

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law
College of Law
National Taiwan University
Master Thesis

論間接證據於聯合行為合意證明上之運用

The Study on Application of Circumstantial Evidence
in Proof of Agreement for Cartel

張家寧

Chia-Ning Chang

指導教授：黃銘傑 博士

Advisor: Ming-Jye Huang, Ph.D.

中華民國 105 年 3 月

March 2016



國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

論間接證據於聯合行為合意證明上之運用

The Study on Application of Circumstantial Evidence in
Proof of Agreement for Cartel

本論文係張家寧君（學號 R02A21103）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 105 年 03 月 18 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：黃銘仁

口試委員：江有卓

黃銘仁

楊宏暉

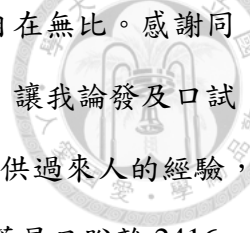
謝辭

這本論文的完成首先感謝我的指導教授黃銘傑老師，老師總以批判性之觀點對我國公平交易法實務提出建議，啟發我不囿於傳統思維思考問題，每次與老師的討論都能使我有更貼近問題本質的感覺，本論文即係建構在與老師討論中所形成之想法上，而老師的治學態度也促使我對於競爭法的領域產生更強烈的興趣；此外並要感謝老師在我求學的階段上，也總是爽快地給予我各種幫助及建議，使我能夠更順遂地前進。

感謝擔任口試委員的林宜男老師及楊宏暉老師。林老師在口試過程中提供予我許多實務之觀點以及相關案件背景知識，此種以執法者觀點出發之不同思考方式，均使本論文之內容更能貼近實務而不僅止於學說上的運用；楊老師於口試中給予我大方向之建議，且點出本論文思考上猶未深究之處，使我有機會再次省思自身想法之妥適性，而得形塑更為完善的內容。再次感謝兩位老師對於本論文給予的各種寶貴建議。

感謝廖義男老師，碩一時修習老師開設的經濟法專題研討課程，開始接觸經濟法的領域，首次接觸本論文所涉及之問題亦是在廖老師的課堂中，而從課堂上老師對於實務案例問題之分析及講授中，使我逐漸建立起淺薄之經濟法思維。感謝王能君老師百忙之中仍不吝給予我求學及未來生涯規劃之建議。感謝蔡英欣老師在碩一時願意給予我助理工作之機會，使我在擔任助理期間也學習到許多資料蒐集彙整之方式。

感謝安中法律事務所的包國祥律師及吳毓文律師，雖然我只是小小的工讀生，卻總是受到多方熱情的照顧，更感謝的是讓我有機會接觸到實際的競爭法案例，並且在本論文的寫作過程中，亦多次受到兩位律師針對於本論文提出的寶貴建議及提點，而使我的論文內容更為完善。



感謝大學以來的好友咏儒、于真、孟蓉，與你們相處總是自在無比。感謝同門蔚菁擔任我論發及口試的紀錄，更主動幫助我處理周邊雜事，讓我論發及口試能夠順利結束。感謝 2416 研究室的偉立學長、奐忱學姐時常提供過來人的經驗，並祝福 2416 研究室的夥伴們咏儒、育錚、冠中、嘉瑜、志皓、苑葶早日脫離 2416。

最後要感謝的是我的家人們，爸爸、媽媽、哥哥，我總是早出晚歸而讓你們操心，因為有您們之支持、包容及體諒，我才能無後顧之憂地專心致力於論文的寫作上，謹以此本論文獻上誠摯的感謝。

2016/3/29

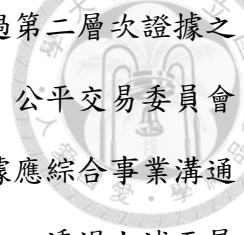


摘要

公平交易法聯合行為規範競爭事業透過合意所為之共同行為，然事業可能採取較為秘密之方式達成合意，致合意之認定及證據取得越趨困難。惟仍必須加以區辨可能有相同不競爭外觀之合法之有意識之平行行為及違法之聯合行為。我國司法實務針對上述問題，通常係透過間接證據之方式認定合意存在與否，且針對主張聯合行為存在者（通常為公平交易委員會）之舉證，允許得透過合理推定之方式認定合意，並於 2015 年修正時明訂合意推定之規範於公平交易法第 14 條第 3 項，此等推定之運作或規範屬於事實上之推定，而非法律上之事實推定，不涉及客觀舉證責任轉換，惟具有減輕公平交易委員會舉證責任之效果。

至於在推定之運作下，我國實務下常見推定合意存在之間接證據包含事業行為外觀之一致性、行為不符合經濟理性、產業結構有利於共謀、事業間進行溝通之機會、事業實際進行溝通及資訊交換之行為、資金往來等利得損失分配或監督機制之存在等事證，而通常在運用上行政法院並未對特定之間接證據進行重要性排序，亦未表示何種間接證據係認定合意存在之必要證據或充分證據。惟於我國近來之幾則聯合行為之判決中，肯定僅透過事業行為外觀上之一致性及異於競爭常態之間接證據亦得認定合意存在，本論文認無法區辨有意識之平行行為而持較為懷疑之態度。

為使間接證據之操作更為明確，且考量至公平交易法對於違反聯合行為之處罰大幅提高至事業前一年度銷售金額 10%，隨著違法之法律效果提高，司法爭訟實務中應加強對於構成要件之認定達超越合理可疑之程度，雖有可能加重公平交易委員會之舉證責任，惟公平交易法亦賦予主管機關相當程度之調查權及寬恕政策得加以運用，故本論文透過美國法之整理嘗試對我國實務提出建議，建立間接證據之操作模式。首先將間接證據分為兩層次，其中第一層次之證據包含未競爭之狀態及相關經濟性證據，其係用以建立合意存在之合理性，至於該現象係來自



於合意而非其他單獨行為或有意識之平行行為之證明，則需透過第二層次證據之討論，第二層次之證據特別著重於事業間之溝通性證據之取得，公平交易委員會至少應說明事業如何促成合意之形成、穩固或維持等，該等證據應綜合事業溝通行為之內容、對象、場合、時點判斷其與合意之關聯性。易言之，透過上述兩層次證據之運用始能正確評價及認定聯合行為合意存在與否。

關鍵字：聯合行為、合意、一致性行為、有意識之平行行為、間接證據、推定、無合理可疑程度

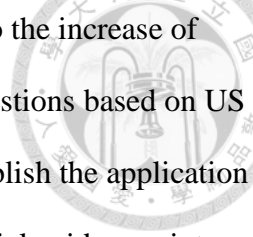
Abstract



Cartel regulations of Fair Trade Act forbid the concerted action of competing enterprises based on agreement, but enterprises may still adopt covert ways to reach agreement. And it makes the determination and acquisition of evidence more difficult. It is, therefore, necessary to differentiate between legal conscious parallelism and illegal cartel which maybe have the same results. Concerning the issue of proof of cartel mentioned above, Administrative Court adopts circumstantial evidence to infer agreements, and permits the application of presumption for Fair Trade Commission to infer whether agreements exist or not. The presumption clause, which belongs to *tatsaechliche Vermutungen* and not *gesetzliche Tatsachenvermutungen*, is also added to section 14(3) of Fair Trade Act in 2015. In other words, the presumption clause does not involve the shifting of the burden of proof, but has the effect of reducing the burden of proof.

Under the application of presumption clause, Administrative Court usually uses the following listed as circumstantial evidences, parallelism behaviors, actions against self-interest, industry structures easy for conspiracy, opportunities to communicate, communication action or information exchange, fund flows among enterprises which are used to distribute profits and losses, and the supervisory mechanisms, etc. However, in real practice, Administrative Court doesn't prioritize different types of circumstantial evidences on their strength for inferring agreement, and doesn't indicate which evidence is necessary or sufficient. Nevertheless, recent judgments of Administrative Court indicate that evidence of the parallelism behaviors and unusual market conditions are sufficient to presume that agreements for cartel exist, but this study stands against such judgements.

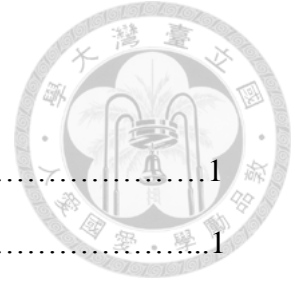
To make the application of circumstantial evidences clearer and to strictly



determine the Tatbestand with beyond reasonable doubt extent due to the increase of punishment for violating the cartel regulation, this study offers suggestions based on US law for the Fair Trade Commission and Administrative Court to establish the application pattern of circumstantial evidences. First, this study puts circumstantial evidences into two levels. The first level of circumstantial evidences, including the conditions of anti-competition and related economic evidences, is to establish the plausibility of the existence of cartel. The second level of circumstantial evidences is used to exclude the possibility of enterprises acting independently. Under the second category, the communication evidences are especially important and necessary. This requires Fair Trade Commission to explain how enterprises reach or maintain an agreement. Such communication evidences should be evaluated through their contents, subjects, occasions and time to determine their relevance to the agreement. In other words, in order to correctly evaluate evidences and infer whether agreements for cartel exist or not, the adoption of the application of two-level circumstantial evidences may be a feasible method. It may seem burdensome for Fair Trade Commission to prove if agreements exist, but Fair Trade Commission can use the power of administrative investigation and leniency program for cartel provided by Fair Trade Act.

Keywords: cartel, agreement, concerted action, conscious parallelism, circumstantial evidence, presumption, beyond reasonable doubt

簡目



第一章、緒論.....	1
第一節、研究背景與動機.....	1
第二節、研究範圍及研究所受限制.....	2
第三節、研究方法與架構.....	3
第二章、聯合行為構成要件、舉證責任與懲罰機制.....	5
第一節、公平交易法規範之立法意旨及體系.....	5
第二節、我國公平交易法聯合行為構成要件.....	7
第一項、主體.....	7
第二項、合意.....	10
第三項、聯合行為之內容.....	32
第四項、聯合行為產生之效果.....	33
第五項、小結——合意之重要性.....	34
第三節、我國公平交易法聯合行為之懲罰機制.....	37
第一項、民事損害賠償.....	37
第二項、行政罰.....	38
第三項、刑事處罰.....	39
第四項、小結.....	40
第三章、合意舉證——美國反托拉斯法之觀察.....	41
第一節、美國反托拉斯法之聯合行為基本規範.....	41
第一項、聯合行為之規制.....	41
第二項、聯合行為之處罰.....	42
第二節、美國法上聯合行為合意證明程度.....	45
第一項、Interstate Circuit, Inc. v. United States 案.....	45

第二項、C-o-two Fire Equipment Co. v. United States 案.....	47
第三項、Theatre Enterprises v. Paramount Distributing 案.....	49
第四項、Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp. 案.....	51
第五項、Matsushita v. Zenith Radio Corp. 案.....	54
第六項、Bell Atlantic Corp. v. Twombly 案.....	59
第七項、小結.....	63
第三節、美國實務常用附加因素之種類.....	65
第一項、經濟性證據.....	65
第二項、溝通性證據.....	82
第三項、其他類型之證據.....	107
第四項、附加因素與合意之推論.....	113
第四章、合意舉證——我國公平交易法實務操作之觀察.....	125
第一節、合意證明程度與間接證據之運用.....	126
第一項、實務判決之合意證明程度與間接證據之運用.....	126
第二項、聯合行為合意之證明.....	187
第二節、間接證據之分類——我國實務整理.....	206
第一項、我國實務採用之間接證據種類整理.....	206
第二項、間接證據之檢討.....	242
第五章、結論.....	247
參考文獻.....	257

詳目



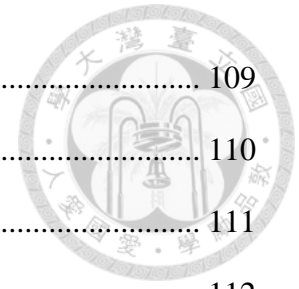
第一章、緒論	1
第一節、研究背景與動機	1
第二節、研究範圍及研究所受限制	2
第三節、研究方法與架構	3
第二章、聯合行為構成要件、舉證責任與懲罰機制	5
第一節、公平交易法規範之立法意旨及體系	5
第二節、我國公平交易法聯合行為構成要件	7
第一項、主體	7
第一款、具競爭關係之同一產銷階段事業	7
第二款、同業公會或其他依法設立、促進成員利益之團體	8
第二項、合意	10
第一款、合意	10
第一目、契約、協議	10
第二目、其他方式之合意	12
壹、決議	13
貳、君子協議	14
參、一致性行為	15
第二款、非合意之行為	19
第一目、單獨行為	19
第二目、建議	20
第三目、有意識之平行行為	21
第三項、聯合行為之內容	32
第四項、聯合行為產生之效果	33



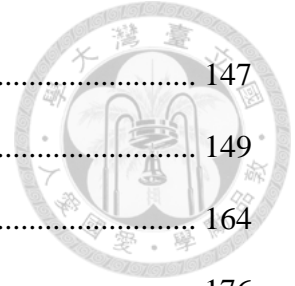
第五項、小結——合意之重要性	34
第三節、我國公平交易法聯合行為之懲罰機制	37
第一項、民事損害賠償	37
第二項、行政罰	38
第一款、行政罰緩	38
第二款、寬恕政策	39
第三項、刑事處罰	39
第四項、小結	40
第三章、合意舉證——美國反托拉斯法之觀察	41
第一節、美國反托拉斯法之聯合行為基本規範	41
第一項、聯合行為之規制	41
第二項、聯合行為之處罰	42
第二節、美國法上聯合行為合意證明程度	45
第一項、Interstate Circuit, Inc. v. United States 案	45
第二項、C-o-two Fire Equipment Co. v. United States 案	47
第三項、Theatre Enterprises v. Paramount Distributing 案	49
第四項、Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp. 案	51
第五項、Matsushita v. Zenith Radio Corp. 案	54
第六項、Bell Atlantic Corp. v. Twombly 案	59
第七項、小結	63
第三節、美國實務常用附加因素之種類	65
第一項、經濟性證據	65
第一款、產業表現	66
第一目、平行行為	66
第二目、超額利潤	67

第三目、產業表現與合意認定之關聯性	67
第二款、產業結構	68
第三款、行為違反自己利益	74
第四款、動機	78
第五款、小結：產業結構與經濟合理性之困境	81
第二項、溝通性證據	82
第一款、共謀之機會	84
第二款、資訊交換	85
第一目、溝通行為於反托拉斯法之定位	85
第二目、溝通行為於聯合行為之定位	86
第三目、溝通行為與行為反於自己利益之關聯性	90
第四目、安全區域	91
第三款、溝通行為之判斷因素	93
第一目、產業結構、產品特性	94
第二目、資訊內容	94
第三目、公開與私下	95
第四目、事後價格確認	98
第五目、溝通之目的	100
第六目、主動公開	103
第七目、預告資訊	105
第四款、溝通性證據與產業結構之關聯性	105
第一目、產業結構不易於共謀、聯合行為複雜	105
第二目、產業結構易於共謀、聯合行為單純	106
第三項、其他類型之證據	107
第一款、類獨占之單獨行為	107





第二款、促進行為	109
第一目、散布資訊、交換資訊	110
第二目、低價保證與最惠顧客條款	111
第三目、定價系統	112
第四項、附加因素與合意之推論	113
第一款、經濟性證據與非經濟性證據	113
第二款、溝通性證據之必要性	115
第三款、超級附加因素之標準	115
壹、調漲價格	116
貳、減少產量	117
參、公司內部誘因的轉變	117
肆、共謀利得之分配	117
伍、重新分配利得與損失	118
陸、溝通	118
柒、聯合行為之執行與處罰	119
捌、市場支配地位之行為	119
玖、小結	119
第四款、本論文見解	120
第四章、合意舉證——我國公平交易法實務操作之觀察	125
第一節、合意證明程度與間接證據之運用	126
第一項、實務判決之合意證明程度與間接證據之運用	126
第一款、金門縣桶裝瓦斯聯合案	126
第二款、南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案	129
第三款、北部地區瓦斯聯合案	135
第四款、中油台塑批發油價聯合案	139



第五款、金頻道長德聯合案	147
第六款、工業用紙聯合案	149
第七款、超商現煮含乳咖啡聯合案	164
第八款、鮮乳聯合案	176
第九款、小結——實務見解之變化	182
第二項、聯合行為合意之證明	187
第一款、推定之性質	187
第二款、證明度	197
第三款、寡占市場與有意識之平行行為	203
第二節、間接證據之分類——我國實務整理	206
第一項、我國實務採用之間接證據種類整理	206
第一款、外觀一致性	206
第一目、總論	206
第二目、各事業財務結構與成本考量等因素相異卻一致調漲	208
第三目、市占率穩定	210
第四目、仍有競爭存在	211
第五目、評析	212
第二款、不符經濟理性	213
第一目、外觀一致性之同義詞	213
第二目、寡占市場與長期利益	215
第三目、悖於供需原則	216
第四目、小結	217
第三款、行為無合理之解釋	218
第四款、產業結構	221
第五款、不為競爭之行為	222

第六款、共用設備、互相調料	224
第一目、共用器材或設備	224
第二目、同業互相調料	225
第三目、代包	227
第四目、小結	227
第七款、溝通性證據	228
第一目、共謀之機會	229
第二目、資訊交換	231
壹、資訊交換於我國公平交易法之定位	231
貳、私下資訊交換行為	233
參、其他非私下資訊交換行為	233
第八款、聯合行為之確保	238
第一目、利得損失分配	238
第二目、監督機制	240
第三目、小結	241
第九款、其他	241
第一目、提高未參與聯合為競爭者之成本	241
第二目、曾被公平會以違反聯合行為處分	241
第二項、間接證據運用之檢討	242
第五章、結論	247
參考文獻	257





第一章、緒論

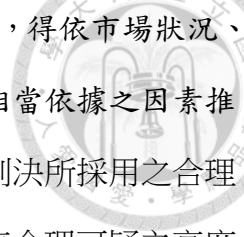
第一節、研究背景與動機

近年來，各國之聯合行為具有隱密化之傾向，事業為避免被執法機關處罰，時常隱匿相關事證，使得主管機關越趨難於調查；為解決上述問題，各國無不導入各種輔助之調查措施，使主管機關更容易進行調查。此外，為嚇阻事業進行聯合行為，在違反聯合行為之法律效果上，有日趨加重之傾向。

在此背景下，我國公平交易法亦陸續引進歐美法上相關之規範機制，對於聯合行為採行獎勵與懲罰並行之措施，首先於民國 100 年時，導入所謂之寬恕政策（Leniency policy），企圖透過給予協助調查事業獎勵之方式獲得更多聯合行為實行之資訊及證據，而寬恕政策引進後，我國現已有兩則案例係透過事業舉發之協助而得以處分聯合行為；再者，公平交易法同時逐步調高違反聯合行為之行政罰鍰，透過此制度事前嚇阻聯合行為之發生。除上開制度外，我國對於認定聯合行為合意存在與否之證明方式亦有相關之改革。

公平交易委員會於民國 93 年以違反公平交易法聯合行為為由，處分中國石油及台塑石化我國兩家油品事業，並經行政法院維持原處分，其關於合意之認定引起包含法律學者及經濟學者之熱烈討論；經多年穩定之實務運作後，公平交易委員會又於民國 99 年起至 100 年，連續處分工業用紙、鮮乳以及便利超商現煮含乳咖啡之聯合行為，其中臺北高等行政法院及最高行政法院在數則判決中罕見地否定上開事業具有聯合行為合意之存在，並認為如欲證明合意存在，公平交易委員會之舉證必須達至無合理可疑之高度蓋然性程度，有否定中油台塑案行政院所持見解之傾向，再度引發學者之熱烈討論。

針對上開聯合行為合意證明之問題，直至民國 104 年 2 月公平交易法大幅度



修正，並於同法第 14 條第 3 項增訂推定條款：「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。」，將自民國 89 年之臺北高等行政法院起多則行政法院判決所採用之合理推定方法明文化，而有不採取要求公平交易委員會之舉證應達無合理可疑之高度蓋然性程度，看似已平息上述實務上之爭議。

然而，針對於聯合行為合意之舉證責任如何分配，公平交易法第 14 條第 3 項之推定應如何解釋，負有舉證責任之人應達成之證明度應該到達何種程度，以及其應提出何種證據始能使法院推定合意存在等相關問題，縱使在增訂公平交易法第 14 條第 3 項後，亦未必能給予上述清楚、明確之解釋。

故在上開法院判決及法條之增訂、制度之改變之背景下，本論文嘗試檢討競爭法上聯合行為之合意應如何運作之問題，冀望透過本論文，對於上開長久以來合意之問題，提出清楚之分析及建議。

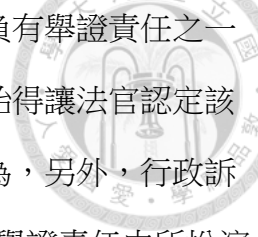
第二節、研究範圍及研究所受限制

本論文主要將聯合行為合意之證明問題分為下列幾個部分：

首先，針對於事業所為之有意識之平行行為或價格跟隨此種行為，是否應透過公平交易法之聯合行為規範加以規制。

如針對上述問題認為不應以聯合行為規範有意識之平行行為，則第二個問題將是實務上之執法者或法院如何區辨有意識之平行行為及一致性行為等聯合行為，蓋因有意識之平行行為所呈現出之事業行為外觀很可能類似於聯合行為所呈現之外觀，此時區辨兩種概念對於此議題將是重要之指標。

為區辨上述有意識之平行行為及聯合行為，本論文將透過分析及討論行政訴



訟實務或學說見解，釐清對事業行為該當聯合行為與否之問題負有舉證責任之一造，其所負之舉證責任證明度應使法官達到什麼程度之心證，始得讓法官認定該待證事實之合意存在，而非僅止於單獨行為或有意識之平行行為，另外，行政訴訟判決或公平交易法第 14 條第 3 項所謂之「推定」在聯合行為舉證責任中所扮演之定位猶未有一清楚之說明，本論文將一併釐清。

然而，上開區辨聯合行為與非聯合行為之問題縱使透過舉證責任證明度之整理，亦可能僅止於形式上之論述，法官審酌證據而判斷待證事實存在與否，最終仍係存諸於法官內心，而屬自由心證之問題，是否已達該證明度之標準均非本論文得清楚透過研究加以探知並具體確立標準，且恐有無法給予明確實質之標準或建議之限制，此正為本論文在研究上所受限之部分。

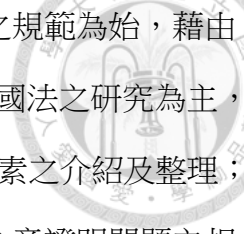
為解決上述討論舉證責任證明度之討論過於空泛及法官自由心證而無一清楚標準及界限之問題，在第二部分，本論文嘗試分析以及整理美國及我國實務上使用何種類型之間接證據、情況證據推論聯合行為合意存在，又學說對該間接證據持有何看法以及其與合意間之關聯性，建立一清楚可操作之運作模式及標準，最後並嘗試對我國實務提出聯合行為合意認定上之建議，使實務未來得更為有依據透過間接證據認定合意。

第三節、研究方法與架構

本研究將透過分析美國及我國之實務案例及學說對此一議題之看法，整理我國現行對於證明合意之操作方式或標準，並試圖藉由美國法上之操作給予我國法建議。

本論文於架構之設計上，大致上分為五個章節。

第一章以闡述本論文主題之研究背景、問題意識及研究範圍等作為主題；第



二章進入核心問題，從介紹公平交易法對於競爭事業聯合行為之規範為始，藉由構成要件之分析，點出合意於我國法上所生之問題；第三章以美國法之研究為主，整理美國法司法實務及學說對相關議題之見解，並著重於附加因素之介紹及整理；第四章再將主題拉回至我國法，首先分析我國司法實務上對於合意證明問題之相關立場，並整理我國實務在涉及聯合行為合意之案件中所使用之間接證據，與第三章美國法附加因素部分做比較及對照；第五章將總結第二章至第四章所討論之問題，並提出相關建議及未來展望。

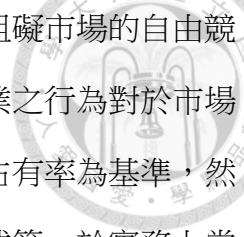


第二章、聯合行為構成要件、舉證責任與懲罰機制

第一節、公平交易法規範之立法意旨及體系

「為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法。」為我國公平交易法（下文皆簡稱公平法）第 1 條所明文揭示，其中條文所述的「自由與公平競爭」正可以對應到我國公平法上所規範的兩大領域；在公平法規範的行為對象上，大致得區分為「限制競爭行為」與「不公平競爭行為」兩大領域，前者強調事業行為對於市場「自由競爭」的影響，後者則著重於競爭手段之公正與否，以確保市場「公平競爭」，此二領域之差異主要係在於執法機關公平交易委員會（下文皆簡稱為公平會）於認定行為是否違反公平交易法時，是否將對於市場競爭產生的影響列為法規範違反的構成要件。

限制競爭行為，按行為之主體、相對人、手段態樣等不同，於我國公平法上大致上可分為獨占（公平法第 7 條至第 9 條）、結合（公平法第 10 條至第 13 條）、聯合行為（公平法第 14 條至第 18 條）、限制轉售價格（公平法第 19 條）及其他限制競爭行為（公平法第 20 條）等不同之類型；獨占、限制轉售價格及其他限制競爭行為偏向於規範單一事業所為的單獨限制競爭的行為，兩者的差異在於行為事業於市場上的地位，而結合的規範則是事前規範未來將可能具有限制市場競爭之虞的事業合併、取得股份之行為，相較於此，「聯合行為」則係由處於同一相關市場中、複數競爭事業間彼此協議不為競爭，限制市場上應有的自由競爭，最終可能間接導致消費者受到損害，而被認為是當中最為嚴重之反競爭行為，各國無不予以嚴格之規範，其中因聯合行為重點在於複數事業進行協議，故實務上在認定是否該當聯合行為時，複數事業協議常係該案件之核心，亦正是本研究所欲討論之重心。



另外，上述限制競爭行為的共通點在於：此類行為將可能阻礙市場的自由競爭，有害於社會大眾的利益，故如構成此類行為之違反必須事業之行為對於市場產生一定之影響，最為常見的衡量方法即是以參與事業的市場占有率為基準，然因此等要件又會涉及市場界定之問題以及市場占有率之算定方式等，於實務上常見行政法院不認同公平交易委員會的認定方法而撤銷原處分，因而，如何衡量行為對於市場之影響亦成為限制競爭行為規範的難題。

至於不公平競爭行為，則可分為：不實廣告（公平法第 21 條）、仿冒（公平法第 22 條）、不當贈品贈獎（公平法第 23 條）、營業誹謗（公平法第 24 條）及其他欺罔或顯失公平行為（公平法第 25 條）。此類規範強調行為人手段的不公正性，只要手段具有不公正性即很可能影響市場公平競爭，因而毋庸特別衡量手段是否影響市場競爭。



第二節、我國公平交易法聯合行為構成要件

進入本研究的主題前，本章節欲先討論我國公平交易法所規範之聯合行為的構成要件，並將重點置於「合意」定義的討論上，藉此根本問題之討論，嘗試連結至後述章節所探討合意證明之議題。

我國公平交易法對於聯合行為係採原則禁止、例外許可之方式（公平交易法第 14 條及第 15 條），查所謂聯合行為，依公平交易法第 14 條第 1 項規定，係指：「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。」其構成要件大致可分為主體、合意、約束事業活動之行為及影響市場功能，以下將分別討論之。

第一項、主體

第一款、具競爭關係之同一產銷階段事業

按公平交易法第 14 條第 1 項¹，構成聯合行為主體的必須是「具競爭關係之同一產銷階段事業」，可知我國公平交易法上的聯合規範僅及於水平聯合行為，而不包含垂直聯合行為。

所謂垂直聯合行為係指聯合行為的規範及於不具有競爭關係而非屬於同一交易階段的事業間合意之不為競爭的行為。在我國之規範上，此種不具有競爭關係之事業所為之限制競爭行為視情形可能構成公平交易法第 19 條或第 20 條第 5 款

¹ 公平交易法第 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。」

之「垂直限制競爭之行為」²；相較之下，美國 Sherman 法第 1 條與歐洲聯盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union) 第 101 條之聯合行為規範並未明文限制聯合行為的對象限於具有競爭關係之事業，而被認為該等規範包含垂直聯合行為在內。

第二款、同業公會或其他依法設立、促進成員利益之團體

再按公平法第 2 條第 2 項³將規範主體的範圍擴及至「事業所組成之同業公會或其他依法設立、促進成員利益之團體」，而不限於單一事業。

同業公會係由彼此間具有競爭關係之事業所組成之團體，其組織章程或會務決議之形成，皆係由於會員直接參與，或基於成員事業之授權，其決定具有合意之性質，自有受公平交易法規範之必要，且在許多聯合行為之案件中，亦常見同業公會成為處分的對象⁴。而同業公會之認定範圍包括：1.依工業團體法成立之工業同業公會及工業會；2.依商業團體法成立之商業同業公會、商業同業公會聯合會、輸出業同業公會及聯合會、商業會；3.依其他法規規定所成立之職業團體⁵。公平交易委員會並針對同業公會發布「公平交易委員會對於同業公會之規範說明」，其中有許多可能涉及聯合行為違反之行為類型。

而實務上具體處分同業公會之案例，例如 100 年 4 月 7 日公處字第 100044 號處分書以中華民國證券商業同業公會開會決議所屬證券承銷商會員以詢價圈購方式辦理證券承銷案件，如收取圈購處理費，不得低於承銷價款之 2% 為由，認其違反聯合行為；101 年 4 月 26 日公處字第 101044 號處分書以雲林縣液化氣體燃料商

² 行政院公平交易委員會 (編) (2015)，《認識公平交易法》，增訂 16 版，頁 112。

³ 公平交易法第 2 條第 2 項規定：「事業所組成之同業公會或其他依法設立、促進成員利益之團體，視為本法所稱事業。」2015 年 2 月修正公平交易法前，僅限於同業公會，但鑒於同業公會外之團體亦常為公平交易法違法行為之管道，爰修正規範之。

⁴ 行政院公平交易委員會 (編)，前揭註 2，頁 112-113。

⁵ 顏廷棟 (2012)，〈聯合行為之執法檢討與展望〉，《公平交易季刊》，20 卷 4 期，頁 11-13。



業同業公會藉理、監事會議，達成促使會員共同漲價之合意，再利用分區集會，凝聚會員共識，並據以實施之行為，認其違反聯合行為而予以處分。

至於上述同條項所稱「其他依法設立、促進成員利益之團體」係為避免事業藉由設立同業公會外之團體以進行違法行為，以規避聯合行為之規範，而於 2015 年 2 月修正公平交易法時所新增之規範對象⁶。

惟實務常見同業組成之「協進會」、「聯誼會」等，雖其性質、運作形式與同業公會相近，團體本身對成員之商業行為亦不乏具有一定之約束或影響力，但其不符合「依法設立、促進成員利益之團體」之要件，無法將此類團體納入「事業」之概念予以規範，蓋因此等組織未經一定程序設立，在行為主體與財產歸屬認定上，極易孳生爭議，且無法令依據，不具法人資格，可能無特定財產可供執行，影響對其做成處分後之執行效力⁷。

至於對於此類組織、團體的規範，亦會涉及下述聯合行為合意認定之問題。若聯合行為之規範對象是公平法第 2 條第 2 項之同業公會等「團體本身」，則其團體內部之「決議」，縱非經全體成員同意一致成立，亦可能作為聯合行為的規範對象⁸，且可能存有明示之會議紀錄，執法機關較容易認定合意的存在；然而，若非依法成立之團體不在上述公平法第 2 條第 2 項之範圍內，聯合行為之處分對象仍係針對個別事業，此時必須一一認定其是否有合意，縱有內部決議之存在⁹，個別事業似乎仍可能個別抗辯其不知悉或不同意決議之內容。

⁶ 公平交易法第 2 條第 2 項立法理由為：「惟倘事業藉由組成同業公會以外之團體為違法行為，因非屬同業公會組織，且該組成團體不符合現行條文第四款『提供商品或服務從事交易』之要件，將造成無法歸責之法律漏洞，爰明定依法設立及促進成員利益之團體，視為本法之事業。」

⁷ 吳秀明（2014），〈競爭法制革新之整體規劃與藍圖〉，《月旦法學雜誌》，228 期，頁 148。

⁸ 參見公平交易法第 14 條第 4 項規定：「第二條第二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。」

⁹ 惟此時聯誼會或協進會等團體之內部決議仍可能成為認定個別事業間具有合意存在之證據。



第二項、合意

聯合行為核心的構成要件在於事業的主觀要件：「合意」之問題，事業所呈現不為競爭之行為若未與他事業共同為之，而係單獨為之，縱產生不利事業競爭之結果，亦不在公平交易法的聯合行為規範之範圍內，因此公平會必須舉證被處分的數事業間具有限制競爭的合意，始可能以公平法聯合行為規範之。

然而，因違反聯合行為的法律效果嚴格，參與聯合行為的事業必然會隱藏掩飾彼此合意之證據，以致於近來合意的證據越來越難以發現，且縱有相關間接證據存在，該等證據亦未必得讓法院認定具有合意存在，故合意之證明成為現在各國執法機關規制聯合行為的難題。

首先，執法機關面對的問題即是何謂「合意」的定義及範圍？我國公平交易法第 14 條第 1 項中規定合意係指「以契約、協議或其他方式之合意」，接著同條第 2 項則規定第 1 項中之「其他方式之合意」係「指契約、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。」以下將分別論述可能構成我國公平法上合意之行為，以及不屬於我國公平法上合意之行為。

第一款、合意

第一目、契約、協議

我國公平法第 14 條第 1 項明文例示規定合意的範圍包含契約與協議，此二類型之共通點在於參與事業必須達成完全一致的法效意思，而具有法律上拘束力，當事人若不遵守，將會發生不履行之責任¹⁰。

¹⁰ 黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》，頁 184，台北：植根。



壹、契約

契約係最典型也最容易認定之合意，不論契約之形式係書面或口頭、明示與默示，只要當事人間所為具有法效意思表示、並產生法律拘束力之合意¹¹即屬之。學者並認為即使當事人所約定之契約係排除訴訟上請求履行之權利，即不得藉訴訟請求他方履行聯合行為契約之內容，仍屬構成聯合行為¹²。

然而，近來因聯合行為屬於違法之行為，且被發現後可能受到嚴重的處罰，當事人逐漸傾向不留下書面之文件，而僅以口頭達成合意，更有甚者，此種正式、法律上之合意逐漸轉變為非正式、無法律效力的共同行為。依學者之整理，自公平交易法施行以來至 2010 年 6 月底止，所有公平會處以聯合行為違反之處分中，就合意之運作方式，有 71% 是採用其他合意之方式，協議則為 24%，而契約僅占 5%¹³。至於正式訂定契約以約定不為競爭之方式，則可能多見於得依公平交易法第 15 條申請許可之聯合行為¹⁴中。

然本文認為，雖公平法第 14 條第 1 項雖稱「契約」，但依民法第 71 條，法律行為違反強制或禁止規定時無效，則聯合行為之契約很可能因此無效，是以，聯合行為之契約即屬於無法於訴訟上請求而藉法律執行達成目的之契約，其最多僅能藉由參與之事業互相心理上或事實上約束，至於是否具有法律上拘束力本文仍保有疑慮。

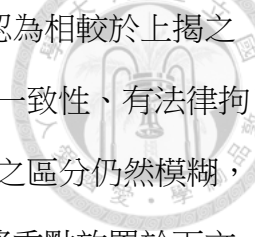
貳、協議

¹¹ 劉華美 (2003)，〈第七章聯合行為之定義〉，廖義男等主持，《公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條》，行政院公平交易委員會，九十二年度合作研究報告七，頁 304。

¹² 吳秀明 (2004)，〈聯合行為理論與實務之回顧與展望〉，氏著，《競爭法制之發軔與展開》，頁 45，台北：元照。

¹³ 施錦村 (2012)，〈不法聯合行為案件內容結構分析—以系統化管理程序為中心〉，《公平交易季刊》，20 卷 2 期，頁 179-180。

¹⁴ 吳秀明，前揭註 12，頁 45。



公平法上並未說明法條內容中之「協議」的意涵，學說有認為相較於上揭之「契約」係屬於對向式、交換式的合意，協議應指「同方向」、一致性、有法律拘束力之合意，但不包括事業團體之決議¹⁵。然實際上，契約與協議之區分仍然模糊，且該區分於適用法律上未必存有實益，故本文擬不討論之，而將重點放置於下文之「其他方式之合意」。

第二目、其他方式之合意

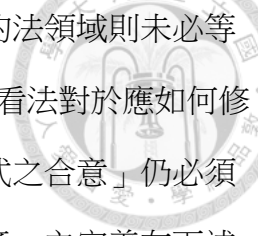
除了上述契約及協議等正式的合意類型之外，聯合行為仍得透過其他方式之合意達成，對此，公平法第 14 條第 2 項規定其他方式之合意指「契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」其中較為核心之定義在於「事實上可導致共同行為之意思聯絡」；一般學說認為，其他方式包含決議、君子協定等行為。

此條項最初係 2002 年修法時，將原本規定於公平交易法施行細則之規定納入母法公平交易法第 7 條第 3 項中，2015 年修法時再由前開條項移列至第 14 條第 2 項，2002 年之立法理由係「本法施行細則第五條有關聯合行為之意義之補充規定，其內容似有限縮本法第七條聯合行為之適用範圍，而有逾越母法之虞。爰將之提升至本法位階，以符行政程序法第一百五十條規範之本旨。」立法理由之立場看似該其他方式之合意之定義具有有限縮合意概念之效果。

惟有學者認為，公平法第 14 條第 2 項將「意思聯絡」之行為解釋為具有合意，係擴張合意之範圍，將意思聯絡擬制為合意，蓋具有意思聯絡不等於有合意，立法文字上應有所修正¹⁶。有學者則認為意思聯絡是否包含合意在不同法領域有不同

¹⁵ 黃茂榮，前揭註 10，頁 184；賴源河（編審）（2005），《公平交易法理論與實務》，頁 236，台北：元照。

¹⁶ 黃茂榮，前揭註 10，頁 184-185。



解釋，刑法上共同正犯間之犯意聯絡必包含合意，而刑法之外的法領域則未必等於合意，從而建議將「意思聯絡」修改為「意思合致」¹⁷。兩種看法對於應如何修正法條文字或規範方式雖有歧見，但其等均認為所謂「其他方式之合意」仍必須事業間具有意思合致始足認定為具有合意，此「其他方式之合意」之定義在下述事業間之決議、君子協議之範疇內可能較不會發生問題，惟在一致性行為之討論中、有意識之平行行為之討論中，將有深入探究之必要性，以下將分別討論學說或實務曾提及的其他方式之合意：

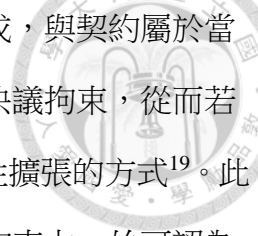
壹、決議

決議係指「事業團體」以「多數決」之方式所形成內部之共同意思，通常多係以表決之方式達成共同意思，至於決議之拘束力則可透過事業團體之內部規約（如章程）及於全體事業¹⁸。事業團體之決議受聯合行為規範得由公平法第 14 條第 4 項規定「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。」得知。

另外，事業團體的範疇依公平法第 2 條第 2 項，包含：「事業所組成之同業公會或其他依法設立、促進成員利益之團體，視為本法所稱事業。」最典型的事業團體即是具有競爭關係之事業所組成的同業公會。而在 2015 年修法中，公平法第 2 條第 2 項規定「促進成員利益之團體」亦成為公平法上的事業，使過去聯合行為中常出現的具有競爭關係之事業所組成的協進會或聯誼會等非法定組織所為之決議，有可能作為聯合行為規範中之「其他方式之合意」，但因法條文字的不明確，是否及於非正式依法成立之協進會等，仍有疑慮（見前述第二節第一項第二款之討論）。

¹⁷ 吳秀明，前揭註 12，頁 47-48。

¹⁸ 劉華美，前揭註 11，頁 305。



有學者認為事業團體所為之決議係屬於團體內部之意思形成，與契約屬於當事人間之合意有所不同，在例外之情形下團體之會員可能不受決議拘束，從而若欲將決議包含於其他方式之合意內，必須透過類推適用或目的性擴張的方式¹⁹。此外，並有學者認為事業團體的決議須符合團體章程且對會員有拘束力，始可認為該事業團體透過決議成立聯合行為，否則僅能認作對各會員之建議²⁰。綜合學者之意見而言，事業團體之決議若要作為聯合行為的合意而受規制，必須對其會員有相當之拘束力，否則僅屬於對成員之建議，而無法直接規制該決議。

本文認為，縱因事業團體之決議不具有拘束力，而無法直接規制該決議本身，然參與當該決議之事業藉由決議表達自身意見，仍可能因此透過資訊交換達成意思合致而屬於其他方式之合意，未必因決議不拘束團體成員而使事業完全不受聯合行為之規範。

貳、君子協議

我國學說一般認為，君子協議（gentleman's agreement）係無法律上拘束力，而僅有道德上、情感上拘束力之協議，但因事實上可導致事業共同行為，應屬合意之一種²¹。司法實務亦曾肯認君子協議屬於聯合行為之合意，參見第一次金頻道長德聯合案之北高行表示：「故事業明知有意識地參與之意思聯絡行為，不論其以明示或默示之方法，或屬僅具有社會的、道德的、商業上或經濟上的拘束力之『君子協定』，或屬僅具鬆散的、不具特定性約定之『互為一致行為』，皆屬於聯合行為之合意」²²。

然有學說質疑君子協議並不課與當事人法律上之義務，與契約、協議本來之

¹⁹ 黃茂榮，前揭註 10，頁 194-195。

²⁰ 廖義男（1995），《公平交易法之理論與立法》，頁 112，台北：自刊。

²¹ 廖義男，前揭註 20，頁 108-109；劉華美，前揭註 11，頁 306；吳秀明，前揭註 12，頁 46。

²² 台北高等行政法院判決 89 年度訴字第 258 號判決。

意義不同，而屬於法律漏洞，應透過立法解決合意範圍之問題，避免過度仰賴其他方式之合意的概括效力²³。



參、一致性行為

一、概論

一致性行為 (concerted action) 之用詞明文規定於歐洲聯盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union, 簡稱 TFEU) 第 101 條，於該條文中與「協議」 (agreement) 並列。

我國公平交易法上未明文規範一致性行為，亦未說明其定義，然在行政法院之爭訟實務上常見公平會主張事業之一致性行為屬於違反公平交易法之合意，與合法之有意識之平行行為不同 (詳見下述本章節第二款之討論)，故一致性行為之概念於我國法中亦有釐清之必要；其中一致性行為與有意識之平行行為之區分更是合意與否之判斷重點。

「一致性行為」之概念第一次出現在行政法院判決中，係於第一次金頻道長德聯合案之判決中²⁴，就公平會提出被處分事業之行為屬於一致性行為之主張，該案之臺北高等行政法院認為一致性行為得該當聯合行為，並提及：「按一致性行為與單純之平行行為之主要區別在於前者有意思之聯絡，構成聯合行為，而後者雖於市場結構之關係而互為有意識之模仿，因當事人間欠缺意思之聯絡，故不屬於聯合行為。」²⁵指出一致性行為具有意思聯絡，因而應受聯合行為之規範，與有意識之平行行為不同。

²³ 黃茂榮，前揭註 10，頁 195-196。

²⁴ 臺北高等行政法院 89 年度訴字第 258 號判決 (第一次金頻道長德聯合案)。

²⁵ 有學者參考德國之概念，將一致性行為稱作「互為一致之行為」，而將有意識的平行行為稱作「同一形式之行為」，惟經過我國實務多年的使用，一致性行為及有意識之平行行為已為實務及學說上常見的用詞，故本文以下將使用一致性行為及有意識之平行行為之用詞。參見廖義男，前揭註 20，頁 109-110。



二、定義

(一) 行政法院

關於一致性行為之定義，最高行政法院曾認為：「一致性行為（或稱暗默勾結行為）之『其他方式之合意』……是指 2 個或 2 個以上事業，在明知且有意識情況下，透過類似聚會等機會交換經營意見，以意思聯絡方式就其未來之市場行為達成不具法律拘束力的共識或瞭解，形成外在行為的一致性」²⁶。此一論述已成為行政法院定義一致性行為之慣常見解依據此段論述，除法條已明示之意思聯絡之要件外，此定義更加強「明知且有意識情況」。

(二) 公平交易委員會

公平會曾於 1999 年 6 月公平交易委員會第 397 次委員會議對一致性行為提出下列若干判斷標準：

- 1、至少必須有二個或二個以上獨立的事業，參與此一具有限制競爭效果的行為；至於參與的事業是否為獨立自主的單位，在經濟上是否被視為同一體，並非從表面的關係加以規定，而應從評析其實質的關係如何。
- 2、「一致性行為」是一種不具形式、且沒有法律拘束力的合作方式。在主觀要件上，必須參與的事業間有「意思的合致」，只不過該合致的意思尚未達締結契約的程度而已；在客觀的要件上，必須有事前的協議或意思聯絡行為存在。
- 3、參與一致性行為的事業之間必須具有「相互依存性」的要素，若僅是偶然一致的行為或縱使是有意識的模仿他人的行為，並非本概念所要規範的對象，蓋此時行為人仍未喪失其獨立性，仍能自主地決定自己的市場行為。在主觀因素方面，只要事業是明知且有意識地採行某一具有共同目的的市場行為，

²⁶ 最高行政法院 100 年度判字第 605 號判決（水泥案的部分最高行政法院判決）。此段論述最早係出現於台北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號等判決（北部地區瓦斯聯合案）。

並且可以期待他人也會遵照事前的約定而為行為即足，並不以參與者共同擬訂計畫為必要。



另外，於主管機關行政院公平交易委員會出版之《認識公平交易法》一書中，則將一致性行為定義為：2 家以上事業在明知且有意識的情況下，透過聚會或其他類似之管道、機會或平台，交換價格、數量等關於競爭之敏感資訊，以意思聯絡、相互協調配合之方式，就其未來之市場行為達成不具法律拘束力之共識或了解，而形成外在行為之一致性者²⁷；此等定義較接近上開行政法院之說明。

上述公平會第 397 次委員會議所提之第二點仍係強調意思聯絡之重要性，而最後一點並提及「事前的約定」及「明知、有意識地採行某一具有共同目的的市場行為，並得期待他事業亦採取相同的行動」等，亦似乎係利於事前意思聯絡之基礎上，另《認識公平交易法》之重點仍強調事業以意思聯絡、相互協調配合之方式，就其未來之市場行為達成不具法律拘束力之共識或了解；綜上，得知公平會就一致性行為之重點亦係放於意思聯絡之上，惟何種行為屬於意思聯絡、相互協調配合之方式，論述中均未提供一判斷標準。

（三）學說

學說認為一致性行為通常是事業透過事前接觸，相互將自己計畫或已決定採行之營業競爭措施告知對方，並期待對方，基於此等情報行為，導致互為一致之行為，從而一致性行為係事業間有意識及願意互為依賴之一種行為²⁸；其與前述君子協定不同之處在於，君子協定仍有情誼上或道德上之拘束力，反之一致性行為係經意思聯絡、形成合意之後所導致之共同行為，但並無一切之拘束力，是否遵守，事業保有完全之自由²⁹。至於學說和上述之行政法院立場相較，除均有事前意

²⁷ 行政院公平交易委員會（編），前揭註 2，頁 113。

²⁸ 廖義男，前揭註 20，頁 110。

²⁹ 廖義男，前揭註 20，頁 109；吳秀明，前揭註 12，頁 46。



思聯絡之情事存在外，學說更強調事業間之「期待」及「依賴」，即事業交換經營意見時，必須期待他事業得與其互為一致行為，且其亦向他事業表達此種願意依賴他事業行為之意思。

學者有更簡潔表示，一致性行為即係寡占市場中廠商間所進行暗默協調之法律行為，但寡占市場中廠商間行為外觀之一致，理論上得依事業之主觀意識而推導出不同之法律評價³⁰。

（四）小結

綜合上述實務及學說的論述，可歸結出一致性行為所具有的要素及特性包含無任何拘束力、透過意見之交換、意思聯絡、在明知且有意識情況下採行共同目的之行為、達成共識、期待他事業亦能遵照約定、事業間之相互依存性等，且各立場中共通之特性在於意思聯絡，而學者認為我國實務案例中，包括提供價目表、交換敏感性市場訊息、事前接觸與情報交換等行為，皆可能屬於一致性行為³¹。

然而，縱使實務及學說提出許多一致性行為的概念，仍無法給予明確的標準以區分屬聯合行為的一致性行為與事業正當活動之有意識模仿行為（有意識之平行行為），蓋因意見交換、相互依存性在有意識之平行行為中亦可能存在（詳見下述第二款第三目），案件中若僅有意見交換、相互依存性之存在，似不應立即認為有一致性行為存在，且明知、期待等皆為行為人之主觀要素，應如何舉證及如何認定都存諸於判斷者的心理，難有客觀標準。

結論上，本文認為，有意識之平行行為與一致性行為如均能造成相同之外觀一致行結果，如何區分此兩種行為則有其重要性³²，本研究將在第三章及第四章討

³⁰ 何之邁（2006），〈平行行為乎？一致性行為乎？--評析中油、臺塑油品調價案〉，《臺北大學法學論叢》，58期，頁150-151。

³¹ 吳秀明，前揭註12，頁47。

³² 何之邁，前揭註30，頁157-158。

論實務運用哪些間接證據區辨兩種行為之不同。



三、證明之內容

除了一致性行為的定義或內容之問題外，針對於公平會應如何舉證事業之行為具有意思聯絡而可能屬於一致性行為的問題，上述第一次金頻道長德案的北高行判決補充：「如經由交換與競爭有關之敏感性市場訊息，或相互傳達營業策略，或直接進行商業情報之交換等，加以證明達成聯合行為之合意，或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），判斷事業間有否意思聯絡。³³」可知公平會舉證一致性行為存在的內容得包括交換訊息、情報，或是其他行為、情狀、態樣等項目，至於更為細緻的討論，將留待後文第三章及第四章討論。

第二款、非合意之行為

第一目、單獨行為

單獨行為（independent behavior）係指事業所為的行為係單獨決定後行動，未參考其他競爭事業所為之決定。單獨行為與下述有意識之平行行為有所差異。

單獨行為非指事業完全未注意競爭對手的行為，而係縱使曾注意或預測競爭事業的舉動，但競爭事業的舉動並非其調整價格或為相同行動的理由³⁴，無論競爭事業採取何種行動或作為，皆不影響事業所欲採取的行動。

單獨行為在聯合行為之案件中可能作為合意不存在的「負面要素」（minus factor，詳見第三章比較法）出現，係相對於認定事業有合意存在之「附加因素」

³³ 臺北高等行政法院 89 年度訴字第 258 號判決（第一次金頻道長德聯合案）。學說請參照劉華美，前揭註 11，頁 306-307。

³⁴ Louis Kaplow, COMPETITION POLICY AND PRICE FIXING 37 (2013).



(plus factor) 的概念，即指事業若不存在共謀行為的動機，無論競爭對手為何種行為，事業仍會採取相同的行為，此時可能推論事業不具有共謀行為之合意³⁵。

第二目、建議

建議係指，提出建議之人（簡稱建議者）勸告其他事業（簡稱被建議者）為某特定的行為，讓對方獨立自主決定是否依建議內容行為³⁶，其並不具備法律拘束力，但若多數被建議的事業採行該建議而導致相同行為時，將影響市場的自由競爭秩序。

多數學者認為即使被建議者順從該建議，是否採納建議係出於事業之自主意思，雙方皆無受該建議拘束、信守之意思，僅有意思接觸，但欠缺意思聯絡之特徵，順從建議並不能被界定為合意³⁷。

惟有學者認為，建議仍可能導致共同行為影響市場競爭，屬於現行法的法律漏洞，應仿效德國營業競爭限制防止法，另設「建議／遵循建議禁止」之規定以規範之³⁸。另外，有學者亦認為競爭對手就競爭要素作建議，被建議者自然會認為建議者之建議已透漏其未來之策略，該單方面之建議是一致行行為的前行為，建議者已顯現出反競爭意圖，不論被建議者是否遵循建議，建議本身即非值得保護之行為，應修法規範之，又當建議者與被建議者採行相同之行為，並輔以其他間接證據之判斷，將可用上述一致性行為之理論予以規範³⁹。

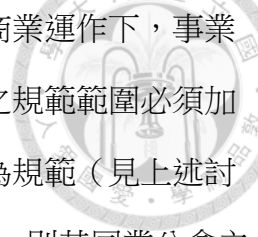
³⁵ Gregory J. Werden, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, 71 ANTITRUST LAW JOURNAL 719, 750-751 (2004).

³⁶ 吳秀明（2004），〈避難到不公平競爭的聯合行為管制——公平法第十四條與第十九條第四款適用關係之釐清〉，氏著，《競爭法制之發軔與展開》，頁 114，台北：元照。

³⁷ 劉華美，前揭註 11，頁 306；廖義男，前揭註 20，頁 111；吳秀明，前揭註 12，頁 48-49。

³⁸ 吳秀明，前揭註 12，頁 48-49；吳秀明，前揭註 36，頁 113-115、136-137。

³⁹ 李幼華（2002），〈寡占市場一致性行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，10 卷 2 期，頁 44-46。



本文認為，立法明文規範建議行為應特別小心，蓋正常之商業運作下，事業間本可能討論關於經營之事項，何種程度之討論將會進入建議之規範範圍必須加以釐清，又尤其是同業公會，其具有拘束力之決議將受聯合行為規範（見上述討論），如不具拘束力之建議亦將被劃入公平交易法之管制範圍內，則其同業公會之機能是否會因懼於處罰而受到相當之限縮，反而不利產業之發展，此等規制之後果亦必須加以注意；再者，若如上開學者所述，建議行為如已能以一致性行為之概念加以規範⁴⁰，例如建議者除傳達建議之行為外，亦傳達建議者之未來意圖，則是否有必要另立法予以規範，猶應深思。


另外，如欲規範建議之行為，則必須考量其與公平交易法上其他規範之區分及規制範圍，如係規範「建議者」所為建議之「單方行為」，則該規範與公平法第20條第4款：「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合、聯合或為垂直限制競爭之行為。」如何區分，又在違法性及處罰之間是否有輕重失衡之疑慮，均是增訂此條文時所應考量之因素；再者，如係規範建議者及被建議者之「雙方行為」，即將被建議者採納建議而採行相同行為之行動亦列入規範之範圍，如兩者（建議與聯合行為）之處罰效果輕重有異，則其與一致性行為之區分界線亦必須清楚區分。總結而言，如欲將建議納入公平交易法之規範範圍內，則其與聯合行為或其他單方行為規範間如何協調，將是考量之重點。

第三目、有意識之平行行為

有意識之平行行為（Conscious Parallelism）或稱作有意識模仿行為、價格跟隨行為⁴¹。有意識之平行行為如同上述一致性行為之概念，非法律上所明示之行為類型，而較為偏向經濟學中寡占市場上的廠商行為選擇的概念。

⁴⁰ 吳秀明，前揭註 12，頁 48-49；吳秀明，前揭註 36，頁 113-115、136-137。

⁴¹ 實務上及學者的論述多稱為「有意識之平行行為」，故本文以下亦稱「有意識之平行行為」。



最高行政法院曾於超商現煮咖啡案中如下論述：「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，遂跟著看齊而為『有意識之平行行為』。」⁴²最終最高行政法院在現有證據下肯定被處分事業之行為可能屬於有意識之平行行為，故維持撤銷原處分的台北高等行政法院判決；上開判決內容清楚地闡釋有意識之平行行為於經濟學上之概念。

簡言之，「有意識之平行行為」特別係指，並無主觀意思聯絡，緣於客觀之市場結構，受到事業彼此間相互依存性（interdependence）的影響，事業為決策時，除了自身的成本、策略的考量外，顧及顧客流失的可能性，需考量其他事業的調整幅度或其他舉動後並隨之跟進行為，從而事業的行為在外觀上最終可能呈現一致性。

而此種跟隨之行為，在經濟學上得分為下列不同之類型：

於有意識之平行行為之情況下，除有少數見解認為有意識之平行行為得由聯合行為加以規範外（詳見下述），實務及學者多數則認為無法認為有意思聯絡存在，而不構成聯合行為⁴³。然而，有意識之平行行為運作之結果類似於上述的一致性行為之結果，惟兩種行為於法律上之評價分別為合法及違法，故如何透過證據區分非屬聯合行為的有意識之平行行為及屬於聯合行為規範對象之一致性行為，對於執法機關之公平會以及被處分事業非常重要。

為更清楚釐清有意識之平行行為之運作，以與一致性行為區分，本文以下將

⁴² 最高行政法院 103 年度判字第 195 號（超商咖啡聯合案）。

⁴³ 何之邁，前揭註 30，頁 157-158。



簡單介紹寡占市場為何足以導致有意識之平行行為發生，及其相關之運作。

壹、寡占市場之相互依存性

完全競爭市場（Perfectly Competitive Market、Fully competitive market）係指相關市場內廠商數量多，每家廠商的規模小，廠商可以自由加入與退出市場，消費者與廠商對於產品均具有完全的資訊，因此廠商對價格沒有影響力，如依據前四大廠商的市場占有率指標（CR₄）之衡量標準，完全競爭市場係指該市場超過 50 個競爭廠商，每家廠商的市場占有率小，皆不超過 3%⁴⁴。

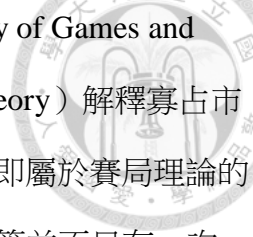
相較之下，寡占市場（Oligopoly）指的是相關市場中的廠商（事業）數量少，產品品質相同或略有差異，廠商對價格有相當的影響力。依據前四大廠商的市場占有率指標（CR₄）可分為：領導性寡占（最大的廠商市占率 50% 至 100%，且無相近的競爭者）、高度寡占（最大的四家廠商市占率為 60% 至 100%，容易進行勾結）、低度寡占（最大的四家廠商市占率為 40% 至 60%，不太容易進行勾結）⁴⁵。

從上可知，寡占市場中雖仍可能有為數眾多規模小的廠商，但主要競爭者係市占率大的前幾家廠商，再輔以產品的同質性等因素，基於自利的考量（避免顧客的流失等），廠商在決定自己的行為模式時，可能會參考或觀察其他主要競爭者之行動，故廠商間的行為會相互影響，最終導致產生一致的外觀，而有被懷疑為聯合行為的可能性，然某些行為必須與具有合意存在的聯合行為（一致性行為）相區分。本文以下將簡單介紹非合作寡占市場的運作模式，並將其與聯合行為之關聯性做區分。

一、賽局理論

⁴⁴ 陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發（2011），《產業經濟學》，二版，頁 67-68、124，台北：雙葉書廊。

⁴⁵ 陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，前揭註 44，頁 67-68。



1944 年 John von Neumann 和 Oskar Morgenstern 發表 Theory of Games and Economic Behavior 後，越來越多經濟學家以賽局理論（game theory）解釋寡占市場中廠商的行為⁴⁶。一般常見的囚犯兩難（prisoner's dilemma）即屬於賽局理論的典型範例，其屬於單次性賽局，然在寡占市場中，廠商所為的決策並不只有一次，在不斷變動的市場中，廠商必須不斷地做出事業決定，故其行動屬於重複性的賽局，與囚犯兩難屬於單次性賽局不同⁴⁷，以下將簡單分別介紹之。

（一）單次性賽局

若廠商面對的情況是單次性賽局，不會再有第二次的選擇，此時僅會考量到短期的利益，即在這次的選擇下所可能得到的最大利益為何，而毋庸考量事後可能會受到其他事業之報復、或其他事業下次可能會為的行為。其中，囚犯兩難是典型的單次性賽局，在資訊不完全、處罰不相當的設計下，導致事業必須在不清楚其他事業會為如何的選擇下為選擇，而產生心理上認罪與否的兩難⁴⁸。

然而，本文認為必須注意的是，囚犯兩難與商業行為有所不同，囚犯兩難是在不知他競爭事業所為的選擇下而為選擇，但在商業行為中，其中一方的事業可能得藉由觀察競爭事業所為的行為再為決定，可能未出現資訊不完全的狀況，因此於囚犯兩難情況下所為的行為選擇與商業行為所為之商業行為有所不同。

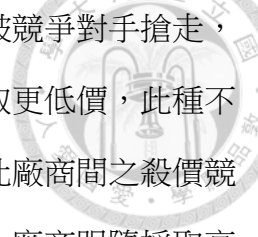
（二）重複性賽局

廠商若欲於市場中永續經營，就無法只考量單次決策所帶來的利弊，而必須考量決策是否得讓其長久地經營，而在賽局理論之重複運作下，學者認為事業模仿其他競爭事業而採取相同的行動將是最好的策略。

⁴⁶ 陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，前揭註 44，頁 242。

⁴⁷ Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen（著），許景翔、潘明如（譯）（2013），《產業經濟學：理論與實務》，頁 155-156，台北：雙葉書廊。

⁴⁸ 陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，前揭註 44，頁 375-378。



當競爭對手採取低價策略時，另一廠商決策者為避免客戶被競爭對手搶走，必會選擇跟進、採取低價，而競爭對手為搶回市占率，必會採取更低價，此種不斷降價之情況若持續發生，雙方所發生的損失將持續擴大，因此廠商間之殺價競爭對於事業係不合理的。反之，當競爭對手採取高價時，若另一廠商跟隨採取高價，則雙方將持續獲得高利潤⁴⁹。雖對於後調整的事業而言，若不跟隨先調整的事業採取高價，而是以低價搶對手的市占率，亦可能獲取高利潤，但此時先調整的競爭對手可以藉由將價格調整至相同，則會發生殺價競爭的結果，對於事業而言是不樂見的，故在寡占市場的平衡價格高於完全競爭市場的價格是屬常態。

然而，寡占廠商的高價策略未必可以一直持續下去。當市場上之廠商持續採取高價時，將會吸引潛在競爭者進入市場，採取低價⁵⁰搶占市場⁵¹，此時原來的寡占廠商為了搶回市占率，亦會調降價格，故可能又逐漸回到競爭的狀態。

二、賽局理論、寡占市場與有意識之平行行為

上述重複性賽局理論之狀況在廠商數量少的寡占市場中特別明顯，蓋因在廠商數量多的競爭市場中只要有少數廠商未跟隨採取相同行動，此種重複性賽局之平衡將無法達成，且因廠商數量多，決策者所需考量或觀察的行動過於複雜，不易達成一致行動。反之，在寡占市場中，廠商數量少、易於彼此觀察、決策及模仿，有助於採取相同之行動。

而所謂的有意識之平行行為（conscious parallelism）即指事業在上述的寡占市場的重複性賽局下，事業為追求永續經營及最大利潤，會觀察及預測競爭對手的舉動而採取競爭之策略，最終可能呈現一致性的外觀。然而此種情況，是否算是

⁴⁹ 陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，前揭註 44，頁 378-380。

⁵⁰ 所謂低價也未必指接近邊際成本的程度，只要低於原來寡占廠商之價格，仍可能拉攏買方。

⁵¹ 是以，排除潛在競爭者進入市場被作為聯合行為合意認定之項目之一。而市場進入難易度亦被認為是認定市場是否易於勾結之判斷標準之一。



具有價格聯合行為之合意，是否要予以處罰？在美國法上存在許多之討論（見下述貳）。

但如今在各國實務（包含執法機關及法院）之見解中，多認為此種有意識之平行行為不具有聯合行為之合意，而不應予以處罰，與一致性行為不同。是以，重點即落在如何區分此二種概念，亦為本研究之重心。

三、跟跌不跟漲

在我國聯合行為爭訟實務上，事業有時亦會抗辯其行為屬有意識之平行行為，對此公平會曾主張寡占市場的價格跟隨行為僅出現在「價格調降」的情況⁵²，稱為「跟跌不跟漲」（或追跌不追漲）現象，並以此理由主張事業「調漲」價格之行為無法以有意識之平行行為解釋之。

曾經明白肯定「跟跌不跟漲」主張的行政法院判決如下：

北部瓦斯聯合案之北高行表示：「液化石油氣係屬一成熟性高且替代性高之商品，以產業經濟角度分析之，除非是面臨供需嚴重失調或各業者普遍之成本推升現象，否則在多家事業所為一致性共同調價之市場行為情況下，其正常價格變化情況應只有出現追跌不追漲現象，蓋因在無漲價理由之情況，率先漲價者，將面臨客戶嚴重流失現象，而導致得不償失，除非在已知其他事業均有合意為一致性價格行為出現時，大家才均有利可圖。⁵³」；另外，第一次金頻道長德聯合案之北高行亦表示：「寡占市場中固有團體紀律造成寡占事業平行行為之可能性，惟依經驗法則及學理判斷，渠等平行行為恆顯現於價格同步下跌，以確保彼此之市場占有率及競爭力，至若特定事業為價格上漲時，其競爭者即令調漲價格，才為較低

⁵² 例如臺北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號等判決（北部瓦斯案）、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 506 號等判決、最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決（工業用紙案）、臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1300 號判決（嘉義桶裝瓦斯聯合案）等。

⁵³ 臺北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號等判決。



程度之價格調漲，俾得以增加市場占有率及競爭力。⁵⁴」

相對於上述見解，嗣後的超商現煮咖啡聯合案最高行政法院判決則是質疑公平會的主張：「上訴人（註：公平會）認『有意識之平行行為』多出現於『跟跌不跟漲』，故不會出現於本件跟漲之情形，其理論依據及市場實証為何，未見上訴人予以說明釐清。⁵⁵」

學者有認為公平會之主張值得商榷，在典型異質產品價格競爭模型中，廠商的價格策略具有策略上互補關係，亦即廠商價格策略不但跟漲亦跟跌，當競爭對手提高價格時，該廠商之最佳策略往往是跟著提高價格⁵⁶。

本文以為，有意識之平行行為，在價格降低時，效果確實較為明顯，即如事業不跟隨降價，客戶就會被競爭者搶走，從而必須跟著降價；然而在價格調漲時，公平會時常會主張，若事業不跟隨調漲，將可搶走漲價事業之客戶，而漲價事業亦應顧及到客戶流失之情況而不會貿然漲價，因此價格跟隨不應該發生在漲價之情況。惟公平會所述情況在單次性賽局中可能合理，但如同前述，公司若欲追求永續經營，在重複性賽局下，即使其此次不跟隨調漲而可能搶走一部分之客戶，但漲價事業亦可能隨時調整回至原價格，甚至是調整至比原價格更低的價格，此時，市場上的寡占事業間一旦進入價格競爭後，將可能致公司受有虧損，簡言之，在競爭對手漲價時，跟隨漲價對於欲永續經營之事業來說仍是最佳的選項，故有意識之平行行為應不限於價格降低的情況。況且有意識之平行行為如僅限於跟跌不跟漲之情況，則其於聯合行為案件中並無太大實益，蓋因會成為聯合行為規制之對象多為不利於買方之行為，例如調漲價格即為典型之例子；比較法上之學說及實務運用亦多係在價格調漲之案例中，我國發展出之「跟跌不跟漲」理論仍有

⁵⁴ 臺北高等行政法院 89 年度訴字第 258 號判決。

⁵⁵ 最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決。

⁵⁶ 陳坤銘、溫偉任（2005），〈寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，13 卷 1 期，頁 81。

重新檢討之餘地。



貳、學說論爭——Turner v. Posner

針對上述有意識之平行行為，是否應該以聯合行為規範之，在美國法上，學說區分為下列兩派：

一、Turner 之見解

哈佛大學教授 Turner 認為相互依存性下之有意識之平行行為不應解釋為聯合行為之共謀合意，除了其會更進一步觀察競爭者之決策外，寡占市場中之事業做決策時所考量之因素均與競爭市場下之事業相同，係基於市場上之各項因素決定利益最大化（profit-maximizing）之價格，縱使該價格可能高於競爭價格，亦不應當作違法，蓋因反托拉斯法對於獨占事業之規範亦不因其制定獨占價格（monopoly price）即認為其違反反托拉斯法，既然獨占及獨占定價不當然違法，寡占及寡占定價在沒有合意下，亦不當然違法⁵⁷。

且縱有意識之平行行為係違法之行為，在法律上亦找不到合適之矯正措施（remedy），因禁止事業共謀訂定價格之禁制令（injunction）係模糊的而無法給予任何指示；若係禁止事業考慮其他競爭者之可能價格決策，惟此行為係不合理性之行為而不可能執行；若係要求事業訂定價格於競爭價格（即邊際成本）之程度，此並非法院被賦予之權力，且將會消除所有之獨占利潤（monopoly profit），使事業遭受極大之損失⁵⁸。

Turner 認為解決寡占市場下之有意識之平行行為問題，應係透過獨占規制或

⁵⁷ Donald F. Turner, *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, 75 HARV. L. REV. 655, 665-668 (1962).

⁵⁸ *Id.* at 669-670.



其他特別立法，重新改組寡占事業，使其變成更多更小之事業⁵⁹。

二、Posner 之見解

美國聯邦法院法官 Posner 則認為集中市場中，事業將其相互依賴之特性轉化為寡占定價之行為已足以該當達成共識之概念，即使未有明示之溝通，而在矯正措施上，Posner 認為除易於被判之特性外，其與其他聯合行為並無不同，單純之處罰將使其增加實行聯合行為之成本，故非完全無矯正手段⁶⁰。

Posner 更在 High Fructose Corn Syrup 案表示，美國反托拉斯法之聯合行為規定已足包含事業單純暗默合意定價，當事業期待其他競爭事業會為相同之行為而為決策並行動，則事業之行為可能得被認為係單方契約（unilateral contract）之要約，而收受者透過提高價格對其表示其承諾接受上開要約，類似民法上懸賞契約之運作，此時已有可能滿足維持不競爭價格之默示共識⁶¹。

三、實務

在美國實務，多數見解仍係認為單純有意識之平行行為並不足以構成聯合行為之違反；而在我國實務上，大多數的法院亦認為有意識之平行行為與上述一致性行為不同，不屬於聯合行為之範疇，同於 Turner 之見解，例如鮮乳聯合案之最高行政法院表示：「再按聯合行為中的一致性行為，常與寡占市場中有意識的平行行為（或稱價格追隨行為）混淆，因兩者在客觀上均有一致之市場行為，惟前者有主觀上的意思聯絡，以及基於合意而有一致之行為，是與後者最大之區別，易

⁵⁹ Donald F. Turner, *The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies*, 82 HARV. L. REV. 1207, 1217-1231 (1969).

⁶⁰ Richard A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 STAN. L. REV. 1562, 1578-1593 (1968); Richard A. Posner, *ANTITRUST LAW* 55-60 (2nd ed., 2001).

⁶¹ *Id.* at 94-95; *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 654 (7th Cir. 2002) (“If a firm raises price in the expectation that its competitors will do likewise, and they do, the firm’s behavior can be conceptualized as the offer of a unilateral contract that the offerees accept by raising their prices.”).

言之，聯合行為中違法之一致性行為，係因事業間在主觀上有採行特定共識行為之合意，並基此合意而採行相同之共識行為，以致外觀上存在一致之市場行為。⁶²」

然而，在金頻道長德第二次聯合案之台北高等行政法院曾表示：「大部分採取同一形式的行為（有意識的平行行為）而被認為有『互為一致行為』（默契行為）嫌疑的事業，多處於寡占市場的狀態下。對寡占市場之有意識的平行行為，進一步觀察參與事業的行為，若經調查確實有意思聯絡之事實，或其他間接證據（如誘因、經濟利益、類似之漲價時間或數量、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）足以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，即可認定該等事業間有聯合行為，而上開依間接證據以認定聯合行為之合意，為世界各國反托辣斯主管機關常用之方法。」⁶³似乎認為寡占市場之有意識之平行行為輔以其他間接證據，仍可能有認定為聯合行為之可能性，惟未見該法院未見更多之說明，不知該法院此段論述之真意為何。

四、小結

雖 Turner 與 Posner 對於有意識之平行行為究竟是否該當於合意，而得受聯合行為之規範存有相當之爭議與歧異，然在各國實務的運作下，通常均明白表示應區分有意識之平行行為及一致性行為，有意識之平行行為不具有合意，不應受聯合行為的規範，在美國法上，由下述的 Theatre Enterprises 案可明顯得知；在我國實務上，前述民國 90 年的第一次金頻道長德聯合案之北高行判決提及：「按一致性行為與單純之平行行為之主要區別在於前者有意思之聯絡，構成聯合行為，而後者雖於市場結構之關係而互為有意識之模仿，因當事人間欠缺意思之聯絡，故不屬於聯合行為。」⁶⁴亦清楚區分一致性行為與平行行為之不同，僅有前者具有意

⁶² 最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。

⁶³ 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 4482 號判決。

⁶⁴ 臺北高等行政法院 89 年度訴字第 258 號判決。

思聯絡而需以聯合行為處罰之。可見 Turner 的看法較為一般實務所接受。

本文亦認為 Turner 的看法較為適當，尤其在於市場如是開放之情況下，參與市場的事業本可藉由觀察市場上競爭對手的行動，選擇對事業最有利的決策為之，且事業的負責人對於股東負有責任（例如公司法第 23 條忠實義務），若不允許事業採取平行行為此種模仿跟隨的作法，在長遠的觀點下，將可能使事業受到更大的損害，此時負責人將可能受股東追究其責任。

且最為重要的是，執法機關無法給予有效之矯正措施⁶⁵；若認事業有意識之平行行為違法，必須指導事業正確之行動，但在下次競爭對手漲價時，事業若跟隨漲價將可能再度受罰，若不跟隨漲價，其可能無法綜觀產業之狀態而決定最為有利之決策，且嗣後可能會引起競爭對手的報復而演變成削價競爭，反而使事業受到更大不利影響，故執法機關無法給予事業清楚之。或許會認為縱使業者削價競爭對於消費者仍是有利的，但若考慮到成本不變（或甚至成本提高）的情況，若事業欲維持一定利潤，必須採取降低成本之方式，而可能降低產品品質，對於消費者而言，雖以低價買得相同產品，但產品品質可能更差，亦可能採取降低勞動薪資的方法，對於整個產業而言，也非有利的發展。

如同前述，市場上的寡占事業也不可能一直漲價，因漲價到一定程度時，將使其他潛在競爭者進入該市場，提供較為低價之產品，很可能從原寡占事業搶走許多客戶，原寡占事業將被迫降價呼應，市場上即又恢復原本競爭的樣態，實毋庸政府介入之。此時重點將會轉變為潛在競爭者進入該相關市場之參進難易度之問題，且因上述寡占之理論，得知道寡占市場將可能導致價格偏高的結果，此時，政府或執法機關所應考慮的是，如何減少寡占市場之發生以及降低寡占市場所帶

⁶⁵ 有文獻認為得透過「無法行為矯正，沒有聯合行為協議存在」之標準，認定合意存在與否；參照吳為涵（2006），《寡占市場聯合行為之合意認定－以中油與台塑處分案為例》，頁 119-124，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

來之影響，例如加強基礎措施使參進該相關市場的標準降低，或是加強公平交易法上事業結合的審查⁶⁶，盡量避免寡占市場的產生。



此外，某些市場會呈現寡占市場的狀態實是因為產業特性之需求，以曾被處分過的我國油品市場來說，事業進口原油必須大量運送以避免邊際成本過高，提煉原油之工廠亦需要花費大量成本，包含建設、環保、居民抗爭以及油管鋪設等成本，上述這些皆非一般小事業隨時可參進競爭，從而在我國國內形成兩家事業寡占的狀態，顯見可能係產業特性影響產業結構，再因產業結構產生易於價格跟隨的狀態，而產生有意識之平行行為，若欲徹底解消此種狀況，與其規範事業價格跟隨的行為，因產業結構問題仍存，仍無法徹底避免事業下次仍為同樣之行為，不如從易於產生價格跟隨的產業結構問題進行改善，例如降低產業進入障礙、鼓勵產品創新及降低生產成本之研發⁶⁷，具體案例則如油品市場，我國雖開放油品市場競爭，惟油品市場中最大市占率的中油仍是國營，相較於其他競爭對手較有忍受低價的空間，且亦受政策選擇的影響，從而其他潛在競爭者即可能不容易參進市場。此種因法律障礙或技術障礙所形成之管制產業，無法透過市場進行監督，對於價格之管制是否應透過聯合行為則有再斟酌餘地，或許得如上開學者 Turner 之見解，透過獨占規制加以規制其反於競爭之行為⁶⁸。

第三項、聯合行為之內容

相較於上述聯合行為之合意係屬於被處分事業主觀的意思聯絡且意思合致的狀態；在此討論的聯合行為的內容即屬上開主觀合意下所為之「客觀」行為內容，公平交易法第 14 條第 1 項規定的聯合行為之內容包含：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

⁶⁶ 陳坤銘、溫偉任，前揭註 56，頁 84。

⁶⁷ 陳坤銘、溫偉任，前揭註 56，頁 83-84。

⁶⁸ Turner, *supra* note 59, at 1217-1231.



行為。

事業間常見的聯合行為類型有：價格之聯合，例如約定聯合漲價等；限制產銷數量，例如約定產量分配等；產品之聯合，例如約定禁止生產某一類型之產品等；設備、技術之聯合，例如約定禁止引進某種先進技術或設備等；限制交易對象或交易地區之聯合，例如約定互不搶客或劃定營業區域等⁶⁹。

104 年修正公布之公平交易法第 14 條第 1 項增修為「或其他相互約束事業活動之行為」，明確將聯合行為合意之內容定為例示規定，杜絕修法前有關聯合行為合意內容究屬例示或列舉規定之爭議⁷⁰。

第四項、聯合行為產生之效果

依我國公平交易法，事業實施聯合行為而應予以處罰者僅限於該聯合行為產生足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能之效果。至於是否達到影響市場的程度的標準，首先必須界定市場之範圍，並再分為「量」的標準與「質」的標準檢討之。

關於量的標準，多係依該事業於該相關市場上之市場占有率為判斷依據，而判斷市占率主要是依照產品的銷售量或營業額，此數據可指出該相關市場上的消費者依賴該產品的程度。學說上有認為得參考德國法的「可察覺性」理論，而以市占率 5% 作為判斷標準⁷¹，在我國實務的操作上，亦有見公平會主張以 5% 市占率為標準，並被台北高等行政法院肯認聯合行為量的標準上最低為市占率 5%⁷²；至於在我國行政法院實務上，被行政法院肯認為聯合行為之參與事業整體的最低市

⁶⁹ 行政院公平交易委員會（編），前揭註 2，114。

⁷⁰ 行政院公平交易委員會（編），前揭註 2，114-115。

⁷¹ 吳秀明，前揭註 12，頁 75-77。

⁷² 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 751 號判決（臺北市記帳士公會聯合案）；但該案被處分之公會市占率約達 15%。



占率則為春源鋼鐵聯合案的 8.7%⁷³。

關於質的標準之認定，台北高等行政法院曾提及：「『質』的標準，則以聯合行為之內容亦即事業所限制競爭之本質是否屬核心事項為斷，愈屬核心限制競爭手段（如價格）之排除，被認為影響市場功能的可能性也就愈高。」⁷⁴亦即質的標準係指此類手段之存在通常已足以判斷事業行為具有影響市場功能，最常見的此類聯合行為手段係圍標⁷⁵及提高價格之行為。

至於美國法上有所謂「惡質卡特爾」（hardcore cartel）行為的概念，所謂惡質卡特爾包括價格限制、數量限制、市場分割（地域限制）、圍標等行為⁷⁶，若事業具有此類惡質卡特爾的行為存在，則執法機關毋庸再為論斷該行為對市場的影響力，即可予以處罰，屬於當然違法（per se illegal）之範疇，而毋庸適用合理原則（rule of reason）⁷⁷判斷其對市場的影響力，亦屬一種質的標準判斷法。此種惡質卡特爾的行為理論（抑或當然違法原則）被認為係建立在經驗判斷上，因惡質卡特爾的行為通常不具有促進競爭之效果，故無需再以合理原則衡量其效果。而於美國法上，正是因為惡質卡特爾行為適用當然違法原則，因而是否處罰事業行為的重點即落在於事業是否具有合意存在⁷⁸。

第五項、小結——合意之重要性

上述聯合行為構成要件中，對主管機關或管制者而言，最為重要者無非是「合

⁷³ 行政法院 86 年度判字第 219 號判決（春源鋼鐵參與聯合案）。另外參見廖義男（2012），〈公平交易法施行二十年來指標性之行政法院裁判〉，《公平交易季刊》，20 卷 3 期，頁 16-18。

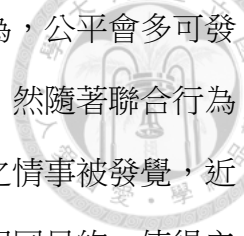
⁷⁴ 參見台北高等行政法院 101 年度訴更一字第 2 號判決（電台廣告藥品聯合案之更審判決）。

⁷⁵ 因圍標所涉及的市場多認為是以該參與標案之事業所形成的市場，較一般所界定的市場範圍小，從而有圍標行為存在通常會影響該市場。

⁷⁶ 參見「競爭事業合作指導方針」（Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors）Section 3.2。

⁷⁷ 美國法上的合理原則（rule of reason）係指縱使事業具有當該限制競爭之行為，亦須檢驗、衡量當該行為所帶來促進競爭及限制競爭的效果後，始得做出違法與否之判斷。

⁷⁸ George A. Hay, *Horizontal Agreements: Concept and Proof*, 51 ANTITRUST BULL. 877 (2006).



意」之認定，因難以取得明示合意之直接證據。早期之聯合行為，公平會多可發現事業間之契約、書面協議或其他書面等直接證據並予以處罰，然隨著聯合行為的處罰加重、主管機關加強取締違法行為等原因，為避免聯合之情事被發覺，近來的聯合行為多不留下書面證據，而是以暗中協議之方式達成相同目的，使得主管機關蒐證上越趨困難，在行政訴訟中也一再受到被處分事業之反駁，且曾在行政法院判決中受到法院之質疑，是以，主管機關是否能提出足夠證據證明聯合行為為合意之存在，已為現今聯合行為之重要議題之一。

更甚者，事業所採取的合意方式之多樣化，未必有法律拘束性存在，而僅依賴事業間彼此的信賴及期待等達成行為之一致，使得合意與非合意的界線越趨模糊，導致一致性行為與有意識之平行行為之區別亦日趨困難，而成為許多實務案例及學說所關注的議題。

學者有認為針對此種主觀合意舉證困難之問題，在管制面有下列各種因應之方案，包含強化主管機關之行政調查權、利用間接證據證明待證事實、移轉舉證責任，或主觀要件之緩和（亦即關於聯合行為之主觀要件，在實務上從「合意」，經由無法律拘束力之意思聯絡、過渡到「共同行為」、默契行為、或甚至以純客觀之「一致行為」加以評價）。另外其他比較緩和之替代的管制方案包括利用安全門檻、集體豁免（通案豁免）減少為個案申請許可的需要或利用一致行為之通報暫准制度而收集有影響市場競爭機能之真的市場信息等⁷⁹。

上開強化主管機關之行政調查權、利用間接證據證明待證事實、轉移舉證責任、主觀要件之緩和等均得在我國實務運作上加以體現，而與本論文較為相關的部分為後三者，尤其最後一項主觀要件之緩和，在近來之多則行政法院判決可以發現（詳見本論文第四章）。至於學者後述之替代的管制方案，仍未在我國實務運

⁷⁹ 黃茂榮（2004），〈聯合行為之管制及其採證〉，《植根雜誌》，20卷2期，頁12-13。



作上加以運用。

而如上所述，為了解決合意證明困難之問題，各國法院無不肯認除了直接證據外，亦得以間接證據（美國法上使用「附加因素」的概念）證明合意之存在。

上文曾介紹的「一致性行為」概念，因其不具有拘束當事人的效力，事業並得以暗默勾結之方式達成，與間接證據之運作最為相關。即在公平會無法提出直接證據證明合意存在之案件中，雖肯定其得以間接證據證明合意存在，但將會產生下列問題：包含公平會所提之證據所應達成之舉證責任之標準為何，又為達該舉證標準、區分平行行為及一致性行為，法院所肯認之間接證據有哪些？為研究上開問題，本研究將先整理美國法上之實務案例及相關學者之討論，再與我國行政法院實務之運作相比較，藉此檢討我國行政法院於認定合意存在時所可能具有之不足之處，詳細論述請見下述第三章及第四章之討論。

承上，本文認為，此等合意證明上之難題可以大致分為兩種類型：第一種類型是事業之間實際上有明示之合意存在，但主管機關無法查得該明示證據，僅得藉由相關之間接證據以推論合意；第二種類型是事業間並無明示合意存在，但藉由暗默勾結之方式達成一致性之行為。此兩種類型均涉及主管機關難以查得證據之問題，除此之外，更大的問題在於，公平交易法聯合行為所規範之「合意」之定義及範圍之問題。事業間之接觸、溝通等行為應到達何種程度始能該當合意？尤其第二種類型，當事業甚至並無直接接觸溝通，而是透過其他方式達成暗默協調導致一致行之外觀，此時是否為聯合行為之規制對象，此將涉及聯合行為合意定義，而均為合意認定與證明上之問題。



第三節、我國公平交易法聯合行為之懲罰機制

本章節將討論事業若違反公平交易法上聯合行為所可能受到的懲罰，懲罰方式之嚴重程度將可能影響舉證責任程度的高低，是以，此部分之討論與後述的舉證責任議題亦有相關連。

違反我國公平交易法第 14 條之聯合行為規範，行為人可能受到的制裁或懲罰得分為下列三種：

第一項、民事損害賠償

依據公平交易法第五章損害賠償之規定，因聯合行為致權益受侵害之人得向行為之事業請求損害賠償（公平法第 30 條），若事業係故意為之，最多甚至得請求損害額之三倍賠償（公平法第 31 條第 1 項）。本文認為，因聯合行為之構成要件包含事業間有合意存在，較難想像事業係過失為聯合行為，故參與之事業必為故意，從而因聯合行為受害之人若能確實舉證有合意存在，應皆能依法請求法院酌定三倍賠償金。

因聯合行為本質上即屬於事業的共同侵權行為，受損害之人本可依民法侵權行為規定請求損害賠償，至於公平交易法中規定的損害賠償與民法侵權行為規範相異之處在於「三倍損害賠償」⁸⁰及「依所受利益計算損害額」⁸¹之規定（公平法第 31 條），使受害人在請求損害賠償上更為便利，且受到之保障更多。

然而，在實務的運用上，就事業之聯合行為請求損害賠償的民事訴訟似乎寥

⁸⁰ 立法理由：被害人常因損害額不大或甚難證明實際之損害範圍，致不願或不能向侵害人請求損害賠償，此種情形將造成對不法侵害行為之縱容或鼓勵。

⁸¹ 立法理由：侵害人因侵害行為受有利益，其利益如超過被害人所受之損害額時，縱賠償被害人所受之損害後，侵害人仍保有不法所得，殊屬不當。

寥可數，按論者統計，民國 81 年至 91 年因聯合行為提起民事訴訟僅有三件⁸²。與美國法上多係由私人起訴請求民事損害賠償之情況有所不同。有論者認為此現象係由於單一私人所受之損害少，並顧慮到可能有其他受害人搭便車，故整體而言單一私人欠缺起訴之誘因⁸³。

第二項、行政罰

第一款、行政罰鍰

行政罰鍰為現在我國事業違反聯合行為時最主要之懲罰機制，係由主管機關之公平交易委員會進行裁罰。依據現行公平交易法第 40 條，事業違反聯合行為之規定，公平會得處以罰鍰（十萬元至五千萬元），若情節重大者，更得處至該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰⁸⁴。

第 1 項固定罰鍰之上下限的部分，係 1999 年修法時所新增，在此之前公平法對於違反聯合行為係以刑事處罰規範之。

至於第 2 項處分年度銷售金額 10% 的部分，係於 2011 年修法時仿效美國、歐盟及日本所新增，立法理由係過去之罰鍰顯示違法事業被處罰鍰金額與其不法獲利額度顯不相當、未符比例原則，甚至有不法獲利額度可能超過法定罰鍰新臺幣二千五百萬元罰鍰額度之上限者，故因此修法提高罰鍰額度，以嚴懲卡特爾行為之不法所得，達到遏止違法之效果⁸⁵。公平會並訂有「違反公平交易法第九條及第

⁸² 游成淵（2003），〈違反公平交易法之損害賠償責任——以限制競爭法為中心〉，頁 136-137，國立政治大學法律研究所碩士論文。

⁸³ 黃銘傑（2010），〈公平交易法執行機制之現狀與未來〉，《月旦法學雜誌》，186 期，頁 87。

⁸⁴ 公平法第 40 條第 2 項規定：「事業違反第九條、第十五條，經主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制。」該條僅適用於公平法第 9 條的獨占及第 15 條的聯合行為。

⁸⁵ 我國公平會首次使用第 40 條第 2 項銷售金額 10% 之行政罰處罰事業的聯合行為案件是民營電廠聯合案，共處分九家民營電廠 63.2 億元；參見公平會公處字第 102035 號處分，然嗣後為高等行政法院 102 年度訴字第 1701 號等判決撤銷原處分，公平會上訴後，由最高行政法院 104 年度判字第

十五條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法」的行政規則以處理公平法第 40 條第 2 項裁處罰鍰之問題。



第二款、寬恕政策

隨著公平交易法提高違反聯合行為之處罰效果，參與聯合行為之事業為避免鉅額之罰鍰，刻意避免留下證據，且事業擁有較多產業資料與市場資訊，故我國公平交易法於 2011 年參考美國法，引進寬恕政策（Leniency Policy），如參與聯合行為之事業主動向主管機關公平會檢舉或陳述相關具體違法、協助調查，其行政罰鍰可能予以免除或減輕（現公平交易法第 35 條）。此規定將可能促使參與聯合行為之事業主動提供違法之事證，尤其聯合行為合意之直接證據，使執法機關在執法時得取得較多之證據，使處分更有依據。隨著聯合行為全球化之趨勢，寬恕政策亦必須有所因應，否則可能降低聯合行為提出申請之意願與可能性⁸⁶。

至 2016 年 2 月為止，實際處分案件係經參與事業檢舉或予以協助的包括光碟機採購圍標案（101 年 9 月 19 日公處字第 101127 號、公處字第 101130 號、公處字第 101131 號、公處字第 101132 號處分）以及電容器聯合行為案（104 年 12 月 16 日公處字第 104133 號至 104140 號處分），兩案件均具有涉外因素。

第三項、刑事處罰

我國公平法 1991 年制定時，處罰聯合行為之手段係使用刑事處罰，包含對於事業本身及行為人（三年以下有期徒刑或拘役或併科罰金），於 1999 年修法時，雖保留原來刑責之規定，然考量到比例原則，新增罰鍰之規定，而得先由公平會

329 號等判決廢棄原判決發回，現於台北高等行政法院進行更審程序；公平會第二次使用第 40 條第 2 項銷售金額 10% 之行政罰處罰事業的聯合行為案件是電容器聯合行為案，共處分十家電容器業者 57 億 9,660 萬元，參見公平會 104 年 12 月 16 日公處字第 104133 號至 104140 號處分。

⁸⁶ 吳秀明（2014），〈打擊聯合行為法制之晚近變革〉，《月旦法學雜誌》，233 期，頁 218。



對違法之事業處以行政罰鍰，若仍無效果時，再移由司法機關課以刑事責任，被稱作「先行政後司法」之原則⁸⁷。

又於 2015 年修法時，考量到一事不二罰之原則⁸⁸，刪除得對違法事業處以罰鍰之規定，故現對於違反聯合行為之事業，首先按公平法第 40 條處以罰鍰，若事業仍未改善，始得另外按公平法第 34 條，對行為人處以刑事責任，至於刑事責任則不及於事業本身。

第四項、小結

現今於我國實務上，關於違反聯合行為之效果，多是由公平會對於事業處以行政罰鍰，事業若有不服，則循（訴願）⁸⁹、行政訴訟之方式提起救濟，故本篇論文所要討論的重心係在於本章節第二項行政罰鍰之部分，並以行政法院及行政訴訟之運作為討論核心。

⁸⁷ 1999 年第 35 條修法理由：「本法為經濟法，須配合國內經濟環境情形，為最適之管理。現行條文對於違反者逕處刑罰之規定，施行以來，迭經業者反映過於嚴苛；且現行本法中存有若干不確定法律概念用語，運用時須有完整之市場資料作為判斷基礎，尤須先有行政權介入，以為預警，爰加以修正之。」

⁸⁸ 2015 年修法時刪除原條文第 38 條，修法理由為：「行政罰法第二十六條規定，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。而法人違反現行條文第三十五條及第三十六條規定者，現行條文第四十一條後段已規定其行政責任，為**避免行政責任因前開行政罰法規定而被排除適用，致無法達成本法規範目的**，爰予刪除。」

⁸⁹ 2015 年公平法修正，新法第 48 條刪除訴願之程序，被處分事業得直接提起行政訴訟，修法理由係因公平會為一獨立機關，第 48 條修法理由：「若獨立機關所為之行政處分或決定仍受「訴願法」第四條第七款規定，由行政院管轄之，恐有違司法院釋字第六一三號解釋之意旨與剝奪公平交易委員會作為獨立機關地位之嫌。」



第三章、合意舉證——美國反托拉斯法之觀察

在競爭法的領域中，美國的反托拉斯法¹的發展最為悠久，在實務案例的累積上並有豐富之成果，具有相當重要之地位，時常成為其他國家競爭法案件的參考，而在美國競爭法的發展過程中，除了法律領域的問題外，經濟學亦常在案件中扮演重要角色，其中哈佛學派及芝加哥學派對於有意識的平行行為的論爭更為本研究提供重要的觀點²。

以下本文將以美國實務對於反托拉斯案件中聯合行為合意舉證的操作為中心，討論其變化與趨勢，並與下述我國實務比較，嘗試藉由美國法的操作，對面臨困境的我國公平交易法提出建議。

第一節、美國反托拉斯法之聯合行為基本規範

第一項、聯合行為之規制

美國反托拉斯法上關於「聯合行為」³的規定主要係規範於 Sherman 法第 1 條⁴，該條條文內容大致係：任何契約(contract)、結合(combination)或共謀(conspiracy)，若限制交易或商業者，屬於違法⁵。該條之規範強調事業間須具有雙向之合意始可

¹ 美國關於競爭法的法規主要包含 1890 年的 Sherman Act (以下稱為「Sherman 法」、1914 年的 Clayton Act (以下稱為「Clayton」法)以及 Federal Trade Commission Act (以下稱為「FTC 法」)，各法律之執法機關、法條內容及要件有所不同，而此三種競爭法規範通常統稱為反托拉斯法 (Antitrust Law)。

² 詳細論述請參見第二章。

³ 我國公平交易法稱水平限制競爭之行為為聯合行為，外國法有時稱作「卡特爾」(cartel)，以下為求統一，均稱之為「聯合行為」。惟應注意歐美法上之卡特爾概念可能涵蓋垂直限制競爭行為在內。

⁴ Sherman 法第 1 條規範之對象除水平限制競爭之行為外，也包含無競爭關係之垂直限制競爭之行為在內，異於台灣公平交易法的規範構造。

⁵ Sherman 法第 1 條原文規定為：”Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by

能該當，而合意的概念涵蓋契約、結合及共謀等三種概念，其中契約及結合之概念較為明確，但因較容易被發現，近來越來越少事業直接採取契約等之方法進行聯合行為，而相較於前述二種方式，「共謀」(conspiracy) 屬於較為概括之合意概念⁶，其真正之意涵亦充滿模糊性及不確定性，故美國司法實務或學說如何界定應被規範之共謀及其涵義、內容等，有深入討論之必要，且鑒於不同個案中，法院亦可能有不同之論述方式或要求，因此，如欲深入討論共謀之內涵，則有必要從個案分析著手。

至於於法院認定或推論事業之行為該當於合意之要件後，仍應進一步討論當該行為對於市場競爭之影響，非僅該當合意之要件後，即認定事業必然違反聯合行為。針對於應如何衡量聯合行為對於市場競爭之影響乙事，美國實務上將價格固定 (price fixing)、產量限制或分配 (output restrictions)、劃分區域 (地域限制、試場分配) (market division or sharing) 及圍標 (bid rigging) 等四種聯合行為之態樣界定為惡質卡特爾行為 (hardcore cartel)，並採取當然違法 (per se illegal) 的立場，毋庸論述其對市場之影響⁷，反之，非屬上開惡質卡特爾之其他行為，則有進一步衡量促進競爭效果及限制競爭效果之必要性。

第二項、聯合行為之處罰

違反美國 Sherman 法第 1 條聯合行為的效果包括受民事上之損害賠償請求⁸及受刑事處罰之訴追 (包含法人及其負責人，而罰金或徒刑之類型)。而因為美國

imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

⁶ 惟近來法院並未仔細區分契約、結合以及共謀此三種概念之異同，蓋因本條之重點係在於禁止事業藉由任何合意 (agreement) 進行限制交易之行為，詳細區分三種概念之異同並無太大之實益，參考 George A. Hay, *Horizontal Agreements: Concept and Proof*, 51 *Antitrust Bull.* 877, 879 (2006); William E. Kovacic, *The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws*, 38 *Antitrust Bull.* 5, 21 (1993).

⁷ 蓋因惡質卡特爾行為實質上很少具有促進競爭之正面效果。

⁸ 依據 Clayton 法第 4 條，私人主張事業違反反托拉斯法起訴損害賠償時，得請求其所受損害之三倍賠償金。



Sherman 法上聯合行為的規範中，對於惡質卡特爾類型之事業行為，毋庸討論其是否對市場產生限制競爭之效果，故於該等聯合行為案件中，事業間是否具有共謀合意存在常成為爭執之核心⁹。

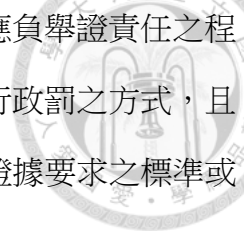
然而，必須先說明的是，美國與我國在競爭法的制度上終究有所不同，除規範的模式及架構外，最主要在於追究違法責任的手段上有明顯的不同，易言之，針對於聯合行為之違反，在其法律效果上區分為採取刑事、民事或行政之處罰方式，大略而言，美國法主要係以刑事處罰及民事損害賠償訴訟追究違法之聯合行為；相較於此，我國法上雖針對於聯合行為之違反，於公平交易法上規範有刑事責任、行政責任以及受害人亦得依此請求民事損害賠償之規定¹⁰，但經二十多年之運作，追究違法聯合行為之方式，主要係由行政機關公平交易委員會作成行政處分以追究聯合行為之責任。除此之外，美國與我國在訴訟程序上亦有不同，我國在行政訴訟上一律均由職業法官進行審理，相較於此，美國之訴訟程序可能分別由職業法官及陪審團審理，其所審理之對象及方式亦有差異。

上述處罰方式及審判程序階段之不同將會涉及聯合行為證明程度要求之高低，具體而言，於討論個案中法院對於證據的選擇、運用時，例如刑事案件中對於原告舉證之證據之要求一般被認為較民事案件嚴格，抑或美國反托拉斯法實務上，許多判決屬於法院所為之簡易判決（summary judgment）¹¹，該等裁判方式涉及美國司法程序區分為法院及陪審團兩階段之制度，兩者審查之內容有所不同，可能有影響原告舉證內涵之可能性，另外，美國訴訟程序中有特殊搜證程序，即事證開示制度（discovery），在一定之情形下，原告得請求被告提出特定之證據，然而，台灣現行訴訟程序均無上開之陪審團制度、簡易判決之裁判方式以及事證開示之

⁹ Hay, *supra* note 6, at 879; Ernest Gellhorn, William E. Kovacic and Stephen Calkins, ANTITRUST LAW AND ECONOMICS IN A NUTSHELL 318-319 (5th ed., 2004).

¹⁰ 詳見前述第二章第三節之討論。

¹¹ 美國法上所謂簡易判決（summary judgment）或稱即決判決，屬於一種簡易程序，在主要事實不存在真正爭議或僅有法律上之爭議時，得不經陪審團而直接由法院為簡易判決。



制度，與美國之制度有所不同，對於主張聯合行為存在之人所應負舉證責任之程度及內涵可能因此有所不同，是故，我國對於聯合行為係採取行政罰之方式，且無上開審判程序或制度，如逕自參考美國司法判決實務中對於證據要求之標準或依據，因根本的訴訟程序或制度的不同，可能會被認為不適切。

然而，本文認為上開制度差異之限制雖然難以徹底克服，但因兩個法體系所遭遇到之問題有共通性，所討論之問題核心亦相同，在某種程度上，我國實務上所遭遇的問題仍可從美國司法實務或學說之想法得到啟發。

姑且不論上開制度上之差異，本文以下在本章第二節之部分，將介紹美國司法實務對於聯合行為合意舉證之標準作出重要判斷之幾個重要判決，並分析判決的重點及變動之內容，在本章第三節之部分，進一步討論美國法實務或學者對於認定聯合行為合意存在所需之附加因素，並藉此與第四章我國實務之立場相互對照比較。



第二節、美國法上聯合行為合意證明程度

第一項、*Interstate Circuit, Inc. v. United States* 案¹²

針對聯合行為中事業是否存有合意之議題，美國實務早期最著名之判決要屬於 1939 年的 *Interstate Circuit* 案判決。

壹、案件事實

電影放映商 *Interstate Circuit* 於德州六個城市內營運首輪及二輪電影院，並於這些市內的首輪電影院幾乎取得獨占地位。於 1934 年時，*Interstate Circuit* 的經理寫信給供應其電影片之上游八家電影發行商，要求發行商應遵守下述兩項事項：限制其他二輪電影院的票價不得低於某特定之價格，並限制其他二輪電影院於特定情況下不得於放映高票價電影之同時放映其他電影（該等電影稱作 *double feature*）。而於 *Interstate Circuit* 分別寄給八家發行商的每封信上，皆記載有八家發行商的姓名，收到信的發行商均能從信上知悉其他七家競爭者亦收到相同之信件。嗣後，*Interstate Circuit* 分別與八家發行商簽訂電影放映契約。最終，德州有四個市之電影放映契約採取上述兩條款，並在兩年後，*Interstate Circuit* 營運電影院的所有六個城市中，電影放映契約內皆採取相同的二條款。

貳、法院見解

美國最高法院認為，部分發行商一致性地將 *Interstate Circuit* 的提案付諸實行，除了合意的一致性行為外，並不存在其他可說服法院的解釋，且難以相信在沒有了解（*understanding*）下，發行商會一致性採行與其向來的商業運作大相逕庭的改變，上開行為已超越偶然之可能性。且實行限制下游二輪放映商事業活動之合意

¹² *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).



(agreement)並非聯合行為共謀(conspiracy)的必要條件，當發行人知悉(knowing)該等一致性行為已經計畫(contemplate)且招致發生(invited)，而其同意參加該計畫時，已經足以構成聯合行為¹³。

該案事實中，各發行人曾被告知其他發行人會被要求採取相同的行動，且其亦知悉各發行人必須互相合作始能完成該計畫，顯然發行人很早就注意到所有人都會加入該計畫，發行人並係在基於該等理解下更改其安排並付諸實行，又該等限制二輪電影院之行為只在其他競爭者同時採取相同行為時，才有利於事業。綜上，最終最高法院肯定事業行為具有合意存在，構成聯合行為。

判決中亦提及，當一致行為能由原告證明時，轉由被告事業負反駁之舉證責任。然而，本案被告知發行人卻未能提出任何其內部可能知悉或有權進行該等合意之人的證言，反而僅提出地區性經理之證言，因此，發行人無法提出相關反駁證據的事實，正可以證明聯合行為合意之存在。

法院認定之要素包含下列四點：

- 1、 電影發行人知悉其他競爭者亦被要求相同之情事；
- 2、 每份契約之修改大部分相同，且該些修改是複雜的，並非偶然巧合；
- 3、 契約之修改僅能在所有發行人均同意時始能實行；
- 4、 事業未能請其高級業務員否認具有合意存在。

參、判決分析

本則早期最高法院判決重點在於聯合行為「共謀」所需具備的要件。該案件中並無任何八家發行人進行明示合意之證據存在，但法院認為縱使當事人間事前無任何意思聯絡，但只要當事人「知悉」其他競爭者可能參與該等行為，並基於

¹³ 原文為：“It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it.”

該等理解實行共同行為時，即有可能違反聯合行為，特別在於該等行為必須競爭者共同為之始可能獲有利益的情況下，更容易推論共謀的存在。簡言之，本案所要求的標準僅有兩個：知悉其他競爭者亦會採取相同行為（並基於該等理解）而為共同行為、經濟不合理性（事業單獨為不符合經濟理性）。

在 *Interstate Circuit* 案後，*American Tobacco* 案¹⁴亦作出類似之見解，該案涉及三家市占率共 90% 之香菸事業長達 20 年間之牌價（list price）與折扣均相同，在成本降低時實行漲價，且事業無法提出正當之經濟解釋，法院認為當共謀者具有一致的目的、共通的計謀及了解或共識（a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds）時，則合意推論是有正當理由的¹⁵。

學者認為上開聯邦最高法院之見解已將 *Sherman* 法第 1 條規範之範圍擴及於寡占定價之行為（即有意識之平行行為），蓋因寡占事業均知其他競爭事業會查明其反應，且亦知悉寡占定價僅在所有事業均參與時始會成功；而「在集中市場上跟隨價格領導者定價」之行為已足以該當上開法院所述之「一致的目的」¹⁶。簡言之，上開二則聯邦最高法院之判決內容某種程度放寬 *Sherman* 法第 1 條之規制範圍。

第二項、C-o-two Fire Equipment Co. v. United States 案¹⁷

壹、案例事實

C-O-Two 案涉及可攜帶式二氧化碳滅火器的製造商進行合意維持滅火器之價格於一固定數額，並包括約定相同的契約條款、對經銷商要求最低轉售價格等聯

¹⁴ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946).

¹⁵ 原文為：”Where the circumstances are such as to warrant a jury in finding that the conspirators had a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement, the conclusion that a conspiracy is established is justified.”

¹⁶ *Gellhorn, Kovacic and Calkins*, *supra* note 9, at 318-319.

¹⁷ *C-o-two Fire Equipment Co. v. United States*, 197 F.2d 489 (9th Cir. 1952).



合行為之刑事案件，對此被告事業爭執原告並未提出直接證據得認定參與事業間有合意存在。

貳、法院見解

聯邦第九巡迴上訴法院認為審判庭得藉由一系列的「附加因素」(plus factor)以認定合意之存在，所謂附加因素係指，當其單獨存在時，不足以直接使原告之控訴超越合理可疑程度，但當眾多的附加因素作為一個整體(as a whole)論述時，則足以導引至結論。

C-O-Two 案中，巡迴上訴法院認為，涉案之各事業的產品價格及尺寸一致之證據並無法證明合意之存在已超越合理可疑程度，但除了定價一致外的附加因素還包括：非法的授權契約中含有最低轉售價格限制條款、人為的產品標準化（不限於尺寸，包括顏色、標籤等幾乎皆相同）、市場上供給過剩時提高價格、監督經銷商是否確實維持最低轉售價格、同樣採取到貨價格的模式(delivered price system，不論消費者向何處的製造商購買滅火器，價格皆相同)導致價格一致、對政府機關提出相同的報價等¹⁸，綜合上述附加因素，法院認為該等附加因素除了得認為事業間具有合意之外，不合於其他可能之合理猜測。

另外法院亦提及，本案事業曾於「被控訴聯合行為的期間」一起召開會議，原告雖無法證明該次會議的內容，但不可否認該次會議提供事業得討論價格及定價政策的機會。

參、判決分析

附加因素係近年來常出現於爭執聯合行為合意存在與否的案件中，而所謂「附

¹⁸ 除了上述附加因素外，該案事實中法院還肯定被告事業曾於「被控訴聯合行為的期間」一起召開會議，不過未能知悉會議之具體內容，惟法院並未特別將此證據列為附加因素之一。



加因素」的用語及運用首見於 1952 年 C-O-Two 案的第九巡迴上訴法院判決，不過有學者提及在 C-O-Two 案後約三十年間，法院很少使用「附加因素」之用法或用詞，直到近年來才又開始使用¹⁹。

C-O-Two 案之巡迴上訴法院特別強調必須綜合全體附加因素，始能推論合意存在與否，而其所認定的附加因素，包含：

被告事業於市場上供給過剩時仍提高價格的此一事證，似乎有可能符合被告事業的行為不符合經濟理性；而採取「到貨價格」之方式則類似於所謂的促進行為（*facilitating practices*）；至於被告曾一起召開會議之溝通性證據存在提供事業溝通之機會，法院雖一方面因不知會議之具體內容而未特別將其列為附加因素，但另一方面考量到會議之時間與被控訴聯合行為之期間有所重疊，而可能因此加強推論合意存在之可能性；再搭配一致定價、轉售價格限制等，皆是日後聯合行為案件中常見的附加因素。

第三項、Theatre Enterprises v. Paramount Distributing 案²⁰

壹、案例事實

原告 Theatre Enterprises 於巴爾的摩（Baltimore）郊區經營 Crest 電影院，而被告 Paramount Distributing 等為電影製片商及發行商，當原告向被告請求於其郊區電影院放映被告所發行的首輪電影片時，所有被告皆拒絕其請求，並堅持將首輪電影限制於其他八家位於商業區的電影院之政策，原告因此主張被告等違反反托拉斯法，合意限制首輪電影片僅能放映於商業區，而原告位於郊區的電影院僅能放映二輪電影片，且與首輪電影放映時間必須相隔一段特定期間（稱作 *clearance*），

¹⁹ Gregory J. Werden, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, 71 ANTITRUST LAW JOURNAL 719, 745-746 (2004).

²⁰ Theatre Enterprises v. Paramount Distributing, 346 U.S. 537 (1954).



故提起私人訴訟向被告請求三倍之損害賠償。

被告等發行商則主張郊區電影院與商業區電影院有實質的競爭關係，而郊區電影院交通不方便，其能吸引之消費者不到商業區的十分之一，廣告效益及機會皆少於商業區。

貳、法院見解

最高法院認為，商業上之行為可當作間接證據並藉此推論出合意，然過去的法院判決，包含前揭 *Interstate Circuit* 案之最高法院判決或是 *American Tobacco* 案²¹ 之最高法院判決，從未認為僅有平行行為的證據得決定性地推論合意之存在，或是平行行為本身構成 *Sherman* 法的違反。有意識之平行行為 (*conscious parallelism*) 的間接證據或許已經介入傳統法院對於共謀認定的態度，但有意識的平行行為並非得完全被認為係 *Sherman* 法上共謀之概念。

被告事業等既已提出證據證明於郊區開設電影院，其週邊環境將致其無法成為成功的首輪電影院之證據，基於事業追求最大利益之理由，被告事業各自的商業判斷產生一致性。至於被告中有部分的事業雖於 1948 年在另外的案件中曾被判決違反反托拉斯法上的聯合行為²²，然該等事證僅能作為本案的表面證據 (*prima facie evidence*)，況該等事證並非針對巴爾的摩地區的聯合行為，從而原告應提出更多證據以證明被告於巴爾的摩地區的聯合行為共謀。

參、判決分析

Theatre Enterprises 案最高法院判決表示：光僅有平行行為本身是無法被認為共謀，原告必須提出更多證據以證明合意存在。相較於此，被告若能提出其無進

²¹ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946).

²² *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131 (1948).



行共謀合意的動機或誘因時，則已足讓法院認定合意之不存在，此論述係將事業不具有共謀合意之動機作為一種「負面因素」(minus factor)，使法院認定合意不存在，詳細論述請見本章第三節第一項之討論。

有學者認為造成 *Interstate Circuit* 案及 *Theatre Enterprises* 案最高法院判決呈現不同結果可以程序性因素解釋，亦即避免推翻下級審之判決（兩案均是維持下級審之判決），又或是兩案請求之救濟方式不同，*Interstate Circuit* 案僅涉及禁制令 (injunctive relief)，而 *Theatre Enterprises* 案則涉及私人民事訴訟三倍賠償²³。

第四項、*Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.* 案²⁴

壹、案例事實

原告 *Spray-Rite Service* 公司經銷業務中有 90% 之產品係除草劑，而其經銷之除草劑中約有 16% 是被告 *Monsanto* 製造之產品²⁵，其營運方式是採取給予折扣、低價之模式，大量買進並以低利潤賣出。被告 *Monsanto* 於 1967 年宣布將依新標準更新經銷契約。1968 年時，被告 *Monsanto* 拒絕更新與原告之經銷契約。原告遂對 *Monsanto* 及其部分經銷商提起訴訟，主張被告等事業共謀下列事項：終止 *Monsanto* 與原告間之經銷契約，約定 *Monsanto* 除草劑的轉售價格²⁶，違反 *Sherman* 法第 1 條。

貳、法院見解

下級審的聯邦第七巡迴上訴法院²⁷認為：證據顯示被告 *Monsanto* 在接收到部

²³ Gellhorn, Kovacic and Calkins, *supra* note 9, at 273-274.

²⁴ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).

²⁵ 本案其他被告是 *Monsanto* 的其他經銷商，屬於垂直聯合行為的樣態。

²⁶ 該案中，原告所主張的共謀行為還包括：採取補償措施（經銷商若有讓其業務員接受訓練課程，*Monsanto* 會給予其一定費用）、免運費政策（促使劃分區域）、促使其他經銷商杯葛原告。但兩造爭執至最高法院的只有本文中所述的約定轉售價格及終止經銷契約的部分。

²⁷ *Spray-Rite Serv. Corp. v. Monsanto Co.*, 684 F.2d 1226 (7th Cir. 1982).

分經銷商抱怨原告進行削價競爭之情事後，隨之終止與原告的經銷契約，而該等證據已足以充分推論一致性行為之存在。



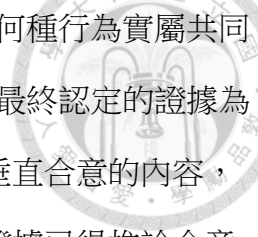
對此，最高法院認為，下級審僅以存在其他經銷商的抱怨，或製造商終止與原告之經銷契約以回應其他經銷商之抱怨等事實，即推論合意存在，將會阻礙完全合法的行為。上開抱怨及製造商採取的非價格限制行為係在正常商業狀況下所產生，無法指為違法的一致性行為，故必須要有比經銷商之抱怨更多之證據。且證據必須傾向排除製造商及經銷商係單獨行為之可能性，亦即原告所提出的直接證據或情況證據，必須合理地傾向證明製造商及其他經銷商有意識地承諾進行共同計劃，達到不法目的²⁸。

若適用上述之標準於本案，事實上存有充分之證據得讓陪審團推論被告間有合意存在，包括 Monsanto 的地區經理之證詞表示，Monsanto 曾告訴經銷商若其不維持建議售價，將無法拿到充足的除草劑產品；並且於某經銷商與 Monsanto 的高層開會後寫給其客戶的業務通訊中表示，Monsanto 會盡力穩定市場、並維持最低市場價格，若不按照其安排，可能會被排除，最高法院認為上述證據等皆可能推論合意存在。

參、判決分析

Monsanto 案最高法院見解中與前述法院判決不同之處在於：要求原告所提出的證據必須傾向排除單獨行為的可能性，係正面要求原告的舉證程度，與前述 Theatre Enterprises 案最高法院僅說明不得僅以平行行為認為合意存在又有不同，且似乎更為嚴格。

²⁸ 原文為：“The correct standard is that there must be evidence that tends to exclude the possibility that the manufacturer and nonterminated distributors were acting independently. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that the manufacturer and others had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective.”



然而 **Monsanto** 案最高法院所提出之該標準仍無法清楚說明何種行為實屬共同行為²⁹，亦未表示應舉出何種證據始能符合上開標準，如以該案最終認定的證據為準，被告事業間有明顯的接觸與溝通，且溝通內容明確地提及垂直合意的內容，並要求交易相對人必須遵守相關合意，而最高法院亦認為該等證據已得推論合意存在。反之，第七巡迴上訴法院所認定的證據，即被告製造商曾收到下游經銷商的抱怨，被最高法院認為不足以推論合意。

上述事業間溝通之內容包括：提及限制競爭之內容以及經經銷商抱怨後製造商實行限制競爭之行為的此二證據，雖都涉及參與限制競爭行為的事業間曾經溝通之證據，但最終最高法院認定之結果卻不同；若比較此二證據之異同，最高法院肯定若溝通的內容已明顯表示參與事業間曾討論該等限制競爭行為的「內容」，即穩定市場、維持最低價格等，應可認定合意存在。相較之下，巡迴上訴法院所認定的證據雖也可證明參與事業間曾經接觸，但該溝通之內容方面僅提及經銷商曾經有所抱怨，本文認為，該等證據較偏向於事業實施限制競爭的動機，即因有經銷商低價競爭，而使製造商產商維持下游市場產品價格穩定的誘因，但溝通內容並未說明事業是否進一步實施何等限制競爭行為，故似乎可認為僅有共謀的動機之證據仍不足以讓最高法院推論合意存在³⁰。

總結而言，雖 **Monsanto** 案之最高法院提及證據必須傾向排除單獨行為的可能性，但未具體指示該當聯合行為之行為之標準，以及排除單獨行為之標準及舉證之事項為何，但如從最高法院所採之證據，應得認為如光只有進行共謀之動機應不足以使法院推論合意存在。

另外，**Monsanto** 案所涉及的是價格及非價格之垂直限制競爭行為（垂直聯合行為），於作出本判決的 1984 年的當時，最高法院對於轉售價格限制的垂直限制

²⁹ Kovacic, *supra* note 6, at 24-25.

³⁰ 更詳細之討論請參照本章第三節第一項之討論。

競爭行為仍採取當然違法（per se illegal）的立場³¹，與價格固定等惡質卡特爾的標準相當，且嗣後多個涉及水平聯合而非垂直限制競爭行為的美國法院判決也採用 Monsanto 案所為傾向排除單獨行為可能性的標準³²，應不至於發生法院顧慮到垂直競爭限制之行為常包含有促進競爭之效果，故對於垂直限制競爭的行為通常抱持較為寬鬆或緩和的立場³³，因此可能要求原告必須提出較為有力或堅強的證據之疑慮。

第五項、Matsushita v. Zenith Radio Corp. 案³⁴

壹、案例事實

被告 Matsushita 等 21 家公司係製造或販賣消費性電子產品之日本公司，主要製造的產品為電視機。原告 Zenith Radio 則為製造或販賣電視機之美國公司。原告於 1974 年起訴，主張被告等事業合意藉由於日本維持高價、並於美國維持低價之方式，以將原告等美國公司逐出美國消費性電子產品市場，上述合意係違反 Sherman 法第 1 條、第 2 條及其他相關法規。

原告所提出被告違反 Sherman 法聯合行為之行為可包含三項，其中較為最高法院討論的是掠奪性定價的部分³⁵，即被告合意於日本市場收取高額定價，而於美國市場則採取折扣或貼現之方式（rebate）降低售價，藉此將日本市場所得之利益

³¹ 2007 年 Leegin 案最高法院判決之前，美國司法實務對於轉售價格限制的行為（垂直的價格限制行為）堅持採取當然違法的立場，受到許多學者的批評及挑戰，2007 年 Leegin 案最高法院判決改變向來見解，而採取合理原則論斷轉售價格限制，受到許多學者的肯定。得參考 Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc., 551 U.S. 877 (2007).

³² In re Baby Food Antitrust Litig., 166 F.3d 112, 132 (3d Cir. 1999).

³³ 對於垂直的非價格限制行為，美國法通常採取合理原則（rule of reason），需衡量促進競爭及限制競爭的效果；但垂直的價格限制行為究竟係採取當然違法原則或合理原則，在實務上及學說上則有激烈的論戰。

³⁴ Matsushita v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

³⁵ 其他兩樣行為係 Check price 合意（被告與日本政府約定消費性電子產品輸出至美國之最低售價，被告稱該價格為 check price）、及五家美國經銷商原則（每家製造商僅被允許銷售予五家美國經銷商）；而該等行為可能涉及域外問題及損害賠償問題，並不在本文的討論範圍內。



填補美國市場所受之損失，以逐出美國消費性電子產品市場中之美國廠商，取得獨占地位，一旦成功後，被告將會提高美國電視機售價及限制產量。

貳、法院見解

最高法院認為，針對於掠奪性定價的聯合行為，原告主張將最低售價之合意（Check price 的合意）以及美國經銷商限於五家之原則作為掠奪性定價聯合行為之間接證據，認被告合意降低美國電視機之售價至掠奪性定價的程度，並將於日本之所得利潤用以補償於美國所失之利潤，藉此逐出美國廠商，取得獨占地位。對此，最高法院認為原告必須建立被告達成聯合行為之共謀致使原告受有損害此一事實，以避免法院作出對於被告有利的簡易判決（summary judgment）。

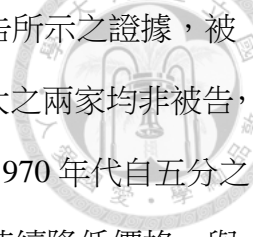
被告間是否存在共謀之爭議，最高法院認為，反托拉斯法限制曖昧模糊的證據推論事實之範圍，從 *Monsanto* 案³⁶顯示，若某行為同時符合可允許的合法競爭行為以及違法的共謀，則無法單獨以該行為推論共謀存在。為避免法院或陪審團對被告作出有利的簡易判決或指示裁決，請求損害賠償之原告必須提出證據，而該證據係傾向排除共謀者單獨行為之可能性³⁷。因此本案之原告必須提出合理的共謀推論，以對抗單獨行為之推論或該共謀行為未損害原告之主張³⁸。

針對於原告所主張被告合意實行掠奪性定價（predatory pricing）以取得獨占地位之主張，法院認為：實行掠奪性定價所受損失之期間未定，是否成功需仰賴長期維持獨占地位（因必須避免其他競爭者參進該市場），換句話說，事業係在沒有保證會成功之狀況下投入大量投資，故很少事業會採取掠奪性定價之方式；況且多家事業共謀實行掠奪性定價之情況又比單一事業實行掠奪性定價困難，其必須

³⁶ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).

³⁷ 該敘述文字援引自上述的 *Monsanto* 案。

³⁸ 原文為：“we held that conduct as consistent with permissible competition as with illegal conspiracy does not, standing alone, support an inference of antitrust conspiracy.”; “To survive a motion for summary judgment or for a directed verdict, a plaintiff seeking damages for a violation of 1 must present evidence “that tends to exclude the possibility” that the alleged conspirators acted independently.”



分配損失及獲利，故參與之事業有強烈誘因背叛；且若按照原告所示之證據，被告實行掠奪性定價之共謀 20 年後，美國電視機市場中市占率最大之兩家均非被告，仍是另一家事業 RCA 及原告 Zenith，而被告合計之市占率雖於 1970 年代自五分之一提升到將近 50%，但卻未見其進一步採取獨占價格，反而仍持續降低價格，與原告所稱掠奪性定價之結局將是採取獨占價格有所不同，故實行共謀二十年後仍未能達到共謀最終之目的即屬於共謀不存在之強烈證據。復考量潛在競爭者參進之可能性、被主管機關發現共謀之可能性等，在缺少藉聯合行為獲利之可能性且蒙受許多損失，被告實無誘因為共謀行為。

原告所提出之間接證據（check price 最低售價、五家經銷商約定、降低售價）等皆無法證明掠奪性定價之共謀存在，且被告所為的降價行為可增加產品的銷量，正是競爭法的本質所在，若法院錯誤推論有共謀存在將會產生極大之成本，並如上述，在綜合損失及獲利希望的考量下，被告並無合理誘因實行聯合行為。綜上，被告的行為與其他合理解釋相符合，故無法推論共謀存在。

結論上，最高法院認為，在缺少共謀之誘因下³⁹，被告之定價行為、日本市場之行為、美國市場中關於價格及經銷商之合意等，皆不足以使審判程序達至真正爭議。

參、判決分析

一、傾向排除單獨行為的可能性

Matsushita 案最高法院見解延續 Monsanto 案最高法院所採取的標準，認為原告對於共謀行為合意的舉證必須達「傾向排除單獨行為的可能性」，如同上開 Monsanto 案之分析，學者有認為在認定何種行為屬於聯合行為時，Matsushita 案所

³⁹ 最高法院判決於註腳中補充，此敘述並非表示只要存有共謀之合理理由，模糊的證據亦可滿足三倍損害賠償所要求之共謀要件。



示之上開標準仍無法給予清楚之判斷依據⁴⁰。至於就「傾向排除單獨行為的可能性」之運用，有學者將其當作一種舉證之標準或程度，反之，有學者將其當作一種附加因素。

將其當作一種舉證標準之見解包括：學者 Areeda 認為最高法院並非要求原告必須排除掉「所有」非共謀合意的解釋可能性，而僅是要求原告的舉證必須充分到事實判斷者得推論合意的可能性「高於」(more probable than not) 非合意的可能性⁴¹。本文認為 Areeda 的見解較偏向於民事訴訟中的優勢證據 (Preponderance of evidence) 的標準，如同學者 Werden 認為在民事程序中，原告不需要排除單獨行為的可能性，在民事程序中，原告所提出的證據須與存在合意相符且須讓理性的 (reasonable) 事實判斷者推論出合意的可能性大於非合意的可能性⁴²。

另一方面，有認為 Matsushita 案涉及掠奪性定價之問題，如過於寬鬆認定合意存在可能有害於得促進競爭之行為⁴³，基此，法院判決中「傾向排除單獨行為可能性」之論述，應不僅止於民事訴訟中的優勢證據 (Preponderance of evidence) 之標準，而應係對於主張共謀聯合行為存在之人課予較民事訴訟嚴格之舉證義務。並有認為「傾向排除單獨行為的可能性」之證據限於僅得以共謀合意存在之證據，而應排除同時得以競爭行為及共謀合意解釋之證據⁴⁴。至於法官 Posner 對於 Matsushita 案的見解採取反對的立場，其認為要求原告須證明廣泛的負面行為已經阻礙法律發展，以本段論述而言，法官 Posner 對於「傾向排除單獨行為的可能性」之解釋應亦偏向原告需舉證至完全沒有單獨行為存在之可能。

相較於此，有學者則不特別將「傾向排除單獨行為可能性」當作一種舉證之

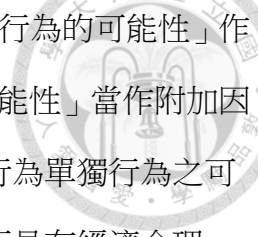
⁴⁰ Kovacic, *supra* note 6, at 24-25.

⁴¹ Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *FUNDAMENTALS OF ANTITRUST LAW* 14-20 (3rd ed., 2004).

⁴² Werden, *supra* note 19, at 753.

⁴³ William H. Page, *Communication and Concerted Action*, 38 *LOY.U.CHI. L.J.* 405, 442 (2007).

⁴⁴ Susan S. DeSanti & William E. Kovacic, *Matsushita: Its Construction and Application by the Lower Courts*, 59 *ANTITRUST L.J.* 609, 618 (1991).



標準，而係認為於 **Matsushita** 案後，法院時常將「傾向排除獨立行為的可能性」作為一種附加因素判斷⁴⁵。本文認為如將「傾向排除單獨行為的可能性」當作附加因素之一種，其較偏向行為反於自利附加因素之問題，因為某種行為單獨行為之可能性低，而事業主張其係單獨行為將可能被認為係反於自利而不具有經濟合理性。

二、共謀聯合行為之動機與合意認定之關係

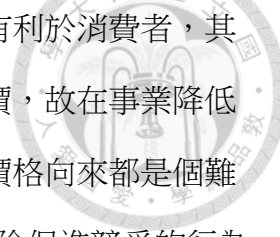
相較通常聯合行為多是提高產品價格，**Matsushita** 案最特殊的部分在於，原告主張的係被告共謀採取掠奪性定價，然一般情形下已難以認定一家事業所為的掠奪性定價是否成立，更何況是多家事業共同採取掠奪性定價。

如單就 **Matsushita** 案之判決理由，法院駁回原告主張最主要的理由在於：被告事業並無誘因或動機採取掠奪性定價（因所受損失極大，但未來獲利與否卻不確定），以及掠奪性定價被認為不利競爭的結果並未實現（即事業仍未取得獨占地位並且提高價格）。

其中，本則判決有很大的篇幅在論述被告如何不可能進行共謀採取掠奪性定價，本文認為，當被告事業對於採行共謀合意並無誘因或動機存在的話，例如採行共謀反而不利於自身事業獲利，法院將可能因此認定合意不存在。如再與上述 **Monsanto** 案的最高法院判決相互比較，得認為法院在具有共謀之動機存在時不一定會因此推論合意存在（如同 **Monsanto** 案最高法院認為單純經銷商的抱怨無法推論合意存在），但對於共謀並無誘因存在則可能因此推論合意不存在（如同 **Matsushita** 案最高法院認為原告對於採行掠奪性定價並無動機）。

三、掠奪性定價與合意認定之關係

⁴⁵ Darryl Snider & Irving Scher, *Conscious Parallelism or Conspiracy?*, in ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 1143, 1154-1156 (ABA Section Of Antitrust Law ed., 2008).



本案涉及的既是掠奪性定價之行為，該掠奪性定價原則上有利於消費者，其違法性的重點在於嗣後是否逐漸排除市場上競爭者而提高其定價，故在事業降低價格之時點難以判斷行為違法與否，如何判斷是否屬於掠奪性價格向來都是個難題，而有學者可能認為 *Matsushita* 案法院為避免錯誤判決導致排除促進競爭的行為，始採取較為嚴格的見解⁴⁶。

至於是否得將 *Matsushita* 案所示之標準用於一般的聯合行為(例如聯合漲價)，實際上，*Matsushita* 案後的許多法院判決中明白表示採取 *Matsushita* 案的見解，則應可認為縱於一般典型的聯合行為案件上，美國司法實務仍可能會採取 *Matsushita* 案的標準⁴⁷。

第六項、*Bell Atlantic Corp. v. Twombly* 案⁴⁸

壹、案例事實

美國在 1984 年整理電信業者 AT&T 的地方通信業務後，產生了七家區域性 Bell 公司，經過併購後，七家公司變為四家既存之當地通信業者 (Incumbent Local Exchange Carrier，簡稱為 ILEC)，獨占地方區域通信服務系統，這些 ILEC 在 48 州控制了約 90% 的地方電信服務。然於 1996 年電信法撤銷該等事業獨占之許可，而於 1990 年代後，新興之競爭性當地通信業者 (Competitive Local Exchange Carrier，簡稱為 CLEC) 亦參入地方電信服務市場之競爭。

被告 Bell 等公司在修法前係區域通信服務系統之獨占者，原告 Twombly 等人代表地方通信或高速網路服務之用戶，對被告提起反托拉斯之團體訴訟，主張其違反 Sherman 法第 1 條，理由係被告共謀下列限制競爭之行為：於其各自服務區

⁴⁶ DeSanti & Kovacic, *supra* note 44, at 613-614.

⁴⁷ *In re Baby Food Antitrust Litig.*, 166 F.3d 112, 132 (3d Cir. 1999).

⁴⁸ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

域內，實行平行行為，防止新興的 CLEC 之成長；並合意限制彼此間之競爭，不進入其他競爭者之區域，導致高度劃分地理市場。



原告所提出之證據包含：被告等時常未追求鄰近市場之商業機會、某 ILEC 的 CEO 曾陳述提及不宜在其他 ILEC 之區域內競爭之證詞。

貳、法院見解

地方法院⁴⁹於訴答程序（pleading）上駁回原告的主張，認為被告間平行商業活動之論述無法單獨說明違反 Sherman 法第 1 條，原告必須提出附加事實以傾向排除單獨自利行為為平行行為之理由。聯邦第二巡迴上訴法院⁵⁰撤銷原審判斷發回，認原告平行行為之主張已足以對抗駁回原告之訴的聲請（motion to dismiss），毋庸其他附加事實。

最高法院撤銷原審判斷並發回。其援引 Theatre Enterprises 案、Matsushita 案等最高法院判斷之內容，認為 Sherman 法第 1 條之主張必須有足夠之事實說明有合意之存在，原告僅宣稱有平行行為及共謀並不足夠，平行行為或相互依存性雖符合共謀存在，但同時亦符合單獨的合理競爭商業策略。最高法院認為本案的爭點在於原告陳述 Sherman 法第 1 條違反時必須提出何種主張（plead）。按聯邦民事訴訟法第 8 條(a)(2)，僅要求簡短而清楚之陳述表明主張者有權獲得救濟即可，不需要詳細的事實主張，但如僅是形式性地敘述行為之原因並不足。若將上述聯邦民事訴訟法的規則適用於違反 Sherman 法的私人訴訟，在原告起訴請求階段要求原告提出之合理理由並不要求該等事證之證明力（probability），僅是要求原告必須提出足夠之事實而能夠使人合理期待於事證開示（discovery）之階段將會展現違法合意之證據⁵¹。然而當僅有平行行為之主張，若無更多的事實輔佐，原告之主張將

⁴⁹ 313 F. Supp. 2d 174 (S.D.N.Y. 2003).

⁵⁰ 425 F.3d 99 (2d Cir. 2005).

⁵¹ 原文為：“Asking for plausible grounds does not impose a probability requirement at the pleading



僅止於可能性（possibility）及合理性（plausibility）之間。

在證據開示程序前駁回原告反托拉斯法之主張必須相當謹慎，但同時亦無法忽視證據開示制度的成本。本案原告係代表至少 90% 的地方電信或高速網路服務之用戶，對美國最大的電信公司，主張其於七年間違反反托拉斯行為，但其所主張之違法事實卻很不明確，該等證據開示之成本相當明顯。

基於上述之標準，最高法院認為原告聯合行為之共謀的主張並不足夠。首先，原告僅基於平行行為主張聯合行為，並無其他 ILEC 間之合理且實際的合意論述。而「被告不遵守 1996 年之電信法而抵抗 CLEC 之競爭」之原告主張，僅係被告意圖維持自己之區域優越的自然、獨立之反應，被告毋庸與他競爭者聯合以抵抗電信法，因無論其他競爭的 ILEC 如何行動，每個 ILEC 都有理由避免與 CLEC 交易，將其驅逐於市場外。故原告的共謀之主張無法解釋被告的行為。再者，原告雖主張被告不進入其他競爭者之經營區域，此點必須從歷史之演進來看，獨占是電信業之常態而非例外，在政府掌控之下，獨占者本會靜觀事態發展，期待鄰近業者做相同的行為。總結而言，無法從原告之主張中推論出反托拉斯法的共謀。

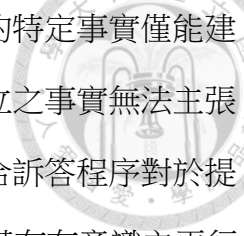
本案法院並未要求高度的特定事實主張，只要求主張權利救濟的事實必須表面上合理，然而本案原告並未能使其主張從可信的（conceivable）跨越到合理的（plausible），故其主張須被駁回。

參、判決分析

一、程序階段與合意認定之關係

在 Twombly 案前，美國地方法院對於訴答程序（pleading）中就原告提出證據

stage; it simply calls for enough fact to raise a reasonable expectation that discovery will reveal evidence of illegal agreement.”



的要求程度主要得分為兩種見解。第一種看法係當原告所提出的特定事實僅能建立有意識之平行行為時，法院得駁回原告的請求，蓋因原告建立之事實無法主張具有權利存在；第二種見解是縱原告不提出附加因素，亦得符合訴答程序對於提出證據的要求。Twombly 案的地方法院係支持第一種見解，即僅有有意識之平行行為並不足夠，而駁回原告的主張；然巡迴上訴法院則是支持第二種見解，最終，最高法院撤銷巡迴上訴法院之判斷，可見最高法院並非採取單純平行行為之主張即得符合訴答程序之要求。

本則 Twombly 案最高法院判斷與前述幾則最高法院判決不太相同，雖主要均是討論原告就聯合行為合意之舉證責任，但前面幾則判決至少已經進入簡易判決（summary judgment）的階段，法院已進行實質證據審查，然而本則 Twombly 案判決最不相同之處在於，訴訟階段還停留在民事訴訟的訴答階段（pleading）⁵²，毋庸實際審酌證據之證明力，惟法院仍援引 Theatre Enterprises 案及 Matsushita 案等最高法院判決於簡易判決階段所建立之舉證標準，而認為原告 Twombly 所提出的證據僅有平行行為的舉證仍不足夠支持具有聯合行為存在，且無論其他競爭事業如何行動，事業仍會採取相同行動，換言之，被告事業並無「動機」進行共謀聯合行為，此等論述類似於 Matsushita 案最高法院判決的論述。

綜上所述，經 Twombly 案後，應得認為上揭 Theatre Enterprises 案、Matsushita 案等最高法院判決所示的舉證標準除了適用於簡易判決（summary judgment）的階段外，還可能擴及適用於更為前階段之訴答程序階段。

二、共謀聯合行為之動機與合意認定之關係

本案最高法院所顯示的立場是，原告於起訴當時所提出的聯合行為合意的證

⁵² 訴答階段係由原告提出起訴狀、被告提出答辯狀，法院於此僅做形式審查，毋庸實際進入證據的判斷。

據除了平行行為之舉證外，仍必須舉證被告事業具有共謀的誘因或動機，若無法舉證被告有動機進行共謀，可能被法院認為無合意存在，但非指原告如舉證被告事業有誘因或動機進行共謀必能通過法院於訴答階段所為的形式證據審查，蓋因本案原告連誘因或動機都未能舉證而被法院駁回起訴，故無法清楚得知原告是否只要提出共謀的誘因即可通過訴答階段的審查。

本文以為，Twombly 案之最高法院見解類似於我國民事訴訟法第 249 條第 2 項⁵³之運作，「假設」原告於起訴時所陳述之事實皆為真實，則該事實是否能讓原告擁有得向被告請求的權利，如無法，則於起訴階段即應駁回原告濫行起訴，蓋縱使原告嗣後證明證據為真實，其亦無法向被告主張權利⁵⁴；在本案中，最高法院之見解假設 Twombly 案的原告所舉的平行行為之證據為真實，亦無法認為原告具有權利得向被告主張損害賠償，是以最終駁回原告的請求。

第七項、小結

從上訴美國司法實務判決的演變來看，得知美國法院對於合意之舉證責任的要求有越趨嚴格的傾向，早期案件只要參與的事業「知悉」其他事業會為相同行為及有誘因或動機存在就足以該當合意的要件，寡占市場上之定價行為亦可能落入規制範圍內，惟後期法院判決逐漸傾向於僅有平行行為之存在或共謀的動機仍不足認定合意存在，進一步要求原告必須提出傾向排除單獨行為可能性之證據始足認定合意存在⁵⁵，排除寡占市場上之定價行為落入 Sherman 法之規範內，甚至規範之訴訟程序階段亦從簡易判決（summary judgment）擴及至訴訟前階段的訴答程

⁵³ 民事訴訟法第 249 條第 2 項規定：「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」

⁵⁴ 我國有學者稱之為「一貫性審查」，參照許士宦（2012），〈集中審理之爭點整理——依一貫性審查及可證性審查之法律思維〉，《月旦法學教室》，117 期，頁 42-59。

⁵⁵ 雖然有學者認為仍係民事訴訟優勢證據之程度，但對於原告提出證據之要求上，已非平行行為及知悉即得認定合意存在，相較之下有較為嚴格之趨勢。



序 (pleading)，要求原告於事證開示制度 (discovery) 前即必須提出相當的事實陳述，可見美國現行競爭法司法實務對於聯合行為規範的收斂。

另外，當事業若不具有共謀合意的動機或誘因，法院基本上會否認有合意之存在 (詳見下述)，是以，原告起訴時 (參照 *Matsushita* 案及 *Twombly* 案) 至少必須陳述說明被告事業具有共謀合意之動機或誘因，但另一方面，僅有動機或誘因仍不足以推論合意存在 (參照 *Monsanto* 案最高法院撤銷上訴法院之判決)，原告仍需舉出進一步之事證。

統整上述法院判決之內容，其中「事業是否進行溝通」以及「事業行為的經濟合理性」是法院判斷共謀合意存在與否的重點之二 (附加因素之詳細討論請見本章第三節之討論)。

涉及事業溝通之案件包含 *Interstate Circuit* 案 (事業知悉其他人會採取相同行為，只有事業為相同之行為始可能獲利)、*C-o-two* 案 (事業曾於被認為係聯合行為之期間內召開會議)、*Monsanto* 案 (有文件顯示事業曾經明確溝通採取限制競爭之行為) 等案，均是事業曾經有接觸溝通之案件，最終也被法院判決有合意存在，只是所謂溝通之內容或意涵可能有所不同，*Interstate Circuit* 案時單方面之知悉亦可能被認為係聯合行為，但到後期之溝通可能特別指事業針對合意之內容交換訊息等。

至於經濟合理性之認定特別是指事業單獨行為是否符合理性，若某行為單獨行為將不符合經濟理性，則有可能 (但未必) 被認為存在共謀合意，至於當事業單獨行為符合經濟理性時，即與上揭事業不具有共謀合意之動機相關，法院將會偏向認定無聯合行為合意存在。



第三節、美國實務常用附加因素之種類

本章第二節主要係針對美國司法實務上法院對於聯合行為案件中原告舉證責任標準之要求演變的整理，其中自 *C-o-two Fire Equipment* (1952) 一案後，法院開始使用「附加因素」(plus factor) 之概念處理聯合行為合意證明的問題，即除事業外觀上之一致性(有稱之為平行行為)外，法院藉由其他附加因素判斷是否有共謀合意存在⁵⁶，且如同 *C-o-two Fire Equipment* 案中法院之論述，所謂附加因素如單獨存在時，雖不足以讓法院直接推論被告事業間具有共謀合意的存在，但當綜合該案件中將所有附加因素論述時，將可能得使法院推論共謀合意的存在。此種附加因素之運用有稱之為情況證據(circumstantial evidence)，類似於後述我國法上間接證據之運用。

本章節將討論美國司法實務上原告必須提出或常提出何種類型的附加因素使法院推論被告事業有共謀合意存在，又各個要素與合意之關係為何，並藉此與後揭第四章我國行政法院實務以何種間接證據推論合意存在作相互對照以及比較。

第一項、經濟性證據

經濟性證據(economic evidence)大致係指，得建立起聯合行為合意存在之合理性(plausibility)之證據，可分為下列幾種類型。雖然其他附加因素亦可能被歸類為經濟性證據，例如促進行為(facilitating practices)⁵⁷，但因下文所討論的經濟性證據之附加因素在寡占市場上可能具有關聯性，又促進行為有其特殊之背景，其本身甚至可能有違反競爭法之疑慮，故考量性質上之類似性，本文不將促進行

⁵⁶ ABA Section Of Antitrust Law, ANTITRUST DEVELOPMENTS 11 (6th ed., 2007).

⁵⁷ OECD 報告中將促進行為歸類為經濟性證據，但於文中仍表示促進行為亦屬一種類溝通性證據(quasi-communication evidence)，參見 OECD (2006), *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*, DAF/COMP/GF (2006) 7, at 21-22, available at OECD, <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>. (last visited Feb. 23, 2016)

為置於本項之討論中，而將其列於其他項目內討論。



第一款、產業表現

產業表現（industry performance）之因素係指事業行為所呈現出之客觀樣貌，用以判斷事業共謀協調產量或價格之行為成功與否。其具體內容包括平行行為（一致性外觀）、穩定之市占率、參與事業之收益多寡、整個產業持續性之超競爭之定價（Supracompetitive Pricing）⁵⁸。

第一目、平行行為

平行行為意指事業行為於外觀具有一致性之現象，然於美國司法實務上，自1954年最高法院於 Theatre Enterprises 一案中，表示事業行為之單純一致性仍不足以推論合意存在後，行為一致性之平行行為本身對於合意存在與否推論之重要性逐漸降低⁵⁹。

然學者有認為在某些情況下外觀一致性仍有其重要性，例如當事業所屬產業中難以輕易觀察他競爭事業之行為、不易共謀協調時，外觀一致性出現之巧合很可能得作為附加因素之一種⁶⁰，Petroleum Products 案⁶¹及 Delaware Valley Marine Supply 案⁶²之法院亦表示此種立場，具體情形包括：

1. 在密封投標之情形，各家事業所提出之價格卻有不正常之一致，甚至連小數

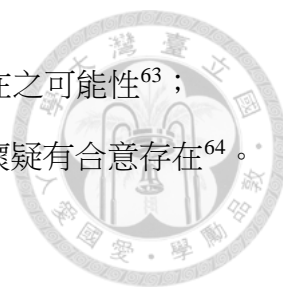
⁵⁸ Kovacic, *supra* note 6, at 54.

⁵⁹ *Id.* at 42-43.

⁶⁰ *Id.* at 53-54.

⁶¹ In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432, 445 (9th Cir.1990) (“In some cases, when a market is highly unconcentrated, parallel pricing alone may be all the proof that is required”).

⁶² Delaware Valley Marine Supply Company v. American Tobacco Company, 297 F. 2d 199, 203 (3th Cir.1961) (“The inference of agreement is strengthened if the participants are many and if they comprise a non-oligopolistic industry, where the economic pressures forcing action and reaction with competitors are absent.”).



點都相同時，除有其他合理解釋外，則有讓人懷疑合意存在之可能性⁶³；

2. 事業長期（long-term）維持價格一致性之情況，可能使人懷疑有合意存在⁶⁴。

第二目、超額利潤

事業具有高度之淨利率（profit margins）或獨占利潤（monopoly profits）有可能得使法院認定共謀存在，但事業不具有超額利潤不代表沒有合意，因在萎縮、需求下降之產業有利於共謀之形成，但該種情況下，事業難以獲得高額利潤。惟如何衡量及認定事業之利潤多寡，並非易事⁶⁵。然而，有學者認為高額利潤可能來自於市場之參進障礙及需求突然增加，較無法推論合意存在⁶⁶。可見超額利潤之附加因素在學說上除有不同看法外，亦有操作之困難性。

第三目、產業表現與合意認定之關聯性

一般而言，產業表現此項附加因素提出之目的係欲證明事業間已不存在競爭，而可能證明具有合意，對此，事業則可能舉證主張其等之間仍存有競爭，故無合意存在，此時將產生產業表現與合意認定上之矛盾。

易言之，當競爭事業間如已具有合意存在，則無論事業間是否實際上實行聯合行為或影響市場競爭，縱使事業間仍有競爭，亦均該當聯合行為之違反，似乎事業之抗辯及主張並不合理；然而，當主張聯合行為存在之人係以各種情況證據證明有聯合行為存在時，此等聯合行為之結果，即事業間已不存有任何競爭，反

⁶³ Hay, *supra* note 6, at 877, 883, 886-887; Kovacic, *supra* note 6, at 44; Phillip E. Areeda, Louis Kaplow & Aaron S. Edlin, ANTITRUST ANALYSIS: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 227 (6th ed., 2004); Richard A. Posner, ANTITRUST LAW 87 (2nd ed., 2001).

⁶⁴ Kovacic, *supra* note 6, at 44; Cement Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 588 (1925).

⁶⁵ Posner, *supra* note 63, at 90-91; Kovacic, *supra* note 6, at 54-55; American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 805-806 (1946); Estate Le Baron v. Rohm and Haas Company, 441 F. 2d 575, 578 (9th Cir. 1971).

⁶⁶ William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. White, Jr., *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 Michigan Law Review 393, 416 (2011).



倒是判斷合意存否之標準之一，故當事業主張其等間仍存有競爭，則又可以對抗合意存在之主張⁶⁷。簡言之，當案件中僅存有情況證據時，產業表現之程度，尤其事業不競爭之程度，將會影響合意之推論。

第二款、產業結構

壹、利於共謀協調之產業結構特性

所謂的產業結構之此類證據，有學者稱之為市場性證據⁶⁸，特別係指每個個案中涉案事業所處之產業結構或市場狀況、商品特性等對於聯合行為共謀合意形成、實行、維持之影響，其中一般認為寡占市場（oligopoly market）較有利於共謀合意之形成、實行及維持。本文嘗試綜合各學者提出之產業結構或產品類型，將可能影響於聯合行為運作的產業結構、市場狀況及產品類型等因素分為下列幾項⁶⁹：

- 1、 事業數量：當市場上之廠商數量少時，事業間較容易達成聯合行為的合意，且較容易偵測是否有背叛存在，有利於聯合行為之實施；反之，當市場上之廠商數量多、市場集中度不高時，事業間難以達成聯合行為的合意，且難以偵測是否有背叛存在，而不利於聯合行為之實施⁷⁰。
- 2、 市場資訊流通與需求確定性：當市場資訊流通時，事業對於產業需求結構或其他事業成本、定價有所瞭解，促使事業在協議時對價格及產出之訂定與分

⁶⁷ E.I. du Pont de Nemours & Co. v. F.T.C., 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984); George A Hay, *Facilitating Practices*, in ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 1189, 1215-1216 (ABA Section Of Antitrust Law ed., 2008).

⁶⁸ Louis Kaplow, COMPETITION POLICY AND PRICE FIXING 256 (2013)

⁶⁹ Kovacic, *supra* note 6, at 53-54; Joseph E. Harrington, *Posted Pricing as a Plus Factor*, 7 JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ECONOMICS 1, 16-18 (2011); Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen (著)，許景翔、潘明如（譯）（2013），《產業經濟學：理論與實務》，頁 219-222，台北：雙葉書廊；馬泰成、洪德昌（2001），〈事業聯合行為被判違法之因子分析〉，《公平交易季刊》，9 卷 2 期，頁 39-42；李幼華（2002），〈寡占市場一致性行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，10 卷 2 期，頁 8-16。

⁷⁰ Kaplow, *supra* note 68, at 289; Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen (著)，許景翔、潘明如（譯），前揭註 69，頁 220。



配取得共識，且容易偵測參與聯合行為者是否有背叛之情形，而較容易實行聯合行為，反之，價格不透明公開，導致需求的不確定，而不易偵測是否有背叛之情形，故難進行協調。

- 3、交易相對人之市場結構：上開市場資訊流通程度與交易相對人市場結構亦有關聯；當市場上之交易相對人係集中度不高之小型買方（例如消費者）時，其無能力與賣方磋商，公開定價較為常見，因此利於事業間協調，此外當交易相對人數目越多，事業背叛以增加銷售之行為越容易被發現，具有嚇阻背叛之功效⁷¹；反之市場上的交易相對人是少數大型買方時，且買方有能力磋商交涉，將使得事業之協調變得困難。
- 4、市場集中度：市場集中度高時，有利於最大之廠商成為價格領導者，而較小的廠商成為跟隨者⁷²，容易透過默契性一致性行為（concerted action）進行聯合壟斷市場⁷³。
- 5、產品屬於同質性或異質性：當產品屬於異質性（heterogeneous）時，較不利於協調，蓋產品類型較多較複雜，導致事業難以達成一致共識；反之，當產品屬於同質性（homogeneous）時，則容易達成一致共識，易監督處罰且有誘因進行背叛，整體較有利於共謀合意。

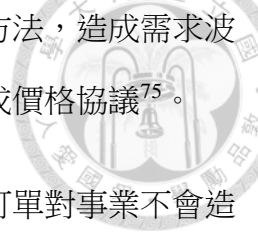
惟亦有從背叛誘因之角度觀察，認為異質性產品較同質性產品促成共謀合意；因異質性產品縱事業背叛原始之共謀，亦不會從其他競爭者處搶得較多之市占率，事業較無誘因進行背叛，故容易促從共謀合意。反之，同質性產品則因背叛之誘因較高，較不容易促成合意⁷⁴。

⁷¹ 馬泰成、洪德昌，前揭註 69，頁 41。

⁷² Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen（著），許景翔、潘明如（譯），前揭註 69，頁 220。

⁷³ 馬泰成、洪德昌，前揭註 69，頁 40-41。

⁷⁴ Kaplow, *supra* note 68, at 290-291; OECD (2010), *Information Exchanges Between Competitors*,

- 
- 6、技術進步率：高技術進步率產生新產品或低成本之新生產方法，造成需求波動，生產者容易背叛原協議；反之，低技術進步率容易達成價格協議⁷⁵。
- 7、銷售頻率：銷售頻率高、訂單平穩之產業，因損失一兩張訂單對事業不會造成太大的問題，較不需透過勾結分配市場；銷售頻率低、訂單不穩定的產業，一兩張訂單將可能嚴重影響事業，容易引起價格戰爭，產業內之廠商通常會透過勾結尋求價格協議⁷⁶；但另一方面，銷售頻率低之產業，如交易相對人具有磋商能力，亦可能使達成共謀合意變得困難。
- 8、事業之產能：當事業的產能較大時，始有能力背叛其他競爭事業⁷⁷、搶其他事業之客戶以增加自己之市占率，然而若其他競爭事業的產能亦大時，可能降低價格進行價格戰爭而對該背叛者進行處罰，但若其他競爭事業產能較小，則無法增產以處罰該背叛之事業；故當參與聯合行為事業有「產能不對稱」的情況，將可能誘使其他產能較大之競爭事業背叛，而產能較少者，卻又無法增產以處罰背叛的事業，致使較不易成功實行聯合行為⁷⁸。
- 9、需求彈性、參與聯合行為事業組織之市場力量與參進市場之障礙：此要素涉及參與聯合行為之事業與其他未參與聯合行為之（潛在）競爭事業間之關係；當市場之需求彈性高或其他為參與之競爭者具有參進之能力時，因交易相對人可輕易轉換交易對象，提高價格導致產業產量大幅減少，將使聯合行為事業無法提高價格，則協調不會成功；反之，需求彈性低或其他未參與之競爭者並無參進能力時，交易相對人難以轉換交易對象，卡特爾市場力量越大，

DAF/COMP(2010) 37, at 47, available at OECD, <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf> (last visited Feb. 23, 2016)

⁷⁵ Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen (著)，許景翔、潘明如 (譯)，前揭註 69，頁 220-221；Kovacic, *supra* note 6, at 53.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ 例如雖合意漲價至某一固定價格，但卻暗自降低價格，目的係在於增加銷售量，此背叛要成功之關鍵在於背叛者仍有增加產能之空間。

⁷⁸ Kaplow, *supra* note 68, at 289.



參與聯合行為之事業則較容易提高產品價格獲得較高利潤，較有誘因進行協調⁷⁹。參進障礙之原因可能包括政府法令、進口限制、牌照管制、專利權行使、固定資產投資、行銷管道及交通運輸等多項因素⁸⁰。

10、市場景氣：產業不景氣期間，參與減產廠商即使破壞協定秘密增產，因整體產業需求不足，所能增加之利潤亦僅為有限（破壞協議所能得到之效益低），而破壞協定增產後所遭受其他廠商之增產報復，因景氣不佳，破壞協定之成本高，故景氣不佳時，因參與廠商將信守減產承諾，聯合行為較易發生；反之，產業景氣甚佳期間，參與減產廠商秘密增產，所能得到之利潤較高，破壞協定之成本較低，聯合行為較不易發生；惟另一種角度係，景氣越差，背叛成本越低，廠商較可能進行秘密增產破壞協定行為，使聯合行為不成立⁸¹。

綜上所述，產業結構是否適於共謀協調之因素大致可以歸列為三點：包含是否易於達成協議、是否易於背叛抑或易於監督懲罰、是否具有市場勢力。整理上開所列之產業結構、市場狀況以及產品特性如下表所示：

表 1：產業結構、市場狀況以及產品特性與聯合行為合意之關聯性⁸²

	有利於合意形成、實行、維持	不利於合意形成、實行、維持
是否易於達成協議	1、 事業數量少 2、 市場資訊流通 3、 交易相對人集中度低、無磋商能力 4、 產品同質性 5、 技術進步率低 6、 銷售頻率低	1、 事業數量多 2、 市場資訊不流通 3、 交易相對人集中度高、有磋商能力 4、 產品異質性 5、 技術進步率高 6、 銷售頻率高

⁷⁹ Kaplow, *supra* note 68, at 291-292; Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen(著),許景翔、潘明如(譯),前揭註 69,頁 219-220。

⁸⁰ 馬泰成、洪德昌,前揭註 69,頁 41。

⁸¹ 馬泰成、洪德昌,前揭註 69,頁 42、50。

⁸² 本表格為本論文綜合上述學說之討論自行整理而成。

是否不易於背叛、是否易於監督懲罰	1、產能相當 2、市場資訊流通 3、需求確定 4、交易相對人集中度低、無磋商能力	1、產能不相當 2、市場資訊不流通 3、需求不確定 4、交易相對人集中度高、有磋商能力
是否具有市場勢力	1、產品需求彈性低 2、其他競爭者不易參進市場 3、市場集中度高	1、產品需求彈性高 2、其他競爭者易參進市場 3、市場集中度低

貳、產業結構特性與聯合行為合意認定之關係

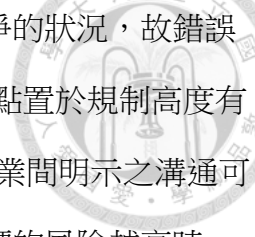
本文於上文中已整理利於共謀運作之產業結構，然而，該等產業結構雖利於共謀之運作，但亦呈現出事業間具有相互依存性（interdependence）之特性，易言之，在該等產業結構下，因產品同質性高、價格透明之特性，事業將會受到彼此決策之影響，本可能觀察競爭事業如何行動以調整自己之行動，此時係相互依存性之結果，在此種情況下事業所呈現出之模仿跟隨行為，被認為係不屬於合意之有意識之平行行為（conscious parallelism）⁸³。綜上，利於共謀運作之產業結構亦可能利於模仿跟隨，而僅止於有意識之平行行為。於推論合意是否存在時，有學者認為必須有提出比相互依存性（interdependence）更多之證據，蓋相互依存性是寡占市場中正常且合法之存在⁸⁴；學者 Page 更認為因利於共謀運作之產業結構難以區分共謀合意與模仿跟隨，執法者應關注行為較為複雜且結構上較為競爭的市場，而非一味地關注於適於協調的市場⁸⁵

然而相對於上述之見解，學者 Kaplow 則認為當產業狀況不適於協調，其漲價通常是小幅且短暫，且因通常這類產業很有可能仍處於競爭的狀況，若加以規制嚇阻，則可能出現不該規制而規制的情況（false positives）；反之，在適於協調的

⁸³ 詳細論述請見第二章第二節之討論。

⁸⁴ Werden, *supra* note 19, at 779-780; Kaplow, *supra* note 68, at 294-295.

⁸⁵ William H. Page, *A Neo-Chicago Approach to Concerted Action*, 78 ANTITRUST L.J. 173, 193-195 (2012).



產業中，其漲價的程度較大且持久，此種產業中很少有高度競爭的狀況，故錯誤規範的成本（chilling cost）較少，綜上，Kaplow 認為仍應將重點置於規制高度有利於協調的產業⁸⁶，且當事業所處產業結構是有利於共謀時，事業間明示之溝通可能非必要且難以偵測，故當產業結構越有利共謀而共謀協調漲價的風險越高時，應越不受缺少此類溝通證據的影響⁸⁷。

本文認為，產業結構利於共謀協調之附加因素與聯合行為存在之認定未必有很強烈之關係，甚至是特別要注意的地方，蓋因上開整理出有利於共謀協調之產業結構因素，時常易有利於不屬於聯合行為之有意識之平行行為的運作，例如當價格透明、交易相對人集中度低、無磋商能力、產品同質性、其他競爭者不易參進市場等因素存在於寡占市場時，寡占之事業很容易藉由公開資訊，模仿跟隨競爭者之事業行動，毋庸進行合意亦能達成看似具有聯合行為之一致性外觀結果，此種情況不應以聯合行為規制之，是故產業結構利於共謀協調此一附加因素應與聯合行為之認定無太大關聯。

上開 Kaplow 雖然為應加強規制利於共謀之產業，且其認為對於寡占產業本會缺少高度競爭而進行規制較不易產生不應規制而規制之成本；本文則認為，首先其未能提出區分區別共謀合意與有意識之平行行為的標準，使實際執法者難以對於利於共謀之產業進行規制，再者，如此以 Kaplow 之看法，則會變成以聯合行為之規範處罰產業結構本身，因以該產業結構運作下如本會產生低度競爭之結果，執法機關應從產業結構本身進行改善，例如降低參進難度等，而非處罰事業因產業結構所進行之合理行為。另一方面，反而係在產業結構不利於共謀協調時，如事業之行為仍呈現外觀上之一致性，則可能推論共謀存在⁸⁸。

⁸⁶ Kaplow, *supra* note 68, at 295.

⁸⁷ *Id.* at 305-306.

⁸⁸ 詳細論述請參照上述本項目第一款平行行為之討論。See Kovacic, *supra* note 6, at 53-54; In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432, 445 (9th



第三款、行為違反自己利益

壹、總論

行為違反自己利益 (conduct against self-interest) (以下簡稱行為反於自利) 並非完整的論述，完整論述係指「在其他事業未為相同行為」的情況下，事業之單獨行為係有違自己利益時，即有可能被認為是推論共謀合意存在之附加因素。蓋假設事業為一般理性人的情況下，事業的行為應該是以追求自身最大利益為目標，若當該行為只在其他事業亦同時為之的情況下始有利於事業時，則應可認為此時可能有合意存在。

另外，事業行為是否反於自利應該從何種角度判斷呢？一般的假設情況都是以事業係理性行為人的角度出發。但應注意避免從事後之觀點判斷事業之行為是否有利於事業，有法院曾認為反於自利與否應該避免太快地事後判斷⁸⁹，事業對於判斷如何行為才是對事業最有利的應該具有廣泛的裁量權，即使事業行為合理性的證據可能涉及理性的問題，事業之商業判斷 (business judgment) 亦不應從事後加以判斷⁹⁰。依據這些法院的見解，學者 Snider 等人認為原告的舉證必須顯示於事業「行為時」共謀合意解釋比無共謀合意的解釋更為可信⁹¹。

Cir.1990) (“In some cases, when a market is highly unconcentrated, parallel pricing alone may be all the proof that is required”); Delaware Valley Marine Supply Company v. American Tobacco Company, 297 F.2d 199, 203 (3th Cir.1961) (“The inference of agreement is strengthened if the participants are many and if they comprise a non-oligopolistic industry, where the economic pressures forcing action and reaction with competitors are absent.”).

⁸⁹ Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287, 1310 (11th Cir. 2003) (“we must exercise prudence in labeling a given action as being contrary to the actor's economic interests, lest we be too quick to second-guess well-intentioned business judgments of all kinds.”).

⁹⁰ In re Citric Acid Antitrust Litigation, 191 F.3d 1090, 1101 (9th Cir. 1999) (“Courts have recognized that firms must have broad discretion to make decisions based on their judgments of what is best for them and that business judgments should not be second-guessed even where the evidence concerning the rationality of the challenged activities might be subject to reasonable dispute.”).

⁹¹ Snider & Scher, *supra* note 45, at 1157.



在美國司法實務判決於運用附加因素時，「行為反於自己之利益」係重要的指標，在實務運作及討論上大致可分為：事業行為不反於自己利益以及事業行為反於自己利益兩層面。

貳、事業行為不反於自己利益

在 *Theatre Enterprises* 案（1954）⁹²中，因於郊區上映首輪電影並不利於電影發行商的經濟上利益，故無論其他競爭對手如何行動，事業有合理理由單獨採取拒絕締約之行為，而最終導致一致拒絕郊區電影院請求的平行行為⁹³，最高法院最終認為被告事業拒絕締約之行為縱係單獨為之仍係符合自己之利益，而拒絕推論有共謀合意存在。

學說則認為當事業得舉出合理單獨理由之具體事證時，即等同事業行為不反於自己利益，而無法推論出合意⁹⁴。

參、事業行為反於自己利益

事業行為若單獨行為則違反自己利益之具體案例包括⁹⁵：*C-o-two Fire Equipment* 案，巡迴上訴法院認為競爭事業如有意識地人為進行產品標準化，將不利於事業間之競爭，而屬於行為反於自己利益⁹⁶；另外，*American Tobacco* 案之巡迴上訴法院認為，在供過於求之情況下，如事業仍持續調漲價格，係屬於反於事業自己利益之行為⁹⁷。

就事業行為反於自己利益此一因素，*Blomkest Fertilizer* 案巡迴上訴法院判決中持反對見解的法官認為行為反於自利的附加因素對於排除單獨行為的可能性是

⁹² *Theatre Enterprises v. Paramount Distributing*, 346 U.S. 537 (1954).

⁹³ Page, *supra* note 43, at 422.

⁹⁴ Kovacic, *supra* note 6, at 39.

⁹⁵ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *supra* note 56, at 12-13.

⁹⁶ *C-o-two Fire Equipment Co. v. United States*, 197 F.2d 489 (9th Cir. 1952).

⁹⁷ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946).



必要的⁹⁸。

反之，許多學者認為當事業不具有單獨行為的正當理由時，「行為若單獨為之將反於自己利益」此一附加因素不具任何區辨聯合行為之合意與有意識之平行行為之意義，蓋因在事業彼此具有相互依存性的情況下，事業為行為前本來就可能考量競爭對手的行動，此舉行動在短期下看似可能反於事業的最大利益，但是長期下卻是符合事業之利益，事業亦會期待競爭事業為相同之行為，然此時無論如何將可能落入行為反於自利之因素內，因此事業反於單獨利益之論述僅是重述事業具有相互依存性（interdependence）之關係，故除事業行為反於自利之附加因素外應提出其他的衡量標準⁹⁹。

Page 更進一步認為因經濟學的理论或模型無法分辨非競爭的結果係來自於共同行為或僅是相互依存性下的有意識之平行行為，故重點應在於非經濟性證據而非經濟性證據，尤其係溝通性證據¹⁰⁰（詳見下述討論）。

本文認為，上開兩種對於行為反於自利之見解未必有衝突，學者所述「行為反於自己利益僅是相互依存性之同義詞」之論述應更為精確，即特別係指該被認為係聯合行為內容之行為，最常見即一致漲價之行為，此時即屬於相互依存性之同義詞；至於主張合意存在者如有提出更多論述表示事業行為如非合意將違反自己單獨利益之證據，則將有其功用，非僅止於相互依存性，此時則未必僅屬於經濟性證據，更可能具有有排除單獨行為之可能性之功能，而係 Blomkest Fertilizer 案巡迴上訴法院判決少數意見法官所述行為反於自利的附加因素對於排除單獨行為的可能性是必要的。

⁹⁸ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F.3d 1028, 1046 (8th Cir. 2000) (Gibson J, dissenting) (“Again, acts that would be contrary to the actor’s self-interest in the absence of a conspiracy, but which make economic sense as part of a conspiracy, provide the crucial type of “plus factor” evidence necessary to exclude the possibility of independent action.”).

⁹⁹ Page, *supra* note 43, at 422; Kovacic, *supra* note 6, at 38-39; George A Hay, *supra* note 67, at 1201-1202.

¹⁰⁰ Page, *supra* note 43, at 424-425.



肆、合理解釋

事業如具有單獨行為之理由或合理商業理由時，則法院無法從該行為推論共謀合意存在，法院亦常以此因素論斷合意存在與否，另外合理理由並可能作為事業行為符合自己利益或並無動機進行共謀合意，而排除經濟性證據存在。但學者認為合理理由僅能使用在只具有間接證據或情況證據之案例中，如某案件中已有明示之合意證據時，則無論是否存在合理理由¹⁰¹。

有學者舉出之具體行為包括因為信用問題拒絕與貸款予某客戶或與某難以處理之客戶締約等¹⁰²，另外還包括供給短缺或產業中成本一致上升之情形時¹⁰³。

而學者 Kaplow 認為當事業突然提高價格應該會有相應的理由，而該理由得透過「事業內部資訊」，包括成本資訊、市場需求、決策過程或事業間溝通得知¹⁰⁴。事業若是與他事業在重複賽局下互相依賴地互動，則事業內部所呈現的資料應該也會不同於競爭狀況下的資料，且事業內部計算的成本、邊際成本、產能等，也能得知漲價決策的過程。另外，針對事業間之溝通行為（包含公開宣告價格），除了可能透過內部資料得到直接證據外，亦可能透過該等證據得知事業對溝通進行分析或討論的內容，或是得藉此釐清為何要為此等溝通。簡言之，事業行為均可能藉由內部資料得知或加以釐清，例如當公司內部缺少需求改變的新資料或討論時，需求的變動就不適合用於解釋價格的變動，該等資料非限於事業間明示溝通證據，更強調的是公司對於成本、需求的了解及討論，以及價格的決策過程等資訊¹⁰⁵。

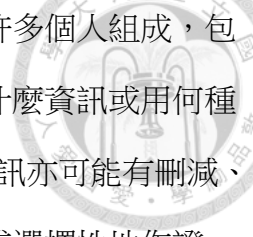
¹⁰¹ Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-56.

¹⁰² *Id.* at 14-55-14-56.

¹⁰³ Kovacic, *supra* note 6, at 43.

¹⁰⁴ Kaplow 於書中提出「事業內部資訊」之判斷面向，本文認為係在討論事業內部是否有與外在行為相應之證據存在，故置於本部分討論。且其強調不限於事業間溝通之證據，包括成本、市場需求、價格決策等文件。

¹⁰⁵ Kaplow, *supra* note 68, at 295-299.



但事業內部資訊之取用亦可能有限制。首先，大企業係由許多個人組成，包含許多複雜、重疊或衝突的義務，很難決定「企業」本身知悉什麼資訊或用何種推論解釋其行為；且決定可能與所呈現之資訊相衝突；另內部資訊亦可能有刪減、不完整或模糊的情況，作證的公司成員亦可能有誘因扭曲事實或選擇性地作證，惟 Kaplow 還是認為事業無法在缺乏對成本及市場需求的觀念下營運¹⁰⁶，且如事業扭曲、隱匿、偽造該等資訊藉此與事業外部行為相互呼應，但因涉及事業成本、市場需求、價格決策等證據，經竄改後所呈現的資訊可能很容易被發現有缺漏或奇怪之處，對於事業亦有風險¹⁰⁷。

第四款、動機

事業進行共謀之動機（motive to conspire）亦常被美國法院列為附加因素¹⁰⁸。

壹、動機與行為違反自己利益之關係

針對於行為反於自利及共謀之動機或誘因間的相互關係，學者認為當提及事業之行為反於自利此一要素時，通常存在著事業共謀為聯合行為之利益與事業單獨行為之利益具有相互衝突的情況，而事業有動機進行共謀亦常在此情況下被提出，然而，事業具有共謀之動機一事應不完全等於事業之行為反於自利¹⁰⁹。至於事業之行為如單獨作為之情況不反於自利時，則事業並無動機進行共謀合意¹¹⁰。

貳、實務操作

¹⁰⁶ *Id.* at 299-300.

¹⁰⁷ *Id.* at 300-302.

¹⁰⁸ 參照 *Blomkest Fertilizer, Inc v. Potash Corporation of Saskatchewan*, 203 F. 3d 1028, 1043 (1986); *In re Baby Food Antitrust. Litig.*, 166 F.3d 112, 132 (3d Cir. 1999); *Wallace v. Bank of Bartlett*, 55 F.3d 1166, 1168 (6th Cir. 1995).

¹⁰⁹ *Werden*, *supra* note 19, at 750-751.

¹¹⁰ *Hay*, *supra* note 67, at 1201-1202.



Matsushita 案¹¹¹以及 First National Bank of Arizona 案¹¹²之最高法院判決均將缺少共謀之動機列為無法推論合意存在之理由之一。

前述第二節提及的 Theatre Enterprises 案的最高法院判決亦隱約表現出相同之立場，該判決表示：被告電影製片商或發行商並無在郊區電影院放映電影之動機及誘因，故被告一致拒絕與原告締約之行為實際上係反映各自利益之單獨行為，甚至連寡占市場之相互依存性都不符合，故無法推論被告具有合意¹¹³。

參、動機與相互依存性、負面因素 (minus factor)

一、相互依存性之同義詞

事業具有進行共謀之動機此一要素通常是指事業得從該合意之行為中獲得利益，而雖然於任何產業中，均可能找到比競爭狀態更為有利可圖之合意，任何案件無論如何皆會符合此要件¹¹⁴，但美國最高法院曾認為如果僅是事業能藉該行為獲得較多利益並無法推論合意，蓋因獲取利益係事業合法之動機¹¹⁵。

實際上，學者認為動機要素之意義，主要係在闡述合意事實上得成功實行而不被發現之可能性¹¹⁶，依此一說法，事業具有共謀之動機此一附加因素實際上與產業結構之附加因素無太大之區別，易言之，事業家數少、集中而產品同質性高之產業結構，較易成功實行共謀，事業似具有共謀之動機；反之，事業家數多、

¹¹¹ Matsushita v. Zenith Radio Corp. 475 U.S. 574, 596-597 (1986) (“Lack of motive bears on the range of permissible conclusions that might be drawn from ambiguous evidence: if petitioners had no rational economic motive to conspire, and if their conduct is consistent with other, equally plausible explanations, [475 U.S. 574, 597] the conduct does not give rise to an inference of conspiracy”).

¹¹² First National Bank of Arizona v. Cities Service Company, 391 U.S. 253, 287 (1968).

¹¹³ Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-46；此時不具有共謀合意之動機與單獨行為不違反自己利益兩附加因素係屬一致。

¹¹⁴ Hay, *supra* note 67, at 1201-1203.

¹¹⁵ Snider & Scher, *supra* note 45, at 1158; In re Baby Food Antitrust Litigation, 166 F. 3d 112, 134-135 (3d Cir. 1999) (“In a free capitalistic society, profit is always a motivating factor in the conduct of a business. Profit is a legitimate motive in pricing decisions, and something more is required before a court can conclude that competitors conspired to fix pricing in violation of the Sherman Act.”).

¹¹⁶ Hay, *supra* note 6, at 885; Snider & Scher, *supra* note 45, at 1158-1159.



分散而產品同質性低之產業結構，不容易達成協議，達成協議後，事業也可能背叛，故較不易成功實行共謀，事業不具有共謀之動機。

然而，同於上開行為反於自利之論述，學者補充說明，雖事業家數少、集中而產品同質性高之產業結構，較易成功實行共謀，似乎在該等情況下，事業該當具有進行共謀合意動機之要件，但學者及部分法院均認為共謀動機之要素亦屬於寡占產業中事業具有相互依存性（interdependence）現象之同義詞，故單以動機要素本身應無法充分推論合意存在¹¹⁷¹¹⁸。

二、負面因素（minus factor）

另一方面，許多學者認為，比起將事業具有共謀的動機或誘因當作認定共謀存之其中一種附加因素，更應將事業不具有共謀之動機或誘因作為負面因素（minus factor）或係一種篩選工具，即如於案件中事業無進行共謀之動機時，法院得藉此推論沒有共謀合意存在¹¹⁹，但事業縱有進行共謀之動機，亦未必得推論合意存在。有學者雖未明示負面因素，但認為當事業不具有共謀合意之動機（或該共謀合意不具有經濟上合理性）時，就必須有更多之證據使法院推論合意存在¹²⁰，亦屬於相同之論述。

有學者更明確地表示，事業具有共謀或共同行為之動機此一因素，雖本身不足（sufficient）以推論共謀合意存在，但其是推論共謀合意存在之必要（necessary）

¹¹⁷ Snider & Scher, *supra* note 45, at 1158-1159; Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-18, 14-43-14-44; Kovacic, *supra* note 6, at 37.

¹¹⁸ 例如 In re Baby Food Antitrust Litigation, 166 F. 3d 112, 122, 132 (3d Cir. 1999); In re Flat Glass Antitrust Litigation, 385 F.3d 350, 361 (3d Cir. 2004); Serfecz v. Jewel Food Stores, 67 F.3d 591, 600 (7th Cir.1995).

¹¹⁹ Werden, *supra* note 19, at 750-751; Gellhorn, Kovacic & Calkins, *supra* note 9, at 275; Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-43-45; Kovacic, *supra* note 6, at 37-38; ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 14.

¹²⁰ ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 8,13-14; Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-47-14-48.

要素¹²¹，亦即要求主張共謀合意存在之人必須舉出事業有進行共謀合意之動機，單僅舉證該等證據仍不足以推論合意存在。



第五款、小結：產業結構與經濟合理性之困境

1986年 *Matsushita* 案最高法院判決認為原告的主張不具有經濟上的道理（no economic sense）而肯定被告事業不具有合意，學者認為此等論述很可能因此導致下級法院比以前更為注重經濟合理性的附加因素¹²²，而當經濟合理性結合產業結構一起論述時，將可能產生法院不輕易推論合意存在之困境。

在經濟性證據中，產業結構屬於結構性之附加因素，而行為反於自利以及共謀之動機則較偏向經濟合理性之判斷，產業結構係從事業所屬之產業是否容易實行聯合行為之角度論述合意之認定，反之，行為反於自利以及共謀之動機則係從事業行為合理性之角度論述合意之認定，兩者在某些情形下將產生關聯性。

再者，產業結構之特性在某方面將影響經濟合理性之論述，可能致使經濟合理性與產業結構此兩種附加因素間存在著某種論述上或證明上的困境，而在事業平行一致定價之情況下，將可能阻礙法院推論協議存在¹²³。

當事業所處的產業結構不易促成共謀協調的情況，事業進行合意將是不合理的¹²⁴，法院不會輕易認定有合意存在（此為困境 X）；反之，在產業結構適於協調（例如寡占市場、得立即偵測背叛），則事業不需要利用相互保證達成合意就能達成協調的市場結果¹²⁵，若如此，則事業冒著違反反托拉斯法的風險進行合意將是不合理的，相同地，法院亦不會輕易認定合意存在（此為困境 Y）。故 Baker 所述

¹²¹ Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-54; Areeda, Kaplow & Edlin, *supra* note 63, at 228.

¹²² Jonathan B. Baker, *Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory*, 38 ANTITRUST BULLETIN 143, 184-185 (1993).

¹²³ *Id.*

¹²⁴ 蓋因可能不易達成共識、不易維持，或易有事業背叛，詳見本章節第一節第一款。

¹²⁵ 因市場價格透明，例如透過模仿跟隨，亦可達成與明示合意一樣之效果。



困境於結論上即係指，無論產業結構是否易於共謀合意，法院皆可能不願輕易地藉由情況證據（包含一致定價）推論合意存在。

然而，**Baker** 進一步認為困境 **Y** 的狀況較困境 **X** 狀況為弱。因在困境 **X** 下，當產業不適用於協調時，事業所有行為皆可得適用該困境下的論述；然而，在困境 **Y** 下，當產業適用於協調時，某些行為卻仍可能被推論為合意，亦即事業的行為與經濟學理論中所預想的事業合理行為（**plausible focal rules**）不符，此時仍可藉情況證據推論合意。例如：

- 1、 事業所為之行為過於複雜，難認為沒有合意而可達成該等行為：合理的寡占行為通常是簡單明瞭且容易理解，例如提高某特定比例或數值的價格或降低特定比例的產量，包括在單一地理市場的單一同質產品；如事業之行為過於複雜，非藉由產業結構特性即能達成相同之結果，可認為合意存在。
- 2、 若事業之行為缺乏合理商業理由，即有可能非獨立決定。
- 3、 若競爭者間曾經直接溝通或有機會進行溝通，且競爭事業在溝通過後或該等機會後立即改變其行為，則可能得推論競爭事業已達成合意。此一輔助之論述強調溝通與平行行為之結合將可能得推翻相互依存性。

第二項、溝通性證據

在附加因素之類型中最為學者討論的是競爭事業進行溝通或資訊交換等溝通行為之問題，此類證據通常得稱之為「溝通性證據」（**communication evidence**），惟不表示限於涉案事業面對面溝通始該當於本項目，事業公開宣布價格的行為亦常被認為是溝通性證據的一種。



若事業間溝通合意證據已顯示溝通內容涉及限制競爭之行為時，已屬於直接證據，應得直接藉此認定事業間是否具有聯合行為合意；反之，此處將討論的溝通性證據則係指競爭事業不包含限制競爭內容之溝通證據，以下可能包括下列兩種類型：

1、共謀之機會：本類型係指證據雖能證明競爭事業曾經接觸或溝通，然無法證明該次接觸或溝通的內容，故至多僅是有共謀之機會，例如事業間電話通話紀錄、事業間曾經出席同一場會議或聚會等，進行接觸、溝通之場合可能包括公開及私下。

2、資訊交換（Information Exchange）：資訊交換之行為包含下列兩種情況：

(1) 私下資訊分享：競爭事業有時可能會私下接觸溝通且交換事業經營之資訊的事證，例如事業間彼此曾討論或提出包括價格（已完成交易或未完成交易、未來的價格都可能包含在內）、產量或等事業的經營資訊，但實際上僅係提出該等資訊，而並未針對價格或產量等達成一致的合意或共識¹²⁶。

(2) 公開宣布或散布資訊（Public Announcements、Public Dissemination）：公開宣布或散布資訊之行為係指事業於市場上公開宣布事業資訊之行為，將使其他競爭事業得知進而調整其行為，產生促進價格或競爭關係之協調。

上開資訊交換行為時常被歸類為促進行為（facilitating practices）¹²⁷，惟

¹²⁶ 當事業未直接就限制競爭內容達成共識時，該證據應仍非直接證據，只是溝通內容之不同將會影響共謀合意之認定。

¹²⁷ 促進行為之內涵及討論詳見下述，但簡略而言，促進行為係指：事業之行為雖非直接得達成協議，然該等行為卻可能間接地導致事業行為一致性，該等行為如何規制有許多討論。

學者 Page 係將其置於溝通性證據之討論下¹²⁸，OECD 所做之研究報告亦稱促進行為為「類溝通性證據」(quasi-communication evidence)¹²⁹，而美國 FTC 官員之文章曾將所有競爭者資訊交換之行為歸類為促進行為¹³⁰，廣義而言，應可認為競爭者間資訊交換或公開宣布、散布資訊之行為均可作為促進行為，但非所有促進行為都屬溝通性證據¹³¹，本文為求徹底討論溝通性證據之內涵及與合意認定之關係，故將資訊交換或公開宣布、散布資訊等促進行為同樣置於本項目討論。

上開兩種類型雖均被歸類於溝通性證據下，但其討論的重心不同，共謀之機會因不涉及溝通內容而僅是接觸機會，其本身較少有違反 Sherman 法之情事，重點則在於其作為一種附加因素與價格共謀等合意行為間之關聯性，然而，資訊交換已涉及競爭資訊之內容，除作為一種附加因素與價格共謀等合意行為之關聯性之問題外，該行為本身可能還有適法性之問題，故以下分為兩部分分別論述之。

第一款、共謀之機會

共謀之機會 (opportunity to conspire) 此一類型之附加因素係指在主張有共謀合意之期間中，事業曾直接與其他競爭事業溝通或是一同出席會議等場合，原告時常主張事業利用該等溝通機會進行共謀¹³²。但自從 Matsushita 案後，如該案僅有共謀之機會，在推論合意上不具有太大的重要性¹³³，並無法僅以該證據推論合意存在，尤其在事業有合理合法之商業理由時¹³⁴。

¹²⁸ Page, *supra* note 43, at 440-442.

¹²⁹ See OECD (2006), *supra* note 57, at 21-22.

¹³⁰ Susan S. DeSanti & Ernest A. Nagata, *Competitor Communications: Facilitating Practices or Invitations to Collude: An Application of Theories to Proposed Horizontal Agreements Submitted for Antitrust Review*, 63 ANTITRUST L.J. 93 (1994).

¹³¹ 例如基點定價之系統或最惠客戶政策等促進行為應非屬溝通性證據。

¹³² Kovacic, *supra* note 6, at 45.

¹³³ Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-20; Kovacic, *supra* note 6, at 45.

¹³⁴ ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 15-16; Kovacic, *supra* note 6, at 45-46.



惟在下列三種狀況時，事業間溝通或溝通機會之證據則可能讓法院藉以推論合意存在，包括¹³⁵：

1. 該次會議或資訊交換係屬於秘密進行之情況；
2. 在事業接觸後，有同步調整其行為之情況；
3. 事業直接交換資訊至彼此已能了解對方未來行動之情況¹³⁶。

第二款、資訊交換

第一目、溝通行為於反托拉斯法之定位

FTC 的官員曾於其文中表示競爭者間的溝通行為在反托拉斯法上有兩種處理的途徑：一種是促進行為理論（*facilitating practices theory*），另一種則是共謀要約理論（*invitation-to-collude*）¹³⁷。

促進行為理論（*facilitating practices theory*）可能由 Sherman 法的第一條或 FTC 法的第五條¹³⁸規範；共謀要約理論（*invitation-to-collude*）則可能藉由 FTC 法第五條或 Sherman 法第二條¹³⁹規範¹⁴⁰。其中與本研究相關的部分是促進行為理論與 Sherman 法第一條的部分，Sherman 法第一條則是規制事業的「共同行為」，故可能產生是否具有共謀合意之問題；反之，其餘 Sherman 法第二條或 FTC 法第五條皆是規制事業的「單獨行為」。是故，本研究下文將以 Sherman 法第一條為基礎討論相關問題。

¹³⁵ Kovacic, *supra* note 6, at 47-48.

¹³⁶ 此種情況可能已符合第二款資訊交換之模式，詳見下述。

¹³⁷ DeSanti & Nagata, *supra* note 130, at 93.

¹³⁸ FTC 法第 5 條係規範不公平競爭方法，類似於我國公平交易法第 25 條。實際藉由 FTC 法第 5 條規範之具體案例請參考 FTC 所提出之 Ethyl 案，FTC 係主張事業溝通協調行為違反 FTC 法第 5 條，最終聯邦第二巡迴上訴法院判決事業勝訴；而 FTC 在該案所為的處分曾於我國的中油台塑聯合案中被公平交易委員會提出作為促進行為該當於合意的佐證，最終，最高行政法院肯定公平會的主張。詳細內容得參照 E.I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984).

¹³⁹ Sherman 法第 2 條係規範獨占（*monopoly*）或意圖獨占（*attempt to monopolize*）等行為類型。

¹⁴⁰ DeSanti & Nagata, *supra* note 130, at 93.



第二目、溝通行為於聯合行為之定位

壹、總論

將競爭事業間的溝通行為置於 Sherman 法第 1 條之架構下討論時，其於聯合行為中之定位又可再如下分類¹⁴¹：

第一種看法為該溝通行為本身係被 Sherman 法第 1 條禁止之行為，即將事業合意進行溝通或資訊交換資訊之行為本身作為一種不法行為加以規範，此種看法係強調溝通行為對於競爭所帶來的「效果」，而此時事業合意之對象內容為進行溝通行為而非價格、產量限制。然而，是否當事業一合意進行該溝通行為即該當反托拉斯法之違反，又可分為當然違法（*per se illegal*）及非當然違法的見解，前者係完全禁止事業間溝通，後者則是必須以合理原則（*rule of reason*）綜合判斷該溝通行為對於競爭產生的各種效果，始能認定行為違法與否；

第二種看法係將溝通行為作為判斷競爭事業是否進行合意漲價或其他限制競爭行為的「間接證據」或「附加因素」，溝通行為本身並不被當然被法律所禁止，但當有該等證據存在時，執法者得綜合包含此等溝通性證據在內之所有間接證據，以推論是否存有價格合意等聯合行為的合意。此時受規範之事業合意內容仍為價格或產量合意等。以下之內容將討論司法實務或學說如何定位該等溝通行為。

貳、美國司法實務

在美國司法實務上，早期的最高法院判決僅在事業的「意圖或目的」(*purpose*)係藉由交換資訊的方式影響價格時，始禁止該類資訊交換¹⁴²。

American Column & Lumber Co. v. United States (1921) 一案，硬木製造商之

¹⁴¹ Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-26.

¹⁴² ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 93.

同業公會採取「開放競爭計畫」(open-competition plan)，要求各事業按日具體提供其販賣之價格、買方姓名及其他資訊，並按月提出現在價格列表、產量及售出與未售出之存貨等之報告，並要求各事業提出其未來產量預測計畫，最終該等資料彙整為詳細資料並分發給公會之會員，且證據指出事業曾被建議跟隨最聰明的競爭者(“follow their most intelligent competitors”)，又該等資訊僅給予賣方而未交給買方，法院認為該等計畫已違反 Sherman 法第 1 條¹⁴³。

Maple Flooring Manufacturers' Ass'n 案中，事業間透過同業公會所交換的資訊是「經過統計」後的過去的「歷史性資訊」，並未交換特定客戶的資訊，且其公布之對象包含大眾而不限於同業賣方，故法院認定其並無固定價格的目的，從而支持該類行為¹⁴⁴。至於 Cement Manufacturers' Assn.案(1925)中，事業交換之資訊雖然涉及「特定」的交易相對人，但法院認為事業交換資訊的目的在於避免承包商欺騙以求得較低價格，故即使法院認為資訊交換的行為可能影響價格，但最後仍肯定該等資訊交換的行為未違反反托拉斯法¹⁴⁶。

但 Container 案後，法院對於資訊交換的焦點從行為人的意圖或目的(purpose)轉變為資訊交換對於價格的效果(effect)¹⁴⁷。Container 案中，最高法院認為競爭事業向被告要求給予最新的報價或所收受之價格資訊，被告收受競爭事業的要求後，抱持著未來其亦可能得到其所需資訊的期待下，將其自身的價格資訊提供給競爭者，故此等交換價格資訊之一致性行為當然足夠成立 Sherman 法第 1 條的共

¹⁴³ American Column & Lumber Co. v. United States, 257 U.S. 377 (1921).

¹⁴⁴ Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 563 (1925).

¹⁴⁵ 法官 Posner 之看法與法院判決之立場不同，其認為美國聯邦最高法院展現出更強調共謀定價之意圖，惟其從產業結構之競爭程度、參與之事業數量等因素分析，認為 American Column & Lumber Co. (1921) 一案中，因該產業競爭事業眾多、集中度低，參與該公會之產業數量多，較為偏向完全競爭市場，該案例中之資訊交換行為可提升經濟效率，具有促進競爭之效果，不應屬於違反聯合行為之類型；反之，Maple Flooring Manufacturers' Ass'n (1925) 一案中，產業結構集中度高，輔以運費書、平均成本編輯物等事證，應可認為該產業中之資訊交換行為有阻礙市場競爭之虞，而屬於違反聯合行為之類型。請參照 Posner, *supra* note 63, at 161-167.

¹⁴⁶ Cement Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 588 (1925).

¹⁴⁷ ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 93-94.

同或共謀的要件，且該價格資訊的交換最終達成穩定市場價格之結果。針對於價格資訊的交換，在某些市場可能並不影響競爭價格，然於本案的瓦楞紙板產業是由相對家數較少的賣方控制，不同事業的產品具有可替代性，故事業主要係藉由價格進行競爭，相對於此，市場的需求則是無彈性的，而競爭者交換價格資訊的行為使得價格傾向統一，不論其係穩定價格或提高價格皆違反 Sherman 法第 1 條¹⁴⁸。

Container 案中，聯邦最高法院所認定合意的內容係「價格資訊的交換」（並導致價格統一的結果而有害於競爭），非將價格資訊的交換作為共謀固定價格之間接證據，甚至本案法院更認定事業間不存在彼此須按照所交換價格販賣的共謀。可見該案聯邦最高法院係採取溝通行為本身屬於違法行為的立場，且在效果的論斷上，因其最終導致價格統一的有害於競爭的結果故行為為違法；有學者認為雖然資訊交換本身通常係以合理理由判斷其違法性，但 Container 案之法院在此判決內，特別對於「寡占市場之資訊交換」或「資訊交換內容涉及現在價格」之行為，似乎採取當然違法之判斷標準¹⁴⁹。

除 Container 案外，Gypsum 案（1978）¹⁵⁰之最高法院判決亦係將資訊交換行為本身作為違反 Sherman 法第 1 條之違法行為。

然而，在近來的案件中，Blomkest Fertilizer 案第八巡迴上訴法院（2000）則認為被告散播價格之行為本身並未違反 Sherman 法第 1 條，僅能作為附加因素使用¹⁵¹，與 Container 案最高法院判決有不同的立場。

¹⁴⁸ United States v. Container Corp. of Am., 393 U.S. 333, 335 (1969).

¹⁴⁹ Keith N. Hylton, ANTITRUST LAW: ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION 154 (2003).

¹⁵⁰ United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978).

¹⁵¹ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F.3d 1028 (8th Cir. 2000).



參、學說見解

至於學者對於溝通行為之定位持有何種看法呢？學者 Carlton 等人僅強調應以合理原則論斷溝通行為之違法性¹⁵²。學者 Page 則認為將競爭事業溝通行為，特別是競爭者私下溝通之行為，作為區辨一致性行為的定義的方法較為可行¹⁵³，雖然寡占市場中溝通非達成阻礙經濟性效果的必要條件或證據，但以實證之結果而言，大部分的經濟學者皆認識到事業為穩定協調價格，時常會涉及事業間互相理解各自利益及存在直接溝通之情事¹⁵⁴。簡言之，Page 係把溝通性證據認為是推論其他聯合合意（例如價格聯合行為）存在與否非常重要的一部分，而將其歸類於推論合意存在之情況證據使用。

學者 Harrington 就公開宣布之行為，認為應僅是合意協調價格的「證據」，仍必須就其效果進行經濟分析¹⁵⁵，從而反對上述 Container 案最高法院的立場。應注意 Harrington 未特別提及競爭事業「私下」交換資訊的部分。

惟 Page 同時認為無論係將溝通性證據作為情況證據使用或係將其本身作為違法行為論斷的兩種看法並無衝突，在實際操作上或結論上亦相當類似、而難以區辨。蓋若欲藉由合理原則¹⁵⁶，檢視溝通行為對於競爭帶來正負面的效果，藉此判斷溝通行為合法與否時，主張者必須提出該行為對於價格產生之影響力的相關證據，例如該溝通行為的時間、內容或對象等因素，以說服法官該溝通行為將會對於競爭產生負面之影響，而該等判斷影響競爭效果之要素，正係討論相關溝通行

¹⁵² Dennis W. Carlton, Robert H. Gertner & Andrew M. Rosenfield, *Communication among Competitors: Game Theory and Antitrust Application of Game Theory to Antitrust*, 5 *George Mason Law Review* 423 (1997)；但因兩種見解並不存在本質上之衝突，故本文認為並無法排除 Carlton 等人同時肯定將溝通行為作為共謀聯合行為的情況證據討論的可能性。

¹⁵³ 以學者 Page 整體之論述，其真意應係將溝通行為作為價格共謀等合意之情況證據。

¹⁵⁴ Page, *supra* note 43, at 431-435.

¹⁵⁵ Harrington, *supra* note 69, at 20.

¹⁵⁶ 通常針對於合意溝通本身是否違反反托拉斯法，均是以合理原則判斷之，未見有主張以當然違法原則判斷之。

為等間接證據是否得使判斷者推論具有價格合意存在之考量因素¹⁵⁷，故在實際操作結果上，特意區分兩者可能並無太大之實益。



第三目、溝通行為與行為反於自己利益之關聯性

一般會認為公開公布競爭資訊之行為因同時帶有促進競爭的利益，例如消費者得藉該資訊進行比價而獲得利益，故公布資訊是否違反聯合行為本身或得作為證明合意的間接證據之一，多數人多會持較為保守的立場，避免過度的干涉介入反而阻礙具有促進競爭效果之行為¹⁵⁸。

惟針對於「公開宣布定價」的行為，學者 Kaplow 從動機之角度思考其與共謀合意之關係，其認為重點應在於事業是否事實上藉由該交換資訊的行為獲得利益，蓋因事業（假設以賣方作為聯合行為之行為人）的利益時常與買方或社會整體的利益相反，事業是否具有採行公開價格行為之誘因。

在事業無共謀合意而係單獨行為時，事業因公開資訊使買方輕易找到較低價格，但買方以低價購買係反於賣方的利益，若不公告價格，買方可能屈就於現有的有限資訊中最低的價格，較有利於賣方賣得高價，故公開價格之行為在單獨為之的情況下，可能係反於賣方的單獨利益。相反地，在事業具有共謀合意時，得藉公開定價之方式偵測參與者有無背叛而能快速處罰背叛者，以遏阻背叛的發生。綜上，Kaplow 認為公開定價的行為以行為反於自己利益之角度觀察，可能推論具有合意的存在；不過此種論述可能有例外存在，例如，當事業推出新產品或於新地點營運時，會希望藉由廣告的手法吸引客戶上門，或是藉由廣告價格的方式，從其他事業中吸引更多客戶，此時就非必有共謀存在¹⁵⁹。Blomkest Fertilizer 案¹⁶⁰第

¹⁵⁷ Page, *supra* note 43, at 431, 435.

¹⁵⁸ Carlton et al., *supra* note 152, at 423.

¹⁵⁹ Kaplow, *supra* note 68, at 279-280.

¹⁶⁰ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F.3d 1028, 1038 (8th Cir. 2000) (Gibson J, dissenting).



八巡迴上訴法院之少數意見亦認為事業將自己的價格告知競爭對手應已屬違反自身利益，得作為判斷合意之附加因素。

學者 Areeda 的見解類似於 Kaplow 的見解¹⁶¹，其認為在沒有共謀合意的情況下，有時事業間的溝通係反於自利的行為而可能得推論合意存在。例如，當買方告訴賣方其他賣方有更低的價格，要求其給予相同價格的優惠，第一家賣方為了確認買方所述是否真實，而向第二家賣方詢問定價，而第二家賣方亦告訴其真實價格，此時事業間交換資訊的原因係為了互相確認買方所述價格是否有欺騙的情事存在，然而若賣方告訴彼此其真實的價錢，代表可能讓其他競爭者與買方交易，喪失買方與自己交易的機會，屬於行為反於自利的行為¹⁶²。

而有學者肯認資訊交換與行為反於自利之關係之同時，亦強調此時同業公會存在之重要性，即同業公會之存在得處理上述相關之資訊以促進競爭之效率¹⁶³，惟亦非謂事業透過同業公會所為之任何行為均得不受聯合行為之規範。

綜上，學者及部分法院認為事業主動提供資訊之行為是否違反自己之單獨利益，得做為判斷合意存在與否之參考因素。

第四目、安全區域

美國競爭法主管機關司法部 DOJ 及聯邦貿易委員會 FTC 曾針對競爭事業間之溝通行為，設定豁免之規範，符合該規範之溝通行為，將較不可能有反競爭之效果，而被認為是合法之行為¹⁶⁴。

首先，主管機關於 1996 年發表了「保健事業反托拉斯執行政策聲明」

¹⁶¹ 惟 Areeda 並未特別限於公開宣布價格之情況，其假設之案例屬於私下交換資訊之情況。

¹⁶² Areeda & Hovenkamp, *supra* note 41, at 14-23-14-24.

¹⁶³ Hylton, *supra* note 149, at 151.

¹⁶⁴ OECD (2010), *supra* note 74, at 298-300.



(Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care；簡稱保健事業聲明、Health Care Statements)，針對於保健事業間的競爭問題制定相關之指導方針，其中並包含事業間價格或成本資料的散播行為之規制。

該聲明對於事業間價格或其他競爭資訊的調查 (survey)，設定了一套安全港的標準，只要無特別的狀況下，主管機關不會爭執落於該等標準內的事業行為，但若超出此等標準之外，競爭法主管機關會衡量該等資訊交換的行為是否帶有反競爭的效果。而該項聲明內其所提出的標準如下¹⁶⁵：

- 1、 該等調查是由第三人為之（例如買方、政府機關、保健顧問、學術機關或同業公會）；
- 2、 調查參與者所提供的資料內容至少係三個月前的資料；
- 3、 所公布的統計資訊必須係基於至少五家事業所提供的資訊，單一事業資料的比重不得多於統計資料的 25%，且該等公布的資料不會讓訊息接收者得識別特定事業所提供的價格。

至於若係落於上開範圍之外的溝通行為，執法當局將進行違反與否的判斷，競爭法當局曾提及判斷競爭者間的資訊交換是否違法，必須考量下列因素：資訊交換的目的、資訊的種類（價格或產量的數據最容易引起競爭法的疑慮）、數據是涉及過去、現在或未來的交易、資訊交換的頻率、呈現出來的資訊是統計過後或未統計整理、產業特色（例如參進難易度、產品同質性、需求彈性、交易的頻率、大小及透明度）。從該聲明得知，只要涉及特定或未來的資訊，則就有阻礙競爭的風險，而必須進行合理原則的認定，但亦不代表資訊交換係當然違法之行為。

雖該項聲明係特別針對保健事業為之，然學者認為此等指導方針應也可用於

¹⁶⁵ ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 97-98.



其他產業。而實務上已有貨車運輸及電信數據交換的案例¹⁶⁶。

另外，主管機關再於 2000 年時發表「競爭事業合作指導方針」(Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors)，其中，當無特殊情況下，一般競爭事業之合作，其於相關市場之市占率如未超過 20% 之情況下，主管機關將不會就對市場之影響進行分析。惟此等豁免規定不適用於當然違法之合意行為、結合行為或不需詳細市場分析之違法行為¹⁶⁷。

第三款、溝通行為之判斷因素

競爭事業間的溝通或資訊交換行為必須具備何種形式或內容，始得讓判斷者推論有意思聯絡之存在，抑或該等資訊交換行為屬於違反競爭法之行為？另一方面，從事業的角度出發，若競爭事業間資訊的溝通無法避免，則應如何為資訊溝通及交換才不會有違反競爭法的疑慮呢？

按照整理，溝通行為所需考量之因素包括資訊之本質及數量、資訊所涉之期間、當事人分享資訊之意圖、產業結構、資訊是否得公開取得、資訊交換之方式、資訊交換之頻繁程度、是否限制直接取用競爭敏感資訊等¹⁶⁸。以下將討論美國法上的實務的立場及學者對於不同類型之溝通的立場¹⁶⁹。

¹⁶⁶ *Id.* at 97.

¹⁶⁷ 參見「競爭事業合作指導方針」(Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors) Section 4；OECD (2010), *supra* note 74, at 298-299；李幼華 (2002)，〈寡占市場一致性行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，10 卷 2 期，頁 31。

¹⁶⁸ OECD (2010), *supra* note 74, at 296.

¹⁶⁹ OECD (2008), *Facilitating Practices in Oligopolies*, DAF/COMP(2008)24, at 111-123, available at OECD, <http://www.oecd.org/daf/competition/41472165.pdf> (last visited Feb. 23, 2016); OECD (2010), *supra* note 74, at 294-307; OECD (2012), *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, DAF/COMP(2012) 17, at 171-177, available at OECD, <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012> (last visited Feb. 23, 2016)



第一目、產業結構、產品特性

如同上述，事業家數少且集中、不易背叛之產業結構及同質性產品等因素有利於促成共謀勾結，因此，許多競爭法執法機關會特別關注寡占市場中之資訊交換行為¹⁷⁰。上開 Container 案，聯邦最高法院明白亦指出資訊交換在某些產業中可能不影響競爭價格，相較之下，在事業家數少、集中之產業中，資訊交換行為之不法性較高。

第二目、資訊內容

交換之資訊內容可能影響法院對於資訊交換行為不法性之判斷：

如資訊屬於機密資訊，一般而言不能向競爭事業揭露，例如價格、數量、商業策略等；此類資訊有助於形成、監督及執行共謀，而當競爭事業間交換之資訊涉及此類競爭敏感資訊，執法機關將可能懷疑有限制競爭之可能性¹⁷¹；

相較於交換價格資訊，有認為若事業間所交換的資訊涉及「成本」的資訊，則其行為違反反托拉斯法的疑慮會較少，但當事業有意圖限制競爭或該等行為會促進價格固定的合意時，仍會發生反托拉斯法的問題¹⁷²，另外，有學者亦認為成本資訊甚至可能降低價格，並非必然具有反競爭的效果¹⁷³。惟另有學者認為如事業知悉競爭事業產品之平均成本，只要其價格設定高於市場上最無效率事業之平均成本，則其就有利可圖¹⁷⁴。故如事業交換資訊之內容涉及成本，又與價格、數量等有不同之看法及考量，有必要詳加考慮各種情況，以決定其與合意推論間之關係。

¹⁷⁰ OECD (2010), *supra* note 74, at 46-48.

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 96.

¹⁷³ Carlton et al., *supra* note 152, at 432.

¹⁷⁴ Hylton, *supra* note 149, at 150. 不同見解請參照 Posner, *supra* note 63, at 160-161.

另外，當交換資訊之內容越詳細，競爭事業就越容易預測彼此未來之行為，並依此調整各自之行為。而當資訊屬於整理過後之總體資訊，無法辨認各家事業單獨資訊時，則較不會導致限制競爭，例如 Maple Flooring Manufacturers' Ass'n 案¹⁷⁵；但 OECD 報告指出執法機關仍按個案判斷是否限制競爭，未必具有固定之見解¹⁷⁶。

第三目、公開與私下

在衡量競爭事業資訊交換行為的效果或與合意間的關係時，最常被學者所討論的即是資訊交換或溝通的公開與否，或消費者是否亦得知悉該等資訊之問題。對此大致可區分為私下、不公開的溝通與公開的溝通。

前者私下不公開的溝通係指證據顯示事業曾經進行接觸並涉及資訊交換，例如提及自己的價格或產量等，但未進一步就共謀合意進行協議或達成共識¹⁷⁷。後者的公開溝通，基本上是指事業外觀上非向競爭者傳遞訊息，而係向消費者等社會大眾傳遞訊息，但因為公開為之，故競爭者得從市場上同時知悉。

針對於資訊交換係公開或私下為之之方式，實務及學者有下列的看法：

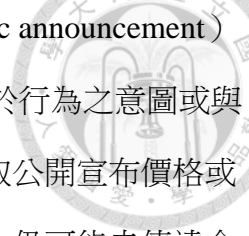
壹、公開資訊交換

公開資訊交換或稱事業發送信號（signaling）之行為，特別是指事業於市場上公開宣布競爭相關訊息之行為，該等行為雖看似只有一方事業行動，但其他競爭事業得獲致資訊並進而採取類似行動，而可能促成價格上之協調，常被當作促進行為之一種。

¹⁷⁵ Cement Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 588 (1925).

¹⁷⁶ OECD (2010), *supra* note 74, at 48-49.但也有許多交換之資訊屬於總體資訊仍被禁止。

¹⁷⁷ 如證據僅顯示事業曾經接觸或有溝通機會但不知溝通之內容，則屬第一款共謀機會之問題。



學者 Page 將競爭者間的資訊交換重點放在公開宣布（public announcement）及私下交換價格資訊之差異。Page 認為認定合意與否之重點在於行為之意圖或是否具有與其他競爭事業為平行行為的依賴意圖；而在事業採取公開宣布價格或其他資訊之情況下，縱使事業公開宣布之內容包含定價之意圖，仍可能未傳達合意所必需的資訊，在缺少更多證據顯示事業之陳述中包含有視其他事業是否為相同行為決定行動與否之意圖或具有共通目的，實不足以公開宣布之行為區分有意識之平行行為及一致性行為¹⁷⁸。

相較於 Page 認為公開宣布價格的行為難以傳達必要之意圖而應不難認定有合意存在之見解；學者 Harrington 則特別強調公開價格與共謀協調間之關係，認為公開宣布價格，甚至包含公開定價（Posted Pricing）之行為仍可能有共謀合意之存在。至於如何以公開定價模式推論合意存在，Harrington 採用的標準是僅當其他事業嗣後跟隨協調定價，事業所採取的行為始與其最佳利益一致時，得認為有合意存在¹⁷⁹，對此其並提出幾個判別的標準，包含：採用公告定價之方事前，事業實際售價低於官方宣布之定價，或不存在所謂官方宣布之定價。

綜合上述，相較於 Page 認為公開宣布之訊息過於模糊致使無法判斷何者才是達成合意所必要的，Harrington 則認為重點不在於公開與否，而在於該訊號之內容是否已經明確，某些公開宣布價格之行為仍可能推論出合意存在，例如 *Petroleum Products* 案中¹⁸⁰，第九巡迴上訴法院認為公開宣布價格的行為僅對於賣方有利，其無異於賣方私下彼此間宣布價格¹⁸¹。

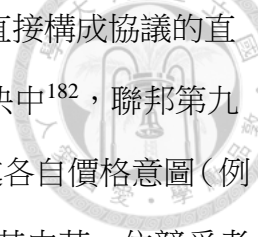
貳、私下交換資訊

¹⁷⁸ Page, *supra* note 43, at 440-442；該兩種意圖是 Page 特別強調事業的合意所應具有的要素。

¹⁷⁹ Harrington, *supra* note 69, at 16-18.

¹⁸⁰ *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation*, 906 F.2d 432, 445, 448-449 (9th Cir. 1990).

¹⁸¹ Harrington, *supra* note 69, at 19；詳見下述。



另一方面，在私下交換價格資訊之情形時，該行為可能得直接構成協議的直接證據，亦可能作為一致性行為的情況證據。在 ESCO 案的判決中¹⁸²，聯邦第九上訴巡迴法院假設下列情況：多名競爭事業在聚會中僅陸續陳述各自價格意圖（例如其欲採取的定價為 X 元，而全部陳述者的所欲定價皆相同），其中某一位競爭者 A 未為任何陳述，最終其價格達成一致；對此，上訴法院認為僅以聚會中陳述價格之意圖並無法充分證明協議存在，仍必須考慮競爭者在聚會前所為之行為、聚會後所為或未為之行為；而當有平行行為存在時，必須還需要競爭者間有互相同意（mutual consent）的存在始可能推論共謀合意的存在，但不須要達到交換實行該等行為的保證（assurance）之程度。此判決內容似乎只要該事業的溝通行為係在其他競爭者亦同時在場，且嗣後所有人都跟隨為一致行為的情況下即足夠該當合意之要求，而不必然需要任何口頭上溝通亦可能傳達參與共謀之意思。

Page 認為法院見解顯示，比起完整的口頭協議本身即可能違反反托拉斯法，若僅係事業私下陳述未來價格意圖的行為，之後仍必須加上其他陳述或嗣後所為之行為，始可能推論溝通已傳達信賴（reliance）的必要要素，而有共謀合意的可能。其中縱使未為任何陳述的競爭者 A，亦可能以特定行動傳達必要資訊，例如出席秘密聚會可能即代表同意或信賴，因此事業的行為是否為一致性行為，仍須考量許多要素，包含是否是私下為溝通、未來價格、A 所建立的信譽等¹⁸³。

參、小結

總結而言，Page 的立場是，公開資訊交換的場合因事業難以在公開訊息中陳述其共謀的意圖（包含依賴其他人為相同行為的意圖），故公開資訊交換難被推論為有合意存在；反之，在競爭事業私下資訊交換或溝通的情況，即使僅陳述未來所欲採取的價格的意圖，但因可能藉由其他陳述或其事前事後的行為，傳達必要

¹⁸² Esco Corporation v. United States, 340 F. 2d 1000 (9th Cir. 1965).

¹⁸³ Page 所考量的要件 Carlton 等人文章所述之要素幾乎相同。



的依賴要素，而可能推論為共謀合意存在¹⁸⁴。但 Harrington 則認為重點不在於公開與否，而在於該訊號之內容是否已經明確，公開宣布價格之行為仍可能推論出合意存在。

本文認為，就透過公開方式傳達資訊之行為是否具有違反競爭法之疑慮，仍應個案判斷事業透過公開資訊交換所傳達之意涵及內容，原則上應持較為保守之態度，蓋因公開宣布資訊之同時，交易相對人或消費者亦得從該等資訊宣布之行為中獲得有利益之資訊，且如學者 Page 所述，事業仍需避免競爭法主管機關之調查，故其所傳達之內容應難以包含反競爭之意涵，而不宜輕易認定有反競爭之疑慮，然若事業在該公開資訊交換行為之前後有其他行為，例如價格確認之行為，則未必不能認定反競爭之疑慮，而應進一步結合其他行為加以判斷之。另外，公開資訊交換所傳達之內容如非交易相對人所需，則亦可能從溝通之目的加以判斷，請見下述討論。

第四目、事後價格確認

競爭事業於事後進行價格確認之行為是否可能得認為具有合意存在：

壹、實務見解

Blomkest Fertilizer 案中，原告主張被告鉀肥製造商共謀提高鉀肥之價格，原告所提出的附加因素中有被告事業間的溝通性證據，包含事業在會議或展銷會的見面、事後價格確認（price verification）之電話來往等。其中針對於價格確認之電話來往，聯邦第八巡迴上訴法院的多數意見認為電話來往所交換的訊息係針對特定且「已完成」的交易，而非未來的市場價格，價格共謀必須事業間在「告知消費者價格前」即有溝通存在，並在原告主張的共謀七年期間內，被告間僅有數十

¹⁸⁴ Page, *supra* note 43, at 442-446.

次電話確認價格，且事業間交換資訊之證據必須對價格決定有所影響，結論上認為該確認價格之電話表面上不違法，從而並無法排除被告調高售價係事業單獨為之的可能性¹⁸⁵。可見本案上訴法院認為溝通的內容必須針對仍未進行或未完成的交易始可，針對已完成的交易資訊進行交換，縱是針對「特定」交易，仍不足確立合意的存在。

然同案巡迴上訴法院的少數意見則認為價格確認之行為係共謀合意存在的情況證據之一，蓋因價格確認的行為顯示事業並不希望缺少他人的協議合作，並得防止削價行為出現，已得做為間接證據。且以一般理性事業的立場，通常會希望自己的價格或其他競爭資訊不被其他競爭者知悉，若公布其價格讓其他競爭事業知悉，將可能有害於事業的利益，而本案事業將自己的價格告知競爭對手應已屬違反自身利益，得作為附加因素。

貳、學者見解

學者 Page 對於 Blomkest Fertilizer 案¹⁸⁶上訴巡迴法院多數意見認為競爭者間事後針對已完成的交易確認價格並無法充分推論合意存在之見解持贊同的看法，蓋因 Page 特別強調的事業的合意必須包含有傳達共同目的及依賴之意圖，但事後的價格確認並未傳達達成共通目的的意圖，或仰賴其他競爭者為相同行為，故應無法推論合意。至於對於上訴法院少數意見認為價格確認之行為顯示事業並不希望缺少他人的協議合作屬間接證據之見解，Page 認為少數意見係允許更廣泛地推論共謀存在，因事業已揭露在未參與聯合行為下無從得知的機密折扣資訊，甚至，少數意見可能認為暗默的協調¹⁸⁷（*tacit collusion*）加上定期溝通以確認是否遵守已足以滿足協議之要件¹⁸⁸。但亦有學者較贊成該判決之少數見解¹⁸⁹。

¹⁸⁵ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F.3d 1028 (8th Cir. 2000).

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ Page 原文的 *tacit collusion* 較接近有意識之平行行為之意，而非屬於合意的默示共謀。See Page,



參、本文見解

對於是否因為價格確認是在交易後為之即可否定其有合意的可能性，本文持保留的立場，首先 *Blomkest* 案所涉及的是特定事業的競爭敏感資訊，而非經統計過後的訊息，且其所得的資訊雖然對於提供資訊者是事後的歷史資訊，在提供資訊的當下，雖對於提供者的價格已無影響力，但取得資訊者可能會跟隨其價格為一致的定價，產生阻礙競爭的結果；又或者是當提供資訊者已知取得資訊者可能會跟隨其定價之情況下，在競爭之情況下提供資訊之行為可能不利於自己之利益。而上述保健事業聲明縱是歷史性資訊亦保留三個月前的限制，而非歷史性資訊就必然得不受反托拉斯法規制。

再者，如同上開 *ESCO* 案上訴法院¹⁹⁰所述，應考量事業事前及事後的行為，本案中仍必須觀察取得訊息的事業事後所為的行為，本案涉案事業雖在七年間僅有十次價格確認的行為，但此時應考慮向來該產業變動價格的頻率，若該產業變動價格的頻率很高，則電話確認次數少可能難以被認為有競爭阻礙的疑慮，反之，若該產業變動價格的頻率本不高，平均一年一次的價格確認已能讓事業間達成共謀。

第五目、溝通之目的

學者認為法院可能依據公開宣布資訊之目的不同，而對行為合法性之認定持不同的立場¹⁹¹。其中就本項目，公開之資訊內容是否為消費者所需則是重要的判斷標準。

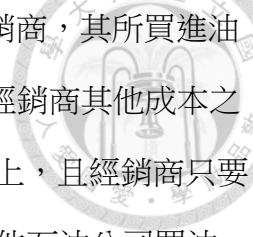
supra note 43, at 410.

¹⁸⁸ *Id.* at 442-446.

¹⁸⁹ Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *ANTITRUST LAW IN PERSPECTIVE : CASES, CONCEPTS, AND PROBLEMS IN COMPETITION POLICY* 303-308 (2002).

¹⁹⁰ *Esco Corporation v. United States*, 340 F. 2d 1000 (9th Cir. 1965).

¹⁹¹ ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 95-96.



Petroleum Products 訴訟案中，原告為向石油公司買油的經銷商，其所買進油的價格被稱作槽車價（*tankwagon price*），槽車價僅偶爾變動，經銷商其他成本之變動更多係藉由石油公司折讓（*discount*）的方式反映於槽車價上，且經銷商只要維持經銷權，就僅能向特定石油公司買進油，無法任意選擇向其他石油公司買油。原告主張被告石油公司間藉由交換價格資訊之方式，共謀提高或穩定（零售）石油產品之價格，違反 *Sherman* 法第 1 條¹⁹²。原告所提出證明被告具有聯合行為合意之證據包括：被告多次藉由新聞稿公布其取消折讓並回復原來的槽車價格，或於公司總部、分部或油槽張貼詳細的折讓、槽車價之資訊，且皆在該資訊生效前公布之，導致價格協調之結果；基於內部人員之證詞，被告石油公司間曾有多次接觸、溝通、討論關於折讓、槽車價等事項之情事¹⁹³。


對此，聯邦第九巡迴上訴法院首先認為被告之平行行為在本案之寡占市場中，可能係基於相互依存性所產生的跟隨行為，因此不可單以平行行為推論合意存在，必須要有更多證據。依據某被告之內部人員證言表示公開宣布槽車價之變化係希望其他業者跟進、減少不確定性及其他相關證據，法院認基於公開宣布的目的及效果，加上平行行為，應可合理推論有合意存在。

法院在判決中又表示，油的槽車價及折讓僅對石油公司及經銷商有意義，零售之消費者並不在意經銷商用何種價格買油，且亦不影響石油經銷市場，蓋因經銷商只要維持特定石油公司的經銷權，並沒有權利選擇向其他石油公司買油。故公開公布價格之變動除了促進相互依賴性或價格協調之共謀外，別無其他目的¹⁹⁴。其中對於事業所公布的資訊係有無助益於競爭詳加論述，尤其係事業所公布的資

¹⁹² 訴訟中還有共謀限制產量及共謀拒絕與原告締約等行為，但因重點在於價格限制競爭的部分，故該等行為於本文並不多加論述。

¹⁹³ *In re Coordinated Pretrial Proceedings In Petroleum Products Antitrust Litigation.*, 906 F. 2d 432 (9th Cir. 1990).

¹⁹⁴ 惟嗣後於 *In re Citric Acid Litigation* 案中，第九巡迴上訴法院認為 *Petroleum Products* 訴訟案的原告已經提出共謀的直接證據，從而限縮了該案的重要性，



訊係批發售價，既無法使其他經銷商轉換交易對象、消費者亦非以批發售價進行買賣。法院判決並在註腳補充，若今日事業所公布的價格是零售價（retail prices），則結論必然有所不同，蓋因若推論公布零售價格的行為具有共謀合意，則會越讓消費者難以得到價格而為有效率的交易決策。似乎對於事業所交換的資訊是否為消費者所需、是否公開等要素，認為其會影響到交換資訊行為的違法與否¹⁹⁵。

總結而言，該案法院判決顯示：事業所公布的資訊表面上是對於所有人，包含消費者、交易相對人及競爭對手，但若該等資訊對於消費者或交易相對人毫無用處時，即不會影響消費者或交易相對人的選擇，此時該等公布資訊的行為即可能被認為係不利於競爭的；另一方面來說，既然公布資訊的行為無法有利於消費者或交易相對人，在無合意共謀的情況下，甚至係有害於自身事業的競爭，則公布資訊的行為之目的則很可能係具有聯合行為合意，藉此推論合意亦有可能。

ATP 案中，法院亦認定事業藉由電子布告欄公開價格宣布之目的並非為了消費者，其所宣布的價格並非確定的而僅是測試性質，而認為該等交換資訊的行為是不法行為的證據¹⁹⁶。

另一方面，在消費者有需要事前被通知價格上漲之資訊時，法院將可能肯定公開宣告價格行為，而不認為具有合意存在¹⁹⁷。

¹⁹⁵ Page, *supra* note 43, at 440-442.

¹⁹⁶ ATP 案中，航空公司於某系統上刊登之新價格與實際生效間存有一段時間差距，仍有撤回新價格之機會，法院認定該刊登新價格僅是用以測試競爭對手是否跟進之方式。United States v. Airline Tariff Publ'g Co., 836 F. Supp. 9 (D.D.C. 1993); United States v. Airline Tariff Publ'g Co., 1994-2 Trade Cas. 70, 687 (D.D.C. 1994); ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 95-96.

¹⁹⁷ Reserve Supply Corporation v. Owens-Corning Fiberglas Corporation, 971 F. 2d 37,54 (7th Cir. 1992) (“these announcements served an important purpose in the industry...customers or bid on building contracts well in advance of starting construction and, therefore, required sixty days' or more advance notice of price increases..”).



第六目、主動公開

依 Blomkest 案持少數意見之法官 Gibson 之見解，判斷事業交換資訊之違法性得建立於事業主動公開資訊是否有違自己之最大利益，而其中事業主動公開資訊與事業主動蒐集資訊此兩種行為將有不同之評價，後者事業主動蒐集資訊係商業上之合理行為，但前者事業主動公開資訊此一問題，必須討論事業主動公開公司之資訊是否有違自己之利益，一般來說事業主動給予事業內部之資訊此一行為係有違自己單獨利益（參前述）¹⁹⁸。本文試著將資訊交換此一問題，依行為人之主動及被動區分為不同之項目：

- (1) 當資訊擁有者及資訊獲取者在私下均主動公開及主動獲取該資訊時，被認定為合意之可能性較高，惟如事業係具有合理理由，例如 Cement Manufacturers' Assn.案（1925）為避免承包商欺騙而進行之價格確認行為，就曾被認為非合意¹⁹⁹；但若資訊交換係公開為之，則有依照前述溝通之目的或其他個案情事判斷之必要，詳見下段論述。
- (2) 當資訊擁有者主動公開資訊，而資訊獲取者被動知悉資訊：此一部分亦得分為公開及私下，若資訊擁有者在私下主動公開資訊，而資訊獲取者被動接受該資訊，如同 Esco 案假設之案例，資訊獲取者如未離開該場合，仍有被認為係該當於合意之可能性。

簡言之，資訊擁有者在私下主動公開資訊時，均有被推論合意存在之可能性，另外，當資訊擁有者主動在市場上公開資訊時，無論資訊獲取者係在市場上主動蒐集資訊或被動獲知資訊（因事業本可能在市場上蒐集其他競爭

¹⁹⁸ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F.3d 1028, 1048 (8th Cir. 2000) (Gibson J, dissenting)；在 Blomkest 案中，事業存在私下溝通，故法官 Gibson 在此所述之主動公開資訊應係私下為之。

¹⁹⁹ Cement Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 588 (1925).

者之資訊，以做出最有利之決策)，均有其他情事或商業理由需要判斷，未必得認為具有合意，而事業主動公開之資訊如係涉及不必要之資訊，例如上開溝通之目的之問題，則仍會引發合意之問題，請見上開本款第二目、第三目及第五目之討論。

- (3) 當資訊擁有者被動公開資訊而資訊獲取者主動獲取資訊：被動公開資訊者之行為並無任何違法性，而後續資訊獲取者縱主動向他人（除資訊擁有者以外之人）索取而得到資訊²⁰⁰，仍不符合合意此概念中雙向之意涵，且事業為作出最佳決策，基於自己利益本可能於市場上主動蒐集資訊，應不足以認定合意存在。
- (4) 資訊擁有者被動公開資訊、資訊獲取者亦被動獲取資訊：此時關鍵在於交易相對人，假設案例係例如客戶為了獲得較佳之交易條件，將自 A 供應商獲得之價格資訊提供給 B 供應商，要求 B 供應商給予較佳之交易條件，此種狀況亦可能反過來發生在 A 供應商，經由運作後，供應商 A、B 可能均擁有彼此之價格資訊，此種狀況更加不符合合意此概念雙向之意涵，不足以認定合意存在。此狀況類似於下述促進行為事業採取低價保證之策略，此時重點將不在於該資訊交換本身，重點應該在於為何事業同時採取低價保證之策略，而應探究更為前階段之問題，後階段客戶在供應商間流通資訊本身則係作為前階段行為之補充之一。而若供應商 B 欲向 A 確認客戶所述是否為真實而轉而向 B 詢問價格，將會變成係第一點之問題，雙方均主動要求或提供資訊之問題，請見上述。

上開討論僅是假設典型之案例討論其資訊交換之違法性，然依據個案事實之差異，包含資訊內容、交換之方式等，對於資訊交換、資訊公布或資訊蒐集亦可

²⁰⁰ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F.3d 1028, 1048 (8th Cir. 2000) (Gibson J, dissenting).

能有不同的判定標準，故上開分析仍有依個案再予判斷之必要。



第七目、預告資訊²⁰¹

因預告調漲價格之資訊有助於共謀合意，競爭法當局在多則案件中曾禁止預告機制，但被聯邦最高法院撤銷²⁰²。但亦曾有將禁止預告機制規定至同意判決（consent agreement）內²⁰³。

第四款、溝通性證據與產業結構之關聯性

學者及實務案例都曾試圖統整產業結構因素等與溝通行為因素而加以討論合意認定之問題；以下區分為兩部分：

第一目、產業結構不易於共謀、聯合行為複雜

此部分較無歧見；當事業共謀協調之行為高度複雜或長期²⁰⁴、產業結構不易於共謀時，事業就越需要廣泛的、明示的溝通，若缺乏此類直接證據或有力的間接證據時，則讓協調共謀的推論變得虛弱²⁰⁵，故調查者應關注於較為複雜且結構上較為競爭的市場以尋找事業明示溝通之證據²⁰⁶。

且當涉及較為複雜的行動，縱事業實施的是促進行為，亦因事業常藉由促進

²⁰¹ Kovacic et al., *supra* note 66, at 419.

²⁰² Sugar Institute, Inc., et al. v. United States, 297 U.S 553 (1936).

²⁰³ United States v. Pennsalt Chemical Corp., 1967 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,982 (E.D. Pa. 1967).

²⁰⁴ 雖本部分主要係闡述產業結構與溝通行為之關聯性，但被主張為共謀之行為之繁簡度與產業結構所代表之意義類似，故一起討論之；即產業如不易於共謀或行為複雜，此時無法僅藉由模仿跟隨達成，反之，產業如易於共謀或行為簡單，此時可能僅藉由模仿跟隨達成。

²⁰⁵ Kaplow, *supra* note 68, at 305-306.

²⁰⁶ Page, *supra* note 85, at 193-195.

行為以外的方法溝通，可能得讓執法機關推論合意存在，如同 *Cement Institute* 案²⁰⁷ 中，最高法院認為 FTC 並非非難基點定價（*basing-point pricing*）此一促進行為本身，而是事業合意維持且實行基點定價，致消除價格競爭之行為，蓋因 FTC 從該機制的運作中得推論出潛在的合意存在²⁰⁸。

Apex Oil 案第二巡迴上訴法院的見解亦認為當共謀行為是廣泛且持續長時間的，則直接證據存在的可能性是高的²⁰⁹。

第二目、產業結構易於共謀、聯合行為單純

當產業結構屬於利於共謀之結構（例如事業家數少、價格透明）或事業共謀協調之行為簡單單純、短期時，可能有聯合行為合意存在，但亦可能僅是事業間之有意識之平行行為，該如何認定事業是否違反聯合行為？此時大致可分為兩派見解：

學者 *Kaplow* 認為事業可能企圖隱藏明示證據，因此縱未能找到此等溝通證據，亦無法絕對的認為沒有共謀存在。再者，當事業所處產業結構是有利於共謀時，明示事業間的溝通可能非必要且可能難以偵測，故當事業結構越有利共謀而共謀協調漲價的風險越高時，應越不受缺少此類證據的影響²¹⁰。學者 *Snider* 亦認為在區辨共謀行為之層面上，當行為屬於簡單的情況下，法院應該對情況證據持更開放的態度²¹¹。

Apex Oil 案第二巡迴上訴法院認為當共謀之行為係短期且較為簡單之情況下，合意的證據時常是非正式的或默示的，而在某些情況下，情況證據仍不足以推論

²⁰⁷ *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948).

²⁰⁸ *Page*, *supra* note 85, at 193-195.

²⁰⁹ *Apex Oil Co. v. DiMauro*, 822 F.2d 246 (2nd Cir. 1987) (“the types of conspiracies alleged were more susceptible of direct proof since they concerned long-term complex relationships among competitors”).

²¹⁰ *Kaplow*, *supra* note 68, at 305-306.

²¹¹ *Snider & Scher*, *supra* note 45, at 1168-1169.

出合意而僅能導引出合理的相互依存性行為²¹²；Page 雖未特別強調此種情況使否要對情況證據持開放之態度，但其認為執法者應關注行為較為複雜且結構上較為競爭的市場，而非一味地關注於適於協調的市場²¹³，以此論述而言，其看法較接近 Apex Oil 案第二巡迴上訴法院之見解。

就寡占市場下之溝通性證據，此兩派見解某種層面亦反映對於寡占市場下之有意識之平行行為是否予以規範之論爭的不同見解，本文認為，因聯合行為既然不規範有意識之平行行為，則寡占市場之產業結構應給予特別之考量，尤其不得忽略有意識之平行行為存在之可能性，但。

第三項、其他類型之證據

第一款、類獨占之單獨行為

學者 Hebb 等人²¹⁴從「支配事業獨占行為」的觀點檢視聯合行為合意之認定。「支配事業獨占行為」之概念通常係用於獨占的規範下，係指在市場上具有支配力量的單一或少數事業所進行的行為如該當於法律所規定的不法行為（例如 Sherman 法第 2 條或歐盟運作條約 TFEU 第 102 條所規範的獨占行為）時，屬於濫用市場地位而違反獨占規定，惟因單一事業所為行為可能包含促進競爭之效果而有合法的商業理由，且無法確定明確的行為時點，故難以獨占之濫用規範之。然

²¹² Apex Oil Co. v. DiMauro, 822 F.2d 246 (2nd Cir. 1987) (“In a case where the alleged scheme is short-term and relatively simple in operation, we must as a practical matter accept that the best proof available most often will only tend to show the existence of an informal, perhaps even tacit, rather than explicit, agreement.”; “such factors in a particular case could lead to an equally plausible inference of mere interdependent behavior, i.e., actions taken by market actors who are aware of and anticipate similar actions taken by competitors, but which fall short of a tacit agreement.”).

²¹³ Page, *supra* note 85, at 193-195.

²¹⁴ Randal D. Heeb, William E. Kovacic, Robert C. Marshall & Leslie M. Marx, *Cartels as Two-Stage Mechanisms: Implications for the Analysis of Dominant-Firm Conduct*, 10 CHICAGO JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 213 (2009)；雖 Hebb 等人的此篇文章之重點在於透過聯合行為的行動檢視獨占事業的行為的違法性，然其中對於聯合行為的行動提供不同於向來學說的觀點，值得本文參考。



而，若係多家事業於形成聯合行為後，進行與獨占相同的行為以抑制競爭，Hebb 等人認為此時可能很有理由認為具有反競爭的理由，而應注意聯合行為及獨占行為的關連性²¹⁵。

Hebb 等人認為，通常聯合行為具有兩個階段，第一階段係透過 Sherman 法第 1 條的共謀行為達成限制產量或其他抑制競爭之共識，而將參與聯合行為的組織轉變為具有支配力量的生產者；第二階段則是進行排他行為，透過排他交易、獨家交易、掠奪性行為、阻礙新進業者、搭售、提高競爭對手成本或其他時常出現在獨占案件中行為之方式，控制潛在參進者、供給者力量、買方力量及產品的替代性，以確保第一階段所進行限制產量等的結果，藉此維持共謀卡特爾組織的支配地位，而上述第二階段的行為則是 Sherman 法第 2 條針對獨占所規範的行為²¹⁶。

綜上，Hebb 等人認為當於集中的產業中，「不具有市場支配力的事業」進行上述獨占行為時，執法機關必須留意可能是聯合行為的指標，尤其嗣後伴隨著未預期的價格增加時。此種方式有三種特點：比起抑制事業間競爭的行為，獨占行為更容易觀察²¹⁷；在事業行為發生變化時，主管機關可啟動調查；當事業了解到該等獨占行為會增加聯合行為調查的可能性，勾結的報償（payoff）降低使得聯合行為某種程度被遏阻²¹⁸²¹⁹。

²¹⁵ *Id.* at 215-216.

²¹⁶ *Id.* at 217, 222-223.

²¹⁷ 其舉例如獨家交易之行為比圍標容易觀察。

²¹⁸ Heeb et al., *supra* note 214, at 227, 230-231.

²¹⁹ 聯合行為與支配事業之行為（獨占行為）之連結還有另一啟發，即與聯合行為事業處於同一市場而未參與聯合行為之事業，可能因支配事業之行為而向聯合行為事業請求損害賠償，以往此種訴訟在美國實務，通常會被法院認為因聯合行為事業抑制競爭，反而使未參與事業獲有利益（例如未跟隨漲價，而能搶奪客戶），而駁回其損害賠償之請求。參見 Hebb 230

學者 Kovacic 或法官 Posner 等人亦將不具有市場控制地位事業進行市場支配地位之行為做為判斷合意存在與否之認定標準，甚至將其作為一種「超級附加因素」(詳見下述)，強調其與合意存在之關聯性高²²⁰。



第二款、促進行為

促進行為 (facilitating practices) 係指，雖然本身非屬違法²²¹，但其存在得讓事業更容易協調價格或其他反競爭事項之行為，而產生限制競爭之效果。在美國競爭法聯合行為之規範中，促進行為可分為下列兩種定位：

第一種方式係其本身即屬反競爭之行為而得直接受 Sherman 法之規制，事業合意之對象係合意採取該促進行為，多係受合理原則 (rule of reason) 之分析規制；第二種方式係其作為價格、數量等聯合行為合意之情況證據使用，事業合意之對象係價格或數量等，多以當然違法原則 (per se illegal) 檢視定價聯合行為是否成立，典型之行為係事業交換資訊之行為，實務案例得參考 ESCO 案中競爭事業交換價格資訊之假設案例²²²及 Petroleum Products 案中事業公布批發價格之行為²²³，當屬於後者作為價格聯合行為之情況證據時，亦可能列為一種附加因素²²⁴。

有認為促進行為之概念是用以填補明示合意及單純寡占相互依存性間之漏洞 (gap)，因勾結合意及附加因素之概念難以給予清楚之運作內涵²²⁵。

²²⁰ Posner, *supra* note 63, at 93; Kovacic et al., *supra* note 66, at 425-426.

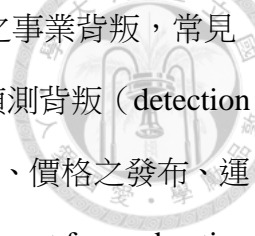
²²¹ 但司法實務上曾有將促進行為本身之行為視為違法 Sherman 法之行為，參見 Container 案，United States v. Container Corp. of Am., 393 U.S. 333, 335 (1969).

²²² Esco Corporation v. United States, 340 F. 2d 1000 (9th Cir. 1965).

²²³ In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432, 445 (9th Cir.1990).

²²⁴ Kovacic, *supra* note 6, at 48-53; Dennis A. Yao & Susan S. DeSanti, *Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion*, 38 ANTITRUST BULLETIN 113, 120 (1993).

²²⁵ Hay, *supra* note 67, at 1203-1204.



一般來說，事業為了順利達成聯合行為之合意或避免參與之事業背叛，常見所使用之措施包括聯合行為之形成行為、監視（**monitoring**）、偵測背叛（**detection of defection**）以及處罰等措施，具體之行為例如情報資訊之交換、價格之發布、運費同一化（例如基點定價策略）、價格保護政策及最惠待遇策略（**most favored nation policies**）、不必要地限制產品規格等措施²²⁶，該等措施之採用，均可能被認為係促進行為之一種。至於執法機關在衡量促進行為時，主要著重於促進行為之目的（**purposes**）及效果（**effects**）兩方面²²⁷。

另外，促進行為本身因可能導致事業行為一致性之結果而有被認為透過 Sherman 法第 1 條加以規範之可能性，除此之外，美國聯邦貿易委員會（**FTC**）曾認為事業所為之最惠顧客條款（**most favored customer clause**）、預先通知調整價格等促進行為屬於 **FTC** 法第 5 條所述之「不公平競爭方法」（**unfair method of competition**），該條不強調合意之概念，而是規範單獨行為，但最後被聯邦第二巡迴上訴法院否認，理由包含必須提出反競爭之意圖或目的、或說明事業缺少合法商業理由採行該類行為，又 **FTC** 法第 5 條所述之不公平競爭方法不僅止於對競爭有所影響，必須達到壓迫性之程度，另外市場上競爭非全部被消滅，仍有些價格競爭存在，且高度集中之產業及其產品特性本可能因相互依存性而致使競爭削弱之效果等²²⁸。本論文以下將介紹討論美國實務上常見之促進行為：

第一目、散布資訊、交換資訊

散布資訊之行為得使競爭事業自市場上取得競爭相關之資訊，雖事業未達成一致性之合意，但該等資訊有助於事業間進行價格協調，最終達成一致行為之結

²²⁶ OECD (2006), *supra* note 57, at 21-22.

²²⁷ OECD (2007), *supra* note 169, at 111 -112.

²²⁸ E.I. du Pont de Nemours & Co. v. F.T.C., 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984), vacating 101 F.T.C. 425 (1983).

果，甚至事業私底下明示交換資訊之行為亦屬於促進價格協調行為之一種²²⁹。

針對此一行為，OECD 報告認為屬於一種類溝通性證據或溝通性證據，且此種散布資訊或交換資訊之行為強調之處在於事業間之接觸與溝通，故本文將其置於前開本章節第二項目討論，詳細論述請參見前開溝通性證據之討論。

第二目、低價保證與最惠顧客條款

低價保證（low-price guarantee）係指賣方向買方保證，如買方發現其他競爭者有更便宜之價格，賣方將提供同等或更便宜之價格；最惠顧客條款（most favored customer clause）係指，如賣方未來之客戶支付之價格低於現在之買方，則保證現在之買方可獲得差價之退款²³⁰。此種條款機制將可能促使事業達成一致價格或嚇阻事業背叛。尤其在工業原物料或機器設備的市場中，由於下游客戶數量極少，廠商無法偵測競爭對手的欺騙增產行為，而藉由此種低價保證之機制，將使資訊流通，對欺騙背叛行為產生嚇阻之效用²³¹。

美國實務上著名之案例如 General Electric (GE)-Westinghouse 案²³²，該案中，General Electric 採取書面價格而不打折扣之政策，且公布價目表，買方得利用所提供之公式得知價格，最後則係採取價格保護條款（price protection clauses），如該公司給予任何買方之價格低於書面價格，該公司亦必須提供相同之價格予過去六個月曾經購買相同產品之買方。該價格保護條款係最惠客戶條款之運用，搭配公開價格公式以及不給予折扣之政策，競爭對手可以容易地模仿跟隨，如有一方不按照書面價格販賣而給予折扣，價格保護條款得發揮懲罰之機能，因該事業必須

²²⁹ Louis Kaplow, *Direct Versus Communications-Based Prohibitions on Price Fixing*, 3 JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 449, 468 (2011).

²³⁰ Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen（著），許景翔、潘明如（譯），前揭註 69，頁 240-243。

²³¹ OECD (2007), *supra* note 169, at 115-116；馬泰成（2005），〈默契性聯合行為與相關案例研析〉，《公平交易季刊》，13 卷 1 期，頁 100-101。

²³² United States vs. GE Co. (1977-1) Trade Cas. (CCH) 712 (1977).



對於前六個月之客戶相同之折扣，該降價之事業將受有不利益，但最後美國司法部（DOJ）與兩家事業達成和解，DOJ 並未提起民事訴訟²³³。

綜上，所謂之最惠客戶條款在與其他機制²³⁴之共同運作下，將可能扮演懲罰背叛者之機能，促使事業不輕易調降價格，將價格維持在超競爭價格之程度，而可能有限制競爭之虞；但此種最惠客戶條款得成功協調價格之先決要件在於產業上大多數之製造商及客戶均需採用此等條款，另在市場上具有大型買方時，此等條款更容易有效運作²³⁵。

然因在競爭之狀態下，低價保證及最惠客戶條款對於買方係屬有利之措施，其是否違法仍須個案判斷²³⁶。

第三目、定價系統

定價系統常見之案例係基點定價系統（*basing point pricing system*），基點定價系統係指利用地理所在位置作為基準點，不論生產者工廠距離基點的距離，買方支付的價格均包含距離最近基點的運費，依買方所在地與基點、賣方工廠所在地之距離差異，將分別產生運費吸收（*freight absorption*）或幽靈運費（*phantom freight*）之現象。基點定價系統常見於高運輸成本之產業，例如鋼鐵、水泥與原木²³⁷。

合意之認定特別係在幽靈運費此一部份，因幽靈運費將使事業設定之定價較高，實際上根本無相應之成本支出，是事業將自己設於較為不利競爭之地位²³⁸。

²³³ Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen（著），許景翔、潘明如（譯），前揭註 69，頁 240-243。

²³⁴ 若事業與下游客戶簽訂之契約係長期契約，非一次交易即可完成，如事業在契約中排除解約選擇（*release option*），可綁住下游客戶，客戶為求取低價保證條款之適用，勢必提供競爭對手之降價資訊，致產生嚇阻欺騙行為之作用。參照馬泰成，前揭註 211，頁 100-101。

²³⁵ OECD (2007), *supra* note 169, at 115-116.

²³⁶ OECD (2007), *supra* note 169, at 111.

²³⁷ Posner, *supra* note 63, at 91-93; Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen（著），許景翔、潘明如（譯），前揭註 69，頁 243-245。

²³⁸ Posner, *supra* note 63, at 92.



第四項、附加因素與合意之推論

上述討論眾多附加因素，關於應如何決定其與共謀合意存在之關聯性，包括針對附加因素推論共謀存在之可能性進行排序，抑或原告必須舉證何種附加因素存在始能使法院推論共謀合意存在等問題，美國法院從未明文表達其意見或立場²³⁹，而同時在某些判決中，法院更曾明白表示附加因素必須整體觀察（as a whole）²⁴⁰，或是於判斷時應避免區隔各個附加因素分開觀察²⁴¹。

第一款、經濟性證據與非經濟性證據

相較於上開美國司法實務多數係整體性地觀察附加因素與合意推論之關聯性，惟司法實務上亦曾有法院判決在附加因素之運用上，試圖將附加因素之種類分為兩種層次，分別賦予其不同之意涵及與合意推論間之關聯性：

High Fructose Corn Syrup 案之第七巡迴上訴法院判決將證據大致區分為兩類，一為經濟性證據（economic evidence），一為非經濟性證據（noneconomic evidence）；經濟性證據係證明事業呈現未從事競爭之證據，其又可分為市場結構得實行合意之證據以及事業處於未競爭狀態之證據，非必要存在亦非具有決定性之效果，但其存在對於合意之推論具有相當之重要性；至於非經濟性證據則係指事業之所以未競爭係因其已合意不從事競爭，而該案中存有許多事業間溝通之證據，學者有

²³⁹ ABA Section Of Antitrust Law, *supra* note 56, at 12-16; Kovacic, *supra* note 6, at 35-36.

²⁴⁰ In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 651, 661 (7th Cir. 2002) (“The question is simply whether this evidence, considered as a whole and in combination with the economic evidence, is sufficient to defeat summary judgment”).

²⁴¹ Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp. 370 U.S. 690, 699 (1962) (“plaintiffs should be given the full benefit of their proof, without tightly compartmentalizing the various factual components and wiping the slate clean after scrutiny of each”).



認為得因此排除單獨行為之可能性²⁴²。

另 *Blomkest Fertilizer* 案之第八巡迴上訴法院判決之反對意見法官試圖將附加因素分為建立實行共謀背景之附加因素（*situational factors*）及排除單獨行為之附加因素，建立實行共謀背景之附加因素包含產業結構易於實行共謀、事業具有動機進行共謀以及事業據有機會進行共謀（此證據僅係上述所謂共謀之機會），該等附加因素之存在得建立共謀合意主張之合理性，其屬於必要但非充分之證據；而排除單獨行為之附加因素則包含如無共謀合意事業行為違反單獨自己利益之相關證據，而該案中被該反對意見法官提出作為排除單獨行為之附加因素係事業間事後價格確認之行為，屬於溝通性證據之一環²⁴³。

總結上開判決之立場，主張聯合行為合意存在者進行舉證時，第一層次之證據雖非絕對必要，但其存在可能賦予共謀合意存在相當之基礎而具有相當之重要性，並可能得排除極端不合理之案例²⁴⁴，惟如舉證僅止於第一層次之證據仍不足夠完全推論聯合行為之合意存在，仍必須繼續舉證至第二層次事業行為係因有共謀合意存在，而排除單獨行為存在之可能性，其中事業行為違反單獨自己利益係其中判斷因素之一，惟必須注意，此處行為違反單獨自己利益非指重複論述第一層次經濟性證據所建立之證據，而係經濟性證據外得證明不競爭狀態來自於合意，例如二案中均涉及事業間接觸溝通之證據，而應進一步討論其與合意間之關聯性。

²⁴² *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 655-656 (7th Cir. 2002); Page, *supra* note 43, at 447-451.

²⁴³ *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc.*, 203 F.3d 1028, 1043-1046 (8th Cir. 2000) (Gibson J, dissenting).

²⁴⁴ 例如上述 *Matsushita* 案係透過事業不具有實行掠奪性定價聯合行為之動機排除合意存在之可能性。



第二款、溝通性證據之必要性

學者 Page 之見解似乎較傾向 High Fructose Corn Syrup 案判決中曾表示零加零等於零之論述²⁴⁵，否定上開判決認為附加因素應整體觀察之論述，其並強調主張共謀合意存在者必須舉證溝通性證據之存在，始可能推論合意存在²⁴⁶。其並觀察 Matsushita 案後的許多下級法院判決，其認為下級法院皆逐漸要求原告為了排除單獨行為存在之可能，必須提出涉案事業之間具有溝通行為之存在，包括 High Fructose Corn Syrup 案²⁴⁷、Williamson Oil 案²⁴⁸及 Flat Glass 案²⁴⁹等聯邦上訴巡迴法院之判決²⁵⁰。

學者 Werden 亦認為合意之推論不應該缺少行為人彼此間溝通之證據，因如讓陪審團在沉默的合意下判斷是否違反 Sherman 法第一條，等同讓其在沒有事業合意下判斷 Sherman 法第一條的違反；且對於沉默的合意並無適當的救濟方法，除非有可實行的救濟方式存在，否則不應課與責任²⁵¹。

第三款、超級附加因素之標準

學者 Kovacic 等人於其近年的著作中，將美國實務上的附加因素 (plus factor) 分為八大類²⁵²，並再針對此八大類之附加因素，找出其中所謂的「超級附加因素」 (super plus factor)，並透過貝氏定理之經濟分析²⁵³指出附加因素之強度與案件所

²⁴⁵ In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 651, 655-656 (7th Cir. 2002) (“zero plus zero equals zero”); 但該則判決最終仍是肯定整體性判斷 (as a whole) 附加因素。

²⁴⁶ Page, *supra* note 43, at 417. 但不清楚 Page 之溝通性證據之範圍是否及於共謀之機會、資訊交換等全部溝通性證據。

²⁴⁷ In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 651 (7th Cir. 2002).

²⁴⁸ Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287 (11th Cir. 2003).

²⁴⁹ In re Flat Glass Antitrust Litigation, 385 F.3d 350 (3d Cir. 2004).

²⁵⁰ Page, *supra* note 43, at 447-459.

²⁵¹ Werden, *supra* note 19, at 779-780.

²⁵² Kovacic et al., *supra* note 66, at 393.

²⁵³ *Id.* at 426-434. 貝氏定理 (Bayes' theorem) 是條件機率之一個定理，依照貝氏定理，在個案附加因素存在下，共謀發生之機率為 $P[C/F] = (P[F/C] * P[C]) / (P[F/C] * P[C] + P[F/not C] * P[not C])$ 。

需附加因素之數量呈反比，所謂超級附加因素係指強度較高，其存在得強烈指向事業有聯合行為合意存在，且重複強調附加因素應整體性論斷，該超級²⁵⁴。

Kovacic 等人與其他文章不同之處在於其提出「買方對於賣方行為之反應」之此一考量因素²⁵⁵，將買方之態度分為積極買方與消極買方；當市場上之買方對於賣方提高價格等行為持消極態度時，例如加油站之案例，則事業很容易透過公開價格宣告（public price announcements）達成一致之行為，此時價格一致結果係因競爭事業了解其相互依存性，然因此種狀況下法院或執法機關無法要求事業不去跟隨其競爭對手之價格，故認定合意與否存在將是難題；反之，當市場上之買方對於賣方提高價格等行為持積極態度時，例如積極反對事業之漲價行為，此時除透過公開價格宣告，事業將會需要更多之溝通以維持該調漲之價格，而有違反聯合行為之可能性，否則價格應該會下降而非維持在該調漲之程度上²⁵⁶，具體案例例如 City of Tuscaloosa 案中，政府機關之買方在採購契約中具有競爭性的，會拒絕賣方提高價格，在此種狀況下，除非寡占者彼此間具有溝通，否則寡占者不太可能在成本穩定下提高價格及利潤並每年維持相同的契約分配量²⁵⁷。

以下將會介紹 Kovacic 提及之附加因素八大分類以及超級附加因素之類型，並會佐以其他學者提及之相關附加因素，嘗試為聯合行為合意之證明提供想法。

壹、調漲價格

此必須與價格公告（price announcements）與買方的反應並同討論之。Kovacic 認為應區分價格公告是公開為之或私下為之，若為後者，買者會擔心是否只有自己受到歧視性對待，而會起而反抗，反之，前者之情況下，則買方因知悉其競爭

²⁵⁴ *Id.* at 429-432.

²⁵⁵ *Id.* at 397-398.

²⁵⁶ *Id.* at 410.

²⁵⁷ City of Tuscaloosa v. Harcros Chemicals Inc., 172 F.3d 884 (11th Cir. 1999).



對手亦遭受到相同對待，抵抗的程度會較減緩。此外賣方亦會藉由逐漸調漲價格及預告價格的方式減少買方的抵抗，減少買方之抵抗將可能減少事業溝通之必要性。

貳、減少產量

在通常之情況下，事業共同漲價加上市場分配之行為即能達成限制產量之功用。然 Kovacic 認為減產需與景氣好壞一起觀察，當市場上需求旺盛，利潤與價格均相當高時，若事業卻採取減少產量之政策，此種放棄利益之行為將可強烈推論合意存在，屬於超級附加因素。

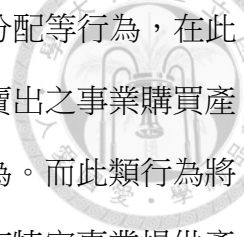
學者 Kaplow 亦提及在競爭之狀態下，需求上升會導致價格上升（假設邊際成本上升），事業會增加生產；然而，若是共謀合意之情況下，價格上升卻會伴隨著產量減少，但競爭狀態下的成本上升，亦會伴隨著價格上升及產量減少之現象，而與共謀合意之協調行為相似。

故 Kovacic 等所論述之此超級附加因素之重點在於需求上升之情況下，事業如進行減產，有悖於經濟理性，屬於超級附加因素，但仍需考量此等情況下，產品之成本是否有產生變動。

參、公司內部誘因的轉變

參與聯合與否的決策者通常是高階經理層，業務員為業績仍可能有搶占市場的誘因，此時可能與公司高階經理層所為之聯合內容的市場分配有所牴觸，因而若公司轉換其內部政策，例如維持價格優先於市占率，尤其在於產品同質性很高的市場，這類舉動通常不會認為是單獨為之的行為，屬於超級附加因素之一種。

肆、共謀利得之分配



此類附加因素之類型包含市占率分配²⁵⁸、客戶分配、地區分配等行為，在此運作下，如比預期賣出更多之事業必須以聯合行為之價格向少賣出之事業購買產品，此種方式對於多賣出者似係一種懲罰機制，以維持聯合行為。而此類行為將會產生下列現象：市占率穩定、客戶未激烈變動、特定區域僅有特定事業提供產品或服務。

但上述市占率穩定等多種現象亦可能係重複賽局下寡占者無合意之行為²⁵⁹；此時應搭配前述買方的反應觀察，如在無合意之狀況下，買方對事業行為強烈抵抗，於市場上應有變化產生，例如市占率變動、買方改變賣方交易或深入地區交易，若買方展示強烈抵抗，然上述現象卻維持穩定，尤其在事業有超額產能時仍維持高價格時，將可作為合意存在之超級附加因素²⁶⁰。另外法官 Posner 則認為穩定之相對市占率（與參與聯合行為之事業比較之市占率），如與市場上價格領導者之市占率下降此一因素結合判斷，表示因聯合行為定價過高，致使其他競爭者參入市場，將可特別推論合意存在²⁶¹。

伍、重新分配利得與損失

事業重新分配利得與損失之具體案例，例如：當事業以市價向競爭對手購買產品，尤其在事業具有超額產出、供過於求，且產品同質性高的情況下，將可作為超級附加因素。故事業非不得向競爭對手購買產品，而係在事業仍能增加生產卻向競爭對手購買時，始屬超級附加因素²⁶²。

陸、溝通

溝通之行為屬於聯合行為之核心，而事業所擁有之資訊是其產品的競爭優勢，

²⁵⁸ 惟市占率分配之行為亦可能係為實行產量限制，而非僅係分配共謀利得。

²⁵⁹ Areeda, Kaplow & Edlin, *supra* note 63, at 230.

²⁶⁰ Kovacic et al., *supra* note 66, at 422-423.

²⁶¹ Posner, *supra* note 63, at 79.

²⁶² Kovacic et al., *supra* note 66, at 423.



事業應無利益將資訊傳遞給對手知悉；然而參與共謀聯合之事業有需要時常針對合意之內容進行溝通以監督參與者是否遵守合意之內容，故下列三種情況可做為超級附加因素²⁶³：

1. 知悉買方向競爭對手購買的交易數量及價格；
2. 知悉特定公司的製造訊息，例如產能利用率、存貨、製造成本；
3. 其他傳遞訊息行為，例如第三者賣方知悉其他兩個競爭對手間的交易。

柒、聯合行為之執行與處罰

聯合行為之處罰係指若有參與成員持續違反合意之內容時，其餘成員已隨時準備放棄合意之行為，例如事業具有超額產能而得隨時增產以進行價格競爭²⁶⁴、或是將資金一起放在聯合行為的組織中，然而近來則強調透過監視、溝通及重新分配利得之方式以維持聯合行為，取代處罰的方式²⁶⁵。

捌、市場支配地位之行為

市場支配地位之行為（*dominant-firm conduct*）係指具有相當市場力量之獨占廠商所進行濫用市場地位之行為，然而當市場上並無事業大到可以控制市場，卻仍採取市場支配行為，例如搭售、掠奪性定價、獨家交易，此時可做為超級附加因素²⁶⁶。

玖、小結

Kovacic 等人於文中提出之超級附加因素包含下列等類型，得作為個案之參考

²⁶³ *Id.* at 423-424.

²⁶⁴ 但僅具有超額產能之情況亦可能不具備合意。又產能如何認定已超額將是個難題，其與備用產能（*standby capacity*）之區辨將很重要，參閱 Posner, *supra* note 63, at 88.

²⁶⁵ Kovacic et al., *supra* note 66, at 424-425.

²⁶⁶ *Id.* at 425-426.



判斷因素²⁶⁷：

1. 於需求或獲利相當高或增加時，減少產量；
2. 當事業具有超額產能且價格及獲利相當高或增加時，事業間之市占率、交易對象與交易區域仍維持穩定；
3. 事業知悉競爭事業具體詳細之交易、生產、販售、庫存等資訊，而該等資訊之交換將使事業之競爭力減弱時；
4. 在缺乏非合意之動機下，事業間之交易涉及資金、資產之轉移及往來；
5. 在市場上之產品屬於同質性之情況下，事業方針從追求市占率轉換為維持價格；
6. 單獨之事業不具有獨占力量，但多數事業共同之情況下，具有足夠之支配性市場力量並共同採取市場支配地位之行為。

第四款、本論文見解

美國司法實務之判決對於附加因素或情況證據之判斷方式主要仍係綜合所有之附加因素以推論合意存在與否，未特別賦予何種附加因素有特別之重要性；然其中有幾則判決試圖歸類附加因素之種類，建立附加因素之運用模式，此將使合意之認定更為明確及釐清各附加因素之本質及效用，故本文認同上開數則實務判決所採用之兩層次判斷之方法，至少在區分背景、市場結構因素及真正排除其他可能性之因素上，有其促進合意認定更為明確之功用；至於其餘學者所提出溝通性證據之必要性及超級附加因素之概念與該兩層次證據之看法並不矛盾，而得納入上開兩層次之證據，使間接證據之運用更為完善；本文綜合上述實務及學者之立場，嘗試建立起合意認定之附加因素或情況證據之運作模式，並提供下章節我國實務一可行之間接證據運作模式：

²⁶⁷ *Id.* at 435-436.



一、事業進行聯合行為之合理性 (plausibility)：

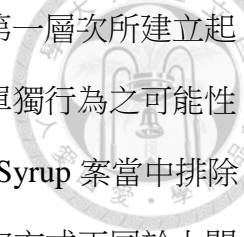
在第一個層次上，主張聯合行為存在者得透過兩種類型之證據建立聯合行為實行之合理性——事業處於不為競爭之狀態以及事業從事聯合行為具有合理性，包含產業結構及共謀之動機等問題。首先係事業處於不競爭之狀態，例如事業之定價具有一致性；至於產業結構之部分，則應區分產業是否屬於易於共謀之產業或不易於共謀之產業，在不易於共謀之產業應更進一步說明事業間進行共謀之動機等。

而上述第一層次之證據主要係排除極端事業不可能進行競爭之情形，其非絕對必要但其存在有相當之重要性，然縱建立第一層次之證據，仍不足以推論合意存在，蓋此時仍有單獨行為存在之可能性，仍應進一步討論第二層次之問題，本文認為，此類證據類似於上開負面因素 (minus factor) 之運用，指其該類證據如不存在可能得因此推論合意不存在，但縱其存在亦非得絕對認定合意存在。

二、排除單獨行為之可能性：

第二層次之證據則涉及排除單獨行為之可能性，此一標準係 *Monsanto* 案及 *Matsushita* 案聯邦最高法院所明示之標準，首先應予解決之問題係主張聯合行為存在者必須證明至排除有意識之平行行為或僅須至單獨行為之可能性大於共謀合意即可？本文認為此問題可能受程序不同之影響，即事業係在民事訴訟或刑事訴訟可能有所差別，美國法與我國法之情形有所不同，在此不多加贅述；然而，此種證明問題最終仍歸結於法院自由心證之問題，無論係需達排除有意識之平行行為程度抑或大於有意識之平行行為之可能性程度即可，重點在於原告應提出何種證據使法院認定合意存在。

而在 *Blomkest Fertilizer* 持反對意見之法官認為事業之行為違反自己利益之事



證得作為排除單獨行為之可能性，但此時應注意避免重複論述第一層次所建立起之共謀合意實行聯合行為之合理性及不競爭狀態，該案中排除單獨行為之可能性之行為係事業所為之價格確認行為²⁶⁸；至於 High Fructose Corn Syrup 案當中排除單獨行為可能性之行為亦多涉及事業間之溝通行為²⁶⁹。此等認定方式正同於上開部分學者認為溝通性證據存在有其必要性之主張，易言之，排除單獨行為存在之可能性最重要之判斷因素即係事業間溝通性行為。

本文亦認同溝通性證據存在對於合意認定之重要性，如僅憑第一層次之經濟性證據將無法清楚區辨有意識之平行行為及聯合行為，且針對同一經濟性證據可能有不同解釋之空間，此時溝通性證據得顯示其重要性。再者，縱認為應以整體性方式討論附加因素之法院判決亦多仍會討論溝通之問題²⁷⁰。

在此本文認為所謂溝通性證據並非一定需要事業有直接討論到價格等競爭敏感訊息之證據，而係至少主張聯合行為存在者必須說明事業究竟係透過何種方式達成合意或維持、穩固合意，至於該等行為與推論合意間之關聯性，則在個案中予以判斷。依上所述，事業溝通之行為大致上可以分為兩個部分：一為達成協議之過程、二為事後確保維持合意實行之行為。

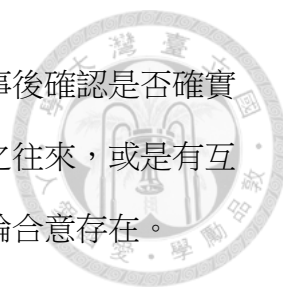
事業達成協議之過程基本上得分為公開價格機制及私下資訊交換，該等溝通之方式、場合、意圖、對象、內容、時點等將會影響事業行為是否屬於單獨行為之評價，詳細討論得參照前述溝通行為之判斷因素之討論，而共謀之機會本身可能僅屬於第一層次之證據²⁷¹，但依照前文之討論，共謀之機會與其他市場狀況之變動結合時，在特定情形下亦可能推論合意存在，例如在召開會議後事業一致行

²⁶⁸ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F.3d 1028, 1043-1044 (8th Cir. 2000) (Gibson J, dissenting).

²⁶⁹ In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 651, 655-656 (7th Cir. 2002); Page, *supra* note 43, at 447-451.

²⁷⁰ Page, *supra* note 43, at 447-459.

²⁷¹ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F.3d 1028, 1043-1044 (8th Cir. 2000) (Gibson J, dissenting).



為之證據。至於事業事後確保維持合意實行之行為，可能包括事後確認是否確實實行合意內容，以及有無事後分配利得之情事、事業有資金上之往來，或是有互相購買之情事存在，均可能被認為係分配利得與損失，而得推論合意存在。

又本文肯定此種附加因素或間接證據之評價模式非否定附加因素或間接證據應整體性論斷之見解，在上開運作模式下，因第二層次證據之論述仍是立足在第一層次證據所建立之合理性，故在討論第二層次證據時，仍必須綜合第一層次之證據，始能正確評價其與合意之關聯性。

另外，上文中學者 Kovacic 等人運用經濟學之貝氏定理得出附加因素與合意存在之關聯性越強大，所需證據數量就越少之結論，並因此提出超級附加因素之概念，試圖對於附加因素之重要程度予以排序；然而，本文對於此一判斷基準應如何確實落實於實務之運用仍有疑慮，附加因素之強度與所需證據數量呈反比此一結論之前提係必須了解每個附加因素之強度，易言之，附加因素與合意存在之關聯性，惟此正係現今實務苦惱之問題，究竟何種附加因素與合意存在之關聯性較高，似乎無法得出一確切之基準，且附加因素依據個案之產業結構或產品特性亦可能有不同之評價，而 Kovacic 等人之文章雖提出若干超級附加因素以供參考，但實際上不可能將所有超級附加因素列明，不同附加因素之組合亦可能產生不同之效果，再者，如將其運用至我國司法實務，我國行政法院是否具有足夠之經濟學專業及思維得清楚判知超級附加因素之運用，仍有待商榷；綜合上述理由，本文認為超級附加因素之概念無法作為推論合意存在與否之決定性標準，惟本文亦非完全否認上開學者之見解，雖其無法作為決定性之基準，然在個案判斷舉證是否已達排除單獨行為可能性之層面上，得透過超級附加因素之運用，對於個案中之事證予以評價，故其仍扮演重要之角色。



第四章、合意舉證——我國公平交易法實務操作之觀察



承接上一章節美國法實務及學說的討論，本章節將討論我國司法實務對於合意證明問題所持之態度。而因我國對於聯合行為之懲罰手段主要係採取行政罰之方式，故實務案例主要集中於行政訴訟，本章討論的實務範圍將以行政法院訴訟之判決為主，並同時整理公平會在該等案件中所持之見解。

下列所討論的實務案件主要是以事業涉及聯合行為之違反，但公平會卻未能提出直接得證明合意存在之證據¹的案件為主，在此等案件中，法院多肯認以間接證據認定合意存在。所謂間接證據係指，藉由證明依經驗法則，與待證事實在發生上有關聯之事實（通常稱為「間接事實」），來證明待證事實之存在或不存在。已證事實（間接事實）與待證事實間之發生上關聯的概然率愈高，其證明力愈強²。

而如同上一章美國法的討論架構，本章討論我國實務對於聯合行為合意之證明問題，亦將問題區分為兩個層次，一為公平會針對被處分事業間合意之存否所需達成的舉證程度究竟為何，二為公平會在實務上為達成上述證明之要求，在不存在直接證據之情況下，提出何種間接證據，並且哪些間接證據受到行政法院的肯認而得藉此推論合意之存在。

另外，因本文討論的重點在於行政法院對於此議題的見解，故案件排序的依據是依照各案於一審臺北高等行政法院判決的先後順序為準。

¹ 直接得證明合意存在之證據例如會議記錄、被處分事業之證詞、調整價格通知等，並排除事業曾於調查過程中證稱有聯合行為存在之案件。惟於金門縣桶裝瓦斯聯合案中，雖有事業之證詞存在，但最高行政法院於討論此議題時，卻似乎未將該等證詞考慮進去，故本文亦將該案納入討論範圍。

² 黃茂榮（2004），〈聯合行為之管制及其採證〉，《植根雜誌》，20卷2期，頁14-15。



第一節、合意證明程度與間接證據之運用

第一項、實務判決之合意證明程度與間接證據之運用

本章節將以討論聯合行為案件中行政法院所要求之合意證明程度，並整理其所肯認得用以證明合意存在之間接證據。

第一款、金門縣桶裝瓦斯聯合案

我國公平交易法之法院實務最早出現合意問題的應屬金門縣桶裝瓦斯分銷商之聯合案。惟需先說明的是，於本案中，公平會雖曾調查並獲得被處分公會之會員的相關證詞，然在論述聯合行為的合意問題時，法院並未特別強調該證詞所述事實與合意存在間之關聯性，故本文仍將本則事案放進討論範圍內。

一、公平會處分

公平會以 86 公處字第 109 號處分金門縣煤氣商業同業公會違反聯合行為，理由係金門縣桶裝瓦斯分銷商於同一天調漲售價至相同價格，且有該公會會員之分銷商於受訪指出該調漲係由同業公會決議決定，然同業公會則否認有召開會議決定調漲價格之事實存在。

二、法院判決

最高行政法院 88 年度判字第 1985 號判決肯定該縣桶裝瓦斯有零售價格調查表存在及諸位證人陳述有召開調漲價格之會議的證詞，並認為：「桶裝瓦斯各分銷商之購氣、經營等成本不同，依市場機能運作，不同成本之業者於同一時間以相同幅度開始調漲價格，顯非自由競爭市場下各事業獨立決定事業行為之結果…況中油公司每公斤調漲一·〇七元，而金門地區零售商一致僅調高一元，與市場正

常機制有違，原告又提不出造成此不正常市場現象之正當理由，顯有人為因素干預市場自由競爭機能之運作」，事業調漲價格之行為應屬合意行為。



三、判決分析

(一) 外觀一致性與合意之關聯性

系爭同業公會之會員於受調查時曾陳述同業公會曾召開會議並討論價格之調整，並經公平會處分與法院判決肯認，然上開行政法院於論述聯合行為之合意時，卻未提及事業曾召開會議之部分，而僅說明不同經營成本之事業同時同幅調漲售價，且該幅度與成本變動並不相符，得認有聯合行為之存在。

首先，若單從判決的文字上觀察，法院似乎認為在合意的認定上，僅需外觀一致性即得推論合意存在，而公平會如能提出此類證據，應由被處分事業提出正當理由解釋之，此論述與美國後期主流實務認為合意之證明除一致性外觀外，仍需有附加因素存在始可推論合意的操作，有所不同。再者，法院認不同經營成本之事業同時同幅調漲不合理，本文認為，因不同事業本不可能有相同之成本，上述該等論述僅是重複陳述外觀一致性，而無法另外加強證明有合意之存在。

依據上開美國法之整理，平行行為本身很少得單獨推論合意存在，除非有特定情況時，而本案與美國法實務或學說所稱之特殊情況相符之特點在於：產業中之廠商數量多，查本案調整至相同價格之桶裝瓦斯分銷業者共有 20 家，廠商數量多，其等一致調整至相同價格之行為，與事業家數少之產業具有一致性外觀之行為之論述可能不同，本案法院卻未加強論述此點，其論述似僅以外觀一致性認定合意存在。

再者，本案非無溝通性證據，實際上，調查過程中曾有事業證稱於調價前同業公會曾召開會議討論價格之證詞受到法院肯認，該證詞比起事業外觀一致性係



更強而有力之證據，法院如係因召開會議討論價格之情事而認定合意存在，在推論上實屬相當。然在論述過程中，法院卻未提及該等召開會議之事實，僅以外觀一致性認定合意存在，如此形諸於判決之論述，可能使嗣後之法院認為僅需外觀一致性即得認定合意存在，實有所不妥。

本文認為若僅要求公平會提出事業外觀一致性之證據即足，則恐使公平會處分有產生錯誤的機率，蓋如前所述，事業行為外觀上一致性的形成原因有很多種可能性，包含單獨行為、有意識之平行行為、一致受到供需成本變化的影響等，若僅依外觀一致性認定合意存在，對於公平會做成處分的要求似乎過於寬鬆，將可能導致公平會鬆懈於調查相關違法事證或處分無違法之事業，反有害競爭。故除外觀上之一致性外，若考慮到產業中廠商數量多，且同業公會曾有召開會議討論價格調整之情事，則公平會及法院推論合意之存在亦非不合理，只是上段論述似乎未加強召開會議討論價格之證據，僅以外觀一致推論合意存在，於結論上或許未有不當，但其論述將有誤導後述行政法院之虞。

（二）成本變動與調整價格間之關係

本則判決中曾提及：該價格調整之背景包含瓦斯成本每公斤上漲 1.07 元，但業者卻僅調漲 1 元，與市場機制有違，顯有人為因素干預。針對此理由，最高行政法院似乎偏向事業售價應與成本有相應之連動關係，售價調整之幅度必須符合成本上漲之幅度，另一方面，若本案事業調漲之價格為 1.07 元，是否即屬事業之合理理由而得用以抗辯公平會聯合行為之主張？又成本與售價間之關係究竟應達到如何一致性始能說服法院？例如若每公斤調漲 1.04 元是否仍與市場機制有違？另外必須補充的是，法院判決所依據之事實與公平會處分書有所出入，公平會 86 公處字第 109 號處分表示瓦斯成本每公斤上漲 1.07 元，但桶裝瓦斯零售價格調漲幅度已超過應反映之成本，似乎不同於判決中所稱事業調漲幅度小於成本上升之



幅度。

又在事業正當理由之敘述上，援引後述的超商咖啡聯合案中事業提出調漲五元為「習慣性定價」之抗辯至本案，而主張因我國最小的幣值係一元，若按成本調漲 1.07 元，在收費上可能有所困難與不方便，故調整 1 元或其他整數，此類之抗辯是否得算已提出正當理由？皆是本案法院未深究而留下的疑問。

總結來說，在早期的最高行政法院實務上，強調事業行為外觀上之一致性，並似認為事業之售價應與成本有緊密的相應關係，若事業之調漲幅度與成本不符，則應由事業提出售價調整的正當理由以證明無合意存在。

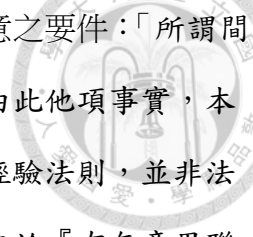
第二款、南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案

一、公平會處分

公平會（88）公處字第 124 號處分書，主張南部地區（台南、高雄、屏東）的桶裝瓦斯鋼瓶檢驗價格於民國 86 年 11 月起統一調漲價格達約 180 元，具有一致性之外觀，涉及公平交易法上聯合行為之違反，復參照各業者的成本結構與變動與售價不符、驗瓶數量、產能與定價策略不合競爭、客源分配與互不搶客戶之默契、市占率未因此變動、調漲係由新進小廠商率先調漲並非合理經濟現象、新競爭者參進不易產生具有聯合行為之誘因與動機、調漲價格之時機非市場旺季不合理、知悉競爭對手調整後之售價、供需雙方之心理因素等因素，作為聯合行為之間接證據。

二、法院判決——台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決、最高行政法院

92 年度判字 1798 號判決



台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決如下論述合意之要件：「所謂間接證據，雖無法直接證明違章事實，惟足以證明他項事實，而由此他項事實，本於推理作用，認定為違章之事實基礎，如該間接證據無違一般經驗法則，並非法所不許。查所謂『跟隨性之平行行為』與『聯合行為』之區別在於『有無意思聯絡』…執法機關對於聯合行為取得合意之直接證據…有困難時，應採『合理推定』之方式，…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。原告主張：上開解釋係將舉證責任倒置…顯非足採。」最終，台北高等行政法院肯認前述公平會所提出的多種間接證據得推論合意存在，判決被告公平會勝訴。被處分事業對上開判決提出上訴後，最高行政法院 92 年度判字 1798 號判決駁回其上訴，理由多與上述北高行判決內容相同，包含合理推定方法的部分。

三、判決分析

本則最高行政法院判決後之涉及合意證明議題之許多案件，實務上法院幾乎皆會援引最高行政法院 92 年度判字 1798 號判決中關於「合理推定」方法之論述以闡述聯合行為合意證明問題，故實有加以釐清該則判決真正涵義的必要，然因最高行 92 年度判字 1798 號判決的該段論述幾乎均係重複敘述北高行 89 年度訴字第 2290 號判決，故本文以下將以北高行 89 年度訴字第 2290 號判決之分析為主，但因最高行 92 年度判字 1798 號判決完全肯定該則原審北高行判決之見解，是以，下列之分析同時得表示最高行政法院之立場。



（一）間接證據與合理推定之方法

台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決首先肯定間接證據之使用，並闡述其證明方式係藉間接證據所證明之間接事實，本於推理作用，於無違經驗法則下，判斷事業有無意思聯絡存在。本則判決並首次肯定合理推定合意之方式，雖未明白表示合理推定方法之操作係藉間接證據合理推定合意存在，然從判決論述採取合理推定方法之原因係因公平會取得直接證據困難，又透過間接證據證明合意亦係因取得直接證據之困難；綜合言之，法院應係肯認判斷者得本於推理作用，綜合間接證據以合理推定合意之存在，且不得違背經驗法則。

針對公平會應舉證何種事實始能推定有合意存在，北高行表示：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。與上述金門桶裝瓦斯聯合案最高行 88 年度訴字 1985 號判決的論述手法類似，公平會僅需提出事業行為具有一致性之外觀，且無客觀之供需變化因素可資合理說明，即可能推定事業間有意思聯絡。

法院復提及合意之推定，須「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」，傾向要求公平會所提之事證必須達到排除符合事業個別利益行為的可能性，此論述方式類似美國法上 **Monsanto** 案及 **Matsushita** 案所論述之「傾向排除共謀者單獨行為之可能性」。至於公平會提出之證據應達何種程度始能使法院認定行為屬於共同目標及計畫，則未見法院進一步說明，故本文認為應從分析公平所提出而受法院肯認之間接證據著手（見下述）。

於本案之操作上，公平會提出許多事業之定價不符合成本以及事業行為不合經濟理性之事證以證其說，行政法院肯認公平會主張，認為事業具意思聯絡，而非僅是有意識之平行行為，事業雖提出產品之成本及其他反駁公平會主張之事證



以證明其售價為單獨決定，然法院認為事業之主張不合理，而駁回起訴。

又依照上開整理，法院判決僅陳述「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』」，單僅以此段敘述可能會使人認為只要競爭事業具有同步同幅調漲價格之外觀，即能推定合意存在；然查，本案中公平會提出許多間接證據推論合意之存在，法院並在肯定該等間接證據之基礎上推定合意存在，非事業同步同幅調漲價格之外觀即能推定合意存在。

綜上，本則法院判決肯定在無直接證據下如欲認定合意存否，公平會得運用間接證據說明行為不符合企業個別利益，事業則必須提出存有客觀供需之變化或企業個別利益之存在，而最終法院須在公平會及事業提出之證據中，判斷事業之行為是否符合企業個別利益，以推定合意存在與否。

（二）公平會負舉證責任——事實上推定

北高行 89 年度訴字第 2290 號判決於最後認為合理推定方法之採用「未倒置」聯合行為之舉證責任，舉證責任仍在公平會，故本文認為北高行 89 年度訴字第 2290 號判決所稱的「合理推定」方法非屬於倒置當事人於訴訟中舉證責任的「法律上推定」，負有舉證責任之人仍為公平會，而法院係依據公平會所提之間接證據，在無違經驗法則下，認定待證事實之存在，公平會仍須提出一定之證據，而屬於「事實上推定」之範疇。是故，公平會所舉證據仍應符合一定之經驗法則。（詳見下述討論）

（三）間接證據之個案操作

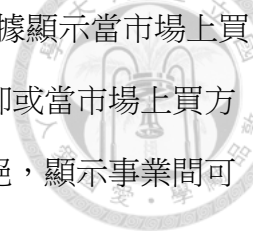
承上，為舉證合意存在，公平會提出許多間接證據，包含情報交換之溝通性證據及經濟性證據以推定合意存在；對此，事業為反駁公平會主張而提出正當理

由，曾主張其行為是有意識之平行行為，且提出反駁公平會所提間接證據的理由。最後法院採納公平會主張之間接證據，不採有意識之平行行為的主張（因係由小廠商率先調漲，與有意識之平行行為之運作不合），並否定事業提出成本費用之抗辯（北高行則認為事業「主張其成本費用新臺幣三七八元，究係如何算出或是否合理，並未提出相關精確之數據舉證以實其說」，要求事業須提出精確的數據以證其說，與上述金門桶裝瓦斯聯合案中最高行強調成本與售價間之關聯性具有類似性），最終被處分事業受敗訴判決。

至於公平會及法院所認定合意存在之間接證據，得分類如下：

- 1、 一致性外觀：同步同幅調漲至相同價格；
- 2、 排除事業之合理理由：
 - (1) 定價調漲幅度不符成本變動幅度：呼應前述提及之「無客觀供需因素之存在」；
 - (2) 新進小廠率先調漲非合理經濟現象：公平會以此證據排除有意識之平行行為之主張；本文認為此等間接證據雖可能排除有意識之平行行為之主張，但仍無法排除事業單獨行為之可能性，因新進小廠本可能因自身之成本上升而調漲價格，且依照學者整理，市場上價格跟隨之類型眾多，必須釐清市場結構始能推論事業間之關係，非僅限於最大者始能率先調漲價格³；
- 3、 背離買方反應：包含驗瓶量、產能與定價策略背離市場競爭（在需求下降時調漲價格）、客源分配與互不搶客戶之默契（曾有買方欲轉換交易對象而向較低價者交易卻遭拒絕）、調漲時機非市場旺季等三個間接證據，此部分得與

³ 陳坤銘、溫偉任（2005），〈寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，13卷1期，頁60-62。



Kovacic 等學者所提出買方反應之概念相呼應，該等間接證據顯示當市場上買方之需求下降時，事業在仍有產能之狀況下仍調漲價格，抑或當市場上買方欲轉換交易對象，事業在仍有超額產能之狀況下卻予以拒絕，顯示事業間可能具有合意存在；

- 4、價格變動但市場占有率卻未產生變動：此等間接證據雖可能顯示事業具有客戶分配之合意存在，然在事業一致調漲之情況下，買方可能不選擇轉換交易相對人（因其他賣方亦調漲價格），故本文以為僅以此證據實無法給予更多之資訊，但如公平會能如上述論述明確舉出買方之行動，將使合意之推論更有依據；
- 5、事前接觸與情報交換：公平會主張本案事業有事先接觸與情報交換之情事存在，因某家被處分事業曾提及其「知悉」其他競爭者事業擬調漲至 180 元，故認事業間有情報交換。似可認為公平會及本案法院皆認為事業僅「知悉」他競爭者之售價即等於事業間曾進行資訊交換，無須論究資訊交換之手段，而足認聯合行為之存在。

惟本文認為僅知悉其他競爭者之售價不等於競爭者有資訊交換之情事存在，例如該市場之價格很容易得知（如事先公開價格為常態，或易從交易相對人處得知競爭者之價格等），知悉競爭者之價格亦不足為奇，是以，不能僅依事業知悉競爭對手之售價即認為有資訊交換之情事存在，而應進一步論述為何事業知悉競爭對手之售價，如該等訊息係事業內部敏感訊息卻被其他競爭事業得知，在無公開宣布或其他管道之情況下，可能得認定合意存在，如以本則判決內容所稱事業知悉之對象為競爭者「擬調漲之價格」，在無公開宣布之情況下仍有可能認定係事業間具有資訊交換之行為存在，但本案法院未深入論述此一部份，故本文對公平會此部份之論述仍持保留的看法。

6、新競爭者參進不易、涉案事業相對於交易相對人具有優勢地位：此類間接證據係討論產業結構是否易於進行共謀聯合行為，頂多僅能作為輔助性證據。

綜合上揭證據，公平會所提出間接證據類型如下整理，其中某些部分（背離買方反應及情報交換）之部分與 Kovacic 等學者提出之超級附加因素有所呼應，並排除單獨行為或有意識之平行行為之可能性，佐以外觀一致性及產業結構等間接證據，而本案法院（包含北高行及最高行）皆肯認上述證據能合理推定合意存在；反之，事業如欲推翻上述推定，承襲金門瓦斯聯合案最高行 88 年度判字第 1985 號判決之見解，法院要求事業須提出精確的成本計算以說明其定價之緣由或提出其他客觀供需因素，而對其行為背離市場機制做出合理說明，始得排除聯合行為之疑慮。

第三款、北部地區瓦斯聯合案

一、公平會處分

公平會以公處字 092073 號處分處分北部地區桶裝瓦斯分銷商違反聯合行為，判決書中認為，橫跨台北、桃園區域 30 家瓦斯市場中分銷商的被處分事業合意調漲桶裝瓦斯運裝價格違反聯合行為，其中涉及多種行為方式，包含共同成立組織、開立聯名帳戶、繳交共同基金、互相補貼部分之事業、拒絕積極爭取客戶事業、定期舉行集會、免費提供或租借儲存證明予競爭對手等行為，然公平會並未取得直接證明事業合意存在之直接證據，從而公平會舉出上述多項間接證據以證明合意之存在。

二、法院判決——台北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號、第 722 號、第 776 號

在爭執有無聯合行為合意時，公平會主張基於上述間接證據，事業間合意為一致性外觀之唯一合理解釋，反之，被處分之部分事業曾主張其等一致性外觀係寡占市場中之平行行為，故非聯合行為。

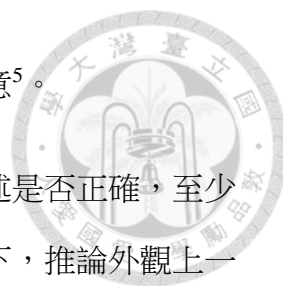
對於合意存否之爭議，台北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號等判決針對於部分事業主張其行為屬寡占市場中之平行行為，表示：「液化石油氣係屬一成熟性高且替代性高之商品…除非是面臨供需嚴重失調或各業者普遍之成本推升現象，否則在多家事業所為一致性共同調價之市場行為情況下，其正常價格變化情況應只有出現追跌不追漲現象，蓋因在無漲價理由之情況，率先漲價者，將面臨客戶嚴重流失現象…除非在已知其他事業均有合意為一致性價格行為出現時，大家才均有利可圖。…同步調漲運裝費用，就此外觀上一致性行為，原告六統公司並未提出令人信服之合理理由，唯一合理解釋即係…應有從事合意調漲運裝費用之聯合行為。原處分以一致性行為之推定為聯合行為…難謂有何適用法律之違誤。」並判決公平會勝訴；事業提出上訴後，最高行政法院僅撤銷罰鍰數額之該部分判決，但仍維持聯合行為合意之認定⁴。

三、判決分析

（一）合意為唯一合理解釋

北高行 93 年度訴字第 488 號等判決對於事業行為屬寡占市場之平行行為之論述，法院僅肯認該情況只可能出現在「跟跌」而不含「跟漲」的情況，因此本案一致調漲價格之行為，輔以調漲費用時並無成本推升之情況，其他業者亦正低價

⁴ 北部地區瓦斯聯合案之北高行判決雖未直接於聯合行為「合意」之項目下論述公平會提出之上開行為證據，但在判決爭其他部分均肯認公平會提出之證據，而該等行為證據與合意之認定有所關連，故亦將其納入本文之討論中。



爭取客戶等間接證據論，唯一合理解釋即是具有聯合行為之合意⁵。

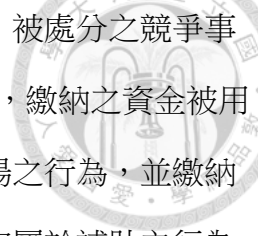
如先不論寡占市場平行行為僅限於跟跌而不包含跟漲之論述是否正確，至少法院排除寡占市場平行行為之可能性，並在輔以其他間接證據下，推論外觀上一致調漲運裝費用之唯一合理解釋是事業者間具有聯合之意思聯絡。該「唯一合理解釋」之用語係首次出現於我國判決中，即聯合行為的合意是綜合所有間接證據後，事業該行為之「唯一」合理解釋⁶，與上述南部地區瓦斯驗瓶聯合案中認為僅能以合意解釋該外觀一致性之現象的想法相通。

至於北高行 93 年度訴字第 488 號於操作「唯一」合理解釋的標準時，首先排除掉寡占市場平行行為之可能（先不論正確與否，見下述），並否定成本變化的因素存在（排除單獨行為之可能性）。而在法院的論述上，認為單獨調漲必流失客戶，只有聯合行為之合意才使事業有利可圖，故合意係外觀一致性的唯一合理解釋，得藉此推定合意存在。整體上，本案北高行 93 年度訴字第 488 號等判決與上述金門瓦斯聯合案及南部地區瓦斯驗瓶聯合案之行政法院判決具有相似之特性，即法院在論述合意時，均僅著重於當事業一致性調漲定價，只要事業無法提出成本變化因素或其他得說明調漲之原因存在，即得認定聯合行為存在之論述。雖本案判決有提及因本案瓦斯市場替代性高等產業結構之因素，但單輔以產業結構之因素應無法完全認定合意存在，蓋因產業結構亦可能有助於形成有意識之平行行為之行程。

本文以為，如單看上揭判決之部分，北高行之推論似乎過於武斷地著重於一

⁵ 雖公平會於北高行判決中是論述聯合行為合意是外觀一致性的「唯一合理解釋」，然其於公處字 092073 號處分中，僅說聯合行為是外觀一致性的「合理解釋」，並無「唯一」二字，但公平會於處分書及判決之論述卻無明顯之差異，故未能清楚得知公平會此兩種論述之差異，或是其實際操作內涵為何。

⁶ 「唯一合理解釋」之用語類似歐盟判斷聯合行為合意時所採取的 *the only plausible explanation* 標準，首見於 1993 年之 *Woodpulp II* 判決（ECJ 31 March 1993），對此判決，學者認為法院採取了嚴格之標準，必須排除其他解釋之可能性始可。



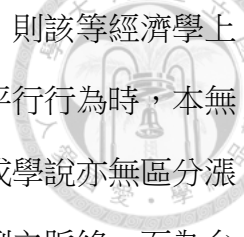
致性調漲之外觀，惟實際上觀察判決中公平會提出之其他事證，被處分之競爭事業間成立組織（聯管會），並有聯名開立帳戶、繳納資金之行為，繳納之資金被用以協調事業搶客戶之情況或阻止其他未參與組織者低價擾亂市場之行為，並繳納資金之多寡係受事業規模大小影響而較小之廠商向組織借支認定屬於補貼之行為等，均係可影響合意是否存在之證據，包含認定事業間曾有協調客戶及分配利得損失之情事，甚至符合 Kovacic 等學者所提出之超級附加因素之類型，故如綜合考量上述證據而推論定合意存在，亦屬相當。

然而，法院在論述聯合行為合意之要件時，文字上卻未一同納入此等情事之考量，稍嫌可惜，與金門桶裝瓦斯聯合案之最高行 88 年度判字第 1985 號判決相同，即使該案中存在許多重要的影響合意判斷之行為或證據，只是在法院論述合意時未納入討論，即法院判決之論述僅呈現：只要事業無法針對一致性調漲行為之存在提出合理之解釋，即可認定合意之存在，類似於「一致性調漲售價之行為等同有合意存在」之論述，而與美國法中認為「僅有一致性行為不等同合意之存在」有所偏離，惟實際上兩則案例中事業皆有相當之接觸、往來，而非僅有一致性調漲售價之行為存在。

（二）有意識之平行行為之範疇

法院於判決中雖明示排除本案事業之行為屬有意識之平行行為的可能性，但其理由係因有意識之平行行為僅限於跟跌之情況；本文認為，該段論述未必正確，如同上開第二章所述，在事業長期利益之考量下，寡占市場中的平行行為可能出現於跟跌或跟漲之情況，且正是跟漲行為有學理上的特殊性而於經濟學上受到廣泛的討論。

然而，本案法院此種有意識之平行行為不及於不跟漲之論述將徹底架空有意識之平行行為的運用空間，蓋因我國聯合行為實務上，涉及價格聯合的案件，應



幾乎都係調漲之情況，若將有意識之平行行為限於跟跌的情況，則該等經濟學上的理論根本無法應用於實務之情況。且經濟學上討論有意識之平行行為時，本無區分事業係模仿競爭對手漲價或降價之情況，外國法上之實務或學說亦無區分漲跌價，本案法院之論述將完全背離經濟學之理論及外國實務案例之脈絡，而為台灣法上獨樹一格之理論⁷。

實則依公平會調查之事證，本案可能非有意識之平行行為，而其證據可能包括產業中廠商數量家數多，且廠商之市占率並不集中，非有意識之平行行為典型之案例。

第四款、中油台塑批發油價聯合案


一、公平會處分

公平會公處字第 093102 號處分書針對中國石油（以下簡稱「中油」）及台塑石化（以下簡稱「台塑」）兩家公司同步調整油價之行為，認其涉及違反公平交易法上之聯合行為，然未提出任何直接得認定兩事業有合意存在之證據，取而代之係以下列事項認定合意存在：

公平會首先論述：「參酌各國競爭法主管機關『一致性行為』之執法經驗，事業間倘在主觀上有意識採行特定行為，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，而應予以禁止」。

並針對價格預告機制如下論述：「『有價格預告機制』下之價格決策模式，廠

⁷ 此有意識之平行行為不及於跟漲之論述常見於嗣後之實務法院判決。



商透過預告機制事先釋放價格調整訊息，試探競爭對手反應，倘對手宣布跟進，則發布價格調漲訊息的廠商就實施價格調漲，反之，倘對手宣布不跟進，則發布價格調漲訊息的廠商，也可以『毫無成本』的宣布撤銷原先調價的預告，幾近零風險。…基此，被處分人前揭利用提前價格預告來進行偵測對手反應，降低調價的不確定性與資訊不對稱的風險；倘對手不跟進，發動調價者有撤回的能力，致使歷次調價透過該等促進行為均得以成功運作，爰認該等『促進作為』已構成合意或意思聯絡之事實，有促使雙方達成聯合調價之效果。」

為證明事業係有意識地行動調價並期待其他事業跟進，公平會所提出之證據係中油及台塑兩家事業的「油價調整預告機制」之存在，透過該機制提前公告油品批售價格之調整，並藉新聞報導將相關消息傳達給競爭者，另一方則得選擇是否跟進，若不跟進，因調漲之價格非即時生效，先為調整價格之該事業仍得迅速將價格調整回原價或配合另一方調整，故透過此油價調整預告之機制，雙方已形成聯合行為之意思聯絡，而達成多達二十次同步並同幅之調價，並佐以油品市場結構之因素，包含競爭事業數量少、集中度高、進入障礙高、產品同質性等情事，皆是易於形成聯合行為之要素，最終認定具有合意存在。

二、法院判決

(一) 台北高等行政法院 94 年度訴字第 2370 號及第 2390 號判決

1、判決內容

本案公平會並未提出事業間曾接觸之證據，而是以公開價格預告機制為論述核心，最終北高行認得依公平會所舉之間接證據合理推定有聯合行為合意存在，判決公平會勝訴。判決內容認為導致一致性價格的原因甚多，「或為市場競爭、價格追隨、有意識的平行行為，甚至是純粹巧合因素等，因此競爭法主管機關在長

期觀察寡占市場業者之經濟行為，透過經濟分析及評估以後，倘無合理之理由說明該一致性外觀行為非屬合意，即有違反公平交易法聯合行為禁制規定之虞。」要求主管機關必須經「長期」觀察，復採取上開南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案最高行政法院 92 年度判字第 1798 號判決中所提及的「合理推定」方法⁸，並肯認下述間接證據得推定合意存在：

- (1) 公開價格預告機制：於寡占市場中，率先漲價之廠商須面對競爭者不跟進、加盟業者流失之風險，然如預先公布調價訊息，俾減少時間遲延或資訊不正確之風險，其他競爭廠商在知悉的情況下，有能力且有誘因的選擇跟進或不跟進，致發動價格戰之業者可隨之維持價格、撤回價格戰或調整競價策略；且事業若欲調整批售價僅需告訴加油站，無須告訴競爭者，至於加油站業者調整零售價格係其自我判斷，無須事先公告大眾，況公開預告之調整價格非即時反映至價格上，仍可視對手反應調整，又每次調價均能由媒體清楚揭露，與其他產品調價方式不同，難認有經濟行為合理性；
- (2) 事業與加油站加盟業者簽訂「牽制性供油條款」，保證提供加油站加盟業者最低之批發油價，如非最低批發油價，加盟業者得終止合約。
- (3) 台塑及中油之成本結構不同，仍同步同幅調整價格，顯非獨立事業獨立決定競爭行為之結果。
- (4) 事業調整價格無法與成本呼應。

⁸ 需補充說明的是，北高行 94 年度訴字第 2370 號及第 2390 號判決所援引僅止於「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……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（最高行政法院 92 年度判字第 1798 號判決意旨參照）。」不包含最高行 92 年度判字第 1798 號判決後段所提及：「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。」的部分。不知是否是法院故意遺漏該僅能以共同計畫加以解釋之論述，放寬對公平會之舉證要求。



2、判決分析——促進行為（公開價格預告機制）與合意

本案北高行 94 年度訴字第 2370 號等判決推定意思聯絡存在之證據包含事業多次同步同幅調漲油價之一致性外觀、事業等成本結構不同卻有一致性價格、具有公開價格預告機制及相關運作之經濟不合理等因素。如同前述，本文認為事業成本結構不同價格卻一致之論述僅係重複陳述一致性外觀之現象，不應給予過多之評價，且本案涉及寡占市場，事業僅有兩家，其達成外觀一致性之原因可能係模仿跟隨，本案之重點在於公開價格預告機制之運用。

查公平會處分書及法院判決均認為事業藉由該價格預告機制之運作，得促進事業間之意思聯絡，使價格趨於一致，屬於促進行為之一種。北高行則在判決中表示「其他方式之合意」係指事業藉由該等促進作為促使「價格」達成一致，最終非難的仍是事業進行聯合行為達成「價格」一致，公告價格預告機制僅是合意之證據，而非如同某些美國判決曾將公開價格預告機制作為聯合行為本身並以合理原則判斷其違法性。

再查，依公平會處分書及判決內容可知，公平會及法院認事業透過該等公開預告價格機制觀察競爭者之行為並藉此調整自身價格，得排除寡占市場協調不穩定因素，已足認事業屬一致性行為而該當於合意，本文認為，此種論述可能過於武斷：

（1）油品批發售價、折讓與零售價

首先，法院雖認為該事業公開預告的是油品批發價格，無公開宣布之必要，故該價格預告機制之目的係特別針對競爭事業而非加盟之加油站或廣大消費者；然在我國之油品市場上，被處分之兩家事業亦有自營之加油站，且對於其他加盟

之加油站業者多有提供建議零售價，加盟之加油站可能會跟隨批發售價調整零售油價，因此批發售價之變動係有可能影響及於消費者，故無法斷然認定油品批發售價不會影響消費者，且油品批發價亦非事業真正競爭之對象，公平會已明白表示消費者最終購入油品之價格仍取決於各加油站業者本身的折讓計算，故縱公布批發售價，亦不影響事業在折讓方面所進行之競爭⁹。

(2) 非即時調整與協調

法院認為事業公告價格調整後非即時調整，自公告時起至實際調整之該段期間內仍有時間之間隔，而該段時間得給予競爭者反應跟隨之時間，競爭者可選擇跟進與否，如競爭者不跟進，率先調漲者亦能立即撤銷漲價之決策而不受有任何損失；

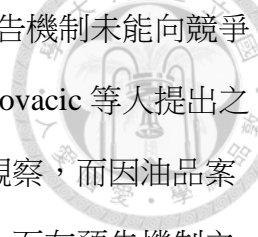
然此等運作，依據處分書中陳紀元委員之不同意見，認為正可說明事業係屬競爭狀態，因如事業具有合意，則無透過試探及撤回之行為達成一致性之行為，而僅需單方面跟進即可；復以，有學者提及考量到公開油價機制由來已久，在中油獨家供應油品時即有此一價格預告制度等情事，綜上，公開價格預告機制的確可能有出於價格協調，但無法排除該預告機制非出於合意考量之可能性¹⁰。

如再參考上開美國法中學者 Baker 之見解，當事業處於利於模仿跟隨之產業當中，其並無任何誘因進行共謀合意；查在本案中，因中油採行油價預告機制係長久以來採行之制度，後參進市場之台塑僅需以模仿跟隨之方式，即能與中油達成一致之價格而維持一定之市占率，則根本無庸採取合意之方式。

而於美國法上雖將價格公告機制作為附加因素之一，但就其運作是否該當於

⁹ 吳為涵（2006），《寡占市場聯合行為之合意認定－以中油與台塑處分案為例》，頁 104，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁰ 何之邁（2006），〈平行行為乎？一致性行為乎？--評析中油、臺塑油品調價案〉，《臺北大學法學論叢》，58 期，頁 163-167。



共謀合意之概念存在許多討論，尤其學者 Page 認為公開價格預告機制未能向競爭者傳達必要之意圖而難以該當於合意之定義，再查，依據學者 Kovacic 等人提出之超級附加因素概念，公開價格宣布之行為應與買方之反應合併觀察，而因油品案例中之買方多屬消極，公開價格宣布之行為未能指出太多證據。而在預告機制之運作下，競爭事業本於自己利益，本可能在參考競爭對手之行動作出決策，此係有意識之平行行為之運用，縱致價格一致之結果亦未能指該行為具有合意而違反聯合行為之規定，而當法院認為公開價格預告機制得降低不穩定因素而屬於其他合意之判斷，將使事業將來懼於採取價格公開機制，使消費者無法預先知悉價格調整而因應，最終受害之人反而是消費者。

(3) 意思聯絡概念之擴張

法院將事業透過價格預告機制達成一致性之行為當作聯合行為之違反，而王文字委員於處分書提出之協同意見亦表示，公平交易法上合意之概念僅需視當事人間是否有採取共同行為的意思即可，即僅需有事實上可導致共同行為之期待即可能符合定義；上開處分及法院之操作下，事業具有共同行為之期待即足該當聯合行為之合意，而上述定義可能將有意識之平行行為界定為違法之行為。

蓋因有意識之平行行為之事業在為模仿跟隨之決策時，已知悉競爭事業將與其為相同之行為，其可能也希望共同行為之發生，因模仿跟隨導致共同行為之發生將係對事業最有利之決策選擇，然而，依據法院之上開說明，有意識之平行行為將被列為違法之行為，惟此時事業將無法選擇適當之決策：首先，如上所述，該價格預告機制有其原由，非必為合意之意圖所採取，將其取消可能產生其他負面之效果；又寡占市場中之事業難以選擇不模仿跟隨競爭者之行動，因競爭者之行動係影響事業獲利之重要因素，如不考慮競爭者之行動，事業將無法獲得最大利益。



(二) 最高行政法院 98 年度判字第 91 號及第 92 號判決

1、判決內容

兩事業提起上訴後，最高行 98 年度判字第 91 號及第 92 號判決肯認原審北高行之判決，同意合理推定之方法，並補充「依據…調整油價行為之特徵事實，已足認定上訴人有事實上可導致共同行為，…原判決以依本案事實已足以推定上訴人與中油公司之聯合行為，除上訴人能提出預告油價調整及跟進行為之正當理由，始能動搖該事實，上訴人並未提出本件行為之正當具體理由，是被上訴人與原判決認定上訴人有本件違章行為，自與證據、經驗或論理法則無悖，亦與本院 32 年判字第 16 號判例揭示之舉證責任分配原則無違。」

2、判決分析

本則最高行判決幾乎同於上述原審北高行判決之論述，故就重複的部分不再贅述，僅論述原審北高行判決未論及之部分。

(1) 負聯合行為舉證責任者為公平會

最高行判決中引用最高行政法院 32 年判字第 16 號判例，其要旨為：「行政官署對於人民有所處罰必須確實證明其違法之事實倘所提出之證據自相矛盾不能確實證明違法事實之存在其處罰即不能認為合法」，係將行政訴訟最初之舉證責任分配給行政機關，並認為行政機關應確實證明違法之事實，是以，即使本則最高行肯定合理推定方法，但結論上並未產生舉證責任分配倒置的結果，應負舉證責任者仍係公平會。

(2) 事實上推定——事業得提出正當理由「動搖」受推定之事實

最高行政法院進一步認為，依公平會所提間接證據推定合意存在後，被處分



事業須提出正當理由以動搖該事實存在。

查最高法院 93 年度台上字第 2058 號民事判決針對反證曾為下列表示：「負舉證責任之當事人，須證明至使法院就該待證事實獲得確實之心證，始盡其證明責任。倘不負舉證責任之他造當事人，就同一待證事實已證明間接事實，而該間接事實依經驗法則為判斷，與待證事實之不存在可認為有因果關係，足以動搖法院原已形成之心證者，將因該他造當事人所提出之反證，使待證事實回復至真偽不明之狀態。此際，自仍應由主張該事實存在之一造當事人舉證證明之，始得謂已盡其證明責任。」¹¹

最高行政法院使用「動搖」一詞通常是指負反證責任者所需達之舉證程度，一般來說無須當事人舉證至法院認定相反之待證事實（於本文中即是「無合意」）存在，僅須使該已受認定的事實動搖（即不確定該待證事實正確與否），再搭配上最高行認為負舉證責任者仍是公平會之論述，總結而言，於聯合行為之行政訴訟中，負聯合行為合意舉證責任本證者為公平會，而被處分事業所負之舉證責任則為反證。

是以，依最高行政法院見解，當依公平會提出之現有事證合理推定合意存在後，事業應提出「預告油價調整」及「跟進行為」之正當理由以動搖該事實；而當事業提出的事證得使法院就已推定的聯合行為合意此一待證事實之心證回復至真偽不明之狀態時，舉證責任再度回到公平會身上。

綜上而言，法院判決中所謂的「推定」應係所謂「事實上推定」，而非法律上

¹¹ 雖此則判決為民事判決，下述用語亦皆為民事相關之用詞，然因民事訴訟中兩造當事人的地位相同，所負之舉證責任（本證、反證）之程度相對而言較為相當（但仍是負本證舉證責任者應先舉證，其使法院認定待證事實存在之責任亦較重）；而若民事訴訟中不負舉證責任者推翻他造的舉證都僅需負反證程度，舉輕以明重，當事人地位更為不相當的行政訴訟中，行政機關達成其所需負的舉證責任程度要求後，事業所提出之證據亦至多僅須「動搖」該已受推定之事實即可，嗣後公平會自應繼續舉證合意存在。



推定，蓋若是指法律上推定，事業所需負的舉證責任應需達本證的程度，非僅是反證，而不會使用「動搖」一詞。

(三) 小結

中油台塑聯合案所涉之合意問題特別係在於事業之行為與有意識之平行行為與一致性行為之概念區辨之問題上，而非公平會無法找到相關事業來往證據之問題，易言之，本案應予以釐清之爭議係，事業透過價格預告機制所形成亦步亦趨之價格跟隨行為是否屬於聯合行為所欲規範之對象；公平會及本案各則行政法院判決均係認為此種透過價格預告機制所形成之價格跟隨已得符合合意之概念，應可藉由聯合行為加以規範，但學者文獻則對於本案處分及法院判決持較為相反之立場，該等價格預告機制係否係用於聯合行為之目的仍未釐清¹²。

第五款、金頻道長德聯合案

一、公平會處分

公平會以公處字第 095032 號處分金頻道與長德兩家台北市中山區有線電視業者，主張其分配其共同劃分交易對象之行為違反聯合行為。公平會提出之間接證據包括競爭事業具有交叉持股、過去被公平會處分過、未積極搶客戶、拒絕客戶、共用接頭等。

二、法院判決——台北高等行政法院 96 年度訴字第 255 號、95 年度訴字第 4482 號

法院最終認定兩家事業間具有劃分交易對象之合意，違反聯合行為，判決事

¹² 何之邁，前揭註 10，頁 163-167。



業敗訴，而事業上訴後，最高行政法院維持原判決，並肯定原判決未違反經驗法則及論理法則，理由包括：

- (一) 援用最高行政法院 92 年度判字第 1798 號判決，採取合理推定方式。
- (二) 曾被公平會以違反聯合行為處分，故不會留下書面證據；
- (三) 外觀不競爭：劃分交易對象之區域明顯、收視戶已逐年接近，並逐年調高收視戶收視費，此部分主要係事業行為外觀上呈現不競爭之論述；
- (四) 交叉持股、擔任競爭事業董事：並無競爭之誘因，且得藉股東會或董事會交換資訊；
- (五) 未積極競爭：寡占市場之事業應相互爭取收視戶，然事業持續 5 年未就該等新建大樓之住戶提供優惠以爭取交易機會，誠屬悖離市場交易經驗法則之特殊現象；此外，事業共用接頭及纜線，係為達成分享利潤及互不競爭，而未向競爭對手積極主張自己權利；且有拒絕收視戶之情事。
- (六) 網路完工圖上有預先標示營業區域。

三、判決分析

(一) 交叉持股、擔任競爭事業之董事

本判決涉及劃分交易對象之聯合行為，公平會未提出直接證據以證明合意存在，相關間接證據中之溝通性證據係事業擔任競爭對手之董事等將可透過董事會進行資訊交換，屬於意思聯絡，而得知當事業取得他事業之股份如未達至公平交易法第 10 條及第 11 條申報之標準及門檻（本案為金頻道持股長德 25%），雖無庸依法進行結合申報，但因得參與股東會及董事會而有被認定為藉此資訊交換，符合聯合行為合意之可能性。但實際上公平會未提出任何事業於股東會或董事會討論之證據，屬於一種「共謀之機會」，在美國實務或學說多不認為該等證據即得認定事業間實際上有進行溝通，而須考量其他因素，例如事前事後之行為，本案法



院似乎直接肯認事業因此具有意思聯絡，有所不妥。

(二) 不競爭行為與買方反應

本案較為特別之處係在於事業處於不競爭之狀態；本文認為，其中不給予客戶優惠以爭取交易機會此一證據，透過有意識之平行行為亦可能達成，重點應在於事業共用接頭、纜線及拒絕收視戶之情事。

在共用接頭纜線等設備方面，顯示其中有一事業不積極與該部分客戶交易，如再搭配客戶曾向另一競爭事業商談轉換交易對象但最後被另一競爭事業拒絕之事實，此等情事如參考學者 Kovacic 等人所提之買方反應之附加因素，將可能得推論合意存在。

當客戶未表達任何轉換交易相對人之意願，未必能認為事業有不競爭之情事，因事業考量到自身利益而不願惡性競爭，在未有意思聯絡之情況下，亦可能在互相不積極搶客戶；然而，當已有客戶有向原事業表示磋商價格之意願，並曾主動向競爭事業接觸表達轉換交易對象之意願且該事業具有提供服務之能力，最後都遭拒絕，事業並維持交易對象分配之常態並逐步提高價格，在客戶已表達轉換交易對象之意願，市場上仍穩定地維持客戶分配及提高價格之情事，有可能得推論合意存在。

第六款、工業用紙聯合案

一、公平會處分

公平會以公處字第 099054 號處分正隆、榮成、永豐餘三家工業用紙（下簡稱工紙）製造商，理由係三家事業於一級工紙市場聯合調漲售價三次，並且前兩家



事業亦於二級工紙市場聯合調漲內銷之紙板價格¹³。公平會於處分書中未提出三事業合意之直接證據，欲以間接證據證明之。本文整理公平會提出之間接證據類型如下¹⁴：

- (一) 援引最高行政法院 98 年度判字第 91 號、第 92 號判決（中油台塑聯合案）中所示的「合理推定」方法；
- (二) 一致性調整發票價：事業具有一致性調漲之外觀，且調漲幅度超過成本上升之幅度，各事業成本結構互異卻呈一致調漲；
- (三) 無合理理由：各被處分事業之調漲幅度不符成本上升幅度、歷史漲幅（與歷次調整幅度及調整過程均不同）、國際漲幅（調整幅度與當時國際之漲幅不同）。
- (四) 產業結構：高度集中市場、新事業參進不易、進口業者有到岸時間差，事業有誘因不為價格競爭；
- (五) 溝通性證據：
 - 1、 預先報價牌價：事業於月初以牌價報價並發票結帳，月底按此牌價實收，而此牌價即讓事業明知同業之調價上限與價格訊息；
 - 2、 頻繁聚會吃飯。
 - 3、 一起參加廢紙原料委員會第 182 次之會議記錄，並於會中達成維持價格之共識。

二、法院判決

- (一) 台北高等行政法院 100 年度訴字第 506 號、第 568 號、第 824 號判決

¹³ 就二級工紙聯合之部分，因公平會所提資料無法清楚得知其以何種證據主張正隆公司與榮成公司間有何種聯合行為存在，且法院亦較著重於一級工紙聯合部分，故以下本文僅討論一級工紙聯合。

¹⁴ 某些證據未見於公平會處分中，而是公平會於行政訴訟之過程中提出，但因亦為公平會之主張，為討論及整理之方便，故一起於此部分整理。

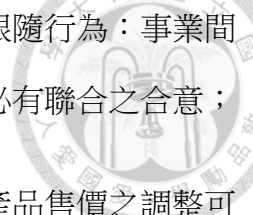


1、判決內容

北高行判決內容表示：「行政罰之要件事實之客觀舉證責任歸於行政機關。…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。而所謂『事實真偽不明』與否，則與事實判斷所要求證明度高低息息相關。行政訴訟法第 189 條第 1 項所規定之『判斷事實之真偽』，雖未明白規定證明度，鑑於行政訴訟對人民權利保障及行政合法性的控制，原則上當裁判認定之『事實』的真實性愈高時，愈能達成，因而行政訴訟所要求的證明度應是高度的蓋然性，也就是『沒有合理可疑』蓋然性程度的確信，此由現行行政實體法有一些釋明、估計或估算之降低證明度的規定即可推知。…應運用間接證據法則，藉由間接事實…之證明，本於推理之作用而導出主要待證事實，亦即合意之存在，且此合意為其外部行為一致性之『唯一合理』解釋。易言之，被告於行政訴訟中採用間接證據，除須證明間接事實之存在，並有義務充分說明該等事實之含意，以說服法院何以此等間接事實能夠『唯一合理』地解釋聯合行為合意之存在，否則難以認為其舉證已達『沒有合理可疑』蓋然性程度的確信，此際如經法院依職權調查證據，仍有待證事實真偽不明之情狀，被告即應負擔敗訴之風險。」

本案工業用紙之北高行 100 年度訴字第 506 號等判決，清楚論述公平會的舉證責任證明度應達「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信，對此，公平會依間接證據所證明之間接事實必須能「唯一合理」地解釋聯合行為合意之存在。至於在個案上，法院如下一一質疑公平會所提的間接證據：

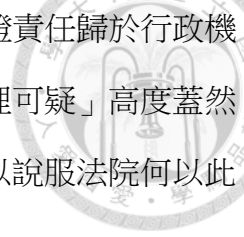
- (1) 公平會忽略事業以發票價預告並按此調整實收價之議價模式由來已久，非資訊之交換，且上開預告機制非公告，不清楚事業究係如何達成資訊交換。且縱有此議價模式，使事業得知定價資訊，也無法推論價格一致上漲究係出於合意或僅係處於寡占市場下之價格跟隨；

- 
- (2) 本案情形可能屬於重複賽局理論中，寡占市場存有之價格跟隨行為：事業間平行行為之外觀僅提供聯合行為之跡象，無法遽認廠商間必有聯合之合意；
- (3) 事業漲價無偏離經濟理性：本案原料於國內外皆上漲，且產品售價之調整可能反映金融海嘯的虧損，而雖調漲價格幅度與成本上漲幅度不同，但法院認為「市場上廠商定價，除考慮成本之外，尚須考慮市場需求與產業內競爭情勢之變化，所謂『合理價格』，不必然是廠商依成本漲跌所計算之相應價格，甚至也不必然是當下廠商追求利潤極大下之最適價格。」且「成本結構不同，卻能於相近時間之時間調整相近價格，本來就是寡占市場廠商出於平行行為之正常現象。」
- (4) 一同參加會議無法直接推論必交換訊息：公平會逕以聚會之事實，「推論」原告等必然為訊息交換（此處訊息當以足為達成價格協議者為限），再以訊息交換推論出聯合行為之合意，顯然偏離間接證據法則之正當運用。

法院綜合上述間接證據，總結認為：「不足以藉由間接事實之證明，本於推理之作用而導出原告等有聯合行為合意之存在，更無法以上開間接事實推論原告等間存有『合意』乃原告等一致提高價格客觀行為之唯一合理解釋。…在廠商足夠理性且能掌握市場資訊的寡占市場裡，法律上所謂的『合意』通常不是一致行為出現必要條件。…囿於欠缺長期產業觀察之資訊，且系爭期間內發票價資訊收集亦非完備，實無從…勾稽出被告所指『三次巧合』一致性漲價，是否有可能出於某原告之價格領導藉以勾結的對話機制。…無從得到乃出於聯合行為合意之『沒有合理可疑』蓋然性程度的確信。」

2、判決分析

- (1) 沒有合理可疑高度蓋然性程度的確信



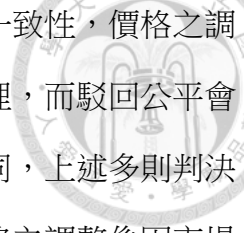
北高行 100 年度訴字第 506 號等判決認為行政罰之客觀舉證責任歸於行政機關之公平會；而公平會為盡其舉證責任，其舉證須達「沒有合理可疑」高度蓋然性程度的確信，即公平會負有義務充分說明間接事實之含意，以說服法院何以此等間接事實能夠唯一合理地解釋聯合行為合意之存在。

本則北高行和向來之行政法院最不同的論述在於舉證責任證明度之論述，南部地區瓦斯驗瓶案北高行後之行政法院多在論述上採取「合理推定」方法，藉公平會提出之證據推定合意存在，然在個案操作上，不清楚法院所謂合理推定之運作要求公平會所應達之舉證程度究竟為何，在中油台塑聯合案之處分書中，協同意見之王文字委員認為行政罰之舉證程度較接近民事訴訟，然而，依本案判決內容明示公平會之舉證責任證明度應為沒有合理可疑蓋然性程度的確信，較為接近刑事訴訟對檢察官所要求之舉證責任證明度。

為符合該等舉證責任之要求，本案公平會提出之間接證據包含事業三次調漲的一致性外觀、事業多次聚會參加會議、並認為透過預先牌價之報價，事業得藉此調整售價至一致，然而，法院認為事業之牌價調價模式已是慣行且非公開，公平會無法說明預告究竟透過何等媒介達成資訊交換，且縱有此議價機制，基於寡占市場中重複賽局之理論，公平會無法排除寡占市場中之價格跟隨行為之可能性，判決公平會敗訴。

綜上，得知公平會為達其舉證責任，需具體說明事業係透過何種方式達成資訊交換，且縱使競爭事業得知悉彼此價格，更須排除事業行為屬於有意識之平行行為之可能性。故得認為「沒有合理可疑蓋然性程度的確信」之最低標準係合意為唯一合理解釋，至少必須排除有意識之平行行為之可能性。

(2) 價格與成本之關聯性



工紙案北高行認為事業之定價及調幅未必與成本調幅具有一致性，價格之調漲涉及事業各自之判斷，不因未與成本等客觀因素一致而不合理，而駁回公平會認此部分不合經濟合理性之主張；此與前述多則判決之立場不同，上述多則判決認為調漲價格應有客觀供需因素或成本推升之事實可資佐證價格之調整係因市場因素變化，否則即可能有聯合行為可能性存在，甚至在金門桶裝瓦斯聯合案中，更要求調漲之幅度必須與成本一致始能調整。

（二）最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決

1、判決內容

公平會上訴後，最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決將原判決廢棄，發回北高行。針對於聯合行為意思聯絡之部分，最高行論及：「同一形式之外部行為，…依其他間接證據…足以判斷事業間已有意思聯絡，且為其外部行為一致性之合理解釋，即可認定事業間有『聯合行為』。…經由各項間接證據所認定之間接事實，並由各種間接事實適時的累積，參酌涉案商品之種類、涉案事業所占之比例、相關市場之範圍及其特性，如有生異於正常市場下之競爭條件狀況者，即得據以推定其間存有一致性行為之意思聯絡存在。」

將上述論述實際涵攝到本案，本則最高行在聯合行為合意方面之見解包括：

- (1) 得以合理推定之方式認定合意存在：如有同時同幅之一致性調漲外觀，並輔以與歷史調價經驗相違、與國際行情背離及寡占市場結構等附加因素，據以推認有聯合行為之合意，容屬合理推定之方式。
- (2) 事業未舉證迫價行為：被處分事業無法提出何次調價屬何方事業發動之價格



領導、何次調價行為屬跟隨、如何決策進行跟隨、時間差為何等相關事證，公平會調查時，事業亦未曾提及有追價行為，是以事業等主張價格領導與跟隨，並未舉證以實。

2、判決分析

(1)「異於正常市場下之競爭條件」等於合意之推定

最高行 102 年度判字第 67 號判決調整原審北高行 100 年度訴字第 506 號等判決認為合意須達外觀一致性之「唯一」合理解釋之舉證責任程度之用詞，將「唯一」二字刪除，認僅提出意思聯絡是外觀一致性之合理解釋即可，且在綜合間接證據下，認為「若有異於正常市場下之競爭條件」即得推定意思聯絡存在，而本案中，除事業行為外觀一致性外，最高行僅依產業結構、產品特性及事業之價格調漲不符成本、背離國際行情及歷史經驗等經濟性之證據即推定合意存在，反而未特別強調公平會於處分書及訴訟中極力主張的事業藉由事先發票達成資訊交換及曾經一起出席會議之情事。對此，最高行判決內容似顯示公平會無庸針對事業間如何達成協調多做論述，而僅事業調價之情形與成本、國際行情、歷史漲幅不符之經濟性證據，即屬異於正常市場下之競爭條件，得推定合意存在。

此與同採合理推定方法的中油台塑案之法院判決有所不同，該案中法院特別強調事業透過「提前公開調價資訊」之方式，達成暗默協調，應有合意存在，仍強調事業達成一致性結果之行為。就此亦得看出縱是同採合理推定方法之法院，其所強調的間接證據仍有所不同。

(2) 事業應具體舉證有意識之平行行為

本則最高行判決認為被處分事業必須具體舉證其所主張之追價行為（有意識之平行行為），以說服法院不具有合意，如未能舉證追價行為，公平會僅以上開經

濟性證據亦能推定合意存在，似認為公平會之舉證未特別需要討論有意識之平行行為。此見解與上述同案北高行 100 年度訴字第 506 號等判決有所不同，該則北高行判決中，縱事業未詳細舉證有意識之平行行為的內容，北高行即認為公平會之舉證亦須達排該寡占市場平行行為可能性之程度。

(3) 牌價外之競爭

最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決表示：「發票價係出於被上訴人等所為，且為『實收價』之基礎，已如前述；從發票價可以看出被上訴人等有一致性調價之聯合行為之跡證，足以探知被上訴人等有聯合行為之合意，足可損及市場競爭之機制，則是否會因事後個別交易對於個別客戶折讓之實收價，而致影響原有聯合行為之合意？原判決並未說明理由，故有判決不備理由之違法。」

上開論述類似於中油台塑聯合案中以油品批售價格為討論之核心而忽略事後之折讓價之討論，而如事業對發票價已具有合意，的確不因事後個別交易之折讓受有影響，然前提係公平會所提之證據必須足以推論事業對於發票價具有合意存在，惟在間接證據中，最高行肯認僅事業之定價與市場競爭狀態有所不同則屬於有合意，仍係強調市場靜態之結果，有以結果論斷合意、倒果為因之疑慮，甚至未論及任何事業如何透過行動達成意思聯絡¹⁵，實則事業經折讓之實收價若有不同，則顯示事業間仍具有競爭，與發票價（牌價）一致所呈現之無競爭之外觀不同，是否仍可認為具有外觀一致性，仍有討論之空間。

(三) 台北高等行政法院 102 年度訴更一字第 23 號、第 24 號、第 25 號判決

1、判決內容

¹⁵ 最高行政法院之判決不強調預開牌價之行為。

最高行發回原審後，更審北高行 102 年度訴更一字第 23 號等判決仍再次將公平會處分撤銷。就聯合行為合意的舉證部分，幾乎承襲了前審北高行 100 年度訴字第 506 號等判決，認為客觀之舉證責任歸於行政機關公平會，間接證據足以判斷事業間具有意思聯絡，且為其外部行為一致性之唯一合理解釋者，方可認定事業間存有聯合行為，否則難認公平會舉證已達「沒有合理可疑」蓋然性程度之確信。將上開標準用於個案上，更審北高行認為公平會所舉之間接證據有下列不足處¹⁶：

- (1) 價格行為一致性之舉證不足：公平會提出之價格，有樣本數過少、擅自剔除極端值不予採計、忽略實際發票價可能偏離平均價格之不當等缺失；
- (2) 市場結構易於跟隨：有意識之平行行為仍屬正當競爭行為，事業之發票價未同時上漲至相同價格，有時間差存在，與有意識之平行行為不謀而合；
- (3) 合理價格不一定必然反應成本，另公平會雖稱本次調價悖於歷史漲幅及同時期之國際漲幅，惟未說明比較之基準是否卻相同及為何選擇該特定國家；
- (4) 未說明如何達資訊交換：事業發票對象係交易相對人，縱其將發票價格洩露予其他對手知悉，亦係交易相對人之行為，非事業間有意識之資訊交換。公平會未證明事業就發票價有何公示制度，復未說明事業係透過何等媒介達成發票價格之資訊交換；
- (5) 一起參加會議與調漲價格之關聯性未明：被處分事業雖一起參加廢紙原料第 182 次會議，然其「堅守收購價格」、「以利市紙行情有效維持穩定」、「建議市場行情檢討」之發言僅能證明曾對如何穩定行情之議題提出建議，且該次會議有許多水平競爭事業及下游紙廠同時在場，就調漲價格進行協議顯然違背

¹⁶ 許多與一審北高行之判決重複，重複部分不再討論。



常理；

- (6) 公平會無法合理說明事業如何藉發票價達成意思聯絡，其所舉間接證據均不足推認事業間有聯合行為之合意，且係調漲之唯一合理解釋，未能排除漲價係寡占市場有意識之平行行為之可能，是公平會之舉證既未達於沒有合理可疑蓋然性程度之確信，自應承受違法事實不能證明所生之不利益；至事業對其等主張係自主定價及價格跟隨行為等情，既不負舉證責任，公平會抗辯其未就其等之定價策略及何次調價屬價格領導、價格跟隨等事實提出相關事證，應受不利之認定云云，與舉證責任分配不符。

2、判決分析

基本上，更審北高行 102 年度訴更一字第 23 號等判決有部分係承襲前次北高行 100 年度訴字第 506 號等判決之內容，相關討論得參照上述整理，惟有另外兩點係北高行 100 年度訴字第 506 號等判決所未提及：

(1) 同步調漲之容許範圍

工業用紙案中，因工業用紙之種類多，且視下游之交易對象不同，其價格亦可能有所不同，而非統一售價，故公平會所提出之調漲一致性證據則有爭執之空間，此部分尤其於更審之北高行 102 年度訴更一字第 23 號等判決及最高行政法院 104 年度判字第 181 號判決可見其差異。

(2) 市場行情之討論

相較於一審北高行僅提及事業一起參與會議無從推論合意；更審北高行更表示事業於會議中「堅守收購價格」、「以利市紙行情有效維持穩定」、「建議市場行情檢討」之論述僅是提出建議，佐以參與會議之事業，認為非進行價格協議，似

是認為上開陳述不足以達至意思聯絡之程度，異於向來法院多認為事業於市場上呼籲不要削價競爭之行為已足以構成意思聯絡之見解。



北高行似是考量事業陳述內容是否已傳達必要互為共同行為之意圖，以及得接收該陳述之對象範圍後，認為該事業穩定市場之陳述僅是單方向建議，且因參與會議者包含其他聯合行為外之人，而未達於意思聯絡之程度。故更審北高行針對事業透過公開陳述之方式是否達成意思聯絡，必須考量陳述內容是否已達雙向合意而非僅止於單向建議，以及參與會議者是否限於聯合行為之事業之問題。

(3) 公平會應排除有意識之平行行為之可能性

更審北高行 102 年度訴更一字第 23 號等判決於總結部分反駁前審最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決的見解，其認為因公平會所舉出之間接證據無法排除有意識平行行為存在之可能性，而未達到無合理可疑程度，無法將舉證責任轉換至事業，則事業毋庸就其主張有意識之平行行為的具體詳細內容舉證，似乎縱事業未具體舉證有意識之平行行為之存在，公平會所負之舉證責任仍應達至排除有意識之平行行為存在之可能性。

(四) 最高行政法院 104 年度判字第 181 號判決

1、判決內容

工紙案第二次最高行政法院 104 年度判字第 181 號判決認為：公平會所提出的事業發票價格已足認定事業售價之漲勢有一致性，而「經上訴人（備註：公平會）調查廢紙成本所占一級紙廠生產原紙成本，對應工業用紙應上漲之幅度，被上訴人等有關發票價調價幅度均已超過反映廢紙價格成本上升之幅度等情，依此

推論被上訴人等有聯合行為之合意…尚非無據。」…「本件上訴人之認定上開事實關係，係查認被上訴人等有同時間、同一形式之一致性調漲工業用紙之外觀，並輔以與歷史調價經驗相違、與國際行情背離及寡占市場結構等附加因素，其藉此推認被上訴人等有聯合行為之合意，亦非無據。」

此外，對於事業主張有意識之平行行為，最高行表示：「被上訴人等所稱此為追價行為云云，但並未提出究竟何次調價行為屬何方被上訴人所發動之價格領導、何次調價行為屬跟隨、又各次調價自身成本與售價之關係、如何決策進行跟隨、時間差為何等相關事證，則被上訴人等主張價格領導與跟隨，並未舉證以實其說。又於外觀上若有一致性調漲之情形，就此有利被上訴人等之上開主張，亦應依法調查相關事證，予以釐清。」同第一次最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決之見解，要求事業必須具體舉證有意識之平行行為的具體行為態樣。

2、判決分析

(1) 間接證據與推定之關係——異於正常市場下之競爭條件狀況

本則判決係公平交易法 2015 年新法修正以來，第一則涉及聯合行為合意爭議之案件，判決中對於推定的運用承襲本案第一次最高行 102 年度判字第 67 號判決內容表示：「由各種間接事實適時的累積，參酌涉案商品之種類、涉案事業所占之比例、相關市場之範圍及其特性，如有生異於正常市場下之競爭條件狀況者，即得據以推定其間存有一致性行為之意思聯絡存在。」

前半段論述類似新修正公平交易法第 14 條第 3 項¹⁷之條文內容，然新法並未明示間接證據之證明應達何種程度始能推定合意存在，如分析本段論述之立場，最高行對於新公平交易法第 14 條第 3 項之解釋似認為法條內容所規定之間接證據

¹⁷ 公平交易法第 14 條第 3 項：「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。」

如存在有異於正常市場之競爭條件狀況即可推定合意存在。至於何謂正常市場下之競爭條件狀況？本案最高行判決中認為一致性調漲之外觀，加上寡占市場結構及經濟性證據（與成本、歷史調價經驗、國際行情相違），即得推論有合意存在；此時如事業欲主張追價行為，則應由其具體舉證。

本文認為，雖新法增訂公平交易法第 14 條第 3 項明文規定合意推定，但在最高行政法院實務之操作上，似與修法前未有不同¹⁸，因工業用紙案修法前後之最高行判決理由及結果大致相同，在合意之認定上，公平會所舉之經濟性的間接證據只要不符合正常之競爭態樣，即得推定合意存在。以下為本案修法後最高行認定合意之證據整理：

（2）事業應具體舉證有意識之平行行為

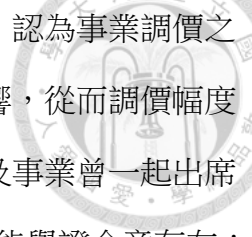
依本案最高行政法院之見解，針對於寡占市場中的價格跟隨行為此一有利於事業之主張，法院必須在判決中加以調查釐清，被處分事業並應舉證該價格跟隨行為之具體內容；從本段論述，應得解釋惟為於就公平會提出之經濟性證據推定合意時，縱當事人曾提出有意識之平行行為主張，待其具體舉證跟隨行為詳細內容後，公平會始可能負有排除有意識之平行行為存在可能性之義務，且法院亦應審酌有無價格跟隨之情事存在，否則可能有判決不備理由之違法。

三、判決見解統整

（一）法院判決內容

工業用紙聯合行為案之行政法院判決，針對公平會舉證合意之程度，大致可分為兩種意見：

¹⁸ 向來反對採取推定方法的皆為台北高等行政法院，故除最高行政法院外，台北高等行政法院實務見解如何操作新法之推定條款，有必要待發回後北高行重新作成判決，再做整體性的檢討。



一為台北高等行政法院所採取的「無合理可疑」程度立場，認為事業調價之活動不必然與成本有緊密地呼應，仍受其他多種考量因素之影響，從而調價幅度與成本不同不當然不合理，且事業藉由發票價交換訊息之主張及事業曾一起出席會議之事實皆無法直接推論出事業有合意存在，綜上，公平會未能舉證合意存在；另外針對事業主張之迫價行為（有意識之平行行為），公平會於舉證合意存在時，縱使事業未具體舉證有意識之平行行為，仍必須排除有意識之平行行為存在之可能性，如公平會所提證據仍無法排除事業行為屬於有意識之平行行為之可能性，則法院無法認定合意存在，相較之下，被處分事業在公平會舉證合意存在前，毋庸詳細舉證迫價行為之內容。

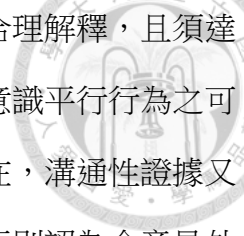
二為最高行政法院所採的「合理推定」方法之立場，其認為事業調整之售價須與成本相互呼應，且不能背離歷史調價經驗或國際行情，再加上寡市場結構適於從事聯合行為等經濟性證據，屬有異於正常市場競爭之狀況，得推定合意存在，甚至毋庸考慮事業如何達成該等一致性之外觀¹⁹。對此，事業若主張行為屬迫價行為，則必須由其提出具體詳細之內容說明其迫價行為之內容，否則公平會之舉證無庸特別排除有意識之平行行為存在之可能性，且上述見解於公平交易法修訂第14條第3項後，最高行政法院似仍延續著相同立場。

整體而言，台北高等行政法院對公平會之舉證要求較為嚴格，反之，最高行政法院對於公平會則較為寬容。

（二）舉證責任證明度

若公平會所舉出的間接證據皆相同，為何北高行及最高行的最終見解有極大之差異？本文認應是舉證責任證明度程度之差異。無論是一審或更審的北高行皆

¹⁹ 因最高行政法院之判決未強調論述事業藉由發票價交換訊息及事業曾一起出席會議等溝通性證據。



認為公平會所提之間接證據必須達到合意是外部一致性的唯一合理解釋，且須達無合理懷疑高度蓋然性之程度，故公平會須排除寡占市場中有意識平行行為之可能性，而事業所提之經濟性證據不能排除有意識之平行行為存在，溝通性證據又無法說明事業如何達成共識，最終無法推定合意；反之，最高行則認為合意是外部一致性的合理解釋即足，並肯認合理推定之方法，公平會舉出之經濟性證據得指出市場狀況異於正常市場競爭條件之狀況即足，毋庸特別強調事業之達成共識之過程，反而係應由被處分事業應舉證有意識平行行為之具體內容。

（三）溝通性證據

本案中公平會所提之事業聯誼聚會之行為、參與同業會議之行為以及預先開立牌價等行為均可能作為意思聯絡之溝通性證據；然公平會所提聯誼聚會行為之證據嗣後曾被法院認為不實，參與之同業會議則包含交易相對人亦在內，另外預先開立牌價之行為更是未說明事業如何透過該機制協調價格。綜上，公平會實未能提出一合理說服台北高等行政法院之溝通性證據，而未能符合北高行之要求；相較之下，最高行政法院未特別強調溝通性證據，只要市場狀況呈現反於競爭之情況，即可能認定合意存在。

又如公平會所述認為：「瓦楞紙板價格計算複雜，且各公司各規格品項代碼不同，然公式計算複雜、但價格卻一樣，非聯合行為無以致之。」則依照美國學者之看法，此種具有複雜特性之案件，事業為協調價格之調整事項，應會進行接觸溝通，如無此類證據存在，合意之推論係微弱的；則按此，公平會在此案件中，既然工業用紙規格品項代碼、價格計算複雜，若真的係公平會認為有聯合行為存在，理應提出合理之溝通性證據以推定合意存在。



第七款、超商現煮含乳咖啡聯合案

一、公平會處分

公平會於民國 100 年 11 月 9 日以公處字第 100220 號處分統一、全家、萊爾富、來來四家便利商店，理由係四家事業聯合調漲其等所販賣之含乳現煮咖啡價格五元，涉及違反聯合行為。公平會之處分書中就聯合行為合意之部分，未提出可證明四家超商有意思聯絡存在之直接證據，而係援引前述法院之合理推定方法，並舉出下列幾項之間接證據，合理認定四家超商有聯合行為之意思聯絡存在：

- (一) 事業調漲含乳現煮咖啡之售價在外觀上具有一致性：無論咖啡之冰熱、容量、配方，皆一致漲價五元，且調漲之時間甚為一致；
- (二) 市場結構利於勾結：寡占市場家數少、產品同質性高、有聯合之動機（需求彈性小、市場參進不易、知悉對手商品調整週期）；
- (三) 不具經濟合理性：事業若係單獨為之有悖於經濟理性；全家率先公布漲價之新聞稿係因確信競爭對手會跟進調漲，否則具有客戶流失之高度風險，事業不會貿然為之²⁰。
- (四) 無合理理由：被處分事業未能合理說明各家事業漲價所考量之因素及內部作業流程互異卻呈現外觀一致性之原因。
- (五) 事後透過促銷活動穩定銷售量。

²⁰ 實際上，公平會論述公布新聞稿此一間接證據時，係認為事業是在確信其他事業會跟進之情況下為之否則不符合經濟理性，較符合經濟性證據之範疇，而非將公布新聞稿當作一種協調方式之溝通性證據。



二、法院見解

對於公平會之處分，被處分之便利商店提起行政訴訟，其中有主張其行為係配合上游鮮乳成本漲價而單獨決策調整價格，且事後曾進行許多相關之促銷活動，可見事業間仍有競爭存在，非屬聯合行為；亦有便利商店主張寡占市場中可能出現價格跟隨之行為，得解釋一致性外觀之原因，故要求公平會應舉證聯合行為之合意。

(一) 台北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號、第 649 號、第 703 號、第 715 號判決

1、判決內容

綜合兩造主張及抗辯，台北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號等判決表示，事業外觀之一致性不必然等於事業具有事前合意，在高度透明化的寡占市場中，可能視對手之策略而調整價格決策，屬不具備聯合行為合意之有意識之平行行為，而屬正當競爭行為，因此必須透過證據決定事業之行為終究屬一致性行為或有意識之平行行為。

針對舉證責任原則性之相關問題，北高行 101 年度訴字第 607 號等判決之見解同於上述工業用紙案之一審北高行見解，其認為：客觀舉證責任應歸於行政機關，且「行政訴訟法第 189 條第 1 項所規定之『判斷事實之真偽』，雖未明白規定證明度，鑑於行政訴訟對人民權利保障及行政合法性的控制，原則上當裁判認定之『事實』的真實性愈高時，愈能達成，因而行政訴訟所要求的證明度應是高度的蓋然性，也就是「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信，此由現行行政實體法有一些釋明、估計或估算之降低證明度的規定即可推知。鑑於公平交易法對於聯合行為之證明並無特別規定，基此，聯合行為之各項要件成就與否之證明，自均

同受上開證據法則之拘束。」

在超商咖啡個案實際操作上，一審北高行 101 年度訴字第 607 號等判決如下論斷公平會提出之間接證據：



- (1) 平行行為外觀不得遽認有合意存在：重複賽局為避免對手報復，理性廠商於資訊充足下，可能選擇跟隨對手調價，而非以完全競爭價格搶占市場，此一結果係廠商極大化自身利益之理性選擇，非聯合行為結果。是以，平行行為之外觀僅得作為聯合行為之跡象，但無法遽認必有合意存在。
- (2) 一致性價格之合理性：雖公平會主張事業成本結構不同、咖啡之含奶量不同卻一致漲五元為不合理現象，然北高行認為市場上定價尚須考慮需求與產業內競爭變化，所謂合理價格不必然是依成本漲跌所計算相應價格或追求利潤極大下之最適價格；且事業成本不同，卻能於相近時間調整相近價格，本是寡占市場平行行為現象；又漲價「五元」，在消費上屬於習慣性定價。
- (3) 產業結構可能導致一致性外觀：正因商品同質、市場結構利於聯合勾結、市場公開透明等特性，事業反而不需任何意思聯絡，而可自然導致一致漲價。蓋鮮乳漲價消息經媒體傳播，含乳咖啡漲價早在業者期待中，其他事業透過公開透明價格容易觀察到率先調價行動並迅速應對，即無流失客戶之虞，可認係事業根據利益最大化之考量所為之合理舉動。

綜上，北高行認為在廠商本於理性且能掌握市場資訊之寡占市場中，合意通常不是一致行為出現之必要條件。賽局理論中重複賽局的模型，充分說明只要廠商出於自利，長期互動的理性廠商可以不需要任何的合意，只需價格跟隨即可達到聯合行為之經濟上效益。是以，法院依公平會所提之間接證據無從得出一致性外觀來自於聯合行為合意，復以公平會所為之市場界定亦有錯誤，最終判決公平



會敗訴。

2、判決分析——有意識之平行行為

依據本則判決書所載內容，得知悉被處分事業並非明示主張其等行為屬於寡占市場中之有意識之平行行為，事業亦未說明任何價格跟隨之具體情事，且非所有被處分之事業皆有此一主張，被處分事業主張之重點仍在於公平會之市場界定有誤以及其等事業行為屬於單獨決策等問題上，惟在本案北高行 101 年度訴字第 607 號等判決中仍花費甚多篇幅論述寡占市場中的有意識之平行行為，並於訴訟結果上，認公平會無法排除此一解釋之可能性，未盡其舉證責任。故在採取無合理可疑程度的標準下，即使事業未具體舉證價格跟隨行為的內容，公平會舉證合意存在時仍必須排除該種情況之可能性。

查本案中，公平會提出之間接證據僅包含一致性外觀、產業結構等經濟性證據，甚至未能說明事業透過何種方式達成共識。其中公平會曾提出之事業若係單獨為之有悖於經濟理性之論述，與上開美國法中事業行為不符自己利益之論述類似，該等論述強調事業之行為「僅在競爭者為相同行為時」始符合利益，然美國法上學說對此表示在具有相互依存性之寡占市場上，該等單獨為之悖於經濟理性之間接證據僅是相互依存性之同義詞，而與本案北高行之論述立場相同，在寡占市場之相互依存性下，本案事業所為之有意識之平行行為符合各自最大利益。易言之，在寡占市場中，外觀一致性及產業結構無足排除有意識之平行行為。

(二) 最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決

1、判決內容

公平會提起上訴後，最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決針對於聯合行為合意認定之部分做出下列判斷，最終認為原審判決仍有不充分之處，而撤銷原



判決發回：

- (1) 採取合理推定之方式：在舉證要求上，應採取合理推定之方式，如行為人欲推翻此項推定，須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，並認為合理推定之手法係最高法院多數判決所採之見解。復以，公平會所提之下列間接證據，以足以合理推定合意存在：
 - (2) 無供需變化得解釋一致性外觀（除有意識之平行行為）：從鮮奶成本、所需咖啡豆、耗材、人工等成本、調價作業期間、發布新聞稿等²¹多項間接證據觀察，並無客觀供需變化可合理說明外觀上一致性之行為（除有意識之平行行為及價格跟隨行為外²²），自可合理推定有聯合行為之合意。

綜上，原判決不採合理推定之見解，且未要求四家超商對於何以外觀上有一致調價等事項負合理說明之舉證責任，卻認應由公平會舉證證明聯合行為之合意，且其證明須達沒有合理可疑之程度等語，逕將舉證責任倒置於公平會，有違舉證責任分配之原則，有悖本院實務之見解，亦有適用證據法則之不當。

至於就有意識之平行行為舉證責任，本案最高行政法院如下論述：

- (1) 應查明是否有有意識之平行行為：公平會以超商均辯稱調價額度及時機未參考或跟隨同業等語，否定四家超商間有「有意識之平行行為」之可能；惟超商辯解係在否認有聯合行為之合意，並不能完全排除「有意識之平行行為」之可能，是超商辯解之真意為何，仍有進一步探究之必要。本件四家超商間是否有「有意識之平行行為」及「價格跟隨行為」，而足以排除聯合行為之適用，有待公平會說明釐清，此部分亦應發回，由原審法院查明判斷。

²¹ 此等間接證據可大致分為外觀一致性、成本變動與調價幅度不符、公開新聞稿等類型之間接證據。

²² 此為原判決所加註，詳細如下論述。



2、判決分析

(1) 合理推定之性質——法律上推定

依上開最高行政法院之見解，按「逕將舉證責任倒置於公平交易委員會」此段之論述，可知本則最高行係認為負有舉證責任之本證者為被處分事業，蓋因此時始有舉證責任倒置之問題；而公平會所需負之舉證責任則為提供間接證據，使此等間接證據得解釋被處分事業之一致行為而推定合意存在後，接著則由被處分事業負舉證責任之本證。

本文認為，最高行操作之此種推定方式較偏向法律上推定之性質：如以被處分事業負有舉證責任本證之角度觀之，本判決中之推定帶有法律上推定之性質，蓋因公平會雖先負有使間接證據能說明（推定）合意存在之責任，但非必要達到行為之「唯一」解釋，而毋庸特別排除有意識之平行行為（見下述），推定後則由被處分事業負「本證」責任以推翻上述推定，與法律上推定先由一方舉證特定事實並推定該待證事實後再由另一方負舉證責任本證推翻之操作有本質上之相似處；

再者，此一合理推定之方法，似不要求須達於外觀一致性之「唯一」合理解釋，蓋因最高行政法院於判決中明示縱使合理推定後仍然存在有意識平行行為之可能性，代表合理推定僅是指公平會所提間接證據得合理解釋合意存在，但不排除有另外解釋之可能性，只是推定之外，公平會似仍有舉證非有意識之平行行為之必要（詳見下述）。

(2) 滿足推定要件之間接證據之種類



合理推定所需達成之的舉證程度，除外觀上一致性外，依最高行判決中，似乎認為售價調漲幅度不符合成本上漲幅度、公開新聞稿等間接證據存在即可認定合意存在。

(3) 推定與有意識之平行行為

最高行判決一方面認為公平會所提之間接證據已足以合理推定合意存在，由被處分事業負責舉證推翻，另一方面同時要求公平會於發回後應說明釐清是否有有意識之平行行為及價格跟隨行為，且判決中也明白陳述有意識之平行行為亦可能解釋該等外觀一致性之現象，簡言之，最高行政法院所定義之「推定」，實不須排除有意識之平行行為，惟法院同時要求公平會發回後應進一步釐清是否存在有意識之平行行為及價格跟隨行為；一方面肯定推定合意存在，一方面又要求公平會釐清有意識之平行行為，似有矛盾之虞，

本文認為，較合理的解釋係，結論上仍係要求公平會之舉證必須排除有意識之平行行為存在之可能性，較近於與原審台北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號判決之結論，蓋若非如此解釋，應係反過來要求事業應舉證有意識之平行行為存在。

(三) 北高行 102 年度訴更一字第 54 號、第 55 號、第 56 號、第 57 號判決

1、判決內容

更審北高行 102 年度訴更一字第 54 號等判決再次撤銷公平會之原處分：

- (1) 本則北高行未表示其採取最高行政法院之合理推定方法或採一審北高行之無合理可疑程度的標準²³，僅認若事業採取同一形式之外部行為，依其他間接證

²³ 但於結論處北高行表示，本案中公平會所提之間接證據難以「推定」合意存在，或許得認為本則北高行仍係採取「推定」之方法。



據，足以判斷事業間已有意思聯絡，且為外部行為一致性之合理解釋，即可認定事業間有聯合行為；

- (2) 外觀一致性不得逕推論合意：寡占市場競爭激烈，可能出現有意識之平行行為或價格跟隨行為，寡占市場上廠商行為有相當程度之一致性，實屬正常。
- (3) 有意識之平行行為存在之可能性：率先調漲之行為為風向球，對手透過公開透明價格可迅速應對，率先調漲者無流失客戶之疑慮。其平行行為實係具有高度經濟合理性，難認有合意存在。
- (4) 一致性價格之合理性：所謂合理價格，除考慮成本外，尚須考慮需求與產業內競爭情勢變化，不必然是依成本漲跌所計算之相應價格或追求利潤極大下之最適價格；且成本結構不同，卻能於相近時間之時間調整相近價格，本來就是寡占市場廠商出於平行行為之正常現象；五元價格級距為習慣性定價。

綜上，更審北高行最終認為公平會提出之證據仍未能合理推定事業等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；且因事業等之價格調漲行為為具高度的經濟合理性，平行行為結果的發生並不需要存在有事先合意，可認調漲行為係各自根據市場狀態及對手行銷策略，基於其經濟合理性及利益最大化，在獨立的意思決定下所為的經濟行為，屬有意識之平行行為，應排除聯合行為之適用。

2、判決分析

(1) 合理推定內涵之差異——無合理可疑程度

更審的北高行 102 年度訴更一字第 54 號等判決，未如同前審北高行明示主張公平會之舉證應達「無合理可疑」之程度，並且其未質疑公平會採取的合理推定

方法，判決最後結論部分亦曾提及「合理推定」，總結而言，對於公平會之舉證要求，更審北高行係依前審最高行之見解，採合理推定之方式。



然在討論間接證據時，更審北高行判決對於公平會之質疑，與採取無合理可疑程度標準的一審北高行 101 年度訴字第 607 號等判決之論述幾乎相同，包括：公開新聞稿與有意識之平行行為間之關係、價格訂定未必須符合成本之計算等，而最終肯認公平會所提證據無法合理推定合意存在。簡言之，雖在舉證標準上採取和一審法院判決看似不同標準，但在論述結果上，仍要求公平會之舉證應排除有意識之平行行為存在之可能性，而與一審北高行 101 年度訴字第 607 號等判決採取無合理可疑程度之標準是相同的。

相較之下，同採合理推定方法的最高行 102 年度判字第 251 號判決及北高行 102 年度訴更一字第 54 號等判決，依同樣之間接證據，法院在論述過程上及結論上卻完全相異，應得認為兩則法院判決所認為「合理推定」方法應達的舉證程度有所不同，且更審北高行 102 年度訴更一字第 54 號等判決之舉證要求高於最高行 102 年度判字第 251 號判決。

(2) 合理推定方法仍須排除有意識之平行行為

至於本則更審北高行採取合理推定方法，但仍肯認本案可能屬寡占市場中有意識平行行為，要求公平會應排除有意識平行行為之可能性。

(四) 最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決

1、法院判決

公平會針對更審北高行 102 年度訴更一字第 54 號等判決提起上訴後，最高行



103 年度判字第 195 號判決針對聯合行為之合意的見解如下，最終仍駁回公平會之上訴，全案確定，四家超商勝訴：

- (1) 原審判決在有無聯合行為合意之判斷上，已詳述其認定事實之依據，及得心證之理由，經核尚無上訴意旨所指違背法令之情事。
- (2) 原審判決認公平會提出相關事證尚不足合理推定意思聯絡，非將舉證責任轉換由公平會負擔，而係認事業價格調漲行為具有高度經濟合理性，其平行行為結果的發生不需依賴事前合意，可認調漲行為係各自根據市場狀態及對手行銷策略，基於其經濟合理性及利益最大化之追求，屬有意識之平行行為，應排除聯合行為之適用，並無違聯合行為意思聯絡之舉證原則。

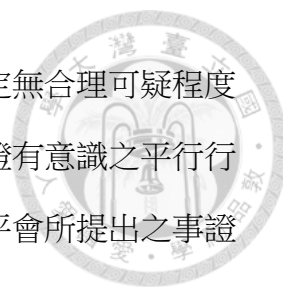
2、判決分析

最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決認為負合意舉證責任本證者為被處分事業；而在認定事業是否已成功舉證上，係採取支持更審北高行 102 年度訴更一字第 54 號等判決見解之立場，所為合理推定之方法亦應排除有意識之平行行為存在之可能性，而公平會提出之經濟性證據無法排除有意識之平行行為存在之可能性。

三、判決整理及評析

(一) 舉證責任內涵與有意識之平行行為

針對聯合行為合意之舉證，相較於工業用紙聯合案中的北高行判決及最高行判決呈現截然二分的見解，超商咖啡聯合案僅有一審北高行 101 年度訴字第 607 號等判決採取無合理可疑程度之標準，其他三則判決皆採合理推定之方式。



在個案操作上，四則判決內容無論採取合理推定方法或肯定無合理可疑程度立場，未如工業用紙之最高行判決要求被處分事業必須具體舉證有意識之平行行為，均認為本案仍然存在有意識之平行行為存在的可能性，公平會所提出之事證無法推定合意存在。

綜上，超商現煮咖啡聯合案之各審判決，看似採取不同之舉證責任，但在結論上卻有相當之一致性，均對於有意識之平行行為存否抱持著疑慮，而要求公平會應進一步釐清。

（二）聯合行為合意之間接證據評析

如分析公平會提出認定合意存在之間接證據，得發現公平會所提出之間接證據均係強調外觀一致性及外觀一致性之不合理，尤其係各被處分事業之成本結構不同卻能達成一致漲價顯見有意识聯絡之論述，另外，公平會未提出任何溝通性證據。

1、成本結構不同售價卻一致

本文認為，此種各事業成本結構不同售價卻一致之間接證據僅係一致性外觀的同義詞，因不同事業之成本結構必定不同，只要事業具有一致性外觀，必會符合該等間接證據之論述，實不合理，故本案例中公平會其實只有提出一致性外觀及相關不合經濟理性之行為等間接證據，甚至連意思聯絡之方式均未論述，在各審級法院之判決中，均不足以排除有意識之平行行為而認定合意之存在。

2、意思聯絡之方式

本案例中未見公平會說明被處分事業係透過何種方式達成意思聯絡，如參考中油台塑聯合案，理論上公平會得主張全家透過新聞稿公開宣告價格調漲之行為是

意思聯絡之一部份，但公平會實際上完全未主張事業係透過該等公開價格機制協調價格²⁴，反而是台北高等法院認為全家率先公布新聞稿的方式，是寡占市場中得讓事業測試價格調漲或進行價格跟隨的方法，而得合理解釋為何有一致調漲的現象。

3、促銷活動致穩定市占率

公平會認為事業調漲含乳咖啡售價後採行促銷活動具有穩定市占率之功用，姑且不論該促銷活動真實與否²⁵，縱使事業有採行促銷活動，如北高行 101 年度訴字第 607 號等判決所述：「令均有促銷活動也正是緩衝、撫平消費者不滿情緒所必要，乃為長期經營事業者於調漲價格之際，經常使用安撫消費者之手法，非可以一致促銷活動推定原告等就調漲行為有意思聯絡。」正是因事業提高價格而為維持市占率而有必要採行，縱使事業係單獨決定調漲價格仍有可能進行促銷，如事業不採行促銷活動，反而有流失消費者之虞，違反事業經濟理性，故採行促銷活動正是事業間存有競爭之顯現。

且如事業如公平會所述已達成合意，輔以市場界定為便利商店現煮咖啡市場，而非所有現煮咖啡市場，該等四家便利商店之市占率相當高，毋庸擔心其他同業（例如 OK 便利商店）或其他現煮咖啡事業（例如星巴克）等參進該等便利商店現煮咖啡市場，實毋庸採行促銷活動，該等促銷活動之存在，某種程度得認為被處分之事業間仍有競爭存在。

²⁴ 不同於中油台塑聯合案中公平會極力主張事業藉由提前公布調整價格達成價格協調，亦不同於工業用紙聯合案中公平會極力主張事業透過事先開立發票價以達成資訊交換。

²⁵ 台北高等行政法院認定公平會所指稱之促銷活動均非針對現煮含乳咖啡。



第八款、鮮乳聯合案

一、公平會處分

公平會以公處字第 100204 號處分味全、統一、光泉三家乳品業者，理由係因三家事業陸續於民國 100 年 10 月調漲其販售之鮮乳售價，涉有違反聯合行為之情事，然公平會處分中並未提出三家事業合意聯合行為之直接證據，而係藉由下述間接證據認定合意之存在：

- (一) 採取合理推定方式；
- (二) 一致性外觀：被處分事業於相近時點、一致性調整鮮乳之參考建議售價，且超出收購生乳原料成本之漲幅，使競爭性產品維持一致性價格區間；
- (三) 產業結構：系爭市場結構為寡占市場，有利於聯合勾結；
- (四) 事業未能提出合理說明：事業調價與否之考量因素相異，卻未能說明個別調幅之準據或調價作業之損益評估；
- (五) 公開調漲訊息：事業透過媒體公開調漲資訊，對聯合行為產生穩固作用。

二、法院判決

- (一) 台北高等行政法院 101 年度訴字第 573 號、第 575 號、第 829 號判決

就上述公平會提出之間接證據，被處分事業針對乳品聯合行為之合意問題，抗辯因具有成本推升之情事存在始調漲售價，北高行判決則以下列之間接證據，認定聯合行為合意存在，判決公平會勝訴：

1、判決內容

本判決採取合理推定方法，認當一致性行為為事業外部行為一致性之唯一合理解釋時，即可認定有聯合行為。並援引南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案最高行 92

年度判字第 1798 號判決的合理推定方法；其中法院肯認之間接證據包含：

- (1) 外觀一致性：被處分事業調整鮮乳之建議售價具有一致性外觀（100 年 10 月初，同等級之鮮乳 1 公升包裝調漲 6 元，2 公升包裝調漲 11 元或 12 元），且各事業向下游確認調價事宜之時點亦甚為一致；調整價格考量之因素複雜（成本、毛利率、消費者感受等），卻一致調漲；
- (2) 產業結構：鮮乳市場屬於寡占市場，事業家數少、易偵測競爭事業之悖離及實行制裁，而利於聯合勾結；
- (3) 無合理理由：被處分事業在公平會詢問調整價格之各產品別細項計算方式時，均未能立即提出相關資料，迄至公平會作成原處分前仍未能提出；
- (4) 公開價格資訊：媒體披露鮮乳調漲之訊息與事業調價結果相呼應，此等訊息利於競爭者調價、偵測並降低不跟價的風險；下游通路商證稱被處分事業熟識，會向下游事業探聽其他事業調整之時點。
- (5) 非價格跟隨：事業均一致否認有參考同業價格並為跟隨之情事，公平會據此排除事業等一致性行為係寡占市場下之有意識平行行為，核屬有據。

2、判決分析

(1) 合理推定

鮮乳案的北高行判決採取合理推定的方法認定聯合行為合意有無，並提及合意須為外觀一致性之唯一合理解釋，而在判決中，法院肯認公平會排除單獨行為及有意識之平行行為之可能性，並認得合理推定合意存在，可見此一北高行判決即使採合理推定方式，仍需討論是否有單獨行為或有意識之平行行為的可能。

(2) 間接證據

本案公平會提出合意之間接證據包含一致性外觀、產業結構易於勾結、無合

理理由可解釋、媒體公開漲價資訊等，促使事業透過媒體資訊達成意思聯絡而形成一致性之價格；查此等間接證據之種類與上開超商現煮咖啡聯合案相當類似，兩案之差異在於有意識之平行行為（本案有意識平行行為之論述詳見下述）。

公平會提出之間接證據中，以事業行為具有一致性外觀為核心，大幅論述事業調價行為在幅度與時間上之一致性，強調事業調整價格所涉之因素複雜，如呈現一致性調漲，非單獨行為得解釋之；本文以為，若以公平會或法院此種推論方式，則在市場上因不會有兩家事業的成本結構或規模大小完全相同，且每種產業所要考慮之訂價因素均很複雜，故此種論述等同係認為一致性之外觀即代表有聯合行為之合意存在。

（3）有意識之平行行為

本則判決採取合理推定之方法，相較於先前採取合理推定方法之法院判決未必要求公平會應排除其他有意識平行行為之可能性，本案判決說明意思聯絡是外部一致性的唯一合理解釋，並同時以事業已自陳非模仿其他競爭事業為理由²⁶排除有意識平行行為之可能性，是以，得認為本則判決中之合理推定係排除有意識之平行行為；另一方面，並隱含著事業須具體舉證有意識之平行行為存在之要求。

（4）被處分事業之舉證責任

相較於上述公平會舉證以一致性外觀之證明為主，本則法院認為被處分事業未能提出產品價格之計算方式或其他證據係未能提出價格調漲之合理說明，更加認定聯合行為合意之存在；可知被處分事業為對抗公平會之間接證據推定合意存在，必須提出各產品價格之細項計算方式、公式，甚或是事業內部價格決議之證

²⁶ 本判決於區分事業行為屬於一致性行為或有意識平行行為時，法院以事業曾自陳未跟隨模仿其他事業，而認定無有意識平行行為存在，與上述超商咖啡案最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決採取不同立場。



據，並顯示本判決法院之立場係事業調漲價格必須有一定之依據，不能恣意調漲價格，如未能符合成本之變動或無法合理說明一致性外觀，即可能被認為是聯合行為。

(二) 最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決

1、判決內容


三家事業提起上訴，最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決駁回其上訴，意旨如下：

- (1) 採取合理推定之方法：當聯合行為若為事業間外部行為一致性之唯一合理解釋時，可認定事業間有聯合行為，同時並援引南部地區瓦斯驗瓶案的合理推定方法；最高行政法院提及之間接證據包含下列各項目：
- (2) 一致性外觀：若事業係依自身成本決定調價，其所提出之調漲理由、經營通路比重、相關營業成本攤銷，因應生乳成本所致之價格調漲緩衝成力及競爭誘因亦應有所不同，但調價結果呈現一致之情形，無法以單純平行行為解釋或認係市場機制運作之結果。
- (3) 非有意識之平行行為：事業調價時須提前至少 2 週至 4 週通知通路業者，要無在味全調漲後，其他事業於數日內即跟隨調漲之可能。
- (4) 事業未能提出調價之計算方式：事業未能即時提出價格調整之計算方式與資料，以證明價格調整確係基於自身決策，業者對於漲價之重大決策，竟無公司內部簽呈紀錄，屬匪疑所思。

2、判決分析

本則最高行政法院判決理由基本上與原審北高行判決內容相類似；

- (1) 最高法院採取之間接證據種類



最高行政法院判決認為，不同事業具有不同之成本結構且調價考量之因素亦不同，如呈現一致性外觀，復以事業之行為不符價格跟隨之模式，很可能具有聯合行為之合意存在，未採取其他積極之證據要求（例如最高行未特別提及產業結構之要求或公開調價資訊之事實，而僅補充事業未能提出合理說明），依此內容，本文認公平會於舉證聯合行為合意時，僅須舉證事業具有一致性外觀存在，並排除有意識之平行行為（價格跟隨），即可能使最高行政法院推定合意存在，未特別強調事業透過公告價格之方式達成一致性行為。

相較於此，被處分事業則必須舉證其如何達成價格跟隨之行為（如何在數日內調價，屬有意識之平行行為之主張），或是如何決定調整價格（包括調價計算方式與資料、內部簽呈資料等，屬單獨行為之主張），始可能使法院認定彼此間無意思聯絡存在。

（2）有意識之平行行為之舉證要求

法院檢視公平會提出之間接證據時，法院認為因事業不可能在數日內立即跟隨競爭事業所為之價格調整，故排除有意識平行行為之可能性，肯認有聯合行為合意存在，可知本則判決雖採取合理推定方法，但法院同時亦排除有意識之平行行為的可能性。

且本則最高行政法院判決亦清楚闡明為何否定事業有意識平行行為主張之理由（不可能於數日內立即跟隨），顯示若事業欲主張其行為屬於價格跟隨，必須解釋如何在數日內跟隨模仿而完成調價的程序，包括如何通知下游通路商完成調整價格之程序等，此一要求類似於上開工業用紙聯合案之最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決、104 年度判字第 181 號判決中要求事業必須具體舉證價格跟隨等具體情事，得認為最高法院在近來之聯合行為案例中，就事業主張價格跟隨或有意識之平行行為，逐漸要求事業必須提出確切跟隨模仿之證據，如事業未能舉證，

則會被排除有意識之平行行為存在之可能性，而非僅能空言主張屬於價格跟隨。但如參考處分書內所述之事實，自當年 8 月 15 日起在市場上就有媒體報導鮮乳可能漲價，事業未必完全不知悉此等情事，而事業自 9 月開始向通路表示調漲之情事，似非數日內就採取跟隨之行為²⁷。

（三）小結

本部分之鮮乳聯合案與前述超商咖啡聯合案有相當關連性，超商咖啡聯合案中，事業主張調漲價格之主要原因即是因鮮乳之調漲，致「含乳」之超商現煮咖啡成本上升，而調漲價格。

然兩案最終之行政爭訟結果卻不同，鮮乳聯合案法院認為事業具有聯合行為之合意，反之，超商咖啡聯合案法院則認為公平會無法排除事業行為屬於有意識平行行為之可能性，如比較公平會於兩案中所提出認定合意之間接證據種類，基本上是相同的，以外觀一致性為主，輔以產業結構、事業未能提出合理說明等理由，且兩案中，公平甚至連事業接觸溝通之證據皆未能提出，僅有事業公開宣布價格之調整可能促使價格一致性，然最終行政法院基於相類似之間接證據所認定之結果卻有所不同，雖然每個個案之情況不同，但如單以判決中所呈現之間接證據種類觀察，雖此二案有相類似之事證，但最終訴訟結果卻不同，可推論斯時行政法院對於認定合意存在與否，在間接證據之推論與最終合意存否認定上，還未有一致之標準。

另外，本案中，公平會至多僅提出事業具有透過媒體報導促進價格穩定之證據，然而該等媒體報導亦未討論其內容、形式等妥當性，且又未能提出其他價格協調之溝通性證據，實不足以認定該媒體報導已能區辨有意識之平行行為，且若如公平會所述：鮮乳之品牌、規格、成本複雜，卻能達至一致性外觀，則應有合

²⁷ 公平會處分書公處字第 100204 號。

意存在，此時在產品複雜之背景下，事業應會透過溝通協調始能達成一致共識，公平會卻未能提出佐證之證據，應不足以推論合意存在。



第九款、小結——實務見解之變化

在上開個案及其法院判決中，中油台塑聯合案與其他聯合行為案件較為不同，中油台塑聯合案不排除有明示達成意思合致之行為存在，惟在該個案中，所涉議題主要集中透過價格預告機制達成之外觀一致性與有意識之平行行為及聯合行為概念之區辨之問題，至於上開其他案件所涉之合意問題，則主要較偏向於事業間可能存有明示達成意思合致之行為，但執法機關之公平會無法調查得知該等事證，故需透過間接證據以操作合意之概念。

另外，依據上述實務判決之分析，得發現我國行政法院對於公平會處分聯合行為合意之舉證程度的見解有所改變，從最初似乎只要具備外觀一致性即可能被認為有合意存在，到公平會需舉出間接證據以推定合意存在，最後某些法院判決甚至要求公平會所舉之間接證據必須達至無合理可疑的程度。以下整理法院見解之轉變：

一、最高行政法院

最高行政法院 88 年度判字第 1985 號判決於金門縣桶裝瓦斯聯合案中表示僅需外觀上的一致性即能認定事業間意思聯絡之存在；而南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案之最高行政法院 92 年度判字 1798 號判決後，最高行政法院始終跟隨該法院之見解而採取合理推定之方法，惟有時最高行每個判決對於合理推定之定義或標準似有不同之要求，如超商現煮咖啡聯合案之最高行 103 年度判字第 195 號判決雖同採合理推定原則，然認同類型之經濟性證據認不足推定合意存在；

而於 104 年公平交易法第 14 條增訂第三項之合意推定條款後，工業用紙案最高行 104 年度判字第 181 號判決適用新法認定合意之結果，其論述過程與舊法時期運作合理推定之概念相同，故應可認為新法修正後，最高行仍維持相同之見解。



二、臺北高等行政法院

至於臺北高等行政法院之見解，於南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案之北高行 89 年度訴字第 2290 號判決後，雖亦多採取依循該判決採取合理推定之方法，例如中油台塑聯合案北高行 94 年度訴字第 2370 號等判決。

然在工業用紙案及超商咖啡聯合案等三則北高行判決，則未採取合理推定之方法，反而係要求公平會之舉證需達無合理可疑程度的標準²⁸，並對公平會所提出的間接證據逐一反駁之，縱使公平會提出事業接觸之證據（聯誼聚餐、參加會議），仍未被法院接受，而要求其應排除有意識平行行為存在之可能性，否則事業毋庸具體舉證有意識之平行行為之存在，對於公平會應負舉證責任之要求較為嚴格，惟經過此兩案件後，在鮮乳案之北高行 101 年度訴字第 607 號似又回到合理推定方法之採用，然同時會搭配聯合行為須為唯一合理解釋的論述，對於有意識之平行行為是否存在亦會加以討論。

三、小結

而總結近來相關之行政法院判決，特別係工業用紙案、超商現煮咖啡聯合案、鮮乳案，針對於聯合行為合意之認定，得歸結判決內容有下列之特點²⁹：

（一）法院僅就個案進行調查、判斷，尚無一致、穩定的見解；

²⁸ 包含北高行 100 年度訴字第 506 號等、102 年度訴更一字第 23 號等（工業用紙聯合案）、101 年度訴字第 607 號等（超商現煮咖啡聯合案）。

²⁹ 汪渡村（2015），〈各國對於聯合行為合意舉證問題之執法經驗〉，《公平交易通訊》，66 期，頁 3。



(二) 法院對於負擔舉證責任本證者及證明度之程度，並無一致標準：

在後期之法院判決中，於行政訴訟中究是應由公平會抑或是被處分事業負客觀之舉證責任（本證），未有一致之標準；因行政判決時常使用「合理推定」之方式認定聯合行為之合意，然因推定兩字似有倒置舉證責任之意涵³⁰，某些行政法院判決似認為負有客觀之舉證責任（本證）者為被處分事業而非公平會，如超商現煮咖啡案之最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決及同院 103 年度判字第 195 號判決。

反之，南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案之台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決、中油台塑聯合案之最高行 98 年度判字第 91 號判決、工業用紙案之北高行 100 年度訴字第 506 號及同院 102 年度訴更一字第 23 號判決、超商現煮咖啡聯合案之北高行 101 年度訴字第 607 號均係認為負有客觀舉證責任者仍為公平會。

至於在舉證之證明度要求上，工業用紙案之北高行 100 年度訴字第 506 號及同院 102 年度訴更一字第 23 號判決、超商現煮咖啡聯合案之北高行 101 年度訴字第 607 號明示公平會之舉證責任應達無合理可疑之高度蓋然性程度；反之，其他法院判決並未明示舉證責任證明度之要求，但在相同之案件中，常有判決之結果及對於有意識之平行行為之看法異於採取無合理可疑之高度蓋然性程度之法院判決結果及看法，且採取推定之最高行政法院判決時常否定原審臺北高等行政法院所採取之無合理可疑程度之標準，要求北高行採取合理推定之方式，故本文認為，無合理可疑之高度蓋然性程度之舉證責任要求係高於其他案件所要求之證明度標準（詳見下述）。

(三) 法院對有意識之平行行為之證明，並無一致標準。

³⁰ 然倒置舉證責任應僅限於法律上之推定，而不及於事實上推定，請參見第二項之討論。



在工業用紙案之最高行 102 年度判字第 67 號及同院 104 年度判字第 181 號判決、鮮乳案之最高行 103 年度判字第 294 號等判決，均係推定合意存在後，要求被處分事業如欲主張有意識之平行行為則應具體舉證其內容；

反之，工業用紙案之北高行 100 年度訴字第 506 號及同院 102 年度訴更一字第 23 號、超商現煮咖啡聯合案之最高行 102 年度判字第 251 號³¹、北高行 101 年度訴字第 607 號及同院 102 年度訴更一字第 54 號判決等，縱事業未具體舉證跟隨之內容，公平會之舉證仍須排除有意識之平行行為，否則無法推論合意存在。

（四）法院有時無法說明事業透過何種方式進行意思聯絡達成合意

依照第三章美國法附加因素之討論，本文主張聯合行為存在之人至少必須說明事業如何進行意思聯絡達成合意，然而，如參照我國上開多則判決得發現，公平會有時甚至未說明事業如何進行意思聯絡：

1. 中油台塑聯合案：以「價格預告機制」作為論述之核心，認為價格預告機制將促使事業達成價格一致性，法院並進一步論斷價格預告機制之合法性。
2. 金頻道長德聯合案：互相擔任董事、經理，有知悉競爭事業內部消息之機會。
3. 工業用紙案：聯誼聚餐³²；參與同業會議；對交易相對人預告牌價，未說明如何與競爭者達成合意。
4. 鮮乳案：未說明如何達成合意，曾提及媒體報導漲價之新聞。
5. 超商咖啡聯合案：未說明如何達成合意，曾提及全家便利商店發布新聞稿宣布調價之訊息。

如同上開整理，在金頻道長德聯合案及工業用紙案均涉及事業私下交換資訊

³¹ 但超商現煮咖啡聯合案之最高行 102 年度判字第 251 號判決同時認為已推定合意存在，詳細論述請見前述。

³² 惟台北高等行政法院 102 年度訴更一字第 23 號判決認定公平會所述聯誼聚餐討論價格之證據實係指其他交易階段之工廠人員間發生之事，且該名原告公司人員更未提及聚會時有討論市場價格之情事。



之可能性，但公平會提出之證據僅能證明至事業有交換資訊意思聯絡之「機會」，但未能證明至接觸之內容。

至於在中油台塑聯合案、工業用紙案、鮮乳案、超商咖啡聯合案則涉及事業公開預告價格之機制，公平會所提出之證據均以事業一致性外觀之合理性為主軸論述，並至多僅能證明先由其中一家事業公開資訊（包含透過各種方式預告調價之資訊），其他家競爭事業陸續跟進之情事存在，就後者其他家事業跟進行為無法證明係因事先已有協調，僅止於事業被動知悉其他事業之資訊而採取相同之行為，如僅以此等證據即認為競爭事業係具有共同目的採行一致行為，並期待競爭事業跟進，則難以區辨有意識之平行行為。學者亦認為超商現煮咖啡聯合案及鮮乳案仍可能透過媒體報導或公開查價而為單純的價格追隨行為，僅以媒體報導或發布新聞稿之事實上不足推論有導致合意之意思聯絡行為³³。

在合意之判斷上，如依照上開之判斷方式，聯合行為之規範對象將可能變成處分事業行為無競爭之「結果」，而非競爭事業進行合意限制競爭之行為，將使聯合行為與合法單獨行為之界線難以區分。縱將此種公開資訊之方式作為一種漲價之信號（*signaling*），按照上開美國法，對於公開預告價格機制是否得推論合意存在，須針對該公開價格機制之性質、內容、對象、時點、交換資訊之特性、產業結構等因素做統合性之考量，始能決定其與合意間之關聯性，且涉及該種透過預告機制進行協調之案例，均是有「多次」調整並跟隨之紀錄，最終始被法院認定可能有合意存在；但我國上開實務判決卻少有針對此類公開宣布價格行為進行分析（除中油台塑聯合案外），甚至在超商咖啡案及鮮乳案，均只有「一次」之調整及跟隨，蓋因無明示合意存在，一致性之次數多寡亦可能影響合意之認定，如此一來，僅有一次之調整跟隨行為即認定有合意存在，未針對事業背後如何協調多

³³ 顏廷棟（2012），〈聯合行為之執法檢討與展望〉，《公平交易季刊》，20卷4期，頁21-24。



作論述，實有不當³⁴。

惟本文亦非指中油台塑聯合案涉及多次調整及跟隨之行為即可認為有合意存在，該等行為係事業單獨利益最大化之展現，如同上述，價格預告機制本身仍需討論其性質、內容等，在美國法上亦少見直接判決公開價格預告機制認定為意思聯絡之合意；而我國行政法院判決，就公開價格預告機制認定促成價格之統一，將可能將合法之價格跟隨行為劃入違法之聯合行為規範範圍內，有商榷之餘地。

第二項、聯合行為合意之證明

第一款、推定之性質

一、推定³⁵

查「推定」，多係在民事訴訟中討論，而無論係民事上之推定概念或行政上之推定概念應係相通，故本文於此一部分將以民事上推定之概念為主，整理相關內容。所謂推定大致上可分成「法律上之推定」（又可細分為法律上之事實推定及法律上之權利推定）及「事實上之推定」等不同之概念：

（一）法律上之權利推定

所謂法律上之權利推定，係指法律明文規定所推定之內容非具體事實存否，

³⁴ 承辦超商咖啡聯合案行政訴訟之律師認為該案係受輿論壓力，透過公平交易委員會管控物價，參閱林發立（2015），〈聯合行為之調查亦或控制物價？兼談公平交易法增訂第 14 條第 3 項之規定——咖啡調價案之我思〉，《萬國法律》，202 期，頁 35-38。

³⁵ 雖本項目下之法律上推定及事實上推定之整理，看似係立於民事方面對於推定之討論，然公平交易法聯合行為之違反多涉及行政訴訟，按行政訴訟法第 176 條，行政訴訟中關於證據之問題得準用規範推定事項的民事訴訟法第 281 條及第 282 條，故應認為上開民事訴訟法上對於推定之討論，亦能用於行政訴訟之討論上，請參照吳東都（2001），《行政訴訟之舉證責任：以德國法為中心》，頁 38-41，台北：學林文化。



而係「權利或法律關係」存在與否。當事人如為推定權利存在，必須符合該法律上明定應具備之要件³⁶，實際例子如民法第 943 條第 1 項³⁷、民法第 817 條第 2 項³⁸。

（二）法律上之事實推定

所謂法律上之事實推定，指系爭法條之某待證要件事實有證明必要時，法律上明定如較容易證明之其他事實（稱前提事實）獲證明後，若無相反之證明，則認定該待證要件事實（稱推定事實）已獲證明，並依民事訴訟法第 281 條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」當推定完成後，負舉證責任之人無庸再為舉證，反之，對造就法律規定之推定事實之相反事實則負有舉證責任，且屬於本證，應積極證明使法院確信該法律上推定之事實為虛偽，始可能獲得有利判決，若對造僅舉證至推定事實虛偽不明之程度（即反證之程度）仍然不足以獲得有利判決³⁹。就此法律上之事實推定，特別是指法律上已明文規定者為限，且只要當事人證明法條中明定之前提事實，並經由法院認定該等前提事實存在後，法院即應「依法」認定該推定事實存在，法院並無再透過經驗法則或論理法則認定之審酌空間⁴⁰。

實際範例如民法第 770 條及第 944 條第 2 項⁴¹，民法第 770 條及民法第 944 條第 2 項內所定之「繼續占有」為推定事實，如能證明民法第 944 條第 2 項之「經證明前後兩時為占有時」（前提事實）此一要件，則可推定「前後兩時之間，繼續占有」此一待證事實⁴²。其他民法上之例子還包括第 9 條第 1 項⁴³、第 11 條⁴⁴、第

³⁶ 駱永家（1971），〈推定之研究〉，《臺大法學論叢》，1 卷 1 期，頁 216-220。

³⁷ 民法第 943 條第 1 項：「占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利。」

³⁸ 民法第 817 條第 2 項：「各共有人之應有部分不明者，推定其為均等。」

³⁹ 駱永家，前揭註 36，頁 209、213-214。

⁴⁰ 汪渡村，前揭註 29，頁 5。

⁴¹ 民法第 770 條：「以所有之意思，十年間和平、公然、繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意並無過失者，得請求登記為所有人。」；民法第 944 條第 2 項：「經證明前後兩時為占有者，推定前後兩時之間，繼續占有。」

⁴² 駱永家，前揭註 36，頁 207。

⁴³ 民法第 9 條第 1 項：「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡。」



1063 條第 1 項⁴⁵。

(三) 事實上推定

所謂事實上推定係指，法院依已明瞭之事實（間接事實、要證事實），根據經驗法則、論理法則，依自由心證推認有爭執之事實（應證事實）之存否，屬法官運用自由心證之事項領域，非直接有關舉證責任，如民事訴訟法第 282 條規定：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」⁴⁶其概念係由法院本身進行操作，而非法律所明定，故當事人毋庸就應證事實本身直接舉證其存在，而得由間接事實推論該應證事實之存在。至於間接事實本身之證明，仍應由原來負舉證責任之一方負擔之，且屬於本證之程度，須讓法院形成確信，舉證成功後，對造若欲推翻法院之確信，屬於反證，僅需使法院對於應證事實發產生動搖、陷於真偽不明之狀態即足。

綜上所述，事實上推定之情形下，負有舉證責任之人仍為同一造當事人，是以，事實上推定實無舉證責任轉換之效果⁴⁷。其重點在於法院依據經驗法則、論理法則，藉由間接證據認定待證事實之存在。

二、聯合行為之合理推定與推定

(一) 概論

依上開實務整理，涉及公平交易法聯合行為合意認定問題之訴訟中，行政法院時常使用「合理推定」之方式認定合意存在，且於 2015 年 1 月修正之公平交易法中，第 14 條第 3 項增訂：「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、

⁴⁴ 民法第 11 條：「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其為同時死亡。」

⁴⁵ 民法第 1063 條第 1 項：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」

⁴⁶ 邱聯恭（講述）、許士宦（整理）（2015），《口述民事訴訟法（三）》，頁 173-174，台北：自刊。

⁴⁷ 駱永家，前揭註 36，頁 220-221。

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。」⁴⁸本條項之修法理由為：「舉證為訴訟勝敗之關鍵，實務上主管機關欲取得成立聯合行為之直接證據，非常困難，為有效規範聯合行為，應適度賦予主管機關得以相當依據推定聯合行為之合意要件，爰增訂第三項規定。」

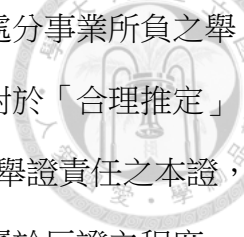
至於行政判決所述之「合理推定」或法條文字之「推定」究竟屬於上述何種類型之推定，將會影響當事人之舉證責任，而有加以釐清之必要。本文以下將由我國行政判決實務對於聯合行意合意舉證責任之相關討論出發，分析行政訴訟判決的特性，並對合理推定之運用提出進一步的釐清。

（二）聯合行為行政訴訟實務分析

行政法院判決中，自南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案之台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號及最高行政法院 92 年度判字 1798 號判決採取所謂「合理推定」之方式以來，許多涉及聯合行為合意認定之判決多採取合理推定之方法，而在台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決中，曾表示採取合理推定方法並「未倒置兩造之舉證責任」，可認負有舉證責任之人仍為公平會⁴⁹；復以，中油台塑聯合案之最高行政法院 98 年度判字第 91 號等判決認為，被處分事業如要推翻合意

⁴⁸ 在比較法上，與我國新修訂之第 14 條第 3 項推定條款類似者，得參考南韓獨占規制及公平交易法 (Monopoly Regulation And Fair Trade Act) 2007 年修正之第 19 條第 5 項：「若兩家事業以上有第 1 項第 1 款至第 9 款之行為，且依產品、服務或交易之特性、該行為之經濟合理性及其結果、事業間接觸之性質與頻繁度、及其他狀況而認事業有高度可能性參與該等行為，得推定事業間有合意存在。」(南韓公平交易委員會網站上刊登之英譯版本之內容為：”Where two or more enterprisers conduct an act falling under any subparagraph of paragraph (1), it shall be presumed that the enterprisers have made a agreement to conduct an act falling under any subparagraph of paragraph (1) when it is highly probable to reckon that they collectively did the act, taking into accounts the characteristic of the relevant transaction, goods or services, economic reasons and ripple effects of the relevant activity, frequency, mode, etc. of contact among enterprisers.”)該條項包括強調「事業間接觸之性質與頻繁度」，與我國公平交易法第 14 條第 3 項所列內容有所差異，參見韓國公平交易委員會網站，http://eng.ftc.go.kr/bbs.do?command=getList&type_cd=62&pageId=0401 (最後瀏覽日：03/21/2016)。

⁴⁹ 惟就台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決所稱「推定」，有學者似乎傾向認為係涉及舉證責任轉換，但該文復又認為推定條款並未完全排除公平會之舉證責任，僅係減輕舉證責任，不知該學者之真意，請參吳秀明 (2014)，〈打擊聯合行為法制之晚近變革〉，《月旦法學雜誌》，233 期，頁 229-231。



之推定，必須提出事證以「動搖」該推定，該動搖一詞指出被處分事業所負之舉證責任仍為反證而非本證；綜上，採取推定之部分行政判決，對於「合理推定」之性質之界定，似認為無倒置舉證責任之效果，仍由公平會負擔舉證責任之本證，而推定合意後，被處分事業所負推翻該推定效果之舉證責任則屬於反證之程度。但公平會應舉出何種證據以推定合意存在，判決內仍未給予明確之標準。

另一方面，於超商現煮咖啡聯合案第一次最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決肯定合理推定之方法，接著並認為：原審高等行政法院之判決未適用合理推定，而逕將舉證責任倒置於公平會，係有違舉證責任分配⁵⁰；再者，同案第二次最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決肯定原審採取合理推定方法，並同時認為原審判決被處分事業勝訴並非將舉證責任轉換由公平會負擔⁵¹，而係事業已提出足夠證明其等行為非聯合行為。綜上，上開兩則判決似均認為合理推定下，負擔合意舉證責任本證者為被處分事業，而非公平會，較偏向法律上推定之見解。

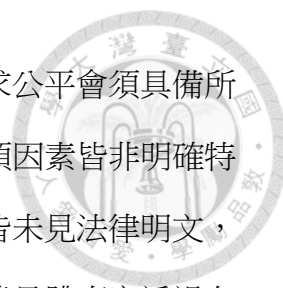
（三）本文見解

依推定之定義及上開整理之實務運作，本文認為法院所採的「合理推定」方法或法條之「推定」應非具有舉證責任轉換效果之「法律上之事實推定」，而僅屬於「事實上推定」之一種，此由下列理由得知：

首先，聯合行為合意存否之推定，法律上並無明定公平會必須先行舉證證明的前提事實，多是公平會自己提出認為得推論合意之證據，此即不符合法律上推定之定義及性質。且縱使 2015 年 2 月新修訂之公平交易法第 14 條第 3 項增訂推定條項後亦同；蓋因該條項僅係規定「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因素認定有無合意存在，並未說明公平會

⁵⁰ 惟同則判決同時又要求公平會應說明有無有意識之平行行為存在，詳細論述請見上開整理。

⁵¹ 同則判決最終判決認被處分事業舉證成功，事業獲得有利判決。



只要舉出法條內所規範之各項證據即可推定合意存在，亦非要求公平會須具備所有法條內之例示事項始得認定合意存在，甚至法條中例示之多項因素皆非明確特定之要件，例如何種市場狀況、何種商品特性得認定合意存在皆未見法律明文，而仍係於由事實認定者（包含公平會或行政法院）於個案中依據具體事實透過自由心證判斷審酌，是故，本文認為公平交易法第 14 條第 3 項並非屬於法律上事實推定之明文規定。

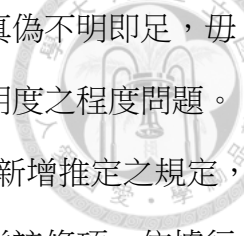
再者，在個案認定上，仍是由行政法院綜合公平會所提之各項間接證據，在不違反經驗法則、論理法則下，本於各自心證、推論認定事實存在與否，係屬於事實上推定之操作方式，此時並有法院認為推定後被處分事業若為免於敗訴之不利利益，須提出相反事實之證據並「動搖」法院之心證⁵²，而屬於反證的程度，亦同於事實上推定之舉證責任分配，反而與法律上推定下，被處分事業所應負之舉證責任為本證有所不同。

且如將該條項解釋為法律上事實推定亦有不妥適之處，蓋因法律上事實推定強調原負舉證責任之人所應證明之前提事實，此將產生合意認定之僵化，法院將囿於法條規定之因素而無法依據個案予以彈性判斷，然因合意存在與否，將會涉及產業結構層面、事業行為層面等問題，實無法於法律上一一予以明定。

綜上，本文認為，就聯合行為合意之舉證，法院判決所稱的「合理推定」或公平交易法第 14 條第 3 項之「推定」均應屬事實上推定，而非屬法律上之事實推定⁵³；既僅為事實上推定，則無關舉證責任倒置之問題，負聯合行為舉證之本證者仍為公平會，至多僅是主觀舉證責任之轉換，法院仍係基於公平會所提出之證據依法判斷其係否在論理法則及經驗法則上得推論合意存在，縱經法院推定合意存

⁵² 最高行政法院 98 年度判字第 91 號等判決（中油台塑聯合案）。

⁵³ 汪渡村，前揭註 29，頁 5；但本文亦認同學者之補充論述，即如按照該條項之立法理由，採取法律上之推定始能滿足該規範目的。



在，事業所負之舉證責任仍為反證，僅須證明至合意此一事實真偽不明即足，毋庸使法院認定合意不存在；重點將會轉變為公平會所負舉證證明度之程度問題。如此一來，公平交易法雖於 2015 年修法時於該法第 14 條第 3 項新增推定之規定，理論上，該等法條之操作不應異於修法前之操作，蓋因縱無新增該條項，依據行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 282 條，法院仍是本於論理法則及經驗法則判斷，本條項之增訂所具有之實際作用應僅限於指示公平會或法院在合意之認定上所應參考因素之功能，此為應然層面之論述。

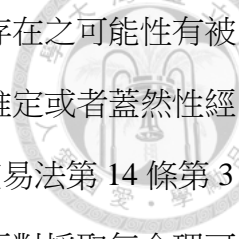
惟本條項之修法通常被認為係為解決超商現煮咖啡聯合案中，因行政法院對於公平會之舉證採用無合理可疑高度蓋然性程度之立場而判決被處分事業勝訴確定，致生對於執法機關公平交易委員會合意舉證要求過苛之問題，甚至有被學者直接稱作為「咖啡條款」⁵⁴，蓋因按照舊法時代實務操作合理推定之方式下，公平會所提證據僅涉及外觀一致性及公開價格機制、不合正常競爭狀況之情況下，仍會被法院認為該當於意思聯絡之合意，此時事業之行為通常被認為非屬於有意識之平行行為，然而工業用紙案及超商現煮咖啡聯合案出現之無合理可疑高度蓋然性程度之立場卻打破向來行政法院之運作方式，強調事業透過公開價格機制觀察競爭事業之行動不屬於意思聯絡，要求公平會應提出更具體之事證，綜上而言，從中油台塑聯合案以來，至超商現煮咖啡聯合案、鮮乳案、工業用紙案，呈現法院對於公平交易委員會所負舉證責任及證明度標準不一之現象⁵⁵。

故本文認為，公平交易法第 14 條第 3 項中所謂「推定」，在實際間接證據之操作上，相當程度地降低公平會所負之舉證責任證明度⁵⁶，當公平會之舉證包含事業外觀具有一致性，不符成本之變動，且可能不需舉證任何溝通性行為，仍可被推論屬於意思聯絡而該當於合意，係透過經濟上之不合理作為合意推論之核心，

⁵⁴ 蕭文生（2012），〈聯合行為與咖啡條款〉，《月旦法學教室》，112 期，頁 82-83。

⁵⁵ 汪渡村，前揭註 29，頁 3。

⁵⁶ 吳秀明，前揭註 49，頁 231-232。



而溝通性行為則被忽略，至於單獨行為（有意識之平行行為）存在之可能性有被忽略之傾向或要求事業應先具體舉證；學者亦認為所謂事實上推定或者蓋然性經驗法則之運用實際上係降低證明度之效果⁵⁷。整體而言，公平交易法第 14 條第 3 項之推定條款而有統一法院見解之目的及效果，並明示立法者反對採取無合理可疑高度蓋然性程度立場，其最大之影響對象應係行政法院判決之立場，使行政法院得以較為寬鬆之態度接受公平會之舉證，而減少如同超商含乳咖啡聯合案之法院採取無合理可疑程度之機會。

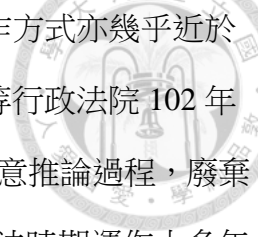
針對推定條款之增訂，學者有認為此推定條款實係將實務所累積之經驗並經法院肯定之論證方法，轉化為法規範而使其論證方法有明白之法規依據而更具適法性；當多數有競爭關係之事業各有其不同之設備規模、成本及利潤之考量，以及所處地理位置亦不相同，而在相關市場上竟同時或先後為限制競爭之一致性行為，如該等事業不能合理說明何以得有此一致性限制競爭行為之結果者，應可合理懷疑該等事業間有為聯合行為之意思聯絡，蓋依市場供需變化及競爭之常理，事業各有不同之設備規模、成本及利潤之考量以及不同之地理位置而使其相互競爭之地位及競爭手段應有差異，如無事前為聯合行為之意思聯絡，應不致產生此一致性限制競爭行為之結果⁵⁸⁵⁹。

本文認同上述學者前半部之見解，易言之，公平交易法第 14 條第 3 項之推定條款係將公平會或行政法院多年來對於聯合行為合意認定之經驗明文至法規範中，使法院更容易得操作認定合意，至於事業各有不同之設備規模、成本及利潤之考量以及不同之地理位置卻有一致之外觀得推論合意存在之想法是否妥適，則是另外一層次之問題，本文持較為懷疑之見解（詳見下述）；另外新法增訂推定條款後，

⁵⁷ 吳東都，前揭註 35，頁 62。

⁵⁸ 廖義男（2011），〈夏蟲語冰錄（四十六）－評析聯合行為規範之修正議題〉，《法令月刊》，62 卷 11 期，頁 126-127。

⁵⁹ 廖義男（2015），〈夏蟲語冰錄（九十）－2015 年新修正公布之公平交易法評析（二）－聯合行為之規範〉，《法令月刊》，66 卷 7 期，頁 130-131。



最高行政法院 104 年度判字第 181 號判決（工業用紙案）之操作方式亦幾乎近於修法前行政法院採取合理推定之操作方式，而否定原審臺北高等行政法院 102 年度訴更一字第 23 號判決採取無合理可疑高度蓋然性程度下之合意推論過程，廢棄原判決發回，故可呼應上述公平交易法第 14 條第 3 項具有將舊法時期運作十多年之合理推定操作經驗及推論方式予以定型化及明文化之效果之見解。

（四）推定條款之問題

承上所述，本論文認為新法所增訂之推定條款理論上應僅具有宣示性之效果，其明示法院於認定合意上得藉由何種類型之因素加以判斷之，但實際上應無舉證責任轉換或其他實質之效果。惟如實務如仍以修法前操作「合理推定」之方式操作該條款，則可能具有降低舉證責任證明度之效果，甚至可能使法院或公平會認為依據法條所規定之市場狀況、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因素即得推定合意，然而市場狀況、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特性是否足以區別聯合行為合意以及其他單獨行為或有意識之平行行為，本文係抱持較為反面之看法。

易言之，如以行政法院向來之操作，當市場狀況只要具有一致性外觀、產業結構屬於寡占等易於實行聯合行為、商品同質性、成本幅度與漲價幅度不一致等情況時，即足以使法院推論合意存在，然查上開事證均得以有意識之平行行為解釋，且事業行為之經濟合理性在寡占市場中並無法給予更多線索而僅止於相互依存性之同義詞，法院卻時常認定合意存在，有未達唯一合理解釋程度之虞（詳見下述），但在新法之規範方式下，在文義上，該等操作係受到法條認可，有所不妥，將可能有使有意識之平行行為落入公平交易法聯合行為之規範範圍內之疑慮。如此一來，聯合行為處罰非難之標的將非純粹係事業透過合意達成限制競爭結果之行為，而係處罰不競爭之結果，有悖於聯合行為規範目的。至於如何解決或減少



上開問題之發生，詳見本章第二節所述。

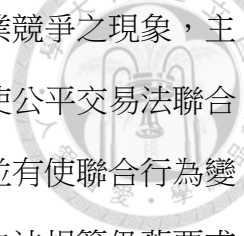
（五）配套措施

學者等雖有曾於多年前撰文肯定得於公平交易法中明文規定嚴格的構成要件推定之規定，但為避免對於行為人產生過苛的效果，認為經推定而認定之聯合行為其法律效果應從命其停止、改正或採取必要更正措施開始，不得立即併處罰鍰⁶⁰。惟 2015 年公平交易法修正時雖引進推定條款，但並未如學者建議在法條中增訂配套措施，使用推定方式推論合意後，仍可對於被處分事業課予行政罰鍰。

本文認為此配套措施雖能解決部分問題且其隱含之立場同於本文之見解，即構成要件證明與效果間之關聯性之問題，但實際上仍未徹底解決本質上之問題。如以學者之立場而言，因放寬構成要件之認定，使構成要件得輕易地認定，惟此時法律效果亦必須加以減輕；而本論文後述之見解則是從另一角度觀察，當違法之法律效果嚴重時，對於構成要件之認定就必須更加嚴格，總結而言，學者之見解與本文之見解均係強調違法之法律效果越重則構成要件之認定就越趨嚴格，反之，違法之法律效果越輕則構成要件之認定則可能得較為寬鬆。惟我國公平交易法修正之方向卻是加重違法之法律效果（公平法第 40 條）之同時，又放寬構成要件之認定（公平法第 14 條第 3 項推定），與上述學者及本文見解有所不同，似有所不妥（詳見下述）。

然而，上開學者所提出放寬構成要件認定同時並減輕處罰法律效果之見解，雖能解決法律效果輕重無法合於構成要件認定寬鬆程度之疑慮，不失為一種解決實務操作所帶來之疑慮，但其仍未能徹底解決合意概念之問題，易言之，此種方式係透過淡化主觀要件之重要性達成構成要件認定之嚴謹程度與處罰輕重間之平

⁶⁰ 黃茂榮主持（2002），《聯合行為之採證與例外許可項目之研究》，行政院公平交易委員會，九十一年度合作研究報告十一，頁 58。



衡，如以最極端之狀況設想上開解決措施，市場上任何缺乏事業競爭之現象，主管機關將均得命事業停止、改正或採取必要更正措施，此將致使公平交易法聯合行為主觀要件合意之概念越趨模糊，而有治標不治本之疑慮，並有使聯合行為變成物價管制工具之疑慮，故本文認為，既然現行對於聯合行為之法規範仍舊要求必須具有主觀合意之構成要件，且違法之法律效果亦包含嚴格之上一年度銷售金額 10% 之行政罰鍰，為維持構成要件認定嚴謹程度與法律效果輕重間之平衡，有必要加強構成要件之認定，對於合意之判斷仍應課予公平會較重之舉證責任。

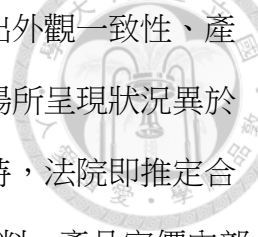
第二款、證明度

承上論述，在合理推定方法及無合理可疑高度蓋然性程度之運作下，分別採取此二種見解之法院判決在訴訟結果及論述上幾乎呈現明顯之差異，縱使在相同背景事實之同聯合行為案件中，針對公平會所提出之相同間接證據，不同法院通常依其採取不同之認定合意標準而產生不同結論；易言之，當行政法院採取「無合理可疑程度」之標準時，該案中公平會所提出之間接證據均未能符合上開標準而推論合意存在，反之，當行政法院採取合理推定之方法時，公平會所提出之間接證據幾乎均能符合上開標準並使法院推論合意存在，從上開觀點應可預見此兩種見解對公平會的舉證責任要求之嚴謹程度應有所不同，且一般而言，合理推定方法對於舉證責任之要求程度應低於無合理可疑程度對於舉證責任之要求⁶¹。以下將分析整理法院實務及學說見解對於聯合行為舉證證明度之要求：

一、行政法院實務

(一) 合理推定

⁶¹ 惟有判決雖同樣採取合理推定方法，然其論述卻與採取無合理可疑高度蓋然性程度的法院較為接近，逐一否定公平會主張之間接證據，而認為無法合理推定意思聯絡存在，參見超商咖啡的更審北高行 102 年度訴更一字第 54 號等判決及最高行 103 年度判字第 195 號判決。



依照後期採取合理推定方法之多則法院判決，當公平會提出外觀一致性、產業結構易於勾結、行為的經濟不理性等經濟性證據，認為當市場所呈現狀況異於競爭狀況下所應呈現之狀況，事業又無法提出其他合理之理由時，法院即推定合意存在⁶²，並轉而要求被處分事業應提出產品之客觀供需變化資料、產品定價內部決策資料、抑或價格跟隨之具體資訊等證據以推翻上開已推定之合意⁶³；至於事業如何達成共同計畫之共識、如何意思聯絡，均不見公平會提出及說明事業達成共識之過程或方式，而通常只要事業有一向外公布價格之機制，無論係價格預告機制、牌價之預告、率先漲價發布新聞稿等，均可作為事業協調彼此行為之方式，當一致性外觀伴隨著上開機制出現，市場上並存有異於競爭常態之情事時，即得推論合意存在。

整體而言，在合理推定方法之運作下，當公平會得提出下列間接證據，即能使法院推論合意存在；本文對其抱持著較為保守之態度，就各種間接證據之運用及其妥當性等詳細討論，請參見下述本章第二節之整理及分析：

- 1、 事業行為具有一致性外觀；
- 2、 各事業之成本結構、規模大小、定價考量因素均不同，如最終達成價格一致之外觀，必然有合意存在；
- 3、 事業調整價格之幅度不合於成本之變動；
- 4、 事業獨自漲價將面臨客戶流失之風險，如無其他客觀供需因素可解釋漲價行為，則事業漲價之行為必然有合意存在；
- 5、 產業結構易於勾結、商品特性易於勾結等；
- 6、 公開預告價格資訊之機制，例如中油台塑案之預告價格機制、工業用紙

⁶² 惟南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案及北部地區瓦斯聯合案，甚至包含金門縣桶裝瓦斯聯合案，其等均存有強烈之溝通性證據抑或超級附加因素，然法院判決仍呈現只要外觀一致性且不符合競爭狀況，即能推論合意存在。

⁶³ 至於事業抗辯之事證，最高行政法院 98 年度判字第 91 號等判決曾認為事業之舉證僅需達至動搖該事實之存在即可。

案之預先開立之發票價格或透過媒體或新聞稿發布等方式。

7、事業無法就其行為提出合理之單獨行為解釋。



(二) 無合理可疑高度蓋然性程度

採取無合理可疑高度蓋然性程度標準之法院⁶⁴，會逐一檢視公平會所提出之每間間接證據是否得以其他可能性解釋，並認公平會主張之間接證據若能以寡占市場中之有意識平行行為說明或認為事業之行為具有經濟合理性時，則公平會所舉之經濟性證據無足認定合意存在，此時會否定聯合行為之存在。

二、學說

(一) 民事訴訟法之優勢證據

學者有認為間接證據運作方式係由法院審酌全部間接證據，以此判斷聯合行為發生之可能性是否大於未發生之可能性，若經濟證據顯示市場環境有利於發生聯合行為之可能性、價格變化或其他市場行為顯示不符合競爭市場之常態、且事業行為欠缺合理之解釋，則可適度地降低間接證據之採證門檻，而據此合理推定事業間存有聯合行為，毋庸達到完全排除事業獨立行為之可能性⁶⁵。上開論述中之「發生之可能性是否大於未發生之可能性」之論述方式似乎較偏向民事訴訟之優勢證據程度。

(二) 落於民事訴訟與刑事訴訟之間

公平交易委員會的王文字委員在中油台塑聯合案之公處字第 093102 號處分書

⁶⁴ 集中於工業用紙案及超商咖啡案的臺北高等行政法院判決，包含北高行 100 年度訴字第 506 號等、102 年度訴更一字第 23 號等（工業用紙聯合案）、101 年度訴字第 607 號等（超商現煮咖啡聯合案）。

⁶⁵ 林宜男（2014）。〈水平聯合行為之特定市場界定－公平交易法實務案例〉，《公平交易季刊》，22 卷 1 期，頁 99-100。

之協同意見中表示，行政訴訟之舉證責任應介於刑事訴訟與民事訴訟間，且因行政訴訟法上關於證明之規定許多係準用自民事訴訟法上之規定，故公平會引用間接證據形成心證之「說服責任」(burden of persuasion)，其證明程度應達到綜合判斷某項事實存在之機率相當地高之標準⁶⁶。

另有學說在考量誤判之風險、當事人證據調查及蒐集之能力、懲罰效率後，認為聯合行為行政訴訟之證明度標準應落於刑事案件無合理可疑之心證及民事案件證據優勢之蓋然性心證之區間，而為高度蓋然性之心證標準⁶⁷。

(三) 準用刑事訴訟法之無合理可疑程度

有學說從違反聯合行為認為考量到因聯合行為之處分嗣後可能導致刑事責任之角度⁶⁸，要求聯合行為要件之證明不得僅依照民事訴訟較為寬鬆的證明程度。反之，應與刑事訴訟法對於認定犯罪事實證據之證明力的要求相同⁶⁹。

有學者並強調周邊情況(即間接證據)必須能重要、明顯、一致性地指向特定事實，甚至能「唯一合理解釋」聯合行為合意之存在，因在罪疑惟輕及證據不足時被處分事業應受無罪推定之基本原則下，執法機關不能依據任何迂迴且微弱之證據，作為處罰事業之根據，且間接證據本身已非直接證據，無法直接證明違法事實之存在⁷⁰。

另有學者從法律秩序的內部體系觀念來看，行政法處罰的價值理念類似於刑

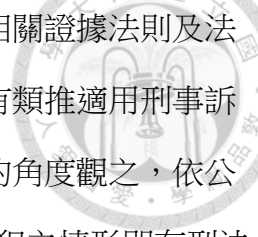
⁶⁶ 參照公平會 93 年 10 月 21 日公處字第 093102 號處分書之王文字委員協同意見。

⁶⁷ 鍾佳純(2008)，〈論聯合行為合意之證明—以間接證據之證明與操作為中心〉，頁 35-36，國立政治大學國際經營與貿易研究所碩士論文。惟該論文將高度蓋然性之舉證責任認為係介於優勢證據與無合理可疑程度間，不同於上開台北高等行政法院 103 年度訴字第 223 號判決將高度蓋然性與無合理可疑程度當作相同之證明度。

⁶⁸ 我國公平交易法 1991 年制定時，主要係以刑事責任規範聯合行為，1999 年修法時則主要係以行政罰為主，如事業不改善始可能有刑事責任之問題，而 2015 年修法時則將事業可能受刑事處罰之規定刪除，現行法僅有事業之負責人始有受刑事責任之可能性，詳細論述請參見前述第二章。

⁶⁹ 吳為涵，前揭註 9，頁 83-84。

⁷⁰ 何之邁，前揭註 10，頁 160、171。



事制裁，而與一般行政處分案件有別，故有關行政處分程序的相關證據法則及法規解釋，依其事件性質、基於客觀目的解釋及合憲性解釋，亦有類推適用刑事訴訟法規定，以填補法律漏洞之必要。如就公平交易法聯合行為的角度觀之，依公平交易法第 40 條規定，行政罰不可謂不重，且如被處分人有再犯之情形即有刑法之適用，故以類推適用刑事訴訟法為宜⁷¹。

三、本文見解

承上開第一款所述，本文認為應採取無合理可疑之高度蓋然性標準，且在運作上應排除其他解釋（包含單獨行為、有意識之平行行為）存在之可能性，而至僅能以合意唯一合理解釋事業行為之程度始可。

首先，若比較民事訴訟與刑事訴訟之負有本證者其證據證明度的差異，於民事訴訟中，多係採取優勢證據程度（Preponderance of evidence），比較兩造當事人之主張何者較能說服法院，而刑事訴訟中，則採取無合理可疑程度標準（Beyond Reasonable Doubt），蓋因係位於優勢地位、具有搜索扣押權力之檢察官欲對人民主張對其不利益之事，而必須要求其舉證責任應達至排除其他可能性而僅能以被告確實有為該犯罪行為解釋之程度。

至於在行政訴訟上，本文認為如以行政罰之角度觀察，針對於行政罰及刑罰之差異雖有「質的區別說」及「量的區別說」的爭議，但多數學說係採取後者量的區別說之見解，尤其對於被告或被處分人為法人而言，無論其繳納金錢之名義是罰金或罰鍰，對其影響並無太大差異，且在公平交易法方面之處罰，於 2015 年 2 月新法修法後，按同法第 40 條第 2 項，針對聯合行為所為之行政罰罰鍰最多可能得處罰至事業上一會計年度銷售金額百分之十之罰鍰而更重於刑罰罰金對事業造成之損害；而在實務上之聯合行為訴訟中，被處分事業多為法人，對其課與罰

⁷¹ 汪渡村，前揭註 29，頁 5

緩的不利益重於罰金，加上事業之行為人可能受到刑事處罰(公平交易法第 34 條)，實則，被處分事業所受之不利益程度不會下於刑罰，故本文認為，對於聯合行為處分之舉證要求，應盡量達至與對刑罰要求之舉證責任相當的程度，即無合理可疑之蓋然性程度。

為使證明達無合理可疑之蓋然性程度，至少應排除事業所主張的單獨行為或有意識之平行行為的可能性，達唯一合理解釋之程度；蓋縱得以事業具有共同計劃或意思聯絡解釋事業一致外觀之行為，然若同時仍得由有意識之平行行為解釋相同之行為，則事業是否真的具有意思聯絡仍存有疑慮，實不宜直接斷定或推定違反公平交易法，公平會或法院仍應進一步說明為何該事案非有意識之平行行為，否則，若事業間屬於有意識之平行行為卻仍被處分違法，將使事業無從改正其行為或有害於原本存在之競爭。且縱使採取合理推定立場之法院，亦曾認為合理推定必須其他個別利益觀點無法解釋始可，參照南部桶裝瓦斯驗瓶聯合案北高行 89 年度訴字第 2290 號判決表示：「應採『合理推定』之方式……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。」

雖然聯合行為在行政訴訟上具有證據偏在於事業之特性，為免受到嚴厲之處法，事業必會極力隱匿相關事業來往證據，使主管機關之公平交易委員會不容易調查到關鍵性之證據，惟近年公平交易法賦予公平會許多機制，包含高額罰鍰之裁量權、寬恕政策，輔以原本即有之行政調查權⁷²，再加上未來可能賦予公平會之搜索扣押之準司法調查權力⁷³，公平會已擁有許多方式及工具得獲悉相關資訊，是

⁷² 洪大植（2015），《公平交易委員會對事業市場力量之認定與行政調查權規範理論之研究》，頁 27-32，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

⁷³ 2012 年公平交易法修正草案曾賦予公平會搜索扣押之權力，草案第 28 條規定為：「主管機關調查涉有違反本法第二章規定之案件，為發現或取得重要證物之必要，得對涉案事業之營業處所或住居所、所屬建築物、交通工具、電磁紀錄及身體為搜索。（第一項）對於第三人之營業處所或住居所、所屬建築物、交通工具、電磁紀錄及身體之搜索，以有相當理由可信重要證物存在時為限。（第二項）前二項情形，主管機關應向該管普通法院聲請核發搜索票，會同司法警察，實施搜索，發現



否得讓公平會僅以一致性外觀及價格宣告之事實推定合意存在，本文持較為保守之態度。

然而，現今在許多涉及寡占市場之實務案件中，公平會時常未清楚說明事業透過何種方式達成共識或意思聯絡，惟因已提出一致性外觀、無合理理由等經濟性證據，法院認為已足以推定或推論合意存在，相當程度減輕公平會所負之舉證責任，易言之，我國行政法院之操作抑或公平交易法第 14 條第 3 項推定條款之增訂，一方面減輕公平會對於合意認定之舉證責任，同時卻又加重違法之處罰法律效果，本文認為仍有再予斟酌討論之必要，詳見下述本章節第三款之討論。

第三款、寡占市場與有意識之平行行為

依據前開第二章之論述，基於寡占市場中之事業互相具有相互依存性（interdependence）之特性，故事業於做決策時必須觀察市場上之競爭對手如何行動，且基於追求自己之最大利益，跟隨競爭對手之行動可能係最好之決策選擇，根據上開跟隨之行為，事業所呈現出之外觀有達成一致性結果之可能性，此時與具有聯合行為合意之案件呈現出相同之結果，如公平會僅得提出經濟性證據，將產生合意難以認定之問題，如何決定有意識之平行行為及一致性行為之界線會成為聯合行為案件中之關鍵。

於我國實務上，可能符合寡占市場特性之案件包含：中油台塑聯合案、金頻道長德聯合案、工業用紙聯合案、超商現煮咖啡聯合案、鮮乳聯合案，此等案件中，相關市場之廠商數量均屬少數且集中，而依照下表之整理，在許多案件中，法院所肯認之間接證據多只要事業行為具有一致之外觀，輔以市場上公開價格之機制，使其他競爭事業得觀察跟進，並被處分事業未能提出合理理由解釋該一致

可為證據之物，並得扣押。(第三項) 刑事訴訟法關於搜索扣押之規定，準用之。(第四項)」



性時，法院即可能認定非屬於有意識之平行行為而有意思聯絡之合意存在，尤其公平交易法第 14 條第 3 項修正引進推定條款後，似乎肯認該等法院判決之判斷方式；

少數判決如工業用紙及超商現煮咖啡案之多則判決，則認為僅有外觀一致性及公布價格之機制無法推論合意存在，蓋因該等行為均可由有意識之平行行為解釋，要求公平會應提出更多之證據；另外，在金頻道長德聯合案中，雖無公布價格等公示機制或其他溝通性證據存在，但該等案件中存有買方曾抵抗相關聯合行為之情事及其他間接證據存在，在推論上與上開案件較為不同。

然而，如同上開之論述，相同之情況，亦得由有意識之平行行為加以解釋，係事業基於自身最大利益所為之決策，惟在合理推定下，寡占市場中當事業呈現外觀一致性之結果，輔以公開價格機制時，即可能被認為係意思聯絡而有合意，而非有意識之平行行為，未必遵守「唯一合理解釋」之標準，實有不當；

另外，可凸顯公平會或法院所謂之競爭主要僅限於價格（甚至限於定價）一致與否之靜態競爭，惟特別強調價格一致性之不合理具有倒果為因之疑慮⁷⁴，且公平會或法院亦容易忽略探討事業透過跟隨競爭對手行為所達成之動態競爭以及價格以外之競爭可能性，例如中油台塑聯合案中對於下游加油站透過折讓決定最終之批售價，抑或工業用紙案實收價仍需透過每月之折讓，抑或超商現煮咖啡聯合案及鮮乳案事業在事後所採取之促銷活動等，均係凸顯事業於定價競爭外，在其他層面上多存有許多激烈之競爭存在。

⁷⁴ 吳為涵，前揭註 9，頁 110。

表 2：寡占產業聯合行為之間接證據⁷⁵（V 為肯定證據存在，X 為否定證據存在）

案件	字號	外觀一致	產業結構	未積極競爭	公布資訊、聯繫
中油台 塑聯合 案	北高行 94 訴 2390 等、最高 行 98 判 91 等	V	V 寡占機制 釋放訊息		V 價格預告機制
金頻道 長德	北高行 96 訴 255 等	V	V 寡占市場	V 未給予優惠；共 用設備；拒絕客戶	V 擔任競爭事業之董 事，資訊交換之平台
工業用 紙聯合 案	公處 099054	V	V 高度集中 市場易於聯合	V 未趁他人調漲 搶占市場	V 預先牌價發票；同 業聯誼餐敘
	北高行 100 訴 506、102 訴更 一 23	X	X 寡占可能 跟漲		X 預先牌價發票之機 制非資訊交換，且聚 會未必資訊交換
	最高行 102 判 67、104 判 181	V	V		
超商現 煮含乳 咖啡聯 合案	公處 100220	V	V 產業結構 利於勾結		V 率先發新聞稿
	北高行 101 訴 607		X 合意非必要 條件		X 產業集中市場透 明，公開有助有跟隨
	最高行 102 判 251	V	? 不能排除有 意識平行行為		V 新聞稿
	北高行 102 訴 更一 54、最高 行 103 判 195		X 產業結構 致不須任何意 思聯絡		X 媒體報導、業者消 費者皆可知
鮮乳聯 合案	公處字 100204	V	V 寡占易於 勾結、同質性	V 冬季需求降低卻 未爭取市場	V 透過媒體報導
	北高行 101 訴 573	V	V 寡占易勾 結		V 透過媒體報導
	最高行 103 判 294	V	V 非價格跟 隨		V 透過媒體報導

⁷⁵ 此表格係本論文自行綜合上開實務處分或判決整理而成。



第二節、間接證據之分類——我國實務整理

本章以下將討論在無直接證據下，我國實務上（公平會處分與法院判決）於該聯合行為案件中係藉何種間接證據推斷合意存在。由此分析得知悉我國公平交易實務上多藉由何種間接證據認定聯合行為合意存在，而與前述證明度降低的論述相互對照；此外，亦嘗試於文中比對美國法上法院對於該間接證據（附加因素）所持的態度，評析我國實務以該證據推斷合意存在之妥適與否。

第一項、我國實務採用之間接證據種類整理

第一款、外觀一致性

第一目、總論

外觀之一致性為我國公平會及法院推論合意的最基礎要素。聯合行為有時難以偵查，除透過同業、交易相對人檢舉之外，許多時候係因事業一致性地進行某特定行為而使人懷疑有聯合行為之存在，包含時間上的一致性（同步）與行為上的一致性（同幅）。然事業行為產生外觀一致性的原因可能有很多理由，可能出自於偶然、模仿，抑或確實有合意存在，於現今實務上形式上不會僅以外觀上之一致性之存在即直接認定合意存在，多會輔以其他間接證據之論述，使外觀一致性得被認定為合意之結果。近期北高行判決更指出外觀上之一致性正好符合有意識平行行為之運作，非僅為合意之結果，而進一步要求公平會提出更多證據⁷⁶。

所謂一致性並非要求須達完全一致，只要價格有異常之僵固，仍可能被認定有意思聯絡存在，例如水泥聯合案最高行表示：「價格聯合行為，非指必同幅度或

⁷⁶ 例如超商現煮咖啡聯合案之台北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號判決。

同一價格水平，始足為之，只要業者間之合意，使得某特定期間之價格有異常之僵固或上揚趨勢，並因此影響該特定市場之供需功能即已足」⁷⁷。

在多數的案件中，雖被處分事業時常爭執該公平會之證據於客觀上不具有一致性，但因行政法院多認為所謂一致性非須完全一致，故公平會所提之證據縱有出入，仍常被法院所接受。然而在工業用紙案的北高行判決中，係少數法院判決認為公平會所提證據不完備，有以偏概全（樣本不夠）、斷章取義（刪除極端值）之疑慮，從而認定事業行為根本不具有外觀一致性，難以斷定合意存在⁷⁸。再者，於嘉義桶裝瓦斯聯合案中，其中一家被處分事業主張其實際出售價格並未漲價，與其他事業並不具有一致性，並被法院接受，撤銷其處分⁷⁹。

此外，在判斷此外觀一致性之間接證據時，有幾項必須注意之處：

一、數值之取用

以案例最多的聯合漲價為例，事業販賣商品時，依產業之不同，在不同交易階段存在各式各樣價格，包含公告刊登之牌價、經折讓過後之優惠價、實際收取到的實收價等不同，且亦有是否包含運費之差異，首先必須確定公平會所採用之數值係立於同一基準上，始能正確地比較其是否具有一致性。

至於何種階段之價格始能用以認定合意？工業用紙案的一審北高行 100 年度訴字第 506 號等判決認為應以實收價為準而非牌價，同案的其他法院則認為牌價為實收價的基準，故如牌價具有一致性亦得做為間接證據⁸⁰。本文認為重點在事業之競爭，只要價格會影響事業間之競爭，則就有規範之必要，應於個案中具體判

⁷⁷ 最高行政法院 100 年度判字第 611 號等判決。

⁷⁸ 台北高等行政法院 102 年度訴更一字第 23 號判決（工業用紙案）。

⁷⁹ 嘉義瓦斯聯合案，台北高等行政法院 101 年度訴字第 1300 號判決。

⁸⁰ 例如最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決、104 年度判字第 181 號判決及台北高等行政法院 102 年度訴更一字第 23 號等判決（工業用紙案）。



斷。如案例中事業透過折讓或促銷活動仍保有競爭，此時是否得以某一價格呈現一致即論事業間無競爭存在，仍有討論之空間。

二、證據數量多寡

此點對於有議價空間之產業尤其重要，若是公開對末端消費者宣布價格之事業，例如零售業等，通常該宣布價格即為最終售價；然在事業得單獨與客戶議價，對於不同客戶之售價是否相同、公平會所挑選之證據係僅侷限於某一客戶、或涵蓋所有客戶、或取其平均值等，對判斷是否具有一致性皆有影響，亦必須注意公平會所提證據之多寡，例如所舉之證據是否足以代表該段期間的售價。

三、偏離程度

雖聯合行為僅需事業間具有合意即可認定違法，不論合意內容是否具備絕對之一致性，然因通常透過間接證據判斷事業是否具有合意時，仍不清楚究竟是否具有合意存在，故在不清楚是否有合意存在下，欲以外觀之一致性作為間接證據時，該證據所呈現的一致性程度仍不應過於偏離，如事業所呈現之外觀性仍有些許偏離，則必須考量事業是否仍有競爭存在，詳細討論請見下述。

第二目、各事業財務結構與成本考量等因素相異卻一致調漲

「財務結構與成本考量等因素相異卻一致調漲」之論述常見於聯合行為合意的討論中，公平會或法院之此段論述係指，事業之財務結構及成本各自考量皆不相同，卻呈現一致調漲之現象，顯然有合意存在。然而近年來，某些法院以此種現象正與有意識平行行為不謀而合之論述來反駁公平會之見解⁸¹；另有文獻亦認為成本並非定價之唯一考量，故「成本不一但是價格（調整）相同」的表徵與經濟

⁸¹ 例如工業用紙案更審北高行 102 年度訴更一字第 23 號等判決。



合理性無違⁸²。

再者，學者曾認為如成本結構及其他條件相異事業間之價格一致即可推論出其具有合意，則諸多事業均應受到聯合行為之管制，如國內報業之價格幾乎皆為相同，但其成本、費率、用人價格等皆有所差異；國內各航空公司之規模、管理成本、營運皆不一致，但各航空公司之票價幾乎相同，調漲時間、幅度及範圍亦產生一致之情形，如以公平會所採之間接證據方法，可得出該等事業因採行聯合行為故產生價格相同之結果，如此一來，豈非所有處於寡占市場之事業，均應受競爭法之非難，故此等間接證據無法釐清該等事業行為係有意識之平行行為抑或一致性行為⁸³。

如同前文中所述，本文以為此種論述僅是重複敘述外觀一致性之現象，蓋因無論是寡占市場或競爭市場，市場上本來就不可能有兩家事業會具有完全相同的成本考量或財務結構，此時只要事業具有一致性外觀，基本上即會落入此一間接證據之範圍內，故此一論述無法說明比外觀一致性外更多之意涵。

本文另認為，如實務上有必要利用此一論述加強合意存在之可能性，至少須與產業特性搭配，即特別僅在非透過合意否則難以達成一致性之產業中該論述始有參考之空間，參考前述美國附加因素之運用，區分不同產業結構或產品特性，在非寡占市場等競爭激烈之產業市場中，事業欲藉由有意識之平行行為達成一致性外觀較為困難，如事業於激烈競爭後突然達成外觀上之一致性，此時此種論述即可用以補強外觀一致性之間接證據之強度，惟另一方面，如同美國法學者所述，此時更應強調溝通性證據存在之重要性，易言之，事業難以不透過接觸溝通達成一致性，故公平會為證明合意之存在，必須提出溝通性證據，否則其合意之推論將屬於虛弱的；反之，在寡占市場且產品具有同質性之情況下，事業考量定價之

⁸² 吳為涵，前揭註 9，頁 108-109。

⁸³ 何之邁，前揭註 10，頁 167。



因素或其財務解構本可能相近，再者，外觀一致性亦可能係因價格透明而由有意識之平行行為造成，與各事業之財務及成本未必有太大之關聯性，此時即不應給予此一間接證據過多之評價。

第三目、市占率穩定

市占率穩定亦常被公平會用以作為間接證據；市占率穩定係指，在價格調整或其他行為實行過程中，客戶皆未流失或市占率未變動、市場穩定，表示可能有客戶或區域分配的情事存在。

實務案例例如南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案⁸⁴（價格變動但市場占有率卻未產生變動）、北部瓦斯聯合案⁸⁵（交易相對人未向價格較低之事業購氣）、第二次金頻道長德聯合案⁸⁶（價格調整後客戶均未流失，且還轉虧為盈）、嘉義瓦斯聯合案⁸⁷（價格調漲後，消費者消費之數量不減反升）。然而此一間接證據之存在是否能完全推論合意之存在本文存有疑慮：

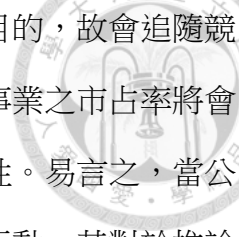
首先，本文認為此要素終究亦是外觀一致性的不同說法，當公平會已提出事業同步同幅調漲售價之外觀一致性證據後，因市場中之事業皆為一致性調漲，商品需求者並無轉換交易對象之誘因，故事業之市占率本可能不會受到影響，亦即在外觀一致性調漲之前提下，市占率本不會產生明顯變動。且必須考量到買方（產品需求者）轉換交易相對人的成本，例如舊有交易資訊的移轉、設備之變更、過往交易所產生的商業情誼等基本之考量，有時甚至必須考慮到買方之客戶對於買方所使用產品或原物料品質或品牌之信賴，在眾多考量下，縱使事業進行調漲價格亦未必會造成大幅度的市占率變動。

⁸⁴ 台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決。

⁸⁵ 公處字第 092073 號。

⁸⁶ 台北高等行政法院 96 年度訴字第 255 號、第 4482 號判決。

⁸⁷ 公處字第 101013 號。



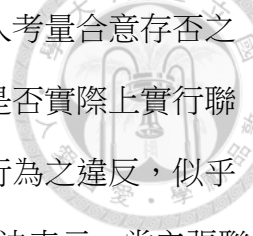
再者，在有意識之平行行為下，事業本係以不流失客戶為目的，故會追隨競爭事業之決策行動，在有意識之平行行為成功實行之情況下，事業之市占率將會保持穩定，故市占率穩定亦無法排除有意識之平行行為之可能性。易言之，當公平會之舉證僅證明至市占率穩定之靜態狀況，而無其他具體之行動，其對於推論合意之存在將是薄弱的。

另一方面，市占率穩定此一事實並非與合意完全無涉，如同美國法或上開我國實務判決之討論，此一間接證據在搭配其他因素或行為之情況下將可能得推論合意，例如當市場上之買方非完全無磋商能力或市場上仍有其他未參與聯合行為之事業時，買方如有積極地進行抵抗之行為，例如買方轉移交易對象至未參與聯合行為之事業，此時參與聯合行為之事業之市占率即可能下降，如仍欲維持聯合行為，則有必要透過溝通以維持聯合行為之合意，此時公平會得試圖尋找該等溝通之證據，然而當市場上之買方如處於消極之狀況或無磋商能力，則事業無庸另外透過溝通仍能維持合意時，此市占率穩定之證據將無法給予過多之線索；抑或競爭事業有其他看似得維持市占率穩定之往來行為，例如下述同業間互相調料或分配利得損失之行為，均得作為與市占率穩定綜合觀察之重要考量因素。

綜上而言，本文認為，單純市占率穩定之狀況性之證據對於推論意思聯絡存在而言，無法排除有意識之平行行為，並不足夠推論合意，故公平會仍必須提出其他輔助之行為或論述始可能推論合意存在。

第四目、仍有競爭存在

中油台塑聯合案事業曾提出其仍有給予零售商折讓、故仍有競爭存在之抗辯，超商現煮咖啡聯合案之事業亦曾提出其事後仍有透過促銷活動競爭之抗辯，該等抗辯均是用以對抗公平會提出其外觀上之一致性而已不存有競爭之主張。



本文認為，該等競爭事業間仍存有競爭之情事亦應將其納入考量合意存否之範圍內，雖然當競爭事業間如已具有合意存在，則無論事業間是否實際上實行聯合行為或影響市場競爭，縱使事業間仍有競爭，亦均該當聯合行為之違反，似乎事業之抗辯及主張並不合理；然而，如同美國 Ethyl 案中法院判決表示，當主張聯合行為存在之人係以各種情況證據證明有聯合行為存在時，因不確定是否具有合意存在，故此等聯合行為之結果，即事業間已不存有任何競爭，反倒是判斷合意存否之標準，故當事業主張其等間仍存有競爭，則又可以對抗合意存在之主張⁸⁸。

簡言之，當案件中僅透過間接證據證明合意存在時，如事業間仍有競爭存在時，將會影響合意之推論，然而公平會卻未將上述競爭存在之事實作為認定合意不存在之因素，反而係將其作為穩固供需之工具：「本案被處分人等一致調漲現煮咖啡價格後，透過促銷活動之安排，得以持續維持連鎖便利商店現煮咖啡市場無價格競爭、銷售量持平之供需狀態。」⁸⁹。惟本文認為，如真如公平會所述事業間已達成合意，則似無必要再透過促銷活動給予消費者優惠，對於是否得認定合意應有再予討論之必要。

第五目、評析

我國實務判決通常肯認外觀一致性作為推論合意之間接證據，惟過度強調事業行為之結果本身作為行為之原因，如前述 文獻所述，有倒果為因或循環論證之疑慮⁹⁰，而變成只是以「外觀一致性通常來自合意」之假設討論事業行為本身。

在美國法上亦可能將平行行為作為附加因素之一加以論斷，惟另會以周邊之情事加以輔佐之，例如供需變化（需求下降卻仍降低價格）、產業結構（產品複雜

⁸⁸ E.I. du Pont de Nemours & Co. v. F.T.C., 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984).

⁸⁹ 公平會 100 年 11 月 9 日公處字第 100220 號處分書。

⁹⁰ 吳為涵，前揭註 9，頁 110。



且廠商家數多卻仍達成一致)、其他情事(密封投標卻有異常之一致),此時外觀一致性是否來自於事業合意,應由公平會提出不合理理由加以佐證。

如上所述,其中必須加以說明的是產業結構問題,相較於我國實務中公平會或法院判決常以涉案之產業結構屬於寡占市場而認其利於協調以作為間接證據,但美國法上多位學者提出在外觀一致性下,寡占市場本身並未給予過多之線索,因其本得藉由模仿跟隨達成相同之結果,反倒是難以跟隨之產業中如出現之外觀一致性始有特別關注強調之必要,且此時尤應注意與溝通性證據之關係。

第二款、不符經濟理性

依上開行政法院判決之整理,可發現公平會所提出間接證據或法院認定之間接證據之事證很多曾以事業行為不合經濟理性作為判斷依據之一,且此概念甚至在涉及合意之我國實務判決中,有逐漸成為核心之傾向。

經濟合理性或稱經濟理性,通常係指如事業係理性的事業,為了與其他事業競爭,不會「單獨」作出公平會指摘之該等行為,該等行為僅在事業具有合意共同為之下才會符合事業之利益,故如有該等行為之存在,則可能得推認事業間有¹⁰意思聯絡或合意存在,近似於美國法上之行為反於單獨利益除非有合意存在之論述;然本文以為,我國公平會或行政法院所認定的行為經濟理性有下列常見之問題點:

第一目、外觀一致性之同義詞

所謂之經濟理性可能僅是事業一致性外觀之同義詞,例如公平會最常提出經濟不理性之論述即是:事業如獨自漲價將有流失原有客戶之虞,故單獨漲價之行為不合經濟理性,必是事業間已達成一致漲價之合意,始可能無顧慮地率先單獨



漲價，故該漲價之外觀應可認為係事業合意之結果。

查在合意之推論上，法院通常認為所謂之一致性外觀行為未必是同時為之，只要在相近時間點為之⁹¹亦可能會被認為符合一致性之外觀，是以，大致上得區分為事業同時調漲及先後調漲兩種樣態。在事業同時調漲之情況時，公平會可能提出「如非合意無從達成如此一致行動」之論述，反之，在事業先後調漲之情形時，如同上述，亦會被認為係不合經濟理性，是以，只要公平會得提出事業具有一致性外觀行為之事證後，無論係同時或先後調漲價格，事業漲價之行為均會落入「無合意並不合理」之論述範圍內，而有被認定意思聯絡之可能性。故本文認為，上開之論述實質上僅係外觀一致性之加強論述，甚至僅為一致性外觀之同義詞，故除一致性外觀外，不應給予更多之評價。

且將事業率先漲價之行為作為聯合行為合意之間接證據，無論是此處不合經濟理性之論述抑或是下述作為一種價格公告機制處理，均可能因嗣後其他事業跟隨調漲而被認定為有意思聯絡存在，將使得事業懼於率先漲價，產品價格僵硬化，可能完全否認掉事業有漲價之空間，或許在短期內對於消費者有利，但如價格僵硬長期化，事業為維持其利潤，將無法漲價之部分反映於其他成本上，最終致產品品質降低，受害者仍係消費者。

經濟合理性之相關論述除上開事業不應率先調漲之論述外，公平會或法院亦常認為於競爭對手漲價時，其他事業反而應調降價格以爭取客戶或消費者，如跟隨競爭對手調漲價格，無法獲得更多客戶，故不合經濟理性，應可認為有聯合行為合意之存在（是否應該跟隨調漲之問題，詳細論述請見下述第二目）。

本文認為，此論述與上段討論相同，亦僅係外觀一致性之補充論述，蓋公平

⁹¹ 至於事業行為在時間點上要在具有何種程度之同步性，例如一週內、一個月內、二個月內為相同之行為才會被認為有一致性而認為有聯合行為合意之可能，公平會或法院並未給予固定之標準，本文認為應視個案中不同產品服務特性及具體事實判斷之。



會如提出一致性外觀證據，則已敘明事業具有同步調漲價格之情況，無論如何均會落入公平會強調事業不應跟隨調漲而應調降價格之論述中，故本文認為事業未調降價格不合經濟理性之論述僅係外觀一致性之補充論述。

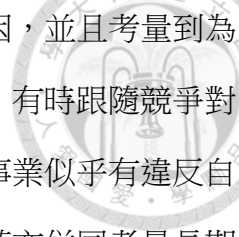
且結合上開兩段論述，將會形成率先調漲價格、跟隨率先調價者調漲價格之行為均屬於不符合事業經濟理性之行為，除可能將有意識之平行行為劃為違法之聯合行為外，最終亦可能演變成事業不敢隨意漲價之情形，尤其在該市場共同成本價格上升時，因率先調漲者會擔心其他事業跟隨調漲，其他事業亦會擔心是否應跟隨調漲，使事業之價格僵化而無法隨成本即時調漲，且如一次累積再調整亦可能被認定調價幅度不符合成本變化之幅度，當事業懼於調整價格，尤其在成本上升之情況下，最終受害之人將是消費者。

第二目、寡占市場與長期利益

公平會處分或法院判決中，時常要求事業為拉攏消費者或交易相對人，有機會時，例如當競爭對手漲價時，理應降低價格爭取消費者等，而非跟隨競爭對手調漲售價，如跟隨調漲價格，應是有聯合行為合意之存在。

本文認為，此一部分除有上述與一致性外觀同義之問題外，公平會或法院亦時常忽略事業所處市場之特殊性而有導致不同結果之可能性，上開公平會所提及之經濟理性均是建構於理想的完全競爭市場之上，而如係此種競爭活絡之市場中，價格競爭的確係常見之情形，上開論述可能並非不適當。

然如係寡占市場之情形，其競爭之方式與上開完全競爭市場不同，比起價格競爭，透過跟隨之方式，更能使公司獲得利益，蓋因所謂之「經濟理性」應得分為短期利益及長期利益，因市場的特殊性（尤其是寡占市場），短期降價所獲取之利益可能會被長期的成本費用抵銷、或因競爭對手立即調降至相同價格使事業無



利可圖，甚至壞於原來之情形，而致事業無爭取短期利益之誘因，並且考量到為事業永續經營之目的，非永遠以低價爭取市場而導致品質降低，有時跟隨競爭對手漲價實屬事業之最佳利益；上開情形如以短期利益之角度，事業似乎有違反自己利益而屬不合經濟理性之行為，容易被認為有合意存在，惟若亦併同考量長期利益時，事業之行為未必不合於經濟理性。

雖然跟隨競爭對手調漲價格之行為將可能導致市場上產品售價偏高而有害消費者利益之疑慮，惟此正係寡占市場之特徵，若欲改善此等情況，應從改善市場結構、降低價格僵固性著手，而非處分跟隨漲價之行為，蓋如價格跟漲之行為係因寡占之市場結構所致，縱使予以處分，考量到事業最大利益，亦無法確保被處分之事業下次遇到相同情況時會避免採取跟隨之作法。

綜上所述，本文認為，事業之行為是否符合經濟理性並非不得作為合意存否的判斷標準，但法院或公平會於判斷時應注意個案具體事實及事業所處市場之特性（尤其寡占市場之情況），且除了短期利益外，亦需考量事業之永續經營之長期利益，否則，若僅從公平會假定理想的競爭環境來判斷時，恐許多行為皆可能違反其所謂之「經濟理性」。

第三目、悖於供需原則

除上開問題點外，我國實務在論述上經濟理性亦常與市場供需一起論述；當事業行為悖於供需之論述通常係指，當市場需求降低，理論上事業應降低價格以獲取更多市占率，然事業卻仍提高價格，此時可能被認為有聯合行為。此近似與上章學者 Kovacic 等人認為在超額產能且價格及獲利相當高或增加時，事業間之市占率、交易對象與交易區域仍維持穩定時，屬於超級附加因素之論述⁹²；我國實務

⁹² William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. White, Jr., *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 Michigan Law Review 393, 435-436 (2011).

將來於討論供需與價格間之關係外，還可加以考量市場市占率穩定之因素，使論述更為完善。



實務案例得參考嘉義預拌混凝土聯合案，該案北高行表示：「原告與其他被處分人普遍有產能閒置，生產力過剩情形。惟原告與其他被處分人等卻持續調漲預拌混凝土之售價，已明顯與供需原則相違背。」⁹³；

水泥聯合案之北高行亦表示：「原告臺泥與本案其他被處分人儘管面臨整個水泥產業產能嚴重過剩、需求逐年顯著萎縮，且成本未見明顯變動之狀況，卻不見水泥售價之下降及彼此間市占率之消長，我國水泥價格自 90 年初起不斷上漲...可知我國水泥市場在人為之操控下，價格機制顯與市場現況不符，被告依此認該價格已受人為控制並遭破壞即屬合理之推認。⁹⁴」

第四目、小結

不符經濟理性之論述主要係從事業之行為在單獨行為之情況下是否符合單獨利益之角度觀察其與合意之關聯性，本文認為，此等不符經濟理性之論述一方面係從經濟上之角度討論事業行為之合理性，另一方面，則係變相要求被處分之事業應提出其行為係單獨行為之證據，而與下列事業無法提出合理解釋之論述相關。

又本文認為，實務上所運用之不符經濟理性之論述可能有兩種傾向，一種係該論述僅是重複外觀一致性之事證，則該論述仍不具備更多說明合意存在之可能性，例如常見公平會提出當事業跟隨競爭事業漲價之行為不符經濟理性之論述就僅是重複說明外觀一致性，而未能排除有意識之平行行為；至於另一種論述之角度則不囿於外觀一致性等經濟性證據，而係綜合各種事證加以論述，此時則較有排除單獨行為存在之可能性，例如產能過剩且價格維持高價時，市占率卻很穩定，

⁹³ 台北高等行政法院 96 年度訴字第 732 號等判決。

⁹⁴ 台北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號等判決。



但本文又認為，產能過剩某種程度係消費者傾向之反應，事業仍可維持高價及穩定市占率，則代表事業可能有進行監督懲罰機制，公平會仍應試圖說明有此類事證存在。

第三款、行為無合理之解釋

行為無合理之解釋或理由此一間接證據通常係指，事業所為之外觀上一致性之行為，事業並無法提出其他合理理由解釋說明；我國實務判決中常見法院亦將被處分事業無法提出相應之合理理由認為事業行為不具經濟合理性而說明其行為作為推論合意存在之間接證據之一，反面要求事業提出證據，其中要求事業提出合理理由之類型包括市場上供需變化、成本變動、定價內部決策資料⁹⁵、公司內部簽呈⁹⁶等事證。

最常見之論述係涉及事業之定價與成本間之關係，詳言之，許多時候實務公平會或法院常以事業調整價格之幅度與成本變動幅度不符或當時根本無成本的變動，事業又無法提出其他合理理由說明作為輔助合意存在之論述。一般而言，許多法院判決常要求被處分事業應舉證其行為有合理理由或係依據成本變動所為，且當被處分事業主張正當理由時，亦多會主張其係因成本上升始致調整產品之價格，故是否存有成本變動將會成為認定是合意抑或單獨行為之重點；而針對於價格調整之幅度或時間是否均須與成本之變動一致之問題，實務判決之立場大致可分為下列兩派：

⁹⁵ 台北高等行政法院 101 年度訴字第 573 號等判決（鮮乳案）。

⁹⁶ 最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決（鮮乳案）。



一、價格調整幅度須與成本變動一致：此又可分為以下兩種情況：

- (一) 當價格調整幅度低於成本變動：在金門縣桶裝瓦斯聯合案中，事業每公斤調漲 1 元，然最高法院認為當時成本係每公斤調漲 1.07 元，故事業行為與市場正常機制有違，認定有合意存在⁹⁷。
- (二) 當價格調整幅度高於成本變動：此種情況較為常見，行政法院判決時常以事業調漲之幅度大於成本變動之幅度，認定事業該調整價格之行為非僅反映成本之變動，而可能係合意之結果。實務案例包括南亞瓦斯等南部瓦斯聯合案之更審北高行⁹⁸（法院認為成本油價之漲幅影響小）、南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案⁹⁹（法院認為漲價非反映物價）、工業用紙聯合案¹⁰⁰（法院認為事業漲幅大於成本漲幅且背離國際及歷史漲幅）、鮮乳聯合案¹⁰¹（法院認為事業價格調漲之幅度已超出成本之漲幅）。

二、價格調整幅度不須與成本變動一致：

此見解最早見於工業用紙案一審台北高等行政法院 100 年度訴字第 506 號判決，並為嗣後的超商咖啡案北高行所引用，法院明示其立場為：市場上廠商定價，除考慮成本之外，尚須考慮市場需求與產業內競爭情勢之變化，所謂「合理價格」，不必然是廠商依成本漲跌所計算之相應價格，甚至也不必然是當下廠商追求利潤極大下之最適價格。故事業縱無法提出成本變動以說明價格之調整，亦未必得推論具有合意存在。

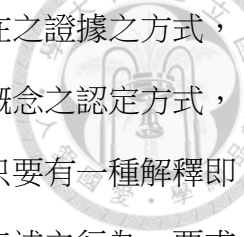
⁹⁷ 最高行政法院 88 年度判字第 1985 號判決；惟該案之公平會 86 公處字第 109 號處分書中係提及事業之漲幅已超過成本之漲幅，異於最高行政法院認定之事實。

⁹⁸ 台北高等行政法院 93 年度訴更一字第 101 號判決。

⁹⁹ 台北高等行政法院 89 年字第 2290 號判決。

¹⁰⁰ 公處字第 099054 號、最高行政法院 102 年度判字第 67 號、104 年度判字第 181 號判決。

¹⁰¹ 公處字第 100204 號、最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。



本文認為，此種以事業無法提出合理解釋作為推論合意存在之證據之方式，實際上在訴訟法上具有減輕公平會舉證之效果或者是轉化合意概念之認定方式，詳言之，事業主張之合理解釋存在是一種正面表述之行為，其只要有一種解釋即可能推翻合意之推論，反之，公平會主張之無合理解釋係反面表述之行為，要求公平會舉證所有事業行為不具合理解釋係不可能的，此時，多僅以較常見之合理解釋作為代表性之舉證，例如成本變動或供需變化可能影響價格，但因價格變動已非成本變動或供需變化得解釋時，則有推論合意存在之可能性，易言之，如同工業用紙聯合案¹⁰²或鮮乳聯合案¹⁰³，行政法院之判決顯示公平會如能舉證事業行為為無相應可能之客觀市場狀況變化，縱無舉證溝通性證據，亦屬於完成其舉證，此時則由事業舉證行為具有合理解釋。此種模式之運作之下，公平會之舉證得限於市場狀況而不及於溝通性證據，且聯合行為合意概念之認定就變成僅是透過競爭狀態是否異常之認定以推論合意存在與否，而相較之下，事業間之來往或溝通行為之重要性相當程度被削弱。

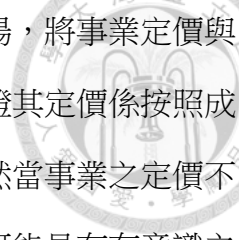
然事業調整價格之幅度不符合成本變動之論述，除有上開定價是否必然囿於成本之問題外，蓋因有意識之平行行為亦可能無法提出相應之成本變動，仍有有意識之平行行為存在之可能性；此種合理解釋某種程度係要求事業所為之任何價格決策或相關競爭之決策均呈諸於數字或文件上，對於事業是否妥適仍有再予斟酌之餘地，且實務上，事業所為之任何決策是否必能透過數字解釋亦留有疑問。

本文認為價格調整幅度未必與成本變動一致，事業之定價是否要按照成本調整應有其自主空間，且除成本之考量外，調漲價格仍有許多需要考慮的因素存在¹⁰⁴，如同判決所述的市場需求與產業內競爭情勢，此尤其在寡占市場中容易發生。

¹⁰² 公處字第 099054 號、最高行政法院 102 年度判字第 67 號、104 年度判字第 181 號判決。

¹⁰³ 公處字第 100204 號、最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。

¹⁰⁴ 吳為涵，前揭註 9，頁 108-109。



再者，應得參考美國學者對於共謀之動機此附加因素之立場，將事業定價與成本變動之關係界定為一種負面因素較為適當，即當事業得舉證其定價係按照成本變動之幅度調整時，此時可能得使法院認定無合意之存在，然當事業之定價不符成本變動時，因事業在定價上所需考量之因素可能很多，且可能具有有意識之平行行為存在，故未必得推論具有合意存在。

第四款、產業結構

產業結構之間接證據將影響事業實行聯合行為之難易度。依照產業結構及產品特性之不同，不同類型之產業中進行聯合行為的難易度亦有差別，依據上開第三章第三節第一項之整理，通常得認為當相關市場之事業數量少、價格透明、交易相對人集中度低而無磋商能力、產品同質性、技術進步率低、銷售頻率低、產能相當、需求確定、產品需求彈性低、其他競爭者不易參進市場、市場集中度高等因素，均屬有利於聯合行為形成之因素，反之則屬不利於聯合行為之形成或維持之因素；而我國實務上公平會於討論間接證據與合意之關係時，亦時常提出產業結構之特性有利於聯合行為，以說明事業具有進行聯合行為之誘因，企圖使法院推論合意存在。

然而上述要件中，尤其產品同質性高、價格透明、市場集中度高、事業數量少等因素得反映出事業具有相互依存性之特性，雖一方面利於聯合行為之勾結，而可能得以聯合行為之合意解釋外觀一致性，但另一方面，上開因素亦有利於有意識之平行行為之運作，使事業得在無意思聯絡之情況下進行價格跟隨之行為，形成外觀一致性之結果，故此類間接證據既得同時以有意識之平行行為及聯合行為說明，而無法完全僅以聯合行為說明行為之緣由，故如上開美國法之討論，若



無其他間接證據存在，公平會應不得僅以此證明意思聯絡之存在。

如觀察法院判決之論述，在不同傾向之產業結構下，我國實務有下述不同之論述方向：

- 一、 當市場結構及產品特性利於意思聯絡勾結之因素時，公平會時常陳述上開因素使事業有利於意思聯絡，故一致性外觀為合意之結果；而不提及上開因素亦可能係有意識之平行行為之結果。
- 二、 當市場結構及產品特性「不符合」上開利於意思聯絡勾結之因素時，公平會可能會陳述因不具有上開因素，故非有意識之平行行為。

本文同意上述第二點之陳述，因有意識之平行行為主要係導因於產業結構（受競爭對手之影響而易於跟隨模仿競爭對手）所生之結果，如個案中產業結構不利於有意識之平行行為之運作，則無法以有意識之平行行為解釋；但針對於第一點之部分，實不宜忽略產業結構對於有意識之平行行為運作之影響，及有意識之平行行為對於合意推論之影響。

第五款、不為競爭之行為

不為競爭之行為此一間接證據通常係指，事業積極拒絕或消極地不擴大其市占率，具體之行為可能包含拒絕主動上門的客戶或不提供其優惠、當對手調漲時未維持低價搶客戶、閒置關鍵性設備、不主動向下游報價等情況，此間接證據似結合前述事業外觀一致性及不符經濟理性兩種間接證據所為之論述。此一間接證據得分為兩種類型：

- 一、 積極不競爭：係指事業積極拒絕主動上門之客戶，例如金頻道長德聯合案

中，事業拒絕有締約意願之客戶等，此類證據容易使人推論事業間有客戶分配之協議存在。惟此一事證亦必須搭配事業之產能、產品之特性觀察。

二、消極不競爭：此類行為包含當競爭對手調漲時跟隨調漲而未以低價搶占客戶¹⁰⁵、不主動向下游交易相對人報價等行為。

在不主動向下游交易相對人報價之實務案例得參考嘉義預拌混凝土聯合案之北高行判決曾論述：「茲以預拌混凝土之交易實務上，預拌混凝土市場由於產品性質近似，競爭激烈，業者間為爭取客戶，其業務員莫不主動與客戶接洽，以探尋客戶之需求，並主動報價爭取交易機會。惟在系爭違法期間，原告及其他被處分人等均不再如同以往主動報價，甚至面對下游業者之詢價不願報價，則原告及其他被處分人等間此種不為競爭之行為，顯悖於競爭常態。¹⁰⁶」

本文認為，積極不競爭此一證據之存在對於聯合行為合意之推論具有較強的影響，蓋積極不競爭之行為可能係事業「人為地」消除彼此間競爭，使人懷疑彼此間具有分配市場之合意，但仍須依個案事實、謹慎判斷之；至於消極不競爭之間接證據，例如不降價或不擴大生產等因素，對於合意之推論仍有討論之空間，除可能有有意識之平行行為存在外，在不擴大生產之方面，必須與市場上之需求搭配考量，如需求已逐漸減少，事業減少生產始是其最大利益，而如需求減少時事業仍有提高價格之行動，在美國法上可能被當作是附加因素之一種。

整體而言，不競爭之間接證據，仍必須參考含事業之生產容量是否得負荷更多之需求而得擴展其客戶、事業如多增加供給是否可能導致邊際成本上升而未必有利於事業等情況後始能認定。

¹⁰⁵ 關於此論述之妥適性，請參照上開第三款「不符經濟理性」項目之討論。

¹⁰⁶ 台北高等行政法院 96 年度訴字第 732 號等判決。



第六款、共用設備、互相調料

此一間接證據特別係指事業間有共用器材或設備、互相調料、代包而有互相合作之情形，得區分為下列不同之類型：

第一目、共用器材或設備

共用器材或設備此一間接證據係指，具有競爭關係之事業為保持自己的競爭力及優勢，通常不會出借其所擁有的事業經營所需器材予競爭者共用，蓋因將會使對手有機會與自己達成相同之競爭力，不利事業本身之競爭，抑或因共用器材或設備，將使事業經營行為趨於一致，例如協調分配產量，而減少彼此間之競爭；無論如何均只可能在事業間具有限制競爭合意時始可能發生。若有此種情事存在，公平會認為事業間很可能存在不為競爭的合意。

實務案例得參考北部瓦斯聯合案¹⁰⁷（互相租借瓦斯之儲存證明，如無該證明事業無法經營瓦斯儲氣事業）、水泥聯合案¹⁰⁸（共同取得關鍵性設備之控制權）、第二次金頻道長德聯合案¹⁰⁹（共用有線電視的轉接器接頭及同一系統纜線）。

然而，近來聯維及寶福此二家台北萬華有線電視播送系統業者具有共用機房、共同採購、推廣業務及共用人員等經常共同經營行為，公平會處分其等係未為結合申報而違反公平交易法之規定¹¹⁰，該等事業具有共用機房、共同採購¹¹¹等情事

¹⁰⁷ 公處字第 092073 號、台北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號。

¹⁰⁸ 公處字第 094136 號、台北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號等。

¹⁰⁹ 公處字第 095032 號、台北高等行政法院 96 年度訴字第 255 號等。

¹¹⁰ 公處字第 105002 號。

¹¹¹ 因共同採購未申請聯合行為許可而被處分違反聯合行為之案件得參照黃豆合船進口聯合案，公處字第 097132 號、台北高等行政法院 98 年度訴字第 1134 號判決；最終結果係行政法院撤銷公平會之原處分。

卻非以違反聯合行為而處分，異於上開事業租借儲氣證明、共同取得關鍵設備、共用轉接器接頭及同一系統纜線等行為被認定為聯合行為之處分，此案與其他案件最大差異在於聯維寶福一案中，公平會未特別提及兩家事業對於價格或市場分配有所共識，且共同經營之程度亦可能影響公平會之判斷。

第二目、同業互相調料

第二種常發生之類型係競爭對手間具有互相調料之行為；競爭者間互相調料之行為可能係事業有分配市場或係分配聯合行為利益之方式，尤其當調料之價格低於市場價格時，因違反事業自身之經濟理性，可能被認為為聯合行為間接證據，因如同下述最高行政法院所述，以低價賣出之事業之利潤會下降，反之，以低價買進而高價賣出之事業之利潤則會增加，如係競爭事業應不會有此種行為。

代表性案例得參考嘉義預拌混凝土聯合案，公平會主張身為競爭者之事業有時會以經協調後之較低價格互相調料，在事業聲稱成本上漲故調漲混凝土售價之前提下，將使自身利潤降低，有違事業之經濟理性¹¹²；被處分事業所提出互相調料之理由則包括機械故障、停電、出貨不及或工地太遠等。對此，行政法院均肯認公平會之主張，最高行政法院判決書中認為：「依市場之競爭常態，處於競爭之業者不應互相調料，因彼此品質及成本均有差異，當兩家品質不同之廠商互相調料時，品質較佳之廠商之利潤會下降，而另一家廠商利潤則會增加。因此，在非合作之市場競爭下，廠商應無任何調料之誘因存在，除非是在勾結之情形，否則品質較佳之廠商不會願意調料給對手。」¹¹³特別是強調互相調料與誘因之關係。

而嘉義預拌混凝土聯合案之北高行雖肯定該案事業有聯合行為合意存在，但亦同時指出：「同業間是否進行調料，應依供需雙方於需求當時個別為之，倘於需

¹¹² 公處字第 095052 號。

¹¹³ 最高行政法院第 99 年度判字第 503 號判決。

求未發生前，即商妥同業間之相互調料價格，將致使原有各家廠商，因生產、管理、銷售等成本不一致及所導致之價格不一致之現象，因約定相互調料價格之結果，使各家業者成本及售價趨於一致，顯為彼此之間不為競爭、進行配額之具體實踐。¹¹⁴相較於最高行強調調料與誘因之關係，北高行則強調互相調料導致價格一致性之疑慮，且北高行似乎暗指互相調料之行為並非完全受到禁止，而是不能在「需求發生前」即約定價格，否則將使事業之成本、售價趨於一致，似乎將調料當作一種促進行為。

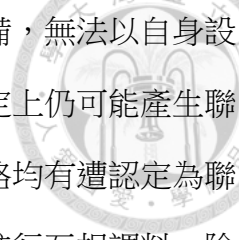
水泥聯合案之北高行則特別討論到產量之問題，其認為當事業仍有庫存卻仍向其他競爭事業調料是為維持市占率：「亞泥在上開月份均有數萬多噸剩餘庫存甚明，可見其貨源應屬充足…竟還向同業原告臺泥調料轉銷其庫存顯足以支應之水泥，亦明顯不符常理。…藉由轉銷原告臺泥、亞泥所生產之水泥，以共同控制減縮我國水泥之供給總量」；「我國水泥業者竟不思提高自身之產能利用率，反而普遍轉銷原告臺泥與亞泥之水泥…是含原告臺泥在內之我國水泥業者，此種普遍而長期彼此互購再予轉銷行為，明顯不符經濟理性之評價，被告依此推認彼等顯係為維持市占率分配之和諧，而為相互間確有從事卡特爾勾結之具體展現，應屬合理論據。」¹¹⁵

上述三則判決清楚顯示同業間互相調料與合意認定之關係，首先是可能積極讓競爭對手獲利之行為（積極不競爭）不合於事業經濟理性之問題，再者是導致價格等競爭趨於一致之可能性，就此方面類似於促進行為之作用。

本文認為除此之外，如水泥聯合案之論述，應可進一步結合其他個案具體事實觀察，包含各事業之生產規模、產量、調料價格及市場價格間之關係或其他情

¹¹⁴ 台北高等行政法院 96 訴字第 732 號判決；此段論述係出自台北高等行政法院 90 年度訴字第 4627 號判決（雲林混凝土聯合案）。

¹¹⁵ 台北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號等判決。



況；例如對於有調料需求之事業而言，當其受限於原物料及設備，無法以自身設備提供更多產品予客戶，此時即產生調料之需求，但在價格設定上仍可能產生聯合行為之疑慮，事先決定調料價格抑或決定之價格低於市場價格均有遭認定為聯合行為之可能性，反之，當事業仍具有生產、供給可能性卻仍進行互相調料，除有正當理由外，則有質疑合意存在之可能性。

第三目、代包

與上開事業互相調料類似之行為，則有水泥聯合案中之代包行為。該案北高行指出：「查代包行為，係先由某水泥業者提供水泥產品，卻使用其他有競爭關係之他事業紙袋包裝銷售，惟參酌彼此原具競爭關係之水泥同業，竟在自己之交易地盤範圍，願意提供競爭對手自己所生產之水泥，並以競爭對手之水泥紙袋包裝並出售，使原非屬該交易地盤之競爭對手可以獲利，此舉顯不符合市場上競爭之常理。」¹¹⁶即以他事業名稱包裝自己所生產之產品，有利於競爭對手，不符合經濟理性之概念。

第四目、小結

依照上開整理及討論，競爭事業共用器材或設備、互相調料之間接證據，其與聯合行為合意間之關係大致可區分為下列幾種：

- 一、協調產量。
- 二、促使成本一致之促進行為。
- 三、分配市場：使各家事業產品之市占率維持穩定。
- 四、利益分配。
- 五、使競爭事業獲利，違反經濟理性。

¹¹⁶ 台北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號等判決。



六、溝通進行該類互相調料等行為。

於認定是否屬於聯合行為時，判斷之重點有三；一為事業為行為之誘因，即如提供競爭對手協助之事業之行為將使競爭對手達成與自己相同之競爭力，其仍提供協助，此時有不合經濟理性之情事存在；二為促進行為及行為是否確實產生反競爭之效果之判斷，即事業間之該等行為是否可能使其成本趨於一致、產量分配、市場範圍僵化等，如有該等效果，因促進行為本身之特殊性，應另以促進行為之標準及方式認定是否該當於聯合行為，惟另必須注意，如事業已經透過溝通行為採行此等促進行為時，得透過該等溝通行為討論促進行為與合意推論間之關聯性；三則為同業共用器材、互相調料或代包可能會涉及事業間之溝通行為，此時該溝通性行為之評價將成為重點。

第七款、溝通性證據

溝通性證據是指競爭者間透過溝通達成限制競爭之共識，依據上開美國法之分類方式，我國實務所採取之間接證據亦得區分為下列幾種類型：

- 1、共謀之機會：公平會提出之證據限於得證明事業曾一同聚會，而產生共謀之機會，但無法證明至聚會討論之內容；實務案例包括北部瓦斯聯合案¹¹⁷（事業定期集會）、工業用紙案（共同參加會議¹¹⁸）。
- 2、資訊交換：公平會提出之證據係競爭事業曾進行資訊之交換，但未明確提及達成任何競爭相關之共識，例如未合意調漲至某一固定價格，具體案體又得

¹¹⁷ 公處字第 092073 號、台北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號等判決；但該案件中仍有其他關聯性高之間接證據存在，請見前文討論。

¹¹⁸ 公處字第 099054 號；其餘最高行政法院雖肯認有合意之存在，但未特別強調合意與事業曾共同參加會議之間接證據間之關聯性。



分為下列類型：

- (1) 公開宣布或散布資訊：透過於市場上公布資訊之行為進行溝通，此部分特別係指事業宣布資訊之對象不限於被認為參與聯合行為之競爭事業，可能及於市場上之交易相對人、其他未參與聯合行為之同業或上下游；
- (2) 私下資訊分享：事業於私下之聚會中交換競爭相關資訊，可能得包括私下召開之秘密會議或同業公會舉辦之會議等，實務案例包括金門桶裝瓦斯聯合案¹¹⁹（曾召開會議討論價格）、土源圍標案¹²⁰（互有聯繫一起送驗土壤之情事）、台南瓦斯聯合案¹²¹（參與聚會未有反對聯合調高運裝費之表示）、台北加油站聯合案¹²²（競爭事業參與之聚會中曾提及不要削價競爭）。

第一目、共謀之機會

共謀之機會之證據係指在被認為有共謀合意之一段期間中，事業曾直接與其他競爭事業溝通或是一同出席會議等場合，此等事證雖無法確切證明事業曾進行溝通或溝通之內容，但得證明事業確實有接觸之事實而有可能涉及合意之機會。惟是否得僅因事業間有聯繫、接觸等間接證據存在，即可推論合意存在，上述美國法認為應搭配事業其他事前事後行為綜合觀察。在我國法上具體案例得參考下述金頻道長德第二次聯合案、水泥聯合案及工業用紙聯合案。

金頻道長德第二次聯合案中，兩家被處分事業有交叉持股及擔任競爭事業董事之情事存在，查台北高等行政法院表示：「自 90 年起採相互交叉持股，且由其總經理擔任競爭者公司之董事職務等作為，使雙方有機會藉股東會、董事會等場

¹¹⁹ 公平會 86 公處字第 109 號處分。

¹²⁰ 最高行政法院 88 年度判字第 3245 號判決。

¹²¹ 台北高等行政法院 90 年度訴字第 5761 號等判決。

¹²² 台北高等行政法院 102 年度訴字第 1072 號等判決。

合交換訊息，以達到提高價格、增加利潤之共識」，「金頻道公司依公司法第 8 條及第 202 條規定，得介入原告之業務執行，惟其利用董事會作為 2 事業聯合行為意思聯絡之工具，致影響商品交易或服務供需之市場功能，不應僅視為廠商價格跟隨行為，益證此溝通平台存在並非被告虛擬或妄斷，渠等確可藉此達成『契約、協議以外之意思聯絡』，而事實上可導致共同行為。」¹²³；

此外，當具有競爭關係之事業共同出資成立事業，法院亦認為該合資公司屬於事業溝通之平台，並可能負有監督機能，屬於促進行為之一環，查水泥聯合案之北高行判決表示：「...透過合資嘉環東後轉投資士新，亦直接出資投資士新...，共同於 90 年 4 月間取得士新之控制權，以確保國際水泥集團 Cemex 無法取得士新位在高雄港 silo 之關鍵性設備，而收防堵 Cemex 銷售菲律賓水泥至我國之效，並得以士新作為資訊交換之平台，除有利於共識之達成，並易於監督彼此是否有背叛合意之行動，而有嚇阻悖離之功用。」¹²⁴

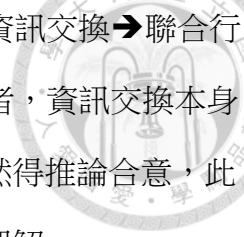
上開間接證據均指出事業因擔任競爭事業之董事或合資成立事業而得促使透過股東會或董事會交換訊息，作為意思聯絡之工具，最終法院推論事業間具有合意存在，然查公平會並未實際提出事業在董事會中交換何種訊息及為如何之意思聯絡，惟仍可藉此推論合意存在。

相較於上述見解，工業用紙案之一審台北高等行政法院認為，縱事業間有集會之情事，亦不當然能推論合意存在，其於判決中提及：「被告逕以原告等聚會之事實，『推論』原告等必然為訊息交換（此處訊息當以足為達成價格協議者為限），再以訊息交換推論出聯合行為之合意，顯然偏離間接證據法則之正當運用。¹²⁵」表示事業間聚會、交換訊息、合意等一連串之行為並非必然緊跟著發生，而必須

¹²³ 台北高等行政法院判決 95 年度訴字第 4482 號判決。

¹²⁴ 台北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號判決。

¹²⁵ 台北高等行政法院 100 年度訴字第 506 號等判決，惟更審之北高行之論述仍顯示事業在會議中有相關陳述，故非必僅是具有共謀之機會，見下論述。



有更強的論述始可推論合意存在；其間之關係係：事業聚會→資訊交換→聯合行為之合意→實行聯合行為。事業縱有聚會未必有訊息交換，再者，資訊交換本身亦未必當然得認定合意，故事業間縱有聚會之事實存在，非必然得推論合意，此種認定方式較近似於美國法上對於共謀之機會此一間接證據之理解。

學者亦有認為事業單純的聚會或接觸，尚不足以證明其就該外在一致之行為已有資訊交換或意思聯絡，蓋事業間之互動本就頻繁，又渠等常為同一事業團體之成員，其有接觸之事實尚非異常，故若不能舉證其接觸活動中曾就彼此事業活動進行協調或以此為目的（但無需證明已達到「契約」或「協議」之程度），尚難逕認其有聯合行為合意¹²⁶，近似於上開工業用紙案台北高等行政法院之見解。

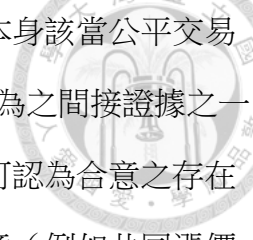
本文認為以工業用紙案之北高行見解較為可採，蓋認為聚會時會有討論價格之可能，則應具體舉證資訊交換之情事，且如係金頻道長德第二次聯合案之案例，既有股東會及董事會存在，可能會留存有書面證據，則公平會應盡量提出該等會議之書面證據以茲證明，且如同美國法上有學者之見解認為，此一共謀機會應綜合其他情況論述，例如在事業接觸後有同步調整其行為之情況，則仍可能推論合意存在，而不應僅單以共謀之機會推論有合意存在。

第二目、資訊交換

壹、資訊交換於我國公平交易法之定位

如同上開美國法部分所討論，公開競爭敏感資訊此一行為在公平交易法上得有兩種定位，包含該行為本身作為合意之行為，抑或是作為附加因素之一加以認定合意之存在，若是附加因素，又常會被當作係「促進行為」(facilitating practices)，即該等行為雖未直接達成價格合意等，但因該行為使得事業價格趨於一致，有推

¹²⁶ 何之邁，前揭註 10，頁 158。



論共謀存在之可能性，至於如於我國法上，則是交換資訊行為本身該當公平交易法第 14 條聯合行為內之其他方式之合意，抑或僅是價格聯合行為之間接證據之一の問題。區分二者之實益在於，前者僅需該行為之存在本身即可認為合意之存在而得加以處分，後者則仍必須綜合其他間接證據後予以判斷合意（例如共同漲價之合意）存在與否。

在我國實務之案例中，基本上仍係將此種交換資訊之行為作為聯合行為合意之間接證據之一加以判斷，最終認定違法仍係價格合意、分配市場等行為本身，得參考中油台塑聯合案，最終非難之對象仍為價格聯合行為。本文認為，在我國法下原則上仍宜將限制競爭之行為本身（例如固定價格）作為違法行為，蓋我國與美國法之運作有所不同，美國法上，除了惡質卡特爾（**Hardcore Cartel**）之行為外，其他被認為有限制競爭可能之行為，均須經過促進競爭及限制競爭效果之衡量後始得決定是否違法，而事業之市占率只是其中考量因素之一；

至於於我國法上，於認定事業行為是否為聯合行為時，在「對於市場產生影響」之此一要件上，雖分為質與量之標準加以審查，然多係以量之標準為審查核心，即以認定事業之市占率達一定程度為標準（詳見第二章第二節之討論），甚少再進一步透過質之標準進行審查或是衡量促進競爭之效果，故如將交換資訊之行為本身定位為其他方式之合意，則當事業只要有公布價格訊息之行為而競爭對手亦確實因此採取行為則有可能被認定為違反聯合行為，原則上在市占率達一定程度之標準後，即可能被認為屬於違反公平交易法之行為；然而如美國法之討論，公開價格訊息之行為可能有利於產品需求者之判斷，而具有促進競爭之效果，不應屬於當然違法之範疇，在我國法上如將其作為其他方式之合意，則有變成當然違法之可能性，故如以此種角度出發，在我國法上仍應將公開資訊等行為歸類於間接證據之一環，本於經驗法則予以判斷其是否用以價格聯合行為等之意思聯絡。



貳、私下資訊交換行為

此一間接證據係競爭事業私下曾召開會議或參與集會，而於會議中曾討論價格等競爭敏感之資訊，其中有下列溝通之內容較為特殊之案例，而該等案件最後都被公平會及行政法院認定具有合意存在：

- 一、事業於會議中未表示反對聯合調高運裝費用，請參照台南瓦斯聯合案¹²⁷。
- 二、事業曾於會議中提議不要削價競爭，請參照台北加油站聯合案¹²⁸。

綜合上開之論述，當競爭事業所參與之會議討論至價格時，無論係提議或呼籲不要削價競爭之行為¹²⁹，抑或未表反對聯合漲價之行為，均可能被法院認定具有合意存在。易言之，本文認為，當競爭事業係私下聚會時，應盡量避免談論至價格等競爭敏感資訊，因此些資訊之交換，縱使未達成合意，甚至未予任何表示，均可能被認定為合意之存在。

參、其他非私下資訊交換行為

本文此處所稱其他非私下資訊交換行為係指資訊交換之範圍及於其他未參與聯合行為之交易相對人或上下游、同業競爭事業，最典型之行為如公開宣布競爭敏感資訊之行為（例如宣布價格），此將可使競爭事業取得競爭敏感資訊，有利於事業達成一致之行為，本文以下將以公開宣布資訊之行為作為設想之行為。在我國聯合行為之案例中，常見公平會以事業間具有公開宣布價格之行為作為事業協調、穩固合意之間接證據；實務上之案例得參考：第一次金頻道長德聯合案¹³⁰（公

¹²⁷ 台北高等行政法院 90 年度訴字第 5761 號等判決。

¹²⁸ 台北高等行政法院 102 年度訴字第 1072 號等判決。

¹²⁹ 依據台北高等行政法院 89 年度訴字第 258 號判決（第一次金頻道長德聯合案）公開呼籲不要惡性競爭亦會符合意思聯絡。

¹³⁰ 台北高等行政法院 89 訴字第 258 號判決。

開場合呼籲不要惡意競爭非商情傳播)、水泥聯合案¹³¹(台泥率先漲價後藉媒體披露行為)、鮮乳聯合案¹³²(透過媒體報導價格之調整)、超商咖啡聯合案¹³³(新聞稿宣布調價)、嘉義瓦斯聯合案¹³⁴(率先漲價之消息刊登於報紙)。依照不同宣布形式將可能有不同之評價方式：

一、公開資訊之對象或場合

公開資訊之對象在我國實務上亦得作為認定合意存在與否之考量因素，相關案例係中油台塑聯合案及工業用紙聯合案，得大致分為兩種角度加以觀察。

中油台塑聯合案中，台北高等行政法院認為事業無急迫性向大眾媒體公開油品批發價調整之資訊，僅須告知交易相對人之下游油品零售商即可，故該等價格預告機制實際上已促使價格達一致而認有合意存在¹³⁵，其論述與美國法 *Petroleum Products* 案巡迴上訴法院判決認公布內容與消費者無關之立場有類似性¹³⁶，惟因中油台塑之案件仍具有歷史性之因素及社會大眾之需求有加以考量之必要，該論述正確與否仍有商酌餘地，詳見本章第一節之實務案例討論之部分。

工業用紙聯合案則涉及較為特殊之情事，雖與公開宣布競爭敏感資訊無涉，但仍與資訊交換之對象相關而涉及事業僅向第三人開示資訊之問題，該案中被處分事業於月初時會先對其交易相對人開出牌價，之後再透過折讓後始以實收價進行交易，公平會認事業於月初向交易相對人預告牌價之行為屬於交換資訊之行為

¹³¹ 公處字第 094136 號。

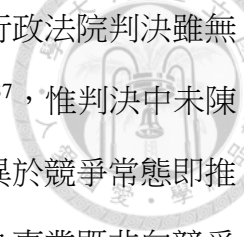
¹³² 公處字第 100204 號處分、台北高等行政法院 101 訴字第 573 號等判決、最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。

¹³³ 公處字第 100220 號處分、最高行政法院第 102 年度判字第 251 號判決。

¹³⁴ 公處字第 101013 號處分、台北高等行政法院 101 年度訴字第 1300 號、最高行政法院 103 年度判字第 438 號；嘉義瓦斯聯合案中除公開資訊之行為外，事業仍有私下相互確認之行動存在，而較偏向私下交換資訊之範圍。

¹³⁵ 台北高等行政法院 94 年度訴字第 2370 號等判決。

¹³⁶ *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation*, 906 F.2d 432, 445, 448-449 (9th Cir. 1990). 惟 *Petroleum Products* 案似有事業間直接溝通之證據存在，與中油台塑案又有不同之處，未必能完全參考。



而得讓被處分事業明知競爭同業之調價上限與價格訊息，最高行政法院判決雖無針對此一證據多為論述，但最終仍認定事業間可能有合意存在¹³⁷，惟判決中未陳述事業透過牌價或其他任何方式達成意思聯絡，僅以市場狀況異於競爭常態即推論合意存在，有所不當。相較之下，該案台北高等行政法院認為事業既非向競爭對手公開價格資訊，縱使是交易相對人之客戶洩漏相關價格資訊予其他事業，亦屬該客戶自身之行為，無法認定事業間有聯合行為合意¹³⁸；此則北高行判決顯示事業公布資訊之對象如涉及第三人而非直接向競爭事業開示，則其推論合意存在與否就有再予斟酌之餘地。

另外，同案中亦涉及公開資訊之對象如同時包含競爭事業及其他未參與之競爭事業或上下游事業之爭議，即事業公布訊息之行為及於其他與聯合行為無關之他人時，該行為應予如何之評價之問題，對此，工業用紙案之北高行與上開見解具有一致之立場，其認為事業難以藉此協議價格，故無法推論合意存在：「觀諸該次會議有多達 40 家以上紙廠派員參加，被告推論原告 3 者在該次會議中，於有諸多水平競爭事業及下級紙廠業者同時在場之情況下，就調漲一級工業用紙之價格進行協議，顯然違背常理¹³⁹」

公開資訊之對象如不限於競爭同業，我國實務上具有不同之看法，有從資訊內容是否有公開宣布之必要性之角度觀察，另有從事業可否透過該行為達成合意之角度觀察，本文認為上開觀察角度並不衝突，而可綜合判斷之，並可參考上述美國法中，學者有以溝通行為之意圖加以評價判斷之。

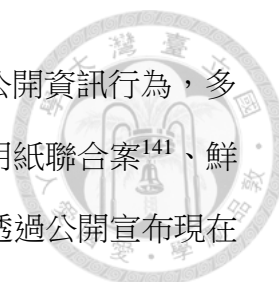
二、公開資訊之內容

若事業公布之內容是針對特定之交易內容或涉及現在、未來的競爭資訊，較

¹³⁷ 最高行政法院 102 年度判字第 67 號、104 年度判字第 181 號。

¹³⁸ 台北高等行政法院 102 年度訴更一字第 23 號等判決。

¹³⁹ 台北高等行政法院 102 年度訴更一字第 23 號等判決。



易被認為係有意思聯絡存在；在我國實務上，作為間接證據之公開資訊行為，多係針對現在或未來之價格調整，無論中油台塑聯合案¹⁴⁰、工業用紙聯合案¹⁴¹、鮮乳聯合案¹⁴²、超商咖啡聯合案¹⁴³中，被處分事業均是被指稱其透過公開宣布現在或未來價格之方式協調行為而最終達致一致性之調漲。

此外，在寡占市場中公開呼籲不要惡性競爭或交換調漲價格之訊息亦可能會被法院認定屬於意思聯絡，請參照第一次金頻道長德聯合案北高行判決表示：「原告所處市場結構係屬寡占市場結構，該等事業間對彼此之競爭決策至為敏感，而有相互牽制之現象，故寡占事業間倘對未來競爭情勢相互呼籲，或彼此交換調漲價格之訊息，實已足以影響市場競爭，要難認屬純知識性之商情傳播。」¹⁴⁴，我國實務此種呼籲行為加上嗣後跟隨之行為即得認定屬於合意之看法近似於美國法上 Posner 法官所述之單方契約理論。

但非所有針對價格等競爭事項所為之呼籲或建議均得使法院推論合意存在，工業用紙案中更審北高行表示：「會議紀錄中原告正隆公司代表發言：『為利於國內市紙行情有效穩定維持，各造紙同業需有落實堅守收購價格之共識，如此可避免廢紙中盤商藉機炒高市紙行情』、『目前市紙供需不平衡，致市紙盤商炒高市紙行情，故建議各同業要適當進口廢紙以利市紙行情有效維持穩定』，原告榮成公司代表則表示：『為提昇出席率及代表性並有助市紙行情穩定運作，建議以廢紙委員會名義發出會議通知召集各級會員廠參與市紙行情之檢討並形成共識。』...僅能證明該 2 名原告曾針對應如何穩定市紙行情之議題提出建議，觀諸該次會議有多達 40 家以上紙廠派員參加，被告推論原告 3 者在該次會議中，於有諸多水平競爭

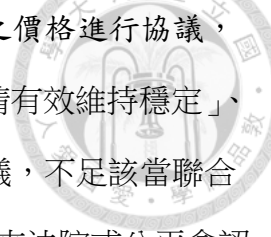
¹⁴⁰ 台北高等行政法院 94 年度訴字第 2370 號等判決、最高行政法院 98 年度判字第 91 號等判決。

¹⁴¹ 公處字第 099054 號處分、最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決。

¹⁴² 公處字第 100204 號處分、台北高等行政法院 101 訴字第 573 號、最高行政法院 103 年度判字第 294 號。

¹⁴³ 公處字第 100220 號處分、最高行政法院第 102 年度判字第 251 號判決。

¹⁴⁴ 台北高等行政法院 89 年度訴字第 258 號判決。



事業及下級紙廠業者同時在場之情況下，就調漲一級工業用紙之價格進行協議，顯然違背常理¹⁴⁵」。似乎是認為「堅守收購價格」、「以利市紙行情有效維持穩定」、「建議市場行情檢討」之論述僅是提出建議，非屬進行價格協議，不足該當聯合行為意思聯絡（建議行為之討論請參照第二章第二節），打破向來法院或公平會認為在市場上呼籲不要惡性競爭或預告價格之行為即可能推論意思聯絡存在之操作，惟仍有考量該等參與會議者之範圍之問題。

另外，針對於未來之資訊，在上開美國案例及我國實務案例中，均有討論到非立即生效適用之問題，以價格調整為例，當事業宣布調整價格後，該新價格何時正式生效、公布與生效間是否存有時間差等問題，將使事業更有利於協調，均有可能成為認定聯合行為合意存在與否之重點。

我國實務上案例得參照中油台塑聯合案，雖事業強調價格預告機制是產業長久之習慣並有其正當性等理由，然公平會主張新價格並非立即生效，該時間上之差距得讓雙方藉以觀察競爭對手是否有跟進、若無跟進可做適當之調整等，認有協調價格之情事存在，並為行政法院肯認。此概念於嘉義桶裝瓦斯聯合案中之北高行判決有更清楚之論述，法院認為提前宣告新價格得觀察競爭之對手反應、有利於對手計畫跟進，如競爭對手未跟進仍可調回原價格，而有助於降低調漲價格之風險，故係屬價格協調之行為，認定有合意存在¹⁴⁶。綜上，法院可能以競爭事業採取預告價格之機制，使其他競爭對手得藉時間差而選擇跟進與否，率先調漲者亦能撤回，推論有價格協調之情事存在。

本文以為，若考量到交易相對人的信賴，若公布調價訊息之同時生效，將可能打亂需求者原先的成本計畫，從而公布調價訊息及其實際生效之日期是否應同時為之或得保留一定時間差此一因素並未必然違反事業之經濟理性，實不應遽然

¹⁴⁵ 台北高等行政法院 102 年度訴更一字第 23 號等判決。

¹⁴⁶ 台北高等行政法院 101 年度訴字第 1300 號等判決。

斷定是否屬於意思聯絡，而應綜合事案市場及產品之特性予以認個案認定。



三、小結

綜上論述，在我國法上，事業非私下宣布價格之行為是否會被認為係意思聯絡，可能須綜合下列兩項要素判斷之：

- 1、事業宣布之對象範圍是否係對於競爭事業；若是僅係被主張聯合行為之競爭事業間之溝通請參考上述私下資訊交換行為，若是同時及於社會大眾（市場上之消費者）或交易相對人，則依下述第 2 點判斷之。
- 2、事業宣布之內容是否對於市場上之消費者具有急迫性或是否有必要性；又該宣布之內容是否已足以使競爭事業間達成相當之共識而該當於合意；或宣布內容之生效時點亦為判斷之要素之一。

本文認為，為正確判斷此等公開宣布價格之行為，有必要仔細判斷產業結構、商品特性、歷史因素等背景性因素，並綜合該行為所涉及之內容、對象、場合、時點判斷之，蓋因通常如涉及消費者等交易相對人之公開宣布價格之行動，本可能帶來效率而有利於競爭，

第八款、聯合行為之確保

聯合行為之確保之行為主要係指穩固或維持聯合行為之後續行為，避免參與之事業背叛，主要有下列幾種行為。

第一目、利得損失分配

壹、總論



利得損失分配此一間接證據主要係指出競爭事業間具有金錢之往來，容易被認定是分配聯合行為實行之利得及損失，推論有合意存在，蓋因一般而言競爭事業間如無商業往來則無金錢往來，如有金錢往來則有加以解釋該行為目的之必要，此種利得分配可能非直接由事業移轉至事業，如競爭事業間成立基金，由該基金之金錢給予事業或用以協調彼此之競爭情況，亦可能具有協調與補貼之意涵，而有認定合意之可能性。於美國法上，學者 Kovacic 等人甚至將此一證據做為超級附加因素，強調其與合意存在所具有之關聯性。

具體行為包括事業間金錢流動、設立基金、開設帳戶¹⁴⁷、互相購買產品或調料（參照上開討論），實務案例得參考高屏地區桶裝瓦斯聯合案¹⁴⁸（事業共同設置市場安定基金，並有共同開戶之行為）、北部瓦斯聯合案¹⁴⁹（事業開設聯名帳戶，並設置市場安定基金，並被查到曾從該共同基金中匯出金額給某些特定事業，因而被公平會及法院認定屬於為減少競爭而為補貼之行為，藉此分配聯合行為所得之利潤）、菸品經銷商聯合案¹⁵⁰（經銷商依進貨數量與時間固定提撥金額至共同成立之帳戶中，據其證言所述，並非為了分配所得利潤，而係藉此墊高各經銷商之成本，連帶提高菸品之售價，防止經銷商削價競爭）。

貳、交叉持股、董監互充

當競爭事業具有交叉持股之現象，或進而擔任競爭公司之董監、經理，或共同合資成立事業，法院曾認為其因可互相分配利潤，而無誘因競爭，將此當作認定合意之間接證據之一。

在擔任競爭公司之董監、總經理或共同合資公司之部分，曾有法院認為係提

¹⁴⁷ 共同開設帳戶提撥金額並有增加成本防止削價競爭之用途。

¹⁴⁸ 公平會 90 公處字第 023 號處分、台北高等行政法院 90 年度訴字第 5951 號。

¹⁴⁹ 公處字第 092073 號、台北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號。

¹⁵⁰ 公處字第 100027 號、台北高等行政法院 100 年度訴字第 1581 號判決。



供溝通之平台而得讓競爭事業進行資訊交換、有利於共識達成，詳見上述溝通性證據共謀機會項目之討論。

在交叉持股之層面上，有法院認為因事業如進行聯合行為，得因此可分享利潤，故其並無誘因進行競爭，具有高度勾結之可能性，金頻道長德第二次聯合案之北高行判決表示：「自 90 年起採相互交叉持股...並因相互持股可以分享彼此利潤，故難以期待雙方在同一市場相互競爭，將導致該市場處於無競爭狀態，誠屬反競爭之行為，具有高度之勾結可能性。¹⁵¹」

本文認為此一交叉持股所呈現之誘因，與上開事業間實際進行金錢往來之行為仍有不同，蓋因交叉持股未實際進行金錢往來，且非法律上所禁止之行為，況法律上已有公平交易法之結合規範加以規制，不得僅以因交叉持股故有不競爭之誘因做為間接證據，否則將使事業難以發展策略聯盟，阻礙整體產業之競爭力。

第二目、監督機制

聯合行為之實行必須要避免事業背叛，而監督機制之目的正係為避免參與事業背叛，此等監督機制對於產業結構不易進行聯合行為之事業尤為重要，甚至是維持、穩固聯合行為所必要之機制，其具體之行為可能包含調查產業內之價格及產量，或是對於背叛者進行懲罰。

實務案例如電台廣告藥品聯合案之北高行曾以公平會無法提出事業間透過何等機制進行監督聯合行為之實行，推論無合意存在，似乎係配合產業結構，將監督機制作為一種負面因素，以強調其存在之必要性，判決表示：「按聯合行為以限制競爭之方式追求最大集體利潤，而非各事業最大利潤，是以，聯合行為於執行時，參與聯合行為的事業有強烈的違背合意內容以獲取自身利益的動機，進行所

¹⁵¹ 台北高等行政法院 95 年度訴字第 4482 號判決。

謂欺騙行為，故事業間進行聯合行為的合意時，通常必須附帶設立一定的監督機制，以確保參與合意的各個事業遵守合意內容並使聯合行為得以進行，是以，此一監督機制之存在與否，攸關聯合行為是否存在之認定。…本件原告所處產業特色，即令有所聯合，結構也不穩定，此際，監督機制之存在乃絕對必要事項。」¹⁵²

第三目、小結

本文以為，本項目下之聯合行為確保行為或上述事業共用設備或互相調料之行為因非直接涉及合意之內容而較少被歸類於溝通性證據，但因其其實涉及事業間之往來行為，包含資金往來行為，未嘗不能將其視作一種廣義下之事業事後溝通性行為，而有賦予其高度重要性之必要；可嘗試討論該等行為存在之必要性及目的，以分析其與合意存在之關聯性。

第九款、其他

我國司法實務上，行政法院還有以下列其他間接證據推論合意存在：

第一目、提高未參與聯合為競爭者之成本

水泥聯合案中事業高額購入關鍵性設備後卻予以閒置之行為，被認為係提高未參與聯合為競爭者之成本，以形成參進障礙，達成穩定水泥卡特爾之效果¹⁵³。

第二目、曾被公平會以違反聯合行為處分

我國中山區有線電視業者金頻道與長德曾於 88 年間被公平會以違反聯合行為

¹⁵² 台北高等行政法院 98 年度訴字第 1735 號等判決。

¹⁵³ 公處字第 094136 號、台北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號等判決。

處分¹⁵⁴，而於 95 年再次受公平會違反聯合行為之處分，公平會其一合意認定之理由為 88 年間曾被處分違反聯合行為¹⁵⁵。

該案台北高等行政法院亦肯認該等事證等作為認定之前提，且不因不存在書面證據而認合意不存在：「...違反公平交易法第 14 條規定，經被告處分在案，是為規避公平交易法規範，原告與金頻道公司縱有所決議，亦不會留下任何書面之協議，被告因之未查獲渠等股東會或董監事會議紀錄出現合意之證據，即非無可能」；「又被告前次處分中所認定長德播送系統與金頻道播送系統間之聯合行為事實，可作為原處分認定原告與金頻道公司有聯合行為事實之前提」¹⁵⁶。

第二項、間接證據運用之檢討

依據美國法對於附加因素之評價，通常必須綜合其產業結構或市場狀況、產品特性加以論述，蓋因某些附加因素特定之產業結構或市場狀況下與合意之關聯性較高，反之，在其他的產業結構或市場狀況下則無法給予更多之線索，故在推論合意存在與否時，必須要結合相關之產業結構或市場狀況判斷，較為妥適；然在上開整理中，得發現我國公平會或法院判決時，較少結合該案件所發生之產業結構、市場狀況加以論述，未具體區別寡占市場或完全競爭市場討論間接證據，有所不足。

再者，依據上開整理，我國在間接證據之使用及合意之推論之運用上，通常係以外觀一致性所呈現之不競爭狀態為核心，但其餘間接證據則未有一定之判斷模式，法院會綜合其他所有相關之間接證據後，判斷是否有合意存在，少見法院

¹⁵⁴ 公平會(88)公處字第 071 號處分。

¹⁵⁵ 公處字第 095032 號處分。

¹⁵⁶ 台北高等行政法院 95 年度訴字第 4482 號判決。

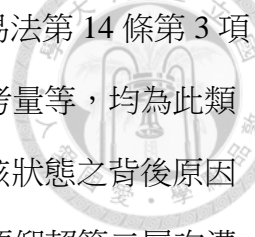


明白表示有何間接證據是必要之間接證據或充分之間接證據，此種認定模式完全存諸於法官之自由心證。

而如前所述，針對我國實務上常運用之合理推定方式以及公平交易法第 14 條第 3 項新增之推定條款：「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。」，上開推定屬於事實上之推定，不涉及舉證責任轉換之問題，但在實務運作下，如依照我國向來之操作，外觀上之一致性及事業無法舉證合理解釋、公告價格之行為存在（但有些案件公平會未提出任何事業間之溝通行為仍可能被推論合意存在）等間接證據即可能推定合意存在，惟此種運用模式可能會規範至寡占市場之有意識之平行行為，有所不當。

為避免聯合行為之規範規制至寡占市場之有意識之平行行為，且隨著違反聯合行為之處罰效果大幅提高，應特別加強對於構成要件之合意之認定，至少要求公平會之舉證須達至無合理可疑之程度，而屬唯一合理解釋，對此，則有必要再次分析及評價間接證據之運作模式，以清楚區辨合意之聯合行為及有意識之平行行為，上開美國法實務上曾針對於間接證據之評價提供了一組運用之架構得供我國法參考（美國法部分，請參見上述第三章第三節第四項），該運用架構是透過間接證據之分類，對於間接證據之本質及其與合意之關聯性提供清楚之指示，得供我國現行實務參考，將可使行政法院在間接證據之運用上更有依據，且亦可避免僅依經濟性證據認定合意存在而忽略有意識之平行行為存在之可能性，該間接證據之運作模式主要係將認定合意之間接證據區分為兩類，兩種類型之證據有其各自之作用，以下將其套入我國實務向來仰賴之相關間接證據論述之：

首先，第一層次係經濟性、案件背景性之證據，目的係為建立事業處於不競爭之狀態及實行聯合行為之合理性，我國實務上常出現之間接證據包含外觀上一



致性、穩定市占率、產業結構、不競爭之狀態等，如係公平交易法第 14 條第 3 項之內容則偏向相當於市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量等，均為此類型之證據，該等證據縱得證明聯合行為之合理性，亦無法推論該狀態之背後原因係因具有聯合行為合意¹⁵⁷，在判斷行為係否是基於合意，仍必須仰賴第二層次溝通性證據判斷。

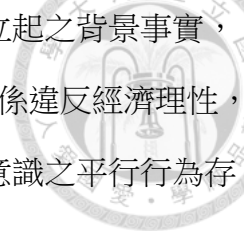
第二層次之證據主要要求公平交易委員會必須排除事業單獨利益可解釋之可能性，證明第一層次證據所建立起不競爭之外觀係因有合意存在，而於公平交易法第 14 條第 3 項之內容上可能偏向於事業行為之經濟合理性之問題，易言之，事業行為是否悖於自己利益，除非有合意存在；為達上開目的，尤以溝通性證據等事業間往來溝通為重要，公平會至少應具體說明事業如何達成合意或確保合意之實行，縱使公平會提出之經濟性證據似乎可能得排除單獨行為之存在，但此時亦代表事業有進行溝通之可能，公平會仍應盡量提出說明事業如何進行溝通。

學者亦有贊同適用推定條款時，仍須有證據證明事業間有連絡之事實，有連絡之事實，卻無相互約束或限制事業活動之直接證據，而事實上該等事業在相關市場上卻共同採取一致性行為者，得透過推定條款詳細分析事業共同採取一致性行為，在經濟上有無合理之關連性，如其間並無合理關連性，而事實上卻產生此一致性行為之結果者，即得合理「推定」事業間有為聯合行為之合意¹⁵⁸。

至於第二層次之溝通性證據之認定上，如上文所述，則必須視其類型、私下或公開、內容、對象、場合等因素綜合判斷之，至於上列事業間共用設備或互相調料之行為、分配利得損失或監督機制等聯合行為確保之行為亦涉及事業間之來往行為，而可能作為此部分之證據輔佐證明。惟必須注意的是，行為不符經濟理

¹⁵⁷ Arndt Teichmann (著)，石世豪 (譯) (1997)，〈寡占市場上事業競爭行為之監督〉，《公平交易季刊》，5 卷 3 期，頁 145-146。

¹⁵⁸ 廖義男，前揭註 59，頁 131；顏廷棟，前揭註 31，頁 23-24。



性之間接證據，應避免用以重複論述第一層次經濟性證據所建立起之背景事實，例如我國法院判決中常論述不應跟隨競爭對手漲價，如跟隨漲價係違反經濟理性，此論述最終仍係在說明相互依存性，而無法排除單獨行為或有意識之平行行為存在之可能性。

承上節所述，即使我國增訂公平交易法第 14 條第 3 項之推定條款，明定市場狀況、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因素可推定合意，但在解釋上仍有必要限縮僅依市場狀況等即認定合意存在之情形，而法官在判斷合意存否時，如上開整理，仍可區分為二個層次討論，背景之產業結構建立固然重要，但重點應在於公平會之舉證是否得排除單獨行為或有意識之平行行為存在之可能性而為唯一合理之解釋，其中公平會對於事業溝通行為之建立將是重點所在，對此，事業如何達成合意以及事業如何確保合意均是判斷之重點，且對象、內容、性質、場合等亦均將影響是否排除單獨行為之可能性。





第五章、結論

壹、研究成果

一、聯合行為規制之強化與調查之困難

近來聯合行為有大型化、國際化之趨勢，所涉及之範圍越來越廣，為規制具有此種傾向之聯合行為，各國莫不從各種方面採取規範之措施。而我國為規制聯合行為，採取了下列改革：提高違反聯合行為之行政罰鍰以遏阻聯合行為之發生，並引進寬恕政策期待得藉此獲得聯合行為之直接證據，使執法機關之公平交易委員會更容易規制與調查聯合行為。

再者，因聯合行為對於各產業之競爭有重大之影響，各國無不加重違反聯合行為之處罰效果，為對抗嚴罰化之趨勢，試圖進行聯合行為之事業將會盡量避免留下任何證據，此時聯合行為合意之證明亦將成為各國主管機關執法之難題，尤其聯合行為之合意與寡占市場所存在之有意識之平行行為可能呈現相同之結果外觀，兩行為之區分將成為實務上最大之難題，蓋因有意識之平行行為係事業本諸於自己最大利益所作出之決策，於現今各國實務中，原則上均不被當作係違反聯合行為之行為；此時問題將會變成，在沒有直接證據認定事業間已達成合意之狀況下，如何透過間接證據、情況證據或附加因素區辨事業行為屬於聯合行為之合意或有意識之平行行為，此正為執法機關與事業之攻防重點。

二、美國法之操作

在美國司法實務上，針對於合意證明之問題，雖於 1939 年 Interstate Circuit

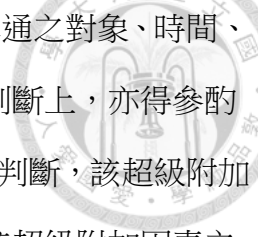
等案件中，聯邦最高法院有採取單方契約理論而規制有意識之平行行為之傾向，惟在 1954 年之 *Theatre Enterprises* 明示有意識之平行行為非共謀合意之規範對象，且嗣後於 1986 年 *Matsushita* 案中，法院更明白表示主張聯合行為存在者之舉證須得傾向排除單獨行為及有意識之平行行為可能性，在實務上並透過附加因素（plus factor）之運用操作共謀合意概念之認定。

在附加因素方面，美國司法實務中常見之類型包含平行行為、產業結構利於共謀合意之實行、共謀合意之動機、行為反於事業自己單獨利益、共謀之機會或資訊交換行為、溝通之行為，基本上在附加因素之評價上，多數司法實務仍係綜合所有附加因素，由法院進行整體性之評價，未對任何附加因素進行排序；惟亦有數則判決或法官曾在上開實務現狀之基礎下，嘗試將附加因素之運用區分為兩個層次：

第一層次之經濟性之證據係建立起事業處於未競爭之狀態及實行聯合行為在經濟上具有合理性之證據，包含平行行為、產業結構、動機及產業表現狀況等因素，其非絕對必要存在，但其存在可過濾極端之案例，並可建立實行聯合行為合理性之基礎，故具有相當之重要性，惟如證據僅止於第一層次實行聯合行為在經濟上具有合理性，因該行為可能具有其他解釋空間，仍不足推論合意存在，此時有透過第二層次之證據加以討論之必要；

第二層次之非經濟性證據則係為證明前一層次所提出之不競爭市場狀況來自於合意之結果而非事業之單獨行為或有意識之平行行為，故其必須達至排除單獨行為存在可能性之程度，主張聯合行為存在之人應說明事業如何達成合意或確保合意之實行，此時事業間之溝通性證據或事業間相關資金往來、同業互相購買之行為等行為將會係此層次判斷之重點。

至於溝通性證據是否足以排除單獨行為之可能性，得於個案中參考事業所處




產業結構及產品特性、溝通資訊之內容、場合（私下或公開）、溝通之對象、時間、主動被動等因素考量判斷。另外在排除單獨行為存在可能性之判斷上，亦得參酌學者所提出之超級附加因素（super plus factor）之概念予以評價判斷，該超級附加因素係建立起附加因素與合意認定間之關聯性高低，故得輔以該超級附加因素之概念對於主張聯合行為存在之人所提出之附加因素加以判斷。

三、我國法之操作

（一）推定

我國實務對於聯合行為合意認定之議題，從南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案、中油台塑批發油價聯合案以來，至工業用紙聯合案、超商現煮含乳咖啡聯合案、鮮乳聯合案，通常行政法院（尤其最高行政法院）係採取合理推定之方法，透過公平會所題之間接證據認定合意存在與否，在此概念之下，公平交易委員會如得舉證出事業行為具有一致性之外觀以及有散布價格之行為，事業如又無法提出其行為之合理之解釋時，行政法院即可能因此認定合意存在，且在

惟近來有工業用紙聯合案（北高行 100 年度訴字第 506 號等、102 年度訴更一字第 23 號判決）及超商現煮含乳咖啡聯合案（台北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號判決）等多則台北高等行政法院之判決等，針對於聯合行為合意之認定似乎不採取上開合理推定之方式，反而係要求公平交易委員會之舉證責任應達無合理可疑高度蓋然性之程度，如僅有一致性之外觀以及有公告散布價格之行為之舉證仍不足以認定合意之存在，此時仍存在有意識之平行行為之可能性，而要求公平會必須提出更多證據以排除單獨行為或有意識之平行行為存在之可能性；綜上，得知近來實務對於認定合意所需間接證據之見解產生相當程度之分歧。

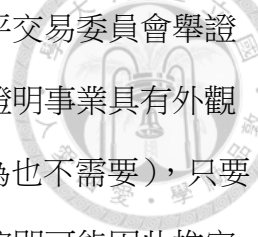


鑑此，公平交易法除修法明訂得透過寬恕政策之運用加強合意之直接證據之取得外，更於 2015 年在公平交易法第 14 條第 3 項新增推定條款，明定「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。」，試圖解決上開實務運用所生歧異之問題、確立法者之立場，將台北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決（南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案）以來所明示之推定方式明定於法條內容中，而該條項之增訂將可能影響行政法院之立場，使行政法院更容易接受公平會所提之證據與合意間之關聯性，減少上述工業用紙聯合案及超商現煮含乳咖啡聯合案等之台北高等行政法院判決不採取推定方式之發生機會。

至於該推定條款之性質為何且其具體上應如何操作等問題，向來之行政法院實務運作及法條內容未給予清楚之指示，本論文依照推定之類型、法條之規範方式及向來實務之操作模式，認為公平交易法第 14 條第 3 項條文內所述之「推定」僅屬於事實上之推定，仍係由行政法院法官依自由心證判斷當事人所提出之間接證據是否得推論待證事實之合意要件存在與否，法官仍有斟酌裁量之餘地，不受法條所規定之各項因素所拘束，法條內容僅是將向來操作所得之經驗法則予以明文化以供法院參考，且實際上未涉及當事人於訴訟上舉證責任轉換或倒置之問題，而非屬於法律上之事實推定，是故，該規定條款之增訂，在理論上僅具有宣示性、指導性之效力。

（二）推定合意存在之間接證據

惟綜觀自 2000 年南部地區桶裝瓦斯驗瓶聯合案臺北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決採取推定方法以來之行政法院判決，尤其在涉及寡占市場之案件



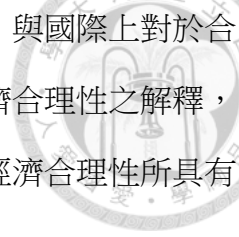
中，此種藉由間接證據推定合意存在之方式不失為一種降低公平交易委員會舉證責任證明度之方式；當負有客觀舉證責任之公平交易委員會得證明事業具有外觀上之一致性，且事業具有公告價格之行為（甚至連公告價格行為也不需要），只要市場上之競爭狀況有異，事業又無法提出合理之解釋，行政法院即可能因此推定合意存在，進而轉換主觀舉證責任至被處分事業。

被處分事業則被要求必須舉證產品或服務之成本變動、供需變化、事業內部決策資料、抑或價格跟隨之具體情事，以推翻上述合意之推定，此種運作方式某種程度上減輕公平會之舉證責任，而加重事業之舉證責任。

而公平交易法第 14 條第 3 項增訂之推定條款所明定判斷合意存在與否之因素——包含市場狀況、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，與修法前採取合理推定立場之實務判決所藉以判斷合意存否之間接證據類型，並無太大之差異，可見立法者似乎有意藉由新增本推定條款，明示減輕公平交易委員會舉證責任之立場，使公平交易委員會更容易得透過間接證據認定合意存在，以規範不利於市場競爭之行為。

三、推定條款所生問題

當該推定條款除減輕公平交易委員會之舉證責任外，並將可能使得寡占市場上之有意識之平行行為落入公平交易法第 14 條、第 15 條聯合行為之規制範圍內，蓋法條所規定之市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量，如以我國向來之運作及解釋方式，均無法有效區辨聯合行為之合意與有意識之平行行為，且我國向來之多則案例，如中油台塑批發油價聯合案、工業用紙聯合案及鮮乳聯合案均留有有意識之平行行為存在之可能性，蓋因我國實務行政法院甚至常僅依外觀一



致性本身即推定合意存在，實未予加以區辨有意識之平行行為，與國際上對於合意認定之趨勢有相左之傾向；至於我國實務對於事業行為之經濟合理性之解釋，有時亦僅是重複論述有意識之平行行為之特性，無法清楚傳達經濟合理性所具有區辨行為態樣之意涵。

惟隨著我國對於違反聯合行為之處罰效果加重，最多得處以事業上一年度銷售金額 10% 之行政罰鍰，某種程度上行政罰鍰可能變成無任何裁罰之上限，對於事業將產生重大之影響，故其在訴訟程序上所應受之審判嚴謹程度應高於民事訴訟之程度，甚至應達至刑事訴訟對於被告之保護程度，即在構成要件之認定上應達至無合理可疑之程度，易言之，於實際操作上，公平會之舉證至少應達到排除其他非合意行為之可能性，並達至唯一合理解釋之程度。

然而我國公平交易法加重違法效果之行政罰鍰之同時，卻反而放寬公平交易委員會之舉證責任而緩和對於構成要件之認定，此舉將造成聯合行為規範之規制範圍擴大，甚至可能演變成以聯合行為之規制規範事業不競爭行為之結果或產業結構本身，而非進行合意之行為，有悖於聯合行為規範原始之目的，似乎有所不妥。

貳、未來展望

一、間接證據之分類及合意之認定

本論文之研究範圍主要是以實務對於聯合行為合意之證明與認定為主軸，涉及舉證責任之分配及證明度之要求等議題，並分析間接證據、情況證據或附加因素等概念於合意認定上之運用方式。而我國公平交易法於 2015 年新增合意之推定



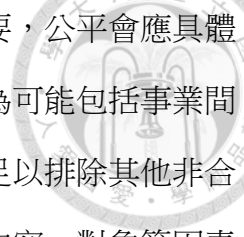
條款，新法增訂後該推定條款如何解釋及運用，法院在舉證責任之認定及間接證據之採納上有何變化或新的標準，仍有待後續實務之累積及學說之討論，此部分並待將來之研究者予以整理並歸納。

而在本論文研究過程及結果上，整理出上述推定條款如按照向來實務之操作所可能會發生之問題，而為解決上列問題，本論文認為有必要改變向來實務之運作模式，故在參考上述美國法實務曾出現之附加因素運作模式之基礎上，嘗試對我國實務提出建議，易言之，針對公平交易法第 14 條第 3 項推定條款應予以限縮解釋，而就間接證據之評價，有必要建立起清楚之運作模式，始能清楚釐清證據之本質及其與合意間之關聯性。

首先，基於美國司法實務上之分類，將間接證據區分為兩類，一為經濟性證據，目的係為證明事業處於未競爭狀態之事實，並建立事業實行聯合行為之合理性，依據本論文之整理，我國實務上常出現之間接證據包含外觀上一致性或不競爭之狀態、穩定之市占率、產業結構利於聯合行為實行等事證均屬於此類之證據，而公平交易法第 14 條第 3 項所規定之市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量等，亦為此類型之證據。

此等第一層次之經濟性證據縱得證明聯合行為存在之合理性，亦無法推論該不競爭狀態之背後原因係因事業具有聯合行為合意，故在判斷行為係否是基於合意，第一層次之證據僅是建立聯合行為之合理性，如公平交易委員會在此層次均未能有清楚之論述，則甚至連下列第二層次之證據均不必討論；惟縱公平交易委員會建立第一層次之證據後，仍必須仰賴第二層次之證據，予以判斷是否足以排除單獨行為或其他非合意行為之可能性。

第二層次之證據特別需證明，除非有合意之存在，否則事業所為行為已悖於其自己單獨利益，易言之，公平交易委員會必須排除事業單獨行為可予以解釋之



可能性，其中尤其以溝通性證據等事業間往來之溝通證據為重要，公平會應具體說明事業透過何種方式達成合意或確保合意之實行，具體之行為可能包括事業間資訊交換或資金往來、利得損失分配等行為，至於該行為是否足以排除其他非合意解釋之可能性，則必須視溝通性證據之類型、場合、時點、內容、對象等因素綜合判斷。

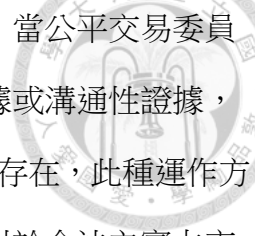
總結而言，我國公平交易法新增第 14 條第 3 項之推定條款，理論上雖僅具有宣示性之效果，但依向來實務之操作，有降低公平交易委員會舉證責任證明度之效果，且實際操作下甚至可能規範至合法之有意識之平行行為，悖於國際趨勢，故為避免上開情形，對於公平交易法第 14 條第 3 項合意推定之認定，公平交易委員會及法院在運用上均必須為限縮解釋，有必要要求證據已得排除其他單獨行為之可能性，尤以溝通性證據為重要，並達至唯一合理解釋合意存在之程度，始能真正規範至應規範之聯合行為。

二、搜索扣押權力之引進

2012 年所公布之公平交易法草案第 28 條規定公平交易委員會為調查聯合行為之重要證物，得對事業或其他第三人進行搜索，相關規定並得準用刑事訴訟法之搜索扣押之規定，並於立法理由稱之為準司法調查，雖最後於政黨協商時，因黨團對於行政機關握有搜索扣押權限仍有疑慮，未能獲得所有黨團之支持，故予以刪除¹。將來如引進相關搜索扣押之規定，將有助於合意直接證據之取得，此時其與上述公平交易法第 14 條第 3 項之推定條款如何互動將成為重點；

如我國將來賦予公平交易委員會擁有搜索扣押之權力，先不論是否應仿效行

¹ 吳秀明（2014），〈打擊聯合行為法制之晚近變革〉，《月旦法學雜誌》，233 期，頁 225-226。



政院金融監督管理委員會派駐檢察官於公平交易委員會之問題，當公平交易委員會已運用搜索扣押之權力後，仍查無任何事業間來往之直接證據或溝通性證據，是否仍得運用公平交易法第 14 條第 3 項透過間接證據推定合意存在，此種運作方式將可能使我國大幅放寬公平交易委員會之舉證責任，反而係對於合法之寡占市場中之競爭事業互動強加以法律上之規制與處罰，而嚇阻合法正當之法律行為。故縱使現今法院對於推定條款之運作持較寬鬆之見解，但將來引進公平交易委員會之搜索扣押權力後，實有必要限縮推定條款之執行。

三、競爭事業合作行為之處理原則及指導方針之研擬

現代商業社會中，不可避免會遇到需要競爭事業彼此互相合作之情形，然因競爭事業互相合作難免會產生違反競爭法上限制競爭之聯合行為之疑慮，尤其係有「促進行為」概念之產生之後，事業採行相同行為得導致競爭程度之降低，將可能有被認為聯合行為存在之可能性，但何種行為可能是合法之合作行為，又何種行為可能屬於違法之聯合行為？

美國聯邦貿易委員會及司法部曾於 2000 年發布「競爭事業合作指導方針」(Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors)，針對競爭事業進行合作之行為予以清楚之指示，該等指導原則使得事業衡量是否合作時有所進退依據。

我國公平交易法上競爭事業合作之相關事項，雖於第 15 條規定有聯合行為例外許可之規範，事業可透過事先申請許可之方式進行相關合作事項，惟該條及其申請須知是否已足以包含所有競爭事業合作之類型及清楚說明事業行為之準則，仍有未明，又申請須知此種法位階不明之處理方式亦可能不適用於可能產生行政罰

或刑事罰之聯合行為規範，故主管機關應針對各種競爭事業可能合作模式或相關行為予以清楚之指示及指導，使事業彼此合作能有所依據，尤其對於創新產業之技術研發行為有其重要性，而得促進該產業有效發展。



四、產業背景之建構

依照本論文研究結果，事業所處之產業背景與行為及是否違反聯合行為息息相關，然我國實務通常在論述相關事項時，卻容易忽略該等產業結構對於行為之影響，致使不正確認定事業之行為之疑慮，為避免此種情形之發生，公平交易委員會應秉持其專業及職權，針對各種產業為深入之調查及背景之建構，使其在處分事業時得更有依據。

參考文獻



A、中文文獻

一、專書

- 1、 Don E. Waldman、Elizabeth J. Jensen (著)，許景翔、潘明如 (譯) (2013)。《產業經濟學：理論與實務》。台北：雙葉書廊。
- 2、 行政院公平交易委員會 (編) (2015)。《認識公平交易法》，增訂 16 版。台北：公平交易委員會。
- 3、 吳東都 (2001)。《行政訴訟之舉證責任：以德國法為中心》。台北：學林文化。
- 4、 吳秀明 (2004)。《競爭法制之發軔與展開》。台北：元照。
- 5、 邱聯恭 (講述)、許士宦 (整理) (2015)。《口述民事訴訟法 (三)》。台北：自刊。
- 6、 陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發 (2011)。《產業經濟學》，二版。台北：雙葉書廊。
- 7、 黃茂榮 (1993)。《公平交易法理論與實務》。台北：植根。
- 8、 廖義男 (1995)。《公平交易法之理論與立法》。台北：自版。
- 9、 賴源河 (編審) (2005)。《公平交易法理論與實務》。台北：元照。

二、文章

- 1、 Arndt Teichmann (著)，石世豪 (譯) (1997)。〈寡占市場上事業競爭行為之



- 監督》，《公平交易季刊》，5 卷 3 期，頁 137-150。
- 2、何之邁（2006）。〈平行行為乎？一致性行為乎？——評析中油、臺塑油品調價案〉，《臺北大學法學論叢》，58 期，頁 145-174。
 - 3、李幼華（2002）。〈寡占市場一致性行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，10 卷 2 期，頁 1-56。
 - 4、吳秀明（2014）。〈競爭法制革新之整體規劃與藍圖〉，《月旦法學雜誌》，228 期，頁 141-174。
 - 5、吳秀明（2014）。〈打擊聯合行為法制之晚近變革〉，《月旦法學雜誌》，233 期，頁 197-233。
 - 6、汪渡村（2015）。〈各國對於聯合行為合意舉證問題之執法經驗〉，《公平交易通訊》，66 期，頁 1-6。
 - 7、林宜男（2014）。〈水平聯合行為之特定市場界定—公平交易法實務案例〉，《公平交易季刊》，22 卷 1 期，頁 45-118。
 - 8、林發立（2015）。〈聯合行為之調查亦或控制物價？兼談公平交易法增訂第 14 條第 3 項之規定---咖啡調價案之我思〉，《萬國法律》，202 期，頁 35-40。
 - 9、施錦村（2012）。〈不法聯合行為案件內容結構分析—以系統化管理程序為中心〉，《公平交易季刊》，20 卷 2 期，頁 149-188。
 - 10、馬泰成（2005）。〈默契性聯合行為與相關案例研析〉，《公平交易季刊》，13 卷 1 期，頁 89-112。
 - 11、馬泰成、洪德昌（2001）。〈事業聯合行為被判違法之因子分析〉，《公平交易



- 季刊》，9卷2期，頁37-76。
- 12、許士宦（2012）。〈集中審理之爭點整理——依一貫性審查及可證性審查之法律思維〉，《月旦法學教室》，117期，頁42-59。
- 13、陳坤銘、溫偉任（2005）。〈寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，13卷1期，頁55-88。
- 14、黃茂榮（2004）。〈聯合行為之管制及其採證〉，《植根雜誌》，20卷2期，頁1-26。
- 15、黃銘傑（2010）。〈公平交易法執行機制之現狀與未來〉，《月旦法學雜誌》，186期，頁80-98。
- 16、廖義男（2011）。〈夏蟲語冰錄（四十六）—評析聯合行為規範之修正議題〉，《法令月刊》，62卷11期，頁122-128。
- 17、廖義男（2012）。〈公平交易法施行二十年來指標性之行政法院裁判〉，《公平交易季刊》，20卷3期，頁1-62。
- 18、廖義男（2015）。〈夏蟲語冰錄（九十）—2015年新修正公布之公平交易法評析（二）—聯合行為之規範〉，《法令月刊》，66卷7期，頁127-140。
- 19、駱永家（1971）。〈推定之研究〉，《臺大法學論叢》，1卷1期，頁205-223。
- 20、蕭文生（2012）。〈聯合行為與咖啡條款〉，《月旦法學教室》，112期，頁82-89。
- 21、顏廷棟（2012）。〈聯合行為之執法檢討與展望〉，《公平交易季刊》，20卷4期，頁1-52。



三、研究報告

- 1、 廖義男等主持（2003）。《公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條》，行政院公平交易委員會，九十二年度合作研究報告七。
- 2、 黃茂榮主持（2002）。《聯合行為之採證與例外許可項目之研究》，行政院公平交易委員會，九十一年度合作研究報告十一。

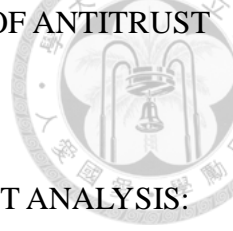
四、學位論文

- 1、 吳為涵(2006)。《寡占市場聯合行為之合意認定—以中油與台塑處分案為例》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。
- 2、 洪大植（2015）。《公平交易委員會對事業市場力量之認定與行政調查權規範理論之研究》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文（未出版），台北。
- 3、 游成淵（2003）。《違反公平交易法之損害賠償責任——以限制競爭法為中心》，國立政治大學法律研究所碩士論文（未出版），台北。
- 4、 鍾佳純(2008)。《論聯合行為合意之證明——以間接證據之證明與操作為中心》，國立政治大學國際經營與貿易研究所碩士論文（未出版），台北。

B、英文文獻


一、專書

- 1、 ABA Section Of Antitrust Law , ANTITRUST DEVELOPMENTS 11, 6th ed., (2007).

- 
- 2、 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, FUNDAMENTALS OF ANTITRUST LAW, 3rd ed., (2004).
 - 3、 Phillip E. Areeda, Louis Kaplow & Aaron S. Edlin, ANTITRUST ANALYSIS: PROBLEMS, TEXT, AND CASES, 6th ed., (2004).
 - 4、 Andrew I. Gavil, William E. Kovacic, Jonathan B. Baker, ANTITRUST LAW IN PERSPECTIVE : CASES, CONCEPTS, AND PROBLEMS IN COMPETITION, (2002).
 - 5、 Ernest Gellhorn, William E. Kovacic And Stephen Calkins, ANTITRUST LAW AND ECONOMICS IN A NUTSHELL, 5th ed., (2004) .
 - 6、 Keith N. Hylton, ANTITRUST LAW: ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION (2003).
 - 7、 Louis Kaplow, COMPETITION POLICY AND PRICE FIXING (2013).
 - 8、 Richard A. Posner, ANTITRUST LAW, 2nd ed., (2001).

二、文章

- 1、 Jonathan B. Baker (1993), *Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory*, 38 ANTITRUST BULLETIN 143.
- 2、 Dennis W. Carlton , Robert H. Gertner & Andrew M. Rosenfield (1997), *Communication among Competitors: Game Theory and Antitrust Application of Game Theory to Antitrust*, 5 GEORGE MASON LAW REVIEW 423.

- 
- 3、 Susan S. DeSanti & William E. Kovacic (1991), *Matsushita: Its Construction and Application by the Lower Courts*, 59 ANTITRUST L.J. 609.
- 4、 Susan S. DeSanti & Ernest A. Nagata (1994), *Competitor Communications: Facilitating Practices or Invitations to Collude: An Application of Theories to Proposed Horizontal Agreements Submitted for Antitrust Review*, 63 ANTITRUST L.J. 93.
- 5、 Joseph E. Harrington (2011), *Posted Pricing as a Plus Factor*, 7 JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ECONOMICS 1.
- 6、 George A. Hay (2006), *Horizontal Agreements: Concept and Proof*, 51 ANTITRUST BULL. 877.
- 7、 George A. Hay (2008), *Facilitating Practices*, in ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 1189 (ABA Section Of Antitrust Law ed.).
- 8、 Randal D. Heeb, William E. Kovacic, Robert C. Marshall & Leslie M. Marx (2009), *Cartels as Two-Stage Mechanisms: Implications for the Analysis of Dominant-Firm Conduct*, 10 CHICAGO JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 213.
- 9、 Louis Kaplow (2011), *Direct Versus Communications-Based Prohibitions on Price Fixing*, 3 JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 449.
- 10、 William E. Kovacic (1993), *The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws*, 38 ANTITRUST BULL. 5.
- 11、 William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx, & Halbert L. White, Jr.

(2011), *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 MICHIGAN LAW REVIEW 393.



12、William H. Page (2007), *Communication and Concerted Action*, 38 LOY. U. CHI. L.J. 405.

13、William H. Page (2012), *A Neo-Chicago Approach to Concerted Action*, 78 ANTITRUST L.J. 173.

14、Richard A. Posner (1968), *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 STAN. L. REV 1562.

15、Darryl Snider & Irving Scher (2008), *Conscious Parallelism or Conspiracy?*, in ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 1143 (ABA Section Of Antitrust Law ed.).

16、Donald F. Turner (1962), *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, 75 HARV. L. REV. 655.

17、Donald F. Turner (1969), *The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies*, 82 HARV. L. REV. 1207.

18、Gregory J. Werden (2004), *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, 71 ANTITRUST LAW JOURNAL 719.

19、Dennis A. Yao & Susan S. DeSanti (1993), *Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion*, 38 ANTITRUST BULLETIN 113.



三、網路資源

- 1、 OECD (2006), *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence* (Global Forum on Competition), DAF/COMP/GF(2006)7, available at OECD, <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf> (last visited on Feb. 23, 2016).
- 2、 OECD (2008), *Facilitating Practices in Oligopolies* (Global Forum on Competition), DAF/COMP(2008)24, available at OECD, <http://www.oecd.org/daf/competition/41472165.pdf> (last visited on Feb. 23, 2016).
- 3、 OECD (2010), *Information Exchanges Between Competitors* (Global Forum on Competition), DAF/COMP(2010)37, available at OECD, <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf> (last visited on Feb. 23, 2016).
- 4、 OECD (2012), *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects* (Global Forum on Competition), DAF/COMP(2012) 17, available at OECD, <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf> (last visited on Feb. 23, 2016).