

公平交易法爭議與行政爭訟程序

蕭文生*

摘要

公平交易法之行政爭訟問題與公平交易法所保護的法益、公平交易委員會之組織設計、職權行使方式以及行政爭訟應有之功能與運作能力息息相關。本文之目的即在釐清公平交易法保護法益之範圍與公平交易委員會依法獨立行使職權之意義，並以此結果，討論公平交易法爭議於行政爭訟制度，亦即訴願程序與行政訴訟程序中之問題。

壹、前言

公平交易法自民國八十年二月一日公布，公布後一年施行，至今將屆滿十周年。經過十年來的努力，公平交易法已為建立自由公平合理之競爭秩序，維護市場正常運作打下良好之基礎。此項成果有許多原因，但公平交易委員會特殊之組織設計與專業化之要求以及職權行使獨立性之保障，提升了公平交易委員會決定之權威性，則屬重要之因素。但隨著我國行政爭訟制度之改革，尤其是訴願法與行政訴訟法之修正與施行，公平交易委員會之決定受到挑戰的情形逐漸增加，例如民國九十年一月至七月共有 7 件公平交易委員會的處分經過訴願程序遭行政院撤銷；民國八十五年以前，公平交易委員會處分遭行政院撤銷者更是寥寥可數，但新制行政訴訟法施行後，高等行政法院與最高行政法院撤銷公平交易委員會處分之判決明顯增加，甚至課予義務之訴以及一般給付之訴的判決亦出現在公平交易爭議中，尤其是爭論一時的檢舉函覆之救濟問題，又重新成為討論之課題。

本文之目的在處理公平交易爭議於行政爭訟上的問題，首先討論公平交易法保護法益之範圍，作為判斷何者能夠提出行政爭訟之依據。公平交易委員會特殊之組織設計與專業化之要求以及職權行使獨立性之保障，使其於行政體系內享有特殊之地位，此項特殊地位之意含究竟為何，公平交易委員會與行政院之關係為何，將是接下來必須加以釐清之點。雖然公平交易委員

* 德國慕尼黑大學法學博士，中正大學法律學系暨研究所教授。

會依法獨立行使職權，但其仍屬行政機關，因此其行政處分，除法律另有規定外，仍適用訴願法。惟公平交易委員會處分之高度專業性，在訴願程序中是否將影響受理訴願機關審查權之範圍與強度，一向有爭議，如何兼顧公平交易委員會依法獨立行使職權之保障以及訴願程序功能之發揮，將是第三個討論之問題。行政訴訟法之修正施行，究竟帶給公平交易爭議之處理何種衝擊，行政法學上所發展出來的判斷餘地理論，在公平交易爭議事件是否有其適用，則是最後必須加以關心的問題。為能確實反映訴願法與行政訴訟法修正施行後之實務見解，本文於將於適當地點介紹此類案例並作簡短必要之評論，至於詳細之實務見解評析，則非本文所能提供。

貳、公平交易法與法益保護

一、公平交易法立法目的與保護之法益

雖然依公平交易法第一條規定，其立法目的在於維護交易程序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮。但就公平交易法整體規範而言，制止不公平競爭行為與保障維護自由競爭乃是自由市場經濟體制下，賦予公平交易法的兩項重大任務¹。為保障所有參與競爭者皆能享有經濟行為自由，在競爭活動中必須共同遵守一定最低要求的準則。基於競爭目的並無法合法化任何競爭手段的使用。除維護競爭行為的公平正當外，仍必須保障競爭自由，蓋市場內所有供給與需求必須藉由自由競爭來調節，公平交易法之目的在於保障競爭功能的發揮，尤其是阻止透過人為方式排除競爭自由的行為，防止透過個別或集體式獨占破壞市場機能以及防止不公平競爭行為的出現。

公平交易法欲保護之法益為何，一向有所爭論，尤其在不公平競爭領域內更是複雜。首先在限制競爭方面，尤其在聯合行為，其任務在防止藉由私法自治原則來限制競爭自由，因此其所欲保護者乃是參與市場競爭者之經濟行為自由，具體而言乃是競爭行為（自由），聯合行為之禁止及聯合行為無效的法律效果並不在保護聯合行為契約的當事人，契約當事人利益之保障可透過民法上的一般條款，例如民法第一百十一條有關無效行為之效力以及民法第一百四十八條第二項之誠實信用原則，由當事人以私法自治原則加以解決²。聯合行為之禁止真正涉及乃

¹ 競爭依公平交易法第四條規定，係指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。有關競爭之功能，請見廖義男，公平交易法之釋論與實務，第3-4頁，民國八十三年。

² W.Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.74, 1983.

是該項合意所產生對於第三人不利之影響，亦即聯合行為當事人是否對於第三人之經濟行為自由產生人為限制的結果。同理，杯葛行為之禁止亦是在保障第三人進入市場從事競爭之自由。

不公平競爭在本質上原屬於民法上侵權行為之一環，因此有學說主張，不公平競爭之規定係在保護競爭者之人格權³，亦即在保護競爭者免受不公平競爭行為之侵害。惟從不公平競爭之規定，可以發現有些條文在本質上並非主要在保護競爭者之權利，例如禁止事業對於交易相對人所為之虛偽不實或引人錯誤之廣告，主要是避免交易相對人誤信與之交易而遭受損害。惟基本上不公平競爭規定之主要目的乃在禁止不公平的競爭行為，競爭者之權利是否受到侵害並非絕對必要⁴，更何況部分不公平競爭行為通常不只針對個別特定或可得確定的競爭者，而係針對所有的競爭者與其他交易相對人。因此，不公平競爭之規定與限制競爭之規定相同，其所欲保護者為競爭行為，而且是自由公平競爭的行為。

二、公平交易法保護之主體

在確定公平交易法保護之法益後，另一項重要的課題在於，公平交易法所欲保護的主體為何？此乃公平法保護對象之範圍，抽象之法益，競爭自由與公平競爭必須附著於一定的主體上才能具體地呈現出來，雖然“競爭”原則上僅存在於相互競爭者之間，但競爭所造成的影響卻超出了相互競爭者間的利益領域，而影響到市場的交易相對人，甚而一般大眾之利益，因此公平交易法所欲保護之主體並非單一，而有下列幾種：

(一) 競爭者

競爭者係公平交易法所欲保護主體中最沒有爭議的。限制競爭之規定在政策上希望創造與維護一項自由市場之經濟制度，而自由競爭乃係國家所欲保護的一種制度與狀態，透過自由競爭可以使市場上的經濟主體得依據各種變化與訊息調整自己的行為。自由競爭功能的發揮必須有相互競爭存在，因此競爭者便不可或缺，例如聯合行為中有關交易地區限制之規定，則將使得該交易地區內喪失自由競爭的可能性。就不公平競爭而言，任一事業皆可自由選擇其競爭行為之方式，但此項自由之行使則不得侵害到他人之自由，任何人不得以不公平競爭之方式直接或間接阻礙或破壞其競爭者以公平競爭之方式爭取交易相對人，例如公平交易法第二十二條禁

³ 此處之人格權必須作廣義之解釋，係指經濟行為之自由，徐火明，公平交易法論—不正競爭防止法，第8頁，民國八十六年。

⁴ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., 1996, Allg Rdnr. 88.

止事業陳述或散布足以損害他人營業信譽之情事，即在保護競爭者之權益。

(二) 其他參與市場之交易相對人，尤其是消費者

公平交易法之目的在為所有參與自由市場運作之人創造及維護自由公平之競爭秩序，競爭提供了所有參與市場運作之人在許多可能性中選擇最適合自己需求的結果。透過聯合行為，將使得從事聯合行為事業之交易相對人喪失選擇以最適合之方式來滿足自己需要的自由，例如在限制交易地區的聯合行為，消費者僅能向單一或特定事業購買自己所需之商品而沒有其他選擇或必需支付顯不相當的費用才能滿足自己的真正選擇。此外，事業之交易相對人應於交易時，享有充分自由決定之權，以便能夠真正發揮競爭裁判者的角色，該自由決定權不得以欺罔或其他顯失公平之行為，例如以精神或物理上的強制力，加以侵害。事業不得以虛偽不實或引人錯誤之廣告誘導交易相對人，使其產生不自由的決定而使交易相對人因該交易而受到不利。綜上所述，公平交易法不僅在保護競爭者享有競爭自由及免受不公平競爭之侵害，並且在制裁限制競爭及不公平競爭行為同時兼具保護交易相對人之利益。公平交易法對於交易相對人所提供之保護並非保障競爭者所產生的反射利益⁵。

雖然消費者利益並非公平交易法主要直接保護的對象，但消費者除間接因為公平交易法之施行獲得利益外，亦即市場競爭機能在公平交易法施行下正常運作而使得市場內商品或服務之價格、品質或服務等因競爭而更趨於合理，消費者得以合理價格享有更好的商品或服務，在不公平競爭中亦有以保護交易相對人為出發點者，例如公平交易法第二十一條有關虛偽不實或引人錯誤的廣告，因此將消費者完全排除於公平交易法所保護的主體範圍並不恰當；當然亦非謂所有的公平交易法條文皆直接保護消費者利益，主要的問題點在於，消費者的保護如何實現，即在何種情形下受保護之主體得享有公平交易法上之請求權⁶。

(三) 一般大眾

公平交易法所保護之主體除競爭者、交易相對人外，另有一般大眾；一般大眾成為公平交易法保護之原因在於，公平交易法將“競爭”視為一項法律制度來加以保護，此項制度使自由市場之機能得以充分發揮，一般大眾因而享有競爭所帶來的利益。因此公平交易法不僅在保護競爭

⁵ 張澤平，仿冒與公平交易法，第 26 頁，民國八十一年；Baumbach/Hefermehl，同註 4，Einl UWG Rdnr.43。

⁶ 此時必須針對個別規定之保護目的加以討論與判斷。

者及交易相對人，亦基於公益保護一般大眾免受不法競爭行為所帶來的弊害，例如結合管制之規定，其目的並不在直接保護競爭者及交易相對人，而是在防止因事業結合而減少競爭或甚而妨害市場機能，換句話說，事業結合之結果易致壟斷市場，足以影響交易秩序而有限制之必要；又如低價傾銷破壞市場機能的行為，不但損害競爭者的利益，一般大眾亦因為市場機制的失靈，自長期觀點而言，將受到不利益。

三、公平交易法上的主張權利之主體

雖然公平交易法所保護之主體不限於競爭者，亦包括消費者與一般大眾，但此並非謂消費者得主張所有公平交易法所規定之請求權。是否及何種請求權得由公平交易法保護之主體加以主張，則必須依相關受違反條文的保護目的而定⁷，例如公平交易法第十九條第一項規定之杯葛行為，消費者顯然並非該條保護之對象，因此並無法主張第十九條第一項之規定。其真正的權利人為“特定事業”，其得主張公平交易法第三十條之除去侵害及防止侵害請求權，在一定條件下，並得再主張損害賠償請求權。或如公平交易法第十條第一項禁止獨占事業以不公平方法直接或間接阻礙他事業參與競爭，得主張權利者則以他事業為限。因此是否能夠成為得主張權利之主體，必須在個案時，依具體條文內容之解釋而定，無法一概而論。

上述結果亦可適用於檢舉人是否得對於公平交易委員函覆提出救濟之爭議，蓋法律所提供之保障並不限於民事責任，行政責任亦是公平交易法維護自由公平競爭的一種手段，因此權利人當然可以主張其權利可經由公平交易委員對於違法事業所科處的行政責任而獲得確保。問題在於此項檢舉之性質為何、檢舉人是否因該函覆而受損害及應提出何種救濟程序。

參、公平交易委員會

一、組織法源與法律性質

為有效執行公平交易法以確保事業競爭行為之自由與公平，依公平交易法第二十五條規定，設置公平交易委員會，隸屬於行政院，處理公平交易有關事項。隸屬於行政院的機關主要係以行政院組織法作為組織法源，例如行政院組織法第三條規定的八部二會，第五條規定之主計處與新聞局，依第十四條為處理事務所設立之法規會與研考會以及第六條規定成立的退輔會、國科會、經建會及環保署等。行政院及其隸屬機關間之關係是否依組織法源之不同而有所

⁷ Baumbach/Hefermehl, 同註 4, Allg Rdnr.88。

差異乃是一項值得研究之問題，不過彼此間所存在的組織上下隸屬關係，倒無爭議。

公平交易委員會既然隸屬於行政院，本可依上述途徑成立並制訂組織法，惟公平交易法第二十九條卻特別規定，公平交易委員會之組織，另以法律定之，換句話說公平交易委員會組織法之法源並非來自行政院組織法，而係直接來自公平交易法，此項情形是否會使行政院和公平交易委員會間之關係與行政院和其他所隸屬機關間之關係有所差異？基本上公平交易委員會既然隸屬於行政院，其與行政院間存在者組織上下隸屬關係，應無疑義。惟以特別組織法源方式來成立公平交易委員會，亦應有其特別的意含而不容忽視⁸。

公平交易法第二十五條立法理由指出，按美國、德國、日本均設有公平交易委員會，賦予相當之權限，具有行政權、準司法權、及訂定行政命令之權，為有效執行本法，以確保事業競爭行為之自由與公平，爰參酌各該國家之立法例及我國實務狀況，明定應設置公平交易委員會，隸屬行政院，處理本法有關公平交易事項。公平交易委員會為一典型的行政機關，作為競爭秩序之守護者，行使公權力，執行法律所賦予之權限。

唯公平交易委員會究竟應設計成何種型態的行政機關，公平交易法並無明確規定。基於競爭政策的重要性及複雜性、競爭政策與其他經濟政策協調的重要性以及經濟事務專業性及中立性的要求下，公平交易法的執行有賴於各種相關專業人員的討論及評估後再做出決定，因此委員制與專業知識的考量成為設計公平交易委員會組織的基本原則，換句話說並非由獨任制下的機關首長而係由合議制下，職權平等的委員以合意多數決方式來行使公平交易委員會的職權⁹。

此外，公平交易委員會雖然隸屬於行政院，但其成員之變動與行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員並不相同，依大法官釋字第三百八十七號解釋，上述首長應隨同行政院長一併向總統提出辭職以彰顯責任政治。不具政務委員身份的其他機關首長，則應依一般行政程序辦理辭職，但任期有法律明文規定者，不在此限。換句話說，在行政院所屬各機關中，除首長任期有法律明文規定外，皆應與行政院長同進退，所不同者是辭職之方式及程序而已。公

⁸ 例如中央銀行係依中央銀行法成立，中央銀行之獨立性於行政體系內占有相當特殊之地位，而被視為中央銀行履行其任務必要不可或缺之保障，有關此問題，蕭文生，中央銀行與金融監理——自法律觀點論起，第 42-63 頁，民國八十九年

⁹ 有關合議制與首長制之問題，喬育彬，行政組織法，第 53、70、71 頁，民國八十三年；張家洋等四人合著，行政組織與救濟法，第 52-54 頁，民國八十四年。

公平交易委員會委員三年任期均為法律所保障，此項任期保障係在確保公平交易委員會行使職權時的獨立性與中立性，避免外力不當干預，並凸顯了公平交易委員會在行政體系內的特別地位。

二、職權與組織

公平交易委員會之職權主要規定在公平交易法第二十五條，共有五項，1.關於公平交易政策及法規之擬定事項，例如公平交易法施行細則、多層次傳銷管理辦法之訂定等；2.關於審議本法有關公平交易事項，例如事業結合、聯合許可之審議等；3.關於事業活動及經濟情況的調查事項，例如中華民國、台灣地區新小客車車險市場交易狀況調查；4.關於違反本法案件之調查、處分事項，例如違反聯合行為禁止規定之處分、無正當理由拒絕接受調查之處分等；5.公平交易之其他事項。

此外由於公平交易法第二十五條立法理由中指出，我國公平交易委員會係參酌各國有關公平交易委員會之立法例及我國實務狀況所設置，惟美國、德國、日本皆賦予公平交易委員會行政權、準司法權、訂定行政命令之權，因此公平交易委員會之職權亦可依此觀點來分類。就訂定行政命令之權而言，不論是法規命令，例如公平交易法第二十三條之四就有關多層次傳銷事業之報備、業務檢查，及對參加人之告知、參加契約內容及與參加人權保障等相關事項，授權公平交易委員會訂定辦法管理之或行政規則，例如公平交易法第二十四條適用原則，公平交易委員會就此職權而言與其他行政機關並無不同。就行政權而言，可分為法律行為、調查行為與事實行為。法律行為中以行政處分及行政契約為主，行政處分可再分為授益處分及侵害（負擔）處分，前者，例如對事業聯合行為之申請給予許可；後者可分為對於申請許可之核駁、罰鍰處分及其他行為或不行為義務之賦予，例如命令解散、停止營業或命刊登更正廣告等。行政契約則依行政程序法第一百三十六條及公平交易委員會所發布之「行政院公平交易委員會締結行政和解契約的處理原則」作為適用之依據。調查行為為公平交易法第二十五條第三款有關事業活動及經濟情況之調查及第四款違反本法案件之調查，其中以第四款之調查為重點，其依公平交易第二十六條規定，得依檢舉或職權調查處理，具體之調查程序則規定於公平交易法第二十七條。公平交易委員會為調查時，並無搜索權，當事人無正當理由拒絕接受調查時，公平交易委員會僅能依第四十三條規定連續處以罰鍰，至其接受調查為止，不得逕行搜索¹⁰。事實行

¹⁰ 公平交易法並未如水利法第七十五條規定主管機關得行使警察權，若有必要搜索時，僅能依照

為中以行政指導為主，行政程序法第一百六十五條以及「行政院公平交易委員會行政指導處理原則」作為實施依據，例如瓦斯安全器材業者銷售行為導正。比較有爭議的是，公平交易委員會究竟有無準司法權，這當中除了對於何謂準司法權有不同看法外，最主要的理由在於公平交易委員會為執行公平交易委員會之主體，其為公平交易法爭議事件中的當事人，且有關公平交易法爭議事件在公平交易委員會依循的情形處理程序，與司法程序並不相同，因此公平交易委員會並不具備準司法權。

公平交易委員會之組織並未在公平交易法中有所規定，而係另以法律定之，雖然在公平交易法中確立公平交易委員會之名稱，但其成員、運作方式為何，則有賴立法者具體之設計。行政院所屬機關中以委員會之名行之者，不在少數，委員會的性質亦不盡相同，公平交易委員會是否能夠確實完成其任務，除端賴有相符合、適當的權限規定外，正確妥適的組織設計亦是重要關鍵，公平交易委員會的組織法源則是「行政院公平交易委員會組織條例」。

公平交易委員會最重要的構成員則為公平交易委員會委員，依其組織條例第十一條第一項規定，共置委員九人，任期三年，任滿得連任，其中一人為主任委員，綜理會務，一人為副主任委員，襄助主任委員處理會務；其餘為七位委員，均由行政院長提請總統任命之。此外，公平交易委員會之任用，依組織條例第十二條規定，應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學術及經驗。自上述兩項規定可以得知公平交易委員會之政治任命性格十分強烈，其任命方式與行政院副院長、部會首長或政務委員的方式並無不同，主要差異在於任期制的保障，此乃藉由身份地位的強化來確保行使職權時的獨立性。至於成員專業性的要求，乃在確保處理公平交易事件所需的專門知識與經驗並提高決定的權威性。

公平交易委員會依組織條例第十五條第一項規定，每週舉行委員會議一次，委員會議之職權依第十四條規定則為 1.關於公平交易政策之審議；2.關於公平交易行政計畫方案之審議、考核；3.關於執行公平交易法之公告案、許可案、處分案之審核；4.關於公平交易法規之審議；5.委員會提案之審議；6.其他依法應由委員會議決議事項，換句話說，公平交易委員會委員會議乃是公平交易委員會最主要行使職權之重心，委員會議之決議依第十五條第三項規定，應有全體委員過半數之出席，及出席委員過半數之同意行之，依此規定，公平交易委員會乃依合議

刑事訴訟法相關規定為之。

制機關，主任委員並非獨任制或首長制意義下的領導者，其職權在於主持會議、執行公平交易委員會之決議、綜理機關日常事務，指揮監督所屬單位及人員等事項，其與其他委員間並無上下隸屬關係，雖有職等上的不同，但此僅指身份上的差異，並無職權上的不同。此項合議制的设计，能夠集思廣益提高決議的公平及正確性，透過委員間的相互制衡，避免思慮不週或專斷的決議產生，確實能夠使公平交易委員會更能夠履行其法律上的任務。

雖然公平交易委員會的委員皆是政治任命，但由於公平交易事項涉及經濟事務，因此在公平交易委員會執行任務時，希望能夠避免政治上的干預，因此組織條例第十三條規定，公平交易委員會委員需超出黨派以外，於任職期間不得參加政黨活動，並依法獨立行使職權¹¹。且為了減少政黨的影響力，另於第十一條第二項規定公平交易委員會委員具有同一黨籍者，不得超過委員總額二分之一，換句話說委員會之成員至少必須包含三種以上的政黨或無政黨成員，以確保其中立性。

除公平交易委員會委員、公平交易委員會委員會議外，依組織條例第四條規定另設第一處、第二處、第三處、企劃處、法務處及秘書室。一般行政機關皆有的人事室、會計室則依組織條例第十七、十八條規定設立，辦理有關人事管理及歲計、會計事項。此外依第十九條設統計室，辦理統計事項及公平交易委員會資訊系統之建立及維護事項。上述組織辦理各項業務之執行及一般行政事務。

三、依法獨立行使職權

(一) 意義

為保障公平交易委員會能夠確實完成公平交易法所賦予維護自由公平競爭秩序之任務而不受外來不當干預，公平交易法第二十八條規定，公平交易委員會依法獨立行使職權，處理有關公平交易案件所為之處分，得以委員會名義行之。就得以委員會名義對外行文而言，雖然可以突顯其機關之地位，但一般行政機關亦享有之，並無特別之處，重要的是所謂的“依法獨立行使職權”之意義為何¹²？公平交易委員會行使職權時與行政院的关系究竟為何？

¹¹ 公平交易法第二十八條之規定係保障公平會依法獨立行使職權，行政院公平交易委員會組織條例第十三條卻規定公平交易委員會委員依法獨立行使職權，用語上似乎並不一致。

¹² 憲法上保障司法權、考試權與監察權獨立行使職權，行政機關則適用行政一體之原則，因此行政機關與獨立行使職權在理論上及表面上似乎有所衝突。

首先此項獨立性的保障¹³並非指組織上的獨立，公平交易委員會在組織上隸屬於行政院並無爭議。所謂依法獨立行使職權，乃是指執行任務時的獨立，指公平交易委員會在執行任務時不受其他機關指揮，專業自主地做出合法適當的決定。當然在此並非指公平交易委員會可以採取任何其所認為適當的措施來執行其任務，其仍須受法律的規範及限制。但如何及何時來運用法律上所賦予的權限，則係由公平交易委員會以自我負責的方式來決定，並不用得到其他機關的同意或核可，其他機關亦無法以強制方法迫使公平交易委員會採行特定措施。

(二) 與行政院之關係

公平交易委員會依公平交易法第二十五條規定隸屬於行政院，此項組織上的隸屬與公平交易委員會依法獨立行使職權的保障是否互相矛盾，一向有所爭議¹⁴。國家設立不同層級機關之目的在於藉由分工及權限分配來共同完成國家之目的，各個行政機關之間各有職掌，彼此即應相互尊重，不得任意擴張或縮減自己的權限，亦不能侵害其他機關的權限範圍，以避免違反管轄權法定的原則。在機關間有組織上下隸屬的關係時，上級機關對於下級機關享有指揮監督權，所謂指揮係指得排除他人意志而得以全面指示特定行為之內容，可分為一般指示及個別指示；前者為抽象指示，例如以行政規則或解釋函令指示法令如何解釋，後者則針對具體個案指示如何處理。監督則指對於一項獨立自主的行為加以審查，原則上分為法律監督與專業監督，法律監督係審查下級機關所為行為之合法性，由於依法行政為法治國原則最基本之要求，因此上級機關之監督至少應包括法律監督，除非憲法或法律有明確排除的規定。專業監督則審查下級機關行為之合法性及合目的性，例如裁量決定是否合於法規授權及考量因素是否妥當。

公平交易委員會組織上隸屬於行政院，並不妨害其相對於行政院在職權行使上享有獨立性，但此項獨立性並未如同法官所享有的獨立性般強大。公平交易委員會本質上仍屬行政機關。惟為確保公平交易法第二十八條規範之目的，使下級機關，亦即公平交易委員會，能獨立行使職權無所偏頗，行政院不得行使指揮權¹⁵，行政院不得在個案中指示公平交易委員會做出

13 有關公平交易委員會獨立性之探討，陳櫻琴，公平會獨立性之研究，公平交易季刊，第 7 卷 1 期，第 65-98 頁。

14 此項爭議並非本文重點，有關此問題，呂榮海等三人合著，公平交易法解讀，第 205-207 頁，民國八十六年。

15 陳敏，行政法總論，第 800 頁，第 2 版，民國八十八年。

特定的決定，亦不得頒布一般指示來影響公平交易委員會的決定。行政院雖無指揮權，但基於最高行政機關之地位及行政一體的觀點，在維護依法行政原則下，行政院得對公平交易委員會行使法律監督，以審查公平交易委員會行為之合法性。合法性的審查可分為形式合法性的審查，其涉及行為形式上的合法性，包含管轄、程序、書面、期限等規定的遵守，以及實質合法性的審查，其涉及行為實質上的合法性，包括構成要件是否該當、內容可能、確定與合法及有無遵守一般法律原則等。由於公平交易事項所涉及的乃是極專業與複雜性的問題，公平交易委員會亦被設計成為解決公平交易事項的專業機關，因此行政院的法律監督應限於形式合法性的審查，例如是否有過半數委員出席或決議是否有出席委員半數以上同意，至於實質上的合法性審查原則上並不包括在內，除非是有顯然違法的情形，否則應尊重公平交易委員會的專業決定。至於專業監督部分，涉及行為的合目的性、適當性與否的問題，則行政院在此並無干預之權，而應由公平交易委員會做最終的決定。如此作法，一方面行政院仍可擁有部分監督權，來確保其上級機關的地位，一方面亦可使公平交易委員會有充分依法獨立行使職權的空間，避免外來上級機關不當的干預¹⁶。

(三) 公平交易委員會與司法權

公平交易委員會屬行政機關，其行為為行政權的行使，因此與其他行政機關相同無法免除法院的監督，換句話說，公平交易委員會依法獨立行使職權的保障與法院審查公平交易委員會行為的合法性並不衝突。惟法院雖可依公平交易委員會行為類型的不同而適用不同的訴訟程序，但另一方面公平交易事項的執行極度專業且經濟性事務考量的因素十分複雜，法院是否有充足的能力對公平交易委員會的行為加以審查，不無疑問。此外，公平交易委員會的決定，尤其是對於許多不確定法律概念的解釋有高度的預測性，因此其享有的判斷餘地便十分廣泛，法院實際上可以審查的空間亦相當有限。雖然如此，現行實務上，行政法院對於公平交易委員的決定，並不吝於審查，此亦是公平交易委員會面臨的最大問題。

肆、公平交易法爭議與訴願制度

一、前言

公平交易法所規範之法律責任共分為民事責任、刑事責任與行政責任。民事責任並不以公

¹⁶ 行政院金融監督管理委員會組織條例草案第六條立法理由參照。

公平交易委員會之處分為前提，但基於訴訟技巧與訴訟勝訴的考量，在發生違反公平交易法之行為後，立即向普通法院主張民事責任者並不多見，蓋若能夠由公平交易事項的主管機關—公平交易委員會，事先對於該項違反行為加以處分，則勝訴的機會將大增，因此公平交易委員會的處分成為民事責任的重要前提，在民國八十八年修法後，由於「先行政後司法」原則的採行，刑事責任的追訴亦以公平交易委員會的處分為先決要件，是故行政責任的問題成為公平交易法爭議的核心問題。

行政責任的救濟主要可分為行政體系內救濟程序，包括訴願及其他先行程序，以及行政體系外部的救濟程序，主要是行政法院的訴訟程序。由於訴願法與行政訴訟法的大幅修正，行政爭訟程序呈現與以往大不相同的面貌，因此本章將先以公平交易法爭議與訴願制度為重心，在第五章再討論公平交易爭議與行政訴訟之關聯。

二、訴願程序

(一) 訴願程序之功能

依憲法第十六條「人民有請願、訴願及訴訟之權」的規定，訴願係憲法上所保障的人民基本權利，訴願係針對行政機關違法或不當的行為，透過行政體系內部的審查機制來達成權利救濟之目的。為何在行政法院訴訟程序外，另設訴願制度，主要理由如下¹⁷，1.權利保護功能，訴願程序所涉及的乃是依合法性及合目的性觀點對於行政機關之行為作全面性的審查，訴願受理機關係利用其專業能力及法律上所賦予的監督權來審查，此項審查並非在替代法院，而係提供另外一項保護人民權利的可能性。除少數特定具有高度專業判斷的決定及自治事項的執行外，訴願受理機關並不受任何審查標準的拘束。2.行政自我審查功能，訴願程序最原始的功能即在希望透過此項程序能夠使原處分機關或受理訴願機關再一次審查行政決定所依據的事實上及法律上基礎，並且即時變更其違法或不當之決定，確保依法行政之貫徹。3.減輕行政法院之功能，訴願程序中，可對於案件事實再進一步調查，補充不同的觀點，若能確定原處分有違法或不當，可立即撤銷該處分使人民獲得救濟而免除提出行政訴訟之必要。即使未撤銷原處分，亦可使所有爭點重新接受審查及評斷，對於未來行政法院的審查提供一定程度的協助。

¹⁷ 蕭文生，訴願法修正評析（上），軍法專刊，第45卷10期，第29-30頁。

(二) 訴願程序之性質

雖然訴願程序提供人民權利救濟的可能性，但其透過行政體系內部的審查程序來保障人民權利，其仍屬行政程序的一環而非訴訟程序。訴願程序係人民向行政機關提出訴願書而展開，其過程為事實說明、陳述意見（必要時言詞辯論），調查證據等如同一般行政程序，其目的係在做全面性的法律及目的性監督後，作出訴願決定。此項決定係行政處分而非法院之裁判，訴願受理機關與原處分機關間並非以外在監督或權力分立所設計，而係行政一體與內在控制，因此訴願程序中，除有法律明文規定排除或依其意義及目的顯然無法適用外，規範行政程序之規定皆可適用之¹⁸。

(三) 訴願之種類

訴願程序雖然是行政體系內部自我審查的重要制度，但並非行政機關所有的行政行為皆適用之。由於行政訴訟法的大幅修改，尤其是訴訟種類的增加，並非任何類型的行政訴訟皆以先提起訴願為前提，僅在依行政訴訟法第四條及第五條提出行政訴訟前，必須先行提起訴願。

1. 撤銷訴願

依訴願法第一條第一項規定，人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。行政訴訟法第四條第一項規定人民因中央或地方機關之違法行政處分認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。依據上述兩項條文之規定，在提起撤銷訴訟之前應先行提出撤銷訴願，主張撤銷原行政處分，因此在撤銷訴願時必須存在行政處分。針對事實行為、非個案決定、不具外部效力的決定，不得提起訴願。此外，該項處分必須業已作成，對於尚未作成的行政處分並無所謂預防性訴願的存在。

2. 課予義務訴願¹⁹

訴願法第二條規定，人民因中央或地方行政機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。行政訴訟法第五條第一項規定，

¹⁸ 吳庚，行政爭訟法論，第 280 頁，初版，民國八十八年。

¹⁹ 有關課予義務訴願，李建良，論課予義務訴願，月旦法學，第 47 期，第 20-32 頁。

人民因中央或地方機關對其依法申請案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。上述兩項規定係處理行政機關消極不作為之情形²⁰，若行政機關以積極行為駁回人民之申請，則此項拒絕處分應屬訴願第一條第一項之情形；依行政訴訟法第五條第二項規定，人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。課予義務訴願係針對於人民依法申請行政機關作為，亦即請求行政機關作成授益處分時，行政機關以拒絕或不作為方式，損及人民權利或法益上利益的訴訟。因此陳情、建議等行為並非所謂依法申請案件；依法申請之標的必須是行政處分或特定內容之行政處分。若所請求不作為者並非行政處分，則非課予義務訴願。此觀諸訴願法第八十二條第一項規定，對於依第二條第一項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分，自屬明確²¹。

(四) 訴願權人

訴願程序並非客觀非難行政處分不當或違法的程序，而係以防禦主觀權利為目的的權利保護程序，因此除法律另有規定者外，訴願人必須係有權提起訴願者。訴願權人係指得依訴願法第一條第一項規定主張其權利或利益因中央或地方機關之行政處分而遭受侵害者。此處所涉及的係權利或法律上利益，反射利益、經濟利益或營業機會不屬之，且該項權利或法律上利益必須歸屬於訴願人。原則上侵害處分之相對人皆是訴願權人。非行政處分相對人之第三人，若其權利或法律上利益因該行政處分而受到損害，特別是在不利第三人的行政處分，亦為訴願權人，但以其能夠主張其本身之權利或法律上利益正是基於對處分相對人有利的行政處分所損害。此在撤銷訴願中並無爭議。

在課予義務訴願，訴願人必須能夠主張，行政機關的拒絕行為或不作為損害其權利或利益，尤其是在不作為的情形，必須能夠主張目的至少亦在同時保護其利益之法規範受到違反，

²⁰ 行政機關消極不作為之情形，根本不存在行政處分，因此是否有必要先提起訴願再提起行政訴訟或直接提起行政訴訟，有不同看法，吳庚，同註 18，第 292-293 頁。

²¹ 針對行政機關積極拒絕或駁回之處分提起訴願而訴願有理由時，亦適用訴願法第八十二條第一項規定。

因此僅以保護公益為目的規定受到違反時，並不得提起課予義務訴願。

(五) 訴願程序之限制

訴願程序既然提供受理訴願機關全面性審查行政處分合法性及合目的性之權限，再加上行政一體的指揮監督體系，受理訴願機關在審查廣度與密度上應不受任何拘束，但有下列界限：

1. 自治事務之行政決定

為確保地方自治團體在辦理自治事項時，享有憲法上所保障的獨立自主權限以及考量受理訴願機關與自治行政機關間並非單純的上下隸屬關係，訴願法第七十九條第三項規定，訴願事件涉及地方自治團體之地方自治事務者，其受理訴願之上級機關僅就原行政處分之合法性進行審查決定，換句話說受理訴願機關僅能審查原處分的合法性，至於合目的性的審查則不得為之，因此受理訴願機關若逾越法律監督的範圍則將侵害地方自治團體之自治權。針對自治事項之處分，除法律另有規定外，亦僅有撤銷權，撤銷後如有重為處分之必要，亦只能發回由原處分機關，另為適法處分，而不得自行變更。

2. 具高度專業判斷的決定

受理訴願機關之權限，原則上包括該行政處分所涉及的合法性及合目的性，亦即包括所有法律上及事實上的相關問題，受理訴願機關可完全替代原處分機關並享有原處分機關所有的決定權限，當然亦包括裁量及判斷餘地的權限。判斷餘地係針對法院訴訟程序所發展出來的理論，並非適用於屬於行政程序的訴願程序，除非法律另有規定或自所涉及的行政處分本質，例如考試成績評量的無可替代性，受理訴願機關的審查權限並不受到任何限制。

除此之外，受理訴願機關的審查權限是否受到限制，則取決於受理訴願機關是否有能力及可能性重新全面審查原處分作成當時的各項事實因素，若涉及的乃是法律上事後可以完全重新理解的個別決定，例如對於公務員能力的判斷，則受理訴願機關亦可完全審查該項評價，即使對於法院而言應尊重該評價之判斷餘地。但若所涉及的乃是一項特別的考試或審查程序，立法者亦將最終決定權賦予主管該項程序之機關，而受理訴願機關並未參與該項程序時，則不得以本身之判斷來替代主管該項程序機關之判斷²²。在此類案例中，受理訴願機關不得為合目的性審查，就合法性審查部分則僅限於是否違反了程序規定、是否基於客觀上重大不正確的事實、

²² 尤其是考試決定，參照大法官釋字第三一九號解釋。

違反了一般所承認的審查標準或明顯違反論理及經驗法則²³。

(六) 訴願程序之排除

訴願程序基本上係行政體系內部審查行政行為的機制，除法律另有規定外，人民對行政處分不服時，皆可提出訴願。例外規定，例如行政程序法第一百零九條規定，不服經聽證程序做成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及先行程序，即可直接提起行政訴訟或依其他等同於訴願程序提起救濟者，例如依公務人員保障法之規定提出復審等。

除此之外，第三人因訴願始受不利益者，該第三人得逕向行政法院起訴²⁴。至於除上述情形外，是否仍得基於其他理由而排除訴願程序，例如訴願程序之進行根本沒有辦法提高行政決定的實質正確性、訴願程序之進行根本無法再達成訴願之目的，或原處分機關已詢問過受理訴願機關之意見並且依其指示作出該有爭議的處分等²⁵，則必須由行政法院透過實務上的運作來給予承認。

三、公平交易法爭議適用訴願程序之問題

(一) 前言

公平交易委員會為行政機關之一環，就其行政處分基本上應可提起訴願，因此公平交易委員會的行為是否屬於行政處分則係適用訴願法的前提。訴願的種類在公平交易爭議上並無太大的問題，無論是撤銷訴訟，例如撤銷罰鍰處分或課與義務訴願，例如要求給予聯合行為許可，皆存在公平交易爭議中。訴願權人原則上係行政處分的相對人；非行政處分相對人，亦得為訴願權人，但以其得主張本身權益因該行政處分受損為限，此點在公平交易爭議上並無特別之處。惟由於公平交易委員會在職權行使上被賦予依法獨立行使職權的地位，此項在行政機關組織體系內特別的保障對於訴願程序的限制與免除究竟產生何種影響，將是以下討論的重點。

(二) 何種爭議得提出訴願

為使公平交易委員會能夠完成法律所規定之任務，公平交易法針對不同類型的競爭事件賦予公平交易委員會採取不同行政措施之權限，針對此類措施，是否得提出訴願，則必須取決於

²³ BVerwGE57, 130/145; 70, 4/10; Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 1994, S.117.

²⁴ 吳庚，同註 18，第 105-106 頁列舉四種例外之情形。

²⁵ 詳細案例，Eyermann, VwGO Kommentar, §68, Rdnr.28-35, 11.Aufl., 2000。

該類措施是否為行政處分以及法律上是否有另外特別的規定，公平交易法中並未有排除適用訴願法的特別規定，因此對於公平交易委員會所為之行政處分，基本上皆得向行政院提出訴願。

公平交易委員會所採取得措施中屬於行政處分最無疑義者則為罰鍰處分，例如第四十條違反事業結合規定之罰鍰、第四十一條違反公平交易法規定之罰鍰或第四十二條不法多層次傳銷的罰鍰。此外，其他不利之處分，例如第十三條違反結合規定之禁止結合、轉讓部分營業或勒令歇業等處分、第四十二條對不法多層次傳銷事業命解散或停止營業之處分或第四十一條對違反公平交易法規定之事業，限期命停止其行為或改正其行為之處分。事業於符合公平交易法所規定之要件，亦可申請解除許可之管制或禁止行為之例外，例如依第十四條申請聯合行為之例外許可，此類由事業依法申請之案件，無論公平交易委員會給予許可或駁回申請，皆屬於典型的行政處分。若公平交易委員會對於事業依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為時，則依訴願法第二條第一項規定亦得提起訴願。至於行政契約與屬事實行為的行政指導所產生的爭議，則非屬於訴願程序的適用範圍。在實務上值得討論的則是，調查權行使與檢舉函覆的問題。首先，調查權的行使可分為第二十六條的調查權發動與第二十七條的具體調查程序，此類權限行使之目的主要在協助公平交易委員會取得處理公平交易事項時所必須的資料或証物，通知陳述意見或要求提出文件之行為並非行政處分，派員為必要之調查基本上皆屬事實行為，況且公平交易委員會僅能對拒絕調查者處以罰鍰，並無法強制貫徹其調查權。至於是否發動調查權，則由公平交易委員會依第二十六條規定決定之，此項決定僅是公平交易委員會內部的決定，並未對外發佈任何法律效果，因此亦不屬於行政處分。

有關檢舉函覆的內容與性質已有許多討論²⁶，此處的重點在於公平交易委員會於接獲檢舉後，因為並未符合第二十六條之規定而未發動調查權或公平交易委員會雖發動調查權，但依據所得資料認為檢舉不成立而向檢舉人回覆表示其決定時，該項回覆是否為行政處分或僅是一項事實通知。至於其權利是否受損，則係另外一項問題。依行政程序法第三十四條規定，行政程

²⁶ 例如，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，第 64 期，第 343-369 頁；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，第 10 卷 3 期，第 421-450 頁；黃茂榮，公平交易法理論與實務，第 557-571 頁，民國八十二年；蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分之覆函得否提起訴願，公平交易季刊，第 5 卷 4 期，第 1-28 頁。

序之開始，由行政機關依職權定之，但依本法或其他法規之規定，有開始行政程序之義務，或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限。公平交易事項之調查程序本屬行政程序之一環，因此是否開始調查程序，原則上由公平交易委員會依職權決定。此處的依職權決定並非指由行政機關任意決定，而係必須考量行政程序之目的及其他法律規定，依合義性裁量決定之，換句話說程序是否進行及何時開始，原則上屬行政機關之裁量範圍，如此才能配合行政機關的機動性與效能性²⁷。因此人民是否有檢舉，並不會影響行政機關依職權去決定是否啟動行政程序，此須檢舉可視為對於行政機關之建議，即使事後檢舉人撤回檢舉，行政機關仍得依職權開啟行政程序。公平交易法第二十六條之立法理由指出，凡有違反本法規定危害公共利益之情事，公平交易委員會因發現事實真象之必要，得為調查處理，因此公平交易法第二十六條規定，公平交易委員會得依檢舉或職權調查處理。將“檢舉”或“職權”兩項方式並列，並非表示兩者地位與法律上意義相同，其僅在說明公平交易委會發動調查程序的可能原因，是否發動調查程序仍須由公平交易委員會依職權判斷該項違法行為是否危害公共利益，公平交易委員會是否有必要介入處理，並非謂一有檢舉，公平交易委員會即必須發動行政程序。因此檢舉之回覆僅是在說明公平交易委員會依職權所做之決定，其並無對外發生法律效果，故非屬行政處分。

惟若依行政程序法或其他法規規定有開始行政程序之義務或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限。換句話說，行政機關此時有開始行政程序之義務，並無任何裁量之餘地，因此拒絕此項程序之開展，無疑違反行政機關之作為義務，依訴願法第二條規定，自得提起訴願。行政機關是否依法規有開始行政程序之義務，乃係法律解釋之問題，必須探求法規之規範意旨，公平交易法第二十六條規定，公平交易委員會對於違反公平交易法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。法條既然規定，公平會“得”依檢舉或職權調查處理，則是否調查處理乃屬公平交易委員會的裁量權²⁸，因此只有裁量萎縮至零的情況下，公平交易委員會才有義務開始調查程序。惟法條用語中雖有“得”字出現，但並非皆是表示賦予裁量權，不少情形，“得”字係表示賦予行政機關某種權限，而與裁量權無關²⁹。自公平交易法第二十六條立

²⁷ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，第 75 頁，民國八十九年。

²⁸ 此項檢舉並非概括的請求權，可認為是請願權的一種行使方式。公平會對此僅有將處理結果通知之義務，無就其請求為具體准駁之義務，蘇永欽，同註 26，第 11 頁。

²⁹ 吳庚，行政法之理論與實用，第 114-115 頁，增訂 7 版，民國九十年；陳敏同註 15，第 159 頁。

法理由中得知，公平交易委員會因發現事實真象之必要，得為調查處理，換句話說，此處之“得”字並非在賦予公平交易委員會裁量權，而是在發現事實真象必要下，有權調查處理。因此第二十六條的重點並非公平交易委會是否有裁量權來決定是否調查處理，而是該項違反行為是否有危害公共利益，使得公平交易委員會有權調查處理。若該項行為危害公共利益，則公平交易委員會並無任何裁量權來決定是否調查處理，而是有義務發動調查處理程序。至於是否有危害公共利益之情事，則屬於不確定法律概念的解釋問題，公平交易委員會基於專業機關的立場，自有相當的判斷餘地。

此項檢舉是否可以認為是當事人已依法規規定提出申請而使得公平交易委員會有開始調查處理程序之義務？所謂已依法規規定提出申請，係指依法規規定請求行政機關為一定之許可、認可或其他行政行為之公法上意思表示，包括請求作成行政處分、提供資訊、締結行政契約或為一定之事實行為，例如請求核發建照或請求行政機關採取必要救災措施等³⁰。此時行政機關並無裁量餘地，必須開始進行行政程序，至於行政機關應如何核駁該項申請，則屬另一個問題。公平交易法第二十六條所規定之檢舉是否可被認為係賦予請求權呢？則有不同意見，反對者認為第二十六條之規定並未限制提出檢舉者之資格，任何人皆可提出檢舉，此項情形與公法上請求權之構成要件，亦即請求權人必須能夠確定，似乎有所不合。此項檢舉無寧是對於公平交易委員會提供資訊而促使公平交易委員會發動調查程序³¹。贊成者認為，檢舉行為是否僅在促使公平交易委員會發動調查權或調查程序之發動亦有兼顧相關之其他私益，則必須作體系上的判斷。若主管機關取締違法行為之職務行為，依規範該職務行為之法規目的，除保護公益外，並兼具保護該檢舉人之利益時，則此項檢舉行為無異於當事人依法提出保護之申請，行政機關自有開始調查程序之義務³²。

此項問題之爭議在於，檢舉人若無請求公平交易委員發動調查程序之權，則公平交易委員會對於檢舉人之函覆，則非屬行政處分，而僅是一項事實行為，因此針對此項函覆無法提出訴願。此在訴願法與行政訴訟法僅限於撤銷訴願與撤銷訴訟時，固有其重要性，但在訴願法與行政訴訟法大幅修改後，則有所改變。蓋即使行政機關的行為並非行政處分仍有爭訟的可能性，

³⁰ 蔡茂寅等四人合著，同註 27，第 76 頁。

³¹ 蘇永欽，同註 26，第 10 頁。

³² 廖義男，行政處分之概念，行政法爭議問題研究（上），第 405 頁，民國 89 年。

所不同者則為訴訟類型的選擇，因此重點應在於針對此項函覆應如何爭訟，而非是否得爭訟的問題。檢舉在一般法律上的意義在於，基於國民一份子的地位，為公共利益之目的，促成主管機關發動調查程序，防止違法行為發生或處罰違法行為，因此檢舉事項不成立的函覆，基本上對於檢舉人並不會發生任何權利義務上之影響，當然並非行政處分³³。但若檢舉所依據之實體法，非僅屬授與國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體、財產等法益且法律對主管機關應執行公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地³⁴，則必須承認立法者藉由此項規定賦予檢舉人有權請求國家保護其私益免受第三人侵害之權，此時檢舉之提出無異保護請求權之行使，檢舉事項不成立的函覆又無異係對檢舉人請求權之拒絕，自屬對於檢舉人產生不利的法律效果，應屬行政處分³⁵。惟公平交易法保護的目的往往兼及公益與私益，因此如何認定該項實體法究竟是否提供檢舉人請求保護之權，則十分困難。況且公平交易法並非僅以公平交易委員會所科處之行政責任為保護方法，公平交易法第三十條至第三十四條規定之民事責任提供了另一項救濟之管道，而民事責任之主張並不以公平交易委員會的處分為前提。惟在此並非謂國家已提供私法救濟途徑，人民公法上的請求權則屬多餘。民事救濟固然可以減少行政機關的負擔，但亦僅在提供私益的保護，並無法完全取代兼具保護公益與私益的行政爭訟功能，換句話說，在完全符合法律所規定而有開始調查程序之義務，但行政機關不為時，則其不但侵害檢舉人之法律地位亦違反了依法行政原則所追求的公益，因此以公平交易法尚有其它保護私益的救濟途徑來否定賦予公法上請求權之論點，似有再斟酌之必要³⁶。

本文以為公平交易法保護的法益雖然兼具公益與私益，但並非任何人皆可主張公平交易法任何之規定，只有檢舉人為得主張相關公平交易法規定之權利主體時，檢舉不成立之函覆才能認定為行政處分，才能對之提起訴願，因此必須針對個別條文規範之目的詳加討論後始能知悉，不得僅以法律文字為唯一之判斷依據。蓋公平交易法雖然區分成第二章有關獨占、結合、聯合的限制競爭規定與第三章不公平競爭之規定，但不得立即認為第二章全部皆僅涉及競爭制

³³ 許宗力，行政處分，行政法 2000，第 549 頁，民國 89 年。

³⁴ 大法官釋字第四百六十九號解釋。

³⁵ 許宗力，同註 33，第 550 頁。

³⁶ 黃銘傑，同註 26，第 439 頁；蘇永欽，同註 26，第 16 頁。

度此項公益而與私益無關，同樣亦不得毫不考慮地認為第三章直涉及私人之權益，而認檢舉人皆享有請求保護之權³⁷。

(三) 公平交易法爭議與訴願程序之限制

訴願程序係一項全面性審查行政處分合法性與合目的性之機制，受理訴願機關基於其組織上、專業上、及能力上的優勢以及行政一體的指揮監督體系，基本上在審查過程中並不受到任何限制，可以對原處分所依據的事實及證據加以審查，並得取代原行政機關變更原處分，亦可以自己之裁量或判斷代替原處分之所為³⁸。訴願程序此項特徵是否可毫無保留適用於公平交易爭議，尚非無商榷之餘地，尤其是公平交易法第二十八條保障公平交易委員會依法獨立行使職權以及公平交易委員會組織、成員與運作方式的特殊設計，再加上公平交易法所具有的鮮明政策目的，受理訴願機關是否有能力全面審查公平交易委員會的行政處分，不無疑問。此項問題可以自受理訴願機關的審查權限以及行政處分所涉及的内容來討論，首先就受理訴願機關審查權限而言，基本上應包含合法性與合目的性的審查，但此時是否因為公平交易委員會的高度專業決定，亦即就公平交易事件之處理，公平交易委員會所具有其他機關無法相比的配備，受理訴願機關並無能力及可能性來審查公平交易委員會處分的合目的性，換句話說，受理訴願機關不得以本身之判斷來代替公平交易委員會之判斷，在僅有合法性審查下，受理訴願機關對於公平交易委員會之處分僅有撤銷權，撤銷後如有重有處分之必要時，只能發回原處分機關，另為適法處分，而不得自行變更。就合法性審查部分，任何行政機關之行為皆必須符合依法行政原則，因此合法性的審查乃屬不可或缺。惟合法性之審查可分為形式合法性之審查與實質合法性之審查，前者並不涉及公平交易委員會處分之實質內容，係所有行政行為皆必須遵守的最低要求，因此並無免於審查的理由。至於實質合法性的審查，則取決於受理訴願機關是否有能力及可能性來重新審查原處分做成時的各項因素以及立法者是否將最終決定權賦予原處分機關。

雖然我國將所謂限制競爭與不公平競爭的規定集中於公平交易法，而非分成不同的法律規定，亦由公平交易委員會作為兩者的主管機關，但兩者本質上的差異並不因而消失³⁹。不公平

³⁷ 黃銘傑，同註 26，第 440-441 頁。

³⁸ 吳庚，同註 18，第 332 頁。

³⁹ 有關兩者之關係，蘇永欽，論不正競爭和限制競爭關係——試從德國現行法觀察，民法經濟法論文集(一)，第 285-430 頁，民國七十七年。

競爭行為的侵權行為本質與限制競爭規定的政策價值決定本質仍然主宰著公平交易法的規定與執行，例如典型的不公平競爭行為，如第二十二條妨害信譽的行為或第二十一條虛偽不實或引人錯誤的表示或表徵行為，只要事業行為符合法律所規定的要件，並無法律上例外合法化的情形，換句話說，此類行為的認定係純粹法律適用之問題；在此情況下，公平交易委員會雖然屬公平交易事項的專業執行機關，但並非謂其他組織沒有能力及可能性來重新審查原處分之合法性，蓋本質為侵權行為的違法性認定並不涉及其他政策目的考量或需要特殊配置與資源的組織才能完成此項任務。受理訴願機關，亦即行政院，相對於公平交易委員會，並不缺乏此方面的配置與資源，因此自可對於公平交易委員會此類處分的內容作實質合法性的審查。惟審查時仍必須考量公平交易委員會依法獨立行使職權之保障，以避免掏空了此項保障之意義，是故其實質審查應僅限於公平交易委員會於認定或判斷時有無顯然違法之情形，並且不得以自己之判斷代替公平交易委員會之判斷⁴⁰；而限制競爭之規定，除獨占事業濫用市場地位之禁止外⁴¹，皆須立法者作價值判斷與取捨，蓋結合之行為與結果雖然易導致市場壟斷，足以影響交易秩序，但對於加強國際競爭力亦有幫助，因此無法僅自構成要件該當上去評價此類行為而必須考慮整體經濟利益，因而並非純粹法律構成要件適用之問題；同樣的道理，聯合行為固然危害市場機能，嚴重影響消費者權益，但亦可能有其正當目的，因此在考量整體經濟利益與公共利益下，亦允許例外情形存在。在立法者決定採取何種基本態度後，具體個案之認定則由公平交易委員會作專業的決定。結合行為與聯合行為是否產生限制競爭之不利益以及其範圍，整體經濟利益與公共利益與限制競爭之不利益之比較，在我國現行行政組織之內，公平交易委員會的組織設計與資源配置應屬最能夠正確完成此項判斷的機關，立法者既然設置公平交易委員會來專門處理公平交易事項且賦予獨立行使職權的地位，顯見已將此項判斷的最終決定權交給公平交易委員會，則受理訴願機關對於公平交易委員會有關結合與聯合處分的內容，應不得再予以實質違法性的審查。

至於一向有爭議的公平交易法第十八條及第十九條究應如何處理，則並非單純以其本質上屬於限制競爭或形式上規定於不公平競爭來決定，而係以公平交易委員會處分之本質來決定⁴²。

40 大法官釋字第四百六十二號解釋有關教師升等資格審查之意見參照。

41 獨占事業之存在並非公平交易法所禁止，其亦可能是自由競爭之結果。

42 公平交易法第十九條常被認為是垂直限制競爭之類型，惟公平交易法第八條立法理由三指出，

公平交易法第十八條轉售價格約定禁止的規定在刪除例外規定後，其本質與一般不公平競爭規定已無重大不同，因此應做相同處理。但公平交易法第十九條所規範行為之態樣複雜，況且各款皆須有「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」的實質構成要件，因此必須依事業該項行為究竟係有限制競爭之虞或妨礙公平交易之虞而定，前者則應與公平交易委員會針對聯合或結合行為之處分做相同處理，蓋是否限制競爭，則屬公平會專業判斷且享有最終決定權的領域。就後者而言，原則上應屬不公平競爭之行為，例如第十九條第三款、第四款中之脅迫性競爭行為，亦即在手段上已屬明確具有非難性或甚至違反刑法規定者，則其行為妨礙公平競爭應屬無疑，則應與公平交易委員會之處分涉及不公平競爭行為時做相同處理。惟若行為手段之不公平性格不明顯時，例如第十九條第三款中之利誘行為，則必須考量該行為所造成之結果是否減損市場之自由與公平競爭機能，再依合理原則審酌是否構成妨礙競爭之虞，此時公平交易委員的判斷則兼具不公平競爭行為與限制競爭行為的性質，則僅能依不同個案重點考量，決定究竟係以涉及不公平競爭或限制競爭的方式加以處理，無法一概而論。

除此之外，由於不公平競爭行為態樣繁多，並無法一一列舉，換句話說，立法者在法律規定上並未做出完全終局的規範，仍須仰賴行政機關或司法機關依照不同時期經濟發展的情況，不斷補充不公平競爭行為之類型，因此不公平競爭行為的認定並非專屬公平交易委員會的權限，受理訴願機關自可為實質合法性的審查。至於限制競爭，尤其是聯合與結合行為，立法者在立法時已依照當時的競爭政策做出終局決定，亦即結合原則上許可，管制為例外；聯合原則上禁止，例外許可，並無隨著不同經濟發展情況改變之可能，除非是透過修法手段。因此在具體個案中，公平交易委員會享有專屬認定的權限，受理訴願機關不得侵害此項專屬認定權限而為實質合法性的審查。

公平交易委員會訴願會對於檢舉函覆是否得成為訴願之標的，立場並不一致。早期對於檢舉函覆認為係行政處分，蓋對於檢舉人產生不利的法律效果，因此允許檢舉人提起訴願，例如在正烽實業股份有限公司因檢舉仿冒，不服公平交易委員會函覆之訴願決定中指出，「檢舉函

按所謂聯合，在學理上可分為水平聯合與垂直聯合兩種，目前各國趨勢，對於垂直聯合係採放寬之立法，本法初創，亦不宜過於嚴苛，除第十八條係就垂直聯合為規範外，本條僅就水平聯合加以規定。立法者之看法似乎與部分學界看法不盡相同。

覆並非單純之事實陳述或意思通知，應屬行政處分，得為訴願之客體」⁴³。公平交易委員會在公平交易法未明文規定請求權下，將檢舉行為視同人民之申請，並將函覆等同於否准請求之行政處分。但自民國八十年見解開始轉變，例如在海富食品股份有限公司檢舉他事業杯葛，不服公平交易委員會函覆之訴願決定中指出，公平交易法第二十六條規定係為促使公平交易委員會為調查之發動，任何人對於違反公平交易法規定危害公共利益之情事，均得為檢舉；惟此尚非賦予檢舉人公法上之權利，得請求公平交易委員會為特定之行為。檢舉函覆係就調查處理之結果予以說明，為單純之觀念通知，並不發生何種具體的公法上效果，非訴願法上之行政處分，此項函覆並未對於檢舉人之權益有何影響，因此不得提起訴願⁴⁴。

上述否定之見解在鴻海精密工業股份有限公司檢舉美商莫仕公司妨害營業信譽的行政院再訴願決定書中遭到挑戰，行政院訴願委員會認為公平交易委員會之函覆，已就鴻海公司檢舉莫仕公司於網路上刊登新聞稿，指稱其侵害莫仕公司之專利權，違反公平交易法規定之情事，認未違反公平交易法之規定，似難謂對再訴人之權益不生影響。訴願決定係將該項函覆視為單純之觀念通知，非行政處分，從程序上駁回其訴願，有重行審酌之必要，因此將原決定撤銷，由原決定機關另為適法之決定⁴⁵。

為回應此項不同見解，公平交委員會自第一六三次訴願委員會議開始改採區別處理方式，其認為檢舉案件經調查審理而明確認定不違法者，檢舉函覆雖僅係單純通知檢舉人公平交易委員會處理之結果，性質上屬觀念通知；惟由於此一認定不僅通知檢舉人，在實務上同時另函通知被檢舉人，故就被檢舉人收受不違法函文而言，該會即認為對被檢舉人另外構成一確認處分。此時檢舉人如果就該確認處分具有利害關係，且其得受公平交易法保護之法益，直接因該確認處分而受有損害，則檢舉人仍得就該函覆，向公平交易委員會提起訴願。亦即以檢舉人是否因該函覆受損為判斷依據。此項改變亦獲得行政院訴願會的支持，例如在蘇格蘭威士忌協會檢舉葉格公司標示不實案之再訴願決定中指出，檢舉人為一協會組織，非交易相對人亦非競爭之同業，未因公平交易委員會認定葉格公司不違法之函覆而使其應受公平交易法規定所得受保

43 八十二年二月十三日(82)公訴決字第 50456 號訴願決定書。

44 八十七年十一月十七日(87)公訴決字第 144 號與第 146 號訴願決定書。

45 行政院八十八年八月五日台 88 訴字第 30274 號決定書。

護之法律上利益受有損害，自不得對之提起訴願⁴⁶。

此項區別處理的方式，在新修正訴願法實施後，因為公平交易委員會不再是受理訴願機關，因此是否在實務上仍被遵循，則必須自行政院訴願會的運作中加以了解。行政院於台北市建築公會檢舉蘇喻哲與三寶建設股份有限公司廣告不實案之訴願決定中指出，訴願人為公會組織，非交易相對人亦非競爭同業，公平交易委員會之函覆係行政機關循其檢舉所為之答覆，僅屬意思通知之性質，非訴願法上之行政處分，且上開函覆並未使訴願人應受公平法規所得受保護之法律上利益受有損害，自不得對之提起訴願⁴⁷。基於此項見解，行政院於美商雅虎公司檢舉台灣雅虎電子商業股份有限公司違反公平交易法第二十條及第二十四條案之訴願決定中，根本未討論此項檢舉函覆之法律性質，而逕自作實質之審理，蓋美商雅虎與台灣雅虎電子商業股份有限公司互為競爭者，而公平交易法第二十條及第二十四條具有保護競爭者之目的，最後並認為公平交易法之規定是否完全無法適用，仍待究明而將原處分撤銷，命由原處分機關另為適法之處理⁴⁸。

現行訴願實務對於檢舉函覆的處理，在結果上並沒有值得非難之處，惟在論理上仍有待斟酌之處，首先確認處分係指對於法律關係存否之確認以及對人之地位或物之性質在法律上具有重要意義事項的認定，例如土地登記、自耕能力證明之發給或地價之估定等⁴⁹。確認處分是否可包括確認行為不違法，則不無疑問。況且基於無罪推定原則，人民行為除非有違法之情形否則本就合法，又何須行政機關函文告知其行為不違法，此項函文在法律上根本沒有任何意義，真正有意義的是違法行為的確認與處分。既無確認不違法處分的存在，檢舉人自無因該處分受有損害之結果。比較正確的解釋應係該項檢舉函覆是否係對於檢舉人請求之拒絕，亦即依保護規範理論去探求公平交易法個別條文的保護法益與得主張權利的主體為何？再判斷該項函覆是否為行政處分以及檢舉人之權益是否受有損害。此外，雖然公平交易法保障公益與私益，但並非每一條條文保護的法益皆相同，因此在個案中亦必須針對此項問題作明確說明，例如公平交易法第二十一條之規定究竟保護交易相對人或競爭者或甚至兩者兼具或公平交易法第二十

46 行政院八十九年二月十六日台 89 訴字第 04664 號決定書。

47 行政院九十年五月二日台 90 訴字第 013218 號決定書。

48 行政院台 90 訴字第 029572 號決定書。

49 吳庚，同註 29，第 320 頁。

條究竟保護競爭者、交易相對人或兩者兼具，皆可能影響檢舉函覆之性質。

在以往再訴願制度下，行政院訴願會對於公平會的訴願決定即使有作實質上的審查，但大都十分尊重公平交易委員會的專業判斷，僅有極少數遭行政院訴願會撤銷原處分。此項實務在再訴願制度廢除後，是否仍然繼續，值得觀察。首先在名翊汽車裝潢有限公司因違反公平交易法第二十四條案之訴願決定中，行政院訴願會認為，公平交易委員會處分訴願人之主要論據係依公平交易委員會訂定之「行政院公平交易委員會審理事業侵害著作權、商標權、或專利權警告函件處理原則」為依據。惟對於訴願人所發警告函是否違反公平交易法第二十四條之規定，應就警告函之內容是否足以影響交易秩序為斷，原處分機關僅就訴願人所發警告函未附具侵害鑑定報告、未載明具體受侵害之事實，使受信人無法據以合理判斷，即認有違反公平交易法第二十四條之規定，而未就警告函之內容何以認為足以影響交易之顯失公平行為為實質認定，尚難謂合法，因此原處分機關有重行審酌之必要，故將原處分撤銷⁵⁰。行政院訴願會在此並非以公平交易委員會處分形式上的瑕疵作為撤銷原處分之理由，而係以公平交易委員會之處分未對警告函之內容作實質認定，是否為足以影響交易之顯失公平行為，認為訴願有理由而撤銷原處分。行政院訴願會指摘公平交易委員會僅依其訂定之處理原則而未作實質認定，此項指摘是否合法適當，值得探討，蓋處理原則係公平交易委員會依其職權為處理相關事項所作一般抽象之規定，在符合處理原則下，作出專業之決定。行政院訴願會是否得指揮公平會在認定是否違反第二十四條時，必須針對特定的事項加以考量或提出不同的實質認定，不無疑問，蓋其已涉及實質合法性的審查。惟如上所述，不公平競爭部分，受理訴願機關並非不得為實質審查，因此可期待，行政院訴願會仍會繼續此項見解。

另外一件值得重視的是荷蘭商皇家飛利浦電子股份有限公司因違反公平交易法第十四條、第十條第二款及第四款規定案之訴願決定⁵¹，行政院訴願會以下列四項理由，撤銷原處分。首先質疑公平會以 CD-R 單一商品作為特定市場之範圍，認為有補強證據論證必要，特定市場範圍廣狹之界定會影響獨占事業是否存在的認定，因此特定市場範圍的擴大，事業成為獨占事業的可能性相對就會降低。惟獨占事實是否存在則屬公平交易委員會的專業判斷，行政院訴願會在此是否有能力作此項質疑，不無疑問。第二，其認為訴願人訴稱曾提供被授權人選擇聯合

⁵⁰ 行政院九十年五月二十一日台 90 訴字第 028198 號決定書。

⁵¹ 行政院九十年十一月十六日台 90 訴字第 067266 號決定書。

授權一次取得三專利權人授權或單獨取得訴願人授權之自由，因此此項聯合授權難對市場供需造成影響，並認為若本案檢舉人係自己選擇以聯合授權方式支付權利金是否仍屬公平交易法規範之範疇？換句話說本案是否適用公平交易法或僅是純粹民事爭議，行政院訴願會認有再詳查之必要。此項審查係以公平交易委員會之處分是否符合形式上的要件，亦即管轄權的問題，作為對象，原則上並無爭議，但行政院訴願會若無明顯理由，認為公平交易委員會之管轄有誤時，應尊重公平交易委員會之決定。第三，其認為，被授權人間是否確具水平競爭關係，必須再查証，蓋若無水平競爭關係，則無聯合行為之問題。此類聯合行為構成要件的判斷，則屬公平交易委員會專業判斷的一部，況且聯合行為水平關係的認定係存在於訴願人、日本新力股份有限公司及太陽誘電股份有限公司之間，此處乃供給的聯合行為，僅在需求的聯合行為才需要判斷被授權人間是否有水平競爭關係存在，行政院訴願會此點理由，令人不解。第四，其認為訴願人罰鍰八百萬元之裁量依據在原處分機關卷內尚無相關資料可稽，故應撤銷原處分。罰鍰裁量的問題原則上應屬於合目的性的考量，除非有裁量瑕疵的情形出現，因此對於罰鍰之額度，行政院訴願會應無審查之權。本案並非對於罰鍰額度之質疑，僅是認為裁量決定亦必須附理由，此項審查屬於形式上合法性的審查，行政院訴願會自得為之。惟若公平交易委員會事後附上裁量理由時，則不得對其內容為實質審查，此項訴願決定直接挑戰公平交易委員會於限制競爭領域內的決定，其影響值得密切觀察。

(四) 訴願程序之排除

雖然公平交易法第二十八條保障公平交易委員會依法獨立行使職權，但並未對於公平交易委員會所為之處分於訴願程序中有特別的規定。因此除了依照一般法律規定，例如行政程序法一百零九條規定，不服經聽証程序作成之行政處分，得免除訴願程序而直接得向行政法院提出訴訟外，原則上皆先須經由訴願程序。此項情形是否會侵害公平會之獨立性，則端賴受理訴願機關的審查範圍與密度為何，並不得因為有訴願制度即馬上認為有侵害獨立性之情形。惟若訴願制度此處無法發揮其應有之功能時，則必須審慎考慮是否修改相關法律，使人民能夠直接向行政法院提起訴訟，而不用再經過訴願程序，以俾能夠使糾紛解決更有效率。

伍、公平交易法爭議與行政訴訟

一、前言

公平交易委員會雖然有依法獨立行使職權的保障，但其行為並未享有不受司法審查之特權，由於具有行政機關的性質，因此有關公平交易爭議涉及公平交易委員會決定時，原則上係採取行政訴訟的途徑。由於我國行政訴訟制度已有重大變革，昔日處理公平交易委員會處分的方式已受到重大挑戰，因此以下預定先針對行政訴訟的訴訟種類作簡單介紹，以能夠尋求解決爭議的正確途徑。由於公平交易委員會的專業性質，司法機關是否以及在何種範圍內能夠審查其所為之處分，夙有爭議，一般行政法上對於「判斷餘地」的討論應可提供解決的參考。

二、行政訴訟之訴訟種類

各種訴訟類型之劃分與承認，具有避免司法資源不當被濫用以及提供人民有效之權利保護功能，換句話說，考量當事人間不同的爭議性質，原告藉由訴訟欲達成之目的以及法院可能的裁判方式，提供適當有效的權利保護途徑⁵²。各國行政訴訟制度所承認之訴訟類型並不相同，我國早期行政訴訟制度並不發達，僅提供一種訴訟類型，亦即撤銷訴訟，作為人民與國家間公法上爭議解決的途徑，因此為使爭議能夠獲得解決，有時把本質上公法之爭議，解釋成私法上之爭議，例如勞工保險條例之保險費欠繳爭議，或承認所謂的擬制行政處分（舊訴願法第二條第二項），以致於混亂了行政訴訟應有的功能，為改善此項缺失，充分保障人民之訴訟權，新修正的行政訴訟法，除保留撤銷訴訟外，另外增加請求為行政處分或為特定內容行政處分之訴訟（課予義務之訴）、確認訴訟、及一般給付訴訟等類型。撤銷訴訟與課予義務訴訟仍採訴願前置主義，其餘訴訟則可直接向高等行政法院提出訴訟，而不必先經訴願程序。對於不經訴願程序或根本無行政處分存在之各類訴訟，行政法院並無撤銷原處分發回重為適法處分之權限，而係必須自為判決，即使在須先經訴願程序之課予義務訴訟，亦得自為判決⁵³。此項新制對於司法機關與行政機關之關係，勢必產生重大影響。再加上以往僅能對於行政機關之行政處分提出救濟，但依新修正行政訴訟法第二條之規定，公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提出訴訟，亦即行政機關的公法行為，不論係行政處分、行政契約、事實行為或其他形式之公法行為，人民皆能對之表示不服，使得以往無法透過行政訴訟獲得救濟之爭議，能夠尋求行政

⁵² 劉宗德·彭鳳至，行政訴訟制度，行政法 2000，第 1143 頁，民國八十九年。

⁵³ 吳庚，同註 29，548-549 頁。

法院之保護。行政機關公法行為全面受行政法院審查之結果，亦將對於人民與行政機關間的關係產生重大影響。

撤銷訴訟在新舊行政訴訟法中皆有，基本上的處理方式變化不大，不過增加了許多更具體的規定，使得此類型訴訟之功能更加完整。比較值得一提的則是課予義務之訴⁵⁴與一般給付之訴⁵⁵，兩者雖然皆係由原告對被告主張一定給付請求權，並請求法院判令被告給付之訴訟，惟前者係原告請求作成行政處分或特定內容之行政處分，後者則請求財產上給付或行政處分外之非財產上給付。課予義務之訴可再分為行政訴訟法第五條第一項之怠為處分之訴及第五條第二項之拒絕申請之訴。怠為處分之訴之適法要件為：1.原告依法申請者為行政處分或特定內容之行政處分；2.行政機關於法定期間應作為而不作為；3.須先經訴願程序；4.原告須主張其權利或法律上利益受有損害。至於拒絕申請之訴其適法要件與怠為處分之訴幾乎相同，僅是在此行政機關係以駁回來處理原告依法之申請而已。為彌補撤銷訴訟功能之缺失，課予義務訴訟原告之訴有理由時，不僅是撤銷該駁回之原處分及決定（怠為處分之訴，根本無原處分存在，則無撤銷原處分之必要），依行政訴訟法第二百零條第三款之規定，原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判令行政機關作成原告所申請內容之處分，或第四款規定，原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對原告作成決定。

一般給付之訴之適法要件為：1.須因公法上原因發生給付，例如基於法規、行政契約或事實行為，給付則包括作為、不作為或忍受等；2.請求者為財產上之給付或行政處分外之其他非財產上給付，例如請求行政機關為特定事實行為，如提供資訊或塗銷服務記錄等；3.給付義務之違反損害原告之權益（權利保護之必要）；4.須不屬於得在撤銷訴訟中併為請求之給付。一般給付訴訟是否有理由，主要決定於原告請求給付之權是否存在，至於原告之訴有理由時，法院應如何裁判，行政訴訟法未有明文，原則上應可類推適用行政訴訟法第二百零條第三款及第四款

⁵⁴ 有關課予義務之訴，黃錦堂，德國課以義務之訴之研究，行政訴訟論文彙編，第 287-319 頁，民國八十七年；蔡志方，論課予義務之訴，行政訴訟論文彙編第二輯，第 165-189 頁，民國八十八年。

⁵⁵ 有關一般給付之訴，吳綺雲，德國行政給付訴訟之研究，第 119-151 頁，民國八十四年。

之規定⁵⁶。

三、行政法院審查權之範圍

行政訴訟制度之目的係藉由設立行政法院、透過訴訟程序審查行政機關之行為是否合法，藉以保障人民權益並貫徹依法行政原則之實現，因此行政訴訟與訴願並不同，其僅作合法性審查而不及合目的性審查，當然此處係包括到形式上及實質上合法性的審查，蓋行政訴訟並非行政體系內部的審查程序而係外部的、司法機關的審查。行政法院為合法性審查時，不論係組織、管轄、程序、方式等問題或行政行為內容的可能、確定與合法，原則上皆享有無限制的事後審查權。比較有爭議的則是，行政法院對於裁量行為，特別是裁量處分，以及不確定法律概念適用的審查密度。

(一) 行政法院與裁量處分

行政法院對裁量處分之審查主要規定於行政訴訟法第二百零一條，其規定行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。此觀諸行政訴訟法第四條第二項規定，逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論，自明。行政程序法第十條規定，行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。所謂逾越權限則指裁量逾越及裁量懈怠，濫用權力則屬於裁量濫用之情形。此類規定之目的乃在限制行政法院對於裁量權行使的審查權，亦即裁量處分僅限於有裁量瑕疵時，始得撤銷，其他情形，縱有不當，亦不得撤銷之。

除撤銷訴訟外，行政訴訟法第二百零一條之規定是否亦適用於涉及裁量問題之其他訴訟類型，規定不明確，參酌德國行政法院法第一一四條之規定，行政機關雖經授權依裁量而行為，行政法院仍得審查其所為行政處分或拒絕或怠為行政處分，是否因逾越了裁量的法定範圍或行使裁量與授權目的不符合而違法。行政機關就行政處分有關的裁量理由亦得在行政訴訟程序中加以補充，行政法院不僅對於已作成之裁量處分是否有瑕疵得加以審查，對於拒絕或怠為處分是否具有裁量瑕疵亦得加以審查⁵⁷，尤其是在裁量限縮的情況下，甚至在縮減至零的情況下，行政機關若仍以行政裁量權為由，拒絕或怠為處分，則乃屬法律義務之違反，自得提起課予義

⁵⁶ 劉宗德、彭鳳至，同註 52，第 1244 頁。

⁵⁷ 吳庚，同註 29，第 572 頁。

務之訴⁵⁸，換句話說無論係在選擇裁量或決定裁量，行政法院並非不得適當行使其審查權限，在拒絕或怠為處分之決定裁量時，原則上法院不得以判決命行政機關為一定之裁量處分，惟若該事件已達於可為裁判之程度，亦即在事實上及法律上，行政機關的裁量權已縮減至零時，行政法院仍得類推適用行政訴訟法第二百條第三款之規定。

(二) 不確定法律概念、判斷餘地與行政法院之審查密度

不確定法律概念主要係涉及具體生活事實是否能夠涵攝於法律規定的構成要件內，例如建築物是否有危害公共安全或行為是否顯失公平等。行政機關首先就具體事件適用法律，作成合法及正確的決定，人民對於行政機關依據不確定法律概念所作成的行政決定提起爭訟時，行政法院的審查重點在於該具體事件是否以充分的事實證據及經由正確論證而涵攝於不確定法律概念之中，此項法律適用過程的合法性審查，行政法院得為全面性的審查⁵⁹。惟不確定法律概念之適用，如必須超越法律考量，以評價方式作預見及指引方向的判斷，從而存有多數皆為可接受之決定可能性時，行政機關所具有之判斷標準，則非行政法院所能掌握⁶⁰。行政法院之功能在於審查行政行為是否合法，並非在替代行政機關作出判斷，行政法院若無能力推翻行政機關所為之判斷，則基本上應接受行政機關基於專業能力所為之決定。此類行政機關在針對不確定法律概念為判斷時，享有自主空間，不應受司法審查的領域，一般稱之為判斷餘地⁶¹。

此類判斷餘地之理由不外乎，立法者以不確定法律概念授權行政機關，目的在使其自我負責作成決定，因此行政法院對之僅能作有限度審查；對不確定法律概念得為不同之評價，法律邏輯上並非僅有一正確答案，行政機關具有較多之專業知識、經驗及能力；某些行政決定無法替代或無法重新為之，此類領域應由行政機關自我負責⁶²。一般承認行政機關適用不確定法律概念時，享有判斷餘地之情形約有下列幾項⁶³：1. 考試、檢定服務或學習成績之評量，例如國家考試、證照檢定、公務員考績及學生成績考核等，法院應尊重行政機關主管人員的判斷，其

⁵⁸ 李震山，行政法導論，修訂4版，第88頁，民國九十年。

⁵⁹ 李震山，同註58，第76頁；李惠宗，行政法要義，第204頁，民國八十九年；陳敏，同註15，第176頁。

⁶⁰ 陳敏，同註15，第176頁。

⁶¹ 李震山，同註58，第76頁；李惠宗，同註59，第204-205頁；陳敏，同註15，第178頁。

⁶² 陳敏，同註15，第179頁。

⁶³ 吳庚，同註29，第644-646頁。

理由為，事件產生之過程及實際情況，主管人員最為熟知，行政法院事後審查已無法重建判斷的現場，難以發現事實真象；維持考試之客觀與公平及尊重閱卷委員之決定，事後個別重新評量有欠公平⁶⁴；此類判斷往往基於行政機關專業能力所為，法院並無法勝任⁶⁵。2.基於組織法及程序法之特性所產生之判斷餘地，法律設置結構上為合議制機關，使其成員具有類似鑑定事實之專業能力、具備特殊領域的專業知識或能夠反映社會多元利益且能夠依照法定程序獨立行使職權，則此類委員會對法律解釋或涵攝所得具體化之結果，行政法院自應尊重，例如地價評議委員會所評定之地價或建築物價格，公平交易委員會對於事業聯合行為之許可等；3、行政機關預測性或評估性之決定，不確定法律概念除涉及價值判斷外，在有關環保、衛生、科技等理論以及經濟財政領域中並常常涉及對於未來事實之預估，特別是風險的評估與決定。此種專業性質的判斷，行政法院必須予以容忍而由行政機關作終局之決定，例如環境影響評估委員會對開發行為是否影響環境生態的評估，行政法院並無能力審查。惟行政法院在此仍得審查預估決定所依據之資料是否正確與完備及預估方法是否正確及合乎標準等⁶⁶。4.具有高度決策性的決定或計畫決定，行政決定若涉及政策性決定，為避免行政決策受司法之干涉，行政法院應尊重此類決定，例如外籍勞工引進國及名額之核定。

不確定法律概念主要係涉及事實之認定與法律之解釋，行政機關必須能夠證明其判斷係正確，因此若行政機關對於構成要件判斷錯誤，則事實誤認將導致適用法律不正確而違法，行政法院自可加以審查。即使承認有判斷餘地之空間，但此並非謂行政法院對於該項判斷完全不得予以審查，而僅係尊重其內容決定，因此若判斷具有相當於裁量瑕疵之錯誤時，行政法院自得加以審查，例如行政機關在行使判斷時，並未充分考量相關事項或以非屬判斷內容的事項作考量因素或其判斷基於不正確的事實關係等違法或顯然不當的情形⁶⁷。

四、公平交易法爭議適用行政訴訟之問題

(一) 不確定法律概念與判斷餘地之適用

公平交易法中藉由許多不確定法律概念，例如第五條第一項之壓倒性地位、第六條第一項

⁶⁴ 大法官釋字第 319、382 號解釋。

⁶⁵ 行政法院 85 年判字第 2621 號判決。

⁶⁶ 陳敏，同註 15，第 184 頁。

⁶⁷ 吳庚，同註 29，646-647 頁。

第三款之主要部分、第十四條之整體經濟與公共利益、第十九條第三款之不正當方法或第二十四條之顯失公平行為，來規範複雜多樣的經濟環境與競爭行為，公平交易委員會對於此類不確定法律概念的適用，行政法院是否應予以尊重，則涉及到此類決定是否為公平交易委員會享有判斷餘地的領域。若非屬該領域，則行政法院自可對之為合法性全面性審查，若屬該領域則行政法院的審查權限將受到重大限制。理論上公平交易委員會所為之決定，應屬於上述享有判斷餘地之情形，蓋公平交易委員會係依法獨立行使職權之行政機關，其不論在組織與成員設計上皆充分符合合議制機關所必要之結構且具備專業知識，行政法院對其決定應予以尊重；再加上公平交易事項，尤其在限制競爭部分，必須預估競爭行為所帶來之利益及不利益，此種專業性的判斷，行政法院必須予以容認，並由行政機關作最終決定。除非行政機關濫用此項判斷權限，否則法院不得以自己之判斷替代行政機關之判斷，蓋法院並無此類專業判斷的訓練，且不負競爭政策責任，應尊重有經驗、專業且須負政策責任之行政機關所為之決定⁶⁸。

惟在此仍必須進一步考量，是否所有公平交易事項之爭議，皆有此項特質而得享有判斷餘地，判斷餘地之問題係存在於行政機關與司法機關之間，因此若公平交易事項僅由法院處理者，並無此項問題。我國公平交易法區分獨占、結合、聯合行為與不公平競爭兩大部分且皆由公平交易委員會為主管機關，對違反公平交易法者處以行政責任，雖然如此，但兩者之性質仍有所不同。獨占、結合與聯合行為比較屬於競爭政策面之問題，換句話說立法者透過法律上不確定法律概念的規定授予行政機關作政策上的價值判斷並在個案中將立法者的意志具體化。立法者在此處顯然希望運用行政機關豐富及專業的人力與物力資源來貫徹其本身對於競爭政策的決定。公平交易委員會對於結合行為是否給予許可所考慮者，在於整體經濟利益與限制競爭利益之比較，此項判斷依行政法院編制之人力與物力並無法加以評價，換句話說僅有公平交易委員會才能充分貫徹立法者之意志，在此情況下，司法機關應尊重法律所授予行政機關的判斷授權，在具體化適用於個案時，不得以本身之判斷予以取代。因此公平交易委員會就獨占、結合、聯合等性質屬於限制競爭之競爭行為所為之判斷，應享有判斷餘地。但此絕非表示，行政法院完全不得加以審查，而係其審查權範圍及強度受到限縮，僅在該項判斷有類似裁量瑕疵之錯誤時，始得加以審查。

⁶⁸ 翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，法治國家之行政法與司法，第104頁，民國八十三年。

至於不公平競爭之規定，立法者雖然追求確保公平競爭之目的，但卻無法以積極規定何謂「公平競爭行為」來完成其目標，反而必須以禁止不公平競爭之方式間接達成確保公平競爭之目的，就此點而言立法者並無法詳盡具體決定，亦無法完全列舉所欲禁止的不公平競爭行為類型，而係透過不確定法律概念之運用，先由行政機關作初步判定，再由法院作最終決定，換句話說此處所涉及的並非政策考量的問題，而是競爭行為公平與否的問題。公平與否的決定正是在組織、人員設計上充分追求審判獨立、職權行使上追求中立的法院的特長，立法者在此處顯然希望以法院裁判的特質來貫徹其確保公平競爭之目的。在此情況下，行政法院對於公平交易委員會有關不公平競爭事項所為之決定當然有能力作合法性之全面審查，惟此處仍必須考慮公平交易委員會依法獨立行使職權之保障以及部分不公平競爭行為之特性，例如第二十四條中是否足以影響交易秩序之判斷。雖然行政法院在此並不受公平交易委員會判斷餘地的權限所限制，但對公平交易委員會專業判斷的審查是否能夠如同審查一般行政機關的一般決定般完全無限制，則非無討論的餘地⁶⁹。

自行政法院的實務中亦可以發現，其所撤銷的公平交易委員會處分主要集中於公平交易法第二十條、第二十一條及第二十四條，亦即不公平競爭方面。

1. 在涉及公平交易法第二十一條方面，有行政處分之相對人，亦即被處分之事業提起撤銷訴訟者，例如鶴翔建設案⁷⁰、和昌建設案⁷¹、保你家國際事業股份有限公司案⁷²以及台灣糖業股份有限公司案⁷³等，行政法院撤銷原處分及原決定之理由主要是認為事業之行為是否為虛偽不實或引人錯誤，仍有再審酌之必要，蓋仍有許多事實不明瞭之處。值得重視的有保你家國際事業股份有限公司案中，最高行政法院認為，公平交易法第二十一條第一項規定之虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，僅限於「對商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地」等為虛偽不實或引人錯誤之表示，原處分並未認定符合第二十一條所列之項目，因此原處分機關以原告

⁶⁹ 公平交易法第十八及第十九條之處理，同第 18-19 頁之意見。

⁷⁰ 行政法院八十六年判字第 2599 號判決。

⁷¹ 行政法院八十七年判字第 619 號判決。

⁷² 最高行政法院判決八十九年度判字第 3441 號判決。

⁷³ 台北高等行政法院判決八十九年度溯自第 38 號判決。

於廣告上就「燃氣法令規定」為虛偽不實或引人錯誤之表示，據以引用公平交易法第二十一條第一項及同法第四十一條前段規定予以處分，其構成要件是否該當符合，難謂無商榷餘地。此案雖然係公平交易委員會函攝錯誤所致，原處分遭受撤銷並無不當。比較有問題的是鶴翔建設股份有限公司案中，行政法院指出公平交易法第二十一條第一項之立法目的係在預防消費者遭受損害，則事業在廣告上所刊載部分項目予以變更施作，該變更內容，如消費者未遭受損害，甚至更有利於消費者及公眾時，其變更即難謂有違反上開法條之責任而言，因此其認為原告所為之變更施作，是否足以使消費者遭受損害而違反公平交易法第二十一條第一項之規定，有再行斟酌之必要，因此撤銷原處分。行政法院此項目的性限縮的解釋，自消費者觀點固然無誤，惟是否虛偽不實或引人錯誤，並不取決於利益之大小，而係該表示或表徵究竟與事實相符與否以及是否足以引起錯誤之認知或決定，換句話說公平交易法第二十一條第一項之目的在禁止事業以虛偽不實或引人錯誤之行為從事不公平競爭，即使最後結果對消費者更為有利，並未改變虛偽不實或引人錯誤之事實，此客觀存在的事實，才是適用公平交易法第二十一條與否的關鍵。

由檢舉人所提出撤銷訴訟者，有林國卿與喬木建設案⁷⁴以及賴俊宇與太平洋建設案⁷⁵，兩項判決除撤銷再訴願決定、訴願決定及原處分外，皆要求被告（公平交易委員會）另為適法處分，以昭折服。其中賴俊宇與太平洋建設案，最高行政法院主要是以許多事實尚未完全究明，必須由被告查明待究明事項後，再另為適法處分。比較有爭議的是林國卿與喬木建設案，最高行政法院首先認為公平交易法所保護之法益包括保護同業競爭者及交易相對人之利益。行政院公平交易委員會對於違反公平交易法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理，亦為同法第二十六條所明定。公平交易法所保護法益之直接利害關係人，依同法第二十六條規定檢舉之案件，具有類似刑事訴訟告訴人之地位，對檢舉案不予處理之處分，得提起行政爭訟。原告向喬木建設購買建物，認其廣告有不實，向公平交易委員會提出檢舉，公平交易委員會以函覆原告謂，喬木建設並未違反公平交易法第二十一條。此項函覆影響原告得受公平交易法保護之利益，被告上開函覆並非單純陳述事實或意思通知，應屬行政處分，得為行政訴訟客體，亦即此項拒絕處分喬木建設的函覆為一行政處分。最高行政法

⁷⁴ 最高行政法院判決八十九年度判字第 3024 號判決。

⁷⁵ 最高行政法院判決九十年判字第 146 號判決。

院認為虛偽不實之廣告對於同時同區域依法從事銷售行為之同業，已造成不公平競爭，因屬違反第二十一條第一項之規定且公平交易法第二十一條第一項規定，係在禁止不公平競爭行為，非以保護實際交易相對人為其主要目的，因此認為公平交易委員會以原告是否因本件不實廣告受有重大損害仍有待論，並且認本案尚難認有違反公平交易法第二十一條第一項之規定，於法尚有誤會，而有適用法律不當之違法。此處之見解顯然與鶴翔案中的見解有所不同，公平交易法第二十一條第一項立法目的之問題是否為公平交易委員會的判斷餘地，而不允許最高行政法院加以審查，涉及到法律解釋之問題，就此點而言，公平交易委員會的見解相對於行政法院而言，應享有較高的地位。且依公平交易法第二十一條立法理由一指出，事業常為競爭之目的，...作虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，致他人誤信而與之交易遭受侵害，故明定禁止，最高行政法院在此應尊重立法者之意志。

2. 涉及第二十條仿冒行為，由行政處分相對人提出撤銷訴訟者為台灣帝納實業股份有限公司案⁷⁶，本案僅是命回收之處分已喪失其法律上之依據，亦即原處分（違法行為之制裁，停止違法行為）已被撤銷，命回收處分已無所附著，因而撤銷之，此並不涉及實體上的問題。另由檢舉人提出行政訴訟者為好來化工股份有限公司案⁷⁷，最高行政法院認為公平交易委員會於認定「黑人牙膏」與「白人牙膏」是否有混同誤認之虞時，應有再詳予調查之必要以及公平會對於原告所提出之市場調查報告並未妥善處理為由，認為公平交易委員會於證據取捨、認定事實及適用法律上似乎有欠允洽，因此撤銷再訴願決定、訴願決定及原處分，由被告再詳予查明後，另為適法處分。是否有混同誤認之虞，涉及專業之判斷，行政法院應尊重公平交易委員會之見解，惟如何改進訴訟證據之取捨與事實調查之技巧，以及如何面對當事人所提出之專業市場調查報告，將是未來行政訴訟中必須克服的難題。
3. 涉及第二十四條由行政處分相對人提出者有泰賀建設案、香港商·荷蘭營養女神台灣分公司案⁷⁸以及華康科技開發股份有限公司案⁷⁹。華康案中，公平交易委員會認定原告以不當告發

⁷⁶ 台北高等行政法院八十九年度訴字第 1689 號判決。

⁷⁷ 最高行政法院判決八十九年度判字第 2549 號判決。

⁷⁸ 台北高等行政法院八十九年度訴字第 638 號判決以及最高行政法院，八十九年度判字第 3830 號判決，有關此二判決之評論，蕭文生，公平交易法有關欺罔及顯失公平之裁判之評析，公平交易法裁判學術研討會，台北，民國九十年。

⁷⁹ 行政法院八十五年判字第 2891 號判決。

從事不公平競爭，已逾越保護專利其專利權必要之程度，核屬濫用權利之行為，對於建立及確保合理競爭環境確有妨礙，並足以影響其他事業之產銷活動，違反公平交易法第二十四條之規定。惟行政法院認為原告之行為係依照專利法行使權利之正當行為，且無行使權利過當之情形，依公平交易法第四十五條規定，應無該法之適用，公平交易委員會之決定尚有未洽，因而撤銷原處分有關公平交易法第二十四條部分。行為是否適用公平交易法與行為適否為行使權利之正當行為而得排除公平交易法之適用，公平交易委員會似乎較有專業能力來判斷之，行政法院於公平交易委員會之決定無顯然違法時，自應尊重之。惟此項觀點在本案在審之訴時⁸⁰，行政法院雖然亦認為，「關於行政機關對於不確定法律概念有判斷餘地，於我國固有理論及實務上所認同」，但認為本案公平交易委員會之決定顯然係基於錯誤事實之認定，因此自得審查且認為原告指原判決未尊重行政機關對於「正當行為」之判斷餘地，無非係法律上見解之歧異而已，因此駁回公平交易委員會所提出之再審之訴。

4. 此外涉及第二十條第一項及第二十四條而由檢舉人提出訴訟者為美商·寶鹼股份有限公司等案⁸¹，高等行政法院就此項爭議共有四個重要問題的論斷，首先是承認在一定情形下，檢舉人具有提起課予義務之訴之訴訟權能，換句話檢舉者若是以受不正競爭行為影響之事業主體身份為之，因其主張自身商業利益已因他人不正競爭行為而受到侵犯，此時公平交易委員會不僅有進行調查之作為義務，而且如果檢舉人檢舉之事實屬實，並有依檢舉人之請求，對不正競爭者進行制裁之義務。若公平交易委員會認定檢舉之事實不成立，而拒絕對遭指訴之不正競爭者作出規制性之制裁或管制時，此種拒絕即符合行政處分之要件，檢舉人可以提出行政爭訟及課予義務之訴。第二認為原處分之作成，雖未經合議程序，但該項瑕疵得以補正，不影響行政處分之效力；但未踐行證據調查程序，屬於不可補正之程序瑕疵。第三則是認為公平交易委員會於重行調查時，公平交易法第二十條之實體構成要件必須注意其所提出的事項。第四則係表示該院對於公平交易法第二十四條於本案適用性之看法。根據上述論點，該院認為本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，撤銷再訴願決定、訴願決定及原處分，並判決命被告應就原告於八十八年五月五日檢舉參加人商真股份有限公司、三商行股份有限公司違反公平交易法第二十條第一項第一款及公平交易法第二十四條規定之事件，參照本判決

⁸⁰ 行政法院 86 年判字第 2660 號判決。

⁸¹ 台北高等行政法院八十九年度訴字第 1004 號判決。

所示之法律見解，另為處分。高等行政院所為的四個論斷中，第二項涉及原處分形式的合法性，無論係合議程序或調查程序之問題，應屬其得完全審查之領域⁸²。至於檢舉人是否有提起課予義務之訴之訴訟權能，則必須取決於是否符合行政訴訟法第五條第二項之規定，而重點在於此項檢舉是否可以等同該項所謂依法申請案件且申請公平會為行政處分、檢舉函覆是否為駁回處分，以及檢舉人是否因為公平交易委員會之不處分而權利或法律上利益受到違法損害。此時重點在於公平交易委員會依第二十六條規定調查處理後，認為事業行為違反公平交易法規定時，是否必須依第四十一條之規定予以處分或得依其裁量權決定是否及如何處分。公平交易法第四十一條之用語「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處罰新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰...」與第四十條規定「事業結合應申請許可而為申請...，處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰。」以及第四十三條規定「公平交易委員會依第二十七條規定進行調查時，...處新台幣二萬元以上二十五萬元以下罰鍰；...」相比較下，公平交易委員會於第四十一條之情形依字義上而言，似乎應享有決定裁量及選擇裁量，亦即先決定是否處分，再決定採取何種措施。在公平交易委員會實務上亦有對於違反公平交易法的行為並不立即處分，而係以行業導正的方式來替代處分的情形，因而是否有權申請公平交易委員會依公平交易法第四十一條作成處分，在公平交易委員會有決定裁量權下，不無疑問。當然若裁量限縮至零情形發生，則另當別論。因此是否適用行政訴訟法第五條二項之規定，應再斟酌。若非課予義務訴訟之類型，則是否得依行政訴訟法第二百零二條第四款規定命公平交易委員會依該判決所示之法律見解另為處分，不無疑問。即使係課予義務之訴的類型，行政法院是否在指摘公平交易委員會證據調查、程序缺失及要求公平交易委員會於重行調查事實、審酌相關因素時，必須參酌行政法院意見外，是否得以自己判斷替代公平交易委員會的判斷，例如「結論並非正確」或「顯不可採」的用語，而要求公平交易委員會依其見解作成處分，而不去侵害公平交易委員會依法獨立行使職權之保障，似乎有再考量之必要。

5. 涉及第十九條第三款、第二十一條及第二十四條者為博士倫股份有限公司案⁸³，本案有幾點

⁸² 若認為調查程序屬於無法補正之瑕疵，則行政處分已因程序瑕疵而成為違法，是否有必要再作實體審查，不無疑問。

⁸³ 台北高等行政法院八十九年度訴字第 956 號判決。

論點值得重視，首先博士倫公司係針對公平交易委員會八十八年十月十三日(88)公貳字第8802437-005號函提出訴願、再訴願皆被駁回，再向行政法院提起行政訴訟。惟行政法院認為原告請求被告續行調查愛爾康大藥廠股份有限公司之違反公平交易法行為，並依調查之結果另為處分，核屬請求被告為一定之事實行為，為給付訴訟，與公平交易委員會(88)公貳字第8802437-005號是否為行政處分之爭議已無涉，本院自無庸再就該函之性質為判斷。原告之請求究竟係續行調查、另為處分或續行調查並依調查之結果另為處分，應先究明，僅是要求續行調查，則屬公平交易法第二十六條之範圍，該項調查行為應屬事實行為，因此提出一般給付訴訟並無錯誤。但若要求公平交易委員會依公平交易法對於違反該法者，作出處分，則該項處分應否定性為事實行為而屬一般給付訴訟之範疇，不無討論之餘地，換句話說公平會該函究竟係拒絕調查處理或已調查處理但認為並無違反公平交易法而拒絕依檢舉人之意見處罰被檢舉人，涉及到檢舉人向法院請求的標的與判決之內容，而此與該函之法律性質息息相關，是否無庸判斷，應有再審酌之餘地。

至於藥事法與公平交易法之間是否存在特別法優先普通法之情形，行政法院自立法目的與規範對象均有所不同的觀點來認定二法之間並非存有「適用藥事法即排除公平交易法」之關係，兩者間並無中央法規標準法第十六條所定「特別規定優於普通規定」之情形，認為公平交易委員會中止檢舉案之調查並不足採。此項結論可資贊同，惟仍必須考慮的是該項違反藥事法規定之廣告行為，藥事法是否已作成終局的制裁，換句話說行為的違法性及影響，若已在藥事法中充分考量而由立法者提供排除其違法性所必要的措施時，則是否仍得再以其他相關法律對該行為為法律上之評價，不無疑問。

至於是否有續行調查的必要，應非如行政院所指，本件檢舉案公平交易委員會自不得因台北市衛生局已依藥事法相關規定裁處被檢舉人在案而中止被檢舉人涉有違反公平交易法相關規定之調查或逕將檢舉案移由衛生主管機關處理，況台北市政府衛生局對於廣告之有無貶損他事業以致影響公平競爭，並無認定，本件檢舉案公平交易委員會自有續行調查之必要。對於違反公平交易法規定之行為，公平交易委員會調查處理的主要考量點在於「危害公共利益之情事」是否存在。是否有續行調查之必要，應自此觀點論證，較為妥適，而此項認定，應屬公平交易委員會具有判斷餘地之領域，行政法院僅能在有判斷瑕疵下，才能審查並推翻公平交易委員會之認定。

(二) 公平交易法爭議與訴訟類型

由於修正後的行政訴訟法增加了新的訴訟類型，人民傳統上僅能以撤銷訴訟來保障權益的時期已經過去，行政訴訟法提供了更適當、能夠完全滿足人民權益保障的訴訟類型。雖然如此，撤銷訴訟的地位並不因而減弱，換句話說，人民因中央或地方機關違法行政處分而損害其權利或法律上之利益者，仍得於提出訴願未獲救濟時，向行政法院提出撤銷訴訟。因此對於公平交易委員會所為的不利處分，例如公平交易法第四十條至第四十三條之罰鍰或其他命改正、命解散或停止營業等，事業自可依法提起撤銷之訴。此外，針對於依法必須給予之授益處分，例如事業對於聯合行為許可之申請，事業於依法申請而被拒絕時，則不應再提起撤銷拒絕給予許可之訴訟，而係應依行政訴訟法第五條第二項規定提出課予義務之訴。相同情形亦適用於，依法申請而公平交易委員會於法定期間內不為許可與否之決定時。此外，對於公平交易委員會的事實行為，例如為行政指導或其他調查行為，事業如認為有爭議時自可依行政訴訟法第八條之規定提出一般給付之訴，請求不作為或不作為。至於有關行政和解契約之爭議，原則上應係提起一般給付之訴，僅在例外情形，提起確認訴訟。

比較有爭議的應該是檢舉人對於公平交易委員會的檢舉函覆不服時，應提出何種訴訟，此觀諸在美商寶鹼股份有限公司案，行政法院認為係課予義務之訴以及博士倫股份有限公司案認為係一般給付之訴之差異自明。兩類型訴訟之基本不同點在於，課予義務之訴係人民向行政法院請求行政機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分，而一般給付之訴則係人民請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上之給付或財產上的給付。至於是否可以獲得勝訴判決，亦即是否有理由，則屬另一項問題。因此訴訟類型的判斷必須考量檢舉人其檢舉內容以及公平交易委員會函覆的內容，並無法一概而論。例如檢舉人並未提出被檢舉人具體違法事由，公平交易委員會根本無法調查而逕以不予處理函覆或認為檢舉事件不屬公平交易委員會管轄，而函覆移請主管機關處理者，則此時必須考量其檢舉行為是否符合依法申請之案件或僅因該項函覆使得檢舉人與公平交易委員會發生公法上關係而使其有請求公平交易委員會為行政處分以外之其他行為之權。一般而言，若公平交易委員會根本未開始任何的調查行為，則檢舉人應針對公平交易法第二十六條規定請求公平交易委員會為調查行為，則此時一般給付之訴應是較適當之選擇；若公平交易委員會已有調查行為，但最後仍然認為被檢舉人並未違反公平交易法之規定或雖然有違法行為，但並未予以處罰時，則檢舉人應針對公平交易委員會並未正確適用其所

檢舉被違反的公平交易法規定及相關的制裁規定，請求公平交易委員會依上述規定對被檢舉人作出正確的行政處分，則此時，課予義務訴訟應是較適當的選擇。上述分類僅是提供思考的方向，正確的訴訟類型選擇仍必須斟酌個案的具體情況，才能確定。

陸、結語

公平交易法之行政爭訟問題與公平交易法所保護的法益、公平交易委員會之組織設計、職權行使方式以及行政爭訟應有之功能與運作能力息息相關。作為保障並促進自由及公平競爭制度，維護市場正常運作的公平交易法當然會涉及到競爭者、交易相對人與一般大眾之利益，但此並非謂公平交易法之個別條文皆有相同之保護對象，亦非謂公平交易法的個別條文皆同時保護三項法益。具體之保護對象與得主張權利之主體必須自個別條文中透過解釋來探求。為確保公平交易委員會於運作時，不受干預，故明定公平交易委員會依法獨立行使職權，並以合議制組織之設計及成員專業化之要求來強化公平交易委員會決定之權威性。此項保障使得公平交易委員會於行政體系內享有特殊地位，尤其在行政監督範圍內僅受合法性監督而不受合目的性監督，以充分尊重公平交易委員會之專業決定。

我國行政爭訟制度近年來有大幅之修正，公平交易爭議如何面對此項改變，成為適用公平交易法的重大課題之一。雖然公平交易委員會之決定係基於高度專業所為，惟在現行體制下，並無一般性例外免除訴願程序之規定，因此基本上仍適用訴願法。惟行政院於訴願程序中應僅能就公平交易委員會決定之合法性加以審查，而不為得合目的性審查，蓋公平交易委員會之組織及職權行使設計較能完成公平交易法之任務。此外由於我國公平交易法同時包含不公平競爭與限制競爭規定，而兩者之本質並不相同，因此在涉及不公平競爭時，行政院得審查公平交易委員會決定之實質合法性，但有關限制競爭事項時，則僅能審查公平交易委員會決定之形式合法性。行政訴訟訴訟類型之增加，改變了僅有撤銷訴訟之困境，提供人民對抗公權力措施更多之途徑。針對公平交易爭議應如何選擇正確訴訟類型，以有效保護權利，尤其是針對檢舉函覆之爭議，將牽動人民與公平交易委員會間之關係。此外行政法學所發展出來的不確定法律概念與判斷餘地之理論，亦將影響公平交易爭議於訴訟程序上之進行，尤其是課予義務之訴之結果，亦將牽動行政法院與公平交易委員會間之關係。雖然目前已有部分判決顯示，行政法院與公平交易委員會間意見不同之處，甚至公平交易委員會之處分亦有遭撤銷之情形，惟仍有待更

多的案例來釐清兩者間之權限差異與行政法院審查之界限，此亦是公平交易法下一個十年必須面對的挑戰。

參考文獻

一、中文部分

1. 王立達，司法審查之對向發展—再論公平會不作為檢舉函覆之行政爭訟，政大法學評論第 64 期，第 343-369 頁。
2. 李惠宗，行政法要義，民國八十九年。
3. 李震山，行政法導論，修訂 4 版，民國九十年。
4. 吳庚，行政爭訟法論，初版，民國八十八年。行政法之理論與實用，增訂 7 版，民國九十年。
5. 翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，法治國家之行政法與司法，第 91-106 頁，民國八十三年。
6. 徐火明，公平交易法論—不正競爭防止法，民國八十六年。
7. 陳敏，行政法總論，第 2 版，民國八十八年。
8. 陳櫻琴，公平會獨立性之研究，公平交易季刊，第 7 卷 1 期，第 65-98 頁。
9. 許宗力，行政處分，翁岳生編，行政法 2000，第 539-629 頁。
10. 黃茂榮，公平交易法理論與實務，民國八十二年。
11. 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，第 10 卷 3 期，第 421-450 頁。
12. 蔡茂寅．李建良．林明鏘．周志宏，行政程序法實用，民國八十九年。
13. 廖義男，公平交易法之釋論與實務，民國八十三年。行政處分之概念，行政法爭議問題研究(上)，第 375-419 頁。
14. 劉宗德．彭鳳至，行政訴訟制度，翁岳生編，行政法 2000，第 1119-1323 頁。
15. 蕭文生，訴願法修正評析(上)，軍法專刊，第 45 卷 10 期 25-31 頁。
16. 蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分之覆函得否提起訴願，公平交易季刊，第 5 卷 4 期，第 1-28 頁。論不正競爭和限制競爭關係 - 試從德國現行法觀察，民法經濟法論文集(一)，第 285-430 頁，民國七十七年。

二、外文部分

1. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., 1996.
2. Eyermann, VwGO Kommentar, 11.Aufl., 2000.
3. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 1994.
4. W. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983.

評論

林次長錫堯（法務部）

主持人，各位先進，非常榮幸能參加這個研討會。

從早上到現在，我們談了產業政策、經濟政策、競爭政策，一會兒又是國際的，就好像飛機在空中飛一樣，現在突然間要著地了，要去談個案的，到底行政法院可不可以審查？審查範圍多大？到底訴願委員會可不可以審查？這的確是一個問題，我真希望今天在座有更多行政院訴願委員會的委員或工作人員，還有行政法院的法官，在座有最高行政法院的陳庭長，也可以做代表。

的確，這是一個很大的問題，我想時間也不是很夠，我希望不要超過時間，大概基本上面，這個問題點，最好的解決方法，在我看來應該透過立法解決。事實上，我們法務部在參與各部的法制作業時，就有一種感覺，就是，通常行政性的法律，大概都會注意到各個法律要規範的領域的相關問題，充其量實體解決了，再來一些是程序法上的考量，或救濟法方面偶爾再點綴一下。事實上，最理想的型態，還是從體系性的考量，在實體法上就要去考慮到總則性的體系問題。

在程序法上，現在有行政程序法，又有行政訴訟法，怎麼去配合？有沒有困難？就是因為平常缺乏這種體系性的考量，所以就產生了諸多的問題出來，包括現在健保引起執行的問題，公法、私法的區別問題，還有，權利怎樣去落實執行，訴訟救濟可能性的問題，統統會出來。

一個特別的行政法律是不是要排除這些原則性的法律規定？行政程序是有原則性的，行政訴訟法有原則性的，我們是不是應該排除他？像這些，老實說，都是立法上面沒有去注意到的，事實上也很難注意到的問題。因為各位如果有參與法制作業、立法過程的就知道，要通過這些法律已不容易，何況還有那麼多問題。可是就是因為這樣子，問題在實務運作上就跑出來了，不是只有公平會有這一類的問題，其他各機關也有相似型態的或同因素產生的問題。要解決這個問題，就變成要回溯到一般的行政法的原理原則去考量。我想，蕭教授這一篇文章的用意，也無非從這個行政法的一般原理原則的角度，再切進到公平交易法的規定和實務運作，然後在具體的個案獲得答案。

對於這種模式，還有層層的分析，我個人都表示贊同，基本上，他的問題呈現兩個行政法總則性的問題，而這兩個問題都是高難度的問題，就是剛剛提到的，像檢舉信函的答覆，是不是行政處分？這個涉及到人民公權利的問題，在什麼情況下，人民可以根據公平法，對公平交易委員會發生公法上的請求權，這是一個問題。

這個問題可以回溯到行政法總則的主觀公權利的理論問題。一般行政法教科書或老師都會去提，還有一些著作表現出來，但是，問題在，落實到具體的個案的時候，判斷就非常困難。尤其是採取所謂「規範保障目的說」這樣的理論做依據時，我們大法官會議第四六九號解釋也是採取這樣的見解，這樣子的觀點，是不是只要有一個法是保障私益的，哪怕是公益也有保障的成分，只要有私益的成分在裡頭，就認為人民有公法上的請求權，就可以要求公平會來做相關的處理？這樣子是不是會把國家的行政資源，乃至於司法資源過度浪費？可是，有沒有更好的解決方法？要不要進一步考慮、區分主要的利益或次要的利益？在利益衡量要不要有細膩的功夫？或乾脆在立法上就明明白白，像切豆腐一刀兩斷，這個都是可以再去考量的問題。

另外一個問題，就是不確定法律概念判斷餘地的問題。在這個，比如說行政法院來講，到底行政法院可以審查的範圍多大？我很佩服蕭教授，他把問題點，不是單純從公平會是獨立行使職權這樣子的邏輯，馬上就導出來一個結論，而是透過不確定法律概念到判斷餘地的理論來導出結論，並採用最近的規範授權說。從這個角度來切進來，可以找到答案，我個人是贊同這樣的作法。

至於訴願會，到底有沒有審查權？範圍多大？當然蕭教授的文章裡頭也簡單提到了，就是大概他有考慮到所謂不確定法律概念判斷餘地，這個專有名詞本來是處理行政法院與行政機關界限的問題，他現在另外提出一個標準，針對受理訴願機關與原處分機關的權限區分問題，我看那個標準大概也考慮到立法者的意志，所以我想，是不是也是一個不確定法律概念判斷餘地理論的修正與應用。

總而言之，這是一個未來還有待具體化的問題，我們承認，公平會對公平法上某些不確定法律概念有判斷餘地，但是怎樣來具體化？怎麼樣來判斷，倒是有待將來大家再去發展的課題。再來，我想另外再提出幾個小意見。

第一個，我認為所謂判斷餘地，是具體個案的判斷餘地，這必須要個案來認定的，是個案

要適用某些法規的時候，從這些法規來觀察，看看是不是公平會有判斷的餘地，因此，訴願委員會或行政法院不宜來加以審查，而且，也可能並不是整個案件，而是某一個案件裡的某一個因素，不是行政法院能審查的，或不是訴願會能審查的。

第二個觀點就是說，當行政機關享有判斷餘地的時候，行政法院或受理訴願機關是一種有限度的審查，並不是完全不審查。有限度的審查到底是界線在哪裡？通常觀念是指，當一個訴願委員會或行政法院能力所不及的，就是他的界限所在。

因此，當然蕭教授提出形式審查、實質審查，這個原則性的觀點，只能說是一種原則性的描述，可能內涵也容許有一些實質審查的可能性，我講的不只有公平會，比如說像考試院或其他機關的行政處分也可能有類似的問題。假如說大家已經客觀有標準存在，那時候已經是訴願會，或者行政法院可以用這個客觀標準來審查的時候，這就是他能力所及之處，就不發生界限的問題。大概以上我簡單做一個心得報告，最主要還有待實務的發展，還有立法的解決。以上簡單提供參考，希望不要影響大家的時間，謝謝。