統的結構－行為－績效理論雖曾引進，但始終未取得影響性的地位<sup>26</sup>。從一九六五年到一九八二年，由於了解了完全競爭在現實中不可能存在，而所謂可行競爭理論也漸漸融入了傳統的結構、行為、績效理論之故，德國法上發展出所謂的效能競爭理論（funktionsfähiger Wettbewerb）<sup>27</sup>，強調事業行為應出於競爭的效能而不得有濫用情事，對於競爭法的發展而言變得更活絡，而不再受制於完全競爭這種教義性的概念下。當然此間不免發生理論上反動，主要的是類似美國芝加哥學派的競爭性自由（competitive liberty）理論的提出，而主張競爭法更應重視競爭的動態性與目的性（政治自由與經濟自由的目的），採取競爭過程取向的觀點，認為競爭是一個發現的過程（discovery procedure），但並沒有取得影響性的地位<sup>28</sup>。現今的德國法發展取向則是傾向於不受制於任何固定的理論標籤，而試圖在法律與經濟的運作間，找出一個「市場最適」的反托拉斯政策，這種作法可以說是有意的與美國模式作出區別，尤其是芝加哥學派的效率觀點在德國已被官方或多或少的正式拒絕<sup>29</sup>。

反托拉斯固然源自美國，而且是出自於民粹思想對於大經濟勢力的反動，發展上跟美國人的愛好自由性格頗具淵源，雖然經濟理論的發展挹注了不同的反托拉斯思想，但是不能否認的這種法律發展的過程與政治經濟、企業文化息息相關。當反托拉斯思想蔓延到歐洲國家時，各該國家將其吸納或本土化的過程自然也不能置自己的經濟結構、企業文化與經濟政策於不顧，畢竟適合國情的反托拉斯政策才是真正可運作的，尤其在經濟理論上提供了不少的選擇，更使得其後發展的國家有更多的游移空間。德國的發展便是最佳的證明，其間也相當程度的帶動了歐洲其他國家反托拉斯法的發展。附帶一提的，即使在歐洲漸漸

---

<sup>25</sup> Id.at111~114.

<sup>26</sup> Id.at120.

<sup>27</sup> Id.

<sup>28</sup> Id.at121~122.

<sup>29</sup> Id.at123.

在經濟上融為一整合體的同時，各國間的反托拉斯法如何與歐體的競爭法相結合，恐怕也還是會因為各國的政經狀況不同，而很難建立一個面面俱到的規範模式。<sup>30</sup>

### 3、多元目的的競爭秩序

#### (一) 競爭法趨向於建立多元目的的競爭秩序

保護競爭秩序是否僅止於保護競爭的經濟效率這一個目標，在學理上一直有爭議。觀諸美國反托拉斯法的發展歷程，所謂競爭的效率價值，事實上也是在經濟分析的方法大量滲入之後，才受到重視。甚至在休曼法通過當時，雖社會菁英大多力倡，卻惟獨經濟學者冷漠視之。可見反托拉斯法發展之初，美國國會也尚無真正的效率概念，反倒是「公共利益」的信念較受強調，競爭者之間的公平（而非競爭制度本身）較受重視。但是在目前的情況而言，自從芝加哥學派的引領風潮後，多元目的的反托拉斯政策在美國卻漸受攻擊<sup>31</sup>。至於德國和歐洲的情形，自始就不是以效率為唯一的政策目的，其他的公共利益（例如：環保、健康與安全等）向來就是反托拉斯的目標之一，有趣的是在運作上，一旦德國的經濟部以非經濟的理由駁回聯邦卡特爾署關於結合的決定時，卻仍常常引起相當的爭論，但迄今為止多元目標的追求一直都沒改變過。

在九十年代出現的競爭法，不論是新訂(如義大利、南韓)，或舊法改造(如英國、瑞士)，都明顯趨向於建立多元目的的競爭秩序。此一傾向也在我國的公平交易法上看得很清楚。撇開較為含混的第一條不論，從公平法的立法背景，特別是九十年代各國競爭法形成的典範去探求，可以很確定的說，一個自由而公平市場競爭秩序的建立，固然是公平法立法的主要目的。但無論從公平法中不少的例外規定，或第四十六條的概括阻卻違法規定都可看出，公平法不可能也無意排除其他公共利益的追求。在競爭政策和其他公共利益的調和上，前者可說是公平法立法者在公平法「內設」的管道，後者則是為公平法之前或之後其他立法「外接」的管道。即使民國八十八年通過對第四十六條的修正，也不能說市場競爭已凌駕其他公共利益，而成為具有實質憲法位階的法益。與其說修正的意旨在於「提升」市場競爭的法益，實不如說是更進一步回應新競爭法典範的理念，在於「擴張」市場競爭的機制到原屬產業管制的領域。故其他公共利益，當然不因公平法的修正而受到減損。

我國公平法多少總結了之前美、歐、日競爭法的發展經驗，在所謂結構學派與芝加哥學派的理論爭議中，可說並沒有明顯的偏好。追求有利於效能競爭的結構，最明顯的當然是對事業結合的管制，但也不是那麼絕對，第十二條強調的是在「整體經濟利益」和「限制競爭不利益」之間加以權衡。第十條對獨占事業的監督，也以防止獨占地位的不當強化

---

<sup>30</sup> Id.at127

<sup>31</sup>Wolfgang Fikentscher ,supra note30 ,at131

為其中心。甚至在操作原屬不公平競爭一章的第二十四條時，主管機關也強調不僅要從交易相對人間觀察，還要「從市場上之效能競爭是否受到侵害觀察」，而對包括「意圖消滅競爭者之大量分贈正式商品」及「意圖消滅競爭者之低價傾銷及高價購入」等破壞市場結構的行為加以論處<sup>32</sup>。但另一方面，從對第十九條有關垂直限制的管制，明確採取合理原則，公平會在詮釋該條的「妨礙公平競爭」概念時，更進一步強調「應就事業採取之競爭手段本身是否具有不公平性或其競爭結果是否減損市場之自由競爭機能（分別或綜合）加以判斷」，又「減損之者，必須再從合理原則審酌有無構成妨礙公平競爭之虞」<sup>33</sup>；甚至對法律採取禁止原則的聯合，除了法律本身已對生產合理化、經營效率等芝加哥學派所置意的生產效率有所考量外，公平會甚至還利用第十四條第七款的文義空間，放進了芝加哥學派所強調的「交易成本」、「交易資訊」等因素，而稱之為「效能競爭」<sup>34</sup>，整體看來，足見公平會一以貫之的效能競爭理念，尚不能用單純的結構學派或芝加哥學派觀點來解讀。

## （二）從狹義競爭政策走向廣義競爭政策

制定於九十年代的第三波競爭法，最明顯不同於第二波競爭法之處，應在於把競爭政策從單純違法競爭行為管制拉高到積極建構良好競爭環境。對於管制性產業的態度是：如果不能解除管制以競爭代替的話，至少也要在管制機制中注入競爭的因素，使競爭和管制不是在主體和客體上的分離，在理念上對立的兩套政策，而是在一定程度上相互融合，或基於相同理念僅做階段性區隔的一套政策。我國的公平法就是一個典型，從公平法第二十五條第一款賦予公平會在執法以外兼為決策機關的功能定位，其實已為此一由執行競爭法的公平會與聞產業管制，使其不抵觸市場競爭的理念，埋下伏筆。使過去性質上為「替代競爭的管制」，逐漸轉變為「促進競爭的管制」。從這個角度來理解新的第四十六條，對於立法者在外接其他法律的規定，阻卻某些違反公平法行為的責任，以調和市場競爭和其他公共利益時，特別賦予公平會對於該其他法律的執行，有為「具體審查」是否抵觸公平法立法意旨之權，應該會有更深一層的體會。

## 五、公平會如何為具體審查：基準與密度

---

<sup>32</sup> 參閱82. 12. 29第一一七委員會議通過的「公平交易法第二十四條之適用原則」

<sup>33</sup> 參閱82. 2. 10第七一次委員會議通過的「妨礙公平競爭之虞之適用考量」

<sup>34</sup> 參閱83. 11. 2第一六〇次委員會議通過、88. 11. 3第四一七次委員會議修正的「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」

## 1、審查基準的參考因素

由上可知，當公平會雖不得對阻卻公平法責任的其他法律規定，為是否符合公平法意旨的審查（抽象審查），依法卻仍須就該法律規定的執行是否符合公平法意旨進行審查（具體審查）時，包括對是否採取符合公平法意旨的法律解釋（排除抵觸公平法意旨的解釋），或是否採取對公平法意旨的落實影響較小的法律解釋（排除對公平法意旨實現影響較大的解釋），為事前或事後的協調及諮詢，而於不通過審查時，依公平法第四十六條仍優先適用公平法規定追究事業的行為責任。此時所謂公平法意旨的判斷，至少應包括以下各基準，而就各情況為綜合判斷：

### （一）集中度與進入市場的障礙

相關市場事業的集中度避免達到警戒線，事業進入市場的障礙愈少、愈低則愈好

### （二）參與競爭者與市場績效

參與的競爭者原則是多多益善，但也要把市場績效納入考量

### （三）市場規模

市場規模以擴大為佳

### （四）競爭素質

效能競爭雖不限於何種因素，但原則上應以價格、品質、服務等為其中心

### （五）生產效率與配置效率

如果能提高生產效率和資源配置效率，而對競爭不至造成嚴重影響時，亦較佳

### （六）交易成本

如果能把交易成本降到最低，而對競爭不至造成嚴重影響時，亦屬較佳

### （七）消費者福利

如果能提高整體消費者的福利，而對競爭不至造成嚴重影響時，亦為較佳選擇

## 2、審查密度的參考因素

為降低第四十六條操作上的恣意性，提高其程序經濟性，除提出公平法立法旨意的判斷

基準外，有必要再依前面有關第四十六條體制功能，及公平法在經濟法制的地位，其立法背景、競爭政策等分析，提出公平會為具體審查時，就不同因素應採的不同審查標準，即對某些情形可採較低的審查標準（低密度審查），對某些情形可採較高的審查標準（高密度審查）。大體上，可分以下幾個因素簡述之：

#### （一）除外是否基於經濟因素考量

若肯定公平法第四十六條的修正，主要是為了進一步回應競爭與產業管制的合流，則對於非基於經濟因素考量所為的除外，如有關人身安全、環境保護、國防機密等法益，應非本條主要置意者，雖尚不必認為當然優先於公平法，但應採低密度審查，即只在對該等法益無明顯提升，而卻會對市場競爭機制造成相當傷害的情形，仍以該條介入，即不排除公平法的適用。否則並無須斤斤於是否有更有利於競爭的法律解釋。

#### （二）立法時點—先於或後於公平法

先於公平法的法規，因立法時可推定尚未考量競爭政策，此時採具體審查的公平會雖不得逕以該法律規定抵觸公平法立法意旨而否定期優先適用，只能依公平法第九條第二項與主管機關協商，設法修改不合時宜的規定，但在此之前，對於該法的適用是否符合公平法立法意旨，即應採高密度審查。如有朝更有利於市場競爭方向解釋的空間時，應要求採此一解釋，作為阻卻公平法責任的前提要件。

#### （三）立法原則—有無維護競爭秩序的宣示

排除公平法適用的法律規定，如果已經明顯植入競爭導向的新經濟政策，比如修正的電業法第一條目的規定中，特別提到市場競爭秩序的維護，在第五十二、八十三條還訂有防止限制競爭行為的規定，一如公平法的補充，顯然已經適當反映了公平法所要追求的政策目標，則在具體審查時當然可以採較低度的審查，即僅就其實際執行加以監督。

#### （四）決策協商—有無公平會的參與諮詢

排除公平法適用的法律規定，如果在立法過程中有公平會的深入諮詢，或就其執行，已與公平會就競爭政策問題充分協商，乃至達成通案的協議，則公平會為具體審查時，亦只需採低密度審查即足。如果法律明定由公平會參與部分的執行，或為必要諮詢，則就該部分已可免除審查。

## 參 考 文 獻

Fikentscher , Wolfgang , Freiheit Als Aufgabe, Mohr Siebeck, 1998

Shepherd , Willianson G. The Economics Of Industrial Organization, Prentical Hall, 1990

楊仁壽，闡釋法律之方法論，民國七十四年，頁54羅成典，立法技術論，頁135，文笙書局，80年版

羅傳賢，立法程序與技術.頁158，五南書局，85年版

蘇永欽，自由化、解除管制與公平交易法。收錄於跨越自治與管制，五南書局、民國八十八年，頁1-12

蘇永欽，合憲法律解釋原則－從德國法律方法論的理論、實務淺析我國大法官會議實務，收於「合憲性控制的理論與實際」，民國八十三年，頁77-142

