

行政院國家科學委員會研究計劃成果報告

反托辣斯法私人訴訟中，「最適損害賠償額」理論之研究

計劃主持人：陳志民

中華民國 89 年 10 月 31 日

計劃編號：NSC 89-2414-H-032-008

Zeon PDF Driver Trial
www.zeon.com.tw

反托辣斯法私人訴訟中，「最適損害賠償額」理論之研究

研究人：陳志民

計劃編號：NSC 89-2414-H-032-008

傳統反托辣斯法文獻研究主題，多數集中於實體問題之探討。對反托辣斯經濟學者而言，爾等所提出之各類模型，主要在提供反托辣斯法主管機關以及法院能在既定市場結構下，對競爭之本質與後果有更清楚與深入的了解，進而能在此一基礎上更正確地分辨廠商行為對市場競爭所可能帶來之正面與負面的效果。而從反托辣斯法學的角度來看，學者所提之各類理論，歸納而言，不外乎在實現以下二項目的。其一，協助主管機關制定能更精確反應市場現實之審查準則，如某類交易行為是否必然對市場競爭弊多於利，故應適用類似美國法上所謂的「當然違法」(per se illegal)原則來加以審理；或者需適用「合理原則」(rule of reason)進一步評估其可能具有之正反競爭效果，方能決定其違法性。其二，於適用準則確定後，反托拉斯法學者接下來的任務，便是在該準則下，建立各項「法律要件」以作為判斷某一特定市場交易行為是否已在所適用之審查準則下，違反了反托辣斯法或公平交易法(以下簡稱公平法)。如果答案是肯定的，則政府主管機關之介入干預，或者是受損害之廠商，依法提起私人之損害賠償訴訟，¹似乎是理所當然的。相較之下，對於政府介入干預之程度，特別是對被檢舉廠商科

¹ 有反托辣斯法私人訴訟制度，我國公平法規定於第五章(第三十條至第三十四條)。美國法則規定於克雷頓法(Clayton Act)第四條。 15 U.S.C. §15.

以行政罰鍰時，或私人訴訟所得請求損害賠償之額度為何，從整體社會資源之運用，始能達成最適(optimal)的結果，則少有人論及。就一項與經濟學理論最具密切關係的法律而言，學者對此一問題的忽略，實令人感到些許意外。

而近來美國學者對該國侵權行為法(torts)中「懲罰性損害賠償」(punitive damages)制度之研究，更突顯出反托辣斯法與其他類似法律就此一議題之研究落差。有鑑於美國下級法院於幾個訴訟標的極為龐大的侵權訴訟中，判決被告需給付天文數字的懲罰性損害賠償，² 美國學者，特別是專研法律之經濟分析的學者，開始重新檢視該項損害賠償制度於司法實務上該如何運用，以期達到無過與不及之情況發生。加上懲罰性損害賠償額於不同個案中往往有極大之差距，使得不論是原告或被告，對法律之適用產生高度之不確定感，學者關心的重點乃集中在如何建立起一客觀之懲罰性損害賠償之計算方法，而藉此所決定出之金額，能符合社會最適之原則。³ 該計算方法將可有效率地「防堵」(deter)⁴潛在侵權行

² 例如在 BMW of North America, Inc. v. Gore 一案，縱使原告實際上所受之損失只有四千元，但美國下級法院之陪審團，仍決議被告需為其以新車之價格出售實際上已重新烤漆之中古車之行為，支付原告四百萬美元之懲罰性損害賠償；此案經上訴至美國聯邦最高法院後，大法官已將金額降低至五萬元美金。517 U.S. 559, 564 (1996)。另外在舉世矚目的 Exxon 油輪於阿拉斯加海外漏油案，下級法院要求原告需補償阿拉斯加當地漁民與原住民數億美元之實際損失外，另要求 Exxon 需賠償五十億美元作為懲罰性之損害賠償。該案目前正上訴於聯邦最高法院中。而最近美國佛羅里達州地方法院，對美國五大煙草公司所作出的高達美金一千四百五十億的懲罰性損害賠償更是創下美國司法史上最高懲罰性違約金之紀錄。

³ 相關的文獻中，較近與較完整之研究，首推 Polinsky 與 Shavell 二位教授於 1998 年發表於「哈佛法律評論」之論文 Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998)。另外，關於懲罰性損害賠償之經濟分析，可參閱 Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 S. CAL. L. REV. 79 (1982); Richard Craswell, *Damage Multipliers in Market Relationship*, 25 J. LEGAL STUD. 463 (1996); Jason S. Johnston, *Punitive Liability: A New Paradigm of Efficiency in Tort Law*, 87 COLUM. L. REV. 1385 (1987); William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Theory of Intentional Torts*, 1 INT'L REV. L. & ECON. 127 (1981); Paul Rubin et al, *BMW v. Gore: Mitigating the Punitive Economics of Punitive Damages*, 5 SUP. CT. ECON. REV. 179 (1997); Symposium, *Punitive Damages*, 40 ALA. L. REV. 687 (1989); Jonathan M. Karpoff & John R. Lott, Jr., *On the Determinants and Importance of Punitive Damage Awards*, 42 J. L. & ECON. 527 (1999)。除經濟分析之觀點外，學者也開始從心理學分析的角度，

為人一開始決定從事侵權行為之決心，而不致於因賠償額低於侵權行為所可得之利得，從而誘使其採行過度高風險之行為，而出現「不完全防堵」(under-deterrence)的現象。換一個角度來講，最適懲罰性損害賠償之設計，也可避免因懲罰性損害賠償過高，而迫使潛在之侵權行為人，投入過多之資源用以避免損害與責任之發生，而出現「過度防堵」(over-deterrence)的現象。不論是「不完全防堵」或是「過度防堵」，從整體社會資源使用之角度來看，都是一種無效率的浪費。

而從法律原則具體適用的角度來看，不論法院採行「合理原則」或「當然違法」原則，以審理特定類型之交易行為，在學理上都有可能求得反托辣斯法中的最適損害賠償額。一方面，法院可以運用合理原則以判斷具體案例之合法性，再以傳統的補償原則來計算損害賠償額。而由於在合理原則下，法院或主管機關需就行為對市場競爭之正面與負面效果為一廣泛與整體的評估，再就負面效果大於正面效果之行為給予適當的處罰，其因此而決定出來之處罰或賠償金額較不會出現處罰行為本身之利益大於該行為限制競爭之不利益之「過度防堵」(over-

探討懲罰性損害賠償，能否對潛在之侵權行為人產生預期之嚇阻效果。參閱 Cass R. Sunstein et al., *Do People Want Optimal Deterrence?* (JOHN M. OLIN LAW AND ECONOMICS WORKING PAPER NO. 77, 2ND SERIES) (認為當陪審團於決定懲罰性損害賠償時，所謂「最適防堵」往往不是爾等所欲實現之目的。)

⁴所謂「防堵」，其意義可進一步細分為二大類。參閱 Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalty*, 87 GEO. L. J. 421, 427-30 (1998)。傳統或古典(classical)意義下的防堵，刑罰之目的，在於剝奪犯罪人之犯罪利得，以達到完全防堵(complete deterrence)犯罪人再犯之目的。此一概念可追溯至 Beccaria 和 Bentham 等人對刑事制裁目的的看法。CESARE BECCARIA, *ON CRIMES AND PUNISHMENTS* 43 (1963 ED.); JEREMY BENTHAM, *AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLE OF MORALS AND LEGISLATION* 166 (J. H. BURNS ed. Clarendon Press 1996) (1781)。而防堵較現代的意義則是指“最適防堵”(optimal deterrence)的觀念。換言之，法律制裁的目的，非在達到全然防堵的目的；而是在求得防堵的效果維持在對社會之邊際利益的貢獻等於其對社會所產生之額外的邊際成本。對此，最近代表性的學者，當屬諾貝爾獎經濟學獎得主 Gary Becker。Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968)。

deterrence), 或是未能適度扼阻限制競爭之不利益大於行為利益之「不完全防堵」等現象。另一方面, 主管機關也可以在當然違法的原則下, 要求反托辣斯被告就其商業行為負起嚴格責任(strict liability), 再以一「最適損害賠償額」計算公式, 來達到最適防堵的目的。在 Becker 理論精神下,⁵ 當然違法原則加上「最適損害賠償額」公式的運用, 可降低法院調查證據與起訴被告所需負擔之成本, 特別是調查被告在合理原則下所可以提出之各項抗辯理由是否屬實所需投入的人力, 時間等, 與「合理原則」/「補償原則」的配合使用相較, 應屬較具效率之審理準則。

本研究計劃即是在 Becker 此一理論架構下, 就反托辣斯學理中之「最適損害賠償額」理論為進一步探討。在既有之文獻基礎下, 本研究計劃, 提出並嚐試回答下列三項主要的問題。其一, 於學理上, 該如何具體設計出一計算「最適損害賠償額」的公式? 特別是當多數反托辣斯學者皆接受市場效率的提昇為反托辣斯法所求的主要目標時,⁶ 此一問題更具有時代的重要性。對此, William Landes 教授於 1983 年所提出之計算公式(以下簡稱“Landes 法則”), 深具參考價值, 也可作為吾人思考此一問題之起點。⁷ 本計劃將詳細說明該項法則, 及其對反托辣斯法相關原則之啟示。其二, Landes 法則的實用性有多高? 自 Landes

⁵ Becker, *id.*

⁶ 例如, 美國著名的反托辣斯法學者 Posner 曾言, 反托辣斯救濟系統的主要目的在於“防堵對者違法。”一旦防法律的防堵體系建立後, 必能確保足夠的補償, 除非運作該補償系統所需負擔之成本過高。POSNER, *ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE* 221 (1976); 同屬芝加哥學派的 Easterbrook 法官也持同樣的看法, 參閱 Frank H. Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 U. CHI. L. REV. 263, 319 (1981) (主張“防堵是反托辣斯法最優先, 甚至於可能是唯一的目標。”); 另請參閱 William H. Page, *Antitrust Damages and Economic Efficiency: AN Approach to Antitrust Injury*, 47 U. CHI. L. REV. 467, 472 (1980).

法則出現後，學者即不斷地質疑其在訴訟實務上可能會出現窒礙難行之處。⁸ 特別是在 Landes 法則下，最適損害賠償額之計算，涉及因廠商實行排除行為所產生的「無謂損失」(deadweight loss)的衡量，間接地，更涉及廠商生產過程邊際成本資訊的取得，對法院或主管機關而言，這項任務可能困難重重，而使得 Landes 法則無法具體的適用於實際案例中。緊接著第二項問題而來的第三個可能的問題自然是，有無可能對該法則作進一步的修正？例如以其他較易估算或取得之變數替代邊際成本，以求得最適的損害賠償額？就此一問題，美國波士頓大學法學院教授 Keith Hylton 在其一項目前正在進行，而由筆者擔任協同研究人的論文中，嚐試以「市場需求彈性」作為計算公式之主要變數，進而避免衡量邊際成本所必需面對的困難。⁹ 其導出過程及對反托辣斯法之政策啟示，亦將於本計劃中詳述。

於此一問題架構下，本計劃之行文結構安排如下。計劃第一部分將就美國法院如何在反托辣斯法私人訴訟中運用傳統的補償原則以計算反托辣斯損害賠償額。此部分，將以介紹與分析與垂直交易限制有關之案例為主，其理由為，在 *Sylvania* 一案，美國聯邦最高法院已明白宣示，效率的提昇是反托辣斯法規範垂直交易限制行為所欲實現的重要政策目標之一。因此，於垂直交易限制的領域內探討最適損害賠償額理論，更能與 *Sylvania* 一案的精神相互呼應。相關的法院案例將在「超額支付」(overcharges)與「排除競爭」(exclusionary)二大訴訟

⁷ William M. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. CHI. L. REV. 652 (1983).

⁸ 相關批評的理論，請參閱本計劃第五節的討論。

類型下進行討論。 計劃第二部分，將就最適損害賠償額之基礎，特別是諾貝爾經濟學獎得主貝克(Gary Becker)所提出之「最適犯罪量」理論，為一學理上之介紹與說明。 而以貝克理論為基礎之 Landes 法則，以及該法則對反托辣斯法與政策之啟示，與該法則於實行上所可能出現之缺點，則分別為本計劃第三與第四部分之研究重點。 計劃第五部分以 Landes 法則所提之修正建議及其對反托拉斯法政策上之啟示作結。

壹．「補償法則」下之反托辣斯損害賠償額—美國法之經驗

於美國法下，私人提起反托辣斯損害賠償訴訟之基礎為克雷頓法(Clayton Act)第四條。該條文賦予任何因違反美國反托辣斯法行為而受有損害之當事人得提起私人損害賠償訴訟，要求從事該違法行為之被告賠償其因此所受之損失之三倍以及其他之相關訟訴費用，包括合理之律師費在內。¹⁰ 該法之立法精神乃建立在「補償原則」之上。換言之，立法之目的，在於確保原告得不因被告不法行為而受有損失。而透過法律的救濟，讓原告得以回復至其原先所應享有之「福利地位」(welfare status)，間接地，也避免了被告以不法增加他人額外負擔之方式，來獲取個人的私益。

就訴訟類型而言，克雷頓法第四條，主要被相關訴訟原告使用作為請求下列二項救濟之依據。第一類型為「超額支付」訴訟。該訴訟下之原告通常係因被

⁹ Keith N. Hylton & Andy C. M. Chen, *Implementing Optimal Antitrust Penalties* (working paper)

¹⁰ 15 U.S.C. §15.

告之不當訂價行為，而需以非競爭價格來取得被告之產品或服務。故其訴訟之主要目的，在要求被告返還原告因此所多支付之價金。第二類型的訴訟，可將其簡稱為「排除競爭」訴訟。通常係由被告之競爭者所提起，訴訟之目的在要求需就原告因被告之排除競爭行為，如掠奪性訂價、垂直整合或排他交易安排等，而導致原告所喪失之交易機會與利潤，負起損害賠償的責任。以下關於美國法相關案例之討論，將以此一分類作為論述之架構。

(一)「超額支付」訴訟

於補償原則下，超付支付之損害賠償金額，而由原告實際所支付之價格與被告產品或服務之競爭價格二者之差額來決定。美國法早於1906年即已確立了此項計算原則。在 *Chattanooga Foundry and Pipe Works v. City of Atlanta*,¹¹ 一案中，亞特蘭大市主張被告聯合訂定鐵質水管的價格，使市政府於採購該產品以進行排水系統工程時，支付了額外的價格。¹² 亞特蘭大市政府對此超額支付的部分依法向法院請求三倍的損害賠償。於判決中，美國聯邦最高法院確立了以原告實際所支付之價格與當聯合行為不存在時市場之價格二者之差額，作為決定損害賠償額度之依據。¹³

雖然就適用原則建立的角度來看，此項計算方式相當明確簡單，但於實際運用時，仍會出現一些技術上的問題，有待美國法院於個案判例中進一步加以解決。首先，於補償原則下，法院於求得超額支付的額度之前，必需先掌握市場

¹¹ 203 U.S. 390 (1906)

¹² *Id.*, at 395.

之競爭價格為何。也即，假設違反市場競爭之行為不存在時，市場之價格可能為何？此一價格水平如何求出，乃法院所需解決的第一項問題。再者，當違反反托辣斯法的行為，涉及二項或更多產品或服務之交易時(如搭售安排)，應以何項產品或服務之價格作為比較的對象？些乃第二項可能在司法實務上出現的疑問。最後，產品或服務於銷售過程中，往往包含有直接買者(direct purchasers)與間接買者(indirect purchasers)。例如在垂直經銷體系下，相對於最終消費者而言，經銷商乃直接自供應商取得產品之人，故其為直接買者，而消費者則為間接買者。而由於在此類交易類型下，直接買者可將其超額支付予上游供應商之成本，轉移到下游之間接買者，身為被告之產品供應商得否於訴訟上主張，經銷商已無損害，故不得提起反托辣斯法之損害賠償訴訟？或者從訴訟攻擊面的角度來看，作為間接買者的消費者，是否也具有向供應商請求因供應商反競爭行為所導致其需超額支付之損害賠償的當事人適格？就此三項問題，以下僅就美國法判例與學說見解綜合分析說明之。

1. 競爭價格之決定

歸納而言，美國法院通常運用以下二項方法求得競爭價格，以作為比較與進一步算出超額支付訴訟原告所可以請求之損害賠償額度之標準。¹⁴ 第一種方法學界簡稱為「事前-事後」法 (before-and-after approach)。於此一法則下，

¹³ *Id.*, at 396.

¹⁴ 請參閱 ROGER D. BLAIR & DAVID L. KASERMAN, ANTITRUST ECONOMICS 78-82 (1985);

法院將觀察反競爭行為出現前與結束後之價格變化，以估算假設該不法行為不存在時，可能的合理市場價格為何。舉例言之，假設某一聯合行為協議自 1993 年開始實施，而在 1995 年結束。在「事前-事後」法下，法院首先需搜集在某一特定期間內，如從 1990 年到 2000 年，該特定市場的價格資訊。再就其中非勾結期間(non-collusive period; 即 1990 年到 1992 年以及 1996 年到 2000 年)之市場價格與勾結期間之市場價格相較，透過統計學上迴歸分析估算出 1993 年至 1995 年間，該市場內之可能競爭價格水平為何。¹⁵ 依此法則所求得之結果不需絕對的準確，只要原告能證明該數據可作為估算損害賠償額之“合理基礎”(reasonable basis)即為已足。¹⁶

第二種計算方法則稱之為「指標法」(yardstick approach)。在此一方法下，發生反競爭行為市場之可能競爭價格水平為何，將以另一個與反競爭市場基本成本結構相類似，而無反競爭行為存在的市場作為參考的指標。¹⁷ 此一方法曾為美國聯邦第五上訴巡迴法院用於 *Greenhaw v. Lubbock County Beverage Assoc.*¹⁸ 一案。該案原告提起此一超額支付訴訟，要求 Lubbock 郡的酒品零售商協會，就其會員於該地之聯合訂價行為，對原告因此多支出之差額負損害賠償之責。於估算損失時，原告之專家證人，將聯合行為進行期間 Lubbock 當地之價格與該期間內未出現非法聯合行為之達拉斯(Dallas)市的價格作比較，進一步得出了二地

HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY § 17.5b (1994).

¹⁵ HOVENKAMP, *id.*, at 607-11.

¹⁶ *See Eastman Kodak v. Southern Photo Co.*, 273 U.S. 359, 378-79 (1927)

¹⁷ HOVENKAMP, *supra* note 14, at 606; BLAIR & KASERMAN, *supra* note 14, at 79.

¹⁸ 721 F.2d 1019 (5th. Cir. 1983)

可能之競爭價格比例，百分之 7.74。將此一比率乘以達拉斯當時之價格，得出一在無聯合行為存在的假設下，Lubbock 郡在該期間“理應”(should have been)出現之價格水平。該價格即可用於計算超額支付額度之比較對象。¹⁹

2. 數產品交易類型競爭價格之決定

當不法競爭行為涉及複數產品交易時，超額支付之額度計算相對上而言，就不若單一產品交易來得直接。法院所面對的第一個問題，乃究應以所涉及之多數交易產品之總價，作為比較對象？抑或以其中某一產品的價格作為比較決定之對象？以不法搭售(tying)安排契約為例，法院究竟應以被搭售產品(tied product)之可能競爭價格作為計算之基礎？或是以搭售組合產品之整體可能競爭價格為比較之對象？不無疑義。對此，美國各級法院也無統一之見解。部分法院認為應以原告實際就搭售組合產品所支付之價格，減去被搭售產品本身之市場價格，作為損害賠償之依據。例如，在 *Northern v. McGraw-Edison*²⁰一案，原告以被告以同時向其購買服務設備與材料作為加盟其乾洗店之條件為由，向法院提起不法搭售之訴訟，並要求損害賠償。²¹ 聯邦第八上訴巡迴法院，判決原告勝訴，並採用原告所建議之損害賠償計算方法，也即以原告就搭售組合產品實際支付之價格，減去原告購買被搭售產品時，即服務設備與材料，當時之市場價格作為決定損害賠償金額之依據。²²

¹⁹ *Id.*, at 1026.

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

²¹ *Id.*, at 1340.

²² *Id.*, at 1347.

相對的，部分美國下級法院認為較合理的計算方法應該以搭售組合產品之整體市價作為比較之對象，而非以單一被搭售產品為對象。²³ 之所以如此，聯邦第十一上訴巡迴法院在 *Kypta v. McDonald Corp.*²⁴ 一案中，有清楚的說明。該案涉及被告麥當勞公司，將承租其所預先選定之店面作為原告加盟之必要條件之一。法院於本案例中以原告未能證明其受有損害為由，而判決原告敗訴。就該項舉證責任之標準，法院乃要求原告需就“實際支付搭售與被搭售產品二者之價格總合超出二項產品之合理市場價格”這一點提出證明。²⁵ 法院認為，單單以被搭售產品之價格為比較標準，無法正確的反應搭售安排對當事人所可能造成之經濟上損害，因為過高的被搭售產品價格很可能被授權業者(franchisor)所刻意壓低之搭售產品價格所抵銷。²⁶

3. 損害轉嫁與當事人適格

當私人訴訟所涉及之原告當事人非最終消費者，而是中間經銷商或零售商時，由於爾等可將其超額支付之損失部分甚至全部轉嫁給下游之最終消費者，在補償原則下所產生的一項問題乃被告得否以損害已轉嫁為由，主張原告無當事人適格，不得提起損害賠償之訴？美國聯邦最高法院於 *Hanover Shoe*²⁷ 一案採取否定之看法。該案原告 Hanover Shoe 為一鞋子製造商，為生產所需，向被告承租其所生產之製鞋機器。Hanover 認為被告對該機器“只租不賣”的經營策略，

²³ *Sigel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43, 52 (9th Cir.), *cert denied*, 405 U.S. 955 (1972).

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

²⁵ *Id.*, at 1285.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, *rehearing denied*, 393 U.S.

意在逐步獨占製鞋機器市場，要求法院依承租價格與合理的出售價格二者之差距，作為補償其因承租該機器所超額支付之損害賠償額。²⁸ 相對的，被告 United Shoe 則以即使租金過高，原告也已經以較高之鞋價轉嫁到消費者，故並未受有任何損害作為抗辯。美國聯邦最高法院於本案中支持原告得主張全數差額之請求。大法官認為，允許被告損害轉嫁的抗辯，會迫使法院需就損害金額的多少為進一步的認定，這不僅將大幅增加法院的負擔，也將使得原本就已相當曠日廢時的反托辣斯法訴訟變得更為複雜；²⁹ 簡言之，司法經濟的考量乃聯邦最高法院為此一判決之主要理由。

與 *Hanover Shoe* 相對稱的，乃 *Illinois Brick* 一案。³⁰ 本案被告乃水泥磚之製造商，其主要銷售對象為芝加哥地區的建商。建商再將產品轉賣給一般的工程承包商，承包商再以該產品使用於客戶之建築工程上。本案原告乃包括 Illinois 州政府在內的地方政府，於訴訟中主張因被告間之聯合訂價行為，使得爾等需多支付超出三百萬美元予承包商，要求被告負起損害賠償責任。³¹

聯邦最高法院於本文中，本著與 *Hanover Shoe* 一案中相同的考量，否定了“間接買者”(indirect purchaser)提起超額支付損害賠償之訴的當事人適格。歸納而言，理由有二。其一，美國聯邦最高法院認為，就損害轉嫁抗辯，如果在訴訟防禦與攻擊面採取不對稱的態度——也即禁止被告以損害轉嫁為抗辯，另一方面又

901(1968).

²⁸ *Id.*, at 484.

²⁹ *Id.*, at 492-94.

³⁰ *Illinois Brick v. Illinois*, 431 U.S. 720, *rehearing denied*, 434 U.S. 881 (1977).

³¹ *Id.*, at 727.

允許間接買者得提起損害賠償之訴——將造成被告有重覆被訴以及重覆賠償之虞。³² 再者，如同法院在 *Hanover Shoe* 所提，一旦法律允許間接買者得就其所受之損失請求賠償，法院將需耗費相當多的時間，調查與判斷產品各銷售階段的原告所提轉嫁金額之正確性為何？訴訟程序將因此而變得更加複雜與無效率。大法官們不希望法院因此成為一個決定與分配三倍賠償金額予各“潛在原告”的場所。³³

二．「排除競爭」訴訟

於補償法則下，「排除競爭」訴訟之原告有權要求實行不當排除競爭之被告賠償其因此所失之交易機會與利潤。綜言之，美國法院用以計算損害賠償額之方法有以下三種。第一種方法為「事前-事後」法。依此一計算法則，法院依一合理之折現率，估算在被告實施排除競爭行為期間之前以及之後原告之平均淨利，以作為計算原告於排除期間理應獲得之平均淨利的基礎。舉例言之，假設被告之排除競爭行為自 1993 年開始實行，而至 1996 年結束，其間各年原告之平均淨利分別為 \$8,000, \$6,000, \$4,000 和 \$2,000。進一步假設經法院調查結果，原告自 1990 年到 1992 年，以及 1997 年至 2000 年之平均淨利為 \$10,000。原告因此所能請求之損害賠償額(於依三倍賠償規定計算前)分別為 1993 年 \$2,000，1994

³² *Id.*, at 730.

³³ *Id.*, at 737. *Hanover* 與 *Illinois Brick* 二案所確立之原則，一直為美國各級法院所嚴格遵守，包括美國聯邦最高法院其後之相關判決。 *See e.g.* *Kansas v. Utilicorp United, Inc.*, 497 U.S. 199, 209-10(1990)。不過，*Hanover* 與 *Illinois Brick* 二案皆設有例外規定。例如當涉案契約為損害轉嫁額計算較為容易之類型，如預先存在(pre-existing) 固定數量(fixed quantity)，或成本附加(cost-plus) 契約，國間接買者為供應商所擁有或控制之事業時，法院都可不受此二判例法則之拘束。 431 U.S. 735-36; 392 U.S. 494.

年\$4,000，1995年\$6,000，1996年\$8,000，總計為\$20,000。³⁴

相對的，「指標法」於運用至排除競爭訴訟時，法院則以原告於排除期間之實際利潤與相關市場內未受不當排除安排影響企業之利潤所得相互比較，以作為計算損害賠償額之依據。³⁵ 此一方法的運用，於 *Metrix Warehouse* 一案中有清楚的說明。³⁶ 該案被告 MBNA 為德國 Benz 汽車於美國之獨家代理商。在其與美國國內經銷商之加盟契約中，MBNA 要求經銷商就加盟後所需之維修零件，均需向 MBNA 購買，以作為加盟條件之一。³⁷ 原告 Metrix 乃專門出售 Benz 汽車零件給一般獨立修車廠與 Benz 加盟業者之廠商。原告於訴訟中主張，此一違反修曼法之搭售安排，已使得其營業利潤大幅滑落。

於計算原告之所失利潤時，法院以零件經銷商於排除競爭期間出售給一般獨立修車廠所得之利潤，作為比較計算之對象。法院認為，只要原告能證明被比較之市場與其所處之市場二者間具有“合理之可比較性”(reasonable comparability)，

「指標法」即不失為一妥適之計算法則。³⁸ 而法院認為本案之所以以一般獨立修車廠之利潤為比較對象，在於其同時也是唯一可作為比較的市場。³⁹ 然而，法院於判決中也提及，適用「指標法」的前題，必需假設 Metrix 所失之利潤可完全歸因於 MBNA 之搭售契約；而相關證據顯示，Metrix 的利潤損失有部份是

³⁴ HOVENKAMP, *supra* note 14, at § 16.1b. 另請參閱 *Biglow v. Rko Radio Pictures Inc.* 一案。於該案中，美國聯邦最高法院以「事前-事後」法則，計算原告因被告實施差別取價與最低轉售價格維持所失之利潤。) 327 U.S. 251, 253-54, 257, 266 (1946).

³⁵ HOVENKAMP, *id.*, at § 17.6b2.

³⁶ *Matrix Warehouse v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft*, 828 F.2d 1033 (4th Cir. 1987).

³⁷ *Id.*, at 1037.

³⁸ *Id.*, at 1044 n.21.

³⁹ *Id.*

起因於 MBNA 合理的低價行銷競爭，與搭售無關，該部分需於計算賠償額時加以扣除。⁴⁰

第三種計算損害的方法通稱「市場占有率法」(market-share approach)。該法之理論基礎在於將原告因被告之排除競爭行為所導致之市場占有率的變動情況以利潤減少程度之方式加以呈現。⁴¹ 美國聯邦最高法院於 *Zenith* 一案首度允許原告以此法計算損害賠償額。⁴² 原告 Zenith 於 1963 年起訴主張被告 Hazeltine Research Inc. (“HRI”) 為外國專利卡特爾組織(patent pool)的一員，該組織以拒絕專利授權的方式，阻止外國電視與收音機產品進入其本國市場。⁴³ Zenith 相信，與沒有專利卡特爾組織的美國市場相較，如果該組織不存在，則 Zenith 在加拿大的市場占有率將可達百分之十六；但實際上其在加拿大的市場占有率僅占百分之三。Zenith 於是要求法院以其在排除競爭期間二項市場占有率之差距作為其所受營業上之損害的依據。⁴⁴ 除所受之營業損失外，原告對於其若繼續留在市場所預期得到的利益，也在得請求之列。但原告負有證明其“未來”可得利益為多少之責任。⁴⁵

⁴⁰ *Id.*, at 1044.

⁴¹ BLAIR & KASERMAN, *supra* note 14, at 81 (1982)

⁴² *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.* 401 U.S. 321, *rehearing denied*, 401 U.S. 1015 (1971).

⁴³ *Id.*, at 323.

⁴⁴ *Id.*, at 326.

⁴⁵ 至於未來的期間有多長，美國法院有依營業場所租約期間，也有依原告年齡來判斷其可能之營業期間有多長。 *See Webster Motor Car Co. v. Packard Motor Car Co.*, 135 F. Supp. 4, 10 (D.D.C. 1955), *rev'd on other grounds*, 243 F.2d 418 (D.C. Cir.), *cert denied*, 355 U.S. 822 (1957); *Graphic Prods. Distribs. v. Itek Corp.*, 717F.2d 1560, 1582 n.42 (11th Cir. 1983)

貳．防堵(deterrence)作為一項執法目標—最適執法量(optimal law enforcement)理論簡介

不同於上述之補償原則，防堵模型下之損害賠償計算著重於賠償額所具有的事先防止對社會具“淨損害”(net harm)之違法行為出現，而另一方面不致於對社會具有“淨利益”(net benefit)效果之行為，產生不當抑制之功能。主張此理論之學者認為，單純以補償被害人損害之賠償法則，在違法人因違法所可獲得之利益大於其所需負擔之損害賠償時，其仍會從事該項違法行為。以反托拉斯法而言，倘若以不當競爭手段取得獨占地位之未來利益大於現在所需賠償予被排除競爭者之成本，意圖取得獨占地位之廠商仍會將該不當競爭手段付諸實現。另外，補償原則並未能反應違法行為對社會整體所造成之損害，例如聯合或獨占訂價行為所造成之“無謂損失”(deadweight loss)。換言之，當違法行為受到合理的防堵後，當事人請求補償的機會也將隨之降低；但於被害人依補償原則獲得十足的損害賠償後，社會上因反托拉斯違法行為所產生之無效率仍會繼續存在。⁴⁶再者，當二種違法手段可達到相同之違法目的，而被告僅需就被害人所受之實際損失負責時，被告也將欠缺選擇對社會損害較少手段之誘因。⁴⁷從防堵模型的角度去觀察，補償原則在類此情形下出現了“不完全防堵”(under-deterrent)的現象。

然而上述之說明，並不表示防堵理論主張為達有效的防堵，社會得不計

⁴⁶ Landes & Posner, *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws: An Economic Analysis of the Rule of the Illinois Brick*, 46 U. CHI. L. REV. 602, 605 (1979).

⁴⁷ Stigler, *Optimum Enforcement of Law*, 78 J. POL. ECON. 526, 531 (1970).

成本的投入違法行為之發現與制裁。⁴⁸ 與違法惡性不相當之處罰，具有引導當事人從事過度之違法預防行為，使社會資源之使用出現分配上之無效率的情形。

舉例言之，假設我們將損害賠償之計算法則統一修改為被告需賠償原告所受損害之一百倍的金額。此一重罰，無疑的具有相當強的防堵效果；但另一方面，也將誘使產品製造商投入與風險發生機率不對等之人力資源加強產品品質以避免消費損害發生。此一結果，出現了防堵理論所稱之“過度防堵”(over-deterrent)的結果。不論是過或不及，從經濟學的角度來看，皆是對社會資源的無效率使用。

在 Gary Becker 教授之「最適執法量」理論下，最適之違法行為懲罰量，應是在將違法者行為對社會所增加之傷害加上執法之相關行政成本(如發現、起訴與制裁違法行為所需之社會成本)等外部效果加以內部化即可。換言之，任何執法資源的投入決定，應建立在其對社會所生之邊際成本是否與所創造之社會邊際利益相等。此一結論所可引申之政策啟示，可從下列簡化之數學關係加以說明。⁴⁹

假設 G 為政府投入犯罪防治之費用， D 為犯罪對被害人所生之成本， I 為除 D 外，犯罪對社會所生之成本，而 p 為犯罪發生之機率。於正常情形下，我們可以合理假設犯罪防治之投入在一定之程度內，具有降低犯罪出現機率之效果，故二者呈反向之關係，從數學上的義意來看，可以 $p'(G) < 0$ 來表示。另外，由於對犯罪人而言，犯罪行為有創造利益之效果，於考量犯罪防治對社會整體福利變動情形時，此項利益之減少，也應包括在內，此以 b 代表之。於此架構下，

⁴⁸ See Michael K. Block & Joseph Gregory Sidak, *The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then*, 68 GEO. L. J. 1131 (1980).

執法之總成本 $TC = (D + I) \cdot p(G) + G$ 。依定義，執法之邊際成本

$$MC = (D + I) \cdot p$$

另一方面，執法對社會所生之總利益 $TB = (D + I - b) \cdot [1 - p(G)]$ ，其邊際利益

$$MB = -(D + I - b) \cdot p$$

依最適執法量應發生於 $MB = MC$ 時，可得出以下之關係式

$$p(G) = (-1) / [2(D + I) - b]$$

雖然 Becker 的理論乃針對刑法所為之分析，但由上述之簡單關係式，吾人可得出以下二項對制定反托拉斯法政策的基本觀察：

其一，於最適執法量理論下，一項符合成本-效益原則之執法政策，應要求社會必需容忍某些違法行為的存在，因為制裁此類行為所生之利益低於社會因此所需負擔之額外成本。以最常見之違法人從不法行為所得利益與被害人因此所受損失相等的例子來看，當 $D = b$ 時， $p(G) = (-1) / (D + 2I)$ 。假設 D 的值很小，則 I 的值將決定最適執法量之多寡。當 I 愈大時， $1 - p(G)$ 的值也愈大；換言之，於一定之被害人損害下，當執法的社會成本愈高，社會上與“除惡務盡”境界的距離也應拉遠。此可用解釋反托拉斯法中，就對市場交易量影響極其微小之不公平競爭行為(如搭售或獨家交易)，往往將其推定為當然合法的行為。

其二，即使被害人因被告之違法行為受到實質而不可忽略的損害，當違法行為對違法人所生之利益遠大於其對被害人與社會所生之成本時，最適執法量理

⁴⁹ 下列數字例示，乃參考 ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 538-39 (1988).

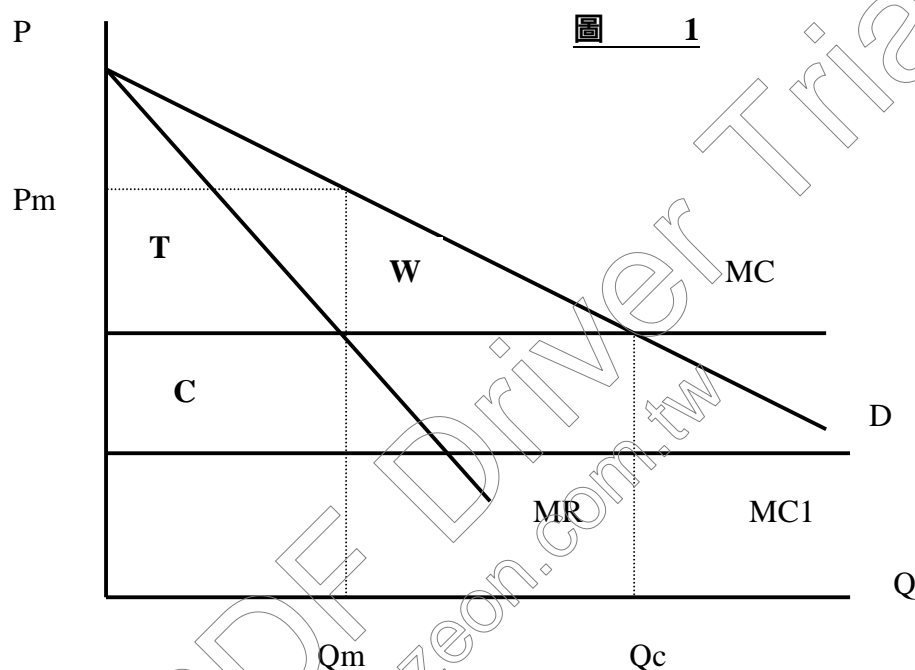
論的建議是政府對於此類違法行為，應採不執法之政策。例如當違法利益大於其對社會所增加成本之二倍時， $p(G)$ 的值將為正值。以關係式本身來解讀，政府所多投入之犯罪防治成本，反而將使不法行為出現之機率增加，此在政策上的意義是，政府不應禁止該項行為。包括我國公平交易法在內之各國反托拉斯法，對廠商結合行為之合法性判斷，通常是以該行為促進競爭效果是否大於限制競爭之不利益為標準。此或可視為 Becker 理論於立法上之另一項實踐。

參．最適反托拉斯法損害賠償額之計算——Landes 法則介紹

就適用之妥當性而言，最適執法量之理論，於反托拉斯法私人訴訟中之損害賠償額計算，可能要較具有濃厚道德非難性之刑法或其他法律要來得更具意義。反托拉斯法是極少數明確將效率提昇列為被告所得主張以合理其形式違法行為之立法之一。此與防堵模型之強調執法成本與執法利益二者需平衡之理念實不謀而合。而反托拉斯法之執法者與政策制定者，也更有理由思考如何設計一最適之計算方式，使相關市場參與者，於面對可能之處罰時，得自動放棄對社會有害之經濟行為，而採行具促進市場競爭之行為。

而在了解其重要性後，接下來的問題便是該項法則該如何設計？承襲 Becker 理論以被害人與社會執法成本及其他損失為決定最適執法量之精神，William Landes 教授於 1983 年的論文中，嚐試建立反托拉斯法最適損害賠償額之公式。首先，假設發現與制裁違法行為等執法成本等於零或極微小，可忽略不計。

Landes 以廠商濫用市場地位，進而採行獨占訂價為例，闡述了在 Becker 的理論下，反托拉斯法之最適損害賠償應是在該獨占價格下所移轉與獨占者之消費者剩餘部分(上述關係式中之 D)，再加上社會因此所失之無謂的損失(I)。以下圖為例簡要說明之。



於圖 1 中，我們以廠商結合行為對市場競爭之影響為例來說明 Landes 法則。

該圖假設實施結合行為的廠商於結合後，成為市場之獨占者，其中 D 與 MR 線分別代表從事該廠商之需求與邊際收益曲線。進一步假設，透過結合，該廠商之生產成本可由原先的 MC 降至 $MC1$ 。獨占後的廠商依邊際成本等於邊際收益之訂價方式，決定其最終產出 Q_m 與最終售價 P_m 。圖形中的 T , W ，與 C 分別代表獨占訂價下，獨占者所可獲取之消費者剩餘，因市場總產出由競爭水平 Q_c 降至獨占水平 Q_m 所產生的無謂的損失(*deadweight loss*)，以及獨占者因生產成本降

低所可獲得之利潤。

依 Landes 之見解，在不考慮執法成本的前題下，反托拉斯法的最適損害賠償額應為 $T+W$ 。換言之，此項法則可引導廠商進行有效率之結合行為，並抑制其進行對社會整體無益之結合。若以圖形來表示， $T+W$ 的損害賠償額，會使廠商在衡量其本身所受之利益與所需負擔之成本後，於 $C>W$ 的情形下，進行結合，而在 $C<W$ 時，放棄該結合行為。至於如何得出此項結論？可由下列之分析過程得知。首先考慮傳統的補償法則。於該法則下，損害賠償額為 T 本身。但由於結合所帶給廠商之利益為 $T+C$ ，故不論 $C>W$ 或 $C<W$ ，該結合行為仍會發生。同樣的，若單以社會所受之損害 W 為計算標準，則只要 $T+C>W$ ，結合就會發生，不論 C 與 W 間何者較大。於上述二項損害賠償法則下，都有可能發生不完全防堵的情形。反之，假若以 $T+W$ 作為損害賠償，則當 $T+C > T+W$ 時，廠商會進行結合行為，而此時 $C>W$ ；而當 $T+C < T+W$ 時，廠商會放棄結合行為，而此時 C 也正好小於 W 。

當然，於現實例子中，違法行為不可能被百分之百的發現，此時最適損害賠償額也需相對的調整。而由於違法行為人所受之實際制裁為損害賠償額乘以行為被發現之機率，此時應以違法行為被發現機率的倒數作為 $T+W$ 之乘數，始能達到最適防堵的目的。例如假設 $T+W$ 等於 \$10,000，而違法行為被發現之機率假設為 $1/4$ 。對行為人而言，其違法之實際(effective)處罰為 \$2,500。因此，需對 $T+W$ 再乘以 4(機率的倒數)，也即損害賠償額應為 40,000，才能達到最適處罰

的目的。另外，社會制裁與處罰違法行為所需負擔之行政成本也不可能小到可以忽略不計，而一旦將此類執法行政成本 E 也列入考慮時，Landes 法則下之最適損害賠償額應調整為 $T+W+E$ 。綜合相關的分析，Landes 對反托拉斯法最適損害賠償額的見解可歸納為以下二項法則：

一．當執法之行政成本 E 不計，而違法行為被發現之機率為 p 時

$$\text{反托拉斯最適損害賠償額}=(T+W)/(1/p)$$

二．當執法之行政成本 E 列入考慮，而違法行為被發現之機率為 p 時

$$\text{反托拉斯最適損害賠償額}=(T+W+E)/(1/p)^{50}$$

肆．Landes 法則對反托拉法私人訴訟相關法律原則之啟示

Landes 於其論文中，探討了該法則對反托拉斯法之幾項啟示。⁵¹ 本文嘗試分析該法則對上述之「超額支付」、「排除競爭」訴訟，以及反托拉斯法私人訴訟當事人適格問題有何政策上之啟示。

一．「超額支付」訴訟

由於違法行為被發現之機率通常低於百分之一百，因此在傳統的補償法則外，常見之反托拉斯法額外之刑事或民事加倍賠償處罰規定，或許可從防堵模型理論中求得學理之依據。例如在美國克雷頓法(Clayton Act)第四條中即已規定，

⁵⁰ 證明：當 $T+C > p[(1/p)(T+W+E)]$ 時，結合行為將付諸實施，而於此時，結合行為所生之利益 C 也大於結合對社會所產生之限制競爭與執法成本等的不利益， $W+E$ 。同理，當 $T+C < p[(1/p)(T+W+E)]$ 時， $C < W+E$ 。

⁵¹ Landes, *supra* note 7, at 661.

一旦反托拉斯私人訴訟之被告違法責任成立，則需賠償原告所受損害三倍的賠償，且此項責任是強制性的，法院無裁量之餘地。然值得探究的是，為何是以“三倍”作為損害賠償之乘數？事實上，該項乘數很可能只是立法者任意選取，而並未含有防堵違法之考量在內。⁵² 對此，Landes 法則提供一項較為科學的檢視與分析。當獨占者之邊際成本線如圖一所示為固定時，經濟學理論可以證明 T 的面積為 W 之二倍。假設不計算執法之行政成本時，Landes 法則下之最適損害賠償額應為 $(3/2p)(T)$ ；也即被害人損害之 1.5 倍再除以行為被發現之機率。於違法行為被發現之機率很高或接近百分之一百時，最適之損害賠償額應只為被告損失之 1.5 而非 3 倍。換言之，三倍損害賠償制度，只有於違法行為被發現之機率等於 50% 時，方能實現最適防堵的目的。

此一觀察在政策上的意義是，類似美國法的強制性三倍損害賠償規定，從防堵理論來看，並非是最妥適的立法。其實從上述對 Landes 法則的探討不難看出，對最適損害賠償額具關鍵性影響者，當屬違法行為被發現之機率。因此，從防堵理論來決定制裁方式的角度來看，個案違法行為之“透明度”為何，可能是法院與相關主管機關所需調查與掌握之最重要事證。就反托拉斯違法行為類型而言，其中不乏透明度較高者；例如大公司間之合併，通常會為報章雜誌所大幅報導；而搭售或轉售價格維持約定等行為，廣大的消費者往往是最有效的檢舉

⁵² 以美國法為例，從立法資料來看，國會並未就此一問題加以辯論。主要理由乃在立法當時，國會並未預見會出現許多的私人損害賠償訴訟。21 Cong. Rec. 2569 (1890)。事實上，參議員修曼於立法之時，是主張二倍的損害賠償。H. THORELI, *THE FEDERAL ANTITRUST POLICY* 212 (1955); Hovenkamp, *Antitrust Protected Classes*, 88 MICH. L. REV. 1 (1989)。

人。⁵³ 對於此類之違法行為，可以賦予較低之損害賠償乘數。至於像聯合訂價行為，多數屬於卡特爾成員間之秘密行為，發現不易；相對的，需以較高之乘數，始有可能達到最適防堵的結果。

從這個角度進一步思考我國公平法第三十二條之規定。該條授權法院得視違法情節輕重，決定科以當事人最高三倍的損害賠償額的規定，很明顯的較美國法有彈性，也與 Landes 法則的精神相合。然而從該條將三倍損害賠償限於被告之“故意”行為來看，吾人無法確定立法者於制定公平法三十二條時，其立意究係在實現防堵，或是單純在“懲罰”惡性較高之故意行為。從上述關於案件透明度與損害賠償計算相關性的分析，或許我們可以說，通常經過事先計劃之故意違法行為，其被發現之機率應低於過失之違法行為，故公平法三十二條可以在 Landes 法則下得到部分的解釋。惟假若加倍的損害賠償立法，其目的在實現最適防堵，則加倍乘數的決定與違法行為“道德非難性”的高低(故意或過失)應無關聯；除非所有之過失行為皆可被發現，否則仍應有加倍乘數之適用。

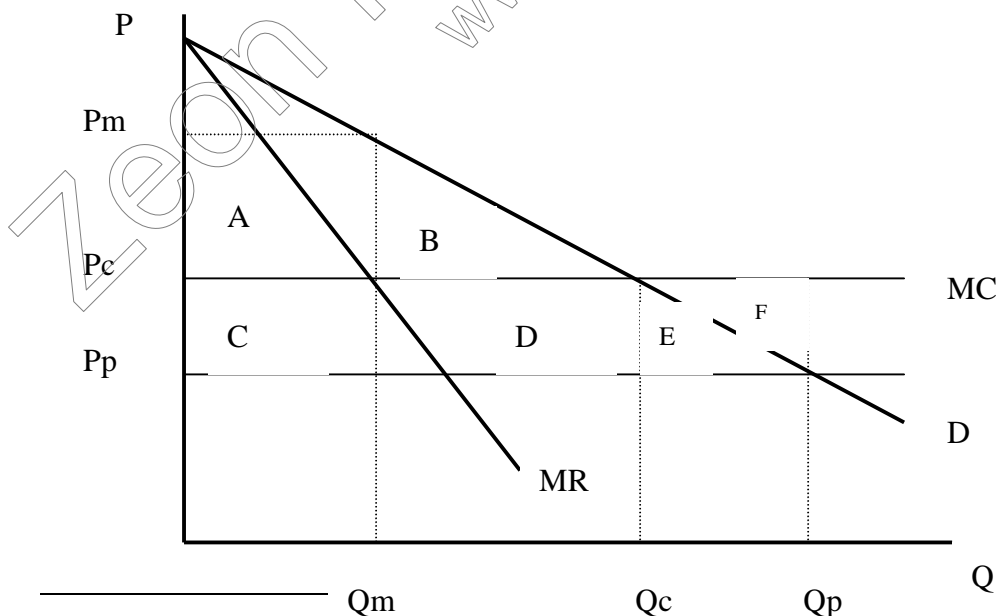
二、「排除競爭訴訟」

在 Landes 法則下，原告競爭者因被告排除競爭行為所失之利益，不應列入最適損害賠償額計算之內。否則，將出現提昇競爭效率而不會產生無謂損失之行為與其他對市場競爭不利之行為具相同的可罰性的情形，因為競爭者可能受到相同的損失。此項觀察意謂在防堵模型下，因被告排除競爭行為而受有損害

⁵³ HOVENKAMP, *supra* note 14, at 600.

之原告競爭者，其所受之損失，僅是圖 1 中 T 的部分移轉，與計算達成最適防堵目標之損害賠償額無關。美國著名反托拉斯法學者 Easterbrook 甚至於主張，因排除競爭行為而受損之競爭者，不應有提起私人損害賠償訴訟之當事人適格，只有最終消費者得以超額訴訟之方式來訟求損害賠償。⁵⁴

此項結論可被引申為，任何的排除行為，只要未造成產出之進一步減少，而使消費者剩餘與無謂損失的值擴大，皆不應有額外的反托拉斯法損害賠償責任產生。此可以圖 2 來加以說明。



⁵⁴ Easterbrook, *supra* note (1981); Easterbrook, *Identifying Anticompetitive Conduct*, 61 NOTRE DAME L. REV. 972 (1990).

圖 2

於圖 2 中，廠商於實施排除競爭行為前之最適損害賠償等於 $A + B$ 。假設基於排除競爭對手之考量，廠商決定採行掠奪性訂價，並將價格降至其邊際本以下 P_p 。而在該價格水平下，廠商之產出增加為 Q_p 。從圖形中，我們可以清楚的看出，原本屬於廠商的 A 的部分，因價格之降低而重新歸屬於消費者，而 B 則因產出的增加而消失。另外消費者因掠奪性訂價行為而多取得了 $C+D+E$ 的利益。固然，由於廠商之掠奪價格，使其需進行無效率的增產，由 Q_c 增加至 Q_p ，此行為產生了另一類型之無謂損失，可以 F 來代表⁵⁵。但不同於圖 1 之 W ， F 將由實施掠奪訂價的廠商自行負擔，而不會對社會造成額外的損失。故從防堵無效率違法行為的角度來看，因掠奪價格而遭排除之競爭者，實無提起私人訴訟之理由。

三．反托斯損害與當事人適格問題

就當事人適格問題而言，究竟當事人在法律上能否提起私人損害賠償訴訟，就 Lande 法則而言，最主要之探究重點可能不在於原告之損害是否為“反托拉斯損害”(antitrust injury)，也即其損害與原告之違法行為間有相當之因果關係且為反托拉斯法所欲保障之損害，而是應由何原告提起最能達到有效防堵的目的。當然，此與傳統法律之見解有相當大的出入；但 Lande 法則對當事人適格

⁵⁵ Lande, *supra* note 7, at 670-71.

之相關原則有幾點值得吾人引為分析依據之處。

(一)間接買者之適格問題

若吾人希望在現行損害賠償制度下，損害賠償金額之計算方式，除了能實質的補償原告之損失外，同時也能適當的防堵無效率違法行為，則 Landes 法則的啟示是，反托拉斯政策制定者需儘可能提高違法行為被發現之機率。從上述之公式與分析中，我們可以清楚的看出，當 p 的值愈接近 1 時，補償原則與防堵模型下之損害賠償額二者的差距愈小。也因此，於決定數個受到直接或間接損害之潛在原告何者具有當事人適格時，其判斷的重心，也應置於何者最有提起訴訟請求賠償之誘因，而非抽象的探討何者所受之損害與被告之行為具有相當之因果關係。此一看法，也許可以用來支持美國聯邦最高法院所建立之 *Illinois Brick* 法則。法院之所以否認間接購買者具有當事人適格，從防堵的角度來看，可以把它解釋為直接購買人通常較間接購買人更具有起訴的誘因。於一般情形下，直接購買者通常也是產品之重覆購買者與替代性產品之經常購買者，故對市場在無獨占或其他反競爭行為存在時之競爭價格水平為何，應有較清楚的了解。再加上由於直接購買者於垂直交易關係中處於最頂端，往往也是對賣方產生之生產成本結構知之最詳之交易當事人；⁵⁶ 也較有可能提起私人訴訟。再加上如果損害賠償金額被分割為數個部分，則每一個間接原告所得請求之金額也將減少，無

⁵⁶ Benston, *Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Private Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule*, 55 ANTITRUST L. J. 213, 234-35; 245-46; Page, *The Scope of Liability for Antitrust Violations*, 37 STAN. L. REV. 1445, 1486 (1985); Landes & Posner, *supra* note 46, at 608-09.

形中也將降低原告起訴之意願。

(二) “價格傘”(price umbrella)效果與非卡特爾成員客戶之當事人適格

經濟學文獻指出，當卡特爾只包括部分市場成員時，勾結價格很可能成為未加入卡特爾競爭者之追尋價格；換言之，該卡特爾價格形成一價格傘，甚至於可能成為市場之普遍價格。此時，非卡特爾成員的客戶，能否向卡特爾組織提起私人的損害賠償訴訟？同樣的，於補償原則下，此一問題將視該損害可否被認定為與勾結價格有因果關係之“反托拉斯損害。”但從Landes法則的精神來看，當事人適格的有無，決定在該類原告是否具有充分之提起訴訟誘因，而得以因此而增加違法行為被發現之機率。與此相關之另一重要問題為，假設該類客戶具當事人適格，則於計算最適損害賠償額時，是否需將未歸屬於卡特爾之利潤自計算中扣除，始能達到最適防堵的目的？

從避免過度的損害賠償責任所可能產生之“過度防堵”問題，答案應是肯定的。以一簡單之數字關係說明之。假設圖1中之 T, W, C 的值分別為\$100, \$60, 和\$61。由於 $C > W$ ，故此一行為應是法律所應鼓勵的。進一步假設從事此一行為之卡特爾只涵蓋了市場80%之廠商；換言之，卡特爾所得到之消費者剩餘移轉的部分等於 $(0.8)(T)$ 。此時，若將最適損害賠償訂在 $T + W = \$160$ 的水平，由於 $T + W > T(0.8) + C = 141$ ，將抑制了廠商進行該有效率行為之意願，而出現過度防堵的現象。

伍．Landes 法則之適用限制與修正—代結論

雖然 Landes 法則提供了反托拉斯學者從另一項思考損害賠償制度設計之方向，貢獻不容忽視；但於實際運用上，可能會出現以下幾點問題，有待克服。

(一)．Landes 法則與反托拉斯法“預防式”立法之衝突

於採用 Landes 法則以計算損害賠償時，第一個出現的問題是，該法則將與多數國家反托拉斯法中的相關預防式立法的精神相悖。例如在美國克雷頓法第七條，對於具有使市場更顯集中傾向(tendency)之結合行為，法院或相關主管機關即可以事先禁止之。⁵⁷ 換言之，廠商在利用結合，逐步擴張市場占有率的過程中，很可能尚未達到出現圖 1 中 T 與 W 的階段；此時依 Landes 法則，並無損害賠償之必要，但依現行法，卻可能是被禁止的行為。

(二)．Landes 法則與道德危險(moral hazard)

Landes 法則的另一項可能問題為，排除競爭訴訟之原告，於知悉消費者剩餘也構成其所得請求之損害賠償之一部時，其可能延後提起訴訟之時間，而讓消費者超額支付之損失擴大，以擴大自己所得請求之損償金額，而產生了一類型之道德危險。⁵⁸

(三)．對需求與供給行為之影響

Landes 法則忽略了該法則可能對消費者購買行為所產生的影響。當消費事先知悉其所受之損害賠償額為多少時，該項金額將降低消費者對與獨占者交易

⁵⁷ 請閱 U.S. v. E. I. Du Pont de Nemours & Co., 353 U.S. 586 (1957)及 Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962)二案。

之成本評估。換言之，假設消費者事先知悉其所受之損失將可獲得十足之補償，其消費行為，可能仍維會維持不變。另一方面，假設廠商與消費者有同樣的預期，則其可能會提高市場價格以彌補其未來損害賠償責任因適用加倍乘數而增加的結果。如此一來，市場之最終均衡價格與需求可能並不會受到影響；也即，Landes 法則希望以損害賠償設計來達到有效率防堵的目的，也可能無法實現。⁵⁹

(四) 計算上之困難

從法律的觀點來看，適用 Landes 法則之最大限制，應是計算上的困難。特別是，由圖 1 可知，最適損害賠償額之多寡，與廠商之邊際成本線形狀有密切的關係。但要求法院或主管機關去衡量廠商之實際邊際成本為何，就實務而言，幾乎是不可能的事。⁶⁰ 對於 Landes 法則之此一限制，美國波士頓大學法學院教授 Keith Hylton 嚐試以需求彈性的觀念來取代邊際成本的計算。其並將要素市場中之供給彈性引入修正後之計算公式，以擴大最適損害賠償理論之可能適用範圍。以下僅就 Hylton 教授之修正公式，及其政策上之相關啟示為一簡要之介紹。

(五) Landes 法則之修正

1. 以彈性資訊取代邊際成本

假設被告為最終產品市場之獨占者，其所面對之市場需求可以 $p = A - Bq$ 來代表，其中 $A > 0, B > 0$ 。 C 代表獨占者之邊際成本。於均衡時，

⁵⁸ HOVENKAMP, *supra* note 14, at 595.

⁵⁹ Jonathan B. Baker, *Private Information and the Deterrent Effect of Antitrust Damage Remedies*, 4 J. L. ECON. & ORG. 385, 392-93 (1988).

⁶⁰ ROBERT H. BORK, ANTITRUST PARADOX 108 (1978)(指出反托拉斯法院討論經濟學相關概念，如成本或消費者福利等，其目的往往是在顯示一項關係的存在，而無法量化。)

獨占者之產出為 $\frac{1}{2}(A+c)$ 個單位，價格為每單位 $\frac{A-c}{2B}$ 。依同樣的計算方式，移轉的消費者剩餘和無謂的損失分別為 $\frac{(A-c)^2}{4B}$ 與 $\frac{(A-c)^2}{8B}$ 。

進一步假設，勞工為獨占者生產的唯一要素。首先考慮要素市場處於競爭狀態，換言之，獨占者不具有影響工資水平之獨買力量。若 w 為競爭工資，而 l 為生產所投入之勞工，則獨占者之利潤，可以下列等式表示之。

$$f = pq - wl$$

對獨占者而言，最適的勞工僱用量，為僱用多一單位勞工所增加之收益，等於其所增加之成本。故於均衡時，其邊際利潤等於0。此可以以下之方程式來表示：

$$\frac{df}{dl} = \left(\frac{dp}{dq} \cdot \frac{dq}{dl}\right)q + p\left(\frac{dq}{dl}\right) - \left(\frac{dw}{dl} \cdot l + w\right) = p\left(\frac{dp}{dq} \cdot \frac{q}{p} + 1\right)\frac{dq}{dl} - w\left(\frac{l}{w} \cdot \frac{dw}{dl} + 1\right) = 0$$

由於 $\frac{dp}{dq} \cdot \frac{q}{p}$ 等於市場需求彈性(E_q^d)的倒數，and $\frac{l}{w} \cdot \frac{dw}{dl}$ 勞動供給彈性(E_l^s)的倒數，上述方程式可改寫為

$$p\left(1 - \frac{1}{E_q^d}\right)\frac{dq}{dl} - w\left(1 + \frac{1}{E_l^s}\right) = 0. \quad \text{或} \quad p \cdot \frac{\left(1 - \frac{1}{E_q^d}\right)}{\left(1 + \frac{1}{E_l^s}\right)} = w \cdot \frac{dq}{dl}.$$

以口語化的解釋來看， dq/dl 代表的是勞工之邊際產出，而方程式右方代表是獨占者之邊際成本。為求簡化，假設 $1 - \frac{1}{E_q^d} = \mathcal{E}$ 且 $1 + \frac{1}{E_l^s} = w$ ，則獨占者之

際成本函數為

$$p\mathcal{E}w^{-1} = c \quad (1)^{61}$$

⁶¹ 請閱 Keith N. Hylton & Mark Lasser, *Measuring Market Power When the Firm Has Power in the Inout and Output Markets*, in ECONOMIC INPUTS, LEGAL OUTPUTS—THE ROLE OF

假設產業具有固定規模報酬(constant returns to scale), 而獨占者之總成本函數可以 $C(w, r, q) = Kw^{\alpha} r^{1-\alpha} q$ 來表示, 其中 $0 \leq \alpha < 1$ 而 r 為生產資金成本。⁶²

則獨占者之邊際成本可以改寫為

$$C(w, r, q) = c = Kw^{\alpha} r^{1-\alpha}$$

由於勞工市場處於競爭狀態, 勞工之供給彈性趨近於無限大。邊際成本函數可進一步被改寫為

$$C(w, r, q) = c = K[w(1 + \frac{1}{E_l^s})]^{\alpha} r^{1-\alpha} = Kw^{\alpha} r^{1-\alpha} (1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha} = c(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha}. \quad (2)$$

將(2)代入(1), 獨占者之邊際成本變為

$$c = c(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha} = (\frac{A+c}{2})\Psi\Phi^{-1}(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha} = (\frac{A}{2})\Psi\Phi^{-1}(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha} + (\frac{c}{2})\Psi\Phi^{-1}(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha}$$

$$c \left[1 - \frac{1}{2} \Psi\Phi^{-1}(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha} \right] = \frac{A}{2} \left[\Psi\Phi^{-1}(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha} \right]$$

$$c = \frac{A[\Psi\Phi^{-1}(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha}]}{[2 - \Psi\Phi^{-1}(1 + \frac{1}{E_l^s})^{\alpha}]}$$

重新整理後, 得出

ECONOMISTS IN MODERN ANTITRUST 131, 132 (FRED. S. MCCHESENEY ed., 1998)

⁶² 這是著名的 Cobb-Douglas 成本函數。有關該函數的導出, 請參閱 ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, MICROECONOMICS 236-37 (3rd ed. 1995).

⁶³ 由於 E_l^s 趨近於無窮大, 所以 $\frac{1}{E_l^s}$ 等於 0。

$$c = \frac{A[\Psi(1 + \frac{1}{E_l^s})^r]}{[2\Phi - \Psi(1 + \frac{1}{E_l^s})^r]} = \frac{A(1 - \frac{1}{E_q^d})(1 + \frac{1}{E_l^s})^r}{2(1 + \frac{1}{E_l^s}) - (1 - \frac{1}{E_q^d})(1 + \frac{1}{E_l^s})^r} = \frac{A(1 - \frac{1}{E_q^d})}{2(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})}$$

.....(3)

2. 獨占與「獨占加獨買」下之最適損害賠償額

依方程式(3)之結果，我們可進一步運用 Landes 法則來計算單純獨占與「獨占加獨買」下之私人訴訟最適損害賠償額。當獨占者面對一競爭之勞工供給市場時，由於 $\frac{1}{E_l^s}$ 接近於 0，因此獨占者之邊際成本為

$$c = \frac{A(1 - \frac{1}{E_q^d})}{2(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})} = \frac{A(1 - \frac{1}{E_q^d})}{1 + \frac{1}{E_q^d}}$$

移轉之消費者剩餘(T)以及無謂的損失(W)分別如下:

$$T = \frac{(A-c)^2}{4B} = \frac{A^2}{4B} \left(1 - \frac{1}{1 + \frac{1}{E_q^d}}\right)^2 = \frac{A^2}{4B} \left[\left(1 + \frac{1}{E_q^d}\right) - \left(1 - \frac{1}{E_q^d}\right)\right]^2 \left(1 + \frac{1}{E_q^d}\right)^{-2} = \frac{A^2}{B} \left(\frac{1}{1 + E_q^d}\right)^2$$

$$W = \frac{A^2}{2B} \left(\frac{1}{1 + E_q^d}\right)^2.$$

Landes 法則下之最適損害賠償(“F”)為

$$F = T + W = \frac{3A^2}{2B} \left(\frac{1}{1 + E_q^d} \right)^2 \quad (4)$$

同理，當獨占者同時也是要素市場之獨買者時，移轉之消費者剩餘(\bar{T})、無謂的損失(\bar{W})以及最適的損害賠償(\bar{F})分別如下：

$$\begin{aligned} \bar{T} &= \frac{A^2}{4B} \left[1 - \frac{(1 - \frac{1}{E_q^d})}{2(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})} \right]^2 = \frac{A^2}{4B} \left[\frac{2(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - 2(1 - \frac{1}{E_q^d})}{2(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})} \right]^2 = \frac{A^2}{B} \left[\frac{(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})}{2(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})} \right]^2 \\ \bar{W} &= \frac{A^2}{2B} \left[\frac{(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})}{2(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})} \right]^2 \\ \bar{F} &= \frac{3A^2}{2B} \left[\frac{(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})}{2(1 + \frac{1}{E_l^s})^{1-r} - (1 - \frac{1}{E_q^d})} \right]^2 \quad (5) \end{aligned}$$

3. 修正公式之一些政策上的啟示

(1). 計算問題之解決

修正後之計算公，規避了 Landes 法則必需計算邊際成本與無謂損失之困難，而改以數據收集與計算相對上較容易之彈性資訊來取代。事實上，我們可以再進一步引入 Landes-Posner 於 1980 年代所提出之關於市場力量計算公式，而讓修正後之計算方法更具實用性。⁶⁴ Landes 與 Posner 認為，獨占者之市場力量是下列三項變數之函數：市場既存廠商之市場占有率，市場需求彈性，以及邊際廠商

⁶⁴ See Landes & Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937 (1981)

之供給彈性。⁶⁵ 依爾等之見解，三者間之關係，可以下列方程式來代表。

$$\frac{1}{E_m^d} = \frac{S_i}{[E_m^d + (1 - S_i)E_j^s]}$$

S_i : 市場既存廠商之市場占有率

E_m^d : 市場之需求彈性

E_j^s : 邊際廠商之供給彈性。

將 方程式(4)中之 E_q^d 以 $\frac{[E_m^d + (1 - S_i)E_j^s]}{S_i}$ 取代，得出

$$F = \frac{3A^2}{2B} \left[\frac{1}{1 + \frac{E_m^d + (1 - S_i)E_j^s}{S_i}} \right]^2 \quad (6).$$

幾項變數中， E_m^d 和 S_i 在數據收集上，較為簡單。雖然 E_j^s 數據之收集比較困難，但和無謂的損失相較，似乎是在實務上較為可行之考量變數。

(2) 當事人適格的問題

除 Landes 法則所提及之相關當事人適格的啟示外，修正後之計算公式可以被適用來檢討獨買契約私人訴訟中之適格問題。

比較方程式 (4) 和(5)，很明顯的當獨賣者同時也是要素市場之獨買者時，最適損害賠償額應大於單純獨占之情形。⁶⁶ 從直覺上而言，這似乎是正確的結論。因為於獨占-獨買並存的情形，我們可以預期廠商成功不當濫用其市場地位以排除市場競爭與傷害消費者之機率也將提高，故需有較高額之損害賠償始能

⁶⁵ *Id.*, at 945 (1981).

⁶⁶ 請參閱附註之例式。

達到有效防堵的目的。

(3) 市場占有率作為市場力量之代理變數 r

修正後之公式也顯示，最適損害賠償與被告市場力量程度為何，有相當密切的關係。也因此，其額度之多寡，也應隨廠商市場占有率變動情形而適時的加以調整。從理論來說，廠商之市場力量，會隨市場需求彈性及邊際廠商之供給彈性的降低而增加。因此，當消費者對產品之需求變得較有彈性，或當潛在競爭愈形激烈時，最適損害賠償額也應降低。相反的，其應隨著廠商之市場占有率的增加而增加。例如，以 Ω 來代表公式(6)中之 $1 + \frac{E_m^d + (1 - S_i)E_j^s}{S_i}$ 。為了解

上述三項變數對最適損害賠償額之響，分別就 E_m^d 、 E_j^s 及 S_i 對 F 進行微分，可得出下列結果：

$$\frac{dF}{dE_m^d} = \frac{dF}{d\Omega} \frac{d\Omega}{dE_m^d} = \left[\left(\frac{-3A^2}{B} \right) \Omega^{-3} \right] \left(\frac{1}{S_i} \right) < 0 \quad \frac{dF}{dE_j^s} = \left[\left(\frac{-3A^2}{B} \right) \Omega^{-3} \right] \left(\frac{1 - S_i}{S_i} \right) < 0$$

$$\frac{dF}{dS_i} = \left[\left(\frac{-3A^2}{B} \right) \Omega^{-3} \right] \left[- (1 + E_m^d + E_j^s) (S_i)^{-2} \right] > 0.$$

除此之外，從修正後之公式，我們亦可觀察到各變數對損害賠償額變動之相對影響程度。取上述各項項微分結果之絕對值，我們可得出

$$\left| \frac{dF}{dS_i} \right| > \left| \frac{dF}{dE_m^d} \right| > \left| \frac{dF}{dE_j^s} \right|. \quad \text{這表示最適損害賠償額之變動與廠商之市場占有率之變動最有關係。}$$

換另一種說法，以 $\frac{dF}{dE_m^d}$ 的絕對值除以 $\frac{dF}{dE_j^s}$ 得出 $\left| \frac{1}{1 - S_i} \right| > 1$ 。同

樣的，以 $\frac{dF}{dS_i}$ 的絕對值除以 $\frac{dF}{dE_m^d}$ 得出 $\left| \frac{-(1 + E_m^d + E_j^s)}{S_i} \right| > 1$ 。這代表市場占有率

對廠商市場力量變動的影響程度，可能較需求彈性或供給彈性要來得大；政策上以其作為判斷市場力量有無之最主要代理變數，有其學理上之依據。

(4) 修正公式與當然違法原則之適用

傳統反托拉斯法下之當然違法原則，主要的目的在實現司法經濟。但其往往忽略了行為本身所可能具有之促進競爭的正面效果，而遭學者詬病。⁶⁷ 藉由彈性資訊的引入，修正後之公式，可在相當程度內降低當然違法制裁了具促進市場競爭行為之風險。舉例而言，當轉售價格維持行為出現在市場需求彈性與邊際廠商供給彈性都很高的市場時，假設廠商之市場占有率不變，則修正後公式所計算出之賠償額將低於補償原則下之賠償額。甚至於當需求或供給彈性都很大的時候，其所決定出來之賠償額可能微不足道，而不會影響廠商實施有效率轉售價格維持行為。⁶⁸ 反之，當市場需求與供給彈性都很低時，損害賠償額將隨之升高，而較有可能達到禁止無效率轉售價格維持行為之目的。

⁶⁷ See Jonathan B. Baker, *Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of "Most-Favored-Customer" Clauses*, (Remarks made before Business Development Associates, Inc. Antitrust 1996 Conference, September 28, 1995)

⁶⁸ 當 E_m^d 和 E_s^s 趨進於無窮大時， F 則接近於 0。有關轉售價格維持最有名之促進競爭效果，當屬 Telser 所提出之“搭便車”理論。See Lester Telser, *Why Should Manufacturer Want Fair Trade*, 3 J. L. & ECON. 86 (1960). See also, Andy C. M. Chen & Hylton, *Procompetitive Theories of Vertical Control*, 50 HASTINGS L. J. 573 (1999).

附註:

為顯示當獨占廠商同時也是獨買廠商時，反托拉斯法之最適損害賠償額應高於單純獨占之情形，以下僅以實際數值代入公式以觀察其模擬結果。 假設 $A=B=1$ ，且廠商於追求利潤極大化的前題下，其生產規模應位於需求線上具彈性之部分，⁶⁹ 在 E_q^d 分別等於 2, 2.5, 3, 3.5, 以及 4 時， F 與 \bar{F} 的值分別如下。

I. $E_q^d=2$

$$F=0.166667$$

\bar{F}	$E_i^s=0.25$	$E_i^s=0.50$	$E_i^s=0.75$	$E_i^s=1.00$
$r=0.25$	0.316842	0.288303	0.269262	0.255478
$r=0.50$	0.286534	0.259157	0.242592	0.231239
$r=0.75$	0.239552	0.219743	0.208936	0.201933
$r=1.00$	0.166667	0.166667	0.166667	0.166667

II. $E_q^d = 2.5$

$$F = 0.122449$$

\bar{F}	$E_i^s = 0.25$	$E_i^s = 0.50$	$E_i^s = 0.75$	$E_i^s = 1.00$
$r = 0.25$	0.30472	0.269948	0.24664	0.229844
$r = 0.50$	0.267780	0.23434	0.214103	0.200249
$r = 0.75$	0.210391	0.18625	0.173127	0.16465
$r = 1.00$	0.122449	0.122449	0.122449	0.122449

⁶⁹CARLTON & PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION 138-39(2nd ed. 1994).

III. $E_q^d = 3$

$$F = 0.09375$$

\bar{F}	$E_i^s = 0.25$	$E_i^s = 0.50$	$E_i^s = 0.75$	$E_i^s = 1.00$
$r = 0.25$	0.296551	0.257544	0.231426	0.212518
$r = 0.50$	0.255119	0.217562	0.194871	0.179371
$r = 0.75$	0.190714	0.163752	0.149166	0.139782
$r = 1.00$	0.09375	0.09375	0.09375	0.09375

IV. $E_q^d = 3.5$

$$F = 0.074074$$

\bar{F}	$E_i^s = 0.25$	$E_i^s = 0.50$	$E_i^s = 0.75$	$E_i^s = 1.00$
$r = 0.25$	0.290675	0.248606	0.220431	0.200049
$r = 0.50$	0.24599	0.205485	0.181056	0.164411

$r=0.75$	0.176588	0.147688	0.132134	0.122169
$r=1.00$	0.074074	0.074074	0.074074	0.074074

V. $E_q^d=4$

$F=0.06$

\bar{F}	$E_i^s=0.25$	$E_i^s=0.50$	$E_i^s=0.75$	$E_i^s=1.00$
$r=0.25$	0.286245	0.241863	0.21014	0.190659
$r=0.50$	0.239103	0.196384	0.170671	0.153192
$r=0.75$	0.165975	0.135684	0.119466	0.109119
$r=1.00$	0.06	0.06	0.06	0.06