

公平會的再造

- 從國際比較與政府再造的角度觀察

蘇永欽*

摘要

九十年代新訂或重修的競爭法，幾乎都和民營化與管制革新放在一起思考和架構，用公共行政的語言來說，就是政府再造。向企業型政府轉變的國家，也都開始重視它在全球市場上的競爭力，競爭力的指標中，政府職能是公認最主要的一項，而評價政府職能非常關鍵的，就是介入經濟的程度和企業競爭法制的實效。過去十年公平會不僅在違反公平法行為的查處上相當稱職，而且對於不當管制的解除，擴大市場規模，也做出不小的貢獻。今後配合政府再造，公平會可以考慮的調整方向，是簡化它的功能，集中有限資源於公平法中反托拉斯的部分，而藉修法把不真正需要政府插手的公平競爭部分，交給人民自己執行。消費者保護委員會的併入，也不代表公平會將承擔個別消費者保護的功能，今後公平會在這兩個領域最好只扮演鑑定者和教育者的角色。至於加強各產業的競爭，公平會仍應積極參與相關政策的執行，透過結構的改善，使許多限制競爭的行為可以消弭於無形。

一、第三波競爭法與政府再造

檢討公平交易委員會（下稱公平會）的定位，當然不能離開公平交易法（下稱公平法），公平法所要落實的競爭政策如果調整，公平會的組織功能可能就有相應調整的必要。另外一個觀點，則是從整個政府體制來看，在政府再造的大政策之下，作為體制一個環節的公平會，也不能不作一些連動的改變。令人好奇的是，兩個觀點加在一起，會把公平會推移到什麼方向？

孕育於八十年代而通過於九十年代的公平交易法，在體系內容上大量參照了二次戰後的德、日立法，但執法者從一開始，就發現自己置身於第三波競爭法的洪流中¹。如果我們可以把十九世紀最後十年發生於北美的反托拉斯立法，也就是以勞工、農民和中小企業對托拉斯發

* 政治大學法律系教授。

¹ 拙文，自由化、解除管制與公平交易法，收於跨越自治與管制，民國八十八年，頁 1-12。

展的恐懼為社會基礎，而在法制上還未脫離英國普通法禁止交易限制的契約與侵權理念，只不過把非難性升高為一種可以由國家追訴的犯罪²，概稱之為第一波競爭法的話。二十世紀中期，在美國戰勝餘威下被迫輸入的德、日競爭法，已有了比較全面、功能取向的競爭政策，以及一個擁有高度管制權限的執法機關，就可以視為第二波競爭法的典範。二十世紀九十年代許多國家新訂和重修的競爭法，嚴格說並沒有在內容上大幅不同於第二波的競爭法，真正的不同毋寧在於競爭政策的提升，從消極的行為防制的競爭政策，擴大為積極的結構改善的競爭政策；而最根本的差異，則是政府角色的轉變，從兼為產業管制者與競爭維護者的雙重角色，逐漸混同為競爭導向的管制者，政府一面用行政來管制市場上的企業競爭，一面把競爭也引進了公共行政，把官僚型的政府改變成企業型的政府。換句話說，競爭的「規範」沒有太大的改變，但適用的「領域」擴大了，執法的「機關」調整了。第二波競爭法把廣大的管制產業當成「除外領域」，第三波競爭法則促使產業管制者用競爭的理念同步思考；第二波競爭法需要一個像大西部警長一樣的執法者，第三波競爭法的執法機關，則更像一個邊執法邊宣教的牧師³。

差不多在同一時間，另外一批學者津津樂道的是政府再造(Reengineering government)，特別是公共行政領域的學者對於它和傳統意義下的「行政革新」有著典範的變移，極力揄揚⁴。不容否認的事實是，改造的風潮從大西洋兩岸的雷根主義和柴契爾主義開始，很快的向歐亞大陸擴散，不僅改變了世界的思維，而且徹底改變了二戰以來東西對壘的世界局勢。今天回頭看這股風潮，政府再造的確不能簡化為組織的精簡(downsizing organization)，詹中原從一個宏觀的角度做了一個整理，強調要了解它和古典行政革新的差異，至少要分成三個面向來看，本質面包括定量(結構)和定質(績效)的創新，涵蓋面包括內向(管理)和外向(意識)的改善和重建，創導面則包括被動(器化)和主動(活化)的動能⁵。改造成功的明星國家，包括美、

2 Sullivan/Fikentscher, On the growth of the antitrust idea, in: Fikentscher, Die Freiheit als Aufgabe, 1997, 97; Shenefield/Stelzer, The antitrust laws, 4ed. 2001, 8.

3 Su, Yeong-chin, Competition authorities in competition, in: Chao, Yang-ching et al. (ed.), International and comparative competition law and policies, 2001, 171-72；同次研討會中巴西競爭法主管機關 The Administrative Council for Economic Defense (CADE)的主席 Gesner Oliveira 也談到該機關承擔的教育功能: Recent trends and prospects for Brazilian Antitrust, 29-30.

4 Hammer/Stanton, The reengineering revolution, 1995。

5 詹中原，政府再造 - 革新「行政革新」之理論建構，收於詹中原主編著，新公共管理，政府再造的理論與實務，民國八十八年，頁 17-20。

英、紐西蘭、瑞典等，其實各有各的優勢和包袱，切入點自然不可能一致，但幾乎都在同一的精神下達到驚人的成效。以美國從雷根延續到柯林頓政府的改革為例，Frederichsen 認為可以歸納為七個主要原則：

1. 導航替代操槳(steering → rowing)；
2. 授能替代服務(empowering → serving)；
3. 市場替代管制(market → regulation)；
4. 人民導向替代官僚需求(customers needs → bureaucratic needs)；
5. 節流兼顧開源(earning → spending)；
6. 預防重於治療(preventing → caring)；
7. 層級管制兼顧參與及團隊(hierarchy → participating and teamwork)。

據說聯邦政府因此在五年內省下了一千零八億美金。英國必須克服的官僚化問題比美國嚴重得多，故柴契爾總理的續階計畫(Next Steps)把重點放在劃分部會(departments)和機構(agency)的功能上，由部會先行決定業務執行的需要，如果可以民營化(privatization)或外包(contracting out)，就不另設執行機構，確定有例行性事務而不適合民營或外包，才考慮設置機構。部會基本上不再承擔執行工作，而把必要的執行交給由執行長(非公務員)領導的機構，部會和執行長之間則依多種架構契約互動，內容包括績效、人事、薪俸等，每年續約，執行長有獨立的薪俸、人事、誘因系統、甄選以及財政事務等等的設計規劃大權。紐西蘭改造的重心則放在公營事業的民營化，以解決財政上的沈痾，茲不贅述⁶。

這樣看起來，第三波競爭法和政府再造運動的同時出現，根本不是巧合，從競爭政策的角度看是自由化、民營化、解除管制，換成公共行政的角度看也就是政府再造。不同語言的背後，其實正是相同的思維。各國推動政府再造或「活化」的方向，幾乎都是引進更多的競爭，而在經濟領域，競爭政策更承擔了活化傳統管制產業的重任。這或許也可以說明，為什麼日本的改造使所有的國家機關都走向裁員，唯一增員的，就是公平交易委員會和法院。

⁶ Scott/Ball/Dale, "New Zealand's public sector management reform: Implications for the U.S.", *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol.16, No.3 (1997)；陳正隆，紐西蘭政府之經濟改革 - 理論、系絡與學習，收於詹中原主編著，新公共管理，前註5，183-209。

二、公平會定位與國家競爭力

把競爭和政府連結在一起，另外一個自然導出的思考方向就是國家競爭力。當政府走向企業化後，它也有需要像市場上的企業一樣接受評比 - 不是單純產出的比較，如過去那樣排列 GNP 來論斷國力，而是像檢驗一個企業的體質一樣的，檢驗國家的體質。可以想像，在全球化加速發展的今天，國家競爭力的評比會如何的影響它的產業在全球市場上的定位。自從一九九〇年哈佛大學企管學院的教授 Michael Porter 以「國家競爭優勢」(The Competitive Advantage of Nations)一書帶動了國際間的討論後，我們的國家發展方向好像就不自覺的跟著發生位移，不論其理論的周延性如何，世界經濟論壇(World Economic Forum, WEF)的全球競爭力報告(The Global Competitiveness Report)，與國際管理學院(International Institute for Management Development, IMD)的世界競爭力年報(The World Competitiveness Yearbook)，實際上已經高度的左右了我國決策階層的思考和政治議程，因此在為公平會借箸代籌之際，也不妨從這個角度去做一點思考。

所謂國家競爭力，用 Porter 的定義，就是「國家為其產業創造良好的發展成長環境，進而使該國企業具備競爭優勢，產業也擁有國際競爭力的能力」，如何判斷競爭力？比較一下 WEF 與 IMD 的指標就會發現，兩機構都把「政府職能」放在首位，其他則是國內經濟、人力及生活素質、科技實力、企業管理、金融實力、國際化程度、基礎建設等。在政府職能的指標中，考慮的包括政府的債務、本身的支出、稅制的合理性、政府效率、政府介入經濟的程度、司法與治安等。這背後已經很清楚的顯示，大的政府不是好的政府，管得多的政府也不是好政府，剛好相反，這種大有為的政府反而會減少國家的競爭力。兩機構都精算政府支出占 GDP 的比例，以及政府雇用人數(含公務員與僱員)占總就業人數的比例。也都檢驗政府對經濟活動的干預有無減少，政府支出有多少是用於「提供私部門未提供之必須品及服務」，管制是否「精確而落實」，但於此同時，兩機構又都特別從有無「排除競爭限制，有效鼓勵競爭的能力」，來認定政府的效率，在法規制度上，競爭法的存在與有效執行，也都被列為重要的指標⁷。因此我們可以肯定的說，從提升國家競爭力的角度來看，公平會這樣一個排除競爭限制、促進市場競爭的機關絕對有它繼續存在的價值；但在一個理想的小而能的政府，一個儘可能導航而不自

⁷ 可參詹中原，國家競爭力與政府再造，收於詹中原編著，新公共管理，前註 5，頁 52-59。

已操槳的政府裡，這個競爭機關應以何種方式組織運用它的有限資源，發揮最大的行政效益，面對日益激烈的國際競爭，在成立十年的今天，確已成為一個迫切的問題。亞洲四小龍之中，到今天還沒有設置競爭機關的新加坡和香港，在政府職能項目反而一直遙遙領先設置了部會層級競爭機關的台灣和南韓，就是一個非常清楚的警訊。

三、為下一階段再出發而改造

公平會並非沒有意識到競爭法的新思潮，某些回應時代精神的功能調整，實際上也早已經在做。從第一屆開始，公平會就沒有把自己窄化為狹義的執法機關，民國八十三年成立的「四六一專案小組」，共完成檢討了二百十五種法規，計三百十四個條文，並和十多個部會協商修法。第二屆委員會也在民國八十五年成立「解除公營事業不公平競爭專案小組」與「解除管制促進市場競爭專案小組」，針對油品市場、基本電信業務等十二個製造業、服務業產業推定管制革新。足見公平會深知如何利用其部會層級，主任委員為行政院會議成員的地位，與公平法第二十五條第一款所定「政策與法規擬議者」的法定角色，參與廣義競爭政策的擬定與推動。在第三屆委員會任期中通過的公平法修正，使第四十六條從單純的公平法「除外條款」，變成由公平會主導「反排除」的除外條款，雖然在立法技術上爭議甚大，但無疑已更進一步體現了第三波競爭法的精神，即從「替代競爭的管制」走向「促進競爭的管制」⁸，適當操作，可使競爭政策更大程度的落實於管制產業。如果說在機關功能上有什麼值得檢討的地方，應該在於不公平競爭領域的過度介入，不僅嚴重扭曲了公平會行政資源的分配，而且違反了競爭管制的基本精神，介入應該由企業自己承擔的領域。

另外從政府再造的角度來看，公平會面臨的問題，一個是如何以更大的組織彈性，更有效的發揮所承擔的功能，其次則是如何與消費者保護委員會在組織功能上協調或整合。這兩個機關都是九十年代才設置的新機關，政府再造的口號在當時其實已經高唱入雲。但不僅因為兩機關的設置一直是依其作用法的制定分頭進行，並未對其功能的配合做過深入的斟酌。更因為整個憲政體制的重建，實際上推遲到九十年代才漸次完成，戒嚴與動員戡亂體制的結束已經是民國八十年的事，政府再造的思維要轉化為行動還有相當多體制上的障礙。在前三次繁重的修憲議程中，民國八十三年增修條文第九條增列公營金融機構企業化經營原則，算是唯一回應時代

⁸ 參閱洪禮卿、何之邁、單驥、蘇永欽、范建得主持，公平交易法第四十六條修正後之適用問題研究，民國八十九年，頁 79。

精神的一個最小幅度的調整。一直到了八十六年第四次修憲，省建制的凍結和政府組織、員額鬆綁(增修條文第三條第三、四項)，才為新世紀政府再造的推動奠定了重要的基礎。嚴格說，以後除了憲法規定的機關，包括五院和國安會、國安局、法院，依憲法仍屬法律保留外，其餘國家機關都不再需要個別的法律基礎，若非個別的作用法基於功能特殊性的考量而有特別規定外，都只在國家機關組織通則的一般基礎上，由主管院依其政策需要在總員額範圍內以命令定之，而由立法院透過預算控制其機關績效，不再受到「法定機關」在編制員額上的保障。拖延了十年，遲遲不決的行政院改造工程，總算回到了新的起跑點⁹，而公平會的組織功能，也可以在政府全面改造的宏觀格局下，基於十年執法的經驗，重新調整。

在未來全新的政府組織法制下，公平會仍應如大多數國家的競爭機關，基於獨立性保障的考量，在作用法的公平交易法中維持專章的規定，使其主管機關及職權有一明確的法律基礎，但詳細規定其組織、編制的現行公平交易委員會組織條例，已與組織鬆綁的憲法精神不符而應廢止，組織的鬆綁，一方面固然可使公平會內部資源的調整更具彈性 - 過去一、二處承辦三處不公平競爭的「違法」狀態可以排除；但另一方面，卻也將使公平會組織功能偏離立法意旨的發展，受到更嚴峻的國會預算監督。公平會對市場競爭的管制是否精確落實，政府每年在公平會投入大約三億台幣，是否確能對市場的競爭有一定程度的提升，公平會是否恰如其分的介入，而「提供私部門未提供之必須品及服務」？恐怕都會開始受到關注。

四、簡化功能成為競爭委員會

本屆公平會再度修法，把消耗過多行政資源，且多少造成商機延誤的結合許可管制，修改為申報異議制，便是一個值得喝采的功能面的改革。但就事後追懲的管制來看，公平會實際上仍把相當高比例的資源用在不公平競爭行為的處分，就受理和做成處分件數而言，第二十一條和二十四條始終高居第一、二位，加起來占全部件數的三分之二，而且沒有任何改變的跡象，已經是不爭的事實¹⁰。原因當然很多，公平會對公平法第二十六條「公共利益」的門檻未作嚴格的界定，或許是最重要的一個。我曾經針對第二十四條建議，嚴格區分行政機關與私法的執

⁹ 魏啟林，政府再造運動，民國八十九年，頁 68-80。

¹⁰ 以八十九年度的統計來看，在總共 224 件處分案中，違反第二十一條的有 77 件，違反第二十四條的有 87 件，第二十四條首度超越第二十一條，但由這兩條包辦前兩位的態勢不變，且與第三名的多層次傳銷違法行為 24 件有相當距離，參閱民國八十九年「公平交易統計年報」，頁 94。

行(第三十到三十四條),在主要涉及私益的競爭案件,公平會應依補充原則儘可能不介入¹¹,實務上卻一直沒有朝這個方向調整。而從成立之始,公平會對檢舉案件所作處理的法律定性¹²,造成人民就違反公平法案件有公法請求權的錯覺,也形成人民捨私法途徑而就行政程序的特殊誘因,獨立超然的公平會還沒有被大企業「俘擄」(captured),已經在程序上作繭自縛,被上千件應該由當事人循民事途徑解決的案件牢牢綁住。

因此公平會在功能上面臨的危機,已經很清楚,就是本應以管限制競爭行為,改善市場競爭結構為主要任務的競爭機關,實際上變成了商業風俗警察,其角色一如中古歐洲維持營業秩序的行會,似乎就怕競爭太多。這個印象隨實務運作的不斷強化,公平會將很難翻身。因此現在或許已不能再冀求實務的自制,而有必要正本清源的修法釐清功能,也就是把公平交易法修改為單純的競爭維護法,現行公平法第十九條中的第三、五款,以及第二十到二十四條都抽出,另定單純私法性質的「不當市場行為責任法」,不再由公平會執行。這樣的調整實際上只是回到正常的競爭法制,當初因為美方壓力而把不公平商業行為納入行政管制的背景,已經不復存在,現在應該到了讓公平會回復原貌的時候,也就是和大部分的競爭法機關一樣,只處理涉及市場競爭機制的行為與結構問題,而不越俎代庖的介入競爭者之間的公平問題,委員會的名稱也不妨藉此改為「競爭委員會」,以滌清其專就「交易」問題主持「公平」的印象¹³。

¹¹ 私法自治與公平法的管制 - 公平法第二十四條的功用與濫用, 月旦法學雜誌, 70 期, 2001 年 3 月, 頁 40-56。

¹² 極有爭議, 贊成把覆函定性為行政處分而在程序上以訴願、撤銷訴訟給予救濟的, 如廖義男, 行政法院裁判之評析 - 公平交易法實務與行政法院裁判之評析, 國科會專題研究計畫成果報告, 民國八十六年, 頁 369-70; 許宗力, 行政處分, 行政法 2000, 上冊, 頁 550, 註 37; 反對者則有蘇永欽, 檢舉人就公平會未為處分的覆函得否提起訴願, 收於跨越自治與管制, 民國八十八年, 頁 55-86, 黃銘傑, 論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會之不作為, 人文及社會科學集刊, 十卷三期, 民國八十七年, 頁 421-450; 彭鳳至, 行政訴訟種類理論與適用問題之研究, 發表於第四屆東亞行政法學術研討會, 民國八十九年, 研討會論文集, 頁 20-23; 王立達, 司法審查之對向發展 - 再論公平會不作為檢舉覆函之行政爭訟, 政大法學評論, 六十四期, 民國八十九年, 頁 363-65。

¹³ 很多國家的競爭法主管機關都隨著法律的大幅調整而改名, 比如英國的「獨占與限制交易委員會」(The Monopolies and Restrictive Practices Commission)是依 1948 年制定的同名法案而設的, 到了 1973 年制定公平交易法, 又另設「獨占與結合委員會」(Monopolies and Mergers Commission, MMC), 到了 1998 年以歐盟競爭法為標竿制定競爭法後, 委員會也改稱「競爭委員會」(Competition Commission)。

把競爭自由的問題和競爭公平的問題交給同一個機關處理，當然不是全無是處。傷害效能競爭機制與競爭公平的市場行為不但可能競合，在一定情形也可能需要調和 - 把商業道德水平拉得太高時難免對競爭者產生一定的「寒蟬」或「月暈」效應¹⁴。因此不建立競爭規範則已，既要建立一套競爭行為規範，如果過多和過少的競爭都可能違法，而卻分別由行政機關（和行政法院）與民事法院，去就常常出入在一線之間的違法與否問題作成判斷，適當的調和可能就不易期待。此所以瑞典設置市場法院，把包括消費者保護在內的所有市場規範公私法案件，一體納入管轄¹⁵。我國的公平交易委員會在第一個十年統一管轄反托拉斯與不公平競爭事件，創造了另一種統合的模式，可以說發揮了導正和教育的功能。尤其是第二十四條概括條款的操作，公平會在過去十年作成的各種解釋、準則與導正，對於適當市場行為的拿捏，實際上給法院在解釋方法上提供了很好的參考，因此即使基於政府再造，儘可能導航而不操槳的理念，修法簡化公平會的功能，前一階段的努力仍可說是功不唐捐。

明確劃分反托拉斯和不公平競爭事件以後，公平會仍可以應法院委託提供鑑定意見，甚至如德國一度考慮的方式，針對涉及一定程度市場效應的不公平競爭行為，明定應知會公平會（競爭委員會），由其就可能的市場效應提出鑑定意見，以利法院做出適當調和競爭自由與公平的裁判¹⁶。另外一個可以引進的調和機制，就是在公平法中增設有利於團體自律的規定，使各工商團體得自定競爭規則，而由公平會審查有無減損效能競爭之虞，在一定條件下，可考慮賦予這類許可的競爭規則普遍的效力，不但可藉自律而減輕行政機關的負擔，符合「授權替代服務」的精神，也將提高市場規範的可預見性，減少法院裁判的不確定性，十分符合政府再造的精神¹⁷。性質上不屬於反托拉斯法，也無涉公平競爭的多層次傳銷行為，因為影響層面較廣，納入行政管制有較高的正當性，但公平會在過去十年的管制，已摸索出此類傳銷業風險控制的訣竅，主要還是要藉參加人之間的利益衝突，來及早發現及防杜惡化，因此改採私法自治，而輔以委員

¹⁴ 拙文，論不正競爭和限制競爭的關係，收於民法經濟法論文集，民國七十七年，頁 397-403；公平會實務最具代表性的就是警告信的管制，就此可參邱琦琰的分析，事業就智慧財產權事項寄發警告函之探討 - 以公平交易法為中心，民國八十七年政大碩士論文。

¹⁵ 手邊只有較早的介紹文章，Carstens, Gebhard, Marktgerichtshof und Verbraucherombudsmann, WuW 1973, 667ff.

¹⁶ 德國曾經有類似的立法構想，可參拙文，前註 14，頁 418。

¹⁷ 有關德國競爭規則(Wettbewerbsregel)的討論請參：「非正式程序」與「補充性規則」 - 簡介兩個落實公平交易法的重要機制，收於拙著，經濟法的挑戰，民國八十三年，頁 133-40。

會的鑑定，省下來的行政資源，應該還是大於行政管制創造的有限效益。前面建議制定「不當市場行為責任法」，即可同時納入不公平競爭行為，及此類特殊不當的市場行為。

五、單純執法或兼理競爭政策

另外一個功能問題，是要不要再把廣義競爭政策的研擬推動，也明確交出去，變成一個單純的反托拉斯執法機關，一個不具有政治任務的準司法機關，一如美國的聯邦交易委員會，日本的公平交易委員會或德國的聯邦卡特爾署。這就涉及公平會未來的組織和層級問題，可說茲事體大。

執行競爭法的機關在組織上多具有高度專業性與獨立性，但或為由公務員組成的傳統行政機關，如德、英、瑞典等，或為吸納民間專家，非純由公務員組成的行政委員會，後者又可分為專兼任委員混合組成，而在對違法事件作成處分時採對抗主義，一如準司法機關者，如法、瑞士，與由專任委員組成，而程序上採職權調查，一如一般行政機關者，如日本、義大利。就趨勢來說，委員會組織似乎已蔚為主流，以 APEC 二十一個會員體為例，參考公平會的資料庫，扣除還沒有競爭法的香港、新加坡、馬來西亞、越南（設置中）、汶萊、巴布新幾內亞外，設有行政委員會的就有美國、日本、南韓、台灣、澳洲、紐西蘭、智利、印尼、泰國、墨西哥、秘魯等十一個會員體，由傳統行政機關來執行的只有加拿大、中國大陸、俄羅斯、菲律賓等四個會員體。不論從競爭法的判斷特別需要能掌握產業狀態的經濟、法律專家，或者從政府「活化」的角度來看，這樣的發展毋寧都是非常自然的。比較值得注意的是，不論合議的委員會或首長領導的傳統機關，如果賦予一定的競爭政策決定權，則傾向於拉高到部會層級，否則就設於部會之下，由相關部會負責政策的擬定，競爭法執行機關在依法執行各種管制措施外，最多只有就個別市場結構、績效所掌握的資訊，對決策機關提出諮詢意見的權限。台灣和南韓是把競爭法主管機關設在部會層級而賦予擬定廣義競爭政策的兩例，俄羅斯於一九九八年十二月二十五日設置的「俄羅斯聯邦反獨占政策及輔助企業部」，則是最近的一例¹⁸。負有諮詢功能的法國、瑞士、瑞典等國競爭法執行機關，都是設在經貿部會之下。澳洲和紐西蘭在決定大幅提升競爭政策的優先次序，而對相關機關進行改造時，也曾經做過類似的考慮，但最後還是決定不由執法機關兼掌政策，澳洲的競爭暨消費者委員會(ACCC)和紐西蘭的商業委員會(Commerce

¹⁸ 參閱 www.apeccp.org.tw/doc/Russia/Organization/ruorg01.htm，2001/11/29。

Commission, CC)都沒有參與政策擬定的權責¹⁹。

我國公平會目前的功能可說是集所有競爭機關的大成，除了執法範疇涵蓋限制競爭與消費者保護，一如美國的 FTC 與澳洲的 ACCC，並獨一無二的及於許多不正競爭案件，已如前述外。公平會也承擔了市場研究，狹義競爭政策規劃的功能，一如德國的獨占委員會 (Monopolkommission)。不僅如此，前面已經提到，公平會一直在積極推動不當管制的解除，扮演澳洲的國家競爭會議 (National Competition Council) 的角色，確實已呈現備多力分的窘境。除了不正競爭領域的退出外，再造之際是否還有調整其他功能的必要，也值得檢討。公平會企劃處自己曾經做過評估，認為同時扮演競爭秩序警察與競爭政策擬定者的角色的現制，優劣互見²⁰。優點是執法過程對於市場問題多源於國家不當管制，本即有較深的體會，且其委員不僅具有專業能力，相對於產業主管機關更因超然而能提出較有說服力的競爭政策。缺點則是正因為非各產業主管機關，制度上由其制定競爭政策而越過相關產業主管機關，直接在行政院作成決定，很難不引起機關間的權責爭議。故實務上行政院也都只把公平會所提政策當成建議，而先交各該機關衡酌，儘管公平會為行政院下一級機關，其主委與各部會首長同為院會成員，但迄今行政院從未明確肯定公平會「主管」競爭政策的地位，以避免衝突。基本上和我先前的評估是一致的²¹。胡祖舜科長在另一篇相關論文中²²，則比較了公平會與南韓公平會在制定競爭政策上的法律依據，認為後者顯然較為明確，故認為若要將公平會的理念挹注於國家基本經濟政策中，應將公平會主委列為經濟建設委員會委員之一，或由公平會在執法過程中形成市場行為準則，從而影響國家基本經濟政策。長期而言，則應如澳洲，另成立國家級的委員會職掌廣義的競爭政策，看法自亦有相當見地。

惟如公平會不再主動規劃廣義的國家競爭政策，而單純化為狹義競爭政策的研擬與執行者，則是否還需要在體制上設在部會層級，而且讓主任委員成為參贊行政院會議的閣員，即深值商榷。事實上公平會如果基本上只是執法機關，則讓主任委員入閣，反而有損其執法的獨立

¹⁹ 參閱 www.moc.govt.nz/about/comp_ent.html

²⁰ 公平會企劃處所作研究：「各國競爭政策與競爭法主管機關組織職掌之研究」，八十八年，頁 52-53。

²¹ 拙文，公平會的角色功能 - 現在與未來，收於跨越自治與管制，民國八十八年，頁 43-46。

²² 胡祖舜，從各國競爭法主管機關職掌探討公平會的組織調整，收於公平會出版，第八屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，民國九十年，頁 51。

性。是否需要九位專任的委員，恐怕也可再酌。像法國競爭委員會那樣以兼任委員為主的組織，實際上更可擴大民間參與，而使案件依其性質更容易找到適當的專家，並使委員與業務處在功能上作更好的區隔。從導航政府的觀點，個人仍傾向於由公平會兼理政策與執法的現制，甚至修法明確規定公平會的此一職權，以強化其導航的角色，落實「預防重於治療」的再造精神。經建會或未來與研考會合併的機關在規劃國家政策時，固然不可能不觸及競爭政策，但畢竟公平會在此一領域比起負責規劃一般政策的機關有其無可替代的專業優勢，與其完全移轉給經建會，實不如由公平會與經建會共同決策。如果決定簡化公平會的功能，則考量到我國政府體制的分權原則，公平會既不同於具有政策功能的大陸委員會、體育委員會或原住民委員會，屬於獨立的執法機關，就應該排除公平會主委的閣員身分，並考慮讓一定比例的委員由具有專業的教授或專家兼任，並修改案件處理流程，加重業務處的權責，使委員僅具審決的功能²³。

六、消費者保護溶入競爭政策

涉及公平會再造的另一個常常被提到的，是與消費者保護委員會合併的問題。原因很簡單，公平法本來就有保護消費者的目的（第一條），消費者保護法也明確宣示政府有立法維護「公平交易」的義務（消保法第三條第一項第八款，第二項）。公平法第二十四條構成要件的開放 - 欺罔或顯失公平行為的對象不限於事業 - ，更為創設消費者保護規範保留了很大的空間，彌補消保法沒有概括條款的不足。因此談到政府機關的精簡，既以功能接近者優先，把公平會和消保會合而為一的想法便應運而生。

歐洲國家的競爭機關兼理消費者保護的情形較不多見，過去瑞典及受其影響的其他北歐國家，相當長的時間是由同一機關處理這兩種問題，現在也跟著歐盟的發展，把兩個領域劃分得很清楚。義大利的競爭法把不實廣告的追究也交給競爭委員會，法國則在財經部下還維持一個「競爭、消費暨不正行為管制總署」，權限已因應管制革新而大幅縮減，算是例外。但 APEC 會員體中，如美、澳、紐、...等，就都賦予競爭法機關一定的消費者保護任務。消費者保護不同於不正競爭之處，在於其案件常常影響為數眾多的消費者，因此經由行政執行來落實，確有較高的正當性。不過從政府再造的角度來看，這裡畢竟涉及的是私人利益，只是消費事件往往同時造成許多個別消費者受害，而有數量上的「公共性」而已，和限制競爭行為被害的有時只

²³ 此一觀點的提出最早見於謝杞森，公平交易法之行政程序與爭訟 - 以我國實務探討為中心，政大八十七年博士論文。

是競爭機制、市場結構，未必有直接受害人，而具有事物本質上的公共性，不可並論。過去只因為考慮個別消費者尋求救濟的動機及對抗能力不足，才有借助於公權力的想法，實際上還是私法關係的公法化，和政府再造所推動的把公領域私法化、民營化，以引進民間活力，正好背道而馳。故細讀民國八十三年通過的消保法，其實已經寓有這樣的思考，才會把行政介入的程度降到最低，包括涉及層面甚廣的定型化契約，也沒有像許多國家那樣採取行政管制，而主要依賴契約法的事後司法救濟。消保法創設的最重要機制，就是團體訴訟（第五十、五十三條）和集體訴訟（第五十四條），其意旨即在藉程序的誘因調高消費者自求多福的意志，相當符合政府再造的理念。該法雖也設置了一個行政機關 - 消費者保護委員會，但是一個直隸行政院，層級甚高編制卻不大，基本上只管政策研議、協調，幾乎沒有什麼執行保護功能的機關，與 FTC、ACCC 或 CC 實不可同日而語。消保法其實已經有意排除了個案的行政介入。

有鑑於此，個人對於兩機關的合併，曾經建議²⁴：一、以公平會為存續機關，且在名稱上不作更易，以免「坐實」公平會為官方消基會的刻板印象；二、消保會的政策協調功能不移交公平會，而由行政院保留，可由副院長或政務委員掌理；三、消保會企劃與法制部門的人力可納編於公平會，即以現有的競爭政策資料及研究中心為基礎，擴編為競爭及消費者保護政策資料及研究中心。幾項建議都被公平會企劃處所接受²⁵。胡祖舜科長則進一步提出由擴編後的公平會，來掌理消保案件的調查、處分的想法²⁶。從政府再造的觀點來看，不但行政機關不應再擴張消費者案件介入的範圍²⁷，而且如果公平會不再主管廣義競爭政策的研擬，我想連前述中心有無存續必要都值得檢討，遑論擴編。立法技術上，前面提到的「不當市場行為責任法」，和主要內容為民事性質的消費者保護法，其實是可以合併的。消保法中屬於訓示性的「基本法」性質的條款，大可刪除，極具爭議的產品責任規定過於簡略，實有必要單獨立法，定型化契約亦同，諸如訪問販賣及郵購，則應納入民法的「特種買賣」。這些部分拿掉以後，即可把各種對消費者、競爭同業或直銷下線不公平的行為統攝於「不當市場行為」的概念下，而以「不當

²⁴ 前註 21，頁 46-51。

²⁵ 前註 20，頁 60-63。

²⁶ 胡祖舜，前註 22，頁 57。

²⁷ 消保官的功能主要在於調解消費爭議，如果檢討後仍有維持設置的必要，恐怕也以完全隸屬地方政府為宜，中央沒有設置的必要。

市場行為責任法」加以規範²⁸。如前所述，公平會在此一領域的行政管制基本上應該全部解除，效能競爭的維護已寓有消費者保護的目的，也可在法律中明定公平會在一定條件下的鑑定義務，但公平會不應再扮演「官方消基會」的角色。

結語

以上各種簡化公平會功能與組織的構想，都是植基於競爭法的國際趨勢與政府再造的基本理念，並不當然意味公平會的人員編制或預算都要隨之縮減，前面已經說過，再造不應該和組織縮編劃上等號。正確的理解，應該說在增修條文引進的新體制下，編制和預算大小本來就有相當大的彈性，重新定位後的公平會該如何組織，如何分配資源，將端視其實際表現的績效而定，公平會的組織編制也將和其他部會一樣，由行政院統籌決定，而由立法院作預算控制，這才是政府再造的精義所在。這裡講的「績效」，當然不等同於處罰違反公平法者所收到的罰鍰，這種單純財產的移轉，即使每年達到十億，也不能作為行政資源消耗的對價，恐怕不必等經濟學者告訴我們就很清楚。績效也不能僅從案件的統計來認定，不公平競爭業務的解除管制，必然使得公平會的業績在「帳面」上大幅縮水，正如結合管制的鬆綁。未來公平法（競爭法）期待於公平會的，顯然已經不是許多微觀的、行為的公平，而是宏觀的、結構的公平，是作一個更主動、前瞻的導航者，更符合資源效率的公平生產者；而不是一個被大量民眾檢舉信牽絆到動彈不得的官方消基會。想想民間消基會一年的預算，如果公平會同樣「只是」處理人民檢舉案，它有什麼理由不被全面民營化。故正如學者給經濟法下的定義，是一種「追求總體經濟的善」的法律，在小而能的政府中，公平會若能清楚的定位為市場競爭的維護者，包括行政障礙在內的競爭障礙排除者，則它必仍可用市場的肯定來證明它的不可或缺。

²⁸ 產品責任如單獨立法，而有以團體訴訟或集體訴訟強化消費者保護必要時，可以在該法中另行規定。

評論

廖院長義男 (臺灣大學法律學院)

要用有限的篇幅來談一個非常複雜的問題，是不太簡單的，但是對蘇教授來講，是很容易的事情。他在有限的篇幅裡面，提出一些具體的構想，值得大家去深思的問題，就如同一位美容師一樣，對公平會如何瘦身，他提出去運動的、節食的、服藥的、甚至更激烈的抽脂的方式，對一個評論人來講，對他所提出的藥方到底適不適合公平會的體質，符不符合社會對這個瘦身出來以後，到底是唐代的肥胖型的美人方式，或是現在目前的標準，與社會的期待有無落差，可行性如何等，表示看法，在談這些問題時，先從幾個小部分的問題先談，最後再談一些大方向。

第一個就是他在報告第 5 頁裡面，他認為在組織調整上，公平交易委員會，跟憲法的機關不同，不一定要用法律做基礎，公平交易員會組織條例在那邊反而礙手礙腳，因此認為組織條例應廢止掉，這是第 5 頁上半段的部分。不過從另一個角度來談，我提供給蘇教授做參考，如果是機關可以用法規命令做基礎，那他會不會影響公平會所標榜，人家所期待的獨立依法行使職權？他的保障會不會因而受到影響？因為法律要廢止，要經過國會通過。如果組織法規用法規命令做基礎，那行政院政策一改，就把他拿掉了，會不會影響到他獨立行使職權的問題，這是第一個問題。

第二個是見仁見智的問題，就是公平會對所檢舉的案件所為之處理的法律定性，在蘇教授的報告裡面是對於檢舉人函復其所檢舉事項並不構成違法，是否屬於行政處分的問題，個人是比較採取規範性保護理論。公平法所要保護的對象，到底是什麼？除公共利益、自由及公平競爭秩序以外，是不是還有具體的利益，比如說同業競爭者、交易相對人的利益，應該都是公平會所要保護的利益，如果對該等利益有所影響，即可認為「對外直接發生法律效果」，而屬行政處分之概念。這些是比較細小的問題。

現在比較重要的問題就是，基本上，我跟蘇教授完全站在同一個立場，就是公平會不應該將太多的心力投注到不公平競爭的案件上，基本上我也很贊同，但問題是，蘇教授考慮把不公平競爭的部分抽出，純粹交給將來的民事法院去處理，在這裡我稍微補充一下。當時在立法時，

是基於幾種理由，為什麼把不公平競爭跟限制競爭的部分合在一起立法？第一個，當時不公平競爭的部分，是否可以由法院來處理，事實上我們並不能期待我們的法院用判例來形成所謂不正競爭的概念。昨天有報告裡面，好像有找到一個，但是很少很少，只有一個或兩個。現在公平交易法上已經實施那麼久了，是不是把公平會的這些成果提供給法院做參考，這是一個可以思考的方向，可是這樣的一個機制，能不能扮演？能不能期待？是要再三斟酌的問題。

第二個就是說，本來競爭的自由跟競爭的公平是一體的兩面，所以當時在起草的時候，既然限制競爭的行為也要取締，不公平的競爭也要加以管制，為什麼要立法建立及維護競爭秩序時，不把兩部分的規範合在一起？

第三個就是說，蘇教授的報告也提到，當時在立法的時候，公平交易法能夠推動立法，與美方的壓力，用三〇一條款，有點關聯。當時他所注意的是第二十條規範仿冒行為有沒有通過的問題，當然還有一個重要的精神，是美國除了可口可樂及美國的好萊塢的電影風行世界以外，他想推動還是反托拉斯法的法規能夠在戰後通行於世界各國。他強調的是自由競爭的精神，所以他也很期待台灣能制定這樣的公平交易法。第四個是，當時的考量是受到 1983 年德國不正競爭防止法修正草案影響，這在蘇教授的報告裡面也有提到，當時他們的修正草案是有考慮到不公平競爭的案件，卡特爾官署，得參與訴訟權限。當時在起草時，受到這樣的鼓舞，認為既然這樣，兩法應可融合一起。因為德國本來是將不正競爭防止法交給普通法院去審理，並且有民事責任跟刑法的問題，但限制競爭防止法的部分，即反托拉斯法的部分則設有所謂的卡特爾官署為主管機關，兩個是不同的領域，但是修正草案裡面要把不公平競爭部分也要求該主管機關介入，而有這樣的啟發。

另外，在不公平競爭的部分，學者的一些理論認為不正競爭的概念還包括意圖消滅或排擠同業競爭者的濫用市場地位的行為，這種觀點又是把限制競爭與不公平競爭連在一起。所以當時在起草的時候，就把這兩部分放在一起。因為時間的關係，我想提出一些個人的看法，如果要替公平會瘦身的話，我覺得還是跟蘇教授的概念一樣，從公平交易法第二十六條著手，就是要有危害到公共利益之情事，公平會才須調查處理，並不是所有交易不公平的問題都要去介入，如果能掌握這樣的精神，應可以減輕公平會的負荷，同時也使公平會的人力資源比較著重在限制競爭這部分。

最後，還有一點時間，蘇教授在第 7 頁裡面，希望有團體自律的規定，即在公平法裡面加入一些自治的團體的部分，來自律。事實上，公平會第一次修正草案裡面，曾有考慮，而且擬定了條文。當時行政院政務委員郭婉容主持協調會議時，不是很了解當時修法的目的，也不太了解公平法的精神，在協調會中經濟部又趁協調的機會主張合理化的聯合、專業化的聯合由經濟部主管。這樣的話，豈不是使公平會掌管聯合行為的重要機制被解職了嗎？所以我們當場堅持反對，反對的結果就是我們把聯合行為修正的部分撤回，因為有這樣的曲折過程，以致團體自律之部分尚無規範。今天因為看到蘇教授這樣的提議，說出一些當時在修法過程中的一點秘史，謝謝各位。