

法政學報

— 第十七期 —

2004 年 05 月

有價證券公開發行規制範圍之研究

— 由日、美制度檢視我國之規定 林麗香

公民投票與主權理論 張正修

南亞地區女性地位影響因素之探討 邱大昕

競選議題的建構

：以 2000 年總統大選的興票案為例 林聰吉

民族國家的未來

— 全球治理與國家發展的觀點 林文斌

行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究

— 以「協議裁決」為中心 謝佩芬

淡江大學 公共行政學系
公共政策研究所

台灣 淡水
ISSN 1023-2230

法政學報

— 第十七期 —

目 錄

有價證券公開發行規制範圍之研究 — 由日、美制度檢視我國之規定.....	林麗香	1
公民投票與主權理論.....	張正修	37
南亞地區女性地位影響因素之探討.....	邱大昕	65
競選議題的建構 ：以 2000 年總統大選的興票案為例.....	林聰吉	91
民族國家的未來 — 全球治理與國家發展的觀點.....	林文斌	117
行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究 — 以「協議裁決」為中心.....	謝佩芬	151

Journal of Law and Political Science

No.17

May 2004

Contents

- On the regulations of Public Offering of Securities
— A Comparative Study on Japan, US, and ROC Regulations
..... Lie-Hsyang Lin 1
- Referendum and Theories of Sovereignty.....Cheng-Shuh Chang 37
- Factors Affecting Women's Status in South Asia
..... Tasing Chiu 65
- The Agenda-building in Taiwan's 2000 Presidential Election:
The Case of the Shin-Piao incident..... Tsong-Jyi Lin 91
- Future of Nation-states: Global Governance and National Development
..... Wen-pin Lin 117
- Antitrust Regulatory Measures Under the trend towards Bureaucratic
Regulation — A Study on Consent Decree
..... Pei-Fen Hsieh 151

Published by
Department of Public Administration, Tamkang University
Tamsui, Taiwan

有價證券公開發行規制範圍之研究

- 由日、美制度檢視我國之規定 -

林麗香*

摘 要

企業以發行證券方式經由資本市場分銷與投資人，而取得公司營運之資金。為保護投資人並維護投資人對資本市場之信心，主管機關對於有價證券之公開發行應予以有效之管理，此亦為證交法之重要內容之一；換言之發行企業必須履行公開義務。不過，公開義務之履行卻成為發行企業之重大負擔，甚至怯於利用資本市場籌措資金。職是於取得兩者之平衡上而不妨礙投資人保護目的之前提，如何減少規制範圍，使資本市場充分發揮經濟機能，則成為有價證券公開發行規制上之重要課題。美、日等國為減少發行企業之負擔，於公開發行管理之規制上有適用免除證券、少額免除、私募制度等存在。本論文乃考察彼等制度之內

* 淡江大學公共行政學系暨公共政策研究所專任副教授

容，從而於比較法上檢討我國之相關規定，冀將來能成為修法之參考。

其中我國並無少額免除制度存在，不過斟酌投資人保護之必要性，於減少有價證公開發行障礙之權衡上，少額免除制度之引進仍值參酌。

此外，我國之私募制度雖與美國相同，不過 35 人以下之人數基準限僅於以適格特定投資人為對象而已，故私募範圍相當狹小；又私募股份所附加再轉讓之限制，是否違反股份轉讓自由原則，是以日本排除公開發行公司私募股份或含有股份性質證券之可能性，乃值得參酌。

關鍵詞：有價證券、投資人保護、公募、私募、有價證券申報書、公開說明書、發行申報免除

壹、前言

企業以發行證券方式經由資本市場分銷與投資人，而取得公司營運之資金。為保護投資人並維護投資人對資本市場之信心，主管機關對於有價證券之公開發行應予以有效之管理，此亦為證交法之重要內容之一。現在美、日等資本市場法制之先進國家對於有價證券公開發行之管理乃採申報制，而我國除申報制外，兼採核准制¹。所謂申報制乃指發行企業依規定事前將企業內容與證券發行事項之資訊向主管機關申報，在一定期間內經主管機關之審查，除非發現任何缺失而命補正外，於期間屆滿時則申報自動生效，生效後企業才能進行募股；而核准制乃主管機關基於實

¹ 參照證交法第 22 條 1 項，及發行人募集與發行有價證券準則第 12 條、第 13 條，由前述規定可知我國以申報制為原則，例外情形仍維持核准制。

質管理，於經審查後而對證券發行具有核准與否之裁量權。不過不論申報制或核准制，發行企業皆必須提出申報書（或申請書）及公開說明書等書類供主管機關審查，從而必須製作詳細財務業務資料與證券發行資訊，並經會計師及其他專家之簽證，此乃成為發行企業之重大負擔。且企業於公開發行證券後即成為公開發行公司，依證交法規定於流通市場仍然繼續負有公開之義務，例如定期的每年提出年度財務報告書與每半年度財務報告書，並每季終了後提出季報表與每月提出營業情形之報告等，又須不定期的於重大事實發生而足以影響股票價格時立即公告周知²。甚至於核准制因主管機關實施實質審查，常須牽延時日，緩不濟急，妨礙企業資金之取得。

有價證券公開發行之管理固然基於投資人保護之目的，但相對的卻造成發行企業之重大負擔，致企業怯於利用資本市場籌措資金之虞。因此於不妨礙投資人保護目的之達成，如何減少規制範圍，使資本市場充分發揮經濟機能，則成為有價證券公開發行規制上之重要課題。美、日等國為減少發行企業之負擔，於公開發行管理之規制上有適用免除證券、少額免除、私募制度等存在。本論文乃考察彼等制度之內容，從而於比較法上檢討我國之相關規定，冀將來能成為修法之參考。

貳、適用免除證券

一、日本法之規定

² 參照證交法第 36 條之規定內容。

發行人於有價證券之募集或賣出之際，原則上應向內閣總理大臣提出申報(證交法第 4 條第 1 項)，不過證交法第 3 條規定第 2 條所列舉之有價證券中之特定有價證券可排除情報公開制度之適用。該特定有價證券範圍包括：(1)國債證券(證交法第 2 條第 1 項第 1 款)；(2)地方債證券(證交法第 2 條第 1 項第 2 款)；(3)法人依特別法規定所發行之債券(證交法第 2 條第 1 項第 3 款)例如依長期信用銀行法設立之銀行所發行之債券或依帝都高速度交通營團法而發行之東京交通債券等；(4)依特別法規定設立之法人所發行之出資證券(證交法第 2 條第 1 項第 5 款)，例如依長期信用銀行法設立之日本銀行之出資證券；(5)貸付信託之受益證券(證交法第 2 條第 1 項第 7 款之 3)；(6)政府擔保償還原本及利息之公司債；(7)其他政令所定之有價證券，例如依日本加盟之條約而設立之機構所發行之證券，並依該條約於日本國內進行募集或賣出時應取得日本政府之同意者，包括世界銀行債券、亞洲開發銀行債券等皆是(施行令第 2 條)。

上述證券於證交法上公開發行規制之免除適用理由如下：(1)和(2)之情形乃因由國家及地方公共團體負責本金及利息之支付，故較無債務不履行之問題；(6)之情形則因由政府擔保本金及利息之支付，故無須依情報公開制度保護投資人之必要；(3)與(4)之情形則為依特別法規定而發行，其發行須經主管機關許可並受嚴格監督之故，因此無須特別為情報公開之必要；(5)之貸付信託，雖對取得受益證券之一般投資人亦應實施保護，不過貸付信託法中已另有情報公開制度存在(貸付信託法第 7 條等)，故排除證交法上公開發行規制之適用；(7)之情形，由於政府參與該發行機構之運作，故對該機關之內容及證券之安全性可為充分之調查，故無須再令公開之必要³。

³ 近藤光男等，新訂第二證券取引法入門(商事法務)頁 113；堀口垣，最新證券取引法

二、美國法之規定

關於適用除外證券之種類，主要規定於連邦證券法第 3 條。依該條之規定，共有六種證券得豁免證券法上的登錄（申報）義務：

1. 政府證券及銀行證券

依證券法第 3 條(a)項(2)款之規定，由美國或其屬地、州所發行或保證之證券、由銀行發行或保證之證券、由銀行管理運用之投資信託持份證券等，可以免除登錄之義務。由政府所發行或保證之證券可以免除登錄義務之理由在於國家較無債務不履行之可能。不過由州政府所發行之地方證券(municipal securities)是否應豁免登錄義務仍有爭議，蓋地方政府證券可能因為地方官員為確保地方財源而有誤導性資訊之提供，且地方債較有陷入債務不履行之可能。因此美國證管會（SEC）於 1989 年制定規則 15c2-12，即要求地方證券之承銷商須向發行人索取公開書類，以提供證券購買人閱覽⁴。

銀行發行之證券乃基於銀行体系本身有監督機制存在，故豁免登錄義務；此外對於金融證券化之商品，例如經銀行保證之持份權證券等亦可免除登錄義務。至於由保險公司所擔保之證券，因法無明文故不得豁免登錄義務⁵。

註解 [u1]:

註解 [s2]:

（新訂第 4 版）（商事法務）頁 75。

⁴ 黑沼悅郎，アメリカ證券取引法（弘文堂）頁 46。

⁵ 此使得保險公司於與銀行競爭上居於不利之地位。議會曾在 1986 年責成 SEC 調查第 3 條(a)項之範圍得否擴張到保險公司所擔保之證券；不過 SEC 之態度，仍持否定。

2. 儲蓄貸款協會(savings and loan association)等證券

由儲蓄貸款協會、建築貸款協會、協同組織銀行、房屋貸款組織協會及類此之機構所發行證券，而受聯邦或州主管機關監督者，則可豁免登錄義務(證券法第 3 條(a)項(5)款)。

3. 短期票據及其他債務證書

票據等債務證書若以短期交易為目的且期間不超過 9 個月時，則可豁免登錄義務(證券法第 3 條(a)項(3)款)，例如商業本票 (commercial paper)。商業本票指財務健全之企業與其他企業間融通資金所發行之無擔保票據，其免除登錄義務之理由，在於期限短而風險性低，較無債務不履行之危險。不過，對於豁免登錄義務之商業本票，仍有下列之限制：即依該商業本票所融通之資金不得用於清償既有債務或購入固定資產之用，同時 SEC 在運用上亦要求其須具有較高之評等且不得以一般投資人為勸誘對象⁶。

4. 非營利組織之證券

非以金錢利益而以宗教、教育、博愛、友愛、慈善、感化等為目的之團體組織所發行之證券得豁免登錄義務(證券法第 3 條(a)項(4)款)。蓋此類證券投資人多非以獲利為目的，故該組織之經濟活動無須詳細揭露之必要。此外，友愛(fraternal)一語在字義上過於廣泛，故 SEC 在解釋上採較限縮之態度而認為以社交為目的之組織不該當於所稱以友愛為目的之組織，例如非營利性之高爾夫

⁶ 同前揭(註 4) 黑沼，頁 47。

俱樂部⁷。

5. 保險及年金

對於保險業之規制乃依州法為之，從而受州機關監督之保險公司所發行之保險證書、養老保險證書、年金契約書則豁免於登錄義務(證券法第 3 條(a)項(8)款)。至於變額保險或變額年金是否屬於適用除外證券仍有爭議存在⁸。所謂變額保險或變額年金，乃保險公司本身並不承擔運用保險金之成果或風險，而由訂定保險契約之當事人自行承擔。最高法院在 **Variable Annuity** 事件判決⁹ 中認為變額年金契約由於保險公司並不承擔運用保險費之風險，此與一般保險係承擔風險之本質不符，故肯定變額年金之募集有證券法規定之適用。

然保險業者對於最高法院判決則採取下列之因應措施，即在變額年金契約中訂定由保險業者保證本金及一定利率之利息，透過此等之風險承擔，以避免受聯邦證券法之規範。不過在 **United Benefit Life** 事件判決中，最高法院認為縱使保險人承擔最低保證之風險，只要該變額年金契約乃以投資運用之績效吸引投資人訂約即不該當於所稱之保險¹⁰。

由於變額年金及變額保險等具有投資性之商品出現，SEC 遂於 1982 年訂立安全港規則，符合規則 151 規定之標準者，即可成為證券法第 3 條(a)項(8)款所稱之適用除外證券：(1)受聯邦或州政府監督之銀行或保險公司所發行；(2)非主要以投資名義進行宣傳或販賣活動；(3)該契約中載明由發行人承擔投資之風險。而此所

⁷ 同前揭(註 4) 黑沼，頁 48。

⁸ 同前揭(註 4) 黑沼，頁 48—49。

⁹ SEC v. Variable Annuity Life Insurance Co. of America, 359 U.S. 65 (1959)

¹⁰ SEC v. United Benefit Life Insurance Co. of America, 387 U. S. 202 (1967)

稱之承擔投資風險，乃指發行人保證本金及最低利息之支付，但超過最低利息部分之利息變動每年不得超過一次以上¹¹。

6.其他之適用除外證券

公共運送業者為籌措取得車輛之資金而發行之鐵路設備信託，依證券法第3條(a)項(6)款規定屬適用除外證券之一種。破產管理人或財產受託人經法院許可所發行之證券依證券法第3條(a)項(7)款規定亦同屬除外證券之一種。

參、少額免除

一、日本法之規定

證券公開發行時，發行企業必須履行公開義務以保護投資人，而此造成發行企業經濟及事務上之重大負擔。不過當發行金額或賣出金額屬小額，投資人保護之必要性較低時，仍然強制發行企業必須履行公開義務，未必妥當。因此，日本依證交法第4條第1項第3款的規定，當證券之發行金額或賣出¹²金額之總額未超過一億日圓時，該募集或賣出無須申報，此即稱之「少額免除」。

然而，於短期間內數次實施少額募集或賣出時，依現行法規規定似無須提出報，但實質上卻可達到一億元以上之募集或賣出效

¹¹ 同前揭(註4)黑沼，頁49

¹² 指已發行證券之再行分銷，相當於我國證交法第22條第3項之再行招募。

果。因此為避免此類之脫法行為，並確立資訊公開制度，依內閣府令規定，縱使發行金額或賣出金額未滿一億日圓，在下列之情形下仍有申報義務之存在：

1. 二年期間內有價證券募集與賣出總額合計達一億日圓以上

合計之有價證券須為同一種類，種類之判斷依證交法第 2 條第 1 項所規定之種類，所以公司債與股票非屬同一種類，但附新股認購權或轉換公司債視為與股票相同種類。二年期間內不僅包括開始實施之募集或賣出金額，且實施終了之募集或賣出皆應合併計算；其合併計算方式不僅募集與募集，且募集與賣出、賣出與賣出間皆須合併¹³，例如少額免除 8000 萬圓之募集或賣出實施後，二年內另外再實施 2000 萬圓之募集或賣出，則後者之募集或賣出因合計總額達一億圓之故，須提出申報。不過募集與募集之合計固然基於避免發行人分次實施以逃避申報之漏洞，但募集與賣出或賣出與賣出，其實施主體互異，難謂堵塞逃避申報之漏洞而學者質疑其合計之必要性¹⁴。

2. 勸誘對象人數於期間內合計該當於募集

新發行之有價證券雖以少數人為勸誘對象實施私募，但過去六個月內與該有價證券相同之證券亦已實施少人數之私募時，則勸誘對象人數須合併計算，若達 50 名以上時，則此次之少人數私募該當於募集；因此縱然此次之募集金額未滿一億圓，但與過去之私募金額合併計算達一億圓以上時，此次之募集仍須提出申報

¹³ 參照企業開示府令第 2 條第 1 項第 1 款、2 款。

¹⁴ 同前揭（註 3）堀口，頁 83。

15。

3.同種類有價證券之募集或賣出併行

同一種類有價證券之募集或賣出併行實施，例如總額 8000 萬圓有價證券以低於時價之價格對股東分銷，同時另外總額 6000 萬圓之有價證券對一般投資人實施募集，募集價格之差異而構成二個募集計劃，雖各個發行價額皆未達一億圓，但合計總額卻超過一億圓，因此二者皆應各別提出申報；而此申報書應個別製作，不過基於發行人之事務與經濟上負擔之考量，實務上僅提出一份申報書而已¹⁶。所謂「併行」實施乃謂繳納價款或交付股票之期限大致相同，但學者認為不應以此為唯一基準，蓋只要將期限稍為搓開，即可迴避合併計算，此似不適當¹⁷。此外合併計算之募集或賣出，其中一個金額一億圓以上，或二年內合計達一億圓以上時，同時實施之另一個募集或賣出縱然金額未滿一億圓但仍須提出申報¹⁸。

4.申報生效之效力停止期間內實施募集或賣出

有價證券申報書或發行登錄書之重要事項有虛為不實記載而受內閣總理大臣效力停止或生效期間延長之處分時，於處分期間，發行人另行有價證券之募集或賣出，該募集或賣出價額之總額縱然未滿一億圓，仍然須提出申報。此乃避免前次提出申報因

¹⁵ 參照企業開示府令第 2 條第 1 項第 3 款

¹⁶ 同前揭（注 3）堀口，頁 85。

¹⁷ 企業內容等開示留意事項 4-9；並參照同前揭（注 3）堀口，頁 85。

¹⁸ 企業開示府令第 2 條第 1 項 1 款 3 款；企業內容等開示留意事項 4-5~10。

受停止或延長處分之故，置之不理，改以少額方式募集或賣出而迴避申報之提出¹⁹。

二、美國法之規定

當募集之金額少於 500 萬美元時，證券法第 3 條(b)項賦予 SEC 認定該發行證券是否為適用除外證券之權限；亦即當 SEC 對於該次低於 500 萬美元之募集認為於公益上或投資人保護上無保護必要時，得將該次募集所發行之證券認定為適用除外證券。而於證券法之授權下，SEC 遂制定行政規則規定少額免除情形，其內容主要依 Regulation D 及 Regulation A 之規定。

1. Regulation D

Regulation D 中對於少額免除規定於規則 504 及規則 505 中。依此規定，若(1)投資公司或依 1934 年證券交易法登錄公司以外之人在 12 個月期間內從事不超過 100 萬美元之證券募集時，則免除登錄及履行公開之義務(規則 504)；(2)投資公司以外之人在 12 個月期間內對適格投資人及不超過 35 人之非適格投資人進行不超過 500 萬美元之募集時，亦同免除之(規則 505)。

依規則 504 規定實施少額募集或僅以適格投資人為募集對象時，則發行人無須申報且履行公開義務；不過如依規則 505 規定對適格投資人以外實施少額募集，發行人雖不必提出申報但對證券購入者仍應事前提供特定情報(規則 502(b)項(2)款)。而該情報之內容則依發行規模及發行人性質而有所差異，例如依證交法

¹⁹ 同前揭(注3)堀口，頁86；並參照開示府令第2條第1項4款、5款。

登錄之公司可使用向 SEC 申報之繼續性公開書類²⁰。

2.Regulation A

Regulation A 不同於 Regulation D 並未完全免除發行人之登錄義務，僅允許發行人採用較簡易之登錄方式以減低申報費用，換言之使用簡易申報書 Form 1-A (規則 255)，該申報書僅為 SEC 審核之用而非提供投資人投資判斷情報之用。

發行人在一年期間內實施總額未達 500 萬美元之募集時則可依 Regulation A 規定取得少額免除之地位(規則 251(b))；又證券持有人一年內再行招募未超過 150 萬美元，並與發行人之所實施之募集總額合計未超過 500 萬美元，亦可使用簡易申報書。而證券持有人於再行招募時使用簡易申報書須經發行人署名之故，因此發行人可能控制證券持有人再行招募之實施，以免超過總額限制²¹。

發行人向 SEC 提出申報後使用相當於公開說明書之「募集概況書(Offering Circular)」進行勸誘活動，此募集概況書之記載較一般公開說明書簡潔且財務報表無須經會計師之簽證²²；而募集概況書之交付於募集申報生效後九十天內之證券分銷均適用之(規則 251(d))。1992 年 SEC 為鼓勵小規模創業，則允許使用更簡易之 Form SB-2 並製作公開說明書；而利用 Form SB-2 之發行人資格為年收益未滿 2500 萬美元之企業，且股份市值未滿 2500 萬美元者(規則 405)。

²⁰ 同前揭(註 4) 黑沼，頁 54。

²¹ 同前揭(註 4) 黑沼，頁 55-56。

²² David L. Ratner 等著，野村證券法務部譯、神崎克郎等監譯，最新美國證券法制概說商事法務，頁 57。

肆、私募之免除

一、日本制度

日本對於企業新發行有價證券申購所實施之勸誘行為，分為「私募」與「募集（相對於私募以下稱公募）」（證法 2 條 3 項），而依證交法第四條 1 項規定「有價證券之募集須向內閣總理提出申報後才可為之」。換言之發行企業僅於以公募方式籌措資金時才須負申報義務；私募方式除特定情形²³，因基於行政監督為掌握有價證券發行之實況並防止申報義務迴避之必要而提出有價證券通知書²⁴外，並無特別規制存在，從而發行企業以私募方式籌措資金可減輕負擔並可自由的任意為之。又證券發行之申報義務僅於實施勸誘行為才發生，無關於勸誘行為之證券發行例如法定公積撥充資本或股票股利而發行新股，由於該新股之發行乃依股東會或董事會之決議為之並對全部股東無償交付；此異於一般新股之發行，無須經投資人合理判斷後提出對價而應募該新發行股份。又，例如合併、分割、股份交換或移轉而發行新股、因應可轉換公司債行使轉換權而發行新股等，同樣的無須實施勸誘行為，此等新股發行皆不該當於「公募」（或私募）而無申報義務之存在²⁵。此外申購之勸誘行為非以「均一條件」為必要，因此可以阻斷企業以發行價格或繳款日期等條件之些小差異分次招募而迴避申報義務之漏洞²⁶。所以現實上公開招募新發行有價證券

註解 [u3]:

²³ 非公開發行公司對於少數之私募股份，金額達一億圓以上者；參照企業內容等の開示に關する內閣府令第 6 條。

²⁴ 有價證券通知書非提供投資判斷資料為其目的之故，記載內容僅限於必要之範圍，因此企業情報可以省略，參照企業內容等の開示に關する內閣府令第一號樣式。

²⁵ 參照企業內容等の開示に關する留意事項について 2-4 條規定（平成 11 年 4 月大省金融企画局）。

²⁶ 同前揭（注 3）近藤，頁 112。

時，若依投資人應募時之市場價格分銷，而市場價格每日變動之故，投資人之申購價格亦有所差異，然而因符因「公募」要件之故，仍須履行申報公開義務。

證券發行之「公募」依證交法第 2 條 3 項之規定須符合下列規定才可稱之，即 1.以多數投資人為勸誘對象並該當於政令規定者（但僅以對有價證券投資具有專業知識與經驗並經內閣府令規定者「以下稱適格機關投資家」為勸誘對象者除外）。2.除前 1 號規定者外，須無下列情形之一者：（1）僅以適格機關投資家為勸誘對象並該有價證券再由取得者轉讓與適格機關投資家以外一般投資人之可能性很少，並該當於政令規定者；（2）除前 1 號政令所規定者與（1）所規定情形者外，該有價證券再由取得者轉讓與多數者可能性很少，而該當於政令所規定者。「公募」須以多數人為勸誘對象，該多數人於證交法施行細則第 1 條之 4 中明文規定為 50 名以上。

至於「私募」於證交法中並無明確定義，僅謂證券發行申購之勸誘行為「非屬公募」者稱之。所以由前述公募之定義予以分析歸納並參酌相關之行政命令，「私募」之適用範圍如下之考察：

（一）僅以適格機關投資家為勸誘對象，且該證券再轉讓與適格投資家以外之一般投資人可能性很少，並該當於行政命令規定者。

1.僅以適格機關投資家為勸誘對象

所謂「適格機關投資家」乃指對有價證券投資具有專業知識與經驗，並經內閣府令規定者。具體業者依內閣府令規定之範圍

如下：證券商、證券投資信託業者、證券投資法人、銀行、保險公司、信用及勞動金庫、農林中央金庫、商工協會中央金庫、信用合作社、辦理全權委託業務之證券投資顧問業者、郵政儲金等資金運用業者、年金福利事業團體、國際協力銀行、日本政策投資銀行、農協或漁協而經金融庁指定者²⁷。而平成 11 年為擴大私募債之市場，因此增訂符合一定基準之一般事業法人而經金融庁指定者亦可成為私募之對象。而一定基準指最近事業年度之有價證券報告書內資產負債表上記載「有價證券」及「投資有價證券」金額總計達 500 億圓以上，並向金融庁提出申報而經該庁長官指定之法人²⁸。

「適格機關投資家」對於有價證券投資具有專業知識與經驗之故，自己有能力蒐集並分析企業內容之重要資訊以為投資判斷依據，故無須依賴申報制之情報公開制度予以保護。從而對於新發行有價證券之申購若僅以適格機關投資家為勸誘對象，不論其人數之多寡，縱然超過 50 名亦無須申報，以減輕發行企業之公開義務負擔。不過勸誘對象人數超過 50 名以上而其中不僅有適格機關投資家還包括一般投資人時，為保障一般人之資訊取得發行企業仍不能免除申報義務。

2.該證券於取得後再轉讓與一般投資人可能性很少

僅以適格機關投資家為對象之「私募」證券，須該證券於適格機關投資家取得後再轉讓與一般投資人可能性很少之者，才能以

²⁷ 不過與投資人訂立全權委託契約買賣有價證券之投顧業者及以自己名義依顧客之指示買賣證券之證券商，雖然形式上為適格機關投資家，但實質上勸誘對象為其顧客之一般投資人之故，目前仍不得為私募之對象。企業財務制度研究會編著，證券取引法における新「ディスクロージャー制度」詳解，(稅務研究會出版局)，頁 30；並參照參照企業內容等の開示に關する留意事項について 2-5 條規定(平成 11 年 4 月大省金融企画局)。

²⁸ 參照證券取引法第 2 條に規定する定義に關する内閣府令第 4 條 1 項。

私募方式分銷之，其理由在於為防止發行企業利用「適格機關投資家」為對象之私募方式迴避公開義務。蓋各個「適格機關投資家」依私募方式取得證券後若可能再轉讓與一般投資人，縱然各個受讓與之投資人為少數，但由於私募之「適格機關投資家」人數不限，所以多數個「適格機關投資家」之對少數人轉讓亦可能使相當多數之投資人取得該發行之證券，而達「公募」之效果。「轉讓與一般投資人可能性很少」之證券範圍乃指(1)公司股份、新股認購權證書、可轉換公司債、附新股認購權公司債等關於公司股權以外之有價證券；(2)該有價證券上須附有禁止讓與適格機關投資家以外投資人（轉讓限制）之記載。

上述以適格機關投資家為對象之私募證券不能為含有股權之證券，其理由在於股份轉讓原則上應自由為之，而例外的雖依日本商法第 204 條規定，得依章程限制該轉讓應經董事會同意。但股份轉讓之限制，轉讓對象僅限於適格機關投資家而已，此不僅股份自由轉讓原則無法維持且限制董事會行使同意權之範圍，因此日本學者認為股份僅轉讓與適格機關投資家之限制於制度上乃不可行²⁹。轉讓限制之記載依內閣府令規定之具體內容為之³⁰，例如公司債須於名稱上載明「○○股份有限公司第○回適格機關

²⁹ 同前揭（註 3）近藤等，頁 116、127。

³⁰ 具體內容依證券種類而有所不同，例如普通公司債券(含特定目的公司之特定公司債券及投資法人債券)、外國債券、外國地方債券、外國之特殊法人債券或外國公司之普通公司債券，其方式：(1) 附加「轉賣限制」(對適格機關投資家以外之讓與禁止)明顯之名稱；(2) 限定記名式證券；(3) 附有轉賣限制(對適格機關投資家以外之讓與禁止)意旨之記載。CP、外國 CP 之方式：(1) 附加「轉賣限制」明顯之名稱；(2) 禁止背書轉讓；(3) 記載附加轉賣限制之意旨。外國投資受益證券、銀行等貸款債券信託受益權之方式：(1) 附加「轉賣限制」明顯之名稱；(2) 將附加轉賣限制之意旨記載於說明該當有價證券內容之書面中。投資信託受益證券、特定目的信託受益證券之方式：(1) 請求將該有價證券採用記名式、且以不得請求將該有價證券改為記名式作為取得條件而進行勸誘；(2) 以不得讓與適格機關投資家以外之投資人作為取得條件而進行勸誘者；(3) 附加(2) 轉賣限制明顯之名稱。無記名登錄公司債之方式：(1) 與勸誘對象約定取得該債券時應依法申請登錄；(2) 以不得讓與適格機關投資家以外之投資人作為取得條件而進行勸誘者；(3) 於名稱明白的註明轉讓之限制。參照參照證券取引法第 2 條に規定する定義に關する內閣府令第 5 條 1 項 1 款、2 款、3 款；第 5 條 2 項 1 款、2 款。

投資家限定無擔保公司債」；而轉讓之限制解釋上對於第三人具有對抗之效力，因此違反轉讓限制之意旨而讓與一般投資人時，發行企業得對受讓人主張該項讓與無效³¹。

僅以適格機關投資家為對象之私募證券，適格機關投資家取得後卻以一般投資人為勸誘對象再行賣出時，不論人數多寡發行企業仍須申報履行公開義務後才為之（證交法第4條2項），除非符合內閣府令所規定之不得已事由存在，例如適格機關投資家因破產而處分所有證券並以未滿50名為勸誘對象³²情形。不過僅以適格機關投資家為對象之私募證券，如前所述因附有轉讓之限制存在，故事實上很難想像會發生以一般投資人為勸誘對象之情形³³。僅以適格機關投資家為對象之私募證券若違反法令規定³⁴，未記載轉讓限制而讓與善意第三人時，該讓與並非無效之故，從而善意第三人再為讓與時則已不受轉讓之限制³⁵。此外適格機關投資家取得證券後雖喪失適格機關投資家之身份，但其轉讓仍受限制³⁶。

（二）以少數人為勸誘對象，且該證券再轉讓與多數人可能性很少並該當於行政命令規定者。

³¹ 清水一夫「ディスクロージャ ― 制度の改正に関する解説（1）」商事法務 NO.1324，頁17。

³² 神崎克郎「公募概念の見直し」商事法務 NO.1294，頁32。不過至今內閣府令尚未規定不得已之事由，因此以一般投資人為勸誘對象時皆須提出申報。

³³ 同前掲（註3）近藤等，頁122。

³⁴ 僅以適格投資人為勸誘對象之私募證券，再轉讓時未履行申報公開義務卻對一般投資人進行勸誘者依證交法第198條1項規定可處3年以下徒刑或科並科300萬圓以下罰金。

³⁵ 大藏省內證券取引制度問題研究會編，金融制度改革（財經詳報社），頁42。

³⁶ 參照證券取引法第2條に規定する定義に関する內閣府令第4條2項

1. 以未滿 50 名人數為勸誘對象

相對於「私募」，公募須以多數投資人為勸誘對象，故二者區分基準在於「人數」，蓋以少數人勸誘對象之私募行為，發行企業容易對少數各個投資人提供投資判斷資訊，而各個投資人亦可能直接對發行企業請求提供，因此無須依賴公募之法定公開義務以確保投資人合理投資決定之可能。而為易於判斷該人數之多寡，如上所述現在施行細則已明文規定為「50 名以上」，從而對 50 名以上人數實施勸誘行為，而非現實取得人數，即須申報履行公開義務。此外企業增資發行新股，縱僅以公司員工、股東等特定人為募股對象，但人數為 50 名以上時仍該當於公募同樣的須履行公開義務³⁷，蓋員工或股東等特定人之人數至相當多數程度時亦不易取得發行企業內部重要資訊故也。

2. 勸誘人數合併計算

有價證券之發行若分割數次為之，而各次勸誘對象皆未滿 50 人時，則可迴避公開義務。為防止此一弊端，因此新發行證券對少數人進行勸誘，該 50 名之計算須與過去六個月內所實施同種類新發行證券之勸誘對象人數合併為之，若未滿 50 名者才能構成私募。不過，同一種類之有價證券於過去六個月內發行，但僅以之適格機關投資家為勸誘對象或該同種類有價證券之勸誘該當於公募而已提出申報者，其勸誘人數當然不合併計算。而所謂「同一種類」有價證券之判斷基準，內閣府令依有價證券種類分別規定之，例如公司債指償還期限、利率之相同；股份指股息紅利分配內容之相同等³⁸。

³⁷ 參照企業内容等の開示に關する留意事項について（平成 11 年 4 月大省金融企画局）2-1。

³⁸ 參照證券取引法第 2 條に規定する定義に關する內閣府令第 6 條，其他如①轉換公司債券：償還期限、利率、轉換價額相同；②附新股認購權公司債券：依償還期限、利率、股

3.該證券再轉讓與多數人可能性很少

不過以未滿 50 名少數人為勸誘對象之私募證券，須該證券由少數取得人再轉讓與多數人可能性很少，始足當之。其理由在於為避免私募證券利用「轉賣」以達公募效果而迴避公開義務之弊端，蓋當初雖以未滿 50 名少數人為勸誘對象，但若經轉賣後可能使相當多數投資人取得該證券，例如僅以 10 名投資人為勸誘對象，10 名投資人取得證券後再各個轉讓與 20 名投資人，從而因轉賣結果卻使 200 名相當多數之投資人取得該證券。因此日本證交法施行細則（第 1 條之 7）中依證券種類具體規定符合對少數人勸誘對象之私募證券範圍，即：

- (1) 公司股份等（包括特定目的公司之優先出資證券、投資證券、新股認購權證書、外國公司股票或外國出資證券等），須非公開發行之股票。蓋公開股票等因其流通性較高，即使其勸誘對象未滿 50 人，但轉賣與多數人之可能性很高之故也。因此上市、上櫃等公開發行企業增資發行新股，縱然以公司員工或股東等為募股對象且人數亦未滿 50 名，但仍不符合私募之要件，故須履行公開義務。職是以故，對於新股發行僅限於未公開發行公司才可能以私募方式為之。
- (2) 轉換公司債券、附新股認購權之公司債券或新股認購權證券（包含外國公司所發行之具有上述性質之證券）等，此等證券行使認購權、轉換權所認購或轉換之股份非公開發行者，且此等證券須符合下列之一規定：**a.** 限於記名式且於證券中應記載證券取得人再轉讓時須一併讓與之意旨；**b.** 該證券（包含

份認購價格、股份相關利益之分配等內容相同；③投資信託之受益證券：信託財產、信託原本之償還及收益之分配方法、信託原本之償還期限相同；④投資證券：關於投資之金錢分配內容相同；⑤轉換型認購選擇權證券：所表示選擇權之內容相同；⑥預託證券：所表示權利之內容相同。因此發行價格或獲利能力等已非為是否同種類證券之判斷要素，所以以不同價格分銷時仍有合併計算之可能。此外 CP 為短期償還債券，發行不超過 6 個月，因此無合併計算之可能。

有價證券發行之日前6各月之內所發行之同種有價證券)之發行張數未滿50張，並記載禁止分割之意旨。

上述轉賣限制乃為第三人之對抗要件，因此違反轉賣限制而讓與時，發行人得主張讓與無效，故認為較無讓與給多數人之虞。而發行張數未滿50張且不得分割轉讓，故認為較無讓與給多數人之可能性。

- (3) 普通公司債券、外國債券、外國地方債券、外國特殊法人債券等，同(2)應符合a.或b之規定。
- (4) CP、外國CP，須符合(2)b之規定，即一次發行之張數須未滿50張。
- (5) 投資信託受益證券，須符合下列規定：a.記名式證券且該證券需附記轉賣限制(禁止一併讓與以外之讓與)，而於交付證券取得者之說明書中應載明其意旨；b.於信託契約中應明訂該證券取得者將有價證券分割讓與他人時，除依預定之分割方法外(即使分割後轉讓給複數之人，限於此複數之人與該證券(含該當有價證券發行前六個月內所發行之同種有價證券)之其他所有人合計不超過50名以上)不得分割之意旨，並於交付證券取得者之說明書中載明其意旨。
- (6) 外國投資信託受益證券，須符合下列規定：a.於信託契約中應載明未經受託人之承諾不得將該證券讓與，且因讓與致該證券所有人數超過50名以上時，受託人即不承諾該讓與之意旨；b.於交付證券取得人之說明書中應記載前項之讓與限制意旨。
- (7) 特定目的信託受益證券，須符合(5)之規定。
- (8) 附認購選擇權之證券，發行張數未滿50張，且符合下列之

一規定：a.行使該證券所附認購權而買入股票等時，須為非公開發行者；b.行使認購權而買入轉換公司債券、附新股認購權之公司債券、新股認購權證券、普通公司債券、CP等時，須符合（2）a.即須記名式且限於概括轉讓；c.行使認購權而買入銀行貸款債權信託受益權時，須附有概括轉讓之限制並將該意旨記載於說明書中。

（9）存託憑證³⁹，發行張數未滿 50 張，且符合下列之一規定：a.該有價證券所表示之權利為關於股票時，須為非公開發行者；b.該有價證券所表示之權利為關於轉換公司債券、附新股認購權之公司債券、新股認購權證券、普通公司債券、CP等時，須記名式且限於概括轉讓；c.該有價證券所表示之權利為關於銀行之貸款債權信託受益權時，須附有概括轉賣之限制並將該意旨記載於說明書中。

（10）銀行等貸款債權信託受益權，須符合下列規定之一：a.該有價證券附有轉賣限制，且該意旨記載於說明書中；b.符合（5）b.規定即分割時應依預定方式為之；c.符合（6）規定³⁹。

（三）員工股份認購權之附與

平成 13 年（2001 年）日本商法修正導入新股認購權制度，而為鼓勵公司幹部或員工努力工作，增加對公司向心力，賦予董事、幹部或員工股份認購權，該股份認購權証為證交法上之有價證券，即使未發行證券之實體，但依證交法規定仍視為有價證券（證交法第 2 條 1 項 6 款），從而對於 50 名以上人數實施勸誘行為雖該當於「公募」，須履行公開義務；不過勸誘對象為公司或其完全

³⁹ 證交法施行細則第 1 條之 7 證券取引法第 2 條に規定する定義に関する内閣府令第 7 條、参照前掲（注 27）企業財務制度研究會，頁 32—36。

子公司之董事、員工或幹部，依日本現在之行政命令規定於附有禁止轉讓限制之前提下，可排除於 50 名以上人數之計算。換言之以公司或完全子公司之董事員工或幹部為賦予對象時，縱然人數超過 50 名以上但仍不該當於「公募」，而無須履行公開義務⁴⁰。其理由乃認為公司董事、幹部或員工對公司內部事務應較熟悉，賦予股份認購權時未必需要依賴發行公開制度之保護，另一方面更重要在於為避免非公開發行公司若因對董事、幹部或員工實施股份認購權而履行發行公開義務後，職是成為公開發行公司，致從此以後須負擔繼續性公開義務，而此將成為非公開發行公司實施員工新股認購權制度之障礙⁴¹，甚至無法利用之虞。

不過 50 名人數計算之除外，僅限於賦予股份認購權時附加轉讓禁止之限制才可適用之。此外非公開發行公司於賦予員工股份認購權時須應交付商法上之財務報表、營業報告書等，以提供幹部或員工投資判斷之依據⁴²。

私募證券之轉讓限制存在，使該等證券之流通性受到限制，為保護證券之取得者，對於私募實施勸誘活動時應告知投資人該次發行無須申報之事實與轉賣限制內容，並於投資人取得證券之前或同時應交付記載限制轉讓內容之書面（證交法第 23 條之 13）。違反告知義務或交付書面義務，該讓與並非無效但卻應受法律制裁⁴³。

由上所考察可知日本對於證券之發行，基於投資人保護與發行企業負擔之權衡考量，認為「對適格機關投資家之勸誘」或「對

⁴⁰ 證交法施行細則第 1 條之 4、證券取引法第 2 條に規定する定義に関する内閣府令第 3 條之 2。

⁴¹ 同前掲（註 3）近藤等，頁 119-120。

⁴² 證交法施行細則第 1 條之 4、證券取引法第 2 條に規定する定義に関する内閣府令第 3 條之 2 第 1 項第 3 項。

⁴³ 依證交法第 209 條第 1 項第 2 項規定可處 10 萬元以下之罰鍰。

少人數之勸誘」時免除發行企業之公開義務不妨礙投資人之保護，因此二者成為「私募」區別之基準。然而為避免發行企業利用私募以迴避公開義務，故私募證券仍須符合另一要件「轉讓與適格機關投資家或多數人可能性很少」，其具體方式包括轉讓限制或發行張數限制等；同時基於遵守股轉讓自由之原則，從而排除公開發行公司私募股份或含有股份性質證券之可能性。職是事實上日本可以實施私募之證券範圍相當小。

二、美國制度

33年證券法第4條(2)項中規定「發行人從事非屬公募之交易」(以下簡稱私募)免除註冊義務，但「私募」之明確定義並未見諸於連邦證券法中，因此美國之「私募」範圍依實務上證管會意見與法院判例衡量諸般因素以決定之⁴⁴，以下考察之。

(一) 被勸誘之人數

SEC於早期意見中認為證券法第4條2項規定免除申報者指通常情形對約25名以下投資人之銷售，而投資人之人數僅受勸誘之人數而非實際應募購買證券之人數⁴⁵。不過，1959年SEC.v.Ralston Purina案中，最高法院於判決中卻明白表示決定私募免除申報義務非僅以「被勸誘人數」為基準，即「主管機關對於企業發行證券決定是否免除，無妨考量人數之多寡，但關於本法之解釋若僅以人數為基準並不適當」⁴⁶。其後之法院判決多採此一最高法院意

⁴⁴ 林麗香「有價證券公開發行之規制」法政學報第1期，(淡江大學公行系)，頁4。

⁴⁵ SEC1935年證券法第285號訓令及Wood「The Investment Dilemma in Secondary Transactions」39N. Y. L. Rev. 1043, 1047。參照ルイロス、矢澤惇監修，アメリカと日本の證券取引法(上卷)，(商事法務研究會)，頁145。

⁴⁶ Sec v. Ralston Purina Co., 346 U. S. 119, 125 73S. Ct. 981, 985；參照前揭(注45)ルイロ

見，但「被勸誘人數」基準並非因此喪失其重要性，事實上 SEC 於實務上對於企業之證券發行，認為若能符合私募免除其他要件而被勸誘人數又在 25 名以下者，該發行即可免除申報義務⁴⁷。不過 25 名之人數基準 SEC 於 1982 年制定章則 D 作為私募免除安全港之規定中，將 25 名基準提高至 35 名，而該 35 名人數非僅受勸誘者且須為證券之購買者。

(二) 被勸誘者之地位

SEC 於早期意見中同時表明決定私募免除時，發行人與被勸誘者之關係亦為重要考慮因素，所以對發行企業內容具有特別知識者為募集對象，與以不具有此一有利地位但人數相同之一般投資人為對象相較時，SEC 認為前者很難認為公募⁴⁸。而此意見於法院實務受到認同，例如 SEC v. Ralston Purina 案中雖然稱「第 4 條 (2) 項免除與否之適用，應視受影響之特定種類當事人是否有依本法保護之必要」但若不能證明員工與公司具有「特別關係」而能獲知公司情報，則認為員工與公司之鄰居別無兩樣，皆為一般投資人而已⁴⁹；其後 1971 年 Hill York Corp. v. American International Franchises, Inc. 案中亦表明「被勸誘者」與發行人間須具有特殊關係足以令「被勸誘者」依目前之知識及管道取得發行人之資訊，而使證券法之申報義務對受被勸誘者之保護不具有意義⁵⁰；1972 年 SEC v. Continental Tobacco Company 案中仍然維持應證明「被勸誘者」與發行人間應具有「先前既存」之關係，依

ス、矢澤惇監修，頁 145。

⁴⁷ 同前揭（注 44），頁 5。

⁴⁸ 參照 SEC1935 年證券法第 285 號訓令。

⁴⁹ 同前揭（注 45）ルイロス、矢澤惇監修 頁 147。

⁵⁰ 448 F. 2d 680 (5th Cir. 1972)；參照劉連煜「證券私募制度之法律問題研究」證交資料，（86 年 3 月），5 頁。

此關係「被勸誘者」得以有管道接觸發行人之資訊，發行人才能主張私募免除⁵¹。不過 1977 年 *Doran v. Petrolen management Corporation* 案中雖然聯邦上訴法院同樣的強調被勸誘者與發行人間應具有特別關係存在，但亦表明若事實上發行人能證明已提供被勸誘人關於投資上必要情報時，被勸誘人與發行人未必須具有特別關係⁵²，從而緩和判例上強調「特別關係」存在，才能適用私募免除之基準。

(三) 投資目的之存在

私募證券之購買須基於投資目的，否則私募免除制度容易被利用成為分銷手段而無法達成保護投資人之目的。從而證券銷售對象縱然僅為少數，或僅對證券買賣具有專業知識與經驗而無須公開制度予以保護者，但彼等若基於分銷目的購入證券時，發行人仍不能免除申報義務。而為確認證券購入者之投資目的存在，實務上 SEC 或法院依下列要素判斷之，即（1）發行人是否取得購買人之投資目的確認書；（2）繼續持有期間之長短；（3）證券上是否記載未經發行人之同意禁止轉讓之文字⁵³。同時為避免過於嚴苛，SEC 允許情事變更原則之適用，換言之若能證明證券取得當時所不能遇見之重要情事發生而必須出售者，SEC 認為該出售不違反當初投資目的之存在；至於證券市場價格之變化或發行企業業績之改變等為投資人應負擔之風險，則無情事變更原則之適用⁵⁴。

此外，SEC 為易於判斷投資目的存在與否，於 1972 年公佈規

⁵¹ 463 F.2d 137 (5 th Cir. 1972)；參照同前揭（註 50），劉連煜，頁 5。

⁵² 參照前揭（註 44），頁 5-6。

⁵³ 參照前揭（註 4）黑沼，頁 60；參照前揭（註 44），頁 6。

⁵⁴ 參照前揭（註 44），頁 6。

則 144，出賣人依此規則所定條件轉售證券者，可以安全的不會被視為證券承銷商，換言之出賣人當初購入證券乃係基於投資之目的，否則須負舉證責任才可能適用免除規定。該規則之條件要求，證券至少實質持有 2 年以上而期間之計算係自發行人處取得時即行計算；並且少量之分散出售⁵⁵。不過於 1990 年 SEC 為活絡私募市場另公佈規則 144A 中對於未上市或未上櫃證券，其轉售對象若為適格機關投資人，即具有一億美元以上證券投資規模而銀行業者尚須擁有二千五百萬美元以上之淨資產⁵⁶，則可不受 2 年或少量出售之限制。換言之於適格機關投資人間私募證券可自由轉售，蓋該此等投資人無須依賴發行企業之公開制度保護故也。

而 SEC 亦於 1982 年章則 D 中規則 502 (d) 項規定發行人能舉證已完成下列事項，可排除購買者成為證券承銷商之可能性，即購買者具有投資目的存在。(1) 合理的調查(詢問)購買者係為自己或為他人取得證券；(2) 以書面表明「該證券未經申報，而於申報登錄或取得其他豁免之前，購買人不得再行轉售」；(3) 於證券上記載轉售之限制。

(四) 募集行為之牽連性

為避免發行企業分割發行以迴避申報註冊義務，於判斷私募之際應視該等數次分銷行為是否具有牽連關係。SEC 於章則 D 中規則 502 (a) 項 規定 6 個月期間之「安全港」，換言之進行私募前 6 個月期間內具有牽連性之招募行為應合併計算(包括募集金額、購買人數之合併)，超過該期間之招募行為可安全的不被列入合併

⁵⁵ 指任何 3 個月內銷售數量不超過下述任何數額：該證券已發行總數 1% 或過去 4 周內平均每週交易之數量；參照前揭(註 4)，黑沼，頁 60。

⁵⁶ 證券業者之證券投資總值須達一千萬美元以上；參照黃正一「我國證券私募制度探討(上)」法令月刊 第 53 卷第 9 期，頁 52。

計算。而其牽連性與否之判斷要素，包括該等招募行為是否為大型銷售計劃之一部份、招募之證券是否同種類、是否同時或大約同時進行、是否獲得同一種類之對價、是否具有共通或相同之目的⁵⁷。

(五) SEC 章則 D

SEC 為避免法院之解釋進一步限縮私募範圍而妨礙發行企業利用私募制度籌措資金，因此於 1974 年訂立規則 146，符合本規則之要件，則有私募免除之效果⁵⁸。不過規則 146 中使用概念模糊之文字例如對於情報之接近或充分資深投資人等，卻未揭示出明確之範圍而受相當批評，因此於 1982 年另訂章則 D 取代之⁵⁹。

章則 D 中規則 506 規定除對購買人 35 名以下人數之規定外，另對「經認可之投資人」不列入 35 名範圍內之募集，亦可免除申報義務。「經認可之投資人」係指(1)符合一定要件之銀行、儲蓄信託、證券商、保險公司、投資公司、事業育成公司、小規模事業投資公司、員工福利基金；(2)投資公司法上私的事業育成公司；(3)符合內地稅法第 501 條 (c) 項第 3 款之免稅組織、法人及其他同種之事業信託等而總資產超過 500 萬美金者；(4)證券發行者之董事、經理、無限責任股東(general partner)；(5)合計配偶部分其資產淨值超過 100 萬美元之自然人；(6)最近 2 年年收入逾 20 萬美金之自然人、或合計其配偶部分年收入逾 30 萬美金之自然人，且本年度有同等收入之合理期待者；(7)非為該證券之應募所

⁵⁷ 參照前揭 (註 50)，劉連煜，頁 7-8。

⁵⁸ (1) 未進行一般之宣傳(2)對金融、商業具有一定知識或經驗而作能合理判斷之人，或能承受經濟上風險之人進行勸誘(3)被勸誘人能接近與註冊申報書相同內容之情報，或發行人能提供相同之情報(4)購入者未超過 35 人(5)依本法規定採取防止證券再轉讓之合理措施等。此規則僅係一安全港規定，即使不滿足其要件於解釋上仍有被認定為私募之可能

⁵⁹ 參照前揭 (註 4) 黑沼 頁 53。

組成之信託，總資產逾 500 萬美元，而由具有財務、事業相關知識及經驗，並擁有估算投資及評價風險之資深者所為之購入決定；(8)所有之持份權者均為「經認可之投資人」團體(規則 501(a) 項)⁶⁰。因此「經認可之投資人」之基準包括對投資相當資深者，或具備充分之資力而足以承擔投資風險者。「非認可投資人」之購買人以 35 名以下為限，但（本人或其代理人）仍應對金融、商業具有相當知識與經驗而能作合理投資決定，始具有購買資格⁶¹。

發行人依章則 D 適用私募免除而銷售證券時，應於 15 日內向 SEC 報備。發行人雖不必履行公開義務，但對於非認可投資人仍應於出售前之合理期間內提供相關資訊以供投資參考(規則 501(b) 項)⁶²。

由以上之考察，可知美國對於私募乃以 35 人以之證券取得人為基準，但該取得人須具有金融商業之相當知識與經驗。此與日本相較，以少人數之「一般投資人」為私募對象，乃更嚴格。此外私募證券之取得人為避免被認定為證券承銷商，故有轉讓禁止期間與少量轉讓之限制存在，不過對於未上市未上櫃之證券，於適格機關投資家間之轉讓則不受限制。換言之上市上櫃之證券縱然以適格機關投資家為招募對象，且再讓與適格投資家以外之可能性很少者，亦不能以私募方式分銷。

⁶⁰ 參照前揭(註 4)黑沼，頁 53；蔡鍾慶，從比較法觀點探討我國私募制度之法律佈局(碩士學位論文)，頁 20(2003.1.)。

⁶¹ 參照前揭(註 50)，劉連煜，頁 7。

⁶² 參照前揭(註 60)，蔡鍾慶，頁 18-19。

伍、我國制度內容與檢討代結論

一、適用免除證券

與美、日相同，我國對於有價證券之募集與發行亦有免除申報之證券存在，換言之該等證券之投資風險小或另有其他監督機制存在，無須依賴證券發行之公開制度以保護投資人故也。依證交法第 22 條 1 項之規定有價證券之募集與發行除政府債券或經財政部核定之其他有價證券外，皆須經主管機關核准或申報生效後才可為之。因此我國之適用免除證券限於政府債券與經財政部核定之有價證券而已。

證交法規範之「有價證券」範圍依第 6 條規定除條文中列舉之股票、債券、繳款證書等外，其他概括性有價證券之適用前提須經「財政部」核定後，才能成為證交法上之有價證券。此種規範方式雖足致適用證交法之有價證券範圍相當狹隘，於投資人保護上之不足，受學者之指摘⁶³，姑且不論之。而「財政部」之核定，乃意味行政主管機關介入該證券募集、發行之監督，通常另制定法令以管理之。例如財政部核定之外國股票、債券等為證交法上之有價證券⁶⁴，依「外國發行人募集與發行有價證券處理準則」管理之；此外受益憑證依「證券投資信託事業管理規則」及「證券投資信託基金管理辦法」、認購權證依「發行人申請發行認購權證股理準則」管理之；而金融資產證券化之受益證券或資產證券、不動產證券化之受益證券則另有法律規範之等⁶⁵。行政主

⁶³ 森田章，投資者保護之法理，（日本評論社），頁 2-19。

⁶⁴ 財政部 76.9.12 (76) 台財證(二)第 00900 號函核定為證交法第六條之有價證券。

⁶⁵ 金融資產證券化條例(91年7月24日公佈實施)、不動產證券化條例(92年7月23日公佈實施)。

管機關之介入監督，依此達成投資人保護之目的，因此別無再依證交法提出申報或核准之必要，所以經財政部核定之有價證券，應為適用免除證券。

二、少額之免除

我國並無美、日等國之發行少額免除制度存在，不過基於減輕發行企業之負擔，並斟酌投資人保護之必要性上，少額免除制度之引進乃值得參酌。

三、私募之免除

民國 92 年 2 月證交法修改增訂「私募」規定，於第 7 條中相對於第 1 項「募集」，第二項「本法所稱私募謂已依本法發行股票之公司依第 43 條之 6 第 1 項及第 2 項規定『對特定人』招募有價證券行為」。發行企業私募有價證券無須事前向證券主管機關提出申報或須經核准，而依第 43 條之 6 第 5 項規定於有價證券之價款繳納完成日起 15 日內檢附相關書件，報請主管機關備查；換言之僅提供相關資料以便主管機關之監督而已，無須對投資者履行公開義務，以減輕負擔。以下依第 43 條之 6 及相關規定考察私募之適用範圍。

(一) 對特定人之招募

1. 適格者之限制

前述日本或美國對於具有投資專業知識或經驗者認為無須依

賴發行企業之公開制度之保護，從而對於適格投資人之招募有價證券行為適用於私募，使發行企業無須履行公開義務。基於相同理由，第 43 條之 6 第 1 項規定私募之「特定人」指下列者，即：

- A. 銀行業、票券業、信託業、保險業、證券業、或其他經主管機關核准之法人或機構。
- B. 符合主管機關所訂條件之自然人、法人或基金。此指①對該公司財務業務有充分了解之國內外自然人，且於應募或受讓時本人淨資產超過新台幣 1000 萬元或本人與配偶淨資產合計超過 1500 萬元；或最近兩年度本人年度平均所得超過新台幣 150 萬元或本人與配偶之年度平均所得合計超過 200 萬元。又②最近期經會計師查核簽證之財務報表總資產超過新台幣 5000 萬元之法人或基金，或依信託業法簽訂信託契約之信託資產超過 5000 萬元⁶⁶。換言之此等符合條件之投資人具有相當財產基礎而能承擔較大之投資風險。
- C. 該公司或其關係企業之董事、監察人及經理人。蓋此等與公司關係密切，瞭解公司財務業務狀況。

2. 應募人數之限制

依第 43 條之 6 第 2 項規定，前述適格特定人中 B. 符合條件之投資人或基金、及 C. 公司內部者等應募人總數不得超過 35 人。美、日等國對於少人數之勸誘，因該少人數易於自發行企業取得投資判斷資訊，故適用於私募而不必依賴發行企業之公開制度之保護。我國此一人數限制不僅指非勸誘人數而是應募人數之限制，且非一般投資人數而是適格投資人數之限制。從而一般投資人不

註解 [u4]:

⁶⁶ 證期會命令，台財證 1 字第 0910003455 號。而各符合條件之自然人、法人或基金，其資格應由該私募有價證券公司儘合理調查之責任，並向應募人取得合理可信之佐證依據，應募人必須配合提供之；若依第 43 條之 8 第 1 項第 2 款規定轉讓者，其資格依由轉讓人儘合理調查之責任，並向受讓人取得合理可信之佐證依據，受讓人必須配合提供之。

能成為私募之勸誘對象，故縱然人數使 35 人以下之一般投資人取得發行證券，但仍無私募之適用餘地；另外 B.或 C.等適格特定人之應募人數超過 35 人時亦不能適用私募。職是，可知我國之私募適用範圍相當狹小，然事實上 B.或 C.特定人之適格性已經斟酌考量之規定，是否仍須人數限制之存在乃非無疑問。姑且不論之，於人數限制上現行法又無合併計算規定之存在，易發生發行企業於短期間內對少數特定適格投資人分割發行以迴避公開義務之弊端，亦值指摘。

(二) 私募證券之轉讓限制

與美日等國相同，為避免證券之發行企業利用私募後再行轉讓方式達成公募之效果，以迴避公開義務，故對私募證券之轉讓相同的予以限制。換言之私募證券之交付日起滿 3 年才能轉讓（43 條之 8 第 1 項第 4 款），3 年期間發行企業之財務業務資訊浸透於市場中而為投資人所熟悉，故無須發行企業另履行公開義務之必要。

此外受讓者為具有投資知識與經驗之適格專業者或少量之轉讓，無須依賴發行公開之保護，則無期間限制之必要。因此第 43 條之 8 第 1 項第 1 款規定前述適格特定業者轉讓予相同資格者，該私募證券之轉讓不受限制；不過依該款規定其前提須該私募證券須無相同種類證券上市、上櫃買賣者。職是，具有相同種類上市、上櫃證券之私募證券，縱然於適格之特定專業投資業者間之自由轉讓，亦非法所容許，此乃匪夷所思；而何謂「相同種類」之證券，更有待於主管機關之解釋。至於少量轉讓之允許規定於同條同項第 2 款、第 5 款中，即第 2 款規定該私募證券交付日起滿 1 年以上，且自交付日起第 3 年間依主管機關所訂持有期間及

交易數量之限制⁶⁷，轉讓予前述 A、B 特定適格者；第 5 款規定私人間直接讓受，其數量不超過該證券一個交易單位且前後二次之讓受行為相隔不少於 3 個月。其他基於法律規定所生效力之移轉或經主管機關核准者亦可除外不受限制（第 4 款、第 5 款）。

私募證券之流通性受到限制之故，為保護投資人應使其知悉該轉讓限制，並使區別於公募之證券⁶⁸，因此轉讓限制應註記於證券上並應以記載書面交付投資人。而證交法第 43 條之 8 第 2 項雖規定相同意旨，但「有價證券轉讓之限制，應於『公司股票』以明顯文字註記」之文字，其中『公司股票』疑為「該證券」之誤，此應為立法之疏失。至於具體註記方式⁶⁹如日本之「○○股份有限公司第○回適格機關投資家限定無擔保公司債」或限「一併讓與」之記載，甚至發行份數之限制等以防止再為轉讓之措施，皆值吾等參考。

（三）股份之私募

依前述有價證券之私募對象僅以適格特定人或公司內部者為範圍，因此股份之私募亦以此為對象。證交法第 22 條 2 項「已依本法發行股票之公司於依公司法規定發行新股時，除依第 43 條之 6 第 1 項及第 2 項規定辦理者外，仍應依前項規定辦理」，職是以

⁶⁷ 參照 91 年 6 月 13 日台財證一字第 0910003455 號，指（1）該私募有價證券為普通股者，本次轉讓數量加計最近 3 個月內私募普通股轉讓數量，不得超過下列數量較高者：即轉讓時該私募股份依證交法第 36 條第 1 項公告申報之最近期財務報表顯示流通在外普通股數之 0.5%，或依轉讓前 20 個營業日該私募普通股於交易所或證券商營業處所買賣平均每日交易量之 50%；（2）私募有價證券為特別股、公司債、附認股權特別股或海外有價證券者，本次轉讓數量加計最近 3 個月內已轉讓之同次私募有價證券數量，不得超過所取得之同次私募有價證券總數量之 15%。

⁶⁸ 於證券上已記載轉讓限制之私募證券，故不致發生與已公開發行之同種類股份「混同」之虞。參照前揭（註 56）黃正一，頁 53。

⁶⁹ 學者認為證券發行簽證時應注意證券上是否註明本股票（或公司債）於交付日起 3 年內受證券交易法第 43 條之 8 第 1 項轉讓限制。參照涂春金「有價證券私募制度相關法律問題之探討」財稅研究第 35 卷第 1 期，頁 151。

適格特定人或公司內部者等為招募對象之私募外，公開公司增資發行新股仍須先經申報或核准履行公開義務後，才能招募之。換言之，縱然以公司股東或員工等特定人為招募對象，甚至該等特定人之人數低於 35 人，亦必需履行公開義務，才能為之，所以公開發行公司增資發行新股可以私募方式招募之範圍相當小。相對於非公開發行公司若完全以公司股東或員工等特定人為招募對象，則可以私募方式為之，乃不待遑論；不過公司股東或員工等特定人數達相當多數，此等多數之股東或員工未必容易自公司取得投資判斷資訊，因此發行公司無須履行公開義務，於投資人保護上有所欠缺⁷⁰，乃值吾等詬病。

公開發行公司以適格特定人或公司內部者等為招募對象之私募，其股份轉讓限制存在，包括三年轉讓之禁止或限於適格特定人間之轉讓等，此是否對於股份轉讓自由原則之遵守造成妨礙，乃值商榷。基於此一理由，前述日本之公開發行公司於增資發行新股時，不得以私募方式為之，從而股份私募範圍，僅限於非公開發行公司而已，並以 50 名以下少人數為招募對象才可為之，此乃值吾等留意。

(四) 公司債之私募

公司債之私募除證交法之私募證券之適用外，並有公司法第 248 條第 2 項、第 3 項之規定存在，即公司債之私募不以上市上櫃公開發行股票之公司為限，且招募人數不得超過 35 人但金融機構應募者不在此限。換言之私募基準限於金融機構或人數 35 名以下一般投資人之招募，職是一般投資人亦可能成為私募對象，此乃別於證交法所規定之私募限於適格投資人而已。不過證交法之規

⁷⁰ 王文宇「我國證券私募制之研究」，金融法，(元照出版)，頁 352。

範對象僅適用於公開發行公司，證交法為公司法之特別法，所以證交法優先適用，因此對於公開發行公司私募公司債當然依證交法規定限於特定適格投資人而已；至於非公開發行公司仍依公司法規定可以一般投資人為對象。

公司債之私募不受發行公司獲利能力之限制⁷¹；且普通公司債之發行經董事會之決議而已，但公開發行公司私募含有股權性質之公司債，例如轉換公司債、或附認股權之公司債等，仍須經股東會之特別決議才可為之⁷²。

(五) 小結

我國之證券私募範圍與美國相同，以 35 人以下為基準，但卻比美國更加嚴格，僅限於適格特定投資人而已。職是乃值得吾等指摘之處如下：(1) 公開發行有價證券之公司對於少人數「一般投資人」之招募則不得適用免除，而必須申報並履行公開義務。此亦造成私募公司債依其主体是否為公開發行公司，致招募對象是否限於特定適格投資人之不合理現象，換言之公開發行公司僅以特定適格投資人為私募對象而非公開發行公司則可以一般投資人為私募對象，其中差異存在，實令人難解。(2) 非公開發行公司發行新股以特定投資人例如公司股東或員工為招募對象，縱然相當多數仍不須履行公開義務，此於投資人保護上之不足，仍值得指摘。(3) 公開發行公司之私募股份，其再轉讓之限制是否與股份轉讓自由原則之衝突，換言之公開發行公司雖以發行股份籌

⁷¹ 依公司法第 249 條第 1 項第 2 款或 250 條第 1 項第 2 款規定最近 3 年或開業不及 3 年之開業年度課稅後之平均淨利未達原定發行之公司債應負擔年息總額之 100% 不得發行擔保公司債，未達 150% 不得發行無擔保公司債。

⁷² 依證交法第 43 條之 6 第 1 項規定有價證券之私募皆須經股東會之特別決議，而普通公司債依同條第 3 項規定僅須經董事會決議而已。此乃避免獨厚於少數特定人之故。

措資金，但是否可以私募方式為之，仍值得商榷。

On the regulations of Public Offering of Securities
— A Comparative Study on Japan, US, and ROC Regulations

Lie-Hyang Lin *

Abstract

Businesses raise funds for their operation by issuing securities to investors via the capital markets. In order to protect the interests of investors and to keep the investors' confidence in capital markets, the supervisory organization is obliged to effectively administrate the public offering of securities, an important issues in security exchanges regulations. In other words, the securities offering business is required to fulfill the disclosure . However, fulfilling the disclosure becomes a huge burden to the offering business. As such, business might be reluctant to raise funds from the capital market. In order to reach a balance between them and not hinder the goal of protecting the interests of investors on this premises, how to narrow the scope of regulations and to fully utility the economic functionality of capital market become an important issue in regulating the public offering of securities. In US and Japan, measures such as applicable exemption, minimum amount exemption, and private offering are taken to reduce the burden of offering business. This study is aimed at examining relevant regulations of US, Japan, and ROC and in hope that it can serve as references in the future revision of ROC securities regulations.

There exists no measure concerning the minimum amount exemption in ROC securities regulations. However, it might be worthwhile to introduce this system in view of reducing the obstacles associated with the public offering of securities. Even though the private offering system of ROC is similar to US, the exemption for the number of participants below 35 is applicable only to investors in special groups. As a consequence, the

* Associate Professor, Department of Public Administration, Tamkang University.

scope of private offering system of ROC is quite narrow. In addition, there are constrains on the transfer of shares acquired via public offering in ROC. Such constraints might violate the principle of free share transferring. It is worth exploring the possibility of exclusion of public offering for shares acquired via private offering, as practiced in Japan securities regulations.

Keywords: Securities, Protection of Investors, Public Offering, Private Offering, Registration Statement, Prospectus, Exemption of Registration.

公民投票與主權理論

張正修 *

摘要

國內雖然已經由立法院通過公民投票法，但是該法卻被戲稱為人民無法公投的「鳥籠公投法」，封殺了人民行使主權的手段。事實上，從主權的概念產生之後，主權究竟屬於誰？主要有國民主權理論與人民主權理論兩種不同的看法：國民主權理論認為人民並不是主權者，主權屬於 nation，國民代表就代表 nation 決定國民總意。而人民主權理論則認為人民本身能夠行使主權，人民總意只能由所有人民參加才可形成。在法國，國民主權的理論受到人民主權理論的影響，而使得人民與國會的關係，在時間的經過上，發展出三種不同類型的理論：

- 1.純粹代表制：以國民主權理論為基礎，使議會獨立於民眾之外，排除人民參與一般意思之決定，否定違憲審查。
- 2.半代表制：肯定人民可例外去形成一般意思，導入普選制度與解散制度。
- 3.半直接制：導入公民投票制與違憲審查制。

尤其在採取半直接制的法國第五共和憲法之下，戴高樂違反憲法之規定以公民投票的方式將總統選舉由間接選舉改成人民直接選舉，而憲法院

*考試院考試委員

於 1962 年判決時，表示公民投票是主權之直接表明，法國學者杜偉傑說當主權者——國民說 yes 的時候，原來的違憲性就被治癒了。足見公民投票與主權之間的關係。

關鍵詞：公民投票、主權、國民主權、人民主權、純粹代表制、半代表制、半直接制、激進民主主義

壹、前言

公民投票法已經由立法院審議通過，並已由總統於 2003 年 12 月 31 日公佈實施。該法歷經朝野激烈的對峙之後，才於立法院表決通過。由於該法從法理上來看，尚有許多值得爭議之處，許多人甚至批評該法為「鳥籠公投法」。究竟該法之問題何在呢？依據公民投票法第二條之規定，公民投票可分為全國性公民投票及地方性公民投票，而在公民投票法裏，最有問題的就是全國性公民投票的問題，尤其是由公民自己提案的全國性公民投票。究竟由公民自己提案的全國性公民投票，其問題何在呢？事實上，公民投票法第二條規定全國性公民投票可適用的事項是：一、法律之複決；二、立法原則之創制；三、重大政策之創制或複決；四、憲法修正案之複決。當公民欲就這四個事項提出公民投票之請求時，其所須依據的程序是：公民首先必須向行政院提出公民投票案，而公民投票案提案人之人數，應達提案時最近一次總統、副總統選舉選舉人總數千分之五以上（公民投票法第 10 條第 1 項）。如果公民投票之提案人數符合這個條件時，公民投票案必須送中央之審議委員會審核。中央之審議委員會於收到公民投票提案後，須於十日內完成審核，如果提案不合規定者，中央之審議委員會應予駁回。審核期間，中央之審議委員會並應函請戶政機關於七日內查對提案人名冊，並依提案之性質分別函請立法院及相關機關於收受該函文後一個月內提出意見書（公民投票法第 10 條第 2 項）。當該提案經

審核完成符合規定者，中央審議委員會應於十日內舉行聽證，確定公民投票案之提案內容，並於確定後通知提案人之領銜人於十日內向中央選舉委員會領取連署人名冊格式，自行印製，以便徵求連署；提案人如果逾期未領取者，視為放棄連署（公民投票法第 10 條第 3 項）。換句話說，公民投票案經中央之審議委員會審核通過後，才能由提案人進行連署，而連署人數應達提案時最近一次總統、副總統選舉選舉人總數百分之五以上，才能向中央選舉委員會提出連署人名冊（公民投票法第 12 條第 1 項、第 2 項）。而公民投票案連署人名冊，應由提案人之領銜人，於領取連署人名冊格式之次日起六個月內，向中央選舉委員會提出；如果逾期未提出者，即視為放棄連署（公民投票法第 12 條第 2 項）。中央選舉委員會收到連署人名冊後，經審查連署人數不足、經刪除未簽名或蓋章之連署人致連署人數不足或未依規定格式提出者，應於十日內予以駁回；合於規定者，應函請戶政機關查對，而全國性公民投票案應於四十五日內查對完成（公民投票法第 15 條第 1 項）；連署人名冊經查對後，其連署人數合於第十二條第一項所規定之連署人數者，中央選舉委員會應於十日內為公民投票案成立之公告，並對該公民投票案並予編號；連署人數不合規定者，中央選舉委員會應通知提案人之領銜人於十五日內補提，補提後仍不足規定人之數或逾期不補提者，中央選舉委員會應為公民投票案不成立之公告（公民投票法第 15 條第 3 項）。公民投票案成立時，中央選舉委員會應於公民投票案公告成立後一個月起至六個月內舉行公民投票，並得與全國性之選舉同日舉行（公民投票法第 24 條）。

由以上說明可知，全國性公民投票必須經過中央之審議委員會之審議，而中央之審議委員會依公民投票法第三十五條之規定，是於行政院內設「行政院公民投票審議委員會」，該委員會置委員二十一人，任期三年，由各政黨依立法院各黨團席次比例推荐，送交行政院提請總統任命之。

由上述可知，公民自己提案的全國性公民投票當中最大的問題點就是：行政院公民投票審議委員會可以把提案人數已達到提案時最近一次總統、副總統選舉選舉人總數千分之五以上之公民投票案加以駁回，但公民投票法本身並沒有規定可以駁回之要件，加上委員會之成員二十一人，是由各政黨依立法院各黨團席次比例推荐，所以政治性非常高，很明顯地，這樣的設計一般認為是國民黨與親民黨要防止人民提出有關統獨公投時，加以封殺的一個手段，因為國民黨與親民黨在立院之席次仍然過半，而且公民投票法設了連署的關卡之外，又特別規定在連署之前，公民首先必須向行政院提出公民投票案，而公民投票案提案人之人數，必須要達到提案時最近一次總統、副總統選舉選舉人總數千分之五以上（公民投票法第 10 條第 1 項），這種做法等於是增加公民投票的困難度，使得公民投票根本難以推動，所以有人嘲笑公民投票法為「無法公投的公投法」。尤其公民投票法第一條規定：「依據憲法主權在民之原則，為確保國民直接民權之行使，特制定本法。」更突顯出本法根本是在否定主權在民之原則，因此，本文別想從主權之理論來探討公民投票之發展。

事實上，在近代國家的發展過程當中，立憲主義是近代國家建立其國家體制最重要的基本原理。在立憲主義的概念下，人們是為了確保自己先天不可侵犯的基本人權，才相互締結社會契約，放棄自己在自然狀態下的權利，並藉由社會契約的訂定，獲得市民自由（civil liberty）——亦即基本人權的保障，而人們透過社會契約的締結，形成了一個新的共同體——也就是國家。在這種立憲主義之下，主權原理、自由主義與民主主義是近代國家對外、對內建立其體制最重要的基本原理，換句話說，近代國家對外在國際社會上是一個主權獨立的國家，對內則在自由主義與民主主義的原則下，將私人領域與公權力領域加以區隔，並以自由主義確保私領域的自主性，以防止國家公權力對私人領域及其基本人權的濫權侵害；而在公權力領域之下，則依循民主主義的原理，強調統治者與被統治者的同一性，規定公權力的權力來源基

礎及其組成、行使的基本原理，並保障人民當然可基於參政權及其他權利直接或間接參與政治，使政治真正成為民有民治民享的公領域。

不過近代國家雖然強調民主主義，強調人民的自我統治，但是從國家民主主義的發展過程來看，民主主義行使的主要手段是選舉，而國家政治的運作就建立在選舉人與被選舉人同一性的擬制（fiction）之上。如同以往的任何時代，菁英統治仍是近代國家的常態，不同以往的是，在民主主義的理論下，代議民主制是近代國家所採行的最主要體制，而這種代議民主制更在與主權理論的互動下，產生種種不同類型的理論，有的限制人民對政治的參與，有的開放人民對政治的參與。

時至今日，代議民主制的發展產生了種種的弊端，因而從激進民主主義（radical democracy）的觀點，探索民主政體應有的方向與發展正是今日憲法學、政治學所發展的課題。從 radical democracy 的觀點探索民主體制應依循之原理的各種學派當中，公民投票其實正是其中一派——亦即參加民主主義理論所主張的一種手段。而公民投票在近代主權理論的發展之下，並非一開始即出現，例如法國大革命之際，盧梭的直接民主思想雖然深深影響法國的政治思想、憲政思想，但公民投票真正在憲政體制上被加以採用，竟是在二次世界大戰以後。以下，我們就以法國主權理論的發展為基礎，來探討公民投票與議會制度發展的關係及其對主權理論、憲政理論之影響。

貳、古代雅典之直接民主制

主權的觀念是歐洲中世紀封建時代發展成近代國家的產物，如同前述，近代國家的民主主義之發展與主權理論息息相關。但是在探討民主主義與主權理論間的矛盾關係時，雅典民主主義的實施，常是被討

論到的典範。尤其古代雅典民主的發展，並無所謂「主權」的觀念，因此，我們在這裡應先觀察一下古代雅典實施民主的狀況。

就人類所知的歷史當中，希臘的城邦雅典可說是最早實施民主主義的地方。西元前七百年左右的希臘城邦中，傳統的土地貴族勢力與新生的商業市民勢力之間，在種種思想、想法上產生對立，而西元前六百五十年左右的貨幣流通，更加深了兩者間的對立，這使得原是小農業國的雅典社會，從西元前六百三十年左右開始進入不安定的激化時期，經由西元前五百九十四年的「索倫（Solon）大改革」以及索倫的後繼人物 Peisistrats、Kleisthenes 的努力，雅典確立了民主政治之制度，而成為近代民主政治制度之原型，尤其這些制度經由 Perikles 的努力被更加徹底實施。對 Perikles 所確立的雅典民主制度，如觀察其制度之概要，則可大致敘述如下：

在雅典城邦中，有權者之市民全體所形成的議會，稱為民會（Ekklesia），只要是二十歲以上的自由市民，都具有出席民會之資格。有權者的總數大約是三萬至三萬五千左右，但出席者，很少有超出過五千者，但要做某些特種的表決，有時是需要六千人之定足數。

民會之外，有所謂的長老會（Boulé），它是由構成雅典城邦的十個部族中，各自以抽籤方式從三十歲以上者各選出五十個委員，合計五百個委員所形成的會議，並將一年分為十期，由各部族之委員輪番擔任國家之政治事務。輪值的委員須召集長老會與民會，長老會除休假日外，每天召開，而民會則各期召開四次，一年共召開四十次。除通常的集會外，可依需要召開臨時民會。

民會應選出議長，議長之選出在西元前五世紀，係由長老會的輪值委員中選出，而在西元前四世紀，係從非輪值的委員中，依抽籤方式選出。

民會的權限可謂及於目前所謂屬於主權者之所有國家事務，諸如宣

戰講和之決議、使節之派遣與接受、徵稅、歲入之處分、軍隊司令官之選舉、行政官員之任免、行政官員報告之聽取、宗教儀式規則之訂定、訴訟、恩赦等；此外，在每期最初的民會當中，可表決大官統治之良否，若有惡政，可將之交付審判，而其他所為之彈劾或就糧食、國防為決議，亦是在此期最初之民會；並且在第六期最初之民會中，亦可表決是否實施陶片投票（Ostrakismos），依陶片投票被認為是危害國家之人，可處以十年之放逐，並於十日內命其離去。

如果從目前的三權分立制來看，顯然地，國家意思係由國民直接參與、決定並表示之，而執行國家政務之部門亦是由國民以抽籤的方式所選出的委員擔任，任何三十歲以上有權者之國民皆可參與國務之執行。

而就連所謂司法也是由市民中每年抽籤選出的 *Heliastes* 擔任。因此，雅典可以說是徹底採取直接民主政治的國家。

參、主權概念的產生及其性質

在歐洲中世紀的封建社會裡，封主與封臣之間的關係，是透過封建契約的締結，彼此負有須互相誠實之義務的關係，所謂「君是君、臣是臣」（*Getreuer Herr, Getreuer Mann*）一語，即是顯示出這樣的關係，換句話說，封建社會權力是被種種的主體所分有；由於在歐洲的封建社會裡，具有正當性而被組織化的物理強制力是由各種的主體所分別享有，因此，除了羅馬教皇之外，神聖羅馬帝國皇帝、國王、諸侯與自治都市等都是各自是行使權力的主體，甚至中世紀歐洲的大學本身也是一個權力主體，享有自治。中世紀的立憲主義、中世紀的自由，就如同在大憲章（*Magna Carta*）與身分制議會所見，是建構於此種權

力的構造之上。在中世紀的歐洲裡，即使是君主也好，並沒有任何一個人可以稱為是主權者可將所有權力集中於一身。

但是，從中世紀發展至近代的歷史過程中，權力漸漸集中於王權一身，「君主從法的拘束當中被解放出來」(principes ab legibus solutus est) 的概念產生，絕對主義 (Absolutism) 於焉成立。特別是絕對主義的發展對於法國國王的權力產生了「主權」的概念，這個主權的概念顯示出國王的權力，在對外上是獨立於羅馬的教皇權，於對內則是對國內的封建諸侯具有最高性。十六世紀後半，法國的布丹 (Bodin) 將主權定義為「絕對而且恆久的權力」。布丹說：

「所謂主權是一個國家絕對而且恆久的力量，... 這個權力是普遍的，而且是『主權』的。這個主權的權力，我們必須說明它的意義。這個權力是恆久的，因為這個權力須絕對地給予統治人民的個人或數個人，如果它在一定期間之後會消滅的話，那這就不能稱為主權者，(像這種一定期間就會消滅的) 只不過是主權的受託者，是主權者的國王或人民，隨時可取回其權利……因此不是恆久者，不是主權。」

「如果是這樣，那麼絕對的權力又意味著什麼呢？……主權是未負任何責任、未有任何條件地賦予一個國王，神或是自然法只是在創立國王時所課與的條件……除了神與自然法的支配之外，不服從於任何限制的，就是這個絕對者，這個主權。」

布丹更進一步說明主權的性質，他認為主權具有不可分、不可讓度、不罹於時效等的特質，主權因為具有不罹於時效的特質，所以不會因時間經過而消滅。布丹當時這樣的理論使國家對於內外皆具有最高而且獨立的權力，當時在與國家的關係上，要主張獨自力量的教皇或帝國、或是等級身份的所有支配力，在這個理論之下完全被加以否定；國家具有主權的權力 (Souveraene Gewalt) 至少意味著它獨立於本身之外的所有力量。布丹的理論在當時的法國主要是要防止特定的分派主義 (particularism) 與反國家思想 (anti-nationalism)，並賦予十

七至十八世紀的專制統治理論基礎，但同時，主權在近代理論發展中，它也提供了最重要的理論基礎。

隨著以商品經濟為基礎的資本主義更加發展，歐洲的市民階級透過市民革命以主權在民的主張將君主的主權轉換為國民的主權，但是市民革命並未將集中的權力加以分散，而仍是繼承絕對主義所完成的集權式的權力結構；就如同在法國大革命時所見一般，市民革命否定了所有的中間團體（*corps intermédiaire*），而徹底地建立了只有國家與社會的二元對立社會觀，且更進一層推動權力的一元化。

肆、近代民主國家的主權歸屬-兩種主權理論之產生及其發展

一、人民主權理論及其發展

在近代國家產生的過程中，權力不斷集中於國家，使得國家的主權據以成立。但是，相對而來的是，國家主權歸屬於誰呢？換句話說，「國家的最高意志由誰決定」的問題就跟著產生，在絕對主義的王朝之下，君權神授與「朕即國家」是當時的基本理念，這種理念將君主與國家等同，因此國家主權與國家內的主權歸屬並沒有不同的問題，這些問題皆可渾然被含括於君主主權的概念當中。但是當主權在民取代了君主主權時，這個問題就發生了。而在市民革命的發展過程當中，也就出現了兩種理論對主權的歸屬與行使採取不同的看法與運作方式，一種是所謂的人民主權理論（*la souveraineté du peuple, la*

souveraineté populaire)，另一種則是國民主權理論 (la souveraineté du la nation, la souveraineté nationale)，這兩種理論就在法國一七八九年大革命之後，實現於一七九一年與一七九三年的憲法當中。不過繼續對這兩個理論及其在制度上的運作做說明之前，必須先做說明的是，國民主權的國民是相當於法文 nation (名詞) 或 national (形容詞)，至於人民主權的人民則是法文的 peuple (名詞) 或 populaire (形容詞)，將 peuple 翻譯成人民並無錯誤，但將 nation 翻譯成國民則不一定妥當，因為 nation 一詞本來就含國家、國民等意。不過為了敘述此兩種不同理論之差異，我們暫時將 la souveraineté du la nation 翻譯為國民主權。

首先讓我們先看一下，人民主權的基本原理：

人民主權基本上是以「參加社會契約締結的整體為國家權力所有人」的主權原理，如果以現代的觀點來看，就是具有選舉權之所有國民享有國家權力。在這樣的主權概念之下，人民 (peuple) 本身具有意識能力能夠自己行使主權，是人民 (peuple) 的成員 (市民) 當然具有參加行使主權的權利，而一般意志 (人民總意) 只能由所有市民參加才可以形成；而且人民作為主權者，對於擔當執行權的人當然擁有監督權。

這樣的思想，基本上是源自於盧梭 (Jean Jacque Rousseau)，而敘述盧梭的主權觀之前，我們有必要從盧梭的社會契約論談起：盧梭認為，學問、藝術等所謂的文明越發達，人內在所擁有的根源自由的感情就會越被扼殺，並因而產生奴隸式的道德頹廢，盧梭認為自然狀態下人很單純地、很樸實地具有「自我愛」與「憐憫之情」，並處在牧歌式的和平狀態中，這樣的自然狀態會轉變成社會狀態，並於最後演變成「不平等、貧困乃至奴隸制」的時代，人智力的發達與慾望的發展其實是扮演著相當大的作用。「冶金與農業是兩大技術，因為它們的發明帶來很大的變革；使人文明、使人墮落的，詩人認為是金和銀，哲學家則認為是鐵和小麥。」(「不平等起源論」，1753)

而盧梭的「社會契約論」是一種理論上的嘗試，想回復人的自然，

並找出「政治上正當而且確實的方法」以重建社會狀態，並改正自然狀態與社會狀態決定性的差異。盧梭認為「契約」是生而自由、平等的人基於生活上的必要自發訂定之物，也因為社會契約的訂定，人們才可能「找出一種結合的形式；在這種結合的形式下用共同力量之全部去守護、保護各個成員的身體與財產」。而且也因為社會契約的訂定，各個人才可以一邊與其他所有人相結合，而仍能只服從自己，並和以前一樣自由，換句話說，社會契約就是「將各個成員及其所有的權利，全面地讓渡給共同體整體」，「我們各個人將身體與所有的力量當作是共同物，而置於一般意志的最高指導之下，而我們也以各成員為全體不可分的一部份，將之整體地加以接受。」

盧梭認為人因為訂定社會契約所喪失的是自然的自由、人們對一切事務可得到的無限制之權利，相對地，人們也因此獲得市民的自由以及人們對其所有物所擁有之所有權。

盧梭認為「市民自由」與「所有權」是受一般意志以及以一般意志為基礎所訂定的法二者之保障，一般意志是全體人民之意志，他只以公共利益為其目的，這種意志必須與「全體意志」清楚區別開來，因為整體意志是以追求利益為目的的個別意志的總和。盧梭認為一般意志是有其絕對性的，它是基於權利全面性讓渡而產生的，而主權也是絕對的，它正是一般意志之行使。霍布士倡導君主權利的絕對性，而顯然盧梭則倡導人民主權的絕對性。盧梭認為「一般意志」下的契約是具有兩種關係的約定，也就是各個人是主權者的一員，和其他的各個成員互相約定，另一方面各個人是國家的成員，和主權者是相互約定。所謂主權者對於各個人而言不外就是自己本身，因此服從主權者就是自律地服從自己本身。人民是主權者，同時也是臣民，「臣民這個字眼與主權者這個字眼是一個盾牌的兩面，而這兩個字的概念會合一而成為市民這個字。」

由於主權者就是人民本身，因此政府絕不是具有絕對權威的主體，

而是執行主權者—人民之意志的機關，「執行權的受託者絕不是人民的主人，而是其事務的代辦者，人民可依其意認命之或解散之。」

盧梭上述的思想就成為人民主權理論的基礎，而此一理論更具體的主題在他的「社會契約論」(le contrat social)一書當中如下提到：

「假定國家是由一萬人所組成……國家的各個成員……(就)分有主權的萬分之一。」

「代議士們無法做出任何一個最終決定。不是人民自己承認的法律，全部都是無效，絕對不是法律。」

「(主權者的官吏)在主權者的名義之下，行使主權者所付託的權力，主權者在喜歡的時候，可限制它、修正它、撤回它。讓渡此一權利(執行權)一事，是不能與社會的本質併存的，是違反結合的目的。」

由於盧梭思想的影響，在法國大革命發展過程就產生了許多以人民主權理論為基礎的制度構思。事實上，在「人民主權」的原理之下，對於立法行使直接民主的制度、命令委任制度、議員對有權者負有定期報告之義務、對於所有公務員(包含議員)的罷免制度等都被視為當然的制度。法國一七九三年憲法中規定了人民對立法行使否決的制度、Sans-Culottes 的民眾在對國家的構想當中設立了命令委任制度、對有權者定期報告活動制、罷免制皆是以「人民主權」為其基礎。

在法國一七九三年的憲法裡，規定了人民行使否決權的制度，該憲法在第五十四條，列舉了如下的法律事項，並規定這些事項，不是單靠議會之議決可使法律成立—「民事以及刑事立法、共和國經常收

支的全盤性管理、國有財產、貨幣的純分、重量、刻印、名稱、稅金的種類、總額、徵收、宣戰公告、有關法蘭西領土全盤性的重新劃分、公教育、紀念偉人的公共榮譽。」這些事項在議會議決之後，須經由以下的程序交付人民承認。亦即，議會所議決的只是法律案（*proposée*），法律案須送交付全國的地方自治團體，在交付後四十天之內，如果於過半數的縣當中，有權者十分之一以上所組成的第一次集會對法律案有異議時，議會須召集所有縣的第一次集會，而將當該法律案交付其承認，如果交付後四十天，此一異議未成立時，就視為已為人民所承認，不用召開所有縣的第一次集會，法律案即成為法律。

至於 *San-Culottes* 民眾所構想的命令委任制度，至今並未有完全相同的理解，不過不論從歷史來看或從人民主權的原理來看，下列的制度可稱為命令委任制度：

「選舉人訂定一個計劃與詳細的計劃給每一個代議士，代議士在法律上負有遵守此一計劃與訓令的義務，二、關於特定問題欠缺訓令時，代議士必須依循選舉人的政治理念與利害決定其態度。三、代議士須定期向選舉人報告。四、從代議士的報告來看，代議士似未遵守選舉人之訓令時，可對代議士追究民事上的責任與金錢上的責任。要之，選舉人可向代議士請求損害賠償。五、選舉人可任意罷免代議士。」

不過一七九三年的憲法雖經法國公民投票通過，但是隨著雅各賓派的沒落而未曾被實施過。至於 *San-Culottes* 民眾所構想的各種制度事實上也被以後的憲法所採用。

二、國民主權理論及其內涵

一七八九年法國大革命爆發，當年法國人民發表了「人及市民之權

利宣言」，跟著在一七八九年至一七九一年之間，國民制憲會議（*Assemblée Nationale Constituante*）制訂了一七九一年憲法。此一憲法基本上是由舊體制之下自由主義貴族與特權商人主導完成。此一憲法在制定過程中，七月十四日在巴黎發生了民眾襲擊巴士底監獄事件，而全國各地農村也蔓延燒打封建領主宅邸等的「大恐怖」，於是自由主義貴族們一方面透過權利宣言，對抗國王的咨意，也透過權利宣言對抗大恐怖，同時在憲法中採用了所謂國民主權的原理，排斥一般民眾參政。

在國民主權的概念之下，*nation* 是主權的所有者，它是與人民（*peuple*）被區別開來，並被解釋為「國籍持有者的整體」，在這樣的理解之下，主權是單一地、不可分地、不可讓渡地專屬於 *nation*，這個 *nation* 本身並不具有意思能力，只能將主權之行使委諸於代表，人民（*peuple*）並不是主權者，而且各個市民無論在何種意義上不能分有主權，因此國民代表就代替了 *nation* 決定一般意志（國民總意），於是國民代表不用遵從人民（*peuple*）的意思，也不必求其同意，當然亦不必向其負責任。在這種主權概念之下，命令委任制度被禁止，主權不可分地專屬於 *nation*。

法國一七九一年憲法當中就是以這種國民主權原理為基礎，規定了如下的條款：

「主權是單一的、不可分的、不可讓渡的，不受時效影響。
主權屬於 *nation*。人民的任何部分，任何個人皆不能篡奪主權的行使。」

「所有的權利來自於 *nation*，*nation* 只能依委任加以行使。
法國憲法採代表制。……」

「立法權委任於由人民自由選出而有任期的代表所組成的國民議會。」

「在各縣所被任命的代表並不是各縣的代表而是所有國民 (nation entière) 的代表。縣不能給予代表任何委任。」

在這種國民主權的理論之下，命令委任制是被禁止的，而代表委任制卻是主權行使的主要手段：

1. 代表委任是集合性的委任 (mandat collectif)。是由主權者對「國民代表」所組成之議會所做的委任，而非由各選區給予其所選出之代表的個別委任。
2. 代表委任是一般性的委任 (mandat générale)。賦予議會之委任並不是要使議會去實施人民所訂定的特別行為，而是承認議會「代表國民 (nation)」，也就是：議會就憲法上屬於其權限的所有問題可表明國民的一般意志 (總意)。

在 1 與 2 的原則之上，代表委任並非強制性的委任，而是任意性的委任。具體來說，所有對代表的命令委任皆被禁止，代表具有免責特權的保障，擁有發言的自由與表決的自由。

伍、國民主權理論之發展與公民投票

一七九三年以後，在法國憲政的發展過程當中，主權歸屬及其行

使在制度應如何設計，國民主權的理論就成為最主要的基本原理。但是由於人民主權的理論的影響，國民主權理論下的制度設計已漸漸趨向於人民主權理論。事實上，在日後憲政的發展過程中，有關人民與國會之間的關係，基本上有三種不同的類型及理論正顯示出主權理論在不同階段的發展，而這三種類型是：**純粹代表制 (le gouvernement représentatif pur)**、**半代表制 (le gouvernement semi-représentatif)**、**半直接制 (le gouvernement semi-direct)**，以下讓我們依序探討這三個類型的內涵。

一、純粹代表制 (le gouvernement représentatif pur)

純粹代表制基本上是以國民主權理論為基礎所設計出來的制度，它可同時排除君主主權與人民主權，而使議會得獨立於民眾之外，只使議會成為國民代表，並使議會得決定一般意思。這種體制基本上可稱為是「議會主權」之體制，具體來說，法國一七九一年憲法、一七九五年憲法、一八三零年憲法、一八四八年憲法皆採用此一類型之體制。

要說此一體制的特色時，首先讓我們看一下國民代表在國民主權下所具有的特色。在國民主權之下「國民代表」的概念具有怎樣的特色呢？以下我們可分成若干部分加以說明：

1. 國民主權就是把國家權力(這種權力是以最高獨立性為其基本屬性)歸屬於觀念的、抽象的存在—國民。這個國民常被解釋為是國籍持有人整體的「所有國民」(la nation entière)，是包含過去、現在、未來所有世代的所有國民。
2. 像這樣的國民，其本身並不具有自然的意思能力與執行能力，因此，在「國民主權」之下，不得不把主權的行使委諸單數或複數

的自然人，在「國民主權」之下，主權的歸屬與主權的行使必然分離，作為主權者的「國民」，因為擁有能行使主權的各種機關，所以能具有意思能力與行為能力，能獲得法人格。

3. 主權是單一的，不可分的，不可讓渡的，它專屬於「國民」，各個成員無論在什麼意義上，是不會分有主權的，因此，各個成員並沒有固有的權利可參與主權的行使。各個成員並不當然被保障擁有參與一般意志的決定與執行之權，也不當然被保障有選舉權去選出決定一般意思的人，一部份的成員即使被承認可參與主權的行使，但這些成員只是為了主權者—「國民」而履行公務而已。
4. 在「國民主權」之下，主權的歸屬與行使必然分離，因此透過自然人所形成的「國民代表」去行使主權是無可避免的。因此，任何個人、集團並不具有特別權利，得以「國民代表」之身分參與主權之行使。至於在怎樣的條件下以誰為國民代表呢？這完全要看在「國民」之名義下被制定的憲法如何訂定。

在這種「國民代表」的概念之下，純粹代表制有如下幾個基本特色：

1. 原則上，只有民選議會是「國民代表」，非民選機關沒有國民代表的地位，未經由選舉產生的機關原則上不能決定一般意思，即使可以，其權限是有限的、被縮小的，且最終地必須從屬於民選的國民代表之意思。
2. 因為只有民選的議會是國民代表，因此排除人民可直接決定一般意思。因為人民不能參與一般意思的決定，所以人民不能將其意思強加於議會、議員身上。換句話說，一切的直接民主制被排除，以民主的統制方式對代議士之言行加以控制也是被排除的。民選的議員在法律上受到保障，使其可獨立於「人民」及其選區之外，在這種保障之下，民選議員所組成的議會就獲得對一般意思具有決定權之地位。在這種純粹代表制的原理上，公民投票

(referendum)、人民否決 (veto populaire)、人民創制 (initiative populaire) 等直接民主制被排除，與直接民主制會達到同樣功能的解散制度也被排除，而對議會、議員的保障，則在許多制度被加以訂定，例如命令委任禁止、免責特權的保障，人民追究議員在法律上、政治上的責任（例如罷免權）之制度被排除。此外司法機關對立法進行違憲審查的制度也被加以排除。

3. 純粹代表制的第三個基本特色是，議會、議員不只在法律被保障其獨立之於人民及其選區之外，事實上，也能免於有選舉權之人民與多數民眾在事實上的統制，因為在純粹代表制之下所採取的選舉制度是限制選舉制度，可排除無選舉權的多數民眾對其影響，有些甚至採間接選舉制度使有選舉權之民眾亦不能影響議員與議會。

二、半代表制 (le gouvernement semi-représentatif)

在純粹代表制之下，不只議員、議會可獨立於人民之外，議會也同時可排除行政、司法對其干預。但是隨著社會、經濟、政治等各種條件的變化，民眾的結構也呈現改變，「國民主權」具體的表現型態也不得不跟著變更。於是在人民主權理論的影響之下，純粹代表制漸漸改變而出現了不同類型的體制，半代表制就是其中之一種，而半代表制與純粹代表制最大的差異，就在於是否肯定「人民」可例外地去形成一般意思。而這種半代表制基本上是隨著法國第三共和的發展漸漸展開。而這個體制有著如下幾個基本特色：

1. 與純粹代表制一樣，一般意思之決定仍是專屬於議員與議會。換句話說，原則上只有民選的議會是「國民代表」，而得為一般意思之決定，而且議會、議員在名義上、實質上皆受到保護，可不受有權者、人民之意思的拘束，而得為一般意思之決定；更且在

法律上禁止所謂的命令委任，並保障議員的免責特權，以便使議會、議員可獨立於有權者與人民之外。此外，司法機關審查立法違憲的制度並不被承認。從這個層面來看，半代表制與純粹代表制沒有什麼差別。

2. 半代表制的基本特色之二，是關於一般意思的決定機關之組成，也就是說，半代表制採取了和純粹代表制不同的制度。在純粹代表制之下，關於下院代表的選出無論在形式上或實質上，主要是透過限制選舉制度，有時候甚至是透過間接選舉制度產生，大部分的女性與一般民眾不具有選舉權，但是在半代表制之下，有關下院代表的產生，已透過男子普通選舉制度產生，同時下院也引進解散制度。

換句話說，在半代表制之下，仍只有民選的議會是「國民代表」，可決定一般意思，議員依然有免責特權的保障，而且人民也不能賦予議員委任命令，這樣的保障與純粹代表制一樣，保障了議會與議員在法律上獨立於人民之外，但是事實上，議會、議員漸漸喪失了其獨立於有權者與人民之外的獨立性。因為直接普通選舉制度與解散制度的導入以及近代政黨的出現，議員與議會在事實上須受到民意的影響。

3. 半代表制的基本特色之三是議會、議員在事實上有從屬於「人民」選區意思之傾向，按照法國憲法學家 **Duguit** 的說法，他說：「在法律上，選區是沒有價值的，（但）在事實上卻不能忽視它，輿論形成也好、問題解決也好、選舉之舉行也好，都是在選區。也因為這樣，代議士與各個選區之機會發生更密切的關係，從法律上來看，代議士是全國國民的代表，接受全國國民委託的是整個議會，但事實上，代議士因為事物力量的本身以緊密的關係與其選區相結合。」在這種情況出現的情形下，國民代表已不是純粹代表制之下那種存在於「觀念世界」中的代表，國民代表在現實

世界的代表性已成為關注的重點。在這種意義上，半代表制是一種：國民代表所組成的議會多少必須被實際存在的民意所拘束而行為的體制。

從半代表制的基本特色來看，半代表制引進更多的人民參與選舉之中，並透過解散制度讓人民可例外地參與一般意思之決定，而政黨的出現也使議會在事實上不得遵從民意。在國民主權的理論架構下，人民（people）主權的理論已逐漸促使純粹代表制的改變。

三、半直接制（le gouvernement semi-direct）

從歷史的發展來看，半代表制之所以會出現，實際是因為勞工階級出現的緣故，而以勞工階級為中心的民眾，就標榜著人民主權以強化他們對社會與政治的影響力，終於使得半代表制出現。但是只要民主主義所強調是統治者與被統治者的同一性，人民主權的原理伴隨著社會的發展就會不斷影響體制的變更。而這種趨向人民主權的發展，就更加強化「半代表制」的發展方向，並更進一步地承認人民例外地參與一般意思的決定，而產生了所謂「半直接制」。法國在第二次世界大戰之後所實施的一九四六年憲法（第四共和憲法）與一九五八年憲法（第五共和憲法）即採取半直接制，這種半直接制基本上有如下特色：

1. 半直接制的基本特色之一是：在這個體制之下，憲法上還是保障議會、議員獨立於人民及其選區之外，讓議會與議員原則上可決定國家政治的基準-一般意志。換句話說，以議員為全國國民之代表，保障議員發言與表決時的免責特權，禁止人民對議員命令的委任。在這種意義上，半直接制與「純粹代表制」、「半代表制」並沒有什麼差別。

2. 半直接制的基本特色之二是：(a) 直接民主制例外地被採行 (b) 導入違憲審查制度。在純粹代表制-半代表制的階段下，直接民主制有關的制度全面性地被排除，而違憲審查制度也被排除，這兩種制度所表現出來的就是議會對行政機關的優越性，但是到了半直接制的階段，對這兩種制度的排擠產生了明顯的變化，首先，在第四共和憲法之下，規定人民可例外地行使公民投票，譬如九十條規定了憲法修正案在一定條件下可以交付公民投票，第五共和憲法也在十一條規定了總統交付公民投票的權限，並於八十九條規定在一定條件下需將憲法修正案交付公民投票。

另外一點是，在純粹代表制、半代表制之下，由於只有民選的議會是國民代表，因此，議會以外的機關要左右議會制訂的法律，從理論上來說是不可能的，也就是說要設立違憲審查制度是不可能的。但是在第五共和憲法之下，設立憲法院可以依一定的要件審查立法之違憲性。

3. 半直接制的基本特色之三就是「半代表制」的趨向被更加強化。事實上，在第三共和的時代裡，因為普通選舉制度的導入、政黨強化、勞工階級出現等因素的影響，在現實的政治運作中，議會、議員在事實上從屬於人民、選區的傾向已是出現，這種現象到了半直接制更加明顯。

在半直接制的階段下，議會的獨立性被更加削弱，議會與議員除了事實上越來越受到有權者與人民之意思的拘束之外，有關憲法修改等若干事項可由人民行使公民投票，並可由司法機關行使立法違憲審查制度，使得議會、議員的自主性受到相當的影響。權。

陸、公民投票與主權理論之關係

半直接制導入了公民投票制，使公民可直接參與一般意思的決定，而這一導入，對主權理論乃至憲法修正理論產生極重大的發展。以下我們以法國第五共和憲法為例，來說明此一現象：

一九五八年，法國第五共和成立之時，憲法中明文規定，總統乃經由國民議會（l'Assemblée nationale）議員、參議院（le Sénat）議員、縣市長及縣市議員等大約八萬人的選舉人團間接選舉產生（在第四共和時期，總統則僅由國會兩院之議員聯合選舉產生）。一九六二年，戴高樂總統提出憲法修正案成功地獲得人民的支持，而將總統選舉方式改由全體人民直接投票產生，任期仍為七年。

但是，戴高樂在一九六二年提出憲法修正案，要將總統間接選舉改為人民直接選舉，發生了所謂的違憲爭議。第五共和憲法在八十九條規定了如下的憲法修正程序：

憲法修正案由共和國總統依總理之建議，或國會議員之提議予以進行。

憲法修正草案或提案需以同一內容並經由國會兩院表決通過。修正案須經公民投票（referendum）同意後，始告確定。

共和國總統如將修正案提交國會兩院聯席大會議決，則該修正案無須交付公民投票。在此情況下，修正案須獲聯席大會五分之三有效票數，始得通過。

國會兩院聯席大會之秘書處由國民議會之秘書處擔任。

國家領土完整遭受危險時，不得從事修憲或繼續進行。

政府之共和政體不得作為修憲議題。

根據憲法八十九條之規定，憲法修正案有基於總理提案後而由總統提出者，亦有由兩院議員所提出者，無論由誰提出，憲法修正案應先在兩院表決通過後，才能交付公民投票，但總統如將修正案交兩院聯席大會議決，則不必經過公民投票。換句話說，憲法之修正，一定要經過國會審議。但是戴高樂卻不根據憲法八十九條，反而依憲法十一條將總統直選案直接交付公民投票。憲法第十一條規定：

共和國總統得依政府在國會開會期間所提之建議、或國會兩院之聯合建議（並經政府公報刊載）將有關公權組織、國協協定之認可或國際條約之批准等法案，雖未牴觸憲法但足以影響現行制度之運作者，提交公民投票。（referendum）

公民投票贊同該法案時，共和國總統應依前條所規定之期限公佈之。

戴高樂就以第十一條一項中「有關公權組織之法案」為根據，將總統直選案提交公民投票。公民投票通過之後，上院議長就根據憲法第六十一條之規定提請憲法院審查該公民投票是否違憲。其第六十一條規定如下：

各組織法在公佈前，以及國會兩院規程在實施前，均須送請憲法院審議，並將各該條款之合憲性予以宣告。

基於同一目的，法律在未公佈前，得由共和國總統、總理、國民議會議長、參議院議長、六十名國會議員或六十名參議院議員，提請憲法院審議。

憲法院在一九六二年十一月六日，對於上院議長所提依憲法第十一條規定之違憲審查下了判決，表示憲法院對此一公民投票無判斷之權限，而其理由是：

「……從憲法的精神來看，憲法六十一條所欲提及之法律只是經議會所議決通過之法律，而不是因公民投票結果而由人民所通

過，由國民主權所直接表明的法律……」

這個判決很顯然地是以主權直接表明之理由賦予公民投票所成立之法至高性，而這樣的學說得到了大多數學說的支持。法國學者杜偉傑甚至提出見解認為當主權者—國民說 yes 時，原來的違憲性被治癒了。換句話說，如果徹底貫徹國民作為主權者的優越性，憲法的優越性是會被犧牲掉，法位階理念會受到相當程度的影響。

如果用這個例子來看，當政治菁英有共識願將憲法未規定的公民投票事項也可依公民投票法之規定交付公民投票，那麼以法律所規定之手段破除憲法之優越性是非常有可能的，只是前提就是必須要有共識，不過如果將公民投票入憲，即使公民投票之舉行違憲，卻也可避免較大之政治衝突。

另外一點必須說明的是，如果公民投票入憲，那麼將憲法全部修改的條款交由公民投票當然不會有任何問題，換句話說，憲法規定了人民可以自毀憲法的手段，本來就是保障主權者可任意發動制憲權，以締結新的憲法。瑞士在一八七四年憲法即規定憲法可隨時做全部修正並須最終經公民投票贊成始生效力。

對於法國憲法院這樣判決，我們應該如何看待呢？以下我們擬從制憲權理論與修憲權理論的觀點來解釋公民投票與主權及憲法的關係。

一般而言，憲法法典皆會規定憲法修正之條款，而憲法修正（amendment, revision, Aenderung）基本上就是以合理的程序對憲法之一部份或全部有意識地予以修正。不過，從憲法規範獨自的構造來看，憲法學界一般認為：憲法的修正如果會造成憲法秩序全面性的交替，則即使憲法修正表面上是以合法的程序、以和平的方式進行，在法理論上仍應認為這不是屬於憲法的修正，而應認為是憲法的制定。也就是說，從憲法規範的結構來看，應把憲法制定（以下簡稱為制憲）與

憲法修正（以下簡稱為修憲）區分開來。這種將制憲與修憲區分開來的理論是認為：制憲的作用是重新設定國家整體法秩序的基礎，是超越實定法的一個創造性行為，換句話說，制憲權力是從法秩序不存在的自然狀態中創造基本法規範的行為，這個制憲權是不被既存法秩序所拘束的根源權力，因此，全新的制憲行為本質上就會蘊含其有決定政治統一體的意義。相對地，修憲從概念上來看，它必然是以實定憲法的存在為前提，並有意識地對之施予修正的行為，因此，修憲權並非能不受任何拘束而可從根源具有其成立的基礎，它只是在制憲權及以制憲權為基礎的基本法秩序之下所形成的法力量。因此，修憲權本身需基於『合法性的原理』訂定一定範圍的憲法規範（即憲法學上所稱的憲法律），在這種意義上，修憲權雖具有比通常的立法權更高而且形式上更強的效力，但是它是制憲權預測將來修憲的可能性下所設定的一個權力，因此，修憲權是一種被制度化的制憲權（*pouvoir constituant institué*）。

在上述這種理論之下，修憲是不能觸及制憲權之所在及與制憲權相一致的根本規範，換句話說，從法理論上來看，修憲是有其限界的，如果我們將憲法規範區分為憲法規範＜改正規範＞憲法律（亦即可成為憲法修正對象的各個規範），那麼修憲權在法律上應只及於憲法律。

不過，這樣的理論很顯然在一九六二年法國憲法院的判決中受到挑戰。其原因似乎可敘述如下：

通常各國的憲法都把修憲權賦予國會或是特別的憲法會議，由於這些機關是基於憲法規定所產生並基於憲法規定而擁有其修憲之權利，因此在「受託者不能擺脫委託者之委任權限」的理論下，修憲機關如果要超出法理而行制憲之實，即使事實上常會有這種情況出現，但在法理論上，仍應認為是違背修憲應有的限界。但是，如果憲法把修憲

權力交還給國民決定時，由於國民本身即為制憲權之最終權力體，因此，縱然憲法規定國民只可透過公民投票修憲，但以法體制內的規範要規定不受法秩序拘束的權力本身即是背理，也是不可能。因此，修憲界限論即使對國民以外的國家機關可主張其效力，但在面臨制憲權的權力主體，則當然須屈居其下，這正是法國憲法院一九六二年判決最大的意義。

柒、結論

古代希臘的雅典城邦實施民主並無所謂主權的概念，但是在近代國家誕生之後，民主主義無法脫離立憲主義、主權原理與議會制度而單獨談論。然而代議制之下的民主主義卻也暴露出許多嚴重的問題，例如議會內部的多數暴力、少數杯葛、政黨寡頭控制……等病理現象在民主主義的發展過程不斷發生，相對地，議會與行政機關勾結，使少數掌握公權力的政治菁英在民主主義的大義名份之下，可公然分贓國家資源，使沒有組織的絕大多數民眾根本無法與之對抗……這些現象，都暴露出民主主義的無力感，因此，重回根源民主主義（radical democracy）的原理，探討民主主義的再生仍是今日吾人的重大課題。

如果從根源民主主義的觀點來探討民主主義再生的研究潮流，基本上可以歸結為下列五個方向：

1. 從市民之參加與自治乃至於 citizenship (公民權、公民資格) 的觀點，以參加民主主義的形式，追求民主主義的更深一層

的發展。

- 2.以法治主義、立憲主義為基礎，以建立起「討論式的民主主義」。
- 3.從社會民主主義 (social democracy/socialist democracy) 的觀點，追求民主主義更進一步的發展。
- 4.從後現代主義的觀點，引用差異、鬥爭、抗爭、自我複合認同等的概念，想建立起地域對「政治、系統、文化、知識的權力控制與階層化的網絡」抵抗之理論。
- 5.在根源民主主義的視角之下，嘗試給予目前的「新社會運動」與「多元文化主義」新的基礎。

所謂公民投票其實是實現參加民主主義的方式之一，但是無可諱言的是，台灣今天確實也存在著多元文化乃至多元族群的衝突問題，對於少數族群而言，公民投票有時會是多數族群壓抑少數族群的手段，但並不能因為台灣有族群問題的存在，就一概否認公民投票的價值，事實上，非以人種、民族、族群為基礎而以共同的政治信條為基礎的國民國家，是可以同時包含參加民主主義與多元文化主義兩種不同的制度。只不過，台灣的政治菁英仍不願正視此種問題的存在與解決方式，這正是台灣民主主義發展的最大問題。

參考文獻

(一) 中文部分

張台麟，1995 年，法國政府與政治，台北：五南圖書出版公司。

(一) 日文部分

小林直樹著，1981 年 10 月，憲法講義一下，東京大學出版社。

千葉真，1995 年，デモクラシーと政治の概念——ラディカル・デモクラシーにむけて——，思想。

生松敬三著，1978 年，社會思想の歴史，日本放送協會出版社

杉原泰雄著，1977 年 6 月，國民代表の政治責任，岩波新書。

杉原泰雄著，國民主權の史的展開 1～18，法律時報 54 卷 1 號～55 卷 7 號。

法貴三郎著，1973 年，制度の政治學，有信堂。

宮澤俊義編，1986 年，世界憲法集第四版，岩波文庫。

清宮四郎，佐藤功，阿部照哉，杉原泰雄編，新版憲法演習 2，改訂

版。

樋口陽一，1977年，比較憲法，青林書院新社。

樋口陽一著，1977年4月，近代立憲主義現代國家，勁草書房。

盧梭著，桑原武夫譯，社會契約論，岩波新書。

Referendum and Theories of Sovereignty

Cheng-Shuh Chang *

Abstract

By emphasizing the status of nation and people respectively, there are three institutional designs in French history: le gouvernement représentatif pur, le gouvernement semi-représentatif, and le gouvernement semi-direct.

Based on the theory of nation sovereignty, the first design highlights the unchangeable role of parliament in policy-making. In contrast, the third one includes the judicial review and referendum according to the theory of people sovereignty. The second is a moderate one, which insists people should be given more rights to control parliament.

Keywords: Referendum , sovereignty, nation sovereignty, people sovereignty, le gouvernement représentatif pur, le gouvernement semi-représentatif, le gouvernement semi-direct, radical democracy

* Member, Examination Yuan.

南亞地區女性地位影響因素之探討

邱大昕*

摘要

本研究以南亞地區(孟加拉、印度、巴基斯坦與斯里蘭卡)男女嬰孩性別比例作為該地區女性地位之指標，並以這四個國家在1970、1980與1990年的普查資料，檢驗現代化理論、依賴理論、與二元體系等理論對女性地位變化之解釋。結果顯示，女性教育程度、結婚年齡、與勞動參與率在降低嬰孩性別比例有重要影響，此與二元體系理論之預測較相符。現代化對父權結構的影響有正面也有負面。不過，南亞地區對女性之歧視隨著經濟發展而降低，此則與現代化理論之預測較為相符。

關鍵詞：性別不平等、社會發展、南亞

* 高雄醫學大學醫學社會學與社會工作學系助理教授

Introduction

The ratio of male to female children in South Asia was around 105.8 in 1990 (United Nations 1991). Compared with world average 104.6, the male/female child ratio is clearly higher. Since there should be slightly more female than male children, this surplus of males in the South Asia is usually interpreted as an index of the low value placed on females in this region. In particular, this index points to the health consequences of social, economic and cultural discrimination against females. What are these various social and economic forces, and how do these operate to produce excess female mortality? Why did women's status not improve with national development and economic growth? Does capitalism help to bring down old institutions or does industrialization have little influence on them? These are the main questions to be answered in this study.

Child Sex Ratios and Women's Status

Throughout the world, it is normal for women to give birth to more male than female children, although the excess of boys is quite small. The sex ratio at birth is approximately 105 boys for every 100 girls in most human populations. Yet, if there were no favorable treatments of males, this male majority at birth is erased gradually by male mortality at every age higher than female. In other words, male infants and children should have a greater mortality rate than do their female counterparts (Teitelbaum 1970). This differential can be attributable to both biological factors, such as slower male fetal maturation and the possible effects of the XY configuration (Carey and Lopreato 1995, p.8). Meanwhile, male children are more vulnerable than female children to diseases of infancy and childhood. It is estimated that the chances of girls surviving the first five years of life are 1 per cent greater than for boys.

The average male/ female child ratio is around 104 for both the developed countries and the whole world (see Table 1). This pattern does not hold true in most parts of South Asia—both its female child mortality and male/ female child ratios are higher than other places.

In India, for example, once the immediate neonatal period is over, the death rate is higher for females than for males (Sen 1989). The greater female resistance to death is offset by poorer nutrition and inferior health care, resulting in an elevated masculinity of the population. Neonatal death rates post-neonatal mortality, especially at ages 1-4 years, was much higher for females in Bangladesh. As a result, male/ female child ratio is abnormally high in many South Asia countries.

Table 1 Male/Female Child Ratios (Age 0-4)

Regions/ Country	1970	1980	1990
World Total	104.4	104.8	104.6
Developed Regions	104.6	104.9	104.9
Bhutan	107.6	106.5	107.1
India	106.6	106.4	106.0
Bangladesh	102.8	106.0	105.6
Pakistan	105.2	109.8	105.5
Afghanistan	105.6	105.4	104.9
Sri Lanka	102.5	104.5	103.9

Note: Developed regions comprise Northern America, Japan, all regions of Europe, Australia-New Zealand, and former Union of Soviet Socialist Republics. Sources: *The Sex and Age Distributions of Population*, (United Nations 1991)

Several indicators have been used in studying the change of women status. Sen (1990), for example, compares sex ratios across countries and conclude that there are millions of “missing” women due to active discrimination against women. Ram (1993) uses female/male life expectancy as an indicator of women’s welfare or the relative status of women in society or in the family. Sathar (1987) and Kazi (1995) consider excessive female mortality or higher female child mortality as indicative of discriminatory treatment of females. Among all these indicators, children sex ratio is the most useful indicators of women’s status because children are more vulnerable to gender discrimination in the family. Many theoretical and empirical studies have explored its implications for a variety of gender related outcome such as discrimination again women (Balakrishnan 1994;

Sieff 1990).

Male/female child ratio is thus considered as an estimate of the cumulative demographic effect of discrimination against female children. Universally, the two most nutritionally demanding periods are infancy (0-1 years) and puberty (Miller 1981, p.84). It is during these times that human body is growing the fastest and needs the most protein and calories. As such, child's mortality and thus male/female child ratios are most strongly linked to parental sex bias. Male/ female child ratios in such instances can be considered as an index of the health consequences of social, economic and cultural discrimination against females.

Economic and Cultural Determinants of Children's Value

Early cross-national studies using survey data find that daughters and sons are valued for different reasons (Arnold and Kuo 1984). Daughters are generally desired for their help in household chores such as childcare, cooking, cleaning, ironing, and so on. And, they are also wanted for a variety of desirable personality characteristics which make them good companions, especially for the mother. On the other hand, sons are wanted mainly for a variety of economic and socio-cultural reasons (Thiruvekitasamy 1992). Also, there is a difference between the reasons for wanting sons given by fathers with those given by mothers. Cross-nation study shows that fathers are more likely to indicate "family name" as an important reason to have sons, while mothers tend to indicate "financial/ practical help" as an important reason for wanting sons (Arnold and Kuo 1984). However, whatever the precise reasons for this anti-female child discrimination, it does appear that where women's status is high, the male/ female child ratio tends to be low.

Male children, in many parts of South Asia, are considered an economic asset because he will become an economically productive

member of the family as well as an asset to parents in their old age (Bairagi 1986). Grown sons have better prospects than daughters for income-earning work and, thus, may become net contributors to family income. Sons are more likely than daughters to provide family labor on the farm or in a family business, earn wages, and support their parents during old age. Old-age security of parents play an important role in this regard (Caldwell, Reddy, and Caldwell 1989).

On the contrary, a female child is often considered an economic liability because she will become a member of another family after her marriage. Investment in young girls may be perceived as investing in a human resource that will shift outside of the immediate family after marriage. Investments in girls, therefore, do not contribute in the same manner as investments in boys to long-term family well-being and security. Moreover, daughters, with dowry costs escalating, are often considered financial and social liabilities.

Miller (1981) argues that preferences for sons is primarily culturally determined, and scarcity of resources may at most accentuate the effects of sex bias within a given culture. These social constraints owe their origin to the need to protect the family lineage through the male line by controlling the supply of women. Their effect is most severe at those times in a woman's life when she is particularly physiologically vulnerable, that is, below the age of five and during the childbearing years. When lack of cultural protection coincides with scarcity of nutritional supply, as in the case of South Asia, excess female excess female mortality in infancy and early childhood is the outcome (Basu 1989; Chen, Huq and D'Souza 1981; Miller 1981).

In South Asia, sons are imperative for the continuation of the family line in the patrilineal family system, and many sons considered providing additional status to the family. They are considered to be crucial for several religious rituals, burial rites or ancestor worship in some countries (Arnold and Kuo 1984). The more patriarchal and male-centered the society is, the more likely that sons will be seen as

the major source of social and political power and the cultural worth of females will be low. Although daughters are considered better companions than sons, however, they typically become a member of their husband's family after marriage and may have little continuing contact with their natal family (Dharmalingam 1996).

Development Theory and Women's Status

There is no single "modernization theory," but much of modernization is implicitly or explicitly evolutionary in that society evolves from traditional to modern. The nations of the world are placed on an evolutionary scale, at the apex of which are modern Western societies. The transition from a lower level of development to a higher level will be achieved when a country undergoes a number of structural changes linked to industrialization. The rise in the factory system, increasing urbanization and movement from rural areas describes the nature of this process (Harrison 1988, p.149). Meanwhile, modernization brings with it a list of new social characteristics: nuclear family households, educational growth for literacy and training, the development of mass media to disseminate ideas and encourage increased awareness about society, heightened political awareness, participation in a democratic system, and so on (Wilensky and Lebeaux 1965).

While modernization theorists view capitalism as a system of voluntary exchange relations, dependency theorists view capitalism primarily as a system of exploitative power relations (Gereffi 1983). According to dependency theory, the nations of the world can be divided into roughly two groups: the core nations, which developed industrial capitalism early in human history, and the underdeveloped countries, in which economic development depends extensively on infusions of capital, expertise, and technology from the core nations. The core nations economically colonize the underdeveloped countries,

using them as sources of cheap labor, raw materials, and as markets for some finished goods. Based on historical analysis, dependency theorists argue that capitalism is more likely to lead to distortion in the periphery than western development (Schuurman 1993).

Drawing on Marxist insights, dependency theorists claim that the expansion of capitalism as a mode of production in the Third World may lead to some economic growth but at the same time creates serious distortions in the economies so that they become disarticulated (So 1990). In a disarticulated economy, such as an export enclave economy, the demand for manufactured goods originates from abroad, profits are remitted abroad, and there are very few linkages between the traditional sectors (mostly agricultural) and modern manufacturing sectors. As a result, little true development occurs, because most farmers in the traditional sector do not have the incomes to be consumers of manufactured goods or to become investors in small-scale manufacturing plants. Symptoms of dependency then emerge in various forms: an urban bias to development, which results in the surplus of the periphery being captured by the center, a proliferation of other surplus extraction mechanisms, rural underdevelopment as evidenced by a decline in the terms of trade between center and periphery goods, with the periphery exporting raw materials and importing manufactured goods (Lantican, Gladwin, and Seale 1996).

Dual systems theorists argue that modernization theory and dependency theory both ignore patriarchy (Hartmann 1981). Modernization theory tends to exonerate the capitalist system, attributing continuing gender inequality to incomplete modernization process. Dependency theory, on the other hand, tends to attribute gender inequality to capitalists, ignoring the part played by the effect of centuries of patriarchal social relations and institutions. In fact, capitalism and private property do not cause the oppression of women. It is patriarchy which maintains inequality between the sexes, an inequality that existed prior to capitalism and still exists. Hartmann argues that patriarchy and capitalism are actually distinct forms of social relations and have distinct sets of interest (1976). Therefore,

for women's oppression to be fully understood, we must analyze both patriarchy and capitalism first as separate phenomena.

In sum, while modernization theorists are optimistic about the possibility of development in the Third World, dependency theorists are not. Neither of them say much about women, but it is possible to infer the implications for women from their general assumptions. Modernization theory emphasizes and approves of the trend towards Western modernity, and believes development will increase women's status. Dependency theorists, on the other hand, suggests that women's position declines with development, and that economic transformations of Third World countries are associated with increasing class and sex stratification (Mascia-Lees 1984, p.13). Against these views, dual system theory maintains that patriarchy and capitalism are two distinct forms of social relations, and these two forms must be analyzed first as separate phenomena (Hartmann 1979). Dual system theorists argue that both modernization theorists and Marxist economists ignore patriarchy, and maintain that exploitation of women exists in socialist as well as in capitalist societies.

Data Analysis Result

Several different data sets are used since a data set containing all the information necessary to test hypotheses is impossible to obtain. The primary source for the data used in this study is the census data from India, Bangladesh, Pakistan, and Sri Lanka. Other sources are used to supplement:

1. Bangladesh: Bangladesh census of population, 1974; Bangladesh economic survey 76/77, 81/82, 92/93; Report on the agricultural census of Bangladesh, 1977; The Yearbook of agricultural statistics of Bangladesh 76/77, 79/80; Statistical yearbook of Bangladesh 1975, 83/84, 1991; Statistical pocket

- book of Bangladesh 1978-1990.
2. India: Census of India, 1971, 1981, 1991; Statistical Abstract 1972, 1982; Statistical Pocket Book 1979-1991; India pocketbook of economic information 1961-1991; Monthly abstract of statistics 1984, 1988-1993; Economic survey 75/76, 82/83, 90/91; Basic statistics relating to the Indian economy, 1950-51 to 1974-75; Vital statistics of India 74/75, 1982.
 3. Pakistan: Pakistan Statistical Yearbook 1974, 1981, 1984-1991; Statistical Bulletin 1994; Statistical Pocketbook of Pakistan 1985, 1992; Agricultural crops and livestock, 1992/93; Statistical report of Pakistan, 1982.
 4. Sri Lanka: Statistical Abstract 70/71, 1982, 1991; Statistical Pocket Book 1966-1993; Census of Population and Housing 1981; Agricultural crops and livestock, 1992/93; Vital statistics, Sri Lanka, 1967-1980; Sri Lanka census of agriculture, 1982; Census of agriculture, Sri Lanka, 1973; Census of population, Sri Lanka, 1971; Sri Lanka year book, 1975.

Descriptive statistics are contained in Table 2 below. It is evident that Pakistan, Bangladesh, and northern India's states on average have higher male/female child ratios than southern Indian states and Sri Lanka during the period of 1970-1990. Although there is a trend of decreasing in the male/female child ratio, most areas still have high male/female child ratio. Northern parts of South Asia (Pakistan, North India, and Bangladesh) also have higher fertility and infant mortality than those in the South (i.e., South India and Sri Lanka). Among these countries, Pakistan has the highest fertility and Sri Lanka has the lowest—the former is twice as big as the latter. Bangladesh has the highest average infant mortality and Sri Lanka again has the lowest. However, both fertility and infant mortality are decreasing in all the South Asia countries through years.

**Table 2 Average of All Variables by Region and Year
(1970-1990)**

	Pakistan			N. India			Bangladesh			S. India			Sri Lanka		
	71	81	91	71	81	91	74	81	91	71	81	91	71	81	91
M/F Child Ratio ¹	105.2	109.8	105.5	106.7	106.5	106.0	102.8	106.0	105.6	101.5	100.1	100.6	102.5	104.5	103.9
Fertility ²	7.0	7.0	5.9	6.7	5.7	4.8	7.0	6.2	5.5	5.5	4.3	3.9	4.0	3.3	2.5
Infant Mortality ³	140.0	120.0	107.7	85.3	92.1	62.3	140.0	128.2	119.2	56.1	53.7	45.8	56.0	39.4	28.2
Urban % ⁴	25.4	28.3	31.5	15.6	19.9	19.9	7.6	10.4	19.63	17.5	21.6	29.4	21.9	21.5	21.5
Industry % ⁵	2.8	3.5	3.7	4.4	5.9	4.4	4.8	9.8	11.8	7.2	8.7	9.1	9.3	10.1	10.9
Female Marriage Age ⁶	19.7	20.2	20.2	16.4	18.4	18.3	15.9	17.8	18.1	18.4	19.3	18.7	23.5	24.4	25.3
Female Work % ⁷	8.1	10.27	12.7	14.6	22.5	24.2	5.4	5.7	39.3	17.2	27.5	29.7	26.2	24.4	31.1
Female Literacy % ⁸	11.6	16.0	21.1	16.6	31.0	42.4	14.8	16.0	25.5	28.9	44.9	56.0	70.9	82.8	83.2
Rice % ⁹	15.6	18.4	...	26.7	34.2	40.7	...	44.4	50.1	40.7	46.1	49.2	56.0	66.7	...
Muslim % ¹⁰	96.8	96.7	96.7	12.1	11.3	12.9	85.4	86.6	88.3	11.6	12.6	12.3	7.1	7.6	8.0

Note: ¹ Male/female child ratio is the number of male age <5 divided by the number of female age <5; ² Fertility is total fertility rate; ³ Infant mortality rate is the number of deaths of children under age 1 during period shown divided by the total number of live births during that period, multiplied by 1,000; ⁴ Urban % is measured by the percent of the total population living in urban areas; ⁵ Industry % is measured by the proportion of the labor force engaged in all industry enterprises; ⁶ Female marriage age is female mean age at marriage; ⁷ Female work participation is the percentage of female main workers in all industries; ⁸ Female literacy is the percentage of female age 15+ who were literate; ⁹ Rice Cultivation % is the percentage of rice-cultivated area to total area under the crop; ¹⁰ Muslim % is the

percentage of population who is Muslim.

Table 2 also shows that there is a general trend of growing urbanization in South Asia. Percentage of population living in urban areas or working in industry increased in all regions from 1970 to 1990. However, high degree of urbanization does not necessarily come with a high degree of industrialization. Pakistan, for example, has the lowest percentage of industrial workers, but the highest level of urbanization. Sri Lanka has a high percentage of workers involved in industrial production, and 21.5 percent of the total are living in urban areas in the year of 1991.

With regard to female participation in economic productivity, it is evident that women in the South have more opportunities to labor force participation. Two female labor force indexes (female work participation and rice cultivation) both support this point. However, for most parts of the South Asia, economic opportunities for women have been extremely limited. Sri Lanka has both highest female and male literacy rate, but its female employment rate is only around 20 to 30 percent throughout the decades of the 1970s to 1990s. Other areas' female work participation rates are even lower.

In South Asia, female average age at marriage are also increasing over the past three decades. Female marriage age is highest in Sri Lanka and lowest in Bangladesh. Areas with low female marriage age thus tend to have high fertility, lower female literacy and female work participation rates. Results indeed show that Bangladesh has the high fertility, low female literacy, and low female work participation rate.

In summary, the descriptive data provide important information about these variables of theoretical interest, and allow for identification of some differences between the northern and southern regions. Relative to the North, women in the South have generally higher status and higher literacy, higher labor force participation rate, and higher marriage age. In other words, daughters in Southern region

are more likely to be educated, to be involved in the productive economy, and to marry late. The level of urbanization is similar between the Southern and Northern regions, but Southern region has higher percentage of industrial population than Northern region does. Also, Northern region has higher percent Muslim.

The correlation matrix is presented in Table 3. Consistent with earlier studies, there are large positive correlations between the male/female child ratio and infant mortality and fertility. While infant mortality is high due to insufficient food and medicine, daughters are not likely to get better nutrition and health care and are, in turn, subject to a higher risk of death. As expected, the patriarchy variables generally have high, negative correlations with the male/female child ratio—high female literacy and female age at marriage are associated with lower numbers of boys compared with girls. Of the two variables reflecting economic value, an alternate measure of female status, only female labor force participation is strongly related to the male/female ratio, although area in rice cultivation has a modest relation—both suggesting girls are more likely to survive in states where they have relatively high economic value. Also, both female literacy and female labor force participation have negative associations with fertility. This indicates that high fertility rates will place some limits on the labor force participation of women.

Table 3 Zero-Order Correlations among Variables

	Male/Female Child Ratio	Region	GNP per capita	Fertility	Infant Mortality	Urbanization %	Industrialization %	Female Marriage Age	Female Work %	Female Literacy %	Rice Cultivation %
Region	-.434*										
GNP per capita	.228	.083									
Fertility	.452**	-.240*	-.398								
Infant Mortality	.412**	-.404*	-.247*	.496**							
Urbanization %	.043	.061	.221	.004	-.057						
Industrialization %	-.363*	.182*	.110	-.051	-.106	.455**					
Female Marriage Age	-.613*	.355**	.187	-.484*	-.488*	-.080*	.199*				
Female Work Participation	-.415*	.212**	.144	-.323*	-.241*	-.089	-.235*	.374*			
Female Literacy %	-.447*	.449*	.463*	-.468*	-.456*	.148	.270*	.476*	.335*		
Rice Cultivation %	-.197*	.190	.100	-.335*	-.189	-.032	-.120	.269	.186*	.267	
Muslim %	.233*	-.222*	-.044	.295*	.241*	.312*	.054	-.317*	-.215*	-.359*	-.215

Note: ¹.** p<.01 * p<.05 ² See Table 7.1 footnote for definition of each variable.

And large numbers of children born to women indicate large family sizes that might limit the capacity of the families to educate their children, especially the girls.

Two measures of economic development are not strongly correlated with the male/female child ratio—industrialization has modest associations and urbanization has no association. These two measures also have small associations with the patriarchy variables. Consistent with dual systems theory, this suggests that the factors that lower the neglect/violence against girls and women operate independently of “modernization.”

Percentage Muslim has modest association with urbanization, suggesting that Muslims are more concentrated in urban areas. As expected, percent Muslim is positively associated with the male/female child ratio and is negatively correlated with female marriage age, female work participation rate and female literacy. This suggests that Muslim women marry earlier, are less likely participate in economic activities, and are less likely educated.

GNP per capita and year are used as contextual variables in all three models, as is region, a dummy variable to capture the unmeasured effects of variables not included in the model. Model 1 estimates the extent to which capitalist development accounts for the variation in the male/female child ratio after controlling for region, GNP per capita and year. The regression results appear in Table 4.

Table 4 Regression Coefficients of Male/Female Child Ratio

	Model 1	Model 2	Model 3	Model 4
Year 81	-.403** (-6.95/2.17)	-.252 (-4.34/3.27)	-.160 (-2.76/2.53)	-.159 (-2.75/2.59)
Year 91	-.465** (-12.17/4.13)	-.305 (-7.99/5.22)	-.218 (-5.71/3.79)	-.215 (-5.64/3.94)
Region	-.293** (-3.48/.79)	-.183* (-2.18/.78)	-.156* (-1.85/.70)	-.134* (-1.59/.75)
GNP per capita	-.203 (-.022/.012)	-.185 (-.020/.011)	-.182 (-.019/.012)	-.160 (-.017/.011)
Industrialization %	-.294** (-.524/.149)	-.194* (-.346/.141)	-.150* (-.268/.130)	-.168* (-.301/.140)
Urbanization %	.032 (.150/.148)	.031 (.146/.143)	.032 (.148/.144)	.028 (.131/.142)
Muslim %	.201 (.039/.04)	.211 (.041/.04)	.185 (.038/.05)	.092 (.018/.04)
Female Marriage Age		-.447** (-.850/.237)	-.371** (-.706/.242)	-.320** (-.608/.234)
Female Literacy %		-.304* (-.077/.031)	-.300* (-.077/.031)	-.281* (-.072/.031)
Female Labor Force %		-.250* (-.129/.056)	-.240* (-.124/.056)	-.241* (-.125/.051)
Rice Cultivation %			-.183* (-.043/.021)	-.189* (-.044/.020)
Infant Mortality				.093 (.070/.051)
Fertility				.235* (1.37/.58)
R	.575	.688	.727	.728
R ²	.330	.474	.528	.531
R ² (Adjusted)	.283	.415	.457	.469

Note: ¹** p<.01 * p<.05; ² Numbers in parentheses are the un-standardized coefficients and standard error; ³ See Table 7.1 footnote for definition of each variable.

It is interesting that region has statistically significant effect on the male/female child ratio even with GNP per capita, industrialization and urbanization controlled. The average difference in male/ female child ratio between North and South is 3.5, suggesting that women's status is much higher in the South when with these variables controlled. The effects of capitalist development are mixed—industrialization has a negative effect while urbanization has almost no effect. This finding seems to support modernization hypothesis 1-1: “Industrialization has a negative effect on the male/female child ratio” (in Chapter 5.1.2). Contrary to common belief, Islam does not have significant effect on male/female child ratio, though it has a modest zero-order correlation with it. This suggests that most of its association with the male/female child ratio are either indirect or spurious.

In Model 2, the patriarchy variables are added. As noted earlier, patriarchal structure is measured by women's literacy, female work participation rate, and female marriage age. The higher these variables are, the lower patriarchy exists in a society. These factors determine women's autonomy in society and their status at home, and in turn affect girls' survival rate. Model 2 thus estimates the extent to which the patriarchy accounts for the variation in the male/female child ratio after controlling economic development variables.

The results confirm a strong macro-level relationship between patriarchy and the male/female child ratios in South Asia. As expected, female marriage age and female literacy rate both have negative and statistically significant effect on the male/female child ratio, although the impact of female marriage age is much larger. The effect of industrialization is decreased by 34 percent after these patriarchy variables are added, suggesting that a modest portion of its effect is through reducing patriarchy structure. As argued by modernization theory, it appears that modernization has an egalitarian effect by introducing Western ideas about the sexual division of labor and gender relations through education. Also, increases in female marriage age alters traditional family systems and thus free women from many patriarchal constraints. Together these are powerful

forces for gender-biased changes in South Asia.

Percentage of rice cultivation, a direct measure of the economic value of women, is added in model 4. Results show that both female labor force participation rate and rice cultivation rate have independent effects on the male/female child ratio, although they both measure women's economic contributions. It has been argued that women's work is by and large under-enumerated in labor force surveys and census. While the labor force participation rate is a better measure for women's formal employment, percentage of rice cultivation is a better index for women's farm work in rural areas. Labor intense, wet-rice cultivation involves substantially more input from women than does the cultivation of wheat or other crops. Consequently, the comparative value of females to the household is greater in higher rice cultivation areas. Women in these areas are also less dependent on sons, and thus daughters have higher survival chances.

As noted earlier, dependency theory regards social and political relations as determined by the primacy of production relations. Results here lend little support to this notion. Female marriage age and female literacy decrease a little but remain significant, after variables of women's economic autonomy are added. It appears that the potential economic contribution sons may make to the family is not the only cause of preferences for sons. Other social and ideological reasons play at least equally important role in affecting women's status as well. In other word, women's economic worth is not the only cause of their lower status.

In the last model, infant mortality and fertility are included. As expected, both fertility and infant mortality have a positive effect on the male/female child ratio. In a patriarchal society, high fertility or frequent childbearing is a basis for ensuring surviving male offspring for individual families. High infant mortality is also responsible for high male/female child ratio, since girls often bear the main brunt of mortality. However, the effects are much smaller than their bivariate correlation coefficients, suggesting that most of their

association is either indirect or spurious.

Overall, female marriage age is the strongest factor in predicting male/female child ratio—for each year increase in female average marriage age, male/female child ratio decreases by .608 percent. Industrialization is significant while other economic variables are not. The results here lend little support to the notion that capitalist development necessarily reduces women's status, as argued by dependency theory. However, the regional dummies remain significant after controlling all other variables. This indicates that there is considerable variance that needs to be explained by the variables not captured in this study—differences in kinship systems, dowry custom, property rights, and related features of the economy and society.

Finally, to draw out the implications of the causal interdependence among the variables, a path model is specified and fitted. In this model the exogenous variables are percent Muslim, industrialization, and region. No assumptions are made about causality among these variables, although empirically they are intercorrelated. Considering that the practice of this religion in South Asia tends to be strict, many of its norms and tradition tend to have a negative impact on women's status. However, assuming that the male/female child ratio is directly causally dependent on the strength of the Islam religious tradition is somewhat problematic. Given that percent Muslim had modest bivariate correlations with the male/female child ratio, and a much smaller partial, it is likely that its effect is indirect.

Given that urbanization was not correlated with the male/female child ratio and its regression coefficients is not statistically significant either, it evidently has no impact on the male/female child ratio and thus is not included in this stage of analysis. Rice cultivation has a significant but relatively small coefficient in the regression analysis and its association with the male/female child ratio is small and consequently it is not included in the path analysis either.

Table 5 Direct and Indirect Effects of All Variables

	Total Correlation	Direct Effect	Indirect Effect	Spurious/ Joint Effect
Region	-.434	-.140	-.293	-.001
Industrialization	-.363	-.147	-.061	-.155
Infant Mortality	.412100	.312
Fertility	.452	.217235
Muslim	.233215	.018
Female Marriage Age	-.613	-.323	-.079	-.211
Female Work %	-.415	-.183	-.049	-.183
Female Literacy	-.447	-.254	-.092	-.101

Note: See Table 7.1 footnote for definition of each variable.

Inconsistent with modernization theory, results show that industrialization has a negative effect on one dimension of patriarchal structure—female labor force participation. The apparent negative effect on female labor force participation is suggestive in these countries. Industrialization does not increase demand for women’s labor; instead, women’s work may be replaced by new technology in production. As a result, female labor participation decreases when these societies become industrialized. This tends to indicate that entrepreneurs are very much aware of their workers’ gender. Nonetheless, given that industrialization’s indirect effect on the male/female child ratio is moderately large and negative, almost entirely through increasing female literacy and female marriage age, the general pattern is support for modernization theory (see Table 5).

Typically accompanying economic modernization, but logically separable from it, is the transformation in family and value systems. Data show that female marriage age affects male/female child ratio in several different ways. It has the largest direct effect of any variable in the model. Most of its indirect effects are through female labor force participation. Higher marriage age gives women more chances in participating economic productivity. This enhances women’s economic autonomy and thus leads to lower discrimination against

female children. This is consistent with modernization theory.

Not surprisingly, female marriage age has a direct effect on fertility. The earlier women marry, the more children they are likely to have. When the number of children increases, resources will be distributed more unevenly, and thus reduce daughter's survival chances. Consequently, this has an important effect on the male/female child ratio.

Female education also has negative impact on the male/female child ratio, although smaller than female marriage age. Consistent with modernization theory, education system is presumably the most effective agent of change in belief systems. Particularly relevant in the present context is an awareness of the dignity of others and a disposition to show respect for them, revealed particularly in attitudes toward women and children. Such beliefs should by themselves result in reduced discrimination against females.

Educated females may also have more control over household resources and personal behavior, and greater involvement in reproductive decisions. As such, female education level reduces preference for sons and thus reduces the male/female child ratio. The largest indirect effect of female literacy is through female work participation. Female employment is an important basis for women's independence. In areas where women have a substantial productive role, women depend less on men and thus male/female child ratio is lower. The rest of the indirect effect is through infant mortality. When infant mortality is high, female children are most likely to die in families where no additional children or no additional daughters are desired.

As noted earlier, percent Muslim has an indirect effect on the male/female child ratio. It has been argued that religious ideologies of Islam are the obstacle to women's equality with men. However, Muslims in South Asia are a heterogeneous community. While there is conformity in ideals and beliefs, derived from the Quran and the Hadis, the general pattern of living, the system of social stratification, customs and attitudes regarding women have been greatly influenced

by the dominant culture. The data suggest that the indirect effects of percent Muslim is primarily through lower female marriage age and female literacy. Islam does not envisage a women having the liberty to choose her own man to marry. Not only is a girl's consent in marriage not taken but it is regarded as scandalous if she expresses her preference for a man. While marriage are arranged by families, women tend to marry earlier and have less education. As such, Islams have lower female marriage age and lower female education level, and thus has higher male/female child ratio.

It appears that the main explanation of lower male/female child ratio in the Southern region is that southern states have higher female marriage age and higher female education levels. However, about one third of its effect is not captured by the social and economic variables included in the model. As noted earlier, marriage and dowry systems are other important factors. For example, the preferred pattern in the north is for exogamous marriages while the south favors endogamy, particularly cross-cousin marriage. In the former system, the young bride is a stranger, socially inferior, and restricted in her movements to her husband's parents' household. In the latter, the bride needs not to move far away so she continues to see her natal family and can help care for her parents in their old age. Also, most families in south India and Sri Lanka do not spend large sums on wedding parties as do their counterparts in the north. However, data for these variables are not available in the current study and thus not included in the analysis.

Also, as noted earlier, the Northern Indians carry on older traditions, in which females are secluded from the outside world. This strictness discourages everyday activities such as walking down the street amid men who are strangers. The situation is similar in Bangladesh and Pakistan--mature women customarily do not enter market places, and there are restrictions on casual mingling of unrelated male and female adults. In contrast, women in south India and Sri Lanka have more freedom of movement.

Discussion

Over the past three decades South Asian countries have, with varying degrees of success, built up an industrial infrastructure and created a growing urban population. Meanwhile, women are better off today than they were thirty years ago in terms of education and marital power. Although each of the three theoretical perspectives considered is helpful in accounting for a portion of the findings, none of them can completely explain results in this study. Data suggest that capitalist development has a beneficial effect on women status through its impact on education and family structure. Yet, industrialization is a two-edged sword—while modern industrial development increases women’s personal independence and position in the society, the material benefits women gain from industrial employment may be weakened. Industrialization in South Asia tend to impede women’s access to employment for several reasons.

First of all, due to job segregation and other labor market discrimination practices, female labor force participation seems to decrease as a society become industrialized. As in many other developing countries, women in South Asia have traditionally played a central part in the production and processing of basic foodstuffs and in the retailing and manufacture of consumer goods through traditional skills. The industrialization process may push women out of jobs by mechanizing the work traditionally done by them, without creating new jobs for them. While women are excluded from economic production, they tend to become more dependent on men for living, and the status will be lower.

Second, women who do gain access to industrial jobs are often restricted to non-skilled, subordinate, and underpaid jobs. Women take jobs for which men are unavailable or which they are unwilling to take. Fixed and generally long working hours make it difficult for women’s productive and domestic activities to be compatible. In many developing countries, employers favor young women without family responsibilities and most women lose their jobs upon marriage

or pregnancy. As such, benefits that women derive from industrialization may be smaller than those derived by men.

Third, capitalist development leads to a profound separation between workplace and home. The rise of commodity production outside the home introduces an entirely new division of labor in the family as well as in the society at large. With industrialization, home is not the important site of production any longer and the domestic and economic functions are divided between sexes. Male heads of households are assumed to have primary responsibility for the family's support while wages become increasingly important as a principal source of income. Due to the fact that child-rearing responsibilities are still assigned mainly to women, the presence of women within the home cause the exclusion of women from the workplace. This leads to the economic independence of men and the economic dependence of women.

Thus, the interrelationship between female labor force rate and industrialization should be taken into consideration while devising programs that influence labor market conditions. Moreover, job opportunity or gainful employment are not the only factor affecting women's economic status. Women's economic rights—including property rights—may be crucial variables as well. If women have no control over finances themselves, and cannot inherit from their natal family, women's status will not improve with their labor force participation. However, macro level data do not provide answers to this type of questions in this study.

Another important factor regarding raising women's status is women's education. Gender bias can be reduced by an expansion of female literacy, and that expansion is part of economic development. However, formal schooling is not the only means for transforming values, attitudes, and norms. Other more informal mechanisms of educating individuals exist such as radio and television broadcasts. It will be helpful to know more about the precise links between media influence and gender bias. Further study can include these variables to further examine the impact of modernization on the changes of

ideas through media. This is an important area for further research.

With regard to regional variation, there seems to be great complexity to the North-South dichotomy. Patriarchal variables and economic development variables do not fully account for lower male/female child ratio in the South. This suggests that regional peculiarities beyond the factors accounted for here are responsible for North-South differentials in the male/female child ratio.

References

- Arnold, Fred and Eddie- C. Y. Kuo. 1984. "The Value of Daughters and Sons: A Comparative Study of the Gender Preferences of Parents." *Journal of Comparative Family Studies* :299-318.
- Bairagi, Radheshyam. 1986. "Food Crisis, Nutrition, and Female Children in Rural Bangladesh." *Population and Development Review* 12:307-14.
- Balakrishnan, Radhika. 1994. "The Social Context of Sex Selection and the Politics of Abortion in India." Pp. 267-286 in *Power and Decision: The Social Control of Reproduction*. Edited by Gita Sen and Rachel C. Snow, Boston, MA: Harvard University Press.
- Basu, Alaka-Malwade. 1989. "Is Discrimination in Food Really Necessary for Explaining Sex Differentials in Childhood Mortality?" *Population Studies* :193-210.
- Caldwell, John C., P. H. Reddy, and Pat Caldwell. 1989. *The Causes of Demographic Change: Experimental Research in South India*. Madison, WI: University of Wisconsin Press.
- Carey, Arlen- D. and Joseph Lopreato. 1995. "The Biocultural Evolution of the Male-Female Mortality Differential." *Mankind Quarterly* :3-28.
- Chen, Lincoln- C., Emdadul Huq, and Stan D'Souza. 1981. "Sex Bias in the Family Allocation of Food and Health Care in Rural Bangladesh." *Population and Development Review* :55-70.
- Dharmalingam, Arunachalam. 1996. "The Social Context of Family Size Preferences and Fertility Behaviour in a South Indian Village." *Genus* :83-103.
- Gereffi, Gary. 1983. "Chapter 1: Dependency Theory and Third World Development." in *The Pharmaceutical Industry and Dependency in the Third World*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Harrison, David. 1988. *The Sociology of Modernization and Development*. Boston,

- Mass.: Unwin Hyman Inc.
- Hartmann, Heidi. 1976. "The Historical Roots of Occupational Segregation." *Signs* 1:137-69.
- . 1979. "Capitalism, patriarchy and job segregation by sex." In *Capitalist Patriarchy*, edited by Z. R. Eisenstein. New York: Monthly Review Press.
- . 1981. "The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: Towards a More Progressive Union." Pp. 1-41 in *Women and Revolution: A Discussion of the Unhappy Marriage of Marxism and Feminism*, edited by L. Sargent. Boston: South End Press.
- Kazi, Shahnaz. 1995. "Rural Women, Poverty and Development in Pakistan." *Asia Pacific Journal of Rural Development* :78-92.
- Lantican, Clarita P., Christina H. Gladwin, and James L. Seale. 1996. "Income and Gender Inequalities in Asia: Testing Alternative Theories of Development." *Economic Development and Cultural Change* :235-63.
- Mascia-Lees, Frances E. 1984. *Toward a Model of Women's Status*. New York: Peter Lang.
- Miller, B. D. 1981. *The Endangered Sex: Neglect of Female Children in Rural North India*. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Ram, Bali. 1993. "Sex Differences in Mortality as a Social Indicator." *Social Indicators Research* :83-108
- Sathar, Zeba A. 1987. "Sex Differentials in Mortality: A Corollary of Son Preference?" *The Pakistan Development Review* 16:555-565.
- Schuurman, Frans J. 1993. "Introduction: Development Theory in the 1990s." Pp. 1-41 in *Beyond the Impasse: New Directions in Development Theory*, edited by F. J. Schurman. Atlantic Highlands, NJ: Zed Books Ltd.
- Sen, Amartya. 1989. "Women's Survival as a Development Problem." *Bulletin American Academy of Arts and Sciences* 43:14-29.
- . 1990. "More Than 100 Million Women Are Missing." *New York Review of Books* :61-66.
- Sieff, Daniela F. 1990. "Explaining Biased Sex Ratios in Human Populations: A Critique of Recent Studies." *Current Anthropology* 31:25-35.
- So, Alvin Y. 1990. "The Dependency School (Part II)." in *Social Change and Development: Modernization, Dependency, and World-System Theories*, *Sage Library of Social Research*. Newbury, CA: Sage Publications.
- Teitelbaum, Michael S. 1970. "Factors Affecting the Sex Ratio in Large Populations." *Journal of Biological Science Suppl.* 2:61-71.
- Thiruvankitasamy, S. 1992. "Economic Motivation and Fertility Behaviour: A Comparison of Rural and Urban Areas in Tamil Nadu." *Journal of Family Welfare* 38:68-79.
- United Nations. 1991. *The Sex and Age Distributions of Population*, vol. No.122, Edited by D. o. I. E. a. S. Affairs. New York: United Nations.
- Wilensky, H. L. and C. N. Lebeaux. 1965. *Industrial Society and Social Welfare*.

Glencoe, IL: Free Press.

Factors Affecting Women's Status in South Asia

*Tasing Chiu**

Abstract

The study examined the causes of gender inequality in South Asia. Three theoretical perspectives are considered: modernization theory, dependency theory, and dual systems theory. Macro data from four South Asia countries—Bangladesh, India, Pakistan, and Sri Lanka—between 1970 and 1990 are used to examine the hypotheses drawn from these three theories. Results show that women's education, marriage age, and labor force participation rate all play important roles on reducing male/female child ratio, providing strong support for dual systems theory. The impact of modernization on patriarchal structure is mixed and contradictory. Industrialization improves female literacy and increases female marriage age, but lowers female labor force participation. The general pattern, however, is support for modernization theory—discrimination against women and girls is systematically reduced by economic development.

Keywords: gender inequality, social development, south Asia

* Assistant Professor, School of Medical Sociology and Social Work, Kaohsiung Medical University, Kaohsiung, Taiwan

競選議題的建構： 以 2000 年總統大選的興票案為例*

林聰吉**

摘 要

本研究主要援引議題建構理論，探討 2000 年總統選舉期間，媒體記者在興票案議題建構過程中所扮演的角色。本文以報紙內容分析法為主要研究途徑，分析對象為中國時報、聯合報與自由時報。研究發現有二：首先，就興票案而言，政治人物實主導該議題的發展與內容。媒體記者並無力去主動發掘新的消息來源或證據，進而建構有別於政治人物所發佈的議題內容。此一現象普遍存在於國內三大民營報紙對興票案的報導。其次，研究發現：相對於聯合報與中國時報較中立的

* 本文蒙國科會補助研究經費(計劃編號:89-2414-H-032-016)，在此特申謝忱

** 淡江大學公共行政學系暨公共政策研究所專任助理教授

議題框架，自由時報的立論方向是強烈地不利於宋楚瑜。本文認為，造成此一現象的原因可能在於媒體擁有者特定的的黨派色彩或意識型態。

關鍵詞：興票案、議題建構、議題設定、框架

壹、前言

一般而言，長期性與短期性的因素皆會影響一個選舉的結果。前者例如選民的結構性差異（地域、族群或宗教等）及其反映出的政黨認同；後者如國內外突發事件或者候選人所提出的競選議題。過去國內學者較少針對選舉過程從事相關研究，因此對於某些短期的因素如何影響選情，一直缺乏系統性的探討。其實，若要窺得某特定選舉的全貌，針對該次選舉的競選過程做一詳盡的分析實不可免。例如 1996 年的總統大選，由於中共將兩岸緊張情勢昇高，使得國家安全議題成為競選活動的主軸，該議題也成為影響該年投票行為的一個重要因素。中共為什麼要提昇軍事恐嚇？各組候選人如何回應國家安全議題？媒體如何塑造此一議題？民眾又有何種反應？如果沒有針對競選過程做一深入的探索，恐怕這些問題皆難以獲得解答。基於相同的理由，本研究即擬以 2000 年總統選舉為研究對象，分析競選期間的議題建構 (agenda-building) 過程。由於該次總統選舉選情激烈，競選議題的出現此起彼落，它們個別對選情的衝擊也差異甚大。本文因此將選擇其中被認為最具影響力的議題－中興票券事件（以下簡稱興票案）－為研究個案。主要研究焦點將集中在競選議題建構過程中，媒體所扮演的角色。

貳、議題設定(agenda-setting)與議題建構

自 1970 年代初期起，媒體在議題設定過程中的重要性就屢為學者所強調。論者認為，媒體藉由報導某些議題，而忽略其它議題，就能決定各種議題在議程的重要性 (McCombs and Shaw, 1972)。此一理論隨後亦由許多學者以不同的研究方法及資料予以證實，並廣泛地被不同學科領域的研究者所引用。例如若干公共政策學者即強調：媒體在政策制定過程中，對主導議題的影響力 (Baumgartner et al. 1997; Cobb and Elder, 1972; Downs, 1972)。他們認為，媒體議題、公眾議題與政策議題是環環相扣的。一旦媒體記者選擇讓某一議題成為重要新聞，該議題隨即會成為公眾矚目與討論的話題；接著，只要媒體再持續報導該議題，最後必然會迫使決策者針對該議題做出政策回應。此外，研究選舉的政治學者也將媒體的議題設定功能，視為是影響選民投票行為的重要變項。許多實證研究都顯示：媒體所最常報導的議題，往往也會影響選民，成為他們心中認為最重要的選舉議題 (Ansolabehere et al., 1993; Iyengar, 1991; Patterson, 1980)。

媒體議題設定理論的核心意涵，是在於闡釋大眾媒體與閱聽人之間的關係。該理論假設：媒體所強調的議題與閱聽人所重視的議題會呈現強烈的正相關關係。詳言之，媒體將會在資訊的處理上扮演守門者 (gatekeeper) 的角色，以建構社會現實 (social reality)。閱聽人則由於個人興趣、對知識的需求或減少對環境的不確定感，因而高度倚賴媒體所提供的資訊。如此一來，媒體很輕易地決定人們應該想些甚麼 (what to think about)。不過，議題設定理論雖然證實了大眾媒體與閱聽人之間的密切相關，主張該理論的學者卻似乎高估了媒體做為一個資訊守門員的份量。換言

之，傳播媒體對受眾的影響固然不容小覷，但是媒體在形塑社會現實或是選擇議題時，真的具有主導的權力嗎？如果答案是否定的，在最極端的情況下，媒體不過是扮演一個傳聲筒的角色罷了。

上述問題的提出，不啻把關注的焦點，由媒體與閱聽人的關係轉移到媒體與消息來源的互動上。傳統的議題設定理論強調媒體的效果。間接地，也假設媒體記者對議題的選擇與內容方向擁有充份的自主權。然而，許多研究結果並不認同此一假設。Nelson (1984) 對美國受虐兒童議題的觀察發現：壓力團體成功的遊說策略和學術界持續的關懷是使受虐兒童議題長期在傳播媒體曝光的主因。由於壓力團體成功的公關計巧，使得媒體記者不斷有機會和醫護人員、社工及受虐兒童接觸，該議題在媒體版面也就歷久不衰。此外，學術界持續針對受虐兒童案例發表研究報告，也對該議題有推波助瀾的效果，並提供媒體記者許多具公信力的寫作素材。Hallin (1986) 在研究越戰期間的媒體角色時，亦有類似的發現。有別於一般的刻板印象，Hallin 認為媒體在越戰相關議題的設定上，並未扮演一個積極性的角色；媒體報導的範疇一直圍繞在社會精英所提出的辯爭觀點上。媒體本身其實非常保守，並未去主動引導議題。在其他眾多的研究案例中顯示：消息來源對媒體記者的影響力往往會在國家涉入戰爭時，達到頂點。由於戰時軍方對資訊流通嚴格的管制，記者發佈新聞的素材，大多只能來自官方記者會或新聞稿；如此一來，記者在新聞產製過程的自主性也就所剩無幾了(Bennett and Manheim, 1993；Fialka, 1992；Luostarinen, 1992；O’Heffernan, 1994)。

在所有消息來源中，政治人物的角色是值得特別探究的。政治的本質乃是對有限資源的競爭，而政治人物的例行工作之一就是和記者打交道，因此後者不免就成為前者與其對手從事競爭時的籌碼。任何政治人物都想要去掌握新聞事件的解釋權，讓記者

作有利於自己政治利益的報導。職是之故，政治人物就發展許多精緻的策略去影響記者，以掌握新聞報導的內容。例如，一個老練的政治人物必然熟知記者的工作流程以及每日所面臨的交稿壓力。在政治人物製造新聞事件的同時，其實他們心中早已盤算好要在何時，餵給記者何種消息內容。此外，政治人物慣常以刻意洩密(leak)的手法來操控記者。政治人物深知這類消息往往是對記者最具誘惑性的獨家新聞，但卻又不易查證。記者在面臨兩難的矛盾下，極可能會選擇發佈這個得來不易的獨家新聞。如此一來，就達成政治人物所設定的政治目的了。這些目的包括釋放風向球去測試民意的反應、非正式地去表達對同僚的不滿以及打擊政敵等(Press and Verburg,1988:118)。以美國總統尼克森與其國務卿季辛吉為例，從現有已解密的白宮檔案中可以得知，兩人私下的討論常常集中在何種消息要洩漏、何時洩漏以及洩漏給誰(Schorr,1997：133)。在台灣的例子中，選擇洩密對象往往成為政治人物對媒體記者的獎懲手段。表面上政治人物都會拉攏記者，「但私底下敵我觀念很強，懂得運用放話，給假消息……來區分記者的親疏遠近，分辨敵人與同志。」(林允，1998：9)。其中常被援引的個案就是李登輝主政時期的總統府新聞。在蘇志誠的刻意操控下，總統府方面的新聞往往獨厚自由時報；中國時報、聯合報則常是苦無新聞甚或得到許多錯誤訊息(林允，1998：9-10)。

由以上的文獻探討我們可以瞭解：記者固然可以透過大眾傳播的影響力達到設定公共議題的效果，但是記者是否有充份的自主權去決定議題的次序與內容，卻是值得商榷。因此學者提出議題建構的概念來說明記者和消息來源在新聞產製過程中的互動關係。Lang and Lang (1981)在研究水門案時，就將該事件的發展視為典型的議題建構過程。首先，他們認為議題在演進的各個時期所處的政治環境是極為重要的。例如水門案早在競選期間就為媒體所報導；但是，當時卻被認為是選舉過程中常見的競選對手抹

黑伎倆，所以並未引起社會的矚目。不過，該議題在選舉過後卻持續發酵，此時美國民眾才將水門案與總統的可信任度(credibility)掛勾，而該議題的影響力也隨之大增。在強調環境因素的重要性後，Lang and Lang 舉出議題建構理論的兩個主要論點。第一、一個事件能成為媒體報導的議題，其背後必有各種勢力角逐在媒體的發言空間，以爭取自己最大的利益。媒體報導的內容與方向會隨著消息來源不斷地介入而改變。所以，一個議題從誕生到內容被建構完成，其實是經由媒體記者和許多消息來源彼此的影響激盪而來。因此，如 Lang and Lang (1981:465)所定義：議題建構就是一種涉及某種程度互動的集體過程(a collective process with some degree of reciprocity)。第二、議題產製雖然是記者和許多消息來源互動的結果，但是不可否認地，記者在撰寫新聞報導時，其所擁有框架(frame)議題的權力是不容忽視的。Lang and Lang 強調，記者慣於將議題賦予某種象徵意義，使其與現實的政治情勢相連結。在許多學者的研究中，記者框架議題的權力也屢被提及。Schlesinger (1990)指出，儘管媒體記者的寫作素材必然來自消息來源，但後者的影響力不應被過度高估。畢竟記者終究握有是否刊登或如何刊登新聞的主控權；可以決定什麼時間、什麼地點、由什麼人進行採訪以及如何以媒體組織認可的角度呈現新聞內容。Ericson 等人的研究也得到類似的結論。他們指出，消息來源主要所提供的是原始的事實解釋(primary, factual understanding)，至於對新聞的進一步詮釋，往往是掌握在記者手中 (Ericson et al.1991: 350-1)。

參、研究問題與方法

基於上引議題建構理論對於議題演進與媒體框架的兩個主要論述，本文嘗試解答下列研究問題：第一、興票案議題建構的過程中，媒體記者與消息來源的互動關係為何？第二、媒體報導如何框架興票案議題？本文將以報紙內容分析法為主要研究途徑。分析對象為中國時報、聯合報與自由時報。選擇上述三種報紙的理由是，儘管三種民營報紙個別的閱報率高低屢有爭議，不過，無庸置疑地，它們共同佔有了絕大部份的報紙市場。因此，理論上它們的報導內容會較具影響力，當然也較具有分析的價值。

報紙內容分析的範疇將自 1999 年 12 月 9 日興票案爆發後一日 (10 日) 起 到 2000 年 3 月 18 日投票當日的報紙為止。為瞭解三大報將興票案推上議程的不同企圖心，本研究將以每日為單位，計算各報報導興票案事件 (以及事件後續發展) 的則數。透過此一長期趨勢的觀察，我們可以清楚地看出各報對是否將興票案列入重要議題所做的不同處理。至於本文所分析的新聞則細分為四類。第一類為純淨新聞報導 (straight news)，即一般記錄新聞事件事實 (facts) 的報導。第二類為記者所撰的新聞分析及評論。包括聯合報的「新聞眼」、「觀察站」、「新聞幕後」、「新聞分析」、「直言集」；中國時報的「開講」、「看問題」、「新聞分析」、「大選觀察」、「選戰風雲」、「選戰筆記」、「我見我思」、「特稿」、「新聞幕後」；自由時報的「就事論事」、「鏗鏘集」、「新聞透視」、「看問題」、「新聞分析」、「新聞幕後」、「焦點評論」、「焦點探索」、「大選視窗」。第三類為專欄，即是記者所撰，但卻未具名的評論。包括聯合報的「黑白集」；自由時報的「自由談」。至於中國時報則未有名稱。第四類為各報的社論。本研究在計算各報報導興票案

事件的新聞則數時，將總括上述四類文章。此外，為瞭解媒體對興票案的框架，本文將檢視第二、三、四類文章的立論觀點。至於第一類報導的內容為純粹記錄新聞事件的事實，此類報導呈現何人（who）、何事（what）、何時（when）、何地（where）、何故（why）及如何（how）等新聞事實，強調客觀性報導；因此，不易顯露出媒體記者主觀的框架報導。有關記者立論觀點的內容分析，是由三位研究生助理在修習研究方法課程與接受相關訓練後所執行。三位助理在逐一閱讀完總計 257 篇記者評論、新聞分析與社論後，將整體文章對宋楚瑜的立論觀點分為：有利、中立與不立三類（結果詳見表四）。此一內容分析檢驗的相互同意度為 0.86。

肆、興票案議題的建構過程

在進入興票案議題實質的討論之前，我們必須瞭解：有別於一般新聞事件或公共政策議題的建構，在候選人競選期間所發生的議題建構過程是具有其特殊性的。由於競選時間不長（往往僅有數個月或更短），而且候選人競爭激烈，因此，前文所述記者與消息來源的互動，必然在競選議題的建構過程中變得更為頻繁與緊張，迫使兩者皆須在最短的時間內做出最合宜的反應，以捍衛自己的利益。

到底在這場拔河中，誰能在議題的建構上扮演較重要的角色？Semetko 等人（1991：178-9）在比較美國及英國的選舉後，指出十個在競選過程中，影響記者與消息來源（尤指候選人和其幕僚）互動的因素。其中與本研究較為相關者包括：

1. **政黨的勢力 (strength)**：政黨勢力愈強，記者自主權愈弱。
2. **競選活動專業化 (professionalization) 的程度**：競選活動愈專業化，愈發展出精巧的媒體公關策略，候選人愈能掌握議題。
3. **文化差異**：對政治事務愈存有敬意 (respect)，記者愈願意讓候選人去建構議題，而不會將競選過程貶為一場賽馬式 (horse race) 的權力遊戲。
4. **某些媒體組織的黨派色彩或意識型態傾向**：這些色彩及傾向會影響競選議題被建構的內容。
5. **記者在報導競選活動時，所自我期許的角色**：如果記者想要扮演一個分析者 (analyst)、詮釋者 (interpreter) 或是敵對者 (adversary) 的角色，那麼記者就傾向於對議題建構擁有較多自主權。

依據上舉的因素來觀察，Semetko 等人發現：在報導選舉新聞時，美國記者比英國記者享有更大的自主權。美國政黨勢力的弱化以及美國文化中對政治持有的懷疑 (suspicious) 態度等，都使得美國記者在選擇競選議題時，較能免於政治人物的控制。一個對美國記者不利的因素是該國競選活動高度的專業化。不過，Weaver (1990：207-8) 卻指出，美國競選活動高度的專業化，不但沒有使候選人及其幕僚更易於控制選舉議題，反而使得記者們犬儒主義 (cynicism) 高漲，更加提高警覺，急於擺脫政治人物的控制。

至於記者與政治人物在興票案這個選舉議題的互動為何？以下就是本文的研究發現。興票案原本是國民黨立委楊吉雄在總統競選期間，揭發宋楚瑜之子宋鎮遠擁有巨額中興票券的單一事件，最後則演變成延燒多時的競選議題。由圖一可知，從 1999 年 12 月 9 日楊吉雄召開記者會後一日起，到 2000 年 3 月 18 日投票當日為止，三大報有關興票案的報導就時有起伏。從整個發展的過程來看，我們可以看到幾個新聞報導的高峰點。首先，在興票案爆發之後，宋楚瑜連開了兩次記者會予以澄清，這些記者會的內容成了媒體矚目的焦點，而各競選陣營也紛紛針對興票案及宋楚瑜的說詞提出反應（見表一），因此這一階段的報導篇數也延續不斷，達到整個議題生命週期的最高潮。接下去的另一波高峰期在立委謝啟大於十二月下旬自組調查團介入興票案的釐清。謝啟大所掀起的新聞風潮在十二月三十一日召開記者會，公佈興票案調查報告後消褪。接下來由監察院承接興票案的調查，而三大報對興票案的報導篇幅也隨之萎縮。一直要等到二月初才有另一波新聞報導的熱潮興起。其因乃是立委林瑞圖召開記者會舉發宋楚瑜之子宋鎮遠在美國擁有五棟房子。最後一波高潮則是在監察院於二月十日公佈調查報告，使得三大報對興票案報導的篇幅又大為增加。

表一 興票案大事記

日期	事件
12月9日	國民黨立委楊吉雄召開記者會表示，宋楚瑜之子宋鎮遠擁有一億四千餘萬元的中興票券。會中並公佈帳戶資料作為佐證。宋楚瑜回應，該中興票券帳戶乃是某位長輩所設，希望宋鎮遠能利用孳息作為求學、創業之用。
12月10日	國民黨發言人黃輝珍表示，宋應儘速將鉅額的帳戶存款來源「說清楚、講明白」。楊吉雄則指出，將再進一步提供爆炸性內幕。宋要求成立「超黨派委員會」全面檢視所有總統參選人參選資金來源。 擁宋與反宋立委於立院國是論壇相互批判。
12月11日	宋表示要「戒急用忍」，等對帳戶細目有充分瞭解後，才會對外說明。
12月12日	宋表示誠實是上策，保證不會讓支持者失望 陳水扁提出「打黑金七大行動方案」。
12月13日	興票案成為立院財政、預算等各委員會質詢焦點。財政部決定清查宋楚瑜父子帳戶，檢調單位則允諾將瞭解宋是否涉及違規洗錢。 楊吉雄再度召開記者會公佈宋鎮遠在中興票券的帳戶資料，並前往台北地方法院檢舉宋楚瑜家人涉嫌逃漏稅。
12月14日	宋召開記者會，說明中興票券存款是依李登輝指示，用來照顧蔣家遺族及作為黨政運作基金。
12月15日	李登輝指宋楚瑜「一派胡言，與事實完全不符」。並稱宋侵佔黨庫金錢。黃輝珍則指出，宋的說詞漏洞百出。 徐立德、蘇志誠皆出面否認國民黨設有黨秘書長專戶，以照顧蔣家遺族。 楊吉雄指宋的說詞是「為了圓一個謊，撒了一個更大的謊」。

日期	事件
12月16日	黃輝珍質疑，宋為何會將黨的專款存入私人帳戶。
12月17日	宋召開第二次記者會說明興票案。出示開戶印鑑、中委會戳記及李登輝親批公文佐證。
12月18日	國民黨投管會執行秘書劉大貝指出，宋係私刻關防，自設機密帳戶。
12月20日	楊吉雄三度召開記者會，指宋的小姨子陳碧雲曾於83年底至84年初半個月內在台銀存入四億七千萬元。
12月23日	宋委託立委謝啟大查帳，以釐清帳戶資金流向。
12月26日	調查局表示，宋鎮遠帳目曾在民國83、84年間匯鉅資進入多名黨政人士戶頭內。
12月28日	謝啟大召開興票案查帳說明會，由宋楚瑜及陳碧雲說明帳戶資金流向。
12月29日	國民黨針對興票案所做的調查報告指出，宋楚瑜涉嫌侵占黨產及偽造文書。
12月31日	財政部向監院提出興票案調查報告。 謝啟大公佈興票案調查報告，認為未查獲宋觸犯刑責的證據。
1月5日	台北地檢署從今日起傳喚興票案關係人。
2月1日	立委林瑞圖召開記者會，指宋鎮遠在美國加州擁有五棟房產。
2月8日	民進黨三立委召開記者會，出示美國官方資料，指宋鎮遠海外置產逾300萬美金。
2月10日	監察院公佈對興票案調查報告，指興票案資金高達11億元，多數款項均屬宋楚瑜得以自由支配之資產，因此認定宋涉及申報財產不實。
2月16日	國民黨控告宋楚瑜涉嫌侵占及偽造文書。

在詳細檢閱三大報所有的報導內容後，我們發現興票案議題的建構過程有下列特徵：幾乎所有的報導內容皆是記者如實地記錄政治人物主動發表的消息，其來源主要來自政治人物所召開的記者會；或者針對記者會的內容，各競選陣營隨後所發表的言論。簡言之，每次新聞高潮的議題發動者皆是政治人物，記者只是被動的記錄者，其報導方向均不超過政治人物所建構的議題範圍；記者並無力去找尋新的證據或採訪對象，以查證政治人物的說辭。

造成記者只能在興票案議題的建構過程中，扮演消極記錄者的原因可能有下列幾項。首先，Carmines 及 Stimson (1980) 曾將競選議題分為兩類：簡單議題 (easy issue) 和困難議題 (hard issue)。相較於後者，前者往往具政治上的象徵意義 (symbolic meanings)，而鮮少去觸及實際技術上的問題。因此，對選民而言，簡單議題會比困難議題更令人印象深刻，同時也傾向於在議程上停留更長的時間，並影響選民的投票行為。Carmines 與 Stimson 曾舉例，長期在每次美國總統大選中被討論的「種族歧視」議題以及 1972 大選所興起「何時由越南撤軍」的議題，即分屬簡單及困難議題。借用上述的議題分類，我們可以瞭解：興票案作為一個競選議題實具有其獨特性；質言之，興票案兼具了簡單及困難議題兩種性質。對記者而言，興票案無疑是個困難議題。興票案涉及私人帳戶龐雜的資金往來，基於金融機構客戶資料不公開的原則，記者根本無從找尋其他消息來源（尤其在選情緊繃的氛圍中），去查證宋楚瑜及其敵對陣營的說詞。至於隨後金錢流向指為充當黨政運作基金，此一說詞查證的可能性亦極低，因為事屬機密，知情人士極少（可能只有李登輝及宋楚瑜兩人）。因此記者在興票案發展的過程中，根本無能力去發掘新的消息來源及新證據，進而建構有別於政治人物所發佈的議題內容。最後只能在每日必須發稿的壓力下，將各政治人物的言論原文照登。所以，縱使記者想扮演如 Semetko 等人所稱調查者或敵對者的角色，在興

票案作為一個困難議題的限制下，記者也難有發揮的空間。從另一方面觀察，興票案在政治人物的操弄下，也能輕易地被塑造成為一個簡單議題。因為興票案的爆發，代表宋楚瑜長期以來所標舉的清廉形象（無論實際上的真偽）被摧毀。此一政治象徵意義，對選民而言是極具震撼的。多數的選民可能沒有興趣去瞭解一筆筆龐大資金進出的合理性，但對原有印象改變，而產生的情緒反應，卻讓政治人物有機可乘，進一步去掌控整個議題的發展。

第二、Semetko 等人（1991）已經提醒我們：競選活動專業化的程度是與候選人掌握議題的能力成正比。本研究認為，台灣 2000 年總統大選，三位主要候選人競選文宣部門的專業化，使得記者高度仰賴候選人及其競選幕僚為消息來源。連戰陣營除了由黃輝珍領導的文工會扮演黑臉角色，不斷釋放出攻擊性的負面文宣外，又由與媒體關係良好的胡志強擔任競選總幹事。總部內成立發言人群，由八位發言人各司不同類型的議題，及時向媒體記者發佈新聞。陳水扁競選指揮中心的文宣部則是被公認對記者為「服務最週到」（田世昊 et al. 2000：13）。不但提供陳水扁每日行程、背景資料及相關新聞稿，而且還替記者預訂飛機機位及旅舍床位，並安排接駁車及傳稿服務，以解決記者在外縣市採訪的不便。陳水扁個人則每天儘量會空出一段時間接受各媒體正式或非正式的訪問，以表達本身對各項議題的看法。至於宋楚瑜陣營也設有發言人群，不過掌控新聞的關鍵還是宋楚瑜本人。從早期的國民黨文工會主任、新聞局長、黨秘書長到省長，長期與媒體接觸的經驗，讓宋楚瑜深知新聞的產製流程以及記者的需求。因此，記者形容宋楚瑜對新聞的節奏掌握精確無比，「他知道什麼時候讓你（記者）『餓得發慌』，什麼時候讓你（記者）『眼睛一亮』。」（田世昊 et al. 2000：14）。

表二 三家主要民營報紙報導興票案消息來源之背景分析

	聯合報		中國時報		自由時報	
	次數	百分比	次數	百分比	次數	百分比
候選人/競選幕僚	222	38.54%	283	44.50%	137	32.08%
政府官員	81	14.06%	115	18.08%	95	22.25%
民意代表	102	17.71%	87	13.68%	62	14.52%
法官/檢察官/監委/ 調查局官員	71	12.33%	61	9.59%	87	20.37%
其他	100	17.36%	90	14.15%	46	10.77%

於是，三位主要候選人競選文宣部門的專業化，造成記者在2000年總統大選中，高度倚賴候選人及其競選幕僚為消息來源。此一論點可透過表二予以證實。在三種主要的民營報紙中，報導中以候選人或其競選幕僚為消息來源者，以中國時報所佔44.5%的比例為最高。聯合報(38.54)、自由時報(32.08)次之。至於政府官員、民意代表、監委或司法單位，各報所佔比例不一，但是作為記者的消息來源，都不如候選人或其競選幕僚來得重要。

伍、媒體對興票案議題的框架¹

由上述可知，媒體記者在興票案議題的建構過程中只能扮演被動的角色。不過，如前引文獻所指出：記者在撰寫新聞時還是保有其框架議題的權力。本文以下即擬以新聞報導的類型分佈以及報導的內容，來觀察三大報對興票案的框架。表三詳列了不同種類的新聞報導。很明顯地，純淨新聞報導在各報所佔比例均為最高。不過，三大報亦各有差異，其中以聯合報所佔的 91.54% 為最高，中國時報的 88.4% 次之，自由時報則遠少於上述兩者，僅佔 70.08% 而已。由此可知，自由時報相較於聯合、中時兩報，傾向於用多篇幅的非純淨新聞去報導興票案。

表三 三家主要民營報紙報導興票案新聞之類別分析

	聯合報		中國時報		自由時報	
	次數	百分比	次數	百分比	次數	百分比
純淨新聞報導	433	91.54%	518	88.40%	363	70.90%
新聞分析/評論	27	5.71%	50	8.53%	98	19.14%
專欄	11	2.33%	15	2.56%	34	6.64%
社論	2	0.42%	3	0.51%	17	3.32%
總計	473	100%	586	100%	512	100%

¹ 當然，表二也證實了前述的分析：媒體記者是高度倚賴政治人物為報導興票案的消息來源。合計屬於政治人物的類別（包括候選人或其競選幕僚、政府官員、民意代表），皆共佔三報消息來源總數的 70% 左右或更多。

究竟記者針對興票案所寫的評論與分析，其內容的立論方向為何？由表四可知，就新聞分析與評論而言，聯合報對宋楚瑜的評價最為中立，其中中立報導佔 62.96%，有利及不利報導則各佔 18.52%。中國時報的內容則是中立及不利報導各佔 48%，有利報導則僅佔 4%。至於自由時報對宋楚瑜的負面報導最高，佔 88.78%，中立報導佔 11.22%，正面報導則全無。在專欄（未具名的評論）方面，聯合報對宋楚瑜的有利報導則升至 36.36%，但中立報導仍超過半數（54.55%）。中國時報則分佈較為平均，有利、中立、不利的內容分佔 26.67%、40%、33.33%。至於自由時報仍是色彩鮮明的反宋，對宋楚瑜做了 100% 的負面評論。

究竟是什麼原因使得記者所撰寫的新聞分析與評論具有高度的政治偏差呢？記者本身的意識型態無寧是其中一個原因。與其他人一般，記者做為一個社會公民，當然也經歷特定的政治社會化過程，所以必然具有某種政治態度與取向。因此，在撰寫新聞分析或評論時，也難免在不同的程度上，將特定的政治偏好加入文章內容。不過，本文認為，造成記者評論及分析大量偏頗的主因乃在於媒體組織的政治立場。質言之，由於媒體擁有者個人具有強烈的政治偏好，使得民營報紙記者的立論方向也不得不與報社老闆的政治傾向相附和。以立場鮮明反宋的自由時報為例，我們可以看出媒體擁有者是盡其所能地利用報紙版面來宣揚其政治主張。首先，由表三可知，自由時報所刊登與興票案相關的新聞分析和評論（含具名及不具名）共計 132 篇，遠高於聯合的 38 篇與中時的 65 篇；而正如前已述及，這 132 篇幾乎皆是對宋楚瑜的負面報導。其次，從興票案爆發到投票日為止共計 97 天，但自由時報卻刊登了 17 篇有關興票案的社論，平均每 5.71 天就有一篇，且每篇的立論皆不利宋楚瑜（見表四）。相較於聯合與中時僅各刊

登 2 篇及 3 篇中立的社論，自由時報似乎是毫不保留地宣示其政治好惡。²

過去戒嚴時期，報社老闆對記者言論的干預屢見不鮮。政治強人可透過長期擔任國民黨中常委的兩大報系老闆，嚴密掌控報紙的言論尺度。隨著威權政體崩解，多元政治勢力的崛起，傳統的中時、聯合兩大報和新興的自由時報都發展出各自新的政界關係。媒體與政治人物建立關係當然是無可厚非，但是如果逾越訪問者及受訪者的分際，記者往往就成為政治人物追求其權位的祭品。由於某些報社老闆與政治人物在利益上的緊密結合，從最早的主流派與非主流派之爭、新黨的成立、1996 年的總統大選以及兩次的台北市長選舉(1994 年與 1998 年)等重大政治事件，每次都可以看到若干報社在不同程度上選邊站，各擁其主的情況。於是報社老闆的政治偏好，就成為記者寫作時的指導原則。影響所及，至少已造成兩個後果。第一、記者與受訪者的信賴關係深受戕害。如果報社政治色彩過於鮮明，那麼該報記者在採訪與報社立場相左的政治人物時，往往會被質疑其專業能力，甚至遭到拒訪。如此一來，記者與消息來源應有的良性互動將蕩然無存。第二、記者難以發揮其自主性。前文已證明，記者在興票案的報導過程中，只能隨政治人物建構的議題起舞，鮮少有自主的空間。不幸的是，至少在自由時報的例子中，我們看到記者在撰寫新聞分析及評論

² 過去文獻也指出：國內報紙的選舉新聞時常出現政治偏差。黃惠鈴（1997）在比較中央日報、聯合報、自由時報如何報導 1996 年總統大選的新聞時就發現，聯合報對李連這組候選人有利報導的比例遠低於對其他三組候選人有利報導的比例。相較於自由時報，聯合報對林郝配的有利報導比例最高，自由時報則偏好李連配及彭謝配。另一項以 2000 年總統大選為分析對象的研究也得到類似的結論。在比較聯合報、中國時報、中央日報、台灣新生報及中華日報後，最令人印象深刻的發現是，相較於其他五家報紙的報導，聯合報對宋張配報導的有利程度最高，對連蕭配報導的有利程度最低。同時，該報選舉新聞對陳呂配的有利報導也較其他兩家民營報紙低。此外，相較於其他組候選人，中國時報與自由時報皆對宋張配的報導最為不利，其中尤以自由時報較為顯著（羅文輝與黃葳威，2000：11-12）。與羅文輝與黃葳威（2000）不同，本研究並未發現聯合報的內容有利於宋楚瑜。其原因可能在於兩者的研究對象有別。羅文輝與黃葳威（2000）是以選前三個月的所有選舉新聞做抽樣分析。本文則僅是以與興票案有關的報紙內容為分析標的。

時，也無力展現其自主性。由於媒體擁有者特定的黨派色彩，記者在為現實的生計考量下，也不不得不在下筆時自我審查，以撰寫迎合報社立場的新聞分析與評論（曾明財，2000；余佳璋，2000）。

表四 三家主要民營報紙報導興票案新聞之立論方向分析

	聯合報		中國時報		自由時報	
	則數	百分比	則數	百分比	則數	百分比
新聞分析/ 評論						
有利報導	5	18.52%	2	4.00%	0	0%
中立報導	17	62.96%	24	48.00%	11	11.22%
不利報導	5	18.52%	24	48.00%	87	88.78%
專欄						
有利報導	4	36.36%	4	26.67%	0	0%
中立報導	6	54.55%	6	40.00%	0	0%
不利報導	1	9.09%	5	33.33%	34	100%
社論						
有利報導	0	0%	0	0%	0	0%
中立報導	2	100%	3	100%	0	0%
不利報導	0	0%	0	0%	17	100%
總計						
有利報導	9	22.50%	6	8.82%	0	0%

中立報導	25	62.50%	33	48.53%	11	7.38%
不利報導	6	15.00%	29	42.65%	138	92.62%

伍、結論

議題建構理論的核心意涵有二：第一、在議題建構的過程中，媒體記者會不斷地與各類消息來源接觸，因而其報導方向也會隨之改變。在記者與消息來源的互動中，兩者都會盡力維護自身的立場與利益。在本文的研究案例中，興票案作為一個競選議題，顯然在其被建構的過程中，媒體記者是處於一個弱勢的地位。由於競選期間短，選情激烈而且變化迅速；再加上興票案所涉細節龐雜且富機密性，因此，留給政治人物許多操弄議題的空間。政治人物可以利用記者每天必須發稿，卻又無力及時深入查證的弱點，巧妙地運用各種公關策略來餵食記者新聞，使得記者只能跟隨政治人物所主導的議題走向發展，如實地記錄其言論內容。綜觀記者在興票案建構的過程中，根本未能去發掘新的消息來源及新證據，進而建構有別於政治人物所發佈的議題內容。第二、議題建構理論也強調記者在撰寫新聞報導時，仍保有其框架議題的權力。在本文的研究中發現，相對於聯合報與中國時報較中立的框架，自由時報的立論方向是強烈地不利於宋楚瑜。本研究認為，造成此一現象的原因可能在於媒體擁有者特定的黨派色彩或意識型態。因此，記者在媒體組織內部，必須面臨報社老闆的壓力；在撰寫評論時做自我審查，以迎合報社的政治立場。

參考書目

(一) 中文部分

田世昊、劉寶傑、施曉光、陳嘉宏、夏樂祥、陳玉華。2000。「媒體記者看總統參選人」，目擊者雜誌。第十五期，頁 8-14。

余佳璋。2000。「脫了好幾層皮的政治記者」，目擊者雜誌，第十六期，頁 28。

林允，1998。「媒體各擁其主記者遊走四方」，目擊者雜誌，第六期，頁 8-11。

曾明財。2000。「失焦的新聞真相」，目擊者雜誌，第十五期，頁 2。

黃惠鈴。1997。報紙如何報導總統選舉新聞。國立政治大學新聞研究所碩士論文。

羅文輝與黃葳威。2000。「2000 總統選舉公民營報紙新聞之比較研究」，選舉研究。第七卷，第一期，頁 1-20。

(二) 英文部分

Ansolabehere, Stephen, Roy Behr, and Shanto Iyengar, eds. 1993. *The Media Game: American Politics in the Television Age*. New York: Macmillan.

Baumgartner, Frank R., Bryan D. Jones and Beth L. Leech. 1997. "Media Attention and Congressional Agendas," in Shanto

- Iyengar and Richard Reeves, eds. *Do The Media Govern?* pp. 349-363. Newbury Park, CA: Sage.
- Bennett, Lance and Jarol B. Manheim. 1993. "Taking the Public by Storm: Information, Cueing, and the Democratic Process in the Gulf Conflict," *Political Communication*, no. 10, pp. 331-51.
- Carmines, Edward G. and James A. Stimson. 1980. "The Two Faces of Issue Voting," *American Political Science Review*, vol. 74, pp. 78-91.
- Cobb, Roger W. and Charles D. Elder. 1972. *Participation in American Politics: The Dynamics of Agenda-Building*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- Downs, Anthony. 1972. "Up and Down with Ecology: The Issue-attention Cycle," *The Public Interest*, no. 28, pp. 38-50.
- Ericson, Richard V., Patricia M. Baranek, and Janet B.L. Chan. 1991. *Representing Order: Crime, Law, and Justice in the News Media*. Toronto :University of Toronto Press.
- Fialka, John .1992. *Hotel Warriors*. MD: Johns Hopkins University Press.
- Hallin, Daniel C. 1986. *The Uncensored War: The Media and Vietnam*. CA: University of California Press.
- Iyengar, Shanto. 1991. *Is Anyone Responsible? How Television Frames Political Issues*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lang, Gladys and Kurt Lang. 1981. "Watergate: An Exploration of the Agenda-Building Process," in C. Cleveland Wilhoit and Harrold de Bock, eds., *Mass Communication Review Yearbook*, Vol. 2, pp. 447-68.

- Luostarinen, H. 1992. "Source Strategies and the Gulf War," *The Nordicom Review*, no. 2, pp. 91-9.
- McCombs, Maxwell E. and David L. Shaw. 1972. "The Agenda-setting Function of the Mass Media," *Public Opinion Quarterly*, no. 36, pp. 176-87.
- Nelson, Barbara J. 1984. *Making an Issue of Child Abuse: Political Agenda Setting For Social Problems*. Chicago: University of Chicago Press.
- O’Heffernan, Patrick .1994. "A Mutual Exploitation Model of Media Influence in U. S. Foreign Policy," in Lance Bennett and David L. Paletz, eds., *Taken by Storm: The Media, Public Opinion, ,And U.S. Foreign Policy in the Gulf War*. Chicago: University of Chicago Press.
- Patterson, Thomas E. 1980. *The Mass Media Election: How Americans Choose Their President*. New York: Praeger.
- Press, Charles and Kenneth Verburg. 1988. *American Politicians and Journalists*. Glenview, IL:Scott, Foresman/Little.
- Rogers, Everett M. and James W. Dearing. 1994. "Agenda-setting Research: Where Has It Been, Where Is It Going," in Doris A. Graber, ed. *Media Power in Politics*, 3rd edition, pp. 77-95. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc.
- Schlesinger, Philip. 1990. "Rethinking the Sociology of Journalism: Source Strategy and the Limits of Media Centrism," in M. Ferguson, ed., *Public Communication and the New Imperatives*. London: Sage.
- Schorr, Daniel. 1997. "Who Uses Whom?" in Shanto Iyengar and Richard Reeves, eds. *Do The Media Govern?* pp. 132-40.

Newbury Park, CA: Sage.

Semetko, Holli A., Jay G. Blumler, Michael Gurevitch, David H. Weaver, Steve Barkin, and G. Cleveland Wilhoit. 1991. *The Formation of Campaign Agendas: A Comparative Analysis of Party and Media Roles in Recent American and British Elections*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, Publishers.

Waver, David H. 1990. "Setting Political Priorities: What Role for the Press? " *Political Communication and Persuasion*, vol.7, pp.201-11.

**The Agenda-building in Taiwan's 2000 Presidential Election:
The Case of the Shin-Piao incident**

Tsong-Yi Lin *

Abstract

The goal of this paper is to investigate the agenda-building process of the Shin-Piao incident in 2000 presidential election. By applying the content analysis, the study examines Taiwan's major papers: United Daily, China Times, and Free Times. There are two findings. First, compared to politicians, the mass media play a much weaker role in building the Shin-Piao incident. Secondly, both United Daily and China Times keep relatively neutral stand toward James Soong. However, Free Times holds an adversary position toward James Soong.

Keywords: Shin-Piao incident, agenda-building, agenda-setting, frame

* Assistant Professor, Department of Public Administration, Tamkang University.

民族國家的未來

- 全球治理與國家發展的觀點

林文斌*

摘要

本文從民族國家的興起與彼此間秩序的維持作簡短的歷史性考察後指出，民族國家的形成伴隨著國家之間秩序的形成，必須從國際及國家兩個層次來討論全球治理 (global governance) 及國家的政治經濟發展策略 (political and economic strategies)，來分析及討論不同類型國家的作為及回應，才能指出民族國家在全球化中的未來。本文的結論是，民族國家發展正面的行政能力，彼此間形成「良善全球治理」的秩序，才能使自己遠離所謂全球化的惡果。

* 國立台灣大學政治學博士候選人，嘉南藥理科技大學通識教育中心講師。

關鍵詞：民族國家、全球化、全球治理、發展

壹、前言

全球化（*globalization*）一詞目前在政治人物、學者、記者和一般民眾間，簡直成為老生常談，尤其在經濟層面上，無數的媒體，政客都高喊要和國際接軌，要全球化、國際化，經濟才能有發展和生存的空間。但另一方面，又有論者擔心全球化對勞工造成更嚴重的剝削，對社會福利造成擠壓，如一九九九年九月，世貿組織會員國在美國西雅圖開會時，遭到數以萬計的國際民間組織和勞工的抗議。¹二〇〇〇年四月時，世貿會員國在美國華盛頓的會議，同樣也遭到來自全球各地的不滿集團和人士的抗議。現代國家，或說是自十七世紀迄今逐漸成形的民族國家，夾在這兩股不同思潮下，該如何自處，未來會如何發展，便成為學者研究的嚴肅課題。

基本上這兩股思潮，以 James O'Connor、Claus Offe 等「結構馬克思主義」學者對資本主義發展中產生之資本主義的邏輯和大眾社會福利要求，這兩個矛盾分析，最為明顯。²前者是資本累積，後者為正當性的要求，國家處在其中，若成為資產階級等大企業的走狗和工具，只重視資本累積，忽視大眾社會福利，便會受到大眾的指責。因此，在自由民主的機制之下，國家統治者必須擔心其統治正當性的削弱，而此正當性便是大眾的選票。但若要維持正當性，迎合大眾社會福利的要求，如提高工資水平、勞動條件提升，可能又會有損於資本累積的邏輯。對本國統治者而言，資本無法累積等於走向貧窮，國家稅收減少。國家統治者一方面

¹ 關於西雅圖抗議始末可參見 Janet Thomas, *The Battle in Seattle: The Story Behind and Beyond the WTO Demonstrations* (Golden, Colorado: Fulcrum Publishing, 2000)。

² James O'Connor, *The Fiscal Crisis of the State* (New York: St. Martin Press, 1973); Claus Offe, *Contradictions of Capitalism* (Cambridge: MIT Press, 1984)

在資本主義中，永遠處於顧此失彼的結構性難題中，另一方面，則在其中具有了「自主性」，不見得符合「傳統馬克斯主義」指國家是資產階級之「執行委員會」的觀點。

但在全球化、無國界的時代，勞動力的移動不若資本快速。在商人無祖國的思考下，企業便會「以腳投票」，外移到另一個對其「友善」的國家。企業外移不僅造成就業機會和外匯的減少，也等於間接削弱民族國家政治領導班子的統治正當性。因為從常識，³或政治景氣循環理論（*political business cycles*）來看，⁴經濟不佳都會造成人民對執政者支持的削弱。因此，統治者的選擇就似乎只有順從資本累積邏輯一途。⁵「結構馬克斯主義」的看法「不敵」「傳統馬克斯主義」的論點。

順從資本主義資本累積的邏輯是民族國家統治者的宿命嗎？民族國家最後會淹沒在「全球化潮流」？為其所終結，成為無國界的世界嗎？⁶本文擬從民族國家的興起與維持，作簡短的歷史性考察後指出民族國家的形成伴隨著國家之間關係的形成，必須區分兩個層次：國際及國家兩個層次來討論全球治理（*global governance*）及國家的政治經濟發展策略（*political and economic strategies*），來分析及討論不同類型國家的作為及回應，才能指出民族國家在全球化中的未來。

³ 如美國前總統柯林頓在一九九二年總統大選電視辯論時，即以「笨蛋！是經濟啦」揶揄前總統老布希，指外交有聲有色有何用，美國經濟不振，才是重點。

⁴ W.D. Nordhaus, "The Political Business Cycles" *Review of Economic Studies*, Vol. 42 (1975), pp. 169-190; D.A Hibbs, Jr., "Political Parties and Macroeconomic Policy" *American Political Science Review*, Vol. 71 (1977), pp. 1467-1487

⁵ 陳水扁總統即曾公開表示，國家經濟發展是首要目標，社會福利推動暫緩。見聯合報，「陳總統：經濟發展首要，社福可暫緩」，89年9月17日，第一版。此亦即表示沒有經濟發展就沒有社會福利，無異是擁抱資本累積的邏輯。

⁶ K. Ohmae, *The Borderless World: Power and Strategy in The Interlinked Economy* (London: Fontana, 1990); K. Ohmae. *The End of the Nation State* (New York: Free Press, 1995)

貳、民族國家的興起

State、Modern State、Nation-State、National State 四詞，學者間經常混用，指涉的定義與多少也有不同，中文分別可譯為國家、現代國家、民族的國家和民族國家。一般而言，民族國家是現代國家最近發展完成的形態，但並不單指由一個民族組成一個國家，也可能由數個民族組成國家，一個民族也可能分散分別組成數個國家。但由民族組成並非其最重要的內涵，重點在於民族國家已是種以宣稱獨佔強制性權力為後盾，對特定疆域內具有至高無上管轄權，並因自其公民獲得最低程度的支持或忠誠而享有正當性，使統治者與被統治者有所區隔的政治工具⁷。換言之，「使民族整合入民族國家的並不是因為有民族主義情感的存在，而是在明確疆域界限之內行政工具的統一」。⁸因此，民族國家並不必然指民族的國家。前者主要指涉，藉中央集權、分殊的及自治的結構等工具，來治理多個相鄰區域的國家；後者則指其人民共同享有強烈的語言、宗教和圖騰（symbolic）認同感的國家⁹。由此看來，在特定疆域內獨佔武力，並形成中央行政組織，才是民族國家的特徵。至於統治者的正當性來源是君權神授、君主立憲、共和、自由民主則不論。¹⁰

這種民族國家源起於黑暗時代結束，文藝復興開始後的歐洲，到十八世紀為止，主要的歐洲國家因戰爭形成兩種民族國家

⁷ David Held, *Democracy and the Global Order* (Cambridge: Polity Press, 1995), pp.48-49

⁸ Anthony Giddens, *The Nation-State and Violence* (Berkeley, California: University of California Press, 1987), p.172

⁹ Charles Tilly, *Coercion, Capital, and European State* (Oxford: Basil Blackwell, Inc., 1990), pp.2-3

¹⁰ 不過二十世紀末葉後，大多數的民族國家都潮向自由民主國家發展。如福山在 90 年代初提出「歷史終結說」。參見 Francis Fukuyama, *The End of History and The Last Man*。李永熾譯，歷史的終結與最後的人（台北：時報文化，民國 82 年）。

體制，一種為英國、荷蘭的君主立憲共和體制，另一種則是在歐陸主流國家如法國、普魯士、西班牙、奧地利、俄國和瑞典、西西里王國的君主專制，亦即絕對主義（*absolutism*）。而絕對主義中，君主是人間唯一的法律來源，君主憑藉常設的、專業的、附屬的官僚機構和軍隊進行統治的主張，¹¹更是形成中央集權式行政組織的來源。不過，不管立憲或共和政體，兩者的共同點都是因為戰爭而必須建立起強大的常備軍隊，這尤其在歐陸最為明顯。因為民族國家由於地緣上的彼此相鄰，為了自保或為了擴張領土以增加財源，發生戰事便成為經常發生的事件，有些戰爭甚至長達百年。代表強制力量（*coercion*）的國家吸納代表資本（*capital*）的城市，便是歐洲民族國家發展的常態。¹²因此民族國家同時必須建立軍隊和汲取資源的行政組織，如財政部，以維持國家組織的運作。從另一方面來看，公民繳稅給國家，有如給保護費，由國家維持秩序，對外則保護國民免受外來者的侵略，好維持安全。

而民族國家的鞏固也被部分經濟學者視為是一種，「減少商品、生產要素如勞動力和物質資本、企業精神（*entrepreneurship*）、科技和金融資本，在一定地理區域中流動之成本和耗損的方法。也就是說過去幾個世紀以來，民族國家的鞏固部分地是，對要求較大規模地域以整合生產、交換、企業精神和要素流動之經濟勢力的政治性調適。」¹³這種看法雖然有點後見之明，¹⁴但不失其觀

¹¹ Michael Mann, *The Sources of Social Power (Volume I): A History of Power from the Beginning to A.D. 1760* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), p.476

¹² Tilly, *op. cit.*

¹³ Beck Lindbeck, "The Changing Role of the National State", *KYKLOS*, Vol. 28 (1975), pp.23-24

¹⁴ Lindbeck「因應經濟勢力而作出政治調整」的論點，似乎將民族國家視為有機體，因外界環境不同也隨之調整，但見諸民族國家發展的歷史，歐洲各民族國家的疆域大小不同，要在怎樣的地理範圍內，使生產要素等的流動更加方便，可能並非民族國家統治者的主要意圖。擴大領土增加稅收，恐怕才是其最主要的目的。當然論者可以因為當時各國運輸、交通技術條件有高低之別，最適的疆域範圍也隨之有別作為辯護，但就先前存在的諸大帝國而言，它們的疆域更廣大，但運輸、交通技術能比得上工業革命後的十七、十

點的參考價值。

參、民族國家及彼此間秩序的形成

以上所論偏重民族國家的形成，但伴隨此過程，民族國家間彼此間的關係也從無秩序走向有秩序。歐洲民族國家在經歷百年來的相互征戰，在十七世紀的三十年戰爭結束後，於一六四八年簽訂西發里亞和約（the Treaty of Westphalia），確立在國家和國家間的事務上，各國互相尊重彼此疆界內之主權（sovereignty）的原則。和約簽訂後，歐洲大抵維持了和平（被稱為 Peace of Westphalia），這個「西發里亞模式」一直持續到一九四五年二次世界大戰結束之時，但有部分要點仍然持續迄今。¹⁵

在二十世紀時，民族國家中代表強制力量的國家，經過二、三個世紀的鞏固，已在國界內取得最高的權力地位，任何社會團體皆難以撼動。社會團體或說公民團體，所能做得只是藉由選舉，或是政變取得國家領導權。Charles Tilly 所指的「強制」與「資本」的競爭與合作，¹⁶已因民族國家的鞏固而結束，取而代之的是民族國家和民族國家間的競合。換言之，對外的權力和本國財富的累積取代強制與資本，成為民族國家最關心的兩件事。

十九世紀末及二十世紀初，歐洲主要強權更因科技的發達，將強制力之手伸向境外，形成殖民主義與帝國主義。而為了支持這

八世紀嗎？Lindbeck 此說不無落入唯經濟論陷阱之虞，但這可能需要另文再作詳細討論，此不贅述。

¹⁵ Held, op. cit., pp.77-78; 但 Stephen D. Krasner 認為，所謂不受外國干預的西發里亞和平只有到十八世紀末才清楚呈現。見 Stephen D. Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999), p.20

¹⁶ Tilly, op. cit.

樣的軍力和統治力的擴張，財政的支持更加重要。雖然馬克思及其信徒以經濟邏輯決定政治邏輯的觀點，視殖民活動、資本輸出等帝國主義行為，為資本主義發展最高階段，¹⁷而產生權力與財富孰為因果、先後的辯論。但無疑的是，兩者已經相互為用：權力需要財富維持，財富擴展也需要權力。

第二次世界大戰戰後，亞、非和拉丁美洲陸續成立許多新國家，歐洲大陸民族國家的版圖也因戰爭而重整。大體而言，新興國家雖然是因為二次大戰而產生，但在國家建立時，是因為「去殖民化」(decolonization)後，國際間各國對其在特定疆域內最高管轄權的承認，這些新興國家遂被學者名為「準國家」(quasi-states)，因為未與歐洲的民族國家一樣，其建立並不是以有效執行力量為基礎的中央集權式行政組織。¹⁸換言之，就是先有民族國家之名，才開始鞏固國家行政機器，建立汲取社會資源的機制。而隨著時間演進，有些國家有具有發達的汲取能力之行政機制，但有些則否。汲取能力不高，加上統治正當性機制不全，政變、革命頻生，如非洲的中、南部等國家。因此就現代而言，世界各國汲取社會資源，維持國家機制運作之中央政府機構能力高下不一，有些較高如歐陸、北美的英、法、德、美等老牌民族國家，而後進的民族國家如日本、南韓、巴西、阿根廷等，也在戰後確立國家機構汲取能力，但仍有許多「民族國家」無法和前兩者一樣。¹⁹ 這三種民族國家的區別有助於我們探究全球化對不

¹⁷ V. Kubáľková, and A. Cruickshank, *Marxism and International Relations* (Oxford: Oxford University Press, 1989), pp.42-65; V. I. Lenin, "Selections From Imperialism: The Stage of Capitalism" in Jeffrey A. Frieden and David A. Lake eds. 1995. *International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth.3rd.* (New York: St. Martin's Press, 1995), pp.110-119

¹⁸ Robert H. Jackson, *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World.* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990) Jackson 認為準國家只具有消極主權 (negative sovereignty) 而無積極主權 (positive sovereignty)。前者係指免於外國干預的權利，後者則是提供國民政治公共財的力量。

¹⁹ 汲取社會資源的方法如抽稅、建立金融機制，藉以吸納人民資本。而這樣的區別只是概

同類型民族國家所造的不同影響。

而在國際層次上，如前所述到一九四五年為此，各國間的關係是以「西發里亞模式」尊重各國主權為原則，然在戰後有聯合國、北大西洋公約、華沙公約、歐洲共同市場（後來發展為歐洲共同體、歐洲聯盟）等國際組織的成立，迄一九九六年，政府性和非政府性的國際組織分別高達兩百六十和五千四百七十二個，²⁰使主權觀念倍受挑戰。學者將戰後的國際關係模式名為「聯合國憲章模式」（the UN Charter model），其與「西發里亞模式」最大的不同之一在於，除國家外，個人和團體也被視為是國際關係中的合法行為者。²¹因此，戰後多國企業（multinational company, MNC）、跨國企業（transnational company, TNC）的發展對母國和地主國的影響，屢為自由主義學派、²²現實主義學派²³和馬克思學派（依賴理論）學者討論，²⁴而如雨後春筍般出現的國際組織對國家主權和自主性的影響也廣受討論。²⁵不過，三者對跨國企業最新的論點則趨向一致，認為跨國企業的發展，已使民族國家政府的干預式總體經濟政策、產業政策的有效性下降，雖然現實主義者認為國

念性的，未經過實證研究來劃分，用意在於凸顯雖然同為民族國家，但其對內的資源汲取能力有程度上的重大差別。這有助於我們在討論全球化影響時，不以偏蓋全。

²⁰ David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt and Jonathan Perraton, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture* (Cambridge: Polity Press, 1999), pp.53-54

²¹ Held, op. cit., pp.83-89

²² 參見 R. Vernon, *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises* (New York: Basic Books, 1971) ; R. Vernon, "Sovereignty at Bay: Ten years after" *International Organization*, Vol.35, No.3, (Summer, 1981), pp.6-18; R. Reich, "Who Is Us", *Harvard Business Review* (Jan-Feb,1990), pp.53-64.

²³ Robert Gilpin, *U.S. Power and the Multinational Corporation: The Political Economy of Foreign Direct Investment* (New York : Basic Books, 1975), *The Political Economy of International Relations* (Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1987)

²⁴ F. H. Cardoso and E. Faletto, *Dependency and Development in Latin America* (Berkeley: University of California Press, 1979) ; D. Fieldhouse, " 'A New Imperial System'? The Role of the Multinational Corporations Reconsidered" in Jeffrey A. Frieden and David A. Lake eds. Op. cit., pp.165-178

²⁵ Robert O. Keohane and Joseph S. Nye, *Power and Interdependence: World Politics in Transition, 3rd ed* (New York: Longman, 1977, 1989, 2001)

家權力並不是全然削弱。²⁶但在這些作品及現實的表象之下，權力及財富則貫穿其中。因為跨國企業的興起與擴張影響國家財富汲取能力，國際組織則影響國家對內（如人權）及對外（戰爭、談判）權力。權力和財富仍然是民族國家鞏固內部後，在國際上最關心的兩件事。戰後國際關係和國內政治便在這些趨勢中演化，一九七二年即有學者將這些發展名為全球化。²⁷

肆、「全球化」時代中的民族國家²⁸

自第二次世界大戰後到一九九一年蘇聯解體，東歐鐵幕崩潰之間的冷戰時期，國際權力兩極化，分別是以美國為首的西方民主陣營和以蘇聯為首的東方共產陣營彼此對峙。在核武恐怖平衡情勢下，集團內國家間不必耽心彼此間會發生戰爭，政治與經濟的交流在集團中加速進行，雖在政治方面還是以安全事務為主，如西方以圍堵共產國家為原則，東方則以輸出革命、對抗西方為目的，更將焦點置於經濟事務上。以西方陣營而論，在金融上有布列頓森林體制（the Bretton Woods System, BWS），在貿易上有關稅暨貿易總協定（General Agreement of Tariffs and Trades，

²⁶ K. Ohmae, *The Borderless World: Power and Strategy in The Interlinked Economy*; R. Reich, *The Works of Nations* (New York: Vintage Books, 1992); Robert Gilpin with assistance of Jane M. Gilpin, *Global Political Economy: Understanding the International Economic Order* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2001)

²⁷ G. Modelski, *Principles of World Politics* (New York: Free Press, 1972)

²⁸ 全球化定義眾說紛紜，從何時開始全球化，學者間也意見分歧，如 Held et al. 的研究便將政治、經濟和文化全球化的歷程回溯自工業革命前，但 Paul Hirst, and G. Thompson 則衡量貿易、國外直接投資及金融後，認為全球化一說是有問題的，因為貿易、金融的數量都和一次世界大戰前差堪比擬而已，談不上全球化，且都集中在北美、西歐和東亞的三角，但他們仍然承認民族國家確實受到影響。見 Held et al. op. cit.; Paul Hirst, and G. Thompson *Globalization in Question: The International Economy and The Possibilities of Governance, Second edition* (Cambridge: Polity Press, 1999) 本文認為不管是否全球化了，民族國家確實愈來愈「感到」國際壓力則是不爭的事實。見下面的討論。

GATT)，各國在安全有保障的架構下，經濟交流日益強化，財富成為大部國家最關心的事務。²⁹因為公民和社會團體財富、外貿的增加，國家行政組織藉徵收各種稅收及向金融體系汲取財富的數量，便隨之增多。因此，在民族國家在國內採取干預措施，在國際上奉行多邊主義的自由貿易國際典則（regime）。學者將此名之為「鑲嵌式的自由主義」（embedded liberalism）。³⁰即使在一九七一年，美國總統尼克森宣布美元和黃金脫鉤，布列頓森林體制的金匯兌本位破壞，但該體制下的世界銀行（World Bank）、國際貨幣基金會（International Money Fund, IMF）、國際清算銀行（Bank for International Settlements, BIS）仍然存在，各國貨幣匯率雖然自由波動，但幅度則因為民族國家有意的監督而受到控制，國際貿易還是在穩定的匯率及國際分工、資本流動（如跨國公司到全球各地設廠），及關稅及貿易總協定數回合之對貿易項目、關稅降低、國民待遇互惠的談判中持續成長，金融流通同樣也因科技進步，交易成本降低，新金融商品的出現而高度成長。如一九五〇年時，全球產業輸出量佔全球國內生產總值（GDP）為 7%，到一九九四年便達 17%，而在抽取六十八個國家衡量其全球貿易關連強度（每個國家與其他國家貿易）分析，在一九五〇年只有 64.4，一九九〇年則高達 95.3，戰後貿易擴張到極大的程度。在金融流動方面，以一九九七年新發行的國際貸款和債券而言，總值高達八千九百億美元，貸款和債券的未償還餘額達七兆六千五百五十億美元，³¹數量驚人。

²⁹ 雖然國家「應該」要十分關心安全事務，但因為兩極模式下，在雙方集團間有老大哥美國和蘇聯負責安全事務及其成本，其他集團國可說是「搭便車者」（free riders），可將大部分注意力放到財富的累積上。

³⁰ John G. Ruggie, “International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order” in Stephen D. Krasner ed. *International Regimes* (Ithaca: Cornell University Press, 1983), pp. 195-232

³¹ Held et al., op. cit., pp.166-167、203

然而在全球化的表象下，學者也發現有「區域化」(regionalization)的趨勢，不管是在貿易、金融和跨國企業(國外直接投資)，都有集中在北美、西歐和東亞，同時在類型上也集中在經濟合作暨開發組織(Organization of Economic Cooperation and Development, OECD)國家和新興工業化國家(Newly Industrializing Countries, NICs)，其他的第三世界國家佔有的比率相當低。以一九九六年的世界貿易量高達五兆二千七百億美元中，美國和加拿大，西歐(歐洲聯盟和歐洲自由貿易區, EFTA)和日本分別佔有 15.7%、42.5%和 7.8%，總計 66%，十個重要的發展中國家(阿根廷、巴西、中國大陸、匈牙利、印尼、馬來西亞、墨西哥、波蘭、新加坡和泰國)則佔了 12.2%，而在國民生產毛額上(GNP)，前三個區域總計更佔 74.9%，後者則佔 10.1%。³²但即使如此，貿易和金融的流動，及世界貿易組織建立的推波助瀾下，民族國家對疆界內的經濟事務管理，不再具有最高的自主性。而且學者還觀察到有所謂「區域國家」(region state)的產生，亦即兩個國家鄰近的地區因地理上的相近與互補，使生產要素如勞力、技術和資本跨越國界的流動，該區域比起各該兩國其他區域具有更高的經濟生產力。³³因此，依 Beck Lindbeck 之將民族國家視對經濟勢力而作政治性調適，³⁴當代民族國家的「劃地自限」性格，顯然無法再度隨經濟勢力的改變而調適。³⁵

隨著國際間政治、經濟秩序的轉變，民族國家的性格也在改變中。民族國家戰後美蘇兩極權力對抗中，在集團之內安全獲得保

³² Paul Hirst, and G. Thompson, op. cit., p.73

³³ 區域國家的觀點受到批判者質疑，並舉新加坡和香港為例，認為兩者都是在強有力的國家經濟治理及由主要強國提供集體安全的保障下才得以發展。參見 Hirst and Thompson, op. cit., p.288

³⁴ Lindbeck, op. cit.

³⁵ K. Ohmae, "Putting Global Logic First", *Harvard Business Review*, (Jan-Feb, 1993), pp.119-125; K. Ohmae. *The End of the Nation State* 但本文認為民族國家終結論者應是指國界的「終結」或模糊。

障之下，於貿易，資本流動快速，數量增加的情勢中，迅速大量累積財富。但在冷戰結束，兩極化的國際權力關係也轉型為美國獨大的單極權力結構，除了中東，東歐和非洲、中南半島等少數國家之間仍存有緊張關係，及被美國視為威脅的中國大陸，仍比其他國家重視安全（權力）事務外，基本上民族國家已將焦點置於如何累積財富，而民族國家國際競爭力（international competitiveness）衡量的廣為流傳，極為政客和媒體所重視，³⁶使得民族國家更將財富累積視為首要，因為財富便是國力的象徵，也是權力的後盾。雖然在二〇〇一年九月十一日，發生以奧薩瑪·賓·拉登（Osama bin Laden）為首的基地組織（Al-Qaeda），對美國約紐進行恐怖攻擊，進成三千餘人死傷，美國隨即掀起反恐怖主義行動，在三個月內瓦解庇護恐怖主義分子的阿富汗神學士政權、並持續追討恐怖主義分子，最後攻打伊拉克推翻海珊政權。全球事務雖然因九一一事件而受到衝擊，使安全事務倍受關心，但此安全事務較以往而言，並非是民族國家對民族國家間的衝突，而是民族國家遭受恐怖主義組織的威脅，影響其內部安全，而且基地組織也限於對美國宣戰而已。³⁷因此，在後冷戰時期，國際權力體系由兩極變為單極，但在安全事務問題，除少數國家外，對民族國家而言，並非平時最重視者，財富累積還是首要。

但與冷戰時期不同的是，經濟的落後已成為民族國家所不能容忍者。因為，第一，在國內事務方面，不管是自由民主的資本主義式民族國家，或是堅持社會主義的民族國家，都要面對如何使公民有飯吃的課題，國內經濟發展也成為必要。其次、若要經濟

³⁶ 目前有世界經濟論壇（World Economic Forum）和瑞士洛桑管理學院（Institution of Management and Development），每年都會公佈對世界各國的評比，但兩者的衡量指標將民族國家視為「公司」來評比，也受到不少嚴厲的批評，見 Hirst and Tompson, *op. cit.*, pp.126-133。

³⁷ 關於恐怖主義組織利用通訊、資金流動等全球化工具進行活動，已有許多評論，但並非本文關心重點。

發展，則不能一味使本國一直接受外國產品的進入，扶植本國幼稚產業的自立自強政策也是必要。但在現有的國際經濟分工、國際貿易環境之下，民族國家所有的要素稟賦和「比較利益」（comparative advantage）都不同，使部分民族國家只有入超的命運，然而出超的國家又大部分集中在少數的北半球先進及工業化國家。³⁸對部分民族國家而言，停止入超、累積財富才能「生存」。換言之，權力和財富的追求已轉變為生存和財富的競合，只有增加財富才能生存下去。而對一些富有的貿易出超國而言，財富除等於生存外，更等於權力，持續累積財富，才能保持優勢。因此，在後冷戰時期，傳統的安全、戰爭等「高層政治」（high politics）的重要性更持續下降，原本被視為「低層政治」（low politics）的貿易、金融等的重要性日益上升。

但在國際經濟環境下，民族國家在金融上的力量受到限制，³⁹在貿易上則有世界貿組織（World Trade Organization）降低關稅、國民待遇的規範，加上「區域國家」的興起，跨國企業對政府行政權力的侵蝕，使以累積財富為主要目標的後冷戰時期之民族國家，是否還能和自十七世紀以來，藉自身之力，以干預方式持續求富，倍受懷疑，民族國家又將如何回應？

³⁸ 以經濟、財富不均關係為基礎的「南北問題」，在後冷戰時期更形凸出。

³⁹ 經濟學家 Robert Mundell 認為政府的三個政策目標：匯率穩定、私人資本流動性和貨幣政策自主性，三者之間無法同時共存。Benjamin J. Cohen 稱此為「不神聖的三角」（Unholy Trinity），推論說若採取釘著匯率和金融市場有效整合的環境中，實行獨立貨幣目標的行動，將會導致明顯的國際收支不均衡，進而鼓勵具投機資本流入。為了維持匯率穩定，政府將被迫限制資本移動（經由管制或徵稅）或是限制自身的政策自主性，但在目前金融全球化的環境下，資本流動實在難以控制，因此匯率穩定和政策自主性間便有抵換關係（trade off）。參見 Benjamin J. Cohen, "The Triad and the unholy Trinity: Problems of International Monetary Cooperation" in Jeffrey A. Frieden and David A. Lake eds. *Op. cit.*, p.261 如果政府要以擴張性的財政政策和寬鬆的貨幣政策刺激國內經濟發展，一旦國際收支因經濟成長而保持順差，本國貨幣匯率便有升值的壓力，無法再釘住特定貨幣，進而抵銷經濟成長的利益。因此國家操作總經政策的範圍便受到限制。參見 John B. Goodman and Louis W. Paul, "The Obsolescence of Capital Controls? Economic Management in an Age of Global Markets," in Jeffrey A. Frieden and David A. Lake eds., *op. cit.*; Held et al., *op. cit.*, pp. 228-231

伍、民族國家的類型

只有對當代「全球化」背後的趨動力量作全盤性的考察後，才有能力討論民族國家的未來。英國學者 David Held 及其同事作了相當完整的考察，並詳細討論在政治、軍事、貿易、企業、金融、文化、人口等各層面中，民族國家如何受到影響。他們指出經濟全球化絕不意味著會導致國家權力的削弱，而是改變國家權力執行藉以憑藉的深層條件。因此，先進資本主義國家（指他們研究的六個國家，美國、英國、法國、德國、瑞典和日本）在各項衡量指標上也比先前來得強，也在全球化的過程中積極涉入，但同時也有更多的要求加諸其上。先進資本主義國家在當代全球化情況下，於權力上明顯出現同時削弱和擴張的現象，代表著深層結構的轉變，而這是作為當代民族國家建立之核心要素的國家主權和自主性方面，發生轉變的證據。⁴⁰

Held 及其同事的結論是持平的，但我們仍然吹毛求疵地批評他們只是指出全球化對民族國家的可能影響，並未深究民族國家會如何回應。而且研究標的只限於六個先進資本主義國家，而這不免有「先進資本主義國家中心論」，認為先進國家目前面臨的，就是其他後進國家未來也會面臨的，但有些國家根本在全球化之外，如非洲及其他落後國家；而尾隨先進國家加入全球化的發展中國家，其面對的全球化的「本錢」又比先進國家不足，但兩者卻同時面臨全球化。這三種民族國家顯然會有不同的命運。⁴¹

本文雖然只是簡短地自理論和歷史，考察民族國家及其相互之

⁴⁰ Held et al. op. cit., p.441

⁴¹ 張亞中瞭解不同國家面對全球化有不同的因應，但他並未進一步分析。見張亞中，「全球化下的治理：主權與權力的解析」，政治大學外交系「全球治理」研討會論文，民國 90 年 6 月。

間政治及經濟層面的變化，但指出當代民族國家在性格上的一致性（以累積財富為主要目的）和異質性（焦點置於中央行政機構汲取社會資源能力不一）。其中異質性乃是不同民族國家面對全球化時的基礎。而在民族國家的形成和鞏固時，民族國家間在全球政治經濟上也有不同的位階。因此，分析和討論民族國家在面對全球化時，民族國家的能力和在全球經濟分工下的位置是重要的分類基礎。本文借用 Immanuel Wallerstein 世界體系理論（World System Theory）的核心（core）、半邊陲（semi-periphery）及邊陲（periphery）作為全球經濟分工位置的區別，⁴²並以民族國家的行政能力（administrative capability）（高度國家、中度國家和低度國家）作為第二個分類。由此兩個標準作為在面臨全球化時，不同民族國家的概念性分類。

由於行政能力並無較佳評量指標，也很難去量化，相關指標如世界經濟論壇出版的「全球競爭力報告」（Global Competitiveness Report），洛桑管理學院出版的「世界競爭力年報」（World Competitiveness Yearbook）中雖都列有關政府行政執行能力的指標，但缺點是評比國家數目數少，前著只有六十餘國，後者則只有四十九國，同時列入評比者幾不包括非洲的貧窮和落後國家，而且評比的標準不乏爭議。我們只有另外再找尋適合指標。因為本文關心民族國家的政治經濟發展，前述所言在民族國家發展中，汲取民間社會資源的能力是重要的過程。但這樣的汲取能力有正面有負面。負面係指由政府領導者（集團）汲取社會資源後，作為私用，如此即與民族國家的公民的公共福利無關，也可能無助於民族國家在全球化中的政經發展。反之，正面性的行政能力即是政府領導者（集團）汲取社會資源而用於提供公民公共福祉的能力。一般對貪污（corruption）的定義：「濫用受委託的權力以

⁴² Immanuel Wallerstein, *The Modern World System, vol. 3* (Florida: Academic Press, 1988)

謀取私利」，⁴³ 即符合所謂的負面行政能力。本文乃借用國際透明組織（Transparency International）公佈的 2002 年貪腐印像指數（Corruption Perceptions Index, CPI）作為政府行政能力的「次佳」評比標準，指數愈高者即愈反腐化（anti-corruption），行政能力愈高。反之則低。採用貪腐印像指數的另個好處是，被評比的國家數目在 2002 年高達 102 個，遠高於兩種競爭力評比。至於行政能力的高低，我們以指數在 0 到 3.3 者為低度國家、3.4 到 6.6 者為中度國家，6.7 以上到 10 者為高席國家。⁴⁴

表一 民族國家的分類

	核心	半邊陲	邊陲
高度國家	A 組： 瑞典、瑞士、 加拿大、盧森堡、荷蘭、美國、德國、比利時、日本、英國	B 組： （歐洲）芬蘭、丹麥、奧地利、西班牙、愛爾蘭 （中東）以色列、（南美）智利、（東、南亞）新加坡、香港、（西非）波紮那	無
中度國家	C 組： 法國、義大利	D 組： （歐洲）葡萄牙、希臘、匈牙利 （中、南美）墨西哥、巴	E 組：（西非）迦納

⁴³ 余致力，「非政府組織與反貪腐運動」，21 世紀優質治理之機制－行政透明化學術研討會論文，民國 91 年 8 月 22 日，世新大學。頁 1。

⁴⁴ 為了研究上的需要而作區分，但這樣不免有武斷之嫌。

	核心	半邊陲	邊陲
		西 (中東、北非) 約旦、埃及 (西、南非洲) 那米比亞、南非 (東、南亞) 台灣、南韓、馬來西亞、中國大陸	
低 度 國 家	無	F 組： (前蘇聯) 俄羅斯、烏克蘭 (南美) 阿根廷、委內瑞拉 (南亞) 泰國	G 組： (東、南非洲) 安哥拉、林巴威、坦尚尼亞、烏干達 (西非) 塞內加爾、喀麥隆、肯亞、奈及利亞 (亞洲) 越南、孟加拉

說明：1.依 1997 年人均 GNP 計算，低所得國為 785 美元以下、中所得國為 785 到 9665 美元之間。由於 B、D、F、G 組國家數目頗多，表中只選擇我們較耳熟能詳者。

2.G-10 國家中，我們去除俄羅斯。

資料來源：World Bank, *World Development Report: Knowledge for Development* (New York: Published for the World Bank, Oxford University Press, 1999), pp.250-52; Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2002* (<http://www.transparency.org/cpi/2002/cpi2002.en.html>)

另一個指標，核心、半邊陲及邊陲的國際經濟分工區別，目前也沒有良好的指標。但我們大體可以將核心指為十大工業國家 (G-10)，半邊陲則包括 G-10 以外的經濟合作暨發展組織 (OECD)

國家和東亞、東南亞的新興工業化國家（如四小龍、五小虎）及世界銀行「世界發展報告」中的中所得國家。邊陲國家則是世界銀行年度經濟展望報告中的低收入國家。表一為綜合兩種指標得出的民族國家分類。

由於同時世界銀行所列國家和貪腐印像指數所列國家，並不全然一樣，如後者未將不少中東國家（沙烏地阿拉伯、科威特、阿拉伯聯合大公國等）列入，故表一中的分類是有缺陷的。但是，該表也顯示，至少有七種類型的民族國家。從表一中的觀察，由於沒有國家被列為兩個極端組別（正面行政能力高、邊陲；正面行政能力低、核心），我們大體可以得到「行政能力高低與國際經濟分工位置高低」之間有正向相關。我們進一步提出一個假設：「國家正面行政能力的提高，使民族國家在國際分工位置中，有上升的機會（邊陲→半邊陲），反之，若該能力下降，則可能「墮落」（半邊陲→邊陲）。」為了檢證「相關性命題」與「因果關係假設」，我們一一詳細檢視表一中令人困擾的組別，分別是有關行政能力標準的 C、E 組和國際分工體系位置中被列為半邊陲者有行政能力高的 B 組和行政能力低的 F 組。

C 組的法國、義大利因貪腐印像指數分別為 6.3 及 5.2 而被列為 C 組，但其標準差也分別高達 0.9 和 1.1 顯示其也有可能為 A 組國家。基本上，本文認為，義大利長年因黑手黨勢力龐大而使其政府貪腐印像頗深，而法國近年也有因為台灣軍購而傳出的官商勾結弊案，而加劇貪腐印像指數。至於 E 組的迦納，其貪腐印像指數為 3.9，標準差為 1.4，故也有可能為 G 組國家，此種狀況顯示該指數並不是最佳的國家行政能力評準。但由於國家數目極少，若能在進一步以統計技術來觀察，這樣的差別，也可能不至影響大體上的趨勢。但值得一提的是，黃金、鑽石、錳產量豐富的迦納並不僅止於以礦為生，自 1983 年起由政府推動「經濟復興

計劃」(Economic Recovery Programme, ERP)，採取自由化經濟政策，加強必要的經濟及社會基礎建設、吸引外資，也促成良好的經濟成長，雖然人均所得仍然不高，但已在持續成長。⁴⁵以下我們再詳加討論。

而就國際分工位置而言，由於我們分類指標的複雜（如世界銀行以 1997 年人均 GNP 介於的中收入國家介於 785 到 9665 美元之間，間距很大），使半邊陲國家數目頗多，所處位置更五大洲都有。但仔細觀察後，仍然可以大分為接近或位於歐洲、接近日本、接近美國等核心國家的三大群。行政能力在半邊陲中有高的 B 組和低的 F 組，令人困擾。我們仍然再一一檢視。在 B 組內，芬蘭、丹麥、奧地利、西班牙、愛爾蘭位處歐洲，廣義而言（如 G-3 指的是歐洲、日本和美國）都可算是核心國家群，而且都是高所得國家（1997 年人均 GNP 在 9655 元以上）。中東的以色列盛產石油、智利為南美洲三大國之一，盛產銅礦，而近年更發現新礦區，加上提煉技術創新，使之成為中高所得國家。⁴⁶而更重要的是，雖然智利長期為軍事政權領導（General Pinochet）的 1973-88 年間，採取類似東亞新興工業化國家的「發展型國家」（Developmental State）策略，由進口替代策略改採較為自由化的出口導向型的選擇策略性產業（漁業）出口，而在軍事政權之後，也延續這樣的作法，使智利有高度的經濟發展。⁴⁷位於西非的波紜那（Botswana）

⁴⁵ Benjamin N.A. Aryee, "Ghana's Mining Sector: Its Contribution to The National Economy" *Resources Policy*, Vol.27, Issue 2 (June, 2001), pp. 61-75

⁴⁶ Patricio Garcia, Peter F. Knights and John E. Tilton, "Labor Productivity and Comparative Advantage in Mining: The Copper Industry in Chile" *Resources Policy*, Vol.27, Issue 2 (June, 2001), pp.97-105

⁴⁷ Rachel A Schurman, "Chile's new entrepreneurs and the 'economic miracle': The invisible hand or a hand from the state?" *Studies in Comparative International Development*, Vol.31, Issue 2 (Summer, 1996), pp. 83-109; P. Perez-Aleman, "Learning, adjustment and economic development: Transforming firms, the state and associations in Chile" *World Development*, Vol.28, No.1 (January, 2000) pp. 41-55; 也有學者認為智利軍事政權進行自由化改革乃因要維持其執政而做「對的」策略。見 Glen Biglaiser, "Military regimes, neoliberal restructuring, and economic development: Reassessing the Chilean case", *Studies in Comparative*

則是令人驚訝的例子。同樣的，波紮那也有豐富的貴金屬礦產如鑽石，但其也以發展型國家的方式，以政府的力量大力進行基礎建設的建設、擴大教育，發展其他非礦業的產業如紡織等工業、及技術的提升，朝向出口導向發展，而獲致良好的政治經濟表現。⁴⁸至於同組中的新加坡、香港則是讓學者認為也符合「發展型國家」理論的案例。⁴⁹

而在低度正面行政能力但位於半邊陲的 F 組中，俄羅斯和烏克蘭為前蘇聯解體而出，在共產時期已有可與資本主義核心地區匹敵的高度工業化程度，但因解體的政經改革使得政府和經濟都處於動盪。低度正面行政能力乃因共產遺緒和轉型；具有半邊陲的經濟地位，則因雄厚的工業基礎，使人均所得不至淪為低度所得。然而包括這兩國在內，有不少後共產主義國家，在國際貨幣基金會，世界銀行和歐美國家的資本助益下，紛紛產行自由化的經濟政策，重建本國經濟制度，而使經濟景況走向穩定。⁵⁰而南美洲的阿根廷在 60 和 70 年代在「官僚威權」（**Bureaucratic Authoritarianism**）政權之下發展資本主義，採行進口替代策略，雖然進行了工業化，但被指是和跨國企業聯合，一起打壓本地工業，是依賴理論形成的案例之一。⁵¹而在 1980 年代的民主轉型之後，阿根廷朝向政治自由化和經濟自由化的方向，不過強有力的

International Development, Vol.34, Issue 1 (Spring, 1999), pp.3-26

⁴⁸ Richard M. Auty, "The Political State and the Management of Mineral Rents in Capital-surplus Economics: Botswana and Saudi Arabia" *Resource Policy*, Vol.27, Issue 2 (June, 2001), pp.77-86

⁴⁹ Ezra F. Vogel, *The Four Little Dragons: the Spread of Industrialization in East Asia* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991)

⁵⁰ 關於後共國家政經濟轉型可參考 Leslie Holmes, *Post-communism : An Introduction* (Cambridge, UK : Polity Press, 1997) 及吳玉山，俄羅斯轉型 1992-1999：一個政治經濟學的分析（臺北：五南圖書，民國 89 年）

⁵¹ Guillermo O'Donnell, *Bureaucratic Authoritarianism: Argentina, 1966-1973 in Comparative Perspective* (Berkeley: University of California Press, 1988)

軍事集團和私人資本仍然影響進一步經濟結構改革。⁵²由此看來，進口替代工業化雖使阿根廷能成為中所得國家，但低度正面行政能力卻使其無法再提升。至於委內瑞拉則盛產石油，為以中東國家為主之石油輸出國家組織（Organization of the petroleum Exporting Countries, OPEC）中唯一的拉丁美洲國家，其於 1973 年國際石油危機之際，使所得提高，但在 80 年代油價穩定，使其經濟不振，而造成軍事政權在 1992 年 2 月被推翻，由民主選舉產生政權，但仍然依賴石油出口。委國雖然是中所得國家，但正面行政能力不佳，國際競爭力評比亦有同樣的結論。⁵³至於南亞的泰國，在 1997 年東亞金融危機之前，被視為繼四小龍之後的東亞五小虎之一，熱錢大量流入，經濟景像一片繁榮，但在金融危機爆發後受創嚴重，其中原因之一便是泰國金融及銀行體制不佳，政府反應慢。⁵⁴

對 B、E、F 組國家的分析，初步支持我們先前提出的假設：國家正面行政能力是造成後進國家提升國際經濟分工的因素。因此，國家要免於全球化的「淹沒」，便是要提升正面行政能力。

陸、民族國家的未來：從全球治理與國家政經

⁵² Stephan Haggard and Robert R. Kaufman, “Economic Adjustment and the Prospects for Democracy” in Stephan Haggard and Robert R. Kaufman eds. *The Politics of Economic Adjustment: International Constraints, Distributive Conflicts, and the State* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995), p.334

⁵³ 在政府經濟政策隨經濟環境變化而調整及政策執行的效率上，委內瑞拉都在 49 個國家中，敬倍末座。International Institute for Management Development, *The World Competitiveness Yearbook, 2001* (Lausanne, Switzerland: International Institute for Management Development), p.417

⁵⁴ Barry Eichengreen and Albert Fishlow, “Contending with Capital Flows: What is Different About the 1990?” in Miles Kahler ed. *Capital Flows and Financial Crises* (Ithaca, New York: Cornell University, 1998), p.56

發展理論來看

由前節的討論中，可以發現半邊陲國家多數都在朝向使政府正面行政能力提升的方向。而在提升的過程，經常是採取所謂的經濟自由化政策。這樣的政策又是主要提供資金給發展中國家之國際組織所偏好者。因此，自政治經濟發展視角（比較政治）之外，實有必要自全球治理（國際關係）的角度來觀察。如此才更能掌握對民族國家未來的分析。以下，我們先由三種全球化觀點討論其全球治理和國家政治經濟發展的論點，再分析各種類型的民族國家在全球化中的可能「命運」。

一、極端全球化派學者（*hyperglobalist*）認為要將「全球邏輯」視為第一要務，國家經濟和產業政策的干預只會扭曲、損害企業決策和消費者選擇的合理化資源分配過程。⁵⁵此種看法隱喻民族國家在面對經濟勢力變動時，不再是個最適的政治性調適，民族國家疆界將會被打破，原本因戰爭和暴力才會發生的國界重組，現在則可能因為經濟力量而變化。因此 Thomas L. Friedman 認為，因為金融、技術和資訊的民主化、自由化，而出現所謂坐在電腦銀前面操作股票、債券、與外匯交易的「電子遊牧族」（*Electronic herd*），不斷將生產轉移到最有效益與成本最低的國家生產，他們所掌握的資本已是企業與國家成長所需資本的主要來源。這群人喜歡國家穿上所謂的「黃金約束衣」（*golden straitjacket*），因為國家穿上這種衣服，所有自由化和自由市場的規則都具體可見。「電子遊牧族」對「乖乖」穿上「黃金約束衣」的國家，投資的金額便會增加，反之，對不肯穿上的國家便會施予「教訓」，不願意來投資或是將資金撤走。因此，極端全球化派的觀點，雖然不否認

⁵⁵ K. Ohmae, *The Borderless World: Power and Strategy in The Interlinked Economy*; K. Ohmae, "Putting Global Logic First"

民族國家會抗拒代表全球化力量的「電子遊牧族」，但為怕受到「惡果」，唯一能做的就是穿上只有一種尺吋的「黃金約束衣」，遵行全球資本主義的黃金規則：經濟動力由民營企業主導，縮減國家的官僚組織，維持預算平衡、消除並降低進口關稅、消除外國投資的限制，消除配額與國內專買制度，增加進口、國營企業與民生事業民營化、解除資本市場的限制、貨幣可以轉換，開放產業及股票與證券市場可讓外國人直接投資擁有，解除經濟管制增進國內市場競爭、盡可能杜絕政府貪污與拿回扣，銀行與通訊系統開放民營競爭，讓國民有許多退休金方案及由外資經營退休金與共同基金，維持低通貨膨脹與物價穩定。⁵⁶最後一項的表徵便是讓中央銀行「獨立」於政治影響。⁵⁷

極端全球化派建議民族國家都應穿上「黃金約束衣」，遵守「黃金規則」，但他們並未提及「黃金規則」為何形成、「電子遊牧族」因何可以暢行全球？而反全球化派觀點則指出推動黃金規則不遺餘力的正是國際分工中的核心國家，尤其是在後冷戰時期成為超級國際政治經濟霸權的美國。

二、反全球化派：事實上他們可算是超全球化派的一支，同樣承認目前有全球化的現象，而以馬克斯派學者為主，但他們抨擊這不過是另一種西方帝國主義，⁵⁸更只是「美國支配的代名詞」而已。⁵⁹他們的批判可列入依賴理論學派一支。但批判歸批判，他們也沒有提出任何解套途徑，連以往依賴論學者努力倡言之壓制國家機器的鞏固和「自發性資本主義」（autonomous capitalism）

⁵⁶ Thomas L. Friedman, *The Lexus and Olive Tree*, 蔡繼光等譯，了解全球化：凌志汽車與橄欖樹（台北：聯經出版公司，民國 89 年），頁 123-27。

⁵⁷ 參見 Sylvia Maxfield, *Gatekeepers of Growth: the international political economy of central banking in developing countries* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997)

⁵⁸ 詳見 A. Callinicos, et al., *Marxism and the New Imperialism* (London: Bookmarks, 1994)

⁵⁹ S. Amin, "The Political Economy of the Twentieth Century", *Monthly Review* (June, 2000), p. 15

的完成，建構朝向社會主義的道路，⁶⁰也因強調與資本主義切斷關係，在現今資本主義橫掃全球，社會主義消解的環境下，對現實政客而言，也失去其可行性。依賴理論學派健將 F. H. Cardoso 在競選巴西總統時對記者說「Don't read my book」，⁶¹即是明證。

雖然如此，但他們也指出許多在國際組織或全球化壓力下被迫穿上「黃金約束衣」的低度開發中國家，產生了以資本主義邏輯為尊，卻造成社會福利分配更加不均的後果。如前述 G 組的南亞孟加拉（Bangladesh）和東、南非洲的林巴威（Zimbabwe）因為在 70 和 80 年代為求得國際貨幣基金會和世界銀行的貸款，而進行這些國際組織的「結構調整政策」（Structural adjustment policies, SAPs）建議，採行出口導向、減低預算赤字、民營化國有企業等措施，可是卻造成經濟上的更加挫敗，社會、民眾反抗連連。⁶²其他吸收外資以發展本地企業的西、南部非洲國家也出現，政府和跨國企業聯合打壓本地新生的弱小資產團體或企業的情況。這些政府表面上穿上「黃金約束衣」，但實際上卻貪腐、只以政權維持為目標。也有學者批評，國際和西方的金主在要求非洲國家調整其結構、進行經濟和民主改革時，後者根本沒有討價還價的能力，唯有全盤接受建立所謂安定的投資環境。但因在最低度發展的情況下，資本要能累積完全有賴於政治權力對資源的分配，政府成為分配的守門員，而流於與跨國企業或本地的大地主同流合污，獨佔資本。⁶³此種觀點有如同依賴理論的非洲版。

⁶⁰ F. H. Cardoso and E. Faletto, *Dependency and Development in Latin America* (Berkeley: University of California Press, 1979), p. xxiv

⁶¹ Cristina Feijoo and Luis Salas Orono, "A Latin American Report on the WSF (I)Part I: Notes on the Host Country" (February 22, 2002)
http://www.zmag.org/content/VisionStrategy/fejoo_orono_wsf-report.cfm

⁶² Sandra J. MacLean, Fahimul Quadir and Timothy M. Shaw, "Structural Adjustment and the Response of Civil Society in Bangladesh and Zimbabwe: A Comparative Analysis" in Barry K. Gills eds. *Globalization and the Politics of Resistance* (London: Macmillan Press LTD., 2000), pp. 295-312

⁶³ 參見 William Reno, "African Weak States and Commercial Alliances" *African Affairs*, Vol.96,

也有學者指出部分非洲國家在進行「結構調整政策」之前比之後，表現還更好，這種政策只是反映國際貨幣基金會等國際金主的「霸道」。⁶⁴ Morris Szeftel 則批評在這些國家的反貪污行動只及於對本地初生的小資產階，他們要能接近國家所握有的資本，唯有透過一般所謂的賄賂、貪污路徑，才能取得資本。此種外國金主推動的反腐化行動只有阻礙非洲低度開發國家地方資本的累積。⁶⁵

反全球化派觀點對極端全球化派之視「黃金規則」式的全球治理模式為理所當然提出強烈的批判。可借批判有餘，建議不足。民族國家若不穿上「黃金約束衣」，還能有何方式在全球化中生存？他們並沒提出具體的答案。而且即使是先進國核心國家，他們穿上「黃金約束衣」也有不同的反感和反彈，如 Dani Rodrik 觀察到，全球化使他們原有的勞動法規鬆動，對勞工福利造成不利影響，造成反彈，⁶⁶ Ramesh Mishra 則說福利國家開始縮減福利。⁶⁷因此，最可能在全球化獲益的 A 組國家，即使全球化可說是在他們有意或無意的推動下，而襲捲地球村，⁶⁸全球化過程中產生的國家權力結構基礎及國家間的秩序，也有意無意地帶有資本主義邏輯—尊重市場力量的自由經濟的「體系的偏差」(bias of system)

No.383 (April, 1997), pp.165-85

⁶⁴ Frederick Cooper, "What is the Concept of Globalization Good For? An African Historian's Perspective" *African Affairs*, Vol.100, No.399 (April, 2001), pp.165-85

⁶⁵ Morris Szeftel, "Between Governance and Under-development: Accumulation and Africa's 'Catastrophic Corruption'" *Review of African Political Economy*, Vol.84, No.2 (2000), pp.287-306

⁶⁶ Dani Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far?* (Washington D. C.: Institute for International Economics, 1997)

⁶⁷ Ramesh Mishra, *Globalization and the Welfare State* (Northampton, MA: Edward Elgar, 1999) 雖然有學者認為福利國家終結說過於誇大，但也承認有所限制。參見 Torben Iversen and Thomas R. Cusack, "The Cause of Welfare State Expansion: Deindustrialization or Globalization?" *World Politics*, Vol.52, No.2 (April, 2000), pp.313-49

⁶⁸ 如美國對 WTO 的積極，美日英德對金融全球化的積極推動。參見 Eric Helleiner, *States and the Reemergence of Global Finance: From Bretton Woods to the 1990s* (Ithaca: Cornell University Press, 1994)

—⁶⁹而有利於他們。但是全球化對他們而言，也不全然是有利，如全球資本主義中，「電子遊牧族」全球遊走，也對他們產生困擾。著名的「電子遊牧族」George Soros 也認為全球資本主義出現危機，而這個危機不是個別民族國家所能單獨處理的，必須由民族國家之間放棄部分主權來加以合作。⁷⁰而這正是全球治理（global governance）要處理的問題。同樣的，對另一個極端的 G 組國家而言，全球化力量對其不利影響更不在話下。打造合適他們的衣服，是個方法，一如在 60 年代低度開發國家組成 G-77，向先進工業化國家要求特別待遇的「新國際經濟秩序」（New International Economic Order），當 2000 年 4 月的 WTO 部長會議在華盛頓召開時，G-77 也在古巴首都哈瓦那召開會議，但和在華盛頓的反全球化分子不同的是，他們已不反對全球化，而是要求控制全球經濟，均分全球化所帶來的財富和利益，並主張展延窮國的債務、增加對低度發展國家的金融支援。⁷¹良善的全球治理成為民族國家共同的目標。而如何進行全球治理，則有待民族國家間的合作，亦即全球化雖然消弱了傳統認為是民族國家的自主性，但在另一方面，更使民族國家認知到要集團合作克服全球化的不利影響，民族國家的重要性無形中也提升，而這在學者眼中，即是民族國家的轉型。

三、全球化修正派懷疑是否已經全球化，並努力進行實證研究，在部分肯定和否定之餘，承認民族國家確實面臨全球政經結構的轉型。⁷²但民族國家仍然有不容忽視的功能，如人民（勞動力）

⁶⁹ E.E. Schattschneider, *The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy in America* (Hinsdale, Illinois: The Dryden Press, 1975)

⁷⁰ George Soros, *The Crisis of Global Capitalism: Open Society Endangered*。聯合報編譯組譯，全球資本主義危機（台北：聯經出版公司，民國 87 年），頁 223。

⁷¹ Robert Gilpin with assistance of Jane M. Gilpin, *Global Political Economy*, p.401

⁷² 如 Giddens, op. cit.; Hirst and Thompson, op. cit.; Held et al., op. cit. ; Linda Weiss, *The Myth of the Powerless State* (Ithaca: Cornell University Press, 1998)

的流動性不若資本和商品，對其醫療和收入的照顧並非是全球性的，只有民族國家才能勝任、⁷³跨國企業仍然將總部集中在西歐、北美等先進國家中，顯見特定民族國家擁有的相關資源如會計、金融服務和技術可作為其「基礎」。⁷⁴特定民族國現在該做的是努力提升本國勞動力的教育水準和技術層次、強化基礎建設，特別是在通訊和運輸方面。⁷⁵換言之，民族國家在國界內仍然必須維持國民的生計和福利，制定和維護有關財產權保護、商業法律規範，有利經濟的基礎設施，提升本國勞動力品質。此派學者沿襲「發展型國家」的理論，⁷⁶並加以修正，提出在國家政府和企業之間建立制度性的合作聯繫，可強化對外界環境的調適能力，並將其名為國家的轉型能力（transformative capacity），指出民族國家的行政機構可以將自己視為是催化劑型國家（catalytic state），少依恃自身所有的資源，而以在國家、跨國機構（如跨國公司）和本地私人企業團體的聯盟中扮演主導性角色，來達成其目標。⁷⁷對後進國家而言，發展型國家理論的建議十分有吸引力，如前述的西非的波紮那、東亞四小龍和南美的智利，都是因此而「晉升」到半邊陲的地位。但是這種形態的國家基本上是採取出口導向型的貿易和產業政策，十分依賴國際市場，國際貿易市場開放與否對這種策略有決定性的影響，因此，國際貿易上的全球治理機制，便十分重要。

而在全球治理上，屬全球化懷疑論者的（新）現實主義學者，如 Stanley Hoffmann 認為極端全球化論者的樂觀毫無堅實基礎，

⁷³ Hirst and Thompson, op. cit., p.267

⁷⁴ S. Sassen, *The Global City* (New Jersey: Princeton University Press, 1991)

⁷⁵ R. Reich, *The Works of Nations* (New York: Vintage Books, 1992)

⁷⁶ 發展型國家理論可參見 Meredith Woo-Cumings ed, *The Developmental State* (Ithaca: Cornell University Press, 1999) 或鄭為元，「發展型『國家』或發展型國家『理論』的終結？」，台灣社會研究季刊，第 34 期（民國八十八年，六月），頁 1-68。

⁷⁷ Weiss, op. cit., pp.209-211

如強權間仍處於敵對競爭、世界性的公民文化仍然遙遠、全球化也引來暴力的擴散。⁷⁸Kenneth Waltz 則強調民族國家不會消滅，主權國家在國際體系內依然是真正的主角，這種政治經濟形態具有適應新環境的彈性，而且指出全球化是國際體系中強大國家力量之間的變化而成，⁷⁹暗示民族國家可藉由合作來治理全球化。而另一位新現實主義學者 Robert Gilpin 也有類似看法，他自一貫主張的霸權穩定理論出發，強調對後冷戰時期的唯一強權美國而言，運作良好的世界經濟有利於美國的政治、經濟和安全利益，應負起建構全球治理的任務。⁸⁰然而在現實上，美國政府反對一些被認是應當要進行的全球治理措施，如反對和拖延「京都議定書」（Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change）和「生物多樣性公約」（Convention on Biological Diversity），而且也反對聯合國通過的「國際刑事法院規約」，⁸¹因為擔心「主權」被侵犯。而美國主導下的世貿組織也被視為是大國貿易俱樂部。在自由貿易下，所有會員國都應開放本國市場，但對後進國家而言，可能是項災難。美國諸如此類的行為，不僅令新現實主義者 Michael Mandelbaum 發出要好好利用其獨霸超強地位的呼籲，⁸²也使許多已發展和發展中及低度發展國家對現在小布希政府的單邊主義（unilateralism）感到疑慮和抗議。因此，即使在國際關係和全球化中，權力如此重要，但霸權穩定式的全球治理模式，要仰賴一個充滿善意的霸權才能維持，其道德及正當

⁷⁸ Stanley Hoffmann, "Clash of Globalizations" *Foreign Affairs*, Vol.81, No.4(July/August, 2002), pp.104-115

⁷⁹ Kenneth Waltz, "Globalization and Governance" *Political Science* (December, 1999) , pp. 693-700; "Globalization and American Power" *The National Interest* (Spring, 2000) , pp.45-56

⁸⁰ Robert Gilpin, *The Challenge of Global Capitalism: the World Economy in the 21st Century* (Princeton, NJ : Princeton University Press, 2000)

⁸¹ 張亞中，前引文，頁 16-17。

⁸² Michael Mandelbaum, "The Inadequacy of American Power", *Foreign Affairs*, Vol.81, No.5 (September/October, 2002)

性的基礎，實難為其他發展中國家所信賴。新自由主義或新自由制度主義的觀點，提供了第二種全球治理模式的建議。

新自由主義或新自由制度主義中，早在研究國際典則（international regimes）時，即強調國際合作，取代霸權以維持全球政治、經濟安定的重要性。⁸³其後再發展出國際制度（International institutions），⁸⁴最後則是全球治理的相關理論或觀點。三者實則息息相關。治理係指沒有無須政府的自治，而在國際關係中，學者對無政府狀態（anarchy）的共識，⁸⁵正是治理在沒有強而有力的大國主導時，各國合作使國際體系妥善運作，最好的概念。Robert O. Keohane 認為，全球化有賴有效的治理，但治理並不自己就會形成，而是需要國家和國家之間的合作及跨國之間的網絡來達成，而不是由一個世界國家（world state）來完成。而有效的治理則需要更廣泛的國際制度，藉由促進合作的國際制度來達成「善」的治理（right kind of governance），以防止不好的全球化效應，促進良性的全球化。⁸⁶而新現實主義者 Gilpin 也有同樣的看法，並認為要改革現有的國際貨幣基金會、世界銀行等國際組織。⁸⁷雖然他們對如何達到這個目標，有不同的看法。

在 Keohane 提此建議之前，實際上已有許多非政府組織已經利用全球化帶來的便利、快速通訊和科技，全球或區域地串聯在一起，如國際人權、環保和保護弱勢女性等國際組織，在以國家為

⁸³ Stephen D. Krasner ed. op. cit.; Robert O. Keohane, *After Hegemony*

⁸⁴ 參見 Robert O. Keohane, *International institutions and state power: essays in international relations theory* (Boulder : Westview Press, 1989)

⁸⁵ 參見 David Baldwin, “Neoliberalism, Neorealism, and World Politics,” in David Baldwin ed. *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate* (New York: Columbia University Press, 1993), pp:3-25; 不過 Alexander Wendt 指這是國家之間「創造」出來的意像。見 “Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics,” *International Organization* Vol. 46(1992), pp. 391-425

⁸⁶ Robert O. Keohane, “Governance in a Partially Globalized World” *American Political Science Review*, Vol.95, No.1 (March, 2001) , p. 1

⁸⁷ Gilpin, *Global Political Economy*, p.389

單位的國際組織之外，傳播他們的理念和資訊，使愈來愈多的各國民眾瞭解到全球化善的一面。⁸⁸而這些非政府組織及由專家推動資訊的散播，而形成的全球治理，也為當第三種國際關係主義—建構主義（*constructivism*）所關切。⁸⁹他們更進一步提出，不能僅只著重利益和權力，還要將觀念和信念帶入國際關係中的研究，而這正是建構良善全球治理的前提。新自由制度主義者也接受了他們的看法。⁹⁰

而何謂良善的全球治理？Keohane 結合新自由主義和部分建構主義的觀點指出，國際制度在結果上，要能達成安全（*security*）、自由（*liberty*）、福利（*welfare*）和公正（*justice*）的要求。在功能上要能：一、限制大規模暴力的使用。二、限制負面分權活動（*decentralized*）的外部性，如以鄰國為壑。三、讓所有成員都沒有不服從（即反叛）治理制度的誘因。四、要能處理體系上的斷裂、如救援個別成員發生困難、管理生技科技的運用。五、要能限制暴力和剝削的濫用。在程序上要符合三個條件：一、課責性（*accountability*），治理制度要能對其成員負責。二、參與性（*participation*），決策要由成員來決定。三、有說服性（*persuasion*），成員要誠實地溝通，而能保障程序的正當性。⁹¹這為全球治理提出了個好的方向。

⁸⁸ 關於些組織的活動，可參閱 Margaret K. Keck and Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics* (Ithaca, New York: Cornell University Press, 1998)

⁸⁹ 參見 Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999); John Gerard Ruggie, *Constructing the world Polity: Essays on international institutionalization* (London: Routledge, 1998)。

⁹⁰ 參見 Peter M. Haas, “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination,” *International Organization* Vol. 46, No. 1(1992), pp: 1-35; Judith Goldstein, and Robert O. Keohane, eds., *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change* (Ithaca: Cornell University Press. 1993);

⁹¹ Robert O. Keohane, “Governance in a Partially Globalized World”, pp.4-11

柒、結論：提升正面行政能力及良善的全球治理

當前民族國家及其間秩序的發展，已非十七世紀時的民族國家領導人所能想像，不過財富與權力的追求貫穿這三百餘年來的民族國家發展史及國際關係史。然在二十世紀末到二十一世紀初，全球化現象及其討論，使不同種類型的民族國家都面臨不同的難題和困擾，而這正是全球各國前所未有，共同面臨同一現象挑戰的時刻。雖然全球化也未必「萬萬歲」，戰爭也有可能使其中斷，一如十六、七世紀的百年戰爭，廿世紀的兩次世界大戰。然而在「全球化終結」之前，民族國家在面對全球化時，將一如以往作為對經濟勢的政治性調適，會作出種種反應和作為，而這又會影響全球化發展的方向與性質。因此，民族國家依本身條件的差異未必終結，也未必持續生存，其間重要的差異即是提升正面的國家行政能力，對後進國家尤然。

但是單以提升國家行政能力是不夠的，因為民族國家可能會因此在國際場域上產生惡性的競爭，使全體民族國家無法達到整體的「柏雷圖最適」狀態（Pareto Optimum）。為避免此種「劣惡的全球治理」，我們需要「良善的全球治理」。我們認為，Keohane是將民主理論引入「良善全球治理」的討論中，期望全球各國都能在合理、平等、誠實的前提下，相互商討良善的全球治理。雖然在新現實主義的權力眼鏡看來，在可預見的未來仍難以達成。但我們認為，追求國際上的民主正是消弭不同民族國家之間，尤其是核心國家和半邊陲、邊陲國家之間的歧見。

我們認為實有必要將原只在民族國家國界內層次討論的「審議式民主」（deliberative democracy）的觀念，引入全球治理的討論。這種民主理論是希望透過廣泛公共討論的過程，使各方的意見在

公共論壇中互相交流，使各方瞭解彼此立場，圖以對民意「質」的提升，捕「量」的缺憾。在尋求公共利益的前提中，發現彼此可接受的可行方案。但「審議式民主」並不是要尋求全體一致的共識或全意志，因為這並不可能，只是希望透過不斷地公共討論，各方能瞭解彼此立場，擴大彼此的心靈，進而提煉私利昇華成公利。⁹²同樣的，在全球化之下，各國對政治、經濟、文化及社會等層面都有不同的意見，良善全球治理概念的提倡正提供了各國在國際制度下，能心平氣和坐下來交換意見的場域和時機的理論基礎。這也是希望透過社會建構過程形成對國際關係新觀念和新圖象的建構主義者，所可能建議的方向。

提高正面行政能力輔以良善的全球治理，不論民族國家在類型上的差異，全球化的好處或許能讓他們都可雨露均沾。當然，這個正面的行政能力概念並不十分清楚，是否為目前國際貨幣基金會主導之「結構調整計劃」之政治民主化、經濟自由化的新古典政治經濟學發展策略，或是凱因思經濟學的有效需求管理，都有待民族國家，尤其是發展中及後進國家，與先進國家及國際信貸組織彼此之間好好協商。因為穿上「黃金約束衣」的成本，畢竟對他們而言代價太大，是否能因而得利則又在未定之天。而先進國家也對這種衣服缺乏好感。此時正是先進國家放棄權力眼鏡及思考，形成「良善全球治理」的重要時刻。

⁹² Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University, 1996)

**Future of Nation-states:
Global Governance and National Development**

Wen-pin Lin *

Abstract

After reviewing briefly the rises and orders of modern nation-states, the author argues we have to study the diverse reactions of nation-states in the age of globalization from two levels of analysis: global governance and domestic political economic strategies in order to indicate the destiny of nation-states. The author argues, nation-states must develop their positive administrative capability and evolve the good global governance side by side to escape from the deficits of globalization.

Keywords: Nation-state, globalization, global governance, development

* Ph. D. Candidate in Graduate Institute of Political Science at National Taiwan University
Lecturer in Liberal Arts Center at Chia-Nan University of Pharmacy & Science

行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究

- 以「協議裁決」為中心

謝佩芬*

摘 要

政策本身的特質會直接影響到政府機關對於執行手段的選擇。掌管市場交易秩序的競爭主管機關常在規範廠商競爭行為時面臨到許多事實難以證明的情況，諸如：市場力量的評估、市場範圍的界定。加上競爭法中規範標準，也可能因政治、經濟理論的改變而重新獲得詮釋，主管機關除了於事前多加運用非正式手段讓政策利害關係人得知最新的政策走向；事後則多以「協議」(negotiation) 的溫和方式，禁止廠商有可能違法之行為，並且進行監控。

「協議裁決」(Consent Decree) 是美國反托拉斯局解決反托拉斯案件最為普遍的手段，也使得反托拉斯局的機關特質產生改變。若依美國執行反托拉斯政策的多年經驗，將可藉以評估運用「協議」執行反托拉斯政策的可行性。

* 淡江大學公共政策研究所碩士。

另外，基於我國適逢行政程序法的通過，公平會也為因應制定了「締結和解契約處理原則」。和解契約是否有助於我國競爭政策之落實亦是值得關心的課題。

關鍵詞：行政管制、反托拉斯局、協議裁決、公平交易委員會、
和解契約

壹、前言

綜觀二十世紀各類管制活動蓬勃發展之現實，即使是對政府擴權持較為保留態度者，都無法否定「大有為」政府的理念，似乎已變成全球為數不少國家所據以去管理與規範本質上日趨專業之經濟與社會事務（Neiman, 2000）。特別是在追求實現「福利國家」的政策目標下，各國政府紛紛於內部設立相關的專業主管機關，除期待各該機關能公平與精準地執行現有之法規與政策外，爾等所承擔之另一項更為重要之使命，則是利用立法所賦予之獨立許可權，進一步設計相關之行政手段，依其專業判斷以積極落實可提升國家與人民福祉效果之現有政策規定，甚或藉此以規範未來之政策藍圖。

在行政資源有限及績效評估的壓力之下，何種手段最能夠有效地達到政策目的將能獲得多數行政人員的青睞。當然，由於各類型政策所具備的特質不同（如：分配型政策、管制型政策），除了在事前的誘因/反誘因（Carrot/Stick）該如何設計上的差別，事後該用何種手段來處理皆是立法者及執法者所需面臨的考驗。態樣繁多與複雜的各管制手段中，學者 Rosenbloom（2002: 439-440）即曾將其歸納為制訂管制法規、仲裁或裁決、稽查或是檢驗等幾種不同的管制方式。如前面所提，行政人員可加以運用立法者所

賦予的裁量權來挑選及設計適當的執行手段。但是屬於檢調性質的行政機關，原先的職權設計是傾向機關的執行人員只需扮演消極的「執法者」，最終的決定是交由法院來定奪。可是，一旦機關所選取的手段呈現出彈性、自主的特質，將會使得機關本質漸漸擺脫消極「執法者」的角色，步向學者 First 稱之為「行政管制」（Bureaucratic Regulation）文化中積極管制者之途。

何謂行政管制？其與傳統行政機關由執法者的角度出發所進行之「訴權管制」（legalistic regulation）有何不同？以主導市場經濟秩序之反托拉斯（antitrust）政策執行為例，美國學者 Melamed（1995: 13-14）與 First（1995: 9-10）皆有頗為傳神與精簡之說明。Melamed 認為反托拉斯執行明顯地從執法模式（Law Enforcement Model）轉向管制模式（Regulatory Model），兩種模式在思考與解決相關反托拉斯問題的方式截然不同。仰賴法院判決救濟的執法模式，關心的焦點在於廠商過去的不當競爭行為是否違法並且使得個人的權益蒙受損害；而目前由美國司法部反托拉斯局（Antitrust Division of Department of Justice）所主導的管制模式，總括來說，是以政策執行能否提升整體消費者福利（Consumer Welfare）為其關心的焦點。First 則更具體指出訴權管制和行政管制兩者之間的差異，如表一所示：

表一：反托拉斯法執行思潮之前後轉變

	訴權管制 (legalistic regulation)	行政管制 (bureaucratic regulation)
關切核心	受害者	經濟福利

處理特質	禁止法規、個案導向、注重事實、具回溯性 (backward looking)。	指導為主、團體導向、以理論為基礎、具前瞻性 (forward-looking)。
處理方式	訴訟	共識決

資料整理自：First, (1995: 9)

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

「協議」(negotiation) 在一般的認知當中，就是雙方在達成共識之前提下，進而作成一項決策。雙方當事人可透過協議解決司法上的紛爭，例如：刑事案件中的「認罪協商」(Plea Bargaining) 與民事案件中的「和解」(settlement)，皆是在訴訟之外，另尋解決途徑。政府機關對於「協議」的運用絕不單單只限於處理司法案件，美國政府也曾採取「協議」的方式來制訂管制法規，例如：1990年通過的「協商法規制定法」(Negotiated Rulemaking Act)¹，

¹ 該法賦予行政機關可與利益團體可以透過面對面的協商來訂定法規的權力，是一種非正式訂定規則的方式。相關內容可參考 Rosenbloom, D.H.& Schwartz, R.D.(2002), Public

也是以「協議」具備的特質作為主要訴求，讓政策利害關係人可在過程之中充分表達屬於自身的利益，期待降低未來雙方對規範標準上的爭議，以避免發生爭訟情況。而協議裁決則是常見於反托拉斯法中的事後救濟手段，經由協議可迅速地終止爭端，其實也是一種間接制訂規則（rule making）的非正式手段。協議裁決除了為解決反托拉斯案件的常用手段外，勞資糾紛、環境保護等案件也都有以協議裁決來處理的案例可循，因此協議裁決之於美國的政策執行其實並不陌生。

筆者希望藉由本文先說明美國反托拉斯局採取協議裁決之概況，進而以具體案例說明美國反托拉斯局如何運用協議裁決執行美國競爭政策，並得出協議裁決是否為執行經濟管制之適當手段。最後，反托拉斯局與我國公平交易委員會（以下簡稱為公平會）在組織及制度運作上雖然截然不同，但仍可透過美國執法經驗的分析，從中反觀我國公平會若採性質類似於協議裁決的手段時，在制度與實務運作上應須注意的重點並嘗試提出具體建議。

貳、協議裁決內涵之說明及美國採取協議裁決之沿革

體制上屬檢調單位的反托拉斯局，處理案件的主要傳統途徑應是訴訟，而法官最後所作成的判決為法律賴以演化的基礎，不成文法體系的精神更是藉此獲得彰顯。可是，長期觀察下來，非

Administration: Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector, (5th ed.), pp87-88, New York: Marcel Dekker, Inc.

正式手段卻反而成為反托拉斯局先於訴訟的選擇，規範廠商競爭行為的標準也多半是經由行政過程而更加具體化（Waller, 1998: 1383）。

一、協議裁決內涵之說明

（一）協議裁決之性質

協議裁決在性質上歸屬為衡平式救濟（equitable relief）。關於反托拉斯法衡平式救濟的規定，明列於修曼法第 4 條及克雷頓法第 15 條中，內容大致提及檢察官可以發起衡平程序（Proceedings in Equity）加以預防與制裁違法。在美國反托拉斯法執行當中，藉由個人提起訴訟（Private Litigation）獲得救濟之比例固然居高不下，但為政府最常採用的衡平式救濟與訴訟在執法地位上其實具備同等不可或缺的重要性²。

一般說來，施以衡平式救濟的主要目的在於能夠控制被告的未來行為，關於被告先前之違法情事並非是關切的重點，而且偏向以較為溫和的方式來調整被告所從事的競爭作為。恢復市場競爭環境、摧毀廠商不當競爭行為是採取衡平式救濟的主要目標，正與反托拉斯法之立法目的環環相扣。Areeda 認為衡平式救濟是較具「前瞻式」（forwarding）的救濟方式，注重被告未來行為的控制，以維護市場競爭。觀察過去所累積下來的裁決，即可了解相關主管機關藉由衡平式救濟，透過許多各式各樣手段的運用，以求達到恢復市場競爭的目的。諸如：命令被告出售公司；成立

² Areeda, K. (2000), *An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. 下載自：
<http://www.lexis.com/>

一間在人事及資源上可與被告相互競爭的公司；允許競爭者支付授權費用或是免費取得專利、商標、營業秘密或是 know-how 等技術；一旦有人或是原告向被告提出購買產品或是服務的意願，就必須出售；與競爭者、供應商或是客戶尚未解決的合約必須取消、縮短或是進行修正；被告不應作為自身的供應商；要求廠商出租或是銷售產品時都必須一視同仁（Areeda, 2000）。衡平式救濟充份給予法院及相關主管機關在手段選擇上的自由及採取時點的彈性，也使得解決反托拉斯爭端的方式更為豐富，而不再只有走上訴訟一途。

（二）運作程序

從雙方擬訂好協議方案，經由法院司法審查（judicial review）確立公告後，以及未來反托拉斯局及當事人都有可能提出修正（modification）或是終止（termination）裁決等要求，這一連串過程當中的相關細節及所需注意的各種問題，可歸納出以下幾點來加以說明：

1. 提出裁決的時點

衡平式救濟原本只針對民事案件，所以協議裁決主要是以談判的方式來解決反托拉斯民事案件。反托拉斯局可以在任何時點提出協議裁決，包括訴訟前後、裁決後皆可。當事人在不需承認任何犯罪事實的情況下就可跟反托拉斯局成立協議裁決，而裁決的確立並不代表其它人可在之後的私人訴訟中，將所成立的協議

裁決引用作為「表面證據」(prima facie evidence)³。

2. 裁決接受評估

裁決內容接受法院司法審查及大眾評估過程是整個程序當中最為吾人所重視的部份，然而，這過程也是備受爭議，因為單就形式而言，協議裁決可看作是反托拉斯局與被告之間所訂定的契約，但實際上它卻是一項司法命令，因此有可能會對當事人以外的第三者 (the third party) 產生外溢的效果，包括飽受被告之不當競爭行為之害的同業競爭者乃至一般大眾。早在 1933 年之前，法院對裁決內容並沒有加諸任何限制。之後，最高法院就開始在討論協議裁決可否完全免除「攻擊」(attack)，大法官 Cardozo 在 *United States v. Swift and Co.* 一案中則抱持著反對的態度，認為以協議為基礎所作成的裁決充其量只能算是契約，並不是一項司法決定。另外，大法官 Brandeis 在 *Swift and Co. v. United States* 一案中也是抱以相同的看法，他認為協議裁決是在「沒有任何事實的發現」的情況下 (without any finding of fact) 所決定的，也就等同賦予了法院有可提起訴狀 (pleading) 的許可權。雖然兩位法官都贊成由法院來進行司法審查，但他們並不確定法官在進行司法審查時會適當地運用裁量權 (Isenbergh & Rubin, 1940: 389)。

直到 1974 年，為了確保協議裁決對公共利益的維護，國會終於通過了「反托拉斯程序與制裁法」(Antitrust Procedures and Penalties Act, APPA, Tunney Act)，正式建立起法院針對協議裁決進行司法審查 (Judicial Review) 的機制以及將裁決公諸於世，以受公評的制度設計。在建立起反托拉斯局與當事人所成立的協議裁決必須經由司法審查之程序時，即確立了反托拉斯局與司法之間的制衡關係。這其中除了要求將協議裁決在生效前 60 天，就必

³ The Clayton Act §5(a)

須將其內容公佈在「聯邦公報」(Federal Register)上，接受民眾的評論。最重要的是裁決必須附上「競爭影響說明書」(Competitive Impact Statement, CIS)，主要內容包括違法行為的陳述、裁決內容的解釋、期待裁決對保護競爭所能發揮的效果、提出私人救濟可能的方式、說明大眾提出意見或是修正裁決提案的程序及政府評估其他替代方案的結果⁴，此主要目的除了能讓當事人以外的政策利害關係人瞭解整個裁決過程，也同時表明政府立場。可是，法官所應審查的範圍及標準並未隨著 Tunney Act 的通過而獲得更加明確的答案。此外，協議裁決在生效前六十天內也必須將其摘要公佈在報紙上，以讓大眾便於取得相關資訊加以表達意見。

3.後續

裁決經由司法審查確定之後並不同執行程序的結束，因為隨後監控被告履行裁決的情況才是相關主管機關執法能力的重大考驗。此也是反托拉斯局會從執法者邁向管制者的主要理由。若是被告違反協議裁決，反托拉斯局將可同時提起民事和刑事訴訟給予制裁，指控被告藐視法庭或是將其違反協議裁決所獲得的利潤沒收。

裁決中禁止廠商繼續從事違法行為的規定在未來即有可能形成廠商從事競爭的障礙。經由協議裁決來進行管制的優點在於裁決若是不合時宜，被告是向法院提出修正或終止，因為協議裁決中通常會保留給法院修正或終止裁決的許可權。在一般的情況下，大多是被告在反托拉斯局的認可之下主動提出修正或是終止，且被告必須提出充分證據說明事實或是法律已經遭逢不可預

⁴ Green, C. (1984), "The 1982 AT & T Consent Decree- Strengthening the Antitrust Procedures and Penalties Act," *Howard Law Journal*, 27: 1627.

期的改變，裁決的內容或是條文確實呈現出不公平、過時及反競爭的現象，必須透過修正或終止裁決以保障自身的權益（Nannes, 2000: 55-56）。譬如：若廠商繼續受協議裁決的束縛，可能無法面對目前的市場環境以從事公平競爭。

但也如 Areeda 所言，修正裁決的目的究竟是要保護競爭亦或者只是被告想跳脫出困苦或是不公平的處境，但這兩者始終牽扯在一起，難以釐清（Areeda, 2000）。也因為如此，被告所提出的修正案，被退回的比例居多。但反托拉斯局也有可能因為行政資源有限或是有其他案件等著優先處理，就會將某些裁決進行修正或終止。其實提出裁決修正門檻的高低，多少會影響當事人最初提出協議的誘因。

綜觀來看，裁決的確立並不代表反托拉斯局的任務已經完成，而它所發揮的管制效果是不會因時空的轉換而中斷。因此，反托拉斯局已不再只是單純的仲裁者，而是成為時時刻刻監控廠商未來行為、觀察產業環境變遷的經濟管制者。

（三）實質功能

協議裁決所能負載的主要功能在於宣示（declaratory functions）。除了言明禁止廠商目前所為之不當競爭行為，也是附加在廠商身上從事市場競爭時的禁制令。另外，也會特別表明廠商所可以從事競爭行為的範圍，於是裁決內容就成為相關廠商在從事競爭行為所需要參照的重要指標，因此反托拉斯政策利害關係人不會只關心反托拉斯法的法條本身。

協議裁決沿用至今已成為反托拉斯法演化的重要依據，Waller 稱為「協議裁決所形成之法律」（the “Law” of Consent Decree）（Waller, 1998: 1408）。雖不能說它完全取代了訴訟，但在詮釋反

托拉斯法上絕對擁有等同判決的效果，同時也表明了反托拉斯局有再次更新反托拉斯政策的能力。

二、美國採取協議裁決之沿革

(一) 引用協議裁決之背景

「執行反托拉斯法從來不曾簡單過」(Enforcement of the federal antitrust law has never been easy) (Isenbergh & Rubin, 1940: 386)，此話忠實反映出美國當時執行反托拉斯法時的瓶頸。美國執行反托拉斯法雖然已有百年之久的豐富經驗，然而至今仍需面對許多考驗，因為反托拉斯法隨著市場環境的改變、主政者的更替或是經濟理論的革新都會重新獲得詮釋。

的確，保護市場競爭並非易事，廠商所從事的不當競爭行為並非是立法者事先就可設想週全，就如修曼 (Sherman) 議員在當初制定反托拉斯法時所言：「實在很難用法律語言來清楚地區分出合法或是違法的行為，此為留待法院應要執行的任務，身為立法者的我們僅制定出概括原則，我們深信法院將會予以應用而實現法律負擔的意義，而這也是英美法院已執行近百年的方式⁵。」此話深刻地反映出採取概括式立法的反托拉斯法，形成執行機關往後會面臨考驗的原因所在。從上述這段話中也可瞭解到法院是當初立法者所設想的當然執法者。但隨著反托拉斯局 (the Antitrust Division) 及聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission, FTC 以下簡稱相關主管機關) 的成立，反托拉斯法已經不單單只能夠透

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

過法院的判決而獲得詮釋。

面對概括性的原則，相關主管機關的執行人員勢必得透過手段的設計以克服執行上的困難，達到可以明白地宣示合法的競爭行為標準。此外，概括性原則的運用等於是賦予相關主管機關一定的裁量權來加以擴充，以求在執行上的便利。然而，在美國不成文法的環境中，訴訟是當時執行反托拉斯法的第一選擇，除非有更具效率的執行工具可供挑選，然而協議裁決的擴大運用成了當時反托拉斯局的一線希望。

最早是在 1906 年就曾以協議裁決來解決修曼法上的爭端（Isenbergh & Rubin, 1940: 386-387），於 1933 年協議裁決就被認定是藉由「協議」來執行法律了（Waller, 1998: 1409）。二次大戰期間，反托拉斯局是由 Arnold（Thurman Arnold）所領導，他在當時也鼓吹擴大協議裁決的運用以作為獲得政府救濟（government relief）的機制，主要考量是在於與訴訟相比，處理時間較短且結果易於預測（Hovenkamp, 1994: 57-58）。因此，美國反托拉斯局沿用協議裁決至今，至少有將近兩百年的歷史了。從這漫長的歷程當中，吾人即可藉此瞭解協議裁決長久以來會成為反托拉斯局使用率最高的手段的原因所在⁶。

（二）協議裁決成為常用手段之原因

1. 協議裁決本身的優點

（1）訴訟的替代手段

若反托拉斯局單單只倚賴訴訟來解決反托拉斯爭端，依法官

⁶ 目前所收集到時間上最新的資料中顯示將近有百分之六十由反托拉斯局所發起的民事案件都以成立協議裁決收場，可參考 Areeda, P.E.(2000), An Analysis of Antitrust Principles and their Application, note 1.

的能力可能不足以應付龐大的案件數量以及案件所涉及的反托拉斯事務。在相關資料的搜集及處理反托拉斯事務的能力上，專職的行政機關還是較法官來得容易掌握。法官卻必須仰賴專業報告、顧問或是交叉詰問的方式來進行審理。

另外，訴訟的繁複程序也是讓人望而卻步，而且等到判決確定，整體市場結構也許已經進行重整。最終判決反而未適時地修正不當競爭行為，而造成行政資源的浪費。

與訴訟相比之下，協議裁決的非正式特質（*informality*）成為吸引反托拉斯局採取的主要原因，也因為案件可以不必跑到法院進行審理即可獲得解決，相對減輕法院審理反托拉斯案件的負擔（*Isenbergh & Rubin, 1940: 391*）。這並不代表法院在躲避反托拉斯案件的審理，只是相較於訴訟，同樣資源的運用上（如：專業的經濟分析報告），反托拉斯局採取協議裁決是屬於較具效率的方式。另外，成立協議裁決同時也是在爭取解決問題的時效，其目的在於一來可替機關節省行政資源，也可提昇績效。

（2）政策利害關係人

協議裁決成了訴訟的替代手段後，對違法廠商而言，其實也是利多於弊。例如：克雷頓法第五條中規定法院所作出的判決是可被其他當事人引用作為私人訴訟的表面證據。若是被告與反托拉斯局打官司，被告不但得冒著敗訴的風險，而且其他的利害關係人極有可能搭政府的順風車，提高進行訴訟的意願。相反地，協議裁決同樣也是具有司法效力的決定但卻不能被引用作為表面證據，對當事人而言亦是一種保障。另外，當事人還要面對訴訟所產生的不確定性，在協議過程當中，廠商至少握有同等的談判力量。而且官司纏身通常會對商譽產生負面影響，也會減少投資人對廠商獲利的信心。以協議來解決爭端，廠商業務也可正常運

作而將損失降至最低，雇用人員的生計也不會受到影響。

2. 外在環境的影響

外在環境的變遷是反托拉斯局的執法型態發生改變的主因，也是助長協議裁決廣受採納的良好條件。

大體說來，從 1890 到 1940 年間，訴訟仍是執行反托拉斯法的主要方式。之前曾提及美國國會在 1890 年所制訂美國反托拉斯主要法規—修曼法時就可看出，當初國會議員是秉持法院應以訴訟方式實現個案正義的精神來制定該法。換言之，行為本身是否已妨害到市場競爭秩序的最終定奪者乃是聯邦法院，而非司法部⁷。隨後於 1914 年國會陸續通過克雷頓法（the Clayton Act）及聯邦貿易委員會法（Federal Trade Commission Act, the FTC Act），而另一個規範市場競爭秩序之競爭主管機關—聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）也隨之成立時，更是透露出美國國會已感受到反托拉斯事務之高度專業性，但從法解釋與法原則建立等訴權管制手段，已無法妥適規範市場可能出現之反競爭行為。特別是在因應美國最高法院於此時期所建立的「合理原則」（rule of reason）上，對該審查標準下所需考量之因素，如涉案行為是否有限制產出效果？被告所從事的競爭行為是否為提升競爭效率的唯一手段？被告所提的正當理由是否足以採信？以法律人為主的司法部一定不敷應付，國會希望藉由 FTC 的成立能夠更有效率地來執行反托拉斯政策。國會不採加強司法部的管制許可權，也突顯出立法者期待司法部和 FTC 能夠分別扮演好起訴者（Prosecutor）及管制者（Regulator）。起初，許多經濟學家和公共政策學者都認為反托拉斯法最主要的目的在於創造或維持市場的

⁷ 美國司法部反托拉斯局在 1933 年成立，為執行修曼法的主要機關。在此之前，1903 年到 1933 年是由司法部的助理檢察長（Assistant Attorney General）負責執行反托拉斯法。

競爭，因此相關主管機關會採取較為被動（proactive）的態度和消極的做法即可，意即不會清楚地告知當事人該如何做，頂多只是告訴當事人什麼不可作，以便與傳統管制區隔開來。反托拉斯局與 FTC 亦都認為它們本身的任務是在於「執法」，而非作為管制者（Waller, 1998: 1384-1385）。

但在過去的三十年，美國反托拉斯法的執行重心卻明顯地從法院走向相關主管機關。但是管制特質為何會如此根深蒂固於反托拉斯局？手段的運用固然是會對機關本質造成影響，但其根本理由是主政者立場或是主流經濟學說使得執行目的、分析問題的途徑產生改變，漸漸讓反托拉斯局取得在執行上的優勢，也間接使得這些手段有被擴大運用的趨勢。

美國反托拉斯的政策執行走向轉變最為明顯的時期是在雷根總統掌政時，其原因可歸納出下列幾點來進行說明：

（1）學術理論

雷根當局延攬了屬於「芝加哥學派」（the Chicago School）的學者擔任反托拉斯相關主管機關的要職⁸，各個學派所持之理論造成對政策目標的解讀有著相當程度的差異，這也可以來解釋為何會出現反托拉斯局會特別倚重協議裁決的現象。

由於芝加哥學派擅長於個體經濟分析，不再以政治或是社會因

⁸ 在雷根主政時期，任命屬於芝加哥學派的學者或擁護者分別擔任反托拉斯局、FTC 的主席（如 William Baxter 和 James Miller），同時也任命芝加哥學派的先驅擔任聯邦高等法院的法官（如 Richard Posner、Frank Easterbrook、Ralph Winter）。此部份可參閱 Waller, S. W. (2001), "The Language of Law and The Language of Business," *Case Western Law Review*, 52: 300-304.

素作為決策的考量，而是以消費者福利（Consumer Welfare）或是經濟效率極大化作為衡量廠商競爭行為的主要標準。過去，相關主管機關都以檢調（prosecution-minded）為主，偏好處理行為面案件（Conduct Case），但在芝加哥學派的帶領之下，反而轉向以處理結構性（Structural Case）的案件為主。結構性案件在處理上需要花費較多的時間⁹，如調查微軟案是否有濫用獨佔力量，可能必須先花時間界定清楚所謂的產品與地理市場。此時若採用協議裁決，除了可發揮省時之效，而且若是整體市場結構面的問題更可透過協議裁決中的多種手段（如：解體、拍賣公司）來獲得解決。不單單只有芝加哥學派（the Chicago School），而後的後芝加哥學派（the Post-Chicago School）、賽局理論（game theory）或是策略行為（Strategic Behavior）等這些層出不窮的經濟理論更突顯出經濟分析能力在執行反托拉斯政策時的重要性，也說明相關主管機關與法院相較之下更具有處理反托拉斯爭端的優勢。

（2）法院審理原則之改變

執行反托拉斯法除了仰賴政府機關的公部門執行之外，私人訴訟也佔有極高的比重。但個人提起私人訴訟的意願也在此時大為減弱。原因主要是法院審判的基礎發生改變。在 1970 年代晚期芝加哥學派（the Chicago School）出於對「當然違法」原則（per se illegal）的批評，使得最高法院分析案件的途徑也發生改變。在 1977-1979 年之間所發生的 *Continental T. V., Inc. v. GTE-Sylvania, Inc.*、*National Society's of Professional Engineers v. United States* 及

⁹ Rosenbloom, D.H.(2002), *Public Administration, Understanding Management, Politics and Law in the Public Sector*, 5th, pp.440 ~ pp.441, New York: Mcgraw-Hill Higher Education,

Broadcast Music v. CBS 等案例皆可明顯呈現出法院限縮採取「當然違法」原則而改採取「合理原則」(rule of reason) 來分析修曼法第一條的轉折過程¹⁰。其中又以 *GTE* 一案為法院最早採取經濟途徑分析的案子。*GTE-Sylvania* 是生產電視機的廠商，在與經銷商所簽定的合約中限制銷售的區域，經銷商必須根據 *Sylvania* 所劃定的區域作銷售。經銷商 *Continental T.V.* 卻在規劃之外的區域銷售，此舉卻遭 *Sylvania* 所禁止，於是 *Continental* 控告 *GTE* 的加盟契約當中有限制區域交易的條款排除競爭。法院認為儘管 *GTE* 的行為的確對同種品牌競爭產生傷害，但是仍具有提升異種品牌競爭強度的效果。法院說明原因如下：

- (1) 異種品牌競爭可提升市場效率。
- (2) 提升產品的效率及安全。
- (3) 吸引具有競爭力與積極的競爭者。

此案推翻了之前的審理 *Schwinn* 案有關非價格垂直限制的「當然違法」的原則，法官首次將被告行為中潛在有利的競爭效益考量在內。總結來說，法官認為區域限制條款對競爭的傷害並不大，也可以看出審理所著重的面向已經轉向屬於整體的經濟效率分析，個別廠商所遭受的損害已不再是關心的焦點了。

另一影響私人提起訴訟之意願則是對原告提起訴訟的條件作出限制，私人主要是依克雷頓法第四條「三倍損害賠償」(treble damage) 來提出控告¹¹。由於關係到損害金額的計算，法官可能得先衡量受害者所遭受到的損害是否為反托拉斯法所預防的、遭受到的損害與被告所為之間必須存在著明確的關係，如此才符合提出賠償的「當事人適格」(Antitrust Standing) 條件的規定。限

¹⁰ Piraino, T.A. (1991), "Reconciling the Per se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis," *S. Cal. L. Rev.*, 64: 694-697.

¹¹ Clayton Act §4(b)

制的理由是為了防止濫訴的情況發生，但相對也會影響到私人提起訴訟的誘因。80年代的 *Illinois Brick v. Illinois Et Al.* 案是影響原告是否符合提起訴訟條件之關鍵案子¹²。當時是由伊利諾州和七百個政府單位同時對進行聯合訂價的混凝土（Concrete Block）廠商提起違反修曼法第一條的訴訟，再依克雷頓法第四條提起三倍損害賠償訴訟。由於伊利諾州等並非是直接向混凝土廠商購買混凝土，而是間接透過 Masonry Contractors 購得。本案的主要議題即為間接買者（indirect purchaser）是否可提起三倍損害賠償之訴訟。間接買者是否可提起損害賠償早在九年前的 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* 一案中就曾建立起間接買者可提三倍損害賠償之原則，只是 *Illinois Brick* 案推翻 *Hanover Shoe* 案中所謂「轉嫁」（Pass-On）的觀點¹³，因為若贊成間接買者可以提起訴訟，這將會使得被告陷入一連串求償的困境當中。在 *Illinois Brick* 此案中對要提起損害賠償訴訟之「反托拉斯損害」（Antitrust Injury）要件，採取更加嚴格的限制。因此，私人要提起訴訟也較之前困難許多。私人提起訴訟的誘因受到影響，也相對大幅提高反托拉斯局執法之重要性。

（3）Hart-Scott-Rodino Act 法案的通過

反托拉斯局會多依賴管制手段處理反托拉斯事務，國會在1974年通過的哈特－史考特－羅迪諾法案（Hart-Scott-Rodino Act）亦發揮推波助瀾的效果，而此法中對執行最具影響力就屬事前報備制（premerger notification），使得反托拉斯局透過管制而非訴訟

¹² 431 U.S. 720

¹³ *Hanover* 控告 *United Shoe Machinery* 所銷售製鞋設備的價格過高，但被告卻認為 *Hanover* 將此成本已轉嫁至消費者身上，本身所負擔的成本已經「轉嫁」（pass-on）至間接消費者，因此直接買者並無資格提起訴訟，具有提起損害賠償資格應是間接買者（消費者）。可參考 Jacobs, M. S. (1998), "Lessons from the Pharmaceutical Antitrust Litigation: Indirect Purchasers, Antitrust Standing, and Antitrust Federalism," *St. Louis L.J.*, 42: 65-66.

規範廠商之間的結合行為¹⁴。針對刑事案件（Criminal Case），反托拉斯局依舊扮演傳統檢調的角色。但在處理其他案件上，特別是結合行為（Merger），已經甚少以訴訟來解決，多是以協議裁決來處理有關結合的案件¹⁵。由此可知，司法判決規範廠商結合行為的效用已大為減弱了。

另外，反托拉斯局會如此仰賴協議裁決應是一種順應現實的情況，我們皆可瞭解到國會制定法律的速度永遠跟不上瞬息萬變的市場運作。每種產業都因其產業特質不同而有屬於自身的特殊競爭策略，一部反托拉斯法根本無法涵蓋完全。一旦遇到問題，才要加以修法來因應可能會為時已晚。因此，相關主管機關不只仰賴協議裁決，也十分倚重準則（Guideline）、結合之前的揭露需求（Premerger Disclosure Requirements）、制頒營業審查書（Business Review letter）等非正式手段來執行反托拉斯法¹⁶。與其事後發生爭議，不如在事前先表明機關對於競爭行為所抱持的立場及態度，非正式手段的存在可輔助反托拉斯局清楚闡明反托拉斯法，也可藉此提供廠商更為明確的法律規則。反托拉斯局會呈現出「管制」（regulatory）特質，當然不只是運用非正式程序所造成的結果，但這的確是間接增強反托拉斯局扮演管制者的主要因素。就以協議裁決來看，它是唯一講求事後（ex post）的非正式手段，反托拉斯局雖已利用其他非正式程序表達其管制立場，但總是會

¹⁴ 事前報備制主要是讓反托拉斯局或是 FTC 可要求想從事結合行為的廠商提供相關資料，在一定時間內評估該結合行為是否合法。Blumenthal, W., (1997), "Symposium: Twenty years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement Introductory Note," *Antitrust Law Journal*, 65: 813.

¹⁵ *Ibid*, at 883.

¹⁶ 反托拉斯局最早在 1968 年發佈過結合準則（Merger Guideline），反托拉斯局及 FTC 已陸續頒發過反托拉斯法國際運作準則、同業競爭者組成聯盟準則及智慧財產權授權準則，相關主管機關常利用頒發準則的方式來表明政策立場。可參考 <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/guidelin.htm>。而「營業審查書」（Business Review Letter）則是反托拉斯局在水平結合程序（the Merger Clearance Procedure）中，在其所發佈的書面資料中，表現出其執行意圖。

存在著模糊地帶，難保廠商不會誤觸法網。但有了協議裁決此種機制設計就可不用急著將案件送至法院，而可適時調整廠商不當的行為。協議裁決確實可以迅速終止廠商的不當競爭行為，但卻也保有源遠流長的管制效果，將衡平式救濟的精神表露無遺，也一併成就了反托拉斯局主宰反托拉斯政策的地位。

參、協議裁決之政策意義

一、美國競爭政策執行之現況

案例是了解不成文法 (case law) 的重要憑藉，也是往後法院、相關主管機關及當事人等政策利害關係人得以鑑古知今的依據，所以分析反托拉斯法當然也不能例外。本節接著將針對從 70 年代至今以成立協議裁決的案例作為分析對象，文中所挑選出來的 AT&T 案及微軟案皆是美國執行反托拉斯法過程之中的「大型案件」(Big Case)¹⁷。從 AT&T 案中可以看到協議裁決除了對反托拉斯政策本身會造成影響，也會間接對其它政策產生效應。就如我們可以了解到各項政策存在著外溢效果，對彼此所要追求的政策目標會造成影響。反托拉斯政策對廠商的競爭行為進行管制，對產業政策的影響應是最為直接的，這也是造成反托拉斯主管機關和產業主管機關分庭抗禮的主因¹⁸。針對 AT&T 一案所作出的裁

¹⁷ 自修曼法執行以來，有若干案件可說是在美國執行反托拉斯政策歷程中具有歷史地位，除了 AT&T 案、微軟案，最早可溯及至 1911 年的標準石油案 (Standard Oil)、1945 年的 Alcoa 案、1946 年的美國菸草公司案 (American Tobacco) 以及常跟微軟相提並論 1969 年的 IBM 案 (International Business Machines)。參考自 <http://forums.nytimes.com/>，“U.S. has Long Antitrust History”。

¹⁸ 產業主管機關對產業的保障通常是不鼓勵競爭，如能源管制。此與反托拉斯政策所追求的保護競爭的目標是互相違背的。

決不僅僅是美國反托拉斯法處理獨占行為的重要案例，也是往後政府要將企業解體（divestiture）所必須參照的先例，裁決成立的同時也打破了 AT&T 經年累月為美國電信產業龍頭老大的地位。

另外一件案例則是其發展至今仍受人矚目的微軟案，雖然美國司法部與微軟最新成立的協議裁決雖然尚未獲得其它州檢察官的同意，但此項裁決的內容對目前時興的高科技產業絕對是具有指標性作用，而且還始無前例地呈現出中央與地方對反托拉斯政策立場歧異的態度¹⁹。

此節以微觀（micro）的層次，藉由這些個案中的裁決內容來解讀出美國反托拉斯局當時採取協議裁決的立場為何、了解裁決中解決反托拉斯爭端的方法以及所期望實現的反托拉斯政策走向，最重要的應是此兩案為反托拉斯局採取協議裁決的重要案例，也可從中了解該手段對往後反托拉斯局執行反托拉斯政策有何深遠的影響。

二、案例討論

（一）AT & T 案

¹⁹ 去年（2001 年）針對由美國司法部所提出的和解案十八個州中有九個州（包括有加州、康乃狄克州、佛羅里達州、愛荷華州、堪薩斯州、麻塞諸塞州、明尼蘇達州、奧達荷州和西維吉尼亞州皆是微軟競爭對手的家鄉）的檢察官尚未同意簽署並且打算再提起上訴。

1.前言

在探討有關「解除管制」(deregulation)的主題，一定少不了對 AT&T 此案的討論，因為當初 AT&T 獨占勢力會形成的主因是來自於政府不當的管制。由於 AT&T 握有區域網路該關鍵設施 (essential facility)，再透過垂直整合的策略，使得電信市場的競爭薄弱，造成僅此一家的局面。雖然透過聯邦通訊委員會 (Federal Communication Commission, FCC) 進行費率管制，可是效果並不彰顯。最後，轉而求助於反托拉斯法，希望能夠將之分家，打破獨占、解除管制，創造百家爭鳴的景象。1984 年所通過的協議裁決是了解美國電信產業解除管制過程中不可或缺的重要關鍵。最重要的是在美國 1996 年電信法 (the Telecommunications Act) 通過之前，此份協議裁決是為美國管制電信產業的依據所在。

2.案例說明

(1) 事實

在了解 1974 年的 AT&T 案前，先將 AT&T 和「西方電器」(the Western Electric Company, Inc.) 在 1949 年因為兩者涉獨占且共謀限制電話及電話設備的交易而被司法部以違反修曼法第 1、2 和 3 條提起訴訟，直到 1956 年才與司法部簽下協議裁決的情況作個說明。雖然發生在不同的時點，但此兩案卻有深厚的關係存在。當初在 1949 年的 AT&T 案中，主管機關原本就要將 AT&T 和西方電器分家。但為何後來分家不成，還拖至 1956 年才簽下協議裁決。主要原因是在於國防部的介入，它以國家安全為由，而替 AT&T 請求政府不要將其分家²⁰。當時所簽下的協議裁決只是阻止若干行為的發生，如：禁止 AT&T 從事除了一般通訊以外的服務、西方

²⁰ 552 F. Supp. 131

電器只能生產供貝爾系統使用的相關設備以及被告必須在合理的費率下授予專利。但單純就行為面作出禁止並未能有效地根絕不當競爭行為，也是造成 AT&T 在 1974 年再次被起訴而且難逃分家的原因。

AT&T 在當時可說是世界上數一數二的大公司，專門提供地區電話、長途電話及電信設備等服務，透過「貝爾公司」(Bell Operating Companies, BOCs) 提供全美超過 80% 的訂戶「地區轉接服務」(local exchange service)。但 AT&T 卻想以如此的優勢來取得在電信設備與長途電話服務的主導地位。原始被告並不是只有 AT&T，還包括西方電器及貝爾實驗室，其中的貝爾實驗室是從事電話設備的研發工作，而西方電器則是銷售相關設備給 AT&T，之間形成一提供地區轉接、長途電話及製造相關電話設備的一垂直整合企業。

(2) 爭論點

由於區域電話網路 (local telephone network) 是連結至個別電話訂戶的途徑 (gateway)，而長途電話也需要經由區域電話網路才能夠連接。再加上架設區域電話網路的固定成本很高，若其它長途電話業者及設備製造商要進入市場都必須仰賴 AT&T 的區域電話網路。AT&T 就將「區域轉接服務」變成其它競爭者進入市場的瓶頸 (bottleneck)。藉著提供其它長途電話業者品質較差、價格較貴的地區轉接通路 (access)，來達到排除其它競爭者提供長途電話服務的目的。另外，AT&T 在區域電話服務中所獲得的獨占利潤則是用來補貼從事長途電話和設備製造的競爭。此案該如何解決同時考驗著產業主管機關以及相關反托拉斯主管機關，如 AT&T 所聲稱透過管制應即可矯正上述所發生的缺失，若求諸反托拉斯法以增加長途電話市場競爭者的加入，將會發生「奶油稀

釋」(Creamskimming)的現象。由於在政府的要求之下，AT&T 必須提供全國一致性的服務，且在收取費率相同的情況下，AT&T 得將獨占的優厚利潤來平衡投入偏遠地區的昂貴成本。一旦競爭者增加，豐厚利潤就會稀釋掉，也減少廠商願意提供偏遠地區服務的誘因，對受管制的 AT&T 來說並不公平，可以想見已受 FCC 及州政府管制的 AT&T 並不希望反托拉斯法再對其產生任何的限制。

(3) 協議裁決

在 1981 年的訴訟期間，AT&T 和司法部曾討論過協議的可能性，AT&T 也曾先後提出兩個協議方案，但都未獲得司法部的同意²¹。最後是在 1982 年達成協議，於 1984 年經過修正才正式生效，所以也稱此項裁決為 AT&T 「已修正的最終判決」(Modified Final Judgment, MFJ)。司法部透過此項裁決將 AT&T 解體，也就是針對 AT&T 進行重整。AT&T 可以繼續保有長途電話和設備製造的部份²²，但 BOCs 必須分成七個「小貝爾」(Baby Bells)，而且這些分家後 BOCs 除了只限於提供地區轉接服務，還被禁止從事長途電話轉接服務、製造設備、資訊服務 (information services) 以及其它非電信事業。最主要的原因在於 BOCs 尚且握有地區轉接服務的瓶頸設施，為了避免 AT&T 重蹈覆轍，再次濫用獨占力量，協議裁決中對分家後的 BOCs 之運作採取更為嚴格的標準。另外，由於考慮到解體後的 AT&T 已經喪失對地區網路的控制權，於是

²¹ 可參考 Kearney, J.D. (1999), "Mixed Signals: Academic and Industrial Perspectives on the Telecommunications Act of 1996: From the Fall of the Bell System to the Telecommunications Act: Regulation of Telecommunications under Judge Greene," *Hastings Law Journal*, 50:1410-1411

²² 原先的裁決允許 AT&T 從事資訊服務，包括傳送和生產。但因為考量到 AT&T 所具備的長途網路可能會成為「電子出版」(electronic publishing) 唯一提供者，極有可能形成一家之言，可能會違反美國第一修正案 (關於言論自由)。基於以上的考量，AT&T 只能提供傳送服務，但不包括生產。

將先前在 1956 年對 AT&T 電信服務的相關限制也在此次裁決中一併移除。

(4) 理由

分家主要是希望透過組織調整將獨占與競爭事業分開，藉以剷除 AT&T 從事反競爭行為的誘因，包括獨占力量的濫用以及利用交叉補貼來進行掠奪性訂價。一事業體融合了受管制的獨占事業及非管制的競爭事業，獨占事業的一定利潤的確提供業者進行交叉補貼的極大誘因。分家的另一主要原因還兼顧到產業主管機關 FCC 對管制 AT&T 已經出現束手無策的現象，除了本身委員會的預算及組織結構上的問題，對 AT&T 所進行的費率管制也讓 FCC 感到棘手，原因在於費率決定的基礎是來自於 AT&T 所呈報的成本。基於交叉補貼的誘因，AT&T 會將其競爭事業的成本一併算至獨占事業的成本，藉此抬高成本以提高費率。由於 FCC 無法全盤了解交叉補貼的實際情況，於是此項協議的成立也可以說是對 FCC 不當管制的回應²³。

3. 後續發展

從裁決內容可以看到除了解體之外，還加諸了許多相關「線路事業」(line-of-business) 的限制，這些都是後來會產生爭議的原因。隨著時間的過去，到底該不該解除對分家後 BOCs 的限制，也成為裁決確定後每三年一次審核的重點 (triennial review)²⁴。裁決確定之後，法官 Greene 成了州政府及 FCC 之外的「第三管制者」(the third regulator)，由於 BOCs 一直想盡辦法要擺脫法院的控制，在上訴不成之後再繼續遊說國會立法，最後的產物即是在

²³ 可參考 Lavey, W.G. & Carlton, D.W. (1983), "Economic Goals and Remedies of the AT&T Modified Final Judgment," *Georgetown Law Journal*, 71: 1497.

²⁴ 在 1984 年確定裁決之後，即每三年一次向法院提出報告。

1996 年所通過的「電信法」，法官 Greene 在此同時也將此項裁決終止。

二、微軟案

(一) 前言

雖然微軟一直處於挨告的狀態，無論是美國聯邦政府、競爭對手，在全球競爭的時代，連歐盟也對它展開調查。近來我國也認為微軟的授權費用過高，而加以撻伐（中時晚報，民 91.10.16，財經產業）。就如 Posner（2001: 279）所說的「群束炸彈」效果，意指在新經濟（new economy）時代中，只要有一人提起訴訟，大家就群起攻之，微軟一案的確是這般景象的最佳寫照。雖然微軟頻受訴訟之累，但從比爾蓋茲（Bill Gates）繼續研發遊戲、視訊的產品看來，他並未因此打消建造網路帝國的念頭²⁵。

微軟案會成為 90 年代最引人矚目的反托拉斯案件，實不為過，因為它所涉及的不當競爭行為態樣簡直可以成為活生生的反托拉斯教材，包括有搭售（tying）、掠奪性訂價（predatory pricing）及排他交易等。而最令相關反托拉斯主管機關棘手的是目前高科技的市場環境與傳統市場環境大相逕庭，在資訊快速流通的時代，市場的界定已經不能直接以國內外來作區分，若市場範圍遍及全球，其市場力量則更是難以估計。另外，吾人也可了解反托拉斯政策攸關企業發展，跟國家整體的經濟更是脫不了干係。所以，企業與政府關係該如何維持良好的互動同時也在考驗著執政者與執法者的智慧，因此政治因素究竟是否會影響到反托拉斯執

²⁵ 包括昇陽（Sun）、IBM、Intel 相繼對微軟提起私人訴訟。

行，微軟案是一值得分析的實例²⁶。

(二) 案例說明

90年代至今，微軟所涉及的公私訴訟不勝枚舉，以司法部所提起的訴訟最早可從1990年開始談起，直到最近2002年才通過前年所提出的協議裁決。若以時點來作區隔，可分為兩大部分來談。

1.1990-1997年

A.1995年 協議裁決

(1) 事實

FTC於1990年先展開調查，起因是微軟以「空氣產品」(Vaporware)的行銷手法²⁷及在技術上刻意使視窗(Windows)和DR-DOS²⁸不相容，進而掠奪DR-DOS的市場，並且企圖仰賴作業系統的獨占地位來進入應用軟體的市場。FTC也對微軟與「電腦代工製造廠」(Original Equipment Manufacturers, OEMs)處理器的授權規定展開調查。包括廠商在賣出電腦之前就必須先安裝其作業系統；處理器的授權費用則是依照廠商所賣出的微處理器(microprocessor)之數量來計算，意指無論是否有安裝微軟作業

²⁶ 微軟案正好歷經兩黨輪替執政，包括民主黨的柯林頓總統、共和黨的布希總統。或許可從中推測出微軟案的最新發展。其實就2001年司法部所提出協議裁決來看，可以察覺到小布希政府對微軟所釋出的善意。

²⁷ Vaporware是微軟的一種行銷手段，在產品尚未正式推出之前，就先宣稱未來會有新產品上市，使消費者不會去購買其它競爭廠牌的產品，而期待微軟所要銷售的新產品。

²⁸ DR-DOS是由數位研發公司(Digital Research, Inc.)所研發的作業系統，在90年代還保有10%作業系統的市場佔有率。但在微軟將其本身作業系統MS-DOS 5.0升級後，完全具有DR-DOS 5.0的優點，接著推出視窗3.0及3.1版，進而將DR-DOS逐出市場，保有更大的市場佔有率。

系統都得一併計算。除此之外，FTC 還將焦點放在下列若干作為，如微軟讓本身所研發的應用軟體比獨立研發者（Independent Software Vendors, ISVs）所開發的軟體與本身的作業系統較為相容、透過對作業系統的控制來預防 ISVs 將其應用軟體升級、鼓勵競爭者研發 OS/2 的軟體，但微軟卻致力本身作業系統之升級、微軟的作業系統部門給予應用軟體部門相關 ISVs 的訊息，以讓他們了解 ISVs 產品與作業系統在相容性上的問題。但以上作為在 1993 年經過會內委員的決議後，並未針對微軟採取更進一步的行動²⁹。

在同年八月換由美國司法部展開調查。隨後於 1994 年 7 月在哥倫比亞地區法院針對微軟違反修曼法第 1、2 條提起訴訟。原因在於微軟佔有百分之七十的市場，此外還透過種種排他及不當競爭行為，形成其它競爭者進入市場的參進障礙，意圖保有獨占力量。

微軟主要是透過契約安排，使得 OEMs 不願意採用其它競爭廠牌的作業系統³⁰，以下先就微軟和 OEMs 之間的契約安排進行說明：

a. 處理器的計價條款 (per processor licenses)

首先微軟公司授權 OEMs 使用其作業系統，授權費用是以賣出之微處理器數目作為計價的方式。也就是說，無論 OEMs 廠商所賣出的電腦是否安裝微軟之作業系統，只要每賣出一台電腦就必須付給微軟權利金 (royalty)。若 OEMs 所賣出的電腦採用非微軟的作業系統 (例如：IBM OS/2)，但 OEMs 還是得必須同時支付 IBM 及微軟權利金。如此一來，形成 OEMs 採用其它競爭者之作

²⁹ 在 1993 年 2 月及 7 月，委員會內舉辦投票是否對微軟提起訴訟時 (FTC 內有五位委員)，竟都是二比二的結果。可參考 Krodel, N.L. (1996), Comment: The Tunney Act: Judicial Discretion in United States v. Microsoft Corporation

³⁰ 可參考張向昕 (民 86)，「美國司法部與微軟公司之論戰」，公平交易季刊，第 6 卷第 1 期，頁 163-164。

業系統的反誘因。

b. 長期授權條款 (long-terms contract)

另外，微軟公司與主要的 OEMs 訂立長期授權條款（長達五年以上），並規定廠商最低賣出數目（minimum commitments）。若廠商未賣出所規定的最低數量，則將未達成的賣出數量累計起來以延續契約的期限，造成其它競爭者很難與 OEMs 接觸的機會。

c. 保密條款 (nondisclosure agreements, NDAs)

作業系統必須有應用軟體的配合，電腦才能執行工作。ISVs 提供應用軟體給微軟，而微軟則是提供升級後的測試版給 ISVs，使得 ISVs 可研發出和微軟新系統相容的應用軟體。如此一來，看來是雙方互惠，但是對微軟仍是利多，因為微軟可藉由 ISVs 得知可如何來改善作業系統，而且新的系統一上市，就有大量相容軟體可供選擇。但為了保護新產品的機密資訊（confidential information），微軟竟然進一步要求 ISVs 簽署保密條款（NDAs）。由於近年來微軟過分地擴張條約內容，因此產生了反競爭效果。微軟不但要求 ISVs 得保護其產業機密，並限制 ISVs 不得自行開發新的作業系統，甚至也不能研發競爭者作業系統之應用軟體。

(2) 協議裁決

歷經四年的調查，在 1994 年提起訴訟的同時，美國司法部與歐洲委員會（the European Community Commission）也一併提出協議³¹，其內容主要是禁止微軟從事下列相關排他交易的行為，包括有：

a. 與微軟簽訂作業系統的授權合約必須超過一年。

³¹ 歐洲委員會是因為全球第二大軟體公司「網威」（Novell）提起訴訟，進而調查微軟有關處理器計價條款以及授權規定，因此司法部針對微軟所提出的協議內容幾乎和歐洲委員會所提的雷同。

- b.要求 OEMs 購買最小數量的微軟作業系統。
- c.要求 OEMs 購買微軟的其它產品作為授權使用微軟作業系統的條件。
- d.限制 OEM 授權、銷售或分配其它非微軟作業系統。
- e.要求 OEM 所付的授權費用是根據銷售電腦台數來計算，而且不管所使用的微處理器的品牌為何。

(3) 後續

但協議裁決依 Tunney Act 送至哥倫比亞地區法院接受司法審查時，卻由於法官 Sporkin 提出四大原因，認為該裁決並不符合公共利益而遭駁回³²：

a. 資訊不足：

政府當局並未提供可決定公共利益的相關資訊。法院認為至少要提供有關被告實際作為的本質及範圍、政府行動與被告所為之間的關聯性、政府如何決定與被告協議的範圍及日後政府將要如何處理不被納入協議範圍的部份。

b. 裁決的範圍過小。

裁決只針對 MS-DOS 及 Window 系統，並未將 Windows XP 包括在內，而且 Sporkin 認為司法部並未針對「空氣產品」行銷手段作出制裁，此為 Sporkin 法官反對通過最為堅持的理由。

c. 解決方案

裁決中的解決方案並無助於改善微軟透過不法行為取得獨占地位的情況，裁決中忽略了微軟仰仗作業系統所獲取的大量利潤來發展應用軟體以及藉由作業系統的操控，形成競爭者的應用軟

³² 56 F.3d 1448

體乏人問津等情況。

d. 監督

裁決並沒有讓微軟答應建立內部監督機制，法院認為外界並不能有效監督裁決的執行情形。

另外，微軟和反托拉斯局進行協議，看在同業競爭者眼裡，都覺得反托拉斯局對於微軟太過寬鬆了。法院在舉辦聽證會的同時也參考了微軟其它競爭對手於此項裁決的看法，其中也引用了經濟學家的見解，特別提到了網路效果（Network Effects）所形成的「套牢」（lock-in）現象³³。這也使得 Sporkin 要求政府提供更多相關微軟解體的經濟分析資料，以評估微軟是否應透過解體來達到反托拉斯的執法目的。

微軟和司法部針對 Sporkin 法官的駁回並不服並向最高法院提出上訴，司法部更是引用諾貝爾經濟學家得主亞羅（Kenneth Arrow）的見解，說明微軟並未濫用獨占力量，更不須為此而分家³⁴。

最後，最高法院判法官 Sporkin 的駁回無效，主要理由是認為 Tunney Act 只需評估協議裁決是否符合公共利益，並非是讓法官去告知行政機關該如何做。最後，裁決內容並沒有做任何的修正。

B. 1995 年-1997 年 藐視法庭

裁決確立後不到一年的光景，司法部又因微軟利用網路瀏覽

³³ 作業系統及應用軟體對消費者而言是互補品，假如消費者一旦選用了微軟的作業系統，其應用軟體都必須與微軟相容才能夠運作，若消費者想轉換別的作業系統，將會形成很高的轉換成本，因此可以說是消費者已被微軟「套牢」（lock-in）了。

³⁴ 亞羅認為分家只會有利於私人利益的提昇，並無助於競爭，而且無法提昇公共利益。他認為微軟並非是透過不當競爭行為而取得市場中獨占地位，在此份裁決中只要注意人為參進障礙（artificial barriers）的形成，如加強管制微軟的授權規定即可。（56 F.3d 1448）

軟體 (Internet Browsing Software) 作為授權使用作業系統之條件，再次對微軟展開調查。在 1997 年秋天請求法官 Jackson 宣布微軟藐視 (Contempt) 1994 年所簽訂的協議裁決。原先的裁決中有禁止微軟與 OEMs 在簽訂授權作業系統合約時，不得以其它軟體之授權當作條件³⁵。但微軟卻宣稱 IE 與 Windows 為一整合性的產品 (integrated product)，而非 94 年裁決中所限制的分開性產品。

IE 與微軟究竟是否屬於一整合性產品為此案的主要議題，而上訴法院則為整合性產品作出意義，認為該產品的功能 (functionalities) 是結合的 (可以分開行銷，但是要一起運作)，而且消費者只要分開購買、自行組合，則該產品將不能達到預期的效果。法院認為 Win95/IE 符合該項定義，因此認為微軟並無違反 95 年的協議裁決。

2.1998-2001 年

A.1998 年 瀏覽器之爭

(1) 事實

微軟作業系統在市場上的優勢地位使得獨立軟體研發商 (Independent Software Vendors, ISVs) 自然而然會去研發與微軟作業系統相容的軟體，所造成的「網路效果」(Network Effects) 更使得微軟的市場佔有率居高不下。但網景 (Netscape) 所研發的「領航者」(Navigator) 瀏覽器及昇陽 (Sun)「爪哇語言」(Java Language) 的出現卻降低了競爭對手進入作業系統市場的門檻，因為「領航者」本身是可供軟體研發者撰寫軟體的作業平臺，並可克服不同作業系統的不相容性，而由爪哇語言所撰寫的程式則

³⁵ Hahn, R.W. (1998), "The Costs of Regulating Microsoft," *Regulation*, 21(3): 64-65.

是可跨平台運作 (across platform)，不為特定作業系統所套牢。微軟意識到其對在作業系統市場優勢地位的威脅，嘗試透過下列作為希望能夠維持原先的優勢：

- a. 微軟非法獨占電腦作業系統的市場。
- b. 要求 OEMs 不能將微軟之瀏覽器移除也不能以其它瀏覽器將之取代。
- c. 與線上服務 (on line)、網路服務提供者 (Internet Service Providers, ISPs)、網路內容提供者 (Internet Content Providers, ICPs) 簽訂具有違反競爭效果的合約，要求他們杯葛網景或是其他品牌的瀏覽器。
- d. 免費使用 IE，只要購買微軟的產品就贈送 IE。
- e. 微軟將瀏覽器當作授權使用作業系統的條件。

以上種種作為造成微軟在 1997 年藐視法庭訴訟尚未落幕之時，司法部隨後又在 1998 年 5 月連同二十個州政府繼續向微軟提出訴訟³⁶。

(2) 訴訟過程

1999 年地區法院先派第七巡迴上訴法院法官 Posner (Richard Posner) 居中協調，但所訂定的協議不為其它州所同意，原因是該項裁決的懲罰效果太過輕微了³⁷，於是在 2000 年 3 月協商破裂。法官 Jackson (Thomas Penfield Jackson) 認為微軟除了繼續想保持作業系統的獨占地位，也想提高瀏覽軟體 (Browsing Software) 的市場佔有率。法官 Jackson 認為微軟的掠奪行為已違反了修曼法第

³⁶ 原本有 20 州，後來有兩州退出變成 18 州。

³⁷ Economides, N. (2001), "Symposium: Cyber Rights, Protection, and Markets: Article United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy," *U. West. L.A. L. Rev.*, 32: 37.

二條，而且又進行作業系統與瀏覽器的搭售行為也已違反修曼法第一條。協議不成，緊接著司法部在四月請求更為嚴厲的手段來制裁微軟，向法官 Jackson 提出將微軟解體的要求。法院預計將微軟分成兩間公司，一間負責作業系統；另一間則負責研發和銷售應用軟體。不止於此，法官 Jackson 除了進行組織上的調整，也對微軟所要從事的行為作出為期三年的限制。當時反托拉斯局並未明確說明解體對處理不當競爭問題的效果為何？但可歸納出當時司法部會要求將微軟分家的理由³⁸：

- a. 從不斷違法的情況看來，微軟根本無畏於行為或是協議裁決中的限制。
- b. 分家後 AT&T 的效果彰顯，而且微軟和其軟體產業皆是處於具有網路效果的市場，亦可一試。
- c. 解體可以減少進行垂直交易限制的誘因。
- d. 解體可減少應用軟體研發商進入市場的參進障礙，可有助於其他作業平台研發應用軟體。

另外，此解體方案在當時還獲得 Henderson、Romer、Shapiro 等三位經濟學家的支持，也可以從這些經濟學家的背書當中可以更清楚知悉司法部為何會支持將微軟解體的方案³⁹。將微軟分家的主要理由在於分家後的應用軟體公司，它與 Windows 作業系統將會毫無瓜葛，可去分別研發適用於不同作業平台的（Versions of Office）的應用軟體，這可降低競爭者進入應用軟體市場的門檻，又可活絡作業系統市場的競爭，並且鼓勵創新。

³⁸ Ibid., at 38. 作者提到政府及微軟並未討論和評估解體的效果，因此政府提出解體的理由是經由正式及非正式管道所歸納出來的。

³⁹ Elzinga, K.G., Evans D.S., Nichols, A.L., (2001), “United States v. Microsoft: Remedy or Malady?,” *Geo. Mason L. Rev.*, 9: 646-648.

微軟不服此項判決隨即再向哥倫比亞特區巡迴法院（the D.C. Circuit）提出上訴，但司法部卻要求法官 Jackson 將此案件直接上訴到最高法院，並且希望能保有原來的解決方案。但最高法院卻以八比一的票數將此案退回至上訴法院。上訴法院認為微軟的確為作業系統的獨占者，也因從事不當競爭而違反了修曼法第二條，但針對微軟是否有從事 IE 及 Windows 的搭售行為，應以「合理原則」（rule of reason）來繼續進行審理，並非是地區法院所使用的「當然違法」（per se illegal）原則。最後，上訴法院決定保留地區法院部分的事實認定（liability findings），但卻撤銷最終判決（the final judgment）中有關解體的方案。此外，上訴法院之所以會推翻法官 Jackson 所提的解決方案，一來是因為法官 Jackson 並未舉辦聽證會（evidentiary hearing）來解決實際上的爭議，而且法院並未有充分的理由來支持微軟分家，其它原因還包括不當擴大微軟所應負責的範圍⁴⁰。

B.2001 協議裁決

（1）協議裁決之內容說明

接下來，案件則換由另一位法官 Kollar-Kotelly（Collen Kollar-Kotelly）繼續審理，在 2001 年 11 月 2 號司法部即提出要與微軟和解。經過上訴法院的決定，此項協議裁決所涵蓋的範圍要比之前法官 Jackson 所審理的部分要來得限縮。

從司法部要將微軟有如 AT&T 分割成「小比爾」（Baby Bill）到後來和微軟成立協議裁決的轉折過程，可藉由反托拉斯局助理檢察長 James（Charles A. James）在參議院司法委員會針對此項協

⁴⁰ *Antitrust Litigation Reporter*, “Special Year-End Issue,” 9(7): 4. 文中有程序部份的說明。

議裁決所作的說明來先了解司法部所持的立場為何⁴¹。其中，他首先揭示反托拉斯法的目的並不是在預防公司變成獨占，而是在防止公司透過阻擾競爭對手的努力而達到獨占的地位。反托拉斯局認為微軟會在作業系統市場中獨占鰲頭並非透過不法手段所取得，而且微軟在作業系統市場中的獨占地位也不是本案的主要訴求。根據上訴法院審理的結果，微軟的確是透過契約安排來防止電腦製造商安裝競爭品牌的中介軟體於自身的作業系統上；禁止消費者和電腦廠商從桌面上移除掉微軟的中介軟體；與軟體研發商排除競爭品牌的中介軟體。因此，協議裁決所要達成的主要目的就是要禁止微軟目前所從事的違法行為，避免再犯以及恢復市場競爭。可從此份協議裁決的主要內容看出司法部訴求的重點所在⁴²，主要內容如下：

- a. 公佈給其它軟體研發者有關微軟中介軟體所使用的介面，以便可研發出如同微軟具有整合性功能的產品以利於競爭。
- b. 揭露通訊協定（protocol）以便軟體可透過伺服器電腦連結至電腦的 Windows 作業系統。
- c. 微軟必須允許電腦製造商和消費者可以替換桌面的中介軟體。
- d. 為防止微軟從事恐嚇行為，若要跟主要的電腦製造商簽約均只能以五年為限。
- e. 不能要求電腦製造商及軟體研發商特別支持微軟軟體，即使已經和微軟簽約，依舊可以繼續支持和研發其它競爭對手的中介軟體。

從裁決內容中也可看出從 98 年訴訟所延續的關鍵是在於「中介軟體」⁴³，而此裁決另一目的是希望保護中介軟體市場的競爭。此

⁴¹ Federal Document Clearing House Congressional Testimony

⁴² AP online, (Microsoft- U.S. Settlement Statement, 2001.11.2)

⁴³ 此裁決還特別為中介軟體下定義，因為中介軟體的範圍太廣，並無一般通用的意義，是

項裁決的時效將為期五年，適用範圍到目前最新的 Windows XP 作業系統。裁決中除了對微軟作出行為上的約束，為確保微軟落實裁決中的相關規定，特別設立一全職監督小組，以視察微軟順從協議裁決的情況，同司法部報告可能的違法情事以及解決在規定之下所可能引發的技術爭議。

(2) 最新發展

針對此份協議裁決有著兩派不同的意見，18 州中只有 9 州同意簽署，但仍有其它九州仍然堅持對微軟提出訴訟⁴⁴。先前，微軟公開說明無論法官是否已經同意此項協議或者其它九州的檢察官希望進一步要求以更為嚴厲的方式來對待微軟，微軟會先自願配合執行裁決中的部份內容。哥倫比亞地方法院終於至今年（2002 年）11 月初宣布通過微軟與反托拉斯局所成立的協議裁決⁴⁵。

3. 微軟案之啟示

在每件反托拉斯案子中，值得探討的問題在於廠商所從事的不當競爭行為到底具有效率與否？因為這是目前反托拉斯法是否應該制裁廠商的標準所在，即使是其它法律所追求的目標是公平、正義，也是沒有一個固定標準可供衡量。加上個人和廠商的犯罪意圖（Intent）很難去證明，於是只能仰賴事後的結果來加以推論，以作為懲處犯罪的依據。微軟案中更是存在著許多沒有標

指軟體對 APIs (Applications program interfaces) 而言。在此項裁決中，所謂的中介 (middle) 是指可能會威脅到微軟作業系統獨占地位有關中介軟體的新技術而言。不只是瀏覽器、電子郵件、網路視聽軟體 (networked audio/video client software)、立即通訊軟體 (instant messaging software) 等。

⁴⁴ 其中願意簽署協議裁決的包括有：伊利諾州、肯塔基州、路易斯安那州、馬里蘭州、密西根州、紐約州、北卡羅里納州、俄亥俄州、威斯康辛州。反對並要提起上訴的州可參考註 4，法官 Kollar-Kotelly 於今年（2002 年）三月四日曾召開過公聽會，直到六月才結束。

⁴⁵ 裁決內容可參考 <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200400/200457.htm>

準答案、引人爭論的議題。從一開始，微軟在市場中是否具有獨占地位？因為微軟聲稱市場佔有率高可能並不同於市場力量的擁有，而且在變動迅速的高科技市場中，龍頭老大的位置隨時有可能會被取代。其次，瀏覽器與作業系統到底微軟到底算不算一項整合性的產品？微軟進行搭售的目的到底為是要逼退競爭對手還是要提昇產品使用的效率？這都是近來反托拉斯學界熱烈討論的議題，將近十年冗長的訴訟過程當中，都可以看出正反雙方力量的拉扯情形。在此先姑且不論微軟所從事的競爭行為到底有沒有構成了參進障礙？具不具有效率？有沒有提昇消費者福利？而是在具有爭論性的議題之下來看微軟案提供給反托拉斯局在執行層次上的啟示，也可來觀察協議裁決是否為解決反托拉斯爭議的最佳解套方式。

微軟案令人值得關切的原因，是使其市場結構已和傳統市場大不相同以外。另外，以下會歸納出若干特質來說明反托拉斯執行所面臨到的新課題。

微軟最為顯著的產業特質即是「網路效果」(Network Effects)的存在。網路效果也稱作網路外部性(Network Externalities)，是一些產業市場的固定特質，如 ATM Networks (Automated Teller Machine, ATM)、信用卡及標準設定組織(Standard-Setting Organization)。簡單來說，網路效果是指某項產品會因使用人數的增加，對該產品的價值將會有加乘的效果。它與為達到規模經濟所形成的自然獨占是有所差別的，自然獨占是從供給面而來的現象，而網路效果的形成則是從需求面來觀察。具有網路效果的產業，若能夠吸引大量的消費者使用該廠商的產品，而達到規模經濟，是有利於廠商及消費者，這是屬於正面的網路效果。相反地，負面的效果即是消費者將會因為轉換成本過高或是集體行動

(collective action) 的問題而依賴原始廠商所提供的產品⁴⁶，形成被「套牢」(lock-in) 的現象。以微軟為例，一旦消費者選用微軟的作業系統，將會帶動其他生產互補性產品的廠商將會依循微軟作業系統的規格來從事研發、生產，例如應用軟體。消費者在購買作業系統，一定會考量市面上的應用軟體是否多以支持該作業系統為主，才會決定購買，也因為如此，微軟作業系統的獨占地位也就更撼動不搖。

微軟所從事的行為到底有沒有違背反托拉斯法？Economides 列舉網路效果產業的特質即是「贏者為多」(winner-takes-most)，他認為網路效果所產生的不公平是先天所造成的，而不是後天仰賴非法競爭來加以造就的。即便增加競爭者，也不能改變市場本身的結構特質，而且贏者為多的現象，並不可以等同於競爭減少的結果，反而是增加市場的競爭強度⁴⁷。假如市場具有強烈的網路效果，本身就已形成一種參進障礙，並非是一種市場失靈的狀況⁴⁸，即使是從結構面下手，將微軟分家，網路效果的現象可能還是無法剷除。但是若能以協議的方式，至少可讓反托拉斯局彈性地挑選手段針對微軟的行為進行管制。

無論反托拉斯局對微軟是採取訴訟還是協議，微軟案所產生的外溢效果在這個互補性產品 (complementary products) 為主的產業中會更形明顯，由於電腦產業的互依程度很高，極有可能牽一髮而動全身。Hahn 曾提過微軟一案成立協議裁決其中的一個好處即在可降低對高科技產業的不確定性，文中提到 Bittlingmayer 和 Hazlett 曾經以微軟案在進行的期間對其它電腦公司股價的影響

⁴⁶ 在具有網路效果的產業市場中，特別是有規格限定的產品，如電腦配備。顧客在購買新產品時，通常會持觀望的態度，等到消費族群累積到一定程度時才會考慮購買。Lemley, M.A. & McGowan, D. (1998), "Legal Implications of Network Economic Effects," *Calif. L. Rev.*, 86: 497.

⁴⁷ Economides, N., *op.cit.*, pp.11-14.

⁴⁸ Lemley, M.A. & McGowan, D., *op.cit.*, pp.503-504.

作過實證研究，他們發現有關微軟案發展的新聞對生產電腦硬體、網路產品、半導體及電腦軟體公司的股價皆存在著連帶效應⁴⁹。協議裁決除了可避免微軟陷入充滿不確定性的訴訟過程當中，對其它電腦軟硬體公司來說應該也是有利的。

三、小結

此兩案協議裁決中所採取的手段剛好形成一個對比的情況，AT&T 案從結構面著手，而微軟面則是從行為面作出限制。歸納而得，在解決爭議手段的考量上，必須將產業特質納入考量，以求能夠有效解決問題。

相較之下，協議裁決的確是比訴訟要具有彈性，也可看出被告配合的意願也相對提高。AT&T 在 1982 年正式的協議裁決通過之前，就曾兩次主動提出協議裁決的提案。微軟則是在協議裁決在司法審查程序尚未完成之前，即表示先履行裁決中部份規定的意願，就如同微軟的法律總顧問史密斯（Brad Smith）所言：「如果我們想要贏回政府與產業的信心，我們必須採取這些步驟。」也可看出微軟願意配合的程度（工商時報，民 91.08.07，國際新聞）。

AT&T 案與微軟案也有著許多共同之處值得討論，除了它們都讓反托拉斯局費盡心力之外，如兩者皆屬於高固定成本的產業、獨占力量濫用以及皆曾引發過是否該解體的爭論。在協議裁決的運作過程中，兩案的共同點即是它們都衍生出相關協議裁決另一值得討論的面向就是 Tunney Act 在真實案例中適用的情形。由於 AT&T 一案所處理的電信問題是攸關民生，因此所成立的協

⁴⁹ Hahn, R.W. (2002), "United States v. Microsoft: The Benefits of Settlement," pp.3-4. <http://www.aei.brookings.org/publications/related/settlement.pdf>

議裁決是否符合公共利益 (public interest) 更是備受矚目。Tunney Act 在 1974 年通過，正好提供檢驗 AT&T 協議裁決的相關程序及內容是否符合該法案所設定標準的機會。司法部與微軟所提出的協議裁決卻被地方法院法官 Sporkin 所駁回，也突顯出法官審理標準及範圍的不確定性，也衍生出行政與司法的界限應該如何取得平衡等問題。

就政策意義來說，1984 年 AT&T 的解體可說是美國電信產業解除管制的第一步。就其過程來看，AT&T 案起先是因國防部的介入，使得此案並沒有走向法院，而是邁向協議。隨後在 1974 年的一案中更可看出 AT&T 提出協議的主動性，反托拉斯局透過協議裁決的確可以快速達到主管機關所想要達到的目的—將 AT&T 分家，直接從組織結構上作調整。主要理由是希望能夠釜底抽薪，將 BOCs 在地區轉接服務因受管制而獲得之獨占力量予以分散，當然也希望在打破獨占之後，也就可避免 AT&T 以獨占所獲得之利潤進行交叉補貼去從事不當競爭。AT&T 案就如 Posner 所歸類為「一次解決」(the once for all decree) 裁決的類型⁵⁰。從此項裁決可看出主要是希望從組織面的改革而能夠達到行為面上的禁止，但還是可以發現裁決中依舊對被告的行為多所限制。透過協議裁決對企業進行解體看似大刀闊斧地從事組織調整，以求一勞永逸，但其過程及後來的效果卻也是備受爭議。解體是否真能為促進競爭、提昇消費者福利的手段則是另外一個研究問題⁵¹。學者 Crandall 曾提過解體所要達成效率的目的，透過 FCC 的管制政策

⁵⁰ Posner 將反托拉斯民事裁決分成 (the statutory language decree)、「一次解決」裁決 (the once for all decree) 及管制型裁決 (the regulatory decree)。可參考 Posner R.A. (1970), "A Statistical Study of Antitrust Enforcement," in McChesney F.S. & Shughart II W. F. (1995 Ed), *The Causes and Consequences of Antitrust: An Public-Choice Perspective*, (1st ed.), pp.81-pp.86, Chicago: The University of Chicago Press.

⁵¹ 可參考 Sullivan, E.T. (2002), "The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled," *Minn. L. Rev.*,86: 565.

即可達到⁵²。但是只要透過協議裁決來進行解體，則確定了反托拉斯局及法官擔任管制者的角色。

嚴格說來，AT&T 在解體後繼續受到裁決內容的約束效果應該和微軟案一樣同屬於「管制型裁決」(the regulatory decree)，所謂的「管制型裁決」是指裁決內容建立起法院和被告之間長期持續監控的關係，內容完全著眼於被告在行為面上的限制。原因無它，從行為面直接作出禁止對反托拉斯局來說是比較不費吹灰之力並且具有立竿見影的效果。但也可以看到 1995 年的協議裁決並無法完全約束微軟，同樣地，在往後也有人提起將此軟體巨人分家，這也是微軟案近來所引發起的最大爭議，但藉由微軟案也可以看到解體並不一定是矯正具有獨占傾向市場結構的萬靈丹，如 Crandall 曾指出像標準石油 (the Standard Oil) 或是 AT&T 產業在功能或地理區域上有著明確界限可作為分家的依據⁵³，而微軟則是面臨到該如何分家的難題以及解體是否真能解決掉政府所要處理的問題。

微軟在 1995 年會與反托拉斯局達成協議的原因，可能還不止於技術層面的考量。提出協議裁決的 Bingaman (Anne Bingaman) 是在民主黨柯林頓執政時出任美國司法部反托拉斯局助理檢察長時，她與之前共和黨雷根執政時所任用的 Baxter (William Baxter) 在解決反托拉斯案的途徑上卻大不相同⁵⁴。Baxter 特別仰賴判決先例中的市場分析。Bingaman 對微軟案的態度則是講求速戰速決，而且她也認知到高科技產業變動快速，並

⁵² Elzinga, K.G., Evans D. S., Nichols, A.L. (2001), "United States v. Microsoft: Remedy or Malady?," *Geo. Mason L. Rev.*, 9: 650-651.

⁵³ Crandall 曾經針對以解體方式來處理的案子作過調查，只有 United Shoe Machinery 這間公司的獨大規模並不是透過購併 (acquisitions) 或是結合 (mergers) 所形成的。Crandall, R.W. (2001), "The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases," http://aei.brookings.org/admin/pdffiles/working_01_05.PDF

⁵⁴ Baxter 亦屬於芝加哥學派中的大將。

不想將一個產值有 45 億的公司陷在高成本的訴訟中，而且纏訟之後並不一定會有好的結果⁵⁵。加上反托拉斯局在 1989 年至 1992 年所起訴的十件合併案件中，只有一件勝訴。其實，訴訟在當時對業者所產生的嚇阻效果已大為減低，於是協議裁決至少提供了可約束微軟不當競爭行為的機會。隨後在 2001 年反托拉斯局會提出協議則應是在預料之中，因為共和黨小布希在競選總統之時，就曾表示並不支持訴訟而是創新。他在當選總統之後，任命 James (Charles James) 擔任反托拉斯局助理檢察長，James 是一位立場極不同於柯林頓任內所任命的 Klein (Joel Klein) 及 Bingaman⁵⁶。從微軟案的發展過程中，也可以看出反托拉斯案件的發展不單單只受經濟理論演變的影響，政治也是不容忽略的重要變數。

另外，吾人也可從 AT&T 案與微軟案之間的相異點來觀察執行所應注意的面向，那就是 AT&T 是受到 FCC 所管制的產業，這也是學者 Crandall 認為兩案並不能相提並論的主要理由⁵⁷。從 AT&T 案也可看出協議裁決所負載的管制效果，也連帶影響到反托拉斯局、法院甚至 FCC 所應擔負的職責。不當競爭問題發生的主因是在產業結構或是廠商行為本身是在考驗執行人員的分析能力，而如何達到結構面調整或行為面管制的最後目的則是手段上的考量。由於一份協議裁決要兼顧各項目的之實現，得詳細斟酌協議裁決的內容。協議的過程中或許不見訴訟當中你來我往的爭辯，造成論點的闡述沒有判決中來得具體與明確，而裁決內容多是協議事項的明列，其效果及執行方式等都未能表達清楚，因此負責監督的法院及執行機關的工作都是在裁決確定後才算真正地

⁵⁵ Donovan K. (1994), "Antitrust's Bingaman: Is She Tough Enough?," *The National law journal*.

⁵⁶ James 是一位保守黨員，他相信市場並且不會作一個市場介入者 (interventionist)。之前他就曾活躍於反托拉斯領域中，也擔任過 FTC 中競爭局 (the Bureau of Competition) 的律師。 "Skilled In the Ways Of Antitrust; Nominee Charles James To Face Key Cases," *The Washington Post* (2001.2.16)

⁵⁷ Elzinga, K.G., Evans D. S., Nichols, A.L., op.cit., p650.

開始。

與其它法律相較，在反托拉斯法的世界中，當事人所從事的反競爭行為在經濟分析的途徑下並無絕對的對與錯，從反托拉斯局運用協議裁決的頻繁情形更可突顯出反托拉斯法的這項特性，因為當事人是在沒有承認犯罪的情況下所簽訂的，反托拉斯局與當事人成立協議可說是一種預防式的作法，為防止反競爭行為所引發的爭議會像滾雪球般越滾越大，一發不可收拾，造成解決爭議的時機沿宕，或者只是徒增訴訟的成本，形成問題並沒有解決的局面。至少協議裁決給了當事人允諾的機會，讓反托拉斯局得以防止具有爭議性行為的發生，以免未來得投入更多的成本來進行矯正或是面臨到市場力量評估的難題。經濟理論固然可以提供一完整途徑有助於問題分析，但就實務面來看，政策執行目的已經不全然扣緊理論本身所設想的長期目標，因為現實世界之中仍受到許多是理論模型無法控制的變數影響，亦間接說明了協議裁決的運用更能貼近執行人員的需要。

肆、協議裁決之評估

美國自 1906 年首次採取協議裁決至今，在制度運作上已可算是完整建立。但協議裁決在運用的過程當中仍有許多值得關心的議題存在。由於手段本身不可能十全十美，執行人員在運用的過程當中也會有產生限制的情況發生。若能確切掌握其中可能發生的缺失，輔以配套機制的運作，將可使協議裁決所可能出現的負面效果降至最低。

一、協議裁決本身的限制

(一) 本人-代理人 (Principle-Agent)

一般來說，在協議的過程當中，有一重要關鍵是由誰來出任代表提出訴求，才能夠適切地表達出當事人甚至是利害關係人的立場。一方是代表反托拉斯局的檢察官，代表政府也代表全民。但其所訴求的利益並不一定符合大眾的期望。另一相對人是個人或是若干廠商，但並非是整體產業的看法。大眾可能會因為「利益集中、成本分散」，導致在協議的過程當中並不具有對裁決內容表示關心的誘因。相形之下，廠商反而因為成本集中，積極地在協議過程中取得優勢。所以，「不當代表」及集體行動困境皆是採取協議裁決所需評估的限制所在 (Weiburst, 1999)。

(二) 透明度 (transparency)

成立協議裁決的整個過程是否具有公信力 (Public Confidence) 是採取此手段最需注意的關鍵。協議可以看作是機關與當事人之間一種「勾結」 (collusion) 的行為，發生「攫取」 (capture) 的機率也隨之提高。因此協議裁決的過程容易讓人產生聯想，認為政府機關與當事人在從事利益交換，而與黑箱作業劃上等號。Kovacic 曾經提及協議裁決一旦成為政策工具後，將會產生「透明度有限」 (Limited Transparency) 的現象。所謂的透明度是指政府決策過程公開化的程度，行政機關若能公開如何運用

裁量權來作成決策的訊息將能夠更符合民眾的需求。

二、反托拉斯局本身之考量

協議裁決會受青睞的主因應在於提高反托拉斯局的執行效率。對於反托拉斯局來說，面對與日俱增的案件，在行政資源見拙的情況下，協議裁決具有消化積案以及紓減訟源的功能。加上反托拉斯案件在性質上多屬於結構性（**Structural Case**），例如：處理獨占案件，就得面臨違法廠商所具有市場力量及相關市場界定等曠日費時的調查工作（**Rosenbloom, 2002: 440-441**）。就執行成本來說，協議裁決的確比進行訴訟來得省時、省力及省錢。不過，如果加上裁決在未來面臨司法審查可能招致地方法院反對，或是產生爭議就得必須進入訴訟程序的成本，加總起來的執行成本也許未必會減少。

三、制衡機制之評估

Tunney Act 建立起法院就協議裁決進行司法審查的機制以及規定裁決必須公諸於世，得以讓其他政策利害關係人擁有對裁決內容表達意見的正式管道。

司法審查固然可消除眾人對協議裁決所產生的疑慮，可是司法審查本身也有其限制所在，包括法官該如何掌握審查的範圍及標準，前面所提及的 1995 年微軟案即為一例⁵⁸。

由於 **Tunney Act** 並未對司法審查的範圍作出明確的規定，因此法院進行審查尺度的過與不及都會引起爭議。況且法官根本無法掌握左右反托拉斯局作出決定的各種因素來進行評估。另外，司

⁵⁸ 可見本文頁 18-19 之說明。

法審查是以裁決要符合「公共利益」(Public Interest)作為標準。反托拉斯政策對公共利益的闡述有太多種可能性了，諸如：福利最大化、保護消費者等。若是法官不具有反托拉斯背景，可能會以另外一種標準來解釋公共利益。法官介入過於積極會產生逾越行政權的疑慮，有違憲之虞。也會產生降低機關與當事人進行協議意願的負面效果。但若一味順從反托拉斯局的決定，可能會落得「橡皮圖章」(Rubber-Stamping)之名，同時也失去司法審查的意義。

Tunney Act 的主要目的是希望能夠廣為收納民眾的意見，將能使協議裁決達到公共利益的目標。但完善機制的設計還尚須民眾本身意願的配合，才有可能積極介入協議裁決的形成過程，並提出自身的意見。Areeda 曾歸納出有若干原因的存在，第三者(the third party)才有可能主動參與協議裁決成立的過程，例如：缺乏提起訴訟的適格條件、搭政府的順風車，藉著對裁決內容的不滿而提起訴訟、藉以間接影響法院往後在進行私人訴訟判決的態度或是必須依賴既有裁決而獲得保障(Areeda, 2000)。再則，第三者是否就為適當的利益代表？彙整他們的意見後是否就是公共利益的完整展現？根據 Tunney Act，法院必須一一針對民眾意見作出回覆，而協議裁決在經由法院的司法審查後，是否就此達到公共利益，答案並非是絕對肯定的。

伍、我國公平交易委員會採取和解契約之考量

一、運用行政和解手段之緣起

掌管我國市場競爭秩序的公平交易委員會在行政程序法正式實施之前，即為因應先於 87 年初成立「公平會建立公平交易行政程序法制」專案小組，從事「建立公平交易行政程序法制建置計畫」⁵⁹，而「行政院公平交易委員會締結行政和解契約處理原則」（以下簡稱和解契約處理原則）便是根據此項計畫在 89 年率先通過，成為公平會運用和解契約處理市場競爭事務的主要依據。

通過此項原則之前，其實公平會早有以行政契約處理案件之先例，包括有三陽機車案、英代爾案、湯姆笙授權公司（RCA）案及馬特拉案等四件案子⁶⁰。近來引起廣泛爭論的台灣微軟一案也在今年（2002 年）十月取得公平會委員會議的同意，獲得提出行政和解的程序許可。此案為處理原則制定之後公平會首度依該原則處理的案件，其發展過程有助吾人來觀察和解契約在我國目前實際的適用情形以及相關問題討論。

二、美國協議裁決之於我國執行公平法之啟示

公平會訂定的和解契約處理原則總共分為十點，謝杞森教授曾就處理原則中的每項要點詳盡討論其所可能出現的缺失並且在制度運作上提出建議⁶¹。而筆者則希望以美國採取協議裁決的經驗檢視此項原則在執行時所可能會面臨到的問題，以求未來和解契約能夠妥適地發揮出此手段所具備的特質及效用。

⁵⁹ 可參考黃宗樂編（2001），「行政程序法建制計畫成果彙編」，行政院公平交易委員會。

⁶⁰ 此四件案子的共同點皆與專利權相關，案件內容可參考劉孔中（民 88），「略論公平交易委員會行政和解實務及法理」，律師雜誌，第 235 期，頁 68-73。

⁶¹ 處理原則可詳見附錄，資料下載自：<http://www.ftc.gov.tw>（公平交易委員會網站）。謝杞森（2001），「公平交易法案件締結行政和解契約之探討」，公平交易季刊，第九卷第四期，頁 1-24。

(一) 制度設計

1. 成立和解之要件

在我國政府機關的行政實務運作上，政府機關與相對人締結行政契約以解決爭議的例子，確實較為少見，而且與其它行政手段相比，行政契約是屬於較為和緩的手段，因此為了避免行政機關濫用，在締結和解契約的當下更是要求小心謹慎。從處理原則第二點第一項規定：「本會對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」即可看出以上的顧慮。

但條文中「經依職權調查仍不能確定」的要件，公平會並無建立明確的標準以衡量主管機關之所為是否已確實從事調查。以公平會處理台灣微軟一案看來，主要是以調查時間的長短論斷公平會是否已針對案件展開調查，並且確定在一無所獲的情況下，才足以構成訂立和解契約之條件所在⁶²。可是，單從調查時間的長短來判斷，可能有失公允，因為主管機關處理案件時間的長短與案件本身處理的難易程度並非絕對相關。再者，經過調查發現並無具體之證據可以證明其違法，等於此段時間所投入的行政資源將已形成無謂的浪費⁶³。況且，也會引起相對人對主管機關產生質疑，認為機關既然經過調查，仍不能確定，進而產生為何仍要成立和解契約代替行政處分的爭議。另外，上述要件規定雖具有約束公平會採行和解契約的效用，但之於相對人以外的利害關係

⁶² 有關台灣微軟案的處理過程，可參考公平會發布之新聞稿（92年1月9日），「審理台灣微軟股份有限公司等相關事業所提出之行政和解要約內容」。

⁶³ 前面提及過去公平會以行政和解處理的四個案件，在行政和解提出之前，均耗時許久並且投入相當的行政資源。將四個案件所花費的時間，歸納如下：英代爾案（三年）、馬特拉案（一年半）、三陽機車案（四年又八個月）以及湯姆笙授權公司（RCA）案（三年兩個月）。許宗力（1998），行政程序建制原則之研究，頁59。

人，極有可能在公平會選擇締結和解契約時，將此項要件當作是質疑公平會並未善盡職責的主要理由。

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

2. 協商的代表

提出協議的申請在和解契約處理原則第三條即明確表示必須通過委員會的審議。可是在協議過程當中應由誰來擔任代表？遴選的方式及遴選的標準為何？第四條雖有提及和解契約之邀約或承諾，應由委員或承辦處提出⁶⁴，經委員會議決通過後為之。從以上兩點不難看出委員會議為公平會最高的決策機關。在合議制機關中，所推派出去的代表條件究竟是要講求代表性或是以專業性為主。由於委員會議畢竟是和解契約是否能夠通過的關鍵，

⁶⁴ 公平會的委員共計分別有主任委員一名、副主任委員一名及委員七名；承辦處總共計有三處，依產業類型及處理之行為類型來作分類。可參考公平會網站 (<http://www.ftc.gov.tw>) 內有關公平會之職掌、組織與員額之簡介。

代表性主要是考量到機關代表若是能夠相當瞭解委員會的立場，在與相對人和解時，可清楚掌握協商的重點及範圍，和解契約即可順利通過委員會的同意，不必來回往返，增添雙方的不便。若是強調專業，給予代表相當的裁量權，期許借重其專業與相對人成立一份符合公共利益的和解契約。相對地，和解的結果若出現與委員會相左的情況，該如何處理？和解契約內容若無事後審查機制之設計，公平會在未來更應重視和解代表之推派等相關問題，因為代表是站在第一線，承擔為公共利益把關之責任。

3. 審查機制存在之必要性

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

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

但是，審查機制的設計絕不只是具備針對和解契約進行審查的功能，還可藉此避免行政機關濫用和解契約。例如：和解契約處理原則第七條：「和解契約締結過程中，如有必要，本會得撤回或變更邀約，或中止和解程序，繼續調查處理。」此原則彰顯出公平會對於和解契約有完整之主動權。該條原則應是根據行政程

程序法第 146 條：「行政機關單方調整終止行政契約」而來，行政程序法第 146 條第 2 項提及，若相對人對契約之調整難為履行者，得以書面敘名理由終止契約。無論那一方提出契約調整或是終止的書面理由，應由獨立於公平會之外的審查機制進行評估才屬合理，否則將會引起「球員兼裁判」的質疑。若契約的調整引發爭議，另一解決之道是相對人可將公平會單方調整或終止契約當作是行政處分，進而向行政法院提出行政訴訟，尋求救濟。可是，若事前雙方都同樣具有調整、修正或終止契約之權利，將所提出之理由交由審查機制進行評估，而再作出決定，將會比事後進行行政訴訟更具效率。

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

4. 第三人之界定及參與方式

雙方以協議解決爭議時，最令人質疑的部份就是其它人的利益是否會因此遭受損害？和解契約處理原則雖有提及利害關係人與第三人的部份，但他們在締結和解契約過程中可如何表述自身利益，處理原則當中並無特別規定。然而，何謂公平法中的利害關係人以及第三人？為了配合行政程序法之執行，公平會在上述的建制計畫中也加以界定出公平法上之當事人、參加當事人以及

利害關係人⁶⁵。其中的參加當事人係指因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，但條件限定是為公平法上保護法益之請求權之個人⁶⁶。由此可知，第三人的涵蓋的範圍小，另外還須經公平會通知程序，才能歸為第三人。和解契約處理原則第六條：「和解契約之履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意。」此第三人是公平會所加以界定的，可瞭解到第三人對於自身權益之保護，是處於被動的地位。利害關係人則是當事人及第三人以外，也因程序之進行將影響其法律上權益者。和解契約原則第五條：「和解契約協商過程中，本會得就所欲和解之內容徵詢利害關係人之意見，或要求相對人與之達成民事和解或協議，但本會並不受其意見、和解內容或協議內容之拘束。」從處理原則中得知，第三人與利害關係人同樣缺乏對於和解契約內容主動表示意見的管道。

由於公平法保護之法益，如：競爭公益、消費者公益與公共利益同樣是相當模糊的概念，公平會主動尋求第三人或是利害關係人的相關意見也許有其正當理由。因為，執行人員具有充分資源判斷和解契約確實會對何人產生負面的外溢效果，徵詢他們的意見，將有助於往後契約之履行。而且，保護法益的模糊定義，可能會讓想追求私益的人，擴大自身遭受之損害，進而訴求自身權益，而使得對整體社會具有正面效果的和解契約無法順利締結。但是，唯一較為可行的辦法應是公平會在和解契約締結之後，尚未履行之前，設計妥善的參與機制，例如：於一段固定期間，公開相關和解契約之訊息，可讓第三人或是利害關係人擁有正式管道表達自身意見，以維護自身的權益。而執行人員的工作則是

⁶⁵ 依行政程序法規定，公平會認為必須享有公平法上保護法益之請求權之個人，始得為當事人、參加當事人以及利害關係人。同註 59，頁 1685。

⁶⁶ 由於考量到公平交易法規範諸多競爭行為，行為態樣不同，其保護法益亦不相同。可分為競爭公益及消費者公益。而藉由上述分類，以界定當事人、參加當事人以及利害關係人。同註 59，頁 1685-1693。

加強相關資訊的分析能力，用以判斷第三人或是利害關係人之訴求，是否該納入和解契約中以符合達成公共利益之目標。

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

5.公告

國內學者劉孔中教授（民 88：73）先前即曾主張應將行政和解內容予以公告，而不是淪為公平交易委員會與檢舉人及被檢舉人私下利益交換的手段。此次公平會處理台灣微軟案的附帶決議中，也提及和解契約一經締結後，除依法應予保密者外，和解契約內容也應予公開⁶⁷。但是，所要公告的和解契約內容需要涵蓋的項目，以及應以何種方式公告，和解契約處理原則當中也未詳細規定。而其它獲得資訊的方式，當然可以根據行政程序法第 45 條，從主管機關應主動公開的會議記錄中尋求相關訊息。由於會議紀錄中理當會有相關和解契約締結過程的相關資訊，或者是公平會

⁶⁷ 公平會新聞稿（91 年 10 月 31 日），「原則同意台灣微軟股份有限公司之請求進行行政和解之協商程序案」。

在發行的公報上刊載和解契約的相關內容，之前的馬特拉案即為一例⁶⁸。除了以上書面資料的提供，公平會應設置更多便民的管道，讓民眾更容易取得和解契約的相關訊息。

由於公告的消極功能除了可避免產生黑箱作業的聯想。其積極功能應是藉此主動提供相關職權調查不明確的資訊，讓大眾明瞭公平會在其它執行手段可供挑選的情況之下，而最後選擇締結和解契約的理由所在。以及，在追求公共利益的前提下，也可說明成立和解契約的主要目的。最後，公平會透過相關和解契約訊息的公布，也可間接得知社會大眾對於和解契約內容的接受程度以及相關利害關係人的看法，可使契約內容更為完善，於未來落實時更加順利。而且，和解契約的公告內容絕對不止於契約條款，否則有損公告所要追求的積極目的。所以，美國 **Tunney Act** 中規定協議裁決必須對外公佈的「競爭影響評估」，其規定的項目不失為一個合乎標準的公告架構⁶⁹。其次，將相關資訊刊載於各大報的作法也是我國可以參考的方式，如此一來，可防止大眾媒體發佈不適當之訊息，引發許多不利和解契約締結之揣測。學者 **Kavocic**（2000: 348-349）也曾提醒轉換型經濟國家關於執行反托拉斯政策的重要建議中，即強調採取協議裁決類似手段的同時，資訊透明化是首要關切的重點。因此，關於資訊公開的部分絕對是處理原則未來需要特別加強的部分。

（二）運作程序

除了制度面之外，在此也一併將程序運作所可能出現的問題提出討論。就目前公平會處理微軟案的情況看來⁷⁰，微軟作為相對

⁶⁸ 公平會公報，7卷2期（87年2月），頁1-4。

⁶⁹ 請參見本文第二節有關「競爭影響評估」之說明。

⁷⁰ 內容可見於公平會網站：<http://www.ftc.gov.tw>。

人在獲得公平會和解程序許可後，必須於一個月內必須提出和解契約的書面資料。關於和解契約之書面資料該於多久期限內繳交？公平會要依個案處理還是統一規定繳交期限？我國採取相對人在事先取得程序許可後，在規定期間作成和解契約，再送交公平會。由於事關公平會是否會延宕規範廠商時機，另外於相對人的權益也有著重大影響，微軟獲得許可之後並不當然等同於已順利與公平會達成和解，因為公平會只是原則上同意，之後所提出的和解方案是有可能為公平會所推翻，則將使微軟面臨更加不確定的處境。相對人可否於申請和解的同時，一併提出和解契約內容的具體主張。公平會即可一同作程序及契約實質內容的初步評估。主要目的可使雙方對未來契約中的要約或承諾的標準差距不致過大，以免徒增和解的成本，有違和解契約所要達成之行政目的。

與此次公平會與微軟締結和解契約的過程相比，後續監督及確切執行的部份反而顯得不為人所重視。但是，未來公平會評估相對人是否具體落實雙方合意所締結之和解契約內容，卻為整個程序當中最不可忽略之重點，其實也等同是對於公平會政策執行能力之評估。成立監督小組是未來公平會為確保微軟具體履行契約相關規定的執行方式。公平會在締結和解契約後，成立了後續工作小組並且在會議當中表示將採行「事前監督」的方式，但是具體的執行計畫皆尚未提及⁷¹。先前產學界曾建議公平會可仿照美國司法部監督微軟的模式，以便掌握台灣微軟履行契約內容的實際情形⁷²。

值得關心的是，監督小組的成立是否會成為往後公平會評估和解契約執行情形的常態運作模式，還是依照個案情況進行決

⁷¹ 中央社（92年3月11號），「公平會監督微軟履約小組開會決議採事前監督」。

⁷² 中央社（92年3月6號），「產學界主張成立監督委員會監督微軟落實和解」。

定？由於監督的工作對業務原已繁忙的公平會，可能會形成負擔。其次，監督是一種長期成本的投入，與機關內部資源分配密切相關。因此，若要成立監督小組，其組成成員及執行方式皆必須詳加考量。而且，監督小組的成立，令人聯想到 Kavocic (2000: 843-861) 也曾非常強調「事後分析」(ex post analysis) 對於反托拉斯政策演化的重要性。即使評估當事人相關具體落實契約情形的方式，可能會隨個案而有所不同。重要的是，公平會的執行人員應具備分析契約成立前後對維護市場競爭秩序效果的能力。由於契約內容在未來是有可能出現不合時宜或者是發生爭議，而需要撤回或是變更的情況，此時則又是考驗執行人員能力的開始。所以，和解契約在正式締結之後絕不代表執行程序的結束，而是相關執行工作的揭幕。

陸、結論

在美國執行反托拉斯法近一世紀的歷程中，依協議裁決解決相關民事案件的比例來看，顯示出以「協議」的方式執行競爭政策的可行性頗高。與甫成立十年的公平會相比，確實頗值得我國引為借鏡。當然，具有同樣性質的手段在不同國家運作，基於體制差異，所面臨的問題也會有所不同。雖然具有協議性質的手段能替行政機關帶來效率，但也應關心相對付出的代價。公平會以和解契約來規範市場競爭秩序，還有賴執行經驗的累積，但可先著重制度面的完善設計。其實，回歸到最上位的問題，當務之急應是我國執行競爭政策所追求的公共利益到底為何？因為只要公平會的政策立場明確，無論以何種手段所作出的決定都將不會引發質疑。

我國一向是高權行政色彩濃厚，與人民進行和解，看似是處於一種利益交換的關係。但考量到政府處理事務的相關複雜性，對於和解契約不應再持有成見。

契約原本所影響層面只及於雙方當事人，只要雙方在締解契約時，針對內容詳盡考量，即便發生爭議，可依當初的約款來解決，但難免會有掛一漏萬的情形發生，況且和解契約之執行、調整或終止都會對其它利害關係人產生外溢效果，而且在以追求公共利益為前提之下，和解契約所影響的範圍已不再只是締結雙方。因此，公平會在追求手段便利的同時，相關配套措施也應一同加強。

最後，手段選取背後之主要目的是政策資源的有效率配置，和解契約為我國執行競爭政策的方式增添新穎性，除了須注意相關問題之配套措施，和解契約有無能成為公平會執行競爭政策的常用手段，也是值得觀察的，更可一併來思考公平會未來機關之定位。

參考書目

(一) 中文部份

- 陳志民。2001。事業以聯合行為或濫用市場地位調漲價格經處分後，要求回覆原價之探討，行政院公平交易委員會九十年度合作研究報告四。
- 劉孔中。1999。「略論公平交易委員會行政和解實務及法理」，律師雜誌，第 235 期，頁 68~73。
- 謝杞森。1998。我國公平交易法的行政程序與爭訟－以我國實務探討為中心，政治大學法研所博士論文。
- 謝杞森。2001。「公平交易法案件締結行政和解契約的探討」，公平交易季刊，第九卷第四期。頁 1~24。
- 蘇永欽、陳榮傳、魏杏芳、何君豪、楊富強。1991。「非正式程序」與「補充性規則」－簡介二個落實公平交易法的重要機制（上）（下）」，經社法制論叢，第 7 期及第 8 期，頁 39~75 及頁 57~86。

(二) 英文部分

- Anderson, L.C. 1996. "United States v. Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the Need for a Proper Scope of Judicial Review," *Antitrust Law Journal*, 65:1-40..
- Areeda, P.E. & Kaplow, L. 1988. *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, (4th ed.), Boston: Little, Brown and Company.
- Areeda, P.E. & Turner, D.F. 1978. *Antitrust Law: An Analysis of*

Antitrust Principles and Their Application II, Boston: Little, Brown and Company.

Blumenthal, W. 1997. "Symposium: Twenty years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement Introductory Note," *Antitrust Law Journal*, 65: 813.

Blizzard, P. L. 1998. "Consent Decree Standard of Review: United States v. Microsoft Corporation," *Berkeley Technology Law Journal*, 13: 355.

Calkins, S. 1997. "Corporate Compliance and Antitrust Agencies' BI-Model Penalties," *Law and Contemporary Problems*, 60:127.

Crandall, R.W. 2001. "The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases,"
http://aei.brookings.org/admin/pdffiles/working_01_05.PDF

Economides, N. 2001. "Symposium: Cyber Rights, Protection, and Markets: Article United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy," *UWLA Law Review*, 32: 37.

Elzinga, K.G., Evans D.S., Nichols, A.L., 2001. "United States v. Microsoft: Remedy or Malady?," *George Mason Law Review*, 9: 646-648.

First, H. 1995. "Is Antitrust "Law"?" *Antitrust ABA*, 10: 9-12.

Green, C. 1984. "The 1982 AT& T Consent Decree—Strengthening the Antitrust Procedures and Penalties Act," *Howard Law Journal*, 27: 1611-1648.

Hahn, R.W. 1998. "The Costs of Regulating Microsoft ," *Regulation*, 21(3): 64-65.

Hahn, R.W. 2002. "United States v. Microsoft: The Benefits of Settlement,"

pp.3-4.<http://www.aei.brookings.org/publications/related/settlement.pdf>

Isenbergh, M.S. & Rubin S.J 1940. “Antitrust Enforcement through Consent Decrees,” *Harvard Law Review* , 53:386-414.

Kauper, T.E. 1994. “The Justice Department and the Antitrust Laws: Law Enforcer or Regulator? ,” in Kovaleff, T.P.,(Ed.), *I The Antitrust Impulse: An Economic, Historical, and Legal Analysis*.

Kearney, J.D. 1999. “Mixed Signals: Academic and Industrial Perspectives on the Telecommunications Act of 1996: From the Fall of the Bell System to the Telecommunications Act: Regulation of Telecommunications under Judge Greene,” *Hastings Law Journal*, 50: 1410-1411.

Kovacic, W.E. & Gellhorn, E 1994. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, (4th ed.), USA: West Publishing Co.

Kovacic, W.E. 2000. “Lessons of Competition Policy Reform in Transition Economies for U.S. Antitrust Policy,” *St. John’s Law Review*, 74:361-405.

Kovacic, W.E. 2001. “Evaluating Antitrust Experiments: Using Ex Post Assessments of Government Enforcement Decisions to Inform Competition Policy,” *George Mason Law Review*, 9: 843-861.

Katz, T. 1940. “The Consent Decree In Antitrust Administration”, 53 *Harvard Law Review*, 53: 415-475.

Kenny, M.P.& Jordan, W. H. 1998. “United States v. Microsoft: Into the Antitrust Regulatory Vacuum Missteps the Department of Justice,” *Emory Law Journal*, 47:1351-1399.

Lavey, W.G. & Carlton, D.W. 1983. “Economic Goals and Remedies of the AT&T Modified Final Judgment,” *Georgetown Law*

Journal, 71: 1497-1518.

Lemley, M.A. & McGowan, D. 1998. "Legal Implications of Network Economic Effects," *California Law Review*, 86: 497-545.

McChesney, F.S. & Shughart II, W. F. (Ed.) 1995. *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective*, (1st ed.), Chicago: The University of Chicago Press.

Melamed, A.D. 1995. "Antitrust: The New Regulation," *Antitrust ABA*, 10: 13-15.

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

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

Noonan, J.C. 1983. "Judicial Review of Antitrust Consent Decrees: Reconciling Judicial Responsibility with Executive Discretion.," *Hastings Law Journal*, 35: 133-177.

Piraino, T.A. 1991. "Reconciling the Per se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis," *Southern California Law Review*, 64: 694-697.

Posner, A.R. 1976. *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: The University of Chicago Press.

Posner R.A. 1970. "A Statistical Study of Antitrust Enforcement," in McChesney F.S. & Shughart II W. F. (1995 Ed), *The Causes and Consequences of Antitrust: An Public-Choice Perspective*, (1st ed.), pp.81-pp.86, Chicago: The University of Chicago Press.

Rosenbloom, D.H. & Schwartz, R.D, 2002. *Public Administration:*

Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector, (5th ed.), New York: Marcel Dekker, Inc.

- Steuer, R.M. 1995. "Counseling without Case Law," *Antitrust Law Journal*, 63:823-852.
- Sullivan E.T. 1986. "The Antitrust Division as a Regulatory Agency: An Enforcement Policy in Transition," *Washington University Law Quarterly*, 64:997-1155.
- Sullivan E.T. & Harrison J.L. 1998. *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, (3rd ed), New York: Matthew Bender & CO., INC.
- Sullivan, E.T. 2002. "The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled," *Minnesota Law Review*, 86: 565-614.
- Swanson, C.B. 2001. "Antitrust Excitement in the New Millennium: Microsoft, Mergers, and More," *Oklahoma Law Review*, 54:285.
- Waller, S.W. 1998. "Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement," *Oregon Law Review*, 77: 1388-1449.
- Waller, S. W. 2001. "The Language of Law and The Language of Business," *Case Western Law Review*, 52: 300-304.
- Weiner, M.L. 1995. "Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree," *Antitrust ABA*, 10: 4.
- Weisburst S.I. 1999. "Judicial Review of Settlements and Consent Decrees: An Economic Analysis," *The Journal of Legal Studies*, 28:55-99.

**Antitrust Regulatory Measures Under the trend towards Bureaucratic
Regulation — A Study on Consent Decree**

Pei-Fen Hsieh *

Abstract

Due to the rather discretionary disposition inherent in the interpretation of antitrust law, antitrust enforcement agencies around the world face similar enforcement problems concerning how to design, within their authorities conferred by law, enforcement mechanisms that could appropriately deter anticompetitive activities. The Antitrust Division of Department of Justice in the United States, for example, had adopted many informal measures such as publishing guideline, issuing business review letter and employing consent decree to release its policy information to antitrust stakeholders.

Among all relevant informal measures, consent decree is the only mechanism that is *ex post* in nature and had been frequently used by Antitrust Division to resolve antitrust disputes because it is more efficient than litigation to enforce antitrust law. However, the role of Antitrust Division has shifted over time from originally being a “prosecutor” to “regulator”; it has been empowered today to make antitrust policy if under its discretion it is necessary to accomplish government’s view toward market competition. With respect to the importance for the growth of antitrust law, consent decree has in several occasions out weighed antitrust courts’ judgments.

Against this backdrop, I introduce and evaluate in this thesis the experience of the application of consent decree to resolve antitrust disputes

* Master, Institute of Public Policy, Tamkang University

in U.S. antitrust history. I hope to derive from some feasible suggestions to the Fair Trade Commission of Taiwan in enforcing the Fair Trade Law and in designing competition policies. In particular, I hope the conclusions made in this thesis could benefit the Commission in constructing a more sensible guideline for establishing administrative settlement agreement with potential Fair Trade Law violators.

Key words: Bureaucratic Regulation, Consent Decree, the Antitrust Division, Fair Trade Commission, Settlement

法政學報

— 第十七期 2004年05月 —

發行人：陳翠蓮

召集委員：陳翠蓮

編輯委員：李培元、周志宏、林聰吉、林麗香、施正鋒、張人傑、陳志民、陳恆鈞、
陳淑芳、陳銘祥、陳翠蓮、許志雄、黃一峰、蔡宗珍、蔡秀卿、韓 釗、
羅清俊、劉淑惠

編輯助理：黃欣婷

出版單位：淡江大學公共行政學系

地址：台北縣淡水鎮英專路 151 號

電話：0226215656 轉 2544.2554

E-MAIL:mp1124@OA.tku.edu.tw

傳真：02-26209743

(本學報定價：個人及機關學校每期三百元；學生每期二百元)

徵稿簡則

- 一) 本學報為學術性定期刊物，每年出版兩期。
- 二) 本學報以刊載有關法律學、政治學及行政學等領域的學術論文及譯著為主。
- 三) 來稿得以中、外文撰寫。所有稿件均需附中、英文標題及作者姓名，並請附三百字內之中文摘要或目次。
- 四) 來稿自述以一萬兩千字至兩萬字為原則，超過者自付印刷成本；請自行打字，如以電腦作文書處理，並請附檔案磁片。
- 五) 來稿以未經發表於期刊或書籍之論文為先，譯者請註明出處並附原文及翻譯授權書。稿件於本學報刊載後，未經同意不得另於其他刊物發表。
- 六) 稿一經接受，編輯委員會有權在文字及規格上酌予修改。若不願修改，請作者預先註明。
- 七) 本學報暫無稿酬，來稿經刊登後，致贈當期學報五本及抽印本二十本。
- 八) 來稿請寄：「淡江大學公共行政系法政學報編輯委員會」