

《公平交易季刊》

第 29 卷第 1 期 (110/1), 頁 1-64

◎公平交易委員會

# 從司法審查實務論聯合行為 「合意」要件再修正

石世豪\*

## 摘要

本文首先說明我國公平交易法關於聯合行為要件及其認定方式 2 次重要修正，概要比較我國立法所明定「契約、協議」、「決議」與「其他方式之合意」等聯合行為型態彼此之間概念異同。其次，本文再以 1999 年至 2019 年 5 月間行政法院有關聯合行為已確定的終局判決為研究範圍，針對其中涉及聯合行為「合意」要件的解釋與認定相關爭議者，整理、分析行政法院終審法律意見，觀察上述公平法修正是否提供法院定紛止爭所需明確標準，抑或仍由美國及歐盟等「先進」競爭法制經驗引導法院取決兩造主張。從行政法院終審法律意見所聚焦的聯合行為「合意」要件解釋與認定相關爭議，對照其與美國反托拉斯法及歐盟競爭法上關於「卡特爾」或「勾結」概念內涵之間的異同情形，凸顯我國公平法實務運作朝上述「先進」競爭法匯流趨勢之後；有鑑於各國競爭法跨境競合、核心規範彼此趨同發展，文末因此建議：我國公平法規定允宜兼顧實務運作需求，適度調整聯合行為「合意」要件的法條用語。

**關鍵詞：**行政訴訟、判決、系統化研究、聯合、一致行為、合意、暗默勾結、推定、決議、類型化、公平交易法

投稿日期：109 年 9 月 22 日

審查通過日期：110 年 1 月 6 日

\* 國立東華大學法律系教授。本文部分內容改寫自：公平交易委員會委託台灣公平交易法學會執行「公平交易法國內重要案例分析—以聯合行為為例」研究成果，本文作者為該研究計畫協同主持人之一，負責評析司法判決中涉及「合意」要件爭議大約 1/3 相關案件；其後並曾以類似題目，發表專論於台灣公平交易法學會 108 年度「聯合行為裁判實務與規範之發展趨勢學術研討會」。本文係參考上述研討會與談人意見及同場次其他論文後，再次增補改寫；終究得以成文，作者並感謝匿名審查委員提供多項修正建議。

## 一、前言

關於多家事業在市場上彼此不相互競爭，轉而以契約、協議、共謀等各種手段決定或維持價格、數量或瓜分市場，以及，其他相互約束事業活動的限制競爭行為，亦即比較法上所謂「卡特爾（cartel, Kartell）」、「勾結（collusion）」或我國公平交易法（下稱公平法）上所稱的「聯合行為」，向來為各國競爭法上核心規範對象之一<sup>1</sup>。然而，我國公平法在制定初期，由於競爭法制度及相關概念在國內尚屬陌生<sup>2</sup>，不僅對於是否立法規範限制競爭行為尚存爭論<sup>3</sup>，法典草案所採取的立法體例、章節及條文規定也數度變動<sup>4</sup>。其實，「卡特爾」或「勾結」在比較法上自始即未以精確的法律概念轉化為成文法<sup>5</sup>，而且，在典型「契約」及其他顯而易見的正式「決議」或「協議」以外，事實上也可能透過更為隱晦的「協調」、「倡議—附和／配合」、「呼籲—（行動）響應」、「邀請—嗣後以行動加入」或其他「勾結」手段促成。

在上述法制背景下，各國競爭法主管機關取締違法「卡特爾」或「勾結」，又普遍面臨事業愈來愈擅於記取舊案教訓，關於「契約」、「協議」、「決議」等違

<sup>1</sup> 參閱：廖義男主持，公平交易法國內重要案例分析—以聯合行為為例，公平交易委員會 108 年度委託研究報告，1（2019）；並請比較：美國休曼法（Sherman Act）第 1 條、歐盟運作條約（TFEU）第 101 條第 1 項、德國營業競爭限制防止法（GWB）第 1 條、日本獨占禁止法第 2 條（第 5 項、第 6 項）及第 3 條，以及我國公平法第 14 條及第 15 條第 1 項本文。

<sup>2</sup> 臺灣於 1978 年間即有學者專論引介「卡特爾」概念，參閱：廖義男，「卡特爾之概念」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊，99-139（1995）。

<sup>3</sup> 關於 1980 年代中期，臺灣針對公平法是否制定、是否在不公平競爭行為之外一併納入限制競爭行為規範，及國內廠商透過協議、同業公會從事聯合壟斷或限制競爭行為等弊端叢生等問題之相關討論，參閱：廖義男，「公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊，187-237（1995）。

<sup>4</sup> 關於公平法立法經過及經濟部委託學者草擬公平法全文、經濟部送行政院審議草案全文、行政院送立法院審議草案全文及立法院三讀通過全文等，詳請參照廖義男，同上註，259-484。

<sup>5</sup> 關於競爭法重要先驅之一的美國休曼法制定初期，法條用語相當籠統含糊，訴訟實務上仍倚重普通法（common law）的比較法制背景說明，參閱：Howard Langer, *Competition Law of the United States*, 2nd ed., Wolters Kluwer Law & Business, No. 1-22, 15-21（2014）。至於另一個競爭法重要典範，亦即，歐洲聯盟（下稱歐盟）競爭法，既有奧地利、德國、英國等「歐洲源流」，也有間接源自美國或深受美國影響者，關於「卡特爾」或「協議」、「決議」、「協調之舉措」等「勾結」概念，歐盟執法實務上向來從合目的觀點出發適度從寬解釋，概要說明，參閱：Alison Jones & Brenda Sufryn, *EC Competition Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 30-32, 106, 127-158（2004）。

法事實在實務上愈來愈難發現直接證據<sup>6</sup>。另一方面，在緊密寡占市場上，則更有（市場力量相當或更居於優勢的）競爭事業迅速對應，導致率先採取差異化措施者徒勞無功的特殊賽局情境，及商品均質化、市場高度透明等極易促成「平行行為」的特殊結構因素，以致精確區別違法「卡特爾」或「勾結」，與事業經由「理性」選擇後所採取的合法「看齊」或「同一形式」活動相當不容易，主管機關執法也因此而倍加困難<sup>7</sup>。

在我國公平法執法實務上，主管機關也逐漸面臨長久以來困擾國際同儕的相似問題：不僅於前 14 年間「聯合行為」處分案例近半數未查獲「合意」書面證據<sup>8</sup>；公平交易委員會（下稱公平會）早期內部研究報告也指出：口頭約定與「互為一致行為」漸成為「合意」的主要方式<sup>9</sup>。此種現象，迫使執法機關必須克服證明「合意」存在、與寡占市場上所謂「有意識的平行行為（conscious parallelism of action）」相互區別兩道難題；針對緊密寡占市場上事業之間採取外觀上「一致」活動，尤其是漲跌同方向、幅度相同的「價格跟隨」現象，公平會也曾試圖引入比較法上「一致性行為」概念，據以區辨「有意識的平行行為」進而處理「中油、台塑油品調價案」，卻遭遇我國公平法上「聯合行為」終究須具備「合意」要件並以適當方式加以證明的執法障礙<sup>10</sup>。至於主管機關如何證明「聯合行為」出於「合意」，則恰是「聯合行為」管制執法上最為棘手者<sup>11</sup>。

<sup>6</sup> 相關說明，參閱：Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 9th ed., Oxford University Press, 526 (2018)。

<sup>7</sup> 相關說明，參閱：石世豪譯，Teichmann 著，「寡占市場上事業競爭行為之監督」，*公平交易季刊*，第 5 卷第 3 期，140-146（1997）。關於市場上僅有少數（市場力相當的）競爭者，其彼此之間「鑑於市場結構關係，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等結果，經濟上係屬不理性，基此認識，遂跟著看齊而為『同一形式之行為』……學理上亦稱之為『有意識之平行行為』……以與因意思合致而成立之『互為一致之行為』相區別……『同一形式之行為』，因當事人間欠缺意思之聯絡與合致，故概念上，並不屬於卡特爾合意之一種」，國內學者早於公平法制定之前，即已有所引介；引自：廖義男，前揭註 2，109-110；並請比較：Alison Jones & Brenda Sufirin, *supra* note 5, 818。

<sup>8</sup> 轉引自顏廷棟，「聯合行為之執法檢討與展望」，*公平交易季刊*，第 20 卷第 4 期，23（2012）。

<sup>9</sup> 關於公平會 1999 年內部研究報告「事業聯合行為之因子影響分析」，轉引自吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，收錄於：氏著，*競爭法制之發軔與展開*，初版，元照出版公司，13（2004）。

<sup>10</sup> 此外，在「中油、台塑油品調價案」中，另一項關於聯合行為取締爭議的重要問題，則圍繞於「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」要件；由於公平會未釐清國內油價低於鄰近國家（是否仍構成高價謀取壟斷暴利），以及，雖然兩家事業採行公告批發售價機制，對下

尤其，事業不服公平會就其所認定的違法聯合行為所為處分，提起行政爭訟之後，受理爭訟的（訴願機關及）法院已非公平法主管機關，除了競爭法及其深具（經濟分析及產業實證經驗）特色的執法情境之外，勢必一併審酌原處分在法律明確、構成要件解釋、證據法則等一般實體及程序法律釋義操作方面的嚴謹程度（以及不限於競爭政策觀點的廣泛行政及政治考量）<sup>12</sup>；原處分合法性成為行政訴訟標的之後，與個案相關的事實上或法律上主張及其證明問題，也隨之成為兩造攻擊防禦焦點與法院審酌重心所在<sup>13</sup>。在此種競爭法透過法院適用於訴訟程序的司法審查情境中，被處分事業（及其訴訟代理人）為強化攻擊防禦方法，不乏援引曾在外國類似案例中贏得勝訴的論證模式者，從當事人試圖尋求最佳救濟的個案觀點而言，誠然無可厚非。

另一方面，我國公平法自制定以來，關於「聯合行為」禁止規範基本上曾經參照各國競爭法納入法典，嗣後又根據在地執法經驗參考外國競爭法先例，就「聯合行為」定義、要件及其認定方式多次修正<sup>14</sup>。因此，公平會取締非法「聯合行為」的執法標準及其認定方式不免受各國同儕機關影響，被處分事業尋求救濟所採取的攻擊防禦方法，隨之援引外國競爭法類似案例曾經採納的論證方式，甚至據以成功爭取勝訴判決撤銷公平會原處分，也就不足為奇。在上述法制沿革及實務操作背景下，公平法主管機關或法院參考外國競爭法制及其執法經驗，或許就事業在市場上從事競爭活動的共通經濟規律、各國競爭法內所蘊涵的類似規範理念兩方面，在當前經

---

游加油站業者採行舊折算機制足以緩和公告價格效果，各地加油站業者仍可自主決定零售價格等疑義，該案處分理由不免遭到質疑。相關說明，參閱：何之邁，「平行行為乎？一致行為乎？－評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第 58 期，145-174（2006）。

<sup>11</sup> 相關說明，參閱：吳秀明，前揭註 9，47、51。

<sup>12</sup> 公平法於 2015 年初全文修正時，已增訂第 48 條規定，不服公平會處分或決定者，排除訴願適用。關於公平會設立運作初期，訴願及行政訴訟等救濟程序對該會處分所進行的違法審查情形，以及，兩者相較之下前者潛藏專業以外（政策）考量介入的制度性問題等，參閱：石世豪，「公平交易委員會所為處分之違法審查問題－以法學界既有系統性研究為中心」，收錄於：王文宇等，新世紀經濟法制之建構與挑戰－廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，初版，元照出版公司，1209-1254（2002）；對於訴願制度適用於公平會執法案件的批評，參閱：吳秀明，「訴願：一個在公平交易法領域早應被淘汰的制度－兼評行政院訴願會院台訴字第○九七○○八四七八○號決定書」，台灣法學雜誌，第 111 期，183-190（2008）。

<sup>13</sup> 相關說明，參閱：石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁罰處分相關判決」，公平交易季刊，第 25 卷第 4 期，1-29（2017）。

<sup>14</sup> 參閱：本文二相關說明。

濟貿易益發國際化及各國競爭法制趨同發展的潮流中，不乏相互印證、借鏡啟發之處。然而，執法機關依法行政、法院依據法律獨立審判，依舊不能忽略：我國公平法上關於「聯合行為」的定義及其要件規定，以及，公平法執法機制及其後續司法審查程序，至今仍與美國及歐盟等「先進」競爭法制之間存在無法忽略的重要差異<sup>15</sup>。

本文首先說明我國公平法關於聯合行為要件及其認定方式 2 次重要修正，概要比較我國立法所明定「契約、協議」、「決議」與「其他方式之合意」等聯合行為型態彼此之間概念異同。其次，本文再針對行政訴訟判決中涉及聯合行為「合意」要件的解釋與認定相關爭議者，整理、分析法院終審法律意見，觀察上述公平修正是否提供法院定紛止爭所需明確標準，抑或仍由美國及歐盟等「先進」競爭法制經驗引導法院取決兩造主張。從行政法院終審法律意見所聚焦的聯合行為「合意」要件解釋與認定相關爭議，對照其與美國反托拉斯法及歐盟競爭法上關於「卡特爾」或「勾結」概念內涵之間的異同情形，凸顯我國公平法實務運作朝向上述「先進」競爭法匯流趨勢之後；有鑑於各國競爭法跨境競合、核心規範彼此趨同發展，文末因此建議：我國公平法規定允宜兼顧實務運作需求，適度調整聯合行為「合意」要件的法條用語。

## 二、聯合行為定義及其要件立法

我國公平法關於聯合行為的禁止及其處罰規範，係以聯合行為主體及其行為的定義規定劃定其範圍；因此，關於事業及其所組成的團體，從事何種法定「聯合行為」，因而受該法規範，例如：應事前申請許可，否則不得為之<sup>16</sup>，以及，違反法律

---

<sup>15</sup> 在競爭法實體規範的前景背後，其實，美國反托拉斯法與歐盟競爭法執法機制及後續司法審查制度，與我國均有極大差異，例如：前者實務上眾多私人（透過三倍損害賠償制度）尋求司法救濟、執法機關須經法院裁判始得強制執行，以及，後者在法院審判實務上極重視判決先例等，均與我國（鮮少私人提起民事訴訟追究聯合行為參與者責任，因而須由民事法院審理其所提起訴訟）行政法院「依據法律」審查公平會（裁罰）處分合法性的情形頗有差異。關於美國反托拉斯法（公部門及私人）執法機制，參閱：Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 3rd ed., West Group, 592-711 (2005)；關於歐盟競爭法執法機制，參閱：Richard Whish & David Bailey, *supra* note 6, 255-342; Alison Jones & Brenda Sufrin, *supra* note 5, 1041-1188。

<sup>16</sup> 參照：公平法第 15 條規定。

所明定的不作為義務因而須承擔遭主管機關調查<sup>17</sup>、處罰，甚至，面對後續刑事訴追及處罰等不利後果，或者，採取具體措施停止並改正涉嫌違法行為<sup>18</sup>、尋求法定寬恕<sup>19</sup>，均環繞於「聯合行為」的法律定義及其構成要件<sup>20</sup>。在本文所選定的期間內，關於「聯合行為」的法律定義及其構成要件歷經 2 次修正；主管機關介入命違法者停止、改正及處罰的對象及行為適用範圍，至少在法條規定的文義上也有所不同。因此，關於被處分人不服原處分提起行政訴訟，與立於被告地位的執法機關彼此攻擊防禦，以及，法院審理並作成判決時所援引的實體準據法規也隨之轉變。

我國公平法關於「聯合行為」的法律定義及其要件，在上述選定期間內 2 次重要修正如下：

### （一）2002 年部分條文修正

公平法於 1991 年制定公布時，第 7 條關於「聯合行為」的法律定義為：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言」。公平法於 2002 年修正，將該法施行細則第 2 條關於「聯合行為」定義的補充規定，正式移置於母法第 7 條，成為該條第 2 項及第 3 項規定：「（第 2 項）前項所稱聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限。（第 3 項）第一項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」

除此之外，公平法於 2002 年修正時，又新增第 7 條第 4 項規定：「同業公會藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為第二項之水平聯合」，正式將同業公會章程、內部決議等納入「水平聯合」之中。此項規定，較諸立法院首次三讀通過公平法時，增訂第 2 條第 3 款將「同業公會」一併定義為「事業」，轉而直接將同業公會藉由「章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法」約束事業活動的相關行為定義為聯合行為，一則凸顯舊法第 2 條第 3

<sup>17</sup> 參照：公平法第 26 條規定。

<sup>18</sup> 參照：公平法第 34 條、第 40 條規定。

<sup>19</sup> 參照：公平法第 35 條規定。

<sup>20</sup> 參照：公平法第 14 條規定。

款規定忽略「同業公會」本身通常並未「提供商品或服務從事交易」的文義悖謬問題，再則也確立「聯合行為」在「契約、協議」等對立「合意」型態之外，尚有在同一事業團體之內具有拘束力的章程，以及，針對提案或建議，經由成員及其代表各別表達贊成或反對做成「決議」型態。

## （二）2015 年初全文修正

公平法於 2015 年初全文修正，將分散置於「總則」章中的「聯合行為」定義規定移置更名後的第二章「限制競爭」中，合併舊法第 7 條第 1 項與第 2 項規定改列第 14 條第 1 項，並將舊法第 7 條 3 項及第 4 項分別移置第 14 條第 2 項及第 4 項。另增訂「合意推定」規定於第 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」。

此外，公平法本次全文修正，也一併調整第 2 條關於「事業」的法律定義：刪除舊法第 3 款「同業公會」，轉而增訂第 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」，解決上述「同業公會」本身通常並未「提供商品或服務從事交易」的文義悖謬問題，又將其範圍擴及事業所組成「其他依法設立、促進成員利益之團體」，另一方面又搭配文字一併酌修的第 7 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」，不再強調「水平」聯合；只不過，將事業所組成「其他……促進成員利益之團體」限定於「依法設立」者，面對實務上常見各類未經依法設立、甚至非正式的協會、協進會等事業團體，不乏也以「決議」或類似手段約束事業活動情形，顯然修正後的聯合行為禁止規範適用對象，仍有掛一漏萬疑慮<sup>21</sup>。

<sup>21</sup> 關於事業團體促成其成員實施聯合行為應受非難，並不以該團體有無依法設立而有差別，早在該次修法前即有學者提出批評，參閱：顏廷棟，前揭註 8，12-13。至於事業團體成員是否併罰，現行公平法第 43 條規定「成員能證明其不知、未參與合意、未實施或在主管機關開始調查前即停止該違法行為」，則以實體抗辯形式，倒轉舉證責任的方式加以處理；惟該條規定，仍以事業團體符合該法第 2 條第 2 項規定者為適用範圍，對於未依法設立的事業團體類似安排，僅能分別就其成員是否另有其他「合意」加以認定，極易形成規範漏洞。

### （三）立法變革

綜觀我國公平法上述關於聯合行為要件修正情形：關於行為主體方面，該法自始即將「同業公會」定義為「事業」，使其具有適用聯合行為相關規定的主體地位。然而，針對同業公會本身通常並未「提供商品或服務從事交易」的文義悖謬問題，直到 2015 年全文修正刪除舊法第 2 條第 3 款，改於該條增訂第 2 項「視為本法所稱事業」規定，才正式予以排除。該項新增規定，同時又將事業團體擴及其所組成「其他依法設立、促進成員利益之團體」，雖然，未經依法設立、甚至非正式的事業協會、協進會等事業團體無法一併納入，從而此類事業團體內部透過以「決議」或類似手段促成團體成員約束事業活動情形，亦無法逕依新修正第 14 條第 4 項規定納入規範；畢竟已在規範形式上，呈現同業公會之外事業所組成其他「促進成員利益之團體」亦可能成為聯合行為主體的立法體例。

至於聯合「行為」型態，除了公平法始終明文規定的「契約、協議」較易於從字面理解的型態之外，所謂「其他方式之合意」的概念內涵，自始即頗有伸縮餘地。從主管機關於設立初期即藉由解釋性授權法規將其擴及「不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為」的「意思聯絡」，至 2002 年該法修正時將施行細則第 2 條第 2 項規定納入母法第 7 條第 3 項規定以後，「其他方式之合意」均「不問有無法律拘束力」，只須「事實上可導致共同行為」即可。較為突兀者，則是「意思聯絡」此一概念，先透過主管機關依法律授權所訂施行細則，繼而經由立法者以定義條文形式，援用作為闡釋「其他方式之合意」的概念內涵。

再者，「其他方式之合意」無論以解釋性授權法規或逕以立法定義擴及「事實上可導致共同行為」的「意思聯絡」，國內文獻大致上與比較法上所謂「互為一致行為」、「共同行為」、「協同行為」等同視之，卻又不免循我國公平法所使用法條文字規定，套上「合意」或被稱為「其他方式之合意」的「意思聯絡」此一構成要件。國內文獻中所謂「互為一致行為」，係指歐盟運作條約(Treaty on the Functioning of the European Union，下稱 TFEU) 第 101 條第 1 項規定德文版中所稱「互為一致行為」(aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen，或者，更貼近其字面意義的中譯則可以是：互相協調的舉措方式)，德國營業競爭限制防止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，下稱 GWB) 第 1 條也使用完全相同文字，明文規定在

「事業間合意 (Vereinbarungen zwischen Unternehmen)」、「事業團體決議 (Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen)」2 類促成卡特爾的手段之外，尚有第 3 種促成卡特爾的手段型態。至於國內文獻中所謂「共同行為」、「協同行為」，則係指 TFEU 同條項規定英文版中所稱「經協調之舉措 (concerted practices)」；兩者用語雖然因為翻譯版本不同而略有出入，其實所指係相同概念。關於我國公平法上所定義的「聯合行為」，根據熟稔主管機關執法實務的學者參考比較法歸類，（除了事業團體透過「章程」、「決議」促成聯合的型態之外）可以分為：基於具有法律拘束力的合意（「契約」、「協議」）、基於無法律拘束力的合意（「其他方式之合意」）2 大類，至於比較法上亦納入（限制）競爭法中規範的「非基於合意」型態，例如：基於「建議」而導致其他事業事實上遵循建議，在我國法上屬於應規範而未予規範的法律漏洞。簡而言之，依公平法歷次修正條文規定，「水平」的「聯合行為」始終包括「合意」此一構成要件；其與比較法上卡特爾規範明顯有所落差，係屬法律漏洞問題。

此外，上述關於同業公會與事業所組成「其他……促進成員利益之團體」亦可能成為主體的聯合行為型態，亦即，自 2002 年公平法修正後所確立的對立合意以外另一型態：在同一事業團體之內具有拘束力的章程，以及，針對提案或建議，經由成員及其代表各別表達贊成或反對做成「決議」型態。純就文義而言，此種「聯合行為」型態原本並非「其他方式之合意」所能涵蓋；畢竟，兩者的「意思表示」方向或主體之間彼此協調方式並不相同，勉強以「其他方式之合意」涵括章程或「決議」，終究並非法治常態。值得慶幸者，公平法自 2002 年修正時起，就已將第 7 條第 4 項規定改為：「同業公會藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為第二項之水平聯合」，嗣後修正再刪除「水平」2 字，頗有助於釐清法律用語、避免不同法律概念繼續夾纏混淆。

### 三、關於聯合行為「合意」要件及其認定的司法見解

本文蒐集並整理事業（及同業公會、事業團體）涉及聯合行為被公平會處分，對此不服進而提起行政訴訟尋求救濟案件相關判決，自司法院官方網站「法學資料檢索系統」下「判決書查詢」頁面（[https://law.judicial.gov.tw/FJUD/default\\_AD.aspx](https://law.judicial.gov.tw/FJUD/default_AD.aspx)）檢出高等行政法院及最高行政法院自 1999 年至 2018 年間關於「聯合」所有已確定

判決，並針對其中所涉及聯合行為主體、合意、足以影響市場功能、合意推定及罰鍰額度等 5 項爭點，逐案編碼註記法院所表示有權見解。

關於案件分析單位，並非以裁判字號為單位，而以其實體法律關係是否出於同一原因事實，亦即，是否因主管機關針對同一聯合行為認定違法據此依法作成處分，將多數一同被處分事業或同業公會、事業團體所涉同一聯合行為併為同一案件。其經原告起訴後由高等行政法院初審判決，因兩造均未上訴而確定；或經上訴由最高行政法院自行作成終審判決而確定；或經最高行政法院駁回上訴而確定；或最高行政法院判決撤銷原審判決一部或全部並發回，再經高等行政法院更審判決後，因兩造均未上訴而確定；或經當事人不服更審判決再次上訴，經最高行政法院判決駁回上訴後確定；或經過與上述通常訴訟程序相仿，而由地方法院行政庭初審，再由高等行政法院受理其上訴審的簡易訴訟程序所確定案件；其間歷審判決均合併於該同一案件之中。研究團隊依上述方法編碼整併之後，交由各協同主持人逐案評析案件，總計 56 案。

### （一）聯合行為「合意」要件涉訟判決整理

依上述方式檢索、整併的案件之中，涉及兩造當事人針對聯合行為「合意」要件認定或其證明加以爭執，以此 2 項議題或其中之一為爭點進行攻擊防禦，並由法院於其判決中就此兩項議題表示其有權意見者，總計 51 案。以上述納入逐案評析的案件總數 56 案而言，超過 9 成均涉及聯合行為「合意」要件認定或其證明兩項爭點，足見此 2 項爭點係聯合行為爭訟案件兩造攻擊防禦焦點所在。

其次，此 51 案涉及聯合行為「合意」要件認定或其證明兩項爭點相關判決，係作成於 1999 年至 2018 年之間，在上述選定相同期間內的全部案件中，此類案件所涵蓋的高比率或許並非偶然。在此段期間內，公平法也經歷 2002 年部分條文修正、2015 年全文修正，該法關於聯合主體、行為定義、行為要件與新增「合意推定」等規定 2 度法制重大變革<sup>22</sup>。關於本文題旨所在的聯合行為要件方面，則從高度聚焦「合

<sup>22</sup> 此外，公平法於 1999 年部分條文修正時，將原本直接以刑罰制裁違反不得為聯合行為禁止規範者，修改為所謂「先行政，後司法」的兩段式處罰模式，同時大幅提高行政罰鍰上限；該法於 2011 年部分條文修正時，增訂當時公平法第 35 條之 1 規定，引進美、歐、日已運作多年的寬恕政策條款（Leniency Policy），同時增訂同法第 41 條第 2 項、第 3 項規定，仿照歐盟等國法制，針對情節重大的違法聯合行為，授權主管機關得依據事業營業規模，最高處以其全球營業額 10%

意」的舊法籠統規定，漸次細緻化為「契約、協議」形態的對立合意、事業團體內部「章程……決議或其他方法」型態，以及，「不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為」的「意思聯絡」3種型態。各級行政法院就受訴案件所作成判決，是否亦因聯合行為要件規定新舊不同而有所變化，尚待逐案進一步分析。

在法律概念及聯合行為的形式性共通型態之外，上述 51 案分別發生在礦產與大宗農產品交易，例如：砂石銷售<sup>23</sup>、黃豆進口<sup>24</sup>、小麥進口等相關產業<sup>25</sup>，工業原料與營建業原料交易，例如：工業用紙<sup>26</sup>、汽車玻璃<sup>27</sup>、水泥<sup>28</sup>、預拌混凝土<sup>29</sup>、瀝青等相關產業<sup>30</sup>，消費商品與珠寶金飾，例如：菸品<sup>31</sup>、鮮乳<sup>32</sup>、超商現煮咖啡<sup>33</sup>、珠寶金

---

罰鍰。該法一再修正聯合行為相關規定，不斷提高執法工具彈性、多樣性及強度，與國際間針對違法聯合行為加強執法的趨勢不謀而合。

<sup>23</sup> 此類案件有：「花蓮砂石公會案」（臺北高等行政法院 93 年度訴字第 2213 號判決）、「中部砂石案」（臺北地方法院 105 年度簡字第 127 號判決、臺北高等行政法院 106 年度簡上字第 21 號判決）。

<sup>24</sup> 此類案件有：「黃豆進口案」（臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1134 號判決、最高行政法院 100 年度判字 379 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴更一字 45 號判決、最高行政法院 101 年度判字 818 號判決）。

<sup>25</sup> 此類案件有：「台灣麥粉公會案」（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 1207 號判決、最高行政法院 93 年度判字 968 號判決）、「台灣麵粉公會案」（臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1484 號判決、最高行政法院 99 年度判字第 505 號判決）。

<sup>26</sup> 此類案件有：「工業用紙案」（臺北高等行政法院 100 年度訴字第 506、568、824 等號判決、最高行政法院 102 年度判字 67 號判決、臺北高等行政法院 102 年度訴更一字 23 號判決、訴更一字 24 號判決、最高行政法院 104 年度判字 181 號判決、臺北高等行政法院 104 年度訴更二字第 46、48、49 等號判決、最高行政法院 106 年度判字 265 號判決）。

<sup>27</sup> 此類案件有：「汽車玻璃案」（臺北高等行政法院 92 年度訴字第 5660 號判決、最高行政法院 96 年度判字第 63 號判決）。

<sup>28</sup> 此類案件有：「水泥案」（臺北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號、最高行政法院 100 年度判字 611 號判決）。

<sup>29</sup> 此類案件有：「宜蘭預拌混凝土案」（最高行政法院 90 年度判字第 1316 號判決）、「雲林預拌混凝土案」（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 4551、4627、5103 等號判決）、「嘉義預拌混凝土案」（臺北高等行政法院 96 年度訴字第 732 號判決、最高行政法院 99 年度判字第 503 號判決）。

<sup>30</sup> 此類案件有：「瀝青漲價案」（臺北高等行政法院 103 年度訴字第 1733 號判決、最高行政法院 105 年度判字第 366 號判決）。

<sup>31</sup> 此類案件有：「菸品案」（臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1581 號判決）。

<sup>32</sup> 此類案件有：「鮮乳案」（臺北高等行政法院 101 年度訴字第 573 號判決、最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決）。

飾等相關產業<sup>34</sup>，藥事相關產業，例如：廣告藥品<sup>35</sup>、藥廠<sup>36</sup>，特許影視服務業與娛樂產業，例如：有線電視<sup>37</sup>、伴唱帶相關產業<sup>38</sup>，能源相關產業，例如：加油站油品供應<sup>39</sup>、桶裝瓦斯<sup>40</sup>、車用液化瓦斯<sup>41</sup>，專門職業及特許服務業，例如：地政士<sup>42</sup>、記

<sup>33</sup> 此類案件有：「超商現煮咖啡案」（臺北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號判決、最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決、臺北高等行政法院 102 年度訴更一字第 54 號判決、最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決）。

<sup>34</sup> 此類案件有：「珠寶公會金飾案」（臺北高等行政法院 97 年度訴字第 503 號判決）。

<sup>35</sup> 此類案件有：「台南連心會案」（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 4423 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 1336 號判決、臺北高等行政法院 92 年度訴更一字第 118 號判決）。

<sup>36</sup> 此類案件有：「藥廠聯合案」（臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1735 號判決、最高行政法院 100 年度判字第 2181 號判決、臺北高等行政法院 101 年度訴更一字第 2 號判決）。

<sup>37</sup> 此類案件有：「龍馳、富視、信義歡樂有線電視案」（臺北高等行政法院 89 年度訴字第 257 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 1679 號判決）、「木喬有線電視頻道案」（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 3760 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 1908 號判決）、「長德金頻道有線電視案」（臺北高等行政法院 95 年度訴字第 4482 號、最高行政法院 99 年度判字第 1036 號判決）。

<sup>38</sup> 此類案件有：「伴唱帶案」（臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1113 號判決、最高行政法院 96 年度判字第 1460 號判決）。

<sup>39</sup> 此類案件有：「中油台塑案」（臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2390 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 92 號判決）。

<sup>40</sup> 此類案件有：「鋼瓶檢驗案」（臺北高等行政法院 89 年度訴字第 2290 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 1798 號判決）、「彰化縣液化氣體燃料商業同業公會案」（最高行政法院 90 年度判字第 507 號判決）、「高屏煤氣分裝案」（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 6272、5915、5839、5663、5714、5951、5719、2098、6982、6020、6019、6018、6017、6016、6025 等號判決、最高行政法院 93 年度判字第 415、414、387、386、383、381、294、260、258、256、254、253、214、213、259 等號判決、臺北高等行政法院 93 年度訴更一字第 56 號判決）、「中油招標及台南煤氣分裝案」（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 5761、6016、6017、6018、6019、6020、6982 等號判決、臺北高等行政法院 91 年度訴字 2098 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 1848 號判決、最高行政法院 93 年度判字第 294、381、383、386、387、414、415 等號判決、臺北高等行政法院 93 年度訴更一字第 101 號判決、最高行政法院 95 年度判字第 1636 號判決）、「彰化縣液化氣體燃料商業同業公會案」（最高行政法院 90 年度判字第 507 號判決）、「北部瓦斯案」（臺北高等行政法院 93 年度訴字第 3226、3196、3195、3160、3151、2270、1461、1307、1195、906、905、904、848、818、776、722、488、1214、1132、908 等號判決、最高行政法院 96 年度判字第 1617 號判決、臺北高等行政法院 96 年度訴更一字第 181、179、178、176、175、174、173、177、172、171、170、169、168、167、166、165、164 等號判決、最高行政法院 99 年度判字第 1338、1346、1341、1339、1340、1337、1342、1343、1344、1347、1348、1345、1349 等號判決）、「台中桶裝瓦斯案」（臺北高等行政法院 95 年訴字第 3429 號判決）、「雲林家用瓦斯案」（臺北高等行政法院 97 年度訴字第 916 號判決）、「嘉義液化石油氣案」（臺北高等行政法院判決 101 年度訴字第 1300、1320、1688 等號判決、最高行政法院判決 103 年度判字第 438 號判決）等。

帳士<sup>43</sup>、會計師<sup>44</sup>、漁工仲介<sup>45</sup>、保全相關產業<sup>46</sup>，交通運輸業，例如：航空客運<sup>47</sup>、輪班船運<sup>48</sup>、遊覽車<sup>49</sup>、區域客運相關產業<sup>50</sup>，資源回收相關產業，例如：廢資訊物品回收<sup>51</sup>、廢電器回收<sup>52</sup>，以及，網際網路協會<sup>53</sup>、家具展覽<sup>54</sup>、寵物店<sup>55</sup>、教科書<sup>56</sup>、學校午餐供應等<sup>57</sup>，交易商品或服務性質、法規環境、市場結構、事業規模、交易對象、常規或典型交易安排、事業彼此互動方式均有所不同的個別產業之中。此外，尚有公部門（包括公營事業）及私人企業採購或工程招標涉及圍標案件，例如：光碟機圍標案<sup>58</sup>、自來水招標案<sup>59</sup>、土城機廠圍標案<sup>60</sup>、自來水公司液氯招標案等<sup>61</sup>。由

- 
- <sup>41</sup> 此類案件有：「台北地區車用液化石油氣案」（臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1072 號判決、最高行政法院 104 年度判字第 413 號判決）。
- <sup>42</sup> 此類案件有：「桃園地政士案」（臺北地方法院 103 年度簡字第 245 號行政訴訟判決）。
- <sup>43</sup> 此類案件有：「不動產估價投標案」（臺北高等行政法院 104 年度訴字第 600 號判決）。
- <sup>44</sup> 此類案件有：「會計師公會案」（臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1501 號判決、最高行政法院 101 年度判字第 705 號判決）。
- <sup>45</sup> 此類案件有：「漁工仲介案」（臺北高等行政法院 105 年度訴字第 1600 號判決、最高行政法院 107 年度判字第 326 號判決、臺北高等行政法院 107 年度訴更一字第 66 號判決）。
- <sup>46</sup> 此類案件有：「臺中保全公會案」（臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1053 號判決）。
- <sup>47</sup> 此類案件有：「航空公司案」（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 6876 號判決、最高行政法院 93 年度判字第 1588 號判決）。
- <sup>48</sup> 此類案件有：「輪班載運案」（臺北高等行政法院 100 年度訴字第 399 號判決）。
- <sup>49</sup> 此類案件有：「遊覽車同業公會案」（臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3293 號判決、最高行政法院 99 年度判字第 380 號判決）。
- <sup>50</sup> 此類案件有：「南部客運聯合案」（臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1084 號判決）。
- <sup>51</sup> 此類案件有：「廢資訊物品回收案」（臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1747 號判決、最高行政法院 102 年度判字第 686 號判決）。
- <sup>52</sup> 此類案件有：「廢電器物回收商案」（臺北高等行政法院 103 年度訴字第 641 號判決、最高行政法院 104 年度判字第 202 號判決）。
- <sup>53</sup> 此類案件有：「網際網路協會案」（臺北高等行政法院 95 年度訴字第 1377 號判決、最高行政法院 96 年度裁字第 3572 號裁定）。
- <sup>54</sup> 此類案件有：「家具參展案」（臺北高等行政法院 90 年度訴字第 6601 號判決、最高行政法院 93 年度裁字第 379 號裁定）。
- <sup>55</sup> 此類案件有：「臺南寵物店案」（臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1640 號判決、最高行政法院 105 年度裁字第 1276 號裁定）。
- <sup>56</sup> 此類案件有：「教科書案」（臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2117 號判決、最高行政法院 99 年度判字第 186 號判決、臺北高等行政法院 99 年度訴更一字 29 號判決）。
- <sup>57</sup> 此類案件有：「臺中學校午餐案」（臺北高等行政法院 95 年度訴字第 4351 號判決）。
- <sup>58</sup> 此案件係：「光碟機圍標案」（臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1062 號判決、最高行政法院 104 年度判字第 212 號判決）。

於個別產業及不同標的採購或工程招標所涉競爭條件不同，事業在市場上「爭取交易機會之行為」各有特色，聯合行為及其「合意」究竟如何認定或證明，尚須進一步檢視個案具體情形。

為檢視上述公平法 2002 年部分條文修正、2015 年初全文修正，是否影響法院針對聯合行為「合意」要件或其認定相關爭議所採取終審見解，本文以下將根據各該行政法院判決所審查的原處分，其作成時間在公平法 2002 年部分條文修正相關條文生效之前、自該次修正相關條文生效起至 2015 年初全文修正相關條文生效之前，及 2015 年初全文修正相關條文之後，區分 51 案為前期判決、中期判決、後期判決 3 組<sup>62</sup>，分別整理行政法院關於聯合行為「合意」要件或其認定的終審見解，再跨組進行不同實體規範背景下的判決趨勢比較。

## （二）前期判決中的終審見解

上述 51 案中，原處分作成於公平法 2002 年部分條文修正相關條文生效之前者，總計 15 案，包括：「土城機廠圍標案」、「航空公司案」、「鋼瓶檢驗案」、「龍馳、富視、信義歡樂有線電視案」、「中油招標及台南煤氣分裝案」、「台南連心會案」、「宜蘭預拌混凝土案」、「彰化縣液化氣體燃料商業同業公會案」、「自來水公司液氮招標案」、「高屏煤氣分裝案」、「家具參展案」、「雲林預拌混凝土案」、「台灣麥粉公會案」、「木喬有線電視頻道案」、「自來水招標案」。

公平法於 2002 年部分條文修正生效之前，關於聯合行為的法定要件僅該法第 7 條以立法定義的方式規定。公平會於 1992 年初設立並開始運作，半年內即依據公平法授權制定施行細則，並於施行細則第 2 條規定：「（第 1 項）本法第七條之聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之

<sup>59</sup> 此案件係：「自來水招標案」（臺北高等行政法院 91 年度訴字第 2556 號判決、最高行政法院 94 年度判字第 1322 號判決）。

<sup>60</sup> 此案件係：「土城機廠圍標案」（最高行政法院 88 年度判字第 3245、3246、3247 等號判決、最高行政法院 90 年度判字第 283 號判決）。

<sup>61</sup> 此案件係：「自來水公司液氮招標案」（最高行政法院 90 年度判字第 225 號判決）。

<sup>62</sup> 關於我國行政訴訟法上撤銷訴訟原則上應以作成行政處分時的事實及法律為裁判基礎，如原告對有持續效力的行政處分、尚未執行的行政處分提起撤銷訴訟者，倘若原處分作成時並無違法，但於作成後因事實或法律變更而不符合新法者，其處分內容已轉為違法，不得再予以維持而應判決撤銷；參閱：陳敏，行政法總論，10 版，新學林出版公司，1546（2019）。

市場功能者為限。(第 2 項)本法第七條之其他方式之合意,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。」前者將聯合行為限縮解釋於「水平」範圍內,後者則補充說明「其他方式之合意」僅須「可導致共同行為者」而不以具有法律拘束力者為限,並以「意思聯絡」解釋並替換「合意」概念。此種一方面限縮聯合行為於「水平」範圍內,另一方面又借用歐盟競爭法上「經協調之舉措」概念轉化「其他方式之合意」內涵的解釋方式,公平會於 1999 年修正公平法施行細則時再加以援用,移置於施行細則第 5 條第 1 項及第 2 項規定,另新增第 5 條第 3 項(前段)規定:「同業公會藉章程或會員大會、理監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為,亦為第一項之水平聯合」。

上述施行細則規範內涵,與公平法於 2002 年部分條文修正新增第 7 條第 2 項至第 4 項規定相當。嚴格而言,行政法院並非不得審查主管機關透過施行細則所解釋「合意」,在「舊法」時期母法尚無相對應的定義規定情形下,是否已經抵觸法律保留原則<sup>63</sup>,或者,逾越母法授權制定施行細則所得規定範圍<sup>64</sup>。根據憲法第 80 條及

<sup>63</sup> 參照：1997 年 12 月 26 日公布的大法官釋字第 443 號解釋主文,及其理由書首段:「何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定,與所謂規範密度有關,應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異:諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者,必須遵守罪刑法定主義,以制定法律之方式為之;涉及人民其他自由權利之限制者,亦應由法律加以規定,如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時,其授權應符合具體明確之原則;若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項,則得由主管機關發布命令為必要之規範,雖因而對人民產生不便或輕微影響,尚非憲法所不許」。違反公平法第 14 條事業禁止為聯合行為規定者,原有刑事制裁以為處罰手段;雖然,公平法自 1999 年修正後,關於違反聯合行為禁止規定的處罰,已改為所謂「先行政後司法」程序,事業及其負責人,仍須先就其違反聯合行為禁止規定的行為接受行政處罰,嗣後依然可能面對刑事制裁。因此,關於聯合行為要件得否逕以施行細則規定,不無審酌餘地。

<sup>64</sup> 參照：1996 年 5 月 10 日公布的大法官解釋第 402 號解釋主文,及其理由書首段:「對於人民違反行政法上義務之行為予以裁罰性之行政處分,涉及人民權利之限制,其處罰之構成要件及法律效果,應由法律定之,方符憲法第二十三條之意旨。故法律授權訂定命令,如涉及限制人民之自由權利時,其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件;若法律僅為概括之授權者,固應就該項法律整體所表現之關連意義為判斷,而非拘泥於特定法條之文字,惟依此種概括授權所訂定之命令,祇能就母法有關之細節性及技術性事項加以規定,尚不得超越法律授權之外,逕行訂定裁罰性之行政處分條款」。違反事業不得為聯合行為禁止規定者,除受主管機關介入干預之外,亦可能面對行政處罰及刑事制裁,已如前註所述。

大法官釋字第 216 號解釋意旨<sup>65</sup>，行政法院未認定行政機關依其職掌所定的行政命令違法而加以適用，亦無判決違法之虞。

至於規範內涵相當於公平法於 2002 年部分條文修正後始新增的第 7 條第 4 項規定者，亦即，公平法該次修正前的施行細則第 5 條第 3 項前段規定：「同業公會藉章程或會員大會、理監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為第一項之水平聯合」，由於（與公平法於 2002 年修正新增第 7 條第 4 項相同，係）創設「決議」型態的實體禁止規範，係屬限制人民權利義務且具有處罰效果的真正「新法」；嚴格而言，在公平法於 2002 年修正新增第 7 條第 4 項的「新法」尚未公布生效前，主管機關均不得引用此行為時尚不存在（僅經由施行細則擴大解釋，納入新型態「水平聯合」定義，隨之擴大）的禁止規範，據以干預、處罰「舊法」尚未納入規範的相關行為。即使自行為完成後至主管機關作成處分或法院受理後續爭訟案件作成裁判時，「新法」已公布施行，法院也不宜「事後」援引「新法」，容任主管機關在「舊法」並無相應規定情形下恣意介入干預、處罰<sup>66</sup>。

本期 15 案中，原處分最早作成的「土城機廠圍標案」即觸及聯合行為「合意」透過間接證據認定爭議。在此案中，由於圍標係以禮讓特定參與投標事業為其特徵，參與圍標事業必然以不同價格投標，因此無法以其交易條件一致作為推定「合意」存在的間接證據；法院轉而以參與投標事業間有董事及股東重疊、彼此曾為協力廠商、土壤試驗均以同一土方供應商名義送驗等間接事實，推定其彼此間有「合意」存在。值得注意者，公平會於此案中主張：「依各國實施公平交易法制經驗，反托拉斯行為之調查常須透過各種情況證據，綜合觀察以為合理推斷」，就此，法院並未正面回應，逕依行政訴訟上一般證據法則，就上述情況證據「參互印證，殊難調……無為聯合行為之意思聯絡」<sup>67</sup>。

在本期後續其他圍標案件中，行政法院也從寬支持公平會調查處理實務，亦即：兼採事業之間的意思聯絡（直接）證據及對應於待證「合意」內容的行為或其結果

<sup>65</sup> 參照：釋字第 216 號解釋主文及其理由書首段：「各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束」。

<sup>66</sup> 參照：大法官解釋第 465 號（禁止規定生效前財產交易行為補救規範）、第 514 號（營業自由限制）、第 522 號（授權法律規定中須得預見其行為可罰）及第 602 號（多層次傳銷管理辦法不得逾越母法授權）等解釋意旨。

<sup>67</sup> 本案裁判要旨摘要評析，參閱：廖義男主持，前揭註 1，254-261。

事實，綜合判斷各該事業之間存在「合意」從而成立聯合行為。例如：在「自來水公司液氯招標案」中，關於台灣自來水公司就其業務所需液氯招標參與投標事業之間共同限制交易，以不越區競標及相互陪標等方法分割市場的聯合行為，主要根據各該事業歷年來在自來水公司各區管理處固定或輪流得標供應液氯情形，補強個別事業負責人就銷售區域分配、配合陪標等相關零星陳述，即認定其彼此之間存在約束事業活動的契約或協議型態「合意」<sup>68</sup>。在「自來水招標案」中，關於多家水管工程業者聯合抵制台北市自來水處水管工程的聯合行為，係根據被處分事業於台灣區水管工程工業同業公會台北辦事處會議廳召開「協助台北自來水事業處擴大內需工程承商座談會」，就抵制參與投標迫使自來水處提高工程各項單價達成共識，被處分事業之一的負責人並親自於後續自來水處工程總隊所辦理一場招標案現場監視，直接認定其彼此間具有約定不投標的「合意」<sup>69</sup>。

本期案件，涉及能源產業中的液化氣體燃料（煤氣）、有線電視上下游產業、預拌混凝土等相關事業彼此之間的聯合行為者，明顯較多。此 3 類業者在消費或最終銷售端上，基於地緣關係、「共同載具」建置成本或運送成本等因素，在全國市場之下形成多個地理市場，且產業本身或其上下游關聯產業存在相當高的進入市場障礙，同業也往往組成公會、聯誼會等自律或交誼組織。由於此類事業透過事業團體內部活動、彼此互動場合，共同決議或相互協議約束事業活動的機會不少，其交易標的均質化且價格資訊相對透明等市場條件又有助於卡特爾維持，因此也為公平會執法及行政法院司法審查提供相當豐富的聯合行為實務案例，逐漸累積並細緻化國內關於違法聯合行為的執法經驗及法規解釋內涵。

在俗稱桶裝瓦斯的家用液化石油氣驗瓶場業者涉及的「鋼瓶檢驗案」中，原告提出「學理上所謂之『有意的平行行為』」主張，據此爭執：倘若公平會無法提出「意思聯絡之證據，外表之追隨行為並不能直接視為一致性行為」；公平會則答辯，係根據「(1)成本結構與變動；(2)驗瓶量、產能與定價策略；(3)客源分配與互不搶客戶之默契；(4)價格變動、市場占有率未變動；(5)由新近小廠商率先調漲，並非合理經濟現象；(6)新競爭者參進不易，肇致互不為價格競爭之聯合行為誘因與動機；(7)調漲時機非市場旺季；(8)事前接觸與情報交換；(9)供需雙方之心理因素等等市場因素作為間接證據」，證明被處分事業就未來鋼瓶價格「進行不具法律拘束力的意思

<sup>68</sup> 同上註，336-344。

<sup>69</sup> 同上註，395-400。

聯絡關係」。就此，法院則認為：「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』，惟因二者之外觀均呈現行為之一致性，是以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……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」<sup>70</sup>。公平會依其所制定公平法施行細則，將「不具法律拘束力的意思聯絡」納入「其他方式之合意」，並不令人意外；法院透過訴訟法上（事實推定）的證據法則，建構公平法於 2015 年全文修正後始增訂的「合理推定」聯合行為「合意」方式，甚至採納公平會借鏡美國反托拉斯法實務上的「附加因素」疊加判斷方式，其「早熟」表現值得注意。

到了「中油招標及台南煤氣分裝案」中，高等行政法院曾以原告未於第一時間調價，並於嗣後同業均調漲運裝費而跟隨調漲之後，始查有參加同業間聯誼活動情形等節，一度撤銷公平會原處分。案經公平會上訴，陳明被處分事業間董事、股東、總經理及副總經理等人事重疊，且被上訴人確有以協調處理瓦斯行糾紛，維持系爭聯合行為相關事實，最高行政法院判決廢棄前審判決發回更審。高等行政法院於更審中認定「股東重疊」及第一時間所調漲裝運費用與其他同業相同為由，轉而推定「所為調漲費用之行為自係基於與同案其他被處分人之合意」，判決原告敗訴；原告再次上訴於最高行政法院，法院以上訴無理由駁回本案因而確定。公平會贏得此案關鍵，厥為事實調查詳審與訴訟應對得宜<sup>71</sup>。

「彰化縣液化氣體燃料商業同業公會案」則屬於同業公會理監事以「決議」約束事業活動的聯合行為型態，原處分及最高行政法院判決均作成於公平法於 2002 年初部分條文修正之前，當時公平法並無針對同業公會或事業團體以「決議」約束事業活動的「聯合行為」明文規定。公平會主張：公平法第 2 條第 3 款將同業公會定義為「事業」，「其立法始意，係在防範藉由同業公會進行同業間相互約束事業競

<sup>70</sup> 同上註，273-282。

<sup>71</sup> 同上註，300-307。同屬能源產業下游的煤氣分裝業者，透過聯誼會促成聯合行為者，尚有「高屏煤氣分裝案」；在該案中，被處分事業於參與聚會之後即有調漲裝運費用的一致行為，縱使對部分下游瓦斯行給予優惠或每噸贈送一支瓦斯鋼瓶檢驗費，涉及背叛「卡特爾」，也被認為同類聯合行為中常見情形，仍無礙其已有參與系爭聯合行為事實；該案裁判要旨摘要評析，參閱：同上註，345-351。

爭活動之情事，而妨礙競爭之秩序」，因此，「同業公會如有透過理監事會議就同業間競爭事項達成相互限制競爭之共識，如足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者，即為違反公平法第十四條聯合行為之禁制規定」。就此，最高行政法院認為：「原告藉中油公司調漲批售價時，由理監事達成同時調整家用桶裝零售價格之共識，並共同決定零售價格，係以合意方式，與有競爭關係之他事業共同決定商品價格等，相互約束事業活動，有違首揭公平交易法第十四條規定」，並未細究同業公會本身「決議」與其成員事業彼此間「合意」異同。至於同業公會於理監事會議上以正式決議以外其他方式達成共識，呼籲會員勿殺價求售，維持市場穩定價格，對於以較低價格販售者，要求該區理監事加以輔導等節，則均被認為同業公會「合意」約束事業活動，共同決定價格的違法事實<sup>72</sup>。

有線電視系統產業因其「共同載具」特性，傳輸視訊至收視戶的網路建設不易複製，在各自特許經營區內往往形成獨占或寡占市場結構；即使如此，有線電視系統業者在特定產業發展時期（例如：合法化初期、調整經營區）及市場條件下，仍可能出現類似「非合作型寡占」模型下的（降價）競爭賽局，既可以是聯合行為溫床，也可能出現「壟斷性競爭」，取締其中不時浮現的聯合行為，在執法實務上具有相當挑戰性。

在「龍馳、富視、信義歡樂有線電視案」中，原處分作成於 2002 年初公平法第 3 次修正公布前，因此，原處分作成時該法尚未將原於施行細則第 5 條第 2 項規定「本法第七條之其他方式之合意，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。」納入，提升至法律位階。當高等行政法院作成判決時，恰巧在公平法第 3 次修正公布生效前，法院未審查上述公平法施行細則規定，是否違背法律保留原則或授權明確原則，並無判決違法問題<sup>73</sup>。至於最高行政法院作成判決時，公平法第 3 次修正已公布生效，雖然不宜逕依裁判時已生效的新法審理<sup>74</sup>；然

<sup>72</sup> 本案裁判要旨摘要評析，同上註，331-335。同屬液化氣體同業公會決議促成聯合行為者，尚有「花蓮液化氣體同業公會案」；在該案中，原告爭執：公平法第 7 條規定「聯合行為之形式包括契約、協議或其他方式之合意等態樣，並未規範同業公會之決議」，公平會於該法施行細則中增訂第 3 項納入同業公會決議「似有違法律保留原則」，對此，最高行政法院認為：事業於同業公會內決議或彼此合意促成聯合行為「對於事業之競爭自由限制並無不同」，透過聯合行為「主體」規定（第 2 條）目的性擴張解釋「合意」概念（第 7 條），推翻高等行政法院認為有違法律保留原則的前審見解；該案裁判要旨摘要評析，參閱：同上註，386-394。

<sup>73</sup> 參照：大法官釋字第 216 號解釋。

<sup>74</sup> 參照：行政罰法第 4 條規定，並請對照：刑法第 2 條第 1 項規定。

而，縱使法院未以上述公平法施行細則規定，是否違背法律保留原則或授權明確原則為由拒絕適用，亦無判決違法問題。

關於本案「其他方式之合意」是否構成，高等行政法院所謂「不問有無法律拘束力，而事實上可導致共同行為之其他方式之合意」，業已一併適用施行細則第 5 條第 2 項規定關於導致共同行為的意思聯絡規定，適度緩解母法第 7 條關於聯合行為須為「契約、協議……合意」要件的嚴格解釋框架。由於事業之間僅須「事實上可導致共同行為」，本案龍馳、富視、信義歡樂 3 家有線電視系統，透過代表人在不同會面場合中建議彼此不再殺價競爭，繼而 3 家所訂用戶月繳、季繳、半年繳、全年繳的收視費價格完全相同，實際上已經體現比較法上所謂「互為一致之行為」情形。法院判決認為：「不復見渠等前為求競爭，所辦理之各式優惠收費及贈品等促銷活動，若非事前已有協議或默契，焉有如此之一致性……曾有相互公開與競爭有關之敏感性市場訊息或經營策略等意思聯絡經過；或經經濟分析及評估後，倘無合理之理由可說明該一致性行為非屬合意，即有違反公平法聯合行為相關規範之虞」，係以反面推論方式，於公平會提出「事實推定」聯合行為的「表見證據」之後，將提出反證的舉證責任轉由被處分事業承擔，再次表現出「早熟」的法律見解<sup>75</sup>。

至於有線電視系統上游的頻道產業，則因代理業者介入協調頻道授權及其於系統上架事宜，上下游之間的交易關係相當複雜。在「木喬有線電視頻道案」中，關於聯合行為「合意」，高等行政法院既認定頻道商「共同決定頻道節目全部購買之價格為每一收視戶 220 元」，看似「契約」或「協議」；另一方面，又稱「若非渠等間有聯合行為之合意，即係原告與年代、八大等頻道商均委託練台生（頻道商之一負責人）與系統業者進行協商所造成」，兼採「互為一致之行為」概念，以透過第三人代為決定的手段促成一致行為，並未適度釐清「合意」概念內涵，據以證明其成立的直接或間接證據不免隨之飄忽難定<sup>76</sup>。

在「宜蘭預拌混凝土案」中，行政法院針對預拌混凝土業者透過同業公會，彼此經常聚會交換資訊，會談內容涉及同業間不要惡性競爭，避免價格太低及同業間有合理參考價位，並由宜蘭辦事處主任製作「約定出貨數量表」及「報價通知表」，

<sup>75</sup> 雖然，法院稱「被告之採證與證據法則無違」；其「事實推定」操作結果，其實與公平法於 2015 年全文修正新增第 14 條第 3 項規定「法律推定」並無二致。本案裁判要旨摘要評析，參閱：廖義男主持，前揭註 1，283-291。

<sup>76</sup> 本案裁判要旨摘要評析，參閱：同上註，378-385。

據以推定其會員透過同業公會宜蘭辦事處對混凝土價格形成共識，「顯見原告等均有參與聯合行為之事實」。法院顯然認定本案屬於透過契約或協議等手段促成的聯合行為，並非「互為一致之行為」型態，關於藉助於間接證據推定合意成立一點，亦應隨之聚焦於與「意思聯絡」要件相關事實，例如：產量報告表、「報價通知表」、業者彼此經常聚會交換資訊相關陳述等證據<sup>77</sup>。

在「雲林預拌混凝土案」中，行政法院判決認為：預拌混凝土同業間於需求未發生前，即商妥同業間相互調料價格，或約定互不調料，「將各業者之成本及售價趨於一致，而達到限制競爭之效果，是競爭同業間如有約定相互調料價格，即屬合意限制競爭之行為」。同理，地震災後各預拌廠因受損情況不一，受損輕者，將可利用災後時機，積極出料而搶取更多客戶，受損重者，倘不能及時復建，則其客戶將遭流失：因此，「一旦同業間約定好災後『互不搶客戶』、『互不調料』及『如要調料，要依災前同業間互相調料的約定價格來調料』，則其目的顯係對災後之新競爭態勢為限制競爭行為之合意」，仍以契約或協議為其促成聯合行為的手段形式，且其標的直接或間接涉及數量、價格及交易對象等「競爭參數」，尚非「互為一致之行為」型態<sup>78</sup>。

本期案件涉及其他產業者，不少都是該產業內零星先例，執法機關及行政法院似乎尚在摸索聯合行為禁止規範較佳適用方式。例如：「航空公司案」係行政法院認定遠東航空公司及復興航空公司「事先簽署拆帳協定」以便實施「票證免背書轉讓」，係屬以「契約」手段促成聯合行為型態<sup>79</sup>；「家具參展案」係家具展覽攤位承租人組成台灣家具參展廠商協進會，以書面向展覽公司要求減少家具展檔次，雖經公平會認定為聯合行為予以裁罰，行政法院卻認為該協進會成員彼此就承租展覽攤位不具競爭關係，判決撤銷原處分<sup>80</sup>；「台灣麥粉公會案」則係成員事業透過公會合意進口總量管制、配額分配與會員間廠庫存撥補管理等聯合行為，公平會、行政法院既然認定台灣麥粉公會係聯合行為主體，其違法所應負責任卻未能與執行該決議內容的成員事業違法責任分別論斷<sup>81</sup>。

<sup>77</sup> 同上註，321-330。

<sup>78</sup> 同上註，360-368。

<sup>79</sup> 至於本案聯合行為「足以影響市場供需功能」情形為何？學者亦有批評行政法院就此所為論述似有矛盾者；本案裁判要旨摘要評析，參閱：同上註，262-272。

<sup>80</sup> 本案裁判要旨摘要評析，參閱：同上註，352-359。

<sup>81</sup> 同上註，369-377。

此外，本期案件涉及其他產業者，也出現借鏡比較法上（互為）一致行為概念及其執法經驗，發展出相對於公平法明文規定似乎「早熟」的實務案例。例如：在「台南連心會案」中，高等行政法院原審判決並未採納公平會以「附加因素」推定聯合行為合意的各項主張，僅依程序上證據法則指摘其「判定，均乏明證，要屬臆測」撤銷原處分；就此，公平會再次上訴成功。案經發回高等行政法院更審，法院轉而針對藥商所組成的交誼組織「連心會」所訂售價建議表，實質上即為該會監察小組執行試買及罰款依據，「具有強制之性質」，並非單純建議，據以認定其會員「透過連心會組織之方式就地區性電台廣告藥品價格為合意」，類似比較法上透過第三人促成一致行為的類型<sup>82</sup>。

### （三）中期判決中的終審見解

上述 51 案中，原處分作成於公平法 2002 年部分條文修正相關條文生效起至 2015 年初全文修正相關條文生效之前者最多，總計 31 案，包括：「汽車玻璃案」、「北部瓦斯案」、「中油台塑案」、「伴唱帶案」、「水泥案」、「長德金頻道有線電視案」、「台中桶裝瓦斯案」、「台中學校午餐案」、「網際網路協會案」、「台灣麵粉工會案」、「遊覽車同業公會案」、「教科書案」、「嘉義預拌混凝土案」、「南部客運聯合案」、「珠寶公會金飾案」、「雲林家用瓦斯案」、「藥廠聯合案」、「黃豆進口案」、「菸品案」、「會計師公會案」、「輪班載運案」、「嘉義液化石油氣案」、「鮮乳案」、「廢資訊物品回收案」、「台北地區車用液化石油氣」、「超商現煮咖啡案」、「記帳士公會案」、「光碟機圍標案」、「桃園地政士公會案」、「瀝青漲價案」、「廢電器物回收商案」。

公平法於 2002 年部分條文修正，在本文題旨範圍內的實體法律規範準據變動，主要為該次修正新增第 7 條第 2 項至第 4 項規定。其中，第 2 項及第 3 項規定「前項所稱聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限」、「第一項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者」，相同規範內涵，在修正前「舊法」時期僅以施行細則第 5 條第 1 項及第 2 項規定「解釋」母法第 7 條第 1 項關於聯合行為法定要件，在修正後「新法」則已直接明文規定於法律之中。

<sup>82</sup> 同上註，308-320。

因此，公平會依新法規定取締事業之間「共同決定」各項競爭參數、從而相互事業活動的「契約、協議或其他方式之合意」，受理後續司法審查的行政法院亦須受上述規定拘束<sup>83</sup>，不得否認「無法律拘束力，事實上可導致共同行為」的「意思聯絡」亦屬法律所禁止的聯合行為型態。

此外，公平法於 2002 年部分條文修正後新增第 7 條第 4 項規定：「同業公會藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為第二項之水平聯合」，透過正式立法創設非屬「合意」的「決議」形態聯合行為，並於同法第 41 條及第 35 條第 1 項授權主管機關命為違反者停止、改正並予以裁罰，業已釐清「舊法」時期可能潛藏的法律保留或授權明確相關問題，受理後續司法審查的行政法院亦須受「新法」規定拘束。雖然，同業公會本身並未「提供商品或服務從事交易」，僅因公平法第 2 條透過立法定義將其擬制為「事業」，其實，同業公會與會員之間並無「在同一產銷階段」的「水平」競爭關係，前者藉章程、會員大會決議、理監事會議決議或「其他方法」約束事業活動的行為型態，也與其會員自為聯合行為主體，彼此之間逕以契約、協議或「無法律拘束力，事實上可導致共同行為」的「意思聯絡」相互約束事業活動的型態不同；解釋上，倘若同屬同業公會成員的事業之間透過合意相互約束事業活動行為，逕以公平法於 2002 年修正的第 14 條第 1 項規定論處即可，即使各該事業利用同業公會所提供的場所或機會遂行「水平」聯合行為，在未獲同業公會授權的情形下，亦不得以同業公會本身係聯合行為主體追究其違法責任<sup>84</sup>。

至於事業之間促成聯合行為的「合意」，得否在執法機關未能掌握直接證據的情況下，藉由其他事證所確認的間接事實或關聯情況，例如：事業之間及其與上下游交易相對人互動情形、定價或銷售數量等競爭參數變化、各類投入要素成本漲跌等外在事實，借助產業經濟實證研究或賽局理論等分析工具加以推估，從而認定事業之間有無聯合行為「合意」？在公平法於 2015 年初全文修正增定第 14 條第 3 項規定：「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」之前，受理後續司法審查的行政法院原本即可依訴訟法上證據法則具體衡酌。根據行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 282 條規定：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽」，此即所謂「事

<sup>83</sup> 參照：憲法第 80 條規定。

<sup>84</sup> 參閱：廖義男主持，前揭註 1，95-96。

實推定」，亦即，法院透過「表見證據（prima-facie-Beweis）」推定與其有因果關係的待證事實真偽<sup>85</sup>。至於公平會須舉證證明何種聯合行為間接事實、關聯情況，即可在行政訴訟中「間接證明」事業之間存在「合意」，終究仍須由法院依職權依循經驗法則評價相關證據<sup>86</sup>。當然，被處分事業仍得依一般證據法則，提出相反證據動搖法院就「表現證據」所產生應證事實真偽的確信，爭取有利於自己的（撤銷）判決<sup>87</sup>。

本期不僅案件眾多，所涉及產業種類更加多元<sup>88</sup>，歷經前期實務經驗，聯合行為「合意」要件解釋及事實認定也更加細緻化。尤其，在公平法 2002 年初部分條文修正之後，聯合行為「其他方式之合意」已正式透過立法擴及「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」，「同業公會藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為」也循立法定義並列為「水平聯合」一種型態。本期案件除了深化取締違法聯合行為的既有執法及司法審查經驗之外，對於上述兩類聯合行為型態轉而逕依成文法律規定處理，因此其中也出現數則「指標」型重要案例<sup>89</sup>。

本期 31 案中，涉及典型「緊密寡占」市場結構下事業間聯合行為與所謂「平行行為」難以從外觀區分，必須就事業間有無「合意」具體探究實情者，首推「中油台塑案」。在本案中，行政法院以「價格預告機制」提供廠商事先釋放價格調整訊息，試探競爭對手反應，降低調價的不確定性與資訊不對稱風險；倘競爭對手不跟進，發動調價者尚有撤回可能，致使歷次調價透過該等促進行為均得以成功運作，認定「價格預告機制」係「促進作為」構成聯合行為的合意<sup>90</sup>。此外，關於聯合行為

<sup>85</sup> 參閱：吳庚、張文郁，行政爭訟法論，9 版，元照出版公司，402-403（2018）。

<sup>86</sup> 參閱：陳敏，前揭註 62，1537。

<sup>87</sup> 學者認為：行政機關通常掌握優越資源，在撤銷訴訟中不難提出表現證據支持其處分合法；然而，由於行政訴訟適用職權調查主義，法院仍應依職權調查有無相反證據存在，參閱：吳庚、張文郁，前揭註 85，403。

<sup>88</sup> 少數仍維持前期明顯較多違法聯合處分涉訟案件者，首推（桶裝或家用）瓦斯、（車用）液化石油氣相關配送、零售產業。

<sup>89</sup> 有鑑於此，本文以下，不再逐案說明行政法院如何解釋「合意」要件及認定相關事實，僅透過「指標」型案例呈現相關司法實務見解，其餘案件毋寧以跨案件別綜合整理方式概要說明。

<sup>90</sup> 雖然，國內油品批發市場具有緊密寡占特質，率先宣布調價的廠商固然可以透過「價格預告機制」降低不確定及所伴隨風險，競爭廠商原本可以分食該廠商原有市場占有率，其選擇避免競爭而確保較高價格下的獲利標準，「知悉」之後「有能力」且「有誘因」選擇跟進，與緊密寡占市場上單純價格追隨所造成的僵固一致性顯然不同；參閱：廖義男，「夏蟲語冰錄（一〇〇）—寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷—從行政法院之相關裁判觀察」，法令月刊，

合意是否為上述「價格預告機制」的唯一合理解釋，行政法院認為：被處分事業歷次調價均能由媒體平台清楚揭露時點、調整幅度等資訊，利用預告與實施時點一定時間差檢視競爭對手反應，再透過媒體發布修正調價資訊，倘非原告有意透過媒體平台交換資訊，何以多次價格調整均循此一模式，對照原告其他產品調價宣布方式，與此均有不同，則原告事先、公開傳遞油品批售價格，顯難認為具有經濟行為的合理性。雖然並未完全令人釋疑，大致仍符合「互為一致之行為」歷來認定方法<sup>91</sup>。

在「水泥案」中，行政法院既審酌被處分事業間相互約束事業活動的契約、協議「溝通性證據」，例如：「分別通知各家之水泥經銷商出席於高雄市蟬之屋海產店集會，會中一致要求經銷商調漲袋裝水泥價格」；也兼顧呈現聯合行為相應市場條件、實施方法及實施結果的「經濟性證據」綜合判斷，例如：「水泥產業為一高度集中、需求缺乏彈性且價格資訊透明之市場，並面臨整個產業之產能長期嚴重過剩，各水泥業者之產能利用率均明顯偏低之狀況，加之以各水泥業者間有相似之產品製程與成本結構，所生產之水泥產品又具高度標準化之特性」，「價格長期一致上揚僵固」，被處分事業共同投資士新水泥以控制高雄港儲槽，防堵外國水泥業者 Cemex 於我國銷售菲律賓水泥，與 Cemex 達成「暫時性市場共識」及「菲律賓協議」合意共同限制菲律賓水泥進口至我國，與日本鋼鐵業者進行「訊息交換」協議減少具有部分替代水泥效果的水淬爐石銷台數量，藉由合意淘汰邊緣廠商減少競爭，以及，投資士新水泥所控制的儲槽低度利用等，其中，又有就減少卡特爾成員使其彼此間更便於聯繫協調分配市場，透過共同投資士新水泥作為資訊平台並監督彼此，對於聯合行為得以成立並反覆發生的誘因機制加以說明者。在本案中，公平會不僅就「溝通性證據」及「經濟性證據」妥為蒐證、主張；就連典型「卡特爾」內部防

---

第 67 卷第 5 期，102-124（2016）。然而，寡占市場中的單回合「賽局」或許果真如此；在寡占模型中以多回合賽局進行分析，廠商著眼於對手後續對應措施，其最佳策略也可能選擇與對手「合作」；即使在「非合作型寡占」模型中，其定價也極可能高於競爭市場（可能低於或接近獨占市場）。關於 Cournot-Nash 均衡套用於寡占廠商競爭策略的理論說明，參閱：Herbert Hovenkamp, *supra* note 15, 161-165。

<sup>91</sup> 然而，行政法院未審酌被處分事業與下游加油站業者間關於油品供應契約中「最優惠」條件，與被處分事業間聯合行為有何關聯，卻又論及「因其預告調整批售價格之後，大多數加油站業者即同步、同幅調整零售牌價，限縮加油站業者競價空間」，不免遭學者批評：「所謂『垂直競爭』意指為何？判決於此，用語顯不精確……完全未觸及下游加油站業者彼此間的聯合行為問題，其論述值得商榷」。本案裁判要旨摘要評析，參閱：廖義男主持，前揭註 1，424-433。

範參與廠商「欺騙」的糾察措施、提高市場進入障礙以維持「卡特爾」穩定的業務安排等，均已調查、掌握<sup>92</sup>。

在「長德金頻道有線電視案」中，行政法院也明顯適用公平法於 2002 年初修正新增的第 14 條第 3 項規定，轉而依「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」概念，認定促成聯合行為的「合意」存在。由於長德與金頻道 2 家系統業者之間，有交叉持股及員工擔任對方董事情形，可以透過股東會、董事會等場合交換訊息，且有鑑於 2 家系統業者以往曾經彼此削價競爭，被認為「具有高度勾結之可能性」；行政法院推定：藉此溝通平台可達成「契約、協議以外之意思聯絡」，即事實上可導致共同行為。另一方面，行政法院也輔以被處分事業在特定社區委任對方利用自己所鋪設線纜，「長達 5 年無償提供競爭對手之原告長期使用，竟未提出異議，實有違常情」，以及，所屬企業集團在其他地區亦有違法結合遭處罰等事實，推定係「欲達成分享利潤及互不為競爭行為之目的所致，被告依此認係原告與金頻道公司從事聯合行為之事證，亦屬有理」。此外，行政法院又參酌被處分事業「互不跨越復興北路、健康路接受收視之請求；復參酌金頻道公司將收視戶讓給競爭對手之原告，而留下原有的轉頻器及標記，具有互為一致性行為之特徵，2 家事業在寡占市場中之行為狀態，無其他合理解釋或理由可以說明其非有意識的平行行為」，排除被處分事業彼此行為一致的其他合理解釋可能性，藉以強化其認定「契約、協議以外之意思聯絡」成立，且事實上可導致共同行為的理由依據<sup>93</sup>。

至於「鮮乳案」中，行政法院透過「經濟性證據」推定事業之間聯合行為「合意」存在，又再向比較法上「一致性行為」概念靠攏。就此，終審判決認為：「對於聯合行為之規範，係採實質之認定方式，亦即兩個或兩個以上之事業，明知且有意識透過彼此間意思聯絡，就其未來的市場行為達成不具法律拘束力的共識或瞭解，形成具有外在市場上一致性行為，倘經調查確實有意思聯絡之事實，或得以其他間接證據（如誘因、經濟利益、類似之漲價時間或數量、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。至所謂意思聯絡，在客觀上未必先存

<sup>92</sup> 本案裁判要旨摘要評析，參閱：同上註，442-454。

<sup>93</sup> 其實，本案高等行政法院上述見解，也與比較法上「互為一致之行為」各項要件認定通例若合符節。本案裁判要旨摘要評析，參閱：同上註，455-466。

有預定的計畫方案，其藉由直接或間接方式，如利用市場資訊之公開，間接交換與競爭有關之敏感市場訊息，或相互傳達營業策略，或直接進行商業情報之交換等，均屬之」<sup>94</sup>。

姑且不論，上述「事業間有意思聯絡，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」的合意認定標準是否過於嚴苛，終審判決既稱「構成聯合行為之核心要件，在於論證業者間有無合意之事實。其一致性行為非以同時日、完全等幅度調整價格為限，倘相關事證足資論證證明其一致性行為之合意，縱有時間落差或微幅價格之不同，亦無礙違法性之認定」，其據以推定「合意」的「溝通性證據」主要為被處分事業提早釋出漲價訊息，「……事後調價結果足資對應，此等訊息利於競爭對手調價市場偵測並降低競爭對手不跟價的風險，有助於聯合行為的穩固，因而推論原告等一致性調漲鮮乳參考建議售價之行為，係出於意思聯絡所為之聯合行為」<sup>95</sup>，單就事業活動外觀一致及提前釋出調價訊息可利用為「市場偵測」工具等推理，參照比較法上「一致性行為」概念固然有其論據。然而，被處分3事業在國內鮮乳市場市占率合計既然超過80%，與上述「中油台塑案」同屬緊密寡占市場結構，鮮乳又被行政法院認定商品差異化程度不明顯，因此，除了未被採信的「下游買方力量」等因素之外，關於價格成為鮮乳（批發）市場關鍵競爭要素，而價格變動資訊顯然在上下游事業之間相當透明，凡此，均可能導致寡占市場參與者的「價格跟隨行為」係屬經濟合理行為。倘若公平會及行政法院未就此類案件強化「溝通性證據」調查及其經濟合理性論證，難免陷入「中油台塑案」類似情境<sup>96</sup>，因而也不易推導出「合意」係「一致性行為」的「唯一合理解釋」結論<sup>97</sup>。

果不其然，類似緊密寡占市場上關於事業「價格跟隨行為」的經濟合理性問題，在後續「超商現煮咖啡案」中就導向不同的綜合判斷。在該案中，高等行政法院原審判決即認為：「廠商間外觀上之一致行為，並不必然存有事前之合意，亦即可能並非相互勾結產生之結果。在高度透明化的寡占市場中，廠商對於競爭者之行為，

<sup>94</sup> 本段及下段前段判決引文，出自最高行政法院103年度判字第294號判決理由。

<sup>95</sup> 上述判決引文，出自臺北高等行政法院101年度訴字第573號判決；就此，最高行政法院並未加以指摘。

<sup>96</sup> 關於「中油台塑案」司法見解，其實在（緊密寡占市場）事業活動的「經濟合理性」及比較法上「一致性行為」執法經驗上，均有不同於終審判決見解的其他解釋可能性而非「唯一合理解釋」等批評，參閱：何之邁，前揭註10，164-171。

<sup>97</sup> 本案裁判要旨摘要評析，併請參閱：廖義男主持，前揭註1，642-659（2019）。

通常在很短的時間內即可得知，當產品同質性越高，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，往往須視對手所實施之競爭策略而定，且最終往往與競爭對手採取相同之行動策略，因而造成渠等行為外觀之一致性結果。在此情況下，倘其並無聯合行為之合意存在，而僅係單純為自身利益以因應對手策略所不得不為者，一般稱之為『有意識之平行行為』或『價格跟隨行為』，即使其外觀上趨於一致，仍屬正當之競爭行為，尚難逕以聯合行為論之」。於同一判決理由中，行政法院也借用多回合賽局模型，進一步說明寡占市場上事業「價格跟隨行為」在「合意」以外的其他「合理解釋」：「……在一個無限次重複的賽局裡，廠商會比在單次賽局裡更合作。故而，為了避免對手的報復，理性的廠商於資訊充足之情況下，競爭對手調高價格時，可能會選擇隨之調價，而非選擇以完全競爭的價格搶攻市場，這價格是廠商極大化自身利益的理性選擇，而非廠商聯合行為之結果。被告所謂寡占市場中僅有低價跟隨，而無高價跟進之價格跟隨，恐與經濟理論、實務經驗均有相當落差。易言之，在特定的市場中，出現處於競爭地位之企業，其出售或進貨之同時上漲或下跌，且持續重複，更重要者其價格上下之幅度相近，此際是否可能因此推斷，事業間必有事前之協議，否則難為如是相類之行為，答案恐非單純。尤其是寡占市場囿於客觀市場結構，廠商認有必要向同業行為看齊，藉免遭競爭對手報復或負擔經濟上之不利」<sup>98</sup>。

在上述多回合賽局的分析架構下，高等行政法院繼而就漲價幅度及時間透過兩造攻擊防禦情形加以說明：「台灣現煮咖啡市場，確實有以 5 元為級距價格訂定之習慣，此有原告統一所製作之『市場飲品價格之書面整理結果』可憑，就此，被告也未能提出任何反證，可堪憑信。是原告等就咖啡飲品漲價以 5 元為級距，其實合於行銷管理學上所謂『習慣性定價』理論。至於原告等成本結構不同，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」。顯然，高等行政法院所謂「藉由間接事實（或謂『附加因素』（如誘因、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、事業之成本結構、市場狀況及情報交換等）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」，甚至，「行政罰之要件事實之客觀舉證責任歸於行政機關……因而行政訴訟所要求的證明度應是高度的蓋然

<sup>98</sup> 本段及下段判決引文，出自臺北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號判決理由。

性，也就是『沒有合理可疑』蓋然性程度的確信」，對於依法取締違法聯合行為的執法機關而言，其客觀舉證責任毋寧相當沉重。

就此，最高行政法院於上訴審判決中參照比較法上執法經驗，指摘原審法院上述舉證責任分配方式及證明程度要求，已經偏離終審法院向來見解：「合意之舉證向為各國主管機關執法上之最大難題，若一味要求聯合行為合意之存在需要直接證據方得以成立，將造成不當之脫法行為，與公平交易法之規範目的不合。換言之，當執法機關對於取得聯合行為合意之直接證據（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『合理推定』，須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，否則即可推定有聯合行為之意思聯絡存在。此為本院多數判決所採之見解……原判決……未要求被上訴人……負合理說明之舉證責任，卻認應由上訴人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，若經法院依職權調查，仍有待證事實真偽不明之情況，上訴人即應負擔敗訴之風險等語，逕將舉證責任倒置於上訴人，有違舉證責任分配之原則，不但有悖上開本院實務之見解，亦有適用證據法則不當之違法」<sup>99</sup>。最高行政法院上述見解，顯然透過行政訴訟上關於事實推定的一般證據法則，「提前」確立類似公平法於 2015 年初全文修正新增第 14 條第 3 項「法律推定」明文的舉證責任分配方式。

即使如此，本案發回更審之後，高等行政法院及最高行政法院均認為：公平會所提出聚焦於「經濟性證據」的各項「附加因素」，在欠缺更切近於「合意」事實的「溝通性證據」，而被處分事業又提出「有意識的平行行為」作為其價格跟隨行為的「合理說明」情形下，尚不足以合理推定被處分事業調漲現煮咖啡售價的外觀上一致性行為，係出於聯合行為的意思聯絡所致。雖然，高等行政法院形式上放棄執法機關須舉證達到「沒有合理可疑」的嚴苛證明程度要求，關於「連鎖便利商店現煮咖啡」的「全國」地理市場界定、「一致性行為」與「平行行為」的概念區分及「合意」舉證證明方式等核心爭點，公平會都遭遇到歷來在行政爭訟實務上相當罕見的重大挫敗<sup>100</sup>。

除了上述關於處於競爭關係事業之間「合意」型態聯合行為之外，正式提升至母法直接加以規範的同業公會「決議」型態聯合行為，在本期中也持續累積司法審

<sup>99</sup> 本段判決引文，出自最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決。

<sup>100</sup> 本案裁判要旨摘要評析，併請參閱：廖義男主持，前揭註 1，679-692。

查實務案例。其中，「會計師公會案」涉及台北市會計師公會開會決議製發「本會會員與客戶討論案件須收取諮詢費」等文件予所屬會員，遭公平會命其立即停止此項違法行為，行政法院認為系爭文件內容極易迴避且無違反效果，「事實上難亦認有導致共同行為之合意」因而判決撤銷原處分<sup>101</sup>。「記帳士公會案」涉及台北市記帳士公會行文所屬全體會員，建議會員報價盡量不要低於財政部所核定收入標準，行政法院認定係屬公平法新增第 7 條第 4 項所規定同業公會「藉……其他方法所為約束事業活動之行為」<sup>102</sup>。「桃園地政士公會案」則涉及桃園縣地政士公會於第 8 屆第 7 次理事會決議發送會員收費參考表，公平會曾去函命其停止，該公會亦將來函於會刊全文照登；公平法於 2002 年初部分條文修正增訂第 7 條第 4 項規定後，該公會仍持續發送該收費參考表予入會會員，行政法院認定「已有約束會員以有利價格爭取交易相對人，使價格陷於僵化之聯合行為之外觀」，尤其，「地政士在『業必歸會』之原則下，原告之任何決議對所屬會員均有一定之約制作用。原告經由組織影響力，原告訂定收費參考表並發送會員使用之情，事實上可導致會員不為價格競爭……持續發送會員收費參考表，足證其無停止適用該收費參考表之意思，仍持續執行其……第 8 屆第 7 次理事會決議內容」<sup>103</sup>。公平法於 2002 年初部分條文修正增訂 7 條第 4 項規定「同業公會藉……決議或其他方法所為約束事業活動之行為」型態的聯合行為司法審查實務，顯然日益穩健而漸趨細緻化<sup>104</sup>。

就跨業別、跨年度各級行政法院判決中所呈現整體變化趨勢而言，也有幾點現象值得長期追蹤觀察：其一，被處分事業營業規模與其應訴意願或投入訴訟資源也呈現正相關：例如：在「雲林家用瓦斯案」中<sup>105</sup>，原告敗訴之後並未再上訴，其於初審中所進行攻擊防禦也相當有限。與此相對，在「中油台塑案」中<sup>106</sup>，被處分事業不僅窮盡訴訟救濟管道，攻擊防禦也更為廣泛開展。其二，相同或相鄰產業中的

<sup>101</sup> 同上註，607-620。

<sup>102</sup> 同上註，693-708。

<sup>103</sup> 同上註，720-728。

<sup>104</sup> 此外，「照相同業公會案」主要爭點在於被處分的臺北縣照相商業同業公會與臺北縣照相業職業工會所屬會員舉行座談會，對於拍攝換發國民身分證證件照，雙方協商同意約束所屬會員不得削價競爭，嗣後並共同發表聯合聲明，其彼此間有無競爭關係、被處分同業公會是否為公平法第 7 條第 4 項規定行為主體，並未聚焦於「決議」型態聯合行為及其認定問題；因此，本案並未選入上述 51 案之中。該案裁判要旨摘要評析，參閱：同上註，467-475。

<sup>105</sup> 臺北高等行政法院 90 年度訴字第 4551 號判決。

<sup>106</sup> 臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2390 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 92 號判決。

事業或其事業團體因涉及違法聯合行為遭處分，在後續行政訴訟中顯然出現應訴技巧「學習」效果，愈晚提起訴訟者其攻擊防禦方法愈發精緻細膩。其三，長期受政府輔導的產業如資源回收事業，積久成習竟爾不自覺公然為違法聯合行為，提供往往只在經濟學理論中出現的完整「卡特爾」組織及糾察措施，對照長期公營獨占後逐步開放市場的受管制產業，後者卻愈來愈嫻熟於不留下「聯合行為」的「合意」跡證，足見「聯合行為」過度強調「合意」要件的實務慣性，在「暗默勾結（*tacit collusion*）」發生可能性不減、外觀上事業活動彼此一致的現象不斷出現的市場環境下，終將導致「有意識平行行為」理論在聯合行為裁處案行政訴訟的攻擊防禦中盛行。「鮮乳案」<sup>107</sup>、「超商現煮咖啡案」果然印證此種趨勢<sup>108</sup>，後者甚至導致主管機關敗訴結果，「合意」要件的關鍵地位及其取證困難不容小覷。

最後，公平會獲得行政法院判決支持的重要關鍵，除了嚴謹適用法規、妥善運用比較法上競爭法理論之外，主管機關發覺進而取締違法聯合行為所需解決的核心問題，始終在於產業資料分析、個案證據蒐集及資訊掌握等環節之上。「水泥案」之所以堪稱典範<sup>109</sup>，除了舉行聽證、程序嚴謹之外，主管機關對於產業結構、生產儲運及銷售生態、事業活動情形、國際與國內市場關聯、事業間各類合資合作關係變化等充分掌握，關鍵事證也能透過適當管道取得，並非純然透過比較法論述盡其攻擊防禦能事而已。

#### （四）後期判決中的終審見解

上述 51 案中，原處分作成於 2015 年初全文修正相關條文生效之後者，迄至 2019 年 5 月間，僅整理出行政訴訟定讞者 5 案，包括：「臺南寵物店案」、「不動產估價投標案」、「漁工仲介案」、「中部砂石業案」、「臺中保全公會案」。

公平法於 2015 年初全文修正，在本文題旨範圍內的實體法律規範準據變動，主要為增訂「合意推定」規定於第 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」。根據行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 281 條規定：「法律上推定之事

<sup>107</sup> 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 573 號判決、最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。

<sup>108</sup> 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號判決、最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決、臺北高等行政法院 102 年度訴更一字第 54 號判決、最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決。

<sup>109</sup> 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號判決、最高行政法院 100 年度判字第 611 號判決。

實無反證者，無庸舉證」，亦即，自上述公平法「法律推定」新規範生效之後，公平會認定具競爭關係的事業之間「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」構成（水平）聯合，無須就「合意」存在本身舉證，僅須就「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」等間接事實或周遭情況舉證證明，再依據此等「因素」作為「相當依據」進而「推定」事業之間存在「合意」。倘若被處分事業就其彼此間並無「合意」於行政訴訟程序中提出反證，依上述行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 281 條規定，公平會就事業之間存在「合意」本身，仍須負舉證責任，否則即須承擔敗訴從而原處分遭判決撤銷的程序法上風險。

關於公平會就「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，須證明達何種「相當」程度方能成為「推定」事業間「合意」存在的「依據」，在行政訴訟程序上即完成其主觀舉證責任，轉而由被處分事業承擔未提出反證可能面對敗訴後果的舉證責任？僅須透過上述因素「合理懷疑」事業之間可能存在「合意」<sup>110</sup>？抑或「相當蓋然性」可以「合理推定」事業之間可能存在「合意」，不須達「唯一合理解釋」程度<sup>111</sup>？又甚至，須達到事業之間存在「合意」係上述因素的「唯一合理解釋」程度<sup>112</sup>？就此問題，我國公平法執法實務及學者論述似乎尚無定論，因此，也不乏借鏡於美國反托拉斯法執法實務經驗，主張至少須達「高度蓋然性」以上，方能推定事業之間極可能存在「合意」者<sup>113</sup>。

雖然，關於行政訴訟程序中證據須證明至何種程度，行政法院始能就此形成應證事實真偽的心證，一般通說認為毋須達絕對確信程度，僅以「排除合理懷疑」而

<sup>110</sup> 參閱：吳秀明、沈麗玉，「打擊聯合行為法制之晚近變革」，月旦法學雜誌，第 233 期，231-232（2014）。

<sup>111</sup> 參閱：廖義男，公平交易法之釋論與實務（第三冊），初版，元照出版公司，142-143（2017）。

<sup>112</sup> 參閱：汪渡村，公平交易法，6 版，五南出版公司，91-92（2015）。

<sup>113</sup> 參閱：顏雅倫，「聯合行為之合意推定－美國反托拉斯法之比較研究」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期，101-103（2019）。與此相對，在公平法 2015 年全文修正前，最高行政法院在「事實推定」的證據法則操作上，即認為聯合行為「合意」可以透過間接證據「合理推定」，其證明程度亦毋須達「沒有合理可疑」程度；參閱：本文前述「超商現煮咖啡案」判決引文及其相關說明。

確信為準<sup>114</sup>。但是，公平法第 14 條第 3 項係規定以其他事實「法律推定」屬於構成要件之一的「合意」存在，並非規範證據證明程度與應證事實之間的單一「蓋然性」關係，問題關鍵始終在於：外觀上與相互競爭的複數事業「共同決定」競爭參數相似的市場現象，在「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」等間接事實或周遭情況「襯托」下，是否及如何藉由推理歸因於相互競爭事業之間的「合意」，從而制止該等事業的違法行為並追究其責任？由於事業「共同決定」競爭參數的市場現象並非僅因單一主體及其行為「目的」或「效果」所致，毋寧係由市場結構、競爭者及交易相對人等多方市場參與者互動情形、交易標的與產業特性等「因素」交互影響下所形成<sup>115</sup>。有鑑於此，基本上用以確認單一主體及其行為責任的傳統證據法則上所謂「因果關係」或「蓋然性」理論，不宜勉強套用於變因多重的複數主體間市場競爭行為上，至少，不應據此為判斷應證事實真偽的唯一「經驗法則」<sup>116</sup>。例如：關於事業平行行為背後有無「合意」存在的判斷因素，區分「經濟性證據」與「溝通性證據」並許其相互辯證，在反托拉斯法領域內毋寧

<sup>114</sup> 參閱：吳庚、張文郁，前揭註 85，247。值得注意者，所謂「排除合理懷疑」如係指英文「beyond a reasonable doubt」，則已相當於美國刑事審判上認定被告有罪所須的確信程度，並非僅民事審判上「優勢證據（preponderance of the evidence）」容許當事人競相舉證有利於己事實以爭取勝訴判決。就此，本文認為：由於我國行政訴訟法在大量準用民事訴訟法證據相關規定（第 176 條）同時，尚明文規定撤銷訴訟係採取職權調查主義（第 125 條第 1 項、第 133 條及第 134 條等規定），因此，就涉及本文題旨所在的聯合行為要件範圍內，被處分事業倘若提起撤銷訴訟，尤其，針對公平會就其所認定聯合行為處罰該事業的裁罰處分訴請法院撤銷者，行政法院關於法定處罰要件是否構成的事實認定，其心證應達「排除合理懷疑」而確信程度，固無疑問；然而，針對公平會就其所認定聯合行為僅命事業停止其違法行為，關於違法要件是否構成的事實認定，其心證程度是否仍須達「排除合理懷疑」程度，則不無疑問。對照聯合行為受害者依公平法第 29 條以下規定，訴請民事法院判令事業除去或防止侵害、損害賠償者，關於違法要件是否構成的事實認定，其心證僅須達「優勢證據」即可；公平會基於公共利益守護者立場調查、處理違反公平法情事（參照公平法第 26 條規定），在尚未發動行政罰制裁違法事業之前，似可比照私人尋求救濟時的情形適度降低其舉證強度。

<sup>115</sup> 關於（在寡占市場中）事業為何捨競爭轉向合作，涉及市場結構及競爭者與其交易相對人互動型態等多面向變因，自 1838 年 Augustin Cournot 提出「非合作型寡占」模型以來，又增添源自「賽局理論（game theory）」最佳策略分析等工具，始終無法完整掌握其中複雜多變的交互影響規律；相關說明，參閱：Herbert Hovenkamp, *supra* note 15, 159-185。

<sup>116</sup> 法院調查證據所擬證明的標的，係可以認識的外部事項或內部事項，亦即「事實」；事實判斷及法律推論並非證明標的；參閱：陳敏，前揭註 62，1533。

是比較務實的「經驗法則」<sup>117</sup>。由於我國行政訴訟法未採「法定證據」主義，關於事實真偽也明文規定法院應「斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則」綜合判斷<sup>118</sup>，上述區分「經濟性證據」與「溝通性證據」並許其相互辯證的「經驗法則」，適用於聯合行為「合意」推定應無扞格之處。

至於移置公平法第 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」的「亦為」聯合行為，由於係事業團體於其內部透過其成員事業或法定意思機關「決議」或類似方法所促成，與其成員事業之間彼此「合意」屬於不同行為型態，解釋上，應無上述「合意……推定」規定適用可能。此項「亦為」規定，與我國法制上慣用的「視為」體例相同，應屬於法律擬制規定，亦即所謂「在法律上，將一事實直接認定為另一並不存在之事實」<sup>119</sup>，因此，公平會僅須舉證證明事業團體透過「決議或其他方法」約束其成員事業活動，即構成得依法發動公權力加以取締的「聯合行為」一種獨立型態，既無庸攀附同條第 1 項規定勉強就其成員事業間「合意」舉證，更無須再依第 3 項規定藉由「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」等間接事實或周遭情況「推定」其成員事業之間另有所謂「合意」<sup>120</sup>。

本期 5 件案例中，所涉及產業除砂石業已經在中期案例中出現之外，其餘各件來自於 1999 年以來尚無因聯合行為涉訟經行政法院判決確定的其他產業別。雖然，本期時間相對較短，同期且有其他重要案件尚在爭訟之中<sup>121</sup>，上述現象尚不足以稱為「趨勢」；但是，上述跨業別、跨年度各級行政法院判決在中期所呈現出的 4 項整體變化趨勢，在後期判決中依舊持續發展。另一方面，本期 5 件案例所涉及的聯

<sup>117</sup> 借鏡自美國反托拉斯法實務上「附加因素」概念的「合意」認定方式，相關說明，參閱：廖義男主持，前揭註 1，13-16。

<sup>118</sup> 參照：行政訴訟法第 189 條規定。

<sup>119</sup> 引自：陳敏，前揭註 62，1537。

<sup>120</sup> 至於事業團體於其內部透過成員事業或其法定意思機關「決議」或類似方法促成公平法第 14 條第 4 項所規定的聯合行為之外，其成員事業彼此之間又以「合意」促成同條第 1 項所規定的聯合行為，則後者亦得依法加以調查處罰，參閱：廖義男主持，前揭註 1，122-126；此時，關於事業團體成員彼此之間的「合意」，解釋上亦得適用公平法第 14 條第 3 項規定加以「推定」。

<sup>121</sup> 例如：「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」，雖然最高法院作成院 104 年度判字第 329、330、339、340、346、347、361、369 號及 105 年度判字第 94 號等 9 件判決發回原審，臺北高等行政法院（再次）更審後於 2020 年 5 月間陸續作成多件判決撤銷原處分，惟相關案件尚未經終審裁判確定。

合行為「合意」型態，分別屬於事業藉由同業聚會、公會會員大會或理監事會議決議兩類，則正好可以檢視公平法 2015 年初全文修正增訂第 14 條第 3 項「合意」推定與修正第 14 條第 4 項同業公會或其他團體「決議或其他方法」約束事業活動「亦為」聯合行為，在司法審判實務上如何具體適用。

在「臺南寵物店案」中，多家寵物店業者於「台南市寵物業者聯誼座談會」中先後倡議、呼籲零售業者間不要從事價格競爭，彼此售價儘可能統一，並希望供應商對於不配合之零售業者予以管控、斷貨，與會上游供應商也表示將全力配合穩定價格，行政法院因而認定寵物店業者之間「於……會議中達成彼此共同不為價格競爭之合意」。由於本案關於「合意」事證已經相當具體明確，因而未再藉由間接證據加以推定<sup>122</sup>。

在「不動產估價投標案」中，高雄市不動產估價師公會理監事會聯席會議針對會員自律公約「大幅減低酬金或其他不正當之手段」定義進行討論，並決議：案件投標家數達 3 家以上，未得標者平均投標金額差異達 20% 以上者，則視為違反會員自律公約。行政法院認為：「系爭決議作成之後，投標會員在決定投標金額時，除要考慮『標金過高而未得標』及『標金過低而利潤減少』，還要考慮『得標金額與其他未得標者平均投標金額之差異超過 20%』，而面臨違反會員自律公約處境之風險。投標會員基於趨避風險之心理，必須採取較原先更為保守之投標策略，訂定更高之投標金額，抑或於決定投標金額前，先與其他投標廠商聯絡或共同決定投標金額，其效果為抑制會員自由及獨立決定投標金額，並妨礙投標廠商間之價格競爭，是以，本案聯合行為之內容係屬對於價格之限制」，從而認定該公會藉理監事會議決議限制會員自由決定投標金額<sup>123</sup>。

在「漁工仲介案」中，17 家仲介業者先後召集「漁工仲介商討收費標準籌備會」、「漁工仲介商討收費標準會議」，針對向漁船雇主收取「登記費及介紹費」與「服務費」等費用形成共識，並將會議紀錄及會訊於會後發送予未參加者。上述會議及會後發送資料等均未以協會名義為之，無從循事業團體「決議」型態認定其聯合行為，仍須就參與事業彼此間有無「合意」具體認定。就此，行政法院認為：原告雖

<sup>122</sup> 此外，本案中同時存在水平限制競爭協議（不為價格競爭）與垂直限制競爭協議（斷貨），在我國公平法相關條文適用上尚須分別論處。本案裁判要旨摘要評析，參閱：廖義男主持，前揭註 1，748-757。

<sup>123</sup> 本案裁判要旨摘要評析，併請參閱：同上註，758-769。

然原未收費用而在會議後轉向漁船雇主收取相關費用，公平會未通知原告或該雇主提出帳冊、文件等資料或證物，佐證該費用與前揭收費標準草案所擬向雇主收取費用金額及項目相符，「顯難認其已充分盡其舉證之責」因而撤銷原處分<sup>124</sup>。

在「中部砂石業案」中，被處分事業之一的代表人配偶實際職掌其業務，與其他立於水平競爭關係的砂石業者，於聚會中達成聯合調漲砂石價格的合意，並於聚會後調漲砂石牌價，且調漲後的牌價幾趨於一致。由於被處分事業之間曾就未來砂石售價聚會溝通事證明確，聚會之後且有調漲砂石售價的一致性行為，行政法院因而未論及舉證證明程度是否須達高度蓋然性，即認定事業之間存在聯合行為「合意」<sup>125</sup>。

在「臺中保全公會案」中，會員代表大會決議訂定「優良保全公司基本規範實施辦法」，依該辦法第3條第15款規定：「駐衛保全人員報價及受委任業務，不得低於勞基法之相關規定，及法定實質成本」，並訂定「保全員符合勞動基準法工作時間法定成本分析表」發送予各會員，要求其等受委任承辦駐衛保全業務報價，不得低於依該分析表計算金額，其後並對部分報價低於法定成本分析表標準的會員，要求其等將入會時繳交的暫收款捐贈予公會。公平會認定公會上述行為係藉「會員大會決議及其他方法」，限制會員事業自由決定駐衛保全服務報價，約束事業活動而裁罰。就此，行政法院認為：臺中保全公會係依據商業團體法設立的商業同業公會，屬公平法所規範「事業」，其訂定法定成本分析表並以公會名義函送予會員，嗣後，倘會員參與招標採購案件或公寓大廈遴選保全廠商時報價，低於依「法定成本分析表」計算金額者，原告即依上開優良保全實施辦法制裁措施使會員承受不利益，且公會制裁對象甚至包括並未爭取到業主合約的保全公司，係增加法律以外的限制，影響會員自由選擇報價高低的營業決策空間，屬於同業公會藉「其他方法」約束會員事業活動的聯合行為<sup>126</sup>。

<sup>124</sup> 此外，事業曾經參與促成聯合行為的會議，倘若明確表示不參與決議，或於參與會議後提出反對意見，後續又未實施共同行為者，即須注意有無公平法第43條規定適用情形。本案裁判要旨摘要評析，併請參閱：同上註，770-781。

<sup>125</sup> 本案裁判要旨摘要評析，併請參閱：同上註，782-792。

<sup>126</sup> 此外，行政法院維持與「記帳士公會案」相同見解，認為同業公會或事業團體涉及競爭行為者，不得以其行業或職業的社會角色及其所擔負公益責任，作為其阻卻競爭法規範圍適用的正當理由。本案裁判要旨摘要評析，併請參閱：同上註，793-799。

## （五）修法前後終審見解變化

上述 51 案，依原處分作成時間區分為 3 組：在公平法 2002 年部分條文修正之前的「前期」15 件案例，該次修正之後至 2015 年初全文修正之間的「中期」31 件案例，以及，2015 年初全文修正後的「後期」5 件案例，因各該期間聯合行為「合意」要件及其「推定」相關實體規範內涵不同，行政法院審理各該案件時，關於「無法律拘束力，事實上可導致共同行為」的意思聯絡是否亦屬「其他方式之合意」，同業公會（及其他依法設立的事業團體）「藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法」約束事業活動是否「亦為」聯合行為，以及，聯合行為「合意」是否容許公平會依「經濟性證據」推定等事項，其解釋法律（、造法）與運用程序法上證據法則分配兩造舉證責任及形成心證的法源及羈束程度均有所不同。然而，關於前 2 項（「意思聯絡……事實上可導致共同行為者」、「公會……決議……」）於前期涉及（目的性）擴張解釋當時法律明文規定，行政法院均高度尊重公平會所制定施行細則相關「超前」規定；最後 1 項（「合意，得依……當依據之因素推定」）於前期與中期尚須藉由「事實推定」達成類似效果<sup>127</sup>，行政法院也「超前」配合。詳加檢視個別案件中兩造攻擊防禦方法及行政法院相對應的審酌理由，不難發現比較法上「（互為）一致行為」法律概念與藉由「附加因素」推定「協議（agreement）」訴訟實務，在「中油台塑案」、「鮮奶案」、「超商現煮咖啡案」等具代表性案例中，厥為勝敗訴關鍵所在。

至於本文所篩選範圍內 51 案所涉及聯合行為型態，除了圍標案件於政府採購法施行後，改依該法第 87 條第 4 項「意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭」規定論處而集中於前期出現之外<sup>128</sup>，前期尚有少數案例，中、後期則僅於首次出現的產業中尚有以「契

<sup>127</sup> 參照行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 282 條規定：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽」。

<sup>128</sup> 政府採購法於 1998 年 5 月 27 日公布，公布 1 年後施行。由於上述該法第 87 條第 4 項規定對於圍標逕處以刑事制裁，而公平法自 1999 年 2 月初修正公布後，對於違法聯合行為改採「先行政後司法」制度，無論以政府採購法係關於圍標的特別法，或依當時「從重」優先適用刑事處罰規定的實務標準，均應改依政府採購法追究違法投標者責任。行政罰法於 2005 年 2 月 5 日公布，公布 1 年後施行以後，依該法第 26 條第 1 項規定，亦應適用政府採購法第 87 條第 4 項規定追究圍標者刑事責任。

約、協議」相互約束事業活動，並且留下直接證據或其他具體跡證者。相較之下，藉由同業公會或其他事業團體「決議（或其他方法）」約束事業活動，以及，欠缺「合意」直接證據、甚至連「溝通性證據」都難以發現的「一致性行為」，則頗有漸成聯合行為主要型態的發展趨勢。此外，事業利用同業公會或其他事業團體的組織、活動或場所彼此接觸，嗣後出現「一致性行為」究竟歸屬於同業公會或其他事業團體的「決議（或其他方法）」，抑或仍屬事業以「其他方式之合意」相互約束事業活動，行政訴訟實務上也逐漸累積各依其主體及其相應聯合行為型態的區辨標準。

另一方面，上述 51 案中，不少涉及屬於受管制產業（regulated industries）者，部分甚至另有專屬目的事業法規，構築不易跨越的進入市場障礙；亦有提供民生必需物品或服務的公用事業，兼有「沉沒成本」與固定成本高，既有業者擁有相較於新進事業優越的市場地位，分別形成獨占、緊密寡占等相對閉鎖的市場結構。此外，不少產業水平競爭關係與上下游交易關係均屬盤根錯節，極易形成聯合或「暗默勾結」環境。整體而言，在外觀上呈現價格或其他競爭參數一致情形，屬於比較法上所謂「（互為）一致行為」概念適用的典型情境並不罕見。當事人就上述案件彼此攻擊防禦及法院衡酌取捨之際，動輒出現直接或間接（透過國內學者引介）援引外國相關法制及重要案例情形，並不令人意外。然而，我國公平法歷次修正，關於聯合行為合要件及其認定相關規定多次變動，在具體事實及其所處產業背景各有特色的不同案件中，借助外國競爭法制實務例證甚至學說理論的攻擊防禦卻始終不斷。究竟，相關外國競爭法制實務經驗及其理論是否可以如此「無縫接軌」套用於我國公平法實務上，值得進一步探究。

#### 四、「合意」？「卡特爾」禁止規範原典及其演變

回顧公平法當初研擬立法時，國內法制不僅對於「聯合（壟斷）」是否應予禁止尚有疑義，就連「聯合（行為）」概念也還相當陌生，已如上所述。在此種國內法制罕有參照比附的立法背景下，關於「聯合（行為）」概念內涵及其要件，借鏡於「先進」競爭法制既有規範及其施行經驗，甚至透過立法「定義」的方式直接接受，倒也順理成章。我國自從政府機關委託學者研擬公平法草案起，歷經政府提案、

立法院審議，關於「聯合行為」的法律定義及其構成要件即屢有變動<sup>129</sup>；外來「卡特爾」概念及其禁止規範透過立法手段本土化，顯然在短期之內難以克服「橘逾淮為枳」在概念理解上所造成的文化隔膜，以及，立法過程中因應政策折衝而法條文字轉趨模糊。因此，關於「聯合（行為）」是否與「先進」競爭法制中所謂「卡特爾」概念相當或完全等同？是否須以「合意」為其不可或缺的構成要件？又，「合意」得否逕以「意思聯絡」取代？甚至，新增類似歐盟競爭法上所謂「經協調之舉措」類型，藉此跳脫「協議」型態中難以舉證證明的「合意」要件糾葛？諸多法制沿革及比較法制兩方面彼此交纏的法制繼受問題，對照上述公平法關於聯合行為「合意」要件及其「推定」規定多次修正仍有改善空間，而行政法院司法審查實務也始終穿插比較法觀點，足見磨合外來概念與本土法制並非一蹴可幾。

競爭法在我國以專法的法典形式出現，始於 1981 年 6 月經濟部委託臺灣大學法律學研究所廖義男教授草擬的「公平交易法草案」。該版本參酌美國、日本及德國立法例及實務案例，完成與 1982 年 4 月間，全文計 8 章 83 條<sup>130</sup>。該草案並未使用「聯合行為」一詞，而是在第二章第一節「限制營業競爭之行為」的第一款「聯合壟斷之行為」下，以第 4 條規定明文禁止「聯合壟斷」：「（第 1 項）企業或企業團體，不得以限制營業競爭為共同目的，就價格、數量、種類、設備、交易對象或地區、或其他營業行為等做成合意或決議，而影響生產、商品交易或服務供需之市場關係。但本法另有規定者，不在此限。（第 2 項）前項所稱合意，包括契約、君子協定及導致事實上有互為一致行為之意思聯絡。（第 3 項）第一項之契約或決議，未依本法之規定成為有效之前，不生效力。」

該版本隨後於第 5 條至第 12 條，分別規定「統一規格或型式之聯合」、「合理化之聯合」、「專業化之聯合」、「中小企業之合作」、「輸出之聯合」、「輸入之聯合」、「不景氣之聯合」，以及，主管機關「基於整體經濟及公共利益之重大理由」所必要者所許可的「特別之聯合」等例外申請許可的「聯合」豁免類型。第 14 條及第 15 條則規定主管機關就上述申請許可辦理登記、公告及許可期間、附加條款、廢止許可等事項。至於該版本第 16 條至第 18 條，則係針對第 4 條第 3 項關於

<sup>129</sup> 針對事業違反聯合行為禁止規定的私人執法規範，公平法第 29 條至第 33 條亦備有相關規定，不過，實務上應用頗為罕見。

<sup>130</sup> 相關說明，參閱：廖義男，「拾壹、公平交易法之立法經過」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊，259（1995）。

「契約或決議……不生效力」的配套監督規定<sup>131</sup>。整體而言，該版本與當時德國 GWB 第 1 條以下關於「卡特爾」契約及決議不生效力的相關規定，若合符節<sup>132</sup>。

上述學者版公平法草案，由於其「限制營業競爭行為」規範較為詳審，行政程序及不服救濟循普通法院管道等類似德國法制規定，對於當時我國法制衝擊過大而難以順利通過立法；經濟部於是另成立起草小組，派員前往日本、韓國考察，重新研擬草案，於 1985 年 3 月完成全文計 10 章 50 條，報請行政院審議<sup>133</sup>。其中，第四章標題為「聯合行為」，第 12 條禁止企業「以契約、協議或其他方式之合意與他企業共同決定商品之價格或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束企業活動，而有害於市場之競爭」，不採該部委託廖義男教授草擬版本仿照當時德國 GWB 規定「卡特爾不生效力」的民事特別法混合行政監督體例，直接明文禁止「契約、協議或其他方式之合意」，以課予「企業」公法上不作為義務的方式改採行政作用法體例。該版本第 13 條列舉「統一規格或型式」、「合理化」、「專業化」、「輸出」、「輸入」、「不景氣」、「中小企業合作」等 7 款得申請許可的例外情形。第 14 條至第 17 條規定許可期間、附款及登記等監督事項<sup>134</sup>。整體而言，除競爭主體仍稱「企業」而非「事業」之外，現行公平法的雛形已然浮現。

行政院審議上述經濟部草案期間，各方意見雜陳，有主張無制定必要者，亦有認為獨占、聯合、結合部分宜從長計議者，行政院亦曾一度考慮合併消費者保護法於單一法典，終究皆未反映於草案中。行政院將經濟部原擬草案小修之後，法典章節有所整併，條序也略有調整，規範內容卻大抵沿襲經濟部草案，完成政府提案全

<sup>131</sup> 關於該版本相關條文，參閱：廖義男，「附錄〈壹、廖義男草擬之公平交易法草案總說明及條文〉」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊，404-440（1995）。

<sup>132</sup> 需特別注意者，係當時 GWB 除於第 1 條明定卡特爾契約及協議不生效力之外，第 25 條第 1 項特別明文規定：事業間或事業團體互為一致之行為，依該法不得為契約之內容者，亦禁止之；該項規定又被稱為該法第 1 條的「防規避要件（Umgehungstatbestand）」或「補漏要件（Auffangtatbestand）」。廖義男教授仿照該法起草我國公平法第一套聯合禁止規範，亦一併納入類似規定，並直接規定於其草案第 4 條第 2 項中，甚至早於德國將該項併入第 1 條卡特爾禁止規定的 GWB 第 6 次修正（1998 年），堪稱先進立法技術。關於德國 GWB 歷次版本修正及與第 25 條第 1 項規定整併進第 1 條的變動情形，參閱：Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar, 9. Aufl., C. H. Beck, Einf. Rn. 7-41, §1, Rn. 23 (2018)。

<sup>133</sup> 相關說明，參閱：廖義男，前揭註 130，260-262。

<sup>134</sup> 關於該版本相關條文，參閱：廖義男，「附錄〈貳、經濟部研擬之公平交易法草案〉」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊，441-450（1995）。

文計 7 章 49 條<sup>135</sup>。行政院所提出的政府提案，將「聯合行為」定義自「獨占、結合、聯合行為」章中割裂，移置於總則章第 7 條，第 14 條本文則僅剩「事業不得為聯合行為」簡略的禁止規定。如此體例，自此定下公平法直至 2015 年全文修正前的基本章節結構。立法院審議上述政府提案，在經濟、司法兩委員會聯席審查會議完成審查，提報院會二讀、三讀之前，即已歷經 10 個會期、費時近 4 年半<sup>136</sup>。雖然，審查會議期間對於政府提案多所修正<sup>137</sup>，二讀程序也對條文規定多有修正<sup>137</sup>，但關於本文題旨所在的「聯合行為」要件方面，並無任何實質修正，大體維持政府提案原條文規定內容。

公平法全文三讀通過之後，其第 7 條規定：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言」。至於在比較法上也可能構成「聯合」的事業團體決議，則並未反映在關於上述聯合行為的定義條文中；僅就本法適用的主體「事業」一詞，於第 2 條第 3 款中納入「同業公會」。如此經過立法院三讀程序正式制定的公平法，不僅偏離學者版草案內在一致性較高的「原始設計」；對照「先進」競爭法制及當時國際間「卡特爾」執法實況也頗有落差。無怪乎（行政院）公平會於 1992 年初設立並開始運作，半年內即依據公平法授權制定施行細則；於該法施行細則第 2 條規定：「（第 1 項）本法第七條之聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限。（第 2 項）本法第七條之其他方式之合意，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。」儘可能貼近「先進」競爭法制中關於「卡特爾」的共通概念。

主管機關透過上述施行細則第 2 條規定，一方面，將聯合行為限制於同一產銷階段事業之間的「水平聯合」，並且加上「足以影響生產、商品交易或服務供需之

<sup>135</sup> 相關說明，參閱：同上註，262-272。

<sup>136</sup> 例如：立法目的增訂「（維護……）消費者利益」，增訂「同業公會」為第 2 條所定義「事業」，「結合」定義在「股份」之外增加「出資額」，「聯合行為」定義在「商品」之外增加「服務」，結合許可規定酌修文字，聯合行為例外許可酌修文字，主管機關公平交易委員會特別明定「獨立行使職權」，3 倍損害賠償責任限於故意行為等。相關說明，參閱：同上註，272-280。

<sup>137</sup> 二讀程序中除主管機關規定全面刪除「經濟部」，公營事業、公用事業及交通運輸事業 5 年內不適用本法的行為以行政院許可者為限等重大修正之外，大多屬於法條文字酌修情形；相關說明，參閱：同上註，280-288。

市場功能者」的「效果」要件加以限縮；另一方面，又藉由解釋性授權法規，將母法第 7 條規定的「其他方式之合意」，延伸至「不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為」的「意思聯絡」。就其結果而言，後者已經相當接近廖義男教授原草擬版本第 4 條第 2 項有關「意思聯絡」的定義規定；只不過，「共同行為」與「互為一致行為」兩者，無論在文義或法律概念上，仍有細緻但無法完全無視其存在的差異。

其實，「卡特爾」概念由簡略漸趨精緻，其內涵則從混沌雜亂轉而類型化分別發展，在「先進」競爭法制中也曾經歷類似過程。就競爭法實務藉此肆應經濟貿易變化日益成熟穩健，相關學術研究及後學養成教育也隨之綱舉目張兩方面而言，不乏我國公平法後續修正與相關學術研究可以參考驗證之處。尤其，美國反托拉斯法與歐盟及其成員國競爭法各有源流、法律體系及規範內容各異，卻都優先取締「惡質卡特爾（hard-core cartels）」，數十年來面臨寡占市場上事業平行行為執法難題，又陸續運用「附加因素」及類似認定方式以茲因應<sup>138</sup>；對照我國上述行政訴訟實務涉及聯合行為「合意」要件解釋及其認定爭議時，兩造攻擊防禦及行政法院審酌動輒導入比較法觀點，應該可以從「卡特爾」禁止規範的跨國境「趨同發展」經驗中覓得法制後續興革線索。

## （一）美國反托拉斯法上「協議」與「共謀」概念

現行競爭法制除了少數更早期的立法，例如：加拿大 1889 年競爭法之外<sup>139</sup>，美國休曼法堪稱「卡特爾」禁止規範的「原典」。該法於 1890 年通過時，即於第 1 條

<sup>138</sup> 關於美國反托拉斯法與歐盟競爭法雖然在（執法）組織及（法規）結構上大相逕庭，卻在執法方針上先以打擊惡質卡特爾（hard-core cartels）為重心，繼而面臨寡占事業平行行為執法難題，彼此又陸續發展「附加因素」及類似方法（其他證據顯示事業之間相互協調且平行行為無其他解釋）認定「勾結」或「經協調之舉措」，尤其，近年來陸續發展「誘因機制」加強執法力道，配套「寬恕政策」有效打擊「卡特爾」等「趨同」發展情形，參閱：Michael A. Utton, *Cartels and Economic Collusion: The Persistence of Corporate Conspiracies*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 76-110 (2011)。關於關於美國反托拉斯法、歐盟競爭法確立卡特爾禁止典範，以及近年來在 OECD 及 ICN 等國際組織與各國執法機關國際論壇場域中，加強取締違法卡特爾的共識日益普遍，併請參閱：Richard Whish & David Bailey, *supra* note 9, 546-550。

<sup>139</sup> 該法案最初制定於 1889 年 5 月 2 日的維多利亞女王統治時期，名為：「限制貿易之結合防制法（An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade）」；加拿大競爭局（Competition Bureau Canada）曾於 2019 年慶祝該法制定 130 周年，參閱：Competition

規定：「任何契約、以托拉斯或其他形式之結合、或共謀，限制美國各州間或與外國間之貿易或商業者，均屬違法。任何人作成任何上述違法契約或從事任何上述違法結合或共謀者，應視為觸犯重罪……（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...）<sup>140</sup>」。

上述制定於 19 世紀末的國會立法條文相當簡略，用語也不免已經與當代美國反托拉斯執法實務脫節；美國反托拉斯法實際規範內涵，毋寧係透過聯邦最高法院以下各層級法院判例，在訴因（cause of action）框定法院裁判範圍（事實由兩造當事人舉證、其中不乏由陪審團據以認定事實者）且各有特色的重要裁判個案事實之上逐漸發展而成<sup>141</sup>。自休曼法以降的美國反托拉斯法雖然具備法典形式，但是，不僅制定者自認為不過將既已存在的普通法「聯邦化」，（透過原 1890 年休曼法第 7 條與嗣後制定的 Clayton Act 第 4 條及第 16 條等規定）讓不屬於「契約」當事人的消費者或競爭者得以提起訴訟，尋求損害賠償或禁制令等司法救濟；施行初年，聯邦法院確實也普遍參考普通法判決先例解釋法典條文。然而，違反美國反托拉斯法案件屬於普通法上違法行為的特殊類型，法典文字或立法歷程對於法院的拘束程度相對較低；當反托拉斯法相關判決先例持續累積，法院就可以逐步擺脫 19 世紀普通法，隨著意識形態、科技及美國經濟狀況演變，根據審判時的商務活動及市場運作方式，形塑一套足以提升社會整體效率的相應規則<sup>142</sup>。

---

Bureau Canada, “Competition Bureau is celebrating 130 years of competition law in Canada,” <https://fightspam.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04427.html>, last visited on date: 2020/9/1.

<sup>140</sup> 中文譯文參考公平會「中譯外國競爭法規」網頁「美國－休曼反托拉斯法」，另根據原文（引自美國聯邦司法部官方網站）略為調整文字；中譯出處：公平會網站，<https://www.ftc.gov.tw/upload/48ddf11b-d58e-4ed0-ae84-efd811820488.pdf>，最後瀏覽日期：2020/8/31。

<sup>141</sup> 相關說明，參閱：Howard Langer, *supra* note 5, No. 4-22, 16-21。

<sup>142</sup> 相關說明，參閱：Herbert Hovenkamp, *supra* note 15, 52-56。整體而言，美國司法制度屬於普通法，司法判決係美國反托拉斯法最為完整的動態法源，即使國會與州議會立法制定反托拉斯法典，聯邦及各州法院仍享有彈性解釋法典條文的廣泛權限。至於判例拘束力，基本上係由垂直方向拘束下級審法院；同級法院之間彼此判決並無拘束力，其他法院毋寧視其有無說服力選擇是否援用。判決先例在美國的普通法制度中具有類似立法功能，往往扮演確立或改變反托拉斯法規範意旨或執法方針的重要角色說明，參閱：Herbert Hovenkamp, *id.* at 26。

關於本文主旨所在的「卡特爾」禁止規範，美國反托拉斯法判決實務基本上仍遵循普通法「協議（agreement）」概念，以致於法院認定上述休曼法第 1 條規定中的「契約、結合、共謀」是否存在，通常也簡化為衡酌「協議」或類似行為是否已獲得充分證明。因此，休曼法第 1 條規定適用於事業之間經協調的行為（concerted behavior）時，也受普通法「協議」概念影響；不少判決中甚至認為該條規定要求參與者之間須有明示協議（explicit agreement），至於其舉證方式則可以透過情況證據加以證明。影響所至，真正問題所在的「卡特爾」參與者之間經協調行為是否限制競爭未獲得應有重視，「卡特爾」參與者是否根據「協議」彼此協調反而成為訴訟焦點所在。此種形式主義的裁判觀點，顯然妨礙反托拉斯法介入寡占市場處理暗默勾結所造成的績效不彰問題<sup>143</sup>。

在一系列涉及暗默勾結的反托拉斯案件判決中<sup>144</sup>，聯邦最高法院似乎偏離上述普通法「協議」概念，例如：在著名的「Interstate Circuit 案」中，該院認為：「在本案情況下，協議並非違法共謀的前提要件。經協調的行動，出於謀劃及邀請……發行商遵照規劃方案並參與其中」<sup>145</sup>。就此，美國反托拉斯法學者 Hovenkamp 卻認為：由於聯邦最高法院上述說法自相矛盾，較為合理的解釋則是：在反托拉斯法目的下，共謀可以從「協議」的某些屬性中推定，不須「協議」的全部屬性都獲得證明，因而可以稱為「不完全協議」概念<sup>146</sup>。然而，休曼法第 1 條規定所禁止的違法「契約……共謀」，始終包含普通法上「協議」概念在內；只不過，法院容許「協議」得透過間接證據、情況證據加以推論<sup>147</sup>。

<sup>143</sup> 相關說明，參閱：*Id.* at 106-107。

<sup>144</sup> 其實，美國聯邦司法部提起刑事訴訟通常已掌握違法「協議」的直接證據，而私人循民事訴訟程序請求三倍損害賠償，則在被告不承認違法「協議」時得提出間接證據推論該等協議存在，相關說明及一系列聯邦最高法院關於「協議」推定判決，例如：「Interstate Circuit 案」、「American Tobacco 案」、「Theatre Enterprises 案」等案情概述及分析，參閱：顏雅倫，前揭註 113，53-60。

<sup>145</sup> 參照：306 U.S. at 226, 59 S.Ct. at 474，轉引自：Herbert Hovenkamp, *supra* note 15, 178。

<sup>146</sup> 此外，Hovenkamp 透過聯邦最高法院「最接近」拋棄傳統「協議」概念的「American Tobacco 案」再加以說明：該案因陪審團根據價格變動相關證據認定「共謀」成立，法院雖然沿用「Interstate Circuit 案」說法，表示：「構成違法共謀並不必須經由正式協議」，更貼切的解釋毋寧是：休曼法上的協議不必「正式」；該案只不過回歸「協議」得透過間接證據、情況證據加以證明。參閱：*Id.*

<sup>147</sup> 相關說明，參閱：*Id.* at 173-181；併請對照：顏雅倫，前揭註 113，54-67。

在上述普通法「協議」概念影響下，當事業促成市場瓜分或價格操控的外觀上一致行為，並無適當證據顯示事業彼此之間存在「協議」，毋寧更像是出自個別事業各自「單方（unilateral）」行動所造成時，執法機關援引休曼法第 1 條介入將更為困難。在「Triangle Conduit 案」中，聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，下稱 FTC）另闢蹊徑，援引聯邦交易委員會法（Federal Trade Commission Act，下稱 FTC Act）第 5 條<sup>148</sup>，命 14 家鋼管製造商停止其「基準點定價（basing point pricing）」行為；該等製造商不服加以爭訟，案經第 7 巡迴上訴法院終審判決，肯認 FTC 在無法舉證製造商間明示協議的情形下，援引 FTC Act 第 5 條規定干預法院向來加以非難的「基準點定價」行為，因為「每家鋼管賣家都了解：其他賣家也使用此基準點定價公式；每家也都了解：使用它，將可以引用相同的送貨價格，從而提供校準價格之條件，買家在此條件下將遭到區隔並且被剝奪在不同賣家中選擇價格優惠之機會」<sup>149</sup>。

第 7 巡迴上訴法院上述見解，數十年後在「Boise Cascade 案」中，第 9 巡迴上訴法院又加以補充、修正：FTC 須就(1)參與「基準點定價」的事業之間有「表明的協議」，或者(2)「基準點定價」事實上具有固著或穩定價格的效果，擇一加以證明<sup>150</sup>。不久之後，第 2 巡迴上訴法院在著名的「Ethyl 案」中，否定 FTC 極力主張 FTC Act 第 5 條規定無須比照休曼法第 1 條證明事業間「協議」存在的「暗默勾結」理論。第 2 巡迴上訴法院認為：寡占市場係廠商尋求避免競爭的「條件」而不是 FTC Act 第 5 條所規定的「方法」，FTC 並未界定在何種條件下，事業採取被認定為足以導致價格一致的行為係屬「不公平」，事業也無從預知（在寡占市場上）採取哪些行為合法？哪些又違法？因此，FTC 必須證明系爭違法行為(1)具有反競爭意圖或目

---

<sup>148</sup> 該條第 2 項規定授權 FTC 防止（法定豁免產業以外）任何人「使用商業上或對商業有所影響之不公平競爭方法，及商業上或對商業有所影響之不公平或欺罔之行為或營業（using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce）」，規範內容與我國公平法第 25 條相似，但是，該條與休曼法第 1 條不同，既不提供三倍損害賠償作為民事救濟手段，也無刑事制裁的法律效果。條文中文譯文參考公平會「中譯外國競爭法規」網頁「美國－聯邦交易委員會法」，另根據原文（引自 FTC 官方網站）略為調整文字；中譯出處：公平會網站，<https://www.ftc.gov.tw/upload/2ad8329e-c0f3-4e36-b6e9-5b7af2b12f88.pdf>，最後瀏覽日期：2020/8/31。

<sup>149</sup> 參照：168 F.2d 175, 181 (7<sup>th</sup> Cir.1948)，轉引自 Herbert Hovenkamp, *supra* note 15, 183。

<sup>150</sup> 參照：637 F.2d 573 (9<sup>th</sup> Cir.1980)，轉引自 *Id.* at 184。

的，或者，(2)欠缺獨立的正當商業理由<sup>151</sup>。由於「Ethyl 案」嗣後（基於其他理由）獲得聯邦最高法院確認，而 FTC 類似主張也在其他案件遭法院否定，關於事業各自採行而外觀一致行為在反托拉斯法上的違法性，依舊無法擺脫「協議」概念；即使 FTC 一度轉而援引 FTC Act 第 5 條規定試圖介入處理，依目前司法判決實務見解則仍存在不小障礙<sup>152</sup>。

儘管普通法上「協議」概念始終圍繞以休曼法第 1 條為核心的美國反托拉斯法訴訟實務，致使其執法效能有所減損<sup>153</sup>；拜各級法院廣泛接納經濟分析觀點及美國訴訟制度饒富彈性之賜，反托拉斯法執法上卻也發展出「附加因素（plus factors）」、「促進行為（facilitating）」等理論，補強間接證據或情況證據推定「協議」所需的論理基礎<sup>154</sup>。此外，執法機關也可以善用和解及「逕依法律判決（summary judgement）」等可以免除繁複證據調查的替代程序<sup>155</sup>，藉以減省舉證及相關訴訟成本。

## （二）德國向歐盟調和的「卡特爾」三種類型

歐盟競爭法中的卡特爾禁止規範，主要成文法典依據在於 TFEU 第 101 條第 1 項規定<sup>156</sup>。該項前段規定：「事業間之協議、事業團體之決議與經協調之舉措，其足以影響成員國間貿易，且其目的或效果係阻礙、限制或扭曲內部市場競爭者，與內部市場不相容，應予禁止……（The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market...）」<sup>157</sup>」

<sup>151</sup> 參照：729 F.2d 128 (2d Cir.1984)，轉引自：*Id.* at 185-187。

<sup>152</sup> 相關說明，參閱：*Id.* at 187-189；併請對照：顏雅倫，前揭註 113，67-70。

<sup>153</sup> 相關批評及關於寡占市場規範對策的著名「Turner—Posner 辯論」，參閱：*Id.* at 166-173。

<sup>154</sup> 參閱：*Id.* at 173-189；併請對照：顏雅倫，前揭註 113，63-76。

<sup>155</sup> 關於陪審及「逕依法律判決」程序在反托拉斯法上的應用情形，參閱：*Id.* at 636-642。

<sup>156</sup> 關於寡占事業相互依賴理論及其批判、暗默勾結及共同支配，以及後二者分別適用 TFEU 第 101 條及第 102 條規定等說明，參閱：Richard Whish & David Bailey, *supra* note 6, 594-620。

<sup>157</sup> 中文譯文參考公平會「中譯外國競爭法規」網頁「歐盟—歐體條約第 101 條（原第 81 條）及第 102 條（原第 82 條）」，另根據原文（引自歐盟官方網站）略為調整文字；中譯出處：公平會網站，<https://www.ftc.gov.tw/upload/fd300f84-4704-42aa-96ff-e051491b02b3.pdf>，最後瀏覽日期：2020/8/31。

歐洲經濟共同體創始國在 1950 年代起草「羅馬條約」中與上述規定相對應的第 85 條規定時，法國代表團刻意仿照該國內國法稍早的類似立法，提議將「經協調之舉措」等字增訂於禁止事業勾結規定之中，當時並未釐清此等用語究竟內涵為何。由於美國聯邦最高法院早在 1939 年就作成 *Interstate Circuit* 案判決，在「羅馬條約」簽訂前的 1954 年間又作成 *Theatre Enterprises* 案判決，平行行為可能被認定構成休曼法第 1 條所禁止的勾結，已成為美國及歐洲競爭法學者所共知者。正當美國反托拉斯法實務及學說在 1960 年代進入哈佛學派與芝加哥學派論戰高潮，關於寡占市場上的平行行為是否及如何適用休曼法爭議，兩派可謂各有所見之際；歐洲法院卻自 1970 年代起，就逐漸確立「經協調之舉措」概念內涵：以平行舉措作為其客觀要素，有意或故意以合作取代競爭則為其主觀要素<sup>158</sup>。

歐盟競爭法與德國 *GWB* 均源起於第二次世界大戰後，身為歐洲「煤鋼」、「原子能」、「經濟」3 大共同體發起國之一的德國，自始就以建構一套確保競爭自由的經濟秩序為共通目標，起草內國競爭法同時參與形成歐洲競爭法<sup>159</sup>。當經濟共同體（EEC）及其競爭規範歷經「馬斯垂克條約」、「阿姆斯特丹條約」、「尼斯條約」及「里斯本條約」多次修正之際<sup>160</sup>，德國 *GWB* 也歷經多次修正；其中，2005 年間的第 7 次修正（7. Novelle），在歐盟執委會 1/2003 號規則確立歐盟競爭法優先、成員國競爭法歧異者失效原則的壓力之下，將 *GWB* 始終區分「水平」卡特爾與垂直限制競爭的架構徹底翻轉，完成向歐盟競爭法高度調和的內國法轉換工程<sup>161</sup>。

德國 *GWB* 第 1 條現行規定如下：

「事業間之協議、事業團體之決議與互為一致行為，其以阻礙、限制或扭曲競爭為目的或產生此等效果者，禁止之。（*Vereinbarungen zwischen Unternehmen*,

<sup>158</sup> 相關說明，參閱：Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 76-83 (2013)。

<sup>159</sup> 關於 1957 年間德國眾議院通過 *GWB* 及西歐 6 國締結建立「羅馬條約」之際，德國關於防制限制競爭的內國立法與區域政治背景及憲法框架說明，參閱：Hermann-Josef Bunte/ Fabian Stancke, *Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht*, 3. Aufl., C. H. Beck, S. 1 ff. (2016)。

<sup>160</sup> 除關於經濟共同體、共同體及歐盟本身組織及運作規範之外，上述條約最直接涉及歐洲競爭法的實體規範，始於「羅馬條約」第 85 條及第 86 條，歷經「阿姆斯特丹條約」第 81 條及第 82 條，最後轉為「里斯本條約」的 TFEU 第 101 條及第 102 條規定；關於歐洲競爭法的制定及早期演進歷程，參閱：Alison Jones & Brenda Sufrin, *supra* note 5, 80-100；較為近期的發展，併請參閱：Richard Whish & David Bailey, *supra* note 6, 52-62。

<sup>161</sup> 相關說明，參閱：Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, a.a.O. (Fn.132), Einf. Rn. 17-27。

Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.)<sup>162</sup>」

該條在 1957 年通過時的原始版本規定如下<sup>163</sup>：

「（第 1 項）事業或事業團體為共同目的締結之契約，及事業團體之決議，足以限制競爭而影響商品或服務之生產或交易關係者，不生效力。本法另有規定者，不適用之。（第 2 項）法人之社員為事業者，其社員大會之決議，亦為（前項）事業團體之決議。」

至於該條規定關於（「契約……決議」在民事法上效力須受國家控制及其）行政秩序罰要件的規範方式，大體與上述威瑪政府於 1923 年頒布的「卡特爾法規」相仿，尚須事業或行為人「無視」使「契約……決議」不生效力的第 1 條明文規定，而為實施該契約或決議相關舉措始構成，與同時期的歐洲法上卡特爾禁止規範（當時為經濟共同體條約第 85 條第 1 項規定）大相逕庭<sup>164</sup>。

德國 GWB 經過立法者多次修正，逐步向歐盟競爭法調和；本文僅就題旨相關部分，分下列 3 項加以說明：

## 1. 確立促成卡特爾手段 3 種型態

雖然，德國實務及學說向來認為：即使 GWB 第 1 條未明文規定「合意」、「決議」以外未必具備法律約束力的「互相協調之行為（舉措）」，該類型亦應比照歐盟法院裁判見解，認為已一併規範於卡特爾（不生效力的）「原則禁止」範疇中。

<sup>162</sup> 中文譯文參考公平會「中譯外國競爭法規」網頁「德國—德國限制競爭防止法（第 8 次修正）（林易典教授 2015 年譯本）」，另根據原文（引自德國司法暨消費者保護部官方網站 2020 年修正該法第 8 條版本）略為調整文字；中譯出處：公平會網站，<https://www.ftc.gov.tw/upload/6488ee19-7b9a-4caf-b78a-f41ed39a5af5.pdf>，最後瀏覽日期：2020/8/31。

<sup>163</sup> 引自：德國聯邦眾議院公報 *Bundesgesetzblatt Jahrgang 1957 Teil I Nr. 41, ausgegeben am 09. 08. 1957, Seite 1081*；中文係作者為自行翻譯。

<sup>164</sup> 相關說明，參閱：Ulrich Immenga/ Ernst-Joachim Mestmäcker, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 3. Aufl., C. H. Beck, §38 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 5 (2001)。至於 GWB 第 1 條規定所謂「不生效力」，尚有所謂（參與者得致力使其依法定程序例外生效的）「浮動的不生效力（die schwebende Umwirksamkeit）」、「局部無效（Teilnichtigkeit）」、「不生效力的拘束效果（Bindungswirkung bei Umwirksamkeit）」、「後續契約的法律效力（Rechtswirksamkeit von Folgeverträgen）」等因國家介入而引發極為複雜的民事法上效力問題，相關說明，參閱：Ebd., §1, Rn. 393-408；由於 GWB 已捨棄上述繁複架構，本文亦不再深論。

只不過，該國聯邦最高法院在「合成顏料案（Teerfarbenfall）」中，曾經衡酌類似刑事制裁的處罰規定禁止類推，在適用上不免產生爭議。有鑑於此，立法者於是直接仿照經濟共同體條約第 85 條第 1 項規定，透過 GWB 於 1973 年間第 2 次修正時，增訂第 25 條第 1 項「補漏」、「防規避」條款明文加以禁止<sup>165</sup>：

「事業或事業團體互相協調之舉措，依本法不得為契約上拘束之標的者，禁止之」<sup>166</sup>。

從此，德國 GWB 所規範的卡特爾促成手段，即確立為「契約」、「決議」、「互相協調之舉措」3 種型態。然而，「契約」、「決議」本身並非該法明文所「禁止」，尚須事業或行為人「無視」使「契約……決議」不生效力的第 1 條明文規定，而為實施該契約或決議相關舉措，始得依 GWB 第 38 條第 1 項第 1 款規定追究其秩序違反行為的行政處罰責任<sup>167</sup>，相較之下，「互相協調之舉措方式」卻屬法律直接課予事業及行為人不作為義務型態，主管機關得直接命其停止違法行為<sup>168</sup>。

## 2. 貫徹真正「禁止」原則

德國 GWB 於 1998 年間第 6 次修正時，大幅調整條文次序、整併章節。由於前此第 1 條原僅規定「契約……決議……不生效力」並未以禁止規範形式呈現，所謂「補漏」、「防規避」條款則以禁止規範形式呈現，反而襯托出第 1 條卡特爾「禁止原則」的基本規範中，「契約……決議」此 2 種型態手段所促成的卡特爾，其裁罰依據轉而跳躍至舊法第 38 條第 1 項第 1 款規定，勉強以事業「無視」使「契約……決議」不生效力的第 1 條明文規定，實施該契約或決議相關舉措為違反秩序行為應

<sup>165</sup> 德國 GWB 於 1973 年修正時正式將「相互協調之舉措」明文納入第 25 條，作為該法第 1 條卡特爾禁止的「防規避要件（Umgehungstatbestand）」或「補漏要件（Auffangtatbestand）」；相關說明，參閱：Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, a.a.O. (Fn.132), §1, Rn. 23; Ulrich Immenga/ Ernst-Joachim Mestmäcker, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, 2. Aufl., C. H. Beck, §25 Abs. 1, Rn. 1-17 (1992); vgl. Ulrich Immenga/ Ernst-Joachim Mestmäcker, *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 5. Aufl., C. H. Beck, §1, Rn. 101-107 (2014)。

<sup>166</sup> 引自德國聯邦眾議院公報 Bundesgesetzblatt Jahrgang 1973 Teil I Nr. 64, ausgegeben am 04. 08. 1973, Seite 917；中文係作者為自行翻譯。

<sup>167</sup> 不過，該款亦係針對抽象危險的不法行為明定其違反秩序，尚毋須待其具體造成限制競爭危險始加以追究，僅事業或行為人「無視」契約或決議不生效力而為實施相關舉措即可，亦不問其實施是否依原契約或決議所訂時程或是否充分實施其內容。相關說明，參閱：Ulrich Immenga/ Ernst-Joachim Mestmäcker, a.a.O. (Fn.165), §38 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 2-3。

<sup>168</sup> 參照§37a Abs. 2 GWB a. F. (2. Novelle)。

受處罰，未免過於迂迴曲折而貶損卡特爾「原則禁止」的「真正」規範意義<sup>169</sup>。GWB 第 1 條規定自此仿照歐洲共同體條約第 81 條第 1 項規定體例，直接明文「禁止」卡特爾；原本分散規定於第 25 條第 1 項的卡特爾「補漏要件」「防規避要件」，也移置於第 1 條規定中完整加以規範，「卡特爾禁止」規範從此更加簡潔而明確：

「彼此有競爭關係之事業間之合意，事業團體之決議，及互相協調之舉措方式，以阻礙、限制或扭曲競爭為目的或具有此效果者，禁止之」<sup>170</sup>。

由於「合意」未必具有法律約束力，其概念範疇顯然也較「契約」廣泛<sup>171</sup>；自此，德國 GWB 第 1 條所「禁止」的卡特爾促成手段，即擴充為「合意」、「決議」、「互相協調之舉措」3 種型態；而且，卡特爾主管機關在行政法上得依 GWB 第 32 條規定直接命參與卡特爾的事業改正，並依 GWB 第 34 條規定追繳其違法所得。至於構成違反秩序行為的處罰要件，「合意」及「決議」2 種型態均不問有無實施相關舉措即得依 GWB 第 81 條第 1 項第 1 款規定裁罰，反之，「互相協調之舉措」則本身即屬實施行為，僅停留在「協調」階段尚無「舉措」者，不得逕依 GWB 第 81 條第 1 項第 1 款規定裁罰<sup>172</sup>。

### 3. 「水平」卡特爾與垂直限制競爭合併規範

德國 GWB 於 2005 年第 7 次修正時，刪除第 1 條規定中冠在「事業」前的「彼此有競爭關係」等字，終於將「水平」卡特爾延伸至以往透過舊法第 14 條至第 18 條分別規範的垂直限制競爭行為，完成向 TFEU 第 101 條第 1 項規定高度調和（放棄「德國特色」）的修法工程<sup>173</sup>：

<sup>169</sup> 參閱：Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, a.a.O. (Fn.132), §1, Rn. 99；相關批評，參閱：Hermann-Josef Bunte/ Fabian Stancke, a.a.O. (Fn.159), S. 42-43。

<sup>170</sup> 引自：德國聯邦眾議院公報 Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I Nr. 59, ausgegeben am 02. 09. 1998, Seite 2521；中文係作者為自行翻譯。

<sup>171</sup> 合意無須具備法律上拘束力，無論藉由社會、道德或經濟各種形式制裁所形成的事實上拘束力均為已足；單方面措施、既有契約關係中的聲明，得依照共同體條約第 81 條認定為合意者，均屬之。相關說明，參閱：Ulrich Immenga/ Ernst-Joachim Mestmäcker, a.a.O. (Fn.165), §1, Rn. 88-95。

<sup>172</sup> 參閱：Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, a.a.O. (Fn.132), §1, Rn. 98-99。

<sup>173</sup> 雖然，德國立法者相當堅持「垂直」聯合行為為分別規範的「德國特色」，因此對於籠統涵括「水平」與「垂直」卡特爾的歐盟競爭法調和壓力相當抗拒；相關說明，參閱：Hermann-Josef Bunte/ Fabian Stancke, a.a.O. (Fn.159), S. 43-44。

「事業間之合意，事業團體之決議，及互相協調之舉措方式，以阻礙、限制或扭曲競爭為目的或具有此效果者，禁止之」<sup>174</sup>。

自此，德國 GWB 第 1 條規定與 TFEU 第 101 條第 1 項規定（德文版）之間，除句首「與內部市場不相容（Mit dem Binnenmarkt unvereinbar）」及本文句末前插入片語「足以損害成員國間之貿易（den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind）」等歐盟層級的特殊規定之外，已經完全一致。兩者所禁止的卡特爾促成手段，均明文規定為「合意」、「決議」、「互相協調之舉措」3 種型態。

德國 GWB 自 1973 年第 2 次修正起，已將「互相協調之舉措方式」正式納入卡特爾規範要件中；該法第 6 次修正時又將原列於第 25 條第 1 項的規避條款，移置第 1 條關於卡特爾要件的規定中，從此與歐盟法（TFEU 第 101 條第 1 項）規定內涵大體相同，歷來卡特爾規範上的漏洞（例如：聯邦卡特爾署曾在 1991/92 業務年報告中提及的石油漲價案，及 2001/02 年業務報告中提及的存款利息壓低案）也藉此新增「攔截」要件獲得填補。自此，聯邦卡特爾署行政實務上係根據 GWB 第 1 條新增的「互相協調之舉措方式」要件，針對市場上的平行舉措，透過資訊交換、事業團體內設置委員會彼此合作，以及，同時且相似各類市場行為參數調整等「附加因素」，推定其間可能存在「互相協調之舉措方式」。至於德國法院審理後續爭訟案件，則遵循歐盟各級法院所發展的法規解釋標準，亦即，事業彼此交換未來市場舉措相關資訊即可認定為「互相協調」；參與者之間有所接觸，以及，由此接觸而所後續平行舉措，就可以推定為「互相協調之舉措方式」<sup>175</sup>。

德國 GWB 自 2005 年第 7 次修正以後，第 1 條關於卡特爾禁止規定與歐盟法（TFEU 第 101 條第 1 項）基本上完全相同，關於成員國間（zwischenstaatlich）的卡特爾案件固然全面適用歐盟法，即使在德國境內的卡特爾案件也採取相同解釋準則加以規範，只在歐盟法開放德國執法機關判斷餘地，以及，德國 GWB 另有不同於歐盟法的立法目的時，德國行政機關及法院關於 GWB 多年執法實務經驗上，對於德國境內的卡特爾案件始有實際影響<sup>176</sup>。在上述法律適用框架下，「互相協調之舉措方

<sup>174</sup> 引自德國聯邦眾議院公報 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005 Teil I Nr. 44, ausgegeben am 20. 06. 2005, Seite 2114；中文係作者為自行翻譯。

<sup>175</sup> 參閱：Hermann-Josef Bunte/ Fabian Stancke, a.a.O. (Fn.159), S. 264 f.。

<sup>176</sup> 參閱：Ulrich Loewenheim/ Karl M. Meessen/ Alexander Riesenkampff/ Christian Kersting/ Hans Jürgen Meyer-Lindemann, *Kartellrecht - Europäisches und Deutsches Recht: Kommentar*, 3. Aufl., C. H. Beck, §1 GWB, Rn. 21 (2016)。

式」係以「合意」、「決議」之外其他卡特爾舉措的「概括條款」加以解釋，凡是尚未達締結契約程度，而有意促成事業之間實際上相互合作，降低彼此相互競爭風險的各種協調形式均屬之，卡特爾組織內、共同母企業等合作架構下，甚至單方面的「信號」等各種資訊交換情形，即為實務上最常據以推定「互相協調之舉措方式」的型態<sup>177</sup>。

由於德國法制高度法典化，GWB 向歐盟競爭法調和時儘可能採用相同法律概念（及各自語文中的相當用語），一方面固然遵循「歐盟競爭法優先」原則致力於消除彼此間歧異，另一方面，內國卡特爾行政監督及其司法審查也得以順利接軌歐盟競爭法執法實務，對於重要法典繼受來源不乏出自德國，所屬法系及訴訟制度都明顯異於美國，相較之下更近似德國的我國而言，自然頗具啟發意義。

### （三）比較觀察

寡占市場上的平行行為及其所衍生限制競爭疑慮，美國反托拉斯法與歐盟競爭法都分別可以事前（ex Ante）透過結合管制防範此類寡占市場結構形成，事後（ex Post）則分別可以透過卡特爾禁止（TFEU 第 101 條）及共同支配地位濫用監督（TFEU 第 102 條）等規範，共同構築的完整的限制競爭規範體系；其中，關於暗默勾結的禁止規範及執法實務，美國反托拉斯法與歐盟競爭法之間的差異極為顯著：美國反托拉斯法在法典文字方面至今仍頗為簡略，與個案特色緊密不可分的普通法判決先例，則不斷累積發展關於各產業、不同市場結構下各類「卡特爾」或「勾結」型態的違法認定方式，法典文字反而在百餘年來鮮少調整。歐盟競爭法近 70 年來以「後起之秀」姿態從美國反托拉斯法中斟酌取捨，逐漸確立「協議」、「決議」、「經協調之舉措」3 種「卡特爾」型態，並以「經協調之舉措」處理事業之間「由明轉暗」的各類限制競爭人為安排，在法典（條約法）與個案判決先例（歐洲法院造法）之間維持適當規範聯結。造成此種差異的主要原因，除了法典明文規定不同、所屬法系各異且訴訟制度各有特色，而美國法院始終深受普通法上「協議」概念影響之外，

<sup>177</sup> 參閱：Ebd., §1 GWB, Rn. 226 ff.。

美國反托拉斯法兼採刑事制裁手段及三倍損害賠償制度，而歐盟競爭法主要仰賴行政機關執法，也是重要原因所在<sup>178</sup>。

綜觀我國公平法歷次關於「聯合行為」要件修正情形：關於聯合行為主體方面，除事業之外，該法自始即將「同業公會」定義為「事業」，使其具有適用「聯合行為」相關規定的主體地位。然而，針對同業公會本身通常並未「提供商品或服務從事交易」的文義悖謬問題，直到 2015 年全文修正刪除舊法第 2 條第 3 款，改於該條增訂第 2 項「視為本法所稱事業」規定，才正式予以排除；該項新增規定，同時又將事業團體擴及其所組成「其他依法設立、促進成員利益之團體」，雖然，未經依法設立、甚至非正式的事業協會、協進會等事業團體無法一併納入，從而此類事業團體內部透過以「決議」或類似手段促成團體成員約束事業活動情形，亦無法逕依新修正第 14 條第 4 項規定納入規範，畢竟形式上已確立同業公會之外事業所組成其他「促進成員利益之團體」亦可能成為聯合行為主體的規範體例。至於公平法如此大費周章將同業公會或事業團體此類特殊主體入法，實體規範重點其實聚焦於此類主體所為限制事業活動的「決議（或其他方法）」而已。就此，公平法於 2002 年修正時終究導入舊法第 7 條第 4 項規定：「同業公會藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為第二項之水平聯合」，雖然難得跨出「合意」概念界限正式創設「決議」型態聯合行為，卻又以「同業公會」為其主體要件，大幅限縮其適用範圍，僅勉強呼應舊法第 2 條第 3 款（誤）將「同業公會」定義為「提供商品或服務從事交易」的事業概念（，並且繼續「定義」其實彼此並未相互競爭的同業公會及其會員間藉由決議成立「水平聯合」）。所幸，「瑕不掩瑜」，公平法於 2015 年全文修正時又有所補救。

本文題旨所關注的聯合「行為」型態，除了公平法始終明文規定的「契約、協議」2 類較易於從字面理解者，以及，上述與行為主體概念相互糾纏的「決議」型態之外，所謂「其他方式之合意」的概念內涵，自始即頗有伸縮餘地。從主管機關於設立初期即藉由解釋性授權法規將其擴及「不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為」的「意思聯絡」，至 2002 年該法修正時將施行細則第 5 條第 2 項規定納入

<sup>178</sup> 其實，美國法院較常採用新古典理論經濟學觀點，歐盟法院也採用行為經濟學與賽局理論處理平行行為問題，兩者均相當重視經濟分析方法。關於卡特爾入刑化的理論基礎、美國實務經驗，以及，歐盟針對違卡卡特爾未能改採刑事制裁等制度背景說明，併請參閱：Marilena Filippelli, *supra* note 158, 284-296。

母法第 7 條第 3 項規定以後，「其他方式之合意」均「不問有無法律拘束力」，只須「事實上可導致共同行為」即可。較為突兀者，則是「意思聯絡」此一概念，先透過主管機關依法律授權所訂施行細則，繼而經由立法者以定義條文形式，援用作為闡釋「其他方式之合意」的概念內涵。畢竟，「合意」與「意思聯絡」不僅字詞文義迥異，前者屬民事法典表達關於雙方法律行為成立<sup>179</sup>、終止<sup>180</sup>，或事實行為在雙方皆同意情形下進行等概念所常用<sup>181</sup>；「意思聯絡」則是我國刑事司法判決中，就「共同正犯」主觀要件的典型表述方式<sup>182</sup>，對照「契約、協議」及「其他方式之合意」均屬民事領域用語，且皆在描述主體之間和平、磋商彼此意願或形成共通決定的協調結果，「意思聯絡」則驟然轉向刑事犯罪行為「犯意」聯結或附合<sup>183</sup>，彷彿預設所有事業之間（或事業團體之內）所有形成相當於聯合的協調手段均屬「犯罪」或違法行為。果真如此，對照公平法現行第 15 條第 1 項但書規定<sup>184</sup>，不免滋生（民事用語轉接刑事概念、犯罪行為竟可例外許可）雙重體系錯縱交纏疑雲。

再者，「其他方式之合意」無論以解釋性授權法規或逕以立法定義，均擴及「事實上可導致共同行為」的「意思聯絡」，是否即等同於廖義男教授草擬版本中所納入的「導致事實上有互為一致行為之意思聯絡」，因而也及於比較法上所謂「互為一致行為」<sup>185</sup>、「共同行為」、「協同行為」<sup>186</sup>？「互為一致行為」係 TFEU 第 101

<sup>179</sup> 例如：民法第 153 條、第 761 條等規定。

<sup>180</sup> 例如：民法第 1080 條規定。

<sup>181</sup> 例如：民法第 727 條第 2 項、第 976 條第 1 項第 5 款等規定。

<sup>182</sup> 較為晚近者，例如：最高法院 108 年度台上字第 1416 號刑事判決：「共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內」；較早期者，例如：最高法院 19 年上字第 694 號刑事判例：「共犯之成立，除共同實施犯罪行為者外，其就他人之行為負共犯之責者，以有意思聯絡為要件」。

<sup>183</sup> 我國刑事審判實務上，也常以「犯意聯絡」說明「共同正犯」主觀成立要件，例如：最高法院 108 年度台上字第 2798 號刑事判決「均有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯」。甚且，所謂「意思聯絡」亦不以行為前有所謀議者為限，例如：最高法院 108 年度台上字第 2252 號刑事判決：「共同正犯之意思聯絡並不限於事前有所謀議，即僅於行為當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之」。

<sup>184</sup> 併請對照公平法前此第 14 條（第 1 項）但書規定。

<sup>185</sup> 此一名詞，顯然譯自德文「*aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*」。「*Verhaltensweisen*」逕譯為「行為」，似乎已非該詞原意，其實，該詞亦非中文法律文獻常用以稱呼「行為」的「*Handeln*」、「*Verhalten*」、「*Handlung*」、「*Tat*」，使其對應中文「行為」一詞，容易讓（法律）人聯想前述具有民事或刑事法律意涵的「法律行為」；至於「*abgestimmt*」逕譯為「一致」，固然也符合該詞原意的一種可能解釋，但是，在中文「一致」則又與具有民事法律意涵的「合致」或「相同」容易混淆，其實，「*abgestimmt*」在彼此語文經常互相翻譯的歐盟

條第 1 項規定德文譯本中所稱「互相協調之舉措方式」。至於後二者，則為 TFEU 同條項規定英文版中所稱「經協調之舉措 (concerted practices)」。<sup>186</sup>我國競爭法學者及實務界所慣稱「(互為)一致行為」、「共同行為」、「協同行為」，皆已相當程度「概念化」而簡略其用語；加以其所聯結的我國公平法規定又以「其他方式之合意」、「意思聯絡……(事實上)可導致共同行為者」形式呈現，難免予人強調具備(民事或刑事)法律上意義、涉及(意思表示在民事法上)效力或(構成共同從事刑事不法行為)主觀要件的「行為」印象。受公平法規範的事業、事業團體，以及，適用公平法調查、處罰違法事業及事業團體的主管機關，因後續爭訟而參與審判活動的律師、法官，不似學者可逕自追尋比較法上各國競爭法規範起源及其執法實務共通趨勢，接觸上述中譯用語時不經意就「解讀」出遠遠超出德文、英文原文「經協調」所描述「舉措」意義，苦苦追索「合意」、「意思聯絡」及「共同」在(嚴格)民事或刑事法律概念下所對應的事實及其證明；對於公平法上述 2002 年修正新增第 7 條第 3 項規定中「不問有無法律拘束力，事實上可導致」等法律定義反倒視而不見，甚至對於公平法於 2015 年全文修正第 14 條第 3 項規定「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」，遲遲未能發展相應的經濟分析框架。

此外，我國公平法自立法院首次三讀通過後、經主管機關依母法授權制定施行細則起，聯合行為即「以事業在同一產銷階段之水平聯合……者為限」。公平法於 2002 年修正時，將上述施行細則第 5 條第 1 項限縮解釋納入母法第 7 條第 2 項規定；其後歷經多次修正就此均未變動，公平法於 2015 年全文修正時甚至進一步併入聯合行為定義之中：「具競爭關係之同一產銷階段事業……」。整體而言，我國公平法上「聯合行為」始終僅限於「水平」型態，其於委託學者草擬階段固係參考當時德國 GWB 第 1 條以下規定而來；然而，如今德國 GWB 第 1 條以下規定與上述 TFEU 第 101 條第 1 項規定高度調和，已刪除「具競爭關係」類似規定而一併納入「垂直」型態。我國公平法是否順應競爭法國際匯流趨勢隨之調整，將垂直限制競爭相關規定

---

語境中，更常英譯為「concerted」或「coordinated」，中文雖然難覓完全對應詞彙，但並非「一致」或「共同」可以表達其「原本不同」，經由(人為介入)協調或調和而達成(未必一致或相同的)「有如多種不同樂器協奏般」(內含對立要素、統合差異成員的)和諧狀態。

<sup>186</sup> 國內競爭法文獻稱「共同行為」、「協同行為」者，依其參考文獻或引述法制，顯然譯自英文「concerted practices」；「practices」逕譯為「行為」似乎過於簡化，「concerted」譯為「共同」、「協同」不免抹煞其過程潛藏衝突結果也未必「相同」的重要意涵。

<sup>187</sup>，併同「水平」型態重新整理「聯合」規範體系，立法政策上誠然值得借鏡；惟類此議題，已超出本文題旨範疇，不便深論。

## 五、聯合行為「合意」要件再修正芻議

我國公平法自起草階段即多方參考外國競爭法制，有如上述。至於我國競爭法學術研究，則普遍以美國、歐盟及其成員國、日本法制為主要比較對象，研究題旨、方法及法律釋義也多所參照、借鏡各該國家競爭法學界研究成果；就連（法律與）經濟分析、產業經濟實證研究方面，我國學者參考、援引美國為主西方國家既有成果者亦非罕見。整體而言，競爭法「後進」法制普遍以美國反托拉斯法及歐盟競爭法為效法對象，在國際間似乎逐漸成為趨勢<sup>188</sup>。

公平會自設立以來，始終積極參與競爭法國際合作事務<sup>189</sup>。近年因推動聯合行為「寬恕政策」及取締跨境違法聯合行為，又與外國競爭主管機關密切互動<sup>190</sup>，至少在執法層面上，漸次融入國際間競爭法匯流的發展潮流中。相較於「寬恕政策」在執法工具層面上誘因機制「大同小異」，進而針對跨境違法聯合行為彼此交換資訊、合作執法，各國競爭法制起源各異、所屬法系背景未必相同、執法及爭訟程序也隨之歧異，如何就各自競爭法制中的聯合行為實體規範彼此調和，至少，關於聯合行為定義、要件及其認定標準彼此拉近，藉以統合跨境違法聯合行為取締作為？就此，歐盟及其成員國競爭法制之間彼此調和的近期發展，適足以提供相當積極的正面例證<sup>191</sup>。

回顧我國公平法首次完成立法時，其關於聯合行為的要件係以法律定義形式加以規定：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭

<sup>187</sup> 參照：現行公平法第 19 條、第 20 條第 5 款等規定。

<sup>188</sup> 類似觀察，參閱：John Sanghyun Lee, *Strategies to Achieve a Binding International Agreement on Regulating Cartels*, 1st ed., Springer Singapore, 2-4 (2016)。

<sup>189</sup> 較早期關於公平交易委員會參與國際合作的活動紀錄及國際趨勢介紹，參閱：羅昌發，「競爭法與競爭政策之國際合作：我國經驗之回顧與前瞻」，*公平交易季刊*，第 10 卷第 3 期，145-160 (2002)。

<sup>190</sup> 相關說明，參閱：石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究－美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，*公平交易季刊*，第 26 卷第 2 期，115-144 (2018)。

<sup>191</sup> 除本文所參考的德國 GWB 修正之外，另一例證，則是普通法 (common law) 法系的英國競爭法制在歐盟架構下向 TFEU 調和；關於其過程及概況，參閱：Richard Whish & David Bailey, *supra* note 6, 52-83。

關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言」，此種立法技術應用於規範對象尚不熟悉其規範內容的新興法律領域，固然無可厚非，卻也不免混淆該條有關聯合行為要件的法律定性，忽視其伴隨而來的限制人民營業自由、後續可能遭主管機關介入干涉，甚至，因違反行政干預措施而被重罰等不利法律效果及其所對應行政程序架構，亦未能充分考量當被處分人不服尋求司法救濟後，圍繞該條規定所形成的三方訴訟關係中，法院將據以為審判所依循的實體規範準據，當事人亦將就此展開針鋒相對的攻擊防禦。此種「引介型」的法律定義規定形式，在公平法於 2015 年全文修正時雖然移出「總則」章，移至實體規範所在的「限制競爭」章中，卻依舊維持法律定義的規定形式，與真正的「禁止」規範分別規定於不同條文中<sup>192</sup>。

其次，公平法歷次修正聯合行為要件相關規定，不僅多以補充法律定義的方式延伸或限縮舊法第 7 條規定<sup>193</sup>，比較法上更為關鍵的立法技術缺憾，則是關於促成聯合行為的手段始終以「合意」為其基本型態及概念外延：「……聯合行為，謂事業以……合意……相互約束事業活動之行為……」。即使吸納原定於舊施行細則第 5 條第 1 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」，不僅在法律概念上並未實質擴充「合意」範疇（僅強調：「不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為」），未能一舉將比較法上所謂「互為一致行為」、「互相協調之舉措」或「共謀（conspiracy）」等更貼近當前聯合行為運作實況的型態導入，反倒引入原本常見於刑事法領域關於共同正犯主觀要件的「意思聯絡」用語，益發導致實務上事業法律遵循、主管機關執法時概念混淆；在後續司法救濟程序中，當事人就彼此攻擊防禦及法院衡酌取捨之際徒增相關法律概念爭議，反而無法聚焦在判斷此型態聯合行為最為關鍵的經濟合理性分析之上。

至於促成聯合行為的手段另一型態「決議」，公平法於 2002 年修正時首次導入於舊法第 7 條第 4 項規定：「同業公會藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其

<sup>192</sup> 參照公平法第 14 條及第 15 條第 1 項本文規定。

<sup>193</sup> 雖然，公平法正式施行後不久，主管機關即以施行細則第 2 條規定「補充」母法第 7 條關於聯合行為的法律定義，此亦施行細則為授權法規一種不得逾越母法規定所不得不然；但是，該法於 2002 年修正時，立法機關並不受上述限制，自應基於最佳立法政策考量突破舊法窠臼，竟爾逕行吸納施行細則第 2 條規定納入母法第 7 條第 2 項及第 3 項規定，不啻承認其首次立法時留下明顯漏洞，經過 10 年之後將主管機關以法規命令所填補規範吸納於修正條文中。

他方法所為約束事業活動之行為，亦為第二項之水平聯合」，由於明顯不屬於對立合意型態而難得跨出「合意」概念界限，卻又以「同業公會」為其主體要件，大幅限縮其適用範圍，僅勉強呼應舊法第 2 條第 3 款（誤）將「同業公會」定義為「提供商品或服務從事交易」的事業概念（，並且繼續「定義」其實彼此並未相互競爭的同業公會及其會員間藉由決議成立「水平聯合」）。所幸，公平法於 2015 年全文修正時，刪除舊法第 2 條第 3 款「同業公會」規定，（卻又）改以擬制規定將「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」等同於事業納入規範，同時刪去第 14 條第 4 項規定中「水平」2 字，維持以法律定義延伸聯合行為要件的既定立法體例。

國內學者有建議將「意思聯絡」改為「意思合致」者，藉以免除現行法中「合意」與「意思聯絡」分別為民事法、刑事法兩個不同法律領域內用語，彼此未必相互（完整）包含對方，頗有強予擬制意義而橫生扞格，且意思聯絡「導致」共同行為，也未必符合實務經驗。然而，吳秀明教授也認為：即使如此修改後的條文規定，依舊無法涵蓋比較（德國）法上「建議與遵循建議」形成卡特爾情形<sup>194</sup>。

比較上述德國 **GWB** 歷次修正向歐盟競爭法調和的發展趨勢，可以發現：捨棄法律定義形式直接規定聯合行為要件及其實體規範內涵（禁止規範），立法體例上將更為簡潔明確。尤其，關於促成聯合行為手段的 3 種型態，其實原本就分屬事業及事業團體彼此互動的不同方式，不必強求其彼此之間相互貫通或嚴格界分，勉強以「意思聯絡」解釋「其他方式之合意」既無必要也容易導致概念混淆，（再次）修法之際不大可必自縛於舊法框架而畫地自限。

本文整理公平法歷次修正版本涉及聯合行為要件相關條文，對照公平會據以處分違反規定的事業及事業團體所引發後續行政訴訟並經判決確定案件，再參照德國 **GWB** 多次修法逐步向歐盟競爭法調和的比較法上經驗，初步建議公平法允宜於後續修正時，一併調整聯合行為「合意」相關定義性規定，以較為成熟的立法體例直接規定 3 種促成聯合行為的手段型態，亦即：「合意」、「決議」、「互相協調之舉措」，既不嚴格界分彼此也不試圖借其一解釋其他：

「（第 1 項）事業之間以合意約束彼此事業活動，或相互協調彼此事業活動，其以限制競爭為目的或足以限制競爭者，不得為之。（第 2 項）事業團體藉章程、

<sup>194</sup> 參閱吳秀明，前揭註 9，47-50。

會員大會、理、監事會議決議或其他方法約束事業活動，其以限制競爭為目的或足以限制競爭者，亦不得為之。（第3項）第一項之合意及相互協調，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。」

關於「水平」聯合與垂直限制競爭是否一體規範，雖然並非本文題旨範疇，就此，謹大膽建議順應國際潮流，刪除原本繼受自「德國特色」的相關文字。

## 參考文獻

### 中文部分

石世豪譯，Teichmann 著，「寡占市場上事業競爭行為之監督」，公平交易季刊，第 5 卷第 3 期（1997）。

石世豪，「公平交易委員會所為處分之違法審查問題－以法學界既有系統性研究為中心」，收錄於：王文字等，新世紀經濟法制之建構與挑戰－廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，初版，元照出版公司（2002）。

石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁罰處分相關判決」，公平交易季刊，第 25 卷第 4 期（2017）。

石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究－美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第 26 卷第 2 期（2018）。

何之邁，「平行行為乎？一致行為乎？－評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第 58 期（2006）。

吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。

吳秀明，「訴願：一個在公平交易法領域早應被淘汰的制度－兼評行政院訴願會院台訴字第○九七○○八四七八○號決定書」，台灣法學雜誌，第 111 期（2008）。

吳秀明、沈麗玉，「打擊聯合行為法制之晚近變革」，月旦法學雜誌，第 233 期（2014）。

吳庚、張文郁，行政爭訟法論，9 版，元照出版公司（2018）。

汪渡村，公平交易法，6 版，五南出版公司（2015）。

陳敏，行政法總論，10 版，新學林出版公司（2019）。

廖義男，「卡特爾之概念」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊（1995）。

廖義男，「公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊（1995）。

廖義男，「拾壹、公平交易法之立法經過」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊（1995）。

- 廖義男，「附錄〈壹、廖義男草擬之公平交易法草案總說明及條文〉」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊（1995）。
- 廖義男，「附錄〈貳、經濟部研擬之公平交易法草案〉」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊（1995）。
- 廖義男，「夏蟲語冰錄（一〇〇）－寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷－從行政法院之相關裁判觀察」，法令月刊，第 67 卷第 5 期（2016）。
- 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第三冊），初版，元照出版公司（2017）。
- 廖義男主持，公平交易法國內重要案例分析－以聯合行為為例，公平交易委員會 108 年度委託研究報告（2019）。
- 顏廷棟，「聯合行為之執法檢討與展望」，公平交易季刊，第 20 卷第 4 期（2012）。
- 顏雅倫，「聯合行為之合意推定－美國反托拉斯法之比較研究」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期（2019）。
- 羅昌發，「競爭法與競爭政策之國際合作：我國經驗之回顧與前瞻」，公平交易季刊，第 10 卷第 3 期（2002）。

## 外文部分

- Filippelli, Marilena, Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2013).
- Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice, 3rd ed., West Group (2005).
- Jones, Alison & Sufrin, Brenda, EC Competition Law, 2nd ed., Oxford University Press (2004).
- Langer, Howard, Competition Law of the United States, 2nd ed., Wolters Kluwer Law & Business (2014).
- Lee, John Sanghyun, Strategies to Achieve a Binding International Agreement on Regulating Cartels, 1st ed., Springer Singapore (2016).
- Utton, Michael A., Cartels and Economic Collusion: The Persistence of Corporate Conspiracies, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2011).
- Whish, Richard & Bailey, David, Competition Law, 9th ed., Oxford University Press (2018).

- Bechtold, Rainer/ Bosch, Wolfgang, *GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar*, 9. Aufl., C. H. Beck (2018).
- Bunte, Hermann-Josef/ Stancke, Fabian, *Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht*, 3. Aufl., C. H. Beck (2016).
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar*, 2. Aufl., C. H. Beck (1992).
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 3. Aufl., C. H. Beck (2001).
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim, *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 5. Aufl., C. H. Beck (2014).
- Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl M. / Riesenkampff, Alexander / Kersting, Christian / Meyer-Lindemann, Hans Jürgen, *Kartellrecht - Europäisches und Deutsches Recht: Kommentar*, 3. Aufl., C. H. Beck (2016).

## The Problematic Interpretation of “Concordant Intent” in the Litigations of Cartel Cases: Amendments to the Fair Trade Law?

Shyr, Shyr-Hau \*

### Abstract

This article systematically analyzes final decisions of the administrative courts on cartel cases. Based on a team-work project conducted in the year 2019, it is observed that judges interpreted “concordant intent” in the cartel definition of the Fair Trade Law in a way quite similar to their peers in other jurisdictions, although the applicable statutes differed from one another. While officially translated into English as a “concerted action” that contains an element of “mutual understanding”, the literal definition of a cartel according to the Fair Trade Law in its original Mandarin version more closely resembles the concept of a “contract” in the Taiwan Civil Code which shall be constituted through the parties expressing “concordant intent”. Nevertheless, the decisions of administrative courts have acknowledged more broadly-defined cartels. Three types of cartel have been identified in judicial reviews, namely, an agreement, a resolution and a concerted practice. This echoes the dominant interpretation of the “Kartel” concept used in German courts. Yet the German Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen was amended accordingly in harmony with the EU competition law. The definition of a cartel according to the Fair Trade Law, on the other hand, does not depart from the concept of a “meeting of minds” and thus provides little room for the triad typology. In cartel litigations accused cartel participants have often disputed their participation claiming no “meeting of minds” on their part. Inserting a new amendment in the Fair Trade Law, which explicitly prescribes the presumption of “concordant intent” by considerable factors related to the business conduct, resulted in no evident alleviation of disputes over and around the “meeting of minds” element of a cartel in the litigation practice during the first 5 years following the amendment. This article suggests that the amendment of the wording in the cartel definition of the Fair Trade Law in a way parallel to that of the harmonization of the

“Kartel” concept in the German GWB with the EU competition law could have resulted in a less problematic interpretation in the cartel litigation.

**Keywords:** Administrative Litigation, Judgements, Systematic Analysis, Cartel, Concerted Practices, Concordant Intent, Collusion, Presumption, Resolution, Types, Fair Trade Law.