發佈：2020-12-02, 週三 13:33
點擊數：47496



壹、前言

公平交易法於2015年2月4日全文修正公布，除大幅更動章名與條次等形式架構外，尚就限制競爭行為及不公平競爭行為等具體規範內涵有所修正，期使整體規範體系更加完善，以有效落實公平交易法第1條所設定之規範目的。其中就可能損及市場競爭功能之聯合行為，將其條次由原先第一章「總則」改列於第

二章「限制競爭」中，以合乎競爭法理之體系

安排[1]

Phoca PDF

。此外，針對判定是否該當聯合行為之「合意」要件，鑑於實務上向來面臨難以提出有效直接證據之困境[2]

，該次修法另於第14條增訂第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」，使主管機關得以間接證據「推定」事業間就聯合行為存有合意[3]。

由公平交易法歷來修正之脈絡可知，主管機關就聯合行為如何證明事業間確有「合意」此一主觀要件存在，實飽受

困擾；如何方能有助主管機關判定合

法之「價格跟隨行為」[4]

或違法之「聯合行為」，亦為實務與學說

多所著墨之處[5]

。1991年2月4日制定公布之公平交易法第7條就聯合行為之定義，於合意要件部分係規定「謂事業以契約、協議或其他方式之合意」，僅明定「合意」此一主觀構成要件要素，並就其可能之類型為例示；至2002年2月6日修正公布之公平交易法於第7條增訂第3項：「第一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」，使合意之主觀

構成要素客觀化，

一旦事實上具促成共同行為可能性者

，即認定成立主觀要件[6]

。其後藉由實務見解之累積，法院已逐漸肯認得以間接證據合理「推定」事業間就聯合行為具有合意，此種見解最終亦反應於2015年2月4日之修法中，使公平交易法第14條第3項明定得以間接

Phoca PDF

證據推定合意存在[7]；至此已完整形成我國現行公平交易法對於聯合行為認定之管制架構。

固然藉由歷次修法之努力，顯著降低主管機關證明聯合行為主觀要件之難度，惟既有之實務見解就事業間是否具有「合意」係如何認定，以及法院面對涉及聯合行為之處分其立場與見解為何，仍有助於劃定與釐清當前就「合意」此一主觀要件所生之爭議，進而理解與評斷增訂公平交易法第14條第3項之必要性。本文擬以正隆、榮成及永豐餘等公司之工業用紙廠調漲原紙價格所涉聯合行為案之歷審判決為評析，試圖探求過往法院實務對於「合意」要件之認定模式，並判斷於新法修正後是否更能助於公平交易委員會管制聯合行為對市場競爭所可能帶來之威脅[8]。

貳、本案事實與歷審判決概述

一、背景事實

我國工業用紙產業，有上、中、下游之分，其中生產工業用紙之原紙（瓦楞芯紙、面紙）者為一級廠；中游為二級廠，生產瓦楞紙板；下游為三級廠，製成各種生產紙器等。正隆股份有限公司（下稱正隆公司）、榮成紙業股份有限公司（下稱榮成公司）及永豐餘工業用紙股份有限公司（下稱永豐餘公司）兼營一級紙廠、二級紙廠事業。

公平交易委員會（下稱公平會）接獲陳情，內容指稱上述三間公司就所生產之原紙價格有一致調漲情事，致下游三級紙廠不堪負荷。公平會遂開啟調查程序，其後認定上述三家公司於2009年度國內一級工業用紙市場產量占有率依序為51.2%、28.2%、19.1%，而於2009年11月至2010年3月間，三間公司有聯合調漲原紙價格行為；此外，正隆公司、榮成公司尚利用垂直整合之優勢，

Phoca PDF

於2010年1月至3月間聯合調漲二級瓦楞紙板價格。公平會就前開行為認足以影響國內工業用紙市場之供需功能，故以違反公平交易法第14條第1項為由，依同法第41條前段規定，於2010年5月5日以公處字第099054號處分書（下稱原處分）命正隆公司、榮成公司與永豐餘公司立即停止上開違法行為，並處正隆公司罰鍰新臺幣（下同）500萬元、榮成公司罰鍰300萬元、永豐餘公司罰鍰200萬元。

於工業用紙市場中，係以廢紙為造紙之重要原料，一級廠於國內、外收購廢紙後，製成原紙，再售予二級紙廠為後續處理。鑑於廢紙之重要性，收購廢紙之成本價格勢必直接影響原紙售價，三間公司均表示於系爭期間內，國內、外廢紙收購價格持續攀升，方會於相同期間內調整原紙銷售價格以反應成本。至於一級廠調整原紙價格之方式，通常會先由一級廠業務員以口頭向二級廠告知調

整後之價

格，嗣後貨到時一

級廠會先開立發票，其中載明調整後

原紙發票價（或牌價）[9]

，至結算日時，再以發票價為基礎與二級廠視商議結果決定最終之實收價。

經公平會調查2009年11月至2010年3月間，三間公司開立之發票，發現皆有按月同步、同幅度之一致性調價現象[10]

。縱或系爭期間內廢紙價格有所上升，惟無論係發票價或實收價之漲幅均超過廢紙收購成本之漲幅；且由過往廢紙價格上升與原紙價格調漲之比例與時點觀之，三間公司因收購規模與來源各異，各自調漲之時點與價格級距並無一致性可言。惟於本案系爭期間內，三間公司竟於短短數個月

Phoca PDF

時間內同步大幅調漲，且調漲之數額亦高度相仿。此外，三間公司常有聚會之事實，尤其於2009年12月16日各公司均有派員參加正隆公司后里廠舉行之廢紙原料會第182次會議，顯然交換相關訊息之可能。據此，公平會認為，三間公司藉由開立「發票價」之機會，使彼此得以交換資訊，且調漲之幅度與國內、外廢紙價格上升幅度以及三間公司過去調漲行為模式均有未符，於三間公司未能合

理說明彼此間一致

性調價之原由時，得以「推定」三間

公司互有「合意」存在[11]

。因三間公司共於一級工業用紙市場具高達9成以上市占率，其聯合漲價行為足認具有影響市場之功能，認屬違法之聯合行為，依公平交易法相關規定課處三間公司不利處分與行政罰。

正隆、榮成及永豐餘公司不服原處分，分別提起訴願均遭駁回，其後又各自向台北高等行政法院提起行政訴訟，經法院合併審理後，作成100年度訴字第506、568、824號判決，認「原處分及訴願決定均撤銷」。公平會不服提起上訴，最高行政法院於2013年1月31日作成102年度判字第67號判決「原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。」後續台北高等行政法院於合併審理後又分別於2013年12月18日以102年度訴更一字第23、24、25號判決認「訴願決定及原處分均撤銷。」公平會不服，再次提起上訴，最高行政法院於2015年4月16日作成104年度判字第181號判決，依舊係「原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。」至台北高等行政法院於合併審理後，於2016年1月28日所作成之104年度訴更二字第46、48、49號判決，終認「原告之訴均駁回。」此後改由正隆、榮成及永豐餘公司提起上訴，惟最高行政法院於2017年5月25日作成106年度判字第265號判決，駁回上訴，至此纏訟近7年之案件終告確定[12]。

Phoca PDF

二、歷審判決要旨

本案於歷審判決反覆爭執之重點，在於系爭期間內三間公司同時調漲原紙售價之行為，是否屬「一致性行為」，該當聯合行為中之合意要件，抑或僅為價格跟隨行為；其判斷之關鍵在於原處分理由中以廠商間互以「發票價」之方式達成意識聯絡之效果，是否足以證明「合意」之存在。

就台北高等行政法院之見解觀之[13]

，其首先認為於證明強度上，固可理解實務運作上公平會通常僅能提出間接證據證明合意存在，惟於間接證據之使用上仍應說服法院，為何該等間接事實能「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」。價格跟隨行為與一致性行為具有相同外觀，關鍵性之差異即在有無「合意」存在，惟不得逕以具平行行為之外觀，驟斷屬一致性行為，公平會仍應為進一步證明。就關鍵之「發票價」是否足以作為廠商間相互勾串之依據，法院認為，此種交易模式由來已久，雖係價格預告機制，卻非對外公開，且發票價與實收價仍有差異，最終售價仍視二級廠之議價能力而定；況以發票上預先載有發票價為由，逕認廠商間得以此達到資訊交換之效果，卻未就其間係以何種媒介傳遞，其論證實失之武斷。縱因廠商間因獲悉對手之發票價，選擇相應調漲，形成平行行為之外觀，惟此外觀仍無從得出廠商間存有合意之結論。再者，公平會以廢紙價格成長幅度所得出之「合理調漲價格」（22.24%），進而認定此次三間公司調漲幅度高達41%~45%，顯不合理，而有勾結情事云云，實忽略各廠商間就價格調漲尚有其他需考量之成本因素，且「發票價」並非「實收價」，以此論證三間公司藉相互勾結以獲取超額利潤，恐過於速斷。故判決公平會原處分及訴願決定均應撤銷。

案至最高行政法院[14]

Phoca PDF

，其認為若事業間有採取同一行為之一致性外觀時，固然應證明其間具有合意，惟：「經進一步調查確實有『意思聯絡』或依其他間接證據（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』」，採取較北高行為寬鬆之立場。進而表示：「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、涉案事業所占之比例、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。」鑒此，最高行政法院肯認公平會所提出之相關事證，認為三間公司於系爭期間內共同調漲價格確有異常，公平會以此間接證據推論三間公司彼此存有合意，「容屬合理推定之方式」。固然原審判決提及發票價與實收價之差異，以及系爭同步調漲行為有屬「價格跟隨行為」之可能，惟此是否會影響合意之存在，以及是否確為價格跟隨行為，實欠缺相關之事證及理由，故以判決欠缺事證、不備理由為由，廢棄原判決，並發回原審法院。

台北高等行政法院於更一審中[15]

，就舉證責任之要求仍維持相同之立場，強調縱得以間接證據證明「合意」一事，惟必須足以判斷事業間具意思聯絡，且為系爭行為之所以具備一致性外觀之唯一合理解釋。進而認為，三間公司於系爭期間開立予各自交易對象之發票價均有一定落差，其數額並未一致，而有數百元至數千元之差距，未如公平會所述係以固定之數額穩定調漲；因此，至多僅能說明三間公司於系爭期間均調漲原紙價格，惟並無法說明三者間同步且一致性調漲，故此項論據並不足採。再者，公平會所列之間接證據並無法說明三間公司於系爭期間調漲原紙價格，僅有出於意思聯絡之可能，而無其他可能性存在[16]

。蓋經法院調查，二級廠通常基於商業道德，於比價時並不會告知一級廠其所探尋到之其他價格

Phoca PDF

，縱使有發票價存在，一級廠間未必有辦法藉此獲悉對手之價格；縱使有二級廠違背此慣習，將所獲悉之發票價透露予其他一級廠，以圖獲取更多之議價可能，此仍僅係個別二級廠之行為，而非一級廠間有意識地透過「發票價」此一模式達到意思聯絡之效果。故僅以有發票價存在乙事，遂論斷三間公司互有資訊交換，實過於草率。另由系爭正隆公司舉辦之會議其會議紀錄觀之，當中亦無提及價格調漲之發言，且在場尚有其他40多家各級紙廠代表在內，實無從得以該次會議為由，證明三間公司有藉此機會共謀調漲價格。台北高等行政法院逐一探究公平會所主張之各項間接證據，均認為無法合理說明該等間接事實係如何得出三間公司具有「合意」之結論，故仍決公平會原處分及訴願決定均應撤銷。

公平會第二次上訴至最高行政法院[17]

，最高行政法院為裁判時已係2015年公平交易法全文修正公布後，惟裁判所適用之法律依行政罰法第5條規定，仍係原處分作成時之法律。縱使未適用新法，於論及舉證責任之認定時，最高行政法院依舊強調得以間接證據推定合意存在，而未援用現行法之第14條第3項。就公平會所提出之間接證據得否產生合理推定之效果，法院認為固然三間公司（特別係正隆公司）每月開立之發票價有所落差，惟仍於公平會劃定之2,000元區間內，其幅度並未影響判斷，可認三間公司確有「按月同步、同一形式之一致性調價情事」；原審判決忽略此情，驟認三間公司無一致性漲價行為，而未提出具體說明，容有判決不備理由之處。再者，縱使三間公司可能係為價格跟隨行為，惟原審判決始終未說明足以認定係價格跟隨行為之理據為何，至多僅論其可能性，而應就此再為釐清。因此，最高行政法院再次廢棄原判決，並發回原審法院。

台北高等行政法院於更二審中[18]

，放棄過去對於間接證據證明程度之要求，服膺於最高行政法院反覆強調之「合理推定」之見解

Phoca PDF

。進而在間接證據部分，則認可公平會所提出之相關資料，認為三間公司於系爭期間同步漲價之行為實與常情有違，且經多名同業證詞，可知三間公司有經常聚會之情形，足以推定三間公司互有合意存在，成立違反之聯合行為。最終以原告之訴無理由，判決駁回。

此後改由三間公司提起上訴至最高行政法院[19]

，最高行政法院則維持一貫之見解，採取合理推定之見解，並認為由相關事證顯示，三間公司於系爭期間同步調漲價格之行為，顯與常情有違，且有經常聚會之情形，足以推定有合意存在，而成立違法之聯合行為。最終因三間公司所舉之事證無法推翻此推定，故判決上訴無理由駁回，本案終告確定。

參、判決評析

一、「合理推定」對本案判決之影響

於本案判決中，無論公平會作成之原處分或法院歷審判決，其鏖戰之場域無不聚焦於「合意」之判定上。導致本案纏訟長達七年之主要原由，關鍵係因北高行與最高行間對於公平會所提出之間接證據以證明「合意」之路徑，採取相異之判斷立場。北高行一再強調固然得以間接證據證明直接事實，惟該間接證據必須能「唯一合理」地解釋待證事實（即「合意」）；至於最高行則採取間接證據得合理推定直接事實存在之立場，而認為由相關客觀事證足以顯示事業間有意思聯絡之可能時，即推定成立「合意」要件。正因如此截然不同之立場，使得本案反覆往返於北高行與最高行之間。

Phoca PDF

最高行之見解實質上為現行公平交易法第14條第3項之根源，毋寧係因最高行已頻繁採用此見解，方使得2015年修法時，將此明定於公平交易法內。然而，即便本案第二次進入最高行時，新法已通過，惟最高行援引此

合理推定說時，並非依據現行法第14條第3項[20]

，而係如往常般依最高行政法院一貫見解為之，至於新法是否增訂，似無顯著之影響。值得思考之處在於，若於法無明文之情況下，得否由法院自行創設證據法則，實非無疑問。蓋由依法行政以及對人民權利保護之角度觀之，於行政管制或行政罰之領域，若就法定構成要件允許以推定之方式為之，不啻將舉證之不利益改由人民負擔，人民更易因構成要件之成立而蒙受不利處分之效果，形成對人民權利之干預，實應合乎法律保留之要求，於法律中明定此舉證責任之轉換；固然可以理解於聯合行為判定之場域具有高度之證據偏在性，惟並無法以此免除法律保留之要求。鑒此，最高行於修法前一再援引此「合理推定」之見解，難謂無商榷餘地[21]。

公平會為期能「合理推定」三間公司互有合意之存在，所取徑之間接證據鋪排過程，約略為以下幾點：(1)被處分人原紙調漲幅度與廢紙收購成本增加幅度顯不相當，亦與其歷史漲價幅度不合；(2)前次因廢紙收購成本調漲時，被處分人間之調漲時間並無規律性與一致性，此次反同於相同時間內一起調漲；(3)與外國工業用紙漲幅價格相比，被處分人調漲趨勢顯與國際趨勢不符；(4)被處分人各自廢紙收購數量與收購成本均因規模大小而有差異，各自能承擔之能力亦有不同，卻同時漲價。基於以上原因，公平會即如歷來之實務見解，合理推定三間公司互有意思聯絡而為聯合行為，於三間公司無法提出合理說明其調漲幅度與緣由之情況下，認定三間公司該當聯合行為之要件，故為相應之處分。惟此「合理推定」之見解顯不為北高行所接受，公平會遂於再行補充關於合意部分之間接證據[22]

：(1)三間公司在系爭期間內，連續三次調漲且幅度相仿，顯違背經驗法則；(2)三間公司員工確有

Phoca PDF

私下聚會之事實；(3)三間公司均參加正隆公司后里廠舉行之會議，會中正隆公司亦有表達應穩定市場行情之發言；(4)正隆公司係於月初開立發票，且載明調漲後之價格為發票價，自此釋放調價之意圖與資訊，形成默契性聯合，且正隆公司亦為價格主導者。

於公平會對於合意認定之間接證據中，主要皆係由三間公司之外部行為背於經驗法則而間接推斷有合意存在，其中較有討論可能者，實係正隆公司是否以「發票價」作為資訊釋放之管道，達到互相勾結之效果。惟「發票價」是否於本案中確實居中扮演如此重要之角色，發揮相互串連三間廠商之奇效，此經北高行調查後，顯與公平會判定之事實有所出入。蓋於二級紙廠中，縱使會於收到發票後獲悉調漲後之「發票價」，惟二級廠於商業慣習上不會透露已獲知之發票價予其他一級廠；換言之，調漲後之發票價，原則上並非公開，無從為其他競爭對手取得，自難就調漲之額度為意思聯絡[23]
。質言之，若擬以間接證據試圖證明「合意」此種情形存在，於本案中實甚為困難，亦係公平會於北高行會連續兩次敗訴之緣由。

因此，對於聯合行為其合意之判定，亟須再以其他方式實質降低合意證明之困難度。此即如最高行於判決中所揭示：

「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、涉案事業所占之比例、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。」

此時已不再針對事業間係如何互相交流並達成意思聯絡為判斷，而係改以客觀上具一致性外觀之

Phoca PDF

行為來認定；因此，事業間之行為一旦發生一致性外觀，即推定為彼此間具有合意，屬聯合行為，處分相對人應負舉證責任，應以反證推翻，否則自該當聯合行為之主客觀要件，其後方係判斷該行為對市場所生之影響。此種見解自有別於北高行一再要求公平會應以間接證據證明意思聯絡係導致聯合行為「唯一合理解釋」來得便捷許多，也唯有於北高行修正其見解，合乎最高行之看法後，方能使本案窺得判決確定之曙光。

此種情形實突顯公平會於實際執法上所遭逢之困境，正因現實上幾乎無從取得事業間相互聯絡之證據，使得公平會無論提出多少間接證據來論述此種具一致性外觀之行為有多「不合理」，惟所呈現之論述與證明有合意存在，恐非僅僅只有一步之遙，往往係差之千里。亦因此方需發展出合理推定之模式，使聯合行為之裁處成為可能；自此，事業間若有同步為相同行為之外觀時，配合相關市場上所呈現之客觀資訊，即推定事業間所為者屬聯合行為，而將證明責任轉由事業負擔，使聯合行為於判定上得以大幅增加成功之機會。固然此種合理推定模式於新法增訂前有違反法律保留原則之疑慮，然於2015年新法修正後，至少於形式上已合乎法律保留原則之要求。

二、主觀要件於秩序行政中之意義

（一）公平交易法既有管制架構遭逢之難題

針對聯合行為，於公平交易法中之規範體例係散見於同法第14條、第15條、第34條及第40條等規定。第14條係聯合行為之定義性規定，第15條第1項第1句則明文禁止事業不得為聯合行為，僅於具第2句以降各款事由，並經主管機關許可，方得另外為聯合行為，而採取「原則禁止、例外許可」之立法例。至於事業未獲許可所為之聯合行為，所可能招致之法律效果，即見諸第34條及第

Phoca PDF

40條之規定，其中第40條明定，主管機關就事業所為之聯合行為「得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施」，尚得併處罰鍰制裁；若事業未履行前揭之公法上義務，主管機關得持續命事業採取必要措施，並按次連續處罰，至事業履行公法上義務為止。針對事業未履行主管機關所要求之公法上義務，除得依第40條第1項後段連續裁處罰鍰外，依第34條規定尚使事業可能遭受行政刑罰之制裁，而就行為人處以三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。

藉由觀察前揭條文之規範脈落，呈現公平交易法就聯合行為所形塑之行政管制態樣。鑒於所謂「聯合行為」可能對市場之供需功能產生影響，為防範此類危險（或風險）危害市場秩序，遂原則上通盤禁止「聯合行為」，惟於具備第15條第1項所列各款事由，向主管機關申請並經許可後，事業方有為聯合行為之可能。事業一旦未經許可，所為之聯合行為自屬違反行政法上義務之行為；對此公平交易法賦予主管機關得採取之管制手段，包含以避免風險實現或擴大為取向之「限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施」，應屬以經濟管制為目的之單純不利處分，以及就事業之違反秩序行為為制裁之罰鍰等二種。倘事業於主管機關所定期間經過後，仍未按下命處分之內容停止、改善其行為或採取必要更正措施時，公平交易法進而授予主管機關得持續以下命處分令相對人至履行其公法上義務為止，並視續為處分之次數，按次課處相對人罰鍰。除前述之行政法上之管制手段外，依第34條規定，於相對人未履行其行政法上義務，或於履行後又重複為相同行為時，尚得以刑罰手段對相對人為制裁。自此，構築出一套針對聯合行為所為之風險管制體系，而循序漸進、合乎比例地逐步加強管制強度，以確保市場秩序之正常運作不致因聯合行為遭到破壞[24]。

固然公平交易法已建立一套概念、體系至手段均明確之管制架構，然而於實務運作上，卻如前述本案判決所呈現般，備受其中主觀構成要件要素「合意」之困擾，導致必須逐步放寬執法與訴訟

Phoca PDF

上

之證

明門檻，

從最初從事實上足

認可生意思聯絡之行為至以客觀市場

情狀「推定」合意成立[25]

，均突顯「合意」之證明毋寧已成為實務上在處理聯合行為時所遭逢最大之關卡或阻礙。正如相關學說所分析，於政府逐步強化對聯合行為管控之際，事業在面臨鉅額罰鍰及緊逼在後之刑事制裁的同時[26]

，自會盡可能避免留下任何足遭制裁的蛛絲馬跡，而其中最易消抹之事證，毋寧係聯合行為之主觀要件「合意」；透過科技通訊設備、私下會面、公開聚會場合等諸多方式，都能使事業間相互傳遞訊息卻又不留下任何跡證，而確保雙方（或多方）均有為聯合行為之默契，這也使得聯合行為於傳統證明法則要求之情況下，難以有效證明主觀要件存在，而必須引進更多降低證明門口之手段克服當前之難題[27]。

至於現行公平交易法第14條第3項之所以須預先推定事業間具一致性外觀之行為為隱藏意思聯絡之聯合行為，其原因無非係出於實務上難以有效區辨一致性行為與價格跟隨行為。針對一致性行為[28]

與價格跟隨行為，二者之差異僅在於主觀要件「合意」之有無，其餘從行為外觀上評斷，別無二致[29]

。固然在抽象概念之區辨與演繹上，一致性行為與價格跟隨行為可以清楚的劃分，惟落入現實上要件證明的層次時，基於事業間極易私下交換資訊、互相勾結以共同謀取市場利益，破壞寡占市

Phoca PDF

場之競爭秩序，在檯面上毫無事證存留之情況下，如何證明「合意」，反成為判定聯合行為最無解之難題。

此外，縱使係於一般寡占市場正常運作下，因事業數少且力量相當，於市場資訊極為透明之情況下，一旦市場上有廠商調漲價格，其他廠商為避免後續可能會發生同業間相互削價報復，於理性評估後通常也會跟進調漲價格；反之，於有廠商調降價格時，其他廠商為避免市占率受影響，亦會採取一致之行為[30]。此種因寡占市場結構使然所產生之現象，更造成於市場上出現外觀上具一致性之行為時，難以排除其中

未有意思聯絡，僅

係價格跟隨行為之可能，此更可視為

係寡占市場之常態現象[31]；學說進而認為，不能因事業間具有一致性之行為外觀，而認定其中必有某程度之合意或意思聯絡[32]。至此，更使實務於難以獲取直接證據證明事業間存有合意之困境外，又因寡占市場結構因素所形成之價格跟隨行為，導致聯合行為之認定與裁處上倍受挑戰。

細觀公平交易法之規定，於寡占市場中，就是事業間所為具一致性外觀之行為，僅就事業間互有合意者為管制（即評價為聯合行為）；至於事業間未有合意，而係因市場結構自然生成者（即價格跟隨行為），則未為干涉，屬合法之行為態樣。為何於外觀上皆具備同等客觀構成要件要素之二類行為，其中一者僅因欠缺主觀構成要件要素（合意）而不受管制，或可由實務與學說之見解一窺端倪。

Phoca PDF

台北高等行政法院89年度訴字第258號判決曾言明價格跟隨行為非公平交易法所擬管制之對象：

「按一致性行為與單純之平行行為之主要區別在於前者有意思之聯絡，構成聯合行為，而後者雖於市場結構之關係而互為有意識之模仿，因當事人間欠缺意思之聯絡，故不屬於聯合行為。」

於本案歷審判決中，最高行政法院106年度判字第265號判決更明確說明價格跟隨行為與聯合行為二者間為何會存有規範評價上之差異：

「……而在以無形之方式達到資訊透明者，其最大之爭議，在於競爭者間之定價策略所以變成透明，有可能係經由自然形成者（Natural Transparency），例如有意的跟價行為（conscious parallelism），亦有可能係經由人工刻意形成透明者（Artificial Transparency），例如前揭經由掩飾方式達到資訊交換目的之聯合行為。前者雖非法所不許，惟後者即屬公平交易法所規範之禁止行為。蓋自然形成與人工形成兩者最大之差異在於人工形成者必須透過行為人間意思聯絡以達成外部一致性的回應行為，而此種人工透明與自然透明之差異僅在於其間是否存在人為因素（即有無意思聯絡），是以，區別兩者最主要之方式，即在於人為因素有無之調查與判斷，故為避免單純之跟價行為被誤判為聯合行為，在競爭者之間即必須避免瓜田李下之行為舉止，例如避免餐會、聯誼等，在極端情形甚至宜避免同處於同一場合。」

學說部分之見解大抵與前述實務見解相若，認為價格跟隨行為乃寡占市場結構性因素使然，為市場秩序自然生成者，無管制之必要性[33]

。然而細繹前述法院判決之脈絡，聯合行為之管制或制裁焦點，毋寧已轉變為著重在事業間主觀意思；換言之，正因事業間係出於「有意識」之意思聯絡致發生一致性外觀之市場行為，其惡性

Phoca PDF

重大，而足以作為非難之對象，並以單純不利處分、罰鍰，甚至刑罰等手段制裁之。惟必須重新省思者在於，事業間主觀意思為何，對於公平交易法維護市場競爭秩序上，是否確有其必要性？

（二）經濟行政管制下對合意要件之省思

固如論者所言，判定事業間是否具有「合意」存在，乃區辨價格跟隨行為或一致性行為時，無從迴避之核心問題[34]

；惟由行政管制或危險（風險）預防之角度觀之，所著重者在於排除特定之危害狀態，至於因此蒙受不利處分之相對人，其是否係招致該狀態之行為人，又或對該狀態之生成於主觀上是否具故意、過失，皆非所問。公平交易法之所以須針對聯合行為此類限制競爭行為予以管制，毋寧係為避免於寡占市場下，因聯合行為造成對市場競爭秩序正常運行之妨害，此於1991年2月4日制定公布之第7條立法目的即已言明：「.....其對於競爭所加之限制，將妨害市場及價格之功能，暨消費者之利益」，另於現行法第14條第1項末段：「.....而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」，均突顯

管制聯合行為之目的係為避免影響市

場正常交易秩序之功能[35]

。質言之，管制或預防之重點並非聯合行為之行為本身，反係因聯合行為所可能對市場產生之不良影響；由刑法之觀點理解，聯合行為之管制應非行為犯，倒更貼近抽象危險犯或具體危險犯。也因此，實務上於判斷是否裁罰事業間之聯合行為時，並非僅大費周章解釋為何事業間存有合意已足，尚須說明為何該聯合行為會對市場秩序產生影響，蓋一旦未具備此結果要件時，該聯合行為亦係不受管制[36]。

Phoca PDF

進言之，針對寡占市場所生之聯合行為，是否得發動國家高權進行干預或管制，重點應係其行為是否有招致危害情狀發生之可能，而非著眼於當事人間於主觀上是否具有「合意」；蓋當事人間若無合意，惟彼此間之行為確有招致對市場競爭秩序之不良影響時，主管機關卻無介入管制之權限，無非大幅折損公平交易法對聯合行為管控之可能性。至於規範設計上，是否因事業間有無合意而採取不同強度之管制手段，毋寧已係制度設計層面之問題，立法者自得以主觀上具有合意而加重干預力道，亦得視實務運作情形降低主觀要件之舉證要求，惟由秩序行政之立場言之，處分相對人是否具備某種主觀構成要件要素，當非發動國家高權之判斷重點。

基於此理解再次重新思考一致性行為與價格跟隨行為區辨之必要性，即發現概念論述上弔詭之處。既一致性行為與價格跟隨行為僅差在為價格跟隨行為之事業彼此間未有意思聯絡此一主觀要件時，同時意味著寡占市場中具一致性外觀之價格跟隨行為，自有可能會對市場秩序形成影響。此觀本案之案例事實即不難發現，

假定本案三間公司確無意思聯絡[37]

，於系爭期間共同漲價之行為僅係價格跟隨行為時，該價格跟隨行為是否會對工業用紙市場形成影響？其答案應仍係肯定，蓋由判決中即一再呈現，因三間公司於系爭期間內連續漲價，使得下游廠商面臨極大之成本壓力，且時間間距過短，下游廠商亦無法適時反應其成本於售價上，致使下游廠商苦不堪言，方會向公平會陳情希望調查此事。既然有無合意在客觀危險情狀之判定上毫無意義，又為何於面對不具合意要件，卻會就市場秩序產生影響之價格跟隨行為，公平交易法卻選擇退居二線，坐視其危害發生；且僅針對具「合意」之一致性外觀行為為管制，其最終已淪為就行為人之主觀犯意為制裁，似與管制聯合行為以維護市場秩序之目的相去甚遠。

回歸傳統危險預防、風險控管之秩序行政領域觀之，行為人主觀上之故意、過失為何，並無判斷

Phoca PDF

之必要，蓋秩序行政所著重者係危險狀態之排除與防免，具有向「將來性」，而非就行為人過去所為之行為進行非難與制裁[38]

。進而重新檢視公平交易法就聯合行為之管制架構，既然聯合行為所防免者，乃寡占市場中，事業間因聯合行為，「將妨害市場及價格之功能，暨消費者之利益」，而須納入公平交易法之管制範疇下，則排除或防免聯合行為所可能帶來之危害，應係首要任務，而非僅單純就事業間之主觀違反秩序之犯意究責。

在「合意」此類主觀要件成為主管機關得否就聯合行為進行管制之啟動門檻情況下，反使後續開展之管制架構產生本質上之異變。由公平會對本案作成處分之主要理由，並非因三間公司互有意思聯絡，而其惡性何等重大，實係因國內、外廢紙價格雖有上揚，惟三間公司調漲幅度遠大於其成本上漲幅度，且於短促時間內共同調漲價格，於三間公司市占率高達九成之情況下，使下游廠商難以承受此壓力，故擬發動管制。當擬以聯合行為就三間公司聯合調漲之行為為管制時，首當其衝遭逢之問題即係有無「合意」存在，而公平會以「發票價」作為意思聯絡之手段，毋寧係為遷就「合意」要件之證明，所搬出之說詞。隨著案件後續之進行，所謂發票價如何達到意思聯絡乙事早已非爭論之場域，反倒集中於三間公司漲價幅度是否合理，若不合理即可推定其具意思聯絡等。此時三間公司彼此間係如何意思聯絡、有無意思聯絡，早已不具重要性，三間公司應積極說明者，實轉變為其漲價幅度之正當化依據為何，至於「合意」實淪為因須證明，而被迫去論述、闡釋之空洞概念。

因此，本文認為以「合意」之主觀要件作為主管機關依公平交易法對聯合行為發動管制之進入門檻，實非無重新檢討之空間。主管機關就聯合行為之管控，理應著重於是否「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」之部分，不會因行為人是否具備主觀構成要件要素而影響其判

Phoca PDF

斷，亦不因欠缺主觀構成要件要素而使主管機關無法發動其管制權限。固然可以認為價格跟隨行為與一致性行為，在行為人違反秩序的惡性程度有異，可採取不同之管制手段，而對後者施以較嚴厲之制裁，惟此並不意味著可無視價格跟隨行為對市場功能產生之影響，而選擇容任此種危害狀態發生，更不應為合理化對價格跟隨行為之管制，而千方百計尋求事業間具有意思聯絡之蛛絲馬跡，意圖正當化其權限行使。

即便就聯合行為之管制去除合意要件，亦不意味係國家任意擴張行政制裁或刑事制裁之權限，蓋若施以罰鍰等制裁性不利處分，終須合乎行政罰法對於主觀要件之要求，於聯合行為中至少事業間仍應具備合意。惟在依公平交易法第40條第1項前段要求事業為「限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施」之下令處分時，因該類處分所著重者乃排除既有危害情狀，而不具過去行為制裁之特性，自屬秩序行政下之管制性不利處分，而非裁罰性不利處分，故於權限行使上，當無須以事業間具有「合意」為必要。本文認為，惟有適度放寬公平交易法第14條第1項就聯合行為認定之文字，方能使主管機關於實際執法上更具彈性，得視具體情狀選擇相應之管制手段，無須繼續在過於僵化的構成要件內尋求解套之可能，更避免淪為為解釋而解釋之窘境。

肆、結論

藉由分析本件工業用紙調漲案之歷審判決可以得知，公平交易法第14條第1項以「合意」作為聯合行為要件之一，已實質上形成對公平會執法之嚴重阻礙。為克服此要件所帶來之負面影響，無論係裁判實務之運作與立法技術上，無不竭盡所能替此枷鎖尋求解套之契機。從公平交易法的修法歷程變可發現透過屢次的努力，終於至2015年的版本將實務所發展之「合理推定」模式，納入公平交易法第14條第3項中。此合理推定在克服證明門檻上的效用與必要性，在本件工業用紙調

Phoca PDF

漲案中，可謂效果卓著，而能使公平會順利行使其職權，達到維護市場競爭秩序之目的。

然而，於寡占市場上所發生之聯合行為，若如公平交易法第14條第1項文字所理解般，將僅侷限於事業間具有「合意」，而為同一行為之情形，惟於事業間未具合意，卻為同一行為時，此類學理上所稱之「價格跟隨行為」，則非公平交易法所得管制之對象。價格跟隨行為基於其特性，係屬寡占市場中因結構性因素所產生者，而發生價格跟隨行為，於寡占市場中亦可謂為常態。此即使得於實務運作上，在區辨價格跟隨行為與聯合行為時，面臨重重阻礙，處分相對人亦多以價格跟隨行為作為抗辯之理據。價格跟隨行為與聯合行為在具備相同外觀之前提下，前者自如同後者可能會對市場競爭秩序產生不利影響，惟於公平交易法之架構下，實認為此類行為無管制之必要。再者，以此比對就聯合行為開罰之目的，毋寧已非出於對市場秩序之維護，而實質轉變為係對處分相對人主觀犯意之究責。此外，透過「合意」此主觀要件之拘束，亦極度限縮公平會行使其職權之可能，而為突破此困境，又需不斷苦思架空證明合意要件之可能，自此形成無解之矛盾螺旋。

本文認為，於聯合行為管制之設計上，宜應回歸秩序行政之框架下觀察，重新省思聯合行為管制所欲防範與排除之危險型態為何，並且重新評估堅守主觀合意要件之必要性。一旦區別出聯合行為之管制層次，給予公平會更大的裁量判斷空間與權限，方能適時針對聯合行為作出反應，並降低每次所引發之爭議；並且視行為人違反秩序之程度，決定相應之管制或制裁手段，如此方不致糾結於應如何才能證立事業間確實具有主觀之合意存在。

參考文獻

Phoca PDF

石世豪（2017），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罰處分相關判決，公平交易季刊，25卷4期，頁1-29。

何之邁（2007），公平交易法：第二講 - 聯合行為，月旦法學教室，62期，頁60-69。

——（2006），平行行為乎？一致行為乎？ - 評析中油、台塑油品調價案，臺北大學法學論叢，58期，頁145-174。

李幼華（2002），寡占市場一致性行為規範之研究，公平交易季刊，10卷2期，頁1-56。

李建良（2010），行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題 - 「制裁性不利處分」概念之提出，月旦法學雜誌，181期，頁133-163。

陳坤銘、溫偉任（2005），寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究，公平交易季刊，13卷1期，頁55-88。

葉文祥（2015），論聯合行為之合意 - 工業用紙事業聯合漲價格案（最高行政法院102年度判字第67號判決）評析，法令月刊，66卷1期，頁58-72。

廖義男（2017），2015年新修正公布之公平交易法評析（一），公平交易法之釋論與實務（第三冊），頁1-19。

Phoca PDF

——（2017），2015年新修正公布之公平交易法評析（二），公平交易法之釋論與實務（第三冊），頁96-115。

——（2017），寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷，公平交易法之釋論與實務（第三冊），頁117-146。

劉姿汝（2016），由民營電廠案論聯合行為之認定，興大法學，19期，頁107-155。

蔡孟佳、鍾佳純（2009），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，17卷4期，頁1-55。

顏廷棟（2012），聯合行為之執法檢討與展望，公平交易季刊，20卷4期，頁1-51。

[1]相關討論參見廖義男，〈2015年新修正公布之公平交易法評析（一）〉，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，2017年6月，頁4以下。

[2]參見劉姿汝，〈由民營電廠案論聯合行為之認定〉，《興大法學》，19期，2016年5月，頁109以下；何之邁，〈公平交易法：第二講 - 聯合行為〉，《月旦法學教室》，62期，2007年12月，頁63以下。

[3]此可參照該項立法理由之說明：「舉證為訴訟勝敗之關鍵，實務上公平會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，應適度賦予公平會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。」相關修法評析參見廖義男，〈2015年新修正

Phoca PDF

公布之公平交易法
評析（二）〉，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，2017年6月，頁100以下。

[4]
或稱之「有意識之平行行為」，廖義男，〈寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷〉，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，2017年6月，頁119。

[5]
參見石世豪，〈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罰處分相關判決〉，《公平交易季刊》，25卷4期，2017年10月，頁1
以下；廖義男，〈寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷〉，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，2017年6月，頁118
以下；劉姿汝，〈由民營
電廠案論聯合行為之認定〉，《興大法學》，19期，2016年5月，頁135
以下；葉文祥
，〈論聯合行為之合意 - 工
業用紙事業聯合漲價格案（最高行政法院102年度判字第67
號判決）評析〉，《法令月刊》，66卷1期，2015年1月，頁58
以下；顏廷棟，〈聯合行
為之執法檢討與展望〉，《公平交易季刊》，20卷4期，2012年10月，頁21
以下；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》，17卷4期，2009年10月，頁1
以下；何之邁，〈平行行為乎？一致行為乎？ - 評析中油、台塑油品調價案〉，《臺北大學法學論叢》，58期，2006年6月，頁150以下。

[6]
常見之案例如事業間曾聚會、開會或聯繫不久後即發生一致性行為時，基於意思聯絡與一致性行

2015
年新修正
公布之公平交易法
評析（二）〉，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，2017年6月，頁101-102。

[7]如最高行政法院102年度判字第251
號判決即表明得以「合理推定」認定事業間存有合意，且此已為最高行政法院多數判決所採納；其他實務見解之演變參見廖義男，〈2015
年新修正
公布之公平交易法
評析（二）〉，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，2017年6月，頁102。

[8]於此必須說明，本案爭執之原處分係於2000年5月5
日作成，此案纏訟甚久，直至最高行政法院106年度判字第631
號方駁回正隆、榮成及永豐餘等三間公司之上訴使本案確定；處分作成時適用之法律固為當時之公平交易法，非2015年2月4
日修正之版本，惟判決中所涉主要爭議即係就聯合行為之合意應如何認定乙事，實有參考之價值

Phoca PDF

。

[9]一級廠就原紙價格不會對外公告。

[10]就2009年11月至2010年3
月間，三間公司發票價調漲之數額依
序言：正隆公司為每噸11,000元、11,000元、12,200元及14,500元、16,000
元；榮成公司為每噸11,000元、11,000元、12,000元及14,300元、16,000
元；永豐餘公司為每噸11,000元、11,000元、12,000元及14,000元、15,500元。

[11]
就「推定」處分相對人具有合意，而應由處分相對人負起合理說明之義務，其理據公平會係援引
最高行政法院98 度判字第91號、第92號判決之見解。

[12]
正隆、榮成及永豐餘公司尚提起再
審之訴，惟最高行政法院於2017年11月16日以106年度判字第631
號判決駁回再審之訴，本案應無再為爭訟之可能性。

[13]台北高等行政法院100年度訴字第506、568、824號判決。

[14]最高行政法院102年度判字第67號判決。

[15]台北高等行政法院102年度訴更一字第23、24、25號判決。

[16]如僅係單純之價格跟隨行為，而非一致性行為。

[17]最高行政法院104年度判字第181號判決。

[18]台北高等行政法院104年度訴更二字第46、48、49號判決。

[19]最高行政法院106年度判字第265號判決。

[20]依行政罰法第5條之規定，應亦無從適用新修正之公平交易法。

[21]
相同
見解，參
見葉文祥，〈論聯
合行為之合意 - 工業用紙事業聯合漲
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》，66卷1期，2015年1月，頁65。

[22]係指台北高等行政法院100年度訴字第506、568、824號判決之階段。

[23]
至於個別二級廠違反此慣習將此資訊透露予一級廠，則當然並非一級廠試圖透過發票價互相串連

Phoca PDF

，而係二級廠之個別行為所導致此結果。

[24]此觀諸1991年2月4日公布施行之公平交易法第7
條之立法理由可知：「事業以契約、協議或其他方式之合意與有競爭關係之他事業為共同行為時，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場關係，實務上最為常見者，如統一價格、限制產量、交易對象或劃分營業範圍.....
等，各國立法上稱之「卡特爾」（CARTEL
），亦即一般所謂之「聯合壟斷」。其對於競爭所加之限制，將妨害市場及價格之功能，暨消費者之利益。」

[25]分別為現行公平交易法第14條第2項、第3項。

[26]如公平交易法第40條第2
項，得以上一會計年度銷售金額百分之十以下之數額裁處罰鍰，不受法定罰鍰金額之拘束；同法第34
條亦有為聯合行為後未依下命處分為相應作為或不作為時，得處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金等規定。

[27]劉姿汝，〈由民營電廠案論聯合行為之認定〉，《興大法學》，19期，2016年5月，頁136。

[28]
有關一致性行為之概念及其發展脈絡，參見李幼華，〈寡占市場一致性行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，10卷2期，2002年4月，頁1以下。

[29]
何之邁，〈公平交易法：第二講 - 聯合行為〉，《月旦法學教室》，62期，2007年12月，頁63。

[30]
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
》，13卷1期，2005年1月，頁67；廖義男，〈2015
年新修正
公布之公平交易法
評析（二）〉，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，2017年6月，頁98-99。

[31]
此即本案北高行所反覆堅持之事項，認為三間公司固於系爭期間有同時調漲價格之行為外觀，然非無屬價格跟隨行為之可能。

[32]
何之邁，〈平行行為乎？一致行為乎？ - 評析中油、台塑油品調價案〉，《臺北大學法學論叢》，58期，2006年6月，頁157-158。

[33]
陳坤銘、溫
偉任，〈寡占市場廠商

Phoca PDF

價格跟隨行為規範之研究〉，《公平交易季刊》，13卷1期，2005年1月，頁66；廖義男，〈2015年新修正公布之公平交易法評析（二）〉，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，2017年6月，頁98-99。

[34]
葉文祥，〈論聯合行為之合意 - 工業用紙事業聯合漲價格案（最高行政法院102年度判字第67號判決）評析〉，《法令月刊》，66卷1期，2015年1月，頁63。

[35]
因此，對於聯合行為之制裁與管制，並非各事業就為特定行為存有合意已足，尚須該行為具有限制競爭性，方具可非難性，何之邁，〈公平交易法：第二講 - 聯合行為〉，《月旦法學教室》，62期，2007年12月，頁65。

[36]
如於本案中即必須計算三間公司於一級工業用紙供應市場之市占率為何，亦因三間公司市占率高達9成以上，其彼此間共同為聯合行為自足生影響於工業用紙市場，而該當聯合行為之結果要件。

[37]
惟所謂之有無意思聯絡，隨本案迭經諸多判決審判，反已成為羅生門，無從判斷其存在，甚至是否存在也無關緊要。

[38]
參見李建良，〈行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題 - 「制裁性不利處分」概念之提出〉，《月旦法學雜誌》，181期，2010年6月，頁133以下。

作者　蔡麒亞　為政治工作者

Phoca PDF