

《公平交易季刊》  
第 25 卷第 4 期 (106/10)，頁 1-29  
◎公平交易委員會

# 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—

石世豪\*

## 摘要

公平交易法經多次修正，關於違法聯合行為的規範已漸趨完備，近年更明文規定：針對聯合行為最難取得直接證據的合意要件，得以「經濟合理性等相當依據之因素推定之」，回應多年實務上取締困難的問題癥結所在。然而，事業對於公平交易委員會處分不服者，依法尚可循爭訟程序加以爭執；歷年來公平交易委員會針對違法聯合行為所作成的處分，在爭訟程序中遭撤銷者並不少見。公平交易法修正廢除訴願前置程序後，高等行政法院判決撤銷公平交易委員會原處分者仍所在多有。本文系統性檢索公平交易法新制施行前後各 2 年內，最高行政法院受理公平交易委員會及受處分事業不服高等行政法院判決所提起的上訴案件，統計並分析整體判決趨勢，針對公平交易法新制在爭訟程序中已發生作用及尚待改進之處，整理數項初探性質的觀察與建議。

**關鍵詞：**系統性案例分析、聯合行為、爭訟、經濟分析、間接證據

投稿日期：106 年 8 月 16 日

審查通過日期：106 年 9 月 20 日

\* 德國漢堡大學法學博士，國立東華大學財經法律研究所教授。本文初稿發表於 2017 年 5 月 27 日由台灣公平交易法學會主辦的「106 年度第 2 次學術研討會」，相關實務資料大抵以當日以前的狀態為準，至於「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」等當日討論熱烈的個案後續發展，則於相應敘述處以註解方式補充說明。作者並感謝該場次主持人顏廷棟委員、與談人林宜男教授及在場來賓諸多指正與意見交流，研討會後因此略事刪修增補；惟相關文責，仍由作者自負。

我國經多年研議，自 1991 年初參照反托拉斯（antitrust）法制先進國家立法，制定公平交易法（以下簡稱公平法）以來，原本零星散布於經濟管制法令及個別法律中的市場競爭規範，終於匯聚於單一法典內，淬鍊、提升為一套規範競爭「法制度」的新興法律體系<sup>1</sup>。雖然，公平法兼納刑事制裁手段及民事損害賠償效果<sup>2</sup>，主要執法機制仍以公平交易委員會（以下簡稱公平會）為其樞紐<sup>3</sup>。此一新興法律體系在公平會累積多年執法經驗不斷精進，其間又數度修法調整多項管制程序及實體規範之後，除關於各種違法不公平競爭行為類型化的法律續造工程日益穩健之外<sup>4</sup>，關於取締違法限制競爭行為的執法技術，也逐步繼踵國際上其他反托拉斯執法同儕兼顧經濟效益與法治原則的專業化路線，具體回應公平法重視經濟分析的（經濟法領域）特殊立法體例及實務需求<sup>5</sup>。

然而，公平法仍是憲法之下普通法律制度的一環，相關法律規範及其執法措施既須接受合憲性審查<sup>6</sup>，以獨立機關組織型態設立的公平會各項行政作用也必須接受合法性審查，依憲法第 16 條規範意旨及相關法律規定提供相對人針對個案提起爭訟

<sup>1</sup> 相關說明參閱：廖義男，公平交易法之釋論與實務（第一冊），初版，元照出版公司，1-14（1994）；並請對照：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告，4-9（2003）。

<sup>2</sup> 參照：公平法第 5 章及（現行）第 34 條、第 36 條至第 38 條等相關規定。

<sup>3</sup> 參照：公平法（現行）第 6 條、第 11 條、第 13 條、第 15 條至第 18 條及第 4 章、第 6 章等相關規定。

<sup>4</sup> 迄至 2004 年間較為體系化的歸納整理，參閱：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年度合作研究報告，各該條文註釋內容（2004）。雖然，公平法上關於不公平競爭行為各條規定（除仿冒、引人錯誤之表示表徵外）少有修正，令人惋惜者卻是：該項法典註釋研究並未隨公平法後續修正及實務發展持續增補修正，如今在法制考據上可能尚具有重要參考價值。

<sup>5</sup> 公平法不僅於立法目的中即強調「競爭」、「整體經濟」等顯然必須透過經濟觀點補充的（非純粹法律）概念，而該法「於規範初始，即適用、吸納與消化不少源起於經濟學之概念與理論架構……法條構成要件中關於市場結構狀態或市場競爭行為態樣的描述，有不少概念是源自經濟學……此外，經濟學上關於競爭概念、市場結構、廠商行為與績效、『效率』的意義、超額利潤之計算，或是企業結合對市場競爭的影響等研究，對於各國限制競爭法的發展尤有深刻的影響」，因此，該法適用及解釋雖然不能以經濟學理論為最終依歸，卻不能不正視經濟分析在公平法立法目的、概念理解、事實涵攝、規範作用及執法成效等方面上的關鍵地位；相關說明參閱：廖義男主持，前揭註 1，24。

<sup>6</sup> 例如：司法院大法官釋字第 548 號關於公平會發布「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」，表示「未對人民權利之行使增加法律所無之限制，於法律保留原則無違，亦不生授權是否明確問題，與憲法尚無抵觸」，以及第 602 號關於公平會根據立法者授權訂定多層次傳銷管理辦法「第 5 條（已刪除）規定，涉及人民退出多層次傳銷計畫或組織之權利義務事項，已非單純行政機關對事業行使公權力之管理辦法，顯然逾越上開公平法第 23 條第 2 項授權之範圍，違背憲法第 23 條規定之法律保留原則，應不予適用」相關解釋；在 2015 年初公平法全文修正刪除多層次傳銷相關規定之前，多層次傳銷管理制度已先於 2014 年初另立專法詳予規範，該法第 39 條並規定：「自本法施行之日起，公平交易法有關多層次傳銷之規定，不再適用之」。

的制度化管道<sup>7</sup>。因此，審理不服公平會處分相關行政爭訟的上級行政機關與法院，也就以受訴處分的合法性為核心議題，參與公平法的續造及其執法實務發展。

在訴願方面，訴願會係由上級機關「高級職員」及其「遴聘社會公正人士、學者、專家」所組成，不僅前者接近半數之譜<sup>8</sup>，後者則在「法制專長」背景之外未必具備各下級機關職掌範圍內「專業領域」知識<sup>9</sup>。行政院訴願會倘若一味「尊重」各下級機關「專業」，對急於尋求救濟的人民而言，實不啻於提起行政訴訟前橫加一道無謂的程序障礙；反之，如以「上級」機關之姿（無論以違法或不當為由）撤銷原處分，不但無異於事後介入各部會針對個案所作「專業」判斷，制度上又剝奪「下級」機關爭執訴願決定、提起行政訴訟的救濟機會<sup>10</sup>，對於依法獨立行使職權的獨立機關專業性及超然地位顯然頗具威脅。雖然，在行政訴訟制度日趨細緻化的同時，做為前置程序的訴願制度也隨之大幅精進，不僅訴願法於 1998 年 10 月全文修正，條文從 28 條激增至 101 條，再訴願亦配合行政訴訟審級制確立而同步廢除<sup>11</sup>。但是，公平會終究藉由其最主要的行政作用法直接明文規定，自 2015 年起針對個案審議程序，正式擺脫訴願制度及難免偏離專業的「上級」行政機關訴願「監督」<sup>12</sup>。

<sup>7</sup> 參照：行政訴訟法第 2 條規定「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟」，並請對照：憲法第 16 條規定。

<sup>8</sup> 參照：訴願法第 52 條規定。

<sup>9</sup> 尤其，行政院係憲法第 53 條所稱「最高行政機關」，下轄主管行政日常管理及重大決策的各種專業部會，其訴願會不可能完整容納既「具有法制專長」又深入各部會所有「專業領域」的社會公正人士、學者、專家；更遑論熟悉某部會「專業領域」知識者參與另一部會「專業領域」內訴願案件審議，是否仍可以「專家」之姿提供專業見解，甚至，彼此再以合議方式作成「專業」的多數決議，按諸歷來訴願審議實務，很難不令人橫生疑慮。

<sup>10</sup> 參照：行政訴訟法第 4 條第 1 項關於撤銷訴訟原告限於人民且須經提起訴願未獲救濟的明文規定。其實，歷來實務尚有 3 類案件例外容許機關提起訴願：其一為以機關為行政罰對象者，受罰機關得對裁罰處分提起訴願；其二為機關就其所管理公有財產，聲請不動產登記遭駁回者亦得提起訴願；其三為公賣局就其申請商標註冊核駁決定不服，經濟部亦受理其訴願。然而，訴願法大幅修正時，關於機關亦得提起訴願的明文規定並未納入。相關說明參閱：吳庚，*行政爭訟法論*，修訂版，三民書局公司，295-296（1999）。不過，上述實務案例及法制，在「最高行政機關」及其「下級」部會之間，並無法比附援引，勉強套用。

<sup>11</sup> 訴願法 1998 年全文修正，第 101 條第 2 項規定：「本法修正條文之施行日期，由行政院以命令定之」，行政院遂將該法修正條文施行日期定於 2000 年 7 月 1 日，與上述行政訴訟法及行政法院組織法全文修正同日施行；並請比較：訴願法於 1998 年全文修正前（1994 年底部分條文修正版本）第 3 條及第 27 條規定。

<sup>12</sup> 公平法於 2015 年初全文修正，其中，第 48 條規定：「對主管機關依本法所為之處分或決定不服者，直接適用行政訴訟程序。（第 1 項）本法修正施行前，尚未終結之訴願事件，依訴願法規定終結之。（第 2 項）」關於行政院訴願會（曾經）管轄不服公平會處分所提起的訴願事件，導致「以非專業否定專業判斷，以獨立性不足之機關審查需要具有高度獨立性之機關始適合審查之案件，將違背最基本而公認之法理」，相關批判參閱：吳秀明，*競爭法研究*，初版，元照出版公司，297-308（2010）。相較之下，同為中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款所稱「依據法律獨

至於行政訴訟制度方面，亦自 1998 年起陸續更張，原本一級一審制的行政法院，已改制為二級二審制<sup>13</sup>；繼而，地方法院增設行政庭，審理小額稅捐課徵事件、罰鍰、公法上財產關係、輕微處分等法定簡易訴訟案件，讓高等行政法院得以專注於「分流」之後的其他第一審通常訴訟程序<sup>14</sup>。自 2008 年 7 月 1 日起，「因……公平法涉及智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件」，則進一步改由智慧財產權法院專責審理<sup>15</sup>。固然，行政法院獨立審判的超然地位不容質疑，惟其針對各類行政作用「專業領域」內事務的相應專業知識，卻未必強過「上級」機關訴願會，審理受訴案件的重點極易遁入「形式合法性」表象，偏離各該行政作用法所追求公益目的及其內在諸如經濟分析等「專業」議題。在呼應公平會前主任委員吳秀明教授倡議設置公平法「專庭」或「專業法院」的制度興革建言之前<sup>16</sup>，本文謹以最高行政法院近年審理牽涉「經濟分析」而頗具公平法「專業領域」特色的違法聯合行為裁罰處分相關案件為例，先行檢視對於公平法續造及其執法實務發展至為關鍵的法院後端合法性審查制度運作實況。

## 一、裁判適用法令問題

最高行政法院居於二級二審制行政訴訟頂點，其終審法律見解有拘束各下級審法院的實際效果；除因判決所適用法規及其解釋涉有牴觸憲法疑義者，尚可能例外啟動司法院大法官解釋憲法尋求其他救濟之外，其終局判決原則上就各該個案而言即為「一槌定音」的最終實務見解<sup>17</sup>。然而，最高行政法院分庭審理諸多終審案件，不僅各庭之間終審法律意見未必一致，針對各該上訴案件也未必逐一自為終局判

---

立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關」的國家通訊傳播委員會，卻只能透過行政程序法第 109 條規定，「作成經聽證之行政處分」藉以免除訴願程序所造成的「非專業」干擾。

<sup>13</sup> 參照：1999 年初全文修正的行政法院組織法第 2 條規定，並請對照：1998 年 10 月全文修正的行政訴訟法第 238 條以下相關規定；兩者皆於 2000 年 7 月 1 日施行。

<sup>14</sup> 參照：2011 年 11 月初修正、同月公布的行政訴訟法第 229 條以下相關規定。

<sup>15</sup> 參照：2007 年 3 月首次制定的智慧財產權法院組織法第 3 條第 3 款規定。

<sup>16</sup> 相關批判及建議參閱：吳秀明，前揭註 12，305-308。

<sup>17</sup> 參照：司法院大法官釋字第 185 號、第 371 號、第 420 號、第 572 號等相關解釋意旨。最高行政法院畢竟為終審法院，其終局判決除再審外即無法再作爭執；依法向司法院聲請釋憲，並非聲明不服的正規方法，而是另外開啟不同的法律救濟途徑；相關說明參閱：吳庚，前揭註 10，229。

決，廢棄原判決發回或發交下級審法院更審者所在多有<sup>18</sup>。因此，整理、分析最高行政法院相關判決之前，實有必要先行釐清其訴訟程序構造，以便更精確理解該院針對個別上訴案件所為判決，以及，歸納其就所涉實體準據法規如何適用及解釋的跨越個案終審見解。

關於本文題旨所限定的違法聯合行為裁罰處分涉訟案件，自公平法改採「先行政後司法」的兩階段取締程序以來<sup>19</sup>，實務爭訟焦點明顯集中在前階段行政裁罰程序，而所謂「後司法」的刑事訴追及審判程序則形同聊備一格<sup>20</sup>。而行政程序法、行政罰法陸續制定施行後<sup>21</sup>，關於行政調查、裁罰處分的正當程序及責任成立要件等相關法律規範漸趨於明確，各級行政法院審查公平會處分合法性的（一般）實體準據法律也從此更為精緻詳盡；另一方面，立法院數度參酌實務經驗，修正公平法上聯合行為定義及其違法構成要件，其後公平會執法及行政爭訟審理機關進行合法性審查的重心亦隨之移轉，形成「立法—行政—司法」先後參與續造我國反托拉斯法關於違法聯合行為取締機制的多重辯證關係<sup>22</sup>。

<sup>18</sup> 依行政訴訟法第 260 條規定，受發回或發交的高等行政法院，應受最高行政法院廢棄原判決的法律上判斷所拘束；最高行政法院亦應受其本身判決所拘束，於該案件再度上訴而繫屬於最高行政法院時，無論是否由同一庭審理，均應以前次判決的理由為基礎，審查高等行政法院更審判決是否遵循發回或發交判決的法律上判斷；相關說明參閱：陳敏，行政法總論，7 版，新學林出版公司，1589-1590（2011）。就此而言，無論駁回上訴、自為判決或發回更審，最高行政法院於終局判決中所依據的法律上判斷，對於各該個案即為實務上的「有權」見解。

<sup>19</sup> 公平法於 1991 年制定公布時，違反第 14 條本文關於「事業不得為聯合行為」禁止規定者，依該法第 35 條規定「處行為人 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 1 百萬元以下罰金」。俟該法於 1999 年大幅修正，原第 35 條分為 2 項，除針對違法多層次傳銷的刑事制裁改列第 2 項，仍維持逕課予刑事責任的原規定外，增訂第 1 項規定獨占濫用行為、違法聯合行為及仿冒行為「經中央主管機關依第 41 條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者」，始課予刑事責任，此即所謂「先行政後司法」的兩階段取締程序。

<sup>20</sup> 各地方法院受理有關公平法的刑事訴訟案件不多，主要仍以違法多層次傳銷經檢察官提起公訴的簡易訴訟案件為其大宗。參見：司法院網站，「法學資料檢索系統」，<http://jirs.judicial.gov.tw/>，最後瀏覽日期：2017/5/10。針對「先行政後司法」執法機制的檢討及改為「專屬告發」機制的相關倡議，參閱：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，41-45（2012）。

<sup>21</sup> 行政程序法於 1999 年初制定公布，自 2001 年 1 月 1 日起施行；行政罰法於 2005 年初制定公布，自公布 1 年後施行。

<sup>22</sup> 例如：公平法關於聯合行為定義，於 1991 年制定公布時第 7 條並未分項，僅規定「事業……與有競爭關係之他事業……相互約束事業活動」，既無限定於「同一產銷階段之水平聯合」明文（2002 年修正第 7 條增訂為第 2 項規定），亦無擬制同業公會章程或會員大會、理監事會議決議等為聯合行為的相關規定，針對同業公會與其會員之間並無競爭關係，能否成為聯合行為主體一點，最高法院 85 年度臺非字第 105 號判決（節目錄影帶商業同業公會案）採否定說，（最高）行政法院 88 年度臺判字第 407 號判決（砂石商業同業公會聯合案）則採肯定說，2002 年初公平法修正第 7 條新增第 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

由於最高行政法院並非第一審管轄法院，其所審理公法上爭議案件，係因當事人不服高等行政法院判決上訴而繫屬。行政訴訟法第 242 條規定：「對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之」，因此，最高行政法院審理上訴案件，除審酌上訴人聲明如何廢棄或變更前審判決有無理由外，尚須依職權檢視上訴狀中所指摘的前審判決違背法令情形<sup>23</sup>。關於判決違背法令的意義，依行政訴訟法規定係指「判決不適用法規或適用不當」<sup>24</sup>；該法並例示法院組織不合法、法官應迴避而未迴避、違背專屬管轄規定、當事人未經合法代表或代理等明顯違背法令及「判決不備理由或理由矛盾」等數款「判決當然違背法令」類型<sup>25</sup>。而其他亦得提起上訴於最高行政法院的「相對上訴理由」，主要有法規解釋錯誤、法規涵攝錯誤、違反經驗法則或論理法則、事實認定與卷載內容矛盾、怠於依職權審查準據法規合法性等情形<sup>26</sup>。

最高行政法院審理當事人不服高等行政法院判決的上訴審程序，原則上為法律審；關於其事實調查範圍，行政訴訟法第 254 條第 1 項規定：「除別有規定外，最高行政法院應以高等行政法院判決確定之事實為判決基礎」。然而，同條第 2 項，又針對上訴理由相關事實調查，補充規定：「以違背訴訟程序之規定為上訴理由時，所舉違背之事實，及以違背法令確定事實或遺漏事實為上訴理由時，所舉之該事實，最高行政法院得斟酌之」。與此相應者，則是最高行政法院以書面審理為原則，言詞辯論限於下列情形，且不逾越上訴聲明範圍：「一、法律關係複雜或法律見解紛歧，有以言詞辯明之必要。二、涉及專門知識或特殊經驗法則，有以言詞說明之必要。三、涉及公益或影響當事人權利義務重大，有行言詞辯論之必要」<sup>27</sup>。因此，當事人以前審違背訴訟程序規定，或最高行政法院認為案件複雜、相關法律見解紛歧、涉及法院所不熟悉的特殊知識或經驗、牽涉公益或當事人重要權益等而在當事人上訴聲明範圍內進行言詞辯論時，最高行政法院仍得斟酌前審判決確定事實以外其他事實，

---

活動之行為，亦為第 2 項之水平聯合」，固然化解上述實務法律見解糾葛現象，卻又混淆並未直接「提供商品或服務從事交易」的事業團體與事業間應有區辨及各自妥適規範方式，相關批判參閱：顏廷棟，前揭註 20，8-13。

<sup>23</sup> 行政訴訟法第 244 條第 1 項規定：「提起上訴，應以上訴狀表明下列各款事項……三、對於高等行政法院判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明。四、上訴理由」；同法第 251 條第 2 項規定：「最高行政法院調查高等行政法院判決有無違背法令，不受上訴理由之拘束」。

<sup>24</sup> 參照：行政訴訟法第 243 條第 1 項規定。

<sup>25</sup> 參照：行政訴訟法第 243 條第 2 項規定。

<sup>26</sup> 相關說明參閱：吳庚，前揭註 10，238-243；陳敏，前揭註 18，1578-1579。

<sup>27</sup> 參照：行政訴訟法第 253 條規定。

甚至據以自為判決<sup>28</sup>。

至於最高行政法院具體審理後所作的終局判決種類，除對於上訴無理由者為駁回判決外，對於上訴有理由者則可依個案具體情形，分別為廢棄原判決一部或全部發回或發交下級審法院更審<sup>29</sup>，或廢棄原判決自為判決兩類判決<sup>30</sup>。前審判決「依其理由雖屬不當」或違背法令，但最高行政法院認為「依其他理由……為正當」或實際上不影響判決結果者，仍不得廢棄原判決而應駁回上訴<sup>31</sup>。

在最高行政法院據以審理實體法律關係的行政作用「法令」方面，除行政程序法上跨越個別行政作用領域的「總論」性質一般規定及純粹手續性規定、行政罰法上關於裁罰性不利處分的「總則」性質一般規定之外，以本文篩選案件標準及評析焦點所在的競爭法領域為例，最主要即是該領域「各論」行政作用法律及其授權法規，亦即，公平法及其施行細則、個別授權法規等「法令」。而公平法在 2011 年 11 月修正時，又新增「寬恕政策」條款<sup>32</sup>，同時仿照歐盟競爭法前例，增訂「經主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額 10%以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制」<sup>33</sup>，針對大型事業強化其違法取締的嚇阻效果<sup>34</sup>，藉此在競爭法領域

<sup>28</sup> 參照：行政訴訟法第 254 條第 3 項規定，並請比較：陳敏，前揭註 18，1585-1586。

<sup>29</sup> 參照：行政訴訟法第 256 條規定。

<sup>30</sup> 依行政訴訟法第 259 條及第 253 條第 1 項規定，於涉訟事件已臻明確、前審判決違背專屬管轄及例外進行言詞辯論等情形，最高行政法院均得自為判決；相關說明參閱：陳敏，前揭註 18，1589-1590。

<sup>31</sup> 前審判決違背專屬管轄規定，為少數最高行政法院須予以廢棄的例外情形，參照：行政訴訟法第 255 條、第 257 條第 1 項及第 258 條等相關規定，並請參閱：陳敏，前揭註 18，1587-1588。

<sup>32</sup> 公平法在 2011 年 11 月 8 日三讀修正（同年月 23 日公布）時，透過當時新增的第 35 條之 1（現行法已移至第 35 條）規定，納入比較法上通稱「寬恕政策（leniency program）」或「吹哨（whistleblowing，中文亦可譯作『窩裡反』）條款」規定：「違反第 15 條之事業，符合下列情形之一，並經主管機關事先同意者，免除或減輕主管機關依第 40 條第 1 項、第 2 項所為之罰鍰處分：一、當尚未為主管機關知悉或依本法進行調查前，就其所參與之聯合行為，向主管機關提出書面檢舉或陳述具體違法，並檢附事證及協助調查。二、當主管機關依本法調查期間，就其所參與之聯合行為，陳述具體違法，並檢附事證及協助調查」。此外，為有效運用減免罰則的誘因機制，立法者並授權公平會就上述「寬恕政策」條款相關「適用對象之資格要件、裁處減免之基準及家數、違法事證之檢附、身分保密及其他執行事項之辦法」，以法規命令具體加以規定；參照：公平法第 35 條第 2 項規定。

<sup>33</sup> 參照：2011 年版公平法第 41 條第 2 項規定；現行法已移至同法第 40 條第 2 項規定。

<sup>34</sup> 針對此項修正，公平會於立法院審查修正草案時表示：「應可加強嚇阻功能……且可避免現行行政罰法第 18 條第 2 項不法利得認定困難之問題」，參閱：立法院第 7 屆第 8 會期第 8 次會議議案關係文書，院總字第 1375 號，委員提案 9851、10369、9762、10662（等）之 1，立法院經濟委員會函。

內，建構一套在我國「一般」法制上較為罕見的誘因式執法機制<sup>35</sup>。

其後，立法院於 2015 年 1 月 22 日三讀通過修正公平法全文 50 條<sup>36</sup>，整併舊法第 7 條及第 14 條以下各條關於聯合行為相關實體規定，針對公平會歷來取締聯合行為，常礙於難以掌握事業間合意的直接證據，明定「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之」；關於違法聯合行為罰則，亦同步提高至首次處罰新臺幣 10 萬元以上 5,000 萬元以下罰鍰，屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣 20 萬元以上 1 億元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止<sup>37</sup>。該法於 2015 年 6 月間再度修正<sup>38</sup>，新增第 47 條之 1 規定，設立「反托拉斯基金」，用於支應「檢舉違法聯合行為獎金」等事項，藉以「強化聯合行為查處，促進市場競爭秩序之健全發展」<sup>39</sup>。立法院連續 3 次修正公平法，皆涉及補強聯合行為構成要件及其違法效果等方面規範尚有不足之處，甚至創設進而精緻化我國「一般」法制上較為罕見的誘因機制，以強化執法成效。

上述「特殊」行政作用法律所擬適用的違法聯合行為裁處個案爭議，理論上頗有可能發生上述最高行政法院得於當事人上訴聲明範圍內進行言詞辯論，進而斟酌前審判決確定事實以外其他事實自為判決的案件複雜、相關法律見解紛歧、涉及法院所不熟悉的知識或經驗、牽涉公益或當事人重要權益等「各論」領域內特殊情形。至於最高行政法院有無就此舉行言詞辯論並自為判決，則可以具體印證於其審判實務之中。

<sup>35</sup> 上述「總則」性質一般法律規範中，規範作用較為近似但實則其制度源於「誘因」以外其他法律概念者，例如：行政罰法第 20 條有關受裁罰處分以外他人的不當得利追繳規定：「為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。（第 1 項）行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。（第 2 項）」根據學者研究，該條源自德國秩序違反法第 29a 條第 1 項（Verfall），相關說明參閱：陳敏，前揭註 18，745-746。

<sup>36</sup> 該次全文修正條文，於 2015 年 2 月 4 日公布，除第 10 條及第 11 條條文自公布 30 日後施行外，其餘各條自公布日施行；參照：公平法第 50 條規定。

<sup>37</sup> 參照：公平法第 40 條第 1 項規定。

<sup>38</sup> 立法院於 2015 年 6 月 9 日完成三讀，總統則於同年月 24 日公布。

<sup>39</sup> 參照：公平法第 47 條之 1 第 1 項及第 3 項第 1 款等規定；針對「有關檢舉獎金適用之範圍、檢舉人資格、發給標準、發放程序、獎金之撤銷、廢止與追償、身分保密等事項之辦法」，立法者則授權由主管機關以法規命令具體加以規定，參照：公平法第 47 條之 1 第 4 項規定。



本文整理、分析特定期間內經（高等及最高）行政法院判決的事業涉及違法聯合行為遭裁處相關案例，固然採取抽樣調查等社會科學常用研究方法。在樣本選取、加總、呈現及詮釋等側重量化分析的操作過程中，舉凡判決檢索、篩選、標記、編碼、比對、分類、解讀，以及各環節有關上述制度背景及準據規範所應有的實證意涵等質性面向，也須兼採歷來法釋義學（*Rechtsdogmatik*）解釋及論證方法，整體而言，仍屬於具體應用法學方法的一項實證分析（及批判）研究。

## 二、判決概要及其趨勢

我國法學界歷來研究各級行政法院關於公平法案件所作判決，近年有跨年度針對公平法各主要實體規範分別系統性整理案例，全面歸納評註個別規範在實務適用上的有權解釋意涵，並從該法（限制競爭規範）以事業市場力量造成反競爭效果而據以非難其違法性的核心概念、該法各條項款彼此之間每有基於共通概念或規範目的形成體系性關聯情形，批判實務案例雖然「有所闡明」，但是仍「有待加強」，進而就法律規範不足，以致執法機關勉強適用規範目的不同且性質有別的其他條文等情形，建議修法或訂定專條予以補強者<sup>40</sup>；亦有透過類似案例教學形式，收錄各級行政法院有關公平法事件的個別裁判，據以註釋、闡明該法各條規範所涉及的重要概念者<sup>41</sup>。

回顧早在公平法施行剛滿 10 週年之際，我國法學界已有針對尚未進入行政爭訟程序、經各級行政法院審理的公平會處分，或深入個案從產業經濟影響與法律適用策略兩方面，析論實務上較佳結合管制模式者<sup>42</sup>；亦有就大型通路業興起所引發買方優勢地位濫用問題，挑選公平會實務處分案例以闡釋在不同限制競爭行為類型之間

<sup>40</sup> 參閱：廖義男，「公平交易法施行二十年來指標性之行政法院裁判」，公平交易季刊，第 20 卷第 3 期，1-62（2012）。

<sup>41</sup> 參閱：何之邁、張懿云、林廷機、陳志民，公平交易法司法案例評析，初版，元照出版公司（2015）。

<sup>42</sup> 例如：劉孔中、莊春發，「結合管制之個案研究」，新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會，1113-1138（2002）；該文於結合管制尚採「申請—許可」舊制時期，即已建議活用附附款具體防範限制競爭不利益的執法策略，避免稍有疑慮一概駁回的僵硬處理模式妨礙（有線電視）產業經濟發展，與近年公平會在「申報—異議」新制下的執法實務不謀而合。關於近年公平會在結合管制實務上活用附附款策略的制度功能說明及其批判，參閱：陳志民、陳和全，「『結合矯正措施』制度之一項功能性導向的理解架構」，公平交易季刊，第 21 卷第 1 期，1-65（2013）；關於此種執法策略應用於有線電視事業參與結合案件，因此所衍生的多重管制問題，並請比較：石世豪，「目的事業參與結合之多重管制問題及其制度革新芻議—以通訊傳播領域為例—」，公平交易季刊，第 25 卷第 2 期，55-90（2017）。

的適用異同者<sup>43</sup>；以及，透過實務案例的既有系統性研究及資料庫檢索等方法，整理、分析公平會處分在行政爭訟制度變革前後遭訴願會及各級行政法院撤銷情形，批判實務界並未適度尊重專業獨立機關所應享有「判斷餘地」者<sup>44</sup>。各種不同研究取徑及作者各自選擇的多樣化法律釋義重點或執法、修法政策建議方針等，不一而足。

本文基本上承襲上述法學界針對行政法院裁判，在探究「立法－行政－司法」先後參與續造我國反托拉斯法上關於違法聯合行為取締機制，彼此展開多重辯證關係的題旨限定範圍內，跨年度、系統性整理、歸納最高行政法院相關判決資料，據以評析攸關實務發展動向的法院後端合法性審查制度運作實況。

至於案件資料來源，則是從司法院官方網站對外開放的「法學資料檢索系統（<http://jirs.judicial.gov.tw/>）」，搜尋自 2013 年 1 月 1 日起至 2016 年 12 月 31 日為止，大約相當公平法於 2015 年初全文修正前後各 2 年（總計 4 年）期間，最高行政法院判決中案由為「（違反）公平交易法（事件）」者，再逐一檢視判決內文，篩選其中因公平會核處事業違法聯合行為涉訟的實體判決。自上述來源篩選出本文題旨限定範圍內的最高行政法院判決，計有 102 年度判字第 60 號、第 67 號、第 251 號、第 686 號，103 年度判字第 195 號、第 292 號、第 294 號、第 438 號，104 年度判字第 181 號、第 202 號、第 212 號、第 329 號、第 330 號、第 339 號、第 340 號、第 346 號、第 347 號、第 361 號、第 369 號、第 413 號，以及 105 年度判字第 94 號、第 208 號、第 366 號，共 23 件判決資料；其中，最高行政法院 102 年度判字第 60 號判決，係該院 101 年度判字第 705 號（原確定）判決上訴人（公平會），針對最高行政法院駁回其不服臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1501 號判決撤銷訴願決定及原處分所提上訴，以原確定判決有行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤情事為由提起再審之訴，因再審原即非屬聲明不服的通常救濟程序，而原確定判決已作成於 2012 年間不在本文所限定期間內，且最高行政法院判決最終仍駁回再審之訴，原確定判決效力完全不受影響，故以下分析不再納入該件。

就時間序列而言，此一期間內最高行政法院所應適用的作用法「各論」規範，恰巧落在「對主管機關依本法所為之處分或決定不服者，直接適用行政訴訟程序」

<sup>43</sup> 參閱：何之邁，「買方優勢地位濫用」，新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會，1063-1086（2002）。

<sup>44</sup> 參閱：石世豪，「公平交易委員會所為處分之違法審查問題」，新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會，1209-1254（2002）。

的免除訴願前置程序條款<sup>45</sup>，以及「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」的所謂「間接證據」條款增訂、施行前後<sup>46</sup>。由於被處分人為聯合行為、公平會作成處分（、行政院訴願會為訴願決定）、高等行政法院判決及最高行政法院判決，各時點之間難免間隔數日至數年，執法機關及爭訟審議機關所應適用的準據法規，除爭訟程序上針對「修正施行前，尚未終結之訴願事件，依訴願法規定終結之」，已有變更「程序從新」原則的明文規定，並無法律適用疑義之外<sup>47</sup>；關於實體準據法律如何適用，依公法學者見解，「依案件性質，應以裁判前特定時點之事實及法律狀況為裁判基礎者，最高行政法院亦應以該時點之事實及法律狀況為基礎，審查高等行政法院之判決有無違背法令」。而最高行政法院依行政訴訟法第 253 條第 1 項規定行言詞辯論並自為判決者，則「得依事件性質，審酌裁判時已變更之事實及法律狀況」<sup>48</sup>。

經觀察、比較最高行政法院在上述公平法修正前後 2 年期間，針對違法聯合行為裁罰處分所作的 22 件判決書形式外觀，可以初步整理得出以下司法實務的整體發展趨勢：

### （一）上訴維持情形

最高行政法院在最近 4 年間，就本文題旨範圍內公平會或被處分人上訴案件撤銷高等行政法院前審判決者，並不少見，形成前審判決上訴維持率明顯偏低的特殊現象。

其中，駁回上訴者有：102 年度判字第 686 號，103 年度判字第 195 號、第 292 號、第 294 號、第 438 號（兩造上訴均駁回），104 年度判字第 202 號、第 212 號、第 413 號，105 年度判字第 366 號，計 9 件，將近全部 22 件中的 40.9%。值得注意者，103 年度在本文題旨範圍內的上訴案件全部遭最高行政法院駁回，致使當年度（臺北）高等行政法院各合議庭在本文題旨範圍內的判決上訴維持率高達 100%。

而最高行政法院廢棄原判決發回更審者則有：102 年度判字第 67 號、第 251 號，104 年度判字第 181 號、第 329 號、第 330 號、第 339 號、第 340 號、第 346 號、第

<sup>45</sup> 參照：公平法第 48 條第 1 項規定。

<sup>46</sup> 參照：公平法第 14 條第 3 項規定。

<sup>47</sup> 參照：公平法第 48 條第 2 項規定。

<sup>48</sup> 參閱：陳敏，前揭註 18，1587。

347 號、第 361 號、第 369 號，以及 105 年度判字第 94 號、第 208 號，計 13 件，略低於全部 22 件中的 59.1%。尤其引人側目者，104 年度在本文題旨範圍內的上訴案件經最高行政法院廢棄原判決者高達 75%，致使當年度（臺北）高等行政法院在本文題旨範圍內的判決上訴維持率僅有 25%。而「正隆等 3 家造紙廠聯合行為案」<sup>49</sup>，最高行政法院兩度廢棄原判決發回更審，致使臺北高等行政法院就本案與終審法院之間形成意見「僵持」情形，其原因更值得探究。

此外，即使最高行政法院所持法律見解多次與前審法院明顯不同，但該院除廢棄原判決發回更審外，其間並無自為判決的情形發生。

經整理上述本文題旨範圍內判決，有關各該案件上訴於最高行政法院後，該院駁回、廢棄判決、自為判決，以及（臺北）高等行政法院判決的上訴維持率等情形，有如下表。

表 1 （臺北）高等行政法院上訴維持率

項目／年度	2103	2014	2015	2016	跨年度合計
範圍內判決總數	3	4	12	3	22
駁回上訴件數	1	4	3	1	9
廢棄原判決件數	2	0	9	2	13
自為判決件數	0	0	0	0	0
上訴維持率	33.3%+	100%	25%	33.3%+	40.9%+

從表 1 可以發現：最高行政法院廢棄（臺北）高等行政法院原判決的情形頗為常見，除 2014 年（臺北）高等行政法院就本文題旨範圍內案件上訴維持率達 100% 之外，其餘年度皆有高達 66% 以上至 75% 的上訴審程序以廢棄原判決告終，上訴審法院與第一審法院間見解歧異情形相當明顯；此種情形，在後 2 年度公平法經歷全文修正後，尤其明顯。即使如此，最高行政法院並未就任何案件自為判決，仍停留在否定（臺北）高等行政法院特定見解的消極立場之上。

<sup>49</sup> 公平會原處分為公處字第 099054 號處分書，被處分人經提起訴願遭駁回，復向臺北高等行政法院提起撤銷訴訟，該院合併審理後以 100 年度訴字第 506 號、第 568 號、第 824 號判決撤銷原處分及訴願決定，公平會不服提起上訴於最高行政法院，該院先以 102 年度判字第 67 號判決廢棄原判決發回更審，臺北高等行政法院復以 102 年度訴更一字第 23 號、第 24 號、第 25 號判決撤銷原處分及訴願決定，公平會再度上訴於最高行政法院，該院作成 104 年度判字第 181 號判決再次廢棄原判決發回更審。

與此相對，在公平法全文修正廢止訴願前置的行政爭訟舊制之前，關於事業不服公平會針對違法聯合行為所作裁罰處分提起訴願，行政院訴願會撤銷原處分或駁回訴願情形，亦即，公平會就本文題旨範圍內所為裁處的訴願維持率，由於公平會年報及其官方網站（[www.ftc.gov.tw](http://www.ftc.gov.tw)）並未自其他案件資料中區分、個別統計，因此尚無執法機關本身所作系統性紀錄並對外公布數據。經查詢行政院官方網站（[www.ey.gov.tw](http://www.ey.gov.tw)）有關「訴願服務」項下「訴願決定查詢」，於 2103 年至 2016 年之間涉及各類「違反公平交易法事件」者，共可檢索出 61 筆訴願決定；剔除涉及違法聯合行為以外其他案件 9 筆，尚有多達 52 筆與本文題旨相當範圍內的訴願決定。其中，最末 1 筆訴願決定作成於 2015 年 4 月 9 日，在時間序列上一方面應和上述公平法第 48 條第 2 項關於未終結訴願事件處理程序規定；另一方面，行政院訴願會自 2013 年 3 月 21 日起至 2015 年 4 月 9 日期間，就事業不服公平會裁罰其違法聯合行為所提訴願相關決定，也正好對應表 1 左段（前 2 年度）最高行政法院於上訴審判決廢棄或維持（臺北）高等行政法院原判決情形。至於行政院訴願會所作決定主文，則是駁回訴願、（全部或部分）撤銷原處分者各為 31 筆、21 筆，以略低於 6 成（59.6%+）的驚人低比率維持原處分效力，明顯影響公平會執法威信<sup>50</sup>。所幸「往者已矣」，未來將不再發生類似問題。

## （二）機關勝敗訴情形

關於機關在最高行政法院上訴審的勝敗訴情形，因不服前審判決的原告及被告皆得提起上訴，而上訴審判決結果又與原判決互有對應，因此有必要略加說明者如下：

撤銷訴訟係人民以原處分機關為被告訴請行政法院撤銷其違法處分<sup>51</sup>，而本文所擬分析的公平會裁罰處分又是典型的不利處分，因此，大致得以前審判決在實體法律關係上是否撤銷原處分一部或全部為區分標準，鑑別公平會在各該前審判決中的勝敗訴情形：倘若被處分人訴請高等行政法院撤銷公平會裁罰處分一部或全部勝訴

<sup>50</sup> 倘若深入各筆訴願決定案件內容，則可以發現：瀝青業多件違法聯合行為不服公平會處分提起訴願案遭駁回，替公平會原處分墊高不少訴願維持率；此外，「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」業者兩度提起訴願，先後均遭行政院訴願會決定全部或一部撤銷原處分，對於公平會執法威信衝擊更為顯著。

<sup>51</sup> 參照：行政訴訟法第 4 條第 1 項規定。

者，無異於公平會在實體法律關係上敗訴；反之，高等行政法院以被處分人之訴無理由判決駁回者，在實體法律關係上則形同公平會勝訴。

案件進入上訴審程序後，除逕依上訴是否遭最高行政法院判決駁回，區分上訴人敗訴或勝訴之外，就實體法律關係而言，倘若最高行政法院判決駁回前審原告上訴，維持高等行政法院駁回被處分人訴請撤銷公平會裁罰處分的前審判決，則被處分人在實體法律關係上敗訴確定，無論就前審判決或最高行政法院審理的上訴審程序而言皆形同公平會勝訴；反之，倘若最高行政法院判決廢棄高等行政法院駁回被處分人訴請撤銷公平會裁罰處分的前審判決，阻礙被處分人在實體法律關係上敗訴的原判決確定，就最高行政法院上訴審程序而言形同公平會敗訴。另一方面，倘若公平會不服前審判決提起上訴，最高行政法院判決廢棄高等行政法院撤銷公平會裁罰處分的原判決一部或全部者，將阻礙被處分人在實體法律關係上贏得勝訴的原判決確定，就最高行政法院上訴審程序而言形同公平會勝訴；反之，倘若最高行政法院判決駁回公平會上訴，維持高等行政法院撤銷公平會裁罰處分一部或全部的前審判決，則被處分人在實體法律關係上勝訴確定，無論就前審判決或最高行政法院審理的上訴審程序而言皆形同公平會敗訴。

至於上訴判決廢棄原判決並自為判決者，則可逕以最高行政法院是否撤銷公平會原處分一部或全部為區分標準，鑑別公平會在上訴審程序中的勝敗訴情形。

根據以上說明，最高行政法院在最近 4 年間，就本文題旨範圍內上訴案件依公平會上訴聲明廢棄原判決一部或全部者有：102 年度判字第 67 號、第 251 號，104 年度判字第 181 號、第 329 號、第 330 號、第 339 號、第 340 號、第 346 號、第 347 號、第 361 號、第 369 號，以及 105 年度判字第 94 號、第 208 號，計 13 件，皆可列入公平會（上訴審）勝訴案件；反之，判決駁回公平會上訴者有：103 年度判字第 195 號、第 438 號（兩造上訴均駁回）、104 年度判字第 212 號，計 3 件，可以列入公平會（上訴審）敗訴案件。

最高行政法院駁回前審原告（被處分人）上訴者有：102 年度判字第 686 號，103 年度判字第 292 號、第 294 號、第 438 號（兩造上訴均駁回），104 年度判字第 202 號、第 413 號，105 年度判字第 366 號，計 7 件，皆可列入公平會（上訴審）勝訴案件。至於最高行政法院就本文題旨範圍內上訴案件依前審原告（被處分人）聲明廢棄原判決者，則未曾出現。總計公平會（形同）勝訴的上訴案有 20 件，公平會敗訴的上訴案則僅有 3 件；其中，103 年度判字第 438 號因兩造上訴均駁回，重複算入公

平會（形同）勝訴及敗訴案件，扣除此案後，公平會仍以 19:2 的懸殊比率，於上訴審程序中贏得在實體法律關係上形同勝訴的有利判決。

經整理上述本文題旨範圍內判決，有關機關上訴勝率、事業上訴勝率，以及機關就各該案件的實質勝訴率等情形，有如表 2。

表 2 機關上訴勝訴率與實質勝訴率

項目／年度	2103	2014	2015	2016	跨年度合計
範圍內判決總數	3	4	12	3	22
機關上訴件數	2	2	10	2	16
機關上訴勝訴數	2	0	9	2	13
機關上訴勝訴率	100%	0%	90%	100%	81.3%-
事業上訴件數	1	3	2	1	7
事業上訴勝訴數	0	0	0	0	0
機關實質勝訴率	100%	66.7%*	91.7%-	100.0%	90.5%*

註：\*機關實質勝訴率中，機關與事業兩造均上訴而遭駁回案件，皆自分子分母中扣除。

從上表可以發現：公平會上訴勝訴率除 2014 年為 0 之外，歷年度皆在 90% 到 100% 之間，跨年度合計也高達 8 成以上，其上訴勝率極高；對照事業上訴勝訴率在 4 年間均為 0，則公平會向最高行政法院提起上訴的高勝訴率更加明顯。至於公平會在實體法律關係上的實質勝訴率，歷年度也都維持在 6 成以上至 100% 之間，跨年度合計則在 9 成以上（雖然此現象未必意味：公平會所持事實及法律見解均受最高行政法院支持，至少，該機關在上訴審程序中勝出的趨勢相當明顯）。此種情形，在後 2 年度公平法經歷全文修正後，略高於前 2 年度，但其間先降後升，並未呈現一致性的變化趨勢。

### （三）維持判決一致性

最高行政法院既為終審法院，其判決中關於如何妥當「適用法規」的法律見解既拘束（作成判決的該合議庭）本身，其據以廢棄原判決的法律上判斷，也將依法

拘束該受發回或發交的下級審法院<sup>52</sup>；此外，由於終審法院所持「有權」見解事實上影響下級審法院後續審理同類案件時的判斷基準，為提高法律安定性、法律明確性，並使人民更有效尋求權利救濟起見，最高行政法院針對同類案件如何維持各合議庭的判決一致性極為重要。在法院組織上針對同類訴訟事件，設置專院、專庭、專股，並配置具有審理該類事件所需專業知識或實務經驗的法官，以及，在法院內部事務分配上朝向依法官及合議庭專長背景分案，雖然皆屬具體可行對策，卻不免受限於法院組織法、編制員額、案件負擔及法定法官原則等因素，無法輕易推動。退而求其次，各合議庭法官透過資料庫及內部網路系統等資源，及早掌握同類案件歷來裁判紀錄與最近同類案件繫屬及審理情形，運用可資援引參考的判決先例或庭長法官聯席會議決議等既有溝通管道，在不影響各合議庭「依據法律獨立審判」的前提下<sup>53</sup>，儘可能統一法律見解以避免裁判歧異，亦不失為簡便可行對策。

最高行政法院在最近 4 年間，就本文題旨範圍內的 22 件判決，係分散由不同審判長及陪席法官所組成的不同合議庭審理，甚至，繫屬於該院的所謂「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」<sup>54</sup>，亦未明顯交由同一庭或同一審判長所組成的合議庭集中審理。整體而言，專庭、專股或專責法官等專業化分工情形並不明顯。

相較於組織上並未集中於專庭或專股審理，最高行政法院在最近 4 年間，就本文題旨範圍內的 22 件判決，其判決結果卻呈現相當高度的一致性；除了機關勝訴比率極高情形有如上述之外，其中，前審法院認為基於同一事實上及法律上原因分別提起的「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」，前審命為合併辯論分別判決<sup>55</sup>，最高行政法院雖然仍分散由各合議庭分別審理，但各合議庭所作成的判決結果卻相當一致：9 件皆以大致相同的理由廢棄原判決發回更審。

在「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」中<sup>56</sup>，最高行政法院上訴審程序先以 102 年度判字第 251 號合併判決，廢棄原判決發回下級審法院更審，經臺北高等行政

<sup>52</sup> 參照：行政訴訟法第 260 條第 3 項規定：「受發回或發交之高等行政法院，應以最高行政法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎」。

<sup>53</sup> 參照：憲法第 80 條規定。

<sup>54</sup> 亦即：最高行政法院 104 年度判字第 329 號、第 330 號、第 339 號、第 340 號、第 346 號、第 347 號、第 361 號、第 369 號，105 年度判字第 94 號等 9 件判決。

<sup>55</sup> 撤銷訴訟標的為公平會公處字第 102035 號處分書，前審分別以 102 年度訴字第 1701 號、第 1714 號、第 1715 號、第 1731 號、第 1739 號、第 1743 號、第 1744 號、第 1750 號、第 1757 號判決繫屬於臺北高等行政法院，該院依行政訴訟法第 127 條第 1 項規定命合併辯論分別判決。

<sup>56</sup> 撤銷訴訟標的為公平會公處字第 100220 號處分書，前審分別以 101 年度訴字第 607 號、第 649 號、第 703 號、第 715 號判決繫屬於臺北高等行政法院。



法院更審並維持撤銷原處分的判決結果<sup>57</sup>；公平會再次不服上訴後，最高行政法院仍由前次受理該案上訴的合議庭合併審理<sup>58</sup>，但其後作成的 103 年度判字第 195 號判決結果，卻轉向機關敗訴方向支持前審判決見解，也相當值得注意。

經檢視各該案件上訴前繫屬高等行政法院時的前審判決書下款，雖然也未出現明顯專庭或專股等專業化分工現象；然而，在「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」中，臺北高等行政法院於首次審理、發回更審程序先後使 4 件皆集中於同一合議庭審理（但在更審程序中，首次審理時的合議庭成員均未再參與）；在「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」，臺北高等行政法院也曾援引行政訴訟法第 127 條第 1 項規定，在同一合議庭中合併辯論分別判決，間接達成「基於同一事實上及法律上原因」9 案在同審級判決一致的效果<sup>59</sup>。類似合併辯論及合併判決情形，在「正隆等 3 家造紙廠聯合行為案」<sup>60</sup>、「統一等 3 家鮮乳業者聯合行為案」中<sup>61</sup>，也可以發現；而在「綠電等 13 家廢棄資訊物品處理業者聯合行為案」中<sup>62</sup>，臺北高等行政法院雖以不同案號繫屬，但皆由同一合議庭審理，最高行政法院亦以同一號判決駁回上訴。由此可見，最高行政法院與臺北高等行政法院皆利用專庭、專股等組織安排以外的其他變通方法，針對實體法律關係同一或相互關聯的多件訴訟彈性分案，藉此維持同一法院內部就相關聯個案所作成判決之間（在個案層次上）的有限度一致性。

經整理上述本文題旨範圍內判決，最高行政法院及（臺北）高等行政法院是否以專庭或專股審理、關聯案件之間判決一致性、是否合併辯論或合併判決，以及，是否由同一合議庭審理等情形，有如表 3。

<sup>57</sup> 參照：臺北高等行政法院 102 年度訴更一字第 54 號、第 55 號、第 56 號、第 57 號判決。

<sup>58</sup> 審判長及其他 3 名陪席法官維持不變，僅 1 名陪席法官有所更動。

<sup>59</sup> 經查：臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1701 號、第 1714 號、第 1715 號、第 1731 號、第 1739 號、第 1743 號、第 1744 號、第 1750 號、第 1757 號等判決合議庭 3 名成員完全相同。

<sup>60</sup> 關於本案歷次審判情形，參閱：前揭註 49 說明。

<sup>61</sup> 撤銷訴訟標的為公平會公處字第 100204 號處分書，臺北高等行政法院以 101 年度訴字第 573 號、第 575 號、第 829 號繫屬，該院將 3 案合併辯論並裁判，該案經被處分人不服原判決上訴，最高行政法院以 103 年度判字第 294 號判決駁回上訴。

<sup>62</sup> 撤銷訴訟標的為公平會公處字第 101020 號處分書，被處分人提起訴願遭駁回後提請行政訴訟，臺北高等行政法院以 101 年度訴字第 1730 號、第 1747 號判決駁回（2 件判決由同一合議庭審理），被處分人不服上訴於最高行政法院，該院以 102 年度判字第 686 號判決駁回上訴。

表 3 最高行政法院及（臺北）高等行政法院之審理情形

法院／項目	專庭／專股	關聯案件判決	合併辯論／審判	同庭審理
最高行政法院	不明顯	一致性高	有無相雜，不明顯	無
高等行政法院	不明顯	一致性高	極明顯	明顯

從上表中可以發現：雖然最高行政法院與（臺北）高等行政法院皆未設置專庭或專股審理有關公平法（違法聯合行為裁處）案件，但關聯案件之間的判決結果一致性相當明顯。至於關聯案件是否合併辯論或合併判決，在（臺北）高等行政法院方面極為明顯，最高行政法院則有無相雜並不顯著；前者甚至安排關聯案件由同一合議庭審理，積極維持法院內部見解一貫性的變通情形相當明顯。

### 三、攻防理由及其取捨

當然，本文篩選上述 22 件最高行政法院判決，分析重點並非僅止於判決書形式外觀所透露的司法實務發展趨勢。在上述題旨所限定的實體範疇內，毋寧更聚焦於：公平會就競爭法領域內實體法規適用問題，針對前審判決有何「違背法令」相關指摘，持何種法律見解向終審法院論證其理由，而最高行政法院又如何衡酌取捨，據以構成其終審「有權」見解內涵。整體而言，公平會以 19:2 的高「勝訴」比率贏得最高行政法院支持其見解；對應於上述 22 件由公平會或被處分人對其提起上訴的臺北高等行政法院原判決中，卻有高達 15 件在前審法院中遭判決撤銷原處分，並造成臺北高等行政法院平均上訴維持率僅略高於 4 成，而 2015 年甚至低盪至 2 成 5。純就上述判決勝敗訴的形式外觀而言，最高行政法院似乎相較於臺北高等行政法院，更傾向於「尊重」公平會就各該個案所作處分及其立論基礎；就此，甚至對於受理第一審的（臺北）高等行政法院頗多「異見」。實際上是否果真如此，尚待深入各該判決內容進行質性分析，方得定論。

#### （一）爭執焦點

由於個別訴訟事件各有其程序上或實體上不同爭執重心（例如：受處分事業辯護律師對於訴訟程序中技術性規範的堅持等），跨越個案歸納兩造當事人及法院相關主張或法律意見極易失焦，因此，本文整理、分析上述 22 件最高行政法院判決內容，

將以題旨為範疇聚焦在下列競爭法領域內的「專業」議題：

1. 構成要件解釋及涵攝問題：關於違法聯合行為的法定構成要件，在公平法 2015 年初全文修正前後略有差異，共通部分一方面是原則禁止及例外許可規範分別規定於舊法第 14 條、新法第 15 條，另一方面則是舊法第 7 條、新法第 14 條（第 1 項、第 2 項及第 4 項）外觀看似「定義」的規定<sup>63</sup>；差異部分，主要是新法第 14 條增訂第 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」，亦即，關於聯合行為合意的所謂「間接證據」條款。本文題旨所涉及者，主要在於共通部分「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」與「合意」兩項要件如何解釋，在具體個案中相關事實又如何涵攝等問題，如何在法律與經濟兩種專業之間交錯、辯證或相互參考印證。
2. 證據法則與舉證責任分配：上述違法聯合行為的法定構成要件解釋及涵攝問題，在訴訟程序上涉及法院如何認定事實的證據法則與兩造舉證責任分配等問題，亦可透過 22 件判決資料加以檢視。
3. 經濟分析與判斷餘地問題：回歸本文題旨，兩造是否及如何運用經濟分析進行攻擊防禦，而法院如何在其間衡酌取捨，又，法院是否如「判斷餘地」理論所主張，對於以「依據法律獨立行使職權，自主運作」的獨立機關組織形式運作<sup>64</sup>，針對上述交錯於法律與經濟兩種專業之間的個案裁罰處分，由「具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學識及經驗」等跨領域專業背景的委員合議所作成決定<sup>65</sup>，將審理重心置於「審查其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量有無違法或顯然不當之情事」，並且就事實涵攝問題，「除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷」<sup>66</sup>？

<sup>63</sup> 公平法於 2015 年初全文修正時，將舊法第 7 條第 2 項「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」等將舊法第 7 條第 1 項「定義」範圍限縮於「水平（排除垂直限制價格或價格以外其他交易條件之合意）」且「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能（微量不罰）」等文字，一併納入新法第 14 條第 1 項之中。

<sup>64</sup> 參照：中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款規定。

<sup>65</sup> 參照：公平交易委員會組織法第 6 條、第 8 條及第 10 條至第 12 條等相關規定。

<sup>66</sup> 參照：司法院大法官釋字第 462 號解釋理由書。該號解釋雖係針對大學教師升等評審相關爭議所作成，然而學者認為：由專家組成的委員會「如係獨立行使職權，不受指揮時，則行政法院之審查受有限制。蓋此等委員會對產生疑問之事項，較行政法院更具有作成適當決定之能力」，引自：陳敏，前揭註 18，205。

## （二）公平會主張

針對上述 3 項問題，公平會向來主張：1.關於「足以影響……市場功能」，僅須聯合行為具有影響市場供需功能的抽象風險即屬該當，不以市場供需情形實際受影響為必要<sup>67</sup>；而聯合行為「合意」的直接證據極難掌握，必須仰賴經濟合理性等「間接證據」加以「合理」推定<sup>68</sup>。2.因此，關於「足以影響……市場功能」，公平會毋須具體舉證特定市場受影響情形，僅須從行為主體（同業公會）或限制標的（價格）等類型的「質」性標準或參與聯合者市場占有率、數量等「量」化標準，即可（抽象）認定；另一方面，一旦公平會亦僅須根據「間接證據」合理推定事業之間為聯合行為的「合意」存在，事業即須提出事證或說理，論證其外觀上一致的平行行為並非出於「合意」加以推翻，否則將承擔遭受裁罰處分的法律風險<sup>69</sup>。3.關於上述問題的經濟分析，公平會雖然交錯使用「質」或「量」等不同「論證」模式「佐證（或推論）」其裁罰理由，較少直接針對各該個案所牽涉「特定市場」，在產業結構、行為誘因或市場績效各方面上具體操作實證經濟分析，據以「證明」聯合行為構成要件「具競爭關係之……事業，以……合意……相互約束事業活動之行為，而足以影響……市場功能」中「合意」及「足以影響……市場功能」2 項要件<sup>70</sup>。

在本文題旨範圍內的 22 件判決中，公平會原處分固然大體沿襲其歷來實務運作模式處理上述 3 項問題；當（臺北）高等行政法院以原告（即被處分人）所提撤銷訴訟無理由判決駁回，被處分人上訴於最高行政法院亦遭判決駁回時，第一審及終審法院均形同支持公平會原處分所持法律見解。因此，「綠電等 13 家廢棄資訊物品處理業者聯合行為案」<sup>71</sup>、「臺北市記帳士公會聯合行為案」<sup>72</sup>、「統一等 3 家鮮乳業者聯合行為案」<sup>73</sup>、「惠嘉等 7 家廢棄資訊物品處理業者聯合行為案」<sup>74</sup>、「大台北等

<sup>67</sup> 相關說明參閱：顏廷棟，前揭註 20，29-31。

<sup>68</sup> 相關說明參閱：顏廷棟，前揭註 20，24。

<sup>69</sup> 相關分析參閱：顏廷棟，前揭註 20，22、30-31；並請比較：林宜男，「水平聯合行為之特定市場界定－公平交易法實務案例之研析與間接證據之論證」，公平交易季刊，第 22 卷第 1 期，82-86、88-95（2014）。

<sup>70</sup> 關於「合意」推定，已如本文上述問題 2 及其參考文獻所述；至於「足以影響...市場功能」，公平會大抵亦僅以「質」、「量」兩類標準，認定聯合行為所可能具有的抽象風險（效果說）；相關說明參閱：廖義男主持，前揭註 1，317-319，並請比較：顏廷棟，前揭註 20，30-31。

<sup>71</sup> 參照：最高行政法院 102 年度判字第 686 號判決。

<sup>72</sup> 參照：最高行政法院 103 年度判字第 292 號判決。

<sup>73</sup> 參照：最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。

9 家加氣站業者聯合行為案」<sup>75</sup>、「坤慶等 16 家瀝青混凝土業者聯合行為案」<sup>76</sup>，被處分人提起上訴遭判決駁回，第一審未撤銷原處分的原判決隨之確定；而「龍宏等 21 家瓦斯分銷業者聯合行為案」<sup>77</sup>，亦因最高行政法院一併駁回公平會及被處分人兩造上訴而確定，且就另一被處分人「元璟」部分維持前審撤銷公平會原處分的原判決，主要理由係公平會除爭執已由該被處分人更正的紀錄文字之外，別無其他直接或間接證據佐證其配合漲價的主觀意思及客觀事實，前審判決就此並未違背經驗法則及證據法則，最高行政法院並未否定公平會對其他業者所為處分及其所持（聯合行為合意得透過間接證據加以「合理」推定等）見解，均形同支持公平會執法實務上歷來主張，本文依題旨不深入討論。

反之，被處分人於高等行政法院第一審程序中，成功挑戰公平會處分及其立論基礎，因此贏得第一審勝訴判決，公平會對此不服而上訴，或被處分人不服原判決未依其所訴撤銷原處分而提起上訴，公平會相應提出答辯時，公平會均在上訴審程序中回應被處分人所提出的對應主張。

關於「合意」得透過「間接證據」加以「合理」推定一點，公平會並未改變其一貫立場。例如，在「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」第 1 次上訴審程序中，公平會捍衛其執法立場的主張大致為：1.聯合行為具隱密性，主觀合意較難取得證據，須透過客觀證據加以認定……依寡占廠商理論，為克服單純依賴「相互影響關係」所形成一致行為的不穩定狀態，事業可能採取「事前的意思聯絡」或「促進行為」，此時已屬法律上聯合行為範疇；2.公平會廣泛調查、比較主要原料進貨成本、各類成品定價情形及事業公布漲價的時間與公告內容等「間接證據」；3.論述在高度集中的寡占市場中，一致行為具有利於事業為聯合行為的誘因……倘被處分人未能舉證說明其於成本結構、準備作業期程等方面諸多差異，仍無視客戶流失風險同步一致漲價，顯見其彼此間有避免競爭的合意<sup>78</sup>。

---

<sup>74</sup> 參照：最高行政法院 104 年度判字第 202 號判決。

<sup>75</sup> 參照：最高行政法院 104 年度判字第 413 號判決。

<sup>76</sup> 參照：最高行政法院 105 年度判字第 366 號判決。

<sup>77</sup> 參照：最高行政法院 103 年度判字第 438 號判決。

<sup>78</sup> 參照：最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決，公平會主張部分。

### （三）法院取捨

以上各點，基本上最高行政法院均予支持，尤其，關於聯合行為合意得透過「間接證據」加以「合理」推定，最高行政法院甚至申明：「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……惟原判決不採『合理推定』之見解……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>79</sup>。

當「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」因臺北高等行政法院更審判決再次撤銷原處分，公平會第 2 次上訴於最高行政法院時，其主張已因下級審法院採納被處分人所謂同步一致漲價係「有意識之平行行為」相關主張而移轉其重點，但該會基本上仍維持得依客觀證據「合理」推定聯合行為合意的歷來執法立場：1.成本結構不同卻能於相近時間調整相近價格，並非寡占市場廠商出於「有意識之平行行為」正常現象，就「競爭者間交換資訊情況」被上訴人並未（舉證）排除其彼此間有聯合行為合意……就此，前審（更審）判決關於「有意識之平行行為」見解已違背經濟學及經驗法則；2.前審判決形同要求公平會舉證證明聯合行為合意，舉證責任分配明顯錯誤；3.倘以 Bertrand 模型分析本件寡占市場競爭行為，係跟跌至邊際成本而非跟漲獲利，而被處分人所舉其他連鎖現煮咖啡業者例證，恰證明調漲價格時間點通常高度不一致，發生如同本件同時一致聯合調漲的機率極低，並指責前審（更審）判決（就市場界定一點）不尊重公平會判斷餘地<sup>80</sup>。

<sup>79</sup> 引自：最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決，理由五之（三）。

<sup>80</sup> 參照：最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決，公平會主張部分。惟最高行政法院並未逐一回應公平會主張，僅就前審（更審）判決「業已詳述其認定事實之依據，及得心證之理由」，認定「尚無上訴意旨所指違背法令之情事」。此外，臺北高等行政法院於「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」首次繫屬於該院時，曾於判決中述明：「公平會應享有判斷餘地；惟亦須就其判

對於最高行政法院未回應公平會反覆指摘臺北高等行政法院更審判決「未採用本（最高行政法）院發回意旨」，僅輕描淡寫表示：「原判決認上訴人所提出聯合行為意思聯絡之相關事證（從鮮奶成本、生產現煮咖啡所需使用咖啡豆、耗材、人工、咖啡機等成本、調漲作業期間、新聞稿之發布、促銷活動準備期間等多項間接證據觀察），尚不足以合理推定被上訴人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡等情，並非將舉證責任轉換由上訴人負擔，而係認被上訴人等之價格調漲行為具有高度的經濟合理性，其平行行為結果的發生，並不需要依賴被上訴人彼此間存在有事前合意或意思聯絡，可認系爭調漲行為係被上訴人等各自根據市場狀態及競爭對手行銷策略，基於其經濟合理性及利益最大化之追求，在獨立的意思決定下所為的經濟行為，要屬有意識之平行行為，應排除聯合行為之適用等語，並無違聯合行為意思聯絡之舉證原則」<sup>81</sup>。

最高行政法院作成上述判決，其主要理由在於：臺北高等行政法院述明其採納關於寡占市場上競爭者彼此迅速反應對手調價的主張，認定聯合行為及其合意已非「平行行為」外觀的唯一合理推論所致：「事業間有意識地採取外觀相同之行為，可能有兩種情形，其一為公平法上之『聯合行為（有合意）』；另一情形，倘事業間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，稱為『有意識之平行行為』或『價格跟隨行為』。所謂有意識之平行行為，係指事業彼此間並沒有主觀意思聯絡，而源於客觀之市場結構，於市場上因一事業採取行動後，其他事業亦隨之跟進，造成外觀上同一形式之行為，而此等行為多存於寡占市場間。因寡占市場上之競爭非常激烈，事業在他事業採取某種行為後即須為相應之調整或變動，若經評估結果，認為如不採取同一形式之行為，將導致同業競爭者或市場交易相對人實施對抗措施，經濟上係屬不理智，遂跟著看齊而為『有意識之平行行為』。由於有意識之平行行為欠缺聯合行為之合意，並不構成聯合行為……本件被上訴人全家率先為調漲含乳現煮咖啡價格，其他被上訴人透過公開透明之價格可觀察到被上訴人全家調價行動，即可迅速應對、追隨、漲價，被上訴人全家調漲之行為即無客戶流失之疑慮；同時，若被上訴人全家發現其他被上訴人並未追隨其漲價行為時，

---

斷過程盡說明義務，就其認定之事實為必要之舉證」，但並未採納公平會的經濟分析觀點及其調查事實相關判斷，參照：臺北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號、第 649 號、第 703 號、第 715 號等判決理由。

<sup>81</sup> 參照：最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決，理由六。

亦可迅速反應，撤回其價格調漲行為，可見被上訴人等平行行為實係具有高度經濟合理性」<sup>82</sup>。

至於「足以影響……市場功能」方面，公平會在上訴審中除了重為抽象（跨業別的一般性）說理之外，尚有針對個案所牽涉「特定市場」，就系爭商品或服務是否與其他商品或服務間具有「替代性」，與被處分人間激烈攻防情形。

例如：公平會在上訴審中「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」中先主張：1.參酌美國反托拉法執法實務（Brown Shoe 案）綜合「需求替代可能性」、「供給替代可能性」、「潛在的競爭」3 項指標界定市場；2.依授權法規（公平法施行細則）參考調查資料及其他政府機關記載已公開資料；3.依前 2 者所界定的市場，其規模密度與高可及性、消費者高度依賴情形，「若」人為操控零售通路（價格、行銷策略等），「即」可能損及市場競爭<sup>83</sup>。

然而，俟該案經臺北高等行政法院更審判決再次撤銷原處分，公平會第 2 次上訴於最高行政法院時，其主張亦因下級審法院採納被處分人「市場界定」相關主張而移轉其重點：1.市場界定方法不限於量化分析，倘運用量化分析則需有足夠充分的數據資料，且量化分析後所得結果須符合經濟學理論與個案事實行為……當使用質化分析方法即可妥適界定市場範圍時，未必要使用量化分析方法……縱依原判決所言，將其他平價連鎖咖啡店納入現煮咖啡市場……被處分人等 4 家占有率亦近 90%，業已超過「可察覺性」理論市場占有率 5% 門檻，具有足夠市場力影響市場供需功能……從質的標準來看，被處分人針對價格進行聯合行為的惡性限制競爭手段，其本質上有相當可能性影響市場功能；2.公平會未施作消費者問卷調查，主因在於：消費者問卷調查僅為意向、偏好調查，亦流於主觀恣意，且僅為證明產品需求彈性的方法之一，故以連鎖便利商店調價前後需求量（即銷售量）的變動取代，並可從此一變動的數據中發現……對其他咖啡連鎖店的現煮咖啡亦無顯著替代需求；3.僅因未符合學術論文要求，即認為原處分的市場界定有誤，有不適用行政訴訟法第 260 條第 3 項的違誤情形。

就此，最高行政法院對於臺北高等行政法院指摘公平會「就國內 10 家連鎖咖啡業者現煮咖啡銷售情形之調查結果，亦顯示被上訴人等就系爭商品調漲價格之影

<sup>82</sup> 引自：最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決，理由四之（三）及（四）。

<sup>83</sup> 參照：最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決，公平會主張部分。



響，需待時間觀察。是以，上訴人就一般消費者對於連鎖便利商店現煮咖啡與其他連鎖咖啡店或餐飲業現煮咖啡間，是否具有需求替代性之問題，在未進行市場調查，未經實證之情形下，僅係依書面資料及未經相當期間之觀察而於短期之內即逕行界定『連鎖便利商店現煮咖啡』為本件之產品市場，尚嫌速斷……就需求替代性而言，無論是在連鎖咖啡業者、餐飲（速食）業者、一般咖啡專賣店，或大賣場、超級市場與商店所提供之現煮咖啡，均可符合消費者對現煮咖啡之需求，而具有高度相互替代性……根本未進行任何 SSNIP 測試，即逕將連鎖便利商店現煮咖啡界定為一特定市場」等節，認為「原判決據以指摘原處分對於市場變化之觀察期太短、僅依書面資料判斷、缺乏市場實証等情，並無違經驗及論理法則，上訴意旨主張原判決侵害上訴人對市場界定享有專業判斷餘地，顯有逾越司法審查密度之違法云云，核無足採」<sup>84</sup>，雖僅寥寥數語，對於公平會向來執法立場的嚴正性斷傷不小。

在另一件公平會上訴失敗的「韓商 Toshiba Samsung Storage 等 4 家外商光碟機採購圍標案」中<sup>85</sup>，最高行政法院支持前審判決撤銷公平會原處分，主要理由係以影響市場供需功能的事實上結果並非聯合行為要件（亦即，違法聯合行為係危險犯而非實害犯），計算行政罰消滅時效不應以其為起算始點，由於與本文題旨無涉，本文亦不深入討論<sup>86</sup>。

至於公平會提起上訴，經最高行政法院廢棄原判決發回更審的其他案件，例如：「正隆等 3 家造紙廠聯合行為案」（第 1 次上訴）<sup>87</sup>、「正隆等 3 家造紙廠聯合行為案」（第 2 次上訴）<sup>88</sup>、「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」<sup>89</sup>、「詠健廣告藥品聯誼會聯合行為案」<sup>90</sup>，就上訴審程序而言，形式上係公平會「勝訴」推翻前審撤銷原處分的原判決。然而，一旦發生類似「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」在更審程序中再度「翻轉」情形，其結果可能反而不利於公平會原處分及其立論基礎通過行政法院的違法審查；尤其，「正隆等 3 家造紙廠聯合行為案」在臺北高等行政法院更一

<sup>84</sup> 引自：最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決，理由六。

<sup>85</sup> 參照：最高行政法院 104 年度判字第 212 號判決。

<sup>86</sup> 本案另涉及美國反托拉斯執法機關與本案其他被處分人間「認罪協商」所取得資料，得否援引為推定被處分人參與該（其他被處分人適用該國「寬恕政策」而免罰的）聯合行為「間接證據」等，極具比較法與公平法彈性執法機制比較研究價值的相關議題，限於本文題旨，於此不深入討論。

<sup>87</sup> 參照：最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決。

<sup>88</sup> 參照：最高行政法院 104 年度判字第 181 號判決。

<sup>89</sup> 本案歷次審判情形參閱：前揭註 54 及註 55 說明。

<sup>90</sup> 參照：最高行政法院 105 年度判字第 208 號判決。

審程序中仍以撤銷原處分收尾，雖然最高行政法院再次判決廢棄該更一審判決，結果究竟如何，在該案終局確定之前仍有變數<sup>91</sup>。

## 四、結語

綜觀最近 4 年最高行政法院在本文題旨範圍內的 22 件判決，其判決廢棄臺北高等行政法院者尚多達 13 件，略低於全部 22 件中的 59.1%；而其中公平會在實體法律關係上形同「勝訴」者則有 19 件，已達 9 成之譜。足見終審法院對於公平會實務見解相當尊重，反倒對於高等行政法院（某些合議庭）則頗有「循循善誘」不吝指點的整體趨勢。關於聯合行為合意得透過「間接證據」加以「合理」推定一點，最高行政法院甚至在 102 年度判字第 251 號判決中逕予闡明「此為本院多數判決所採之見解」，指正臺北高等行政法院援引刑事訴訟法上須達「沒有合理可疑」證明程度要求公平會，係「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」。

然而，此種關於行政訴訟上舉證責任分配問題所生爭議，在 2015 年初公平法全文修正增訂第 14 條第 3 項，明文規定聯合行為「合意」要件「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」之後，逐漸轉為競爭法「各論」領域內法條解釋問題，從而頗有「執法機關—第一審法院—上訴審法院」3 個「獨立機關」各執己見而相持不下情形。值得注意者，則是臺北高等行政法院各合議庭成員「做中學」的努力似乎也「功不唐捐」，在上述「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」更一審判決中，活用「有意識之平行行為」理論及寡占市場上競爭者互動模式，指摘公平會未能證明聯合行為及其合意係「同步漲價」外觀的唯一合理可能，在後續上訴審程序中獲得最高行政法院肯定。

至於「統一等 4 家超商現煮咖啡聯合行為案」中，臺北高等行政法院另一項別

---

<sup>91</sup> 其後，臺北高等行政法院以 104 年度訴更二字第 46 號、第 48 號、第 49 號判決改判駁回「正隆等 3 家造紙廠聯合行為案」，被處分人不服提起上訴，再經最高行政法院 106 年度判字第 265 號判決駁回上訴，該案以維持原處分效力的終局結果獲得確定。此外，「詠健廣告藥品聯誼會聯合行為案」則經被處分人再次上訴，最高行政法院以 106 年度裁字第 592 號裁定上訴不合法駁回。至於自舊制下的行政院訴願會審議期間起即爭議不斷，一路纏訟至行政訴訟兩級兩審的「國光等 9 家民營電廠聯合行為案」，經最高行政法院發回更審後，臺北高等行政法院又以 104 年度訴更一字第 21 號、第 64 號、第 65 號、第 66 號、第 68 號、第 69 號、第 75 號、第 76 號、第 81 號等判決撤銷原處分，其判決理由，在本文題旨所關注的數項議題範圍內，與前審原判決並無明顯的實質差異。

有洞見的（更審）判決見解，亦即，指摘公平會就商品或服務替代性、SSNIP 操作等經濟分析淪為「紙上作業」，致使其市場界定及後續關於（水平市場上的）競爭者認定、足以影響市場功能判斷等可信度大受影響，此點亦於上訴審中獲得最高行政法院默許，對於公平會歷來執法立場似乎更具（潛在）「威脅」。由於公平會係跨專長領域的（專業）獨立機關，此點高等行政法院在法律依據及所謂「判斷餘地」理論上皆不予否認；然而，公平會是否在經濟分析上展現其「專業審查之可信度與正確性」，藉以擺脫抽象（且向來被視為「法院專長」）的法條解釋問題，進一步正當化法院及其他機關「應尊重其判斷」的關鍵性前提？

回顧公平法歷次修正及行政爭訟與行政程序等法制現代化過程，公平會已獲得立法者支持擺脫訴願程序中的「上級機關」干擾，行政程序法上也架構出聽證程序及依聽證作成行政處分免除訴願前置程序的「準司法」框架，然而，公平會（如同其他獨立機關）迄今仍鮮少運用比照司法審判的兩造對立式聽證及嚴謹調查證據程序。當公平會追隨各國反托拉斯執法機關，主張聯合行為合意難以取得直接證據、需要誘因機制提高參與聯合者「窩裡反」動機，立法者一一順應國際趨勢修法提供其相應執法工具之際，如何強化其經濟分析的質與量、如何提高其程序嚴謹性與公平性，例如：廣泛蒐集並積極利用實證調查資料、充分掌握並精準分析相關經濟事實，以及導入未牽涉被處分人利害關係的第三方（類似 *amicus curiae*）專業鑑定意見，似不失為下一次修法之前可以參酌試行的革新方案。

## 參考文獻

- 石世豪，「公平交易委員會所為處分之違法審查問題」，新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會（2002）。
- 石世豪，「目的事業參與結合之多重管制問題及其制度革新芻議—以通訊傳播領域為例—」，公平交易季刊，第 25 卷第 2 期（2017）。
- 何之邁，「買方優勢地位濫用」，新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會（2002）。
- 何之邁、張懿云、林廷機、陳志民，公平交易法司法案例評析，初版，元照出版公司（2015）。
- 吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司（2010）。
- 吳庚，行政爭訟法論，修訂版，三民書局公司（1999）。
- 林宜男，「水平聯合行為之特定市場界定—公平交易法實務案例之研析與間接證據之論證」，公平交易季刊，第 22 卷第 1 期（2014）。
- 陳志民、陳和全，「『結合矯正措施』制度之一項功能性導向的理解架構」，公平交易季刊，第 21 卷第 1 期（2013）。
- 陳敏，行政法總論，7 版，新學林出版公司（2011）。
- 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第一冊），初版，元照出版公司（1994）。
- 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一） 第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二） 第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年度合作研究報告（2004）。
- 廖義男，「公平交易法施行二十年來指標性之行政法院裁判」，公平交易季刊，第 20 卷第 3 期（2012）。
- 劉孔中、莊春發，「結合管制之個案研究」，新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會（2002）。
- 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）。

**Disputes about Economic Analysis and Indirect Evidence in Courts:  
Observations and Comments on the Decisions of the Supreme  
Administrative Court in Cartel Cases**

Shyr, Shyr-Hau \*

**Abstract**

Taiwan's Fair Trade Act (FTA) has been amended several times. Since 2015 it has stipulated that the mutual understanding regarding concerted actions may be presumed based on a variety of factors. Although the Fair Trade Commission (FTC) is an independent agency headed by commissioners with different professional backgrounds, it has not been unusual for its decisions against illegal cartels to be nullified in the administrative appeal procedure of the Executive Yuan. Even though such an appeal procedure has now been abolished, the FTC still faces challenges in the revocation of litigation before the administrative courts. This article systematically examines lawsuits against the FTC's cartel sanctions in the revocation of litigation between 2013 and 2016, and then concludes with some practical suggestions for improvements in the future cartel sanctions of the FTC.

**Keywords:** Case Study, Cartel, Lawsuit, Economic Analysis, Indirect Evidence.

