

競爭政策通訊

Competition Policy Newsletter

行政院公平交易委員會
競爭政策資料及研究中心
發行人：黃宗樂
總編輯：辛志中
執行編輯：蔡惠琦
Competition Policy Information
and Research Center, Fair Trade
Commission, Taiwan (ROC)

第9卷第3期
Issue 3, Volume 9

局版北市誌第1363號

中華民國94年5月31日
May 31, 2005

本期要目：

一、專題報導

◆專題演講摘要..... 1

二、消息報導..... 21

◆黃主任委員宗樂率團參加「競爭政策高峰會議」成果豐碩..... 21

◆各國競爭政策動態..... 23

◆公平會處理重要案例..... 25

三、會務活動..... 29

四、國際交流..... 29

五、重要公告..... 30

◆專題演講預告..... 30

一、專題報導

◆專題演講摘要

□法律的經濟分析：我美麗的正義女神是不是憂鬱的經濟學家？

講座：陳副教授志民（淡江大學公共行政學系）

時間：94年1月18日

場次：9401-157



各位女士、先生、各位先進，大家好。今天很高興能有機會，在這裡向大家談這個對我來說很有挑戰性的題目。以目前學術界的發展來說，法律經濟分析這個領域幾乎是由經濟學家所主導，因此，由法律人的觀點來談這個題目，有比較高的風險，但我

盡力而為。今天的演講內容，主要是介紹法律經濟分析的基本概念、觀點、和運用情形。第一部分談發展，第二部分我試著將法律經濟分析的一些原則，運用到具體案例裡，說明它可以如何被運用到法學的詮釋當中，以及這個詮釋結果與傳統法學間的差異。

一、源起與演進

曾有人問耶魯大學法學院院長 Anthony T. Kronman說，你對法律經濟分析有什麼看法時，他說：「這是美國單一最具影響力的法學思潮。」假如講這句話的人是美國法學界的「神奇小子」(wonder kid) Richard Posner，那應該不會有人會感到意外，因為Posner本身即是美國法律經濟分析的開路先鋒。但是講這句話的人是Kronman，他本身對法律經濟分析的價值，基本上是持保留態度的，這樣的一句話出自於他口中，顯然法律經濟分析對法學的影響，不容忽視。而從我個人的求學經驗來看，在美國的法學院不管是哪方面或層級的法律課程，基本上只要教授不談到法律經濟分析，該課程總會令人有不完整的感覺。今天在法學界之所以興起所謂經濟分析的觀念，其實有其哲學的基礎，以下我整理出幾個重要的哲學家，他們所

提出的哲學論述，直接或間接地影響到後續法律經濟分析的發展。

(一)Cesare Beccaria

第一個要介紹的是Cesare Beccaria，他是18世紀的義大利哲學家。依照Beccaria的概念，社會上某一個行為受到懲罰，是因為它對社會造成了「淨損害」，即某一行為對社會創造了利益但同時也帶來成本，兩者互相抵銷的結果若是出現了淨損害，那這種行為就應該要懲罰，反之則不懲罰。所以，Beccaria認為法律機制的設計不應只著眼於單一具體法律事件的公平或不公平，而是行為對整個社會帶來「淨」的影響為何？這是在他早期的一本著作《On Crime and Punishment》中所提出的觀點，對後來法律經濟分析的出現，有相當大的啟發。

(二)David Hume

David Hume是實證主義(positivism)的代表性人物，展現法律領域中者，乃Hume對所謂「正義」的看法。在他的觀念裡，正義並不是用公共利益去思考的客體，而是人類基於自利所形成的一種公約，所以他講了一句有名的話：「正義，是人類契約的結果。」就是透過契約來創造出雙方都能接

受的社會機制的安排，進而形成人對正義的看法，這和我們傳統法律用比較道德的公平、不公平來看待法律規定或判決，有很大的差異。

從Hume的觀點可引申出法律具有「偏好形塑」(preference-shaping)的功能。作為社會的一項控制機制，法律直接或間接地引導人們思考是非對錯的概念，再透過自利締約的方式，形成對正義的普遍看法，這是一個動態而非靜態的過程。Hume的看法對法律經濟分析的影響在於其中一項重要的概念—「法律制度的設計，到底會對行為人產生怎樣的誘因？」一個設計不良的法律，會引誘人想辦法規避它，這即是法律「偏好形塑」或「誘因形塑」的功能。

(三)John Locke

John Locke對法律經濟分析的影響，主要是其所提出的「禁止浪費」原則。Locke認為上帝賦予人類很多的資源，透過自己的努力、加工，進而創造出更多的資源，這些投入所創造的財富，法律要加以保護才符合道德的要求。故反面引申而論，財產權一旦界定以後，權利人卻不去使用它，這就違反了「上帝的美意」；如果有這種情形，法律應當要去禁止這種「浪

費」。

當然，「禁止浪費」原則是從道德的角度出發，如果拿到經濟學裡，其實就是在凸顯「配置效率」(allocative efficiency)的重要性。一種財產歸屬給你，但是你對它賦予的保留價格很低，也許社會就要重新考慮，是不是要把它歸給賦予它比較高價的一方。民法中的「時效取得」的制度，或是著作權法中的「合理使用」原則，皆可從Locke的此一思維架構中了解其存在的必要性。

(四)Adam Smith

經濟學之父Adam Smith，其對整個經濟學領域貢獻眾所週知，其實在他的著作裡，也常提到經濟對法律制度的影響。簡單舉一個例子，Smith認為市場有一隻看不見的手，透過市場的供給與需求的力量，社會資源的配置自然會達到最適的境界。政府只有在市場出現「失靈」的時候，方有必要介入干預，法律是干預的可能手段之一。在「論法理學」(Lecture on Jurisprudence)一書中，Smith即以「婚姻」制度為例說明何以法律需對婚姻為積極的規範。簡單來說，對婚姻行為若皆採自由放任的態度，馬英九就很容易取得台灣地區

「婚姻市場」的優勢地位，降低市場競爭的強度與效率；而透過要求馬先生不論再怎麼帥，也只能有一個合法配偶的規定，法律或可避免出現市場獨占的失靈現象。

二、邊沁 (Jeremy Bentham) 之影響

哲學上，邊沁是功利主義的代表性人物。而如同功利主義 (utilitarianism) 所強調，法律制度也應該為「社會最大多數的人創造最大多數幸福。」因此，在考慮一個犯罪行為要不要處罰時，法律要衡量犯罪對社會整體的成本和效益。在邊沁的書裡，他使用了「pain」與「pleasure」這二個字眼，用以描述支配人類行為的兩股力量。換成經濟學用語，「pain」就是「成本」，「pleasure」就是「利益」，一個犯罪行為到底要不要處罰，就是看它對社會造成的「pain」是否大於「pleasure」，這是功利主義對法律制度設計的出發點。如果「pleasure」大於「pain」，社會會因該行為而出現淨利益，所以法律不應制裁它。值得一提的是，邊沁的概念還包含了對行為人「pleasure」的考量；換言之，即行為人從該行為中所創造的所有可能利得，也應列入在抵銷的過程中，而不是僅僅計算被害人有多

多少損害或社會應該付出多少成本。

另外，邊沁認為法律要達到的目的是嚇阻 (deter) 再犯，不過不能過度嚇阻，而必須考量整個社會資源配置的問題。當然我們可以傾國家之力遏止某個犯罪行為，但邊沁認為這是划不來的，所以國家要追求的是最適 (optimal) 的制裁量，亦即在投入資源嚇阻時，必須注意是否投資過多資源在不值得投資的嚇阻客體上。從這樣的觀點衍生出相關的法律設計原則，例如「制裁設計」原則；在制裁之時必須能夠誘導當事人作出對社會危害最小的行為，要以最低的成本去執行有效的法律制裁，所以又衍生出「自由刑及財產刑的比較」原則。理論上從邊沁的角度來看，財產刑可能優於自由刑，因為自由刑的成本較高。把一個犯罪人關起來要花納稅人的錢養他，而財產刑是由犯罪人的財產來承擔的，所以從最低執法成本、嚇阻及最適制裁量的角度來看，我大概歸納出幾個邊沁對法律執行的觀點，而邊沁的理論深深的影響 Gary Becker 的看法，稍後會向各位介紹。

三、閱讀上帝的心靈 – Is Law An Ass ?

接下來要介紹的是美國興起法律經濟分析思潮的原因。在我提供給各位的講義資料裏，有一份 James Trefil 所寫的一本書《Reading The Mind of God》，我把它翻作《閱讀上帝的心靈》。這本科普書中一開始就介紹什麼是科學？我覺得他的說明可用以描述法律經濟分析的興起源由。

次標題 Is Law an Ass? 這是在準備演講過程中，翻到過去自己蒐集的一份《經濟學人》1998年的一篇專題報導，談的就是法律經濟分析。從這個聳動的標題可以感受到報導對法律抱持著比較消極的態度，而這也是為何經濟學家試著要讓法律變聰明的動機。我想這整個基礎是對於法律有興趣的經濟學家來說，法律是相當「不科學」的學問，經濟分析就是要讓法學的研究儘可能走向科學化。我想在座各位若受過法律訓練，回想以前學法律的解釋時，老師會介紹很多法律解釋的方法，如文義解釋、論理解釋、其中又分擴張、限縮、目的、歷史、比較法…等等；但是當你問：在什麼情形下要適用哪一種解釋方法時，老師通常會告訴你要依「個案事實具體合理」判斷之。再看法學論文，或許不少人都知

道，法學論文大多是資料的彙整、或是比較法的論述、權威學者看法的整理和呈現。對於這樣一個只是把很多資料彙整成一篇「什麼都談」的文章，但對特定法律現象往往欠缺深度解釋的學問，對愈來愈來強調實證與科學性分析的經濟學者而言，當然會有難以理解的地方。我把這樣的學術研究過程稱作是一種「理性訴諸權威」的過程；但著名的經濟學家寇斯（Ronald H. Coase）可沒這麼客氣，他說：「科學可以是物理學也可以是集郵；法學通常屬於後者。」我想整個經濟學界，就是基於引進科學分析手段的想法，才要把經濟分析的方法引介到法律裡。

科學涉及到「假設」與「模型」建立的問題，在 Trefil 的文章裡就花了一些篇幅向大家介紹怎麼做模型。事實上，法律人最批評經濟分析的一點，可能就是假設的部分。經濟學的文章都是短短的，用模型來論述相關的觀點；法律的文章會希望無所不包以免掛一漏萬，法律學者會認為建立在模型假設之上的經濟分析，不能解釋全貌而對之持保留態度的地方，他們會認為怎麼可以用這麼狹隘的觀點來解釋法律！在 Trefil 的文章裡，有談到這

個問題。他以觀察與解釋地心引力對球從斜坡滾落下來速度的影響為例，說明我們需先假設這是一個平滑的斜坡。當然現實生活中沒有平滑無摩擦力的斜坡，但是為了讓分析更清楚，必須要排除干擾因素的存在，所以假設斜坡是平滑的，然後計算球從頂端滑下來需要多少時間，等到發現基本的結論後再放寬假設，如進一步假設斜坡長草，去看速度會慢多少，一步一步向外延伸，Trefil認為科學的分析態度理應如此。如果無所不包，是無法解釋任何東西的。我個人認為雖然法律無法全然是科學，但這樣的研究態度很值得唸法律的人仔細品味。另外，科學也應具有Carl Popper所稱的有被「反證」(disprove)的可能性。在法律上，這當然很難辦得到。傳統的法學訓練很難讓法律人有能力具體檢驗某項法律結論實踐後的結果(consequences)為何。經濟分析有相當大的部分即在提供一些可供驗證的準則，讓法律學者瞭解原本被認為是相當公正的法律，但結果可能並不如預期。

最後，科學必須符合「可預測性」。萬有引力的發現使我們可以預測一個多重的東西從多高的地方掉落地面所需的時間；即使到月

球，我只要知道月球的萬有引力是地球的六分之一，同樣的推算過程一樣適用。科學家比較自豪的是他們有所謂放諸四海皆準的準則，那法律有嗎？有所謂的可預測性嗎？我們常聽到法律人說，殺人就是處死刑，或是幾年的徒刑，法條規定得很明確，所以你不能去殺人，這也是可以預測的；這當然是某一種形式的可預測性，但法條文字縱使看似明確，法律永遠都會涉及到詮釋的問題，案子發生後，法官總是要針對具體個案去發現某一法條的意義為何，法律適用結果因個人見解產生歧異，不僅不令人驚訝，事實上也可能是法律不可避免的常態。我最近看到一則涉及通姦的新聞，通姦是一個可訴請離婚的犯罪行為，這個新聞是太太去抓姦，但先生是和一名男性進行婚外性行為，但法院認為所謂姦字是異性間的性行為，所以同性不構成通姦。但我想這和一般的預測有所出入，如果通姦罪的設計是為了婚姻的純潔性，則對象是男是女不應有所差別。但這涉及到法官對條文文字的詮釋，我們很難可以用純科學的可預測性來要求法律。

四、法律經濟分析於美國法上的發展歷史

接下來我很簡要的對美國法律經濟分析的發展作一介紹，我把它分成兩個期間：

(一)奠基期（1958～1973年）

1958年美國芝加哥大學法學院出版了到現在為止可能都是最重要與具有指標性意義的期刊－《Journal of Law and Economics》。

1960年寇斯在上述期刊發表了他得到諾貝爾經濟學獎的論文「The Problem of Social Cost」，引發經濟學界相當大的討論。當芝加哥大學在決定是否要刊登這篇文章時，特地把寇斯從水牛城請到芝加哥，和在場的十幾位經濟學家展開世紀大辯論，其中包含後來得到諾貝爾經濟學獎的三位經濟學者；寇斯辯護他的論點從第一天早上到隔天早上，從一開始所有的學者都持保留見解，到後來全被他說服，轉而支持他的論點。這篇論文於1961年出版，對法律經濟分析產生重大的影響。

1961年Calbresi發表了「Some Thoughts on Risk Distribution and The Law of Torts」一文，他是耶魯大學的教授、美國巡迴法院的法官，這是從法律經濟分析的觀點談法律上風險分擔與法律制度設計的問題。

1968年，Gary Becker發表「Crime and Punishment: An Economic Approach」一文（罪與懲罰，附標題為經濟分析），Becker重新提倡邊沁對於法律嚇阻功能的觀點，這篇文章對刑法影響深遠。

1971、1972年Calbresi出版《The Costs of Accident: A Legal and Economic Analysis》一書，以及「Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral」一文，這篇文章就是學者後來常談到的財產法則、補償法則及不可轉讓法則。

1973年的Richard Posner出版《Economic Analysis of Law》一書，到現在已經出版到第八版，可能是所有談經濟分析的著作中包含最多法律議題的重要著作。

(二)成長繁榮期（1973年迄今）

在此階段，有別於傳統而較為動態的經濟分析理論，開始進入法律的領域。第一個是「賽局理論」（Game Theory），在反托拉斯法及公平交易法，特別是聯合行為（Cartel）的違法性判斷。最近中油與台塑的聯合行為案，公平會的處分理由也和這個理論有關，所謂暗默勾結，透過所謂的facilitating

mechanisms散佈相關訊息給對手，來達到壟斷的目的。

第二個是「暗示理論」(Signaling Theory)，這是廣義賽局理論下的一個次理論，藉由行為來暗示對手，告訴他我未來的動向，要求他來配合我。除了反托拉斯法外，最近也被運用在婚姻法，婚姻本身有強烈的暗示效果，它的制度設計可以影響到暗示效果的強或弱。對此等一下會在後面向大家報告。

第三個是「行為經濟學」(Behavioral Economics)，它是研究非理性的行為，假設人是自私自利的理性，為什麼社會上還會常見利他行為，例如父母為救孩子不惜犧牲生命？這會不會挑戰到經濟學最核心的價值？這個領域的經濟學家透過實驗，來看人是否真正理性、利他或利己。這是一個新興的經濟學領域，在法律經濟分析通常被用來研究程序法，但礙於時間無法詳述。

五、法律經濟分析於法學中的軌跡

在瞭解法律經濟分析的歷程之後，接下來再跟大家報告法律經濟分析在法學中的軌跡。剛剛提到，應該是在1960年代後，法律經濟分析才成為一受人重視的正式學問。

然而在英美法的判決和法學思潮裡，其實早就有法律經濟分析的概念在裡面，這些「法學中的軌跡」也許不集中、零散，但確實是很多英美法法官思考判決的方法，是相當「經濟」的。

第一個軌跡應屬美國法學界對世界法學研究最有貢獻的「法現實主義」(legal realism)，何謂法現實主義？簡單的說是一種非法學的法學研究方法，即以系統外的方式來分析、詮釋、研究法律，包含經濟分析、政治學、文學、社會學等等，這是美國法律界相當不同於其他國家，特別是大陸法系國家之處。通稱social jurisprudence，用以區別歐陸的analytical jurisprudence。這裡我簡單舉兩位具代表性的美國法官，其中一位是Holmes，他是20世紀美國最偉大的法律學者。在他的鉅著《The Path of Law》中，他說了這樣一句話：「The man of the future would be the man of statistics and the master of economics」(未來是屬於懂統計學與經濟學的人)；反推回來，法律是屬於現在的人，雖然法律沒有提供工具預測及分析未來，但是它是要解決現在的問題，這句話多少代表對經濟學與統計學這兩

種學問的推崇，而且也鼓勵法律人，你若期待你的判決可長可久，瞭解這些相關領域是必要的。第二位是Brandeis，他在《The Living Law》這本書內說過：「A lawyer who has not studied economics and sociology is very apt to become a public enemy」（沒學過經濟學和社會學的法律人，很難不成為社會的公敵）。當然從這兩句話，我們可以了解二位法官對跨領域整合研究的用心，當然也可以了解法律不完全仰賴系統內的解釋和分析方法，有必要借助其它學問的重要性。

第二個法學中的軌跡，就是「法實用主義」（Legal Pragmatism），其中最具有代表性的人就是Richard Posner。實用主義者，如William James和John Dewey，認為知識並無一成不變的內涵與定義，而是取決於知識的用途為何。像我們怎麼去定義椅子，從實用主義的觀點來看，如果椅子是用來休息或坐的，那我們可將其定義為人類支撐重量的器具；但如果是要來墊高或修理燈泡的，那比較好的定義應是提高人類高度的器具，所以依目的的不同，所下的定義也不同。Posner據此歸納出法實用主義

三項主要特色：

- (一)法律應是forward-looking的。我們如果強調實用與目的，就不用強調過去、歷史的文獻及資料的重要性，重要的是未來；從Posner歸納出的這個特色，你就可以注意到這與法律有很大差別，法律要仰賴判例，尤其是不成文法的國家，判例是主要法源，那怎麼可能不去看過去呢？遑論法律中有所謂的「判例應遵守」（stare decisis）原則，過去的判決原則整理歸納後，對於現在的案例本應有拘束力，這和forward-looking有相當大的出入，但和經濟分析強調法律的可預性，則是有相當程度的契合。
- (二)法律的適用與分析應是empirical and consequential（實證與目的）導向的。所以法律訂得好不好、判決判得妥不妥當，應從實證的角度加以檢視社會會因此產生什麼結果？法律經濟分析中法規與判決對當事人後續行為誘因改變程度的研究，可視為此一特色的展現。
- (三)法律應是skeptical and anti-dogma—懷疑論和反教條。懷疑論認為沒有亙古不變的東西，更別說是權威的判例了。從forward-looking來看，只要不是社會所需的，你就該推翻它，這就是反教條，跟一開始

我談到的「法律作為理性的訴諸權威的過程」有很大的衝突。

六、法律經濟分析之前提假設

第一個典型的經濟分析假設是人都是自利的，不會作對自己不利的行為。雖然實驗經濟學家和行為經濟學家開始注意到人有時也會利他，但「人是自利的」這個假設，仍是法律經濟分析中的一項重要前提假設。

第二個是利益極大化。人既然是自利的，必然會追求利益極大化的過程，當然也有學者在質疑。

第三個是效率作為立法和執法的目標。效率就是經濟分析的指標，法律訂得好不好、解釋得對不對、判決判得妥不妥當，其對社會的效率提升的程度如何？往往是經濟學家評價的主要標準。

七、法律經濟分析的幾項基本「定理」

接下來介紹法律經濟分析的幾項基本定理，定理兩字使用引號是因為提出這些理論的經濟學家和法學家，不見得把它當作定理；通常是後來的學者，因為不斷地運用它們來分析相關的法律問題，而逐漸以「定理」稱之。法律經濟分析的定理不少，在此無法逐一詳述，僅介紹幾個我個人認為影響較為深遠者。其中，探討社會成本問題而衍

生出來著名的「寇斯定理」(Coase Theorem)更是不可不知。記得在1991年寇斯確定得到諾貝爾獎時，中國時報即以「一個願打一個願挨的『骯髒買賣』」這個副標題來介紹寇斯其人與其事，我覺得很傳神。那寇斯定理是什麼？就是當交易成本為零時，無論權利如何分配，都不會改變資源最有效率的配置，我們可以把它簡稱為「無涉定理」(Indifference Theorem)。政府用法律來歸屬財產權，不會影響到這個資源最後落入到最有效率使用的人手裡；而當交易成本很高時，必須把財產權歸給最能有效降低成本的人，只要其中一方對權利賦予的價值高於另一方，就會出現誘因讓其買回權利。

舉一個例子，石門水庫淤積，因為上游的泥沙沖刷到水庫，有人主張政府應該花錢購買上游種植果樹的土地，但經濟部都沒有動作，原因是因為這需要20幾億的經費，短期內無法完成，但附近有許多包括廣達在內的高科技廠商工廠，停電一天對他們而言將造成近300億元新台幣的損失，業者就表示政府如果不買，那我們來買；這就凸顯出寇斯定理的一個重要原則，今天縱使上游種植經濟作物土地的價

值很高，我還是有意願將他取得，而賦予它保留價值最高的一方，通常也是能最有效率去運用此資源的一方，所以財產通常最後會歸給最能有效率運用的一方。

除了剛剛大家比較熟悉的觀點外，1960年寇斯的「社會成本問題」一文還有一個很重要的原則：即所有的社會問題，都有「雙面性」。文章主要是針對傳統福利經濟學家皮古（Pigou）所主張的污染者付費問題，即誰創造外部效果，那個人就要把外部效果內部化的觀點所提出的質疑。「社會成本問題」一文承認外部效果當然存在，但是要負責將外部效果內部化的，不一定是創造外部效果的人，而是要看誰能用最低成本將外部效果內部化。

舉一個例子，1990年代初我在美國唸書時，加州州長在競選的政見提出，加州的空氣污染非常嚴重，因此要嚴格地提高排放廢氣的污染稅，競選人講了一句話：所有的加州州民不應該忍受一早起床開窗就聞到惡臭的虐待，加州州民有享受晨間清新空氣的權利才對。看了這個報導後，經濟分析的教授就問我們，如過你是寇斯該如何運用寇斯定理去反駁？從社會問題皆有其雙面性的角度來看，也許解決問

題的最好與最有效率的方式，就是不要打開窗戶，而非提高污染稅，重點在於何種方式會讓社會付出最低的成本。

寇斯定理引起法學界很大的迴響。首先，1972年Calbresi發表一篇文章，其是後來常談到的「財產法則」、「補償法則」及「不可轉讓法則」，這代表了法學界對寇斯定理的呼應。也是從交易成本出發，Calbresi歸納法律的「責任」類型，不外乎三大類。第一個是所謂的財產法則—在未取得權利人同意之前，若任意的侵犯他人的權利，你就得坐牢！財產法則是法律的基本原則，Calbresi認為財產法則主要應運用在交易成本低的行為類型裡，因為交易成本低，法律只有把財貨的「初始權利」（initial endowment）確定了，當事人一樣有意願透過協商來達到轉換財產權的目的，而實現有效率的配置結果。

但是人世間的各種糾紛通常具有高交易成本的特色，甚至有些根本無法透過協商來解決。最典型的就是意外事故的侵權行為。我們很難想像可以事先跟被害人約定，等一下我想在下一個路口用90km/h的速度撞斷你一條腿，我願意賠償

80萬給你，而被害人也同意的「殘酷買賣」會是社會中意外事故侵權行為之常態類型。既是「意外」，其代表的即是潛在被害人的高度不確定性和加害人需承擔相當高的搜尋成本，始有完成協商與締約的可能，而這個成本可能高到讓當事人根本無從協商起甚或不值得協商，所以法律上採取「補償法則」，讓未取得被害人同意侵權的加害人，得先違反對方的權利後，事後再以金錢補償之。

第三個是「禁止轉讓」法則，Calbresi認為在絕大多數國家的法律中，均有不少權益與財產是立法者基於分配正義的考量，完全禁止當事人協商轉讓，所以也許交易成本不高，但法律就是禁止。

其次，第二個值得介紹的定理是「韓德法則」(Hand Formula)。韓德被美國法學界封為美國永遠的第十位大法官，因為他沒有當過聯邦最高法院的大法官，但是他對美國法學的影響卻可能要比許多大法官都來得深遠。與法律的經濟分析最有關聯者，當屬1947年其在United States v. Carroll Towing Co.一案中所建立的 $B < P \times L$ 的責任判斷法則。傳統法律判斷責任成立與否的標準，以主觀上有無故意過

失等為前題，但這很困難，因為沒有人能跑到另一個人的腦子裡去看事發當時，行為人真正的心智狀態為何？所以出現錯誤的機率相當高。在這樣的考慮下，韓德認為一個人要不要負責，端視三個變數： $B = \text{Burden}$ (預防的成本)， $P = \text{Probability}$ (事故發生的機率)， $L = \text{Loss}$ (事故的損害有多大)；假設 $B < P \times L$ ，行為人就必須負責，因為社會會因為他的預防行為，而創造出正的利益，即投入一點預防成本(B)將可以預防更大的社會損失($P \times L$)，所以社會應該要求他去預防，因為這是有效率的。反之，則行為人不需負責。

最後值得介紹的定理即是Gary Becker教授的「嚇阻」和「發現機率」的理論。Becker是邊沁理論的復興者，認為僅以被害人的損害來作為行為人的處罰標準，恐怕會出現嚇阻不足。問題在於人世間的犯罪被發現的機率通常不是100%，所以犯罪機率和制裁機率如果小於100%的話，行為人所感受(perceived)到的實際制裁強度必然低於制裁的形式上強度，而出現嚇阻不足。有效嚇阻的方式可寫成：

有效嚇阻 = (實質傷害) × (1/發

現機率)

舉個簡單的例子來講，我故意打破A一個價值100元的花瓶，假設A因此損失100元（不考慮精神上的損害），而我從打破A花瓶的事件中可以得到等同100元的利益（例如實現了報復的目的）。法律該如何處罰我才能有效嚇阻我或社會上其他人不從事這樣的行為呢？單就民事損害賠償責任來講，100元的損害賠償可能是不足的，因為我被發現的機率可能只有四分之一，所以在這樣的假設下我應該要被處罰400元，法律藉此把我不法行為的利益剝奪掉，才有可能嚇阻我再犯，罰我100元我還有賺（ $100元 \times 1/4 = 25元$ ，實質上只有罰我25元）。Becker的「倒數原則」或許可以用來解釋消費者保護法和公平交易法的三倍賠償規定，因為廠商的行為或許不是那麼容易被發現，所以懲罰的金額還要加乘，方能有效嚇阻。

八、具體運用

接下來，我把先前所談到的觀念與原則具體的運用到相關的法律中。因為時間關係，我只能簡單介紹幾個傳統法律中較少被探討到的問題向和各位報告。

(一)財產法

為什麼要界定財產權？法律人在讀民法時，一開始就會讀到民法的三大原則，其中有所謂的「所有權應保護」原則，這和洛克的思潮有關係，一個人花心血所創造的東西，法律當然要保護才公平。而從經濟分析的角度來看，你不去保護的話就會發生公有物的悲劇（the tragedy of commons），即每個人都會去用但不會考量使用對他人所可能產生的成本。當初哈丁（Hardin）在提出公有物悲劇時，是就生育與人口問題來考量，亦即個人在考慮是否生育的時候，最可能考量是自己；例如因此可以得到多少快樂、要付出多少代價等，大概很少人會想到衣索比亞的難民會不會因此而沒有飯吃。同理，海洋資源是公有的，漁夫捕魚時，當然會儘可能多撈一點，不會考量到未來漁獲量減少對其他同業的影響。你的行為產生一些外部效果給其他人，但你不會去愛惜公有物，而導致資源的耗竭。不過，如果財產權界定可解決與預防公有物悲劇的發生，何以社會上還是有很多公有物存在？

這一點法律和經濟有不同的看法。法律認為某些財產是全人類共有的資源，沒有人可以獨占，但從經濟學的角度來看，這可能是因為

保護財產權的交易成本太高所致。舉個簡單的例子，微積分何以不受著作權保護？法律說因為著作權保障概念表達（expression）的形式，但不保障概念本身。從經濟分析的觀點來看，假設這受到保護，那將來使用微積分的人每微一次分都要收一次授權費，那數學家寫一篇文章就要付很多成本，所以微積分維持公有的狀態，可促進文化的進步並帶動社會整體福利效果的提升。語言也不受著作權保護，因為如果第一個使用「你好」或「我愛妳」的人可受到著作權法的保護，我們可以想像這會是一個非常沈默與冷默的世界！

第二個問題是如何界定財產權。在人類演進的歷史中，可以歸納出幾種方法，第一種是武力就是權利（might makes rights），誰的拳頭大誰就取的財產權；再文明一點，我們有所謂的無主物先占，與時效取得制度，這就符合經濟學的配置效率，即應該把財產歸給賦與它比較高保留價值的一方。最近，寇斯定理提供了一項新的界定方法，我們就用寇斯文章中所談到的污染問題為例，跟大家作一個簡要的說明。

假設，工廠附近有5戶人家，

其晾在外面的衣服被排放的廢氣弄髒，使得每戶發生\$75損失。既然寇斯強調所有問題都有雙面性，所以解決這個問題的方法也許不是傳統所認為的工廠要負責，而是住戶必須容忍污染。進一步假設，解決此問題的可能手段有：住戶使用烘乾機烘衣服（每戶成本假設為\$50，總成本為\$250），或在工廠安裝過濾設備避免排放廢氣（成本為\$150）。在寇斯的無涉定理下，若工廠與住戶間交易成本很低時，「污染權」的最終歸屬與資源的配置結果不生影響。若將權利歸給住戶，則工廠不能繼續排放廢氣；若要排放的話，則必須採取三種解決方法中之一種來避免污染。剛剛假設有5戶人家，每戶受到\$75元損失，總共\$375元損失。選擇第一種方法（補償住戶損失）的總成本會為\$375、第二種方法（裝烘乾機）的總成本為\$250；第三種方法（安裝過濾設備）的總成本為\$150元，因此，基於自利心態工廠會選擇安裝過濾設備。反之，若將權利歸給工廠，則其有權利繼續排放廢氣，住戶同樣有三種選擇，第一種方法（繼續忍受污染）的總成爲\$375、第二種方法（安裝烘乾機）的總成本爲\$250、第三種（幫工廠安裝過

濾設備)的總成本為\$150,同樣基於自利心態,住戶會選擇幫工廠安裝過濾器。所以此時不管權利歸給哪方,最後資源的使用方式是相同的。

當交易成本很高時又如何?寇斯花了很大篇幅談市場交易成本很高的情況,所以大家不要以為寇斯定理是建立在交易成本很低的情形。當交易成本高時,就要把權利歸給最能降低交易成本的一方,所以我們引入另一個成本來看。假設今天每一住戶聚會討論到底要不要幫工廠安裝過濾設備,需要\$60的交易成本。若把權利歸給住戶,則工廠不能排放廢氣,若要繼續污染則必須:(1)補償住戶損失(總成本為\$375)、(2)幫家戶購買烘乾機(總成本為\$250)、(3)自己安裝過濾設備(總成本為\$150),所以工廠會選擇自己安裝過濾設備。反之,若將權利歸給工廠,則住戶可選擇(1)繼續忍受污染(總成本為\$375)、(2)購買烘乾機(總成本為\$250)、(3)幫工廠安裝過濾設備(總成本為\$450。因為此時每戶住戶必需額外付出\$60的討論成本,所以總成本從\$150跳到\$450),故住戶選擇購買烘乾機。比較之下可發現若把權利歸給住戶較能節省成

本,因為工廠會選擇自己安裝過濾設備的總成本為\$150,反之,如果把權利歸給工廠,則住戶會選擇裝烘乾機的總成本為\$250,所以權利應歸給家戶。這當然與傳統污染者付費的處理一樣,但論理過程相當不同。

第三個談財產權範圍的決定。我們賦予權利人財產權,但範圍可否再擴大,在經濟分析來說也是個相當有趣的問題。著名經濟學家Demsetz在1970年代寫過一篇很有名的文章,其認為這取決於賦與財產權外部性的大小。文章裡有個例子:北美的印地安人早期獵捕毛皮是為了禦寒,所以要不要把狩獵的範圍劃定為私人財產並不重要,縱使狩獵會對他人造成外部效果,但是去界定財產權範圍的成本,可能遠高於它的利益,因為毛皮只能自己穿並不交易,所以狩獵區可能是公有的。等到歐洲對毛皮的需求量大增以後,印地安人也知道毛皮的價值不止禦寒,還可以賣到歐洲賺錢,這時候就比較願意花精神時間去界定狩獵範圍。所以財產權的界定和它的外部性強弱有很大的關聯。

另外,外部性存在的事實,並不當然等同於外部性一定得透過財

產權界定的方式來內部化，因為內部化的成本可能遠大於可得之利益。以車票為例，其上面的座位號碼是對座位的使用權，該權利是否包含拒絕有汗臭味的人坐你旁邊的權利？從成本的觀點來看，光是界定多臭才是汗臭已經是很高的成本，況且當事人可能一會兒就下車了，因此界定的利益很小，故該外部效果不值得花費那麼高的成本去執行，所以不讓選擇擴張權利到如此的範圍。簡單來說，生活上有很多外部效果雖然存在，但是對法律來而可以被忽略。同理，前陣子在《經濟學人》上看到這樣的一篇報導：皮拉提斯（Pilates）的瑜珈動作可不可以申請著作權保護？紐約有個瑜珈大師主張Pilates中的許多動作均是其首創，委請律師考慮向法院要求應受著作權法保護。介紹Pilates的書、VCD及DVD都可受到著作權法的保護，要不要再擴大到動作本身呢？上述的外部性理論可提供一項分析的切入點，若界定其財產權，則要付出很大的社會成本，因為或許你早上伸個懶腰準備慢跑時，便要付出權利金，社會生活將因此而變得窒礙難行。成本遠大於利益，故不應保護。

(二)契約法

契約法的部分，如何用經濟角度來看呢？第一個是契約自由，這是契約法開宗明義的基本原則，法律人會告訴你契約是個人意志的展現，自己承擔自己決定的後果，故應尊重之。從經濟分析的觀點來看，為什麼要保護契約自由？回到亞當史密斯那隻看不見的手，即透過公開的資訊當事人瞭解什麼對他有利，再透過價值的機制往往可以創造雙贏的局面。所以當事人創造出來的契約，政府要予以尊重，這對效率的提升有顯著效果或說可以達到伯瑞圖最適（Pareto Optimal）的結果。故除非市場失靈，或是契約不對等、資訊不充分、獨占，法律才需要介入。契約法存在的目的可視為在解決市場失靈，以回復市場本來該有的配置效率的管制機制。所以民法會有行為能力制度，即未滿20歲不能有完全行為能力。假設只有6歲，根本沒有獨立為法律行為的能力，道理就在於智識能力較低，根本無法瞭解交易行為的利害，甚至錯估交易對其之保留價值，在這種情況下，根本無法透過市場交易創造出有利雙方的結果。

契約法另一個功能則是在控制專屬投資與投機行為的問題，例如契約成立後若債務人選擇債務不履

行，則債權人信賴契約成立有效所作的專屬投資，也就是針對特定交易當事人所為者，在違約後往往無任何可以回贖的價值，損害賠償和強制執行的規定，即在保護債權人之信賴，以鼓勵契約潛在當事人勇於進行專屬性投資，使具實現柏瑞圖最適潛力之契約交易得以出現。

最後，資訊不對等是一個更重要的問題。在完全競爭市場中，總是假設資訊是充分的，即買賣雙方對交易內容、產品品質都能掌握，但在現實生活中卻處處存在著資訊較弱的一方。例如賣方可能比你更瞭解產品優劣，但他並不會揭露，因此買方對交易產品或服務所給予的保留價值就會被誤導，甚至膨脹，這時自由交易就難以實現對雙方有利的結果。民法中的瑕疵擔保責任或是詐欺行為得撤銷等規定，即具有解決一些問題的功能。

(三)侵權行為法

當損害發生時，傳統法律很直覺的會談到如何「填補」被害人之損害。而責任的成立，往往取決於對行為的結果是否有「預見可能性」(foreseeability)，有即需負責，無則不能強加罪名。判斷過程中，很少去討論即使有預見的可能，但被告需付出相當高的代價始有可能預

防不法結果出現時，是否仍需負責的問題。上述韓德法則的確為侵權行為法中的主觀構成要件及因果關係(causality)判斷等問題，注入了新的思維方式，而且在最近的911恐怖攻擊賠償訴訟中，取得了美國法院的再一次背書。在2003年的判決中，判決理由出現了這樣一段話：「Imposing such a duty on landowners would do little to minimize crimes, and the social benefits to be gained did not warrant the extension of the landowner's duty.」，這段話是法官引自另一案的判決理由來作為判斷責任的基礎的。該案涉及一個女子被帶到一棟公寓大樓裡施以強暴，被害女子除了對強暴犯外，亦因其主張樓主沒有採取行必要的預防措施，故也對樓主提起損害賠償訴訟。問題在於歹徒在經過大樓而心生歹念，進行性侵害及樓主預見的機率，是不是已高到足以在法律上要求其採取預防措施。法院的結論是樓主不必負責，理由則是上引的那一段英文，明顯的是韓德法則的運用；換言之，要求樓主負責的burden太高，遠大於發生的probability，在假設損害是固定的話，則此時 $B > P \times L$ ，故並不適合讓樓主負預防的義

務，而應由被害人來負起注意義務。此一原則用於911恐怖攻擊事件，結論卻是相反的，因為法官認為塔台和機場用很低的成本就能預防，較有爭議的是世貿大樓的樓主，有沒有義務要通知各個公司行號將有撞擊事件的發生，法官認為事前已經有很多消息可得知，更別說1993年世貿大樓也發生過恐怖攻擊，但樓主卻在可合理預見類似事件發生的情形下，未能採取必要的預防措施，故也需負責。

(四) 婚姻法

接著談談婚姻法，其與交易成本經濟學有很大關係。從傳統法律來看，婚姻是神聖的契約，會用道德和宗教的角度來看規定；而從交易成本經濟學的角度來看，婚姻涉及到諸多上述所謂的「專屬投資」，和因此所生的「可剝削的準租」(appropriable quasi-rent)問題。沒有任何契約會比婚姻的專屬性要來得強，結婚當事人就婚姻關係所作的投資(奉獻)，基本上都是為他方配偶所為，最典型的例子就是子女。此一專屬性投資在婚姻關係消滅後，在再婚市場上完全沒有殘值，之前的付出完全付諸流水。這對婚姻的影響是：假設你投入了專屬性投資後，發現離婚會讓

一切付諸流水，無法讓你拿到再婚市場增加協商再婚的籌碼時，這些「套牢」成本可能就是你要不要離婚的關鍵因素。

想想看，結婚20年，從氣質美少女變成黃臉婆，在再婚市場裡沒有行情，更別說是子女監護權，因為早就辭掉工作了，經濟也會發生問題。種種類似的考量可能會讓你考慮繼續忍受婚姻關係，因為離婚後可能會更糟。假設這種思維被他方配偶知悉，他發現過去一個禮拜打你一次，你都還能忍受，那他就可能更加變本加厲的進行家暴行為，這就是可剝削的準租。所謂準租，就是維持婚姻關係和離婚兩者利益的相減，準租愈高當事人選擇維持婚姻的可能性愈高，而準租若被對方知道，他就會在這個範圍繼續剝削你，只要不超過準租的範圍，當事人不會選擇脫離婚姻關係。

在經濟分析上，法律要怎麼規範這些問題呢？有兩種方法。第一個是在事前減少當事人作出不適當的專屬投資，這是婚姻法的事前(ex ante)功能，標題上我是寫pre-commitment的功能，如果我們把離婚要件訂得比較嚴格，等於在結婚時告訴對方自己是值得信賴的

人，因為離婚很難。我們先前談到的暗示理論，婚姻法的寬嚴可以拿來作為暗示效果。離婚的困難度高若當事人還是選擇結婚，那代表他是一個很重視婚姻的人。第二個，若婚後還是出現了可剝削的準租，那婚姻法的功能就是讓當事人儘可能回收準租，就是套牢在婚姻關係裡的專屬投資，用損害賠償和請求贍養費、監護權的歸屬等來加以回收，也讓當事人可以比較原意脫離不利於己的婚姻。

(五)刑法

從經濟分析的角度來看，法律的目的若是在嚇阻再犯，則何以要同時存在民事和刑事責任，如果只存在一個，像刑事的自由刑改成民事的加倍賠償，如Becker所說的，實質損害乘以發現機率的倒數，可達到有效的嚇阻，那何必那麼麻煩還存在刑事責任呢？傳統法律的說法是各種法律責任有其不同的目標，例如刑事責任是為了實現道德的可非難性，民事責任是為了補償，而行政責任則有便利國家管理目的上的考慮。從經濟分析的角度來看，刑事與民事制裁之所以並存，主要理由是為了防止裁判免疫（judgment-proof）的情形出現。假設被告貧無立錐之地，那就算罰一

萬倍也一樣，這是民事免疫，若無刑事制裁，則完全沒有制裁效果。值得附帶一提的是，傳統上我們總會認為只有民事責任會讓有錢人可以花錢買犯罪，但從機會成本的角度來看，沒錢的人犯罪的成本往往比較低，且比較容易犯罪，因為 "I got nothing to lose, so why bother?"，而有錢的人卻可能要考慮到聲望和機會成本的問題，反而會降低犯罪的動機。

最後談談由韓德法則去看刑法。刑法原則上處罰故意，例外處罰過失，另外還有「意圖」要件，例如竊盜罪是意圖為自己或第三人不法之所有，這些主觀要件存在的目的是什麼？法律上的理由是「歸責原理」，用英文來說就是 "place the blames upon those who are blameworthy"。韓德法則既然傾向於以較為客觀的變數來決定法律責任，會不會和刑法中的主觀要件的要求扞格不入？其實並不一定。我們依然可以從其中求得主觀要件必需存在的基礎。假設竊盜罪沒有主觀要件，你下班因為趕時間的關係，而牽錯了一台幾乎一模一樣的摩托車，被認為是竊盜罪而遭逮捕，如果沒有主觀要件，那你就犯罪了。但現行刑法第320條是有主

觀要件的要求，除非你想據為己有否則不會構成犯罪。從韓德法則來看，法條內若無主觀意圖，則韓德法則中的B會大幅增加，即表示社會上每一個人可能因此要花很多時間去確認車子是否為自己所有，亦即投入過多無效益的成本在確認一個無需那麼費神就可以確認的結果。但法律制度會引誘你如此做，你會很擔心，哪天就不小心犯罪。而預防成本大幅提升的結果，就是P的大幅下降，因為投入成本愈高，出錯的機率就會下降，此將使得 $B > P \times L$ 的機會就愈來愈高（holding L constant），從理論上來說也就更不應該讓行為人負責。

其次，我們也可以思考很多犯罪不處罰過失，例如過失通姦，它要求明知對方有配偶，而從事性行為者始構成犯罪，因此通姦一定是故意的，那為何不處罰過失？同樣是因為預防成本與其所可避免的不利二者相較過高。想像一下，如果處罰過失，當男女雙方乾柴烈火時，還要去查看一下身分證配偶欄，或打電話問戶政事務所確認對方是否已婚嗎？煞風景不講，其實也沒必要。

九、結語

對於演講題目所提的問題：

「我美麗的正義女神，是不是憂鬱的經濟學家？」因為時間的關係，我似乎沒有辦法給一個明確的答案。經濟學家一直都是憂鬱的，從馬爾休斯的《人口論》開始，經濟學就是一門憂鬱的學問，所有的極大化都是在一定的限制條件下達成。換句話說，當具有理想性格的法律學者，提出宏觀的法律遠見時，經濟學家往往在扮演著潑冷水的角色，說現行的資源限制下不可能達到或是無效率等等。

正義女神之所以美麗，在於她有很強的理想性格，不少法律人也是如此，經濟學家會告訴法律人，這太過理想或不切實際。法律人不得不承認，經濟分析提供了傳統法學研究所最欠缺的研究方法與態度，對法學的進步功不可沒。但法律經濟分析侵入到法律界，是否就代表可以接手所有的研究，至少我個人持保留態度。在某些場合，如稅法、反托拉斯法等，經濟分析固然重要，像我個人就是藉由對反托拉斯法的研究而涉足法律經濟分析的，但有些領域經濟分析可能只能扮演著輔助的角色，因為立法者一開始就不打算使其成為能實現配置效率的立法，像刑法就較具有這種色彩，還是比較難避免心靈或主觀

歸責性的探討。經濟分析雖然很有力，但是距離法律領域裡經濟帝國的建立還有相當遠的距離。

在這裡我願意引一個美國有名的法學者的話作結語：

"The idea that the law is a respectable academic field only if it is a science in one of these senses ignores an obvious possibility: that the law is a humanistic as well as a scientific field, and that its excellences included the special excellences of practical reasoning as they are understood in the humanities. Although fixed rules have a very important place to play in legal judgment, legal judgments must also accommodate changing circumstances and changing values, confronting the case that is actually at hand."

法律只有是科學才值得尊敬，法律的看法是不妥當的，因為法律同時具有科學和人文的特質，我特別標出來practical reasoning，就是務實的特質，就是必須要注意到，改變的價值、情況的變動及具體個案，這都不能過度科學化去適用它，所以我題目的答案，可以是「是」或「不是」，只能說經濟學家在讓正義

女神更美麗的過程中，已留下了不容漠視且還在持續進行中的貢獻。（輔仁大學法律研究所賴亦宣記錄整理並經講座審訂）

二、消息報導

◆黃主任委員宗樂率團參加「競爭政策高峰會議」成果豐碩



公平會黃主任委員宗樂接受日本公平交易委員會（JFTC）主任委員竹島一彥（Mr. Kazuhiko TAKESHIMA）及印尼商業監督委員會（KPPU）主任委員伊旺托諾（Mr. Sutrisno IWANTONO）之邀請，率團參加於5月5日假印尼茂物（Bogor）舉行之「競爭政策高峰會議（Top Level Officials Meeting on Competition Policy）」，並分別與日本及印尼兩國競爭法主管機關首長舉行雙邊會談，討論未來可能之合作方向，6日率團返抵國門，此行成果相當豐碩。

本次高峰會議由日本公平交易委員

會與印尼商業監督委員會所共同主辦，東亞各國包括我國、日本、韓國、印尼、馬來西亞、菲律賓、新加坡、越南等主要國家之競爭法主管機關首長均應邀參加。會議議題為「競爭法與政策建構之挑戰 (Challenges to the Implementation of Competition Laws and Policies)」及「邁向有效之技術援助及能力建置活動 (Towards Effective Technical Assistance and Capacity Building Activities)」，頗能切中東亞競爭法發展與建構之趨勢，東亞競爭法主管機關首長又難得能齊聚一堂交換意見，所以受到各國相當之重視。

黃主任委員於會中發言指出，台灣自1992年起施行競爭法，亦即公平交易法，對促進市場競爭，維持交易秩序，已收到具體成效，顯示競爭法之有效施行，對經濟之安定與繁榮，確有正面之助益。而為迎向高科技產業研發合作所帶來之挑戰，公平交易委員會將放寬對事業為增加市場競爭力，以合資、策略聯盟或其他方式所為之聯合行為；另一方面，也將引進「寬恕政策」，以加強執法之效能，有效打擊惡性卡特爾，增進市場自由競爭。而這些我國競爭法之最新趨勢，不僅符合當前國際潮流，也與區域產業發展契合，受到與會各國相當之關注。

公平交易委員會自1999年以來即與

經濟合作發展組織 (OECD) 合作，持續在東南亞地區舉辦國際競爭政策研討會，對東南亞國家之競爭法能力建構，提供實質有效之協助。而我國贊同此次競爭政策高峰會議召開之理念，事實上建立「東亞競爭網絡」(East Asia Competition Network) 一直是黃主任委員多年來的倡議，東亞競爭法高峰會議的持續召開，將能專注討論東亞地區所面臨之競爭政策建置及執法問題，並能增進執法之透明度及可靠性，更能促進彼此間執法合作，是建立東亞競爭網絡重要的一步。而此一觀點也得到包括日本公平交易委員會在內各國競爭法主管機關首長之共鳴與迴響。

黃主任委員一行於4月26日先赴澳大利亞首府坎培拉，與澳大利亞競爭與消費者保護委員會 (ACCC)、國家競爭委員會 (NCC) 分別舉行雙邊會談，再轉赴紐西蘭拜會該國商業委員會 (NZCC) 後，兼程趕赴印尼參加此一高峰會議。高峰會議之前，於5月3-4日也在同一地點舉行「第2屆東亞競爭法與政策會議 (2nd East Asia Conference on Competition Law and Policy)」，公平會王委員文宇及辛處長志中在會中分別以「競爭政策發展與最新議題」與「競爭政策及發展與產業政策之互動關係」代表我國提出報告。

此次高峰會議之參與，對促進我國

與東亞地區競爭法主管機關高層之聯繫往來，具有正面積極之效益。而公平會更利用此次會議，安排與主辦國印尼及日本進行雙邊會談，另與韓國公平交易委員會姜哲圭主任委員亦有緊密的對話。在雙邊會談中，印尼商業監督委員會已向台灣提出技術援助的要求，公平會也原則同意在預算人力許可下，盡力協助該國增進執法能力，這將是繼越南、泰國之後，公平會第三項對東南亞國家推動之技術援助計畫，有助於鞏固我國在東亞地區競爭法之領導地位。此外台日競爭法主管機關首長的直接對話，更是兩國競爭法施行以來的第一次，對於增進台日雙方未來友誼與合作，尤其具有重大深遠之意義。

◆各國競爭政策動態

□韓國修正「獨占監督及公平交易法」

韓國國會於2004年12月9日通過「獨占監督及公平交易法」(the Monopoly Regulation and Fair Trade Act, MRFTA)修正案，於同年12月31日公布，2005年4月1日開始施行。MRFTA是韓國市場經濟的基本規則，此次修正之目的在改善市場之規則，以使市場環境更自由與公平，同時韓國公平交易委員會於2003年亦發表其「3年市場改革路徑圖」，該法之修正，正是該路徑圖所需要的重要法律及制度基

礎。此外，新法也擴大對域外之適用。其主要修正重點如下：

一、提高罰鍰上限

為有效遏止卡特爾，罰鍰上限由原先相關商品及服務銷售額的5%提高為10%。

二、更有效之結合許可程序

豁免營業及資產低於30億韓圓以下的企業申報結合之義務，而對於大企業取得股份的結合申報，則由原先的事後申報改為於結合完成前的事前申報，同時如果複雜之結合案有任何反競爭之虞，結合審查期間可由現行之60日延長為90日。

三、增訂MRFTA對域外之適用

外國公司在域外為不公平交易行為，例如國際卡特爾，倘對韓國本地市場之消費者或企業發生影響，MRFTA對之亦有管轄權。外國事業如在韓國委任有代理人，新法亦訂有向其代理人送達文件之規定。另韓國公平會得基於互惠協定，協助外國執法機關執法。

四、加強對事業集團中未列明或登記公司之揭露義務

修正條文規定企業集團未列明或登記之公司，應加強公司所有及治理架構，以及揭露有助於公司營運透明的必要資訊。

五、增訂控股公司條款

新法規定依法須改組為控股公司的寬限期，不論金融公司持有非金融公司股份，或非金融公司持有金融公司股份而需依法改組為控股公司者，均適用該兩年的寬限期規定。寬限期的規定亦不僅適用原先有限的改組方式，而適用於各種改組型態。同時為加強控股公司結構的透明度，禁止交叉持股，另控股公司若持有關係企業以外之其他事業5%以上的股份，原則上亦被禁止。

六、合理設定國內公司整體持有股份上限之規定

為增進公司所有及治理結構，並鼓勵事業經營之透明化，韓國公平會將訂定4項漸進式的相關標準，另以例外或豁免要件緩和其衝擊。

七、降低金融相關企業之表決權

資產超過2兆韓圓的大企業集團之金融關係企業，其表決權超過於其他關係企業股份的部分，將於2008年以前自30%降至15%。

八、重新引進韓國公平會要求提供金融交易資訊之權限

為調查不當內線交易所賦予韓國公平會得要求提供金融交易資訊之權限，原已於2004年2月屆滿失效，新法再度引進，為期3年，並

同時加強其監督機制，包括要求提供資訊的對象必須確定為特定之分支機構，且須經委員會議決後始得具有強制力，對違法要求資訊者亦予以懲罰。

九、建立損害賠償制度

韓國公平會亦建立相關規範，以使受侵害者易於提起損害賠償訴訟，修法前僅有於公平會命停止改正後，受侵害者方能提起訴訟，而修法後可直接向法院提起訴訟，無庸等待委員會之決定。另外亦引進推估損害額的規定，亦即倘受侵害者難以證明其損害額，法院可直接就證據調查結果認定。

十、設立舉發不法之獎金

為促進事業公平競爭並預防不公平行為，新法設立對提供不法活動資訊者之獎金制度。

(摘譯整理韓國公平交易委員會新聞稿，企劃處葉寧)

□美國司法部反托拉斯署署長 R. Hewitt Pate 即將卸任

美國司法部反托拉斯署於2005年5月10日發布新聞稿，有關該署署長 R. Hewitt Pate 即將離職，並自6月30日起生效。按美國司法部反托拉斯署署長 R. Hewitt Pate 曾於2002年11月23日任職該

署代理署長，並自2003年6月16日真除為署長。

(摘譯整理美國司法部新聞稿，企劃處劉紹貞)

◆公平會處理重要案例

□國泰世華商業銀行「泰有錢」信用卡簡易通信貸款專案違反公平交易法第21條規定案

公平會於94年3月3日第695次委員會議審議，國泰世華商業銀行於「泰有錢」信用卡簡易通信貸款專案廣告上宣稱「享0利率優惠」，並以不同計算基礎與信用卡循環利息還款負擔比較，涉及違反公平交易法案。

本案緣於接獲檢舉指出，國泰世華商業銀行寄發予信用卡卡友之「泰有錢」信用卡簡易通信貸款專案申請書中，宣稱該貸款為0利率，惟借款人每月應繳之月付金均包含手續費，且手續費隨借款本金高低而有不同，爰認該手續費為變相之利息，0利率之宣稱有所不實。

國泰世華商業銀行於「泰有錢」信用卡簡易通信貸款專案申請書上宣稱「享0利率優惠」，惟經調查發現，該專案利率以本息平均攤還法計算約17.8%，所反映者包含資金成本、營運成本、行銷成本、推廣成本、呆帳準備等，且各項成本係透過各期「手續費」

回收，爰該專案各期「手續費」之本質為「利息」。準此，洵堪認定國泰世華商業銀行於該專案申請書宣稱「享0利率優惠」，與實際成交之利率不符，其廣告內容虛偽不實且足以引起借款人錯誤之認知或決定，核屬違反公平交易法第21條第3項準用第1項規定。

另該公司與專案申請書併同寄發之相關文宣資料，將信用卡循環利息與該專案「手續費」(利息)互相比較，並宣稱「每月替您省的費用」金額及「借來還您的信用卡卡費真的好划算」云云。惟經查信用卡循環利息與該專案「手續費」之計算基準不同，該比較方式足以引起大眾誤認，核亦違反公平交易法第21條第3項準用第1項規定，處新臺幣40萬元罰鍰。

□富基漁港魚貨直銷中心21位海產攤商違反公平交易法第14條規定案

公平會於94年3月3日第695次委員會審議，富基漁港海產攤商共同限制沙蝦、海瓜子銷售價格涉及違反公平交易法，依職權主動調查案。

富基漁港魚貨直銷中心21位海產攤商，係屬公平交易法第2條第4款所稱事業，即屬其他提供商品或服務從事交易之人或團體，共同組成「富基漁港自律會」，而海產攤商間係居同一產銷階

段，彼此具有競爭關係，藉由92年10月24日第1次臨時動議第1點規定自92年10月31日起，容易削價競爭的產品公定價：海瓜子1斤80元，沙蝦1斤200元，為共同決定商品之價格，相互約束事業活動之行為，合致公平交易法第7條第1項規定，公平交易法規範之聯合行為。公平會除命富基漁港魚貨直銷中心21位海產攤商應立即停止前項違法行為外，並各處新臺幣5萬元至15萬元不等之罰鍰，合計共處罰鍰127萬元。

□聯米有限公司等8家事業違反公平交易法第14條及24條規定案

公平會於94年3月9日第696次委員會議審議，聯米有限公司等8家事業涉及違反公平交易法聯合行為規定案。

文宏米廠等6家事業於93年4月14日中央信託局辦理93年度第3批次食米關稅配額進口權利招標案，分別由文宏米廠負責人梁銘松與聯米有限公司實際負責人劉德隆出面，於投標前就投標金額及投標數量等事宜達成協議，宏元米廠、文宏米廠、宏崧源貿易有限公司投標數量各為800公噸；聯米有限公司、芳隆碾米工廠、芳隆米廠等事業投標數量則各為4,000公噸，投標金額皆同為每公噸12,513元，開標後渠等共獲取93年度食米關稅配額進口權利18,331公噸，核屬公平交易法規範之聯合行為。

渠等經由合意得標數量高達該次招標總量的92%，且該次招標案投標期間（93年4月2日至4月13日）正值國內糯米市場供貨吃緊，價格大幅飆漲之際，亟需進口糯米以解國內市場不足。由於當時宏元米廠掌控多數國產糯米庫存，聯米有限公司則意圖掌控大部分進口配額權利，其圍標行為致使其他食米進口權利參標者無法透過公平競爭以取得充裕貨源，確已減損國內糯米市場之競爭，應屬足以影響國內糯米市場供需功能之聯合行為。

另於本案調查中發現，裕豐產碾米工廠、新豐碾米工廠出借糧商執照等相關證明文件予聯米有限公司參與投標，經衡酌渠等對於前揭投標案之知悉情形、參與程度等，雖尚難認其行為合致聯合行為之要件，惟其出借牌照行為，已直接減損其他投標者之得標機會，違反公平交易法第24條規定。

公平會經審酌該等事業違法行為動機、目的、對交易秩序危害程度、市場地位、事後態度等，依公平交易法第41條前段規定，處聯米有限公司新臺幣75萬元罰鍰，處宏元米廠、文宏米廠各新臺幣20萬元罰鍰，處宏崧源貿易有限公司、芳隆米廠、芳隆碾米工廠各新臺幣10萬元罰鍰、處裕豐產碾米工廠、新豐碾米工廠各新臺幣5萬元罰鍰。

□ 心想室成公司違反公平交易法第21條規定案

公平會於94年3月31日第699次委員會議審議，心想室成實業股份有限公司（下稱心想室成公司）銷售「遠東休閒家專案」會員卡，涉及違反公平交易法案。

心想室成公司為達成其銷售「遠東休閒家旅遊卡」商品之目的，而利用虛偽不實及引人錯誤的廣告，即列載其與各五星級飯店具異業結盟之關係及「簽署聯合發行認同卡」等，心想室成公司雖陳稱其確有提供會員享有列載之台北圓山、桃園鴻禧大溪及台中全國等各五星級飯店之住宿及設施使用等服務，惟其係以向各五星級飯店購買優惠住宿卷，或與其簽訂於一定期間供應住宿房間等一般服務性質之供應契約，實際上並無其他合作或投資關係，與前揭異業結盟之關係，尚屬有間，其行為核已違反依公平交易法第21條第3項準用同條第1項之規定，爰依公平交易法第41條前段規定，命其停止違法行為，並處新臺幣100萬元罰鍰。

□ 中華開發商業股份有限公司違反公平交易法第20條及第21條規定案

公平會於94年3月31日第699次委員會議審議，中華開發商業股份有限公司

（以下稱被處分人）被檢舉抄襲他人營業表徵及廣告不實，涉及違反公平交易法案。

本案被處分人之公司登記名稱為「中華開發商業股份有限公司」，然被處分人之廣告傳單及網站公司簡介之網頁內容，均未使用公司全名，僅以「中華開發商業理財中心」或「中華開發商業集團」為表彰服務之來源；且被處分人於「中華開發商業理財中心」或「中華開發商業集團」字樣前，併同使用近似中華開發工業銀行股份有限公司錢幣形狀之商標圖樣；復查被處分人通常使用標有被處分人公司設址之信封及公司設址之電梯出入口，亦未載有公司全名，僅載以「中華開發商業管理處」等足引人誤認係中華開發工業銀行相關事業之內部經營單位之表示；另被處分人未獲許可經營銀行業務，亦從未經營銀行業務，然其對外使用「貸來精彩的人生」貸款廣告傳單上，僅載「信用貸款2.6%起」之字樣，該傳單之中下方併載「中華開發商業銀行貸款專線」，整體觀察，被處分人就公司名稱之使用已逾越公司名稱普通使用之方式，且被處分人無論商標圖樣、文字或營業主體聯合表示之方式，與中華開發工業銀行相關事業或消費者所普遍認知之表徵均有所相同或類似，被處分人所為顯有以積極行為使相關事業或消費者混淆誤認其

營業或服務之設施或活動與中華開發工業銀行有關，為中華開發工業銀行所屬關係企業或轉投資之事業，足認違反公平交易法第20條第1項第2款規定。

另外，被處分人於「優惠儲蓄專案」廣告宣稱「1000萬銀行活儲 每年利息只有2萬你的下半輩子怎麼辦??」「快來轉存3%優惠存款」，及刊載有「開發」「郵局」「銀行」存款收益比較之表格等，綜觀整體廣告之表示，將使交易相對人產生參加被處分人之「優惠儲蓄專案」，將可享有3%之存款優惠利率，存款獲利較郵局及銀行高之印象。被處分人辯稱廣告所指之投資理財商品為人壽保險公司之「增額終身壽險B型」（一種儲蓄型之保險），廣告所稱「3%優惠存款」係指該「增額終身壽險B型」之被保險人人數達10人以上，集體躉繳保險費時，可享3%之保險費優惠云云。惟儲蓄型保險商品雖具有儲蓄之功能，然其性質上與一般儲蓄存款並非完全等同，上開廣告給交易相對人之印象與被處分人實際提供之服務實難謂屬一致，核有虛偽不實及引人錯誤之情事，違反公平交易法第21條第3項準用第1項規定。

公平會經衡酌中華開發商業股份有限公司違法動機、危害程度、違法情節、營業規模及違法後態度等情形，爰依公平交易法第41條前段規定，除命該

公司停止前2項違法行為，並處新臺幣15萬元罰鍰。

□臺中商業銀行違反公平交易法第24條規定案

公平會於94年4月14日第701次委員會議審議，臺中商業銀行於簽約時未同時提供「得隨時清償」與「限制清償期間」兩種房屋貸款方案供借款人自由選擇，涉及違反公平交易法案。

本案緣於接獲民眾檢舉指出，臺中商業銀行於簽約時並未提供客戶「得隨時清償」與「限制清償期間」兩種貸款條件。案經調查發現，臺中商業銀行無法舉證簽約時其已提供「得隨時清償」與「限制清償期間」兩種房貸方案之貸款利率及貸款條件供借款人比較選擇，縱經其辯稱雙方簽訂之「借據」及「利率指數型房屋貸款個別商議條款約定書」兩張資料，即為「得隨時清償」與「限制清償期間」二方案，惟「借據」及「利率指數型房屋貸款個別商議條款約定書」為一般貸款實務上常見主、附約形式，後者係用以增補主契約之相關內容，亦難遽認臺中商業銀行併有提供「得隨時清償」方案供借款人選擇，其係憑恃其優勢地位，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，核已違反公平交易法第24條規定，處新臺幣40萬元罰鍰。

三、會務活動

- ◎ 3月22、25及31日派員赴立德管理學院、高雄大學及吳鳳技術學院辦理公平交易法一日訓練營活動。
- ◎ 3月24日派員赴屏東看守所宣導公平交易法。
- ◎ 3月30日於公務人力發展中心召開「鮮乳市況與公平交易法相關事宜」座談會。
- ◎ 4月4、8、25、27、28及30日派員赴樹德科技大學、屏東科技大學、高雄應用科技大學、屏東商業技術學院、澎湖技術學院及實踐大學辦理公平交易法一日訓練營活動。
- ◎ 4月7日於公平會競爭中心辦理94年度上半年第1場「公平交易法訓練營」課程。
- ◎ 4月11日派員赴高雄第一科技大學宣導公平交易法。
- ◎ 4月12日中原大學財經法律系師生參加94年度上半年第2場「公平交易法訓練營」課程。
- ◎ 4、5月辦理之專題演講如下：

日期	講座	講題
94年4月19日 (場次：9404-160)	余副主任委員朝權 (行政院公平交易委員會； 前東吳大學商學院院長)	企業競爭策略與公平交易法
94年5月17日 (場次：9405-161)	陳副教授愛娥 (台北大學法學系)	行政罰法之立法構想與具體形塑

四、國際交流

- ◎ 3月8日公平會杜視察幸峰參加「國際經貿策略聯盟布局工作小組」第8次會議及「智慧財產權工作分組」第14次會議。
- ◎ 3月16日公平會郭處長淑貞、辛處長志中、胡副處長光宇、劉科長栖榮、葉科長

重要公告

寧、陳視察盈儒、杜視察幸峰、賴專員加慶等人參加「台美競爭法及智慧財產權相關議題工作小組」第1次視訊會議。

◎3月21日葉科長寧參加「研商加入國際消費者保護執行網絡（ICPEN）第18次聯繫會議」。

◎3月23日葉科長寧參加「國際經貿策略聯盟布局工作小組」第9次會議。

◎4月24日至30日公平會劉視察紹貞、梁專員雅琴參加「OECD－韓國區域競爭中心」結合研討會。

◎4月26日黃主任委員宗樂率王委員文宇、葉科長寧、杜視察幸峰，訪問澳大利亞、紐西蘭，並於5月3日會同辛處長志中、徐視察宗佑參加於印尼舉行之東亞競爭政策高峰會議。

五、重要公告

◆專題演講預告

日期	講座	講題
94年6月14日 (場次：9406-162)	黃教授美瑛 (台北大學經濟系)	臺灣金控公司之系統風險衡量及效率分析

演講時間：下午2時30分至4時30分。

地點：台北市北平東路30號2樓。

免費報名入場參加，洽詢及報名專線：(02) 2397-0339分機204。

為配合經濟自由化及國際化之國際發展趨勢，公平交易法於民國 81 年 2 月 4 日正式施行，本會亦依法成立，職司執行公平交易法之任務。

公平交易法之施行，象徵我國競爭政策時代的來臨，尤其配合建構我國成為亞太營運中心的政策，未來我國經濟政策之主軸將以「競爭政策為主、產業政策為輔」，以迎接國際經濟發展的強大挑戰。另就國際趨勢而言，競爭政策之制定與執行已漸成為近年世界領導國家共同關注之焦點，而各國競爭政策之調和已成為當前國際經貿之主要議題。

有鑑於當前國際經貿情勢的新發展，本會爰於民國 86 年 1 月 27 日設立「競爭政策資料及研究中心」，以彙集國內外競爭政策資料，提供國內各界有關競爭政策之專業資訊服務及政府機構擬定相關政策之參考，本中心亦期能更進一步提供全球各界人士有關競爭法及政策之研究資訊，以積極服務國際社會。

「競爭政策資料及研究中心」開放時間
週一至週五 上午9時至下午5時
國定假日及例假日不開放

地 址：台北市北平東路30號2樓

服務電話：(02) 2397-0339, 2327-8129

網 址：www.ftc.gov.tw

發行人：黃宗樂

總編輯：辛志中

執行編輯：蔡惠琦

印 刷：科藝彩色製版印刷有限公司

地 址：台北市大理街157號3樓之2

行政院公平交易委員會競爭政策資料及研究中心
Competition Policy Information and Research Center, FTC, R.O.C.



行政院公平交易委員會
競爭政策資料及研究中心
台北市北平東路30號2樓
**Competition Policy Information and
Research Center, FTC, Taiwan(ROC)**
2F, 30 Peiping East Road, Taipei, Taiwan(ROC)

ISSN 1560-3784



9 771560 378007

GPN:2008600012

工本費：新台幣16元

國內郵資已付
台北中華郵政局
許可證
北台字第12865號
中華郵政台北字
第5976號執照
登記為雜誌交寄

(限向郵局窗口交寄)

雜誌