

最佳書狀

原告方

政治大學

言詞辯論意旨狀

案號：○○年度○字第○○號

股別：

訴訟標的金額：新台幣兩億元整

原 告 漢點科技股份有限公司

代 表 人 陳有守

訴訟代理人 ○○○

被 告 公平交易委員會

代 表 人 王公平

訴訟代理人 ○○○

訴願決定日期及字號：行政院○○年○月○日院臺訴字第 1021111 號

收受訴願決定日期：○○年○月○日

為違反公平交易法事件，謹依法提呈辯論意旨狀事：

訴之聲明

- 一、 訴願決定及原處分均撤銷。
- 二、 訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

事實經過

原告漢點科技股份有限公司（下稱原告）前於民國（下同）94年7月起至100年4月止，參與由台灣各WBC廠商共同組成之「鑽石會議」。在上述會議中，各廠商主要討論過去產銷價格與數量、對未來市場展望、產能運用及參考價格。自96年起，為幫助臺灣廠商進一步瞭解WBC市場脈動，鑽石會議更進一步邀請韓國三月科技股份有限公司（下稱三月公司）與樂勇股份有限公司、日本傑尼斯株式會社與吉本株式會社，以及大陸王師化工股份有限公司與含笑工廠有限公司參加聚會。嗣於101年6月間，訴外人三月公司突向被告公平交易委員會（下稱被告機關）提出寬恕政策申請，檢舉原告、康定公司，希輝公司等廠商藉由參與鑽石會議，不法共謀壟斷WBC產品之價格，違反公平交易法（下稱公平法）聯合行為之規定。被告機關調查後，竟採信三月公司檢舉內容，認定原告等廠商透過鑽石會議合意訂定WBC產品價格，並於101年12月1日依公平法第41條及「違反公平交易法第十條及第十四條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法」，課處原告罰鍰新臺幣（下同）2億元。由於原處分認定事實、適用法律均有錯誤，原告遂依法提起訴願，不料遭行政院○○年○月○日院臺訴字第1021111號訴願決定駁回，因而提起本件行政訴訟。

雙方不爭執事項

- 一、 本案相關產品市場為WBC產品市場；地理市場則為臺灣地區市場。
- 二、 參與鑽石會議之廠商為WBC產品市場之水平競爭者。相關廠商101年之市場占有率如被告機關處分書附表三「WBC廠商市場占有率整理表」所示。
- 三、 原告確有派員出席鑽石會議（會議統計資料如被告機關處分書附表一所示），但並非每次均出席會議。
- 四、 各廠商WBC產品之94年至100年月平均價格如被告機關處分書附表二所示。

本案爭點

- 一、原告與其他相關廠商是否有外部一致性行為存在？所謂外部一致性行為是否包括「某個上、下限價格範圍內」之一致？原告為定價決策時，「預知競爭廠商未來訂價」或「僅知悉競爭廠商前期歷史價格」間之差異，對一致性行為之認定有無影響？
- 二、原告與其他相關廠商是否具有「合意」？被告機關是否已盡舉證責任？對證據之採用有無違背證據法則？
- 三、倘認為有合意存在，原告與其他相關廠商間是否約束彼此事業活動？
- 四、倘認原告有與其他競爭廠商合意，為約束彼此事業活動之一致性合意行為，該等行為是否足以影響商品交易供需之市場功能，而構成公平法所稱之聯合行為？又如認有足以影響商品交易供需之市場功能，其起迄時點為何？
- 五、被告機關認定適用修正後之公平法予以裁處，有無違反法律不溯及既往原則或行政罰法第 5 條「行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。」所揭示之「從新從輕」原則？
- 六、被告機關關於「情節重大」之認定及對原告之裁罰金額有無裁量違法情事？

理由

一、原告與其他競爭廠商間並不構成一致性行為

(一) 一致性行為指行為人有外在行為一致外，尚須彼此間有意思聯絡而形成瞭解或共識

按我國公平法第 7 條第 1 項及第 3 項分別規定：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意……」，「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」。可知「合意」為構成聯合行為之要件；然而，由於主管機關以契約或協議直接證明聯合行為合意之困難，實務上一般採取「一致性行為」理論作為證明聯合行為「合意」之方法，合先敘明。

所謂「一致性行為」，係指兩個或兩個以上事業，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」方式，就未來之市場行為，達成不具法律拘束力之共識或了解，形成外在行為之一致性¹。依據被告機關於其第 397 次委員會議中所提出之一致性行為要件²，認為如事業就市場競爭之項目具有外觀行為上之一致，並且客觀上有意思聯絡之事實，且主觀上對於未來市場行為達成共識或瞭解，進而具有共同目的，彼此之間即該當一致性行為。申言之，被告機關如欲依據一致性行為理論認定行為人構成聯合行為，除應證明行為人外觀行為一致以外，尚須證明行為人彼此間具有意思聯絡而達成共識或瞭解，任一要件不符，即非「一致性行為」，不能認定有聯合行為之「合意」。

1. 外觀行為一致之認定標準

按外觀行為之一致性，固非以調漲後價格完全相同為必要條件，而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，此有最高行政法院 92 年判字 1733 號判決可資參照，然上開判決亦明確表示，在外觀行為一致性之判斷上，行為如非完全相同，至少也須具備「類似性」。故如事業之外觀行為差異如已逾越合理之範圍而不具備類似性者，即難謂該當「外觀行為一致」之要件。

¹ 最高行政法院 102 年判字 67 號判決謂：「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之共識或瞭解，形成外在行為之一致性…」；行政院公平交易委員會，認識公平交易法 12 版，頁 139。

² 附件一：廖義男、何之邁、范建得、黃銘傑、石世豪、劉華美，公平交易法之註釋研究系列(一)第一至十七條，九十二年合作研究報告七，頁 306-307，92 年 12 月。

至於類似性之判斷，參照被告機關在其他涉及「價格」聯合行為之處分案件，參與聯合行為廠商間價格之差異，至多僅為 500 元，從未有價差超越 500 元仍認為具有類似性之案例。如 95 年台灣水泥等公司聯合漲價處分案³，被處分人台泥與宏益 3000 磅預拌混凝土之價格差異，在三次調查時⁴，分別僅有 90 元、190 元、20 元。又如 90 年工業用紙聯合漲價處分案⁵，被處分人正隆、永豐餘、榮成於三次調查時之價差⁶分別為 200、500、500。可知類似性之判斷，於被告機關實務上有一定之標準可供參考。

抑有進者，除價格差異外，關於「類似性」之判斷，更應著重**符合聯合行為意義**之外觀行為。以競爭廠商間價格之聯合行為為例，並非協議後所調整之價格百分比類似(如同步調漲 3%)，即得認定外觀行為一致，蓋各廠商原始商品售價可能即有所不同，縱調漲幅度相同，調漲後價格差異亦將與原價差有異，勢難以維持廠商間之均勢，而導致競爭，破壞原聯合行為欲使「共同利益最大化」的目的。故在涉及價格之聯合行為，行為外觀上之一致，即原告與各家公司「各期價格調整百分比之比例」亦應維持一穩定之比率，維持各家廠商均勢之狀態。

2. 具有意思聯絡或有其他間接事實

按一致性行為理論中「意思聯絡」之要件，並「非」以事業間有任何形式之接觸或資訊交換行為即屬之⁷。參照被告機關本身 88 年公處字第 070 號處分，所謂「意思聯絡」，必以事業間有交換「相互的營業策略」或「商業情報」等「敏感性市場資訊」始足⁸，而所謂敏感性市場資訊指足以減損事業競爭之資訊，如事業產品之價格、數量等有利於事業爭取交易之競爭參數。故事業間如僅單純討論商品之「過去歷史價格」，而未涉及「將來價格」者，則難認事業有作成任何關於價格之限制競爭協議⁹；具體而言，依據被告機關過去處罰案例，構成所謂敏感性資訊者多限於當事人間交換「建議不要再殺價」或「不應再低價競爭」等資訊¹⁰，始認定有敏感性資訊之交換。在比較法上，美國聯邦最高法院亦採類似之見解¹¹。

(二) 原告與競爭廠商並無一致性行為存在

1. 原告與本件競爭廠商之價格不具類似性，故不該當「一致性理論」之要件

依前述最高行政法院 92 年判字 1733 號判決，事業間漲價時間相近、漲價幅度或金額為相同或類似者，即構成「外觀行為一致」。然查，本件原告與其他 WBC 廠商於 94 年起至 101 年止，諸月價差均遠高於既有實務認定構成外觀一致之最大價差範圍(即 500 元)。以 97 年 1 月 31 日為例，原告與三月、傑尼斯、吉本、樂勇等廠商 WBC 每噸的價差分別是 740、960、855、650 元；以 99 年 6 月 30 日為例，每噸價差則分別為 710、1000、851、649 元，其餘月份亦皆呈

³ 公處字第 095052 號。

⁴ 被處分人台泥與宏益於 93 年 10 月，3000 磅預拌混凝土的價格分別是 1610 元與 1700 元；93 年 12 月的價格分別是 1610 元與 1800 元；台泥與鳳勝於 94 年 1 月 3000 磅的價格分別是 1730 元與 1750 元。

⁵ 公處字第 099054 號。

⁶ 被處分人正隆、永豐餘、榮成於 99 年 1 月紙張售價分別是 12200、12000、12000；99 年 2 月分別是 14500、14000、14300；99 年 3 月分別是 16000、15500、16000。

⁷ 馬泰成、吳德生、侯文賢，寡占市場「一致性行為」認定方法之研究-以麵粉業為例分析，行政院公平交易委員會，頁 67-68。

⁸ (88)公處字第 070 號：「…論斷上得依事業間有相同或類似之外在行為，且事業間曾有意思聯絡，如經由交換與競爭有關之敏感性市場訊息，或相互傳達營業策略，或直接進行商業情報之交換等，加以證明達成聯合行為(卡特爾)之合意…」。

⁹ 最高行政法院 102 年判字 67 號、100 年判字 608 號、92 年判字 1798 號參照。

¹⁰ (88)公處字第 070 號；(88)公處字第 071 號。

¹¹ Maple Flooring Manufacturer Association v. U.S., 268 U.S. 588 (1925)。

現類似情形¹²。由上述數據可知，原告自 94 年起至 101 年止，每月與數家廠商，包括三月、傑尼斯、吉本、樂勇等，WBC 每噸價差皆在數百元以上，甚者尚有達到每噸價差 1000 元者，加以 WBC 之買賣以噸計算，單筆交易之價差即可達數萬元，故本件原告與其他廠商之價格在外觀上差距甚大，實難認原告與競爭廠商間之價格外觀具有類似性，自不符合一致性理論之客觀要件，難謂原告與競爭廠商具有聯合行為之合意。

更有甚者，原告除在價格外觀上顯與競爭廠商不具類似性外，與各家廠商價格差異之比例，亦未維持一穩定均勢，自難認本件原告存有外部一致性行為。如以 94 年 8 月 31 日鑽石會議初開議之時為基準點，並以原告與三月、康定、希輝等公司為例。原告該期售價為 16870 元、價格調整百分比為 3.35%；三月公司售價為 17590 元、價格調整百分比為 3.23%；康定公司為 17230 元、價格調整百分比為 3.33%；希輝公司為 17340 元、價格調整百分比為 3.31%，而渠等價格調整百分比差距分別為 0.12%、0.02%、0.04%。以原告該期價格調整百分比為基礎，可得知原告每調整價格 1%，則三月公司即調價 3.58%；康定公司即調價 6.59%；希輝公司即調價 1.19%。然將往後數月各期數值逐一檢視，發現原告與其他競爭廠商之調價百分比差距並無維持於基期時之一定差距¹³，顯見原告與競爭廠商在鑽石會議後，並未依照約定維持均勢關係，反而在價格上產生更多新的競爭關係，而不該當事業為價格聯合行為時應有之外觀行為，自不符外觀行為為一致之要件。

2. 原告未與競爭廠商交換敏感性市場資訊，亦不該當「一致性理論」之要件

查原告雖自 94 年 7 月起至 100 年 4 月止參與由台灣 WBC 廠商共同舉行之鑽石會議，惟鑽石會議僅為非正式、不定期之同業聯誼聚會，其目的僅為增進同業情誼及台灣 WBC 廠商國際競爭力。而鑽石會議中所討論之資訊內容可分為三類，第一類資訊為目前各廠商產銷之概括情形，第二類資訊為對 WBC 原料市場未來之展望、未來廠商之產能運用、以及市場價格走勢之討論，第三類資訊則為未來廠商訂價之參考指標¹⁴，惟上述三類資訊均為「非敏感性市場資訊」或「非正確資訊」，故原告不該當一致性理論的「意思聯絡」要件，茲分述如下：

- (1) 第一類資訊中，各廠商目前產銷之概括情形、價格，不但是歷史資訊，且為公開資訊，各廠商可透過原料報價網站、先見雜誌、和新聞媒體等多種管道獲得，甚而於網路上即可查詢同業間 48 小時內之最新報價，事業亦可透過同業公會得知各家廠商之產銷近況¹⁵。故可知第一類資訊屬公開資訊而非「敏感性市場資訊」，交換此等資訊尚不符意思聯絡須以交換「敏感性市場資訊」為限之要求。
- (2) 又第二類資訊性質上雖屬「未來」之資訊，但亦非「敏感性市場資訊」。參照原告 98 年 3 月 17 日外出會議報告¹⁶，可知第二類資訊之具體內容為「…與會廠商認為台灣地區市場對 WBC 產品需求趨於飽和…未來市場前景有供過於求之趨勢，價格可能走跌。」等語。惟同業間聚餐聯誼，討論產業未來展望，交換彼此心得，僅係對市場現象為理性、經濟上之剖析，此在日常生活財經新聞上亦屬常見，亦非會造成「影響競爭」之未來市場資訊，實非聯合行為所欲規制之對象。故該等資訊應與聯合行為意義下之「敏感性市場資訊」有所區辨，不得僅因資訊涉及「未來」，即遽認為敏感性市場資訊。

¹² 原證一：漢點股份有限公司與各家廠商價差表。

¹³ 原證二：漢點股份有限公司與各家廠商調價比例差距表。

¹⁴ 參賽題事實 6。

¹⁵ 參賽題事實 3。

¹⁶ 原證三：漢點股份有限公司 98 年 3 月 17 日外出會議報告。

- (3) 第三類之資訊，內容為未來廠商定價參考指標，此種關於未來價格制定之資訊，依前述被告機關之見解，性質上固屬於「敏感性市場」資訊。惟需注意者，根據本件事實，參與鑽石會議之廠商所提供之資訊多為概括且難辨真偽之資訊，甚至往往提供相反、錯誤之情報，以達欺騙同業競爭者之效，此觀康定公司於 98 年 3 月 17 日鑽石會議中，片面提供一參考價格，卻在會後以低於該價格之售價出售之事實即明¹⁷。據此，縱鑽石會議中原告之代表曾聽聞其他相關廠商傳達價格調漲之「敏感性市場資訊」，但因該等資訊多為難辨真偽、甚而虛假之資訊，為廠商用以爾虞我詐之競爭手法，實難謂原告有交換「敏感性市場資訊」。

(三) 小結

綜上所述，所謂價格外觀行為一致性，雖不以價格完全相同為必要，惟本件原告與其他競爭廠商之價格每期差異巨大，明顯不具類似性；更何況，在歷次價格調整後，原告與其他競爭廠商並未維持原有之價格差異，難以維持廠商間之均勢，應難認有外觀之一致。退一步言，縱認原告與其他廠商之價格具有類似外觀，原告亦因未在鑽石會議中與競爭廠商交換「敏感性市場資訊」，並以之作為定價之決策，故根據一致性行為理論，應不得認原告該當「一致性行為」，具有聯合行為之合意。

二、原告與競爭廠商並無聯合行為之合意，且被告機關對此亦未盡舉證責任，其採證上亦有違證據法則

按被告機關欲使用「一致性行為理論」證明行為人具有聯合行為之合意，除應證明行為人外觀行為一致外，尚應證明行為人間具有意思聯絡。至於意思聯絡之證明方式，主管機關得以事業間有交換敏感性市場資訊之事實或其他間接證據證明之¹⁸，然主管機關所提出之間接證據，必須足以證明意思聯絡為外觀行為一致之「唯一合理解釋」¹⁹。又主管機關雖得於事業有同一外觀行為且有意思聯絡後，合理推定聯合行為合意之存在，惟行為人仍得以反證推翻該推定，此為我國司法實務之通見²⁰，合先敘明。

(一) 本件被告機關所提間接證據無法證明至「唯一合理解釋」程度，不能推定合意之存在

1. 被告機關所提間接證據

查被告機關認定原告與其他廠商具有意思聯絡，無非依據以下「間接證據」：
(1)原告自 94 年 7 月起價格調幅與其他競爭廠商幾乎相同²¹；(2)94 年起下游廠商發現 WBC 各廠商調價趨於一致，且同時減少折讓²²；(3)原告與康定、希輝 96 年 7 月、97 年 4 月調幅過近，價格不具競爭性²³；(4)原告與其他廠商調價時間點相近²⁴；(5) WBC 寡占市場之特性，以及媒體報導具有穩固聯合行為之作用²⁵；(6)原告與其他廠商在營運成本、產能、市場占有率、因應原料調漲之能力不同，調幅一致並不合理²⁶。惟查：

¹⁷ 參原證三；原證四：各廠商 WBC 月平均價格表。

¹⁸ 最高行政法院 102 年判 67 號判決。

¹⁹ 最高行政法院 99 年判 503 號判決；(88)公處字第 070 號；公處字第 095032 號亦同此說。

²⁰ 最高行政法院 99 判字 404 號判決參照；最高行政法院 102 年判字 251 號判決：「…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。」

²¹ 參原證四；原證五：公平會 101 年 12 月 1 日 101 公處字 203 號處分書理由五。

²² 參原證五其他事證。

²³ 參原證五理由六。

²⁴ 同前註。

²⁵ 參原證五理由七。

²⁶ 同前註。

2. WBC 價格升降幅度一致係市場長久以來之現象

按被告機關於原處分中以原告之價格調整幾乎與其他競爭廠商同幅，而認為原告與其他競爭事業彼此對於價格調整顯有高度共識之合意。惟如以各廠商 WBC 月平均價格表觀之，各 WBC 廠商不論是在 94 年 1 月 31 日鑽石會議尚未成立「以前」，或原告 100 年 4 月退出會議「以後」，價格均呈現同升同降之趨勢，故本件共同行為外觀，顯非各廠商意思聯絡所致。

3. 原告調價幅度和時間與競爭廠商相似，係基於「價格跟隨行為」

按本件中 WBC 市場屬於一「資訊高度透明化」²⁷之「寡占市場」²⁸，為兩造不爭之事實。而寡占市場中所謂之「價格跟隨行為」（學理上又稱為「有意識的平行行為」），係指寡占市場上因競爭激烈，事業在他事業採取某種行為後即需為相應之調整或變動，如不採取同一形式之行為，將導致同業間流血競爭或蒙受損害，經濟上屬不理智²⁹。實務上台北高等行政法院 101 年訴字 715 號判決即認，商家間雖成本結構不同，卻能於相近之時間調整相近價格，本即寡占市場廠商出於平行行為之正常現象³⁰。

應說明者，「價格跟隨行為」與「一致性行為」雖皆使事業具有共同的行為外觀，但二者最大之差異即在於有無「意思聯絡」，僅後者構成「聯合行為」³¹，不可不辨。

綜上，寡占市場中之廠商，基於寡占市場本身不輕易引起價格戰之特性，跟隨競爭廠商調整類似幅度價格，係本於自身經濟理性之考量，而非聯合行為之合意。然被告機關卻未能在原處分中說明何以原告與其他廠商間之共同行為外觀並非導因於「價格跟隨行為」，故無法「唯一合理解釋」共同行為外觀係出自於廠商間之意思聯絡。

4. 原告調價係「反應市場正常供需變化」

市場上生產者之成本上升或供需變化至一定程度時，價格便會隨之變動，此乃不爭之經濟現象。如系爭 WBC 市場，於 100 年起即因為市場上出現其他替代原料，導致消費者需求改變，進而造成各 WBC 廠商 100 年後價格呈現同幅下降之現象³²。而本件被告機關於原處分中，並未對 94 年 7 月鑽石會議成立以前，以及 94 年 7 月鑽石會議成立之後「WBC 市場供需狀況」以及「原告製造成本變化」提出任何資料。被告機關既無法得知原告調價時，究竟是基於生產成本之改變，抑或是基於市場供需之變化時，如何得「唯一合理解釋」意思聯絡即為共同行為外觀之原因。

5. WBC 市場結構與媒體事先紕漏調價訊息，非具有穩固聯合行為之作用

末查，被告機關尚以本件 WBC 市場具有「家數少，容易偵測及制裁聯合行為之悖離」以及「媒體報導」與「網站資訊披露」等有助於廠商為聯合行為之誘

²⁷ 參賽題事實 3。

²⁸ 參原證五。

²⁹ 附件二：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，台北大學「法學論叢」，頁 13-15，第 58 期。

³⁰ 同前註，判決以為：「…原告等成本結構不同，卻能於相近時間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。倘如被告所言，原告等成本結構及其他條件相異事業間之價格一致即可推論出其具有聯合行為，則諸多事業均應受到聯合行為之管制，如國內報業之價格幾乎皆為相同…，然各該產業內各事業之規模…也有所差異，若採取此種間接證據方法，則上開產業 莫不應受長期聯合行為之推論，其不合理自明。」

³¹ 台北高等行政法院 101 訴字 715 號判決：「在高度透明化的寡占市場中…，廠商對於產品價格之決策…最終往往與競爭對手採取相同之行動策略，因而造成渠等行為外觀之一致性結果。在此情況下，倘其並無聯合行為之合意存在，而僅係單純為自身利益以因應對手策略所不得不為者，一般稱之為「有意識之平行行為」或「價格跟隨行為」，即使其外觀上趨於一致，仍屬正當之競爭行為，尚難逕以聯合行為論之。」

³² 參原證一。

因，推論原告與競爭廠商間有聯合行為之合意。惟「家數少，容易偵測」，實係將寡占市場特性與聯合行為發生之必然性作不當之聯結，況本件中原告與競爭廠商間更不會存在任何「制裁悖離聯合行為」同業之手段，顯見被告機關所言僅為臆測，不足採信。至於「媒體報導」與「網站資訊披露」等情事更屬捕風捉影；按媒體報導及網站批露價格資訊，係因 WBC 價格對相關產業具深遠影響力，為重要商業新聞，此乃鑽石會議前即存於 WBC 市場之現象³³，何以被告機關逕以長久存在之第三方行為，解釋為協助原告聯合行為之幫手，此實為原告所不解。故被告機關所述本件具有為聯合行為之強烈環境誘因云云，亦無法「唯一合理解釋」共同行為外觀係出於廠商間之意思聯絡。

(二) 退一步言，縱認被告機關得合理推定聯合行為合意之存在，原告尚得舉反證推翻之

按原告參加會議之初，即是抱持本身為 WBC 業界之新進廠商，應多加參與同業活動、理解市場脈動之心態赴會，故原告在會中從未就「價格調整事項與其他相關廠商有任何之承諾」³⁴。而被告機關所稱鑽石會議中有「敏感性市場資訊」交換云云，實係因部分不肖廠商於會議中單方面提議與會廠商定價之參考指標³⁵，並尋求其他廠商支持，惟原告定價時均係按自身成本與其他廠商報價為考量因素，從未根據會議所得之資訊做為定價之參考標準³⁶。此對照原告 98 年 3 月 17 日外出會議報告：「...康定公司建議各廠絕對不要把價格壓低於每噸 17000 元以下...」，而原告於 98/4/30、5/31、6/30 之報價卻分別是每噸 16339、16040、16438 元³⁷即明，而自三月公司提出之陳述書，亦可得知部分廠商（包括原告在內），並未採納參考價格定價³⁸。故明原告並未與競爭廠商就價格調整有「合意」存在。

(三) 被告機關逕採寬恕政策檢舉人三月公司所提出之證據，卻未盡查證義務，採證上顯有違證據法則

查公平法第 35 條之 1 之「寬恕政策」，目的係使被告機關更容易取得事業間聯合行為之證據，避免舉證上之困難³⁹，惟此並不代表被告機關藉由寬恕政策所獲得之證據得不經查證，即用以認定事實。按本件檢舉人三月公司為原告等廠商之競爭對手，基於競爭廠商之利害關係，尚無法排除檢舉人係刻意陷害原告等廠商，藉以打擊競爭對手之可能。於此情形下，被告機關自應慎重使用檢舉人所提供之證據，並透過比對其他相關證據，如原告之陳述紀錄，以確認檢舉人所提證據之可信度。本件中，被告機關以檢舉人三月公司所陳述之：「會議有意就 WBC 價格達成合意」⁴⁰、「廠商大都尊重會議訂出之參考價格」⁴¹、「廠商間有參考價格 2%~5% 之價格協議」⁴²云云，即認定原告與競爭廠商間具有聯合行為之合意。然對於原告所陳述「本公司訂價係按自身流程，依照成本要素與其他廠商報價情況制定，從未與競爭廠商有過任何訂價協議」等語⁴³，卻置之不理，僅以「原告所述乃推卸之詞，並不足採」為由⁴⁴，逕自採用檢舉人之說詞。

³³ 參賽題事實 3。

³⁴ 參賽題事實 8、12。

³⁵ 參原證三。

³⁶ 參賽題事實 12。

³⁷ 參原證一。

³⁸ 原證六：三月公司 101 年 7 月 5 日到會陳述紀錄。

³⁹ 附件三：公平交易法第二十一條、第三十五條之一及第四十一條修正條文對照表，公平交易委員會，100 年 11 月 23 日。

⁴⁰ 參原證六。

⁴¹ 參原證六。

⁴² 參原證六。

⁴³ 賽題事實 11.12；參原證五。

⁴⁴ 參原證四理由五。

被告機關此種僅單方面擷取對被告機關有利之證據，並不詳加查驗證據可信性之行為，除有違寬恕政策之本意，而無法正確地發現聯合行為外，尚有違反行政程序法第 9 條及第 43 條，要求行政機關做成處分時應將對當事人有利、不利事實一律注意，並應斟酌全部陳述與調查事實結果之規定，其證據之採用自有違背證據法則。

(四) 小結

被告機關欲透過一致性行為理論證明原告與競爭廠商具有聯合行為之合意，惟原告並未與競爭廠商交換敏感性市場資訊，且被告機關所提出之間接證據尚不足以「唯一合理解釋」意思聯絡乃外部行為一致之原因，進而無法推定「合意」之存在。況縱被告機關所提間接證據足以推定合意存在，原告業已提出反證推翻之，亦即本件原告調整價格之行為，係本於反應市場成本與價格跟隨行為，且調價同幅本屬 WBC 市場之固有現象，故原告與本件其餘廠商間並無聯合行為之合意。

三、原告與其他相關廠商間並無約束彼此事業活動之行為

退一步言，縱認本件原告與其他廠商間有聯合行為之合意，但原告與相關廠商間並無約束彼此事業活動之行為，自不構成聯合行為。

(一) 約束彼此事業活動之認定

按公平法第 7 條第 1 項明文規定：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，**相互約束事業活動之行為**而言。」故「相互約束事業活動」為聯合行為成立要件之一，至於所謂「相互約束事業活動」之意義，乃指限制事業間之競爭，合先敘明。

1. 限制競爭之情形

通說認為事業之營業活動自由或競爭自由受到限制時，即構成限制競爭，而公平法第 7 條第 1 項所例示之價格、交易對象、數量等聯合行為客體（一般稱為「競爭參數」），乃事業可用以投入競爭之籌碼，如事業間彼此有限制競爭參數之使用與投入，並對事業產生拘束時，即構成限制競爭⁴⁵，如統一定價⁴⁶、瓜分交易市場⁴⁷、限定交易對象的選擇⁴⁸等。此外，事業間如有相互監督或處罰機制藉以落實限制競爭之實行，則更能確信事業間有相互約束事業活動之事實。

2. 聯合行為之合意須在限制競爭或產生限制競爭之效果

關於聯合行為合意與限制競爭之關係，我國實務兼採目的說與效果說⁴⁹，凡聯合行為合意之目的係為限制競爭、或實際上產生限制競爭之效果，即可認定事業約束彼此事業活動，構成聯合行為；如被告機關於 81 年公處字第 031 號處分即謂：「查被處分人所為有關訂定價目表之決議，有促使所有競爭關係之會員對此決議遵行之目的，復有共同決定服務價格之相互約束事業活動效果.....，已足以影響該特定市場之競爭功能，核其行為顯有違反公平交易法第十四條之規定。」可資參照。

(二) 本件原告與其他廠商間無約束彼此事業活動之情形

依據上開說明，本件原告與其他廠商間並無約束彼此事業活動之情形，其理由如下：

⁴⁵ 附件四：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，收於公平交易法施行九週年學術研討會論文集，頁 70，2001 年 8 月。

⁴⁶ 公平會 85 公處字第 198 號處分。

⁴⁷ 行政法院 84 年判字第 2037 號判決參照。

⁴⁸ 公平會 84 公處字第 127 號處分。

⁴⁹ 公平會 81 公處字第 031 號處分；公平會 89 公處字第 033 號處分。

1. 鑽石會議之「目的」並非爲了限制競爭

查鑽石會議成立目的，係爲增進廠商情誼，幫助同業掌握市場脈動，維持國際競爭力⁵⁰，而對於未來市場之展望、產品價格和產能運用等事項進行討論交流，其目的並非在於限制競爭。詳言之，針對廠商間交換市場展望和產能運用等資訊而言，該等資訊並非公平法第 7 條第 1 項規定之競爭參數⁵¹；至於討論未來可能之價格，雖涉及競爭參數，然相關資訊僅爲概括且難辨真偽之資訊，廠商甚至往往提供相反、錯誤之情報，足見鑽石會議成立之目的並非出於統一定價等限制競爭。

2. 鑽石會議並無產生限制競爭之「效果」

查鑽石會議中雖有部分廠商會「鼓吹」維持一定價格，然實際上各廠商並未依此訂價。例如在 98 年 3 月 17 日召開之鑽石會議中，康定公司雖提議下一季 WBC 之銷售價格，「希望同業能至少維持每噸約新台幣 17000~18000 元之穩定狀態，……但絕對不要再給折扣到低於新台幣 17000 元，以免造成彼此低價競爭，而有損毛利。」惟無論是各廠商該次會議後 98 年 3 月 31 日各廠商之月平均價格，抑或是往後數月之價格(如 98 年 4 月 30 日、98 年 5 月 31 日、98 年 6 月 30 日)⁵²，甚至是康定公司自己之價格，大都未依據康定公司之提議，而呈現出相當之價格差異，足見鑽石會議並未產生限制事業定價自由之效果。至於被告機關引用下游電池業者之陳述，表示自 94 年起陸續發現各上游廠商不約而同表示將減少原先之折讓幅度⁵³云云，惟鑽石會議中未曾就減少折讓幅度達成共識，各廠商價格折讓之減少應爲自行決策之結果，例如：原告即曾對長期往來之客戶提供更優惠之價格，以穩固客戶忠誠度⁵⁴。準此，各廠商既可自行決定折讓幅度，價格即具有相當之差異，並無限制競爭之效果。最後應強調者，針對鑽石會議討論之內容，並未設有相互監督或處罰機制，更可證明各廠商不具有相互約束事業活動之事實，故鑽石會議不具有限制競爭之效果。

(三) 小結

綜上所述，各廠商於鑽石會議中所爲之合意，其目的並非限制競爭，且亦未達成限制競爭之效果，各廠商之營業自由及競爭自由並未因此受限，是縱認鑽石會議有聯合行爲合意之存在，原告與其他相關廠商間亦無約束彼此事業活動，不構成聯合行爲。

四、 本件原告與其他廠商之行爲不足以影響商品交易供需之市場功能，不構成聯合行爲

再退一步，縱認原告與其他廠商間有合意，且有約束彼此事業活動之情形，惟上述行爲並不足以影響 WBC 商品交易供需之市場功能，從而不構成聯合行爲，茲將其理由分述如下。

(一) 影響商品交易供需市場功能之意義

按公平法第 7 條第 2 項：「前項所稱聯合行爲，以事業在同一產銷階段之水平聯合，**足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者爲限**。」故影響市場供需功能亦屬聯合行爲成立要件之一；換言之，事業間縱有聯合行爲之合意及限制競爭之行爲，倘對市場功能並未造成影響者，亦非公平法所欲規範之聯合行爲。又所謂

⁵⁰ 參賽題事實 4。

⁵¹ 公平法第 7 條第 1 項：「本法所稱聯合行爲，謂……共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行爲而言。」

⁵² 參原證四。

⁵³ 參原證五。

⁵⁴ 參原證五被處分人答辯說明。

「足以影響市場功能」，依據實務與學說⁵⁵之見解，僅須事業所為之共同行為，客觀上有影響市場供需功能之抽象危險性即為已足，並不以市場供需功能實際已受影響，或當事人確因此獲得利益為必要⁵⁶。

(二) 本件原處分未就原告之行為有無足以影響市場功能加以論述，該處分實屬理由不備，顯已違法應予撤銷

查原處分書中所述，「以附表三所示之 WBC 市場占有率觀之，一旦渠等事業決定調整 WBC 產品價格，國內下游業者僅能被迫接受而毫無其他選擇，顯對國內 WBC 市場功能產生極為重大之影響⁵⁷」。惟被告就此並未說明為何以 WBC 市場占有率表即可推知原告等事業調整價格將使下游業者被迫接受且毫無其他選擇，亦未論述對國內 WBC 市場產生多大之影響、影響程度為何、其判斷標準又如何，實屬處分理由不備，已然違法。

(三) 退步言之，被告或基於「可察覺性理論」認定原告之行為足以影響市場功能，惟原告認為該等理由並不足採

按我國實務有採德國法之「可察覺性理論」，以「量的標準」和「質的標準」審查事業之聯合行為是否足以影響市場功能。所謂量的標準，乃於劃定相關市場後，以測定參與事業的總和市場占有率為斷，德國法一般以市占率達 5% 作為有影響市場功能之判斷門檻；至於質的標準，則以事業所為限制競爭參數影響競爭程度之高低為斷，凡對於核心競爭手段加以限制者，則被認定構成影響市場功能之可能性就越高。

惟如依可察覺性理論判斷事業是否足以影響市場功能，將產生以下不當結果：一、主管機關執法時，會認為只要事業市占率超過該門檻，就一定會對市場競爭功能產生影響，而不會深入調查；二、假設如某些產品在市場上非常強勢，事業無須達到一定的市占率，而僅需採取一定作為，即會對市場的競爭功能產生影響，然此種情形卻無法受到規制。故採取可察覺性理論將無法合理規制所有可能之事業行為，且市占率與影響市場功能亦非有絕對正相關聯，市占率對於不同市場之意義既不相同，故不應以可察覺性理論作為事業是否影響市場功能之判斷標準⁵⁸。

本案中，各廠商 WBC 市占率固超過 5% 門檻，惟被告機關並未深入調查原告等之行為，是否確實對市場競爭功能產生影響，顯不合理。再者，雖某些廠商於會議中建議各廠商須維持一定之價格範圍，惟該價格範圍影響競爭之程度並不高，各廠商仍有自由定價之空間，實際價差亦甚為巨大，故縱有限制價格，其影響競爭之程度並不高，不足以影響競爭市場之功能。

(四) 被告機關應以相關行為是否確實減少交易相對人選擇自由和限制競爭者競爭自由，判斷是否足以影響市場功能

雖聯合行為對於當事人事業活動自由，必定會產生一定影響，惟應以聯合行為有產生超越當事人間之影響，亦即對市場功能可能產生妨害者，始有管制之必要⁵⁹。至於市場功能是否有受到妨害之可能，應自交易相對人之選擇可能性有無遭受妨

⁵⁵ 附件五：汪渡村，公平交易法{增訂三版}，頁 102-103，96 年 9 月。汪教授認為：「足以影響市場功能之判斷，似不應採具體危險理論為依據，因聯合行為於公平交易法之評價中，已具高度反競爭性，故凡已構成聯合行為者，原則上公平交易法即應加以規範，除非聯合行為客觀上，卻未影響、妨礙價格及市場供需功能，使無加以禁止之必要。」

⁵⁶ 最高行政法院 99 年判字 184 號參照。

⁵⁷ 參原證五理由四。

⁵⁸ 附件六：廖義男、劉華美、吳秀明、莊春發、黃銘傑、蘇永欽，公平交易法施行九週年學術研討會論文集，頁 241-242，90 年 8 月。

⁵⁹ 參附件四，頁 72-73。

害，以及競爭者之利益是否被影響加以考察⁶⁰。進一步言，當事業之聯合行為有減少交易相對人選擇之空間，或是損害其在自由競爭市場機制下可得享有之利益；抑或自競爭者利益之角度觀察，在定價時有不採最大利益之售價，甚者有非參與聯合行為之事業受到排擠無法進入市場之情形者，方可認定相關事業行為有影響市場功能。就本件而言，縱認原告有與其他競爭廠商合意為約束彼此事業活動之一致性行為，因該等行為並未減少交易相對人之選擇自由與限制競爭廠商之競爭自由，應不該當影響市場功能之要件。

首先，各家 WBC 廠商每月定出之價格高低各異，如 96 年 8 月 31 日各廠商價格即有 16630、17360、16995、17115、17600 等高低不同價位⁶¹，且 WBC 原料具有高度替代性，客戶多以價格決定供應商⁶²，如廠商間價格仍有高低差異，可供交易相對人選擇，則應難謂原告之行為有減少交易相對人對於廠商之自由選擇空間。同理，WBC 下游廠商雖向被告機關陳述，各 WBC 廠商曾不約而同減少原先之折讓幅度，然因折讓後各廠商價格仍有顯著差異，此種情形應尚不足影響交易相對人對於廠商之自由選擇空間。況原告乃 WBC 市場之新進業者，為穩固客戶忠誠度，除自 94 年至 100 年間均將 WBC 售價維持在各廠中最低價格外，對於長期往來之客戶，亦提供更優惠之價格或折扣，從無停止促銷及折扣之情事，故原告對於下游廠商在選擇交易相對人時，反而提供更有競爭力之選擇，而非減少其自由選擇之空間。

再者，自競爭者之利益觀之，雖鑽石會議中曾制訂一定價格範圍供各廠商訂價參考，然該參考價格完全不具拘束力，各廠商之價格仍由其內部自行訂定⁶³，從未限定於同一價格或價格範圍內。況鑽石會議亦從未限制各競爭者不得有折扣或其他活動，各廠商仍得依其自身考量設計折扣或促銷手段以吸引客戶，故原告與競爭廠商所為行為並無限制競爭者之競爭自由。

綜上，原告與競爭廠商之行為並無減少交易相對人選擇自由，或限制競爭廠商之競爭自由，應不符限制市場供需功能之要件，而不該當聯合行為。

五、縱認原告與競爭廠商所為之行為足以影響市場功能，原告參與聯合行為之起點應為第一次參與鑽石會議時，而迄點應為原告最後一次參加會議

(一) 聯合行為起迄時點之認定

按聯合行為成立之時點如何判斷，依公平法第 7 條第 2 項文義解釋，應採事業具有聯合行為「合意時」，作為判斷基礎，被告機關過去之處分，亦同此見解⁶⁴。又關於聯合行為結束時點之認定，台北高等行政法院 96 年訴字 1484 判決曾謂：「... 該『實施合意』之行為，非僅為狀態之繼續，且為聯合『行為』之繼續，故聯合行為之『行為期間』，自應算至『實施相互約束行為結束』時為止。」；而被告機關之見解亦認為：「對於繼續犯違法行為之認定，自其參加系爭聯合行為之日起算，因其行為終止而終了，其量罰課責之違法期間為其聯合行為之開始至終止」⁶⁵。故事業如有為繼續性之聯合行為，其行為之迄點，應以事業不再相互約束彼此事業活動為斷，先予敘明。

(二) 本件原告參與聯合行為之起迄時點分別為 94 年 7 月及 100 年 4 月

縱 鈞院認定本件原告確實參與聯合行為，則原告係於 94 年 7 月參與鑽石會議⁶⁶，並在會中與競爭廠商形成相互約束事業活動之合意，故原告參與該聯合行為

⁶⁰ 同前註。

⁶¹ 參原證四。

⁶² 案例事實 1。

⁶³ 參原證六。

⁶⁴ 參附件五。

⁶⁵ 公平會 102 年公處字第 102096 號。

⁶⁶ 參案例事實 8。

之起點應為 94 年 7 月，至為灼然。次查原告於 100 年 4 月最後一次參加鑽石會議⁶⁷，此後便再無與競爭廠商有思聯絡之管道，實已無相互約束事業活動之可能。是以原告 100 年 4 月最後一次參與鑽石會議，即為其參與聯合行為之迄點。

六、本案應適用修正「前」公平法第 41 條 1 項之規定裁處，原處分適用修正後公平法第 41 條第 2 項，違反法律不溯及既往原則及行政罰法第 5 條規定之從新從輕原則

(一) 行政機關為裁處時，不得違反法律不溯及既往原則及行政罰法第 5 條從新從輕原則

所謂法律不溯及既往原則，係指法律僅能於制定後向將來生效，不得溯及既往對制定前已完結之行為發生規範效力；人民行為時所信賴之法秩序，如事後因立法者之政策考量予以調整，原則上不得追溯變動先前法秩序下所保障之權益，否則即與信賴保護原則相抵觸。故基於法律安定性及信賴保護之要求，法律不溯及既往為憲法上拘束立法、行政及司法機關之基本原則，行政機關作成行政處分時自應受到拘束，實務亦肯認之⁶⁸。

而所謂「從新從輕」原則為行政罰法第 5 條所明定⁶⁹，行政罰原則上適用行政機關「最初」裁處時之法律，惟行為後法律變更，而裁處前之法律有利於行為人者，則應適用最有利行為人之法律。

(二) 被告所為之裁處違反法律不溯及既往原則及行政罰法第 5 條從新從輕原則

按公平法於 100 年 11 月新增 41 條第 2 項及第 3 項，其中第 2 項明定聯合行為「情節重大」之案件，得不受同條第 1 項罰鍰上限之限制；至於何謂「情節重大」，則由該條第 3 項授權主觀機關另訂辦法，而公平會係於 101 年 4 月始制定公布「違反公平交易法第十條及第十四條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法」（下稱計算辦法）。嗣被告於 101 年 6 月展開本案之調查，並於同年 12 月適用新法作成處分。惟基於以下理由，應認被告之法律適用，有違前開法律原則：

1. 本件應適用修正「前」公平法裁處之理由

查本件原告既已於 100 年 4 月既已退出鑽石會議，聯合行為於公平法第 41 條修正前業已完全結束，自應適用修正前之規定；另就行政罰法第 5 條之適用而言，本件被告雖於 101 年 12 月 1 日作成原處分，惟原告之聯合行為既已於公平法第 41 條修正前完成，而行為後變更之新法相較於舊法而言，又屬加重被處分人罰鍰之規定⁷⁰，不利於被處分人，故依同條但書之規定，應適用最有利行為人之舊法。惟本案被告裁處時卻援引修正後公平法第 41 條之規定裁罰，顯已違背法律不溯及既往原則暨行政罰法第 5 條但書之規定，適用法律顯有違誤應予撤銷。

2. 縱認原告行為結束時點為鑽石會議結束時，被告亦僅得依公平法第 41 條 1 項之規定裁處

退步言之，縱認原告聯合行為結束之時點為鑽石會議結束時點（即 101 年 1 月），當時公平法第 41 條固已修正，但該條第 3 項授權訂定之計算辦法則尚未制定發布，所謂「情節重大」，仍未有法規明確之認定標準，被告自不應溯及適用修正後公平法之規定。

⁶⁷ 參案例事實 9。

⁶⁸ 最高行政法院 90 年度判字第 1298 號：「所謂法律不溯及既往原則，係行為發生於法律施行前者，無施行於其後之法律之適用…。」，可資參照。

⁶⁹ 行政罰法第 5 條：「行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。」

⁷⁰ 參附件三。

申言之，系爭計算辦法之性質，為被告機關依行政程序法第 150 條第 1 項之規定⁷¹，基於法律授權，針對不特定多數人揭示何謂「情節重大」，其目的係在補充母法之構成要件，且直接對外發生法律效果之授權命令，仍有溯及既往禁止及從新從輕原則之適用（釋字 313 號、402 號、680 號解釋參照）。況系爭計算辦法尚有獨立生效日期之明文，亦即自 101 年 4 月 5 日生效，無論如何，不得溯及既往適用⁷²。

查鑽石會議於計算辦法發布前（101 年 1 月）即已完全結束，自不應適用上開辦法；又依據行政罰法第 5 條之規定，由於該辦法係補充有關「情節重大」之處罰要件規定，故仍應有行政罰法第 5 條但書從新從輕原則之適用，即應適用修正前公平法第 41 條第 1 項之規定，蓋在本辦法制定發布前，公平法第 41 條 2 項雖已公布，但構成要件並不完備，無從適用，僅得依較有利於原告之第 41 條 1 項裁處。

七、被告關於「情節重大」之認定及對原告之裁罰金額皆有裁量違法之情事，應予撤銷

行政機關作成行政處分仍應受一般法律原則之拘束，行政程序法第 4 條定有明文。行政機關之裁量如有違反一般法律原則，即屬裁量違法之「裁量瑕疵」，行政法院仍得予以撤銷，合先敘明。

（一）本件不論原告之聯合行為係於 100 年 4 月或 101 年 1 月結束，均僅得適用修正前公平法第 41 條第 1 項之規定，罰鍰金額上限為 2500 萬

按本件原告之聯合行為應適用修正前公平法第 41 條之規定，最高僅得處 2500 萬元以下之罰鍰，業如前述，但本件被告機關卻裁罰原告 2 億元，顯有裁量逾越之違法情事。

（二）縱認本件得適用修正後公平法第 41 條第 2 項規定裁處，原處分裁罰金額亦顯有裁量違法之瑕疵

1. 現行公平法情節重大之認定與裁罰金額之審酌

縱認被告機關得適用修正後公平法新增之第 41 條第 2 項⁷³，以原告違反聯合行為情節重大為由，加重處罰，不受同條第 1 項 2500 萬元罰鍰上限規定之限制，然依被告機關發布之計算辦法第 2 條規定⁷⁴，其就原告違法行為嚴重影響市場競爭秩序之程度，仍應審酌各項法定事由並具體說明之。

又，被告機關按計算辦法第 2 條認定情節重大後，另須按同辦法第 4 條⁷⁵，以基本數額⁷⁶、再加上調整因素後⁷⁷，配合公平法施行細則第 36 條之各項因素，方能審酌決定被處分人之罰鍰額度。

⁷¹ 行政程序法 150 條 1 項：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」

⁷² 附件七：公平交易法第十條及第十四條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法第 8 條，公平交易委員會，101 年 4 月。

⁷³ 公平交易法第 41 條第 2 項：「事業違反第十條、第十四條，經中央主管機關認定有『情節重大』者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制。」

⁷⁴ 參附件七第 2 條。

⁷⁵ 參附件七第 4 條。

⁷⁶ 參附件七第 5 條。

⁷⁷ 參附件七第 6 條。

2. 本件原處分顯有裁量違法之瑕疵

(1) 本件並非情節重大

查各 WBC 廠商於鑽石會議中僅約定價格範圍，而非實際約定絕對價格，對於競爭者而言價格仍有差別而有競爭空間，影響競爭秩序並非重大；再者，原告於台灣 WBC 市場市占率僅佔 7%，比起其他廠商(如康定之 30%、希輝之 25%)，其於市場之地位亦非主要者，原告僅因其乃 WBC 之新進廠商，不便拒絕其他主導廠商之邀約而已，參諸計算辦法第 2 條之規定，本件實不應認屬情節重大之案件，不應適用現行法 41 條 2 項之規定。

(2) 本件原告參與之聯合行為橫跨新舊法，且絕大部分發生於舊法時期，被告機關於決定裁罰金額時，應加以審酌

另依據行政院訴願會院臺訴字第 1020146733 號訴願決定之見解，本件原告之行為雖橫跨新舊法，但在舊法有效期間者，仍應依行為時之法律，不得以違法行為繼續至新法施行時，即可將行為人舊法期間適用舊法之利益置而不論⁷⁸。惟原處分並未考量本案聯合行為之持續期間發生於舊法時期者長達 6 年 4 個月，進行會議 39 次，發生於新法期間者僅 2 個月，且只開過 1 次會議，比例上具有顯著差異，逕適用新法裁罰 2 億元，顯有裁量怠惰之違法情形。

(3) 被告機關漏未審酌本件存有減輕裁罰之事由

查鑽石會議始終為康定與希輝公司所主導，原告參與該會議僅因其乃 WBC 產品之新進廠商，不便拒絕其他廠商之邀約而已，原告並非聯合行為之主導者；再者，按本計算辦法第 6 條第 2 項之規定，原告於被告進行調查時，早已退出鑽石會議，並已停止違法行為，且事後亦配合被告調查相關情事，具有減輕裁罰之事由，惟被告卻完全無視於減輕事由而恣為裁罰，顯有裁量怠惰之情事。

(三) 小結

綜上所述，本件原處分應適用公平法第 41 條第 1 項，其裁罰金額上限為 2500 萬；退步言，縱認本件得適用公平法第 41 條第 2 項，惟原告違法情節亦非重大，且裁罰金額未斟酌原告參與聯合行為之期間絕大多數在舊法時期之情事，且具有減輕裁罰之事由，顯有裁量怠惰之違法，應予撤銷。

八、 結論

綜上所述，原告與其他廠商之行為不具外部一致性，且無意思聯絡，不符合一致性行為之要件，自不構成聯合行為；被告僅憑三月公司檢舉資料即認定原告違法，舉證尚有不足，且有違證據法則。退步言之，縱認原告與其他廠商具一致性行為，惟該行為並不具限制競爭之目的或效果，並未相互約束事業活動，亦難謂與公平法聯合行為之規定有違；再

⁷⁸ 附件八：院臺訴字第 1020146733 號，公平交易委員會，102 年 9 月 12 日。訴願理由書謂：「參酌最高法院 98 年度判字第 419 號判決意旨，以違章行為一完成即構成違章責任，並不以繼續至被檢舉時或原處分作成時為必要，繼續性之違章行為，固僅成立 1 次處罰，惟違章行為期間之長短仍作為處罰之輕重審酌重要之依據，苟違章事實跨越新舊法期間，依實體從舊程序從新之原則，違章事實在舊法有效期間者，仍應依行為時之法律，不得以違章行為繼續至新法施行時，即可將行為人舊法期間適用舊法之利益置而不論，原處分機關認訴願人持續之聯合行為期間跨越公平交易法第 41 條第 2 項規定修法前、後，惟該提高罰鍰之法律效果是否為訴願人於行為時所得預見可能？該行為應否依跨越新舊法期間而分段斟酌應處罰鍰金額？宜先予以究明。」

退步言，即便原告與競爭廠商有相互約束事業活動，然因交易相對人之選擇自由及競爭者之競爭自由，並未受到妨害，無影響市場商品交易功能，故原告之行爲仍不成立聯合行爲。

又 鈞院倘認定本件該當聯合行爲之要件，本件聯合行爲仍應適用修正前之公平法，故裁罰金額上限應爲 2500 萬；退步言之，縱認本件得適用第 41 條 2 項，惟原告違法情節並非重大，絕大部分發生於舊法時期，且具有減輕裁罰之事由，被告機關就此均未予考量，顯有裁量怠惰之違法瑕疵，實應由 鈞院予以撤銷，以維法治。

以上，狀請

鈞院鑒核，賜判決如答辯聲明，是所至禱。

此 致

台北高等行政法院 公鑒

中 華 民 國 1 0 0 年 0 0 月 0 0 日

具狀人 〇〇〇

撰狀人 〇〇〇

原證與附件清單：

原證一：漢點股份有限公司與各家廠商價差表

原證二：漢點股份有限公司與各家廠商調價比例差距表

原證三：漢點股份有限公司 98 年 3 月 17 日外出會議報告

原證四：各廠商 WBC 月平均價格表

原證五：公平會 101 年 12 月 1 日 101 公處字 203 號處分書

原證六：三月公司 101 年 7 月 5 日到會陳述紀錄

附件一：廖義男、何之邁、范建得、黃銘傑、石世豪、劉華美，公平交易法之註釋研究系列(一) 第一至十七條，九十二年合作研究報告七，頁 306-307，92 年 12 月

附件二：何之邁，平行行爲乎？一致性行爲乎？-評析中油台塑油品調價案，台北大學「法學論叢」，頁 13-15，第 58 期

附件三：公平交易法第二十一條、第三十五條之一及第四十一條修正條文對照表，公平交易委員會，100 年 11 月 23 日

附件四：吳秀明，聯合行爲理論與實務之回顧與展望—以構成要件之相關問題爲中心，收於公平交易法施行九週年學術研討會論文集，頁 149-232，90 年 8 月

附件五：汪渡村，公平交易法{增訂三版}，頁 102-103，96 年 9 月

附件六：廖義男、劉華美、吳秀明、莊春發、黃銘傑、蘇永欽公平交易法施行九週年學術研討會論文集，頁 241-242，90 年 8 月

附件七：公平交易法第十條及第十四條情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法，公平交易委員會，101 年 4 月

附件八：院臺訴字第 1020146733 號，公平交易委員會，102 年 9 月 12 日