

# 聯合行為之合意推定：概念與執法的檢討與展望

謝國廉\*

## 目次

- 一、前言
- 二、法規範層面的主要問題：修法前後的不同問題
  - (一) 修正前的爭議主要涉及「其他方式之合意」的判斷
    - 1. 「其他方式之合意」涉及合意的認定而非合意的推定
    - 2. 意思聯絡與合意在實務上的界線並不清楚
    - 3. 主管機關並未明確說明其是否在認定「其他方式之合意」
  - (二) 修正後的主要問題
    - 1. 實際上未參與聯合行為的事業在被推定合意時難舉反證
    - 2. 推定合意的考量因素
- 三、增訂公平法第14條後之主管機關實務見解
  - (一) 105年倉儲物流案
    - 1. 案件事實與行政處分
    - 2. 評析
  - (二) 111年動物廢棄物處理案
    - 1. 案件事實與行政處分
    - 2. 評析
- 四、比較法的思考：歐盟競爭法的相關規定與實務見解
  - (一) 名詞翻譯與定義
  - (二) 關於歐盟法院實務的簡要說明
- 五、結論與建議

\* 國立高雄大學財經法律學系教授、英國愛丁堡大學法學博士

## 一、前言

聯合行為的參與者為了規避競爭法的規範，因此經常以秘密的方式商討實現聯合行為的方式，而其決議內容的具體程度往往因各種原因而有所不同，參與的事業可能決定了商品或服務具體價格，亦可能是僅同意相互交換敏感的商業資訊，讓其他參與的事業自行評估是否會採取相對應的作為<sup>1</sup>。由於參與事業接觸、討論和決議方式和內容，存在著高度的秘密性與不確定性，因此主管機關往往難以取得直接證據，證明聯合行為的合意方式與內容。總體而言，主管機關與被指控參與聯合行為的事業各自擁有的資訊，存在著高度不對稱的情況。

此種資訊不對稱的情況，一方面使得主管機關難以證明參與聯合行為事業的相關行為。另一方面，當主管機關以間接證據推定聯合行為的合意時，亦可能會將與聯合行為無關的商業作為，或者被處分事業無涉商業目的的接觸，誤判為聯合行為，從而引起被處分人對於合意推定模式的質疑乃至於後續的行政救濟。此等問題的核心爭議是，當主管機關並未取得證明聯合行為的直接證據，但已蒐集到關於疑似參與聯合行為的事業的間接證據，例如不正常的接觸及（或）對敏感商業資訊的交換等，主管機關如何推論出事業應已參與聯合行為的結論。對於此一反覆發生的爭議，行政、立法和司法機關如何處理？就過往的經驗來看此等處理方式是否有效？展望未來，是否有調整的空間？

本文並未採取某一個特定的理論、分析模式或某個國家的相關規範來探究此一問題，而是從我國相關條款中關於「一般合意」、「其他方式之合意」及推定合意的要件出發，分別加以深入分析。其次，本文並非單純蒐集資料作個別要件的文義解釋，而係分析我國學術界和實務界的專家對於各個要件的理解，並將其與公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）的實務見解比較、分析。關於實務案例的選擇，由於國內文獻對於民國（下同）104年2月增訂公平交易法（以下簡稱「公平法」）第14條前後行政法院的相關見解，已有相當的關注<sup>2</sup>，且修正前後公平會和行政法院，甚至行政

<sup>1</sup> 關於敏感資訊交換與聯合行為的關係，請參考：施錦村、馬泰成、單驥、劉姿汝，「競爭法規範有關事業間交換敏感資訊與聯合行為之研究」，公平交易季刊，第26卷第2期，55~114（2018）。此研究將敏感資訊分成the good、the bad、the ugly等3類。其中the good屬於產業間垂直資訊交換，與應禁止的聯合行為無關。the bad有明確的直接證據證明該交換涉有勾結共謀，因此以聯合行為論處並無爭議。此研究特別關心的是the ugly，並藉以建構短期評估及提出未來長期建議作為研究目的，其中短期評估建議包括目的或效果侵害與例外許可的探討等2項，十分具有參考價值，108。

<sup>2</sup> 合意要件應如何解釋，乃是公平法第14條修正前後最高行政法院相關爭訟的爭執焦點之一。請參考：石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁法處分相關判決」，公平交易季刊，第25卷第4

法院本身在不同案件的見解，皆有一定程度的分歧<sup>3</sup>，因此本文將特別著重增訂第14條之後，特別是近5年公平會的見解，一方面避免相關分析無法聚焦在主題「執法的檢討」上，另一方面避免忽略了裁罰金額較小但與地方產業關係密切的行政處分。此外，本文於分析的過程中將考量104年2月的修法意見，並參考歐盟法的見解，探討我國與合意的判斷有關的爭議。

## 二、法規層面的主要問題：修法前後的不同問題

### （一）修正前的爭議主要涉及「其他方式之合意」的判斷

針對本文所討論的主要議題，亦即主管機關僅能蒐集到事業疑似參與聯合行為的間接證據，在2015年2月增訂公平法第14條第3項之前，主管機關主要是利用此等間接證據，試圖認定公平法第14條第2項（修正前的公平法第7條第3項）規定的「其他方式之合意」。為避免條文的引用產生誤解，以下以現行法的條號為準。根據公平法第14條第2項，該條第1項（修正前的公平法第7條第1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」。倘若有間接證據證明，疑似參與聯合行為的事業之間存在著事實上可導致共同行為的意思聯絡，則主管機關便可認定此等事業之間有參與聯合行為的合意。

吾等可將修法前公平法規定的合意態樣，區分為契約和協議等「一般合意」和「其他方式之合意」。關於「一般合意」和「其他方式之合意」等2類合意，有3點值得說明和深入分析。

#### 1. 「其他方式之合意」涉及合意的認定而非合意的推定

在104年2月增訂公平法第14條第3項之前，公平法並無推定合意的規定，因此「一般合意」和「其他方式之合意」無論從概念和條文的文義觀察，皆為合意的認定，而非合意的推定。此處的重點在於，證明參與聯合行為的事業之間有「一般合意」或「其他方式之合意」的責任，係由主管機關負擔，因此僅有主管機關蒐集的證據是能否證明「一般合意」或「其他方式之合意」的問題，並無主管機關認定後可能被處分事業舉反證推翻的問題。

#### 2. 意思聯絡與合意在實務上的界線並不清楚

嚴格來說，事業之間存在「事實上可導致共同行為」的意思聯絡，與事業之間存

期，18~19（2017）。

<sup>3</sup> 石世豪教授指出，104年增訂第14條第3項後，合意的推定逐漸轉為競爭法「各論」領域內法條解釋的問題，從而頗有「主管機關—第一審法院—上訴審法院」3個「獨立機關」各執己見而相持不下的情形。石世豪，上註2，26。

在合意，亦即事業之間的意思表示已有交錯且合致的情況<sup>4</sup>，二者的意義並不能畫上等號<sup>5</sup>。進一步來說，事業之間「事實上可導致共同行為」的意思聯絡，在共識的程度上應當低於事業間的合意，但此一關於共識程度的高低差異，在國內學界或實務界的討論頗為有限，其中較有代表性的當屬廖義男教授的評論，事實上可導致共同行為的意思聯絡，「嚴格而言，與『合意』文義之意思合致，有所出入。實際上擴大聯合行為之適用範圍，不以聯合行為主體之當事人之意思有『合致』而成立『契約』或『協議』為必要，而以期間有『意思聯絡』並因而『導致有共同行為之事實』為已足」<sup>6</sup>。

由以上的分析可知，事業之間存在「事實上可導致共同行為」的意思聯絡，並不同於事業之間存在合意。值得進一步探究的是，此一關於共識程度的顯著差異，何以並未引起學界或實務界太多的討論。究其原因，或因主管機關有時難以蒐集到意思聯絡的證據，因此連意思聯絡的這項結論，皆係由包括相近的漲價時間和相近的漲價幅度等客觀資訊推論而來。在實務上，當時推論出有意思聯絡的這個結論，幾乎等同於「籠統地」推論出合意的結果，而既然連意思聯絡的證據都未必充分，吾等自難期待主管機關嚴格界定意思聯絡與合意的界線。

當時意思聯絡與合意在實務上的界線雖不清楚，但仍有少數例外，亦即，並非所有涉及事業之間「其他方式之合意」案件，皆可以推論而得意思聯絡再推論出事業間大致的合意。舉例來說，104年電容器案<sup>7</sup>，即針對受處分的日本電容器業者的意思聯絡，以及何以系爭的意思聯絡於事實上可導致共同行為，提出了清楚的證據及相關說明<sup>8</sup>。就此案的事實而言，日本電容器業者自西元1980年代起，召開數個多邊之同業會議與雙邊會議，會中交換敏感交易資訊及討論價格，相關產品銷售對象包括我國事

<sup>4</sup> 以民法的角度觀之，所謂的合意，指的是二個以上相互對立的意思表示合致，亦即民法第153條第1項所謂的「互相表示意思一致」。按此條款，「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立」。換句話說，當事人意思合致，即可成立契約。由此可知，民法的合意，係指「當事人雙方的意思表示，在內容上客觀的趨於一致，並且在主觀上有相結合成契約的意思」。陳聰富，民法概要，10版，93（2016）。

<sup>5</sup> 我國的文獻中亦有不同觀點：將「透過合意方式」和「意思聯絡」的意涵畫上等號。請參考：劉姿汝，「論聯合行為之市場界定與市場效果—兼與日本獨占禁止法之比較」，公平交易季刊，第25卷第3期，37（2017）。

<sup>6</sup> 廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司，322（2021）。

<sup>7</sup> 公平會104年12月16日公處字第104133號處分書。

<sup>8</sup> 值得補充說明的是，電容器案係近年來臺灣少數因商業資訊交換而導致的聯合行為案例。根據學者於107年發表的研究，資訊交換所導致的聯合行為案例，不論是原則禁止或是例外許可，均相當缺乏，在國內僅有少數的案例。施錦村等，前揭註1，109。

業<sup>9</sup>。針對何以系爭的意思聯絡於事實上可導致共同行為，按此案的處分書，「按MK會議為自2005年以來電容器業者長期參與之會議，同時間另有鋁質電容器業者共同集會之CUP會議及香港SM會議之進行。MK會議中所填制式表格雖非實際銷售金額及數量，惟所填寫數量及金額之百分比均可推估各公司訂單之現況及未來價格與數量發展之趨勢，此外再由他事業之會議紀錄亦可得知他事業將與會公司所提數量及銷售金額之百分比繪成圖表，亦可見該公司未來數量及金額之趨勢可證」<sup>10</sup>。根據此案的處分書，被處分人與其他事業進行雙邊聯繫，交換價格、數量及對客戶之因應等競爭敏感資訊，達成限制競爭的合意，足以影響我國鋁質電容器市場的供需功能，違反行為時公平法第14條第1項本文聯合行為的禁制規定<sup>11</sup>。

電容器案的處分書，清楚地說明了何以系爭的意思聯絡於事實上可導致共同行為，並提出了清楚的證據及相關說明。唯一稍嫌美中不足之處，係主管機關於處分書中，並未明確說明其認定了被處分事業之間的「其他方式之合意」，而僅稱此等事業違反行為時公平法第14條第1項前段規定<sup>12</sup>。就此議題，本文於下個部分將有深入的討論。

### 3. 主管機關並未明確說明其是否在認定「其他方式之合意」

當主管機關利用間接證據認定特定事業參與聯合行為的結論時，此種判斷是否必然在認定此等事業有「其他方式之合意」？此判斷與「一般合意」的認定能清楚區隔？從實務來看，此一區隔似乎並不清晰；公平會和行政法院經常僅是在認定合意，而並未將「一般合意」的認定和「其他方式之合意」的認定，區分得非常清楚。尤有甚者，如文前所述，公平會推論出有意思聯絡的這個結論時，幾乎同時「籠統地」推論出合意這項結論，亦即公平會僅推論出意思聯絡，但並未明確地指出此處的意思聯絡即等同於合意，而法院對於此種隱諱的推論方式，通常並未加以糾正。

究竟是什麼原因造成了上述不精準的法律適用模式？本文以為，上述「一般合意」和「其他方式之合意」的區分方式看似清楚，但在實務的操作上難以區分。之所以如此，係因「一般合意」和「其他方式之合意」皆以意思聯絡作為要件，因此，若有證據證明事業間有可導致共同行為的意思聯絡，則將可導致共同行為的意思聯絡認定為協議，並無疑義。同時，從另一角度觀之，倘若主管機關並無證據證明事業間有可導致共同行為的意思聯絡，而僅是以關於商品、服務特性和事業行為等產業資訊認定事業間存在「其他方式之合意」，則受處分的事業往往會對此判斷加以爭執，而在後續的行政爭訟中，行政法院亦未必會贊成主管機關的見解。因此，若公平會已蒐集

<sup>9</sup> 公平會，前揭註7，1。

<sup>10</sup> 公平會，前揭註7，17。

<sup>11</sup> 公平會，前揭註7，1。

<sup>12</sup> 公平會，前揭註7，20。

到較為充分的證據，得以論證事業間有可導致共同行為的意思聯絡，則公平會傾向將事業間的行為直接認定為協議，亦即「一般合意」。然而，若公平會僅有有限的證據證明事業間可能有導致共同行為的意思聯絡，則公平會通常不會明確地認定「其他方式之合意」的存在，而僅會直接推論出合意這項結論。

關於上述「一般合意」和「其他方式之合意」區別不易的情況，近年來已被廣泛討論的便利商店咖啡案和鮮奶案，當為104年2月公平法修正前最能凸顯相關爭議的案件。

(1) 便利商店咖啡案<sup>13</sup>

按公平會調查，連鎖便利商店現煮咖啡調漲價格日期，分別為：全家於100年10月4日、統一及萊爾富於10月5日、來來於10月6日，4家事業均在同一週調漲；調漲品項均為含乳現煮咖啡，無論冰熱、容量大小、額度均為每杯調漲5元。根據原處分，上訴人認為，被上訴人4家事業於100年10月聯合調漲現煮咖啡價格，足以影響連鎖便利商店現煮咖啡市場供需功能，違反行為時公平法第14條第1項聯合行為之禁制規定。值得特別說明的是，公平會係懷疑被處分人之間存在聯合行為的意思聯絡，而非明確地指稱被處分人之間有「其他方式之合意」。公平會於此案處分書的理由中指出，「是以本案倘經由相關事證可資合理懷疑被處分人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡，則業者對於係因為成本上漲等客觀因素而調整含乳現煮咖啡價格，應負有合理說明之舉證責任」<sup>14</sup>。

然而，臺北高等行政法院和最高行政法院皆認為，公平會無法證明此案的便利商店業者有聯合行為的意思聯絡。此處的關鍵在於，法院認為，公平會所提出聯合行為意思聯絡的相關事證，包括各項材料、人工、器具等成本、調漲作業期間、新聞稿之發布等間接證據，「尚不足以合理推定被上訴人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡等情」。法院認為，此案的便利商店業者的行為，乃是有意識的平行行為，其主要理由在於，「系爭調漲行為係被上訴人等各自根據市場狀態及競爭對手行銷策略，基於其經濟合理性及利益最大化之追求，在獨立的意思決定下所為的經濟行為」。

觀察處分書的內容可知，公平會於咖啡案中係將「聯合行為之意思聯絡」當作「合意」的同義詞加以使用<sup>15</sup>。該會懷疑被處分人之間存在聯合行為的意思聯絡，其

<sup>13</sup> 公平會100年11月9日公處字第100220號處分書。

<sup>14</sup> 公平會，前揭註13，8。

<sup>15</sup> 學界分析關於聯合行為為合意的概念與爭議時，雖會強調意思聯絡作為聯合行為要件的重要性，但通常不會將「聯合行為之意思聯絡」當作「合意」的同義詞，仍會在分析和論述中區隔二者的意涵。舉例來說，楊宏暉教授分析寡占市場的訂價行為規範時曾指出，「聯合行為之違法性係建立在意思聯絡之上，如果是個別事業基於其個別成本、利潤及其他相關因素所做之獨立考量，縱其行為與他事業恰

以不甚明確的推論方式，得出合意以及聯合行為的結論，並認為業者應舉證說明調整含乳現煮咖啡價格的理由。值得注意的是，該處分書並未明確地指稱被處分人之間存在「其他方式之合意」。其後法院並未糾正公平會將「聯合行為之意思聯絡」當作「合意」的同義詞的使用方式，至於法院之所以得出不同結論，並非因法院認為「聯合行為之意思聯絡」並未達到「合意」的共識程度，而係因公平會提出的聯合行為意思聯絡的相關事證，「尚不足以合理推定被上訴人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡等情」。簡言之，法院維持將原處分及訴願決定均撤銷的見解，係因公平會未能成功舉證，證明被上訴人等調漲現煮咖啡售價乃是意思聯絡的結果。

## (2) 鮮奶案<sup>16</sup>

類似於便利商店咖啡案，公平會懷疑被處分人之間存在聯合行為的意思聯絡，但並未明確地指稱被處分人之間存在「其他方式之合意」。公平會指出，「被處分人等一致性調漲鮮乳參考建議售價之行為，應可合理懷疑存有聯合行為之意思聯絡，且被處分人無法舉證說明，其價格調整係出於市場客觀合理之因素，若無進行調價意思聯絡之事實，誠無法合理解釋前揭一致性之調價行為」<sup>17</sup>。

針對此案的爭議，最高行政法院贊同臺北高等行政法院的見解，認為上訴人3家事業的系爭行為，並非有意識的平行行為，而是聯合行為中的一致性行為：「衡諸經驗法則，寡占市場上之跟隨行為係在領導者作出決策後，追隨者方跟進，上訴人等三家公司在決定調價時，勢須提前至少2至4週通知通路業者並進行協商，要無在100年10月初味全公司調漲後，再由統一公司及光泉公司見其調漲後數日內即跟隨調漲之可能」。基於以上關於經驗法則的推論，最高行政法院認為，「原判決認定被上訴人據此排除上訴人等一致性行為係因寡占市場結構使然之有意識平行行為（追隨行為），核屬有據」。

觀察鮮奶案處分書的內容可知，類似於便利商店咖啡案，公平會係將「聯合行為之意思聯絡」當作「合意」的同義詞使用。該會懷疑被處分人之間存在聯合行為的意思聯絡，便籠統的推論得出合意和聯合行為的結論，並指出業者無法舉證說明鮮乳價格調漲的理由。值得注意的是，此案的處分書並未明確地指稱被處分人之間存在「其他方式之合意」。法院對於公平會將「聯合行為之意思聯絡」和「合意」混用的推論

巧有一致性調價之行為，亦不可以聯合行為相繩。因此，合意的證明便成為聯合行為執法的關鍵」。值得注意的是，此段論述指出聯合行為的違法性建立在意思聯絡之上，但最終強調合意的證明（而非僅意思聯絡的證明），乃是聯合行為執法的關鍵。楊宏暉，「寡占市場的訂價行為規範：等待期間與不得同時漲價義務之可行性檢討」，公平交易季刊，第26卷第3期，36（2018）。

<sup>16</sup> 公平會100年10月25日公處字第100204號處分書。

<sup>17</sup> 公平會，前揭註16，9。

方式，並未表示不同意見。

總體而言，在104年2月增訂公平法第14條第3項之前，條文雖區分了「一般合意」和「其他方式之合意」，但在行政和司法實務上僅能看出公平會和法院認定了聯合行為的合意；公平會和法院並未說明其究竟是在認定「一般合意」或是在認定「其他方式之合意」。換句話說，二者在條文和概念上雖皆可清楚區分，但在實務上二者的界線卻相當隱晦不明。

## （二）修正後的主要問題

本文以下將探討增訂的公平法第14條第3項，以及其與前2項的關係。第一項議題與舉證責任有關，第二項議題則與涉及推定合意時主管機關應考量的因素有關。

### 1. 實際上未參與聯合行為的事業在被推定合意時難舉反證

104年2月增訂公平法第14條，該條第1項和第2項的「一般合意」和「其他方式之合意」，在概念上皆為合意的認定，而非合意的推定，因此主管機關須負擔舉證責任，證明參與聯合行為的事業之間存在「一般合意或其他方式之合意」。換句話說，主管機關須考量其蒐集的直接及間接證據，是否能證明「一般合意或其他方式之合意」確實存在於被指控的事業之間。須特別強調的是，若主管機關選擇適用公平法第14條第1項及第2項判斷「其他方式之合意」的存在，則主管機關須負擔舉證責任，證明參與聯合行為的事業有契約、協議以外的意思聯絡，且此意思聯絡事實上可導致共同行為。總體而言，以上適用公平法第14條第1項和第2項的情況，皆為公平法關於合意的認定，無涉推定或被指控事業的反證。

不同於適用公平法第14條第1項和第2項的情況，倘若主管機關係按公平法第14條第3項推定聯合行為參與者的合意，則受處分的事業須提出合理的反證，方能否認合意的存在。根據修正理由，「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」。由此可知，公平法第14條第3項的增訂，係因聯合行為的直接證據取得困難，而加入推定合意的規定，以適度降低主管機關的舉證責任。針對此項推定規定，公平會指出，若綜合對具體案件的調查蒐證結果，考量公平法第14條第3項各項因素後，已可合理懷疑事業間存有合意者，公平會得基於相關事證及前揭「相當依據」推定合意之存在，受處分的事業若「欲推翻此推定，則須提出相當之事證說明之」<sup>18</sup>。國內學者對此亦表贊同，認為法條既然規定為推定，「則於主管機關為合意之推定後，事業能提出有力之反證者，即能推翻此規定」<sup>19</sup>。

<sup>18</sup> 請參考：公平交易委員會，認識公平交易法，19版，自版，126（2021）。

<sup>19</sup> 廖義男，前揭註6，328。



然而，此一推定合意條款可能引發以下的爭議：倘若被主管機關推定有聯合行為合意的事業，實際上並未參與聯合行為，則該事業於日後的調查程序中是否有足夠的能力針對其未參與的聯合行為充分舉證？本文以為，該事業至多僅能否認其與其他（參與或未參與）聯合行為的事業之間存在合意，或者對主管機關推定合意的證據或論證加以反駁，但被指控的事業難以就不存在的合意，提出「相當之事證」或「有利之反證」，並據此推翻主管機關的合意推定。

值得補充說明的是，在產業界舉辦的各項活動中，業界人士不免共同出席會議、參加餐敘或其他正式或非正式的活動。一旦受指控參與聯合行為的事業曾參加上述活動，則各個事業的主管便不可能毫無接觸，但吾等顯然不能將接觸和聯合行為的合意貿然畫上等號。在真實世界中，若公平會能提出被指控的事業曾有接觸的證據，則被指控的事業將難以就合意的推定提出有效的反證，但此對於實際上並未參與聯合行為卻受指控的事業而言，顯不公平。

## 2. 推定合意的考量因素

主管機關推定合意的考量因素為何，乃是另一項重要的議題。若主管機關推定合意時應考量的因素，帶有極高的不確定性，則被推定有聯合行為合意的事業對於主管機關的處分，必定難以信服。按公平法第14條第3項，推定合意時所需考量的因素，包括以下各項因素：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。為便於分析，本文在此將公平法第14條第3項所例示的各項因素統稱為「客觀市場因素」。之所以使用此用語，係因此等因素既與市場本身的狀況有關，亦涉及市場上的商品與服務，以及在市場上運作的事業的行為<sup>20</sup>。關於此條款，有幾項問題值得進一步深究，包括主管機關應否考量疑似參與聯合行為的事業之間有無意思聯絡？主管機關可依據那些「客觀市場因素」推定受指控事業的合意？此外，主管機關除了考量例示的「客觀市場因素」之外，推定事業合意時應否考量關於事業的主觀因素？在此將上述問題統整為以下2大議題。

### (1) 按現行法應否考量受指控的事業之間有無意思聯絡？

受指控的事業之間的意思聯絡的證據，是否為主管機關推定合意時應考量的因素？針對推定合意的考量因素，公平會指出：

由於聯合行為之成立，以事業間共同決定約束事業活動之「合意」為要件，然而實務上主管機關取得「合意」存在之直接證據，往往十分困難，為有效規範聯合行為，實有增訂推定制度之必要。據此規定，若綜合對具體案件之調查蒐證結果，考量市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤、事業行為之經濟合理性等相關因素後，已可合理懷疑事業間存有合意者，公平會得基於相關事證及前揭「相當依據」，推定合

<sup>20</sup> 廖義男教授將公平法第14條第3項所例示的各項因素，統稱為「經濟合理性因素」。廖義男，前揭註6，328。

意之存在<sup>21</sup>。

由以上的說明可知，主管機關推定合意時的考量因素，主要為公平法第14條第3項所例示的各項「客觀市場因素」，而其中並無意思聯絡這項因素。由於此條款係例示規定，因此按文義解釋，主管機關仍可就意思聯絡這項因素加以考量。較有爭議的是，意思聯絡乃是確認被指控的事業是否曾有接觸的重要依據，但公平法第14條第3項卻未將其列為例示的考量因素，因此主管機關是否在特定情況下有必要考量事業之間有無意思聯絡，或者在所有情況下皆須檢視與意思聯絡有關的證據，便成為一項必須釐清的問題。

針對此項議題，有必要說明的是，僅按公平法第14條第3項的各項「客觀市場因素」推定受指控事業主觀上是否存在聯合行為的合意，極易引起爭議，而在寡占市場之中尤其如此<sup>22</sup>。廖義男教授曾指出，在「寡占市場中應較著重於事業有導致為共同行為之意思聯絡之事實證明」。他強調，於欠缺直接證據情況下，要論證寡占事業價格一致性之行為係基於聯合行為之合意時，不宜僅以「經濟合理性」的間接證據作為判斷因素，而應著重其有導致為共同行為的「意思聯絡之事實」證明之<sup>23</sup>。

主管機關應否在所有推定合意的情況下，皆考量意思聯絡這項因素？此問題實有進一步分析的必要。首先，如前所述，主管機關認為，若綜合對具體案件的調查蒐證結果，考量公平法第14條第3項的相關因素後已可合理懷疑事業間存有合意者，公平會得基於相關事證及前揭「相當依據」，推定合意之存在。由此可知，主管機關並未區分應於寡占市場或非寡占市場的考量因素。其次，疑似聯合行為可能出現於寡占市場，亦可能出現於非寡占市場，因此無論在寡占市場或非寡占市場，主管機關推定事業之間有合意時，若無法提出被處分的事業曾有接觸的證據，則此等事業恐難信服，而後續的行政救濟亦在意料之中。此外，就聯合行為案件的調查與蒐證而言，並非所有的商品及服務相關市場，皆有清楚而完整的市場資訊，因此界定案件中相關市場為寡占或非寡占市場，有時並非易事；若要求在寡占市場方有必要考量意思聯絡這項因素，恐增加主管機關調查上的難度。因此，本文以為，無論在寡占市場或非寡占市

<sup>21</sup> 公平會，前揭註18，126。

<sup>22</sup> 國內學者曾指出，寡占市場的事業是否存在合意，極為難辨，使得執法上的困難度增加。在寡占結構的市場中，由於事業家數少，容易觀察到競爭對手的行為，若產品同質性高且資訊透明，則在極短的時間內即可迅速回應且亦知悉若任意調整價格，即有可能引發無利可圖的價格戰爭，反不如隨其他事業的價格領導，而為相同的訂價以獲取利益來得划算。他接著指出，寡占事業間具有相互牽制的特性，往往不需要合意，只需要有默契，即可形成外觀上一致的行為。因此在此情況下，是否存在合意，極為難辨，使得執法上的困難度增加。楊宏暉，前揭註12，37。

<sup>23</sup> 廖義男，前揭註6，330。

場，主管機關皆有必要以間接證據證明事業之間存在著意思聯絡的事實。

此處更為困難的問題是，104年2月增訂公平法第14條第3項後，在實務上可能出現不易區分第1項和第2項「一般合意」、「其他方式之合意」、第3項推定合意的情況。何以如此？按文前二、（一）、1.、（3）的分析，「一般合意」和「其他方式之合意」在實務的操作上難以區分，主要因為二者皆以意思聯絡作為要件。進一步來說，若主管機關於適用第3項推定合意時，須考量有無事業間意思聯絡的證據，則意思聯絡這項因素，實質上亦將成為推定合意的要件。因此，當主管機關取得證明意思聯絡的充分證據時，應如何判斷相關事業之間究竟有「一般合意」或「其他方式之合意」，或應推定相關事業之間存在合意？實務上三者的具體差異為何？此等問題對於主管機關而言將是相當棘手的難題。

### （2）以「客觀市場因素」推定事業主觀上的聯合行為合意易生爭議

公平法第14條第3項例示的考量因素皆為「客觀市場因素」，但主管機關卻必須於考量此等因素後，推定受指控事業主觀上是否存在聯合行為的合意。本文以為，此問題乃是引起爭議的根本原因。判斷公平法第14條第1項和第2項的合意存在與否，主管機關係檢視其蒐集的證據是否能證明被處分人主觀上存在意思的合致，因此主管機關進行的乃是主觀及客觀要件的檢測。然而，主管機關按公平法第14條第3項推定合意時，係檢視關於「客觀市場因素」的證據，亦即國內學界與實務界所稱的間接證據，推定被處分人的聯合行為是否以主觀上的合意作為基礎。換句話說，我國判斷是否符合主觀要件的方式，係審酌與「客觀市場因素」相關的證據是否充分。

申言之，公平法第14條第3項欲達成的是推定合意的目的，但卻要求檢視「客觀市場因素」。欲以此手段本身達成推定合意的目的，本身即有極大的困難。所謂的間接證據，實際上大多是關於被指控事業行為的證據，例如事業相互接觸、商品或服務的漲價幅度、漲價時間點的密接性等，而即便證據能證明事業之間有接觸事實（即意思聯絡），但此等證據主要為關於事業行為的證據，因此主管機關以此等間接證據論證被指控的事業在主觀上已有意思的交錯與合致，此等事業往往難以信服。

## 三、增訂公平法第14條後之主管機關實務見解

在此選取了幾個關於推定合意的、具有代表性的行政處分。本文對各個案件的觀察重點有三。第一，主管機關是否清楚區分了公平法第14條第1項和第2項「一般合意」、「其他方式之合意」及第3項推定合意的情況。第二，主管機關是否明確地就被處分事業的合意作出了推定。第三，無論主管機關有無使用「推定合意」一詞，若主管機關實際上作出了推定合意的處分，則其究竟考量了那些因素進而作出了此一處分？

## (一) 105年倉儲物流案<sup>24</sup>

### 1. 案件事實與行政處分

多位檢舉人指控長榮國際儲運股份有限公司（以下簡稱「長榮公司」）等國內21家倉儲物流公司於103年7月聯合恢復收取3噸以下CFS出口貨物裝卸搬運使用機械費，違反公平法<sup>25</sup>。處分書將「貨櫃場」作為倉儲物流公司的同義詞，並交互使用，為避免用語的混淆，以下簡稱「倉儲公司」，合先敘明。

公平會於處分書的理由中指出：

就有競爭關係之各事業、同業公會或其他團體，倘有合意共同決定商品或服務價格或限制數量、交易對象、交易地區等相互約束事業活動之行為，並足以影響市場供需功能者，即屬違反公平法聯合行為之禁制規定。又公平法對於聯合行為之規範，係採實質認定，除以契約及協議達成合意者外，尚包含因意思聯絡而事實上可導致一致性行為之「其他方式之合意」。

公平會接著強調：

故2個或2個以上之事業，在明知且有意識之情況下，透過彼此間意思聯絡，就其市場行為達成不具法律拘束力之共識或瞭解，形成外在市場上之一致性行為，倘經調查確實有意思聯絡之事實，或得以其他間接證據（如市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性、誘因、類似之漲價時間或數量、發生次數、持續時間、行為集中度及其一致性等）判斷事業間有意思聯絡，且為其外部行為一致性之唯一合理解釋，即可認定該等事業間有聯合行為。

公平會補充說明：「又一致性行為非以同時日調整、等幅價格等為限，倘相關事證足資證明其一致性行為之合意，縱有時間差或微幅價格之不同，亦無礙違法性之認定」<sup>26</sup>。

根據此案的處分書，倉儲公司一致性恢復收取CFS出口機械使用費，別無合意以外個別決定之可能性<sup>27</sup>。21家倉儲公司請協會轉寄恢復收取的函文或公告的時間均在103年4月底、5月初，至於恢復收取的時間均在103年7月間。按處分書，「該等時間上之一致或相近情形，顯非反應各自營業盈虧或系統建置及通知貨主所需作業時間而為決定，且悖於合理之商業營運行為，足認該等業者倘無意思聯絡，無法合理解釋該同時間恢復收取之一致性行為」<sup>28</sup>。

此外，針對此案中被指控參與聯合行為的倉儲公司，處分書指出，部分倉儲公司

<sup>24</sup> 公平會105年4月22日公處字第105034號處分書。

<sup>25</sup> 公平會，前揭註24，1-6。

<sup>26</sup> 公平會，前揭註24，26-27。

<sup>27</sup> 公平會，前揭註24，33。

<sup>28</sup> 公平會，前揭註24，34。

有恢復收取CFS出口機械使用費的動機，或曾於貨櫃儲運協會餐敘，且恢復收取該使用費的時點，均與其他倉儲公司極為一致。根據以上事證，公平會認為中航公司、高鳳公司、長榮公司、亞太公司、聯興公司對恢復收取事先已有與其他倉儲公司進行意思聯絡，且並非出於獨立考量決定，否則無法合理解釋此一致性行為<sup>29</sup>。綜合以上事由，公平會認定涉及此案的倉儲公司利用協會餐敘聚會時間，就恢復收取CFS機械使用費進行意見溝通，共同決定於103年7月間恢復收取CFS出口機械使用費，為相互約束事業活動之行為，屬公平法第14條第1項規定所稱的「聯合行為」，分別處21家倉儲公司新臺幣10萬元至1,725萬元不等的罰鍰<sup>30</sup>。

## 2. 評析

首先，此案處分書的理由清楚地區隔了「一般合意」及「其他方式之合意」的概念，但對於「其他方式之合意」以及推定合意在概念上的界線，則未有明確的說明。按此案的處分書，「就其市場行為達成不具法律拘束力之共識或瞭解，形成外在市場上之一致性行為，倘經調查確實有意思聯絡之事實」，可認定該事業間有聯合行為，此應為關於公平法第14條第2項「其他方式之合意」的論述，但處分書接著指出，「或得以其他間接證據（如市場狀況…等）判斷事業間有意思聯絡，且為其外部行為一致性之唯一合理解釋，即可認定該等事業間有聯合行為」。此段論述並未出現「合意」一詞，由此可知處分書係將「意思聯絡」視為「合意」的同義詞，亦即判斷事業間有意思聯絡的存在且有一致性行為後，同時作出推定合意及認定聯合行為的結論。

其次，主管機關並未明確地適用公平法第14條第3項就被處分事業的合意作出推定。公平會指出，各倉儲公司一致性恢復收取CFS出口機械使用費，別無合意以外個別決定之可能性<sup>31</sup>。觀察此意見無法得知被處分事業之間究係存在公平法第14條第1項的「一般合意」及第2項的「其他方式之合意」，或者主管機關係就該條第3項推定合意，甚至在其後的論述中，不再使用「合意」一詞，而以「意思聯絡」取而代之。此案處分書基本上採取了一致的論證方式：先考量倉儲公司是否有恢復收取CFS出口機械使用費的動機，以及是否曾於貨櫃儲運協會餐敘，再檢視公布恢復收取該使用費的時點的一致性和實際收取該使用費的時點的一致性，最後認定受處分倉儲公司已進行了意思聯絡，且並非出於獨立考量決定，否則無法合理解釋此一致性行為<sup>32</sup>。本文以為，此一論證方式實際上混合了公平法第14條第2項及第3項的要件，例如處分書考量了意思聯絡這項要素，此係第2項的「其他方式之合意」的要件；第3項推定合意條款並未將其作為一項例示的考量要素。又如處分書考量的因素，主要為第3項例示的

<sup>29</sup> 公平會，前揭註24，36-42。

<sup>30</sup> 公平會，前揭註24，36-42。

<sup>31</sup> 公平會，前揭註24，42。

<sup>32</sup> 公平會，前揭註24，36-42。

各項「客觀市場因素」，但卻未明確地指出公平會係按此項規定推定被處分事業的合意；針對大部分的受處分事業，公平會並未使用「合意」一詞，而是僅稱此等事業已進行意思聯絡，否則無法合理解釋此一致性行為。唯一的例外，係處分書論證台北港公司、欣隆倉儲及聯興公司的行為時，使用了「推定」和「合意」等詞彙，「該等業者仍均於103年7月1日或15日恢復收費，亦得推定系爭一致性行為係基於與其他貨櫃場之合意所形成」<sup>33</sup>。由以上分析可知，主管機關並未明確地適用公平法第14條第2項認定被處分的各倉儲公司有「其他方式之合意」，亦未清楚地適用該條第3項推定各倉儲公司之間存在合意。對於被處分的倉儲公司來說，由於不清楚主管機關是否適用了第3項推定合意，因此各倉儲公司亦無法確定是否有舉反證推翻此項合意推定的可能性。

第三，關於主管機關考量了那些要素進而得出被處分事業有聯合行為的結論，按以上的分析可知，主管機關既考量了公平法第14條第2項的意思聯絡要素，亦考量了該條第3項例示的「客觀市場因素」，但從處分書無法判斷主管機關係適用公平法第14條第2項或第3項。值得特別注意的是，針對大部分受處分的倉儲公司，公平會反覆指出，此等事業已進行意思聯絡，否則無法合理解釋此一致性行為，因此可知處分書傾向於將「意思聯絡」取代「合意」一詞，忽略了二者在共識的程度上仍有顯著的差異性。此外，處分書多次使用了並未出現於公平法條文中的「一致性行為」一詞，反而鮮少使用公平法第14條第2項「共同行為」，因此處分書似乎將2個詞彙視為同義詞。

此外，值得進一步討論的是臺北高等行政法院105年度訴字第906號判決<sup>34</sup>。如前所述，長榮公司（以下簡稱「原告」）為此案21家倉儲公司之一，該公司不服公平會的行政處分，提起行政訴訟，請求撤銷原處分。原告於此案的主張，涉及美國法Noerr-Pennington原則能否排除公平法適用的問題<sup>35</sup>，但由於此議題與本文的主題並無直接關係，因此在此僅聚焦於法院對於合意的認定方式。

根據此判決，法院指出，「原告104年5月6日陳述紀錄明確說明組團去基隆報關公會之原因，係告訴該公會關於貨櫃場業者擬計劃恢復收取CFS出口機械使用費之訊息，可見原告明確知悉相關貨櫃場業者聯合恢復收費之計畫，並積極協助該聯合行為之實現，嗣原告果然於103年7月1日如期收取系爭費用，難謂無聯合行為之合意」。分析此段論述可知，法院並未指出其係適用公平法第14條第1項、第2項或第3項得到原告與此案其他倉儲公司之間存在合意，但由組團赴基隆報關公會告知恢復系爭費用

<sup>33</sup> 公平會，前揭註24，34-35。

<sup>34</sup> 臺北高等行政法院105年度訴字第906號判決。

<sup>35</sup> 關於此議題，請參考：牛曰正，「聯合行為之正當理由—評臺北高等行政法院105年度訴字第906號判決」，公平交易季刊，第26卷第3期，73~120（2018）。

的訊息、積極協助實現聯合行為，以及如期收取系爭費用，可知法院已認定原告與此案其他倉儲公司之間已有協議，亦即公平法第14條第1項的協議。值得注意的是，法院的論證方式與上述公平會混合了公平法第14條第2項及第3項的要件，判斷各倉儲公司有一致性行為的論證模式，存在著顯著的差異。

## （二）111年動物廢棄物處理案<sup>36</sup>

### 1. 案件事實與行政處分

此案涉及屏東地區的動物廢棄物化製契約。此處所謂的「化製」，係指對畜牧場因病死亡的禽畜（即動物廢棄物）進行化製再利用處理的程序。109年以前，畜牧業者將動物廢棄物透過清運業者運送至處理化製業務的公司（以下簡稱「動物廢棄物公司」）處理，無須支付任何費用，但其後按新法令規定，畜牧業者須與一家以上的動物廢棄物公司簽訂合約，方可將動物廢棄物送至公司的化製場處理<sup>37</sup>。經民眾檢舉，3家動物廢棄物公司自108年11月起，通知所有畜牧場得預繳109年的年費（即化製場合約服務費）新臺幣1萬2千元，但此通知引起畜牧業者不滿，認為各個畜牧場的禽畜品種不同或畜牧場規模大小不同，因此年費金額不應皆為新臺幣1萬2千元<sup>38</sup>。

按此案的處分書，被處分的動物廢棄物公司參與了108年3月18日舉行的協調會，並相互促成「自109年1月1日起統一收取1萬2,000元化製場合約服務費（年費）」的合意傾向，且會後各自長時間未與簽約的畜牧場進行個別年費洽談，即一致於同年11月公告收取新臺幣1萬2千元年費，「核屬有競爭關係的事業間共同合意決定其服務之交易價格，且足以影響相關市場之供需功能，違反公平交易法第15條第1項本文聯合行為禁制規定」<sup>39</sup>。

### 2. 評析

首先，處分書的第一點理由雖引用了公平法第14條及第15條，但並未說明公平法第14條各項的差異。其次，主管機關並未明確地適用公平法第14條第3項就被處分事業的合意作出推定。處分書的論證方式，可謂混合了公平法第14條第2項及第3項的要件，例如處分書指出，被處分的3家動物廢棄物公司，參與了108年3月18日舉行的協調會，可知公平會考量了意思聯絡這項要素，而此係公平法第14條第2項的「其他方式之合意」的要件。又如處分書指出，被處分的3家動物廢棄物公司一致於108年11月公告收取新臺幣1萬2千元的年費，可知公平會考量了「事業行為之經濟合理性」，而此乃公平法第14條第3項所例示的「客觀市場因素」之一。較為可惜的是，處分書最

<sup>36</sup> 公平會111年4月7日公處字第111017號處分書。

<sup>37</sup> 公平會，前揭註36，2。

<sup>38</sup> 公平會，前揭註36，2。

<sup>39</sup> 公平會，前揭註36，10。

終並未清楚地指出公平會係按何條款的規定推定被處分事業的合意，而是直接認定被處分的動物廢棄物公司「違反公平法第15條第1項本文聯合行為禁制規定」。

第三，處分書雖未使用「推定合意」一詞，但主管機關實際上作出了推定合意的處分，此處有必要分析的是，公平會究竟考量了那些因素進而作出了此一處分？如前所述，被處分的動物廢棄物公司一致於同月公告收取新臺幣1萬2千元的年費，可知公平會審酌了3事業同時公告收費的證據，亦即考量了「事業行為之經濟合理性」。處分書雖未說明考量的結果，但由最終認定3事業違反公平法第15條的結論觀之，公平會似認為公告收取年費的時點如此密接絕非巧合。較有爭議的是，公平法第14條第3項的「客觀市場因素」尚有市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量等因素，何以公平會未對此等因素加以考量？就屏東地區動物廢棄物化製業務的市場占有率而言，按處分書的說明：

據屏東縣政府表示，屏東縣畜牧場登記有○場，而動物廢棄物化製場只有被處分人等；且依被處分人等提供的動物廢棄物收受重量資料，核算被處分人璇億公司108年動物廢棄物化製處理之市占率約○%；被處分人昱成公司市占率約○%；被處分人慈宏公司市占率約○%，是屏東地區動物廢棄物化製處理市場為寡占市場，僅3家業者。

同在屏東地區寡占市場的3家業者，從事相同的動物廢棄物化製業務，有無可能因化製的成本及利潤幾乎相同而各自決定收取新臺幣1萬2千元的年費？此可能性或許不高，但僅考量公告年費的時點相同，而未考量市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量等公平法第14條第3項所例示的其他「客觀市場因素」，恐招考量不夠周延的批評。更何況以被處分的動物廢棄物公司的角度觀之，由於不清楚公平會是否適用了第3項推定合意的規定，因此各事業將難以對此項合意推定提出反證。

#### 四、比較法的思考：歐盟競爭法的相關規定與實務見解

觀察歐盟（the European Union）競爭法（competition law），與臺灣「其他方式之合意」及推定合意在概念上較為密切者，係歐盟競爭法關於「共同行為」（concerted practice）的規定與概念。簡單來說，共同行為的規定和概念有助於解決認定聯合行為時所遭遇的困難。不同於「事業間之協議」（agreements between undertakings），參與共同行為的事業雖有反競爭的共識，但共同行為不以「意願的合致」（a concurrence of wills，即「合意」）為要件。

##### （一）名詞翻譯與定義

為了方便後續的分析，在此有必要先對歐盟法制下的「共同行為」一詞加以說



明。歐盟競爭法的「共同行為」，並非我國公平法第14條第2項的「共同行為」。依循我國公平法第14條條文的脈絡，第2項的「共同行為」一詞，與第1項的「聯合行為」在意義上頗為接近。本文雖將“concerted practice”一詞譯為「共同行為」，但國內亦有學者將其翻譯為「一致性行為」<sup>40</sup>。就中文的語意而言，「一致性行為」的「一致性」，與寡占市場中「平行定價」（parallel pricing）的「平行」一詞的語意較不易清楚區隔，而「一致性」的詞意是否包括「偶然一致」，亦即不同事業「恰巧出現的行為一致性」，亦可能出現不易釐清的情況。此外，在參與“concerted practice”的不同事業之間，存在著共同限制競爭的共識，但「一致性行為」一詞的詞意，卻無法呈現出此種特性。因此，將“concerted practice”譯為「共同行為」，一方面得以避免和平行定價行為混淆，另一方面又能彰顯出共同行為共同限制競爭的特性，應較符合歐盟競爭法的原意。

就歐盟競爭法而言，共同行為乃是一個嚴謹的概念<sup>41</sup>。首先，歐洲聯盟運作條約（the Treaty on the Functioning of the European Union；以下簡稱「歐盟運作條約」）第101條所規範的共同行為<sup>42</sup>，既與合意無涉，亦非協議的一種態樣。

根據歐盟運作條約第101條第1項及第2項<sup>43</sup>：

<sup>40</sup> 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，167（2006）。許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究—以市場界定與市場效果為中心」，公平交易季刊，第25卷第3期，7（2017）。

<sup>41</sup> 共同行為的認定之所以為一項重要的議題，係因其雖為聯合行為或廣義的反競爭協議的一種態樣，但此行為態樣的範圍不易界定，但實務上卻又有界定的必要性。若將共同行為的意涵界定得過於寬廣，則平行定價亦可能被認定為共同行為。若界定得過於狹隘，僅將實際上實施共同行為者認定為參與事業，則幕後協助實現共同行為的服務提供者，將無須負擔違反競爭法的責任，顯不公平。謝國廉，「論歐盟競爭法『共同行為』（concerted practice）之概念與實務」，收錄於：廖義男、黃銘傑等編，競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使，初版，元照出版公司，147（2017）。

<sup>42</sup> 歐盟運作條約第101條的規定，與歐盟運作條約施行日（2009年12月1日）之前的歐洲共同體條約（the Treaty Establishing the European Community; the EC Treaty，以下簡稱「歐體條約」）第81條，僅有條號的不同，其內容並無差異。

<sup>43</sup> 歐盟運作條約第101條第1項及第2項的原文為：

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;

(1) 下列行為因違反共同市場原則故應予禁止：

所有事業間之協議、事業之同業公會之決定、共同行為，有影響歐洲聯盟會員國間貿易之虞且係以規避、限制或破壞內部市場內之競爭為目的或造成影響者，特別是下列行為：

- (a) 直接或間接訂定買入或賣出之價格或訂定其他交易之條件；
  - (b) 限制或控制生產、市場、技術發展或投資；
  - (c) 共享市場或共享供給之來源；
  - (d) 將不同條件適用於對其他數個交易相對人之同類交易中，使渠等處於競爭上之不利地位；
  - (e) 以其他交易相對人接受額外義務作為與渠等契約之成立要件，而就此額外義務之本質或就商業習慣而言，此義務與契約之主要權利義務無涉；
- (2) 依本條認定應予禁止之任何協議或決定應屬無效。

「共同行為」是一種「非正式的安排」(informal arrangement)，係歐盟競爭法所禁止的「反競爭協議」(anti-competitive agreements)的一種態樣<sup>44</sup>。根據歐盟執委會(the European Commission)的定義，「共同行為」乃是數個事業之間透過直接或間接的聯繫，於並未訂定正式協議(concluding a formal agreement)的情況下所進行協調(coordination)。此時，雖無正式的協議，但數個參與聯合行為的事業之間已有協調的行為，以實際的合作取代競爭所帶來的風險<sup>45</sup>。此外，歐盟亦曾指出，共同行

- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this article shall be automatically void.

<sup>44</sup> European Commission (2012), *Anti-competitive Agreements*, [http://ec.europa.eu/competition/consumers/agreements\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consumers/agreements_en.html) (last visited August 29, 2022).

<sup>45</sup> The phrase “concerted practice” refers to “[c]oordination between undertakings which, without having reached the stage of concluding a formal agreement, have knowingly substituted practical cooperation for the risks of competition. A concerted practice can be constituted by direct or indirect contact between firms whose intention or effect is either to influence the conduct of the market or to disclose intended future behaviour to competitors”. Directorate-General for Competition (2002), *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations*, 11, [http://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary\\_competition\\_archived\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_en.pdf) (last visited August 29, 2022).

為乃是一種不同事業的共同反競爭作為，且其不以事業之間已訂定正式協議為前提。共同行為源自事業之間直接或間接的聯繫，而此等事業的目的，在於影響市場行為，或將涉及自身未來作為的資訊洩漏給競爭對手<sup>46</sup>。

理解以上的定義時必須注意，共同行為所為的協調，可能出現於兩種不同的情況。在第一種情況，共同行為的協調，可能在尚未訂定正式協議之前進行，而此非正式的協調，其後演變為正式協議內容。在第二種情況，共同行為的參與者於協調之後，並未就反競爭行為的具體事項，作出正式的協議。換句話說，有些參與共同行為的事業日後並未訂定正式協議，但由於具備反競爭性質的共同行為，仍會對市場秩序或競爭對手造成實質的負面影響，因此歐盟競爭法仍將此等行為認定為聯合行為而禁止之<sup>47</sup>。

## （二）關於歐盟法院實務的簡要說明

分析歐盟法院的見解可知，判斷的關鍵在於共同行為是否客觀存在，至於是否有正式的協議，則非所問。因此，若數個事業之間已有協調的行為，以實際的合作取代競爭所帶來的風險，則主管機關評估此種協調時，重點在於行為是否客觀存在，而非事業經理人內心的意思。就實際的行為而言，若事業之間已有直接或間接協調行為，甚至開始交換關鍵的市場資訊，則即便對於聯合行為的內容或手段，尚無明確而具體的計畫，此等協調仍會被認定為共同行為<sup>48</sup>。

1972年歐洲法院的ICI v. Commission案（以下簡稱「ICI案」）<sup>49</sup>，乃是歐盟競爭法實務上關於共同行為的第一個重要案例。各界討論此案時，經常將其簡稱為「染料案（the Dyestuffs case）」。歐洲法院於ICI案的見解，有二項重點值得特別注意。第一，執委會提出的證據，包括相關染料業者之商品漲價的幅度、時間點、寄送漲價指示的時間點皆相當接近，加上執委會提出了業者多次非正式接觸的事證，此等事實皆成為日後歐盟競爭法認定共同行為的重要指標。第二，歐洲法院指出，「究其本質，一共同行為雖不具備一契約的所有要件，但共同行為（確實）可經由協調而產生，

<sup>46</sup> 其原文為：Concerted practices: practices which, whether with or without a formal agreement being concluded between the parties, are anti-competitive. They may result from either direct or indirect contact between companies whose intention is to either influence the conduct of the market or to disclose intended future behaviour to competitors. <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/eu-rules-on-concerted-practices-and-agreements-between-companies.html> (last visited August 29, 2022) .

<sup>47</sup> 謝國廉，前揭註41。

<sup>48</sup> 謝國廉，前揭註41。

<sup>49</sup> Case 48/69, *ICI v. Commission* [1972] E.C.R. 619.

而觀察參與者的行為，即可發現此種共同行為的存在，乃是顯而易見的」<sup>50</sup>。由此可知，歐洲法院觀察的重點，在於參與共同行為的事業於行為上的協調，至於參與事業是否確實存在著合意，則是協議的判斷標準，無涉共同行為的認定。

此外，歐洲法院的Åhlström Oy v. Commission案判決<sup>51</sup>，乃是歐盟競爭法實務上關於共同行為的另一個重要案例。學術界與實務界討論此案時，經常將其簡稱為「木紙漿案（the Wood Pulp case）」，本文以「紙漿案」簡稱之。歸納法院於紙漿案的見解可知，第一，執委會將平行行為直接認定為共同行為的見解，並不妥當。第二，針對平行行為與共同行為的關係，倘若平行行為與系爭共同行為之間毫無關聯，則執委會不應將平行行為當作共同行為的證據。換句話說，企業有能力以明智的方式調整自身的商業手段，以因應競爭對手的商業手段，此等調整的作為，並非共同行為。第三，在紙漿案中，作出公告的事業，雖於相關市場中多次就各自的紙漿價格作出調漲的公告，但執委會不應直接將公告行為認定為共同行為。此處的重點在於，多次的調漲公告與市場風險的消除之間，並不存在著因果關係。第四，比較ICI案與紙漿案，可知執委會於ICI案中提出了業者多次非正式接觸的事證，但執委會於紙漿案中，卻未能提出紙漿製造商正式或非正式接觸的證據。此項差異，相當程度上左右了歐洲法院的心證<sup>52</sup>。

必須強調的是，訂定共同行為的規範，非為降低執委會的舉證責任以便「入人於罪」。雖然共同行為的確為「事業間之協議」以外的聯合行為，但歐洲法院並未因此降低執委會的舉證責任。因此，執委會僅憑紙漿製造商可能參與共同行為的「表面證據」，包括最高價格、每次漲價的幅度和漲價的時間點的近似性，實無法證明紙漿製造商確有共同行為。

## 五、結論與建議

從本文對於相關法規範和案例的分析可知，適用公平法第14條第3項最困難之處在於，按此條款，推定合意是考量受處分事業行為、市場狀況等客觀事實和因素，判斷可能參與聯合行為的事業主觀上是否就聯合行為有意思表示的交錯與合致。簡言之，主管機關須以涉及客觀事實和因素的間接證據，證明此等事業應該有主觀上的意

<sup>50</sup> 其原文為：“By its nature, then, a concerted practice does not have all the elements of a contract but may inter alia arise out of coordination which becomes apparent from the behaviour of the participants”。

<sup>51</sup> Cases 89 etc/85, *Åhlström Oy v. Commission* [1993] E.C.R. I-1307.

<sup>52</sup> 不過，隨著資訊科技的發展，此項差異的重要性於實務上恐已無足輕重，其原因在於，由於通訊技術發達，執委會欲蒐集非正式接觸的事證，必將面臨極大的困難。謝國廉，前揭註41。

思合致。此時，從受處分的事業若能成功說服法院，使其相信主管機關所蒐集的間接證據並不充分，至少尚不足以推定受處分事業有意思表示的交錯與合致，則行政法院便有撤銷主管機關行政處分的可能。

本文所分析的核心問題，乃是如何處理「模糊的（聯合行為）共識」的問題。第一，所謂模糊的共識，係事業經由正式或非正式接觸進而交換敏感商業資訊之後，所產生的實施聯合行為的模糊意圖。此時，主管機關蒐集到的證據，僅能證明被指控的事業間存在實施聯合行為的模糊共識，例如前文動物廢棄物處理案中公平會所稱的「合意傾向」即屬此種模糊共識。

第二，就模糊共識這個概念的性質而言，有時事業之間可能有較為具體的共識，但主管機關的證據僅能證明模糊共識的存在。此外，有時實際上的確僅有模糊的共識，而此種共識可能發展為具體共識，亦可能無法發展為具體共識，甚至參與的事業有時亦不清楚此種共識將如何演化。

第三，本文以為，如同主管機關於「一般合意」的案件中必須證明契約或協議的存在，於涉及模糊共識的案件中，主管機關亦須證明模糊共識的存在。換句話說，主管機關的舉證責任並未減輕，亦無推定合意和受處分人舉反證推翻主管機關推定決定的問題。

第四，就模糊共識產生的具體影響而言，由於實施聯合行為的事業，係基於此種共識而有聯合漲價或割裂市場等行為，因此模糊共識將會對消費者帶來具體的負面影響，不因其模糊而不生負面影響。

第五，就規範的法律效果而言，由於模糊共識仍會損害消費者權益，因此模糊的共識在競爭法上應受到非難。

既然現行法的規範與運作存在前述的種種問題，此時有必要思考的是，是否有必要維持公平法第14條第1項至第3項「一般合意」、「其他方式之合意」及推定合意的聯合行為規範。為了明確化及合理化現行規範，本文認為可考慮將上述三類的判斷合意的規範簡化為二類。

第一類的聯合行為規範係以「一般合意」為前提。由於是在有直接證據支持的情況下認定聯合行為的契約或協議，故此類規範較無爭議。第二類的聯合行為規範則應簡化目前「其他方式之合意」及推定合意的規範，以「共同行為」取而代之。若將第二類聯合行為稱之為「一致性行為」，亦無問題，畢竟此乃公平會、行政法院和學術界多年來在實務上習慣使用的詞彙。此處的關鍵不在用語，而在認定「共同行為」的考量因素。

針對第二類聯合行為，亦即「共同行為」的考量因素，本文參考前文分析的歐盟競爭法「共同行為」的概念，認為未來「共同行為」至少應包括三項要件。第一，須有事業間的聯繫和協調，亦即公平法第14條第2項所稱的意思聯絡。主管機關須蒐集

足夠的證據，證明涉及聯合行為的事業之間已進行了正式或非正式的聯繫和協調。此乃一項關鍵的要件。從被指控事業的角度觀之，若主管機關無法提出關於事業間接觸的證據，便推定事業間存在合意，則被處分的事業必定難以信服。此外，以明文將意思聯絡列為「共同行為」的要件，可消除前文討論的推定合意是否以意思聯絡為前提的爭議。

第二，考量「客觀市場因素」後得到事業之間存在「共同行為」的結論。此處所謂的「客觀市場因素」，指的主要是公平法第14條第3項推定合意時應考量的「客觀市場因素」，包括市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為的經濟合理性等。以明文將考量「客觀市場因素」列為認定「共同行為」的方式，主管機關便無須再混合公平法第14條第2項和第3項的要件，在未能明確指出相關事業間存在「其他方式之合意」或係推定合意的情況下，籠統地推論出聯合行為。當然，在實際的案件中，「客觀市場因素」的考量是否具有說服力，未來仍需要主管機關、法院、經濟學家的共同努力，以行政命令、司法實務見解和經濟學的理论和實證研究成果等，共同構築考量「客觀市場因素」的有效論證模式。

第三，聯繫和協調須有消除競爭風險的效果。「共同行為」的協調係以實際的合作取代競爭所帶來的風險。換句話說，倘若事業間的接觸並不會消弭競爭的風險，則無須將其認定為聯合行為的一種態樣。

有必要進一步說明的是，以上建議與現行法存在著二項關鍵差異。第一，不以推定合意的論證模式認定「共同行為」。換句話說，「共同行為」涉及（契約、協議以外的）聯合行為的認定，而非合意的推定。有時主管機關掌握的涉及客觀事實和因素的間接證據，尚不足以證明受處分的事業有主觀上明確而具體的意思合致，但由於審酌各項相關的客觀事實和因素，已可判斷受處分的事業已利用私下的協調消弭了競爭的風險，此時當可判斷受處分的事業有聯合行為。必須承認的是，實務上有時主管機關所蒐集的包括意思聯絡或「客觀市場因素」在內的證據，至多僅能在客觀上證明相關事業間的模糊共識。倘若主管機關於推定合意的證據仍不充分的情況下，勉強認定「受處分人無法合理解釋一致性之調價行為」、「別無合意以外個別決定之可能性」、「外部行為一致性之唯一合理解釋」或「足認該等業者倘無意思聯絡，無法合理解釋該同時間之一致性行為」等，則後續的紛擾必不可免。第二，由於不再採取推定合意的論證模式，因此亦無被指控的事業舉反證推翻主管機關合意推定的問題。主管機關必須負擔證明事業間存在「共同行為」的責任，否則不應以公平法聯合行為規範相繩。

最後，在聯合行為的調查與蒐證工作中難以取得充分證據的問題，乃是一項全球性的挑戰。其或因主管機關的調查權不夠充分，或因寬恕政策（leniency policy）未能

提供聯合行為的參與者充分的舉報誘因<sup>53</sup>，但無論解決此等問題的任務有多艱鉅，本文以為，調查與蒐證的困難度，不應被用來合理化目前混合公平法第14條各項要件的論證方式。

---

<sup>53</sup> 不可否認的是，主管機關關於聯合行為的調查權和調查能力，亦與寬恕政策實施的成效，存在著密切的關係。石世豪教授指出，回歸「寬恕政策」誘因機制設計本旨，其實不難發現：提高競爭法主管機關發現並掌握違法聯合行為不法事證的調查能力，才是「重罰」規定在事前就可以讓理性計算者放棄違法企圖的嚇阻力來源。因此，他強調，建置一條有效連結（跨刑事、行政、民事等各相關領域）法律適用、資訊科技、鑑識科學等專業能量，連同傳統競爭法原本就迫切需要的產業調查、經濟分析、法庭應訴等執法專業能力一併強化，方能真正強化「寬恕政策」的制度誘因，同時又不減損「重罰」在事前就具備的嚇阻作用。請參考：石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究—美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第26卷第2期，140（2018）。

## 參考文獻

1. 公平交易委員會，認識公平交易法，19版，自版（2021）。
2. 牛日正，「聯合行為之正當理由－評臺北高等行政法院105年度訴字第906號判決」，公平交易季刊，第26卷第3期（2018）。
3. 石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁法處分相關判決」，公平交易季刊，第25卷第4期（2017）。
4. 石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究－美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第26卷第2期（2018）。
5. 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）。
6. 施錦村、馬泰成、單驥、劉姿汝，「競爭法規範有關事業間交換敏感資訊與聯合行為之研究」，公平交易季刊，第26卷第2期（2018）。
7. 陳聰富，民法概要，10版，元照出版社（2016）。
8. 許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究－以市場界定與市場效果為中心」，公平交易季刊，第25卷第3期（2017）。
9. 楊宏暉，「寡占市場的訂價行為規範：等待期間與不得同時漲價義務之可行性檢討」，公平交易季刊，第26卷第3期（2018）。
10. 廖義男，公平交易法，初版，元照出版社（2021）。
11. 廖義男、黃銘傑編，競爭法發展之新趨勢－結合、聯合、專利權之行使，元照出版社（2017）。
12. 劉姿汝，「論聯合行為之市場界定與市場效果－兼與日本獨占禁止法之比較」，公平交易季刊，第25卷第3期（2018）。



## 與談

與談人：張宏浩教授（臺灣大學農業經濟學系教授）

這篇文章關切的重點是在2015年的修法，也就是增訂公平法第14條第2和第3款，放寬聯合行為推定合意之要件。因此，本文不外乎是針對「一般合意」、「其他方式之合意」及「推定合意的要件」進行分析。而本文的結論主要為：案件中「客觀市場因素」考量是否具有足夠說服力？這個仍需主管機關、法院、經濟學家共同努力，以行政命令、司法實務見解和經濟學的理論和實證研究成果等，共同構築考量「客觀市場因素」的有效論證模式。

對我個人來說，公平法第14條的修法，給經濟學工具判斷聯合行為指出蠻好的方式。首先，公平法第14條第2款提及「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。」而第3款「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。」則明確把經濟合理性納入，也就是說聯合行為的合意，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來判定。依我看來這是蠻明確的，之前可能需要很嚴謹的證據才能判定聯合行為，那修法的目的就是讓他放寬一點，放寬到如果你有充足客觀的證據，搭配意思聯絡，就有空間判定聯合行為。所以這個時候經濟合理性就變得非常重要。但是我們在這幾年的場合中，好像沒有看到真正將經濟分析落實在第14條的SOP。也就是說，我們大家都知道經濟分析很重要，但要怎麼做，好像沒有很明確的SOP，不論是公平會或是學者都沒有提出。所以我在這邊藉這個機會分享我對第14條使用的看法。

所以現在的問題就是：經濟學能幫忙什麼？經濟學家又能做什麼？以下是我自己建議的一個方法：（一）收集加總總體市場資料，從加總的數據進行觀察，是否有所謂符合聯合行為的外觀。純粹用市場數據反映，如果是有涉及聯合行為的外觀，就進入第二層次廠商分析；（二）觀察違法行為前後市場價量的改變；（三）收集廠商數據，進行各廠商經濟行為分析。三個步驟說明如下：

### （一）總體市場資料的檢視

這是借鏡一篇很有名的文章，在談鱸魚的價格。下圖為整體市場鱸魚價格，觀察他的價格以及成本，隨著不同時間起伏。可以看到第一個紅框，市場價格是穩定的，所以可以判斷是聯合行為的區間。而在第二個紅框，市場價格開始波動，這是聯合行為被瓦解後。相對的，整段調查時間，他的成本是趨近於固定的。

我們可以藉由很快收集市場數據，觀察這段時間我們懷疑的聯合行為期間，市場

的外觀有沒有改變，是否符合卡特爾的外觀（市場面），例如：價格穩定、變異性（variation）較小。另外的好處就是可以就該聯合行為對於市場是否存在實質影響進行初步檢測，如果是只有兩家、三家進行聯合行為，基本上不會影響整個市場最後均衡的數量跟價格，所以我們可以透過第一步很簡單快速的收集公開資料，對聯合行為進行檢視。

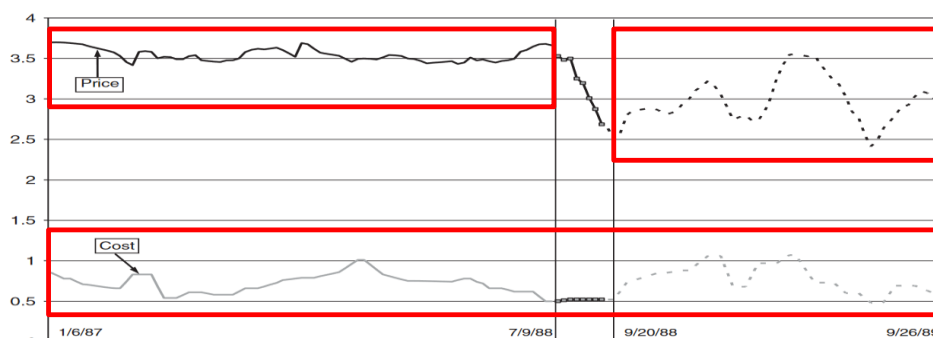


Fig. 1. Frozen perch prices and costs: 1/6/87-9/26/89.

## （二）廠商經濟行為分析

這時候需要詳細的各廠商產銷與成本資料，以利後續進行經濟模型的分析。另外，主管機關必須對於產業市場結構有一定的瞭解，因為不同形態的寡占市場，所適用的經濟模型也不相同。

如果以收集到上述資料，就是要就學理上的最適行為及觀察到的實際行為，進行比較。所以在給定市場結構狀況下，是可以計算出各廠商追求利潤最大化行為決策下，各廠商的最適產量與定價。可以拿這個數據去跟廠商市場上定價、訂價時間進行比較，去看廠商偏離他應該的最適狀態多少。

## （三）完成具客觀說服力之經濟分析要件

- 1.完整的產業資料庫，因為open data的推動，公開的資訊有增加，但也仍需要跨部會間的合作，印象中公平會曾透過電子發票資料庫，去瞭解便利商店的競爭狀況。
- 2.充分的產業知識：不同市場狀況，廠商反應會不一樣，如果要去計算一個理論性、廠商應該要怎麼樣的狀況，就必須要瞭解該廠商適用怎樣的寡占市場結構。
- 3.建構經濟模型之能力，須熟稔經濟模型的設定。
- 4.具有將經濟模型搭配資料，進行計量分析的能力。

以上是我個人淺見，謝謝。