

壹、前言

公平交易法第一條明定「維護交易秩序與消費者利益」為該法所擬實現的二項立法目的。其實嚴格從學理上來看，二者分屬不同的政府管制政策。前者強調市場競爭環境的不受干擾，讓廠商均能在個別的企業才能上從事有效率的競爭，概念上屬於「競爭」(competition)或「反托拉斯」(antitrust)政策；反之，後者著重在消費者損害的事後彌補與事前預防，本質上較偏向「消費者保護」(consumer protection)政策。立法者將二者列入同一部法典中，想必是相信彼此必能收相輔相成之效。此一立法確信當然有其合理的理論基礎--當利用競爭政策的執行有效限制了獨占者的不當訂價，或瓦解了競爭者間的價格聯合行為時，消費者因此免受高價剝削的利益顯而易見。但二項政策產生潛在衝突的情形也不在少數。舉例言之，要求需取得證照，始能從事某些專門職業的規定，其出發點固在保障消費者利益，但從市場競爭的角度來看，其將增加潛在競爭者進入市場的成本，形成法定之市場參進障礙，因而降低市場競爭人數與競爭

強度亦屬明顯。相關主管機關將如何調合類此衝突? 實為一大考驗。

貳、競爭政策與消費者保護政策間之互動關係

由本計劃之研究發現，競爭與消費者保護政策在相關案例之執法過程中，似乎呈現了相當涇渭分別的執法思維，尤其是在消費者保護政策部分，不論是美國或我國，就行為的「市場效果」部分，均很少論及。在美國法部分，由於 FTC 在執行競爭與消費者保護政策時所依據者乃不同的法律，前者主要為克雷頓法，而後者則是 FTC Act，因此，對於二項政策的潛在衝突，或許可以在不同法律追求不同立法目的的理由下來加以緩和；¹但在我國，除了公平法「兼容並蓄」的將二項政策融於一爐外，另制定有消費者保護法並以消保會為主管機關，使得單一案件可能因涉及消保法與公平法皆可用以規範的消費者保護議題，而出現管轄競合與執法認定衝突問題。此項問題並不會因消保法第 1 條第 2 項之規定：「有關消費者之保

¹事實上，美國 FTC 在面對可能產生妨害市場競爭的消費者保護立法時，其基本立場仍是以競爭之維護為主。對此，可參考美國 FTC 於 2002 年 10 月針對網路反競爭行為所召開之研討會發言內容。
<<http://www.ftc.gov/opp/e-commerce/anticompetitive/index.htm>>.

護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。」而獲得解決，因為多數案件的爭議點可能均集中在消保法究竟規定了沒有！即使可以確定適用公平法，但由於公平法第 1 條所列之立法目的並無優先順序，要求公平會面面俱到的在競爭與消費者保護政策間取得平衡點，恐非易事。

本計劃認為，即使必須將消費者保護政策列入公平法中，相關條文的解釋，也應從「競爭」的角度出發，探討被指為侵害消費者權益之行為，對市場競爭究會產生何種負面的經濟效果，如此始能將法律適用的衝突降至最低，讓競爭與消費者保護二項政策能充分發揮其相輔相成的功能。以圖 1 為例，假設在一個充分競爭的市場下，市場的均衡價格與產出分別為圖 1 中之 P^* 與 Q^* 。當市場競爭秩序受到不當的扭曲，如市場結構因競爭廠商的結合而漸趨集中，或因競爭者彼此間進行價格聯合或集體杯葛行為，阻礙他事業加入市場競爭等，市場可能出現的負面經濟效果乃廠商的供給價格上升，連帶的使市場供給線 S 往左上方上移至 S_1 。再從需求面來看，以最常為引發消費者權益爭議的網路詐欺和不實廣告為例，消費

者於接收不實或欺罔的訊息後，將過度膨脹其對拍賣產品或服務的保留價格，使需求線 D 往右上方上移至 D_1 。市場最終之產出將減少至 Q_i ，價格上升至 P_i 。

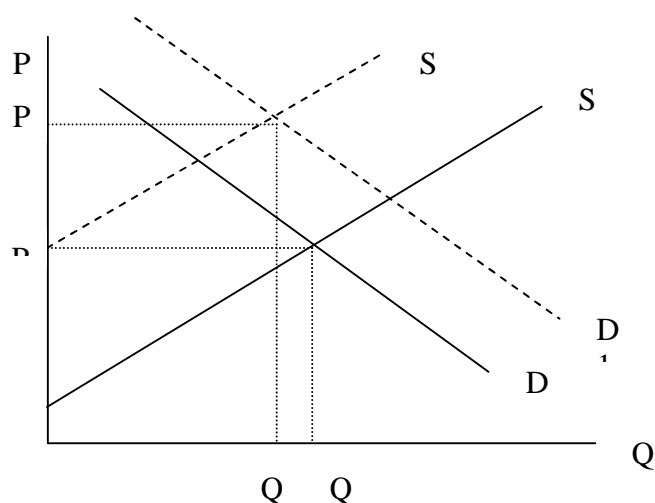


圖 1

從圖形直覺可看出，單一政策的執行，不論是競爭或消費者保護政策，均可能無法將市場的價格與產出回復到最適的水平。競爭政策維護了原先的市場交易秩序，使得市場的供給線又回復至 S ，但若消費者仍受限於不實資訊，其仍需支付非競爭價格，即使市場的產出可能會增加，但此乃市場資訊不對等下的無效率擴張。反之，單有消費者保護政策解決資訊不對等的問題，但若受到人為扭曲的市場競爭未獲得

改善，則即使市場需求線回到 D，不但市場價格仍是非競爭價格，最終產出也低於最適水平 Q*!

將市場的價格與產出回復至 P*與 Q*的水平，固然是最理想的境界，但此一期待與國家競爭主管機關的介入干預，不具有絕對的因果關係，若存有執法成本較低的品復手段時，仍應優先考慮用。歸納而言，市場自我調整機制、私人訴訟救濟、與公部門執法，乃三項可用以尋求競爭與消費者保護政策間均衡的可能機制，² 其個別的功能和可能的不足之處，分述如下。

一、市場自我調整機制

就競爭政策而言，當市場競爭強度受到不當競爭行為的威脅時，若市場本身能有效的進行自我調整與自律的功能，則問題自可迎刃而解。具體而言，即使市場有競爭者意圖進行聯合勾結的行為，只要成員間之市占率不大、彼此的生產成本與產品特質差異性高、或缺乏監督勾結協議與制裁違約的可信機制時，其所形成的卡特爾(cartel)本身的穩定性不高，隨時都可能因為成員

彼此間出於追求自利的爾虞我詐行為，而自行瓦解。再者，只要市場參進障礙不高，潛在競爭的壓力將制衡獨占者以濫用獨占地位的方式，透過不當的價格或非價格策略，遂行其獲取超額利潤或排除競爭的目的。市場機制的運作，對實現消費者保護政策而言，仍具有類似的功能，但卻往往為政策執行者有意或無意的忽略。在一個競爭市場中，散佈欺罔與不實訊息的廠商自然會受到消費者的制裁。即使消費者未能在選購之初正確判斷廠商所提供之產品或服務品質資訊是否屬實，但散佈不實資訊的廠商仍需慮及受騙消費者間“口耳相傳”對其品牌形象與市場商譽所產生的負面效果。再者，實施欺罔行為廠商的競爭者，也可利用提供正確資訊的方式作為其競爭手段來加以反制，進一步吸引消費者的青睞，增加自己的交易機會。在預見未來可能承擔的經濟損失後，廠商散佈不實訊息的誘因也將受到抑制。

當然，市場自律有其極限。當成員彼此在產品或生產成本具有高同質性，且又透過得以讓成員掌握彼此價格或產出資訊等便利機制 (facilitating mechanisms) 來達到監督是否有違反聯合協議行為出現時，我

² See Timothy J. Muris, *The Federal Trade Commission and the Future Development of U.S. Consumer Protection Policy* 4 (Law and Economic Working Paper Series, George Mason University, School of Law; http://ssrn.com/abstract_id=545182)

們將較難期待卡特爾會自行瓦解。同樣的，當特定市場出現高固定成本或網路效果(network effect)等產業特色而延緩了市場參進的速度時，潛在競爭對獨占者濫用市場地位所可能產生的預期制衡效果將大打折扣。影響所及，競爭者提供正確資訊以確保消費者利益不受傷害的可能性也將大幅降低。另外，從消費者的角度來看，假使產品或服務的品質難以被正確的評估，則即使有競爭者提供所謂的正確資訊，消費者也有可能陷入不知何者所言為真的窘境；而一旦廠商並無於市場中長期經營的打算，消費者的拒絕交易，對制裁散佈不實資訊廠商而言功能有限。

二、私人訴訟救濟

在競爭法或反托拉斯法出現之前，人類社會早已存在不利於市場交易秩序的行爲，而彼時的解決之道，仍是以傳統私法(如契約法、財產法、或侵權行爲法)或刑法中的相關原則為依據。以反托拉斯法成文立法的濫觴--美國 19 世紀末的修曼法(Sherman Act)為例，主要係以普通法(common law)中禁止“妨礙市場”(interference with markets)、契約法中關於“限制交易”(restraint of trade)、刑法中關於“共

謀”(conspiracy)限制交易等規定，以及普通法下的“獨占”概念等作為其立法的主要基礎。³至於消費者因受廠商所散佈的不實資訊的詐欺，而作了錯誤的消費決定，甚至於因此而受有財產上或身體上的損害時，更是傳統私法範疇中的規範重點，透過賦與消費者得撤銷或解除契約以及請求損害賠償等規定，私法救濟間接也促成了消費者保護政策的落實。除傳統私法外，現代社會經濟法規，例如我國的公平法、消保法、以及智慧財產權法等，均有提供受害人提出私人損害賠償訴訟之相關規定。

然而，私人訴訟救濟方式在實現競爭與消費者保護政策上亦有力有未逮之處，最明顯的有二點。其一，不當或不公平競爭行爲對市場競爭秩序所造成的傷害，與個別競爭者因此所受的損失，二者在程度上可能不盡相同；而一旦訴訟成本高於個別損失時，即使私人訴訟救濟同時具有回復市場競爭秩序的功能，具請求資格的當事人可能也不具有提起訴訟的誘因。以經濟學用語來說，私人訴訟救濟程序所潛在具有的正面外部效果，會在當事

³ See KEITH HYLTON, ANTITRUST LAW: ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION 31-37, (2003).

人對訴訟的「成本-效益」評估，以及想利用由其他受害者提起訴訟，自己享受訴訟利益的「搭便車」考量下而無法實現。在涉及消費者權益爭議部分，由於相對於廠商，個別消費者通常處於訴訟上的弱勢，再加上如果受害者散居各地，彼此欠缺互通信息的管道時，上述“囚犯的二難”(prisoner's dilemma)困境可能更為明顯。其二，私人訴訟救濟的主要目的，在於「補償」(compensate)當事人因不當競爭或違反保護消費者利益行為所生之損害。但只要被告從違法行為所獲得的利益高於該賠償成本，私人訴訟救濟並無法有效「嚇阻」(deter)其再從事反競爭或散佈不實資訊的行為。

三、公部門執法

針對市場與私人訴訟救濟手段之不足，公部門執法為第三種可行的規範手段。論者一般認為，由國家主導實現競爭與消費者保護政策，可避免市場或私法救濟手段中可能會出現的誘因衝突問題，而專業的主管機關對於相關問題的分析與評估能力也要優於法院；此外，公部門執法所可採行預防式的規範手段，預先擬就當事人所應遵守的交易規

則，以防患不當競爭與有害消費者權益行為出現於未然。⁴

此一對由公部門同時實現競爭與消費者保護政策的樂觀期待，需建立在政府於執法過程中必定是中立而主管機關也無利害衝突的問題。更重要的是，司其職者需有能力掌握市場在不受限制競爭行為影響的情形下，市場的價格與產出水平為何，以及其所擬採行的規範手段的實效性，否則一旦出現執法錯誤的情形，其對社會所生的成本不見得會低於市場自我調整功能失靈或私人訴訟無法竟其功時的成本。

參、競爭政策於實現消費者保護之功能與界限

由本計劃之研究可知，不論是競爭或消保政策，學理上均有三種可能的實現手段可資運用。應採何者，取決於何者的執行成本較低。就利用公平法實現競爭與消保政策而言，本文淺見認為，公平會應建立起以競爭政策為依歸之執法思維。以下僅就競爭政策實現公平法下消費者保護目的之功能以及「界限」外消保爭議如何解決等二個面相，申述其理由。

一、競爭政策實現公平法下消

⁴ Muris, *supra* note 36.

費者保護目的之功能

公部門執法背後必須有相當程度「公共利益」的考量，始能提供動用國家行政資源解決發生於市場經濟制度下私人商業交易糾紛的法律正當性。就競爭政策而言，這也正是各國競爭主管機關與法院所不斷強調的，反托拉斯法的目的在保護“競爭”(competition)而非“競爭者”(competitors)，因為後者的具體商業損失並非公共利益。因此，即便市場出現傷害特定競爭對手商業利益的競爭行為，只要不涉及整體市場競爭強度的降低，競爭主管機關介入的必要性相對也較低。而為求公平法解釋與執法的一致性，並能與消保法有所區隔，有必要將此一執法前題貫穿至公平法具消費者保護色彩的條文，如第 21 條與第 24 條中。換言之，公平法下的消費者保護政策，其關切的層面應著重在相關市場中事業之欺罔或散佈不實資訊行為對競爭所產生的限制，是否已達到剝奪了消費者原本所可享受的交易選擇自由的程度，而非消費者是否已因特定競爭行為而受有具體與實質的損害。

除實現法律一致性的功能外，以競爭政策為執法依歸的另一項優點在於可緩和公平會於執行消保政策

時所可能產生的錯誤成本。特別是消保議題，每每涉及消費者主觀偏好(preference)的評估，例如消費者是否真的因欺罔或不實廣告所誤導，抑或廠商的不實陳述對消費者的消費選擇而言不具有相關性，故非必需揭露的重要事項等，皆非如競爭政策有較為客觀的評估指標，如市占率、成本、或市場價格等可資參考，其出現執法錯誤的機率相對也較高。假設公平會對於市場是否競爭能正確掌握，但對於不實資訊是否為對交易重要者有產生錯誤的可能。當不以競爭政策為依據，而由公平會直接就資訊的本質及其與消費決定的關聯性來判斷時，執法過程中可能出現的錯誤類型有“誤重要資訊為不重要”，以及“誤不重要資訊為重要”二大類，假設其出現的機率各為二分之一。當公平會只針對非競爭市場中的消保議題進行調查與處分，則出現執法錯誤的類型將會比較傾向於競爭市場“誤重要資訊為不重要”而不執法的情形。不過，既然市場處於競爭狀態，此一錯誤成本可透過廠商競相提供正確的資訊來加以吸收甚至於消弭於無形，其總錯誤成本也相對較低。

最後，以「競爭」作為公平會執行具消保色彩條文之界限，也可建立正確的「消費者主權」觀念。或許是法律名稱「公平」二字對社會大眾產生了誤導作用，向公平會提出檢舉的案件中，有不少本質上只是單純的民事契約糾紛，但當事人誤以為只要是交易過程中出現「不公平」時，即屬公平會可以介入調查的案件。主管機關若能明白宣示「競爭」界限外的消保議題非公平法所可管轄者，也可促使消費者進一步思考，所謂的「消費者主權」，除了權利面的消費者「當家作主」的意涵外，也應包括選擇結果的承擔及權利保護之利益與主張成本原則上應「內部化」(internalize)的思維，特別是當市場機制或私人訴訟是較佳的解決手段時，更是如此。當然，這一切立論的基礎，仍建立在一個消費者有充分交易選擇自由的市場環境的前題上，而競爭政策正是這項前題最重要的把關者。

二、詐欺、不實資訊、及「界限」外行為之規範手段

就消費者保護問題，公平法第 21、22、與 24 條將會是最常被引用的條文。至於在美國法，則當然是

以 FTC Act 第 5 條的規定為主。公平法第 21、22、與 24 條之構成要件探討，國內學界論述者頗多，不再贅述。絕大多數學者均認為在適用這些條文時，與市場結構相關的「競爭」門檻不須太高，甚至於可以不用考慮，只需涉案行為足以造成消費者損害即可。此與本文所主張者不同，而以「競爭」為依歸之消保政策，其功能也已於本節第一小節中說明。在此，僅再提出二點補充說明。

其一、從美國聯邦最高法院對 FTC Act 第 5 條的解釋態度，不少人認為，FTC 對於何謂“不公平”競爭的手段，有相當大的執法空間，只要是聯邦交易委員會基於特定公共政策之需要，即可將行為列入不公平之列，所謂的「競爭」門檻並不具有重要性。但實情可能並非如此。在 *FTC v. James Thompson & Susan B. Gernek* 一案的起訴書中，FTC 特別提到了被告的行為並無促進競爭與提升消費者利益的功能，消費者也無法合理避免損害的發生；實質上，這是 FTC Act 第 5(n)條對於 FTC 認定行為是否“不公平”的舉證責任要求。依條文規定，除非對消費者產生實質損害的行為，消費者無法合理地預防且無法藉由任何

提升消費者或競爭的利益來抵銷，否則行為不構成不公平。固然，該條後段也提及了得考慮其他的公共政策，但明白限制其他的公共政策不得作為決定行為公平性的主要基礎。就拍賣網站上之詐欺行為而言，消費者有無取得正確資訊管道以免受騙，與資訊於市場中是否充分流通有關；行為是否有正面提升競爭與消費者利益功能，更與市場結構如何有關。凡此種種，均與「競爭」的分析為其起點。美國法的規定，可供我國參考並思考本文主張的合理性。

其二、在本文所主張的以「競爭」為依歸來實現公平法消保證策的論點下，必然會產生一些看似相當「不公平」的「界限」外案件。例如，也許有論者會為，即使市場是處於競爭狀態，但事業的詐欺或散佈不實資訊行為，仍有可能會造成「為數眾多」的消費者受到損害，公平會怎可置之不理？對此，筆者的初步想法是，受害消費者人數是否「眾多」，損害程度是否已達到足以在「公共利益」的理由下，發動公部門執法，均與「相關市場」範圍的大小彼此互為因果。當利用各國所普遍採行的「需求交叉彈性」來度量相關市場的結果，其所彰顯

者，乃消費者替代選擇的產品或地理區域範圍。如果界定後的市場是競爭(包括資訊提供的競爭)的，也即任何一個市場參與廠商，均無左右市場價格的能力，消費者也因市場競爭者眾，而不必受限於特定交易對象時，難以想像在這麼一個相關市場中的特定廠商，其所為的詐欺行為，對與其交易的消費者會造成足以影響市場秩序與廣大消費者受害的公益問題，除非有聯合協議存在，不過，那又是競爭政策的問題。反之，果真特定廠商的欺罔行為足以造成實質與廣大的消費者權益與市場秩序問題，其原因往往出在於市場結構無法提供消費者足夠的替代選擇而迫使其必須受制於和欺罔廠商間之交易關係，反應在市場界定上者，乃反托拉斯法下的「相關市場」範圍將因此而縮小而趨向於是「不競爭」的市場，競爭主管機關此時也就更有可能跨越「競爭」門檻進入干預。

最後要強調者，乃「界限」外案件的消費者，並非全然不受保護。在一個競爭市場中，消費者於交易前本即有較多的管道可以預防受騙，市場的自議調整機制可發揮一定的功能。另外，誠如本文以上所言，由於不實資訊是否具有引人錯

誤，或對交易是否重要，涉及高度主觀的消費者偏好問題，因此若能透過執法機制的選擇，讓消費者主動揭露真實資訊對其交易決定之重要性與相關性，要比藉由案件類型化來幫消費者決定何者為交易重要資訊來得精確與有效率。就這點而言，私人訴訟救濟優於公部門執法。主要理由為，公部門執法，無法正確反應不實資訊對消費者的傷害成本與真實資訊對其的利益，人人皆可在交易結果不如預期時，事後投機地主張相對人所未揭露的任何資訊對其交易決定很重要而要求公平會調查。但若由私人訴訟，由於起訴與舉證的成本由消費者負擔，價格機制將迫使消費者必須忠實反應足以影響其交易決定的資訊。至於私人訴訟中所涉及的「起訴誘因」與無法嚇阻問題，可以透過類似「集體訴訟」或加倍損害賠償制度來加以解決。⁵

「競爭政策」實現公平法中消費者保護目的之可行性，並思索「市場自我調整機制」及「私人訴訟救濟」在此一討論過程中可扮演何種角色。本文認為，未來消費者保護的議題上，公平會仍應公平法以市場競爭為依歸的精神，如此方能在維持法律一致性、避免公部門執法錯誤、以及促進消費者主權與責任意識的建間，取得最適的平衡。

肆、結論

本計劃以競爭議題為中心，從比較法與競爭法學理觀點，剖析利用

⁵ 請參考陳志民著，「嚇阻」概念下之反托拉斯法私人訴訟—「最適損害賠償」理論之政策啟示，人文及社會科學集刊，第十四卷第一期，頁 55-109 (2002 年 3 月)。