

《公平交易季刊》
第十卷第二期(91/04)，頁 1-56
◎行政院公平交易委員會

寡占市場一致性行為規範之研究

李幼華*

摘要

公平交易委員會在近兩三年來，在違反聯合行為禁制規定的案例中，提出了一種新的聯合行為的態樣-「一致性行為」，其概念源於美國最高法院的判例，其內涵則相當於經濟學上所稱之「暗默勾結」。由於市場結構的特性所致，廠商的暗默勾結行為尤其容易發生在寡占市場當中，因此寡占市場結構與廠商勾結行為之關聯性的探討，在未來主管機關對於聯合行為之規範，將扮演重要的角色。

由於直接證據不易取得，如何運用間接證據認定事實，即成為規範聯合行為最困難棘手的部分，也是實施競爭法的國家在監督事業之競爭行為時共同的難題。目前我國實務上這種聯合行為的態樣仍相當模糊，本文除就我國實務所累積的案例加以分析歸納，亦擷取美國學說與實務上的經驗，期能釐清此一概念，並對於日後規範一致性行為能有所助益。

*作者為國立中正大學法律學研究所碩士。本文係由作者同標題之碩士論文改寫而成，該論文曾獲90年度「行政院公平交易委員會獎助研究生撰寫研究論文」獎助。

壹、前言

聯合行為在競爭法上被評價為一種惡性重大的行為，因為廠商藉由聯合行為達成其攫取超額利潤的目的，不僅妨礙競爭自由，並導致經濟福利損失，也因此許多國家對此行為採取刑罰制裁。聯合行為的運作方式有許多種，在寡占市場中，廠商不但可以透過契約、協議的訂定互相約束，更可以透過彼此間無任何法律上拘束力的暗中勾結達到目的，由於形諸於文字的方式極易被察覺，因而理性的廠商較不會選擇此種方式進行聯合，而是以暗中勾結，即本文所稱「一致性行為」¹（concerted action）方式進行。

有時，數廠商間雖有外觀上一致的行為，卻不必然是勾結導致的結果。在高度透明的寡占市場中，事業對於競爭者的行為，通常在很短的時間內即可得知，當產品同質性愈高時，市場上將以價格競爭為主要競爭方式，此時，廠商對於產品價格之決策，往往必須視其對手的策略而定。例如，當廠商欲調漲價格時，若其他競爭對手無意漲價，為避免其市場占有率被其他廠商瓜分，該廠商最好的策略便是不漲價；而當廠商欲調降價格以爭取更大市場占有率時，必需考量其他競爭對手可能跟隨，進而陷入價格戰（price war）後，導致其利潤不增反減的風險。於是，企業處於這樣具有高度相互依存性（interdependence）的市場結構中，在考量競爭對手的反應後，所採取的行動，往往與對手的行動在外觀上相互看齊、彼此一致。

當廠商只是單純為了己身利益、因應對手策略所不得不為的行為，即使外觀上彼此一致，也是正當的競爭行為，我們稱之為「有意識的平行行為」（conscious parallelism）²；若廠商間是基於避免競爭的風險，以謀求共同利潤極大所為的暗中勾結行為，則為本文所要探討的「一致性行為」。

當然，理論上而言，區別此二者並不困難，但實際上廠商係基於何種主觀意識達成外觀上一致的行為，往往曖昧難辨，由於廠商大可以披著「有意識平行行為」的外衣，堂而皇之的進行「一致性行為」，不必留下任何白紙黑字的證據，被察覺並證明其勾結事實的可能性較低，再加上在主管機關為遏阻聯合行為而祭出嚴刑峻

¹ 請參閱本文註 4。

² 洪禮卿、林騰鵠、張懿云合著，君子協定與默契行為之研究，行政院公平交易委員會八十二年度研究計畫，第 123 頁。

罰後，「一致性行為」勢必成為廠商進行聯合的最適（optimal）選擇。而這種寡占市場的特殊性，使得「事實認定」成為規範聯合行為最困難棘手的部分，也是實施競爭法的國家在監督事業之競爭行為時共同的難題。

而「事實認定」也正是主管機關能否有效遏阻此行為的關鍵，亦即事業間何種行為，始足以作為認定其意思聯絡的證據？由於競爭法機制係提供一套市場遊戲規則，而非只要廠商競爭，不許廠商合作，廠商之間的關係往往是既競爭又合作，而當廠商在這兩種行為交互進行時，合法與違法的界線往往僅有一線之隔，甚而有些行為雖是事業以消費者為對象所為之行為，卻也有可能達成「一致性行為」。儘管事實認定十分困難，倘若無法克服，即使再嚴厲的罰則也難以發揮實效。

由於「一致性行為」的概念源於美國最高法院的判例，而各實施競爭法的國家中，也以美國學說與實務的探討較多，我國公平交易委員會近二、三年來開始將此一概念引進，並累積些許案例，然而不論對於司法實務或企業主而言，這種聯合行為的態樣仍相當模糊，因此本文希望對於「一致性行為」之形成、市場結構、經濟原理做深入的探討，在比較法方面，則以美國的發展為借鏡，期能釐清此一概念，並對於爾後法律規範及執行上能有所助益。

貳、一致性行為概述

一、一致性行為之意義

公平交易委員會在近兩三年來，在違反聯合行為禁制規定的案例中，提出了一種新的聯合行為的態樣—「一致性行為」，也就是兩個或兩個以上事業，在明知且有意識的情況下，以意思聯絡之方式，就其未來的市場行為，達成不具法律拘束力的『共識』或『瞭解』³。當事業被證明有上述行為時，就該當公平交易法第七條聯合行為之構成要件，而違反同法第十四條聯合行為之禁制規定。

公平會所引用的「一致性行為」（concerted action）概念⁴，最早出現在美國聯

³ 參照公平交易委員會所撰擬之「『一致性行為之規範』研究案」第 15 頁，第 397 次委員會（88 年 6 月 16 日）。

⁴ 對於"concerted action"一詞，學界有不同的譯文，有譯為「互相約定的行為」，參閱洪禮卿等，前引註 2。亦有譯為「一致性行為」，參閱魏杏芳，論歐洲共同體對聯合行為的管制——從群體除外（Block Exemption）制度看超國家體制執行經濟管制的方法與困境，政治大學法律學研究所博士

邦最高法院對於“Eastern States Retail Lumber Dealer's Assn v. United States”案的判例中⁵，法院於闡釋休曼法（Sherman Act）第一條所禁止的聯合（combination）與共謀（conspiracy）行為時，所用來表示達成聯合行為狀態的敘述，爾後更被沿用於歐盟條約中⁶。

事實上，這個概念在美國的學說或實務界，並沒有一個非常明確而清楚的定義，在閱讀相關文獻時，我們發現它有時被定位為事業進行聯合行為的一種客觀結果，有時又被視為與「協定」（agreement）一詞相當⁷。

從法條的構成要件來看，休曼法第一條⁸所禁止的聯合行為態樣看似有三種，也就是契約（contract）、聯合（combination）、共謀（conspiracy），但實際上這三者指的是一個概念⁹，是相互替代的，而不是列舉不同的行為態樣。其中 contract 在休曼法的定義與民法上契約的意義不盡相同¹⁰，而 conspiracy 的意義也與習慣法（common law）中的 conspiracy 不同¹¹。

不論學說或實務上，在探討何種行為該當休曼法第一條的“contract、combination、or conspiracy”時，通常會直接以“agreement”一詞涵蓋以上三者¹²。至於“concerted action”一詞，雖偶也出現於判例之中，但主要係用以解釋或充實聯合或

論文，87年6月。此外，行政院公平交易委員會在幾個處分案中，也依照其撰擬之「『一致性行為之規範』研究案」內容，在處分書中明白指出「一致性行為」之聯合行為態樣。請參閱本文「伍、一致性行為案例分析」部分。本文為避免概念的混淆，故沿用行政院公平會的譯文。

⁵ Eastern States Retailer Lumber Dealers' Assn. V. United States, 234 U.S. 600,609,612 (1914) .

⁶ 參閱洪禮卿等，前引註2，第77頁。

⁷ 本文中的agreement的定義，是指對於某個共同的計畫所為有意識的承諾。See Michael Freed & William E. Kovacic & M.J. Moltenbrey & Nathan Eimer, *The Detection and Punishment of Tacit Collusion*, Loyola Consumer Law Reporter, at 151 (1997)。此外，對於“agreement”一字的中文翻譯，有譯為「協議」者，也有譯為「協定」者，然而不論是協定或是協議，都有其各自在中文法律上之意義，因此二者皆並不十分妥適嚴謹，然而由於未能找到其他更簡單貼切的用語來表達antitrust laws 中的agreement的意義，因此本文並不另以其他翻譯用語代替，而由於「協議」一詞在公平交易法第七條中已有規定，為避免引用上的混淆，本文在其後都將把agreement譯為「協定」。

⁸ 依美國休曼法第一條的規定，「凡契約、或以托拉斯或其他方式作成之聯合、或共謀，係用以抑制州間之貿易或商業，或抑制州與外國間之貿易或商業者，均屬違法。...」

⁹ Phillip E. Areeda, *Antitrust Law VI* 7 (1986)。

¹⁰ 在休曼法中的contract的概念內涵所包含的範圍比傳統法領域中的契約範圍要廣。See Id.

¹¹ See Id., at 9.

¹² Phillip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis- Problems, Text, Cases* 288 (4d ed.1988) .

另Areeda提到“agreement”和“conspiracy”的區別在於，agreement是一個中性的字，而且常常是公開而合法的，conspiracy則是屬於不合法、具有反競爭內涵的agreement。

共謀概念的內涵¹³，並非一種獨立的聯合行為態樣。類似的情形也出現在歐盟條約第八十一條第一項，雖然將「一致性行為」與「協定」同時明定在聯合行為構成要件中，但學說或實務上並不對這兩個名詞作精確的定義與區別¹⁴。

反觀我國公平交易法第七條規定，從聯合行為合意的方式來區分，可分為具有法律上拘束力的合意，例如契約的訂定、或協議的達成等，以及不具有法律拘束力的合意，例如君子協定，以及本文所要探討的一致性行為。

若跳脫法律規定，而從產業經濟學的角度來看，對於廠商聯合行為的態樣，通常並非從法律拘束力之有無來區別，而是以其合作模式是否有明確的組織化來區分，亦即當廠商以增進共同利益為目的以訂定協定方式成立合作組織，這種明白的聯合行為方式，也就是所謂的卡特爾（Cartel），而當廠商間的合作行為並沒有明白的協定，這種聯合行為方式一般通稱之為「暗默勾結」（Tacit Collusion）¹⁵。

由上述說明，就筆者個人之觀點，公平會所提出的「一致性行為」雖是引用美國聯邦最高法院判例中“concerted action”一詞，然而其內涵毋寧係以產業經濟學的“tacit collusion”，即學者稱「勾結行為」或「暗默勾結」更為符合，也就是廠商間在沒有明白的協定之下所進行的合作。

然而探討一致性行為的意義並不只在於它是與契約、協議不同的一種聯合行為合意的方式，更不只是純粹概念法學的分類，而是在於這種合意的內涵與其市場結構的特質密不可分，該合意背後代表的是產業結構與廠商策略的交互作用，如果執法者在進行函攝階段，未能將市場結構因素納入作整體的觀察，認事用法上恐將流於形式，由於此種聯合行為態樣具有相當的特殊性，因此我們有必要將其作為一個獨立的主題來探討。

¹³ 在美國學說或實務上，對於休曼法第一條進行討論時，agreement一詞被大量使用，尤其當探討何等行為該當休曼法第一條的“contract、combination、conspiracy”，也就是探討何等行為構成agreement，然而concerted action一詞，較不似agreement一詞常用，也並沒有直接拿來作為等同於“contract、combination、conspiracy”三者的用語；此外，在蒐集相關美國研究文獻時，若用“concerted action”進行搜尋，根本無法找到相關資訊。因此，筆者以為，“concerted action”根本不是美國反托拉斯法上的一個專有名詞，而是由於法律用語如“contract”、“combination”、“conspiracy”較為艱澀難懂，因而法院用相當口語化而簡單易懂的“concerted action”一詞，來說明及闡述上述難懂的法律用語的內涵。

¹⁴ 參閱魏杏芳，同引註4，第109頁至117頁。

¹⁵ Andrew Dick, Cartels and Tacit Collusion, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (1) A-D 206 (Peter Newman ed. 1998).

與一致性行為相類似，在學說上常提出討論的，包括「有意識的平行行為」¹⁶（conscious parallelism）與「君子協定」¹⁷（gentlemen's agreement）。比較一致性行為、有意識平行行為與君子協定，此三概念的異同點可歸納如下：

- (一) 主觀之合意：一致性行為與君子協定在行為主體之間都有「合意」，而在有意識之平行行為中行為主體並無合意。
- (二) 客觀之市場結構：一致性行為與有意識平行行為尤易發生於寡占市場，君子協定則無此特徵。
- (三) 廠商利潤：有意識之平行行為之行為主體是基於對己身利益極大化的考量所為之決策，因而對各行為主體而言是有利的；而君子協定未必以利潤為主要考量，故兩者都有可能；而一致性行為之行為主體則是基於其共同利潤極大化的考量，因而對於行為主體各自的利潤而言，可能有利、也可能不利。

二、一致性行為在法規範及執行上所遭遇的困境

我國對於一致性行為的規範，在法源依據上已經具備，然而在實務上，對於這一類型案例的處理，要達成法規範目的，卻仍有許多困難有待克服。說明如下：

(一) 競爭政策之落實與法明確化原則之遵行

各國在聯合行為的規範上所遭遇的難題，除了在主觀故意上因果關係難以證明之外，在法規範上也面臨兩難，原因在於商場上合縱連橫事屬平常，相互競爭的事業之間往往也同時存在合作關係。從競爭政策維護市場競爭機制的目標而言，自然希望法規範所能涵蓋的範圍越大越好，然而從法治國之法明確化原則的立場，法律構成要件的內涵卻不宜過度的擴張。

¹⁶ 有意識之平行行為，係指在「價格領導」或「寡占市場強制」的市場狀態中，數個廠商在對於客觀的市場狀態有所認知的情況下，基於此理性的認知，各自採取合乎理性的策略，結果導致外觀上互相一致的市場行為，參閱洪禮卿等，前引註2，第34頁。

¹⁷ 君子協定，是指「一種鬆散的、不具特定形式且不具有法律拘束力的約定」，而「僅有情誼上、道德上、社會上或經濟上履行壓力之合意」。參閱洪禮卿等，前引註2，第13頁。吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，《公平交易法施行九週年學術研討會論文》，第17頁，2001年1月13日。實務上君子協定之案例可參閱行政院公平會八十八年公處字第一二九號處分，公平會公報，八卷十一期，第79頁。

而由於為一致性行為廠商間並沒有明白的契約、協議，而是暗中勾結，故法規範所要禁止的「一致性行為」究竟是哪些行為，立法者似乎無法作出非常明確的規定，因而可能產生一些規範下的死角。再者，市場行為變化萬千，許多行為同時兼具有利競爭與有害競爭的特質，對於這些具有雙重性格的行為，是否要規範？若規範的太多、太早，可能妨礙市場的發展，若不規範，則可能對於鑽法律漏洞者大開方便之門，對市場競爭機制帶來立即的妨害。因此，規範的界線要劃在何處，才能使社會成本最小，競爭效益最大？此對於競爭法的主管機關而言，也是一大難題。

(二)因果關係的證明

由於一致性行為在合意階段是看不出來的，通常是數廠商的行為在外觀上發生一致性的結果，才會引起執法者的注意，進而證明該一致性的結果是基於廠商的意思聯絡而來。然而如何證明兩者間的因果關係，各國皆肯認其為最大的難點所在，因為執法機關無法掌握到廠商勾結的直接證據，尤其在反托拉斯案件中，規範者與被規範者之間存在「資訊不對稱性」（information asymmetry），更增加了定罪的困難度及執法成本。

(三)主管機關與司法機關的歧見

公平交易法主管機關是兼具行政與準司法性格的公平交易委員會，對於公平會認定為違法所為之處分，被處分人若有不服，皆可循行政訴訟途徑予以救濟，而違法行為若同時該當犯罪構成要件，在 88 年 2 月公平交易法修法前，則併移送司法機關審理，當時公平會常遭遇與法院見解迥異的窘境，往往經公平會認定違反聯合行為禁制規定而處分的行為人，經法院審理後諭知無罪¹⁸。此對於公平法主管機關而言，不啻為一相當大的考驗，也因而每年公平會都會邀集司法及檢察機關，就違法行為的認定上，交換意見、凝聚共識。

所幸此一窘境在 88 年 2 月公平交易法第二次修法後獲得抒解，原因是修正後的公平法，就聯合行為的部分，確立了「先行政後司法原則」，亦即只有當被處分人

¹⁸ 例如八十七年度上易字第三四二三號，（86）公處字第〇六三號，台灣區乳品同業公會涉嫌聯合行為乙案。

不為停止、更正其行為或採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似行為時，才會被移送到司法機關，且罰鍰的金額也大幅提高，使得公平會在處理聯合行為的案件上擁有更大的權限。而對於一致性行為的違法型態，目前在公平會已累積了相當的案例，而這些案例也因為現行法採先行政後司法原則，多未進入司法程序，因而尚未看到司法機關對此有任何指標性的見解。

就目前而言，兩機關在聯合行為認定上之歧見雖獲得暫時性的抒解，然而公平會所運用之一致性行為理論未來是否能通過法院的考驗仍未可知。原本對於行政機關與司法機關在法律見解上不同的處理方式，應無太大爭議，畢竟行政處分對於法院並不具有拘束力，然而若能儘快消除歧見，不但有助行政、司法公信力的建立，節省行政資源，對於企業主而言，也有依循的標準。

參、市場特徵與一致性行為之關係

本文僅針對寡占市場作討論，與其說是研究範圍的限縮，毋寧說此二者彼此有「相互依存」的關係-寡占市場結構充分提供廠商進行一致性行為的動機，而一致性行為也往往發生在寡占市場中。因此，首先對於寡占市場的特徵作一說明，進而瞭解寡占市場與一致性行為之間何以有如此密切的關係，藉由瞭解並歸納廠商的行為模式之後，便得以預測其行為模式，並作為制訂法規範及適用法規範的參考。

一、寡占市場結構之特色

(一) 廠商家數少

本文所探討的寡占市場，係採經濟學上對寡占市場的定義。市場結構的區分最明顯的特徵便是競爭者的數目，經濟學上寡占市場是指有一家以上的廠商，但廠商數目相較於獨占性競爭與完全競爭市場而言較少。

(二) 廠商相互依存性高

市場上廠商數目多或少是相對概念，寡占市場的廠商家數到底少到多少才符合寡占的標準呢？當廠商家數少到任一廠商在進行生產銷售決策時，都必須先評估其

他廠商會如何反應，然後再作最適當的決策，也就是說其他廠商的反應可能對自己的預期獲利造成威脅；同樣的，當這些其他廠商要做出反應時也須考量彼廠商下一波的反應為何，這種情形稱之為該等廠商間具有「相互依存性」（interdependence），或稱之為廠商間的「彼此牽制」¹⁹。這種特性是寡占市場與其他市場結構的主要差異，也致使寡占市場廠商互動的多樣化。

(三)市場長期存在進入障礙

寡占市場的另一特徵，是新廠商即使在長時間內仍不易進入市場，也就是市場存在某些進入障礙，包括自然障礙、以行規或企業自行設立的障礙、以及政府法令所形成的障礙²⁰。

對於寡占市場的界定，除了觀察上述特徵，著名經濟學者 Scherer & Ross (1990)²¹曾提出一個比較明確的衡量標準，也就是以四大售額指標 CR4 (Four-Firm Concentration Ratio)，即前四大廠商所占之市場銷售份額作為市場集中度的衡量標準。由於產經學者大都認為 CR4 達 40 %以上的產業易於採取合作的價格與生產策略，因此將 40 %以上的產業認為是寡占產業。

二、廠商進行一致性行為的條件與方式

本節將從學理與實證的角度，歸納出廠商進行一致性行為的市場與人為條件，也就是探討哪些因素可能為市場提供了孕育一致性行為的溫床，此後經由案件的不斷累積與檢驗，我們可以合理的推論，當這些條件滿足的程度越高，將強化廠商勾結的動機，同時也可以作為執法判斷的客觀標準。

(一)市場因素

1. 產品同質性 (product homogeneity)

¹⁹ 張清溪、許嘉棟、劉鶯訓、吳聰敏，經濟學—理論與實際（上冊），第 252 頁（84 年 8 月三版）。

²⁰ 張清溪等，同上註，第 255 頁。

²¹ F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3d ed. 1990). 參閱陳正倉、林惠玲（1997），台灣產業集中度水準及其變動之研究，經濟論文叢刊，二十五卷三期，第 342 頁。其中即採用 Scherer & Ross (1990) 的定義作為寡占市場之衡量標準。

同質性越高的產品，不論是在成本結構、市場需求或產品規格上均十分相近，產品相互替代性高，廠商通常只能作價格競爭，若順利勾結將使廠商分配到較多的利益，也因為所有廠商生產條件均類似，若有背叛行為也能輕易發現、予以懲罰，因此廠商進行勾結的意願就越強²²。而異質性越高的產品，廠商除了價格競爭外，通常會利用廣告活動爭取消費者的品牌認同，在競爭活動多樣化的情形下，廠商勾結較不易獲利。

2. 產品需求彈性（product demand elasticity）²³

當市場上產品需求彈性小，廠商很容易將價格提升到獨占水準，而且即使有人偷偷降價，因為這並不會刺激需求的大幅增加，其所能增加的銷售量也很有限²⁴，故產品特質屬於需求缺乏彈性的商品，將有助於廠商順利勾結。

3. 廠商數目

當勾結規模越大，要順利的勾結就越困難，執行勾結的成本也越高，勾結所獲利潤減去勾結成本（包括受法律追訴的風險）便所剩無幾，自然會減低廠商勾結的意願。再者，若其中一廠商意圖背叛，當勾結廠商越多，背叛所得利益就越大²⁵，且其他廠商要偵測出背叛者也較困難，因而背叛的動機就越強烈，此更增加了勾結的困難度。諾貝爾經濟學獎得主 Selten (1973) 還曾明確指出勾結的廠商最好是五家的觀點²⁶。

4. 市場集中度（concentration ratio）²⁷

市場屬高集中度的產業，進行勾結行為的可能性越大。當市場集中度越高，表

²² 此為Hay and Kelly (1974) 的見解。參閱馬泰成、洪德昌，「事業聯合行為被判違法之因子分析」，《公平交易季刊》，九卷二期，第40頁（90年4月）。

²³ 所謂需求彈性，是指以需求函數為標的，用以衡量數量變動敏感度的指標。在此我們以價格變動來衡量需求彈性的大小。參閱陳昭南、許松根、林全等七人合著，經濟學，第41頁（87年5月）。

²⁴ Andrew Dick, *supra note 15*, at 208.

²⁵ 例如當只有五家廠商進行勾結，說好每家可分配百分之二十的利潤，若其中一家背叛，則其獲利從原本分配的百分之二十增加到百分之百，若有十家進行勾結，並說好每家可分得百分之十的利潤，此時其中一家背叛，則其獲利從原本的百分之十增加到百分之百，所以說當勾結廠商家數越多，背叛所得利益越大，而廠商背叛的動機也就會越大。

²⁶ Selten, R. (1973), “A simple model of imperfect competition”, *International Journal of Game Theory* 2: 141-201, 作者在本文中提到利於勾結的廠商數目“4 are few and 6 are many”。

²⁷ 參閱陳昭南等，前引註27，第181頁。

示前幾大廠商的市場占有率越大，控制市場價格的能力也越大，以勾結來獲取超額利潤的計畫就越容易成功。

5. 市場進入障礙（barriers to entry）

當新進廠商很容易進出市場時，原既存廠商以勾結來獲取超額利潤的局面將很容易被打破。反之，當市場產生進入障礙時，新進廠商要進入市場相當困難，這對於既存廠商的維持勾結較有利，因為勾結的廠商只要擔心內憂（同夥背叛），而無須害怕外患。

6. 市場資訊流通

當某個產業本身即具有資訊易流通的特性時，廠商也就越容易彼此監視，只要任一廠商有背叛行為，其他廠商就能迅速發覺、予以制裁，背叛廠商在無利可圖的情形下，也就不會輕易背叛。

7. 市場景氣

購買者對於產品需求的波動，也會使勾結行為的監控更為困難，因為廠商將很難區別價格的變動是起因於需求減少或是有人背叛，而且景氣循環也會影響勾結的利潤。關於市場景氣與廠商聯合行為的關係，在許多研究與實證文獻的論述中，立論基礎雖有不同，但普遍認為在經濟蕭條時期會提高廠商勾結的動機²⁸。

8. 消費者數目

消費者在市場上也可成為廠商互相監控的工具，勾結廠商中是否有人背叛，觀察消費的現象將是偵測有無背叛跡象的直接方法²⁹，當消費者數目越多，消費者的消費意向就會越明顯，觀察所得的結果可信度就越高，此時背叛者極容易在短時間內被發現，因而廠商背叛動機弱，勾結容易成功。

9. 消費者特質

Stigler提出兩項消費者的特質，可能影響勾結的形成。一種是消費者是否常提供

²⁸ Andrew Dick , supra note 15, at 209.也有學者從參與勾結廠商之成本效益分析的角度來觀察，參閱洪德昌、馬泰成，前引註 22，第 42 頁以及第 50 頁。

²⁹ 就此 Stigler (1964) 曾以數學式舉例說明消費者數目與廠商背叛被發現機率的關聯性。參閱馬泰成等，前引註 22，第 39 頁。

銷售者價格資訊，當消費者時常提供價格資訊給廠商時，勾結較容易成功³⁰。另一種是消費者對於銷售者的忠誠度，當消費者忠誠度越高，廠商勾結將越容易成功³¹。

(二)人為因素

勾結的成功與否，有賴於迅速的偵測及有效的懲罰制度³²，因而廠商運用許多手法，乍看之下似乎正在進行激烈的競爭，然而卻掩蓋了其偵測背叛行為的真正目的。

1. 資訊交換機制

由於廠商經由正式的契約、協議或任何公開的方式進行聯合行為的風險很大，而廠商間的意思聯絡要達到完全保密不露痕跡也非常困難，最好的方式莫過於運用某種市場上正當的競爭手法，同時又可以達到意思聯絡的目的，資訊的交換就是典型的例子。

市場上基於非勾結動機的資訊交換，對於廠商而言究竟是有利還是不利，在經濟文獻的討論中，有認為是有利的，也有認為利弊互見³³。綜合而言，廠商進行非勾結的資訊交換，多數學者認為對於經濟福利有正面影響。因為對廠商而言，廠商在擁有更多正確資訊下，可以幫助其選擇正確而最佳的策略；對市場而言，可減少價格波動，幫助市場運作至更接近完全競爭市場³⁴；對消費者而言，交換資訊將有助於市場上資訊透明化，降低消費者蒐集資訊的成本，便於進行產品的比較，將更活化市場競爭。也因為廠商進行資訊交換有種種優點，有時政府甚至積極介入擔任資訊交換媒介或協助成立相關機構³⁵。

但學者也發現，資訊交換有助於廠商形成勾結，因為此不但便利雙方在價格或數量上達成共識，更可用以做為監督背叛者的工具³⁶。如上所述，資訊交換在具有

³⁰ 因為消費者提供資訊可幫助監控其他廠商。See Andrew Dick , *supra note 15*, at 209.

³¹ 從消費者固定的消費行為，廠商比較容易依市場占有率的移動，來判斷是否有廠商背叛。Id.

³² 最早提出卡特爾安定性文獻的Osborne (1976) 認為，卡特爾內部安定的四大問題是定位 (Location) 、份額 (Sharing) 、偵測 (Detecting) 與嚇阻 (Deterring) 。參閱陳人鸚，卡特爾的安定性及相關問題探討，中興大學八十二學年度經濟所碩士論文，第1頁。

³³ 參閱單驥、何之邁、張明宗、劉靜怡，寡占市場「一致性行為」之證據認定方法及其濫用市場行為規範，八十九年，公平交易委員會八九年合作研究報告十三，第15頁。

³⁴ 此為學者Posner (1979) 的見解，同上註。

³⁵ 單驥等，同前引註33。

³⁶ 此為Clarke (1983) 、Novshek (1996) 的見解，同上註，第14頁。

雙重性格的特質之下，到底應積極贊同或消極禁止，值得商榷。從競爭政策面來看，資訊交換不論對市場競爭機制、廠商利益、消費者福利各方面，確有許多優點，完全禁止並非明智之舉。在執法機關對此尚未有一明確態度之前，無論如何它對於亟思勾結的廠商而言，不啻是一個相當好的保護色。

2.最惠顧客條款（Most-Favored-Nation Clauses）³⁷

簡稱為 MFNs 條款，也就是在這個條款之下，銷售者保證購買者所付的價格絕不會比銷售者的其他購買者所支付的價格高。這個條款通常是附屬於購買契約中，而具有法律拘束力，對象可以是僅針對某些特定購買者或擴及到所有購買者。

此條款看似對購買者有利，實則具有廠商進行勾結的濃厚意味。因為廠商一旦降價，將擴張到所有 MFNs 條款所涵蓋的購買者，這等於提高了廠商降價的成本，廠商將會傾向於避免調降價格，當市場上許多廠商都提供 MFNs 條款時，價格競爭將會減少甚至於消失。尤其是隨著時間的經過而成本逐漸下降的產業中，當廠商必須給予購買者以前的交易條件時，其生產成本也就無法減少，價格也就降不下來，進而僵固，最後價格便保持在勾結水準³⁸。

3.配合競爭價格條款（Meet-the-Competition Clauses）³⁹

簡稱為 MCCs 條款，銷售者通常以廣告或契約的方式，向購買者承諾，若有其他銷售者的售價更低，該銷售者將退還差額。在長期契約中，還可區分為 release 和 no-release 兩種型態。在 release MCC 條款之下，銷售者可以選擇不去配合其他銷售者所願意提供的較低售價，但此時即不得再以長期契約來拘束購買者，而購買者將可自由選擇向售價低的銷售者購買⁴⁰。相反的，在 no-release MCC 條款之下，若有

³⁷ 參閱Mark T.L. Sargent, "Economics Upside-Down : Low-Price Guarantees as Mechanisms for Facilitating Tacit Collusion" , 141 *University of Pennsylvania Law Review* 2055, 2069 (1993)。

此外，學者張守鈞將此條款稱為 most-favored-customer clause，但依據其書中的意思，其所指的應是MFNs條款中具有追溯效力的（retroactive）型態。參閱張守鈞，個體經濟理論與應用（第二冊-廠商決策理論與產品市場均衡分析），第 273 頁（82 年 10 月）。

³⁸ See Mark T.L. Sargent, *supra* note 37, at 2070.

³⁹ 關於本項（三）的介紹，均參閱Mark T.L. Sargent, *supra* note 37, at 2070.張守鈞前揭書第 272 頁中，提到所謂「低價保證條款」，英譯為meet-and-release clause，但其內容所指的應是本文中的no-release MCCs條款。

⁴⁰ 會選擇此種條款的銷售者通常對於自己產品品質很有信心，而提供低價格銷售者的品質較劣，因而認為購買者運用MCCs條款不過是虛張聲勢，實際上並不會真的去購買該劣質產品，因此讓購買者不受契約拘束、自由選擇的結果，購買者最後仍會回頭，而銷售者也不必退還差額。

其他銷售者提供較低價格，銷售者將無條件合致該較低價格，向購買者退還差額。

這個十分常見且似乎對消費者很有保障的條款，也可能是一種幫助廠商進行勾結的策略，因為它不但可使廠商不敢輕言降價，尤其有助於將價格從競爭水準提升到勾結水準⁴¹。因此，MFNs 條款可以提供廠商一個將價格維持在勾結水準的工具，而 MCCs 條款則可以協助廠商將價格儘快提升到超過競爭水準。

4. 低價保證條款（Low-Price Guarantees）⁴²

簡稱為 LPGs，是指銷售者承諾當有其他競爭者的售價較低時，該銷售者將提供購買者該價格差額的百分之百以上（不包含 100 %）的退款。當市場上有銷售者採取 LPGs 條款時，其他廠商若要避免虧損，最好的方法便是模仿⁴³，將價格設定成與採用 LPGs 條款的廠商一樣，並且也採用 LPGs 條款，如此一來，在沒有價差的情況下，購買者將沒有機會再運用 LPGs，也沒有任一家廠商將得到特別多的銷售量。當市場上的競爭者都採用此一策略時，緊接著可能就會有一波又一波的漲價行動，直到達到勾結的均衡價格水準，因此此條款也是一個可以有效幫助價格提升到超過競爭水準的利器。

5. 運送價格政策（Delivered Pricing Policy）

當廠商分佈在不同地理區域上，且運送成本佔總成本相當大的比例時，運送價格政策將利於廠商進行勾結。所謂運送價格政策，是指各廠商皆採取 C.I.F 制，所報價格皆須包含運費在內，而在降低運費成本之不確定性的情形下，可避免未遵守協議的廠商以運費特別折扣吸引更多購買者⁴⁴。

6. 基準點訂價法（Basing-Point Pricing）⁴⁵

以煤、鋼鐵價格及糖價為例，在美國各州都有煤及鋼鐵廠商，然而煤與鋼鐵的

⁴¹ 當一個採用MCCs條款的價格領導者，在等待競爭對手跟進漲價之前，他將不會有任何銷售量的損失，因為在其他對手尚未跟進之前，該領導廠商將給予他的購買者退還差額的保障，而其他這些競爭廠商即使維持原價繼續觀望，銷售量也不會增加，倒不如跟進漲價。

⁴² 此與MCCs條款不同，MCCs條款是保證購買者絕對以最低價買到商品，也就是退還差額的 100 %。See Mark T.L. Sargent, *supra* note 37, at 2076.

⁴³ 其他競爭廠商若調降價格只不過增加該銷售者的成本，對於市場佔有率的回復完全沒有作用，因為價格差額增加，導致須退還購買者的退款增加。

⁴⁴ See Mark T.L. Sargent, *supra* note 37, at 2068.

⁴⁵ Jacques-Francois Thisse, Xavier Vives, Basing Point Pricing: “Competition Versus Collusion”, *Journal of Industrial Economics*, vol.40, no.3, at 249-260 (1992)

價格，皆以芝加哥煤及鋼鐵的訂價加上從芝加哥運到該廠商所在地的運費，故只要是同一地理區域內的各廠商價格皆歸於一致，又即使購買者在某一區域內向其他區域的廠商購買，還是以購買者所在地廠商的價格為準。同樣的，購買者不論向美國任何一家糖廠購買糖，糖價皆以夏威夷糖價再加上從夏威夷運到該購買者所在地的運費，藉以達成統一價格的目的。

7. 產品規格化（Product Standardization）

產品規格化或著標準化，是指不同品牌的商品，彼此在規格上可以相容，消費者在使用上不須受限於特定品牌。產品規格化對於消費者而言，不但在選購上更為便利，更增加對於主產品的購買意願。然而，產品規格化也是便利廠商進行勾結的工具之一，這與產品同質性程度越高廠商越容易勾結的道理是一樣的，如此一來，產品規格化之後，可能伴隨著的便是價格也會較高⁴⁶。

8. 限制轉售價格（RPM）

上游製造商透過限制下游零售商對於產品的轉售價格，也可以達成價格統一的目的，然而對此公平交易法第十八條有特別規定，事業對於交易相對人所為限制轉售價格的約定無效。

9. 交叉查價

此是由參與勾結的廠商積極組成聯合的稽查組織，定時或突襲的到各廠進行查核，以偵測或嚇阻廠商背叛。

除了從國外文獻分析所得的結果可供參考，值得一提的是，我國公平會也首次進行此類實證研究。在公平會的一項研究報告中⁴⁷，針對自成立以來具有代表性的聯合行為檢舉案例及主動調查案共計一百零九件個案⁴⁸，進行實證分析，其目的在於探討經濟理論及文獻上影響一致性行為的各種產業結構條件，包括產業獨占力、產品特性、進入障礙、成本結構差異、市場區隔、生產方式及消費習慣等因素，觀察這些因素在實際案件中，是否與經濟理論上的推論一致或有相關性。

⁴⁶ See Mark T.L. Sargent, *supra* note 37, at 2068.

⁴⁷ 馬泰成、洪德昌，前引註 22。

⁴⁸ 本研究所採樣的 109 件案例，乃是以公平會成立以來至民國 86 年 12 月 31 日以前之收辦案件中篩選而來。前引註 22，第 11 頁。

依該項實證分析的結果顯示⁴⁹，就現有的案例中，當產業進入障礙越高、市場景氣佳，聯合行為越容易成立；在產業別方面，製造業可能發生聯合行為的比例遠高於服務業；市場集中度越高的產業發生聯合行為的比例越高，而同屬寡占程度高的產業中，區域性產業比全國性產業更容易構成聯合行為⁵⁰，此外，知識水準低的事業組織被處分的比例較高。

公平會開始進行此類實證分析的工作，對於未來我國聯合行為的規範將是十分重要且必要的。因為唯有直接針對我國產業所發生的聯合行為案例進行檢視，再與國外研究所得的結果加以比較，並做適度修正，才能使學理上的探討在實務運作上發揮功效。因此，此項研究十分值得肯定，惟仍有部分待釐清以及公平會進一步研究之處，說明如下。

這項研究所採樣的一百零九件案例，其中被處分的案件為三十二件，其他七十七件案例則是不處分案件（如表二）。首先，以處分或不處分為變數，不處分的原因可能是被檢舉人實際上沒有聯合行為，也可能是有聯合行為但證據不足，而實際上有聯合行為而沒有被舉發的情形，在這個研究結果中無法顯現出來，換言之，此與主管機關的蒐證能力也有關聯。

再者，就所採樣的一百零九件案例，分屬於各種不同的產業，且產業分布的狀況相當分散，其中，三十二件被處分案，就涵蓋二十二個市場，七十七件不處分案，則涵蓋了六十個市場。而三十二件處分案中，雖然在某些市場中有被處分比例偏高的情形⁵¹，但仔細探究則不難發現，此有可能是因為主管機關在某時間點上，政策性的對於某些執法重點產業特別關注的結果，這些因素都可能會影響研究結果的客觀性，在解釋這些數據時可能必須特別加以釐清。因此，在實證研究上，仍有待時間與案件的累積、主管機關蒐證能力的提升，以增加其可信度。

⁴⁹ 馬泰成、洪德昌，前引註22，第57頁至第58頁。

⁵⁰ 依此項實證研究顯示，全國性的產業，當前四大廠商的市場占有率（CR4）增加時，因聯合行為被處分機率反而有減少的趨勢。前引註22，第54頁。

⁵¹ 例如「桶裝瓦斯零售」市場的處分案就有六件之多，這是公平會針對桶裝瓦斯業者聯合漲價進行一波全國性的調查，而在同時間做出六個處分案，即行政院公平會（86）公處字第104號至第109號處分。

肆、美國關於一致性行為規範之發展

一致性行為的概念是援引自美國聯邦最高法院為闡述休曼法第一條所禁止的聯合或共謀行為所做出的判例的見解，本文將美國實務及學說的見解進行整理及歸納，以為借鏡。

一、構成要件之充實

不論在學說或實務上，均認為休曼法第一條的構成要件有兩大部分，第一部分為「行為人間達成聯合或共謀」，第二部分則為「對交易為不合理的限制」⁵²。

第一部分是屬於行為面的規定，第二部分則是屬於結果面的規定，當行為人之間達成聯合或共謀的行為，通常即可顯現出反競爭的惡性，但由於本條規定目的在於保障市場自由競爭之機能，故而若行為人實施第一部分的行為，並不會造成對於交易為不合理的限制時，則並非本條所要規範的對象，因此在判斷行為人的行為是否該當本條規定時，對於這兩部分均應加以考量，缺一不可。惟本文研究主題限縮在廠商暗默勾結的部分，故以下對於聯合行為的要件僅針對與本文主題密切相關的部分。

(一)行為人間達成聯合或共謀

休曼法第一條的「聯合」或「共謀」行為的構成要件，在於當事人之間必須有協定（agreement）的建立⁵³，協定是否建立，有下列判斷標準可供參考：

⁵² 休曼法第一條規定的原文為 "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 hereby declared be illegal....."

⁵³ 參閱Phillip Areeda & Louis Kaplow, Antitrust Analysis- Problems, Text, Cases 288 (4d ed. 1988) .但在西元 1939 年美國政府控告 Interstate Circuit 一案中，最高法院曾經表示在該案中當事人間是否有協定並非違法共謀的前提要件，並表示八大影片經銷商只要知道他們被期待採取一致的行為、而他們也忠誠於並參與這個計謀就足夠了。See Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 226 (1939) .) 然而這個案例引發極大的爭議，並有法官提出不同意見，認為八大片商會先後採行一致的行為，只是為了避免生意流失而作出對自己最有利的決策。由於法院認為當事人間不需要agreement也可成立共謀，此案例也被學者認為是僅以有意識的平行行為即成立共謀的例子，但其後本案法院的見解並未在其他案例中被援用。

1. 不需正式或明示的協定

當事人之間的協定不以正式的或明示的為必要⁵⁴，只要能夠透過某種意思聯絡的方式或管道達到意見的合致即可，意思聯絡的管道也可由第三者來扮演⁵⁵，且所有參與者不需同時行動或同時成立協定⁵⁶，例如在西元1939年美國政府控告Interstate Circuit等公司的案例中，八大影片經銷商最後被法院認定彼此有 *agreement* 的成立，而其意思聯絡管道，是經由其下游某兩家在德州地區具優勢地位的播映商的總經理所寫的一封信，信中將八家片商同時列為收信人，並對八大片商提出限制其他播映商播映權的建議。八家片商並沒有同時依照信中所建議在下一季的授權合約中實施，有的片商則遲至兩年後才實施，此種情形依然成立共謀。

2. 有意識的平行行為本身並不違法

在當事人沒有正式或明示的協定時，協定之有無只能從外觀的行為來加以推論，而當事人間表現出一致或相類似的行為外觀，原因可能是基於當事人間的協定，也可能只是單純的有意識平行行為，若是後者則不違法⁵⁷，而此二者最主要的區別便在於主觀的故意，有意識的平行行為是寡占廠商基於極大化己身利益的目標，在相互依賴的市場結構中，做出與競爭對手外觀上一致或類似的行為，且若不如此將遭受損失，因而在主觀上並無可非難性，而基於協定的行為人在主觀上是明知且故意的採行一致的行為，其目的在於限制交易與抑制競爭，這部分才是休曼法第一條所要規範的對象。所謂的明知且故意，是指參與共謀之行為人基於一致的目的或有共同的計畫，並對於彼此將採取的行為達成共識（*meeting of minds*）⁵⁸。

⁵⁴ American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781,809 (1946) .

⁵⁵ 參閱洪禮卿等，前引註2，第118頁。

⁵⁶ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208,227 (1939) .

⁵⁷ 有意識平行行為在早期的實務見解中也曾經被認為是違法的，根據Phillip E. Areeda的見解，美國聯邦最高法院早期的判例中，有僅以單純有意識平行行為，而沒有考量是否有其他附加因素，即該當休曼法第一條的違法行為，例如American Tobacco Case (1946), Interstate Circuit case (1939), Norfolk Monument case (1969)。但後來的通說皆一致認為conscious parallelism本身並不足以構成違法，並有學者認為Theatre Enterprises case (1954) 確立了附加因素 (plus factors) 原則在判斷共謀是否成立的重要性。

See Theatre Enterprises, Inc .v. Paramount Film Distrib. Corp., 346 U.S. 537,540-41 (1954) .

See E.I. du Pont De Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128,139 (2d Cir. 1984)

⁵⁸ American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 810 (1946) .

3.附加因素（plus factors）

所謂附加因素，是指除了廠商間外觀上一致的表現之外，另有其他的事實或因素得以作為證明廠商外觀上的平行行為即等同於共謀的前提要件⁵⁹。

當事人外觀上一致的表現究竟是基於協定而來，還是只是有意識的平行行為，區別的關鍵在於主觀的故意，而主觀的故意存乎於當事人的內心，不易知悉，因此法院便會從理性廠商的角度考量一些因素，以便於判斷當事人間是否有協定存在，縱使學界對於法院所提出的附加因素理論多所批判，但在司法實務上「附加因素」仍然不斷出現在各級法院的判決當中，成為重要的判斷依據⁶⁰。法院考量的因素如下：

(1)當事人有無加入共謀的動機

在各種因素當中，首先被考量的便是當事人是否有加入共謀的動機，當廠商缺乏加入共謀的合理商業上的理由，而廠商外觀上一致的表現也有其他合理的解釋，就不能推論其成立共謀⁶¹，但對於廠商所提出的合理之商業上理由之辯駁，法院也必須審查其是否只是藉口或托辭⁶²。然而即使廠商被認為有加入共謀的動機，也並不足以認定當事人間成立共謀，而只是強化法院的確信，以使法院進一步判斷是否還有其他因素可支持共謀的成立。

(2)加入共謀是否違反己身利益

理性的廠商都是以極大化己身利潤為目的，因而當數廠商外觀上的表現呈現一致性，然而對個別廠商而言，該決策卻與己身利益相違背時，極有可能是廠商勾結的結果，因此這也是一個很重要的判斷共謀是否存在的附加因素⁶³。

(3)處於競爭地位之廠商高層間的密切聯絡

雖然在現代的競爭趨勢下，廠商間往往保持既競爭又合作的關係，但競爭廠商

⁵⁹ See Phillip E. Areeda, Antitrust Law VI 212 (1986).

⁶⁰ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan 203 F.3d 1028, 1033-34 (8th Cir. 2000)

⁶¹ Matsushita Elec., Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588 (1986)

⁶² Boczar v. Manatee Hospitals & Health Systems, Inc. 993 F.2d 1514, 1519 (11th Cir.)

⁶³ Bolt v. Halifax Hospital Medical Center, 891 F.2d 810, 826 (11th Cir.), cert. denied, 495 U.S. 924 (1990)

之高層間保持相當頻率的聯繫，或甚至進行一些價格資訊的交換，而又沒有合理的商業上因素時（例如在雙方建立策略聯盟的範圍內所必要的聯繫）就相當令人懷疑，因此法院也將此因素作為判斷共謀是否存在的依據⁶⁴。

(4)其他

以上是法院在案例中所承認的幾個據以判斷共謀是否成立的附加因素，然而附加因素會因為個案的情形不同，其所能提供推論的能力也有所不同，而法院對於原告所提出的附加因素的主張，也必須實質的去判斷其在個案中得否成立為該案據以推論共謀的附加因素，因此實務上也可能再發展出其他附加因素，例如原告提出經濟模型的論據，主張數被告間有共同訂價的行為，以至於商品價格比沒有共謀的情況下要高出許多⁶⁵。

4.便利工具的使用（facilitating devices）⁶⁶

除了內在動機的判斷，當事人也可能利用一些工具使其勾結容易成功，本文也曾經探討過，這些工具常是外在可見的，例如價格資訊的交換或出版，資訊的交換的方式，可以在各個行為人之間進行，也可利用「公開價格制度」，也就是透過組織性的報價中心互換訊息⁶⁷，美國聯邦最高法院雖曾在 *American Column & Lumber Co. v. United States* 257 U.S. 377 (1921) 一案中，認定該交易協會所進行的「公開競爭計畫」違法而予以裁定解散⁶⁸，但是法院並非對於所有報價中心此類組織均持否定態度，而是要視該組織所傳播的資訊內容而定，因此法院明白表示，價格資訊的

⁶⁴ *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan* 203 F.3d 1028, 1033-34 (8th Cir. 2000) See, e.g., *In re Plywood Antitrust Litigation*, 655 F.2d 627, 633-34 (5th Cir. Unit A Sept.1981) ."

⁶⁵ 在*Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan* (2000) 一案中，原告提出三個附加因素的主張，一是數個被告廠商高層間的聯絡，另一是被告的行為違反己身利益，此外則是由專家所提出的經濟模型。本案中法院並未採納經濟模型的部分，但理由是該模型的假設有漏洞不足以支持其結論，因而未再進一步論其是否足以成為本案的「附加因素」，法院並未明確否定以此種經濟上的模型作為附加因素的主張。

⁶⁶ 學者Areeda認為facilitating devices 應定位為附加因素的一種。Phillip E. Areeda, *supra* note 9 , at 214.

⁶⁷ 參閱洪禮卿等，前引註2，頁129。

⁶⁸ 在*American Column & Lumber Co. v. United States* 257 U.S. 377 (1921) 一案中，交易協會所提供的不僅包括會員每日的銷售資料、運費、每月產量、存貨報告、價目表等詳細數字，還提供未來的產量、預測未來的市場狀況，並揭露個別成員的交易資料，並提供各成員生產計畫的參考。對於本案法院認為，處於競爭關係中的廠商不會將自身最詳盡的機密資料完全暴露在對手面前，因此認定在交易協會中所進行的活動乃是基於共謀所為。參閱單驥等，前引註3，第24頁。

交換或出版本身並不會違反休曼法第一條的規定⁶⁹，只是當外表上一致的行為和這些便利工具相結合時，會強化法院對於共謀存在的確信或足以推論共謀⁷⁰。

此外，市場結構也會影響法院對於資訊交換行為的評價，在完全競爭市場中廠商進行資訊交換的行為並不會導致限制競爭，但如果是在高度集中的市場廠商進行資訊交換，則極可能引發反競爭的疑慮，因此法院對於寡占市場廠商交換資訊的行為也採取負面的看法⁷¹，例如在 *United States v. Container Corp. of America*, 393 U.S. 333 (1969) 案，也就是美國政府控告美國東南部製造瓦楞紙箱的十八家公司的案例中，在聯邦最高法院甚至引發該等行為是否應論以「當然違法」之爭議⁷²，最後法院多數意見認為由於本案是由少數賣方所主宰的市場，此等具有優勢地位廠商互為價格資訊交換的行為乃屬於「當然違法」。

對於所交換或公開資訊的內容，法院的見解認為，若當事人交換的不是現在或未來的價格資訊，也非特定或個別交易對象的資訊，雖因而造成價格穩定、限制生產的效果，也是因為廠商了解更多資訊所造成的自然穩定效果，且廠商可藉著傳播交易所需的必要要素使商業運作行為變得更聰明⁷³。

在許多案例中法院也都依循此判斷方式來評估資訊交換是否違法⁷⁴，但法院也有基於產業的特性而例外認為即使所交換的是現在的資訊，也不違法，如 1925 年水泥製造商協會被控交換資訊一案⁷⁵，所交換的資訊包括每筆特定工作合約中買方名稱地址與信用程度、水泥需要量、價格及運輸地點。

法院之所以認為這個協定並不違法，是因為在水泥業中有所謂「特定工作契約」

⁶⁹ *United States v. Citizens & S. Nat'l Bank*, 422 U.S. 86, 113, 95 S. Ct. 2099, 45 L.Ed.2d 41 (1975)

⁷⁰ *In re Coordinated Pretrial Proceedings In Petroleum Products Antitrust Litigation*, 906 F.2d 432, 446 (9th Cir. 1990), cert. denied, 500 U.S. 959 (1991)

⁷¹ *United States v. Container Corp. of America*, 393 U.S. 333 (1969)。

⁷² 「當然違法」與「合理原則」是美國反托拉斯法的分析原則，請參閱註 81。本案最後依多數意見認為廠商交會資訊的行為是當然違法，在實務上是一個非常具有開創性及爭議性的見解，尚未為大多數實務見解所接受。

⁷³ *Maple Flooring Manufacturers Association et al. v. United States*, 268 U.S. 563 (1925)。

⁷⁴ 因協定公開交換關於價格、成本的現在或未來詳細資訊，而被法院認定共謀的案例，如 *American Column & Lumber Co. v. United State*, 257 U.S. 377 (1921)，*Sugar Institute, Inc. et al. v. United States*, 297 U.S. 553 (1936)；不但協定公開現在及未來的交易詳細資訊，還以沒收保證金處罰違反協定者，而被法院認定為違法的案例，如 *United States v. American Linseed Oil Company et al.*, 262 U.S. 371 (1923)。參閱單驥等，前引註 33，第 24 頁以下。

⁷⁵ *Cement Manufacturers Protective Assn. v. United States*, 268 U.S. 588 (1925)，See Phillip Areeda & Louis Kaplow, *supra* note 12, at 366-367.

(specific job contracts) 的商業慣例，依該慣例規定，水泥製造商必須同意以特定的價格，就特定建築工作未來所需全部水泥交付契約相對人，但契約相對人並沒有接受交付的義務，也就是賦予契約相對人自由選擇的權利，在訂約時不必擔心未來工作進行中會因為水泥漲價而影響該工程的收益。由此可知此慣例是相當保護水泥製造商的契約相對人，但不幸的是，這個慣例的目的卻遭到濫用，許多人同時與數家水泥製造商訂定特定工作契約，當水泥的價格提高時，就要求這些製造商交付水泥，藉此以原定價格買到超過該工程需求量的水泥，另做他用。

因而，在這個案例中，法院認為水泥製造商協會所進行的資訊交換，是保護製造商免於被欺騙的合理的方式。這個案例可以說是法院基於產業特殊慣例、市場競爭狀況等因素衡平考量後的結果，可以提供執法者很好的參考，那就是即使再好的規範若機械式地運用，都可能造成不當的後果。

此外值得參考的是，美國聯邦交易委員會及美國司法部於 1996 年 8 月公佈一項「健保反托拉斯執行政策聲明」(Statement of Antitrust Enforcement Policy in Health Care)⁷⁶，其中對於競爭者間的資訊交換行為，提出以下幾個原則：(1)交換資訊的資料應由第三者管理、研究。例如買方、政府機構、顧問公司、學術機構、交易協會等。(2)所交換之資訊至少是三個月以前的。(3)至少要有五家廠商提供資料，且任一廠商所提供之資料之比重不得超過全部資料的 25 %。(4)所傳播的資訊須經過充分加總，使任何人皆無法辨認個別廠商關於價格或折扣的個別資料。

(二) 行為結果—不合理限制競爭

所謂不合理的限制競爭，並不需行為人的行為實際上已經發生不合理限制競爭的結果，而只要有不合理限制競爭的危險存在，即符合該條之構成要件。

廠商勾結行為是否導致不合理的限制競爭，美國反托拉斯法乃是以「當然違法」(per se illegal) 原則與「合理原則」(rule of reason) 進行分析，對於一些特定惡性重大的行為適用當然違法原則，也就是只要行為人被證明有實施聯合或共謀，則該當休曼法第一條違法行為的規定，不需再就市場結構或是否有超越競爭的利益等項目為實質的判斷。反之，不屬於當然違法的行為態樣，則需進一步依合理原則進行

⁷⁶ DOJ/FTC (August 1996), Department of Justice and Federal Trade Commission Statement of Antitrust Enforcement Policy in Health Care.

實質判斷，就此部分本文在下一節有較詳細的說明。

二、證據之認定

在證據之認定方面，可以分為兩部分來討論，一是何種證據得證明協定是否成立，另一則是若當事人之間成立協定，該協定是否違法。而在證明協定是否成立的證據部分，一般除了直接證據之外，間接證據的證據能力及證據力則是爭議所在；而即使有足夠的證據證明當事人間有協定，由於競爭者之間的合作行為並非全然在本質上應予以非難，而必須視其對於競爭所造成之影響而定，故系爭協定是否違法，仍須考量其他要素加以評估與認定，以下本文也將介紹在美國競爭法主管機關如何評估競爭者間協定之最近之見解。

(一)直接證據與間接證據

1. 直接證據 (direct evidence)

當事人間共謀的直接證據，不外乎記載關於共謀內容的書面文件、會議記錄等，也就是諺語中所謂的「正在冒煙的槍」（smoking-gun），在原告握有直接證據的案件，共謀成立的證明通常不成問題，法院依該證據為直接裁決的機會很高⁷⁷。

2. 間接證據 (circumstantial evidence)

在違反休曼法第一條的案件中，沒有直接證據的案件才是問題之所在，當沒有直接證據可以證明當事人間有協定時，法院可依據間接證據來推論當事人間協定的成立，此點在學說或實務上並無爭議，且在實務上以間接證據為推論共謀之工具也已沿用多年⁷⁸。

由於違反休曼法第一條的法律效果有刑罰的規定，故而以間接證據推論當事人間協定的成立，也就是推論犯罪事實的成立，因此論證過程必須非常嚴謹，如本文

⁷⁷ "direct verdict"，所謂直接裁決，是指負舉證責任的當事人在舉不出可供立案的證據時，法官指示陪審團按其指示做出有利對造的判決，此時陪審團只能依法官的指示照做，沒有考慮的餘地。

⁷⁸ 早期的案例中，例如在*Eastern States Retailer Lumber Dealers' Assn. V. United States*, (1914) 一案中，法院雖沒有直接引用「間接證據」一詞，但法院表示「幾乎不可能以直接證據證明共謀，或可允許從實際的行為來推論...云云」。在*Interstate Circuit, Inc. v. United States*, (1939) 及*American Tobacco Co. v. United States*, (1946) 案中，則明白肯定間接證據的適用。

前段所述，當行為人外觀上出現相互一致或類似的行為，法院要區別其有無共謀之主觀故意，必須要有附加因素作為間接證據，但要滿足多少附加因素或有多強的證明力才足以推論呢？就此點法院表示，只憑當事人有加入共謀動機此點是絕對不足夠的，必須再配合其他附加因素，而只有當這些附加因素達到足以排除當事人是基於極大化己身利益的目的獨立行動的可能性時，始可認定當事人間成立共謀⁷⁹。

(二)當然違法原則與合理原則

美國聯邦交易委員會（FTC）及司法部（DOJ）在西元2000年四月公佈一項「競爭者合作行為反托拉斯指導原則」（Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors，簡稱"Competitor Collaboration Guidelines"，故以下稱為『競爭者合作原則』），其中針對競爭者之間的合作行為，可能涉及反托拉斯爭議的部分，主管機關在評估該等行為是否違反反托拉斯法時，所考量的各種因素、及其分析的架構，在該指導原則中都予以透明化，以期在當今日益複雜的競爭趨勢下，能夠提供企業界於未來從事競爭活動時的參考，消弭不必要的疑慮，促進競爭者間良性且具有超越競爭利益的合作。由於該指導原則代表美國競爭法主管機關最新的見解，非常具有參考價值，其中關於主管機關對於競爭者間成立之協定是否違法的分析，敘述如下。

1. 當然違法原則⁸⁰ (per se illegal) 與合理原則⁸¹ (rule of reason)

美國反托拉斯法的分析原則採雙軌制，也就是當然違法原則與合理原則的運用，

⁷⁹ Riverview Investments, Inc. v. Ottawa Community Improvement Corp., 899 F.2d 474,484 (6th Cir.) ,cert. denied, 498 U.S. 855 (1990)

Corner Pocket of Sioux Falls, Inc. v. Video Lottery Techs., Inc., 123F.3d 1107,1112 (8th Cir. 1997) , cert. denied,522 U.S. 1117 (1998)

⁸⁰ 當然違法原則，是指行為人之行為一但符合特定類型，則一律視為違法而予以非難，不再就其個案的細節進行競爭效果的分析。而這些類型通常是由聯邦最高法院所認定，該行為在性質上對於競爭有惡性效果（pernicious）且無任何補償價值（redeeming value or virtue）。關於美國實務上已承認之當然違法類型，請參閱林廷機，「公平法有關不公平競爭行為應如何適用『合理原則』或『當然違法』原則」，第二屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，行政院公平交易委員會八十八年六月出版，第92頁。

⁸¹ 合理原則，是指行為人的行為是否違法，必須就個案的內容為具體的認定及詳盡的分析，在就該行為對於競爭所產生的效果做整體評估之後，才能決定其是否應予以非難，因為是以合理性作為標準，故而在運用上相當具有彈性，對於法律的解釋或執法上也可避免流於僵固。

在聯邦最高法院實務運作上，起初所運用的分析方法是合理原則，而後基於司法經濟的考量，始針對特別類型的行為，適用當然違法原則。

(1)當然違法原則

依照「競爭者合作原則」第一條的內容，對於競爭者之間所成立的協定，凡是傾向於提高價格、減少產量的協定，應適用當然違法原則予以非難，此類協定包括固定價格或產量、圍標，及以分配顧客、供給、區域等分割市場。行為人之間一旦被證明有上述協定，即屬違法，法院將不再調查其就商業目的、反競爭的傷害、超越競爭的利益或全盤競爭效果等所提出的主張。

(2)合理原則

非屬上述應適用當然違法原則的行為人間的協定，則適用合理原則加以分析。合理原則的分析，著重在比較競爭者間有協定之下的競爭狀態與沒有協定之下的競爭狀態的差異，也就是競爭者之間是否會因該協定使其獲利能力及獲利動機的增進，導致價格高於沒有協定時的狀態，或導致其產出、品質、服務或發明少於沒有協定時的狀態，而損及競爭。

主管機關在運用合理原則進行分析時，首先檢視系爭協定的本質，也就是詢問行為人包括該協定之商業目的、該項協定內容是否已經實行、或是否已造成反競爭的傷害。

2.評估競爭者間協定之一般原則⁸²

在「競爭者合作原則」第二條中，所陳述的是關於評估競爭者間協定之一般原則，由於在針對個案適用合理原則分析時，皆必須檢視系爭協定是否具有潛在超越競爭的利益，或潛在反競爭之不利益，以及此二者所造成之全盤競爭效果，故在一般原則中對此予以說明。

(1)潛在超越競爭的利益

主管機關肯定競爭者之間透過各種不同的合作方式，也可使消費者受益。例如競爭者經由彼此合作，提供更便宜或對於消費者更有價值的商品或服務，或提升市

⁸² 參閱「競爭者合作原則」（Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors）Section 2.

場效率，而合作組織也可以使參與者進行較佳的資產運用，或提供動機使參與者從事可增進產出的投資。競爭者間的合作可以透過不同方式的契約上的安排來進行，例如合資（joint ventures）、專門職業協會、證照的配置、策略聯盟等方式達成潛在效能的增進。

從競爭者合作中獲致的效能，通常是來自於將不同能力和資源彼此結合，因而可以節省後者之生產成本並增進產品品質。另一方面，合作組織可便利規模經濟的達成。消費者在廠商因為加入合作組織而得以降低價格、增進品質、或迅速引進新產品的情況下，也因而獲利。

(2)潛在反競爭之不利益

競爭者的合作也可能因為獲利能力及動機的增加，而相較於沒有協定的市場情況下價格更高，或產出、品質、服務及發明的減少，以至於妨害競爭及消費者。競爭者間的協定可能會限制廠商為獨立決策，或以聯合控制生產、關鍵資產、或關於價格及產出的決策、以及其他在競爭上較敏感變數的方式，而導致廠商獨立競爭能力的降低。競爭者的合作也可能利於廠商進行勾結，方式是藉由一些便利工具的使用，如競爭上敏感資訊的交換與揭露，或因為市場集中度的增加而使勾結更容易。

3.評估競爭者間協定之分析架構

在「競爭者合作原則」第三條中，則對於主管機關如何評估競爭者間的協定是否違法，有更詳細的說明。

(1)在當然違法原則下協定之分析⁸³

本文在上一段介紹當然違法原則時，已經概括的說明「競爭者合作原則」中對於哪些類型的協定，應適用當然違法原則。然而，上述協定在某些情形下，也可能例外地適用合理原則，例如若數廠商為增進效率而組成經濟集合體，並做成關於價格或產出的協定時，若該協定是基於達成超越競爭利益所必須，主管機關將以合理原則進行分析，而不直接認定其當然違法⁸⁴。

此所謂達成超越競爭利益所「必須」，並不需達到必要（essential）的程度，但

⁸³ 參閱「競爭者合作原則」（Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors）Section 3.2。

⁸⁴ 參閱「競爭者合作原則」的附錄中之「案例四」。

須具有「合理的必要性」（reasonably necessary）。換言之，若可藉由其他實際上限制較少的工具，而達成同等的或可相提並論的增進效率的目的，此時廠商間的協定就不具備「合理的必要性」了。僅僅在理論上有其他限制較少的工具並不足以排除合理必要性，主管機關必須評估該項工具是否實際上合理地可取得。

數廠商單純在決策上的合作，例如對於價格、產出、顧客、區域或成本的節省等等，並非上述之集合體，並不能排除適用當然違法原則⁸⁵。

(2) 在合理原則下協定之分析⁸⁶

合理原則之分析著眼在競爭者間「有協定」與「沒有協定」的市場競爭狀態有何不同，也就是是否因為該項協定的建立，增加廠商的獲利能力與動機，導致其提高價格，減少產出、品質、服務及發明，而有損於競爭。

由於合理原則的分析，須視個案系爭協定的本質與市場條件而定，故調查內容較具彈性，主管機關所須調查的事項則集中於「對於該協定所造成的全盤競爭效果（overall competitive effect）做出一個完整而正確的決定」所必須調查的事項。

進行合理原則分析時，首先須檢視系爭協定的本質⁸⁷，因為協定的本質將會決定是否發生或可能發生何種型態的反競爭傷害，這項檢視包括詢問當事人系爭協定之商業目的、該協定是否已經實行、或已造成反競爭傷害。反競爭的傷害可藉由市場觀察得知，例如在廠商進行合作之前，市場處於競爭狀態，廠商對於消費者所提供的服務，在彼此合作之後就保留該項服務而不予提供。

如果系爭協定的本質再加上缺乏市場力，這兩項因素共同評估的結果，足以證明此將不會造成反競爭傷害，該協定將不會被起訴。反之，當系爭協定本質上妨害競爭，或事實上已造成反競爭傷害，若沒有超越競爭的利益可供抵銷該傷害時，主管機關將不再進一步分析市場力，而就系爭協定逕予起訴⁸⁸。

⁸⁵ 參閱「競爭者合作原則」的附錄中之「案例五」。

⁸⁶ 參閱「競爭者合作原則」（Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors）Section 3.3。

⁸⁷ 參閱「競爭者合作原則」（Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors）Section 3.31。

⁸⁸ 此種分析介於當然違法原則與合理原則之間，也就是稱為"quick look" rule of reason的分析原則，也就是當案件不適宜用當然違法原則來分析，又不需要藉由完整的產業分析來證明其反競爭性格時所用的分析方法。Orson, Inc. v. Miramax Film Corp., 79 F.3d 658,1367 n.9 (3d Cir. 1996) , James Murphy Dowd, "Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input Markets," 76 *Boston University Law Review* 1075-17,1104 (Dec., 1996)

若在檢視系爭協定本質時，發現該協定本質上可能引發妨害競爭的疑慮，然而卻又不屬於得逕予起訴的類型，則須進一步分析參與廠商之市場力量，主管機關要評估系爭協定是否會創造或增加市場力而導致妨害競爭的風險時，首先須定義相關市場，並計算市場占有率和市場集中度⁸⁹，同時，檢視相關因素以判斷參與廠商與合作組織是否有獨立競爭之能力與動機，這些因素包括系爭協定是排除性（exclusive）的或是非排除性（non-exclusive）的⁹⁰、協定持續的期間⁹¹、新廠商參進是否可能（likely）適時（timely），而足以排除反競爭傷害⁹²。除此之外，主管機關對於所有其他可能促進或阻礙反競爭傷害之市場條件，也將一併納入考量。

如果上述調查程序的結果認為沒有潛在反競爭傷害，主管機關將終止此項調查。反之，若調查結果傾向於有反競爭傷害，則主管機關須進一步檢視系爭協定是否具有為達成超越競爭利益之合理必要性，且其所達成之超越競爭利益必須足以抵銷其所造成之反競爭之傷害。

（A）對於協定本質的分析

依「競爭者合作原則」對於協定本質的分析，可從兩個不同角度來看⁹³，一是本質上屬於限制廠商獨立決策、或聯合控制或聯合金融利益的協定，另一則是本質上利於廠商進行勾結的協定。本質上屬於限制廠商獨立決策、或聯合控制或聯合金

⁸⁹ 依「競爭者合作原則」Section 3.33 的說明，市場占有率及市場集中度的計算方式，是根據「美國法務部及聯邦交易委員會水平結合指導原則」（Horizontal Merger Guidelines）Section 1.4 所規定的計算方式為準，其中市場集中度以賀式指標（HHI）為衡量指標。此外，「競爭者合作原則」Section 3.33 也提到，影響市場占有率及市場集中度的因素，主管機關在計算時也必須合理地加以考量，以避免高估或低估廠商對未來競爭之影響力，比方像市場上最近或正在進行中的變化，可能不易在以往的資料中顯現出來，例如某項新技術對於未來的長期競爭具有決定性的影響，市場上某廠商並未擁有該項技術，但有另一廠商擁有該技術，則對於這兩家廠商若只以過去計算市場占有率的資料來評估，可能無法真實反映出其對於未來市場競爭之影響力。

⁹⁰ 排除性的協定是指彼此不為競爭的協定，也就是排除競爭的協定，非排除性的協定則是參與者間彼此不排除競爭的協定。

⁹¹ 一般而言，合作持續期間越短，參與者越可能保持彼此競爭。參閱「競爭者合作原則」Section 3.34 (f)。

⁹² 主管機關的評估著重在六個因素：（1）參與者在非排除性的協定之下，獨立於合作組織之外進行競爭活動的程度。（2）參與者對於競爭所須獨立控制之資產所能夠保留的程度。（3）參與者的金融利益在合作組織中所佔的程度或參與者相互間佔有金融利益的程度。（4）合作組織對於攸關競爭之重要決策之控制。（5）反競爭資訊分享的可能性。（6）合作組織的持續期間。參閱「競爭者合作原則」Section 3.34。

⁹³ 以下分析內容參閱上揭「競爭者合作原則」Section 3.31 (a)、(b)。

融利益的協定⁹⁴，大致有四種類型：聯合生產、聯合行銷、聯合採購、聯合研發。

大多數的此類協定具有超越競爭的利益，而應適用合理原則進行分析，但廠商經由聯合研發所帶來的市場力量也可能減少發明，使市場上消費者可選擇的商品種類減少、品質降低，或更緩慢地到達消費者手上。

另一個分析角度則是廠商間的協定是否本質上利於勾結。由於競爭者合作的過程，將提供廠商共同討論並決定價格產量等重要競爭要素的機會，且對於背叛者進行偵測、處罰也更為容易，因而上述四類型合作方式，除了廠商共同研發的過程通常是秘密進行，因偵測困難而勾結不易，其他都可能便利廠商進行勾結。

此外，資訊的交換與揭露，也是便利勾結的工具。基本上，主管機關肯定競爭者間資訊分享可能是超越競爭的，且通常具有為達到超越競爭利益之合理必要性，例如分享特定技術、營業秘密或其他智慧財產權，對於廠商進行共同研發而言，將是不可或缺的部分，故資訊分享是否導致反競爭傷害⁹⁵，應視其所分享資訊的本質而定，當分享的資訊是關於競爭重要要素，如價格、產量、成本、策略等，則可能比分享其他資訊更容易引發反競爭疑慮，當分享的資訊是關於目前正在進行或未來的營業計畫，則可能比分享歷史性的資訊更容易引發反競爭疑慮，而當分享的資訊視個別廠商的資料，則可能比分享數廠商總計的（且無法辨別出哪些屬於特定單一廠商的部分）資料更容易引發反競爭疑慮。

（B）對於參進的分析

一個新廠商參進容易的市場，將能夠避免價格保持在高於競爭水準，或產量、品質、服務、發明低於競爭水準，當主管機關認為系爭協定的本質再加上市場占有

⁹⁴ 在分析此種協定是否會引發反競爭傷害時，「競爭者合作原則」也特別說明主管機關須考量「美國司法部及聯邦交易委員會水平結合指導原則」（Horizontal Merger Guidelines）Section 2.2 中所考量的因素，也就是市場上的競爭者是否有產能限制或產品的差異性，可能因為合作之後的片面效果而減少競爭；對於是否增加廠商勾結可能性時，則須考量「美國司法部及聯邦交易委員會水平結合指導原則」（Horizontal Merger Guidelines）Section 2.1 中所考量的因素，一是市場上是否有利於達成聯合的條件，另一是市場情況是否有助於偵測和處罰背叛者。前者包括產品或廠商的同質性、廠商間現存之商業慣例、對手及市場之重要資訊的掌握等等，後者則例如廠商間定期就特定重要交易資訊進行交流等。

⁹⁵ Posner (1979) 認為，資訊交換是否違法，應從結果來判斷，若交換資訊是為了將價格穩定在競爭的均衡水準則是合法的，因為這個行為只是減少了價格的波動程度，但如果交換資訊後，產品價格高於競爭水準之上，則這個交換資訊的動機則是為了聯合抬高產品價格，是反競爭的。參閱單驥等，前引註 33，第 182 頁。

率、集中度等資料皆顯現出反競爭傷害的可能性，且即使參與者與合作組織保持獨立競爭，也不足以緩和此種反競爭傷害時，主管機關必須進一步調查新廠商的參進是否適時、可能，且參進規模、特性及範圍是否足以阻礙或抵銷可能發生的反競爭傷害。

一般而言，主管機關依照「水平結合指導原則」（Horizontal Merger Guidelines）Section 3⁹⁶ 的規定來評估參進是否可能、適時、以及受拘束參進（committed entry）⁹⁷ 的充分性。

（C）對於超越競爭利益的分析⁹⁸

競爭通常會促進廠商內部效率的達成，然而競爭者間的合作在經濟上最主要的利益，是它有潛力產生強大效能佳惠消費者，且所獲致的效能，可使價格降低、品質服務提升、新產品上市，而促進參與者彼此競爭的動機和能力。

如前所述，當主管機關認為系爭協定已經造成或可能造成反競爭傷害時，必須考量其是否具有為達成超越競爭利益之合理必要性，這裡的超越競爭利益是指「可認知的效率」（cognizable efficiencies），也就是已經由主管機關確認，而無法藉由實際上具重要性的較少限制的工具達成的效率，且此效率必須非因產量或服務的減少而來。

分析超越競爭利益的步驟是，主管機關先確認系爭協定是否具有達成該等利益之合理必要性，若答案為肯定，才進一步評估是否具有「可認知的效率」⁹⁹。系爭協定是否具有合理必要性，可能考量的因素，包括市場發展的前後狀況以及該協定持續的期間，但通常視個案的市場條件而定。例如潛在參進者進入市場的需求可能足以使系爭協定正當化，但在不同的市場條件中它也可能不具有合理必要性，甚至於在有些合作協定的內容中，包含禁止參與者非法濫用合作成果的條款，而得以阻止參與者的搭便車或其他投機行為，主管機關也會將此作為考量系爭協定是否具有合

⁹⁶ 是「美國司法部及聯邦交易委員會水平結合指導原則」的簡稱，全名為"1992 DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines"，簡稱為"Horizontal Merger Guidelines"，為美國司法部與聯邦交易委員會於1992年共同擬定，並曾於1997年修訂。

⁹⁷ 當新的競爭者進出市場須支出大量的沉入成本，此種參進稱為「受拘束的參進」。

⁹⁸ 參閱上揭「競爭者合作原則」Section 3.36 (a)、(b)。

⁹⁹ 可認知的效率必須本質上是超越競爭的，當事人不得以「競爭本身是不合理」的主張為前提，也不得以減少產量、減少服務或諸如此類反競爭的行為來主張該等行為具有成本節省的效率。

理必要性的因素之一。

當主管機關肯定系爭協定具有合理必要性之後，便要進一步評估是否具有「可認知的效率」。當廠商提出效率的主張時，必須具體的主張，以使主管機關能藉由合理的工具，證實該效率的可能性及大小、如何達成、何時達成、所需成本、如何增進參與者彼此競爭的能力與動機、以及為什麼系爭協定是達成該等效率之合理必要的工具，否則主管機關可對該項主張不予考量。

四 反托拉斯安全區域¹⁰⁰

在「競爭者合作原則」的第四部份，敘述的是競爭者合作的安全區域，在安全區域中的競爭者合作行為，主管機關將不再就其對於市場的影響進行分析。原則上，當合作組織與其參與者合計的市場占有率在相關市場中不超過百分之二十，就屬於安全區域之內，但依「競爭者合作原則」應適用當然違法原則的協定、廠商間的結合（merger）、以及不需經詳細市場分析即可逕予起訴者，並不在豁免之列。

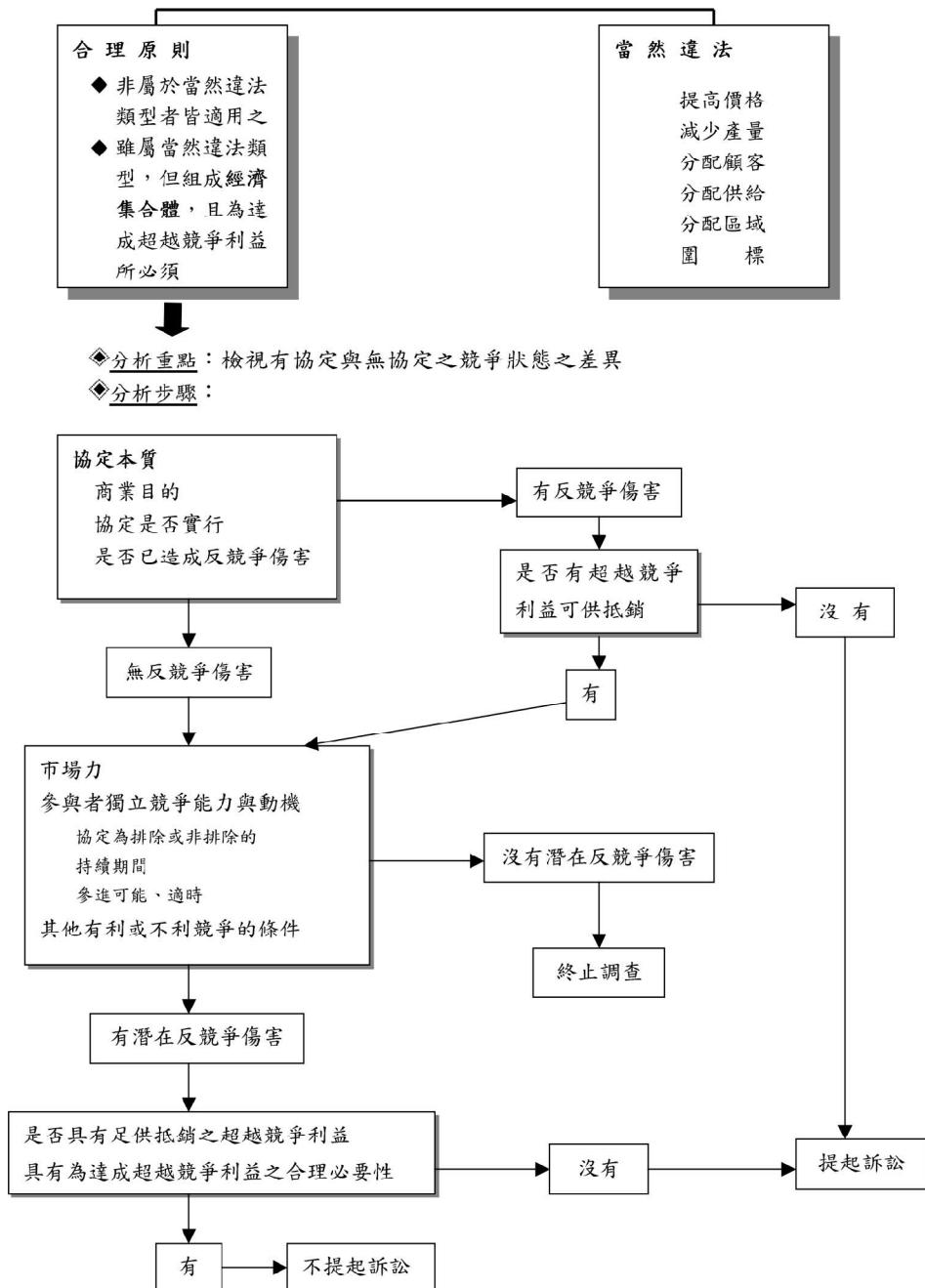
除了上述市場占有率 20 % 的原則性規定，「競爭者合作原則」也特別針對發明市場上的類似於共同研發行為有豁免的規定，也就是某項共同研發在安全區域內的條件是，「包含這個共同研發在內，發明市場上必須有三個或三個以上各自獨立的研究單位，這些研究單位都具備該項共同研發所需之特定資產或特質，且有誘因投入與該項研發之間具有高度替代性的研發工作」。換言之，這些獨立的研究單位並不需要已經實際投入這項研發活動，只要他們有能力和誘因進行這項研發或具高度可替代性的研發活動，即屬於安全區域之內。

這項原則所運用的是經濟學上「可競爭性市場理論」（contestable markets theory）¹⁰¹，依此理論觀點，只要進出市場沒有阻礙，縱使市場上只有一家廠商，其市場行為會類似競爭廠商而非獨占廠商，因為在此種可競爭的市場中，現有經營者在時時受潛在競爭者的威脅之下，就無法任意宰制消費者。「競爭者合作原則」對於此一理論的運用，更足以說明，競爭法所要維護的是市場的競爭性，而不是實際的

¹⁰⁰ 參閱「競爭者合作原則」Section 4 : ANTITRUST SAFETY ZONES。

¹⁰¹ 所謂的「可競爭性市場理論」，是指當廠商進出市場沒有阻礙（沒有進入市場的沉沒成本），縱使市場上只有一家廠商，該廠商的市場行為會類似競爭廠商而非獨占廠商。參閱張清溪等，前引註 19，第 260 頁。張守鈞，前引註 37，頁 260 至 265。

美國 FTC 及 DOJ 對於競爭者間協定之分析架構



競爭行為，在市場上可以沒有競爭者，但不能沒有可競爭的環境。

三、舉證責任之分配

「舉證責任之所在，乃敗訴之所在。」負有舉證責任的一方，若其所主張的證據無法使法院的心證達到確信，則須負擔敗訴之責，因而舉證責任如何分配，將對當事人的利益及判決結果有決定性的影響。

美國關於一致行爲的舉證責任歸屬的問題，從法院的判決中可以歸納出以下幾個原則：

首先，原告主張數被告間有一致行爲，則其主張的內容包括被告間外觀上一致或相類似行為，再加上足以證明共謀意圖的直接證據，若沒有直接證據，則須以間接證據加上數個附加因素來證明¹⁰²。法院對於原告的主張須為實質的判斷，若原告所主張的證據及附加因素不足以使法院排除被告係基於己身利益獨立行動的可能性，也就是無法證明被告共謀的主觀故意，則由原告負擔敗訴責任。

其次，在被告方面，當原告所主張的證據及附加因素，可能使法院排除被告獨立行動之可能性時，則被告須負證明自己沒有共謀的責任¹⁰³。在證明自己沒有共謀責任的過程中，被告的證明須到何等程度才算是已盡了舉證責任呢？在 1939 年美國政府控告 Interstate Circuit 一案中，就八家影片經銷商對於播映商的限制行為是否是否基於協定而來的關鍵問題，當法院認為所有線索都指向被告間成立共謀，此時被告應積極證明彼此間沒有共謀，然而被告八大片商並未讓有權代表公司參與決策而可能知悉內情的公司高層人員出面作證，卻只由派駐在各地區的經理來作證，就此聯邦最高法院表示，「當被告可以提供較強的證據卻不提供，而只提供較弱的證據時，可能導致一個結論，那就是較強的證據可能是不利於己的，而被告的“沉默”將成為最具說服力的證據」¹⁰⁴，結果被告的舉證反而加深法院對其行為違法的確信。

因而，被告不但要提出對自己有利的證據，還必須積極的為主張，所提出的還必須是對於訴訟爭點具有重要性的證據，當被告實際上握有並且有能力提出證據力

¹⁰² Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan 203 F.3d 1028, 1033-34 (8th Cir. 2000)

¹⁰³ Rossi v. Standard Roofing, Inc., 156 F.3d 452, 466 (3rd Cir. 1998)

¹⁰⁴ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208, 226 (1939).

“The production of weak evidence when strong is available can lead only to the conclusion that the strong would have been adverse. Silence then becomes evidence of the most convincing character.”

較強的證據，卻只提出證據力較弱的證據時，被告外觀上雖有積極證明的行為，實質上對於該爭點的態度是消極的沉默，也就是並沒有積極的為主張，因此被告將負擔敗訴的不利益。

此外，在 1969 年的 Container Corp.一案中，法院對於高集中度市場中為資訊交換行為的被告，課以舉證之責，也就是當被告所處的市場為高度集中，且被告具有很大的市場力量，則應就其交換詳細資訊的行為，證明其非出於勾結的意圖¹⁰⁵，被告若無法證明其行為非出於反競爭意圖，則將遭受敗訴之不利益。

四、學說與實務的新發展

(一) 學說的批判與建議

一致性行為規範上最大的難點在於證明的問題，也就是如何在一致性行為與非屬休曼法規範目的的有意識平行行為間畫出界線，在美國各級法院的判決中，最明確也最常使用的工具便是附加因素理論，也就是外觀上一致或相類似的行為再加上數個附加因素，而導出廠商勾結的結論。

但即使堪稱最明確的工具，也屢屢招致學界的批判，有學者認為已成為法院共識的附加因素，只是寡占市場相互依賴性的同義詞，或只是法院依其直覺所下的判斷¹⁰⁶，因此也有學者嘗試從傳統的共謀理論中尋求解套，建議不只是以外觀一致或相類似行為再加上附加因素來判斷共謀，而應以經濟學家歸納廠商勾結行為的步驟來作為評估公式，廠商達成勾結的步驟應包含三階段，也就是從「達成共識」，到「偵測背叛者」，再到「懲罰背叛者」，在分析每個附加因素時，都應該分析其對於這三階段行為的助益¹⁰⁷。如果行為人所具備的附加因素對於此三階段的助益越大，則越傾向於共謀的成立。

¹⁰⁵ 葛驥、何之邁、張明宗、劉靜怡，前引註 33，第 128 頁。另參閱頁 102 頁至 136，對於本案發展有詳細說明。

¹⁰⁶ Areeda 認為附加因素如當事人是否有共謀動機，或行為是否違反己身利益，都可以解釋為寡占市場相互依賴性的同義詞，對於共謀的證明上並沒有太大幫助。參閱 Phillip E. Areeda, *supra* note 9, at 214-215.

¹⁰⁷ William E. Kovacic 的見解，參閱 Michael Freed, William E. Kovacic, M.J. Moltenbrey, Nathan Eimer, *supra* note 7, at 151.

而因為廠商勾結行為蒐證不易，也有建議仿照美國 1986 年 Civil False Claims Act 的機制，建立所謂「賞金制度」（bounty mechanism）¹⁰⁸，提供企業內部密告者一筆賞金為誘因，以鼓勵最容易得知企業內部消息的員工協助政府監視企業勾結行為，以解決蒐證不易的問題。

上述的見解可謂各有論據，雖然美國學界對於廠商勾結的規範仍有各種意見的對立，迄今亦尚未發展出一種被廣泛接受的「特效藥」，但不論法律領域或經濟領域的學者，皆積極提出其從各種不同角度加以研究與觀察的心得，這些心得雖未必能在我國的產業環境中運用，但或可刺激吾人在此議題上有新的思考方向。

(二)美國聯邦交易委員會的新武器

由於數十年來在證明問題的解決上依然捉襟見肘，美國聯邦交易委員會（以下簡稱 FTC）更積極尋求解決之道，試圖從預防的角度來減少廠商發生一致性行為的可能性，因而在 1992 年提出一種新的違法態樣 “invitation-to-collude” ，來規範廠商單方面的具有達成勾結危險性的行為¹⁰⁹。

所謂 “invitation-to-collude” ，是指當廠商向競爭對手提出不為價格、產量或其他方面競爭的請求時，即使競爭對手尚未做任何回應，該廠商也已經違反聯邦交易委員會法（Federal Trade Commission Act）第五條「不公平競爭」的規定¹¹⁰，聯邦交易委員會得命令行為人停止該行為。

FTC 第一次運用此理論是在 1992 年 Quality Trailer Products Corp.,¹¹¹ 115 F.T.C. 944 一案中。FTC 的委員 Owen 表示，本案勾結的企圖已經顯現出一個理性行為者的確信，那就是當其請求被競爭對手接受時，將造成反競爭傷害。

而後，在 YKK (U.S.A.) Inc.,¹¹² 116 F.T.C. 628 (1993) 一案中，FTC 所譴責的行為

¹⁰⁸ 同上註。Civil False Claims Act (1986) 是為了監督政府採購政策所制定的一項法案，當採購過程中有違法行為，協助提供訊息者將可以得到該採購案金額的 15 % 至 30 % 作為賞金，這項制度的紀錄中最高金額是由個人獲得四千萬獎金，因為他提供了一項金額高達兩億元的醫療補償金弊案的訊息。William E. Kovacic 認為透過賞金制度將可以獲得廠商共謀的直接證據，但也遭遇其他學者對該制度道德性的質疑。

¹⁰⁹ Geraldine M. Alexis, *Invitations to Collude Are the Federal Trade Commission's New Weapon to Police Unilateral Activity*, 2000 American Bar Association 68 (2000 Spring)。

¹¹⁰ 在美國聯邦交易委員會法第五條中，首先就不公平競爭方法為違法之宣示，並規定聯邦交易委員會對於不公平競爭的防止措施。詳細內容請參閱行政院公平交易委員會出版之美國公平法相關法規彙編。

從明示的請求（*explicit invitation*）擴張到暗示的請求（*implicit invitation*），但所控訴的內容則增加了關於市場占有率的說明¹¹¹。

而在 1996 年的 Precision Moulding Co., 122 F.T.C.104 一案中，被告因為競爭對手拒絕其不為競爭的請求，而威脅要引發價格戰，被告的行為因屬單方行為，並不符合休曼法第一條聯合行為的規定。FTC 認為聯邦交易委員會法是一項用來做為救濟或補充的工具，也就是當某行為尚未達到須負犯罪責任的程度時，以此為補充，且本案行為具可非難性證據明確，與市場力量無關。

FTC 的這項新武器 “*invitation-to-collude*” ，引發其是否超越聯邦交易委員會法第五條授權範圍的爭議，學者認為在沒有調查相關產品及地理市場中被告的經濟力量之前，對於廠商的單方面行為不應加以干擾，這也是休曼法的基本政策，而聯邦交易委員會所持的理由是，其權力行使範圍應擴及反托拉斯法初期違反行為（*incipient violations of the antitrust laws*）¹¹²，且 “*invitation-to-collude*” 未被明文禁止乃是一個法律漏洞，FTC 在聯邦交易委員會法第五條的授權下，有權對於反托拉斯法的漏洞予以填補。

雖然爭議不斷，但由於這些案例最終都是以同意判決（Consent Decree）收場¹¹³，因而這個由 FTC 所主張的違法類型尚未通過法院的考驗，然而由此也可看出美國聯邦交易委員會在打擊一致性行為上是多麼不遺餘力。

五、小結

觀察美國司法實務對於廠商共謀行為的判斷模式，可歸納如下：

首先，在構成要件部分，廠商共謀行為的要件包括客觀要件與主觀要件。客觀

¹¹¹ FTC 在 1992 年 Quality Trailer Products Corp 一案的理由中並未論及被告廠商的市場力，理由是 FTC 認為，以市場力作為起訴的要件並不足以阻止具有潛在傷害性的廠商單方行為（*invitation*），對於行為人而言，卻如同提供一個免費試吃的蘋果（*a free bite at the apple*），因為若行為人的請求不為對手所接受，至少沒有刑罰的風險，若對手接受該請求，勾結成功，也可能永遠不會被發現或被證實，如此將使行為人有高度動機主動提出勾結的要約。然而 FTC 故意忽略市場力之舉卻引發爭議。參閱前引註 110。

¹¹² Geraldine M. Alexis 則認為，初期違反行為（*incipient violations*）的觀念，在法院 case law 中只具有減輕原告舉證責任的效果，也就是減輕原告舉證被告行為有反競爭傷害的責任。See Geraldine M. Alexis, *supra* note 110, at 74.

¹¹³ 所謂同意判決，是指政府及被告願以同意判決來解決政府對該案件的起訴，此種形式的判決對被告而言將不會留下犯罪紀錄，但雙方當事人皆受到法院所命的救濟（remedy）或補救（relief）措施的拘束。

要件即數廠商在外觀上有相同或類似的行為，主觀要件即行為人之間有協定的成立。只有外觀上類似的行為，尤其是寡占市場中廠商彼此間有意識平行行為，並不違法。而協定成立的方式，也不以正式或明示為必要。

由於外觀類似的行為很容易發現，因而判斷的關鍵在於主觀要件是否能成立。主觀要件是否成立，也就是當事人間是否成立協定，法院採取「附加因素」理論作為判斷標準。所謂附加因素理論，也就是必須證明當事人之間有外觀上類似的行為再加上數個附加因素的滿足，即可認定當事人間成立協定。

附加因素可能因個案而有異，美國實務上曾經採用的附加因素，包括當事人有無加入共謀的動機、加入共謀是否違反己身利益、競爭者彼此高層間之密切聯絡等。而對於當事人所提出經濟模型的論據，法院也並不排除納入考慮的可能性，未來也可能發展出其他更具證明力的附加因素。

較具爭議的是競爭者之間交換資訊的行為，由於此行為對於市場競爭利弊互見，法院會視所交換資訊的內容、系爭市場的結構、有無特殊之商業慣例等因素為綜合判斷。聯邦交易委員會與司法部則進一步在「健保反托拉斯執行政策聲明」中，對於交換資訊行為是否違法有更清楚的界定，包括所交換的資訊必須是歷史性的、經過充分加總的，且須由第三者管理。

再者，就證據認定方面，法院肯定得以間接證據認定共謀，惟該間接證據的證明力必須達到足以排除當事人獨立行動的可能性。而為因應未來競爭者合作愈益增多的趨勢，聯邦交易委員會與司法部共同發布「競爭者合作原則」，說明主管機關如何運用合理原則評估競爭者間的合作行為，提供競爭者從事交易一個較明確的標準。

此外，聯邦交易委員會所提出的“invitation-to-collude”違法態樣，雖非直接針對廠商一致性行為加以規範，但其目的顯然是為了預防一致性行為的發生。由於在蒐證上所面臨的難題一直無法突破，美國學說與實務界，嘗試從各種不同面向來尋求解決之道，從規範目的的角度而言，亦不失為一較務實的處理方式。

五、我國一致性行為案例分析

依公平會審理的結果，可把案例分為兩大類型，即公平會引用「一致性行為」理論對業者進行處分的案例，以及涉嫌一致性行為但不處分的案例。

一、以一致性行為處分之案例

案例一 有線電視系統業者聯合調漲收視費案¹¹⁴

本案乃是公平會首次在處分書中，明白將「一致性行為」理論導入現行法關於聯合行為之規範中，也就是積極肯定「一致性行為」為聯合行為態樣的一種，可說是對於「一致性行為」理論適用上具有指標性意義的案例。

對於本案中，公平會積極肯定「一致性行為」為聯合行為之違法態樣，且在證明方面，也考慮到間接證據的運用，並綜合考量被檢舉人調漲後價格之一致性、調漲時間相近、調漲前後市場競爭狀況之變動、國內整體經濟環境等因素，以排除被檢舉人之行為另有合理之經濟上理由的可能性，藉以證明被檢舉人之「一致性行為」，在理論邏輯上堪稱嚴謹，本文深表贊同。

但對於本案之直接證據，即所謂「與競爭有關之敏感性市場訊息」之內涵，在處分理由中並未進一步說明。被檢舉人之間相互透露訊息至何種程度，才是「與競爭有關之敏感性市場訊息」，不得而知。由於事業間交換資訊的行為對於競爭及消費者的影響究竟有利還是不利，在國外學說及實務上仍相當具有爭議，且往往須視個案而定。因而此部分若未清楚的說明，而逕認定被檢舉人所自承之內容即屬違法之直接證據，論證過程恐有欠妥當。

案例二 桶裝瓦斯業者聯合調漲檢驗費案¹¹⁵

本案在經濟分析部分與前案不同的，是在間接證據方面有更清楚的分析，例如說明本案市場結構因受限於法令規定，也就是須經由經濟部標準檢驗局之授權始得以進入市場，而有新競爭者參進不易的特徵，並說明本案之產業特性，即鋼瓶檢驗業務須考量檢驗時程、運費及運距，故而導致在地理市場上有區域區隔現象，也就是屬於分區寡占的市場結構，這些市場特徵的分析強化了證據上的說服力。

¹¹⁴ 關於本案事實限於篇幅不再詳述。請參閱行政院公平交易委員會（八八）公處字第〇七〇號處分書，公平會公報，八卷七期，第17頁。另與本案情形十分相近的案例則為發生在台北市中山區的「金頻道有線播送系統公司等一致性漲價案」，公平會（八八）公處字第〇七一號，公平會公報，八卷七期。由於該案事實經過以及公平會處分理由與本案如出一轍，故不另詳述。

¹¹⁵ 行政院公平交易委員會（八八）公處字第一二四號處分，公平會公報，八卷十一期，27頁。

案例三 航空公司聯合減班案¹¹⁶

在本案中，公平會認定違法的依據，在合意的證明上，包含兩部分，一為直接證據，即被檢舉人有透過公會「交換敏感性市場資訊」，傳達相互之營業策略，進而達成意思聯絡的事實；另一為間接證據，包含業者有進行聯合行為的動機，即在沒有合意之下業者單獨為大幅減班對其經濟利益有重大損害，以及合理之經濟上理由，例如國內總體經濟環境並未有明顯改變足以導致業者均同時為大幅減班行為，此外，業者過去經營策略的一致性、曾透過公會進行聯合促銷、曾多次共同協商等情事，也成為公平會考量的因素。

在直接證據方面，本案確立所謂「敏感市場資訊」的內涵是指關於未來供給的資訊；間接證據方面，除了在其他案例中所提及之「動機」與「合理之經濟上理由」之外，本案又多了一項「業者過去的經營策略」，這項因素似乎以業者的「素行」作為判斷依據，然業者的素行或可作為本案所有事證均足以認定違法之後，罰責裁量依據之一，似乎不宜以此作為推論違法事實的理由。

對於本案的分析，或可從市場結構部分作更清楚的說明：本案在市場結構上屬於寡占市場¹¹⁷，且礙於資本、技術等因素的限制，屬於參進困難的市場，而廠商所提供的服務同質性高，價格競爭是廠商最主要的競爭方式。在此一市場結構下，航空業者為維持自己的市場占有率，必定十分關切競爭對手在價格及航班上所採取之競爭策略，本案被檢舉人似乎反常的對競爭對手的策略漠不關心，也沒有任何先觀望、再跟進的動作，而是同時性大規模的減班，若此外觀上的一致是在航空業者彼此並不知悉對手的策略之下偶然發生，則此舉在仍具有高度競爭的市場而言並不合理，且有悖於個別廠商的利益。

¹¹⁶ 本案事實請參閱行政院公平交易委員會（九十）公處字第〇〇一號處分，公平會公報，十卷二期，23頁。

¹¹⁷ 國內航空市場計有遠東、復興、立榮、華信、瑞聯、德安等六家，依載客人數計算八十八年度國內航空產業之市場占有率，分別是遠東29.7%，立榮27.8%，復興23.7%，華信14.3%，瑞聯4.4%，德安0.15%。因此前三大航空公司之市場占有率合計達81.2%，屬高度集中之寡占市場。詳細資料參照行政院公平交易委員會（九十）公處字第〇〇一號處分，公平會公報，十卷二期，第27頁。

二、涉嫌為「一致性行為」但不處分的案例

案例 長榮、中華航空涉嫌同時調漲國際航線貨運價格案¹¹⁸

長榮及中華航空公司於八十八年四月、六月及八月間，均調漲其國際航線貨運價格，其中包括香港線、美洲線及歐洲線之運價調漲。而兩公司就調漲運價事宜，不論在發函通知各代理商之日期、調價生效日期，以及調價幅度上，均有高度雷同，因而引發主管機關調查其是否涉及聯合行為，然經主管機關調查後，認為其並無聯合行為之具體事證而決議不處分。

三、小結

從以上案例的觀察，我們可以歸納出以下幾個特點：

(一)主管機關公平會從八十八年對於有線電視系統業者一致性調漲收視費作出處分以來，一直到最近的幾個案例，原則上是依循美國學說與實務上發展出來的共謀理論。公平會所採行的「一致性行為」理論，其要件及內涵如下：

1. 數行為人之間主觀上對於未來的市場行為有共識，客觀上有一致的行為，共識的成立不須有書面，亦不須擬定共同計畫。而所謂外觀上行為一致，並不需數行為人之行為達到完全相同的程度，當行為人之行為在時間點、或數量等要素上非常接近時，即具有外觀上的一致性。
2. 在證明行為人間是否有意思聯絡，可以直接證據或間接證據證明之。
3. 所謂直接證據包括行為人直接進行商業情報之交換、公開與競爭有關之敏感性市場資訊；而間接證據則包括誘因、經濟利益、漲價時間或數量、不同行為之替代可能性、發生次數、持續時間、行為集中度及其一致性等。所謂誘因，是指行為人是否有參與勾結的動機；而所謂經濟利益，則著重在行為人之行為是否違背己身經濟利益。
4. 依間接證據證明「一致性行為」時，該等證據必須足以證明行為人間之意思聯絡乃是其外觀上行為一致性的唯一合理解釋。

¹¹⁸ 公平會公報，十卷三期，第 103 頁。

(二)就目前公平會運用一致性行為理論的具體實例包括：

1. 數事業間有事前接觸及交換資訊事實的推論-當事人曾有聚會聚餐之事實、競爭事業間部分股東有重疊的情形、公司高階人員在不同場合中相互建議不再殺價競爭、當事人自承漲價時已知悉競爭者亦將漲價。
2. 廠商的行為有違市場競爭機制之合理推論—例如成本結構與財務狀況各異的數事業所為同時間同幅度的漲價、數事業在國內整體經濟情勢並無大幅漲價環境的情形下均同時調漲價格、調漲價格的時期與市場供需淡旺季之循環不符、價格非同時調漲的情況下客戶卻未流失、在多項產品上同時出現價格的一致性、廠商對於成本未增加的產品一致性調漲價格、或在成本降低時卻一致性地不調整價格、或調整價格的方式違反慣常的反映成本模式、在寡占市場上由新進小廠商率先漲價後大廠才跟進、以往競爭激烈且活潑化的市場卻於某一時期突然停滯而沒有競爭活動。
3. 廠商行為明顯違背己身利益的推論—例如從以往投標情形可以推知，廠商明確能夠以更優惠的價格競標，此次卻無人降價競標；淡季市場需求量下滑，廠商在產能過剩的情形下卻不降價爭取客源；廠商主動拒絕與競爭對手的舊客戶交易，可能有劃分顧客、瓜分市場的默契；航空公司大幅減班，可能導致時間帶及額度被取消的重大不利益，卻依然為之。

(三)公平會傾向於對於廠商資訊交換行為予以非難，但並未進一步說明其所非難的「資訊交換行為」的明確意義與內涵，亦即廠商交換資訊在何種情況下會被認定違法，包括資訊交換的方式、交換的頻率、所交換資訊的質與量的範圍等等，公平會對此並未說明。

(四)司法實務上對於公平會所引用的「一致性行為」理論，究係採如何之見解，關係著未來此理論的發展，由於到目前為止，累積的案例相當有限，且由於八十八年二月公平交易法修法後，對於聯合行為適用「先行政後司法」原則，因而聯合行為的案例進入司法程序者又更為有限¹¹⁹，本文前所分析的案例中，除了並未進入司法程序者外，目前有的案例仍在行政法院待審理中，故

¹¹⁹ 依公平交易法第三十五條修正後的規定，確立了先行政後司法原則，使得公平會只有當被處分人逾期未停止、改正、或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似行為時，才會移送司法機關。

而僅能從較早的案例中觀察¹²⁰。法院對於公平會所移送之涉嫌聯合行為的案件，在證據方面，仍以傳統的刑法理論為依歸，也就是強調被告的主觀故意必須有強而有力的證據足資證明，而在客觀上並不就市場結構加以判斷，但由於公平會以一致性行為理論處理的案例，尚未有進入地方法院者，因而對於法院是否採納一致性行為理論中對於間接證據的運用，仍有待觀察。

(iv)行政法院的判決傾向於支持公平會的立場，而在證據方面，有直接證據的情況下，亦肯認間接證據的適用，當間接證據均指向被告涉嫌違法時，被告須積極提出有利於己的反證，否則將導致敗訴。

陸、結論—對於我國未來規範一致性行為之建議

聯合行為向來為我國公平法主管機關之執法重點，尤其自八十八年二月公平法第二次修法以來，對於違反公平法案件的罰鍰額度大幅提高，其後幾個聯合行為的案例，罰鍰金額更是屢創新高。

雖然鉅額罰鍰在某種程度上確能收嚇阻之效，但違法成本的提高，也可能使違法者轉而更新犯罪手法，尤其伴隨資訊通信、網際網路的發達，市場上資訊快速的流通，都將迫使執法者面對新的挑戰，日後證據確鑿的聯合行為案件恐不復見，取而代之的便是一致性行為。

而「一致性行為」乃是聯合行為規範中最棘手的部分，原因在於其欠缺直接證據¹²¹，且往往與寡占市場上廠商有意識的平行行為難以分辨。

我國公平交易法主管機關近來所引用的「一致性行為理論」，在競爭法先進國家如美國，其在實務運作上已有數十年光景，然而幾十年來，在這個議題上，雖有

¹²⁰ 例如台北市液化氣體燃料商業同業公會製作價目表致市場價格一致上揚案，行政院公平會（86）公處字第〇〇九號處分。行政法院八十七年度判字第二七二號判決。台灣區乳品同業公會引導同業共同採取不降價之一致行為案，行政院公平會（八六）公處字第〇六三號，以及臺灣臺北地方法院刑事判決-八十七年度易字第一三二八號，臺灣高等法院刑事判決-八十七年度上易字第三四二三號。

¹²¹ 公平會內部對此曾採取一種處理方案，也就是當數個寡占事業為聯合行為有足夠證據時，則論以公平法第十四條；若證據不足，而其全體對外關係，在特定市場上處於無競爭狀態，或具有壓倒性之地位，可排除競爭之能力者，則視其是否該當同法第十條各款所規定之行為態樣，而得論以第十條。例如，數個寡占事業涉嫌聯合漲價，但因沒有證據得以證明有聯合行為，則可能論以第十條第二款「對商品價格為不當之決定、維持或變更」。換言之，公平會曾試圖以規範架構上的競合，來閃躲一致性行為證明上所面臨的難題。

諸多學術上的討論，但實務上並沒有大幅度的突破。換言之，此一理論的發展或許已相當成熟，但從另一個角度來看，也或許是遇到難以突破的瓶頸。然而對於我國聯合行為的規範而言，這個理論的運用仍在起步階段，除了在觀念上有待釐清之外，在實務上得否順利運作，仍有許多值得努力的空間。

對於我國未來規範一致性行為的建議，可以分為三方面來看：

一、從比較法獲致之心得

由於本文並非針對特定產業之研究，因此在比較法上的探討，仍以一般性廣泛適用於各種產業的通則為研究對象，揆諸美國一致性行為理論的發展，可歸納出以下幾點值得參考之處：

(一)美國法院判斷共謀的一般原則

從法院判例的分析可窺見，法院的一般原則仍以早期即已確立的附加因素理論為基礎，也就是原告需舉證被告有外觀上的一致或類似的行為（平行行為），加上數個附加因素，以排除被告的行為只是基於寡占市場相互依賴性而來，這些附加因素包括當事人有無勾結的動機、勾結是否有違己身利益。其後，更確立了間接證據（情況證據）可以運用於當事人主觀故意的證明。除此之外，晚近的案例中，法院也考量當事人是否有利用一些便利勾結的工具或措施，作為認定主觀共謀故意的論據。

(二)聯邦交易委員會與司法部所揭示的合理原則分析架構

聯邦交易委員會與司法部於二千年所發佈的「競爭者合作行為反托拉斯原則」中，對於判斷廠商間成立的協定是否違法，主管機關所採判斷要素、判斷標準與分析步驟，作成一個原則性的標準的運作模式，以將市場上的客觀現象，包括產業特徵與廠商行為，與廠商主觀的故意，就兩者之因果關係，尋求合理與正當的連結。這個指導原則，揭露了美國反托拉斯主管當局如何以間接證據認定一致性行為的推導過程，對於此理論仍在起步階段的我國，可節省許多摸索的時間與過程。

(二)對於競爭者間「資訊交換行為」之規範

由於資訊交換同時具有有利與不利競爭的雙重性格，因而美國司法實務對於資訊交換的規範上，迥然不同的見解時而可見。聯邦交易委員會與司法部所公佈的「健保反托拉斯執行政策聲明」，則對於廠商的資訊交換行為畫出規範界線，然而此界線並不是當廠商交換某些資訊即屬違法，資訊交換行為本身並不違法，只有當廠商的行為引發反競爭疑慮時，當其所交換資訊內涵違反上述聲明，則可能被主管當局推定為共謀。這對於因科技發展而提供更多資訊交換管道的未來而言，資訊交換極可能成為廠商勾結最迅速也最有效的工具，因而仍將是規範重點。反觀我國，主管機關雖已將資訊交換列為判斷一致性行為的重要依據，但判斷標準與規範界線仍相模糊，因此，未來應針對廠商資訊交換行為的規範界線作進一步的說明。

二、對於我國現行法規範及實務的分析與建議

(一)現行法規範之檢討與建議

由於欲以明確的法律條文說明法所禁止的「一致性行為」的意義，具有相當的困難性，因此本文並不建議在法條中明訂「一致性行為」的違法態樣。對於一致性行為之規範方式，可從兩方面來看，也就是行為面與結構面，分述如下：

1. 對於單方面建議行為的規範

從整個聯合行為的規範架構來看，目前在學說上認為有所不足的，是現行法對於以「建議與遵循建議」的模式而達成共同形式之行為，並沒有明文禁止的規定¹²²。

學說上認為所謂的「建議」，乃是行為人之一方將其主觀上認為值得遵循之價值或行為方式告知另一方，而使另一方獨立自主的決定是否要依建議之內容而為之，因此建議之雙方當事人雖然曾經有意思的接觸，但其形式僅是「一方推薦式的表達意思，他方接受表示，再加上隨後之遵循建議」而已¹²³。

¹²² 吳秀明教授主張管制聯合行為法制之配套，請參閱吳秀明，「避難到不公平競爭之聯合行為管制-公平法第十四條與第十九條第四款適用關係之釐清」，第三屆競爭政策與公平法學術研討會論文集，行政院公平交易委員會八十八年十月出版，第37頁至第44頁。

¹²³ 吳秀明，同上註，第41頁。此外，洪禮卿等，前引註2，第19頁中，提到德國聯邦最高法院的判決曾表示：「所謂建議，依通說的見解，是一種聲明，是由建議人透過推薦、暗示或勸告的方式，向被建議人表示有利益的建議的本質，是一種沒有法律拘束力的說明。」

因雙方並未達成意思合致，故而不符合合意的要件，然而建議與遵循建議的雙方雖分別基於自己的意思採取行動，但建議人以其行為影響被建議人之意思決定，並導致被建議人配合其建議，進而採取共同形式之行為，對市場之競爭機制的確會造成影響，因此德國營業競爭限制防止法（GWB，或譯為「限制競爭防止法」）第二十二條及第二十三條，對於建議有明文禁止之規定¹²⁴。

我國現行法對此部分並無規定，在以往實務案例中，公平會曾經將「單方面之建議行為」認為該當於公平法第十九條第四款之「其他之不正當方法」，而引發學界對於此兩者是否具有相同不法內涵之質疑¹²⁵，並有主張此部份乃是現行法之法律漏洞，應透過修法增訂的方式才是正本清源之道。

首先，對於單方面的建議行為，本文認為應有予以規範的必要，因為從建議者的動機來看，廠商何以要做單方面的建議，其目的無非就是表達其希望被建議的一方遵循其建議，而該建議的內容想必也對建議者有利，否則理性廠商焉有損己利人之理？

再從被建議的一方來看，特別是在寡占市場上，各廠商在做決策時，勢必考量其競爭對手的策略。當競爭者之間相互不知道彼此將採行何種策略時，通常只能揣測對手可能的策略而為不同的因應之道，當競爭者之一向特定的競爭對手就競爭要素作建議，被建議者在思索是否要遵循該建議內容而行時，自然也會認為建議者的建議已透露出其未來之策略。

換言之，「單方面的建議行為」在內涵上，其實可以說是一致性行為的前行為，即使建議者自己也體認到被建議者未必採納其建議，但其至少具有實施一致性行為之未必故意（或間接故意），此已顯現出行為人之反競爭意圖，故暫不論被建議者是否果真遵循建議，「建議」本身就不是值得保護的行為，因而本文認為應修法增訂禁止對於特定競爭對手就競爭要素為建議的規定，以防範未然。

在德國營業競爭限制防止法第二十二條及二十三條，對於建議的禁止及豁免有

¹²⁴ 參照公平交易委員會八十八年五月所出版之法規彙輯「德國營業競爭限制防止法」。詳細內容請參閱註 6。

¹²⁵ 例如「高屏地區私立升學文理補習班提高八十四學年度收費案」，參見行政院公平會（85）公處字第 068 號處分書，載於公平會公報，第五卷第五期，八十五年五月，第 40 頁以下；以及「麥粉公會建議會員反映成本致麵粉價格上揚案」，公平會公處字第 161 號處分書，公平會公報，第四卷第十二期，第 1 頁以下。關於學者質疑的部分，參見吳秀明，前引註 17，第 37 頁至第 44 頁。

相當詳細的規定，其中建議者若欲豁免於該條禁止規定，還須事先向卡特爾官署申報，並於聯邦政府公報中公告，除此之外，卡特爾官署仍需持續就符合豁免要件的建議予以監督¹²⁶。現行法是否要採行類似德國如此鉅細靡遺的規範方式，應同時考量所需耗費之行政成本與所欲保護之市場自由，就目前主管機關公平會現有的行政資源與人力配置，採行類似德國的規範方式，恐怕難以負荷。

因此，或許得在法條中明文規定禁止「對於特定競爭對手就競爭要素單方面的建議」，然而這個建議必須當被建議者遵循建議，將足以影響市場功能的條件下，才在禁止之列。再者，基於單方面的建議行為相較於一致性行為而言惡性較輕微，故對於建議人本身的市場力應作一限制，例如以寡占市場中占有率達一定百分比的廠商才在被禁止為建議行為的範圍內¹²⁷。

至於「建議與遵循建議」的模式，在一般文字概念上可分割為建議及遵循建議兩個各別獨立的行為，也就是建議者所為的建議，並不是契約中的要約行為，也就是建議人並未以自己欲受拘束的意思表示，向被建議人提出要約，故而被建議者可能並不採納。但若建議者除了為建議行為之外，本身也採取與該建議相同或類似形式的行為，這就應該以一致性行為理論加以判斷，不因行為人主張僅是單純的建議行為而得以卸責。當然，在判斷上仍必須符合一致性行為的判斷標準，例如有參與勾結的動機、遵行建議有悖於己身利益、或有違市場競爭機制之合理推論等等，當有足夠的間接證據足以推論勾結乃是唯一可能時，建議者與遵循建議者即該當一致行為。

2. 對於資訊交換行為之規範

在我國一致性行為的案例中，有相當多的案例與廠商的資訊交換行為有關，目前資訊交換是主管機關據以推論一致性行為的間接證據，然而對於資訊交換的內涵，究竟何者可為、何者不可為，並沒有明確的界線。由於我國法規範體系中，並沒有像美國行政機關得發布指導原則這種具有法規範效力的方式，只能藉由修法的方式將欲規範的行為納入法規範體系中。因而日後若能在公平交易法中明文禁止有害競

¹²⁶ 該規定的詳細內容參照公平交易委員會八十八年五月所出版之法規彙輯「德國營業競爭限制防止法」。

¹²⁷ 至於市場占有率達多少的廠商，其單方建議行為才須被禁止，本文目前現有的資料並不足以定出客觀而具說服力的數字，仍須待更多針對我國產業市場結構的實證研究做為修法的基礎。

爭的資訊交換行為，不僅給予廠商一個明確的行為準則，對於主管機關或法院而言，在一致性行為的判斷或證明上，法律基礎也更為完備。

3. 適時解除管制

除了上述兩項從行為面加以檢討與修正之外，我們也可以從結構面來避免廠商一致性行為的發生。從結構面來看，雖不能說「寡占市場」在本質上是應予非難的對象，但由於寡占市場提供廠商進行勾結的動機，因此，除了因自然障礙造成的寡占無法避免之外，因法令所形成的寡占，政府理當針對相關法令規定，就其是否有優於市場自由競爭機制的法益應予保護，重新予以檢討。

(二) 對於實務之檢討與建議

由於市場結構與一致性行為密不可分，主管機關應加強建立產業市場結構資訊，尤其服務業的相關資訊目前仍十分欠缺。由於服務業對於相關法律的知識水準較高，不但在發生一致性行為的機率上有凌駕製造業的趨勢，其所運用的勾結手法也逐漸與高科技連結，未來勢將成為規範的重點。

此外，主管機關應繼續就各案件進行實證分析研究，期能對於各產業市場結構充分了解與掌握，以便在市場上出現不尋常的現象時，得以洞燭機先、掌握蒐證時效。

再者，主管機關未來或可仿效美國聯邦交易委員會公佈指導原則的方式，擬一份類似於產業規範說明的說帖，使各界對一致性行為之違法態樣的意義與內涵更為清楚。畢竟，主管機關將其政策與執法立場透明化，不僅有助於促進企業良性競爭之正確觀念，也是法治國之執法機關所責無旁貸。

我國自公平交易法適用以來，雖僅不到十年，主管機關為達到競爭政策與規範目的的落實，在如何遏阻廠商勾結行為的議題上，參考競爭法先進國家之經驗，已有相當前瞻的做法，其努力值得肯定，其方向也堪稱正確。惟「一致性行為理論」從正式在公平會處分書中出現迄今，也不過短短二、三年，仍在發展階段，不論學界、業界、實務上對此一理論仍相當模糊，也尚未被廣泛接受，但未來仍有努力空間，期待主管機關繼續勇往直前，切勿因一時困境而退縮。

(二)未來可能遭遇的議題

- 1.一致性行為的規範上，最大的難題就是因證據欠缺而難以定罪。而隨著科技的發展，電子通訊（electronic communication）器材的使用日益普及，使得此類案件在證據保存方面勢必面臨更大的挑戰。因此，將來如何取得通訊保存紀錄，可能成為執法機關在蒐證上必須克服的問題。
- 2.隨著競爭有日益國際化的趨勢，執法者將來如何取得國外相關資訊，也必須未雨綢繆。
- 3.對於高科技產業蓬勃發展伴隨而來的反競爭問題，主管機關應密切觀察與注意。例如企業對企業間電子商務 B2B（Business-to-Business）可能引發勾結¹²⁸、或企業藉由智慧財產權來達其反競爭目的。此外，如航空業，美國航空業屬反托拉斯豁免領域，與我國乃係不同的法令所規範，適用的規範雖不同，但所發生的反競爭問題仍值得借鏡，例如美國航空業市場目前也屬寡占市場，航空公司藉由新興科技 CRS（電腦訂票預售系統）交換資訊¹²⁹，導致聯合定價等問題。

¹²⁸ 在二〇〇〇年六月由美國聯邦交易委員會與商務部主辦的「企業對企業間電子商務對市場競爭影響研討會」（Business-to-Business Electronic Marketplace）中，與會人士均認為B2B對未來貿易活動將產生重大影響，因為在短短五年內，經由B2B進行的交易金額已累積到一千五百億美元，且預估在二〇〇四年時，該金額將達到七兆美元。

B2B交易相對於傳統交易方式，其優勢在於網路效應以及具有規模經濟的效果。透過B2B進行交易，對於市場競爭而言，有節省成本、手續簡便、增加效率、具有彈性、價格透明化、鼓勵交易雙方建立長期關係等優點。但其可能帶來的反競爭效果，包括設立高門檻限制其他業者加入的排除行為（exclusion），以及利用網路聯合訂價的勾結行為（collusion）。

由於B2B仍在初步發展階段，其對於競爭的影響尚未有定論，主管機關在對於此一新興產業的經驗與問題認知不足的情況下，為避免政府過度介入而阻礙新產業的發展，所持態度則是繼續密切觀察其發展、蒐集資料，並謹慎執法。目前FTC與DOC則對於數個市場集中度高的產業所成立的B2B交易所，特別注意其是否有反競爭行為，例如三大汽車廠、航空公司、六大肉品加工廠。

¹²⁹ 林國彬，「美國聯邦國內州際客運航空事業經濟管制及解除管制之研究—以「主要航空（trunk carrier）」管制為例」，《公平交易季刊》，九十年四月，第九卷二期，第121頁至第141頁。

參考文獻

壹、中文部分

一、專書

- 行政院公平交易委員會（2000），聯合行為相關案例（製造業）彙編，公平交易法論叢。
- 行政院公平交易委員會（譯）（1999），德國營業競爭限制防止法，行政院公平交易委員會出版。
- 行政院公平交易委員會（譯）（1995），美國公平交易法相關法規彙編，行政院公平交易委員會出版。
- 洪禮卿、林騰鶴、張懿云（1993），君子協定與默契行為之研究，行政院公平交易委員會八十二年度研究計畫。
- 何之邁（1993），公平交易法專論。
- 陳昭南、許松根、林全等七人合著（1998），經濟學，台北：華泰。
- 張清溪、許嘉棟、劉鶯鈞、吳聰敏（1995），經濟學—理論與實際（上冊），第三版，台北：翰蘆。
- 張守均（1993），個體經濟理論與應用（第二冊—廠商決策理論與產品市場均衡分析），台北：全英。
- 黃茂榮（1997），聯合行為，行政院國科會科資中心出版。
- 單驥、何之邁、張明宗、劉靜怡（2000），寡占市場「一致性行為」之證據認定方法及其濫用市場行為規範，公平交易委員會八九年合作研究報告十三。
- 廖義男（1995），公平交易法之理論與立法。
- 廖義男（1994），公平交易法之釋論與實務。
- William G. Shepherd著，陳振長譯（1991），產業結構經濟學，台灣銀行經濟研究室編印。

二、論文期刊

吳秀明（2001），「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，公平交易法施行九週年學術研討會論文。

吳秀明（1999），「避難到不公平競爭之聯合行為管制-公平法第十四條與第十九條第四款適用關係之釐清」，第三屆競爭政策與公平法學術研討會論文集，行政院公平交易委員會出版，20-71。

林廷機（1999），「公平法有關不公平競爭行為應如何適用合理原則或當然違法原則」，第二屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，行政院公平交易委員會出版，89-124。

行政院公平交易委員會（1998），「關於公平交易法案件因證據採擷之認定標準致影響聯合行為相關規定之適用問題」，行政院公平會與各級法院暨檢察署相關執法人員研討座談會會議資料及記錄，63-126。

魏杏芳（1998），論歐洲共同體對聯合行為的管制----從群體除外（Block Exemption）制度看超國家體制執行經濟管制的方法與困境，國立政治大學法律學研究所博士論文。

林國彬（2001），「美國聯邦國內州際客運航空事業經濟管制及解除管制之研究-以『主要航空（trunk carrier）』管制為例」，公平交易季刊，九卷二期，121-141。

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，九卷二期，37-59。

Prof.Dr.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，五卷三期。

陳正倉、林惠玲（1997），「台灣產業集中度水準及其變動之研究」，經濟論文叢刊，二十五卷三期，335-367。

貳、外文部分

A. Books

- Areeda, Phillip E. (1986) , *Antitrust Law*, Canada: Little, Brown and Company.
- Areeda, Phillip E. and Louis Kaplow (1988) , *Antitrust Analysis -- Problems, Text, Cases*, 4th ed., Canada: Little, Brown and Company.
- Hovenkamp, Herbert (1994) , *Federal Antitrust Policy -- The Law of Competition and It's Practice*, St. Paul, Minn: West Publishing Co.
- Scherer, F. M. and D. Ross (1990) , *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd ed., Boston, MA: Houghton Mifflin.
- Shephard, W. G. (1979) , *The Economics of Organization* .
- 曾田辰良 (1997) ,*獨占禁止法的經濟分析*, 多賀出版公司。

B. Periodicals

- Alexis, Geraldine M. (Spring 2000) , "Invitations to Collude Are the Federal Trade Commission's New Weapon to Police Unilateral Activity," *American Bar Association* , 14 : 68-76.
- Allen, Robert F. (Fall 1981) , "Oligopoly, Tacit Collusion and the Problem of Proof under the Antitrust Law," *Antitrust Bulletin*, 26 (3) : 487-506.
- Baker, Jonathon B. (Spring 1993) , "Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory," *Antitrust Bulletin*, 38 (1) : 143-219.
- Bullock, Frank W. Jr. (Fall 1990) , "No 'Tacit Collusion' in the U.S. Cigarette Industry: Lack of Market Power, Supracompetition Prices, " *Antitrust Law and Economics Review*, 22 (4) : 75-90.
- Dick, Andrew (1998) , "Cartels and Tacit Collusion," in Peter Newman, ed., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1: 206-211, London: Macmillan Reference Limited.

- Dowd, James Murphy (Dec. 1996) , "Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input Markets," *Boston University Law Review*, 76: 1075-1117
- Freed, M., William E. Kovacic, M.J. Moltenbrey and Nathan Eimer (1997) , "The Detection and Punishment of Tacit Collusion," *Loyola Consumer Law Reporter*, 9: 151-162.
- Gilligan, Tomas W. (Dec. 1992) , "Imperfect Competition and Basing-Point Pricing: Evidence from the Softwood Plywood Industry," *American Economic Review* , 82 (5) : 1106-1119.
- Hay, George and Denial Kelley (1974) , "An empirical survey of price fixing conspiracies," *Journal of Law and Economics*, 17: 13-38.
- Kovacic, William E. (Spring 1993) , "The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws (Symposium on Tacit Collusion)," *Antitrust Bulletin*, 38 (1) : 5-81.
- Lopatka, John E. (1996) , "Solving the Oligopoly Problem: Turner's Try," *Antitrust Bulletin*, 41 (4) : 843-908.
- McCutcheon, Barbara (1997) , "Do Meetings in Smoke-Filled Rooms Facilitate Collusion," *Journal of Political Economy* , 105 (2) : 330-350.
- Sargent, Mark T.L. (May 1993) , "Economics Upside-Down : Low-Price Guarantees as Mechanisms for Facilitating Tacit Collusion," *University of Pennsylvania Law Review*, 141 (5) : 2055-2118.
- Selten, R. (1973) , "A simple model of imperfect competition," *International Journal of Game Theory*, 2: 141-201.
- Simpson, John D. (1994) , "When dose new entry deter collusion ?" Federal Trade Commission Bureau of Economic Working Paper.
- Thisse, Jacques-Francois and Xavier Vives (Sep. 1992) , "Basing-Point Pricing: Competition Versus Collusion," *Journal of Industrial Economics*, 40 (3) : 249-60.
- Yao, Dennis A., Susan S. DeSanti (Spring 1993) , "Game Theory and the

Legal Analysis of Tacit Collusion," *Antitrust Bulletin*, 38 (1) : 113-41.
DOJ/FTC (April 2000), *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. (<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>)
DOJ/FTC (August 1996), *Department of Justice and Federal Trade Commission Statement of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*. (<http://www.ftc.gov/reports/hlth3s.htm>)
DOJ/FTC (1992), *Horizontal Merger Guidelines*. (with April 8, 1997, Revisions to Section 4 on Efficiencies)
(<http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>)

The Analysis of Concerted Action

Lee ,Yu-Hua

Over the past few years, the Fair Trade Commission has included "unanimous action" under its regulation of concerted actions. The concept was derived from the precedent of the U.S. Supreme Court, and its essence is generally referred to as "tacit collusion" in economics terms.

Tacit collusion occurs generally in oligopolistic markets. Competing firms in an oligopoly usually take their rivals' actions into account when making their own strategies. Each firm's decision is interdependent with that of its rivals. Hence, it is difficult to differentiate between concerted action and conscious parallelism. In addition, compared with coordinating by contract or other formal procedures, tacit collusion is less prone to antitrust detection and has become the choice for coordinated actions.

Thus, enforcement agencies will be faced with the difficulty of gathering evidence. While direct evidence can be difficult to find, antitrust enforcers are confronted with the task of inferring collusions from circumstantial evidence. Since the concept "concerted action" derives from U.S. Supreme Court precedent, this paper will examine the U.S. courts' opinions and other academic references.

First, we know that tacit collusion is related to the market structure by generalizing the opinions of U.S. judicial system and relevant academic references. Successful collusion among competing firms is usually dependent on market conditions and facilitating devices in the relevant market. These factors will become very important in the determination of tacit collusion. Accordingly, an examination of the correlation between tacit collusion and market structure will help in the future regulation of collusions.

Second, the development of presumption of fact in U.S. courts and the competent authority is worthy of consideration. For instance, the U.S. courts apply "plus factors" to determine the lawfulness of an agreement among competitors. The Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice outline the competent authority's analytical approach to collaborations among competitors in the "Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors."

Nowadays, market activities are complicated and variable. To compete in today's markets, competitors frequently need to collaborate. Indeed, collaborations among competitors may be beneficial in many aspects, such as increased efficiency, cost saving, encouraging competition, and an increase in consumer welfare. These benefits are consistent with the objective of the competition law, which is to protect competition and market mechanism. The emerging hi-tech industries, increased internationalization of competition, and growing use of electronic communications will make tacit collusion easier, thus collusions have become major hurdles to overcome.

Finally, to regulate tacit collusion in the future, we should consider whether the measures taken are consistent with our country's competition policy. After examining the domestic market situation, legislators should deregulate certain oligopolistic industries that are results of non-natural reasons. Meanwhile, the competent authorities should keep a close watch on the change of the market structure. In addition, the competent authorities should have a clear and more defined scope when taking action against concerted action cases in the future.

