

《公平交易季刊》
第 26 卷第 3 期 (107/7)，頁 35-72
◎公平交易委員會

寡占市場的訂價行為規範：等待期間與 不得同時漲價義務之可行性檢討

楊宏暉*

摘要

聯合行為之違法性係建立在意思聯絡之上，如果是個別事業基於其個別成本、利潤及其他相關因素之獨立考量者，縱與他事業恰有一致性調價之行為，亦不能以聯合行為相繩，合意的證明便成為聯合行為執法的關鍵。然而，在寡占市場下，因事業家數少且默契容易形成，如事業間利用彼此的信賴關係交換資訊，無須為具體的意思合致，只須基於彼此間利益最大化的默契，於市場上採行共同行為，以獲取超額利潤，這類的行為如何規範，便成為各國競爭法的難題。為了尋求管制上的突破，公平會實務上曾創設出市場優勢地位事業「不得與同業同時漲價」之義務，利用公平交易法第 25 條禁止顯失公平行為之構成要件，嘗試處理寡占事業同時漲價的難題，可惜因該義務之依據與內容的明確性，尚有缺憾，最後無法在公平法上立足。對此，學說上有論者提議「等待期間」的設立，以解決寡占市場的僵固性，促進競爭的動態性，此一理論與公平會的不得同時漲價義務，似有異曲同功之妙，但是，此一理論是否真能在競爭法上找到立足之地，仍可從學理與實務上加以檢視，鑑於等待期間長度的決定，仍有其困難度，致操作不易，反不如利用「合理推定」之方式，處理寡占市場的一致性訂價問題。

關鍵詞：聯合行為、寡占、一致性行為、等待期間、不得同時漲價義務、共同獨占、合理推定

投稿日期：107 年 2 月 26 日

審查通過日期：107 年 6 月 22 日

* 國立中正大學法律學系專任副教授、國立政治大學法律學系法學博士。本文為科技部補助專題研究計畫 (MOST-105-2410-H-194-017-MY2) 之部分研究成果。感謝匿名審查委員寶貴的意見與建議，使本文得以減少疏謬，然一切文責仍由作者自負。

一、前言

具競爭關係之事業間，相互約定不為競爭之行為，競爭法上稱之為聯合行為或卡特爾（cartel），乃是以人為方式不當干預市場的自然運作，以有形之手介入看不見的手的市場機制，故在競爭法被視為典型的反競爭行為，採取「禁止原則」，公平交易法（下稱公平法）第 15 條前段即明定：「事業不得為聯合行為」。所謂聯合行為，係指事業以契約、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，而足以影響市場供需之功能者（公平法第 14 條第 1 項）。縱使，聯合行為的合意，不管有無法律上拘束力，只要事實上可導致共同行為，並係基於意思聯絡所致，即可該當（公平法第 14 條第 2 項）。換言之，聯合行為之違法性係建立在意思聯絡之上，如果是個別事業基於其個別成本、利潤及其他相關因素所做之獨立考量，縱其行為與他事業恰巧有一致性調價之行為，亦不能以聯合行為相繩。因此，合意的證明便成為聯合行為執法的關鍵，有鑑於聯合行為之處罰，因其惡性重大，故都採取重懲方式¹，故事業為避免違法情事的曝光，少有直接證據可查獲，使得違法的聯合行為不易查處。所以，實務上在無直接證據的情形下，只有透過間接證據去推論合意的存在，藉由周邊情況的推理，市場上一致行為外觀的結果，「唯一合理」的解釋，係有合意的存在始以致之，且達合理確信之程度時，即可推定合意的存在，並由被告舉反證推翻，說明其共同行為之理由，否則，即屬違法之聯合行為²。雖然，行政法院也接受間接證據之使用，認為若查有其他間接證據（如誘因、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）足以判斷事業間已有意思聯絡，且為其外部行為為一致性之唯一合理解釋，即可「合理推定」該等事業之間存在聯合行為³。此一「合理推定」之作法，也已被立法者採納，明定於公平法第 14 條第 3 項中，以減輕聯合行為舉證負擔。

在寡占結構的市場中，由於事業家數少，容易觀察到競爭對手的行為，如果產品同質性高且又資訊透明的話，在極短的時間內，即可迅速回應，而且也知悉如果

¹ 依現行公平法第 40 條第 2 項規定，聯合行為情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰。

² 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，56-61（2004）。

³ 最高行政法院 99 年度判字第 503 號。

任意調整價格的話，極有可能引發無利可圖的價格戰爭，反不如跟隨其他事業的價格領導，而為相同之訂價以獲取利益來得划算，故寡占事業間具有相互牽制的特性，往往不需要合意，只需要有默契，即可形成外觀上一致的行為。在這種情況下，是否存在合意，極為難辨，使得執法上的困難度增加，在四大超商聯合調漲 5 元現煮咖啡的案件中，行政法院即認為廠商價格跟隨行為係寡占市場中的特有現象，基於重複賽局理論，如廠商不僅重視當下之收益也重視未來的收益，廠商會比在單次賽局裡更合作，為了避免報復，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，故以 5 元為調價單位係考量成本提高而為相對售價之調整，並無偏離個別事業經濟理性考量下應有之合理行為，其能於相近時間內調整相近價格，本來就是寡占市場廠商出於平行行為之正常現象，非屬聯合行為之結果⁴。據此，調價時間點的一致性或類似性，固然是聯合行為的重要特徵，但為避免與平行行為發生誤判，必須佐以其他的因素補充之，如敏感資訊的交換或促進行為的採行、動機、誘因、經濟利益、不同行為的替代可能性、發生次數、持續時間、行為集中度及其他證據等，若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，需事業提出合理證明，其價格調整乃市場上客觀之供需變化因素所致或

⁴ 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 607、496、703、715 號判決，經公平會提出上訴，最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決廢棄發回，其理由主要係在高度透明化的寡占市場中，被上訴人等均極力辯稱調價額度及時機並未參考或跟隨同業等語，作為否定被上訴人間有「有意識之平行行為」或「價格跟隨行為」可能之依據，惟被上訴人上開辯解之主要用意係在否認渠等間有聯合行為之合意，並不能完全排除「有意識之平行行為」或「價格跟隨行為」之可能，被上訴人上開辯解之真意為何，仍有進一步探究之必要。又上訴人認「有意識之平行行為」多出現於「跟跌不跟漲」，故不會出現於本件跟漲之情形，其理論依據及市場實證為何，未見上訴人予以說明釐清。經發回更審後，臺北高等行政法院 102 年度訴更一字第 54、55、56、57 號判決公平會敗訴，其理由主要係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。經公平會再提出上訴，最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決上訴駁回，其主要理由為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，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。

具備合理的商業理由⁵。

不過，在寡占市場中因事業家數少且默契容易形成，如事業之間利用彼此的信賴關係交換資訊，無須為具體的意思合致，只須基於彼此間利益最大化的默契，於市場上採行共同行為，以獲取超額利潤，這類的行為如何規範，便成為各國競爭法的難題⁶。為了尋求管制上的突破，公平交易委員會（下稱公平會）實務上曾創設出市場優勢地位事業「不得與同業同時漲價」之義務，利用公平法第 25 條禁止顯失公平行為之構成要件，嘗試處理寡占事業同時漲價的難題，可惜因該義務之依據與內容的明確性，尚有缺憾，致兩度遭行政院訴願會撤銷，最後以不處分方式結案。然而，該管制想法，是否真的毫無論據嗎？學說上有論者提議「等待期間」的創設，以解決寡占市場的僵固性，促進競爭的動態性，因此，不得同時漲價義務之探討，不無研究之價值。但就結論而言，該理論雖有學理上探討之價值，但就實務的可操作性而言，仍帶有很大的疑問，從而，本文立場仍認為不宜率爾採納，故以下的說明，除了介紹不得同時漲價義務與等待期間的內容之外，也探討渠等被質疑之處，並分析其利弊，最後，仍建議回歸聯合行為的問題本質，即合意證明及其減輕的合理推定。不過，讀者仍可藉由公平會嘗試創設不得與同業同時漲價義務的努力，來瞭解實務上對於聯合行為管制上所遭遇的難題與減緩合意證明難度的必要性。

二、寡占市場的僵固性與平行行為

在寡占市場裡，因為只有少數有限的幾家事業，競爭對手採取何種的訂價行為，很容易觀察到，因此，如果一家事業擬採取降價促銷策略以擴大其市場占有率時，因其競爭對手可迅速察覺其銷售量的衰退，而採取降價策略回應，是故，寡占事業在制訂其價格策略時，必定會將競爭對手可能的反應，作為效用函數，考慮進去。因此就降價活動而言，雖然寡占事業知道可因此增加銷售量與市占率，但也知道這樣的獲利是短暫的，因為其他競爭者也會立即降價回應，形成一波價格戰，使得價格水準降至邊際成本水平，導致無利可圖⁷。寡占事業面臨的是「拗折的需求曲線」

⁵ 參照最高法院 92 年度判字第 1798 號判決、98 年度判字第 91 號判決、99 年度判字第 503 判決。

⁶ 汪渡村，公平交易法，4 版，五南圖書出版公司，96（2010）。

⁷ 在 Bertrand 寡占模型下，當競爭對手的價格調降時，廠商的最適反應也會跟著調降，直到價格等於邊際成本時為止，故市場的均衡價格為產品的邊際成本。

(kinked demand curve)，即使成本或需求發生改變，事業也不太願意改變價格，蓋如果提高價格，其他事業不會跟進，而發動者將遭受銷售損失，故不會冒然進行漲價，但若降價，其他事業必定跟進，形成「跟跌」之現象，使得事業不敢貿然調降價格；就漲價而言，事業認知到如不採取同一形式之行為，將會導致競爭對手實行對抗行為，例如再降價回來，回復為原來的僵局，在經濟上並不理智，反倒不如跟進調漲，以獲取更多的利益，才是最適策略，故亦會有「跟漲」之現象，從而，在產品同質與高市場透明的寡占市場下，很少會有價格差異化的競爭，也少有片面調價的動機，形成「價格僵固性」(price rigidity)⁸。

倘若，當成本和需求改變而有變更價格之必要時，也會以「價格領導」(price leadership)之方式進行，亦即由某一事業設定價格，其他事業即為價格跟隨者而為跟進，以獲取利益，並不需要價格之合意，即可達成一致性訂價，一般將此種價格跟隨行為稱為「有意識的平行行為」(conscious parallelism)，以跟具合意性質之「一致性行為」(concerted practice)予以區別，而在競爭法上分別給與「合法」與「違法」之不同評價。不過，經濟理論也指出，基於自利動機，長期互動的理性廠商可以不需要任何合意，即能得到與聯合行為相同的結果，廠商間的價格領導行為也可能成為彼此勾結的對話機制，導致社會福利水準的降低⁹。

基於寡占市場之特殊性，事業意識到與其他競爭對手的相互牽制性，會傾向於採取自發性的合作行為，默契性地將價格訂在聯合的水準，且不會輕易發動價格戰，形成「非合作式勾結」(non-cooperative collusion)，而且市場行為的模式，並非一次性，而是具有繼續性，依「重複賽局」(repeated game)的分析，事業當期的決策，會擔心競爭對手將來會採取「以牙還牙」(tit for tat)的報復策略，從而會避免採取會破壞默契的行為。因此市場的行為之所以會出現一致性，實際上是基於市場結構所不得不然的「寡占市場強制」(oligopolistischer Marktzwang)的結果¹⁰。

再者，由於寡占市場裡，事業家數少，如果加上產品同質與資訊透明的話，事

⁸ 巫和懋、霍德明、態秉元、胡春田，經濟學 2000 (上)，3 版，雙葉書廊公司，198-200 (2012)。

⁹ 相關的討論，可參閱陳坤銘、溫偉任，「寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期，60-62 (2005)。氏並認為既然寡占廠商不需合意即能得到聯合行為之結果，在目前以合意作為聯合行為成立要件之法律規定，未必有助於規範價格領導行為，故需要從改變市場結構著手，降低產業進入障礙及鼓勵產品創新和降低生產成本的研究著作，營造一個更競爭的產業環境。同註，83。

¹⁰ Ernst Heuss, "Ökonomische und logische Bemerkungen zur Teerfarbenentscheidung des BGH," Neue Juristische Wochenschrift, S. 11 (1972). Hans-Christian Kersten, "Bewusstes Parallelverhalten – aufeinander abgestimmte Verhaltensweise – Kartellvertrag," Wirtschaft und Wettbewerb, S. 72 (1972).

業間溝通協調的成本低，監控的成本也低，並不需要直接的意思聯絡，也能達到相互溝通協調的結果，因此，到底是聯合行為，還是有意識的平行行為，判斷上相當困難。公平會實務上認為「一致性行為」也是聯合行為合意之一種，是一種不具形式、且沒有法律拘束力的合作方式，必須二個以上獨立的事業，客觀上有事前的協議或意思聯絡行為，參與之事業須具有「相互依存性」，非屬偶然一致行為或有意模仿他人的行為，在主觀因素上，事業明知且有意識地採行一具有共同目的的市場行為，並且可以期待他人也會遵照事業的約定而為行為即足，不以參與者共同擬訂計畫為必要¹¹。除此之外，甚至參考美國法上的「促進行為」(facilitating practices)理論，看事業間是否存在一些可使共謀變得更加容易及更有效率，而有助於「達成共識」或「嚇阻背離」的機制，如最惠客戶待遇條款、保證最低價條款、預告價格調整、交換資訊等，作為補強論證意思聯絡的存在¹²，並在中油與台塑同時同幅調整價格一案中，將中油公司的「預告調價機制」，視作是公開與競爭有關之敏感性市場訊息，相互傳達營業策略或直接進行商業情報之交換¹³，認定為係一「促進作為」而有構成聯合行為合意之事實及促使雙方達成聯合調價之效果¹⁴。不過，學說上對於這樣的推論結果，仍存有質疑之聲¹⁵。

綜上，即使理論上可將「一致性行為」與「有意識的平行行為」區分開來，但是在執法的實務上，鑑於經濟證據的複雜性、技術性、主觀性、不確定性或模稜兩可性，在個案的認定上，仍具相當之分歧性，這也增加執法的成本與管制的無效率，尤其是寡占市場有其特殊性質，更添加問題的處理難度。也因此，學說上致力於尋找是否有較合適的解決之道¹⁶，學者 Tuner 認為既然平行行為是基於寡占市場結構下，不可避免的理性行為，解決之道是採取「結構性」的救濟方法，即在高度集中的市場上，如果存在持久的不利經濟行為，法院可將事業拆解，使該市場具有更

¹¹ 公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 15 版，公平交易委員會，140 (2014)。

¹² 廖賢洲、楊佳慧，「競爭法對寡占廠商促進行為之規範」，月旦法學雜誌，第 126 期，91-93 (2005)。

¹³ 關於交換資訊之反競爭性的分析，論者認為需通盤考量產業結構與廠商的行為意圖，方能斷定。可參閱馬泰成，「默契性聯合行為與相關案例研析」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期，97-101 (2005)。

¹⁴ 最高行政法院 98 年度判字第 91 號判決。

¹⁵ 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，163-171 (2006)。連賢明、許續天，「同步同幅調價－『聯合行為』或『平行行為』？」，經濟論文叢刊，第 36 卷第 3 期，414-416 (2008)。馬泰成，「一致性行為與市場競爭：中油與台塑公告調價資訊案之經濟分析」，人文及社會科學集刊，第 18 卷第 4 期，558-561 (2006)。

¹⁶ Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, 4th ed., West Group, 190-202 (2011)。

加競爭性的結構¹⁷；或是對該市場上的排他性行為，以休曼法第 2 條之共謀獨占予以禁止¹⁸。

我國公平會除參考外國執法實務，運用一致性行為理論認定違法的聯合行為存在¹⁹，同時也藉由促進行為理論，補強聯合行為的認定，甚至也將「寬恕政策」(leniency policy) 予以明文(公平法第 35 條)，期能破壞聯合行為的穩定性及增加有力證據的取得。然而，在默契極佳的寡占市場裡，似仍不足以解決所面臨的問題，若將該市場上的共同行為，以平行行為縱放之，恐不足以滿足社會的期待，欲將之以一致性行為相繩，卻可能面臨直接證據無法取得，而間接證據又可能面臨被處分人以寡占市場結構的市場強制作為抗辯，而無法達合理確信或高度蓋然性之證明程度²⁰，導致法院不支持處分機關說理時的期待落空，在這樣的背景之下，公平會在以下的案例，首次嘗試另闢蹊徑，從公平法第 25 條顯失公平行為之禁止規定出發，創設市場優勢事業不得與同業同時調價之義務，以解決此一難題。

三、三大乳品公司的一致調價

在原物料成本大幅成長，帶動民生物資價格上揚，但薪水未隨同調漲反倒變相減薪的背景下，商品漲價常常成為挑動敏感神經的民生話題，同時也引起政府的特別關注，本件鮮乳價格的調整，即是在這樣的社會背景下，受到特別的審視。由於，生乳為鮮乳和調味乳的主要原料，故鮮乳和調味乳的商品價格，會隨生乳價格變動，關於生乳收購價格，依畜牧法第 35 條第 1 項，由農委會公告收購參考價格²¹，以確保生乳品質及合理計算乳價²²，而乳品公司(如被處分人：光泉牧場企業股份有限公司、統一企業股份有限公司、味全食品工業股份有限公司)依此參考價格向酪農收購生乳。此一收購價格的決定，係由中央畜產會下的生乳價格評議委員會訂定，然而，被處分的三家乳品公司即是該價格評議委員會的委員，可以提前獲悉價格訊息，

¹⁷ Donald Turner, "Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal," *75 Harvard Law Review*, 655, 671 (1962).

¹⁸ Donald Turner, "The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies," *82 Harvard Law Review*, 1207 (1969).

¹⁹ 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 7 期，22 (2012)。

²⁰ 最高行政法院 92 年度判字 1798 號判決。蔡孟佳、鍾佳純，「論聯合行為合意之證明—以間接證據之證明與操作為中心」，公平交易季刊，第 17 卷第 4 期，46-48 (2009)。

²¹ 畜牧法第 35 條第 1 項：「中央畜產會得設置生乳價格評議委員會訂定乳品工廠生乳收購參考價格，並報請中央主管機關核定後公告之。」

²² 參閱農委會「乳品加工廠收購酪農原料生乳驗收及計價要點」。

從而提前準備乳品價格的調整。

本案經公平會調查後發現，農委會於 2007 年 6 月 25 日發函調整生乳價格，於 7 月 25 日實施，被處分人等決定自 8 月 1 日調高生乳收購價格，同時亦自當日調整鮮乳出貨價格。由於公平會曾經於該會議中宣示執法立場，促請業者應自行參酌本身各項營運成本及條件，在不同通路或促銷方案等方面，依其營運計畫，各自反映於末端售價，相互競爭。又鑑於過去 1999 年 4 月 1 日被處分人等三大乳品公司曾因生乳收購價格季節性調高，而同時調漲鮮乳建議售價，造成輿論界迭有反應，公平會過去每年都會於該評議會中宣示執法立場，且歷年來業者均未再發生於 4 月 1 日同時調漲鮮乳價格之情事。本案被處分人等三家乳品公司為反映生乳成本增加，乃於 2007 年 8 月 1 日同時調漲鮮乳售價，不過，被處分人等表示係參考生乳收購價格上漲幅度、市場銷售狀況、消費者接受程度、行銷計畫，而決定鮮乳售價調幅，而且各家產品的調幅，也並不完全一致。對此，公平會認為被處分的三大乳品公司具有顯著市場優勢地位，且已充分知悉公平會執法立場的情況下，於時值消費市場民眾心理普遍不安之際，於 8 月 1 日同時調漲鮮乳售價，未克盡防止「足以影響交易秩序之顯失公平行為」之義務，與同業同時調整鮮乳銷售價格，係屬具有商業倫理非難性並損及公共利益之顯失公平行為，已足以影響鮮乳市場之交易秩序，違反公平法第 24 條（現為第 25 條）規定，公平會除命被處分人停止該違法行為外，並分別對之課處新臺幣 350 萬元（光泉和味全）和 450 萬元（統一）的罰鍰²³。

對此，被處分人之一的光泉公司不服公平會的處分，提起訴願，經行政院訴願審議委員會以原處分機關援引公平法第 24 條（現為第 25 條）規定，稱訴願人有防止同業同時漲價之不作為義務，能防止而未防止，於 2007 年 8 月 1 日與同業同時調漲鮮乳銷售價格之行為，係影響交易秩序之顯失公平行為，惟其衍生義務之論據及義務之具體內容是否明確，及有防止不作為之義務，是否必然導致違反公平法第 24 條（現為第 25 條）規定之結果，以及訴願人如何知悉其防止義務的對象及時間而有履行的期待可能性，還有如果訴願人等強行錯開調漲時程是否對其他同業反倒形成另一形式之顯失公平行為等。這些問題均容待進一步研明，爰將原處分撤銷，由原處分機關於 2 個月內另為適法之處分²⁴。

²³ 參閱公平會公處字第 096140、096141、096142 號處分書。

²⁴ 參閱行政院訴願審議委員會院臺訴字第 0970087749 號訴願決定書。

之後，公平會於補強理由論據，並針對訴願決定所指摘之點再為補充說明後，如補充憲法和公平法規定可作為防止義務基礎之相關論述、被處分人應積極採取防止違法事實發生之適當措施的理由及其對防止義務的履行具有期待可能性等，再度作出相同的處分，認為被處分人未克盡防止「足以影響交易秩序之顯失公平行為」事實發生之義務，於 2007 年 8 月 1 日與同業同時調漲鮮乳銷售價格，違反公平法第 24 條（現為第 25 條）規定²⁵。

對此，被處分人光泉公司再度提出訴願，行政院訴願審議委員會以該防止義務具體內容的不確定性、事業如何遵循非於處理原則中具體化的非對稱管制理論、刑法不純正不作為犯之概念得否運用於本法、本案是否屬聯合行為規範、漲價交易行為有無正當性、防止義務履行的期待可能性、刻意規避行為的採行是否違反競爭本質或反而促使聯合行為等，均容待進一步研明，而將原處分撤銷，發回原處分機關重行審酌後另為適法之處理²⁶。

經重新審視後，公平會認為依現有事實，尚難認為光泉公司於 2007 年 8 月 1 日與同業同時調漲鮮乳銷售價格之行為，有違反公平法第 24 條（現為第 25 條）規定之情事，而於 2009 年的第 948 次委員會議中採取不處分案。

從本案行政爭訟的過程中，可以發現主要的爭執點是環繞在不得同時漲價義務創設的合理性及合法性上，公平會基於避免物價飛漲的管制目的，避開適用聯合行為的證明難度，首次嘗試建構不得同時漲價義務，並於處分書中強化其說理，以建立起現行法上透過政策的宣導與公平法的適用，應可承認該義務的創設。不過，訴願會卻是基於依法行政與法律明確性原則，質疑該義務的可行性、義務履行之期待可能性、刻意採行規避行為是否違反競爭本質或反而促使聯合行為的發生，而質疑公平會的處分依據。最後，或許公平會認為再循此一路徑作出同樣處分，還是可能會受到質疑，而以事證不足為由，採取不處分方式結案。

四、不得與同業同時漲價義務的建立

有鑑於聯合行為的合意，證明不易，難以回應社會大眾的期待，故在上開案例中，公平會嘗試另闢蹊徑，試圖跳過合意證明的困難，改以客觀上較容易認定的方

²⁵ 參閱公平會公處字第 097126 號處分書。

²⁶ 參閱行政院訴願審議委員會院臺訴字第 0980086182 號訴願決定書。

式，即以事業的漲價，係違反「不得與同業同時漲價義務」為由，予以處罰。然而，這樣的替代解決方案，在現行法下，是否有充足的立論根據，容待下述各點的娓娓道來，並作相關的評析與延伸。

（一）禁止規定與營業自由

營業自由係受憲法第 15 條工作權與財產權保障的內涵之一²⁷，從事營業之時間、地點、對象及方式之自由，係受工作權保障，對於商品之生產、交易或處分之自由，係受財產權保障，因此，若要對人民的營業活動自由，予以限制並課予義務及違反義務之制裁，必須符合憲法上的比例原則與法律保留原則。

公平法的規範方式，都是以「禁止規範」作為基本模式，即極大多數規定均是以「事業不得為○○○○行為」的表述方式呈現²⁸，例如：事業不得為聯合行為（第 15 條）、獨占事業不得為濫用市場地位之行為（第 9 條），亦即以禁止特定作為的實施，採取「作為犯」的規範模式。相對地，對於明定事業應為一定作為的「誠命規範」，係屬例外，如結合的申報（第 11 條），聯合行為的申請許可（第 15 條），未為法所要求之申報或申請者，才屬違法，因此，「純正不作為犯」的規範模式，在公平法中雖有，但並不常見。原則上，公平法係在劃定一禁止通行的紅線區域，為事業的市場活動與營業活動，劃出外在的界線，目的在確保事業的營業自由空間，對於應為如何之行為，事業在數個合法行為可能性之中，仍然保有選擇自由。

比較有爭議的是，公平法對於限制轉售價格的規範模式，到底是禁止規定，還是誠命規定，則有疑問。蓋因舊法第 18 條規定：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。」從字義上來看，所謂「應容許自由決定價格」，似屬於「作為義務」之規定²⁹。然而，「應容許自由決定價格」也可解讀為「不得限制價格決定」，即不得剝奪事業的價格決定自由，而仍具有禁止規定之實質意涵³⁰。若從公平法的規範目的，與同法中其他針對違法行為之規定予以觀察者，應可解為舊法第 18 條亦屬禁止

²⁷ 參閱司法院大法官釋字第 688 號、第 514 號。

²⁸ 廖義男，「夏蟲語冰錄（108）－限制轉售價格之規範」，法令月刊，第 68 卷第 1 期，166-167（2017）。

²⁹ 劉姿汝，「違反公平交易法行為之私法效力」，中正大學法學集刊，第 22 期，139（2007）。

³⁰ 黃茂榮，公平交易法理論與實務，初版，自版，298（1993）。

規定，始為一致，故學者建議應修正舊法第 18 條之規範方式，明定「不得為」限制轉售價格之行為³¹。對此，公平法第 19 條已修改為「事業不得限制其交易相對人」之方式，明定為「禁止規定」。

學理上另有所謂的「不純正不作為犯」(unechte Unterlassungswidrigkeit)的方式，將「應有所為而不為」的行為評價為與「積極作為」具有同等的違法性，此一刑法上的概念，可否適用到公平法之中，不無疑義，是否可從公平法之禁止規範中另行得出課予事業特定的防止義務並不明確。

不過，實務上在若干特定情形，還是實際上課予事業有特定行為之義務，例如：專利權人寄發警告函通知前，必須踐行一定之先行政程序，如一審判決或取得鑑定報告³²，加盟業主應為特定資訊之揭露³³，不動產經紀業應告知「斡旋金契約」與內政部版「要約書」之區別及其替代關係³⁴。但是，這類的特定行為，性質上仍較偏向於程序面的義務，並未實質限制事業的營業活動自由，較容易被合法化³⁵。

(二) 作為義務的產生

一個人的作為義務，基本上以「法律義務」(Rechtspflichten)為原則，不過，即使是在刑法領域，也承認並非以法律設有明文規定之義務為限³⁶，倘就法律之精神觀察，有此義務者，亦可得出特定行為之作為義務³⁷，如親密生活關係或危險前行為³⁸。在民法領域裡也藉由「交易往來安全義務」(Verkehrssicherungspflicht)，推導出一定作為之義務，應作為而不作為者，亦會成立侵權行為³⁹。

在行政法領域，行政罰法第 10 條規定：「對於違反行政法上義務事實之發生，依法有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生事實者同（第 1 項）。因

³¹ 廖義男，公平交易法之理論與立法，初版，自版，335（1995）。

³² 參見「公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」第 3 點。

³³ 參見「公平交易委員會對於加盟業主經營行為案件之處理原則」第 3 點。

³⁴ 參見「公平交易委員會對於不動產經紀業之規範說明」第 9 點。

³⁵ 參照司法院大法官釋字第 548 號。

³⁶ 刑法第 15 條：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同（第 1 項）。因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務（第 2 項）。」

³⁷ 最高法院 31 年度上字第 2324 號判例。

³⁸ 林山田，刑法通論（下），增訂 10 版，元照出版公司，253（2008）。

³⁹ 王澤鑑，侵權行為法，初版，自版，114（2013）。

自己行為致有發生違反行政法上義務事實之危險者，負防止其發生之義務(第2項)。⁴⁰所謂「依法有防止之義務」者，依立法理由揭示：「不以法律有明文規定之義務為限，凡基於現行法令衍生之防止義務均屬之。又因自己行為致有發生違反行政法上義務事實之危險者，負防止其發生之義務，係防止義務類型之一。」通說認為法規明文、習慣法、契約、事實上承擔責任、物的支配、具體生活關係或危險前行為，均可產生依法有防止之義務⁴⁰。

依此，不純正不作為犯的規範方式，亦為行政罰法所採用⁴¹，因此，具行政罰效果之禁止規定，行為人能以作為方式違犯，亦能以不作為方式違犯，二者同能達成相同之事實⁴²。以公平法第25條的欺罔行為為例，虛構不實事實的積極作為，或是隱匿重要資訊的消極不作為，均能發生相同的欺罔事實，不過，第15條聯合行為的禁止，除以積極與競爭者為限制競爭之合意之外，是否能以不作為方式為之，非無疑問，同樣地，第25條的顯失公平行為，是否也能經由不作為而實現，亦尚待探討。此外，論者為避免衍生之防止義務過於擴大，而予以限縮義務範圍，強調「不作為與作為間必須等價」才可該當⁴³。

(三) 現行法令衍生之防止義務

現行公平法對於同業間共同行為之規範，為第14條與第15條之聯合行為的禁止，此以有競爭關係間事業之意思聯絡為前提，藉以跟偶然一致之行為或單方行為予以區別，據此，則並非每一個客觀上共同一致之行為，皆為違法⁴⁴。惟，可否透過禁止聯合行為之法律精神，衍生出事業應有防止出現共同行為之義務，非無疑問。

⁴⁰ 林錫堯，行政罰法，2版，元照出版公司，14（2012）。

⁴¹ 陳愛娥，「行政處分的構成要件效力與行政罰中的不作為、故意或過失」，台灣本土法學，第34期，56-57（2002）。

⁴² 以刑法第271條的殺人行為為例，積極的殺人行為或消極的不為施救，均能導致相同之致人於死的事實。行政罰法第10條之立法理由中例示如動物保護法第5條第2項規定：「飼主對於所管領之動物，應提供適當之食物、飲水及充足之活動空間，……」（即防止動物致死之義務）第12條第1項規定：「對於動物不得任意宰殺。……」違反者依第27條第6款規定處罰，因此如有飼主以消極不提供食物、飲水予管理之動物（即能防止動物致死而不防止），而達到積極宰殺之目的，自應該條款處罰。

⁴³ 蔡震榮、鄭善印，行政罰法逐條釋義，2版，新學林出版公司，222-223（2008）。

⁴⁴ 參閱最高行政法院93年度判字第415號判決：「倘若事業並非基於個別成本、利潤及其他相關因素之獨立考量，且提出其調漲費用之合理精算依據，而與有競爭關係之他事業恰有一致性之調漲費用行為，能否認定該事業與有競爭關係之他事業並無共同行為之合意存在，非無疑問。」

蓋聯合行為係以人為力量不當干預市場的自然運作，而非出於事業基於自身成本條件的單獨決定，故其不法性建立在與其他事業的「合意」之上，否則，事業為競爭之目的，單獨為定價決定，卻偶然地與同業定價相一致之行為，也要受到懲罰，恐與市場競爭之本質與理念相違。因此，尚難從聯合行為之規範中，衍生出事業一方應負有防止與其他同業採取非合意而相一致之調價行為的義務。

既然無法從聯合行為的禁止規定中導出不得同時漲價之義務，實務上只好另闢蹊徑，從公平法第 25 條的概括條款去推行。在公平會的第 1 次處分書中，即從公平法第 1 條及第 24 條（現為第 25 條）著手，認為在特殊的經濟環境之下，特別是正值多項重要民生物資及原物料價格上漲，消費市場民眾心理普遍不安之際，事業倘藉機從事人為操縱價格或有其他不當影響市場運作之行為，將有影響國民生活安定並阻礙全體社會經濟發展之虞，顯然有悖於公平法第 1 條保護消費者利益、確保公平競爭與促進經濟安定與繁榮之立法精神，而公平法第 24 條（現為第 25 條）規定之顯失公平行為的禁止，亦及於危害市場交易秩序與健全發展之行為的禁止。從而，綜合行政罰法第 10 條、公平法第 1 條、第 24 條（現為第 25 條）規定而得出，具有顯著市場優勢地位，依本法之立法精神，負有防止「足以影響交易秩序之顯失公平行為」事實發生之義務，能防止而不防止者，則與以積極作為行為發生違法事實負相同責任⁴⁵。而且，往年為避免季節性調漲生乳收購價格，導致鮮乳價格的同時調漲，公平會每年固定邀集鮮乳業者及主管機關召開會議、宣示執法立場，要求業者避免同步調漲市售鮮乳價格，以免違反公平法相關規定，而且過去幾年，業者也確實未有同時漲價之情節，顯見不得與同業同時漲價之義務，的確可從公平法中導出。

案經第一次訴願決定時，行政院訴願會似乎並未否定此一不作為義務的成立可能，而是針對此一義務之論據及內容是否具體明確、以及如何履行，有所質疑。而重為處分時，公平會於原有的法律規定下，再特別提及憲法第 142 條及第 145 條規定，強調憲法課以國家積極之任務，確保私人財富及事業行為與國計民生兩者之間的平衡發展，俾維護市場交易秩序，以謀國計民生之均足，故如事業之經濟活動有害市場交易秩序者，基於國計民生之公益考量，國家自得以法律加以限制。於市場經濟的基本體制下，經由各市場參與者自由形成的交易秩序，為市場發展的動態調節機制，原則上不需國家介入，反之，當市場既有或潛在之參與者無法自由形成，

⁴⁵ 公平會公處字第 096142 號處分書，理由一、二。

或市場動態調節機制受到破壞時，為維護市場競爭及交易秩序，國家即有介入規範之必要，從而，如果事業以顯失公平之方法，從事限制競爭或不公平競爭行為，因該行為除將侵害公平競爭本質外，亦將危害市場之交易秩序與健全發展，應為公平法所禁止⁴⁶。

第二次訴願決定中，行政院訴願會表示：公平法第 24 條（現為第 25 條）係課予事業不得以積極行為違反行政法上義務，故只有當事業以積極行為違規，始有依法處罰餘地，行政罰法第 10 條規定之不作為責任，以行為人依法先負有積極作為義務為前提，始有衍生之防止義務，再者，公平法與刑事法規規範法益不同，刑法不純正不作為犯之概念得否適用，如可，則公平法之禁止規範是否均課予事業特定防止義務？如訴願人與同業同時調漲鮮乳價格，是否屬以消極不作為方式合致聯合行為規範情形？要非無疑。另外，公平法第 24 條（現為第 25 條）並未明定事業防止足以影響交易秩序之顯失公平行為事實發生之義務的具體內容，該條文字屬不確定法律概念，在競爭行為態樣繁多情形下，事業如何得知其防止義務的存在及其具體內容？

依此一訴願理由，訴願會似乎稍微明確表明公平法上的禁止規定，並不適用不純正不作為犯的概念，否則的話，本案似可適用聯合行為的規定，而不必適用規範內容極具不確定性之概括條款。

（四）危險前行為之保證人義務

事業的特定作為義務，亦可從危險前行為理論導出（行政罰法第 10 條第 2 項參照），此一論點，在二次的處分書中亦被提出，認為訴願人（光泉公司）具相當市場地位，對於所為「漲價交易行為」之危險前行為，形成足以影響交易秩序之顯失公平行為事實發生之危險，故被處分人負有防止發生之義務，而將訴願人通知量販通路業者預訂漲價日期及實際漲價之行為，認為是已製造足以影響交易秩序之顯失公平行為的危險前行為⁴⁷。

論理上認為若某人的行為造成法益侵害之危險者，其即負有防止發生構成要件該當結果之義務，此即危險前行為所生之「保證人義務」（Garantenpflicht），至於該

⁴⁶ 公平會公處字第 097126 號處分書，理由二。

⁴⁷ 公平會公處字第 096142 號處分書，理由五、公平會公處字第 097126 號處分書，理由四(三)。

前行為究竟應當滿足何種條件，始可論為危險前行為，學說通說認為形成「保證人地位」（*Garantenstellung*）的危險前行為，除必須具備導致結果發生之迫切危險外，尚必須是違背義務的行為⁴⁸。少數說則認為前行為只要足以導致結果發生之迫切危險者，即可該當，至於是合法行為或違法行為，在所不問⁴⁹。在行政罰法上，論者認為前行為不以違反行政法上義務為必要，未違反義務之前行為亦可能造成發生該當違法構成要件事實之危險，而仍發生保證人義務⁵⁰。

依此論點，即使預定漲價的通知行為並未違反公平法上義務，仍可構成危險前行為，這也是公平會在建構防止義務時主張的理由之一。然而，依不純正不作為犯將不作為與作為等同評價之觀點，在本案中，何種積極行為會構成足以影響交易秩序之顯失公平行為，從而事業容認該結果的實現，致怠於履行其防止義務而違法呢？從公平會將漲價交易行為分為「通知漲價之交易必要行為」與「實際漲價之交易完成行為」，併同認為是危險前行為的立場來看，似乎是「與同業同時漲價的行為」，會構成違法之顯失公平行為，故通知漲價行為與實際漲價行為，均係危險前行為，就如同加害人基於殺人故意將被害人砍成重傷後離去，任被害人失血過多而死，其不施救之行為，該當殺人罪，或者是將不會游泳之人推入湖泊，任其溺斃，加害人的不為救助亦該當殺人罪。

如果認為「與同業同時漲價的行為」該當顯失公平行為，而被處分人也確已實施該行為者，則是否還有必要額外論述被處分人怠於防止結果發生之不作為，係屬違法，即如同上述二個假設案例中，在規範評價上，已可直接將前一故意砍傷或故意推人入湖之行為，論斷為積極殺人行為即可，是否還有必要就後面的未為救助行為論處另一個不作為殺人，非無疑義，蓋前階段的作為與後階段的不作為均指向同一結果，針對前階段的作為予以論罪，已足以充分評價整個過程的不法內涵，後階段的不作為可看作是單一整體行為的一部分⁵¹。換言之，應可直接以被處分人遂行「與同業同時漲價的行為」違反公平法第 25 條規定即可，而且漲價行為跟同業同時漲價

⁴⁸ 林山田，前揭註 38，256-257。

⁴⁹ 黃榮堅，基礎刑法學（下），4 版，元照出版公司，729-732（2012）。

⁵⁰ 林錫堯，前揭註 40，15-16。

⁵¹ 參閱林山田，前揭註 38，367-372。在刑法上，論者有認為為保留充分評價犯行的彈性，後階段的不作為仍有評價其不法內涵之必要，且有時確也有其實益，如阻卻違法事由的判斷，或後面的不作為行為具有更高的不法或罪責內涵而有獨立評價之必要者，從而仍有承認該故意危險前行為之保證人義務的價值，使得每一個作為犯，都會伴隨一個不作為犯。參閱蔡聖偉，「論故意之不法前行為所建構的保證人義務」，東吳法律學報，第 18 卷第 2 期，22-24（2006）。

之行為，似乎只是同一個漲價行為附加一個外部條件而已，有無必要拆開為一個作為行為與一個不作為行為，似乎也有疑義。

歸根究底，為何與同業同時漲價會構成足以影響交易秩序之顯失公平行為呢？公平會在第二次的處分書中表示，鮮乳係重要的民生必需品，市售鮮乳價格一旦調漲，會對市場交易秩序造成重大衝擊，嚴重危害市場機制之正常運作。而三大乳品公司挾其強大市場地位同時調漲價格，必定嚴重減損下游交易相對人選擇之機會，降低下游交易相對人談判協議成功之可能性，具有商業倫理非難性並損及公共利益，妨害市場競爭機制之正常運作，核屬足以影響交易秩序之顯失公平行為⁵²。

市場價格的漲跌，屬市場功能的一部分，當原料成本上漲時，自然會反應到產品的售價上，若屬正常之市場供需調整者，價格上漲所引發之消費行為的改變，屬供需變化時之正常反應，應尚無商業倫理可非難性，本案光泉公司鑑於生乳成本增加約 16.2%，而將各項產品分別漲幅 9.4%到 16.3%之間，對於產品的漲價幅度，公平會並未表示違法，即承認調價行為屬合理的成本反應並無不法性，至於，同業之行為，往往並非被處分人所能控制者，只要其與同業間未有意思聯絡之溝通行為過程者，基本上，尚不至於牴觸市場機能的正常運作。除非，如果認為與同業同時漲價係屬違法行為者，才有可能另行建構其危險前行為，如果與同業同時漲價的行為，並未違法，也就再無必要論究其危險前行為了。

在第一次的訴願決定書中，即已表明以本案查得相關事證，既無法認定三大乳品公司有聯合行為，意即無法證明渠等以契約、協議或其他意思聯絡方式之合意，有共同決定商品價格調漲時程之相互約束事業活動行為，原處分機關僅因 3 大乳品公司發生同日漲價事實，即推論訴願人於 8 月 1 日之漲價行為，非依其自身市場規模、機具設備、營運成本、營運方針、產品種類、價格等要素，本諸己身營運條件所訂定之經營策略，即嫌率斷。又三大乳品公司既為水平競爭之同業，無論調高或降低商品價格應各自因循市場機制，原則上競爭對象間不應共同決定或為相互影響價格決定之行為，為公平法所保障之交易秩序，事業若為遵循公平會之政策要求而刻意採行規避措施，則該規避行為是否已優先於成本因素之考量，實質上受制於非市場機制因素所左右，而與公平法規範之本旨是否相符？不無疑義⁵³。

⁵² 公平會公處字第 097126 號處分書，理由四（四）。

⁵³ 參閱行政院訴願審議委員會院臺訴字第 0980086182 號訴願決定書。

（五）優勢事業的特別責任

是否每一個事業都負有防止顯失公平行為之義務，從二次訴願中的答辯，公平會均援引歐盟法院 *Michelin* 一案⁵⁴，認為對於市場力量愈大之企業，應課以維護市場秩序之「特別責任」(special responsibility) 之見解，似乎只有具備市場控制地位之事業，才具有較一般事業更重的特別義務，應受較嚴格之市場力量濫用的「非對稱性管制」，不得使其行為損害一般市場真正競爭⁵⁵。從而，公平會認為：事業既係利用市場機制之正常運作從事交易並獲取利益，事業之規模或市場占有率越高，所能獲取之利益越大，自應負有較一般企業更重之特別義務，而課以維護市場秩序之特別責任，否則，一方面容許事業毫無限制利用市場自由競爭機制獲利，另一方面卻完全不要求事業就其交易行為對整體市場交易秩序所造成之損害負責，無異將市場交易秩序受損之不利轉嫁予社會大眾吸收，法益保護上顯屬失衡，而本案光泉公司具顯著市場優勢地位，其反競爭行為對市場秩序可能造成之危害，與具備市場控制地位之事業之情形極為類似，故其行為應受較嚴格的審查，從而負有防止之義務。

但是，訴願會認為公平法第 24 條（現為第 25 條）案件之處理原則並未將非對稱管制理論具體化，事業如何遵循及預測該特別責任的存在與執法行為，而提出質疑。依此，訴願會似不承認市場控制事業的非對稱管制。

所謂「市場控制地位事業」(marktbescherrschende Unternehmen) 之「特別責任」(besondere Verantwortung)，意指認為具備控制地位的事業，負有不使其行為損害到市場上有效且未被扭曲之競爭的責任。是否滿足特別責任的要件，須就市場控制事業與受其市場力量影響之關係人間，為利益之衡量，並考量自由且不受扭曲競爭之立法目的，是故，鑑於市場控制地位之存在，原已使市場上的「競爭結構」(Wettbewerbsstruktur) 受到削弱，倘若市場控制事業之行為，額外地限制了競爭結

⁵⁴ *Michelin v. Commission*, [1983] ECR 3461. 本案涉及忠誠折扣 (Loyalty Rebate) 的濫用行為，即 *Michelin* 對其輪胎銷售商給予回扣，係根據其銷售目標是否達成，而給予不同之回扣，而該銷售目標並未以書面方式予以明確規定，使得銷售商在達成銷售目標之前，不敢向其他供貨來源購買輪胎，雖 *Michelin* 主張是合法的數量折扣 (Quantitative Discount)，但執委會認為依不明確的銷售目標給予回扣者，係忠誠折扣的變形，會使銷售商不願跟其他競爭者為交易。

⁵⁵ *Michelin v. Commission*, [1983] ECR 3461, paras 10: “A Finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”

構時，即構成濫用⁵⁶。例如：掠奪性訂價行為，或 Michelin 一案所涉之價格折扣，即為適例。雖然，市場控制事業之訂價行為並非皆屬合法，但其維護自身商業利益及使用「效能競爭」(Leistungswettbewerb) 方式之行為，並不會受到禁止，故市場控制事業基於效能競爭方式所產生之可能排擠效果，並不能被視為是不合法的扭曲競爭⁵⁷。雖然市場控制事業並不負有促進競爭之義務，但若其行為會導致控制市場上的「剩餘競爭」(Restwettbewerb) 被阻礙者，或者是會產生獨占力延伸至「第三市場」(Drittmarkt) 時，仍會構成濫用⁵⁸，如掠奪性訂價、或是拒絕交易或拒絕授權之行為⁵⁹、或是排除交易的安排。依此，所謂的市場控制事業的特別責任，似是指對所屬市場或其上下游市場，不得為阻礙或排除競爭之行為，否則即屬「阻礙濫用」(Behinderungsmisbrauch) 而違法。依此檢視，本案是否有阻礙乳品市場上剩餘競爭之情形，並不明確。

(六) 被處分人的市場優勢地位

如果接受上述非對稱管制理論之見解者，則負有特別義務的是市場控制地位事業，對照我國公平法之定義，應係指獨占事業，即單一事業之市場占有率必須達二分之一（參照第 8 條），然本案光泉公司在國內鮮乳市場之市占率接近四分之一，似乎尚未達到獨占門檻，不過，公平法另外將共同獨占視為獨占，而本案例中三大被處分之乳品公司，市占率合計近八成，屬高度集中市場，而且鮮乳係攸關國民生存給養與消費福祉之重要民生必需品，故被處分人具有顯著市場優勢地位。

另外一個認定被處分人具顯著市場優勢地位之因素，為其資訊取得能力，蓋被處分人為乳價評議委員會的委員之一，直接參與生乳參考收購價格之決定與實施時程，從而相較於其他未參與會議之一般事業（如酪農戶、量販通路業者或其他乳品業者），具有市場資訊之取得掌握優勢⁶⁰。然依據實際生乳收購價格調整過程，農委會係於 6 月 25 日發函調整收購價格，並依畜牧法規定，於公告後一個月內實施，既

⁵⁶ Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., C.H. Beck, §15 Rn. 39 (2004).

⁵⁷ Daniel Dittert, "Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: auf dem Weg zu einem 'more economic approach' in der Rechtsprechung des EuGH?" *Europarecht*, S. 573 (2012).

⁵⁸ Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer, a.a.O.(Fn.56), Rn. 40.

⁵⁹ 關於歐盟法院在這方面的案例，如 Magill 案和 IMS 案，可參見楊宏暉，「創新誘因的維護與競爭法規範—以專利拒絕授權為例」，*公平交易季刊*，第 12 卷第 2 期，93-95（2004）。

⁶⁰ 公平會公處字第 096142 號處分書，理由四；公平會公處字第 097126 號處分書，理由四(一)。

然有公告及一個月的時程規定，則一般事業在正式價格調整實施前，亦能獲得價格資訊，並有足夠的時間為經營策略的調整，依此，則在資訊取得能力上，固然被處人雖能較早得知成本上漲訊息，惟是否據此即較一般事業具有資訊取得上的優勢，似非無疑。蓋經由生乳收購價格的公告及一個月後的適用，此一資訊優勢的地位，似乎就變得無足輕重了⁶¹。

（七）防免的期待可能性

即使承認被處分人負有防止義務，要該當違法之構成要件，尚須以行為人對於必要之防止行為的採取，有期待可能性，能防止而不防止者，始該當違法⁶²。

在第一次處分書中，公平會認為經過逐年開會宣示執法立場後，過去幾年即未再有類似與同業同時調漲鮮乳售價之行為，顯見與同業同時漲價之行為，具有防止可能性。而三大乳品公司本得依其個別合理事由自行決定採行各項防止措施，其市場規模、機具設備、營運成本、營運方針、產品種類、價格等均有不同，縱使面對相同之生乳收購價格提高，各公司仍可基於自身營運條件各自反應，以防止違法事實之發生，但被處分人顯未本諸各自營運條件不同，個別適當反應調價相關事宜，屬能防止而未防止⁶³。

不過，在第一次訴願時，訴願會對於被處分人如何能夠履行其防止義務，仍有疑問，如被處分人如何知悉應防止與哪些同業同時漲價？若各自再決定之漲價時點仍不約而同，是否仍需一再調整？三大乳品公司應錯開多少時間始符合應盡之防止義務？光泉公司是否具有達成「防止同時漲價義務」之期待可能性？若分別課以三家業者防止同時漲價義務，倘渠等需以其他形式合意約定價格調漲時程，始能達成該不作為義務，是否反形成另一形式之聯合行為？若三大乳品公司違背成本考量之市場機制強行錯開調漲時程之行為，對其他市場占有率僅 2 成之乳品業者，是否會

⁶¹ 另外，若事業揭露之漲價理由，事後證明不實時，或實際成交價都有折扣之訂價不實，亦可能該當公平法第 25 條之欺罔行為，至於，事業的漲價幅度是否須對應其成本結構而有相同的漲幅，此涉及事業的訂價決定自由，成本結構固然是訂價的重要因素，但並不意味其訂價必須緊盯成本，蓋訂價的考量因素相當多元，內在因素如成本、利潤率、銷售目標等，外在因素如市場供需、競爭、通貨膨脹或景氣的繁榮與蕭條，也都是相關的決定因素，並非以成本作為唯一因素，從而，只要最後的訂價是確切且真實的，即使不符成本漲幅或是追隨訂價，亦難論斷為欺罔行為。

⁶² 林錫堯，前揭註 40，18。

⁶³ 公平會公處字第 096142 號處分書，理由七。

形成另一個足以影響交易秩序之顯失公平行為？簡言之，訴願會認為防止義務之具體內容是否明確，而有履行之期待可能性，有待查明。

在第二次處分時，對於涉案事業如何知悉其負有防止之義務一事，公平會強調，經過逐年的明令宣示，業者應已充分知悉公平會認為同時漲價行為違反公平法之執法立場。惟在公平會的宣示中，僅提及「如何避免因生乳收購價調高，造成鮮乳業者於 4 月同步調漲市售鮮乳價格？並籲請業者避免違反公平交易法相關規定。」並未明確表示同步調漲行為違反公平法第 24 條（現為第 25 條），而是籲請業者注意公平法的規定，尚無法明確讓業者知道與同業同時調漲價格係法律明白禁止之行為，對於業者而言，應注意「相關行為可能違反公平交易法規定」一事，因同業間的共同行為會違法，最直接相關的就是聯合行為了，故業者會理解為避免為聯合行為，而將避免同時漲價視為是一道德勸說，而非法律義務，是否確知有防止客觀上同時漲價之法律上義務，不無疑義。

另外，公平會依據賽局理論（Game Theory）中之焦點（Focal Point）⁶⁴，認為 7 月起國內各大媒體均以顯著篇幅大幅報導統一公司、味全公司及光泉公司將於 8 月 1 日調漲市售鮮乳價格，因此，即使事先不曾進行溝通，仍會基於心理上之共同期待而不約而同作出相同之選擇，也能預見同業亦將於 8 月 1 日調漲鮮乳售價。所以，公平會認為光泉公司可以知悉其防止義務之原因對象為統一公司及味全公司，而且也能預見且已預見前開 2 公司亦將於 8 月 1 日調漲售價，故就「三大乳品公司同時調漲市售鮮乳價格致影響交易秩序」之違法事實，這三家業者當然具有防止其發生之期待可能性，據此，被處分人自應積極採取各種足以防止違法事實發生之適當措施，例如：取消原訂之 8 月 1 日漲價計畫、提前或延後漲價、或雖 8 月 1 日漲價但另附以贈品同時促銷、或訂定緩衝機制，約定下游通路業者得於一定期間內以原價購買鮮乳，以使通路有訂價空間等等，然被處分人卻怠於採取適當措施（防止義務尚不限於前開例示之措施），以防止違法事實發生，顯屬能防止而不防止。至於，事業究應具體採取何種適當防止措施，仍應基於自身成本與營運考量，但仍不得為公平法所禁止之聯合行為，故不會迫使事業因要刻意避免與同業同時漲價，反促成另

⁶⁴ 所謂的焦點，又稱「薛林點」（Schelling Point），係指當賽局中有多個納許均衡時，若有任何線索引導參與者相信其中一個均衡較其他均衡更可能發生者，這個最可能的均衡，即稱為焦點。參閱，陳建良譯，Roger A. McCain 著，賽局理論（Game Theory），初版，智勝文化事業公司，68（2008）。

一違法聯合行為的產生。公平會認為事業因應成本漲價所採方式，非僅限於調漲鮮乳價格而已，基於經營自由，渠等分別可就交易對象之交易條件、鮮乳商品搭配贈送贈品等多種手段中，選擇採取適當防止措施即可，並非必得跟同業就漲價時點進行合意，始能完成該防止義務，非必然渠等須「強行錯開」或須「錯開多少時間」，始算克盡防止義務，只要讓交易相對人有不同的交易選擇可能性，得以避開「同時性」跟「漲價」的問題，即可該當，故認為防止義務之具體內容，並無不明確之處，具有期待可能性，故倘被處分人未盡防止義務，即必然導致足以影響市場交易秩序之顯失公平情事，而違反公平法第 24 條（現為第 25 條）規定⁶⁵。

不過，在第二次訴願中，訴願會認為光泉公司既是因為原料成本等上揚而決定調整產品售價，公平會對該漲價交易行為之正當性，卻未予調查，再者，若光泉公司基於自身條件，自行單獨決定漲價時程，嗣後知悉同業亦將調整價格而採行取消、延後或提前漲價等規避措施，此舉是否與競爭本質相違，且若採取該等措施後倘仍發生與同業同時調漲售價情事，是否算是已履行其防止義務？又與同業不同時漲價之不作為義務的履行，實與同業行為攸關，非行為人所得單方決定，在同業行為具有變動不可預測情形下，是否得以確知防止義務之對象及時點？有無達成防止同時與同業調漲價格之期待可能性？訴願會再度提出質疑。而且，過去幾年三大乳品公司未有同時漲價情形，究竟是被處分人認知其防止義務存在且刻意規避之結果，還是偶然因素所致，公平會既未曾調查究明，何以認定其有防止之期待可能性，且對水平競爭事業之三大乳品公司分別課以防止同時漲價義務，是否會導致渠等合意約定價格調漲時程，以聯合行為達成該不作為義務之危險？如是，此與公平法規範目的是否相符？均容待進一步研明，而撤銷原處分，發回另為適法之處分。

（八）聯合行為的陰影

當原料成本上揚時，為反映成本，事業往往會隨之調整產品售價，此為正常市場機能的一部分，光泉公司鑑於生乳成本增加約 16.2%，而將各項產品分別漲幅 9.4% 到 16.3% 之間，對於產品的漲價幅度，公平會並未表示違法，而是對於漲價的時間有意見，認為光泉公司縱使是基於自身營運考量而決定於 8 月 1 日調漲鮮乳價格，此會促進同業為同時漲價之結果，加上三大乳品公司之市占率極高，對市場結果影響

⁶⁵ 公平會公處字第 097126 號處分書，理由五、六、八。

大。然而，漲價同時性的違法性在哪裡？是否違反商業倫理？

關於競爭者間的共同行為，公平法係以聯合行為禁止之（第 14 條及第 15 條），蓋透過人為的合意，就價格、數量等競爭參數予以限制者，即妨害市場競爭的正常運作，其商業倫理可非難性在於意思的聯絡，若屬單方行為而違法者，即落入禁止獨占地位濫用之規範射程。而與同業同時漲價的行為，看似聯合行為，不過，因無法證明有共同決定價格調漲時程之相互約束事業活動之合意存在，而無法以聯合行為為相繩，只好轉而援引市場力濫用之規範，然而單方決定自行漲價的時間，是否構成市場力量的濫用，不無疑問，蓋如處分書所示，若其他同業未同時調漲，自己的漲價行為，尚不違法，其違法性非單純地建立在自己行為上，而是取決於他人的行為，將原本是聯合行為的問題，借徑於市場力濫用控制與第 25 條顯失公平之不確定法律概念，課予事業迴避共同一致行為的義務，使得這個案子一直擺脫不了聯合行為的影子，而有遁逃聯合行為管制之嫌⁶⁶。

在公平法的規範體系上，公平法第 25 條係一「概括條款」（Generalklausel），由不確定法律概念所組成，屬於「需要價值補充之法律概念」（wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe），具有截堵疏漏與適應多變規範需求的功能，但也因具高度抽象性，易欠缺法律明確性，而可能導致過度的濫用，使得其在適用上必須作合理的限制，以免不當干預私經濟領域，故論者提出「窮盡規範原則」（又稱補充原則）作為公平法第 25 條補充適用的限制與標準，指出僅在公平法其他規定未窮盡評價某行為之不法內涵時，始有適用之餘地，換言之，如果對於某一行為，其他條文已完整涵蓋該行為之不法內涵評價者，若該行為並不該當個別條文之構成要件時，即不違反公平法，不得再透過概括規定予以涵攝，此即公平法第 25 條中「除本法另有規定者外」之實質意涵，否則，會造成事業難以預測之經營風險⁶⁷。這樣的法律適用觀點，已被公平會實務所採納，並明定於「公平交易委員會對於公平法第二十五條案件之處理

⁶⁶ 在第 2 次的處分案中，公平會林益裕委員即提出不同意見書，認為本案可能涉及共同決定商品價格的時點，而與聯合行為之構成要件相當，尚待證明者即三大乳品公司是否有合意存在，是否經由媒體揭露資訊遂行意思聯合，而認為公平會在此疑點上未詳加調查，即率而援引公平法第 24 條（現為第 25 條）予以規範，恐會對公平法的規範體系造成混淆，增添事業無法明確預判其行為違法性的風險。另一公平會陳志民委員亦認定運用聯合行為規定與間接事證來處理本案，比第 24 條（現為第 25 條）為妥當，可避免紊亂公平法的體系。參閱公平會公處字第 097126 號處分書，19-23、26-32。

⁶⁷ 吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司，74-78（2010）。

原則」第 4 點中⁶⁸，據此，對於獨占濫用之行為，公平法第 9 條第 4 款已能完整充分評價所有的濫用獨占地位之行為的不法內涵，故獨占事業之其他行為，已無公平法第 25 條補充之餘地；而未達獨占地位之市場優勢事業對消費者所為之搭售行為，因公平法第 20 條第 5 款只能評價事業對事業之搭售行為的不法內涵，不能涵蓋事業對消費者搭售行為的不法內涵，故可適用公平法第 25 條予以補充規範⁶⁹。

如果遵循此一補充適用原則，則與同業同時漲價之行為，因涉及與具有競爭關係事業之共同行為而有限制競爭之疑慮，應屬公平法第 14 條聯合行為的評價範圍，不過，因為聯合行為之不法內涵，在於以合意方式相互約束事業活動（如調價時間），故單方行為，即使客觀上數家事業共同一致，也不受聯合行為非難，而本案中，公平會表示依現有之事業共同參與會議，漲價幅度、發生次數等間接事證觀察，尚不足據以綜合認定三大乳品公司間確有意思聯絡，而查無聯合行為之違反，故客觀上一致而無主觀上合意之行為，不宜再透過公平法第 24 條（現為第 25 條）予以規範。除非，這樣的行為，還有其他會違反公平法意旨之不法內涵存在，如市場地位的濫用，因本案是涉及向通路商通知調漲之單方行為，可能會有公平法第 9 條之獨占濫用問題，但因三大乳品公司個別觀察的話，單一事業並不足以該當公平法第 8 條的獨占事業門檻，惟因三大事業之市占率極高，對外一致性之行為，如合併計算其市占率，將可符合獨占事業之定義，故也有可能涉及下述之共同獨占的規制問題。

（九）共同獨占濫用規制的可能性

假設在本案只有光泉公司決定於 8 月 1 日調漲價格，而其他二家業者並未如此時，縱使光泉公司具有相當市場地位，相信公平會仍不致於將其行為認定為違法，其不法性係在與同業一致行為之結果上。規範上另外一個單方行為而與同業有關之規定，即為「共同獨占」（collective dominance）的問題，公平法第 7 條第 2 項規定：「二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情

⁶⁸ 「適用本條之規定，應符合『補充原則』，即本條僅能適用於公平交易法其他條文規定所未涵蓋之行為，若公平交易法之其他條文規定對於某違法行為已涵蓋殆盡，即該個別條文規定已充分評價該行為之不法性，或該個別條文規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題，而無由再依本條加以補充規範之餘地。反之，如該個別條文規定不能為該違法行為之評價規範者，始有以本條加以補充規範之餘地。」

⁶⁹ 實務上過去對於米酒搭售之案例，因受拘束者為消費者而非事業，故以公平法第 25 條之顯失公平行為予以規範。參閱公平會(89)公處字第 021 號處分書。

形者，視為獨占⁷⁰。」蓋特別是在寡占市場中，事業的行為具有相互牽制性，容易形成共同行為的結果，而無須為相互之通知，容易滋生各種不當行為，而各寡占事業避免競爭之結果，即足以產生削弱競爭之效果⁷¹，對外表現上如同單一經濟個案而非個別獨立之事業，從而，將渠等整體看成是獨占，以規範其濫用市場地位的行為，作為對抗「無勾結寡占」及「無法證明有明確勾結寡占行為」之武器⁷²。

準此以言，在高度集中之市場，若數家事業加起來，集體對外具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者，即可落入獨占管制架構中，從而，在第一次訴願中，對於公平會合併計算三大乳品公司之市場占有率，表示不解，認為處分機關課予三大乳品公司各有防止共同漲價之不作為義務，三大乳品公司於 2006 年市場占有率各約 2 成多，尚未確認渠等有聯合行為，何以合併計算其市場占有率？如果從共同獨占管制之立場來看，合併計算即有其實益，不過，在第二次處分書中，公平會並未提及共同獨占的問題，僅表示本案合併計算三大乳品公司之市場占有率，旨在說明渠等彼此知悉同時漲價行為客觀上對市場交易秩序可能造成之危害，尚與聯合行為無涉，並以三大業者之市占率總和極高，該行為所造成之受害人數、損害數量、損害程度等均為重大，合致足以影響交易秩序之要件，但是，並未藉機澄清有無共同獨占之問題。

是否構成共同獨占，必須是數個事業之間，在外部關係上處於非競爭之狀態，並且在內部關係上，具備某種結構上或契約上的聯繫⁷³，並非所有客觀上的一致行為，均可論斷為共同獨占。「結構上的聯繫」，如各事業均是協會團體的成員，而受團體規約之拘束，或共組成一事業團體，或是具有「策略聯盟」(strategic alliances) 或「合資企業」(joint undertakings) 的關係⁷⁴；「契約上的聯繫」，如透過契約協議或事業合作之方式，形成「經濟上聯繫」(economic links)⁷⁵，例如：飛利浦、太陽誘電、新力等三家公司透過統一的權利金計算方式與 CD-R 橘皮書標準規格，形成共同

⁷⁰ 本項規定實係仿自德國營業限制競爭防止法 (GWB) 第 18 條第 5 項規定：「二或以上事業，於符合下列情形時，其係屬支配市場：1.於其之間就一特定種類商品或營業上給付並不存在實質競爭，且 2.其事業全體係符合第 1 項之要件。」(即：並無競爭者、並未處於實質競爭、或相較於其競爭者具有優越的市場地位)

⁷¹ 王泰銓，歐洲事業法(二)：歐洲競爭規範，初版，五南圖書出版公司，177 (2000)。

⁷² Heiko Haupt, *Kollektive Marktbeherrschung in der europäischen Missbrauchs- und Fusionskontrolle*, 1. Aufl., Nomos, S. 97-98 (2003).

⁷³ Thomas Eilmansberger in: Gpntner Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker (ed.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, 1st ed., Sweet & Maxwell, 1091 (2008).

⁷⁴ *Id.*, at 1092.

⁷⁵ *Id.*, at 1092.

對外的壓倒性地位⁷⁶。甚至於，基於寡占市場上相互牽制之特性，亦可產生共同獨占的聯繫因素，蓋寡占之相互牽制，促使寡占事業成員知悉，只要簡單地保持競爭中立，不為削價競爭或改善品質，即可享受寡占訂價之較高訂價水準的利益，特別是在市場集中、資訊透明、產品同質的情況，事業可以預測他事業之行動而形成共同行為，以分享共同利益⁷⁷。從而，有認為寡占市場上單純的平行行為，亦足以作為獨占事業的推定工具⁷⁸。

寡占事業構成共同獨占時，是否違法，仍須視其行為有無該當濫用，以價格卡特爾為例，除構成違法之聯合行為之外，因其事業間的共同行為具契約上聯繫，同時也會構成共同獨占，但是否有該當濫用，仍須視該訂價是否有過高和不合理之獨占性訂價，始可認定為濫用⁷⁹。如果有意識的平行訂價與集體市場力量的擁有具有關聯性時，亦可能將之視為濫用行為，但其前提必須是該價格水準不合理地超出競爭價格始可⁸⁰，從而，必須透過比較市場（*vergleichbarer Markt*）的方式找出假設的競爭價格（*hypothetischer Wettbewerbspreis*），不過，因現實世界裡很難有兩個市場的成本、需求結構、景氣狀況、生產技術等是相同或類似，但一個是獨占、另一個是競爭的情形，所以「超額利潤限制法」（*Konzept der Gewinnbegrenzung*）便成為一個實際的替代選項，比較商品售價與其生產成本的關係來計算事業的獲利率，但都需要考慮濫用加成（如約 25%）的因素，並允許獨占事業提出合理抗辯⁸¹，雖然卡特爾的訂價往往會超過市場競爭的正常水平，但是否達到濫用加成的程度，則有疑問，倘若價格並未有不合理過高之情形時，即難以獨占性訂價相繩⁸²。準此，共同獨占理論對於有意識平行行為問題之解決，實際上也未能提供有力的助益。

依照上述，本案三家業者是否構成共同獨占，其前提為在外部關係裡不為競爭，

⁷⁶ 公平會公處字第 091069 號處分書。

⁷⁷ Thomas Eilmansberger, *supra* note 73, 1093-1094.

⁷⁸ 何之邁，「獨占（上）」，*月旦法學教室*，第 60 期，73（2007）。

⁷⁹ 論者認為在這種情形下，濫用行為之管制的實效性會比較高，蓋依聯合行為之禁止，只能要求停止系爭聯合行為或協議，如固定價格之協議，但若依獨占管制，則可能要求個別事業取消系爭協議之實施，如取消漲價。See Thomas Eilmansberger, *supra* note 73, 1096.

⁸⁰ 關於獨占性訂價之違法認定，可參閱吳秀明，前揭註 2，220-254。

⁸¹ 吳秀明，前揭註 2，260-261。

⁸² 關於中油與台塑之油品價格問題，公平會後來嘗試以獨占性訂價方式予以處理，經過調查之後，公平會認定中油、台塑確為獨占事業，但因有浮動油價機制，且從兩油商的定價也看不出來有追求違法的獨占利益，因此不予處分。參閱自由時報，「中油台塑同價 公平會調查變護航」，2014 年 1 月 30 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2014/new/jan/30/today-t1.htm#>，最後瀏覽日期：2014/3/2。

且在內部關係上有一定之經濟上聯繫。不過，這三家業者的乳品訂價不盡相同，價格上似乎仍有競爭之可能性，並非完全以一致之方式為營業活動，是否符合外部關係之要求，非無疑問。又即使將這三家業者同時調漲價格，看作是不為時間上競爭的共同獨占，並於寡占市場之相互牽制性作為內部聯繫因素，在規範評價上是將之全體看成是一個單一獨占事業，故仍須判斷是否有公平法第 9 條規定所禁止之濫用獨占地位的行為，以決定系爭行為的不法內涵，仍須處理漲價時點的決定，是否為獨占力量濫用之問題，依公平會的論理，共同漲價之結果將剝奪交易相對人及消費者的選擇機會，故應屬「榨取濫用」的類型，因本案涉及者並非不合理之漲價幅度的問題，尚非屬獨占性訂價的濫用，而是涉及漲價時點的訂定，就單一獨占事業而言，決定何時要漲價的行為，可否被評價為濫用行為，不易認定，準此，共同獨占之同時漲價，是否可構成濫用行為，恐怕也很難界定，蓋行為的一致性或平行行為，仍與獨占濫用行為不盡相同⁸³，如此一來，共同獨占的管制可能性，也不易實現，而且公平法第 9 條已將獨占地位（包括共同獨占）之濫用行為的不法內涵作了充分評價，是否還有可能透過第 25 條予以補充，在法律規範體系上，非無爭議餘地。

（十）鮮乳案的後續發展

其後，三大乳品公司另外於 2011 年 10 月間，同樣藉由生乳收購價格調漲之契機，調整乳品參考建議售價之行為，三家事業主力產品之漲幅具有相當之一致性，調漲額度遠超出生乳收購價增加之成本，且參考建議售價價格相當一致，調價時點也甚為一致，事實背景與本文討論之案例近似，包括：1.中央畜產會當時調高生乳收購價格之調幅，三家公司各項產品調幅雖不同，但多達平均調幅以上，顯示三家公司調幅遠超過生乳收購價所增加之成本，且主力商品之參考建議售價均相當一致性。2.時序進入冬季，預期市場需求量相對減低，卻無任一事業願意略微調漲或僅反映當時收購價格而搶占市場，卻皆採取一致性急漲措施。3.三家公司營運成本與經營通路比例皆有所不同，營業成本之攤銷與考量調價因素，理應也不同。4.三家公司在當年度 9 月中旬即陸續通知各通路商並交付調整前後之參考建議售價表，同時，下游通路商證實接獲三家公司調價時點之電郵，分別同日或僅差 1 日，顯示其等調價時點甚為一致。公平會在此案中即改弦易轍，願意承擔較多的舉證責任，直接援引

⁸³ Heiko Haupt, a.a.O.(Fn.72), S. 209.

聯合行為之規定，透過間接證據方式，例如：系爭市場結構有利於聯合勾結之誘因、被處分人等考量調價之因素互異但未能提出一致性調漲行為之合理說明及佐證、建議售價表之價格吻合度極高，若非合意無以致之、超額之調漲決策印證具有聯合合意、鮮乳產品之相關公開資訊對聯合行為之穩固作用等附加因素，認定被處分人等一致性調漲鮮乳參考建議售價之行為，可合理懷疑存有聯合行為之意思聯絡，且被處分人無法舉證說明，其價格調整係出於市場客觀合理之因素，而合理推定被處分人等之調價行為，該當聯合行為⁸⁴。

雖三家事業提起行政爭訟，經最高行政法院認定三家事業向下游通路商通知並確認調價之時點，甚為一致，具有一致性之外觀，雖三家事業的實際調漲日期雖屬有異，係有意識地錯開，尚不影響前開原告等調漲參考建議售價行為具有外部一致性行為；又間接證據亦可作為證明合意存在之證據，如市場上多數業者同時且同幅調整價格，但市場上並無客觀之供需變化等因素可資合理說明，應可合理推定業者就該價格調整存有聯合行為之合意。上訴人等以電話或電子郵件方式通知即將調漲鮮乳價格，並以電子郵件方式通知並確認其建議售價表，因認上訴人等最後向下游通路商通知並確認調價之時點亦甚為一致，據而認定上訴人三家公司調漲參考建議售價之行為具有客觀一致性之外觀，原判決從而排除上訴人等之一致性行為係因寡占市場結構使然之有意識平行行為，核無不合。鮮乳價格之調整極為複雜，考量因素多端，除生乳收購費用外，尚有生產原料、包材、工資、運輸、營運等各項成本，又要顧及維持通路的毛利率及消費者感受，在如此複雜之因素交錯影響下，竟於 2011 年 10 月初調價結果呈現一致上漲之情形，且調漲之價格完全相同或極為相近，此已非上訴人等泛稱係因渠等成本結構與成本上揚因素相似性高所能解釋，並佐以上訴人等調價之決定均須面對不確定之因素並猜測競爭對手之反應，調價本質上即有流失市場、競爭對手不跟價及競價的風險，然寡占市場廠商家數少，提高容易偵測悖離及制裁之程度，系爭市場結構有利於聯合勾結之誘因，以及各平面媒體披露鮮乳調漲之相關訊息，與上訴人等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，因而推論上訴人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，揆諸前揭規定及說明，核與經驗法則及論理法則無違，亦無不合。上訴人等三家公司在決

⁸⁴ 參閱公平會公處字第 100204 號處分書。

定調價時，勢須提前至少 2 至 4 週通知通路業者並進行協商，要無在 100 年 10 月初味全公司調漲後，再由統一公司及光泉公司見其調漲後數日內即跟隨調漲之可能。從而，原判決認定被上訴人據此排除上訴人等一致性行為係因寡占市場結構使然之有意識平行行為（追隨行為），核屬有據，從而駁回渠等之上訴⁸⁵。此一結果，亦可驗證合理推定的妥善運用，亦足以解決上開問題。

五、等待期間作為一致性訂價管制方式的可行性檢討

（一）競爭的動態性

有鑑於寡占市場上客觀上共同一致之行為，到底是意思聯絡的勾結行為，還是有意識的平行行為，區別上極為困難，形成寡占市場上特殊難解的「寡占問題」（Oligopol problem），如何解決寡占市場的僵固性，可否跳脫一致性行為，或合意或不合意的框架，另尋替代方案以解決寡占市場的訂價問題，競爭政策上不無討論之餘地。又聯合行為之所以受到非難，係因其成員以人為的方式，從事限制競爭，使原本可能很活潑的市場競爭，因為合意的存在，而流於停頓狀態，有違效能競爭原則。

競爭的實質內容，應非僅是特定的均衡狀態，而是一種「過程」（Prozeß），由於市場具有不完全性，因此，參與者將遭遇許多意外，並藉此獲得新知識來調整其市場行為，以追求更好的協調狀態，是故，「競爭作為一種發現之過程」（Wettbewerb als Entdeckungsverfahren）⁸⁶。因此，競爭應有其動態性，應適當理解為一活動過程，由某一事業先為行為之發動，之後，其交易相對人與競爭對手才對之作出反應，而先為發動之事業，針對該反應會再作出新的行為⁸⁷。在寡占市場中，事業之所以不願發動降價，係因其知道競爭者會很快地跟進降價，背後的設想是因為發動者與反應者

⁸⁵ 最高行政法院 103 年度判字第 294 號。原審判決為臺北高等行政法院 101 年度訴字第 573、575、829 號。

⁸⁶ 基此，競爭因其極端複雜與自發性秩序（spontane Ordnung）之本質，使得要由國家之力量去預設競爭或市場之結果，實與市場經濟之本質不符，競爭法之主要任務，應是制訂市場競爭之遊戲規則（Spielregel），而不是預設市場行為之結果。參閱 Friedrich August von Hayek, “Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren,” in ders., *Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze*, 1. Aufl., Mohr, S.249-265 (1969).

⁸⁷ J. M. Clark, “Competition and the Objectives of Government Policy,” in: E.H. Chamberlin (ed.), *Monopoly and Competition and Their Regulation*, 1st ed., Macmillan & Co., 326 (1954).

間並無明顯的時間落差，如果有明顯的時間落差時，降價者即可因較低價格而獲得短期利益，故只要降價行為可以被隱瞞起來或是其他競爭者無法立即擴大產量以滿足降價所產生之大量需求時，即可造成時間的落差⁸⁸。同樣地，先漲價者如果確信其競爭者會立即跟進調漲者，即可輕易地調漲，行為與反應的即時性，也就消除了競爭的動態性，因此，如果讓先漲價者知悉其競爭者，無法立即同時同幅改變價格者，情況即會有所不同。

（二）等待期間的創設

基於競爭動態性的觀點，論者認為，競爭是帶有「時間面向」(Zeitdimension)的，如果競爭者立即作出反應的話，則行為發動者原先所期待之領先地位或優勢地位，即被消除，例如藉由降價以擴增銷售量之利益，從而，先發動者的行為誘因便會被削減，從而，接下來的活動過程也就不再發生。換言之，如果其他競爭者可以立即作出反應或立即查察時，即無行為之誘因。因此，如果能讓競爭發動者享有時間上的「先行者優勢」(first mover advantage)，使行為與競爭者反應之間有一定的時間差者，即可刺激競爭活動的發生與進行，不過，時間差不能太短也不能太長，太短即會跟平行行為的結果差不多，會削減行為的誘因，太長則會失去相互作用，而對競爭者不利，特別是在降價的情況，其他競爭者會因此受到銷售損失，至於確切的等待期間多久，只能依據個別市場關係而為決定。是故，藉由一定「等待期間」(Wartezeit)的設定，為因聯合行為而停滯的市場競爭，因時間差而回復活力，故可以克服寡占市場上的價格領導或平行行為的問題，亦即在先為調價之行為與其他事業反應行為之間，留有一等待期間，賦與先行者優勢，以刺激競爭，瓦解寡占市場的僵固性，避免陷入競爭法上的「死胡同」(Sackgasse)，是故，在競爭政策上建議引進等待期間的強制規定，禁止平行訂價⁸⁹。此一等待期間的見解，與我國公平會實務上創設不得與同業同時漲價之義務的想法，有其雷同之處，準此，公平會見解似有其學理依據，而非是天馬行空的想像。

等待期間的實益，以調降價格為例，要求競爭者不可立即跟隨降價發動者的訂價，這樣，即可以給與事業有較強的誘因去為自行降價之行為，因其至少可享有暫

⁸⁸ Richard Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, 57 (2001).

⁸⁹ Ernst Heuss, "Aufeinander abgestimmtes Verhalten—Sackgasse und Ausweg," *Wirtschaft und Wettbewerb*, S. 375 (1974).

時之銷售量增加的利益⁹⁰。同樣地，在調漲價格的情況，漲價行為的發動者，考慮到其他競爭者不能立即跟進，而有獨居高價山峰不勝寒之感，故其必要謹慎精算漲價的幅度，以使其因漲價所流失之客戶恰相等於市場上產能不足所無法供應之數量，因此，如果市場上有充分的產量供應時，擬漲價之事業即不會提前漲價，否則，即會遭受市占率減少的損失。從而，等待期間的規定，在許多情形之下，可以減少漲價行為的發生，甚至還具有抵抗通貨膨脹的效應，蓋即使原物料或勞力成本的增加，因等待期間的存在，事業無法立即轉嫁到售價上，只能設法先挺撐過去，從而，事業欲透過漲價將成本轉嫁給消費者的意圖也會降低⁹¹。

（三）等待期間的可行性？

論者認為課予競爭者有等待期間的義務，要求其不得立即為降價之跟隨，已經介入了事業的訂價過程，而競爭政策的基本原則，是不直接介入訂價活動，因而有牴觸之虞⁹²。對此，論者表示等待期間的義務，雖然是人為地介入了競爭過程，但是，並未人為地限制競爭，而且，法律也規定對獨占事業之獨占性訂價的濫用監督，介入的可能性是存在的⁹³。

另有論者認為等待期間的理論具有學術上的價值，但其實用性卻有疑義，的確，等待期間可以提供事業重要的經濟誘因去發動降價，因此，不能說該制度的引進，會限制到競爭，相對地，可能是有助於回復競爭自由⁹⁴。然而，等待期間究竟應該多長？又該如何決定？過短的期間仍會產生平行行為而有害於競爭，過長的話，於降價情形，會對競爭者造成喪失重要銷售量的危險，因此期間的拿捏，是一門學問，必須要能造成「有感、但非劇烈的需求轉移」（spürbar, aber keine radikale Nachfrageverschiebung）⁹⁵，此即涉及法律規定可行性的問題⁹⁶。對此，論者的建議是依據個別不同的市場條件設定不同的等待期間，而非預先規定該一定期間。從而，

⁹⁰ Ernst Heuss, a.a.O.(Fn.89), S. 377.

⁹¹ Ernst Heuss, a.a.O.(Fn.89), S. 376.

⁹² Klaus-Dieter Kühn, *Abgestimmtes und sog. Bewusstes Parallelverhalten auf Oligopolmärkten*, Zürich, Frankfurt am Main, Thun, S. 166ff (1978).

⁹³ Ernst Heuss, a.a.O.(Fn.89), S. 375.

⁹⁴ Heinrich Höfer, *Abgestimmtes Verhalten—ein Zentralproblem der Wettbewerbspolitik*, Institut für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln, S. 351 (1978).

⁹⁵ Ernst Heuss, a.a.O.(Fn.89), S. 377.

⁹⁶ Heinrich Höfer, a.a.O.(Fn.94), S. 352.

等待期間的決定，幾乎無法在不遭受相關事業為確保其營業生存而反對的情況下，順利進行，而且也必須持續觀察市場，以調整相對應的等待期間。從而，在理論的實際操作性上，具有高度的不確定性，困難重重。

對於法律適用之依據，論者認為可參考卡特爾署的濫用監督權限，解決部分的問題，另外，也可參考推定構成要件之規定，蓋對於市場優勢事業的平行行為課予等待期間的義務，其想法即在於偶然一致的行為，仍具有危害競爭的可能性，而需引入等待期間的規定，不過鑑於實際操作的困難度，論者認為等待期間的提議，雖係針對一致性行為「具戰術性及創造性的正面進攻」(taktisch genialer Frontalangriff gegen das abgestimmte Verhalten)，但最終仍然不是適當的解決方式⁹⁷。

另外，等待期間的規定是否真能解決問題，也不一定，論者認為等待期間的規定，仍可能造成事業相互間預先安排漲價順序的風險，透過這樣的安排，交易相對人轉移需求對象的動機也會消除，蓋其他事業在之後也會漲價，而且這樣的安排方式，還可藉由其他方式予以有效化，如其他競爭者對於因先漲價事業所流失之客戶，不為提供或以較差交易條件提供之。從而，要能有效遏止，競爭法上的介入，最終仍是不可避免的，等待期間的規定，仍舊無法解決問題⁹⁸。

然而，因等待期間的規定，事業是否真能有效安排行為順序，消費者是否真的無誘因為需求對象的轉移，非無疑問，蓋在調漲價格的情況，只要有等待期間，消費者都會有誘因去跟未漲價之事業為交易，縱使知道該事業之後同樣也會漲價，還是會趁漲價前去購買，所以需求轉移的現象一定會發生，且對其他競爭者而言，其實也很難辨別該客戶是否原屬漲價業者的客戶，因此，即使事業間有不與跳槽客戶為交易之默契或協議，也很難貫徹實行，僅有在供應市場與需求市場，均屬於高度集中之市場結構之下，才有可能識別出跳槽客戶而在交易上作出差別待遇，否則根本無法做到⁹⁹。再者，如果其他事業違反默契或協議而銷售給跳槽客戶的短期利益，超過不合作行為的長期損失時，其他事業即會有誘因從事欺瞞行為，這樣即會破壞合作關係的可信賴性及穩定性。因此如果要有效地順序的安排合作，勢必非得依靠事業之間的協議，才能有效達成，若市場上的事業僅有二到三家的話，依序排出漲

⁹⁷ Heinrich Höfer, a.a.O.(Fn.94), S. 354.

⁹⁸ Klaus-Dieter Kühn, a.a.O.(Fn.92), S. 167.

⁹⁹ Carsten Witter, *Abstimmungsverbot und strategisches Parallelverhalten im Wettbewerbsrecht*, Deutscher Universitäts-Verlag, S.139 (1999).

價次序的方式，才有可能順利運作，如果競爭者數量多的話，即難以做到，而且要能有效運作，也必須競爭事業間為相互溝通之意思聯絡，如交換客戶名單以確認跳槽客戶，從而，勢必會有另一個聯合行為的成立，此即可落入聯合行為的禁止範圍，而此行為很難用有意識之平行行為予以合理說明¹⁰⁰。就此而言，等待期間的規定，亦有其貢獻價值，可幫助違法聯合行為的查處，而且，若市場結構條件愈容易促成平行行為之發生者，等待期間規定之價值性，益加明顯，如果等待期間夠長的話，也會增加欺瞞跟偷跑的誘因，因此，若市場透明度高、產品同質性高、需求彈性小，以致於偏離合作之誘因較小時，等待期間就必須較長，以讓偷跑者因此有利可圖；反之，市場透明度低、產品同質性低、需求彈性大者，因偷跑之誘因已足夠，故等待期間，可以短些。儘管概念上可以如此區分，但是具體而言，確切的等待期間為何，仍不夠具體明確，使得在可操作性上，存在缺陷¹⁰¹。

綜上，等待期間的援用，因有上述之諸多缺失存在，故無論國外或國內，尚無真正將之運用於具體個案的例子，而僅停留在學理上的討論而已，雖然我國實務上曾經試圖建構前揭不得同時漲價義務，其與等待期間的規範目的是一樣的，但內容上仍然有所差異。

相較於等待期間的規定，推定構成要件之方式，似乎較為可行，蓋將一定等待期間之義務與市場優勢事業間之平行訂價行為相連結，即可能會產生寡占事業僅僅只是因為特定市場結構之因素而被處罰的批評，論者認為現實生活裡的寡占，偶然一致之行為只有在特定條件下才會發生，大多時看似偶然一致之行為，實際上大多帶有意思聯絡之成分在內，因此錯捉的機率，並不會太高，而證明寡占事業間合意的執法成本又很高，應可用推定違法之方式處理，即將客觀上一致之行為，推定為是寡占事業間合意之結果。當然，也並非所有的一致行為，都是違法的聯合行為，當原料成本增加所進行的一定程度的價格調整，是不可避免的，法律上要加以防止的是，對於旨在限制產出並收取超過競爭水平之價格的默示協議，予以禁止¹⁰²。因此，可讓事業提出合理事由，予以推翻，例如：一致性漲價之緣故，係因為生產成本突然增加的結果，像是不可預料之原料價格的上漲，將使該產業之事業有虧損之虞，亦即成本增加的結果，必須是非僅影響單一事業，而是影響到市場上的全部事

¹⁰⁰ Carsten Witter, a.a.O.(Fn.99), S. 139f.

¹⁰¹ Carsten Witter, a.a.O.(Fn.99), S. 140f.

¹⁰² Richard Posner, *supra* note 88, 95.

業時，才可以用偶然的一致行為，予以解釋說明，並舉證推翻聯合行為的存在，這樣的規範方式，還比較容易操作，因此在立法論（*de lege ferenda*）上，創設「推定構成要件」（*Vermutungstatbeständen*）方式，以克服寡占市場上具限制競爭之訂價合意的管制難題，不失為一個可能的解決方案，或是至少可以補充強化聯合行為規定之有效性¹⁰³。

六、結語

在高度集中、產品同質、資訊透明的市場上，當事業跟事業之間，沒有明顯的接觸，但卻又顯現出市場行為的一致性時，到底是要視為違法的聯合行為，還是合法的平行行為，是競爭法上難以處理的問題，固然，各事業的成本結構會有差異，但成本只是訂價的考慮因素之一，基於寡占市場的特性，事業的訂價，本來就會考慮競爭對手就價格和產量的預期反應，來決定自己的市場行為，而且市場活動是重複性的，各個事業都能從反覆的過程中學習，獲取經驗、資訊，甚至於默契，法律上要求事業在決策時，完全不能考慮其他人存在的問題，完全是不切實際的，在難以明確界定聯合行為或平行行為的管制難題下，論者才會將該此一問題的解決，求之於結構救濟的立法¹⁰⁴。但這只能是預防性的，而且也不容易改變市場結構，仍需要糾正性的措施，以致於出現促進行為理論的執法選項，以便利對於聯合行為的追究¹⁰⁵。但是在實務的運作上，也並非皆暢行無礙，對這難解問題，學說上不乏有替代管制方法的倡議，我國公平會過去也嘗試課予事業不得同時漲價之義務，以回應管制上的期待，但不管是等待期間還是不得同漲義務，都因為內容的不確定性與可行性低等諸多不圓滿之處，以致於曇花一現，但是，仍不容抹殺學說及執法機關對於難題處理上的努力用心與奇想。有鑑於聯合行為的非難基礎在於意思聯絡上，而合意證據往往又有查處上的困難，過去公平會運用合理推定來減輕合意證明困難的作法，已漸被行政法院接受¹⁰⁶，並已明文立法規定於公平法第 14 條第 3 項中，即聯

¹⁰³ Carsten Witter, a.a.O.(Fn.99), S. 142. 我國亦有採類似見解者，參閱廖義男，前揭註 31，89。

¹⁰⁴ Donald Turner, *supra* note 17, 671.

¹⁰⁵ Herbert Hovenkamp, *supra* note 16, 182.

¹⁰⁶ 例如：新近之最高行政法院 106 年度判字第 265 號判決（工紙調漲案）即表示：「倘經調查確有**意思聯絡**之事實，或得以其他間接證據判斷事業間有**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，或互相傳達營業策略，或直接進行商業情報之交換等，均屬之。理論上，各家應因各自所進口廢

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。此一方式，依實證結果，對於聯合行為的管制，確已發揮一定的成效¹⁰⁷，儘管在有些案例中，合意的合理推定並未達到唯一合理解釋的程度，而被法院推翻，但這只是心證上證明力程度的問題，而非合理推定適用本身的問題。此外，現行法已引進寬恕政策，期待能夠從聯合行為成員內部間破壞卡特爾的穩定性，並利用內部人取得關鍵的直接證據，以強化執法成效。所以，不得同時漲價義務或等待期間這類另闢蹊徑的問題解決方式，目前已無必要。當然，若減輕合意證明或寬恕政策也都無法達到目的與實效¹⁰⁸，或許等待期間或不得同時漲價義務這類的行為管制，基於目的性考量就會有援用的價值，但必須要有明確的法律規定作為其適用依據，以解決其內涵不明確的疑義，作為利弊權衡後的妥協作法，如果行為管制方法也不可行，最後萬不得已時，才來考慮結構管制或價格（績效）管制的作法，不過，這又是另一項需要立法支持的大工程了。

紙之比例不同而存有差異，惟渠等於上開期間內所為之漲價幅度卻趨於一致，明與常情不符。而國際廢紙價格雖有上漲趨勢，惟在國內廢紙供需未有明顯變化，上訴人等亦未增加進口量之情況下，其等以國際原物料價格上漲原因調漲價格，顯有牽強。況渠等調漲工紙價格之幅度，明顯高於國際間相同產品上漲之幅度，對照其等使用進口原物料之比例，以及上訴人等調漲工紙售價之期間與幅度竟幾近一致等情，益顯其調漲之行為與動機確有不合理之處。」本案敗訴事業雖提起再審，亦遭最高行政法院以 106 年度判字第 631 號判決駁回。另外，最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決（超商咖啡調漲案）亦於判決理由中表示聯合行為的合意，得透過間接證據為合理推定，為本院多數判決所採之見解。

¹⁰⁷ 關於這方面的分析，可參閱廖義男，「夏蟲語冰錄（100）—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，670-673（2016）。顏雅倫，「聯合行為之合意推定—美國反托拉斯法之比較法研究」，第 23 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，公平交易委員會，130-141（2016）。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，26-27（2017）。

¹⁰⁸ 以目前的實證結果來看，此一情況當不致於發生。

參考文獻

中文部分

- 公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 15 版，公平交易委員會（2014）。
- 王泰銓，歐洲事業法（二）：歐洲競爭規範，初版，五南圖書出版公司（2000）。
- 王澤鑑，侵權行為法，初版，自版（2013）。
- 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）。
- 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）。
- 何之邁，「獨占（上）」，月旦法學教室，第 60 期（2007）。
- 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司（2010）。
- 巫和懋、霍德明、熊秉元、胡春田，經濟學 2000（上），3 版，雙葉書廊公司（2012）。
- 汪渡村，公平交易法，4 版，五南圖書出版公司（2010）。
- 林山田，刑法通論（下），增訂 10 版，元照出版公司（2008）。
- 林錫堯，行政罰法，2 版，元照出版公司（2012）。
- 馬泰成，「默契性聯合行為與相關案例研析」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期（2005）。
- 馬泰成，「一致性行為與市場競爭：中油與台塑公告調價資訊案之經濟分析」，人文及社會科學集刊，第 18 卷第 4 期（2006）。
- 連賢明、許績天，「同步同幅調價－『聯合行為』或『平行行為』？」，經濟論文叢刊，第 36 卷第 3 期（2008）。
- 陳坤銘、溫偉任，「寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期（2005）。
- 陳建良譯，McCain, Roger A. 著，賽局理論（Game Theory），初版，智勝文化事業公司（2008）。
- 陳愛娥，「行政處分的構成要件效力與行政罰中的不作為、故意或過失」，台灣本土法學，第 34 期（2002）。
- 黃茂榮，公平交易法理論與實務，初版，自版（1993）。

- 黃榮堅，基礎刑法學（下），4版，元照出版公司（2012）。
- 楊宏暉，「創新誘因的維護與競爭法規範－以專利拒絕授權為例」，公平交易季刊，第12卷第2期（2004）。
- 廖義男，公平交易法之理論與立法，初版，自版（1995）。
- 廖義男，「夏蟲語冰錄（100）－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，「夏蟲語冰錄（108）－限制轉售價格之規範」，法令月刊，第68卷第1期（2017）。
- 廖賢洲、楊佳慧，「競爭法對寡占廠商促進行為之規範」，月旦法學雜誌，第126期（2005）。
- 劉姿汝，「違反公平交易法行為之私法效力」，中正大學法學集刊，第22期（2007）。
- 蔡孟佳、鍾佳純，「論聯合行為合意之證明－以間接證據之證明與操作為中心」，公平交易季刊，第17卷第4期（2009）。
- 蔡聖偉，「論故意之不法前行為所建構的保證人義務」，東吳法律學報，第18卷第2期（2006）。
- 蔡震榮、鄭善印，行政罰法逐條釋義，2版，新學林出版公司（2008）。
- 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7期（2012）。
- 顏雅倫，「聯合行為之合意推定－美國反托拉斯法之比較法研究」，第23屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，公平交易委員會（2016）。

外文部分

- Clark, J. M., "Competition and the Objectives of Government Policy," in: Chamberlin, E.H. (ed.), *Monopoly and Competition and Their Regulation*, 1st ed., Macmillan & Co. (1954).
- Hirsch, Gpntner, Montag, Frank, Säcker, Franz Jürgen (ed.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, 1st ed., Sweet & Maxwell (2008).
- Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy*, 4th ed., West Group (2011).
- Posner, Richard, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press (2001).
- Turner, Donald, "Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism

- and Refusals to Deal,” *75 Harvard Law Review* (1962).
- Turner, Donald, “The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies,” *82 Harvard Law Review* (1969).
- Dittert, Daniel, “Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: auf dem Weg zu einem ‘more economic approach’ in der Rechtsprechung des EuGH?” *Europarecht* (2012).
- Haupt, Heiko, *Kollektive Marktbeherrschung in der europäischen Missbrauchs- und Fusionskontrolle*, 1. Aufl, Nomos (2003).
- Heuss, Ernst, “Ökonomische und logische Bemerkungen zur Teerfarbenentscheidung des BGH,” *Neue Juristische Wochenschrift* (1972).
- Heuss, Ernst, “Aufeinander abgestimmtes Verhalten – Sackgasse und Ausweg,” *Wirtschaft und Wettbewerb* (1974).
- Höfer, Heinrich, *Abgestimmtes Verhalten – ein Zentralproblem der Wettbewerbspolitik*, Institut für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln (1978).
- Kersten, Hans-Christian, “Bewusstes Parallelverhalten – aufeinander abgestimmte Verhaltensweise – Kartellvertrag,” *Wirtschaft und Wettbewerb* (1972).
- Kühn, Klaus-Dieter, *Abgestimmtes und sog. Bewusstes Parallelverhalten auf Oligopolmärkten*, Zürich, Frankfurt am Main, Thun (1978).
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., C.H. Beck (2004).
- von Hayek, Friedrich August, “Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren,” in ders., *Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze*, 1. Aufl., Mohr (1969).
- Witter, Carsten, *Abstimmungsverbot und strategisches Parallelverhalten im Wettbewerbsrecht*, Deutscher Universitäts-Verlag (1999).

Regulating Pricing in Oligopolistic Markets: A Query on the Practicability of a Wait Period and Obligation not to Raise Prices Simultaneously

Yang, Hung-Hui*

Abstract

The illegality of a cartel is based on the communication that takes place between enterprises. When an enterprise acts independently in relation to cost, profit and other factors, it is not a concerted practice, even though that enterprise and its competitors price consistently. The existence of communication is the key factor in regulating a cartel. In an oligopolistic market firms can observe their competitors' actions and respond quickly; they also have an incentive not to trigger a price war. A tacit understanding could give the appearance of a concerted practice and result in mutual benefits. It is a difficult problem that arises in competition law. In order to resolve this problem, the Fair Trade Commission in Taiwan has suggested that dominant enterprises should not adjust prices at the same time, otherwise they may be in violation of Article 25 of the Fair Trade Law. However, this effort on the part of the Commission has failed because of the indeterminate content of this obligation. In theory, the wait period has also been discussed in order to encourage competitiveness among oligopolistic firms. Nevertheless, there are also problems when it comes to deciding the length of the wait period. In conclusion, resorting to reasonable presumption may be an applicable way of resolving coincidental pricing in oligopolies.

Keywords: Cartel, Oligopoly, Concerted Practice, Wait Period, Obligation not to Adjust Price Simultaneously, Joint Monopoly, Reasonable Presumption.