

《公平交易季刊》  
第 26 卷第 2 期（107/4），頁 115-144  
◎公平交易委員會

# 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－

石世豪\*

## 摘要

公平法於 2011 年修正時，仿照美國等先例導入「寬恕政策」；該法於 2015 年修正，又引進韓國「公平交易法」率先實施的「檢舉獎金」制度。前者在國際間逐漸發展為各國競爭法制「趨同演進」的重要環節，後者也不乏其他國家陸續跟進採用。由於我國導入上述兩套執法工具，分別已滿 6 年及 2 年，適用案例各為 3 件、2 件，其績效在國際比較上並不亮眼，本文於是比較美國、德國、韓國與我國「寬恕政策」架構及內涵，先從形式面上對照彼此「大同小異」情形。有鑑於上述兩套執法工具係根據誘因機制設計，本文於是進一步藉由「賽局理論」框架，檢視事業及其員工「窩裡反」及「檢舉」所面對的利害情境，再參酌跨科際整合的批判性實證分析觀點，點瀾出制裁與調查、損害賠償及證據法則相關法制配套，雖然處於「幕後」卻不可忽視的關鍵性影響。

**關鍵詞：**聯合行為、合意、寬恕政策、誘因、趨同發展、配套

投稿日期：107 年 1 月 22 日

審查通過日期：107 年 3 月 27 日

\* 國立東華大學財經法律研究所教授。本文作者承接公平會相同題旨的委託研究，根據招標文件委託意旨及計畫書評審會議結論，以蒐集並研究美國、德國、韓國競爭法「寬恕政策」制度設計與實施成效彼此關聯，據以比較我國公平法上「寬恕政策」迄今執法成效為其研究範疇（以下簡稱「旨揭委託研究」）；其中部分研究發現，亦曾整理發表於公平會 2017 年 12 月 1 日主辦之第 24 屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」。至於委託研究成果，經整理彙集為：石世豪、莊春發、林小伶、吳運源，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），總計報告內文（不含目次、提要、附錄、參考文獻等）逾 300 頁、超過 16 萬字以上（以下簡稱「旨揭委託研究報告」）。

## 一、前言

查處、取締聯合行為係公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）執法重點之一，無論就案件總數、處分事業總家數或罰鍰總金額，在各類事業違反公平交易法（以下簡稱「公平法」）行為類型之中均占有不可忽略的關鍵份量<sup>1</sup>。當公平法在 2011 年 11 月 8 日三讀修正（同年月 23 日公布）時，立法者主動藉由新增第 35 條之 1（現行法已移至第 35 條）規定，引進各國競爭法（competition law<sup>2</sup>）上通稱「寬恕政策（leniency programme, leniency policy）」（或「窩裡反」<sup>3</sup>）條款，在既有執法工具上為主管機關再架構一套誘因式執法機制。根據立法授權，公平會在 2012 年 1 月 6 日，以公法字第 10015614641 號令訂定發布「聯合行為違法案件免除或減輕罰鍰實施辦法」全文 21 條（以下簡稱「實施辦法」），規定聯合行為違法案件免除或減輕罰鍰「適用對象之資格要件、裁處減免之基準及家數、違法事證之檢附、身分保密及其他執行事項」<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> 迄至 2011 年底，公平會處分聯合行為總案件數及事業家數「雖非高居全部違法類型之冠」，但當時違法聯合行為遭該會處罰的總金額已累積至新臺幣 12 億餘元，「約占歷來全部違法案件總計罰鍰金額 29 億 6,216 萬元之 40.9%，遠超過其他違法類型被處罰鍰金額」；相關統計及其說明，參閱：顏廷棟，「聯合行為之執法檢討與展望」，*公平交易季刊*，第 20 卷第 4 期，2（2012）。在此之後，公平會於 2013 年 3 月間，針對「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」裁罰總金額逾新臺幣 62 億元，一度創下該會針對單一個案各家事業罰鍰總金額最高紀錄；及至 2017 年 10 月間，公平會針對高通公司濫用市場獨占地位阻礙競爭案，裁罰新臺幣 234 億元，再次刷新該會針對個案所課處罰鍰金額紀錄，違法聯合行為遭該會裁罰的巨額金額始退居次位。

<sup>2</sup> 競爭法因各國立法例是否在禁止獨占事業濫用市場地位行為、禁止事業聯合行為、管制事業結合行為等「限制競爭規範」之外，兼含事業不公平或不正競爭行為規範而有所不同；例如，我國公平法即屬於兼含「限制競爭規範」與「不公平競爭規範」的立法體例。為避免用詞混淆起見，本文以下部分，除非特別提及不公平競爭行為及政府採購、傳銷等其他相關規範，關於「競爭法」此一名詞，與各國官方資料及學術文獻中所謂「反托拉斯法（antitrust law）」、「營業競爭限制防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB）」或「限制競爭法」、「卡特爾法（Kartellrecht）」、「反壟斷法」等類似稱呼相當，主要指涉上述「限制競爭規範」而言。至於所謂「競爭主管機關」、「競爭法執法機關」、「反托拉斯主管機關」等名稱，也以上述「限制競爭規範」的執法機關為主，在不同法制中，可能指涉類似我國公平會的行政機關或獨立機關，例如：德國聯邦卡特爾署（Bundeskartellamt，縮寫為 BKartA）；也可能指涉類似美國聯邦司法部反托拉斯署（Department of Justice, Antitrust Division，常縮寫成 DOJ）的執法（司法行政）機關。

<sup>3</sup> 類似的誘因式執法機制，也可以稱為「吹哨（whistleblowing）」條款，中文亦可譯作「窩裡反」。在特定情境下，「吹哨」指涉就他人犯罪嫌疑向執法機關檢舉而言，「吹哨」者通常並未參與犯罪行為；相關說明，參閱：Maurice E. Stucke, “Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?” in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing, 209 (2015)。由於我國公平法及其授權實施辦法著重於參與違法聯合行為的事業申請減免罰鍰，因此，更貼近制度設計的譯法似乎是「窩裡反」。關於參與違法聯合行為的事業，究竟選擇與參與該違法聯合行為的其他事業繼續合作，抑或「窩裡反」脫離違法聯合行為，經濟學上也有從賽局理論加以分析者。

<sup>4</sup> 參照：公平法第 35 條第 2 項規定。

約莫半年之後，公平會於 2012 年 8 月 22 日，以公法字第 10115610601 號令修正發布上述實施辦法第 5 條、第 10 條、第 11 條、第 12 條及第 15 條等規定，不限於書面提出申請，亦得以口頭為之。到了 2015 年 3 月 6 日，公平會又以公法字第 10415601311 號令修正發布上述實施辦法全文 21 條，配合公平法 2015 年全文修正，調整在該辦法中所提及（母法）條文相關條號，刪除原條文依（母法）舊法所訂「中央」主管機關相關文字。

公平法在 2015 年 6 月 9 日經立法院三讀修正，又增訂第 47 條之 1 規定設立「反托拉斯基金」，利用違反公平法罰鍰的 30% 及循預算程序的撥款等收入來源，支應包括檢舉違法聯合行為獎金、推動國際競爭法執法機關合作交流等事項有關支出。公平會在 2015 年 10 月 7 日，依上述法律授權，以公法字第 10415608631 號令訂定發布「檢舉違法聯合行為獎金發放辦法」全文 11 條，具體規範「檢舉獎金適用之範圍、檢舉人資格、發給標準、發放程序、獎金之撤銷、廢止與追償、身分保密等事項」<sup>5</sup>。上述獎金發放辦法（以下援用相同簡稱）施行半年之後，公平會又在 2016 年 4 月 19 日，以公法字第 10515602191 號令修正發布部分條文，調整不適用該獎金發放辦法的檢舉人範圍、刪除基本數額改依該違法聯合行為罰鍰總金額比例計算、檢舉獎金發放標準及額度、分期發放方式及時效等規定。

由於競爭法上的「寬恕政策」及檢舉獎金制度並非我國所獨創，毋寧係由其他國家率先導入於競爭法，我國公平會透過國際組織接觸、研議而一度擬訂草案<sup>6</sup>，最後則由立法者參考外國法制主動提案，完成立法程序後納入公平法轉化為我國法制一環<sup>7</sup>。因此，國內關於「寬恕政策」的引介、分析及評論，基本上仍以比較各國相關法制為主要內容，較為早期有兼具實務經驗的學者王銘勇<sup>8</sup>，及顏廷棟下列公平會委託研究報告及後續發表於期刊的同名專論<sup>9</sup>，以及，王銘勇近期追蹤「寬恕政策」

<sup>5</sup> 參照：公平法第 47 條之 1 第 4 項規定。

<sup>6</sup> 在經濟合作暨發展組織（Organization for Economic Co-operation and Development, OECD）積極倡議下，我國公平會亦曾於 2003 年提出的公平法修正草案中，納入減免罰鍰、更正措施及不起訴等行政與刑事責任的寬恕條款，但並未順利完成立法程序；相關說明及分析，參閱：王銘勇，「聯合行為寬恕減免責任條款之研究」，公平交易季刊，第 14 卷第 1 期，76、119-129（2006）。

<sup>7</sup> 公平法第 35 條之 1（現行法第 35 條）增訂草案，由立法委員丁守中、陳淑慧、周守訓等 25 人於 2010 年 5 月 21 日提案，參閱：立法院議案關係文書，院總第 1375 號，委員提案第 9762 號；公平法第 47 條之 1 增訂草案，由立法委員丁守中、蔣乃辛等 41 人於 2014 年 12 月 26 日提案，參閱：立法院議案關係文書，院總第 1375 號，委員提案第 17372 號。兩者皆順利完成三讀，正式成為現行公平法內容。

<sup>8</sup> 參閱：王銘勇，前揭註 6，75-133。

<sup>9</sup> 參閱：顏廷棟，「寬恕政策實施子法之研究」，公平交易季刊，第 16 卷第 4 期，67-115（2008）。

本土化相關經驗的後續評述<sup>10</sup>。在旨揭委託研究之前，公平會也曾於 2007 年委託銘傳大學財金法律系顏廷棟教授，以「寬恕政策實施子法之研究」為題，蒐集及整理美國、歐洲聯盟（以下簡稱「歐盟」）、德國、日本、韓國等國競爭法上寬恕政策相關制度，對於寬恕政策原則規定、執行事項提出建議，並附帶檢討聯合行為的制裁措施<sup>11</sup>。

有鑑於此，旨揭委託研究參考由各國競爭法執法機關人員及律師等實務界人士所彙整的各國「寬恕政策」共通架構，據以盤點美國、德國、韓國「寬恕政策」主要內涵及其配套措施與法律制度背景，藉以比對我國「寬恕政策」在同儕機關之間的異同情形<sup>12</sup>。再經由「寬恕政策」所據以設計的「囚犯兩難」賽局理論分析，進而掌握「寬恕政策」誘因機制運作原理，以及認知賽局理論套用於實證經濟學分析時，必須一併注意產業經濟特性與個別市場上事業互動情境等因素，不應過度化約、一概而論；就此，旨揭委託研究也透過訪談產業公會及協會，印證於我國產業實況及公平法適用實務。針對美國、德國、韓國及我國競爭法執法機關取締違法聯合行為成效，以及「寬恕政策」申請件數與適用案件數等實務資料，透過國際競爭網絡（International Competition Network, ICN）所研訂的「寬恕政策效率及效用檢核清單（Checklist for efficient and effective leniency programme，簡稱『寬恕政策檢核清單』

<sup>10</sup> 參閱：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，127-176（2017）。該文大體仍以既有比較法研究成果為基礎，據以檢視我國公平法立法及其授權法規內涵；特別值得注意者，則是該文也追蹤日本導入「寬恕政策」後的實施成效，並根據該國學者論述，評析實務研究報告書；此外，關於我國「寬恕政策」實施後具體適用的個案介紹、檢舉獎金制度緣起及適用個案，也都藉由比較法觀點加以分析檢討。

<sup>11</sup> 參閱：顏廷棟，*寬恕政策實施子法之研究*，公平交易委員會 96 年度委託研究報告（2007）。

<sup>12</sup> 關於日本「關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律（私的獨占の禁止及び公正取引の確保に関する法律，簡稱『獨禁法』）」，以及該國「公正取引委員會（Japan Fair Trade Commission，簡稱 JFTC 或『公取會』）」為執行「寬恕政策」所制定的「關於提出減免課徵金報告與資料規則」，其制度內涵介紹及施行早期成效，雖然國內也有頗為可觀的研究成果，參閱：顏廷棟，同上註，58-70；近年沿革及成效檢討，參閱：王銘勇，前揭註 10，145-150。旨揭委託研究根據 2017 年 4 月 13 日委託機關所舉行的計畫書評審會議結論，將研究範圍限定在美國、德國、韓國作為比較對象，並未將日本一併納入。原因之一，在於 JFTC 依獨禁法享有「專屬告發權」，並由派駐該會的檢察官針對違法聯合行為進行刑事搜索調查，此乃我國公平法上所無，且我國刑事訴訟制度亦無類似配套機制。此外，研究小組也發現，雖然 JFTC 推動「寬恕政策」，在國際間以相當亮麗的申請件數傲於同儕機關（在國際出版品中發表的專論，例如：Steven Van Uytsel, “Anti-Cartel Enforcement in Japan: Does Leniency Make the Difference?” in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing, 81-106 (2015)，認為日本「寬恕政策」申請者雖多，因此查獲處罰的聯合行為卻相對較少，其嚇阻成效毋寧應從其他面向尋找更直接的影響因素），其國內檢討聲浪及公取會諮詢機構「獨占禁止法研究會」去(2017)年就提出研究報告書建議修正等節，我國學者亦已及時掌握，參閱：王銘勇，前揭註 10，148-150。

“Leniency Checklist”）」<sup>13</sup>，逐項檢核「寬恕政策」效率及效用，連同「檢舉獎金」與「寬恕政策」在誘因機制上的關聯性，整理、歸納之後，作成研究結論並提出若干可行建議<sup>14</sup>。

由於旨揭委託研究係於確定推動「寬恕政策」及「檢舉獎金」制度的立法政策前提下，檢討並提升「寬恕政策」及「檢舉獎金」制度實施成效為宗旨，研究重心隨之導向行政實務上較為切近實用的「立即可行建議」，「中長期性建議」也以不經過立法程序制定或修正法律的行政改進措施為限，甚至連主管機關送立法院備查的法規命令修訂也儘可能不納入其中<sup>15</sup>。因此，在旨揭委託研究報告中，透過美國、德國、韓國、我國等競爭法執法機關及其跨國溝通平台的官方網站所蒐集資料的整理、歸納及表列占去不小篇幅，較具批判色彩的實證分析及後設觀點則大多隱藏於研究脈絡之中。

其實，「寬恕政策」近年在國際間的發展趨勢，早已超越各國分別依其國內需求，自其既有競爭法基礎及其所屬法系背景出發，各自導入符合「國情」特色「寬恕政策」的傳統繼受模式，逐漸演變為「（功能）趨同演進（convergence）」，進而相互借鏡、模仿、調和彼此「寬恕政策」制度架構的跨國合作執法新趨勢。旨揭

<sup>13</sup> 該清單原為 ICN 卡特爾工作小組第一分組（Cartel Working Group Sub Group 1；簡稱 CWG SG1）於 2016 至 2017 年間執行的專案，有鑑於所謂「寬恕政策」包括較嚴格定義下的「寬恕政策（即授權競爭主管機關制定成文的書面規則及適用條件）」，同時也勢必借助於其他補充要素以便在更寬廣的執法環境中支持該政策；因此，該「清單」也收錄於卡特爾工作小組 2016 至 2019 年工作計畫中，以專案方式持續蒐集、研析清單中的各項成功要素，俾有益於「後進」競爭法執法機關可以藉由借鏡同儕既有經驗，制定、實施「寬恕政策」並發揮執法成效。相關說明，參閱：旨揭委託研究報告，206-211。

<sup>14</sup> 關於旨揭委託研究提要，參閱：旨揭委託研究報告，VIII-XV。

<sup>15</sup> 旨揭委託研究報告所提出「立即可行建議」為：「1.適度公開『寬恕政策』、『檢舉獎金』實施情形及聯合行為取締績效，製作淺顯易懂手冊或其他宣導資料，推廣聯合行為執法與法遵觀念。2.試行各種讓事業更易於『近用』的寬恕申請及檢舉管道，包括專線、專用信箱、專人受理、單一窗口、透過律師先就假定案情討論適用可能性等，各國競爭法執法機關同儕業已行之有年的配套受理措施。3.舉辦以實際案例輔助說明，甚至（針對各產業別或個別事業）開放實務導向、一對一問答式諮詢的『寬恕政策』宣導活動」。至於「中長期性建議」則為：「1.邀請產官學研廣泛討論『實施辦法』實務操作如何強化事宜，包括表格、接觸管道、透過律師討論假定案件、資料及證據形式與效力、保密及後續公開等事宜。2.邀請產官學研廣泛討論『實施辦法』修正事宜，至少可以包括以下議題：(1)將減輕罰鍰的名額降至 2 個（避免無端浪費『寬恕政策』制度誘因，又無法獲得取締違法聯合行為所需的相應資訊及證據）。(2)提高『檢舉獎金』額度（以便吸引參與違法聯合行為事業內部員工勇於檢舉，不受『後顧之憂』牽絆）。此外，關於我國公平法及配套法制與美國、德國、韓國相應規範及制度背景之間存在顯著差異之處，其中不乏直接或間接影響『寬恕政策』實施成效者；由於已涉及我國競爭法制及整體法律制度（大幅）調整或修正議題，其牽連因素及相關制度變革所衍生各種政策考量，遠遠超越本研究題旨範疇，研究小組不便越俎代庖貿然提出建議」。

委託研究參考積極倡議「寬恕政策」的國際組織，例如：OECD、亞洲太平洋經濟合作組織(Asia-Pacific Economic Cooperation, APEC)、ICN 及其下屬工作小組(Working Group) 相關出版品及官方網頁資料，比對美國、德國、韓國競爭執法機關官方網站，搜尋並整理各該國家有關「寬恕政策」最近發展情形，一再印證上述「趨同演進」趨勢。對照 Jacques Buhart and David Henry 所編著<sup>16</sup>、實務手冊性質的 *Leniency Regimes, International Series* (2015 年由 Thomson Reuters 出版的第 5 版)，跨國系統性比較澳大利亞、歐盟、德國、美國等逾 30 國(及超國家組織)「寬恕政策」27 個共通議題，基本上也呈現「大同小異」現象。

相較之下，另一份關於此一主題的重要專業文獻：Caron Beaton-Wells and Christopher Tran 所編著、學術及批判色彩相對較濃的 *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (2015 年由 Hart Publishing 初版)，則透過多篇法學(公共行政)及經濟學等跨科際整合的實證研究成果，提供方法論反思並補充官方觀點所不及的重要實踐經驗分析。本文既然發表於旨揭委託研究報告完成之後，復有期刊格式下的篇幅限制考量，關於(可以透過公平會官方網站查閱全文的)旨揭委託研究報告中大量資料性質內容，不擬於此詳盡再現；整理、爬梳旨揭委託研究過程中的重要發現，毋寧側重於較具批判色彩的實證分析及後設觀點，尤其，就競爭法與(行政)制裁法制對應於導入「寬恕政策」所需配套調整或更張之處，從上述跨國實務資料與實證分析兩方面對照、尋繹我國法制「異質嵌合」過程中可資借鏡的「啟示」。

## 二、囚犯賽局：一個理論，成套誘因

「寬恕政策」雖然脫胎、轉化自美國聯邦司法部極具特色的刑事執法措施<sup>17</sup>，各國競相借鏡、導入類似措施之後<sup>18</sup>，其中所蘊含跨越不同法制背景的共通誘因式執法機制，其理論基礎主要構築在：聯合行為參與者之間據以互動的典型「囚犯兩難(prisoner's dilemma)」賽局。簡而言之，亦即：競爭法執法機關以免除或減輕處罰為誘因，吸引參與違法聯合行為事業(及相關自然人)競相提供關於違法聯合行為

<sup>16</sup> Jacques Buhart & David Henry (ed.), *Leniency Regimes, International Series*, 5th ed., Thomson Reuters (2015). 該書編者為 McDermott Will & Emery 事務所歐盟跨國併購案律師。

<sup>17</sup> 相關說明，參閱：本文以下第三之(一)。

<sup>18</sup> 相關說明，參閱：本文以下第三之(二)。

合意的關鍵「內部證據」，進而瓦解該違法聯合行為實施所需的參與者間合作架構，提高違法聯合行為因參與者相互檢舉而遭到執法機關（有效）取締的風險，從而發揮嚇阻潛在違法聯合行為的預防功能<sup>19</sup>。為建構上述誘因機制，各國競爭法及其執法工具亟需相應配套修正或調整，藉以提供充分誘因或減少矛盾作用，俾利「寬恕政策」發揮其應有功能。

### （一）禁止聯合，轉為暗默

根據賽局理論，事業選擇「勾結」而捨棄彼此競爭，極可能著眼於更高獲利機會或減少成本；尤其當「勾結」經由法律明定為違法並課予刑事或行政處罰，事業如果甘冒遭執法機關發現、裁罰風險依舊選擇「勾結」，勢必出於其潛在利益高於萬一遭處罰時所蒙受損失的利害判斷。由於違法聯合行為未必遭查獲，假設事業預期可能遭處罰（最高）金額為  $F$ ，遭查獲的可能性為  $\mu$  ( $< 1$ )，事業藉由違法聯合行為可得利益為  $W$ ，則參與違法聯合事業的利害判斷可以  $\mu F < W$  來表示；倘若再將聯合行為遭查獲的可能性  $\mu$ ，拆分為執法機關啟動調查的可能性  $\alpha$  ( $< 1$ )，及執法機關查獲足可證明違法事證的可能性  $\rho$  ( $< 1$ )，則上述參與違法聯合行為事業的利害判斷，就可以新的公式  $\alpha\rho F < W$  來表示<sup>20</sup>。

藉由  $\alpha\rho F < W$  的事業利害判斷公式，則我國導入「寬恕政策」時的立法考量：「在公平交易法實施一段時間後，事業經營者逐漸瞭解聯合行為係屬違法行為，原則上均會注意且避免留下直接證據，使得中央主管機關難以獲得違法證據」<sup>21</sup>，即不難理解：聯合行為既屬違法且不斷加重罰則，事業自然將涉及關鍵事證的合意從此轉為秘密進行；而違法聯合行為參與者彼此之間為加強內部控制，往往另設「檯面下」的監控及「制裁」機制<sup>22</sup>。如此有如「密室」般精心安排的繁複關係，不但執法

<sup>19</sup> 相關經濟分析，參閱：Massimo Motta, *Competition Policy*, 1st ed., Cambridge University Press, 195-202 (2004)，並請對照：顏廷棟，前揭註 11，1-2。

<sup>20</sup> 類似分析，改自：Massimo Motta, *supra* note 19, 195。

<sup>21</sup> 引自：立法院第 7 屆第 5 會期第 14 次會議議案關係文書，院總字第 1375 號，委員提案 9762 號案由。

<sup>22</sup> 違法聯合行為內部參與者之間，其利害關係類似組織犯罪：對於參與者之一背離協議內容的「背叛」行為，不易透過「檯面上」主張協議應予遵守的通常救濟管道加以約束或「制裁」；違法聯合行為參與者通常改以其他方式「制裁」背離協議內容的成員，例如：集體運用各自剩餘產能讓「背叛者」虧損甚至退出市場。此外，違法聯合行為也常設有監控成員「背叛」的特殊機制，藉以時「發現」成員背離協議內容的行為，讓其他成員得以介入或施以集體制裁。相關說明，參閱：Andreas Stephan & Ali Nikpay, "Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective: Complex

機關難以發覺 ( $\alpha$  遠小於 1)，即使執法機關啟動調查之後，也難以取得關鍵事證 ( $\rho$  也遠小於 1)。因此，事業參與違法聯合行為遭執法機關調查，後者進而取得證據確認事業違法，兩項可能性都隨之大幅下降，事業更可以脫免違法責任而「高枕無憂」。印證於我國公平會取締違法聯合行為實務，事業參與聯合行為經公平會調查並處罰，被處分事業（尤其，所涉銷售金額龐大的違法聯合行為參與者）普遍提起行政爭訟尋求救濟，爭執其與其他事業之間並無限制競爭「合意」，僅在營業外觀上採取符合市場條件變化的「平行行為」；被處分事業此類攻擊防禦主張，對應執法機關往往並未取得關於事業間「意思聯絡」的客觀事證，至少在第一審訴訟中不乏為原告贏得撤銷訴訟者<sup>23</sup>。

## （二）減免處罰，誘窩裡反

聯合行為既然由二以上事業合意限制競爭，面對執法機關調查、處罰者因此也是二以上事業。由於所有參與者都或多或少掌握參與聯合行為的關鍵事證，尤其是執法機關最難取得的暗默合意證據；因此，執法機關為有效打破事業彼此「勾結」而構築起來的暗默合作，就可以利用「囚犯兩難」賽局釋出減免處罰誘因，吸引參與違法聯合行為的事業「背叛」其他參與者，爭取獨自免除或減輕處罰的「（相對）利益」（拉大本身所獲利益扣除減免後的罰鍰所餘正值： $W_1 - (F - R) \geq 0$ ，同時讓其他參與者所獲利益扣除未經減免的罰鍰歸零或轉為負值： $W_2 - F \leq 0$ ）。通常用以說明此種「囚犯兩難」情境者，是從較為簡化的單次（／同時）賽局出發<sup>24</sup>：

---

Realities,” in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing, 140-141 (2015).

<sup>23</sup> 以公平法 2015 年初全文修正前後 2 年內（最高）行政法院有關聯合行為判決為例，即使立法明文規定得以間接證據「推定」聯合行為合意，公平會所為處分遭判決撤銷者仍所在多有；相關說明，參閱：石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁罰處分相關判決」，*公平交易季刊*，第 25 卷第 4 期，1-29（2017）。當然，法律上推定至多僅免除主張該事實的一造當事人舉證義務，倘若對造當事人提出反證，主張該法律推定事實者仍須善盡攻擊防禦能事，參照：行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 281 條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證」。關於我國公平法執法實務上就聯合行為「合意」要件的證明或推定，以及，「有意識平行行為」與「一致性行為」之間應有的區辨及比較法上的對照批判等，相關說明，並請參閱：顏廷棟，前揭註 1，21-24。

<sup>24</sup> 當然，產業經濟學上的實證研究或政策規劃所參考的理論模型，並非僅以單次賽局情境作為其分析基礎，例如：顏廷棟，前揭註 11，4-6，即整理日本學者濱口、川越應用重複賽局分析方法，發現「寬恕政策」對於規模愈大的卡特爾破壞效果愈強，以及，Harrington 應用協調賽局分析方法，發現「寬恕政策」朝向競相通報、無人通報兩極達成耐許均衡（Nash equilibrium）及執法機關（藉由提供查獲率）扭轉誘因機制導向的重要性；本文僅先借用較為單純的單次（同時）賽局情境，

假設甲事業與乙事業參與違法聯合，執法機關需要至少其中之一「窩裡反」，方能查獲關鍵證據加以重罰。執法機關對甲、乙隔離調查，同時對甲、乙提示「窩裡反」與不「窩裡反」的後果，而此後果繫於他方是否「窩裡反」而定。例如：乙「窩裡反」，某甲也「窩裡反」，由於執法機關掌握充分事證足以裁罰，但考量甲、乙兩者皆配合調查，因此將罰鍰金額分別減輕為 1,250 萬元。如果乙「窩裡反」，甲不「窩裡反」，則甲被重罰 5,000 萬元，乙則因坦白從寬免除全部罰鍰（0 元）。反之，如果乙不「窩裡反」，甲「窩裡反」，則甲免除全部罰鍰（0 元），乙被重罰 5,000 萬元；倘若甲不「窩裡反」，乙也不「窩裡反」，則執法機關以甲、乙不配合調查為由，分別處罰 50 萬元。關於甲、乙上述「窩裡反」與否的報償情形，以下列表 1 表示<sup>25</sup>：

表 1 囚犯兩難情境下「窩裡反」與否報償表

		乙事業	
		「窩裡反」	不「窩裡反」
甲事業	「窩裡反」	(12.5M, 12.5M)	(0, 50M)
	不「窩裡反」	(50M, 0)	(0.5M, 0.5M)

透過表 1 可以發現：甲、乙在對方「窩裡反」時，最佳策略是「窩裡反」（1,250 萬元較 5,000 萬元少）；當對方不「窩裡反」時，最佳策略仍是「窩裡反」（0 元仍較 50 萬元少）。因此，分別來看，「窩裡反」將是甲、乙的優勢策略（dominant strategy），亦即，不管對方採行何種策略，最佳策略都是「窩裡反」，正好符合執法機關所設下的誘因機制。

然而，從甲與乙的總和利益而言，雙方理應聯手採行不「窩裡反」策略，因為

說明其誘因機制運作原理，至於競爭法上實際制度設計及產業經濟學上實證研究成果，尚須深入重複賽局情境下事業彼此之間較為複雜的互動型態，參閱：本文以下二之（三）相關說明。

<sup>25</sup> 改寫自：許景翔、潘明如譯，Don E. Waldman & Elizabeth J. Jensen 著，產業經濟學－理論與實務，初版，雙葉書廊公司，153-154（2013）；併請對照：公平法第 40 條及第 44 條規定。

其總和罰款為 100 萬元；相對之下，倘若甲、乙都採行「窩裡反」策略，雙方的總和罰款為 2,500 萬元，遠遠大於甲、乙都不「窩裡反」時的罰款總額。但是，就單一事業的角度來看，所謂「不怕一萬，只怕萬一」，「萬一」對方採行「窩裡反」策略，不「窩裡反」的一方將遭處罰 5,000 萬元；反之，對方不「窩裡反」，搶先「窩裡反」的一方卻可以免除全部罰鍰，無論甲「窩裡反」而乙不「窩裡反」，或乙「窩裡反」而甲不「窩裡反」，兩種結果都是一方罰款銳減至零而另一方罰款大幅增加。（在甲、乙無法相互溝通的情境下，）為求「保險」起見，搶先採取「窩裡反」策略，雖然整體看來並不是最佳因應對策，但卻是（被隔離的）任一方都不必承擔高額罰款風險的安全策略。

「寬恕政策」的基本設計，就是以「最先者可免（ $R = F$ ），落後者減輕（ $R < F$ ）比例依序縮小，排序在後位者甚至完全不減（ $R = 0$ ）」的誘因機制，引誘參與違法聯合行為的事業爭先向執法機關「窩裡反」，以獲得全額或較多減免。經由參與違法聯合行為的事業提供「內部證據」，執法機關據以揭露「勾結」的違法事實，其他參與違法聯合行為的事業將因後續處罰而淪於更不利地位（ $W_1 - (F - R) > W_2 - F$ ），「窩裡反」者則相對取得競爭優勢足以爭取擴大市場占有率。如此利用事業理性計算自身利害關係的獲利動機，以「寬恕政策」吸引違法聯合行為參與者在「勾結」、「背叛」及「（爭先）窩裡反」之間擺盪，藉此鬆動違法聯合行為內部信賴關係，任其成員彼此猜忌、唯恐遭其他參與者「背叛」，從而瓦解既已成立的違法聯合行為，又間接嚇阻將來可能形成的新生違法聯合行為<sup>26</sup>。因此，關於違法聯合行為為必須重罰，藉以拉大「寬恕政策」免除或減輕（ $R$ ）處罰額度並凸顯其誘因效果，遂成為相關論述中相當一致的共同出發點<sup>27</sup>。

### （三）趨利避害，下有對策

然而，現實世界裡的市場競爭，絕少一回合就結束的單次（／同時）賽局；另一方面，（尤其，在「水平」卡特爾中，）參與違法聯合行為的事業彼此互動及相互了解程度，也遠比執法機關與個別事業之間更為密切而深入（，很難加以隔離調

<sup>26</sup> 相關說明，參閱：Andreas Stephan & Ali Nikpay, *supra* note 22, 141.

<sup>27</sup> 論者也有從處罰及減免的標準明確性加強論述者，參閱：顏廷棟，前揭註 11，83；王銘勇，前揭註 6，79。至於特別強調重罰的制度設計原理者，參閱：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，199-207（2014）。

查而完全不走漏風聲)。在多回合接續進行的重複賽局中，相互競爭的事業之間倘若捨「勾結」而「欺騙」其他事業（背離聯合定價或其他限制競爭合意，透過競爭擴大市場占有率或賺取較高利潤等），勢必面對其他事業後續極可能採行的報復策略，從而承擔獲利隨之減損的高度風險<sup>28</sup>。因此，個別事業是否選擇參與聯合行為，以及何時中止或退出聯合行為，甚至向執法機關「窩裡反」圖一己減免，讓其他參與違法聯合行為的同業遭受重罰等策略取捨，其實視個別事業對於（能否獲得「寬恕」、其他事業是否「窩裡反」等）風險如何因應而異其結果，有必要回到各該事業所處市場競爭情境中，很難一概而論<sup>29</sup>。

至於「寬恕政策」據以誘使違法聯合行為參與者「窩裡反」的免除或減輕處罰幅度，在（抽象的）制度層面上，對照未獲減免的其他參與者所受處罰，其差異愈顯著、愈明確可預期，愈能彰顯「寬恕政策」吸引力。但是實證研究上卻不免令人懷疑：事業愈可能反向操作，將「寬恕政策」納入其與競爭對手互動的眾多策略之一，尤其藉由本身及時申請「寬恕政策」獲得減免而相對提高競爭對手成本<sup>30</sup>。此外，一項根據歐盟「寬恕政策」實施個案的追蹤研究發現：自 2002 年至 2014 年 8 月間，總計 43 件藉由「寬恕政策」發現的卡特爾中，多數（23 件）在調查進行前已經結束，足見所謂「瓦解」或「嚇阻」卡特爾功能其實並不顯著。更何況：倘若申請「寬恕政策」的事業所屬產業部門新進業者眾多，或是長期衰退產業，其所「窩裡反」的卡特爾原本就極不穩定；而市場需求急縮等經濟衝擊，即使內部監控及管理機制極為繁複的卡特爾也難以抵擋<sup>31</sup>。

#### （四）搭配獎金，賞重則勇

由於違法聯合行為普遍經由「暗默」合意達成，關於檢舉違法聯合行為獎金制度，本文以下僅集中於討論參與違法聯合行為的事業及其員工提出檢舉情形；至於第三人提出檢舉者固然不能排除，一則其誘因機制較為單純容易理解，無需特別加

<sup>28</sup> 相關說明，參閱：許景翔、潘明如譯，前揭註 25，198-203。

<sup>29</sup> 此外，即使「寬恕政策」施行辦法及相關配套措施完備，參與違法聯合事業是否「窩裡反」圖一己減免，讓其他參與違法聯合行為的同業遭受重罰，其實，執法機關是否啟動調查、有無能力證明違法事實等制度面因素，仍然具有決定性的影響力；賽局理論的分析及耐許均衡在何種情境下分別導向無人通報或競相通報相關說明，參閱：Massimo Motta, *supra* note 19, 196-202。

<sup>30</sup> 相關說明，參閱：Andreas Stephan & Ali Nikpay, *supra* note 22, 151。

<sup>31</sup> 僅 2 件卡特爾在「窩裡反」時尚在運作中，其餘 18 件則在「窩裡反」時同時終止；相關說明，參閱：Andreas Stephan & Ali Nikpay, *supra* note 22, 150-151。

以說明，再則第三人檢舉也不易「提供有助於開始調查程序之證據資料」之外，還兼具「提供之證據資料能間接證明聯合行為合意之事實存在」、「提供之證據資料能直接證明聯合行為合意之事實存在，無須執法機關再介入調查」等效用<sup>32</sup>。就參與違法聯合行為事業提出檢舉的情形而言，尤其值得注意者：倘若競爭法執法機關所建置檢舉獎金制度，開放違法聯合行為參與者亦得請領，一方面固然再次強化違法聯合行為成員爭相「窩裡反」的制度誘因；另一方面，卻也提高事業「下有對策」的反向操作空間<sup>33</sup>。

至於檢舉獎金用以吸引員工檢舉事業參與違法聯合行為，理論上將使得參與者及其員工彼此相互猜忌，進一步鬆動違法聯合行為內部的信賴關係，增加違法聯合行為內部的保密及監控成本，從而形成嚇阻違法聯合行為的間接效果<sup>34</sup>。就其誘因機制設計而言，倘若獎金的額度足以彌補其薪資損失，亦即，當員工檢舉後事業仍願（按照聯合行為破局後的獲利情形，）給付予該員工的薪資（，或者，該員工離職後轉任其他事業所獲得的薪資  $W$ ），加上執法機關所核發的檢舉獎金（ $A$ ），不低於該員工倘若未提出檢舉（事業因而仍參與聯合行為限制競爭）時所領得的薪資（ $W^*$ ），理性計算的員工即可能檢舉所服務事業參與違法聯合行為： $U(W + A) \geq U(W^*)$ 。由於參與違法聯合行為事業及其同業（尤其，所謂垂危事業或處於寡占市場結構者），是否在員工檢舉導致其所參與的聯合行為破局後，仍願意僱用該員工並給付相同薪資，不無疑問；因此，檢舉獎金額度倘若提高至員工即使可能因此離職（甚至無法在同業中其他事業覓得工作機會）也「勇於」嘗試，其誘因勢必隨之明顯強化<sup>35</sup>。

<sup>32</sup> 類似觀察，參閱：Maurice E. Stucke, *supra* note 3, 209-230.

<sup>33</sup> 但是，申請「寬恕政策」的違法卡特爾參與者（在免除或減輕法定處罰之外，還透過額外領取獎金而）可能從中「獲益」，此點與立法制裁卡特爾的目的似乎並不一致；相關說明，參閱：Andreas Stephan & Ali Nikpay, *supra* note 22, 150.

<sup>34</sup> 相關說明，參閱：Maurice E. Stucke, *supra* note 3, 219.

<sup>35</sup> 當然，員工是否檢舉其所屬事業參與違法聯合行為，並非單從自己是否獲得更高經濟利益的自利觀點衡量利害，實證調查上也發現：員工檢舉其所屬事業違法行為，不乏基於公益動機挺身而出者；此外，即使單以個人經濟利害考量，足以吸引員工出面檢舉所屬事業參與違法聯合行為所需獎金額度，其實遠高於各國檢舉獎金制度所能提供範圍，畢竟，人們對於所失利益的吝惜程度，往往遠強過對於預期利益的渴望程度；相關說明，參閱：Maurice E. Stucke, *supra* note 3, 222-229.

### 三、功能趨同：回應挑戰，國際合作

「寬恕政策」源起於美國<sup>36</sup>，其後經歐盟及其會員國跟進採用，根據各該管轄內競爭法與（行政）制裁法制調整其執法工具，轉化為其競爭法制一環而續造發展。在我國公平法正式納入「寬恕政策」加以成文化之前，東鄰韓國及日本也先後依循其競爭法既有架構，導入「寬恕政策」並與國際接軌。於是，「寬恕政策」跨越普通法（common law）為法制背景的英美法系及民法典（civil law）盛行的歐陸法系，在各有特色的競爭法制之間趨同演進，在歐洲競爭網絡（European Competition Network, ECN）中甚至逐漸形成所謂「模範」版本。然而，在「寬恕政策」跨國趨同現象背後，各國既有競爭法制及（刑事或行政）制裁法制、損害賠償法制與「寬恕政策」異質嵌合之際，一併配套調整俾利消弭衝突齟齬，建構更周延的整體誘因機制，作為新近導入此一誘因式執法機制的後進法制，我國立法及執法實務上允宜參酌其他國家既有經驗，妥為因應。

#### （一）美國創始，刑事配套

美國聯邦司法部反托拉斯署於 1978 年起，針對卡特爾採行「公司寬恕政策（Corporate Leniency Policy）」；其核心概念在於：檢察官以不起訴換取參與者招供並配合調查卡特爾成員間的暗默勾結。由於該政策並未提供充分誘因，吸引大規模的惡質卡特爾（hard-core cartel）參與者招供，因此原始版本的「公司寬恕政策」使用率不高，平均每年僅 1 件申請案，而且執法機關並未循此管道查獲國際卡特爾或國內大型卡特爾<sup>37</sup>。DOJ 在 1993 年 8 月修正「公司寬恕政策」，從下列 3 個面向提升透明及可預見性，藉以強化其誘因機制：1. 在執法機關啟動調查前提出申請且合格的公司，將自動獲得寬恕；2. 在執法機關啟動調查後始協助調查的公司，仍可能獲得寬恕；3. 與公司一同挺身而出協助調查的管理人員及雇員，均將免於刑事追訴。自上述 1993 年的改革推動之後，根據 DOJ 報告，申請案從平均每年 1 件暴增為平均每月

<sup>36</sup> 目前各國競爭法上泛稱「寬恕（leniency）」、「赦免（amnesty）」、「豁免（immunity）」的類似執法機制，其核心概念都環繞於藉由「寬恕」違法聯合行為參與者，吸引其招供（self-reporting）原本執法機關難以穿透、有如組織犯罪內部般的違法聯合行為「勾結」內幕；就此，DOJ 始終「領先」各國競爭法執法機關，多年來也不斷向律師界、企業界及全球競爭法執法機關宣導「寬恕政策」。相關說明，參閱：Ann O'Brien, "Leadership of Leniency," in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing, 17-18 (2015).

<sup>37</sup> 關於 1993 年以前 DOJ 執法實務回顧，轉引自：id., 18.

1 件（2003 年以前）；到了 2010 年，「寬恕政策」申請件數更增長 20 倍。自 1996 年至 2010 年間，DOJ 統計資料中所記錄的卡特爾刑事罰金高達 50 億美元，其中 90% 與寬恕申請者協助下的調查有關<sup>38</sup>。

其實，DOJ 在「寬恕政策」之外，執行薛曼法（Sherman Act）第 1 條「共謀限制貿易」相關刑事制裁案件，另有自 1984 年起即經由「量刑改革法（the Sentencing Reform Act）」授權<sup>39</sup>，根據量刑準則中關於企業、公會及團體等法人為被告案件處理準則，針對違反法院強制命令（violation of an order）、妨礙司法（obstruction of justice）、（法人內部）預防及發現違法方案（program to prevent and detect violation of law）、通報及合作等（self-reporting, cooperation and acceptance of responsibility）行為，列為量刑時加重或減輕責任的參考項目<sup>40</sup>。不但「寬恕政策」雛形已經粗具，當「寬恕政策」自 1993 年起大幅強化之後，量刑標準迄今也持續扮演「寬恕政策」後階段的刑事追訴配套機制<sup>41</sup>。

此外，由於美國聯邦司法部也是聯邦犯罪追訴機關，不但其下轄的反托拉斯署在執法時彈性採取「追加赦免（Amnesty Plus）」措施，將「寬恕政策」擴大適用於調查階段所發現的其他限制競爭「共謀」；在後續起訴及法院審理階段，聯邦檢察官也能彈性運用「非正式豁免（Informal Immunity）」及「認罪協商（Plea Agreement）」等既有刑事追訴手段，擴大並延伸「寬恕政策」提供參與「共謀」者「窩裡反」的制度誘因<sup>42</sup>。

## （二）各國跟進，工具相仿

長久以來，各國競爭法執法機關普遍將取締違法聯合行為列為任務重點<sup>43</sup>。美國

<sup>38</sup> 關於 DOJ 統計資料，轉引自：*id.*, 18-19.

<sup>39</sup> 該法為 1984 年「通盤犯罪控制法（Comprehensive Crime Control Act of 1984, Pub.L. 98-473, S. 1762, 98 Stat. 1976, enacted October 12, 1984）」一環，設置由 3 位聯邦法官及司法部長授權代表等 7 人組成的「量刑委員會（Sentencing Commission, USSC）」，編訂及修正量刑準則（Sentencing Guidelines），藉以調和聯邦法官量刑尺度。

<sup>40</sup> 並請參閱：顏廷棟，前揭註 11，8-11。

<sup>41</sup> 美國「量刑改革法」及「量刑委員會」自始即非特別針對薛曼法設計，迄今也仍在運作中。

<sup>42</sup> 例如：美國實務上涉及我國事業（友達光電等）的「TFT-LCD 案」，即不適用寬恕政策而改走認罪協商程序，因認罪改處以較輕刑度的法定減輕處罰情形；業者除在自由刑或罰金上顯著減輕之外，在條件或應履行義務如損害賠償等方面，都有較大的彈性調整空間。然而，由於認罪協商須經法院審理，且不屬證人保護範圍，相關訴訟資料也因此將被公開。

<sup>43</sup> 以歐盟為例，自 2004 至 2015 年，執委會在反托拉斯領域內所作成決議中，有 48% 為卡特爾案件，數據引自歐盟競爭署副署長說法，參閱：Cecilio Madero Villarejo, “Foreword,” in: Jacques

因 DOJ 上述 1993 年「寬恕政策」制度變革而取締成效卓著，很快就引起各國競爭法執法機關注意<sup>44</sup>。由於違法聯合行為發現不易、有關合意的關鍵證據難以掌握，因此，競爭法執法機關基於法律授權或依其法定職權，針對違法聯合行為採行「寬恕政策」，藉以提升取締成效進而發揮嚇阻作用，近年在國際間逐漸成為趨勢：近 20 年來已經有超過 60 個司法管轄體系先後導入「寬恕政策」<sup>45</sup>。儘管「寬恕政策」源起於美國，因此與該國（刑事）司法體制緊密互動，自始就頗有「美國」特色。藉由競爭法執法機關相互參考借鏡，各國所導入的「寬恕政策」隨之趨同發展過程中，即使在不同整體經濟條件、產業結構及各自國情特殊背景下，各國「寬恕政策」中的各種共通「模式」或「典範」也次第浮現，尤其，關於「寬恕政策」適用對象及條件、決定程序、減免結果等事項，往往大同小異、彼此相仿<sup>46</sup>。

例如：德國導入「寬恕政策」並未透過立法直接規範，係由聯邦卡特爾署公告其執法方針：在該署掌握充分證據可以取得搜索裁定之前，第一個向該署以書面或口頭提出資訊或證據，足以讓該署取得搜索裁定，且非卡特爾主導者亦未強迫其他事業參與卡特爾，並持續、完全（*uneingeschränkt*）與該署合作者，該署將免除其罰鍰<sup>47</sup>；當聯邦卡特爾署已可取得搜索裁定之後，但尚未掌握充分證據證明違法行為，而其他卡特爾參與者亦未依上述條件獲得該署同意免除罰鍰，第一個向該署以書面或口頭提出資訊或證據，足以讓該署證明違法行為，且非卡特爾主導者亦未強迫其他事業參與卡特爾，並持續、完全與該署合作者，該署原則上將免除其罰鍰<sup>48</sup>。不符合免除條件，但向聯邦卡特爾署以書面或口頭提出資訊或證據，實質有助於該署證明違法行為，並持續、完全與該署合作者，該署得依其有助於調查的貢獻程度及申請順位酌減罰鍰，最多可以減至 50%<sup>49</sup>。

韓國導入「寬恕政策」則透過「獨占禁止暨公平交易法（독점규제 및

---

Buhart & David Henry (ed.), *Leniency Regimes: International Series*, 5th ed., Thomson Reuters, vii (2015).

<sup>44</sup> 相關說明，參閱：Ann O'Brien, *supra* note 36, 19.

<sup>45</sup> 引自美國聯邦司法部反托拉斯署資深官員說法，參閱：Lisa M. Phelan, "Foreword," in: Jacques Buhart & David Henry (ed.), *Leniency Regimes: International Series*, 5th ed., Thomson Reuters, ix-x (2015).

<sup>46</sup> 至少，「在書面上」各國「寬恕政策」呈現許多共通特徵，相關說明，參閱：Caron Beaton-Wells, "Leniency Policies: Revolution or Religion?" in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing, 3-4 (2015).

<sup>47</sup> 參照：Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung - v. 7. 3. 2006, Rn. 3.

<sup>48</sup> 參照：Bonusregelung, Rn. 4.

<sup>49</sup> 參照：Bonusregelung, Rn. 5.

공정거래에 관한 법률，英譯：Monopoly Regulation and Fair Trade Act，又簡稱公平交易法：공정거래법）第 22-2 條授權主管機關頒布「執行令」及「指引（Guideline）」、「通知（Notification）」、「規則（Rule）」推動各項措施，其主要內容大致為：寬恕申請者須不存在消極資格（例如：未強迫其他事業參與共謀），完全且持續配合調查、提供有助於執法機關調查違法卡特爾的證據或資料，及時答覆執法機關的詢問及回應其要求等<sup>50</sup>。此外，申請排序「第一」順位者倘若符合條件時，將可完全免除行政罰鍰及改正措施，其刑事追訴也一併完全豁免；申請排序「第二」順位者符合條件時，亦可減輕 50%的行政罰鍰及免除部分行政改正措施，至於其刑事追訴也有可能完全豁免。

### （三）法制有別，異質嵌合

各國導入外觀類似、功能趨同的「寬恕政策」同時，吸納此一外來制度並嵌合其中的各國既有競爭法與（行政）制裁法制，卻各有其所屬法系特質，難免在「寬恕政策」具體實施及配套運作上有所差異。尤其，針對違法聯合行為直接採取刑事制裁、刑事司法體制又極富彈性等美國法制特色，在其他（尤其歐陸法系）國家未必能找到相互對應的配套機制。因此，各國導入「寬恕政策」之際，其既有競爭法與制裁法制不乏隨之配套調整者。事實上，將共謀等限制競爭行為列為重罪，並施以刑事制裁的法律制度，以歷史悠久的美國薛曼法為代表；直到 1990 年為止，美國仍是以刑事手段制裁懲罰卡特爾的少數特例。然而，自 1995 年起，尤其，進入 21 世紀之後，各國紛紛將卡特爾「入刑化」；迄至 2015 年間，已有超過 30 個以上國家競爭法制，針對卡特爾改採刑事制裁；例如，韓國「公平交易法」就針對重大「惡質卡特爾」明訂刑事罰則<sup>51</sup>，並明文規定檢察機關發動刑事追訴程序<sup>52</sup>。部分國家遲疑於卡特爾「入刑化」，並非僅就執法工具層次衡酌，同時也涉及各該國家對於卡特爾「罪質」的規範層面判斷<sup>53</sup>。

<sup>50</sup> 參照：「執行令」第 35 條規定。

<sup>51</sup> 參照：韓國「公平交易法」第 22 條、第 66 條、第 67 條、第 70 條等規定。值得注意者：韓國「公平交易法」第 19 條所定義「不公平限制競爭」的「共同行為」（「共謀」行為）亦不限於「水平」，「垂直」限制競爭的「共同行為」亦包括在其中。

<sup>52</sup> 參照：韓國「公平交易法」第 71 條規定。

<sup>53</sup> 相關說明，參閱：Christopher Harding, Caron Beaton-Wells & Jennifer Edwards, "Leniency and Criminal Sanctions in Anti-Cartel Enforcement," in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing, 233-260 (2015).

至於尚未將卡特爾「入刑化」的德國，其營業競爭限制防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB）第 82 條雖然規定<sup>54</sup>：關於法人或團體違反該法的行政罰程序，基本上係由卡特爾主管機關負責裁罰；然而，對於涉及秩序違反罰法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG）第 30 條規定，就法人或團體代表人、負責人、監督管理人員等所為，致使該法人或團體違背其公法上義務，或使該法人或團體獲有利益的刑事犯罪或秩序違反行為，依法科處該法人或團體罰鍰案件，卡特爾主管機關得交予檢察機關處理<sup>55</sup>。此外，即使在卡特爾主管機關負責的行政罰程序，一旦被處分者聲明不服進入救濟程序，後續階段亦由法院準用刑事訴訟規則（Strafprozeßordnung, StPO）關於抗告程序規定審理<sup>56</sup>。此外，德國刑法典第 298 條也已經特別針對圍標協議明文規定刑事制裁：依違法協議投標，意圖使招標者採納特定投標者，處 5 年徒刑或科處罰金。招標視為投標者間的競爭。主動阻止招標者採納違法投標者不罰，行為人未介入招標者即不採納特定投標，該行為人主動並致力阻止招標者採納該投標者亦不罰<sup>57</sup>。

反觀我國公平法透過立法導入「寬恕政策」，卻未同時修正或補強違法聯合行為處罰採「先行政後司法」的舊框架<sup>58</sup>（少數例外：政府採購法於 1998 年修正時已針對圍標特別增訂刑事制裁規定<sup>59</sup>）；如今又將引發違法嚇阻效果不足、刑事追訴程序啟動多所扞格等問題，對於「寬恕政策」實施成效不無影響<sup>60</sup>。復以行政搜索、扣留相關修正條文未完成立法，對照美國、德國、韓國競爭法普遍設有檢察機關介入協助執法的配套機制，尤其，後二者並未顧忌國內既有歐陸法系「行政調查／刑事偵查」雙元分立的體制內在界限而有所突破，我國公平法執法機制卻礙於此顧忌在

<sup>54</sup> 值得注意者：德國 GWB 第 1 條關於卡特爾的立法定義，已經刪除事業「處於競爭關係」的要件，所謂「垂直卡特爾」也在該條原則禁止的範疇之中。

<sup>55</sup> 參照：§82 S. 2 GWB, Neugefasst durch Bek. v. 26.6.2013 I 1750, 3245; Zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 1.6.2017 I 1416.

<sup>56</sup> 參照：§62 OWiG, Neugefasst durch Bek. v. 19.2.1987 I 602; Zuletzt geändert durch Art. 5 G v. 13.4.2017 I 872.

<sup>57</sup> 參照：§298 StGB, Neugefasst durch Bek. v. 13.11.1998 I 3322; Zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 17.7.2017 I 2442.

<sup>58</sup> 參照：公平法第 34 條及第 40 條規定；關於「先行政後司法」在適用上已存在的既有疑義，參閱：陳志民、林彥好，「第三十五條第一項」，廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列(三) 第二十五至第四十九條，公平交易委員會 94 年度委託研究報告，287-307（2005）。

<sup>59</sup> 參照：政府採購法第 87 條第 4 項規定，依公平會與公共工程委員會協商結論，該條規定係以特別法地位優先適用，參照：公平會（88）公法字第 00248 號函。

<sup>60</sup> 類似見解，參閱：顏廷棟，前揭註 1，41-45。

強化調查權能方面裹足不前，頗為可惜<sup>61</sup>。

#### （四）跨國合作，同儕協力

除了上述執法工具「趨同發展」之外，各國競爭法執法機關也透過各種跨國合作平台交換經驗。以 ICN 為例，每 2 年由其中一個會員國競爭主管機關主辦國際會議，彼此分享「寬恕政策」施行經驗、探討「最佳範例（best practices）」、邀請實務工作者研究彼此「寬恕政策」以尋求改進，較成熟的「寬恕政策」推動者甚至提供指導及支援，協助其他會員發展一套「寬恕政策」<sup>62</sup>。此類跨國合作平台，我國公平會也持續積極參與其中<sup>63</sup>。至於在成員互動更為密切的區域或超國家組織中，競爭法執法機關彼此就「寬恕政策」相互合作的情形更為普遍；例如：歐盟競爭署（DG Competition）自 2006 年起，即與歐盟會員國競爭法執法機關在「歐洲競爭網絡（ECN）」架構下，共同發展「模範寬恕政策（Model Leniency Programme, MLP）」，近年則又改進其中關於歐盟層級的申請順位標記制度<sup>64</sup>。

我國公平會執法實務上，目前已有透過國際合作管道，取得外國競爭法執法機關自「寬恕政策」所獲得資料，用以取締該等事業在我國從事違法聯合行為的具體案例；惟該案因行政罰時效期間屆滿而原處分在行政爭訟程序中遭撤銷，雖然經由「寬恕政策」所取得資料的證據力並未遭否定，畢竟事業申請寬恕時所作陳述的證明力被視同檢舉，「仍應依職權調查證據予以確認」，且該案又以公平會敗訴定讞收尾，因此也尚未替「寬恕政策」確立任何具正面、積極意義的先例<sup>65</sup>。

<sup>61</sup> 關於公平法於 2011 年底修正時，「搜索扣押作為緊急必要之最後手段」入法的嘗試功敗垂成及其評析，參閱：吳秀明、沈麗玉，前揭註 27，225-227、232。

<sup>62</sup> 引自美國聯邦司法部反托拉斯署資深官員說法，參閱：Lisa M. Phelan, *supra* note 45, ix-x.

<sup>63</sup> 例如：去（2017）年 5 月中旬在葡萄牙 Porto 召開的 ICN 年會中，正式會議首日（5 月 10 日）上午議程，即包括「寬恕政策及未來挑戰（Leniency and Challenges for the Future）」主題；該次年會，我國公平會主委、資深官員及執業律師多人亦獲邀參與其中。

<sup>64</sup> 引自歐盟競爭署副署長說法，參閱：Cecilio Madero Villarejo, *supra* note 43, vii-viii. 本報告就“marker system”中譯，並未依循國內其他文獻已採行的「順位保留制度」譯法，一則該詞字面僅有「標記系統」意涵；再則，各國關於申請寬恕順位涉及免除或減輕處罰效果，均須考量其他要件於申請時或事後是否具備而定，未能符合其他條件者甚至可能喪失順位利益，拱手讓予原本列於後順位的其他寬恕申請者，嚴格而言，並無順位「保留」的制度內涵。以我國公平法第 35 條及其授權實施辦法為例，寬恕申請在時序上的第一順位及較前順位，固然是申請者免除或減輕處罰的重要條件，然而，倘若申請者出現實施辦法第 2 條消極要件，或未履行公平會依第 6 條規定所附加條件者，公平會依實施辦法第 19 條規定必須撤回其同意。

<sup>65</sup> 關於該案具體內容及其爭訟情形，參閱：王銘勇，前揭註 10，152-156。

## 四、成敗利鈍：工具務實，成效紛歧

自美國競爭法執法機關率先採行「寬恕政策」以來，其協助執法機關發現原本暗默進行的違法聯合行為，有效追究參與者違法責任因而產生嚇阻效果的制度功能，迄今已傳頌於各國同儕機關之間數十年。進一步觀察美國、歐盟實施「寬恕政策」成效，則在導入初期恰巧都出現「差強人意」的低度利用情形；俟相關制度根據施行經驗校準調整，以較為精準的誘因機制重新推動，後續也都能繳出「亮眼」成績<sup>66</sup>。然而，各國競爭法執法機關普遍強調「寬恕政策」架構下的重罰（規定）、事業唯恐被發現（的嚇阻理論）、寬恕條件透明且可預見、施行（implementations：例如，寬恕申請件數及適用個案的重大違法情節）及其後續演變（consequences：例如，推估消費者因價格未藉由聯合定價抬升所可能獲益額度）等誘因機制運作情形。至於「寬恕政策」協助執法機關發現、取締違法聯合行為及其嚇阻效果等制度功能，各國競爭法執法機關反而少有論述；針對此類難以系統化驗證的「實效」問題，相關學術研究方面則不乏持保留態度者<sup>67</sup>。

### （一）借鏡試行，磨合精進

韓國自 1996 年導入「寬恕政策」，迄至 2004 年 9 月間共有 5 件申請案例；在 2005 年修正減免罰鍰及更正措施制度之後，就在 2006 年、2007 年藉由「寬恕政策」申請案例之助，分別核處玉米油採購圍標業者、砂糖業者 4 億 5,800 萬韓圓及 511 億韓圓，執法成果明顯改善<sup>68</sup>。此外，根據韓國公平交易法主管機關官方網頁資料：近年（2013-2015 年）「寬恕政策」適用案件數已經大幅攀升，每年分別可以高達 23 件、44 件、48 件之多，各該年度（經由執法機關依職權調查、民眾檢舉等各種管道）發現的違法「共同行為」件數，也穩定維持在 40 件以上（主管機關所採取的行政措施除裁罰之外，也包括矯正命令及警告），分別為：46 件、76 件、88 件。在上述「亮

<sup>66</sup> 參閱：Massimo Motta, *supra* note 19, 193-194. 值得注意者，歐盟微調「寬恕政策」前後所適用案例之中，不乏在美國已發現、處罰者；類似透過國際合作協助競爭法執法機關其他同儕的實務案例，也在韓國於 2001 年修法調整其「寬恕政策」前後；相關說明，王銘勇，前揭註 6，89、98-99、103。以「寬恕政策」實施後的聯合行為取締個案為例加以說明者，並請比較：顏廷棟，前揭註 11，20-49。

<sup>67</sup> 參閱：Caron Beaton-Wells, *supra* note 46, 5-6, 12-13.

<sup>68</sup> 參閱：顏廷棟，前揭註 11，57-58。

眼」的執法成效背後，韓國持續調整其公平交易法與實施「寬恕政策」相關規則、指導原則，似乎已經發揮相當作用<sup>69</sup>。

德國自 2000 年導入「寬恕政策」，自 2001 年至 2006 年間每年申請案件數（同案每有多家事業申請）分別為：2 案（10 件）、4 案（21 件）、2 案（16 件）、5 案（7 件）、13 案（69 件）、6 案（7 件）；該段期間內藉由「寬恕政策」申請案例之助取締的重大違法行為，則首推 2003 年間公布的水泥業瓜分市場及限制產量卡特爾，總計裁罰 6 億 6 千萬歐元<sup>70</sup>。德國於 2006 年 3 月間頒布新版「寬恕政策」實施依據「關於卡特爾事務免除及減輕罰鍰公告」（簡稱為「紅利規則 Bonusregelung」，或「汙點證人規則 Kronzeugenregelung」）<sup>71</sup>，自次年起事業申請寬恕的件數（仍以事業為單位分別計算，每有多家事業針對同一卡特爾案分別提出申請情形）則明顯上升：41 件（2007 年）、42 件（2008 年）、24 件（2009 年）、56 件（2010 年）、41 件（2011 年）、51 件（2012 年）、66 件（2013 年）、72 件（2014 年）、76 件（2015 年）、59 件（2016 年）；該署自 2007 年起，每年自違法卡特爾處罰收入也數以億歐元計：4 億 3,480 萬歐元（2007 年）、3 億 1,370 萬歐元（2008 年）、2 億 9,750 萬歐元（2009 年）、2 億 6,670 萬歐元（2010 年）、1 億 8,980 萬歐元（2011 年）、3 億 1,600 萬歐元（2012 年）、2 億 4,000 萬歐元（2013 年）、11 億 1,700 萬歐元（2014 年）、2 億 800 萬歐元（2015 年）、1 億 2,450 萬歐元（2016 年）。聯邦卡特爾署甚至稱「寬恕政策」為該署發現卡特爾的核心調查工具<sup>72</sup>。

我國於 2011 年引入「寬恕政策」迄至 2016 年 2 月 23 日<sup>73</sup>，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 年鉭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，

<sup>69</sup> 例如：韓國公平交易法在 2009 年即曾針對圍標處罰有所增修；至於實施「寬恕政策」相關規則、通知、指導原則等也持續有所修正、補充。

<sup>70</sup> 參閱：顏廷棟，前揭註 11，52-53。

<sup>71</sup> 參照：Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung - v. 7. 3. 2006.

<sup>72</sup> 參閱：德國聯邦卡特爾署 2016 年底出版物「成果豐碩的卡特爾取締：有益於經濟及消費者（Erfolgreiche Kartellverfolgung: Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher）」（以下簡稱「成果豐碩的卡特爾取締」），S. 8, S. 20。

<sup>73</sup> 公平會除應立法院要求，向該院專案報告「寬恕政策」實施成效之外，並未正式對外公布、統計「寬恕政策」申請及適用個案；正文所註記日期，係公平會最近一次就此向立法院提出專案報告日期。

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」<sup>74</sup>。

相較之下，同一時期內，公平會處分違法聯合行為的總件數則分別為每年 18 件（2012 年）、7 件（2013 年）、6 件（2014 年）、12 件（2015 年）、4 件（2016 年），除 2015 年 2 件鋁質、鉅質電容器事業聯合行為案借助「寬恕政策」而大有斬獲之外，其（透過其他管道獲得資訊，進而）調查、取締違法聯合行為的件數似乎不升反降：背後原因，其實更值得仔細推敲。

## （二）作用複雜，過度化約

我國導入「寬恕政策」迄今已滿 6 年，以公平會對外揭露的有限資料看來，在國際比較上既趕不上韓國、德國兩個也是「後進」的競爭法執法機關同儕，更遑論創始並持續「領導」全球競爭法「寬恕政策」風潮的美國 DOJ（反托拉斯署）。如此成績，當然稱不上「亮眼」；倘若逕以公平會「執行寬恕政策適用之案件似偏低」為由厚非之，卻也不盡公平。畢竟，儘可能在諸如宣導、「重罰（拉大適用寬恕之後的減免落差）」、申請要件及適用效果「明確（／透明）、可預測（讓潛在申請者精準計算其獲得寬恕的機會大小）」等方面多所著力，使「寬恕政策」「在書面上」儘可能與國際接軌，至多也只能（抽象）提升「寬恕政策」的「一般」制度誘因。不同產業內的個別事業是否選擇參與聯合行為，以及，何時中止或退出聯合行為，甚至，向執法機關「窩裡反」圖一己減免，讓其他參與違法聯合行為的同業遭受重罰等策略取捨，原本就不能一概而論，已如上述。例如：公平會辯稱「鑑於寬恕政策俗稱『窩裡反條款』，事業擔心招致同業間之商業倫理非難，以致業者申請

<sup>74</sup> 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；轉引自：王銘勇，前揭註 10，152-160。除上述兩件公平會依立法院決議提交的專案報告書，以及，稍早於 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。

意願不高」，在實證研究上就不乏支持論述<sup>75</sup>；旨揭委託研究訪談同業公會幹部時，也曾獲得類似答復。

從誘因機制的可能運作方式觀察，「寬恕政策」不但可以讓主管機關節省執法成本，而且極可能是執法者預算不足時的次佳選項：當執法機關無法完全發現違法聯合行為、無法查獲充分事證加以處罰（ $\alpha$ 、 $\rho$  均遠小於 1），因此退而求其次改以「寬恕政策」誘使參與違法聯合行為事業「窩裡反」，則該事業所受處罰又因此減輕或免除（ $F = 0$ ），則違法聯合行為的事前（*ex ante*）嚇阻效果勢必更加削弱，其情形其實只比放任事業參與聯合行為「略佳」而已<sup>76</sup>。實證研究也發現：在「寬恕政策」申請案大增、執法機關取締件數及處罰金額「亮眼」背後，「寬恕政策」倡議者所鼓吹的（經由成員可能「背叛」的高風險所形成）嚇阻作用並不顯著<sup>77</sup>。尤有甚者，倘若競爭法執法機關長期無法提振調查、取締違法聯合行為能量，反而過度倚賴「寬恕政策」（被動）跟隨事業「窩裡反」腳步辦案，極可能更進一步引發執法機關內部（目標設定及資源分配等）治理問題<sup>78</sup>。

### （三）配套機制，日趨精緻

從韓國、德國先後導入「寬恕政策」之後，制度誘因及配套執法措施不斷調整校準的經驗中，可以發現：兩國法制雖然同屬民法典（*civil law*）盛行的歐陸法系，

<sup>75</sup> 理論上，事業之間是否「勾結」或形成「卡特爾」，以及，個別事業是否「背叛」同業勇於「窩裡反」，似乎是「公司」方面的「理性（利潤極大化）」決策結果；然而，類似決定往往由「一小撮」任職於各事業不同階層的員工所作成，其利害關係與「寬恕政策」所針對的事業並不一致；相關說明，參閱：Andreas Stephan & Ali Nikpay, *supra* note 22, 140-141. 在員工個人層次上，是否勇於檢舉事業違法行為的誘因，也與事業本身是否「窩裡反」的誘因極不相同；許多實證研究指出：某些員工檢舉其所服務事業不法，毋寧出於「利他」或「義憤」而非基於財務上的獲利考量，令其顧慮不敢「吹哨」的原因則更多來自於「道德」或「安全」（害怕遭到報復）面向。相關說明，參閱：Maurice E. Stucke, *supra* note 3, 210-229.

<sup>76</sup> 相關說明，參閱：Massimo Motta, *supra* note 19, 195-202.

<sup>77</sup> 相關說明，參閱：Catarina Marvão & Giancarlo Spagnolo, “What Do We Know About the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence,” in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing, 57-80 (2015). 經由「寬恕政策」查獲因此被取締的違法卡特爾，大多在「窩裡反」之前就已經停止運作；參閱：Andreas Stephan & Ali Nikpay, *supra* note 22, 150-151.

<sup>78</sup> 其中羣羣大者：競爭法執法機關可能錯將查獲案件數與處罰金額等同於（嚇阻不法卡特爾形成，減少市場分配無效率等）機關任務及競爭法立法目的，另一方面，競爭法執法機關也可能低估事業反過頭來工具化「寬恕政策」以極大化其獲利的可能性；相關說明，參閱：William E. Kovacic, “A Case for Capping the Dosage: Leniency and Competition Authority Governance,” in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing, 128-132 (2015).

並無如同美國般極具彈性的刑事司法制度可資運用，卻都可以分別藉由違法「惡質卡特爾」入刑化，以及，嫁接刑事司法機關協助應訴的制裁法制等不同方式，讓檢察機關介入調查違法聯合行為，大幅提升執法能量。尤其，韓國率先導入違法「共同行為」檢舉獎金制度，還吸引匈牙利、巴基斯坦、新加坡、英國陸續跟進，推動類似的檢舉獎金制度<sup>79</sup>，我國也在 2015 年公平法修正時加入此行列之中。

特別值得注意者：即使德國聯邦卡特爾署自稱「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」而削減打擊違法卡特爾所需行政資源。正好相反：該署一方面自 2012 年起，在官方網站建置匿名舉報系統（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，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<sup>80</sup>。另一方面，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「拂曉突擊（dawn raid）」的搜索行動所需資訊後勤支援能力<sup>81</sup>。簡而言之，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<sup>82</sup>。其實，即使單就「寬恕政策」實施成效而言，「拂曉突擊」無可閃避的精準採證及猝不及防（隨時可能「兵臨城下」）的打擊效果，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」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。

<sup>79</sup> 關於各國競爭法執法機關陸續導入檢舉獎金制度的說明，參閱：Maurice E. Stucke, *supra* note 3, 216-219.

<sup>80</sup> 自 2012 年 6 月至 2016 年 12 月，該匿名舉報系統收到 1,420 份舉報資料，其中，2015 年 1 件關於 5 家汽車零組件製造商卡特爾案，裁罰金額高達 7,500 萬歐元，其消息就是來自於匿名舉報系統，相關說明，參閱：「成果豐碩的卡特爾取締」，S. 6。

<sup>81</sup> 聯邦卡特爾署自 2007 至 2016 年間，每年發動 8 至 20 次搜索行動；以 2016 年為例，該署當年扣押的數位跡證就超過 20 兆元（Tera Bytes），亟需資訊科技專家及實驗室支援相關資料處理工作。相關說明，參閱：「成果豐碩的卡特爾取締」，S. 5-8, S. 23-25。此外，GWB 原已授予卡特爾主管機關證人詢問權（必要時得聲請法院命證人宣誓後作證）、證物扣押權及資料調閱權，參照：§57-59 GWB。

<sup>82</sup> 雖然，多年在產業調查、經濟分析及競爭政策長期觀察等方面，與聯邦卡特爾署「既競爭又合作」的獨占委員會（Monopolkommission）建議：應參照其他競爭法制前例，將違法卡特爾「入刑化」；然而，聯邦卡特爾署認為：每年看似眾多的違法卡特爾取締行動，其實並非市場結構惡化而不斷浮現的限制競爭問題，毋寧凸顯現行打擊惡質卡特爾相關機制已發揮嚇阻作用，對照事業積極投入法規遵循計畫（Compliance-Programme）以避免觸法，即可印證。相關說明，參閱：「成果豐碩的卡特爾取締」，S. 11。

至於我國公平法為補強主管機關執法力度，早在公平法最初制定時就仿照美國法制納入「三倍損害賠償」的明文規定<sup>83</sup>，在取締限制競爭行為方面，尤其適用於「水平」限制競爭的違法聯合行為上，功效卻相當有限的「私人（為本身利益）協助執法（private enforcement）」<sup>84</sup>，近來又有最新發展趨勢不宜忽略。一則，在國內公平法的民事司法實務上，台灣電力公司因「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」另案向民事訴訟被告請求損害賠償事件<sup>85</sup>，再次「活化」公平法損害賠償相關規定在聯合行為執法上的應有制度功能。

再則，歐盟有鑑於針對違法限制競爭行為的公部門執法與私人（協助）執法皆須彼此互動協調，方能確保競爭法的最大規範效度，為此，兩套執法機制之間關於檢視競爭法主管機關所保有卷證等規範必須相互調和；此外，限制競爭行為受害者在歐盟會員國之間奔走訟爭，卻必須面對救濟程序規範及證據法則落差極大的不同法制，頗有調和會員國法制的迫切必要，歐洲議會與執委會遂於 2014 年頒布「關於違反競爭法依內國法提起損害賠償訴訟指令（DIRECTIVE 2014/104/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union，簡稱損害賠償指令 Damages Directive）」<sup>86</sup>；尤其，該指令也對「寬恕政策」包括減免處罰的制度誘因、執法機關受理「窩裡反」之後的保密措施等制度設計，是否因強化限制競爭行為受害者程序保護規範而功能減損多所致意<sup>87</sup>，值得特別注意。

<sup>83</sup> 關於公平法（舊法）第 32 條第 1 項（現行法移至第 31 條第 1 項）規定，主要規範目的在於「嚇阻」違反公平法行為，其仿照美國立法及執法經驗，「反競爭行為被害人……提起之三倍損害賠償私人訴訟，在起訴誘因與證據取得上皆可能要比行政或刑事制裁等公部門執法……強烈與積極，而能提高法規嚇阻的可能性」，但兩國在整體訴訟與證據取得制度等方面的明顯差異不可忽略等相關說明，參閱：陳志民，「第三十二條第一項」，廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（三）第二十五至第四十九條，公平交易委員會 94 年度委託研究報告，203-205（2005）。

<sup>84</sup> 因被告違反公平法所提起的民事訴訟，仍以違反該法第 21 條、第 22 條（舊法第 20 條）、第 25 條（舊法第 24 條）等不公平競爭行為構成主要案由。關於「寬恕政策」恰如羅馬門神 Janus，以兩張不同面孔望向公部門執法（public enforcement）與私人（協助）執法，兼有在具備不同目標價值的兩套執法機制之間過渡（與聯繫）功能，既不應該偏重經濟觀點下的（最適）嚇阻功能而忽略補償損害的公平（fairness）、社會正義等價值，也不宜一味強調兩者之間（彷彿不可化解）的矛盾與彼此掣肘；相關說明，參閱：Laura Guttuso, “Leniency and the two Faces of Janus: Where Public and Private Enforcement Merge and Converge,” in: Caron Beaton-Wells & Christopher Tran (ed.), Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age, 1st ed., Hart Publishing, 273-297 (2015).

<sup>85</sup> 臺北地方法院 104 年度重訴字第 1077 號民事訴訟案件，迄至本文最後修改日期仍在該院繫屬中。

<sup>86</sup> 參照：Preamble (6)-(47), Directive 2014/104/EU.

<sup>87</sup> 參照：Preamble (24)-(27), (38), Directive 2014/104/EU.

歐盟上述「損害賠償指令」具體內容，不乏與「寬恕政策」聯繫公部門執法與私人（協助）執法兩套機制的功能息息相關者，例如：會員國應確保其內國法院不得命當事人或第三人揭露申請寬恕或和解時所交付證據資料<sup>88</sup>；會員國應確保僅能透過該國競爭主管機關獲得的事業申請寬恕所提交證據，在後續民事訴訟求償案件中，或為不應許可的證據方法，或應使該證據受內國法保護<sup>89</sup>；第 11 條（Article 11）第 4 項關於適用「寬恕政策」事業在民事訴訟上的連帶損害賠償責任限縮規定：限於其直接或間接買方或供應商，且無法自該卡特爾其他參與者獲得全部賠償時，始須承擔個別或連帶賠償責任<sup>90</sup>。對於上述歐盟「損害賠償指令」規範，德國聯邦卡特爾署表示：德國將該指令轉換為內國法之後，將有助於第三人就其因違法卡特爾所受損失起訴求償，形成私人（為本身利益）協助執法，以及，違法卡特爾參與者申請寬恕進而有助於主管機關破獲違法卡特爾，兩項重要執法工具之間更加均衡發展<sup>91</sup>；事實上，德國也已經於 2017 年 8 月 27 日通過的 GWB 修正案中納入<sup>92</sup>。

## 五、代結語

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<sup>93</sup>、檢舉獎金也僅核發 2 筆<sup>94</sup>，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、歐盟先後實施「寬恕政策」歷程，在導入初期都出現「差強人意」的低度利用情形；俟相關制度根據施行經驗校準調整，以較為精準的誘因機制重新推動，後續也都能繳出「亮眼」成績。韓國跟進實施「寬恕政策」，導入初期也明顯未達成預期政策目標。不過，韓國迄今「寬恕政策」框架日趨穩固而制度內涵益發繁複，該國率先導入「檢舉獎金」制度更已帶動不少國家跟進，實施成效也直追各國競爭法執法機關同儕「領先群」表現。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。

<sup>88</sup> 參照：Art. 6 (6) Directive 2014/104/EU；並請比較：§ 33 g GWB.

<sup>89</sup> 參照：Art. 7 (1) Directive 2014/104/EU；並請比較：§ 33 g GWB.

<sup>90</sup> 參照：Art. 11 (4) Directive 2014/104/EU；並請比較：§ 33 e GWB.

<sup>91</sup> 參閱：「成果豐碩的卡特爾取締」，S. 29-30。

<sup>92</sup> 參照：§ 33 e bzw. § 33 g GWB.

<sup>93</sup> 參閱：本文上述四之（一）相關說明。

<sup>94</sup> 金額分別為新臺幣 50 萬元及 10 萬 9,500 元，轉引自：王銘勇，前揭註 10，171-172。

另一方面，我國雖然在執法工具層次「利用」情形並不理想，透過既有職權調查及檢舉管道查處、取締違法聯合行為「績效」，卻也與各國競爭法執法機關同儕相去不遠<sup>95</sup>。至於各項跨國比較研究上一再警告的過度倚賴「寬恕政策」導致行政資源錯置、事業反向操作將「寬恕政策」工具化等極易「積重難返」的制度濫用問題，我國反倒拜「利用」較少之賜，暫無勉強戒除的迫切壓力。有鑑於此，旨揭委託研究報告所提各項「立即可行建議」與「中長期性建議」，聚焦於執法工具層次的提升「利用」程度及執法工具改良調整面向，也是從累積在地經驗的務實觀點著眼低調建言。

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」規定在事前就可以讓理性計算者放棄違法企圖的嚇阻力量來源（ $\alpha\rho F \geq W$ ，由於  $F$  不能無限度增加，較為合理的調整方式於是轉向將  $\alpha$ 、 $\rho$  儘量提升至接近 1，或者，讓潛在違法者擔憂「拂曉突擊」隨時可能查獲不法事證）<sup>96</sup>。因此，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（拉大  $W_1 - (F - R) > W_2 - F$  兩端落差的前提： $\alpha$ 、 $\rho$  儘量提升至接近 1，讓打算「窩裡反」的事業不再顧慮  $\alpha\rho F < W$  時猶可獲利），同時又不減損「重罰」在事前就具備的嚇阻作用<sup>97</sup>。

由於我國也積極參與 ICN 等競爭法執法機關同儕跨國合作平台，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，看來還有不小的未來努力空間。

<sup>95</sup> 關於公平會歷年處分違法聯合行為案件統計及其分析，參閱：旨揭委託研究報告，151-196、204-205。

<sup>96</sup> 類似見解，參閱：Massimo Motta, *supra* note 19, 192-193, 201.

<sup>97</sup> 然而，我國當前公平法執法責任過度集中於以獨立機關形式建置的公平會，檢察機關在「先行行政後司法」的聯合行為處罰規範架構下並無主動參與角色，公平會曾經主動提案修法強化其調查權限又未獲支持（，其實，面對編制與國際同儕比較下明顯居於劣勢、行政資源難以擴充的執法機關外在客觀條件限制，公平會也需要行政院及立法院在預算及員額編制等方面傾力支持），如何在形式上提高處罰額度之外實質強化事前嚇阻作用，對於我國取締違法卡特爾的制度續造而言仍是一大挑戰。

## 參考文獻

### 中文部分

- 王銘勇，「聯合行為寬恕減免責任條款之研究」，公平交易季刊，第 14 卷第 1 期（2006）。
- 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，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁罰處分相關判決」，公平交易季刊，第 25 卷第 4 期（2017）。
- 石世豪、莊春發、林小伶、吳運源，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）。
- 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）。
- 許景翔、潘明如譯，Waldman, Don E. & Jensen, Elizabeth J. 著，產業經濟學－理論與實務，初版，雙葉書廊公司（2013）。
- 陳志民，「第三十二條第一項」，廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列(三) 第二十五至第四十九條，公平交易委員會 94 年度委託研究報告（2005）。
- 陳志民、林彥妤，「第三十五條第一項」，廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列(三) 第二十五至第四十九條，公平交易委員會 94 年度委託研究報告（2005）。
- 顏廷棟，寬恕政策實施子法之研究，公平交易委員會 96 年度委託研究報告（2007）。
- 顏廷棟，「寬恕政策實施子法之研究」，公平交易季刊，第 16 卷第 4 期（2008）。
- 顏廷棟，「聯合行為之執法檢討與展望」，公平交易季刊，第 20 卷第 4 期（2012）。

### 外文部分

- Beaton-Wells, Caron, “Leniency Policies: Revolution or Religion?” in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Buhart, Jacques & Henry, David (ed.), Leniency Regimes, International Series, 5th ed., Thomson Reuters (2015).

- Guttuso, Laura, "Leniency and the two Faces of Janus: Where Public and Private Enforcement Merge and Converge," in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Harding, Christopher, Beaton-Wells, Caron & Edwards, Jennifer, "Leniency and Criminal Sanctions in Anti-Cartel Enforcement," in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Kovacic, William E., "A Case for Capping the Dosage: Leniency and Competition Authority Governance," in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Marvão, Catarina & Spagnolo, Giancarlo, "What Do We Know About the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence," in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Motta, Massimo, *Competition Policy*, 1st ed., Cambridge University Press (2004).
- O'Brien, Ann, "Leadership of Leniency," in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Phelan, Lisa M., "Foreword," in: Buhart, Jacques & Henry, David (ed.), *Leniency Regimes: International Series*, 5th ed., Thomson Reuters (2015).
- Stephan, Andreas & Nikpay, Ali, "Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective: Complex Realities," in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Stucke, Maurice E., "Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?" in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Uytzel, Steven Van, "Anti-Cartel Enforcement in Japan: Does Leniency Make the Difference?" in: Beaton-Wells, Caron & Tran, Christopher (ed.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, 1st ed., Hart Publishing (2015).
- Villarejo, Cecilio Madero, "Foreword," in: Buhart, Jacques & Henry, David (ed.), *Leniency Regimes: International Series*, 5th ed., Thomson Reuters (2015).

Bundeskartellamt, *Erfolgreiche Kartellverfolgung: Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher*,  
Bundeskartellamt (2016).

**A Comparison of the Effectiveness and Efficacy of the Leniency Programme:  
What can Taiwan Learn from the Success Stories of the USA, Germany and  
South Korea?**

Shyr, Shyr-Hau \*

**Abstract**

Taiwan has incorporated a leniency programme in its anti-cartel enforcement for more than 6 years. A monetary reward system following the example of South Korea was also introduced more than 2 years ago. Although the legislature has attached a lot of value to the leniency programme and reward system, their applications are still rather modest. This article summarizes a comparative study with the same title that was sponsored by the Fair Trade Commission of Taiwan which concluded that - despite the convergence of the leniency programme among peer competition authorities - supporting institutions such as the (penal and/or administrative) punishment regime, the investigative capacity of the authority as well as the compensation law (which stipulates the way in which private enforcement functions) play critical roles in the effectiveness and efficacy of the leniency programme.

**Keywords:** Cartel, Conspiracy, Leniency Programme, Incentive, Convergence, Coordination.