

《公平交易季刊》
第 30 卷第 1 期 (110/1)，頁 1-34
◎公平交易委員會

從聯合行為看行政調查賦予搜索權之必要性

何瑞富*
林承睿

摘要

公平交易法自 1992 年 2 月 4 日施行，期間歷經 8 次修正，最近一次修正公布日期為 2017 年 6 月 14 日。鑑於事業濫用獨占地位之行為，係以其強大市場力及經濟力量攫取超額利潤，如不及時遏止，將損害市場交易秩序，形成社會損失；又聯合行為惡性重大，且日益大型化、科技化、隱密化、國際化，藉現有之一般行政調查手段，常難以取得違法行為之關鍵證物。但該等行為影響遍及相關市場甚至整體社會經濟，可責性高，誠有加強調查手段、賦予主管機關相當調查權力之必要，俾有效查處、嚴懲及遏止違法行為。參考世界各主要先進國家之競爭法規定，對於違法獨占及聯合行為案件，尤其聯合行為案件，不論係採行政責任或刑事責任規定，其競爭法主管機關均普遍擁有不同程度得發動搜索、扣押之權力。為維護市場交易秩序，強化主管機關之調查手段，實有賦予主管機關此項權力之必要。

關鍵詞：行政搜索、行政調查、卡特爾、先行政後司法、寬恕政策

投稿日期：110 年 7 月 5 日

審查通過日期：110 年 12 月 28 日

* 何瑞富為東吳大學法律系專業級兼任助理教授，林承睿為東吳大學法律系碩士在職專班科技法律組碩士。

一、前言

一打開公平交易委員會（下稱公平會）官網，馬上映入眼簾的是這樣的跑馬燈在放映吸睛：「參與聯合行為勇敢申請寬恕減免罰鍰」、「市場正義需要你勇敢挺身檢舉聯合行為」、「參與聯合行為勇敢申請寬恕減免罰則」，顯見聯合行為對經濟影響之重要性及查處之困難度。一直以來，聯合行為都是反托拉斯法執法重點，然因直接證據之取得不易，最高行政法院雖亦肯認得以間接證據證明聯合行為的合意，惟應採取何種程度之間接證據方能證明合意，則尚無一致見解。為落實解決聯合行為執法問題：在修法上，公平會自 1999 年增訂先行政後司法之規定後，鑒於公平交易法（下稱公平法）實施多年以來，聯合行為之蒐證已日益困難，乃參採國際競爭法趨勢，於 2011 年引進寬恕政策，期能利用寬恕政策取得證明聯合行為「合意」的「直接證據」，以有效遏止不法之聯合行為；2015 年再度修法增訂聯合行為合意推定條款，期能更有效打擊不法。在學術上，早於 1995 年，即有學者於其所草擬之公平法條文中建議納入「調查權」及「專屬告發」規定之條文¹，於 2012 年學者亦為文再度主張引進「專屬告發」制度之可行性²；在政策上，公平會 2014 年亦有自行研究報告提要表提出研究報告名稱「公平交易法引進搜索扣押制度之研究」³；2014 年公平會提公平法修正草案時，即有針對限制競爭案件增訂「行政搜索、扣押權」，並新增終止調查制度，亦有立法委員極力倡議賦予公平會有搜索、扣押之執法武器⁴，惟於後並未見於立法院經濟委員會審查會中通過⁵；2018 年初公平會召開 2017 年「年終成果報告」記者會時曾指出，「法務部基於搜索、扣押關係到民眾的財產、隱私權，進而盼公平會能更為謹慎的思量，因此，公平會正研議參照日本的作法與法務

¹ 廖義男，公平交易法之理論與立法，初版，自版，432-435（1995）。提出草擬之條文草案第 55 條第 4 項：「主管機關之人員於檢查時，如情形急迫遲延即有危險時，雖無檢察官或推事簽名之搜索票亦得落實必要之搜索。就此搜索及其重要結果，應當場作成筆錄，並應記載用以認定有遲延危險之相關事實」及第 64 條：「第六十條至第六十二條之罪，須經主管機關之告發，始可論罪。前項告發應以書面為之。提起公訴後不得撤回第一項之告發。」

² 顏廷棟，「聯合行為之執法檢討及展望」，公平交易季刊，第 20 卷第 4 期，44（2012）。

³ 洪萱、梁詠鈞，公平交易法引進搜索扣押制度之研究，公平交易委員會 103 年度自行研究報告（2014）。本件研究報告經作者電詢公平會表示，本研究報告係僅供內部參考。

⁴ 譚淑珍，「公平會積極爭取搜索扣押權」，工商時報，A2 版（2018/1/31）。

⁵ 其理由不外乎在實施搜索扣押後再以推定合意方式論罪恐有主觀強制入罪之嫌、且執法者不具司法官性格，竟具有司法權，在有權無責情況下易流於濫權。詳參立法院公報，第 104 卷第 11 期，院會紀錄（2015）。

部合成成立專屬告發制度的可能⁶。」其後亦有主張可仿效現行派駐行政院相關部會模式，派駐檢察官長駐公平會，以協助重大卡特爾案件之處理者⁷。惟至今日，各項建議作為惜均未見採行。在實際執行上，公平會自 1991 年公平法立法以來，關於聯合行為違反件數統計，迄至 2021 年 4 月止，共計 214 件，其中具指標性案件及處分金額統計：2013 年處分罰鍰金額新臺幣（以下同）125 億元，其中處分「9 家民營電廠合意拒絕調整與台電之購電費率聯合行為案」，原處分罰鍰 63 多億元及其另重為適法處分 60 多億元；2014 年第 2 次重為適法處分 60 億 700 萬元；2015 年「10 家電容器業者聯合行為案」處分金額 57 億 9,660 萬元；2017 年「高通拒絕對晶片競爭同業授權專利技術並要求訂定限制條款等案」處分金額 234 億元⁸。而因採取先行政後司法制度，進入刑事責任的案件數則極少，與 2008 年韓國、日本及臺灣因在美國共謀操縱 LCD 面板價格案，導致我華映公司因此案被美國裁罰 6,500 萬美元，合新臺幣 19 億 5,000 多萬元外，3 位高階主管並因此分別被判 9 個月、7 個月及 6 個月有期徒刑；比較我公平會 2015 年「10 家電容器業者聯合行為案」處分金額 57 億 9,660 萬元，其違反聯合行為應已可以刑事責任苛責之，惟我公平會尚未將相關業者移送刑事責任。此與向來均認定聯合行為嚴重違反競爭秩序應科予刑事責任之政策未見相符⁹。而之所以如此，係因先行政程序進行調查時，因公平法目前賦予公平會之權限，僅得就欲作成行政處分所需之相關證據進行行政調查，但因公平會於聯合行為之違反除應負行政責任外，同時並有刑事責任之規定，公平會如在行政調查同時欲取得保全有關之刑事證據，卻因無行政搜索權限，將致無法掌握相關刑事證據，值此之際似應思檢討改進之道，期能有效遏止聯合行為。

⁶ 譚淑珍，前揭註 4。

⁷ 鄧媛，從聯合行為之合意證明論寬恕政策之實踐，東吳大學碩士專班科技法律組碩士論文，84（2015）。

⁸ 資料詳見公平會，「公平交易統計年報」，<https://www.ftc.gov.tw/upload/57727e53-df33-4eda-adab-eac83ad0fdcd.pdf>，最後瀏覽日期：2021/5/29。

⁹ 公平會前於 1995 年間曾以台北市翻譯商業同業公會理事長方○○於在臺北市○○飯店，召開理監事聯席會議之機會，於會中分別代表其所屬公司及工商行號（即事業），以理、監事身分，達成議訂價目表調整價格之決議，並以台北市翻譯商業同業公會名義作成「議訂價目表」且共同決議生效實施，事後再推由方○○依渠等之合意以台北市翻譯商業同業公會名義印製議訂價目表，並通知該公會之會員派員前來領取，希望各會員確實遵守按此議訂之標準收費，足以影響臺北市翻譯服務供需之市場功能，而共同違反事業不得為聯合行為之規定，函送臺北地檢署偵辦，案經臺灣高等法院以 86 年度上易字第 238 號刑事判決科方○○罰金刑並緩刑 2 年確定。

二、聯合行為之概念與構成要件

（一）概念

聯合行為，乃事業間約定於市場上不為相互競爭之行為，該行為是限制市場競爭最有效及最常見之方法，故各國於競爭法制中對聯合行為莫不加以規範。我國於公平法第 14 條第 1 項規定，本法所稱聯合行為，指具競爭關係之同一產銷階段事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者。聯合行為之作用並不在於組織形式減少競爭主體，而在於透過彼此之合作，實質上限制各競爭主體本來可以採取的競爭手段，從而削弱市場的競爭機能。

（二）構成要件

根據公平法第 14 條第 1 項之定義可知，聯合行為之構成要件為：（1）聯合行為之主體須存在於有競爭關係之同一產銷事業間；（2）事業間之合意方式除契約及協議外，尚包含契約及協議以外之意思聯絡，不論有無拘束力，事實上可導致共同行為者；（3）行為之內容係對商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動等行為予以約定；（4）目的係在相互約束事業活動，以達限制競爭之目的；（5）其效果須足以影響市場商品交易或服務提供之市場功能。以下分述之：

1. 行為主體具競爭關係

所謂「具競爭關係之同一產銷階段事業」，係指 2 家以上事業，彼此間有水平競爭關係者，例如製造商與製造商之間、經銷商與經銷商之間。

公平法第 14 條第 4 項規定，第 2 條第 2 項之同業公會或其他團體藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為本法之聯合行為。按同業公會概念上並無與之競爭之「同一產銷階段事業」，惟同業公會係由彼

此間具有競爭關係之事業所組成之團體，同業公會之組織章程或會務決議之作成，皆係由其會員組成之直接參與，其決定已具有合意之性質，自有受公平法規範之必要，故同業公會或其他團體亦可能成為聯合行為之主體。

2. 合意方式

聯合行為之合意方式，包含書面或口頭、明示或默示之契約、協議或其他方式之合意。所謂其他方式之合意，指契約或協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者均屬之。就未具法律拘束力之合意，學理上可區分為「君子協定」(The agreement of gentlemen)及「一致性行為」(concerted action)，前者指經由情感上、道德上、社會上或經濟地位上所形成壓力下之合意。後者之「一致性行為」則指二個或二個以上之事業，在明知且有意識之情形下，透過類似集會等機會交換經營意見，就未來市場行為達成之共識或了解，均屬公平法所稱之合意。一般情形，事業幾乎不會以簽訂契約或明示之合意方式達成聯合行為，多以暗中勾結或其他方式之合意為之。至於「有意識之平行行為」(價格跟隨行為)，則指在高度透明化的寡占市場中，廠商對於競爭者之行為，通常在很短的時間內即可得知，當產品同質性愈高，市場上將以價格競爭為主要競爭方式，此時廠商對產品價格之決策，往往須視對手之策略而定，甚而採取相同之價格策略，因而造成外觀上一致性之結果，稱之。在此情形，若其間並無合意行為存在，僅因對手行為不得不為相同策略者，即使外觀上趨於一致，仍屬正當之競爭行為，只是行為人必須舉證以實其說¹⁰。

3. 合意之推定

2015年2月4日修正公布之公平法新增第14條第3項規定：「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。」由於聯合行為之成立，以事業間共同決定約束事業活動之合意為要件，然而實務上主管機關公平會取得合意存在之直接證據，往往十分困難，為有效規範聯合行為，實有增訂推定制度之必要。依此規定，主管機關對具體案件

¹⁰ 最高行政法院 104 年度判字第 181 號判決。

之調查結果，並於考量市場狀況、商品或服務之特性、成本及利潤、事業行為之經濟合理性等相關因素後，已可合理懷疑事業間存有合意者，公平會即可基此推定合意之存在，事業若欲推翻此推定，則須提出相關事證說明。

4. 合意之內容

事業與有競爭關係之其他事業共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，均屬聯合行為。按公平法對於聯合行為之規定，係著眼於有競爭關係之事業間，就有關交易競爭之事項，例如約定聯合漲價、限制產銷數量、限制交易對象或交易地區等，彼此消弭競爭，而相互約束事業之活動，進而影響市場之功能者而言。

5. 足以影響市場功能

事業為聯合行為之目的，在於透過共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動，限制市場之競爭，進而影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者而言，若實施聯合行為之結果，不致妨害價格及市場之供需功能，即無禁止之必要。

三、公平會於調查聯合行為時面臨之困境

事業不得為聯合行為，公平法第 15 條定有明文，事業如違反者，依第 34 條規定，應負 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 1 億元以下罰金之刑事責任。但由於聯合行為合意證明不易，且法院對公平會所負擔之舉證責任及證據力之程度，並無一致之標準，復以公平會於實務上執行行政調查時，又無相關之搜索權限可以直接取得一致性行為具有聯合行為之意思聯絡的違法直接證據，因此，改以如據間接證據可解釋行為人間若無事前之意思聯絡，即無法合理解釋其市場行為者，則可推論其間存有意思聯絡¹¹。其後公平會於 2011 年 11 月 2 日認定四家便利商店現煮咖啡有聯合漲價行為案，最高行政法院¹²支持高等行政法院見解，認為公平會所提

¹¹ 此項見解可以最高行政法院 92 年度判字第 1798 號判決為代表。

¹² 最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決。

出聯合行為意思聯絡之相關事證，尚不足以合理推定調漲售價之外觀上一致性行為係出於聯合行為之意思聯絡，故實務上逐漸發展成推定合意之操作模式，公平法亦修法明文肯認之，但發生於寡占事業涉及聯合行為時，關於合意證明之舉證部分上，則尚無法完全得到法院之支持，顯示公平會對「寡占市場」之聯合行為管制面臨一定之困境。以下即從寡占市場聯合行為合意認定之困境說明，凸顯公平法相關行政調查規定不完備，以致於公平會無法完整取得相關證據資料，而在認定事業之聯合行為時乃面臨來自證據不足之挑戰，從而必須以間接證據法則推論有無合意，並進而探討公平會與行政法院對於間接證據之運用情形，及違反聯合行為禁制規定法律效果之先行政後司法之缺陷與寬恕政策成效不彰，說明聯合行為之行政調查時，仍有賴行政搜索權之助力庶竟其功。

（一）寡占市場聯合行為合意認定之困境

目前我國實務上對聯合行為之執法，公平會迄今 2021 年 5 月止已累積作出 214 件處分案件¹³，則有學者以相關實證研究指出，需大規模投資、進入障礙高、廠商數目少、固定成本高等要件而言，寡占程度較高之產業或知識水準高的服務業，發生聯合行為之機率實不應顯著低於家數眾多之競爭型產業或知識水準甚低的鄉間小事業。乃認此種市場集中度較高之事業之聯合行為不易被公平會處分之理由，證諸目前法院見解均認應由執法機關負積極之舉證責任觀點，事業如欲從事聯合行為，亦多轉向以口頭協議為之，即以無直接證據之「一致性行為」方式進行聯合¹⁴，而難以偵測與調查。實則，衡諸我國有關聯合行為之司法實務案例，亦可觀察出公平會面臨寡占事業涉及聯合行為時，漸於舉證（關於聯合行為合意證明之部分）上無法完全得到法院之支持，顯示公平會對「寡占市場」之聯合行為管制似面臨一定之困境。

「間接證據法則」既係因應能證聯合行為合意（一致性行為之主觀意思合致）之直接證據缺乏所發展，對於聯合行為合意之證明應有所助益，惟從我國司法實務運用間接證據法則之案例出發，觀察系爭市場屬「寡占市場」者，兩造之爭點、公

¹³ 公平會網站，「案件辦理情形統計」，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docList.aspx?uid=540&mid=49>，最後瀏覽日期：2021/5/29。

¹⁴ 馬泰成、洪德昌，「事業聯合行為被判違法之因子分析」，公平交易季刊，第 9 卷第 2 期，54（2001）。

平會答辯與法院見解之表明等，其後即得發現間接證據法則運用於寡占市場上存有一定待解之問題，而問題之發生源自我國公平會與法院間之不同見解。

1.聯合行為之舉證責任

實務上法院均認聯合行為之構成要件應由執法機關即公平會負舉證責任，例如臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1300、1320 及 1688 號判決（海國煤氣行等聯合行為案等）中表示：「各國競爭法主管機關對於一致性行為，雖多認為得以間接證據認定事業有無意思聯絡，惟無論歐盟或德國，對於以間接證據推論一致性行為係基於事前合意，皆須其行為係唯一可信之說明或達接近確定之機率，並應由主管機關負完全之舉證責任。」臺北高等行政法院在 100 年訴字第 506、568 及 824 號判決（正隆紙業等 3 家公司聯合行為案）表示：「證據評價、待證事實證明度之高低及舉證責任之分配，乃為影響上開爭點結論之重要因素。基於依法行政下之行政合法及合要件性之要求，行政罰之要件事實之客觀舉證責任歸於行政機關。被告既以原告等違反聯合行為之禁止規定為由而裁處罰鍰，則原告等之行為是否符合（舊法）公平交易法第 7 條聯合行為之構成要件，如經法院依職權調查，事實仍陷於真偽不明，其不利益即應歸於被告（即公平會）。」更直接表明由執法機關負積極之舉證責任。

2.有直接證據之合意

在有直接證據以證明聯合行為合意案例，對公平會執法可謂極其方便，而業者之所以留有該項證據，除了公平法施行之初，相關業者尚未對聯合行為之違法性有所認識外，其於達成聯合行為合意時，業者為了彼此之間有明確之保證必定遵守立下之承諾，乃以書面明定應遵守之條款或（並）規定違反時之違約處罰。例如：高雄市 5 家信用合作社 1992 年於其常務理事會暨信用業務小組工作會報討論訂定利率調整標準並作成會議紀錄¹⁵；前臺北縣汐止地區 16 家桶裝瓦斯分銷業者 1999 年在該地區某海產店舉辦「不具組織性的社交性聚餐」，藉中油公司調整氣價時機聯合漲價¹⁶；宜蘭縣頭城區漁會及 8 家賞鯨船業者 2009 年藉由宜蘭縣賞鯨推廣協會召開理

¹⁵ 公平會（81）公處字第 023 號處分書。

¹⁶ 公平會（88）公處字第 129 號處分書。

監事會議之時機，提案討論、決議，並於出航前透過協調調度等其他方式之合意，對於宜蘭烏石漁港至龜山島、周邊海域相關賞鯨旅遊服務市場，共同決定服務之數量、交易對象等相互約束事業活動之行為¹⁷；臺灣省建築師公會 1994 年間自行訂定「會員設計權益維護辦法」，依該辦法第 9 條「經本會維護設計權益之案件，在未銷案前，本會其他會員不得接辦，違者以違反公約論處。」此之論處亦即依該公會章程第 9 條第 1 款予以停權處分，停止會員各項享有之權利，顯已直接限制所屬會員建築師為特定交易行為，並有違反時之處罰，而有妨礙公平競爭之虞¹⁸。

公平會於取得直接證據證明合意之後，當應依公平法規定移送檢察署偵辦。公平會前於 1995 年間曾以台北市翻譯商業同業公會理事長方○○於臺北市某飯店內，召開理監事聯席會議之機會，於會中分別代表其所屬公司及工商行號（即事業），以理、監事身分，與其他會員間達成議訂價目表調整價格之決議，並以台北市翻譯商業同業公會名義作成「議訂價目表」後生效實施，事後再推由理事長依渠等之合意以台北市翻譯商業同業公會名義印製議訂價目表，並通知該公會之會員派員前來領取，希望各會員確實遵守按此議訂之標準收費，足以影響臺北市翻譯服務供需之市場功能，而共同違反事業不得為聯合行為之規定，函送臺北地檢署偵辦，案經臺灣高等法院以 86 年度上易字第 238 號刑事判決，科理事長方○○罰金刑並緩刑 2 年確定¹⁹。

3.以間接證據法則推論合意之存在

有意識之平行為與一致性行為之最大關鍵區別，即在寡占事業彼此之間有無意思聯絡。在寡占市場中，事業外觀上之一致性行為，究係屬無意思聯絡之有意識平行行為，抑或有意識聯絡之一致性行為，特別是在無直接證據時，如何以間接證據

¹⁷ 公平會（98）公處字第 098141 號處分書。另公平會（81）公處字第 030 號處分書，公平會（81）公處字第 057 號處分書，公平會（84）公處字第 004 號處分書，公平會（85）公處字第 005 號處分書，公平會（85）公處字第 068 號處分書，公平會（85）公處字第 100 號處分書，公平會（85）公處字第 111 號處分書，均有直接證據書面者。

¹⁸ 公平會（84）公處字第 143 號處分書。

¹⁹ 惟以間接證據認定業者聯合行為之合意而作成行政處分者，則未有進一步移送刑事責任之案件，顯見於行政處分作成之當下，如未立即取得刑事證據，而僅以間接證據欲證明日後之刑事責任有其困難。對本判決之評述詳見本文三之（二）之先行政後司法之缺陷。

證明或合理推定寡占事業彼此之間確有意思聯絡，如使用間接證據應達到之證明程度如何，為聯合行為以間接證據法則推論合意之存在與否之最大難題。

在公平會之見解，其在相關處分案之處分理由均表示認定合意之間接證據，需達「外部行為一致性之唯一合理解釋」程度，例如在遠東航空股份有限公司聯合行為處分案²⁰表示：參酌各國競爭法主管機關「一致性行為」理論之執法經驗，事業間倘在主觀上有意識採行一致性共識行為，並可期待他事業亦採行相同之共識行為（惟該共識並不當然須形諸於文字，或以共同擬定計畫為必要），且在客觀上已導致外觀之一致性者，屬聯合行為態樣之一，而予以禁止；惟為區隔單純之事業平行行為與違法之「一致性行為」，論斷上得依事業間有相同或類似之外在行為，且事業間曾有意思聯絡，例如經由公開與競爭有關之敏感性市場訊息，以相互傳達營業策略，或直接進行商業情報之交換等，予以證明達成聯合行為（卡特爾）之合意；抑有進者，尚得以其他客觀間接證據（如誘因、經濟利益、漲價時間或數量、不同行為的替代可能性、發生次數、持續時間、行為集中度及其一致性等。在日本，亦有學者認為在事業之間彼此交換資訊之行為，雖法無明文規定，但此等行為有可能成為意思聯絡之方式，因此，在實務上仍會斟酌其所交換之資訊內容、方式、頻率及其產生之影響，以推定為意思聯絡之間接間證據²¹；另亦有學者認為資訊交換行為是事業間之交流溝通行為，若彼此之間更進一步探討相關細節，即可判斷之間之意思聯絡行為²²，可資參考），判斷事業間已有意思聯絡，且為其外部行為一致性之唯一合理解釋，又事業之意思聯絡，在客觀上未必先存有預定的計畫方案，其藉由直接或間接方式，如利用市場資訊之公開化，間接傳達相互之營業策略，或直接進行商業情報之交換等，均屬之。則雖被處分人等固堅稱其無主觀之意思聯絡，惟其客觀上一致性之聯合行為，倘經經濟分析及評估後，並無合理之理由足以說明該一致性行為非屬合意，即有違反公平法「聯合行為」相關規範之虞。是其所採者為「無合理可疑」之程度，與後述部分行政法院之證明標準見解相同。

相同見解在最高行政法院亦認為，在無法掌握聯合行為之直接證據情況下，應探求市場各種有關行為之「重要、明顯且一致之跡象，且不得以孤立之單一跡象證明聯合行為之存在，從事整體之判斷」，最高行政法院 92 年度判字第 1798 號判決

²⁰ 公平會（90）公處字第 001 號處分書。

²¹ 幕田英雄，論点解説 実務独占禁止法，初版，商事法務，48-50（2017）。

²² 幕田英雄，公取委実務から考える 独占禁止法，初版，商事法務，56-59（2017）。

理由書（北誼興業股份有限公司聯合行為案）即同此意旨，明載：「執法機關對於聯合行為取得合意之直接證據（例如書面會議紀錄）有困難時，應採『合理推定』之方式，詳而言之，具有水平競爭關係之諸事業間，有無意思聯絡，而為共同行為致影響市場供需功能，除了少數有直接證據之情況外，一般而言，事實層面之認定與證據資料的掌握並不容易。因此在聯合行為之監控上，事業彼此間是否有聯合行為之意思聯絡，往往必須採用合理推定的方式。換言之，如市場上多數業者同時並且以相同幅度調整價格，然市場上並無客觀之供需變化因素可資合理說明，應可合理懷疑及推定業者就該次價格調整，存有聯合行為之『意思聯絡』。要推翻此項『推定』，需行為人『合理說明』或證明，其價格之調整乃市場上客觀之供需變化因素所致」。申言之，當事者之企業，為共同一致之行為，自該各個企業之個別利益觀點而言，無從解釋之，僅能基於有共同之目標及計畫加以了解時，即可認為有該等合意存在。」另於 103 年度判字第 438 號判決（嘉義市瓦斯分銷者調漲桶裝瓦斯零售價格之聯合行為案）亦表示：「在聯合行為的認定上，縱無直接證據可資證明事業間存有聯合行為之合意，然若透過間接證據之採證可合理推論若非事業間採取聯合行為，否則無法合理解釋市場上一致行為現象時，即可推論聯合行為為合意之存在，亦即在聯合行為乃事業間外部行為一致性之唯一合理解釋之情形下，可認定該等事業間有聯合行為。」觀之上開文字，可知最高行政法院僅以「合理推定」、「合理懷疑」，而非刑事訴訟之需達「一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實」之程度說明聯合行為合意之證明程度。

上述公平會與行政法院均採相同之見解，但在其他行政法院則有不同之見解，在連鎖超商調漲含乳咖啡案，公平會認為被處分人等同步調漲現煮咖啡零售價格具有一致性之外觀²³，最高行政法院²⁴最終認為，所謂有意識之平行行為係指事業彼此間並沒有主觀意思聯絡，而源於客觀之市場結構，於市場上因一事業採取行動後，其他事業亦隨之跟進，造成外觀上同一形式之行為，而此等行為多存於寡占市場間，若經評估結果，認為如不採取同一形式之行為，將導致同業競爭者或市場交易相對人實施對抗措施，經濟上係屬不理智，乃跟著看齊而為有意識之平行行為。因之，

²³ 公平會公處字第 100220 號處分書。

²⁴ 最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決。

如無法證明行為之合意，則有意識之平行行為不過為寡占事業於寡占市場相互依賴性下所為之合理行為²⁵。

其後於 2015 年 2 月 4 日修正之公平法第 14 條第 3 項規定：「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。」賦予主管機關得以相當依據推定聯合行為之合意要件，以解決實務上面臨聯合行為之直接證據證明之困難，雖新修正條文已就推定合意之認定依據為規定，惟就採證之標準為何，法規本身尚乏明確，有認本項之規定係減輕公平會之舉證責任，公平會之舉證必須達到聯合行為之意思聯絡之程度²⁶，亦有認為依據間接證據可達到相當蓋然性，即可為合理性推定，不須達唯一合理解釋之程度²⁷，亦有主張如欲以間接證據推定聯合行為合意，應至少達高度蓋然性之程度者²⁸，見解尚非一致，仍有待法院日後以判決充實之。

（二）先行政後司法之缺陷

各國對於卡特爾行為之制裁體系，美國、加拿大及愛爾蘭等國屬於刑事制裁，而歐盟、韓國、英國、德國、法國及日本等則偏用行政制裁，我國對於聯合行為之處罰，在立法初期為遏止卡特爾行為及貫徹公平法之實施，原僅採刑事責任，其後於 1999 年第一次修法時，為圖避免執法對於產業面影響過大，以及刑罰謙抑之思想，改採行「先行政後司法」立法政策，此種政策，可能產生之問題在於，其一，先行政是否即表示在行政調查程序進行中，無須取得刑事犯罪證據，問題是無搜索權亦無法取得，其二，其後公平會依公平法第 40 條先行政處分後，事業如再次違反者，屆時之前之犯罪證據可能已經遭藏匿或已滅失，於後司法階段是否仍有可能取得，如無可能，則後司法程序之規定將成具文。因之，對於違法行為先行實施行政處罰之行政調查程序時，搜索權之賦予將是日後於後司法程序時刑事責任成立之唯一依

²⁵ 本案鮮乳案二案為寡占市場聯合行為合意推論之代表案件，若與更早之中油台塑案對照，更可以看出公平會所面臨的寡占市場聯合行為合意認定之困境。

²⁶ 吳秀明、沈麗玉，「打擊聯合行為法制之晚近變革」，月旦法學雜誌，第 233 期，231（2014）。

²⁷ 廖義男，「寡占市場之平行行為或聯合行為之區別及判斷—從行政法院之相關裁判觀察」，法令月刊，第 67 卷第 5 期，122（2016）。

²⁸ 顏雅倫，「聯合行為之合意推定—美國反托拉斯法之比較研究」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期，70（2019）。

據，否則將降低違法嚇阻效果。實際上因為違反公平法之聯合行為經公平會行政裁罰後移送檢察機關者，為數並不多，況亦混淆行政與刑事制裁制度，導致行政權與司法權之衝突，因此實施成效不彰，學者亦為文批判²⁹，有無檢討必要？不無討論餘地：

1. 處罰之對象

依公平法第 40 條第 1 項規定「主管機關對於違反第九條、第十五條、第十九條及第二十條規定之『事業』，得……」，行政處罰之對象係事業，非行為人，而依第 34 條規定「違反第九條或第十五條規定，經主管機關依第四十條第一項規定限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，而屆期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為者，處『行為人』……」，則係以行為人為刑罰處罰對象。則既然自然人未在先行之行政階段中受處罰，何以於後司法之階段成為刑罰處罰對象？法律規定本身有問題。

先行政後司法，法律之適用或解釋上應有其一貫性，亦即，欲成為後司法之刑事處罰對象者，必須同時也為先行政程序之處罰對象。是以，只有在行政處分書上被指稱之處分對象方可為後司法之刑事處罰對象。實務上，對於事業違反公平法相關規定或於公會主導召開會員會議涉及聯合行為時，向來公平會於處分書上載明之被處分人除公會外，並列有代表人姓名，此際行政處分之客體依公平法第 40 條第 1 項規定，係指該事業而言，殆無問題。須注意者，「先行政後司法」於公平法第 40 條規定應受行政處分者為事業，並非行為人，公平會於先行政階段如欲將行為人併同處罰時，得逕依行政罰法第 15 條規定³⁰處罰之，當無問題。但在為刑事處罰時，因公平法於先行政明定僅限「事業」，而未將行為人列入，因之，行為人既未被列入先行政之行政處罰對象，適用上自是無法成為後司法之刑罰客體，否則即有違罪

²⁹ 顏廷棟，前揭註 2，42；黃銘傑，「讓行政的歸行政，司法的歸司法—跳脫『先行政後司法』後之『先行政無司法窘境』」，且法學雜誌，第 201 期，111-113（2012）。

³⁰ 行政罰法第 15 條第 1 項規定，「私法人之董事或其他有代表權之人，因執行其職務或為私法人之利益為行為，致使私法人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人如有故意或重大過失時，除法律或自治條例另有規定外，應並受同一規定罰鍰之處罰。」第 2 項規定「私法人之職員、受僱人或從業人員，因執行其職務或為私法人之利益為行為，致使私法人違反行政法上義務應受處罰者，私法人之董事或其他有代表權之人，如對該行政法上義務之違反，因故意或重大過失，未盡其防止義務時，除法律或自治條例另有規定外，應並受同一規定罰鍰之處罰。」

刑法定主義原則。顯然，在現行公平法第 40 條規定之下，適用上將僅限於法人被科以罰金刑，行為人即自然人部分則無成為刑罰客體之可能性之怪異現象³¹。

司法實務上，如在先行政階段未被列為處罰客體者，於後司法即無刑事責任成立之可能，於下列案例中雖旨在說明新舊法適用問題，但同時亦在說明如未在先行政程序中被處罰，則無可能成為後司法刑事處罰之對象：在「苟有行為人於本法修正公布前即已違反公平交易法第十四條之聯合行為（即圍標行為），則是否須受新法所定之『先行政後司法』原則之拘束？」一案中³²，法務部研究意見：「參照行政院公平交易委員會八八年四月七日（八八）公字第○○九六六號函意旨」，認本件以採乙說即「應依修正後之公平交易法第三十五條依『先行政後司法』」之原則辦理。理由：「按公平交易法固於修正後既已改採『先行政後司法』之原則，則偵辦所謂圍標行為，自應依修正後之公平法第三十五條辦理」為當。相同見解在法律問題：「公平交易法第三十五條第一項修正為違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定者，須經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為，始處以刑罰。對於修正前之觸法者，皆未經行政糾正程序，即被提起公訴（或自訴）之案件，法院應如何處理？」一案中³³，司法院轉臺灣高等法院研究意見認以乙說，即：「無罪」為當，理由為：「公平交易法第三十五條第一項之修正，改採先行政後司法之原則，係構成要件之變更，對於行為人較為有利，依刑法第二條第一項所揭示之從新從輕法則，對於修正前之違法行為，仍應適用修正後之規定，未經行政糾正程序，即不該當犯罪構成要件，應諭知無罪。」在法院判決部分，如：最高法院 88 年度台非字第 277 號刑事判決³⁴、臺灣花蓮地方法院 88

³¹ 公平會在（85）公處字第 100 號處分書以台北市翻譯商業同業公會召開理監事聯席會議制定新價目表違反聯合行為規定處分被處分人台北市翻譯商業同業公會代表人方○○君，此公平會之處分書處分對象應係指公會，而非代表人，本案檢察官將代表人起訴，臺灣高等法院以 86 年度上易字第 238 號刑事判決將代表人方○○判處罰金刑，緩刑 2 年，惟並未於判決理由說明何以方○○於未被行政處分之下得以成為刑事處罰客體，本文認為顯有違反先行政後司法之原則。

³² 法務部（88）法檢字第 001179 號函。

³³ 司法院（88）廳刑一字第 22205 號函。

³⁴ 判決略謂「……行為人曾否經中央主管機關依同法第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為，為其構成要件，已詳如前述，則是否有此前提要件行為，關係被告所為是否構成上開法條之罪，原審未詳予調查，仍依想像競合犯從一重依修正前之公平交易法第三十五

年度訴字第 79 號刑事判決³⁵及臺灣花蓮地方法院 88 年度訴緝字第 30 號刑事判決³⁶等亦均持相同見解³⁷。

2. 法院審查範圍

此涉及公平會作為極度專業之競爭法主管機關的專業意見是否應受到相當尊重，參照臺灣高等法院暨所屬法院 88 年法律座談會刑事類提案第 55 號³⁸，就此最終

條規定處斷，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，致適用法令發生疑義，且於判決之結果顯然有影響，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。案經確定，且不利於被告，為維持被告審級利益，應將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。」

³⁵ 判決略謂「……中央主管機關於被告行為時雖無從依修正後之法律命其停止、改正其行為或採取必要之措施，惟本件裁判時，上開關於『先行政後司法』之規定，既已成為犯罪構成要件之部分，中央主管機關不及行使公權力，無從依修正後之法律命其停止、改正其行為或採取必要之措施，此項反射效果有利於行為人，依上述刑法第二條第一項『從新從輕』原則之規定，其利益自應歸屬於行為人。是本案不能證明被告犯罪，應對被告為無罪之諭知。」

³⁶ 判決略謂「……惟本件裁判時，上開關於『先行政後司法』之規定，既已成為犯罪構成要件之部分，中央主管機關不及行使公權力，無從依修正後之法律命其停止、改正其行為或採取必要之措施，此項反射效果有利於行為人，依上述刑法第二條第一項『從新從輕』原則之規定，其利益自應歸屬於行為人。是本案不能證明被告犯罪，應對被告為無罪之諭知。」

³⁷ 作者查詢法源法律網發現其後迄今 20 年間均無法院受理之違反聯合行為之刑事案件。

³⁸ 討論意見：甲說：（否定說）。（一）考諸公平法第三十五條有關「先行政後司法」之修法說明，係謂：「基於比例原則，對於違法行為之制裁，倘有許多措施可行者，宜先用輕罰，俟未能遏止目的時，始動用重罰。而刑罰為國家對於不法者最後且重之制裁手段，如以行政罰手段足以達管理目的，即先循行政罰手段。本法為經濟法，須配合國內經濟環境，為最適之管理。現行條文對於濫用市場獨占力量等行為逕處刑罰之規定，施行以來迭經業者反映過於嚴苛，學者專家亦多次建議經濟秩序行為之管理，宜以行政處理為優先。且本法存有若干不確定法律概念，如『其他濫用市場地位』、『競爭關係』等，尤須先有行政權介入以為預警。故本條對於違反第十條、第十四條及第二十條規定之處罰，宜改採『先行政後司法』之處理原則。即基於比例原則及先期預警等由，修正為先由公平交易委員會為行政處理後，無效果，再移由司法機關處以刑責」。基於公平會為公平法之主管機關立場，對於公平會本於專業性判斷所為之行政處分，應要求法院儘量予以尊重，以落實前開「先行政後司法」原則之立法目的，並提高公平會執法之公信力。（二）公平法第二十八條規定，公平會依法獨立行使職權，故上開構成要件要素乃客觀事實存在與否問題，故受理公平法第三十五條第一項案件之司法機關僅須就公平會處分命令之存否、事業是否逾期未依該命令為停止、改正或採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似行為等事實加以審酌，而不及於公平會處分命令當否。（三）就行政處分之公定力而言，在處分未被撤銷前，其他機關應予尊重。且主張行政處分具備要件效力之見解，以行政處分除有限制原處分機關、處分之相對人或利害關係之第三人之外，對其他之人、行政機關，甚至法院，均要求其尊重該有效之行政處分，於其行為或做成決定時，應以該行政處分存在或內容為構成事實之基礎。且循本次修法意旨以觀，係對於行政處分未達遏止不法者，

係採取如下之形式審查說之見解：「按公平會所為行政處分之存在，固為行為人犯公平交易法第三十五條第一項或三十六條案件之構成要件的一部，惟有關行政處分違法與否之判斷，係專屬於行政法院之權限（參照修正後行政訴訟法第十二條），一般法院不宜介入；故刑事法院僅宜就公平會行政處分之存在，為形式上的審查，如處分書有無合法製作完成？有無合法送達？或有無行政程序法第一百十一條所定無效之事由存在等，而不及於行政處分之實質合法性。且以行政處罰作為刑罰之構成要件者，建築法已有前例，司法實務上亦僅作形式審查。」本項座談會討論內容及其決議所涉究係在確認主管機關是否有作成合法之行政處分抑或在認定行政處分所依據之行政調查所得之證據資料可否作為法院刑事責任之判斷，本文認為臺灣高等法院此項座談會見解，對於公平會於第一次之行政處分實體部分雖係給予絕對之

始科以刑罰。（四）行政處分本身已有訴願及行政訴訟等救濟管道，為避免認定不同造成執法之矛盾，司法機關似不宜再為審查。且修正後行政訴訟法第十二條規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟確定之。（第一項）前項行政爭訟已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。（第二項）」據此可認法院應受公平會處分之拘束。

乙說：（肯定說）。（一）按公平交易法第三十五條第一項之犯罪構成要件，係以行為人違反第十條、第十四條或第二十條第一項規定，且經公平會依公平法第四十一條處分而不遵從，或停止後再為相同或類似違反行為為要件。此項犯罪類型，並非行為人違反公平交易法任何規定且經公平會處分而不遵從即可構成，而僅限於違反第十條、第十四條或第二十條第一項者，其考量點即在於該等行為較諸其他違反公平交易法規定（但第二十三條除外）之行為，有較重之非難性。則行為人是否有違反第十條、第十四條或第二十條第一項規定、是否經公平會處分等，均為法院必須加以審查之要件；如審查結果，行為人並未有前開較具非難性之違反公平法行為，卻被公平會處分，法院基於正確適用法律之立場，不可能置而不論，而逕以行政機關之違法處分，做為科處行為人刑責之基礎，故司法機關當可就受理之個案所涉公平會處分適法與否予以審查。（二）公平法第三十五條第一項之修正係為增加執法者之彈性，經濟法本身偏重於合目的性之考量，但仍不可逸脫公平、正義、安定及平等等考量。公平法條文本本身因存在許多不確定之法律概念，其不確定性過高，而執法者彈性考量之結果，有時反而無法達到原有之政策目的。且公平會仍屬行政機關，所為行政處分自應接受法院之審查，不得以判斷餘地或獨立機關職權等由排除法院之審查。（三）對於國家賠償事件之處理，有認為行政處分違法時，該行政處分不具公定力，雖未經法定程序以撤銷，法院仍可逕行認定行政處分違法。或謂當行政處分之適法與否或有效與否成為刑事判決之先決問題時，因刑事判決涉及人民人身自由權利之重大侵害，法院就構成該等犯罪之各種要件及事實，均有審查及認定之權限，尚不得以該行政處分具公定力而排除法院之權限。

丁說：（折衷說）

公平法本身涵攝專業之經濟法理論，且法律明文規定公平會依法獨立行使職權，是於事實認定部分，除非違反法律或有重大瑕疵，原則上應以公平會處分為準；僅於適用法律部分，得由司法機關自主審查。

尊重，惟可否於此導出公平會於第一次行政處分前所為之行政調查內容可得用於法院論斷刑事責任之參考，不無問題，本文認為此究僅為座談會見解，對於各級法院尚無任何拘束力。而公平會於法院實務上似亦尚無此主張之先例可稽。

（三）寬恕條款運用之現況

我國自 2011 年引入「寬恕政策」迄今，總計受理 8 案 15 件申請；經該會通過的「寬恕政策」申請案則有 2012 年光碟機事業聯合行為案、2015 年鋁質電容器事業聯合行為案、2015 年鉅質電容器事業聯合行為案，總計 3 件，罰鍰總金額近新臺幣 58 億元。雖然立法院決議認為公平會「執行寬恕政策適用之案件似偏低」，公平會則答復「韓國……自 1996 年訂定寬恕政策規定，至 2004 年 9 月，於長達 8 年之期間，僅有 5 件申請案例……本會……於寬恕政策施行初期，即有 1 件成功申請案件」，「除前述第 1 案外，104 年度亦有 2 件個案適用寬恕政策」，說明該會已致力於向事業宣導溝通，並反覆鋪陳國際競爭法執法機關同儕之間上述「一貫」說理：強調「加強申請要件及適用效果的明確性與可預測性，以提高事業申請誘因」、「可對事業形成嚇阻效果，避免勾結的惡質卡特爾活動形成」³⁹。

德國自 2000 年導入「寬恕政策」後，至 2006 年間申請適用寬恕政策之案件數（每個寬恕申請者算 1 件申請案件），分別為 2001 年 2 案（10 件）、2002 年 4 案（21 件）、2003 年 2 案（16 件）、2004 年 5 案（7 件）、2005 年 13 案（69 件）及 2006 年 6 案（7 件）。德國自 2006 年 3 月修正「寬恕政策」，次年（即 2007 年）後，至 2016 年間申請適用寬恕政策之案件數（每個寬恕申請者算 1 件申請案件），分別為 2007 年 41 件、2008 年 42 件、2009 年 24 件、2010 年 56 件、2011 年 41 件、2012 年 51 件、2013 年 66 件、2014 年 72 件、2015 年 76 件及 2016 年 59 件⁴⁰。

³⁹ 參閱：2015 年立法院議案關係文書，院總第 887 號政府提案第 15100 號之 142，以及 2016 年立法院議案關係文書，院總第 887 號政府提案第 15350 號之 723，除上述兩件公平會依立法院決議提交的專案報告書，以及，於 2014 年 2 月間向立法院提出的院總第 887 號政府提案第 14717 號之 906 類似內容報告外，公平會並未再公開揭露關於「寬恕政策」申請件數、所涉及違法聯合行為案或相關處分內容。另參：王銘勇，「公平交易法寬恕政策與檢舉獎金辦法之分析與檢討」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期，152-160（2017）。

⁴⁰ 石世豪，各國競爭法寬恕政策實施成效之研究，公平交易委員會 106 年度委託研究報告，146（2017）。

吸引目光之焦點，在於即使德國聯邦卡特爾署宣稱「寬恕政策」已是該署發現卡特爾的核心調查工具，該署並未倚賴「寬恕政策」而弱化打擊違法卡特爾所需行政資源。反之，該署一方面從 2012 年起，於官方網站建置匿名檢舉系統（anonymes Hinweisgebersystem），又在負責取締違法卡特爾的「特別委員會（Sonderkommission）」中指派專人受理，並將聯絡電話公布於該署官方網站上，持續擴大「寬恕政策」受理管道。此外，該署自 2005 年起設立第 1 個配置法務及搜索專業人員的打擊「惡質卡特爾」專責部門，其後又陸續在 2008 年、2011 年分別設立第 2 個及第 3 個打擊「惡質卡特爾」專責部門，並且在 2009 年設立資訊科技鑑識（IT-Forensik）單位，不斷強化其調查能量及配合俗稱「出其不意（dawn raid）」的搜索行動所需資訊後勤支援能力。易言之，除了搜索、扣押所需的強制處分權之外，精準鎖定目標、完整掌握證據資料的專業鑑識能力，更是執法機關打擊惡質卡特爾所需行動力量的堅實後盾。其實，即使單就「寬恕政策」實施成效而言，「出其不意」無可閃避的精準採證及猝不及防（隨時可能「閃電出擊」）的執法效果，對於參與卡特爾事業及其負責人員所形成的心理壓力，更可以搭配「窩裡反（寬恕政策）」換取減免處罰的誘因機制，大幅提升事業配合競爭法執法機關取締違法卡特爾的驅力及動機⁴¹。

觀察我國導入「寬恕政策」以來的實施經驗，迄今公平會同意適用「寬恕政策」案例僅 3 件、檢舉獎金也僅核發 2 筆，甚至遭立法院質疑公平會「執行寬恕政策適用之案件似偏低」。然而，對照美國、德國先後實施「寬恕政策」歷程，在導入初期都出現「乏善可陳」的低度利用情形；俟相關制度根據施行經驗校準調整，以較為精確的誘因機制重新推動，後續也都能提出「卓越」成績。韓國跟進實施「寬恕政策」，導入初期也明顯未達成預期之政策目標。我國作為該制度「後進」追隨者，藉由模仿與跟進持續修正、調整「寬恕政策」框架及內涵，是否能在未來執法表現上拿出相應成績，值得持續觀察並探索其中執法工具利鈍問題，務實檢討改進⁴²。

而回歸「寬恕政策」誘因機制設計本旨，其實不難發現，提高競爭法執法機關發現並掌握違法聯合行為不法事證的調查能力，才是「重罰」規定在眼前就可以讓理性計算者放棄違法企圖的嚇阻力量來源。據此，建置一套有效連結（跨刑事、行政、民事等各相關領域）法律適用、資訊科技、鑑識科學等專業能量，連同傳統競

⁴¹ 石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究－美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第 26 卷第 2 期，137（2018）。

⁴² 同上註，139。

爭法原本就迫切需要的產業調查、經濟分析、法庭應訴等執法專業能力一併強化，方能真正強化「寬恕政策」的制度誘因，同時又不減損「重罰」在眼前就具備的威嚇作用⁴³。因之，如何精準借鏡外國既有經驗，在各國「寬恕政策」趨同發展的同時慎選效法對象，針對我國產業條件及競爭法、（行政）制裁及調查、損害賠償及訴訟救濟等相關配套法制持續磨合精進，提升公平會取締違法聯合行為與私人（協助）執法的規範實效，學者爰認還有不小的未來努力空間。

四、增訂行政搜索為解決方法

（一）嚴懲聯合行為乃國際規範趨勢

聯合行為因其惡害嚴重，成為各國競爭法主管機關執法之優先目標，如美國依休曼法（Sherman Act）第 1 條將聯合行為視為重罪，一經定罪，對營利事業得處以 1 億美元以下罰金，對個人則得處以 10 年以下有期徒刑、或科或併科 100 萬美元以下之罰金。而歐盟和德國競爭法則對違法事業得處以上一年度營業總額 10% 以下之罰鍰，不受法定最高罰鍰額度之限制。國際上，經濟合作及發展組織（The Organization for Economic Cooperation and Development, OECD）亦將其視為競爭法上最嚴重之違法行為，並列為反托拉斯法所應優先執法之項目。美國聯邦最高法院更直指此等聯合行為乃「反托拉斯之極致邪惡」（the supreme evil of antitrust）。皆可佐證其負面評價。例如美國休曼法第 1 條對於卡特爾之共謀行為，即以重罪視之。該國司法部（U.S. Department of Justice, DOJ）對卡特爾之勾結行為，稱之為「衣冠楚楚的竊賊所為的偷盜勾當」（theft by well dressed thieves），易言之，乃視聯合行為從消費者荷包中獲取不法利益之作為與盜賊之犯罪行為無異。又如德國限制競爭防制法（Gesetz gegen Weabewerbsbeschrinkun-gen, GWB）第 1 條，亦開宗明義對聯合行為加以規範，代表聯合行為亦屬於該國競爭法首要之核心規範⁴⁴。

⁴³ 同上註，140。

⁴⁴ 吳秀明、沈麗玉，前揭註 26，197-198。

（二）聯合行為與貪污案件均屬白領犯罪

國內犯罪學者許春金將聯合行為與貪污案件都歸類於白領犯罪（White-collar crime）⁴⁵，白領犯罪一詞係由美國犯罪學家蘇哲蘭（Sutherland, E.）於 1939 年在美國社會學年會中以會長身分發表演說時，首次採用。其將白領犯罪定義為「富有及有權者利用其在工商業界的地位為個人利益進行的違法活動」，而隱匿性及追訴困難為白領犯罪之主要特徵⁴⁶。

1. 偵辦貪污犯罪之破案關鍵

偵辦貪污犯罪最難發掘的一環即為客觀事證的證據取得，以證明貪污犯罪者收受賄賂的主觀犯意，為使犯罪嫌疑人對於犯行自白之首要關鍵因素，在於所蒐獲證據之證明強度⁴⁷，故對犯罪嫌疑人實施搜索之強制處分，以發掘真實，於搜索時廠商行賄之帳目鉅細靡遺，記載完整，因證據被搜出而自白認罪⁴⁸。

2. 偵辦貪瀆案件之啟示

多數貪污案大多因行賄者被突破而瓦解公務員貪污行徑，突破的關鍵因素在於充分運用貪污治罪條例、刑法等對自白者緩起訴及搜獲關鍵帳目及行賄筆記或紀錄，因而在理性選擇判斷下，為免被羈押因而認罪供出整個行、收賄模式，研究指出羈押對整個貪污案是具有威嚇作用，尤其是對於行賄廠商更具效果，另對於公務員的部分，除羈押外更需搭配證人保護法窩裡反條款，對於始終保持緘默的犯罪嫌疑人具有突破性之效果⁴⁹，由於公平法施行近 30 年來，實務上查緝聯合行為在直接證據的調查與採證上，確有漸趨困難之趨勢，從競爭法執法機關之角度觀之，搜索

⁴⁵ 許春金，犯罪學，初版，自版，599-604（2007）。

⁴⁶ 蔡德輝、楊士隆，犯罪學，初版，五南出版社，265-270（2006）。

⁴⁷ 皮竹影，影響貪瀆案件自白因素之研究，世新大學國際廉能治理碩士在職學位學程碩士論文，19（2015）。

⁴⁸ 陳永鎮，公務員貪污犯罪行為歷程及其決意影響因素之研究，中央警察大學犯罪防治研究所博士論文，257-258（2015）。

⁴⁹ 同上註，259。

扣押實屬必要且有效率之執法工具。尤其在聯合作為的查處上，配合寬恕政策之實施，搜索、扣押儼然已成打擊聯合行為不可或缺之工具之一。觀察各國執法經驗，當聯合行為成員之一檢舉相關事證向主管機關提出寬恕條款之申請後，主管機關為有效且及時取得關鍵事證，常須透過搜索、扣押等手段，對其他聯合行為成員之辦公室、營業處所或負責人之住居所等進行所謂之拂曉突擊（dawn raid），進行後續蒐證，俾有效偵破與查處違法卡特爾案件⁵⁰。對照偵辦貪污案件使犯罪嫌疑人自白認罪之模式，而相對應於聯合行為之查處，為免羈押之威嚇等同於公平法第 34 條、第 40 條對於聯合行為之罰則，而證人保護法之減免罪責則等同於公平法第 35 條所定之寬恕條款，而要取得聯合行為之廠商或自然人俯首坦承之利器，在於藉由搜索而取得之關鍵證據。

3. 本質上聯合行為未完全排除構成刑事犯罪之內涵

就公平法於 1992 年立法時，對於獨占、聯合行為等反競爭之行為，原以刑責待之。嗣於 1999 年時第一次修法時，始修正為現行之「先行政後司法」⁵¹，使其兼具行政與刑事處罰之特質。此一修正雖適度減輕刑罰之過度威嚇，但本質上仍未完全排除上述行為構成刑事犯罪之內涵。是以對於此類案件採取搜索、扣押等具強制性之刑事調查手段，法制上亦非無由。又公平法施行已近 30 年，透過公平會長期以來對於競爭法之執法與倡議，我國業界對公平法之規範內涵已有相當認知。加以近年來許多國際反托拉斯案件頻傳，透過媒體持續之關注與報導，業界對於我國競爭法之執法自亦日趨重視。在此情況下，除非事業間願意採取遵法、守法之經營策略，否則其從事違法行為之做法與事證留存等，勢必更為謹慎，以迴避主管機關之查處。故強大而有效率之執法工具，對於公平會現階段之執法而言，確有其必要。

⁵⁰ 吳秀明、沈麗玉，前揭註 26，227。

⁵¹ 1999 年公平法修正時，係考量公平法為經濟法，施行以來迭經業者反映過於嚴守，為配合當時國內經濟環境情形為最適合之管理，對於違反者逕處刑罰之規定，宜以行政處分優先，爰修正為「先行政後司法」。

(三) 行政搜索並非無例可循

綜觀我國具有搜索性質之相關行政法規，如個人資料保護法第 22 條⁵²、入出國及移民法第 67 條⁵³、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 之 1 條⁵⁴、建築法第 25 條、消費者保護法第 33 條⁵⁵、勞動檢查法第 14 條⁵⁶、就業服務法第 62 條⁵⁷、水污染防治法第 26

⁵² 個人資料保護法第 22 條：「中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府為執行資料檔案安全維護、業務終止資料處理方法、國際傳輸限制或其他例行性業務檢查而認有必要或有違反本法規定之虞時，得派員攜帶執行職務證明文件，進入檢查，並得命相關人員為必要之說明、配合措施或提供相關證明資料。中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府為前項檢查時，對於得沒入或可為證據之個人資料或其檔案，得扣留或複製之。對於應扣留或複製之物，得要求其所有人、持有人或保管人提出或交付；無正當理由拒絕提出、交付或抗拒扣留或複製者，得採取對該非公務機關權益損害最少之方法強制為之。中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府為第一項檢查時，得率同資訊、電信或法律等專業人員共同為之。對於第一項及第二項之進入、檢查或處分，非公務機關及其相關人員不得規避、妨礙或拒絕。參與檢查之人員，因檢查而知悉他人資料者，負保密義務。」

⁵³ 入出國及移民法第 67 條：「入出國及移民署執行職務人員於執行查察職務時，得進入相關之營業處所、交通工具或公共場所，並得對下列各款之人查證其身分：一、有事實足認其係逾期停留、居留或得強制出國。二、有相當理由足認有第七十三條或第七十四條所定行為，或有該行為之虞。三、有事實足認從事與許可原因不符之活動或工作。四、有相當理由足認係非法入出國。五、有相當理由足認使他人非法入出國。依前項規定進入營業處所實施查證，應於其營業時間內為之。第一項所定營業處所之負責人或管理人，對於依前項規定實施之查證，無正當理由，不得規避、妨礙或拒絕。第一項所定營業處所之範圍，由主管機關定之，並刊登政府公報。」

⁵⁴ 槍砲彈藥刀械管制條例第 20 之 1 條：「……警察機關為查察經公告查禁之模擬槍，得依法派員進入模擬槍製造、儲存或販賣場所，並應會同目的事業主管機關就其零組件、成品、半成品、各種簿冊及其他必要之物件實施檢查，並得詢問關係人。前項規定之檢查人員於執行檢查任務時，應主動出示身分證件，並不得妨礙該場所正常業務之進行。」

⁵⁵ 消費者保護法第 33 條：「直轄市或縣（市）政府認為企業經營者提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞者，應即進行調查。於調查完成後，得公開其經過及結果。前項人員為調查時，應出示有關證件，其調查得依下列方式進行：一、向企業經營者或關係人查詢。二、通知企業經營者或關係人到場陳述意見。三、通知企業經營者提出資料證明該商品或服務對於消費者生命、身體、健康或財產無損害之虞。四、派員前往企業經營者之事務所、營業所或其他有關場所進行調查。五、必要時，得就地抽樣商品，加以檢驗。」

⁵⁶ 勞動檢查法第 14 條：「勞動檢查員為執行檢查職務，得隨時進入事業單位，雇主、雇主代理人、勞工及其他有關人員均不得無故拒絕、規避或妨礙。前項事業單位有關人員之拒絕、規避或妨礙，非警察協助不足以排除時，勞動檢查員得要求警察人員協助。」

⁵⁷ 就業服務法第 62 條：「主管機關、入出國管理機關、警察機關、海岸巡防機關或其他司法警察機關得指派人員攜帶證明文件，至外國人工作之場所或可疑有外國人違法工作之場所，實施檢查。對前項之檢查，雇主、雇主代理人、外國人及其他有關人員不得規避、妨礙或拒絕。」

條⁵⁸、警察職權行使法第 6 條⁵⁹及海關緝私條例第 9 條、第 10 條及第 11 條⁶⁰等規定，而此等規定亦屬取締性之行政調查，法規明定賦予主管機關得依職權進入住宅、營業場所等空間處所進行檢視與勘查，以查緝稽核有無違反相關規定。

而前開規定具有等同於搜索性質，且干預人民基本權利甚深者，係屬海關緝私條例相關規定，其第 9 條規定：「海關因緝私必要，得對於進出口貨物、通運貨物、轉運貨物、保稅貨物、郵包、行李、運輸工具、存放貨物之倉庫與場所及在場之關係人，實施檢查。」即在賦予行政機關行政檢查之權限，海關在有緝私之必要時，有權對進出口貨物、通運貨物、轉運貨物、保稅貨物、郵包、行李、運輸工具、存放貨物之倉庫與場所及在場之關係人，實施行政檢查，不僅受檢查人需配合檢查，在場之關係人同樣負有容忍義務；又涉案貨物之性質、形態或匿藏方式等因素，致非破壞涉案貨物無法達到檢查之目的者，在有實施破壞性檢查之必要時，得依下列檢查原則施予破壞性檢查：「（一）海關於查驗貨物時，遇有左列情形之一者，得施予破壞性之檢查：1.密告走私槍械毒品案件，或雖無密告，但依客觀資料研判有藏

⁵⁸ 水污染防治法第 26 條：「各級主管機關得派員攜帶證明文件，進入事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施之場所，為下列各項查證工作：一、檢查污染物來源及廢（污）水處理、排放情形。二、索取有關資料。三、採樣、流量測定及有關廢（污）水處理、排放情形之攝影。各級主管機關依前項規定為查證工作時，其涉及軍事秘密者，應會同軍事機關為之。對於前二項查證，不得規避、妨礙或拒絕。檢查機關與人員，對於受檢之工商、軍事秘密，應予保密。」

⁵⁹ 警察職權行使法第 6 條：「警察於公共場所或合法進入之場所，得對於下列各款之人查證其身分：一、合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。二、有事實足認其對已發生或即將發生之犯罪知情者。三、有事實足認為防止其本人或他人生命、身體之具體危害，有查證其身分之必要者。四、滯留於有事實足認有陰謀、預備、著手實施重大犯罪或有人犯藏匿之處所者。五、滯留於應有停（居）留許可之處所，而無停（居）留許可者。六、行經指定公共場所、路段及管制站者。前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。警察進入公眾得出入之場所，應於營業時間為之，並不得任意妨礙其營業。」

⁶⁰ 海關緝私條例第 9 條：「海關因緝私必要，得對於進出口貨物、通運貨物、轉運貨物、保稅貨物、郵包、行李、運輸工具、存放貨物之倉庫與場所及在場之關係人，實施檢查。」第 10 條：「海關有正當理由認為違反本條例情事業已發生者，得勘驗、搜索關係場所。勘驗、搜索時，應邀同該場所占有人或其同居人、僱用人、鄰人並當地警察在場見證。如在船舶、航空器、車輛或其他運輸工具施行勘驗、搜索時，應邀同其管理人在場見證。前項關係場所如係政府機關或公營事業，勘驗、搜索時，應會同該機關或事業指定人員辦理。」及第 11 條：「海關有正當理由認有身帶物件足以構成違反本條例情事者，得令其交驗該項物件；如經拒絕，得搜索其身體。搜索身體時，應有關員二人以上或關員以外之第三人在場。搜索婦女身體，應由女性關員行之。」

匿槍械毒品之可能者。2.其他經依現況研析，認為有予以破壞性查驗之必要，報經一級單位主管核可者。（二）於施行破壞性檢查時，應於扣押憑單上註明破壞之事實或另付與證明書，第 10 條第 1 項前段：「海關有正當理由認為違反本條例情事業已發生者，得勘驗、搜索關係場所。」海關緝私條例第 10 條之勘驗、搜索規定，並非如刑事訴訟法之搜索需要法院核發搜索票才可以進行，即本條之授予海關得於無令狀情況下對關係場所進行勘驗、搜索⁶¹且施行之場所已延伸至國內之處所，另於海關總稅務司署函釋指出，關於其規定之勘驗、搜索關係場所之發動依據，以有「正當理由」認為違反該條例情事業已發生為前提，且應邀同該場所占有人或其同居人、僱用人、鄰人並當地警察在場見證，並注意海關緝私條例第 13、14、15 條及刑事訴訟法第 11 章關於「搜索扣押」之規定，儘量使被搜索者之財物、名譽損害減至最低程度，以確保人民權益⁶²。據此可證，其行政檢查之強度，等同於刑事訴訟法所訂之搜索形式，然不需向法院申請搜索票即可依「正當理由」認為違反該條例者即可進行。

衡諸違反公平法所定之聯合行為手法日益大型化、跨國化、科技化、隱密化，與前開之走私貨物之違法型態相近，均以隱密模式進行，藉現有之性質上僅屬普通法⁶³之行政程序法僅規定採職權調查原則，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意⁶⁴，另基於調查事實及證據之必要，亦得要求當事人或第三人提供必要之文書、資料或物品⁶⁵。至作為其特別法之行政罰法，則增加了保全證據或確認身分之強制措施⁶⁶，得沒入或可為證據之物，得扣留之⁶⁷，及對於應扣留物之所有人、持有人或保管人，得要求其提出或交付；無正當理由拒絕提出、交付或抗拒扣留者，得用強制力扣留之⁶⁸。等規定，但該等均僅屬行政機關作成之行政處分時適用之，其於涉及刑事責任之聯合行為時能否滿足需要，則有進一步討論空間。從而在屬前揭

⁶¹ 法務部（81）年法檢字第 15566 號函。

⁶² 海關總稅務司署（71）年台總署緝字第 5989 號函。

⁶³ 有關裁罰之程序或相關事項，其有關法規適用優先順序如下：1.個別行政法律之特別處程序規定，應優先適用。2.行政罰法之程序規定。3.行政程序法之程序規定。詳參陳清秀，行政罰法，修訂 2 版，新學林出版公司，33（2014）。

⁶⁴ 行政程序法第 36 條。

⁶⁵ 行政程序法第 40 條。

⁶⁶ 行政罰法第 34 條。

⁶⁷ 行政罰法第 36 條。

⁶⁸ 行政罰法第 37 條。

二法之具刑事責任規範內容之特別法，如金融監督管理委員會組織法第 5 條第 4 款「……本會及所屬機關對涉有金融犯罪之案件，得敘明事由，報請檢察官許可，向該管法院聲請核發搜索票後……，實施搜索」；或如勞動檢查法第 16 條「勞動檢查員對違反勞動法律規定之犯罪嫌疑者，必要時，得聲請檢察官簽發搜索票，……執行搜索、扣押。」惟前提要件，此等規定之對象亦屬涉及犯罪行為。至單純屬於行政調查而非針對犯罪行為，得由行政部門直接聲請檢察官扣押可為證據之物者，目前有消費者保護法第 34 條第 1 項：「直轄市或縣（市）政府於調查時，對於可為證據之物，得聲請檢察官扣押之⁶⁹。」則均作特別規定。

是以公平法賦予公平會之一般行政調查手段，自公平法第 26 條以下觀之，與行政程序法及行政罰法規定內容相當，與前述金融監督管理委員會組織法及勞動檢查法規定則遠不及之。因之，常難以即時、直接取得關鍵證物，致無法有效予以查處，而限制競爭行為係事業以其強大市場力及經濟力量攫取超額利潤、限制經濟活動，如不及時遏止，長期而言將損害資源利用效率，形成社會損失，危害整體經濟利益甚鉅，所涉公共利益重大，是可考量將前開具有搜索性質之法規納入公平法有關執行查緝聯合行為時所為之執行手段。學者乃認公平會於進行調查時，受調查者於經命交付相關文件證物無正當理由拒絕時，公平會僅得依公平法第條規定連續處以罰鍰，而無強制力之搜索權⁷⁰。

（四）先進國家執法權限

為維護市場功能，世界各先進國家均相當重視競爭法之執法，是以其主管機關多擁有強大之調查權限，尤其針對限制競爭案件更賦予不同程度之搜索、扣押之權力，俾使違法之事證得以無所遁形。從而，對於將反托拉斯行為視為犯罪之國家，例如美國、加拿大等，其競爭法主管機關擁有搜索、扣押權限，係屬當然。惟縱對於反托拉斯行為僅採單純行政處罰之國家，亦不乏可見賦予搜索、扣押權限之立法例者。

⁶⁹ 此一消費者保護法第 34 條第 1 項之聲請扣押條文，目前實務上之適用案例僅 1 件，為新北市消費官查緝有關化妝品之案件曾經聲請檢察官依上開規定扣押證物。

⁷⁰ 呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法解讀—空前的經濟憲法，初版，元照出版公司，180（2000）。

1. 德國

德國限制競爭防止法關於搜索原規定於第 58 條第 1 項及第 59 條第 4 項⁷¹，但該法第 59 條第 4 項已於 2021 年 1 月 14 日作最新修正，改列於該法第 59 條之 2(59b)，且修正後之規範內容更為詳細，例如被搜索者之協力義務、情況急迫時之搜索、搜索權限之擴大及對違反者怠金之處罰等，茲將其修正最新內容分述如下：

第 1 項規定對場所之搜索：「若卡特爾署 (Kartellbehörde) 懷疑營業場所、住家、動產與不動產內有本法第 59 條與第 59a 條所需查驗、檢查與要求提出的文件，為了履行本法規定的任務，得對之為搜索⁷²。」

第 2 項規定於情況急迫時之搜索：「搜索僅能由卡特爾署所在地的地方法院法官以命令實施。對該令狀之抗告亦適用刑事訴訟法第 306 條至第 310 條，以及第 311a 條之規定。若情況急迫，得由卡特爾署委託執行搜索之人員於營業時間內欠缺法院之命令為必要之搜索⁷³。」

第 3 項規定搜索權限：「卡特爾署之公務員、授權或任命實施搜索之人有權為下列措施：

⁷¹ 德國限制競爭防止法 (GWB) 就扣押原於第 58 條第 1 項規定：「卡特爾主管機關得對於在調查中做為證據手段具有重要性的客體進行扣押。」至取得刑事犯罪最重要的手段搜索，則於同法第 59 條第 4 項前段先作原則應以先取得法院法官之命令規定，「搜索僅得基於卡特爾主管機關所在地所處管轄區所屬之區域法院法官之命令行之。」但為因應特殊緊急情況，接著規定「……有急迫之虞者，本條第 3 項所稱之人於營業時間內得於無法院之命令下進行必要的搜索。」但為了貫徹法官保留之旨，規定「第三項所指稱之人於營業時間內得於無法院之命令下進行必要的搜索」，並於緊急搜索結束後應將「於搜索之地點與處所應就搜索及其重要之結果，加以記錄，於無法院下達之命令時，並須自記錄中亦可得出導致認定有急迫之虞之事實」，以利法院作事後審查，確保人權。

⁷² 德文原文：(1) Zur Erfüllung der ihr in diesem Gesetz übertragenen Aufgaben kann die Kartellbehörde Geschäfts-räume, Wohnungen, Grundstücke und Sachen durchsuchen, wenn zu vermuten ist, dass sich dort Unterlagen befinden, die die Kartellbehörde nach den §§ 59 und 59a einsehen, prüfen oder herausverlangen darf. Das Grundrecht des Artikels 13 des Grundgesetzes wird insofern eingeschränkt. § 104 Absatz 1 und 3 der Straf-prozessordnung gilt entsprechend.

⁷³ 德文原文：(2) Durchsuchungen können nur auf Anordnung des Amtsrichters des Gerichts, in dessen Bezirk die Kartellbehörde ihren Sitz hat, vorgenommen werden. Auf die Anfechtung dieser Anordnung sind die §§ 306 bis 310 und 311a der Strafprozessordnung entsprechend anzuwenden. Bei Gefahr im Verzuge können die von der Kartellbehörde mit der Durchsuchung beauftragten Personen während der Geschäftszeit die erforderlichen Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen.

(1)查驗所有帳本與商業紀錄，無論其以何種形式存在或儲存；以及要求取得所有受搜索之人所能取得的相關資訊；(2)在搜索的期間與範圍內，查封各種營業空間、書籍或檔案，只要其對於搜索目的是必要的；(3)在搜查公司或協會（Unternehmensvereinigung）時，要求公司或協會的代表人或雇員提供可能得成為證據的相關資訊，或是與搜查之標的或目標有關的事實陳述或檔案，並記錄其回答。提出要求時應明確指出其協力義務，並且作成紀錄。

若無法期待以其他方式獲取資訊，或是獲取資訊顯有困難時，自然人負有義務依據第 1 句第 3 款提供資訊協力義務的規定，揭露可能違反刑法或行政法上義務而遭受訴追的相關事實。但自然人因第 1 句第 3 款所提供之資訊，僅於相關自然人之同意下方能在刑事訴訟程序、本法或違反秩序罰法之程序中，用以對抗刑事訴訟法第 52 條第 1 項之親屬⁷⁴。」

第 4 項規定現場紀錄之作成：「搜索及其主要結果應於現場製作紀錄，如果未經法院核發命令，則亦應針對為何認定為情況急迫之事實予以記錄⁷⁵。」

⁷⁴ 德文原文：(3) Die Bediensteten der Kartellbehörde sowie von dieser ermächtigte oder benannte Personen sind insbesondere befugt, 1. sämtliche Bücher und Geschäftsunterlagen, unabhängig davon, in welcher Form sie vorhanden oder gespeichert sind, zu prüfen und Zugang zu allen Informationen zu erlangen, die für den von der Durchsuchung Betroffenen zugänglich sind, 2. betriebliche Räumlichkeiten, Bücher und Unterlagen jeder Art für die Dauer und in dem Ausmaß zu versiegeln, wie es für den Zweck der Durchsuchung erforderlich ist, und 3. bei der Durchsuchung von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen von allen Vertretern oder Mitarbeitern des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung Informationen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen könnten, sowie Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten, zu verlangen und ihre Antworten zu Protokoll zu nehmen; das Verlangen muss unter ausdrücklichem Hinweis auf die Pflicht zur Mitwirkung erfolgen und ist in das Protokoll aufzunehmen.

Soweit natürliche Personen nach Satz 1 Nummer 3 zur Mitwirkung in Form der Erteilung von Informationen verpflichtet sind, müssen sie, falls die Informationserlangung auf andere Weise wesentlich erschwert oder nicht zu erwarten ist, auch Tatsachen offenbaren, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Jedoch darf eine Auskunft, die die natürliche Person infolge ihrer Verpflichtung nach Satz 1 Nummer 3 erteilt, in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach diesem Gesetz oder dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten nur mit Zustimmung der betreffenden natürlichen Person gegen diese oder einen in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen verwendet werden.

⁷⁵ 德文原文：(4) An Ort und Stelle ist eine Niederschrift über die Durchsuchung und ihr wesentliches Ergebnis aufzunehmen, aus der sich, falls keine richterliche Anordnung ergangen ist, auch die Tatsachen ergeben, die zur Annahme einer Gefahr im Verzuge geführt haben.

第 5 項規定違反處以怠金：「在此亦準用刑事訴訟法第 108 條第 1 項與第 110 條。當事人對搜索有容忍義務，若有違反，對於搜索營業場所、營業用不動產以及動產之情形，得對企業或企業協會依據第 86a 條之規定課予怠金⁷⁶。」

2. 日本

依日本獨占禁止法之規定，係採刑事責任與行政責任併行制，惟行政調查係為作成排除措置命令及課徵金納付命令，與犯罪調查著眼於刑事責任之刑罰者有所不同，故而同法第 47 條第 4 項乃規定，行政調查之處分權限不得解釋為犯罪搜查之權限。惟主管機關公平會之人員如何判斷究應以行政調查或以犯罪搜查開啟調查程序，依同法第 101 條第 1 項規定，「公平交易委員會之人員，為調查犯罪事件（指涉及第 89 條至第 91 條所列各罪之事件⁷⁷）……」，至其程序，依同法第 102 條第 1 項，「委員會人員為調查犯罪事件，於必要時，得向公平交易委員會所在地的管轄地方法院或簡易法院的法官預先申請許可狀，實施臨檢、搜索、扣押或附命令記錄的扣押」規定，認定企業者有違反第 89 條至第 91 條規定之一而認有必要時，即可向管轄法院申請搜索狀進行刑事犯罪搜索程序，值得注意者，日本法關於公平會的搜索權限之賦予僅限於事前之申請，並無如德國之緊急搜索權。但日本法賦予公平會於犯罪搜索後具有專屬告發之權限，依日本獨占禁止法第 96 條規定，同法第 89 條至第 91 條之罪，須由公平會告發之⁷⁸。則屬異於其他國家而為其專有之規定。

⁷⁶ 德文原文：(5) Die § 108 Absatz 1 und § 110 der Strafprozessordnung gelten entsprechend. Die Betroffenen ha-ben die Durchsuchung zu dulden. Die Duldung kann im Fall der Durchsuchung von Geschäftsräumen sowie geschäftlich genutzten Grundstücken und Sachen gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen mit einem Zwangsgeld entsprechend § 86a durchgesetzt werden.

⁷⁷ 日本獨占禁止法第 89 條：有下列各款情形之一者，處 5 年以下有期徒刑或 500 萬日圓以下罰金：一、違反第 3 條之規定，為私的獨占或不當交易限制者。二、違反第 8 條第 1 款之規定，實質限制相關市場中之競爭者。前項之未遂犯罰之。第 90 條：有下列各款情形之一者，處 2 年以下有期徒刑或 300 萬日圓以下罰金：一、違反第 6 條或第 8 條第 2 款之規定，簽訂以不當交易限制的事項為內容之國際協定或國際契約者。二、違反第 8 條第 3 款或第 4 款之規定者。三、不遵守經確定之排除措施命令或競爭回復措施命令。第 91 條：違反第 11 條第 1 項規定而取得或持有股份，或違反同條第 2 項規定持有股份，或因上開禁止或限制規定而違反第 17 條規定者，處 1 年以下有期徒刑或 200 萬日圓以下罰金。

⁷⁸ 中文翻譯係以公平會網站所提供之翻譯為準，參見公平會網站，「關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律」，<https://www.ftc.gov.tw/upload/ae0b0f88-b2d9-4e4e-8cca-799810967356.pdf>，最後瀏覽日期：2021/5/29。

（五）小結

由前述德、日等國對於競爭法有關搜索、扣押規定之立法例可知，其賦予競爭法主管機關此等強大之執法工具，主要係考量實務上對於限制競爭案件之違法事證，利用一般之行政調查取證已日趨困難，倘未賦予主管機關更強大之執法工具，將有礙其維護市場競爭之執法成效⁷⁹。從而該等國家之立法即賦予競爭法主管機關得逕向法院聲請核發搜索票及扣押之權限，藉以強化其調查蒐證之能力與執法效率。

本文認為無論是日本之專屬告發制度或者德國之新修賦予卡特爾主管機關相當之搜索權力，作為可用於公平會於面臨執法時取得直接證據等之不易之困難，應可供參考。學者亦早曾於公平法制定之初提出賦予主管機關之調查權⁸⁰之建議，值此德國於 2021 年新修賦予卡特爾主管機關相當之搜索權力當下，更具時代意義，或可提供主管機關公平會重新思考增訂行政搜索權之必要性。

五、結語

聯合行為係事業以其強大市場力及經濟力量攫取超額利潤、限制經濟活動，長期而言將損害資源利用效率，形成社會損失，危害整體經濟利益甚鉅，所涉公共利益重大。惟該等行為日益大型化、跨國化、科技化、隱密化，藉現有之一般行政調查手段常難以即時、直接取得關鍵證物，致無法有效予以查處。然該等行為影響遍及整體社會經濟，可責性高，有加強調查手段、賦予主管機關相當調查權力之必要，以有效查處、嚴懲及遏止違法行為。

聯合行為之違法責任，依公平法第 35 條、第 36 條及第 40 條之規定，係採「先行政後司法」制度，對於第一次違法之「前行為」課以行政責任，對於未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為之「後行為」則科以刑事責任。雖「後行為」具刑事責任，可於刑事調查程序中進行搜索，惟事業因「前

⁷⁹ 日本獨占禁止法係於 2005 年（平成 17 年）修正後始新增第 102、103 條有關搜索、扣押等強制處分之「犯則調查」制度。此修正除了是為落實公正取引委員會所擁有之專屬刑事告發權外，其立法背景亦指出：……公正取引委員會受限於調查權限，因受調查者不服行政調查時僅有間接強制之法律效果，為了刑事告發而蒐集證據能力有其界線，故賦予該會直接強制之調查權限，以強化其證據蒐集能力。」詳參洪大植，「日本獨占禁止法調查制度上介紹及對我國公平交易法之借鏡」，公平交易季刊，第 18 卷第 4 期，171-180（2010）。

⁸⁰ 廖義男，前揭註 1，432。

行為」已被認定違法，則其為「後行為」時湮滅或隱匿相關事證之可能性大幅提高，然延宕至「後行為」始實施搜索，其時效性已有所降低。爰對於具行政責任之「前行為」於行政調查階段即實施搜索，仍有必要，藉以及時發現違法行為而查處遏止，並防杜減免「後行為」發生之可能，而有效執行及貫徹本法之規範目的。同時，如政策上仍欲保留先行政後司法之規定，則公平法第 40 條之處罰客體「事業」之外，應考量是否回復增列最初立法時之「行為人」，以免造成行為人非先行政之處罰客體而於後司法階段無法科以刑事責任之窘境。

復參考世界各主要先進國家之競爭法規定，對於聯合行為案件，不論係採行政責任或刑事責任規定，競爭法主管機關均普遍擁有不同程度得發動搜索、扣押之權力。又現今事業規模擴大，跨國經營所在多有，實務上時見國際性之聯合行為案件，亦可能須藉助多國分別進行搜索及調查，始能發現並取得違法事證。

實務顯示，在以往公平會調查重大聯合行為時，常因查扣不到關鍵資料，而無法成案，有了搜索扣押的權限後，蒐證能力將大為增強，更能發揮公平會其準司法調查的功能，有效取締各種勾結、限制市場競爭甚至壟斷市場的聯合行為。公平會對於涉有違法且嚴重影響交易秩序之聯合行為案件，得敘明事由，向該管法院聲請核發搜索票後，會同司法警察，進入疑為藏置帳簿、文件、電子資料等資料或證物之處所，實施搜索。經搜索獲得有關資料或證物，統由參加搜索人員會同攜回公平會依法處理。

隨著行政機關及公務人員之法制水準的提升，應該賦予行政機關比較大的調查搜索扣押權，尤其是肩負著準司法功能的部會級獨立機關，而且搜索扣押權限是僅限於隱密性特別高之聯合壟斷行為。事實上德國及日本都在其反壟斷法中明確授權其聯邦卡特爾署及公正取引委員會廣泛的調查搜索扣押權，並不限於聯合壟斷行為之取締，當然行政調查搜索扣押權同樣必須保障人權，因此在行使的構成要件上必須「法律保留」（即須修正公平法有明文規定），在實際發動時必須「法官保留」。換言之，是要先向法院申請核發搜索票，經過法官許可，才能會同司法警察進行搜索和扣押。是完全符合此二項保留原則，對於人權保障絲毫無傷。總言之，公平法增訂搜索、扣押制度，立法方向和國際競爭法趨勢相同，可健全公平會執法效能，維護市場交易秩序，值得民眾支持。

參考文獻

中文部分

- 立法院公報，第 104 卷第 11 期（2015）。
- 王銘勇，「公平交易法寬恕政策與檢舉獎金辦法之分析與檢討」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期（2017）。
- 石世豪，各國競爭法寬恕政策實施成效之研究，公平交易委員會 106 年度委託研究報告（2017）。
- 石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究－美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第 26 卷第 2 期（2018）。
- 皮竹影，影響貪瀆案件自白因素之研究，世新大學國際廉能治理碩士在職學位學程碩士論文（2015）。
- 呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法解讀－空前的經濟憲法，初版，元照出版公司（2000）。
- 吳秀明、沈麗玉，「打擊聯合行為法制之晚近變革」，月旦法學雜誌，第 233 期（2014）。
- 洪大植，「日本獨占禁止法調查制度上介紹及對我國公平交易法之借鏡」，公平交易季刊，第 18 卷第 4 期（2010）。
- 洪萱、梁詠鈞，公平交易法引進搜索扣押制度之研究，公平交易委員會 103 年度自行研究報告（2014）。
- 馬泰成、洪德昌，「事業聯合行為被判違法之因子分析」，公平交易季刊，第 9 卷第 2 期（2001）。
- 黃銘傑，「讓行政的歸行政，司法的歸司法－跳脫『先行政後司法』後之『先行政無司法窘態』」，月旦法學雜誌，第 201 期（2012）。
- 許春金，犯罪學，初版，自版（2007）。
- 陳永鎮，公務員貪污犯罪行為歷程及其決意影響因素之研究，中央警察大學犯罪防治研究所博士論文（2015）。
- 陳清秀，行政罰法，修訂 2 版，新學林出版公司（2014）。
- 廖義男，公平交易法之理論與立法，初版，自版（1995）。

廖義男，「寡占市場之平行行為或聯合行為之區別及判斷－從行政法院之相關裁判觀察」，法令月刊，第 67 卷第 5 期（2016）。

鄧媛，從聯合行為之合意證明論寬恕政策之實踐，東吳大學碩士專班科技法律組碩士論文（2015）

蔡德輝、楊士隆，犯罪學，初版，五南出版社（2006）。

顏廷棟，「聯合行為之執法檢討及展望」，公平交易季刊，第 20 卷第 4 期（2012）。

顏雅倫，「聯合行為之合意推定－美國反托拉斯法之比較研究」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期（2019）。

外文部分

幕田英雄，論点解説 実務独占禁止法，初版，商事法務（2017）。

幕田英雄，公取委実務から考える 独占禁止法，初版，商事法務（2017）。

The Need to Study the Right of Search in Taiwan's Administrative Investigation Procedure from the Perspective of Concerted Actions

Ho, Ruey-Fu*

Lin, Cheng-Ruei

Abstract

This article is concerned with the scope of the administrative investigation adopted by the Fair Trade Commission in accordance with the Fair Trade Law. A brief introduction is provided in Section 1, which focuses on the background, motivation and purpose, as well as introducing the scope and methodology of this study. Section 2 refers to the experiences of foreign countries, in which the executive branch is vested with the powers of administrative investigation, and the legal system is based on the principle of proportionality in which the authority to establish an administrative act that is legitimate and appropriate should be in compliance with the law and subject to the norms of the legal principles and limitations set by the administrative authority. Section 3 illustrates the various constitutional facts of life for the people that include within their scope the protection of fundamental rights. Although the Constitution delineates the scope of protection, people can be excluded from the state's interventionist behavior, and so the administrative actions in which the executive authorities are engaged as well as a variety of administrative decisions that it makes must both have legality as their basis. In Section 4, the administrative organs that focus on the protection of consumers are examined. For this reason, all types of consumer disputes will be looked into in order to clarify the facts and responsibilities with a substantial degree of administrative investigation, as long as the judicial powers are in compliance with the administrative powers to protect the interests of consumers. Section 5 explores the plight of the Fair Trade Commission in investigating joint behavior and suggests ways to improve it.

Date submitted: July 5, 2021

Date accepted: December 28, 2021

* Ho, Ruey-Fu, Assistant Professor-level Part-time Technical of School of Law, Soochow University; Lin, Cheng-Ruei, Master of Laws (Major in Laws and Technologies), Soochow University.

Keywords: Administrative Search, Administrative Investigation, Cartel, Judicial after Administration, Leniency.