

《公平交易季刊》

第 25 卷第 2 期 (106/4)，頁 55-90

◎公平交易委員會

目的事業參與結合之多重管制問題 及其制度革新芻議 －以通訊傳播領域為例－

石世豪*

摘要

近年幾件目的事業參與結合案引發各界關注，公平法上數度調整已逐漸穩定的「申報－異議」制也隨之再受檢驗。雖然，目的事業參與結合所涉多重管制問題，未必皆由公平法上的結合管制規範及其執法實務所引發；多重管制問題毋寧更常導因於目的事業涉及市場經濟以外其他公共利益，在目的事業管制法規上另設經營資格或條件限制，目的事業主管機關卻「借重」公平法上的結合管制補強其規範實效所致。本文從實務上所面臨的執法困境切入問題，認為中長期由立法論高度檢視法制調整方針，允宜針對目的事業管制法規依法治國家標準通盤加以現代化，並將其制度內所預設的誘因機制根據產業發展趨勢及宏觀經濟變化情形全面精準調校，亦即，貫徹各國競爭主管機關多年來「競爭倡議」理念，引導目的事業法規與競爭法高度整合或進一步接軌，方為根本解決適法性爭議及誘因偏差等複雜問題的上上之策。

關鍵詞：結合、目的事業、尋租、參進障礙、誘因、法規遵守成本、參與、責任政治

投稿日期：106 年 2 月 23 日

審查通過日期：106 年 3 月 27 日

* 國立東華大學財經法律研究所教授，德國漢堡大學法學博士；曾任國家通訊傳播委員會（NCC）副主任委員、主任委員。

我國公平交易法（以下簡稱「公平法」）上的結合管制架構歷經幾度調整，如今已轉型為「申報－異議」制，執法模式也在公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）多年實務微調中逐漸定型。這套在我國競爭法制上直接針對市場結構，授權公平會事前介入干預的行政管制架構，近年卻因為幾件結合案牽扯針對參與結合之一事業所制定業別管制法規，連同目的事業在市場經濟以外對於公共利益所可能造成的其他影響，例如：所謂「媒體壟斷」對於民主政治及多元文化的潛在衝擊等¹，一併成為引發政壇及社會各界高度關注的熱門議題。至於同一時期引發政壇及社會各界類似反應的其他結合案，未必均牽涉業已成文化的目的事業管制法規，甚至還有尚未進入公平法上的結合申報程序者，前者如日月光（半導體製造股份有限公司）併購矽品（精密工業股份有限公司）案，後者如頂新國際集團轉讓其持有台北 101（台北金融大樓公司）逾 1/3 股份予馬來西亞商 IOI 集團（Industrial Oxygen Incorporated Sdn. Bhd.）案，顯然也感染國內輿論對於大型結合案普遍抱持疑懼的整體氛圍。

其實，競爭法上跨業別的結合管制規範，原即針對參與結合事業「就一定之商品或服務，從事競爭」的市場結構，設定授權公平會介入及異議與否相關標準²，就此，已經在法律規範的抽象層次上，與針對特定業別所進行的目的事業結構管制相互重疊交錯，埋下競爭法與目的事業管制法規彼此矛盾衝突的制度遠因。因此，這幾件糾纏目的事業管制法規的結合案，正巧讓不同管制規範間的潛在衝突浮上檯面；嚴格而言，並不全然可以歸責於外部政治干預或個案鑽營套利。雖然，這些引發爭議的結合案，對於競爭法與目的事業管制法規兩個領域內的實務工作及法釋義操作，確實帶來不少權限衝突及規範競合相關問題與挑戰；從立法論層面或（競爭法及目的事業管制法規的）制度續造角度看來，或許不失為及時檢驗錯誤、徹底革新的一次重要契機。

由於業別管制法規所針對的不同產業所提供商品或服務各有特色，對於整體經濟及社會生活也具有不同功能，而立法者據以要求政府介入干預，甚至創造人為市場參進障礙篩選合格經營者、設置主管機關監督其營業活動的各種公共利益考量也

¹ 關於媒體集中化所引發媒體作為社會公器，其監督政府功能可能因而受影響等疑慮，就各民主國家政治及經濟社會條件伴隨該國媒體發展轉型的歷史經驗觀之，並非近年始因科技演進或跨境貿易盛行方才萌芽的新興議題；從活字印刷術經電子媒體以迄當前網路媒體逾 5 百年間，政府介入管制媒體參進障礙及其產權交易，始終涉及在地政治社會特殊顧慮而遠超過單純經濟考量，相關說明參閱：石世豪，重訪新聞自由：概念及其源起，初版，元照出版公司，尤其 193-303，313-340（2013）。

² 參照：公平法第 5 條及第 11 條第 1 項第 1 款、第 2 款，並請對照：同法第 13 條第 1 項規定。

差異極大，不便籠統予以概括論述³。因此，本文以下將聚焦於作者較為熟悉的通訊傳播領域，檢視目的事業參與結合時所須經歷的多重管制問題⁴，並從兼顧實務應用導向的比較制度觀點出發，嘗試提出相關制度革新芻議。

一、近年引發關注案例

通訊傳播領域內的目的是事業管制法規，主要為電信法及其授權法規，以及廣播電視法、有線廣播電視法、衛星廣播電視法（合稱「廣電三法」）及各該施行細則等授權法規。透過電信法及廣電三法以市場參進障礙為核心的管制框架，多年來已形塑第一類電信事業各項（固定通信、衛星通信、行動通信、第三代行動通信、行動寬頻等）業務經營者、第二類電信事業、無線電視事業、廣播事業、有線廣播電視系統經營者（簡稱「系統業者」）、衛星廣播電視節目供應者（簡稱「頻道業者」；至於簡稱「直播衛星業者」的直播衛星廣播電視服務經營者，在國內收視戶較少）等須事前取得特許或許可始能經營的「業別」，並循「業別」界限各自形成通訊傳播市場特殊結構及競爭行為態樣⁵。

³ 例如：銀行法第 1 條規定：「為健全銀行業務經營，保障存款人權益，適應產業發展，並使銀行信用配合國家金融政策，特制定本法」；醫療法第 1 條規定：「為促進醫療事業之健全發展，合理分布醫療資源，提高醫療品質，保障病人權益，增進國民健康，特制定本法」；石油管理法第 1 條規定：「為促進石油業之健全發展，維護石油市場之產銷秩序，確保石油之穩定供應，增進民生福祉，並發展國民經濟兼顧環境保護，特制定本法」；立法者針對各該目的事業賦予政府的管制任務及執法工具，即使大抵均出現市場參進障礙、資格限制、特定行為須事前經許可或主動申報、課予特別作為或不作為義務、業務檢查、違規處罰等類似模式，但關於其合目的性及手段適當性等問題的具體判斷，彼此之間卻頗有差異。關於目的是事業管制立法目的及其管制手段間的比例原則及其所涉合憲性問題，並請參照：大法官釋字第 514 號解釋及第 738 號解釋理由書。

⁴ 此處所述多重管制問題，已非專從競爭法觀點出發，衡酌複數機關分別掌管或以多階段程序處理結合管制所涉問題，例如美國反托拉斯法上聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）與司法部（DOJ，其下所設反托拉斯局：Antitrust Division）之間的所謂「雙元管制（dual regulation）」問題；其問題焦點，毋寧在於競爭法與目的是事業管制法規之間的競合與衝突，因而更近似美國關於電信或有線電視事業所涉結合案，FTC、DOJ 與聯邦通訊傳播委員會（Federal Communication Commission, FCC）間的「三方管制（tripartite regulation）」問題；相關說明參閱：Allen S. Hammond IV, "Tripartite Regulation in the Public's Interest: The Overlapping Roles of the DOJ, FCC, and FTC in Consolidation of the Communications Industry," in: Mark Lloyd, Lewis A. Friedland (ed.), *The Communication Crisis in America, And How to Fix It*, 1st ed., Palgrave Macmillan (2016). 類似問題，在其他目的是事業管制領域如：銀行、民用航空、醫療等，也引發不少相似但具體內涵各有特色的規範競合與衝突問題。

⁵ 公平會對通訊傳播領域內相關產業，即訂有「公平交易委員會對於電信事業之規範說明」（2015 年 4 月修正）、「公平交易委員會對於有線電視相關事業之規範說明」（2016 年 5 月修正），甚至針對其彼此跨業別的「匯流」市場發展，訂定「公平交易委員會對於數位匯流相關事業跨業經營行為之規範說明」（2015 年 4 月修正）。

近年，公平會就通訊傳播事業參與結合作成數件引起各界注意的決定，後續所引發爭議雖然未必皆與公平法有關；但其中爭議焦點，卻動輒牽扯事業結合概念及其中的控制要素，或者，與事業結合後所造成的限制競爭問題難脫干係，在在與競爭法上的結合管制架構相互連動。以下先簡述幾件重要案例梗概：

（一）「大富—凱擘」案

本案原因事由為：多層轉投資凱擘股份有限公司（簡稱「凱擘公司」）旗下所屬 12 家系統業者的荷蘭商 PX Capital Partners B. V.，於 2010 年 7 月間向經濟部投資審議委員會（簡稱「投審會」）申請，擬轉讓其投資事業盛庭股份有限公司（國內控股公司，凱擘公司的母公司）的 80% 持股份予大富媒體股份有限公司（簡稱「大富公司」），投審會於 7 月下旬函請國家通訊傳播委員會（簡稱「NCC」）表示意見；其後，大富公司就其擬購買上述股份，向公平會申報事業結合。8 月初，荷蘭商 PX Capital Partners B. V. 以書面向 NCC 提出上述股份轉讓申請。

公平會於 2010 年 10 月 29 日以公結字第 099004 號決定書，認定本案屬於（舊）公平法第 6 條第 1 項第 2 款（取得 1/3 以上股份）及第 5 款（直接或間接控制事業經營或人事任免）結合，為確保整體經濟利益大於限制競爭不利益，附加下列負擔不予禁止：

未經公平會同意，參與結合事業（及其控制或從屬事業）不得再直接或間接取得其他系統業者股份，其負責人及經理人亦不得擔任其他系統業者負責人或經理人；未經公平會同意，參與結合事業（及其控制或從屬事業）不得直接或間接取得台灣大哥大股份有限公司（及其控制或從屬事業）股份，亦不得出讓股份予後者，兩者負責人及經理人不得擔任對方負責人或經理人；未經公平會同意，參與結合事業（及其控制或從屬事業）不得再參與其他系統業者共同經營或委託經營行為；以上 5 款，重點在於：防止大富公司、凱擘公司與其他系統業者（尤其，台固媒體旗下系統業者）及台灣大哥大股份有限公司間再有結合或其他控制及從屬關係。

此外，尚有：未經公平會同意，參與結合事業（及其控制或從屬事業）不得再增加其他自製、代理類比衛星廣播電視節目；參與結合事業（及其控制或從屬事業）不得與其他系統業者共同向頻道業者為統購、聯合定價、共同抵制或其他聯合行為；參與結合事業（及其控制或從屬事業）不得與其他頻道業者為共同銷售頻道節目的

聯賣或其他聯合行為；參與結合事業（及其控制或從屬事業）自製、代理衛星廣播電視節目，不得無正當理由拒絕授權予其他競爭平台，或為其他價格或條件上的差別待遇行為；以上 5 款，重點在於：禁止參與結合事業（及其控制或從屬事業）再有其他垂直延伸市場力量、聯合等行為。

另 3 款負擔則為：配合政府推動有線電視數位化政策、「培植」高畫質數位內容及文化創意產業，以及於 5 年內提出負擔履行報告、相關交易資訊及人事異動等資料。

12 月上旬，NCC 函覆投審會，附負擔許可荷蘭商 PX Capital Partners B.V. 上述股份轉讓申請；12 月 29 日，NCC 以通傳營字第 09941081110 號處分函，附負擔許可大富公司投資案。其負擔內容大致如下：

申請人除依其承諾事項外，所屬系統須自次年起分別調降收視費；至於大富公司 15 項承諾，除與法規已明文課予義務及公平會上述負擔相同或類似者外，尚有：改善所屬系統業者財務結構、不加重其負債，成立專案小組管控計畫執行，「具體提出對頻道業者上、下架之公平、合理、無差別待遇之管理機制」，於執照有效期限內不轉讓所屬系統經營權，以及配合申請辦理營運計畫變更等。

本案尚有數點涉及多重管制問題，因此值得注意的特色：1. 買方數年前就與賣方接洽，甚至早自 2007 年間起就開始布局；2. 買方主要股東所經營的富邦金控集團（前後也在香港及中國大陸參與銀行併購活動）為台北富邦銀行母企業，台北市政府也持有該銀行股票，而其所經營的台灣電信集團旗下台灣大哥大公司股票也公開發行，而政府基金可自證券交易管道購得其股份，以致買方如以富邦金控集團或台灣大哥大公司或其相互投資事業受讓上述盛庭公司股份，將涉及所謂「黨政軍退出廣電媒體」條款問題；3. 買方主要股東所經營的台固媒體公司為聯禾等 4 家系統業者母公司，此外，該公司也經營頻道代理業務；4. 買方主要股東另經營頻道業者（主要為兒童及少年頻道）及電視購物事業；5. 大富公司在國內登記，僅由少數自然人股東持股，股權結構單純；6. NCC 曾就本案先後上網公開徵詢意見、於第 382 次委員會徵詢專家意見、辦理公聽會，立法院交通委員會也以附帶決議要求 NCC 就本案辦理公聽會；7. 本案自正式申請至附負擔不禁止結合或附負擔許可轉讓股份，均在公平法及行政程序法所規定期間內完成相關行政程序。

本案後續發展則為：大富公司及 PX Capital Partners B.V. 於 2015 年 9 月中旬，分別向投審會及 NCC 申請移轉盛庭公司剩餘 20% 股份予大富公司；NCC 於第 667 次委

員會議決議辦理聽證，繼而於 11 月 18 日舉行的第 670 次委員會議決議：附負擔同意上述股份轉讓，負擔處理原則為：1. 受讓人已達成當初所定目標但有繼續監理必要者，持續辦理並定期陳報；2. 新承諾事項應納入系統營運計畫，並定期陳報辦理情形。此外，凱擘公司與其他頻道代理商（包括全球數位公司、佳訊視聽股份有限公司）就其代理頻道 2016 年度授權，對於新開播的系統業者，採取開播地區內總戶數 15% 為計價戶數基礎（又稱最低保證戶數 Minimum Guarantee, MG），未以實際收視戶數為基準（同區內既有系統業者雖適用相同交易條件，惟其收視戶均超出總戶數 15%，實際上改依實際收視戶數為基準），經公平會認定違反公平法第 20 條第 2 款禁止事業無正當理由給予差別待遇規定；公平會於凱擘公司上述處分函中，特別提及上述差別待遇行為，遭檢舉違反公平會就大富公司買受 PX Capital Partners B. V. 持有盛庭公司 80% 普通股股份案所附負擔，但公平會認定並未違反該負擔十所禁止事項（垂直延伸市場力量）⁶。

（二）「旺中—中嘉」案

本案原因事由為：英屬維京群島商 Pure Investment Global Corp. 於 2010 年 12 月下旬分別向投審會及 NCC 申請一受讓安博凱基金（MBK Partners, L. P.）所持有馬來西亞商 Goodwill Tower Sdn. Bhd. 投資事業博康開發股份有限公司（簡稱「博康公司」）及馬來西亞商 Evergreen Jade Sdn. Bhd. 投資事業安順開發股份有限公司（簡稱「安順公司」）全部普通股股份一並經由旺中寬頻媒股份有限公司（簡稱「旺中公司」）多層轉投資中嘉網路股份有限公司（簡稱「中嘉公司」）旗下吉隆等 12 家系統經營者。稍晚，旺中公司向公平會申報受讓上述股份，以及受讓盛開投資股份有限公司（簡稱「盛開公司」）及緯宏投資股份有限公司（簡稱「緯宏公司」）所持有安順公司、安成開發股份有限公司（簡稱「安成公司」）、博康公司及博碩開發股份有限公司（簡

⁶ 詳請參照：公平會公處字第 105120 號處分書，理由一之（二）相關說明如下：「前開結合案件決定書負擔十之附加目的，係為消弭參與結合事業（含被處分人）等挾其垂直整合及市場優勢地位，對與所屬系統經營者之同一經營區域內之其他系統經營者為無當理由差別待遇行為之限制競爭疑慮。惟查本案被處分人系爭差別待遇之對象中，僅全國數位與其所屬系統經營者（全聯）於同一經營區具競爭關係，大豐跨區、新高雄及數位天空目前與被處分人所屬之系統經營者並非屬同一經營區域內之競爭者，故被處分人系爭行為依相關事證尚難認屬基於垂直整合優勢地位，對所屬系統經營者與其同一經營區域內之其他系統經營者為無當理由差別待遇行為，故尚難謂違反前開負擔十，是被處分人應論以違反公平交易法第 20 條第 2 款規定而依同法第 40 條第 1 項規定予以處分」；並請對照：公平會第 1302 次委員會議紀錄。

稱「博碩公司」)所有特別股股份，從而控制博康公司、安順公司、中嘉公司及其旗下系統業者、全球數位媒體股份有限公司(簡稱「全球數位公司」，主要經營頻道代理業務)財務、業務經營及人事任免。

公平會於 2011 年 4 月 29 日以公結字第 100003 號決定書，認定本案屬於(舊)公平法第 6 條第 1 項第 2 款(取得 1/3 以上股份)及第 5 款(直接或間接控制事業經營或人事任免)結合，為確保整體經濟利益大於限制競爭不利益，附加下列負擔不予禁止：

未經公平會同意，參與結合事業(及其控制或從屬事業)負責人及經理人不得擔任其他系統業者負責人或經理人；未經公平會同意，參與結合事業(及其控制或從屬事業)與東森國際股份有限公司(簡稱「東森國際公司」)、中天電視股份有限公司(簡稱「中天電視公司」)、聯維等 3 家系統業者負責人及經理人不得擔任對方負責人或經理人；以上 2 款，重點在於：防止旺中公司及中嘉公司所屬系統業者，與後者同經營區內其他系統業者及多家頻道業者、頻道代理商的母公司東森國際公司、旺中公司旗下的頻道業者中天電視公司間，再有結合或其他控制及從屬關係。

此外，尚有：未經公平會同意，參與結合事業(及其控制或從屬事業)不得再增加其他自製、代理類比衛星廣播電視節目；未經公平會同意，參與結合事業(及其控制或從屬事業)不得自製或代理電視購物廣告節目；參與結合事業(及其控制或從屬事業)自製、代理衛星廣播電視節目，不得無正當理由拒絕授權予其他競爭平台，或為其他價格或條件上的差別待遇行為；參與結合事業(及其控制或從屬事業)就廣告專用頻道與廣告業者或電視購物業者合作播送商品廣告或電視購物廣告節目，不得為無正當理由拒絕交易、差別待遇，或與非參與結合事業共同杯葛廣告業者或電視購物業者；以上 6 款，重點在於：禁止參與結合事業(及其控制或從屬事業)再有其他向上游垂直延伸市場力量、垂直限制或差別待遇行為。

另 3 款負擔亦為：配合政府推動有線電視數位化政策、「培植」高畫質數位內容及文化創意產業，以及於 5 年內提出負擔履行報告、相關交易資訊及人事異動等資料。

本案在目的事業管制及跨境投資審議兩方面，則遭遇堪稱空前的繁複行政流程及其間所牽涉異常多樣化的相關公共利益疑慮。NCC 幾經輾轉徵詢其他部會意見、一再要求相關業者補件、召開相關機關代表座談會、函詢地方政府意見、立法院交通委員會邀 NCC 主任委員蘇蘅專案報告、辦理聽證、舉行公聽會，經多次委員會議

始終議而不決。直到 2012 年 7 月 25 日，始於例會之外加開的第 496 次委員會議中，決議附加「3 項停止條件、25 項負擔、保留負擔之事後附加或變更及保留行政處分之廢止權」等龐雜附款「許可」英屬維京群島商 Pure Investment Global Corp. 經由旺中公司多層轉投資中嘉公司旗下 12 家系統經營者，並於包含主任委員、副主任委員在內多數委員任期屆滿交接前夕的第 497 次委員會議確認上次會議紀錄次日，就破例火速發出通傳通訊字第 10141045840 號函予申請人，並副知投審會、公平會。NCC「許可」處分附款中的「25 項負擔」除重複公平會上述附款內容之外，大抵為法規遵循、履行先前承諾、建立「公開之問責機制」、訂定「新聞部門自主公約」、成立「跨媒體倫理委員會」及「自主工會」，以及仿照「大富－凱擘」案前例，要求旺中公司改善所屬系統業者財務結構、不加重其負債，成立專案小組管控計畫執行等。

至於行政程序上極端「異常」的「3 項停止條件」⁷，大致內容如下：1. 申請人主要自然人股東及旺中投資股份有限公司「應採取方法達成以下結果」－申請人及旺中公司股東（含自然人股東 3 人）「或...關係人」不得直接或間接控制中天新聞台（含持股或出任負責人等），亦即所謂「完全切割」；2. 中國電視股份有限公司（簡稱「中視公司」）現有新聞台「應完成營運計畫變更為非新聞台」；3. 中視公司「應完成設立獨立新聞編審制度」。

其後，旺中公司函請 NCC「確認」上述「停止條件成就」，經 NCC 於第 582 次委員會議決議認定並未成就，本案因此爭訟（及訴外爭議）不已。直到 2014 年 8 月中旬，買方撤回行政訴訟，去函 NCC 表示已與賣方達成協議，擬不執行 NCC 於 2012 年 7 月 31 日所發處分函附附款「許可」事項，相關爭議始暫時告一段落。

本案尚有數點涉及多重管制問題，因此值得注意的特色：

買方主要股東之一經營食品製造業（在中國大陸設廠多年，主要營業收入來自中國大陸及東南亞市場），近年在台灣投資或併購報紙、無線電視、頻道、旅宿餐飲、保險、醫療及房地產等事業。共同參與旺中公司投資案者，尚有原持有多家系統業者股份，現仍為某頻道業者重要股東之一的另一企業集團負責人。此外，行政院經濟建設委員會（簡稱「經建會」，已與行政院研究發展考核委員會合併改組為國家發展委員會，簡稱「國發會」）、大陸委員會（簡稱「陸委會」）及行政院消費者保護委

⁷ 關於本案所謂「停止條件」的法律定性及其內涵與申請人「或...關係人」各項權利義務間關聯，以及本案附附款「許可」的處分效力實際上漂浮不定等問題，均值得從行政法學理及實務觀點另作專題析論，本文不擬就此深入，以免離題。

員會（已改組為行政院消費者保護處，簡稱「消保處」）、金融監督管理委員會（簡稱「金管會」）先後於答覆 NCC 函詢時多有保留，分別就「確保對國內事業未來之經營發展具有正面實質貢獻」、「投資人所屬...集團具有在大陸投資的背景」、「為預防日後經營不善致消費者權益受損...收視戶個人資料或隱私之保護」、「產經（金）分離」等節提醒主管機關注意。此外，與本案共同投資人之一關係相當微妙的某購物頻道，也多次致函 NCC 提出所謂「言論集中化」有關質疑。另有不少學者、專家、團體、民意代表等案外人士，對本案高度關注；其中，也有積極參與公聽會或在媒體表達意見者。

（三）「摩根·士丹利－中嘉」案

本案原因事由為：荷蘭商 NHPEA Chrome Holding B.V.於 2015 年 7 月下旬向投審會及 NCC 申請多層轉投資中嘉公司旗下 12 家系統業者：其中，荷蘭商 NHPEA Chrome Holding B.V.由摩根·士丹利亞洲私募基金（MSPE Asia）所成立，以投勝等 7 層特殊目的載具（SPV），受讓 MBK 所持有馬來西亞商 Goodwill Tower Sdn. Bhd. 投資事業博康公司及馬來西亞商 Evergreen Jade Sdn. Bhd. 投資事業安順公司全部股份；遠傳電信股份有限公司（簡稱「遠傳公司」）則購買勢勝等 3 家 SPV 所發行公司債，中嘉公司以下至 12 家系統業者間的投資架構維持不變。在此同時，MSPE 也向公平會申報上述結合案。

公平會於 12 月 31 日附負擔不禁止本件結合案，主要理由如下：

MSPE 及其子公司並無持有或取得我國其他有線電視事業股權，或參與、從事有線電視相關事業經營，本案屬多角化結合。又，本案僅係中嘉公司、全球數位公司及參與結合 12 家系統業者母公司的股東結構發生變動，對本案相關市場的競爭尚不產生任何影響。而中嘉公司與全球數位公司的上下游垂直關係於本案前即已存在；除本案外，MSPE 及其子公司並無持有或取得其他有線電視相關事業股權，或參與、從事有線電視相關事業經營；因此，本案不致對有線電視上、下游相關市場及水平競爭市場有顯著影響及減損市場競爭，亦無造成市場封鎖效果等限制競爭疑慮。

公平會以上認定，主要基於遠傳公司依現有事證資料尚難認屬本案中的參與結合事業。惟該公司表示：因現行法令限制，目前尚無法以股東身分直接投資系統業者，改以持有不具股權轉換性質的普通公司債方式，獲取於相關法令鬆綁後入主中

嘉集團先機，以強化其數位匯流版圖。有鑑於此，公平會附加以下負擔，藉以排除遠傳公司於持股限制相關法令鬆綁前，先透過其他方式控制參與結合事業的業務經營或人事任免，或有共同經營、委託經營等結合態樣相關疑慮：

1. 參與結合事業（及其控制或從屬事業）於遠傳公司或其控制與從屬公司向該會提出相關事業結合申報並經本會不禁止結合前，不得為下列行為：(1)參與結合事業（及其控制或從屬事業）半數以上董事，由遠傳公司或其控制與從屬公司董事、監察人或經理人擔任；(2)轉讓股份或出資額予遠傳公司或其控制與從屬公司達其有表決權股份總數或資本總額 1/3 以上。(3)經由契約或其他方式，使遠傳公司直接或間接控制參與結合事業的業務經營或人事任免。(4)經由技術及顧問諮詢服務等方式，與遠傳公司或其控制與從屬公司共同經營，或將有線電視或頻道代理業務委託遠傳公司或其控制與從屬公司經營。
2. 申報人直至遠傳公司或其控制與從屬公司向該會提出相關事業結合申報並經該會不禁止結合前，提供之間相關合作事項契約、技術及顧問諮詢服務等相關顧問名單及其經歷、每 6 個月彙送遠傳公司或其控制與從屬公司所提供服務內容清單等資料。
3. 參與結合事業（及其控制或從屬事業）無正當理由，不得對遠傳公司或其控制與從屬公司與其水平競爭者，為差別待遇行為。

針對本案，NCC 最初並未因循（前屆主任委員任內）審議「旺中—中嘉」案時程序反覆、一再拖延的前例，依序函覆投審會、公平會，其間並邀申請人及關係人到委員會議陳述意見，再徵詢金管會、投審會關於封閉基金及銀行聯貸意見，釐清議題重心後辦理聽證，研析公平會附負擔不予禁止結合決定書，針對新修正施行的有線廣播電視法第 15 條第 3 項所列 5 款情形舉行公聽會，始於 2016 年 1 月 27 日舉行的第 682 次委員會議決議，在公平會附負擔不予禁止結合決定的基礎上（其決議原文為：「根據公平交易委員會 104 年 12 月 30 日作成之決定，遠傳電信尚非本件外國人投資案之申請人，如遠傳電信未來另以取得股權、出資額或以其他方式實質控制本案 12 家有線電視系統，依法仍應向本會及有關機關提出申請，然依現行法律規定，本會應不予許可，並依法裁處相關違法行為。至若未來法律修正，放寬政府直接或間接持有系統經營者股份之限制，遠傳電信屆時依新法直接或間接持有吉隆等 12 家有線電視系統經營者之股份，自亦須另案提出申請」），將荷蘭商 NHPEA Chrome Holding B.V.承諾 20 項（包含內容等同於公平會所附負擔的第 17 項承諾事項，以及

加速數位化、製播地方節目、汰換高畫質製播設備、無正當理由不拒絕授權或其他差別待遇行為、成立專案小組管控承諾事項執行進度等）列為負擔，附負擔許可本案。

其間，總統大選及立法委員改選於 2016 年 1 月 16 日舉行，原本在野的民主進步黨（簡稱「民進黨」）贏得總統選舉及立法院過半席次，勝選者及其支持者開始有所謂「緩議」本案至新政府於 5 月 20 日上台以後「再處理」說法。立法院則於 2 月 1 日第 9 屆立法委員到任期間，新黨團「時代力量」呼籲「重審」本案，多數黨民進黨黨團曾於社群媒體非正式呼應其說法。然而，自此時起並歷經 5 月 20 日新任行政院長林全率各部會新任首長就職，迄至 7 月底 NCC 主任委員、副主任委員及多數委員任期屆滿離職前，相關行政機關並未再對本案採取任何措施。

2016 年 9 月 20 日經濟部召開投資審議委員會，會後表示遠傳公司恐有「以債作股」實質控制中嘉系統，規避有線廣播電視法第 10 條黨政軍條款疑義，決定退回主管機關 NCC 重審。就此，新任 NCC 副主任委員兼發言人表示：「新委員上任後也高度關注中嘉案，一個多月來對遠傳插手中嘉人事案等傳言，持續蒐集調查實質投資的事證資料，了解是否有各界疑慮的違法爭議，也函請投審會...本於法定職權與投資專業，就中嘉案投資架構及實質投資內容予以審查。一旦有事證證明買方違反承諾條款，NCC 可依法撤銷或廢止原處分。NCC...收到投審會會議結論與函覆的意見後，會結合 NCC 調查事證，並依照行政程序法第 117、123 條等條文，審查中嘉案中遠傳的實質投資方式，是否違反黨政軍條款或其他條件，必要時將做撤銷或廢止行政處分的決定」⁸。2016 年 12 月 29 日，NCC 就 MSPE 投資中嘉公司所屬系統業者案（再次）舉辦公聽會，由兩位新任委員主持，MSPE、MBK、遠傳公司及銀行團代表台灣銀行、中國信託、兆豐銀行等關係人皆派員到場陳述意見。根據最近媒體報導，該案終於演變為「避免因交易審查過程延宕營運規劃及發展，股東安博凱基金與美商摩根士丹利亞洲私募基金（MSPE Asia）共同決議啟動撤件相關程序，意即遠傳『以購買公司債，與中嘉策略合作案』破局...經濟部投審會指出，尚未收到撤件申請，收到後將轉知 NCC，不須再進行後續收購相關公聽過程，依正常撤件程序

⁸ 相關報導，例如：吳馥馨、蔡敏姿、彭慧明，「遠傳併中嘉 退 NCC 嚴審」，聯合報，財經焦點版（2016/9/21）。

處理」⁹，黯然落幕。

本案尚有數點涉及多重管制問題，因此值得注意的特色：

買方 MSPE 雖然在台灣已有多項大型投資案，但仍遭反對者指控在中國大陸也有投資標的。至於購買其多層轉投資中間 3 層 SPV 所發行公司債 170 億元以上的遠傳公司，其股票公開發行而政府基金可自證券交易管道購得其股份；倘若被認定為本案投資人，將涉及所謂「黨政軍退出廣電媒體」條款問題。然而，遠傳公司堅持，其所認購公司債屬於不可轉換的普通公司債，利息遠高於國內銀行定存利率。此外，承辦本案聯貸 518 億元的銀行團中，台灣銀行、兆豐銀行等皆有相當比例股份由政府持有。

（四）其他結合案

根據公平會截至 2016 年第 3 季結束的績效報告，該會自 2008 年至 2016 年 10 月，已辦結事業結合申報案件共計 508 件，不禁止結合案件 252 件，禁止結合案件 5 件，處分違法結合案件 25 件。除以上 3 案之外，不禁止結合的重大案件包括：富邦金融控股股份有限公司與安泰人壽保險股份有限公司結合申報案（所涉目的事業：金融控股公司、保險業）、附負擔不禁止台灣大哥大與大富媒體等 36 家公司結合申報案（所涉目的事業：第一類電信事業、系統業者等）、附負擔不禁止中華電信股份有限公司、悠遊卡投資控股股份有限公司及統一超商股份有限公司等 3 公司結合申報案（所涉目的事業：第一類電信事業、電子票證業等）、附負擔不禁止中華電信股份有限公司、台灣大哥大股份有限公司、亞太電信股份有限公司、威寶電信股份有限公司、悠遊卡投資控股股份有限公司、遠傳電信股份有限公司合資設立新事業經營信託服務管理平臺結合申報案（所涉目的事業：第一類電信事業、電子票證業等）、附負擔不禁止 ASML Holding N.V.與 Cymer Inc.結合申報案（半導體製造業：尚非受特許管制的目的事業）、附負擔不禁止悠遊卡投資控股股份有限公司等 8 家公司參與投資與共同經營點鑽整合行銷股份有限公司紅利點數業務之事業結合申報案（所涉目的事業：電子票證業等）、遠傳電信股份有限公司等 6 家公司合資設立遠鑫電子票證股份有限公司專營電子票證業務之事業結合申報案（所涉目的事業：第一類電信

⁹ 相關報導，例如：王憶紅、黃佩君、陳炳宏，「中嘉案 3 破局 遠傳：不影響數位佈局」，自由時報，生活新聞版（2017/2/9）。

事業、電子票證業等)、附負擔不禁止財金資訊股份有限公司、財團法人聯合信用卡處理中心及財團法人台灣票據交換業務發展基金會合資成立新設事業經營金流信託服務管理平台(PSP TSM)之事業結合申報案(所涉目的事業:證券業、銀行業等,以及特殊任務公私協力組織)、大豐有線電視股份有限公司取得台灣數位寬頻有線電視股份有限公司 100%股份結合申報案(所涉目的事業:系統業者)、台灣大車隊股份有限公司分別與泛亞計程車客運服務有限公司,及龍星車隊股份有限公司、龍典計程車客運服務股份有限公司及皇星計程車客運服務業有限公司申報結合(所涉目的事業:計程車業)、美商英特爾公司(Intel Corporation)與美商拓朗有限公司(Altera Corporation)之結合案(半導體及電子製造業:尚非受特許管制的目的事業)、凱月股份有限公司與得濬投資股份有限公司及埤豐投資股份有限公司及其從屬公司(包含新永安及大揚等 2 家有線廣播電視系統經營者)結合申報案(所涉目的事業:系統業者)、鴻海精密工業股份有限公司與夏普公司結合申報案(電子製造業:尚非受特許管制的目的事業)、ASML Holding N.V.與漢民微測科技股份有限公司結合申報(電子製造業及檢測業:尚非受特許管制的目的事業)、美商戴爾電腦與 EMC 結合申報案(電腦設備製造業:尚非受特許管制的目的事業)等。除尚非受特許管制者外,目的事業參與重大結合案者仍以第一類電信事業、系統業者、金融相關產業及交通運輸業為主。

至於上述期間內遭公平會禁止結合的重大案件,則僅有:好樂迪股份有限公司與錢櫃企業股份有限公司結合申報案(餐飲娛樂業)、統一企業股份有限公司與維力食品工業股份有限公司結合申報案(食品製造業),均非受特許管制的目的事業。

整體而言,公平會近年結合管制所處理重大案件,大致仍聚焦於透過法規創造人為市場參進障礙的目的事業、受特殊技術或智慧財產權限制「或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事」的產業類別;就此等領域而言,競爭法與產業別管制法規或行為管制法規之間,原本就潛藏彼此相互競合及衝突的制度差異因素¹⁰。此外,特別值得注意者,例如:除食品安全衛生管理法等「一般」法律規範之外,毋須另按其「業別」受目的事業主管機關特許管制的食品製造業中,國內泡麵製造

¹⁰ 參照:公平法第 8 條第 3 項及第 45 條、第 46 條等規定。

大廠統一企業與維力食品公司結合案，公平會卻積極介入予以禁止¹¹。

二、適法性爭議

目的事業管制法規透過人為市場參進障礙篩選合格經營者，藉以形塑產業結構進而引導目的事業行為，朝向預設管制目的增進或維護特定公共利益，因此，對於合格經營者的條件及資格，或以明文（通常僅作概括）規定，或授權主管機關具體認定，或經由限量執照設定競價、競標等程序篩選，通常也在申請者取得經營資格後限制其頂讓執照或變更參與投資者。隨著技術進步、供需條件或消費習慣變化而產業結構轉型，更可能基於合格經營者本身因素或其與交易相對人間關係，難免事後出現既有經營者或其投資人萌生退意情形。另一方面，受特許管制的目的事業因其限量執照稀有性（由此衍生財務管理上所謂「無形資產」，相對上則須承受退出市場障礙所造成的資產變現困難）及競爭者相對較少所衍生的高獲利機會（同樣須面對寡占性競爭所造成「脫隊」錯失商機或「夾殺」導致巨額虧損風險），卻又不免吸引潛在（「親」風險—risikofreundlich—）經營者或投資人陸續參進。

然而，礙於目的事業管制法規上所設定的人為市場參進障礙及各項行政管制措施，無論產業結構或經營者、投資人都無法隨市場變化機動調節。就此而言，其實與公平法追求自由及公平競爭，儘可能讓市場發揮調節供需機能的立法目的有所齟齬。尤有甚者，當目的事業管制法規明文規定或事前可輕易預測的明確執法標準渺不可得，主管機關為增進或維護特定公共利益的各種干預措施或企圖，就更容易在形式合法與實質妥當兩面之間出現矛盾或張力，從而引發外力介入、尋租（rent-seeking）套利以致法治原則鬆動相關爭議。以下謹就上述引發各界關注的結合案例所衍生問題，概要加以說明：

（一）程序繁複冗長

目的事業參與結合所須面臨的多重管制情境，明顯加劇原已不算單純的管制流程，公文往返、一再補件、反覆開會及行政機關之間或明或暗的「互踢皮球」舉動，

¹¹ 關於該案背景說明及公平法上結合概念中「控制」要件與董事兼充合致與否的比較法制評析，可以比較：張甘穎，「結合審查基準之研究—以統一與維力結合案為例」，公平交易季刊，第22卷第4期，33-77（2014）。

導致整體行政程序相當繁複而冗長：在「旺中－中嘉」案中，NCC 率先寫下單一申請案件耗時一年半載的冗長期間紀錄；而在「摩根·士丹利－中嘉」案中，投審會更開創有如「鬼打牆」般的「退回－重審」流程。

相較之下，公平法針對結合管制程序雖然規範細膩，但在「申報－異議」制架構及限期決定的明確規範下，既無結合案審議期間漫無終點的可能性，除非申報者同意再延長或申報事項有虛偽不實，也不存在「退回－重審」的政治操作空間；亦即，單就競爭法而言，並無行政程序繁複冗長的制度內在問題¹²。因此，公平會在上述 2 案均在法定期間內完成結合管制流程；同時或先後啟動行政程序，卻始終等待公平會正式決定後才進入實質審理程序的 NCC 及投審會，動輒在後續管制程序中導入「歧途曲巷」，甚至弄成「歧路亡羊」局面。

對於牽涉目的事業特殊管制程序的結合申報或申請人而言，固然完整取得公平會不禁止及其他機關許可等全部終局決定，啟動公平法及目的事業管制法規相關結合管制程序的目標方告完成；即使公平會禁止或其他機關否准其結合案，亦須儘早使其確知全部結果及其理由，俾利其及早尋求行政爭訟等事後救濟管道，或自行矯正其結合計畫中所可能內含有損特定公共利益的不當安排再重新申請。因此，單獨取得公平會不禁止或附理由禁止其結合的終局決定，並無助於申報或申請人依其結合計畫進入或退出目的事業經營的營業活動安排。

至於行政程序法第 51 條關於人民依法規申請案件的處理期間規定，對於緩解上述程序繁複冗長問題的實際功效頗則令人疑慮：一則各機關就個別行政程序分別計算，倘若累加各機關個別行政程序（包括行政機關事前公告較長期間及延長期間在內）的期間總長度，已經足以令結合申報或申請人卻步；再則該規定除引發行政內部責任歸屬問題外，就外部法律關係而言也幾近於訓示規定性質，其法律效力或在實務上的實際影響，甚至不如課予義務訴願或課予義務訴訟¹³。

（二）潛規則超法規

目的事業參與結合所須面對的多重管制標準，以及近年逐漸拉長且內容愈來愈多樣化的法規遵循清單，顯然是結合申報或申請人既無從事前預期、又難以擔保本

¹² 參照：公平法第 11 條第 7 項至第 9 項規定。

¹³ 參照：訴願法第 2 條、行政訴訟法第 5 條第 1 項及同法第 200 條第 3 款、第 4 款規定。

身及其他關係人切實遵守或充分履行的另一道難題。礙於目的事業管制法規常對主管機關廣泛授權，老舊及高度政治化的跨境投資法規又多簡略而嚴峻條文，行政管制實務上不免應運而生各式各樣「潛規則」，俾利行政機關根據個案具體情形「務實」執法。歷來所謂「立法從嚴，執法從寬」的執法實務，固然說明看似「動輒得咎」的法規文字表面下往往另有「空間」，其實也僅僅曝露其中一端而已¹⁴。

上述目的事業參與結合的多重管制案例，又讓另一套「潛規則」浮現：行政程序法第 93 條第 1 項規定「有裁量權」、「為確保行政處分法定要件之履行」兩種情形，已使行政機關於必要情形下隨時可以附加附款；同條第 2 項所列舉的 5 款附款種類，更讓行政機關輕易就將延伸或超越既有法規明文規定的各式各樣「潛規則」搬上檯面，正式嵌入行政處分的一部分而取得（形式）合法化地位。例如：政府推動多年、歷經兩次政黨輪替始終成績不見起色的加速有線電視數位化政策，自「大富一凱擘」案以降，已成為 NCC 對於多層轉投資系統有關結合案的「標準」附款，變相「提前」施行尚在立法院審議中的法律草案¹⁵。

當買方提出有關「數位化」的具體投資承諾，成為公平會及 NCC 附附款不禁止或許可（多層轉投資）系統業者所涉結合案慣例，爾後再對同類案件附加相同或相當附款，亦符合平等原則及行政自我拘束等行政法上的一般原理原則¹⁶。與上述情形恰成對比者，則是 NCC 在「摩根·士丹利—中嘉」案正式決議前，加開公聽會就「公眾接近管道之開放性」等 6 款議題徵詢各界意見，其後並要求買方針對此 6 款議題具體承諾相關履行事項，則是等到提請立法院審議多年（歷經跨屆不連續形同撤回，又再經行政院重新送請立法院審議等程序）的有線廣播電視法正式生效之後，才依新法補行相關程序並強化實體規範效力納入許可處分附款之中¹⁷。

此外，NCC 在上述「旺中—中嘉」案中，特別附加針對多層轉投資系統的買方課予建立「公開之問責機制」、訂定「新聞部門自主公約」、成立「跨媒體倫理委員

¹⁴ 就本文所列舉的案例看來（在立法院及執政黨「關切」下），行政實務上較為「敏感」的潛規則，往往不易在法律層次找到明確依據，例如：目的事業股份的買賣雙方政黨傾向、所屬企業集團是否在中國大陸投資、有無涉及其他「影響社會觀感」案件等；然而，經濟部投審會等行政機關，卻動輒假借其他「名義」拖延程序，讓此類「敏感」的潛規則影響力更加難以預測。

¹⁵ 其實，具有強制履行效果的系統業者「數位化」義務，直到 2015 年底立法院第 8 屆第 8 會期結束前終於完成「廣電三法」修正案三讀程序，才正式在法律層次上明文加以規定；參照：有線廣播電視法第 7 條第 1 項、第 12 條第 1 項第 2 款、第 48 條第 2 項及第 64 條第 5 款等規定。

¹⁶ 參照：行政程序法第 6 條及第 8 條規定。

¹⁷ 參照：有線廣播電視法第 15 條第 3 項規定。

會」及「自主工會」等經營頻道事業所特有的履行義務，其範疇遠超越系統垂直整合頻道的經營事項之外，NCC 將其納入許可處分附款中已經頗令人側目。尤其，此等「高標準」要求，甚至連公共電視都未必能夠輕易達成¹⁸；以此課責於自負盈虧的商業頻道及其關係企業，實讓人歎為觀止¹⁹。

（三）處分效力漂浮

上述「旺中—中嘉」案 NCC 所附附款相當繁複，包括「3 項停止條件、25 項負擔、保留負擔之事後附加或變更及保留行政處分之廢止權」。其中，「25 項負擔」雖然自申請人及其關係人的承諾轉化而來，不但援引行政程序法第 123 條第 3 款規定重申「如未履行...得...廢止許可」，又追加「...另依行政程序法第 93 條第 2 項第 5 款保留負擔之事後附加或變更」，使行政處分相對人（為促成許可生效並維持其效力）不僅須履行其所承諾 25 項負擔，尚須就 NCC 所保留「負擔之事後附加或變更」承擔相對不確定的履行責任，否則即將承受許可（即使生效仍可能）事後遭廢止的法律風險。

尤有甚者，NCC 依其第 496 次委員會議決議所發處分函²⁰，更責令「申請人應於本處分送達後使下列條件成就，並經本會認可後，本許可處分始生效力...1.對申請人具控制力之自然人...應採取方法達成以下結果...前揭...關係人...不得直接、間接或利用他人名義經營或控制...2.對申請人具控制力之自然人...所控制之...新聞台...應...變更為非新聞台。3....應完成設立獨立新聞編審制度...」，將該函主旨欄的「許可」效力徹底「鎖住」。由於該函所稱「許可」，仍須經 NCC 另以確認處分「認可」所謂「停止條件」成就「始生效力」，事後亦證明 NCC 最終認定「並未成就」，因而該函所稱「許可」自始至終未曾生效，純就結果而論，該函實與「（附理由，惟並未對應主旨文字的）否准」處分無異。整體而言，NCC 關於「旺中—中嘉」案的決議及處分所稱「許可」，其效力其實飄忽不定；直到該會正式認定「並未成就」，此時所謂「許可」方確定不再具有任何法律效力。

類似任由處分效力幾近於漂浮不定者，其實尚有所謂「保留廢止權」或相對人

¹⁸ 請對照：公共電視法第 27 條規定。

¹⁹ 相關負擔，係自該案申請人及關係人到 NCC 委員會議陳述意見時的承諾事項轉化而來，參閱：該會第 496 次委員會議紀錄，討論事項第 7 案說明及決議內容。

²⁰ 該會 2012 年 7 月 31 日通傳通訊字第 10141045840 號函。

未履行負擔而主管機關事後廢止許可處分等所涉及的後續執行情形。由於許可生效之後，申請人即可合法與目的事業結合，其後各項配合事業結合所進行的股份轉讓、事業組織及經營行為調整亦隨之合法有效；一旦主管機關事後行使其所「保留」的廢止權，或基於許可處分相對人未履行負擔而依行政程序法予以廢止，都將面臨如何「回復原狀」的棘手問題。就此，公平會倘若因參與結合事業未履行該會對於結合所附加負擔，依公平法第 39 條第 1 項明文規定，尚得為「限期令其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業、免除擔任職務或為其他必要之處分」等解體處分，並得以「命令解散、勒令歇業或停止營業」等措施強化解體處分效力²¹。相對之下，目的事業主管機關在欠缺法律明文授權情形下，得否命參與結合事業解體，並以廢止特許執照或剝奪通訊傳播稀有資源使用權等手段予以強制，顯然有其適法性疑義。

至於投審會在「摩根·士丹利－中嘉」案中所謂「退回－重審」，竟託辭於非其職掌事項的「規避黨政軍退出廣電媒體條款」之說，以及，依其組織法應屬獨立機關的 NCC 隨後也應聲改口「從嚴審查」等情形，應非法治國家「依法行政」常態。

（四）尋租套利溫床

上述行政機關「越俎代庖」及執法立場豹變反覆情形，對於受特許管制的目的事業而言，實無異於暗示大開遊說後門許其各自尋租套利（例如：迫使賣方壓低股權售價）或杯葛（競買）對手。由於上述市場參進障礙形成寡占性競爭的特殊背景影響，受特許管制的目的事業彼此間難免衍生近似台灣著名布袋戲人物「黑白郎君」的代表性台詞：「別人的失敗，就是我的快樂」所述情境。另一方面，由於 MBK 並非第一次求售中嘉公司旗下 12 家系統業者，倘若藉「他人之手」壓低股權售價或杯葛競買對手進而順利「搶標」，其他系統業者所屬母企業或潛在投資人當然樂此不疲：除了削弱未來競爭對手實力之外，還能就此壯大本身團隊陣容及（垂直、水平及多角化）競爭優勢，實可謂「一石兩鳥」之計。這也無怪乎：媒體報導業界有鑑於「摩根·士丹利－中嘉」案交易可能生變，其他潛在競買團隊躍躍欲試的傳言始終不斷。

²¹ 參照：公平法第 39 條第 3 項及第 4 項規定。

三、法制背景及實務框架

上述目的事業參與結合所須經歷的多重管制問題，其制度成因深植於彼此交錯競合的行政作用法規，以及組織型態、運作方式及職掌內容各異的行政機關分頭執法。在如此繁複交疊的個別作用法制背景及其所形成的實務框架下，我國行政程序法制又欠缺有效引導行政程序標準化並予以統合的規範功能，以致在目的事業管制法規所創設的寡占性競爭特殊背景下，形成助長尋租套利者奔走活動的偏差誘因機制。以下謹概要說明其中所牽涉相關法制糾結齟齬情形，以及其所可能導致超越個案的未來深遠影響：

（一）作用法規歧出蕪雜

目的事業參與結合至少涉及目的事業管制法規及公平法兩套不同規範：前者透過人為市場參進障礙篩選合格經營者，藉以形塑產業結構進而引導目的事業行為，朝向預設管制目的增進或維護特定公共利益；後者則跨業別維護交易秩序、確保自由與公平競爭，儘可能讓市場發揮調節供需機能。兩者之間，原本存在規範相互競合與立法目的彼此齟齬問題，已如上所述。我國近年針對個別目的事業陸續推動民營化及自由化政策，公平法不僅針對跨業別的競爭行為規範逐漸取得普通法或基本法地位，更有目的事業管制法規刻意導入產業內特殊競爭規範，又在目的事業範疇內與公平法接軌；此種趨勢，在通訊傳播領域內，尤以電信法最為明顯²²。

然而，「廣電三法」中所謂「黨政軍退出廣電媒體」條款，卻是不折不扣的在地政治社會（轉型正義）特殊管制，並非市場開放或產業自由化政策下的相應產物。此項「非關（市場）經濟」（其實也「非關產業」）的在地政治社會特殊管制，最初聚焦於無線電視事業及同樣使用公有無線電頻率的廣播事業²³，卻在台灣首度政黨輪替時「朝小野大」的政治格局下，「一體」延伸至既無「轉型正義」歷史、又自始即以「民營」型態「就地合法」的有線電視系統及其後分開立法規範的衛星廣播電視²⁴。

²² 參閱：廖義男，公平交易法之釋論與實務（第二冊），初版，元照出版公司，第一篇之壹，頁12以下（2015）。

²³ 參照：廣播電視法第5條及第5條之1、第5條之2等規定及其立法理由。

²⁴ 比較：有線廣播電視法第10條規定、衛星廣播電視法第5條規定。

嚴格而言，有線廣播電視法上所謂市場占有率 1/3「天花板」限制²⁵，以及系統業者所供應節目不得超過可利用頻道 1/4 上限兩項外觀看似「產業內特殊競爭規範」²⁶，其實也與公平法所追求的（跨業別）自由及公平競爭目標未必一致，毋寧兼顧所謂「公眾接近管道之開放性」、「頻道內容之多樣性」等與言論自由、媒體自由或文化多元等「非關（市場）經濟」的公共利益而更偏重在地政治社會特殊管制性質。對照 NCC 針對上述「旺中—中嘉」案所附加的繁複附款相關內容，其間差異之大，可見一斑。

在上述「二元競合（在『廣電三法』中，實則已經隱然蘊含產業內特殊政治經濟等『第三元』面向）」併行的複雜規範架構之上，目的事業參與結合如另有跨境投資情形，則又涉及外國人投資條例、兩岸與港澳關係條例等政治色彩極為濃厚的特殊管制法規。

此外，在此尚須特別一提者：關於所謂「黨政軍退出廣電媒體」條款這類在地政治社會特殊管制規範，追本溯源，仍以納入直接規範政府機關或政黨相關活動的預算法、政黨法或所謂「轉型正義」立法為宜，不適合針對政府或政黨投資的個別標的，零星訂定誘因偏差又難以執行的怪異規定，無端引發各種變相尋租套利行為。

（二）獨立機關專業自主

目的事業參與結合倘若達到法定申報門檻者，首先須向公平會申報²⁷；至於電信、無線電視、廣播、系統及頻道等目的事業，其業別主管機關則為 NCC²⁸。兩會同屬合議制獨立機關：「依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督」²⁹。就此，兩會與其他也可能基於各自職掌、處理目的事業參與結合案的投審會、陸委會、國發會，以及組織已調整為非獨立機關的金管會明顯不同。因而，行政程序法上關於「數行政機關...均有管轄權者...不能協議或有統一

²⁵ 參照：有線廣播電視法第 24 條第 1 項規定；此項規定一併禁止系統業者「內部成長」以致超越 1/3 市場占有率上限情形，與公平法上的結合管制架構頗為不同，嚴格而言，並不完全符合確保自由與公平競爭的競爭法基本原理。

²⁶ 參照：有線廣播電視法第 25 條第 3 項規定。

²⁷ 參照：公平法第 11 條第 1 項規定。

²⁸ 參照：國家通訊傳播委員會組織法第 2 條及第 3 條規定，並請對照：電信法第 3 條及「廣電三法」各該第 3 條規定。

²⁹ 參照：中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款規定。

管轄之必要時，由其共同上級機關指定管轄」規定³⁰，在具體結合個案發生權限爭議以前，由行政院依法規抽象指定同類「事件」管轄權歸屬，固無不可。相較之下，上述部會針對目的事業參與結合的具體個案，已與任一獨立機關發生權限爭議之後，行政院再依行政程序法第 14 條第 1 項規定事後指定管轄權歸屬，就頗有疑義；尤其，當任一獨立機關對於該具體結合個案，已表現出與上述部會不同執法立場，行政院更不宜透過指定管轄權方式實質介入個案處理方針³¹。

根據司法院大法官釋字第 613 號解釋意旨，獨立機關與行政院及其所屬其他部會之間，有以下明顯不同的特色：「將原行政院所掌理特定領域之行政事務從層級式行政體制獨立而出，劃歸獨立機關行使，使其得依據法律獨立行使職權，自主運作，對行政一體及責任政治即不免有所減損。惟承認獨立機關之存在，其主要目的僅在法律規定範圍內，排除上級機關在層級式行政體制下所為對具體個案決定之指揮與監督，使獨立機關有更多不受政治干擾，依專業自主決定之空間...既屬獨立機關性質，依法獨立行使職權，其委員之任期亦有法律規定，毋須與行政院院長同進退，為強調專業性，委員並有資格限制，凡此均與層級指揮監督體系下之行政院所屬一般部會難以相提並論」³²。

上述特色，反映在「摩根·士丹利－中嘉」案上，尤其突出；而 NCC 主任委員、副主任委員及多數委員在 2016 年 8 月 1 日全面更動後，對於本案處理方式前後表現不同之處，正好對照上述大法官解釋意旨行政實務上具體實踐情形。其實，早在 2016 年 1 月中旬總統及立法委員選舉結果揭曉後，政壇及坊間甚囂塵上關於「摩根·士丹利－中嘉」案「緩議」的各種主張，已經將政治考量直接套上獨立機關審議程序，對照 2008 年 NCC 組織法修正及 2011 年公平會新組織法皆已改採委員任期交錯制³³，兩會常有略少於半數的合議成員任期超越總統及立法委員任期，更強化其「獨

³⁰ 參照：行政程序法第 13 條第 1 項規定。

³¹ 相對之下，人民依行政程序法第 14 條第 2 項以下規定所享有的程序權利，則不因為行政機關間權限爭議涉及獨立機關而受影響；其問題解決之道，需要行政院發揮憲法所賦予的「最高行政機關」地位所應有智慧。

³² 引自：大法官釋字第 613 號解釋理由書第 2 段、第 6 段。

³³ 公平會組織法第 4 條第 6 項規定：「本法施行後初次提名之委員，除主任委員、副主任委員外，其中 3 位委員任期 2 年」，對照同條第 4 項規定：「委員出缺時，其繼任委員之任期至原任期屆滿之日為止」，明確採取委員任期交錯制。相較之下，NCC 組織法第 4 條則無「委員出缺時，其繼任委員之任期至原任期屆滿之日為止」相關規定，原本可能發展為類似司法院大法官「個別任期制」分別計算委員任期；惟 2010 年間，NCC 主任委員缺額補提名作業，實際上採取委員交錯任期制模式，繼任主任委員任期僅至離任者原任期屆滿之日為止，其後 NCC 其他委員缺額補提名作業，亦比照主任委員補提名前例辦理，從此也形成與公平會委員交錯任期制相同的行政慣例。

立機關」及「合議制」特性尤其應排除政黨輪替影響的法律地位，足可映照台灣法治環境屢屢瀕臨民粹政治考驗的尷尬局面。

當然，公平會與 NCC 皆屬獨立機關，具體個案決定固然不受層級式行政體制約束，俾利「不受政治干擾，依專業自主決定」；但兩會仍為部會級行政機關，除了在實務上也經常交換意見³⁴，甚至針對「廣電相關事業結合申報案件」等行政事務，共同達成「公平交易委員會與國家通訊傳播委員會之協調結論」³⁵。此外，兩會也都屬於行政程序法第 2 條第 2 項所規定「行政機關」，依該法第 3 條規定也適用該法。至於不服公平會依公平法所為處分者，自該法 2015 年修正施行後，「直接適用行政訴訟程序」，已不再受行政院訴願管轄³⁶。

（三）程序法缺統合功能

我國行政程序法制定於 1999 年初，2001 年起正式施行，迄今已滿 16 年以上，對於行政實務，尤其，其後端法律救濟及司法審查，具有統一法律見解及指引個案處理方針等規範功能，其影響可謂與日俱增。其後又輔以訴願法及行政訴訟法大幅翻修，行政程序法的規範效力益發深入行政實務之中。

然而，行政程序法畢竟不是有關我國行政程序的「專法」，一方面大量納入關於行政法「總論」的法釋義框架規範，跨越秩序、給付、管制、裁決等各種不同行政作用領域，架構行政上實體法律關係的一般效力判準。另一方面，該法又自行定位為「普通法」，甚至「基準法」：不僅分別依機關別、事項別廣開「除外」領域³⁷，且預設各項特別法均得排除其適用³⁸；行政程序上諸多重要事項如期限、聽證等，並尊重行政實務考量而容許行政機關另闢蹊徑或自行衡酌³⁹。整體而言，該法對於行政程

³⁴ 行政實務上各機關就管轄事務「函詢」其中涉及其他機關職掌事項，甚至，邀請其他機關代表以會議形式徵詢意見等變通方式，然而，礙於我國機關正式（對其他機關或對外向人民）為意思表示須遵循組織法及內部分層負責規範，分別經（內部簽核單位主管或首長）決行或合議決定，上述變通方式未必皆符合公平會受理結合申報案及目的事業主管機關許可申請案「終局」決定所應遵循程序，因此，大抵仍停留在資訊交換及意見徵詢層次。

³⁵ 現行兩會「協調結論」訂定於 2010 年 10 月中旬，針對「廣電相關事業結合申報案件」，除特別就系統業者結合案件明定「儘可能維持同一經營區域內兩家以上業者經營，避免造成區域內獨家經營」的實體規範準則之外，大多僅止於受理次序及意見徵詢等前階段行政程序相關事項。

³⁶ 參照：公平法第 48 條第 1 項規定。

³⁷ 參照：行政程序法第 3 條第 2 項及第 3 項規定。

³⁸ 參照：行政程序法第 3 條第 1 項規定。

³⁹ 參照：行政程序法第 51 條第 1 項及第 107 條規定。

序標準化顯然施力較淺；尤其，對於本文所述目的事業參與結合涉及複數機關（先後或同時）管轄，或以多階段程序作成行政行為等情形，現行行政程序法就較難發揮統合個案處理方針的規範功能⁴⁰。

（四）誘因偏差更甚於適法性爭議

上述法制背景及實務框架下所潛藏的機關間權限相互衝突、準據法規彼此矛盾等問題，在「旺中－中嘉」案 NCC 審議逾一年半載時，就幾乎將公平法針對結合管制採取「申報－異議」制以求其迅速定案的制度原旨掏空。而在「摩根·士丹利－中嘉」案中投審會針對非其職掌事項「退回－重審」，而 NCC 在合議制成員大幅換血後竟也「亦步亦趨」，更讓獨立機關「不受政治干擾，依專業自主決定」的組織設計及行政程序明確、安定的基本法治原則進一步動搖。姑且不論行政上的實體法律關係是否因個別主管機關附加詭異附款而效力漂浮不定，或因個別主管機關立場豹變反覆而明確與安定蕩然無存⁴¹；單就相關案例顯示：目的事業參與結合的行政管制流程竟可以迂迴曲折、冗長反覆至此，其所可能種下的權責不明、誘因偏差等導致（市場競爭、產業管制及法治基礎）制度崩壞因子，已然不可小覷。以下分 4 個面向概略加以說明：

1. 權責歸屬不明

關於所謂「黨政軍退出廣電媒體」政策及其管制規範，一方面固然涉及廣播電視媒體（透過報導及評論等手段）足以影響政黨政治公平競爭，不免吸引政黨及其執政時期藉以推動政策的政府機關（透過持股及贊助等型態）介入廣播電視媒體運

⁴⁰ 行政程序法第 164 條第 1 項雖然規定：「行政計畫有關一定地區土地之特定利用或重大公共設施之設置，涉及多數不同利益之人及多數不同行政機關權限者，確定其計畫之裁決，應經公開及聽證程序，並得有集中事權之效果」，一則目的事業參與結合尚非該項所稱「行政計畫」，也未必有關「一定地區土地之特定利用或重大公共設施之設置」，再則該項亦未就如何「有集中事權之效果」設計其行政程序，至多就「應經公開及聽證程序」一點頗具啟示意義。此外，獨立機關的特殊組織建制模式，也出現在行政程序法頒布施行之後；雖然行政程序法在中央行政機關組織基準法頒布施行後又歷經 3 度修正，惟皆未觸及與獨立機關所適用特殊行政程序有關議題。

⁴¹ 在類似情形下，即使公平法第 46 條於 2015 年修正時，改為「事業關於競爭之行為，優先適用本法之規定」，更加凸顯公平法作為競爭「基本秩序」的積極地位（以競爭引導發展、節約資源、激勵創新、淘汰劣敗者及制衡濫用市場力量者），倘若司法機關未能於事後救濟程序中及時矯正其他機關「異常」舉措，該條規定的制度性積極意義也將無從體現。

作等糾結議題，從（廣播、）電視（事業）之「健全發展」角度固然必須加以注意⁴²。另一方面，關於政府及政黨投資活動及媒體使用機會等民主政治基本「遊戲規則」，何嘗不應對準更直接牽涉其中的政黨及其主要競爭場域－選舉及議會－著手，追本溯源方能對症下藥。以此（「廣電三法」草案原擬修正訂定相當比例以上股份的明確標準，正式走出「一股都不能持有」的政府執法與事業法規遵循夢魘－早該隨政黨二次、三次輪替成為歷史的）議題糾纏目的事業主管機關已屬牽強，退百萬步言，此事亦與投審會或其上級經濟部無涉⁴³；行政機關「越俎代庖」或許可以（在瑣碎的行政流程中）大事化小，倘若責任政治從此逐漸麻痺以致徒具形式，恐怕在民主憲政層次上其影響非同小可。

2. 目的事業扭曲

各目的事業管制法規雖然難免妝點上洋洋灑灑各式立法目的，其核心目標始終聚焦於：透過目的事業健全發展連帶增進或維護特定公共利益。然而，隨著技術進步、供需條件或消費習慣變化而產業結構轉型，原已跨越市場參進門檻的合格經營者未必皆為資源最有效利用者、最勇於創新應用者，尤其不易維持始終營運績效最優又最能服務公共利益。因此，（超越法規所列舉的消極資格審查事項）動輒盲目干擾甚至阻礙經營者退出市場或改變投資組合（以致次佳或意願低落者持續經營），終將減損競爭在此領域內引導發展、節約資源、激勵創新、淘汰劣敗者及制衡濫用市場力量者的關鍵功能，長久以往，終將扭曲目的事業經營常規及其產業生態，變相鼓勵既有業者及潛在「競標」者藉故杯葛對手、尋租套利，致使目的事業「健全發展」淪為空談。

3. 結合管制變質

結合管制在競爭法上的核心規範功能，在於針對事業之間透過合併、股權或資

⁴² 參照：「廣電三法」各該第 1 條規定的立法目的。

⁴³ 其實，關於跨境投資申請案准駁與否，經濟部原可逕依其經由法規授權的正式職掌自為適當處置，毋須繞道針對非其職掌事項「提醒」已就此正式作成決定的獨立機關；相關法律規定，例如：外國人投資條例第 7 條第 1 項第 1 款規定：「下列事業禁止投資人投資：一、對國家安全、公共秩序、善良風俗或國民健康有不利影響之事業」（該條例第 2 條第 1 項明文規定經濟部為主管機關），並請對照：臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 73 條規定。

產取得、委託或共同經營及建立其他控制關係等組織及交易安排⁴⁴，預防市場集中度隨之上升所可能發生的限制競爭問題；雖然，我國公平法刻意「外加」整體經濟利益作為放寬結合管制的例外事由，但絕無倒反改以整體經濟利益為由禁止結合的明文授權，更無轉換結合管制為增進或維護經濟以外其他特殊公共利益的政策工具之理⁴⁵。然而，上述目的事業參與結合的多重管制架構卻頗有導致結合管制原旨盡失，轉而用以維護競爭（或甚至經濟）以外其他公共利益（或政治目的）的變質趨勢。從「大富－凱擘」案到「旺中－中嘉」案，部分附款內容逐漸超越避免目的事業相關市場結構惡化，或引導目的事業「健全發展」的「產業內特殊競爭規範」範疇之外；事涉制度自變質次第轉趨崩壞，自然不能不「慎始」⁴⁶。

4.投資環境惡化

競爭法及目的事業管制法規大體皆屬經濟立法，倘若為了幾件個案或特定對象而蛻變（或退化）為在地政治社會（轉型正義）特殊管制手段，甚至淪為殺價或杯葛對手的尋租套利工具，對於目的事業及台灣整體產業的投資環境絕對說不上「利多」。尤其，純就法治及「依法行政」角度而論，目的事業參與結合案件涉及外國人投資者，除須注意我國久已未曾修正的外國人投資條例之外，近年還須一併參照陸續與各國簽訂的各式（雙邊）投資保障（或保證）協定，以免損及我國參與國際事務所應有的誠實信用及相應國際評價⁴⁷。此外，台灣近年來的外國人直接投資（FDI）表現（愈來愈）不如鄰近國家，即使經過三次政黨輪替幾乎也已經成為不可逆趨勢；倘若目的事業參與結合案件的管制作業始終程序繁複冗長、潛規則橫生干擾、行政

⁴⁴ 參照：公平法第 10 條規定。

⁴⁵ 參照：公平法第 11 條第 1 項及第 13 條第 1 項規定。從比較法觀點可以發現：反托拉斯法上的結合管制就其制度源起而言，其執法重心始終在於「限制競爭」問題及與其相對的「效率」抗辯，並非針對（尤其，經濟以外）其他公共利益如何維護而設，參閱：Richard A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, 118-130 (2001)；此外，從經濟分析角度觀之，競爭政策的重心亦應置於「限制競爭」與「效率」等議題，至於其他公共利益如何有效維護，與其「借用」競爭法作為其工具以致減損後者規範功能，遠不如另訂針對各該公共利益維護事項的管制法規或採取更直接的干預措施更具成效，相關說明，參閱：Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, 1st ed., Cambridge University Press, 24-31, 233-252, 372-378 (2004)。

⁴⁶ 至於託辭「退回重審」等「異常」舉動，則更透露濃厚的政治氣息，已非一般競爭法或目的事業管制範疇內的「常規」行政。

⁴⁷ 例如：較早期簽訂的台美關於保證美國投資制度換文，較近期的台星投資促進和保護協定、台紐濟合作協定「投資章」等。並請參照憲法第 141 條規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平」。

處分效力漂浮，在在提高外國人來台灣投資必須（額外）承受的法律及政治風險，不免影響其投資意願⁴⁸。

四、管制生態丕變與制度革新芻議

我國關於目的事業參與結合在現行法制及實務上所採行的多重管制架構，既然造成程序繁複冗長、潛規則橫生干擾、行政處分效力漂浮等問題，在受特許管制的目的事業如第一類電信及廣播電視事業之間，還可能演變為迫使股權求售方降價或同業彼此杯葛（檢舉對手違規或偏離潛規則）的尋租套利溫床，無論從競爭法上預防市場集中化所導致限制競爭問題，或就目的事業管制法規藉由形塑產業結構以間接增進或維護特定公共利益等預設目標而言，「副作用」都已經過大而且影響範圍太廣，其所可能導致誘因偏差的制度性缺陷，甚至可能抵銷結合管制在競爭法及目的事業管制法規上原本應該發揮的積極規範作用，顯然必須在個別法規及整體制度上儘早調整補救，以免機關之間權責歸屬不明、目的事業產業結構扭曲、結合管制大量搭載潛規則而變質，終至台灣整體投資環境持續惡化。

（一）超越業別參進障礙

在法規及制度上革新目的事業參與結合的整體管制架構，關鍵環節之一就在於目的事業管制法規必需依法治國家標準通盤加以現代化，並將其制度內所預設的誘因機制根據產業發展趨勢及宏觀經濟變化情形全面精準調校。後者重點除了消極減少尋租套利情境之外，更在於積極重塑產業結構，俾使目的事業及相關權利義務主體「各擅勝場」，讓其彼此整體互動模式及最終績效更有助於增進或維護特定公共利益。以通訊傳播領域為例，電信與廣播電視在技術、市場、消費者「體驗」、普及服務及整體社會基礎建設等方面，多年來持續擴大並且深化到不可能再忽視的跨業競合情形不斷挑戰法規及管制實務；近年來類似的科技、市場、民生及公共治理等面向全方位「匯流」局勢，更擴及通訊傳播領域與金融（例如：行動支付及各類 FinTech）、

⁴⁸ 針對「摩根·士丹利—中嘉」案「破局」，媒體報導：「業界分析，中嘉案歷經 3 個買家卻仍無法順利出脫，大股東 MBK（安博凱基金）無法獲利出場，這種『准進不准出』的做法也恐怕引來外資擔憂來台投資風險太高，影響來台投資意願」，參閱：鉅亨網網站，「〈中嘉案破局〉遠傳沒買到『最後一哩』 業界嘆可惜了 憂衝擊外資來台投資」，2017 年 2 月 8 日，<http://news.cnyes.com/news/id/3708506>，最後瀏覽日期：2017/2/11。

交通運輸（例如：即時路況及導航、交通工具選擇及保險等）、居家生活與保全（例如：智慧建築、智慧家電、遠距監控等）等其他領域相互整合，早已超越傳統「業別」或歷來所謂「跨業」概念範疇，市場上下游、水平及多角化關係上價值鏈裂解重組的幅度與複雜程度也遠勝以往⁴⁹。

由於原本以「業別」為基本預設的目的事業管制法規立法目標各異其趣，所涉公共利益及其維護或增進方式也常常自成一格，其法治現代化或誘因機制精準化相關革新重點難免重點有別。就目的事業參與結合的管制措施有關範疇而言，則或多或少與通訊傳播領域類似：以舊科技條件及其所形成的舊市場結構為基準人為劃定的「業別」框架普遍過時且「市場」界定過於褊狹，導致受特許管制的特定「業別」營業與具有相同或類似功能的其他「業別」—或甚至歷來皆不受特許管制的「業外」—營業之間產生規範落差，亦即：與受特許管制的特定「業別」結合者因此一併承受其依法規所負特別義務或（擔保）責任，同時取得其特許法律地位及附隨其上的稀有資源使用權限或政府公權力相應配合的實際優勢⁵⁰；反之，具有相同或類似功能的其他「業別」或「業外」營業，雖然毋須承擔該「業別」營業依法規所負特別義務或（擔保）責任，卻也無從取得附隨其上的稀有資源使用權限或政府公權力相應配合的實際優勢，形成一方面為法規遵守成本懸殊的不對稱競爭關係，另一方面則為特殊投入要素或依法規受管制通路上的明顯不對稱競爭關係⁵¹。

上述雙面不對稱競爭關係在多年目的事業「業別」化特許管制框架下，替目的事業構築有如「圍牆花園 (walled garden)」般的「保護／限制」雙重隔離作用，使其獲益自稀有資源使用權限或政府公權力相應配合的實際優勢，足以充分彌補其因特別義務或（擔保）責任而承擔較高法規遵守成本的顯著不利益。然而，近年在所謂「破壞性創新 (disruptive innovation)」衝擊下，目的事業獲益自稀有資源使用權限或政府公權力相應配合的「保護」作用大幅削弱，主管機關卻又礙於目的事業管制法規僵硬、過時及法律授權明確原則拘束，無法配套針對「繞道」跨入的「業外」

⁴⁹ 反之，金融、交通運輸、居家生活與保全等其他領域如另受特許管制，可以想見：相關目的事業管制法規與執法實務，勢必也將因為涉及與通訊傳播「匯流」而複雜程度明顯上升。

⁵⁰ 例如：路權 (right of way) 及無線電頻率使用權限，參照：電信法第 32 條至第 38 條規定、電信法第 48 條等規定；並請對照：有線廣播電視法第 18 條及第 19 條規定，廣播電視法第 4 條、第 8 條、第 10 條之 1 等規定。

⁵¹ 通訊傳播領域中關於受管制通路的典型例證，首推所謂「頻道上架」的門檻規範，參照有線廣播電視法第 34 條規定：「系統經營者不得播送未經中央主管機關許可之頻道供應事業之節目或廣告」。

營業課予類似義務或（擔保）責任，後者也在法規遵守成本顯著較低的寬鬆條件下蓬勃發展⁵²。影響所至，歷來以參進障礙保護目的事業相對優渥經營環境的「圍牆花園」之外一片「春意盎然」，「圍牆」之內的目的事業卻飽受替代競爭（及日漸匯流而儼然「同業」競爭）不斷襲奪其交易機會的嚴峻威脅。

在上述管制生態丕變的背景下，目的事業管制法規本身原即應全面重新調校其誘因機制；否則，受特許管制的規範對象勢必在遵守法規成本居高不下與獲益日薄窘境中徘徊猶疑，而「圍牆」之外「春意盎然」現象（無助於法定特別義務或擔保責任履行）卻讓增進或維護特定公共利益的預設管制目標更難達成。另一方面，目的事業管制法規不乏源起於戒嚴時期威權統治思維者⁵³，已與現行管制實務及民眾生活格格不入⁵⁴，亟需依法治國家標準通盤加以現代化。其中羣羣大者，首推（增進公共利益所必須）各類行政干預手段的明確法律授權依據；例如：上述目的事業參與結合案件中，公平會及 NCC 所附加附款超越防制市場集中化相關問題所必要者以外的其他事項，諸如：數位化、自律（規範）機制等，倘若並非法律或其授權法規所明文要求者⁵⁵，仍須儘量避免行政目的與手段之間的「不正當連結」疑慮⁵⁶。

然而，僅以目的事業管制所需各類行政干預手段的法律明確授權為由，大動干

⁵² 例如：廣受各方注意的通訊軟體及影音串流等「繞道（over-the-top, OTT）」服務，紛紛藉由國際網路封包（IP）定址技術及各類（使用開放公眾共用頻率的）智慧終端裝置，突破原由第一類電信事業及廣播電視事業所掌握用戶近用的「最後一哩（last mile）」優勢，即使不申請相關特許執照以取得路權或無線電頻率使用權限，依然可以將服務提供予一般消費者使用。第一類電信事業及廣播電視事業雖然提供傳輸品質較為穩定的各類服務，面對 OTT 業者廣泛提供第三方付費模式的優惠條件及眾多更貼近一般消費者需求的加值服務襲奪其交易機會，開始紛紛轉向尋求彼此合作、創造新的分工模式，以減少損失或拓展新市場。

⁵³ 例如：電信法第 5 條規定：「地方政府、軍、憲、警機關及人員負保護電信設備之責。電信事業有被侵害之危險時，地方政府、軍、憲、警機關及人員應依電信事業或其服務人員之請求，迅為防止或作救護之措施」，早在 1958 年電信法制定全文時，即於第 17 條有類似規定（1977 年電信法全文修正時，其第 7 條與現行條文更為近似）；關於無線電信發射方式頻率及呼號管制、「電信器材（電信設備及射頻管制器材）」進出口管制，也早自 1958 年電信法制定全文時即已納入（第 6 條、第 15 條及第 16 條等規定），主要規範內涵與現行電信法第 48 條至第 50 條並無重大差異，惟現行條文規定較為細膩，且依多年行政實務具體調整而已。

⁵⁴ 例如：前交通部電信總局及 NCC 多次公告調整電信終端設備與管制射頻器材管制項目及流程，主要即著眼於無線滑鼠、鍵盤、耳機等利用紅外線或藍芽等裝置的低功率射頻電機，數量既大、應用普遍、影響極微，又幾乎不可能發生電波干擾問題，與其硬套法規、沿襲戒嚴時期慣例大張旗鼓嚴加管制，導致人民日常生活及相關事業製造、銷售活動頻遭刁難，不如及早降低管制密度或甚至完全解除管制。就此所涉相關憲法層級問題，並請對照：司法院大法官釋字第 678 號解釋及其理由書。

⁵⁵ 參照：事後於 2016 年初方修正增訂的有線廣播電視法第 7 條、衛星廣播電視法第 22 條等規定。

⁵⁶ 參照：行政程序法第 10 條及第 94 條規定。

戈細密修訂行政作用相關實體法規，就此類動輒牽涉目的事業彼此之間利害糾葛的特許管制法律而言，姑且不論其難免在立法草案審查階段吸引遊說動員而終究功敗垂成⁵⁷。倘若單純針對（舊體制下）行政干預手段授權不足問題瑣碎修法，無疑將錯失全面調校誘因機制以肆應上述管制生態丕變的關鍵時機。當然，純就無涉（目的事業管制領域）個別行政作用法內合目的性考量的行政程序面相而言，於 2016 年初幾經 NCC 折衝終於通過（類似細密修訂行政作用相關實體法規）的「廣電三法」修正案，至少已將不少「潛規則」轉化為法律明確授權規定，有助於主管機關更坦然「依法行政」、減少准駁及附加附款前（要求相對人或關係人「承諾」相關事項所導致）的程序不確定性，相當程度上也能緩和上述案例中程序異常冗長、潛規則超法規、處分效力漂浮等問題⁵⁸。

從競爭法及其始終關注的跨「業別」整體經濟角度觀之⁵⁹，目的事業管制法規全面調校誘因機制以適應上述管制生態丕變，固然不可忽略其中所涉增進或維護特定公共利益相關立法政策考量，終究仍須顧及目的事業與其他事業「爭取交易機會」的各相關市場與鄰接市場，以及其上下游、水平及多角化各方面相互關聯與彼此影響的其他市場上（自由與公平的）競爭秩序，是否及在何種程度上因此獲得改善或更加惡化。根據以往（包括電信在內）諸多目的事業從公營獨占轉向自由化發展的國際趨勢及在地實踐經驗，在目的事業管制法規中導入競爭機制、甚至與競爭法高度整合或進一步接軌⁶⁰，一方面既可以從制度面上消弭彼此之間法規競合的問題根源，另一方面又可以大幅提升目的事業管制法規所預設的誘因機制運作效能，應屬

⁵⁷ 自 2008 年 8 月起 NCC 改採「兩階段匯流」所提出的「廣電三法」修正草案，歷經第 7 屆至第 8 屆立法委員「跨屆不連續」遭退回行政院，至第 8 屆立法委員就任後，又幾乎拖到任期將屆時才勉強（抽除部分重要條文後）完成三讀，足堪借鏡。

⁵⁸ 至於尋租套利相關疑慮，在目的事業管制法規內預設的誘因機制尚未根據產業發展趨勢及宏觀經濟變化情形全面精準調校之前，勢必難以有效紓解。反之，倘若主管機關注意尋租套利問題並試圖在個案執法層次上有所回應，則上述案例中程序異常冗長、潛規則超法規、處分效力漂浮等問題又將再度浮現。再者，立法院未透過法律明文規定揭示的其他「潛規則」，例如：針對特定政黨或其支持者、同情者試圖阻絕其參與經營目的事業，倘若在個案執法層次中成為主要考量或「敏感」問題，上述案例中程序異常冗長、潛規則超法規、處分效力漂浮等問題也不可能稍有紓解。

⁵⁹ 參照：公平法第 1 條、第 13 條第 1 項及第 46 條等規定。

⁶⁰ 關於目的事業管制法規與競爭法高度整合的比較法制發展趨勢，可以比較歐洲聯盟及其會員國電信法制自 1990 年代以來的穩健演進經驗；就此議題請參閱：魏杏芳，「歐盟電信規範架構與匯流發展下的電信市場界定」，公平交易季刊，第 20 卷第 1 期，1-32（2012）；國別觀點下的歐盟會員國法制發展，並請對照：石世豪，向競爭轉的通訊傳播匯流法制，初版，元照出版公司，77-167（2009）。

上上之策⁶¹。

此外，近來各國政府及管制機關在適應管制生態丕變的中長期立法政策未明之際，小規模、試驗性推出所謂「監理沙盒 (regulatory sandbox)」，混合（專案或局部）解除管制、（個案釋出公有資源或連結相對人自願履行特別義務的承諾或擔保等以締結）行政契約、特別法規（甚至，以在我國將涉及嚴重適法性爭議的個案法規形式，建構專用於試驗場域的特殊規範）及相關機關各項配合措施，在我國卻礙於法制差異及業者「就地合法」慣性、政策延續性每逢政黨輪替必受考驗等問題，恐怕終將落得「橘逾淮為枳」的尷尬後果，不可不慎⁶²。

在目的事業管制法規所涉個別領域內依法治國家標準通盤加以現代化，並將其制度內所預設的誘因機制全面精準調校之外，仍有數項超越「業別」化特許管制措施（從行政程序後端向前糾結）、直接影響競爭法上結合管制規範適用實務及其制度功能的法制議題，勢須一併納入制度革新，否則將難以杜絕上述案例所暴露的適法性爭議及誘因偏差問題：

首先，公平法第 10 條有關結合定義中，該條第 1 項第 1 款至第 3 款規定較為明確，且另有公司法、證券交易法、會計法等其他高度體系化的商業規範詳細界定。至於同條項第 4 款、第 5 款規定雖然較為抽象，卻更貼近結合概念核心所在的「事

⁶¹ 為與競爭法高度整合或進一步接軌，目的事業管制法規應儘可能減少人為干預（投入要素面及商品與服務提供面）市場機能相關措施，甚至，在市場機能（尤其，因多年特許管制）嚴重扭曲或無從正常運作之處，積極創造（界定產權、使交易資訊透明化及提供爭端解決管道等）交易制度讓市場機能逐步復甦，亦即，響應公平會多年來所推動的「競爭倡議」政策，更是其中精髓所在。就此，NCC 於 2015 年底向行政院提報、後者於 2016 年 5 月 5 日第 3498 次行政院會議正式通過送請立法院審議的「電子通訊傳播法」、「電信事業法」、「電信基礎設施與資源管理法」、「有線多頻道平臺服務管理條例」、「無線廣播電視事業與頻道管理條例」等 5 部包裹立法（簡稱「匯流五法」），從高度匯流與接軌競爭法出發、將人為干預市場機能縮減至最小（且特定）範疇內，堪稱此類立法典範；任何縮減匯流（與接軌競爭法）範疇、拉高特殊利益（及黨派政治）考量的動機不明折衷或恣意拆解整併，都可能無端減損「匯流五法」原有的制度興革功能。相關立法草案資料及評析，參閱：國家通訊傳播委員會，通訊傳播匯流五法研討會論文集：迎向通訊傳播新紀元，國家通訊傳播委員會（2016）；學者江耀國稱此 5 部法典草案（在前政務委員蔡玉玲邀集各部會審查，並以行政院高度統合相關行政作用法規，完成審查送立法院審議前）為「歐洲化及降低管制」，對照美國立法及實務發展經驗，有相當值得參考的整體評析，參閱：江耀國，「匯流五法的歐洲化及降低管制」，彭芸、葉志良主編，勇敢邁步：嶄新的匯流法論文集，初版，風雲論壇公司（2016）。

⁶² 例如：在通訊傳播領域內曾經先後推出「數位廣播 (DAB)」、「無線寬頻取 (WiMAX)」等試驗性計畫，不僅原設定政策目標未能達成，還留下數件（涉及公有無線電頻率資源分配問題的）爭議個案（及爭訟案件）難以收拾，殷鑑不遠。

業經營」及「控制」要件⁶³，但是，在公司法第 6 之 1 章前 3 條過於簡略的定義及認定標準規定之外，欠缺其他高度體系化的商業規範進一步具體化其內涵，現行公平法施行細則第 6 條規定則針對母法第 10 條第 2 項所稱「控制與從屬關係」，透過「控制力」概念及推定條款適度加以延伸使其更趨周延⁶⁴。有鑑於類似「摩根·士丹利－中嘉」案的目的事業參與結合案件中，目的事業主管機關礙於其授權法規針對「控制」概念往往缺漏簡略，不免借用公平法或其背後更廣泛的市場競爭思維試圖提高「控制」概念界定的精準程度；就此，對照各目的事業管制法規「向競爭轉」的跨產業別、跨國境趨勢，公平法允宜直接在法律層次完整規範結合概念及其核心「事業經營」及「控制」要件，或至少揭示結合管制宗旨再明確授權公平會以法規命令界定「事業經營」及「控制」要件具體內涵。

其次，尚有數項超越公平法及目的事業管制法規範疇，屬於台灣法制建構過程中始終未獲正視的行政程序正當化及其相應司法審查標準配套、國會議員問政規範殘缺不全相關議題，亟須一併依法治國家標準通盤加以現代化，以下謹概略加以說明：

（二）正視公眾參與需求

目的事業參與結合案件倘若牽涉言論自由、媒體自由或文化多元等「非關（市場）經濟」的公共議題，或涉及金額龐大、買賣雙方過於「出名」、「疑似」特定黨派或「敵對勢力」涉入等外界（自以為）容易理解的所謂「爭議」問題，無論爭辯「門道」或爭看「熱鬧」的外界參與需求均將隨之高漲，從上述案例看來，公平法或其背後更廣泛的市場競爭思維未必能享有「一錘定音」的專業尊嚴。就此，現行行政程序法中粗略加以制度化的聽證程序固然稍具釐清爭點功能⁶⁵，在行政實務上不

⁶³ 我國公平法上關於結合定義，在條文體例上表現出「列舉」而非「例示」形式，但末款規定卻採概括規定，使整體條文兼具例示優點，實務上亦活用末款填補前 4 款可能漏列之弊；相關說明，參閱：何之邁，「第 6 條 結合之定義」，廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告，245（2003）。公平法於 2015 年修正時，關於結合定義規定移置第 10 條，該條第 2 項雖然將「持有或取得他事業之股份或出資額」型態中關於與參與結合事業間「受同一事業或數事業控制之從屬關係事業所持有或取得」股權一併計算，正式納入母法加以明定；惟針對自該法初次立法以來即分列 5 款個別界定的結合概念，則並未更動或依實務經驗予以細緻化規範。

⁶⁴ 參照：公平法施行細則第 6 條第 1 項第 2 款、第 3 款及同條第 2 項規定。

⁶⁵ 參照：行政程序法第 54 條至第 66 條，以及第 107 條至第 109 條等規定。

僅適用機會不多，實際上也往往無法發揮「定紛止爭」作用或在司法審查程序中獲得相應重視。至於迄今根本尚未制度化的所謂「公聽會」，在行政程序或國會介入（調查及監督）程序上均無正式（法律）效力可言⁶⁶，甚至淪為遊說團體公然介入個案准駁（卻毋須承擔相應法律或政治責任）的通衢大道。因此，如何在具體程序建構及區分議題屬性分流處理等細膩安排上進一步制度化聽證及「公聽會」程序，亟須立法或修法明確規範、行政實務持續「嘗試錯誤」並積極建構穩健慣例，加上司法審查程序鼎力協助法律「續造」，方可能既有效舒緩公眾參與需求，又避免遊說團體假借「民粹」干擾依法行政⁶⁷。

（三）獨立機關判斷餘地

我國建置獨立行政機關的歷史較短，相關配套法制及立法、司法及行政互動實務尚待逐步建構。司法院大法官釋字第 613 號解釋雖然試圖劃定數條（以組織法為重心）的憲法規範「基線」，然而，針對（立法院或執政黨所代表的）政治部門折衝尊俎終究設立公平會、NCC（及中央選舉委員會）等獨立機關之後，如何使其在行政內部及面對立法、司法兩權「依法獨立行使職權」，在行政程序及實體作用規範上應作如何配套「設計」，均未留下制度「續造」所不可或缺的憲法規範指引。相較之下，德國電信法第 10 條第 2 項明文規定：關於電信事業「不對稱管制」居於核心地位的相關市場界定，由聯邦網路管理局（BNetzA）「依其判斷餘地」確定⁶⁸；此外，該法也明確規範「市場界定－市場分析－矯正措施」3 階段行政程序所為各項決定係以「一致之行政處分」行之⁶⁹，避免關於市場競爭各項重要管制措施橫遭當事人零星提起的行政爭訟割裂其法律效果，值得我國後續建構（與競爭法接軌的）目的事業管制法規時借鏡。

⁶⁶ 就此，內閣制如英國下議院、德國聯邦眾議院，總統制如美國參議院及眾議院針對重大外國人參與併購案件舉行正式聽證程序，各自遵行其憲法上分權制衡軌道的他山之石，均值得我國借鏡參考。

⁶⁷ 另一項在立法上原本幾近「聊備一格」的公眾訴訟制度，近年在環境保護領域內「大放異彩」，端賴社會團體積極參與及司法機關鼎力協助法律「續造」所賜；參照：行政訴訟法第 9 條規定，並請對照：環境影響評估法第 23 條規定，以及最高行政法院 105 年度判字第 483 號判決、105 年度判字第 179 號判決、105 年度判字第 123 號判決、104 年度判字第 360 號判決、103 年度判字第 475 號判決等及其前審判決。

⁶⁸ 參照：§10 Abs. 2, S. 2 TKG v. 23. 12. 2016.

⁶⁹ 參照：§13 Abs. 5 TKG v. 23. 12. 2016.

(四) 競爭型或合作型執法

關於目的事業參與結合的多重管制問題，各國法制近年來頗有「(制度功能)趨同演化」的發展趨勢；其中，涉及單一或複數獨立機關參與管制程序，以及獨立機關與通常行政機關之間合作或競爭執法相關議題，普遍建構出符合其憲政架構的法制框架。就此，德國(聯邦卡特爾署 BKartA 與聯邦網路管理局 BNetzA，兩者同屬聯邦經濟部長下轄的獨立行政機關，針對電信事業濫用市場地位行為相關決定負有法定調和義務)、美國(聯邦司法部 DOJ 下轄的反托拉斯局與聯邦貿易委員會 FTC 間訂有管轄協議，兩者又與主管目的事業監督事務的獨立行政委員會如聯邦通訊傳播委員會 FCC 針對目的事業反托拉斯行為發展競爭型執法關係)及英國(競爭委員會 CC 與公平交易局 OFT 於 2014 年整併後改組為競爭與市場局 OCM，歷來均與目的事業主管機關如通訊傳播管理局 OFCOM 等分工各自執行作用法所賦予任務)近年來所累積的相關執法經驗，均值得公平會與目的事業主管機關「續造」協力執法機制時參考。

(五) 回歸憲法責任政治原則

最後也最直接觸及責任政治原則核心的關鍵問題，就在於：目的事業參與結合的多重管制架構中，個別(行政或立法、獨立或非獨立)機關有無准駁權限及如何具體決定，無論當時在地憲政體制屬於何種類型，也不問程序或實體作用法規條文內容為何，任何程度「有權無責」或「權責不明」的異常現象均可能抵觸民主政治基本運作原理。就此，舉凡國會議員問政或黨派偏好、機關本位主義或專業尊嚴，回歸普世民主憲政常軌，最終都應就其「有權」決定承擔政治後果或負起法律負責，自不待言。

五、結語

目的事業參與結合所涉多重管制問題，雖然未必皆由公平法上的結合管制規範及其執法實務所引發；但是，近年實務案例卻顯示：目的事業主管機關頗有「借重」公平會於結合規範「申報－異議」制下迅速決定的行政程序明確特質，以及公平法

上關於結合概念中「事業經營」及「控制」要件相對詳盡等實體法規範內涵較為細緻特質，導致目的事業管制法規執法實務上頗有「倚賴」公平法上結合管制，間接篩檢特許事業經營資格因股權交易而有所變動的棘手問題者。於此種情形下，公平法上的結合管制不免因目的事業主管機關「借用」於增進或維護其他公共利益而有「變質」之虞。本文所列舉通訊傳播領域中相關案例，不過只是其中冰山一角。本文從實務上所面臨的執法困境切入問題，認為中長期由立法論高度檢視法制調整方針，允宜針對目的事業管制法規依法治國家標準通盤加以現代化，並將其制度內所預設的誘因機制根據產業發展趨勢及宏觀經濟變化情形全面精準調校，亦即，貫徹各國競爭主管機關多年來「競爭倡議」理念，引導目的事業法規與競爭法高度整合或進一步接軌，方為根本解決適法性爭議及誘因偏差等複雜問題的上上之策。

參考文獻

中文部分

- 石世豪，向競爭轉的通訊傳播匯流法制，初版，元照出版公司（2009）。
- 石世豪，重訪新聞自由：概念及其源起，初版，元照出版公司（2013）。
- 江耀國，「匯流五法的歐洲化及降低管制」，彭芸、葉志良主編，勇敢邁步：嶄新的匯流法論文集，初版，風雲論壇公司（2016）。
- 何之邁，「第 6 條 結合之定義」，廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 國家通訊傳播委員會，通訊傳播匯流五法研討會論文集：迎向通訊傳播新紀元，國家通訊傳播委員會（2016）。
- 張甘穎，「結合審查基準之研究－以統一與維力結合案為例」，公平交易季刊，第 22 卷第 4 期（2014）。
- 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第二冊），初版，元照出版公司（2015）。
- 魏杏芳，「歐盟電信規範架構與匯流發展下的電信市場界定」，公平交易季刊，第 20 卷第 1 期（2012）。

外文部分

- Hammond IV, Allen S., “Tripartite Regulation in the Public’s Interest: The Overlapping Roles of the DOJ, FCC, and FTC in Consolidation of the Communications Industry,” in: Lloyd, Mark, Friedland, Lewis A. (ed.), *The Communication Crisis in America, And How to Fix It*, 1st ed., Palgrave Macmillan (2016).
- Motta, Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, 1st ed., Cambridge University Press (2004).
- Posner, Richard A., *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press (2001).

**Problematic Merger Controls in Cases Involving Regulated Industries and
Initiating Their Reform: An Example of Dual Merger Controls
in the Communications Industry**

Shyr, Shyr-Hau*

Abstract

Merger controls have been embedded in Taiwan's Fair Trade Law (Competition Law) for many years. However, several merger cases involving regulated industries have revived disputes over the goals and functions of merger controls. Economic efficiency seems to have lost the central role that it should play here when the public interest in relation to issues such as media diversity or national security is at stake. After reviewing merger cases involving the communications industry, this article suggests that competition advocacy in regard to sector-specific regulations helps mitigate dual merger controls and minimizes rent-seeking problems. Furthermore, it can also help build an open legal scheme that can be adapted to the ongoing convergence across all artificial frontiers and boundaries.

Keywords: Merger, Regulated Industries, Rent-seeking, Entry-barrier, Incentive, Compliance Costs, Participation, Accountability.

Date submitted: February 23, 2017

Date accepted: March 27, 2017

* Professor of Law, National Dong-Hwa University. Dr. iur. Uni. Hamburg. Former Chairperson of National Communications Commission, Taiwan.