

《公平交易季刊》
第 13 卷第 1 期(94/01)，頁 113-182
◎行政院公平交易委員會

行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究 —以「協議裁決」為中心*

謝佩芬**

摘要

掌管市場交易秩序的競爭主管機關規範廠商競爭行為時，常會面臨違法情事難以證明的情況，諸如：市場力量的評估、市場範圍的界定。另外，競爭法中的規範標準，也可能因政治立場或是經濟理論的演變而重新獲得詮釋。因此，主管機關除了於事前頻繁運用非正式手段，讓政策利害關係人得以明瞭最新的政策走向之外，事後則是多以「協議」（negotiation）此等溫和方式，禁止或調整廠商可能違法之作為，並且藉此監控廠商未來的一舉一動，以維護市場競爭。

其中，「協議裁決」（Consent Decree）為美國反托拉斯局解決反托拉斯民事案件最為普遍的手段，也使反托拉斯局漸漸從「檢調者」邁向「管制者」。由於美國執行反托拉斯法有著多年且豐富之經驗，正可藉以評估運用「協議」執行反托拉斯政策的可行性，也可了解協議裁決所具備的政策意義。

最後，基於我國適逢行政程序法的通過，公平會以資因應也制定了「締結和解契約處理原則」。未來和解契約是否可為我國執行競爭政策之有效工具？亦是一項相當值得關心的課題。然而，重要的是相關和解契約制度的完整建立應才是運作順利之前提要件。

關鍵詞：行政管制、反托拉斯局、協議裁決、公平交易委員會、和解契約

* 本文改寫自作者於私立淡江大學公共政策研究所之碩士論文，該論文曾獲 92 年度「行政院公平交易委員會獎助研究生撰寫研究論文」之獎助。

** 作者為私立淡江大學公共政策研究所碩士。

壹、前言

綜觀 20 世紀各類管制活動蓬勃發展的現實，即使是對政府擴權，抱持較為保留態度者，皆無法否定「大有為」政府的理念，似乎已變成全球為數不少國家所據以管理與規範本質上日趨專業之經濟與社會事務¹。特別是在追求實現「福利國家」的政策目標下，各國政府紛紛於內部設立相關的專業主管機關，除期待各該機關能公平且精準地執行現有之法規與政策外，爾等所承擔之另一項更為重要之使命，則是利用立法所賦予之獨立權限，進一步設計相關之行政手段，依其專業判斷以積極落實可提昇國家與人民福祉效果之現有政策規定，甚或藉此以規範未來之政策藍圖。

但在行政資源有限以及績效評估的雙重壓力之下，何種手段最具效能並且可以迅速達到政策目的，將會獲得多數行政人員的青睞。當然，由於各類型政策本身具備的特質不同（如：分配型政策、管制型政策），除了事前的誘因/反誘因（Carrot/Stick）應如何設計的差別之外，而事後該以何種方式適當作出因應皆是立法者及執法者需要思索以及考量的重點。態樣繁多與複雜的各管制手段中，學者 Rosenbloom（2002：439-440）即曾將其歸納為制訂管制法規、仲裁或裁決、稽查或是檢驗等幾種不同的管制方式。如前面所提，行政人員可加以運用立法者賦予的裁量權來挑選並且設計適當的執行手段。但是，屬於檢調性質的行政機關，其職權設計原本就傾向機關人員只需扮演消極的「執法者」，而最終決策則是交由法院定奪。可是，一旦機關選取的手段具有彈性、自主的特質，將會讓機關擺脫消極「執法者」的角色，漸漸步向學者 First 稱之為「行政管制」（Bureaucratic Regulation）文化當中積極管制者之途。

何謂行政管制？其與傳統行政機關由執法者的角度出發所進行之「訴權管制」（Legalistic Regulation）有何不同？以主導市場經濟秩序之反托拉斯（antitrust）政策為例，美國學者 Melamed（1995：13）與 First（1995：9）皆有頗為傳神與精簡之說明。Melamed 認為反托拉斯政策執行明顯地從執法模式（Law Enforcement

¹ Neiman, M. (2000), *Defending Government: Why Big Government Works*, 1st ed, Prentice Hall, Inc.

Model) 轉向管制模式 (Regulatory Model)，主要差別在於思考及解決問題的方式。仰賴法院判決救濟的執法模式，關心過去廠商的不當競爭行為是否違法而使個人遭受損害；而由美國司法部反托拉斯局 (Antitrust Division of Department of Justice) 主導的管制模式，主要是以政策執行能否提昇整體消費者福利 (Consumer Welfare) 為其關切的重點。First 則更明確指出訴權管制與行政管制兩者之間的差異，如表 1 所示：

表 1 反托拉斯法執行型態之前後轉變

	訴權管制 (legalistic regulation)	行政管制 (bureaucratic regulation)
關切核心	受害者	經濟福利
處理特質	禁止法規、個案導向、注重事實、具回溯性 (backward looking)。	指導為主、團體導向、以理論為基礎、具前瞻性 (forward-looking)。
處理方式	訴訟	共識決

* 資料整理自：First, Harry, *Is Antitrust "Law"?*, Antitrust Fall, 1995

歸納來說，由於反托拉斯局廣泛採取有別於訴訟的執行手段，例如：在事前利用準則的頒佈 (Guideline)、結合前的揭露要求 (Premerger Disclosure Requirements) 以及制頒營業審查書 (Business Review Letter) 等方式告知廠商更為確切的相關政策訊息。另外，事後則是頻繁運用協議裁決 (Consent Decree) 解決相關爭議。上述手段分別具備了設定標準 (standard-setting)、揭露 (disclosure)、事前審查 (preclearance screening process) 以及談判 (bargaining) 等管制特質，皆可歸納為「典型管制」(Classical Regulation) 與「事實上管制」(De Facto Regulation) 的類型，因此非正式手段的頻頻運用成為反托拉斯局機關特質轉變的主因，也更突顯出其身為經濟管制者的特色 (Sullivan, 1986: 1021)。其中，協議裁決的運用更是現今學者一致認為反托拉斯局會步向管制者的主要理由。

「協議」(negotiation) 在一般認知中，就是雙方在達成共識之前提下，進而作成一項決策。雙方當事人可透過協議處理司法上的紛爭，例如：刑事案件中的「認罪協商」(Plea Bargaining) 與民事案件中的「和解」(settlement)，皆是在訴訟之外，另謀解決途徑。政府機關運用「協議」絕對不只限於相關司法案件的處

理，美國政府也曾採取「協議」的方式制訂管制法規，例如：1990年通過的「協商法規制定法」(Negotiated Rulemaking Act)²。「協議」所具備的特質是其主要訴求，讓政策利害關係人可在過程之中充分表達屬於自身的利益，期待降低未來雙方對規範標準上的爭議，以免發生爭訟。而協議裁決則相當常見於反托拉斯法中的事後救濟手段，希望藉由協議迅速終止爭端，其實也是一種間接制訂規則(rule making)的非正式手段。協議裁決除了是解決反托拉斯案件的常用手段外，勞資糾紛、環境保護等案件也都曾有以協議裁決處理的先例可循，因此協議裁決之於美國的政策執行其實並不陌生。

藉由本文可了解美國反托拉斯局從過去至今採行協議裁決之概況，並可針對此項手段進行整體評估，將其優點以及弊端作一歸納比較。然而，我國公平交易委員會(以下簡稱為公平會)雖然於組織架構以及體制運作上並不相同，但是仍可藉由美國執法經驗的分析，從中觀察我國公平會若採取性質類似於協議裁決的和解契約時，在制度以及實務運作上應特別注意以及加強的部份。

貳、美國沿用協議裁決以及制度發展過程

一、美國競爭政策主管機關成立過程及定位說明

其實，當時美國執政者的立場左右競爭政策執行機關之相繼成立。最早於老羅斯福(Theodore Roosevelt)總統在位期間，反托拉斯政策才開始逐漸受到重視。而司法部為當時唯一的執行機關，因此反托拉斯政策也就順理成章依循傳統的司法程序獲得落實。然而，老羅斯福為了能夠顧及全民福祉，認為應該直接針對商業活動進行監控以及管制，有其必要成立專門執行反托拉斯政策的管制機關。擁有調查相關商業活動權力的「商務局」(the Bureau of Corporation)即是為了因應以上訴求在1903年宣告成立，從此也不難看出老羅斯福並不希望由司法部著手經濟管制的

² 該法賦予行政機關可與利益團體可以透過面對面的協商來訂定法規的權力，是一種非正式訂定規則的方式。相關內容可參考 Rosenbloom, D.H. & Schwartz, R.D. (2002), *Public Administration: Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*, (5th ed.), 87-88, New York: Marcel Dekker, Inc.

立場。不久，他進一步希望成立專業委員會，以有別訴訟的其它方式直接對商業活動進行管制。可是，此提案直到威爾遜（Wilson）總統執政時才得以落實。

先前，由於 1911 年最高法院審理標準石油案（Standard Oil Co. v. United States）時是採取「合理原則」（rule of reason）³，使得政府不禁擔憂會因而擴增司法部執行修曼法的裁量權。並且，對於修曼法中只提供訴訟途徑，國會認為並不足以發揮管制效用。因此，國會也就相繼提出許多關於設立專門委員會的提案。所以，在標準石油案後更加肯定修曼法的確有補充立法之必要性，而成立管制機關更是勢在必行。隨後，威爾遜總統同樣也是傾向成立管制委員會，期待藉由專業行政，具體執行有關企業解體（divestiture）或是組織解散（dissolution）的裁決（Sullivan, 1986：1010）。

最後，國會分別在 1914 年陸續通過克雷頓法（the Clayton Act）以及聯邦貿易委員會法（FTC Act）。從此次立法過程當中，更可明顯看出政府成立管制機關執行反托拉斯政策的強烈意願，並且希望能夠與司法部作出區隔。因此，新成立的聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）具有調查及事實發現（fact finding）的權力，並且可以經由「停止與禁止」命令（Cease and Desist）的發布，達到禁止不公平競爭行為（unfair methods of competition）的目的。FTC 的成立更加明白揭示國會立場，主要是希望司法部仍舊秉持以往檢調者的身分，專職反托拉斯刑事案件（Criminal Penalty）的辦理，而 FTC 則是從事廠商競爭行為的管制，以達到維護市場競爭的目的（Sullivan, 1986：1002-1018）。

另外，一直到 1933 年反托拉斯局成立之前，司法部內並無專職人員執行反托拉斯法。於反托拉斯局成立後 4 年，Arnold（Thurman Arnold）在小羅斯福（Franklin Roosevelt）時代擔任反托拉斯局的領導者—助理檢察長（the Assistant Attorney General）一職期間，抱持著積極變革的態度，一改過去反托拉斯局執法的模式⁴。後來反托拉斯局執法地位的提升與相關預算的增加，皆都可歸功於 Arnold 在任期內將近五年的貢獻。重要的是，他也相當支持反托拉斯局應該作為「檢調者」（Prosecutor），並且認為過去的懲罰皆太過輕微，應該著重刑事案件的調查

³ Standard Oil Co. v. United States, 211 U.S. 1 (1911).

⁴ Suzanne, W. (1977), *Decision to Prosecute Organization and Public Policy in the Antitrust Division*, 30-35, (1st ed.), USA: The Massachusetts Institute of Technology.

(Suzanne, 1977: 31-34)。

可是，透過 FTC 與反托拉斯局的接連成立以及相互分工，反托拉斯政策執行是否自此就依照執政者或是立法者設想的途徑獲得落實？接下來，從沿用協議裁決的過程當中，便可了解即使被定位成「檢調者」的反托拉斯局，訴訟其實並非是其執法手段的唯一選擇！

二、採取協議裁決之沿革

(一) 引用協議裁決的開始

現實總會帶來變化，就如 Isenbergh 與 Rubin (1940: 386) 所言：「執行反托拉斯法從來不曾簡單過」(Enforcement of the federal antitrust law has never been easy)，忠實反映當時美國執行反托拉斯法遇到瓶頸之事實。縱使美國執行反托拉斯法已有百年之久的豐富經驗，至今仍要面對許多考驗。的確，保護市場競爭並非易事，由於廠商從事的競爭行為並非是立法者事前皆可預料並可加以設法因應。也如當初修曼 (Sherman) 議員在制定反托拉斯法時所言：「若要以法律語言將合法或是違法的行為清楚表明，其實是一件相當困難的工作。所以，這是法院未來應要執行的任務。身為立法者的責任僅是制定概括原則，因為我們深信法院將會予以應用並且實現法律負載的意義，而這就是英美法院執行已近百年的方式⁵。」以上所言，不難看出反托拉斯法是採取概括的方式立法，但也是執行機關面臨諸多不確定性的主要原因。況且，所謂的「保護競爭」並未具備明確的執法標準，皆需仰賴學說或是執行人員透過手段，作更進一步的闡釋。一來可以降低執法的困難度，也可減少政策關係人所需面臨的不確定性。總括來說，概括性原則的運用雖然提高政策執行的困難度，但也相對成為相關主管機關充分運用裁量的主要條件。

一如前面所提，法院原先是立法者設想的當然執法者，而訴訟則為主要的執行手段。隨著 FTC 成立之後，便期待可運用其它方式從事市場競爭管制。然而，在美國不成文法的環境當中，訴訟仍是當時執行反托拉斯法的主要方式，除非另有其它更具效率的執行手段可供選擇。在訴訟依舊普遍的情況下，協議裁決的擴大運用便

⁵ Waller, S.W. (1998), "Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement," *Or. L. Rev.*, 77: 1388.

成為司法部執行反托拉斯法的首要選擇。

其實，最早在 1906 年司法部早已透過協議裁決解決相關修曼法的爭議⁶，1933 年協議裁決的廣泛運用即已被認定是藉由「協議」的方式執行反托拉斯法（Donovan & McAllister, 1933：912）。但是，前面提及的 Arnold 領導反托拉斯局時，曾經非常不贊同過去反托拉斯局以刑事訴訟威脅作為與被告成立協議裁決的條件，因為最後只是獲得不具任何實質意義的衡平式救濟⁷。Arnold（1940：16）認為民事程序與刑事程序在反托拉斯法執行上應為互補的關係。刑事懲罰固然可發揮嚇阻效果，但是歷經冗長的訴訟或是上訴過程最後使被告獲得應有的懲罰，對於其市場的其他競爭者或是大眾而言，並未是有利的。因此，Arnold 也相當肯定民事程序中的協議裁決應是一項相當不錯的手段。從此也可看出 Arnold 仍舊贊同協議裁決具備的效用。此外，他認為若要嚇阻不當競爭行為的發生，必須雙管齊下，不能只單單仰賴司法政策，尚需借重檢調政策的發展。藉由協議裁決的擴大運用作為獲得政府救濟（government relief）的機制，主要考量是協議裁決與訴訟相比，需要花費的時間較短且結果易於預測。只要能夠小心並且妥善地運用，也可提高執法效用（Mengler, 1988：328-329）。以上所述，可清楚得知強調反托拉斯局作為「檢調者」的背景下，其實反而增加反托拉斯局選擇採取協議裁決的機會。

從下列表 2 中可清楚得知早年反托拉斯局透過協議裁決處理民事案件的比例⁸，而可了解協議裁決於反托拉斯法執行中的重要性。另外，也可得知協議裁決在過去早已是解決爭議的普遍手段了。司法部沿用協議裁決至今，至少擁有將近一百年的歷史。此段漫長的歷程，除了是為協議裁決制度發展的最好見證，也是觀察美國競爭政策演化的重要依據。

（二）協議裁決成為常用手段之背景

協議裁決成為常用手段之原因，本身具備的手段特性固然是執行機關考量的重

⁶ United States v. Otis Elevator Co. (9th Cir. 1906), Notes, “The ITT Dividend: Reform of Justice Consent Decree Procedures”, note 11, *Columbia Law Review*, 73: 595.

⁷ *Supra* note 5, at 1393.

⁸ 另外，筆者目前所收集到的最新資料顯示由反托拉斯局所發起的民事案件有將近百分之六十都以成立協議裁決收場，可參考 Areeda, P. E. (2000), *An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, note 1.

表 2 1900-1959 年成立協議裁決之民事案件數

	確定獲得起訴並且尋求救濟的民事案件數 (件)	成立協議裁決案件數 (件)	百分比 (%)
1900-1909	14	2	14
1910-1919	57	33	58
1920-1929	72	60	83
1930-1939	41	31	76
1940-1949	201	170	85
1950-1959	222	194	87

*資料整理自：Flynn, J.J.(1968), "Consent Decree in Antitrust Enforcement: Some Thoughts and Proposals," *Iowa Law Review*, 53: 986, note 8.

點。其實，外在環境的轉變也是影響反托拉斯局執法型態轉變的重要因素，使得反托拉斯局難以擺脫「管制者」的角色。從上述第一節中可瞭解美國競爭政策執行重心漸漸從法院移轉至相關主管機關上是一段持續的過程。但大約至 80 年代雷根執政時，反托拉斯局位居「管制者」的角色更趨鮮明。由於此時美國執行競爭政策已有一段相當長的時間，其豐富過程足以觀察反托拉斯局執法定位的轉換。最重要的是，此段期間競爭行為分析途徑的嶄新發展、法院重要判例的成立以及多樣化執行手段的運用，皆促使反托拉斯局擁有先於法院的執行優勢，更形成了反托拉斯局可發揮管制功能的條件 (Kauper, 1994: 454-464)。因此，本節依序說明外在因素對協議裁決運用發展之影響。

1. 經濟理論之輔助

過去的政策制定與執行通常會將政治或是社會現況納入考量，甚少會以經濟學中的「效率」(efficiency) 訂為一般政策所要追求的目標，競爭政策當然也不例外。但是，後來隨著芝加哥學派 (the Chicago School) 的崛起，開啟反托拉斯政策執行前所未有的嶄新局面。該學派對於反托拉斯法規範的競爭行為皆有相當精闢的見解，其掌握的分析途徑對於往後反托拉斯政策執行的影響更是不容小覷。在雷根執政時，其影響更是明顯。由於他延攬大量屬於「芝加哥學派」(the Chicago School) 的先驅擔任反托拉斯相關主管機關的要職⁹。尤其，芝加哥學派擅長個體經

⁹ 在雷根主政時期，任命屬於芝加哥學派的學者或擁護者分別擔任反托拉斯局、FTC 的主席 (如 William Baxer 和 James Miller)，同時也任命芝加哥學派的先驅擔任聯邦高等法院的法官

濟分析，不像先前是以政治或是社會因素作為決策的考量，而是以消費者福利（Consumer Welfare）或是經濟效率極大化作為衡量廠商競爭行為的主要標準。過去，相關主管機關主要是以檢調（prosecution-minded）的方式執法，偏向處理屬於行為面的案件（Conduct Case），認為被告從事的行為是破壞市場競爭的主因。然而，在芝加哥學派的薰陶下，則是以維護水平市場競爭為主要目的。若發生市場競爭減少的狀況，則是先針對市場結構進行分析。相對地，分析市場結構需耗費較多的行政資源¹⁰，例如：調查微軟案是否有濫用獨占力量，可能必須先投入資源界定微軟的產品與地理市場，以計算其擁有的市場力量。若經由訴訟程序，將很有可能提高執行成本。因此，若能搭配協議裁決，除了可發揮省時之效，而關於整體市場結構的問題更可透過多項協議（如：解體、拍賣公司）而獲得解決。

後來用於分析反托拉斯法的經濟理論層出不窮，不單單只有芝加哥學派（the Chicago School），而後的後芝加哥學派（the Post-Chicago School）、賽局理論（game theory）或是策略行為（Strategic Behavior）等理論的運用更突顯經濟分析能力對於反托拉斯政策執行的重要性，也間接顯示擁有經濟背景人才的相關主管機關具有比法院更為專業之執行能力。

2. 法院審理原則之改變

反托拉斯法除了仰賴政府機關的執行，另外由個人提出訴訟彌補自身損害也占了不少比例。但在 80 年代期間，由於法院分析反托拉斯案件途徑的改變以及對個人提出訴訟的條件限制，大為降低個人提出損害賠償訴訟的意願。

甚早之前，「當然違法」（per se illegal）是法院解決反托拉斯爭議秉持的審理原則。主要是憑藉過去累積下來的案例原則，進一步直接判斷廠商之作為是否具有破壞市場競爭的效果。採取「當然違法」原則的確有助於執法效率的提昇，但也有可能發生不當遏止具有潛在競爭效果作為的狀況，此為芝加哥學派在 1970 年代晚期對「當然違法」原則的主要批評。相對地，講求對廠商作為之競爭效果進行嚴謹分析的「合理原則」（the rule of reason），在此時則是大獲重視，連帶也對最高法

（如 Richard Posner、Frank Easterbrook、Ralph Winter）。此部份可參閱 Waller, S. W. (2001), "The Language of Law and The Language of Business", *Case Western Law Review*, 52: 300-304.

¹⁰ Rosenbloom, D.H. (2002), *Public Administration, Understanding Management, Politics and Law in the Public Sector*, (5th ed.), 440-441, New York: Mcgraw-Hill Higher Education.

院分析案件的途徑產生影響，而後於 1980 年代更有被擴大運用的趨勢，在 1977-1979 年間發生的 *Continental T. V., Inc. v. GTE-Sylvania, Inc.*¹¹、*National Society's of Professional Engineers v. United States*¹² 及 *Broadcast Music v. CBS*¹³ 等案例皆都呈現最高法院限縮當然違法原則的引用，而改採取「合理原則」分析修曼法第 1 條的轉折過程（Piraino, 1991：694-696）。

其中，GTE 一案可視為最高法院採取經濟分析途徑的代表性案例。GTE-Sylvania 為一家生產電視機的廠商，為了提高市場占有率，一改先前經由獨立的或是為公司所有的經銷商，然後再轉售予其它零售商的銷售模式，而採取直接與零售商成立加盟關係的模式。GTE 與零售商簽訂的加盟契約中針對銷售區域作出限制，零售商必須根據 GTE 劃定的區域進行銷售。然而，零售商 Continental T.V. 卻在契約之外的區域進行銷售，此舉卻遭到 Sylvania 禁止，於是 Continental 控告 GTE 的加盟契約中，藉由區域交易的限制，達到排除競爭的目的。但是，最高法院認為儘管 GTE 的作為確實對品牌內競爭（intra-brand competition）產生傷害，但是非價格的垂直限制卻可使各零售商互相競爭，並可在售後服務及產品品質上互別苗頭，並具有提升產品品質與穩定性的效果。所以，在合理原則的檢視下，GTE 區域限制條款具有提升品牌外競爭（inter-brand competition）強度的效果，其作為並不違背反托拉斯法¹⁴。

此案意義在於完全推翻之前 *Schwinn* 案當中有關非價格垂直限制的原則¹⁵，法官首次將被告行為中具有潛在的競爭效果考量在內。總結來說，此案明顯反映出法院的審理面向已經轉向整體的經濟效率分析，而個別廠商遭受的損害已不再是關心的焦點。

然而，採取合理原則處理反托拉斯案件，對於相關主管機關或是個人而言，要得以順利證明被告違反反托拉斯法都是一件耗時且困難的工作。因此，在勝訴可能性大幅減低的情況下，也對私人提出救濟的誘因產生了負面的外溢效果。

另外，對原告提起訴訟的條件作出的諸多限制也影響了私人的訴訟意願。由於

¹¹ 433 U.S. 36 (1977).

¹² 435 U.S. 679 (1978).

¹³ 441 U.S. 1 (1979).

¹⁴ *Supra note 11*, n10, at 55.

¹⁵ 388 U.S. 365 (1976)（該案將垂直區域限制視為當然違法）。

個人主要是依克雷頓法第 4 條「三倍損害賠償」(treble damage) 針對廠商提出控告¹⁶，因此被告所為與損害金額的計算具有密切的關係。法官可能得先衡量受害者所遭受到損害(injury) 是否為反托拉斯法所擬預防者，而加以判斷所受損害與被告行為間有無因果關係，如此才符合可提出賠償的「當事人適格」(Antitrust Standing) 條件的規定(Jacobs, 1998: 64)。「反托拉斯損害」(Antitrust Injury) 與「當事人適格」皆是個人提起損害賠償訴訟，所必須符合的要件¹⁷。針對要件作出限制的原因，不外乎是為了避免濫訴的發生。80 年代發生的 Brunswick¹⁸ 與 Illinois Brick¹⁹ 等兩個案例清楚闡釋了上述要件的標準。

1977 年 Brunswick 一案中，Brunswick 為保齡球相關設備製造商以及保齡球中心的經營者，它將向其購買設備而無法付清款項的保齡球中心進行購併。其餘保齡球業者認為 Brunswick 的規模會因而更為龐大，削弱市場競爭、而形成獨占的局面。假若 Brunswick 沒有進行購併，這些垂危的保齡球中心就會被市場淘汰，而提出訴訟的原告則可因此獲取更多的利潤。最高法院法官 Marshall 審理此案時首度表示，提出損害賠償訴訟的原告必須證明遭受的「反托拉斯損害」(Antitrust Injury) 與被告作為之間的相關性；損害的型態必須是反托拉斯法所預防的，並且必須確定是源自被告的違法行為。然而，此案當中原告所稱的損害，並非是直接來自於被告購併公司或是其它競爭者的龐大規模。最高法院一致認為原告的損失主要是源自於競爭的增加，而這並非是反托拉斯法所要預防的²⁰。另外，也可清楚看到，反托拉斯法所要保護的是競爭，並非是個別的競爭者²¹。

另外，80 年代的 *Illinois Brick v. Illinois et al.* 案則是影響原告是否符合提起訴訟條件之關鍵案子。當時，伊利諾州和其它 7 百個地方政府單位同時對進行聯合訂價的混凝土(Concrete Block) 廠商提起違反修曼法第 1 條的訴訟，再依克雷頓法第 4 條提起三倍損害賠償訴訟。由於伊利諾州等地方政府並非是直接向混凝土廠商購買

¹⁶ Clayton Act § 4(b).

¹⁷ 「當事人適格」與「反托拉斯損害」之間的差別，可參考 Areeda, p. (1997), *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases*, 5th, pp. 85-86, USA: Little, Brown and Company.

¹⁸ Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat., 429 U.S. 477 (1977).

¹⁹ 431 U.S. 720 (1977).

²⁰ *Supra* note 18, at 487-488.

²¹ *Supra* note 18, at 488. (quoting *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U. S. 294, 320 (1962)) (emphasis in original).

混凝土，而是輾轉透過承包商（masonry contractors）購得。本案的主要爭議即為間接買者（indirect purchaser）是否可提起三倍損害賠償之訴訟。九年前的 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* 一案就曾發生相同的爭議，並已建立間接買者符合提出三倍損害賠償資格之原則，只是 *Illinois Brick* 案推翻先前 *Hanover Shoe* 案中所謂「轉嫁」（Pass-On）的觀點²²。因為，若贊成間接買者符合提出訴訟的要件，法院將得回溯轉售過程形成的損害以及必須確切衡量每位被告受到的損害。損害金額的計算對法院而言，著實是一項困難的任務。而且，被告可能在上述過程當中重複賠償，而對廠商作為形成「過度嚇阻」的效果（Kavocic, 1994：467）。

綜合上述，法院改以採取合理原則審理案件以及種種對個人提起訴訟條件的限制，使得個人可成功提出訴訟並且勝訴的機率甚低。因此，在個人提出訴訟意願不高的情況下，則更突顯政府機關執法地位的重要性。然而，面對機關預算有限的反托拉斯局，協議裁決理所當然成為反托拉斯局執法的另一種選擇。

3. 規範結合行為手段之演進過程

反托拉斯局會趨向發揮管制者的功能，其實完全始自於對「水平結合」（merger）一連串的規範。從 1960 年代開始，反托拉斯局逐漸開始以經濟途徑分析「水平結合」對市場競爭的影響，並且首次於 1968 年公布「水平結合準則」（Merger Guidelines），闡明規範「水平結合」的標準。隨後分別曾在 1982 年及 1984 年進行修改，從先前只著重市場結構，進而再以數學公式計算市場占有率（market share），隨後更擴張對產品市場（product markets）與地理市場（geographic markets）界定的標準。上述準則標準的演化，充分說明反托拉斯局的裁量權日漸擴增，其具備的管制特質也益發突顯²³。另外，也形成反托拉斯局與欲從事水平結合的當事人有更多可進行協議，以調整作為的機會。

反托拉斯局會多仰賴管制手段執行反托拉斯政策，國會在 1974 年通過的「哈

²² Hanover 控告 United Shoe Machinery 銷售製鞋設備的價格過高，但被告卻認為 Hanover 將此成本已「轉嫁」（pass-on）至消費者身上，因此直接買者並無資格提起訴訟，具有提起損害賠償資格應是間接買者（消費者）。可參考 Jacobs, M. S. (1998), "Lessons from the Pharmaceutical Antitrust Litigation: Indirect Purchasers, Antitrust Standing, and Antitrust Federalism", *St. Louis L.J.*, 42: 65-66.

²³ 關於水平結合準則標準的演化，可參考 Sullian, E.T. (1986), "The Antitrust Division as a Regulatory Agency: An Enforcement Policy in Transition", *Washington University Law Quarterly*, 1029-1031.

特—史考特—羅迪諾法」(Hart-Scott-Rodino Act, HSR 法)更是具有推波助瀾之效果。尤其,此法當中規範結合行為(Merger)的「事前報備制」(premerger notification)對於往後的反托拉斯法執行影響甚深²⁴。當初會建立此項制度的理由,主要有二,一是在處理結合案件時,政府面臨舉證困難的限制,直至廠商規模已然成形,並發現其具有違法效果時,其實已經喪失規範的機會;其次,一旦廠商從事結合順利,廠商已變得難以應付,此時提出的救濟已不具任何效用了²⁵。所以,為了有效避免具有破壞市場競爭的結合行為發生,HSR 法賦予反托拉斯局與 FTC 可事前評估結合行為的權限。於是,有關結合的訴訟案件大幅減少,法院的判決就不再是詮釋結合行為標準的重要來源,而相關結合爭議反倒大多是透過協議裁決獲得解決²⁶。

另外,過去反托拉斯局已有針對廠商行為進行評估並且表明政府執行方向,進而觀察有無可能觸犯刑法的程序,隨後更將「水平結合許可程序」(merger clearance procedure)納入其中。反托拉斯局藉由上述程序表達目前的執行意圖,再以書面形式將資料予以彙整與公布,稱為「營業審查書」(Business Review Letter)。此項程序運作與事前報備制的意義相同,同樣可於事前對廠商作為進行調整,以避免事後發生爭議。

綜言之,準則的發佈、事前報備制以及營業審查制讓反托拉斯局可運用較具彈性的手段,在事前阻止廠商進行不當的水平結合,並且提高雙方事前針對水平結合提案進行協議的機會。縱使有爭議發生,也可經由協議裁決加以排除。從以上規範水平結合程序的發展過程看來,不難發現「協議」的彈性特質在事前以及事後能夠發揮的效用,也可間接了解協議裁決會取代訴訟於反托拉斯法執法地位的主要背景。

²⁴ 事前報備制主要是讓反托拉斯局或是 FTC 可要求想從事結合行為的廠商提供相關資料,在固定期間內評估該結合行為是否合法。Blumenthal, W., (1997), "Symposium: Twenty years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement Introductory Note", *Antitrust Law Journal*, 65: 813.

²⁵ *Ibid.*, at 813-814.

²⁶ 關於 HSR 法對反托拉斯實務運作的影響,可參考 Sims J. & Herman D. P. (1997), "The Effect of Twenty years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study in the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation", *Antitrust law Journal*, 65: 865.

三、協議裁決之性質及司法定位 (legal status)

由於協議裁決之性質以及司法定位與後來整套制度之形成及運作之間存有密切關係，因此在進入運作程序分析之前，先說明協議裁決之性質並且歸納過去法院針對協議裁決定位的見解。

(一) 性質

協議裁決在性質上歸屬為衡平式救濟 (equitable relief)。關於反托拉斯法衡平式救濟的規定，明列於修曼法第 4 條及克雷頓法第 15 條中，內容大致提及檢察官可以發起衡平程序 (Proceedings in Equity) 加以預防與制裁違法。

一般說來，衡平式救濟之主要目的在於被告未來行為的控制，偏向以較為溫和的方式調整被告所從事的競爭作為。Areeda 認為衡平式救濟是較具「前瞻性」(forwarding) 的救濟方式，對被告未來行為進行控制，以維護市場競爭。衡平式救濟的最大特點即是可透過許多各式各樣手段的運用，以求達到恢復市場競爭的目的。諸如：命令被告出售公司；成立一間在人事及資源上可與被告相互抗衡的公司；允許競爭者支付授權費用或是免費取得專利、商標、營業秘密或是 know-how 等技術；一旦有人或是原告向被告提出購買產品或是服務的意願，被告並無拒絕的機會；與競爭者、供應商或是客戶尚未解決的合約必須取消、縮短或是進行修正；被告不應作為自身的供應商；要求廠商出租或是銷售產品時皆得一視同仁 (Areeda, 2000)。衡平式救濟充份給予法院及相關主管機關在手段選擇上的自由及採取時點的彈性，也使得解決反托拉斯爭端的方式更為豐富。

(二) 司法定位

個人之間的和解可視為一項契約。可是，假若和解的一方為政府機關，和解的過程與結果是否能僅以契約相待？過去，協議裁決在司法定位上就曾引發究竟應歸屬司法行為 (judicial act) 或是契約 (contract) 的討論。其意義在於法院是否具備介入協議裁決等相關程序之權力。如：法院是否具有同意 (approve) 並且執行 (enter) 裁決的權力；倘若發生爭議，法院必須擔負執行與解釋裁決的責任以及法

院具備修正裁決的權力（Mengler, 1988: 294）。

就形式而言，協議裁決可單純視為反托拉斯局與被告之間訂定的契約。但是在協議裁決需通過法院許可程序時，幾乎可以肯定協議裁決與經由訴訟而宣告的判決並無不同。而 1920 年 Swift 案的後續發展，則是進一步確立往後協議裁決的司法定位。此案是關於 Swift 與其它四家肉品包裝業者（Armours, Wilson, the Morris Packing, the Cudahy Packing）企圖共同減少家畜買賣以及加工肉品販售市場的競爭。另外也試圖控制其它替代食品的供給量，並在一段時間內以低價掠奪市場，減少競爭對手的加入，因而形成食品供給市場的獨占局面，而被司法部視為違法²⁷。於是，在 1920 年與政府成立協議裁決，並得以避免合作關係的解除以及相關刑事責任的追訴。裁決內容主要是禁止上述五家業者從事多達 114 種食品以及 30 種非關肉品包裝產業物品的製造、銷售或是輸送（特別是鮮魚、蔬果與食品雜貨）。在成立協議裁決後，Swift 卻認為此項協議裁決無效，轉而向最高法院提出上訴。大法官 Brandeis 在意見書中清楚指出聯邦法院具有允許協議裁決成立的審判權，而且協議裁決必須是在謄寫筆誤（clerical errors）、檢調過程中出現詐騙、缺乏協議的共識或是法院對於關鍵事項不具有審判權的情況下，才可構成無效的條件。因此，也進一步確定協議裁決的合憲性以及合法性（Flynn, 1968: 985）。大法官 Brandeis 也認為協議裁決是在「沒有發現任何事實」的情況下（without any finding of fact）所成立的，也等於間接承認法院擁有解釋裁決的權力（Isenbergh & Rubin, 1940: 389）。

在無法順利推翻先前成立的協議裁決之後，Swift 歷經多年的光景，有感食品產業的競爭環境已經不如以往，認為零售市場競爭條件的改變，促使原先的協議裁決可能會出現反競爭的效果。而且，雜貨市場（grocery market）又因超級市場的加入已可完全排除「肉品卡特爾」（the meat cartel）形成的可能性。因此，Swift 再次希望能夠修正裁決內容以能應付目前的市場競爭。對於此項請求，大法官 Cardozo 並不同意。其中，大法官 Cardozo 中拒絕接受將協議裁決視為契約，並非是司法行為的論點。他堅持協議裁決既為司法行為，就與被告是否具有共識提出修正無關。司法行為就等同是法院的命令，並非為只要當事人同意便可修正的契約²⁸。以上兩位

²⁷ 286 U.S. 106 (1932), at 110.

²⁸ *Id.* at 115.

大法官所言，皆明白表示協議裁決與法院的判決並無二致，肯定法院具有介入協議裁決運作的權力（Isenbergh & Rubin, 1940: 389）。

四、協議裁決運作程序以及制度發展過程

反托拉斯局採取協議裁決的多年經驗，為協議裁決成熟運作的基礎；而現今完整協議裁決的運作程序是來自於多年執行經驗的累積以及制度上持續的變革。下列先以圖 1 呈現目前協議裁決運作程序的流程圖，再分別依照下列順序說明各個程序的相關細節以及後續制度的形成過程：

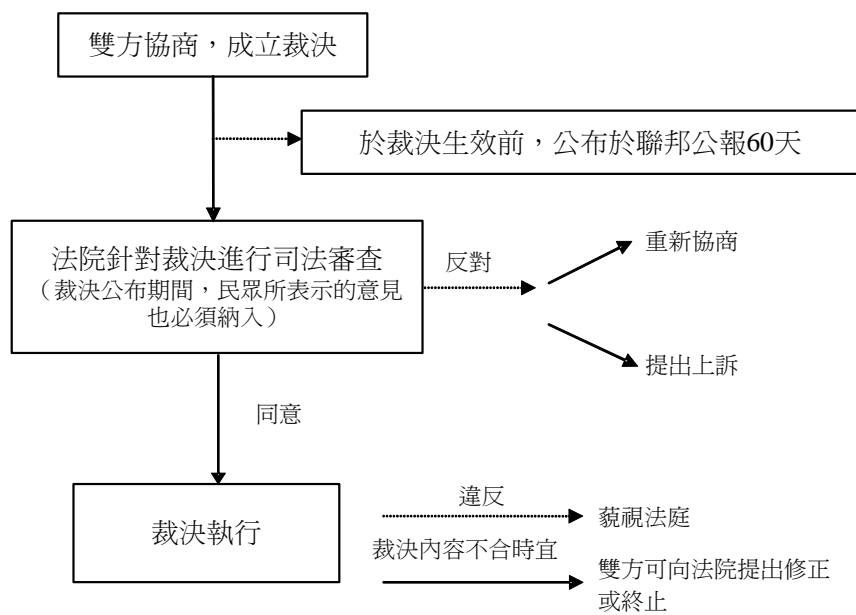


圖 1 美國協議裁決運作程序圖

*資料來源：作者自繪

(一) 雙方協議，成立裁決

反托拉斯局可提出協議的時點相當具有彈性，因為在進入訴訟程序之前後，甚至在裁決確立之後皆可提出。當事人無需承認任何犯罪事實，即可與反托拉斯局進行協議，成立裁決。然而，根據實務經驗的判斷，裁決內容的討論幾乎多是由當事

人的律師所發起，並非由反托拉斯局主動提出。而且，裁決在成立之後，必須先獲得反托拉斯局助理檢察長（Assistant Attorney General）之同意²⁹。最特別的是，協議裁決經由法院確立之後並不代表其它人可於往後的三倍損害賠償訴訟中，可將已成立的協議裁決引用作為「表面證據」（*prima facie evidence*）³⁰。此點與訴訟後作成的判決效力大不相同，也為吸引當事人願意進行協議的一大誘因。協議裁決不能作為表面證據，被告面臨的威脅雖然隨之減少。但是相較之下，受到損害的「第三人」（the third party）卻喪失救濟並彌補損害的機會。此為採取協議裁決面臨的首項質疑，亦是往後法院可積極介入的有力理由。

（二）司法審查

協議手段擁有的彈性特質，相對引來濫用的質疑。而且，協議結果會不會對他人權益造成損害。另外，單單只憑協議執行反托拉斯法，是否會降低反托拉斯法對不當競爭行為的嚇阻效果。以上皆是肯定協議裁決帶來執行效率的同時，應也詳加考量的部份。不難看出，司法審查的發展過程是協議裁決制度當中最為重要的環節。以下就先從「反托拉斯程序與制裁法」（Antitrust Procedures and Penalties Act, APPA, 簡稱 Tunney Act）通過前後的情況進行說明。

1. Tunney Act 提出之背景

Tunney Act 通過之前，對於協議裁決相關制度的檢討，不外乎是反托拉斯局與當事人之間進行協議的過程太過隱密。而且，「第三人」（the third party）在協議裁決成立過程中也都未能參與，表示意見。另外，加上協議裁決並不能引用作為表面證據，形同剝奪第三人尋求救濟的機會。況且，法院當時針對裁決方案的審查也都只採取「最低司法監督」（minimal judicial oversight）的立場（Notes, 1973：597-603）。然而，在協議或是訴訟的過程當中，禁止第三人的介入並非全無道理。一來可事先阻止第三人對政府行動的干擾，可避免資源的重複使用、增加案件處理之困難度。另外，第三人的介入亦會影響被告進行協議的意願（Stedman, 1965：636-

²⁹ 關於成立協議裁決的內部程序，請參考「反托拉斯局運作手冊」（Antitrust Division Manual），IV. Litigation, E. Negotiating and Entering Consent Decree Procedure. 資料下載自：http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/table_of_contents.htm.

³⁰ The Clayton Act § 5(a).

637)。即便如此，如何兼顧協議過程與第三人利益，仍為採取協議裁決解決反托拉斯爭議的首要考量。

其實，早從 1959 年開始，反托拉斯局曾經提出下列三個方案，嘗試改善上述缺失，希望可以增加第三人參與協議過程的機會以及設法保護私人提出訴訟的權益 (Notes, 1965 : 606-610)。改革方案的相關內容，整理如下：

(1) 30 天之開放建議期限

在協議裁決送往法院的前 30 天，反托拉斯局先公開裁決內容，接受並且評估大眾對於該項裁決的書面建議。主要目的是能夠降低協議裁決的隱密性，並可進一步維護公共利益。

(2) 「柏油條款」 (The Asphalt Clause)

在 1960 至 1961 年間，麻塞諸塞州的承包商從事柏油與造路材料聯合訂價與競標行為，反托拉斯局與其進行協議。由於此案的受害者主要為麻塞諸塞州政府以及州內的城市，協議裁決一旦宣告成立，將使原告的訴訟權益受損。所以，反托拉斯局宣布可將該項協議引用作為三倍損害賠償訴訟之表面證據，稱為「柏油條款」 (the Asphalt Clause)。因此，反托拉斯局同意只要裁決宣告成立之前，只要是州或是地方政府提出的三倍損害賠償中，可禁止被告否認協議裁決具有表面證據之效果³¹。

(3) 「訴訟之前和解」 (Prefiling Negotiations)

從 1954 年開始，反托拉斯局經常在正式提出訴訟程序前，就與當事人進行協議。當時，美國檢察官協會 (the Attorney General's National Committee) 的成員 Schwartz 對此種現象頗不贊同，認為這將會使僅存的司法控制以及大眾可以進行監督的機會完全消失殆盡³²。因此，反托拉斯局曾在 1960 年早期停止上述作法。可是，不久後又將規定調整為提出訴訟至少 30 天後，才可進行協議。

³¹ United States v. Allied Chem. Corp., 1961 Trade Cas. 77641 (D. Mass. 1960); United States v. bituminous Concrete Ass'n, Inc., 1960 Trade Cas. 77486 (D. Mass. 1960); United States v. Lake Asphalt & Petroleum Co., 1960 Trade Cas. 77,271(1960). 此為成功引用「柏油條款」的 3 個案子，被告承認違反反托拉斯法，但只限於政府機關可以引用作為「表面證據」。Supra note 30, at 638.

³² 轉引自：Notes (1973), "The ITT Dividend: Reform of Department of Justice Consent Decree Procedures", *Columbia Law Review*, note98., 73: 609.

上述的改革方案最後並未持續維持，但皆為 Tunney Act 法案的基礎來源。此外，1972 年的 ITT 一案³³更是參議員 Tunney (John V. Tunney) 以及 Bayh (Birch Bayh) 相繼提出改革方案之主要關鍵 (Notes, 1973: 595)。ITT (International Telephone & Telegraph Corp.) 為美國當時排行第九的大公司，1969 年由於要擴充公司規模，於是對 Grinnell、Canteen 與 Hartford 等三大公司進行購併。但是「多角化結合」(conglomerate mergers) 為克雷頓法第 7 條所禁止，因而被提出控訴。對於 ITT 購併 Grinnell 及 Canteen 一事，政府未能順利阻止。於是，關於 Hartford 的部分，政府在進行訴訟之前與 ITT 達成協議，允許 ITT 可保有 Hartford，但會從購併案中獲取不當競爭利益的子公司，則必須與 ITT 劃清界線。1971 年所公佈的協議提案僅是一般事務的告知，並未提及協議過程之相關細節以及左右政府決策的理由。其實，反托拉斯局會與 ITT 進行協議的理由有二，首先是與政治因素相關，但並未證實是否直接相關，即是 ITT 對當時的尼克森政府提供政治獻金；其二為反托拉斯局考量到 ITT 進行解體後，對國內經濟產生的連環效應，尤其是股票市場，會造成相關投資人的「困境」(Hardship)。在此同時，消費者倡導人 Nader (Ralph Nader) 對此表示反對並且希望能夠參與裁決成立的過程，但是法院並不同意，只允許 Nader 作為「專家證人」(amicus curiae)³⁴。Nader 認為對股票市場的衝擊並不能構成協議的合法理由，並希望此案重新接受法院審理。可是，地方法院在舉辦聽證會後，並不認同 Nader 的看法。雖然此次聽證會的舉辦未能讓 ITT 一案重新接受司法調查，但也再次顯現協議裁決隱藏已久的缺失。(Anderson, 1996: 7-8)。因此，國會在 1974 年通過 Tunney Act 的用意，即在於建立正式的司法審查制度以對協議裁決進行把關，並將協議結果公諸於世，以受公評。當初，就如參議員 Tunney 所持的理由，廣泛運用協議裁決執行反托拉斯法，會對大眾產生外溢的效果。協議裁決的內容，除了能夠對當事人進行規範，也會間接影響整體社會。另外，協議裁決也大幅降低了反托拉斯法所能產生的嚇阻效果，就如前面所提，協議裁決不能作為個人提起「三倍損害賠償」訴訟之表面證據，欠缺可作為有力證據的法院判決，亦會使個人勝訴的機會大幅降低。也就是說，協議裁決的成立等同剝奪個人尋求救

³³ United States v. International Telephone & Telegraph Corp., 349 F. Supp. 22 (D. Conn. 1972).

³⁴ “amicus curiae” 為拉丁文，英譯為“friend of the court”，雖然此證人並非為訴訟的當事人，但是可主動向法院提出申請或是接受法院的請求，進一步為自身利益提出辯護。資料參考自：<http://www.westlaw.com/>, Black's Law Dictionary (7th ed. 1999).

濟，以彌補受不當競爭損害的機會³⁵。上述理由皆肯定協議裁決必須接受司法審查的必要性；以及裁決尚未生效之前，讓其它政策利害關係人有其管道可發表意見，法院亦可藉此進行更為完善的評估，避免事後產生爭議，徒增執行成本，破壞原先採取協議的效率考量。

2. Tunney Act 中重要規定說明

隨著 1974 年 Tunney Act 的通過，詳細規定反托拉斯局與當事人成立的協議裁決必須通過司法審查程序時，更明確確定反托拉斯局與法院之間的制衡關係。除了要求協議裁決在生效前 60 天，必須將其內容公佈於「聯邦公報」（Federal Register）上接受民眾評論。其中最重要的是協議裁決必須附上「競爭影響評估」（Competitive Impact Statement, CIS）之說明³⁶，主要內容包括違法行為的陳述、裁決內容的解釋、期待裁決對保護競爭所能發揮的效果、提出個人尋求救濟可能的方式、說明大眾提出意見或是修正裁決提案的程序與政府評估協議裁決以外其他替代方案的結果³⁷。提出「競爭影響評估」的主要目的是要讓當事人以外的政策利害關係人瞭解協議過程，同時也載明政府對此案件所抱持的立場。另外，其摘要也必須公佈在報紙上，方便大眾取得相關資訊、表達自身意見。

總結來說，Tunney Act 對相關協議裁決程序的發展頗有助益。同時也可發現降低協議裁決隱密性或是維護第三人利益，皆是採取事後的方式。主要的考量在於盡量排除對協議過程產生無謂的干擾，徒增和解的成本，而有可能間接提高協商破局的機率。

(三) 履行裁決以及後續發展

1. 協議裁決之履行

³⁵ Notes (1983), "The Scope of Judicial Review of Consent Decrees under the Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974", *Michigan Law Review*, 82: 161-163.

³⁶ 原本參議員 Tunney 提出的原始法案當中是為「公共影響評估」（Public Impact Statement），為一種類似於美國「國家環境政策法」（National Environmental Policy Act）中「環境影響評估」（Environmental Impact Statement）的作法。請參考 Notes (1973), "The ITT Dividend: Reform of Department of Justice Consent Decree Procedures", *Columbia Law Review*, 73: 606.

³⁷ Green, C. (1984), "The 1982 AT & T Consent Decree- Strengthening the Antitrust Procedures and Penalties Act", *Howard Law Journal*, 27: 1627.

協議裁決通過司法審查確立之後，並不代表執程序已經結束。隨後對於當事人履行裁決情況的掌握，才是對相關主管機關執法能力的真正考驗。倘若當事人違反裁決中的規定，反托拉斯局將可同時對當事人提起民事與刑事訴訟給予制裁，指控當事人藐視法庭（contempting）。另外，也可向當事人收取罰金或是將其違反協議裁決、繼續從事不當競爭行為期間賺取的利潤予以沒收（Nannes, 2000：57-58）。

2. 修正或是終止

協議裁決一旦成立，廠商確實遵守並且落實裁決的相關規定，並非代表廠商在未來得一直接受協議裁決之約束。協議裁決中禁止廠商繼續從事可能破壞市場競爭行為的規定，往後有可能因為市場競爭強度增加、市場環境改變或是技術發展而成為廠商參與市場競爭時的障礙。同樣地，若反托拉斯局認為裁決與反托拉斯法追求的目標已不一致時，或是發現裁決內容不足以規範當事人之競爭行為或是裁決本身可能會出現反競爭的效果等情形時，皆可提出修正。（Konczal, 1996：141-142）。另外，反托拉斯局在行政資源有限或是有其他案件等著優先處理的情況下，也會主動修正或終止裁決中的相關規定，藉以分攤機關資源。（Nannes, 2000：58）。

如同上述，只要反托拉斯局或是當事人認為裁決的規定不合時宜，皆可向法院提出修正或是終止的請求。此為協議裁決管制市場競爭的最大優點，可彈性因應外在環境的變遷。已成立的協議裁決當中通常會保留給法院修正或是終止裁決的許可權力，在一般的情況下，大多是被告在反托拉斯局的認可之下主動提出修正或是終止，只是被告必須提出充分證據說明市場競爭環境或是所接受的法律規範已經遭逢不可預期的改變，裁決的內容或是條文確實已經出現不公平、過時或是反競爭的現象時，裁決內容必須修正或是終止，才得以避免自身權益的受損（Nannes, 2000：55-56）。然而，當事人提出修正或是終止裁決的要求，其目的究竟是維護市場競爭？或者當事人只是想跳脫裁決所施加的束縛？由於很難釐清當事人提出修正或是終止的動機，因此必須提出充分的證據以資證明。也因為如此，由被告主動提出的修正案，大多都會被反托拉斯局駁回（Areeda, 2000：263）。

關於裁決提出修正的詳細標準，前面提及的 Tunney Act 對此並未作出規定，因此法院針對修正個案建立的審理原則皆為修正標準之基礎。早期最高法院審理 Swift

一案時³⁸，對於修正的標準採取相當嚴格的限制，而往後若干指標性的案例則是呈現較為寬鬆的衡量標準（Areeda, 1997：63-64）。在 Tunney Act 通過之後，公共利益當然也可成為評估裁決修正的標準之一。然而，重要的是修正標準仍需法院進一步的闡釋才具實質的意義。因此，法院對於裁決修正或是終止案件的審理過程以及結果，皆可肯定法院在協議裁決後續的過程當中，仍然保有舉足輕重的權限，對於反托拉斯法演化仍具有相當的影響力³⁹。而且最後的結果也是反托拉斯政策更新的來源，同樣也是政策利害關係人關切的焦點。另外，關於修正裁決門檻的高低，其實在未來也會對其他當事人選擇協議裁決的誘因產生影響。

綜觀來看，協議裁決的成立並不代表反托拉斯局自此就可高枕無憂，而是執行任務才要具體落實的開始。值得注意的是，協議裁決具有的管制效果並不會因時空的轉換而中斷。因此，反托拉斯局已不再是單純的仲裁者，而是成為時時刻刻監控廠商未來行為、觀察產業環境變遷的經濟管制者。

參、協議裁決之政策意義

一、協議裁決之實質功能

(一) 協議裁決具備的功能

先前的章節已明確揭示協議裁決的頻繁運用為反托拉斯局趨向管制者的主要原因。反托拉斯局主動介入市場管制，不外乎是程序的運作過程，擴增了反托拉斯局對於當事人進行規範之裁量權。但若單單只從裁量擴增解釋反托拉斯局的管制功能，可能無法完整呈現反托拉斯局成為管制者的原因，而應將協議裁決實際具備的管制功能也予以納入。

過去，學者 Posner 曾將相關反托拉斯的民事裁決，依其特質歸納為以下三

³⁸ *United States v. Swift & Co.* (189F. Supp. 885).

³⁹ 關於裁決修正標準的演化，可參考 Konzal, D.S. (1996), "Note: Ruing Rufo: Ramification of a Lenient Standard for Modifying Antitrust Consent Decrees and an Alternative", *George Washington Law Review*, 65: 130-166.

類⁴⁰，吾人往後亦可依此分類將協議裁決之類型進行歸納：

1. 「法定語言之裁決」(statutory language decree)

反托拉斯局在處理有關「聯合訂價」(price fixing)的案件時，常常至多只是利用裁決禁止被告的行為。自從聯合訂價在修曼法中被視為違法，所以可不加思索，在短期之內就可給予被告懲罰。也因為如此，禁制令所要達成之目的通常也不明確，而且無助於法律原則(the rule of law)之建立。所以，法定語言之裁決最多只是重申法律的相關原則。

2. 「一次解決裁決」(once-for-all decree)

裁決中要求被告將違法購併的公司予以解體或是要求廠商公開專利權。或是，透過裁決直接禁止被告從事購併的行為。上述作法皆是反托拉斯局或是法院為求一勞永逸，採取比禁制令更為激進的方式，直接針對被告的企業結構進行調整，以求能夠恢復市場競爭。由於採取的手段並非只是單純針對被告行為作出禁止，相較於其他的執行方式，必需花費較為冗長的時間。

3. 「管制裁決」(regulatory decree)

經由裁決建立起法院或是反托拉斯局對被告長期持續監控的關係是管制裁決的主要特質。發生許久的 *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* 一案是 Posner 認為最具代表性的案例⁴¹。由於法院命令被告必須以合理以及相同的價格提供服務，已形同擔負「州際商業法」(Interstate Commerce Act, ICC)之管制責任。類似的管制方式還包括禁止被告從事購併或是某特定商業行為，又或是對被告之市場占有率加以限制。上述的管制手段等於是賦予法院與司法部具有影響商業決策的廣泛裁量權，而且，基本上，Posner 認為「管制」是所有反托拉斯民事裁決具備的共同特質。

除此之外，Weiner 列舉反托拉斯局與 FTC 分別以協議方式處理的相關案例，

⁴⁰ Posner R.A. (1970), "A Statistical Study of Antitrust Enforcement", in McChesney F.S. & Shughart II W. F. (1995 Ed), *The Causes and Consequences of Antitrust: An Public-Choice Perspective*, (1st ed.), 82-83, Chicago: The University of Chicago Press.

⁴¹ 224 U.S. 383 (1912).

進而歸納說明協議裁決具備的主要功能⁴²。Weiner 對於案例翔實的整理分析也為 Areeda 所肯定 (Areeda, 2000)。因此，筆者也將借助 Weiner 的分類，並各自列舉一例說明如下：

1. 解釋核心法律規則

成立協議裁決時，反托拉斯局可一併考量內外環境因素，在最低限度內支持並且闡明過去法院建立起來的原則。

以協議裁決闡釋過去法律原則的案例不勝枚舉，包括有聯合行為、策略聯盟 (Joint Venture)、獨占、搭售以及結合行為等相關案件。例如：已有 30 年歷史的 *United States v. Grinnell Corp.* 一案中建立起衡量獨占的標準，當中要求原告必須證明獨占力量以及合併或是維持獨占的方式⁴³。因此，後續採取上述原則成立的協議裁決對具有市場力量的廠商影響甚鉅，常會左右他們的競爭行為以避免違法。反托拉斯局在 *United States v. Electronic Payment Service* 一案中成立的協議裁決更加闡明上述原則的運用，其中提到市場的主導者若是從事產品或是服務的搭售，將有可能被視為不合法以及獨占的傾向。另外，在 1995 年的 *United States v. Microsoft Corp.* 一案中，反托拉斯局就已不單單只是確認廠商的市場佔有率高，其作為可能會發生排他交易的效果，而是透過協議進一步說明政府的執行立場，並非只是解釋過去的法律標準。依照過去政府的政策立場，微軟與 OEMs 的長期授權規定並不一定會引起反托拉斯爭議 (此案的詳細內容，請參見本章第三節)。但是，有如 FTC 委員 Azcuenaga (Mary L. Azcuenaga) 曾就微軟案提醒廠商，若要從事授權的相關事務，須了解目前政府的執行立場，並且務必謹記並不是只有科技才會發生改變。以上所言，具體說明協議裁決會因時制宜地反映出政策走向。

2. 建立新的法律標準

採取比解釋更為積極的立場，即是透過協議裁決將過去建立的標準加以延伸，或是重新建立反托拉斯法的衡量標準。Weiner 特別提到有關獨占、結合以及購併的合法標準，皆因協議裁決的成立而受到大幅改寫。以「最惠國待遇」條款來說，法

⁴² 以下案例的相關內容皆轉引自 Weiner, M. L. (1995), "Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree", *Antitrust*, Fall, 4-8.

⁴³ 384 U.S. 563 (1966).

院一直以來對供應者可給予最優惠的價格（the best price），抱以允許的態度。但是，反托拉斯局在 *United States v. Vision Service Plan* 一案中，卻出現與以往不同的看法⁴⁴。為非營利公司的「視力服務計畫」（Vision Service Plan, VSP）主要是與驗光醫師簽訂合約以及提供服務，並且提供企業以及其它組織機構相關視力健康照護計畫。VSP 在簽訂契約內容中規定醫生對 VSP 視力照護收取的價格絕對不能高於其它視力照護公司或是保險計畫的價格。反托拉斯局認為上述的最惠國待遇條款可能會出現醫生對於其它競爭者之視力服務，不願意提供折扣的情況。所以，過去法院的見解也會因協議裁決的成立而被推翻，並且會有不同的看法出現。

3. 藉由協議裁決管制競爭行為

反托拉斯局藉由協議裁決的成立，對廠商行為進行調整至符合政策目的之標準。針對廠商作為進行管制，在垂直結合、水平結合或是獨占的案件皆有紀錄可尋。以水平結合的案件為例，佛羅里達州的兩家緊急救護醫院有意進行合併，反托拉斯局在調查之後，而與兩家醫院進行協議，要求他們只能夠成立策略聯盟，並只允許特定服務的整合，而在行銷、照護契約簽訂以及價格訂定的部份則必須獨立運作⁴⁵。反托拉斯局運用協議裁決修正企業合併的相關細節至允許的範圍內，而且多以行為管制為其主要方式。

綜合上述，藉由 Posner 對反托拉斯民事裁決的分類，可用來判斷協議裁決採取的實際手段；而 Weiner 的整理分析則是可清楚了解協議裁決對於競爭政策演化之意義。其中，Posner 對管制裁決所作的定義與 Weiner 提及的管制功能應可相互呼應。另外，筆者認為「一次解決裁決」也會出現與「管制裁決」相同的情況，由於公司組織進行調整後，也有可能出現必須接受長期監控的情況，接下來本章所要談的 AT&T 案即為一例。此點與上述 Posner 的見解相符，認為反托拉斯案件的民事裁決皆具有管制特質。

二、案例說明

從案例說明當中，可實際了解反托拉斯局如何透過協議裁決，達成恢復市場競

⁴⁴ 60 Fed. Reg. 5,210 (1995).

⁴⁵ *United States v. Morton Plant Health System, Inc.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH).

爭之目的，並可評估其發揮的管制功能。

(一)AT&T 案

1984 年 AT&T 的分家為美國電信產業解除管制的第一步，也因此別具政策意義。從過程看來，起先 1956 年 AT&T 案由於國防部的介入，使得此案並未進入法院接受審理，而改以協議的方式解決⁴⁶。隨後 1974 年則可看出 AT&T 提出協議的主動性，而反托拉斯局則是透過協議裁決快速達成將 AT&T 分家的目的。其實，反托拉斯局在掌握充足證據的情況下，應可順利將 AT&T 送至法院予以定罪。但是，為何仍採取協議裁決？單從坐監、課以罰金或是禁制令的發布，依舊無法彌補或是解決 AT&T 透過垂直整合，而對市場競爭產生破壞的效果。若是解體已是主管機關考量的首選方案，經由協議應是最好的方式。由於解體對產業的衝擊不可謂不大，採取協議可使被告配合的程度提高，而且反托拉斯局或是法院可從過程當中得知相關解體的有效訊息，畢竟被告身為產業經營者對產業結構、營業狀況等相關資訊的掌握，確實比政府機關更佔具優勢，對於複雜的解體過程有所助益。

而解體的目的主要是希望能夠釜底抽薪，將 BOCs 在地區轉接服務因受管制而獲得的獨占力量予以分散，就可避免 AT&T 以獨占利潤進行交叉補貼，從事不當競爭。此項裁決是藉由組織面的改革以禁止不當競爭行為的發生，也就如前面所述，可歸類為「一次解決」(the once for all decree)裁決的類型。但是，法院透過 Tunney Act 賦予的權力，並且在掌握充足證據的情況下，卻展現出比反托拉斯局更為積極的管制立場，對分家後的 RBOCs 加諸更多的限制。形成與反托拉斯局，甚至是產業主管機關相互抗衡的一股勢力。原本認為 AT&T 解體之後，可以自此高枕無憂。然而，法官 Greene 對於反托拉斯法的積極闡釋，使得原先的解除管制卻變成另外一種型態的管制，也是造成 Greene 日後飽受褒貶的主要原因。

由於 AT&T 原本就是接受政府管制的產業，產業本身也具有自然獨占的特質。單從行為面的管制，其實已不足以進行規範。然而，透過協議裁決對企業進行解體，看似大刀闊斧地從事組織調整，求得一勞永逸的結果，但其過程及後來的管制效果卻也是備受爭議。而解體是否真能促進競爭、提昇消費者福利則又是另一個值

⁴⁶ 552 F. Supp. 131.

得討論的議題⁴⁷。學者 Crandall 曾經提及解體所要達成效率之目的，其實透過 FCC 的管制政策即可達到⁴⁸。可是，只要一旦透過協議裁決進行解體，就會連帶影響到反托拉斯局、法院甚至是 FCC 所應擔負的職責。

(二) 微軟案

從一開始，微軟在市場中是否具有獨占地位？若擁有獨占地位，其形成的主要原因為何？微軟也為自己提出辯駁，聲稱市場佔有率高可能並不同市場力量的擁有，因為在變動迅速的高科技市場中，龍頭老大的位置隨時有可能被取代。其次，瀏覽器與作業系統之間到底算不算是一項整合性的產品？微軟進行搭售的目的是要逼退競爭對手還是要提昇產品使用的效率？以上皆是近來廣受反托拉斯學界熱烈討論的議題，將近十年冗長的訴訟過程中，也可看到正反雙方各執一詞的情況。但是，在此先姑且不論微軟從事的商業作為到底有沒有構成對手進入市場的參進障礙？對於市場競爭是否具有提昇效率的效果？有沒有提昇消費者福利？執行層次所應關切的重點是了解一件廣受矚目並且歷經冗長訴訟過程的反托拉斯案件，為何最後仍以和解收場的原因。也可一併關心微軟案給予未來競爭政策執行的啟示。

首先，微軟身處的市場本質是此案的最大特點。高科技的市場結構與過去的傳統市場結構大不相同。其中，最為顯著的產業特質是為「網路效果」(Network Effects)。網路效果也稱作網路外部性(Network Externalities)，是一些產業市場的固定特質，如 ATM 網絡(Automated Teller Machine, ATM)、信用卡以及標準設定組織(Standard-Setting Organization) (Lemley & McGowan, 1998: 499-522)。簡單來說，網路效果是指某項產品隨著使用人數的增加，而提高該產品具備的價值。它與為達到規模經濟所形成的自然獨占是有所差別的，自然獨占是從供給面而來的現象，而網路效果的形成則是從需求面來解釋。具有網路效果的產業，若能夠吸引大量的消費者使用該廠商的產品，而達到規模經濟，其實是有利於廠商及消費者，而這屬於正面的網路效果。相反地，負面效果即是消費者將會因為轉換成本過

⁴⁷ 可參考 Sullivan, E.T. (2002), "The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled", *Minn. L. Rev.*, 86: 565.

⁴⁸ Elzinga, K.G., Evans D. S., Nichols, A.L. (2001), "United States v. Microsoft: Remedy or Malady?" *Geo. Mason L. Rev.*, 9: 650-651.

高或是集體行動（collective action）的問題而依賴原始廠商所提供的產品⁴⁹，形成被「套牢」（lock-in）的現象。以微軟為例，一旦消費者選用微軟的作業系統，將會帶動其他生產互補性產品的廠商將會依循微軟作業系統的規格來從事研發、生產，例如：應用軟體。消費者在購買作業系統，一定會考量市面上的應用軟體是否多以支持該作業系統為主，才會決定購買，也因為如此，微軟作業系統的獨占地位也就更憾動不搖。

因此，判斷微軟從事的作為到底有無違背反托拉斯法？其產業特質是不可缺少的考量。Economides（2001：11-14）認為具有網路效果的產業特質即是「贏者為多」（winner-takes-most），他認為網路效果所產生的不公平是先天造成的，而非後天仰賴非法競爭加以造就的。即便增加競爭者，也不能改變市場本身的結構特質，而且贏者為多的現象，並不同於競爭減少，反而是市場競爭強度的增加。另外，假如市場具有強烈的網路效果，其實本身就已是一種參進障礙，並非是市場失靈（Lemley & McGowan, 1998：503-504）。即使採取激進的解體方式，將微軟分家，可能還是無法剷除網路效果形成的市場特質。但是反托拉斯局若能採取協議，至少可以彈性地挑選手段針對微軟行為進行管制。

無論反托拉斯局對於微軟是採取訴訟還是協議，微軟案的外溢效果在互補性產品（complementary products）為主的高科技產業中更形明顯。由於電腦產業具有很高的互依程度，極有可能會牽一髮而動全身。Hahn 曾提及微軟一案採取協議裁決，其中最大的好處則是高科技產業毋需再面對充滿不確定性的市場環境。文中也特別提到 Bittlingmayer 和 Hazlett 曾以微軟在進行訴訟的期間對其它電腦公司股價的影響進行實證研究，他們發現相關微軟案發展的新聞消息對生產電腦硬體、網路產品、半導體及電腦軟體公司的股價皆存在著連帶效應⁵⁰。因此，協議裁決除了讓微軟可避免陷入冗長的訴訟過程以及面對不確定的判決結果，對於其它電腦軟硬體公司而言，應該也是利多於弊。

另外，近來 2002 年協議裁決內容當中對反托拉斯法執行而言，最值得注意的

⁴⁹ 在具有網路效果的產業市場中，特別是有規格限定的產品，如電腦配備。顧客在購買新產品時，通常會持觀望的態度，等到消費族群累積到一定程度時才會考慮購買。Lemley, M.A. & McGowan, D. (1998), "Legal Implications of Network Economic Effects", *Calif. L. Rev.* 86: 497.

⁵⁰ Hahn, R.W. (2002), "United States v. Microsoft: The Benefits of Settlement", 3-4.
<http://www.aei.brookings.org/publications/related/settlement.pdf>.

部份應是遵守機制的設計⁵¹。除了成立「技術小組」負責幫助微軟落實裁決，而且微軟內部也必須提供一位專職人員，專門負責裁決實際執行的部份。微軟必須提供技術小組所需的資訊或是設備上的資助。而內部人員則是成為裁決落實情況的對外窗口，主要負責聯繫以及告知的工作，可以降低其它人獲得相關資訊的交易成本。透過上述遵守機制的設立，可將反托拉斯局或是法院的監督成本部份移轉至微軟本身，因為絕大部分仍須仰賴微軟相關資源以及技術資訊的提供。所以，協議裁決的後續執行順利與否，當事人配合的意願為一重要的關鍵。

而另一個需要關心的問題則是成立技術小組監督微軟落實裁決的情況，其實也間接透露反托拉斯局與法院缺乏規範高科技產業的專業能力。關於此項問題，Posner（2001：280）也曾提出建議，認為反托拉斯局以及 FTC 應該大量延聘技術人才，才足以因應知識經濟時代帶來的執行課題。甚至提及，應成立專門法院，由具有專業技術背景的法官審理相關案件。但上述方案的落實並非毫無限制，包括預算及機關人員配置等考量，況且政府部門如何能吸引高科技人才的進駐，對於政府而言也是一個難題所在。因此，協議的便利性固然可讓執行人員不需直接面對技術性問題的解決，可是未來落實或者有爭議發生之時，專業能力的具備仍是達成政策目的之基本條件。

肆、協議裁決制度運作之評估

一、協議裁決產生之誘因

探討協議裁決的缺失之前，由於先前曾經說明外在環境因素對協議裁決受到廣泛運用的影響，本節則先從檢調單位本身的機關特質、反托拉斯案件的特點等部份，說明協議裁決對檢察官及當事人構成誘因的條件。

目前吾人都已瞭解協議裁決已取代訴訟程序成為處理反托拉斯案件的主要手段，而協議裁決何以成為進行反托拉斯民事訴訟的替代手段，其主要理由應是源自於成本考量。此部份也可從檢察官及當事人面對訴訟時的立場作更進一步的闡釋。

⁵¹ 裁決內容的主要說明可參考 United States of America v. Microsoft Corporation, Final Judgment (2002.11.12).

(一)檢察官

1. 機關特質

檢察官思考以何種罪行起訴以及何種手段處理案件時，等於是資源如何進行分配的考量。除了案件本身處理的難易程度外，面臨預算限制的檢察官還必須兼顧行政資源是否得以運用有效率。原因在於檢察官不可能對所有案件都提起訴訟，並且投入同等的資源。而且，檢察官並不能保證所有進入訴訟程序的案件都能勝訴，因此勝訴機率也在審慎的評估範圍內。檢察官擇取手段的當下，除了預算限制，尚須考慮執法之後希望達成的主要目的為何。反托拉斯法中刑事訴追（**criminal prosecution**）主要是懲罰被告過去的行為；而民事訴訟（**civil action**）則是期待未來可獲得管制之效。就如 Neale 和 Goyder 所言：「刑事是追究過去，而民事則是放眼未來」⁵²。所以，刑事採取的主要途徑是為監禁（**prison**），民事則是以發布禁制令（**injunction**）為主。一旦檢察官決定以民事案件處理時，其立場也就明確表示希望能針對被告的未來行為進行管制。因此，在預算限制的情況下，同時能提高被告遵守反托拉斯局要求的意願，又可降低執行成本的和解手段確實擁有被優先挑選的條件。

2. 案件特質

Becker 與 Stigler 曾經提及案件中是否有明確的犧牲者，為影響執法品質高低的變數之一⁵³。若案件處理的過程當中有明確的受害者，對政府機關執法其實是較為有利的，一來是遭受損害的被害人願意配合檢調單位調查，政府可以節省蒐集證據的成本；其次，由於損害明顯，被害人易於舉證，蒙受損害的個人提出訴訟救濟的意願也相對提高，不需執法機關的主動出面，仍可對加害人作出制裁。如同上述，反托拉斯案件與其他傳統法律領域的案件相比，衡量不當競爭行為形成之損害確實較為困難。例如：廠商進行水平結合，市場集中度隨之提高，其對市場競爭造成的損害，無論是對於反托拉斯局或是個人而言，皆會面臨舉證的困境。此會對個人提

⁵² Neale, A.D. (1980), *The antitrust Laws of the United States of America*, (3rd ed.), p.348, New York: the Press Syndicate of the University of Cambridge.

⁵³ Becker S. G. & Stigler G. J. (1974), "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers", *Journal of Legal Study*, 3: 4-5.

出訴訟的誘因產生影響，並可了解強調懲罰損害的刑事案件為何不受反托拉斯局的重視（Posner, 2001：274）。

綜言之，以訴訟解決反托拉斯案件的成本確實比協議裁決高出甚多。另外，損害衡量及證明的困難，也使得檢察官偏好以民事的方式處理反托拉斯案件。檢方一旦確定歸為民事案件，提出訴訟，若是敗訴，連規範被告的機會都將會喪失。而選擇協議還可節省蒐集、分析證據可行性的成本，但同樣也可達成被告遵守反托拉斯法之目的。

（二）違法者

一般說來，違法者面對相關政府單位之調查以及可能隨之而來的制裁時，應會抱持避險（risk averse）的態度。

如前面所提，反托拉斯法中民事制裁手段以發布禁制令（injunction）為主。一旦進入訴訟程序，只要敗訴將得全盤接受檢方提出之要求。假若不服，還得負擔上訴成本以及面臨判決會被其它人引用作為三倍損害賠償訴訟之「表面證據」的威脅。但是，假若採取協議裁決，當事人與檢方握有同等影響裁決內容的權力，而且不會有上述顧慮。特別是協議裁決不具有「表面證據」的效果，是為當事人願意進行協議的主要原因。其次，更不會因為訴訟的冗長程序，連帶影響企業聲譽，或者是業務運作受到波及。綜合上述，協議裁決對於當事人而言也是一舉數得。

二、採行協議裁決弊端之分析

即使具有上述之執法優勢，協議裁決之運用過程仍可能發生缺失。特別是從行政運作的角度來看，若能精確掌握行政人員在運用過程中可能發生的種種狀況，而能夠事先預防，也才能適當發揮協議裁決應有的效用。

（一）反托拉斯局所面臨的問題

原先，檢察官擔負的職責應是積極從事蒐集、調查證據等相關工作，然後再將被告送至法院接受審理並予以定罪。但是，協議裁決卻讓檢察官省略最繁複且十分

重要的調查程序，而可直接與被告進行協議以達成執法目的。然而，檢察官的負擔雖然因此減輕，可是運用具有和解性質的協議裁決一旦出現不慎，極有可能出現下列弊端，這也是協議裁決頻受質疑的主要原因。

1. 便宜行事

協議裁決在資源運用以及執行程序上，確實可替檢察官爭取處理案件的效率，但是有無可能發生濫用，此為執行機關採取協議裁決的首項顧慮。如先前所提，檢察官在擇取手段的當下，就等同面臨有限資源分配的考量。而且，檢察官本身投入辦理案件的成本與未來可獲得報酬之間並非呈現正比的關係，此為政府機關提供執行人員誘因的最大限制。換句話說，行政機關的特質其實是構成執行人員便宜行事的先天條件。另外，協議裁決幫助反托拉斯局節省了時間與資金，反而容許反托拉斯局可去處理更多的案件，而造成檢調人員「以量取勝」的心態（Phillips, 1961：48-49）。況且，反托拉斯政策執行對維護市場競爭的實際效果，可能需要一段時間的累積才得以顯現，執行人員也不需馬上面臨績效評估的壓力。所以，執行人員假借協議裁決便利之名，快速結案、追求表面效率的可能性也就大幅提高。

2. 黑箱作業

Kovacic (2001: 848) 曾強調協議裁決一旦形同政策制訂工具 (policy formation tools) 獲得普遍運用的同時，其運作問題主要是來自於和解過程當中的「透明度有限」 (the limited transparency)。也就是說，在成立協議裁決的過程中，政府機關與當事人以外的大眾其實都不容易取得有關協議裁決的重要資訊。另外，反托拉斯案件常是攸關私人企業的運作，甚至是整體產業的發展，或是處理結果可能會對國家整體經濟產生一定的衝擊。因此，協議過程的隱密性以及龐大的企業利益，容易產生檢察官與當事人會進行利益交換的聯想。也就是說，反托拉斯局是否會因協議裁決的運用，而發生「攫取」 (capture) 的現象⁵⁴？導致協議裁決的內容完全是由廠商主導，而首要目的是顧及本身利益，而有可能犧牲他人的利益。因此，協議過程的不公開易導致大眾產生官商勾結的質疑，而大幅降低協議裁決的公信力，也是

⁵⁴ 簡單來說，「攫取」 (Capture) 是指管制機關所要進行的執行任務，會受到被管制對象涉及的龐大利益所主導。可參考 Wilson, J.Q. (2000), *Bureaucracy: What Government Agencies Do and Why They Do It?*, USA: Basic Books, 75-76.

大眾對檢察官與當事人進行協議心生排斥的主要理由。

3. 不當代表

檢察官與當事人雙方成立的協議裁決是否會波及到其它人的利益？此為協議裁決最受廣泛討論的議題，亦即協議裁決成立的過程當中，應如何適切地表述所謂「第三人」(the third party)的利益？不當代表與能否兼顧「第三人」的利益其實是問題的一體兩面。

代表政府出面協商的檢察官擔負的重責大任在於能否藉由協議裁決妥適地執行反托拉斯法，進而達成符合公共利益之目標。然而，即使檢察官抱持的立場以及論點皆為客觀、中立，也無法平衡多元的訴求。如前面所提，檢察官偏廢調查工作可能是礙於資源有限以及能力，使得檢察官處於資訊不對等的地位。相較之下，被告擁有資訊上的優勢，也具有提供資訊的主動權。被告提供相關資訊時是否會坦承以對？或是只提供有利於自己的資訊？因此，在資訊不對等的情況下，第三人的利益極可能為檢察官所忽略。其次，與檢察官進行協議的當事人無論是對自身產業的看法、針對本身行為提出的辯解或是解決方案並非是其他同業的看法，也不一定符合反托拉斯法之規範目的。

雖然 Tunney Act 的通過，已提供第三人發表對裁決內容看法的正式管道（如：競爭影響評估的公佈、為期 60 天的意見發表），可避免第三人自身利益遭受損害等情況發生。然而，關鍵在於如何構成第三人願意影響裁決內容的動機。由於第三人可能會不符合提出三倍損害賠償訴訟的「當事人適格」條件，而針對協議裁決提出自身的看法；或是，未來可能會成為提出三倍損害賠償訴訟的原告，藉由反對協議裁決的成立，以便被告俯首認罪，可幫助提高未來勝訴的機率（Areeda, 2000: 265-266）。更為重要的是，本身擁有資源的多寡是左右第三人出面影響裁決內容的關鍵。擁有豐富資源的第三人，無論是動員或是遊說管道上皆佔有優勢。於協議裁決成立之前後，對反托拉斯局或是法院評斷裁決內容的立場可發揮不容小覷的影響力。另外，第三人若認為協議裁決內容與自身利益並無衝突，將因而產生「集體行動的問題」（Collective Action Problem），使得第三人並無影響裁決內容之意願（Weiburst, 1999: 97）。相反地，將要接受反托拉斯局制裁的被告，反而因為「成本集中」，動員意願遠比「利益分散」的第三人來得主動。這將有損第三人具備的

制衡效用，對公共利益目標之達成有所不利，也相對提升攫取發生的可能性（Waller, 1998：1429）。

總結來說，不當代表即是協議裁決多有爭議的癥結所在。而且，當資源多寡成為決定裁決內容的主要條件時，多元利益的折衝並非就是公共利益的整體呈現。無論是檢察官、當事人或是第三人皆有可能假借公共利益之名，追求自身利益。所以，不當代表的問題能否適當排除，將是運用協議裁決順利達成政策目的之重要關鍵。

（二）協議裁決對「反托拉斯法」整體執行的影響

美國的反托拉斯政策執行中，除政府機關需承擔矯正不法的責任之外，個人也可提出損害賠償訴訟，以求彌補。甚早之前，曾擔任反托拉斯局的助理檢察長 Hansen 即十分肯定個人訴訟具備的兩個主要功能，一是在反托拉斯政策的落實上，可助政府一臂之力；再則可補償被害人所遭受的損害⁵⁵。可是，一旦協議裁決獲得普遍運用，將會削弱克雷頓法第 5 條「表面證據」的效果，也會影響個人提出訴訟的意願。主要原因在於絕大多數的原告需搭乘政府順風車，仰賴法院作成判決的「表面證據」，藉此提高勝訴機率。

然而，公私執法機制並存的主要目的為提高執法效用，但個人提出訴訟的意願若是降低，而政府機關面對如此多的案件，礙於行政資源無法全數提出訴訟的情況下，協議的機會也就相對增加。由於一部設計精巧的法律應講求事前即可對規範對象產生嚇阻，但立法者總是礙於現實，無法縝密地設想周全，所以事後救濟更顯重要，進而仰賴往後累積的案例能夠繼續延伸法律該有的規範效果。因此，透過訴訟公開程序、經由法院宣告的判決多是不成文法標準的重要演化來源。可是，一旦協議裁決全然取代法院判決，成為反托拉斯法更新的主要依據時，固然可間接提供產業界相關競爭政策的訊息，但可否建立起如同判決當中可一再接受檢視，而且歷久彌新的法律原則，則仍有評估的空間。

倘若協議裁決成立之後並未發生爭議，而不需再次進入法院接受審理時。基本

⁵⁵ 轉引自：Phillips, C.F. (1961), "The Consent Decree in Antitrust Enforcement", *Wash. & Lee L. Rev.*, 18: 49.

上，協議裁決多是擔負「階段性」的任務，皆以結束當前的爭議為主。但是，其中仍有許多細節尚未有釐清的機會，與訴訟最大的相異點即在於此。由於未能有詳盡的調查程序以及充足的辯論過程，使得協議裁決闡釋反托拉斯法的效果有限，導致政策利害關係人面對反托拉斯法的規範也將處於難以預測以及不確定的狀態。

三、司法審查的兩難困境

Tunney Act 讓協議裁決的運作機制更為完整，而司法審查的制衡作用也使協議裁決更具正當性。協議裁決的普遍運用，並不會讓法院失去詮釋反托拉斯法的機會。因為司法介入不止於成立，往後反托拉斯局或是當事人針對協議裁決都可能再提出修正或是終止，而法院仍舊扮演審判的中立角色。基本上，過去對於行政機關裁量決定的審查，法院多是抱持排斥的態度。加上先前尚未有法規可供依循，也就不難想像法院會以「橡皮圖章」(rubber-stamp) 般的消極立場審查協議裁決的相關內容 (Notes, 1973: 610)。現今制度雖然已告確立，但實務運作上仍有值得討論的空間。

(一) 司法審查制度運作的成本

透過雙方協議讓案件不必送至法院接受審理的方式，固然可幫助檢調單位爭取行政效率，但政府是否就此喪失執法的公信力？於是，為了避免執法者或是當事人不當運用和解，而將最終結果送至法院進行司法審查便成為理所當然的制衡方式。但是，和解方案是否應該接受司法審查？過去曾經引發法理層次上的爭議⁵⁶。另外，針對和解方案進行司法審查所衍生的執法成本也可作為評估司法審查制度存在與否的一項標準。Weiburst 是以成本效益的方式，分析司法審查為何會形成雙方當事人進行和解的額外負擔，而法院也需承擔執法成本的原因⁵⁷。以下先簡略說明，Weiburst 檢視司法審查成本產生的由來，進而對當事人選擇和解誘因的影響：

$P[P]$ = 原告贏得訴訟之可能性；

⁵⁶ 請參見本文第二節有關 Swift 一案的說明。

⁵⁷ Weisburst, S. I. (1999), "Judicial Review of Settlements and Consent Decree: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, 55: 59-63.

$P[D]$ = 被告評估原告贏得訴訟之可能性；

J = 判決利得 (amount of judgment)；

C = 訴訟之成本；

S = 進行和解，但無司法審查；

$S[J]$ = 進行和解，但需司法審查；

$S[O]$ = 首次的和解 (the opening round)；

$S[N]$ = 新一回合的和解 (the new round)；

p = 法院願意通過和解方案的可能性。

- (1) 若是原告願意接受的最低限度遠超過被告願意付出最高限度，進入訴訟的可能性將隨之提高。因此，假設原告在扣除訴訟成本，並納入和解的成本考量後，而願意接受法院的判決。而被告則是在評估訴訟成本並扣除和解成本後，為其願意支付的判決。所以，訴訟發生的可能性以下列等式呈現。

$$P[P]J - C + S > P[D]J + C - S \rightarrow (P[P] - P[D])J > 2(C - S).$$

- (2) 若是和解必須經由司法審查， $S[J]$ 取代了 S ，上述的等式就變成：

$$(P[P] - P[D])J > 2(C - S[J])$$

於是，若要分析訴訟發生的可能性， $S[J]$ 之成本總額則成為選擇訴訟或是和解的關鍵所在。

$$S[J] = pS[O] + 1 - p(S[O] + S[N]) \rightarrow S[J] = S[O] + (1 - p)S[N]$$

$$(P[P] - P[D])J > 2(C - S[J]) \rightarrow (P[P] - P[D])J > 2(C - S[O] - (1 - p)S[N])$$

從上述的等式中即可瞭解 $S[O]$ ， $S[N]$ ， p 成為影響當事人（包括政府）選擇和解的關鍵。由於司法審查之目的為增加和解的公信力，和解內容的能見度也就相對提高。然而，起初當事人會選擇和解，其實多少具有息事寧人的期待。可是，一旦和解方案的能見度提高，當事人對於方案內容的考量勢必得更加審慎，避免和解方案遭到法院退回。而且，當事人面臨和解方案被法院退回的窘境，在 $S[N]$ 可能會增加的情況下，當事人選擇訴訟的機會也就大增。另外， p 為法院通過和解方案的可能性，若法院的立場易為當事人所預測， $S[O]$ 相對降低，隨後當然也不會產生 $S[N]$ 。顯而易見的是，關鍵在於法院通過和解方案的機率越高，司法審查產生的成

本也就越低。

Weiburst 進一步再以和解過程中可能發生的不當代表、集體行動 (collective action) 等問題，以及司法審查結果的可預測性、裁判成本 (decision costs)、預算限制等五個變數評估各類型案件的和解結果是否真的需要司法審查⁵⁸。基本上，他認為反托拉斯局進行和解的目的是為了因應資源困窘而所作出的策略。但司法審查卻對協議裁決的成立增添了不確定性，可能會讓當事人寧願選擇訴訟，而使協議裁決不再是政府執行反托拉斯法的有效工具。

綜合上述，針對和解方案進行司法審查，法院必須承擔蒐集、評估相關和解資訊的成本，而當事人則要面對協議裁決可能會被法院退回的窘境。無論是重啟協議或是進入訴訟程序，皆是成本的再次投入。對於成本花費較為敏感的個人而言，司法審查增加的成本，其實會影響當事人選擇協議的誘因。整體而言，Tunney Act 建立起協議裁決接受司法審查之制度，雖然具有防弊之效，但是換個角度思考，對於法院、當事人以及受裁決內容影響的利害關係人而言，皆是不同成本的投入。

(二) 法院衡量公共利益之兩難困境

如同上述，司法審查制度固然提高協議裁決運作之成本，但 Tunney Act 確實有助彌補協議裁決缺乏公信力之劣勢，如：「競爭影響評估」的公佈、裁決內容必須刊載於聯邦公報或是報紙，以及大眾皆可針對裁決內容表示意見等作法。而且，法院也不能再抱持「橡皮圖章」之消極立場審查協議裁決。因此，司法審查制度既已存在協議裁決成立程序當中，法院應如何拿捏審查分寸，而不至於降低當事人選擇協議裁決的意願，又可讓協議裁決不失作為執行反托拉斯法的有效工具，應是當下所要關切的重點。

程序上的配套設計當然可預防前述協議過程的種種疑慮，但實質問題即在於法官必須透過司法審查，確保裁決內容符合公共利益，並非是項簡單的工作。為「公共利益」進行把關的任務本來就屬不易，理由在於並無絕對的標準衡量所謂的「公共利益」，況且有關反托拉斯法追求的公共利益並未明定於法律條文中。於是，法院雖然擁有再次詮釋公共利益的權力，但在審查過程中仍得慎重評估。以掌握協議

⁵⁸ Ibid., 92-99.

裁決相關資訊為例，原本相關反托拉斯法專業素養的欠缺，為質疑法官審查協議裁決能力的主要原因。然而，隨著 *Tunney Act* 通過，法官一方面可藉由司法部的幫忙、透過裁決公佈 60 天期間取得的意見或是借助專家等種種方式，以掌握協議裁決的相關資訊。可是，一旦經歷上述過程，彷彿有如一場「小型訴訟」（*minimal trial*）的進行，無論結果為何，多少會影響協議裁決具備的效益，而且也會波及司法部整體行政資源的分配（*Note*, 1983：173-176）。相反地，法官若不積極尋求相關資訊，貿然作出決定，將會有損法院聲望，而無法施展制衡效用。簡言之，法院審查的範圍與標準，不及與太過皆不恰當。另外，更為上位層次的問題則是司法與行政之間的分際也會因此受到影響，而這也是司法審查值得探討的原因所在。

另外，在不成文法的傳統中，法官通過的每項判決皆是政策標準再次建立的來源。由此可知，法院針對協議裁決進行司法審查時，法官同時也在更新或是附和反托拉斯政策之走向。尤其在反托拉斯法領域中，針對個案闡釋公共利益的標準更是兼具多樣性。而且，法官如何看待司法審查此項程序？更是協議裁決通過與否的重要關鍵。

Noonan 曾以案例歸納說明法官進行司法審查的方法，主要有平衡方法（*the balancing approach*）以及門檻預設方法（*the threshold approach*）⁵⁹。平衡方法講求因協議裁決所獲利益與第三人遭受損害之間的平衡，著重控訴之中的罪行與救濟之間的關係。然而，門檻預設方法則是法院先預設協議裁決通過的門檻，讓司法部得以表明原先執法之目的。原則上，法官多認為檢察官擁有廣泛裁量權，並且尊重反托拉斯局提出的救濟方案。另外，Anderson 同樣也以案例分析，說明 *Tunney Act* 通過前後，法院進行司法審查之立場。從 Anderson 整理的案例當中，可相當清楚看出 *Tunney Act* 通過之後，法官審查協議裁決的過程當中，對於司法審查以及形塑公共利益的態度⁶⁰。大致說來，AT&T 案之前，法官多是遵循法官 Aldrich 在 *United States v. Gilltte* 一案中所建立的原則：「法院的責任並不是在決定何者為最好的和解案，而是決定該和解是否已在達成公共利益（*within the reaches of the public*

⁵⁹ Noonan, J. C. (1983), "Note: Judicial Review of Antitrust Consent Decrees: Reconciling Judicial Responsibility with Executive Discretion", *Hasting Law Journal*, 35: 148-153.

⁶⁰ Anderson, L.C. (1996), "United States v. Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the Need for A Proper Scope of Judicial Review", *Antitrust Law journal* 65: 1-40.

interest) 之範圍內」⁶¹。但是，不同法官在個案當中依循的程度仍然有些差別。而在 AT&T 一案中，法官對於司法審查抱持與過去迥然不同的立場，直到近年的微軟案，又有別於以往的發展。下列說明正可展現司法審查影響協議裁決的動態過程。

由於 Anderson 挑選的案例堪稱完整，連近期的微軟案也包括在內，而且 Anderson 也清楚比較出各個案件之間的差異，於此藉由 Anderson 之分類，加以說明 Tunney Act 通過之後，有關案件事實的部份以及法院審理案件的立場。於後繼續再將法官著手司法審查時，決定公共利益的考量以及實務上面臨的各項難題進行歸納。

1. 公共利益達成之範圍內 (within the reaches of the public interest)

(1) United States v. Gillette⁶² (Gillette 案)

緣於 Gillette 打算購併生產小型用具，包括內銷電鬚刀至美國的德國廠商 Braun，進而引發從事不當競爭行為的爭議。起先政府打算將 Braun 從 Gillette 劃分出來，撤除 Gillette 公司中已購併有關 Braun 的資產 (Areeda, 2000: 270-271)。但是，後來成立的協議裁決並未針對 Gillette 進行解體，只是單單禁止 Gillette 於國內銷售 Braun 廠牌的刮鬚刀，但並未限制國外銷售的部份。而 Braun 在美國有關行銷的部份，則由獨立於 Gillette 之外的新公司負責。Gillette 的主要競爭者對此項裁決不表贊同，他們認為 Gillette 只要擁有 Braun，就可繼續破壞市場競爭。基本上，法官同意政府的作法，認為將 Braun 從 Gillette 劃分出來其實並未能分散 Braun 在全球的銷售能力，原因在於 Braun 主要是在國外從事製造，而其銷售範圍則以歐洲為主。所以，只要美國國內不銷售 Braun 的產品，Gillette 並不需進行解體，不當競爭的問題即可獲得解決。法官 Aldrich 在此案所揭示的重要原則即是法院的責任並不是決定該和解是否為最好的，而是判斷和解結果是否「在公共利益之達成範圍內」(within the reaches of public interest)。Gillette 案可算是 Tunney Act 通過之後，首件接受其標準審查的案件，因此當中建立的原則經常為往後案例所引用。

(2) United States v. National Broadcasting Co.⁶³ (NBC 案)

⁶¹ 406 F. Supp. 713 (D. Mass. 1975).

⁶² 406 F. Supp. 713(D. Mass. 1975), at 716.

⁶³ 449 F. Supp. 1127 (C.D. Cal. 1978).

NBC (National Broadcasting Co.) 利用主要電視網 (prime-time television) 的控制，從事不當競爭。NBC 除了自製黃金時段節目 (prime-time shows)，也向獨立製作公司購買節目，並且收購在首播之後的「聯播」(the syndication rights) 權利⁶⁴。NBC 被指控利用 NBC 電視台網絡的控制，以取得聯播市場的獨占力量，使得獨立製作公司必須出售聯播權。因此，控訴當中希望能禁止 NBC 從事下列作為：播放任何 NBC 自製的節目、收購獨立製作公司的聯播權以及控制電視網，限制競爭。經過兩年的調查，成立的協議裁決只禁止收購聯播權，但並未禁止 NBC 自製節目。可是，獨立製作公司認為只要 NBC 保有自製節目的能力，仍舊可作為要求獨立製作公司讓步之籌碼。

NBC 一案是地方法院首次對如何適當運用 Tunney Act 中公共利益標準發表看法。法官認為不需要評斷政府在協議時所展現的智慧，除非有不當行為或是惡意的情況發生。而且，檢察官是有能力承擔廣泛裁量權，而司法權只限於決定裁決有無達到公共利益，並非是決定何者為最好的裁決。上述立場是引自 Sam Fox 一案中的附屬意見⁶⁵，Anderson (1996, 17) 認為 Sam Fox 案屬於「橡皮圖章」哲學 (rubber stamp philosophy) 全盛時期的案例。最高法院法官 Harlan 在此案中明確表示⁶⁶：「除非有其它狀況發生，否則堪稱完整的政策考量，將會使我們拒絕接受上訴人 (appellant) 提出評估政府協商智慧的邀請，至少在未發現政府有惡意或是不當行為的情況下，我們的立場如上所述。」從此可得知，該哲學主要強調政府在協議過程中若有從事不法行為，才足以構成推翻裁決的條件，與裁決本身適當與否無關。也就是說，裁決本身內容根本不是法官關切的重點。

NBC 案與 Sam Fox 案間仍有些微差別，NBC 案中，法院還有權衡比較控訴與裁決中的救濟，但並未提出任何的解釋。NBC 案與前面所提的 Gillette 案相比，法官的態度更為順從，因為 Gillette 案中的法官至少對反對者的意見作出回應，並以裁決必須進行修正作為審查通過的條件。

⁶⁴ *Id.* at 1130. 所謂的「聯播」(Syndication)，是指電視節目除了可在電視網的頻道播放之外，尚可在獨立的頻道 (individual television stations) 播放，在國內播放的同時，亦可於國外的電視頻道同步放送。

⁶⁵ *Sam Fox Publishing Co. v. United States*, 366 U. S. 683, 689 (1961).

⁶⁶ *Id.* at 689.

(3) *United States v. Agri-Mark, Inc.*⁶⁷

Agri-Mark 為新英格蘭區 (New England) 最大的酪農公司，Agway 則是生意交易遍及美國東北的農作物供應商，而 Hood 則是擁有新英格蘭最大的酪農場。Agri-Mark 會被控告違反克雷頓法的原因在於其與 Hood 之間已簽訂牛奶供應之契約，而且又打算將 Hood 購併。政府認為這些舉動將會使市場競爭減少，而 Agri-Mark 則會成為新英格蘭牛乳市場的獨占者，因此禁止 Agri-Mark 從事上述行為。但是，過了不久，所成立的協議裁決並未針對購併一事作出禁止，只是對 Agri-Mark 的行為作出諸多限制。例如：Agri-Mark 在牛乳銷售上不能對 Hood 以外的酪農進行差別取價或是其它差別待遇。當時，「國家牛乳銷售改革協會」(National Association for Milk Marketing Reform, NAMMR) 對此項裁決提出反對意見，並且希望舉辦聽證會以釐清該購併案對市場競爭的影響⁶⁸。

此案法官仍舊秉持 Gillette 一案當中的原則，認為法院的功能僅僅決定協議是否已在達成公共利益之範圍內，而非去決定何者為最好的協議。並且，在肯定協議裁決作為反托拉斯法有效之執行工具的前提下，反對舉辦聽證會，以免有損協議裁決所要追求的效率。

在 Anderson (1996: 18-19) 的分析下，認為此案較上述兩個案例來說，法院順從原先協議裁決內容的程度是最高的。與 NBC 一案相比，此案裁決內容中根本不見原始控訴當中所提的救濟方式。而且，法院對於裁決內容也未作任何的更改，而 Gillette 案至少是以修正作為審查通過的條件。另外，法院也並未提及任何有關購併一事對於市場競爭的影響，只是贊同政府在價格訂定的部份作出限制即可恢復競爭的作法。

(4) *United States v. Bechtel Corporation*⁶⁹

此為一件相關阿拉伯聯盟 (Arab League) 集體杯葛的反托拉斯案件。阿拉伯聯盟國家對原本與以色列 (Israel) 有商業往來的廠商進行杯葛，而 Bechtel 也參與其中，因此被控違反修曼法第 1 條。後來，與反托拉斯局成立協議裁決後，卻提出下

⁶⁷ 512 F. Supp. 737 (D. Vt. 1981).

⁶⁸ *Id.* at 739.

⁶⁹ 648 F.2d. 660 (9th Cir. 1981).

列理由，反對該項協議裁決的成立：

- (1) 認為反托拉斯局並未遵循 *Tunney Act*，喪失成立協議裁決的基礎；
- (2) 反托拉斯局對於裁決的解釋已與原先進行的協議相左；
- (3) 此項裁決並不符合公共利益，因為裁決內容與「出口管理改革法」(*Export Administration Amendments, EAA*) 中的規定將會出現衝突⁷⁰。

但是，地方法院推翻上述理由，認為此項裁決仍能成立。*Bechtel* 依舊對於地方法院的決定表示不服，進而提出上訴。因此，第九巡迴法院即在本案當中提到評估公共利益時應作的考量以及公共利益達成的標準⁷¹。

第九巡迴法院完全秉持當初國會制訂 *Tunney Act* 的立場，明確界定法院所應發揮的功能。*Tunney Act* 認為法院在評估公共利益之時，應特別注意罪行 (*complaint*) 與救濟 (*remedy*) 之間的關係。而且，第九巡迴法院並不贊成法院毫無限制地評估協議裁決，而作成一個所謂最好的裁決。協議裁決中相關社會、政治利益的平衡應是檢察官的裁量所為。法院保護公共利益的角色是確保政府在協議過程當中，不會發生怠職的情況。法院的職責並非在決定對社會最好的裁決，而是裁決是否已在公共利益之範圍內。若是法院提出太多繁雜的要求，反而有損協議裁決在反托拉斯執行中具有的功效⁷²。

2. 嚴謹審查立場的出現

(1) *United States v. AT&T*⁷³

法官 *Greene* 審查 *AT&T* 一案的立場，與先前案例的審查立場形成了強烈的對比。*Greene* 的評估標準在於裁決有無達到反托拉斯法之目標，他認為如此才符合國會當初制訂 *Tunney Act* 之目的。因此，*AT&T* 一案中，他除了要求修正裁決內容作為審查通過的條件，也相當強調裁決中有關執行的部份。因為，法院認為應有需要保有監督協議裁決執行以及解決未來可能發生爭議之權力。從修正裁決內容及保有執行權力兩個部份皆可看出法官角色的擴充，但法官的權力施展其實須有下列條件的配合。首先，由於 *AT&T* 的規模不小，解體一事所能影響的範圍甚廣，包括：消

⁷⁰ 美國於 1977 年通過有關「國外杯葛」(*foreign boycotts*) 的「出口管理改革法」。

⁷¹ *Id.* at 662-663.

⁷² *Id.* at 666-667.

⁷³ 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982).

費者、股東、公司職員以及競爭者等，對美國經濟的衝擊影響甚大，並與大眾利益極為相關。其次，Greene 相當了解 AT&T 一案的來龍去脈，並且掌握十分充足的證據，因此可針對裁決內容進行更為詳細的評估。最後，當事人屢次想逃避公眾審查，裁決內容更是無法取信於人。基於上述原因，法官應當進行更為嚴謹的審查，替公共利益把關。也間接使得法官的審查立場更加積極與嚴謹⁷⁴。

(2) *United States v. GTE Corp.*⁷⁵

GTE 為 AT&T 的競爭者，由於意圖購併 Sprint 長途電話公司，而被控違反克雷頓法。隨後，司法部與 GTE 成立的協議裁決中，並未禁止購併一事，只是阻止 GTE 的若干作為。而法官 Greene 審理此案的態度則是比 AT&T 案來得保守。由於他認為 GTE 未擁有如 AT&T 般的產業規模，其所操作的競爭策略未必能減少市場競爭。即便如此，Greene 並不因此就化身為消極的橡皮圖章，仍要求裁決必須進行修正，以作為審查通過的條件。他在此案中表示：「針對反托拉斯案件進行協議之時，競爭利益的平衡是檢察官的責任。可是，Tunney Act 並不希望法官成為全盤接受當事人說法的橡皮圖章。」由此可知，Greene 仍是抱持積極以及主動的審查立場。

(3) *United States v. Microsoft Co.*⁷⁶

微軟為近來備受矚目的案件，於本文第三節已作說明。1995 年法官 Sporkin 針對協議裁決進行審查的立場也曾引發相當大的爭議。不同於先前法官的態度，Sporkin 顯得較為積極，審查範圍也更加寬廣。他認為審查範圍應不只侷限於提出控告事項的部份，理由在於審查範圍若是過於狹小，反托拉斯局很可能因政治或是其它壓力而隱瞞重大違法情事，並只就輕微的違法行為進行協議，即便進行司法審查也無法發揮制衡作用，而發生漏網之魚。

但是，上訴法院卻駁回 Sporkin 的看法，並且再次重申司法審查的適當標準為裁決是否在公共利益之範圍內，而審查範圍也應侷限於所提的控訴範圍內，不可自行擴大，也不應質疑政府的裁量所為。上訴法院法官 Silberman 提醒法院應謹守憲

⁷⁴ *Id.* at 151-153.

⁷⁵ 603 F. Supp. 730 (D.D.C. 1984).

⁷⁶ 56 F. 3d 1448 (D.C. Cir. 1995).

法賦予角色的分際，即使協議裁決歸為司法行為，地方法院的法官毋需過於施展實質的司法權力（make a mockery of judicial power），並也同時說明 Tunney Act 絕非是讓法官去施展檢察官所具備的職權⁷⁷。

前述案例具體呈現法官在不同個案中的審查立場，也可發現法官詮釋 Tunney Act 的態度積極與否為影響協議裁決通過的主要理由。法院如何衡量公共利益，即為司法權介入政府決策程度的考量。以「在達成公共利益的範圍內」作為審查標準，透露出司法於程序上的制衡，主要是希望能夠避免機關人員發生失職的情況，實質上則是確認救濟方式與罪行之間的相稱性。然而，法官對於反托拉斯議題的討論，其實多是尊重檢察官的立場，而這也更突顯檢察官在協議過程中為公共利益把關的重大責任。

但是，司法介入的適當範圍也會隨案件本身的外溢效果、法官掌握資訊的多寡而有所變動，AT&T 案即為一代表性案例。法官對於反托拉斯政策走向或者該以何種標準來衡量公共利益，也許原本就有自身的立場。可是，若以客觀的角度來看，反托拉斯事務並非是所有法官都能駕輕就熟的領域，專業能力也考驗著法官是否能妥適發揮平衡利益的功能。另外，司法審查雖然講求獨立、客觀，由於協議裁決在聯邦公報公佈期間接收的意見也須納入司法審查的範圍，具有龐大動員資源的利害關係人可藉此管道表達意見，此對司法審查的過程也會產生一定的作用。由此可知，司法審查固然可提高裁決內容的能見度，也企盼藉由此道關卡能夠確保裁決內容不會損及其他人的利益，但著實也替協議裁決確立的過程增添了不少變數。

伍、我國運用和解契約之考量

一、緣起與和解契約對於我國執行競爭政策的必要性

(一)緣起

掌管我國市場競爭交易秩序的公平會於行政程序法正式實施前⁷⁸，即為因應先

⁷⁷ *Id.* at 1452.

⁷⁸ 行政程序法於民國 90 年 1 月 1 日起正式實施。

於民國 87 年初成立「公平會建立公平交易行政程序法制」專案小組，從事「建立公平交易行政程序法制建置計畫」的進行⁷⁹，而「行政院公平交易委員會締結行政和解契約處理原則」（以下簡稱和解契約處理原則）便是依據此項計畫在 89 年率先通過，成為公平會運用和解契約處理市場競爭事務的主要依據。

除了配合行政程序法實施之外，當初會特別制定和解契約處理原則的主要理由，其實與美國運用協議裁決的背景相差不大。主要不外乎是對市場競爭環境的與時俱變、違法事證難以蒐集以及公平法本身存在許多不確定法律概念的考量，並且也肯定美國沿用協議裁決多年的經驗，所以希望藉由和解契約的締結以求能夠更有效率地執行公平法⁸⁰。

和解契約處理原則共計有 10 條⁸¹，條文內容多是引用行政程序法中「行政契約」之相關規定，內容並無多大差異。其實上述原則通過之前，公平會早有以行政契約處理案件之先例，包括三陽機車案、英代爾案、湯姆笙授權公司（RCA）案以及馬特拉案等 4 件案子⁸²。另外，近來引起廣泛爭議的台灣微軟案也在 92 年 2 月底與公平會順利締結和解契約，解決有關微軟不當訂價的相關爭議，而成為該處理原則制訂之後的首宗案例。

（二）和解契約對於我國執行競爭政策之必要性

由於我國公平法與美國同樣採取概括立法的方式，因此也存在許多不確定之法律概念，使得公平會必須藉由相關產業或是競爭行為處理原則的公布，以及行政指導等方式加以闡釋公平會之政策立場。此與美國反托拉斯局頻用非正式手段之目的不盡相同。而目前公平會締結和解契約之案例只有 1 件，和解契約是否也會如同美國協議裁決一般成為公平會解決爭議的常用手段，並且成為闡釋公平法的主要依據，則是和解契約運用發展未來可繼續觀察的重點。和解契約對於公平會執行競爭

⁷⁹ 可參考黃宗樂編（2001），行政程序法建制計畫成果彙編，行政院公平交易委員會。

⁸⁰ 同註 79，『行政程序法建制計畫通告事項（四）』中說明公平會採行行政和解契約之可行性，請參考頁 1671-1672。

⁸¹ 關於和解契約處理原則的詳細條文，請參見附錄。資料下載自：<http://www.ftc.gov.tw>（公平交易委員會網站）。

⁸² 此 4 件案子的共同點皆與專利權相關，案件內容可參考劉孔中（民 88），「略論公平交易委員會行政和解實務及法理」，律師雜誌，第 235 期，68-73。

政策之助益到底為何？從美國採取協議裁決的多年經驗中，應可肯定以「和解」的方式解決相關競爭法的爭議。而且，從自身機關運作以及面對外在環境的諸多考量，和解契約對於公平會而言，應為一項具有事半功倍之效的手段。

首先，採行和解契約之主要原因，積極層次當然是可幫忙節省行政資源並且提高案件處理效率。而消極層次則可分成兩個部份進行說明，一為公平會在無法十足掌握違法事證的情況下，倘若貿然作成行政處分，當事人可能會繼而提出行政訴訟尋求救濟，而拖延公平會可對其規範的時間，但卻導致行政資源徒然耗損，且對市場競爭秩序之維護毫無助益。其次，如果公平法中命令當事人停止、改正行為的最高罰鍰 2 千 5 百萬對可能違法之事業根本毫無嚇阻作用時⁸³，公平會確實需要藉由和解契約之締結，至少可對事業進行規範，以避免上述情況的發生，而有損公平法執行之效益。

另外，執行競爭政策所需面對的市場環境往往處於高度變動的狀態，無時不對原先制訂的政策標準形成挑戰，造成每每判斷廠商作為合法或是違法即耗去許多寶貴的行政資源。若是公平會可在和解契約之締結過程中，告知廠商政府對其作為的立場以及對市場競爭可能產生之預期效果，而在獲得廠商共識後，政府將可修正廠商作為至許可範圍內，而廠商也可無後顧之憂繼續從事市場競爭，並可將往後發生爭議之可能性降至最低。

上述和解契約所能產生的正面效益，即可肯定其對於我國執行競爭政策之必要性。但是，主要關鍵在於如何妥善運用和解契約解決相關爭議，並且兼具演繹公平法之實質效能，應是和解契約所要發揮的最大效用。

二、和解契約處理原則之探討

同樣具備協議性質的和解契約，在制度運作上應也會面臨到一如本文第四節曾提及的不當代表、黑箱作業等問題。由於目前公平會關於和解契約締結之實務經驗較為缺乏，並不足以歸納出和解契約實際運用會面臨的問題。但是，可先從「和解契約處理原則」本身進行制度面的檢討，進而評估上述缺失發生的可能性。先前，謝杞森教授曾根據處理原則中每項要點的要件、內容以及法律效果，詳盡討論其運

⁸³ 公平法第 41 條。

作上可能會發生的問題，並針對法律面向提出建議⁸⁴。而筆者則是藉由美國運用協議裁決的豐富經驗，加以檢視此項原則應需特別注意的部份，以求未來和解契約能夠妥適地發揮協議具備的特質以及效用，達成有助於我國執行競爭政策之目的。

基本上，處理原則主要是提供機關內部人員與相關政策利害關係人有關手段運用之概括要點，而且處理原則中的許多要點又多是引自行政程序法。但是，此小節的重心並非是行政程序法相關問題的討論，而是以和解契約處理原則與執行競爭政策之間的關係為主，分析該處理原則內容對於執行競爭法而言，是否已經趨近完善並且適當？因為，未來和解契約運用成敗的關鍵即在於此。接下來，先就「和解契約處理原則」的部份，將相關制度面的主要問題歸納如下。

(一) 成立和解之要件

我國政府機關的行政實務運作上，政府機關與相對人締結行政契約以解決爭議的例子，確實較為少見，而且與其它行政手段相比，行政契約屬於較為和緩的手段，因此為了避免行政機關濫用，締結和解契約的當下更是要求小心謹慎。從處理原則第 2 點第 1 項規定：「本會對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」即可看出以上顧慮。

但條文中「經依職權調查仍不能確定」的要件，公平會並無建立明確的標準以衡量主管機關之所為是否已確實從事調查。以公平會處理台灣微軟一案看來，主要是以調查時間的長短論斷公平會是否已針對案件展開調查，並且確定在一無所獲的情況下，才足以構成訂立和解契約之條件所在⁸⁵。可是，單從調查時間的長短來判斷，可能有失公允，因為主管機關處理案件時間的長短與案件本身處理的難易程度並非絕對相關。經過調查發現並無具體證據可以證明其違法，等於此段時間所投入的行政資源已形成無謂的浪費⁸⁶。況且，也會引起相對人對主管機關產生質疑，認

⁸⁴ 謝杞森（2001），「公平交易法案件締結行政和解契約之探討」，公平交易季刊，第 9 卷第 4 期，1-24。

⁸⁵ 有關台灣微軟案的處理過程，可參考公平會發布之新聞稿（92 年 1 月 9 日），「審理台灣微軟股份有限公司等相關事業所提出之行政和解要約內容」。

⁸⁶ 前面提及過去公平會以行政和解處理的 4 個案件，在行政和解提出之前，均耗時許久並且投入相當的行政資源。將 4 個案件所花費的時間，歸納如下：英代爾案（3 年）、馬特拉案（1 年

為機關既然經過調查，仍不能確定，進而產生為何仍要成立和解契約代替行政處分的質疑。另外，上述要件規定雖具有約束公平會採行和解契約的效用，但之於相對人以外的利害關係人，極有可能在公平會選擇締結和解契約時，將此項要件當作是質疑公平會並未善盡職責的主要理由。

其實，回歸維護競爭秩序事務之本質，即使擁有多數執法經驗的美國面對相關市場建立、市場力量的評估，依舊會出現束手無策的情況。因此，無須一定得經過反托拉斯局調查，才足以構成運用協議裁決之前提要件。而且，機關衡量「經依職權調查仍不能確定」的標準，其實不易明定，也難以取信於人。所以，以競爭事務之特質作為考量，並且堅持資源運用有效率的立場上，對於此項「經依職權調查仍不能確定」要件，公平會應可考慮修改或是省略，即可締結和解契約。一來可避免降低相對人提出和解的意願，而使主管機關錯失可透過和解契約對其規範的機會。再則可讓公平會充分發揮專業判斷，以能有效運用資源並可適時解決問題。然而，關於其它利害關係人對於締結和解契約的不信任，根本解決之道應是以和解契約解決爭執之時，執行人員必須仰賴分析市場競爭秩序相關問題的專業能力，提出進行和解的充分理由，以讓社會大眾充分信服。

(二) 和解代表之推派

從和解契約處理原則中的第 3 條與第 4 條即可看出，可否締結和解契約、和解契約協商之重點與範圍以及和解契約之要約或是承諾都必須通過會內委員會議的審議。然而，在協商過程中，公平會應由何人出任代表，與相對人進行協商，處理原則卻是隻字未提。關於公平會和解代表推派之相關問題，謝杞森教授已曾說明公平會內部人員擔任和解代表可能會發生的狀況（包括：承辦處、個案審查委員、委員、委員會議以及主任委員）⁸⁷。更具體來說，在一個主要透過合議制進行決策的機關，推派的協商代表應以代表性還是專業性作為資格要件？以及，和解代表具備何種權限？以上皆是公平會推派和解代表時應作的考量。由於委員會議的審議為和解契約通過與否的主要關鍵，機關代表若是相當了解委員會議之立場，與相對人和

半）、三陽機車案（4 年又 8 個月）以及湯姆笙授權公司（RCA）案（3 年 2 個月）。許宗力（1998），行政程序建制原則之研究，59。

⁸⁷ 同註 84，5。

解時，可清楚掌握協商的重點及範圍，和解契約則可順利獲得委員會議的許可，不必來回往返，增添雙方不便。相對地，若以專業為其主要訴求，委員會議則可完全授權，給予協商代表充分的裁量權，期許借重其專業可與相對人成立一份符合公共利益的和解契約。但是，假設和解結果出現與委員會議相左的情況時，又該如何處理？公平會決定和解代表時，也需將此狀況納入評估，以免來回折返，反而大幅降低和解契約所要追求的效率。

其實，正式進入談判程序之前，委員會議已經先行通過相對人提出的和解要約書，此為公平會與相對人進行和解的基礎所在。公平會所要派出的和解代表可先藉此瞭解會內的基本立場，而且公平會也可同時清楚告知和解代表之裁量權限，避免後續過程中出現立場不一致的情況，畢竟委員會議為最後和解結果的定奪者。

由於和解契約的相關內容目前並無審查機制可供事後評估，因此未來公平會更應重視和解代表推派等相關問題。公平會推派的和解代表除了是站在第一線與廠商斡旋，以確保競爭政策目的之落實外，並也承擔為公共利益把關之重責大任。而且，大眾對於和解過程能否信任也與和解代表有著密不可分的關係，因為其專業能力亦可當作大眾評估和解契約是否妥當的指標。

(三) 審查機制存在之必要性

鑒於美國 Tunney Act 正式賦予法院審查協議裁決之權限，為制衡協議裁決運用的經驗。然而，反觀我國和解契約處理原則當中並無提及有何獨立於公平會之外的審查機制，可以針對和解契約進程序或是內容上的審查，以求發揮制衡作用，達成以取信大眾之目的。

依我國目前的政府體制運作下，尚未有行政法院針對行政機關作成之決定進行司法審查的先例。因此，行政法院是否可對和解契約進行事前審查？將是個頗富爭議性的問題。假若契約內容於事後發生爭議，法院的介入當然是無庸置疑的，因為司法本身就是扮演事後救濟的角色。可是，一旦司法在事前即對行政裁量權加以介入，將對權力制衡的功能產生影響，而成為一個可上綱至憲法層次之議題。

但是，審查機制的設計絕不只是具備針對和解契約進行審查的功能，還可藉此避免行政機關濫用和解契約。例如：和解契約處理原則第 7 條：「和解契約締結過

程中，如有必要，本會得撤回或變更邀約，或中止和解程序，繼續調查處理。」此原則彰顯出公平會對於和解契約有完整之主動權。該條原則應是根據行政程序法第 146 條：「行政機關單方調整終止行政契約」而來，行政程序法第 146 條第 2 項提及，若相對人對契約之調整難為履行者，得以書面敘名理由終止契約。無論何方提出契約調整或是終止的書面理由，應由獨立於公平會之外的審查機制進行評估才屬合理，否則將會引起「球員兼裁判」的質疑。若契約的調整引發爭議，另一解決之道是相對人可將公平會單方調整或終止契約當作是行政處分，進而向行政法院提出行政訴訟，尋求救濟。可是，若事前雙方都同樣具有調整、修正或終止契約之權利，將所提出之理由交由審查機制進行評估，而再作出決定，將會比事後進行行政訴訟更具效率。

未來公平會若是肯定和解契約為執行競爭法的適當手段，而針對和解契約進行審查之配套設計，則是運用和解契約不可或缺的重要環節。從美國的執法經驗中，更能體會司法所能發揮的制衡功能，並可讓和解契約的程序以及結果更能取信於人，也能減少疑慮的發生。現階段公平會應可透過修法，突破目前政府體制運作的侷限，讓行政法院具有事前審查和解契約的權限。而且，往後契約履行若是發生爭議，也由於行政法院先前於審查過程中，已對案件有了初步瞭解，於後也更能確實作出適當判決。

(四) 第三人、利害關係人之界定及參與方式

雙方以協議解決爭議時，最令人質疑的部份就是其它人的利益是否會因此遭受損害？和解契約處理原則雖有提及利害關係人與第三人的部份，但他們在締結和解契約過程中如何表述自身利益，處理原則當中並無特別規定。然而，何謂公平法中的利害關係人以及第三人？為了配合行政程序法之執行，公平會在上述的建制計畫中也曾加以界定出公平法上之當事人、參加當事人以及利害關係人⁸⁸。其中的參加當事人係指因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，但條件限定是為公平法上保護法益之請求權之個人⁸⁹。由此可知，第三人的涵蓋的範圍小，另外還須

⁸⁸ 依行政程序法規定，公平會認為必須享有公平法上保護法益之請求權之個人，始得為當事人、參加當事人以及利害關係人。同註 79，1685。

⁸⁹ 由於考量到公平交易法規範諸多競爭行為，行為態樣不同，其保護法益亦不相同。可分為競

經公平會通知程序，才能歸為第三人。和解契約處理原則第六條：「和解契約之履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意。」此第三人是公平會所加以界定的，可瞭解到第三人對於自身權益之保護，是處於被動的地位。利害關係人則是當事人及第三人以外，也因程序之進行將影響其法律上權益者。和解契約原則第五條：「和解契約協商過程中，本會得就所欲和解之內容徵詢利害關係人之意見，或要求相對人與之達成民事和解或協議，但本會並不受其意見、和解內容或協議內容之拘束。」從處理原則中得知，第三人與利害關係人同樣缺乏對於和解契約內容主動表示意見的管道。

由於公平法保護之法益，如：競爭公益、消費者公益與公共利益同樣是相當模糊的概念，公平會主動尋求第三人或是利害關係人的相關意見也許有其正當理由。因為，執行人員具有充分資源判斷和解契約確實會對何人產生負面的外溢效果，徵詢他們的意見，將有助於往後契約之履行。而且，保護法益的模糊定義，可能會讓想追求私益的人，擴大自身遭受之損害，進而訴求自身權益，而使得對整體社會具有正面效果的和解契約無法順利締結。但是，唯一較為可行的辦法應是公平會在和解契約締結之後，尚未履行之前，設計妥善的參與機制，例如：設訂固定期間，公開相關和解契約之訊息，可讓第三人或是利害關係人擁有正式管道表達自身意見，以維護本身權益。另外則是加強執行人員相關資訊的分析能力，用以判斷第三人或是利害關係人之訴求，是否該納入和解契約中以符合公共利益之目標。

以公平法保護之法益區分出第三人以及利害關係人是否恰當？兩者之間是否真有差別？以我國微軟案為例，訂價過高的影響所及範圍可能是所有購買微軟產品的消費者，因此公平會與台灣微軟締結的和解契約與消費者權利息息相關。消費者無論是歸為第三人或是利害關係人，只要有爭議當然可以訴諸法律提出訴訟尋求救濟或是再向公平會提出檢舉。例如：消基會在微軟取得和解程序許可後，隨即再向公平會提出檢舉。但從上述情形看來，缺乏第三人正式表達意見的管道，可能就會出現相同案件重複處理的狀況，而導致資源浪費。也有可能造成其它主管機關再次受理同一件案子，但卻發生行政機關互踢皮球的情況。重要的是，和解契約締結之過程中，若能充分了解第三人的看法，也可期待未來和解契約的執行會更加順暢，並

爭公益及消費者公益。而藉由上述分類，以界定當事人、參加當事人以及利害關係人。同註 79，1685-1693。

可減少爭議的發生。

(五)公告

國內學者劉孔中教授（民 88：73）先前即曾主張應將行政和解內容予以公告，而不是淪為公平交易委員會與檢舉人及被檢舉人私下利益交換的手段。此次公平會處理台灣微軟案的附帶決議中，也提及和解契約一經締結後，除依法應予保密者外，和解契約內容也應予公開⁹⁰。但是，所要公告的和解契約內容需要涵蓋的項目，以及應以何種方式公告，和解契約處理原則當中也未詳細規定。而其它可獲得資訊的方式，當然可根據行政程序法第 45 條，從主管機關應主動公開的會議記錄中尋求相關訊息。由於會議紀錄中理當會有相關和解契約締結過程的相關資訊，或者公平會可在發行的公報上刊載和解契約的相關內容，之前的馬特拉案即為一例⁹¹。除了以上書面資料的提供，公平會應多設置便民的管道，讓民眾更容易取得和解契約的相關訊息。

由於公告的消極功能除了可避免產生黑箱作業的聯想。其積極功能應是藉此主動提供相關職權調查不明確的資訊，告知大眾在其它執行手段可供挑選的情況之下，公平會最後選擇締結和解契約的理由所在。以及，追求公共利益之前提下，也可說明成立和解契約的主要目的。最後，公平會透過相關和解契約訊息的公布，也可間接得知社會大眾對於和解契約內容的接受程度以及相關利害關係人的看法，可使契約內容更為完善，於未來落實時更加順利。而且，和解契約的公告內容絕對不止於契約條款，否則有損公告所要追求的積極目的。所以，美國 Tunney Act 中規定協議裁決必須對外公佈的「競爭影響評估」，其規定的項目不失為一個合乎標準的公告架構⁹²。其次，將相關資訊刊載於各大報的作法也是可供我國參考的模式，一來可防止大眾媒體發佈不適當之訊息，引發許多不利和解契約締結之揣測。學者 Kavocic（2000：348-349）也曾提醒轉換型經濟國家關於執行反托拉斯政策的重要建議中，即強調採取協議裁決類似手段的同時，資訊透明化是首要關切的重點。因

⁹⁰ 公平會新聞稿（91 年 10 月 31 日），「原則同意台灣微軟股份有限公司之請求進行行政和解之協商程序案」。

⁹¹ 公平會公報，第 7 卷第 2 期（87 年 2 月），1-4。

⁹² 請參見本文第二節有關「競爭影響評估」之說明。

此，關於資訊公開的部分絕對是處理原則未來需要特別加強的部分。

三、實際案例運作檢討

關於制度設計的部分，是為締結和解契約之基本依循。和解契約是否得以運作順暢，尚有賴完善之程序配合。從公平會制訂締結和解契約處理原則以來，台灣微軟案是目前唯一締結和解契約之個案。所以，此次公平會與台灣微軟股份有限公司（簡稱台灣微軟）締結和解契約的過程正可提醒相關實務細節有何值得特別注意與改進的部份，並可呼應上一段關於制度應需修正的建議。

(一) 和解契約締結過程

此次台灣微軟從取得和解程序許可開始，歷經數月，最後才得以順利締結和解契約。因此，為了可先初步了解關於公平會與台灣微軟締結和解契約之過程，先以下列表 3 整理出台灣微軟案之主要相關事項。

台灣微軟一案最初是始自於台灣微軟涉及憑仗在國內軟體市場之獨占地位，而向台灣消費者索取不合理的價格。於是，公平會在 91 年 5 月 2 日先特別成立「軟體市場壟斷問題專案調查小組」進行調查。隨後，5 月 3 日親民黨召開公聽會後也向公平會提出檢舉。

歷經半年多的調查後，包括召開公聽會、蒐集各國資料以及參考學者專家意見後，公平會表示此案案情複雜，並不能確定台灣微軟有無違反我國公平法。而台灣微軟在此段調查期間則是主動向公平會提出行政和解程序之申請。於是 10 月 31 日經過公平會會內委員會議決議後，公平會原則同意台灣微軟進行和解程序之申請。此為締結和解契約之開端，但這也只是簡單的書面申請，並無關和解契約實質內容之討論。隨後，微軟在獲得程序許可一個月內必須提出和解契約之要約或是承諾的書面資料，此為雙方正式進入協商過程之談判基礎。於 12 月 9 日台灣微軟提出的和解要約書內容並不為公平會同意，台灣微軟必須再行補充。但是，台灣微軟進行補充後之和解要約書在 92 年 1 月初時仍舊未通過公平會之決議，此時公平會也提出會內的和解要約書版本，而此官方版本也成為往後正式協商的基礎。1 月 28 日公平會終於與台灣微軟展開首次談判，但是雙方仍未具有共識，接著再於 2 月 11 日

及 18 日繼續進行談判，雙方對於微軟產品價格調整的部份，仍舊各持己見。最後至 2 月 21 日，雙方終於取得共識。隨後於 2 月 27 日和解契約要約通過委員會議決議，和解契約正式宣告締結⁹³。

表 3 我國公平會與台灣微軟行政和解過程重要事項說明

日期	重要事項說明
91.05.02	公平會成立「軟體市場壟斷問題專案調查小組」，調查台灣微軟涉濫用軟體市場優勢地位，不當維持產品價格及搭售。
91.05.03	親民黨團向公平會檢舉台灣微軟違反公平法。
91.05.09	公平會首次就台灣微軟案舉行公聽會。
91.10.03	台灣微軟向公平會提出行政和解程序申請。
91.10.31	公平會委員會原則同意台灣微軟之請求進行行政和解協商程序，並由副主委陳紀元成立微軟案專案小組。
91.11.27	公平會於網站架設「微軟意見專區」，對外界公開徵詢意見。
91.12.09	台灣微軟首次向公平會提出行政和解要約書。
92.01.09	公平會拒絕台灣微軟提出之行政和解條件，另外提出官方版行政和解要約書。
92.01.28	公平會專案小組首次與微軟進行談判。
92.02.22	歷經四回合談判，公平會與微軟終於達成行政和解協議。
92.02.26	台灣微軟提交行政和解要約書最終版本。
92.02.27	公平會委員會議決議接受微軟行政和解要約書，正式與台灣微軟締結行政和解契約。
92.03.11	為監督微軟是否具體執行契約內容，公平會成立後續工作小組並且召開首次會議。

*資料來源：中國時報，92.02.28，第六版、公平會資料庫新聞稿（92.01.09）以及中央社新聞（92.03.11）

(二) 相關程序問題檢討

與台灣微軟順利締結和解契約，為我國公平會採取和解契約解決相關爭議跨出了第一步，但其中相關程序問題的討論，應是奠定往後公平會和解契約運作得宜之關鍵。因此，關於台灣微軟案和解契約內容實際對於維護市場競爭之效果在此暫且

⁹³ 有關詳細的契約內容，請參考公平會新聞稿（91 年 2 月 27 日），「台灣微軟行政和解要約書」以及「公平交易委員會委員會議決通過台灣微軟股份有限公司及相關關係企業所提出的行政和解契約要約案」。

先不作評價，先就相關程序問題進行說明。下列圖 2 為目前公平會締結和解契約之程序：

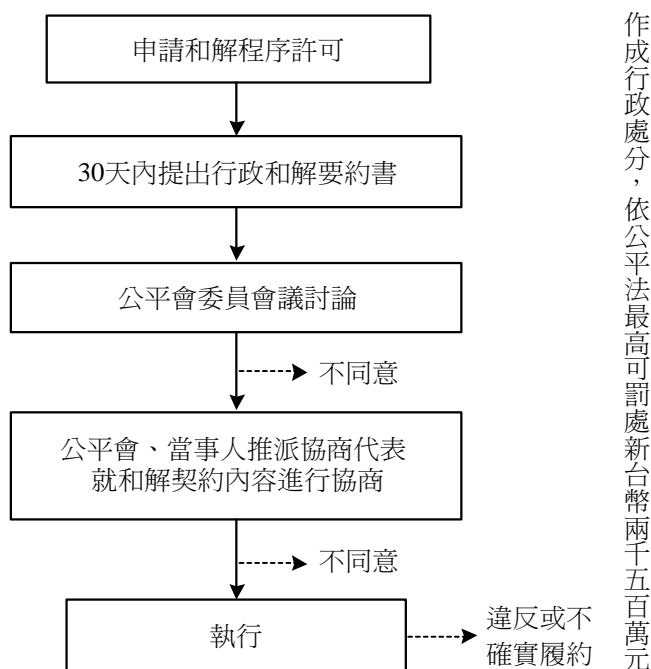


圖 2 締結和解契約程序圖

*資料來源：聯合報

1. 和解程序許可

一開始，相對人必須先獲得公平會的和解程序許可，接下來，再於公平會規定的期限內，提出相關和解契約之書面資料。以台灣微軟案為例，台灣微軟在獲得程序許可後，須在 1 個月內提出書面資料。但在獲得程序許可之後，該於多久期限內繳交和解契約之書面資料？往後有關締結和解契約之案件，公平會要視個案作出裁量還是統一規定繳交期限皆為 1 個月？由於期限的長短事關公平會規範廠商行為之時機，另外於相對人的權益也會產生重大影響，例如：台灣微軟在獲得許可之後，公平會只是原則上同意締結和解契約，之後提出的和解方案是有可能為公平會所推翻，此將會使相對人處於不確定之狀態中。所以，相對人可否於申請和解程序許可的同時，一併提出關於和解契約內容的具體主張。如此公平會就可針對相對人提出的具體主張，一同進行和解可行性及適當性之評估。另一個主要目的，則可事先得

知雙方對未來契約之要約或承諾的底限，以免雙方認知差距過大，造成屢次協商不成，多次往返，徒增和解成本，協商破局的機率也因而提高，此將有違當初選擇締結和解契約之初衷。台灣微軟案忠實反映出上述情形，自和解契約要約書經台灣微軟向公平會提出後，歷經退回、補件，直到公平會提出官方版本，其中經過多次協商，雙方對契約內容仍不具共識。因此，公平會進行程序核准之時，就應對相對人提出之主張進行初步評估，以節省成本並可確實達到執法目的。

2. 利害關係人之意見表述

台灣微軟從一開始因訂價過高，直至公平會確定要以締結和解契約的方式解決相關爭議，皆引發了不少爭論。因此，台灣微軟獲得程序許可後，公平會為了讓外界人士對台灣微軟一案可發表相關意見，特別於公平會的官方網站上 (<http://www.ftc.gov.tw>) 設置了「微軟案意見專區」。可惜的是，和解契約締結之過程中或締結和解契約後，公平會並未針對專區發表之意見進行彙整以及提出具體的回應，而徒然流於形式，並成為消基會批評的原因所在。然而，再次反觀美國處理此次微軟案的部份，司法部將「競爭影響評估」公佈期間，民眾所發表的意見予以整理並且分類，並進一步公布在其官方網站上⁹⁴。隨後，挑選與案件相關的「主要」(major)意見，提供給地區法院作為參考，其主要意見也公佈於地區法院之官方網頁⁹⁵。但我國與美國之間在於接收意見的時點並不相同，我國是為事前，而美國則為事後。事前發表的意見可能過於紛亂，而使公平會可能無法作出具體回應。在追求公共利益的前提下，的確可參考美國事後之作法，讓各界人士先透過公告瞭解政府之立場與作法，以及最後與相對人的和解結果，藉以擁有發表意見之基礎，於後收集的意見也不至於雜亂無章。畢竟廣納各界聲音，至少是確保公共利益達成的一種方式。

3. 執行以及後續發展

與此次公平會與微軟締結和解契約的過程相比，後續監督及確切執行的部份反而顯得不為人所重視。但是，未來公平會評估相對人是否具體落實雙方合意所締結

⁹⁴ 可參考美國司法部整理有關微軟案的「公眾意見」(public comments) <http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms-comment.htm>.

⁹⁵ 地區法院所接收到的主要意見。 <http://www.dcd.uscourts.gov/microsoft-public-comments.html>.

之和解契約內容，卻為整個程序當中最不可輕忽之重點，其實也等同是對公平會政策執行能力之評估。成立監督小組是未來公平會確保微軟具體履行契約相關規定的執行方式。公平會在締結和解契約後，成立了後續工作小組並且在會議當中表示將採取「事前監督」的方式，但是具體的執行計畫皆尚未提及⁹⁶。先前產學界曾建議公平會可仿照美國司法部監督微軟的模式，以便掌握台灣微軟履行契約內容的實際情形⁹⁷。

值得關心的是，監督小組的成立是否會成為往後公平會評估和解契約執行情形的常態運作模式，還是依照個案情況進行決定？由於監督的工作對業務原已繁忙的公平會，可能會形成負擔。其次，監督是一種長期成本的投入，與機關內部資源分配密切相關。因此，若要成立監督小組，其組成成員及執行方式皆必須詳加考量。而且，監督小組的成立，令人聯想到 Kavovic (2000: 843-861) 曾也非常強調「事後分析」(ex post analysis) 對於反托拉斯政策演化的重要性。除了政府與當事人之外，鮮少有人具備充分的資訊以及資源可評估協議裁決的效用，並且可進一步預測其對反托拉斯政策的影響。相較之下，政府應是最有資格監督當事人落實裁決的相關情況。由於反托拉斯法具備獨特的演化特質，所以執行機關對過去決策效果的掌握，對於未來政策執行的重要性更是不可言喻。在美國，法院即扮演了稱職的把關者，AT&T 即是一個顯著案例，法官 Greene 在裁決成立之後，三年一次的審查就是對 AT&T 解體後的效果進行評估，並且分析對分家後的「小貝爾」關於線路限制的維持⁹⁸。另外，Kavovic 也提出許多具體事後進行分析的方式，包括：由機關內部人員或是外部人員進行稽查 (audit)、公開稽查結果、借助產官學界對特別案例的研究⁹⁹。而且，他也非常支持協議裁決的內容中，應特別規定關於協議裁決效果「事後審查」的部份，此將有助於未來相關反托拉斯救濟方案的提出。

即使評估當事人具體落實契約情形的方式，可能會隨個案而有所不同。重要的是，公平會的執行人員應具備分析契約成立前後對維護市場競爭秩序效果的能力。

⁹⁶ 中央社 (92 年 3 月 11 號)，「公平會監督微軟履約小組開會決議採事前監督」。

⁹⁷ 中央社 (92 年 3 月 6 號)，「產學界主張成立監督委員會監督微軟落實和解」。

⁹⁸ 請參考第三節「AT&T 案」的說明。

⁹⁹ 詳細說明請參考 Kavovic, W. E. (2001), "Evaluating Antitrust Experiments: Using Ex Post Assessments of Government Enforcement Decisions to Inform Competition Policy", *Geo. Mason L. Rev.* 9: 857-860.

由於未來契約內容是有可能出現不合時宜或是發生爭議，而需要撤回或是變更的情況，這將是考驗執行人員能力的開始。所以，和解契約正式締結之後絕不代表執行程序的結束，而是相關執行工作的揭幕。

另外，當公平會與台灣微軟締結和解契約之際，同時也引發消基會對公平會運用和解契約的諸多質疑，並且積極尋求管道主張此項和解契約未能適當處理關於台灣微軟不當訂價與壟斷市場等爭議。從一開始，消基會打算依消費者保護法提出集體訴訟¹⁰⁰，截至目前轉而請求監察院調查公平會在締結和解契約過程中，有無失職的情況發生¹⁰¹。此段過程提醒了關於締結和解契約當事人以外的利害關係人，於依法尋求救濟時，可能會面臨到的種種問題。首先，已締結的和解契約可否作為個人依其它法律提出訴訟之標的？假若不行，遭致損害的利害關係人有無其它的救濟方式？倘若個人勝訴，而後此項和解契約的效力，又應如何調整因應？上述問題皆是法律適用時，所為其它的必要考量，也是往後於法理層次上，相當值得探究的主題。然而，回歸至政策執行面，政府機關無不希望能以最少的資源，但卻可獲得最高的政策效用作為執行政策的首要考量。但是，目前公平會關於和解契約的制度設計顯然未盡完善，而使利害關係人必須花費更多的成本，去追求公平會原先於締結和解契約時就應落實的工作－維護公共利益。如吾人所知，政府機關並不是萬能的，公共利益的決定絕不能憑一己之力，而是集思廣益。此也再次提醒制衡機制的重要性，既能替和解契約取得公信力，並可在和解契約尚未具體履行之前，即可先將利害關係人的意見予以納入並且調和，不至於未來再重啟訴訟，造成整體社會資源的浪費。

在肯定司法審查可發揮制衡協議裁決運用功能的前提下，我國公平會所締結的和解契約究竟是否也可經由行政法院進行審查？為我國公平會目前所需考量的重點，未來也不應只以專業作為和解契約具備正當性的唯一條件。也許由法院著手審查行政機關的裁量決定，於我國體制運作上並不是十分妥當，但若能使和解契約發揮應有的效用，往後也不需因制度缺失而投入更多無謂的成本，並可進一步提高執法效用，因此對既存制度的挑戰則是必要的。最後，以和解契約解決相關爭議能夠獲得普遍信任的首要條件，就是相關資訊公開機制之完整建立，以及其它利害關係

¹⁰⁰ 中央社（92年2月27號），「消基會：消費者權益被公平會犧牲」。

¹⁰¹ 中央社（92年3月12號），「監委受理調查公平會與微軟行政和解有無失職」。

人必須擁有發表意見的妥善管道。

陸、小結

一、採取協議裁決執行反托拉斯政策之必要性

政府執行競爭政策是為了落實維護市場競爭秩序之目標，其實也是直接管制廠商之間的競爭行為。在自由市場機制成熟運作之下，「大政府」已不能如以往般強勢地從事經濟管制。然而，面對市場失靈的情況，政府仍得適當地發揮應有的功能。然而，政府應如何介入以及介入程度的多寡，關鍵則取決於執行手段的挑選。

「保護競爭」為競爭政策追求的主要目標，此為一個相當模糊的概念，如何具體落實，對於執法人員而言，莫不是一大考驗。再則，競爭秩序不單單只是廠商個別行為會對其造成影響，其中的變數可能包括產業結構、市場力量等種種複雜的原因，相對也提高執行反托拉斯法的困難度。因此，如何擇取適當手段，順利達成執法目標就成為考驗機關人員政策執行能力的關鍵。具有效用的手段，一來可替機關帶來績效，也可提高政策利害關係人順從的程度。從上述章節已了解美國運用協議裁決執行反托拉斯政策的歷程，以及關於協議裁決制度面的檢討。美國多年的執行經驗更可肯定協議裁決具備的「非正式特質」有助於反托拉斯政策之執行。

另外，隨著新經濟時代的來臨，例如：產品週期變短、產業集資、瓜分市場或是因技術壟斷而形成獨占等新興產業之特質，使得反托拉斯執行面臨的課題皆比以往來得複雜。而且，市場的概念也因全球化而更加模糊的同時，市場界定也較過去困難許多。相較之下，未來執行人員判斷廠商從事的行為是否違法，會面臨到更多的挑戰以及不確定的變數。但是，若能透過雙方協議，在提高當事人配合意願的情況下，願意揭露相關資訊，至少可針對廠商競爭行為進行調整，達到雙方合意的結果。反托拉斯主管機關若只是一味透過罰鍰或是監牢的束縛，加以禁止廠商的行為，對於整體社會而言可能都只是不具效率的懲罰。因為重罰的背後涵義，即象徵政府必須投入龐大的資源。對維護市場競爭而言，並不一定具有任何正面的效果。所以，強調重罰才具有嚇阻下次再犯的效果，在反托拉斯法執行未能全盤適用。一

來因為蒐集證據不易，能成功將當事人定罪的機率並不高。其次，重罰並未能補償當事人從事不當競爭行為所造成的損害。反觀之，運用協議的方式，至少可將競爭行為調整至雙方接受的程度。對於整體資源分配而言，不失為是一種比訴訟更具效率的作法。

二、協議裁決運用成敗之關鍵

協議裁決固然降低政府執行競爭政策之困難度，但不免也會有負面效果出現，而使協議裁決具備的效用大打折扣。以美國為例，協議裁決的廣泛運用讓原先屬於檢調單位的反托拉斯局，轉向從事產業行為的管制。在第三節也曾提及反托拉斯政策的執行容易對產業界產生衝擊，而反托拉斯主管機關與產業主管機關之間的權限是否會因此產生衝突？所以，相關主管機關在協議的當下，對協議的範圍及內容應多詳加考量，不應大張反托拉斯的旗幟而對廠商行為從事過度的管制。主管機關也應當注意調查工作進行之困難，並不構成便宜行事之理由，更不是濫用權限的開始。

另外，司法審查程序的建立使得美國協議裁決之制度更加完整，以期待能發揮制衡的作用。從裁決的成立，到未來可能的修正或是調整，法院審理的標準仍是反托拉斯法演化之主要依據。但也為協議裁決成立的過程增添了不少變數，例如：裁決內容公開，讓大眾可發表意見的同時，其實也是利益團體影響裁決內容的最好時機。以及，法官決定公共利益的當下，可能也難以排除政治力量的影響。若動員資源擁有的多寡成為決定公共利益的主因，將不為吾人所樂見。所以，制衡機制應該多元化，而不是只有仰賴司法審查。以美國來說，相關反托拉斯智庫的林立，於政府決策的當下，將也有一定之影響力。確保大眾擁有多元管道可以表示意見，至少是維護公共利益的一種方式。所以，若要以政治變數分析反托拉斯的政策執行，法院審查協議裁決的過程，不失為一個值得觀察的面向。

上述的說明也提醒制度的運作並無所謂的好壞，端賴執行人員之運用得宜。而且，政府執行政策原本就有多重考量，在內外難以兼顧的情況下，尋求最大公約數就成為不得不向現實妥協的方式。只是面對公共利益標準的檢驗，程序上的配套設計是唯一能夠取信大眾的方法，而實質內容則是有待事後詳盡的政策評估，才能得

知政策落實之效果。也再次提醒簡便的和解程序雖然帶來效率，但卻不能忽略事後進行政策評估的重要性。

三、我國競爭政策執行之發展重點

位居已開發國家之列的我國，在自由市場體制運作愈趨成熟的今日，對市場交易秩序之維護就顯得更加重要。隨著全球化時代的來臨，市場競爭秩序應如何維護的相關問題更是不分國界。因此，加強我國執行競爭政策方面的能力更是當務之急。面對本質相同的市場環境，我國公平會運用和解契約執行競爭政策的機會應是有增無減。因此，美國多年運用協議裁決的經驗於我國之實務運作的確頗具參考價值。

由於我國公平會以締結和解契約的方式處理的案件，目前只有台灣微軟一例。從公平會與台灣微軟的協商過程中，可發現和解契約所引發的諸多爭議。雖然現在已有和解契約處理原則可供依循，但由於制度尚未建立完全，運用過程勢必會產生阻礙及引人質疑。所以，相關制度設計的檢討是未來和解契約運作順暢之必要條件。

隨著未來競爭事務的日趨複雜，對相關主管機關的執法能力是一大考驗。對於我國而言，許多與傳統行政手段有別的和解契約或是行政指導於此時亦可發揮一臂之力。只是在肯定新穎手段帶來便利的同時，更為重要的是，應釐清問題本質，擇取適當手段解決，才是確實達到政策目標的根本之道。此外，手段固然是達成政策目的之關鍵，但是左右政策執行更為上位的因素應是主管機關對競爭政策走向之定位。我國公平會分析市場競爭的定義或是廠商競爭行為之理論基礎皆較為薄弱，使得政策走向往往只落入標語式的宣導，並未見更為深入以及兼具理論性的闡釋。這對公平會往後要採取較具彈性的手段以爭取行政效率時，恐怕容易讓人落入「便宜行事」之聯想，而引來不必要的爭議。因此，雖然公平會後天的執行經驗仍然有待累積，但是制度設計以及會內政策立場的表明，應是目前刻不容緩並且能夠取信於人的先天條件。

其實我國公平會此次率先引用和解契約解決爭議的表現，應該給予肯定的態度。而且，國內其它行政機關也可將公平會和解契約處理原則的訂定列為參考，對

我國未來其它政策之執行也能有所幫助，例如：環保政策、勞工政策等。雖然公平會以和解契約規範市場競爭秩序的經驗並不多，但隨著未來實務經驗的累積，將更有助於問題的發現，以作為和解契約執行程序改進的基礎，使和解契約的運用更臻成熟。手段選取背後之主要目的是政策資源的有效率配置，和解契約為我國執行競爭政策的方式增添了新穎性，除了關切相關衍生問題，應也注意和解契約會不會如同美國一般成為公平會執行競爭政策的常用手段。此外，公平會原本的定位即為市場競爭秩序之管制機關，未來公平會藉由和解契約發揮巧思，彈性地解決相關爭議的同時，也應特別注意公平會是否會逾越其它產業主管機關之職掌範圍，而對其機關定位產生影響。

【附錄】

行政院公平交易委員會締結行政和解契約處理原則

89年9月21日第463次委員會議通過
89年10月9日(89)公法字第03418號函分行

- 一、行政院公平交易委員會（以下簡稱本會）與事業締結和解契約以代替行政處分者，除法律另有規定外，依本處理原則辦理。
- 二、本會對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。
進行和解契約之協商程序前，應衡酌下列要素：
 - (一) 本會與相對人互相讓步之適法性及妥當性。
 - (二) 公共利益之維護。
 - (三) 利害關係人因和解契約之成立，而可能遭受之損害。
- 三、承辦處就和解契約之締結與否，及和解契約協商之重點與範圍，應於協商程序開始前，報請委員會議審議。
- 四、本會就和解契約之要約或承諾，應由委員或承辦處提出，經委員會議決議通過

後為之。

相對人之要約或承諾，應以書面敘明內容及理由，向本會提出。

相對人之要約，本會認無理由者，應拒絕之。但本會認為仍有訂立和解契約之必要者，得另為要約。

前項要約之拒絕或另為要約之意思表示，應以書面向相對人為之。

五、和解契約協商過程中，本會得就所欲和解之內容徵詢利害關係人之意見，或要求相對人與之達成民事和解或協議。但本會並不受其意見、和解內容或協議內容之拘束。

六、和解契約之履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意，始生效力。

七、和解契約締結過程中，如有必要，本會得撤回或變更要約，或中止和解程序，繼續調查處理。

八、和解契約之締結，應以書面為之。締約過程中之相關協商結論，亦同。

九、和解契約不得以錯誤為理由撤銷之。但有左列事項之一者，不在此限：

(一) 相對人提出作為和解契約所依據之文件，事後發見為偽造或變造，而本會若知其為偽造或變造，即不為和解者。

(二) 和解事件，經法院確定判決，而為本會與相對人雙方或一方於和解當時所不知者。

(三) 本會對於相對人之資格，或雙方對於重要之爭點有錯誤，而為和解者。

(四) 相對人故意欺瞞重要事實，致對公共利益產生嚴重之損害者。

十、相對人違反行政和解契約者，本會得解除或終止之。但契約另有約定者，從其約定。

前項情形，本會得續行違法行為之調查，並得拒絕相對人再次向本會請求行政和解之請求。

參考文獻

中文部分

- 呂育誠等 (2000) (譯), Rosenbloom D.H. 著, 公共行政學：管理、政治、法律觀點, 臺北：學富文化。
- 杜璋 (1990), 美國反托拉斯法執行問題之研究, 政大法律所碩士論文。
- 林俊廷 (1993), 公平交易法制定過程與執行之研究, 政大公行所碩士論文。
- 陳志民 (2001), 事業以聯合行為或濫用市場地位調漲價格經處分後, 要求回覆原價之探討, 行政院公平交易委員會 90 年度合作研究報告 4。
- 許志義 (2002), 「知識經濟對競爭政策的挑戰及其因應之道」, 公平交易季刊, 第 10 卷第 4 期, 61-105。
- 許宗力 (1998), 行政程序建制原則之研究, 行政院公平交易委員會。
- 張向昕 (1998), 「美國司法部與微軟公司之論戰」, 公平交易季刊, 第 6 卷第 1 期, 161-178。
- 黃宗樂 (2001) (編), 行政程序法建制計畫成果彙編, 行政院公平交易委員會。
- 劉孔中 (1999), 「略論公平交易委員會行政和解實務及法理」, 律師雜誌, 第 235 期, 68-73。
- 賴源河 (1997) (編), 公平交易法新論, 再版, 臺北：元照出版公司。
- 謝杞森 (1998), 我國公平交易法的行政程序與爭訟－以我國實務探討為中心, 政治大學法研所博士論文。
- 謝杞森 (2001), 「公平交易法案件締結行政和解契約的探討」, 公平交易季刊, 第 9 卷第 4 期, 1-24。
- 蘇永欽、陳榮傳、魏杏芳、何君豪、楊富強 (1991), 「「非正式程序」與「補充性規則」－簡介二個落實公平交易法的重要機制 (上) (下)」, 經社法制論叢, 第 7 期及第 8 期, 39-75 及 57-86。

英文部分

- Anderson, L.C. (1996), "United States v. Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the

- Need for a Proper Scope of Judicial Review”, *Antitrust Law Journal*, 65:1-40.
- Areeda, P.E. & Kaplow, L. (1988), *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, (4th ed.), Boston: Little, Brown and Company.
- Areeda, P.E., Blair, R.D. & Hovenkamp H. (2000), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application II*, (2nd ed.), USA: Aspen Law & Business
- Areeda, P.E. & Turner, D.F. (1978), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application II*, Boston: Little, Brown and Company.
- Arnold, T. (1940), “Antitrust Law Enforcement, Past, and Future”, *Law and Contemporary Problems*, 7: 10.
- Becker, G. S. & Stigler, G. J. (1974), “Law Enforcement, Malfeasance, And Compensation of Enforcers”, *Journal of Legal Studies*, 3: 1.
- Blair, R.D. & Harrison, J. L. (1999), “Reexamining the Role of Illinois Brick in Modern Antitrust Standing Analysis”, *George Washington Law Review*, 68: 1.
- Blumenthal, W. (1997), “Symposium: Twenty years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement Introductory Note”, *Antitrust Law Journal*, 65: 813.
- Blizzard, P.L. (1998), “Consent Decree Standard of Review : United States v. Microsoft Corporation”, *Berkeley Technology Law Journal*, 13: 355.
- Breyer, S.G. (1982), *Regulation and Its Reform*, (1st ed.), USA: Harvard University Press.
- Calkins, S. (1997), “Corporate Compliance and Antitrust Agencies’ BI-Model Penalties”, *Law and Contemporary Problems*, 60: 127.
- Calkins, S. (1998), “In Praise of Antitrust Litigation: The Second Annual Bernstein Lecture”, *St. John’s Law Review*, 72: 1-41.
- Crandall, R.W. (2001), “The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases”, http://aei.brookings.org/admin/pdffiles/working_01_05.PDF.
- Economides, N. (2001), “Symposium: Cyber Rights, Protection, and Markets: Article United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy”, *U. West. L.A. L. Rev.*, 32: 37.
- Elzinga, K.G., Evans D.S., Nichols, A.L. (2001), “United States v. Microsoft: Remedy or Malady?”, *Geo. Mason L. Rev.*, 9: 646-648.

- First, H. (1995), "Is Antitrust "Law"?", *Antitrust ABA*, 10: 9-12.
- Flynn, J. J. (1968), "Consent Decrees in Antitrust Enforcement: Some Thoughts and Proposals", *Iowa Law Review*, 53: 983.
- Gavil, A.I. (1996) (Ed.) *An Antitrust Anthology*, (1st ed.), USA: Anderson Publishing Co.
- Garza, D. A. (1995), "The Court of Appeals Sets Strict Limits on Tunney Act Review: The Microsoft Consent Decree", *Antitrust*, Fall, 21.
- Green, C. (1984), "The 1982 AT& T Consent Decree – Strengthening the Antitrust Procedures and Penalties Act", *Howard Law Journal*, 27: 1611.
- Hahn, R.W. (1998), "The Costs of Regulating Microsoft", *Regulation*, 21(3): 64-65.
- Hahn, R.W. (2002), "United States v. Microsoft: The Benefits of Settlement", 3-4.
<http://www.aei.brookings.org/publications/related/settlement.pdf>.
- Holliaday, A.J. (1998), *The Definition and Measurement of Antitrust Enforcement*, (1st ed.), USA: JAZ Press Inc.
- Hovenkamp, H. (1994), *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*, USA: West Publishing Co.
- Howard, M.C. (1983), *Antitrust and Trade Regulation: Selected Issues and Case Studies*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc.
- Isenbergh, M.S. & Rubin S.J (1940), "Antitrust Enforcement through Consent Decrees", *Harvard Law Review*, 53:386.
- Jacobs, M.S. (1998), "Lessons from the Pharmaceutical Antitrust Litigation: Indirect Purchasers, Antitrust Standing, and Antitrust Federalism", *Saint Louis University Law journal*, 42: 63-71.
- Katz, T. (1940), "The Consent Decree In Antitrust Administration", *Harvard Law Review*, 53: 415-475.
- Kauper, T.E. (1994), "The Justice Department and the Antitrust Laws: Law Enforcer or Regulator?", in Kovaleff, T.P., (Ed.), *I The Antitrust Impulse: An Economic, Historical, and Legal Analysis*.
- Kearney, J.D. (1999), "Mixed Signals: Academic and Industrial Perspectives on the Telecommunications Act of 1996: From the Fall of the Bell System to the

- Telecommunications Act: Regulation of Telecommunications under Judge Greene”, *Hastings Law Journal*, 50: 1410-1411.
- Konczal, D.S. (1996), “Ruining Rufo: Ramifications of a Lenient Standard for Modifying Antitrust Consent Decrees and an Alternative”, *George Washington Law Review*, 65: 130.
- Kovacic, W.E. & Gellhorn, E. (1994), *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, (4th ed.), USA: West Publishing Co.
- Kovacic, W.E. (2000), “Lessons of Competition Policy Reform in Transition Economies for U.S Antitrust Policy”, *St. John’s Law Review*, 74:361.
- Kovacic, W.E. (2001), “Evaluating Antitrust Experiments: Using Ex Post Assessments of Government Enforcement Decisions to Inform Competition Policy”, *George Mason Law Review*, 9: 843.
- Kramer, L. (1988), “Consent Decrees and the Rights of Third Parties”, *Michigan Law Review*, 87: 321.
- Lavey, W.G. & Carlton, D.W. (1983), “Economic Goals and Remedies of the AT&T Modified Final Judgment”, *Georgetown Law Journal*, 71: 1497.
- Lemley, M.A. & McGowan, D. (1996), “Legal Implications of Network Economic Effects”, *California Law Review*, 86: 497.
- McHenry, W.B. (1961), “The Asphalt Clause- A Trap for the Unwary”, *New York University Law Review*, 36: 1114.
- Melamed, A. D. (1995), “Antitrust: The New Regulation”, *Antitrust ABA*, 10: 13-15.
- Mengler, T.M. (1988), “Consent Decree Paradigms: Models without Meaning”, *Boston College Law Review*, 29: 291.
- Neale, A.D. & Goyder, D.G. (1980), *The Antitrust Laws of the United States of America: A Study of Competition Enforced by Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Neiman, M. (2000), *Defending Government: Why Big Government Works*, (1st ed.), Prentice Hall, Inc.
- Noonan, J.C. (1983), “Judicial Review of Antitrust Consent Decrees: Reconciling Judicial Responsibility with Executive Discretion”, *Hastings Law Journal*, 35: 133.

- Note (1949), "The Modification of Antitrust Consent Decrees", *Harvard Law Review*, 63: 320.
- Notes (1959), "The Consent Judgment as an Instrument of Compromise and Settlement", *Harvard Law Review*, 72: 1314.
- Note (1967), "Flexibility and Finality in Antitrust Consent Decrees", *Harvard Law Review*, 80: 1303.
- Page, W. H. (1983), "The Scope of Liability for Antitrust Violations", *Stanford Law Review*, 37: 1445.
- Phillips, C.F. (1961), "The Antitrust Decree in Antitrust Enforcement", *Wash. & Lee Law Review*, 18: 39.
- Piraino, T.A. (1991), "Reconciling the Per Se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis", *S. Cal. L. Rev.*, 64: 694-697.
- Posner, R.A. (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Posner R.A. (1970), "A Statistical Study of Antitrust Enforcement", in McChesney F.S. & Shughart II W. F. (1995 Ed), *The Causes and Consequences of Antitrust: An Public-Choice Perspective*, (1st ed.), pp.81-pp.86, Chicago: The University of Chicago Press.
- Posner R. A. (2001), *Antitrust Law*, (2nd ed.), Chicago: The University of Chicago Press.
- Rosenbloom, D.H. & Schwartz R.D. (1994) (Ed.), *Handbook of Regulation and Administrative Law*, (1st ed.), New York: Marcel Dekker, Inc.
- Rosenbloom, D.H. & Schwartz R.D. (2002), *Public Administration: Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*, (5th ed.), New York: Marcel Dekker, Inc.
- Sims J. & Herman D. P. (1997), "The Effect of Twenty years of Hart-Scott-Rodino On Merger Practice: A Case Study in the Law on Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation", *Antitrust Law Journal*, 65: 865.
- Steuer, R.M. (1995), "Counseling without Case Law", *Antitrust Law Journal*, 63:823.
- Stedman, R.W. (1965), "Consent Decree and the Private Action: An Antitrust Dilemma", *California Law Review*, 53: 627.

- Sullivan E.T. (1986), "The Antitrust Division as a Regulatory Agency: An Enforcement Policy in Transition", *Washington University Law Quarterly*, 64:997.
- Sullivan E.T. & Harrison J.L. (1998), *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, (3rd ed), New York: Matthew Bender & CO., INC.
- Sullivan, E.T. (2002), "The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled", *Minn. L. Rev.*, 86: 565.
- Suzanne, W. (1977), *Decision to Prosecute: Organization and Public Policy in the Antitrust Division*, Cambridge, Mass.: MIT press.
- Swanson, C.B. (2001), "Antitrust Excitement in the New Millennium: Microsoft, Mergers, and More", *Oklahoma Law Review*, 54:285.
- Waldman, D.E. (1986), *The Economics of Antitrust Cases and Analysis*, Boston: Little, Brown.
- Waller, S.W. (1998), "Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement", *Or. L. Rev.*, 77: 1388.
- Waller, S. W. (2001), "The Language of Law and The Language of Business", *Case Western Law Review*, 52: 300-304.
- Weiner, M.L (1995), "Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree", *Antitrust ABA*, 10: 4.
- Weisburst S.I. (1999), "Judicial Review of Settlements and Consent Decrees: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, 28:55.
- Wilson, J.Q. (2000), *Bureaucracy: What Government Agencies Do and Why They Do It*, USA: A Member of the Perseus Books Group.
- Zimmer, M.J. & Sullivan, C.A. (1976), "Consent Decree Settlements by Administrative Agencies in Antitrust and Employment Discrimination: Optimizing Public and Private Interests", *Duke Law Journal*, 1976: 163.

Antitrust Regulatory Measures under the Trend towards Bureaucratic Regulation

— A Study on Consent Decrees

Hsieh, Pei-Fen

Summary

Due to the rather discretionary disposition inherent in the interpretation of antitrust laws, antitrust enforcement agencies the world over face similar problems of enforcement when it comes to how to design, in accordance with the authority conferred by law, enforcement mechanisms that can appropriately deter anti-competitive activities. The Antitrust Division of the Department of Justice of the United States, for example, has adopted many informal measures, such as the publication of guidelines, the issuance of business review letters and the employment of consent decrees, all in an attempt to release its policy information to antitrust stakeholders.

Among all of the relevant informal measures, the enactment of consent decrees is the only mechanism that is *ex post* in nature, and it has frequently been used by the Antitrust Division to resolve antitrust disputes because it is more efficient than litigation in the enforcement of antitrust laws. The role of the Antitrust Division, however, has shifted over time from originally being a “prosecutor” to currently serving as a “regulator”; it has now been empowered to make antitrust policy if, under its discretion, this is considered necessary to accomplish the government’s goal toward market competition. As for the importance of the growth of antitrust laws, consent decrees have on several occasions taken precedence over antitrust courts’ judgments.

Against this backdrop, in this article, I introduce and evaluate the experience of applying consent decrees to resolve antitrust disputes in U.S. antitrust history. From this, I hope to derive some feasible suggestions for the Fair Trade Commission of Taiwan in its enforcement of the Fair Trade Act and for its design of competition policy. More specifically, I hope the conclusions drawn from this article can be beneficial to the Commission in constructing more practical guidelines for establishing administrative settlement agreements with potential Fair Trade Act violators.

Key words: bureaucratic regulation, consent decree, the Antitrust Division, Fair Trade Commission, settlement