

《公平交易季刊》
第 29 卷第 2 期 (110/4)，頁 109-148
◎公平交易委員會

論合意證明的溝通證據－ 由預拌混凝土處分案談起

魏杏芳*

摘要

本文以公平會處分 5 家預拌混凝土事業聯合漲價案出發，探討溝通證據在合意證明上的重要性。溝通證據為情況證據的一種，係指得證明參與事業曾見面或以其他方式溝通，但未能描述溝通的實質內容者。溝通證據要能直接證明涉案事業確實曾有接觸或溝通的機會。美國與歐盟都允許採用情況證據來推論合意的存在，並賦予溝通證據較高的證據價值。公平法第 14 條第 2 項的「意思聯絡」，解釋上應包含當事人間曾溝通接觸的客觀行為要素，並應以溝通證據加以證明。依同法第 14 條第 3 項的立法技術，應係「合意得推定之」的規定，而不是「合意已推定」，故主管機關尚難直接援引該條項，導出推定合意的結論。即使第 14 條第 3 項意在減輕公平會舉證責任的負擔，但實質也同時提高被處分事業合理說明的空間；臺北高等行政法院對預拌混凝土案的判決，撤銷公平會的原處分，正反映了此一現象。過去公平會及法院並未在決定中特別考慮或凸顯溝通證據，故溝通證據在合意推定的作用如何，實務見解並不明確。溝通證據亦是數位經濟時代影響執法正確性的重要因素。美國 *Spencer Meyer v. Uber Technologies Inc.* 案的仲裁判斷，認為 Uber 與其駕駛之間，並未形成所謂「軸輻式共謀」，理由就在於欠缺溝通證據，難以證明為數甚夥的駕駛人曾經見面、溝通，故水平共謀不成立。無論在傳統產業或在科技領域，就聯合行為的查處，溝通證據均有其重要性。公平會宜建立明確的溝通證據意識，在個案調查與論述中重視溝通證據的建構，有助於提升法院對公平會合意推定的認同。

關鍵詞：默示共謀、其他方式合意、意思聯絡、情況證據、溝通證據、經濟證據

投稿日期：109 年 6 月 24 日

審查通過日期：110 年 4 月 7 日

* 現任公平交易委員會委員、國立臺灣科技大學科技管理研究所兼任副教授、國立政治大學法學院兼任副教授。本文表達的觀點為作者個人見解，與作者服務的機關或學校無涉。作者深深感謝二位匿名審稿人的卓見，在數次往返交換意見過程中，協助作者擴大了思考的面向，也提高文章的可讀性，當然文中仍有的錯漏，實為作者的責任。

一、問題的提出——預拌混凝土處分案中的合意推定

公平交易委員會（下稱公平會）於民國 108 年 4 月間以公處字第 108021 號處分書，對國產、台泥、亞東、環球、天誠 5 家預拌混凝土業者（下稱「被處分人」），以該等業者間有聯合調漲價格的違法行為，合計裁罰新台幣 6,000 萬元（下稱「預拌混凝土案」）。依處分書裁罰的理由，被處分人具有外觀一致性的行為，係指「被處分人等於 107 年 12 月中旬以通知書通知客戶自 108 年 1 月 1 日起調漲預拌混凝土價格」，至於聯合行為必要的主觀上合意要件，處分書敘明「此一致性外觀難由被處分人等如採各自獨立調價行為可獲致，爰依公平交易法第 14 條第 3 項之規定推定為具有聯合行為之合意」¹。

公平交易法（下稱公平法）民國 104 年修法新增同法第 14 條第 3 項，該條項旨在規定聯合行為之合意得以相關因素加以推定，預拌混凝土案則係該法定明文許可合意推定後的首件案例，故實務上如何運用，值得高度關注。為行文說明之必要，茲先抄錄公平法第 14 條前三項如下：

「（第一項）本法所稱聯合行為，指具競爭關係之同一產銷階段事業，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，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者。

（第二項）前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。

（第三項）聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。」

詳閱本案處分書內容，公平會並未提出被處分人事前曾接觸或溝通的任何具體事證，意即被處分人之間的合意，係完全依賴其他種類的情況證據推論獲得。預拌混凝土案既無契約、協議，故本案的合意，顯然應屬第 14 條第 1 項所稱的「其他方式的合意」類型。又依同條第 2 項規定，該其他方式的合意必須是一種「意思聯絡」，而能導致共同行為；換言之，「意思聯絡」是參與事業被處罰的關鍵聯結，少了意思聯絡的接著功能，縱事業有一致的行為外觀，仍可能被解釋為係出於各別事業獨

¹ 公處字第 108021 號處分書，17。

立決定的結果，致聯合行為無從成立。問題是「意思聯絡」究竟應如何證明？是否應以客觀的事業間溝通接觸事實加以佐證，抑或「意思聯絡」得完全以經濟性的相關因素加以推定？探查公平法民國 104 年新增第 14 條第 3 項的目的，雖係在減輕主管機關就直接證據的舉證責任，但就該條項的文字觀之，似乎只表達主管機關得推定聯合行為的「合意」要件，至於當事人曾接觸溝通這項因素，與推定合意之間的因果關係如何，顯然由條文本無從得知。此事關操作合意推定時證據要求的通案問題，也關乎預拌混凝土案處分是否合法的個案問題，此為本文寫作主題意識之所在。對於這項重要的議題，資料顯示公平會過去也曾加以研議，並表達一致性行為的成立，應以事前的意思聯絡行為作為客觀要件的立場²，不過這項研究成果似乎並未成為公平會日後執法原則，以致於在個案決定上的作法並不一致，實在值得加以檢討釐清。

探討事業曾事前接觸溝通的證據與聯合行為成立的關係，在電子商務時代尤其具有意義，原因在於廠商廣泛地在線上市場應用演算法及定價軟體協助其作成價格決策，廠商實無事前接觸溝通的必要，就形成了方向一致價格調整的外觀，此時是否允許如預拌混凝土案一般，不必理會是否有溝通接觸的事實，即逕行推定所謂「意思聯絡」的要件已存在？此實為資訊科技與數位經濟對競爭法執法上的挑戰，本文嘗試藉外國近期案例的經驗，就此問題提出看法。

二、合意證明的情況證據與溝通證據

（一）「有意識平行行為」與「一致性行為」之辨

聯合行為合意證明問題與情況證據的關係，其實源於寡占市場「相互依存理論」(theory of oligopolistic interdependence)在經濟學界的爭辯，以及競爭主管機關就「有

² 公平會第 397 次委員會議(民國 88 年)曾就一致性行為的認定提出若干標準，其中提到：「……『一致性行為』是一種不具形式、且沒有法律拘束力的合作方式。在主觀要件上，必須參與的事業間有『意思的合致』，只不過該合致的意思尚未達締結契約的程度而已；在客觀的要件上，必須有事前的協議或意思聯絡行為存在。」似乎認為一致性行為作為契約、協議以外的其他「意思聯絡方式」，應包括主觀與客觀兩種要件，其客觀要件就是事前的聯絡行為。參見廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列(一)第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告，307 (2003)。

意識平行行為」(conscious parallelism)與「一致性行為」(concerted practices)二者在聯合行為執法立場的差異。

寡占市場的競爭廠商數目有限，廠商的價格決策是基於觀察並預期競爭對手的行為而作成，彼此之間都會考量他方的存在並採取相互配合的策略，形成寡占結構下事業間的依存現象，稱之為寡占市場相互依存理論(theory of oligopolistic interdependence)³。在寡占市場上，任何一家廠商降價，將促使其他事業跟進以爭取客戶，螺旋循環的結果使大家利潤都減少，然一旦反向操作，任一廠商漲價，可誘使他事業一致調漲，共享「超競爭利潤」(supra-competitive profits)，又不必藉由事前的接觸與溝通。由於事業行為一致的漲價外觀，是基於市場上的「價格領導」(price leadership)而不是事前的合意，並且可用寡占市場依存理論加以解釋，然市場上欠缺價格競爭在經濟上的效果，實與通常的事業間共謀無異，經濟學家稱之為「默示共謀」(tacit collusion)。但在競爭法的法律評價上，由於「默示共謀」不符合事業間合意這項要件，通常不會被認定違法，並以「有意識平行行為」(conscious parallelism)⁴名之。

與上述理論相反的見解則認為，依存理論的假設不完整，過度簡化寡占市場模型，且假設市場有完美的資訊對稱性。反對依存理論的學者認為，透過依賴而形成的平行價格決策，在市場上不太可能是因為事業的獨立決定而發生，因為幾乎不可能參與的事業，都能正確猜中其他參與事業的定價⁵。因此本學派強調在廠商家數少

³ Edward J. Green, Robert C. Marshall & Leslie M. Marx, "Tacit Collusion in Oligopoly," in: Roger D. Blair & D. Daniel Sokol (eds.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2*, 1st ed., Oxford University Press, 465 (2015); Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press, 338 (2015).

⁴ 哈佛大學教授 Donald F. Turner 為領導此寡占市場依存理論的代表性學者。Donald F. Turner, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal," *75(4) Harvard Law Review*, 655-706 (1962).

⁵ Richard A. Posner, "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach," *21 Stanford Law Review*, 1562 (1968). 依 Posner 教授的見解，倘按假設理論，寡占廠商如果單方降價要能達到有利可圖的結果，必是其定價與競爭者相符，但此結果的前提是該廠商的競爭對手的反應沒有時間差，一旦有時間落差，該率先降價的廠商可能已獲取這段降價期間的期中利潤。而且如果降價可以被隱瞞，或即使不能隱瞞，但競爭對手沒有能力立即擴大產能以降價，則時間落差一定會存在。換言之，在這樣的市場，價格仍會呈現上下不一致的外觀。此外依存理論過度強調對手降價對廠商決策的影響力，也過度強調廠商即刻回應的這個動機。因為對手降價只造成廠商自己部分的客戶流失，降價廠商增加的客戶可能是那些在高價時從來不買或買得較少的新客戶；再考量產品的價格彈性，該降價廠商的新客戶可能是新開發買家，未必是由競爭對手搶得。這些效果會減輕廠

的集中市場，在特定條件下，透過對市場仔細的經濟分析，仍可確立有平行行為的廠商不必事先溝通，也可成立或實施共謀的行為，此時事業間主觀上的意思，可描述為「純粹默示的意思合致」（a purely tacit meeting of minds），故此態樣的行為，仍符合美國休曼法第 1 條禁止規定的構成要件⁶。

雖然經濟學界原則上通認，在高度集中市場，在滿足特定的其他條件之下，廠商同時出現壟斷行為的確有可能發生⁷，但究竟該滿足哪些特定的其他條件，事實上經濟學家也未能完全肯定，因此如何在「純粹默示的意思合致」而導致共同行為（joint conduct）（適用休曼法第 1 條），與「默示共謀」或「有意識平行行為」（不適用休曼法第 1 條）之間，清楚地劃出一條線以區別彼此，實務上是極困難的。這使得美國法院在審理案件時，在市場集中、廠商家數少之外，還應額外考量哪些「附加因素」（plus factors）（或「額外成分」（extra ingredient）），始足以將事業間的平行行為，跨越那條隱形的界線，移入被認為有合意的違法共謀的區塊，法官擁有相當的裁量空間，事實上各法院的決定也不盡一致⁸。但無論附加因素的範圍究竟是寬或窄，各國競爭主管機關及法院皆肯認⁹，對於「默示共謀」（「有意識平行行為」）的行為，併同考量「附加因素」，可以成立違法的共謀而予以禁止，並受到與明示合意共謀相同的法律評價；換言之，在欠缺直接證據證明實施平行行為的事業間有

商降價對競爭對手必須立即回應的壓力，尤其是當率先降價廠商只就部分商品減價，或其產品與競爭對手的產品非完全替代，甚至競爭對手認為降價廠商很快會調回原價，凡此種種因素更令廠商必須快速回應殺價的誘因失靈。因此如果寡占市場就單一廠商降價未出現因時間差而呈現的價格差異，邏輯上合理的解釋是廠商已進行共謀以維持高價。故由以 Posner 教授的觀點，明示共謀（可以證明合意的存在）與默示共謀無論是在經濟上或法律上是一樣的。Richard A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, 57 (2001).

⁶ Richard A. Posner, *Antitrust Law*, *id.* at 59.

⁷ Edward J. Green, Robert C. Marshall & Leslie M. Marx, *supra* note 3.

⁸ William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. White, “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law,” *110(3) Michigan Law Review*, 405-407 (2011). 由於個案中法院參採的各類間接證據不同，但鮮少闡明不同間接證據的證據價值高低，導致判決的結果難以預測，Matthew M. Bunda, “Monsanto, Matsushita, and ‘Conscious Parallelism’: Towards a Judicial Resolution of the ‘Oligopoly Problem’,” *84(1) Washington University Law Review*, 201-208 (2006); 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，37（2009）。

⁹ OECD, “Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement,” *9(3) OECD Journal Competition Law and Policy*, 49-105 (2009), <https://dx.doi.org/10.1787/clp-v9-art11-en>, last visited on date: 2020/5/18.

合意存在的情況下，可綜合各類的情況證據（*circumstantial evidences*），推定合意的存在；而以此方式成立的違法聯合行為，常見以「一致性行為」¹⁰稱之。由「一致性行為」的英文用詞「*concerted practices*」中的「*practices*」可知，此種型態的違法共謀，其成立必定是植基於外界可察知的行為，以及對該等行為的解釋。

（二）情況證據中的溝通證據（*communication evidence*）

寡占市場上的平行行為本身不足以作為違法一致性行為的證據已如前述，在欠缺直接證據時，可依賴情況證據，也就是綜合各類其他附加因素，認定一致性行為的存在。OECD 在「*Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*」一文中，綜整各成員國執行實務，就各國所考量的情況證據加以歸納分類，提出兩大類型，第一、溝通證據（*communication evidence*）以及第二、經濟證據（*economic evidence*）。其中以第一類溝通證據較為重要，至於經濟證據的解釋力如何並不確定，有時某項經濟證據可同時解釋合意的存在，也足以說明係出於單獨行為的可能性¹¹，因此需要非常仔細的分析，始能作為符合適當證明水準的證據。茲進一步重點說明並分析如下¹²。

¹⁰ 例如歐盟運作條約（*Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU*）第 101(1)條前段規定：「事業間協議（*agreement*）、事業團體決議（*decision*）與一致性行為（*concerted practices*），足以影響會員國間交易，且其目的或效果在妨礙、限制或扭曲內部市場競爭者，與內部市場不相容，應予禁止」，其中所謂的協議、決議與一致性行為，共通點都在事業間有「意思的一致」（*a concurrence of wills*）。

¹¹ 例如在「超商現煮咖啡聯合漲價案」（公處字第 100220 號處分書）案中，公平會在原處分以「商品同質性高、競爭對手彼此瞭解對方之商品調整週期、系爭市場結構具有利於聯合勾結之誘因、以及現煮咖啡市場價格公開且透明」等理由，認定被處分的統一超商等 4 家業者有事前合意聯合漲價，然法院卻以完全相同的經濟因素，認定「反而可以證明被上訴人等不須存在任何意思聯絡，透過一致漲價之平行行為即可自然發生」（最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決、臺北高等行政法院 102 年度訴更一字第 54、55、56、57 號判決），致原處分遭最高法院判決撤銷確定。於此便發生同一組經濟因素既可以用來解釋為「有」合意，但也可以說明是「無」合意的平行行為，致使這類經濟因素的證明力，在個案中必須經過嚴格的推論運作過程始足可採。

¹² OECD, *supra* note 9, 61-63. OECD 所稱的溝通證據，在美國法院判決中，曾被稱之為「非經濟類的傳統勾結證據」（*non-economic, customary indications of traditional conspiracy*），*In re Flat Glass Antitrust Litigation*, *infra* note 29, 361. 另外也有學者曾就美國司法個案進行研究，整理出在不同案件中法院可能考量的情況證據清單，但並未予以分類，且不同法院對同類情況證據的證據價值，見解也不一致；Matthew M. Bunda, *supra* note 8；蔡孟佳、鍾佳純，前揭註 8，32。

1. 溝通證據 (communication evidence)

溝通證據得以證明參與聯合行為的事業曾見面或以其他方式溝通，但未能描述溝通的實質內容者。例如參與事業有電話上溝通的紀錄、曾至相同目的地旅行、共同參加同場會議或聚會、備忘錄或紀錄顯示參與事業曾就價格數量等生產要素曾進行討論、有內部文件足以顯示事業知悉競爭對手的價格策略等。溝通證據對合意的存在具有高度證明力，在 OECD 的圓桌會議及書面資料中，幾乎所有參與國家提交討論的案例，個案決定中所考量的情況證據都提到溝通證據這項。由此可見溝通證據在合意的建構上有其重要價值，且普遍為各會員國共同的認知。本文所探討的溝通證據即以本段所述 OECD 的定義為基礎。

詳言之，溝通證據是情況證據的一種，能證明當事人曾接觸、有溝通，但不知道或不能確定溝通的內容或細節，因此該等證據不能直接證明待證事實－「合意」，只能證明某項周邊事實，故仍須綜合其他事實或他類情況證據，運用推理，共同推導或描繪出待證事實的樣貌，始能達成推定合意的目的。在個案中允許以情況證據推定合意，是執法上對不易取得直接證據的政策上回應。

2. 經濟證據 (economic evidence)

溝通證據之外廣泛的情況證據稱為經濟證據，又可進一步區分為行為證據 (conduct evidence) 或其他促進行為 (facilitating practices) 以及結構證據 (structural evidence)；而這兩個次分類的經濟證據，其中又以行為證據較受重視。經濟證據在聯合行為調查的發動初期有其重要性，適當而正確的經濟證據分析，有助於選擇案件，而在調查過程中，有助於發現足資證明合意存在的直接或情況證據，提高案件成立的機會。

(1) 行為證據

這是經濟證據中相對重要的單獨證據類型。仔細分析參與事業的平行行為是啟動調查之前必要的功夫，也可用來發現與事業自利行為相反的事實，有助於合意存在的推論。例如同時同幅度漲價 (parallel pricing)，或同時降低產能、採用標準化的交易條件、或可預測的輪流投標模式等其他型式的一致性外觀等，可用來分析複

數事業之間行為一致性的程度。產業整體的表現也是行為證據的一環，例如不正常的高利潤、平穩的市場占有率（下稱市占率）、過去違反競爭法的歷史紀錄等。

(2) 促進行為

促進行為被視為特定型態的行為證據，目的是用來使共謀較容易達成或維持結構以避免瓦解¹³。主要的模式包括資訊交換（價格、數量、產能或其他敏感資訊）、以公開宣稱的方式提供價格訊號（price signaling）、運費平等機制（freight equalization）¹⁴、實施價格保護（price protection）¹⁵或最惠客戶條款（most-favored-customer clauses）¹⁶以確保賣方的競爭廠商售價相同、或實施不必要的限制性產品標準以提高市場進入障礙等。

(3) 結構證據

儘管市場結構不能用來證明合意存在，但有助於解釋事業間進行合作是可能的、可行的。常見的因素包括高市場集中度、同質性或標準化產品、市場供需兩端的另一端集中度低、高進入障礙等。不過應注意的是，結構證據的證據價值可能很有限，例如廠商在高度集中市場銷售同質性產品，很有可能彼此相互競爭；又曾經也有案例，多數的競爭者銷售差異化產品卻共謀勾結，可見市場的結構證據不具有決定性的價值。

¹³ Herbert J. Hovenkamp & Phillip E. Areeda, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2nd ed., Little, Brown and Company, para. 1407b, 29-30 (1986 and 2000 supp.). 應注意的是，促進行為本身不必然當然違法，它可能會有反競爭效果，也可能產生效率，或二者皆有，因此在非難該行為之前，必須經過仔細的分析，OECD, *Facilitating Practices in Oligopolies*, DAF/COMP(2008)24, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 111-112 (2008). 有些較有問題的促進行為，例如事業交換價格、數量、產能或其他敏感資訊等，既有助於成立合意也有監控的作用，有時本身就可能直接成立違法的合意，足以作為揭示違法勾結的證明，故有此種效果的促進行為，會被認為具備「準溝通證據」（quasi-communication evidence）的性質。

¹⁴ 此作法是由賣方吸收運費，或者賣方收取運費但都由同一地點出貨，俾使廠商的價格結構相同，以利確認合意的價格或監看價格變化。

¹⁵ 例如賣方與買方達成共識，倘賣方日後的售價低於本次交易價格，賣方應退回二次交易的差價，此舉將減少賣方降價的誘因。寡占市場的事業如都實施類此方案，恐降低市場的價格競爭強度。

¹⁶ 最惠客戶條款例如賣方向交易相對人保證其所供應商品的價格絕對不會高於其向其他相對人供貨的價格，換言之賣方承諾買方在他處交易所獲的更優惠價格，賣方將比照辦理；反之亦然。相關案例研究可參閱楊智傑，「最優惠條款與競爭法之案例研究」，*公平交易季刊*，第 23 卷第 3 期，47-92（2015）。

必須再次強調的是，經濟證據必須經過仔細的評估，以確認系爭行為與事業獨立決定的假設不一致，此時經濟論述包括賽局理論（game theory）、廠商價格領導下的單方非合作反應（unilateral non-cooperative response）、個人最佳利益（unilateral best interests）等模型¹⁷，將有助於主管機關建構較具說服力的經濟分析，但前提是事業間必須有溝通的證據或至少有溝通的機會¹⁸。

綜合言之，OECD 各成員國在執行實務上，就各類情況證據與合意成立的因果關係，一般認為事業客觀的溝通行為，較之基於市場結構或經濟學理論的論點，前者被賦予相對優越的證據價值，下節由各國執法實踐的觀察，也可印證此一現象。

三、各國在合意證明上運用溝通證據的實踐

本節將藉由美國、歐盟與我國的代表性案例，說明各國運用情況證據證明合意的存在時，溝通證據的價值及其實踐。不過在展開本節說明之前，必須先就實務上涉及一致性行為案件合意證明的舉證責任分配問題，作前提式的鋪陳。因為溝通證據、合意之於一致性行為成立的关系密切，倘首先應就合意是否存在負舉證責任之一方未完整舉證，自無將舉證責任轉換於他方，並由他方提出正當理由或合理說明的餘地。在此理解的基礎上，有助於後續各國實務案例的觀察以及溝通證據與一致性行為之間關聯性的討論。

（一）舉證責任分配原則與情況證據的運用

按行政機關欲作成處罰人民之行政處分，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人（行政程序法第 36 條、第 40 條、第 43 條規定參照），惟現行行政程序法並未明確區分事實調查與證據調查，或者常將兩者並列，未如行政訴訟法中就證據詳加規定（行政訴訟法第二篇第一章第四節參照），致使證據法則在行政程序中常為執行機關所

¹⁷ OECD, *supra* note 9, 65-69.

¹⁸ *Id.* at 65, 70.

忽略¹⁹。然而「違法事實應依證據認定之，無證據則不得以擬制推測之方法，推定其違法事實，此為司法訴訟及行政程序適用之共通法則」²⁰。故在行政程序中，包括公平會在內的行政機關應遵守與行政訴訟程序中相同的證據法則，就作成處分違規事實之存在負有舉證責任，受處分人並無證明自己無違規事實存在之責，即受調查的事業應受「無罪推定」，就要件事實原則上沒有客觀舉證責任可言。此等控辯雙方舉證責任的分配，迭經最高行政法院以判決反覆宣示在案²¹。此外，倘被處分人就裁罰的負擔處分提起撤銷之訴，被告機關仍應就處罰要件事實（包括主觀上故意過失之責任要件），負擔客觀舉證責任²²。另外就證據證明度方面，最高行政法院亦一再表示，無論是法院或行政機關就依職權調查之事項，證據證明度應至少達到「高度蓋然性」（或「證據明確」）（蓋然度 75%以上），但如果是裁罰爭議，則係國家行使處罰高權的結果，而與刑事罰類似，證明程度應達到「確信為真實」，意即要達到「幾近於真實的蓋然性」（或「無合理可疑」）（蓋然度 99.8%以上）²³。將上述舉證責任分配原則應用在公平會聯合行為合意要件的查處上，合意為聯合行為的構成要件之一，公平會必須就裁處罰鍰的要件事實加以證明；倘未能提出具極高證明度、達「幾近於真實的蓋然性」（無合理可疑）的證據，將動搖處分的合法性，在訴訟上公平會可能因要件事實不明而受不利益的判決²⁴。

¹⁹ 洪家殷，「論行政調查之證據及調查方法—以行政程序法相關規定為中心」，東海大學法學研究，第 35 期，11（2011）。

²⁰ 最高行政法院 98 年度判字第 494 號判決、臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1414 號判決。

²¹ 最高行政法院 109 年度判字第 49 號判決、最高行政法院 107 年度判字第 399 號判決、最高行政法院 102 年度判字第 14 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 494 號判決。

²² 最高行政法院 109 年度判字第 49 號判決、最高行政法院 108 年度判字第 50 號判決、最高行政法院 107 年度判字第 399 號判決、臺灣臺北地方法院行政訴訟 108 年度簡字第 180 號判決。

²³ 最高行政法院 102 年度判字第 816 號判決、105 年度判字第 120 號判決、最高行政法院 109 年度判字第 49 號判決、最高行政法院 107 年度判字第 399 號判決。最高行政法院顯然將待證事實與證明後的法律效果是否導致處罰人民加以關聯；意即如果是通常的行政處分而不涉及裁罰結果的構成要件事實，法院要求其證明只要達「高度蓋然性」（蓋然度 75%）為已足，參見吳庚，行政爭訟法論，修訂第 4 版，自版，96（2008）；吳東都，行政訴訟之舉證責任—以德國法為中心，初版，新學林文化事業有限公司，64（2001）；但如果待證事實為裁罰構成要件事實，則應達到「無合理可疑」（即蓋然度達趨近 100%）的程度，始能認為真實。這樣的立場在大量與租稅裁罰有關的行政爭訟判決中一再被宣示，另參見吳東都，稅務行政訴訟之理論與司法實務，最高行政法院 105 年度研究報告，123（2016）；劉建宏，「行政爭訟證明度之研究—交通裁決事件訴訟程序中法院裁判證明度問題之檢討」，中原財經法學，第 31 期，166（2013）。

²⁴ 最高行政法院 109 年度判字第 49 號判決、最高行政法院 107 年度判字第 399 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 494 號判決。

在公平會必須先就一致性行為的「合意」加以證明的前提下，接下來的問題則是，公平會可否依賴情況證據推論受調查事業間合意的存在？由前節 OECD 就的分析報告，以及公平會處分案例與我國法院判決的實踐（參後文表列），答案實無庸置疑。訴訟上就案關要件事實的證明，即使在證據證明力要求相對嚴格的刑事案件，都允許採用間接證據而不以直接證據為限²⁵，在公平法的領域，一般事業普遍認知競爭者之間的勾結是嚴重違法行為，因此留下直接證據而被查獲的機會十分渺茫，運用情況證據就除契約協議之外的「其他方式合意」加以證明，對公平會執法任務的實現誠屬必要。按前段有關舉證責任與證明度的實務見解，即使是情況證據，只要運用情況證據推論的結果，能獲致「幾近於真實的蓋然性」（無合理可疑）合意存在的心證，採用情況證據並無不妥，更何況現行公平法第 14 條第 3 項已有明文為據，至此吾人必須進一步追問的就是：用以推定合意存在的情況證據中，是否應以溝通證據為必要？此即為本文寫作的核心議題，以下即分別觀察美國、歐盟與我國重要案例，嘗試整理溝通證據在各國實務上的作用。

（二）美國、歐盟暨我國實務案例與溝通證據

1. 美國

(1) Interstate Circuit 案²⁶

本案為美國法院利用情況證據，認定有意識採取平行行為的競爭者是出於「合意」或「共謀」的指標性案例，因為他們的利益高度相互依存（interdependent conscious parallelism）。在 Interstate Circuit 案中，一家擁有多家首輪戲院的影片放映商（exhibitor），向 8 家電影發行商（distributors）寄出相同的信函，函中揭露了其他受信發行商的名字，內容旨在要求發行商應對於拒絕維持最低票價機制的戲院，停止供應首輪電影。換言之，受信的發行商都知道有哪些競爭者收到相同的交易限制訊息。證據也顯示，如果所有受文的發行商都接受這個條件，他們均將獲利；但如

²⁵ 最高法院 108 年度台上字第 3908 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1778 號判決、最高法院 32 年度上字第 67 號判決、最高法院 76 年度台上字第 4986 號判例。

²⁶ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939). 本案討論的重點在以情況證據證明一致性外觀的行為是出於合意，以使從事違法聯合行為的指控得以確立，但與系爭市場的結構是否屬於寡占市場並無直接關聯。

果只有少數人接受，將損失該等原可預期的獲利，此點是促進採取相同行動的重大誘因。對於該影片放映商的邀約，每一家發行商最終以相同但卻複雜的再邀約作為回覆。美國最高法院肯定北德州地方法院的見解，認為該 8 家影片發行商之間存在違法的協議，理由在於影片發行商之間「明知該一致性行為是經過縝密規劃且係受（影片放映商）邀請加入，而他們附和該規劃並參與其中」²⁷。本案 8 家發行商的溝通行為係透過第三者即影片放映商以間接的方式來實現，藉由已載明各個受文者的信函，使每家發行商明知何人也同時被邀請，代表業者彼此間意思一致或溝通的對象是可得確定的，故本案中的溝通證據實屬明確，只不過參與事業係間接溝通罷了²⁸，而證據顯示他們早知悉其他業者已參與計畫，並據以更新放映規劃，邇後還持續實施 2 年的時間。

(2) Flat Glass 案²⁹

本案則是與寡占市場合意證明議題相關較為近期的案例，涉及 4 家以浮式製程（float process）生產平板玻璃及車用可替換玻璃的製造商被控共謀固定價格（price-fixing）的違法行為。在平板玻璃產品，廠商被控以同數量或同幅度的方式提高牌價；就車用可替換玻璃產品方面，被告則是透過「NAGS Calculator」的機制維持超高價格³⁰；涉案廠商在這兩項系爭相關產品市占率總合皆超過 9 成。

²⁷ *Id.* at 226-227. “...an agreement of the distributors among themselves...knowing that concerted action was contemplated and invited (by the exhibitor), the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it.”

²⁸ 此類透過第三者間接實現意思溝通的聯合行為模式，稱為「軸幅式」安排（hub-and-spoke arrangements），以此模式建構違法水平勾結並經司法審查的案例，主要發生在美國，其他國家則（例如歐盟）鮮少以軸幅式安排的概念，立案處罰水平聯合行為，而是以「軸」與「幅」（即上游與下游）之間的垂直轉售價格維持（resale price maintenance，下稱 RPM），作為執法的類型或對象。詳參 OECD, *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note*, DAF/COMP(2019)14, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 17 (2019).

²⁹ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350 (3d Cir. 2004).

³⁰ NAGS 為「National Auto Glass Specifications」的縮寫，是一家提供產品型錄的公司，其型錄即稱之為「NAGS Calculator」。該型錄中將每一項車用可替換玻璃產品加以編號，並就各該項產品，列出車廠為車主更換玻璃的建議價格。NAGS Calculator 上的價格，是以該產品來自玻璃原廠製造商的整車價（a truckload quantity price），乘以一個固定的乘數（a multiplier）而算得。本案原告指控，各個被告廠商知悉 NAGS 所用的乘數，因此被告廠商可據以推算 NAGS 表列各項產所用的原廠製造商整車價為何，被告廠商如果發現型錄上某項特定產品的原廠整車價與自身產品的價格不同，即可加以調整以便使之相同，而參與共謀的各家被告廠商都這樣做。

本判決所由的程序，是在西賓州地方法院就與原告間的民事訴訟，被告廠商提起改採簡易判決（summary judgment）的動議，結果就這兩項系爭產品，皆獲得地方法院准許，並作成有利於被告廠商的判決。原告不服提起上訴，由聯邦第三巡迴上訴法院作成本案判決。判決顯示，對於依據情況證據推論水平的固定價格協議，巡迴上訴法院表現出的審慎態度³¹；在混合了前述兩個學派所主張對寡占市場默示共謀應考量的諸多經濟證據³²後，法官明白表示：「最重要的證據是『非經濟』的證據而有實際上表現出來的不競爭的合意。這類證據可能涉及傳統的共謀慣用指標，或者能證明被告曾聚會並相互確認參與共同行為，不然即使沒有任何的集會、交談或交換文件，仍要能證明被告有共同的計畫³³。」巡迴上訴法院判定，就平板玻璃產品，被告廠商被查獲曾進行一連串的見面與溝通價格，並且知悉其他廠商的價格政策，該等資訊是不可能由公開管道得知的，巡迴上訴法院綜合全部情況證據，認為違法的合意存在，故就平板玻璃產品部分，判決發回原地方法院審理。但就車用可替換玻璃產品部分，情形完全相反。巡迴上訴法院認為，被告廠商之間的溝通證據就顯得非常鬆散；藉由固定而公開提供價格資訊的第三方機構，得以計算他人的價格，僅單獨以此為證據，實不足以證明廠商之間成立違法的共謀，故就此相關產品的爭點，維持原地方法院的判決。

由巡迴上訴法院法官描述性的用語可知，非經濟性證據的作用，在於將事業間內在的意向，「表現」於外而令人客觀可見，本判決整體的邏輯顯示，如果有明確的事業間溝通證據存在，有助於提升法院對其他經濟證據的信賴程度；一如前述二、（二）OECD 所述，溝通證據較之經濟證據來得重要；是以，倘具體的溝通證據有說服力，能提高經濟指標的證明力，主管機關調查結論得到法院採信的機會大增³⁴。

³¹ In re Flat Glass Antitrust Litigation, 385 F.3d 350, 358 (3d Cir. 2004).

³² *Id.* at 360-362.

³³ *Id.* at 361. "...The most important evidence will generally be non-economic evidence 'that there was an actual, manifest agreement not to compete.' That evidence may involve 'customary indications of traditional conspiracy,' or 'proof that the defendants got together and exchanged assurances of common action or otherwise adopted a common plan even though no meetings, conversations, or exchanged documents are shown.'"

³⁴ Matthew M. Bunda, *supra* note 8, 204.

2. 歐盟

歐盟實務上根本不要求明確區分協議與一致性行為兩者的差異，執委會與法院認為這並不是重點，因為整個條文的目的，在禁止任何可被該條所涵概的事業間協調與勾結³⁵，執委會與法院甚至對於複雜而接續一段時間的違法行為（a single and complex infringement），還可將兩種型態合在一起表達，稱之為「協議及（或）一致性行為」（an agreement and/or a concerted practices）³⁶，因此在歐盟競爭法之下探討共謀合意的問題，重點只在於一致性行為的涵攝範圍，在個案中否大到足以將外觀看似不違法的平行行為納入，或者二者在個案中能否相互區別³⁷，而溝通證據正是將平行行為往違法的一致性行為方向推論的第一步，此外在法條適用的邏輯上，事業間事前的接觸協調必須與客觀的平行行為間有因果關係，始能成立第 101(1)條的違反。

對於成立一致性行為的要件，歐盟非常重視事業間主觀上「明知以實際合作取代競爭」（practical cooperation between them is knowingly substituted for the risks of competition）³⁸，如果欠缺溝通證據，合作的對象將含糊籠統，無從確認哪些事業間「明知」（knowingly）地彼此進行合作，聯合行為的要素根本無從實現。此涉及事實與構成要件間如何緊密結合的法律涵攝作用，影響執行機關處分的合法性以及案關事業的權利保障問題，不可不察。

³⁵ Case C-49/92 P, *Commission v. Anic Partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, paras. 108, 112. para. 108

“The list in Article [81(1)](now [101(1)]) of the Treaty is intended to apply to all collusion between undertakings, whatever form it takes. There is continuity between the cases listed. The only essential thing is the distinction between independent conduct, which is allowed, and collusion, which is not, regardless of any distinction between the types of collusion.”

para. 112

“...to have the prohibitions of that article catch different forms of coordination and collusion between undertakings...”

³⁶ *Id.*, paras. 111, 114.

³⁷ Peter Roth, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, 5th ed., Sweet & Maxwell, 61 (2001).

³⁸ Case C-40/73, *Suiker Unie and Others v. Commission*, ECLI:EU:C:1975:174, para. 26. “...With regard to the definition of a concerted practice, the Court has held that such a practice is a form of coordination between undertakings by which, without it having been taken to the stage where an agreement properly so-called has been concluded, practical cooperation between them is knowingly substituted for the risks of competition...”; Cases C-89,104,114,116-117,125-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, ECLI:EU:C:1993:120, (Woodpulp Case), para. 63.

由歐盟個案的經驗來看，從事業的行為面觀察，如果被證實曾經「相互間」(reciprocal contacts)「直接或間接的接觸」(direct or indirect contact)^{39,40}以形成主觀上的共識⁴¹，始有以情況證據推論一致性行為是否成立的可能，許多歐盟個案判決反覆肯定這點實無疑義⁴²，因為要是沒有任何溝通或接觸，無從建立接觸與一致性行為間的因果關係。例如在 ICI v. Commission (Dyestuffs Case) 案中，歐盟法院在分析數項經濟因素⁴³後，支持執委會認定染料業者間的平行行為構成一致性行為，執委會除了查得業者分別向不同市場的分支機構或代表，寄出內容相似的漲價命令，有時在同一天的相同時間完成寄出的動作，作出類似的表達方式之外，也查獲業者分別在法國巴塞爾 (Basel) 及倫敦聚會的紀錄⁴⁴；換言之，執委會仍掌握事業直接接觸的證據，顯示事業的確有彼此相互協調的機會，並非僅單純依賴其他種類的情況證據，即判定業者從事違法的一致性行為。在 T-Mobile Netherlands and Others 案⁴⁵中，歐盟法院則認為，即使在單一場所的一次見面 (a meeting on a single occasion)，只

³⁹ Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press, 153, 697 (2016); Opinion of Advocate General Darmon (delivered on 7 July 1992) in Cases C-89,104,114,116-117,125-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, ECLI:EU:C:1992:293, paras. 170-175.

⁴⁰ Albertina Albors-Llorens, "Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competition Law: Unlawful and Legitimate Contacts between Competitors," *51(4) Antitrust Bulletin*, 846 (2006).

⁴¹ Richard Whish & David Bailey, *supra* note 3, 118.

⁴² 歐盟法院在個案判決中也強調綜合所有情況證據的解釋，必須獲致「合意」是出現平行行為唯一合理的解釋，一致性行為的認定始能成立。Cases C-89,104,114,116-117,125-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, *supra* note 39, para. 126; Case T- 442/08, *CISAC v Commission*, ECLI:EU:T:2013:188, paras. 141-181.

⁴³ 判決中主要依據的情況證據包括：事前宣告漲價有助於消除不確定性、宣告漲價的幅度使市場更透明、由染料業者的家數來看相關市場根本不能稱之為寡占市場，因此要不是事先已經協調，要在二至三天極短期間出現成平行行為實不可行。

⁴⁴ Case C-48/69, *ICI v. Commission*, ECLI:EU:C:1972:70; Décision de la Commission, du 24 juillet 1969, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité C.E.E. (IV/26.267 - Matières colorantes), Journal Official No. L 195 of 7 August 1969, 11-17 (Dyestuffs Case).

⁴⁵ 歐盟法院本案判決的由來，是荷蘭法院在審理涉及國內數家行動通訊業者因從事一致性行為的案件時，就歐盟運作條約第 101(1)條 (原第 81(1)條)的幾個解釋上問題，請求歐盟法院作成「預先裁判」(a preliminary ruling)，俾利荷蘭法院審判程序的進行。荷蘭法院所詢的問題之一即為：「有關一致性行為的適用，如果只有一次會面，是否仍能認這能導致一致性行為的結果？也就是仍認為一次會面與一致性行為在所有情況下都能成立因果關係？或者一致性行為必須是市場參與者長期而一定程度規律的互動始能成立？」 Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands and Others*, ECLI:EU:C:2009:343, paras. 3, 54.

要能導致一致性行為，也滿足「接觸」的要求而得成立溝通接觸與一致性行為之間的因果關係⁴⁶。Suiker Unie and Others v. Commission 案中，歐盟法院則表示，事業間的合作協調不以有事前的計畫為必要，只要有意的直接或透過第三人間接接觸，目的在影響其他競爭者或對競爭者透露自身的行為，即足以構成一致性行為⁴⁷。

觀察個案中事業間事前的直接或間接接觸，大部分與資訊交換有關，歐盟法院在 Cimenteries CBR v Commission 案⁴⁸、Commission v Anic 案⁴⁹，以及在 Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission 案中 Advocate General 的意見書⁵⁰裡，均一再表示事業揭露自己的決定，或未來的意向、行為路徑或計劃，使其他競爭者在決策時有機會考慮該等交換而得的資訊，以降低市場的不確定性，就足以構成相互接觸的要件，而規律而持續的交換資訊尤其如此⁵¹。由歐盟長久以來的執法經驗可知，在個案中事業間直接或間接的交換資訊行為，也可以是溝通接觸的方式，可作為溝通證據的表現，端看個案情境下如何被合理地詮釋。

3.我國

公平法第 14 條第 3 項係於民國 104 年修法時增訂，預拌混凝土案則為適用該條項的首件個案，然而在此之前，公平會已不乏案例運用情況證據以及推論方

⁴⁶ *Id.*, para. 62. “... in so far as the undertaking participating in the concerted action remains active on the market in question, there is a presumption of a causal connection between the concerted practice and the conduct of the undertaking on that market, even if the concerted action is the result of a meeting held by the participating undertakings on a single occasion.”

⁴⁷ Case C-40/73, Suiker Unie and Others v. Commission, *supra* note 38, para. 174. “...it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct ...” 在本案執委會甚至提出文件證明當事人的確有接觸的事實。

⁴⁸ Joined cases T-25/95 etc., Cimenteries CBR v Commission, ECLI:EU:T:2000:77, para. 1851. “...any direct or indirect contact between economic operators of such a nature as to disclose to a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market, where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question, constitutes a concerted practice...”

⁴⁹ Case C-49/92 P, Commission v Anic, ECLI:EU:C:1999:356, para. 117.

⁵⁰ Opinion of Advocate General Darmon, *supra* note 39, paras. 170-175.

⁵¹ Case C-49/92 P, Commission v Anic, *supra* note 49, para. 121.

法，認定事業從事違法聯合行為並處以罰鍰者，本文試整理包括預拌混凝土案在內的歷年重要案件，觀察處分理由是否提出溝通證據，以及最終受法院支持與否的情形，表列如下，以利進一步探討。

表 歷年重要案例處理情形

編號	案件名稱	處分書字號	是否有溝通證據（客觀可察知的接觸溝通）	行政救濟情形
1	金門縣煤氣商同業公會桶裝瓦斯調漲價格案	(86)公處字第 109 號	受訪桶裝瓦斯分銷商一致證稱被處分人有集會討論調漲價格，且其中一位之營業地址與被處分人會址相同決定	原處分確定（行政法院 88 年度判字第 1985 號判決）
2	信義歡樂等有線電視收視費同步調漲案	(88)公處字第 070、071 號	被處分人與同業在不同場合多次見面，彼此表示不要流血殺價競爭	原處分確定（最高行政法院 92 年度判字第 1906 號；最高行政法院 92 年度判字第 1733 號）
3	合興實業、榮順興，北誼興業高雄廠及群安等 4 家桶裝瓦斯鋼瓶檢驗費聯合調漲案	(88)公處字第 124 號	處分書理由稱被處分人事前知悉同業調價計畫，且有部分業者對外宣稱將一致調漲價格（作者註：處分理由並未具體指出業者有直接或間接溝通或接觸的事實）	原處分確定（最高行政法院 92 年度判字第 1798 號）
4	台南地區桶裝瓦斯運裝費調漲案	(90)公處字第 024 號	被處分人於台南市定期聯誼，平時以電話相互聯繫	原處分確定（最高行政法院 95 年度判字第 1636 號行政判決）
5	中油台塑油品價格同步調漲案	公處字第 093102 號	被處分人事先新聞發布預告調價訊息，媒體平台上公開地協議調價資訊（作者註：2 家事業長期持續公開發布訊息，並作出一致性調整價格的行為外觀，但本案個案情況下，有空間足以解釋為已有溝通證據存在）	原處分罰鍰部分被撤銷（最高行政法院 98 年度判字第 91、92 號行政判決）
6	嘉義地區預拌混凝土售價聯合調漲案	公處字第 095052 號	揭露得標之公共工程案以便被處分人得對出貨數量進行管控與分配（作者註：原處分未說明被處分人與其他業者於何時、何地、以何種方式進行接觸溝通，惟認定 11 家混凝土業者利用相互調料作為意思聯絡之方式之一）	原處分確定（最高行政法院 99 年度判字第 503 號判決）

編號	案件名稱	處分書字號	是否有溝通證據（客觀可察知的接觸溝通）	行政救濟情形
7	工業用紙價格聯合調漲案	公處字第099054號	被處分人彼此多有頻繁聚會吃飯、輪流請客進行討論或聯誼	原處分確定（最高行政法院 106 年度判字第 265 號行政判決：上訴駁回）
8	鮮乳價格聯合調漲案	公處字第 100204 號	被處分人間未能合理說明調價出於市場客觀之合理因素（作者註：原處分認定鮮乳市場為寡占市場，及被處分人以媒體多次預告漲價訊息，但原處分未提出被處分人之間直接或間接溝通接觸的證據）	原處分確定（臺北高等行政法院 101 年度訴字第 573、575、829 號判決、最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決）
9	超商現煮咖啡聯合漲價案	公處字第 100220 號	調漲若非基於合意，有悖於經濟理性；未能提出解釋其可疑之一致性調漲行為之合理舉證（作者註：原處分未提出被處分人之間曾經溝通接觸的事實或證據）	原處分撤銷確定（最高行政法院 103 年度判字第 195 號）
10	嘉義桶裝瓦斯售價聯合調漲案	公處字第 101013 號	43 家業者承認同業間有交換訊息而合意漲價（作者註：參與聯合事業的證詞已可作為合意的直接證據）；釋出調價訊息，復以電話了解同業反應；規模、成本互異情況下，相近時間幾乎近一致漲幅（確定合意的內容）	原處分確定（臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1300 號判決、最高行政法院 103 年度判字第 438 號判決上訴駁回確定）
11	預拌混凝土案（國產實業股份有限公司等 5 家事業聯合行為案）	公處字第 108021 號	5 家業者調漲價格之行為有一致性外觀、市場價格資訊透明、業者有聯合漲價誘因、不應漲幅雷同、不具經濟合理性（作者註：原處分未提出被處分人之間曾經溝通接觸的事實或證據）	原處分撤銷（臺北高等行政法院判決 108 年度訴字第 801、1007、1062、1098、1123 號）（本案上訴中，尚未確定）

資料來源：作者自行整理

檢視上述處分案例，倘只討論利用情況證據推定違法聯合要件，而擱置罰鍰是否被法院維持的問題，吾人可發現，公平會的判斷，以極高比例（9/11）獲得法院的認同。這顯示在聯合行為查處的實務上，無論是公平會或法院，都接受並熟悉以情況證據推論合意暨違法聯合行為成立的作法。再進一步研析各案件的決定內容，凡理由中提到被處分人曾事前見面、有機會交換訊息（不論是否曾經討論價格）的事

實者，公平會對事業合意的推論都得到法院的支持（編號 1、2、4、5、7、10 案），呈現事業溝通接觸與推論被肯定的正向關係；雖然合意推定的結論不可能只有依賴溝通證據而獲得，但溝通證據的存在，相對提升了相關經濟證據論述的說服力與可信度，則是不爭的事實。當然不可否認的，也有在欠缺溝通證據或溝通證據不明確的情況下，公平會只依賴經濟證據的處分仍獲法院認同的情形（編號 3、6、8 案）；至於既無溝通證據，又因經濟證據舉證不足最終被法院撤銷的處分，則有超商現煮咖啡漲價案（編號 9 案），以及適用新增第 14 條第 3 項的預拌混凝土案（編號 11 案）二件。由上述案件處理方式差異與結果分歧的現象，可知公平會及法院雖非全然不重視溝通證據，但溝通證據的意識並不具體明確，以致於在合意推定的論述上，溝通證據的作用或重要性並未被凸顯，此情形與前述歐美實務不同，故我國實務界就溝通證據在合意推定的證明力如何，尚難稱已有明確的共識。

就表列以情況證據認定聯合行為成立的案件，編號 10 即嘉義桶裝瓦斯售價聯合調漲案（公處字第 101013 號），值得進一步再為討論。該案中嘉義市桶裝瓦斯分銷業者逾 50 家，欲聯合一致性漲價原本即相當困難，依經公平會調查所得，有高達 43 家業者承認同業間有交換訊息及電話詢價，這些來自參與聯合行為事業的證詞，本身應該算是有交換漲價意思的合意直接證據；至於被處分事業當中曾刊登報紙或廣告，揭露自身未來的定價策略訊息者，則是使多家業者漲價合意內容具體化、落實聯合行為實現的促進行為。故在本案處分書中雖有相當的篇幅，對所謂的「附加因素」多所著墨，但若由為數眾多的參與事業的證詞（合意漲價）及一致漲價的外觀，再加上案關市場集中度低，但加總後被處分事業在嘉義市桶裝瓦斯分銷場之市占率超過 90%（足以影響市場功能）來看，本案可說是並用直接證據與情況證據，認定有合意並違反公平法禁止聯合行為的實例，但要說本案是以寡占市場結構之下，以「附加因素」「推定合意」的案例，應予保留。反而言之，就是因為本案市場結構的關係，數十家被處分事業實無可能以寡占市場相互依存及價格跟隨理論，作為反駁公平會合意認定的理由。

另外就個案編號 5，中油台塑油品價格同步調漲案（公處字第 093102 號）來說，公平會係主張兩家公司「以事先、公開方式傳遞調價資訊之意思聯絡」，構成以其他方達成合意的違法聯合行為。主要的事實證據，在於觀察 2 年時間雙方持續多達 20 次透過新聞媒體進行預先發布調價資訊的行為，包括調價時點、調價幅度等；發動者倘發現對方未跟進或調價幅度較小，則放棄調價或修正調幅。對於該組事實與

互動模式，公平會認為係「促進作為」的表現⁵²，已構成合意或意思聯絡之事實⁵³，有促使雙方達成聯合調價之效果，此實體部分得到最高法院的支持⁵⁴。本案的油品市場是以 2 家獨大的雙占市場結構，中油台塑長期持續而反覆的隔空交換未來將漲價的資訊，訊息往返傳遞的對象具體明確，且有價格相應變動的外觀，因此在本案情境下，本文作者認為解釋上有極大的空間，可將調的促進行為由經濟性的情況證據，提升為溝通證據；換言之，就中油台塑油品價格案中的「合意」要件，公平會堪稱已完成了溝通證據的舉證，實質提升了本案其他經濟性間接證據綜合論述的可信度⁵⁵。

（三）評析

由美國、歐盟及我國法教義學⁵⁶的觀點，各國一致肯定聯合行為的「合意」要件，主管機關得利用情況證據以推論方式加以證明⁵⁷，再由美國⁵⁸、歐盟的具體案例及

⁵² 本會中公平會援引美國聯邦貿易委員會（FTC）控告 Ethyl 及 Dupont 二家石油公司違反休曼法第 1 條案，作為支持論證的一部分，有關本案的介紹與評析，可參見楊佳慧，「公平會處理國內兩大供油商聯合調整油價之觀點」，公平交易季刊，第 14 卷第 1 期，158-160（2006）；George A. Hay, “Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984),” in: John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White (eds.), *The Antitrust Revolution*, 3rd ed., Oxford University Press, 182-201 (1999).

⁵³ 本會中連續多次公開交換漲價資訊的「促進行為」所證明者，究竟是第 14 條第 2 項規定的「意思聯絡」，抑或作為聯合行為構成要件的「合意」？無論是原處分或法院判決都未能清楚表達。令人獲致整體的印象是公平會認為「促進行為」就是「合意」，而「合意」與「意思聯絡」沒有區別。相關評論請參後文四、（一）的說明。

⁵⁴ 最高行政法院 98 年度判字第 91、92 號行政判決。

⁵⁵ 2006 年 OECD 競爭法全球論壇圓桌會議討論以非直接證據追訴卡特爾時，公平會就曾以中油台塑同步漲價案為例，提供研討並分享我國執法經驗。OECD 在會後整理並對外公開的報告中評論指出，公平會就本案的合意推定，並未提出溝通證據，完全依賴經濟證據，並質疑為何主管機關拒絕了「單方非合作最佳回應」（尤其是價格領導）經濟模型的主張，也就是當事人單方跟隨市場領導價格以追求個人最大利潤的抗辯，何以不能成立？可見以經濟證據所為的合意推定，必須通過外觀一致的平行行為是否有其他合理解釋的檢驗，否則將動搖經濟證據的可信度。參見 OECD, *supra* note 9, 81.

⁵⁶ 所謂法教義學又稱法解釋學，通常指對現行法的內容作體系性研究的活動及其成果，包括立法、法典與單行法及其次級法規、司法實務的判決及解釋、學術界的研究文獻及學說、法學教育的設計與內涵、教科書及法條評釋等不同來源的總合。蘇永欽，「法域介面解釋學」，法令月刊，第 69 卷第 6 期，119（2018）。

⁵⁷ 日本競爭法實務上同樣肯認得以情況證據推論聯合行為合意的存在，但首先必須證明的事項即為，當事人間經常聚合或相關聚會的紀錄（如通話紀錄或電子郵件），也就是當事人間交換資

OECD 文獻，皆認為在眾多用以推論合意存在的情況證據中，溝通證據具有較高的證據價值（most probative of an agreement）⁵⁹。又綜觀個案中被引為溝通證據的事實，通常是客觀可見的見面、透過第三人或以其他方式接觸、溝通的行為（注意應與屬經濟證據的行為證據加以區分），且該等事實要能直接證明涉案事業確實有事前接觸或溝通的機會；換言之，就證明曾接觸溝通的目的而言，溝通證據的性質為直接證據，但之於推定合意的目的，溝通證據則永遠是間接證據。不過就已知的事實或資訊是否得以成立溝通證據，仍應在個案的具體情境下為解釋與判斷⁶⁰。在本節前文

訊或意見的溝通證據。參汪渡村，「各國對於聯合行為合意舉證問題之執法經驗」，公平交易通訊，第 66 期，4（2015）。

⁵⁸ 美國實務上雖不乏本於情況證據而起訴的案件，但最高法院在判決意見中亦曾表示，主張有合意的一方所提出的證據，必須足以排除被告的行為係出於獨立決定的可能性（...“there must be evidence that tends to exclude the possibility that [defendants] were acting independently.”... See *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* 465 U.S. 752 (1984), at 764.）此後在著名的 *Matsushita Electric v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574 (1986) 一案中，法院則指出，就休曼法第 1 條案件，反托拉斯法限制了許可依據模糊證據作成推論的範圍；如果所主張的理由欠缺經濟上可行性，就必須提出更有說服力的證據以實其說。此外最高法院還在判決重申它在前述 *Monsanto* 案中的見解，即所提出的情況證據要能排除獨立決定的可能性（475 U. S. 585-588）。在這兩個案件中，最高法院都以對造所提出的證據不符證據標準的理由，支持提出簡易判決動議的一造當事人。由此可見在美國倘若要利用以經濟證據為主的情況證據，推定合意成立的門檻甚高，並非如同一般的認知，以為有了華麗的經濟上說法，便有利於法官心證的形成。此外美國學者的研究指出，近數十年來法院及學者認為協議與一致性行為的定義都以「溝通」為要件，只是不必達到口頭的確定程度，也不以直接溝通為必要。William H. Page, “Objective and Subjective Theories of Concerted Action,” *79(1) Antitrust Law Journal*, 217-18 (2013), <https://ssrn.com/abstract=2231719>, last visited on date: 2010/6/16.

⁵⁹ OECD, “Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement,” *Policy Brief*, 4-5 (2007), <https://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>, last visited on date: 2021/1/13. 就事業間勾結的案件，歐美兩大體系均重視溝通證據在合意證明上的證據價值，並非以經濟證據為上，相關見解也影響香港競爭法庭（competition tribunal）在卡特爾案件的決定。在殼牌石油公司與大慶石油公司被控共謀固定價格的案件中，法官在 2020 年 5 月底的裁決中表示，參考歐盟與美國的經驗，經濟分析必須與溝通證據共同解讀，單純依賴經濟專家的證據尚難認定卡特爾成立。此見解再次凸顯溝通證據在合意證明上的重要性。參見 Xu Yuan, “Economic evidence alone cannot prove collusion, latest Hong Kong court ruling says,” *Mlex Market Insight* (2020/06/01), <https://www.mlex.com/permalink/1193751>, last visited on date: 2020/6/7.

⁶⁰ 在聯合行為為合意證明的前提目的下，溝通證據是為了間接證明「合意」而存在，而溝通證據又只是眾多間接證據之一，因此如果連事業曾接觸溝通的事實本身，都要再仰賴其他間接證據以推論的方式才能獲致，則這項所謂的溝通證據與「合意」之間的因果關係，顯然十分薄弱而欠缺證明力，從而會使溝通證據具有較高證據價值的主張不能成立。另參考臺北高等行政法院 108 年度訴字第 801 號（原告臺灣水泥股份有限公司）判決，亦明確指出：「……採用間接證據時，

所舉美國及歐盟的案例，許多年前的經典教案，可見溝通證據本身並非新穎的觀念。然而談到經濟分析應用在反托拉案件的執行，各國無不以歐美作為指標或學習對象，但何以在能力及嫻熟程度優越如美國、歐盟者，遇到必須依賴情況證據推論合意存在的時候，反而不完全信仰或絕對倚靠經濟證據，卻重視溝通證據在整體證據評價中的重要性呢？究其原因，無非在於經濟證據，經常可同時作出事業「有」合意與「無」合意兩種完全相反的解釋，致使經濟證據的證明力相對薄弱。以數事業平行的漲價（情況證據中的行為經濟證據）外觀為例，事業跟漲的行為符合單方最佳利益的追求，因此主管機關勢必要能證明更多，足以認定除非是事前勾結，否則事業的行為根本違反其自身利益。這樣的「公式」（*formulation*）雖能抽象地說明主管機關決定的邏輯，但真正問題在於個案執行上欠缺實證的支撐，因為即使藉助經濟理論及建立模型得以進行合意推定的論述，主管機關及法院仍苦於沒有標準或標竿可作為裁決的判準，美國法院同樣為此苦惱⁶¹。由於目前尚無一套公認的經濟證據，可用來反覆實施以建立經濟證據與合意之間的因果關係，致使以經濟證據推論合意的操作，欠缺因果上的規律而不科學。有鑑於各國政策上對違法聯合行為皆施以嚴苛的制裁甚至課以刑事責任，從嚴謹執法避免「錯誤肯定」（*false positive*）的立場，以及人民權利保障的考量，美國歐盟選擇在各類情況證據中，提升溝通證據的價值比重，相對降低對經濟證據的依賴，提升決定及裁判的可信度與維持率，某種程度上可說是風險控制的作法，這樣的策略值得公平會參考。

於此再次強調的是，溝通證據是情況證據之一，它只能證明涉案事業曾經見面接觸或有溝通的機會，但不涉及聯合行為的實質內容；而所謂的溝通，不必然是實體直接的相遇，間接溝通或運用適當解釋的方法也可以成立，條件或門檻其實非常寬鬆，只要足以呈現涉案事業在客觀上有事前進行意思交換的機會，以此作為以經濟證據推論涉案事業「心意相遇」（*meeting of minds*）的基礎。以歐盟法院的見解，甚至只要在一個場合有一次會面，就可以滿足溝通證據的要求。此外，溝通證據不必然是非施以強制手段不能查知的機密或隱私，涉案事業曾開會、餐敘、定期不定

其所成立之證據，在直接關係上，雖僅足以證明他項事實，但由此他項事實，本於推理的作用，為合乎經驗法則及論理法則之推論判斷，自得作為認定違法事實之基礎。」（判決頁 22，第 10 至第 27 行）是以，涉案事業曾有事前接觸或溝通的機會，此一事實應能以證據直接加以證明；但溝通證據終竟不能直接證明合意的存在，因此就聯合行為合意證明的任務而言，溝通證據的定性仍舊是間接證據。

⁶¹ OECD, *supra* note 59, 5-6.

期聯誼等常見的接觸溝通活動，也可經由訊問調查及要求交付文件等方式，有效的建立溝通證據，公平會在欠缺搜索扣押權力的情況下，依然能有所建樹，此可由前述公平會歷年處理聯合行為案件的綜覽整理得到證明。重要的是溝通證據有助於確定參與聯合行為當事人的範圍，這是溝通證據在執法上的另一項重要價值，因為溝通證據能直接證明哪些事業曾事前接觸或有機會溝通，尤其是市場上事業家數眾多的個案，一如預拌混凝土案者，哪些事業可納入查處的對象，如果有溝通證據的支撐，將非常有助於釐清爭議，提高綜合論述合意成立的說服力。只是公平會對溝通證據的意識並不具體明確，以致於在少數個案中有時根本未論及溝通證據，或即使已將溝通證據列為合意存在的事實之一，亦未特別給予評價，絕大多數情形皆致力於鞏固難度更高的經濟證據上。為訴追違法聯合行為，在履行合意推定這項任務的戰略佈局上，公平會的思考顯然與歐美及 OECD 的建議不同；雖然有了溝通證據，不必然能成功打擊違法聯合行為，但少了明確的溝通證據，只有經濟證據的決定或處分，將削弱合意證明的力道，是否有調整的必要，允宜公平會深思。

四、公平法第 14 條的再詮釋－ 預拌混凝土案合意證明的檢討

如前文所述，無論是公平會的處分或法院的判決，在依據情況證據進行合意推定時，雖然有時會提出當事人曾接觸溝通的事實，但並未特別將之視為所謂的溝通證據，給予特殊的考量，意即我國實務界並無明確的溝通證據意識，因此很難由判決所表達的觀點，得知法院對溝通證據的要求，或對溝通證據在合意證明上的評價。這樣的情形在公平法新增第 14 條第 3 項之後並無不同。民國 108 年國產建材實業股份有限公司等 5 家事業因聯合調漲預拌混凝土價格遭公平會處分，這是公平會明確援引新法推定合意存在的首件個案，被處分事業旋即分別提起行政救濟，臺北高等行政法院已在民國 109 年 6 月作成 5 件判決，公平會所為原處分均被撤銷⁶²。由判決內容可知，原告就公平會是否已完成溝通證據的舉證，並未提出具體的攻擊主張，

⁶² 5 份判決書分別為臺北高等行政法院 108 年度訴字第 801 號（原告臺灣水泥股份有限公司）、第 1007 號（原告環球水泥股份有限公司）、第 1062 號（原告國產建材實業股份有限公司）、第 1098 號（原告亞東預拌混凝土股份有限公司）、第 1123 號（原告天誠混凝土實業股份有限公司）判決。由於 5 份判決的理由相同，因此本文後述有關預拌混凝土案法院判決的說明或探討，皆以第一件以臺灣水泥股份有限公司為原告的判決書為準。

被告公平會自然勿庸就此作特別的陳述或抗辯，法院所表達的判斷理由與見解，也聚焦在有關經濟性情況證據的取捨論述，對被處分事業是否曾經接觸溝通乙事，未置可否，再次呈現我國實務界並不重視溝通證據的實況。只是公平法施行多年、公平會也早已在不同案件中運作合意推定的過程，但何以溝通證據在合意證明上的價值，至今仍未受到特別的關注？究其原因，應與未能正確地解釋第 14 條第 2 項「意思聯絡」一詞有關。故本節擬先就現行法第 14 條結構下的「意思聯絡」當如何解釋，提出看法，繼之在前文就溝通證據的論述基礎上，探討預拌混凝土案合意證明的相關問題。

（一）「意思聯絡」等於「合意」？

第 14 條第 2 項規定：「前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」實務上所有運用情況證據證明案關行為係違法一致性行為，而非有意識平行行為的案件，都是以本條項為依據，故如何正確分析條文構成要件，並涵攝於具體個案事實，攸關處罰決定的合法性問題，不可不慎。問題是在第 14 條第 2 項之下，「意思聯絡」與「合意」二者的關係為何？或者以「意思聯絡行為」擬制為合意⁶³？歷來公平會的處分及法院判決並無清楚的說明。

以前文表列編號 3「合興實業等 4 家桶裝瓦斯鋼瓶檢驗費聯合調漲案」為例，公平會原處分書雖有提到被處分人事前知悉同業調價計畫，且有部分業者對外宣稱將一致調漲價格，但處分理由並未具體證實業者有直接或間接溝通或接觸的行為。最高行政法院在該案的判決（92 年度判字第 1798 號）中指出，「『跟隨性之平行行為』與『聯合行為』之區別在於『有無意思聯絡』，惟因二者之外觀均呈現行為之一致性，是以執法機關對於聯合行為取得合意之直接證據（例如書面會議紀錄）有困難時，應採『合理推定』之方式……要推翻此項『推定』，需行為人『合理說明』或證明，其價格之調整乃市場上客觀之供需變化因素所致。……申言之，當事者之企業，為共同一致之行為，自該各個企業之個別利益觀點而言，無從解釋之，僅能基於有共同之目標及計畫加以了解時，即可認為有該等合意存在。」閱讀本判決的上下文，可發現法院交錯使用「意思聯絡」與「合意」，似乎有將二者劃上等號之意；法院認為聯合行為的重點在於有無意思聯絡，但該案是否有具體事證能證明「意思

⁶³ 黃茂榮，公平交易法理論與實務，初版，自版，184（1993）。

聯絡」？法院判決的語意十分模糊，在描述了案中相關調價事實之後，認為綜合判斷的結果已能證明有「合意」存在。

同樣情形也出現在前文表列編號 5「中油台塑油品價格同步調漲案」中。本案原處分未提出雙方直接或間接接觸溝通的具體事證，也就是在欠缺溝通證據的情況下（雖如前所述本文認為公開預告漲價的促進行為在本案可被解釋為一種溝通證據），公平會援引促進行為理論，主張被處分人的「促進作為」已構成聯合行為合意⁶⁴。上訴後臺北高等行政法院在判決（94 年度訴字第 02390 號、第 02370 號）中，重申最高行政法院在前述「合興實業等 4 家桶裝瓦斯鋼瓶檢驗費聯合調漲案」的判決（92 年度判字第 1798 號）要旨，仍稱一致性行為與「跟隨性的平行行為」區別在於「意思聯絡」的有無。執法機關對於聯合行為取得合意之直接證據（例如書面會議紀錄）有困難時，應採「合理推定」之方式；要推翻此項「推定」，需行為人「合理說明」或證明，其價格之調整乃市場上客觀之供需變化因素所致。

實務上模糊「意思聯絡」與「合意」二者在第 14 條中的關係令人費解。綜觀第 14 條第 1、2 項，無論是契約、協議或其他方式，都是構成聯合行為的合意，但第 2 項關於「其他方式的合意」的規定，卻特別凸出「意思聯絡」這項元素或成分。蓋依第 14 條第 2 項的文義解釋，「意思聯絡」必須有「事實上導致共同行為」的效果，才能稱之為「其他方式之合意」。要言之，單獨的「意思聯絡」行為並不直接等於「合意」，從事意思聯絡的行為也不必然達成合意⁶⁵，還需要同時滿足其他條件（導致共同行為而有因果關係）始能成立；反而言之，欲成立「其他方式之合意」，必須以「意思聯絡」為前提，二者顯不相同。依據這樣的理解，「意思聯絡」既有其特殊地位，則在第 14 條第 2 項定之下，它與合意成立的關係為何，將影響主管機關是否已完成其舉證責任暨最終法律效果的判斷，故有特別研究的必要。

（二）第 14 條第 2 項⁶⁶「意思聯絡」的再解釋

在「意思聯絡」不等於「合意」、以及「其他方式之合意」應以「意思聯絡」為必要的脈絡下，本文認為「意思聯絡」應包含客觀的溝通接觸行為，作為「其他

⁶⁴ 對於公平會以促進行為推論中油、台塑兩事業就價格調漲有合意的評論，參閱顏雅倫，「聯合行為之合意推定－美國反托拉斯法之比較法研究」，公平交易季刊，第 27 卷第 7 期，98-99（2019）。

⁶⁵ 黃茂榮，前揭註 63；吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，48（2004）。

⁶⁶ 本項文字原本規定在公平法施行細則裡，民國 91 年修法時被移置公平法本文列於第 7 條第 3 項，民國 104 年修法時再移置第 14 條第 2 項，但對「其他方式之合意」定義所用的文字始終沒有更動。

方式合意」的客觀要素⁶⁷。進一步言之，欲成立一致性行為應有客觀上相互意思聯絡的行為存在⁶⁸，且最低限度要能以當事人間曾直接或、間接溝通或接觸的證據加以證明；當執行機關擬以各項情況證據推論一致性行為存在時，其證據中至少應包括本文所稱「得證明參與聯合行為的事業曾見面或以其他方式溝通，但未能描述溝通的實質內容」的溝通證據。

欠缺客觀的聯絡行為、沒有任何的溝通證據，完全依賴經濟性的情況證據推論而得出事業間有合意，違反行政訴訟法第 189 條第 1 項⁶⁹規定之「論理與經驗法則」⁷⁰。蓋一致性行為的合意是否存為案件的事實問題，然而當事人的意思存於當事人之內心，若未顯示於外，很難確認當事人主觀上已達到「意思合致」(concurrence of wills)的程度；法院雖得依自由心證判斷之，但必須符合論理與經驗法則。兩家事業完全不曾接觸或溝通，甚至連接觸溝通的機會都沒有，要認定其行為必定是出於合意的結果，實在違背一般人日常社會生活的認知與通念。就算在寡占市場結構之下，以經濟學專門學科的知識或原理⁷¹，推理與演繹出抽象的合要件存在，但究竟應該考量哪些情況證據或附加因素，以及這些因素對合意的證明力如何，以經濟學家至今仍莫衷一是的情形，加之國內外實務見解的分歧來看⁷²，要綜合市場狀況、產品特性、事業各別成本利潤或是否符合經濟理性等經濟因素（經驗法則大前提），進而與事

⁶⁷ 事實上以契約或協議方式成立的合意，毫無疑問必定包括當事人間有「意思聯絡」的意涵，可見「意思聯絡」可說是各類合意方式的共通要素。

⁶⁸ 美國學者 William H. Page 在其文章中也曾表達相同的看法，“To satisfy the objective theory, reflected in current consensus, firms must coordinate their actions by an objectively manifested mechanism, a defined form of communication.” 參見 William H. Page, *supra* note 58, 221. 此外，公平會過去內部的研究也曾提出類似的看法，參廖義男主持，前揭註 2。

⁶⁹ 行政訴訟法第 189 條第 1 項規定：「行政法院為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。」

⁷⁰ 吳孟勳，「誰的經驗？誰的論理？—從最高法院一〇〇年度台上字第七二一八號刑事判決談起」，月旦裁判時報，第 36 期，86-88（2015）；陳靜隆，「刑事自由心證之研究」，軍法專刊，第 63 卷第 3 期，67-68（2017）。

⁷¹ 最高法院 91 年度台上字第 741 號民事判決：「……所謂經驗法則，係指由社會生活累積的經驗歸納所得之法則而言；凡日常生活所得之通常經驗及基於專門知識所得之特別經驗均屬之。……」在此定義之下，經濟學用以推論寡占市場結構下廠商行為的理論，也屬於經驗法則的範疇。

⁷² 有關美國法上以附加因素推論協議存在的法院判決分歧與學者論述多元的情況，詳參顏雅倫，前揭註 64。

業之間必定有合意（待證事實小前提）建立常態聯繫（結論）⁷³，其蓋然性可以達到「高度蓋然性」甚至是「幾近於真實的蓋然性」的程度，實在令人高度存疑⁷⁴。寡占市場究竟是提供事業跟隨而採取平行行為的環境，或是在該特定市場結構下事業的平行行為必定是勾結的結果，此等經濟學理論上的爭辯，本身可能就是有待調查證明的「事實」⁷⁵，現在將解釋上不確定的經濟性情況證據，視為有一致性的經驗「法則」來操作，完全不考慮以客觀的溝通證據來補強，將導致整體推論過程與結論的誤判，合法性值得商榷。

最高法院曾表示，「法院採為認定事實之證據，必於訟爭事實有相當之證明力者而後可」（最高法院 91 年度台上字第 741 號民事判決）。是以倘依經濟學理論所能推論的事實並不明確，經濟證據的證明力將受到挑戰，環顧當前各國法律對違法聯合行為的處罰都相當嚴苛，甚至採取刑事制裁，基於人權保障以及國家整體法律體系原則性的考量（不是只有訴追違法聯合行為的需要），在認定一致性行為的證據要求上，應該是朝提升其標準或嚴格其程度的方向發展為妥，不宜只為了緩解主管機關採證困難的考量，便寬鬆其標準，甚至在已經允許以情況證據推定合意的情形下，還進一步下修門檻，認為只需經濟性的情況證據即可⁷⁶。更何況溝通證據也是情況證據的一類，只能證明參與事業的確曾見面或溝通的功能，但無從證實合意的內容；此項要素的存在，符合一般人對「合意」成立的社會通念或認知，意即人與人之間能成立意，通常會有事前接觸溝通的過程！因此若論第 14 條第 2 項意思聯絡的要件，倘將客觀的直接、間接接觸溝通行為納為要素，其適用的結果相信會使公平會的決定將更具有說服力。此可由前文公平會處分聯合行為案例的表列，凡處分理由中提出明確的溝通證據者，以極高的比例（6/11）得到法院支持，獲得印證。

⁷³ 姜世明，「論經驗法則」，政大法學評論，第 107 期，7（2009）。

⁷⁴ 經驗法則既然植基於吾人日常生活所得之通常經驗，但凡人的背景歷練知識差異極大，實難確定何謂已能信其為「法則」的經驗；此外屬人文、社會領域的專門知識亦常有相對性與多元性，若未具一定程度上的規則性，很難逕稱具有經驗法則之適格。姜世明，同上註，6；吳孟勳，前揭註 70，87。

⁷⁵ 吳孟勳，同上註，88。

⁷⁶ 故有論者認為，公平會對聯合行為的查處，移植美國的促進行為理論以及附加因素，將之運用在合意要件的推定上，但該等理論的應用及相關因素的採認，在美國都是發生在民事訴訟程序的損害賠償事件中，其舉證責任分配及證據強度要求，不及刑事或行政程序嚴格，故不應任意混用或逕行移植，否則有違基本人權保障之嫌。包國祥，「一個美麗的錯誤？－我國不法聯合行為合意要件『合理推定』原則之探討」，全國律師，第 23 卷第 5 期，60-73（2019）。

（三）第 14 條第 3 項「合意推定」規定的再思考

查現行公平法第 14 條第 3 項的規定，實於當年行政院向立法院修法提案版本所無，係在立法院經濟委員會一讀審查時，由委員潘孟安等 18 人提出修正案所增訂，且最後依委員提案文字通過成為現行條文⁷⁷。顯然公平會原本對該條項所規劃的合意推定在實務上該如何運作，並無預設的想像或準備。不過由至今仍可在公平會網站上查得的立法理由，稱：「舉證為訴訟勝敗之關鍵，實務上主管機關欲取得成立聯合行為之直接證據，非常困難，為有效規範聯合行為，應適度賦予主管機關得以相當依據推定聯合行為合意要件，增訂第三項規定。」由此可知本項規定的目的，在緩解主管機關查證的困境，作法上則是一方面降低主管機關舉證責任的程度，另一方面要求事業必須另行舉證證明方能推翻公平會的合意推定⁷⁸。公平會在預拌混凝土案的審理過程中，進一步闡釋此項規定的操作方式，係「就有關聯合行為間接證據之證明力，由原本之唯一合理解釋，變更為主管機關能夠證明其懷疑具有相當依據時，則推定之基礎於焉具備⁷⁹。」對於這樣的見解，本文試由以下觀點，提出再為思辯的面向。

首先，由本項的立法技術而言，並不能達到以法律逕行推定的目的，只是明確作出公平會得推論合意存在的宣示。第 14 條第 3 項是以「聯合行為之合意，得依……推定之」的方式表達，並不是以「事業之行為……推定已有合意」的結構呈現，這與法律推定的通常形式不同。例如民法第 11 條：「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其為同時死亡。」又如民法第 1063 條：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女⁸⁰。」以法律特別推定特定的事實或法律效果存在，實質上是立法者對當事人的權利義務預為分配，故立法技術上必須規定清楚明確，不採「得推定之」的形式敘述。更重要的是，法律推定所應具備的條件必須逐一列舉，不會以例示或開放式的條件加以規定（例如第 14 條第 3 項「……等相當依據之因素」），俾使條件與推定結果之間成立清楚而直接的因果關係，不待主管機關或法院的裁量。反觀第 14 條第 3 項，並未具體表達在什麼樣的條件下可以

⁷⁷ 立法院公報處，立法院公報，第 103 卷 38 期 4147 號，242（2014）。

⁷⁸ 吳秀明、沈麗玉，「打擊聯合行為法制之晚近變革」，月旦法學雜誌，第 233 期，228-229（2014）。

⁷⁹ 參見臺北高等行政法院判決 108 年度訴字第 801 號，10，第 23 至第 25 行。

⁸⁰ 有關法律推定的立法形式，還可參考民法第 425-1 條、第 943 條、第 944 條等。

逕行推定合意，只說可以考量各類經濟因素加以推論之；因此按本項的語言邏輯，合意存在與否並不是出於法律的規定，仍舊是主管機關運作推論方法導出的結果，此情形與沒有本項規定之前並無不同，是以第 14 條第 3 項似乎只是重申了合意可以推定，但對公平會合意推定的操作面或結果面而言，並無實質上的影響。

或謂，第 14 條第 3 項係由立法委員提案增訂的立法歷程來看，其提案的目的，就是要賦予公平會可以直接推定合意的工具，故應由歷史解釋方法來理解本項規定的內容。然而任何的解釋，都不應該脫離法條文本，超越文字邏輯及文義解釋通常可能涵蓋的範疇，「超譯」的效果恐怕不僅止於解釋法規的活動，而有「造法」之嫌。如前段所述，本項規定純粹就法文本身，實難讀出「合意已經推定」的法律效果；倘若這真的是立法者的本意，顯然現行規定未能達到目的，其瑕疵實非解釋方法可以治癒，只能重新修法以求周全。

其次，由第 14 條前後項的規定觀之，以契約、協議方式成立的聯合行為，當事人之間必定存有合意自然勿庸推定，只有在涉及一致性行為的「其他方式的合意」，才有利用情況證據推定合意存在的需要。然而不待第 14 條第 3 項出現，公平會早已在諸多個案中，利用情況證據推論一致性行為的合意要件存在，並且還以極高的比例得到法院贊同，其情形已如前述；就算公平會對本條項的解釋為正確，即該規定已經允許公平會就所採情況證據對合意要件的證明力，不必達到唯一合理解釋的程度，但吾人仍必須同時觀察法院對情況證據證明力的要求，是否也同時下降，真的容許公平會降低舉證責任的負擔。倘若法官對形成心證的證據證明力標準並無改變，或者對事業的合理說明也一併採取相對寬鬆的標準，那麼第 14 條第 3 項是否真能協助公平會，達到成功訴追違法聯合行為的目的，本文是十分保留的。此次臺北高等行政法院對預拌混凝土案的判決，反映了這項疑慮。

再者，由修法後公平法的結構來看，聯合行為乃重大違法行為，立法院在新增第 14 條第 3 項的同時，也修法大幅提高對事業的罰鍰金額上限（公平法第 40 條參照）。對於法律效果嚴苛的案件，行政訴訟中有關證據能力、證明力、證據法則等規定或原則，理當嚴格遵守才是。而「合意」為成立聯合行為重要的待證事實，倘新增規定的目的在降低主管機關舉證責任（雖然本文就是否能達成此目的持保留看法），並且轉換舉證負擔，要求應由事業自行舉證推翻，否則公平會的推定即行成立。此種解釋與適用法律方式，對被處分事業而言，在舉證責任分配與違法責任之

間輕重失衡⁸¹，實與現代法治國基本權利保障的精神相違，本文也難以贊同。有學者也認識到以減輕公平會舉證負擔，作為新增第 14 條第 3 項立法目的的危險與不當，故強調「…又必須一提者，適用此條項推定聯合行為之合意時，就有競爭關係之事業間有無『聯絡』之事實，仍須有證據證明之。但有『聯絡』之事實，卻無相互約束或限制事業活動之直接證據…即得合理『推定』事間有為聯合行為的合意⁸²。」此說法呼應了本文的主張，即第 14 條第 2 項的「意思聯絡」或適用同條第 3 項時，都應有客觀的接觸溝通行為，且應以證據加以證明為必要。

（四）對預拌混凝土案有關「合意推定」的評析

公平會以 5 家預拌混凝土業者違法聯合予以處分後，各家被處分事業分別向臺北高等行政法院提起行政救濟，該法院於民國 109 年 6 月作成 5 件判決，分別撤銷公平會對各該事業之原處分⁸³。公平會旋即提起上訴，目前仍繫屬於最高行政法院審理中；換言之，司法機關對公平法第 14 條第 3 項該如何解釋與適用，尚無定論，因此最高行政法院的見解值得期待。不過由原處分內容、訴訟程序雙方攻防的主張，以及已知的臺北高等行政法院判決，「恰好」都完全沒有提到「溝通證據」的問題。可見無論是公平會或法院對情況證據未加以分類，不區別「溝通證據」與經濟證據性質上的差異，自然無從如同歐美實務上的作法，在調查過程中即注意「溝通證據」的採證，並在合意推定的作用上，賦予較高的證據價值。因此就算最高行政法院的判決出爐，實難期待法院在判決中，會對兩造皆未主張的事項，即溝通證據與第 14 條第 3 項的關係、溝通證據在合意推定中的地位等問題，表達任何的看法了。「溝通證據」的觀念在我國幾乎不曾生根發芽，可見一斑。

雖由立法歷程顯示，新增第 14 條第 3 項並非由公平會發動，但由公平會對本項意義的解釋，認為間接證據之證明力，不以聯合行為是唯一合理解釋為必要，只要能證明其懷疑有相當依據時，即具備推定的基礎；基於這樣的看法，公平會在預拌混凝土案中便如是運作，但顯然臺北高等行政法院似乎不這麼認為！該法院在判決中甚至指出，「間接證據推定聯合行為合意之存在，並以之作為處罰人民之根據，

⁸¹ 顏雅倫，前揭註 64，95。

⁸² 廖義男，「2015 新修正公布之公平交易法評析（二）－聯合行為之規範」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務《第三冊》，初版，元照出版公司，102（2017）。

⁸³ 前揭註 62。

畢竟係因取得直接證據及有效規範聯合行為有所兩難之例外情形，本於行政機關應依證據認定事實，對當事人有利及不利事項且應一律注意之基本原則，公平會依據間接證據推定聯合行為之合意存在，其事實認定即應受法院較嚴格之審查。……」顯示臺北高等行政法院並未認同依據第 14 條第 3 項可以減輕公平會的舉證責任，反而認為對是否有合意存在這項事實，應該提高審查的標準才是。

退一步言，就算第 14 條第 3 項意在減輕公平會的負擔，使公平會較容易解除證明義務，並將舉證責任轉由被處分人承擔，但其實質效果等同放大了被處分人合理說明的空間，提高其解釋被接受的機會，此乃邏輯推理一體的兩面，禍福相依。臺北高等行政法院除了接受被處分事業的解釋之外，參考經濟部礦務局對南部地區砂石失衡原因的報告，即認同係因市場客觀供需變化所致，被處分事業的行為具有經濟理性，所謂「合理說明」其實也很容易達標，一次撤銷了 5 件處分，結果公平會在履行合意推定的任務上依舊掙扎！這說明了如果想以降低舉證責任的方式，達到成功打擊違法聯合行為的目的，實非正辦。在原被兩造對經濟因素的論述可謂旗鼓相當情況下，若有能夠證明當事人事前曾接觸溝通的「溝通證據」，將有助於強化法官的心證，提升公平會處分的說服力，這是公平會值得嘗試的「贏」的策略。

五、溝通證據與數位經濟時代查處聯合行為的關係

對競爭機關與法院而言，研究溝通證據在數位經濟時代有其重要價值，特別是在處理有關線上交易，或數位平台上事業間共謀的問題上。按所謂默示共謀或有意識平行行為的特性，就是在一致性行為的外觀之下，事業間實質上欠缺主觀的合意，因此不構成違法。然在數位經濟的電子商務環境下，廠商普遍採用演算軟體進行價格監視與追蹤，並協助完成線上定價，雖然廠商單方獨立的決定採用演算法，基本上並不違法⁸⁴，但以網路資訊的透明性程度，事業自各平行地以定價演算法定價，將弱化線上價格競爭的強度，雖然網路執法問題，與寡占市場結構因素影響對廠商行為解釋的議題無關，也不涉及是否以情況證據推論的爭議，但卻同樣面臨「合意」要件如何證明的挑戰。必須強調的是，執法者的任務是依法行政或依法裁判以落實法律規範，如果「合意」是成立違法聯合行為的必要條件，尚難只因為查處困難或

⁸⁴ 魏杏芳，「電子商務、轉售價格維持與演算法－由歐盟產業調查與華碩案談起」，公平交易季刊，第 27 卷第 4 期，19（2019）。

證明不易，特別是在網路交易環境下的聯合行為，而刻意降低合意要件在個案中的重要性，造成誤合法為非法的第一類錯誤，導致侵害人民權利的後果。而本文專注研究的溝通證據，實為數位經濟時代影響執法正確性的重要因素。溝通證據可以證明哪些事業曾經直接溝通接觸或至少有溝通接觸的機會，參與事業的意思始有合致的可能，合意才會存在於特定多數事業之間，使之成為裁處的對象。雖然邏輯上有溝通證據並不當然成立聯合行為，但少了溝通證據，聯合行為的成立相對欠缺說服力，難以服人。

歐盟在 2018 年以我國華碩電腦公司 (AsusTek Computer Inc. (Taiwan)，下稱華碩) 在德、法兩國實施轉售價格維持 (RPM)，違反歐盟運作條約第 101(1)條⁸⁵予以裁罰。在該案中，華碩的經銷商都是獨立非專屬經銷商，對於產品華碩所實施者為建議轉售價格 (recommended resale price，下稱 RRP) 制度，但華碩透過觀察比價網的售價，以及運用內部價格監視演算法，鎖定低於 RRP 的零售商。華碩即使與零售商沒有直接供應關係，但仍與之接觸。具體證據顯示某些零售商在收到華碩以電子郵件通知時，零售商回覆確認已將筆記型電腦價格調高；或者用提高價格的具體行動作為回應。歐盟執委會認為，雙方的關係雖未達到能適切稱為成立協議的階段，但卻代之以彼此明知其意涵的實際行動進行合作，屬於主觀上有「明示的」(explicit) 合意，故合致歐盟運作條約第 101(1)條有關「協議、決議及一致性行為」的要件⁸⁶。本案成立一致性行為的違法態樣，認定有主觀上合意的根本事證仍是當事人曾經接觸溝通，只不過本案的溝通證據十分具體明確，甚至能提升到直接證據的程度罷了。

另外以「軸輻式共謀」也就是經由第三人達成合意的案例，亦可清楚說明溝通證據的作用與實益。除了前文所提美國 Interstate Circuit 案之外，近年 Spencer Meyer v. Uber Technologies Inc. 案的發展更值得參考。Spencer Meyer 為 Uber 的乘客，在 2015 年對 Uber 前執行長既共同創辦人 Travis Kalanick 提起訴訟，主張 Uber 的駕駛為獨立締約人而非 Uber 的員工，他們利用 Uber 的應用軟體計算車資 (定價演算法) 而不為價格競爭，當他們註冊成為 Uber 駕駛時，都知道其他駕駛也使用相同的計價機制，所有的 Uber 駕駛與 Uber 之間的契約都相同，符合各自的利益。原告還主張，Uber 駕駛利用 Uber 設計的浮動計價應用軟體，一致的超高收費，而 Uber 從中收取報酬

⁸⁵ Commission Decision of 24.7.2018 relating to proceedings under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union Case AT.40465 – ASUS, C(2018) 4773 final, Brussels, 24.7.2018.

⁸⁶ 魏杏芳，前揭註 84，8-11。

獲利。Uber 準備進入一個地區的市場時會組織召集會或活動，提供面對面機會以強化實施 Uber 的機制。原告主張 Uber 作為一個軸心，與其駕駛形成垂直的軸幅，並使水平關係的駕駛成為外圈，共同組織「軸幅式共謀」，促進固定價格的行為違反休曼法第 1 條。在法官許可 Uber 加入成為共同被告後⁸⁷，Uber 提出動議主張本案應依契約中的強制仲裁條款，以仲裁方式解決爭端，此爭點最終獲得聯邦第二巡迴上訴法院有利於 Uber 的決定⁸⁸。本案仲裁在 2020 年 2 月完成，經媒體批露仲裁判斷的內容⁸⁹。仲裁人認為，就駕駛的收入與乘客的車資，Uber 與其駕駛之間純粹是垂直的關係，完全由 Uber 單方決定，並未形成所謂「軸幅式共謀」。雖然原告大量援引 Interstate Circuit 案中最高法院判決的理由來支持其論點，仲裁人稱 Interstate Circuit 案設立的原則依然有效，但在涉及以新科技形成垂直關係的本案並不管用，因為 Uber 認證的駕駛太多了 (a diverse lot)，通常不會知道彼此的姓名或身分；他們沒有接觸，不曾以有商業上或競爭上意義的方式相互認識，不曾集會或討論，甚至同時為不同的叫車服務公司擔任駕駛，本案根本不存在駕駛間的水平協議，也無從形成輪子一般的「軸幅式共謀」⁹⁰。

本案雖然是仲裁判斷而非法院判決，且原告也立刻對此仲裁判斷提起爭訟，故本案見解尚未確定，但顯然即使在運用現代科技提供載客服務的電子商務中，認定事業是否形成共謀或協議，依舊植基於最根本的標準：行為人是否能被證明曾經見面、溝通或討論，此正是溝通證據價值的所在。不論是雙方直接或間接形成合意的態樣，由前述歐美兩國的執法經驗可知，法律專家對整體法規結構性分析與邏輯，並不因為數位時代電子商務發達而有重大差異，聯合行為的查處，無論是在傳統製造服務產業，或在先進科技應用領域，執法機關仍然重視溝通證據的價值，不可不察。

⁸⁷ Spencer Meyer v. Travis Kalanick, District Court Southern District Of New York, Case 1:15-cv-09796-JSR, 19 June 2016.

⁸⁸ Meyer v. Uber Technologies Inc., United States Court of Appeals for the Second Circuit, 868 F.3d 66 (2d Cir. 2017), 17 August 2017.

⁸⁹ Joshua Sisco, "Uber defeats claims its platform orchestrates driver price-fixing," Mlex Market Insight (2020/4/23), <https://www.mlex.com/permalink/1181534>, last visited on date: 2020/6/21; Mlex, "Award of Arbitrator, In the Matter of the Arbitration between Spencer Meyer v. Uber Technologies Inc., Case Number: 01-18-0002-1956, 22 February 2020," <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?ppo=23&cid=1181530&siteid=191&rdir=1>, last visited on date: 2020/6/21.

⁹⁰ Mlex, *id.*

最後我們要問的是，如果成立聯合行為以當事人主觀上合意為要件，那麼在電腦科學高度發展、人工智慧功能強大的今天，電腦是否有可能逸脫定價演算法設計者的控制或指示⁹¹，自行進行電腦之間的溝通而形成合意，出現「演算法共謀」（an algorithmic collusion）的特殊情況？就此問題，德法兩國競爭主管機關共同研究並發表的報告指出⁹²，雖然有愈來愈多的研究以大學實驗室模擬實際的交易與競爭性環境，測試電腦演算法共謀是否真的存在，結發發現似乎有一定程度的可能性；換言之，演算法共謀並不能完全排除。但該報告又同時強調，實驗室環境以及各類假設與現實世界差異頗大，因此對於「模擬真實市場條件下，演算法共謀是否「碰巧」（by chance）可能發生」命題，德法兩國主管機關認為目前仍屬開放性問題⁹³。參考此研究結論可推知，演算法共謀即使真的對市場競爭造成負面影響，形成具體個案的可能性尚低，再考量執法機關的能力及執行成本，查處演算法共謀並非執行聯合行為清單中的急要項目。

六、結 論

在處理聯合行為合意要件的證明上，各國競爭機關普遍面臨難以取得直接證據的困難，因此經常依賴情況證據並運用推理作用，間接證明合意的存在。各國法院也接受這樣的作法，因為理論上直接證據與情況證據並無好壞之分或高低之別，重點是法院面對當事人所提出的證據，是否足以令法官形成確信與心證，例如一個欠缺信用的證人證言，其證明力可能比不上高度可信的間接證據的效力。這說明了即使在制度上競爭機關擁有搜索扣押等強制處分權的國家，同樣也有利用間接證據以推定合意的需要；遇有這樣的場合，代表即使動用強大調查權，也未能有效取得直

⁹¹ 由分類方法來理解演算法，其中一項分類標準就是以演算法的學習方法來區分，通常可分成能透過訓練數據自動修正參數的自我學習（機器學習或簡稱學習）演算法（self-learning, machine learning or learning algorithms），而與由人類選擇參數的固定演算法（fixed algorithms）區別。另一種分類則是按演算法及其行為可被解釋的程度來區分，如果演算法的實施原則是可被人類解釋或理解的，常被稱為描述性或白盒子演算法；與之相對的分類則是指演算法的運作與結果，很難被解釋，即使是知悉其規則編碼（access of code）也是如此，這類演算法可能運用強化學習方法而具有強大能力，故被稱之為黑盒子演算法。Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *infra* note 92, 9-13.

⁹² Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt (2019).

⁹³ *Id.* at 42-52.

接證據。因此，競爭機關擁有強制權不是合意證明的唯一救贖，也不是訴迫違法聯合行為的有效擔保，反而是質、量俱佳的情況證據，以及熟稔的邏輯推理與論述，更能提高競爭機關所為判斷的可信度。雖然現階段公平會尚未依法被賦予強制權，但在聯合行為合意推定的這項任務上，與外國機關的處境實無重大差別，因此加強對情況證據研究的力道，並參考歐美及 OECD 成員國的經驗與作法，是公平會改善聯合行為執行績效的應行之道。

應用在合意推定的各項情況證據中，依其性質，有溝通證據與經濟證據兩大分類。本文主要說明了「溝通證據」之於意思聯絡及合意推定的重要性，但溝通證據畢竟仍是情況證據的一種，不能直接證明合意的存在，任何單一的情況證據，都對結論欠缺決定性的解釋力，因此各項情況證據的綜合判斷至為重要。參考歐美實務以及 OECD 的建議，皆主張相對於經濟證據，溝通證據在合意推定的作用上，具有較高的證據價值。雖然溝通證據只能證明參與事業曾見面或以其他方式溝通，未能描述溝通的實質內容，但這項構成意思聯絡的客觀要素，對於提升其他經濟證據的解釋力，以及推論結果的可信度，大有助益，此由對中外執法實踐的觀察獲得印證。

目前我國實務界仍欠缺明確的溝通證據意識，無論是公平會的處分或法院的判決，皆未特別凸顯當事人曾經溝通接觸的重要性。但綜觀公平會過去的處分案件，相關事證中列有溝通證據的個案，其處分決定最終獲法院維持的機會甚高。不過不可否認的，亦有欠缺溝通證據只論經濟證據的處分決定，也有得到法院肯定的案例。故在我國聯合行為合意推定的過程中，溝通證據是否具有較高的證據價值，實務見解並不明確。建議公平會建立明確的溝通證據意識，使之與經濟證據形成層次分明的概念體系，並在個案調查中重視溝通證據的建構或取得。勿因公平法第 14 條第 3 項的規定，陷入以經濟證據降低舉證責任，較能有效打擊聯合行為的迷思，預拌混凝土案至今的發展，就是警訊。雖然公平會對該案的臺北高等行政法院判決提起上訴，或許仍有追求純粹依賴經濟證據完成合意推定的可能性，但必須向難度較高的終審法院尋求救濟的事實，終究說明了這條路未必比較「輕鬆」。研究溝通證據在數位經濟時代亦有其重要性，特別是與線上交易，或數位平台上事業間共謀有關的問題上，溝通證據在構成要件的判斷方面具有關鍵性。本文認為，以公平會過去豐富的執行經驗，倘能重新省思規範的意義，正視溝通證據的價值，進而調整處分內容的論述，相信日後有關聯合行為合意推定的結論，應可得到法院的認同。

參考文獻

中文部分

- 立法院公報處，立法院公報，第 103 卷 38 期 4147 號（2014）。
- 包國祥，「一個美麗的錯誤？—我國不法聯合行為合意要件『合理推定』原則之探討」，全國律師，第 23 卷第 5 期（2019）。
- 吳庚，行政爭訟法論，修訂第 4 版，自版（2008）。
- 吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 吳秀明、沈麗玉，「打擊聯合行為法制之晚近變革」，月旦法學雜誌，第 233 期（2014）。
- 吳東都，行政訴訟之舉證責任—以德國法為中心，初版，新學林文化事業有限公司（2001）。
- 吳東都，稅務行政訴訟之理論與司法實務，最高法院 105 年度研究報告（2016）。
- 吳孟勳，「誰的經驗？誰的論理？—從最高法院一〇〇年度台上字第七二一八號刑事判決談起」，月旦裁判時報，第 36 期（2015）。
- 汪渡村，「各國對於聯合行為合意舉證問題之執法經驗」，公平交易通訊，第 66 期（2015）。
- 姜世明，「論經驗法則」，政大法學評論，第 107 期（2009）。
- 洪家殷，「論行政調查之證據及調查方法—以行政程序法相關規定為中心」，東海大學法學研究，第 35 期（2011）。
- 陳靜隆，「刑事自由心證之研究」，軍法專刊，第 63 卷第 3 期（2017）。
- 黃茂榮，公平交易法理論與實務，初版，自版（1993）。
- 楊佳慧，「公平會處理國內兩大供油商聯合調整油價之觀點」，公平交易季刊，第 14 卷第 1 期（2006）。
- 楊智傑，「最優惠條款與競爭法之案例研究」，公平交易季刊，第 23 卷第 3 期（2015）。
- 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 廖義男，「2015 新修正公布之公平交易法評析（二）—聯合行為之規範」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務《第三冊》，初版，元照出版公司（2017）。

- 劉建宏，「行政爭訟證明度之研究－交通裁決事件訴訟程序中法院裁判證明度問題之檢討」，中原財經法學，第 31 期（2013）。
- 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）。
- 魏杏芳，「電子商務、轉售價格維持與演算法－由歐盟產業調查與華碩案談起」，公平交易季刊，第 27 卷第 4 期（2019）。
- 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」，公平交易季刊，第 27 卷第 7 期（2019）。
- 蘇永欽，「法域介面解釋學」，法令月刊，第 69 卷第 6 期（2018）。

外文部分

- Albors-Llorens, Albertina, “Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competition Law: Unlawful and Legitimate Contacts between Competitors,” 51(4) Antitrust Bulletin (2006).
- Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, Algorithms and Competition, Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt (2019).
- Bunda, Matthew M., “Monsanto, Matsushita, and ‘Conscious Parallelism’: Towards a Judicial Resolution of the ‘Oligopoly Problem,’” 84(1) Washington University Law Review (2006).
- Green, Edward J., Marshall, Robert C. & Marx, Leslie M., “Tacit Collusion in Oligopoly,” in: Blair, Roger D. & Sokol, D. Daniel (eds.), The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2, 1st ed., Oxford University Press (2015).
- Hay, George A., “Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984),” in: Kwoka, John E. Jr. & White, Lawrence J. (eds.), The Antitrust Revolution, 3rd ed., Oxford University Press (1999).
- Hovenkamp, Herbert J. & Areeda, Phillip E., Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, 2nd ed., Little, Brown and Company (1986 and 2000 supp.).

- Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EU Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press (2016).
- Kovacic, William E., Marshall, Robert C., Marx, Leslie M. & White, Halbert L., “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law,” *110(3) Michigan Law Review* (2011).
- OECD, “Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement,” *Policy Brief* (2007).
- OECD, *Facilitating Practices in Oligopolies*, DAF/COMP(2008)24, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2008).
- OECD, “Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement,” *9(3) OECD Journal Competition Law and Policy* (2009).
- OECD, *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note*, DAF/COMP(2019)14, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2019).
- Page, William H., “Objective and Subjective Theories of Concerted Action,” *79(1) Antitrust Law Journal* (2013).
- Posner, Richard A., “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach,” *21 Stanford Law Review* (1968).
- Posner, Richard A., *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press (2001).
- Roth, Peter, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, 5th ed., Sweet & Maxwell (2001).
- Turner, Donald F., “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal,” *75(4) Harvard Law Review* (1962).
- Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press (2015).

**Proving the Existence of an Agreement and Communication Evidence
--- Reviewing the TFTC's Decision on the Pre-mixed Concrete Case**

Wei, Hsin-Fang *

Abstract

By reviewing the Taiwan Fair Trade Commission's (TFTC) decision on the five pre-mixed concrete operators' collusive behavior, this paper focuses on analyzing the values and necessity of communication evidence for the establishment of collusion. Being classified as one type of circumstantial evidence, communication evidence is that which can prove that the accused operators met or otherwise communicated, but does not describe the substance of their communication. After reviewing the competition law enforcement practices in the U.S. and the EU, it is confirmed that circumstantial evidence can be used to infer the existence of an agreement, especially on the occasion of there being concerted practices where there is a lack of direct evidence. Among the categories of circumstantial evidence, communication evidence is credited with a higher probative value. In the 2015 amendment to Taiwan's Fair Trade Act, paragraph 3 of Article 14 allows the competition agency to implement the presumption of an agreement, but this does not necessarily mean that an agreement has been presumed to exist by law under certain conditions. The TFTC did not provide any communication evidence in the pre-mix concrete case decision to consolidate the inference that the accused companies had made contact or communicated with each other previously. Even though paragraph 3 of Article 14 has the effect of leveling down the TFTC's burden of proof on the existence of an agreement, it also broadens the room for the accused companies to justify their behavior. The subsequent revocation of the TFTC's decision on the pre-mixed concrete case by the Taipei High Administrative Court actually supported this argument. However, up to the present time, the importance and priority of communication evidence has not yet been envisaged in Taiwan. The blooming of e-commerce highlights the importance of communication evidence in dealing with illegal collusion in the digital era. In the

Date submitted: June 24, 2020

Date accepted: April 7, 2021

* Commissioner, Taiwan Fair Trade Commission; Adjunct Associate Professor, National Taiwan University of Science and Technology; Adjunct Associate Professor, School of Law, National Chenchi University.

arbitration award related to the *Spencer Meyer v. Uber Technologies Inc.* case, the arbitrator rejected the plaintiff's claim on the grounds that Uber's drivers were a diverse lot; they did not generally know each other's names or identities and they had no contact with each other. A "hub-and-spoke" type of collusion could not be formed without a horizontal agreement between drivers. The credibility of communication evidence needs to be confirmed and should be emphasized for the establishment of collusion either in traditional industries or advanced technology sectors.

Keywords: Tacit Collusion, Other Forms of Agreement, Interaction of Willingness, Circumstantial Evidence, Communication Evidence, Economic Evidence.