

# 96 年法學專業教育改革計畫

中國文化大學-

「法學新思維-經濟效率之追求」

結案成果報告

主 持 人：許惠峰教授

協同主持人：黃宗樂教授

協同主持人：林信和教授

# 目 錄

## 第一單元：法律經濟分析概論

壹、前言

貳、法學與經濟學之關連性

一、「自為理性人」之假設與「善良管理人」之注意義務

二、「解釋」人的行為與「規範」人的行為

三、「資源稀缺性」與「財產權之保障」

四、制度之「執行成本」與制度之「規劃設計」

參、思考問題

肆、參考文獻

## 第二單元：法律經濟分析的基本方法：經濟學之基本假設

壹、概述

貳、經濟學之基本假設

一、價值(Value)、效用(Utility)

二、效率極大化

三、機會成本

四、理性選擇理論

五、寇斯定理（交易成本）

六、均衡理論

七、價格理論

八、賽局理論

九、外部性、社會成本

十、成本效益分析

參、參考文獻

## 第三單元 公平交易法

壹、前言

貳、基礎理論

一、序說

二、結合理論（法律規範）

三、市場之界定

四、整體經濟利益與限制競爭不利益之比較

五、壟斷（即獨占）行為

六、濫用市場地位之判斷標準

參、案例分析

一、前言

二、「錢櫃與好樂迪」結合案

三、「Yahoo!奇摩與無名小站」結合案

肆、思考問題

伍、參考文獻

## 第四單元 契約

壹、前言

貳、基礎理論

一、自由交易帶來福祉

二、由交易相對人締結契約

三、財產法則與補償法則

參、民法第 247 條 1 項之賠償範圍 — 信賴利益或履行利益

一、實務判例

二、判例之經濟分析

肆、思考問題

伍、參考文獻

## 第五單元 物權（財產權）

壹、前言

## 貳、基礎理論

- 一、財產權之本質
- 二、規範的寇斯定理
- 三、公共財與私有財之保護
- 四、物權法之經濟意涵

## 參、案例分析

- 一、實務案例
- 二、案例之經濟分析

## 肆、思考問題

## 伍、參考文獻

# 第六單元 智慧財產權

## 壹、前言

## 貳、基礎理論

- 一、智慧財產權之經濟特性
- 二、法律經濟分析於智慧財產權之應用

## 參、案例分析-以真品平行輸入為例

- 一、概說
- 二、意義

三、產生之原因

四、商標法之規範

五、立法政策之經濟分析

肆、思考問題

伍、參考文獻

## 第七單元 公司法

壹、前言

貳、基礎理論

一、廠商理論

二、代理人理論

三、契約連鎖理論

參、案例分析-股東有限責任

一、判例

二、經濟分析

肆、思考問題

伍、參考文獻

## 第八單元 刑法

### 壹、前言

### 貳、基礎理論

#### 一、無異曲線

#### 二、總效用與邊際效用

#### 三、邊際效用遞減法則

### 參、制度分析

#### 一、刑事政策理論概述

#### 二、刑法修正之政策思考

#### 三、假釋制度之探討

#### 四、現行假釋制度之規範

#### 五、經濟角度思維下的刑事政策

### 肆、思考問題

### 伍、參考文獻

## 第九單元 民事訴訟法

### 壹、前言

### 貳、基礎理論

#### 一、經濟分析與民事訴訟法相關之基本概念

## 二、經濟分析於民事訴訟制度之具體應用

### 參、制度及案例分析

#### 一、小額訴訟制度

#### 二、先行自認

### 肆、思考問題

### 伍、參考文獻

## 第十單元 刑事訴訟法

### 壹、前言

### 貳、基礎理論

#### 一、搭便車及草原的悲劇

#### 二、成本之概念

### 參、制度分析

#### 一、問題之提出

#### 二、制度運作成本

### 肆、思考問題

### 伍、參考文獻

## 第一單元：法律經濟分析概論

### 壹、前言：

雖然美國法律經濟分析自 1960 年發展迄今，從反托拉斯法、公司法、財產法、侵權行為法、契約法、家庭法、甚至包含刑法及憲法等，其運用之範圍幾乎涵蓋所有法律領域，然而，法律經濟分析最早之研究起源於「寇斯定理」，寇斯除於 1937 年發表「公司之本質」一文外，更於 1946 年發表「邊際成本之爭論」以及 1960 年為世人所熟知之「社會成本之問題」，寇斯本人亦因「公司之本質」及「社會成本之問題」兩篇文章榮獲 1991 年諾貝爾經濟學獎，而法律之經濟分析，於美國乃逐漸成為一門顯學，所有各大法學院皆開設法律經濟分析之課程。經濟學之理論對其他社會科學之影響，亦逐漸加強，而經濟學身為社會學科之一環，除其本身理論之發展不斷地隨著人類社會經濟活動型態之改變，而不斷地演進創新外，其理論研究之成果，亦逐漸地跨越學科間之障礙，而應用於其他社會學科之研究上，其主要原因之一在於經濟學本身主要即在研究人類的「理性選擇行為」，而社會科學之主要目的亦在研究以人類為主之社群其間所發生的相關問題，就此點觀之，經濟學理論之研究，得作為其他社會科學研究之參考，甚至借用其基本假設或理論模型為其他社會科學之研究工具，也就不足為奇了。而法學於經濟學不斷地對外擴張其研究領域之浪潮下，自然很難不被此一潮流所影響。法學作為規範人類行為活動之工具之一，其對於個體之

自由與群體秩序之維護，本在致力於尋求其平衡點，故於制訂法律規範人類社會生活秩序時，當然必須對其規範之基本對象——人類——有所瞭解，於此意義上，經濟學對人類行為及人性之研究<sup>1</sup>，的確足供法學研究之參考，而使法學之研究不再侷限於成文法規、判例等實證法之研究，以經濟學之理論及觀點研究法規應如何制訂使其更加符合經濟效率，乃成為二十世紀中葉以後，美國重要的法律思潮之一，而此一思潮，從某種程度而言，乃呼應法律現實主義者所強調「法律學者應該利用其他社會科學去研究法律於實際上如何運作，而經濟學即為法律學界所採的社會科學之一」。<sup>2</sup>之論點。

## 貳、法學與經濟學之關連性：

經濟學家之對經濟學基本假設可分為二種態度：「實是性」及「規範性」<sup>3</sup>，前者強調經濟學基本假設對經濟現象之描述及預測功能，後者著眼於經濟學基本假設及理論運用的結果是否能為人類社會帶來福祉，多數經濟學家關心及研究的重點在於前者，因為經濟學作為一門科學，應不涉及「當為與否」之倫理上價值判斷。此乃經濟學家與法律人間最大之不同點之一，此亦為何以經濟分析之結果常難獲法律人接受的原因之一，蓋法律人向以

---

<sup>1</sup> 美國聯準會前主席艾倫 葛林斯潘於其書中謂：「經濟學家無可避免地要成為人性的學生，尤其是熱情和恐懼。」參見 林茂昌譯，艾倫 葛林斯潘著，我們的新世界，第 30 頁，2007 年 10 月。

<sup>2</sup> Edmund W. Kitch, *The Intellectual Foundation of 'Law and Economic'*, 33 INL. LEG. EDUC. 184 (1983).

<sup>3</sup> 參張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏等合著，經濟學，第 29 頁，台北，初版，1998 年 5 月。

追求「公平正義」為法律的終極目標，而為一當為之倫理上命令，對於以尋求「經濟效率」極大化的經濟學基本假設及理論，自有扞格不入之感<sup>4</sup>。然而，暫且不論此二學科間之基本鴻溝，二者間就以下之概念，仍有如下之相似或共通性：

#### 一、「自為理性人」之假設與「善良管理人」之注意義務

經濟學之研究對象係以人類的選擇行為為主，因而在資源稀缺的前提下經濟學假設人們皆為自己的利益而做出理性的抉擇，此乃經濟學基礎理論推展的前提要件，相對於法學領域，法律為了規範人類生活秩序對於個體與群體間可能發生的衝突，要求個體對他人間可能造成之損害應盡到善良管理人之注意義務，此二學科基本上皆對其研究對象作一基本之假設，經濟學假設人是「自為理性」，而法學要求行為人盡到善良管理人之注意義務以避免對他人造成侵害時負擔損害賠償責任，二者之不同點在於經濟學從實證之觀點對人性做「自為理性」之基本假設，而法學從當為規範之觀點要求人們盡到善良管理人之注意義務，然而，法學之所以要求人們盡善良管理人之注意義務旨在保障他人之權益，似乎亦隱含著人性於實證上乃「自為理性」，故要求其盡善良管理人之注意義務，以避免他人因個人之「自為理性」而遭受損害。

---

<sup>4</sup> 經濟學之研究方法是否適合運用於法學，涉及「法律之本質及目的」為何之根本問題，倘若法學之本質等同於法律之目的，則若認為法律之目的（即本質）在追求公平正義，法律經濟分析之學者即必須探討「經濟效率」是否得為「公平正義」的內涵之一；反之，若認為法律之本質不同於法律之目的，則必須進一步探討法律之本質為何？是否與經濟學之研究方法，相互衝突或有相容之處，此外，亦需探討法律之目的是否僅為單一的追求公平正義，抑或法律之目的含有多元性，即不同之法規含有不同之目的。

## 二、「解釋」人的行為與「規範」人的行為

經濟學的主要任務之一在於以人是「自為理性」的假設為前提，解釋及研究於資源有限的情形下，人們如何做抉擇的行為。其目的在於瞭解人類行為之模式，此與法律制度之目的，在於規範人類行為，以維繫人類共同生活之秩序，有所不同。然而，經濟學對人類行為模式之研究，實可作為立法者瞭解人類行為之參考，進而作為立法政策之理論依據之一。法律制度作為規範人類行為工具之一環，自應對其所規範之對象能有適當之瞭解，否則，法律規範之「實效性」，恐將大打折扣，因此，就此而言，經濟學對人類行為之研究，的確提供立法者制訂法律時一個該良好的參考依據。

## 三、「資源稀缺性」與「財產權之保障」

由於人類資源之有限性，對於資源之保護及合理分配，自然成為一個重要之課題，亦是人類社會從古至今所必須共同不斷面對之問題，是以，如何合理分配資源，進而有效保護資源，自然成為建構文明社會所不可或缺之要素，藉由法律制度，對各種具經濟價值之財產，無論有體或無體，加以界定其範圍並保護之，乃財產法之主要功能。經濟學讓人們瞭解「資源稀缺性」成為人類爭奪資源的開始，所有小至日常生活之

爭端，大至國家間之戰爭，無非以爭奪有限資源為目的。是以，符合人性的財產權制度將成為維繫人類文明重要之工具。

#### 四、制度之「執行成本」與制度之「規劃設計」

人類社會自原始部落逐漸擴展為城邦、國家，甚至現今的區域聯盟，充分顯示出人類活動的範圍因為科技的發展不斷地向外擴張，為因應此不斷擴張的現象，人類群體必須藉由制度之制訂以維繫其運作。然而，制度之運行必需承擔實行成本，不同之制度其運行之成本自不相同，而於資源有限之情形下，如何降低制度運行之成本而達到相同之制度運行成效，此乃經濟學關切之重點之一，而法學乃維持社會秩序工具之一，法律規範本身亦為制度之一環，因此，如何藉由法律之制訂規劃出良好之制度，亦為法學家所關心。由此觀之，經濟學家告訴人們制度之運行不能忽視其成本，而法律人於現代法治國家乃扮演制度設計者不可或缺之重要角色，如何制訂既符合公平正義又能兼顧經濟效率之制度，乃是法律人或立法者不可忽視之課題。

綜上所述，經濟學之理論於法學上之應用，乃跨學科研究思潮必然之趨勢，因此，對傳統法律人而言，其所關心的已非經濟學之理論是否應該運用於法學研究之是或否的問題，而是該如何運用的問題，有鑑於此，第二單元以下將分別介紹常用於法律經濟分析之基本經濟學概念，

以及該理論於各別法律領域之應用及其相關問題。

### 參、思考問題：

- 一、法律之本質與目的為何？二者是否相同或相異？
- 二、法律之本質與目的對經濟學理論方法於法學之研究適用上是否有所影響？
- 三、法律之目的為何？是否僅限追求公平正義？抑或另有其他目的？經濟效率之追求可否視為公平正義之內涵之一？抑或得為法律之其他目的？
- 四、法律之目的是否具有多元性？不同之法律是否具有不同之目的？

### 肆、參考文獻：

- 一、林茂昌譯，艾倫 葛林斯潘著，我們的新世界，2007年10月。
- 二、張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏等合著，經濟學，台北，初版，1998年5月。
- 三、Edmund W. Kitch, The Intellectual Foundation of 'Law and Economic', 33 INL. LEG. EDUC. 184 (1983).

## 第二單元：法律經濟分析的基本方法：經濟學之基本假設

### 壹、概述：

一般而言，經濟學之理論可區分為個體經濟學及總體經濟學，前者著重於討論消費者及生產者選擇、市場競爭結構、要素市場及市場與政府等問題；而後者則在於探討國民所得之衡量、經濟成長、景氣波動、總合支出與國民所得之決定、貨幣供給與需求及總合供需分析等問題。<sup>5</sup>而於分析法律問題時，經常使用之經濟理論主要係以個體經濟學之部分理論為主，因此，本單元即分別介紹與法律經濟分析之相關之基本經濟學概念及理論，而於其他各個法律領域之經濟分析單元中，再分別介紹與該單元法律分析相關之經濟概念及理論。

### 貳、經濟學之基本假設：

於深入探討法律經濟分析之前，用以分析法規之經濟效率所依據之經濟學基本假設，自當有所認識，以下即就常見的基本分析概念及工具作一簡要之介紹：

#### 一、價值(Value)、效用(Utility)

在瞭解人類日常生活據以做理性選擇行為之前，必須先知道「價值」及「效用」之概念於經濟學上之含義，「價值」一詞係指人們願意花費多

---

<sup>5</sup> 參閱 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏等合著經濟學一書之目錄。

少金額去取得某物或失去某物時要求補償之金額<sup>6</sup>。而「效用」一詞可為用來分析對於一個不確定成本或利益的價值，效用（或稱預期效用）通常與風險概念相伴，例如：當一個人被要求選擇現金 100 萬或現金 1000 萬元但只有 10% 的獲得機率時，若選擇前者時，代表此人較不喜歡冒險。<sup>7</sup>雖然二種選擇的價值相同，但其效用卻不相同。「價值」與「效用」一詞之不同在於，效用與價值相較是一更廣的經濟概念，它包含不喜歡風險者選擇現金 100 萬，而不是現金 1000 萬元但只有 10% 的獲得機率；而效用一詞從功利主義哲學家之觀點而言，則指快樂之意。<sup>8</sup>，而從經濟學之觀點則指行為人消費後的滿足程度<sup>9</sup>，而「偏好」則正好說明此二者間之關係，當行為人偏好不冒險時，選擇現金 100 萬，顯然較具效用。換言之，效用會因個人之滿足感不同而有所差異，故同樣是 100 萬元，對貧者及富者的效用即不相同。簡言之，同樣價值的東西，因個人偏好之不同，即會產生不同之效用，例如：同樣一張價值 2000 元之古典音樂入場卷，因個別聽眾對此音樂偏好之不同，其所產生之效用自不相同。

## 二、效率極大化 (Maximum of Efficiency)

經濟學家所稱之經濟效率極大化係指在社會中當某甲獲得更多財富

---

<sup>6</sup> See RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 10 (6th ed. 2003).

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> *Id.* at 11.

<sup>9</sup> 參閱 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏等合著，經濟學，第 85 頁，台北，初版，1998 年 5 月。See also ROBERT H. FRANK ET AL, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 106 (2001).

而有另一人因而遭受損失時，此即謂「柏拉圖最適境界」。換言之，當一個大餅已經做到最大時，倘若其中任何一人欲得到更多餅時，必須從他人之處取得，此時即表示該餅已做到最大而達到上述之「柏拉圖最適境界」。換言之，「即以個人價值評估的角度來看，資源不管如何再重新配置運用，都不可能在不損及他人利益的情況下，使某些人獲致更高的利益。」<sup>10</sup>

此外，效率(efficiency)一詞從經濟學之觀點可分成至少三種意義：「生產效率」、「分配效率」和「適應性效率」。生產效率強調資源的適當用法以達到「指定組織在貨品或服務的最高水準」。換言之，在特定社會資源下，「一個物品的生產量如果不去減少另一個物品生產就無法再增加」。分配效率注重在如何分配能把對消費者完善服務達到最大而且又最節省，此種效率亦可稱為交換效率，指的是「不論何種貨物，在其被生產出來之後必須由能夠認為其價值最高之人所有」<sup>11</sup>。而適應性效率係指「社會組織或及機構長期面對科技及環境條件改變的吸收及反應之能力及成本。」<sup>12</sup>一般而言，當經濟學家提及效率一詞時，係指前二者而言。而一個生產過程具有生產效率(productively efficient)，必須滿足二項條件即：「不可能再採用另一種成本更低的投入(inputs)組合生產出同

---

<sup>10</sup> 參閱 ROBERT COOTER ET AL., LAW AND ECONOMICS, 溫麗琪編譯, 法律經濟學, 第 18 頁, 華泰文化事業股份有限公司, 2003 年初版。

<sup>11</sup> See DANIEL H. COLE ET AL., THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND THE LEGAL STRUCTURE OF ECONOMIC ACTIVITY 11 (2000).

<sup>12</sup> See DOUGLASS C. NORTH, INSTITUTION, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE 80-81 (1990).

樣的產出(outputs)。」及「在同樣的投入組合下，不可能有更多的產出。」

13

### 三、機會成本 (Opportunity Cost)

機會成本乃經濟問題中一項重要之概念，其可定義為：「將資源用於某一種用途的機會成本，是這些資源本來可以做的其他用途中，最有價值的那個用途的『價值』」<sup>14</sup>。因此，由資源之有限性，當一個人選擇做一件事時，勢必無法把相同之資源放在其他事物上，換言之，當人們選擇做甲事情時，無疑地必須放棄做其他事情之機會，而其因此所付出之代價，即為機會成本。例如：選擇上課之學生，即無法於同一時間逛街或看電影，因此，喪失逛街或看電影所得到滿足之價值，即為選擇上課之機會成本。同理，若考量機會成本之存在，則世界上即無白吃之午餐，蓋縱使他人請客，被請客之人仍須付出機會成本。因此，機會成本於經濟問題中乃無所不在地，通常容易為人們所忽略，正如同空氣亦無所不在但不易為人所察覺一般。

### 四、理性選擇理論 (Rational Choice Theory)

欲結合法律學與經濟學之研究，必須先了解經濟學重要之基本假設之一，即人類做行為決策時乃基於「理性」與「自利」之基本假設上。

---

<sup>13</sup> 參閱註 6，第 17 頁。

<sup>14</sup> 參照 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏等合著前揭書，第 18 頁。

經濟學上著眼於理性的決策者為了追求效用極大的結果，在決定行為時會作所得收益大於或等於所費成本的選擇，此稱為理性選擇理論 (Rational Choice Theory)。而所謂的「自利」，係指人們基於利己的動機所為的行為<sup>15</sup>。學者熊秉元更提出當經濟學家說「人是自利時」，他是指「人會設法追求自己的福祉」，追求自己的福祉，並不表示一定會侵犯或傷害到別人的福祉，而且福祉是包括物質、心理、精神上的福祉<sup>16</sup>。換言之，經濟學家假設大部分的人們是理性的，其目的在於追求某些東西的極大化；不同的人追求的目標不同，可能是財富、名聲、權力、愛情、快樂……等等。而理性的概念之一即指一位理性的行為者會將滿足他不同程度欲求的種種選擇，依其偏好程度加以排序；然而，實際上人們所面臨的可能選擇是有限的；例如，一位理性的消費者僅能在其預算限制下，將種種的消費組合加以排序，並在其預算允許下從中進行最佳選擇。<sup>17</sup> 而『一個理性的消費者將可能滿足他不同程度欲求的種種選擇，依其偏好程度以數字方式由小到大加以排序，即其較偏好的可能選擇具有較大的數值，經濟學家稱此種組合為「效用函數」(utility function)』<sup>18</sup>。

而理性的選擇必須具備三個特性：即消費者的偏好須滿足「完整性」(complete)、「遞延性」(transitive)、及「反身性」(reflexive)。所

---

<sup>15</sup> 參閱 ROBERT COOTER ET AL., LAW AND ECONOMICS, 施少華、姜建強譯，法與經濟學，第 13 頁，上海三聯書店出版，1991 年。

<sup>16</sup> 參閱 熊秉元，熊秉元漫步法律，第 65-66 頁，時報出版，2003 年 8 月。

<sup>17</sup> 參閱註 6，第 15 頁。

<sup>18</sup> 參閱註 6，第 15 頁~第 16 頁。

謂「完整性」係指消費者可以將其所有可能物品及服務的組合選擇加以排序，假設A代表一籃物品與服務之組合，B代表同樣物品和服務但數量不同的另一種組合，消費者可以告訴我們其究竟是喜好A的程度勝於B，或是喜好B的程度勝於A，或者對兩者的喜好相同，但消費者並不被允許表示無法比較。<sup>19</sup>而「反身性」在消費者偏好中是一個較為晦澀難懂的條件，其指任何物品組合A至少與其本身一樣好。<sup>20</sup>至於「遞延性」則指偏好順序必須符合下列推論：若消費者對於A組合的偏好勝過於B組合，B組合又優於C組合，則其對A組合的偏好一定勝過C組合。同理：假設消費者對A組合與B組合的偏好相同，而其對B組合與C組合的偏好亦相同，則其對A組合與C組合的偏好一定相同。<sup>21</sup>

然而，無可諱言地，「理性選擇模型」亦為其他社會科學所批評，心理學和社會學認為在某些情況之下，「理性選擇模型」是有局限性的。例如：「有限的理性」說明在現實世界中，資訊之完整及和決策技巧的重要性。沒有完整的資訊和好的決策技巧，人們的決定無法被認為完全地合理的決定。此外，從社會學的觀點，「理性選擇模型」被利他主義和理想主義所影響。從某種程度而言，人們在涉及社會規範或道德原則時，會考量此二概念，並通常將其作為道德義務而非法律義務，因此，理性選擇模型於人們受到利他主義及理想主義之影響時，其行為之決策模式

---

<sup>19</sup> 參閱註6，第25頁。

<sup>20</sup> 同前註。

<sup>21</sup> 同前註。

即非如理性選擇模型所預測人是自利地。

## 五、寇斯定理（交易成本）(Coase Theorem; Transaction Cost)

法律經濟分析最早之研究起源於「寇斯定理」，寇斯除於 1937 年發表「公司之本質」一文外，更於 1946 年發表「邊際成本之爭論」以及 1960 年為世人所熟知之「社會成本之問題」<sup>22</sup>，寇斯本人亦因「公司之本質」及「社會成本之問題」兩篇文章榮獲 1991 年諾貝爾經濟學獎，而法律之經濟分析，於美國乃逐漸成為一門顯學，所有各大法學院皆開設法律經濟分析之課程，因此，寇斯定理乃法律經濟分析中最重要之理論。寇斯認為「在一個零交易成本的世界裡，不論財產權最後如何歸屬，透過自由交易，其結果都會是最有效率的」。此即著名之寇斯定理。而所謂的交易成本乃包含訊息蒐集成本、協商成本、履行成本及監督成本<sup>23</sup>。寇斯定理一開始引發不少爭議，部分經濟學者認為在一真實的世界裡不可能存在零交易成本的現象，然而，寇斯認為其論點之精髓不在於真實世界裡是否無交易成本之存在，反而是藉由寇斯定理指明因為於真實社會中卻係存在交易成本，因此，如何於制訂財產權時考量交易成本之高低，以此為規範財產權歸屬之依據，以便透過財產權之制訂，達到社會整體最佳之經濟效率，此乃法律制度於制訂財產權之規範時應加以注意之

---

<sup>22</sup> See R. H. COASE, THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW, 1 (1988).

<sup>23</sup> See A. MITCHELL POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS 12 (1989).

處。經濟學大師 Smith A. 亦曾認為有一雙看不見的手在引導所有經濟活動，交易成本即是那雙看不見的手的成本<sup>24</sup>。現實社會中所有的活動均隱含交易成本的支出，故交易成本為零的前提假設並不存在。而寇斯定理的啟示即在於：界定財產權時，應設法降低將來的交易成本<sup>25</sup>。法律制度所要扮演的角色，就是讓交易成本極小化，以促進經濟效率<sup>26</sup>。寇斯定理闡明交易成本於財產權制訂時之重要性，而使經濟學之基本假設（寇斯定理）與法學之研究（財產權歸屬之制訂）發生聯繫點，開啟了以經濟學觀點研究法律制度之新領域。

## 六、均衡理論 (Equilibrium)

所謂均衡係指「一種不會自發性地改變的狀態。換言之，均衡一旦達成，則在其他條件不變之下，其狀況會繼續維持下去。」<sup>27</sup>每一社會現象必在每個獨立經濟個體極大化其效用的行為下與他人之互動下達到均衡(equilibrium)狀態。不管此事件是發生在市場、選舉、會員團體、遊戲、團隊、公司或婚姻等不同之社會活動中。<sup>28</sup>而「穩定均衡(stable equilibrium)是指一種除非受到外力干擾，否則不會變動的狀態；舉例

---

<sup>24</sup>參閱方凱弘，海上貨物運送人責任之法律經濟分析—以航海過失免責條款為中心，海洋大學法律研究所碩士論文，第 22 頁，2006。

<sup>25</sup>參閱熊秉元，約法哪三章？法律及制度經濟學論文集(一)，第 126-127 頁，元照，2002 年。

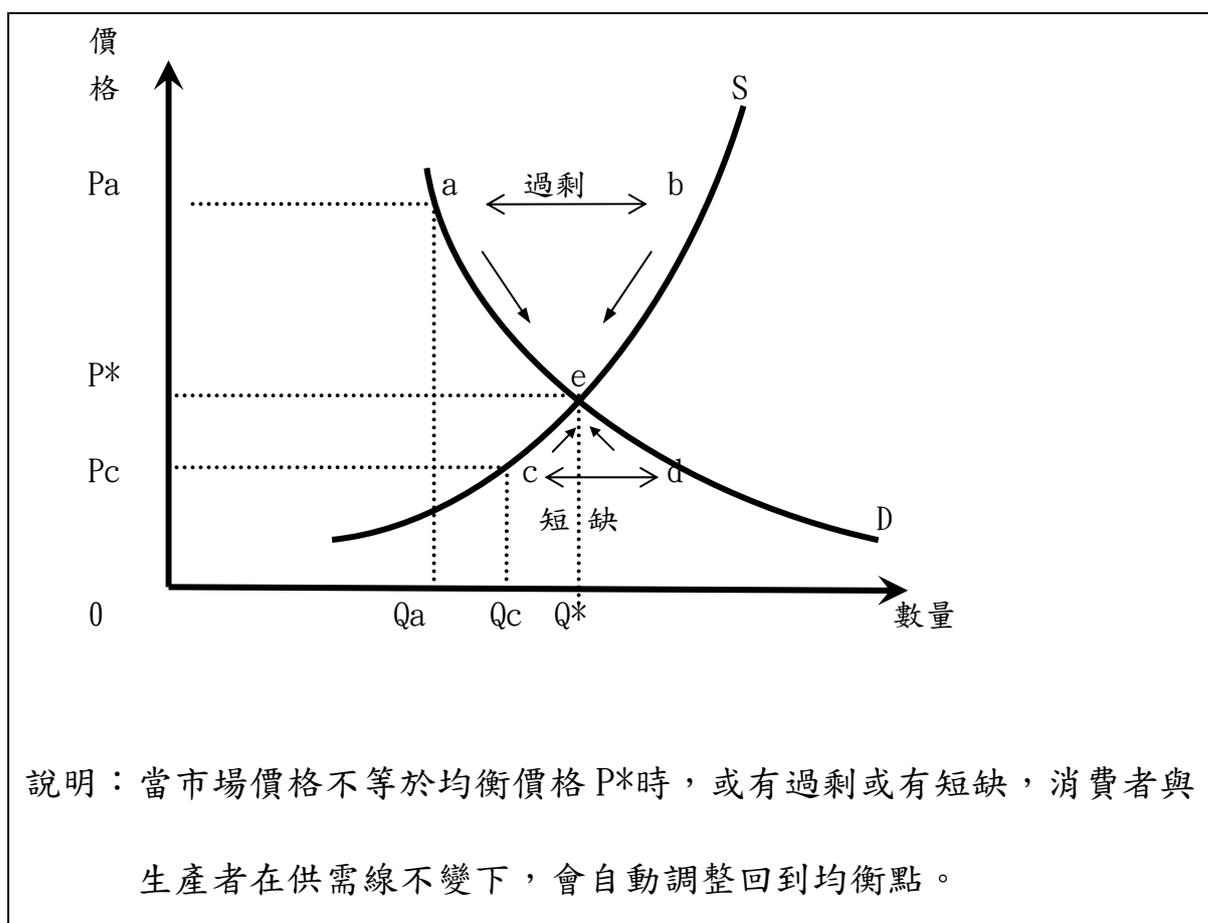
<sup>26</sup>參閱註 20，第 23-24 頁。也就是 Posner 提出的「財富最大化」的看法，延伸了寇斯定理，強調法律的功能在於使社會大眾能儘可能的追求自己的福祉。既然物質財富能使人們有更多的自由、能實現更多的夢想；所以，財富極大化就應該是法律的目標所在，參閱前註，第 128 頁。

<sup>27</sup>參閱註 10，第 52 頁。

<sup>28</sup>參閱註 6，第 16 頁。

來看，在山谷中的雪堆是處於一種穩定均衡狀態，而在山峰的雪堆則可能處於不穩定均衡(unstable equilibrium)狀態。」<sup>29</sup>因此，當市場中產生超額供給(excess supply)及過剩(surplus)的不均衡結構時，供給及需求的兩股市場力量會將其導向均衡點如下圖所示：<sup>30</sup>

【圖 不均衡時的調整】



## 七、價格理論 (Price Theory)

價格理論係指產品市場之價格係由供給量及需求量達成均衡時所決

<sup>29</sup> 參閱註 6，第 17 頁。

<sup>30</sup> 參閱註 10，第 52-53 頁。

定。<sup>31</sup>而供給量及需求量之多寡，則由「供給法則」及「需求法則」所決定，所謂「供給法則」係指「在其他條件不變下，供給量與價格間之同向變動關係。」<sup>32</sup>換言之，當產品價格上升時，廠商的供給增加，反之，當產品價格下降時，廠商的供給減少。相對地，「需求法則」意謂「在其他條件不變下，物品的需求量與其價格間反向變動的關係。」<sup>33</sup>換言之，當產品價格上升時，消費者之需求減少，反之，當產品價格下降時，消費者之需求增加。而當此二法則之交會點，即所謂達到均衡點時，即為產品的均衡價格及數量（參見下圖）<sup>34</sup>。於自由市場之經濟制度下，價格乃決定資源分配的總樞紐，此稱為「價格機能」，而此所謂之價格，係指「相對價格」，即某物品一單位能換到的其他物品之數量，亦即「交換價值」。換言之，透過相對價格之機制，得以引導資源之配置，因此，相對價格乃引導資源配置之主要因素，亦即價格理論討論之對象。<sup>35</sup>而供給法則與需求法則間之交互關係，乃經濟學上貫穿個體與總體理論之最主要分析工具。<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> 參閱註 10，第 51 頁。

<sup>32</sup> 參閱註 10，第 48 頁。

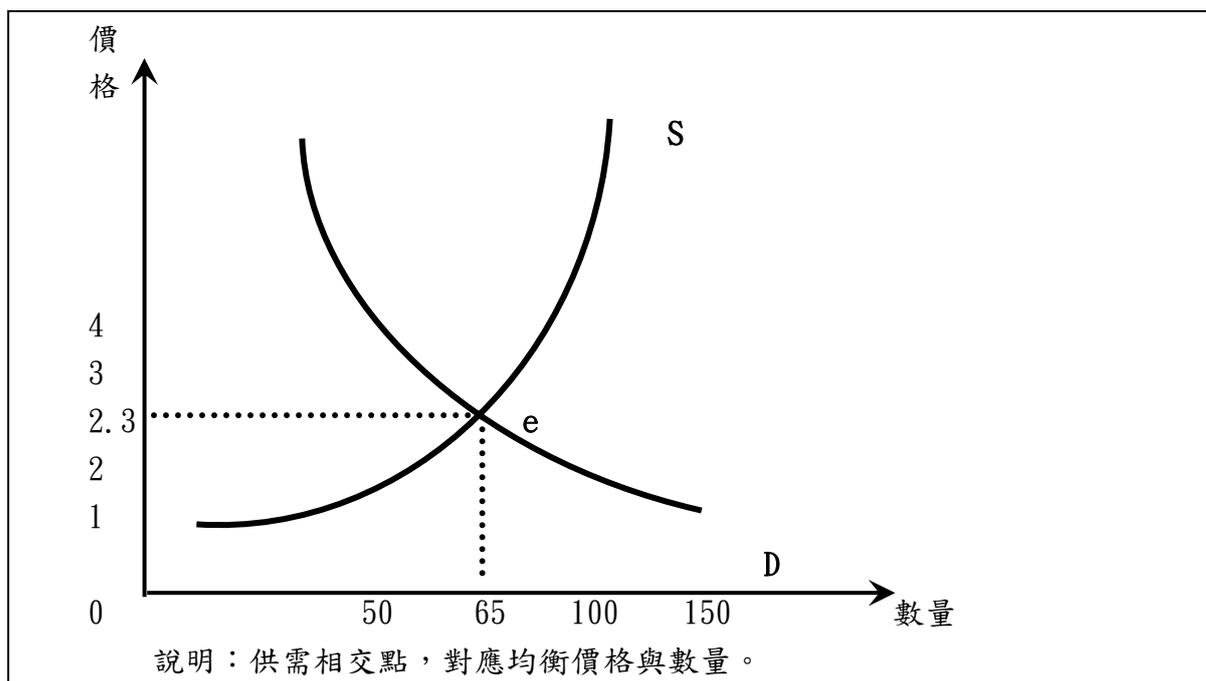
<sup>33</sup> 參閱註 10，第 42 頁。

<sup>34</sup> 參閱註 10，第 52 頁。

<sup>35</sup> 參閱註 10，第 51 頁。

<sup>36</sup> 參閱註 10，第 53 頁。

【圖 均衡價格與均衡數量】



## 八、賽局理論 (Game Theory)

所謂賽局理論 (game theory, 或譯博弈理論、競局理論、對局論、局論) 係在探討行為人之策略互動行為 (strategic interaction)。換言之，行為人於行為時必須為如下之思考：「我的策略必須考慮你的策略，而你的策略亦需考慮我的策略；當我考慮你的策略時，亦應考慮你已經考慮了我的策略。」反之，相對人亦會做同樣地思考。同理亦可推至更多參賽者<sup>37</sup>。簡言之，賽局理論是一種策略性思考，透過推估對手的行動，以擬訂尋求最大利益的策略。賽局理論常面臨的情況是只有少數決策者，且其最適行為決定於他人所選擇的對策，此種情況很像是一種

<sup>37</sup>參閱 <http://www.sinica.edu.tw/~ljw/game.html>

謀畫策略的競賽，而該策略又須視對方的反應而定。賽局理論即在處裡包含重要策略的互動行為。<sup>38</sup>而賽局理論的最大的價值在協助我們如何在互動的環境發現並擬定正確決策。

一般而言，賽局理論可分為「合作賽局」及「非合作賽局」；「一次性」及「重複性」賽局，而重複性賽局，又可區分為「有限次數」及「無限次數」<sup>39</sup>。「合作賽局」係指參賽者互相同意且有強制力的行動，使該協定的所有參賽者有淨獲利，而「非合作賽局」則指參賽者無法達成協定，於是僅能就自己的最佳利益行動。<sup>40</sup>一般而言，其分析方法之一為觀察賽局矩陣與個別參賽者之報酬，此稱之為「策略式」或「標準式」之賽局表示法。<sup>41</sup>而於動態賽局時則適合採用「擴展式」賽局或賽局樹，從逆向歸納法或正向歸納法加以分析。<sup>42</sup>而於描述賽局理論時則應先瞭解：參賽者(players)、每位參賽者之策略(strategies)及該策略之報酬(payoffs)等事項，以便進一步明瞭其間之互動關係。所謂「策略性行為」係指經濟主體於受他人行動影響時，如何相應地選擇自己之行動。<sup>43</sup>以下即先就合作性賽局以財產權之交易情形說明之。當將賽局理論運用於財產權之交易時，必須透過三個步驟的議價過程：建立保留價值、決定合

---

<sup>38</sup> 參閱註 6，第 47 頁。

<sup>39</sup> 參閱註 6，第 51 頁。

<sup>40</sup> 參閱 TODD SANDLER, ECONOMIC CONCEPTS FOR THE SOCIAL SCIENCES, 葉家興譯，經濟學與社會的對話，第 57 頁，先覺出版社，2003 年初版。

<sup>41</sup> 同前註。

<sup>42</sup> 參閱前註，第 73 頁。

<sup>43</sup> 參閱前註，第 55 頁。

作剩餘、和針對合作剩餘的分配達成協議<sup>44</sup>。舉例而言，甲有一輛2007年生產的法拉利跑車，擁有和駕駛這輛車的效用對甲而言值3000萬元。而渴望這輛車的乙繼承5000萬元的遺產並決定向甲購車，乙在評估這輛車之後，判定擁有和駕駛這輛車的效用值4000萬元。於此例中，甲、乙雙方保留價值各自為3000萬元、4000萬元（亦即甲最低接受價格不會低於3000萬元、乙出價最高不會超過4000萬元），雙方經由議價過程，甲若將該車移轉到乙手中，將會創造出價值為1000萬元的合作剩餘（因為該車之價值將由原先的3000萬元，增加為4000萬元，其中的1000萬元，即為雙方之合作剩餘），最後雙方再針對此合作剩餘的分配達成協議，由雙方分享交易所創造出的價值，換言之，雙方最後協商出的價格將會高於3000萬元而低於40000萬元。倘若雙方採取非合作賽局，則協商破裂交易失敗，雙方因於協商過程中產生交易成本，於協商前相較，反而產生損失。因此，本例中的參賽者甲、乙於協商此財產權之交易時，將會採取同意交易價格介於3000元及4000萬元間之策略，以便分享採此策略之報酬即雙方之合作剩餘1000萬元。

而於非合作賽局中最著名之例子為「囚犯兩難」（囚犯困境）（prisoner's dilemma）。假設有嫌犯甲及嫌犯乙共謀犯罪，被警方當場逮捕並被帶回警局分別羈押，為防止雙方進行串供，檢察官將經他們隔

---

<sup>44</sup> 參閱註6，第104-105頁。

離偵訊並試圖挑撥雙方誘使其招供。由於檢方提出的證據並不夠充分，為成功地誘使二為嫌犯坦承犯下重罪據以求刑，乃設下一個圈套誘使嫌犯招供。<sup>45</sup>當嫌犯中有一人承認犯罪，一人保持承默時，承認者將求處 1 年徒刑，而保持承默者將求處 10 年徒刑，若雙方皆承認犯行時，將求處 5 年徒刑，而雙方皆保持承默時，將各求處 1 年，此時，甲、乙雙方在無法與他方串供（合作賽局）之前提下，為防止自己保持承默而他方承認犯行時，必須被求處 10 年之重刑，其結果雙方將會採取承認犯行之態度，以避免遭受求處 10 年重刑之風險，因甲、乙雙方皆會考量他方會擔心因承認可能被求處 10 年重刑，而採承認之策略以避免此重刑之風險。其情形如下圖所示：

		嫌 犯 甲	
		招 供	保 持 承 默
嫌 犯 乙	招 供	( 5 , 5 )	( 1 , 10 )
	保 持 承 默	( 10 , 1 )	( 1 , 1 )

<sup>45</sup> 參閱註 6，第 47 頁。

賽局理論有一個很有名的觀念旨在描繪賽局中的均衡狀態，稱之為「Nash 均衡」(Nash Equilibrium)。其意為二人以上獨立行動的理性個體，於競爭互動關係中的解（均衡狀態）<sup>46</sup>。在此種均衡點時，只要對方不改變決策時，沒有一位與賽者可以藉由改變其決策策略而獲得更好的收益。<sup>47</sup>上述囚犯困境的賽局中，嫌犯甲、乙二人均招供的結果，即為此賽局之均衡點。然而，當賽局重複無限多次時，此時結果可能有所不同，亦即可能會促使雙方產生合作的動機。Robert Axelrod 曾經提出在重複無限多次的類似囚犯兩難賽局時，其最適策略為「以牙還牙」(tit-for-tat)的策略，也就是說，當對方在最後一回合賽局時採取合作的策略，則其亦採取合作之策略，但當對方被背叛時，其亦採取背叛的策略。<sup>48</sup>

無疑地，賽局理論於經濟學上之運用獲得了重大之成就，然其仍面臨一些理論上之挑戰，其中影響此理論最深的其是否能通過實際之驗證，<sup>49</sup>經濟主體之反應是否如賽局理論之預測，仍須透過不斷地實證研究方能增加此理論之說服力。

## 九、外部性、社會成本 (Externalities; Social Cost)

---

<sup>46</sup> 參閱註 36，第 62 頁。

<sup>47</sup> 參閱註 6，第 50 頁。

<sup>48</sup> 參閱註 6，第 51-52 頁。

<sup>49</sup> 參閱註 36，第 77 頁。

經濟學假設當個人於行為時主觀上會由其行為獲得滿足，而此滿足感即為行為人所認同之價值，而對其產生效用，而其行為對行為人以外之任何其他人亦會造成其他之影響。簡言之，「行為中有當事人得不到的利益，謂之外部效益；若產生當事人不必負責任的成本，即謂外部成本。」

<sup>50</sup>二者統稱為「外部性」(Externalities)，倘該其他人對此影響獲得正面之評價即產生「外部正效應」，反之若第三人對此影響產生負面之評價即所謂「外部負效應」。舉例言之，當一個人手持鮮花進入室內，他人因聞得花香而獲得正面評價，對行為人而言，該花香即對他人造成外部正效應；反面言之，若行為人於室內享用臭豆腐，他人不堪其臭，對行為人而言，該行為即對他人造成外部負效應。此一有關經濟學之外部性理論，更常用於說明廠商因為生產所造成之環境污染問題，該污染即為廠商生產行為所造成對社會之外部性，而產生所謂之社會成本<sup>51</sup>。因此，如何將「外部效果內部化」<sup>52</sup>，乃探討與環境污染有關之環保法規必須考量之課題。換言之，經濟學上外部性與社會成本之概念，有助於法律人於規範行為人之行為時必須考量行為人之行為對他人所產生之外部性，而透法律制度之設計，將此外部效果內部化，以避免行為人無視於其行為之社會成本，以達到最佳經濟效率。具體而言，即在於促使廠商依據「社

---

<sup>50</sup>參閱註10，第192頁。

<sup>51</sup>媒體上通常將「外部成本」稱之為「社會成本」，實際上經濟學所稱之社會成本包括「私人成本」及「外部成本」之和。參閱同前註。

<sup>52</sup>所謂「外部效果內部化」係指由政府藉由課稅或補貼方式，對產生「外部成本」的行為者課稅，並對提供「外部效益」者，加以補貼，使生產者自行負擔或享受外部效果。參閱註10，第194頁。

會邊際成本曲線」而非沿著「私人邊際成本曲線」作出生產決策的政策<sup>53</sup>，方能達成追求社會整體經濟效率極大化之目的。

「外部性」的存在亦為經濟學家所稱「市場失靈」的原因之一。經濟學假設於一個完全競爭市場，個別廠商透過「市場機能」之運作，決定其生產量以達到社會資源配置之經濟效率。<sup>54</sup>所謂的「市場機能」係指「社會上每個人自由意志下，沒有政府干預指導，任由市場供需運作而自然達到的成果。」<sup>55</sup>而「市場失靈」係指「市場機能在充分發揮下，不能如所預期地圓滿達成經濟效率。」<sup>56</sup>造成「市場失靈」之原因，一般而言，除外部性外，尚包括「自然獨占」(natural monopoly)<sup>57</sup>及「公共財」(public goods)<sup>58</sup>之問題。通常當市場內的交易是自願而且互利，且交易當事人獲得所有的利益並負擔所有成本時，透過此一市場機能，固然可獲得資源之有效配置，但當某些交易利益可能會由非實際從事交易的其他人享受，或交易成本由他人來承擔時，市場機能的運作即無法自動達成資源有效配置之結果，而產生市場失靈之現象。因此，於討論公共政策時，即應考量該如何促使外部成本生產者將外部成本納入其生產考

---

<sup>53</sup>參閱註 6，第 57 頁。

<sup>54</sup>參閱註 10，第 186 頁。

<sup>55</sup>參閱註 10，第 185 頁。

<sup>56</sup>參閱註 10，第 189 頁。

<sup>57</sup>所謂「自然獨占」係指透過純粹經濟力量運作的結果，某一廠商的產量足以應付整個市場的需求，而有別於因法律的限制所造成的人為的進入障礙，通常以「大規模經濟」解釋其成因。參閱註 10，第 138 頁。

<sup>58</sup>所謂「公共財」係指「可以讓多人共用而不損及其中任何人的效用」即具「共享」(nonrival)之特性。而「純公共財」則指除具共享特性外，尚包括「無法排他」(nonexclusive)之特性，即「很難禁止他人不付代價坐享其成」之謂，例如：國防即為純公共財之適例。參閱註 10，第 195 頁。

量，換言之，當「外部性存在時，要達到的社會最適境界的關鍵在於誘使利潤極大化的私人自動限制其產出量以符合社會最適境界所要求的生產量，而非就私人的角度來生產最適生產量。」<sup>59</sup>

## 十、成本效益分析 (Cost-Benefit Analysis)

成本效益分析於經濟學上之運用即為廣泛，其可用於個人之決策行為之判斷上，亦可用於政府公共政策之擬定，其本質上即源自於「潛在柏拉圖改善」原則，換言之，即允許「可同時存在受益者及受損者，但受益者的獲利大於受損者之損失」，若可滿足此一條件，則受益者除了彌補受損者的損失外，還有剩餘。在此一原則下，雖不一定要實際提出補償，但是原則上仍必須考慮給予補償。此與成本效益分析法 (cost-benefit analysis) 之理論相同。<sup>60</sup>換言之，即對受益者所獲得之利益與受損者所受之損害作一比較，倘受益者所獲得之利益大於受損者之損害時，就整體社會而言，其效益即大於成本。此乃針對整體社會經濟效益之經濟分析。相同地，當個人於作任何行為選擇時，亦面臨相同的成本效益分析，然而，必須注意者乃任何一個決策行為，有可能面臨「邊際成本」及「邊際效益」之問題，所謂「邊際成本」是指生產最後一單位（邊際單位）產出時所增加的總成本；同樣地，「邊際收益」則指

---

<sup>59</sup>參閱註6，第57頁。

<sup>60</sup>參閱註6，第61頁。

多銷售一單位的產出其所增加的總收益。<sup>61</sup>，雖然，在個體經濟學中，「利潤」(profits)被定義為總收益(total revenue)與生產總成本(total cost)之差額。<sup>62</sup>但若對單一行為採動態之觀察，當個人決定稍微增加其原來之數量水準，則此時伴隨著增加的物品數量即會產生的額外成本，即「邊際成本」，而同時會產生伴隨著增加的物品數量所產生的額外效益稱之為「邊際效益」。<sup>63</sup>因此，成本效益分析，除從總成本及總效益觀察比較外，亦可從邊際成本及效益觀察之，端視於個人決策行為之內涵及考量時點而定。

如前所述，成本效益分析法可用於公共政策之擬定，換言之，當一個公共政策之制訂及推行，其整體社會效益大於社會成本時，對整體社會而言，其經濟效益即有所增長，然而，該政策即有可能使少數人獲得高額利益，而多數人平均受損，社會整體財富雖然增加但其分配卻產生不均之現象，此乃因獲利者必未實際將其利益用於補償各別受損者之損失，而為此一分析法用於公共政策所為人詬病之處，<sup>64</sup>因此，倘欲解決此一弊端，可能之方法之一即為透過對獲利者課稅之制度，並將增加之稅收，直接用於補償受損者之損失，或用於增加其福利上。

---

<sup>61</sup>參閱註6，第36頁。

<sup>62</sup>參閱註6，第36頁。

<sup>63</sup>參閱註6，第29頁~第30頁。

<sup>64</sup>See ROBERT. H. FRANK, WITH THE ASSISTANCE OF AMY J. GLASS, MICROECONOMICS AND BEHAVIOR, 640 (4th ed. 1999).

## 參、參考文獻

### 一、中文文獻

#### (一) 書籍

1. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏等合著，經濟學，台北，初版，1998年5月。
2. ROBERT COOTER ET AL. ,LAW AND ECONOMICS，溫麗琪編譯，法律經濟學，華泰文化事業股份有限公司，2003年初版。
3. ROBERT COOTER ET AL. ,LAW AND ECONOMICS，施少華、姜建強譯，法與經濟學，上海三聯書店出版，1991年。
4. 熊秉元，熊秉元漫步法律，時報出版，2003年8月。
5. 方凱弘，海上貨物運送人責任之法律經濟分析—以航海過失免責條款為中心，海洋大學法律研究所碩士論文，2006年。
6. 熊秉元，約法哪三章？法律及制度經濟學論文集(一)，元照，2002年。
7. TODD SANDLER, ECONOMIC CONCEPTS FOR THE SOCIAL SCIENCES, 葉家興譯，經濟學與社會的對話，先覺出版社，2003年初版。

### 二、外文文獻

#### (一) 書籍

1. RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW(6th ed. 2003).

2. ROBERT H. FRANK ET AL, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS(2001).
3. DANIEL H. COLE ET AL. , THE ECONOMIC ANAIYSIS OF LAW AND THE LEGAL STRUCTURE OF ECONOMIC ACTIVITY(2000).
4. DOUGLASS C. NORTH, INSTITUTION, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE (1990).
5. ROBERT. H. FRANK, WITH THE ASSISTANCE OF AMY J. GLASS, MICROECONOMICS AND BEHAVIOR(4th ed. 1999).
6. R. H. COASE, THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW (1988).
7. A. MITCHELL POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS (1989).

## 第三單元 公平交易法

### 貳、前言

法律經濟分析最早期除 Coase 於 1937 年發表「公司的本質」一文用於解釋公司之形成外，自 1960 年開始蓬勃發展後，經濟分析雖然被廣泛地運用於各個法律領域，惟其於反托拉斯法中相關問題之分析，更是最常被運用，其顯而易見之理由為反托拉斯法之目的即在於規範公平之市場競爭秩序，故經濟學理論中有關獨占行為之研究，即可作為研究此一法律問題之最佳參考資料，而隨著電子及知識經濟時代的來臨，加上企業經營環境的快速變動，企業間進行併購、結合日益頻繁，事業透過結合方式，擴充經營規模，已儼然成為全球化浪潮下，企業追求外部成長最重要的策略之一。然而，企業結合雖可提升企業之競爭能力，但對特定市場亦有可能造成市場集中、競爭減弱之妨礙競爭效果。因此，我國公平交易法乃規定，達到一定規模之事業結合案件，必須事前向公平交易委員會申報，並於評估其對整體經濟以及市場競爭等各方面之影響後，才可決定通過與否；俾使各項結合案件之進行，均能符合增進整體經濟及公共利益之要求。

台灣自 1992 年至 2007 年 9 月底止，結合案件共核准或不禁止多達 6074 件<sup>65</sup>。整體而言，修法前後主管機關所採取的管制態度，由「事前許可制」開放為「事前申報異議制」，大體上准多於否。惟少數被駁回之結合案件，

---

<sup>65</sup> 部分結合案適用公平交易法第六條第一項至第五項二種上型態，因此各結合型態件數加總超過結合總件數。  
<http://www.ftc.gov.tw/>，2007 年 10 月 11 日。

如 2007 年好樂迪股份有限公司擬與錢櫃企業股份有限公司合併，屬公平交易法第六條第一項第一款規定之事業結合。公平交易委員會卻認為該結合案對限制競爭之不利益大於整體經濟利益，爰依同法第十二條第一項規定禁止其結合，引起社會相當大的關注。反觀同年另一相類似的結合案件，雅虎國際資訊股份有限公司擬以現金向無名小站股份有限公司股東取得該公司百分之百股份，為公平交易法第六條第一項第二款及第五款之事業結合，公平交易委員會則係以附加負擔不予禁止的方式予以通過<sup>66</sup>。其判斷之標準何在，值得探究。

總體而言，公平交易法與經濟理論存在著密不可分的關係，本身即係公平正義與經濟效率交錯緊密之一個法規範。Posner 曾引用學者 M. S. Jacobs 的話：「爭論雙方完全同意……指導反托拉斯政策的只應該是配置效率的考慮。他們的爭論集中在，實現雙方都認同的目標，最好的方式是什麼這個次級問題的答案上。<sup>67</sup>」其意為，在反托拉斯的領域中，最不需要涉及意識形態，此乃一個純實證分析、純「工具理性」的經濟問題，其高原則為追求經濟效率，當某些情形下壟斷反而比競爭更具經濟效率時，就應該容許、甚至鼓勵壟斷！<sup>68</sup>因此，本單元試圖跳脫歷年來我國主管機關對於結合案件准否之標準，一概委諸於內部既多且雜的參考資料<sup>69</sup>，參諸世

<sup>66</sup> 行政院公平交易委員會第 803 次委員會議紀錄，討論事項審議案第三案，2007 年 3 月 29 日。

<sup>67</sup> 參閱 Posner，反托拉斯法，代譯序第 1 頁，2 版。轉引自林立，波斯納與法律經濟分析——一個批判性的探究一，第 118 頁，學林出版，2004 年。

<sup>68</sup> 參閱 林立前揭書，第 118 頁。

<sup>69</sup> 例如，事業結合申請須知、事業結合審查簡化作業程序、公平交易委員會批次審查便利商店申請結合作業原

界主要國家競爭法主管機關對於結合管制所採取之訂定「指導原則」的立法方式<sup>70</sup>，首先提出有關結合事件審查標準及判斷獨占、壟斷情形之基礎理論，其次，再就主管機關就上述好樂迪股份有限公司擬與錢櫃企業股份有限公司之合併案，以避免結合事業於歌唱事業之特定市場中取得獨占之地位，形成壟斷，對於廣大消費者不利為由，駁回其聲請，是否妥適，加以檢視，俾能有助於讀者對經濟分析於獨占問題之解釋及運用，有更深刻之瞭解。

## 貳、基礎理論

### 一、序說

由於企業結合案件之准否，涉及經濟學上有關壟斷問題其經濟效率之探討，因此，本節除介紹我國現行公平交易法有關結合之相關規定外，並就壟斷的問題，提出若干經濟學上之基本概念，以助讀者進一步瞭解企業結合與經濟效率二者間之關聯性。

### 二、結合理論（法律規範）

#### （一）經濟意涵：

---

則、行政院公平交易委員會域外結合案件處理原則等等。

<sup>70</sup> 例如，美國法務部及聯邦交易委員會的水平結合指導原則、美國 NAGG 準則、歐盟的水平結合指導原則、日本之「關於股份持有、合併等『造成實質限制一定之領域的競爭之情形』的見解」、德國之「結合管制下之市場地位」；其他如澳洲 ACCC 亦訂有結合指導原則。參閱 余朝權、施錦村，「整體經濟利益、限制競爭之不利、產業別對水平結合管制市場績效影響之實證研究」，公平交易季刊，第 14 卷，第 1 期，第 40 頁，2006 年 1 月。

雖然誘發事業結合之動機複雜，惟事實上，結合乃係廠商為因應瞬息萬變的商場變化，擴大營運規模，產生規模經濟<sup>71</sup>（economic of scale），降低經營成本的一個重要手段。觀諸過去諸多文獻，例如 Healy 等學者認為，相關行業之結合，由於握有較多技術及經驗，對通路的控制也具較高的支配力，相對風險較低，會產生較高的營運績效<sup>72</sup>；Avkiran 認為，金融機構結合可使參與結合之企業，降低成本，創造利潤<sup>73</sup>；施錦村針對 1992 年至 2000 年參與結合之 IC 業者，進行結合後之效益分析，結果發現，大部分參與者均有提高營運績效之情形<sup>74</sup>。以上文獻皆足以證明，企業結合係一個企業欲提高其營運績效的重要策略之一。

## （二）立法例：

目前各國競爭法主管機關對於結合案件之管制態度，其立法例大致上可分為「原則禁止」、「弊害規制」與「折衷規制」等三種型態<sup>75</sup>

### 1. 所謂「原則禁止」，基於保護中小企業之觀點，避免事業結合

<sup>71</sup> 規模經濟的特色是平均成本隨產量增加而遞減。

<sup>72</sup> Healy, P., K. G. Palepu and R. S. Ruback, "Does Corporate Performance Improve after Mergers," *J. of Financial Economic*, 21: 135-175, 241-271, 135-136. 轉引自 余朝權、施錦村前揭註 6，第 40 頁。

<sup>73</sup> Avkiran, N. K., "The Evidence on Efficiency Gain: The Role and Benefit to the Public," *J. of Banking and Finance*, 23:991-993 (1999). 轉引自 余朝權、施錦村前揭註 6，第 40 頁。

<sup>74</sup> 參閱 施錦村，「我國 IC 產業與其相關市場競爭行為之研究—以事業結合為例」，收於，第八屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，第 241-271 頁，2001 年。

<sup>75</sup> 參閱 沈麗玉，事業結合之管制與變革—兼論公平交易法的最新修正—，公平交易季刊，第 11 卷，第 1 期，第 52-53 頁，2003 年 1 月。

造成高度集中而形成控制地位，認為不論結合後是否實際減少競爭，或對市場產生其他不良影響，原則上皆採取禁止事業結合之態度。

2. 所謂「弊害規制」，認為市場經濟力量的集中乃當然之狀態，所以原則上鼓勵事業進行結合；惟如果事業結合之結果，反而產生規模不經濟時，則應予以禁止。易言之，因事業結合所生之壟斷及控制地位之形成，並非規範之對象；只有當事業濫用其市場地位及經濟力量，破壞經濟秩序造成損害時時，法律才加以規範禁止。

3. 所謂「折衷規制」，則係認為事業結合如以達到或客觀上可能達到控制市場地位時，即應加以規範。惟當經濟利益顯然大於其不利益時，則應同意結合案件之成立。

我國公平交易法對於事業之結合，由過去之「事前許可制」到民國 91 年 2 月 6 日至今的「事前申報異議制」，皆一慣採取前述第三種「折衷規制」的方式，此由公平交易法修正前後之第十一條及第十二條之規定可知。<sup>76</sup>

### （三）現行法

按公平交易法第六條之規定，「本法所稱結合，謂事業有左列情形之一者而言：一、與他事業合併者。二、持有或取得他事業之股份

---

<sup>76</sup> 參閱 林立前揭書，第 114-119 頁。

或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者。三、受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者。四、與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。五、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。計算前項第二款之股份或出資額時，應將與該事業具有控制與從屬關係之事業所持有或取得他事業之股份或出資額一併計入。」因此，結合之型態依現行法之規定，約略可分為合併、股份取得、資產取得、董事兼充及其他直接或間接之控制型態等五種。而依其結合之態樣則大致上可區分為三。1. 水平結合 (horizontal)：指參與結合之事業具有水平競爭關係者；2. 垂直結合 (vertical)：指參與結合之事業具有上、下游關係者；3. 多角化結合 (又稱異質結合、複合式結合) (conglomerate)：指參與結合之事業非屬水平競爭及上、下游關係者<sup>77</sup>。本章有關經濟分析於結合事件之運用，由於篇幅及實際個案所限，則以探討較具經濟分析代表性之第一種水平結合類型為主。

### 三、市場之界定

#### (一) 特定市場界定

---

<sup>77</sup> 參照 行政院公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第二點。

按公平交易法第五條第三項之規定：「……特定市場，係指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍。」公平交易委員會於界定特定市場範圍時可由產品市場構面及地理市場構面分別加以審酌判斷。此外，亦可考量該特定商品或服務之「需求替代性」及「供給替代性」。

1. 所謂「產品市場」(product market)，係指在功能、特性、用途或價格條件上，具有高度需求或供給替代性之商品或服務所構成之範圍。而所謂「地理市場」(geographic market)，則係指就結合事業提供之某特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選擇或轉換其他交易對象之區域範圍<sup>78</sup>。

2. 所謂「需求替代性」，係指假使特定產品或服務之供給者將其產品價格或服務報酬提高時，其顧客能夠轉換交易對象或以其他產品或服務，取代前揭產品或服務之能力。而所謂「供給替代性」，則係指特定產品或服務的供給者將其產品價格或服務報酬提高時，其他競爭者或潛在競爭者能夠立即供應具替代性產品或服務之能力<sup>79</sup>。

## (二) 市場占有率

<sup>78</sup> 參照 行政院公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第三點。

<sup>79</sup> 行政院公平交易委員會，公處字第 093041 號，民國 93 年 4 月 8 日，行政院公平交易委員會公報，第 13 卷，第 5 期，第 29-38 頁，2004 年 4 月。

所謂市場占有率，係指特定市場參與者之銷售量或銷售金額占市場內所有市場參與者之總銷售量或銷售金額的百分比<sup>80</sup>。針對某特定產品或服務之結合，是否須要事前提出申報，以獲得中央主管機關公平交易委員會之允許，依公平交易法第十一條第一項之規定，包括有三種情形：1. 事業因結合而使其市場占有率達三分之一者；2. 參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者；3. 參與結合之事業，其上一會計年度之銷售金額，超過中央主管機關所公告之金額者。

是故，市場占有率之多寡及其計算方式，就顯得格外重要。按公平交易法施行細則第四條之規定，欲計算事業之市場占有率時，應先審酌該事業及該特定市場之生產、銷售、存貨、輸入及輸出值（量）之資料。而計算市場占有率所需之資料，得以中央主管機關調查所得資料或其他政府機關記載資料為基準。此外，據以決定市場占有率之前提問題，即如何界定特定產品之市場範圍，亦即何種產品係在同一市場上競爭，例如：果汁、可樂及不具酒精之飲料是否同屬於一個競爭市場之判斷，亦極為重要。

#### 四、整體經濟利益與限制競爭不利益之比較

##### （一）整體經濟利益

---

<sup>80</sup> 參照 公結字第 096002 號。

所謂「整體經濟利益」，如果依照經濟分析理論加以探討，應該符合「極大化」(maximization)、「經濟效率」(economic efficiency)及「均衡」(equilibrium)三個基本要素。換句話說，任何有理性的廠商或個人都會盡其所能地去尋找利益極大化；惟此種廠商或個人之利益極大化，並非全然就等於社會整體經濟利益，尚需考量「經濟效率」及「均衡」二者<sup>81</sup>。

「經濟效率」，係指資源不管再怎麼重新分配使用，都無法使某些經濟體獲致更高經濟利益，而同時不損及其他經濟體的利益<sup>82</sup>，亦即達於「柏雷托最適境界」(Pareto Optimum)<sup>83</sup>。至於「均衡」，則係指一種不會自然改變的狀態。換句話說，均衡一旦達成，在其他條件不變的情況之下，該狀況會一直維持下去<sup>84</sup>。因此，所謂整體經濟利益，係指企業結合之案件，其「結合後之經濟效益」與「結合之成本」及其「對其他企業所造成之損失」彼此間達於不再改變之均衡狀態。

而其具體考量之因素，依行政院公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第十三點之規定，整體經濟利益需考量的因素為：1. 消費者利益；2. 結合事業原處於交易弱勢之一方；3. 結合事業之一屬於

---

<sup>81</sup> 參閱 余朝權、施錦村前揭註 6，第 18 頁。

<sup>82</sup> 參閱 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏著，*經濟學—理論與實務*，第 293 頁，自版，1993 年二版。

<sup>83</sup> “A situation where it is impossible to make any Pareto improvement. That is, it is impossible to make any individual better off without making someone else worse off.” See PAUL WONNACOTT ET AL. *ECONOMICS*, 729 (1979).

<sup>84</sup> 參閱 余朝權、施錦村前揭註 6，第 18 頁。

垂危事業<sup>85</sup>；4. 其他有關整體經濟利益之具體成效。因此於考量整體經濟利益時，除考量結合企業間之成本效益分析外，尚須考量消費者是否因此結合事件而就相同產品或服務獲得更低價格之利益或更高價格之不利益等情形。

## （二）限制競爭不利益

水平結合具有使特定市場現存廠商家數減少，造成市場集中度提高之反競爭效果。公平交易法對於水平結合管制的目的，在於避免企業企圖藉此取得市場力量或獨寡占地位，排除其他競爭者加入市場競爭，而達到限制產出、提高產品價格、減損市場競爭機能的目的。因此，當企業進行水平結合的結果，導致其得以運用市場力量或獨寡占地位，將價格提高至競爭價格水平之上，而獲取超額利潤，使社會福利由消費者轉移至結合企業，該結合已實質達到限制競爭，而具有不利益，故應被禁止<sup>86</sup>。

## （三）市場績效

---

<sup>85</sup> 所稱「垂危事業」，應符合：(1) 垂危事業短期內無法償還其債務。(2) 除透過結合，垂危事業無法以其他更不具限制競爭效果方式存在市場；(3) 倘無法與他事業結合，該垂危事業必然會退出市場。參照 行政院公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第十三點。

<sup>86</sup> 參閱 余朝權、施錦村前揭註 6，第 20 頁。

水平結合後可能會同時產生整體經濟利益及限制競爭之不利益，二者具有抵換關係；當整體經濟利益大於限制競爭的不利益時，即產生所謂的市場績效<sup>87</sup>。依公平交易法第十二條第一項之規定，「對於事業結合之申報，如其結合，對整體經濟利益大於限制競爭之不利益（即具有市場績效時）者，中央主管機關不得禁止其結合。」

## 五、壟斷（即獨占）行為

經濟學上稱獨占者謂某個產品的整個市場，只有一家企業，而且其所生產的產品沒有同質的替代品存在<sup>88</sup>，其他業者進入十分困難，形成壟斷，且獨占者對於產品價格有絕對支配的能力<sup>89</sup>，成為產品價格的決定者（price maker）<sup>90</sup>，或稱之為價格的追尋者。隨者廠商數目減少，相對於完全競爭市場，市場力量的影響減弱，市場占有率增加，其他廠商進入市場之障礙（entry barriers）<sup>91</sup>提高，競爭程度降低。因此，在經濟學供需理論下，在獨占的市場中，因為價格單方操控在廠商的手中，無法導出廠商的供給曲線，而只有一條向下傾斜的需求曲線<sup>92</sup>。以下以簡單圖示說明之。

<sup>87</sup> 參閱 余朝權、施錦村前揭註 6，第 21 頁。

<sup>88</sup> 參閱 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰明著，經濟學理論與實際 上冊，第 194 頁，台北，1991 年自版。

<sup>89</sup> 參閱 林鐘雄，經濟學，第 249 頁，三民書局總經銷，1992 年，三版。

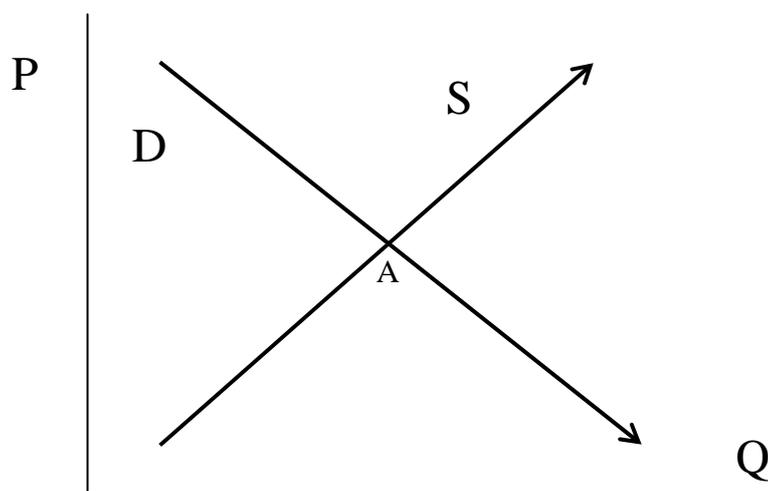
<sup>90</sup> 參閱 施建生，經濟學原理，第 123 頁，自版，1992 年，十版。

<sup>91</sup> 大致可分為法律的限制與自然獨占。前者係肇因於人為的措施，即法令的規定；後者則是經濟力量運作的結果。

<sup>92</sup> 參閱 高希均、林祖嘉著，經濟學的世界：中篇 個體經濟理論導引，第 189-194 頁，天下文化出版股份有限公司，1997 年，一版。

◎圖一：一般事業的供給需求線

該圖中顯示左上右下的需求線，亦即當，價格越高時消費者之需求越少，而相對地，當價格越低時，消費者之需求越多，因而，形成一由左上至右下之負斜線；相反地，供給曲線則為一左下右上的正斜線，亦即當價格越低時，廠商之供給越少，而相對地，當價格越高，則廠商供給多。而市場最後價格則透過需求線與供給線兩者的相互拉扯，由市場調節機制，自由調整，在需求曲線與供給曲線中，尋找出兩者的交會點（即圖上所示之A點），即是廠商最適供給量（即廠商提供最適當之產品）與消費者所能接受之價格。在自由市場中，該交會點並非固定，而是因應市場機能機動調整<sup>93</sup>。



【圖一】一般事業的供給需求曲線<sup>94</sup>

<sup>93</sup> 參閱 林信和、楊家馨，「我國公平交易法就獨占與結合之規範與實踐」，華岡法粹，第 34 期，第 65-66 頁，2005 年。

<sup>94</sup> 參照前註，第 66 頁。

## 圖二：獨占事業的需求線（平均收益線）

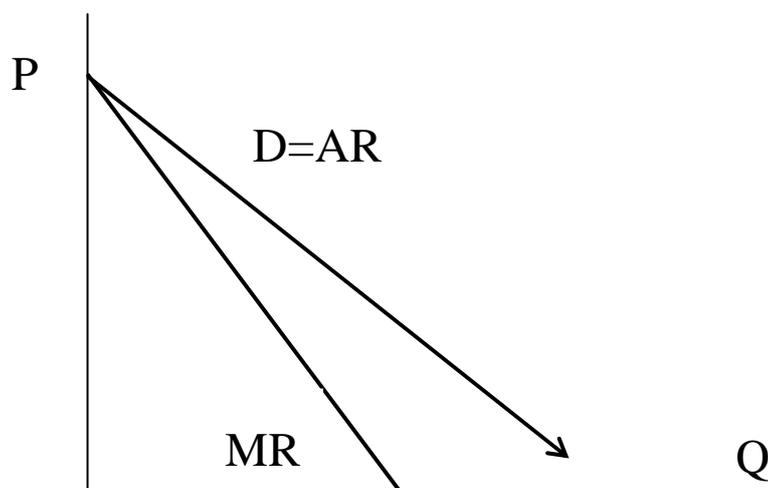
獨占廠商因為是「只此一家」，廠商的產量就是整個產業的全部產量。因此，獨占廠商所面對的需求線也就是整個市場的需求線，故其斜率為負（根據需求法則），如圖二的D線所示。其意義為，獨占廠商若想多銷售一些產品，市場不會像完全競爭時的毫無感覺，因此勢必要降價才能辦得到；但是，它如果把價格提高一點，需求量雖會減少，卻不致於完全賣不出去。而事實上，獨占事業的需求線也是平均收益線（AR），而且當平均收益隨著產量增加而跟著下降時，其對應的邊際收益（MR）將小於平均收益；亦即，邊際收益線會位於平均收益線的下方<sup>95</sup>。

至此為何本文並沒有提到獨占廠商的供給線？此乃獨占廠商並沒有如競爭廠商的短期供給線之故。蓋供給線是描繪價格與供給量之間的關係；供給量是廠商在對應價格下，願意且能夠提供的數量。當價格（需求）變動時，邊際成本線高於平均變動成本以上的部份，就構成競爭廠商的供給線。對獨占廠商而言，MR線位於AR線的下方。當市場需求（AR）改變時，MR線會同時變動。但因為需求面的變化有無窮多種可能性，因此，需求線所對應的邊際收益線也有無窮多種。就某一既定的邊際成本線而言，不同的邊際收益線和此一邊際成本線可能決定出相同的最適產

---

<sup>95</sup> 參照註 24，第 139 頁。

量水準，但卻對應不同的物價水準。因此，獨占者並沒有一個價、量對應的軌跡，可作為它的供給線<sup>96</sup>。



【圖二】獨占事業的供給需求曲線<sup>97</sup>

## 六、濫用市場地位之判斷標準

競爭政策的目標既然是增進生產效率與消費者福利，我們所需要探討的問題即為如何正確地去判斷廠商行為是否違法；亦即有無違反正常競爭，而無法產生市場績效。然而，就壟斷而言，廠商是否必然就濫用其市場地位，使消費者必須以較高價格購買商品，因而減少其福祉；是否在長期缺乏競爭的情況下，組織管理日趨怠惰、研發意願低落，使消費者一定會買到又貴又差之產品。關於此點，Posner 指出，「在經濟分析中，我們重視競爭是因為它提高了效率—也就是說，競爭是一個手段而不是一個目的—那麼，看來只要壟斷可以增進效率，就應當容忍壟斷，

<sup>96</sup> 參照註 24，第 194 頁。

<sup>97</sup> 參閱註 24，第 139 頁。

甚至鼓勵壟斷。<sup>98</sup>」另「效率是反托拉斯的終極目標，競爭只是一個中間目標，只不過這個中間目標常常離終極目標足夠的近，使得法院不必看得更遠。<sup>99</sup>」換言之，採完全競爭之手段，固然通常可達到經濟效率之追求，但是，並非絕對如此，有時壟斷之結果，可能反而比競爭更有效率。

然而，以往的競爭政策對於廠商的結合行為所做出的判決字句，總是存在著許多含糊不清的抽象性解釋，於是乎經常發生相同或相類似的案例因為執法者詮釋方式的相同而造成判決結果莫衷一是。就此，我國學者王文宇嘗試整理並提出國內外五項判斷標準，試圖讓廠商對結合之准否更具可預測性，不必因法令不明確而負擔潛藏的經營風險；競爭政策之主管機關亦才不至於一見壟斷就採取否定之基本態度，而影響有助於經濟發展之企業結合。

---

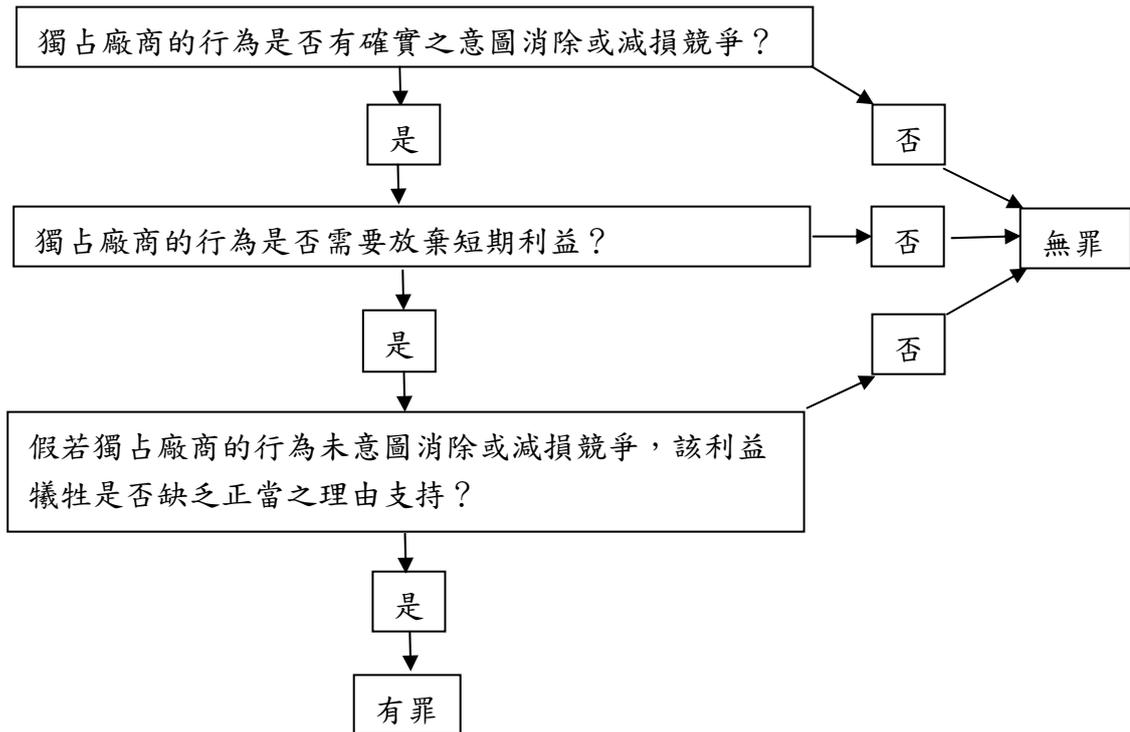
<sup>98</sup> 譯著：Richard A. Posner 著，朱蘇力譯，反托拉斯法，第 31 頁，2003 年。轉引自 林立前揭書，第 112 頁。

<sup>99</sup> 參閱前註，第 112-113 頁。

### (一) 利益犧牲判斷標準 (The Profit Sacrifice Test)

指假若獨占廠商藉由犧牲短期利益以換取長期利益之作為，除了意圖造成其他廠商競爭機會受損之外無任何合理依據時，則違法<sup>100</sup>。

【圖一】利益犧牲判斷標準流程<sup>101</sup>



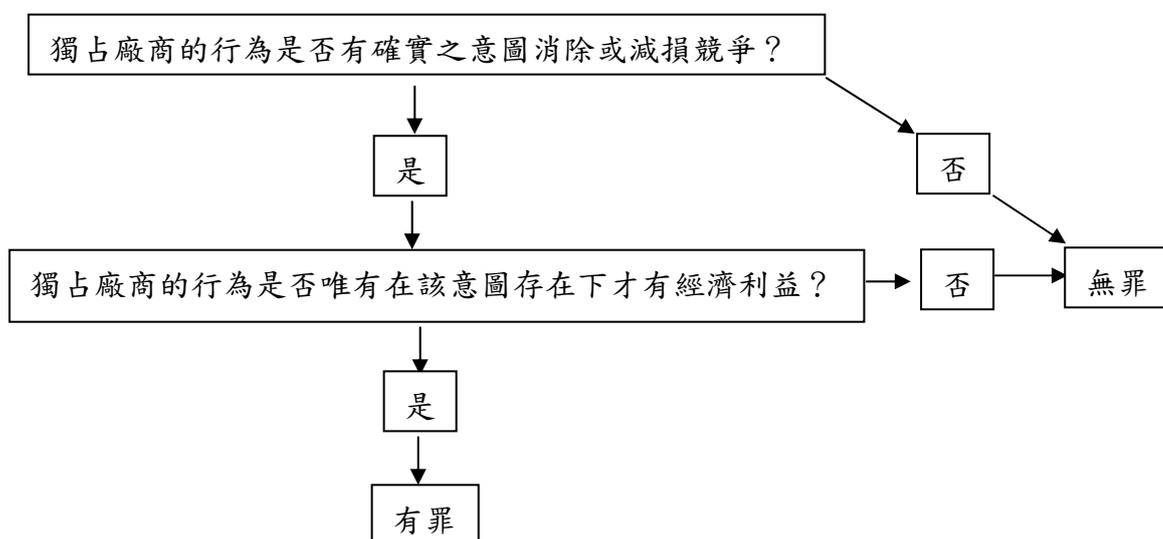
<sup>100</sup> 參閱 王文宇，「濫用獨占地位之判斷標準—法律概念或經濟觀點？」，公平交易季刊，第15卷，第1期，第6頁，2007年1月。

<sup>101</sup> 參照前註，第7頁。

## (二) 無經濟意義判斷標準 (No Economic Sense Test)

指廠商競爭行為所獲致的利益，在不考慮意圖削弱競爭的影響下，若無其他合理之經濟因素來解釋利益的獲得時，則違法。與利益犧牲判斷標準不同之處在於，無經濟意義判斷標準不涉及利益犧牲的討論，而是直接詢問獨占廠商是否具備其他正當理由解釋其取得的利益<sup>102</sup>。

【圖二】無經濟意義判斷標準流程<sup>103</sup>



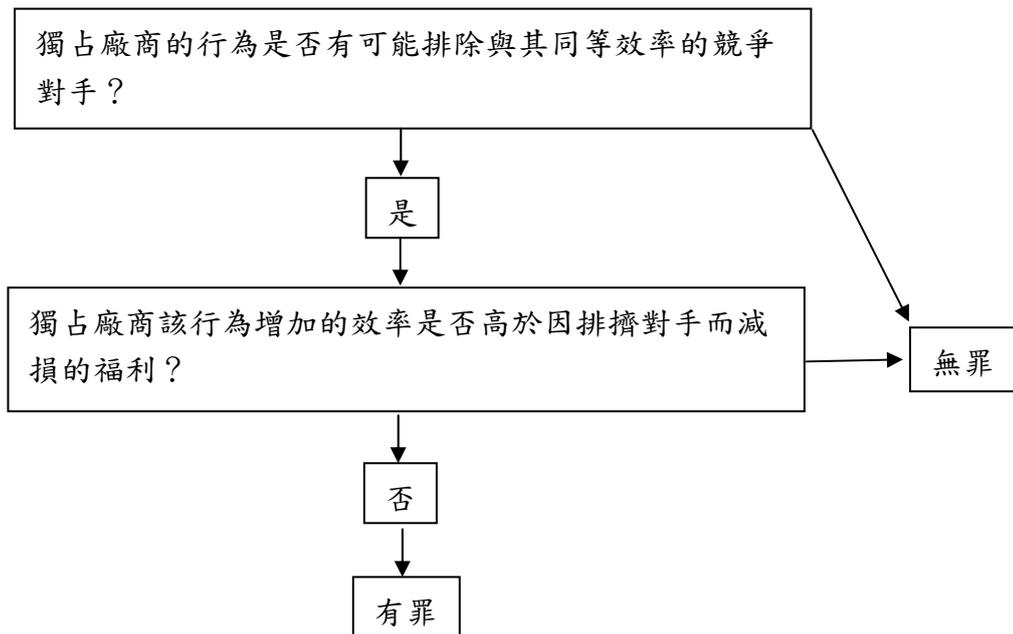
<sup>102</sup> Gregory Werden, "The 'No Economic Sense' Test for Exclusionary Conduct," *Journal of Corporation Law*, forthcoming (2005). 轉引自 王文宇前揭註 36，第 8 頁。

<sup>103</sup> 參照註 36，第 9 頁。

### (三) 同等效率判斷標準 (The Equally Efficient Firm Test)

指若獨占廠商的行為可能導致與其經營效率相當的對手被排除於市場之外，且該行為所提升的自身效率低於排擠對手而減損的社會福利時，則視同損害競爭而違法<sup>104</sup>。

【圖三】同等效率判斷標準流程<sup>105</sup>



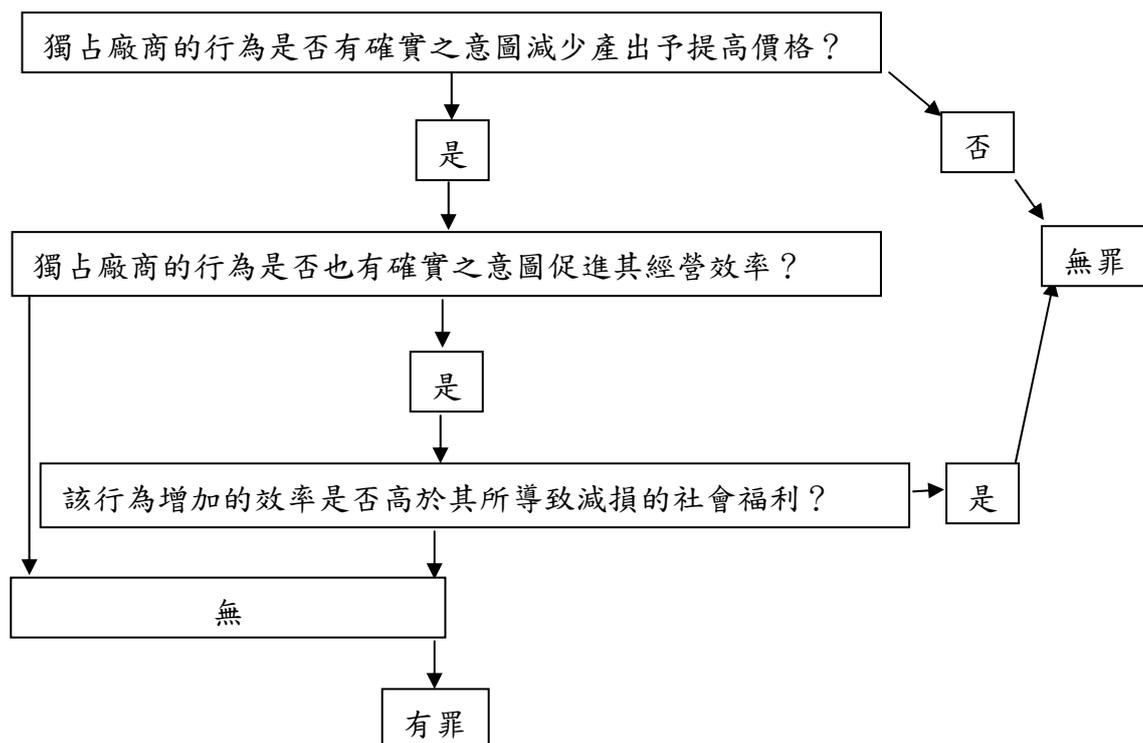
<sup>104</sup> 同前註。

<sup>105</sup> 參照註 36，第 10 頁。

#### (四) 消費者福利判斷標準 (Consumer Welfare Tests)

指若廠商有確實之意圖以提高價格及減少產出的競爭行為提升其經營效率，且該效率未高於消費者福利的損害數額時，則違法<sup>106</sup>。

【圖四】消費者福利判斷標準流程<sup>107</sup>



#### (五) Elhauge 判斷標準

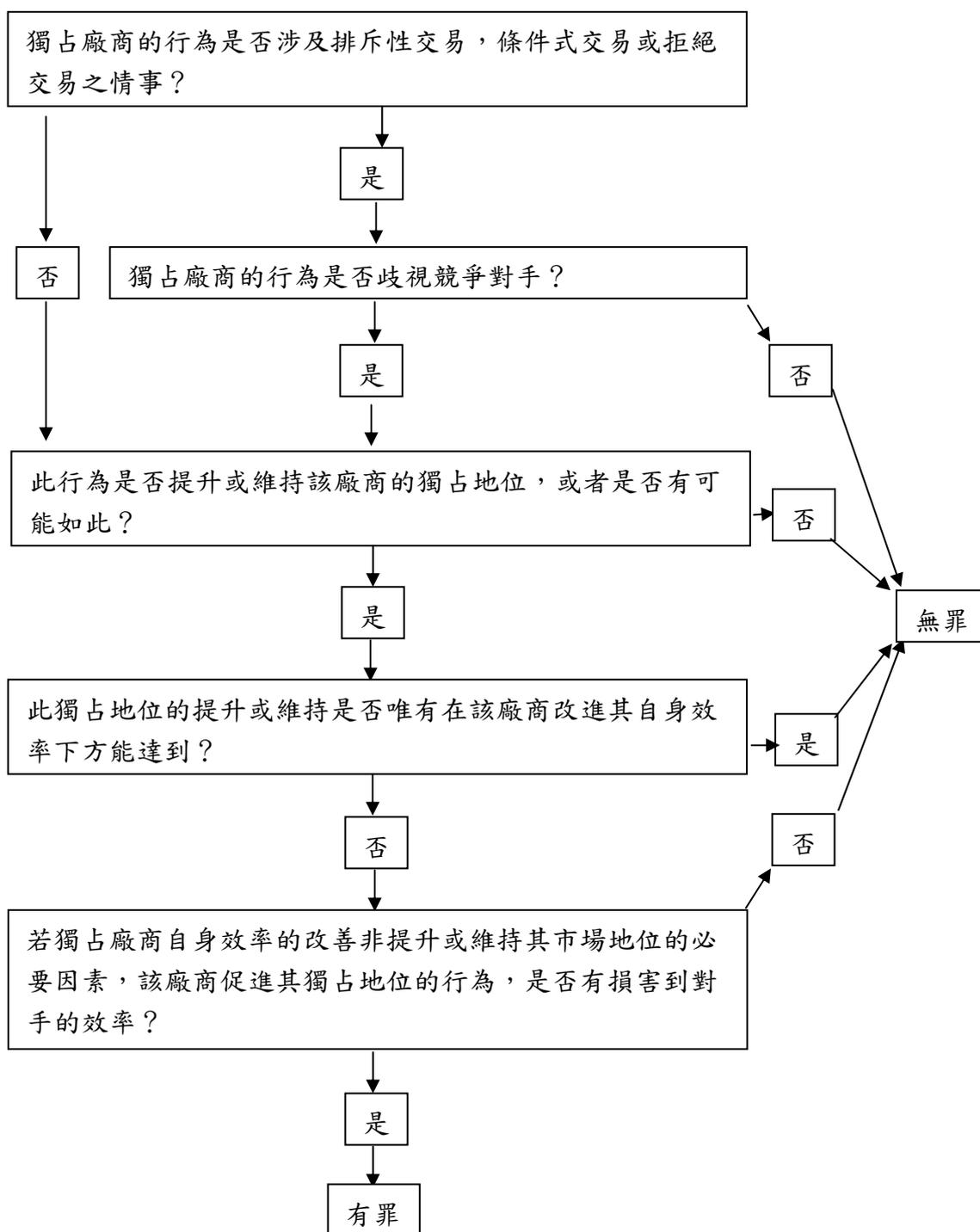
指獨占廠商與其競爭對手進行交易時有差別待遇之情事，或是有促進其獨占地位的競爭行為，若唯有改善自身經營效率方能達到，則可視為合法；反之，若獨占廠商自身效率的改善並非為提升或維持其

<sup>106</sup> 參閱註 36，第 11 頁。

<sup>107</sup> 參照註 36，第 12 頁。

市場地位的必要因素，那麼在不考慮有無提升經營效率的條件下，當其市場地位的提升造成削弱對手效率時，則違法<sup>108</sup>。

【圖五】Elhauge 判斷標準流程<sup>109</sup>



<sup>108</sup> *Id.*, at 253. 轉引自 王文宇前揭註 36，第 12 頁。

<sup>109</sup> 參照註 36，第 13 頁。

## 參、案例分析

### 一、前言

查 2007 年 3 月主管國內結合案件之公平交易委員會，於前後相隔短短二十日間，面對市場占有率上同為分屬一、二名之產業互相提出結合之申請（前者為視聽歌唱市場內之錢櫃與好樂迪，後者為如入口網站內之 Yahoo! 奇摩與無名小站），於時間上具有緊密連接性，卻作出不同處理，主管機關之判斷標準何在，是否因此二個案於背景因素上有本質上之差異抑或僅為主管機關行政裁量下恣意而為之結果，實值探究。本單元嘗試由市場分析與競爭分析之經濟觀點，解答上述疑惑。

### 二、「錢櫃與好樂迪」結合案

#### （一）市場分析

市場是否被壟斷（獨占）常以市場占有率的高低作為標準，而廠商市場占有率的高低，顯然受到受到市場範圍之界定而影響。市場範圍較寬廣，則市場占有率必下降；反之，若市場範圍較狹窄，則市場占有率自然升高。因此，對市場的認知與瞭解於結合案件中具有相當深遠的影響。

#### 1. 就產品市場而言

所謂「產品市場」(product market)，如前所述，係指在功能、

特性、用途或價格條件上，具有高度需求或供給替代性之商品或服務所構成之範圍。依經濟部商業司 94 年 8 月更新之資料，截至 2007 年 3 月 9 日作成此一結合案件決定書為止，全國各縣市共有 1068 家合法的視聽歌唱業者。而公平交易委員會衡酌錢櫃與好樂迪之主要營業項目，認為應以「視聽歌唱業<sup>110</sup>」作為其產品市場，不得主張與電影業、遊樂園業、百貨業、逛街購物、複合式休閒餐廳、線上遊戲等消費行為具有替代關係。

## 2. 就地理市場而言

所謂「地理市場」(geographic market)，如前所言，係指就結合事業提供之某特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選擇或轉換其他交易對象之區域範圍。因視聽歌唱業之交易必須於特定場所及特定時間內完成，具有一定時空之性質；且每人每小時之消費金額約在新台幣 100 元至 200 元間，交易金額有限，對於消費者來說，交通時間、交通成本的因素對於交易對象之選擇與轉換具有相當程度的影響。故錢櫃與好樂迪之結合雖以全國為其範圍，然實際上應以規劃有短程交通路網之個別縣市或相鄰縣市為範圍比較妥適。舉例而言，台北縣市之間設有綿密之公車及捷運路網，即可視為一地理市場。

## 3. 就市場占有率而言

---

<sup>110</sup> 依經濟部商業司登記營業項目所界定，視聽歌唱業係指提供視聽伴唱設備，供人歌唱之營利事業。

按好樂迪 2005 年度營業收入為 35.63 億元，加計具控制從屬關係之視聽歌唱業營收後為 37.04 億元；錢櫃 2005 年度營業收入為 39.74 億元，加計具控制從屬關係之視聽歌唱業營收後為 52.56 億元。依行政院主計處 2003 年 4 月 4 日所公佈 2001 年普查資料，視聽歌唱業 2001 年產值為 179.44 億元，而錢櫃與好樂迪兩家公司當年之營收合計為 72.33 億元（未加計具控制從屬關係之視聽歌唱業營收），占視聽歌唱產業整體產值之 40.31%。若採用主計處 2001 年公佈之普查資料為計算基礎，錢櫃與好樂迪 2005 年加計具控制從屬關係之視聽歌唱業營業收入合計為 89.6 億元，推估約佔總產值之 49.93%。復再依 2005 年視聽歌唱業稅務資料，經加總錢櫃與好樂迪及其具控制從屬關係之視聽歌唱業之市占率後，估計約佔總營收之 49.54%。依公平交易法第 11 條第 1 項第 1 款「事業因結合而使其市場占有率達三分之一者」及同條第 2 款「參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者」為事業結合時，有形成壟斷（獨占）之虞，應先行向中央主管機關提出申報之情況。本結合案，無論以何種方式計算為基礎，其結果錢櫃與好樂迪營收合計已占總營業額近二分之一，市場占有率實已具壟斷之可能性。

進一步言之，考量台北縣市視聽歌唱業營業額占全國視聽歌唱業總營業額三分之一，又錢櫃與好樂迪近半數之營收均來自台北縣市之

營業據點，故此一結合案通過與否影響較大之地理市場應為台北縣市。而就全國前 100 大視聽歌唱業者在台北縣市之營收而言，錢櫃與好樂迪加計具控制從屬關係之視聽歌唱業營收不僅過半，甚至已超過 90% 之該地理市場佔有率。因此錢櫃與好樂迪結合後其地理市場若以台北縣市為標準而非全國，實已取得壓倒性之壟斷地位，殆無疑義。

## （二）競爭分析

反托拉斯之目的，在於維持市場上的競爭秩序，認為一定的市場競爭，其結果對於廣大的消費者而言，將是利多於弊。不僅在價格上彼此會採取削價競爭模式爭取更多的消費者，也會採取創新策略擴大該市場既有的消費人口，就產品價格之下降而言，固然有利於消費大眾。然而，倘若企業為了追求經濟效率，在自由市場經濟的情況下，發生結合、併購之情形，以達到所謂的規模經濟，以降低企業之營運成本，進而提供品質與價格更優之產品，對消費者而言，未必是壞事。因此，公平交易法於維繫合理公平之市場競爭秩序之大前提下，該如何調和企業之利益，以協助其面臨全球化之競爭，同時又兼顧消費者之利益，以尋求社會整體之最大經濟利益，實非易事，以下即分別從不同角度探討之。

### 1. 就競爭廠商而言

視聽歌唱業不屬於法令限制必須由主管機關事先許可之產業，同時亦無最低資本額之限制，其主要之固定成本，包括房租、裝潢及視聽設備，依據不同業者投資營運店鋪的規模大小及裝潢程度有很大的差異性。一般而言，約佔總成本的 25% 至 30% 左右，惟仍可自行衡酌調整。因此，其他廠商進入此市場之主要障礙並非來自於法令或資金上之限制，事實上，其是否能夠順利地進入此行業，取決於視聽歌唱業之新進業者是否能以合理條件向伴唱帶代理業者取得足夠伴唱帶以提供完善視聽歌唱服務，而具備競爭之基本條件。因此，錢櫃與好樂迪結合與否對視聽歌唱市場之影響，實應就伴唱帶代理業市場競爭之影響進行分析。

根據伴唱帶代理商之表示，錢櫃與好樂迪採取扶植特定伴唱帶代理商向上游唱片公司爭取授權之策略，然後讓無其他伴唱帶代理商之新歌無法鋪貨至錢櫃與好樂迪之系統，進而造成唱片公司不願將新歌合約簽給無法與錢櫃與好樂迪兩大系統合作之代理商，導致次年度該代理商得不到唱片公司的新歌。而錢櫃與好樂迪二公司再以該代理商所代理歌曲所占比率太低為由，拒簽新約或要求降價。在此策略行為下，只剩錢櫃與好樂迪兩大系統支持的特定代理商所代理的唱片公司新歌得以進入此二業者之系統通路。因此，若公平交易委員會通過此一結合案，將造成此二公司對於上游伴唱帶代理商及唱片公司間更強

大之獨買力 (monopsony)，而更加限縮非為此二公司扶植之伴唱帶代理商之生存空間<sup>111</sup>。

此外，更有唱片公司認為，本案參與事業已與特定伴唱帶代理商揚聲公司合作，在歌曲伴唱帶購買市場及通路市場取得壓倒性地位；行政院新聞局所提供之影響評估報告亦認為，參與事業對瑞影公司及揚聲公司等伴唱帶代理商有實質影響力，七成以上之下游 KTV 或卡拉 OK 營業場所之伴唱帶產品皆由瑞影公司及揚聲公司提供，足見，此二公司之水平結合，不僅需考量其結合之結果是否對產業本身造成壟斷，亦需檢視其是否透過其市場力量干預上游伴唱業代理商之競爭環境，進而，影響其他人進入其市場之障礙而為違反公平法第 10 條第 I 項第 1 款之規定。

倘參與事業於結合後挾其獨買力，要求特定伴唱帶代理業者給予特別優惠，或選擇僅與特定伴唱帶代理業者合作，排擠其他上游之伴唱帶代理商之生存。同時對於有意願參進視聽歌唱業之新業者，例如在台北縣市此一地理市場而言，給予差別待遇，勢將排擠新業者的生存能力及參進意願，而產生不公平之市場競爭秩序。

## 2. 就消費者而言

按視聽歌唱業者之最終交易相對人為個別消費者。若錢櫃與好樂

---

<sup>111</sup> 參照 台北高等行政法院九十三年訴字第一六三三號、九十三年訴字第三七八七號、九十四年訴字第一一三號、九十四年訴字第一一四號。

迪結合後，將在特定地理市場之台北縣市取得獨占地位，在缺乏足夠競爭壓力之情形下，兩大業者是否能如結合申報書所表示<sup>112</sup>，將以更物美價廉或物超所值的服務回饋消費者，不無疑義。反而可能會因而缺乏降低成本、從事創新與提升服務品質之誘因，反而藉故做出調漲歌唱費用之決定。讓不具充分選擇機會之消費者，因欠缺相抗衡之力量，而無法作出其他更有利於己之消費選擇。

### 3. 就整體經濟利益與限制競爭之不利益而言

錢櫃與好樂迪二大歌唱事業雖主張於結合後所產生之整體經濟利益有：(1)提昇競爭優勢；(2)造福消費者進而促進產業良性循環；(3)強化國際競爭力；(4)提供就業機會培育國際化人才；(5)重新分配資源開發次級鄉鎮繁榮地方創造稅收<sup>113</sup>。惟事實上，若結合案通過後，二大參與事業將取得視聽歌唱業產業近半數之總營業額，並在最重要之地理市場即台北縣市取得獨占地位。其次，其將對於上游伴唱帶代理業者形成獨買力，可要求特定業者給予特別優惠。再者，二大參與事業之結合與強化國際競爭力，亦無並然之關係，各別企業實無先結合以先消滅國內市場之競爭，再向海外投資之理。至於創造就業、培育人才、繁榮地方等等，亦與結合無必然之關係，事業未結合前，各企業亦得單獨達到上述之效果。從而，此一水平結合後可能會產生整

---

<sup>112</sup> 參照 公結字第 096002 號。

<sup>113</sup> 參照 公結字第 096002 號。

體經濟利益小於限制競爭的不利益，欠缺所謂的市場績效，依公平交易法第十二條第一項之規定反面解釋，中央主管機關應禁止其結合。而公平交易委員會於2003年7月3日第608次委員會議就錢櫃與好樂迪之申報結合原本採「附負擔不予禁止」之結果，然旋即於同年7月29日第664次委員會議決議撤銷，而此項處分已獲台北高等行政法院94訴1113予以維持。惟公平交易委員會嗣後就錢櫃與好樂迪之申報結合予以撤銷之原因究竟為何？理論上其可能的原因如下：其一為好樂迪公司隱匿相關資訊未予申報，致令該會原先之判斷上有誤；其二為乃時空環境有所不同，故其處理方式自然有異；其三為公平交易委員會原先處分本身之疏漏所致。惟無論其真正原因為何，公平交易委員會嗣後所為禁止結合之決定，誠值肯定。

### 三、「Yahoo!奇摩與無名小站」結合案

#### (一) 前言

承前所述，公平交易委員會並未允許錢櫃與好樂迪之申報結合案，其理由為何，莫衷一是，然反觀公平交易委員會對Yahoo!奇摩欲併購無名小站一案，於2007年3月29日第803次委員會議以「附加負擔不予禁止」的方式，通過Yahoo!奇摩取得無名小站百分之百股權結合案。此一決定在台灣網路界掀起一陣撻伐聲浪，認為此一結合案

已造成市場壟斷，違反反托拉斯之精神。何以時間緊密接近之兩家市場占有率分屬一、二的視聽歌唱業錢櫃與好樂迪結合案，公平交易委員會予以打回票處理，拒絕合併；而在部落格服務平台上市場占有率同樣分屬一、二的無名小站與 Yahoo! 奇摩，公平交易委員會卻以附加負擔的方式予以通過。兩案在准駁之間，是否真的有不同的考量？抑或只是重蹈覆轍，又一個因資訊不足致判斷錯誤的案例？實有進一步探究之必要，以下即分別從市場佔有率及競爭行為二者，分別加以論述。

## （二）市場分析

### 1. 就產品市場而言

無名小站與 Yahoo! 奇摩二者是否屬於同一市場，有如下之不同見解：

#### （1）反對說

此說主要係將二家公司之營業界定為不同市場為據，依據電子商務主管機關經濟部針對網路資訊提供服務業者之定義，Yahoo! 奇摩為一入口網站，提供綜合性網路服務，而無名小站則係單純社群網站，雙方重疊者僅在皆有透過網路社群服務，獲取會員收入及網路廣告收入部分。由於無名小站並未涉足網路購物與網路拍賣市場部分，並且其使用者內又有 7 成以上與 Yahoo! 奇摩之使

用者重疊，因此公平交易委員會認為本結合案對網路購物與網路拍賣市場影響不顯著<sup>114</sup>。

## (2) 贊成說

此說認為 Yahoo! 奇摩乃一綜合性之入口網站，除網路社群服務市場外，亦提供「網路廣告」、「網路拍賣」、「網路購物交易平台」、「入口網站」、「網路新聞」等等服務，並收取「廣告費」、「商品刊登費、手續費及佣金」、「平台費用」、「網站登錄費、上架費」等。而 Yahoo! 奇摩就「網路廣告」<sup>115</sup>、「網路拍賣」、「網路購物交易平台」<sup>116</sup>、「入口網站」<sup>117</sup>等市場之占有率均超過四分之一，甚或具有獨占之地位。本次結合，勢必對上開市場均產生重大影響。蓋目前無名小站雖未提供網路拍賣服務，但依照無名小站所擁有之高流量，對於網路拍賣及其它網路服務所需要之大量匯集人氣，具備重要關鍵要素。因此，若無名小站擬從網路社群服務跨足網路拍賣及網路購物市場之經營，在技術、資金及法令規範均無障礙下，足可視為係該市場之一潛在競爭者。因此，Yahoo! 奇

<sup>114</sup> 參照 行政院公平交易委員會 96 年 3 月 29 日新聞稿。

<sup>115</sup> 如依據廣告收入計算，Yahoo! 奇摩在網路廣告市場之占有率已達 70%。參照 王曉玫，「YAHOO! 奇摩巨人主導全民生活」，天下雜誌，第 362 期，2006 年 12 月 20 日。

<sup>116</sup> 在網路拍賣及購物服務方面，Yahoo! 奇摩下的子網路領域，包括：tw. page.bid.yahoo.com、tw.bid.yahoo.com、tw.user.bid.yahoo.com、tw.search.bid.yahoo.com，到達率分別為 57.25%、52.38%、45.98%、49.84%；排名居次則為露天系列網路拍賣網站（goods.ruten.com.tw、mybid.ruten.com.tw），其到達率為 22.22%、15.26%，仍難以與 Yahoo 奇摩拍賣網站競爭。參照 ARO 創市際市場研究顧問 2006 年 11 月份報告。

<sup>117</sup> 依據創市際市場研究顧問於 2006 年 11 月的調查，全臺灣最受歡迎前 10 大網站中，Yahoo! 奇摩的到達率為 98.27%，無名小站為 67.21%，Pchome 為 73.62%，Yam 為 52.92%，換言之，全台灣每 100 名網友中，有高達 98.27 人會連結至 Yahoo! 奇摩的網頁瀏覽。

摩如僅就「網路社群」市場向公平交易委員會提出申報，即有刻意避重就輕之嫌<sup>118</sup>。

就長期面觀之，Yahoo!奇摩將潛在競爭者納入麾下，產生顯著限制競爭之效果，使未來市場上可能受競爭之程度大大降低，故 Yahoo!奇摩與無名小站的結合實屬「水平結合」。就短期面觀之，Yahoo!奇摩與無名小站一旦結合後，無名小站所提供之各項服務，將成為 Yahoo!奇摩的子網域，相當於上、下游業者之「垂直結合」。Yahoo!奇摩的到達率、web 連線到達率將更加提高，總瀏覽網頁數亦更多，未來將進一步強化 Yahoo!奇摩的市場力量，大大降低其他網站業者選擇交易相對人的可能性，並提高新興網路業者進入市場之困難性。

### (3) 本文見解

本文認為 Yahoo!奇摩與無名小站的結合案是否屬於同一產品市場，應先從「市場之界定」出發，始能進一步探究此為水平結合或垂直結合之問題。誠如著名的經濟學家史蒂格勒（G. Stigler）在研究反托拉斯的問題後有感而發謂：「市場定義是人類智慧的黑洞。<sup>119</sup>」足見，經濟學家在研究市場時亦面臨市場範圍界定之困難。Yahoo!奇摩與無名小站二個網站是否皆可界定

<sup>118</sup> 參照 <http://blog.yam.com/yahoo/article/7703709>，2008年1月23日。

<sup>119</sup> 參閱莊春發，「市場的迷思——論市場定義在公平交易法應用的困境」一文，收於氏著反托拉斯經濟學論集（上），第462頁，瑞興書局，2002年9月初版。

為「入口網站」，倘從需求者與供給者等不同的角度觀察，其結論即可能不同。

從需求者的立場而言，產品相互間具有密切替代，有可能成為同一需求者選擇的產品，即可劃分為同一市場範圍之內。而從供給者的觀點而論，當產品的銷售獲利較高時，必然引起其他密切產品廠商的注意，短時間類似產品的生產者，可能會因此改以生產銷售良好的產品，或改變產品的類型成為銷售良好產品的密切替代品，長期則可能吸引社會閑置資源的投入，或者吸引其他行業的轉入<sup>120</sup>。惟依國內外學說及實務見解，對於結合產業間是否屬於相關產品市場認定標準，仍是意見紛陳，莫衷一是<sup>121</sup>。

本單元限於篇幅，無法就各個判定標準加以檢視，在此僅以最直接方式訴諸消費者主觀之感覺及態度加以論述，因為只有消

<sup>120</sup> 參照前註，第 473 頁。

<sup>121</sup> 參照前註，第 452 頁。

項目	考慮方向	準則	測定方法
相關產品市場	1. 合理替代性 (需求面)	(a) 產品品質 (b) 產品最終使用目的 (c) 消費者主觀的感覺與態度 (d) 產品價格相似性與交互影響 (e) 產品一般交易習慣	(1) 需求交叉彈性 (2) 產品價格變動的相關分析 (3) 產品銷售型態
	2. 供給的可能性 (供給面)	(a) 產品技術相似的程度 (b) 相似技術廠商的產能 (c) 廠商生產快速轉換的可能性或程度 (d) 時間的長短 (e) 產品間的替代程度	(1) 供給交叉彈性 (2) 生產轉換佔廠商資產比例 (3) 生產轉換每單位產品所需的額外成本

費者才是最了解產品的性質是否能滿足其自身的需求。換言之，倘消費者在瀏覽 Yahoo! 奇摩與無名小站兩大網站時，普遍上並不認為彼此間在性質上有什麼差別，即將此二者視為一個「入口網站」時，即可將 Yahoo! 奇摩與無名小站二者視為同一產品市場，並進一步據此認定二者之結合，係水平結合型態，而非垂直結合或多角化經營。

## 2. 就地理市場而言

不論從採取贊成結合立場之公平交易委員會，或者反對立場的其他網路業者，以及參考「行政院公平交易委員會對於電子市集之規範說明」，網際網路「虛擬」及「無國界」之特性，使得所謂的地理市場，區隔界限可說已近乎瓦解。因而，於結合案中關於地理市場之討論，於網站瀏覽之情形，即無意義。

## 3. 就市場占有率而言

有關網站之市場佔有率應如何計算，有如下之不同見解：

### (1) 「網路廣告營收」說

公平交易委員會認為由於網路業者之營收主要來自網路廣告，故應以「網路廣告營收」當作市場占有率之主要參考指標。瀏覽網頁數與業者提供網頁數量與內容高度相關，其代表之意義為網站內聚集之潛在消費者數目多寡，此固為廣告代理商或廣告

主對該網站之評價重點，然而其實際價值最終仍須透過交易方能實現<sup>122</sup>。因此參考業界通用參考之動腦雜誌及台北市網際網路廣告暨媒體經營協會（IAMA）所推估公布資料計算，Yahoo!奇摩之市場占有率在 57.0%至 59.54%之間，而無名小站之市場占有率則在 1.67%至 1.75%之間<sup>123</sup>。

## (2) 「總瀏覽網頁數」說

其他反對合併案之網路業者認為，就網路廣告市場之特性而言，應以「總瀏覽網頁數」作為計算結合前後市場集中度變化之依據為當。所謂「總瀏覽網頁數」係指：調查期間內，網路使用者於研究目標所瀏覽的網頁數多寡。例如：造訪過 IX 網站的訪客，共在 IX 網站所瀏覽的網頁數為 276,900 萬頁，則 IX 網站的總瀏覽網頁數為 276,900 萬頁網頁。此一計算標準須符合兩個條件：(a)開啟頁面須在最上層（On-Top）；(b)網頁開啟後必須持續停留 3 秒鐘以上才會計算為一個有效瀏覽網頁。因此，參考 ARO 創市際市場研究顧問 2006 年 11 月份報告，Yahoo!奇摩與無名小站結合後，將取得整體網路流量（總瀏覽網頁數）之 80%（62.49%+17.36%），造成網路流量的高度集中傾斜，其餘競爭者均難

---

<sup>122</sup> 參照 行政院公平交易委員會 96 年 3 月 29 日新聞稿。

<sup>123</sup> 同前註。

與其抗衡<sup>124</sup>。

### (3) 本文見解

本文認為，公平交易委員會採取最終實際交易價值作為市場占有率之估算基準，固非無據，惟進一步而論，網際網路上每一個網頁其實都是商機，皆可以擺放網路廣告，Yahoo! 奇摩在台灣 37.4 億的網路廣告市場中，囊括近七成市佔率的原因乃因其總瀏覽網頁數高居第一所致<sup>125</sup>。故判斷一個網站之市場占有率，仍應以「潛在的消費可能性」為基準，故採用「總瀏覽網頁數」作為計算市場占有率之依據，實較為妥當。

## (三) 競爭分析

### 1. 就市場進入障礙而言

網路經營業者進入此類市場是否具有進入障礙之情形，有如下之爭議：

#### (1) 無障礙說

公平交易委員會認為，網站經營並不受法令、技術與資本的限制，而網路技術的持續進步，更提供新興網路媒體相當多樣的創新經營型態與發揮空間，隨時可挑戰既存業者，例如：搜尋引

<sup>124</sup> 參照 <http://blog.yam.com/yahoo/article/7703709>，2008 年 1 月 23 日。

<sup>125</sup> 參照 王曉玫前揭註 51。

擎國際領導者 Google 已於 2007 年 1 月進入國內市場。因此，在數位匯流趨勢下，未來將可能持續衍生更多元的網路媒體營運模式，屆時電信及數位電視相關業者均可能成為潛在競爭對手<sup>126</sup>。

## (2) 有障礙說

然其他網路業者認為，網路業此一新興市場，其開拓除了須具備相當的創新之外，還需要投入大量的資金與技術，購買頻寬，架設數量可觀的伺服器，延攬優秀人才，並不如公平交易委員認為地那樣單純。在鉅額的廣告費用壓力下，許多業者的利潤被嚴重壓縮，為了生存，部份業者甚至必須縮減各項成本才有辦法營運下去。在這樣的惡性循環下，新興創業者當然無法留住優秀人才，自然更加無法與獨大的 Yahoo! 奇摩競爭。再者，仔細觀察在 Yahoo! 奇摩的網路霸業之下，無名小站得以興起毋寧是個異數、特例。蓋無名小站當初是利用學術網路頻寬提供服務，因而無需負擔高額的頻寬購買成本，嗣匯聚大量人氣之後，再進而公司化成為營利組織。事實上，無名小站的成長是特定時空背景下的產物，實屬一個歷史的偶然。此一購併事件後，台灣學術網路與商業活動的區分更加嚴謹，網站的新創者已不可能再利用學術網路資源來免除購買高額頻寬成本<sup>127</sup>。

---

<sup>126</sup> 參照註 58。

<sup>127</sup> 參照註 60。

### (3) 本文見解

本文認為，成立一個網站的進入障礙並不困難，但成立並經營一個瀏覽量高的網站，則有其困難性。蓋「網」海茫茫，惟有透過大量廣告增加本身的能見度，才可能在眾多網站中闖出一片天，不僅刊登廣告需要高額費用，且瀏覽量達到一定程度後，尚需增加頻寬、人事等高額費用。故反對說與實際經營模式較為相符。

## 2. 就市場績效而言

Yahoo! 奇摩除了在網路社群服務市場略遜於無名小站而屈居第二外，在「網路拍賣」、「網路購物交易平台」、「入口網站」、「網路新聞」等等其他服務已近乎獨占地位。如今若再允許其與無名小站結合，將使 Yahoo! 奇摩在各領域方面雄霸一方，對「廣告費」、「商品刊登費、手續費及佣金」、「平台費用」、「網站登錄費、上架費」等其他收費市場而言，將有可能對廣大消費者產生限制競爭之重大不利益。舉例而言，Yahoo! 奇摩於 2006 年打敗全球最大的網路拍賣公司 ebay 台灣分公司，令其退出台灣網路拍賣市場，隨即宣佈收取 3% 網路拍賣交易手續費，對於消費者形成莫大之經濟損失。而該公司是否會採取同一經營策略，目前不得而知，然公平交易委員會實應未雨綢繆，為消費者之利益預先嚴格把關。

#### (四) 小結

公平交易委員會第 803 次委員會議以「對於相關市場結構及競爭情形，尚無顯著限制競爭之不利益」為由，採取附加負擔的方式而不予禁止，通過 Yahoo! 奇摩與無名小站之結合案，而 Yahoo! 奇摩旋即取得無名小站百分之百股權，將無名小站設為其 www.yahoo.com.tw 首頁「服務列表」中的一個子連結，速度地整合完畢。公平交易委員會此一決定是否會導致多年後 Yahoo! 奇摩變成一隻龐大的網路怪獸，囊括各種網路服務，致使國人連結上之網頁百分之八十，甚至九十皆為 Yahoo! 奇摩所有，不得而知。本結合案中有關廣大的消費者利益之保護，似有未充分討論考量之處，實屬遺憾，惟此亦充分顯現出於結合案件中，消費者之利益究竟應以何種角度觀之，方能精確衡量結合案之結果對整體經濟利益之發展，究竟利與不利，實非易事。

#### 肆、思考問題

- 一、公平交易法中所稱之「市場」該如何界定？
- 二、「水平結合」與「垂直結合」之定義為何？其判斷准否之標準何在？是  
否不同？
- 三、公平交易法第一條立法目的中所稱之「維護交易秩序」所指為何？其規  
範之對象係以何者為主？企業間或企業與消費者間之交易？

四、公平交易法之立法目的為何？公平的市場競爭秩序與消費者利益之保護  
是否相互衝突或者相輔相成？

## 伍、參考文獻

### 一、書籍

- (一)林立，波斯納與法律經濟分析——一個批判性的探究——，學林出版，2004年。
- (二)林鐘雄，經濟學，三民書局總經銷，1992年，三版。
- (三)施建生，經濟學原理，自版，1992年，十版。
- (四)高希均、林祖嘉著，經濟學的世界：中篇 個體經濟理論導引，天下文化出版股份有限公司，1997年，一版。
- (五)張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏著，經濟學——理論與實務，自版，1993年二版。
- (六)莊春發，反托拉斯經濟學論集（上），瑞興書局，2002年9月初版。

### 二、期刊

- (一)王文宇，「濫用獨占地位之判斷標準——法律概念或經濟觀點？」，公平交易季刊，第15卷，第1期，2007年1月。

- (二) 王曉玫，「YAHOO！奇摩巨人 主導全民生活」，天下雜誌，第 362 期，2006 年 12 月 20 日。
- (三) 余朝權、施錦村，「整體經濟利益、限制競爭之不利益、產業別對水平結合管制市場績效影響之實證研究」，公平交易季刊，第 14 卷，第 1 期，2006 年 1 月。
- (四) 李雪如，數位時代雙週刊，第 71 期，第 30 頁，2003 年 12 月 1 日。
- (五) 沈麗玉，事業結合之管制與變革—兼論公平交易法的最新修正—，公平交易季刊，第 11 卷，第 1 期，2003 年 1 月。
- (六) 林信和、楊家馨，「我國公平交易法就獨占與結合之規範與實踐」，華岡法粹，第 34 期，2005 年。
- (七) 施錦村，「我國 IC 產業與其相關市場競爭行為之研究—以事業結合為例」，第八屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，2001 年。

### 三、網路

- (一) <http://blog.yam.com/yahoo>，2008 年 1 月 23 日。

## 第四單元 契約

### 壹、前言

在深諳『私法自治』原則的法律人眼中，莎翁筆下的【威尼斯商人】似乎係一則法庭詭辯的經典故事，但是猶太商人夏洛克（Shylock）為何要與安東尼奧（Antonio）締結「一磅肉」的契約，誰獲得了好處？為何不是由威尼商政府或商會替這二人擬定一份借貸契約？可憐的安東尼奧可以不割下自己的肉，選擇以其他賠償方式解決雙方間的紛爭嗎？這些問題或許與公平正義無直接關連，卻值得吾人以不同的觀點來思考這個貫穿私法領域的基礎原則——『私法自治』。

本單元即以經濟分析方法對我國最高法院判例加以研究，嚐試探討實務上對於私法契約之裁判，是否符合經濟效率之要求，以達到社會財富最大化之目標。以下即先介紹契約法之基礎理論，並以民法第 247 條 1 項之賠償範圍為探討主題。

### 貳、基礎理論

#### 一、自由交易帶來福祉

自由交易所帶來之個人效益之滿足，可由以下這則小故事談起：甲是留著一頭亂髮的鞋店老闆，身上僅有一塊錢，並且販售一雙一塊錢的鞋子，乙則是一位渴望有雙鞋子的理髮店老闆，他聲稱：理一次髮只需

要一塊錢。透過交易這一塊錢將由甲之手中移轉至乙，甲用手上的一塊錢去乙的店裡理髮，雖然讓乙賺得一塊錢，卻滿足了自己剪髮的需求；而乙賺得這一塊錢後，將會前往甲的店裡買一雙鞋以便滿足自己的需求，雖然這一塊錢最終回到甲手上，但是甲、乙的需求皆被滿足。這是自由交易所帶來的好處，而一場交易能否被完善地履行，實與契約之締結息息相關。

詳言之，交易可以為社會帶來福祉（吾人可以試想：如果甲不願用手上的一塊錢去消費，則甲、乙的需求將不會被滿足），但是交易必須是建構在事先約定之契約下來履行的。否則，進行交易的互信基礎何在？該以多少的對價來進行交易？以及交易失敗時之後續處理…等問題，將不會進行嚴肅地磋商，且俟這些問題發生紛爭時始討論對策，將會耗費難以想像的交易成本，因為理性自利的人將不會自願吃虧而放棄自己的權益或進行賠償，致使最後輒訴諸司法機關以代為定紛止爭，浪費司法資源，提高交易成本，甚至因過高之交易成本，導致逐漸減少交易的意願。因此『完美的』的交易應建立在契約能提供適當的誘因，並詳細規範交易失敗後該如何調整雙方的權利義務，使締約的雙方當事人能自發性的履行契約以達成交易之目的。換言之，如何在利益對立的當事人間（如同上例中，若甲可以用五毛錢剪髮、乙就少了五毛錢的利潤）找到一個均衡點，使理性自利的人透過自願交易之行為，達到社會經濟效率

之極大化。因此，私法自治原則旨在國家提供一套良善的遊戲規則即法律規範，保障自由交易制度，使締約當事人透過締結契約，在交易失敗時規範雙方之權利狀態，產生遵守契約之誘因，進而促使交易的自動履行，俾使社會資源能獲得最有效率之運用。

## 二、由交易相對人締結契約

『私法自治』乃民法上之重要原則，亦即由當事人自我決定契約內容、當事人自我受契約拘束，除非當事人之約定有意思表示之瑕疵、不自由，或約定之契約內容有違反法律強制禁止規定、公序良俗…等情形，否則應使當事人間之契約盡量為有效，而司法權僅在上開例外情形時，始有介入審查當事人間之約定，其效力存否之必要，此為吾人一般所熟知之私法自治原則。我國實務上見解大致遵循著上開原理<sup>128</sup>，但吾人不禁疑問：為何不是由國家<sup>129</sup>來替當事人進行交易、以及國家何以在上開情形中始介入審查，筆者嘗試從經濟學觀點剖析這些為吾人所熟悉之私法原

---

<sup>128</sup> 請參照 92 年台上字第 2374 號判決『…當事人間因訂立契約而成立法律關係所衍生之紛爭應如何適用法律，固屬法院之職權，惟法院於適用法律前所應認定之事實，除非當事人約定之內容違反強制或禁止規定而當然無效，可不受拘束外，仍應以該契約約定之具體內容為判斷基礎，不得捨當事人之特別約定，而遷就法律所規定之有名契約內容予以比附適用，此乃私法自治、契約自由原則之體現。…』、92 年台上字第 2747 號判決『…違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。…』皆同此意旨。

<sup>129</sup> 此處國家除了司法機關外，亦包含行政機關、立法機關，此部分說明，請參閱 簡資修，契約法：法定與意定之均衡，月旦法學雜誌，第 192 頁，第 99 期，2003 年 8 月。

則，茲析述如下：

### (一) 當事人進行交易為原則

從交易成本的考量為出發，吾人可簡單的設想：倘若在上開【一塊錢旅程】的例子中，如果由國家（廣義而言泛指由契約當事人以外之第三者）替廣大國民中的甲、乙進行交易，以滿足其經濟上的需求，則其必須付出之代價至少包含：詢問當事人交易意願的成本（假設為1塊錢），並將此花費的成本乘上國民人數的數量（2300萬人民）、以及乘上三六五天的日子（1年365天），則由國家之分配來來代替人的自願交易，將產生巨大的成本（1塊錢×2300萬×365天）；倘若改由當事人甲、乙自己進行交易，不僅節省了詢問意願的成本，且因行為人自身最能理解自己的需求，因此能透過自願交易的過程使自己獲得最大的收益<sup>130</sup>。

這種透過衡量交易成本高低的方法得以解釋，為什麼交易係由私人間進行，而非由國家代為締結並執行契約。易言之，有交易需求的當事人，有足夠的誘因為了切身的需求，尋求較低的價格以謀取較大的利潤<sup>131</sup>；縱使假他人（國家）之手，亦能達到此需求，但勢必花費

<sup>130</sup> Friedman 稱此為『理性的磋商者會產生使淨利益達到最大的契約』，關於此部分說明，請參閱 大衛·傅利曼，經濟學與法律的對話，徐源豐 譯，第 216-217 頁，初版 8 刷，先覺出版，2003 年 9 月。

<sup>131</sup> 此處可理解成回歸自由競爭市場下，理性的消費者與生產者皆會衡量透過交易，所產生的『消費者剩餘』及『生產者剩餘』應該大於雙方間的成本，才會使契約順利地履行，這種透過交易產生的福祉，便是社會財富最大化不可或缺的理論基礎。關於『消費者剩餘』以及『生產者剩餘』部分之說明，請參閱 張清溪、許

龐大的交易成本。因此兩相權衡之下，交易之進行由契約雙方當事人主導，顯然可降低交易成本，符合經濟效率。

## （二）國家介入的時點—降低交易成本

既然國家介入私人間的契約，會產生上述巨額的交易成本，何以在我國現行法律制度下仍然存在著消費者保護會、公平交易委員會以及民事法院…等公權力機關？如上所述，契約由當事人間自行進行磋商並執行契約，的確較有效率，但此乃原則，倘若契約雙方自行磋商之交易成本高於雙方透過交易帶來的利潤、或忽略該契約對第三人所造成之外部成本時，若此時仍任由契約雙方進行交易，將導致無效率的情形發生。此時，國家將扮演者『降低交易成本』<sup>132</sup>、或使『外部成本內部化』<sup>133</sup>的角色，經由立法機關透過立法程序制訂法規事先分配權利，進而由行政機關執行法令，或司法機關判斷當事人間私法契約之權利義務關係，俾使自由交易之情形，得以將有限的資源做最有效率之分配。因此，契約以當事人自行締結及履約為原則，國家介入

---

嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏 合著，經濟學—理論與實際（上冊），第 136-137、211 頁，五版，翰蘆出版，2004 年 8 月。

<sup>132</sup> 此處所謂『降低交易成本』之情形，諸如：法院審酌契約中之爭議條款以節省談判成本、法院填補契約中未規範之漏洞以節省談判成本、金管會於保險公司販賣保單前審酌契約條款預防事後雙方爭訟可能性（防止訴訟成本發生）、消費者保護委員會揭露商家產品優劣以節省消費者搜尋商品的資訊成本…等。

<sup>133</sup> 此處所謂『外部成本內部化』之情形，諸如：環保署對公司排放廢（污）水於地面水體者，不符合放流水標準時，依照水污染防治法第 40 條規定為罰鍰之裁罰、法院以判決認定原住民將原住民保留地出租他人之租賃契約違反民法第 71 條之強制規定而無效（參照 88 年台上字第 3075 號判決）。

私人間契約關係為例外<sup>134</sup>，其區別重點即在於何種方式較能降低交易成本。

### 三、財產法則與補償法則

在確定交易原則上應由當事人進行後，吾人必須面對的下一個問題是：當此財產權狀態受到侵害時，吾人應該採取何種保護制度。依我國現行法律制度，可略分為『回復原狀』<sup>135</sup>、『另行交付他物』<sup>136</sup>、『調整金額』<sup>137</sup>、『損害賠償』<sup>138</sup>、『償金補償』<sup>139</sup>、『瑕疵修補請求權』<sup>140</sup>...等幾類，但美國學者Calabresi與Melamed則提出了『財產法則』(property rules)與『補償法則』(liability rules)二種打破區分物權與債權概念之保護財產權方式<sup>141</sup>，茲分述如下。

#### (一)『財產法則』：

<sup>134</sup> 惟政府是否得稱職地扮演『降低交易成本』、『外部成本內部化』的角色，實屬另一有疑義的問題。換言之，當政府為鞏固自己的利益並與人民間的利益相悖時，此時若將私人間的紛爭交由政府判斷，可能會出現政府為特定政策或利益護航，出現不符效率的情形。學者陳聰富即舉出國民黨政府初來台灣時所推行的三七五減租政策，係屬國民黨政府為鞏固己身之政權，而限制地主與佃農間之契約自由。此部分說明，請參閱 陳聰富，契約自由之限制：國家政策或契約正義？，第 158 頁，台大法學論叢，第 32 卷第 1 期，民國 92 年 1 月。

<sup>135</sup> 例如：民法第 213、244、767 條。

<sup>136</sup> 例如：民法第 364 條。

<sup>137</sup> 例如：民法第 252、359 條。

<sup>138</sup> 例如：民法第 214、226 條。

<sup>139</sup> 例如：民法第 792 條。

<sup>140</sup> 例如：民法第 227 條準用 229 條、493 條。

<sup>141</sup> See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1091(1972). 轉引註自 王文宇，民商法理論與經濟分析，第 36 頁，註 88，初版，元照出版，2000 年 5 月。

係指除非事先得到權利人的同意，否則法律禁止行為人從事侵害他人權利之行為，於前例中為：鞋店老闆甲若未得到締結買賣鞋子契約之相對人乙的同意時，甲不得將未交付予乙之特定鞋子賣給第三人丙。

(二)『補償法則』：

係指只要行為人可以承擔破壞他人權利的賠償責任，縱使未得到權利人的同意亦得為之，於前例中即為：只要鞋店老闆甲負擔起販售鞋子予乙的毀約責任，縱使甲未經乙之同意亦可將該鞋出賣給第三人丙。<sup>142</sup>

上述二種法則可能產生二個爭議：其一為若採『補償法則』，則此種觀念將會推論出「不管這是誰的權利，只要我能負擔起這個權利的價格，我就可以去侵害它」；其二為，吾人應當以何種法則為立法體例或應兼採此二種法則，較能符合經濟效率之追求？

第一個爭議，從傳統上之法律見解，實含有道德上非難之批評觀點，如同：「只要我能負擔侵害他人生命權的賠償責任，我就可以請殺手殺害他人」之推理，實則從經濟學之觀點，經濟效率之追求並不著重於財富

---

<sup>142</sup> Friedman 認為『大致而言，我們可以把「補償法則」看成是「賠償等於損害」，「財產法則」是「賠償高到足以嚇阻」。』此部分說明，請參閱 大衛·傅利曼前揭註 3，第 92 頁；簡資修則認為補償法則為金錢賠償，財產法則為強制履行、回復原狀。此部分說明，請參閱 簡資修，經濟推理與法律，第 38 頁，初版，元照出版，2004 年 4 月。

間之重新分配，換言之，賦予權利受侵害者損害賠償之請求權，乃權利侵害者與權利受害者間財富之重新分配，理性自利的行為人於侵害他人而獲得這個權利（或資源）後，必定能獲得更充分的利用<sup>143</sup>，倘其所得利益足以彌補他人之損失時，其侵害之行為，仍可達成社會財富極大化的目標<sup>144</sup>。換言之，在資源有限性的現實世界下，使每一塊錢投入在資源（或權利）的運用上，都能發揮其最大的效用，才是經濟學所關心的重點；因此，於經濟學的領域中，權利之本質並非絕對不可侵犯之基本人權，而是可以被交換之工具。

第二個爭議，查我國強制執行法第 123<sup>145</sup>、124<sup>146</sup>、127 條<sup>147</sup>之規定係採『財產法則』，亦即強制履行該契約之條款，但若從『一物二賣』的例子論之，不論從法律上見解<sup>148</sup>或經濟角度分析之，強制履行每一份契約並不一定符合財富最大化的追求。在前例中，如果甲與乙締結買賣 1 塊錢

<sup>143</sup> 套句我國政治上的述語：把餅做到最大。

<sup>144</sup> 對於此問題的另一種解釋，Friedman 舉了一個例子『每次我把車子開出車道，總有傷害附近每位駕駛人和行人的小小風險。在我發動車子前取得所有這些人的許可的交易成本將會高得嚇人』，因此 Friedman 是從交易成本高低的問題為切入。此部分說明，可參閱 大衛·傅利曼前揭註 3，第 93 頁。

<sup>145</sup> 強制執行法第 123 條 1 項『執行名義係命債務人交付一定之動產而不交付者，執行法院得將該動產取交債權人。』

<sup>146</sup> 強制執行法第 124 條 1 項『執行名義係命債務人交出不動產而不交出者，執行法院得解除債務人之占有，使歸債權人占有。如債務人於解除占有後，復即占有該不動產者，執行法院得依聲請再為執行。』

<sup>147</sup> 強制執行法第 127 條 1 項『依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行。』

<sup>148</sup> 回到前例中，在法律學見解中，甲縱使與乙締結買賣鞋子的契約，但只要在甲未移轉該特定鞋子所有權予乙之前，甲不僅得與丙締結一有效的買賣鞋子的債權契約，且因甲仍擁有該鞋子之所有權，故得將該鞋子之所有權有權移轉予丙，此時乙對於甲並無法請求給付該特定的鞋子，僅得轉變為金錢上的損害賠償之債，即乙得向甲主張一塊錢之損害賠償。關於一物二賣部分的說明，可參閱 王澤鑑，二重買賣，收錄於民法學說與判例研究（4），第 153 頁-169 頁，作者自版，1996 年 10 月。

鞋子的契約後，丙提出另一份更優渥的契約條件 — 以 10 塊錢的價格向甲購買同一雙鞋子，此時若採『財產法則』顯然對於社會財富最大化是較無幫助的；若採『補償法則』時，儘管甲須對乙賠償 1 塊錢的違約責任，但亦使甲得保有 9 塊錢的利潤<sup>149</sup>。惟依此觀點論之，『補償法則』應係較『財產法則』有效率，為何吾人卻鮮少主張全面以『補償法則』取代『財產法則』？蓋『補償法則』易生導致交易成本提高之情形，諸如：若為金錢賠償時，則此權利之價額市值多少？代為之鑑價之第三者立場是否公正？或契約外之第三者對於系爭權利價額之估算是否與市價顯然悖離？…等問題，因此較有效率的立法方式應係將『財產法則』與『補償法則』並列為保護財產權的方式，而分別適用於具體個案，始為妥適。

## 參、民法第 247 條 1 項之賠償範圍 — 信賴利益或履行利益

### 一、實務判例

#### ◎ 51 年台上字第 2101 號判例

『契約因出賣人以不能之給付為標的而歸無效者，買受人所得請求賠償之範圍，依民法第二百四十七條一項自以因信賴契約有效所受之損害為限，此即所謂消極的契約利益，亦稱之為信賴利益。例如訂約費用、

<sup>149</sup> 因此簡資修認為『我國民法是採取強制履行制的（編按：財產法則），但也僅是名義上的，其實質則為金錢賠償（編按：補償法則）』，請參閱簡資修前揭註 2，第 197 頁；但王文宇氏則認為應以『財產法則』為原則，於例外情形時採『補償法則』，考量這些例外的情形，諸如：一般利益衡量、緩和箝制問題、減少談判成本、鼓勵揭露資訊，以及減省執行成本。此部分詳細說明，請參閱王文宇前揭書，第 54-75 頁。

準備履行所需費用或另失訂約機會之損害等是。至於積極的契約利益，即因契約履行所得之利益，尚不在得請求賠償之列。』

## 二、判例之經濟分析

### (一) 法律觀點

我國學者對民法第 246、247 條之給付不能，解釋上應限定於『自始客觀不能』，蓋『以客觀不能之給付為契約之標的者，契約自始失其目的、失其意義、失其客體，故使之不發生效力』<sup>150</sup>。又契約既然不生效力，債權人自無法向債務人主張履行利益之賠償，債權人僅得求債務人賠償契約已成立但無效之信賴利益損害<sup>151</sup>。何以契約無效時其『信賴利益』<sup>152</sup>之損害賠償不得大於「履行利益」<sup>153</sup>之損害賠償？其背後之理由除了「契約無效」及「契約有效」間法律效果之邏輯上推論外，是否另外含有任何經濟意涵，此制度可否促使行為人謹慎締約，進而有助於市場交易秩序之維護，值得吾人進一步觀察。

<sup>150</sup> 請參照 王澤鑑，自始主觀給付不能，第 58 頁，收錄於民法學說與判例研究（3），作者自版，1996 年 10 月。

<sup>151</sup> 請參閱 林誠二，民法債編總論（下），第 214 頁，初版，瑞興出版，2001 年 3 月。惟以契約有無生效判斷履行利益或信賴利益之賠償範圍，筆者認為似有欠妥，王澤鑑認為『縱在客觀不能之給付為契約之標的，在邏輯上亦非當然須令契約無效，使債權人僅能請求信賴利益之損害賠償。現行民法繼受德國普遍法理論，區別給付不能之類型，而異其效力，是否妥適，實有疑問。』此部分說明，請參照前註，第 58 頁。

<sup>152</sup> 『信賴利益』於英美法上稱為 reliance damages，此種賠償範圍係法院假設被承諾人在未與另一方簽訂任何契約時的情況下之利益，作為計算損害賠償的根據。See Robert Cooter & Thomas Ulen, Law And Economics, Addison Wesley 241 (4<sup>th</sup> 2004)。

<sup>153</sup> 『履行利益』於英美法上稱為 expectation damages，此種賠償範圍係以契約內容完全的履行為計算損害的基準。Id. at 239。

## (二) 經濟分析

### 1. 自願交易之經濟誘因

依經濟學之基本假設，財貨透過雙方自願交易情形下，將流到願意出價最高者之手中，換言之，其於社會中之價值，將透過自願交易而達到最高，交易雙方因認此交易對彼此有利，交易才會產生，此透過財貨的自願交易以達到資源之最有效率之配置，乃經濟學對理性行為人在自由市場的運作下，透過自由交易以達到自己最佳利益之假設，在此前提下，在英美契約法上遂有『有效率的違約』<sup>154</sup>之概念。換言之，當出賣人甲同意以 200 元將手中書賣予乙時，倘丙或任何第三人願意以高於 200 元之價格向甲購買時，從理性行為人之觀點，甲應會將手中的書賣予出價高於乙之人，如此，該書才會產生社會上最大之效益，此即「有效率之違約」，因此，從追求經濟效率之觀點，有效率之違約，不僅符合理性行為人之假設，且達到經濟效率之追求，此乃允許自願交易之經濟誘因。

### 2. 何以「信賴利益」不得大於「履行利益」？

最高法院或學者見解將民法第 247 條 1 項之賠償範圍限定於『信賴利益』，除了訴諸維護交易秩序外<sup>155</sup>，大抵從外國法之觀察比較出發，惟何以「信賴利益」之損害賠償不得大於「履行利益」之損害賠

<sup>154</sup> 關於『有效率違約』(efficient breaches) 部分之說明，請參閱 謝哲勝、莊春發、黃健彰、劭慶平、張心悌、楊智傑 合著，法律經濟學，第 221-222 頁，初版，五南出版，2007 年 5 月。

<sup>155</sup> 請參照 邱聰智，新訂民法債編通則（下），第 518 頁，新訂一版，作者自版，2000 年 9 月。

償？單從外國法之比較，並無法充分說明其背後之原因，以下即舉一實例說明民法第 247 條規範背後之經濟意涵，假設：甲向乙表明可出售海、路、空三用之現代太陽能汽車一部，售價 1000 萬元，並約定於特定時間交付該車，乙相信甲有能力交付此種高科技之汽車，為準備日後該車之保管，特別購買一間價值 300 萬之車庫，並於簽約買賣汽車及車庫之過程中，付出 10 萬元之簽約成本，不料，於交車日時，依當時之科技，全球之科技尚無法製造生產此類汽車，且雙方並未約定待日後科技上足以生產此類汽車始為給付，於此情形，甲、乙間買賣汽車之契約因屬自始客觀給付不能，契約自始無效，甲應對乙依民法第 247 條負擔信賴利益之損害賠償，即簽約之成本 10 萬元及購買車庫之價金 300 萬元（此處暫且不論車庫本身對乙而言仍具財產價值），此信賴利益之損失 310 萬元尚未高於履行利益即 1000 萬元，故依法乙可向甲請求支付此損失；又假設乙為展示此高科技汽車，特委託廣告公司制作介紹錄影帶及購買電視時段共支出 800 萬元，此時，乙就此部分之支出，僅得請求甲賠償 690 萬元（ $1000-310=690$ ），對於超過履行利益 1000 萬元之 110 元，不得加以請求（ $310+800-1000=110$ ），何以如此？蓋從經濟學之觀點，倘此交易成功履行，其創造之價值為 1000 萬元，即甲將獲得之履行利益，而此交易因契約自始無效而應負擔損害賠償，乃屬甲之金錢單純地從甲之身上移轉至乙身上，於經濟

學上屬單純地財貨移轉，行為本身並未透過交易而增加其價值，因此，此信賴利益之賠償責任乃屬甲之淨損失，故依成本效益分析法，甲所從事之交易其效益為 1000 萬元，因此，甲對此交易所負擔之成本即損害賠償責任自不得超過其效益，否則，此交易即為「得不償失」，成本高於其效益，對社會而言，此乃淨損失，換言之，倘甲必須負擔乙所有信賴利益之損賠，則於此案例，甲必須負擔 1100 萬元，超過其交易所得之 1000 萬元；反之，對乙而言，此交易所得之利益為 1000 萬元，倘其支出之成本於超過 1000 萬元之部分仍得請求，則將造成乙所花費之成本高於其所獲得之利益，此外，若允許乙之花費於超過 1000 萬元之部分仍得請求，則亦可能增加乙不知節省開支之誘因，對整體社會而言，單純之損害賠償責任，皆屬財富之重分配，若考量分配過程中之交易成本，即判斷多少損失之資訊成本和協商及交付賠償金之履行成本等，將是社會整體資源之淨損失。

由上述分析可知，信賴利益之損害賠償不得大於履行利益之損害賠償，其背後之經濟意涵即在於從過失締約之行為責任人而言，其可能負擔之損失不得超過其可獲得之利益（即成本效益分析法），以使當事人有足夠之誘因從事自由締約之活動，而從信賴契約有效之交易相對人而言，旨在避免其因損害賠償責任範圍之擴大，反而致使其怠於避免支出過多締約過程之成本，甚至可能造成其故意製造不當或不實

之支出，藉以請求損害賠償之道德風險，從整體社會資源之利用觀之，將單一交易本身所產生之成本（損害賠償責任）與其效益（交易所產生財貨價值之增加）加以比較分析，使成本不得高於效益，此乃民法第 247 條信賴利益之損害賠償責任不得大於履行利益之經濟意涵。

## 肆、思考問題

- 一、『財產法則』（property rules）或『補償法則』（liability rules），何者對於社會財富之極大化有較大之幫助？此於私法及公法之領域（如：行政法、刑法）上，有無差別？
- 二、『有效率違約』（efficient breaches）對於社會資源整體效益，究竟會帶來提升或是下降的結果？
- 三、信賴利益之賠償範圍包含準備締約費用、機會成本費用…等，為何其範圍不得超過履行利益？簽訂契約及履行契約之交易成本是否在其範圍之內？

## 伍、參考文獻

### 一、中文文獻

#### （一）書籍

1. 大衛·傅利曼，經濟學與法律的對話，徐源豐 譯，初版 8 刷，先覺

出版，2003年9月。

2. 王澤鑑，二重買賣，收錄於民法學說與判例研究（4），作者自版，1996年10月。
3. 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於民法學說與判例研究（3），作者自版，1996年10月。
4. 王文宇，民商法理論與經濟分析，初版，元照出版，2000年5月。
5. 邱聰智，新訂民法債編通則（下），新訂一版，作者自版，2003年3月。
6. 林誠二，民法債編總論（下），初版，瑞興出版，2001年3月。
7. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏 合著，經濟學—理論與實際（上冊），五版，翰蘆出版，2004年8月。
8. 簡資修，經濟推理與法律，初版，元照出版，2004年4月。
9. 謝哲勝、莊春發、黃健彰、劭慶平、張新悌、楊智傑 合著，法律經濟學，初版，五南出版，2007年5月。

## （二）期刊

1. 陳聰富，契約自由之限制：國家政策或契約正義？，台大法學論叢，第32卷第1期，民國92年1月。
2. 簡資修，契約法：法定與意定之均衡，月旦法學雜誌，第99期，2003

年 8 月。

## 二、外文文獻

(一) Robert Cooter & Thomas Ulen, Law And Economics, Addison Wesley

(4<sup>th</sup> 2004) .

## 第五單元 物權（財產權）

### 壹、前言

在私有財產制下，『財產權』為個人肯定自我、實現未來的憑藉，亦是社會妥善分配經濟資源以創造利益的依歸。然而在社會變遷日趨複雜之情形及社會經濟資源有限之情形下，無法任由個人予取予求，因此有必要制訂各種財產權法以適切地分配資源。因而，人民私法上之權利義務關係亦隨之千變萬化，而法律界定資源分配的手段就是透過財產權之制訂及保護。法律保障財產權的方式，是設計不同的財產權內容以促進或限制人民利用資源的方式<sup>156</sup>，我國憲法第十五條明文規定人民之財產權，應予保障。所謂財產權，係指具有一定經濟利益價值之權利而言，其可再細分為債權、物權及無體財產權（如：智慧財產權）。惟憲法之規定對於人民私法上之法律關係，並不具有直接形成之效力，亦即憲法第十五條不能直接作為請求權之基礎，尚須透過其他法律（如：民法）之規定將其具體化。為促進對物的有效率的使用，並使個人得享有自主形成其生活的自由空間，乃制訂物權法以規範物權制度<sup>157</sup>。而所謂物權<sup>158</sup>，係指特定物歸屬於一定權利主體之法律地位而言。特定物既已歸屬於一定之權利主體，該權利主體對該特定物，在法律上，於一定之支配領域內，得直接支配該特定物，為自由之

<sup>156</sup> 參閱 王文字，「從經濟觀點論保障財產權的方式—以財產法則與補償法則為中心」，民商法理論與經濟分析，第3頁，元照出版有限公司，2000年5月初版第一刷。

<sup>157</sup> 參閱 王澤鑑，民法物權第一冊—通則·所有權，第1頁，自版，2003年8月四刷。

<sup>158</sup> 此用詞於英美法系下稱為「財產權」，亦即相當於歐陸法系之「物權」。

使用、收益或處分，且任何人非經權利主體之同意，均不得侵入或干涉之。從資源分配之觀點，我國物權法之相關規範，除了以「公平正義」之觀點為立法目的外，無寧地於若干條文之規範含有追求「經濟效率」之觀點。本單元即嘗試以經濟分析之觀點探討物權制度，先就經濟學基礎理論對於物權法之影響略作說明，後則以經濟觀點探討我國相關實務見解。

## 貳、基礎理論

### 一、財產權之本質

經濟學與法學對於「財產權」一詞之概念有何差異？Fisher 認為，經濟學視「人」為財產，亦即，經濟學家不像法律學家將財產權和人權（personal rights）作區分，而認為任何可產生「對價」之權利，都可視為財產權<sup>159</sup>。換言之，任何具有經濟價值的財產權均可成為交易標的。由此觀之，經濟學家與法律學家對於「財產權」一詞之概念有所不同，在財產權範圍之界定上，經濟學不如法學般之狹隘。而當財產權受侵害時，在保障財產權之方式，經濟學假設人均是基於理性自利的思考，係將公平正義內化於經濟效率之中，轉而著重在效率面之分析；相較於法學則係將效率與公平正義作不同價值面之探討，傳統法學之邏輯思考對於公平正義之追求遠遠大於經濟效率面之探討，甚至不惜一切成本、代

---

<sup>159</sup> 參閱 Fisher, Irving; Fisk, Eugene Lyman. (1923). *How to Live: Rules for Healthful Living Based on Modern Science*, New York, Funk, 17。轉引自巫智豪，*地上權之財產權界定及消滅後地上物清理之法律經濟分析*，政治大學地政學研究所碩士論文，第 8 頁，2005 年。

價追尋其所認定之公平正義。

依據 Fisher 之觀點，財產權為一種享受成本投入後所得之財富收益的自由或准許，財產權本身並不是一個實體的物（physical objects）或事件（events），而是一種抽象的社會關係（abstract social relations）<sup>160</sup>。一個完整的財產權，包括對於財產之使用、收益及處分之權利，亦即財產所有人可自行決定財產之使用方式，及擁有該財產後所產生的利益及收入，且可將其自由轉讓給其他人。而依 Posner 所言，有效率的財產權制度將可提供誘因引導擁有者有效的使用資源，故一個有效率的財產權制度，必須包括普遍性（universality）、排他性（exclusivity）、及可轉讓性（transferability）。所謂普遍性，係指大多數的資源都被人所擁有，除了一些數量多到任何人盡可能的消費都不會降低其他人消費的資源（如：太陽、空氣等）。排他性，係指財產所有者對於權利之處分、收益、使用可以排除他人之侵害，確保其對財產的投資所得不被他人掠奪，以鼓勵資源有效利用。可轉讓性，係指財產可移轉給更有效用之人，藉此提升經濟效率<sup>161</sup>。基本上，財產權之本質乃是一種人與人之間的社會關係，當只有一個人存在的社會並不會有制訂財產權之需要，其原因在於財產權是人與人之間因資源的稀少性所產生的對於資源有效分配的一種社會關係，藉由社會制定法律或習慣建立私

---

<sup>160</sup> 參閱 Fisher, Irving; Fisk, Eugene Lyman.，前揭書，p27。轉引自巫智豪前揭註 4，第 8 頁。

<sup>161</sup> 參閱 Posner, Richard A 著，唐豫民 譯，法律之經濟分析，第 21-25 頁，台灣商務，1989 年 7 月二版。

有財產制度，使財產之擁有者對於其所有之財產享有排他性及可移轉性之權利，於權利範圍內得自由使用、收益及處分其財產，以鞏固所有人擁有之權利，減少自行維護權利所花費之成本，進而更有效率利用資源<sup>162</sup>。

## 二、規範的寇斯定理

美國經濟學者寇斯最早於其撰寫之「The Federal Communications (聯邦通訊委員會會)」一文中提出「寇斯定理」之概念，惟寇斯本人對此學說並未稱之為「寇斯定理」，而是由學著 Stigler 後來為之命名。寇斯於西元 1960 年發表著名之「THE PROBLEM OF SOCIAL COST (社會成本問題)」一文中，對此定理作了更完整之闡述。寇斯在其「社會成本問題」一文中強調損害之雙面性及交易成本在資源分配上之重要性。寇斯定理之內涵為：「當交易成本為零的時候，則不論法律上對財產權如何界定或劃分，當事人會透過交易之進行，使資源運用達到最有效率之境界。」，亦即若當交易成本為零時，無須擔心為了達成效率而應如何列出與財產有關的規則，當事人可透過私下的協議，決定財產為誰擁有、所有人得或不得對其財產行使權利等，而達到最有效的資源運用。惟此內涵揭示「交易成本」於現實社會中無所不在，不可能有為零之情形，其成本之高低將影響資源之分配。而交易成本可以再類型化細分為：「搜尋與資訊

---

<sup>162</sup> 參閱 巫智豪前揭註 4，第 9 頁。

成本」、「議價與決策成本」及「管制與執行成本」三種。

上述之交易成本存在於任何協之過程中。然其成本之高低取決於不同之交易類型，因此，為有效地降低交易成本，以促使協議之達成，法律可界定簡單、明確的財產權。當權利簡單明確時，協議較容易進行<sup>163</sup>。例如物權法所採取的公示登記制度，即是將所有物權發生之權利義務關係內容經由地政機關登記，以便於確認該內容。而物權法定主義，明訂物權之類型及內容，減少資訊及協商成本，進而促使私人間財產之交換，以達到資源透過自由交易之有效運用，此即「規範性的寇斯定理」之概念，換言之，法律應排除妨礙私人間在資源配置上達成一定協議的障礙<sup>164</sup>，即設法降低其交易成本，透過此原則可使私人間之資源能為有效率之分配。

### 三、公共財與私有財之保護

所謂公共財是相對於私有財而言的，其並非政府提供的財貨都是公共財。公共財是指在同一期間內可以同時提供效益給兩個以上的經濟個體，而且具有集體消費，滿足公共慾望且由政府預算提供財貨。公共財係兼具消費不具敵對性及不適用排他原則兩種性質的財貨。「非排他性」

---

<sup>163</sup> 參閱 Robert Cooter Thomas Ulen 原著，溫麗琪 編譯，法律經濟學，第 122 頁，華泰文化事業股份有限公司，2003 年 6 月初版。

<sup>164</sup> 參閱 羅伯特·考特、托馬斯·尤倫 著，張軍等譯，法和經濟學，第 138 頁，上海人民出版社，1996 年 4 月三刷。

和「非敵對性」是認定公共財的兩項特性，在公共財的情形下，既可能在技術上無法排除享受利益者，也可能排除其他人享受公共財利益的成本過高而不值得執行。例如國防、良好的社會秩序。相較於私有財，其在消費上具有競爭性，在使用的利益上則具有排他性，一定的供應數量，若是某些人多消費一些，其他人便得少消費一些，不願付出代價的人，將得不到這一財貨的享受，凡願付出比較高代價的人，便可享受到比較多的消費。例如食品，衣著，住宅及其日常用品等<sup>165</sup>。由於公共財或私有財具如上之特性，保護此二種不同財產之成本及行為人之誘因亦不相同，一般而言，公共財因具有「非排他性」和「非敵對性」之特性，因此，欲制訂財產權加以保障，困難重重而生龐大之交易成本（執行成本），宜由國家政府負擔維護之費用；反之，私有財因不具「非排他性」和「非敵對性」之特性，故較容易藉由制訂財產權加以保障，而行為人亦較具誘因取得私有財，蓋其可透過自由交易增加其價值。

#### 四、物權法之經濟意涵

##### （一）物權及債權之區別

「物權」與「債權」為現行財產權體系下之兩大支柱。按保護財貨秩序之財產法，可分為下列二大類<sup>166</sup>：一為財貨歸屬法，以保護財

<sup>165</sup> 參閱 <http://knight.fcu.edu.tw/~d9031834/CH4.doc>

<sup>166</sup> 參閱 謝在全，民法物權論上冊，第 2-4 頁，自版，2003 年 7 月修訂二版。

貨之歸屬為目的，著重於靜態財貨歸屬之確立，以物權法為其代表；二是財貨移轉法，以保護財貨之移轉秩序為目的，使歸屬於一定權利主體之財貨，得經由權利主體之意思完成移轉，著重於動態交易安全之保護，以債權法為其代表。

物權為要求他人就物權所有人之標的物支配狀態應予以尊重之義務。換言之，任何人均負有不得侵害該直接支配狀態的義務，物權人得對任何人主張其權利。相對而言，債權則係以請求特定債務人給付為內容，債權人僅對債務人享有權利，債務人以外之第三人對債權人不負擔任何義務，債務人以外之第三人對債權亦無所謂不可侵犯之義務存在<sup>167</sup>。然而，債權與物權間並非毫無關係，其在功能上具有互補關係及作用，我國民法係採物權法定原則，當事人間不得創設法律所未規定之物權，而必須藉債權來滿足其社會生活上之需要。物權要求當事人遵循標準化的強制規定，此類規定已將所有的權利義務關係做基本規定，並且不允許當事人以合意推翻之。反之，債權允許相當自由的創設空間，可任由交易當事人自行決定彼此間的權利義務關係，亦即契約法的規範多為「預設規定」(default rule)，以任意規定的型態存在<sup>168</sup>。

物權法以強制規定為規範型態，債權法以任意規定為之，此種法

---

<sup>167</sup> 參閱前註，第 37 頁。

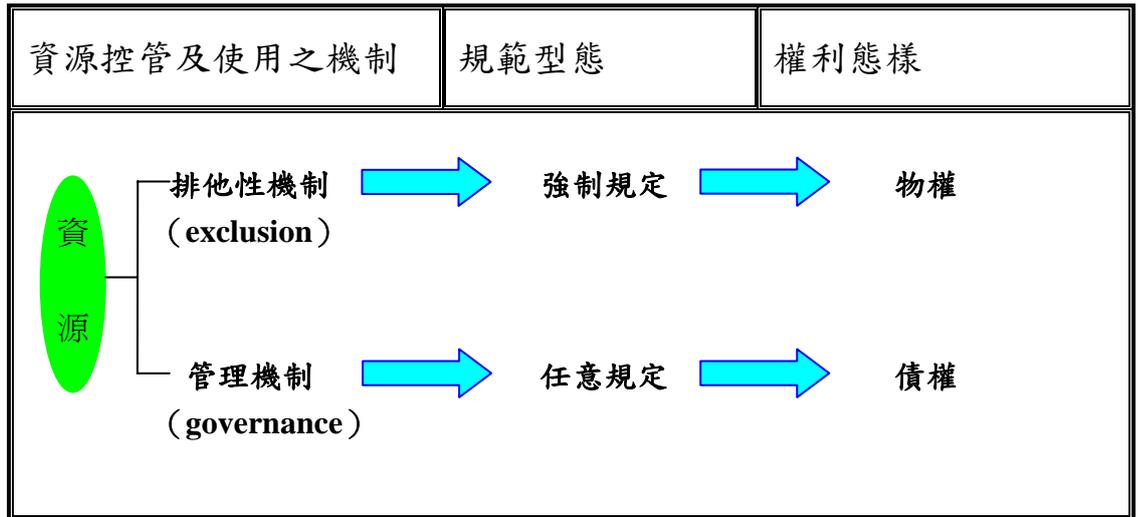
<sup>168</sup> 參閱 王文宇，「論契約法預設規定的功能——以延生損害的賠償規定為例」，台大法學論叢，第 87-120 頁，第 31 卷第 5 期，2002 年 11 月。

律架構的取捨，係人類為經營經濟生活，對有限資源為有效之利用及控管所採取的機制。物權與債權兩者的區分實益，背後隱含著如何對於資源之使用以達到最高效益，物權所採取之管制手段，是透過「排他機制」(exclusion strategy)對資源為有效的控管<sup>169</sup>。亦即將資源的使用完全託付給特定人，其他任何人皆不得使用該資源，為限制或封閉接近該項資源的途徑。排他性策略之優點在於當潛在的債務人數量龐大亦不特定時，若每個人都必須藉由契約來規範其間之權利義務關係，則每個人為蒐集相關資訊所付出的勞力、成本、費用將隨著人數增加而提高。因此，物權法之「強制規定」提供一套標準化且具有排他性的權利義務關係，課予任何人尊重所有權之義務，而大大節省資訊成本 (information coast)。相對而言，債權係透過當事人間之「管理機制」(governance strategy)，具體地就特定人間之資源分配及使用狀態為規定，一方面准許當事人間特定之使用，另一方面也限定某些利用方式<sup>170</sup>。換言之，債權法係採取「任意規定」之規範，在私法自治下契約自由原則下，當事人得就其間之權利義務關係合意決定之，為滿足當事人之需求與期望，由當事人自由決定如何分享及使用資源。(見圖一)

---

<sup>169</sup> 參閱 王文宇，「物權法定原則與物權債權區分—兼論公示登記制度」，民商法理論與經濟分析 (二)，第 10 頁，元照出版有限公司，2003 年 4 月初版第一刷。

<sup>170</sup> 參閱前註，第 10 頁。



圖一<sup>171</sup>

## (二)物權法定原則之經濟意涵

民法第七百五十七條規定，物權，除本法或其他法律另有規定外，不得創設。學說稱之為「物權法定原則」，係指物權之種類或內容，以民法或其他法律所規定者為限，當事人不得任意創設<sup>172</sup>。物權法定被視為物權法的基本原則之一，傳統法學界肯認之理由有四<sup>173</sup>：1. 物權的絕對性。若允許物權以契約或習慣創設之，有害公益。2. 物盡其用的經濟效用。任意創設，對所有權設種種限制及負擔，妨礙所有權自由，影響物的利用。3. 交易安全與便捷：物權種類和內容的法定化便於公示，可確保交易安全與便捷。4. 整理舊物權，適應社會需要。亦有學者從經濟學角度，以成本、收益關係出發對物權法定的正當性論

<sup>171</sup> 參閱前註，第 13 頁。

<sup>172</sup> 參閱註 11，第 59 頁。

<sup>173</sup> 參閱註 2，第 46 頁。註 11，第 57-59 頁。

述理由：1. 從財產所有人的角度出發，若允許任意創設物權，將導致所有權上存在種種限制和負擔，最終影響財產的流通和發揮物的效用，並損害財產所有人的利益<sup>174</sup>。2. 從社會總收益的角度加以證明，認為物權若可任意創設，則達到一定數量後，其所新增的社會審查成本將大於其所削減的財產利用的「未實現價值」，故需限制物權種類<sup>175</sup>。3. 從國家對物權予以公示的成本承擔角度加以解釋，認為若創設過多的新型物權種類，國家則需負擔大量的公示成本<sup>176</sup>。

若以交易成本之觀點分析物權法定原則，則將得出不同以往法學思維模式下之理由，析述如下：

### 1. 搜尋與資訊成本

物權法定原則之建立，係以強制規定所欲規格化之權利義務關係，明確指示交易市場所有的參與者，其目的在於降低資訊搜尋成本。若物權法定原則不存在，而任由當事人自行創設新的物權態樣，當事人以外之第三人，將承受過高的資訊搜尋成本，亦即契約當事人所創設之關係，若要強加於其他第三人身上，雖然當事人已將內部成本計入交易考量，但其交易對第三人所產生之「外部性」，將會對市場之運

<sup>174</sup> 參閱 劉得寬，民法諸問題與新展望，第 563 頁，中國政法大學出版社，2002 年。梁慧星主編，中國物權法研究，第 66 頁，法律出版社，1999 年。

<sup>175</sup> 參閱 Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Optional Standardization In The Law Of Property: The Numerus Clausus Principle*, THE YALE LAW JOURNAL, Vol. 110(2000), pp. 1-70。轉引自張鵬，「物權法定經濟上合理性之批判」，月旦法學雜誌，第 140 頁，2004 年 5 月。

<sup>176</sup> 參閱 蘇永欽，「物權法定主義的再思考—從民事財產法的發展與經濟觀點分析」，經濟法的挑戰，第 45 頁，五南，1994 年。

作造成莫大的危害，每個人都必須付出額外之徵信成本與錯誤成本，方足以維持最低程度之經濟活動<sup>177</sup>。

## 2. 議價與決策成本

物權法定原則之內涵在於物權之類型與內容均由法律規定，不容許當事人以協議之方式創設，如同列了一張清單，將權利義務關係明白陳列，當事人僅能就該清單內容為協議，因此，當事人於進行交易時，即不需花費大量時間、勞力及費用研究權利的內容細節，或協商創設物權之內容，有效降低議價與決策成本。

## 3. 管制與執行成本

物權法定原則對於交易當事人間固可降低其交易後之監督履行成本，然其同時增加國家維持公示登記之執行成本，蓋當事人訂立契約完成財產權之移轉後，必須經由物權公示制度揭露資訊，使交易上的重要訊息傳達於交易關係人或第三人，藉以維持交易制度之正常運作，國家登記機關必需負擔大部分的資訊成本，負責資訊彙整、過濾與分析，確立物權之變動關係，以產生相當之公信力，因此，於減少當事人間之交易成本之同時，亦產生國家運作此制度之成本。

## 參、案例分析

---

<sup>177</sup> 參閱註 14，第 10 頁。

## ◎分管契約對繼受人之效力

### 一、實務案例

釋字第 349 號：最高法院 48 年度台上字第 1065 號判例，認為「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在」，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。至建築物為區分所有，其法定空地應如何使用，是否共有共用或共有專用，以及該部分讓與之效力如何，應儘速立法加以規範，併此說明。（另參照最高法院 81 年台上第 505 號判決、最高法院 48 年台上第 1065 號判例）

### 二、案例之經濟分析

上述釋字第 349 號解釋改變最高法院 48 年度台上字第 1065 號判例認為共有物應有部分之受讓人，應受分割或分管契約拘束之見解，係從傳統法律上「善意第三人應受保護」之原則出發，固非無據。然此見解是否另有其背後之經濟意涵，值得深究，以下即從「規範性交易成本」之觀點析述之：

(一) 善意第三人是否當然應受到保護？

(二) 從公平正義之角觀之，對於不知情者不得與賦予其法律上之不利益，即對於善意第三人應加以保護，此乃法律上「善意第三人應受保護」之原則，然是否所有善意第三人皆獲得保護，其實不然，民法第 92 條第 2 項「被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」其文義反面之解釋為被脅迫而為意思表示者，其撤銷得對抗善意第三人，換言之，當被脅迫者受非正義之待遇時，與不知情之第三人相較，法律規範背後之價值判斷似乎可解釋為被脅迫者與不知情之第三人相較，似乎更值得同情，然此論點乃出自於一般人之法律情感，其背後是否具有更堅強的理由呢？實則，倘從何人可更有效率地避免此一事故之發生時，顯然被脅迫者更本無從防範他人對其脅迫之發生，或者必須花費高額之成本，以防範其發生，相對地善意第三人，對於事故之知與不知，倘稍加注意或詢問即足以得知此事實，故其避免自己成為不知情之第三人之防範成本，其實較被脅迫者低，因而，法律即保護防範成本高者，而將責任賦予防範成本低者，如此，社會即能以較低之成本，防範事故之發生，而達到社會之經濟效率。

(三) 何人能有效降地交易成本？

承上所述，於共有物具有分割及分管契約之情形，何人能以較低之成本防範此糾紛之發生，設：甲、乙、丙三人共有一筆土地，並簽訂分管契約，今丙將其 1/3 之應有部分移轉予丁，倘丁於應有部分移轉後始發現共有人間之分管契約，而後訴請法院主張其不受該分管契約之拘束，依前述最高法院之見解，不論丁是否知悉該分管契約之存在，丁皆應受其拘束，然而，依釋字第 349 之意旨，倘丁「不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形」，即不需受其拘束，換言之，法律傾向於保護善意之受讓人，而非其他共有人。於此情形，究竟何人較能以較低之成本防範此爭端之發生，從經濟分析之觀點，法律應將責任賦予能以較低成本防範此結果之當事人，而保護需負擔較高成本防範之人，本例中，倘原共有人甲、乙、丙欲防範發生「分管契約之效力」是否及於丁之爭議，其僅需於分管協議中約明，任何共有人移轉其應有部分於他人時，必須通知共有人或告知繼受人分管契約存在之事實，否則，即應負擔損害賠償責任，而應有部分之出賣人為免負擔損害賠償責任，必定會通知其他共有人或告知買受人分管契約存在之事實。反面言之，倘買受人欲避免此一糾紛發生，必須主動詢問出賣人是否有分管契約之存在，而為促使出賣人誠實告知，亦可同樣訂立損害賠償之條款，然而，出賣人為圖順利出賣應有部分獲利，極有可能隱匿此一事實，而繼受人更必須一一詢問其他共有人，其成本顯然

較高。且相對於由共有人間訂立通知義務及告知義務之條款，出賣人顯然必須增加對其他共有人之損害賠償責任，因而，隱匿此一事實之動機及可能性較小。換言之，透過由共有人負告知義務以避免此一爭端發生之可行性及成本，顯然小於由買受人詢問出賣人或其他共有人之方式。因此，考量二種解決方式之交易成本，顯然，由出賣人告知分管契約存在之成本較低，因此，法律上應賦予其責任，而保護交易成本較高之一方即買受人，是故，前述釋字 349 號解釋文執行之結果，顯然較符合經濟效益。

#### 肆、思考問題

- 一、民法為何區別債權及物權之概念，其經濟意涵分別為何？
- 二、「善意第三人應受保護之原則，究係出自公平正義之法感情，抑或追求「經濟效率」？
- 三、經濟學上之「公共財」可否透過法律制度創設出財產權？若是？其是否具備經濟效益？
- 四、何謂智慧財產權？法律為何創設此權利加以保護之，其背後之經濟意涵為何？

## 伍、參考文獻

### 一、書籍

- (一) 劉得寬，民法諸問題與新展望，中國政法大學出版社，2002年。
- (二) 梁慧星主編，中國物權法研究，法律出版社，1999年。
- (三) 蘇永欽，經濟法的挑戰，五南出版，1994年。
- (四) 謝在全，民法物權論（上冊），自版，2003年7月修訂二版。
- (五) Posner, Richard A 著，唐豫民譯，法律之經濟分析，1989年7月二版。
- (六) Robert Cooter Thomas Ulen 原著，溫麗琪編譯，法律經濟學，華泰文化事業股份有限公司，2003年6月初版。
- (七) 王文宇，民商法理論與經濟分析，元照出版有限公司，2000年5月初版第一刷。
- (八) 王文宇，民商法理論與經濟分析（二），元照出版有限公司，2003年4月初版第一刷。
- (九) 王澤鑑，民法物權第一冊—通則·所有權，自版，2003年8月四刷。
- (十) 羅伯特·考特、托馬斯·尤倫 著，張軍 等譯，法和經濟學，上海人民出版社，1996年4月三刷。
- (十一) 巫智豪，地上權之財產權界定及消滅後地上物清理之法律經濟分析，政治大學地政學研究所碩士論文，2005年。

## 二、期刊

- (一) 王文宇，「論契約法預設規定的功能—以延生損害的賠償規定為例」，台大法學論叢，第31卷第5期，2002年11月。
- (二) 張鵬，「物權法定經濟上合理性之批判」，月旦法學雜誌，2004年5月。

## 第六單元 智慧財產權

### 壹、前言

智慧財產權 (Intellectual Property Rights, IPR) 在一般人的認識中，傳統係指專利權、商標權及著作權，然根據 1967 年 7 月 14 日於斯德哥爾摩簽署之「成立世界智慧財產組織公約」(Convention Establishing the World Intellectual Property Organization) 第 2 條第 8 款之規定，智慧財產權之概念應包括下列八項權利：「1. 文學、藝術及科學之著作；2. 演藝人員之演出、錄音物以及廣播；3. 人類之任何發明；4. 科學上之發現；5. 產業上之新型及新式樣；6. 製造標章、商業標章及服務標章，以及商業名稱與營業標記；7. 不正競爭之防止；8. 其他在產業、科學、文學及藝術領域中，由精神活動所產生之權利。」<sup>178</sup>此外，根據關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) 1994 年 4 月於摩洛哥簽署「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods, TRIPs Agreement) 被列入智慧財產權之範圍有：「1. 著作權及相關權利；2. 商標；3. 產地標示；4. 工業設計；5. 專利；6. 積體電路之電路佈局；7. 未公開資訊之保護；8. 對授權契約中違反競爭行為之管理。」<sup>179</sup> 足見，智慧財產權不僅指專利權、商標權及著作權，尚包括：

<sup>178</sup> 參照謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，第 5-6 頁，自版，2004 年 10 月四版。

<sup>179</sup> 參照前註，第 6 頁。

產地標示、工業設計、積體電路之電路佈局、未公開資訊之保護（營業秘密）以及對不正競爭之規範，其範圍實已涵蓋大部分產業與文化發展之保護。學者謝銘洋將智慧財產權定義為：「智慧財產權是法律對於『人類運用精神力創作結果』之保護，以及對於『產業正當競爭秩序』之保障。」<sup>180</sup>即已充分描繪出智慧財產之特性及範圍。由於智慧財產權之範圍頗為廣泛，因此本單元探討之範圍，將以專利、商標及著作權為限，首先介紹智慧財產權之經濟特性，其次論述與分析智慧財產權相關之經濟理論及其應用，最後，則以真品平行輸入存在於專利法、商標法及著作權法之情形，分析其中之法律爭點及其經濟意涵。

## 貳、基礎理論

### 一、智慧財產權之經濟特性

智慧財產權屬於「無體財產權」之一種，與一般之有體財產權不同，無體財產權只是一個抽象存在之權利，「是一種獨立於有形物之所有權以外，而且與物之所有權無關之權利」<sup>181</sup>。故針對智慧財產權進行經濟分析前，應先了解其經濟特性：

#### （一）不確定性（uncertainty）

智慧財產權之不確定性係指決定投資生產時其研發工作之無法預

---

<sup>180</sup> 參照前註，第 11 頁。

<sup>181</sup> 參照前註，第 21 頁。

測，其不確定性主要來自於下面原因：

### 1. 研發成果經濟價值之不確定性

智慧財產權研發之風險來自科技發展變遷之快速與競爭，而研發之產品是否具可行性，有其不確定性，蓋投資人可能花費許多勞力、時間及費用投入研發工作，但研發之成果在商業市場上可能不具有經濟價值，此即智慧財產權可行性之不確定性。<sup>182</sup>

### 2. 未來市場狀況之不確定性

此包括對未來市場需求之預測以及競爭者競爭策略之不確定性，詳言之，智慧財產權自著手研發階段至最後成品之完成，通常須投入相當長的時間與高額成本，且智慧財產權人必須以其研發當時有限之知識去預測將來之市場狀況與發展，故其對未來市場狀況有其不確定性。<sup>183</sup>

由於上述之不確定性，為降低伴隨智慧財產權研發與投資而產生之不確定性與危險性，必須提供智慧財產權人不同於一般財產權保護之額外經濟上誘因，以保證其獲得經濟上之相當報酬，進而確保智慧財產權人之努力成果以及達到鼓勵創作發明之目的。<sup>184</sup>

## (二) 公共財 (public goods)

---

<sup>182</sup> 參閱 張心悌，「智慧財產權保護之法律經濟分析」，律師雜誌，第 211 期，第 31 頁，1997 年 4 月。

<sup>183</sup> 參閱前註，第 31-32 頁。

<sup>184</sup> 參閱前註，第 32 頁。

所謂公共財，係指可以同時讓多人共同使用，每個人都能享受全部，彼此間互不侵犯的東西<sup>185</sup>。故公共財具有共享（nonrival）以及無法排他（nonexclusive）二項特性，共享係指可以讓多人共用而不損及其中任何人之效用；無法排他係指很難禁止他人不付代價、坐享其成<sup>186</sup>，換言之，要排除他人未經付費而享用該財貨之排他成本很高，以致於沒有一個想要追求利潤極大化之私人企業願意提供此種商品<sup>187</sup>。而智慧財產權為一公共財，故其具有「共享」與「無法排他」之特性，亦即智慧財產不像一般有體財產，會因為使用而消耗，或影響他人之使用，又不同的人可以共同或分別、同時或異時使用，而且不會損及其中任何人之效用。因此，一旦該智慧財產研發完成並流通，即難以控制其使用與散佈，故除非對該產品之市場價值能有適當之維護制度（例如由法律制度介入以維持其市場價值），否則將降低智慧財產權人從事研發工作之誘因（創作上的誘因）。因此，為確保權利人努力之成果並鼓勵創新，必須由法律介入以維持其市場價值。<sup>188</sup>

### （三）重製邊際成本趨近於零

所謂邊際成本，係指每增加一個單位產量時所帶來的總成本的增

---

<sup>185</sup> 參閱 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏著，經濟學－理論與實際，第319頁，自版，2004年8月五版。

<sup>186</sup> 參閱前註，第321頁。

<sup>187</sup> 參閱 楊智傑，「智慧財產權法的基本經濟分析」，謝哲勝編，法律經濟學，第323-324頁，五南，2007年5月。

<sup>188</sup> 參閱註5，第32頁。

加數額<sup>189</sup>。當智慧財產被研究成功之後，以經濟學之觀點而言，其重製或傳遞之邊際成本即為零或趨近於零，蓋其被重製或傳遞之成本，與其研發之成本相比，顯然微不足道，故他人仿冒、重製或抄襲之可能性非常大。例如：歌曲創作之過程中，其投入之時間、精力，顯然超過單純拷貝他人歌曲之成本。

#### （四）獨占（monopoly）

所謂獨占，係指一個產品市場上只有一個生產者，因此該廠商也代表整個產業。獨占具有以下特徵<sup>190</sup>：

1. 在特定產品市場裡只有單一供給廠商。
2. 該產品沒有相近的替代品。
3. 存在著加入產業的進入障礙。

智慧財產權本身即為國內法所創設之「法律上獨占權」，法律賦予智慧財產權人收取獨占利益之權利，乃在誘使有智識之人貢獻其智識而有利社會。雖智慧財產權人之獨占利益在短期內扭曲了社會競爭秩序，然該獨占利益之賦予確實增加並刺激智慧財產之不斷創新與發明。<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> 參閱 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏合著，經濟學，第 111 頁，自版，1998 年 5 月初版。

<sup>190</sup> 參閱 胡春田、巫和懋、霍德明、熊秉元著，經濟學概論，第 179 頁，雙葉書廊，2006 年 9 月三版。

<sup>191</sup> 參閱註 5，第 32 頁。

## 二、法律經濟分析於智慧財產權之應用

### (一) 概說

如前所述，保障智慧財產權之目的乃在提供創作誘因，鼓勵人民進行創作。其短期目的在於鼓勵創新，而長期目的則是要促進整體國家知識累積。換言之，智慧財產權法是為了鼓勵創新而設計之一種法律上之抵換 (trade-off)，亦即以賦予特定期間法律上獨占權，以換取更多的公共知識資產。而其最終之目的，是希望透過鼓勵人們創作發明來回饋社會。<sup>192</sup> 以下即分別就經濟分析於專利權、商標權及著作權之應用析述之。

### (二) 智慧財產權制度之經濟分析

#### 1. 專利權

專利發明人一旦取得保護，其獨家之產品即可能因為技術上之優越而奇貨可居，法律賦予專利發明人收取獨占利益之權利，然獨占之後果即產品價格之提高及消費者減少，在經濟學上之即屬沒有效率，無法帶給社會鉅大福利。<sup>193</sup> 再者，專利發明人本身多半不是生產及經銷者，必須透過授權由他人來生產及銷售，但因其取得專利權，擁有強勢之締約地位，為追求自身利益之最大化，故在與他人簽訂授權契

---

<sup>192</sup> 參閱註 10，第 322-323 頁。

<sup>193</sup> 參閱 林立，波斯納與法律經濟分析：一個批判性的研究，第 250 頁，學林，2004 年 4 月初版。

約時，便容易利用其優勢而造成排除競爭或限制競爭等不公平之經濟秩序。<sup>194</sup>然而，專利制度雖有上述產生不公平競爭之疑慮，但由於獲得專利可得之利益誘因，鼓勵許多人投入研發上之競爭，使新技術更快地被研發出來，就此而言，授與專利權同時鼓勵發明人間之競爭，間接提昇國家產業之競爭力，故對專利發明人給予保護，乃法律權衡經濟效益之利弊後所創之制度。<sup>195</sup>

## 2. 商標權

商標保護提供給廠商採用某種特殊設計，以標示其商品或服務，用以區分自己和他人之商品或服務，藉由商標之標示提供貨物或服務質量之保證，從而讓消費者節省尋找優良產品之成本。當商標權獲得保障後，將能增加廠商提昇貨物品質量之意願。申言之，當消費者對某一廠牌之商品感到滿意時，下次即可能購買同一商標之商品或是推薦他人購買，反之，倘消費者購買到有瑕疵之商品，該消費者即可知道應向誰追究責任，或是下次不再購買該商標之商品。<sup>196</sup>因此，商標權之保障，同時有利於消費者及廠商。雖然廠商擁有商標之後，為了維持對外整體形象而投入許多成本，但其維護商標所投入之成本是可以回收的，蓋一旦廠商之商標品牌被消費者所肯定後，其將可獲得更好之銷路。因此，商標權之保障亦可促成優良廠商之存在，而淘汰劣

---

<sup>194</sup> 參閱前註，第 251 頁。

<sup>195</sup> 同前註。

<sup>196</sup> 參閱前註，第 257 頁。

質之廠商，此亦有利於社會經濟之發展。<sup>197</sup>

此外，倘商標權未能獲得有效之保障，仿冒商標之產品充斥，則消費者尋找優良產品之交易成本，將因資訊成本之提高而增加，如：學習如何辨別真假商標之商品，商標權人亦須耗費心力查緝仿冒商品，增加其企業經營之成本，總體而言，將不利於社會經濟之發展。

### 3. 著作權

如同專利權及商標權保護之目的，保護著作權之目的亦在於增加著作人之創作誘因，因此，對於著作權保護時間之長短及合理使用範圍之認定，皆在考量「著作權人」以及「使用者」間之利益平衡，俾使雙方都能獲得最大之效益。<sup>198</sup>因此，著作權法第 65 條第 1 項乃規定著作之「合理使用」，不構成著作財產權之侵害。惟「在合理使用」乃一不確定之法律概念，於 2001 年 4 月 11 日檢察官搜索台南市國立成功大學學生宿舍中的學生使用 MP3 下載流行歌曲之事件。其中之爭點即在於大學生下載音樂供自己聆聽之行為，是否屬於合理使用之範圍？著作權法第 65 條第 2 項共規定 4 種判斷之基準，其中第 4 款明文規定「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」，其中帶有濃厚法律經濟分析之色彩。<sup>199</sup>蓋其旨在判斷使用之結果是否對著作權人之經濟利益產生影響，倘影響著作權人之經濟利益而法律仍將之界定於「合

---

<sup>197</sup> 同前註。

<sup>198</sup> 參閱前註，第 255 頁。

<sup>199</sup> 參閱前註，第 256 頁。

理使用」之範圍，將減損著作權人之創作動機，進而減少著作之產生。

#### 4. 小結

綜上所述，法律保障智慧財產權之目的乃為了鼓勵創新發明，藉由對各種智慧財產權予以特定時間之獨占權之保護，換取行為人創新知識之經濟上誘因。有利於社會社會福利極大化之目標。<sup>200</sup>同時，亦將行使智慧財產權之正當行為排除公平交易法之適用（公平法第 45 條），俾使智慧財產權之享有者，得於自由競爭之經濟市場中獲得法律制度充分之保障。

### 參、案例分析-以真品平行輸入為例

#### 一、概說

平行輸入不但牽涉到文化價值上之問題，亦涉及敏感的政治問題，蓋其涉及輸出國與輸入國之利益，故極不容易協調<sup>201</sup>。如果著重對於智慧財產權人之保護，則會傾向禁止平行輸入；反之，倘重視商品在國際上之自由流通及保護市場自由競爭，則會傾向採取允許平行輸入之立場。有學者認為此二種立場並無孰是孰非之問題，而僅是價值判斷之問題<sup>202</sup>。

真品平行輸入之合法性問題，實與有關「耗盡原則」之爭議有關，若

---

<sup>200</sup> 參閱註 10，第 325 頁。

<sup>201</sup> 參閱 Prof. W.R. Cornish 講、吳必然譯，「智慧財產權保護之適當範圍：以平行輸入為例」，競爭政策通訊，第 3 卷，第 2 期，第 48 頁，1999 年 3 月。

<sup>202</sup> 參閱 謝銘洋，智慧財產權基本問題研究，第 192-193 頁，自版，1999 年 7 月初版。

採「國內耗盡原則」，亦即商品在國外市場之銷售行為並不會使本國智慧財產權人就該商品在國內之權利被耗盡，因此若未得到國內智慧財產權人之同意而逕自輸入該項商品，將會侵害到智慧財產權人之權利，換言之，採國內耗盡原則者，即表示禁止真品之平行輸入。反之，若採「國際耗盡原則」，則商品在國外市場之第一次銷售行為亦會導致本國之智慧財產權人就該商品在國內之權利被耗盡，縱第三人未得本國智慧財產權人之同意而逕自外國輸入該項商品，本國之智慧財產權人亦不得干涉，換言之，採國際耗盡原則者，即表示允許真品之平行輸入。

我國於 2002 年 1 月 1 日以「台灣、澎湖、金門及馬祖個別關稅領域」之名加入「世界貿易組織」(World Trade Organization, WTO) 而成為 WTO 之會員國後，依 TRIPs 協定第 6 條規定：「就本協定爭端解決之目的而言，並受本協定第 3 條及第 4 條拘束之前提下，本協定不得被用以處理智慧財產權耗盡之問題。」<sup>203</sup>故我國內國法得自由立法決定是否允許真品之平行輸入。因此，為進一步瞭解我國就真品平行輸入之問題究竟應採取何種之立法政策，方能達到保護消費者利益及兼顧智慧財產權保護之目的。本單元以下將先介紹真品平行輸入之意義及其產生之原因，並以商標法之規定為例，探討我國對於真品平行輸入所採取之立場為何。最後則以經濟分析之方法，加以分析我國現行之立法政策是否有修正改進之空間，並提出法

---

<sup>203</sup> 參照 黃立、李貴英、林彩瑜著，WTO：國際貿易法論，第 211 頁，元照，2000 年 10 月初版。

律應如何修正之建議。

## 二、意義

所謂真品平行輸入，係指第三人從他國合法取得商品，然該商品在本國已受有智慧財產權之保護，第三人未經本國智慧財產權人之同意，逕自將該商品由他國進口至本國之行為。透過真品平行輸入所進口之商品即一般人所稱之「水貨」或稱為「灰色市場商品」，茲就真品平行輸入於商標法上之問題，舉例加以說明如下：

所謂「真品平行輸入」，係指於本國已有某一商標圖樣之商標權人，但第三人卻未經本國商標權人之同意，由外國輸入於國內取得相同註冊商標之非仿冒品而言。例如：甲公司於台灣取得 A 商標註冊，指定使用於某電動遊戲商品，並授權台灣乙公司之獨家使用；同時甲公司亦以相同之商標圖樣於日本取得 A' 商標註冊（A 與 A' 實為相同之圖樣），並授權日本丙公司指定使用於同一電動遊戲商品。今有一台灣丁貿易公司，未經甲公司或乙公司之同意，逕自由日本丙公司合法取得附有 A' 商標圖樣之電動遊戲商品，再進口至台灣銷售，丁公司之行為即所謂「真品平行輸入」。

## 三、產生之原因

基本上，真品平行輸入乃追求經濟利益下之產物，其產生之原因大

致包括下列五種：

(一) 國際間之差別取價：

就同一種商品而言，由於各國原物料之差異、國際間匯率之波動、供應商之差別訂價、配銷商之配銷成本不同、不同之授權條件或是市場特殊環境之不同，導致各國就該商品之市場價格亦不相同。從事真品平行輸入之貿易商，即可自市場價格較低之出口國取得該商品，然後再銷售到市場價格高之進口國，於此情形，貿易商即有利可圖，而基於此種不同市場價格之落差所造成之進出口，乃平行輸入產生之主要原因。

(二) 通路管理政策：

許多品牌擁有者為了建立穩固之經銷通路，並維持一定之服務水準，其在通路密度上採用獨家配銷之方式，亦即在某特定之市場只授權一家配銷商。如此一來，雖然較容易與配銷商建立長久之合作關係，但卻也容易產生供需之空檔，從事真品平行輸入之貿易商於此就有機可乘<sup>204</sup>。

(三) 通路成本之節省：

某項商品從製造商製造完成後，往往要經過許多次的轉賣，最後才會到達消費者手中。商品所經過的通路越長，則消費者所需付出之

---

<sup>204</sup> 參閱 黃仁宏、李建裕著，「灰色市場之成因與衝擊」，產業論壇，第2卷，第2期，第63頁，2001年1月。

購買成本就越高。例如：Nike 球鞋的行銷通路，從外國製造商手中製造完成後，陸續經過本國合法授權的代理商、批發商、零售商，最後再到達體育用品店或消費者手中，如此冗長的行銷通路，其成本當然比真品平行輸入的貿易商由外國製造商手中購買，然後直接販賣給本國的消費者來的高。

#### （四）搭便車行為可以節省成本支出：

就合法授權之代理商而言，必須先付給原智慧財產權人「權利金」以取得其授權代理之資格；又代理商於代理某項產品時，往往必須投入大量之廣告費用、市場調查或售後服務的支出，以促使消費者知悉該項產品，進而產生購買慾望而加以消費。然而，對於從事真品平行輸入之貿易商而言，因為代理商已投下廣告成本打響產品之知名度，其便可以節省廣告費用之支出，免費享受代理商廣告行銷所創造出來的附加價值，此等「搭便車」之行為，使貿易商能夠以更低的價格來販售產品，此亦屬貿易商從事真品平行輸入之主要原因<sup>205</sup>。

#### （五）消費者之需求不同：

不同的消費族群對於商品之需求亦不相同，真品平行輸入多半無售後服務，然對某些消費者而言，售後服務並非唯一之考量，而商品「價格」才是促使其購買該項商品之主要因素，此消費行為之差異性

---

<sup>205</sup> 參閱 羅震東，消費者對行動電話之真品平行輸入購買決策之研究—台南市為例，高苑科技大學經營管理研究所，第 20 頁，2007 年 1 月。

造就了真品平行輸入市場之發展空間。

#### 四、商標法之規範

商標法就「進口權」之規定，與專利法之規範不同，揆諸我國商標法第 6 條或第 29 條之規定，商標法雖規定使用之內容及商標權限，但並未賦予商標權人專有進口之排他性權利<sup>206</sup>。由此推知，我國商標法並未禁止真品平行輸入。次按我國商標法第 30 條第 2 項本文規定：「附有註冊商標之商品，由商標權人或經其同意之人於市場上交易流通，或經有關機關依法拍賣或處置者，商標權人不得就該商品主張商標權。」本條即為商標法上商標權利耗盡原則之體現。惟本條並未清楚指出我國究竟係採「國內耗盡原則」或「國際耗盡原則」，故本條規定是否得作為允許真品平行輸入之具體明文規範仍有爭議<sup>207</sup>。

惟最高行政法院 91 年判字 361 號判決曾指出：「商標法係國內法，旨在保護一般消費者。真正商品之平行輸入，其品質與我國商標使用權人（例如獨家代理權人）行銷之同一商品相若，且無引起消費者混同、誤認、欺矇之虞者，對我國商標使用權人之營業信譽及消費之利益均無損害，並可防止我國商標使用權人獨占國內市場，控制商標價格，因而促進價格之競爭，使消費者購買同一商品有選擇之餘地，享自由競爭之

<sup>206</sup> 參閱 陳文吟，商標法論，第 111 頁，三民，2005 年 2 月三版。

<sup>207</sup> 參閱 蔡瑞森，「四論『著名商標之保護於臺灣現行實務所面臨之問題』——兼論商標侵權案件之處理模式」，月旦民商法雜誌，第 17 卷，第 116 頁，2007 年 9 月。

利益，與商標法之立法目的並不違背，在此範圍內，應認為不構成侵害商標使用權（相同見解參照最高法院八十一年度台上字第二四四四號民事判決及八十二年度台上字第五六〇七號刑事判決）。」

綜上所述，我國商標法並未規定商標權人專有進口權，亦無禁止真品平行輸入之明文，且最高法院判決之見解亦認為真品平行輸入不構成商標權之侵害，故商標法允許真品平行輸入。

## 五、立法政策之經濟分析

平行輸入不僅是一個法律問題，它與一國之經濟和貿易政策息息相關，平行輸入之問題在智慧財產權各個領域（專利權、商標權及著作權）皆有可能發生。智慧財產權具有專有性和地域性，從而形成了對智慧財產權產品之分割和壟斷市場，此種分割與壟斷雖然係為了保護智慧財產權人之利益，但卻與世界貿易全球化和自由化相對立，尤其越來越多的貿易產品屬智慧財產權產品，勢必增加貿易的成本與難度。消費者之利益在平行輸入中代表著社會公共利益，因此必須予以重要考量，絕對不能因為保護智慧財產權人之利益就忽視消費者之利益<sup>208</sup>，如何在保護智慧財產權人之利益與公共利益之間取得一個適當之平衡點，這個就是立法者最重要的課題。以下即以經濟分析之方法或經濟發展之角度，探討商

---

<sup>208</sup> 參閱 張作為，「真品平行輸入之商標權問題--從臺灣高等法院九十二年度上易字第二六九〇號刑事判決談起」，政大智慧財產評論，第4卷，第2期，第132-133頁，2006年10月。

標法對於真品平行輸入之立法政策，究竟應該要採取「允許」或是「禁止」之立場，方能符合經濟效率之要求。

(一) 維護市場公平競爭：

商標法之制定，旨在透過商標制度之保護，鼓勵人民或事業申請註冊，使申請人得專用其註冊商標圖樣，以俾消費大眾藉此可辨別不同商品或服務之來源，而不致構成混淆。故商標法第 1 條開宗明義即明揭：「為保障商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展，特制定本法。」換言之，商標之制度，不僅是保護商標權而已，尚有「保障消費者利益」、「維護市場公平競爭」及「促進工商企業正常發展」之目的。

商標法「維護市場公平競爭」之立法目的，乃於民國 92 年 5 月 28 日修正商標法時所增列，又依 TRIPs 協定第 16 條揭示著名商標應予保護，所重者即在維持公平競爭之市場秩序<sup>209</sup>。是以，最高行政法院 91 年判字 361 號判決謂：「開放真品平行輸入，可防止我國商標使用權人獨占國內市場，控制商標價格，因而促進價格之競爭，使消費者購買同一商品有選擇之餘地，享自由競爭之利益。」由此判決可知，允許真品平行輸入將有助於「維護市場公平競爭」，此與商標法之立法目的並不違背，故商標法應允許真品平行輸入。

---

<sup>209</sup> 參照 商標法第 1 條修法理由第一之（一）點，民國 92 年 5 月 28 日修正。

## （二）商標之價值：

智慧財產中之「商標」經常成為公司最有價值之資產，公司品牌之價值常高達公司全年營業總額之數倍，位居全球百大商標之首之「可口可樂」(Coca-Cola)，其商標價值超過七百億美金<sup>210</sup>。某一產品在不同的商標下，價格明顯會有所不同，例如：LV 的包包一個動輒要價上萬元，然他牌之包包可能只需幾百元即可購得。這其中的價格落差，正是商標之無形資產。最高行政法院 91 年判字 361 號判決之見解亦指出，真品平行輸入之「真品」品質與國內商標權人所銷售之同一商品相若，對我國商標權人而言，並不會損及其商標之經濟價值或其營業信譽。綜上，由「商標價值」之經濟角度來觀察，商標法應允許真品平行輸入。

## （三）保障消費者利益：

真品平行輸入之「真品」品質與國內商標權人所銷售之同一商品相若，即其質量與商標權人之商品沒有差別或基本一致，但其價格卻相對低廉許多。最高行政法院 91 年判字 361 號判決之見解亦認為，真品平行輸入對消費者而言，並無引起消費者混同、誤認、欺瞞之虞，

---

<sup>210</sup> 參閱 劉江彬、黃俊英著，智慧財產管理總論，第 11-12 頁，政大科技政策與法律研究中心，2004 年 2 月初版。

換言之，消費者購買平行輸入之真品，對消費者之權益非但沒有損害，反而可以享受低價利益。

真品平行輸入雖然會減損進口國商標權人之利益，但卻保護了現代工業社會中大多數處於「弱勢群體」地位之消費者權益。從整體經濟角度來看，真品平行輸入可以防止商標權人獨占市場，消除各國利用智慧財產權設置之貿易壁壘，從而促進世界範圍之市場競爭和自由貿易。此外，真品平行輸入所引起之自由競爭將有利於活絡國內市場，刺激消費需求，有利於促進國民經濟發展<sup>211</sup>。綜上所述，就商標真品平行輸入之問題，基於維護市場公平競爭及保障消費者利益之考量，我國商標法應採取「允許」真品平行輸入之立場，故建議我國商標法第 30 條應增列第 3 項：「前項所稱之市場，不以國內為限。」亦即修法明文採取「國際耗盡原則」來允許真品平行輸入。

## 肆、思考問題

- 一、專利權、商標權、著作權及營業秘密在法律上受保護時間長短不同，其立法理由是否存有經濟層面之意涵？
- 二、智慧財產權已逐漸成為事業競爭之利器，因其具有法律上獨占排他之效力，本質上和自由競爭之精神不符，對競爭秩序產生不當之影響，二者

---

<sup>211</sup> 參閱註 31，第 131 頁。

之衝突，應如何加以平衡？

三、智慧財產權在何種條件下會成為獨占，從而成為限制競爭法規範之對象？

（參考公平交易法第四十五條）

四、最高行政法院 85 年判字 2891 號判決認為，專利權人對於侵害行為有請

求排除與防止之權利，其發送「警告函」之時點，不須待法院確定判決

有侵害事實始得為之，此判決是否有其經濟性考量？

五、著作權法「在合理範圍內」之認定及「合理使用」之解釋乃不確定法律

概念，其中，著作權法第 65 條第 2 項第 4 款：「著作之利用是否合於第

四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，

尤應注意下列事項，以為判斷之基準：四、利用結果對著作潛在市場與

現在價值之影響。」該條文之判斷標準之基礎為何？

六、著作權法第 69 條音樂著作利用之強制授權，該規定是否合乎公平正義？

亦或立法者有其它因素之考量？（如：防止交易成本過高或效用極大化）

## 伍、參考文獻

### 一、書籍

（一） David D. Friedman，經濟學與法律的對話，先覺，2002 年。

（二） Robert Cooter & Thomas Ulen 著；溫麗琪譯，法律經濟學，華泰，  
2003 年 6 月初版。

- (三) 林洲富，智慧財產權法專題研究（一），台灣財產法暨經濟法研究協會，2006年5月。
- (四) 林立，波斯納與法律經濟分析：一個批判性的研究，學林，2004年4月初版。
- (五) 胡春田、巫和懋、霍德明、熊秉元著，經濟學概論，雙葉書廊，2006年9月三版。
- (六) 國際法學會，知識經濟與法制改造研討會專輯，元照，2002年11月。
- (七) 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏著，經濟學-理論與實際，自版，2004年8月五版。
- (八) 黃立、李貴英、林彩瑜著，WTO：國際貿易法論，元照，2000年10月初版。
- (九) 楊崇森，專利法理論與應用，三民，2003年7月初版。
- (十) 劉江彬、黃俊英著，智慧財產管理總論，政大科技政策與法律研究中心，2004年2月初版。
- (十一) 陳文吟，商標法論，三民，2005年2月三版。
- (十二) 陳智超，專利法理論與實務，五南，2002年11月初版。
- (十三) 盧文祥，智慧財產權不確定法律概念的剖析研究~以專利進步性、商標混淆誤認及著作權合理使用為主之探討~，瑞興，2006年2月

初版。

- (十四) 謝哲勝主編，法律經濟學，五南，2007年5月初版。
- (十五) 謝銘洋，科技發展之智慧財產權議題，自版，2005年5月初版。
- (十六) 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，自版，2004年10月四版。
- (十七) 謝銘洋，智慧財產權之制度與實務，自版，2004年10月二版。
- (十八) 謝銘洋，智慧財產權基本問題研究，自版，1999年7月初版。
- (十九) 蕭雄淋，著作權法論，五南，2007年4月四版。
- (二十) 羅明通，著作權法論(I)，自版，2005年9月六版。

## 二、論文

- (一) 邱咸智，智慧財產權制度設計之交易成本分析，國立交通大學科技管理研究所，民國88年。
- (二) 賴安國，智慧財產權行使與獨占經濟力濫用，國立台北大學法學系碩士班，民國93年7月。
- (三) 羅震東，消費者對行動電話之真品平行輸入購買決策之研究—台南市為例，高苑科技大學經營管理研究所，民國96年1月。
- (四) 蘇文生，智慧財產權之經濟分析，國立政治大學中山人文社會科學研究所，民國86年。

### 三、期刊

- (一) Prof. W.R. Cornish 講、吳必然譯，智慧財產權保護之適當範圍：  
以平行輸入為例，競爭政策通訊，第3卷，第2期，民國88年3月。
- (二) 王石杰，著作權法合理使用的本質--從法律經濟分析觀點與傳統案例  
解讀，中原財經法學，第16期，民國95年6月。
- (三) 王睦齡，我國專利法上之平行輸入與耗盡原則的探討，法令月刊，第  
53卷，第6期，民國91年6月。
- (四) 呂佩芳、楊智傑，「釋放部分著作權」之法律經濟分析，智慧財產權，  
第81卷，民國94年9月。
- (五) 周德宇，新經濟？新智慧財產權？-兼論最適智慧財產權，國家發展  
研究，第1卷第1期，民國90年12月。
- (六) 張凱娜，著作權限制的法律經濟分析，月旦民商法雜誌，第15期，  
民國96年3月。
- (七) 張心悌，智慧財產權保護之法律經濟分析，律師雜誌，第211期，民  
國86年4月。
- (八) 張作為，真品平行輸入之商標權問題--從臺灣高等法院九十二年度上  
易字第二六九〇號刑事判決談起，政大智慧財產評論，第4卷，第2  
期，民國95年10月。
- (九) 許忠信，WTO 與貿易有關智慧財產權協定之研究--以專利實體法為中

- 心，輔仁法學，第 23 期，民國 91 年 6 月。
- (十) 黃仁宏、李建裕著，灰色市場之成因與衝擊，產業論壇，第 2 卷，第 2 期，民國 90 年 1 月。
- (十一) 陳綉里，灰色行銷與製造商之利潤分析，臺大管理叢，第 15 卷，第 1 期，民國 93 年 12 月。
- (十二) 蔡瑞森，四論「著名商標之保護於臺灣現行實務所面臨之問題」-- 兼論商標侵權之處理模式，月旦民商法雜誌，第 17 卷，民國 96 年 9 月。
- (十三) 鄭菟瓊，智慧財產權之政治經濟分析--一項科際整合的初步嘗試，月旦法學，第 104 期，民國 93 年 1 月
- (十四) 闕光威，對著作權保護範圍擴張的因應-合理使用實務與理論基礎之研究，政治大學智慧財產評論，第 5 卷第 2 期，民國 96 年 10 月。

## 第七單元 公司法

### 壹、 前言

公司係資本主義與自由市場中，必然存在且不可或缺的組織，我國規範此種組織的公司法自民國十八年制定後，前後歷經十三次大小規模不一的修法，足見公司法相較於其他法律，更具備與時俱進的需求。惟我國早期學者一般討論公司法之重點，大多著重於公司組織結構、組織權限之區別（股東會、董事會與監察人），以及股東權益之保護，鮮少以經濟觀點論述公司法，造成法院審理公司法紛爭時，其裁判結果或理由構成，缺乏相對應的經濟學理論為基礎。職是之故，本單元即以此為前提，分別介紹其基礎理論，進而以股東有限責任之實務案例為基礎，嘗試作一初略的經濟分析，俾提供另一種不同的法律視野。

### 貳、 基礎理論

查我國公司法第一條規定『本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人』，可知我國現行法制下，認為公司係因營利目的而設，且本質上為法人。實則單以本條之規定，吾人即可從以下之三大理論說明公司之本質：一、廠商理論（Theory of The Firm）二、代理人理論（Agency Theory）三、契約連鎖理論（Nexus of Contracts）<sup>212</sup>。

---

<sup>212</sup> 惟應注意的是，此三種理論，並非相斥之概念，僅係在觀察面向上有所不同，例如：（一）廠商理論，即是針對上開條文中之營利目的所生（二）代理理論則是在營利目的之前提下，公司組織籌措資金之來由，並涉

## 一、 廠商理論 (Theory of The Firm)

諾貝爾經濟獎得主 Coase 曾於一九三七年其著作【廠商的本質】<sup>213</sup>中，以經濟的觀點分析公司為何會存在於社會中：在一般交易市場中，大多係以個人為交易主體，倘若現今市場中所存之交易成本過高，導致個人付出之交易成本大於交易所能帶來之利潤，則理性自利的個人勢必將放棄此交易。為了降低市場中存在的過高交易成本，『廠商』<sup>214</sup>將會產生，並將個別交易成本內部化成廠商組織的一環，藉以大幅降低一連串契約所形成的締約成本，並透過廠商內部指令將資源分配於最有利的生產位置上。【見圖一】換言之，此時廠商所增加的『內部管理協調成本』必然小於『外部市場交易成本』，故採取組織的形式從事業務活動，顯然比依靠亞當·斯密所謂的『那隻看不見的手』（市場交易）更加有效<sup>215</sup>。

---

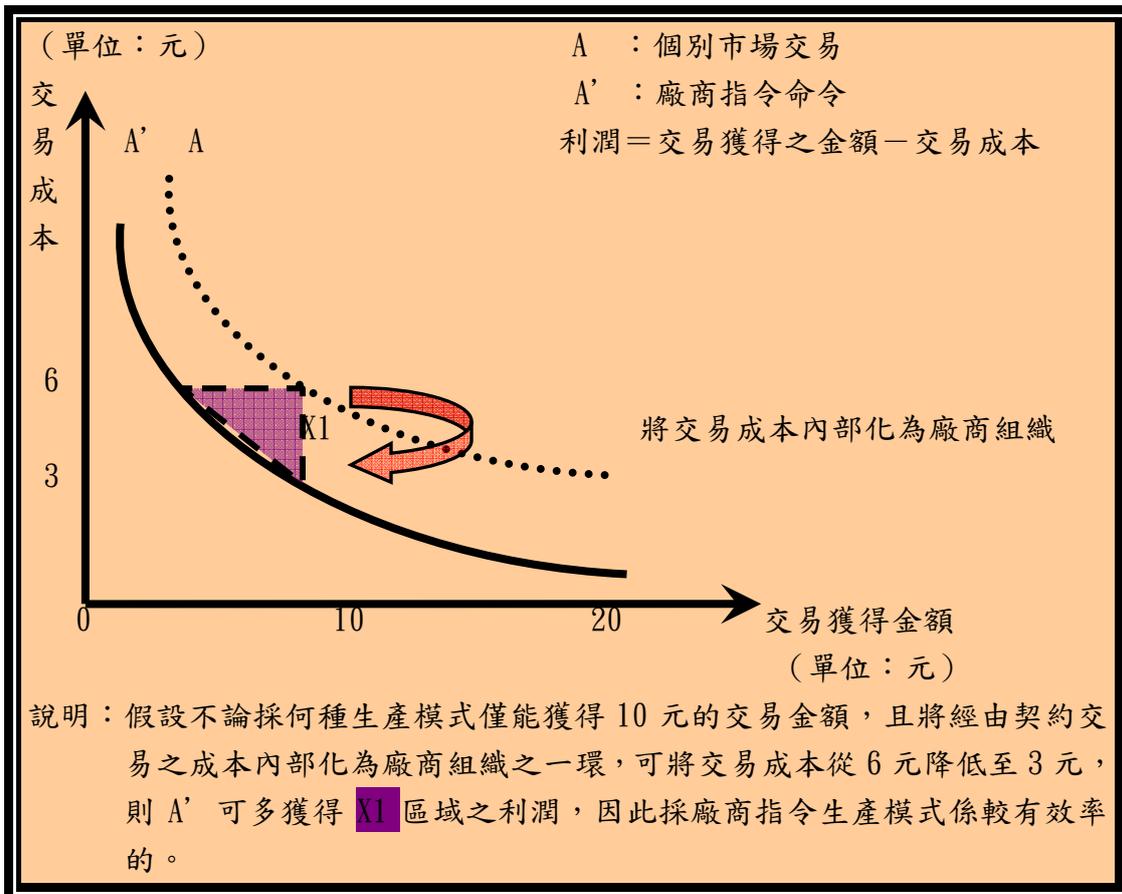
及公司監控、公司治理等問題（三）契約連鎖理論，係為討論公司是否為真實的人，抑或是一連串的契約所構成。筆者同意前二者理論，但對於第三種理論—契約連鎖理論，則持保留態度，容後詳述。

<sup>213</sup> See Ronald H. Coase, *The Nature of The Firm*, 4 *Economics* 386 (1937).

<sup>214</sup> 簡資修認為此處之廠商，不僅單指公司、廠商，亦可泛指政府、法律…等制度，此部分說明，請參閱 簡資修，*契約法：法定與意定之均衡*，月旦法學雜誌，第 192 頁，第 99 期，2003 年 8 月。惟 Posner 認為廠商係專指勞力的投入，公司則係用來解決資本所遭遇的問題，似認為「廠商」與「公司」設立之目的顯有不同，但筆者實在看不出這樣的區別有何實益存在：二者皆係將契約所造成的交易成本內部化為組織，以求降低交易成本，此部分說明 See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Citic Publishing House 408 (6th 2003)。

<sup>215</sup> 請參閱 許士軍，一部縱貫五千年的「公司」滄桑史，收錄於 約翰·米可斯維特、雅德里安·伍爾得禮奇 合著，夏荷立 譯，*公司的歷史*，第 10 頁，初版，左岸文化出版，2005 年 9 月。

【圖一】 廠商理論之圖示



舉例言之，如統一集團欲生產包裝奶茶並販售，其流程可能係由統一食品供給奶茶（原料）並向統一實業取得塑膠進行鋁箔包裝（成品），之後配給至各縣市統一超商門市販賣（銷售）。統一集團在前開流程中，係以企業內部命令的方式取代須依賴締結三次契約的生產方式，如：統一需與愛之味公司締約以便取得奶茶的供給、另與台塑簽訂取得塑膠的合約、最後與全家便利商店簽約取得產品上架的銷售管道，當然這並非意味著透過契約交易必然會付出較高的交易成本，此仍須回到實際個案中為衡量，此由近來企業界有將內部部門分割為子公司、或以契約的方

式將部分工作外包予他公司生產的趨勢觀之，確實值得吾人再次省思『廠商理論』之真諦。

惟一般而言，採取以契約生產的方式，較易導致交易成本過高的情形，如：每次交易均須花費契約磋商的成本（甚至係發生獅子大開口的情事）、生產原料存在難以應對的風險（如：賣方會按時交貨？質量是否合格？）<sup>216</sup>、因環境丕變而需重新對契約為磋商<sup>217</sup>（如：颱風導致茶葉歉收使價格飆漲）。又學者有認以廠商指令取代市場上個別契約的交易不僅得避開前述之風險，亦得使具有專業能力之機構（如：董事會）以直接命令之方式使生產貨物發生錯誤的機率降至最低<sup>218</sup>。惟筆者認為上開見解係以一般情形言之，至於究採廠商生產模式或採個別市場交易模式，仍應視個案中之交易成本高低為判斷，『廠商理論』從未言明應採何種特定的生產模式<sup>219</sup>，方屬較低之交易成本。

---

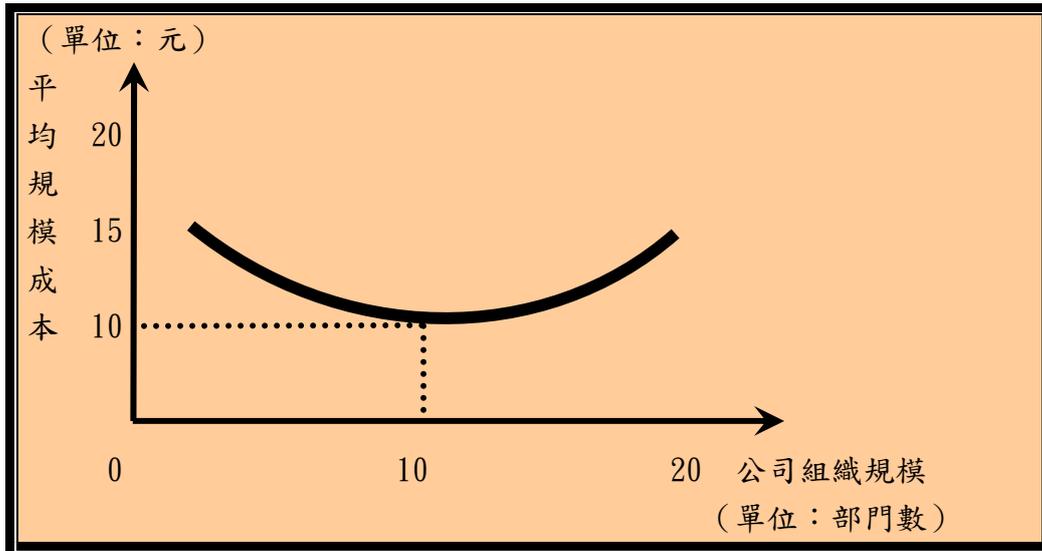
<sup>216</sup> Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel，公司法經濟的結構，張建偉、羅培新譯，第10頁，初版，北京大學出版，2005年1月。

<sup>217</sup> See Richard A. Posner, *supra* note 3, at 407.

<sup>218</sup> *Id.*, at 407-408.

<sup>219</sup> 約翰·米可斯維特與雅德里安·伍爾得禮奇氏認為『（編按：公司）大不但不能令人欣慰，反倒成為缺乏彈性的代名詞』、『1947年的前百大公司到了2000年消失大半，不是被收購，就是倒閉』，請參照約翰·米可斯維特、雅德里安·伍爾得禮奇合著前揭書，第173頁。

【圖二】公司組織規模之邊際效用遞減圖



惟龐大的公司規模是否必能降低交易成本，以謀取最大的利潤？學者多提出以組織內部的管理成本（制度成本）與市場上的交易成本為比較<sup>220</sup>，如前者數值大於後者數值時，則採取公司這種制度來生產財物即無利可圖。換言之，廠商此時選擇個別訂立契約以取得財貨或服務之成本，將低於公司內部設立部門自行生產財貨或服務之成本。惟此觀點僅說明公司與個別交易模式間的選擇問題，並不及於公司內部組織規模應達到何種程度始符合最佳經濟效率之問題。析言之，當公司內部組織得擴充至邊際利益等於邊際成本之臨界點時<sup>221</sup>【見圖二】，公司內部組織方達到最大效率，復以此基礎與個別市場交易之成本為對照，比較何者之成本

<sup>220</sup> 參閱 王文宇，公司法論，第 21-22 頁，初版，元照出版，2003 年 10 月；謝哲勝、莊春發、黃健彰、劭慶平、張新悌、楊智傑 合著，法律經濟學，第 262 頁，初版，五南出版，2007 年 5 月。

<sup>221</sup> 此即邊際效用遞減法則 (Law of Diminishing Marginal Utility)，此法則詳細說明，請參見請參閱 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏 合著，經濟學—理論與實際 (上冊)，第 131-132 頁，五版，翰蘆出版，2004 年 8 月。

較低。

## 二、代理人理論 (Agency Theory)

為何人類會把辛苦掙來的金錢，自願交付予他人手中使其為自己從事投資牟利的行為，而不是將其財產安置在自己的支配力之下？除了己身無法抽出時間管理資產外，信賴他人之專業能力亦係投資人甘冒風險的重要原因之一。例如，官司纏身的人民因己身缺乏法律專業能力，故自願付出律師費用以獲取法律服務，俾求司法判決勝訴；同理言之，大部分投資人並不具有專業的商業判斷能力<sup>222</sup>，因此投資人付出所認股份之金額，交由企業經營者運用其商業判斷能力為其謀取利潤。毫無疑問地，沒有任何一種投資是不具風險性的，投資公司之經濟行為的風險可能存在：(一) 經營者本身判斷商業能力的優劣，(二) 經營者可能會犧牲廣大股東權益換取追求公司<sup>223</sup>或己身的利益。針對前者問題，可透過股東會改選董事會的機制解決<sup>224</sup>，而代理人理論主要在於說明後者之問題。【見

<sup>222</sup> 其實，不僅是一般投資者信賴企業經營者的專業能力爾，即使係法院原則上也應尊重企業經營者就商業上的專業能力，此即『商業判斷原則』(business judgment)；換個角度觀察，這樣的結果是因為投資者、企業經營者、法院各自關懷的重點皆不同：投資者注重股價是否漲價、企業經營者注重企業獲利及成長、法院則關注公平正義，因此商業上的判斷自然應信賴關懷企業獲利及成長最深之企業經營者，而企業經營者正是運用其專業能力為各種商業上判斷的族群，這也是一般投資者信賴企業經營者的重要原因。關於『商業判斷原則』(亦有稱經營判斷法則)部分之說明，可參閱 王文宇前揭註 9，第 126 頁；劉連煜，現代公司法，第 95 頁，二版，新學林出版，2007 年 2 月。惟搜尋我國目前實務判決，僅有台灣高等法院高雄分院 95 上易字 233 號判決援引此一概念爾。

<sup>223</sup> 公司獲得的利益並不當然等於全體股東利潤分配，例如：公司為了擴大公司資金規模，頻發新股以及公司債，此時公司雖得獲得資金上的奧援，但是對於固有的股東，不論有無認購新股與否，其擁有之股權勢必將因此增發新股致使股權稀釋。由此可知，公司之利益並不完全等於股東利潤之分配，有時甚至會發生衝突的狀況。

<sup>224</sup> 公司法第 195 條 (定期改選)、199 條 (股東會決議解散董事會)、199-1 條 (董事會全體解任) 可供參考。

### 圖三】

實則，代理人理論<sup>225</sup>僅係股東出資並將經營決策權授與經營者從事公司營利行為之正當化事由。換言之，吾人可將股東視為『本人』，並將經營者視為『代理人』，亦即本人出資充實公司之股本，並授與代理權使經營者處理公司事務為本人謀取利潤。相同於禁止自己代理之法理，一旦本人與代理人發生利益衝突時，對於事實上握有決策經營權的代理人，本人必須有適當的監控機制以為抗衡《例如，內部之監控：監察人或獨立董事、外部之壓力：非合意（敵意）併購<sup>226</sup>（hostile takeovers）》，然而每種『機制』或『制度』都有其成本的存在，此處即攸關代理成本（agency cost）<sup>227</sup>之問題。詳言之，如何以最小的代理成本有效地監控經營者的決策是否有違股東最大利益<sup>228</sup>，亦為公司法法制中的重要課題。

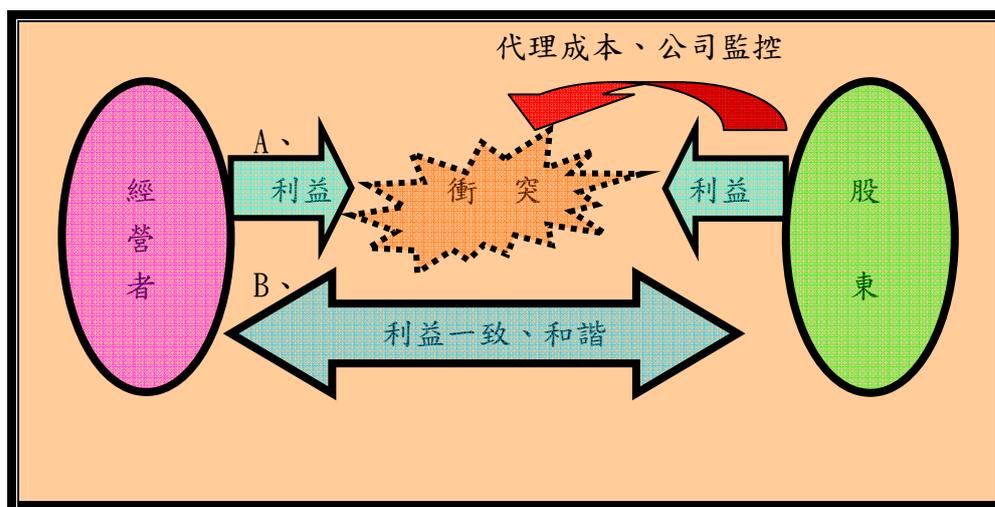
<sup>225</sup> 王文字認為『從觀念上來說，代理問題不僅存在於「股東」與「經理人」間，亦存在於「大股東」與「小股東」間、以及「股東」與債權人之間，惟英美法學界長期受到「企業股權結構以分散制為主流」之理念影響，因此代理理論之研究大部分集中於「所有股東」與「專業經理人」間之代理成本問題。』此部分說明，請參閱 王文字，從股權結構論公司治理法制，第9頁，月旦民商法雜誌，第10期，2006年12月。

<sup>226</sup> 請參閱 王文字，參前註14，第10頁。

<sup>227</sup> Jensen & Meckling 認為本人的監督費用（the monitoring expenditures by the principal）、代理人的保證費用（the bonding expenditures by the agent）、剩餘損失（the residual loss），三者相加之總額即為『代理成本』：所謂「本人的監督費用」即係以適當的誘因及設計一些制度限制代理人的行為；「代理人的保證費用」即保證代理人不會從事損害委託人的行為，或者是保證委託人會在代理人作了這些行為後獲得補償；「剩餘損失」則係指代理人之決策會跟股東的最大利益間產生分歧，股東因此種分歧所減少之福利即屬之。See Michael C. Jensen and William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure, Blackwell Publishing company 174-175 (Donald A. Wittman ed. 2003)。

<sup>228</sup> 此部分關於公司監控問題之詳細說明，可參閱 黃銘傑，公司監控與監察人制度改革論—超越「獨立董事」之迷思，第1-59頁，收錄於公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯，初版，元照出版，2001年11月。

【圖三】 代理人理論與公司監控關係圖



誠如上述，代理人理論雖僅係正當化經營者得將股東挹注之資金從事公司業務運作、決策的學說，惟觀諸近來美國安隆案、世界通訊案，以及我國博達案、太電案，以及力霸東森案…等有關公司監控及公司治理之重大案件，正足以說明代理人理論成為公司運作本質上不可或缺的制度之同時，亦反映出其無可避免的缺陷，即本人與代理人間因利益衝突時所產生之信賴危機及誠信問題。

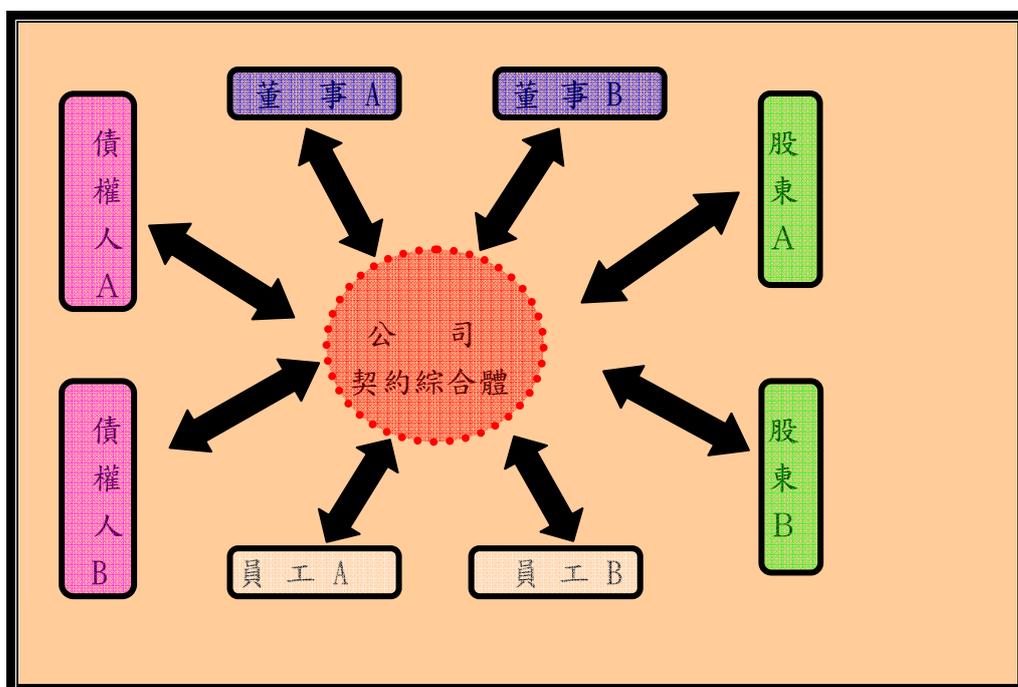
### 三、 契約連鎖理論 (Nexus of Contracts)

大多數學者在肯認『廠商理論』與『代理人理論』之餘，仍會繼續討論『契約連鎖理論』<sup>229</sup>，但是筆者對此理論持有不同見解。大致上，多

<sup>229</sup> 採此理論的學者，See Michael C. Jensen and William H. Meckling, supra note 16, at 176; 王文宇前揭註9，第23-24頁；黃銘傑，公司法制修正之背景因素與基礎理論，第11-12頁，收錄於公司治理與企業金融法制之挑戰與興革，初版，元照出版，2006年9月；謝哲勝、莊春發、黃健彰、劭慶平、張新悌、楊智傑 合著，前揭註9，第261頁。

數學者認為：將公司視為法人，係我國公司法第 1 條所明文，通說認為法人係社會生活上獨立的實體而真實存在著<sup>230</sup>，然『契約連鎖理論』則認公司本質上僅係各種與公司有關的契約綜合體<sup>231</sup>，這些契約可能包含員工與公司間的僱傭契約、員工與公司間的認股憑證契約、債權人購買的公司債、與公司交易而享有債權的債權人、股東與公司間的投資股份的契約，以及公司與董事間的委任契約…等。【見圖四】

【圖四】契約連鎖理論示意圖



從創造『法人實在說』之理論到改採『契約連鎖理論』之學說，目的在於強調下列三種實益：（一）統一化同種類的契約，俾以節省個別磋

<sup>230</sup>請參閱 王澤鑑，民法總則，第 162 頁，五刷，作者自版，2001 年 9 月；林誠二，民法總則講義，第 181 頁，瑞興出版，1999 年 11 月。

<sup>231</sup>請參閱 王文宇前揭註 9，第 23-24 頁；黃銘傑氏描述的極為傳神：『公司法本身可能不是一個獨立於其利害關係人之外的實體，而係各個利害關係人間所締結的複雜契約網之中心點或基軸…』此部分說明，可參照 黃銘傑前揭註 18，第 11 頁。

商契約的成本（二）公司間內部或外部間的紛爭，可以透過個別契約條款中的權利義務為規範（三）揭穿公司面紗原則的理論模型<sup>232</sup>，茲分述如下：

### （一） 統一化同種類的契約

主要在於降低公司簽訂同種類契約時，所須付出之交易成本，如：消費者與通訊公司簽訂手機通話服務的契約、股東購買上市公司之股票…等權利義務關係，本質上皆為定型化契約<sup>233</sup>。惟筆者認此部分之觀念僅係描述出【廠商理論】之外部契約內部成為組織化之過程，其目的皆係追求交易成本之降低。詳言之，廠商係將存在於市場個別交易中過高之交易成本內化為廠商內部組織之一環，而維繫著廠商此一組織體之基礎，本來即係各種不同的契約。故為了描述公司為契約綜合體此一狀態事實，而另創『契約連鎖理論』是否有此必要及實益，不無疑義。

### （二） 以個別契約條款解決公司發生之紛爭

此即謂將個別主體間的權利義務關係，從公司組織中抽絲剝繭而出，回歸為契約相對性之紛爭解決型態。惟筆者認為此與上開論述之

---

<sup>232</sup> 關於由「契約連鎖理論」推導出「法人否格理論」到「揭穿公司面紗原則」部分之說明，See Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. Chi. L. Rev. 110-111 (1985) 轉引註自 黃銘傑前揭註 17，第 116 頁。

<sup>233</sup> 此處並未排除與公司資力、談判實力相等的自然人或法人得個別磋商的可能性，此處主要在於闡述公司得以定型化契約大量節省締結契約的成本。

爭議類似：即將【廠商理論】原先認為之外部契約內部化為公司組織內部紛爭解決機制之一，維繫著廠商此一組織體之基礎既係契約，如：公司與員工間之僱傭契約、與經理人及董事間之委任契約等。是以，契約雙方間之權利義務自然應回歸契約自由原則，而由當事人自我決定其契約內容之條款，此為當然之法理，實無另創此理論之必要。

### （三） 揭穿公司面紗原則

學者認為若在「法人實在說」的立場下，很難自圓其說何以公司經營者須在不合營業常規的情形下，對股東負起賠償責任<sup>234</sup>，但是透過契約連鎖理論的詮釋，受損害之股東自得以公司經營者違反其與公司間契約上的善良管理人注意義務及忠實義務為由，直接向公司經營者求償或使其與公司間負連帶賠償責任，且此種立法模式已在我國公司法第 369-4 條 2 項明文化。筆者肯定責令公司經營者負連帶責任之立法政策，惟以『契約連鎖理論』推演出『法人格否認論』，進而確立『揭穿公司面紗原則』之立法，是否因而產生其他問題？如採『法人格否認論』，則所有涉及公司營業之交易相對人將全由董事長或董事會擔任，但理性的交易相對人係信賴公司體系下的全部財產得為擔保而

---

<sup>234</sup> 如採取法人實在說，卻允許股東向公司經營者求償，其邏輯宛如撥開一個人的人格，直接向人格中的一個性格請求損害賠償，此於法律中以『人』為最小單位的請求對象，顯有抵觸；採取契約連鎖理論，則不將公司視為一個人格，直接由受損害之股東在交錯複雜的契約中，找出違反注意義務的公司經營者為損害賠償的請求，即順利解決前開法律上不合理之處。

與之交易，或僅是信賴締約相對人（董事長或董事會）之個人財產而為交易，不無疑義。且將與公司交易之所有契約於法律上改由董事長或董事會負責，是否將致董事一職令人怯步？此外，依我國現行法制，僅權利主體（自然人或法人），得登記為財產之主體，若採法人格否認論，則公司之財產（動產、不動產）該登記於何人之下？若信託登記於董事名下，公司股東仍須付出高額的董事監控成本及費用，如此將更提高使用代理人之成本，故採契約連鎖理論是否產生出更多之問題，實非無疑。

## 參、 案例分析-股東有限責任

### 一、判例

#### ◎ 57 年台上字第 1374 號判例

『公司增資之新股認受行為，並不以經增資登記為生效要件，認股行為一經成立，認股人即取得公司股東之資格，依公司法之規定，一面就其所認股份對公司負出資責任，一面得享受股東之權利。至增資登記乃公司董事之職責，其未依限登記，公司董事僅應受處罰而已，並非公司基於認股行為對於認股人所負之債務。公司董事不依限辦理增資登記，股東應另謀救濟之道，公司對認受新股之股東，並不因而發生債務不履行或給付遲延之問題。』

## 二、經濟分析

上述判例意旨揭示股東僅就其出資額負有限責任，而不同於合夥人須就合夥債務負補充連帶清償責任（民法第 681 條），何以同屬出資經營商業，僅因其組織型態之不同，而異其責任，試就其間之經濟觀點分析如下：

### （一）補充代理人理論之缺陷

依前述之代理人理論，係指股東因缺乏時間照料或信賴公司經營者之專業能力，故僅以出資方式將經營權限交由經營者為之。試想若代理人理論並無股東有限責任為配套時（亦即出資股東須就公司經營成敗負擔無限責任），將可能發生出資股東付出高額金錢、時間、精力監督經營階層的決策（甚至高於由股東自行經營業務之成本），以及股東相互間監督之情事發生<sup>235</sup>（避免其他股東之脫產行為發生，間接擴大己身被求償的範圍）。此結果實非追求社會財富最大化之吾人所樂見之結果，蓋股東之監督成本恐與投資獲利不相上下，且經營階層也將因為股東之過度介入、監督難以大展拳腳，可謂未蒙其利先受其害。因此，若股東僅以其出資額為負擔責任之上限，理性自利的股東自得以其出資額之限度內，支付合理的監督成本，不致於過度投入監督成

---

<sup>235</sup> 持相同見解者，請參閱 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel，前揭註 5，第 47 頁；劉公偉，股東有限責任之經濟分析，第 124-125 頁，政大法學評論，第 64 期，2000 年 12 月；黃銘傑前揭註 17，第 76-77 頁。

本。又股東亦得在有限責任之制度下，透過分散投資<sup>236</sup>不同公司之經濟行為，將風險合理地分配由不同具有專業能力之經營階層承擔。此舉不僅降低了股東的風險、降低不必要的監督成本，亦間接地促成現代大型股份有限公司的崛起，莫怪美國哥倫比亞大學前校長 Nicholas Murray Bulter 曾言『有限責任公司乃是現代最偉大的單一發明……與之相較之下，蒸氣與電力似乎不是那麼重要了』<sup>237</sup>。

## (二) 股東有限責任制之優缺點

然任何制度必有其優點及缺點，股東有限責任制度亦不例外，茲就其優缺點分述如下：

### 1. 優點

#### (1) 降低股東監控公司經營之成本<sup>238</sup>

公司有限責任制使得理性自利的股東得透過股東有限責任衡量如何投資，及進行何種程度之監督，從而間接地降低了公司運作的成本。此外，『儘管個體股東缺乏專門知識和動力去監督專業化代理人的行為，但投資者可以通過買賣股票，從而形成一個團

<sup>236</sup> 對分散投資，以達分散風險目的之方法，學者有稱此為『投資組合』(portfolios)，惟筆者以為欲達成投資組合，勢必使股東有限責任與股份自由轉讓原則搭配，始有可能達成分散風險。此部分說明，請參閱 劉公偉前揭註 24，第 127 頁；黃銘傑前揭註 17，第 76 頁。

<sup>237</sup> See Roger E. Meiners, James S. Mofsky and Robert D. Tollison, Piercing the Veil of Limited Liability, 4 Del. J. Corp. L. 351(1979)轉引註自 黃銘傑前揭註 17，第 70 頁，註 5 部分。

<sup>238</sup> 此部分進一步說明，請參閱 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel 前揭註 5，第 47 頁；劉公偉，前揭註 24，第 124-125 頁；黃銘傑前揭註 17，第 76 -77 頁。

體來約束代理人的行為。只要股份與投票權掛勾，經營不善的公司必將吸引能夠低價收集大量股份的新投資者，並而組織新的管理團隊。」<sup>239</sup> 析言之，股東在發覺經營者經營不善、且經營者又不願更改經營方針時，便可透過『股份自由轉讓原則』<sup>240</sup>，出售其股票。當大量的股票被拋至市場上時，因『供過於求』導致價格下降，因而有興趣之新投資者於承接這些股票後，便可掌握經營權，汰換掉原先的經營者，即透過市場交易機制，間接達到促使經營者用心經營之誘因<sup>241</sup>。

## (2) 降低股東彼此間的監控成本<sup>242</sup>

在股東無限責任制度下，一旦公司發生經營不善導致公司破產時，此時出資之各股東必須以其自身財產為擔保，對公司之債權人負清償責任。換言之，此時全體股東間就公司之債務形成連帶債務人<sup>243</sup>之關係，故公司之債權人得向全體股東債務人中之一人、數人或全體為一部或全部之請求。於此制度下，資力較優沃

<sup>239</sup> 參照 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel 前揭註 5，第 47 頁。

<sup>240</sup> 公司法第 163 條 1 項前段『公司股份之轉讓，不得以章程禁止或限制之。』此即股份自由轉讓原則之法條明文化。亦即使股東享有自由轉讓公司股份之權利，股東始得自由結束與公司間之投資契約關係，並讓市場價格機制充分真實反映出公司之股票價格。此部分說明，亦可參閱 劉公偉前揭註 24，第 128 頁。

<sup>241</sup> 何以經營階層僅能依賴此種誘因，進而提升高公司經營之效率，此在於公司經營階層係依賴其專業能力以換取相當報酬，然而此種專業能力並無法分散投資於數家公司，此為公司董事或經理人之競業禁止規範所禁止。因此董事或經理人僅得選擇致力經營公司之策略，以獲取更高之報酬。當然，晚近亦有公司經營階層係用掏空公司資產來獲取報酬，亦值得吾人注意。

<sup>242</sup> 此部分進一步說明，請參閱 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel 前揭註 5，第 47 頁； 劉公偉前揭註 24，第 126 頁； 黃銘傑前揭註 17，第 76 -77 頁。

<sup>243</sup> 民法第 273 條 1 項『連帶債務人之債權人，得對於債務人中之一人，或數人，或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。』

之股東較易成為被請求清償之對象，故亦較具誘因為一部或全部脫產之可能性。因此，資力次優的其他股東，為免成為次要負責之對象，亦可能採取脫產之行為，依此類推，則股東相互間之總監督成本勢必提高。從而，有限責任制度之設計，即可避免上開相互監督之成本。

### (3)降低投資人對於投資公司之風險成本

#### A. 自由交易股票以降低風險

學者認為『在無限責任條件下，股票不是種類物商品，沒有統一的市場價格。投資者需要耗費更多的資源去分析公司的前景，以確定「價格」是否合理。』<sup>244</sup> 換言之，在股東有限責任制度下，由於股票的價值並非如無限責任條件下之股東，其股價之計算面臨巨大之困難及不確定性，相反地因其具有一定之市場價格，在『看不見的手』之市場機制下，自由交易買賣，因此，倘股東認為股票之價值下滑，自可出賣其持股，以避免鉅額之損失而降低投資風險。

#### B. 多元分散化之投資組合以降低風險。<sup>245</sup>

因股東享有有限責任之保障，是故投資者得在購買股票前，即可確認其損失額為多少、衡量自己財力得負擔如何程度之風

<sup>244</sup>參照 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel 前揭註 5，第 48 頁。

<sup>245</sup>此部分進一步說明，請參閱 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel 前揭註 5，第 48 頁；劉公偉前揭註 24，第 127-128 頁；黃銘傑前揭註 17，第 75 -76 頁。

險。換言之，有限責任之保障使得投資人無庸負擔出資額以外之損害，因此得事先確定己身資產是否仍得為其他投資之經濟行為，而不受前述購買股票之投資行為所牽連，使得投資人多元化的投資成為可能，並使多元化的投資成為另一種避險的手段。

## 2. 缺點

### (1) 制度本身之運作成本

誠如 Coase 所稱交易成本無所不在，故各種制度其本身自然存在的交易成本（制度運作成本），例如：股份自由轉讓原則所造成之各別交易成本、股份自由交易之市場運作成本、經營權爭奪之成本等。

### (2) 損害公司債權人權益

如上所述，除制度運行之成本外，股東有限責任制，將損及公司債權人之權益。析言之，於一般交易之情形下，交易雙方皆須承擔無限責任，一旦交易發生毀約、或違約加害行為等其他情事，債務人之全部財產即為債權人得求償之範圍。然而，股份有限公司中之股東，僅就其出資額為其責任之上限，致令債權人承受債權無法獲得滿足之風險。然而，論者有認就風險分擔的角度觀之，則公司經營的風險係由股東與債權人所共同承擔的<sup>246</sup>，並非

---

<sup>246</sup>參閱 劉公偉前揭註 24，第 122 頁，註 6 部分。

僅係由債權人獨力承擔，股東亦承受喪失出資額之風險。因此，問題之爭點即在於此風險該由何方分擔較重之部分，始得有效的降低交易成本？一般而言，債權人通常較具有商場上專業能力得藉由與公司締結契約之過程，適度地調查、監控公司之資力，甚至在公司財務危急時，亦得指派財務專家協助公司改善體質<sup>247</sup>。因此，債權人之地位比股東更具主動的性格，由債權人扮演風險承擔之角色較股東更具效率。是故，公司法採取股東有限責任制度，實乃為避免股東過度防範投資風險之交易成本及避免責任過重而降低投資之誘因。

綜上所述，公司法採取股東有限責任制主要係為避免公司所有與公司經營分離原則下，因代理人理論所產生之監督成本，反觀合夥團體，因出資人原則上即為合夥事業之執行人，其所有人與經營者合而為一，故無公司股東之龐大監督成本之問題，因此，無採有限責任以降低監督成本之考量，故採連帶之補充責任制，同理，於隱名合夥人之情形，因專由出名營業人執行合夥事務（民法第 704 條），隱名合夥人未參與合夥事務之執行，故其地位與公司之股東相似，皆面臨代理人理論的監督執行成本問題，故立法上同樣採取僅就其出資額，分擔損失之責任。（民法第 703 條）換

---

<sup>247</sup>參閱 劉公偉前揭註 24，第 130 頁。

言之，經濟學上之代理人理論所關切的監督執行成本之弊病，於法律上即採取有限責任制以避免股東為預防無限責任之發生，而付出過高之監督成本，此乃股東有限責任制之經濟意涵。

#### 肆、 思考問題

- 一、 股東有限責任之優、缺點為何，為何與合夥人採不同之責任制？
- 二、 於股東有限責任原則下，若全體債權人之損失大於股東有限責任所帶來之利益時，社會總體之經濟效益是否為負？於此情形，股東有限責任原則是否該設例外規定？
- 三、 公司負責人於執行職務有侵權行為時，應與公司負連帶責任，其立法目的是否含有經濟效率之考量？抑或單純滿足公平正義之法感情？
- 四、 股東會決議之瑕疵分別依程序違法及內容違法而區別為『股東會決議撤銷』及『股東會決議不成立』，其實益為何？此區別是否含有經濟效率之考量？

#### 伍、 參考文獻

##### 一、 中文文獻

##### (一) 書籍

1. Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel，公司法經濟的結構，

- 張建偉、羅培新 譯，初版，北京大學出版，2005年1月。
2. 王澤鑑，民法總則，初版五刷，作者自版，2001年9月。
  3. 王文宇，公司法論，初版，元照出版，2003年10月。
  4. 林誠二，民法總則講義，瑞興出版，1999年11月。
  5. 黃銘傑，公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯，初版，元照出版，2001年11月。
  6. 黃銘傑，公司治理與企業金融法制之挑戰與興革，初版，元照出版，2006年9月。
  7. 約翰·米可斯維特、雅德里安·伍爾得禮奇 合著，夏荷立 譯，公司的歷史，初版，左岸文化出版，2005年9月。
  8. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏 合著，經濟學—理論與實際（上冊），五版，翰蘆出版，2004年8月。
  9. 劉連煜，現代公司法，二版，新學林出版，2007年2月。
  10. 劉公偉，股東有限責任之經濟分析，政大法學評論，第64期，2000年12月
  11. 謝哲勝、莊春發、黃健彰、劭慶平、張新悌、楊智傑 合著，法律經濟學，初版，五南出版，2007年5月。

## （二）期刊

1. 王文宇，從股權結構論公司治理法制，月旦民商法，第 10 期，2006 年 12 月。
2. 簡資修，契約法：法定與意定之均衡，月旦法學雜誌，第 99 期，2003 年 8 月。

## 二、 外文文獻

### (一) 書籍

1. Michael C. Jensen and William H. Meckling , Theory of the Firm: Managerial Behavior , Agency Costs, and Ownership Structure, Blackwell Publishing company (Donald A. Wittman ed. 2003) .
2. Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, Citic Publishing House (6th 2003) .

### (二) 期刊

1. Ronald H. Coase, The Nature of The Firm, 4 Economics 386(1937).

## 第八單元 刑法

### 壹、前言

西元 2005 年刑法總則之修正，乃刑法自 1935 年制定公佈後，近七十年來最大幅度之修正。其修正雖將緩刑條件放寬，但對重罪者採行「提高數罪併罰執行刑上限暨死刑、無期徒刑減刑之刑度」、「提高無期徒刑假釋門檻」、「性侵害犯刑後強制治療制度」及「建立重罪三犯及性侵害犯罪受刑人強制治療無效果者不得假釋之制度」等制度，足見，其修正之方向對重罪者係以加重刑罰之角度，即提高其刑度及增加接受刑罰矯治的時間。

然而，從現代刑事政策採目的刑及教育刑的潮流言，刑罰的科處已非昔日之應報主義，換言之，是以防衛社會及預防犯罪為目的，對犯人施以教育、感化、矯正，使其改過遷善，並能重新復歸社會生活為最終目標。所以，雖然受刑人已經為犯罪行為，但是既然經過刑罰之教化，於其有懊悔實據時，本於刑事政策教育改善之目的，自應給予改過自新的機會，使其能重新復歸社會。此外，對整體社會而言，假釋制度可避免長期自由刑之弊，方便監所之管理，達成刑罰經濟的目標，減少監禁人犯之巨大的社會成本。由此可知，假釋制度之實行，對於刑事政策及社會經濟政策均具有重大的意義<sup>248</sup>。從法律經濟分析之觀點，刑法與侵權行為法的差別，在於犯罪者除了在民事上以金錢賠償被害人的損失以外，還要付出其他的代

---

<sup>248</sup> 參閱 張麗卿，探索刑法，第 159 頁，自版，2003 年

價（被加諸「刑罰」）？而且這個代價是昂貴的；不只是對受刑人昂貴<sup>249</sup>，對整個社會而言都是昂貴的<sup>250</sup>。不僅是徒刑要耗費昂貴的社會成本，即使是死刑也絕對不是僅是「一顆子彈」的代價。

由於假釋制度具刑罰經濟目的之特性，2005年修法將假釋制度大幅度的修正，提高假釋門檻，對現今監獄人滿為患的困境，是否確實可行？落實此制度又將花費多少社會成本。本單元擬先介紹若干經濟學的基礎理論，再從經濟學之觀點來探究現今之刑事政策，並運用經濟學理論加以分析討論此一新修正之制度是否確可達到預期之效果，最後提出建議。

## 貳、基礎理論

茲就本單元用以分析刑法制度之經濟理論：一、無異曲線。二、總效用與邊際效用。三、邊際效用遞減法則。分別約略介紹如下：

### 一、無異曲線（indifference curve）

<sup>249</sup> 刑法的對象是犯罪，「由於犯罪係對於較為重要的法益的破壞，或對於一般的法益較為重大的破壞，而足以減低個人的安全感，並危及社會的安寧秩序，故在法律制度中乃以刑罰作為制裁法益破壞行為的法律手段，用以防止法益不為犯罪行為所侵害」（參閱林山田，刑法通論〔上〕增訂八版，第57頁，自版，2002年）國家為了達到前述目的，故採用刑罰，「刑罰乃是國家主權行為中，最為嚴厲的法律手段」（參閱林山田，前揭書〔下〕，第385頁）。是以，「唯有當刑法以外的其他法律……已無能為力維持法律秩序時，始由刑法接手，以刑法作為法律規範的最後手段」（參閱林山田，前揭書〔上〕，第45頁）。既然為最後手段，（ultima ratio），則對此最具嚴厲性及痛苦性的法律手段，亦應抱最慎重之使用態度（參閱林山田，前揭書〔上〕，第64頁）這包括在刑事訴訟上對證據的嚴格要求。對行為人採用刑罰這種最嚴厲的手段，其犯罪之代價自然極為昂貴。

<sup>250</sup> 以美國為例，Cooter與Ulen曾指出：「死刑的管理成本之高則是無庸置疑的，……為死刑案件選陪審團平均花費13天，反之，非死刑案件平均則為3天。一旦陪審團選定了，死刑案件的訴訟本身也比非死刑案件更昂貴。控方和辯方所提交的案件都比較複雜且徹底。……最後，在死刑案件中，定罪之後的法律程序也變的細膩而昂貴的。大多數的州都要求各州的最高法院自動復查所有的死刑案件。……監禁死囚的成本是監禁普通人犯的兩倍。死囚需要更細膩的安全與監視措施。……由於極度壓力，死囚的醫療和心理醫療費用是很高的」。參閱Cooter/Ulen, L&E, p. 477-478 轉引自 林立，波斯納與法律經濟分析——一個批判性的探究，第376頁。

一條無異曲線，係指兩種物品產生同等的某一特定總效用水準的所有各種組合的軌跡。換言之，在同一條無異曲線上的任何兩點所代表的物品的兩個組合，給予消費者的滿足程度都是相同的<sup>251</sup>。無異曲線乃用來探討消費者選擇行為（以及其他任何選擇行為）的分析工具。其不要求效用之可測性，只排列效用的大小之順列。無異曲線只利用消費者對各物品「效用大小的順序」，而不衡量「效用的數值」，因此可以彌補邊際效用分析法的缺點。

## 二、總效用（total utility）與邊際效用（marginal utility）

人類為滿足慾望而有消費行為。消費後所獲得的滿足程度就稱為效用。效用是消費者主觀的概念，其大小因人而異。總效用是指在一定時間內，消費若干數量的某物品所獲得的全部效用。而邊際效用則是指增加一單位物品的消費，消費者所獲得總效用的「變動力」。通常，消費者對一物的消費數量越多，總滿足程度越大，即所謂的總效用增加。而每增加一單位物品的消費，「滿足感增加量的變異」，就稱為邊際效用<sup>252</sup>。

## 三、邊際效用遞減法則（Law of Diminishing Marginal Utility）

一個人在一定時間內對特定物品的消費過程中，總效用通常是一直

---

<sup>251</sup> 參閱 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，經濟學理論與實際，第 113—118 頁，自版，1991 年。

<sup>252</sup> 參閱前註，第 105 頁。

增加，而邊際效用在開始時可能有遞增的時候，但隨著消費量的不斷增加，邊際效用一定會有逐漸減少的現象。這種在一定時間內（嗜好保持不變），消費者消費一物的邊際效用必然會隨著消費量的增加而遞減的現象，就稱為邊際效用遞減法則<sup>253</sup>。

## 叁、制度分析

### 一、刑事政策理論概述

欲瞭解當代刑法之意涵，必先了解其刑事政策及制定時之立法背景及目的。故本節於就假釋制度為經濟分析前，先介紹刑事政策，以便瞭解近期刑法修正假釋制度時之考量。

#### （一）刑事政策之意義

刑事政策（Kriminalpolitik、criminal policy、Politique Criminelle）一詞，在十九世紀初期由刑法學者費爾巴哈 Feuerbach 首先使用<sup>254</sup>。其在歐洲受到重視，乃因十九世紀後半葉，資本主義之發達且急速都市化與工業化後，造成失業率氾濫，以致累犯、少年犯罪等日漸激增。同時，因自然科學發達，實證研究方法盛行，認為嚴

---

<sup>253</sup> 參閱前註，第 106 頁。

<sup>254</sup> 當時刑事政策係指「國家立法政策」，然而費爾巴哈亦論及「包含為促進其他人或市民的目的，刑罰應如何規定及其如何執行等問題，而非單指適合於刑罰目的。」參閱 加藤久雄，刑事政策學入門，第 6 頁，立花書房，1994 年。

苛而毫無個別差異，且破壞犯罪者人格與人性尊嚴的刑罰沒有功能，故而造成刑事政策的發達<sup>255</sup>。然而，在英美則待二次大戰之後，方才逐漸有 criminal policy 名詞出現。之後聯合國於一九五二年開始發行國際刑事政策評論（International Review of Criminal Policy），對於世界性的刑事政策活動扮演相當重要功能。因此，英文上之 Criminal Policy，漸為世人所用<sup>256</sup>。

至於刑事政策之意義及其研究範圍，自刑事政策概念產生以來，學者見解頗有不同。其應屬防治犯罪的一種政策，而政策不外為達到一定目的之手段或策略。至於將手段或策略，限制於如何的範圍，以達到防制犯罪的目的，各人所執見解並不相同。蓋因刑事政策之概念，會受到時代背景、社會、人文、經濟等各種因素改變其內涵，故很難求得一致的見解。許福生教授對於刑事政策學曾提出：「刑事政策，乃政府及結合民間力量，基於犯罪原因論上之認識，以防制犯罪為直接目的之一切活動<sup>257</sup>。」其認為刑事政策，為反應一個國家防制犯罪的一面鏡子，受到政治、經濟及社會變遷等因素的影響<sup>258</sup>。若欲有效的防治犯罪，必須與犯罪有關的各種社會政策相配合。以犯罪行為、犯罪者及受害者為研究對象之學問，一般為美國犯罪學上犯罪原因論研

---

<sup>255</sup> 參閱 蔡德輝，犯罪學－犯罪理論與犯罪防制，第 161 頁，五南出版，1996 年。

<sup>256</sup> 參閱 張甘妹，刑事政策，第 2 頁，三民書局，1997 年。

<sup>257</sup> 參閱 許福生，刑事政策學，第 12 頁，自版，2005 年。

<sup>258</sup> 例如戒嚴時期的政治犯罪、經濟蕭條時後的竊盜案件會增多等等都是因為時空背景所產生出來的犯罪狀況。

究主題。相對地，以有關犯罪對策為研究對象之學問，包含刑事立法、犯罪者處遇及被害人保護等學問，一般為德國狹義的刑事政策研究主題。而有效的結合美國犯罪學上犯罪原因論，以及德國狹義的刑事政策，即為許福生教授所主張刑事政策研究的對象。此外，由於「政府資源有限，民間力量無窮」，因此，犯罪者處遇及被害人保護的成功與否，民間團體的參與相當重要。故許福生教授認為公部門以及結合民間團體均可擔任防治犯罪的主體<sup>259</sup>。

## （二）刑事政策之目的

研究刑事政策最主要之目的，在於防制犯罪，其包含防範犯罪於未然，以確保社會安全之「犯罪之預防」；以及針對已發生的犯罪，採取事後制裁手段之「犯罪之壓制」<sup>260</sup>。以往刑事政策偏重於事後之制裁，導致犯罪已發生後，不只對於被害人損害及社會秩序的回復投入大量的人力物力，且往往對被害人之損害亦難有效的回復。因而，預防犯罪顯然重於加害人及被害人之治療<sup>261</sup>。而對於不幸已發生的犯罪，若能迅速確實採取合理且有效「犯罪者處遇」及「犯罪被害人保護」措施，亦可有效預防犯罪再次發生。故刑事政策之目的，乃是希

---

<sup>259</sup> 參閱註 10，第 12-13 頁。

<sup>260</sup> 「犯罪之壓制」，則是針對已發生的犯罪，依照事前所規範的刑事立法，而能迅速確實發動刑事司法程序，藉以防止犯罪再發生及實現社會正義。

<sup>261</sup> 中共基此觀念，便提出確立「預防為主」、「打防結合」的口號，以做為刑事政策的指導方針。轉引自註 10，第 17 頁。

望透過「犯罪預防」、「犯罪者處遇」及「犯罪被害人保護」，以達到「維持及確保社會安全」、「改善犯罪者以利於再復歸社會」及「保護犯罪被害人使其能重新回復」等三者之均衡發展，以防制犯罪發生，維持社會秩序。

## 二、刑法修正之政策思考

### （一）犯罪類型輕重失衡之現況

按犯罪增加、監獄日趨擁擠、刑事司法的負荷日益沉重，為現今世界大多數地區的共通現象。以我國而言，拘役及短期有期徒刑受刑人比率偏高，輕罪受刑人人數逐年上升，以近年新收入監受刑人而言，其中有期徒刑六個月以下及單科拘役或罰金者，始終合計約佔四成以上（2003年達46.06%，2004年1至11月因緩起訴案件量大幅增加，降為43.40%），計佔全部在監受刑人總人數（2003年為4,1245人）的將近三分之一。反觀累再犯率偏高的五年以上有期徒刑以上之重罪受刑人，則約佔新收受刑人的7%左右（民國2003年為7.32%，2004年1至11月更降至6.14%），約僅佔全部在監受刑人的4%~5%左右<sup>262</sup>。

### （二）寬嚴併進的刑事政策

---

<sup>262</sup> 參閱法務部統計處編印，法務統計月報，93年11月。

為處理上述輕重失衡的刑事司法現狀，法務部引進近來日本學者所鼓吹的「兩極化的刑事政策」<sup>263</sup>，來作為當前刑事政策的基礎論述，以調整刑事司法資源分配之結構，期使有限的刑事司法資源得到合理的利用，並有效對抗累再犯率高的重大犯罪。「兩極」係指嚴格的刑事政策（hard criminal policy）與寬容的刑事政策（soft criminal policy），法務部將其修正為「寬嚴併進的刑事政策」，以更符合其「嚴格」與「寬容」之內涵。其政策意旨係對危害社會的重大犯罪或高危險的犯罪人，採嚴格的刑事政策，使其罪當其罰，罰得其罪，來有效壓制犯罪；另一方面對輕微犯罪及有改善可能性的犯罪人，則以抑制刑罰權的發動為出發點，透過不同階段的「轉向」(diversion)措施，採取各寬容的處遇（如緩起訴、緩刑、易刑處分及社區處遇等）措施，以替代傳統自由刑，而達成促使回歸社會並防止再犯的積極目的。

雖有學者批評，刑法處理的犯罪，主要是居於統計學上眾數的中間地帶的犯罪，其要如何寬嚴併進？然「寬嚴併進」係在突顯目前刑事司法對這兩端的犯罪未能適切處理，而非指一般性的中間犯罪也要「寬嚴併進」。事實上從前開統計數據觀之，輕罪的一端並非想像中的「少數」，故如何讓輕罪罪犯受到適當的處遇，自應是刑事政策的重

---

<sup>263</sup> 日本學者森下忠於1988年提出「刑事政策の二極化」的論文，認為對凶惡的犯罪及危險的犯人，應用嚴格處遇的刑事政策；而對輕微犯罪及具矯治可能性的犯罪人，則用緩和的刑事政策，使其不受刑罰制裁或緩和的方式處遇，例如除罪化、除刑化或非機構性的社會處遇等方式行之。參閱森下忠「刑事政策の論點」(II)，載於許福生，「當前犯罪控制對策之研究—兩極化刑事政策之觀點」，第154頁以下，中央警察大學出版社，1998年。

點。而即使是居於「少數」的重罪罪犯，亦因這些人主宰了人民對治安的觀感，且對社會的危害性最為嚴重，自是不能與多數通常犯罪等同看待。因此，以這兩端的犯罪處理作為刑事政策的重點對象，方能有效彰顯刑罰的公平及效能。至於原本即有中間的刑事政策領域存在，此種中間的刑事政策，則依據向來的刑事制裁程序為之，並無特殊之處遇，只不過其界限經常隨各國之犯罪趨勢與發展有所變動，而成為一流動性且相對性的概念<sup>264</sup>。

### （三）被害人的刑事政策

在規劃刑事政策的同時，應將犯罪被害人的保護政策也包含在內，而得以從加害人及被害人雙方面同步解決犯罪問題。尤其除了顧慮到犯罪人的懲罰、矯治及更生外，更必須考慮被害人的損害是否平復，被害感情是否得到平撫，使刑事司法程序不但對犯罪發生遏阻作用，更使被害人之傷痛及損害得到撫平，而具有更積極面的意義<sup>265</sup>。

學者鄭昆山曾提出相關論點：「利用本次修法之際，將「損害回復」列為量刑上的重要參考依據，將「損害回復」列為必減刑或免除其刑的

---

<sup>264</sup> 參閱註 10，第 163 頁。

<sup>265</sup> 近年來在向來以被告權益之保護為核心的刑事司法程序中，被害人權益保護的呼聲已漸抬頭，日本司法制度改革審議會於二〇〇一年六月所提之「最終意見書」中所提之各項司法改革建議中，其中一項即為犯罪被害人之保護，其要旨略謂：於刑事程序之中，應對被害人等之保護及救濟作充分之考慮，並應為此作必要之檢討，包括對被害人之精神、經濟上照料在內的廣泛的社會支持體系的建立等，均屬必要。參閱（日本）司法制度改革審議會，「司法制度改革審議會意見書」，平成 13 年 6 月 12 日，第 52 頁。轉引自 蔡碧玉，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析—刑法之修正與刑事政策，第 10 頁，2005 年。

法律效果，將被害人的法律地位，列為最優先考量，甚至優先於罰金刑的執行。」<sup>266</sup>，此一主張與法務部的政策方向不謀而合，僅在立法方式與策略上略有所不同<sup>267</sup>。

#### (四) 二〇〇五年新修正刑法之政策考量

許多論者認為此次修法偏重於「重刑重罰」，而看不出「寬容」的刑事政策。實因「寬容」的刑事政策，並不完全在刑事實體法中展現，更多係在刑事程序法及行政刑罰除罪化之措施上具體展現<sup>268</sup>。此次通過之刑法修正案，僅係就不足的部分予以補強（例如：修正並放寬緩刑條件，並參照緩起訴的規定，將刑罰以外的社會性處遇，也規定得作為緩刑宣告的附加條件），雖份量並不顯著，但綜合上述不同法律的修正及轉向措施的採行，當可明瞭「寬容」的刑事政策不但並未偏廢，反而是重點政策。且從法務部近年來推動「漸近廢除死刑」的政策，亦可瞭解法務部並未以「治亂世用重典」的思維來建構刑事政策<sup>269</sup>。

<sup>266</sup> 參閱 鄭昆山，從法治國刑事政策觀點論刑法修正草案，2005年1月5日許舒博立法委員舉行之「刑法修正應有之配套說明」記者會資料。

<sup>267</sup> 目前附條件之緩起訴處分制度即可達同一效果，依刑訴法第二五三條之二第一項第三款之規定，檢察官為緩起訴處分時，得命被告向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償，即係著重被害人損害回復之立法。至於審判階段，依刑法第五十七條第十款之規定，被告對被害人之損害填補，屬犯罪後態度之一，亦為法官科刑應審酌之事項。轉引自 蔡碧玉前揭註18，第11頁。

<sup>268</sup> 近幾年的刑事訴訟法修正，已建立了緩起訴制度，引進了非機構性的社區處遇（刑事訴訟法第二百五十三條之一、第二百五十三條之二），目前實務上均已在廣泛適用；民國九十年修正的刑法第四十一條大幅擴大得易科罰金的範圍，更直接限制了短期自由刑的適用；法務部透過「轉向」政策（擴大使用職權不起訴、緩起訴處分、簡易處刑程序）的推行，近三年來刑事案件起訴率顯著下降，進入通常審判程序的案件大量減少；又近年來公司法、專利法等行政刑罰的除罪化等，均是「寬容」的刑事政策在立法及實務上的具體實踐。

<sup>269</sup> 參閱註18，第12頁。

### 三、假釋制度之探討

#### (一) 假釋制度之起源及沿革

假釋 (Parole) 係對服自由刑之受刑人，執行達一定刑期後，有足夠事實認定受刑人已改過遷善，即附條件暫時釋放受刑人，並責其接受觀護機關的輔導與考核，受刑人如能繼續保持良善，則在所餘刑期或其他法定期間之經過後，讓剩餘刑期視同已執行<sup>270</sup>。準此，假釋實包含下列意義：1. 假釋係以獎勵受刑人悔悟為目的；2. 須受刑人在監服刑中行狀良善有悔悟之實據；3. 受刑人出獄後須就正業，守法守分；4. 出獄後有無悔改，在一定期間內，仍受管束與監視<sup>271</sup>。

假釋制度，係創設於英國早期之流放制度。一五七九年公佈英國人犯放逐法，將國內人犯放逐於國外，首先，於一六九一年釋放流民於美國馬里蘭州與維吉尼亞洲。美國獨立後，遂轉向放逐人犯於澳大利亞洲。一七九一年，澳洲新南威爾州州長斐立浦以「附條件之恩赦」創設「假釋票」，對有悔悟實據之受刑人，得縮短一部分之刑期，以鼓勵其向上，而獲准釋放之受刑人，亦可獲贈土地以進行開墾。此為假釋之起源<sup>272</sup>。

綜觀我實施假釋制度之經過，約可分為數個階段。茲詳述如下：

<sup>270</sup> 參閱 張甘妹，再犯預測之研究，第 44-45 頁，法務部，1987 年。

<sup>271</sup> 參閱 黃軍義，美國年輕假釋出獄人再犯之情形，法務通訊，第一三六二期，1988 年。

<sup>272</sup> 參閱 張平吾，我國假釋制度執行情形之探討，警學專刊，第 15 卷，第 1 期，第 70 頁，1974 年。

暫行新刑律對假釋的法定要件，限制相當嚴格。該條例第六十六條規定：「受徒刑之執行，而有悛悔之實據者，無期徒刑逾十年後，有期徒刑逾二分之一後，由監獄申報法部，得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿三年者，不在此限。」有鑑於該條有關執行須滿三年的限制規定，立法上略嫌過久，蓋倘若受刑人既有悛悔之實據，仍必須至少執行三年方得予假釋，於國家及受刑人均無實益；1928年頒布舊刑法時，乃將該但書修正為「二年」，至1935年公佈現行刑法第七十七條時，又將該執行最低期間，再降為「一年」。即至1954年時在立法委員自行提案下，原第七十七條第二項關於執行期間以所餘刑期計算的規定復被刪除，其修正意旨乃係將未判決確定前之羈押日數，亦併算入假釋條件所定的執行刑期，而寓有由嚴轉寬的限制用意<sup>273</sup>。由此逐漸放寬條件之形式，似乎可以看到經濟理論的影子，其可合理推測放寬之目的應係為節省獄政之資源。

至1994年7月成立刑法研究修正委員會以後，對於規定一年始得假釋的限制是否合理的問題，又加以研究探討。蓋假釋制度原是為救濟長期自由刑的流弊而設，而所謂「長期自由刑」，依1959年聯合國歐洲諮詢團體，參酌國際犯罪之預防及受刑人處遇會議的決議意旨，係指六個月以上之刑期而言。基於教育刑的理念，並考量目前各監獄

---

<sup>273</sup> 參閱 丁道源，中外假釋制度之比較研究，第30頁，中央文物供應社，1987年。

矯治功能已有相當改善等事實，修正委員會乃建議將原定在監執行最低期限由一年修正為六個月，以促使受刑人早日改悔向上，並符教育刑理念的本旨。此項修正法案並於 1994 年 1 月 28 日，連同將有期徒刑逾二分之一之限制放寬為三分之一的期限修正案，單章提前由立法院通過後公佈<sup>274</sup>。

惟新規定實施三年來，假釋出獄的受刑人累再犯率急速上昇，對社會造成嚴重影響。鑑於重大刑事案件頻生，為嚴謹刑法假釋要件，以確實矯正受刑人，並落實刑罰權行政的效果，期能確保社會安全及兼顧受刑人的矯正，立法院乃由委員李友吉等提出加重條件型的修正案，建請逕付二讀，並已於 1997 年 11 月 11 日三讀通過，同年 11 月 26 日公佈實施<sup>275</sup>。後於 1999 年因增訂 91 條之 1 之規定，使犯刑法第

<sup>274</sup> 民國八十三年係假釋近年重要改革的起點，其由多位立法委員提出了對此制度的修正案，其中較為重要者有立法委員潘維剛、立法委員尤宏及立法委員陳婉真所提出之關於刑法第七十七條及刑法第四十六條的修正草案，其中，潘維剛委員是將假釋的修正草案中，增列了一項犯妨害風化罪之受刑人，非經強制治療，不得假釋。（參閱立法院公報，第八十三卷，第七期，院會紀錄，第 206—207 頁）而尤宏委員則於民國八十二年即提出假釋的修正案（詳見立法院公報，第八十二卷，第五十五期，院會紀錄，第 104 頁以下），其將假釋條件放寬至有期徒刑三分之一、無期徒刑逾八年後，並將羈押之日算為徒刑之執行日。至於陳婉真委員則是變向的提出類似的訴求，以修正刑法第四十六條的方式，將無期徒刑的徒刑執行日從羈押之日起算。（參閱立法院公報，第八十三卷，第七期，院會紀錄，第 126—127 頁）當時法務部所做回應表示，刑法假釋之條文規定，從第七十七條至第七十九條，均有未盡妥適或有欠周延之處，極需予以修正或增訂，而雖然法務部於七十九年二月十三日將刑法全部條文的修正草案與司法院會銜送請立法院審議中，惟經再慎重研究結果，對於假釋的原修正草案深感已不符當前刑事政策的需求，且有及時予以修正的迫切需要，爰擬具該章的再修正草案。

<sup>275</sup> 立法委員李鳴泉等十三人擬具「刑法第七十七條及第七十七條之一條文修正案」，建請逕付二讀；院會於一九九七年五月六日決議付委。另有立委李友吉等二十五人因近來重大刑案頻生，假釋出獄的受刑人累犯率急速上升，為嚴謹刑法假釋要件，故擬具「刑法第七十七條、第七十九條及第七十九條之一條文修正案」，建請逕付二讀；院會決議：「從委員會抽出，逕付二讀」。本案與在後的李友吉案均同逕付二讀的提案，但因院會決議付委，司法委員會尚未開始審查，而李友吉案已三讀通過，故委員會於一九九七年十二月二十四日乃決議毋庸審查。參閱立法院公報，第 2951 號，第 333 頁，1998 年 1 月 7 日。

而院會於一九九七年十月二十三日處理本案，雖是前已進行朝野協商，並已有結論，（朝野協商於 1997.10.3，除黨代表五人〈國民黨二人、民進黨二人、新黨一人〉外，還有法務部代表謝文定與蔡碧玉。參閱立法院公報，第 2935 號，第 28 頁以下，1997 年 10 月 29 日）十一月十一日第三次審議此一逕付二讀的刑法修正案，五十六名立委出席。宣讀提案後，即宣讀朝野協商結論，而朝野協商修改修正案的理因為何，

十六章妨害風化各條之罪者，非經強制治療，不得假釋<sup>276</sup>。也因此將原第 77 條第 3 項之規定刪除。最後，於 2005 年通過的刑法修正案，針對假釋制度設有多層的法定要件，包含法定期限的調整（無期徒刑逾二十五年、有期徒刑之執行期逾二分之一執行期間、累犯執行期間逾三分之二，且有期徒刑二分之一之執行期間至少須滿六個月）、性侵害犯刑後強制治療制度及建立重罪三犯及性侵害犯罪受刑人強制治療無效果者不得假釋等制度<sup>277</sup>。從上述條文內容的變化與修正的次數而

---

均未見諸公報，而公報上條文對照表下欄的「說明」，則抄自修正案的修正理由。（參閱立法院公報，第 2937 號，第 108 頁以下，1997 年 11 月 5 日）朝野協商結論宣讀完畢後，因協商時對七十七條及第七十九條之一能有部分意見，故第七十七條進行無記名表決，六十四人在場，贊成者六十一人，修正通過。第七十九條與第七十九條之一亦均照協商條文無異議通過。當即進行三讀，亦無異議通過。參閱立法院公報，第 2937 號，第 113 頁，1997 年 11 月 5 日。

<sup>276</sup> 造成現行刑法在一九九九年大幅度增修的謝啟大立委等六十人的提案，對於保安處分章提出修正第九十條強制工作的規定，並認為觸犯妨害性自主經鑑定而顯有治療之必要者，得入相當處所，為適當的治療，故提案增訂第九十一條之一（觸犯妨害性自主罪之治療處分）與第九十一條之二（對親屬施暴恐嚇之必要治療處分）。（參閱立法院議案關係文書，委員提案 2208 號，第 311—315 頁）司法委員會一九九八年五月二十五日審查時，提案人當主席，撤回第九十條的修正，而維持現行規定。至於增訂的第九十一條之一與之二因第一項中所涉及的條文尚未討論，故均暫行保留。（參閱立法院公報，第 2979 號，第 341 頁）等其所涉及的條文審查完畢後，經再度審查時，因立法委員黃國鐘有異議，故無結論。（參閱立法院公報，第 2979 號，第 368 頁以下）至第三輪審查時，依黃委員的修正意見審查通過。即第九十一條之一第一項增列「經鑑定」三字，第三項「於刑之執行前」修正為「得於刑之執行前」，第五句末增列「罰金亦得折抵治療處分之日數」；第九十一條之二第二項句末亦增列「罰金亦得折抵治療處分之日數」。（參閱立法院公報，第 2979 號，第 373 頁）院會於一九九九年三月三十日審議本案，依同年一月八日朝野協商結論作為審查依據。朝野協商同意委員會的審查結果，第九十條維持原條文。在修正案中的第九十一條之一第一項規定，犯……之罪「經鑑定而顯有治療之必要者，得令入相當處所，為適當之治療」，協商結果改成「於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要。有施以治療之必要者，得令入相當處所，施以治療。」修正案的第三項列舉三種顯有治療之必要的情形，協商結果則加以刪除。修正案的第四項規定期間為六月以下，協商結果則改為「至治療為止。但最長不得逾三年」。（參閱立法院公報，第 3013 號，第 178 頁以下）至於修正案的第九十一條之二，協商結果加以刪除。院會均照協商條文二三讀通過。（參閱立法院公報，第 3001 號，第 211 頁）並於同年四月二十一日公佈施行。另外司法委員會在審查時根本未言及刪除第七十七條第三項，朝野協商時亦未提及，至院會審議時，仍無隻字片語，院會三讀通過的決議中，亦未見第七十七條第三項的刪除，可是總統修正公佈的法案中卻憑空將第七十七條第三項，加以刪除。

<sup>277</sup> 此修正案係起於前司法行政部於六十三年七月起成立的刑法修正委員會。其聘請專家、學者及實務界人士共同參與修正，總則編部分共開會一百一十次，分則編部分計開會一百零五次，始行定稿。經行政院與立法院會銜於七十九年二月十三日送請立法院審議。其間經立法院司法委員會多次審查，通過部份條文，但立法院司法委員會第三屆第二會期第一次全體委員會議於八十五年十月二十一日審查前開修正草案時，決議請法務部重新檢討上開草案，再另提修正草案送請立法院審議。立法院司法委員會審議草案期間，由於提案版本多達三十餘案，為凝聚修法共識，立法院司法委員會決議由召集委員陳委員進興主持，召開會外協調會，邀請立法委員、行政機關及刑法學者多人共同協力討論，尋求修法共識。其對於草案總則部分進行完整而深入之研討，獲取共識後，始行提出修正動議之提案。而分則部分，因未及於前開協調會討論，法務部乃於九十

言，假釋制度可謂是我國刑法制度中修正幅度與頻率最大的一環，由此亦可見其對刑罰執行政策之重大影響<sup>278</sup>。

## （二）假釋制度之刑罰目的

### 1. 假釋之性質

假釋之性質，係刑罰主觀主義之結果，其祇要犯罪人主觀的性  
格有所改變，有所懊悔之實據，堪以適應社會生活，即准釋放，不  
受犯罪人犯罪當時客觀事實的影響。而其亦為行刑目的主義的產  
物，其認為行刑之意意尚有感化向善，以遂社會防衛之目的。受刑  
人如確有懊悔實據，又無再危害社會之虞時；自可准予假釋。而假  
釋亦係刑事政策特別預防主義之具體表徵。其認為刑罰為專對犯人  
而實施者，只要犯人改過遷善，懊悔有據，並堪適應社會生活而無  
再犯之虞時，即可考慮假釋，不問社會一般國民已否收威嚇、警戒  
之效果<sup>279</sup>。

假釋尚具不定期刑〔Indeterminate Sentence〕之性質，法院

---

三年七月二十二日邀請參與協調會之學者專家，繼續就分則部分各提案版本進行討論，對於有修正共識之條文提出建議。（參閱 立法院公報，第九十四卷，第三期，委員會紀錄，第5頁）九十三年十二月二十三日委員會審議完畢後提交由院會審議，最後於九十四年一月七日經立法院審議三讀通過。

<sup>278</sup> 參閱 蘇俊雄，假釋制度的法理問題—刑罰再社會化機制強化，第5頁，法令月刊，2000年。

<sup>279</sup> 相對於主觀主義、目的主義及特別預防主義，刑罰之理論上有所謂可觀主義、報應主義及一般預防主義。客觀主義認為科刑之輕重，以客觀犯罪事實之輕重為準，不能以受刑人主觀性格之改善予以假釋。報應主義則指犯罪科刑為當然之報應，其絕不容許中途假釋。而特別預防主義則認為刑罰以社會防衛為基礎，所以科刑旨在對社會上一般人發生威嚇、警戒效果時，或受刑人刑期屆滿時，始可予以釋放，但絕不容許中途假釋出獄。參閱 鄭玉波、蔡墩銘等編，刑法總則論文選輯，第927頁，五南出版，1984年。

對於受刑人依法裁判一定之刑期，若在執行中，有悔悟實據，又符合法定條件時，即可於行刑中途，准其假釋出獄，不必等待刑期之屆滿，雖無不定期刑之名，卻有不定期刑之實，足見，假釋制度亦寓有不定期刑之意味。惟假釋出獄人之刑期原未執行完畢，雖經恢復自由，在假釋之殘餘刑期內，仍不失受刑人之身分，僅易監獄為社會，使社會人士，兼負行刑責任。如不適應社會生活而有撤銷假釋之情事發生時，監獄仍可依法收回執行期殘餘刑期，具見假釋實行亦具有行刑社會化之表徵<sup>280</sup>。

## 2. 假釋之刑罰效果

假釋制度之效用眾多，例如足以鼓勵受刑人之自新，救濟量刑之失當、寓有中間監禁之性質、足以疏通監獄、作為累進處遇最高級之處遇暨最高級之處遇暨增進監獄官之責任心<sup>281</sup>，茲分述如下：

### (1) 鼓勵受刑人之自新

受刑人入監執行後即失去其自由，但若其在監所內行狀善良並悔悟有據，且符合其他法定要件時，即得提前釋放出獄。因此假釋制度之實施得刺激受刑人之責任心，令其改過遷善，以便早日獲得自由。

### (2) 救濟量刑之失當

<sup>280</sup> 參閱前註，第 927-928 頁。

<sup>281</sup> 參閱 王濟中，假釋之理論與實用，第 32-33 頁，作者自版，1971 年。

假釋制度可救濟量刑失當。因法院之判刑，恰如醫師對於患者之診斷，認為必須住院者始予收容，一旦病有起色即可出院。若刑期一經判定即不許變更，則無異強令病癒之人留住病院，其必然會造成資源之浪費。故法院量刑如有失當，則可藉此補救，否則，即有可能因監禁不必要之人，而造成獄政資源浪費。

### (3)含有中間監禁之性質

假釋係「暫時」的釋放，雖經出獄仍受社會之監視與保護管束，若在殘餘刑期中不再犯罪及受有期徒刑之宣告，其在監外日數視同已執行。因之，受刑人於假釋期間時寓有中間監禁或半自由監禁之功能。

### (4)足以疏通監獄

假釋人出獄，可減少國庫之負擔，達成疏通監獄擁擠現象之目的。

### (5)充作累進處遇最高級之處遇

假釋為受刑人在監最高級的處遇，提前釋放之手法，可促使受刑人改悔向上，亦為刑事政策不可或缺之措施。而審核釋放與否之標準，則須與累進處遇制度配合實施，來達到公平客觀之標準。

### (6)增進監獄官之責任心

若無假釋制度之實行，則監獄官只能從檢察官之執行指揮書而收監，照判決期滿之期日予以釋放，只要不令其脫逃，受刑人是否已改悔向上，監獄官在心理上似均無責任之可言。但因實施假釋制度，受刑人是否確有悛悔實據，其責任完全繫於獄政人員。因此，監獄官對於受刑人之教化、作業、戒護等各種處遇，均需嚴為考核，以判斷其是否確有悛悔實據。故假釋制度之實施，亦可間接地增進監獄官之責任心<sup>282</sup>。

#### 四、現行假釋制度之規範

2005 年刑法修正中關於假釋的修正動向，其為配合累犯三振法案引入的修正而做了修改，由於刑度提高，加重刑罰範圍擴張，使得與刑之執行具有相當密切關係的假釋規定，亦配合修正原本假釋條件。對應執行無期徒刑之受刑人執行期間修正為 25 年。惟對於其他假釋條件並未作更動，仍舊維持有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二的規定，但因刑度提高，依 79 條之 1 之規定假釋門檻也當然相應提高<sup>283</sup>。

另外，關於新修刑法第 77 條第 2 項第 3 款明定，將第 91 條之 1 所列舉之性侵害犯罪，於再犯危險未顯著降低者，不適用有期徒刑假釋之規定外。更於第 91 條之 1 將強制治療處分期間延長至再犯危險顯著降低

<sup>282</sup> 參閱註 32，第 975-976 頁。

<sup>283</sup> 參閱 柯耀程，刑罰相關規定之修正方向—刑法修正草案提高刑度及累犯修法之評釋，第 69 頁，月旦法學雜誌，第 92 號，2003 年 1 月。

為止，毫未考慮目前之性犯罪矯治場所均為監獄，即使於監獄內實施診療輔導，卻仍無法改變其實質監禁之事實，此種形同終身監禁之立法，無異變相擴張刑罰權。

再者，累犯依刑法第 77 條第 2 項之規定固然不得假釋，但假釋之的規定並非為處罰累犯而設，其主要係為鼓勵受刑人，希望其於監禁之中能深刻反省，能為法規範與法社會所能接納之行為，而對於有懺悔實據之受刑人，使其能早日重返社會，其性質並非受刑人之權利，而係以實際執行的觀察為依據。<sup>284</sup>對累犯者不得假釋之規定，旨在懲罰累犯，並藉此促使犯罪行為人知悉再次犯罪之代價提高，非謂累犯於二度受刑即無竣悔之可能。

## 五、經濟角度思維下的刑事政策

### （一）刑罰的威攝意義

經濟學所關注的是一個理性自利的人如何選擇及分配具有多種用途的有限資源，以生產物品與勞務，供應目前與將來的消費<sup>285</sup>。因此，人類的「選擇」行為乃經濟學研究人的行為的核心概念之一，應用於刑法制度下，即以所有的犯罪行為人在實行犯罪之時，皆會理性的去衡量其行為前後所需付出之成本即代價，再理性的決定是否著手實行

---

<sup>284</sup> 參閱前註，第 74-75 頁。

<sup>285</sup> 參閱註 4，第 3 頁。

犯罪為分析假設之前提。故從經濟學角度去思考刑事政策時，即偏重於刑罰對社會大眾的威攝作用，即每一個有意犯罪者心理上事先感受到的刑罰威嚇之效果。

關於上述觀點，學者林立亦從一般預防理論之觀點有相似之論述：「威攝思想的前提自然是刑罰的輕重能夠影響行為人的行動誘因。對於這一點，屬於「一般預防理論」一派的學者，必須加以肯定，否則其理論基礎即告崩潰。而 Posner 自然亦是肯定，因為經濟學的第一課即是建立在人是「理性的計算者」(rational calculator)，會對不同的「激勵」產生不同反應。而援引實證的研究，他也說：『日漸增多的對犯罪的經驗研究文獻已經顯示，罪犯他們宛如是經濟模型的理性計算者一樣，會對下列項目的變化作出反應：機會成本、被逮捕的機率、懲罰的嚴厲程度和其他的相關變量』。<sup>286</sup>」足見，於刑事案件的經濟分析中，對犯罪者行為動機之研究，乃為重要課題之一。

其次，「一般預防理論」之實際威嚇效果如何？亦為關切的重點之一，雖然在不同的實證研究中，威攝的功效不一，但只要威攝的功效大體上存在，則「一般預防理論」即有存在之價值。但於下列兩種情況為例外。第一種情形是對特殊性格傾向的人。例如：性侵害犯罪中，有所謂類似戀童癖等特殊癖好的犯罪行為人，其在處於特別的情狀

---

<sup>286</sup> 參閱 林立前揭書，第 387 頁。

下，即會無法抑制犯罪的欲望；第二種情形為原本會受威攝作用的人，因受到一時刺激的衝動行為。例如：本來安分守法的人，在親眼看到自己老公（婆）外遇的情況下，便即有可能會因失去理智而犯罪。是故，「有許多實證調查指出，只有部分有犯罪傾向的人，會因為刑罰的威嚇，而形成心理上的強制。有許多犯罪人，可能不受一般預防理論威嚇邏輯的拘束」<sup>287</sup>。

至於訂立威攝的基準，學者林立曾提出有效威攝的公式：「S（刑罰的痛苦程度） $\geq$  I（加害人的利得） $\times$  P（被制裁的機率）」<sup>288</sup>。以「加害人的利得」取代「受害人之損失」之原因，乃在於潛在的加害人是以自己感受到的滿足為基準，而非以受害者的感受為判斷是否為犯罪行為之依據。惟若以此公式為前提，則犯了同樣罪行的人，因犯罪人對犯罪利得的感受不同，且其同一刑罰的痛苦感受度不同，則應處以不同的刑罰方能得到嚇阻之效果。由此可知，一般預防理論難以對所有人訂出共同的刑罰標準以威攝所有的人，因為每個人由同一犯罪所獲得的滿足感不同，且犯罪行為人對同一刑罰的痛苦感亦不同，因此「一般預防理論」必須顧慮到更多「個別」要素的思考，才能力求更大的合理周延<sup>289</sup>，此與「因材施教」之古訓，似有「異曲同工」之妙。

<sup>287</sup> 參閱 張麗卿，刑法總則理論與運用，2003年，第434頁。轉引自 林立前揭書，第387頁。

<sup>288</sup> 參閱註3，第388頁。

<sup>289</sup> 參閱註3，第387-389頁。

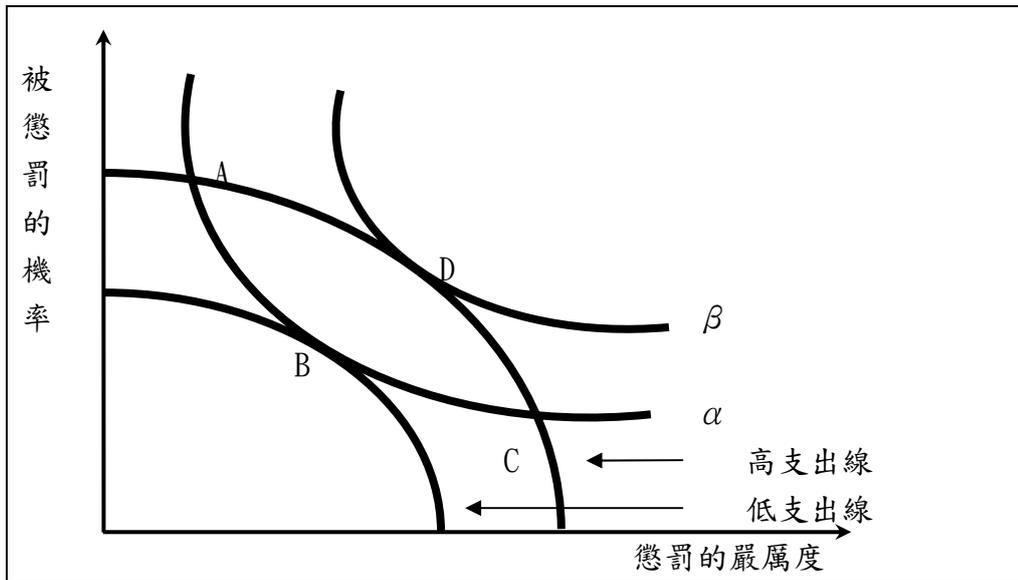
## (二) 經濟效率意義下的「最佳威攝」

法律經濟分析係以節省社會成本為目的，故在固定經費下，如何將錢分配以達到「最佳威攝點」(即固定資源下產出的最大效果)，與經濟學的「消費者選擇」的問題相同。因而法律經濟分析學者乃模仿消費者滿足的「無異曲線」劃出「等威攝線」，即在線上的各種「懲罰的機率」與「某種懲罰方式的痛苦」的組合，對潛在犯罪者(假設沒有個人特質上的差別)都產生一樣的威攝作用；例如三分之一的被逮捕並定罪機率與一年有期徒刑，其威攝力等於百分之七十的被逮捕定罪機率及三千萬的罰金。雖然威攝力一樣，但國家執行政策的成本卻不相同。因此，如何在有限的經費下尋求最高的威攝點，藉由以下「無異曲線」的圖形即可明瞭。

在【圖一】中，「等威攝線  $\alpha$ 」上每一點所產生的威攝力都是相同的，固 A、B、C 三點的威攝力是相同的。而假設「高支出線」代表目前現有的國家刑事預算支出，而刑事政策結果僅能達到威攝點 A 或 C，則是最笨的刑事政策，因為在「低支出」之下，若選擇有效率的刑事政策就能達到 B，而 B 與 A、C 的威攝力是一樣強的，即花了大錢卻得到花小錢便可達到的結果。如果我們仍要投入高支出，則我們應該以達到「等威攝線  $\beta$ 」上的 D 點為目標。由上可知，在一個預

防及刑事追訴以達到威攝預防效果的過程中，涉及繁多的項目，這些無數環節的組合，共同製造出威攝力，而每一個項目都有其花費，如何拼湊組合出一個符合經濟效率的組合，基本上是一個極其複雜的實證分析題材<sup>290</sup>。

【圖一】



(本表參照林立，波斯納與法律經濟分析——一個批判性的探究，頁 394)

## 六、經濟角度思維下的假釋制度

### (一) 經濟效益

假釋制度如前述係屬刑事政策中「特別預防理論」範疇，其與「一般預防理論」相較，屬於更細緻化的社會政策工具，因為「特別預防理論」主張「教育刑罰」以及「再社會化」，故經常與「人道化」畫上

<sup>290</sup> 參閱註 3，第 392-394 頁。

等號。但就公平正義與人權保障的觀點上，卻產生更大的可議性。因為「特別預防理論」刑罰的基準不在於行為人之罪責，而是視危險的大小或存續而定，且犯罪人罪責的高低和危險性（未來繼續危害社會）的高低並不一定成正比，則罪責低的犯罪者可能受到較高的刑罰，甚至不可矯治犯罪人必須被終身隔離於社會之外或是究竟要隔離多久，必須視監禁中的表現（教育或治療效果）而定。因而會產生不定期刑之疑慮<sup>291</sup>。因此，欲探究假釋制度的經濟效益，則須了解制度實行所需之花費。國內學者做過相關研究，其將經費採「直接成本」與「行政管理成本」來比較。直接成本所指為受刑人伙食費與生活所需費用，依法務部九十年十二月十七日法九十矯字第00二0五九號函規定，可知伙食費暨生活所需費用之支給1700元。行政管理成本係指決算中監獄行刑類的經費，包括人事費、業務費、設備及投資等<sup>292</sup>。其每名每月花費之行政管理成本約略為8798元。為能更清楚了解在各種假釋要件下，國家需負擔之直接成本與行政管理成本的差異，茲以一名刑期三年之受刑人為例，說明適用不同的假釋要件時，國家需負擔之不同金額。而從圖二資料中顯示，適用不同假釋要件，受刑人實際執行期間即有不同，以刑期三年之受刑人為例，適用二分之一者，較三分

<sup>291</sup> 參閱註40，第438頁。

<sup>292</sup> 以九十二年度全國各監獄「監獄行刑」之決算總和為計算基數（即4,326,321,618），而每名收容人每月所耗之行政管理成本及以監獄行刑決算總和除以各監收容人總數（即40977，不包含明陽中學）後，再除以12所得，每名每月約8798元。參閱 陳玉書、鍾志宏，「我國假釋政策之評估研究」，收於，刑事政策與犯罪研究論文集【七】，第280頁，法務部，2004年。

之一者多負擔 62,988 元；與適用三分之二者比較則增加 125,976 元；執行新法規定撤銷假釋而不予假釋之情形，則多付出 251,952 元，宣告刑愈長則付出金額的差距愈大<sup>293</sup>。

【圖二】

假釋要件	最低應服刑期	直接成本	行政管理成本	總計	增加金額
3 / 1	一年	20,400	105,576	125,976	0
2 / 1	一年六月	30,600	158,364	188,964	+62,988
3 / 2	二年	40,800	211,152	251,952	+125,976
不予假釋	三年	61,200	316,728	377,928	+251,952

（本表參照陳玉書、鍾志宏，刑事政策與犯罪研究論文集【七】—我國假釋政策之評估研究）

再從我國近年來收容的情況，說明假釋要件的變革對收容人數的影響。1991 年以來，隨著毒品犯罪的增加，我國監獄超額收容的情形日漸嚴重，最嚴重時為民國 1993 年，直至 1998 年 5 月 22 日施行毒品危害防治條例後，比例才降低。超額收容的結果，使收容人居住空間不及 0.3 坪。也因為如此，法務部於 1994 年 1 月 28 日藉由修改假釋要件，以緩和監獄超額收容的壓力。但雖然假釋門檻降低，受刑人得以較早出監，但入監執行之受刑人人數仍多，故儘管能避免超額收容問題的惡化，卻尚不足以完全克服。直到毒品危害防治條例施行後，

<sup>293</sup> 參閱前註，第 280 頁。

將單純吸食毒品犯處以觀察勒戒及強制戒治等戒毒措施，及刑罰刑度大幅降低，使新收受刑人數遽減，且核定容額（監禁空間）漸次增加的情況下，才真正使超額收容的問題獲得改善。是故，即使於 1997 年 11 月 28 日施行較高門檻的假釋要件後，亦未造成矯正機構太大的收容壓力。但在毒品新制實施愈五年後，施用毒品再犯者日增，且 1999 年酒後不能安全駕駛納入刑罰，公共危險罪新入監者漸增。因此，新修正後將假釋門檻再次的調高，則未來受刑人不論是在數量上或刑度上將隨之增加，以過去經驗來看，矯正單位似乎又必須設法增加容額以為因應，且因刑期增長又假釋不易，更增添戒護管理壓力，使矯正機構面臨更困難的處境，就監禁成本而言，似乎變成沉重的負擔<sup>294</sup>。

## （二）實際成效

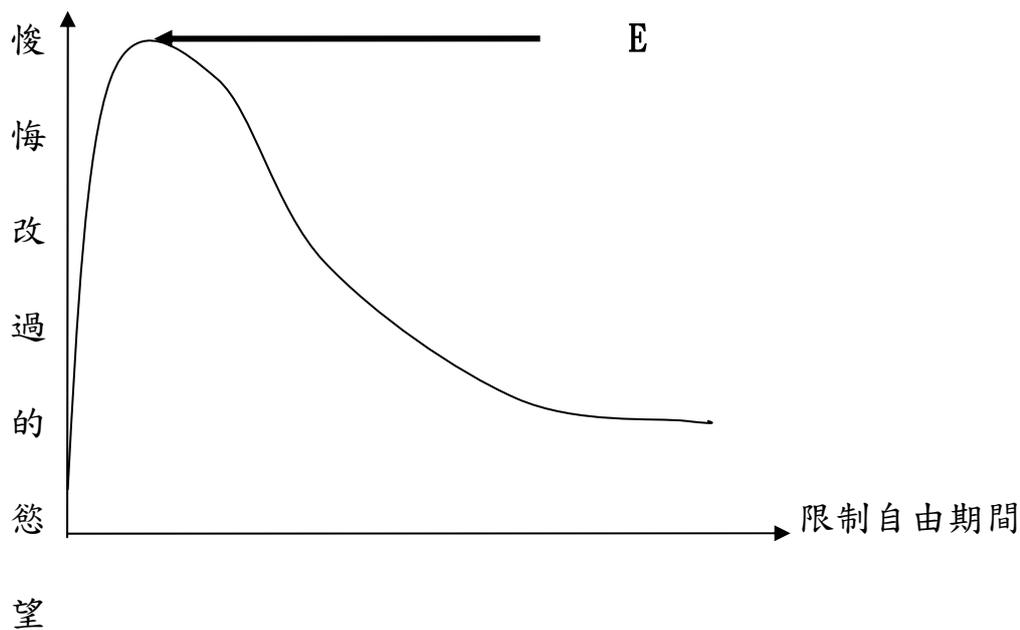
由上可知，目前我國之刑事政策，似乎以滿足人民情感為目的，將重刑犯與社會隔離，而讓輕罪的犯罪行為人提早出監。惟若輕罪的行為人若屬於高再犯率，則其每次的犯罪行為，皆須不斷地花費大量的國家社會資源偵辦及處刑，此是否符合經濟效益，不無疑義？再者，犯罪行為人於剛接受監禁時，其教誨之功能較強，而隨著時間之延長，其教誨之實效將逐漸下滑，其透過監禁之教誨「最高效益點」將如圖

---

<sup>294</sup> 參閱前註，第 281-285 頁。

三所示，於達到 E 點後，逐漸下滑，此與經濟學上之「邊際效用遞減法則」相似，亦即將受刑人視為一般的消費者，消費者在作消費行為時，其每增加消費的一個單位，所能影響消費者感官的正面影響力便會下降；而就受刑人而言，其被拘束自由的期間越長，監禁所能給予的教誨功能便越少。故如何選擇在犯罪行為人悔改情緒最高的情況下，給予其回歸社會之機會，即尋求最有效率的緩刑時間點，而減少國家社會資源之支出，將是一個值得深究的問題。

【圖三】



#### 肆、思考問題

- 一、修正假釋制度除延長執行期間外，對於性侵害犯者的保安處分採取類似無限期延長的制度，除是否具妥當性外，對需要花費巨大的社會成本而

言，此制度是否符合經濟效益？

二、「一般預防主義」是否確能對行為人產生威嚇之效果？行為人於實施犯罪

行為時，是否考量犯罪被捕後之效果？法官於「法定刑」中透過宣告刑

對不同犯罪行為人予以不同之制裁效果，其判斷之標準為何？

三、我國刑事政策雖有採行「特別預防理論」的制度，但是否已針對此制度

之實行給予需要的資源？其防止再犯之效果如何？再犯之原因為何？與

犯罪類型是否有關？

## 伍、參考文獻

### 一、中文文獻

#### (一) 書籍

1. 丁道源，中外假釋制度之比較研究，中央文物供應社，1987年。
2. 王濟中，假釋之理論與實用，作者自版，1971年。
3. 林山田，刑法通論〔上〕增訂八版，自版，2002年。
4. 林山田，刑法通論〔下〕增訂八版，自版，2002年。
5. 林立，波斯納與法律經濟分析——一個批判性的探究，學林出版，2004年。
6. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，經濟學理論與實際，自版，1991年。

7. 張麗卿，探索刑法，自版，2003年。
8. 張麗卿，刑法總則理論與運用，2003年。
9. 張甘妹，刑事政策，三民書局，1997年。
10. 張甘妹，刑事政策，三民書局，1997年。
11. 張甘妹，再犯預測之研究，法務部，1987年。
12. 許福生，刑事政策學，自版，2005年。
13. 許福生，「當前犯罪控制對策之研究—兩極化刑事政策之觀點」，中央警察大學出版社，1998年。
14. 陳玉書、鍾志宏，「我國假釋政策之評估研究」，收於，刑事政策與犯罪研究論文集【七】，法務部，2004年。
15. 蔡德輝，犯罪學—犯罪理論與犯罪防制，五南出版，1996年。
16. 蔡碧玉，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析—刑法之修正與刑事政策，2005年。
17. 鄭玉波、蔡墩銘等編，刑法總則論文選輯，五南出版，1984年。

## (二) 期刊

1. 柯耀程，刑罰相關規定之修正方向—刑法修正草案提高刑度及累犯修法之評釋，月旦法學雜誌，第92號，2003年1月。
2. 張平吾，我國假釋制度執行情形之探討，警學專刊，第15卷，第1

期，1974年。

3. 黃軍義，美國年輕假釋出獄人再犯之情形，法務通訊，第一三六二期，1988年。
4. 蘇俊雄，假釋制度的法理問題—刑罰再社會化機制強化，法令月刊，2000年。

### (三) 政府公報

1. 立法院公報，第八十三卷，第七期，院會紀錄。
2. 立法院公報，第八十二卷，第五十五期，院會紀錄。
3. 立法院公報，第九十四卷，第三期，委員會紀錄。
4. 立法院公報，第2935號，1997年10月29日。
5. 立法院公報，第2937號，1997年11月5日。
6. 立法院公報，第2951號，1998年1月7日。
7. 立法院公報，第2979號。
8. 立法院公報，第3001號。
9. 立法院公報，第3013號。
10. 立法院議案關係文書，委員提案2208號。
11. 法務部統計處編印，法務統計月報，93年11月。
12. 鄭昆山，從法治國刑事政策觀點論刑法修正草案，2005年1月5

日許舒博立法委員舉行之「刑法修正應有之配套說明」記者會資料。

## 二、外文文獻

- (一) 加藤久雄，刑事政策學入門，立花書房，1994年

## 第九單元 民事訴訟法

### 壹、前言

在二十一世紀初的現代，人類社會經濟活動快速變遷，生活變得便利而多樣性，人與人之間的關係益趨複雜，不論是社會人際、買賣交易、親屬關係或者是行為分際都需要一套規範加以約束，而其規範之依據，於現代法治國家即為法律。而傳統上法律可分為實體法與程序法，實體法用以規範人民當為及禁止之事項，程序法則用以規範確定人民是否確實違反實體法之程序。而民事訴訟法，乃為處理人民間私權上的紛爭的程序法規。

隨著時代的變遷，民事紛爭的質與量與過去有很大的不同，紛爭複雜化加深了紛爭解決的困難度；同時，國民權利意識的抬頭，也導致了民事訴訟事件的數量大幅增加，加重了法院的負荷<sup>295</sup>。現代社會的人民不僅止於期待民事裁判發揮解決紛爭的機能，更需要其發揮一定程度的政策形成機能<sup>296</sup>。因此，如何將有限的司法資源公平分配給大眾，減輕法官的工作負擔，並且避免權利人因使用程序制度而造成更大的損失，實為重要且不可忽視的問題。誠然，任何制度之運行皆需成本，制度之運作不可能完全無視於實行成本之存在，職司發現事實及實現正義的法院，如何於完成此任務之外，同時兼顧訴訟程序成本之考量，以達成建立正確審判及訴訟經

<sup>295</sup> 參閱 邱聯恭，程序制度機能論，民事程序法之理論與實務第一卷，第 200 頁以下。有關於我國法院受理、終結事件的實際情況，可參閱司法院「民事法律專題研究(七)」頁 14 以下及司法院「司法案件分析」第 2 頁以下，可進一步了解民事訴訟案件的變化。

<sup>296</sup> 關於裁判機能觀之演變，對法官審判活動需求不盡相同的程序內容及審理方式，參閱 邱聯恭，司法之現代化與程序法，國立台灣大學法學叢書(72)，第 8-13 頁以下，2001 年初版七刷。

濟的裁判目標，實屬不易。故本單元重點即在探究現行民事訴訟法之法制，如何於兼顧訴訟成本之考量下，完善人民權利之救濟程序。首先將介紹基本之經濟學概念，接著運用經濟學相關理論，嘗試以經濟分析之角度，探討民事訴訟法中的若干制度，俾助於讀者瞭解立法者於實現公平正義之外，兼顧制度運行成本之考量。

## 貳、基礎理論

### 一、經濟分析與民事訴訟法相關之基本概念

#### (一)邊際效益司法觀

Posner 曾說過：「對於公平正義的追求，不能無視於代價」，其明白提出一種時常存在於人類之行為決策過程，卻為人們所忽略的事實，法律所象徵的公平正義，事實上並非如同人們所宣稱其可超越一切的價值，追求實現公平正義的目的，與達到該目的所必須付出之代價，二者皆必須取得平衡，因此，訴訟成本及訴訟經濟之考量，成功地連結了經濟分析與法律的橋樑。傳統上法律被認為是一個經過完美編排的觀念及邏輯系統，再加上某些崇高的理念(公平、正義、自然法)所引導，只要是訓練有素的法律人運用傳統的法學推理方法，便可以得到案件的正確答案<sup>297</sup>。但是 Posner 不僅否定這種傳統的法律觀及

---

<sup>297</sup> 參閱 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge(Massachusetts)1990, p424-425。轉引註自 林立，*波斯納與法律經濟分析-一個批判性的探究*，第 1-2 頁，註 1，學林出版，2004 年 4 月。

方法論能達到所謂的真理，更指出在這種脫離現實的方法下所做出的判決，雖自以為係為實現公平正義而作，但由於法律人向來欠缺對具體的法律判決結果進行「實證經濟分析」，對判決結果將會導出如何之經濟效益<sup>298</sup>，自無從得知。

從經濟學之觀點公平探討「正義」之概念，與法律人不同，經濟學者著重於「程序成本的考量」，訴訟的結果必須追求效率，期待紛爭「有效率」地被解決：(1)訴訟程序本身所花費的成本最小；(2)訴訟程序最後的結果係將法律權利賦予最能發揮該法律權利價值的一方；同時將法律責任分配給能以最少成本負擔的一方<sup>299</sup>。不同於法律學者主張透過價值判斷討論規範合理性與否的問題，經濟學者卻會考慮追求公平正義時，所需要耗費的勞力、心力、時間等的程序成本的支出，訴訟的提起必須有增加個人或社會財富的可能，始具意義。例如：本來司法誤判率為 15%，由於誤判的存在使得社會多損失了 10 元，為了改善誤判的情形，若能以相對較低的成本將誤判率降到 10%以下，則能達到不減損財富的結果。以邊際效益的思維方式取代正義作為最佳誤判率的判定標準，假如必須再花費超過 10 元的訴訟運作成本，才能將誤判率降低，從經濟分析的立場而言，將會是得不償失的，那麼

---

<sup>298</sup> 參閱 林立前揭書，第 2 頁。

<sup>299</sup> 參閱 張心悌，「從法律經濟分析觀點論 WTO 爭端解決機制」，中正法學集刊，第 15 期，第 15 頁。

就應該容忍 15%誤判率繼續存在<sup>300</sup>。

## (二) 訴訟上的理性選擇理論

經濟學之基本假設係以人類行為的「理性」與「自利」二者為前提。經濟學認為理性的決策者為了追求效用極大的結果，在決定行為時會作所得收益大於或等於所費成本的選擇，此稱為理性選擇理論(Rational choice theory)。而所謂的「自利」，係指人們基於利己的動機所為的行為<sup>301</sup>。學者熊秉元更提出當經濟學家說「人是自利時」，他是指「人會設法追求自己的福祉」，追求自己的福祉，並不表示一定會侵犯或傷害到別人的福祉，而且福祉是包括物質、心理、精神上的福祉<sup>302</sup>等。因此，當一個理性的行為人選擇是否提出訴訟以解決紛爭時，其考量之因素除了訴訟成本是否低於或等於其透過訴訟所得之具體利益外，同時尚包括經由訴訟所得到心理層面的滿足感，如：正義感的滿足、其他訴訟外之商業利益及報復他人之快感等。

## (三) 訴訟之交易成本

經濟學大師 Smith A. 認為有一隻看不見的手在引導所有經濟活

---

<sup>300</sup> 參閱 Richard A. Posner 前揭註 3，p. 599。轉引自 林立前揭書，第 340-341 頁。

<sup>301</sup> 參閱 Robert Cooter & Thomas Ulen，Law and Economics 著，施少華、姜建強譯，法與經濟學，第 13 頁，上海三聯書店出版，1991 年。

<sup>302</sup> 參閱 熊秉元，熊秉元漫步法律，第 65-66 頁，時報出版，2003 年 8 月。

動，交易成本即是那雙看不見的手的成本<sup>303</sup>。當人民要求法院給予一個民事判決，必然會牽涉到交易成本的概念。現實社會中所有的活動均隱含交易成本的支出，即使訴訟之提出亦同。訴訟前必須考量律師費及花費的時間及勞力等訴訟成本是否小於其所可能預期之賠償，而不能單純從法院判決財產權的移轉由一方轉移到他方，誤以為沒有交易成本的存在<sup>304</sup>。雖然寇斯定理曾提出：「假設交易成本為零，不論法律如何界定範圍，只要權利得自由移轉，雙方藉由市場交易調整，即可達到資源配置最大化<sup>305</sup>」，但現實生活中，交易成本為零的前提並不存在；所以，寇斯定理的啟示就在於：界定財產權時，應該預先設法降低將來的交易成本<sup>306</sup>。而法律制度所要扮演的角色，就是讓交易成本極小化，以促進經濟效率<sup>307</sup>或者避免訴訟成本過高而阻礙交易之發生，影響經濟活動。例如：假如訴訟費用過高，大於人民所預期得到的賠償，理性之行為人將不會向加害人提出訴訟求償，因而將間接剝

---

<sup>303</sup> 參閱 方凱弘，海上貨物運送人責任之法律經濟分析—以航海過失免責條款為中心，海洋大學法研所碩士論文，第 22 頁，2006 年。

<sup>304</sup> 參閱 Robert Cooter & Thomas Ulen 參前揭註 7，p. 384，其曾建議認為沒有所謂誤不誤判，因為對於誤判的案件僅會影響分配，而不會有影響社會財富總量之增減。對於這些案件，應該收取較高的訴訟費用。對於此種想法，有學者批評這種想法是「二等正義」顯示出法律經濟分析學派依其純經濟的價值觀，對於只影響分配而不影響社會財富總量的案件，是興趣缺缺，甚至試圖藉著收取較高的訴訟費用來打壓人民提起訴訟的意願。轉引自 林立前揭書，第 343 頁。

<sup>305</sup> 寇斯定理雖然並非無爭議，但不可抹滅其對於法律經濟分析的貢獻：首先是對於交易成本重要性的強調，其指出法律制度、經濟效率及交易成本之關係，法律的目的之一即在於降低交易成本；其次是財產權定義明確之必要性，當財產權定義清楚，則交易進行將容易提高效率。參閱 蘇珍芬，商品製造人侵權責任歸責原則的法律經濟分析，台大法研所碩士論文，第 49 頁，1991 年 6 月。

<sup>306</sup> 參閱 熊秉元，約法哪三章？法律及制度經濟學論文集(一)，第 126-127 頁，元照，2002 年。

<sup>307</sup> 也就是 Posner 提出的「財富最大化」的看法，延伸了寇斯定理，強調法律的功能在於使社會大眾能儘可能的追求自己的福祉。既然物質財富能使人們有更多的自由、能實現更多的夢想；所以，財富極大化就應該是法律的目標所在，參閱前註，第 128 頁。

奪人民利用法院的權利，進而使一般人民因恐懼交易活動失敗或有紛爭時解決之成本，進而不利於社會經濟活動之進行。

綜上所述，經濟學假設人民提起訴訟皆出自理性與自利的行為動機，並進而以此為前提，運用經濟學理論、模組或是效用函數去理解人們面對訴訟制度的理性選擇行為，同時並致力於降低制度運行之成本，追求效率的極大化，此乃法律經濟分析於民事訴訟法主要的運用。

## 二、經濟分析於民事訴訟制度之具體應用

以經濟分析的觀點理解民事訴訟制度，其目的在於使訴訟所造成的「社會成本最小化」，而社會成本乃是指訴訟的「運作成本」以及源自「錯誤的司法判決」所造成的社會財富損失兩者之總和<sup>308</sup>。不論是人民進行訴訟所耗費的司法成本或是人民因判決所必須承受的損失補償，都是分析考量的重點。然而，討論社會成本最小化，除由個別訴訟當事人之觀點，能否增加個人財富之外，社會總體利益是否因而增加，亦為考量之重點。故本章嘗試以經濟分析之方法，從三個不同面向著手，討論民事訴訟法之法制：

### （一）分析法律規範之的作用

此種分析大多運用於實體法上，例如：將價格理論<sup>309</sup>運用在預測

---

<sup>308</sup> 參閱 林立前揭書，第 339 頁。

<sup>309</sup> 刑事處罰是社會對犯罪所課以的價格，經濟學家因此預料處罰嚴重性的增加或其他類似負擔的增加將提高

刑法對人們對刑罰威嚇效果之分析、用外部性理論討論環境汙染<sup>310</sup>等問題。在民事訴訟法中則可運用於當事人訴訟行為之分析，例如：民事訴訟法上的和解，有別於訴訟外之和解，係當事人兩造於訴訟繫屬中，在受訴法院、受命法官或受託法官前，約定互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生，並以終結訴訟之全部或一部為目的之契約，除生實體法上權利得喪變更效力外，並生訴訟法上確定之效力<sup>311</sup>。和解將整個審判程序都節省下來，當事人及法院不再支出調查事實的資訊取得訴訟成本、避免錯誤判決成本的支出、減輕法院訟累、降低當事人在訟爭上勞心勞力及時間的成本。從經濟分析角度而言，和解制度花費較少的程序成本，代替本來必須花費相當程序成本的紛爭，透過當事人協議賦予如同審判程序所具有的實體確定力，確定當事人間的權利狀態，將權利配置給最能發揮法律權利價值的一方，使當事人獲得滿足，有效率地解決紛爭。因此，民事訴訟法第八十四條規定，由當事人各自負擔和解及訴訟成本，並於和解成立時得聲請退還該審級所繳裁判費二分之一的優惠，藉此鼓勵當事人利用和解程序，自係具有

---

犯罪的價格，而減少其發生的可能性，犯罪者將被促使以其他活動代替犯罪。參閱 Richard A. Posner 著，唐豫民譯，法律之經濟分析，第 3 頁，臺灣商務印書館出版，1987 年 10 月。

<sup>310</sup> 典型的外部性理論案例。外部性的概念可以簡單定義為「一個人的行為、對其他人造成的影響」，今設例上游工廠之營運帶來噪音、黑煙、污水等汙染，造成對環境和居民的危​​害，在工廠生產的產品價格中只包含工資、原料、資本、廠房設備等的私人成本，卻不包含噪音、黑煙、污水等的外部成本，但其實工廠之營運所造成的社會成本應當是其私人成本與居民承擔的外部成本的總和。為了解決這個問題，皮古曾提出，既然工廠產生了外部成本，政府可以藉此介入，以課稅的方式，讓賦稅剛好等於外部成本，這麼一來，工廠就完全能對其造成的社會成本負責。學者寇斯則批評皮古的理論，認為政府得課稅，但還是居民繼續承擔噪音汙染黑煙等不利益，問題的關鍵應該是如何界定財產權，然後讓權益受影響的人之間，自己去協商交易找出解決的辦法。參閱註 8，第 165-166 頁。

<sup>311</sup> 參閱 吳明軒，中國民事訴訟法(中)，第 1000 頁，自版，2004 年 9 月，修訂六版。

經濟效率之規範。

## (二) 計算法律制度之經濟效率

以福利經濟學<sup>312</sup>之觀點，結合 Posner 的「財富極大化」之概念，用經濟效率分析法律規範的實際經濟效益，換言之，其著重行為的結果帶來何種效益，例如民事訴訟制度之設計，為使人民獲得迅速、經濟的裁判，除考慮實體訴訟權之展現外，並應兼顧程序利益。例如：我國雖採三級三審，但於訴訟制度上除設有普通程序外，另設有簡易與小額程序，上訴審要件亦須較下級審嚴格，即是基於費用相當性原則的思考，從考量訴訟成本，如訴訟費、律師報酬、出庭交通費、預期勝訴機率、當事人勝訴可獲利益等因素下設置之制度。而事實上訴訟保障論和費用相當性原則，即是從新古典經濟學上機會成本之概念出發，於訴訟上指訴訟當事人因使用訴訟程序後所喪失利用其他機制，如調解、仲裁等程序之成本；而從新制度經濟學上的交易成本概

---

<sup>312</sup> 福利經濟是經濟學中獨立的分支，內容為研究一些實際影響現代社會中之經濟福利的重要因素。福利經濟學的代表性人物，十九世紀的英國經濟學家皮古(A. C. Pigou)，其深受英國功利主義與道德哲學的影響，在一九二〇年出版他的鉅著「福利經濟學」(The Economics of Welfare)，認為一個社會的經濟福利是各人所享福利的總和，它必須以促至其成為最大的為目的。同時，他認為各人所享之福利(也就是滿足或效用)是可以以用基數來表示的。由於各人的習性上都可視為同樣的，因而各人所獲之福利也就可以比較，參閱 施建生，福利經濟學，臺灣經濟研究月刊，第 21 卷，第 9 期，第 8 頁，1998 年 9 月。皮古認為將社會福利分為經濟與非經濟的，當經濟福利的增加就會使社會福利增加，但社會福利是個廣泛的概念，且有不同的來源，如果想要增進自須以其中之能夠衡量者為限，參閱 施建生，皮古與福利經濟學，經濟前瞻，第 56 期，第 118 頁，1998 年 3 月。

至於衡量來自比較，皮古不否認滿足原則上是可以測量的，例如一個人選擇 A 種滿足而不選擇 B 種滿足，這就表示 A 種滿足比 B 種滿足大。因此一個人的選擇可以用來測量事物對於他所產生的滿足或效用的大小，參閱 施建生，皮古對福利經濟學的基本見解，臺灣經濟研究月刊，第 21 卷，第 4 期，第 8-10 頁，1998 年 4 月。

念觀之，則指適用訴訟程序之制度運作成本，其包含對第三者和法院之成本)<sup>313</sup>。

以我國第二審程序採取折衷覆審制與事後審制之立法為例，一方面不讓有意拖延訴訟的當事人藉第二審浪費前訴訟的訴訟成本，續行第一審的言詞辯論；另一方面承認當事人的更新權，以兼顧當事人實體正義的利益。假使當事人第一審判敗訴賠償十萬元，如要上訴必須付出第二審裁判費(使用法院的社會成本負擔)、律師報酬(我國律師委任採審級委任制)以及其他勞力、時間等費用共二十萬元，若其為了免除十萬元的敗訴賠償金而採取上訴，縱令勝訴，反而成為損失十萬元之不利行為。因此，從經濟分析的角度來看，有條件的限制上訴，將可使一般理性人選擇不上訴，以避免人毫無節制的上訴，而解決第二審肥大化的問題。

因此，民事訴訟法有關上訴制度之設計及裁判費用的負擔，即必須考量經濟學上交易成本的觀點，方可避免人民濫訴或過度使用法院，增加社會司法成本支出的不利。

### (三) 預測法律規則的改變

法律的規則必須與時俱進，經濟分析可以做為檢驗法律實效性的

---

<sup>313</sup> 參閱 楊昌國，從經濟分析方法探討法之實效性，中國文化大學法研所碩士論文，第 181 頁，2001 年 1 月。

工具，有助於理論的提出。例如傳統民事訴訟法舉證責任之分配，依民事訴訟法第 277 條之操作未臻完善，我國最高法院判例，即曾因誠信原則重新配置舉證責任，尤以公害事件、交通事故、商品製造人責任、醫療糾紛等事件為例<sup>314</sup>，陸續引入其他學說修正舉證責任之分配。而在各種責任法則中作何種選擇之制度分析，即需要考慮每一種制度之程序及行政成本<sup>315</sup>，如何設置舉證責任轉換的規則，即有賴經濟分析的實證。例如：在醫療訴訟中，將舉證責任轉換為由被告醫院或醫師負責，從寇斯定理來看，醫院具有充分的醫療專業知識以及就醫紀錄取得，就證明自己無過失而言，相較一般人證明醫院或醫師有過失來得容易，可幫助降低訴訟上收集證據、負舉證責任之成本。又若法院要求醫院負責舉證，以後醫院對於手術之進行以及事後照護將採取更小心謹慎的態度，提升我國醫療服務品質，為社會帶來更大的福利<sup>316</sup>。另外，如何運用經濟分析比較辯論主義與協同主義的優劣，瞭解當事人所負證明度與法院闡明權行使界限的關係，亦是未來經濟分析進入民事訴訟法領域值得探究之問題。

## 參、制度及案例分析

<sup>314</sup> 參閱 姜世明，律師民事責任論，第 252 頁，元照，2004 年 4 月。

<sup>315</sup> 參閱註 15，第 407 頁。

<sup>316</sup> 至於其他證據偏在之事件，非法定或未為實務見解創設舉證責任轉換者，因涉及武器平等、危險領域、證據接近等問題，應承認不負舉證責任的當事人負有一般事案解明義務，這些規則的變化不斷充填民事訴訟法之程序正義。參閱 姜世明，舉證責任與真實義務，第 236-238 頁，新學林出版，2006 年 3 月。

## 一、小額訴訟制度

### (一) 法律制度

民事訴訟乃係解決人民私法事件之程序，在世界各國皆面臨兩個涉及紛爭之「集團化」、「大量化」之現象，且必須面臨二個基本課題<sup>317</sup>：其中關於解決大量化之現象，避免司法社會成本過度支出以及訴訟經濟之追求，在立法上設計不同訴訟程序以適用審理原則寬鬆不一的程序法理，成為現代民事訴訟法學的重心。我國民事訴訟法於民國八十八年即增訂小額訴訟程序，供民事訟爭金額較小或是特定事件當事人使用，以追求簡便經濟之裁判即是該重心之體現。依民事訴訟法第四三六條之八第一項及第四項規定，適用小額訴訟程序之訴訟，計有兩種情形：依法律規定應適用小額程序之訴訟、依當事人合意適用小額程序之訴訟。

對於小額輕微事件，假使將其視同一般案件一律採用通常訴訟程序的訴訟制度，由於普通訴訟進行有一定時間上、證明上、技術上的程序耗費以及當事人法律知識的不充分可能得聘任律師代理訴訟等原因，一個理性的人民在考量到支付許多程序費用(程序利益)與追求小額利益(實體利益)之不相當情形下，將會放棄使用法院的機會。畢竟一般人民除非從事大宗交易的商業活動或其他擔保額高的經濟活動，

---

<sup>317</sup> 參閱註 2，第 262 頁。

很難有機會需要進行幾百萬元的官司，但每天都多少可能遇到自己所買的東西有瑕疵或簽訂的契約違約的情形，假使沒有提供小額訴訟供其儘速解決爭議，早日回復平和的日常生活，人民將會由於擔心商品瑕疵、契約違約的不安，減少在社會上進行類似的經濟活動。同樣地，既然人民不會對劣質商品請求賠償，將會鼓勵廠商使用劣質的原料製造商品以降低製造成本，惡性循環之下，將降低人民日常生活的品質以及交易信用的安全，阻礙人民使用訴訟制度的結果更直接造成人民不信任司法，進而影響整個國家政治經濟文化的問題。以上問題的原因，促使立法上增設幫助人民解決小額紛爭的訴訟制度。

增設小額訴訟制度的基本法理，就是在於充實人民程序權的保障，其最重要的是將民事訴訟法之目標提昇至憲法位階，並且不是專以保障實體訴訟利益為唯一目標，尚將視野擴展至同是保障系爭標的外之財產權及自由權等憲法上基本權之旨趣，而兼顧保障程序利益的必要性，亦即平衡「慎重裁判」與「簡速裁判」之程序保障<sup>318</sup>。惟在現行法下走向簡速裁判之同時，無異於要求人民放棄利用嚴謹的普通程序追求正義的權利，在運作上是否真能符合如立法者所期待的兼具迅速與公平正義？對於當事人的程序保障是否完備？增設小額訴訟制度與民事訴訟法及既有的簡易訴訟制度是否有疊床架屋的情形？其中

---

<sup>318</sup> 參閱註 2，第 262-272 頁。

是否另有考量？以下嘗試分析適用小額訴訟成本案件之「程序成本」與透過訴訟可獲取之「期待利益」比較，以費用相當性原理及經濟學上之成本效益分析之概念加以討論。

## （二）制度之經濟分析

### ◎訴訟利益與費用相當性原理

所謂費用相當性原理，係指當事人在使用訴訟程序或由法官運作審判制度之過程中，不應使法院或當事人遭受期待不可能之浪費或利益犧牲<sup>319</sup>。人民進入訴訟後必須繳交特定之裁判費、遞狀時之郵費、審判程序中出庭之車馬費或委託律師辯護之律師費、上訴時訴訟費用之二次支出、調查證據之時間與勞力等許多程序上費用。此外，訴訟之提起當然亦耗費相當之司法訴訟成本，將運用司法資源所耗費之制度成本或對第三人所造成之外部性成本，透過裁判費徵收及敗訴當事人負擔訴訟費用等規定將外部成本內部化為個人在訴訟上所應支付之成本<sup>320</sup>。將使訴訟程序花費之程序費用超過當事人所欲實現之實體利益，就整體社會經濟效益而言，將是負值，無異對於訴訟當事人造成再一次財產權之侵害，對訴訟權之保障，顯有不當<sup>321</sup>。故費用相當性

<sup>319</sup> 參閱註 2，第 272 頁。

<sup>320</sup> 訴訟制度的外部性成本係指訴訟當事人外之任何第三人將因他人使用訴訟制度而造成必須由所繳納之稅賦中負擔之不利益。將該外部性成本轉化為由訴訟當事人之出，即為採取「使用者付費原則」之經濟意涵。

<sup>321</sup> 參閱註 2，第 270 頁。

原理即在藉由比較程序及實體利益追求之平衡，促使當事人謹慎選擇訴訟制度，以避免司法資源之不當浪費。

法律制度之建構應致力於謀求提升權利保護過程之效率。由於小額輕微事件之特性<sup>322</sup>，簡化訴訟程序之嚴格性或複雜化，力求簡易迅速，以免所追求之實體利益價值被訴訟費用抵銷。現今小額訴訟制度下有諸多以追求簡速裁判與平衡當事人實體與程序利益相當為目之審理原則，包括約定管轄法院之限制、準用簡易程序第一審採法官獨任制、起訴前之強制調解、起訴程序之表格化、休息日禁止之放寬、一造辯論判決之放寬、調查證據程序之省略、訴之變更追加及提起反訴不得逾越十萬元之限制、當事人為一部請求之禁止、判決書僅記載主文之簡化、訴訟費用額確定由法院依職權於第一審判決時同時確定、被告自動清償之免責及執行力之有效實現權利規範等，皆為符合費用相當性原則，避免影響當事人訴訟利益而擴大法院職權探知及闡明權行使的範圍，以求當事人能於小額訴訟程序儘速解決爭議，以保障實體權利之確定及其期待利益。

## 二、先行自認

---

<sup>322</sup> 小額輕微事件所具備的共通點是：一、非屬涉及身分關係之事件；二、原屬應由民事法院第一審處理之事件，此類事件特別需要得到具有充實、健全程序內容之第一審，而不是借重上訴審之功能發揮；第三、須特別程序處理之特定類型，此類事件不適於程序方式之複雜化、嚴格化，不適於全面採行訴訟法理、無法忍受高額的勞力、時間、費用之支出。參閱註2，第277頁。

## (一)實務案例

### ◎九十六年台上第一四一〇號裁判

「上開書證為上訴人所提出，且經中租迪和公司迭次援用，已發生先行自認效力，依民事訴訟法第二百七十九條第一項規定，應認該證據為真正，上訴人並不能證明其所為先行自認與事實不符，依同條第三項規定，自難嗣後否認。」

## (二)案例之經濟分析

一般認為，訴訟上的自認係指當事人對於他造主張不利於己的事實，於準備書狀內或言詞辯論時，或在受命法官、受託法官前承認其為真實的陳述。辯論主義第二命題即謂「當事人間無爭執之事實，法院應採為判決之基礎」，因此當事人間自認之事實具有排除法院事實認定權之效果，法院即使對自認事實之真實性抱有疑問，仍受當事人自認內容之拘束，應毫無疑問逕將其採為裁判基礎。

觀察該最高法院的裁判，牽涉的問題是在現行法下當事人未認識到前階段所為之陳述，將於後階段帶來不利效果之先行的自認(自發的自認)，是否可成立自認？按一般認為自認的要件有三：一為須對具體事實之陳述；二為須為不利於己事實之陳述；三為須為與他造主張一致的陳述，在概念上時常包含著不利於己的要件，惟「不利於己的事

實」如何認定？按民事訴訟法第二七九條「當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。」並無對自認要件限縮於不利於己的陳述，使得該爭議問題在我國法中仍屬不明。

以下嘗試從法律與經濟分析的觀點，從自認法律性質與自認本質要件加以理解與分析，了解自認有哪些訴訟上的機能以及經濟效益，值得加以承認？是否有必要擴大自認的範圍至先行自認？如此從上而下地運用法律及經濟觀點，釐清先行自認內涵為何以及探究上述實務判決所表明的裁判理由是否能佐證學說的看法，是否符合經濟效率等問題。

### 1. 自認的機能及經濟效益

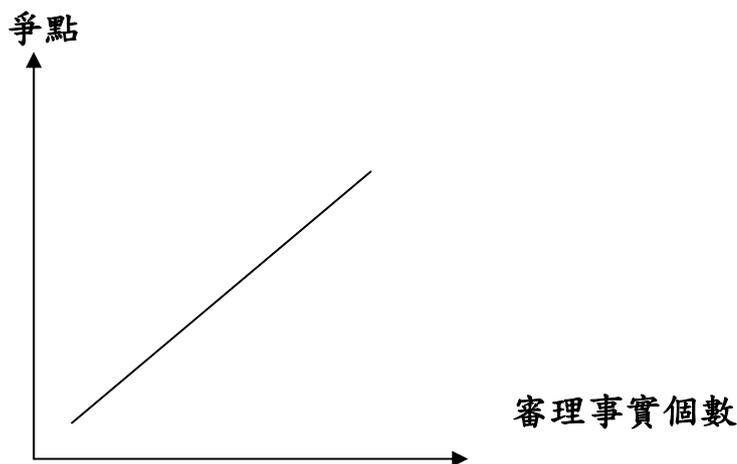
自認的機能向來已被承認其不但具有促進訴訟、提高紛爭處理經濟性之機能，且具有充實言詞審理、提高紛爭處理正確性的機能。現今隨著民事訴訟機能的轉變，自認的定位與機能亦有重新認識的必要，有論者<sup>323</sup>從實體利益與程序利益之平衡考量角度與爭點整理作業之關係加以重新觀察，提供理解自認機能的面向。從實體利益與程序利益之平衡考量角度而言，相較於著重客觀事實之發現而將全部事實當作爭點之審理，自認可發揮的功能在於強調促進訴訟突襲之防

---

<sup>323</sup> 參閱 鄧晴馨，訴訟上自認之研究，台大法研所碩士論文，第 73-74 頁，2003 年。

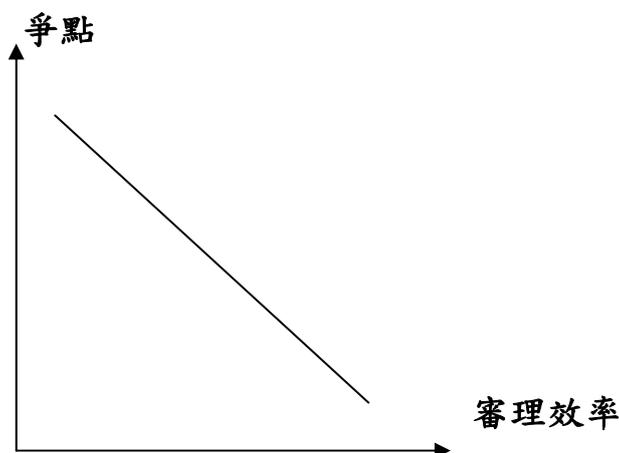
免。當事人藉由訴訟上自認，可向對造、法院提示事實審理方向，避免事實審理的突襲，有助益於當事人平衡追求實體利益與程序利益之機能，可謂追求值得當事人信賴、實現程序選擇權與程序處分權的手段；爭點整理作業角度而言，同美、德、日等國，我國亦立法承認爭點整理的採行乃為訴訟審理之充實與促進所必要<sup>324</sup>，訴訟上自認具有減縮爭點與待證事實及協助當事人行使爭點決定權，以促使審理集中、避免提出無實益之事實主張或證據聲明等重要機能。簡言之，兩造於訴訟中之爭點越多，法院必須調查審理之事實亦越多，二者之間乃成正比關係（如圖一所示）；相反地，當兩造於訴訟中之爭點越多，其審理之速度將越慢，二者成呈現反比關係（如圖二所示）。

【圖一】



<sup>324</sup> 關於美國，參閱許士宦，證據開示制度與秘密保護程序，第 61 頁以下，自版，1999 年；參閱張特生，預審制度與準備程序之再檢討，民事訴訟法之研討(4)，民事訴訟法研究基金會，第 659 頁以下，1996 年。關於我國，吳明軒教授曾指出當事人所為訴訟上之自認，乃整理爭點之不二法門(其於第 70 次民訴研討會發言)，參閱 雷萬來，訴訟上自認之法理及其效力，民事訴訟法之研討(9)，民事訴訟法研究基金會，第 156 頁，2001 年 4 月。

【圖二】



就效果而言，自認不但具有排除法院認定事實之作用，同時自認之一造當事人亦不得任意撤銷其自認。因此，自認不但可節省耗時費日之調查證據程序，當事人間亦因而得專注於其他重要的爭執事項。就簡化訴訟程序，促進訴訟程序順利的進行，提升訴訟制度的功能而言，應有其正面意義。前揭觀點，乃從傳統法律觀點論述之，若由經濟學之角度觀察，其機能可論述如下：

(1) 理性人之假設—現代民事訴訟法學之發展以從「事實審理制度」

走向「程序保障理論」<sup>325</sup>，當事人乃自己利益

之最佳判斷者，故於自由意志下之自認，乃理

性運作之結果，應予承認。

(2) 交易成本—法院由第三者之立場判斷事實真偽時，常面臨調查

<sup>325</sup> 客觀真實的發現(實體利益的追求)，於自認之過程，已被自認行為行使程序選擇權之結果所吸收，參閱 雷萬來前揭註 30，第 175 頁 (邱聯恭教授於研討會之發言)。

過程之之交易成本，承認自認可以免除對造舉證責任，降低訴訟當事人及法院調查證據之資訊成本，有助於促進訴訟經濟之目的。

- (3) 誤判之司法成本—訴訟上的自認乃係當事人比較實體利益與程序利益之大小後，用以限定兩造間訟爭事項範圍，使法院審理方向內容與當事人認知一致，可降低法院誤判之機率，並避免增加當事人再行上訴之成本。

## 2. 是否應當擴大自認範圍成立先行自認

在肯認自認有助於當事人追求真實的利益，與法院降低調查事實成本支出的經濟效益下，是否有進一步承認「先行自認」之必要？所謂的先行自認係指當事人在訴訟程序進行中，其並未認識到有利、不利於己或於認識錯誤的情況下，所為出於己意之陳述。按訴訟程序乃不斷更新變化的動態活動，某事實之陳述對於當事人而言究竟有利或不利益，有時難以清楚認識，因此，當事人在訴訟前階段未清楚認識有利或不利於己而為之陳述，在後階段是否應成立自認，而排除法院審酌之餘地？該問題爭議之處在於應否使當事人負擔尚未充分認識到利益或不利益的陳述，而招致自認不利益的效果，此涉及追求真實發現、促進訴訟經濟及避免對當事人之突襲性裁判此等目的相互衝突

下，應該如何抉擇的難題。

對此問題可從自認的法律性質觀之。我國民事訴訟法雖已明文肯認自認制度，但並無明確表示自認本質為何。實務裁判上亦未見明確的例示，學說上則以是否具備意思要件，分為意思表示說<sup>326</sup>與觀念表示說，其涉及自認制度機能發揮程度不同<sup>327</sup>。至於是否承認先行自認，使當事人負擔尚未充分認識到利益或不利益的陳述而招致自認不利益的效果？以下即分別從法律與經濟兩個不同面向觀察之。

從法律上之觀點論之，此涉及對當事人程序保障之實現：觀念表示說認為，自認是向法院表達真實之通知，由於事實只有一個，當事人就同一事實為一致的陳述，在理論上不問陳述之先後皆成立自認；意思表示說則認為，自認乃係當事人所為爭點排除之意思，要求存在明確的意思表示方成立自認，因此法院有必要對於自認意思予以確認後，經當事人充分認識其所為之陳述，始有成立先行自認之可能，因此，當事人對於其陳述事實所生訴訟效果認知程度越高，成立自認事實之機率越大（見圖三）。兩說比較之下，觀念表示說較易成立先行自認，而意思表示說，則必須有賴當事人對於審理之進行狀況以及自認與否所涉及之實體上或程序上不利益，能夠加以認識、預測，使成立

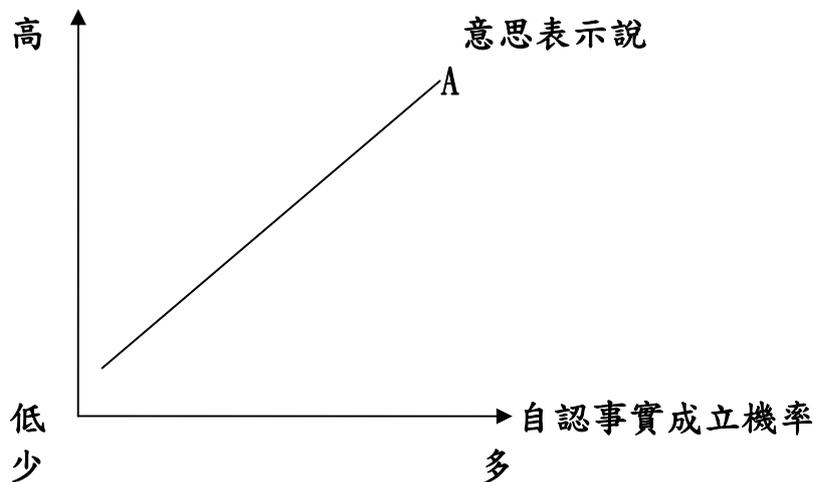
<sup>326</sup> 意思表示說又可分為私法行為說與訴訟行為說。參閱 雷萬來前揭註 30，第 121-128 頁。

<sup>327</sup> 有學者指出部份疑問：採觀念表示說，認為自認限於他造所主張者為真實始得為自認，以致限縮自認之範圍？意思表示說認為，縱令他造之主張與當事人主觀認識不甚符合，但因慮及其他因素，亦可許當事人不予爭執。例如，對該事實加以爭執，將導致勞力、費用、時間等支出，引起程序上之不利益增加，該說所能允許自認的範圍較寬廣？參閱 雷萬來前揭註 30，第 170 頁（許士宦教授於研討會之發言）。

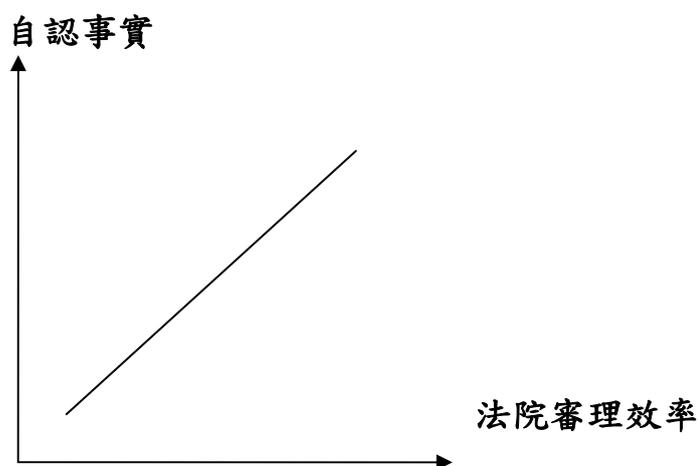
先行自認，從充分發揮自認有助於當事人行使程序選擇權、程序處分權、防止突襲等機能，以及避免當事人受突襲性裁判之法律上目的而言，採意思表示說，較能達到審理過程中之程序保障。由於意思表示說認為自認係指當事人表示不爭執的意思表示，法院必須適當地闡明當事人，使其瞭解所為訴訟行為之效果，始成立自認，然隨著訴訟之進行，訴訟行為之效果並不易確定，若法院必須反覆審酌當事人不爭執的意思，方能形成自由心證，實有礙訴訟程序進行，造成審理活動的不經濟，加重法院認定事實之搜集資訊成本，降低法院審理之效率。換言之，自認事實越多，法院審理效率越高【見圖四】。

【圖三】

當事人對其陳述所生訴訟效果之認知程度



【圖四】



綜上所述，似乎兩說各有利弊。惟基本上不論採取何說，都傾向於擴大自認範圍而承認先行自認，只是先行自認在如何範圍內可被承認產生歧異。關於該問題，涉及自認要件是否以「陳述之不利益」為要件之問題，存有所謂舉證責任說與敗訴可能性說二種見解。採舉證責任說者認為<sup>328</sup>：僅就對造負舉證責任之事實，成立自認。至於當事人對於本身應負舉證責任之事實為否定之陳述者，係屬事前自認之一種，法院僅可將其作為全辯論意旨之一部份予以斟酌，且應由法院行使闡明權，曉諭當事人對其陳述是否加以更正，以期當事人為正確陳述，否則不應認其有自認之效力；採敗訴可能性說者認為：不限於須就他造負舉證責任之事實為之，僅須因慮及訴訟之結果必有勝敗，則對

<sup>328</sup> 參閱 雷萬來前揭註 30，第 152 頁（曾華松教授於研討會之發言）；參閱 陳榮宗、林慶苗著，民事訴訟法，第 474 頁，三民出版，2006 年修訂四版。

於造成敗訴之事實將可能對陳述人招致不利即可成立自認<sup>329</sup>。亦有學者採取不利益要件不要說認為<sup>330</sup>：從程序安定性之要求、他造之信賴，以及擴大自認促進審理效率、限縮爭點的機能發揮之觀點，未必以不利於己之事實陳述為要件，如兩造為一致陳述即可成立自認<sup>331</sup>。蓋對於事實有利或不利之判斷<sup>332</sup>，或是舉證責任之分配皆可能隨著程序進展而發生變化<sup>333</sup>，倘要求自認之成立須以陳述不利於陳述人作為要件，將有淪為擬制或操作之虞。因此，從自認的機能在於突襲之防止及落實當事人程序選擇權保障之角度加以考慮，同時為了避免實務操作的困難點、程序安定性的要求、他造信賴保護等觀點，在自認要件上應放棄不利益要件之限制。

上述各說究應採取何說？從經濟上的觀點論之，可從下面理由，贊同放寬承認先行自認，且採取不利益要件不要說之見解：

(1)降低當事人舉證成本—既然舉證責任與敗訴可能在訴訟進行中皆有操作之困難，不如放棄判斷自認係利或不

<sup>329</sup> 參閱 雷萬來前揭註 30，第 173 頁（陳石獅法官於研討會之發言）。日本學說亦有採取相同見解者，參閱中野、松浦、鈴木編，民事訴訟法講義，第 292 頁，轉引自 陳榮宗、林慶苗著前揭註 34，第 474 頁，。

<sup>330</sup> 日本有學者主張不利益要件不要說，例如松本博之教授主張：原則上，法的適用對象乃是確定的事實，在自認成立與否的判斷上，將是否有利於陳述者的事實直接適用法規，則不外乎係就不利益性之判斷作擬制操作。參閱 鄧晴馨前揭註 29，第 79 頁。

<sup>331</sup> 參閱 雷萬來前揭註 30，第 171 頁（許士宦教授於研討會之發言）。

<sup>332</sup> 此觀點乃批評敗訴可能說，認為訴訟具有動態發展的不確定性，對陳述者而言難以明確判斷何時將招致全部敗訴或一部敗訴的可能，假使採用敗訴可能說操作將變成不得不在法院下判決時，事後決定當事人有無自認的結果。

<sup>333</sup> 此觀點乃批評舉證責任說者認為，舉證責任分配之標準在實務上或學說上並未形成一致的共識，假使採用舉證責任操作，容易發生訴訟紊亂、遲延等問題，且自認乃屬分配舉證責任之前的問題，因此難以舉證責任標準決定當事人之陳述是否屬於自認。

利的要件，以免增加當事人之舉證成本。

(2)降低法院審理成本—貫徹禁反言或誠信原則於訴訟上之實現，以避免當事人說詞矛盾，增加待證事實之數量、拖延訴訟程序，造成司法資源的浪費與程序上之不經濟。

(3)策略行為之納許均衡—由於民事訴訟法學之發展以從發現真實，逐漸轉向追求實體與程序利益兼顧的最大利益，可運用賽局理論分析雙方追求利益最大化的均衡說明之。訴訟進行時，雙方當事人在訴訟上會依據對方所提出之事實證據加以提出反證或否認，因此寬認先行自認不須不利於己之要件，將凡是對具體事實所為與對造一致之陳述，且不論提出之時當事人有無充分認識，皆一律成立自認，將有助於雙方當事人可充分掌握對造訴訟上主張之訊息，以思考其在較量實體與程序利益最大利益之後，下一步如何進行訴訟之策略。例如，不知時效規定之原告，陳述請求權罹時效消滅之時期為契約締結之時期時，由於認

知到將受時效抗辯之不利益，可提出訴訟上和解以降低其所可能承受之敗訴不利益，或是提出與事實不符之證據資料以撤銷該自認，由諸多訴訟行為中為策略行為之選擇，達到經濟學中所謂的納許均衡。

## 肆、思考問題

- 一、現行小額制度，固定額裁判費之課予是否可將訴訟之「外部成本內部化」？
- 二、律師費用是否應算入敗訴一方當事人應負擔之裁判費用或賠償之費用？
- 三、法官對當事人所為之陳述於訴訟上生自認效果時，其行使闡明權之界線為何？
- 四、舉證責任分配之類型統一化，是否有助於訴訟成本之減少？

## 伍、參考文獻

### 一、書籍

- (一) 王甲乙、楊建華、鄭建才，民事訴訟法新論，三民，2003年8月。
- (二) 邱聯恭，司法之現代化與程序法，自版，2001年10月初版七刷。
- (三) 邱聯恭，程序制度機能論，自版，1999年初版。
- (四) 邱聯恭，程序選擇權論，自版，1999年初版。

- (五) 邱聯恭，程序利益保護論，自版，2005年4月初版。
- (六) 吳明軒，中國民事訴訟法(中)，自版，2004年9月修訂六版。
- (七) 林立，波斯納與法律經濟分析-一個批判性的探究，學林，2004年4月。
- (八) 陳榮宗、林慶苗著，民事訴訟法，三民，2006年修訂四版。
- (九) 許士宦，證據開示制度與秘密保護程序，自版，1999年。
- (十) 姜世明，律師民事責任論，元照，2004年4月。
- (十一) 姜世明，舉證責任與真實義務，國立政治大學法學叢書(53)，新學林，2006年3月。
- (十二) 黃國昌，民事訴訟理論之新開展，元照，2005年10月初版。
- (十三) 熊秉元，熊秉元漫步法律，時報文化，2003年8月。
- (十四) 熊秉元，約法哪三章？法律及制度經濟學論文集(一)，元照，2002年。
- (十五) 熊秉元等著，經濟學 2000 上冊：跨世紀新趨勢，雙葉書廊出版，2005年。
- (十六) Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 著，施少華、姜建強譯，法與經濟學，上海三聯書店，1991年。
- (十七) Richard A. Posner 著，唐豫民譯，法律之經濟分析，臺灣商務印書館，1987年10月。

- (十八) Ronald S. Pindyck & Daniel L. Rubinfeld 著，劉純之、游慧光、林恭正譯，個體經濟學(Microeconomics)，華泰文化事業，2002年3月五版。

## 二、期刊論文

- (一) 施建生，皮古與福利經濟學，經濟前瞻，第56期，1998年3月。
- (二) 施建生，皮古對福利經濟學的基本見解，臺灣經濟研究月刊，第21卷，第4期，1998年4月。
- (三) 施建生，福利經濟學，臺灣經濟研究月刊，第21卷，第9期，1998年9月。
- (四) 張心悌，從法律經濟分析觀點論WTO爭端解決機制，中正法學集刊，第15期。
- (五) 張則堯，成本效益分析之實用可能性及其問題，保險專刊，第35輯，1994年3月。
- (六) 張特生，預審制度與準備程序之再檢討，民事訴訟法之研討(四)，民事訴訟法研究基金會，1996年。
- (七) 雷萬來，論票據訴訟之舉證責任的分配，民事訴訟法之研討(六)，民事訴訟法研究基金會，1995年4月。
- (八) 雷萬來，再論票據訴訟之舉證責任，民事訴訟法之研討(七)，民事

訴訟法研究基金會，1996年3月。

- (九) 雷萬來，訴訟上自認之法理及其效力，民事訴訟法之研討(九)，民事訴訟法研究基金會，2001年4月。
- (十) 方凱弘，海上貨物運送人責任之法律經濟分析—以航海過失免責條款為中心，海洋大學法律研究所碩士論文，2006。
- (十一) 楊昌國，從經濟分析方法探討法之實效性，私立中國文化大學法研所碩士論文，第181頁，2001年1月。
- (十二) 鄧晴馨，訴訟上自認之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003年。
- (十三) 蘇珍芬，商品製造人侵權責任歸責原則的法律經濟分析，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1991年6月。

### 三、網路

- (一) 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/index.php>
- (二) 司法院法學檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/>

## 第十單元 刑事訴訟法

### 壹、前言

刑事訴訟法與民事訴訟法，同樣屬程序法，民事訴訟中所遇到的問題，同樣地，在刑事訴訟中亦會發生，例如：近年來司法改革開始關注要如何將有限的司法資源公平分配給社會大眾，減輕法院的負擔即為一適例。正確慎重及訴訟經濟之裁判乃為人們所共同追求之目標，然而，效率的判斷上亦不能完全忽略公平正義之追求<sup>334</sup>，否則即難為人們所接受。換言之，在使用經濟分析方法時，納入公平正義之相關價值以為衡量標準，實屬不可或缺<sup>335</sup>。然而刑事訴訟之目的係在「發現真實<sup>336</sup>」與「保障人權」，其本質乃在於公平正義之實踐，此與經濟學上追求之「經濟效率」表面上似有衝突之處。因此，以經濟分析檢視刑事訴訟法之相關規定時，無疑地，並須理解此不同點，而謹慎地將經濟分析之方法運用於適當地刑事訴訟法之議題上。

法律經濟分析係一門以經濟學為理論依據和分析工具來解析法律議題的學問，也係一種理解規範運作的實然面和應然面的觀點<sup>337</sup>。更有論者認

<sup>334</sup> 關於此部分，詳參 謝哲勝，「全民健康保險法節錄醫療費用之經濟分析」，收於，財產法專題研究（二），第 79 頁，台北，元照出版社，1999 年 11 月。

<sup>335</sup> 參閱 葉俊榮，「出賣環境權：從五輕設廠的十五億回饋基金談起」，研究彙刊：人文及社會科學，第 2 卷，第 1 期，第 23 頁，台北，1992 年 1 月。

<sup>336</sup> 發現實體真實有兩種含意：對於無辜之被告，只當裁判決果確認無罪並開釋無辜者，才係發現實體真實；對於真正之犯人，只當裁判確認其罪並施以處罰時，才是實體真實與正確。所以說，發現實體真實的完整意義為「毋枉毋縱，開釋無辜，懲罰罪犯」。參照 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，第 7 頁，台北，自版，2003 年 9 月 3 版。

<sup>337</sup> 參照 劉靜怡，「法律經濟分析的驚奇與愛戀」，二十一世紀，第 71 期，第 159 頁，台北，2002 年 6 月。

為法律的經濟分析係由三項緊密相關之要務構成：「預測特定的法律將帶來的影響」、「解釋為何特定之法律會存在」以及「決定應制訂什麼樣的法律」<sup>338</sup>。本單元即在嘗試剖析一些刑事訴訟法中含有經濟分析之制度，並使用經濟學之工具來說明特定的法律制度是否正確，以及我們應制訂什麼樣的法律始符合經濟效益。

## 貳、基礎理論

### 一、搭便車及草原的悲劇

「搭便車」、「草原的悲劇」乃二個與多數人有關的經濟學上之概念，其重點在描述個人行為對他人或群體所造成之影響，此與法律之本質乃是規範人與人間的一種規則相同，只是，前者在於描述及解釋個人於群體中之行為模式，而後者著重於該如何加以規範個人與他人間之生活秩序而已，以下即分別簡要介紹此二種概念。

搭便車 (free-riding) 指個人不費成本坐享他人之努力成果而言，例如說，當一個班級在舉行期中或期末考時，有一半的同學發現另一批人早就做好小抄準備作弊，但考試的過程中卻可能沒有一人會出面揭發那些作弊的人，因為人在自利及理性選擇原則下，認為自己不該出面扮演黑臉，破壞了以後跟同學間的關係，但另一方面又希望有人會出面來

---

<sup>338</sup> 參閱 大衛·傅利曼著，徐源豐譯，法律與經濟學的對話，第 30 頁，台北，先覺出版社，2002 年 4 月。

進行舉發，這樣自己的成績或努力才不會受影響，而且，壞人又不是我，往後自己還是可以跟同學相處愉快，而搭便車行為者即在描述人們這種藉由他人的行為讓自己坐享其成之行為。換言之，於上述之例子中，不願出面檢舉他人考試作弊，但卻期待其他的人能夠出面檢舉，而由自己坐享檢舉後好處之行為，即屬搭便車之心態。

所謂「草原的悲劇」(tragedy of the commons)即係在描述在草原畜牧的一群人，為了讓自己的牲畜能夠吃得飽，儘管現實上存在著草原的有限性問題，但個人往往基於自掃門前雪的心態，並不會受到畜牧數量及放牧次數的拘束，因為當人數增加後，單獨的個人之責任感將會呈現減弱趨勢，吾人可從二方面來看：第一，當人數增加後，一個人的行為後果對整體來說可能微不足道，蓋在他人不加節制地自由放牧下，自己的節制行為對於整體而言，利益有限；然而對於個人而言，所要付出之成本卻相當可觀。第二，在人數增加之情況下，自己的不節制行為其實對於整體的傷害並不顯著，但個人所獲得之利益卻係明顯而立即的<sup>339</sup>。於是在此種情形下，其草原的平均消耗量將遠多於單一畜牧者之消耗量，終將造成草原的枯竭，而導致畜牧者及牲畜不知去向的悲劇。

由上述可知，「搭便車」之現象反映了每個人想讓別人當傻瓜，而由自己坐享其成之特性；而「草原的悲劇」，更係襯托出於人多之情形，基

---

<sup>339</sup> 參閱 霍德明、熊秉元、胡春田、巫和懋著，經濟學概論，第 247 頁，台北，雙葉書廊有限公司，2000 年 9 月 3 版。

於自利心之因素所造成資源不當浪費之問題。此二種理論無論係在魯濱遜的世界中，或是電影浩劫重生（Cast Away）裡湯姆·漢克斯（Thomas Jeffrey Hanks）所主演的無人荒島生活中是不會發生的。只有當星期五這個人的出現或是湯姆·漢克斯脫離荒島，重新回到現實世界裡來才又會出現搭便車理論、草原的悲劇等彼此影響之現象。此外，「外部性」之問題，亦存在於一人以上之群體中，因已於第二單元介紹，茲不贅述。

## 二、成本之概念

成本概念其實包含了「外顯成本」（explicit cost）及「隱含成本」（implicit cost），前者係指廠商付給員工或其他廠商的要素或原料成本，例如工資、地租、原料費等。後者則係將廠商自身投入之資源予以計價。而經濟學上的利潤都是指經濟利潤（economic profit）這係將總收益減去外顯成本及隱含成本後所得之差價。而應注意者，於經濟學上當提到成本時，其意涵當包括外顯成本及隱含成本，二者合稱經濟成本，也稱作機會成本（opportunity cost）<sup>340</sup>，亦即經濟決策過程中，因選取某一方案而放棄另一方案所付出的代價或所喪失的潛在利益<sup>341</sup>。

此外，經濟學當中其實處處存在著交易成本，而交易成本最簡單的概念係指「為了達成交易所耗費的資源」。而按其時間順序，我們可以再

---

<sup>340</sup> 參前註，第 113 頁。

<sup>341</sup> 參閱 陳鵬飛，關於經濟法的 100 個故事，第 77 頁，台北，景河文化出版有限公司，2007 年 5 月。

區分為交易前、交易當時及交易後這三段，在各段時間裡都會有有形及無形之付出。申言之，為了達成交易，事前有「搜尋成本」，交易時有「議價成本」，事後會有「履行成本」。因為有這三種成本，所以交易的方式及內容都會受到影響<sup>342</sup>。

經濟學中假設人們是理性（Rational）且自利（Self-interest）之個體，因此，人類在作決策過的程中，常常會比較收益及成本，並對其進行分析。所謂成本效益分析（Cost-Benefit Analysis）即將投資中可能發生的成本和效益進行歸納、比較，進而判斷該投資是否可行，二者處於此增彼減之相對應關係<sup>343</sup>，倘若成本增加，相對地其收益即減少。換言之，經濟個體在面對問題時，係透過資訊蒐集以及擬具各種可行之方案，並透過成本效益之分析，依據自身所訂之目標來找出最佳方案的決策過程，以追求「最大化理性決策」<sup>344</sup>。運用成本效益之概念分析法律制度，常常能夠清楚地預測法律制度運行後之經濟效益之正負值。

## 參、制度分析

### ◎告訴與非告訴乃論罪之經濟分析

#### 一、問題之提出

---

<sup>342</sup> 參閱 熊秉元，熊秉元漫步法律，第 199-200 頁，台北，時報出版，2003 年 8 月。

<sup>343</sup> 參註 8，第 76 頁。

<sup>344</sup> 參閱 王宏瑞，「淺談法律經濟分析之內涵與其應用」，證券公會季刊，第 5 卷，第 2 期，第 39 頁，台北，2006 年 7 月

刑法將各種犯罪類型區別為告訴乃論及非告訴乃論（公訴罪），然其做此區別之原因及依據何在？現行刑法上，告訴乃論罪之規定，其種類大約可整理成下表<sup>345</sup>：

	犯罪型態	刑法法條
1	涉及性犯罪	如對配偶犯刑法第 221 條強制性交罪、未滿十八歲之人犯 227 條與幼童性交猥褻之罪。
2	涉及婚姻及家庭	如刑法第 239 條通姦罪、第 238 條詐術結婚罪、第 240 條第 2 項和誘有配偶之人脫離家庭者。
3	涉及傷害身體	如刑法第 277 條第一項普通傷害罪、第 281 條施暴於直系血親親屬罪、第 284 條過失傷害罪。
4	涉及身體權之犯罪	如刑法第 298 條略誘婦女罪、第 306 條侵入住宅罪。
5	涉及名譽權之犯罪	如刑法第 309 條以下之妨害名譽及信用罪章。

<sup>345</sup> 整理自 王兆鵬，「告訴乃論案件與強制處分——以經濟分析論」，刑事法雜誌，第 46 卷，第 2 期，第 4 頁，台北，2002 年 4 月。

6	涉及隱私權之犯罪	如刑法第 315 條妨害書信秘密罪、第 315 條-1 窺視竊聽竊錄罪。
7	涉及侵害財產權	如刑法第 352 條毀損文書罪、第 354 條毀損器物罪。

上述之犯罪類型，從身體權、名譽權、財產權、性自主權之個人法益到婚姻家庭等社會法益，其背後原因為何？同樣都會動用到國家機器的告訴乃論罪及公訴罪，其區別在於告訴乃論罪必須被害人提出「告訴」，表明追訴犯罪之意旨，司法機關才得加以追訴<sup>346</sup>，而公訴罪則無須被害人提出告訴，只要知有犯罪嫌疑時，即應加以開始偵查及追訴<sup>347</sup>。因此，法律學者認為採行告訴乃論罪之原因有二<sup>348</sup>：

- (一) 尊重被害人隱私、名譽等利益。
- (二) 侵害之法益與公共利益無關，而既然被害人未提起告訴，即缺乏起訴實益，國家自不應加以追訴。

此二理由乃從被害人法益侵害之內容及被害人之意思觀之，然而，為何其他類型之犯罪，不採取同樣讓被害人決定之立法政策，其判斷之標準，是否僅為立法者恣意之價值判斷，抑或有其他共通之原因，以下

<sup>346</sup> 實務及學說上一向認為告訴乃論罪之「告訴」為訴追條件，非偵查條件。參閱林山田，刑事程序法，第 312 頁，台北，五南出版社，1998 年 9 月；最高法院 28 年度上字第 2974 號判例。

<sup>347</sup> 刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」

<sup>348</sup> 參閱 陳樸生，刑事訴訟法實務，第 311 頁，台北，自版，1997 年 9 月。

將從經濟學之角度探討之一犯罪外部負效益之大小：

人類的一舉一動只要是在人群社會裡，就會影響到他人，例如小偷偷東西，試想，最不能原諒小偷的人是誰？答案可能就是該物的所有權人；再例如，有人在K書中心裡竊竊私語，最不能原諒他的人是誰？答案也可能是坐在他旁邊或是聽得見他吵雜聲音的人。此乃該不當行為人對他人造成之外部負效益，倘若製造噪音的人身材魁梧，可能旁人會先看看周遭的人，是否有人願意先出面制止，同樣地，他人亦用同樣地心態期待他人出面制止，人人都在等待著正義之士的出現，此乃前述地搭便車現象。然而，不幸地，倘若無任何人出面制止，那麼群體將於該特定時空裡，因周遭的噪音而至導致讀書效率變差。如果發生在竊賊之例，當小偷之行為不被任何人制止時，那麼其他人將群起效尤，如同草原的悲劇之例，最後整個社會的安寧秩序將被破壞，其外部負效益相較於K書中心的壯漢行為，顯然更大。因此，倘若此時法律不將竊盜罪訂為公訴罪，由國家之公權力直接介入追訴，找出小偷，並給予懲處，則由於人性中之搭便車行為，致使無人出面制裁，導致外部負效益之擴大，進而影響社會秩序。

上例正足以說明行為之外部負效益與國家公權力介入之必要性成正斜線或正比關係，亦即當外部負效益越大時，國家公權力越有介入之必要，同樣地，刑法中告訴與非告訴乃論罪之區別，除涉及上述之搭便車心態及草原的悲劇等現象外，刑法上捨公訴罪而採告訴乃論罪是否尚有其他制度實行之

成本效益之考量，值得再深究之。

## 二、制度運作成本

當法律決定處罰某種行為時，無疑地它的制度運作成本將提高，因此，當國家公權力決定投入追訴犯行時，其追究犯罪之成本包含：第一、總追究成本，即政府及被害人追究成本之和；第二、因政府追究而造成被害人名譽損失之成本；第三、執行刑罰之社會成本，例如囚禁犯人之成本<sup>349</sup>。因此，從經濟分析之角度觀之，由於公訴罪制度運行之成本頗高，因此，必須考量此成本之付出是否小於其可獲得之利益，否則，社會將會因此犯罪之追訴而導致整體經濟效益為負值。換言之，當成本高於效益時，為達到經濟效率之追求，實不應採取由國家強制追訴之公訴罪，而宜採告訴乃論罪，或甚至訂為不罰之行為，反面言之，若小於或等於時，宜採公訴罪，其公式如下：

處罰犯罪之成本（政府及被害人追究成本＋被害人名譽損失之成本＋執行刑罰之社會成本）＜或＝處罰犯罪之效益（消除行為外部負效益{即社會秩序之維護及人民之安全感}＋被害人正義感之滿足）⇒宜採公訴罪

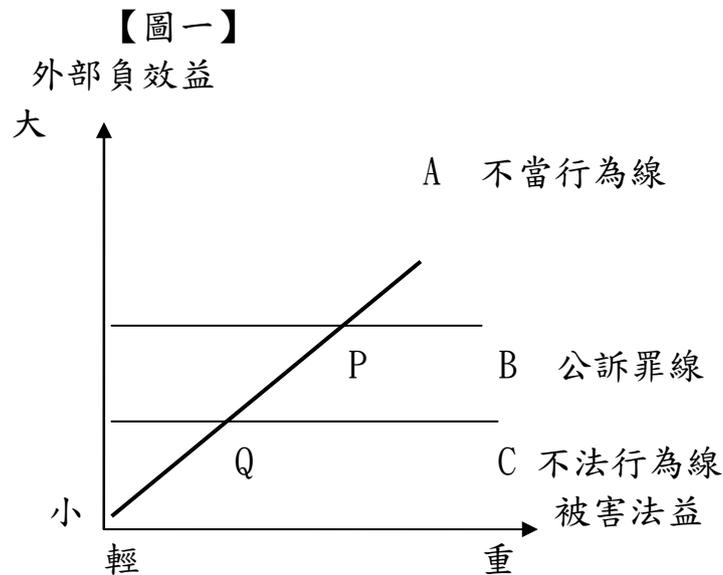
由上述公式可知，當特定犯罪類型其對社會秩序之侵害及對人民安

<sup>349</sup> 參閱 朱敬一，「由經濟學的觀點看告訴乃論與公訴之取捨」，經濟論文叢刊，第 14 輯，第 93-94 頁，台北，1986 年 6 月。

全感之危害較輕微，且犯罪之追訴對被害人而言，其正義感之滿足並不強烈時，若採公訴罪其制度執行成本高於其可獲得之利益之可能性大增，其中不確定因素為「被害人名譽損失之成本」及「被害人正義感之滿足」，因此，此時，交由被害人決定是否提出告訴，進行刑事追訴，符合上述經濟分析之公式。

綜上所述，犯罪行為外部性之大小不僅為應否以刑罰處罰之判斷標準外，其追訴成本與效益間之比較，更成為將其採為公訴罪或告訴乃論罪之判斷基準。換言之，告訴乃論罪與公訴罪間之標準並非全然在於是否涉及被害人隱私、名譽等利益或與公共利益無關。此觀刑法第 16 章妨害性自主罪章中，僅規定對配偶犯第 221 條強制性交罪、224 條強制猥褻罪及未滿 18 歲之人犯第 227 條之罪等，為告訴乃論罪，而就該章之其他罪刑，仍然以公訴罪論之，即足明瞭。蓋對同屬強制性交罪之加重強制性交罪（第 222 條）即以公訴罪論之，其對被害人而言，與 221 條相較同屬涉及個人隱私，且與公共利益無關之行為，為何改採公訴罪？此乃因其行為對社會之危害較大，即外部負效益較高，以公權力強制消除之利益較大所致，換言之，其制度實行之利益較大，故值得以成本較高之公訴罪論斷之。因此，從追求社會經濟效率及資源有效分配之觀點而言，將來刑法修法區別公訴罪與告訴乃論罪時，應可以外部負效益之大小與制度執行成本做比較，將有助於經濟效率之提升。上述論點，得以下圖

表示之，即當外部負效益愈大時，被害法益亦跟隨愈大，因此，圖中之 A 線（不當行為線）乃為一正斜線關係，而當外部負效益達到一定程度時，為避免搭便車之行為，維護一定之社會秩序，即以刑法論處之，即圖中之 C 線（不法行為線），其交差點 Q 以下之不當行為，僅負民事之責任，Q 點以上則為刑事不法行為；又當消除外部負效益之利益足以支應其成本時，則為公訴罪及告訴乃論罪之區分點，即圖中之 B 線（公訴線）及 A 線之交差點 P。



#### 肆、思考問題

- 一、親屬間竊盜之告訴乃論罪，其外部負效益與一般竊盜罪何者較低？
- 二、以外部負效益大小決定犯罪應採公訴罪或告訴乃論罪之理論，於現行法有無例外之情形？
- 三、認罪協商制度是否使檢察官及被告間採取相對地策略行為，進而影響正

義之實現？

## 伍、參考文獻

### 一、書籍

- (一) 陳鵬飛，關於經濟法的 100 個故事，景河文化出版有限公司，2007 年 5 月。
- (二) 熊秉元，熊秉元漫步法律，時報出版，2003 年 8 月。
- (三) 謝哲勝，全民健康保險法節錄醫療費用之經濟分析，收錄於財產法專題研究（二），元照出版社，1999 年 11 月。
- (四) 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，3 版，2003 年 9 月。
- (五) 大衛·傅利曼著，徐源豐譯，法律與經濟學的對話，先覺出版社，2002 年 4 月。
- (六) 霍德明、熊秉元、胡春田、巫和懋 合著，經濟學概論，3 版，雙葉書廊有限公司，2000 年 9 月。
- (七) 陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，1997 年 9 月。
- (八) 林山田，刑事程序法，五南出版社，1998 年 9 月。

### 二、期刊

- (一) 王宏瑞，淺談法律經濟分析之內涵與其應用，證券公會季刊，第 5 卷

第 2 期，2006 年 7 月。

(二) 王兆鵬，告訴乃論案件與強制處分——以經濟分析論，刑事法雜誌，第

46 卷，第 2 期，2002 年 4 月。

(三) 朱敬一，由經濟學的觀點看告訴乃論與公訴之取捨，經濟論文叢刊，

第 14 輯，1986 年 6 月。

(四) 劉靜怡，法律經濟分析的驚奇與愛戀，二十一世紀，第 71 期，2002

年 6 月。

(五) 葉俊榮，出賣環境權：從五輕設廠的十五億回饋基金談起，研究彙刊：

人文及社會科學，第 2 卷第 1 期，1992 年 1 月。