

「嚇阻」(deterrence)概念下之 反托拉斯法私人訴訟 ——「最適損害賠償」理論之政策啓示

陳志民*

淡江大學公共行政學系暨公共政策研究所專任助理教授

傳統反托拉斯法(公平法)之研究多集中於實體要件之探討,文獻中討論違反競爭秩序行為之救濟方式與程度該如何選擇或是否妥當等問題者,則相對較少。而國內學者從「效率」此一在公平法實體面分析中占有重要考量地位的角度,思考公平法私人訴訟制度相關法律問題者,更屬少見。本文擬以「嚇阻」為公平法所欲實現之主要立法目的為出發點,就此一議題為深入之研究。以美國法之執法經驗與學者 William Landes 所提出之反托拉斯「最適損害賠償」理論為基礎,本文將就其對我國公平法中關於3倍損害賠償規定、反托拉斯私人訴訟立法例、當事人適格、與引進集體訴訟制度可行性等實體與程序問題所具有之政策啓示為一詳細之評估。文末以提出可資進一步研究之議題作結。

關鍵詞：嚇阻、反托拉斯、公平交易法、最適執法量、3倍損害賠償、私人訴訟、反托拉斯損害、當事人適格、集體訴訟、排除競爭

*筆者感謝二位匿名審查委員對本文之指正。特別是其中一位委員,不吝對本文相關經濟理論的運用所提出之指正與建議。惟文中所有錯誤由筆者自負。

收稿日期:90年5月29日;接受刊登日期:91年3月6日

緒 論

歸納而言，傳統反托拉斯法（antitrust law）文獻之研究主題，多集中於實體問題的探討。就反托拉斯經濟學者而言，各類理論模型的提出，往往係在解釋於既定的市場結構下，廠商與廠商或與消費者間的互動過程中，對市場競爭所可能產生之正面與負面效果。其主要的目的在提供競爭主管機關或法院更科學性的分析工具，而得以較精確的分辨有利與不利之商業競爭行為。而反托拉斯法學者在競爭政策之制定與執行過程中所扮演之角色主要有二。其一，由競爭法法理或比較法之觀點協助主管機關為案件類型之歸類。如某類交易行為是否必然對市場競爭弊多於利，故應適用類似美國法中所謂的「當然違法」（per se illegal）原則來加以審理；或者需在「合理原則」（rule of reason）下，評估其可能具有之正反面競爭效果，方能決定其違法性等。¹其二，建立各項「法律要件」以作為判斷某一特定市場交易行為是否已符合被歸類之案件類型，而得以將其視為是違法行為。如果上述答案是肯定的，則不論是由主管機關介入市場干預，或者是由受有損害之競爭廠商及消費者依法提起反托拉斯法私人訴訟，² 其對維護市場競爭功能之必要性似乎是順理成章之當然結論，不待多言。

相較之下，法院於私人損害賠償訴訟中，於確定被告違法後，該如何計算原告所得請求之賠償額，始能在彌補被害人損失的同時，也能實現公平法維護市場競爭秩序此一重要立法目的？二者是否具有必然的關係？則少有人論及。進一步言，國內學者於公平法違法實體要件之分析探討過程中，對於涉案行為是否具有降低事業生產成本、改善產品品質與行銷通路、或鼓勵產品研發效果等「效率」面考量的必要性，應具有相當的共識。但鮮少有將「效率」引入分析架構中，思索反托拉斯法與傳統民法下之損害賠償制度在立法

1 See U.S. v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)（當然違法審查標準之建立。）；Standard Oil Co. v. U.S., 221 U.S. 1 (1911)（合理原則審查標準之建立）。

2 有關反托拉斯法私人訴訟制度，我國公平法規定於第 5 章（第 30 條至第 34 條）。美國法則規定於克雷頓法（Clayton Act）第 4 條。15 U.S.C. §15.

目的與功能上之不同，進而檢討二者在賠償額的計算方式與較具體之衡量要素上是否也該採行不同之方法與標準。然而，就效率考量，在實體違法構成要件與損害賠償金額決定二階段中為隔離式與不對稱的靜態分析模式，忽略了後者所可能具有對前者之動態回饋效果。舉例言之，過度損害賠償金額所生之後果，不單單是具體個案中之被告需承擔不公平的法律責任而已；其因此所衍生之暗示（signaling）作用，具誘導其他潛在行為人，在基於避免負擔因不成比例制裁所生成成本的考量下，預先放棄對社會整體具淨福利效果而理應為反托拉斯法所鼓勵之競爭行為之負面效果。

以美國法為例，近來該國學者對「懲罰性損害賠償」（punitive damages）制度之研究，除突顯了損害賠償額計算問題影響層面之廣外，也反應了反托拉斯法在此一議題上之研究落差。有鑑於美國下級法院陪審團在幾個訴訟標的極為龐大的侵權行為訴訟案中，判決被告需給付原告天文數字的懲罰性損害賠償，³ 加上因不同個案間懲罰性損害賠償額差距過大，使當事人對法律適用所產生之高度不確定感，學者開始重新思考該制度於實務與學理上之價值。其中最受到矚目者，當屬從經濟分析之角度修正懲罰性損害賠償計算方式，以確保於實現該制度立法目的同時，也能避免過鉅的懲罰性賠償降低廠商參與市場經濟活動意願之相關研究。⁴ 綜合各該理論，學者所關心者，乃如何建立客觀之懲罰性損害賠償計算方法，使因此所決定之金額，能適度地補

3 例如在 BMW of North America, Inc. v. Gore 一案，縱使原告實際上所受之損失只有 4000 美元，但美國下級法院之陪審團，仍決議被告需為其以新車之價格出售實際上已重新烤漆之中古車之行為，支付原告 400 萬美元之懲罰性損害賠償；此案經上訴至美國聯邦最高法院後，大法官已將金額降低至 5 萬元美金。517 U.S. 558, 564 (1996)。而最近美國佛羅里達州地方法院對美國五大煙草公司作出高達美金 1450 億的懲罰性損害賠償，更是創下美國司法史上最高懲罰性違約金之紀錄。Howard A. Engle et al. v. R. J. Reynolds et al., (Case No. 94-08273 CA-22, 11th Cir. 2000)。於筆者撰寫本文的同時，部分煙草公司已向原告提出庭外合解之建議。Wilson, Catherine “Cigarette Makers Agree to Pay Florida Smokers \$710 Million,” <http://news.findlaw.com/ap/1/0000/5-8-2001/20010508031738700.html>。

4 相關的文獻中，較近與較完整之研究，首推 Polinsky 與 Shavell 二位教授於 1998 年發表於「哈佛法律評論」之論文 (Polinsky and Shavell, 1998)。另外，關於懲罰性損害賠償之經濟分析，可參閱 (Cooter, 1982); (Craswell, 1996); (Johnston, 1987); (Landes and Posner, 1981); (Rubin, Calfee and Grady, 1997); (Karpoff and Lott, 1999)。

償被害人與嚇阻 (deter) 潛在侵權行為人，而不致於因賠償額低於侵權行為所得之利得，使行為人產生採行高風險行為之誘因等「不完全嚇阻」(under-deterrence) 的現象。換一個角度而言，學者亦期待藉類此之計算方法，以避免過高之懲罰性損害賠償迫使潛在侵權行為人投入過多的資源以避免損害與責任之發生，而使法律制裁出現「過度嚇阻」(over-deterrence) 的效果。因為不論是「不完全嚇阻」或是「過度嚇阻」，都可視為是一種社會資源的浪費，而悖離了經濟理論所追求之最適 (optimal) 狀態。一言以蔽之，以嚇阻為出發點，法律之經濟分析學者相信，透過客觀計算公式所求得之「最適損害賠償」(optimal damages) 將可實現符合經濟學上配置效率之「最適嚇阻」(optimal deterrence) 結果，⁵ 並可因此提高法律制裁之可預測性與一致性 (Cooter, 1997: 87)。

從所涉及的請求金額大小、3 倍損害賠償制度之設計 (公平法第 32 條第 1 項)、企業組織活動於現代經濟社會所扮演之舉足輕重的角色 (Allen, 1997: 68)、以及反托拉斯法學者肯定嚇阻概念在提昇反托拉斯法執行效率上所具備之重要功能⁶ 等層面切入，「最適損害賠償」觀念的建立，對反托拉斯法研究者而言，應是一項更為理所當然的關懷。本文擬在此一前題下，以美國芝加哥大學 William Landes (1983) 教授所提出之計算公式 (以下簡稱

5 歸納學理上之描述，嚇阻之概念可進一步細分為二。(Hylton, 1998: 427-430) . 傳統或古典 (classical) 意義下的嚇阻，刑罰之目的，在於剝奪犯罪人之犯罪利得，以達到完全嚇阻 (complete deterrence) 犯罪人再犯之目的。此一概念可追溯至 Beccaria 和 Bentham 等人對刑事制裁目的的看法。(Beccaria, 1986: 23) ; (Bentham, 1988: 179)。而嚇阻較現代的意義則是「最適嚇阻」(optimal deterrence) 的觀念。換言之，法律制裁的目的，非在達到全然嚇阻的目的；而是在求得嚇阻的效果維持在對社會之邊際利益的貢獻，等於其對社會所產生之額外的邊際成本。對此，最具代表性的學者當屬諾貝爾經濟學獎得主 Gary Becker (Becker, 1968)。

6 美國著名的反托拉斯法學者 Posner 曾言，反托拉斯救濟系統的主要目的在於嚇阻違法。一旦法律的嚇阻體系建立後，必能確保足夠的補償，除非運作該補償系統所需負擔之成本過高 (Posner, 1976: 221)；同屬芝加哥學派的 Easterbrook 法官也持同樣的看法，認為「嚇阻是反托拉斯法最優先，甚至於可能是唯一的目標 (Easterbrook, 1981: 319)。」產業經濟學者，如 Carlton 與 Perloff 也認為，以經濟分析的觀點看反托拉斯損害賠償制度，其分析重點應置於如何達成最適嚇阻之目的 (Carlton and Perloff, 1994: 800)。另請參閱 (Page, 1980: 472)；(Salop and Lawrence, 1988: 13)。

“Landes 法則”) 爲分析之重心,探討「最適損害賠償」理論對反托拉斯法私人訴訟制度之影響,及相關的政策啓示。研究範圍將集中在私人訴訟中之損害賠償請求部分,而不論及損害排除及損害預防等禁制性請求規定(公平法第30條)。

具體而言,本文之結構安排如下。第壹節首先就傳統反托拉斯法在補償(compensation)的精神下,所用以計算損害賠償額之方法爲一原則性之介紹。本節將以美國法的經驗作爲論述之對象。相關案例將在「超額支付」(overcharges)與「排除競爭」(exclusion)二大訴訟類型下進行討論。第貳節就「最適損害賠償」之理論基礎——Gary Becker 針對刑事制裁所提之「最適犯罪量」理論,爲一學理上之簡要介紹與說明。而建立在 Becker 理論之上的 Landes 法則,將於第參節中詳述。第肆、伍、陸節分別檢討最適反托拉斯法損害理論對我國公平法在基本法理建立、具體法律原則的適用與解釋、以及引入新制度可行性等議題上,有何值得參考之處。第柒節以建議未來可進一步探討之研究主題總結本文。

壹、補償法則(Compensatory Rule)下之反托拉斯損害賠償額計算——美國法之經驗

依美國克雷頓法(Clayton Act)第4條之規定,任何因違反美國反托拉斯法行爲而受有損害之當事人得提起私人損害賠償訴訟,要求違法被告賠償相當於原告所受損害之3倍的賠償額,以及其他之相關訴訟費用,包括合理之律師費在內。雖然該條文賦予原告得請求超出其實際損害賠償之權利,而在實際決定賠償額度之過程中,包括嚇阻在內之各類法政策性考量,也從未爲美國各級法院所忽略,但補償法則仍是爾等所仰賴之分析主軸(Lande, 1993: 122)。

歸納而言,美國反托拉斯法下之私人損害賠償訴訟主要有以下二大類型。第一類型爲「超額支付」(overcharges)訴訟。該訴訟下之原告通常係因被告之不當訂價行爲,而需以非競爭價格來取得被告之產品或服務。故訴訟之目的,在要求被告返還原告因此所額外支付之差額。第二類型的訴訟,

可將其簡稱為「排除競爭」(exclusion)訴訟。通常係由被告之競爭者所提起，訴訟之目的在要求被告就其所實施之排除競爭行為，如掠奪性訂價、垂直整合或排他交易安排等，賠償原告因此所喪失之交易機會與利潤。二者於美國實務下之操作情形，分述如下。

一、「超額支付」訴訟

於補償法則下，超額支付之損害賠償金額，係由原告實際所支付之價格與被告產品或服務之競爭價格(competitive prices)二者之差額來決定。美國聯邦最高法院早於1906年即已接受此一計算方式。在 *Chattanooga Foundry and Pipe Works v. City of Atlanta*,⁷ 一案中，亞特蘭大市主張被告聯合訂定鐵質水管的價格，使市政府於採購該產品以進行排水系統工程時，支付了額外的費用。⁸ 亞特蘭大市政府對此超額支付的部分，依反托拉斯法之規定要求被告給付3倍於其所受失之賠償。於判決中，美國聯邦最高法院確立了以原告實際所支付之價格，與假設聯合行為不存在時市場之價格二者之差額，作為計算損害賠償額度之依據。⁹

從建立適用原則的角度來看，補償法則之計算方式雖然相當明確簡單，但在實際運用時，仍存有一些技術上的問題，有待美國法院於個案判決中進一步加以解決。這其中又以當違反市場競爭行為不存在時，所謂市場的「競爭價格」該如何求出最為關鍵。另外，違反反托拉斯法的行為中，不乏涉及二項或更多產品或服務之交易安排，搭售契約即為一例。此時，應以何項產品或服務之競爭價格作為比較的對象？乃另一項可能在司法實務上出現的疑問。最後，當產品或服務之行銷過程涉及不同階段之買者時，是否所有的買方，皆可以在補償的原則下，請求被告賠償全部之超額支付？此一問題常發生於垂直經銷體系中，身為直接買方(direct purchasers)之原告經銷商，將其超額支付之部分或全部，以非競爭價格轉嫁給身為間接買方(indirect

7 203 U.S. 390 (1906)

8 *Id.*, at 395.

9 *Id.*, at 396.

purchasers) 之最終消費者時，被指控違法之上游製造商或供應商得否主張經銷商不得要求超額支付之全額？另外，從訴訟攻擊面的角度來看，作為間接買方的消費者，是否得以跳躍式地向製造商或供應商起訴請求超額支付之損害？以下僅就相關判例與學說見解說明美國法院處理此三項問題之態度。

1. 競爭價格之決定

歸納而言，競爭價格之求得主要透過以下二項計算方法 (Blair and Kaserman, 1985: 78-82; Hovenkamp, 1994: 605)。第一種方法學界簡稱為「之前一之後」法 (before-and-after approach)。於此一法則下，法院將觀察反競爭行為出現前與結束後之價格變化，以估算假設該不法行為不存在時，可能的合理市場價格為何。舉例言之，假設某一聯合行為協議自 1993 年開始實施，而在 1995 年結束。在「之前一之後」法下，法院首先需搜集在某一特定期間內，如從 1990 年到 2000 年，該特定市場的價格資訊。再就其中非勾結期間 (non-collusive period；即 1990 年到 1992 年以及 1996 年到 2000 年) 之市場價格與勾結期間之市場價格相較，透過統計學上迴歸分析估算出 1993 年至 1995 年間，該市場內之可能競爭價格水平為何 (Hovenkamp, 1994: 607-611)。依此法則所求得之結果不需絕對的準確，只要原告能證明該數據可作為估算損害賠償額之「合理基礎」 (reasonable basis) 即為已足。¹⁰

第二種計算方法稱之為「指標法」 (yardstick approach)。在此一方法下，發生反競爭行為市場之可能競爭價格水平為何，將以另一個與反競爭市場相關成本結構相類似，但不存有反競爭行為的市場作為參考與比較的指標 (Hovenkamp, 1994: 606; Blair & Kaserman, 1985: 79)。此一方法曾為美國聯邦第五上訴巡迴法院用於 *Greenhaw v. Lubbock County Beverage Assoc.*¹¹ 一案。該案原告提起此一超額支付訴訟，要求 Lubbock 郡的酒品零售商協會，就其會員於該地所進行之聯合訂價行為，對原告所支出之差額負損害賠償之責。於估算損失時，原告之專家證人，將聯合行為進行期間

¹⁰ See *Eastman Kodak v. Southern Photo Co.*, 273 U.S. 359, 378-79 (1927)

¹¹ 721 F.2d 1019 (5th Cir. 1983)

Lubbock 當地之價格與該期間內未出現聯合行為之達拉斯 (Dallas) 市的價格作比較，進一步得出了二地可能之競爭價格比例 7.74%。將此一比率乘以達拉斯當時之價格，得出了當聯合協議不存在時，Lubbock 郡在該期間內「理應」(should have been) 出現之價格水平。法院即以該價格作為計算超額支付額度之競爭價格。¹²

2. 不法行為涉及複數產品或服務時競爭價格之決定

當違法行為涉及複數產品或服務時，超額支付額度之決定可能就不若單一產品交易來得直接。其中，法院所面對的第一個問題，乃究應以所涉及之多數交易產品之總價，作為比較對象？抑或以其中某一產品的價格作為比較決定之對象？以不法搭售 (tying) 安排契約為例，法院究竟應以被搭售產品 (tied product) 之可能競爭價格作為計算基礎？或是以搭售組合產品之整體可能競爭價格為比較之對象？不無疑義。美國各級法院對此也尚無統一之見解。部分法院認為應以原告實際就搭售組合產品所支付之價格，減去被搭售產品本身之市場價格，作為損害賠償之依據。例如在 *Northern v. McGraw-Edison*¹³ 一案，原告以被告要求其需同時購買被告之服務設備與材料始願意授與原告加盟權為由，向法院提起不法搭售之訴訟，要求賠償其因此所生之損害。¹⁴ 聯邦第八上訴巡迴法院於原告勝訴之判決中，採用原告所建議之損害賠償計算方法，以原告就搭售組合產品實際支付之價格，減去被搭售產品——即服務設備與材料當時之市場價格，作為決定競爭價格之依據。¹⁵

相對的，部分美國下級法院認為較合理的計算方法應該以搭售組合產品之整體市價作為比較之對象，而非以單一被搭售產品為對象。¹⁶ 就此，美國

¹² *Id.*, at 1026.

¹³ 542 F.2d 1336 (8th Cir. 1976); *cert. denied*, 429 U.S. 1097 (1977), *rehearing denied*, 430 U.S. 960 (1977).

¹⁴ *Id.*, at 1340.

¹⁵ *Id.*, at 1347.

¹⁶ *Sigel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43, 52 (9th Cir.), *cert. denied*, 405 U.S. 955 (1972).

聯邦第十一上訴巡迴法院在 *Kypta v. McDonald Corp.*¹⁷ 一案中，有清楚的說明。該案涉及被告麥當勞公司，將加盟業者需承租其所預先選定之店面作為其授權加盟之條件之一。法院於本案中以原告未能證明其受有損害為由，判決原告敗訴。法院特別指出，原告就「實際支付搭售與被搭售產品二者之價格總和超出二項產品之合理市價」，需負舉證之責。¹⁸ 而單以被搭售產品之價格為比較標準，並無法反應搭售安排對當事人所造成之實質經濟損害，因為過高的被搭售產品價格所生之經濟上不利益，很可能被加盟總部 (franchisor) 所刻意壓低之主要產品 (tying product) 價格所抵銷。¹⁹

3. 損害轉嫁與賠償金額之計算

當反托拉斯法私人訴訟原告非最終消費者，而是中間商時，由於其可能已將超額支付損失之部分，以較高之非競爭價格，轉嫁給下游之最終消費者，此時，被告能否主張將已轉價之部分自賠償額中扣除？對此看似單純的問題，美國聯邦最高法院於 *Hanover Shoe*²⁰ 一案中卻擺脫了補償法則的精神，改以相當政策導向之論理方式，否決了此一抗辯成立的可能。*Hanover Shoe* 為一製鞋商，為生產所需，向被告承租製鞋機器。*Hanover Shoe* 主張被告對該機器只租不賣的銷售策略，意在逐步獨占製鞋機器市場，要求法院依承租價格與合理的出售價格二者之差距，作為補償其因承租所受之超額支付損失。²¹ 相對的，被告 *United Shoe* 則以即使租金較出售價格為高，但倘使此一安排一視同仁地適用於原告及其競爭者，則製鞋廠商所聲稱之超額支付損害，終將以較高的鞋價轉嫁至消費者身上，故並未受有實質損害作為抗辯。²²

美國聯邦最高法院於判決中否定了此一損害轉價抗辯，支持原告得請求

17 671 F.2d 1282 (11th Cir.), *cert. denied*, 459 U.S. 857 (1982).

18 *Id.*, at 1285.

19 *Id.*

20 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, *rehearing denied*, 393 U.S. 901 (1968).

21 *Id.*, at 484.

22 *Id.*, at 492.

全數差額之損害賠償。大法官認為，決定廠商最終售價為何之因素眾多，而單一要素價格的提高（機器的租金）究竟對產品最終價格與市場最終需求之變動影響程度有多大？遑論是法院，即使是廠商本身也很難有一精確之估算。²³ 即使如被告所言，原告可以將超額支付之部分轉嫁予最終消費者，而不會影響其銷售量與利潤，法院仍會面臨如何認定原告價格之調漲，系在反應額外支付的租金，而與其他生產成本變動無關之問題。²⁴ 因此，允許被告之抗辯，不僅將大幅增加法院證據認定的負擔，也將使得原本就已相當曠日廢時的反托拉斯法訴訟變得更為複雜。再者，從買方的角度而言，由於間接買方之人數通常較直接買者為多，每一間接買方因轉價所受之損害，以及因訴訟所可取得之個別賠償金額也將遠低於直接買方，連帶的，其發動訴訟之經濟誘因也將較直接買方為低。因此，一方面允許被告援引損害轉嫁抗辯，另一方面認為可藉由最後承受損害轉嫁的最終消費者以訴訟的方式來制裁不法競爭行為的想法，恐係過度樂觀的期待。²⁵ 而由本文第參節以下之分析可知，此一理由，充分展現了美國聯邦最高法院對反托拉斯法私人訴訟應具有嚇阻功能的肯定。

與 *Hanover Shoe* 互相呼應者，乃 *Illinois Brick* 一案。²⁶ 該案被告乃水泥磚製造商，其主要銷售對象為芝加哥地區的建商。建商於取得產品後再將其轉賣給一般工程承包商作為建築工程所需之材料。包括伊利諾州及其他州政府之內之原告，於所提起之超額支付訴訟中主張被告間之聯合訂價行為，使其需多支付 300 萬美元予承包商，要求被告負起損害賠償責任。²⁷

基於 *Hanover Shoe* 一案中所揭示之考量原則，美國聯邦最高法院否決了間接買方（indirect purchaser）具有提起超額支付訴訟之當事人適格。歸納而言，其理由有二。首先，美國聯邦最高法院認為，如果在訴訟防禦與攻擊面對損害轉嫁抗辯之允許與否採取不對稱的態度——也即禁止被告以損害

23 *Id.*, at 493.

24 *Id.*

25 *Id.*, at 494.

26 *Illinois Brick v. Illinois*, 431 U.S. 720, *rehearing denied*, 434 U.S. 881 (1977).

27 *Id.*, at 727.

轉嫁為抗辯，另一方面又允許間接買方得提起損害賠償之訴——將使被告有重覆被訴以及重覆賠償之虞。²⁸ 再者，如同法院在 *Hanover Shoe* 所提，一旦法律允許間接買方得就其所受之損失請求賠償，法院將需耗費相當多的時間，調查與判斷產品各銷售階段的原告所提轉嫁金額之正確性為何？訴訟程序將因此而變得更為複雜與無效率，而各不同法院判決出現衝突之情形也將增加。簡言之，大法官們不希望法院因此變成一個決定與分配 3 倍賠償金額予各「潛在原告」的場所。²⁹

Hanover Shoe 與 *Illinois Brick* 二案所確立之原則，一直為包括美國聯邦最高法院在內之各級法院所嚴格遵守。³⁰ 不過，二案皆設有例外規定。例如當涉案契約為對損害轉嫁額計算有較為明確依據之預定 (pre-existing)、固定數量 (fixed quantity)、或成本附加 (cost-plus) 契約、或間接買方為供應商所擁有或控制之事業時，法院都可不受此二判例法則之拘束。³¹

二、「排除競爭」訴訟

於「補償法則」下，「排除競爭」訴訟之原告有權要求實行不當排除競爭行為之被告賠償其因此所喪失之交易機會與利潤。而用以計算損害賠償額之方法主要有以下三種。第一種方法為「之前—之後」法。依此一計算法則，法院依一合理之折現率，估算在被告實施排除競爭行為期間之前以及之後原告之平均淨利，以作為計算原告於排除期間理應獲得之平均淨利的基礎。舉例言之，假設被告之排除競爭行為自 1993 年開始實行，而至 1996 年結束，其間各年原告之平均淨利分別為 \$8,000, \$6,000, \$4,000 和 \$2,000。進一步假設經法院調查結果，原告自 1990 年到 1992 年，以及 1997 年至 2000 年之平均淨利為 \$10,000。原告在依 3 倍損害規定計算前所能請求之損害賠償額分別為 1993 年 \$2,000, 1994 年 \$4,000, 1995 年 \$6,000, 1996 年 \$8,000，總計為

28 *Id.*, at 730.

29 *Id.*, at 737. 431 U.S. 735-36; 392 U.S. 494.

30 See e.g. *Kansas v. Utilicorp United, Inc.*, 497 U.S. 199, 209-10 (1990).

31 431 U.S. 735-36; 392 U.S. 494.

\$20,000 (Hovenkamp, 1994: 617-618)。³²

相對的，於運用「指標法」至排除競爭訴訟時，法院係以原告在排除行為實施期間之實際利潤，與相關市場內未受排除行為影響的企業所得利潤相互比較，以作為計算損害賠償數額之依據 (Hovenkamp, 1994: 619-620)。 *Metrix Warehouse* 一案對此有詳細的說明。³³ 該案被告 MBNA 為德國 Benz 汽車在美國的獨家代理商。在與美國國內經銷商之加盟契約中，MBNA 以各經銷商需向 MBNA 購買加盟後所需之維修零件，作為授權加盟條件之一。³⁴ 原告 Metrix 乃專門出售 Benz 汽車零件給一般獨立修車廠與 Benz 加盟店之廠商。其於訴訟中主張，MBNA 之搭售安排已違反修曼法第一條之規定，並使其營業利潤大幅滑落。

於計算原告所失利潤時，法院以零件經銷商於排除競爭期間出售給一般獨立修車廠所得之利潤，作為比較計算之對象。法院認為，只要原告能證明被比較之市場與其所處之市場二者間具有「合理之可比較性」(reasonable comparability)，「指標法」即不失為一妥適之計算法則。³⁵ 而法院認為本案之所以以一般獨立修車廠之利潤為比較對象，在於其同時也是唯一可作為比較的市場。³⁶ 然而，法院於判決中也提及，適用「指標法」的前題，必需假設 Metrix 所失之利潤可完全歸因於 MBNA 之搭售契約；而相關證據顯示，Metrix 的利潤損失有部份是起因於 MBNA 合理的低價行銷競爭，與搭售無關，故該部分需於計算賠償額時加以扣除。³⁷

第三種計算損害的方法通稱「市場占有率法」(market-share approach)。該法則乃將原告因排除競爭行為所喪失之利潤，以市場占有率之變動情況來加以呈現 (Blair and Kaserman, 1985: 81)。美國聯邦最高法院於

32 另請參閱 *Biglow v. RKO Radio Pictures Inc.* 一案。於該案中，美國聯邦最高法院以「之前一之後」法則，計算原告因被告實施差別取價與最低轉售價格維持所失之利潤。327 U.S. 251, 253-54, 257, 266 (1946).

33 *Matrix Warehouse v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft*, 828 F.2d 1033 (4th Cir. 1987).

34 *Id.*, at 1037.

35 *Id.*, at 1044 n.21.

36 *Id.*

37 *Id.*, at 1044.

Zenith 一案首度允許原告以此項方法計算反托拉斯損害賠償額。³⁸ 原告 *Zenith* 於 1963 年起訴主張被告 *Hazeltine Research Inc.* (“HRI”) 為外國專利卡特爾組織的一員，並參與該組織所發起的以拒絕專利授權，阻止外國電視與收音機製造商進入其本國市場之聯合杯葛行為。³⁹ *Zenith* 相信，與不存有專利卡特爾組織的美國市場相較，如果該項卡特爾不存在，*Zenith* 在加拿大的市場占有率將可達 16%；與實際上之 3% 有相當大的差距。*Zenith* 要求法院以此一市場占有率的差距作為基礎，計算其在排除競爭期間所受之營業損失，以作為請求損害賠償金額之依據。⁴⁰ 另外，除實際的營業損失外，原告對於其若繼續留在市場中，未來所可取得之預期利益，也在得請求之列；惟原告負有證明該項預期利益金額多寡之責任。⁴¹

貳、嚇阻 (deterrence) 作為一項執法目標 ——「最適執法量」(optimal law enforcement) 理論下之補償法則

一、Gary Becker「最適執法量」理論簡介

著名義大利法學家 *Beccaria* 早已指出，法律存在之最主要目的在於嚇阻再犯，而法律制裁的對象，應該是對社會整體具有“淨損害”之行為 (*Beccaria*, 1986: 16-17)。引申而言，被害人損失之補償，僅係評估該淨傷害程度過程中所需考量因素之一而已，其他如行為對被害人以外第三人所造成之損害，以及行為人因行為被禁止所導致之利益喪失等，也需列入決定是

38 *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.* 401 U.S. 321, *rehearing denied*, 401 U.S. 1015 (1971).

39 *Id.*, at 323.

40 *Id.*, at 326.

41 其中，又以預期利益產生期間究應推算至多遠方屬合理，最為常見。就此，美國法院乃有依營業場所租約期間，也有依原告年齡來判斷預期利益產生之期間長短者。See *Webster Motor Car Co. v. Packard Motor Car Co.*, 135 F. Supp. 4, 10 (D.D.C. 1955), *rev'd on other grounds*, 243 F.2d 418 (D.C. Cir), *cert. denied*, 355 U.S. 822 (1957); *Graphic Prods. Distribs. v. Itek Corp.*, 717 F.2d 1560, 1582 n.42 (11th Cir. 1983)

否處罰某一特定行為之正項與負項考量依據，始能更精確的反應行為對社會之衝擊，進而實現“罰其所當罰”之目標。而英國著名哲學家 Bentham 更由嚇阻理念出發，列出法律制裁之幾項具體目標（Bentham, 1988: 178）：一、在資源許可的範圍內，法律上的處罰應具有消弭所有違法行為之功能，而處罰的強度也應大於違法利得；二、若因資源之限制使得社會必需容忍某些不法行為存在時，則制裁的設計應以提供行為人選擇對社會傷害較少之不法行為的誘因為出發點；三、就被容許之不法行為，法律需具有將該不法行為侷限在必要範圍內之功能；四、不論所欲嚇阻之不法行為類型為何，應以成本最低之方式實施。

近代將 Beccaria 和 Bentham 對法律制裁所持之功利主義 (utilitarianism) 觀點⁴² 加以發揚光大，並進一步建構出最具原創性與系統性的學理分析者，首推 Gary Becker 教授針對刑法所提出之「最適執法量」理論 (Becker, 1968)。Becker 教授認為，執法者於決定是否制裁某一違法行為時，除被害人以及社會因該行為所受之損害外，與執法相關之諸如發現、起訴與制裁違法行為所需支出之行政成本，也應同時列入考量，以求能夠反應處罰犯罪對社會整體福利之實質影響。而運用經濟學之廠商追求利潤極大之分析模式，Becker 主張，最妥適之犯罪處罰量，應發生於當社會因處罰犯罪所需額外支付之邊際成本等於社會因犯罪減少所可獲取之額外之邊際收益時。此一結論在政策上之啓示，可由以下簡單數學關係式來加以說明 (Cooter and Ulen, 1997: 398-399)。

假設 G 為政府投入預防與制裁不法行為所需負擔之行政成本，平均而言， D 為犯罪對被害人所生之成本， I 為除 D 外，犯罪對社會所生之成本， p 則為犯罪發生之機率，與 G 投入之多寡具有函數關係，可以 $p(G)$ 來表示。由於在正常情形下， G 的投入在一定範圍具有降低犯罪發生之效果，故二者呈反向的關係，換言之， $p'(G) < 0$ 。再者，因在嚇阻概念下，法律所欲制裁者乃對社會具有“淨損害”之行為，故犯罪人因犯罪之平均利得 b ，也應從制裁犯罪之成本中加以扣除。於「最適執法量」理論下，政府多投入 1 單位的 G

42 關於以功利主義分析法律制裁設計之哲學上批評，請參閱 (Primoratz, 1995: 295-303)。

(邊際成本)，應對社會創造出等同於該價值而與犯罪機率降低具因果關係之額外利益（邊際收益）。依上述之相關設定，此可以下列關係式來表示：

$$1 = (D + I - b) \times [-p'(G)]$$

據上述關係式可引申出關於「最適執法量」理論之二項重要結論。首先，在一項符合成本效益考量之執法政策下，社會可能必需容忍一定程度犯罪行為的存在。例如，於行為人之犯罪利得與被害人之損害相當 ($D = b$)，⁴³ 而 I 成為犯罪行為對社會所產生之最主要成本時，上述關係式可改寫為 $1 = I \times [-p'(G)]$ 。當 $I > 1$ 時， $[-p'(G)]$ 小於 1，也即多一單位之預防犯罪投入，其所產生之犯罪率的降低將小於百分之百。如果再將常見之被害人損害 (D) 高於行為人所獲得利益 (b) 的不法行為類型列入考慮，⁴⁴ 則「除惡」無法「務盡」的情形將更為顯著。從 Becker 的理論來看，吾人也可進一步推論出，在一定之犯罪成本下，企圖將某類型犯罪消弭於無形之嘗試，可能將導致執法成本的過度投入，而偏離了最適水平。

Becker 理論另一項更具爭議性的觀察則是，當相對於被害人或社會之傷害，某一犯罪行為可為行為人創造較高的利益時，於最適執法量理論下，政府對於此類犯罪行為，很可能需採取不執法 (non-enforcement) 的態度。以上述關係式為例，於 $b > D$ ，而 $0 < D + I - b < 1$ 時， $[-p'(G)] > 1$ ；而當犯罪利得大於被害人與社會因不法行為所需承擔之損害總和，也即 $D + I - b < 0$ 時， $p'(G) > 0$ 。二者在口語化解釋為，於前者的情形，當政府多投入一單位之犯罪預防成本時，其因此所降低之犯罪發生機率需高於 100% 時，始符合最適嚇阻的目的；由於此一結論不可能實現，從經濟分析的角度來看，法律的執行將永遠處於無效率的狀態。而在後者的情形，則是出現了政府額外的執法成本投入，反而使犯罪發生機率不降反升的獨特現象。不論是前者或後者，

43 假設不考量犯罪行為對被害人所可能造成之精神上傷害，我國刑法第三二五條之普通搶奪罪接近此一假設犯罪類型。

44 以上註之搶奪行為為例，被害人除財物之損失外，亦可能於搶奪過程中受到極度之驚嚇，或受有身體甚或生命之損害，而出現刑法第三二五條第二項之加重結果。另外，倘行為人以毀損被害人門扇或安全設備之方式進行搶奪，而成立刑法三二六條之加重搶奪罪時，被害人所受之損害（被搶財物 + 毀損之門扇）也可能高於行為人之犯罪利得。

其在政策上的意涵皆是政府不應浪費資源用以禁止此類型行爲。

二、「最適執法量」理論對反托拉斯法補償法則運用之再檢討

持平而論，由於刑事制裁本身所具有之濃厚的道德非難性，連帶使得非經濟因素的考量，在法院或相關執法機關於決定執法與否的過程中，占有一定程度不可取代之地位。⁴⁵ 因此，就理論適用之妥當性而言，「最適執法量」理論於刑法中之運用，反不如其於其他民商或經濟法關於私人訴訟制度之運用要來得有實質上的意義。而 Becker 與 Stigler 在其後的另一篇論文中也指出，以政府執法部門作為分析對象之「最適執法量」理論，於類似像侵權行為損害賠償等私人執法的領域中仍有適用之餘地 (Becker and Stigler, 1974: 13-16)。⁴⁶ 以反托拉斯法為例，其乃少數明確將效率提昇列為被告所得主張用以合理化其違法行為之立法；此與強調執法成本與執法利益二者需平衡之「最適執法量」理論精神實不謀而合。因此，在反托拉斯法的領域內，政策制定者與法院似乎也更有理由思考如何設計一妥適之損害賠償計算方式，以誘使相關市場參與者，得於考量可能面對之制裁後，能主動放棄對社會將產生淨福利損失的反競爭行為，進而節省相關之執法成本。

假若上述前題可以被接受，則值得吾人進一步思考的問題，則是傳統以補償法則為重心之損害賠償計算方法，能否於反托拉斯法私人損害賠償訴訟中實現此一目標？於一個資訊充分揭露而無交易成本存在的完全競爭市場中，由於法院可正確估算行為人對被害人所造成之實際損害而令其為適當的賠償，基於補償法則所為的判決，在一定程度內同時具有暗示其他潛在被告不得進行類似行為，而有嚇阻之功能。然而，普遍存在於現實世界之資訊不對稱與高交易成本，使法院或競爭主管機往往無法即時與確切掌握違法證據；另外，因違法行為而受有損害之消費者或競爭對手，也可能因個別所得

45 對此，有學者採不同的看法，認為諸如故意或不法意圖等主觀犯罪構成要件，具有降低潛在行為人預先確認行為是否不法所需負擔之資訊成本的功能，而可以從經濟分析的角度探討其存在之必要性 (Parker, 1993)。

46 對於 Becker 和 Stigler 之此一主張，學者仍有不同的看法 (Landes and Posner, 1975)；(Polinsky, 1980)。

請求之賠償金額過小，而欠缺提起訴訟之誘因，造成反競爭行為無法適時被發現與制裁的現象 (Allen, 1997: 71-72)。但即使現實世界中存有一完全競爭市場，單純以彌補被害人損害之補償法則，仍具有以下三項主要的缺失：

首先，當行為人因違法所可獲得之利益大於其所需負擔之損害賠償額時，補償法則無法有效地提供「潛在」(potential) 行為人放棄從事有損社會整體福利之經濟誘因。以反托拉斯法為例，倘若以不當競爭手段取得未來獨占利益之現值，大於行為人賠償消費者或被排除競爭之對手的損害成本，意圖取得獨占地位之廠商，仍有可能將不當排除手段付諸實現。

再者，補償法則忽略了除被害人之損失外，不法競爭行為所可能產生之外部成本；而此也是反托拉斯法與多數侵權行為法私人損害賠償訴訟上之最大不同。以聯合或獨占訂價行為為例，除價格由競爭水平上漲至獨占水平外，消費者因獨占價格而放棄購買獨占產品或服務所產生之「無謂的損失」(deadweight loss)，也是社會所需承擔，但卻無法在補償法則下的「超額支付」訴訟程序中，獲得適當回復之成本 (Melamed, 1997: 95)。與之相較，嚇阻理論的優點在於，當違法行為受到「最適損害賠償」計算公式之適當嚇阻後，當事人利用司法救濟途徑請求賠償的機會也將隨之降低；但於被害人依補償法則獲得十足的損害賠償後，社會上因反托拉斯違法行為所產生配置的無效率仍會繼續存在 (Landes and Posner, 1979: 605)。

最後，當二種違法手段可達到相同之違法目的，而被告僅需就被害人所受之實際損失負責時，被告也將欠缺選擇對社會損害較少的手段之誘因 (Young, 1986: 16; Stigler, 1970: 531)。因此，假若在「排除競爭」訴訟中，反托拉斯法之賠償原則僅止於要求行為人彌補被排除競爭對手所失之營業利潤，而不考慮該行為對被害人外所可能產生之負面競爭效果，則違法行為人對其究應以對市場競爭限制較多之集體杯葛 (group boycott) 協議，或以同時兼具控制產品品質與節省廠商交易成本等正面效果之排他交易 (exclusive dealing) 安排以獲取競爭優勢？⁴⁷ 就其所需承擔之法律責任而言，並無差

47 就行為整體效果而言，水平交易限制（如集體杯葛）對市場競爭之負面影響要較垂直交易限制（如排他交易安排）來得顯著。再者，多數垂直交易限制安排往往伴隨有促進市場競爭的效果。(Shughart II, 1990: 316-317)；(Chen and Hylton, 1999)。

異。綜言之，以上所述，突顯了補償法則於反托拉斯法領域內的「不完全嚇阻」傾向。

當然，依嚇阻理論所設計出之損害賠償制度，必需同時能避免過度嚇阻之情形出現 (Block and Sidak, 1980)。Becker 理論已揭示社會不可能也不應不計成本的投入執法資源，以進行違法行為之發現與制裁等工作；而本文於一開始也已指出，與違法惡性不成比例之制裁，具有引誘當事人投入過度的違法預防措施，而出現資源配置無效率的現象。就反托拉斯法而言，可以下列簡要例子說明此一問題。假設為達完全抑制廠商進行不法聯合行為之目的，立法者決定修法並賦予任何因聯合訂價行為而受有損害之消費者或競爭廠商，得向實施聯合行為被告請求 10 倍的損害賠償。由於反托拉斯法在“聯合協議”存在與否的認定上，仍存有相當之不確定性，⁴⁸ 假設廠商基於非勾結意圖所進行的合作行為 (合資、策略性聯盟等) 有 20% 之機率將被法院認定為聯合行為。若競爭者平均而言，將因該合作行為而受有 \$100,000 的營業利益損失；另外，為避免為主管機關認定違法，合作廠商需負擔 \$30,000 之成本聘僱更多之律師與反托拉斯法專家，用以評估該合作契約對市場競爭之影響與在反托拉斯法下之合法性。從社會資源有效使用的角度來看，此乃一無效率之成本投入，因為該預防措施所生之「利益」(即廠商因此所可節省之損害賠償支出—— $\$100,000 \times 20\% = \$20,000$)⁴⁹ 低於廠商因此所需負擔之額外成

48 聯合協議 (agreement) 之存在，為多數國家適用反托拉斯法制裁聯合行為所需符合之門檻，但也是判斷過程中最不容易也最不確定之要件。究竟被指控從事聯合行為之被告間是否具有從事聯合行為之意思聯絡，除非法院掌有相當明確的證據 (如書面契約，書信往來或電話錄音等)，否則純就主觀面加以探討，恐將淪於原被告各執一詞，莫衷一是的窘狀。也因此，相關之認定標準乃因應而生。歸納而言，此類認定標準傾向於利用客觀之事證，例如市場價格是否出現同起同落、同業公會是否居間協調、以及業者間是否普遍採行類似「最惠國待遇」條款或「基點訂價」(basing-point pricing) 等監督與制裁機制，以推論 (infer) 聯合協議的存在。但即便如此，其認定結果，仍具有相當之爭議性。有關聯合行為協議認定標準之相關法律與經濟理論分析，請參閱 (Gellhorn and, 1994: 272-277, 278-282)。

49 為簡化分析，於此僅假設損害賠償之支出為廠商行為被認定違法後所需負擔的唯一成本，而不涉及一旦法院或反托拉斯法主管機關禁止該合作行為後，廠商因此所失之利益。

本(\$30,000)。⁵⁰ 然而，在 10 倍的損害賠償法則下，由於廠商之賠償責任增加為\$200,000，在成本——效益的考量下，廠商仍會投入資源從事該一無效率之預防措施行爲。

參、「最適損害賠償」理論於反托拉斯法中之具體化嘗試——Landes 法則介紹

承襲 Becker 「最適執法量」理論的精神，William Landes 教授於 1983 年的一篇論文中，嘗試建立反托拉斯法中的「最適損害賠償」計算原則。以廠商利用各類不當競爭手段取得市場優勢地位後，進而採行獨占訂價行爲為例，Landes 首先指出，當發現與制裁不法競爭行爲等執法成本等於零或極微小可忽略不計時，最適的反托拉斯損害賠償額基本計算公式爲：獨占價格下所移轉予獨占者之消費者利益，再加上社會因獨占訂價行爲所必需承受之無謂的損失。Landes 此一結論，可以圖 1 對獨占訂價行爲之基本分析圖形來加以說明。

假設廠商於不斷購併市場其他競爭者後，成爲市場之獨占者，其中 D 與 MR 線分別代表獨占者之需求與邊際收益曲線。獨占廠商依其邊際生產成本 MC（假設亦等於市場的競爭價格 P_c ），等於其邊際收益之訂價方式，決定其最終產出 Q_m 與最終售價 P_m 。進一步假設結合行爲具有降低生產成本之效果，該廠商可透過結合而將其生產成本線由原先的 MC 降至 MC_1 。圖形中的 T, W, 與 C 分別代表在獨占訂價下移轉予獨占者之消費者剩餘、因市場總產出由競爭水平 Q_c 降至獨占水平 Q_m 所產生的「無謂的損失」、以及獨占者

50 此爲美國侵權行爲法中著名「韓德公式」(Hand Formula) 之運用。韓德法官於 Carroll Towing 一案中，揭櫫了以損害發生之機率 (P)、被害人所受損害之程度 (L)、以及行爲人預防損害發生所需負擔之額外成本 (B) 三項變數，來決定行爲人是否該爲其行爲負起過失責任。United States v. Carroll Towing, 159 F. 2d 169, 173 (2nd Cir. 1947)。不同於傳統上以當事人是否已盡到應有注意之義務的主觀判斷標準，韓德法官認爲，只有當客觀上 $P \times L > B$ ，也即損害發生時，原告所受之損失大於被告之預防成本時，方能科以當事人過失責任。

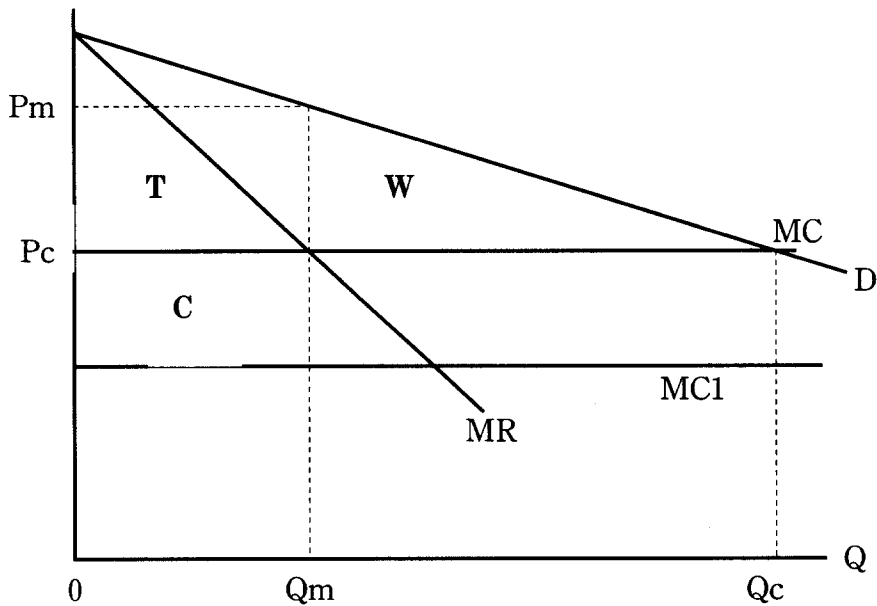


圖 1

因生產成本降低所可獲得之利潤。在不考慮執法成本, 以及以提昇「Kaldor-Hicks 效率」(Kaldor-Hicks Efficiency) 為反托拉斯政策追求目標⁵¹ 的前提下, Landes 法則所言之最適反托拉斯損害賠償應為 $T + W$; 換言之, 此一損害賠償具有在誘導廠商進行對市場競爭具正面效果的結合行為的同時, 並能嚇阻其放棄對社會具淨損害的結合行為的功能。就圖形而言, $T + W$ 的損害賠償, 會使廠商在衡量其本身所受之利益與所需負擔之損害賠償成本後,

51 任何政策的採行或改變所產生之社會資源重新分配, 必然會創造出得利者 (gainers) 與失利者 (losers)。在 Kaldor-Hicks 效率理論下, 只要政策為得利者所創造出之利益大於失利者因此所受之損失, 即為可以採行之政策。反之, 符合柏瑞圖效率 (Pareto Efficiency) 理論之政策, 則必需進一步要求得利者需補償失利者之實質損害。綜合二者之差異在於, Kaldor-Hicks 效率以得利者是否具有補償失利者之潛在可能性, 而柏瑞圖效率則以實質補償的發生, 作為檢核特定政策是否符合社會最適之標準。推論言之, 在柏瑞圖效率下, 禁止獨占或聯合行為極可能是不符合社會最適的立法, 因為其將讓獨占者或聯合行為的成員受有損失。雖然 Kaldor-Hicks 效率理論仍有未盡週延之處, 如忽略了政策之分配效果; 但就公共政策的制定與選擇而言, 其仍是較為可行之理論。(Cooter and Ulen, 2000: 44); (Posner, 2001: 23); (Hovenkamp, 1994: 74-76)。

於 $C > W$ 的情形下，進行結合，而在 $C < W$ 時，放棄該結合行為。至於何以如此？可由比較下列幾種可能之賠償額計算方法的過程中得知。首先考慮被告除需就消費者與社會所受之損失負責外，尚需停止該結合行為之情形。於此制度下，行為人所需承擔之違法成本為 $T + C + W$ ，由於其大於結合所可獲得之利益 $T + C$ ，結合行為將不會發生。此一情形於結合行為具正面之淨福利效果時（也即 $C > W$ ），將產生「過度嚇阻」的現象。次就傳統的補償法則加以考量。於該法則下，若被告僅需負擔賠償消費者利益移轉部分，則由於結合所生之利益為 $T + C$ ，故不論 $C > W$ 或 $C < W$ ，廠商仍將進行該結合行為。若法院應原告之請求，同時禁止該結合行為，則行為人所需負擔之成本為 $T + C$ ，與結合所生之利益相當。此時，即使在 $C < W$ 時，廠商仍有可能進行該結合行為。同理，若單以補償社會所受之損害 W 為計算賠償之標準，則只要 $T + C > W$ ，結合就會發生，不論 C 與 W 間何者較大。換言之，上述幾項可能之損害賠償制度設計，都可能會發生「不完全嚇阻」的情形。反之，若損害賠償制度的設計，以 $T + W$ 作為計算之依據，則當 $T + C > T + W$ 時，廠商會進行結合行為，而此時 $C > W$ ；而當 $T + C < T + W$ 時，廠商會放棄結合行為，而此時 C 也正好小於 W 。

當然，於現實生活中，違法行為不可能被百分之百的發現；此時最適損害賠償也需作相對的調整。由於當違法行為存有不被發現之可能性時，法律實際上所加諸於行為人之制裁，僅為損害賠償額乘以行為被發現之機率。為達最適嚇阻目的，此時應另以違法行為被發現機率的倒數，作為 $T + W$ 之加倍乘數 (multiplier) 始能矯正制裁不足之現象。舉例言之，假設 $T + W$ 等於 \$10,000，而違法行為被發現之機率為 $1/4$ 。對行為人而言，其違法之有效 (effective) 制裁僅為 \$2,500。因此，需對 $T + W$ 再乘以 4（機率的倒數），也即損害賠償額應為 \$40,000，始能實現最適嚇阻的目的。此外，社會制裁與處罰違法行為所需負擔之行政成本也不可能小到可以忽略不計。一旦將此類執法所生之行政成本 E 也列入考慮，Landes 法則下之最適損害賠償應調整為 $T + W + E$ 。綜合相關的分析，Landes 對反托拉斯法最適損害賠償的見解可更具體地歸納為以下二項法則：

一、當執法之行政成本 E 可以忽略不計，而違法行為被發現之機率為 p

時反托拉斯最適損害賠償 $= (T + W) / (1/p)$

二、當執法之行政成本 E 列入考慮，而違法行為被發現之機率為 p 時反托拉斯最適損害賠償 $= (T + W + E) / (1/p)$ ⁵²

最後需附帶一提者，乃本文以廠商結合後形成市場獨占者作為論理的前提假設；但對於廠商結合後，市場仍存在有與之分庭抗禮競爭者的寡占市場而言，Landes 法則在實現最適嚇阻目的上，仍有適用之餘地。首先考慮結合廠商與其他寡占廠商，彼此勾結聯合向消費者收取統一之獨占價格。此時，與圖 1 所描述之結合後形成獨占市場無異，故最適之損害賠償仍為 $T + W$ 。值得進一步思考者，乃若結合廠商與其他寡占者彼此間並無聯合訂價之協議，但因寡占市場結構的特殊性，使得市場出現一致性的獨占價格時，若消費者向結合廠商提起損害賠償訴訟，依 Landes 法則，究應將全數之消費者剩餘移轉 (T) 列入公式計算？抑或只能將其中為結合廠商所獲取者 (T_m) 列入，而不包括為其他寡占者所取得者 (T_f)？從嚇阻理論強調以不法行為對行為人外社會其他人的「淨損害」作為賠償依據來看，⁵³ 此一問題的直覺答案應將屬於其他寡占者之「利益」， T_f ，從 Landes 公式中扣除，方能避免對結合廠商產生「過度嚇阻」的效果 (Landes, 1983: 667)。

此一結論可以下列簡化之圖形與數字關係加以說明。假設結合後的廠商於相關市場內只享有 40% 之市場占有率。進一步假設，圖 1 中之 T (等於圖 2 中的 $T_m + T_f$)、 W 的值分別為 \$100、\$60；而採行結合的廠商因生產成本降低所可獲得之利益，圖 2 中的 C_m 為 \$61。由於 $C_m > W$ ，屬法律所應鼓勵的有效率的結合。但若將損害賠償訂在 $T + W$ (\$160) 的水平，將迫使結合廠商放棄該結合行為，因為廠商自結合所得之利益為 $T_m + C_m = 0.4(T) + \$61 = \101 。反之，若將損害賠償訂在 $T_m + W = \$100$ ，則可避免出現過度嚇阻之情形。⁵⁴

52 證明：當 $T + C > p[(1/p)(T + W + E)]$ 時，結合行為將付諸實施，而於此時，結合行為所生之利益 C 也大於結合對社會所產生之限制競爭與執法成本等的不利益， $W + E$ 。同理，當 $T + C < p[(1/p)(T + W + E)]$ 時， $C < W + E$ 。

53 請參閱本文第貳節關於 Beccaria 理論的說明。

54 此一結論建立在寡占廠商之邊際成本線與結合廠商相同，皆為水平之 MC 線。若此一假設解除，例如寡占廠商之邊際成本高於競爭價格時，由於寡占廠商因非獨占價格所取得之消

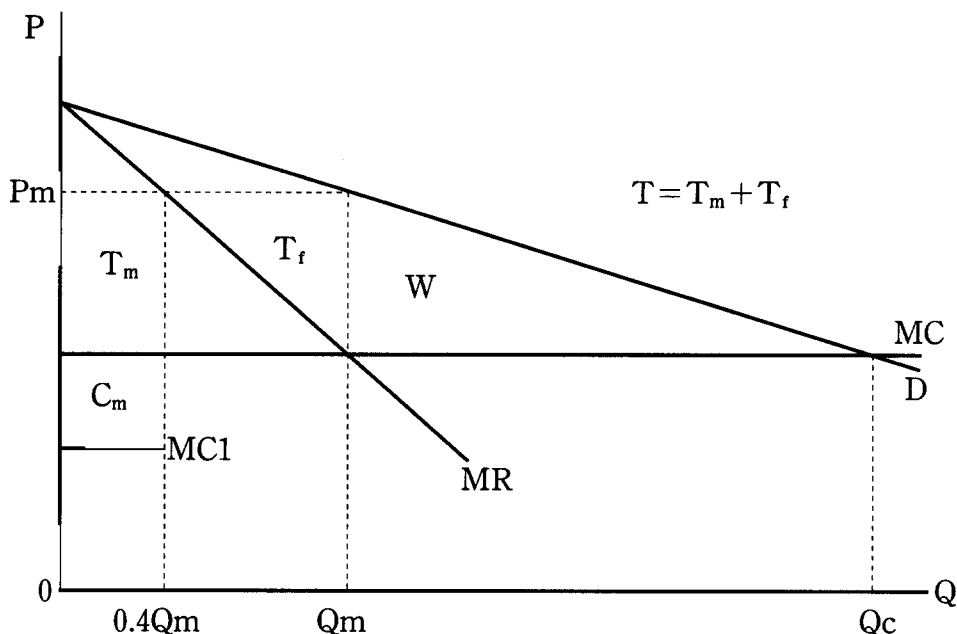


圖 2

肆、「最適損害賠償」理論對我國公平法 私人訴訟制度之啓示(一)： 反托拉斯法私人訴訟基本法制度理論之省思

於了解 Landes 法則計算方式後，筆者擬分別探討該法則對我國公平法中私人訴訟制度之實行，有何值得參酌之處。本節首先思考，對習慣於從補償法則思考民法損害賠償計算與訴訟程序問題之我國，從嚇阻目的出發之最適損害賠償理論，對反托拉斯法私人訴訟基本法制度理論的建立上，可如何提供不同於傳統之立法與執法思維。承襲第壹節以「超額支付」與「排除競

費者剩餘的移轉，將小於消費者因此所受之損失，二者之差額屬於“淨損失”之範圍，故需加入公式中計算。於寡占廠商之成本等於獨占價格之極端情形時，寡占者並未取得任何消費者剩餘移轉之利益，而圖 2 中 T_f 的部分全屬消費者之損失。此時最適損害賠償又回歸到 $T+W$ (Landes, 1983: 668)。

爭」二大訴訟類型作為行文分析之主軸，本節分別就反托拉斯法加倍損害賠償規定，競爭者訴訟權能之有無，以及民事訴訟制度中決定當事人適格原則等三大法律問題，為一理論性的探討。而由於國內公平法私人損害賠償訴訟案例尚不多見，本節將以美國法的相關判決中的討論，作為文中提出理論建議之佐證。

一、最適損害賠償理論下之「超額支付」訴訟 ——加倍損害賠償制度之再檢討

「超額支付」訴訟中單以補償原告損失作為計算賠償額之依據，很可能會出現不完全嚇阻或過度嚇阻等情形，已如前述。該如何透過立法對損害賠償額度之計算進行適度之調整，以體現最適嚇阻的目標？則是從 Landes 法則中吾人可進一步思考之問題。其中，常見於各國反托拉斯法中加倍損害賠償規定，更與此一問題有最密切的關聯。英國可能是全球最早將加倍損害賠償制度於競爭法規中加以明文化的國家。該國於 17 世紀所制定的「獨占法」(Statute of Monopolies) 第 4 條中賦予任何個人因獨占而受有財產上之損害時，得請求 3 倍於該損害之賠償 (Jones, 1999: 35)。此一規定也出現於美國克雷頓法 (Clayton Act) 第 4 條與我國公平法第 32 條。依上述各該法規之規定，一旦反托拉斯私人訴訟之被告違法責任成立，原告得請求被告依其實際所受損害之 3 倍以計算被告所應支付之賠償額。於美國法下，此一規定甚至於具有強制性，法院並無裁量之餘地。至於該項制度存在的目的為何？則可能有不同的解釋。加倍損害賠償規定，很可能是立法者給予違法行為人之額外的道德非難；也可能是基於被告所獲得之不法利益大於原告之實際損失，立法者為避免出現不當得利情形所為之衡平立法；其也可能是立法者有鑑於商業或經濟損害之計算不易，為彌補法院可能產生之計算錯誤所預留之矯正性立法；當然，我們也無法排除其乃立法者出於嚇阻再犯之考量所為 (Salop and White, 1988: 31-34)。但不論係出於何種立法目的，對於加重損害賠償之乘數應如何選擇方屬適當？則較少有深入之探討。以美國法為例，從其立法資料來看，國會於立法時，並未就此一問題加以辯論，主要理由乃國會並未預見會出現許多的私人損害賠償訴訟。事實上，修曼參議員於提出

修曼法草案時，曾提出 2 倍的加重損害賠償的立法構想 (Hovenkamp, 1989: 1)。而我國公平法於制定之初，立法者也僅就是否需採行加倍損害賠償有所討論，但對於為何需以三倍作為賠償的上限？則無討論紀錄可循。

針對此一議題，「最適損害賠償」理論提供了一項較為科學性的分析架構。從以上之討論可知，假設不計算執法之行政成本，Landes 法則下對反托拉斯損害賠償額之計算最具關鍵性影響者，當屬違法行為被發現與制裁之機率。為方便觀察與說明，假設當獨占者之邊際成本如圖 1 所示為固定，而 T 的面積為 W 之 2 倍時，⁵⁵ Landes 法則下之最適損害賠償公式可改寫為 $(3/2p)(T)$ ；也即被害人損害之 1.5 倍再除以行為被發現之機率。⁵⁶ 於違法行為被發現之機率很高或接近 100% 時，最適損害賠償應為被告損失之 1.5 倍。藉此，我們可對加倍損害賠償制度之妥當性為以下三項觀察。

首先，當廠商的邊際成本線與圖 1 所示者相同時，3 倍損害賠償額，只有於違法行為被發現之機率等於 50% 時，方與最適嚇阻之理念相符。另外，當反托拉斯法對私人訴訟立法政策係以補償被害人損害 (T) 為出發點，而忽略了違法行為被發現之機率或假設所有違法行為必受到制裁時，美國法自動加乘的 3 倍損害賠償制度，可能會出現過度補償 (overcompensation) 但不完

55 對此結論簡單證明如下。假設廠商之需求函數關係可以 $a - bq$ 來表示，其中 $a > 0, b > 0$ ，而邊際成本 MC 假設等於 c 。依定義，邊際收益等於 $a - 2bq$ ，而圖 1 中之 $Q_c = (a - c)/b$ ， $Q_m = (a - c)/2b$ ， $P_m = (a + c)/2$ 。據此可得出 $T = [(a - c)/2b](P_m - c) = (a - c)^2/4b$ ，而 $W = (Q_c - Q_m)(P_m - c)(1/2) = [(a - c)/2b][(a - c)/2](1/2) = (a - c)^2/8b$ 。

56 為簡化分析，本文假設邊際成本線為水平，但此一假設並不會影響 Landes 法則在理論上之正確性。於 MC 為正斜率（也即邊際成本遞增）時，則圖一中之 W 面積將隨之變小，甚至於趨近於零。換言之， $(3/2p)(T)$ 成為 Landes 法則下，最適反托拉斯法損害賠償之上限，T 的大小，決定最適損害賠償的多寡 (Shughart II, 1990: 428)。此時以 T 作為決定損害賠償依據的補償法則，實際上具有輔助 Landes 法則之效。於 MC 為負斜率（也即邊際成本遞減）時，由於獨占廠商呈現規模經濟 (economies of scale) 的特質，此很可能不是反托拉斯法所需禁止，甚至於是應加以鼓勵的獨占類型。在此情形下，依 Landes 法則所計算出之賠償額，需能避免出現過度嚇阻的情形。與圖 1 水平之 MC 線相較，負斜率的 MC 線所決定出之獨占價格要低於 P_m ，而 T 與 W 之面積也變小，T + W 所生之嚇阻效果也隨之減弱。若再加上因生產成本隨產量增加而下降所生之額外的生產者剩餘，Landes 法則應可適時的鼓勵廠商進行有效率的獨占行為。詳細的推論過程，應可比照第參節中關於當 $C > W$ 時，T + W 的損害賠償法則可鼓勵廠商進行具降低生產成本效果之結合行為的說明。

全嚇阻之非最適情形。

其次，於嚇阻概念下，個別違法行為之“透明度”或“曝光率”為何，可能是法院於計算私人訴訟損害賠償時，所需調查與掌握之重要事證之一。就違反反托拉斯法之行為類型而言，其中不乏透明度較高而較易為相關利害關係人所發現者；例如大公司間之合併，通常會為報章雜誌所大幅報導；而搭售或轉售價格維持約定等行為，廣大的消費者往往是最有效的檢舉人（Hovenkamp, 1994: 600）。對於此類違法行為，可以考慮賦予較低之損害賠償乘數。至於像聯合訂價行為，由於多屬卡特爾成員間之秘密行為，發現不易；相對的，則需以較高之乘數，始有可能達到最適嚇阻的效果。

最後，從簡化的 Landes 法則中不難看出，當 p 的值愈高，其因此所決定的「最適損害賠償」與依「補償法則」所計算出之賠償額度，二者間之差距愈小。因此，如何提高發現與制裁不當競爭行為之機率，而得以在相關條文的執行過程中，儘可能同時實現“補償”與“嚇阻”二項立法目的，則是值得立法者進一步思索的問題。對此，政策上可能之配合設計有二。其一、從理論上而言，應賦予法院依個案具體違法事實調整加倍乘數大小的權限，以落實最適嚇阻目標；惟若基於法明確性與可預測性之要求，而需限制最高加倍乘數時，也應採彈性而非強制性之規定。再者，反托拉斯私人訴訟之相關政策與制度之建立，應朝提高潛在原告起訴誘因之方向來進行；一旦不法行為訴諸公堂之機會增加，其被發現與制裁之機率當然也會隨之提高。就此，美國反托拉斯私人訴訟中常見之集體訴訟（class action）方式，頗值參考。但於此同時，對可能出現之當事人濫訴、執法成本的增加、以及集體訴訟制度本身所特有之「本人—代理人二難」（principal-agent dilemma）問題等，也需有妥適之配套制度，如反托拉斯法「當事人適格」理論，以資制衡。⁵⁷ 相關之問題，將於以下第三、四小節與第五節中詳論。其二、加倍乘數多寡的設計，應考量如何降低法院於審理過程中誤判之機率。本文至此皆概括地

57 另外，學者亦有主張以「二分式」（decoupling）之加重損害賠償制度，抑制高損害賠償額所可能產生之濫訴誘因。綜言之，其理論基礎在於將加倍之損害賠償額一分為二，其中一部分歸屬於國家，而不歸起訴當事人所有。如此不但可確保損害賠償制度之嚇阻功能，亦可降低當事人濫訴之機率（Polinsky, 1988: 87）。

假設不法行爲一旦被發現，被告必定會受到制裁；事實上，即使被告經合法起訴後，法院於審理過程中，仍有發生誤判而使不法行爲人無需負擔賠償責任之可能。如上所述，此將出現不完全嚇阻之情形。有鑑於此，Salop 與 White 即認為，由於法院發生誤判之機率與原告投入訴訟資源（如搜證或聘請專家證人所支出的費用）之多寡具正向之關係，而加倍乘數之大小對原告是否投入更多的訴訟資源有一定程度之影響，對於以「合理原則」審查之違法行爲類型，因法院所需考量之證物較受「當然違法」原則拘束者要來得複雜，誤判之機率也相對提高，故應給予「合理原則」下之原告較高的加倍乘數，以提高其搜尋與舉證之經濟誘因，進而提高法院判決之正確性（1988: 33）。

二、Landes 法則下之「排除競爭」訴訟

Landes 法則下二項主要計算參數， T 與 W ，前者指被告因成功實施排除行爲後，所能自消費者獲取之獨占利潤，而後者則是消費者因被告之獨占訂價行爲，而被迫改以次佳產品為無效率替代所生之成本，二者皆可能與原告競爭者因被告之排除行爲所受的營業損失不盡相同，甚或全然不同。也因此，Landes 法則與概以原告營業利益損失作為計算損害賠償依據的傳統「排除競爭」訴訟，在損害賠償相關訴訟原則上，可能會出現大相逕庭的看法。其中最顯著的差異，在於被排除競爭者是否應具有提起私人訴訟權能此一議題上。Easterbrook 主張，由於競爭者之營業損失與嚇阻概念下所擬回復之“淨損失”概念有所出入，故從最適損害賠償的角度來看，被排除之競爭者，應無提起反托拉斯法私人訴訟之權能（Easterbrook, 1986; Easterbrook, 1984: 37）。⁵⁸ Landes 基本上贊同此一結論，但認為，當消費者因個別所得請求之超額支付金額過低，而欠缺起訴誘因時，基於實現最適嚇阻之政策目的，可考慮例外地保留所得請求金額（營業利益損失）較高之競爭者的原告資格，以提高排除行爲被發現與制裁之機率（1983: 672）。

引申而論，當被指控之不當排除競爭行爲不具有進一步擴大 T 與 W 之效果時，即使競爭者於排除行爲實施過程中受有營業利益之損失，於最適損

58 另請參閱 (Baumol and Ordover, 1985: 256-259)；(Breit and Elzinga, 1974: 355)

害賠償理論下，也不應有提起私人訴訟之權利（Page, 1990: 2165）。此顯然與傳統補償法則有很大的不同，因為不論是不具限制社會整體產出且有提昇競爭效率效果之行爲，與具有增加被告市場力量效果與減少產出之無效率行爲，二涉案類型下之原告，皆可能會因為被告之不法排除競爭行爲，而受有相同程度之營業損失，故於形式上皆有補償救濟之必要；但就嚇阻理論而言，制裁前者反將產生過度嚇阻的情形（Hovenkamp, 1994: 594）。

以垂直交易限制與掠奪性訂價（predatory pricing）二類常見於「排除競爭」訴訟之行爲類型為例，具體說明上述結論。就前者而言，不少學者已指出，從經濟分析的角度，法院傳統上由「槓桿—排除」（leverage-foreclosure）理論出發，認為垂直結合，搭售或獨家交易限制等交易安排具有讓被告將其在某一特定市場中之市場力量，延伸至另一相關上下游市場效果的看法，不見得正確。其批評的重心在於，不同於水平競爭者彼此間之限制競爭行爲，上下游市場間之交易限制，其所涉及者往往只是市場單一廠商，於其現存（existing）之市場力量下所進行之內部商業整合行爲，而從事該行爲的廠商，不太可能可以在有利可圖的前題下，擴大自己於原有市場之市場占有率，並進一步減少市場產出與提高產品價格。⁵⁹ 也因此，行爲廠商在其既有之市場地位下所可獲取之獨占利潤，以及社會因無謂損失所需承擔之成本，並不會因垂直交易限制行爲而有所改變。依 Landes 法則，只有在排除行爲完成，而被告在取得更高之市場力量後，企圖濫用該市場力量以進一步抬高市場價格時，方有發生損害賠償責任之餘地。就被排除競爭廠商在排除行爲實施期間所受之損害，例如因被告之排他交易行爲所喪失之交易機會，除非其能證明該項損害與被告在「後排除期間」（post-exclusionary period）之減產漲價行爲具因果關係，否則，不應列入計算反托拉斯最適損害賠償之範圍內（Page, 1990: 2165）。

基於同樣的考量，因掠奪性訂價行爲而被排除之競爭者，其在掠奪行爲

59 相關的理論說明，請參閱（Director & Levi, 1956: 290, 292）；（Bowman, 1957）；（Burstein, 1960）；（Allen, 1971）；（Posner, 1976: 196-207）；（Wollenberg, 1987: 737）；（Bork, 1993: 137-144）。

實施期間所受之營業利益損失，原則上不得列入最適損害賠償之計算範圍內，除非該損害為被告在後掠奪期間基於攫取更高獨占利潤，用以彌補在掠奪期間所受損失，而濫用其市場地位下之產物 (Landes, 1983: 670-671)。⁶⁰ 以圖 3 為例，具市場優勢地位的廠商於實施掠奪性訂價行為前之價格與產出水平分別為 P_m 與 Q_m 。假設為排除競爭對手，該廠商決定採行掠奪性訂價，並將價格降至其邊際本以下 P_p 。於該價格水平下，廠商之產出增加為 Q_p 。從圖形中可以清楚的看出，原本屬於廠商的 T 的部分，因價格之降低而重新歸屬於消費者，而 W 則因產出的增加而消失。另外消費者因掠奪性訂價行為而多取得了 $C+D+E$ 的利益。固然，因廠商之掠奪價格誘發超出競爭產出水平的額外需求，使得掠奪廠商需進行無效率增產，將產量由 Q_c 增加至 Q_p ，此

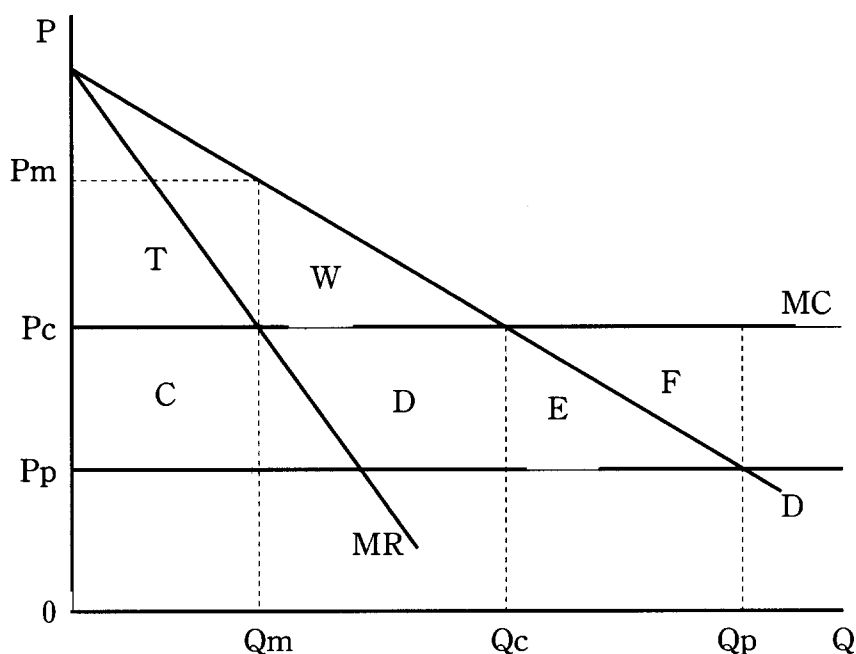


圖 3

60 即使掠奪被告於取得市場優勢地位後，企圖以提高價格的方式來補償掠奪損失；競爭者可能因此得以搭被告之便車，而享有高價之利益，不當然會有損害發生。(Snyder and Kauper, 1991: 586)

行為產生了另一類型之無謂損失，可以 F 來代表；但不同於 W 的是，F 是由實施掠奪訂價的廠商自行負擔，而在圖 3 中很明顯的 $C+D+E$ 大於 F。因此，從 Landes 法則強調制裁對社會具“淨損害”行為的精神來看，被排除之競爭者因掠奪所失的營業利益，不具有保護之必要。

三、嚇阻概念下之當事人適格問題(一)：

「反托拉斯損害」(antitrust injury)原則作為篩選之機制

Landes 法則所提供之另一項值得我國參考之反托拉斯法理論建議則是，為達有效嚇阻，最適損害賠償理論固然建議需儘可能地提供潛在原告起訴之誘因；但因不法競爭行為而受有直接與間接損害之當事人可能牽連涉廣，於試圖提高不法行為被發現與制裁機率的同時，也需考慮是否會出現當事人濫訴，而使訴訟成本增加，進而不當抑制了被告進行「有效率排除」行為之動機。反托拉斯政策制定者與執法機關，應嘗試建立實體或程序上的相關法律原則，以避免因此一現象出現，反而將私人損害賠償訴訟推離最適嚇阻的目標。其中，利用訴訟法中關於「當事人適格」判斷理論，預先排除不具原告價值之潛在訴訟當事人，乃法院所得運用之控制手段之一。

對於當事人於該當何等反托拉斯法要件下，始屬訴訟適格？適用於民法侵權行為損害賠償訴訟之主流判斷標準，未必能全然移植於以嚇阻為目標之反托拉斯法訴訟中。對此，美國法的經驗頗具參考價值。於美國法下，較為各下級法院所引用者，有「直接損害」(direct injury)與「目標區域」(target area)二說。從其上位概念而言，二者皆根源於侵權行為法中之因果關係理論。前者強調原告當事人適格之有無，端視其所受之損害是否與被指控違法之行為間具有直接之關係。因此，公司可以以競爭者間之不法結合行為而受有損害為由提起損害賠償訴訟，但公司股東則無此權利；後者則認為原告只需證明損害是發生於因競爭秩序遭破壞所可能被危及之範圍內，即屬有當事人適格之原告(Hovenkamp, 1994: 554-555)。惟不論是「直接損害」或「目標區域」理論，在運用時仍不免產生解釋上的爭議。為求明確，美國聯邦最高法院進一步引入「反托拉斯損害」(antitrust injury)原則以作為判斷反托

拉斯私人訴訟所特有之當事人適格判斷標準。⁶¹

所謂「反托拉斯損害」，乃美國聯邦最高法院於 Brunswick⁶² 一案中所建立之原則。該案原告為經營保齡球館業者；於所提起之反托拉斯損害賠償訴訟中主張被告 Brunswick 收購原告競爭對手之行爲，使該競爭者得以繼續於市場中與原告從事競爭。原告主張，若無被告之購併，該競爭者早已退出市場，原告將可因此而取得較高的市場占有率與利潤。據此，原告請求被告賠償其因此所失之營業利益。於判決原告敗訴的理由中，美國聯邦最高法院指出，原告所受之損害，與被告或其競爭者於市場中之規模大小並無關聯；當其競爭對手利用融資手段，或為財力不若 Brunswick 雄厚之公司所購併，而得以持續經營時，原告仍需承受類似之營業損失。⁶³ 事實上，原告所受之損害，乃市場自由競爭之結果；而由於反托拉斯法的目的在保障競爭而非競爭者，該項損害並非反托拉斯法所欲回復之損害。⁶⁴ 主張 3 倍損害賠償訴訟之原告，除損害之發生與不法行為間之因果關係外，尚需對該損害係反托拉斯法所欲保護之「反托拉斯損害」負舉證責任。而所謂的反托拉斯損害，依最高法院之定義，乃「反托拉斯法所欲避免，且由被告之不法行為所衍生之損害。」⁶⁵ 該項損害需能夠「反應違法行為本身，或因該違法行為所可能出現的反競爭行為之反競爭效果。」⁶⁶

其後，美國聯邦最高法院於 1990 年 *ARCO* 一案中，⁶⁷ 再度強調了「反

61 對以「反托拉斯損害」作為控制競爭者原告濫訴之機制，Snyder 與 Kauper 從實證分析中發現，該項原則實際上並未如預期般對競爭者原告不當提起排除競爭訴訟產生抑制的效果 (Snyder and Kauper, 1991: 576-588)。但 Snyder 與 Kauper 之分析受到 Page 與 Blair 之批評，認為爾等之研究，忽略了不成文法所具有的「進化」(evolutionary) 特質；因此，以侷限於特定期間內之案例所為的實證研究，於學理上，恐無法真實反應法律原則對訴訟程序所可能產生之實質影響 (Page and Blair, 1992: 112-115)。

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

63 *Id.*, at 487.

64 *Id.*, at 488.

65 *Id.*, at 489. 判決原文為 “an injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flow from that which makes the defendants’ acts unlawful.”

66 *Id.* 判決原文為 “The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation.”

67 *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328 (1990).

托拉斯損害」原則於損害賠償訴訟中之重要性。而即使是被歸類為當然違法之行爲類型，也並不表示一旦該類行爲出現，當事人所主張之損害即可視為是反托拉斯損害。本案原告 USA Petroleum Co. (USA Co.) 爲一獨立之石油經銷商；被告 ARCO (Atlantic Richfield Co.) 則爲美國西岸主要石油公司之一。於訴訟中，USA Co. 指控 ARCO 與其下游經銷商就汽油約定最高轉售價格，大幅降低了 ARCO 旗下經銷商彼此間之價格競爭，並使得許多獨立經銷商喪失原有之營業利益，甚至於被迫退出市場，已屬違反修曼法第 1 條之不當限制交易的當然違法行爲。

雖然最高法院承認最高轉售價格維持約定適用當然違法原則，⁶⁸ 但 USA Co. 請求損害賠償之主張並不爲法院所採。法院指出，除非最高轉售價格之限制具有掠奪效果，否則原告以獨立經銷商之身分於市場中從事競爭之能力，並不會因 ARCO 與其經銷商間之價格約定而受有影響；雖然 USA Co. 可能因較低之市場價格而受有營業損失，但這正是市場競爭之本質。⁶⁹ 再者，當然違法原則的目的，在認定行爲是否違反反托拉斯法；而「反托拉斯損害」原則，則在於確認原告是否真受有反托拉斯法所欲保護之損害，而得以以私人訴訟的方式請求救濟，二者不可混爲一談。⁷⁰

四、嚇阻概念下之當事人適格問題(二)：

「間接買方」與「非卡特爾成員」消費者之適格

綜上述，若我們希望損害賠償之計算方式，能在實質補償原告之損失的同時，也能適當的嚇阻無效率的違法行爲，與鼓勵有效率之競爭行爲，則最適損害賠償理論的啓示是，反托拉斯政策的制定方向，應是朝提高當事人起訴誘因與違法行爲被發現的機率著手，並輔以「反托拉斯損害」原則，以防止濫訴。此一論點對訴訟原則之影響，具體反映在反托拉斯法對「間接買方」

68 於美國反托拉斯法下，最高轉售價格維持約定一直爲美國聯邦最高法院視為是當然違法之行爲。此項觀點一直到 1997 年之 *State Oil v. Kahn* 一案中，才被推翻。522 U.S. 3 (1997)。有關該案之介紹與分析，請參閱（陳志民，1999）。

69 495 U.S. 338.

70 *Id.*, at 342.

與向「非卡特爾成員」購買產品或服務之消費者，能否提起反托拉斯法訴訟此項議題之上。我國公平法對此全無討論。針對前者，美國聯邦最高法院於 *Hanover Shoe* 一案中以間接買方因所得請求之賠償金額較小，故將欠缺起訴之經濟誘因為由，否定了被告主張「損害轉嫁」抗辯之判決，實與此一政策目標互相呼應。*Illinois Brick* 一案用以否定間接買方當事人適格之理由，例如避免法院因需判斷間接買方實際損失為何，而導致相關訴訟成本之增加、因裁判衝突與訴訟結果不確定性增加，相對的使當事人起訴意願降低、以及防止多數原告得對被告重覆起訴等，皆展現了美國聯邦最高法院另以較具政策導向考量來解決此一議題之企圖；而從這些理由中，我們也不難發現「不完全嚇阻」或「過度嚇阻」等最適損害賠償理論所欲預防的現象，也正是大法官於該案所關心之重點所在。事實上，從嚇阻理論出發，*Illinois Brick* 一案可被合理解讀為，大法官之所以否認間接購買者具有當事人適格，乃直接買方通常較間接買方更具有起訴的誘因與勝訴的可能。特別是在一般情形下，直接買方通常也是產品之重覆購買者與替代性產品之經常購買者，故對市場在無獨占或其他反競爭行為存在時之競爭價格水平為何，應有較清楚的了解。再加上由於直接購買者於垂直交易關係中處於最頂端，往往也是對賣方之生產成本結構知之最詳的交易當事人 (Benston, 1988: 234-235, 245-246; Page, 1985: 1486)；就承擔舉證責任的能力而言，也較間接買方更具有優勢。

而對於「非卡特爾成員」之消費者能否以卡特爾為被告提起私人損害賠償之訴，則是在美國反托拉斯法訴訟中具較爭議的議題。經濟學文獻已指出，當卡特爾只包括市場的部分成員時，非卡特爾成員競爭者，很可能放棄以競爭價格與卡特爾競爭之誘因，而追隨該卡特爾所訂定之勾結價格；換言之，勾結價格將形成一價格傘，甚至於成為市場之普遍價格。此時，向非卡特爾成員以非競爭價格購買產品或服務之消費者，得否向該卡特爾提起「超額支付」訴訟？如依上述美國聯邦最高法院在 *Brunswick* 中所為的定義，由於消費者之所以需付出較高之非競爭價格，乃衍生自反托拉斯法所欲制裁與禁止之卡特爾勾結行為，故不無將其視為是「反托拉斯損害」之可能。但如同 *Illinois Brick* 一案所呈現的，對立法政策的不同解讀，可能使法院對此一問

題採取不同的立場，其中又以美國聯邦第三巡迴上訴法院以下二項判決最具代表性。

*Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*⁷¹ 一案中之被告乃消費紙袋之製造廠商，原告則是包括 Mid-West 在內之多家超市、雜貨店、以及銷售紙袋的中間廠商。⁷² 原告於所提起的超額支付訴訟中主張，被告之聯合訂價行為，已使消費紙袋市場之價格普遍上漲。因此縱使其所需之紙袋並非由被告所提供，但其損害之發生實與被告聯合行為所生之價格傘效果有關，故應可依修曼法要求損害賠償。⁷³ 然而，法院於判決中否決了原告此一主張。其所持之理由有二。其一、法院無法決定原告實際所受之損害為何。由於不法行為之利益並非由行為人所取得，因此法院首先確認者，乃當被告之聯合行為不存在時，其競爭者之可能價格為何？此一部分的認定將會相當的主觀並具有高度的臆測色彩。⁷⁴ 而要求法院評估被告不法行為對其競爭者價格之可能影響程度為何，很可能使原已相當冗長的反托拉斯訴訟程序，變得更為複雜。對此，聯邦最高法院已於 *Illinois Brick* 一案中，表達了法院應儘可能避免其發生之決心。⁷⁵ 其二、保障競爭對手消費者之訴訟權與反托拉斯法維持市場經濟競爭性之目的無法相容，因為其將使違反反托拉斯法之行為人，需負擔遠超出其不法利益之法律責任。而雖然反托拉斯法 3 倍損害賠償制度含有誘使受害當事人願意提起訴訟之立法目的在內，但法院仍認為，允許此類型原告提起訴訟，將創造出一個具毀滅性的責任制度，與國會當初之立法原意相砥觸。⁷⁶

但第三上訴巡迴法院在其後的 *In re Lower Lake Erie Iron Ore Antitrust Litigation*⁷⁷ 一案中，對 *Mid-West Paper* 的適用，採取了較保留的看

71 596 F.2d 573 (3rd Cir. 1979).

72 *Id.*, at 575-76.

73 *Id.*, at 581.

74 *Id.*, at 584.

75 *Id.*, at 585.

76 *Id.*, at 586-87.

77 998 F.2d 1144 (3rd Cir. 1993), *cert. denied*, 510 U.S. 1091 (1994).

法。該案被告為以 B&L 為首的鐵路公司，為保有其在碼頭鐵礦裝卸與內陸運送市場之優勢市場地位，涉嫌與部分同業以集體杯葛的方法，阻撓競爭者引入一項可降低鐵礦裝卸時間與成本的新技術，使業者無法以其他較具效率之方式運送鐵礦。⁷⁸ 鋼鐵製造商，碼頭裝卸公司，以及卡車運送公司據此提起此一訴訟。主張被告之不當競爭行為，已使其喪失降低營運成本與增加交易之機會。就碼頭裝卸公司與卡車運送公司而言，法院認為被告之行為已對其構成直接的損害，故享有當事人適格，應無疑義。較不明確者，乃因該集體杯葛行為而需以較高價格向被告競爭者購買鐵礦裝卸服務之鋼鐵製造商，是否為受有反托拉斯損害之當事人？本案承審法院採肯定的態度。法院認為被告之行為當然已對鋼鐵製造業者產生了直接的衝擊。鋼鐵業者為鐵礦裝卸運送市場中之唯一買者，事實上，相關之產業皆是因應鋼鐵業者之需要而產生的；也因此，被告杯葛協議之最大受害者很可能是鋼鐵業者。⁷⁹ 而就 *Illinois Brick* 與 *Mid-West Paper* 所共同關切的重覆起訴對被告所產生之不公平情形，法院則認為，純就法理來看，由於鋼鐵業者所請求者乃因被告行為所無法節省之成本，而其他的原告所主張者乃因此所失之利益，二者之訴訟標的不同，故應無重覆起訴之問題。⁸⁰ 不過，法院也指出，法理上不致於出現重覆起訴的問題，並不表示個別原告所要求之賠償額度不會對被告造成重覆索賠之不公平現象，鋼鐵公司應就其所要求之賠償內容，與其他原告沒有重疊之處盡舉證責任。⁸¹ 至於計算過程所可能出現的主觀認定與臆測性問題，法院並未有深入的探討；儘強調，單以案件的複雜性為由而否決了原告起訴資格，就保障當事人訴訟權益而言並不妥適。⁸²

從本文對 Landes 法則的相關討論可知，是否該賦予非卡特爾成員之消費者提起損害賠償訴訟之資格，應取決於該類型之消費者於訴訟中有無能力盡其舉證與攻擊之能事，進而提高被告違法行為被發現之機率；此涉及消費

78 998 F.2d 1153.

79 *Id.*, at 1168.

80 *Id.*, at 1169.

81 *Id.* & n.22.

82 *Id.*

者對卡特爾成員彼此間聯合協議與相關競爭策略，如成本結構，訂價模式等資訊掌握程度為何的認定。而誠如以上所提，相對於間接買方或其他類型消費者，直接買方在取得卡特爾相關資訊之成本可能較低，也因此 *Mid-West Paper* 一案之結論似乎較為可採。

伍、「最適損害賠償」理論對我國公平法 私人訴訟制度之啓示(二)： 公平法具體法律原則適用與解釋之檢討

我國公平法自民國 81 年實施後，雖然其中第 31 與第 32 條分別賦予受有競爭損害之當事人得提起私人訴訟與請求 3 倍損害賠償之權利，但十年來，相關的訴訟案例仍不多見；公平會仍是執行公平法之最主要機關。於探討最適損害賠償理論對我國在未來建立反托拉斯法私人訴訟基本法理制度之可能啓示後，本節進一步就 Landes 法則對公平法原則之具體解釋與適用有何值得參酌之處，為一深入的分析。討論之焦點集中在「過失責任主義」之妥適性、因果關係認定與當事人適格問題、損害賠償數額與請求權行使期間的決定要素等三項議題。

一、「過失責任主義」v.「無過失責任主義」

我國公平法第 32 條第 1 項規定，法院於審理不法競爭行為被害人之損害賠償之訴時，「如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之 3 倍。」另外該條第 2 項亦規定：「侵害人如因侵害行為而受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額。」對照 32 條立法理由所提及之避免被害人因損害額不大或甚難證明，因而缺乏起訴意願，而造成對「不法侵害行為之鼓勵或縱容」觀之，公平法除關心受害人之損害是否可獲得實質的補償，以及行為人是否因侵害行為而取得額外之不當利益外，立法者似乎有意利用加倍的損害賠償，來預防與嚇阻再犯。而相較於美國強制性的 3 倍損害賠償規定，我國公平法第 32 條賦予法院得彈性調整加倍乘數之規定，實為較妥適之立法，也較可能實現 Landes 法則所追求的

「最適嚇阻」目的。殊值注意者，乃條文將請求加倍賠償之權利侷限於故意行為，而排除過失不法行為之加倍可罰性的規定，能否在嚇阻概念下找到合理的解釋？與此一疑問相關者，乃公平法第 30 條（侵害排除與防止請求權）與第 31 條均未將故意或過失明文為構成要件，則對我國公平法損害賠償制度究應採「過失責任主義」或「無過失責任主義」始能符合法內部解釋一致性的要求？皆有進一步探討之必要。

先就立法主義之爭議加以說明。我國學者對此曾有不同之見解。⁸³ 曾世雄教授從所欲保護之法益著手，認為「公平法所保護者乃交易秩序，違法僅表示扭曲交易秩序，與特種損害賠償所指製造危險尚有不同。」而由於危險對人格權或財產權可能產生直接之破壞，較交易秩序之扭曲嚴重，故不同於民事特別法對特種損害賠償所採之「無過失責任」主義，公平法之損害賠償規定應回歸基本之「過失責任主義」（曾世雄，1991: 355）。而蔡英文教授則強調，廠商在進行某一特定競爭行為時，可能無法預先評估其經濟效果，再加上公平法需同時注意行為所具有之促進競爭效果，故於探討類似議題時，應以「當事人資源或經濟利益公平分配為出發點，而不應拘泥於傳統之『故意』或『過失』之要件上之認定（蔡英文，1991: 363）。」其因此建議有必要考慮採用「無過失責任」之必要。

對支持公平法第 31 條應採「過失責任主義」者，筆者個人有以下不同的看法。首先，公平法或反托拉斯法之立法目的為何？是否僅限於規範市場秩序？仍為一相當具爭議性的問題。學界不乏主張公平法的目的在增進消費者福利（Bork, 1993: 107-115），與實現所得重分配者（Lande, 1982）。但不可否認的，競爭秩序的維持是公平法之所以制定的主要理由之一。但即便是如此，以公平交易秩序對事業或消費者而言，僅為「法益」，而非保護評價較高之「權利」為由（曾世雄，1991: 354），主張公平法之損害賠償制度應回歸傳統民法過失責任主義之結論，似過於形式化與狹隘。對於「交易秩序」此一具濃厚正面外部效果之公共利益，就理論而言，應由公部門（如公平會）透過公平法之執行來加以實現較為妥適。而今公平法將私人損害賠償制度明文

83 有關其他國家之立法例，請參閱（曾品傑，1998: 96-97）。

化，顯見立法者相信，透過私人損害賠償訴訟，特別是請求加倍賠償之規定，一樣可達到回復遭扭曲之交易秩序的目的。也因此於思考相關問題時，重心可能需置於某一立法原則或解釋方法的採行，對實現此一立法目的有無助益。因此，若從嚇阻理論來看，公平法究應採何立法主義，需視其能否提高不法競爭行為受害原告訴訟成功之機率。由此觀之，誠如蔡英文教授所言，廠商於從事涉嫌反競爭行為時，往往無法預知行為之經濟效果；因此，要求原告需就被告於行為時之主觀意圖為何舉證，始能請求賠償，很可能只是增加其敗訴之機率而已。事實上，假設交易秩序之回復為公平法所最關心之立法目的，其被扭曲的程度深淺，與行為人所涉及從事之不法行為究係出於故意或過失所為並無關聯。舉例而言，不論廠商係出於排除競爭對手之意圖或因對行為合法性之誤解，而從事聯合訂價或掠奪性訂價行為，其對「市場交易秩序」之影響，往往係以單一與客觀之市場效果（如被除競爭者因此所喪失之市場占有率，或市場價格因此所上漲之百分比等）來呈現。有趣的是，似乎只有將公平法私人訴訟之目的回歸到傳統民法強調維持損害賠償責任歸屬的公平性原則下，方有採行過失責任主義之必要。

再者，依筆者之見，特別損害賠償立法之所以採無過失責任主義，其最主要的立法理由，乃在於降低原告舉證成本，以增加其勝訴與獲得補償之機會，至於其因此所可避免之因高危險行為對多數被害人所生之生命或財產上之損害，僅是在該項立法目的下，所可附帶實現之利益而已。換言之，不論行為具有多高之危險性，或對相關被害人造成之損害有多廣，假使受害原告可輕易地搜集到相關證據，並得以在訴訟中證明其損害與被告行為之關聯性並獲得合理的賠償，則立法者實無必要捨傳統之過失責任主義不用，而另採無過失責任主義。此一看法，可從我國相關損害賠償特別立法，如消費者保護法（第7條）、民用航空法（第89條）、核子損害賠償法（第18條）等，多涉及原被告雙方在損害行為與因果關係之舉證認定上，可能會出現相當不對等之訴訟地位的違法類型，獲得進一步的支持。因此，市場交易秩序的扭曲，是否真如曾教授所言不若製造危險會造成「人命、身體傷害、健康受損或財產直接而劇烈之破壞」（曾世雄，1991: 355），與反托拉斯損害賠償制度是否應採「過失責任主義」並無必然的關聯。而較妥適的看法仍是評估「過

失責任主義」的引進，對利用私人訴訟制度以回復市場交易秩序之影響程度為何。

依上述理由，個人認為我國公平法第 32 條之規定不需把加倍損害賠償之請求侷限於故意行為。對此一建議，或有認為既是「過失」行為，則何從「嚇阻」？筆者的回應是，「最適損害賠償」對過失行為所具有之嚇阻效果，應著眼在其所具有之誘使行為人事先投入適當預防成本，以確認自己行為並非不法的功能之上。此可由本文第貳節第二小節對「過度嚇阻」的討論中反面推知。舉例言之，假設某一事業相信其出於節省消費者交易成本所採行之搭售安排，或是事業間為避免構成差別取價，而彼此間為價格資訊的交換，為正當之商業競爭行為，不構成不法；但事實上依現行規定，其行為皆已違法。若行為人事先確認行為合法所需負擔之邊際成本低於行為對社會所生之淨損害（含行為被發現與制裁機率之考量）時，則依 Landes 法則所決定之最適損害賠償，應仍具有提供行為人採行進一步預防手段⁸⁴ 以避免事後發生過失責任之效果。

在此需強調者，乃此項建議並不表示故意與過失於反托拉斯法私人訴訟上無任何的重要性。從上述關於案件透明度與損害賠償計算相關性的分析中，或許我們可以說，通常經過事先計劃之故意違法行為，其被發現之機率應低於過失之違法行為，故應採不同的法律對待。惟在嚇阻理論下，此應內化為最適損害賠償數額應為多少的問題，而非不法行為成立之構成要件。法院可以就具體事例，對故意與過失不法行為分別賦予較高或較低之加倍乘數，以反應二者在實現最適嚇阻目的下不同之法律評價。而對於惡性更為重大之故意違法行為，可考慮以公平法之相關刑事制裁來加以規範。現行公平法 32 條將 3 倍損害賠償規定侷限於故意行為，限制與忽略了反托拉斯法於過失不法行為類型中實現嚇阻目的之功能與必要性。

二、因果關係之認定與當事人適格

對於侵權行為損害賠償之請求，不論當事人所依據者為一般過失責任主

84 如與律師或競爭主管機關為更深入之意見交換，以進一步確認行為之合法性。

義或無過失責任主義之規定，侵害行為與損害間需具有「因果關係」，是我國實務與學界所一再強調之構成要件。而從公平法第 31 條規定：「事業……『致』侵害他人權益者」的文義觀之，此一要件對該法損害賠償制度之實行也不例外。由於「因果關係」乃一不確定之法律概念，故往往委由執法機關於個案中依特定事實來加以判斷；至於在具體化過程中，公平法是否有其不同於民法或其他法律之特殊之處？則少見有學者或判決為較深入之分析（汪渡村，2000: 450-451）。

從本文以上對美國法「反托拉斯損害」原則之探討可知，傳統民法理論中為多數學者所採之「相當因果關係」理論，也即以「無此行為，通常不生此損害，有此行為通常即足以生此損害者為有因果關係」的判斷方法（鄭玉波，1997: 113），於適用至反托拉斯法私人訴訟中，很可能會出現過度嚇阻的情形；上述美國聯邦最高法院 *Brunswick* 或 *ARCO* 等案例對此已有詳細之說明。因此，美國法之啓示在於，公平法私人訴訟中之因果關係認定問題，應擺脫民法通說之見解，而改採學理上所謂之「法規意旨規範說」，也即以損害之賠償是否符合法規的規範目的來加以判斷（張吉人，1991: 150-156；馬維麟，1996: 44-45）。國內部分學者主張，反托拉斯法因果關係之認定，不必借重傳統學說，而應「專依具體已發生之行為與賠償，依公平交易法維護交易秩序之目的及公平交易法相關條文之文義個別評估解答之」之看法（曾世雄，1991: 356），值得贊同。

與因果關係認定相關且值得進一步觀察者，乃我國民事訴訟法下之當事人適格理論，於適用至公平法私人訴訟時，所可能出現之限制與修正必要性問題。歸納本文以上對美國法之分析不難發現，美國法院對反托拉斯當事人適格之判斷標準明顯呈現出英美法一貫重視政策導向(policy-oriented)之法學分析模式。此與大陸法系對同一問題之判斷有相當的差異。以我國為例，歸納民事訴訟法學者對當事人適格之定義，有認為係「關於訴訟標的之權利或法律關係之存否，在何人與何人間予以解決，始為適當且有意義[。]」之判斷過程（陳計男，1994: 92-93）；有認為「所謂當事人之適格，係指當事人就特定訴訟標的有實施訴訟之權能而言；此項權能之有無，應依當事人與特定訴訟標的關係定之」者（吳明軒，1993: 151）；也有認為「於某一具體之訴訟

而視，該原告與被告雙方，依實體法或訴訟法之規定，有無進行訴訟之權利義務地位？法院若允許其進行訴訟時，全部之訴訟程序是否合法？此際，於此一具體訴訟，其原告與被告是否屬於正確之當事人？」（陳榮宗與林慶苗，1996: 167）此類問題即是當事人是否適格之問題。學者定義之著眼點雖有不同，但強調當事人有無實施具體訴訟之資格，與實體權利是否真如當事人所主張之存在或不存在，二者並無關聯之看法，則屬一致。以請求損害賠償之給付之訴而言，學者認為原告只需主張自己對被告有請求權，而被告為原告所主張為有給付義務之人，當事人即屬適格（陳榮宗與林慶苗，1996: 169；陳計男，1994: 95-96）。原告之請求權是否真的存在或有無行使上之抗辯事由，則非所問。至於美國法院所考慮之損害與行為間是否具有直接的關聯性，或者是否發生在違法行為的「目標區域」內等，很可能會為我國學者與法院歸類為實體爭議事項，應為訴有無理由的問題，而與當事人是否適格無涉。至於美國聯邦最高法院基於反托拉斯法立法目的、提高當事人起訴誘因、以及降低訴訟成本等理由而否認不具反托拉損害者與間接買方之當事人適格的做法，即使在我國損害賠償訴訟之實體判決中，也不當然會出現類似之考量。

承續本文探討主題，倘若反托拉斯法私人訴訟之主要目的在實現最適嚇阻，則我國民事法院於未來適用公平法第 32 條時，有必要參酌美國法之相關理論，就當事人適格的部分，採行與其他民事訴訟不同，且較具體與政策取向之判斷標準。否則，依國內之通說，類似前述出現於美國法中之「間接買方」與「非卡特爾成員受害者」等潛在當事人，皆可輕易地符合我國實務與學界對當事人適格所採之相當形式化定義，而其因此所可能引發之濫訴誘因，以及法院因進入實體權利要件審查，而需判斷當事人損害與因果關係存在與否，所需負擔之額外訴訟成本，二項效果相加，將使損害賠償訴訟出現過度防堵現象之機率大增。

三、損害賠償數額與請求權行使期間之決定

就法院於反托拉斯法私人訴訟中有那些要素是其可賴以計算損害賠償額度者，我國公平法並未明文，而是委由法院就具體事實為個別的認定。但我國民事法院於相關之判決中，對於為何拒絕原告之 3 倍損害賠償請求，其所

持之理由仍著重於是否有補償之必要，以及行為對商業競爭倫理所生之惡性是否已獲得應有之懲罰。至於判決能否達到嚇阻的功能？則似乎不是法院所關心之焦點。以台灣高等法院 88 年訴字第 10 號民事判決為例，於決定是否允許 3 倍的損害賠償額時，法院僅以被告購買仿冒商品已支付相當對價，且尚未轉售得利，並經判處六月有期徒刑確定，而對原告公司所為之侵害情節「尚非重大」為由，而拒絕了原告之請求。

新修正之公平法施行細則第 33 條所列各款事由，或可提供法院於未來決定損害賠償額度時，一項初步與較具體的參考指標。依該條之規定，公平會於決定科處當事人行政罰鍰時，除需審酌一切相關事證外，並需注意被處分人違法行為之動機、目的、及預期之不當利益，違法行為對交易秩序之違害程度、持續期間，被處分人事業之規模、經營狀況、市場地位及違法後懊悔實據及配合調查態度等事項。⁸⁵ 此種融合各類相關主客觀事由於一爐之考量方式，固可使處分之內容較為面面俱到；但在實際運用時，各考量事由彼此間是否該有優先考量之順序？抑或仍由公平會或法院依其專業來加以判斷？如果是後者，則最終結果恐將因此而出現過濃的行政裁量或自由心證色彩；而法律的明確性與可預測性也勢將受到當事人的質疑。無可違言的，裁量與自由心證乃有效執行法律過程中所不可能完全排除之必要手段；但行政或司法機關若能嘗試就各類考量因素設定考量之優先順序，甚至於賦予其不同之考量比重，則上述關於處分或判決不確定性與欠缺說服力的現象，將可得到一定程度的改善。至於考量的順序或比重如何設定？則又涉及公平法所欲實現之主要目的為何。若從本文所強調之嚇阻功能出發，則法院於決定最適損害賠償時，其所需優先考量之要素，應係與消費者剩餘移轉（圖 1 中之 T）與無謂損失（圖 1 中之 W）的程度多寡，具有較直接關聯之各類客觀面事證。據此，法院可嘗試賦予施行細則第 33 條中之「交易秩序之危害程度」，「違法廠商之市場地位」，「違法行為之持續期間」，以及「預期之不當利益」等事由

85 此一規定與歐盟在 1998 年所頒佈的準則類似。準則中也要求執委會需將違法行為的嚴重性、持續期間、是否為累犯及違法行為之發動者、調查期間的合作態度、對競爭對手之報復手段、以及是否為非故意行為等要素列入決定處罰範圍時之考量標準 (Mobley and Arakistain, 2000: 25-27)。

較高之考量比重。

其中較具爭議也值得主管機關或法院於適用時持較謹慎態度者，乃「被處分人事業之規模與經營狀況」是否應歸類為優先考量項目之一？從嚇阻角度加以觀察，要求較具經營規模之違法事業，負擔較高之損害賠償責任，其可能之依據有二。其一、資力較高之違法事業對違法行為之需求彈性可能遠低於資力較低者。⁸⁶ 換言之，足以預防資力較低事業再犯之賠償額，對較具資力之事業可能無法產生任何之嚇阻作用，故需對其科以較高之賠償責任。其二、於相同之損害賠償責任下，由於資力較高之事業較有能力進行較具效率之訴訟防禦，故其脫罪之機率也較資力低者要來得高，故需相對的以提高賠償額度之方式，才能實現最適嚇阻之目的。然而此二項看似言之成理的理由，已有學者分別從經濟學理與實證的角度提出質疑。例如 David Friedman 雖認為對所得不同之違法者有採行差別制裁之必要，但此並不表示資力較高者一定需負擔較高之責任；特別是一旦將建立高法律責任所產生之高執法成本也列入考量時，Friedman 發現二者在違法行為之嚇阻效果可能互相抵銷 (Friedman, 1981: 187; Polinsky and Shavell, 1991)。而 Lott 之實證研究也指出，如果將行為人因違法行為被制裁所造成之商譽貶損與未來收入之損失也列入考量的話，則同類型之違法行為對資力較高者之成本可能要遠高於資力較低者；於違法行為被發現與制裁之機率相同時，法律上應是對資力較高之違法行為人科以較低而非較高之賠償責任 (Lott, 1992: 584; Lott, 1992: 159)。⁸⁷

至於條文中之其他判斷要素，其中部分可提供法院作為判斷違法事件是否為具高透明度行為之間接佐證，例如行為人如果是累犯，則法院或可合理的推論該類型之違法行為，其被發現與制裁之機率可能不高，而有必要進一

86 若把違法行為視為是違法事業所欲購買之產品，損害賠償即是其取得該產品所需支付之價格。「需求彈性」即是事業因價格變動（賠償責任之高低）對其產品需求量（違法行為之實行）之變動量，二者間之比率。

87 此一見解，於美國司法實務上，曾為 Easetrbrook 法官於判決中提及。See *Zazu Designs v. L'Oreal*, 979 F.2d 499, 508 (7th Cir. 1992)。另外，Posner 法官對以被告財富之多寡作為是否加重處罰之依據持保留之態度。See *Jeffery Kemezy v. James Peters*, 79 F.3d 33, 36 (7th Cir. 1996)。

步探討其他要素對提高發現與制裁機率之效果為何。另外，被告若於事後表示悔意與高度的配合意願，使不法行為成立之機率提高，則於決定最適損害賠償度時，可以考慮科以較低之加倍乘數。但如果行為係屬高透明度之行為時，則此類主觀要素與嚇阻理論下之最適損害賠償計算，並無實質的關聯性，而可以給予較後順位與較低的考量比重。

最後，最適損害賠償理論之採行，可能需連帶的對受害人請求權行使期間為配套性的修正，以避免可能出現的道德危險問題，因為 Landes 法則具有誘使當事人放任損害擴大之潛在可能性。也即，一旦被排除於市場競爭外之競爭者，事先知悉消費者剩餘將構成其所得請求之損害賠償之一部時，其可能延後提起訴訟之時間，而讓消費者超額支付之損失擴大，間接地也擴大自己於未來所得請求之損害賠償金額（Hovenkamp, 1994: 595）。對此，筆者之初步想法為立法者或可利用消滅時效制度來降低此一危險出現之機會。以我國公平法為例，第 33 條仿效民法第 197 條採長期（10 年）與短期（2 年）時效並行之制度，可能予潛在之競爭者原告過大之損害操縱空間。因此，或可考慮針對排除競爭訴訟，改採民法第 126 或 127 條之單一短期消滅時效之規定。

陸、「最適損害賠償」理論對我國公平法 私人訴訟制度之啓示(三)： 引入選定當事人與集體訴訟制度之初步建議

依我國民事訴訟法第 41 條之規定，因同一事實或法律上原因而受有損害之多數當事人，得選定一人或數人為全體原告起訴，以求紛爭能於一次訴訟中解決。而本文以上對最適損害賠償理論之討論，也揭示了訴訟成本的降低，具有拉近補償與最適嚇阻目的二者在賠償額度計算上差距之功能。故雖然公平法並未如消費者保護法第 54 條就選定當事人制度為具體之規定，競爭主管機關應鼓勵因同一不當競爭或不公平競爭行為而受有反托拉斯損害之多數相關當事人，儘可能依民事訴訟法第 41 條之方式進行訴訟。長期而言，更可考慮仿效消保法之立法方式，於公平法中明定採行該制度之具體程序。

另一項與選定當事人制度功能類似，而為美國反托拉斯私人訴訟所普遍採行者，乃所謂之集體訴訟 (class action) 制度。⁸⁸ 在美國，多數集體訴訟均是由專業律師所發動並提出訴因，再由受有相同反托拉損害之多數被害人決定是否加入 (Fisch, 1997: 171)。與選定當事人制度相同者，乃在於其所具有之降低訴訟成本，以及解決個別當事人因損害金額過小而喪失起訴誘因，進而提高違反競爭秩序行為被發現與制裁之機率，以實現最適嚇阻之目的等特性 (Calkins, 1997: 443)。

不同於選定當事人制度者，乃集體訴訟下之原告通常並非是實際受有損害之消費者或廠商，而是透過類似「受讓損害賠償請求權」之方式（我國消保法第 50 條第 1 項）而取得訴訟實施權之第三人。也因此，是否會因為雙方對訴訟成敗的不同利害關係考量，而出現學理上所謂之「本人—代理人」二難 (principal-agent dilemma) 的現象？舉例言之，美國著名法律學者 John Coffee 即曾為文指出，集體訴訟往往是在政府部門成功處分違法事業後始提出，再加上真正實施訴訟之原告在資訊取得上不若直接當事人來得有效率，而其報酬也不當然與其投入證據調查之時間相當，⁸⁹ 種種因素不僅將大幅降低集體訴訟制度提高發現與制裁不法行為機率的邊際效果，甚至於可能出現訴訟代表原告與被告勾結，以訴訟外和解以求儘早結束訴訟等「道德危險」(moral hazard) 之現象 (Coffee, 1983: 220-223, 233; Coffee, 1986: 685-686;

88 美國有關集體訴訟制度，乃規定於聯邦民事程序法 (Federal Rule of Civil Procedure) 第 23 條。See FED. R. CIV. P. 23(a).

89 在美國法下，集體訴訟原告所得向委託當事人請求之報酬，原則上有二種決定方式。第一種方式為以損害賠償總額之一定比例計算之；另一種方式則是以原告實際投入訴訟之時間來計算其報酬，美國法稱之為 loadstar 法 (Fisch, 1997: 172)。而不論法院採取何種方式以計算代理實施訴訟原告之報酬，道德危險的問題都可能發生。於損害賠償總額之一定比率來計算時，由於透過與被告和解所可取得之賠償額可能與法院最終判決之金額相當，故不會減少代理人所可請求之報酬，但卻可節省其蒐集證據與進行訴訟所需負擔之成本，故代理人有較強烈之誘因與被告達成和解。另一方面，若係以實際投入時間計算，則代理人極有可能在和解條件對當事人有利之情形下托延訴訟，以求提高未來之報酬請求金額 (Macey and Miller, 1991: 44-45)。我國消保法第 50 條第 5 項明文禁止實施集體訴訟之消費者保護團體向消費者請求報酬。此規定固有其公益性的考量；但若從上述發生道德危險的角度觀索，是否妥適？值得進一步從學理與實證面加以探討。

Benston, 1988: 283)。再者，由於在集體訴訟下，原告並不需就個別損害之存在負舉證責任，並可搭上政府部門於調查過程中所搜集之證據此一便車（Erichson, 2000: 6-8），若違法被告為數眾多時，更可要求其負連帶損害賠償責任等，皆可能吸引企圖濫訴之當事人紛紛加入集體訴訟，而產生過度嚇阻之結果（Benston, 1988: 284; Coffee, 1986: 680）。

如何有效控制上述之代理成本，成為集體訴訟制度能否於反托拉斯法私人訴訟中發揮嚇阻效果之最關鍵問題。就最常運用集體訴訟制度之美國而言，已有相當多的文獻對此提出不同的建議，其結論與分析內容之多樣性，已超出可以在本文中詳加討論之範圍。不過，綜合美國學者所提出之各項理論建議，仍可歸納出以下二項初步的結論，提供我國未來在考慮引入此一制度時的立法參考依據。

就集體訴訟之存在價值而言，於美國近幾年所出現之幾件規模較大之反托拉斯集體訴訟案，皆是獨立於競爭主管機關外所提起之個別損害賠償訴訟（Kauper and Snyder, 1988: 329, 358; Calkins, 1997: 154; Erichson, 2000: 16-23）。故 Coffee 教授所指出的集體訴訟發現不法行為機率之效果不高的質疑，有待進一步之實證觀察。⁹⁰ 而基於以下二點，私人集體訴訟在提昇發現不法行為機率上，應有一定之功能。其一、政府部門在其有限之資源下，為避免因敗訴而遭公眾非議，很自然地將傾向於將調查之重心置於諸如聯合行為等違法情節較嚴重，而政府勝訴機會較大之案件。換言之，私人集體訴訟對違法情節與證據掌握較不明確之反托拉斯法灰色地帶，仍具有相當之重要性（Calkins, 1997: 441）。特別是，正因為私人訴訟之此項功能，使得美國聯邦法院得以在原本模糊之涉嫌違法領域，建立明確之反托拉斯法原則（Calkins, 1997: 155-156）。其二、於全球各國競爭主管機關的管制者（regulator）色彩有逐漸超越其執法者（law enforcer）角色的同時，公部門之執法選擇即很難擺脫政治現實之考量。相較之下，私人集體訴訟之制度，可大幅降低反托拉斯法之解釋與執行不為政治利益的變動所攫獲之負面效果

90 而即使私人集體訴訟真有搭政府訴訟之嫌，學者認為也不應忽略了其在補償當事人損失、提昇訴訟效率以及降低濫訴可能等方面所具有之正面功能（Erichson, 2000: 42-43）。

(Erichson, 2000: 26; Calkins, 1997: 161; Coffee, 1983: 227)。

至於私人集體訴訟所可能產生之「道德危險」與過度嚇阻問題的解決，則可能需由各類配套制度的改進與建立來著手。就過度嚇阻而言，應可利用本文以上對於美國法為避免濫訴，而對當事人適格問題所建立之相關法律原則來達到一定之程度之控制。至於集體訴訟之道德危險問題，學者已從學理提出不少改革作法。例如 Weiss & Beckerman 在一篇針對證券詐欺集體訴訟的論文中即建議，由受判決勝敗影響最大之原告（如證券訴訟中之機構投資人），作為集體訴訟之領導原告（lead plaintiff），再由其選擇真正實施訴訟之代表原告（Weiss and Beckerman, 1995: 2089）。而由於領導原告因勝訴所可獲得之財務利益也最大，相較於其他當事人而言，在監督訴訟代表原告以避免代理成本發生上，也將較為盡力（Weiss and Beckerman, 1995: 2095）。另外，Fisch 則主張以不成文法中之 Qui Tam 混合型訴訟方式，於授權無訴訟利關係第三人代表提起訴訟之同時，適時介入公部門之監督，以避免可能之弊端產生（Fisch, 1997: 195-197）。⁹¹ 而與最適嚇阻理論在概念上最相近者，當屬 Macey & Miller 之訴權拍賣理論。Macey & Miller 建議對於潛在原告人數眾多、個別請求金額過小、而訴訟爭議較具體明確之集體訴訟訴權，以拍賣（auction）之方式轉讓給出價最高之任何得標者（不限於實際受害之當事人）（Macey and Miller, 1991: 106-108）。透過價格機制之運用，訴權拍賣提供得標人願意於訴訟上盡其攻擊防禦之能事，以求勝訴回收其事先支付之得標成本。⁹² 類此之改革建議雖仍存有缺失，但對我國在考慮

91 例如可要求集體訴訟代理人於起訴之同時，需將訴狀副本送達相關政府部門。而政府部門得於一定期間內表達是否同意該集體訴訟。

92 殊值一提者，乃當得標者為被告，進而向法院要求撤回集體訴訟時該如何？於拍賣理論下，此並不會影響原告獲得補償之權利，因為被告為取得訴權所支付之標金，應足以補償原告之損失，否則原告於競標過程中，當願意以高於被告之標價取得訴權。與此相關的另一問題，乃拍賣理論似乎只適用於財產之損害賠償訴訟，對於訴訟之目的在於禁止被告繼續從事違法行為者，如我國公平法第 30 條之訴，則可能會產生適用上之困難。（Macey and Miller, 1991: 116）。

是否建立新的訴訟制度以提高法律嚇阻效果時，應具相當之參考價值。⁹³

柒、結論

本文以實現「最適嚇阻」乃公平法制裁設計所欲追求之最主要目標為出發點，探討在嚇阻概念下所建立之 Landes 法則，對反托拉斯私人訴訟中之損害賠償額計算，以及相關實體與程序議題可能的政策啟示。雖然「嚇阻」一直是法律所欲追求的重要目標之一，但傳統法學對該項概念的討論，相較於法律的「補償」功能而言，仍屬少數。而國內反托拉斯法學者對於公平法之嚇阻功能為何，似乎也傾向於只是接受「多罰」是實現嚇阻目標之必要條件，至於該如何決定加倍懲罰的界限，始能在嚇阻企業進行反競爭行為的同時，也能避免因重罰而誘使爾等對其行為採行過度而無效率之預防措施，則尚未見有深入之討論。藉由本文，筆者希望能引發更多學者對此一問題的重視與研究興趣，並能提供法院於未來處理反托拉斯法私人訴訟案件時，能有一項較為具體與系統性之學理依據。

當然，以本文所探討主題考量變數之多樣性，及各變數間緊密的相互依賴性，本文所呈現的只是其全貌的一小部分而已。例如，本文並未討論公平法刑事或行政處分等其他制裁類型對最適損害賠償之計算所可能產生之影響。就概念上而言，被告所受之其他制裁應從最適損害賠償中扣除，方不致於出現過度嚇阻之情形。但扣除之數額為何？此可能將涉及被告對行政或刑事處分之刑罰感受度為何的問題。對此，吾人僅能合理的推測，刑事制裁對一般行為人之嚇阻效果應大於行政處分 (Calkins, 1997: 145)，故受有刑事制裁之被告，其所需負擔之最適損害賠償應低於受有行政處分之被告。至於二者在具體案例中的實際差異為何？則有待進一步理論與實證研究。

再者，本文並未提出，在我國公平法下，具體的最適損害賠償額度為何。

93 國內學者於討論引入集體訴訟之可行性時，仍多著重於引入後相關程序法與實體法原則與概念應如何修正等法技術層面之探討。對於集體或團體訴訟制度下之代理成本問題及其可能之解決方法則少有論及。請參閱 (雷萬來, 1994)；(賴源河等著, 1999)。

事實上，既然最適損害賠償金額的多寡，與反競爭行為所造成之消費者利益及社會福利損失、執法成本、與行為被發現之機率有關，則該賠償額的決定必然的有相當高的個案性。換言之，如同文中對 Landes 法則的引申討論所言，此必需就涉案行為所處之市場結構或行為之具體類型（透明度高低），為個案不同的判斷，很難預先的以立法的方式訂明其加倍乘數應為多少。不過此一問題的存在，也同時提供了另一項豐富的研究素材，法院或可借助反托拉斯經濟學者或計量經濟學者之助，就國內產業為實證之調查與分析，以判斷決定最適損害賠償之各項變數的值為何，進而得以妥適界定出當事人所應負擔之法律責任程度。

參考資料

吳明軒

1993 《中國民事訴訟法（上冊）》。台北：三民書局股份有限公司。

汪渡村

2000 〈第一章：民事責任〉，見賴源河（編），《公平交易法新論》，頁 437。

馬維麟

1996 〈損害賠償法之原理——我國最高法院歷年來判決之檢討與分析〉，《法學叢刊》161: 40。

陳計男

1994 《民事訴訟法論（上）》。台北：三民書局股份有限公司。

陳榮宗與林慶苗

1996 《民事訴訟法》。台北：三民書局股份有限公司。

陳志民

1999 〈「接續性獨占」，共謀理論，與「最高轉售價格維持」約定〉，《法政學報》9: 63。

張吉人

1991 〈論損害賠償與因果關係——以評介阿奎利亞法為起點，檢討相當因果關係說為目的〉，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文。

曾品傑

1998 〈從民法到公平交易法——以損害賠償為中心〉，《公平交易季刊》6(1): 91。

曾世雄

1991 〈違反公平交易法之損害賠償〉，《政大法學評論》44: 355。

雷萬來

1994 〈證券投資人之保護與集團訴訟導入之可能性〉，《法商學報》29: 65。

蔡英文

1991 〈政大法律系公平交易法學術研討會發言紀錄〉，《政大法學評論》44: 363。

鄭玉波

1997 《民法概要》。台北：東大圖書股份有限公司。

賴源河等著

1999 〈投資人保護法研討會(二)〉，《月旦法學雜誌》49: 68。

Allen, Bruce T.

1971 "Vertical Integration and Market Foreclosure: The Case of Cement and Concrete," *Journal of Law and Economics* 14: 251.

Allen, William T.

1997 "Commentary on the Limits of Compensation and Deterrence in Legal Remedies," *Law and Contemporary Problems* 60: 67

Baker, Jonathan B.

1988 "Private Information and the Deterrent Effect of Antitrust Damage Remedies," *Journal of Law, Economics and Organization* 4: 385.

Baumol, William J. and Janusz A. Ordover

1985 "Use of Antitrust to Subvert Competition," *Journal of Law and Economics* 28: 247

Beccaria, Cesare (David Young trans.)

1986 *On Crimes and Punishments*. Indianapolis, Indiana: Hackett Publishing Co.

Becker, Gary S.

1968 "Crime and Punishment: An Economic Approach," *Journal of Political Economy* 76: 169

Becker, Gary S. and George Stigler

1974 "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers," *Journal of Legal Studies* 3: 1

Benston, George J.

1988 "Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Private Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule," *Antitrust Law Journal* 55: 213.

1988 "A Comprehensive Analysis of the Determinants of Private Antitrust Litigation, with Particular Emphasis on Class Action Suits and the Rule of Joint and Several Damages," in Lawrence J. White (ed.), *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.

Bentham, Jeremy

1988 *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*. Amherst, N.Y.: Prometheus Books.

Blair, Roger D. and David L. Kaserman,

1985 *Antitrust Economics*. Homewood, IL: Irwin Publishing Co.

Block, Michael K. and Joseph Gregory Sidak

1980 "The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?," *Georgetown Law Journal* 68: 1131.

Bork, Robert

1993 *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books Inc. Publishers.

Bowman, Ward S.

1957 "Tying Arrangements and the Leverage Problem," *Yale Law Journal* 67: 19.

Breit, William and Kenneth G. Elzinga

1974 "Antitrust Enforcement and Economic Efficiency: The Uneasy Case for Treble Damages," *Journal of Law and Economics* 17: 329

Burstein, M. L.

1960 "A Theory of Full-Line Forcing," *Northwestern University Law Review* 55: 62

Calkins, Stephen

1997 "An Enforcement Official's Reflection on Antitrust Class Actions," *Arizona Law Review* 39: 413.

1997 "Corporate Compliance and the Antitrust Agencies' Bi-modal Penalties," *Law and Contemporary Problems* 60: 127.

Carlton, Dennis W. and Jeffery M. Perloff

1994 *Modern Industrial Organization*. New York: Harper Collins College Publishers.

Chen, Andy C. M. and Keith N. Hylton

1999 "Procompetitive Theories of Vertical Control," *Hastings Law Journal* 50: 573.

Coffee, John C.

1983 "Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunters Is Not Working," *Maryland Law Review* 42: 215.

1986 "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions," *Columbia Law Review* 86: 669.

Cooter, Robert and Thomas Ulen

1997 *Law and Economics*. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley Longman, Inc.

2000 *Law and Economics*. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley Longman, Inc.

Cooter, Robert D.

1982 "Economic Analysis of Punitive Damages," *Southern California Law Review* 56: 79.

1997 "Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis," *Law and Contemporary Problems* 60: 73.

Craswell, Richard

1996 "Damage Multipliers in Market Relationship," *Journal of Legal Studies* 25: 463.

Director, Aaron and Edward H. Levi

1956 "Law and the Future Trade Regulation," *Northwestern University Law Review* 51: 281

Easterbrook, Frank H.

1981 "Predatory Strategies and Counterstrategies," *University of Chicago Law Review* 48: 263.

1986 "On Identifying Exclusionary Conduct," *Notre Dame Law Review* 61: 972.

1984 "The Limits of Antitrust," *Texas Law Review* 63: 1.

Erichson, Howard M.

2000 "Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tobacco, and the Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation," *University of California Davis Law Review* 34: 1.

Fisch, Jill E.

1997 "Class Action Reform, Qui Tam, and the Role of the Plaintiff," *Law and Contemporary Problems* 60: 167.

Friedman, David D.

1981 "Reflections on Optimal Punishment, or: Should the Rich Pay Higher Fines?" in Richard O. Zerb (ed.), *Research in Law and Economics* 3: 185.

Gellhorn, Ernest and William E. Kovacic

1994 *Antitrust Law and Economics*. St. Paul, MN: West Publishing Co.

Hovenkamp, Herbert

1994 *Federal Antitrust Policy*. St. Paul, MN: West Publishing Co.

1989 "Antitrust Protected Classes," *Michigan Law Review* 88: 1.

Hylton, Keith N.

1998 "Punitive Damages and the Economic Theory of Penalty," *Georgetown Law Journal* 87: 421

Johnston, Jason S.

1986 "Punitive Liability: A New Paradigm of Efficiency in Tort Law," *Columbia Law Review* 87: 1385

Jones, Clifford A.

1999 *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*. Oxford: Oxford University Press.

Karpoff, Jonathan M. and John R. Lott.,

1999 "On the Determinants and Importance of Punitive Damage Awards," *Journal of Law and Economics* 42: 527.

Kauper, Thomas E. and Edward A. Snyder

1988 "Private Antitrust Cases That Follow on Government Cases," in Lawrence J. White (ed.) *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.

Lande, R. H.

1982 "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged," *Hastings Law Journal* 34: 65

1993 "Are Antitrust Treble Damages Really Single Damages?" *Ohio State Law Review* 54: 115.

Landes, William M.

- 1983 "Optimal Sanctions for Antitrust Violations," *University of Chicago Law Review* 50: 652

Landes, William M. and Richard A. Posner

- 1981 "An Economic Theory of Intentional Torts," *International Review of Law and Economics* 1: 127
- 1975 "The Private Enforcement of Law," *Journal of Legal Studies* 4: 1.
- 1979 "Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws: An Economic Analysis of the Rule of the Illinois Brick," *University of Chicago Law Review* 46: 602.

Lott, John R.

- 1992 "Do We Punish High Income Criminals Too Heavily?" *Economic Inquiry* 30: 583.
- 1992 "An Attempt at Measuring the Total Monetary Penalty from Drug Conviction: The Importance of an Individual's Reputation," *Journal of Legal Studies* 21: 159.

Macey Jonathan R. and Geoffrey P. Miller

- 1991 "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform," *University of Chicago Law Review* 58: 1.

Melamed, A. Douglas

- 1997 "Damages, Deterrence, and Antitrust—A Comment on Cooter," *Law and Contemporary Problems* 60: 93

Mobley, Samantha and Maitena Arakistain

- 2000 "How the European Commission Sets Cartel Fines," *Antitrust* 14: 24. Page, William H.
- 1980 "Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury," *University of Chicago Law Review* 47: 467.

Page, William H.

- 1985 "The Scope of Liability for Antitrust Violations," *Stanford Law Review* 37: 1445
- 1990 "Optimal Antitrust Penalties and Competitors' Injury," *Michigan Law Review* 88: 2151

Page, William H. and Roger Blair

- 1992 "Correspondence: Controlling the Competitor Plaintiff in Antitrust Litigation," *Michigan Law Review* 91: 111.

Parker, Jeffrey S.

- 1993 "The Economics of Mens Rea," *Virginia Law Review* 79: 741.

Polinsky, Mitchell

- 1980 "Private Versus Public Enforcement of Fines," *Journal of Legal Studies* 9: 105.
- 1988 "Detrebling Versus Decoupling Antitrust Damages: Lesson from the Theory

- of Enforcement, in Lawrence J. White (ed), *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Polinsky, Mitchell and Steven Shavell
- 1991 "A Note on Optimal Fines When Wealth Varies Among Individuals," *American Economic Review* 81: 618.
- 1998 "Punitive Damages: An Economic Analysis," *Harvard Law Review* 111: 869.
- Posner, Richard A.
- 1976 *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago, IL.: University of Chicago Press.
- 2001 *Antitrust Law* Chicago, IL.: University of Chicago Press.
- Primoratz, Igor
- 1995 "Justifying Legal Punishment," in Gorr, Michael J. and Sterling Harwood (ed.) *Crime and Punishment—Philosophic Explorations*. Boston, MA: Jones and Bartlett Publishers.
- Rubin, Paul, John E. Calfee and Mark F. Grady
- 1997, "BMW v. Gore: Mitigating the Punitive Economics of Punitive Damages," *Supreme Court Economic Review* 5: 179
- Salop, Steven C. and Lawrence J. White
- 1988 "Private Antitrust Litigation: An Introduction and Framework," in Lawrence J. White (ed.), *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Shughart II, William F.
- 1990 *The Organization of Industry*. Homewood, IL: Irwin Publishing Co.
- Snyder, Edward A. and Thomas Kauper
- 1991 "Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff," *Michigan Law Review* 90: 551.
- Stigler, George
- 1970 "Optimum Enforcement of Law," *Journal of Political Economy* 78: 526.
- Weiss, Elliott J. and John S. Beckerman
- 1995 "Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions," *Yale Law Journal* 104: 2053.
- Wollenberg, Keith K.
- 1987 "An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-examining the Leverage Theory," *Stanford Law Review* 39: 737.

Private Antitrust Litigation under the Concept of Deterrence—Policy Implications from the “Optimal Damages” Theory

Andy C. M. Chen

Assistant Professor of Law,

Department of Public Administration, Tamkang University

ABSTRACT

In general, threshold issues have been the primary concerns for most antitrust literature. Relatively fewer studies have been devoted to the evaluation of the welfare effects inherent in the applicable remedies in private antitrust litigation. Still rarer has been discussion of this issue in Taiwan from the perspective of economic analysis, especially from the “efficiency” consideration. In this article, I attempt to narrow this gap by introducing the “deterrence” approach for the measurement of antitrust damages into the analysis of the Fair Trade Law (FTL) of Taiwan. Based on the “optimal antitrust damages” formula proposed by Professor William Landes, I have derived therefrom some of the implications that might be informative for the implementation of the FTL’s treble-damage rule, the interpretation of liability doctrine underlying its private litigation system, the determination of antitrust standing to sue, and the likely incorporation of class action system into the FTL. I close this article with a suggested list of issues relating to the operation of “optimal damages” theory for further exploration.

Key Words: deterrence, antitrust, Fair Trade Law, optimal law enforcement, treble damages, private litigation, antitrust injury standing, class action, exclusion of competition