

《公平交易季刊》
第 26 卷第 2 期 (107/4)，頁 55-114
◎公平交易委員會

競爭法規範有關事業間交換敏感資訊 與聯合行為之研究

施錦村*
馬泰成
單 驥
劉姿汝

摘要

本研究旨在探討敏感資訊交換與聯合行為之關係。我國公平法對於聯合行為之規範類似於歐盟競爭法，前者討論原則禁止例外許可；後者關注目的或效果侵害及集體豁免。Bennett and Collins (2010)參考歐盟競爭法將資訊交換分成：the bad、the good 和 the ugly 等 3 類，同時又將 the ugly 進一步分類為：大部分可能有反競爭影響、少有反競爭影響及難於分類等 3 項。本研究所關心的是，the ugly 是否有違反競爭法之虞。2011 年歐盟執委會修正「水平指導原則」增加資訊交換章節，列出 7 項評估準則；有關經濟分析則採取賽局理論、Cournot、Stackelberg、kinked demand curve 等經濟分析模式，得到 6 項主要分析結果。綜合前述分析，本研究提出研究結果，包括短期評估基準有二：(一) 評估目的或效果侵害有 3 項重要影響因素，即整理或個別事業資料、未來或現在或過去資訊，及資訊特性；4 項一般影響因素，即策略資訊、市場涵蓋範圍、資訊交換頻率，及資訊分享強度。(二) 例外許可之評估基準為效率、不可欠缺、傳遞給消費者，及不可消除競爭等 4 項因素。同時，本研究也提出長期評估基準：公平會可考慮訂定相關指導原則或參考歐盟水平指導原則修正其他原則增訂資訊交換章節，作為處理相關案件之基準。

關鍵詞：敏感資訊、聯合行為、歐盟水平指導原則、賽局理論、競爭法

投稿日期：106 年 12 月 18 日

審查通過日期：107 年 3 月 27 日

* 施錦村為開南大學企業與創業管理學系教授（通訊作者）、馬泰成為文化大學經濟系教授、單驥為中央大學產業經濟研究所教授、劉姿汝為中興大學法律系副教授。本研究為公平交易委員會 106 年度委託研究計畫。

一、前言

事業間交換敏感資訊 (sensitive information sharing) 對產業是否有促進競爭 (pro-competition) 效果或會帶來反競爭 (anti-competition) 效果，在文獻上屢有爭論。例如：Ziv (1993)¹ 探討寡占市場資訊交換問題，指出在某些條件下寡占市場資訊交換對廠商可能是有利的，但這些文獻忽略了被假定可資證實 (verifiable) 之策略性資訊 (例如：價格、數量等) 可能是誤導性 (misleading) 資訊，如何克服這些問題才是重點；Vives (2007)² 在探討資訊交換的經濟與反托拉斯關係後，認為廠商間資訊交換雖在經濟文獻上引起重大注意，但其資訊交換可能是可資驗證之現在或過去資訊 (例如：顧客交易資料、成本或需求條件等)；也有可能是涉及未來的行為意圖，例如：未來價格、生產或新產品或產能發展，前述資訊交換有誘使廠商提高效率或導致勾結 (collusive) 的可能。Bennett and Collins (2010)³ 認為，資訊散播或分享對接受者有得到具體利益之可能，任何的一味禁止，將無法使授受雙方享有此等利益；但是在競爭者間不管是直接或經由第三者的間接資訊分享，從促進協議的觀點，對競爭都可能產生風險，若一味允許資訊分享也會損及消費者權益。故敏感資訊交換對競爭而言，是一刀的兩刃，可能促進競爭也可能帶來反競爭效果。

世界各主要競爭法國家相關法規對於敏感資訊交換與聯合行為間之關係，也有諸多規定。我國公平交易法 (下稱公平法) 第 14 條聯合行為之構成要件包括：除需具有水平競爭關係之行為主體 (事業或同業公會) 外；在主觀要件包括契約、協議或其他方式之合意；其合意內容須符合相互約束事業活動之客觀事實，該合意須具有影響市場功能，限制競爭效果之可責性；同法第 15 條，事業不得為聯合行為 (原則禁止)，但有益於「整體經濟利益與公共利益」，經申請主管機關許可者，不在此限 (例外許可)，惟未訂定任何行政法規專門處理敏感資訊交換與聯合行為間之關係。美國休曼法 (Sherman Act) 第 1 條指出，任何限制州際間或與外國間之貿易或商業契約、托拉斯形式或其他形式的聯合 (coalition) 或共謀 (conspiracy)，都屬違

¹ Amir Ziv, "Information Sharing in Oligopoly: The Truth-Telling Problem," *24(3) The RAND Journal of Economic*, 455 (1993).

² Xavier Vives, "Information Sharing: Economics and Antitrust," *7(11) IESE Business School-university of Navarra*, 1 (2007).

³ Matthew Bennett & Philip Collins, "The Law and Economics of Information Sharing: The Good, The Bad and The Ugly," *6(2) European Competition Journal*, 336 (2010).

法⁴，其主要行為類型包括競爭者所為之價格僵固（Price-fixing）協議、集體減產或配額制度、集體杯葛行為、分割市場（產品、銷售區域、客戶等之分配）及圍標行為等。對於敏感資訊交換與聯合行為間之關係，則以個案理之⁵。歐盟（European Union, EU）則以歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第 101 條（原歐體條約第 81 條）為基礎，該條包括 3 項，第 1 項規範所禁止事項、第 2 項規範所禁止之協議或決議，應自動無效、第 3 項則為豁免事項。2011 年歐盟執委會依據 TFEU 第 101 條修訂歐盟水平協議指導原則（EU Guidelines on the Applicability of Article 101 TFEU to Horizontal Co-operation Agreements，下稱水平指導原則），增訂第 2 章「資訊交換」藉以處理敏感資訊交換與限制競爭間之問題，是否限制競爭其判斷基準包含：策略性資訊（strategic information）、市場覆蓋率（market coverage）、整合或個別事業資訊（aggregated or individualized data）、資訊的新舊（age of data）、資訊交換頻率（frequency of information exchange）、資訊的公開性（public or non-public information）、公開或秘密管道交換（public or non-public exchange information）等 7 項。

日本公正取引委員會（下稱日本公平會），對於事業非直接以契約、協議達成聯合行為之「合意」，而是透過資源分享或交換等模式來得知相互之間的活動訊息，該如何評價此等行為，可否認定為該當聯合行為要件「合意」之間接證據，顯得非常重要。究竟是同業間正當之資訊交流抑或欲為達成聯合行為目的之默契或意思聯絡，判斷的方法與基準為何，非常值得探究。此一議題，OECD（Organization for Economic Cooperation and Development）於 2006 年所提出之報告書（Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement），對於在無直接證據下如何以間接證據（情況證據）認定聯合行為多所探討，以及日本公平會競爭政策研究中心分別於 2007 年 7 月⁶及 2013 年 6 月⁷針對聯合行為之間接或情況證據之研究報告書亦提出不少理論與案例研究，可供參考。觀諸以上各國競爭法主管機關對於敏感資訊交換與聯合行為間之關係，以歐盟水平指導原則最為具體。

⁴ 休曼法於 1890 年制定，1994 年修訂，休曼法第 1 條編入美國法典 15U.S.C.§1 (1994)。

⁵ 李綱信，「歐美競爭法之初步研析」，經濟研究，第 12 期，345-346 (2012)。

⁶ 日本公正取引委員会 競争政策研究センター，カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠，日本公正取引委員会 競争政策研究センター（2007）。

⁷ 日本公正取引委員会 競争政策研究センター，カルテル事件における立証手法の検討－状況証拠の活用について，日本公正取引委員会 競争政策研究センター（2013）。

Bennett and Collins (2010)⁸參酌 TFEU 第 101 條，將事業之間所進行的敏感資訊交換分成 3 類：(一) the bad：資訊分享是惡性卡特爾的一部分，在法律上應被考慮為惡性卡特爾行為；(二) the good：資訊分享是寬鬆廣泛協議 (wider agreement) 的一部分，為上下游間之資訊交換，與聯合行為無涉；(三) the ugly：既不是惡性卡特爾也不是寬鬆廣泛協議，為本研究之核心，而依其交換狀況可分成目的侵害 (object infringement) 或效果侵害 (effect infringement)⁹。他們又以「資訊特性」、「資訊新舊」、「資訊交換管道」及「資訊種類」等類別作為判斷基礎，將 the ugly 分成 3 種型態：1. 大部分可能有反競爭影響 (most likely to have anticompetitive impact)，此類傾向於目的侵害；2. 難於分類 (difficult to classify)，可能是目的也可能是效果侵害；3. 少有反競爭影響 (least likely to have anticompetitive impact)，傾向於效果侵害。the ugly 之內涵與競爭關係詳如表 1。

表 1 the ugly 之內涵與競爭的關係

大部分可能有反競爭影響	難於分類	少有反競爭影響
個別廠商、秘密管道、未來價格或數量資訊	1. 個別廠商、秘密管道、現有價格或數量資訊 2. 個別廠商、公開管道、未來價格或數量資訊 3. 個別廠商、公開管道、現有價格或數量資訊	經整理、公開管道、歷史成本資訊

資料來源：Matthew Bennett & Philip Collins, “The Law and Economics of Information Sharing: The Good, The Bad and The Ugly,” *6(2) European Competition Journal*, 333 (2010).

我國因敏感資訊交換，而導致聯合行為之案件不多¹⁰，且有些還是國外事業，其發生地點也在國外市場，但其限制競爭之效果延伸至國內，而影響國內市場競爭。這些國內外案件，公平會應如何處理及是否具有管轄權，屢有討論。因此，瞭解歐、美、日等主要競爭法國家，對此等案件之法律、經濟分析及個案解析，將有助於公

⁸ Matthew Bennett & Philip Collins, *supra* note 3, 311-337.

⁹ 屬於目的侵害者，只要能夠證明該合意有限制競爭之目的即足矣；若是效果侵害者，或許合意本身尚難判斷有無限制競爭之目的，必須證明該合意有現實或潛在的限制競爭效果始認定其違反本項。詳見：Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press, 123 (2015).

¹⁰ 例如：公平會公處字第 101127、101130、101131 及 101132 號處分書；公處字第 104133、104134、104135、104136、104137、104138、104139 及 104140 號處分書。該二案最高法院至 2017 年 11 月底尚未最終判決，不適合作為案例分析之個案。

平會爾後對類似案件之處理。故本研究有二個目的，其一為提出短期評估建議，其二為提出未來長期建議。

（一）短期評估建議

1.目的或效果侵害（類似原則禁止）思考方向

該思考方向融合 Bennett and Collins (2010)對目的或效果侵害的分析、水平指導原則對資訊交換所產生限制競爭的判斷基準及經濟分析結果。同時又參酌水平指導原則每一判斷基準分類方式，將每一思考方向分成二個類別，包括：

- (1)資訊交換的管道：公開／秘密管道。
- (2)交換資訊之性質：個別事業／整合性資料。
- (3)資訊交換的時間遞延：過去／現在／未來。
- (4)資訊交換的涵蓋範圍：參與者市場覆蓋率大／小。
- (5)資訊交換的效力強度：剛性不得撤銷／柔性隨時調整。
- (6)資訊交換的內容：策略／非策略資訊。
- (7)資訊交換的期間與頻率：長期間高頻率／短期間低頻率。

2.例外許可思考方向

TFEU 第 101 條第 3 項，有下列情形時，第 1 項規定得被宣告不適用。即事業間協議或某種協議類型、或事業團體決議或某種決議類型、或一致性行為或某種一致性行為類型，有助於改善商品之生產或分配、促進技術或經濟進步，並確保消費者能享受其利益，而無前述(1)對相關事業課以非必要之限制；或(2)使相關事業就系爭商品之重要部分排除競爭等情形者。有關本項排除適用第 1 項之要件規定，歐盟執委會根據理事規則之授權，可以認定免除適用第 1 項之規定，即所謂之集體豁免（block exemption），包括共同研發集體豁免及專業化集體豁免。再由水平指導原則觀之，符合第 101 條第 3 項下所進行之資訊交換有幾個判斷基準：(1)增進效率（efficiency gain）；(2)不可欠缺性（indispensability）；(3)傳遞給消費者（pass-on consumers）；(4)不會消除競爭（no elimination of competition）。簡言之，若交換的資訊可以促進效率，並具不可欠缺性，且該效率可以移轉至消費者身上，且不帶消除

競爭之可能性，則所進行的資訊交換應該不會發生限制競爭的效果；反而有促進競爭的可能性，可以朝向正面的評價。這些基準雖與我國公平法第 15 條在規範架構上略有不同，但仍可藉於評估個案是否合致「整體經濟利益與公共利益」之要件，而為准駁之參考依據。

（二）未來長期建議：

將於結論中詳細說明。

二、經濟分析

（一）寡占廠商聯合行為的經濟分析

1. 資訊透明化與資訊不透明化環境下的聯合行為

在公平法中，對於寡占廠商彼此之間是否會進行價格壟斷，一直是執法機關關切的重點，寡占廠商彼此間是否會進行非法的意思聯絡或合意，其中可分二種情形來做比較，第一種情形是在資訊不透明化的情況下，寡占廠商進行相關的「合意」；第二種情形是在資訊透明化的情況下，寡占廠商所進行的「合意」。在資訊不透明化環境下，寡占廠商之間要進行各種試探，才能知道彼此真正的價格與數量上的策略，由於相互競爭的寡占廠商間要進行各項競爭的成本相對地會比較高，其不確定性也比較大。為此，廠商間在「另闢蹊蹺」下，進行違法的聯合行為之合意，其意願油然而起。

相對的，在資訊較透明，且越來越清楚的情況下，彼此相互競爭的寡占廠商，此時將有更大的誘因就其競爭對手進行各種測試，從而得出心證，以強化其競爭策略，這種競爭型態，是經濟學中常討論類型，特別值得我們在討論公平法時，多加借用與參考。

在經濟學分析的模型中，以 Cournot 的數量競爭模型為例，就屬於後者的態樣，故值得做一討論¹¹。Cournot 模型是在資訊不透明化情況下，彼此相互競爭的寡占廠

¹¹ 有關 Cournot 數量競爭模型的討論，可參見 Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, 1st ed., MIT Press (1988)，或 Wikipedia, “Cournot Competition,” <https://en.wikipedia.org/wiki/Cournot>

商其競爭策略的模式之一。在 Cournot 模型中彼此相互競爭且旗鼓相當的寡占廠商，會假設對方產量不變的情況下，來決定自己最佳的生產數量。由於與其競爭的廠商，其動向與策略不明，須「觀其言，看其行」等待其策略明朗化之後（包括產量增加、減少或不變等），方能再做出適切的下一步反應，如此重覆，彼此不斷試探。

相對的，與其競爭的另外一家廠商也是以相同的思考邏輯來假設與其競爭的廠商生產數量不變下，自己對應合適的生產量又應是多少，由此在 Cournot 模型中我們可以同時地（simultaneous）推導出上述兩家廠商間的反應曲線（reaction curve），也就是 A 廠商對 B 廠商的反應曲線，以及 B 廠商對 A 廠商的反應曲線，之後再對這二條反應曲線聯立求解，就可得出 Cournot 模型下的奈許均衡解（Nash Equilibrium），而此就是一個在資訊不對稱的情況下，寡占廠商間會達到價格一致性的「奈許均衡解」。

由上述 Cournot 模型中，我們可以瞭解到，在資訊不對稱或是情況不明確且無法掌控時，寡占廠商間要進行價格聯合是個比較有誘因且吸引力較大的選項之一，而此，若是寡占廠商間竟然出現價格合意或協議時，他們就可免除上述 Cournot 模型彼此互相猜測、彼此種種測試過程中的不確定性，而能直接就彼此生產數量做協議；換言之，他們就可直接進行市場分割，故能達成協議，因此在資訊不透明環境下，寡占廠商其實是有比較多誘因去進行相關的意思聯絡，而此，當然構成公平法中所稱的「聯合行為」禁止的違反。

在經濟學討論中，另一個寡占廠商的典範模型是 Stackelberg 數量競爭模型，該模型也是以上述類似的邏輯推理方式，來討論在寡占市場下，若兩家廠商並非勢均力敵、旗鼓相當時，彼此間可能出現的競爭態樣，以及在此一競爭態勢下，市場是否仍會出現奈許均衡¹²？

在該模型中假設，B 廠商為小廠（追隨者），而 A 廠商為大廠（生產數量決定者），在此一情況下，模型假設，小廠先假定若大廠現階段的產量及銷量是不變的情況下，B 廠商是否能找出其最佳生產量配置。之後於下一階段時，相對的 A 廠商在此時，就會把小廠 B 可能生產上的反應納入其生產的考量，從而演繹出於第二階段下，大

competition, last visited on date: 2018/2/10.

¹² 有關 Stackelberg 數量競爭模型的討論，可參見 Drew Fudenberg & Jean Tirole, *Game Theory*, 1st ed., MIT Press, Chapter 3, sect 1 (1993)，或 Wikipedia, “Stackelberg Competition,” https://en.wikipedia.org/wiki/Stackelberg_competition, last visited on date: 2018/2/10.

廠 A 對小廠 B 的反應方程式及其最適解。在大廠決定了其最適解之後，小廠的最適解也可隨之解出，如此即可解出 A、B 廠商在寡占模型下，彼此進行競爭時所可能出現的均衡解。

而值得注意的是，上述 Stackelberg 模型是在連續的賽局下 (sequential game) 的均衡解，它與 Cournot 模型是在大小相若的兩家寡占廠商同時求解的情形不同，但上述兩者情況都可以得出奈許的均衡解，而此均衡解所解出的數量及最終對應的價格，它當然就不是公平法中所說的寡占廠商進行非法聯合下的數量及價格決定模式。

同理，我們也可依此而推論，不論是在 Cournot 或是在 Stackelberg 模型中，若是上述 A 廠商與 B 廠商有意進行非法價格聯合行為時，他們就有可能省去上述彼此不斷相互試探試圖導出那二條反應曲線的冗長過程，且須不斷地做動態、複雜的修正，而直接進行相關的生產數量分配上的合意。而當 A、B 廠商彼此進行不論是數量或是價格聯合行為時，在資訊不透明化的情況下，其誘因也會較高，這是因為在資訊不透明化的情況下，A、B 這二家寡占廠商，彼此間不論就 Cournot 模型或 Stackelberg 模型，彼此間在進行對方可能反應上彼此間測試上是「事倍功半」的，如此一來，倘若直接進行違法合意時，則其合意的意願高，而其進行的「交易成本」就可以大幅地節省下來，因此，在資訊不透明化的情況下，寡占廠商間進行價格或數量上的聯合誘因，相對地也一定會比較大。

上述我們討論的是寡占廠商在資訊不透明化的情況下，是否有較大誘因進行相關非法的意思聯絡。相對若是在資訊透明的環境下，同樣地，我們若以 Cournot 模型或 Stackelberg 模型來比較的話，又會得出何種結果呢？在市場交易資訊透明化的環境下，不論是 Cournot 或 Stackelberg 模型，彼此相互競爭的 A、B 廠商都可以很清楚、快速且無誤地導出競爭對手會做出的反應方程式，換言之，不論 Cournot 的同時數量競爭模型或 Stackelberg 的前後兩階段數量競爭模型，兩廠商間彼此相互競爭下的反應方程式，在市場資訊透明化之下，快速且充分地被瞭解後，就很容易且迅速無誤地得出均衡解出來。值得注意的是，在上述的過程中，它是在資訊透明化環境裡，所進行的一種重複賽局，而在此重複賽局、重複測試後，就能迅速收斂 (converge) 到一個均衡解。故在此情況下，它是寡占廠商間彼此相互競爭下的奈許均衡解，難謂其為公平法中所稱的聯合行為。

另外，若我們再參考另一寡占模型，亦即「拗折需求曲線」(kinked demand curves) 模型，寡占廠商在此模型中其競價策略是「追跌不追漲」，換言之，若有一廠商降價，

其他競爭對手也會跟著降價，而若一家廠商漲價時，其他競爭對手就不會漲價，這就是拗折需求曲線模型中所隱含的追跌不追漲的價格調整模式¹³。因此在這樣的價格調整模式中，其市場透明度不論就價格競爭調整過程或就最終均衡點而言都是透明的。如此一來，由上述提及的三種模型都可瞭解到，經濟學中所說寡占市場競爭模型，不論在過程中或競爭上皆十分透明，而此結果它們都是市場競爭下的結果，當然非人為運作出的結果。

在經濟學中，除完全競爭模型外，寡占廠商彼此競爭間的另一個模型就是獨占性競爭（monopolistic competition），在這模型中，由於各寡占廠間（如服飾皮包業、各類酒業、知名演藝人員等）都發展出其產品的獨特性，也各有其愛好者或死忠粉絲，故其同業間在資訊透明化的情況下，特別強調自己在產品上的優越性、差異性及稀少性，為此，業界彼此間是在進行非價格上的競爭，故發生價格與非價格上聯合行為的可能性相對較低。

由以上例子可得知，在資訊透明化的環境下，奈許均衡解的出現，相對於資訊不透明環境下，當較不需要進行不論數量上或價格上非法的合意與協議。而主張此論點最主要的理由是，在資訊透明環境下，它是經由彼此互相競爭或不妥協所導出的結果，而此至少彼此相互競爭的廠商對於競爭對手的策略是具有一定瞭解及可預測性，故在資訊透明化的情況下，是進行「割喉戰」？或是進行「中強度」、或「低強度」的價格戰？都是彼此相互競爭的廠商可以考慮的可能策略；為此，廠商實無絕對必要再進行相關私下、違法的合意。上述情形或可以「囚犯困局」的理論做更深入的分析¹⁴：

(1)囚犯困局之一：寡占的兩廠商之間，進行激烈的「割喉戰」式的價格競爭

此時，寡占的相互競爭的兩廠商，他們在此一激烈的競爭下，價格都已被逼到只略高於平均變動成本之上一些，兩家寡占廠商，事實上都已出現不小的虧損。如表 2 所示，若兩家寡占廠商再繼續地把價格的割喉戰進行下去時，則在此一情況下，而若一家想和，而另一家想戰時，則主和的一方會出現(-4)的虧損，而主戰的一方會

¹³ 有關拗折需求曲線的模型討論，可參見 Vaishu Bhaskar, "The Kinked Demand Curve: A Game-Theoretic Approach," *6 International Journal of Industrial Organization*, 373-384 (1988), 或 Wikipedia, "kinked demand," https://en.wikipedia.org/wiki/Kinked_demand, last visited on date: 2018/2/10.

¹⁴ 有關囚犯困局 (prisoner's dilemma) 的討論可參見 S. M. Amadae, *Prisoners of Reason*, Reprint edition, Cambridge University Press, 24-61 (2016), 或 Wikipedia, "prisoner's dilemma," https://en.wikipedia.org/wiki/Prisoner%27s_dilemma, last visited on date: 2018/2/10.

佔了主和方的便宜，只會有(-2)的虧損¹⁵，如此一來，雙方都可能主戰到底，惟這必將是個兩敗俱傷的局面，此時兩家廠商會同時出現(-5)的巨幅虧損；而相對地，若兩家廠商合意，不再進行割喉戰而進行非法的聯合行為時，則都各會出現(+6)的巨大利益¹⁶。如此一來，由表 2 所示，這兩家寡占廠商都有可能進行相關的合意，若此，則不法的聯合行為將極有可能會發生。

表 2 囚犯兩難困境賽局之一：彼此進行「割喉戰」下的獲利表

		廠商甲	
		不進行割喉戰（合作）	進行生死割喉戰
廠商乙	不進行割喉戰（合作）	(6, 6)	(-2, -4)
	進行生死割喉戰	(-4, -2)	(-5, -5)

資料來源：本研究整理

(2)囚犯困局之二：寡占的兩廠商之間，進行中等強度的價格競爭

如表 3 所示，若寡占的兩廠商間進行中等強度的價格競爭，意即，他們雙方都無意，也自知無此能力把對方擊倒，而將對方的市場完全地取而代之。此時，雙方彼此都在做一些「有限度」的、「非高強度」激烈式的競爭，在彼此進行中強度價格競爭的結果，其可能的獲利表如表 3，在彼此進行中強度的價格戰之下，雙方的獲利分別為(+3)¹⁷，相對地，若雙方進行非法的聯合行為時，則雖有可能會帶來可能比(+3)更高的利益，如表 2 中的(6, 6)的水準，但若把被對方比照以「寬恕條款」的方式出賣，而被重罰之後，則其可能的利益反而會變成(-3)，而在雙方都互被對方出賣的情況下，其進行聯合行為的「獲利」將為 (-3, -3)¹⁸，故在此一情況下，雙方選擇中強

¹⁵ (-4)及(-2)都是假設值，在此所要凸顯的是主和一方的虧損會更大於主戰方的虧損，故主和之一方在此情形下是居劣勢。

¹⁶ 同樣的，(6, 6)也是個假設值，在此所要凸顯的是，若雙方合意的結果，他們各別的利益只要是大於表 2 中的(-2)時，雙方就會有進行非法聯合的空間，若此，在雙方合意下，他們會盡量地共同爭取市場上最大的利益；此時，最大利益可能是(10, 10)，也可能是(2, 2)，而這都無礙於本表結論的導出。

¹⁷ 相對於表 2 的合作下的利益(6, 6)是相對地減少，於本表中，以(3, 3)代表。

¹⁸ 同樣地，(-3, -3)也是個代表性案例，若被重罰後，它的損失也有可能高達(-20, -20)。

度的（即非割喉式的）價格競爭，就會成為是個較理想的選擇，如此一來，即使是在囚犯困局的情況下，寡占廠商非但不會選擇進行非法的聯合與勾結，反而會選擇彼此進行中強度式的價格競爭策略。而此情形的出現，也不違反公平法。

表 3 囚犯兩難困境賽局之二：彼此進行「中強度式」的價格競爭下的獲利表

		廠商甲	
		進行中強度的價格戰	進行聯合(合作、不戰)
廠商乙	進行中強度的價格戰	(3, 3)	(4, -2)
	進行聯合(合作、不戰)	(-2, 4)	(-3, -3)

資料來源：本研究整理

(3) 囚犯困局之三：寡占的兩廠商之間，進行低強度式的價格競爭

如表 4 所示，寡占廠商彼此長時間競爭下，終於體會出他們實無任何能力去消滅對方，但也無意臣服於對方，為此，長期對抗之勢已在所難免，因此，就諸如「單打、雙不打」的低強度式的價格競爭，也是一種可能的競爭型態。具體而言，其可能的競爭形態如：你在 7 月辦週年慶，我就在 8 月初也辦週年慶，凡此種種，都是可能的競爭態樣之一。而彼此競爭的寡占廠商間，在此一低強度價格競爭下，如表 4 所示，他們的利潤為(+4)¹⁹，而若，他們進行非法的聯合行為的合意時，則萬一被對手出賣、被告、被罰後，如同表 3 般，其利潤反而降為(-3)或更高。若此，則彼此間進行低強度式的競爭，反而其情形要比表 3 中的「中強度」價格競爭來得好，故若彼此進行長期性的低價格競爭，或進行價格以外的其他非價格式的競爭（如贈品、贈獎等），這種可能性就會增高，而就公平法來說，亦沒有違法適用的可能。

¹⁹ 比上述表 2 的純聯合下的利潤(6, 6)為低，但高於表 3 中的「中強度」價格競爭下的利潤(3, 3)。

表 4 囚犯兩難困境賽局之三：彼此進行「低強度式」價格競爭下的獲利表

		廠商甲	
		進行低強度的價格戰	進行聯合(合作、不戰)
廠商乙	進行低強度的價格戰	(4 , 4)	(4 , -2)
	進行聯合(合作、不戰)	(-2 , 4)	(-3 , -3)

資料來源：本研究整理

由上述說明可知，即使在囚犯困局下，我們不必然就能得到於寡占競爭下的兩個（囚犯）廠商，他們彼此間一定會去進行違法的聯合行為的合意。相對的，我們較可以確認的是，寡占廠商在彼此長期相互競爭的環境下，更能夠掌握對手可能的反應，故能夠對彼此競爭情勢具有一定程度的可預測性，從而能做出對自己最適的價格或數量反應。當然，上述各種情形也不必然有公平法違法的可非難性，否則經濟學中的 Cournot 模型或 Stackelberg 或「拗折需求曲線模型」或甚至是「囚犯困局」等情形，在重覆賽局下，都會變成寡占廠商違法的勾結模型，逾百年的經濟理論將全部推翻，經濟學的教科書勢將全面改寫。

2.同質性產品的聯合行為

其實，本節前述討論的各相關寡占模型，不論是 Cournot、Stackelberg、或是 kinked demand curve 模型等，都有一個重要的基本假設，那就是在各模型中，市場上寡占者的產品都是相同的（homogeneous products），而在此一情況下，經濟學可推論出，寡占廠商在此一市場結構下，彼此競爭的結果，將會出現均衡的價格，換言之，它有奈許均衡的可能性出現。並且，均衡價格的出現，它是「常態」，而並非「異常」。

相對於上述模型，中油與台塑的產品，因須符合國家標準，可以說是最接近經濟學所說寡占市場上「相同產品」間之競爭的模型，故由上述各該模型觀之，不論是兩者實力旗鼓相當的模型（如 Cournot 或是 kinked demand curve 模型），或是一大一小，其一為領導廠商，另一為追隨廠商的 Stackelberg 模型來說，它們之間，會出現價格的一致性的奈許均衡解，也是「常態」，而並非「異常」。

事實上，我們若由 Cournot 或是 Stackelberg 的模型中也可以看出，中油、台塑

兩廠商之間，彼此競爭的相似性。上述兩模型都假設，其中的一家廠商，會把其競爭對手的產出視為固定，由此來決定自己對應的產出。由於台塑與中油的產能是固定的，而且在固定的產能下，沒有廠商能夠在短期內擴廠，增加產能，以攫取市場，因此在這種情況下，能成功地套用在 Cournot 或是 Stackelberg 的模型，那麼萬一有人質疑，中油與台塑之間仍不排除有進行價格勾結或數量勾結的可能性時，就必須以實際的資料及相關的直接證據來證明，他可以完全地排除 Cournot 或是 Stackelberg 模型奈許均衡解的出現。換言之，質疑者在無罪推定的原則下，則須證明，他所觀察到的價格與數量上的一致性，絕不是奈許的均衡解，而是勾結下的違法的合意。這就猶如在統計的檢定中，我們的統計檢定為：

H_0 ：兩公司在價格及數量上的一致性為奈許均衡解的結果。

而其對立的假說則是：

H_1 ：兩公司在價格及數量上的一致性，不是奈許均衡解的結果，是廠商彼此交換敏感資訊的結果。

而質疑者或是公平法的執法機關（如公平會或是檢察官）就須舉證證明，渠等可放心地拒絕 (reject) H_0 假說，而在鐵證如山下，他別無選擇地必須接受 H_1 假說。

相反地，若質疑者在實際的查處中，沒有找到上述兩公司間彼此私下勾結的證據，卻又逕予認定他們是違法的合意時，就極可能犯了統計學裡的「第一種類型錯誤」(Type 1 error)，意即拒絕正確的 H_0 假說，而接受對立且是錯誤的 H_1 假說，也就是「把對的當成錯的」來判定。就統計學來說，為避免出現第一種類型錯誤，故其須有很強的證據力，統計學的通說是，在百分之 95（或至少百分之 90）以上信賴度以上時，才能推翻 H_0 假說。若此，我們須檢驗的是，在中油及台塑的案中，公平會是否有足夠證據證明公平會的證據力已可達到百分之 90 或 95 以上的確認程度？

此外，特別值得注意的是，若是執法機關對於上述證據力是否充分之事，未能深究，也未能深自要求時，則如此一來，犯下上述「第一類型錯誤」的情形及可能的案例將會層出不窮，此一後果十分讓人憂心，其理由至少有二：

其一，由於二犯的聯合行為是有 3 年以下有期徒刑的，在上述可能的證據力不足的情形下，在新修正的公平法中可「另闢蹊蹺」逕予「推定」，則如此一來，已有法律做為公平會執法機關的後盾，並可以為公平會可能犯下的「第一類型錯誤」背書，或甚而做為公平會及法院卸責的「免死金牌」呢？如此一來，對於人民財產權及企業公平競爭環境的塑造都是一大傷害，這絕非國家之福，故應特別謹慎。

其二，若執法機關長期下來可以漠視其可能一再地犯下「第一類型的錯誤」，反而，以過去犯過的「第一類型錯誤」做為判例、案例，而一再寬容自己可以在證據力不足的情形下，逕作事業單位違法的裁定時，則必然會讓執法上認定的標準一再放寬與降低，這會造成更多的冤案與錯案，同樣的，這當然不是國家之福，更偏離先進國家嚴謹執法的標準。

由中油及台塑的案例可見，在產品同質性很高的情況下，我們尤應特別小心其產品間可能出現的價格一致性的「常態化」下的奈許均衡解的可能性，因此，除非有明確的事證，執法機關實應以高標準來自我要求，也應特別小心，切勿犯下第一類型錯誤的可能情況，也更應避免常態性地出現第一類型錯誤的可能。

3. 資訊透明化環境下，合意的可非難性

由上述討論可知，在資訊透明化的情況下，對於彼此相互競爭的寡占廠商進行相關非法聯合行為的誘因比較低。本文將進一步說明，當資訊透明化的程度愈高時，廠商會進行非法聯合行為合意的可能性也會隨之下降，而無庸諱言，公平法中能夠認定寡占廠商進行非法聯合行為的空間也將會隨之被壓縮。故公平法執法機關在認定廠商是否進行非法之合意時，其困難度也將隨之提高，而其所需證據力的強度與要求也將隨之提高。

就此部分而言，本研究的主要論點有三：

(1) 資訊透明化本來就是公平法上重要的執法政策，當資訊愈透明化時，不論 B2B 或 B2C 的交易，買方與賣方、廠商與廠商間、廠商與消費者間，都能做出對自己最有利的決定。因此就交易成本降低、資訊提供完整性、不法隱匿交易資訊等不健全的交易問題，都可因資訊透明化得到大幅改善而能根本解決。因此就公平法的執法而言，資訊透明化本來就應是公平會施政及執法的重要政策目標，我們應該要鼓勵資訊的透明化，而非在資訊透明化的情況下進一步課予廠商更高的聯合行為可能違法的責任，若此則並非公平法執法的主要目的。

事實上，資訊透明化從經濟的觀點而言也是一個合乎經濟學學理的政策目標，因為，在資訊透明化的情況下，它就能大幅地降低廠商不當聯合行為下的「交易成本」及其與其他交易相對人間的交易風險。這種情形在經濟學文獻中有許多討論。諸如二手車市場就是經典的例子，這是因為相關二手車的資訊，不論車子好壞，賣

方所掌握的資訊都比買方(或是消費者)來得多,如何降低資訊不對稱性(asymmetric information)就成為經濟學上主要處理的問題,因此就資訊不對稱性來說,永遠是經濟學上需要特別處理的挑戰與問題。因此當資訊愈透明時,買賣雙方在交易資訊充分對稱下,自然就能大幅地降低交易的風險與成本,這必然是經濟學暨公平法所樂見的情形。

(2)在交易資訊透明化的情況下,寡占廠商需要進行聯合行為的誘因比較低。其主要理由是,聯合行為的產生,其可能原因是,彼此相互競爭的廠商在不瞭解其對手會有什麼樣的競爭策略出現的情況下,所發生的高度不確定性,為了要降低自己經營上的風險,所以要與其競爭廠商進行相關的協議或達成某種決議,以降低其在價格與數量上的決策風險。然而,即便如此,不論是協議或決議,這些都是無法曝光而必須秘密進行的,在此種狀況下,即便達成秘密協議或決議,其是否能有效地、忠實地被相關參與協議廠商執行,也會對上述廠商有很大的困擾及不確定性。因此,在許多公平法相關案件裡,我們不難發現廠商間在進行非法聯合行為協議中,也常訂有相關罰則去處罰未遵循協議的廠商。

因此從公平法非法的聯合行為來說,這些行為勢必要面對至少二種可能的風險:其一是有人不遵守相關的協議或合意,而在其間攫取巨大的經濟利益;其二是上述非法的聯合行為有可能被主管機關查獲、被檢舉或被引用寬恕條款方式尋求解套,從而對自己產生十分不利的後果。因此就非法進行的聯合行為時,上述各項風險都會是讓廠商思考再三的問題。

相對而言,在資訊透明化的情況下,廠商若要進行相關聯合行為其誘因就會較低,此乃因在資訊透明化情況下,既有相關廠商的價格、數量都已經曝光在市場的公開資訊裡,而在此種狀況下,若還要再以非法行為來改變已曝光的價格與數量,反而是吃力不討好的工作,換言之,可能會招致「此地無銀三百兩」、「欲蓋彌彰」的反效果,同時,也更容易受到原與其相互競爭者以公平法第 35 條的「寬恕條款」對其進行反噬。為此,廠商在此情形下之最佳策略反而是在資訊透明化的情況下,去做出讓自己最佳的對應策略,故在資訊透明化情況下,廠商進行非法聯合行為的誘因,反而會降低且會有抑制的效果。

(3)在資訊透明化情況下,由於競爭廠商價格、數量及品質等各方面資訊皆已公開,故與其相互競爭的其他廠商就要對自己相關的價格、數量及品質等做出對應的最適決定,而此包括:是否要做「價格追隨者」或是「價格破壞者」。其可能的情況

可進一步討論如下。

若廠商 A 在製程上有較高優勢，故其每單位的生產邊際成本較對手為低時，如上所述，則其選擇可能有二種：其一，可做價格破壞者，亦即可以更低的售價在市場上與對手來作更強勢的競爭，當他降價做市場占有率的掠奪時，有可能賺得更多利益，這是廠商可能的選擇之一；當然，他也可能因其低價競爭的結果，在市場有限的情況下，而使其獲利有限，如此，就成為俗話所說「賺了面子，輸了裡子」。其二，也可以考量做價格追隨者，亦即用市場上的「行情價」銷售產品，但因其生產的單位邊際成本較其他競爭廠商低，因此，他每件銷貨都可賺到較對手更多的利潤，如此一來，就其全年利潤而言，將會比對手來得更高，在「慇懃地吃三碗公」的情形下，他可能的策略是在長期下，讓自己累積出更多能力來進行下一階段的擴廠（產），以選擇在適當的時機再出手，給對手「致命的一擊」。就上述這兩種情形而言，寡占廠商不論是選擇做價格的追隨者，或是選擇做價格的破壞者，都沒有公平法違反的適用。

由上述例子可見，在資訊透明化情況下，廠商可以就價格、數量或品質上自主地去做多元化的策略決定。廠商其實不必然有更大的誘因想要和他的競爭對手去進行違法的聯合，事實上，如前所述，違法聯合行為不但有廠商間默契上無法監督執行的困難，同時也有被公平會查處而致受處分的困境。綜上而論，在資訊透明化情況下，寡占廠商間合意的可能性及可非難性都會比較低的。由上述討論可知，OECD 於 2010 年評估各國研究機關所提供的意見及案例後認為，若廠商透過公會、聯誼活動或在政府輔導協調下採用公開參與的方式來彼此交換訊息，則這些訊息的交換被認為多屬於對於整體產業發展與投資環境有利的公共資訊，而在此情形下，也可被看成是公共財，其可能產生的反競爭效果也會較小。

如今在網路資訊快速發展下，不論就 B2B、B2C 的產品價格、品質、外觀都已經大幅公開，此情形不論在獨占、寡占、獨占性競爭或其他近似於完全競爭市場，其態樣都非常相似，所異之處在於資訊公開化程度與速度或有所差別。以獨占市場來說，在資訊交易公開化的趨勢上可能相對較慢，而在寡占市場中，其資訊公開化程度上會較獨占市場來得快，幅度也較大。再者，在獨占性競爭市場裡，資訊公開化的趨勢上又一定會比上述二個市場來得高，當然在所謂完全競爭或近似完全競爭市場裡，其資訊公開化趨勢是最快、最強的，而如此一來，以前在經濟學中所討論的完全競爭的態樣，它所要求的資訊完全透明的條件，在網路未發達之前，看似十

分遙遠，故不很真實，然而今日在網路快速發展下，在許多市場中（如賣書），我們正快速地逼近完全競爭市場。

上述分析是藉由經濟學中不同市場態樣來討論在各該市場中可能公開化程度的區別，在網路大幅運用及快速發展趨勢下，資訊公開化的程度已經快速穿透至上述各個態樣的市場範圍中，也已經是不可逆的趨勢，因此若我們相對於過去十年間的變化，再注意未來十年間的變化，不難發現，資訊公開化的趨勢與變化是不可同日而語，因此市場公開化的趨勢，應是公平法執法機關在判斷廠商是否可能進行非法勾結或合意時一個重要的判斷標準。從而無論就廠商的宣導上、在交易行為的輔導上，都要讓有疑問的可能市場或有疑問的可能產業結構，讓其大幅增加交易資訊公開的可能性，如此一來，才能正本清源且有效地掃除廠商的不法勾結或合意的可能，此種執法態度與策略，不但能配合未來愈來愈迅速的資訊公開化趨勢，同時，更能善加利用此資訊公開化趨勢，做為公平法執法的重要利器。

（二）認定合法與違法的界線

訊息交換同時兼具提升交易效率與限制市場競爭的雙重性質，在多數情況下，很難清楚界定出合法與違法間之界線。因此，執法機關在對訊息交換行為本質認知不足的情況下，驟然以表面證據做為推定一致性行為的間接證據，就容易發生誤判風險。因此，以下本研究嘗試藉由前述經濟模型分析與法律案例的結合，分析訊息交換行為的本質，希望能夠對：如何區別其動機究為公益用途（例如：便利客戶訪價以促銷商品）或是私益用途（促進市場資訊透明化以便利一致性行為），提供分析結果，供執法機關參考。

1. 資訊交換方式、特性與撤銷

（1）私下訊息交換較公開訊息交換有較高的可責性

訊息交換可促進市場資訊流通，提升市場競爭程度。但必須以公開型態的訊息交換（允許買方得知資訊）為前提；否則該等資訊交換就有限制市場競爭之虞。為支持此一論述，OECD (2010)²⁰曾提出所謂的純粹競爭（pure competition）：市場幾乎

²⁰ OECD, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP, 15-59 (2010).

具備完全競爭（perfect competition）的所有特性，唯獨欠缺資訊透明化，使買方必須支付高額的搜尋成本以尋訪最低價格。此時，儘管市場上有許多廠商、產品高度同質、市場進出自由，但買方卻受限於搜尋成本過高，僅能得知少數廠商的產品售價，無法得知所有廠商價格。另一方面，由於賣方知道買方無法逐一訪價，自然缺乏降價競爭誘因。此時，即使沒有聯合行為，但市場資訊不足或過高的搜尋成本也會賦予廠商獨占優勢，使實際價格與壟斷價格非常接近。因此，基於下述三項原因，OECD認為公開的訊息交換確實可以提高市場競爭：**a.** 訊息交換有助於市場資訊透明，減少買方的搜尋成本，賣方基於比價壓力，必須按照競爭價格定價；**b.** 買方會將賣方所公告的價格視為賣方的最高價格，並以之作為議價標準，要求賣方按照購買數量、付款方式與信用風險，提供不等之折扣，取得更低的實際價格；**c.** 事業公告產品價格具有廣告性質，因而會形成可信賴的威脅（credible threat），只要資訊能夠公開，就能促使其他賣方比照降價，有助於市場競爭。

但 OECD 指出：以上的促進市場競爭效果必須以公開交換資訊為前提。如若不然，僅限於生產者間、秘密的資訊交換非但無法促進競爭效率，甚至有可能透過資訊透明化，增強卡特爾監督與懲罰成員秘密降價的能力，不利於市場競爭。此時，判定價格預告是否具反競爭意圖最重要的途徑就是由：判定訊息交換型態是否排除買方參與，僅限賣方間之私下溝通著手。此外 OECD (2012)²¹也指出：訊息公開由於可以促成買方的比價效果，因此在多數情況下，促進競爭的效率將大於限制競爭效果，建議各國競爭機關應對公開的訊息交換行為，採取寬容態度對待。例如：在歐盟紙漿案²²，歐盟執委會雖認定紙漿業者透過漲價預告以交換市場訊息，合意共謀壟斷市場；但此一裁定卻遭歐洲法院（EUCJ）撤銷。EUCJ 判決指出：僅憑價格平行行為與訊息交換，並不能證明紙漿業者有壟斷市場的合意，執法機關尚須利用經濟分析進一步考慮訊息流通的效率意義。EUCJ 進一步指出：由於紙漿業者的預告價格調漲係透過公會與媒體公開交換，並允許買方分享資訊，使得溝通對象同時包括買賣雙方，不但有利於賣方規劃投資與生產計畫，也有助於買方訪價作業與減少搜尋成本。更重要的是，依據買方陳述，該價格預告具有提升交易效率之效果，並且是在買方要求下所進行，可責性較低。因此，EUCJ 乃以效率為由，撤銷執委會判決。

²¹ OECD, *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, DAF/COMP, 17-40 (2012).

²² A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission (Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85) [1993].

但 OECD 仍提醒：並非所有的公開訊息交換都有助於市場競爭，仍有若干例外，特別是後續分析的討論重點：交換未來漲價資訊。

就司法實務而言，歐美競爭法制向來認為：賣方私下訊息交換由於排除買方參與，使買方無法得知市場資訊（特別是價格資訊）、無法減少搜尋成本、無法尋訪最低價格，因而排除了交易效率因素，並將業者交換訊息的誘因導向成為：卡特爾為建立資訊透明化的銷售環境，以偵測與懲罰欺騙行為的壟斷合意。因此，具有較高的可責性²³。例如：在長春藤大學聯盟聯合調漲學費（Ivy League）案²⁴，美國司法部就起訴布朗、哈佛、普林斯頓等 8 所長春藤學校私下交換彼此未來學費調整幅度。原因就是：該活動是由賣方私下秘密進行，買方無從得知，不具促進競爭效果。此外，司法部也發現：除了賣方壟斷市場的意圖外，實在找不出其他有助於提升生產效率的因素，因而起訴該 8 所大學。儘管本案最後以和解收場，但也蘊藏著重要的競爭意義：a.當賣方私下利用價格預告交換彼此漲價訊息，使其得以協調出漲價共識；b.在買方不知情的情況下，賣方可以在毫無顧忌的情況下，隨時提出試探性的漲價計畫，即使該漲價不為其他競爭對手接受，但提出漲價建議的賣方可隨時撤銷提議，所以不致流失客戶。因此，排除買方參與的訊息交換，確實有助於卡特爾內部取得一致的漲價共識，故在競爭法上具有較高的可責性。另，歐盟也以相同理由處分英國曳引機製造商私下交換資訊的限制競爭行為²⁵。該案即使經被告上訴、再上訴，但歐盟普通法院（General Court, GC）與歐洲法院 EUCJ 均維持執委會判決。至於在案情方面，法院一致指出：與 Ivy League 的交換訊息案相比，業者甚至以較 Ivy League 案更為頻繁的次數，定期於公會會面，交換不同產品規格與市場供需等非常詳細的價格與產銷資料，因而具有較高的非難性。最後，依據前述分析，提出分析結果如下：

結果一：事業公開進行訊息交換，並允許買方參與，將有助於業者避免產銷失衡與判斷產業發展趨勢，減少投資風險，具有效率意義。但是，事業私下交換訊息（特別是未來的漲價計畫），則多數反映其壟斷市場的意圖，較不具促進競爭效果。

²³ Kai-Uwe Kühn & Xavier Vives, "Information exchanges among firms and their impact on competition," Institut d'Anàlisi Econòmica (CSIC), Barcelona (1994); 馬泰成、洪德昌，「廠商聯合行為被判違法之因數分析」，*公平交易季刊*，第 9 卷第 2 期，37-76（2001）。

²⁴ 同意判決（consent decree）。參見 U.S. v. Brown University, *et al.*, 1991 WL 536896 (E.D. Pa.)。

²⁵ UK Agricultural Tractor Registration Exchange, OJ 1992 L68/19; upheld on appeal: Fiatagri UK Ltd and New Holland Ford Ltd v. Commission, [1998]。

因此，以間接證據的強度而言，事業私下交換價格訊息之可責性高於公開者。

(2)過去資訊與未來資訊

根據 OECD (2010)²⁶整理：主要工業國家（特別是美國、歐盟），傳統上，多以較嚴格（寬鬆）的規範，管制廠商交換未來（過去）資訊。例如：美國最高法院於審理 *American Column and Lumber Co v. US* 案²⁷中就主張：執法機關應特別留意廠商交換價格與產出的未來資訊。而歐盟所發布之「歐體條約第 101 條適用於水平合作準則」²⁸亦明確指出：交換未來價格訊息是卡特爾促進聯合行為最重要的工具。例如：英國 CMA²⁹在私立學校（independent schools）聯合行為案³⁰中就指出：涉案學校在 a. 事先；b. 秘密地；c. 有規律地，在決定學費前交換彼此是否調漲學費的訊息，並持續多年之久，因而認定渠有壟斷市場的意圖。而此一主張的依據則在於：卡特爾受限於成員間成本結構的差異、市場供需不確定等因素，不可能完全壟斷市場，也不可能對市場價格有百分之百的控制力量。因此，任何介於競爭價格與壟斷價格之間的價格都可能是廠商的定價。特別是在價格變動調漲前，廠商如果不藉由人為的訊息交換以協商未來價格，根本不可能得出漲價與否或是漲價幅度的共識。謹說明如下：

在合法的寡占競爭（沒有壟斷勾結的古諾競爭）下，市場價格調漲僅只意味著市場買賣雙方合意反映成本增加或需求活絡，以解決供需失衡。OECD (2012)就指出：就合法的價格調整模式而言，價格調漲多呈現有跡可尋的途徑：由具有優勢市場地位或是掌握訊息較多的大廠領先發動，再由其他小廠追隨。反之，在一致性行為中，廠商則必須藉由未來價格資訊的交換或是預告漲價，才能操作形成出漲價合意與漲幅共識。Markham (1951)³¹也指出：在一致性行為中，任何一家廠商都可以成為價格領導者，只要領導者事前發布漲價訊息，並為其他廠商預留一段漲價追隨時間，則所有廠商均會跟進漲價，而使價格領導者不限於只有大廠可以擔任。Markham

²⁶ OECD, *supra* note 20, 45; Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust Law: An analysis of Antitrust Principles and their Application*, Vol. XIII. Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S. (1999).

²⁷ *American Column and Lumber Co v. US*, 257 US 377 (1921), at 398-399.

²⁸ EU Guidelines on the Applicability of Article 101 TFEU to Horizontal Co-operation Agreements (OJ 2011, C 11/01), para. 66.

²⁹ 2014 年 4 月 Office of Fair Trading (OFT) 更名為 Competition & Markets Authority (CMA).

³⁰ Decision of the Office of Fair Trading No CA98/05/2006, "Exchange of Information on Future Fees by Certain Independent Fee-paying Schools," 20 November 2006 (Case CE/2890-03).

³¹ Jesse W. Markham, "The Nature and Significance of Price Leadership," *41(5) American Economic Review*, 891-905 (1951).

的理論得到 MacLeod (1985)³²的進一步支持，MacLeod 假設在一個寡占市場中，雖然廠商並不知道彼此的需求、成本與利潤函數，但只要廠商能夠預告未來價格的變化，並能得知對手反應。則在一個傳訊的重複賽局（signaling repeated game）中，所有廠商會採取一個默契性的合作關係，亦即廠商會對競爭對手的價格變化採取相同方向與比例變化的反應。此時，只要相同幅度的價格上漲可使所有廠商利潤增加，則會引發廠商之間一連串的價格上漲，直到有一家廠商因利潤無法增加，不再跟漲為止。此時，均衡價格會介於獨占價格與古諾競爭價格之間。Novshek and Sonnenschein (1982)³³因而指出：廠商以預告漲價方式交換未來價格訊息的動機，在多數情形下，似乎只有默契性聯合才可以解釋。也正由於其主要目的就是要：協調其他同業共同漲價的聯合行為，因而較具可責性。

另一方面，事前公告降價的機制則是為了避免報復的防禦性行為，例如：Genesove and Mullin (2001)³⁴在美國糖業協會案例中發現：如果卡特爾參與成員因市場因素變化，使本身定價高於獨占價格，必須降價方能回復市場均衡時，該廠商會在降價前 15 天，事前公告訊息，藉以獲得緩衝時間，以取得其他業者的諒解。反之，沒有事前預告的降價行為則會被視為是一種意圖掠奪市場的欺騙行為，並將招致其他業者更大幅度的降價報復。

反之，廠商交換過去價格與產出的歷史資料，由於時效性已過，很難影響到廠商未來的經營行為。因此，OECD (2012)³⁵認為只要超過 12 個月之前資訊的交換，就有較低的可責性。但為慎重計，OECD 仍建議各國執法機關最好能以個案認定的方式，綜合考慮案關產業的市場結構與廠商行為方能為斷。最後 OECD 也補充指出：由於目前資訊也會便利卡特爾用於監督會員廠商的欺騙行為，因此在多數情形下應課予與交換未來訊息相同的可責性。

總之，廠商透過事前預告價格上漲機制，形成資訊透明化，即使有助其他廠商甚至是消費者得以預測未來價格趨勢，存有若干效率因素；但因交換未來價格資訊，更能克服領導漲價廠商所面臨的背叛風險，建立起聯合漲價的寡占協調，具有更高

³² W. Bentley MacLeod, "A Theory of Conscious Parallelism," *27(1) European Economic Review*, 25-44 (1985).

³³ William Novshek & Hugo Sonnenschein, "Fulfilled Expectations, Cournot Duopoly with Information Acquisition and Release," *13(1) Bell Journal of Economics*, 214-218 (1982).

³⁴ David Genesove & Wallace P. Mullin, "Rules, Communications, and Collusion: Narrative Evidence from the Sugar Institute Case," *91(3) American Economic Reviews*, 379-398 (2001).

³⁵ OECD, *supra* note 21.

的限制競爭風險。反之，分享過去價格資訊則有助於事業判斷產業發展趨勢與投資觀測，具有效率意義。因此，Bennett and Collins (2010)³⁶曾逐一檢討歐盟的事前交換漲價訊息的卡特爾個案，並發現幾乎所有案件都構成 TFEU 101 條的違法要件。以下，謹以廠商交換過去或未來資訊做為分類，提出分析結果：

結果二：事業進行過去訊息交換，有助於避免產銷失衡與判斷產業發展趨勢，具有效率意義。但是，事業交換未來訊息（特別是預告未來的漲價計畫），則多數反映其壟斷市場的意圖，較不具促進競爭效果。因此，以間接證據的強度而言，事業交換未來與目前價格訊息之可責性高於交換過去的歷史資料。

(3) 產業的整體資訊與個別的廠商資訊

事業提供個別資訊，經過獨立客觀第三者（例如：研究機構、公會、政府）彙整為整體資訊、加以發布，以交換產業整體的產能、產出、技術與未來展望等資訊，將有助於賣方訂定生產與投資計畫、買方訂定採購計畫，具有相當的效率意義。因此，各國競爭法制多對產業的整體訊息交換持寬容態度。例如：在 Cartonboard 案中³⁷，雖然歐盟執委會認定業者利用交換資訊，進行聯合行為，並加以處分。然而歐盟普通法院（GC）卻認為所交換的資料多為整體產業訊息，並不必然有限制市場之虞，因而撤銷執委會裁定。相反的，在英國曳引機製造商訊息交換案³⁸，GC 與 EUCJ 則一致認為：業者交換不同規格產品價格與產量等細部資料，認定有限制市場競爭之虞。另外，美國司法部與 FTC 共同訂定的反托拉斯指導原則（Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors），針對事業交換資訊的細部程度，也持相同看法。因此，比照各國作法提出下列分析結果：

結果三：交換整體產業資訊較諸交換個別廠商訊息，可責性相對較低。

(4) 敏感資訊（價格與產量等）與其他非敏感資訊（例如：技術、配方、R&D）

如第二章所述，卡特爾如欲徹底遏止欺騙行為，保證成員的長期壟斷利益超過短期欺騙利益，以滿足壟斷條件，首要之務就是要促進價格與產量資訊的高度流通。因此，事業交換價格與產量資訊限制競爭的效果自然高於交換其他資訊。例如：美國最高法院在 1921 年的 American Column and Lumber 案³⁹中早已發現事業透過公會，同時交換價格與產量等雙重資訊具有最大的限制競爭效果；僅交換價格（產量）

³⁶ Matthew Bennett & Philip Collins, *supra* note 3, 311-337.

³⁷ Commission Decision, Cartonboard, in [1994] OJ L 243/1.

³⁸ *Supra* note 25.

³⁹ *Supra* note 27.

但不交換產量（價格）居次；至於其他資訊的交換對市場競爭的影響則甚為微小，特別是交換專業化、合理化與規格化有關之生產技術訊息甚至能促進產業發展，並進一步形成聚落效果。基此，提出分析結果如下：

結果四：交換與專業化、合理化與規格化有關之生產技術訊息，較諸交換價格與產出等敏感訊息可責性相對較低。

(5)預告漲價訊息可隨時撤銷與無法隨時撤銷

由於卡特爾成員的市場需求與成本結構各不相同，其所認知之壟斷價格自然有異。然而在一致性行為之合意過程，事業受限於法律規範，無法透過公開討論或當面協商，直接議定出各方滿意的壟斷價格，僅能透過嘗試與錯誤（trial and error）過程，由各當事人逐步向上調漲價格，直到所有人滿意為止。然而此一動態的調漲過程卻又可能形成漲價發動者單方面漲價，但競爭對手卻未跟漲，以致市場流失，造成沒有事業敢發動漲價的困境。因此 OECD (2010)⁴⁰經過對卡特爾的長期觀察後，發現：卡特爾最穩當的價格調漲方式，就是設計一套機制，允許價格上漲的預告不具拘束力，使漲價發動者可以在成本與風險幾乎趨近於零的前提下，隨時提出、修正、撤銷漲價預告，以試探對手反應，才能透過一連串的修正過程，由各當事人逐步向上調漲價格，直到所有成員都能接受的最高價格為止。其中，最典型的案例就是在 ATP 案中⁴¹，涉案的航空公司合意組成卡特爾，利用網路溝通的快捷與便利性，建立了一套電腦報價系統（airline traffic publishing, ATP），該報價系統僅限於卡特爾成員使用，並不對外開放。個別航空公司可在開票（實際交易）前二週，隨時上網預告、更改與撤銷航線價格。由於該等行為係私下交換未來價格訊息，消費者無從知曉，市場也無實際交易。因此，發布訊息者可在不需擔憂客源流失的環境下，藉由公告漲價，期待競爭對手亦能採取相同之漲價行為，即使對手不願接受，也能藉由錯誤探知對手底線。例如：某一航空公司若自認目前價格低於壟斷價格，即可利用 ATP 系統告知對手自己的漲價計畫，並期望能與競爭對手達成漲價共識。即使對手不願響應調漲，也能隨時撤銷漲價預告，不致流失客源，卡特爾因而能夠透過 ATP，創造出一個有利於價格調漲的環境，甚至可以免去言語或文字的溝通，不必冒著違法風險來協調壟斷價格。基於此一限制競爭效果，美國司法部於起訴書中即明確指出：各該當事人的違法行為在於其合意建立的電腦報價系統，允許其得以透過可以隨時

⁴⁰ OECD, *supra* note 20, 40.

⁴¹ United States v. Airline Tariff Publishing, Civil Action No. 92-2854 (D.D.C. filed Dec. 21, 1992).

撤銷、完全不具拘束力的價格調漲機制，形成與直接議定價格相同的壟斷效果。

反之，如果預告價格上漲具有若干拘束力，例如：透過媒體公開預告漲價，以致眾所周知無法隨時撤銷；或是預告價格調漲機制係基於下游客戶集體要求，以做為買方擬定未來採購計畫之用，賣方任意撤銷，恐將承受買方反彈與商譽受損風險時，預告價格即成為具有拘束力的價格承諾。此時，漲價預告勢在必行，無法任意撤銷，即使競爭對手不予支持，但也必須漲價。因此，競爭機關最多只能將該等漲價預告認定是單方面的建議，期待對方能配合自己漲價，並無共謀壟斷市場的合意。例如：在歐盟紙漿案⁴²中，歐洲法院（EUCJ）發現紙漿業者的預告價格幾乎未曾改變或撤銷，以致下游客戶將其報價視為一種可信賴的價格上限。此時，紙漿業的具拘束力、無法撤銷的漲價預告即隱含兩項意義：首先，就競爭意義而言，由於事後的交易價格大多低於其事前所公告之價格，顯示市場仍然存在價格競爭，沒有反競爭效果。其次，就交易效率言，無法撤銷的價格預告可減少許多買賣雙方交易時所面臨的不確定性。例如：只要價格一經預告，就無法更改。即使市場需求突然增加，但賣方事前所預告之價格立即成為具有拘束力的價格上限，因而得以減少買方所面臨的成本波動風險；反之，即使市場需求突然減少，買方亦可依據預告價格做議價標準，要求紙漿業者給予折讓。基於上開兩項考慮，EUCJ 因而認定此種預告價格模式具有相當效率意義，而使聯合合意無法成為預告價格「唯一的合理解釋」。因此，以訊息交換做為間接證據證明合意的證據力強度而言，可撤銷、不具拘束力的價格預告似較不可撤銷、具有拘束力者，更具可責性。最後，綜合上述提出分析結果如下：

結果五：可隨時撤銷之漲價預告或交換訊息，隱含甚高之限制競爭風險；加以多數情形下，該等訊息交換又排除買方於預告範圍之外，無法提升交易效率。因此，與無法撤銷者比較，其可責性相對較高。

2.牌價與實際價格

關於未來價格資訊的交換，馬泰成（2006）⁴³曾建議：競爭機關於處理訊息交換案件時，應留意區分事業所預告之價格究係牌價或是實際交易價格。牌價是賣方所

⁴² *Supra* note 22.

⁴³ 馬泰成，「一致性行為與市場競爭：中油與台塑公告調價資訊之經濟分析」，人文及社會科學集刊，第 18 卷第 4 期，541-564（2006）。

公告之產品最高價格，並以之做為與買方議價折扣的基準，具有廣告與參考性質。而買方則也可藉由牌價資訊，推斷出商品之價格上限，並以之做為議價依據。因此，牌價資訊透明化，可便利雙方價格的協商，減少相當的交易成本，在某種程度上，牌價的公告、預告與交換具有提升交易效率的意義。特別是上游的大宗原物料的同質品市場，例如：石化原料、大宗穀物、紙漿、肉類等市場，買賣雙方必須倚靠透明的牌價資訊，進行詢價、議價與交易。即使是品質略有差異的產品，也可藉由主牌與副牌之分，調整各廠報價，使交易順利進行。因此，牌價的交換並不全然為了壟斷市場，而是存在相當的效率意義。

一般而言，牌價較為固定，變化頻率與幅度也較小。反之，買賣雙方的實際交易價格卻會因應供需變化而隨時調整，無論是變化頻率或變化幅度都大於牌價者。更重要的是，即使所有廠商的牌價完全相同，但廠商針對不同買家卻都有不同的實際交易價格。也就是賣家會針對個別買家不同的進貨數量、付款方式、信用風險與運輸成本，而有不同的折扣標準。因此，即使牌價資訊透明化且各廠牌價相同，但是，個別買家的實際交易價格卻不可能相同，廠商也不可能知道競爭對手的實際售價。因此，牌價訊息的交換不必然會導致實際價格資訊透明化，買賣雙方最多只能根據牌價的調整，判斷大盤走勢。更重要的是，牌價漲跌的訊息預告也並不必然會影響市場競爭，甚至可提高交易效率，便於買賣雙方掌握大盤趨勢，因而具有較低之可責性。例如：在 Ethyl 案中⁴⁴，美國 FTC 認定 Ethyl、DuPont、PPG、Nalco 等 4 家生產含鉛抗爆震添加劑的廠商利用相互交換漲價訊息的方式，聯合調漲產品售價。但本案當事人因不服 FTC 裁決，向巡迴法院提起上訴，巡迴法院於 1984 年以證據不足為由，推翻 FTC 裁決，作出有利 Ethyl 等 4 家廠商的判決。原因即在於：業者所交換的預告價格只是其批售給下游客戶的牌價，但實際價格仍會因客戶進貨數量多寡、信用風險、付款方式、賒借期限而有不同的折扣。因此，雖然四家廠商牌價相同，且 Ethyl 及 DuPont 等主牌產品價格與牌價甚為接近⁴⁵，然而 Nalco 及 PPG 等副牌產品卻仍按牌價給予客戶相當的折扣優惠。法院因而指出：漲價訊息交換尚無法造成全然的價格訊息透明化。更何況實際交易價格為事業的營業秘密，廠商不可能得知競爭對手的實際售價。因此，FTC 所掌握的牌價調整證據，並不足以推斷

⁴⁴ E.I. Du Pont de Nemours & Company v. Federal Trade Commission, Ethyl Corporation v. Federal Trade Commission, 729 F. 2d 128, 1984.

⁴⁵ DuPont、Ethyl、PPG、Nalco 等四家廠商市占率分別為 38.4%、33.5%、16.2%、11.8%。

業者之間有合意協調漲實際價格的壟斷行為。訊息交換充其量僅能促使各廠牌價相同與漲幅相同，但不一定會形成相同的實際售價調整。

總之，就訊息交換做為間接證據的強度而言，由於事業從事牌價交換或單方面預告牌價調整，兩者均具有相當程度的效率意義，且並不必然影響市場競爭，執法機關實難單憑相同之牌價調整，認定合意壟斷市場是當事人交換牌價資訊「唯一的合理解釋」。

反之，卡特爾如欲藉訊息交換促進資訊透明化，以塑造出漲價環境，就必須交換未來實際價格的調漲計畫，而非牌價的調漲計畫。但如前所述，即使在同質品市場且產品牌價相同，但實際價格也會因交易條件不同所反映之折扣多寡，而有不同。更何況在異質品市場，各廠產品特性與規格差異更大，卡特爾不可能精確掌握各廠產品價格並取得漲價共識；或即使勉強協調出一致的壟斷價格，但也無法有效監督欺騙行為。因此，卡特爾為保證聯合行為能夠順利運作，除了必須交換牌價資訊外，還需要採取其他便利機制，促使實際價格資訊透明化，俾便利卡特爾能在齊一的基礎上，比較各廠售價之差異，以監督實際價格並防止欺騙行為。因此，這些便利機制的目的在於：促使實際價格資訊透明、易於比較。依據本研究針對歐美案例的整理分類，大致包括：(1)美國糖業卡特爾案⁴⁶：卡特爾制訂產業內規，要求所有廠商採用齊一的產品包裝、對所有客戶適用相同的付款條件、各廠不得為客戶代墊倉儲費用或給予運費折扣，以促進實際價格資訊透明化；(2)Petroleum Products 案⁴⁷：石油公司除交換牌價資訊並預告牌價調漲計畫外，並公告對不同等級客戶的折扣標準，便利卡特爾能夠藉由牌價推算出各廠的實際價格，使價格資訊完全透明，以便於卡特爾監督、比較各廠價格。(3)GE-Westinghouse 案⁴⁸：奇異與西屋兩家公司的產品（發電機）規格極端複雜，為便於雙方比較對手的產品價格，兩家公司合意製作價格手冊，將不同規格與不同形式的產品列表並比較其價格與功能差異，藉以推算出一致的比較基礎，以建立價格資訊透明化的基礎。(4)Pittsburg Plus 案⁴⁹：美國鋼鐵業採用基礎點定價方式（based-point pricing）計算到貨價格（delivered prices）。所謂的基礎點價格是廠商對客戶的報價為內含運費之價格，但運費則是以某特定基礎點至客戶指定

⁴⁶ Sugar Institute. v. United States., 297 U.S. 533 (1936).

⁴⁷ In Re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation 906 F.2d 432 (9th Cir. 1990). 本案係美國西部各州控訴石油公司事前散布價格漲跌資訊構成一致性行為。

⁴⁸ United States v. GE Co. (1977) 1 Trade Cas. (CCH) 712.

⁴⁹ Federal Trade Commission v. United States Steel Corp., 8 Fed. Trade Com. Dec. 1, 61 (1924).

的交貨地點之間距離，做為計算基礎。但基礎點未必是廠商所在位置或實際發貨地點，而是在相約成俗的某特定地點，例如：美國鋼鐵業的報價通常是以匹茲堡作為基礎點計算價格，即使是位於俄亥俄州的鋼鐵廠提供給位於芝加哥客戶的報價，也必須以匹茲堡做為起運點計算運費。此一機制可使位於不同地點的鋼鐵廠，以相同運費基礎進行報價，有助於實際價格資訊透明化，並防止個別鋼鐵廠私下以吸收運費的方式，降價掠奪同業客戶。此時，一旦所有鋼鐵廠商均以相同的運費基礎報價時，若某家廠商想暗中降價招攬客戶時，將很容易被其他廠商發現。

前開案例的共同點在於：牌價交換本身雖不至於造成價格資訊透明化，甚至某種程度上還能促進交易效率與市場競爭。然而一旦加上其他便利機制，允許廠商能將牌價換算成實際價格，建立起透明的資訊環境，以便利卡特爾能夠在相同的基礎上，比較各廠售價之差異，監督實際價格並防止欺騙行為，就能促進聯合行為的成立。例如：美國最高法院於糖業卡特爾案的判決書中就明確指出：製糖業者交換牌價與漲價計畫之行為本身並不具限制競爭效果，甚至能讓客戶掌握未來價格趨勢，除能便利買方提前購買以減少支出外，也有助於下游產業能夠擬定生產計劃，避免產銷失衡。因此，真正構成違法要件者還是在於：產業內規使原本單純的價格流通機制反而成為壟斷市場意思聯絡的管道。以下，謹針對預告牌價與實際價格之差異為切入點，針對執法機關之執法方向，提出分析結果：

結果：牌價代表賣方所公告之產品價格上限，並做為與買方議價折扣的基準。牌價資訊透明化，可便利雙方價格的協商，減少相當的交易成本。因此，牌價交換具有提升市場效率的意義。反之，事業除公告牌價外，還達成意思合致，建立起便利機制，允許個別事業能夠在相同的基礎上，將競爭對手的牌價換算成實際價格，以策略性地溝通彼此實際價格，進而影響競爭對手的產出行為。由於此等機制係出於人為之壟斷意圖，因此，公告實際價格之可責性高於公告牌價者。

3.科技產品與傳統產品

本研究強調：即使不考慮訊息交換（特別是與專業化、合理化與規格化有關之技術交換）對促進創新的重要性，由於科技產業以產品創新速度做為競爭主軸（簡稱創新競爭），並非傳統產業的價格競爭或數量競爭，致使其產品內容日新月異、規格漸趨複雜，而使聯合行為不易發生於科技產品市場。因此，科技廠商間的訊息交

換應較傳統廠商具有較低可責性。相關推理如下：

傳統產業產品，例如：水泥、砂石、油品等大宗商品，由於產品同質性高、事業間的成本結構與市場需求均大致相同、產品規格整齊劃一，該等因素非但有助於壟斷價格與產量等默契之形成，亦有利於對欺騙行為之監督，聯合行為甚易進行。因此，競爭機關須對傳統產業（特別是同質品產業）事業間訊息交換，賦予較大關注，以免形成水平交易限制。此外，就上下游垂直關係而言，同質品不須廣告促銷，沒有經銷商間彼此搭便車之顧慮，製造商也不需透過 RPM (Resale Price Maintenance) 或其他非價格限制約束經銷商。因此，垂直交易限制與聯合行為不可能並存於傳統產業之內。

反之，科技產業於競爭法所具有之非難特性，主要係在於垂直經銷限制，而非水平之聯合行為。由於科技產品創新速度較快，使得各家產品品質及規格差異較大，很難形成聯合合意，即使勉強成立，卡特爾也很難設計一套通用各廠的換算標準，比較各個品牌與性能不同產品的實際售價，以協議出壟斷價格並監督欺騙行為，使得水平聯合行為很難成立。但另一方面，產品異質化卻使得各廠必須透過廣告或其他促銷活動以行銷商品，而有經銷商間彼此搭便車之行為，因而容易產生類諸獨家代理、獨家交易、RPM 等垂直限制問題。針對科技與傳統產業兩者截然不同之特性，提出分析結果如下：

結果：科技業產品異質性高、規格複雜聯合不易，加以廠商間之資訊分享具有很高的效率意義。因此，與傳統產業比較，科技產業廠商交換訊息的可責性相對較低。

4. 景氣平順與波動

EUCJ 在 *John Deere v. Commission* 案⁵⁰曾發現：在景氣平順與供需狀況穩定時，整體產業與個別廠商的出貨較為穩定，變動量不大。此時，一旦發生整體產出暴增或是市場價格劇跌情勢，卡特爾可以很容易地判定出：產出增加係來自欺騙行為而非供需波動。

反之，當市場供需劇烈變動之際，即使發生產品價格下跌，卡特爾也無法區分產品銷路減少到底是源自需求減少？還是個別廠商暗地增產所致？此時，廠商之間進行訊息交換非但不至於肇致聯合行為，更有利於各廠掌握供需波動訊息，擬定正

⁵⁰ Case T-35/92, *John Deere v. Commission*, [1994] ECR II-957, para. 78.

確的生產與投資計畫，因而具有相當的效率意義。相關分析結果如下：

結果：事業在供需狀況穩定時，交換價格與產出等敏感性訊息，較諸供需劇烈變動時，有較高的可責性。

三、法律分析：敏感資訊交換與聯合行為構成要件

(一) 歐盟競爭法

歐盟條約(TFEU)與競爭法相關之部分，實體法的部分主要在第 101 條與第 102 條，而聯合行為的規範主要在第 101 條。為瞭解在 TFEU 第 101 條的要件下，要如何評價事業或事業團體間交換資訊之行為，首先必須先瞭解第 101 條之內容、要件。

1. TFEU 第 101 條之內容包括三項

- (1) 事業的協議、事業團體決議與協調性行為，足以影響會員國間之交易，且以妨礙、限制或扭曲歐盟境內競爭為目的或造成此效果者，應予禁止。包括下述行為：
 - a. 直接或間接決定價格或其他交易條件；
 - b. 限制或控制生產、市場、技術發展或投資；
 - c. 分配市場或資源供給源；
 - d. 對交易相對人為差別待遇，將其置於競爭上不利益之立場；
 - e. 以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而其性質或商業習慣上均與該契約無所關聯。
- (2) 本條規定所禁止之協議或決議，當然無效。
- (3) 但有下列情形時，第 1 項規定得宣告不適用：事業間協議或某種類型之協議；事業團體決議或某種類型之協議，協調行為或某種類型之協調行為，有助於改善商品之生產或流通、促進技術或經濟進步，同時並確保消費者能享受因此所生之利益，且無
 - a. 對相關事業課以超越達成該行為目所不可欠缺範圍之非必要限制；或
 - b. 使相關事業就成為該行為對象之商品之重要部分排除競爭等情形。

第 1 項與第 3 項間之關係，可歸整如下圖：

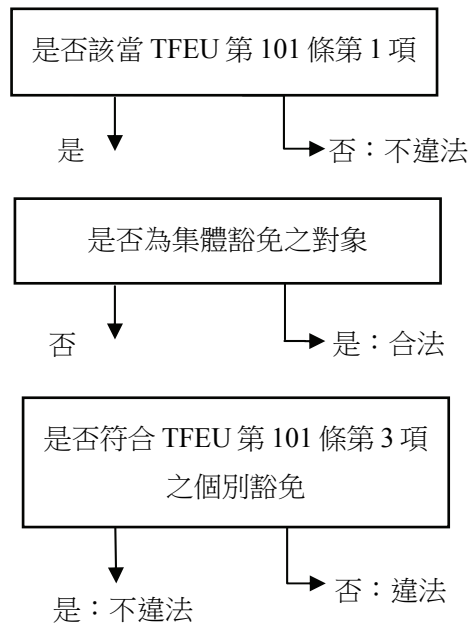


圖 1 TFEU 第 101 條第 1 項與第 3 項關係圖

資料來源：本研究整理

2. TFEU 第 101 條中聯合行為之要件

有關聯合行為之要件，就第 1 項與第 3 項之要件與關聯性進行說明。

(1) 第 1 項

在 TFEU 第 101 條第 1 項之要件中，對於以合意等方式限制、妨礙或扭曲競爭之行為，分為依目的（object）與依效果（effect）所為，可將其分別稱為「目的型限制」與「效果型限制」。屬於目的型限制者（目的侵害），只要能夠證明該合意有限制競爭之目的即足矣；效果型限制者（效果侵害），或許合意本身上尚難判斷有無限制競爭之目的，必須證明該合意有現實或潛在的限制競爭效果，始認定其違反本項。

所謂目的型限制，乃指事業間之共同協議行為本身即可被認定為具限制競爭的可能性。其主要的類型可參考歐盟執委會於 2014 年所公告之「Commission Staff Working Document-Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice」中對於聯合行為中

較為典型的 restriction “by object”的說明（請參考本 Guidance 之中第 2 的“By object” restrictions in agreements between competitors 部分）提及價格協議（Price fixing）、市場分割（Market sharing）、數量限制（Agreements restricting output）、圍標（Bid rigging）、共同交易拒絕（Collective boycott agreements）、資訊交換（Information sharing）以及限制技術交易之當事人進行獨自開發或使用自身技術（Restrictions on carrying out R&D or using own technology）。而其中關於資訊共享的類型中，則提及交換個別事業之將來價格或供給數量（future prices or quantities）可被認定屬於目的型限制。而效果型限制是指難以直接認為以限制競爭為目的之共同行為，須個案判斷其是否具有限制競爭效果。具體而言，所謂有限制競爭效果，必須在相關市場中對於價格、產量、品質、產品創新性等競爭參數至少有其中一樣具體或潛在之不利影響。而判斷是否有限制競爭效果，須依個案在實際的法律規範與經濟狀況的脈絡中，比較有共同協議行為的情況與無該行為的情況，判斷參與事業間以及參與事業與未參與事業間是否有實際上或潛在上限制競爭之效果發生⁵¹。

(2)第 3 項

本項是關於排除適用第 1 項適用之要件規定。歐盟執委會對於符合本條項要件之特定行為之共同行為，根據歐盟執委會理事規則之授權，可以認定其免除適用第 1 項之規定，即所謂之集體豁免（block exemption）。另外，根據 2003 年的審查程序規定⁵²，個別的案件檢視其是否符合本項之要件而有排除適用第 1 項之可能性，已不再需要再向歐盟執委會提出申請取得認可之決定後始得為之，目前歐盟執委會審查時只需檢討爭議之共同行為是否有適用第 3 項之可能性，若符合該項之要件則可以免除第 1 項之適用。

在本項中主要是檢視事業間的共同協議行為是否有產生促進競爭的效果，相較於本條第 1 項僅評估競爭限制的目的或效果，本項則是會衡量限制競爭效果與促進競爭效果兩者間之輕重⁵³。要如何判斷是否可以豁免第 1 項之適用，依據法條之要件主要有四大部分，具體應考量要素與事項還可參考 2004 年所公告之「Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty」。基本上：a.事業間之共同行為必須有助於改進產品的生產或分配，或有助於促進技術或經濟進步，簡言之，可以提高效率。而

⁵¹ 水平指導原則，paras. 27, 29.

⁵² Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ[2003].

⁵³ 水平指導原則，para. 48.

且必須是客觀上所產生的利益需凌駕於限制競爭效果之上，不可以僅是增加參與事業自己的利潤。b.限制行為是為實現前述目標所不可或缺，此時必須檢視是否存在對競爭影響更小的方法。c.消費者必須能夠公平分享的利益，以彌補其受到不可或缺限制所受到的影響。此時所論之消費者不限於最終消費者，包含所有購入相關商品、服務者。d.事業間之共同協議行為不可產生排除參與事業間相關產品之重要部分之競爭，此部分主要是比較有此共同協議行為與無此行為時，兩種情況的限制競爭的程度差異，若對於價格、技術創新、新產品開發會造成阻礙的情況，將很難該當本項⁵⁴。

交換敏感資訊是否該當第 1 項水平聯合行為之合意，即使屬之，又是否符合第 3 項之個別豁免要件，後述之歐盟水平指導原則中提供了具體認定基準與案例。

（二）我國公平法第 14、15 條與 TFEU 第 101 條第 1、3 項之 關聯

我國公平法第 14 條規範聯合行為之定義、第 15 條則為聯合行為之禁止、例外許可及其准駁期限，其內容詳如前言所述，但無特別針對敏感資訊交換訂定處理原則。此與 TFEU 第 101 條相較，公平法第 15 條對聯合行為是採取「原則違法，例外許可」，若事業有第 1 項所列之 8 項理由而有進行聯合行為之必要時，需要向公平會申請並獲得許可後始得為之（申請許可制），不得逕自進行之後，再主張符合第 15 條所列之事由而阻卻違法之認定，我國公平法第 14 條並無如 TFEU 第 101 條第 3 項之個別豁免之規定。第 14 條對於聯合行為之定義，第 1 項除了須「具競爭關係之同一產銷階段之事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為」外，尚須「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」，後者有無可能成為篩除具有促進競爭效果之聯合行為之要件？依上述「原則違法、例外許可」的原則下，若事業自認為基於有益於整體經濟與公共利益之目的，符合第 15 條所列之事由而欲進行聯合行為，通常會採取事前申請許可模式，而非於行為後主張不發生影響市場供需功能或具促進競爭效果。那麼檢視是否影響市場供需功能之要件意義何

⁵⁴ 水平指導原則，para. 49，以及 2004 年的 guideline。

在？一般認為主要目的之一是為了排除效果微小之聯合行為⁵⁵。公平會也因此於 2016 年參考各國實務與學界多能接受的「微小不罰」原則做成「聯合行為不罰之認定基準」之行政解釋⁵⁶，與歐洲委員會 De Minimis 告示相同⁵⁷，該微小不罰基準不適用於惡性卡特爾。公平法對聯合行為之規範模式或許與 TFEU 第 101 條有所不同，但其第 3 項之個別豁免規定下，斟酌是否符合該項要件而豁免適用第 1 項所衡量之要件，亦可供公平會於事業依第 15 條申請聯合行為之許可時，做為衡量准否時之參考。

（三）日本獨占禁止法

1. 聯合行為之要件

獨占禁止法中的「不當之交易限制」⁵⁸即是聯合行為，本法第 3 條規定：「事業不得為不當之交易限制（以下為求用語的一致，亦統稱為『聯合行為』）。其定義係規定於第 2 條第 6 項：「所謂不當之交易限制，乃指事業間不論是藉由契約、協定或其他任何名義，決定、維持或提高價格、或者限制數量、技術、製品、設備或交易相對人等相互拘束或遂行此等事業活動，因而違反公共利益，實質上限制一定交易範圍之競爭」⁵⁹。共同為之、相互拘束或共同遂行是行為要件；而違反公共利益⁶⁰以

⁵⁵ 王立達，「國際卡特爾、競爭法跨國管轄與足以影響市場功能－光碟機圍標案行政法院判決評析」，月旦法學雜誌，第 255 期，205（2016）。

⁵⁶ 公平會公法字第 10515600941 號令：「有關公平交易法第 14 條規定，參與聯合行為之事業，於相關市場之市場占有率總和未達 10%者，推定不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能；但事業之聯合行為係以限制商品或服務之價格、數量、交易對象或交易地區為主要內容者，不在此限」。

⁵⁷ Commission on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

⁵⁸ 「不当な取引制限」，一般亦稱「カルテル (cartel)」。

⁵⁹ 其原文是：「この法律において「不当な取引制限」とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を實質的に制限することをいう。」

⁶⁰ 有關「違反公共利益」的部分：所謂公共利益，在學說上有幾個見解，包括(1)是指自由競爭經濟秩序的維持本身。(2)是指更高層次，包含生產者、消費者之國民經濟整體之利益，或者(3)是指為維護中小企業、消費者等經濟從屬者或弱者之利益，以第(1)說為主要通說。但基本上還是以獨占禁止法之立法意旨、目的為出發討論之。請參考舟田正之，「公共の利益」，經濟法判例・審決百選：別冊ジュリスト，有斐閣，16-17（2010）。

及實質上限制一定交易範圍之競爭則為效果要件⁶¹。雖然並未在條文中提及，但基本上限於水平競爭者間之合意下進行的共同行為，並要求具有限制競爭之效果⁶²。

關於事業間交換資訊行為，獨占禁止法並未有任何規定，但此等行為有可能成立聯合行為之意思聯絡方式，因此在實務上會斟酌其所交換之資訊內容、性質與方式、頻率，以及對事業間之影響，有可能成為推定意思聯絡之間接證據⁶³。畢竟資訊交換行為是一種事業間的交流（communication），若更具體探討該行為之細節，即可判斷其是否有該當毀損市場競爭機能之意思聯絡，也能區別是否為有意識之並行行為（有交流之事實，基本上就非無意思聯絡之平行行為或偶然一致）⁶⁴。

2. 有關事業團體之規範

我國公平法過去在第 2 條第 1 項第 3 款中將同業公會列入本法規範對象「事業」之一，而 2015 年的修法特增訂同條第 2 項「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⁶⁵。」將同業公會別於一般事業，並與其他事業團體另列於第 2 項，只是仍將其「視為」事業而成為公平法規範之行為主體。

相較之下，日本對於事業團體乃另為定義之外，並具體明文規範禁止從事之行為類型，與違法後相關之處分方式。日本獨占禁止法第 2 條第 2 項對「事業團體」定義為：「本法所稱之『事業團體』，乃指以增進事業之共通利益為主要目的之兩個以上之事業之結合體或聯合體，包含下列型態者。但不包含兩個以上事業之結合體或聯合體有資本或者成員事業出資，以營利為目的將商業、工業、金融業或其他事業之經營作為主要目的，且現在仍正經營事業中之情況。(1)兩個以上事業為社員（或相當社員）之社團法人或其他社團。(2)兩個以上事業能夠支配理事或管理人之任免、

⁶¹ 泉水文雄，「不当な取引制限(1)ハードコア・カルテル(1)価格カルテル等」，法学教室，第 420 期，135（2015）；金井貴嗣，「入札談合の不当な取引制限該当性—多摩談合事件最高裁判決の検討」，中央ロー・ジャーナル，第 10 卷第 4 號，4（2014）。

⁶² 有關日本聯合行為之定義等，請參考劉姿汝，「論聯合行為之市場界定與市場效果—兼與日本獨占禁止法之比較」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期，36-38（2017）。

⁶³ 此可參考日本公正取引委員会 競争政策研究センター，前掲註 7；山崎恒、幕田英雄，論点解説—実務独占禁止法，商事法務，48-50（2017）。

⁶⁴ 幕田英雄，公取委実務から考える独占禁止法，商事法務，56-59（2017）。

⁶⁵ 修正理由為：鑒於事業常藉由同業公會為違法行為，故現行條文第 3 款明定同業公會為本法之事業，納入規範。惟倘事業藉由組成同業公會以外之團體為違法行為，因非屬同業公會組織，且該組成團體不符合現行條文第 4 款「提供商品或服務從事交易」之要件，將造成無法歸責之法律漏洞，爰明定依法設立及促進成員利益之團體，視為本法之事業，並將現行條文第 3 款移至第 2 項合併規範。

業務之執行或其存立之財團法人或其他財團。(3)兩個以上事業為組合員之組合或根據契約兩個以上事業之結合體」。第 8 條至第 8 條之 3 規定則是規定禁止事業團體從事之行為（第 8 條）⁶⁶，違法時排除措施之適用（第 8 條之 2），以及對成員事業之課徵金以及課徵金減免之適用（第 8 條第 3 項）。

為何要特別將事業團體另作定義以及相關規範，其中兩個重要的考量點是：(1) 事業團體雖多是由具競爭關係之事業為成員所組成，但團體本身並不從事營業。(2) 事業團體之成員多是從事相同或類似事業活動之事業，透過團體來交換資訊或共享資訊是為常見。從正面角度觀之，事業間彼此交換分享產業現狀、社會經濟狀況等資訊，有助於事業對重要資訊之取得，透過討論還能有更深度的理解，有助產業提升與個別事業之競爭力成長；但相反地，亦可能藉此進行限制競爭與不公平競爭之行為。例如醫師會案⁶⁷中，法院認為香川縣觀音寺市與三豐郡地區所組成之醫師會，對於會員在醫療機關的開設與診療科目等之限制行為屬於違法行為（獨占禁止法第 8 條），但是若是為了調整區域內病床的不適當落差或者醫師希望能標榜自己專業的診療科目等觀點，彼此互相交換資訊或者不具壓力或強制力之建言、指導、意見發表等行為應是可被允許的⁶⁸。

（四）資訊交換之認定：以歐盟與日本相關指導原則為參考

該如何評價具競爭關係之事業間交換資訊的行為，以下以歐盟的「水平指導原則」與日本公平會所公告的「事業團體之事業活動指導原則」，進行說明與分析。

1. 歐盟水平指導原則

歐盟對於水平聯合行為之相關 guideline，從最早期 1968 年（Notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises）公告開始，到 2001 年制定了水平協議處理原則（Guidelines on the

⁶⁶ 獨占禁止法第 8 條禁止事業團體從事之行為有五：(1)實質上限制特定交易範圍（相關市場）競爭之行為。(2)本法第 6 條所規定之國際協定或國際契約。(3)限制一定之事業領域中現在或未來之事業數量。(4)不當限制成員事業（指事業團體中構成員之事業）之作用或活動。(5)使事業從事該當不公平交易方法之行為。

⁶⁷ 東京高等法院平成 13 年 2 月 16 日判決。

⁶⁸ 村田淑子，「医師会による医療機関の開設・診療科目等の制限(観音寺三豊郡医師会事件)」，経済法判決・審決百選（第二版），有斐閣，76-77（2017）。

application of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal cooperation)，而 2011 年的修訂版將 2001 年版中的各種共同行為的違法類型作更細緻的論述外，更新增了資訊交換（information exchange）⁶⁹的章節（本文以下所論述者，皆以 2011 年版為主）。水平協議指導原則在第二章交換資訊的部分，分為四個大題：包括定義與範圍，對 TFEU 第 101 條第 1 項之評析，對 TFEU 第 101 條第 3 項之評析以及案例，可謂是目前對於資訊交換對聯合行為之關聯性與評價提供最具體評論與基準的官方指導原則，非常具有參考價值。基本上，事業間之資訊交換行為，可分為：(1)事業間本來就以共享特定資訊為目的而為之，以及(2)是為了其他協議行為，而以資訊交換為手段⁷⁰，後者有機會成為構成聯合行為之手段。

因為資訊交換有限制競爭的可能性，亦有促進競爭的正面目的與效果的可能性，因此具水平競爭關係之事業間交換資訊之行為在 TFEU 第 101 條之下，就要檢視其是否有可能符合第 3 項之要件而排除第 1 項之適用。如何評斷資訊交換行為之促進競爭與限制競爭之效果：首先，(1)所謂有促進競爭效果的資訊交換，乃指若對於市場中之事業而言可以降低蒐集市場狀況相關資訊之費用，而消費者等需求者亦能共享之，則可以解決資訊不對稱的問題，資訊共享可以幫助企業節約成本、減少庫存，也可加快對消費者遞送易腐產品的速度，或者應對不穩定的需求等。進而透過資訊交換可通過降低搜索成本和改善選擇，而直接使消費者受益⁷¹。(2)而所謂限制競爭效果之資訊交換，主要是指具競爭關係之事業間共享價格、產量等具戰略性的重要資訊，將會降低事業各自獨立決定事業活動之意思決定之基礎，加強彼此間之依賴性。資訊交換的競爭性結果取決於所發生市場的特徵（如集中性、透明性、穩定性、對稱性、複雜性等）以及資訊的類型，可能會改變相關市場環境趨向協調（coordination）。再者，若資訊交換本身是以決定價格、產量等作為目的的情況，此一行為則可能構成目的型限制。尤其是當資訊交換成為監督參與者是否遵守協議內容，作為確保聯合行為實效性的手段時，該資訊交換行為將被評價為聯合行為的一部分⁷²。本指導原則具體地將資訊交換行為類型化並舉例說明之⁷³，透過這些基準，

⁶⁹ 在水平指導原則第二章「General Principles on the Competitive Assessment of Information Exchange」。

⁷⁰ 水平指導原則，para. 56.

⁷¹ 水平指導原則，para. 57.

⁷² 水平指導原則，paras. 58, 59.

⁷³ 水平指導原則，paras. 86-94.

可具體地瞭解哪一些屬於敏感資訊，哪一些資訊屬於較不可能具限制競爭的目的或效果。

(1)是否為戰略性資訊

所謂戰略性資訊，具體可包括價格（例如：實際價格、折扣、增加、減少或回扣），顧客名單、生產成本、數量、營業額、能力、品質、行銷計劃、風險、投資、技術和研發相關的計畫與成果等。其中，與價格和數量相關的資訊是最具戰略性的，其次是關於成本和需求的資訊。競爭者間交換戰略性資訊，因可透過降低競爭的誘因來減少成員的決策獨立性，會產生限制競爭的影響，有違反 TFEU 第 101 條第 1 項的可能性。

(2)參與資訊交換之事業之市場覆蓋率是否夠大

參與交換的事業必須有相當大的市占率（占相關市場相當大的部分），否則，不參與資訊交換的競爭對手可能會抑制所涉事業的任何反競爭行為。例如，未參與資訊交換行動的事業定價低於協調價格的水平，可能會威脅到共謀結果的外部穩定。構成「市場相當大的一部分」（a sufficiently large part of the market）不應抽象定義，而是取決於每一案件的具體事實和有關資訊交換的類型。

(3)整合性或者個別性資訊

交換真正整合性資訊，與交換個別公司層級資訊相比，不太可能導致限制競爭效果。由貿易組織或者市場情報公司蒐集和出版的整合性市場資訊（如銷售數據、能力數據或投入和成分成本數據等）可能會使供應商和顧客受益，使他們能夠更清楚地瞭解某區塊之經濟狀況。這樣的資料蒐集和出版可能使市場成員做出更明智的個別選擇，以便有效適應市場條件。相反地，個別性資訊的交換有助對市場和懲罰策略的共識，允許參與協議的事業挑選出偏差者或進入者。然而，即使整合性資訊的交換，也不能排除可能有助於具有特定特徵的市場產生共謀結果的可能性。也就是說，一個非常牢固和穩定的寡占市場，交換整合性資料的成員可以自動地確認有人偏離了共謀結果，並採取全市場性的報復措施。

(4)資訊的新舊

歷史性資料的交換不太可能導致共謀結果，因其不太可能表述競爭對手的未來行為或提供在市場上的共識，也不太可能有助於監測偏差，因為數據越舊，要作為及時檢測偏差並迅速報復的威脅，就越沒有效果。而判斷資料是否具歷史性的基準，還取決於資料的性質、整合、交換頻率和相關市場的特徵（例如其穩定性和透明度）。

(5)資訊交換的頻率

資訊的頻繁交換有助於更瞭解市場和監測偏差，因而增加了共謀結果的風險。相較於穩定的市場相比，在較不穩定的市場中，可能需要更頻繁的資訊交換來促進共謀結果。在有長期契約的市場（表示價格重新談判並不頻繁），較不頻繁的資訊交換通常也足以實現共謀結果。相較之下，不頻繁的資訊交換往往不足以實現屬短期契約型市場所需要頻繁重新議價的共謀成果。資料的交換達到足以促進共謀成果的頻率，須取決於資料的性質、新舊和整合性。

(6)交換的是公共或者非公開的資訊

一般來說，交流真正公開的資訊是不太可能構成違反 TFEU 第 101 條。所謂真正的公開資訊是指對所有競爭者和顧客通常可平等接觸的資訊（在訪問成本方面）。真正公開的資訊，對於與交換系統無關的顧客和事業獲得這些資訊應該不會更昂貴。即使是公開提供的資料（例如：監管機構公布的資訊），競爭者間若存在著交換附加訊息，若其進一步降低市場的戰略不確定性，則可能產生限制競爭效果。在這種情況下，這些增加的資訊即可能是破壞市場平衡達到共謀結果的關鍵。

(7)公共或者非公開地交換資訊

相較於前一個基準討論所交換的是否屬公開的資訊，本項目主要著眼於交換資訊的方式是否公開。如果能使所有競爭對手和顧客能夠平等地接近交換的資料（就進入成本而言），則資訊交換是真正地公開。若公開交換資訊可能會降低市場上共謀結果的可能性，使得非參與協調的公司，潛在競爭對手以及顧客可能抑制對競爭潛在限制競爭的影響。但是，不能完全排除這種可能性，即使真正公開的資訊交換也可能促成市場上共謀的結果。

以上七點就判斷事業間交換的資訊是否足以產生限制競爭效果的判斷，提供了相當具體的基準。但也可從其說明中得知，這些並非絕對性的基準，尚須考量個案之產業特性、進行交換之事業之其他附隨行為等進行判斷。

2.日本公平會公告之事業團體相關指導原則

日本公平會對於水平聯合行為，並未如上述歐盟訂有相關認定基準之處理原則，具體提及資訊交換議題的即是下列介紹之事業團體相關處理原則。雖然是針對事業團體所制定之處理原則，但其所提及之資訊交換活動或內容與聯合行為成立之認定，亦適用於判斷一般具水平競爭關係事業間之交換敏感資訊行為。

不論在臺灣或日本，事業間常透過同業公會交流產業的相關資訊。不可否認，有些資訊是有利於產業的發展而有其必要性，卻也有藉此促成聯合行為的可能性。因此，許多業者無法自行判斷哪一些資訊的交換是可受允許，哪一些又可能構成聯合行為之意思聯絡，成為事業或同業公會所關心的議題。面對事業開始關心如何使自己不違反公平法，或者進行國際貿易者還關心其他國家或組織之競爭法規範，甚至已開始自定競爭法遵法規章（compliance），日本公平會制定了「企業關於反托拉斯之遵法行為守則」與「公平會對於企業訂定反托拉斯遵法規章之處理原則」。在「企業關於反托拉斯之遵法行為守則」中「三、聯合行為」的部分，即是說明了交換敏感資訊的問題⁷⁴，其舉出之原則與上述之歐盟「水平協議指導原則」之原則非常近似。

日本公平會所制定之相關指導原則中較具體提到此一議題的是「有關事業團體活動之獨占禁止法上指導原則（事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針）」。⁷⁵本指導原則的制定起源於獨占禁止法制定之目的除了事業，同時對於屬事業結合體之事業團體亦須禁止其有限制競爭或阻礙競爭之行為，當發生此等行為時必須排除之，藉此促進公平且自由之競爭。而本指導原則是針對事業團體在何種活動下有可能成為獨占禁止法上的問題，透過具體舉例說明，期待可以達到防止事業團體之違反獨占禁止法行為⁷⁵。

本指導原則共對 12 種與獨占禁止法有關事業團體的實際事業活動提出說明與舉例，其中第 9 種事業活動即是資訊活動⁷⁶（資訊的日文稱為「情報」）。在第 9 種的資

⁷⁴ (1)與競爭者接觸或訂定任何約定前，或參與同業公會會議前，應要求主辦者提供議程，並先諮詢反托拉斯法專業人員對該行為是否有違法疑慮之評估意見。(2)當競爭者有意討論與競爭有關之敏感資訊（如價格、數量、產能利用率、交易對象等）時，應立即拒絕並離開，並立即向上司或遵法部門人員報告。(3)對於產業間流通之書信、電子郵件及電話簡訊等內容應保持高度警覺性，並應以書面記錄與競爭者間的會議、電話、或會面之時間、地點、內容以及明確答復不能談論敏感資訊之立場。(4)對於競爭者價格資訊取得來源應僅限於取自公開訊息平台，或是公會彙整之過去總體資料。(5)應留意產業分析師或市場調查機構所詢問題，如所回復內容與公司未來定價有關，亦有可能會被認為構成違法協議。(6)應避免與同為競爭者之朋友討論業務相關內容，並應避免以個人郵件或電話進行業務上之聯絡。(7)不要以電子郵件、電話、簡訊、會議、或在同業公會開會等社交場合與競爭者討論和競爭有關之敏感資訊，例如價格（包括過去、現在與未來）或可能影響價格之資訊、交易條件、產量、庫存量、交易對象、交易條件、營業策略、市占率分配等議題。(8)不要以公告或發布新聞之方式，也不要藉同業公會之名召開會議，讓競爭對手配合自身一起調整價格、產能，製造競爭者討論競爭敏感資訊之機會。

⁷⁵ 「事業者団体の活動に関する独占禁止法指針」，はじめに。

⁷⁶ 「事業者団体の活動に関する独占禁止法指針」第 2 事業者団体の實際の活動と独占禁止法，共列 12 種事業活動：(1)價格限制行為。(2)數量限制行為。(3)顧客、銷路等限制行為。(4)設備或技術的限制行為。(5)參進限制行為。(6)不公平交易行為。(7)有關種類、品質、規格等行為。(8)

訊活動中首先在第(1)點中提及資訊活動的多樣性與正面作用。因為事業團體對於該產業相關之產品知識、技術動向、經營知識、市場環境、產業活動實際成果、立法與行政之動向、社會經濟情勢等相關客觀的資訊進行蒐集，並提供給團體的成員、相關產業及消費者，此等活動是為了能夠確切把握社會對於該產業公共性的需求與期待並因應之，並提升消費者的便利性、以及可以掌握並介紹該產業之現狀等種種目的。這些資訊活動很多並無違反獨占禁止法之問題。然而另一方面，在第(2)點中指出具競爭關係之事業們透過事業團體的資訊交換與流通，就可能讓相互間對於與現在或將來的事業活動相關之價格等重要競爭發生預測的效果。對此，本指導原則提出會構成違反獨占禁止法的類型，並舉出實際上構成違法的具體案例，再另外舉出原則上不違法的資訊交流。基本上，若透過這樣資訊的交流或交換活動，成員的事業間對於有關限制競爭達成默契的瞭解或者形成共同的意思，這樣的資訊活動就成為限制競爭行為之手段、方法，原則上應構成違法。

(五) 案例討論

1. 交換模式：香蕉案⁷⁷

本案源於有幾家進口及販賣香蕉之事業，包括 Dole (有 Dole Food company, Dole Fresh Fruit Europe, Dole)、Chiquita Brands International Inc.(Chiquita)、Fresh Del Monte Produce, Inc. (Del Monte)，而 Del Monte 另透過持股對 International Fruchtimport Gesellschaft Weichert & Co.KG (I-W)有影響支配力。這幾家公司在奧地利、比利時、德國、盧森堡等北歐各國，每週透過定期船班將香蕉運送至歐洲港口進行交易，市占率約 40%以上。

這些事業在每週四會先對顧客提示估價 (quotation price)，然後再與需求者間對價格進行交涉，或者與需求者間所簽訂之契約中的價格計算，再決定實際價格 (actual price)。在此種交易價格決定模式下，Dole 和 I-W 之間以及 Dole 與 Chiquita 之間都各自在公告估價前進行商談等行動，進行交換自家的估價資訊，且此等行為是非常頻繁 (幾乎每週)，雖然 I-W 與 Chiquita 之間並無聚會，但 Chiquita 會透過 Dole 來瞭

有關營業的種類、內容、方法等。(9)資訊活動。(10)經營指導。(11)共同事業。(12)公的規範、行政等關聯行為。

⁷⁷ Case-286/13P.

解 I-W 與 Del Monte 的相關資訊，但 I-W 則表示對於 Dole 與 Chiquita 間的經常性的會晤與資訊交換等無所知悉。所以歐洲委員會認為 Dole 與 Chiquita 之間的行為屬於單一且繼續性之違反行為，構成 EC 條約第 81 條（現行之 TFEU 第 101 條）以限制競爭為目的之行為，I-W 因與 Dole 間之行為也應該負部分責任（因為 I-W 對 Dole 與 Chiquita 間之行為並無知悉，也無從 Dole 處得知 Chiquita 之相關資訊）。而最後歐洲司法法院（Court of Justice of the European Union）亦認同此等事業間之資訊交換是以限制競爭為目的之違法行為⁷⁸。

歐洲司法法院的幾個核心思考很值得注意。首先是認為事業間之調整行為若對於市場競爭有相當程度之侵害時，就無需再細究該行為之效果。再者，事業間之調整行為對於相關市場之競爭明顯有所侵害時，要判斷該行為是否該當 EC 條約第 81 條第 1 項之以限制競爭為目的，除了必須檢視行為之目的以及經濟與法律上之情況，也必須考量行為事業之意圖。最重要的是，強調歐洲市場境內的經濟主體所採取之行動應該獨立決定之（強調獨立性），但此並非否定事業對於競爭者之行為有合理的對應跟反應，只是若透過事業間彼此直接或間接之接觸，而對市場上現存或潛在競爭者之行動產生影響，這樣的接觸行為應不被允許。針對競爭者間之資訊交換行為則指出，若減少或除去市場動向之不確定性，其結果造成事業間的競爭被限制的情況，乃違反競爭法。在本案，看似已公開的價格與顧客交易，但實際上競爭者間卻在公開價格前進行價格商談，而且未直接參與商談者也藉由參與者得知商談結果，所以仍構成違反 TFEU 第 101 條第 1 項之行為。

2. 交換次數：T-Mobile 案⁷⁹

發生於荷蘭國內的 T-Mobile 案，是 T-Mobile 公司等五家經營移動通訊網的事業，在 2001 年當時合計共占相關市場約近 100% 市占率，彼此之間透過一次性的集會交換資訊之案件。

此五家事業的人員於 2001 年 6 月 13 日會面，討論以同年 9 月 1 日為始期的事後支付契約中對於販售業者在基準報酬額是否減額的部分進行討論⁸⁰。對本案僅一次

⁷⁸ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law-An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5th ed., Hart Publishing, 175 (2016).

⁷⁹ Case C-8/08.

⁸⁰ Ariel Ezrachi, *supra* note 78.

的會議與討論，歐洲司法法院認為，判斷協調行為與是否有反競爭目的，在資訊交換的部分，還是強調在歐洲市場的各經濟主體必須獨立決定自己的行動方針（獨立性），但並非要剝奪其面對競爭者之行動或預期之行動能夠正確應對的權利。這個觀點，前述香蕉案中法院亦是表達相同見解。並特別指出在高度寡占市場（本件參與聯合行為者之市占率總和近 100%），透過資訊交換認識自己的市場地位以及競爭者之戰略，很可能讓競爭者間之競爭受到某程度的限制。因此，若事業間之資訊交換會降低或除去事業活動之不確定性，而限制事業間之競爭時，應違法而被禁止之。至於僅一次的會議該如何評價，本案之參與事業主張應該是定期會議並互相瞭解交換機密的資訊，才能推定參與的事業是基於此協調行動來決定自己的行動。對此主張，法院認為並不是次數的問題，不論是一次或數次，只要參加者據此決定自己的市場行動，為透過相互協力來取代競爭的風險而與競爭者交換資訊，即使是一次的會議，也可認定該會議的協調行為與各事業之市場活動有因果關係。這是對資訊交換行為可認定為聯合行為之手段並具有限制競爭的目的，有相當重要的意義。當交換資訊行為的限制競爭目的（效果亦是）明顯，交換的次數並不重要。

3.作為間接證據：塑膠案⁸¹

有 7 家製造塑膠（polypropylene, PP）製造販售業者在 2000 年 3 月 6 日舉行部長會，進行有關 PP 商品之販售價格調漲之討論（1Kg 調漲 10 円為基準）。被日本公平會認定該當聯合行為，命其排除該行為並以及支付課徵金⁸²。雖然上述之日期、事業間之會議及具體之討論內容都相當明確，可謂是直接證據，但日本公平會並非僅以此來認定事業間成立聯合行為，還另蒐集相關間接證據，包括透過行政搜查扣留之文書以及關係者之供述，再加上證實 2000 年 3 月 6 日之前亦曾有多次營業部長級人員進行集會交換販售價格等資訊、業者之間也有零星互訪瞭解各方對漲價之意向等行為之間接事實⁸³。這些間接證據與間接事實成為補充主要事實（要件事實）之重要角色，當然該日的會談後事業們在 3 月 17 日起陸續漲價之反應亦是重要事實。此外，

⁸¹ 日本ポリプロ案，公取委平成 19 年 6 月 19 日審判審決，審決集 54 卷，78。

⁸² 鈴木孝之，「課徵金算定にかかる『実行時間』」，經濟法判例・審決百選：別冊ジュリスト，有斐閣，214（2010）。

⁸³ 日本公正取引委員會 競争政策研究センター，前掲註 7，附錄 1。

在 PVC (polyvinyl chloride) 樹脂用改質劑業者聯合行為案⁸⁴中，三家生產 PVC 樹脂用改質劑 (塩化ビニル向けモディファイヤー) 在 1999 及 2000 年對相關產品進行兩次漲價合意，但本案不似前案有直接證據，是透過間接證據來推認合意之存在而成立聯合行為。日本公平會亦是透過行政搜查扣留之文書、筆記、電子郵件，關係人的供述等，間接事實則是蒐證到 1999 年間，三家事業有營業課長級人員多次會晤及商談的事證，包括見面次數與商談交換之內容 (價格等)。以及事後產品在相近期間內，進行幅度相近的調漲。

由此兩個案例可以看出，在無法充分取得直接證據的情況下，日本公平會透過行政搜查等方式，都找到事業間具體聯繫的行為以及彼此互相交流之資訊或內容。

四、整合分析

(一) Bennett and Collins (2010)⁸⁵ 針對目的或效果侵害整合分析

1. 何種類型資訊分享應歸類為目的侵害

競爭者間分享未經整理之秘密未來意圖資訊，特別是有潛在促進競爭者間達成勾結協議者，應被歸類為目的侵害。這些情形在案例法及判決實務上都有很清楚之說明，涉有侵害 TFEU 第 101 條之虞。例如，蘇格蘭皇家銀行 (The Royal Bank of Scotland, RBS) 定期向巴克萊 (Barclays) 銀行揭露定價資訊案⁸⁶，該案雖涉及單方揭露未來定價意圖，但此一定價資訊在實務上很少被競爭者所知悉，因此將不利於競爭環境之維護，就如同目的侵害一樣。另一值得注意的是，資訊分享會侵害競爭甚至在競爭者之間未直接產生交換也會產生。CMA 曾調查幾個被稱為軸輻網路效果 (hub-and-spoke) 的案例，這些案例都是透過第三方安排商業敏感資訊交換 (一個零售商經由供應商與其他零售商交換資訊)。以下是英國上訴法院針對 Hasbro 案與 Replica Kit 案的判決⁸⁷，說明零售商 A 將預定的漲價計畫提供給供應商，並確信供應

⁸⁴ 日本公平會平成 21 年 11 月 9 日審決，東京高等法院平成 22 年 12 月 10 日判決，最高法院平成 23 年 9 月 30 日判決。

⁸⁵ Matthew Bennett & Philip Collins, *supra* note 3, 331-337.

⁸⁶ CMA (原 OFT) press release 34/10, "RBS agree to pay 28.5 million penalty for disclosing pricing information to competitor," 30 March 2010.

⁸⁷ Case CP/0480-01 Agreements between Hasbro UK Ltd., Argos Ltd and Littlewoods Ltd Fixing the Price of Hasbro Toys and Games; Case CP/0871/01 Price of Replica Football Kit (2003).

商（具公信力的第三者）會將漲價訊息傳達給零售商 B，且確信零售商 B 在決定價格時受其漲價計劃影響。而且事實上，漲價計畫經過供應商的認證與傳達下，也的確促成零售商 B 跟漲。這個案例的條件，為競爭者之間所交換之資訊經由中間人傳遞，而產生影響市場或反競爭行為。另外，CMA 所調查的私立學校間交換未來收費資訊案、美國 FTC 所調查的 ATP 案⁸⁸，也都是因揭露未來定價意圖資訊，而涉有反競爭之虞。

前揭情形，案例法與經濟理論是否一致？一般認為，若是頻繁的交換未來未經整理之個別廠商定價資訊，應被歸類為目的侵害，甚至這種交換是經由第三方傳遞，仍被視為目的侵害。從經濟學的觀點，這種分類似乎合情合理，而在某些條件下，能從個別廠商揭露未來定價資訊得利，例如能幫助廠商達到較好的銷售預測，但這些資訊若被用為廠商間之合作，對消費者有潛在的傷害也應被考慮。進一步言之，經由揭露較少傷害的資訊也能達到前述利益，例如跨產業經整理之預測而非個別廠商預測。這種情形，需採取個案（case by case）分析，但很少發現分享未來定價意圖資訊能與 TFEU 第 101 條相容。基於此一理由，對於分享未來意圖資訊（包括數量、產出、銷售等），被歸類為目的侵害似乎合情合理。當然，被歸類為目的侵害之行為不等同當然違法，任何協議、契約或其他合意若能符合 TFEU 第 101 條第 3 項的規定均可豁免落入聯合行為之規範。

2.何種資訊分享不會落入 TFEU 第 101 條，縱使落入也會以效果侵害處理

若分享業經整理的過去資訊，一般而言，不會落入 TFEU 第 101 條，若落入也會以「效果」基礎作為評估，這也符合經濟學的觀點。產業階段經整理的資訊不可能被用來合作，因為它很難達到焦點（focal point）或用來監督競爭者，同時廠商也無法從這些資訊瞭解他們的競爭者在做什麼？這些資訊有很顯著的歷史特性⁸⁹，不可能作為現在或未來的合作基礎，因為歷史資訊不可能提供廠商未來想做什麼的暗示，於是無法協助參與者達到焦點。進一步言之，歷史資訊也無法有效的監督默示性協議。

⁸⁸ 前揭註 30 及 41。

⁸⁹ 所謂「歷史」，其資格將依賴市場特性和該階段的競爭互動而定。例如，市場投標過程被授予合約，許多將依賴合約期間型態和合約授予過程的頻率。假如：投標過程每 2 年 1 次，2 年前的資訊可能被使用；假如投標過程每週進行，1 年前的資訊不可能促進廠商在無特殊條件下合作。相同的，分享公開商業或非商業敏感資訊不可能違背競爭法。

另外，資訊分享的安全港（safe harbor）是否類似水平指導原則內其他安全港一樣，不會傷害競爭，現有水平指導原則並無提供如此信息。然而，安全港就資訊分享而言，可以給予格外的法律安定性，不會提升競爭事件，同時安全港類型之侵害所送來的是，不同於目的侵害之信號。因此，我們支持把安全港界定為效果基礎侵害範圍。而資訊分享安全港的實務作為如何？過去有許多討論。若資訊分享只有涵蓋市場小部分範圍，對競爭將不可能產生傷害，因此，資訊分享涵蓋範圍將可以作為安全港的門檻基礎。再觀水平指導原則內其他安全港的現有標準，20%是一個可被考慮的合理始點，同時任何安全港也跟垂直指導原則（vertical guideline）一樣，都必須遭受累積覆蓋率（cumulative coverage）檢定，藉以阻止透過網路資訊分享而使得資訊涵蓋全部市場，在此一背景下，30%可被視為累積檢定的合理始點⁹⁰。

我們的目標是要創造一個安定的法律環境和允許小廠商分享促進競爭資訊，但是安全港可能創造一個預料外的結果。例如，門檻提供廠商拒絕跟小競爭者分享重要資訊的正當理由，如此可能會限制小廠商的競爭力。另外，在小範圍終端市場替廠商創造一個安全港，似乎暗示超過門檻的資訊分享都是不安全的，即使不會創造焦點和勾結風險，也將導致廠商意識到任何不在安全港內的事情都是有傷害的，甚至如同經整理之銷售和價格趨勢等有利的歷史資訊交換，都無法在效果基礎下評價。

3. 闡釋目的或效果侵害

透過秘密管道分享個別廠商未來定價或數量意圖資訊將有傷害競爭之虞，這些被分類為目的侵害尚無爭議；相對的，透過公開管道分享經整理之過去成本（非策略性）資訊，對競爭將無傷害之虞，被分類為效果侵害也無爭議。最難歸類的資訊分享係介於二者間者，這一部分，水平指導原則曾作如下說明：競爭者間個別廠商關於未來定價意圖或數量……應該被認為對競爭的限制，而落入 TFEU 第 101 條第 1 項的範圍，同時也暗示關係到未來行為意圖的現有資訊交換行為也能直接作為欲達到未來定價或數量的推論。所以，水平指導原則認為，區隔目的或效果侵害應該轉換為資訊是否關係到未來定價或數量意圖（不論該資訊是現在或未來），這樣的區隔產生二個有趣的議題：

⁹⁰ Matthew Bennett & Philip Collins, *supra* note 3, 331-332.

(1)很難精確定義什麼是「關係到未來意圖的現有資訊」

若對於競爭者或第三方所有提供現有定價資訊都被視為目的侵害，將造成消費者權益的諸多減損。例如，透過價格比較網站提供經由第三方蒐集或競爭者直接提供的現有整理後之價格資料，對消費者購買決策，能產生諸多顯著利益，這也說明了利用目的侵害而非效果侵害處理限制，將有剝奪消費者權益風險之虞。然而，以效果侵害來處理所有現有資訊公開也只能產生部分合適遏制力（suboptimal deterrence）。在許多案例中，策略性現有資訊（例如：價格、數量）散播類似於未來資訊的揭露。例如：當價格微成本高頻率的改變，現有價格資訊將擔任傳遞未來意圖信號的角色；另外，現有資訊比未來資訊對於監督協議可能更有效果。以上二者，仍然不能排除分享現有資料所產生的消費者傷害。

(2)未完全釐清是否以公開管道分享未來定價意圖將被歸類為目的侵害

水平指導原則認為，透過公開管道揭露未來定價意圖將被視為目的侵害。然而，這段話有一個前提（prefix）：「競爭者間之資訊交換」，此暗示單方透過公開管道揭露未來定價資訊不會被視為目的侵害。這個問題非常重要，因為透過公開管道揭露未來定價資訊將使消費者得到更廣泛的顯著利益。例如：電子產品廠商規律的宣布新產品的未來價格、零售商宣布即將銷售之產品價格。這些事件之處理若都被視為目的侵害而非效果侵害，將會產生所有類型的價格揭露都有侵害消費者利益之風險。

有一種方法可以說明前揭事件，藉以解析目的或效果侵害，即資訊的提供是否透過秘密或公開管道（對任何人都能無成本的自由取得）為基礎。在這種方法下，當個別廠商利用秘密管道分享現在或未來意圖資訊，將被視為目的侵害；相反的，若個別廠商利用公開管道分享現在或未來意圖資訊，將被視為效果侵害。此一方法，有利於替目的或效果侵害間提供一個明白的界線，以減少法律的不確定性，同時也有經濟性理由來支持為何如此區隔？包括：

- a. 透過公開管道揭露現有定價意圖可以幫助消費者跨產品比較，增加競爭強度。同時利用公開管道揭露資訊，其特性可以確定價格比較網站不會被以目的侵害來調查，而係以效果侵害。藉由公開管道揭露未來意圖將可在價格改變前告知消費者，如此可協助消費者進一步反應。
- b. 透過公開管道揭露可以傳遞較秘密管道更有價值的信號，容易達到定價目的。而未來定價意圖對消費者所承擔的風險，係它們允許達到焦點價格而無損失銷售量之虞，以致造成價格上漲。故利用公開管道揭露未來價格之改變，消費者有較充裕時

間去因應。當此一揭露無法達到承諾價值（commitment value）或競爭者的反映難以預測時，公開管道揭露未來意圖仍然會對消費者造成傷害。公開定價揭露若無法產生執行價格承諾，但在競爭者之間會成為傳遞定價意圖的信號，此一現象，類似未來定價意圖。更進者，若無任何承諾價值，公開定價揭露大幅減損消費者權益是可以確定的，也不可能合乎 TFEU 第 101 條第 3 項的門檻標準。

（二）目的或效果侵害類別傾向整合分析

本研究整合 Bennett and Collins (2010)對目的或效果侵害分析結果、水平指導原則⁹¹的判斷基準，及經濟模型分析結果，歸納出各類別對目的或效果侵害傾向：

1. 資訊交換管道：公開或秘密管道

水平指導原則第 7 項判斷基準認為，有關資訊交換管道是否公開，就該資訊交換是否影響競爭至為關鍵。公開交換資訊將會降低市場上共謀結果的可能性，使得非參與協調的公司、潛在競爭對手以及顧客有抑制潛在限制競爭的能力。Bennett and Collins (2010)也認為，以公開管道交換資訊較適合被引導為效果分析而非目的分析的基礎。另就經濟分析而言，事業公開進行訊息交換，並允許買方參與，將有助於業者避免產銷失衡與判斷產業發展趨勢，減少投資風險，具有效率意義。但是，事業私下以秘密管道交換資訊（特別是未來定價意圖），則多數反映其壟斷市場的意圖，較不具促進競爭效果。再就案例言之，前述 CMA 所調查的私立學校案就是透過非公開之秘密管道交換資訊，並成為目的侵害的重要考量因素之一。

2. 交換資訊之性質：個別事業／整合性資訊

水平指導原則第 3、6 項判斷基準認為，交換真正整合性（含公開）資訊（例如產業資訊），與交換個別事業層級資料相比較，前者不太可能違反 TFEU 第 101 條規定，而導致限制競爭效果。Bennett and Collins (2010)也認為，一般而言，整合性資訊交換不會落入 TFEU 第 101 條第 1 項範圍，若落入也會以「效果」基礎作為評估，這也符合經濟模型分析的結果。相反地，個別事業性質的資料，其交換有助對市場

⁹¹ 本研究曾分析歐盟、日本及美國相關法規，其中以歐盟水平指導原則對目的或效果侵害敘述最具體。

和懲罰策略的共識，允許參與協議的事業挑選出偏差者或進入者，有限制競爭之虞。另就案例言之，前述 RBS 向 Barclays 銀行揭露個別事業定價資訊，係被認為歸屬目的侵害的要素之一。

3. 資訊交換時間遞延：過去或現在或未來

水平指導原則第 4 項判斷基準認為，過去歷史性資料的交換不太可能導致共謀結果，因其不太可能表述競爭對手的未來行為或提供在市場上的共識，同時，資訊越舊，要作為及時檢測偏差並迅速報復的可確信威脅，就越沒有效果，越不會帶來競爭風險。Bennett and Collins (2010)也認為，歷史性資訊有很顯著的歷史特性，不可能作為現在或未來的合作基礎，也不可能提供事業未來想做什麼的暗示，於是無法協助參與者達到焦點及有效的監督默示性協議。故縱使落入 TFEU 第 101 條第 1 項規範，也會以「效果」基礎作為評估方式。另就經濟模型分析觀之，事業進行過去訊息交換，有助於避免產銷失衡與判斷產業發展趨勢，具有效率意義。但是，事業交換未來訊息，則多數反映其壟斷市場的意圖，較不具促進競爭效果。再就案例觀之，不論是前揭的私立學校案或 RBS 案，都是交換未來資料或可影響未來意圖之現有資訊，而成為目的侵害的重要考量因素。

4. 資訊交換涵蓋範圍：參與者市場覆蓋率大／小

水平指導原則第 2 項判斷基準認為，如果參與交換的事業所覆蓋相關市場為相當大的一部分，其交換有影響市場競爭之虞。否則，不參與資訊交換的競爭對手將會抑制所涉事業的任何反競爭行為。Bennett and Collins (2010)認為，安全港是一個重要概念，安全港內資訊分享，可以給予格外的法律安定性，不會增加競爭事件，故支持把安全港界定為效果基礎侵害的範圍。相反的，其資訊交換超出安全港範圍，較可能產生限制競爭之虞，而被列為目的侵害之評估對象。

5. 資訊交換的效力強度：剛性不得撤銷／柔性隨時調整

由經濟分析結果觀之，如果預告價格上漲具有若干拘束力，例如：透過媒體公開預告漲價，以致眾所周知無法隨時撤銷；或是預告價格調漲機制係基於下游客戶集體要求，以做為買方擬定未來採購計畫之用，賣方任意撤銷，恐將承受買方反彈

與商譽受損風險時，預告價格即成為具有拘束力的價格承諾。此時，漲價預告勢在必行，無法任意撤銷，即使競爭對手不予支持，但也必須漲價。因此，競爭機關最多只能將該等漲價預告認定為是：單方面的建議，期待對方能配合自己漲價，並無共謀壟斷市場的合意。相反的，若發布訊息者可隨時調整，亦即在不須擔憂客源流失的環境下，藉由公告漲價，期待競爭對手亦能採取相同之漲價行為，即使對手不願接受，也能藉由錯誤探知對手底線，此種資訊發布可責性高於前者。就案例而言，最典型的案例就是前述 ATP 案，藉由柔性隨時調整的方法達到未來價格一致化意圖，同時透過現有價格揭露達到監督目的，故屬目的侵害規範對象。

6. 資訊交換的內容：策略／非策略資訊

水平指導原則第 1 項判斷基準認為，競爭者間交換策略性資料，有可能降低市場競爭的不確定性，相較於交換非策略性資訊，更有可能違反 TFEU 第 101 條第 1 項。一般而言，與價格和數量相關的資訊是最具有策略性的，其次是關於成本和需求的資訊。然而，對於從事研發方面的事業，則技術資料可能是最具策略意義的。另就經濟分析結果觀之，卡特爾行為如欲徹底遏止欺騙行為，保證成員的長期壟斷利益超過短期欺騙利益，以滿足壟斷條件，首要任務就是要促進價格與產量資訊的高度流通。因此，事業交換價格與產量資訊限制競爭之效果自然高於交換非策略資訊。就以案例言之，前揭 American Column and Lumber 案中早已發現事業透過公會，同時交換價格與產量等策略性資訊，而被認為有影響競爭之虞。至於其他非策略性資訊交換對市場競爭的影響甚為微小，特別是交換專業化、合理化與規格化有關之生產技術訊息甚至能促進產業發展，較適合被引導作為效果分析的基礎。

7. 資訊交換的期間與頻率：長期間高頻率／短期間低頻率

水平指導原則第 5 項判斷基準認為，資訊的頻繁交換有助於更瞭解市場和監測偏差，因而增加共謀結果的風險。與穩定的市場相比，在較不穩定的市場中，可能需要更頻繁的資訊交換來促進共謀結果。在有長期契約的市場，較不頻繁的資訊交換通常也足以實現共謀結果，而資訊交換要達到足以促進共謀成果的頻率，仍須視資料的性質與內容而定。例如，前揭私立學校案、RBS 向巴克萊銀行揭露定價資訊案及 ATP 案皆然。一般認為，若是長期頻繁的交換未來個別事業資訊，應被歸類為

目的侵害，甚至經由第三方傳遞，仍應被視為目的侵害。相較之下，不頻繁的資訊交換往往不足以實現屬短期契約型市場所需要頻繁重新議價的共謀成果，故短期間低頻率交換資訊，可責性較低，較適合採取效果分析作為基礎。

綜合以上整合結果，傾向目的侵害之類別包括：秘密管道交換資訊、個別事業資訊、未來意圖或可影響未來意圖之現有資訊、參與者市場覆蓋率大、柔性隨時可調整之資訊、策略性資訊及長期間高頻率之資訊交換；傾向效果侵害之類別包括：公開管道交換資訊、整合性資訊、過去歷史資訊、參與者市場覆蓋率小、剛性不得撤銷資訊、非策略性資訊及短期間低頻率之資訊交換。

（三）例外許可探討

公平法第 15 條：事業不得為聯合行為，但屬 8 項例外許可類型之一，且有益於整體經濟利益與公共利益，經主管機關許可者，不在此限。此一規定很明顯說明例外許可是一種受益處分。當事業認為其行為類型係屬 8 項例外許可類型之一，可依公平法施行細則第 12 條規定，由參與聯合行為之事業共同提出或委託代理人為之，並須分別依該施行細則第 13 條至 20 條檢附相關資料，由主管機關審定是否符合「有益於整體經濟利益與公共利益」之要件，以決定准駁。但就實務而言，敏感資訊交換與聯合行為關係之案件，大都屬檢舉案件或公平會自動調查案件，與受益處分案有異，其目的在於調查該行為是否符合聯合行為之構成要件，若符合則屬聯合行為；相反則無。除非事業認為該敏感資訊交換行為符合例外許可之申請要件，才會向公平會提出，至目前為止，尚未發現有此一類型案件。但例外許可仍屬公平法第 15 條之一環，為使論述更為完整，仍有闡述之必要。以下就敏感資訊交換案件例外許可之評估建議、例外許可類型及應檢附資料分述之：

1. 例外許可評估基礎

水平指導原則，為符合 TFEU 第 101 條第 3 項規定，針對敏感資訊交換訂有 4 項判斷是否為正面效果⁹²之基準，包括：增進效率、不可欠缺性、傳遞給消費者、不會消除競爭。其要義如下：

⁹² 相當於公平法第 15 條之有益於「整體經濟與公共利益」者。

(1)效率

Lindsay⁹³曾以「效率」來說明整體經濟利益。他將效率分成配置效率（allocative efficiency）、生產效率（productive efficiency）、動態效率（dynamic efficiency）及交易效率（transactional efficiency）。他認為，若依經濟分析理論架構探討，整體經濟利益在理論上應符合利益極大化（maximization）、經濟效率（economic efficiency）及均衡（equilibrium）等基本原則。雖然任何理性廠商或個人都會極力尋找利益「極大化」，但這種利益極大化，並非全然是整體經濟利益，尚須考量「經濟效率」及「均衡」二項因素。其中經濟效率，是指資源不管再怎麼重新分配使用，都無法使某些經濟體獲致更高經濟利益，而同時不損及其他經濟體的利益。此一情境，經濟效率可能只是企業個別效率，並非全然是競爭法所欲追求的整體經濟利益之效率。福利經濟概念正是探討個人與事業如何建立互動，達到整體經濟利益效率之目的。至於均衡意指，一種不會自然改變的狀態。換言之，均衡一旦達成，在其他條件不變之情況下，其狀況會持續下去。因此，福利經濟的理念中，只有當生產者與消費者配置都達到效率時，均衡才會呈現最適當狀態，也唯有當消費者效用極大化時，企業利益才會極大化，經濟效率的意義方能與維護社會福利的動向趨於一致，最適狀態的均衡才會出現。此時，才能達到整體經濟利益的意境⁹⁴。

(2)不可欠缺性

不可欠缺之判斷標準，歐盟採取嚴格認定態度。一般而言，執委會通常會分析以下因素：特定市場之性質、市場狀況及其變動預測、被妨害標的、必要時考慮會員國政府的態度、生產條件及必要的投資規模、商品特性及其使用狀況，參與成員掌握必要技術之必要性，獲得結果所需時間及其採取其他行為之可能性。例如：涉及經銷區域之限制，該限制交易之安排係屬滿足特定商品專業性經銷所必要；又如其他聯合展示商品情形，其限制參與之事業不得同時參與其他商品展示，如認為係基於共同展示之合理目的者，可承認其限制的必要性。

(3)傳遞給消費者

為確保使用者能公平分享資訊交換所導致之利益，此為整體經濟利益之重要因素。其中所謂「使用者」通常係指最終消費者，但不限於此。若商品之流通過程，

⁹³ Alistair Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, 1st ed., Sweet & Maxwell, 10-15 (2003).

⁹⁴ 施錦村，「兩岸企業附加限制性條件與禁止結合案件影響因子分析」，公平交易季刊，第24卷第1期，152（2016）。

具有商品交易關係之直接或間接交易相對人都屬之。至於「利益」，其概念相當廣泛，除分享價格資訊，尚包括數量、品質及其他有效率的售後服務等相關資訊。

(4)不會消除競爭

不得排除競爭，係因競爭仍為聯合行為例外許可的結果，實質上市場上之競爭不得因而受到影響；反而言之，假設前揭三要作皆已滿足，但有消除市場競爭之虞時，仍不得例外許可。雖然該行為有造成經濟效益之可能，但仍不能因此而消除市場競爭。

2.公平法第 15 條，聯合行為例外許可有 8 種類型⁹⁵，其要義如下：

- (1)統一規格或型式之聯合：為降低成本、改良品質或增進效率，而統一商品或服務之規格或型式。
- (2)合理化之聯合：為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率，而共同研究開發商品、服務或市場。
- (3)專業化聯合：為促進事業合理經營，而分別作專業發展。
- (4)輸出聯合：為確保或促進輸出，而專就國外市場之競爭予以約定。
- (5)輸入聯合：為加強貿易效能，而就國外商品或服務之輸入採取共同行為。
- (6)不景氣⁹⁶聯合：因經濟不景氣，致同一行業之事業難以繼續維持或生產過剩，為有計畫適應需求而限制產銷數量、設備或價格之共同行為。
- (7)中小企業聯合：為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力之共同行為。公平會對於中小企業之訂價行為，訂有「中小企業申請聯合訂價之處理原則」，可供此類申請案件之准駁參考。
- (8)其他聯合行為申請：其他為促進產業發展、技術創新或經營效率所必要之共同行為。

⁹⁵ 公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 16 版，公平交易委員會，116-117（2015）。

⁹⁶ 所謂「不景氣」，包括整體經濟之不景氣及個別行業之不景氣，公平會於收受行業不景氣之聯合申請時，除考量該行業之個別狀況是否投資過盛、缺乏效率或產能過剩外，仍以其聯合行為是否有益於整體經濟利益為準駁之依據。

3.例外許可各類型應檢附之資料：

各類型應參酌公平法施行細則第 13 條至第 20 條分別檢附相關資料⁹⁷。

五、結論：評估與建議

本研究共有 5 節：第 1 節將敏感資訊分成 the good、the bad 和 the ugly 等 3 類，the good 屬產業間垂直資訊交換，與本研究無涉；the bad 有明確的直證據證明該交換涉有勾結共謀，以聯合行為處理並無爭議。我們所關心的是 the ugly，並藉以建構短期評估及提出未來長期建議作為研究目的，其中短期評估建議包括目的或效果侵害與例外許可之探討等二項；第 2 節利用賽局理論、Cournot、Stackelberg 和 kinked demand curve 等經濟模型進行分析，並將分析結果，提出可能合法或違法之判斷參考；第 3 節為法律分析，包括各主要競爭法國家（例如：歐盟、日本、我國等）有關敏感資訊交換與聯合行為關聯之構成要件及案例分析；第 4 節整合水平指導原則、Bennett and Collins (2010)的分析、經濟模型分析結果，將目的或效果侵害 7 項思考方向之各類別予以歸類，何者傾向目的侵害？何者傾向效果侵害？並依水平指導原則 4 項正面效果評估項目，評估例外許可之准駁；第 5 節為結論，依據前述分析結果，提出目的或效果侵害與例外許可之短期評估與未來長期建議。

（一）短期評估

1.目的或效果侵害類別屬性對競爭影響光譜分析

若以光譜概念的觀點，光譜的兩端為 the good 和 the bad，光譜內為 the ugly。the good 無反競爭之虞，the bad 有明顯的勾結共謀，the ugly 則以類別數之多寡及對競爭可能之影響力作為判斷基準，若判斷其大部分會造成勾結共謀而違反競爭之虞者，在光譜上傾向於 the bad；若判斷其少有影響競爭之可能，在光譜上傾向於 the good。其中傾向 the bad 部分大都屬目的侵害類別，傾向 the good 部分大都屬於效果侵害類別。事實上，光譜內只是傾向代表，並非當然違法或當然不違法。敏感資訊交換與

⁹⁷ 各類型除應檢附公平法施行細則第 13 條及第 14 條之資料外，類型 1、3 及 8 其資料內容更須符合第 15 條規定；類型 2 資料內容要符合第 16 條規定；類型 4 則須符合第 17 條規定；類型 5 則須符合第 18 條規定；類型 6 則要符合第 19 條規定；類型 7 則須符合第 20 條規定。

競爭關係之光譜圖如圖 2。

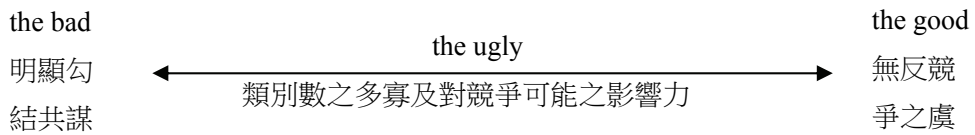


圖 2 敏感資訊交換與競爭關係之光譜圖

資料來源：本研究整理

前述類別屬性對於競爭之影響，若以這些類別出現於水平指導原則、Bennett and Collins (2010)的分析、經濟模型分析結果之機率及是否有明確的案例作為佐證，以確定其歸屬為基礎來區分，其可能影響力，可分成二種：

- (1)可能有較高影響力者(重要影響力)：該等類別能同時出現於水平指導原則、Bennett and Collins (2010)的分析、經濟模型分析結果，亦有相關案例明確佐證其歸屬者。此等類別包括：資訊交換管道、交換資訊之性質及資訊交換時間遞延。
- (2)一般影響力者：無法同時出現於前述 3 種分析，亦無相關案例明確佐證其歸屬或只是案例之效果延伸者。包括：a.資訊交換涵蓋範圍，只出現在於水平指導原則，而 Bennett and Collins (2010)的分析，係以安全港之概念延伸，案例之佐證能力相當模糊。b.資訊交換的效力強度，只出現於經濟模型分析結果，案例佐證也是延伸之效果。c.資訊交換的內容，只出現於水平指導原則及經濟模型分析結果，而策略與非策略所涵蓋項目並非十分明確，可能會因所處之交換條件不同而不同，很難明白確定其歸屬。d.資訊交換的期間與頻率，只出現於水平指導原則，在 Bennett and Collins (2010)的分析及相關案例，為所涉事件延伸。

2.目的或效果侵害短期評估建議

綜合前揭光譜分析結果，提出以下評估建議：

- (1)若個案之類別屬性都屬目的侵害，再以類別數之多寡及對競爭之可能影響力作為判斷之基礎，若其光譜越趨近 the bad，越有可能形成勾結共謀，越有限制競爭之虞，但並不等於當然違法，仍以個案認定。
- (2)若個案之類別屬性都屬效果侵害，再以類別數之多寡及對競爭之可能影響力作為

判斷基礎，若其光譜越趨近 the good，越不可能構成聯合行為，但不等於當然不違法，仍以個案認定。

- (3)若個案同時出現目的侵害與效果侵害之類別屬性，仍以類別數之多寡及對競爭之可能影響力作為主要考量因素，尤其後者，至於傾向目的侵害或效果侵害，建議從嚴認定。

3.例外許可短期評估建議

申請聯合行為例外許可者共有 8 種類型，只要該行為有益「整體經濟與公共利益」，申請主管機關同意，即可排除聯合行為之適用。其准駁基準本研究建議參酌水平指導原則 4 項正面效果評估原則（增進效率、不可欠缺性、傳遞給消費者及不會消除競爭）評估之，故建議如下：(1)首先，瞭解申請案是否可落入公平法第 15 條 8 種類型之一。(2)其次，參酌水平指導原則評估資訊交換正面效果之 4 項原則：a.該 4 項原則均符合，可認定其有益「整體經濟與公共利益」者，而予以許可。b.只有 3 項符合，不符合者為「不可欠缺性」，可採取「合理原則」；若為其他項之一，則建議個案從嚴認定。c.若有 2 項或以上不符合，則不予許可。

（二）未來長期建議

資訊交換所導致之聯合行為案例，不論是原則禁止或是例外許可，均相當缺乏，在國內只有少數案例。因此，短期可以先參酌前述所擬之短期評估準則處理之，等案例充足後，再訂定處理原則或比照歐盟水平指導原則於相關處理原則中，增列「資訊交換」專章處理之。

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 16 版，公平交易委員會（2015）。
- 王立達，「國際卡特爾、競爭法跨國管轄與足以影響市場功能－光碟機圍標案行政法院判決評析」，月旦法學雜誌，第 255 期（2016）。
- 李綱信，「歐美競爭法之初步研析」，經濟研究，第 12 期（2012）。
- 施錦村，「兩岸企業附加限制性條件與禁止結合案件影響因子分析」，公平交易季刊，第 24 卷第 1 期（2016）。
- 馬泰成，「一致性行為與市場競爭：中油與台塑公告調價資訊之經濟分析」，人文及社會科學集刊，第 18 卷第 4 期（2006）。
- 馬泰成、洪德昌，「廠商聯合行為被判違法之因數分析」，公平交易季刊，第 9 卷第 2 期（2001）。
- 劉姿汝，「論聯合行為之市場界定與市場效果－兼與日本獨占禁止法之比較」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期（2017）。

外文部分

- Amadae, S. M., *Prisoners of Reason*, Reprint edition, Cambridge University Press (2016).
- Bennett, Matthew & Collins, Philip, “The Law and Economics of Information Sharing: The Good, The Bad and The Ugly,” *6(2) European Competition Journal* (2010).
- Bhaskar, Vaishu, “The Kinked Demand Curve: A Game-Theoretic Approach,” *6 International Journal of Industrial Organization* (1988).
- Ezrachi, Ariel, *EU Competition Law-An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5th ed., Hart Publishing (2016).
- Fudenberg, Drew & Tirole, Jean, *Game Theory*, 1st ed., MIT Press (1993).
- Genesove, David & Mullin, Wallace P., “Rules, Communications, and Collusion: Narrative Evidence from the Sugar Institute Case,” *91(3) American Economic Reviews* (2001).
- Hovenkamp, Herbert J., *Antitrust Law: An analysis of Antitrust Principles and their*

- Application*, Vol. XIII. Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S. (1999).
- Kühn, Kai-Uwe & Vives, Xavier, “Information exchanges among firms and their impact on competition,” Institut d’Anàlisi Econòmica (CSIC), Barcelona (1994).
- Lindsay, Alistair, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, 1st ed., Sweet & Maxwell (2003).
- MacLeod, W. Bentley, “A Theory of Conscious Parallelism,” *27(1) European Economic Review* (1985).
- Markham, Jesse W., “The Nature and Significance of Price Leadership,” *41(5) American Economic Review* (1951).
- Novshek, William & Sonnenschein, Hugo, “Fulfilled Expectations, Cournot Duopoly with Information Acquisition and Release,” *13(1) Bell Journal of Economics* (1982).
- OECD, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP (2010).
- OECD, *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, DAF/COMP (2012).
- Tirole, Jean, *The Theory of Industrial Organization*, 1st ed., MIT Press (1988).
- Vives, Xavier, “Information Sharing: Economics and Antitrust,” *7(11) IESE Business School-university of Navarra* (2007).
- Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press (2015).
- Ziv, Amir, “Information Sharing in Oligopoly: The Truth-Telling Problem,” *24(3) The RAND Journal of Economic* (1993).
- 山崎恒、幕田英雄，論点解説－実務独占禁止法，商事法務（2017）。
- 日本公正取引委員会 競争政策研究センター，カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠，日本公正取引委員会 競争政策研究センター（2007）。
- 日本公正取引委員会 競争政策研究センター，カルテル事件における立証手法の検討－状況証拠の活用について，日本公正取引委員会 競争政策研究センター（2013）。

- 舟田正之，「公共の利益」，経済法判例・審決百選：別冊ジュリスト，有斐閣（2010）。
- 村田淑子，「医師会による医療機関の開設・診療科目等の制限（観音寺三豊郡医師会事件）」，経済法判決・審決百選（第二版），有斐閣（2017）。
- 金井貴嗣，「入札談合の不当な取引制限該当性－多摩談合事件最高裁判決の検討」，中央ロー・ジャーナル，第10巻第4号（2014）。
- 泉水文雄，「不当な取引制限(1)ハードコア・カルテル(1)価格カルテル等」，法学教室，第420期（2015）。
- 鈴木孝之，「課徴金算定にかかる『実行時間』」，経済法判例・審決百選：別冊ジュリスト，有斐閣（2010）。
- 幕田英雄，公取委実務から考える独占禁止法，商事法務（2017）。

The Relationships between Sensitive Information Sharing and Cartels in Enterprises: A Focus on Competition Law

Shih, Chin-Tsun *

Ma, Tay-Cheng

San, Gee

Liu, Tsu-Zu

Abstract

This research aims to explore the relationships between sensitive information sharing and cartels. A cartel is regulated by the Taiwan Fair Trade Law which is similar to the competition law of the European Union. The former discusses a matter of principle of inhibition and an exception permit, and the latter mentions an object infringement, an effect infringement, and a block exemption. The paper by Bennett and Collins (2010) refers to the competition law of the European Union and divides the sharing of information into three different categories: the good, the bad, and the ugly. The ugly is further divided into what is most likely to have an anticompetitive impact, what is least likely to have an anticompetitive impact, and what is difficult to classify. This research is concerned with the ugly, and whether this involves an infringement of the competition law or not.

In 2011, the European Union revived the Guideline on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (the EU horizontal agreement guideline) that increased the information exchange charter, and listed seven evaluation principles. Furthermore, this research adopts game theory, the Cournot model, the Stackelberg model, and the Kinked demand curve to proceed with economic analysis that is concerned with the relationships between information sharing and cartels, and derives six main results. The research draws its conclusions through the above analysis, and addresses the following short-term evaluation principles. First, an evaluation method of object infringement or effect infringement that includes three items that are important influential factors, namely, aggregated or individualized data, the age of

Date submitted: December 18, 2017

Date accepted: March 27, 2018

* Shih, Chin-Tsun, Professor, Department of Business and Entrepreneurial Management, Kainan University; Ma, Tay-Cheng, Professor, Department of Economics, Chinese Culture University; San, Gee, Professor, Graduate Institute of Industrial Economics, National Central University; Liu, Tsu-Zu, Associate Professor, National Chung Hsing University.

the data, and the information characteristics; and four common influential factors, namely, strategic information, market coverage, the frequency of information exchange, and the information sharing intensity. Secondly, the evaluation principle of an exception permit is based on the gain in efficiency, indispensability, passing on to consumers, and no elimination of competition. Furthermore, this research addresses the long-term suggestion that the Taiwan Fair Trade Commission should consider including related guidelines or references to the EU horizontal agreement guideline or other guidelines to increase information exchange for dealing with similar cases.

Keywords: Sensitive Information Sharing, Cartel, EU Horizontal Agreement Guideline, Game Theory, Competition Law.