

《公平交易季刊》
第 27 卷第 1 期（108/1），頁 51-112
©公平交易委員會

聯合行為之合意推定－ 美國反托拉斯法之比較法研究

顏雅倫*

摘要

本文彙整美國法在間接證據推論協議、寡占事業定價與促進行為之相關實務與理論，並統整最高法院關於聯合行為合意推定之見解，進而析論我國與美國在條文文義、訴訟制度與執法方式之差異後，就 2015 年新增訂之公平交易法第 14 條第 3 項的解釋與適用方向提出建議。在行政訴訟上，若欲依公平交易法第 14 條第 3 項規定推定聯合行為合意，以間接證據證明聯合行為合意之程度，仍宜達聯合行為合意應係唯一合理解釋（即應達一般人不致於有懷疑）之程度，再由法院視個案審酌是否應減輕證明度至高度蓋然性即可。至於公平交易法第 14 條第 3 項所列因素之衡量，可參考美國附加因素分析模式，進行綜合判斷，然產業績效資料等經濟證據應列於最後分析，而優先分析其他附加因素。此外，若無充分間接證據支持相關事業就採行促進行為或促進行為所致效果有合意，公平交易委員會不宜強行以相關事業違反公平交易法第 14 條、15 條為由予以處分。

關鍵詞：聯合行為、合意推定、默示勾結、一致性行為、有意識平行行為、卡特爾

投稿日期：107 年 8 月 27 日

審查通過日期：107 年 12 月 21 日

* 作者顏雅倫為國立成功大學法律學系副教授。本文初稿曾發表於 2016 年第 23 屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」，本文版本業經大幅修正與增補相關資料。本文作者感謝匿名審稿委員之寶貴意見，惟本文若有疏漏錯失之處，均由作者自負其責。

一、前言

一直以來，聯合行為（又稱卡特爾行為）均是反托拉斯法非難的重點對象。然因聯合行為的相關證據多隱匿於參與事業手中，直接證據並不易得，為追訴此等對市場競爭有重大危害之限制競爭行為，我國最高法院長久以來均承認得以間接證據證明聯合行為之合意，惟在實際操作上，究竟要有何等與多高程度之間接證據方足以認定有聯合行為合意，一直未有清楚釐清，個案標準時有變動。特別是在涉及寡占市場之案件中，如何區別寡占事業有意識平行行為（conscious parallelism）與一致性行為（concerted action），是公平交易委員會（下稱公平會）與行政院相當困擾的爭論，國內學界就一般原則與具體個案也曾有不少討論。2015年公平交易法（下稱公平法）修正時，於公平法第14條第3項明文規定得依市場狀況、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聯合行為之合意，此一修正對於聯合行為合意之認定會帶來何種衝擊，勢必是將來公平會執法與法院審理的重點之一。

美國係全世界最早制定反托拉斯法的國家，如何藉由間接證據推論（infer or inference）事業彼此間有勾結協議與反托拉斯法應如何處理寡占事業定價問題，不論在學理或實務上均有重大爭論。而美國之學說與實務，素來為我國反托拉斯法執行與相關學說的重要參考基準。惟美國不論在法條文字或執法系統，均與我國有一定差異，公平會過往於聯合行為之執法時援用或參考美國相關理論與執法實務時，不無片面採用而未考量兩國制度差異之虞。有鑑於此，本文擬先介紹美國實務與學說上以間接證據推論協議之討論，包括美國最高法院歷年來的判決、寡占定價應如何規範等論點歧異、實務上發展出之附加因素分析模式、促進行為理論的演變，以及近期爭議與發展等。次來，則彙整國內最高法院關於聯合行為合意推定的相關判決，並統整其見解與理由，再簡介國內學說關於聯合行為合意推定之討論。最後則為本文的綜合分析與結論，並就公平法第14條第3項之解釋與執法方向提出本文建議，希冀能對國內聯合行為執法之未來發展有所貢獻。

二、美國法關於協議推論之案例、執法實務與學說爭論

(一) 概說

美國休曼法（Sherman Act）第 1 條規定，任何以契約、托拉斯或其他形式之結合、或共謀（conspiracy），限制美國各州間或與外國間之貿易或商業者，均屬違法。任何人有此等違法行為而作成任何合約或進行任何結合或共謀者，應視為觸犯重罪，且一經定罪，其若為營利事業，即應處以 1 億元以下罰金，若為其他任何人，則依法院之裁量，處以 10 年以下有期徒刑、或科或併科 100 萬元以下之罰金。此外，依據克萊頓法（Clayton Act）第 15 條規定，任何人因反托拉斯法中所禁止之任何事項而導致其營業或財產上受有損害者，不問其系爭損害金額為何，得於被告住所地或所在地或其代理人所在地地區內之任何美國聯邦地方法院，對此提起訴訟，並請求其所承受損害金額之三倍賠償、及其包括合理律師費用在內之訴訟費用¹。若民事訴訟係以政府依休曼法起訴且被告被認定有責為依據，原告得以先前的判決作為被告違法的表面證據（prima facie evidence of a violation）²。

休曼法第 1 條的核心關注焦點在競爭者彼此合作以取代競爭行為且因而產生若非如此即難以達成的競爭限制³。然而，因休曼法第 1 條有協議（agreement）（或稱共謀）此一要件，要認定協議存在，常會面臨諸多困難。首先，操縱價格者或類似的違法者，很少承認其等共謀或公開同意，常必須從其等的行為推論協議存在；第二，有時業者彼此間無庸透過任何溝通或其他可觀察或可查知的行為即可統合其行為；第三，可觀察、控制的行為，諸如邀請或會議，與後續的平行行為（parallel action）間的因果關係可能相當模糊⁴。對特定計畫或行為歷程之承諾的客觀顯示，

¹ 15 U.S.C.1 and 15 U.S.C.15，中文翻譯係以公平會網站所提供之翻譯為準，參見 <https://www.ftc.gov.tw/upload/48ddf11b-d58e-4ed0-ac84-efd811820488.pdf>，最後瀏覽日期：2018/6/20。

² Organisation for Economic Co-operation and Development (下稱 OECD), “Prosecuting Cartels Without Direct Evidence Of Agreement,” DAF/COMP/GF(2006)7, 173, <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>, last visited on date: 2018/6/30.

³ Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, 4th ed., Wolters Kluwer, 14-19 (2011).

⁴ *Id.*, at 14-16.

諸如透過口頭保證、身體行為，或履行被要求行為，均足以成立休曼法第 1 條所稱之契約、結合或共謀⁵。司法判決在用語上通常會區分明示（*express*）或默示（*tacit*）協議，提及明示協議者，通常涉及直接證據，即有被告等已互相保證將追求共同行為的可觀察證據，諸如描述致力於一系列行為的集體承諾等書面文件，或共謀的一方或多方描述其等如何形成共謀及重述共謀目的等證詞。但多數判決論及默示勾結（*tacit collusion*）係指原告訴諸間接（*indirect*）或情況證據（*circumstantial evidence*）嘗試建立協議的事實。而關鍵議題，即為法院如何界定足以推論被告協議之最低間接證據總量⁶。

實務上，美國司法部（*Department of Justice*）通常僅在掌握違法協議的直接證據時才會進行刑事起訴，若被告不認罪，司法部所提出的直接證據最常包括卡特爾參與者（可能是申請寬恕者、合作的證人或被豁免的共謀者）的證詞，但也能包括能提供系爭違法協議直接證據之視訊、錄音或文件等。只有在少數案件中，司法部會在欠缺直接證據之情況下即為刑事起訴。然而，因三倍損害賠償機制之故，私人常依據情況證據主張惡性卡特爾在法院提起民事訴訟，由於價格操縱（*price fixing*）當然違反休曼法，在欠缺被告承認的情況下，原告必須提出能推論有該等協議存在的證據，這類證據通常分成兩類，一類為顯示被告事實上並未彼此競爭的經濟證據（*economic evidence*）以及被告未相互競爭係因其等間之協議的非經濟證據。經濟證據又可分為使秘密價格操縱可行之市場結構以及市場呈現非競爭狀態的證據⁷。整體而論，司法部並不傾向以複雜、間接之經濟證據為刑事起訴，而在美國私人訴訟案件中所使用之情況經濟證據類型，多傾向模稜兩可且需要詳細、高度事實特定之專家證言賦予脈絡⁸。

（二）美國最高法院的判決

1. *Interstate Circuit, Inc. v. United States*

就雙方或多方是否有符合休曼法第 1 條的協議存在，於 *Interstate Circuit, Inc. v.*

⁵ William E. Kovacic, "The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws," *38(1) Antitrust Bulletin*, 16 (1993).

⁶ *Id.*, at 18-20.

⁷ OECD, *supra* note 2, 174.

⁸ *Id.*, at 177.

United States 案（下稱 Interstate Circuit 案）中⁹，涉案電影發行商（distributors）收到其中一家大型放映商（exhibitor）的來信，建議該等發行商在未來與戲院簽訂的合約中，增加要求戲院提高門票費用及禁止第一輪電影搭配其他電影連映（double features）等條款。美國最高法院對此認為，涉案的每一位發行商均知悉彼此係處於積極競爭狀態，且若就既定區域的系爭限制沒有實質一致行為的話，將會面臨損失營業利益與二輪及獨立放映商善意之相當風險，但若有該一致行為，即可預期增加獲利。因此可見該一致性行為存有強烈動機¹⁰。涉案發行商們知悉該一致行為業經考慮且被邀請加入，而遵從該計畫並參與其中。每一個發行商也被建議其他發行商已被邀請參此一計畫，且均知合作為成功執行計畫所必須¹¹。不合法之共謀無庸同時行為或與參與之共謀者達成協議即可能成立。縱使沒有先前的協議存在，競爭者接受參與特定計畫之邀請，且該計畫執行後的必然結果為跨州貿易之限制，依據休曼法即足以成立非法共謀¹²。

2. American Tobacco Co. v. United States 與 United States v. Paramount Pictures, Inc.

其後，在 American Tobacco Co. v. United States 案（下稱 American Tobacco 案）中¹³，美國最高法院指出，要成立非法共謀，無庸正式協議（No formal agreement is necessary to constitute an unlawful conspiracy）。違反休曼法的共謀，得在一系列商業往來或其他情況以及字句交換中發現，當情況足以讓陪審團發現共謀者對非法約定之統一目的或共同計畫（common design）與瞭解（understanding），或有意思合致（a meeting of minds），認定共謀成立即有正當性¹⁴。甚且，美國最高法院更曾在 United States v. Paramount Pictures, Inc. 案¹⁵中表示，要認定共謀不需要有明示協議（express agreement），只要有共同行為被考慮且被告遵循該等約定即足

⁹ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

¹⁰ *Id.*, at 222.

¹¹ *Id.*, at 226.

¹² *Id.*, at 227. 其原文為“[a]cceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan, the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act.”

¹³ American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).

¹⁴ *Id.*, at 809-810.

¹⁵ United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948).

16。

3. Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.

然而，在 Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.案（下稱為 Theatre Enterprises 案¹⁷）中，美國最高法院又限縮 Interstate Circuit 案對協議的寬廣解釋，進一步指出，固然如 Interstate Circuit 案等案件所示，商業行為本身可能是得以推論協議存在之情況證據，但僅僅是平行商業行為並不足以決定性地建立協議存在的事實。有意識平行行為之情況證據可能已侵蝕對共謀的傳統司法態度，然而有意識平行行為並不足以完全成立休曼法中之共謀¹⁸。美國最高法院在 Theatre Enterprises 案更表示，每一被告均否認有任何合作存在，且也已經提出相關證據說明其一致性行為乃歸諸於為追求最大獲利所驅動之個別商業判斷¹⁹。

4. Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp. 與 Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.

至 1984 年的 Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.案（下稱 Monsanto 案）²⁰，美國最高法院對間接證據應達到之程度，提出較為明確的標準，亦即必須有證據傾向排除系爭當事人獨立行為之可能性。換言之，必須有直接或情況證據而合理地傾向證明系爭當事人有意識承諾設計來達成非法目的之共同計畫²¹。又依據美國民事訴訟聯邦程序第 56 條規定²²，任一方當事人聲請部分或全部之簡易判決（summary

¹⁶ *Id.*, at 142.

¹⁷ Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954).

¹⁸ *Id.*, at 540-541.

¹⁹ *Id.*, at 541-542.

²⁰ Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984).

²¹ *Id.*, at 768.

²² Federal Rules of Civil Procedure Rule (下稱 Fed. R. Civ. P. R.) 56: “Summary Judgment. (a) Motion for Summary Judgment or Partial Summary Judgment. A party may move for summary judgment, identifying each claim or defense - or the part of each claim or defense--on which summary judgment is sought. The court shall grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law. The court should state on the record the reasons for granting or denying the motion. (b) Time to File a Motion. Unless a different time is set by local rule or the court orders otherwise, a party may file a motion for summary judgment at any time until 30 days after the close of all discovery. (c) Procedures. (1) Supporting Factual Positions. A party asserting that a fact cannot be or is genuinely disputed must support the assertion by: (A) citing to particular parts of materials in the record, including depositions, documents, electronically stored

judgment) 時，若起訴狀 (pleadings)、具結證詞 (depositions)、交互詰問之回覆以及任何附有宣誓書 (affidavit) 之承認顯示，並無關於任何重要事實之真正爭議且聲請的一方有權請求依法律判決 (judgment as a matter of law)，則該聲請應被准許。美國最高法院於 1986 年 *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* 案 (下稱 *Matsushita* 案)²³，重述 *Monsanto* 案的見解，指出若一行為同時符合受允許之競爭與非法共謀，即不足單獨以此推論反托拉斯共謀。就違反休曼法第 1 條之行為為請求損害賠償的原告，若要使法院駁回簡易判決或指示裁決 (directed verdict) 之聲請，必須提出「傾向排除被指稱共謀者獨立行為之可能性」(tends to exclude the possibility that the alleged conspirators acted independently) 的證據²⁴。

美國最高法院在 *Matsushita* 案中即認為，該案之相對人 (respondents，亦為該案原告，為簡易判決聲請之相對人) 必須證明 (show) 基於未能損害相對人之獨立行為或共謀行為之相互競爭推論下，推論共謀是合理的 (reasonable)²⁵；美國最高法院並特別指出，*Matsushita* 案所涉及之掠奪性定價 (predatory pricing)，需要共謀者先承擔損失而最終實現其非法獲利，而獲利取決於諸多不確定性，而使掠奪性定價計畫更易失敗。此等經濟現實也傾向自我抑制掠奪性定價計畫，而共謀略奪性定價牽涉到於共謀者間分配損失與獲利，又比單一廠商所為之掠奪性定價更難執行。被指稱之共謀，據稱運作超過 20 年，然最終未能達其目的，亦為共謀事實上根本不存在之強力證據。更何況降價以增加業務通常正為競爭本質，若於 *Matsushita* 案此等案例為錯誤推論，代價特別高昂，蓋其會不利反托拉斯法欲保護之行為²⁶。若該案聲請人未有合理經濟動機為共謀，且其行為與其他同等可能之解

information, affidavits or declarations, stipulations (including those made for purposes of the motion only), admissions, interrogatory answers, or other materials; or (B) showing that the materials cited do not establish the absence or presence of a genuine dispute, or that an adverse party cannot produce admissible evidence to support the fact. (2) Objection That a Fact Is Not Supported by Admissible Evidence. A party may object that the material cited to support or dispute a fact cannot be presented in a form that would be admissible in evidence. (3) Materials Not Cited. The court need consider only the cited materials, but it may consider other materials in the record. (4) Affidavits or Declarations. An affidavit or declaration used to support or oppose a motion must be made on personal knowledge, set out facts that would be admissible in evidence, and show that the affiant or declarant is competent to testify on the matters stated. ...”

²³ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

²⁴ *Supra* note 20, 752, 764.

²⁵ *Id.*, at 588.

²⁶ *Id.*, at 588-595.

釋一致，該行為即不會引發共謀推論²⁷。

Monsanto 案與 Matsushita 案後未久，即有美國學者觀察，美國最高法院在此兩案中顯然對允許陪審團基於模稜兩可的共謀證據判決三倍損害賠償（treble damages）一事有所顧慮，而這些判決是讓下級審法院要求反托拉斯法請求應更具體化與明確化²⁸。亦有論者認為，Matsushita 案的見解並不表示原告必須證明所有被告行為非屬共謀之解釋為虛假，美國最高法院僅是要求應有足夠的證據讓合理之事實發現者能推論共謀的解釋較為可能²⁹。Matsushita 案之爭點為要避免法院就系爭爭點逕為簡易判決所需的證據質量，不幸的是，許多美國法院將 Matsushita 案解讀為要避免簡易判決應先提出關於口頭協議一定量之證據。惟 Matsushita 案從未堅持哪一種特定類型之勾結證據是必要的，而僅是要求應提出勾結是系爭行為可能解釋之證據。再者，就 Matsushita 案所涉案件事實而論，是高度不可能、長達 20 年之掠奪性定價共謀，故要求高度證據允許此等共謀能經陪審團審理。但 Matsushita 案從未要求應提出明示共謀之證據，原告僅應證明即使考量相競爭的獨立行為推論，推論共謀仍是合理的³⁰。

5. Bell Atlantic Corp. v. Twombly

Matsushita 案所涉乃是原告要避免簡易判決而得進入庭審（trial）所需達到之舉證程度。依據美國民事程序聯邦規則第 8 條(a)(2)規定，陳述救濟請求（a claim for relief）的訴狀（pleading）必須包含請求之簡短且清楚的陳述，顯示起訴者有權享有救濟（a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief）³¹。美國民事程序聯邦規則第 12 條(b)(6)另規定，任何一方得以動議（motion）主張他方未能敘明能被賦予救濟之請求的抗辯³²。換言之，未能依美國

²⁷ *Id.*, at 596-597.

²⁸ Stephen Calkins, “Summary Judgment, Motions to Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System,” *74 Georgetown Law Journal*, 1065, 1109 (1986).

²⁹ Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *supra* note 3, 14-25.

³⁰ Herbert Hovenkamp, “The Rationalization of Antitrust,” *116(3) Harvard Law Review*, 917, 925-926 (2003).

³¹ Fed. R. Civ. P. R. 8(a)(2).

³² Fed. R. Civ. P. R. 12: “(B) How to Present Defenses. Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion:...(6) failure to state a claim upon which relief can be granted;...”

民事程序聯邦規則第 8 條(a)(2)規定陳述請求之起訴，被告即能依據同規則第 12 條(b)(6)款聲請駁回其訴。美國最高法院於 2007 年，則在 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* 案（下稱為 *Twombly* 案）³³中，則就原告訴狀與主張究竟要達到何等程度才能進入證據開示程序（*discovery*）提出重要的見解。

美國最高法院 *Twombly* 案中，指出遭依美國民事訴訟聯邦規則第 12 條(b)(6)聲請駁回（*motion to dismiss*）的起訴（*complaint*），並不需要詳細的事實主張，原告有義務提出其應享有救濟之理由（*grounds*），而此義務要求，高於僅僅貼標籤或給予結論，且也不能以公式列舉請求權構成要件（*the elements of a clause of action*）的方式滿足。於假定所有起訴主張均為真（縱使事實有可疑之處）之前提下，事實的主張必須使有權利請求救濟一事超越推測之程度（*the speculative level*）³⁴。將這些一般原則適用於休曼法第 1 條之請求時，美國最高法院認為請求之陳述必須在訴狀中有足夠事實（假定為真）而指向已有協議。要求推論協議之合理依據（*plausible grounds*）並不是在起訴階段就要求原告應證明請求有可能性，而僅單純要求應有足夠的事實得合理期待證據開示將揭露非法協議的證據³⁵。

美國最高法院更進一步指出，在特定足以指向休曼法第 1 條之共謀有可能存在的事實上，合法的平行行為並不足以證明非法協議，因此指控平行行為及空泛之共謀主張並不足夠。畢竟平行行為也可能是單獨行動，故平行行為之指控要能構成休曼法第 1 條的請求，必須置於足以指向有先前協議存在的脈絡下³⁶。美國最高法院於 *Twombly* 案中也重申，平行商業行為可採認為推論協議之情況證據，但其非決定性證據，或本身也不即違反休曼法，有意識平行行為乃處於集中市場之事業認知其等就價格與產出決定的共同經濟利益與相互依存性所為之通常反應，並非本身非法³⁷。美國最高法院在 *Twombly* 案中也明確表示對濫用證據開示程序（*discovery abuse*）之憂慮，而指出要求原告主張應達到指向有共謀存在的程度，才能避免在沒有合理基礎期望證據開示程序將揭露支持休曼法第 1 條主張的案件中為證據開示而

³³ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

³⁴ *Id.*, at 554-556.

³⁵ *Id.*, at 556.

³⁶ *Id.*, at 556-557.

³⁷ *Id.*, at 553; *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 227, 113 S. Ct. 2578, 125 L. Ed. 2d 168 (1993).

衍生潛在龐大費用³⁸。

Twombly 案之後，不少反托拉斯法請求被法院認為按 Twombly 案所建立的標準過度薄弱而遭到駁回。同時也有越來越多意見指出，當被告控制共謀的重要證據時，Twombly 案可能對原告過度嚴苛。若原告已盡可能提出其所有證據時，應容許針對有無協議一事為有限之證據開示³⁹。且下級審適用 Twombly 案的結果，也使得涉及寡占市場的價格操縱案件，除非先前已有政府機關的反托拉斯訴訟，僅有少數的私人原告能通過駁回起訴之動議⁴⁰。

(三) Turner 與 Posner 的爭論

綜合前述，如何區別有意識的平行行為與一致性行為，特別在沒有直接證據證明有協議或勾結存在時，一直是適用休曼法第 1 條的重大難題。更深論之，其本質乃涉及反托拉斯法應如何處理寡占事業的決策與寡占市場績效不彰之難題。當競爭者合理高度期待會有減少競爭的回應模仿行為，而有意地模仿其競爭者之行為，此時即會出現有意識平行行為。此現象有時會被稱為默示勾結，因為事業從其競爭者之行為或從市場結果推論競爭者的意圖，故溝通是間接的⁴¹。而有意識平行行為是寡占市場典型會出現的行為，並非明示協議之結果，其係因市場僅有少數事業，事業在決定其產量與價格時，會將競爭者的反應納入考量。雖然很難精確定義有意識平行行為，有意識平行行為即每一個寡占市場的事業均瞭解有意識平行行為符合事業群體的利益，如維持高價或避免嚴酷的價格競爭，而事業也據此理解行動⁴²。

就此，早期即有所謂 Turner-Posner 的爭論，對美國反托拉斯法學界影響深遠的 Donald Turner 教授，於 1962 年即為文主張，既然寡占事業於設定價格時本會考慮競爭者的可能反應，寡占定價事實上是基於相關經濟事實之理性個別決定，寡占事業所為的有意識平行行為無涉協議，故不屬休曼法之共謀者。因此有意識平行行為

³⁸ *Supra* note 33, 544, 558-560.

³⁹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic Publishing, 245 (2016).

⁴⁰ Lee Goldman, "Trouble for Private Enforcement of the Sherman Act: Twombly, Pleading Standards, and the Oligopoly Problem," *2008(4) Brigham Young University Law Review*, 1057, 1100 (2008).

⁴¹ Reza Dibadj, "Conscious Parallelism Revisited," *47(3) San Diego Law Review*, 589, 593-594 (2010).

⁴² Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, 1st ed., Cambridge University Press, 73 (2003).

並非協議之證據，除非有其他因素指出被指稱的共謀者，其決定相互依存⁴³。要處理寡占市場的問題，僅能藉由拆解大型公司使市場去集中化⁴⁴。然而，著名的 Richard Posner 法官於學者時代即對 Turner 教授提出不同意見⁴⁵，Posner 法官以經濟學家 George Stigler 關於寡占之理論為基礎⁴⁶，並認為處於寡占市場之事業，仍可能透過隱匿價格或其他競爭者無法即時擴大產出的方式降低價格而獲利⁴⁷。無庸扭曲普遍接受之意義，亦得將默示勾結⁴⁸當成一致性而非單獨行為，而不會抵觸休曼法第 1 條的文義。若 A 賣方限制其產出而期待 B 賣方也為相同行為，而 B 出於相同期待也限制其產出，則縱使沒有明顯公開的溝通（overt communication），亦有文義上的意思合致，即相互理解（mutual understanding），換言之，一賣方藉由限制產出傳達其要約，而此要約由其他競爭者藉由同樣限制產出之行為而接受⁴⁹。

Posner 法官建議，應分兩階段來特定與處罰勾結行為，首先必須先辨識市場條件易於發生勾結的市場，其次再判定在此等市場中是否真的有勾結存在⁵⁰。在判斷市場是否傾向勾結，有許多考量因素，包括賣方端高度集中、欠缺位於市場邊緣的小廠商、在現有市場價格上需求是非彈性的、市場進入費時甚長、買方端市場非集中、標準化產品、非耐久產品、主要廠商在經銷圈以相同程度銷售，價格競爭比其他形式的競爭更為重要、固定成本相對於變動成本占高比例、類似的成本結構與生產流程、需求穩定或隨時間下降、價格可快速變動、秘密競標制、市場是本地性

⁴³ Donald F. Turner, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal," *75(4) Harvard Law Review*, 665-671 (1962).

⁴⁴ *Id.*, at 663-673.

⁴⁵ Generally see Richard A. Posner, "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach," *21 Stanford Law Review*, 1562 (1968). Posner 法官其後又增補其論點，詳見 Richard A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, 51-100, (2001).

⁴⁶ Posner 法官從 George Stigler 關於寡占的理論擷取養分，see George J. Stigler, "A Theory of Oligopoly," *72(1) Journal of Political Economy*, 44 (1964)，該理論將寡占當作卡特爾的一種特別案例，競爭對手們藉由共同制訂獨占價格而最大化產業獲利，但個別廠商仍有藉擴大產出或隱匿價格以增加其銷售的強大誘因。因此卡特爾所面對的不穩定性，藉由默示勾結維持價格之廠商也面臨同樣問題。因此，許多時候，縱使是寡占事業，若無一定執行機制，也很難維持非競爭性價格，故若法院能辨識且禁止這些執行或偵測機制，將能嚇阻卡特爾的運作，see Richard A. Posner, *Antitrust Law*, *supra* note 45, 60-69; William H. Page, "Communication and Concerted Action," *38(3) Loyola University Chicago Law Journal*, 405, 413 (2007).

⁴⁷ Richard A. Posner, *Antitrust Law*, *supra* note 45, 57.

⁴⁸ Posner 法官明確表明其所指之默示勾結，即係一般所稱之有意識平行行為或寡占相互依存（oligopolistic interdependence）。*Id.*, at 53.

⁴⁹ *Id.*, at 94.

⁵⁰ *Id.*, at 69.

的、合法之合作慣習、涉及反托拉斯法的過往紀錄等⁵¹。

於採用前述因素評估市場之勾結傾向後，執法機關可能會發現勾結的實際證據，若是不能，縱使沒有發現明顯之勾結行為，仍可能透過經濟證據顯示勾結定價的存在，相關經濟證據之類型包括：1.固定的相對市場占有率（下稱市占率）；2.整個市場廣泛出現價格歧視；3.價格資訊的交換；4.地區性的價格變動；5.相同的競標；6.得以卡特爾形成為合理解釋之價格、產出或產能之變化；7.整個產業廣泛的轉售價格維持；8.領導廠商之市占率下降；9.價格改變的幅度與波動；10.按市場價格需求是彈性的；11.獲利之程度與模式；12.市場價格與廠商數量或需求彈性反向相關；13.基準點計價（basing-point pricing）；以及 14.排除行為之存在等⁵²。

Turner 教授認為默示勾結對反托拉斯法而言是獨特又難以控制的問題，然而 Posner 法官則認為積極執法能嚇阻默示勾結。此一爭論持續經年，但多數接受 Turner 教授的看法，認為不能非難有意識平行行為，因為該等事業並未為任何法律禁止的特定行為。要成立責任，事業必須達成某類協議，協議之存否可藉由所謂附加因素（plus factor）的分析（詳見後述）從整體證據推論⁵³。1970 年代晚期到 1980 年代早期，聯邦執法機關仰賴 Posner 法官對寡占市場的分析而試圖擴張休曼法與聯邦交易委員會法（Federal Trade Commission Act，下稱 FTCA）之適用以非難相互依存行為，但均未被法院所接受⁵⁴。更細部論之，雖然早期美國最高法院判決的用語不是這麼清楚，但從 Matsushita 案以後，美國法院實質上係遵循 Turner 教授的見解⁵⁵。下級審法院依據 Matsushita 案，要求原告提出傾向排除被告僅是涉及合法有意識平行行為之可能性的證據，而這些證據一般稱為附加因素，如此原告才能避免其訴遭簡易判決駁回。然附加因素一詞，在 Matsushita 案前即已存在，被用來描述搭配相互依存行為之一系列廣泛類型的證據，而可能有助於推論協議存在，於 Matsushita 案後，則最常被用來描述已經滿足原告舉證義務之證據，原告得提出諸

⁵¹ *Id.*, at 69-77.

⁵² *Id.*, at 79-93.

⁵³ Malcolm B. Coate, "Should Economic Theory Control Price Fixing Analysis?" <https://ssrn.com/abstract=2103359> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103359>, last visited on date: 2018/6/30.

⁵⁴ John E. Lopatka & William H. Page, "Posner's Program for the Antitrust Division: A Twenty-Five Year Perspective," *48(5) Southern Methodist University (SMU) Law Review*, 1713, 1718-1719 (1995).

⁵⁵ William H. Page, *supra* note 46, 413-414.

多證據並以該等證據全體來創建出必要推論以建構附加因素⁵⁶。

（四）附加因素

整體而論，美國法院一般認為有意識平行行為或寡占相互依存，若沒有更多證據，並不能推定共謀存在。故美國法院一般會要求強調平行行為之原告提出額外事實，一般稱為附加因素以正當化共同行為之推論⁵⁷。有學者彙整法院見解後指出，附加因素包括：有被告共同行為之合理動機存在、系爭行為除非是共同計畫的一部分否則違背被告自身利益（*self-interest*）、市場現象若非是一致性行為的產物否則無法合理解釋、被告過去有與勾結相關之反托拉斯違犯紀錄、公司間的會議或被指稱共謀者彼此間其他形式的直接溝通、被告採用促進行為（*facilitating practice*）、得出水平合作推論之產業績效因素等⁵⁸。被告亦得提出證據說明其行為存在有效商業理由，成功的正當化理由一般會顯示系爭行為與單獨判斷相符，因為其有助於促進競爭或競爭上自然目標之達成，此時縱使原告主張附加因素也不能保證法院一定會認定一致性行為存在⁵⁹。

另有學者則將附加因素分為數類，第一類為指稱共謀者間之溝通（*communication*），第二類為行為背於自身利益（*action contrary to self-interest*），其變形包括除非每個競爭者都採行否則系爭行為背於單方利益，以及共謀動機（*motive to conspire*），即被告能從被指稱之協議間獲利。在很罕見的情況下，促進行為（詳見下述討論）也被列為附加因素⁶⁰。相互依存性在寡占市場非常普遍，理性的寡占事業通常都會密切監控競爭者且回應其價格變動或策略變化，故必須有比相互依存性更多的證據方能推論協議存在，而行為背於自身利益乃是用來推論協議存在之關鍵附加因素。但若欠缺被告得藉以協商之某種形式的溝通，不應推論協議存在，此乃基於政策與實際的理由，避免允許陪審團在欠缺協議的情況下即認定有休曼法第 1 條之違法行為，且若欠缺可行的救濟方案也不應課與責任⁶¹。

⁵⁶ *Id.*, at 415-417.

⁵⁷ William E. Kovacic, *supra* note 5, 33-34.

⁵⁸ *Id.*, at 37-55.

⁵⁹ *Id.*, at 55.

⁶⁰ Gregory J. Werden, "Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory," *71(3) Antitrust Law Journal*, 719, 746-751 (2004).

⁶¹ *Id.*, at 789-780.

亦有學者將附加因素分為：1.顯示產業有利於協調（即能解決達成共識、嚇阻欺騙與避免新競爭等卡特爾問題）之因素，包括產業結構（例如寡占市場結構、同質性產品、困難進入條件、大量購買者、資訊不對稱、頻繁交易）、產業協調之過去歷史（諸如成功相互依存或勾結行為之歷史證據）、共同行為之合理動機（如無彈性需求、市場進入困難）；2.傾向區辨協議與有意識平行行為之因素，包括溝通或有機會溝通（如會議、同業協會會議）、僅以平行行為無從解釋之過度複雜行為（例如若無協議即不合理之行為）、欠缺明顯效率解釋之行為（例如未能基於相對成本優勢為定價）；以及 3.其他法院有時會援引參考之因素，包括產業績效表現（例如長期穩定之市占率、持續且顯著的獲利率、持續之超越競爭水平定價、當成本下降時價格上漲等）、除非有協議否則背於自身利益之行為（諸如未能基於供需變化改變價格）、促進行為（諸如預先公布價格上漲、其他資訊交換等）⁶²。

附加因素最重要者，通常是關於被告有從事共謀的動機以及被告行為違背其經濟利益之證據⁶³。按其重點在於系爭平行行為是否有相互依存性（interdependence），若有相互依存性，亦即相互競爭的事業彼此間有共謀之動機，系爭協議將有利於被指稱共謀者，以及若非競爭對手為類似行為則系爭行為抵觸行為者的自身利益⁶⁴。然而相互依存性雖然與共謀存在相符合，但其本身並不能證明傳統之協議，亦即相互依存性只是從平行行為推論任何共謀的必要條件，但要推定傳統共謀並不充分。當然，若動機非常強烈，且若無競爭者為一定行為的保證則個別行為的危險高到一個合理的行為者不會在沒有與其他競爭者先行協議的情況下即採取系爭行為，此時，若非模仿或互惠，則採取系爭行為違背其自身利益，即無庸更多證據而得成立傳統上之共謀⁶⁵。

更進一步而言，相互依存性常常是程度問題，原則上相互依存性低，則需要更多證據。當然被告是否真正感受到相互依存性在某些具體個案是有幫助的，但通常相互依存性是從客觀市場狀況推論得出⁶⁶。而當每一被指稱的共謀者就系爭行為有

⁶² Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, 2nd ed., West Academic Publishing, 310-311 (2008).

⁶³ *Jacob Blinder & Sons, Inc. v. Gerber Products Co.* (In re Baby Food Antitrust Litigation), 166 F.3d 112, 122 (3d Cir. 1999).

⁶⁴ Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *supra* note 3, 47.

⁶⁵ *Id.*, at 48.

⁶⁶ *Id.*, at 49.

獨立（independent）或良好之商業理由，即無法從平行行為推論共謀，特別是個別理由足以驅動系爭行為而無庸顧及其他事業是否已為或將為，更無庸置疑。此時，獨立理由之存在即可反證任何共謀動機。然而，有些獨立理由也仍有相互依存性。例如寡占事業在其零件供應商提高價格時可能也想提高價格，其可能會假定其競爭者以相同方式回應供應商抬價問題，但其不會無視其競爭者的回應。這僅表示，獨立但相互依存之理由顯示有共謀動機但不能證明共謀確實發生⁶⁷。固然特定行為的獨立理由能擊退依據情況證據之共謀主張，然而，若有協議的明示證據存在，獨立理由之有無即不再相關⁶⁸。

（五）促進行為

1. 概論

所謂的促進行為，乃指能使當事人以限制競爭方式協調價格或其他行為更為容易之行為，其提高違反反托拉斯法的可能性。促進行為的邪惡之處，在於其在個案中限制競爭之傾向（*anticompetitive tendency*），而非個案中已證明的限制競爭結果（*anticompetitive result*）。促進行為引發反托拉斯顧慮的主要理由有二，一為以促進行為作為推論協議存在之事實基礎，二為系爭促進行為因其本身的限制競爭傾向（無論在個案中有無被實現）而被禁止⁶⁹。在少數案件中，一致之促進行為被當作就被促進事項達成共謀，例如有定期揭露資訊的聚會且此等會議對限制競爭結果之達成不可或缺，該限制競爭結果之發生也符合參與業者的意欲，此時業者彼此間合意要舉行此等會議就可當作彼此合意藉由該等會議欲達成限制競爭效果⁷⁰。而在寡占市場中，若寡占事業互相揭露價格策略，縱使沒有達成彼此應為一致定價之合意，但寡占事業彼此間合意相互揭露價格，因可消弭不確定性，並因而增加默示價格協調之可能性，又無其他促進競爭的利益。因此要認定為此等討論之合意本身是

⁶⁷ *Id.*, at 59.

⁶⁸ *Id.*, at 60.

⁶⁹ *Id.*, at 34-35. 對政府機關的追訴行動而論，證明限制競爭結果之因果關係並非辨識或非難促進行為的前提要件，但對於私人原告而言，因果關係的證明幾乎確定是其損害賠償請求之必要條件。*Id.*, at 36.

⁷⁰ *Id.*, at 38-39.

不合理的商業限制而違反休曼法第 1 條，並不困難⁷¹。而美國反托拉斯法主管機關曾面臨之促進行為議題，主要涉及就一致同意之定價基礎或參考基點（*agreed-upon elements or reference points in pricing*）、最低行銷價格條件（*minimum advertised price requirement*，又稱最低行銷價格協議（*Minimum advertised price agreement, MAP agreement*）、最惠國價格條款（*most favored nation price clause*）、行銷限制（*limitation on advertising*）與經立法之促進行為，例如在酒類產業之州「公告與維持定價」法規（*state “post and hold” statutes*）等 5 種⁷²。

換言之，在美國法上，促進行為引發休曼法第 1 條之問題，可分為兩個層次，意即可分為競爭者以明確協議採行促進行為，以及平行採用促進行為兩類。若為競爭者協議採行促進行為，其滿足休曼法第 1 條要求之協議要件，此時行為之合法性取決於系爭促進行為是否包含遵守特定交易條件之協議或分享資訊之協議，此兩種協議均得促進價格協調，但法院更為質疑針對交易條件之協議。但第二類，即平行採用促進行為，其引發的問題為促進行為之存在是否得推論協議，而使寡占定價非法。若套用 *Matsushita* 案的標準，已有法院認為促進行為機制並不必然足以依法構成附加因素。此時，預防法院僅依平行定價即推論協議之相同原則，通常也會防止法院從促進行為伴隨之平行定價推論協議⁷³。單單產業廣泛採用促進行為，可能不能正當化水平協議之推論，因為此一模式與合法之寡占相互依存性一致。當然廣泛採用促進行為，若與其他證據結合，可能即得正當化水平協議之推論⁷⁴。例如，公開公布價格為涉及價格之協調行為，但法院不會認為公告價格達到附加因素的程度，因為公告價格有其通知消費者各廠商價格之正當目的⁷⁵。換言之，當促進行為除了促進價格協調外另有有益功能，法院不會輕易從平行採用促進行為推論協議。法院僅將促進行為作為一種情況證據而得但通常不確保休曼法第 1 條所稱協議之推論⁷⁶。蓋平行採用促進行為並不傾向排除個別事業獨立行為的可能性⁷⁷。

⁷¹ *Id.*, at 39-41.

⁷² FTC, “Roundtable on Facilitating Practices in Oligopolies – Note by the United States,” DAF/COMP/WD(2007)112, 2-3, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-occd-and-other-international-competition-fora/usfp.pdf>, last visited on date: 2018/6/27.

⁷³ William H. Page, “Facilitating Practices and Concerted Action under Section 1 of the Sherman Act,” in: Keith N. Hylton (ed.), *Antitrust Law and Economics*, 2nd ed., Edward Elgar Publishing, 29-30 (2010).

⁷⁴ *Id.*, at 34

⁷⁵ *Id.*, at 35

⁷⁶ *Id.*, at 26

⁷⁷ William H. Page, “A Neo-Chicago Approach to Concerted Action,” *78(1) Antitrust Law Journal*, 173,

司法部通常僅在有直接證據時會刑事追訴惡性卡特爾行為；在欠缺直接證據時，亦得就相互依存行為伴隨情況證據與附加因素例如被告使用促進行為等，予以推論非法價格操縱協議。而資訊交換即是有助於推論價格操縱協議之促進行為的例子。然而，資訊交換本身，並不是當然違法，而係以合理原則判斷其違法性，與僅使用資訊交換作為推論價格協議之證據，有所不同⁷⁸。司法部於 1992 年，即曾在 *Airline Tariff Publishing Company*（下稱 ATP 公司）一案⁷⁹，就價格操縱與以促進勾結的方式經營 ATP 公司違反休曼法第 1 條為由，以民事起訴 8 家美國最大航空公司與 ATP 公司。ATP 公司是個航空公司間複雜之資訊交換系統，其透過電腦訂位系統與旅行社（travel agents）傳達票價資訊，而作為航空公司不合法價格操縱協議之溝通與協商工具，且以不必要與不合理允許航空公司協調票價之方式經營⁸⁰。本案最終係以聯邦法院之協議裁決（federal court consent decree）解決。該協議裁決確認涉案航空公司不得繼續使用 ATP 票價傳達系統（fare dissemination system）或任何類似機制而不必要地促進票價協調或使其等達成特定價格操縱協議⁸¹。

2.E. I. *Du Pont de Nemours & Co. v. 美國聯邦交易委員會（Federal Trade Commission，下稱 FTC）（下稱 Ethyl 案）及其影響*

按有些促進行為並沒有涉及一致性行為。競爭者可能逐一對其市場分析或未來計畫公開說明，而僅僅是閱讀報紙也會減少每一個業者對其他競爭者未來行為的不確定性，並因而使類似卡特爾之定價行為更可能出現。對此，FTC 曾認為此等行為係違反 FTCA 第 5 條之不公平競爭方法（unfair methods of competition），依 FTCA 第 5 條得命其停止，但單論以違反 FTCA，並不會有私人損害賠償請求或任何刑事處罰⁸²。事實上，FTC 一直嘗試利用 FTCA 第 5 條更寬廣的文義來處理明默示勾結

182-183 (2012).

⁷⁸ FTC, *supra* note 72, 11.

⁷⁹ *United States v. Airline Tariff Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70,687 (D.D.C. Aug. 10, 1994), generally see <http://www.usdoj.gov/atr/cases/dir23.htm>, last visited on date: 2018/6/27.

⁸⁰ FTC, *supra* note 72, 11. 關於本案的詳細介紹，中文文獻另可參考廖賢洲、楊佳慧，「競爭法對寡占廠商促進行為之規範—由 Ethyl、APP 及國內兩大供油商聯合案探討」，*月旦法學雜誌*，第 126 期，97-102（2005）。

⁸¹ *Id.*, at 13.

⁸² Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *supra* note 3, 14-42.

行為，因為 FTCA 第 5 條並未明確要求協議此一要件⁸³。

其中最著名的案件為 E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC 案（一般習以該案另一涉案公司之名稱而稱為「Ethyl 案」）⁸⁴，Ethyl 案中的兩名上訴人，乃是美國最大的鉛抗爆石油添加劑（lead antiknock gasoline additives）製造商，FTC 認為 E.I. Du Pont De Nemours and Company（下稱 Du Pont 公司）與 Ethyl Corporation（下稱 Ethyl 公司）這兩家公司，以及另兩家防爆成分製造商，PPG Industries, Inc.（下稱 PPG 公司）與 Nalco Chemical Company（下稱 Nalco 公司），在不同時間獨立且單獨採用部分或全部的以下 3 種行為而涉及 FTCA 第 5 條所稱之不公平競爭方法。該 3 種行為分別為：(1) 4 家公司在銷售商品時都採用按運送地點與基準點距離計算而包括交通成本之送達計價方式（delivered price）；(2) Du Pont 公司與 Ethyl 公司在合約規定之 30 天前額外先行通知買方價格調漲；以及(3) Du Pont 公司與 Ethyl 公司（PPG 公司也常常使用）採用最惠國條款（most favored nation clause），依該等條款賣方承諾沒有任何一家客戶會被收取比其他客戶更高之價格。FTC 主張這些公司採用這些方式並非共謀，但藉由消除關於價格決定的部分不確定性，以促進價格在非競爭水準上維持平行一致，而造成實質減少競爭之效果⁸⁵。

對此，美國第二巡迴上訴法院指出，判斷 FTCA 第 5 條所稱之「不公平」，其標準仍須能區別正常可接受之商業行為與不合理或不正常的行為，否則 FTCA 第 5 條之運用即會陷入恣意與不可預測。僅僅存在寡占市場結構，而寡占廠商就同一商品為有意識之平行定價，並不違反反托拉斯法，此代表了一種情況，而非方法（methods）。將寡占市場中一製造商變動價格認定為是一訊號，平行價格變動則為密集連續之後續行為，或價格超越競爭水準等情，均難以將此等價格變動轉變成不公平競爭方法，否則即是非難任何個別廠商獨立所為之價格變動。FTC 並未建議 FTCA 第 5 條授權禁止寡占市場之所有價格變動，僅陳稱 FTCA 第 5 條不禁止寡占市場定價，縱使是超越競爭水準的水平定價，只要欠缺促進此等結果之特定行為即可。但此等細微分別，將產生如何區分哪些屬合法行為與哪些屬非法行為的疑惑。特別是 FTC 自己也承認，在寡占市場與同質產品之市場中，價格一致性相當普遍

⁸³ Herbert Hovenkamp, *supra* note 39, 239.

⁸⁴ E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984). 因本案另一被告為 Ethyl 公司，故多稱為「Ethyl 案」。

⁸⁵ *Id.*, at 128, 130.

86。

更何況在該案中，FTC 也承認被處分事業並未以協議或勾結之方式從事系爭行為，每一廠商都獨立且單方行動。被處分事業採用此等行為，亦有其正當商業理由⁸⁷。本案中也未有實質證據證明系爭行為與市場價格間的因果關係⁸⁸。綜合而論，美國第二巡迴上訴法院認為，在該案中整體並未有實質證據證明系爭行為實質減少防爆劑產業之競爭，或消除該等行為會促進競爭，被處分事業的專家也有力指出，在防爆劑產業欠缺完美競爭是因為該產業的結構使然，而系爭行為對競爭之影響微小，且不論有無系爭行為，競爭者也都會在幾小時內知悉其他業者之價格。該產業的多數實質競爭在非價格條件上。縱令 FTC 得依 FTCA 第 5 條禁止合理、無勾結但實質減少競爭之商業行為，在本案亦無減少競爭的現象而允許 FTC 行使權力⁸⁹。

3.綜合評論

在 Ethyl 案中，FTC 並未主張共謀、獨占或企圖獨占，事實上在所有庭審中所提出之證據也顯示被挑戰之行為係涉案被告單方採行。FTC 就此案於第二巡迴上訴法院的挫敗，也使美國聯邦主管機關不再起訴提出類似主張⁹⁰。而在 Ethyl 案之後，採用經濟證據追訴默示勾結行為之想法，均遭遇挫折。直到 1990 年代，FTC 就嬰兒奶粉市場中勾結競標之促進行為達成和解，此一執法方向才開始有起死回生之機⁹¹。整體而論，雖然促進行為的分析在水平結合分析與明確之價格操縱案件仍持續扮演一定角色，但於此之外，並未有以此為由直接針對單方促進行為之成功執法活動⁹²。

固然 FTCA 第 5 條並未要求協議此一要件，而僅規定被告涉及不公平競爭方法，但論者以為美國法院之所以拒絕將休曼法第 1 條擴張適用於有意識平行行為係因其認為此實有不當，並非其相信法條文義不能涵蓋此等結果。於解釋 FTCA 第 5 條此一寬廣文義時，亦有同樣顧慮。若被處分事業藉由能提供明顯消費者利益之促

⁸⁶ *Id.*, at 128, 138-139.

⁸⁷ *Id.*, at 140.

⁸⁸ *Id.*, at 140-141.

⁸⁹ *Id.*, at 141-142.

⁹⁰ Michael G. Vita, "Fifteen Years after Ethyl: The Past and Future of Facilitating Practices," *68(3) Antitrust Law Journal*, 991, 994 (2001).

⁹¹ John E. Lopatka & William H. Page, *supra* note 54, 1718-1719.

⁹² Michael G. Vita, *supra* note 90, 994-995.

進行為而得以維持非競爭水準之價格，法院並不願意推論該等事業涉及一致性行為⁹³。

但亦有論者認為，美國第二巡迴上訴法院在 *Ethyl* 案之見解，並未考慮到 FTC 所能採用的手段相當有限，FTC 並不能監禁被告之經理人或要求被告支付損害賠償，因此其可能產生的過度嚇阻（*over-deterrence*）之社會成本，低於由司法部或私人原告依據休曼法起訴之案件，FTC 僅是禁止被處分事業事先溝通價格變動以及使用價格保護條款等事項，且私人不能依據 FTCA 第 5 條起訴。鑑於 FTC 僅有有限但係針對未來行為的執法手段，就 FTCA 之責任成立而論，應可容許較寬鬆之標準。縱令 FTC 認定錯誤而系爭行為並非意欲促進默示勾結，禁止此等行為之社會成本並不會太高，因為也沒有令人確信的證據顯示系爭行為會產生效率。寡占市場本易於勾結，對涉及模糊行為之案件，只要該等行為並無明顯的社會價值，一點過度嚇阻或許反是好事⁹⁴。

此一問題，論其實際，與 FTCA 第 5 條之執法政策與困境有關，即有論者指出，鑑於休曼法本身文義之彈性，FTCA 第 5 條之彈性似乎用處有限，固然美國最高法院業已確認 FTC 有權使用 FTCA 第 5 條禁止休曼法規範以外之行為，但除了罕見的情況外，FTCA 第 5 條是否有具體作用仍不清楚。而 FTC 欲援用 FTCA 第 5 條為漏洞填補時，都必須克服系爭漏洞為國會有意為之，而屬不欲適用 FTCA 第 5 條處理休曼法與克萊頓法規範圍以外之有意遺漏等主張⁹⁵。

4. 促進行為之變形：邀請勾結（*Invitation to Collude*）與單方揭露資訊（*Unilateral Disclosure of Information*）

從 1990 年代開始，FTC 另外透過一系列協議裁決（*consent decree*），依 FTCA 第 5 條針對所謂「邀請勾結」（*Invitation to Conclude*）此一單方限制競爭行為執法，此涵蓋明示與默示請求提高價格或減少產出，藉由「邀請勾結」，FTC 重新復

⁹³ William H. Page, "The FTC's Procedural Advantage in Discovering Concerted Action," *8-FEB Antitrust Source*, 2 (2001), <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1643&context=facultypub>, last visited on date: 2018/6/27.

⁹⁴ Herbert Hovenkamp, *supra* note 39, 241-242.

⁹⁵ William E. Kovacic & Marc Winerman, "Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act," *76 Antitrust Law Journal*, 1001-1022 (2010).

活其對促進行為之執法⁹⁶。所謂「邀請勾結」，一般被理解為締結非法水平價格操縱或市場分配協議之「單方」邀請，FTC 已認為此等邀請具限制競爭性而依 FTCA 第 5 條予以非難，無庸為邀請與被邀請之公司間形成任何休曼法第 1 條之契約、結合或共謀⁹⁷。FTC 對邀請勾結為執法之主要理由為，邀請勾結與過往曾被法院認為屬意圖獨占之意圖價格操縱行為，並無顯著不同，且 FTC 的執法權限可延伸至反托拉斯法的早期違反行為，邀請勾結正屬此類。再者，FTC 依據 FTCA 有權填補已發現之反托拉斯法漏洞，而就邀請勾結欠缺明文禁止僅是需要填補之漏洞⁹⁸。就此，雖然不乏 FTC 依 FTCA 第 5 條對邀請勾結之執法，業已逾越其職權範圍且 FTC 應於聯邦法院正式起訴以確認其確有此等權限等批評⁹⁹，但 FTC 基本態度認為，FTC 主要係透過協議裁決發展邀請勾結之執法理論，有必要清楚讓公眾瞭解其基本原則，而 FTC 對邀請勾結之執法有其堅實法律基礎¹⁰⁰。

早期 FTC 決定追訴系爭邀請勾結行為時，並不會論及受挑戰之行為有無任何過去實際或未來可能之限制競爭效果，且主要針對能被清楚解釋為邀請締結水平價格操縱或市場分配協議之私下溝通（private communication）。但從 2006 年 Valassis 一案開始¹⁰¹，FTC 將其執法擴及於公開溝通之邀請勾結行為¹⁰²。發展至今，所謂邀請勾結，一般係指事業對其實際或潛在競爭者表示，其準備且願意就價格、產出或其他重要競爭條件予以協調之不正當溝通。基於 FTC 在過去 20 多年的執法行為，若係對競爭者之明示或暗示、提出建議之協調條件且若經接受會構成休曼法之當然違法行為的競爭者間私下溝通，即會違反 FTCA 第 5 條規定。此外，如 Valassis 案中未有正當商業目的或理由而對其唯一競爭者提出意欲勾結之條件的公開聲明，亦得構成邀請勾結¹⁰³。

⁹⁶ Geraldine M. Alexis, "Invitations to Collude Are the Federal Trade Commission's New Weapon to Police Unilateral Activity," *14(2) Antitrust*, 68-76 (2000).

⁹⁷ Larry Fullerton, "FTC Challenges to 'Invitations to Collude'," *25(2) Antitrust*, 30-34 (2011).

⁹⁸ Geraldine M. Alexis, *supra* note 96, 73.

⁹⁹ *Id.*, at 72-76.

¹⁰⁰ Generally *see* Stephen Calkins, "The Legal Foundation of the Commission's use of Section 5 to Challenge Invitations to Collude is Secure," *14(2) Antitrust*, 69-81 (2000).

¹⁰¹ 關於該案之詳細資料，請參閱 In the Matter of Valassis Communications, Inc., FTC Matter/File Number: 0510008, Docket No. C-4160 (F.T.C. Apr. 28, 2006), <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0510008/valassis-communications-inc-matter>, last visited on date: 2018/6/27.

¹⁰² Larry Fullerton, *supra* note 97, 30.

¹⁰³ Debbie Feinstein, "Different Methods, Same Old Antitrust Problem," <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2014/07/different-methods-same-old-antitrust-problem>, last visited on

亦有學者指出，不構成休曼法第 1 條非法協議或受休曼法第 2 條意圖獨占禁止之邀請勾結，有可能必須透過 FTCA 第 5 條彌補執法空缺¹⁰⁴。確實，在集中化市場，單方資訊揭露更可能產生限制競爭效果，因為默示或明示之勾結更可能發生，此在具有市場獨占地位的事業企圖影響重要競爭者而為揭露時尤為顯然。其他結構面的市場特徵，諸如同質性商品或市場進入障礙，可能使勾結更容易成功，也因而提高資訊揭露限制競爭之風險¹⁰⁵。然而，不可諱言，FTC 透過和解或所謂協議裁決執行 FTCA 第 5 條，僅是法院判決之微弱替代品。畢竟法院判決係司法審查兩造攻防後的結果，其所確認的理論與持續性更受信賴¹⁰⁶。再者，就欠缺直接證據之勾結，基於經濟情況證據之勾結可能性，於民事案件至少為 50.1%，但 FTC 純粹依據 FTCA 第 5 條所為之執法，其可能性得稍微低於 50%¹⁰⁷，亦有不同之處。

（六）最新發展

1. 概論

隨著經濟理論之發展，關於寡占市場的定價問題又起波瀾。近年來，Louis Kaplow 教授採取和 Posner 法官類似的立場，認為休曼法第 1 條的文義，可以與相互依存相合，特別是意思合致或者相關主觀概念，相互瞭解並無庸明示或其他限定方式才能達成。最高法院的重要判決，諸如 Interstate Circuit 案與 American Tobacco 案，對協議要件之解釋都很寬廣¹⁰⁸。Kaplow 教授認為，多數見解認為限於事業為特定行為，例如事業彼此為某種形式的溝通，方足以成立責任，然此等處理方式反而非常令人困惑，因為寡占事業先前已受到邀約，其後之回應也非常明顯。重點應放

date: 2018/6/27. 關於美國實務上對邀請勾結的看法，另可參閱 FTC, “Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects (E.G. Through Press Announcements) ,” DAF/COMP/WP3/WD (2012)14, 3-8, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-occd-and-other-international-competition-fora/1202unilateraldisclosureinfo.pdf>, last visited on date: 2018/6/28.

¹⁰⁴ William E. Kovacic & Marc Winerman, *supra* note 95, 1007.

¹⁰⁵ FTC, *supra* note 103, 7.

¹⁰⁶ William E. Kovacic & Marc Winerman, *supra* note 95, 1013.

¹⁰⁷ William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. White, “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law,” *110(3) Michigan Law Review*, 393-436, note 128 (2011).

¹⁰⁸ Louis Kaplow, “On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law,” *99(3) California Law Review*, 683-818 (2011).

在是否對此等行為課與懲罰。若寡占定價行為不會遭受任何懲罰，寡占事業會發現跟隨領導者之價格上漲非常有吸引力，且寡占事業為維持獨占獲利會避免削減超越競爭水準的定價。但若此等行為會遭受嚴重懲罰，則寡占事業可能會發現跟隨領導者為價格上漲是不理性的，而削減價格反而可能獲利¹⁰⁹。Kaplow 教授與 Posner 法官前述理論及建議有一定類似性，事實上他們的理論都認為，當實證資料證實市場績效不佳時，即可認定有違反行為，不論其係因協議或有意識平行行為所致¹¹⁰。

然而，有趣的是，Posner 法官受邀評論 Kaplow 教授前述論點時，卻表示其現在贊同 Turner 教授關於以反托拉斯法處理默示勾結之可行性的質疑，亦即若禁止默示勾結，則寡占市場之廠商就很難定價，蓋若其採用如同其他競爭者之定價，其即有違法風險；但若其採用成本加成的定價方式（cost-plus pricing）且政策上設定一定之安全港（safe harbor），則可能落入傳統、全面由管制機關接管之費率管制模式，亦非適宜。欲禁止默示勾結，難以避免需考量此一作法之整體社會成本為何，而以反托拉斯法處罰默示勾結者是否會產生淨社會利益，不無疑問。更何況若欲如 Kaplow 教授主張以賽局理論等為基礎而不要求競爭者間之溝通即論斷價格操縱行為，亦不能忽略實務上法官掌握賽局理論與評估專家證詞的困難¹¹¹。

另有學者採與 Kaplow 教授相異的見解，認為要構成一致性行為，應要求某種形式之溝通，然溝通不需要直接，也不需要達到交換保證（即完成口頭協議）的程度，此應為唯一能與有意識平行行為區別之因素¹¹²。且近年來，多數法院與學者都認為協議與一致性行為的定義都要求要有溝通此一因素¹¹³。但亦有意見指出，要求要有競爭者彼此間相互溝通之證據，此一標準可能過度嚴格，例如 Interstate Circuit 案中關於協議的證據事實上是垂直溝通（即上游業者與其下游經銷商間）¹¹⁴。

¹⁰⁹ Louis Kaplow, "An Economic Approach to Price Fixing," *77(2) Antitrust Law Journal*, 430-432 (2011).

¹¹⁰ Malcolm B. Coate, *supra* note 53, at 35.

¹¹¹ Generally see Richard A. Posner, "Review of Kaplow, Competition Policy and Price Fixing," *79(2) Antitrust Law Journal*, 761-768 (2014).

¹¹² William H. Page, *supra* note 46, 435-436.

¹¹³ William H. Page, "Objective and Subjective Theories of Concerted Action," *79(1) Antitrust Law Journal*, 215-251 (2013).

¹¹⁴ Malcolm B. Coate, *supra* note 53, 18.

2.重新建構附加因素之分析方法

附加因素的分析方式，雖然是法院目前主要採用之模式，但一直有批評指出，法院鮮少嘗試依其證據價值排序附加因素，也不會特定指出必須能建立而支持推論系爭市場行為乃源於一致性行為而非有意識平行選擇的附加因素之最低關鍵總量。法院一般也不會花費廣泛心力去衡量每一個附加因素的可能競爭影響，也導致司法判決難以預測，且許多案件的結果也往往取決於法院對系爭平行行為可能原因之直覺為何¹¹⁵。

由於附加因素之分析有此等缺陷，即有論者嘗試重新建構附加因素，例如 Kovacic 教授等人，先整理出判斷平行行為是否因協議所致的 5 個主要附加因素，包括：(1)除非屬於共同計畫的一部分，系爭行為有背於每一被告之自身利益；(2)系爭現象僅有係一致行為的結果方能合理解釋；(3)有證據顯示被告們創造了定期溝通的機會；(4)產業績效資料，諸如異常獲利，顯示有成功之協調行為存在；(5)就系爭行為欠缺合理正當之商業理由（諸如與競爭對手溝通）或對系爭行為提出不自然而有斧鑿之痕的理由¹¹⁶。其並特別指出寡占廠商為擁有不完整與不對稱資訊之重複賽局參與者，此時法院應檢驗買方之行為來區辨系爭行為是否涉及違反休曼法第 1 條之協議。按若特定市場之買方對採購投入一定資源，其即會運用競爭性採購流程讓賣方競價投標，藉此買方即能抵抗賣方之價格調整、獲取資訊與監督市場，而成為寡占賽局之積極參與者；此時若賣方不為任何退讓而能維持原定之高價，則此等價格上漲即可能係基於賣方間限制競爭之協議。換言之，在既定產品、產業、市場下，若買方為寡占賽局之參與者，由於默示勾結或協議，欠缺溝通、監督與執行機制等特性，此時買方對價格上漲的抵制，即會限制寡占廠商僅透過默示協議維持勾結定價的能力¹¹⁷。

Kovacic 教授等人並彙整出 8 項卡特爾協議會涉及之行為與考量因素¹¹⁸，並參

¹¹⁵ William E. Kovacic, *supra* note 5, 35-36.

¹¹⁶ William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. White, *supra* note 107, 405-406.

¹¹⁷ *Id.*, at 411-413.

¹¹⁸ 分別為 1.提高價格至若無勾結即不能達到之水平；2.將整體產業之產量降至若無勾結即不會出現的水準；3.改變事業內部之誘因，因而抑制廠商間之競爭並促使較高價格；4.於成員間分配勾結獲益；5.於成員間重新分配獲益與損失以遵守協議；6.監督協議之遵循並就需懲罰之所有相關勾結特點定期溝通；7.若部分卡特爾成員持續從事實質違反協議之行為即準備放棄勾結行為；8.一旦成功壓抑廠商間之競爭，即透過諸如獨占廠商之行為尋求額外獲利。See *id.*, at 414-415.

酌買方在賽局中之地位與影響力，分析與比較特定行為在協議有無時出現之可能性，認定並計算個別附加因素推論協議存在的強度¹¹⁹，進一步提出所謂「特別附加因素」（*super plus factors*），意即會在有勾結協議時發生但幾乎不會在欠缺勾結的情況下被觀察到之行為或結果¹²⁰，其並彙整出 7 個特別附加因素，包括：(1)當價格與獲利相對高或持續增長時一群廠商限制產出；(2)當廠商有過多產能且價格與獲利均相對高或持續增長時，一群生產者之市占率、客戶持續性或地理獨占均穩定；(3)對照無勾結行為之資料與計量經濟模型，未能解釋疑有勾結行為之特定期間或地域的實際價格軌跡；(4)廠商或一群廠商知悉其他廠商之交易、生產、銷售與（或）存貨等細節，而後者若係單方傳達此訊息競爭上會喪失優勢；(5)廠商為於廠商間移轉資源之交易但很大程度上欠缺富有成效之非勾結動機；(6)於不同廠商產製之產品具高度同質性的產業，於一定期間在一群廠商間，廠商內部之銷售人員誘因機制有明顯改變，而從追求市占率到維持高價（諸如改變價格比銷售量先行的策略）；(7)總市占率共同足以享有獨占廠商市場力量的一群廠商，從事獨占廠商的行為，然而沒有單一廠商有如獨占廠商從事獨占廠商行為而為單方行為之市場力量。除此之外，若出現一群附加因素而非僅有單一附加因素，此本身就是一特別附加因素¹²¹。Kovacic 教授等人所提出之特別附加因素分析模式，對提升附加因素分析有相當大的貢獻，然其最大的困難為如何及有無可能在個別案件中計算特定行為或附加因素在有協議或無協議時出現之可能性¹²²。

其後，FTC 資深經濟學家 Coate 博士則以 Kovacic 教授等人彙整之前述 5 個主要附加因素為基礎，主張廣泛解釋以上幾種附加因素，即能掌握附加因素的本質且更易呈現附加因素應如何統整分析。例如產業績效證據未能區別勾結與有意識平行行為，因此其單獨論之並無太大用處。然而，若其與系爭協議有關之同時期溝通行為等外部資訊綜合判斷，就會產生很強的附加因素。而為了避免錯誤推論因果關係，也必須考量系爭行為的效率正當理由¹²³。而以上 5 種附加因素，又可分成 3 類證據，即事業特定行為有背於其獨立之自身利益，共同市場行為只有在該等事業係相互合作方能合理解釋，以及與勾結相符之績效結構。而在分析順序上，第一層次

¹¹⁹ *Id.*, at 416-434.

¹²⁰ *Id.*, at 428.

¹²¹ *Id.*, at 435-436.

¹²² Malcolm B. Coate, *supra* note 53, 45.

¹²³ *Id.*, at 15-16.

應先著重在系爭行為背於事業的單方利益，但若係依據勾結協議實施則符合自身利益。第二層次則處理相關事業所實施之市場普遍行為僅能被解釋為係協議的一部分，這部分的分析乃是在推論因果關係以及與有意識平行行為相區別。最後則評估與成功勾結行為相關之績效證據，按多數市場績效資料並不能區別一致性行為與有意識平行行為，故對推論協議並無用處。但部分證據可能與協議之時點密切相關故能支持系爭協議真實發生的假設，除非被處分事業能指出有其他外在行為造成該等市場績效。而部分典型的附加因素著重在系爭協議，而針對市場結構的標準經濟證據，則用來判斷系爭行為對競爭有威脅是可信的；其他附加因素證據則用來證明所推論的協議為不佳市場績效之原因¹²⁴。

除此之外，亦有研究運用賽局理論探討競爭者平行公布定價（*posted pricing*）的作法能否及如何作為附加因素推論協議存在，而指出當廠商相互競爭且公布定價帶來之消費者搜尋成本與廠商銷售成本節省甚少時，平行採用公布定價並非廠商之最佳利益，鑑於公布定價會促進勾結，此時唯有廠商期待協調其價格，共同採用公布價格之作法才符合廠商之最佳利益¹²⁵。換言之，當採用公布定價對消費者搜尋成本與廠商銷售成本效益甚微，則於廠商彼此競爭時，產業廣泛設定表價而無折扣則抵觸廠商利益，因此採用公布價格的作法，僅在其會造成協調定價方為廠商之最佳選擇¹²⁶。故若符合 4 個標準，即(1)在採用公布定價前，廠商通常以低於公開表價（*list price*）之價格銷售或未有公開公布之表價；(2)僅在一廠商期待其他廠商後續會協調其定價時公布定價符合該廠商之最佳利益；(3)採用公布定價後，價格較高且廠商彼此間之價格更為統一；(4)市場特性（廠商數量、進入障礙等）使勾結可行，可推論有協議存在¹²⁷。

¹²⁴ *Id.*, at 19-27.

¹²⁵ Joseph E. Harrington Jr., “Posted Pricing as a Plus Factor,” *7(1) Journal of Competition Law & Economics*, 1-35 (2011).

¹²⁶ *Id.*, at 21.

¹²⁷ *Id.*, at 16-20.

二、我國就聯合行為合意與間接證據之實務與學說見解

(一) 修法沿革

公平法於 2015 年時大幅修正，就聯合行為部分，依修正後公平法第 14 條（原第 7 條）第 1 項、第 2 項及第 15 條（原第 14 條）第 1 項本文規定，公平法對於事業聯合行為之規範，無論於本次修法前、後，均以「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（包括事實上可導致共同行為之意思聯絡），相互約束事業活動，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」為要件¹²⁸，最重要者即為增訂現行公平法第 14 條第 3 項，明文規定聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。

(二) 最高行政法院主要見解

1. 聯合行為合意與間接證據

依據公平法第 14 條第 1 項、第 2 項（2015 年 2 月修正前為第 7 條第 1 項、3 項），構成聯合行為的合意，包括契約、協議或其他方式之合意，而所謂其他方式之合意，係指契約、協議以外的意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。基於前述規定，最高行政法院素來認為，公平法對事業聯合行為之「合意」採實質認定，亦即除契約、協議等具拘束當事人法律效益之「合意」外，其他方式的意思聯絡，不論有無法律拘束力，若「事實上」可導致共同行為或一致性行為者亦屬之¹²⁹，換言之，最高行政法院認為，聯合行為的合意，包括因意思聯絡而事實上可導致一致性行為（或稱暗默勾結行為）之「其他方式之合意」，至於所謂「一致性行為」，是指 2 個或 2 個以上事業，在明知且有意識之情況下，透過類似聚會等機會交換經營意見，以意思聯絡之方式就其未來之市場行為達成不具法律拘束力的共識或瞭解，形成外在行為之一致性¹³⁰。至於外觀行為之一致性，並非以調

¹²⁸ 最高行政法院 104 年度判字第 181 號判決。

¹²⁹ 最高行政法院 104 年度判字第 413 號判決。

¹³⁰ 前揭註 128 及最高行政法院 99 年度判字第 502 號判決、102 年度判字第 67 號判決。

漲後價格完全相同為必要條件，得綜合各項客觀市場資料，如漲價時間相近、漲價幅度或金額為相同或類似等客觀市場資料加以判斷¹³¹。

最高行政法院在 2015 年公平法修正時增訂第 14 條第 3 項聯合行為合意推定之規定前，即已認為，若事業採取同一形式之外部行為，而經進一步調查確實有「意思聯絡」，即藉由直接或間接方式，如利用市場資訊之公開，間接交換與競爭有關之敏感市場訊息，或相互傳達營業策略，或直接進行商業情報之交換等，在客觀上未必先有預定的計畫方案¹³²，或以其他客觀間接證據（如誘因、經濟利益、漲價時間或數量、不同行為的替代可能性、發生次數、持續時間、行為集中度及其一致性等），足以判斷事業間已有意思聯絡，且為其外部行為一致性的合理解釋，即可認定事業間有「聯合行為」¹³³。倘相關事證足資證明其一致性行為之合意，縱有時間落差或微幅價格之不同，亦構成公平法所稱之聯合行為¹³⁴。於修法之後，最高行政法院認為間接證據亦可證明合意存在之見解¹³⁵，有公平法第 14 條第 3 項的明文支持，而更形鞏固。

2. 合意推定

換言之，最高行政法院認為，意思聯絡之存在，除依據直接證據判斷外，亦得利用間接證據證明，即經由各項間接證據所認定之間接事實，並由各種間接事實適時的累積，參酌涉案商品之種類、被處分事業所占之比例、相關市場之範圍及其特性，如有生異於正常市場下之競爭條件狀況者，即得據以推定其間存有一致性行為之意思聯絡存在¹³⁶。最高行政法院認為，採用間接證據時，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，本於推理作用，為合乎經驗法則及論理法則之推定判斷，自得作為認定違法事實之基礎。若要求聯合行為需要

¹³¹ 最高行政法院 92 年度判字第 1733 號判決、臺北高等行政法院 89 年度訴字第 258 號判決。

¹³² 同上註及臺北高等行政法院 89 年度訴字第 257 號判決、最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決、103 年度判字第 438 號判決。

¹³³ 前揭註 130 及最高行政法院 99 年度 1036 號判決、100 年度判字第 615 號判決、100 年度判字第 616 號判決、100 年度判字第 617 號判決、100 年度判字第 2181 號判決、103 年度判字第 294 號判決、103 年度判字第 438 號判決。

¹³⁴ 最高行政法院 99 年度判字第 502 號判決、103 年度判字第 294 號判決。

¹³⁵ 最高行政法院 105 年度判字第 366 號判決。

¹³⁶ 前揭註 128 及最高行政法院 100 年度判字第 67 號判決、100 年度判字第 2181 號判決、102 年度判字第 67 號判決。

直接證據（例如書面會議紀錄）方得成立將造成不當之脫法行為，縱無直接證據可資證明事業間存有聯合行為之合意，然若透過間接證據之採證與分析，可合理推定若非事業間採取聯合行為，否則無法合理解釋市場上一致行為現象時，即可推定有聯合行為合意之存在，亦即在聯合行為乃事業間外部行為一致性之唯一合理解釋之情形下，可認定該等事業間有聯合行為。易言之，如市場上多數業者同時且以相同幅度調整價格，但市場上並無客觀之供需變化等因素可資合理說明，應可合理推定業者就該次價格調整存有聯合行為之合意¹³⁷。事業為共同一致之行為，自該各該企業之個別利益觀點無從解釋之，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¹³⁸。

最高行政法院認為，要推翻前述「合理推定」，須行為人合理說明或證明其價格之調整乃市場上客觀之供需變化因素所致，否則即可推定有聯合行為之意思聯絡存在¹³⁹。倘若事業並非基於個別成本、利潤及其他相關因素之獨立考量，且提出其調漲費用之合理精算依據，而與有競爭關係之他事業恰有一致性之價格調漲，能否認定該事業與有競爭關係之他事業並無共同行為之合意存在，即有疑問¹⁴⁰。

3. 個案認定

就個案而論，最高行政法院曾認為，同業公會縱使並未開會或決議或未通知全部會員，若曾呼籲會員勿殺價求售，通知會員調漲價格，對於競價銷售之業者，前往制止，會員也依同業公會決定之價格販售¹⁴¹，或被處分事業藉由業者座談會的方式，呼籲零售業者間不要從事價格競爭，彼此售價儘可能統一，並希望供應商對於不配合之零售業者予以管控、斷貨¹⁴²，業者陳明與競爭者間有銷售區域分配，不會搶標¹⁴³，或被處分事業坦承彼此經常聚會交換資訊，會談內容涉及同業不要惡性競爭、避免價格太低及同業間有合理參考價位¹⁴⁴、有書面紀錄及業者訪查紀錄顯示同

¹³⁷ 最高行政法院 92 年度判字第 1798 號判決、103 年度判字第 294 號判決、103 年度判字第 438 號判決。

¹³⁸ 最高行政法院 92 年度判字第 1798 號判決。

¹³⁹ 同上註及最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決。

¹⁴⁰ 最高行政法院 93 年度判字第 415 號判決。

¹⁴¹ 最高行政法院 90 年度判字第 507 號判決。

¹⁴² 最高行政法院 105 年度裁字第 1276 號判決。

¹⁴³ 最高行政法院 90 年度判字第 225 號判決。

¹⁴⁴ 最高行政法院 90 年度判字第 1316 號判決。

業公會邀集業者協調費用而得出計價方式告知會員¹⁴⁵等，此應屬合意的直接證據。

另外，同一時間同一幅度的價格調整本身，往往會被認為係與市場正常機制有違之間接證據¹⁴⁶，此在被處分事業成本互異又未能就一致性調價行為有市場客觀合理因素提出合理說明及解釋，特別顯然¹⁴⁷。亦有判決以競爭者之間彼此合作的情況違反市場競爭常理，具有聯合調漲價格的意思聯絡¹⁴⁸。至於其他業者或上下游交易對象的陳述及問卷調查結果，均曾被援引為間接證據¹⁴⁹。此外，競爭者彼此間有大股東或董事兼充他者的董事或經理人的情事存在¹⁵⁰，彼此兼有密切業務合作關係、協助製作文件等¹⁵¹，亦曾為最高行政法院或公平會為合理推定的考量因素。被處分事業彼此間具有控制與從屬關係，亦曾被行政法院採納佐證被處分事業間關係已非絕對之競爭狀態，確有為聯合行為之動機¹⁵²。

有趣的是，過去在嘉義市 51 家瓦斯分銷業聯合調漲桶裝瓦斯零售價格案，係涉及非寡占市場，被處分的其中一事業在無客觀成本推升因素下，逕自登報宣示調漲售價，公平會認為，此種悖於經濟理性之行為，勢必係預期其他業者會有善意回應，該登報事業登報宣示顯係欲透過事先、公開方式傳遞調價訊息，藉此減少偵測可能發生的時間遲延或資訊不正確風險，以使競爭對手在知悉的情況下，有能力且有誘因選擇跟進，且該登報事業給予舊客戶緩漲期間，除可藉以觀測競爭對手的反應外，亦有利於競爭對手規劃跟進，而其他業者經由相互交換訊息，確認登報事業的漲價屬實且彼此均有跟進的意思，並配合互不搶客戶，使市場上價格趨向一致性上漲，彼此間客源亦不致有太大變化，因而有高達 50 家業者一性致調漲價格。且登報事業在釋出調價訊息後，自陳有以電話瞭解同業有無隨同調漲，其以此偵測市場競爭對手，亦有助於聯合行為的穩固，故認定登報事業與其他業者一致性調價，係屬於出於意思聯絡所為之聯合行為，此一認定亦受到最高行政法院的支持¹⁵³。

¹⁴⁵ 最高行政法院 87 年度判字第 272 號判決。

¹⁴⁶ 最高行政法院 88 年度判字第 1985 號判決。

¹⁴⁷ 最高行政法院 103 年度判字第 294 號、第 438 號判決。

¹⁴⁸ 最高行政法院 99 年度判字第 502 號判決。

¹⁴⁹ 同上註及臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1113 號判決、最高行政法院 96 年度判字第 1460 號判決。

¹⁵⁰ 前揭註 140 及最高行政法院 88 年度判字第 3246 號判決、88 年度判字第 3247 號判決。

¹⁵¹ 最高行政法院 88 年度判字第 3246 號判決、88 年度判字第 3247 號判決、90 年度判字第 283 號判決。

¹⁵² 臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1113 號判決、最高行政法院 96 年度判字第 1460 號。

¹⁵³ 最高行政法院 103 年度判字第 438 號判決。

4.聯合行為與有意識平行行為之區別：寡占市場的難題

(1)基本原則

不意外的是，實務上關於聯合行為合意推定之主要爭議，幾乎都集中在寡占市場中事業之外觀上一致性行為，究竟是寡占市場常見之「有意識平行行為」或「價格跟隨行為」，抑或是得藉由間接證據進而合理推定事業間彼此實有意思聯絡而構成聯合行為，特別是寡占市場本就與完全競爭市場有極大差異。對此，最高行政法院對寡占市場中的「有意識之平行行為」或「價格跟隨行為」，係認為：

- a. 在高度透明化的寡占市場中，廠商對於競爭者之行為，通常在很短的時間內即可得知，且產品同質性越高，市場越以價格競爭為主要方式，此時廠商對於產品價格之決策，往往須視對手所實施之競爭策略而定，並非一定以低價競爭為惟一策略，亦有可能是為因應對手策略所不得不為之「有意識之平行行為」或「價格跟隨行為」¹⁵⁴。
- b. 在寡占市場結構，寡占事業對彼此的競爭決策至為敏感，而相互牽制，故寡占事業間倘對未來競爭情勢相互呼籲，或彼此交換調漲價格之訊息，實已足以影響市場競爭，即難認屬純知識性之商情傳播。按一致性行為與單純之平行行為的主要區別在於前者有意思聯絡，構成聯合行為，而後者係因市場結構而互為有意識之模仿，但當事人間欠缺意思聯絡，故不屬於聯合行為。惟依經驗法則及學理判斷，寡占事業的平行行為恆顯現於價格同步下跌，以確保彼此之市占率及競爭力，至若特定事業為價格上漲時，其競爭者也只會為較低程度的價格調漲，俾得以增加市占率及競爭力¹⁵⁵。

(2)家用石油氣鋼瓶驗瓶事業聯合調漲驗瓶費案

早期關於寡占市場的重要案例，為家用石油氣鋼瓶驗瓶事業聯合調漲驗瓶費案，最高行政法院與原審均贊同公平會長達 2 年之調查後發現，就：a.成本結構與變動；b.驗瓶量、產能與定價策略；c.客源分配與互不搶客戶之默契；d.價格變動、市占率未變動；e.由新近小廠商率先調漲，並非合理經濟現象；f.新競爭者參進不易，肇致互不為價格競爭之聯合行為誘因與動機；g.調漲時機非市場旺季；h.事前

¹⁵⁴ 最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決、103 年度判字第 294 號判決。

¹⁵⁵ 前揭註 131。

接觸與情報交換；i. 供需雙方之心理因素等市場因素，加以經濟分析後，證明被處分事業對於此次價格調漲，在主觀要件上有事前的意思聯絡。且被處分事業固定成本不同，變更設備或成本發生時間亦不同，卻於相近之時間調整價格，悖離一般經濟原則及正常市場機制，又無法合理說明其於不同成本之情形下，卻於同一時間以相同幅度開始調漲價格，顯非自由競爭市場下各事業獨立決定事業行為之結果¹⁵⁶。

(3) 有線電視產業調漲收費案

在有線電視產業的相關案例中，曾出現事業委任派至公平會說明者陳述透過參與政府機關會議之機會相互透露調漲收費及互不為價格競爭之訊息等直接證據，佐以競爭者彼此間有大股東重疊或董事或監察人兼充而該等人士足以擔當居間協調角色促成同業達成不再互為殺價競爭等事實，認定合意相對容易¹⁵⁷。亦有基於公平會調查時，受調查事業與其競爭事業均自承相互為市場訊息交換，且有互不為價格競爭之相互呼籲，該等呼籲顯在消弭彼此之價格競爭，足以影響市場競爭，難認屬單純之商情傳播，該呼籲亦為各被處分人調漲收視費用之依據，客觀又已導致有線電視節目收視費之一致性調漲行為，再補以受處分事業與其競爭事業經理人及員工多屬舊識乙事、被處分事業與其他競爭事業調漲後價格所具有一致性之調漲時間相近、調漲後之市場競爭降低，及調漲時國內整體經濟情況欠佳等因素，認定有聯合行為之意思聯絡¹⁵⁸。

此外，最高行政法院在個案中曾支持公平會之認定，認為該案雖無直接證據可證明被處分事業與競爭對手有聯合行為之合意，但依 2 家公司纜線共用、其中 1 家公司「網路完工圖」上已有「某某大樓」字樣，互相交叉持股，2 家公司所屬集團前已有違法聯合之先例、被處分事業以不實之理由（無法安裝線路）、無理要求收取裝機費用方式，拒絕客戶上門，被處分事業及競爭對手均逐年調高至收費上限、二者均拒絕大樓管理委員會協商收費之要求，被處分事業與競爭對手自一定時間後同時開始轉虧為盈不合常理等各項間接證據觀之，原處分認定被處分事業與競爭對手有聯合行為之主觀合意要件，係合理推定。最高行政法院另特別強調，該案所涉交叉持股及擔任競爭事業董事之情事，顯然會造成反競爭結果。尤其在寡占市場

¹⁵⁶ 前揭註 138。

¹⁵⁷ 臺北高等行政法院 89 年度訴字第 257 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 1906 號判決、92 年度判字第 1679 號判決。

¹⁵⁸ 前揭註 131。

中，將導致無其他競爭者或潛在競爭者之下，處於無競爭狀態，被處分事業與競爭對手顯然具有聯合行為合意之高度可能性，此與學者見解所謂寡頭市場企業無聯合行為合意之「同一形式之行為」、「模仿、跟隨行為」，有明顯差異¹⁵⁹。

(4)中油與台塑化同步調整無鉛汽油及柴油批售價格案

在臺灣中油股份有限公司（下稱「中油」）與台塑化股份有限公司（下稱為「台塑化」）同步調漲無鉛汽油及柴油批售價格案，最高行政法院支持公平會與原審判決的見解，指出參照中油與台塑化歷次調價方式，發動調價者（無論調漲或調降），均「預先」透過新聞發布方式直接將價格調整訊息傳達給競爭對手，包括調價時間及調價幅度等重要價格資訊，而同業亦透過媒體在預告時間與生效時間的時間差內作出反應，可見中油與台塑化於發布調價資訊之際「並未即時實施」，也「未必當然實施」，僅為預告價格，重點在端視對手反應而定。故中油與台塑化透過調價預告，偵測競爭對手反應或交換價格資訊進行意思聯絡，致中油與台塑化形成同時間、同幅度之一致性調價之結果，足認中油與台塑化上開調價機制合致當時的公平法第 7 條規定所稱「其他方式之合意」¹⁶⁰。

最高行政法院更進一步指出，寡占市場業者之間顯有相互依賴之互動關係，故較易透過契約、協議或其他方式之合意，形成聯合行為，而其意思聯絡不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者均屬之，而利用相關促進行為達成合意之默契即屬此種合意態樣。於油品寡占市場結構中，率先調漲價格的廠商須面對競爭對手不跟進，加盟加油站業者大幅流失等風險，而不跟漲的一方可藉以分食調價廠商原有的市場，是欲免於競爭並確保獲利，率先發動價格戰之廠商在市場上預先公布調價訊息，對市場上的競爭同業釋放出價格訊號，減少偵測可能發生的時間遲延或資訊不正確的風險，他競爭廠商在「知悉」的情況下，「有能力」且「有誘因」的選擇跟進或不跟進，致發動價格戰之業者可隨之維持價格、撤回價格戰或調整競價策略，以達成雙方利益之極大化。故本件情形與寡占市場單純有價格追隨之僵固一致性，顯屬有異。最高行政法院與原審判決也均認為公平會所援引的美國 Ethyl 案，縱經美國法院廢棄確定，但該案所提出之「促進作為」理論，並非無參酌價值。原判決已依本案事實已足以推定聯合行為，除中油與台塑化能提出預告油價調整及跟

¹⁵⁹ 最高行政法院 99 年度判字第 404 號、第 1036 號判決。

¹⁶⁰ 最高行政法院 98 年度判字第 91 號、第 92 號判決。

進行為之正當理由，始能動搖該事實¹⁶¹。

(5) 鮮乳價格聯合調漲案

最高行政法院在鮮乳價格聯合調漲案中，認為被處分事業等調價決定，均須面對不確定之因素（如流失市場）並猜測競爭對手之反應（如競爭對手不跟價及競價的風險），然寡占市場廠商家數少，更容易偵測悖離及制裁，市場結構有利於聯合勾結之誘因；再者，各平面媒體率先揭露鮮乳調漲訊息，與被處分事業等事後調價結果足資對應，此等訊息利於競爭對手調價市場偵測並降低競爭對手不跟價的風險，有助於聯合行為的穩固，因而推定被處分事業等一致性調漲鮮乳參考建議售價之行為，係出於意思聯絡所為之聯合行為。且從被處分事業一家調漲後另兩家業者於數日內即跟隨調漲而非先行通知通路業者進行協商、被處分事業於第一時間開出高度雷同之建議售價表且未修正價格等情，若非先前已有聯合行為不足以佐證，此等合意事實不因被處分事業事後是否避開調漲價格之時點而有異。更何況被處分事業，均未能於公平會調查時即時提出其價格調整之計算方式與資料，以證明其等價格調整確係基於自身決策所為。且鮮乳價格之調整極為複雜，考量因素多端，但被處分事業於 100 年 10 月初調價結果卻呈現一致上漲，且調漲之價格完全相同或極為相近，此已非被處分事業等稱係因其成本結構與成本上揚因素相似性高所能解釋，且被處分事業 3 家公司以外之其他競爭同業在生產成本理應較高之情況下，並未調漲，可見本案並非如被處分事業所稱價格相似或一致為鮮乳寡占市場之必然結果¹⁶²。

(6) 水泥業者聯合壟斷哄抬水泥價格案

在水泥業者聯合壟斷哄抬水泥價格案，最高行政法院支持原審判決認定，首先肯認如能證明廠商間之行為，實乃有助於達成共識，或偵測、懲罰悖離，或防止新競爭者加入，以促進卡特爾之穩定，則證明此等「促進行為」之事證，足堪為認定聯合行為存在之「間接證據」。再者，參酌我國水泥產業為一高度集中、需求缺乏彈性且價格資訊透明之市場，有利水泥供應業者互相勾結及監督；我國水泥產業又因需求逐年萎縮，長期供給大於需求，確有形成水泥供應業者藉由卡特爾以避免水

¹⁶¹ 同上註。

¹⁶² 最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。

泥價格因產能過剩致價格一路下滑等各項市場結構誘因，並依調查證據之辯論結果，認被處分事業合意透過其中一家業者代表國內水泥供應業者與日本鋼鐵業者進行意見交換，經協調逐年減少水淬爐石銷臺之數量，阻礙有部分替代水泥效果之高爐石粉之生產利用，而強化封鎖我國水泥進口市場之效果，以控制我國水泥市場之總供給量，遂行一致調漲國內水泥價格之目的¹⁶³，以及有業者彼此合意後由部分業者退出市場，協議不為競爭¹⁶⁴，而構成聯合行為。

(7)工業用紙漲價案

在工業用紙漲價案中，最高行政法院於第一次判決¹⁶⁵與第二次判決¹⁶⁶中，均認定一級工業用紙市場屬寡占結構，並支持公平會關於國內紙廠藉由發票開立而以發票價為「實收價」計價基準等方式，為資訊交換，形成調價上互信協調機制，認為公平會查認被處分事業等有同時間、同幅度之一致性調漲工業用紙之外觀，並輔以與歷史調價經驗相違、與國際行情背離及寡占市場結構等附加因素，據以推認被處分事業等有聯合行為之合意，屬合理推定，且被處分事業亦未就其主張之價格領導與跟隨舉證以實其說。

臺北高等行政法院於本案的更二審判決¹⁶⁷，強調得考量市場種種附加因素綜合判斷而以間接證據推認聯合行為之合意，惟附加因素必須是重要、明顯且一致的指向特定事實，且不得僅以單一之附加因素作為證據。此外，執法機關於操作間接證據法則時，須「推論合意」係導致一致性行為之唯一解釋，至於附加因素包括市場的結構、市場行為的種類與方式、交易的條件、時間因素等，並進而肯認公平會依學者提出之 8 項附加因素¹⁶⁸加以分析（並非每一附加因素均存在，始能認為非價格

¹⁶³ 最高行政法院 100 年度判字第 617 號判決。

¹⁶⁴ 最高行政法院 100 年度判字第 616 號判決，並請一併參照最高行政法院 100 年度判字第 600 至 615 號判決，均為此案相關的一系列判決，最高行政法院在此一系列的判決中均採相同或類似見解。

¹⁶⁵ 最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決。此外，該案另涉及被處分事業等是否聯合操縱二級紙板市場的爭議，原審判決認為二級紙板市場為開放市場，但最高行政法院於本案第一次判決中指出，公平會認定被處分事業就二級紙板市場，對於三級紙箱業者之報價單即依各種不同瓦楞芯紙與瓦楞紙板之組合搭配不同規格代碼，報價包含瓦楞芯紙或面紙之成本及加工工資等計算，瓦楞紙板價格計算複雜，且各公司各規格品項代碼不同，然公式計算複雜、但價格卻一樣，非聯合行為無以致之；足認被處分事業不僅不為競價，且聯合抬高紙板價格，利用上下整合掌控紙源進而聯合操縱二級紙板價格等情，亦屬合理推定之方式。

¹⁶⁶ 前揭註 128。

¹⁶⁷ 臺北高等行政法院 104 年度訴更二字第 46 號、第 48 號與第 49 號判決。

¹⁶⁸ 即產業結構（如寡占市場結構、同質性產品等）、交換意見之機會或事實（如餐敘、召開同

跟隨行為)後,認被處分事業於系爭期間所為並非「有意識平行行為」(或價格跟隨行為)等語,有其依據。對此,最高行政法院在 2017 年於本案第三次判決中,則指出若以間接證據判斷事業間有意思聯絡,且為事業間外部行為一致性之唯一合理解釋時,即可認定該等事業間有聯合行為。如市場上多數業者同時且以相同幅度調整價格,但市場上並無客觀之供需變化等因素可資合理說明,應可合理推定業者就該次價格調整有聯合行為合意¹⁶⁹。最高行政法院於該判決中特別提及以賽局理論研究寡占市場競爭者互動顯示,於寡占市場中,競爭者為測試與確認彼此態度而使競爭者彼此間呈現透明狀態,此可藉由各種有形無形的方式為意思聯絡而產生合意,若競爭者間定價策略係經由人工刻意形成透明者(Artificial Transparency),其與自然透明(Natural Transparency)例如有意識平行行為間最大的差異即在有無意思聯絡。最高行政法院認為本案更二審判決考量被處分事業為寡占事業、調價過程中建立彼此間信賴協調關係、被處分事業稱價格調漲係因成本上漲但一致性調漲價格卻非基於各自營運成本考量,以及被處分事業多有頻繁接觸(如聚會、聯誼),以及被處分事業於漲價期間均未有合理競爭行為搶占市場等情而足以間接推證被處分事業有維持價格漲幅而避免競價之勾結默契,並未違反經驗法則、論理法則與證據法則¹⁷⁰。

除此之外,最高行政法院亦指出寡占市場之競爭者亦有透過定價策略作為訊息聯繫方法等情,而肯認本案更二審判決與原處分關於被處分事業(即上訴人)藉由發票開立交換資訊,並認為只要被處分事業等確有不當聯繫行為(如餐敘、聯誼),其後就相同規格之產品於相同期間內有同步調價行為且其調漲幅度相近時,即令調漲後價格未臻完全相同,亦無礙聯合行為存在的判斷。而相同金額之調價行為極有可能為確認聯合行為存在之積極證據,被處分事業既然主張係因原物料成本上漲而調漲產品價格,於價格調漲幅度與原物料上漲幅度明顯背離時,被處分事業應說明其他影響調價之因素並提出證據供主管機關與法院審酌。但被處分事業並未

業公會會議等)、具有從事聯合行為之理性動機(如產品需求彈性小、市場參進不易等)、若單獨為系爭行為,將有悖其經濟理性,若聯合為之,即符合經濟理性(如無市場供需變化而調漲其價格等)、系爭市場行為,若非基於合意,則殊難達成(如不基於自身之成本優勢訂定價格等)、該產業之廠商間曾有彼此協調合作之歷史(如曾有成功之協調行動或相互依賴關係)、促進行為(如漲價事先公告等)、市場績效(如長期穩定之市占率分布版圖等)。

¹⁶⁹ 最高行政法院 106 年度判字第 265 號判決, 33-34。

¹⁷⁰ 同上註, 39-42。

提出其他影響價格調漲之事證資料，則公平會與更二審法院依據調查證據結果所為認定，即難稱違反經驗法則或論理法則¹⁷¹。最高行政法院最終駁回被處分事業就本案更二審判決的上訴，本案於 2010 年纏訟至 2017 年，終告確定。

(8)連鎖便利商店現煮咖啡漲價案

在著名的連鎖便利商店現煮咖啡漲價案中，臺北高等行政法院之第一次判決認為，行政訴訟法第 189 條第 1 項所規定之「判斷事實之真偽」，雖未明白規定證明度，鑑於行政訴訟對人民權利保障及行政合法性的控制，行政訴訟所要求的證明度應是高度的蓋然性，也就是「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信。故公平會縱使未能掌握相關產業資訊而無從為主要待證事實之證明，但仍應運用間接證據法則，藉由間接事實（或謂「附加因素」，如誘因、經濟利益、漲價時間或數量，不同行為之替代可能性、發生次數、事業之成本結構、市場狀況及情報交換等）之證明，本於推理之作用而導出合意之存在，且此合意為其外部行為一致性之「唯一合理」解釋。換言之，公平會若採用間接證據，除須證明間接事實存在，並須說服法院何以此等間接事實能夠「唯一合理」地解釋聯合行為合意之存在，否則難以認為其舉證已達「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信，此際如經法院依職權調查證據，仍有待證事實真偽不明之情狀，公平會即應負擔敗訴之風險¹⁷²。

對此，最高行政法院第一次判決則認為，原處分從鮮奶成本、生產現煮咖啡所需使用咖啡豆、耗材、人工、咖啡機等成本、調漲作業期間、新聞稿之發布、促銷活動準備期間等多項間接證據觀察，在眾多變動因素下，並無客觀之供需變化可資合理說明何以被處分事業等 4 家連鎖便利商店外觀上有一致性之行為（除「有意識之平行行為」及「價格跟隨行為」外），自可合理推定被處分事業等有聯合行為之合意¹⁷³。最高行政法院進一步認定，原審判決不採「合理推定」之見解，未要求被處分事業等 4 家連鎖便利商店對於其等何以外觀上有一致性之調價行為及在新的鮮乳進貨價格尚未確定前即作成調漲含乳現煮咖啡之決定負合理說明之舉證責任，卻認為應由公平會舉證證明聯合行為之合意且其證明須達「沒有合理可疑」的程度，而將舉證責任倒置於公平會，有違舉證責任分配之原則，並據此廢棄原審判決¹⁷⁴。

¹⁷¹ 同上註，43-51。

¹⁷² 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 607 號、第 649 號、第 703 號與第 715 號判決。

¹⁷³ 最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決。

¹⁷⁴ 同上註。

然而，在該案發回更審後，公平會對不利該會之臺北高等行政法院更一審判決上訴時¹⁷⁵，最高行政法院卻又認為所謂「有意識之平行行為」，係指事業彼此間並沒有主觀意思聯絡，而因客觀之市場結構，於市場上因一事業採取行動後，其他事業亦隨之跟進，造成外觀上同一形式之行為。此多存於寡占市場間，若經評估結果，認為如不採取同一形式之行為，將導致同業競爭者或市場交易相對人實施對抗措施，經濟上並不理智，遂跟著看齊而為「有意識之平行行為」。本案其中一被處分事業率先為調漲含乳現煮咖啡價格，其他被處分事業透過公開透明之價格可觀察到先調價業者的調價行動，即可迅速應對、追隨、漲價，先調價業者的調漲行為即無客戶流失之疑慮。至於被處分事業等成本結構不同，卻能於相近之時間調整相近價格，本來就是寡占市場廠商出於平行行為之正常現象。另公平會既稱被處分事業等系爭商品同質性高、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、銷售係屬零售而非大宗買賣、產品內容單純且具有替代性等特色等因素，反而可以證明被處分事業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。再者，原審判決認公平會所提出聯合行為意思聯絡之相關事證（從鮮奶成本、生產現煮咖啡所需使用咖啡豆、耗材、人工、咖啡機等成本、調漲作業期間、新聞稿之發布、促銷活動準備期間等多項間接證據觀察），尚不足以合理推定被處分事業等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡，並非將舉證責任轉換由公平會負擔，而係認被處分事業等之價格調漲行為具有高度的經濟合理性，其平行行為結果的發生，並不需要依賴被處分事業彼此間存在有事前合意或意思聯絡，可認系爭調漲行為係被處分事業等各自根據市場狀態及競爭對手行銷策略，基於其經濟合理性及利益最大化之追求，在獨立的意思決定下所為的經濟行為，而屬有意識之平行行為，應排除聯合行為之適用，並未違背聯合行為意思聯絡之舉證原則¹⁷⁶。

¹⁷⁵ 臺北高等行政法院 102 年度訴更一字第 54 至 57 號判決。

¹⁷⁶ 最高行政法院 103 年度判字第 195 號。

(二) 國內學說見解

1. 一致性行為與意思聯絡

依據公平法第 14 條第 1 項與第 2 項的規定，聯合行為之合意，包括契約、協議或其他方式之合意，而其他方式之合意，乃指契約、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。就其他方式之合意，學說上認為包括決議、建議、君子協定與一致性行為，而所謂一致性行為，則指二個或二個以上之事業，明知且有意識地就未來市場行為達成不具拘束力的「共識」或「瞭解」，以意思聯絡形成外在一致性的市場行為。而依公平會 1999 年 6 月 16 日第 397 次委員會議對一致性行為之認定標準，一致性行為必須是二個或二個以上「獨立」的事業，彼此間具有相互依存性，主觀上有「意思的合致」且有事前的協議或意思聯絡存在而形成不具形式且沒有法律拘束力的合作方式，僅需該等事業明知且有意識地共同執行有共同目的的市場行為即足以成立，不需參與者共同擬訂計畫¹⁷⁷。一般也認為，寡占市場上的事業之有意識平行行為，係因市場結構所致，因當事人欠缺意思聯絡與合致，並非公平法中所稱之「其他方式之合意」¹⁷⁸。

按公平法於 1991 年制定時，在公平法第 7 條所論及的聯合行為主觀要件，僅有「合意」兩字，但當時公平法施行細則第 5 條另補充規定當時公平法第 7 條所載「其他方式之合意」，指契約、協議以外之意思聯絡。即有學者指出，意思聯絡未必等同合意，為了防止聯合行為之規避，將意思聯絡行為解釋為合意，具有擬制合意之意義¹⁷⁹。鑑於當時公平法施行細則第 5 條有關聯合行為意義之補充規定有逾越母法之虞，公平法於 2002 年 2 月修正時，將原施行細則第 5 條關於聯合行為意義補充規定，提升至母法位階，論者即指出此乃使聯合行為主觀要件透過施行細則而從合意向意思聯絡擴張取得法律保留的基礎¹⁸⁰，但事業彼此間客觀上有一致行為並不足以證明有意思聯絡，否則即是去除聯合行為的主觀要件¹⁸¹。更有學者認為，有

¹⁷⁷ 劉華美，「註釋公平交易法－第七條」，收錄於廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條，公平會 92 年度合作研究報告，305-307（2003）。

¹⁷⁸ 何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第 58 期，157-158（2006）。

¹⁷⁹ 黃茂榮，公平交易法理論與實務，初版，自刊，184-185（1993）。

¹⁸⁰ 黃茂榮，「聯合行為之管制及其採證」，植根雜誌，第 20 卷第 2 期，12（2004）。

¹⁸¹ 同上註，15。

意思聯絡未必即有合意，宜將意思聯絡修改為「意思合致」，而建議與遵循或採納建議，係各自基於自己的意思與決定採取行動，並未有合意，很難納入聯合行為，單純建議又不符合公平法第 20 條（舊公平法第 19 條）第 4 款的「其他不正當行為」，而屬法律漏洞¹⁸²。

2. 間接證據、證明程度及其評價

由於聯合行為的直接證據難得，各國反托拉斯法主管機關或法院多仰賴間接證據來認定聯合行為，而間接證據的使用，本即法律所許，國內執法實務向來也予以肯認，此在證明一致性行為並與寡占市場之有意識平行行為相互區別時，尤為重要¹⁸³。在公平法於 2015 年修法增訂第 14 條第 3 項前，我國早有學者贊同得以間接證據合理推定事業間有聯合行為之意思聯絡，要推翻此等推定需行為人提出合理說明或證明，換言之，若事業彼此間有共同一致的行為，且該等行為從個別企業之個別利益觀之無從解釋，僅能從其等有共同目標或計畫方能瞭解，即可推定該等合意存在¹⁸⁴。而公平會以間接證據合理推定外觀上的一致性行為係有意思聯絡存在後，即應轉由行為人提出合理說明或證明其價格之調整，係因市場上客觀供需變化等因素所致¹⁸⁵。

但間接證據要達到何種證明程度，方能為所謂合理推定，是非常棘手的問題。按聯合行為的調查與認定，均係由公平會為之，相關當事人若對公平會所為處分不服，亦是透過行政訴訟程序爭訟。就行政訴訟的證據應證明至何種程度，通說認為應無須形成絕對確信，而以達到高度之或然性為準¹⁸⁶。過去亦有研究指出，我國訴訟法上的證明度標準，可大分為一般人均不致於有所懷疑而得確信其為真實、高度蓋然性以及蓋然性等三類，約可對應於美國訴訟上的「無合理可疑」（beyond reasonable doubt）、「證據明確」（clear and convincing evidence）以及「證據優

¹⁸² 吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望—以構成要件之相關問題為中心」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，47-50（2004）。

¹⁸³ 同上註，53-54。

¹⁸⁴ 廖義男，「從行政法院裁判看公平交易法實務之發展（上）」，月旦法學雜誌，第 69 期，27（2001）。廖義男，「公平交易法八十七年及八十八年行政法院裁判研析之研究報告」，臺灣本土法學雜誌，第 18 期，85（2001）；廖義男，「卡特爾之概念」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊，110（1995）。

¹⁸⁵ 蕭文生，「聯合行為與咖啡條款」，月旦法學教室，第 112 期，85-86（2012）。

¹⁸⁶ 吳庚，行政爭訟法論，6 版，元照出版公司，102-103（2012）。

勢」(preponderance of evidence)，其所需要的心證程度則分別約為趨近於 100%、約略為 75%與 51%以上的確信¹⁸⁷。而不論我國與美國，刑事訴訟的證明均要求達到趨近 100%的確信，一般民事訴訟的證明度，則是以相當於優勢證據原則之「蓋然性」心證的證明度為主。至於聯合行為之行政訴訟案件，鑑於行政訴訟公益性與真實發現的要求高於民事訴訟、若就事業是否為聯合行為為誤判對社會與涉案事業均會產生一定成本，以及公平會擁有行政調查權與一定的強制處分權，故聯合行為之行政訴訟案件的證明度，應介於民事事件與刑事案件之間，而採「高度蓋然性」的心證標準，故公平會若欲以間接證據證明聯合行為之合意，應達使行政法院就聯合行為合意存在一事形成高度蓋然性的心證方可¹⁸⁸。

但亦有學者認為，以間接證據證明聯合行為之合意，應達到基於一般經驗法則一般人通常不致有所懷疑復確信其為真實的程度，亦即至特定事實係「唯一合理」地解釋聯合行為合意存在的程度，方能推定違法，此時除非被告能舉反證推翻以合理說明一致性行為的理由，即可認定被告違法¹⁸⁹。換言之，公平會應證明間接事實的存在，且該等周邊情況為聯合行為合意存在之「唯一合理」解釋¹⁹⁰，方能完成其舉證¹⁹¹。亦有見解以為，在公平法對聯合行為合意證明並無舉證責任甚或推定的規定下，公平會對聯合行為合意應負舉證責任，公平會雖可透過間接證據推論事業間有聯合行為之意思聯絡，但尚難逕行以合理推定為由重新分配或轉換公平會的舉證責任¹⁹²。另有主張，鑑於聯合行為採證上的特殊性與困難，且違法聯合行為已改為先行政罰後刑罰，允許以間接證據推論意思聯絡有其必要，但為杜絕爭議，宜在公平法中明文規定經考慮間接證據後，行為人間有意思聯絡為其行為唯一合理解釋時，得認定有意思聯絡存在¹⁹³。

至於間接證據的評價方式與順序，有學者指出，於無法掌握直接證據的情況下，得以間接證據判斷有無聯合行為，但該等跡象須「重要、明顯且一致的」，且

¹⁸⁷ 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，5-7 (2009)。

¹⁸⁸ 同上註，9-13。

¹⁸⁹ 吳秀明，前揭註 182，5-57、60-61。

¹⁹⁰ 何之邁，前揭註 178，159-160。

¹⁹¹ 何之邁，「公平交易法：第二講—聯合行為」，月旦法學教室，第 62 期，63 (2007)。

¹⁹² 葉文祥，「論聯合行為之合意—工業用紙事業聯合調漲價格案（最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決）評析」，法令月刊，第 66 卷第 1 期，65-66 (2015)。

¹⁹³ 劉孔中，「論聯合行為規範之革新」，臺大法學論叢，第 33 卷第 2 期，43-44 (2004)。

不得以單一、孤立的跡象證明，而應為整體判斷¹⁹⁴。亦有建議，如欲以間接證據證明系爭個案的聯合行為合意，則得參酌美國實務作法，先論產業結構面的證據，再輔以行為面的證據，在解讀上宜注意行為面與結構面之相互影響並為綜合分析，至於各間接證據的證據價值，則應由法院以自由心證判斷之，不宜劃定其證據價值高低¹⁹⁵。另有認為，在間接證據的使用上，應先考慮市場行為外觀上的一致性，次則說明合意係導致一致行為之唯一合理解釋，此可從市場與組成事業、有無聯合行為之誘因與動機、事業間有無事前接觸或交換資訊情報的事實、是否與自由競爭市場機能正常運作的情況相異、是否偏離各事業基於經濟理性應有之合理行為，以及競爭者間競爭行為的變化等面向切入，最後綜合判斷合意之存在¹⁹⁶。

3.寡占市場、促進行為理論以及中油與台塑化案引發之爭論

如何區別寡占事業之有意識平行行為與一致性行為，是學術界與世界各國競爭法主管機關的頭痛難題，我國也不例外。就此，國內相關經濟學研究指出，寡占事業本易透過默契而為平行行為，特別是在平行降價時先行降價的事業無庸擔心其他競爭者不跟進可能產生不利，故平行降價通常無庸意思聯絡即可達成。但平行漲價、變更商品規格或交易條件，則未必如此，蓋率先為之者仍有一定風險並可能改變寡占事業的市占率，且寡占市場若在擴張階段，寡占事業仍可能有激烈競爭，故縱使在寡占市場，事業亦非全無動機或利益從事一致性行為¹⁹⁷。亦有研究認為，於寡占市場但係以異質產品相互競爭時，廠商的價格策略有互補關係，不但跟漲也跟跌，平行行為未必恆顯現於價格同步下跌¹⁹⁸。

此外，另有主張，鑑於寡占事業間的競爭係無限重複的賽局，若其等間有促進資訊流通或懲罰欺騙行為等機制或促進行為，且以經濟分析亦得出市場之產出與價格符合事業相互合作所能達致的結果，則有助於推斷有聯合行為存在¹⁹⁹。至於寡占

¹⁹⁴ 何之邁，「企業聯合之研究」，收錄於：氏著，公平交易法專論，初版，自刊，124（1993）。

¹⁹⁵ 蔡孟佳、鍾佳純，前揭註 187，44-45。

¹⁹⁶ 吳秀明，前揭註 182，57-61。

¹⁹⁷ 黃茂榮，前揭註 180，15-16。

¹⁹⁸ 陳坤銘、溫偉任，「寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期，81（2005）。

¹⁹⁹ 馬泰成，「默契性聯合行為與相關案例研析」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期，105-106（2005）。

市場中事業的價格跟隨行為，係寡占市場特有且獨特的問題，該等行為確實可能成為寡占事業相互勾結的機制，但既有經濟理論甚難判斷寡占事業的相同定價究竟是一致性行為抑或是有意識的平行行為，鑑於寡占事業行為複雜，特定行為可能有多種解釋可能，再加上資訊不對稱，甚難斷定寡占事業為聯合行為是特定市場現象的唯一解釋，對於間接證據之採認宜謹慎為之，就寡占市場的價格領導行為，仍宜加強如結合管制等市場結構面的控制²⁰⁰。

中油與台塑化一案，公平會主要係援用 FTC 在 1976 年的 Ethyl 案中所主張的促進行為理論²⁰¹，並認為該案涉有發布新聞稿預告價格（price announcement）及保證最低價格條款（meeting-competition clause）此兩種促進行為，但僅就預告調價之促進行為認定構成聯合行為，該案的批售價格條款則為強化預告調價的效果²⁰²。但即有學者批評，該案論斷聯合行為合意存在的方式，未考量中油長期以來應主管機關經濟部採取油價公告機制，此機制亦非中油獨採，合意並非該案所涉一致調價結果的唯一解釋，事業於寡占市場中的價格跟隨行為不應以聯合行為逕予非難，從中油與台塑化的調價模式觀之，與寡占事業之平行行為完全一致，且中油調整油價並無明顯經濟利益存在，相關間接證據實無法推論兩公司間有意思聯絡存在，若僅以事業成本結構及其他條件相異卻為一致定價即可推論有聯合行為存在，無異非難所有寡占市場的事業²⁰³。當中油已採取浮動油價調整機制而依原油價格調整油品零售價格，台塑化縱使跟隨而為價格調整，雖然有外觀上的一致性行為，但因欠缺意思聯絡而不構成聯合行為²⁰⁴。

惟另有文獻分析，在雙占（Duopoly）的市場結構中，率先發動漲價者可能面

²⁰⁰ 陳坤銘、溫偉任，前揭註 198，82-84。

²⁰¹ 關於促進行為理論，國內有文獻指出，所謂促進行為係指廠商間為確保彼此不會背離聯合水準價格所採行之策略行為，型態包括最惠客戶待遇（most-favored-consumer）及不二價制度（uniform price）、保證最低價格（meeting-competition 或 price catching）、提前宣布價格調整（advance notice of price change）與到岸價格（delivered pricing）制度等，見廖賢洲、楊佳慧，前揭註 80，91-92。

²⁰² 楊佳慧，「公平會處理國內二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、169-171（2006）。

²⁰³ 何之邁，前揭註 178，164-167；類似見解另參照蔡宗儒，「寡占市場中廠商之平行行為與一致性行為一兼評中油、台塑聯合漲價案」，高大法學論叢，第 4 期，144-150（2008），惟該文另指出，若聯合行為的主觀要件僅要求到意思聯絡的程度，預告調價的機制固可符合意思聯絡，但聯合行為之主觀要件應仍須「合意」，否則將嚴重干預人民思想自由與言論自由，本質而論，寡占市場仍宜透過監督市場力量濫用等方式予以規制。

²⁰⁴ 劉姿汝，「由民營電廠案論聯合行為之認定」，興大法學，第 19 期，136（2016）。

臨競爭對手未跟進或未為相同幅度之漲價而流失市占率的風險，且油品批售價格與終端市場零售價格不同，油品供應商並無對媒體發布批售價格調整訊息之急迫性與必要性，於此事業預告調價訊息並不符合經濟理性，藉由對媒體預告調價訊息，可降低調價的風險，競爭對手也可相互偵測並因而達到同時、同幅度調漲價格之目的，但其仍指出中油係依據浮動油價機制調整價格，並不似一般企業有調整產品價格的自主空間，難以與水平競爭對手為合意聯絡²⁰⁵。此外，亦有論者指出，在此案中公平會若僅概括命令被處分人停止聯合行為，被處分人將面臨極大不確定性，宜具體指示中油與台塑化應如何調整其等行為，然若要求供油商停止公開揭露價格調整訊息，一來會破壞中油獨占經營時期即建立之慣例，次來會提高消費者搜尋價格資訊之成本，且縱令如此，與兩家供油商均簽訂供油合約之下游加油商也會很快地將一家供油商之調價訊息回報予另一家供油商；若禁止供油商「提前」宣告，也可能會導致加油站業者與消費者喪失因應價格變化調整採購或消費策略之空間，因此唯一可行的方式可能是允許供油商提前宣布價格調整訊息，但要求其確實依其事先預告為之²⁰⁶。

4. 學者就新增公平法第 14 條第 3 項的解釋

就新增訂的公平法第 14 條第 3 項，有學者率先認為此係明文承認主管機關得以間接證據推定聯合行為合意，主管機關不再完全承擔聯合行為合意的舉證責任，故修正後公平會若提出有相當依據的間接證據，即可推定事業間有聯合行為合意存在，事業必須另行舉證證明方能推翻此一推定²⁰⁷。此一規定將能增強公平會查處聯合行為的法律機制，但並非排除公平會的舉證責任，而僅是減輕之，即公平會調查蒐證之結果必須達到可合理懷疑事業間具有聯合行為之意思聯絡的程度，方能合理推定有合意存在，不能僅以事業行為有外觀上之一致性即直接推定事業間有聯合行為的合意²⁰⁸。亦有認為，依據新增之公平法第 14 條第 3 項規定，若依間接證據及一般經濟合理原則等所推論之結果有相當蓋然性者，即可為合理推定，不須達到

²⁰⁵ 林宜男，「水平聯合行為之特定市場界定—公平交易法實務案例之研析與間接證據之論證」，公平交易季刊，第 22 卷第 1 期，102-105（2014）。

²⁰⁶ 廖賢洲、楊佳慧，前揭註 80，105-107。

²⁰⁷ 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）。

²⁰⁸ 同上註 207，231-232。

「唯一合理解釋」之程度。當然事業若能提出具體數據及事證合理說明系爭行為係獨立判斷的結果，則能阻斷合意的推定。且在寡占市場中，如事業因一致性行為而被推定有聯合行為之合意，而欲主張實係有意識之平行行為，應提出事證予以證明，包括其等調整價格及時點的理由、依據、是否符合經濟理性、跟隨事業的相關資訊取得時點等²⁰⁹。

有學者進一步主張，從過往公平會處分及行政法院的判決中可知，有間接證據證明業者間有聚會、開會或通訊聯繫，並相互交換價格資訊，或事業對外以新聞稿或其他方式公開價格調整訊息，而不久後他事業亦為相同或近似幅度之價格調整，並據此認定事業間有聯合行為之合意，並不違背一般經驗法則，且符合公平法第 14 條第 2 項之規範意旨，再者要求寡占市場之事業就其恰好一致為相同的價格調整行為，提出合理說明，包括其如何取得價格領導者之價格資訊、決策時點及如何決定為價格跟隨等提出相關事證，在舉證責任分配上應屬正確²¹⁰。而寡占市場中的事業公開預告價格變動資訊，而期待其他事業為價格跟隨，可認為其係為意思聯絡，若事實上導致共同行為，亦屬聯合行為之合意²¹¹。

四、綜合分析

（一）制度與法條文義異同

從前述美國法的學說與實務可知，如何運用間接證據推論有協議或共謀存在，一直是實務上棘手的難題。美國最高法院的見解，從早期 *Interstate Circuit* 案與 *American Tobacco* 案對符合休曼法第 1 條協議要件之寬鬆解釋，到後期 *Matsushita* 案與 *Twombly* 案對要達到推論協議存在之間接證據的舉證程度逐步提高。然觀察到此一現象也不能忽略，美國訴訟制度與反托拉斯法的整體架構，與我國有相當差異。首先，美國司法部得依休曼法第 1 條提起刑事追訴，經確認違反休曼法第 1 條者，即有刑事責任。再者，美國反托拉斯法之私人執行（即原告以民事訴訟方式對違反休曼法之事業請求損害賠償）盛行，美國相關文獻討論關於間接證據推論協議

²⁰⁹ 廖義男，「寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷－從行政法院之相關裁判觀察」，*法令月刊*，第 67 卷第 5 期，122-123（2016）。

²¹⁰ 同上註，103-113。

²¹¹ 同上註，120-121。

或共謀存在之美國最高法院判決，雖多不會特別區分個別判決係關於民事或刑事案件，但也不乏論者指出美國最高法院在 *Matsushita* 案與 *Twombly* 案的判決理由，有很大一部分原因，係基於（特別是私人執行上的）訴訟經濟、訴訟成本與避免過度嚇阻等考量。此外，執法實務上，美國司法部通常僅在掌握違法協議之直接證據時才會為刑事起訴。凡此均與我國私人依據公平法請求民事損害賠償的案例罕見、以行政機關為執行反托拉斯法的主體、訴訟制度的使用成本遠較美國低廉，以及迄今為止聯合行為的違反仍屬先行政後司法（見現行公平法第 34 條）之處罰模式，有相當大的不同。

再者，休曼法第 1 條之條文文義，與公平法第 14 條各項規定，亦有差異。休曼法第 1 條文義有協議或共謀此一要件，而當事人間之主觀狀態要達到何種程度才構成協議，以及在欠缺直接證據時何等間接證據方足以推論協議存在，是主要爭議所在。此外，美國討論休曼法第 1 條之協議或共謀的相關文獻中，論及間接證據與協議之間的關係，均係用「推論」一詞，而非推定（*presume*）。在我國，依據現行公平法第 14 條第 2 項規定之文義，只要有意思聯絡，即可構成聯合行為之合意；同條第 3 項，則明文規定聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之，此與休曼法第 1 條未有任何明文相異。且不論是現行公平法第 14 條第 3 項或早期最高行政法院的見解，論及間接證據與聯合行為之合意，均是採取「推定」一詞，似有舉證責任分配上的特殊意涵。

另在美國法上，論斷促進行為，可區分為以促進行為作為附加因素之一推論協議存在、逕行非難水平競爭之事業協議採行促進行為，與嘗試規制事業單方採行促進行為。若以促進行為推論協議，通常促進行為僅是附加因素之一，甚且並非關鍵或特別重要的附加因素。若彼此相互競爭之事業協議採行促進行為，如前述 *ATP* 公司案，亦有可能違反休曼法第 1 條，惟若系爭促進行為同時具備促進競爭與限制競爭之效果，即非當然違法，而需以合理原則評估。在 *ATP* 公司案，美國司法部甚且非常謹慎地以民事起訴而非以刑事追訴為之。然最具爭議性者，即為事業（特別在寡占市場）單方採行促進行為，此為美國法促進行為理論主要探討並擬處理的議題，其代表案例即為 *Ethyl* 案，而在該案中，*FTC* 係主張該案事業單方採行之促進行為違反 *FTCA* 第 5 條，蓋 *FTCA* 第 5 條並無如休曼法第 1 條要求有協議此一要件，但 *FTC* 在該案之論理不被美國第二巡迴上訴法院接受。其後 *FTC* 另以 *FTCA*

第 5 條對事業邀請勾結與單方揭露資訊進行執法，但對 FTC 此一執法之法律基礎與方式，並非全無雜音，成功案例也均是針對事業之「單方」而非「協議」行為，且均透過協議裁決方式終結調查而未進入法院審理程序，亦可看出 FTC 在此類案件中不擬採取強硬執法立場。公平會與最高行政法院若欲逕行援用 Ethyl 案或所謂的促進行為理論，卻未仔細考慮美國相關案件所適用之法律依據及訴訟程序、公平法第 14 條（原公平法第 7 條）與 FTCA 第 5 條之構成要件、文義與整體目的之異同等事項，即有欠缺縝密分析與誤導之嫌。

（二）合意推定、間接證據與公平法第 14 條第 3 項的解釋

1. 過往案例分析

（1）概說

回歸到我國最高行政法院的見解，在 2015 年增訂公平法第 14 條第 3 項明文規定聯合行為之合意推定前，最高行政法院很早就接受此一概念，而實務上最重要的爭議，也仍在於寡占市場中事業之外觀上一致性行為，究竟是寡占市場之有意識平行行為，或是寡占事業彼此間實有意思聯絡而有聯合行為。惟最高行政法院歷年來對於聯合行為合意推定的原則性說明，其實都沒有清楚地界定出，欲透過間接證據產生合意推定，公平會或原告應達到何等舉證程度，是否僅要有客觀、市場上的經濟證據，即可產生合意推定的效果，以及究竟哪些事項是關鍵判斷因素。在聯合行為案件中，早期相當重要的家用石油氣鋼瓶驗瓶事業聯合調漲驗瓶費案²¹²，可以明顯看出公平會與最高行政法院受到 Posner 法官見解的強大影響，亦即主要是仰賴客觀的市場經濟面證據，輔以被處分事業未能合理說明其行為等，推論有聯合行為之合意存在。且最高行政法院在許多案件中的部分文字，似認為業者同時間同幅度之一致性調價且相關事業成本互異、市場無客觀供需變化可資合理說明即可為聯合行為合意之合理推定，而無須考量其他因素。

然最高行政法院間又指出，聯合行為乃事業間外部行為一致性之唯一合理解釋、自該各個企業之個別利益觀點無從解釋，僅能基於有共同之目標及計畫加以瞭

²¹² 前揭註 138。

解等，又似乎與前述美國法上所謂之附加因素分析模式相合。且最高行政法院於較近期的連鎖便利商店現煮咖啡漲價案的第二次判決中，另指出於寡占市場中，事業即令成本結構不同，卻能於相近時間調漲相近價格，為寡占事業為平行行為的正常現象，而與最高行政法院關於業者同時間同幅度之一致性調價且相關事業成本互異、市場無客觀供需變化可資合理說明即可為聯合行為合意之合理推定的前述看法有異，亦與最高行政法院早期認為寡占事業之平行行為恆顯現於價格同步下跌等見解不同。

(2) 促進行為與聯合行為合意推定

中油與台塑化同步調整無鉛汽油及柴油批售價格案，係公平會援引促進行為理論且經最高行政法院支持的首例，在該案中，公平會與最高行政法院認為中油與台塑化為意思聯絡，而形成兩家公司同時間同幅度一致性調價之結果。從判決理由觀之，最高行政法院係認為中油與台塑化以發布新聞預告調價此一促進行為達成「價格調漲」之合意，並非認定中油與台塑化就發動調價者應先預告調價此一行為（即本案的促進行為）達成合意，亦即中油與台塑化被推定合意之內容，係最終的價格調漲，而非預告調價之行為。故其與前述美國 ATP 公司案中經該國司法部以民事起訴的航空公司對經營 ATP 公司此一資訊交換系統有合意，有所不同。從該案之事實與判決理由觀之，公平會並未提出中油與台塑化價格調漲合意之直接證據，不論是公平會或最高行政法院，均僅以發動調價者歷次發布新聞預告調價（即本案所謂促進行為）及兩家公司後續相關因應行為（包括是否跟進調價或放棄調價）之外在客觀行為等間接證據，推定中油與台塑化有價格調漲合意。換言之，公平會與最高行政法院於該案中，係以促進行為作為推論涉案事業就價格、數量等交易條件有聯合行為合意之間接證據，而非探討涉案事業是否就採行促進行為一事有意思聯絡。

然而若僅以事業採行促進行為作為主要間接證據推論事業就價格等交易條件有聯合行為之合意，在個案中往往過度薄弱。最高行政法院在該案判決理由中論及寡占事業對其競爭對手釋放價格訊號之因應行為，縱令寡占事業彼此間並無任何意思聯絡或合意，亦可能發生（包括非價格戰發動者有能力或誘因選擇跟進或不跟進，以及發動價格戰之業者可隨之維持價格、撤回價格戰或調整競價策略），如以前述美國附加因素分析理論檢驗，縱使認為促進行為得作為附加因素之一，單以促進行為作為間接證據，在證據力上是否足以達到合意為事業間外部行為一致性之唯一合

理解釋、自該各個企業之個別利益觀點無從解釋，僅能基於有共同之目標及計畫加以瞭解之程度，實不無疑義。另最高行政法院關於預告調價此一促進行為有助中油與台塑化彼此勾結之論述，固然點出促進行為本身可能的限制競爭疑慮，然而並不能將事業採行促進行為即逕行等同於事業彼此間就促進行為有助達成之結果（如調價）有聯合行為之合意。且最高行政法院在該案中並未討論中油與台塑化彼此間是否就採行系爭之促進行為（即預告調價）一事達成協議，使得該案整體上其實較接近 Ethyl 案（即事業單方採行促進行為），而非 ATP 公司案。也因此，國內一直不乏論者認為該案之客觀事證實不足以推論有意思聯絡，再考量中油應主管機關經濟部要求採取浮動油價公告機制，而使本案更添爭議性。

其後，最高行政法院於嘉義市 51 家瓦斯分銷業聯合調漲桶裝瓦斯零售價格案，支持公平會的處分，認為其中一事業逕行登報宣示調漲售價，係透過事先、公開方式傳遞調價訊息，並藉此為後續之偵測行為，然該案一來涉及非寡占市場（有高達 50 家業者一致性調漲價格），且其他事業就登報事業之漲價訊息確有交換訊息，登報事業於登報後亦有電話瞭解同業有無隨同調漲，故相關業者確有意思聯絡，而非僅是一業者單方採行促進行為，故並未引發質疑。

(3)寡占市場、附加因素分析與賽局理論的應用

中油與台塑化同步調整無鉛汽油及柴油批售價格後，涉及寡占市場之鮮乳價格聯合調漲案、水泥業者聯合壟斷哄抬水泥價格案，因間接證據更為充分，以及確有明確之業者合意或意思聯絡證據（如水泥業者聯合壟斷哄抬水泥價格案中，被處分事業合意透過一業者代表與日本鋼鐵業者進行意見交換，或由部分業者退出市場），故較無爭議。近年爭議最大的案件之一，為連鎖便利商店現煮咖啡漲價案，在該案中，臺北高等行政法院第一次判決甚且在判決中直接使用「附加因素」一詞。另最高行政法院過去多數判決對以間接證據推定聯合行為合意之舉證應達何等程度，並未明言，然於連鎖便利商店現煮咖啡漲價案中，臺北高等行政法院第一次判決認為公平會基於間接事實所推導出之聯合行為合意，應為事業外部行為一致性之唯一合理解釋，且其舉證應達沒有合理可疑之蓋然性程度，但最高行政法院就本案的第一次判決，似認為公平會舉證證明的程度無庸達「沒有合理可疑」的程度，原審判決未採合理推定的見解，有違舉證責任分配之原則。

最高行政法院一開始雖否定臺北高等行政法院前述見解，但在更審後，卻又肯

認被處分事業的價格調漲行為具有高度經濟合理性，認為公平會在該案中所提出之聯合行為意思聯絡之相關事證，尚不足以合理推定被處分事業等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為。綜合該案兩個最高行政法院判決，可以看出最高行政法院認為，在涉及寡占市場的案件，僅有客觀、經濟層面上之間接證據，並不足夠，仍須有當事人有「意思聯絡」之間接證據，但公平會舉證證明聯合行為之合意，無須達到「沒有合理可疑」的程度，若公平會舉證程度足以產生聯合行為之合意推定，即應由涉案業者就其外觀上的一致性行為負合理說明之舉證責任，但其仍未明確說明公平會所提出之間接證據足以產生聯合行為之合意推定的判斷標準與程度。

而於 2017 年方判決確定的工業用紙漲價案，雖較少受到關注，但其歷經更二審始確定的激烈爭訟程度，並不亞於連鎖便利商店現煮咖啡漲價案。於工業用紙漲價案中，最高行政法院與臺北高等行政法院的更二審判決，均明確提及「附加因素」等語，臺北高等行政法院更二審判決並承認以間接證據推定聯合行為合意時，應綜合考量重要、明顯且一致指向特定事實之附加因素，並肯認公平會依學者提出之 8 項附加因素所為分析。最高行政法院於 2017 年本案第三次判決中，更提及賽局理論於寡占市場競爭的應用，但最終的論斷理由並未有特別異於先前判決之觀點。然最高行政法院於工業用紙漲價案的第三次判決中，雖仍表示業者同時間同幅度調漲價格但無客觀市場供需變化等因素可為合理說明，應可合理推定業者對價格調整有聯合行為合意，但也指出聯合行為乃事業間外部行為一致性之唯一合理解釋時，可認定該等事業間有聯合行為，並肯認該案更二審判決中考量的諸多因素，除被處分事業稱價格調漲係因成本上漲，但一致性調漲價格卻非基於各自營運成本考量外，尚有其他相當重要之附加因素，諸如被處分事業藉由發票開立交換資訊、被處分事業頻繁接觸（如聚會、聯誼）等。

2. 行政訴訟程序之舉證責任與舉證程度要求

我國聯合行為的重要案件，都是經公平會處分，被處分事業則以行政訴訟程序救濟，按行政訴訟法第 136 條準用民事訴訟法第 277 條之規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。……」最高行政法院認為，行政訴訟亦採取所謂規範理論，即當事人就法律規範中對其有利之要件事實，負客觀舉證責任；當該要件事實存否陷於真偽不明時，當事人負擔其不利益，即發生與該要件事實不

存在相同之法律效果²¹³。至於行政訴訟中，證據應達到何等證明的程度，早期最高行政法院曾在稅務案件中認為，因稅務訴訟多涉及當事人私人之財產權，法院就舉證責任分配法則以及心證程度，於稅務訴訟中，得與民事訴訟相同。即一造當事人只要取得「證據優勢」，已足使法院取得蓋然性的心證，亦即採證據優勢主義，若兩造所主張之事實及提出之證據，經衡量後對「待證事實」可達到前開所稱蓋然之心證時，法院即應為信該當事人所主張之事實為真²¹⁴。

但近期最高行政法院又指出，就證據證明之程度而言，刑事案件需「檢察官所為舉證，需達於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度」始可，而民事案件「當事人之舉證責任，僅達證據優勢程度之心證」即可，行政訴訟事件原則依民事訴訟之標準（參照行政訴訟法第 136 條），但處罰事件應依刑事訴訟之標準（另參見改制前最高行政法院 39 年判字第 2 號判例）²¹⁵。此外，行政訴訟所要求之證明度，原則上固然要求高度的蓋然性，但應可以因應事件性質而降低證明度²¹⁶。另最高行政法院曾在稅務案件中認為，稅捐債務人違背協力義務時，雖然不應影響客觀舉證責任之分配，但參酌行政訴訟法第 135 條第 1 項規定，可於自由心證之範圍內予以斟酌，而認為稽徵機關於該證據之主張為正當，或減輕其證明程度²¹⁷，其減輕之程度則視該事實或證據方法在稅捐債務人掌握範圍之程度而定²¹⁸。愈是事實或證據方法屬於其所支配的資訊或活動範圍者，愈應由其解明事實²¹⁹。

3. 本文意見

按公平法第 14 條第 1 項之文義，明文要求「以契約、協議或其他方式之合意」，同條第 2 項也規定「前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡」，可見論斷事業是否構成聯合行為，無法拋棄「合意」此一要件，且行政訴訟法第 136 條準用民事訴訟法第 277 條採規範理論，故公平會應就公平法第 14 條第 1 項、第 2 項所定聯合行為之要件，包括意思聯絡，負舉證責任。惟因聯合行為的相

²¹³ 最高行政法院 100 年度判字第 1992 號判決。

²¹⁴ 最高行政法院 94 年度判字第 979 號判決。

²¹⁵ 最高行政法院 102 年度判字第 767 號判決。

²¹⁶ 最高行政法院 104 年度判字第 102 號判決。

²¹⁷ 最高行政法院 105 年度判字第 430 號判決。

²¹⁸ 最高行政法院 105 年度判字第 180 號判決。

²¹⁹ 最高行政法院 103 年度判字第 594 號判決。

關證據多隱匿於被處分事業手中，直接證據並不易得，為追訴此等對市場競爭有重大危害的限制競爭行為，不論在公平法於 2015 年修正前後，最高行政法院歷年來都認為間接證據亦可證明聯合行為之合意存在。而從公平法的條文規定中，很難如稅捐法規般解釋涉及違反聯合行為的事業有所謂協力義務，故解釋上，若欲要求涉案業者就其外觀上的一致性行為負合理說明之義務，其前提應是公平會在個案中就聯合行為合意所提出之間接證據，已得依公平法第 14 條第 3 項產生合理推定之效果。2015 年所增訂之公平法第 14 條第 3 項，最重要的意義係將過往實務及學說見解明文化，承認得以間接證據證明聯合行為之合意。但要達何等程度方足以依公平法第 14 條第 3 項為推定，公平法第 14 條第 3 項未有明文，未來在實務上最需釐清者，即為間接證據應達到何等程度方足以產生公平法第 14 條第 3 項之推定效果、是否僅有市場上客觀經濟數據或市場結構等經濟數據即足，以及所謂「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」，其具體操作模式為何。

公平法第 14 條第 3 項增訂前，我國學者有認為欲以間接證據推定聯合行為合意應達一般人不致於有懷疑的程度，亦即聯合行為合意為特定行為之唯一合理解釋，亦有學者雖認為間接證據應達聯合行為合意為一致性行為之唯一合理解釋時，方得推定聯合行為合意，但並未指明此是否即等同於以間接證據推定聯合行為合意應達一般人不至於有所懷疑之程度。另有學者認為以間接證據推論聯合行為合意應達高度蓋然性之心證即可，但未有學者主張僅須達如民事訴訟般相當優勢之蓋然性即可者。公平法第 14 條第 3 項增定後，或因立法理由稱：「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之合意要件，爰增訂第三項規定。」故如前所述，有學者認為公平法第 14 條第 3 項之增訂係減輕公平會之舉證責任，依據該項規定，公平會提出之間接證據若能達到可合理懷疑事業間有聯合行為之意思聯絡，或聯合行為合意有相當蓋然性，不須達到唯一合理解釋之程度，即可推定聯合行為合意。

按我國係以公平會為執行反托拉斯法的主體，私人訴訟不盛，三倍懲罰性賠償機制在實務上鮮少被適用，修法後公平法第 40 條已大幅調高情節重大的違法聯合行為之罰鍰金額上限，以銷售金額為處罰依據，而屬嚴重的處罰案件，已有學者對

如何計算銷售金額及相應的法律明確性與必要性提出質疑²²⁰。若一方面提高公平法第 40 條之罰鍰金額上限，另一方面卻認為以間接證據合理推定聯合行為合意之舉證程度要求，可從過往學界普遍認為至少應達高度蓋然性，或一般人不致於有懷疑的程度（有學者將此等同於須達到聯合行為合意為特定行為之唯一合理解釋），遽降至證據優勢或相當蓋然性的程度，違法責任與舉證責任間的對應顯然失衡。並參照前述最高行政法院實務上曾認為處罰事件之證據證明程度，應依刑事訴訟之程度，然最高行政法院雖曾認為聯合行為乃事業間外部行為為一致性之唯一合理解釋時，可認定該等事業間有聯合行為，但於過往個案中亦曾表示公平會舉證證明聯合行為之合意，無須達到「沒有合理可疑」的程度。有鑑於此，本文以為，欲依公平法第 14 條第 3 項以間接證據推定聯合行為合意，公平會之舉證原則上仍應達有聯合行為合意應係唯一合理解釋之程度（即應達一般人不致於有懷疑之程度），再由法院視個案依行政訴訟法第 135 條及同法第 136 條準用民事訴訟法第 277 條，以及公平法第 14 條第 3 項之立法意旨，審酌是否應減輕公平會之證明程度至高度蓋然性即可。至於因聯合行為受損者，若欲透過民事訴訟程序依公平法第 29 條以下規定主張權利，其就聯合行為合意之舉證，則應達證據優勢之程度，即相當於前述美國 *Matsushita* 案所述「傾向排除被指稱共謀者獨立行為之可能性」的程度，方能依公平法第 14 條第 3 項為合理推定聯合行為之合意。

另應予澄清者，公平法第 14 條第 3 項乍看之下似乎可直接以市場上客觀經濟數據、市場結構等證據，直接合理「推定」聯合行為之合意，然而本文以為，不宜僅憑市場結構或市場績效資料等經濟證據即可合理推定有合意存在，否則一來背於公平法第 14 條第 1 項、第 2 項要求事業構成聯合行為應有合意存在之文義，二來可能導致實際上非難幾乎所有寡占事業追隨行為之結果。在個案中如何衡量公平法第 14 條第 3 項所列因素，包括市場狀況、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，則得參考美國所發展之附加因素分析模式，而行政法院實務也已於少數個案中承認附加因素的運用。然而，附加因素之分析於個案中難以預測與標準一致，以及各附加因素之證據價值如何衡量等問題，也困擾美國實務與學術界多年。個案審判實務中如何運用如賽局理論等經濟學理論與模型為實際分析而非僅是理論敘述，除了訴訟成本外，也考驗法官對經濟學理論與模型的掌

²²⁰ 蕭文生，前揭註 185，88-89。

握能力，與經濟模型本身即有各種假設與計算資料取得的侷限性。

綜上所述，本文以為，以我國目前實務與理論發展的實際狀況而論，在我國操作附加因素分析模式較為可行之方式，應該是參考前述美國理論與實務已普遍肯認的附加因素，特別是重要與特別之附加因素，而先分析系爭行為若非有共同計畫否則有背於涉案事業自身利益、系爭行為是否僅有聯合行為合意存在方能為合理解釋等附加因素，再檢視涉案事業是否有定期溝通機會，最後才以產業績效資料等經濟證據或涉案事業就系爭行為未能提出合理正當之理由等予以佐證，進行綜合判斷，或許是較為可行及層次明確的方式，而非優先以產業績效資料等經濟證據為主，方能合理區辨寡占事業平行行為與聯合行為。至於競爭者公布定價一事能否作為附加因素，則必須考量個案中該公布定價之利益為何，如其確有一定減少消費者搜尋成本與廠商銷售成本等利益，並非必然能用來作為主要推定聯合行為合意之附加因素。

而公平會與最高法院在部份個案援用美國促進行為理論時，並未清楚區辨美國法上以促進行為作為附加因素之一推論協議、就涉案事業合意採行促進行為予以執法，以及就事業單方採行而無協議存在之促進行為的規制（例如邀請勾結與單方揭露資訊）之異同，已如前述。特別是在美國法上，若以事業採行促進行為作為間接證據推論競爭事業之協議，通常促進行為僅是附加因素之一，且常非關鍵或特別重要之附加因素。若於個案中僅以事業採行促進行為作為主要間接證據推論事業之協議，往往會引發爭議，中油與台塑化同步調整無鉛汽油及柴油批售價格案即是代表。更進一步言，公平會目前也尚未釐清或思考是否及如何處理事業（特別是在寡占市場）單方採行促進行為，諸如邀請勾結與單方揭露資訊。若以美國之經驗而論，FTC 就邀請勾結與單方揭露資訊，係以 FTCA 第 5 條為執法依據，且其係透過協議裁決為之而尚未經法院判決檢驗，所要求之舉證程度也約略相當於證據優勢之程度，再考量公平法第 14 條、15 條之法律效果，則縱使公平會擬介入事業單方採行促進行為，較為適合之執法依據應為公平法第 25 條，而非公平法第 14 條、15 條，特別是若無充分間接證據支持相關事業就採行促進行為或促進行為所致效果有合意，公平會實不宜強行以相關事業違反公平法第 14 條、15 條予以處分。

2018 年 2 月間因業界傳出衛生紙即將調漲價格的消息，爆發所謂的「衛生紙之亂」，公平會主動立案調查，並邀請衛生紙三大廠商及多家通路賣場業者參加「倡議競爭及禁止聯合調漲衛生紙價格座談會」，公平會表示若業者透過媒體傳達漲價

訊息並造成搶購，即可能觸犯聯合行為，似有意蒐集相關事證援引聯合行為相關規定為裁處²²¹。但最終公平會係以業者誤導消費者之衛生紙漲價訊息，進行不實促銷，為足以影響交易秩序之欺罔行為等為由，以公平法第 25 條規定裁處業者 350 萬新臺幣罰鍰²²²，也可見公平會漸漸意識到欲援引聯合行為規定逕行處理單方公布價格調漲訊息或採行促進行為，在論理與事證上均未盡適宜，也避免了過度寬鬆認定反而以穩定物價為目標而破壞自由競爭機制等問題²²³。

四、結語

聯合行為或卡特爾行為一直以來都是世界各國反托拉斯法主管機關執法重點，然而其往往必須先克服直接證據不易得等問題，故執法上多以寬恕政策及以間接證據推論相互競爭事業間之合意或協議加以因應。其中，難中之難者即為如何區辨寡占事業之有意識平行行為與聯合行為，此不論在經濟學理論、法政策與執行層面，都引發諸多難題。2015 年公平法修正時增訂第 14 條第 3 項，明文規定聯合行為之合意得以相當依據之因素推定之，該項規定應如何解釋適用，為我國聯合行為管制之重要議題。有鑑於此，本文先彙整美國法上在間接證據推論協議、寡占事業定價以及促進行為之相關實務與理論，次統整最高行政法院關於聯合行為合意推定之見解，並介紹國內學說關於聯合行為合意推定之討論，進而析論我國與美國在條文文義、訴訟制度與執法方式之差異，據以分析並建議公平法第 14 條第 3 項之解釋與適用方向。

本文以為，公平法第 14 條第 3 項規定，將過往實務及學說承認得以間接證據證明聯合行為之合意予以明文化，而參酌相關實務、國內學說見解、我國以公平會為反托拉斯法執法主體、私人訴訟不盛與公平法第 40 條調高嚴重情節重大之違法聯合行為罰鍰上限等情，於行政訴訟上，公平會以間接證據舉證證明聯合行為合意之程度原則上仍應達聯合行為合意應係唯一合理解釋之程度（即應達一般人不致於

²²¹ 「因為哪些『前車之鑑』，公平會約談衛生紙業者以防『聯合漲價』」，The News Lens 關鍵評論（2018/2/27），<https://www.thenewslens.com/article/90499>，最後瀏覽日期：2018/7/26；「衛生紙齊喊漲 公平會要查」，中央社（2018/2/23），<http://www.cna.com.tw/news/afe/201802230176-1.aspx>，最後瀏覽日期：2018/8/14。

²²² 公平會公處字第 107014 號處分書。

²²³ 黃銘傑，「從『安屎之亂』談公平交易法對於聯合行為之規範」，會計研究月刊，第 390 期，63（2018）。

有懷疑之程度)為佳,再由法院視個案依行政訴訟法第 135 條及同法第 136 條準用民事訴訟法第 277 條,以及公平法第 14 條第 3 項之立法意旨,審酌是否應減輕證明程度至高度蓋然性之程度,於達到前述證明程度後,即依公平法第 14 條第 3 項產生推定效果,此時涉案業者若不欲受到違反聯合行為之法律責任相繩,必須由其證明其外觀上一致性行為之合理性及其彼此間無聯合行為之合意。至於因聯合行為受損害者,若欲透過民事訴訟程序依公平法第 29 條以下規定主張權利,其就聯合行為合意之舉證,則應達證據優勢之程度,即相當於前述美國 *Matsushita* 案所述「傾向排除被指稱共謀者獨立行為之可能性」,方能依公平法第 14 條第 3 項為合理推定聯合行為之合意。

關於公平法第 14 條第 3 項所列因素的衡量,參酌我國目前實務與理論發展狀況,在我國操作附加因素分析模式較為可行之方式,應該是參考前述美國理論與實務已普遍肯認之附加因素,而先分析系爭行為若非有共同計畫否則有背於涉案事業自身利益、系爭行為是否僅有聯合行為合意存在方能為合理解釋,並檢視涉案事業是否有定期溝通機會,最後再以產業績效資料等經濟證據或涉案事業就系爭行為未能提出合理正當之理由等予以佐證,進行綜合判斷,而非優先以產業績效資料等經濟證據為主,方能合理區辨寡占事業平行行為與聯合行為。另公平會與最高行政法院過去於援用美國促進行為理論時,不無誤解之處,未來宜盡量避免僅以事業採行促進行為作為主要間接證據推定聯合行為之合意,特別是若無充分間接證據支持相關事業就採行促進行為或促進行為所致效果有合意一事時,公平會不宜強行以相關事業違反公平法第 14 條、15 條予以處分。

參考文獻

中文部分

- 何之邁，「企業聯合之研究」，收錄於：氏著，公平交易法專論，初版，自刊（1993）。
- 何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第 58 期（2006）。
- 何之邁，「公平交易法：第二講－聯合行為」，月旦法學教室，第 62 期（2007）。
- 吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望－以構成要件之相關問題為中心」，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）。
- 吳庚，行政爭訟法論，6 版，元照出版公司（2012）。
- 林宜男，「水平聯合行為之特定市場界定－公平交易法實務案例之研析與間接證據之論證」，公平交易季刊，第 22 卷第 1 期（2014）。
- 馬泰成，「默契性聯合行為與相關案例研析」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期（2005）。
- 陳坤銘、溫偉任，「寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期（2005）。
- 黃茂榮，公平交易法理論與實務，初版，自刊（1993）。
- 黃茂榮，「聯合行為之管制及其採證」，植根雜誌，第 20 卷第 2 期（2004）。
- 黃銘傑，「從『安屎之亂』談公平交易法對於聯合行為之規範」，會計研究月刊，第 390 期（2018）。
- 楊佳慧，「公平會處理國內二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）。
- 葉文祥，「論聯合行為之合意－工業用紙事業聯合調漲價格案（最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決）評析」，法令月刊，第 66 卷第 1 期（2015）。

- 廖義男，「卡特爾之概念」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自刊（1995）。
- 廖義男，「從行政法院裁判看公平交易法實務之發展（上）」，月旦法學雜誌，第 69 期（2001）。
- 廖義男，「公平交易法八十七年及八十八年行政法院裁判研析之研究報告」，臺灣本土法學雜誌，第 18 期（2001）。
- 廖義男，「寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷—從行政法院之相關裁判觀察」，法令月刊，第 67 卷第 5 期（2016）。
- 廖賢洲、楊佳慧，「競爭法對寡占廠商促進行為之規範—由 Ethyl、APP 及國內兩大供油商聯合案探討」，月旦法學雜誌，第 126 期（2005）。
- 劉孔中，「論聯合行為規範之革新」，臺大法學論叢，第 33 卷第 2 期（2004）。
- 劉姿汝，「由民營電廠案論聯合行為之認定」，興大法學，第 19 期（2016）。
- 劉華美，「註釋公平交易法—第七條」，收錄於廖義男主持，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）。
- 蔡宗儒，「寡占市場中廠商之平行行為與一致性行為—兼評中油、台塑聯合漲價案」，高大法學論叢，第 4 期（2008）。
- 蕭文生，「聯合行為與咖啡條款」，月旦法學教室，第 112 期（2012）。
- 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）。

外文部分

- Alexis, Geraldine M., "Invitations to Collude Are the Federal Trade Commission's New Weapon to Police Unilateral Activity," 14(2) Antitrust (2000).
- Areeda, Phillip E. & Hovenkamp, Herbert, Fundamentals of Antitrust Law, 4th ed., Wolters Kluwer (2011).
- Calkins, Stephen, "Summary Judgment, Motions to Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System," 74 Georgetown Law Journal (1986).
- Calkins, Stephen, "The Legal Foundation of the Commission's use of Section 5 to

- Challenge Invitations to Collude is Secure,” *14(2) Antitrust* (2000).
- Dibadj, Reza, “Conscious Parallelism Revisited,” *47(3) San Diego Law Review* (2010).
- Fullerton, Larry, “FTC Challenges to ‘Invitations to Collude’,” *25(2) Antitrust* (2011).
- Gavil, Andrew I., Kovacic, William E. & Baker, Jonathan B., *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, 2nd ed., West Academic Publishing (2008).
- Goldman, Lee, “Trouble for Private Enforcement of the Sherman Act: Twombly, Pleading Standards, and the Oligopoly Problem,” *2008(4) Brigham Young University Law Review* (2008).
- Harrington Jr., Joseph E., “Posted Pricing as a Plus Factor,” *7(1) Journal of Competition Law & Economics* (2011).
- Hovenkamp, Herbert, “The Rationalization of Antitrust,” *116(3) Harvard Law Review* (2003).
- Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic Publishing (2016).
- Hylton, Keith N., *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, 1st ed., Cambridge University Press (2003).
- Kaplow, Louis, “On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law,” *99(3) California Law Review* (2011).
- Kaplow, Louis, “An Economic Approach to Price Fixing,” *77(2) Antitrust Law Journal* (2011).
- Kovacic, William E., “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws,” *38(1) Antitrust Bulletin* (1993).
- Kovacic, William E. & Winerman, Marc, “Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act,” *76 Antitrust Law Journal* (2010).
- 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).
- Lopatka, John E. & Page, William H., “Posner’s Program for the Antitrust Division: A Twenty-Five Year Perspective,” *48(5) Southern Methodist University (SMU) Law Review* (1995).

- Page, William H., "The FTC's Procedural Advantage in Discovering Concerted Action," 8-FEB Antitrust Source (2001).
- Page, William H., "Communication and Concerted Action," 38(3) Loyola University Chicago Law Journal (2007).
- Page, William H., "Facilitating Practices and Concerted Action under Section 1 of the Sherman Act," in: Hylton, Keith N. (ed.), Antitrust Law and Economics, 2nd ed., Edward Elgar Publishing (2010).
- Page, William H., "A Neo-Chicago Approach to Concerted Action," 78(1) Antitrust Law Journal (2012).
- 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., "Review of Kaplow, Competition Policy and Price Fixing," 79(2) Antitrust Law Journal (2014).
- Posner, Richard A., Antitrust Law, 2nd ed., University of Chicago Press (2001).
- Stigler, George J., "A Theory of Oligopoly," 72(1) Journal of Political Economy (1964).
- Turner, Donald F., "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal," 75(4) Harvard Law Review (1962).
- Vita, Michael G., "Fifteen Years after Ethyl: The Past and Future of Facilitating Practices," 68(3) Antitrust Law Journal (2001).
- Werden, Gregory J., "Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory," 71(3) Antitrust Law Journal (2004).

**Presuming a Mutual Understanding of Concerted Actions: Comparative Law
Research on U.S. Antitrust Law**

Yen, Ya-Lun*

Abstract

This article proposes suggestions concerning the interpretation and application of the new Paragraph 3 of Article 14 of the Fair Trade Act (“FTA”) after introducing the practice and theories concerning inferring an agreement by means of indirect evidence, pricing problems in oligopolistic markets, and facilitating practices, by referring to judgments of the Taiwan Supreme Administrative Court related to the presumption of a mutual understanding of concerted actions, and then analyzing the differences in the language of anti-trust law, litigation systems, and enforcement approaches between the United States and Taiwan. The article points out that, in administrative litigations in Taiwan, the mutual understanding of the concerted action may be presumed by indirect evidence under Paragraph 3 of Article 14 of the FTA provided that the mutual understanding of the concerted action is the only reasonable explanation, i.e., it has been proved beyond a reasonable doubt. Then the court may reduce the burden of proof to the degree of high probability on a case-by-case basis.

As for the factors set forth in Paragraph 3 of Article 14 of the FTA, these may be evaluated and analyzed under the plus-factor model developed in the United States. In addition, the economic evidence should be included at the end of the analysis and the other plus factors should be prioritized. Moreover, if there is insufficient indirect evidence to prove that the enterprises agreed to adopt the facilitating practice in dispute or the outcome caused thereby, the Taiwan Fair Trade Commission (“TFTC”) shall not enforce Articles 14 and 15 of the Fair Trade Act against the enterprises. Even though the TFTC, by referring to U.S. Federal Trade Commission enforcements related to the invitation to collude and the unilateral disclosure of information, intends to regulate the enterprises’ unilateral facilitat-

ing practice under Article 25 of the FTA, the FTA shall exercise caution by considering the differences between these two antitrust law systems.

Keywords: Concerted Action, Presumption of Mutual Understanding, Tacit Collusion, Conscious Parallelism, Cartel.