

論公平交易法與消費者保護法之交錯

朱柏松*

壹、序說

科學技術不斷地創新、突破，克服了自然加諸於人類生存上的障礙，自動化的生產手段，打破了手工製造的侷限，於是自第二次世界大戰以後，世界的大部地區就不斷地出現經濟榮景，大量生產、大量銷售以及大量消費的消費社會於是乎形成。台灣在這一波經濟發展社會演進的腳步，比起諸先進國家雖然晚了一些，但也在於一九八零年代脫掉農業社會的外衣，蛻化成不折不扣的工商業社會經濟高所得的國度。

由於經濟不斷地高度成長，人民的生活水準相對漸次提高，權利意識亦漸次高昂，因此，除在政治上要求完全民主、自由之外，消費者權利的保護的呼聲亦此起彼落，在市場經濟結構的前提下，自由公平的市場交易亦是從事生產行列者所追求的理想¹。影響所及，自民國七十年代開始，就展開一波波起草、頒行保護消費者權益，以及貫徹公平交易等法律的運動。

經濟之高度成長、市場的公平競爭，與消費者權益的獲得確保，二者之間原是居於相互因果、互相影響的關係，因此，在我國公平交易法以及消費者保護法兩法的立法過程當中，最初之公平交易法草案，是合併消費者權益之保護被加以草擬的²，只是後來由於行政院政策轉向，

* 台灣大學法律系教授。

1 公平交易法係在民國七十年五月由行政院以院會責成經濟部進行研究、起草，當時起草的背景，依所存在的資料顯示，由於我國經濟強勢的成長，美國方面以其新貿易法第三零一條作為要脅，要求我國必須促速公平交易法以求因應。不過，一九八零年代我國不公平交易的現象甚為嚴重，特別是欺罔、不實買賣，以及盜用、仿冒商品商標等。因此，公平交易法特別是關於不公平競爭方面之規範的制定與頒行，亦是為工商業者所期盼的。關於這方面的詳細，可參照立法院公平交易法案審查會之紀錄，載立法院秘書處編印之法律案專輯「公平交易法案」（第 132 輯，民國八十一年六月出版）第 44 頁周文勇委員、第 63 頁以下顧儉德顧問（全國工總顧問），第 87 頁以下王又曾理事（全國商總理事）發言。

2 依最初起草之公平交易法草案，係列有「消費者權益保護」的專章的，只是草案在民國七十五年五月送立法院審議前即被加以除去。參照前揭公平交易法案審查會紀錄（註 1）第 46 頁林鈺祥委員發言。

決議先行起草公平交易法，消費者保護法方面他日另行起草、頒行，從此走向兩法「各奔前途」的命運，尤其糟糕的是，民國七十五年行政院決議放棄制定消費者保護法，並指示內政部擬定「消費者保護方案」，思以行政命令推動消費者保護工作，於是民間團體消費者文教基金會，乃以極其積極而且堅定之態度，導入歐美極其先進之消費者保護之法理念，推動、起草消費者保護法案。民國八十年二月四日以及民國八十三年元月十一日公平交易法（以下簡稱公平法）及消費者保護法（以下簡稱消保法）³，分別完成立法，並公布、施行，從此確立消費者權益之保護分別受到兩個各自獨立的法典加以規範的命運。

如前段所分析者一般，儘管公平以及消保兩法其成立的終局目的都在於保護消費者之權益，不過，在方法上所採的並非完全相同；前者係透過由行政機關，亦即公平會對於企業經營者⁴的各種違反市場公平交易行為之強勢干預、介入為其主要之方法而達到目的，但後者則著重於消費者權益受害之預防以及事後之救濟。具體言之，前者對於事業之結合、連合等行為，採取許可制，於其違反許可時，則為處罰上之處分，例如對於獨占以及其他不公平競爭之行為，則課以為處罰之處分，以達到禁止或干預之目的，從而實現確保消費者權益之目的，不過，對於消費者受有損害時，亦容許消費者依司法方式進行救濟。反之，後者雖亦設有行政機關，亦即行政院消費者保護委員會，推動消費者權利保護之政策，但這個機關只是一個消費政策之研擬以及審議之機關而已（消保法第四十條、四十一條），具體違反消費權益保護之行為即取締、處罰，似乎力所未逮，因此，幾乎所有消費者權益之保護，都只能透過司法程序之進行始可獲得保護及救濟。

由於兩法在消費者權益保護的態度與做法有上述一般差異，因此，現實上在消費者權益維護的效果與程度自有其截然的差異，依公平會所統計的資料，屬於確保消費者權益最具直接作

³ 關於消保法之起草及完成立法，其詳細可參照，邱清華著，「消費者保護法誕生迎接消費新時代」，載「消費者保護法導讀」（民國八十三年消費者出版公司出版）第 29 頁以下。以及拙著「消費者保護法論（民國八十八年增訂版，著者自刊）」第 5 頁以下。

⁴ 不論是消保法或公平法，皆有所規範之行為或責任主體，只是前者稱之為企業經營者（二條二款），而後者稱之為事業（二條）而已，但儘管稱呼有異，但在意義之內涵上應無差別，蓋依消保法第二條第二款，以及同法施行細則第二條之規定，應可納入公平法第二條所規範的四個類型，即使是政府機關以及具公營色彩之財團法人，例如工研院等亦然。關於此，可參照公平會民國八十一年七月十一日研職第 29 號函及同年 25 號函。另外，尚可參照拙著「論日本行政機關適用公平交易法之範圍」一文。本於此，以下如責任主體涉及兩法時，即逕稱之為業者。

用之違法審決(處分),自民國八十一年至民國八十九年,九年間共有一千四百四十五件,如以事件之家數計算,則為二千二百七十六家,這其中當然包括限制競爭、不公平競爭以及非法多層次傳銷等各部分。不過,其屬於不公平競爭之件數及事業的家數,則分別各占其中百分之七十一及百分之六十六以上⁵。由此數字以觀,關於消費者權益之保護,公平法因有強力之行政行為之介入,在績效上無寧是甚為彰顯的。與此相反的,消保法雖然係完全以保護權益為其立法目的的法典,但由於法典對於消費者權益之保護,完全將之定位為以司法救濟為主,因此,雖亦容忍行政權力予以介入,但終究少見有足以讓人欣慰的績效⁶。這可從商品、服務責任實務上難有一個明確立場⁷,以及重大足以透過團體訴訟以獲解決的案件,迄今仍無一個具體成果見諸於世可供說明⁸。

關於消費者權利之意義與內涵,迄至目前仍以「國際消費者結構(Consumer International - IOCU)」所揭示之八大權利⁹為一般人所廣泛接受,而落實權利保護的法律亦大致也都繞著這

-
- 5 相關資料引自公平會民國九十年三月印行之民國八十九年「公平交易統計年報」第 94、95 頁。
- 6 關於消保法之實施難期充分確保消費者權益一點,除可參照拙著「消費者保護法施行滿一年總檢討」(載國家政策研究中心出版,第 109 期「國策」-一九九五年四月四日第 4 頁至第 6 頁)外,於此尚待補充提及者是,以各目的事業之中央機關為主管機關,去推動消保行政,由於會構成角色矛盾,自然甚難期待其會有具體之成效。
- 7 例如醫療糾紛究否屬於消費爭議之法律事實,而有否消保法之適用問題,不但在學說上意見甚為分歧,甚至在立法例上以及我國實務上之立場亦甚為不一致。就我國實務而言,屬於醫療行為有適用消保法之指標性案例之肩難產案,三審皆持肯定之立場(台北地院 85 年訴字第 5125 號判決、台灣高院 87 年上字第 151 號判決、最高法院 90 年台上字第 709 號判決)以外,早產兒視網膜病之士林地院 89 年訴字第 1185 號判決,椎間盤破裂突出合併神經根麻痺症之台中地院 89 年訴字第 1701 號判決案亦然。惟其持否定,並排除消保法之適用者,亦非少數。關於其詳細可參照黃立著「商品與服務責任實例與問題」(民國九十年十月二十二日法院與消費者保護適用座談會)第 3 頁至 47 頁。
- 8 迄至目前僅有由消保團體「消費者文教基金會」提出,因九二一震災建築物倒塌傷亡損害賠償之四個(台北博士的家、台中新坪生活公園、德昌新世界,以及東勢王朝)團體訴訟,但都只在第一審法院審理中。
- 9 所謂八大權利包括生活基本需要受到保障之權利(basic need)、安全的權利(safety)、被告知的權利(information)、選擇的權利(choice)、反映意見之權利(representation)、接受補償之權利(redress)、接受消費者教育之權利(consumer education)、以及在健全環境中生活之權利(healthy environment),係由國際消費者機構,摘取美國總統甘迺迪於其特別咨文所提四大消費者權利,於一九六三年加以補充而成的,另外,IOCU 在此同時,亦揭示消費者尚負有包括批判意識(critical awareness)、自己主張及行動(action and involvement)、關心社會(social responsibility)、對環境自

幾個權利的類型而被加以制定頒行，儘管這些法律因彼此應有其各自不同之立法目的，所被列為規範之內容自應有所不同，因此，在立法方式上，有時並不必然會將這一些法規網納為一，而單以的「消費者保護法」加以稱呼，反而毋寧多數之立法例皆各自以不同的法律漸次完成為各自獨立的法典¹⁰。不過，雖然如此，由於諸法之目的既皆在確保消費者權利，因此，立法上自宜要求相互配合而形成條理、系統，如此方不至於形成諸法間有所矛盾，以致在法律之解釋及適用上發生窒礙難行，甚至因相互矛盾而喪失保護消費者權利之目的，相反地唯有諸法之間有其共同的立法基礎與精神，上面所標榜的八大消費者權益，始可獲保落實、實現。

公平法以及消保法，依其各自關於立法目的的規定觀之，應是其一在於實現消費者選擇上的權利（公平法），另一則在於完成消費者安全的權利、被告知的權利以及反映意見的權利，而且，亦都透過法律成立各自之行政機關積極加以推動、落實消費者權利之保護的法典。不過，如吾人在上面所述者，由於兩法是分別由不同所屬加以推動而完成的立法，在意識南轅北轍的前提下，兩法間竟然是重複規定者有之，各行其事者有之，甚至更有相互矛盾而難期相互配合者。不過，兩法既業經公布，施行自應有一定強制的执行力，究應如何對兩法為合目的性而且使之具法規範作用之適用與解釋。自是研究兩法之法學者所必須面臨之課題。

如同在前面所述及者，公平與消保兩法在當初立法之時即有合一立法的倡議，但因政策上的中途改變，致由民間團體自行起草消保法並經立法程序完成立法，且公布施行之，基於立法背景下的差異，當然亦由於兩法在法適用上及解釋上面臨不少困難與瓶頸，因此，自兩法分別公布、施行之後，合併兩法為一法、整合兩行政機關為一機關的倡議即不絕如縷¹¹。最近，關於政府再造的發展，依行政院研考會所擬具之「行政院組織法草案」，已決定決議將公平會與

覺(ecological responsibility)、以及連帶(solidarity)等在內之五大責任。

¹⁰ 據本人所悉，關於消費者權益之保護，採取如我國消保法合併商品責任、定型化契約、特種買賣、公平交易甚至於消費訴訟等加以規定，而立法者似僅有新加坡、以色列、英國、比利時、奧地利以及韓國而已，絕大多數仍屬分別就上述各部分分別加以立法。至於日本之「消費者保護基本法」，則屬綱領性、政策宣示性的法律，性質上並不具實証法之作用。

¹¹ 行政院部會之全面改組的計畫，其實自民國八十二年連戰內閣時即已開始推動，不過，由於阻力甚大，最後竟至幾無所成。民國九十年，張俊雄內閣成立後，即由總統府成立「政府再造委員會」，責成行政院研考會研議「行政院組織法」修正草案，目前（至民國九十年十月一日）草案業已完成，待經政府再造委員討論後即可定案、通過，並送立法院審議。參照聯合報民國九十年十月一日第一版記載。

消保會合併為一(名稱未定),使之成為一特別機構¹²。公平以及消保兩會將來會如何合併、整合目前固無法確知,不過,可以肯定的是,即使兩機關必然整合,但公平以及消保兩法關於消費者權益之保護的相關規範,一時之間應難有更動,即或將來非加以變更不可,亦屬法律修正之問題。在兩法尚未有所修正之前,如吾人在前面所述之法適用上以及法解釋上之問題仍將持續發生。因此,以下即以公平以及消保兩法在其交錯之部分,針對究應如何適用以及解釋加以分析說明之。如前面所述及者,公平及消保兩法最終之立法目的既在於保護消費者權益,因兩法係屬由各自不同所屬機關於不同時間先後完成之立法,自甚多有其交錯之部分,本文既在對於各該交錯之部分予以分析、探討,本應全部對之加以臚列、分析以及說明,但由於礙於篇幅,僅以損害賠償、不作為請求以及不實廣告及表示三大部分為限加以探討。

貳、業者之損害賠償及妨害排除責任

關於事業或企業經營者(亦即業者)應負損害賠償,在公平法以及消保法皆設有明文,前者即指其第三十條至第三十四條所規定者,至於同法第二十三條之一至第二十三條之三所規定者,則屬於多層次傳銷契約參加人解約時損害賠償,與此處所提之問題互不關涉。不過,異於公平法者,消保法關於損害賠償之規定並不在少數,其中屬於法所明文規定且可供為消費者損害賠償權之請求基礎者,固為其第七條第三項所規定者,不過,包括定型化契約違反規定而被論斷不生效力,或特種買賣因債務不履行,可由消費者向企業經營者請求損害賠償者,由於並非在消保法中設有供消費者請求損害賠償之明文,被害人反而只能分別依締結契約過失等之理論,以及民法第二百六十條之規定請求損害賠償¹³。另外,消保法中關於企業經營者違反消費

¹² 依業已完成之「行政院組織法草案」,現有行政院三十六個部會簡併成二十五個,二十五部會即包括四個特別機關及一個總署(由警政署、消防署以及海巡署合併成公共安全總署),而這四個特別機關其中之一,即為由公平會及消保會所合併而成之機關。

¹³ 按定型化契約僅在成立方式上異於一般契約而已(消保法第二條第七款,民法第二百四十七條之一),但在本質上仍屬兩造當事人意思一致而生法律效力之契約,故在契約係屬於企業經營者與消費者間所締結之前提下,關於其契約之效力,固應先行適用消保法之規定以論斷其效力,至於其非為消保法所未加規定者,於性質不牴觸定型化契約之本質的前提下,自應有準用民法之規定之可能與必要。依消保法規定,定型化契約如違反平等互惠、誠實信用(第十一條、第十二條),或有不記載或未預留審閱期間或記載情況特異者(第十三條至第十六條、細則第十一條、第十二條),各該契約條款甚至或整個定型化契約皆會被論斷為無效或不成立,斯時,自契約法理論而言,消費者似非無理由本諸締約過失之原則,向企業經營者請求信賴利益損害賠償之餘地。至若特種買賣雖依消保法第十九條規定,賦予消費者不附理由之契約解除權,惟若消

資訊之規範所生之損害賠償責任(第二十三條至第二十四條),以及第五十一條所規定之懲罰性之賠償,則屬於與公平法規定之交錯部分自當於本段詳細述及。

比較要加以提及者是,消保法第三條規定,「政府為達成本法目的,『應』實施下列措施,並『應』就與下列事項有關之法規及其執行情形,定期檢討、協調、改進之」。同樣地第五條規定,「政府、企業經營者及消費者均『應』致力充實消費資訊,提供消費者運用,俾能採取正確合理之消費行為,以維護其安全與權益」等,在外形皆係屬一強行性的法律規定,則於主體有所違反並因而致消費者有所損害時,並應有生損害賠償之餘地。惟當類似此一種法律或法規範,其實都屬於政策性之聲明,或只具有指導規範之性質,在性質上甚類似日本現行之「消費者保護基本法」、「公害對策基本法」一般,實在甚難期待其對具體之消費行為、公害事實加以規範,而生實証法規範應有之效力¹⁴,因此,充其量亦只成立國會或地方議會向行政機關提出審議、質詢,或監察機關加以糾正糾舉的理由,尚難容許消費者引用為向國家請求損害賠償之請求權基礎。

商品或服務責任之法規範,係屬於針對商品或服務,具有致人完全性利益(Integritaetsinteresse)於損害時所生賠償責任之規範,而定型化契約之規定,則又係屬企業經營者與消費者針對特定之契約,生違反公平、誠信原則,致應否論斷其為無效的一種法典,本質上與公平法以規範市場公共競爭、交易為手段,而達到確保消費者權益之立法,在適用主體、對象、範圍乃至於法效力之論斷上,尚有相當之差異而得以各自互不相糾葛¹⁵,故關於此二部分之損害賠償問題,即略而不論,僅就以下各點予以說明分析之。

費者並未解除契約,則契約自當然生效,苟或其後企業經營者對消費者有債務不履行之原因事實,消費者在消保法第十八條所定解除契約條件喪失後,仍應無礙其依民法債務不履行之規定解除契約,則因解約而生之債務不履行之損害賠償請求權,仍應不能被加剝奪。關於其詳細尚可參照拙著前揭書(註3)第365頁以下說明。

¹⁴ 參照今村成和著,「私的獨占禁止法 研究(四)」(第五冊)(1976年有斐閣出版)第316頁至第318頁說明。

¹⁵ 不過,和我國立法例尚有不同者是,在德國包括不正競爭防止法(Gesetz gegen den unerlaubteren Wettbewerb - UWG)第十三條第一項,營業競爭限制法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung - GWB)(相當於我國公平法第二章所規定之獨占、結合以及聯合行為)第三十五條第二項,以及一般契約條款法(Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen)第十三條皆容許由團體提出損害賠償以及不作為訴訟。

一、公平交易法損害賠償規定之適用

關於損害之排除及賠償，如前面所曾述及者，公平法統一將之規定於其第三十條至三十四條計五個條文之中，依次各為損害之防止及排除（三十條）、損害之賠償（三十一條）、懲罰性賠償責任（三十二條）、損害賠償請求權消滅時效（三十三條）、以及損害預防、賠償判決書之公開揭載（三十四條）。上述公平法關於因事業違反正常交易秩序所生之損害賠償責任，在性質上係被定位為侵權行為損害賠償責任，因此，在責任性質，以及其他相關聯之部分，包括損害賠償請求權消滅時效，還有具回復名譽性質之法院判決之揭載，一則因論述已多¹⁶，二則亦與本文所述無具關係，爰省略不述，茲僅就下列三點予以分析、說明。

（一）一般消費者之損害賠償請求權

一般所稱不公平交易，在概念上，實包括反托拉斯行為，以及不正競爭行為，前者大致包括獨占、寡占、結合以及聯合等行為，反托拉斯行為之所以應受到禁止或取締，乃是由於各該行為係在於透過人為的干預、支配，左右市場之自由競爭，而達到其商品或服務對市場絕對之占有率為其直接之目的，因此，可以說反托拉斯行為之目的，就是在市場之絕對占有。於此相反的是，不正競爭行為之所以應依法加以禁止或取締，在其原因上，當然亦與其行為足以妨害市場交易競爭之公平，從而危害市場交易秩序乃至於一般消費大眾的權益，不過，更重要的理由，乃在於著重各該不正競爭行為在交易上之不法性及可責性。基於兩種行為上述本質上以及目的上的差異，綜觀包括美國、德國以及日本等國之立法，幾乎是分別針對上述各不同行為，而分別成立不同之法規範，使之異其效力而規範之。此處所欲談及之損害賠償，反托拉斯法以及不正競爭法各自的規範，就有其明顯差異之所在¹⁷。

我國公平交易法在最初立法時，不論學界或工商業界，甚至於立法院之間，多有鑑於該兩

¹⁶ 關於此，可參照拙著「公平交易法賠償責任人與損害賠償責任之研究」（民國八十二年公平會委託研究案「公平交易法行為主體研析」之研究報告），以及「論侵權行為及損害賠償請求權消滅時效」（載法學叢刊第172期、第173期）。

¹⁷ 以日本法為例，關於反托拉斯之行為，係受其「獨占禁止法」（私的獨占 禁止及 公正取引 確保 關 法律）之規範，因此，關於損害賠償係屬於無過失賠償責任，且其主張應於公正交易委員會有所審決之後始得向法院主張之（第二十五、二十六條）。與之相反的，不正競爭行為則係受「不正競爭防止法」之規範，由於該法並未設有主管之行政機關，因此，容許被害人有妨害排除請求權（第三條）及損害賠償請求權（第四條），二請求權可以訴為之，但亦無妨對事業逕行為之，且關於損害賠償責任之成立，應以事業有過失、故意為要件（第四條）。

種不公平交易行為在本質上的差異，並基於當時我國現實工商業發展的情況，倡議應分別立法而為不同的規範¹⁸，不過，最後採取兩者合為一法而加以規範之立法例，本於此，關於損害賠償之效力，亦統而適用於反托拉斯及不公平競爭兩種不正當交易行為之領域。

關於公平法第三十一條損害賠償責任成立要件，由於本條責任之性質，如前面所曾提及者，屬侵權行為之規定。故解釋上當符合侵權行為責任之成立要件，不過，這中間關於歸責條件在學說上並非完全一致；有認為公平交易法上損害賠償責任，在本質上既為侵權行為上之損害賠償責任，在其第三十一條未對之設有明文之前提下，自只有回歸民法之規定，以故意過失為必要。但亦有以公平法第三十一條既只規定，「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任」，不特別明列故意過失之要件，即應屬無過失責任之規定。或以第三十一條既強調違反本法之規定，即應有負損害賠償責任之餘地，即屬以違法性之具備代替過責之無過失責任之規定。甚至於亦有主張以第三十一條之規定為該當民法第一百八十四條第二項之保護他人法律，一旦事業有因本法所規定之原因致他人於損害時，即應該當為民法第一百八十四條第二項類型之侵權行為損害賠償之類型¹⁹。

關於此，吾人甚願自公平法規範內容之本質去加以檢討並導出結論。如上面所提及者，公平法其實所規範之不公平交易係分為反托拉斯行為及不公平競爭，前者，事業的直接目的在於市場占有率的操縱，其對市場交易秩序的破壞係屬整體性的、全面性的，行為上的價值非難性反較潛在，因此，吾人以為對於此部份應課以無過失責任。其實一旦事業有為獨占、結合或聯合行為而謂其無可責性，當非現實之論，因此，就此部分課以無過失責任應屬適當。不過，關於不公平競爭之部分，不論係第十九條所規定之價格決定自由之妨害，第二十條之限制競爭或妨害公平競爭行為，或第二十一條至第三十條，以及第三十四條等之詐欺不實表示行為，其實都具有行為本身之可責性，而且亦應僅在具有可責性的情況下，始具有課予損害賠償責任之理由，故就侵權行為歸責理論而言，依公平法第三章論以損害賠償責任時，自宜依過失理論為之，方屬允當。

¹⁸ 參照前揭「公平交易法案」法律案專輯（註1）第42至44頁、第62至65頁記載。

¹⁹ 關於這一連串學說之介紹與說明，可參照賴源河編，「公平交易法新論」（2000年元照出版）第447至449頁（汪渡村執筆），以及黃茂榮著，「公平交易法理論與實務」（民國八十二年著者自刊）第520頁說明。

其實，吾人之所以會有如此之主張，乃是鑒於公平法第二十一條第四項本身關於損害賠償責任之規定所使然。按足以對消費者或其他人造成損害者，並不獨本條項所列者之情形，屬於本法第三章任何條文規定之情形皆有可能，蓋從第十八條至第二十二條，以及第二十四條之規定，皆屬於強行規定，因此，苟事業有所違反，其所欲為之法律行為，自當依民法第七十一條規定被論斷為無效，而無效之行為如有因而致他人於損害時，當亦生損害賠償責任，此一損害賠償責任在發生之理由上，或有主張係本於民法第一百十三條²⁰，但說法上似多主張或為民法之侵權行為之規定，或屬於包括民法第二百四十五條之一或第二百四十七條關於締約過失賠償之規定。不過，不論是本於公平法第二十一條第四項之規定²¹或上引民法諸條文，在歸責條件之要件上當只有故意、過失，斷無以無過失論斷責任之必要與理由。

另外一個關於本法損害賠償之構成要件有待討論之問題，就是關於損害賠償請求權之適格的問題。關於這一點，其實如就本法最初之立法草案所提之立法趣旨所言，應只在「維護交易秩序、確保公平競爭、促進經濟之安定與繁榮」而已，消費者權益之保護應不是本法之立法目的，故應單獨立法以規範之。不過，在審查會以及院會進行審查以及討論時，甚多專家、學者以及委員皆主張公平交易與消費者權益係一體兩面，同時亦應是本法所應加以規範之對象²²，故均主張應加列「保護消費者權利」。

本來，純就市場交易結構而言，該當為事業之種類，依公平法之規定(第二條)固屬繁多，

20 關於民法第一百十三條之定位以及其法律適用上之疑義，自來學者多所論述，實務上亦多有判決，惟立場並非完全一致。關於其最近動態之詳細，可參照詹森林著，「再論『民法第一百十三條與其他規定之競合關係 - 最高法院八十九年台上字第 2102 號判決評釋』」。九十年六月十六日第二次裁判研究會報告。

21 關於公平法第二十一條第四項，其實在行政院送立法院審議(民國七十五年五月二十一日)時之草案，以及由部分立法委員提出之相對案(民國七十九年十一月三十日第一屆第 86 會期，由盧修一等五位民進黨立委所提)，皆未見有所記載或相類之文字，立法院經濟及司法委員會所完成之「審查修正案」，亦未對行政院送審之本條條文有所更動。本草案在提報院會討論時，因委員間對第二十一條有所爭議，經決定保留由各政黨加以協商，不過，在民國八十一年一月十八日第一屆第 86 會期第 51 次會議，協商後之第二十一條，就成為今天公布、施行之本法第二十一條的樣子，至於何以會形成這個樣子。包括其過程、理由皆未見記載。

22 公平法在立法過程中，至審查階段即已在原草案之第一條明白列入「確保消費者權益」。依提議為文字增列之周文勇委員之發言，「公平交易法既然是為保護消費者權益，因此，不妨於條文中明白規定...」。本段文字增列，當時(民國七十六年十月二十九日第 80 會期經濟、司法第三次聯席審查會)，因未有異議而獲通過，該段文字就成為現行法第一條現在的規定。

即使就其事業之內涵分類亦跨及製造（包括生產、設計等）、行銷以及提供服務，而且為使其產品或服務達到「無遠弗屆」、「服務到家」，即使在行銷結構亦是「層層相疊，環環相扣」²³，因此，既使消費者在商品之買受、使用或服務之被加以提供，都是直接的對象，但純就市場生產、行銷組織關係，反而都是「最終消費者」，這種消費者所處的地位，在依公平法主張權利時，特別是請求損害賠償時，究否有其適格，換言消費者之所以受到公平法之保護，究否僅是一個法律上之反射，並非是法律承認消費者確有其權利，而得有所主張。

關於此，純就學理而言，不但就我國公平法而言會有說理上之爭執²⁴，即或在外國立法上亦未有一個定說²⁵。不過，吾人肯定一般消費者得為依公平法請求損害賠償（第三十一條至第三十二條）以及不作為請求權（第三十條）之主體。吾人之所以採此立場，一方面固如前面所曾述及者一般，包括公平法以及消保法皆係屬於實踐消費者權利保護之法典，更何況公平法在立法院審議過程，一而再再而三由立法者強調，消費者權益之保護亦是公平法之直接立法目的，而列為其第一條所加以明文規定者。不過，另外一方面，吾人反而以公平交易之立法目的，從其實質而言，應只在消費者權利之保護而已，至於公平法所規定對反托拉斯行為及不公平競爭行為加以取締、處罰，都只不過公平法以保護消費者權益這個目的，所採取的一個手段而已，而公平法第一條所謂「交易秩序」之維護、「公平競爭」之確保、「經濟之安定與繁榮」，看來也都是本法之立法目的，不過，這些目的皆不是在於給予特定人，反而係在給予僅具抽象存在之國家、社會而已。從這個立場來認識公平交易法的立法目的，並非只在於維護交易秩序、確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，而消費者權益之保護，只不過是這些目的之「反射利益」²⁶，

23 關於現代生產、行銷關係及其結構，可參照拙著「商品製造人侵權行為責任論序說」（為拙著「商品製造人侵權行為責任法之比較研究」【民國八十年五南出版社出版】所收）第 19 至 23 頁說明。

24 參照汪渡村著前揭文（註 19）第 438 至 442 頁說明。

25 關於此，日本學者的見解亦頗不一致，大致有從屬說、結果說、間接目的說以及經濟的從屬關係規律說。關於其詳細除可參照今村成和前揭書（註 14）第 331 至 344 頁說明外，亦可參照汪渡村著前揭文（註 19）第 439 頁。其實，日本對此問題學說趨於分歧，係自其獨占禁止法在一九五三年全面修正，變更其立法目的以後的事，在此之前獨占禁止法主要目的係在於支解舊有日本財閥，以建立市場公平公正之交易秩序，與消費者權利之保護，似乎並不具有直接必然的關係。關於此，尚可參照拙著「日本公平交易法適用排除問題之研究」（「公平交易法第四十六條第一項之探討」研究案報告）第 44 至 45 頁說明。

26 反射利益(droit reglet, Reflexionsrecht)，係指因法令之適用間接反射所生之利益，由於係屬利益故不受法律所保護，亦無由他人所得主張。法院公開審判（法組第八十六條）時，人民得任意

反而應該是消費者權益之保護才是公平法立法之直接、具體之立法目的，維護交易秩序業則反而只是一個與消費者權益之保護相互並存的抽象目的而已。

不過，在現實損害賠償之請求方面，在不公平競爭方面其足以構成違法，主要原因係來自於具體之具可責性的不公平交易行為，因此，在損害與被害人之關係係較為明確以及具體，不論其係為事業、事業以及消費者或甚至於只為消費者。因此，關於請求權人之判斷應屬簡單，不過，在第二章屬於事業者之獨占、寡占、結合以及聯合某行為所生之違反本法之行為，由於係屬基於維持或爭取其商品或服務之市場占有率所以形成，因此，如欲論被害之直接對象則通常應為其他事業以及市場秩序，而消費者固亦應有發生損害之可能，惟終究是屬難予確定之多數，而且在損害上之論斷亦多流於不確定，因此，對於此部份之法律規範，毋寧是取締處罰遠多於損害的填補²⁷。雖然如此，吾人仍將強調在反托拉斯行為方面，消費者並非不具有損害賠償主體之地位，甚至以之為消費者利益只是反射利益之表現，只是由於求償技術上尚有其難點，法律規範改以取締處罰方式予以替代而已。

關於損害賠償的效力，吾人在此尚有一言者是，在不實廣告，不當表示或其他不正當手段

旁聽，以及公園綠地開放市民得自由進入休憩，皆屬於反射利益，故一旦審判不公開或公園關閉，以致無法旁聽或進入休憩，即無由以之為權利受損而請求救濟。成立反射利益者，必須原法令立法目的具體、權利主體明確，而反射出去之利益主體不確定或不特定之情形始該當之，最主要者是該利益應完全係屬法令適用之反射，而非屬於法令適用之結果。故如新藥之輸入、製造、銷售，應得中央衛生主管機關之許可（藥事第三十九條），目的在維護國民健康，但如衛生署怠忽職責未對新藥販售嚴格把關，致人民生命、健康受害，當與藥商對病患成立共同侵權行為之損害賠償責任。關於此可參照亞急性脊椎視神經症日本各級法院之判決（判例時報 879 號 47 頁、899 號 312 頁、以及 910 號 114 至 115 頁），以及前揭拙著（註 23）第 177 至 182 頁，以及所引附註 108、109 之說明。

²⁷ 此可由公平法罰則方面之規定，以及現實判例上之表現而得之。亦即公平法對於事業有違反結合行為，逕於其十三條第二項規定，「中央主管機關得命令解散、停止營業或勒令歇業」，此外，對於事業有違反第十條（禁止獨占）、第十四條（禁止聯合）時，所課予的責任亦遠較於違反不公平競爭行為所課予者為重（第三十五條與第三十六條、三十七條相互比較）。至於在損害賠償方面，依本文所蒐集到之判決，幾無例外地尚僅止於違反公平競爭之行為（例如最高法院九十年台上第 555 號判決、八十九年台上第 709 號判決、八十八年台上第 2655 號判決、八十八年台上第 1888 號判決、八十八年台上第 1723 號判決、八十八年台上第 623 號判決、八十八年台上第 507 號判決、八十八年台上第 255 號判決、八十七年台上第 1717 號判決、八十七年台上第 744 號判決、八十六年台上第 3760 號判決，以及八十六年台上第 1525 號判決，台灣高等法院八十七年上更(一)字第 46 號判決，以及八十六年上字第 1637 號判決等）。

之左右交易行為，公平法所規範者似較消保法所規範者為周延而且具體，亦即依公平法第二十一條以及第二十四條²⁸規定，消費者不但可以依同法第三十條以下有所主張，另外，依公平法第四十一條規定，「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、改正其行為或為採取必要更正之措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下之罰鍰」(以下略)。反之在消保法之領域，廣告不實之部分，除依同法第二十三條第一項規定，尚可有損害賠償責任請求之餘地，否則對於廣告主似只能依民法規定而有所救濟，至於表示不實方面，雖然依同法第五十六條可由主管機關課予少額之罰鍰外，損害賠償責任解釋上似應只能援引契約締結過失之理論等以尋求解決。因此，二者之間在法效力上之差別不能不算很大，其實公平法與消保法在此方面所規範者既屬同一事實，吾人認為二者在法規範圍屬於交錯，自應可容認許被害人選擇法律適用之權利，惟關於其詳細則留待下面再述。

(二) 懲罰性賠償請求權

公平法以及消保法都是參考美國法制的新法典²⁹，因此，兩法皆設有懲罰性賠償責任的規定，不過，兩者規範之內容以及效力出入甚大。在公平法方面，依第三十二條規定，「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償，但不得超過已證明損害之三倍。」(第一項)。「侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額」(第二項)。與之相對的是消保法第五十一條規定，「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害三倍以下之懲罰性賠償金，但因過失所致之損害，得請求一倍以下之懲罰性賠償金」。懲罰性之賠償原為英美法之賠償制度，完全是在對於具有惡意動機(evil motion)或非道德(outrageous)行為所加以懲罰，通常適用於不法行為

²⁸ 公平法第二十二條所規範者，為對於他事業所為之「以競爭為目的而陳述或散布足生他人於損害之不實情事」，其實係屬妨害他人商譽，故其被害人應僅限於具營業目的之事業，與消費者權益之保護無涉，但仍無礙於被害事業依同法第三十條至第三十四條間之規定有所救濟。

²⁹ 公平法方面，行政院於民國七十五年提出於立法院進行審議之「公平交易法草案」中，即明白指出，「爰斟酌我國目前之經濟政策與經濟環境，並參考美國、西德、日本以及韓國等國之立法例...擬定『公平交易法草案』」(參照前揭「公平交易法案」法律案專輯-註1)第3頁記載。至於消保法方面因我國消保法所規範者，甚多在諸外國係屬於單獨立法的法典，因此，在繼受方面並非單一。具體言之，關於商品、服務責任比較接近歐盟指針，而特種買賣則較接近日本法，定型化契約則多與西德一般契約條款法形似，至於消費訴訟更有美國、西德以及瑞典各國法律之精神。關於此可參照前揭拙著(註3)第1至52頁說明。

(torts), 商品責任之中亦被加以適用³⁰。我國現行諸經濟法中, 除公平法及消保法外, 包括證券交易法以及專利法等亦皆有之。

如吾人在上面對於兩法在這方面規定所加以引用者, 消保法關於懲罰性賠償金之規範, 似乎較公平法所規定所規定者來得嚴格深重, 因為前者除過失都應有課予懲罰性賠償金之外³¹, 由於消保法其實包括三、四個獨立單元之法規範, 連其中屬契約責任的定型化契約以及特種買賣, 如依消保法第五十一條規定之解釋, 其實亦皆應有課予懲罰性賠償金之餘地, 這對於消費者權益之保護固然或屬周到、優厚, 但絕對是對我國經濟的發展具負面的影響。不過公平法第三十一條第二項另規定有不同的懲罰性賠償金的計算方式, 亦即侵害人如因侵害行為受有利益時, 被害人可以請求以該利益來計算懲罰性賠償金, 其所以設此規定, 從立法理由觀之, 主要是在於免除因侵害行為致被害人所得之利益大於被害人所受損害之不公平現象³², 因此, 如果依本項規定參照, 第一項所規定之三倍的限度加以計算, 則被害人所得受之懲罰性賠償金額度, 無疑地將遠大於依消保法之規定加以計算之金額, 當然其因而對於事業所帶來的打擊自然也相對加大, 為國家經濟的發展自更添加阻力。

就公平法的立法目的而言, 如吾人在前面所述及者, 固然同時包括消費者權益之保護, 以

30 關於懲罰性賠償金問題, 近年出現頗多論著, 例如陳聰富著「美國懲罰性賠償金的發展趨勢 - 改革運動與實証研究的對待」, 法學叢刊第 43 卷 1 期 (民國八十七年一月)。林德瑞著「論懲罰性賠償金可保性之法律爭議」, 中正大學法律集刊第 2 期 (民國八十八年七月)。以及由陳聰富、陳忠五、許士宦以及沈冠伶等四人分別撰述, 在「美國懲罰性賠償金判決之承認及執行」研討會發表之論文 (載本土法學雜誌, 民國九十年六月九日)。另外, 亦可參照拙著前揭書 (註 3) 第 47 至 49 頁說明。

31 儘管學說上不斷強調基於企業經營者以及消費者雙方利益衡平之考量, 關於過失之概念宜限縮為重大過失, 但實務上仍以抽象輕過失為課以懲罰性賠償金之理由 (最高法院八十六年台上字第 1445 號判決)。不過, 行政院完成之消保法修正案第五十一條卻將之加以刪除, 而消費者文教基金會所提之修正版本則將之改為, 「依本法所提之訴訟, 因經營者之故意或重大過失所致之損害, 消費者得請求三倍以下之懲罰性賠償金」。

32 民國七十五年由行政院向立法院提出之公平交易法案第三十二條第二項之立法理由曰, 「侵害人因侵害行為受有利益, 其利益如超過被害人所受之損額時, 縱賠償被害人所受之損害後, 侵害人仍保有不法所得, 殊屬不當, 故本條第二項參考美國立法例, 視為被害人得請求專依侵害人因侵害行為所受之利益計算其損害額」。本條項規定在立法院審議時, 竟完全未被提出來加以討論, 當然亦不為政黨協商之對象, 其詳細可參照前揭本法法律案專輯 (註 1) 第 329 至 333 頁。

及在於維護交易秩序、確保公平競爭、促進經濟之安定與繁榮，不過，就公平法所規範的內容而言，包括第二章之反托拉斯以及第三章之不公平競爭，其實都是在規範市場交易行為，因此，連帶地損害賠償的主體關係，絕大部分應屬事業與事業之間，則關於懲罰性賠償金之規範主要亦適用於事業與事業間之賠償。儘管如此，消費者權益之保護仍為公平法立法之直接目的之一，因此，如前面所曾述及者，第三十條以下之損害賠償責任之規範，自亦於消費者損害之情形亦有其適用。然則，如吾人在前面針對公平法第三十一條以及消保法第五十一條兩條文之比較，二者關於懲罰性賠償金不但在成立要件上頗有差異，而且在效力上亦大有不同，特別是公平法第三十一條第二項加以計算之懲罰性賠償金額，往往非依消保法第五十一條規定加以計算者所難望其項背的。偏偏包括公平法上以及消保法上之消費者權益之損害竟有其同質性，特別是公平法第三章不公平競爭所規範者。

對於此種公平法以及消保法在這方面之法律交錯，在其法效力之論斷上，似只能任由請求救濟之被害人選擇依其有利之方法去為自己尋求解決自己損害之填補，蓋吾人並不認為公平法以及消保法並非係屬原則與特別，例外與普通等關係方面之法律，而得容由法院逕行依職權解決應適用之法律以論斷其效力的。

二、妨害排除及妨害預防請求權

關於妨害排除請求權以及妨害預防請求權，依個人所知，在我國現有法律體系中，僅在民法中有所規定，其他法似只有公平法第三十條以及消保法第五十三條而已。民法上之妨害排除以及妨害預防請求權的標的，依所規定似應僅於人格權、物權³³以及占有而已，其他包括債權或形成權皆不與焉。就民法第七百六十七條以及第十八條之規定而言，權利人如欲行使妨害排除及妨害預防之請求權，固非必須以訴為之，其應屬於以不作為為目的之債權請求權，故其逕以意思表示向不法加以侵害之人，或有侵害之虞之人加以請求，即足生效力，但請求權人行使請求權仍無法達成目的時，始須向法院以訴為之。不過，關於以訴向法院請求妨害排除以及妨

³³ 此即一般所稱之物上請求權，學說上泛指任何物權人，包括未現實占有標的物之抵押權人亦有之（詳細可參照謝在全著，「民法物權編【上】」民國七十八年十二月初版，第38至39頁）。不過，此說似未為實務所採（最高法院民國五十二年台上字第904號判例參照）。雖然如此，民國八十五年完成之民法物權編修正草案則另設第二項規定，「前項規定於所有權以外之物權，準用之」，此一修正雖符合現在的通說，但仍未將之擴及於有物權化的租賃契約。

害預防，由於人格權侵害具有立即性以及不可回復性，因此，究應如何行使始可達到排除及預防妨害之目的，須應有特別程序不可，然則，對於此，我國民法並未對之設有明文，即或民國七十一年修正時亦未對之有具體明文之規範³⁴，立法上似嫌不足。

不過，與民法不盡相同者，關於妨害排除與妨害預防，公平法及消保法則分設有明文，參酌各法之立法旨趣，其應受保護之權利解釋上應不必僅限於物權以及人格權，而且毋寧解釋上似多不為此兩種權，反而係市場獲益權，更具體言之，由於消保法所規定之內涵，包括商品、服務責任、定型化契約、特種買賣以及公平公正之交易（即廣告及表示責任，第二十二至二十六條），則被保護法益，除人格權、財產權之外，尚包括其他之契約公平、交易之公正等所顯現之利益。而在公平法中因所規範者為反托拉斯以及不公平之交易，則所謂妨害之排除以及預防，自屬於因獨占、寡占、結合以及聯合所倍加侵害之事業之公平競爭、合法交易秩序下之財產利益，以及消費者的財產利益。職是之故，公平法及消保法在妨害排除及妨害預防所應受保護的法益，自與民法第十八條以及第七百六十七條所規定者大有所異。

儘管如此，公平法及消保法所規定之妨害排除及妨害預防請求權，在行使方法上似屬迥異。亦即在消保法方面，由於第五十三條規定，「消費者保護官或消費保護團體，就企業經營者重大違反本法有關保護消費者規定之行為，得向法院訴請停止或禁止。」就法條文義而言，依消保法欲提出妨害排除或妨害預防³⁵之請求，似僅能由消費者保護官以及消費者保護團體，一般消費者似應無此權利，而且在提出不作為訴訟實體構成要件上，尚須以「企業經營者有重大違反本法有關保護消費者規定之行為」³⁶始足該當之³⁷。反之，在公平法之情形，依其第三

³⁴ 關於此，瑞士民法於其第二十八條在一九八三年加以修正時，曾做相當明白而且周延的修正及補充，其增列條文計十二條（28a~28l）。請參照拙著，「人格權概念之形成與發展」，載拙著，「民法第十六條至第二十四條注釋研究」（民國八十六年國科會委託研究）中。

³⁵ 消保法第五十三條在文字上雖未使用「妨害排除及妨害預防」之文字，但參酌消保法施行細則第四十條所使用文字，其所謂「確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞」，亦即在此情形下即有提出不作為訴訟之理由，查其意旨應與妨害排除及妨害預防相同（另亦可參照民法第七百六十七條所規定之文字）。

³⁶ 所謂「違反本法有關保護消費者規定之行為」，其意義消保法施行細則第四十條設有定義性之規定。

³⁷ 吾人以為施行細則本條規定應無意義，蓋所謂「違反本法有關保護消費者規定之行為，確有損害消費者」權益，「或確有損害之虞」，應屬不作為訴訟可否勝訴之問題，而不應是提出不作為訴訟之前提、必備條件問題。

十條法文字，以及第三十三條設有關於消滅時效規定之情形觀之，自應解為任何被害人，包括事業以及消費者皆得以提出之，雖然依公平法第四章所設公平交易委員會，依法得審議有關公平交易之事項，並得對事業違反本法案件加以調查、處分（第二十五條第一項第二、四款），而調查處分之結果，多有勒令停止行為或課予罰鍰。此在實質上，已具有停止侵害行為之作用，但在作用上並不與「除去侵害」完全同其趣旨，何況由公平會所為之審議或處分，終不外行政處分，究竟當否仍須以行政訴訟決之，其與不作為之訴係向法院提起，而為司法（民事）判決之情形自有所不同。

其實，吾人以為，關於妨害排除與妨害預防請求權，在消保法以及公平法係屬交錯之規定，這最重要之理由固然在於公平法以及消保法之立法目的皆在於保護消費者，更何況二者之間所規定者亦多有雷同、重疊，此點已在前面多所述及，茲不另贅。不過，吾人所亟欲加以提及者是，在消保法中，關於不作為訴訟，雖在第五十三條規定，應由消費者保護官或消保團體提出，其目的係指該案件具有對多數消費者發生既判力時之情形³⁸。如果案例係屬消費者僅就自己之權利有受侵害或有受侵害之虞，而提出不作為訴訟，其判決之效力僅及於自己，自應容許由該消費者，而且亦僅該消費者，始得提出之，消保法斷無否定消費者提出妨害排除及妨害預防請求之理，此與消保法雖於第四十九條及第五十條設有由消保團體提出集團訴訟³⁹，但亦不排除由一般消費者提出消費訴訟之情形完全相同。與此相反的，公平法雖於第三十條規定妨害排除請求權以及妨害預防請求權，於第三十一條規定一般損害賠償請求權，但卻完全未設有團體訴訟之規定，這在公平交易法係在規範反托拉斯及不公平競爭，往往有成千成百之受害人之情形，實在是個明顯的法律漏洞。本於此，吾人以為包括消保法所規定之集團訴訟及不作為訴訟皆應於公平法有適用之餘地。

³⁸ 消保法第五十三條之立法理由謂，「消費者保護團體以保護消費者為目的，保護官為推動保護事項之人員，為發揮其功能，應使其得以自己之名義獨立行使不作為訴訟之權」。既然消保團體、消保官不為自己行使權利，而謂其係在為特定消費者而為之，此自訴訟資源分配，以及公權力行使之目的觀之，皆屬於不當而且亦無可能。因此，第五十三條規定，係屬不作為之團體訴訟。

³⁹ 由於我國消保法所採之團體訴訟與一般所譯之團體訴訟(class action)頗有差異，反而與德國的集體訴訟(Verbandsklage)有若干雷同。另外，我國消保法尚於第五十四條規定「團體訴訟當事人之選定」，制度上頗為特殊，故為區別起見，特將消保法第四十九條至第五十條之訴訟稱之為集團訴訟，詳請參照前揭拙著（註3）第39至47頁說明。

由於妨害排除請求及妨害預防請求權，公平法及消保法所各規定者皆有其適用，則關於權利之行使以及時效方面之規定，即應各自相互有其延用之餘地，至於被害人欲行使妨害排除請求權及妨害預防請求權，因目的只在於排除及預防損害，而不是在課予加害人一定之賠償責任，故與物上請求權及人格上之妨害排除及妨害預防請求權相同，不以加害人有故意、過失為其行使權利之必要條件，此或許亦為諸國立法例所從同⁴⁰。

參、不實廣告及表示之責任

在公平法關於不公平競爭之法律規範上，第十八條至第二十條為價格決定之自由、違反限制競爭或妨礙公平競爭、混淆商品、商標等客觀外在之行為規範，而第二十三條以下又屬於獨特之多層次傳銷行為。此等法規範儘管法文中有些用語在概念界定上有時仍然不易，例如第十九條第四款之「不為價格之競爭」、第二十條第二款及第三款之「為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆」等是。不過，由於規範之標的、對象尚屬明確，故適用上並非困難。另外，第二十二條所規定者，概念上雖或有可能與第十九條至第二十條所規定者重疊，不過，從二十二條之文字觀之，應可知悉其主要之目的係在於禁止損害他人營業信譽。第十九條及第二十條之行為，在結果上有時亦會害及他人營業，但既已在第十九條至第二十條另設明文，則第二十二條所規定者，自然要排除第十九條至第二十條所規定者。

不過，與此相反的是公平法第二十一條及第二十四條之關係。第二十一條所規定之被害人與第二十四條所規定者，應該都包括一般消費者（不限於特定，即使不特定之多數亦該當之，另外亦不必以直接受害者為限，間接受害者亦然）以及事業，不過在致生責任之原因事實上，第二十一條則以「不實或引人錯誤之廣告或表示、表徵」，而第二十四條所規定者為「其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。就本法規範不公平競爭之原因事實而言，所謂「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」，應屬極其抽象而且廣泛之概念，如未有第二十一條及第二十二條之另有規定，其實第二十一條及第二十二條所規定之原因事實行為皆應可以為第二十四條所規定者加以涵蓋，因此，應該說第二十四條所規定者為抽象之不公平競爭行為，而第二十一條及第二十二條所規定者，則屬於業以具體化並被加以限定的不公平競爭行為，是

⁴⁰ 參照日本「獨占禁止法」(註17)第七條以及「不正競爭防止法」第三條規定，以及田倉整、元木伸合編「實務相談．不正競爭防止法」(一九八九年商事法務研究會出版)第362頁以下。

以，僅於不該當為第二十一條、第二十二條所規定之情形，始有適用第二十四條規定論斷其效力之餘地⁴¹。

消保法之立法目的係直接在於保護消費者之權益（第一條），交易秩序之維護、公平競爭之確保，以及經濟安定與繁榮之促進，則並非該法之直接立法目的，因此，自不能也不必要有類似公平法第十八條至第二十四條一類之規定，對於企業經營者給予特定之保護，不過卻仍於其第二十二條至第二十四條中，設有基於保護消費者權益，但與公平法第二十一條，特別是消保法第二十三條第一項與公平法第四項有幾乎雷同之規定⁴²，這又是公平與消保二法規範相互交錯的具體表現，究竟對於二者在這方面應如何適用、解釋，自有探討之必要。

關於公平與消保兩法在不實廣告及表示規定交錯所生之關係，自來說法不一，有以之係屬請求權之競合者⁴³，但公平會之立場則以之係二者各自有不同之法律背景，故應分別情況而有所適用⁴⁴。不過，對於此，吾人的看法是，誠然兩法在所欲規範之事實上都是屬於針對不實之表示、表徵乃至於廣告所生之法律效力，不過，如果再就二者之立法精神以及內容來加以分析，除了消保法第二十三條第一項規定確實與公平法第二十一條第四項下段規定呈現重疊（法規競合），而容由當事人間或法院自由選定應依何規定以論斷其效力外⁴⁵，消保法第二十二條至第二

⁴¹ 學者劉孔中認為，「公平法第二十一條與第二十四條二者間之關係既非請求權競合，亦非特別法優於普通法之法律競合關係，而是公平法第二十四條為上位抽象規定，可用來『網補該法第十八條至第二十三條之漏洞』（複引號為著者所引），而後者為前者之具體案例」，引自劉孔中著，「論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告」（載公平交易季刊第8卷第2期89/4第5至6頁）。

⁴² 消保法第二十三條第一項所規定者，為公平法第二十一條第四項下段之部分，但消保法所規定者為，「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害，與企業經營者負連帶責任」。其與公平法規定具有影響的差別，在於消保法規定為「廣告內容與事實不符」，而公平法所規定者為「有引人錯誤之虞」。

⁴³ 參照尤英夫著，「廣告法之理論與實務」（2000年增訂版，著者自刊）第284至286頁。

⁴⁴ 公平會在民國八十三年五月曾公布「公平法與消保法分工、處理原則」，其中關於廣告責任部分表示，「在不實廣告和定型化契約方面，今後公平會將會著重處理與公平利益、競爭秩序有關之案件，至於個別消費者的權益，由消保法保護」。參照民國八十三年六月一日經濟日報揭載。

⁴⁵ 在實務上之表現，類似違反公平法第二十一條第四項下段以及消保法第二十三條第一項之法律適用，最高法院歷來立場不一，其以二法皆有適用者，例如民國八十七年台上字第1691號判決，其以二者可選擇其一而加以適用者（包括法律事實發生時，因消保法尚未公布、施行，故只能適用公平法者），例如民國八十八年台上字第3018號判決，以及民國八十七年台上字第130號判決等是。

十四條所規範者，毋寧係在於規範法律行為之效力⁴⁶。反之，公平交易法由於如前面所述，其立法之目的，同時在於維持交易秩序、確保公平競爭、促進經濟之安定與繁榮，以及消費者權益之保護，因此，法律之規範多具強制、取締作用。故如事業有違反公平法第二十一條規定，並因而有致事業或消費者於損害，不論被害人是特定或不定之多數，造成損害之原因係屬直接或間接皆應有損害賠償請求權發生之餘地，如同時亦因適用消保法而生契約上之損害賠償之責任時，自應有成立損害賠償請求權競合之餘地。

或謂公平法第二十一條會與消保法發生損害賠償請求權競合者，應僅止於與消保法第二十三條第一項之情形而已，其他皆不與焉。其實對於此，吾人的看法是，公平法第二十一條第一項所規定者，其法文雖然甚長，但其意義應只在於「事業不得於其商品或服務為不實或引人錯誤之廣告⁴⁷、表示或表徵」⁴⁸而已，因為同條第一項所謂「或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、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」，皆屬於例示性之文字，全部皆可為「標示」或「表示」一語所涵蓋。因此，公平法第二十一條第一項以及第三項之全文，即與消保法第二十二條及第

⁴⁶ 關於消保法第二十四條規定之性質，究竟是單純為行政法上面之規範，或同時亦屬於民事權利義務之法規範，從整個消保法的立法論觀之，似難有個明確之論斷，因為消保法第二十四條第一項明文規定，企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之表示，而商品標示法等皆屬行政法，而且企業經營者如違反本條規定，對商品或服務未加以標示或表示有錯誤、不足或故為虛偽之表示者，或逕依商品標示法或其他法令，甚或依消保法第五十六條規定課予一定數目之行政罰鍰，因此認定包括第二十四條、第二十六條規定，屬行政規範應無疑義。不過，由消保法第二章所規範者為「消費者權益」，所謂權益在通常所稱係指私法上權益，何況第二章所列各節亦皆在規範私法權利義務，因此，稱第二十四條之規定更具有私權益法規範之色彩，方屬適當。

⁴⁷ 究竟「虛偽不實」及「引人錯誤」二者之間是否得為各自獨立之概念而分別論斷其不同之意義，學者意見不一；有以為二者包括欺罔，皆屬於相互可以替代之概念，甚至於二者可為屬於欺罔這個概念之下的不法表示方法。參照劉孔中前揭論文（註41）第6至7頁說明。

⁴⁸ 公平法第二十一條第一項將虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，分別為三種方式規定之，其一為在商品上，其二為在廣告上，其三則為或以其他公眾得知之方法而為之。顯然，在公平法上並無所謂之不實廣告這個概念，反而只有在廣告上為不實之表示或表徵而已，否則如有所謂「不實廣告」，則將第二十一條將廣告與商品並列，亦應有所謂「不實商品」，然何謂「不實商品」顯無法被加以認識。不過，一般所謂不實廣告或不實表示，係指以不實之方式加以廣告及表示。廣告者，係指對一般不特定公眾之表示（參照消保法施行細則第二十三條），而表示則指對商品或服務本身之法效表示。惟不論是廣告或表示，皆應以公開方式為之。

二十四條兩條之法文同其趣旨⁴⁹。另外，有加以探討必要者是公平法第二十一條第二項關於，「事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入」，此一規定亦於消保法會有相同之結論，亦即消保法關於「企業經營者」，在概念上本就包括經銷商（第二條第二款），而經銷商在內涵上當然包括公平法第二十一條第二項所列舉者。只是公平法本條項規定之內容係在於禁止事業對於有不實或引人錯誤表示之商品⁵⁰加以販賣、運送、輸出或輸入而已，其與消保法第二十二條及第二十四條規定企業經營者，不得為不實之廣告或表示，否則其因而形成之法律行為，即有生被詐欺而得撤銷或債務不履行效果⁵¹者，自有所不同⁵²。

所成問題的是公平法第二十一條第四項上段所規定，「廣告代理業在明知或可得而知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶賠償責任」。本段文字並不為消保法所規定，但並不代表其情形即不在消費者與企業經營者之法律行為中間發生，不過，即使係屬於在消費者與企業經營者中間發生，例如明知瘦身美容藥品不具有任何效果，但事業（意即廣告主）仍要求廣告業者（即本條所指廣告代理業）⁵³代為製作廣告，並四處寄送、傳布，或將之刊載於新聞或於大眾媒體予以播出，使消費者聽信並加以購買、服用，但無任何療效甚或發生身體、健康上之損害時，自亦應有本條第二十一條第四項上段及下段之該當。斯時，由於消保法無類似公平法第二十一條第四項上段之規定，自只有逕自引用公平法本項上段之規定論斷其效力，事實上由於此時消費者，本身與廣告代理業者並無契約關係存在，本質上當亦只能適用公平法本項上段之規定以論斷其效力，若消保法再另設條文規定，反類似公平法本項下段與消

49 何以謂公平法第二十一條第三項之規定亦可為消保法第二十二條及第二十四條規定所吸收，因為在消保法規定內其法律規範之標的，皆涵蓋商品及服務，此既使在法條中未明列服務之情形（例如第十八條至第二十條），在解釋上亦均同時包括適用於服務（參照前揭拙著 - 註 3 - 第 319 至 321 頁說明）。因此，消保法第二十二條及第二十四條雖未明白規範如公平法第二十一條第三項之文字，解釋上仍具相同之結論的。

50 事業如不在其商品有不實或引人錯誤之表示，而係有以廣告或其他以公眾得知之方法為不實或引人錯誤之表示時，在參酌同條第一項之規定的情況下，是否意指無礙事業加以販賣、運送、輸出或輸入。顯見本條第一項規定之文字表達有其疑義。

51 台灣高等法院民國八十六年上字第 1314 號判決，及八十五年上字第 174 號判決參照。

52 不過，此處有一問題是，如果事業已就其商品以廣告或其他方法為不實或引人錯誤之表示時，經銷業不論是有無過失而加以販賣、輸出入時，於被害人（包括事業及消費者）是否生連帶損害賠償責任？

53 參照尤英夫著前揭書（註 43）第 56 頁，尤氏言，「從很久以來廣告公司就做報紙的媒體代理人，並收取其所支付之傭金，因此廣告公司被稱之為廣告代理業(advertising agency)」。

保法第二十三條第一項規定，形成法律競合，徒在法律適用與解釋上發生困擾。

肆、結論

儘管公平交易法，如其法律之名稱一樣係屬於以追求市場公平交易為目的的法典，而且現實上法典內所規範之內容亦多屬於關於獨占、寡占、結合、聯合以及不公平競爭之管制及取締處罰乃至其法效力之論斷，其與消費者保護法所規範者逕屬於消費者權益直接之保護者截然不同。不過，公平交易法的立法目的最終仍在保護消費者之權益，對於反托拉斯行為以及不公平競爭行為加以管制、取締、處罰至論斷其法律效力，充其量只是達到保護消費者權益此一最終目的的一個手段與方法而已，因此，若就此一個立場而言，包括公平交易法以及消費者保護法，應可稱之為廣義的消費者權益的保護法⁵⁴。正由於消保法與公平法有其「立法上的共同目的性」，因此，甚多地方的法條規範，其實係有其相互交錯的地方，本文所提出加以分析、探討之各點，包括損害賠償、妨害排除、懲罰性賠償以及不實廣告與表示之責任，甚至於包括團體訴訟等皆是具體之代表。

公平法及消保法既有「立法上之共同目的性」存在，則在兩法之中同時出現交錯之法律規定，其實應該是屬於「立法上的浪費」，此種現象，就結果而言在消極方面固可以說多餘的條文係屬於贅文，但就其積極面言，有時適足在法律的適用與解釋上發生困擾，不過，儘管如此，公平法及消保法仍在消費者權益保護這一個目的之達成，在方法上以及手段上有其明顯的不同，因此，兩法之間其實除了應有其各自完全不同分野之規範，例如公平法中間反托拉斯行為、不公平競爭行為，尤其是第十八條至二十條以及第二十二條至第二十三條四者外，其相互有交錯的規定，其實亦應有各法所獨自存在之立法本旨。針對後者，亦即屬有交錯之各該條文，其實若逕行以之為「立法之浪費」而論斷為法條之競合，或更斥諸為贅文者，究否屬於適當，自有待再予斟酌，毋寧以為在此時，更宜認為應仔細探討各法條之基礎立法精神之所在，而朝其更為切合立法目的之解釋與適用。

另外，對於具有「立法上之共同目的性」的數法典之間，其非具有交錯之各法獨自之規定，

⁵⁴ 此所以比利時之消費者保護(Consumer protection Act 1991)亦於其第七章，將「違反公平業務之行為(Acts Contrary to Fair Practice)」納而規範之理由。此亦為德國之團體訴訟亦同時運用於「不正競爭防止法」、「營業競爭限制法」以及「一般契約條款法」之理由。此又是瑞典之消費監察官(Consumer Ombudsman)亦同時行使其權利於市場交易之理由。

固然應首先去考慮其各自存在的立法理由與實際之意義，而容認該法律各自存在的價值，不過，既然數法之間係屬具「立法上之共同目的性」，則在不違背各法各自存在之條文的既有意義與價值，但又可以達成該「立法上之共同目的」的前提下，吾人以為，諸法間各自存在的法規範，自可作為他未有類似規定之法點之準用或類推。就公平法及消保法兩法為例，團體訴訟、不作為訴訟僅在消保法設有明文，但並未在公平法中有所規定，但公平法之最終立法目的既亦在於消費者權益之保護，特別是反托拉斯行為或不公平競爭行為所遭受損害的事業或消費者，毋寧係以多數為常態。因此，依吾人上面之所述在公平法的領域，自亦有準用或類推解釋於公平法之團體訴訟或不作為訴訟，蓋唯有如此，方可期法規範目的之實現。

最後有一言者是，如前面所提者，政府再造與重組恐怕是我國未來必須貫徹、執行的一項政策，儘管在執行、推廣過程仍將阻力重重，不過，將公平會及消保會合而一，除了是過去以來一直被人加以提及的老話題，而且迄至最近，似亦未見出現明顯的反對聲音，因此，除非出現重大的轉折因素，否則，二會合一恐將是必走的一條路⁵⁵。然而儘管二會可能合一，但二法卻難予完全合併，公平法以及消保法仍將有其各自繼續存在而且發生規範的空間與地位，不過，由於二會合一，將在兩法目的的實現上，更具助力以及作用，至少將來消費者保護官或消費者保護團體，在依照公平法之規定下，亦可發動團體訴訟或不作為訴訟，則兩法相互交錯之法規範部分，在法適用及解釋上更趨於適當、完美，這也將是吾人所加以期待的。

⁵⁵ 不過，公平會及消保會的合併應不是單純只是行政權力的運用而已，換言之並非單純只是中央權力機關發動政府再造，修改行政院組織法而完成立法程序即當然就發生部會合併或重組的結果。至少類似消保會這個機關由於係根據消保法之規定（第四十條第一項）加以組織成立的機關。因此，將來既使完成行政院組織法，但未對消保法、公平法為相對配合、修正，即對兩會加以合併，仍應不能謂合法進行政府之再造吧！

評論

李委員伸一（監察院）

主持人、林教授、本論文發表人朱教授、趙前主委、廖院長、各位先進，大家好。

今天非常高興來參與這個研討會。事實上，我跟朱教授曾在消基會共事很久。由於曾多次共同討論相關問題，所以我們之間共識性很強，基本上很同意朱教授的一些觀點，在此只做幾點補充。

第一點，是有關消保法與公平法立法的分分合合的情況，民國七十二年三月，內政部已草擬出消費者保護法三十條條文。是屬於基本法的性質，草擬完後，內政部就送到行政院，結果消費者保護法草案擱置在行政院，而在民國七十四年經濟部完成草擬公平交易法，並提送行政院。同年十月行政院將兩草案發交經建會，要求經建會研究公平交易法與消費者保護法合併立法的可行性。到民國七十五年間，經建會研究的結果，再斟酌各界的意見，認為公平法單獨立法較好，遂決定將兩法再行分開。關於消費者保護法的部分，就改以消費者保護方案替代。消費者文教基金會認為消費者保護方案沒有辦法達到保護消費者的目的，所以邀請廖義男教授領軍，成立一個起草小組，我們自己草擬消費者保護法草案，經過六十七位立法委員連署，並送立法院審議，經立法院於民國八十三年一月十四日通過，而公平交易法是在八十年二月四日通過，一年後施行。

基本上，公平交易法主要在規範有關競爭的自由跟競爭的公平，其最終目的還是在保護消費者，所以公平交易法對消費者的保護，我個人也認為，並不是法律上的反射利益，主要是為了維護交易秩序及市場競爭的自由，而達到保護消費者利益的目的。而消費者保護法立法的直接目的，是為了保護消費者，所以兩法可說都是廣義的消費者保護法。

既然兩法都是為了保護消費者的利益，但由於立法的時間以及提出的單位不同，因此其中所規定的，當然內容有所重疊或是重複，甚至交錯的地方在所難免，對公平交易法跟消費者保護法，個人認為並不是法條競合的關係，不是特別法與普通法的關係，兩法間具有互補性以及選擇性的作用。在互補關係方面，譬如說，在公平交易法裏，並沒有集團訴訟這個制度，也就是說，並沒有辦法利用消費者保護團體來提出訴訟，所以關於公平交易法對消費者權益的保

障，就可以利用消費者保護法的團體訴訟方式來進行。

第二，依消費者保護法之規定，提出不作為訴訟時，只限於消保官、消費者保護團體。但是對個別的消費者保護的話，則可以使用公平交易法第三十條有關妨害排除請求權跟損害預防請求權的規定，來提出權益的保護。

第三互補性的規定，關於公平交易法第二十一條第四項，對媒體及廣告代理業的連帶賠償責任部分。在消費者保護法，只規定媒體，並未規定廣告代理業者，但事實上，消費者常因為廣告代理業者不當的設計等等而受到損害，因此，對此部分，消費者應可利用公平交易法相關規定爭取權益的保障。

至於兩法間的選擇關係的情況有，對於懲罰性的損害賠償，以及對媒體責任的部分，在媒體明知或可得而知，而刊登引人錯誤的廣告的情況，兩法都有規定，可以由消費者自行選擇。另外，對於一般性的損害之賠償請求權，兩法也都有相關的規定。

第四點，是有關於懲罰性的損害賠償，剛剛朱教授提到，這是英美法的先進立法例。但事實上當初在與廖教授等學者專家，考慮到我國的消費者保護法以及公平交易法要將懲罰性賠償的規定，納入法條的時候，也有考慮到當時的國內社會現象。

記得在草擬相關法規時，正值葛樂禮颱風侵襲台灣，結果有一家汽車公司出產的車子泡過水，有一位消費者向此汽車公司銷售人員購買一部車。買了以後，發現車子裡面有一些沙粒，且好像有水漬的痕跡。他覺得奇怪，想要退貨，但公司不讓他退貨，後來向消基會申訴，消基會請台大機械系教授檢查後發現，確實是泡水車，因此就建議這位消費者，再去要求退貨，如果不退貨，就請銷售人員出具證明書，證明車子沒有泡過水。結果這個消費者依照消基會的建議，再去找這個銷售人員，但銷售人員還是不讓他退貨。於是他就要求銷售人員寫了未泡水的證明書。經消基會瞭解此公司明知自己出售泡水車有問題，還欺騙消費者，顯然是不可原諒的行為，因此就公布此事，同時告知消費者，如果發現所購車子有泡水的懷疑，消基會可幫忙鑑定。結果開來一百多部車，其中將近七十部是泡過水的。所以經過與此公司集體交涉的結果，此公司願意退貨還錢或更換新車。但是，消基會認為不能這樣就算了事，所以要求必須賠償每部車三十萬元的賠償金給購車者，最後汽車公司答應了。後來我們就把這個觀念再參酌國外立法例，而訂定懲罰性損害賠償的法條，在此做個補充報告。

最近陳總統成立的政府改造委員會，倡議消保會與公平會合併，目前反對的聲音不太多，我個人覺得，在目前雖有消保法這麼好的法規，但是若無法落實執行，兩者合一是一個很可行的方向。將來如何靈活運用這兩個具有互補性以及選擇性的法規來保護消費者，更是將來我們所期待的。謝謝。