

公平交易案件之審理與裁判—程序法之觀點

劉明生 劉華美*

目次

- 一、前言
- 二、我國公平交易案件於行政法院審判實務之現狀與問題
 - (一) 我國公平交易案件行政法院審判實務之現狀
 - (二) 我國公平交易案件於行政法院審判實務之問題
- 三、德國公平交易委員會裁罰之法院審理與裁判程序
 - (一) 聯邦高等法院卡特爾專業合議法庭之審理與裁判程序
 - (二) 德國聯邦最高法院卡特爾專業合議庭之審理與裁判程序
- 四、討論與建議
 - (一) 公平交易案件專業合議法庭設置之重要性
 - (二) 鑑定人協力義務之強化
 - (三) 資訊提交
- 五、結論

摘要

本文乃從比較德國與我國公平交易案件法院審理與裁判程序之觀點，集中探討專業合議庭設置、鑑定人協力義務之強化、原則性證明度、事實上推定降低證明度、協力義務制度之問題。本文之目的乃透過上述重要爭議問題之探討，試圖建構一更為完善之公平交易案件法院審理與裁判程序。我國目前就公平交易案件僅於高等行政法院之行政訴訟救濟程序設有公平交易之專股，並未設置專業合議庭，為使法官更加正確與完整地從事證據評價，未來於我國是否實有增設專業合議庭之必要性，則有於本文

* 劉明生，政治大學法學院副教授。
劉華美，臺灣科技大學科技管理研究所教授。

作更進一步探討之必要。為使法院能更加正確認定公平交易事件相關事實並從事完整之證據評價，於公平交易案件鑑定人之協力義務如何加以強化亦成為重要之課題。鑑定人於鑑定前是否負有說明之協力義務？為使鑑定人就其書面鑑定意見（因其鑑定意見涉及到很多複雜之專業知識）以言詞方式說明，法院得命鑑定人到場。倘若經法院合法通知鑑定人到場而其未到場，是否得對其課以罰鍰，則有於本文作更進一步分析之必要。

關鍵字：公平交易法案件、行政法院、德國卡特爾專業合議庭

一、前言

由於公平交易案件往往涉及獨占、結合與聯合等限制競爭之行為，其乃與經濟專業有關之複雜事實，尤其多樣反覆彼此交織與依存之經濟行為，故德國就公平交易委員會所作之裁罰處分設有聯邦高等法院卡特爾專業合議庭以及聯邦最高法院卡特爾專業合議庭，處理甚為複雜與專業之公平交易案件¹。設置此等專業合議庭主要之目的在由具有公平交易領域專業與審判經驗之法官，長期從事公平交易案件之審理，以使其可知悉鑑定人所作成之鑑定意見，從事正確之證據評價。然而，於我國目前就公平交易案件僅於高等行政法院之行政訴訟救濟程序設有公平交易之專股，並未設置專業合議庭，為使法官更加正確與完整地從事證據評價，未來於我國是否實有增設專業合議庭之必要性，則有於本文作更進一步探討之必要。為使法院能更加正確認定公平交易事件相關事實並從事完整之證據評價，於公平交易案件鑑定人之協力義務如何加以強化亦成為重要之課題。為使鑑定人就其書面鑑定意見（因其鑑定意見涉及到很多複雜之專業知識）以言詞方式說明，法院得命鑑定人到場。倘若經法院合法通知鑑定人到場而其未到場，是否得對其課以罰鍰，則有於本文作更進一步分析之必要。本文乃從比較德國與我國公平交易案件法院審理與裁判程序之觀點，集中探討專業合議庭設置、鑑定人協力義務之強化之問題。本文之目的乃透過上述重要爭議問題之探討，試圖建構一更為完善之公平交易案件法院審理與裁判程序。

二、我國公平交易案件於行政法院審判實務之現狀與問題

（一）我國公平交易案件行政法院審判實務之現狀

公平交易案件於高等行政法院和最高行政法院之間的裁判意見理論上有下列4種情形：有意見相同者，如同時判公平交易委員會（下稱公平會）勝訴，上訴人事業敗訴（第一種情形）；有意見不同者，如高等行政法院判公平會敗訴，最高行政法院判公

¹ 關於限制競爭行為規範詳細論述參廖義男，公平交易法，2022年版，191以下。

平會勝訴上訴人事業敗訴（第二種情形）；有意見相同者，如同時判公平會敗訴上訴人事業勝訴（第三種情形）；有意見不同者，如高等行政法院判公平會勝訴上訴人事業敗訴，但最高行政法院判公平會敗訴上訴人事業勝訴（第四種情形）。同樣地適用行政訴訟法的程序，但在高行和最高行間意見並非都一致，即使當事人事業方在兩審之間委任了相同的律師群擔任訴訟代理人。一般而言容易出現意見相佐的公平交易法（下稱公平法）議題包括了：對市場界定範圍的看法和界定市場方法的認定；對涉訟事業市場力大小的評估和評估的方法；對公平會以行政處分認定違法並課處罰鍰的數額多寡和內容依據的決定；對晚近新修正公平法條文有關聯合行為以間接證據認定合意的推定方式如何適用；對應用層面廣的公平法第20條限制競爭之虞的不確定法律概念的解釋等等。

（二）我國公平交易案件於行政法院審判實務之問題

競爭事務主管機關的行政處分在司法機關受到挑戰在國際上亦然，例如歐盟執委會近年來幾次赫赫有名的以高額罰鍰大刀闊斧裁處Google的各種限制競爭行為，但Google幾乎每逢處分必向歐盟法院上訴，上訴的結果則未得而知。美國FTC於近兩年對Facebook併購Instagram和Whats App的前同意決定，重新向美國法院提起訴訟請求撤銷，於法院訴訟的結果迄今尚未公布。中國大陸則顯現較特殊的法律環境，一般而言，即使事業被競爭法主管機關市場監督管理總局以違反反壟斷法為由課處歷史紀錄的高額罰鍰，事業未必向人民法院上訴尋求救濟，而很可能是認賠了事，例如相當有名的高通案在中國大陸便如此；即使是中國大陸本土企業也常以認賠了事，例如阿里巴巴二選一案。

從行政法的角度觀之，行政法學理上有所謂判斷餘地，即司法機關會在特定領域尊重行政機關的高度專業性和技術性，現行行政法院的程序大體上以法律人為主體（智慧財產商業高等法院因尚有技術審查官相當程度參與訴訟程序較具差異性），行政機關的構成－以競爭事務主管機關公平會為主軸，除法律人外亦有經濟背景和資訊背景公務人員在職，但在公平會的行政處分一經做成後，後續的行政救濟程序主要即以公平會內的法務單位為主體，業務單位則配合，判斷餘地的學理在行政訴訟實務的用途有多大？在公平交易案件的審理裁判上值得進一步研究。

就法院各專業法庭的組成而言，我國司法體系係如同德國採二元法系，即區分普通法院和行政法院，普通法院從地方到最高有三級，行政法院依新制也是從地方到最高三級，例如一些簡易的違反多層次傳銷管理法事件，公平會處以罰鍰金額在40萬元以下者，其行政救濟程序會先進入地方法院行政訴訟庭。另外會設有專業法院，如前已提及的智商高法院（目前位於板橋），或是如少年及家事法院（目前全國唯一位於高雄）。在「院」以下即為「庭」，除了一般熟知的法院各庭外（組織較大的法院擁有較多的庭，例如第一庭到第六庭不等），尚有所謂專業法庭，例如勞工法庭處理

競業禁止契約，或稅務法庭依納稅人權利保護法而設立。就反托拉斯事件而言，因本類案件所具備的如市場界定市場力評估等高度複雜性事務使然，且公平會裁處金額往往相當龐大，一旦又牽涉跨國高科技公司，其處分金額可能動輒上億，一般同樣是行政院下的二級行政機關（部會）有權限處以一般人民（事業）如此高額罰鍰的似不多見，是否須要成立專責的專業法庭來審理，相當值得探討。「庭」以下則是「股」，我國行政法院實務上是以專股的方式來審理公平交易案件。

三、德國公平交易委員會裁罰之法院審理與裁判程序

（一）聯邦高等法院卡特爾專業合議法庭之審理與裁判程序

德國競爭限制法第83條規範以聯邦高等法院作為第一審管轄法院。其主要乃欲實現將競爭法領域之裁判儘可能集中於較少之法院。透過如此賦予聯邦高等法院管轄權之規定，將可由具有競爭法專業知識之卡特爾專業合議法庭(Kartellsenat)，處理關於違反公平交易裁罰行政處分之抗告事件。依照德國競爭限制法(GWB)第91條之規定，必須於聯邦高等法院設置卡特爾專業合議庭(Kartellsenate)，其受理卡特爾行政救濟事件、卡特爾裁罰事件與卡特爾民事事件(Kartellverwaltungs-, die Kartellbußgeld- und die Kartellzivilsachen)，此等事件必須由卡特爾專業合議庭來審判，不能透過事務分配計畫將其移轉給其他非卡特爾專業合議庭審理²。

聯邦高等法院之卡特爾專業合議庭乃由3位成員組成。關於聯邦高等法院卡特爾專業合議庭於裁罰事件之組成乃符合民事與行政事件之組成（德國法院組織法第122條之規定），然而德國競爭限制法第83條第2項之規定排除秩序罰法第80條a第2項由獨任法官裁判之可能性。至於德國法院組織法第122條第2項由5位法官進行審判之特別規定，僅適用於刑事合議庭(Strafssenat)，但卡特爾合議庭為一種具有獨自性質專業化之法庭(ein spezialisierter Spruchkörper eigener Art)，其並非刑事合議庭³。

依據德國秩序罰法第77條之規定，法院有義務依據職權調查證據認定事實，但關於調查證據之範圍法院可以裁量決定。依據德國秩序罰法第77條規定，法院負有顧慮該事件之重要性，依據職權探知實體真實之義務⁴。須特別留意者，乃德國秩序罰法第77條a設有法院簡化調查證據之方式。申言之，關於證人、鑑定人或關係人之訊問，得透過朗讀先前訊問筆錄以及包含其所作陳述之文書代替。若不具備德國刑事訴訟法第256條規定之前提要件，行政機關與其他單位關於其服務調查與其知悉事項之表示，亦得以朗讀之方式代替。對於機關之表示得以遠距言詞之方式取得且於主要辯論

² Loewenheim/Meessen /Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 83 Rn. 19.

³ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2020, GWB § 83 Rn. 1.

⁴ Krenberger/Krumm, OWiG, 7. Auflage 2022, § 77 Rn. 1 ff.

告知其內容。告知之內容依聲請應記載於筆錄之中。第1項至第3項之程序，須經在場關係人、辯護人與檢察官同意始能進行⁵。

因於不公平競爭事件往往涉及高數額之制裁，故依照德國通說之見解法院負有職權探知之義務(Amtsermittlungspflicht)。再者，就德國公平交易委員會（下稱德國公平會）之裁罰決定向聯邦高等法院提起異議救濟，法院裁判之方式並非裁定而係以判決之方式為之。關於法院之證據評價必須於判決理由中記載，其必須達到可使再抗告法院（德國聯邦最高法院）事後加以審查之程度⁶。

如前所述，原則上聯邦高等法院乃就合法之異議(Einspruch)進行主要之言詞辯論(Hauptverhandlung)，因此一般而言進行主要言詞辯論比書面審理程序可有更佳良好之事案解明。僅於程序參與者均不反對進行書面審理程序例外之情形，法院始能以書面審理之方式進行。但此於實務上為例外之情形⁷。於書面審理之情形乃適用不利益禁止原則(Verschlechterungsverbot)，法院不能將行政機關裁罰決定之制裁更加加重（參德國秩序罰法第71條與第72條第3項第2句之規定）⁸。然而，不利益禁止原則僅適用於法律效果之種類與數額部分，並未及於違反秩序行為成立之部分。因此法院可以就更多數個違反秩序之行為而裁判。至於進行主要言詞辯論之情形，依照德國通說之見解並無不利益禁止原則之適用。於實務上聯邦高等法院可將德國公平會之裁罰金額提高⁹。

再者，德國秩序罰法第71條規定關於主要言詞辯論之進行，準用德國刑事訴訟法第407條以下之規定，法院負有通知所有關係人到場之義務（德國秩序罰法第73條之規定）。然而，於例外之情形可依據聲請免除此項義務，亦即特定關係人已就該事件進行陳述或已事先告知其不願意表達意見，且其在場對於重要觀點之解明並非必要¹⁰。

此外，德國秩序罰法第76條之規定由法院裁量賦予行政機關在場資訊提供與聽取意見之權利。但不容許行政機關享有對關係人證人與鑑定人發問之權利。然而，競爭限制法第82條a承認行政機關代理人經法院允許對關係人證人與鑑定人發問之權利。對於行政機關代理人所提出有助於事案解明之問題，法院應加以容許。倘若其未加以容許則其可能違反其應盡之解明義務(Aufklärungspflicht)，可因此再抗告至德國聯邦最高法院¹¹。

德國秩序法罰法第46條規定，於任一程序進行之情況，每一個關係人有選任辯護

⁵ Krenberger/Krumm, OWiG, § 77a Rn. 1 ff.

⁶ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, GWB § 83 Rn. 1.

⁷ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, , GWB § 83 Rn. 29.

⁸ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, , GWB § 83 Rn.29.

⁹ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, , GWB § 83 Rn.29.

¹⁰ Loewenheim/Meessen /Meyer-Lindemann, Kartellrecht, GWB § 83 Rn. 13.

¹¹ Loewenheim/Meessen /Meyer-Lindemann, Kartellrecht, GWB § 82a Rn. 6.

人(Verteidiger)之權利，此乃承繼德國刑事訴訟法防禦權之規定（參德國刑事訴訟法第137條以下之規定）。關係人（依情形可能係其法定代理人）可自己決定一位辯護人。但其僅能係法律職業之律師或者於專業高等學校任教之法律系教師，該關係人至多僅能選任3位辯護人，且1位辯護人不能為多數關係人辯護¹²。

（二）德國聯邦最高法院卡特爾專業合議庭之審理與裁判程序

德國競爭限制法第84條規定德國聯邦最高法院就違反卡特爾秩序裁罰程序之管轄權。關於聯邦高等法院卡特爾專業合議法庭之裁判專屬於德國聯邦最高法院管轄。又依照德國競爭限制法第94條第1項第2款之規定連結至第84條第1句之規定，專屬由德國聯邦最高法院卡特爾專業合議庭(Kartellsenat des Bundesgerichtshofs)管轄。德國法院組織法第139條第1項適用於德國聯邦最高法院卡特爾專業合議庭，包含審判長共有5位成員¹³。

得向德國聯邦最高法院提起法律審救濟，僅限於因法律違反導致原審之裁判必須被廢棄。於絕對上訴事由（德國刑事訴訟法第338條絕對上訴事由）之情形，其因果關係乃透過法律不能被推翻之方式而被推定。相對上訴事由必須具備導致裁判被廢棄之因果關係，提起再抗告之期間為一週，再抗告理由書提出之期間為一個月。此卡特爾合議庭僅從事法律適用錯誤之審查，並不從事實實認定，其為法律審而非事實審，而其主要乃參照德國刑事訴訟之第三審程序而進行。於此乃區分實體法律適用之異議以及程序異議兩方面瑕疵之救濟¹⁴。然而，並非所有於德國刑事訴訟法第338條所列舉之絕對上訴事由對秩序罰程序有其重要性。例如該條第5款檢察官未到場，此依照秩序罰法第75條之規定本即未被要求其在場，故不構成程序瑕疵。依照秩序罰法第76條之規定，卡特爾機關並非必須參與主要言詞辯論，其不在場之辯論不構成絕對上訴事由。雖然如此，卡特爾行政機關之參與可促使法院解明相關重要之事實，若聯邦高等法院未使其參與程序的話，可被認為違反事案解明義務(Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht)可救濟¹⁵。再者，其他應通知之關係人（尤其被處分之當事人），法院應通知其到場，如法院未合法通知其到場則構成絕對上訴之理由（參德國刑事訴訟法第338條第5款之規定）。倘若聯邦高等法院錯誤駁回法官迴避之聲請，則構成絕對上訴事由（參德國刑事訴訟法第338條第5款之規定）。再者於裁罰主要言詞辯論期日應採取公開審理原則，倘若未採取公開審理之方式亦構成絕對上訴事由¹⁶。

¹² Krenberger/Krumm, OWiG, § 46 Rn. 36.

¹³ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, , GWB § 84 Rn. 1 ff.

¹⁴ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, , GWB § 84 Rn. 11.

¹⁵ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, , GWB § 84 Rn. 12.

¹⁶ Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, , GWB § 84 Rn. 12.

四、討論與建議

(一) 公平交易案件專業合議法庭設置之重要性

由於公平交易案件往往涉及與經濟專業有關之複雜事實，尤其多樣反覆彼此交織與依存之經濟行為(die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens)¹⁷，故實有設置公平交易案件專業合議法庭之必要性。如前所分析，德國就公平會所作之裁罰處分設有聯邦最高法院卡特爾專業合議庭以及聯邦最高法院卡特爾專業合議庭，處理甚為複雜與專業之公平交易案件。設置此等專業合議庭主要之目的在由具有公平交易領域專業與審判經驗之法官，長期從事公平交易案件之審理，以使其可知悉鑑定人所作成之鑑定意見，從事正確之證據評價。然而，於我國目前就公平交易案件僅於高等行政法院之行政訴訟救濟程序設有公平交易之專股，並未設置專業合議庭，為使法官更加正確與完整地從事證據評價，未來實有增設專業合議庭之必要性。

就專業訴訟設置專業合議庭乃現今德國程序法發展之重要趨勢。於德國民事訴訟法程序，在法律上於聯邦法院導入專業法庭，並在高等聯邦法院導入專業合議庭。誠如德國學者妥適指出，在很多實際情況困難之領域，法院不僅需要好的鑑定人，為使他能完全理解鑑定人之鑑定意見，並於其自己之責任範圍內從事評價（德國民事訴訟法第286條之規定），其亦需自己有一定的基礎知識。在德國聯邦專利法院，除了具有「精通法律專業知識之成員」外，尚有所謂的「專門技術上成員」作為法官，在同一個判決機構工作。惟將此解決方案移植到一般民事法院，使人覺得具有較少的實用性。德國立法者因而很快地遵循2014年在漢諾威第70次德國法學家會議之投票，透過更強化的專業化，及多年在一個特定事件領域工作，以改善法院的專門知識。立法者課予法院自2018年起組成專業法庭或專業合議庭之義務¹⁸。現今德國之立法者已於第一審及第二審立法明文導入專業法庭，以解決法官於專門訴訟專業知識能力強化之問題，專業合議庭乃透過長期於一個特定事件領域工作之法官所組成。依德國法院組織法第72條a之規定，就如下領域之事件應組成專業之合議庭：（1）銀行與金融交易爭訟事件；（2）建築與建築師契約爭訟事件；（3）基於治療行為所生請求之爭訟事件；（4）基於保險契約所生之爭執事件¹⁹。

¹⁷ Tschudin, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht, AJP/PJA 10/2014, S. 1337.

¹⁸ Gottwald, Jüngste Veränderungen und Zukunft des deutschen Zivilprozessrechts, 德國民事訴訟法最近之修正與未來（劉明生譯），收錄於：電子文書及電子商務相關實體與程序問題之研析（民事程序法焦點論壇第四卷），366以下及392以下（2018）。

¹⁹ Musielak/Wittschier, § 72a GVG Rn. 1 ff.

(二) 鑑定人協力義務之強化

為使法院能更加正確認定公平交易事件相關事實並從事完整之證據評價，我國未來宜修法承認鑑定人鑑定前之說明義務，並強化鑑定後鑑定人說明之協力義務。為使鑑定人就其書面鑑定意見（因其鑑定意見涉及到很多複雜之專業知識）以言詞方式說明，訴訟法院得命鑑定人到場。倘若經法院合法通知鑑定人到場而其未到場，得對其課以罰鍰。若鑑定人以另一不同於法院觀點之事實為基礎而作成鑑定意見者，法院應命其以書面之方式補充鑑定意見或者命其到場以言詞之方式說明。若鑑定人書面之意見不完整，法院認為其意見不明確之情形亦同。尤其在私鑑定之結果與法院所選任鑑定人之意見不同之情形，法院以言詞之方式聽取鑑定人陳述係屬必要²⁰。於命公家機關鑑定（Behördengutachten）時，法院選擇鑑定人以書面鑑定方式鑑定之情形，法院亦可傳喚實際上作成該書面鑑定之自然人到場以言詞之方式說明書面之鑑定意見（die mündliche Erklärung des schriftlichen Gutachtens）²¹。鑑定人不得將其說明鑑定意見之事務轉由其同事承擔。其同事所作之論述與說明，法院不得採為裁判之基礎。若鑑定人經法院通知未到場者，則可適用課以罰鍰（參照德國民事訴訟法第409條第1項）。鑑定人以言詞陳述之重要意見，尤其與書面意見不同之部分，須記明於筆錄，當事人亦有權對鑑定人行使質問權²²。再者，當事人應於法院所定之適當期間內通知其對鑑定意見之異議，以及就書面鑑定意見所提出之相關聲明與補充性之問題。為此法院得對當事人定一定之期間，當事人應於知悉該書面鑑定後於適當時期提出其異議與聲明，法院可就此定有提出異議與聲請之期間。法院於定期間時應注意鑑定之範圍與專業之困難程度，以避免縮減當事人之權利。倘若法院就此亦與聲請定有期間之情形，當事人遲延提出之異議與請求鑑定人為言詞說明之聲請，僅有在符合第296條第1項之前提要件下（導致遲延、欠缺適當之免責）始得駁回（參照德國民事訴訟法第411條第4項規定）。如法院命機關進行鑑定此亦為真正之鑑定，就此當事人亦有質問權²³。

(三) 資訊提交

從比較法之觀點言之，德國競爭限制法第82條b設有於罰鍰金額確認程序或者交付金額確認程序，企業與非法人團體對法院資訊提供與交付義務之規定。而其義務範圍主要乃準用德國競爭限制法第59條法人與非法人團體對行政機關之協力義務。依照德國競爭限制法第59條之規定，為履行德國競爭限制法課予卡特爾行政機關之任務而有必要之情形，至其作出處分之前，可要求企業或者非法人團體提供資訊或者交付資料。企業與非法人團體之義務範圍包含其所使用之所有資訊與資料，尤其包含有助於

²⁰ Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., § 411 Rn. 13.

²¹ Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., § 411 Rn. 36.

²² Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., § 411 Rn. 19 ff.

²³ Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., § 411 Rn. 23 ff.

競爭條件或市場狀況估計或分析之一般性市場報告且其處於該企業占有之中。卡特爾行政機關可決定其以何種形式提供資訊，尤其為了輸入相關重要之資訊其可命其使用一項網路平台。然而，依照德國競爭限制法第59條第3項之規定資訊提供之要求必須具有比例性，而且不容許始提供資訊之人承認其刑法上之行為或者承認違反秩序罰之行為。德國競爭限制法第59條之規定雖僅能適用於行政事件程序，而不能適用於罰鍰程序，但行政機關可將行政程序中獲得之認知導入至罰鍰程序²⁴。依照德國競爭限制法第58條與第59條b之規定，行政機關除了可要求其提供與交付資料以外，尚有搜索與扣押之權利。為了履行德國競爭限制法賦與卡特爾行政機關之任務，如可推認同法第59條行政機關可要求提出之資料處於營業所、住所、土地與特定物之中，行政機關可就進入該等處所搜索。然而，行政機關進行搜索必須事先取得區法院許可之搜索票（參德國競爭限制法第59條b第2項之規定）。卡特爾機關就作為解明事實重要性之證據方法之相關標的物可加以扣押，該扣押應即時通知關係人，倘若扣押時關係人不在場，卡特爾機關應於3日內向法院聲請確認證明書，關係人得隨時對扣押行為向法院聲請進行裁判。我國公平法第27條規定，主管機關依本法調查，得依下列程序進行：1. 通知當事人及關係人到場陳述意見；2. 通知當事人及關係人提出帳冊、文件及其他必要之資料或證物；3. 派員前往當事人及關係人之事務所、營業所或其他場所為必要之調查。依前項調查所得可為證據之物，主管機關得扣留之；其扣留範圍及期間，以供調查、檢驗、鑑定或其他為保全證據之目的所必要者為限，受調查者對於主管機關依第一項規定所為之調查，無正當理由不得規避、妨礙或拒絕。執行調查之人員依法執行公務時，應出示有關執行職務之證明文件；其未出示者，受調查者得拒絕之²⁵。顧慮我國行政機關於違反公平案件裁罰事實與數額處分方面舉證上之特別困難，我國公平法第27條之規定具有其正當性。

五、結論

（一）由於公平交易案件往往涉及與經濟專業有關之複雜事實，尤其多樣反覆彼此交織與依存之經濟行為，故實有設置公平交易案件專業合議法庭之必要性。德國公平會所作之裁罰處分設有聯邦高等法院卡特爾專業合議庭以及聯邦最高法院卡特爾專業合議庭，處理甚為複雜與專業之公平交易案件。設置此等專業合議庭主要之目的在由具有公平交易領域專業與審判經驗之法官，長期從事公平交易案件之審理，以使其可知悉鑑定人所作成之鑑定意見，從事正確之證據評價。然而，於我國目前就公平交易案件僅於高等行政法院之行政訴訟救濟程序

²⁴ Loewenheim/Meessen / Quellmalz, Kartellrecht, GWB § 59 Rn. 3.

²⁵ 關於行政機關此方面之調查權限詳細之分析，參魏杏芳，「完善公平交易案件調查程序及法規修正倡議」，月旦法學雜誌，第327期，126以下（2022）。

設有公平交易之專股，並未設置專業合議庭，為使法官更加正確與完整地從事證據評價，未來實有增設專業合議庭之必要性。

- (二) 為使法院能更加正確認定公平交易事件相關事實並從事完整之證據評價，我國未來宜承認鑑定人鑑定前之說明義務，並強化鑑定後鑑定人說明之協力義務。為使鑑定人就其書面鑑定意見（因其鑑定意見涉及到很多複雜之專業知識）以言詞方式說明，訴訟法院得命鑑定人到場。倘若經法院合法通知鑑定人到場而其未到場，得對其課以罰鍰。
- (三) 從比較法之觀點言之，德國競爭限制法第82條b設有企業與非法人團體對法院資訊提供與交付義務之規定，而其義務範圍主要乃準用德國競爭限制法第59條法人與非法人團體對行政機關之協力義務。為履行德國競爭限制法課予卡特爾行政機關之任務而有必要之情形，至其作出處分之前，可要求企業或者非法人團體提供資訊或者交付資料，企業與非法人團體之義務範圍包含其所使用之所有資訊與資料。

參考文獻

一、中文部分

1. 廖義男，公平交易法，元照 (2022)。
2. 魏杏芳，「完善公平交易案件調查程序及法規修正倡議」，月旦法學雜誌，第327期 (2022)。
3. Gottwald, Jüngste Veränderungen und Zukunft des deutschen Zivilprozessrechts, 德國民事訴訟法最近之修正與未來 (劉明生譯)，收錄於：電子文書及電子商務相關實體與程序問題之研析 (民事程序法焦點論壇第四卷)，2018年11月。

二、外文部分

1. Immenga/Mestmäcker/ Biermann, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2020.
2. Loewenheim/Meessen /Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020.
3. Krenberger/Krumm, OWiG, 7. Auflage 2022.
4. Münchener Kommentar zur ZPO.
5. Musielak/Wittschier, § 72a GVG Rn. 1 ff.
6. Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl.,
7. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht.

與談

與談人：汪漢卿（智慧財產及商業法院法官）

這篇報告的觀點是從程序法來看我們目前的組織架構上應該做哪些改革，根據我的工作經驗，我想從審判者的觀點來談談這個問題。

這篇文章點出很多現今實務上所遇到的困境，從審判者的角度來看，我們也有我們的困境，這些困境在實務運作上究竟是如何克服的，我們也希望在制度上有更完備的規範，讓法官在實際運用時能更得心應手來解決眼前兩造糾紛。

從法規範圍來看，公平交易法中有很多不確定法律概念，像是市場，市場定性之後幾乎就決定了案件的勝敗。如果把市場縮的很窄，某些企業就可能變成獨占或寡占，如果把市場放很寬，那可能就是一個多頭競爭的市場，這些都是值得深思的地方。對於市場的定性範圍寬窄，幾乎可以決定一個案子的勝敗，也難怪高等行政法院跟最高行政法院會有不同的看法，那到底所謂的市場範圍該放多寬或多窄，這是個不確定法律概念，造成法官在適用法律時會有困擾。另外就是評估因素的複雜，公司治理有他一定的策略、做法，怎麼樣的行為動機做這樣的策略制定？對於市場的影響如何？是從公司的治理方式去看，還是以其影響市場的角度去看？這些都是我們在評估一家公司不正當的競爭行為或是不公平競爭行為時，很重要的因素，對於這些行為內外因素的權衡常常會困擾法官。另外大環境因素、主客觀因素，公司所做的策略是為了不公平競爭，還是為了生存所必須的措施，這些往往也都會影響法官評估企業行為正當與否。法官在評議時往往就會容易出現3種意見，不同意的法官甚至可以寫不同意見書，這些因素困擾法官做判斷，沒有一個有效的機構來協助法官，這些是法官在運用法規、評估因素複雜性，還有主客觀因素的多寡等面臨到的問題，容易造成法官在適用法規涵攝事實行為是否該當法律規範時，常常出現不同的看法。

從實務操作上看，直接證據的取得非常困難。像是聯合行為，到底兩家公司有什麼樣的行為讓你覺得他們有聯合行為？例如兩家公司老闆常常一起吃飯，一起打球，年終尾牙一起辦，運用產業公會名義一起開聯歡會，開完明年就漲價，那到底他們的聯合行為要怎麼去證明？通常情形是很少會有直接證據的。但公平交易法第14條不限於直接證據，也包含間接證據，所以實務上幾乎是用間接證據去推定直接證據，這樣的推定對當事人是否公平，值得深思。在證明力判斷及心證的形成，這篇文章中提到證據證明力度應該要到90%以上，從德國的程序上來說，報告人也提到德國制度是走刑事訴訟法，必須超越所有合理懷疑，因此德國對證據力所採的證明強度是可以理解的。但目前我們的處理方式是行政處分，以我所做的智財權案件為例，如果說智財局有做專利舉發成立或不成立的處分，而挑戰者認為這個行政處分是違法不當，我

們常說這個時候他的證明程度是到達令人確信程度，大概是75%-80%左右，即使有一點點合理懷疑，我們都覺得行政機關的處分是可以接受的，如果要推翻它，需要證明強度到75%-80%以上。民事部份我們常講的證明強度是以50%作為分界，不能說這個民事案件存有合理懷疑所以就不判，法官一定得做出一個判決，我們不會採超越合理懷疑的標準，而是採優勢證據標準，只要過51%就可以取得民事案件勝訴的結果。所以如果說公平交易法第14條規定不限於直接證據可以證明，也可以推定間接證據來證明，這時候我們證明強度是不是還是要到超越合理懷疑的程度，如果是這樣的話，我想公平會處分所面臨的挑戰會非常大。另外就是所謂因果關係的認定，A公司所做的不正當競爭行為，跟市場上的對其他競爭者的影響，因果關係到底存在還是不存在，對這個受處分人來講是影響非常大的。

從制度面來看，這篇文章中提到透過鑑定、專業法庭協助法官，讓法官有比較專業知識來審理案件。但專業法庭的設置有一定條件，不曉得目前公平會一年承接的案件量大概是多少，可不可以負擔一個股的案件量，我以前待在地院辦智財案件的時候，如果是刑事案件還要兼辦性侵案件，案件量才會夠，如果是辦民事，那就要綁醫療案件。案件量不夠會產生勞逸不均的問題，很多法官彼此之間會比較分案量多寡，所以有專業法庭當然是最好，但是案件量夠不夠，是一個值得思考的問題。另外就是內外部專家，智財商業法院裡就專利案件有技術審查官，這是內部專家，但是我們同時也可以由當事人帶他的實務專家來法院對法官說明這個技術是什麼，也就是說我們有內部專家，但我們也不排除外部專家，也不排除鑑定人，唯一重要的點是，不管是內部專家、外部專家、鑑定人所做的意見，都必須適時向當事人公開、闡明，尤其是在刑事訴訟裡面，任何專家、證人來法庭都必須經過雙方交互詰問、攻防。最高法院一直告訴我們，技術審查官報告所提的內容如果是技術審查官自己的專業知識所知道的問題的話，法官必須闡明由當事人辯論才可以採為判決的基礎，如果外部專家所講的話跟法官私下講的內容，法官認為對於案件結果重要的話，法官必須把問題拋出來讓兩造辯論，而不可以直接拿來做判決。而在行政機關舉證義務部分，公平交易法第27條講到公平會可以做調查跟拘留證物，不過如果我們走刑事訴訟的話，這樣的調查及拘留程序要不要採令狀主義，需不需要取得法院令狀？在這份報告中提到認為應該要取得法院令狀，我也這麼認為，否則我們一旦採用刑事訴訟法，公平會又可以對產業進行調查，這時候如果說可以不受程序規範，扣押的範圍也沒有限定的話，那可能比刑事訴訟法的強制處分效力更強大，所以我同意此份報告的見解，認為應該採行令狀主義。