

# 聯合行為合意之概念、認定 與證明方法： 理論與實務的交互辯證

王立達\*

## 壹、前言

聯合行為之合意（agreement）如何認定，包括相關證據如何採擇、如何證明合意是否存在，由於直接關係到聯合行為是否存在，個別廠商是否參與系爭聯合行為，乃是競爭法上聯合行為案件最為核心，爭辯也最為激烈的常見爭點。由於聯合行為通常甚為隱蔽，參與廠商相當保密，足以證明合意之相關證據越來越難以取得，在個案中很可能出現相關證據不夠充分的窘迫情形。不僅經常完全缺乏直接證據，間接證據也有可能既片斷又模糊。這些證據層面的問題，更增添合意要件在認定上的困難度與爭議性。

從法院訴訟統計數字上來看，自1999年起至2019年5月份，近十年間公平會有關違法聯合行為的行政訴訟案件，已經判決確定者計有56件，其中多達51件均涉及合意應該如何認定、如何證明之爭點<sup>1</sup>。由此觀之，本爭點幾乎出現在所有有關聯合行為之行政訴訟案

件裡，若謂合意要件乃是聯合行為案件中最具爭議性，也是當事人攻防最為激烈之構成要件，應非誇大其詞。

前述國內訴訟實況，充分反映了本議題的重要性與困難度，有必要針對國內至今累積的各種實務案例，從理論層面加以深切反省，一方面藉以發現國內實務運作的盲點與迷思，進而尋求改進之道；另一方面也可藉由實務上豐富的廠商合意形成型態與法院認定方式，回頭反思既有法學理論有無缺陷與不足之處，藉此強化理論深度，將競爭法相關原理原則發展得更為完善而厚實。基於以上體認，本文在第二部分說明公平交易法（下稱公平法）上聯合行為合意要件的意義，以及界定合意概念時應該留意的關鍵要點。第三部分將從我國實務出發，結合理論與他國執法經驗，分析各種不同型態的廠商合意形成方式是否該當此要件。第四部分綜合學理與實務案件呈現的合意實況，深入思考對於不同案件類型，合意此一要件應當採

\* 本文作者係國立政治大學法學院特聘教授，曾任副院長暨碩士在職專班執行長（2017-2019）

註1：同一聯合行為處分案之各審級判決，合計為一件。資料來源：廖義男等（2019.12），《公平交易法國內重要案例之評析：以聯合行為為例》，公平會度委託研究報告，第197、255-835頁。

取的合適證明方法。

## 貳、合意的概念與認定

合意作為聯合行為構成要件之一，乃是參與廠商透過言詞或行動進行意思聯絡與交換<sup>2</sup>，針對彼此可競爭項目或是其他與競爭有關之事項<sup>3</sup>，以事實上契約、協議或決議相互約束事業活動以限制競爭，或是協調達成一致性想法、形成心理上共識，產生限制競爭效果之行為。故合意可能直接約束彼此今後之相關行動，也有可能只是對於競爭相關事項達成認知、想法上的一致性（例如合理價位為何），並未包含彼此約束之內容在內，但是具有限制競爭之效果<sup>4</sup>。透過合意，參與聯合

行為廠商理解到彼此對於接下來合適行動內容已經具有一致性的看法，如果依此共識內容不為某方面之競爭，或為與競爭反向之行為（例如調漲價格），不致遭到其他合意廠商以不跟進或是與其競爭加以回應。此種透過合意建立的一致性想法與心理上共識，消除了原本市場上競爭者虎視眈眈、彼此不信任所帶來的不確定性，免除廠商不為競爭或為與競爭反向行為時的後顧之憂，使其可以大膽放手為之，導致市場上原有競爭消失之可能性顯著提昇，達到聯合行為限制競爭之目的或效果<sup>5</sup>。換言之，同業間之合意僅須達到彼此想法具有一致性的共識階段，即使並未包含相互約束之表意內容，亦未形成彼此約定，由於仍可產生聯合行為所具有之限制競爭功能，故仍應包含在合意概念之內，認

註2：「意思聯絡」在此為中性描敘用語，並未帶入刑法或行政罰法上共同正犯主觀要件「犯意聯絡」之意涵在內。持不同意見者，請參見石世豪（2021.1），〈從司法審查實務論聯合行為「合意」要件再修正〉，《公平交易季刊》，第29卷第1期，第54頁。

註3：事業間特定個別之可競爭項目，稱為競爭參數。除競爭參數外與競爭相關，有可能成為合意對象之事項，例如與競爭相關的敏感性資訊（產銷成本、目前訂價、投標意願等）以何種方式在同業之間交換彙整。交換敏感性資訊之實際案例，請見行政法院88年度判字第407號判決（台灣省砂石同業公會聯合會彙整價格案），以及臺北高等行政法院102年度訴字第1062號、最高行政法院104年度判字第212號判決（光碟機跨國圍標案）。

註4：類似見解，請見廖義男，公平交易法之理論與立法，1995年10月初版，第100頁（卡特爾合意者，即多數企業，基於共同目的，使彼此間之營業競爭行為受到限制，而影響生產、商品交易或服務供需之市場關係所為之一種意思合致）；何之邁，公平交易法專論，1993年10月初版，第059頁（以法國45-1483號命令第50條之規定為例，該條第1前段明文，企業聯合係指「以任何方式，基於任何原因，明示或默示的商議行為、協定、協議或聯盟……」。此項規定明白表示企業聯合之組成必具意思之合致，且該意思合致不限於傳統法律規定之型態）；黃茂榮（1993.10），《公平交易法理論與實務》，初版，第183頁（「主觀要素」在此指以「契約」、「協議」及其他方法之「合意」。其共同特徵為當事人間就聯合之內容有相同之「意思」）。

註5：聯合行為參與者如果共同抬高價格，背叛者可能以略低於涉案廠商的價格挖走客戶，贏得滿載的銷售數量。故聯合行為具有相當強的背叛誘因，達成合意後的監督懲罰機制成為聯合行為是否成功的重要關鍵；see ROBERT C. MARSHALL & LESLIE M. MARX, THE ECONOMICS OF COLLUSION: CARTELS AND BIDDING RINGS 7-8 (2012). 即使如此，背叛者為了極大化自身利潤，將會儘可能以最高價格達成最大銷售量，其銷售價格很可能僅略低於聯合行為價格而高於聯合前的市場價格，因此高背叛可能性並無法消除聯合行為對於市場競爭所造成的限制與傷害。

定為已經滿足此項構成要件。

### 一、與民法上合意之差別

合意乙詞在民法上乃是當事人所表達的意思表示內容，彼此達成合致，在當事人間形成私法上約束或發生其他法律效果之意<sup>6</sup>。但在聯合行為構成要件上，參與聯合行為的廠商經常有意淡化其間合意形成的過程，故意以輕描淡寫、不著痕跡的方式進行意思表達與溝通。且就聯合行為規範目的而言，參與者的意思事實上無須達到彼此約束且內容合致之程度，僅須透過彼此協調互動之意思聯絡過程，使得參與者對於合意項目打算採取何種舉措的想法見解逐漸趨於一致，達到外觀上得以步調一致，對於同業採取的不競爭或競爭反向行為在市場上不會相互扯後腿，就已經足以造成競爭法上所欲避免的聯合行為限制競爭之結果。基於這些原因，聯合行為的合意概念就有必要擴張其概念內涵，納入無相互約束與意思合致，但是透過彼此互動聯絡形成類似想法的類型，並不侷限於民法上原

有之合意概念範疇。這也是公平法第14條第2項將合意之概念外延擴及於包括「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」的實質理由<sup>7</sup>。

在比較法上，美國休曼法第一條對於聯合行為之法條用語乃是collusion與conspiracy，在案例法與學說上有相當於我國合意要件之單一agreement概念<sup>8</sup>。就歐盟而言，歐盟運作條約（the Treaty on the Functioning of the European Union）第101條乃是歐盟競爭法用以規範聯合行為與垂直交易限制的實體條文。國內聯合行為之合意要件，相當於該條文中agreements between undertakings、decisions by associations of undertakings與concerted practices三個不同概念的總和。國內文獻大致將我國合意概念中處於最外圍邊界的類型，與concerted practices等同視之，並且給予「一致行為」、「一致性行為」、「互為一致行為」、「共同行為」等多種不同稱呼<sup>9</sup>。有論者依照該條文德文版對於本概念所使用之詞彙：aufeinander abgestimmte

註6：參見民法166-1條第2項、第727條第2項、第761條第1項、第976條第5款、第1052條第2款、第1080條第1項、第1113-3條第2項；以及吳秀明（2004.11），《競爭法制之發軔與展開》，初版，第47-48頁；黃茂榮，前揭註4，第183-185頁。

註7：本項規定有可能將單獨一家業者提出不競爭或競爭反向行為之建議，其他同業收到建議後，受其影響決定跟進之有意識平行行為，納入聯合行為之合意概念，就此部分有範圍過廣的風險，建議修正，請見本文註55-56、註64所屬本文段落之說明。

註8：E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON, UNDERSTANDING ANTITRUST AND ITS ECONOMIC IMPLICATIONS 171-83 (7th ed. 2019); HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 217-28 (6th ed. 2020); ERNEST GELLHORN ET AL., ANTITRUST LAW AND ECONOMICS IN A NUTSHELL 263-83 (5th ed. 2004).

註9：石世豪，前揭註2，第8頁；吳秀明，前揭註6，第46-47頁；何之邁（2006.6），〈平行行為乎？一致性行為乎？——評析中油、台塑油品調價案〉，《台北大學法學論叢》，第58期，第145-174頁；汪渡村（2016），《公平交易法》，6版，第84頁；廖義男，前揭註4，第108-110頁；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、黃銘傑編（2017.12），《競爭法發展之新趨勢——結合、聯合、專利權之行使》，初版，第117-121頁。

Verhaltensweisen<sup>10</sup>，以貼近文義之方式重新譯為「互相協調之舉措方式」或「經協調之舉措」。依照歐盟執委會（European Commission）競爭總署的名詞解釋，concerted practices是指事業間未至締結正式協議的地步，而是透過直接或間接接觸，有意地以實際上的合作取代競爭風險的一種整合（coordination）<sup>11</sup>。此處所謂的整合或協調，乃是透過人為介入之意思聯絡與交換，在事業間進行調和，達到雖非完全相同，但是彼此間想法具有一致性的和諧狀態<sup>12</sup>。透過此種方式在聯合行為參與者間達成的意思一致性，乃是透過言語或行動而達成的心理上共識<sup>13</sup>。這種想法一致的狀態，對於參與者而言並不具有事實上或法律上拘束力，參與者在行動上有選擇偏離的自由。但是實際上在競爭者之間卻甚有可能基於此種心理上想法一致的狀態，導引出在市場上外觀一致的競爭相關行為<sup>14</sup>。

在「經協調之舉措」此種合意下，聯合行

為參與者所達成的實際上合作，通常既不正式也不具體，與一般民法上的合意並不相同。參與者對於合作計畫內容不僅並未作成相互約束的意思表示，更未對合作內容重要之點逐一確認而達成意思合致<sup>15</sup>。此種合意類型最常適用之情形，乃是業者避開對於價格調漲的直接商議，改為揭露本身價格、成本等敏感性資訊，以資訊交換之間接方式進行協調整合與意思聯絡，藉此在同業間就價格如何調漲形成心理上共識。在實例上，譬如由部分競爭同業就染料漲價日期與幅度先行對外公告，其他同業再以跟進、不跟進或部分跟進之方式彼此進行協調整合，傳遞各自意思<sup>16</sup>。在數位市場中，歐盟法院（European Court of Justice）也曾認定以電子郵件將折扣上限通知同一產銷階層之水平競爭者，其中知悉該郵件內容者若未明白表示反對（包含提出檢舉、違反折扣上限等），即推定已經參與此種與同業有關折扣額度之協調整合，滿足「經協調之舉措」要件<sup>17</sup>。凡此均顯示作

註10：德國限制競爭防止法在聯合行為合意類型中，原樣採納此一用語；石世豪，前揭註2，第8-9、46-52頁。

註11：E.U. DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, GLOSSARY OF TERMS USED IN EU COMPETITION POLICY: ANTITRUST AND CONTROL OF CONCENTRATIONS 11 (2002), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/100e1bc8-cee3-4f65-9b30-e232ec3064d690>(Coordination 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.)

註12：石世豪，前揭註2，第54-55頁。

註13：RICHARD WHISH & DAVID BAILEY, COMPETITION LAW 118 (8th ed. 2015).

註14：廖義男，前揭註4，第108-110頁。

註15：參見謝國廉，前揭註9，第135-137頁。

註16：See Case 48/69 *ICI*, ECLI:EU:C:1972:70 (the Dyestuffs case).

註17：Case C-74/14 *E-TURAS*, ECLI:EU:C:2016:42.

為聯合行為構成要件之合意概念，與民法上合意概念有明顯差別。

## 二、必須與有意識平行行為相互區辨

在合意認定上最需要留意的，厥為寡占市場。此種結構的市場往往囿於進入障礙，新廠商難以有效參進，而且市場中既有廠商彼此實力差距不大，或是各有擅長，形成各據一方、難以相互擊倒的局面。在寡占市場中，由於競爭者數目少，而且難有變換，彼此面對的是與同一群同業之間的重複賽局（repeated game）。在此種環境中，競爭行為一旦過於尖銳，遭到同業以殺價搶客等行為進行報復，以抑制往後各回合賽局之競爭行為的機率不低。也因為市場競爭同業少，任一廠商的市場作為都會對其他同業造成直接影響，其他同業任何回應也會對首先採取行動的廠商造成衝擊。這使得寡占廠商在思考市場競爭策略時，無時無刻不在考慮競爭對手將會如何回應，會不會施以報復性措施等，經濟學上將此種狀態稱為相互依存（interdependence）。既然彼此實力相當，殺

價促銷等競爭行為難以獲致長久成效，對手只要回敬以相同的促銷行動，甚至以更具殺傷力的競爭策略加以報復，抵銷同業率先發動的攬客策略，市場版圖就很可能回復到原本狀態。只是同業間因為競相搶客，平白損失自身利潤，兩敗俱傷，徒然讓下游客戶坐收漁利而已。為了避免此種雙輸局面，寡占業者基於自身經濟理性，經常出現彼此跟進，在沒有合意的情況下，決定採取以相同價格調漲等市場策略，稱為有意識平行行為（conscious parallelism，簡稱平行行為）<sup>18</sup>。是以在寡占市場中出現的同業外觀一致行為，未必出自於廠商間的合意，也有可能來自於平行行為。在缺乏具有足夠說服力的證據加以區辨的情況下，兩者同樣都是寡占市場上外觀一致行為的合理解釋<sup>19</sup>。

事實上，未必只有在寡占市場中才會出現無合意的平行行為。在競爭市場中也有可能基於改變產品定位、行銷策略，或是回應上升的市場需求，或者回復殺價競爭前原本價格水準等原因<sup>20</sup>，廠商採取調漲價格的策略性作法。其他同業彼此競爭雖然激烈，但有可能基

註18：參見何之邁，前揭註9，第157-158頁；廖義男，前揭註4，第109-110頁；HERBERT HOVENKAMP, PRINCIPLES OF ANTITRUST 134-39 (2017); GELLHORN ET AL., *supra* note 8, at 89-97.

註19：我國已有司法實務判決正確瞭解此種寡占市場之特性，請見臺北高等行政法院101年度訴字第607、649、703、715號判決，最高行政法院103年度判字第195號判決（超商現煮咖啡案）；臺北高等行政法院108年度訴字第801、1007、1062、1098、1123號判決（台南高雄預拌混凝土案）。

註20：例如因應國內圖書市場大幅萎縮，商業周刊2008年以來每年調漲新書售價10元至20元，並且將新書起印量從3000本逐步下修，最低為1500本，每年也減少5%的新書出版量。由於圖書市場非常競爭，單一出版社減少出書數量不致影響市場競爭。商業周刊透過本策略改變其出版書籍之市場定位，探索其顧客之需求曲線，成功發覺客戶需求的價格彈性並不高，其書籍價格逐步調漲後，每年獲利仍然維持在2008年以前的水準，是在競爭市場中成功調高價格的具體案例。何飛鵬（2019.9.19），〈我們如何打敗市場的衰退趨勢〉，《商業周刊》，第1662期，第16頁。

又如嘉義市2011年共有52家家用液化石油氣分銷商（即桶裝瓦斯行），屬於競爭市場。市場占有率15%至20%的龍宏公司率先漲價，回復其進入市場殺價競爭前的價格水準。該案由於單次漲幅過

於相同觀點，在缺乏聯合行為合意下獨立決定跟進漲價。綜此以觀，在合意要件的概念界定與證明方式建構上，如何與同業間平行行為有效加以區分，乃是關鍵要點。兩者的根本區別點，在於廠商彼此之間究竟有沒有意思聯絡，達成意思合致或心理上共識，還是其他涉案者只是出於獨立判斷，單方面認同首先發動者的作法，跟進採行相同行動。

### 三、合意應否作為聯合行為要件之探討

在學理上，對於合意是否應該成為聯合行為構成要件，曾經有所爭論，其中代表性人物是Donald Turner、Richard Posner和Louis Kaplow<sup>21</sup>。Donald Turner是哈佛大學法學教授，曾在1965年至1968年擔任美國聯邦司法部反托拉斯署署長（Assistant Attorney General for the Antitrust Division, U.S. Department of Justice）。他在1962年撰文指出，寡占市場中無合意的平行行為不僅符合廠商的經濟理性，亦屬無可避免。這些廠商乃是被寡占市場環境所逼迫，在極大化自身利潤率的考量下採取平行行為，法院不可能強迫廠商忽視其他同業可能採取的報復措施，無視於兩敗俱傷的巨大風險，而硬性禁止其跟進採取其

他競爭者的市場行為，因此自然無法將平行行為納入聯合行為定義範疇之中。對於長期經濟績效不佳的高度集中市場，Donald Turner認為唯一的解決方式是拆解個別寡占廠商，以創造競爭。但是這需要另外立法，建立具體執法標準，並且取得法律明確授權之後方可為之，無法透過競爭法對於聯合行為的規範來達成<sup>22</sup>。

Richard Posner是美國著名法律經濟分析學者，曾長期擔任聯邦第七巡迴上訴法院法官，現已退休。他在出任法官之前，即撰文強調平行行為與有合意行為之間的相似性，主張前者乃是暗默勾結（tacit collusion）而後者是明示勾結（express collusion），兩者之間僅有枝節性的差異，應該同等看待。他以George Stigler有關寡占的理論為基礎<sup>23</sup>，認為寡占廠商仍有可能透過私下秘密的差別定價，對於部分客戶進行隱密性的降價促銷來與其他寡占同業競爭，因此並非僅有跟進同業行為，彼此不競爭，才是唯一符合經濟理性的市場決策<sup>24</sup>。哈佛大學法學院教授Louis Kaplow在2011年也發表類似主張。他認為美國法院歷來對於合意認定其實相當寬鬆，足以涵蓋沒有意思聯絡的情形。而且在寡占事

大，而且幾乎全部同業在短時間內跟進調漲，仍遭法院認定有聯合行為合意存在；參見最高行政法院103年度判字第438號判決。然而龍宏公司倘以較不引發消費者反彈的小幅緩進方式，逐步墊高價格，競爭同業在希望回復原本價格水準的心態下，亦有可能跟進調漲價格。以上兩個例子顯示在非寡占市場，在某些情況下同業跟進漲價仍然有其經濟上合理性，不能一概抹殺其可能性。

註21：相關介紹可參見HOVENKAMP, *supra* note 18, at 134-36；顏雅倫（2019.1），〈聯合行為之合意推定——美國反托拉斯法之比較法研究〉，《公平交易季刊》，第27卷第1期，第60-63、72-73頁。

註22：Donald F. Turner, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, 75 HARV. L. REV. 655, 663-81 (1962).

註23：George J. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, 72 J. POL. ECON. 44, 56 (1964).

註24：Richard A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 STAN. L. REV. 1562 (1969); RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW* 51-100 (2d ed. 2001).

業事先接到邀約，然後採取相同行動的情況下，雖然彼此之間沒有任何形式的溝通，但仍舊是對於其他事業邀約的明顯回應。如果不納入合意的範圍，將會相當令人困惑。相反地，如果對於這種平行行為施以嚴重處罰，將會改變寡占市場中廠商決策的誘因結構，跟隨同業漲價等不利市場競爭的舉動就不再符合廠商的經濟理性<sup>25</sup>。

Posner與Kaplow主張不以合意作為聯合行為要件的否定論，一直以來都沒有被法院以及多數學者所接受<sup>26</sup>。Posner在2014年評論Kaplow有關此一主題的專書時，也改變長久以來的個人見解，認為競爭法如果禁止暗默勾結，寡占市場中的廠商定價將發生困難，除此之外也不能忽視法院在審判實務上掌握賽局理論以及有效評估專家證詞的困難<sup>27</sup>。

#### 四、承諾得以言詞或行動為之

在當今合意仍舊是聯合行為構成要件的法律架構下，認定合意之時必須以足夠的證據證明外觀行為一致的同業間確實曾經以言詞或行動進行意思聯絡，導致其間出現意思合致或心理上共識，並非單純採取單方跟進行動，方才足以證明合意成立。在具體的合意型式上，除了一方以言詞要約、他方明確給

予承諾的基本典型之外，為了克服廠商各種可能的規避閃躲，必須擴大其概念涵蓋範圍，將透過言詞或行動等各種實際上可能達成意思合致或心理上共識的合意方式都予以納入。這正是現行公平法第14條第2項將事實上可導致共同行為的意思聯絡，全數納入合意概念的原因。

就言詞合意而言，譬如在聚會場合，廠商單方面向在場同業表示自身打算漲價的幅度，沒有尋求同業跟進支持就離開現場。接著在同一場合，另一競爭者也對現場同業單方面表明本身預計的漲價幅度，與先前同業宣布的漲價計畫內容相同，但同樣沒有尋求在場競爭者的支持與跟進，也沒有說明是否響應前一位同業的漲價計畫。此時表明相同漲價額度的兩家廠商雖然形式上各自公開表述，似乎並無意思交換與聯絡，但是第二家得知第一家的漲價計畫後，在同一場合對著同一批同業表達本身打算以相同幅度調漲價格，雖然第一家廠商已經離場，然而第二家廠商與之達成一致性想法與心理上共識，已經相當明顯。因此雙方雖未表明相互約束之意思，也沒有要約、承諾與意思合致等環節，但是依照前述概念說明，兩家廠商的聯合行為合意已然成立<sup>28</sup>。不過在另一種情況

註25：Louis Kaplow, *On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law*, 99 CAL. L. REV. 683, 814-18; Louis Kaplow, *An Economic Approach to Price Fixing*, 77 ANTITRUST L.J. 343, 430-32 (2011). See also, LOUIS KAPLOW, *COMPETITION POLICY AND PRICE FIXING* 448-49 (2013).

註26：E.I. Du Pont De Nemours & Co. v. FTC (*Ethyl*), 729 F. 2d 128, 139 (2d Cir. 1984); HOVENKAMP, *supra* note 18, at 138-39; 顏雅倫，前揭註21，第62、67-72頁。

註27：Richard A. Posner, *Review of Kaplow*, *Competition Policy and Price Fixing*, 79 ANTITRUST L.J. 761, 763-68 (2014).

註28：此乃筆者2003-2004年在美國華府Georgetown Law Center攻讀法學碩士(LL.M.)學位，曾任聯邦交易委員會(Federal Trade Commission)主席的Robert Pitofsky教授在競爭法課堂上就合意概念之外圍邊界所舉出之實例。

下，如果二家廠商是在不同時空的不同場合，先後單方面對外公佈相同內容的漲價計畫，由於後公布的競爭者究竟是出於附和第一家漲價計畫的意思，因而兩者之間達成合意，還是出自於本身審時度勢之後的獨立決定，殊難分辨。因此倘若沒有其他證據足以進一步支持第二家的跟進漲價乃是基於兩者之間的意思合致或心理上共識，單純憑藉先後宣布相同的漲價計畫，實在無法證明在該情形下已有聯合行為的合意存在<sup>29</sup>。

此外，有關以行動回應要約者而形成合意，民法第161條第1項規定：「依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。」此種以行動而非言詞表示承諾的意思，學理上稱為「意思實現」，其典型乃是跳過承諾環節，直接為契約履行行為，例如行使契約權利、履行契約義務等。像是住房客人直接飲用放置於旅館房間冰箱內的飲料，無須事先知會旅館櫃台承諾接受其售價，該飲料的買賣契約即已成立<sup>30</sup>。具有法律拘束力的契約締結，尚且可以透過意思實現來完成，往往僅有事實上拘束力的聯合行為合意，自然也可透過實現聯合行為的具體行動來表示承諾之意。雖然如此，在發動者提出邀請，其他廠商直接採取受邀共同行為的情形下，究竟該等廠商係以行動回應最初發動者，透過意思實現達成聯合行為合意，

還是獨立決定跟進採取相同行動，同樣處於模糊地帶，因此也不能逕為判斷，必須綜合其他證據，考量在個案情況下廠商基於利潤極大化的驅策，是否有會相同的平行行為，方可判定<sup>31</sup>。

### 五、寡占市場特性僅能提供背景脈絡說明

必須留意的是，前述寡占市場的特殊性質，雖然為競爭者外觀一致行為提供合意以外的另一種合理解釋，然而事實上就合意的證明與認定而言，寡占市場乃是雙面刃，除了可以作為反證，降低合意存在的可能性之外，另一方面同時也可作為合意存在的佐證。這是因為寡占市場同業家數少，對於有意進行聯合的廠商正好便於進行勾結串連，事後監督彼此是否遵守合意內容也較為容易。而且既然難以擊敗對手，或是透過積極競爭在同業之中脫穎而出，何不反向思考，與同業攜手合作，透過聯合行為追求更高的利潤？尤其是在產品同質性高，而且客戶需求的價格彈性低的情形（例如汽油、柴油），由於各家產品特性太過於一致，彼此之間難以差異化，也不易培養客戶的偏好或是忠誠度。同業之間除了價格之外，缺乏可以發動市場競爭，或是區隔其形象、特長的產品特徵。但如果發動價格戰爭，在寡占市場中又過於尖銳，容易引發同業殺價回應，

註29：可參見本文三、（三）有關「其他方式之意思聯絡」的進一步說明。

註30：林誠二（2012.10），《債法總則新解——體系化解說（上冊）》，1版，第158-161頁；孫森焱（2013.7），《民法債編總論上冊》，修訂版，第28頁。

註31：HOVENKAMP, *supra* note 18, at 144；另可參見本文三、（四）、2有關事後以行動加入合意之說明。



導致彼此利潤都明顯受到損害的兩敗俱傷局面。此時如果客戶對於這項產品的價格彈性低，需求僵固性高，因為漲價而可能流失的客戶數量以及減少的銷售數量都甚為有限，那麼共同漲價勢必可以提昇個別廠商的獲利，更加助長競爭同業相互合意一起聯合漲價的誘因。

因此在國內外競爭法有關聯合行為案件中，雖然不時引用寡占市場的特性，說明在一定質量的證據下，聯合行為的合意為何已經具有足夠的蓋然性而應當被認定為存在。但是在證據不那麼充足的案件中，法院與主管機關也經常引用寡占市場的特性，說明廠商間一致行為出自於彼此跟進的平行行為，其可能性不容忽略，尚無法逕行認定合意的確存在<sup>32</sup>。綜此以觀，寡占市場特性雖然可以為聯合行為的合意存在與否，在證明上提供重要的市場背景脈絡說明，但其對於合意是否存在之證明本身，實則扮演中性的角色，並非一定有利或不利於主張合意存在的一方<sup>33</sup>。

### 參、合意的類型

公平法對於聯合行為的定義，原本規定於第7條，2015年2月全面修正時移列至第14條第1項。有關作為構成要件之合意概念，在該

項規定條文中向來包括「契約、協議或其他方式之合意」等幾種類型。自從本法施行之初，施行細則第2條第2項即明定「其他方式之合意」係指「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」。公平法2002年2月修正時，此項規定納入母法成為第7條第3項，2015年2月移列至第14條第2項至今。由上述條文定義可以得知，公平法對於合意的形態採取廣泛認定之態度，不問法律上有無拘束力，只要事實上事業藉以達成意思合致或心理上共識，產生限制競爭效果，率皆認定屬於聯合行為之合意概念範疇，並不拘泥於特定之外觀形式<sup>34</sup>。

#### 一、契約、協議：應強調事實上而非法律上拘束力

對於合意定義中的契約與協議，國內學說大致上界定為參與聯合行為之同業競爭者分別透過對向或同向之意思表示，直接或間接表達約束彼此有關競爭之事業活動內容，相互達成意思合致，因而產生拘束參與者法律效力之法律上約定<sup>35</sup>。惟按「協議」所指的同向且全體參與者就其重要之點一致同意之意思表示，如同學者指出，在現實上可能發生的情況恐怕並不多見<sup>36</sup>。除此之外，學說上另外將沒有法律效力，但是在道德、社

註32：可參見前揭註19引用的國內法院判決。

註33：CHRISTOPHER L. SAGERS, ANTITRUST 174-76 (2d ed. 2014).

註34：姜炳俊（1994.11），〈聯合行為之規範〉，收錄於賴源河編，《公平交易法新論》，初版，第265頁。

註35：黃茂榮，前揭註4，第184頁；姜炳俊，前揭註34，第265頁；吳秀明，前揭註6，第45-46頁；劉華美（2009.7），《競爭法與能源法》，初版，第138頁。

註36：吳秀明，前揭註6，第46頁；姜炳俊，前揭註34，第266頁；黃茂榮，前揭註4，第184頁。

會、人際往來等層面上對於個別廠商可以造成壓力，具有事實上拘束力的廠商間約定，稱之為君子協定（gentlemen's agreement），藉由「其他方式之合意」的規定型態，同樣列為合意具體類型之一<sup>37</sup>。此種釋義方法，在法條適用上固然可將君子協定納入合意範圍之中。然而聯合行為有關合意概念之界定，所著重者乃是在事實層面上對於參與廠商能否產生壓力與約制力，而非著重於法律上的正式拘束力。況且，公平法禁止聯合行為之基本出發點，即係針對合意本身之目的與內容加以禁止，亦即為了避免同業間藉由合意相互約束或達成心理上共識而產生限制競爭效果，並非針對合意以外其他關聯情狀與之搭配是否致生公益損害而設置。因此依照國內競爭法與民法學界通說，即使參與廠商以具有法律效力之契約或協議等形式為之，然而無法通過公平法第15條但書檢驗的實體違法聯合行為，依照民法第71條應屬違反禁止規定且在私法上應屬無效之法律行為。換言之，公平法對於聯合行為之禁止規定應係所謂的效力規定，而非取締規定<sup>38</sup>。因此實體違法聯合行為之契約或協議，在法律上終究依然如同君子協定，僅有事實上之約制力而無法律上之拘束力。再者，由於聯合行為具有相當的違法風險，參與廠商多半有意隱匿，以具法律效力之契約或協議形式締結完

成的合意，實在甚為罕見<sup>39</sup>。在此種事實背景下，將法條定義中之契約與協議解釋為具有法律效力，實在不具有太多的現實意義。

綜上，本文認為對於聯合行為個別合意類型，應強調其具有事實上之約制力，即已足夠。此種釋義方式不僅更貼近現行規範體系與案件實務，並且可以體現聯合行為合意與民法上合意不同之處，突顯競爭法注重事實上效果的規範特性，亦可將合意存否之分析焦點匯集於有無事實上約制力此一要點上。是以聯合行為合意中之契約與協議，應將之理解為事實上之契約與協議，不問其有無法律拘束力，並將君子協定一起納入此類型，較為妥適。

## 二、事業團體之決議，或以其他方法約束事業活動

公平法於立法之初，即將同業公會納為第2條定義的事業類型之一。係有鑑於公會作為同一產業中多數競爭同業所組成的團體，可以透過本身章程、會員大會或理監事會議等內部決議對於市場競爭造成明顯影響，且同業公會往往被視為聯合行為的溫床，具有抬昇價格、限制競爭的實質能力，因此必須將之納入本法規範對象，針對可能發生的反競爭行為給予適度的管制<sup>40</sup>。但是同業公會既未在市場上提供產品從事交易，爭取與相對

註37：參見姜炳俊，前揭註34，第265-267頁；吳秀明，前揭註6，第45-47頁；汪渡村，前揭註9，第84頁；黃茂榮，前揭註4，第183-185頁。

註38：王立達、許翠玲（2012.9），〈違法聯合行為協議之私法上效力——競爭法與民法第71條之雙向實證與釋義分析〉，《中研院法學期刊》，第11期，第81-87、109-117頁，並請參見第87頁註48至註54所引用國內競爭法學者文獻。

註39：吳秀明，前揭註6，第45頁。

註40：黃銘傑（2003.12），〈第二條事業之定義〉，收錄於廖義男等，《公平交易法之註釋研究系列

人交易之機會，與其他事業具備的基本性質並不相同，直接列為事業在法制層面上造成許多問題<sup>41</sup>，並不適合涵蓋與聯合行為無關之其他受公平法規制之行為。公平法2015年修正時，將同業公會移至同條第2項，明定將其「視為」事業，試圖解決與事業性質不符的原有問題，並且將視為事業的範圍從同業公會擴及於其他依法設立、促進成員利益之事業團體，以納入非以公會為名之其他事業團體。惟事業團體視為事業之範圍仍舊涵蓋整部公平法，過度擴及與聯合行為無關部分的問題，同樣未獲解決。

就事業團體的決議而言，公平法施行細則1999年8月修正時，增列第5條第3項：同業公會章程或會員大會、理監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為水平聯合。公平法2002年2月修正時，將本規定納入母法聯合行為定義之中，成為第7條第4項。由此開始，同業公會的內部決議成為公平法明文承認的合意類型之一，在2015年修正時再移列為第14條第4項，並且進一步擴及於前述依法設立事業團體的內部決議，亦為該法之聯合行為。

承認事業團體決議同樣構成聯合行為合意的理由，就其法律形式而言，固然可認係因為會員在團體內部意思決定過程中所為之發

言、投票行為，乃是該團體作成意思決定整體過程的一部分。此時廠商乃係基於團體成員身分所為之內部行為，並非出於其個別身分所為權利主體之間的外部行為，其個別行為也為團體決議此單一整體行為所吸收，不應該就其個別行為一一認定構成合意<sup>42</sup>。回顧公平法立法過程，在立法院委員會審議階段將同業公會加入事業定義之理由，主要認為在公會聯合行為案件中，不能僅處罰參加公會決議的會員廠商，更重要的應係將同業公會決議納入合意範圍而使之無效，讓會員可以脫離公會違法決議的拘束與壓力<sup>43</sup>。然而除了此項理由之外，本文認為承認事業團體之決議構成合意，最主要的功能毋寧是避免將決議當作個別會員間的合意，所可能引發認定哪些會員才是參與合意主體的困難。除非依照美國案例法見解，將事業團體決議基本上認定為全體會員之間的合意<sup>44</sup>，否則參與合意的主體究竟應該是在決議現場表示贊成者、全體出席者，還是出席而未表示反對意見者，委實難以決定。這些處理方式各有優劣，但是都有明顯的問題，最主要的是真正發動聯合行為之事業可以設法操弄，規避自身的法律責任<sup>45</sup>。現行公平法將決議本身視為聯合行為的合意，由事業團體來擔負法律責任，就可以避開這些行為主體認定上的困難。

(一)：第1條至第17條，公平會合作研究報告》，第73-74頁；廖義男（1993.4），〈公平交易法規範之事業概念——第2條之詮釋〉，《公平交易季刊》，第1卷第2期，第5頁；蘇永欽（1999.1），《跨越自治與管制》，初版，第91-92頁。

註41：參見蘇永欽（1994.5），《經濟法的挑戰》，初版，第184-187頁。

註42：吳秀明，前揭註6，第33頁。

註43：蘇永欽，前揭註41，第181-183頁。

註44：See, e.g., North Texas Specialty Physicians v. FTC, 528 F. 3d 326, 356 (5th Cir. 2008); SAGERS, *supra* note 33, at 167-68.

註45：相關分析可參見蘇永欽，前揭註40，第95頁。

### （一）決議不以經合法授權為限，且擴及其他事實上意思決定機關

針對事業團體的理監事會決議，有學者認為應該限於章程或會員大會授權，且未逾越其授權基礎者，方可視為團體本身的決議而構成合意，否則應該以各理監事實際參與該決議之狀況認定為其間之合意<sup>46</sup>。此種見解著重於理監事會在何種情形下可以有效成為事業團體之意思決定機關，作成對於全體會員具有法律上拘束力的決議。然而聯合行為合意類型與概念界定，應該強調的是事實上拘束力而非法律上拘束力，本文參、一、已分析說明其理由<sup>47</sup>。一般而言，理監事會通常是各種社會團體於會員大會休會期間之意思決定機關。如果就該事業團體之運作實況而言，理監事會議決議對於會員具有事實上的約制力，譬如團體內部人員會遵照執行，會員基本上會遵守該決議，不遵守者將感受到道德上與來自同儕間壓力與責難等，則無論該特定事項是否經過章程或會員大會授權，或者決議內容是否逾越其授權範圍，此時理監事會決議都應該同樣認定為構成合意<sup>48</sup>。

基於相同理由，事業團體決議作成的形式

與作成機關也不應侷限於第14條第4項目前列出的章程、會員大會或理監事會議決議。其他在團體內部由複數成員所組成，可以就相關事務作成決策並且交付該團體負責人員執行的合議制組織，例如符合上述條件的委員會、幹部會等，都是該團體的事實上意思決定機關，其以合議方式作成的決定都應一併納入此處決議概念之中。如此界定的事業團體決議，比較符合合意認定上重實質輕形式的特色，不僅較為完整，也比較不容易遭到規避。日本公平交易委員會對此也採取類似見解。該會訂定的「獨占禁止法對於事業團體活動之指針」中指出，事業團體決議不應限於該團體正式意思決定機關所作成的正式決定，也應涵蓋該團體通常運作上足以形成其意思的事實上決定。倘若團體內部的委員會、分組委員會（subcommittee）等非正式意思決定機關的決定或合意（decision or agreement）在習慣上被接受為該團體整體之決定或合意者，即應一併納入決議概念之中<sup>49</sup>。

### （二）與第20條第4款等單方行為之區別

聯合行為合意基本上應由複數主體間之意思合致或心理上共識所形成<sup>50</sup>。事業團體決議雖然為其例外，以單一主體之行為構成合

註46：吳秀明，前揭註6，第33-34頁。

註47：如同無法通過現行公平法第15條但書檢驗的聯合行為契約或協議，具有相同特性的事業團體決議，縱由會員大會作成或是明定於章程之中，依照民法第71條亦屬在私法上應為無效之行為。因此無論是否由會員全體決議為之，或是有無經過合法授權，只要由該團體之意思決定機關作成，對於會員具有事實上約制力之決議，應該一併納入合意概念之中，較為適當。

註48：類似見解，請見蘇永欽，前揭註41，第188-191頁。

註49：Japan Fair Trade Commission, Guidelines Concerning the Activities of Trade Associations Under the Antimonopoly Act, Part II, para. (8) (Oct. 30, 1995), available at [https://www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/imonopoly\\_guidelines\\_files/tradeassociation.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/tradeassociation.pdf).

註50：Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984); Texaco, Inc. v. Dagher, 547 U.S. 1 (2006); American Needle, Inc. v. Natl. Football League, 130 U.S. 2201 (2010).

意，惟其背後在團體內部同樣係由一家以上廠商彼此間之意思聯絡達成決議所形成，與典型聯合行為合意具有類似特徵。但假若事業團體具有約束會員競爭效果之行為並非經由會員大會通過的章程、決議或理監事會等意思決定機關所作成的決議，而是出自理事長一人或其他內部單一主體的決定，則在行為特徵上無論對於團體外部或對團體內部而言，均非複數主體共同為之，已經完全脫離多方行為而進入單方行為的範疇，與聯合行為在外觀形式上已經不具有任何類似性。事實上，事業團體決議相當程度乃係吾人基於管制有效性與便利性，在公平法上創設的會員間合意之代替品。假若現實環境中在會員間並未形成任何意思合致或決議，在此情形下沒有需要也不應該繼續以事業團體之意思決定「擬制」聯合行為之合意。

至於事業團體未經內部意思決定機關決議，由理事長等單一主體決定而與聯合行為相關之限制競爭行為，例如實務上有一定數量之公會理事長或總幹事發動聯合行為之案件，應該改以單方行為之規範，例如公平法第20條第4款或第25條處罰該事業團體<sup>51</sup>。現

行公平法第14條第4款將事業團體透過決議以外的「其他方法」約束事業活動之行為，定義為水平聯合，也並不適當，委實不應將事業團體以非複數主體決議方式發動之約束事業活動，同樣納入聯合行為規範，而無視於本法區別單方行為（獨占濫用、垂直交易限制等）與多方行為（結合、聯合等）之基本規範架構。實務上曾經出現以第14條第4款所稱事業團體決議以外的「其他方法」作為依據，認定理事長決定之事業團體行為（例如要求會員不得殺價競爭、訂定價目表等）構成聯合行為合意之見解，實在不無商榷餘地，允應加以調整修正<sup>52</sup>。

事業團體除了內部意思決定機關之決議可以構成合意之外，就外部關係而言，由於第14條第1項將聯合行為主體限定於位居同一產銷階段而具有競爭關係之事業，事業團體本身又不實際提供產品從事交易，並無事業活動可與他事業互相約束，故不具聯合行為主體所需具備之身分資格，應當無法與他事業就其本身事業活動達成合意而構成聯合行為，但可與會員間具有水平競爭關係之其他事業團體，就會員之活動以契約或其他方式

註51：公平會對於理事長或總幹事作成決策的公會發動聯合行為案件，抱持與本文相同見解者，例如公處字第097044號（北縣瓦斯公會案）、第103042號（屏東縣家畜肉類公會案）處分書，均以當時第19條第4款予以處分。值得附帶一提的是，在2002年公平法修正，將公會會員大會決議納為聯合行為合意類型之後，公平會針對會員大會決議，卻仍有以當時第19條第4款之單方行為予以處分的案件；請見公處字第095085號處分書（臺中縣餐盒食品公會案）。

註52：臺北高等行政法院93年度訴字第2213號判決（花蓮砂石公會案）；臺北高等行政法院判決97年度訴字第503號判決（珠寶公會金飾案）；公平會公處字第0990098號處分書（桃園縣照相公會案）。學界對此曾有不同見解，認為理事長通常為行業意見領袖，對會員可能有強大影響力，主張其決定無論是否逾越權限，均應與事業團體決議等同看待；參見蕭文生等，〈聯合行為構成要件之研究——同業公會聯合行為之處分主體及公平交易法第14條與第19條第4款之適用關係〉，發表於第三屆競爭政策與公平交易法學術研討會，公平會主辦，1998年5月11-12日。

達成合意，構成聯合行為。此外，刑法第31條第1項規定：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行……者，雖無特定關係，仍以正犯……論。但得減輕其刑。」行政罰法第14條第1、2項規定：「故意共同實施……因身分或其他特定關係成立之違反行政法上義務行為，其無此身分或特定關係者，仍處罰之。」依此規定，事業團體雖然未具水平競爭同業之身分，惟就其參與共謀形成之他事業間聯合行為，仍得以不具身分資格之共同正犯地位，直接構成違反聯合行為禁止規定<sup>53</sup>。不過公平法第20條第4款對於以脅迫、利誘等不當方法在水平競爭者間進行共謀而形成聯合行為之事業，已經設有單獨禁止規定，構成刑法、行政罰法共同正犯規定之特別法，應優先適用。故在第20條第4款規定所無法涵蓋之區塊，非競爭同業（含事業團體）在實際參與聯合行為之共謀與合意的前提下，可依前述刑法與行政罰法之規定，構成不具競爭同業身分之聯合行為共同正犯。

再者，假若非競爭同業（含事業團體）並未實際參與聯合行為之共謀及合意，僅係單純教唆競爭同業進行聯合行為，則未能構成聯合行為之共同正犯。不過公會理事長倘若自行決定以公會或公會理事長名義教唆發動會員進行共同罷市等聯合行為，雖然未經公會意思決定機關決議而構成聯合行為，然而實際上經常成功號召相當多的公會會員共同群起實施，與有決議之公會聯合行為具有相

當類似的限制競爭效果。此種舉動因未落入公平法第20條第4款規定之脅迫、利誘或與其相似的行為態樣，無法適用該款規定。但其發生脈絡及所造成的限制競爭效果都甚為類似<sup>54</sup>，在現行法下應以公平法第25條補充適用，對於無法通過第15條但書之實體違法聯合行為之教唆發動加以規制，處罰叫唆事業或其代表之事業團體以填補此一法律漏洞。中長程則應透過修法，將此種教唆行為納入第20條第4款之禁止行為範疇，聯合行為之相關規範體系方能完整齊備。

### 三、其他方式之意思聯絡，事實上可導致共同行為者

聯合行為參與廠商倘若直接或間接以言詞聯繫，就彼此事業活動之約束達成意思合致，由於未能通過公平法第15條但書者在私法上應屬無效，因此在不少情況下乃是以事實上契約，也就是君子協定的型式來形成合意，本文將之一併歸入契約或協議之合意類型。至於需要適用「其他方式意思聯絡」之合意類型，其意思聯絡過程通常較為迂迴曲折，涉案廠商無法進行完整的意思表達與交換，內容不僅片斷，同時並未表達希望相互遵守的約定內容，因此無法達到意思合致而在廠商之間形成具體約定。質言之，此類型合意相當於本文貳、一、分析的歐盟法上「經協調之舉措」，乃是同業間經由一連串協調整合之意思聯絡產生的一致性意思或是

註53：歐盟法院對此問題，基本上也採取相同立場，see Case-194/14P *AC-Treuhand* [2015] ECR I-717.

註54：有關公會理事長教唆聯合行為之實際限制競爭效果，可參見公平會2014年4月7日公處字第103042號處分書，行政院2014年7月9日院臺訴字1030140464號訴願決定書（屏東縣家畜肉類公會案）。

心理上共識狀態，在同業之間並未形成事實上約定，參與者尚未揹負事實上或法律上壓力或約束力，仍有自行決定偏離的自由。由於較為飄渺，不易捉摸，本類型合意與平行行為在個案中不易區辨。譬如競爭同業先後對外宣布十分近似的漲價訊息，雖然可以視為漲價同業已經隔空進行意思聯絡，但是其間是否達成心理上共識而構成合意，抑或只是各自獨立思考後決定而構成平行行為，並不容易分辨。或係有鑑於此，公平法對於本類型之合意，要求僅限於在事實上可以導致共同行為之意思聯絡，方足當之。

學者黃茂榮認為，此類型合意規定乃為防止規避對於聯合行為禁止規定所必須。然而有意思聯絡不一定有合意，而意思聯絡與共同行為之間以「導致」（即因果關係）加以連結，亦屬少見，建議修改為：「意思聯絡後有共同行為者，推定對該共同行為已有合意」，以實現相同之規範目的<sup>55</sup>。然而，廠商意思聯絡後若緊接有共同行為出現，通常情況下固可推論其間有因果關係存在。不過在公開宣布調漲價格之情形，陸續調漲之廠商究竟是透過隔空喊話形成合意，還是各自決定跟進調漲而分別宣布，單就其意思聯絡及發生共同行為之時間序列而言實在難以判斷，必須仰賴其他直接或間接證據，例如宣布內容、生效時間、是否立即生效、同業跟進調漲時間、是否需要徵詢下游意見、未獲跟進時是否撤回等各種相關情形，綜合判斷

在合意存否之間何者可能性較高<sup>56</sup>，並且達到足夠的蓋然性標準<sup>57</sup>，方可認定有合意存在。現行公平法第14條第2項對於本類型合意之立法定義，確實未能掌握參與者可能以間接淡化之意思聯絡，在同業間協調整合，導引出心理上共識狀態而達成合意之關鍵要點。參酌前述歐盟經驗之研究成果，建議本類型合意定義修正為：「指契約、協議以外，其他促成對於競爭相關事項具有一致性想法之意思聯絡」，較為完整妥當。

#### 四、實務上值得探討的合意成立類型

##### （一）在場未發言

在形成合意時到場參加，但是並未參與討論，對於合意內容完全沒有表示支持或反對，這是實務案件中不時出現，試圖反駁個別廠商參加合意的事實面抗辯。例如在台北地區車用瓦斯加氣站案件中<sup>58</sup>，涉案廠商2011年3月22日於錦華樓召開之加氣站協會會議，會後餐聚時雖然達成取消現金折扣的共識，但現場僅有部分與會業者發言參與討論，彼此形成共識，其他業者則保持沈默，未表示支持，也未發言反對。此外譬如在台北市自來水處水管工程招標案中<sup>59</sup>，涉案事業1999年5月13日假台灣區水管工程工業同業公會台北辦事處會議廳召開「協助台北自來水事業處擴大內需工程承商座談會」，會中只有9家廠商發言同意共同杯葛台北水處招標工程，當天與會的其他12家並沒有發言，也

註55：黃茂榮，前揭註4，第184-185頁。

註56：實務案例可參見最高行政法院103年度判字第195號判決（鮮乳案）。

註57：請見註88-89所屬本文段落之相關討論。

註58：臺北高等行政法院102年度訴字第1072號、最高行政法院104年度判字第413號判決。

註59：臺北高等行政法院91年度訴字第2556號、最高行政法院94年度判字第1322號行政判決。

沒有表明不參與討論或是反對杯葛。

針對此種合意形成方式，歐盟法院在 *Aalborg Portland A/S and Others v Commission* 乙案判決中指出：歐盟執委會只需證明涉案事業參與形成合意之會議，在會中沒有明白表示反對，就已經符合必要的標準，足以證明該事業參與此一卡特爾<sup>60</sup>。其原因在於如果事業參與此種會議而未公開與違法討論主題保持距離，會讓其他參與事業認定該事業已經同意會議中的決定，而且嗣後將會遵照奉行<sup>61</sup>。此外，如果事業在會議中靜默地同意非法提議，沒有公開與之保持距離或是通報主管機關，事實上乃是鼓勵此一違法行為繼續維持下去，減少其為人發覺的機率。這種與其他參與廠商之間的串通，構成以被動方式參與此一聯合行為，致使該事業因為加入此一違法行為而必須承擔法律責任<sup>62</sup>。

因此例如北水處水管工程招標共同杯葛案，依照前述歐盟法院的論理與分析，當天與會的其他12家既然並未發言反對或是表明

不參與討論共同杯葛，其在場靜默的表現事實上乃是以被動方式與發言廠商串通，表示對於該合意之參與及支持，應當構成當天現場合意之參與者，必須擔負違法責任。當天會議結束之後，涉案廠商順盛公司負責人前往北水處招標現場監視同業投標情形，不僅對於與會同業造成壓力，也可推論當天會議現場應該已經達成協議，才會進一步建構出事後之監督執行機制。

## （二）嗣後以行動加入

在某些大型聯合行為案件中，部分廠商乃是透過彼此言詞聯絡達成合意，至於其他廠商如何參與合意，在判決或公平會處分書中並無清楚的證據分析與事實認定，有可能係在得知或獲邀參加聯合行為之後，直接採取實現合意內容的履行行為，以意思實現之方式與先前已經參與的廠商達成合意。

例如在嘉義市桶裝瓦斯行乙案中<sup>63</sup>，在當地市場占有率15%至20%的龍宏公司首先登報調漲桶裝瓦斯價格，並且以電話徵詢其他同

註60：“According to settled case-law, it is sufficient for the Commission to show that the undertaking concerned participated in meetings at which anti-competitive agreement were concluded, without manifestly opposing them, to prove to the requisite standard that the undertaking participated in the cartel.” *Joined Cases C-204, 205, 211, 213, 217, 219/00P*, [2004] ECR I-123, [2005] 4 CMLR 4, para. 81.

註61：“The reason underlying that principle of law is that, having participated in the meeting without publicly distancing itself from what was discussed, the undertaking has given the other participants to believe that it subscribed to that was decided there and would comply with it.” *Id.* para. 82.

註62：“In that regard, a party which tacitly approved of an unlawful initiative, without publicly distancing itself from its content or reporting it to the administrative authorities, effectively encourages the continuation of the infringement and compromises its discovery. The complicity constitutes a passive mode of participation in the infringement which is therefore capable of rendering the undertaking liable in the context of a single agreement.” *Id.* para. 84.

註63：臺北高等行政法院判決101年度訴字第1300號、第1320號、第1688號；最高行政法院103年度判字第438號判決。



業是否跟進，威脅如果不跟進，將會殺價報復。此時答應跟進的同業，與龍宏公司直接達成聯合行為之合意。另外有部分涉案廠商向公平會自承，彼此聯繫之後決定跟進調漲，一同回應龍宏公司的漲價呼籲。此部分乃是透過言詞（彼此商量）與行動（跟進調漲），和參與該聯合行為之全體廠商形成合意。惟在上述兩個部分以外，本案其他同時調漲且為公平會及法院認定參與聯合行為之廠商，究竟如何與其他涉案廠商形成合意，在判決及處分書中並無證據或推論得以顯示，在認事用法上實有不察之處。

對於此種情形，美國聯邦最高法院在 *Interstate Circuit, Inc. v. U.S.* 乙案判決中曾經明確表示，事業知悉聯合行為正在謀議商討中或邀請中，而自行以該聯合行為所期待的行動加以回應，即構成加入涉案事業間之合意<sup>64</sup>。在我國學界，學者廖義男與吳秀明均不認為同業邀請後接納採行其建議之行止構成聯合行為之合意。惟吳氏認為雖然如此，漏未規範此種情況仍然構成法律漏洞，應當仿效德國法制，以法律補充或修法方式，在聯合行為相關規範下，對於非基於合意之建議與遵循，建立另一套與聯合行為相仿的管制制度，加以規制<sup>65</sup>。

本文認為如果聯合行為還在單一競爭同業自行邀請階段，尚可視為該同業本身的策略思考，或是對於市場情勢的個別看法。此時聯合行為是否成局，還在未定之天，個別廠商評

估是否採取相同行動，雖然可能考量是否和提出建議的競爭者共同聯手進行聯合行為，但亦有可能乃是自行衡量市場環境與未來發展之後所為單獨決定，兩者不易分辨，尚難以判定前者發生可能性已超出後者，而有相當之蓋然性，足以認定合意存在。故此不應以雙方構成聯合行為相繩，而應以發動者教唆聯合行為，以現行法第25條或修法擴大第20條第4款適用範圍予以論處。雖然如此，倘若發動邀請的一方已經集結不止一家同業參與聯合行為，其他水平競爭者打算採取不競爭或競爭反向行為（如調漲價格）時，對於同業扯後腿搶客戶的顧忌與不確定性將明顯降低，其重要性足以超越其他影響因素。故此時是否跟進，同業已經出現的聯合行為將成為主要考量因素，市場局勢等其他因素將會落居次要地位。廠商在這種情況下採行與合意內容相同的行為，其主觀意向與對外傳達意思乃是選邊站，決定共同參與這項聯合行為。將此種跟進行動，認定為廠商以意思實現方式加入已經形成的聯合行為合意，與市場現實應該相當契合而不致過於寬泛。

## 肆、如何證明合意：證據類型與證明方法

### 一、直接證據與間接證據

在聯合行為有關合意認定案件中，直接證

註64： *Interstate Circuit, Inc. v. U.S.*, 306 U.S. 208, 226 (1939) ([W]e think that in the circumstances of this case such agreement... was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it).

註65：廖義男，前揭註4，第110-111頁；吳秀明，前揭註6，第46-47、113-115、136-137頁。

據和間接證據經常遭到誤認。例如涉案廠商在公平會或檢調單位的陳述紀錄乃是直接證據，但是有陳述紀錄的案件中，卻仍可見法院判決或公平會處分書在理由欄揭櫫不考量直接證據、完全透過間接證據推論合意存在的證明方法作為評估標準。相反地，競爭同業的外觀一致行為，相對於同業間合意是否存在此一待證事實，乃是間接證據。但是許多案件在不經意間似乎將之誤認為直接證據，或多或少擴大了外觀一致行為可以有效推論的待證事實範圍。

就實務案例而言，例如在嘉義市桶裝瓦斯行案件中，法院已經握有部分廠商在公平會承認與同業就合意內容溝通聯繫的陳述紀錄，然而最高行政法院對於本案證明合意之方法仍然提出以下宣示：

在聯合行為的認定上，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，可合理推論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，即可推論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<sup>66</sup>。

此處標舉的合意證明方法，不僅與該案已經掌握直接證據之實際案情並不相符；而且唯有缺乏直接證據的案件，方才需要從廠商一致行為出發，綜合其他間接證據，衡量有合意存在是否為這些證據之共同「合理解釋」或「唯一合理解釋」，據以推論合意是否存在。如果已經掌握廠商就該次價格調整與同業言語溝通達成共識的陳述紀錄，就應該直接由此出發，加上該等廠商在市場上一致調整價格作為補強證據，與陳述紀錄相互呼應，就可成功認定該等廠商間之合意的確存在。

此外譬如台北地區車用瓦斯加氣站案，也有類似情形。依照公平會調查所得的數份陳述紀錄，本案應有足夠的直接證據可以證明合意。學者也指出證明合意所需證據無須完整涵蓋系爭合意的各個面向，可以透過市場結構等外在因素加以補充或推論，共同證明待證事實<sup>67</sup>。然而本案一審判決還是標舉以間接證據推論合意的證明方式，認定依照本案間接證據推論的合理解釋，涉案廠商間應該有合意存在<sup>68</sup>。二審法院則強調事實審法院得綜合直接及間接證據，本於經驗法則及論理法則而為待證事實之判斷<sup>69</sup>。類似此種案件，確如本案二審法院所言，應當依照一般訴訟案件證明方法，綜合直接及間接證據來認定待證事實是否存在。一審判決採用以

註66：最高行政法院判決103年度判字第438號判決。

註67：HOVENKAMP, *supra* note 18, at 145-47.

註68：臺北高等行政法院102年度訴字第1072號判決。

註69：最高行政法院104年度判字第413號判決。

間接證據合理解釋來推論合意是否存在，著實過於迂迴繁複而沒有必要。至於案件中出席合意現場但默不作聲的與會者，在判決中也以直接證據認定在餐敘現場已經形成取消現金折扣之共識，其他間接證據只是增強其證明力。且依本文參、四、（一）的分析，在場參與者即使未發言表示支持或反對，也同樣為系爭合意所涵蓋，亦無須透過間接證據來推論證明其合意存在。

## 二、有直接證據存在之合意證明方法

兼有直接證據與間接證據的合意認定案件，應該如同其他一般案件的證據證明方法，以直接證據為主，綜合間接證據，透過經驗法則與論理法則證明待證事實。就實務案例而言，例如台中地區瓦斯分裝場與分配商案<sup>70</sup>、北部地區瓦斯分裝場案<sup>71</sup>、省自來水公司液氯招標案<sup>72</sup>等，法院於判決中均未提及以間接證據認定合意之證明方法，亦未表示要以合意存在是否為該案間接證據共同的

「合理解釋」或「唯一合理解釋」，而據以進行合意認定。這些案件的合意認定，都是以聯合行為參與廠商的陳述紀錄等直接證據，輔以其他間接證據，或是基於經驗法則、論理法則之推論，共同證明合意。此種處理方式實屬正確。至於本文肆、一、所述嘉義市桶裝瓦斯行案與台北地區車用瓦斯加氣站案，在判決中雖然揭示使用間接證據的證明方法，但是在實際進行合意認定之時，卻主要還是倚賴直接證據證明合意存在。此種前後反覆跳躍的合意證明方式，不僅讓人感到錯亂，也徒增判決理由造成誤導的可能性，不可不慎。

## 三、無直接證據，純粹透過間接證據之合意證明方法

### （一）附加因素（Plus Factor）證明方法：美國法的比較觀察

有關間接證據需要具備哪些「附加因素」方可證明合意存在，美國聯邦最高法院對此

註70：臺北高等行政法院95年訴字第3429號判決。本案法院主要以其他參與廠商指證陳述之直接證據，輔以原告與競爭同業一致性調漲、漲價幅度超過成本上漲幅度、原告作為新進業者自主漲價不合乎常理等間接證據，共同證明原告與其他分裝場之間具有系爭聯合行為之合意。

註71：臺北高等行政法院93年度訴字第488、722、776、818、848、904、905、906、908、1132、1195、1214、1307、1461、2270、3151、3160、3195、3196、3226號判決。本案公平會係以台北基隆地區與桃園地區瓦斯分裝場分別成立北管會與桃管會，彼此曾有意思聯絡之事實，加上對於保證金流向與金額的仔細分析，強而有力地推論出北管會給付予桃管會的借款，以及兩會對於3家工業用氣業者的補貼，都是出於買通對方不進入該地區市場，以免搶奪本身客戶，證明三者間透過意思聯絡，已就彼此間的市場劃分達成合意。上訴之後兩次二審判決與一次更審判決，爭點集中於罰緩裁量有無濫用，於茲不贅。

註72：最高行政法院90年度判字第225號判決。本案判決雖然證據層次與待證事實證明過程不甚明晰，但仍可發現主要用以證明合意之陳述紀錄有客觀證據加以印證，其他補強證據亦顯示陪標圍標約定有存在之可能性，應可證明有關省自來水公司第七區之圍標合意確實存在。公平會處分書中對於各參標業者歷年投標與得標資料中足以作為圍標證據者，描述甚詳，勝於最高法院判決。惟當時公平會對於複雜之聯合行為案件，在處分書中較少直接引用證據，為其缺憾。

並未作成指標性判決，而是由下級法院在最高法院相關判決揭示的基本判準下所發展的一套證明方法。此一用語最早出現在C-O-Two Fire Equipment Co. v. U.S.乙案<sup>73</sup>，乃是基於外觀一致行為本身不足以推論合意存在的基本觀點<sup>74</sup>，進一步尋找與之結合後足以證明合意存在的其他間接證據，稱為「附加因素」。經過司法案例的累積，法院在這套證明方法中基本上將附加因素區分為兩類<sup>75</sup>。一類可稱為互動性證據，除了暗示、邀請、考慮加入合意，外觀一致行為出現前的密集聯絡，交換敏感資訊，事先公布價格，制定成本計算公式等參與者在合意形成前的彼此溝通外，例如對背叛合意者的懲罰以及背叛者回復遵守原本共識等合意形成後的彼此互動，也有助於證明合意存在，同樣屬於本類型的附加因素<sup>76</sup>。另一類附加因素可以稱為經濟理性證據，乃是指參與者之間若無合意存在，其外顯行為對其本身有害無益，並不合乎自身利益與經濟理性之情形<sup>77</sup>。例如在American Tobacco v. U.S.乙案中，美國三家寡占的香煙製造商在經濟大恐慌時期，依舊以一致之方式調漲價格，完全無視於市場需求下滑時理應低價爭搶顧客，方能維持銷售量

而符合自身利益之市場運作邏輯<sup>78</sup>。若非香煙商之間已有合意存在，實難想像何以發生此種怪異情形。

至於是否屬於容易出現聯合行為的寡占市場結構，雖然如同貳、五、所分析，在區辨有合意之聯合行為與無合意之平行行為方面係屬中立，不過就附加因素之證明方法而言，仍係以間接證據推論有無合意存在、是否違反經濟理性的重要背景基礎。例如在最容易出現價格一同上漲的市場結構中<sup>79</sup>，亦即具有高集中度、產品同質性高、價格透明、顧客需求的價格彈性低，而且同業間出現價格監督和低價懲罰機制的市場裡，倘若發現同業間出現上述附加因素，合意果真存在的可能性就會高出許多。

就國內司法實務而言，早在第一件認定構成違法聯合行為的土城機廠圍標案，公平會即在行政爭訟過程中主張：「依各國實施公平交易法制經驗，反托拉斯行為之調查常須透過各種情況證據，綜合觀察以為合理推斷，並非均僅依直接證據而為認定」，獲得法院給予支持<sup>80</sup>。在鋼瓶檢驗案，法院繼而發展出以間接證據「合理推定」聯合行為合意存在之證明方式<sup>81</sup>，論者認為此時法院已

註73：197 F.2d 489, 493 (9th Cir. 1952).

註74：Theatre Enterprise v. Paramount Film Distribution Corp., 346 U.S. 537, 541 (1954).

註75：See In re Baby Food Antitrust Litig., 166 F.3d 112, 122 (3d Cir. 1999).

註76：SAGERS, *supra* note 33, at 193; DANIEL A. CRANE, ANTITRUST 62 (2014).

註77：SAGERS, *supra* note 33, at 193; CRANE, *supra* note 76, at 62-63; HOVENKAMP, *supra* note 18, at 142.

註78：328 U.S. 781, 805 (1946).

註79：CRANE, *supra* note 76, at 63.

註80：最高行政法院88年度判字第3245號、90年度判字第283號判決。

註81：臺北高等行政法院89年度訴字第2290號判決。

經採納公平會借鑑自美國司法實務的附加因素證明方法<sup>82</sup>。其後行政法院不僅採取類似證明方式，在法院判決的認定理由中尚且陸續出現「附加因素」之用語<sup>83</sup>。美國此種以間接證據認定合意存在之證明方法，確實已為我國司法實務所採納。目前在打擊核心卡特爾（hardcore cartel）的共同發展趨勢下，歐盟及其成員國與美國對於聯合行為之執法方式日益趨近，對於無直接證據的聯合行為也運用附加因素或其他類似方式加以認定<sup>84</sup>。我國2015年公平法修正時，增訂第14條第3項之合意推定規定，基本上也是採取相同類型的證明方法。

## （二）如何完成主觀舉證責任（合意如何推定）

在主張違法方負擔主觀舉證責任之階段，法院暫時抽離相反證據，僅考慮主張違法方所提出證據，視其是否達到最終客觀舉證責任對於待證事實要求的蓋然性標準。若答案為肯定，此案件違法事實已具備表面證據（*prima facie evidence*），主觀舉證責任移轉至主張不違法之一方，由其舉反證推翻表面上已經成立的違法性認定。就聯合行為司法案件而言，我國法院經常以涉案廠商「價格上漲具有一致性，但市場供需因素並無變化」為由，即推定廠商間具有聯合行為之合意。公平會若能舉出價格上漲且市場供需因素並無變化之事實，即完成主觀舉證責任，舉證負擔移轉到涉案廠商身上，由其舉反證

推翻此一推定。若廠商無法舉出有力證據加以反駁，合意存在此一待證事實即告證明完成。有鑑於主張違法方主觀舉證責任完成後，廠商若未能反證推翻，即成為最終認定結果，因此有關證據證明的各項要求，包括最終所需的證明強度、需要履行的證明程序等，就主觀舉證責任之完成而言，在暫時抽離反駁證據的情況下，基本上應該悉數符合，方可認為已經成功完成其舉證負擔，可以移轉由主張不違法之涉案廠商舉反證駁斥。按唯有如此界定，方能完全符合主觀舉證責任在待證事實證明過程中所扮演的角色地位，以確保最終認定結果無論在蓋然性或是證明方法方面，均符合證據證明應該遵循的各種要求。由此看來，單純根據「價格一致上漲，但市場供需因素並無變化」，是否足認主張合意存在的一方已經完成主觀舉證責任，而可合理推定廠商間具有聯合行為合意，實在不無疑問。

譬如在南部瓦斯鋼瓶檢驗費訴訟案件中，一審及二審判決對於以間接證據如何推定合意存在，均揭示其見解如下：

如市場上多數業者同時並且以相同幅度調整價格，然市場上並無客觀之供需變化因素可資合理說明，應可合理懷疑及推定業者就該次價格調整，存有聯合行為之「意思聯絡」。要推翻此項「推定」，需行為人「合理說明」或證明，

註82：石世豪，前揭註2，第18頁。

註83：臺北高等行政法院101年訴字第607、649、703、715號判決（超商現煮咖啡案）；最高行政法院102年度判字第67號判決（工業用紙案第一次判決）。

註84：石世豪，前揭註2，第42頁。

其價格之調整乃市場上客觀之供需變化因素所致<sup>85</sup>。

依照此一推定方式，公平會僅須舉出涉案廠商間調漲鋼瓶檢驗費用的時間點與幅度相當一致，但是廠商各自鋼瓶塗裝成本變動幅度與時間點並不一致，再加上一致調漲時間點並非市場旺季而是淡季，有違以往行業習慣等二項證據，法院就認為涉案廠商間具聯合行為合意，已可合理推定，將主觀舉證責任移轉至涉案廠商身上<sup>86</sup>。本文肆、一、引述的嘉義市桶裝瓦斯行案最高行政法院判決理由，也出現相同問題。

更嚴重的是，對於所謂「供需變化」，如同上述案例所顯示，法院經常將之簡化為僅包括供給面的成本因素變化，卻遺忘未將需求面與供給面的其他因素一起納入考量。因此在涉案廠商一致調漲的外觀下，公平會基本上只須證明參與者彼此之間所負擔的成本並不相同，卻以相同或極為類似的漲幅或價格同時調漲，再加上一、二項較為次要的其他間接證據，就可以成功完成其主觀舉證責任，獲得法院合理推定有合意存在，將舉證負擔移轉給涉案廠商。此種有關主觀舉證責任之司法見解顯然過於偏狹且不合理，卻一直受到法院青睞採用，似乎直到超商現煮咖

啡案才出現不同的審判觀點<sup>87</sup>。在該案件中，最高行政法院判決理由指出：

原判決認上訴人所提出聯合行為意思聯絡之相關事證（從鮮奶成本、生產現煮咖啡所需使用咖啡豆、耗材、人工、咖啡機等成本、調漲作業期間、新聞稿之發布、促銷活動準備期間等多項間接證據觀察），尚不足以合理推定被上訴人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡等情，並非將舉證責任轉換由上訴人負擔，而係認被上訴人等之價格調漲行為具有高度的經濟合理性，其平行行為結果的發生，並不需要依賴被上訴人彼此間存在有事前合意或意思聯絡，可認系爭調漲行為係被上訴人等各自根據市場狀態及競爭對手行銷策略，基於其經濟合理性及利益最大化之追求，在獨立的意思決定下所為的經濟行為，要屬有意識之平行行為，應排除聯合行為之適用等語，並無違聯合行為意思聯絡之舉證原則……<sup>88</sup>。

及至台南高雄預拌混凝土案，法院面對僅有間接證據的棘手案件，在聯合行為合意之認定方法上，明確指出應當將需求面相關事

註85：最高行政法院92年度判字第1798號判決，臺北高等行政法院89年度訴字第2290號判決。

註86：南部瓦斯鋼瓶檢驗費案乃是少數有關合意完全欠缺直接證據的困難案件，本案在實際證明層面上，法院判決與公平會處分書對於廠商間的合意，推論分析相當精細，在一致調漲行為之外，用以推論合意的間接證據共有九種之多。

註87：臺北高等行政法院101年度訴字第607、649、703、715號判決，最高行政法院103年度判字第195號判決。

註88：最高行政法院103年度判字第195號判決，理由六、（三）。

實納入市場供需因素有無發生變化的衡量判斷中，乃是非常積極正面的司法見解轉變：

市場上所謂「合理價格」，廠商於定價時，除考慮成本之外，尚須考慮市場需求與產業內競爭情勢之變化，不必然是廠商依成本漲跌所計算之相應價格，甚至也不必然是當下廠商追求利潤極大下之最適價格。……。再參諸交易雙方協商議定價格時，定價方會利用錨定效應提出較有利報價，其後雙方則會以該報價為基準修正，因此定價方基於市場有利現況，或有相當理由可說服對方確有調漲價格需求時，先行抬高報價作為日後議價調整空間<sup>89</sup>

本判決雖未直接指出行為時台南高雄一帶預拌混凝土之市場需求有無增加及其增加原因，惟就判決中分析作為預拌混凝土上游原料的砂石需求大增的緣由，即可明顯得知。依照經濟部礦務局在相關會議提出的報告，當時南部地區砂石價格上漲的主要原因，除了各種成本增加之因素外，尚且包括台積電園區新建、鐵改局工程、豪雨後台南高雄道路工程整護等標案陸續發包，砂石需求量陡

增。這些工程案件所需要的直接原料乃是預拌混凝土，砂石僅係其主要成分其中之一，故事實上乃係預拌混凝土的市場需求大幅增加，帶動了上游砂石原料的需求陡增。在預拌混凝土無論供給面（成本）或需求面都有導引價格上漲的明顯壓力下，法院對於欠缺直接證據的本案，即認定一致調漲價格行為具有經濟合理性，可認係出於廠商各自獨立的意思決定，無法推定具有聯合行為之合意<sup>90</sup>。

國內學界對於證明合意之主觀舉證責任何時完成，舉證負擔何時移轉至廠商一方，至今表達的見解都較為模糊<sup>91</sup>。然而事實上，市場競爭同業先後一致調漲價格，除出於彼此合意外，未必均出自於供給減少、成本上升或需求增加等供需因素變化所致。舉例而言，假若供應商發現客戶對系爭產品價格彈性小，漲價有利可圖；或是先前銷售價格雖然足敷生產成本，但是未能十足反應該產品對客戶帶來之經濟價值<sup>92</sup>，也都會是供應商陸續調高價格具有經濟合理性的正當原因。倘若法院劃地自限，僅觀察市場上客觀供需因素有無變化，而不考慮是否由新進小廠率先調漲、是否符合經濟理性與市場特徵等其他種類的間接證據，也不考慮就該市場與產品而言有無上述獨立跟進之可能性，將不足以

註89：臺北高等行政法院108年度訴字第801、1007、1062、1098、1123號判決，事實及理由五、（四）、2、（5）。

註90：參見同前註，事實及理由五、（四）、2、（3），以及六。公平會雖然決議對此敗訴判決提出上訴，但至少兩位委員表示反對。郭淑貞委員在會議紀錄中指出：「本案無任何業者間意思聯絡之證據，且渠等調價具經濟合理性。因此，為避免浪費行政資源及司法資源，反對上訴。」公平交易委員會2020年7月29日第1499次委員會議紀錄，審議案二，決議（三），<https://www.ftc.gov.tw/upload/6f26e4ab-4a79-464e-a340-40a672ba42c5.pdf>。

註91：例如姜炳俊，前揭註34，第267-268頁。

註92：可參考前揭註20，商周集團逐年調漲書籍售價，在圖書市場萎縮下維持相同獲利的成功行銷策略。

排除同業一致行為係出自於各自獨立決定的可能性。此時合意存在尚未達到同業一致行為較為合理之解釋地步，自不應認為公平會已完成主觀舉證責任，而可推定合意存在。

2015年公平法修正，增列第14條第3項：「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。」此一新增規定正面肯定合意可透過間接證據之推論加以認定，原則上明文接受前述行政法院實務見解，消除了原本全無直接證據存在時可否認定合意之可能爭論與疑慮<sup>93</sup>。依照本項規定，推定合意之時須就四種例示類型或其他具相當依據之相關因素先為舉證，再經綜合判斷評估後認定可否推定合意存在，在性質上應屬民事訴訟法第282條所稱的事實上推定，而非如同字面上容易誤認的法律上推定<sup>94</sup>。按民事訴訟法第281條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」然而適用公平法第14條第3項之際，即使具相當依據之因素已然出現，但在僅有間接證據的狀況下，由於寡占市場出現平行行為的可能性經常難以抹滅，故仍須考量該等因素在個案中是否足以推論合意存在的現實可能性高於平行行為。故即便出現具相當依據之因素，也不能逕自推定作為應證事實的聯合行為合意確實存在。再者，法律上推定作為立法技

術，乃係在法律上以較易證明之特定客觀事實，直接推定難以證明之應證事實，以解決應證事實在舉證證明上的實際困難。惟第14條第3項用以推定合意存在的例示項目，包括「市場狀況」、「產品特性」、「成本利潤考量」、「經濟合理性」，無一為客觀存在、可以驗證的特定事實狀態，全都是開放且抽象的衡量因素項目，與法律上推定此一立法技術在目的與操作方式上都有顯著差異<sup>95</sup>，自不能以其規定於法律中，即謂其性質上屬於法律上推定。

雖然如此，本項規定已例示在合意推定時得予考量之四種具相當依據之相關因素，法院在判斷主觀舉證責任是否完成之際，即應依照本條規範意旨，積極調查這四種及其他具有相當依據之間接證據，不應劃地自限而單獨著重考察「成本利潤考量」中之成本因素，或僅偏重於市場供需因素有無變化。按唯有如此，方能合乎以間接證據進行推論應考量所有相關情狀（all circumstances）之常見要求，俾可避免主觀舉證責任流於輕薄狹窄，而導致合意推定過於容易成立的可能弊病。

### （三）最終應該具備之證明強度

司法實務上對於合意是否存在最終應該具備的證明強度，歷來出現兩套不同的標準。首先是「合理解釋」標準，例如在台北地區

註93：類似見解，參見廖義男（2017.6），《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，初版，第141-142頁。

註94：民事訴訟法第282條：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」持相反見解者，例如石世豪，前揭註2，第31-33頁。

註95：典型之法律上推定，例如民法第1063條第1項：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」類似見解請參見魏杏芳（2021.4），〈論合意證明的溝通證據——由預拌混凝土處分案談起〉，《公平交易季刊》，第29卷第2期，第136-137頁。



車用瓦斯加氣站案，一審法院在判決中表示：

依其他間接證據（如誘因、經濟利益、類似的漲價時間或數量、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之合理解釋，即可認定事業間有聯合行為<sup>96</sup>。

其次是「唯一合理解釋」標準，例如嘉義市桶裝瓦斯行訴訟案一審判決指出：

倘……得以其他間接證據（如誘因、經濟利益、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<sup>97</sup>。

按同業獨立決定跟進的平行行為，徵諸本文貳、二、析述的寡占與非寡占廠商在市場中獨立採取平行行為的可能性，通常也是同業間一致漲價行為各種可能的合理解釋其中之一<sup>98</sup>。如果認可實務上出現「唯一合理解釋」的證明標準，則合意存在必須達到對全案所有間接證據而言乃是唯一的合理解釋，

除此之外並無其他任何解釋可以合理存在的地步，方可認定滿足合意此一構成要件。在現實世界的實際個案中，由於難以完全排除平行行為存在的合理可能性，此一證明標準對於合意認定而言可能過於嚴格，忽視了廠商平行行為在現實世界的存在可能性。在超商現煮咖啡案，一審法院2012年第一次審判時即採取「唯一合理解釋」之證明標準，並且進一步認為行政訴訟所要求的證明度應是高度的蓋然性，因此以間接證據證明聯合行為合意時，必須達到「沒有合理可疑」之蓋然性程度的確信，方可在行政訴訟上成功證明合意確係存在<sup>99</sup>。公平會上訴之後，最高行政法院2013年判決對此直接加以駁斥，明白表示此種證明程度之要求已經偏離終審法院向來見解：

當執法機關對於取得聯合行為合意之直接證據（例如書面會議紀錄）有困難時，應採「合理推定」之方式，要推翻此項「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。此為本院多數判決所採之見解。……惟原判決不採「合理推定」之見解，……卻認應由上訴人舉証證明聯合行為之合意，且其證明須

註96：臺北高等行政法院102年度訴字第1072號判決。

註97：臺北高等行政法院判決101年度訴字第1300、1320、1688號判決。本案二審法院將兩種證明標準前後連結，合而為一，卻渾然未曾察覺其間的差異，見最高行政法院103年度判字第438號判決。

註98：請見本文二、（一）之說明。

註99：臺北高等行政法院2012年12月19日101年度訴字第607、649、703、715號判決，事實及理由五、（五）、2。

達「沒有合理可疑」之程度，……不但有悖上開本院實務之見解，亦有適用證據法則不當之違法，上訴意旨執以指摘，非屬無據<sup>100</sup>。

本判決不僅正面明確肯定「合理解釋」之證明標準，鞏固其於司法實務界之地位，在學界也有指摘本案一審法院將「唯一合理解釋」等同於「沒有合理可疑」，如係指 beyond reasonable doubt，則已經相當於美國刑事審判上認定被告有罪所需要的證明程度，並不適當<sup>101</sup>。另有學者表示支持「唯一合理解釋」證明標準，卻舉「合理解釋」標準之實例加以說明，表示個案中若有二種以上可茲解釋同業一致行為之原因，且其原因力相當時，則不應認定合意為其原因，而將另一可能之原因棄之不顧<sup>102</sup>。

就發展源流加以觀察，「唯一合理解釋」之證明標準，在國內似乎最早出自於信義歡樂有線系統等一致漲價案之公平會處分書<sup>103</sup>，而後為審理聯合行為之法院判決逐漸參採引用。在國際間，本標準近似於歐盟法院要求合意必須是同業間一致行為唯一可信說明的情形下，方可以間接證據推論合意存在的見解<sup>104</sup>。本文認為此一證明標準在國內外受到一定程度支持與接受的背後理由，似乎在於

本標準似可解釋為：如果間接證據所呈現的合意存在可能性，已經達到各該司法訴訟程序在待證事實證明上所要求的蓋然性標準，即構成該訴訟程序上對於案關間接證據所謂的「唯一合理解釋」。此時其他對於同業間一致行為的合理解釋，雖然仍舊有較低程度的存在可能性，但是就待證事實之證據證明而言已經可以暫時忽略不論。惟這並不代表法院有意完全忽視平行行為合理存在之事實上可能性。

然而在2015年公平法修正增訂第14條第3項之後，學者主張依照調查所得之間證證據、經濟理性以及市場競爭原理等，足以推論合意存在已經有相當蓋然性者，即可合理認定合意之構成要件已經該當，無須達到唯一合理解釋的地步<sup>105</sup>。不過也有學者在該次修法後持續採取唯一合理解釋之證明標準<sup>106</sup>。本文認為第14條第3項對於以具相當依據之因素推定聯合行為之合意，並未附加任何限制條件，應係無意排除任何可合理推定合意存在之現實狀況，因此贊同現行法已經不採「唯一合理解釋」證明標準之學者見解。本文並且認為，參考美國學說與實務見解，對合要件之適當證明標準，應係達到有合意存在比無合意平行行為乃是更為合理解釋之地步<sup>107</sup>，而且符合我國行政、民事或刑事訴訟程序各

註100：最高行政法院2013年4月26日103年度判字第195號判決，理由五、（三）。

註101：石世豪，前揭註2，第32-33頁。

註102：吳秀明，前揭註6，第53-56頁。另有學者引用此一見解，參見何之邁，前揭註9，第159-160頁。

註103：公平會88公處字第070號處分書。

註104：劉孔中（2003.9），《公平交易法》，初版，第129-131頁。

註105：廖義男，前揭註93，第142-143頁。

註106：汪渡村，前揭註9，第91-92頁。

註107：SAGERS, *supra* note 33, at 177.

自對於證據證明的蓋然性要求水準<sup>108</sup>，即足以認定個案中涉案廠商之間確有合意存在。譬如刑事訴訟程序對於證據之蓋然性要求水準甚高，在美國聯邦的聯合行為案件調查中，一般而言唯有成功取得有關參與者合意的直接證據，聯邦司法部才會對之提起刑事訴訟，只有在少數例外情況才會單純根據間接證據向刑事法院提起訴訟，即為適例<sup>109</sup>。

## 後記

本文為公平交易委員會（下稱公平會）2019年度委託計畫「公平交易法國內重要案

例之評析：以聯合行為為例」之部分研究成果深化擴展而來。初稿曾經以「我國聯合行為合意認定理論與實務之交互反省：從液化石油氣訴訟案件的啟示出發」，發表於台灣公平交易法學會主辦「聯合行為裁判實務與規範之發展趨勢學術研討會」（2019年10月19日，台北）。感謝學會理事長廖義男老師領導的研究團隊，特別是負責相同爭點的石世豪、顏雅倫兩位老師的意見交流，計畫助理謝佳縈、魏尊、郭宇捷辛勤整理法院判決，以及研討會中與談人吳秀明教授等諸位先進提出的寶貴意見，謹致謝忱。全文內容均屬作者個人觀點，不代表計畫委託單位之見解。

註108：我國對於訴訟上蓋然性標準，似乎尚無統一見解；顏雅倫，前揭註21，第100-101頁。有論者認為在行政訴訟中達到高度蓋然性（或然率約75%），在民事訴訟中達到蓋然性（或然率超過51%）標準即可，可資參考；蔡孟佳、鍾佳純（2009.10），〈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，第5-13頁；吳庚（2014.9），《行政爭訟法論》，修訂7版，第103頁。

註109：OECD, PROSECUTING CARTELS WITHOUT DIRECT EVIDENCE OF AGREEMENT 174 (2006), <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>.