

美國及歐盟反托拉斯法對 國際卡特爾行為之規範

陳志民*

網 要

壹、前 言	肆、美歐反托拉斯法寬恕政策及其 相關法規簡介
貳、反托拉斯法域外管轄之法理依據	一、美國寬恕政策
一、美國反托拉斯法之域外管 轄效力	二、歐盟寬恕政策
二、歐盟競爭法之域外管轄效 力	伍、美歐反托拉斯法關於卡特爾行 為 之相關法律責任
參、美歐反托拉斯法下主要受規範 行為類型	一、卡特爾於美國法下之刑事 責任
一、美國法對水平卡特爾之規範	二、卡特爾於美國法下之民事 責任
二、美國法對垂直卡特爾之規定	三、卡特爾在歐盟法下之法律 責任
三、歐盟競爭法對水平卡特爾 之規範	陸、結 論
四、歐盟競爭法對垂直卡特爾 之規範	

*中原大學財經法律學系專任副教授

壹、前言

國內相關「液晶顯示器」(LCD)業者，自 2006 年開始被美國司法部反托拉斯署(Antitrust Division)調查是否涉及聯合訂定國際 LCD 面板價格。幾家主要廠商，如華映、奇美等，也在調查後選擇與美國司法部達成認罪協商，除須支付鉅額的罰金外，公司部分高階經理人也已經遠赴美國服刑。國內產業龍頭友達雖基於捍衛自身權益考量，決定與美國政府對簿公堂，但也在今年(2010)派出三名經理人到美國說明案情後，被美國法院裁定留置於美國，不得返台。相關消息一出，震驚國內所有產業與政府高層。(註一)從事後媒體的相關報導不難看出，國人除了感到意外，可能有更多的疑惑：「什麼是反托拉斯法?」、「美國政府何以能管到台灣企業?」、「即便有討論到約定價格，但並未落實，且對市場價格並無影響，何以會違法?」另外，對以中小型企業為其經濟發展基礎並自我定位為「小型經濟體」(small economy)的台灣而言，政府關於經貿政策的規劃，長期偏重在產業扶植與發展，輕忽了競爭政策的重要性，連帶的，也讓不少人認為所謂的「反托拉斯法」，只不過是經濟學與法律教科書中基於市場經濟「自由放任」哲學所建構出一項制度，有鮮明的烏托邦色彩，也是「大國」間的經貿遊戲規則，對務實的台灣企業而言是一項有點距離，也無法具體感受其對事業經營相關性的經濟規章。不過，全球化浪潮終究還是將這一部存在於美國超過一世紀的法律推向台灣，而 LCD 恐怕也不是該法在台灣所激盪出來的漣漪下，所可能被波及的唯一產業。(註二)同樣的，在全球競爭主管機關更趨緊密的合作關係，以及因執法互動所生的學習效果下，國內企業所應持續關注者，也絕非僅止於美國反托拉斯法而已。有鑑於此一問題對我國之迫切性，本文擬就美國及

註一：「救友達 3 主管 陳冲組專案小組」，蘋果日報，2010 年 8 月 24 日。

註二：例如，台灣的 DRAM 產業廠商及航空貨運公司均曾於幾年前及最近受到美國反托拉斯調查。

歐盟二個全球最主要的反托拉斯法執法機關，對國際卡特爾行為(international cartel)(註三)之相關法律與制度規範，為一初步及全面性的介紹，期能提供我國業者對這一部市場競爭法規更深入的了解，並將其內化為未來企業經營的重要參考事項之一。本文以下首先介紹美歐二國運用反托拉斯法進行域外管轄之法理論依據，再深入說明二國反托拉斯法所可規範之卡特爾行為類型，及對應規範法規之實質內容。美、歐近來之所以能破獲國際卡特爾案，與二國成功運用「寬恕政策」(leniency program)，鼓勵卡特爾內部成員「窩裏反」提供違法事證，有密切的關係。本文將於第四部分，歸納分析「寬恕政策」之具體規定與實務操作情況，以利我國業者於未來若被指控涉案調查時，得搶得先機，妥善運用該制度，以免除或降低自己的責任。當然，若真涉有不法，且無法運用該制度以免責時，對於後續可能衍生的法律責任，業者也應有有相當程度的了解，以評估是否進入訴訟，或是選擇與主管機關進行和解及認罪協商。本文第五部分將就違反美、歐反托拉斯法之刑、民事法律責任，以及相關的減免及加重規定，為一簡要的介紹。第六部分總結本文，並提出筆者個人對國內廠商於因應國際反托拉斯調查時之初步想法與建議。

貳、反托拉斯法域外管轄之法理依據

就「地」的效力而言，法律以「屬地主義」為原則，也即一國法規原則上以發生於該國領域內之行為，為其適用之界限。(註四)不過，不論在美國或歐盟，反托拉斯法具有得適用於境外卡特爾之「域外效力」(extra-territorial effect)，是其實體法與司法判決所承認之原則。

註三：本文以「卡特爾」一詞，泛稱相關市場中之業者，透過契約、協議、或其他類似手段，就價格及非價格競爭事項，達成彼此不相互競爭共識之行為。

註四：李太正等著，「法學入門」，頁 142(元照出版社出版，2010 年 9 月第 11 版)

一、美國反托拉斯法之域外管轄效力

(一) 原則之建立

依美國主要反托拉斯法規「修曼法」(Sherman Act)第 1 條之規定,(註五)任何以契約、信託或其他方式所形成之聯合或共謀行為,而具有限制州際間,或與外國間之貿易與商業者,將被認定為違法。從字義來看,限制美國「與外國間之貿易與商業」一詞,提供了美國反托拉斯法規範外國商業競爭行為之可能依據。雖然在 1909 年的 *American Banana Co. v. United Fruit Co.* (註六)案中,美國聯邦最高法院曾表示,發生於外國之行為,縱使具有或試圖創造對美國本地不利之反競爭效果,美國反托拉斯法仍不具管轄權;但在後續的相關判決中,最高法院實質上已推翻了該項看法,而逐漸地採行更為擴張的執法立場。(註七)此一趨勢,終於在 1945 年的 *U.S. v. Alcoa* 案中,(註八)由 Hand 法官將其一般化。該案將國外進口至美國的「產品」認定為是國外廠商在美國的「無生命代理人」(inanimate agents),若國外廠商試圖利用進口該產品,對美國市場創造出不利的競爭效果時,美國的反托拉斯法即具有管轄權。(註九)雖然該案建立了「意圖」(intent)及「效果」(effect)二項判斷要件,但由於前者通常仍須依賴後者的客觀事證來推論其是否存在,故對實務而言,真正重要的,往往是涉案行為是否對美國市場將產生「合

註五：15 USC §1; 除「修曼法」外,「克雷頓法」(Clayton Act)和「聯邦交易委員會法」(Federal Trade Commission Act; FTC Act),也是美國另外二個主要的市場競爭法規。前者第 7 條關於結合審查之規定(---usc---),以及後者第 5 條禁止不公平競爭(unfair competition)行為之規定,是該國反托拉斯實務上常見之爭訟條文。

註六：213 U.S. 347, 356-57 (1909).

註七：例如,美國聯邦最高法院從 1911 年開始,即逐漸揚棄了以「行為地」(location-of-conduct)為認定管轄權的標準;對於發生於外國之反競爭行為,只要伴隨有發生於美國的行為,美國反托拉斯法即有適用的可能,縱使該伴隨行為相對於整體涉案行為而言,係屬微不足道。Einer Elhauge & Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics* 1015 (2007).

註八：148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).

註九：Id., at 443-44.

理可預見的效果」(reasonably foreseeable effect);(註十)至於主觀反競爭「意圖」,則往往倒置為被告須以反證推翻的要件。(註十一)此原則,在後續的判決中,為多數法院所遵守,並進一步在 1982 年的「對外貿易反托拉斯改革法」(Foreign Trade Antitrust Improvement Act)中加以明文化。依該法的規定,在與外國之貿易或商業行為,除非其符合下列要件,否則修曼法將無法適用: 1, 該行為對美國商業及出口具有直接(direct)、實質(substantial)及合理可預見效果(reasonably foreseeable effect); 2, 該行為效果,足以成立修曼法下之法律請求。(註十二)

(二) 運用之限制

不過,修曼法的域外適用效力,仍受國際法上「國際禮讓」(international comity)原則的約束,也即,美國法院仍應於個案中,在行為減損美國市場競爭的實質程度,以及他國法律主權利益,二者間取得妥適的平衡點。依「美國對外關係法第三版彙編」(The Third Restatement of Foreign Relations Law)中的規定,即便美國政府依法得以對外國行為人行使管轄權,但仍應進一步考量所有因素,以決定行使該管轄權是否會出現不合理的現象。而當二國均享有管轄權,但彼此法規相衝突時,則應由享有“明確較大利益”之一方行使管轄權。而於衡量行使管轄權是否合理,以及何國享有較大管轄利益時,至少應考量以下幾項因素:(註十三)

1. 行為對管轄國領域之聯結程度
2. 管轄國與主要行為人間之關係,如國籍、住所、或經濟行為
3. 行為之特徵、管轄案件對管轄國之重要性、其他國家對管轄涉案行為之程度、管轄涉案行為必要性被普遍接受的程度

註十: Id., at 432.

註十一: Id., at 444.

註十二: 15 U.S.C. §§6a, 45 (a)(3).

註十三: Restatement (Third) of Foreign Relations Law §403 (1987).

4. 存在有因管轄而被保護或傷害之正當期待
5. 管轄對國際政治、法律、或經濟制度之重要性
6. 管轄與國際制度傳統之一致性
7. 他國對管轄該行為所具有的利益程度
8. 與他國管轄權衝突的可能性

(三) 他國產業政策或法規所允許之行為？

管轄國際反托拉斯法案件，常見被告提出的抗辯事由之一，即是涉案行為是本國政策或法規所不禁止，甚或是其所鼓勵者，故美國政府不應介入干預。但此一抗辯，在 1993 年的 *Hartford Fire Insurance v. California* (註十四) 案中，並不為美國聯邦最高法院所採。最高法院表示，縱使涉案的保險銷售行為，完全符合英國法規與政策的規定，而英國政府也出具「法庭之友」(amicus curiae)意見書對該行為背書，但一項行為符合外國法規定，並不當然排除了美國法適用的可能性。(註十五) 故在 *Hartford* 案後，美國反托拉斯法的域外適用案件，大致可分為以下二大類型：涉及進口至美國市場之案件，依 *Hartford* 案之原則判斷之；其他則依「對外貿易反托拉斯改革法」之相關要件決定其管轄權有無。

二、歐盟競爭法之域外管轄效力

依「歐盟運作條約」(Treaty on the Functioning of the European Union)第 101 條之規定，企業以契約、決議、或共同一致行為，而具有影響會員國間貿易之效果，其“目的或效果”(object or effect)在避免、限制或扭曲“共同市場內”(within the common market)之競爭時，行為即應被禁止。故行為即便發生在歐盟區域外，但只要其目的在限制歐盟境內之競爭，或是行為對歐盟地區

註十四：509 U.S. 764 (1993)

註十五：Id., at 798-99.

產生反競爭效果，歐盟競爭主管機關即有權調查及管轄。對此，早期歐盟採較為限縮的解釋，除行為須對歐盟產生一定效果外，非歐盟公司和歐盟尚須有一定的實質關聯，如在歐盟設有子公司等。(註十六)但在後來的 *Wood Pulp* 案中，歐洲法院(European Court of Justice)改以廣義的「實施」(implementation)原則作為判斷管轄權的依據。在該原則下，發生於外國的行為，只要其實施地點是在歐盟境內，也不論其實施的中介機制類型(子公司、經銷商、代理商等)為何，歐盟執委會(Commission of European Union)均得主張管轄權。(註十七)

歐盟雖也重視基於「國際禮讓」，執委會或法院於必要時應自我約束管轄權的行使，但在不少案例中，仍強調只有在少數例外的情形下，當本國法律或政策的重要性超越歐盟維護共同體內競爭的基本利益時，方有受其拘束之必要。(註十八)

參、美歐反托拉斯法下主要受規範行為類型

綜合在美國與歐盟法下常見之違反反托拉斯法行為類型，可將其歸納為水平卡特爾(horizontal cartel)及垂直卡特爾(vertical cartel)二大類型，此與我國公平交易法的規範不盡相同。依公平法第 7 條第 2 項之規定，所謂卡特爾或聯合行為只限於競爭者間之協議，而垂直卡特爾則委由公平法第三章關於「不公平競爭」的相關條文(如第 18 條及第 19 條)來規範。

一、美國法對水平卡特爾之規範

註十六：Elhauge & Damien Geradin, *supra* note 7, at 1045.

註十七：Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* 27 (7th ed., 2000).

註十八：Elhauge & Geradin, *supra* note 7, at 1047.

受修曼法第 1 條規範的水平卡特爾行為類型,主要有競爭者間所為之「價格固定」(price-fixing)協議、集體減產或配額制度、集體杯葛行為、分割市場(產品、銷售區域、客戶等之分配)、及圍標行為。

(一) 法律審查原則

對於水平卡特爾,美國反托拉斯法是以「當然違法」(per se)原則來加以審查。所謂的「當然違法」原則,係相對於「合理原則」(rule of reason)而來,也即行為是否不法,並不考量其是否具有商業或經濟上之「合理性」,只要行為與法律之要件相符,即屬違法。「當然違法」原則的出現與司法經濟的考量有密切的關係。適用該項原則的行為類型,多屬在實務經驗上被法院歸納為必然不利於市場競爭,故不須再投入額外的司法資源探究其是否具有商業或經濟上的合理性者。(註十九)

(二) 法律構成要件

違反修曼法第 1 條的行為,須該當以下幾項法律構成要件。

1. 複數行為人

卡特爾既是在匡正競爭者間合意不為競爭的行為,故集團內至少應包含二個以上的獨立競爭事業,否則,即屬企業單獨所為之行為,而不構成勾結或聯合行為。此一要件於實務上最常出現的爭議,即在於「關係企業」間能否成立卡特爾的法律可能性。蓋從法的「形式」外觀來看,母子公司均具獨立的法人格,彼此所合致的價格或非價格協議,係存在於複數行為人間,故有構成卡特爾之可能。但若從「實質」的經濟控制力來看,子公司之經營決策既受制於母公司,則其選擇加入卡特爾的決定,本質上恐怕也只是反應母公司之意思,而非獨立競爭者間之合意。另外,相同的問題也可能出現在子

註十九：See *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

公司與競爭者間之勾結協議是否可要求母公司負責的議題上。

在 1984 年的 *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 案中，採實質經濟控制力的看法，認為母公司和由其百分之百控制的子公司間，本質上是「單一經濟體」(single economic entity)，故不可能成立修曼法第 1 條之勾結行為。(註二十)此一「重實質、輕形式」的態度，再度反應在 2010 年的 *American Needle v. NFL* (註二十一)的判決中。聯邦最高法院於該案表示，個別職業美式足球球隊間，是否會因加入同一足球聯盟，而不會構成卡特爾行為，應從其彼此間之協議，是否已剝奪了市場扮演決策中心的角色，以及企業利益的多元化，進而影響了市場中實質及潛在競爭來判斷，而非從形式上區分企業數目著手。

2. 行為人間存有勾結協議(agreement)

卡特爾成員間存有固定價格或限制非價格競爭手段的協議或約定的要件，往往是各國主管機關能否成功起訴卡特爾的最關鍵，但同時也是最難取得事證的要件。蓋絕大多數有意進行聯合勾結行為的企業，少有會留下彼此同意勾結的直接證據。因此，各國競爭法規對於「協議」要件的成立通常採取較為彈性的認定標準，不以明示或默示的合意為限；對手若對彼此遵守聯合行為的意願已形成相當程度的默契，並進而有相呼應的競爭調整行為，也可被推定為協議存在的事證。(註二十二)

至於實務上常用以支持競爭主管機關的事證，可歸納為直接證據及間接與情況(circumstantial)證據二大類。前者如成員間之書信、會議紀錄、電話

註二十：See 467 U.S. 752 (1984). 不過，對於控股低於百分之百的關係企業間，其控制力要達到何程度，始有可能構成勾結，美國聯邦最高法院並無具體標準。Copperweld 案後續所引發的實務操作問題，可參考 ABA Section of Antitrust Law “Brown Bag” Program, *Copperweld: The Basic and Beyond* 2003 theantitrustsource 1 (2003), available at <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/03/03/copperweld.pdf>

註二十一：560 U.S.__(2010).

註二十二：類似規定，也見於我國公平法第 7 條第 3 項：「第一項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律束力，事實上可導致共同行為者。」

錄音、或卡特爾會議現場錄影等，乃證據力最強的證據。近年來，美國政府透過本文稍後將詳細介紹的「寬恕政策」，以及突襲性的搜索與臥底線民等更具侵入性的調查手段，(註二十三)大幅提高了取得直接證據的可能性。至於間接及情況證據部分，近年來較常見者，乃業者於年會、研討會、或其他類似的場合中，進行「資訊交換」(information exchange)行為，而被主管機關作為推論業者間有協議存在的證據。綜言之，較容易為主管機關認定為違法的交換資訊類型，往往與交換的主體、訊息性質、時效性、開放程度有關。當資訊交換行為的主體是競爭者，其違法可能性要高於非競爭者間之交換行為；而愈是敏感的訊息(如關於價格成本)，或是關於現在及未來，以及較無法於其他管道中取得的資訊，也較有可能被引為推論的事證。(註二十四)另外，業者若是於相關會議結束後，集體調整價格或非價格競爭策略，或是市場中同時存在有利於協議形成的「附加要素」(plus factors)，如高參進障礙、產品同質性高、業者間有共同的計價公式、或使用類似像價格預告等促進機制(facilitating mechanisms)時，也有很高的機會被用以佐證協議的存在。(註二十五)

3. 限制州際間商業或與外國貿易

縱使修曼法中有此一構成要件，但實務上並不會對反托拉斯原告造成實質的舉證負擔。就目前美國反托拉斯法對此一要件之審理原則而言，原告只要能證明涉案產品或服務，已進入州際間之商業流程(in the flow of interstate commerce)，或是有影響州際商業(affect interstate commerce)之效果即可。不論原告依何理論，其主要義務均在於證明被告行為與州際商業或國際貿易間

註二十三：美國司法部反托拉斯署於1995年對全球主要胺基酸(lysine)供應商Archer-Daniels-Midland Company (ADM)所為之突襲搜索，可視為是如何運用這類調查手段的經典案例。該案臥底搜證過程充滿戲劇性，有興趣的讀者，可參閱 Kurt Eichenwald, *The informant: A True Story* (2001)。

註二十四：陳志民，「B2B網路交易行為中資訊共享與聯合行為關聯性認定之研究」，*法政學報*，第16期，頁47，67(2003)。

註二十五：Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 171-72 (1994)。

有一定之聯結(nexus)。判斷過程主要著重在相關事實的描述與分析，而非嚴格的法律原則證明。(註二十六)因此，發生於特定州內的行為，若係由外州州民或外國人所發動、決定交易之條件、並收取交易之部分或全部利益，該行為即可能被視為是已進入州際間商業。(註二十七)另外，雖然行為須對州際間商業及國際貿易產生「非不實質的效果」(not insubstantial effect),(註二十八)但美國聯邦最高法院也表示，該項要件並不要求卡特爾成員有讓行為產生跨州或國際效果的意圖，(註二十九)或是行為要出現「真正的結果」(actual consequences)始該當之。相反的，只要行為具有創造「潛在傷害」(potential harm)的可能性即可成立。(註三十)在此一相當寬鬆的標準下，原告通常只須於起訴狀中詳細描述並佐證被告產品或服務有於州際或國際間進行持續性且不間斷的交易往來，行為即可被視為是具有該項效果。

二、美國法對垂直卡特爾之規定

如前所述，修曼法第 1 條的管轄範圍，尚包括上、下游廠商間所組織的卡特爾。雖然這一部分的案件，通常比較不會產生刑事上的法律責任，但業者仍須注意競爭者據此所提起的民事損害賠償訴訟，因為鉅額的賠償，對企業而言仍是不可漠視的經營風險。另外，不同於水平卡特爾行為的適用「當然違法」原則，自 2007 年後，幾乎所有垂直交易限制行為，均已改採「合理原則」(rule of reason)來審理。

(一) 主要規範行為類型

註二十六：ABA Section of Antitrust Law, *Criminal Antitrust Litigation Handbook* 265 2d Edition (2006).

註二十七：Id., at 267.

註二十八：McLain v. Real Estate Bd. of New Orleans Inc., 444 U.S. 232, 246 (1980).

註二十九：Hospital Building Co. v. Trustees Rex Hospital, 425 U.S. 738, 743 (1974).

註三十：Summit Health, Ltd. v. Pinhas, 500 U.S. 322, 330 (1991).

美國反托拉斯法中常見的垂直卡特爾行為類型主要有以下四種。

1. 最高及最低轉售價格維持 (maximum and minimum resale price maintenance)

上游供應商與下游經銷商若合意固定產品或服務的最低或最高零售價格時，即有可構成違法的垂直卡特爾行為。美國早期反托拉斯思維，傾向於將轉售價格維持視為是一項法律上限制或剝奪了廠商價格決定自由，而經濟上具有促進水平卡特爾行為效果的交易安排，故將其視為是「當然違法」的行為。不過，這種執法態度在 1997 年及 2007 年美國聯邦最高法院的二件判例中已被推翻。(註三十一)

2. 搭售(tying)

搭售行為之所以引發反托拉斯法上的關切，其理由在於廠商得以利用強迫交易相對人同時購買「搭售產品」(tied product)的方式，排除在該市場中競爭對手的交易機會，進而將其市場力量由相對人所需要的「主要產品」(tying product)市場，延伸至搭售產品市場，使該市場的競爭受到不當的扭曲。(註三十二)

3. 區域或客戶限制(territorial or customer restraints)

較常見的案例類型，乃上、下游廠商分配下游經銷區域或銷售對象，同時禁止未經授權的跨區銷售行為，或將產品或服務提供與非專屬客戶。

4. 排他交易(exclusive dealing)

即上、下游業者間彼此約定僅以他方或他方所指定之交易對象為交易相對人，用以排除上、下游市場中其他競爭者之交易機會。

註三十一：State Oil Co. v. Kahn, 522 U.S. 3 (1997)(最高轉售價格維持); Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007)(最低轉售價格維持)。

註三十二：Hovenkamp, supra note 25, at 283-84.

(二) 行為審理原則

美國法院依「合理原則」審酌垂直限制交易行為時，其相關之審理原則可大致歸納為以下幾點：1，卡特爾之市場力量；2，垂直交易行為影響之市場交易量；3，行為持續時間久暫；4，有無正當的商業或經濟上理由。

1. 卡特爾之市場力量

垂直交易限制約定是否產生排除市場競爭的結果，很關鍵地取決於卡特爾成員於相關市場中是否有足夠的市場力量。若其成員的集體市占率不高或很低，將無法強迫交易相對人接受其認為不合理的交易限制條件，卡特爾也無法順利運作，無須反托拉斯法的介入干預。殊值一提者，乃美國聯邦最高法院曾於 1992 年的一項判決中表示，市場占有率僅是衡量廠商市場地位的一項指標，若交易產品或服務對相對人有很高的「套牢成本」與「轉換成本」時，縱使其市占率不高，仍有可能被認定為是具市場力量的廠商。(註三十三)

2. 行為影響市場之交易量

垂直交易限制行為所涵蓋的市場範圍愈大，所涉及之交易人數愈多，其所可能影響的交易量當然更大，違法性也更高。

3. 行為持續時間的久暫

垂直交易限制約定的實施期間愈長，相關市場中實質或潛在競爭者爭取交易機會的可能性就愈低，行為的負面效果過度延續的結果將不利於市場競爭。

4. 正當商業或經濟理由的考量

此一考量，乃「當然違法」與「合理原則」的最大不同點。常見於垂直交易限制案件中的正當商業理由，主要有如下幾項：

- (1) 解決「接續性獨占」(successive monopoly)問題

註三十三：Eastman Kodak v. Image Technical Services, 540 U.S. 451 (1992).

垂直交易限制約定，可降低廠商因使用經銷商或代理商，產品或服務經過二次利潤最大考量後，導致最終價格過高的問題。(註三十四) 此不僅有利於消費者，對上游供貨商而言，也可避免市場對其產品或服務的衍生需求與利潤因而降低的問題。例如，上游廠商可能基於實現下游市場規模經濟或提供促銷因的考慮，而賦與下游廠商獨家經銷權，但同時要求經銷商應遵守一定的最高轉售價格，以避免下游經銷商濫用獨占經銷地位，不當的提高產品售價。

(2) 避免出現搭便車(free-riding)行為

對於某些屬性較為複雜，而需經銷商提供一定程度的促銷與售前說明服務的產品或服務而言，垂直交易限制可降低經銷商間搭他人行銷或提供售前服務便車的誘因，提高經銷商銷售該特定產品的意願。(註三十五) 蓋若不控制此一「搭便車」問題，消費者可在提供售前服務的經銷商處，取得關於產品性能的完整資訊後，在不提供售前服務，但售價較低的折扣經銷商處購買該產品。因此，以「最低轉售價格」或「排他交易」約定，排除消費者比價可能，或是以「區域限制」的方式，增加比價之交通成本等，可視為廠商具體的控管手段，有其促進競爭的必要性。

(3) 確保產品品質與商譽

對絕大多數廠商而言，產品品質與商譽關係其商業利潤甚鉅；但在經銷關係下，經銷商與產品或服務的供應商對於品質或商譽的重要性以及應投入多少成本確保其不受減損，二者不當然有一致的看法。即便經銷契約中對維護品質或商譽有明文要求，但當下游經銷商悖離該項約定可降低其經銷成本，而供應商也無法立即發現其違約時，經銷商仍有高度的誘因會怠於投入品管與維護商譽所必要的資源。讓問題更

註三十四：Dennis W. Carlton & Jeffrey M. Perloff, *Industrial Organization* 523-24 (2nd ed. 1994)。

註三十五：Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade*, 3 *J. L. & Econ.* 86 (1960).

嚴重的是，個別經銷商所導致的品質或商譽降低的效果，有可能會外溢至其他忠實履約的經銷商，讓他們也須承擔消費者流失的成本。從這個角度來看，垂直交易限制約定，如搭售安排，可能是廠商用以控制此一學理上稱之為「本人-代理人二難」問題的合理商業手段。(註三十六)

- (4) 限制「品牌內競爭」(intra-brand competition)以促進「品牌間競爭」(inter-brand competition)

在實務上，垂直交易限制有時候是上游供應商，用以限制該品牌內各下游經銷商或代理商間之競爭，保障經銷商有一定利潤，用以促銷和提高產品品質來和其他競爭品牌競爭的銷售安排。美國聯邦最高法院在 1977 年的 *Sylvania* 案中正式接受此一垂直交易限制的正當化理由，其影響所及，使得被指控違法的上游供應商市場力的高低，往往是行為是否違法的最關鍵因素。(註三十七)

三、歐盟競爭法對水平卡特爾之規範

依歐盟運作條約第 101 條第 1 項之規定，事業以契約、協議、或其他方式就價格與非價格事項約定不為競爭，屬違法行為。更具體而言，其所規範之主要行為有固定價格，市場或客戶分割、集體杯葛及違標等行為。

(一) 法律審查原則

1. 複數當事人及關係企業問題

如同美國法一樣，歐盟競爭法適用於二個以上獨立企業間之勾結行為。至於企業個數的判斷，歐盟同樣以企業間之實質經濟關係，是否已達到讓其

註三十六：Carlton & Jeffrey M. Perloff, *supra* note 34, at 522.

註三十七：Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).

中之一實質上已控制了他企業的經營決策權作為標準。因此，當母公司握有子公司百分之百股份時，二公司即可被視為是「單一經濟體」，除非當事人提出反證推翻該項認定。另外，單純以形式上子公司之特定部門具有狹義的價格或行銷決定權，尚不足構成有效的反證；若母公司是集團的重心，有統合集團內關於財務、法務、或人力資源等集團策略時，二者仍將被視為是單一企業。

2. 資訊交換與協議認定

類似於美國法的規定，卡特爾協議的存在，並不以當事人間是否有書面或口頭協議為要件，企業間在持續商業關係下所為之明確之行為，亦可能作為推論協議存在的證據。至於訊息交換的行為，企業間之資訊交換行為是否構成勾結協議，取決於資訊的類型、具體化程度、時效性、與交換頻率。執委會及法院亦依賴間接或情況證據以推論協議的存在，例如交換的便利性、交換行為所處市場結構，如參進障礙、產品異性、參與競爭者人數多寡等。（註三十八）

四、歐盟競爭法對垂直卡特爾之規範

上、下游業者間之限制競爭協議，亦屬歐盟運作條約第 101 條規定下之卡特爾。有鑑於垂直卡特爾對市場競爭之影響通常不若水平卡特爾明顯，且通常存有正當的商業理由，故歐盟執委會依第 101 條第 3 項之規定，制定了「垂直限制準則」(Guidelines on Vertical Restraints)及「集體除外規則」(Block Exemption Regulation)，(註三十九) 其中第 5 段即明白表示，準則目的在豁免正面利益大於反競爭效果之垂直交易限制行為之反托拉斯責任。另外，第

註三十八：陳志民，前註 24，頁 76-78。

註三十九：相關規定，請參考 http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf (last visited November 5, 2010)

6 段表示，垂直交易行為，通當只有在垂直交易關係當事人之一或二者同時在其上下游市場中均具有市場力量時，才有可能出現值得關切的反競爭效果。在此基本原則下，準則第 8 段規定，非競爭者間之協議，若其於相關市場中個別市占率均不超過 15%，一般而言，均不會違反第 101 條第 1 項的規定。市占率超過 15% 並不當然構成違法，仍應依準則中的評估效果標準，來判斷是否已對會員國間之貿易產生影響。另外，中小型企業也由於其對會員國間的貿易通常不會產生明顯的不利效果，一般而言，也不致於產生違反第 101 條第 1 項的問題。最後，依集體豁免規則規定，適用豁免規定的要件之一，即是供應商及經銷商的市占率不超過 30%（「垂直限制準則」第 23 段）。但需特別注意者，乃這些免責與除外規定並不適用於「最低轉售價格維持」（「垂直限制準則」第 48 段）、「垂直區域劃分或客戶約定」（「垂直限制準則」第 50 段）等惡質卡特爾(hard-core cartels)行為。

肆、美歐反托拉斯法寬恕政策及其相關法規簡介

有鑑於卡特爾協議之直接證據之難以取得，而學理上透過間接及情況證據推論協議存在的作法又極易引發爭議，故包括美國及歐盟在內等主要競爭法國家，近年來莫不積極推動「寬恕政策」(leniency program)，以免除反托拉斯法責任，來策動卡特爾內部成員進行「窩裏反」，主動提供相關事證，以提高定罪的機率。以下謹就美國與歐盟之相關法規與制度，為一簡要的介紹。(註四十)

一、美國寬恕政策

註四十： 更為具體的介紹，可參考顏廷棟，「寬恕政策實施子法之研究」(行政院公平交易委員會 96 年度委託研究報告，2007 年 12 月出版)。

美國司法部反托拉斯署早於 1978 年即建制有關於公司尋求免除反托拉斯責任之制度，但由於只限於調查前申請者，且減免刑與否，司法部仍有裁量權限，故成效不彰。1993 年該政策有大幅度的修正，(註四十一)除對符合規定之申請人，當然免除刑責外，對於在反托拉斯署開始調查後，主動供述違法行為者，亦得予以免除刑事訴追。另外，申請免責之企業於獲得免責後，企業相關職務人員也一併免責。

(一) 調查前申請要件 (A 項)

涉嫌違法企業，若於反托拉斯署開始調查前提出寬恕政策申請，且完全符合下列要件時，免除刑事追訴：

1. 申請時，反托拉斯署尚未自其他消息來源知悉有違法嫌疑
2. 申請人於知悉違法行為後，採立即(prompt)、有效(effective)之措施，以終止該違法行為。
3. 申請人為誠實與完全的供述，並於調查期間全力充分與持續的配合調查。
4. 供述涉及違法的行為，確屬企業組織的行為(corporate act)，而非個別職員的行為。
5. 在可能的情況下，賠償被害人損失。
6. 申請人未脅迫他人加入該違法行為，且顯非領導人(leader)或發起人(originator)。

(二) 其他減免規定 (B 項)

未符合上述規定，不論其係在調查前或調查後，倘符合以下要件，仍應予以減免：

1. 申請人為最早提出申請者。

註四十一：Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Corporate Leniency Program (August 10, 1993), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

2. 提出申請時，反托拉斯署尚無足以認定有罪的證據
3. 申請人於知悉違法行為後，採立即(prompt)、有效(effective)之措施，以終止該違法行為。
4. 誠實與完全的供述，並於調查期間全力充分與持續的配合調查。
5. 述涉及違法的行為，確屬企業組織的行為(corporate act)，而非個別職員的行為。
6. 在可能的情況下，賠償被害人損失。
7. 考量違法行為的性質、申請人於違法行為中的角色、提出申請的時間點、以及免除刑責是否對他企業造成不公。

(三) 企業相關職務人員之減免 (C 項)

違法企業相關職務人員，於符合以下要件時，亦得申請免除刑事追訴之責任：

1. 違法企業本身符合 A 項要件。
2. 承認違法行為。
3. 誠實與完全的供述，於調查期間全力充分與持續的配合調查。
4. 違法企業若不符合 A 項規定時，適用關於個人減免規定。

(四) 1994 年個人寬恕政策

為達與企業寬恕政策相互配合的目的，反托拉斯署於 1994 年 8 月 10 日制頒了個人寬恕政策，其內容可大致歸納如下：

1. 申請時，反托拉斯署尚未自其他消息來源知悉有違法嫌疑。
2. 申請人為誠實與完全的供述，並於調查期間全力充分與持續的配合調查。
3. 申請人未脅迫他人加入該違法行為，且顯非領導人(leader)或發起人(originator)。
4. 不符合上述規定者，反托拉斯署仍得於個案中裁量是否給予減免。

(五) 「勝者全拿」與「資格保留」(marker)制度

依現行規定，刑責的免除只給予最早提出申請之企業，為免企業因為蒐集更完整證據，而錯失了最早向反托拉斯署申請的機會，寬恕政策中特別設計了「資格保留」制度，以提高當事人申請的意願。簡言之，企業得先向反托拉斯署申請，要求在其搜集更多事證的一定期限內，保留其最早申請人之資格。惟在申請資格保留時，申請人仍應就下列事項為一定的敘明：

1. 申請人應向反托拉斯署表示，有相關事證顯示其已涉及違反反托拉斯刑事規定之行為。
2. 申請人應原則性的說明違法行為的性質。
3. 指明受影響之產業、產品、或服務，足以讓反托拉斯署作相關的判斷。
4. 指明客戶。

(六)、附加寬恕(leniency plus)及刑罰加重(penalty plus)政策

附加寬恕與刑罰加重，乃反托拉斯署為進一步強化企業「窩裏反」誘因，所為之一體二面的配套措施。前者指企業於個案認罪協商過程中，提供他案的違法資訊，並因此於他案中獲得刑責的免除時，則其於本案中的罰金可獲得減免。反之，若企業於知悉他案，但選擇不適用附加寬恕政策，反托拉斯署事後得知他案之違法情節並成功起訴該企業後，反托拉斯署得要求量刑法院加重企業於本案的刑期或罰金。

二、 歐盟寬恕政策

由於歐盟執委會對於卡特爾行為並無刑事訴追與制裁權，故其寬恕政策是以免除或減少違法企業行政罰鍰為主要內容。依歐盟 2006 年所頒佈的「關於卡特爾案件罰鍰免除及減少通知」規定，(註四十二) 罰鍰免除及減少之

註四十二：European Commission, “Commission Notice on Immunity From Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases”, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

要件如下。

(一) 罰鍰免除的要件

1. 最先提供資訊與證據，足以讓執委會發動搜索或發現違法者(通知第 8 點)。另依通知第 9 點的規定，申請人所提供之資訊與證據，須詳細陳述卡特爾之安排，如它的目的、行為、及功能、所涉及產品或服務、卡特爾之地理範圍、持續期間、受影響之市場交易量、當事人接觸的時間、地點、及內容等。
2. 申請人應全面配合調查，並立即停止違法行為。
3. 申請前未毀損、隱匿資訊或證據，且未向競爭主管機關外之第三人透露相關事實及內容。
4. 未脅迫他人加入違法行為。

(二) 罰鍰減少的要件

1. 未符合罰鍰免除規定者。
2. 對執委會之調查，得提供附加價值之證據與資訊者。所謂的「附加價值」證據，依通知第 25 點之規定，如於卡特爾成立時存在的書面初始證據，價值將高於成立後後續出現的證據；得直接證明行為違法者，其證據價值也高於間接有關者；另外，證據本身不需其他證據來源相補充者，其價值也高於尚需依賴其他證據輔助者。

(三) 得減輕罰鍰幅度(通知第 26 點)

其中，第一位符合者，將可得 30%-50%的罰鍰減免；第二位符合者，可獲得 20%-30%之減免；第三位以下符合者，則可以在 20%的範圍內獲得減輕。

(四) 「資格保留」制度 (通知第 15 點)

依歐盟制度，申請人於提出「資格保留」申請時，應向執委會表明其姓名及地址，並指出其他卡特爾成員、涉案之區域及產品、卡特爾持續期間及行為之性質、以及過去或未來可能之寬恕政策申請人。

伍、美歐反托拉斯法關於卡特爾行為 之相關法律責任

於美國法下，違法卡特爾行為規定之企業，有刑事與民事責任之制裁。在歐盟，執委會只有科處行政罰鍰之權力，至於民事損害賠償訴訟，則是由各會員國國內法來實施。

一、卡特爾於美國法下之刑事責任

依修曼法第 1 條之規定，企業法人參與卡特爾行為，最高可處 1 億美元的罰金，自然人則可處 10 年以下有期徒刑及 1 百萬元以下罰金。不過，依美國 1984 年「量刑改革法」(the Sentencing Reform Act)之規定，法院得在修曼法定刑責、違法所得利益或所生損害中，以其最高金額作為刑責的上限。

二、卡特爾於美國法下之民事責任

除刑事責任外，卡特爾成員尚須面對來自因違法行為而受有「反托拉斯法損害」(antitrust injury)之相對人所提起之民事損害賠償訴訟。另外，為解決個別當事人因損害額不高，而欠缺起訴誘因，美國司法實務上，已有相當成熟的「集體訴訟」(class action)制度，由律師作為訴訟之主導者，集合具「類

似狀況」(similarly situated)之相關受害者，於同一訴訟中對卡特爾成員請求賠償。

就得提起私人損害賠償訴訟之原告而言，依美國克雷頓法(Clayton Act)第 4 條之規定，任何因違法美國反托拉斯法行為而受有損害之當事人，得起私人損害賠償訴訟。(註四十三)從字義上來看，似乎所有因卡特爾行為而支付過高價格者，均得提起此類訴訟，不過，美國的司法判決對於原告的適格問題，已建立有相關的限制原則。例如，得提起訴訟之原告，須受有「反托拉斯損害」，而該項損害與傳統民法上的損害概念不盡相同。(註四十四)另外，美國聯邦最高法院也禁止「間接買方」(indirect purchasers)起訴；(註四十五)但應注意者，乃美國部分州已透過立法，明文排除聯邦最高法院的此一限制。一旦損害金額確定，依克雷頓法第 4 條之規定，損害賠償金額自動乘以 3 倍，此即反托拉斯法中的「三倍損害賠償」(treble damage)制度，另外，敗訴的被告，也需支付原告的律師費用。再者，卡特爾成員間對該項賠償額須負連帶賠償責任，也即原告可選擇向其中之一或數個被告請求償金額的一部或全部。

從上述簡要的介紹，我們不難發現，民事私人損害賠償訴訟責任，可能才是對企業經營造成最大威脅之法律風險，對於美國本土企業亦同。故於該國「反托拉斯刑事制裁促進及改革法」(Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act; ACPERA)中，(註四十六)對於成功獲得刑責豁免的企業，得以在民事損害賠償訴訟中，要求以原告於相關產品市場中實際所受損害，

註四十三：15 U.S.C. §15.

註四十四：「反托拉斯損害」要件，是美國聯邦最高法院於 Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.一案中所建立。其內容乃指「反托拉斯所欲避免，且由被告之不法行為所衍生之損害。」該項損害須能夠「反應違法行為本身，或因該違法行為所可能出現的反競爭行為之反競爭效果。」429 U.S. 477, 489 (1977).

註四十五：See Illinois Brick v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977)

註四十六：見該法第 213 條 (Section 213) available at http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=108_cong_bills&docid=f:h1086enr.txt.pdf

且可歸責於被告於該市場中「已完成交易」(commerce done)為賠償上限，而無須負擔三倍損害賠償。

三、卡特爾在歐盟法下之法律責任

依歐盟第 1/2003 號規則 (註四十七) 第 16 段的規定，當事人得以歐盟執委會之違法裁決為證據，在其國內依內國法的相關規定，提起民事之損害賠償訴訟。但縱使有此一規定，由於會員國間的實體與程序法律規定的不同，可能使得同一違法行為之受害人，能否獲得救濟及救濟的程度為何，出現相當差異。為解決這一個問題，歐盟於 2008 年提出「違反歐體反托拉斯規則損害賠償訴訟白皮書」(White Paper on Damage Actions for Breach of EC Antitrust Rules)，(註四十八) 其中具體建議各會員國應儘量配合於國內法中落實的反托拉斯民事訴訟原則。例如，應讓間接買方也應有當事人適格、儘可能採行集體訴訟制度，以利當事人請求救濟等。

至於在歐盟行政罰鍰部分，依執委會於 2006 年所頒佈之「罰鍰準則」(Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003)，(註四十九) 其計算分為「基本額」及「調整額」二個階段。在「基本額」的計算部分，主要以違法企業參與卡特爾期間最後一個營業年度，直接或間接與違法行為相關之產品或服務，銷售至歐洲經濟區域(European Economic Area; EEA)的銷售價值作為計算的基礎，再依違法

註四十七：COUNCIL REGULATION (EC) No 1/2003, On the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty (16 December 2002), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:EN:PDF>

註四十八：Commission of European Community, “White Paper on Damage Actions for Breach of EC Antitrust Rules,” available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf

註四十九：Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003(2006/C210/02), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF>

情節輕重(企業於相關市場之市占率、影響區域大小、是否已實施等)及實施期間長短，乘以一個最高到 30%的百分比，再加上企業只要參與卡特爾行為，即會被科處的 15%-25%的「入門費」(entry fee)(「準則」第 13 段至 26 段)。在「基本額」確定後，執委會將再依是否為累犯，或是有無於發現違法時，立即停止行為，或是否是出於過失而違法等因素，加重或減輕其「基本額」(「準則」第 27 段至第 31 段)。不過，執委會最後決定出來的罰鍰總額不得超過違法企業前一營業年度總營業總額的 10% (「準則」第 32 段)。

陸、結 論

本文就美國與歐盟涉及國際卡特爾行為之相關實體與程序法規，為一原則性簡要的介紹，主要的目的在提供國內相關企業於未來事業經營過程中，能更精確的評估企業違反競爭法規之風險，在未違法之前，採行必要之防範措施，而在受到調查時，也能適時掌握並善加利用可免除或降低企業或個人法律責任之制度。更重要的是，在陸續有企業受到美國與歐盟的調查與處罰後，國內企業應積極正視反托拉斯法的重要性，不能再認為自己是台灣公司，於美國或歐盟也無子公司或分公司，規模也不大，而認為二國法規不可能適用到自己身上。可能的話，企業應嚐試與專家或律師合作，擬定一套「反托拉斯遵循」計劃(Antitrust Compliance Program)，以利企業避免及即時掌事違法行為，爭取申請寬恕免責之時效性。在面對調查時，也應迅速因應，與律師配合，就相關實體或程序法律爭點，以及證據之搜集與提出，研擬出完善的攻防策略，步步為營的將危機化解到最低。

