

# 辯論賽題目分析

## ◎ 事實時序表

時間	事件內容
2003 年	漢點公司設立。
2005 年 7 月起	康定公司與希輝公司邀請臺灣 WBC 廠商定期聚會聯誼，稱「鑽石會議」。平均每月聚會一次。
2007 年起	韓國、日本，以及大陸 WBC 廠商開始參加聚會。
2008 年起	鑽石會議成為不定期聚會。
2011 年起	市場出現 WBC 之替代性材料，各廠商開始減低 WBC 之生產，重心移往其他原物料。
2011 年 4 月後	漢點公司決定此後不再派代表參加會議。
2011 年 11 月 25 日	新修正公平交易法第 35 條之 1（聯合行為納入寬恕政策條款）與第 41 條（提高違法行為罰鍰上限）生效施行。
2012 年 1 月後	韓國三月公司遭指控於 AHN 產品市場有違反美國反托拉斯法之行為，受到美國司法部調查，表示將不再參加鑽石會議。康定公司與希輝公司遂決定不再召開鑽石會議。
2012 年 4 月	韓國三月公司決定針對其於 WBC 產品可能涉及之違反反托拉斯法行為，全面性向相關法域競爭法主管機關申請適用寬恕政策。
2012 年 6 月	韓國三月公司向臺灣公平會提出寬恕政策申請，檢舉康定、希輝、漢點公司等廠商藉由鑽石會議，交換敏感性資訊，不法共謀壟斷 WBC 產品價格，構成不法之聯合行為。
2012 年 12 月 1 日	公平會作出處分，課處各廠商數額不一之罰鍰。公平會認定漢點公司違法情節重大，依照最新修正之公平交易法第 41 條之規定課處漢點公司 2 億元罰鍰。

一、 漢點公司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？漢點公司為定價決策時，「預知競爭廠商之未來定價」或「僅知悉競爭廠商之前期歷史價格」間之差異，對一致性行為之認定有無影響？

#### 代表「主管機關」之一方可主張之論點：

(一) 漢點公司與其他競爭廠商於 2005-2011 年間透過鑽石會議之意思聯絡，多次同步、同幅調整 WBC 產品價格，確有外部一致性行為：

1. 漢點公司自 2005 年起即與其他廠商定期輪流召開「鑽石會議」，利用會議經常性地交換 WBC 價格及產能運用等敏感性資訊，並共同協議 WBC 參考價格，作為各廠商未來定價之參考基準（參附件二：陳述紀錄），從而各業者之 WBC 銷售價格均於鑽石會議後之次月呈現同升同降現象長達七年，彼此價格調整時間與幅度均相當接近。
2. WBC 價格是按「月」調整，漢點公司與其他競爭事業就下游客戶之價格調整通知時點雖略有不同，然頂多僅數日差異，調整價格時點仍具一致性；再者，漢點公司與其他 WBC 廠商間雖未於鑽石會議中知悉其他廠商之具體產品價格（或該價格僅作參考用），但觀察「附表二、各廠商 WBC 月平均價格」，各廠商 WBC 銷售價格之價差仍在固定區間內<sup>1</sup>，各家之價格調幅設定率具相當一致性<sup>2</sup>。此種價格調幅區間將使下游廠商就 WBC 之進貨價遭鎖住，且下游業者搜尋各家競爭性價格作為議價空間及能力將會減少，產生限制競爭效果，自具有非難性。

(二) 漢點公司辯稱在鑽石會議中，各業者雖有提出可能的產品價格金額，因無從確認其真實性，故漢點公司仍係倚賴原料報價網站所提供競爭廠商產品之「前期歷史價格」決定自身 WBC 產品訂價，並進而主張各業者調價之一致性外觀，與業者是否參與鑽石會議無關，不能以此認定聯合行為云云。然而，各業者縱無從透過鑽石會議知悉其他競爭者調價之具體確切金額，但其可因參與鑽石會議並與競爭者間交流而得知競爭者之產品決策及對未來市場預測，如再輔以網站揭露之前期價格資訊，鑽石會議之參與廠商自得合理預期其他競爭者之調價幅度與價格，造成業者有默契地達成價格調整之一致性結果，故公平會認定本案係因聯合行為合意方產生一致性行為，係屬有據。

#### 代表「漢點公司」之一方可主張之論點：

(一) 漢點公司與其他競爭廠商並無外部一致性行為

1. 以「共同決定價格」而言，觀察「附表二、各廠商 WBC 月平均價格」，漢點公司與其他廠商之 WBC 實質銷售價格有顯著差異，每公噸價差甚至可達 150~990 元不等，公

<sup>1</sup> 例如漢點公司與三月公司就 WBC 價差固定在每噸 950 元上下、與康定公司價差固定在 350 元上下、與王師公司價差固定在 150 元上下等等。

<sup>2</sup> 若以漢點公司與康定公司及希輝公司之比較為例，2007 年 7 月時，漢點公司之每銷售單位（噸）價格與前月之每銷售單位（噸）價格調幅落差為 14.75%、康定公司之每銷售單位（噸）價格與前月之每銷售單位（噸）價格調幅落差為 14.43%，希輝公司之每銷售單位（噸）價格與前月之每銷售單位（噸）價格調幅落差為 14.31%，三家廠商之報價落差極為一致；此外，2008 年 4 月時，漢點公司之每銷售單位（噸）價格與前月之每銷售單位（噸）價格調幅落差為 1.09%、康定公司之每銷售單位（噸）價格與前月之每銷售單位（噸）價格調幅落差為 1.06%，希輝公司之每銷售單位（噸）價格與前月之每銷售單位（噸）價格調幅落差為 1.03%，三家廠商之報價落差亦極為一致。

平會所稱業者間之價格調整相近並非事實。況且，漢點公司相較於其他廠商乃新進事業，倘漢點公司真有聯合行為合意，又何必與其他業者產品形成一定價差以積極爭取新客戶？

2. 另以「共同調整價格時點」而言，公平會雖稱漢點公司與其他廠商調整價格之時點相近，但公平會卻忽略調整時點相近乃是本案 WBC 市場之交易常態，而與是否有聯合行為合意無關。舉例而言，漢點公司於 2011 年 4 月即不再參與該會議，但漢點公司基於市場消費習慣，仍與其他有繼續參與鑽石會議之業者均在相近時間點為價格調整決定，公平會僅因業者間調價行為相近，就認為漢點公司必有參與聯合行為之合意，顯然欠缺論理。
  3. 退萬步言，縱認漢點公司與其他廠商有同步、同幅調價行為，但在寡占市場情形，價格追隨行為並不違反經濟理性。學說已指出：「寡占市場上之廠商家數少且力量相當，彼此透明度高，因此如果其中一家廠商調高價格，其他廠商通常亦會跟進，以獲取利益（價格領導），又如果意圖以降低售價來提高市場占有率，其他廠商亦會很快跟進降價，以免喪失其占有率，從而可能引發價格大戰，而領導降價者因為利潤降低，實際上亦無利可圖，是亦無片面調漲或降價之動機。**從而寡占市場上之廠商行為有相當程度的一致性，實屬正常，故尚不能以事業有外觀一致之行為，逕認渠等就此已有某程度之合意或意思聯絡<sup>3</sup>。**」本案 WBC 市場屬寡占市場，是漢點公司如有與其他廠商同步、同幅調整價格，亦屬符合經濟理性之有意識平行行為或價格跟隨行為，公平會不能僅因本案外觀上有相近調整幅度與時間就認定有聯合行為。
- (二) 鑽石會議中各業者雖有提及未來產品預期價格，但各業者都知悉會議中所探得價格資訊之真實性並非無疑（例如有廠商故意將銷售額報高一些，避免被同業認為業績不佳。尤其關於未來價格調整方面，有些廠商有時甚至會刻意提供相反的情報，例如預計要跌價卻於會中告知同業將調漲價格等，以達欺敵之效），足見業者並無欲透過鑽石會議達成對於彼此產品價格產生拘束之效力。在此情事下，漢點公司仍係基於原料網站所公布競爭廠商之前期歷史價格，作為本身產品價格參考依據。是縱使漢點公司之調價時間與結果與其他競爭者相近，但鑽石會議之參與者既未在會議中對於價格調整與否達成合意，公平會自不能將此種非出於合意的業者間一致性行為外觀，作為認定漢點公司有聯合行為合意之間接證據。

<sup>3</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，2006 年 6 月，第 157 頁。

二、 漢點公司與其他相關廠商是否具有「合意」？公平會是否已盡舉證責任？公平會對證據之採用有無違背證據法則？

### 代表「主管機關」之一方可主張之論點：

#### (一) 合意之認定

1. 自 2005 年起，漢點公司與其他廠商經由鑽石會議公開產品價格資訊與產能，會議間各業者亦藉寒暄，互相建議不要再殺價競爭，或提出漲價期待同業跟進，此有陳述紀錄（附件二）可稽，是可作為業者彼此對於價格調整有所合意之直接證據。
2. 退萬步言，縱認前述尚不足作為直接證據，但參酌實務見解，公平會仍得以間接證據合理推定漢點公司與其他廠商於 2005-2011 年間透過鑽石會議共同調整 WBC 價格，已有公平交易法第 7 條第 1 項之聯合行為合意：

(1) 所謂間接證據，**雖非直接證明違法事實本身，惟透過間接證據證明他項事實之存在，再藉由他項事實存在之證明，本於合理經驗法則之推理作用，形成與違法事實存在基礎結合，藉以認定違法事實之存在，其推理及認定過程，即與論理及經驗法則無違**（最高行政法院 99 年判字第 1036、503、502 號判決）。

(2) 歐盟法院在 1991 年 *Hercules v Commission* 一案中指出：「縱使業者間未明確表達同意參與有關市場行為之共同計畫，但如其知悉採取或遵從某種共同手段將會有利彼此商業行為之合作關係時，則當採取或遵守該行為時仍得視為聯合行為；甚者，業者為採取對市場將生有效規制效果之計畫，而先進行的協商或準備過程亦屬之。<sup>4</sup>」

(3) 最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決及 100 年度判字第 2181 號判決均曾指出：「所謂一致性行為（concerted actions），是指 2 個或 2 個以上事業，在明知且有意識情況下，透過類似聚會等機會交換經營意見，以意思聯絡方式就其未來之市場行為達成不具法律拘束力的共識或瞭解，形成外在行為的一致性。因此，若事業採取同一形式之外部行為，而經進一步調查確實有『意思聯絡』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、不同行為之替代可能性、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』。」

#### (二) 聯合行為之舉證責任分配

1. 最高法院 102 年度判字第 251 號判決明揭：「當執法機關對於取得聯合行為合意之直接證據（例如書面會議記錄）有困難時，**應採『合理推定』之方式，要推翻此項『合理推定』需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...**」由此可知，公平會欲認定漢點公司與其他競爭者有聯合行為合意，僅須達「合理推定」程度即可。另台

<sup>4</sup> "Conduct may as amount to a concerted practice even where the parties have not explicitly subscribed to a common plan defining their action in the market but knowingly adopt or adhere to collusive devices which facilitate the co-ordination of their commercial behaviour. Furthermore, the process of negotiation and preparation culminating effectively in the adoption of an overall plan to regulate the market may well also be characterised as a concerted practice." *Case T-7/89 Hercules v. Commission*, [1991] ECR II-1711, Para. 256

北高等行政法院 96 年訴字第 881、150、259、261、177 號判決，針對行政訴訟案件與刑事訴訟案件之證據證明度標準差異，亦明確闡釋：「參以行政罰與刑事罰相比較，刑事罰關乎人身自由，認定犯罪之證據『證明力』，通說認為必須『超越合理之可疑』，而行政罰對人民權益之侵害，遠低於刑事罰，其認定違規之證據證明力，以『優勢證據』為已足。」此等判決內容雖非針對聯合行為，惟同屬公平交易案件，就證據證明度的標準確認**無庸達到超越合理懷疑之程度**，『證據優勢』即為已足，應值參考<sup>5</sup>。

2. 最高行政法院及台北高等行政法院採上述見解，無非係考量業者間之聯合行為具有隱密性，執法機關不易取得聯合行為合意之直接證據等因素，從而認為僅須一致性結果與業者之聯合行為間有合理推定即可。換言之，如市場上多數業者同時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間就該次價格調整，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（證）明」其調整價格乃市場上客觀之供需變化因素所致。**
3. 歐盟法院也指出，**一旦主管機關證明事業就聯合行為有所參與，舉證責任即行轉換，應改由行為人舉證說明主管機關所提證據不足或推論不完整。行為人必須用盡辦法為其行為做出不同於聯合行為之解釋**<sup>6</sup>。申言之，當事者之企業，為共同一致之行為，自該各個企業之個別利益觀點而言，無從解釋之，僅能基於有共同之目標及計畫加以了解時，即可認為有該等合意存在（參見最高行政法院 92 年判字第 1798 號判決、臺北高等行政法院 89 年訴字第 2290 號判決）。本案中，各 WBC 廠商間同步、同幅調整產品價格行為，漢點公司雖辯稱可能係因業者間單純平行行為所致，但 WBC 產品品項眾多，且市場成因及生產成本變數複雜，依經驗法則及論理法則，漢點公司顯難以單純價格跟隨行為作為本案外觀行為一致性的合理解釋。

### （三）間接證據之採用

1. 本案 WBC 市場結構有利於聯合勾結之誘因：涉及聯合行為穩定性的兩大關鍵因素在於發現悖離及可信的制裁。按漢點公司之調價決定本質上有流失市場、競爭對手不跟價及競價風險，惟本案 WBC 屬寡占市場，市場上廠商家數少且參與聯合行為之廠商可容易偵測悖離及制裁之程度，從而有利穩定聯合行為的運作，是寡占市場事業間限制競爭之默契多無須利用設計懲罰之機制或書面協議即可達成。
2. 又事業間為鞏固卡特爾運作，可能設計各種幫助達成共識，或偵測、懲罰成員悖離，或防止新的競爭加入之促進機制（facilitating mechanism）而踐行、運作此等機制之

<sup>5</sup> 蔡孟佳、鍾佳純，論聯合行為合意之證明—以間接證據之證明與操作為中心，公平交易季刊第 17 卷第 4 期，2009 年 10 月，第 43 頁。

<sup>6</sup> "It remains, however, essential for the Commission to prove participation for each individual undertaking concerned. When this burden of proof is met, it belongs to the companies confronted with the evidence of their culpability to prove that this evidence is either insufficient or the conclusions based upon it are unsound. *id.* at 113. (citing opinion of Advocate General Sir Gordon Slynn in joined cases 100-103/80, SA Musique diffusion Française [1983] ECR 1825, 1931); see Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, Aalborg Portland A/S and others v. Commission, Para. 132.) (Holding that "[w]hen the Commission establishes that the undertaking in question has participated in an anticompetitive measure, it is for that undertaking to provide, using not only the documents that were not disclosed but also all the means at its disposal, a different explanation for its conduct.").

行爲，即爲「促進行爲」(facilitating practices)<sup>7</sup>。我國行政法院亦在中油與台塑兩大供油商聯合調漲油品批售價格一案中肯認「促進行爲」得作爲認定聯合行爲之間接證據(參見台北高等行政法院 94 年訴字第 2370 號、2390 號判決)。本案中，包含漢點公司在內之 WBC 廠商自 2005 年 7 月起即定期舉辦「鑽石會議」，固定就次月或次季之 WBC 價格提出自身之看法與期待，以供與會廠商作爲調價參考。會議之後，廠商另得依據 WBC 原料報價網站及國內商業雜誌所披露之 WBC 產銷資訊知悉彼此價格，作爲監督各家廠商是否確實遵照會議結論的工具，對於該等事業之調價行爲顯具有穩定聯合之作用。

3. 各廠商間 WBC 銷售價格存在價差，惟各家成本既然不同，價差維持於固定區間內<sup>8</sup>卻持續長達 6 年不變，可作爲漢點公司或其他廠商其間具有不爲競爭勾結默契之證據。
4. 其他經濟結構面證據可作爲推定合意之附加因素：
  - (1) WBC 產業之價格資訊透明度高，WBC 業者難有給予交易對象暗中折扣之機會，故有利於監督聯合行爲成員間對勾結內容之執行，使業者背叛可能性大幅降低，從而鞏固業者間之聯合行爲合意。
  - (2) WBC 乃生產電池之重要原料，雖市場上已有其他替代原料出現，惟替代原料目前尚未普及，市場對於 WBC 原料之依賴程度仍然很高，漢點公司與其他廠商無庸擔心聯合調價後下游會轉向其他替代原料，從而聯合調整價格有利於各家業者利潤之極大化。
5. 況且，市場狀況瞬息萬變，競爭對手可能採取之反應亦屬難測，故單純基於寡占市場所形成之自發性價格一致本係一種相當不穩定的狀態，一旦市場上稍有風吹草動，原先之均衡極可能瓦解，取而代之者則爲各家分歧之價格、甚至爲大規模之價格戰，此種情形在價格調漲時最爲顯著，**因所有事業都擔心自己是市場上唯一調漲價格者，而需承擔客戶大量流失之後果。是以，寡占市場下「有意識之平行行爲」多半出現於促銷價格時，即一方事業降價，其他事業爲避免失其競爭力、防止客戶流失，而多有跟進降價之現象**；相反而言，因率先調漲價格之事業將面臨其他競爭對手是否跟進之不確定性及市場流失之可能風險，故於一方事業提高價格時，其他事業爲爭取更多客源，多半會避免跟進調漲。易言之，**寡占市場「有意識之平行行爲」多出現於「跟跌不跟漲」之情況**。迺本案 WBC 廠商之價格調整卻同時發生在跟漲及跟跌之情況而與前述矛盾，漢點公司認爲廠商間之同步價格調整屬於寡占市場下之價格跟隨行爲，實無理由。
6. 另外，聯合行爲之合意，並非侷限於公司法人代表始得爲之，凡以其他之方式爲合意，仍足當之(參見最高行政法院 100 年度判字第 2181 號判決)。漢點公司主張參與者僅爲漢點公司之業務人員，會議形式上欠缺公司代表人或足以影響定價決策者參與，縱有一致共識達成，仍無產生聯合行爲合意之機會，委不足採。
7. 漢點公司聲稱係透過業務代表向下游廠商蒐集價格資訊，並依照市場競爭資訊及成本

<sup>7</sup> 蔡孟佳、鍾佳純，論聯合行爲合意之證明—以間接證據之證明與操作爲中心，公平交易季刊第 17 卷第 4 期，2009 年 10 月，第 18-19 頁。

<sup>8</sup> 例如漢點公司與三月公司就 WBC 價差固定在每噸 950 元上下、與康定公司價差固定在 350 元上下、與王師公司價差固定在 150 元上下等等。

因素綜合判斷後，按公司內部流程獨立制定產品價格，但其始終未能提出系爭期間調價決策之合理試算依據，不足說明其調價行為係出於自身決策。

8. 漢點公司雖稱業者間之調價行為乃寡占市場下正常價格跟隨行為，惟始終無法說明究竟何次調價行為屬何家業者所發動之價格領導、何次調價行為屬跟隨、又如何決策進行跟隨、時間差為何，以及 WBC 廠商間追價行為之情況，漢點公司主張價格領導與跟隨，並未舉證以實其說（參見最高行政法院 102 年度判字第 67 號判決）。

### 代表「漢點公司」之一方可主張之論點：

#### （一）合意之認定

漢點公司與其他廠商就 WBC 價格調整之外部一致性行為，充其量僅能視為「有意識平行行為」或「價格跟隨行為」而已，公平會所得證據不足推定漢點公司與其他廠商間存有聯合行為之合意：

1. 不論漢點參與鑽石會議之「意願」、「誘因」、「動機」為何，公平會不得將參與會議與聯合行為之合意混為一談：
  - (1) 根據公平會調查之「附表一：鑽石會議統計表」，僅能得知 WBC 廠商透過鑽石會議進行聯誼聚會。然而，衡諸國內產業現況，事業間互動頻繁係屬常態，故不能因廠商有參與聚會，就認為渠等對產品價格或數量有所協議。況且，漢點公司參與鑽石會議是出於禮貌，以及為促進產品競爭力而蒐集市場訊息，而非與其他業者有所協議以限制市場競爭。舉例而言，會議中不僅未曾出現漢點公司與其他競爭廠商達成價格或產能之協議，會後漢點公司亦無依據聚會所得資訊制定價格，其定價仍依照公司內部定價機制獨立為之。
  - (2) 由於鑽石會議並未有任何強制性，故廠商於該會議所提出數據之真實性，漢點公司向抱以懷疑態度。而各家廠商多僅提供概括性數據，顯見渠等資訊僅屬各業者對市場態勢之表述，尚非具體化致可確定雙方價格調幅之交易情況，不能率爾以聯合壟斷價格之意思聯絡稱之。
  - (3) 鑽石會議中各家廠商所鼓吹之銷售價格至多僅能稱為「建議」，而非合意。建議（Empfehlungen）在本質上並非一種合意，而係指行為人之一方將其主觀上認為值得遵循之價值與行為方式告知另一方，讓諸對方獨立自主地決定是否要依建議之內容而行。故建議之雙方當事人固曾有意思之「接觸」，卻尚無意思之「合致」<sup>9</sup>。建議雖可能導致共同形式之行為，而影響市場之競爭，惟一旦欠缺合意，便很難納入聯合行為之概念範圍，而僅屬現行法下之法律漏洞<sup>10</sup>，在法令修正以前，仍不得加以處罰。

#### （二）聯合行為之舉證責任分配

1. 在寡占市場結構中，市場愈是透明，愈易產生外觀上之一致性行為，惟光存在該一致

<sup>9</sup> 吳秀明，聯合行為理論與實務之回顧與展望，收錄於所著《競爭法制之發軔與展開》學術論文集，元照出版股份有限公司，2004 年 11 月，初版第 1 刷，第 48 頁。

<sup>10</sup> 吳秀明，聯合行為理論與實務之回顧與展望，收錄於所著《競爭法制之發軔與展開》學術論文集，元照出版股份有限公司，2004 年 11 月，初版第 1 刷，第 49 頁；相同見解，參見廖義男，公平交易法之理論與立法，自版，1995 年 10 月，初版，第 111 頁。

性外觀實不足以證明有聯合行爲，必待輔以其他證據推論出合意爲外部行爲一致性之「唯一合理解釋」時，始足當之：

- (1) 聯合行爲「合意」此一爭點之證明，或有法院見解認爲可運用間接證據法則，藉由間接事實（或謂「附加因素」）（如誘因、經濟利益、漲價時間或數量、不同行爲之替代可能性、發生次數、事業之成本結構、市場狀況及情報交換等）之證明，本於推理之作用而導出主要待證事實，亦即合意之存在，但必須此合意爲外部行爲一致性之「唯一合理」解釋，始足當之（參見台北高等行政法院 101 年度訴字第 715 號判決、100 年度訴字第 824、568 號判決、96 年度訴字第 973、732、1075 號判決）。
- (2) 依我國學者見解：「採用間接證據之一方，仍須證明間接事實之存在，並有義務充分說明該等事實之含意，以說服他人何以以此等周邊情況能夠『唯一合理』地解釋聯合行爲合意之存在。故原告或主管機關僅證明事業之行爲具有一致性者，尚不足以作爲認定被告違法之證據<sup>11</sup>。」
- (3) 歐盟法院也指出，平行行爲僅是一種表徵（*indication*），不能直接證明有勾結（*collusion*）存在。在考慮有無存在反競爭目的時，此種表徵不過只能被評價是平行行爲的必然現象而已<sup>12</sup>。歐盟過去案例經驗亦顯示，很難僅依經濟面證據便對事業課予罰鍰<sup>13</sup>。依歐盟法院見解，「平行行爲不能作爲證明一致性行爲存在之證據」，除非於考量產品本質、事業大小與數量、系爭市場之容量後，除彼此有協調外無其他解釋可能<sup>14</sup>。
- (4) 另觀察美國反托拉斯法實務發展，亦支持不能以客觀上平行行爲直接認定事業間存在聯合行爲合意。美國聯邦最高法院在 1954 年 *Theatre Enters., Inc. v. Paramount Film Distrib. Corp.* 一案如此敘述：「法院在認定有無合意（*agreement*）時，商業活動的確可作爲情況證據。但是本院從未表示，平行行爲毫無疑問即構成合意，或謂此行爲直接構成反托拉斯法之違反。有意識平行行爲之證據利用確實大大改變了法院傳統上對於共謀（*conspiracy*）的認定，但並未直接把有意識平行行爲解讀成反托拉斯法所禁止之共謀<sup>15</sup>。」由此可知，除證明被告有平行行爲之事實外，尚須

<sup>11</sup> 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，臺北大學法學論叢第 58 期，2006 年 6 月，第 159 頁。

<sup>12</sup> "Parallelism of behaviour for instance in price increases is only an indication and does not in itself constitute evidence of collusion and this indication can only be appraised in the light of the anticompetitive object that the parallel behaviour is supposed to have." (citing the judgement of the Court of Justice in Case 48/69 ICI, [1972] ECR 619, at paragraphs 66-68)

<sup>13</sup> "The past experience of the Commission has shown that it is very difficult to base a decision imposing fines on undertakings relying exclusively or in a large extent on economic evidence" *id.* at 117 (citing *Woodpulp* judgment of the Court of 31 March 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission*, joined cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85.)

<sup>14</sup> 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，臺北大學法學論叢第 58 期，2006 年 6 月，第 169 頁。

<sup>15</sup> "To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement. But this Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but 'conscious parallelism' has not yet read conspiracy out

附加其他可強化合意存在之額外事實證據（即附加因素"plus factors"），否則不足據以推論合意之存在<sup>16</sup>。

- (5) 其次，在 1984 年 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.* 一案中，美國聯邦最高法院判決更要求，如欲藉由間接證據舉證聯合行為合意的存在，必須其間接證據可完全排除當事人有任何基於獨立意思決定而行爲之可能：「必須有證據排除製造商及經銷商是出自獨立行爲...原告需提供直接或情況證據，證明製造商與他人間彼此承諾爲不法目的的共同計畫<sup>17</sup>。」並於 1986 年 *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.* 一案將此見解繼續延伸，認爲當無法確定平行行爲是出於正常競爭下的結果、或非法合意之結果時，此間接證據即無法用來認定合意存在<sup>18</sup>。其將案件發回原審時並再次強調，法院必須審視間接證據是否充分而毫無疑義，進而使法院可推斷合意或共謀的存在<sup>19</sup>。
- (6) 同樣在 2007 年 *Bell Atl. Corp. v. Twombly* 中，聯邦最高法院就使用間接證據證明合意更進一步闡述，認爲原告所提間接證據不能僅是對於平行行爲事實觀察的重複敘述，必須包含更多具體事證。間接證據「不能僅是標籤及結論，或是形式、表面性的重複敘述」，應超越純理論或推理的層次，令人得以合理相信被告間確有聯合行爲合意存在<sup>20</sup>。

---

of the Sherman Act entirely." *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537 (1954), 540-41.

<sup>16</sup> 蔡孟佳、鍾佳純，論聯合行爲合意之證明—以間接證據之證明與操作爲中心，公平交易季刊第 17 卷第 4 期，2009 年 10 月，第 27 頁。

<sup>17</sup> "There must be evidence that tends to exclude the possibility that the manufacturer and nonterminated distributors were acting independently. As Judge Aldisert has written, the antitrust plaintiff should present direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that the manufacturer and others 'had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective.'" *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), 764.

<sup>18</sup> "But antitrust law limits the range of permissible inferences from ambiguous evidence in a § 1 case. Thus, in *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), **we held that conduct as consistent with permissible competition as with illegal conspiracy does not, standing alone, support an inference of antitrust conspiracy.** To survive a motion for summary judgment or for a directed verdict, **a plaintiff seeking damages for a violation of § 1 must present evidence "that tends to exclude the possibility" that the alleged conspirators acted independently.** Respondents in this case, in other words, must show that the inference of conspiracy is reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed respondents." *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), 588.

<sup>19</sup> "On remand, the Court of Appeals is free **to consider whether there is other evidence that is sufficiently unambiguous to permit a trier of fact to find that petitioners conspired to price predatorily for two decades despite the absence of any apparent motive to do so.** The evidence must 'tend to exclude the possibility' that petitioners underpriced respondents to compete for business rather than to implement an economically senseless conspiracy. In the absence of such evidence, there is no 'genuine issue for trial' under Rule 56(e), and petitioners are entitled to have summary judgment reinstated." *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), 588.

<sup>20</sup> "While a complaint attacked by a Rule 12(b)(6) motion to dismiss does not need detailed factual allegations, **a plaintiff's obligation to provide the 'grounds' of his 'entitlement to relief' requires more than labels and conclusions, and a formulaic recitation of the elements of a cause of action will not do. Factual allegations must be enough to raise a right to relief above the speculative level.**" *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007), 555.

(7) 由上可知，公平會於行政訴訟中雖得採用間接證據，但**仍有義務充分說明該等事實之含意，以說服法院何以此等間接事實能夠「唯一合理」地解釋聯合行為合意之存在，否則難以認為其舉證已達「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信**，此際如經法院依職權調查證據，仍有待證事實真偽不明之情狀，公平會即應負擔敗訴之風險。

2. 本案中，公平會聲稱漢點公司與其他廠商間自 2005 年 7 月至 2012 年 1 月間每月均同步、同幅調價，但此僅能說明廠商間有寡占市場下經常發生之平行行為，此並不足以推論漢點公司與其他事業間具有聯合行為之合意。
3. 所謂「事實真偽不明」與否，與事實判斷所要求證明度高低息息相關。行政訴訟法第 189 條第 1 項所規定之「判斷事實之真偽」，雖未明白規定證明度，鑑於行政訴訟對人民權利保障及行政合法性的要求，裁判所認定之「事實」自需有充分證據加以證實，否則自無法達成行政訴訟制度存在之意義。**因此，行政訴訟所要求的證明度應是高度的蓋然性，也就是「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信**。基此，聯合行為之各項要件成就與否之證明，自應以同樣之證明度加以檢驗。
4. 另外，「採用間接證據認定聯合行為合意時，必其所成立之證據，**在直接關係上足以證明他項事實，而由他項事實，本於推理作用，足以證明待證事實，始為合法，若憑空之推想，並非間接證據**」最高法院 32 年度上字第 67 號判例業已論述甚詳。公平會調查之「附表一、鑽石會議統計表」，僅能證明 WBC 廠商有聚會事實，但不能因有聚會事實，就憑空推想廠商必有合意，否則仍屬間接證據之濫用。
5. 寬恕政策固可作為打擊聯合行為之利器，有利間接證據之蒐集，但因為申請者與其他同業間具有競爭關係，除得透過寬恕條款，獲得對自己有利結果外，亦可**藉由舉發同業犯罪而獲取經濟利益，使寬恕政策可能成為打擊競爭對手之手段一種**。為維持證據之客觀性及證明力，寬恕政策申請者所提出證據必須審慎待之，其所提供事證僅能作為公平會展開調查之起點，公平會須進一步蒐集其他「獨立」之衍生證據後，再以「自行調查」所得事證來證明事業違法聯合行為。本案中，公平會僅依與漢點公司有競爭關係之寬恕政策申請者所提供之「會議簽到表」、「鑽石會議統計表」，及其陳述紀錄，即認定漢點公司與其他廠商於 2007 年 2 月至 2012 年 1 月有聯合行為，實屬率斷。

### (三) 間接證據之採用

1. 漢點公司已提出相關事證說明該公司之 WBC 產品價格，通常係參考業務同仁自下游廠商蒐集到的價格資訊，並透過成本因素（原料、運費、工資及水電生產費用等）及市場競爭資訊綜合判斷後，依照公司內部定價流程制定。換言之，關於 WBC 產品是否調價、價格調整之時間、幅度均係由公司業務部門考量合理反映客觀市場供需及成本因素後所為之「獨立決定」。漢點公司既已能對產品價格調整幅度與日期為合理說明，倘公平會再以間接證據入人於罪，即屬間接證據之濫用，而與實務不合。
2. WBC 市場為寡占市場，寡占家數少，產品同質性高、且交易公開、透明。在此情事下，任一業者均無法掩飾其產品定價。是漢點公司縱不參與鑽石會議，亦可知悉其他廠商對外定價為何。是參與鑽石會議所知悉之參考價格實不具備特殊意義，亦與最終銷售價格間不具關聯。

3. 至公平會所稱寡占市場之價格跟隨行為應僅會「跟跌不跟漲」，實完全悖於學說及實務見解。蓋寡占市場中「有意識之平行行為」係指市場結構因僅有少數業者，其在決策時將會考量競爭對手之可能反應，從而透過有意識的模仿而呈現一致性的決策外觀，此種「有意識之平行行為」於價格調漲時均會出現，如學者即提及：「寡占市場上之廠商家數少，且力量相當，彼此透明度高」因此如果一家廠商調高價格，其他廠商通常亦會跟進，以獲取利益（價格領導）<sup>21</sup>；而美國司法實務亦同樣肯定有意識的平行行為可能發生於價格調漲時，例如美國聯邦第 11 上訴巡迴法院即認為「『有意識的平行行為』之產生，乃係基於寡占市場中之競爭者皆瞭解，倘任何競爭者採取降價策略，最後都會導致全體參與者之營收下降；從而使該市場競爭者之定價策略將會互為影響<sup>22</sup>」；另外歐洲法院在 *Woodpulp II* 乙案中，同樣認為倘寡占市場中之商品價格具有透明性，則確有可能使競爭者出現同幅漲價行為，而不能以同幅漲價即當然認定其間存有聯合行為之合意<sup>23</sup>。甚者，美國聯邦第一上訴巡迴法院在 *WILLIAM WHITE v. R.M. PACKER* 乙案中特別指出，加油站所販售之油品均質性高，消費者多會以價格及便利性為主要考量，故當寡占市場僅有少數加油站時，其即可迅速瞭解其他對手價格並隨時調整自身價格以為因應。在此條件下，加油站自會發現採低價策略僅會使其他對手亦同步調整價格而導致全體業者營收下降之惡果，從而不願採此低價策略；相反的，在此種寡占市場中，由一家業者做為價格領導者而帶動調漲價格則較為可能。按當該業者發現並無其他亦者跟進時，其僅需立即調回原價即可避免市場流失之風險<sup>24</sup>。
4. 資訊交換機制對於市場競爭及經濟福利未必帶來負面影響，「因為對廠商而言，廠商在擁有更多正確資訊下，可以幫助其選擇正確而最佳的策略；對市場而言，可減少價格波動，幫助市場運作至更接近完全競爭市場；對於消費者而言，交換資訊將有助於市場上資訊透明化，降低消費者蒐集資訊的成本，便於進行產品的比較，將更活化市場競爭。也因為廠商進行資訊交換有種種優點，有時政府甚至積極介入擔任資訊交換媒介或協助成立相關機構<sup>25</sup>。」因此在運用「促進行為」作為間接證據應特別小心，必須詳細分析及解釋其「反競爭效果」，不能夠僅因市場存有資訊交換機制便逕認構成違法聯合行為，故學者即謂：「惟應注意者，乃『促進行為』之外觀，可能沒有任何一點可責之色彩，甚或帶有些許促進競爭之效果，故欲說明其非難性，即**必須自其對經濟或社會福利抵銷之結果加以考量，從而『促進行為』理論之運用，必也須透過對該行為之分析與解釋，而非未經分析即可逕宣告違法**<sup>26</sup>。」

<sup>21</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，2006 年 6 月，第 157 頁。

<sup>22</sup> *City of Tuscaloosa v. Harcross Chems.*, 158 F.3d 548, 570 (1998).

<sup>23</sup> *Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85, A.Ahlström Osakeyhtiö e.a. (Woodpulp II)* [1993] ECR I-1307.

<sup>24</sup> *White v. R.M. Packer Co.*, 635 F.3d 571, 579 (2011).

<sup>25</sup> 李幼華，寡占市場一致性行為規範之研究，公平交易季刊第 10 卷第 2 期，2002 年 4 月，第 12 頁。

<sup>26</sup> 蔡孟佳、鍾佳純，論聯合行為合意之證明—以間接證據之證明與操作為中心，公平交易季刊第 17 卷第 4 期，2009 年 10 月，第 19 頁。

5. 況且，何種類型之促進行為得作為聯合行為之間接證據，於我國尚欠缺明確之法律規定可供事業遵循，其規範性及標準不具可預見性，不得輕易採之，否則對企業之正常經濟活動可能造成不當之「寒蟬」或「嚇阻」效果，不利市場之正常運作。於本案，WBC 原料報價網站、國內商業雜誌，以及新聞媒體對於 WBC 產銷數據所披露資訊，不僅廠商可以利用，消費者亦可免費、公開取得，價格實屬「透明」、「公開」，這些資訊交換機制反有利競爭秩序及消費者利益，不應逕以聯合行為之穩固機制視之。另外，漢點公司為提升自身於 WBC 市場競爭力之目的參與鑽石會議，屬合法蒐集市場資訊行為，如認定鑽石會議有穩固 WBC 廠商間進行違法聯合行為之效果，公平會就此「效果」必須予以舉證及分析。
6. 漢點公司固定派往參與鑽石會議之賈斯炳乃一般業務人員，並未被授權議價，於會議中無法與其他廠商達成任何有效協議或合意。再者，賈斯炳英語能力不佳，自鑽石會議開始用英語進行後即甚少在聚會中發言，或與日韓廠商交談，僅能證明固定出席會議，但未能顯示有積極參與議價之行為，而單純的沈默並不能被視為默示合意，必須在合意嫌疑事業之間對「沈默即為合意」存有具體的認知，或者有明確的證據證明一方的沈默具有被視為合意之意圖。

三、 倘認為有合意存在，漢點公司與其他相關廠商間是否約束彼此事業活動？

#### 代表「主管機關」之一方可主張之論點：

- (一) WBC 廠商間，基於鑽石會議之結論，對於價格有遵守默契，如有廠商偏離上次會議之定價趨勢，嗣後聚會恐會遭其他廠商的質疑與批評。就實際效果而言，廠商間在鑽石會議所談及之價格會產生引導實際價格漲跌之事實上影響力。同時，自漢點公司與其他廠商多年來同步、同幅調整價格之現象觀察，亦可證參考價格已約束廠商間之價格決策活動。
- (二) 根據「附件二、陳述紀錄」寬恕政策申請者所言：「...廠商大致上會尊重此參考價格，參考價格向來都是本公司重要的參考基準。」可見參考價格對於 WBC 廠商制定價格之重要性。
- (三) 一旦在鑽石會議上形成對於銷售價格趨勢之共識，各廠商主觀上已可期待其他競爭者將會跟進或將此價格作為其定價之重要參考，從而具備事實上之影響力。漢點公司業務人員（賈斯炳）出席會議通常做成如「附件三」之外出會議報告，向公司 WBC 產品定價決策主管（吳孝維）報告會議所得資訊。且根據「附件三」批示一欄，亦可見負責定價決策之主管對此資訊有所知悉。**不論漢點公司最後是否願意遵循參考價格，均無礙其已受到事實上影響。**
- (四) 如因漢點公司單方陳述，或外出會議報告批示簡陋，就認為漢點公司自始未受有拘束或影響之意，無異容許廠商得藉由內部文件製作規避責任，使聯合行為之禁止規定形同虛設。

#### 代表「漢點公司」之一方可主張之論點：

- (一) 依公平交易法第 7 條規定之聯合行為，必須事業間有「共同決定」、「相互約束」之行為特性，始能該當。「相互約束」係廠商間互相課予對方必須遵守聯合行為約定之義務，但漢點公司於鑽石會議中不曾與其他廠商達成任何價格或產能之協議，也不曾簽訂任何

具拘束力的書面文件。縱漢點公司知悉其他廠商之預期銷售價格，漢點公司亦不因此負有任何法律上、經濟上，或事實上之遵守義務，自不構成互相約束事業活動之要件。

- (二) 根據「附件二、陳述紀錄」寬恕政策申請者所言：「...大家都是口頭交換意見，不過對於說定的事，例如約好漲價或談定價格，大家一般都會尊重，只是事後若發現有廠商沒有遵守，同業也無可奈何。」由此可證，會中之參考價格並無約束事業活動之事實上效果，端視廠商是否自願遵行。
- (三) 負責 WBC 產品定價決策之主管雖透過業務人員之外出會議報告，得知鑽石會議中其他業者所提的參考價格，但因主管認為該價格資訊並不可靠，故仍係依公司內部定價流程獨立為價格調整，而不受會議結論之拘束。
- (四) 台北高等行政法院 100 年訴字第 824 號判決：「預告價與實收價一定折讓條件即屬價格競爭之所在，故而，**論證原告等間是否就價格為共同約定，是否約定限制價格之競爭，必須以實收價為討論基礎。**」WBC 具有高度替代性，客戶忠誠度不高，主要係以「價格」來決定供應廠商，最終銷售價格才是競爭的關鍵。因此即便廠商事先得知參考定價，但實際上經過適度之折讓及優惠後，最終實際銷售價與參考價格仍有所不同，公平會自不能僅以參考價格論斷本案。

四、倘認漢點公司有與其他競爭廠商合意，而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，而構成公平交易法所稱之聯合行為？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？

#### 代表「主管機關」之一方可主張之論點：

本案相關產品市場為 WBC 產品市場，相關地理市場範圍為全臺灣地區。漢點公司與其他廠商間自 2005 年 7 月至 2012 年 1 月間，透過鑽石會議形成對產品價格調整之合意，已足以影響臺灣地區 WBC 產品供需之市場功能：

- (一) 按公平交易法第 7 條規定，聯合行為人須與他事業有限制競爭之合意，始足當之，惟合意之方式，包括契約、協議及不問有無法律拘束力，而事實上可導致共同行為之其他方式均屬之，且**只須客觀上可能會發生限制競爭之結果，不以實際上確有限制競爭之效果為必要**（參見最高行政法院 92 年判字第 1906 號判決）。由此可知，公平交易法所非難之聯合行為，只要**達到「足以」影響市場供需功能之抽象危險即屬該當，並不以市場功能實際受影響為限。**
- (二) 根據「附表三、WBC 廠商市場占有率整理表」，參與本次聯合行為者包括漢點公司共有 9 家廠商，亦為臺灣地區 2012 年之前九大廠商（漢點公司排名為第 5）。渠等市場占有率總和高達 94%，顯見該 9 家廠商對國內 WBC 市場之供給具不可或缺性。渠等廠商倘為聯合行為，當無其他競爭者得以較有利之價格、品質或服務與之競爭，而必然形成市場箝制力量。因此，漢點公司與其他廠商等之聯合行為，將足以操縱 WBC 市場之價格，致使下游業者交易成本增加，確實影響臺灣地區 WBC 產品供需之市場功能。
- (三) 漢點公司與其他廠商間之聯合行為，對下游業者已造成實害，縱最後實際成交價格或有不一，然在此期間原料成本並無特殊變化下，漢點公司與其他廠商透過鑽石會議決定 WBC

產品之價格及漲幅，使得下游業者喪失議價能力，排除市場價格競爭之機制，對臺灣地區 WBC 產品供需之市場功能已造成實際影響。

- (四) 2011 年起，市場上雖有以其他原料取代 WBC 之發展趨勢，惟因該原料產能仍為有限，且價格亦與 WBC 有差異，其替代性尚不明顯而與 WBC 產品分屬不同產品市場。
- (五) 漢點公司雖主張 2005 年 7 月至 2012 年 1 月間，WBC 價格在鑽石會議召開後仍有 44 次係向下調降(尤其自 2010 年 10 月以後未再有價格揚升之情形)而未損及下游業者權益，不應認為有影響市場功能云云。實則，學者指出：「對於共同價格下跌的聯合行爲，是否可以因為對消費者有利而採放寬的態度，事實上從『影響市場功能』的角度觀察，**共同降價的聯合行爲，將使消費者『可期待利益』的落空，而有社會的非難性，因而有規範之必要**<sup>27</sup>。」廠商事前共同約定價格跌降，往往是出於避免業者間為爭取客源而低價搶市之目的，當然會壓縮下游業者原本可以享有之降價或折讓幅度，仍產生限制競爭之負面效果。
- (六) 依據檢舉人所附之會議統計表可知，漢點公司早在 2005 年 7 月起即曾主辦過鑽石會議，可證其至少於該月份起便參與價格合意行爲，而市場價格自此之後亦持續維持同升同降之趨勢至 2012 年 1 月，時間長達六年八個月，此期間價格之一致性未有例外，顯見漢點公司與其他廠商於此期間持續對於 WBC 價格有所合意，漢點公司影響市場競爭秩序之期間並非短暫，情節應屬重大。漢點公司雖主張其於 2011 年 4 月後便未曾派代表與會，足證至該時止漢點公司便未再與其他競爭者有所合意，然而是否出席會議僅為公平會認定有無聯合行爲合意之間接證據，縱未出席會議，但漢點公司卻仍持續與其他競爭廠商呈現 WBC 產品價格相同調整幅度之情事，此項一致性行爲外觀仍得作為合意之間接證據。

#### 代表「漢點公司」之一方可主張之論點：

- (一) 就市場供需功能面觀察，2011 年起，因為市場上出現其他替代原料，導致 WBC 價格開始下滑，各廠商為了維持以往毛利，開始減低 WBC 之生產，並將重心移往其他原物料，2011 年以後未再有價格揚升之情形，「附表二、各廠商 WBC 月平均價格表」亦可證此趨勢，是 2011 年起，聯合行爲已不足影響 WBC 市場之供需功能。
- (二) 再退步言，倘認漢點公司與其他廠商間 2005 年 7 月至 2012 年 1 月持續有聯合行爲，惟其中共有 44 次係屬於「價格調降」<sup>28</sup>之情形，並未對消費者造成不利影響，並未影響市場功能，故在違法行爲次數與所造成損害之認定上自應考量此等情事。
- (三) 漢點公司自 2011 年 4 月起即不再參加鑽石會議，是縱肯認公平會得以出席會議作為聯合行爲合意之間接證據，亦僅能認為漢點公司參與聯合行爲之時間點為 2005 年 7 月至 2011 年 4 月。按 WBC 產品價格資訊透明，本便容易產生價格跟隨行爲，公平會既無證據，自不得僅因漢點公司與其他廠商仍有相近之價格調整決策，就以鑽石會議之持續期間作為認定漢點公司參與聯合行爲期間之依據。

<sup>27</sup> 莊春發，論「足以影響市場功能的聯合行爲」，月旦法學雜誌第 69 期，2001 年 2 月，第 61 頁。

<sup>28</sup> 參考「附表二、各廠商 WBC 月平均價格表」，WBC 價格調降之月份有如下：2005 年 6、9、10 月；2006 年 5、8、10 月；2007 年 1、2、3、5、6、9、10、11 月；2008 年 2、3、9、10、11 月；2009 年 4、5、8、9、11、12 月；2010 年 2、5、7、8、10、11、12 月；2011 年 1~12 月。

五、公平會認定適用修正後的公平法予以裁處，有無違反法律不溯及既往原則或行政罰法第 5 條規定：「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？

#### 代表「主管機關」之一方可主張之論點：

公平會以現行公平交易法第 41 條第 2 項為本件裁罰依據，並未違反法律不溯及既往及行政罰從新從輕原則：

- (一) 最高行政法院 101 年判字第 263 號判決已明確闡明：「法律不溯及既往原則，乃在於對已經終結之事實，原則上不得因嗣後制定或適用新法，以改變其原有之法律評價或法律效果，至於繼續之法律事實進行中，終結之前，依原有法律所作法律評價或所定法律效果尚未發生，而相關法律修改時，則各該繼續之法律事實，原則上即應適用修正生效之新法，此種情形，並非對於過去已經終結之事實，適用終結後生效之新法，而係在繼續之法律事實進行中，以將來法律效果之規定，即非法律溯及適用，於法治國家法安定性及信賴保護之要求，原則上並無抵觸。」而最高行政法院 99 年判字第 4 號判決亦指出：「次按所謂法律不溯既往原則，係指政府機關适用法律應遵守法律之時間界限，亦即新訂生效之法規，對於法規生效前『已發生事件』，原則上不得適用；所謂『事件』，指符合特定法規構成要件之全部法律事實；所謂『發生』，指該全部法律事實在現實生活中完全具體實現而言。倘該事實跨越新舊法持續發生，新法縱然直接適用於法律生效後繼續發生的事實，亦無法律效力溯及既往可言。」
- (二) 按，現行公平法第 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。」係於 2011 年 11 月 25 日施行。漢點公司在該時點前固已未參加鑽石會議，惟聯合行為之認定本不以單一廠商是否繼續參與會議為限，而應視所有參與事業所達成之聯合行為效果是否仍持續存在而論。如觀察「附表二、各廠商 WBC 月平均價格」，即可發現漢點公司縱未參與會議，仍與其他廠商就 WBC 價格有維持同步、同幅調整價格之情事，足見漢點公司與其他廠商間所生之違法聯合行為依然繼續存在，漢點公司自不能僅以未參加會議為由而脫免責任。因此，鑑於漢點公司並未合理說明其何以在未參加會議後仍與其他廠商呈現近似之價格調整，自應認為本案違法聯合行為之事實仍持續進行至處分時，故公平會以處分當時之現行公平交易法第 41 條第 2 項作為本件裁罰依據，並未違反法律不溯及既往原則。
- (三) 另，行政罰法第 5 條規定所揭示之「從新從輕」原則係指「行為後」方發生法令變更。惟倘若行為係屬連續而未終結，因為仍屬於法律上之一行為，自應適用裁處時之法令規定，並無行政罰法第 5 條之適用餘地。按，漢點公司既然係持續與其他競爭者為聯合行為，則其固未再參與會議，但不影響該違法聯合行為之持續進行，是本件並無行政罰法第 5 條所謂「行為後」發生法令變更之情事，亦無所謂從新從輕原則之適用。
- (四) 縱如漢點公司所主張，即其聯合行為係於新法施行前結束，應適用修正前公平交易法第 41 條規定進行裁罰，從而公平會僅能至多裁罰其 2,500 萬元。然而，「裁處罰鍰的目的，除了督促行為人注意其行政法上義務外，還有警戒貪婪的作用，此於經濟及財稅行為，

**尤為重要**，所以如因違反行政法上義務而獲有利益，且所得之利益超過法定罰鍰最高額者，為使行為人不能保有該不法利益，行政罰法第 18 條第 2 項復規定：『前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。』...」臺北高等行政法院 99 年度簡字第 755 號判決已闡釋甚詳。考量漢點公司所得之利益已超過公平交易法該條之最高法定罰鍰額度，公平會自得依行政罰法第 18 條第 2 項規定在其所得利益之範圍內課予其罰鍰，而不受公平交易法該條所定之最高額限制。

#### 代表「漢點公司」之一方可主張之論點：

公平會以現行公平交易法第 41 條第 2 項為本件裁罰依據，違反法律不溯及既往及行政罰從新從輕原則：

- (一) 現行公平交易法第 41 條第 2 項規定乃於 2011 年 11 月 23 日新增，於 2011 年 11 月 25 日生效。依法律不溯及既往原則，公平交易法第 41 條第 2 項規定生效前，對於事業之聯合行為，公平會僅得依修正前公平交易法第 41 條第 1 項之規定裁處 2011 年 11 月 25 日前之行為，方符合法律不溯及既往原則，而按此規定，罰鍰金額上限為 2,500 萬元。
- (二) 司法院大法官釋字第 574 號解釋理由書明確表示：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。因此，法律一旦發生變動，**除法律有溯及適用之特別規定外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。**」是在公平交易法第 41 條第 2 項並無溯及適用之特別規定下，公平會自不得適用修正後之該條規定為裁罰，原處分明顯違反法律不溯及既往原則，動搖憲法法治國原則，有害法秩序之安定。
- (三) 漢點公司自 2011 年 4 月後即不再參加鑽石會議，縱參與會議可構成公平會所稱之聯合行為，該行為亦在新法施行前（2011 年 11 月 25 日前）均已結束，公平會卻以 2011 年 11 月 25 日後才施行之修正後規定作為裁罰依據，課處漢點公司高達 2 億元之罰鍰，顯將公平交易法第 41 條第 2 項規定溯及適用於法規生效前之行為，與司法院大法官釋字第 574 號解釋所揭示之法律不溯及既往原則有明顯違背。
- (四) 又按行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款、第 114 條第 1 項第 2 款、第 2 項前段規定：「行政處分以書面為之者，應記載主旨、事實、理由及其法令依據。」「違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百十一條規定而無效者外，因下列情形而補正：一、須經申請始得作成之行政處分，當事人已於事後提出者。二、必須記明之理由已於事後記明者。三、應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者。四、應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者。五、應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者。」**「前項第二款至第五款之補正行為，僅得於訴願程序終結前為之；得不經訴願程序者，僅得於向行政法院起訴前為之。」**行政處分所記載的事實及理由如有錯誤或缺，僅能於訴願程序終結前補正，公平會並不得於訴訟程序中始加以補充說明補正。本件公平會於訴願程序終結前，均未以行政罰法第 18 條第 2 項作為裁處罰鍰理由，在行政訴訟程序中即不得再主張行政罰法第 18 條作為裁處依據。況且，縱認公平會得依行政罰法第 18 條第 2 項規定而課予漢點公司高於公平交易法第 41 條所定之最高罰鍰額度，但行政罰法該條係規定「於所得利益之範圍內『酌量』加重」，而**公平會對漢點公司所課予之罰鍰卻從 2 千 5 百萬調整至 2 億元，兩者相差 8 倍之遙，顯非法條所指之「酌量」**。若公平會之見

解可採，則修正前公平交易法第 41 條之裁罰上限無異如同具文，且聯合行為之處罰效果對於人民而言亦不具可預見性，嚴重悖離行政罰法之基本法理要求。

- (五) 另按行政罰法第 5 條規定：「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。**」一般通稱為「從新從輕原則」。公平會於 2011 年 12 月 1 日作成處分當時雖已有現行公平交易法第 41 條第 2 項規定，惟修正前之裁罰上限僅為 2 千 5 百萬元，在比較新舊法後明顯可知修正前之規定對漢點公司較為有利，迺公平會卻以裁處時明顯對漢點公司不利之修正後規定，對漢點公司課以鉅額罰鍰，明顯違反行政罰法第 5 條所明定之從新從輕原則。

#### 六、公平會關於「情節重大」之認定及對漢點公司之裁罰金額有無裁量違法情事？

##### 代表「主管機關」之一方可主張之論點：

- (一) 依公平交易法第 41 條第 3 項規定所授權訂定之「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「情節重大案件之裁處罰鍰計算辦法」）第 2 條第 1 項及第 2 項規定，公平交易法第 41 條第 2 項所稱情節重大，係指「違法行為嚴重影響市場競爭秩序」，並由公平會審酌下列事項後認定之：一、違法行為影響競爭秩序之範圍及程度；二、違法行為危害競爭秩序之持續時間；三、違法事業之市場地位及所屬市場結構；四、違法行為於違法期間之銷售金額及違法所得利益；五、違法行為類型為共同決定商品或服務之價格，或限制數量、交易對象、交易地區等聯合行為。
- (二) 經公平會審酌所得事證，認為：一、漢點公司之違法行為影響競爭秩序範圍廣大且程度深遠：WBC 產品於國內為寡占市場，僅由數家廠商控制其價格，而漢點公司多次出席及主導與國內外同業間之「鑽石會議」，與其他競爭事業達成價格調整之合意，使下游業者取得 WBC 之價格受到限制，對市場交易秩序顯有嚴重妨礙；二、漢點公司違法行為持續甚久：本案聯合行為發生期間為 2005 年 7 月至 2012 年 1 月間，危害市場競爭秩序期間長達至少 6 年 8 個月之久，而原料產業價格在數月間即可有相當大變動，故此段期間對產業而言自屬長遠；三、本案 WBC 為下游電池產品之重要原料，從而可掌控下游電池產品之數量，在該產業結構中具有重要位置。又漢點公司與其他參與鑽石會議之業者於亞洲地區 WBC 市場具有龍頭地位，在臺灣地區市場市占率亦高達 94%，其市場地位顯然使其營運決策得以影響整體市場；四、漢點公司與其他競爭事業於近七年之聯合行為期間，每月均就 WBC 共同為價格調整，以每公噸近兩萬台幣價格售予下游廠商。期間調漲幅度最高曾達 12%，考量下游業者均係以相當規模數量進行訂購，故漢點公司之違法利益顯然高達百億元。縱上所述，漢點公司與其他競爭者共同就 WBC 之價格及數量為合意，限制臺灣地區市場影響甚鉅，核屬公平交易法第 41 條第 2 項所謂「情節重大」之案件，爰依公平交易法第 41 條第 2 項之規定，課處漢點公司上一會計年度全球營業收入 2% 之罰鍰，即新臺幣 2 億元。
- (三) 又，依照公平法第 41 條第 2 項規定文義，該條並未限制罰鍰僅能以特定市場收入為限，故公平會以漢點公司之全球營業收入為計算標準並無違反該條文義。況且，漢點公司係依臺灣公司法所設立之公司，此與外國公司因偶然因素而於我國法域受到裁罰兩者顯有

不同，漢點公司稱公平會如對跨國公司亦以其全球收入為裁罰計算標準顯非公平云云，自無於本案參考之處。再者，如公平會僅能以臺灣地區市場之營業收入作為裁罰計算標準，則恐將使企業透過財務運作方式輕易規避公平法之制裁，如此將與各國政府積極打擊聯合行為之趨勢背道而馳，反使我國成為聯合行為之避難天堂，有礙我國市場競爭機制之發展。

- (四) 另，行政機關依法行使法律賦予之裁量權，除其裁量有明顯權限濫用或逾越法定之裁量範圍或不符法規授權之目的之情形外，行政法院基本上應予尊重其裁量權（參見行政訴訟法第 201 條），且公平會係具有專門知識依法獨立行使職權之合議制機關，對於委員會審酌各種因素後所為之裁量決議，行政法院原則上自應予以尊重（參見最高行政法院 96 年判字第 1617 號判決、最高行政法院 100 年判字第 2181 號判決）。
- (五) 公平會堪認已充分審酌一切情狀，並無裁量怠惰情事，且所處罰鍰並未違反比例原則，亦無違法或不當之處，行政法院應予尊重。

#### 代表「漢點公司」之一方可主張之論點：

公平會並未依裁量因素具體敘明漢點公司之違法情事，逕認本案屬公平交易法第 41 條第 2 項規定之「情節重大」案件，而裁處漢點公司 2 億元之鉅額罰鍰，原處分顯有裁量怠惰及裁量濫用之違法：

- (一) 最高行政法院 100 年判字第 617 號判決明揭：「**行政法院對於裁量處分之司法審查，關於裁量權之行使部分，應審查行政機關行使裁量權之過程或結果**，是否有逾越權限或濫用權力，而以違法論之裁量瑕疵。」；臺北高等行政法院 99 年訴字第 2198 號判決亦指出：「公平交易法第 41 條已明文授權被告就違反該法之行為是否限期命停止、裁處罰鍰額度，乃至於前述手段之前後順序，逕依違規之事實情節而為專業之判斷，此即法律授權主管機關裁量權之行使，其行使固非放任，須遵守法律優越原則，所作之**個別判斷，亦應避免違背誠信原則、平等原則及比例原則等一般法的規範，於上述義務有違者，構成裁量瑕疵，而受司法審查。**」而歸納行政法院相關判決可知，行政機關之裁量是否具有瑕疵之考量因素包括：(1)行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊。(2)行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。(3)行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。(4)作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。(5)行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。(6)行政機關之判斷，是否違反平等原則，仍應由法院審查」（參見台北高等行政法院 96 年度訴字第 1117 號判決）。
- (二) 公平會認定本案屬於公平交易法第 41 條第 2 項規定之「情節重大」案件，但其對於漢點公司之行為如何構成「情節重大」並未詳述。查，原處分僅空泛陳稱：「經審酌被處分人多次出席及主導同業間『鑽石會議』，而與其他競爭事業達成價格調整之合意，對於國內 WBC 市場及其上、下游市場造成嚴重危害，誠屬情節重大，爰依『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』規定處分如主文。」但處分書中，並無從得知公平會係依照何種證據？何種計算方法？違法利益如何認定？抑或是基於何種考量作成 2 億元之罰鍰處分？在欠缺公平會之具體裁量行使內容時，行政法院自無從判斷原處分是否有其裁量是否有濫用而違反行政法一般原理之情事。

- (三) 公平交易法施行細則第 36 條明定：「依本法量處罰鍰時，應審酌一切情狀，並注意下列事項：一、違法行為之動機、目的及預期之不當利益。二、違法行為對交易秩序之危害程度。三、違法行為危害交易秩序之持續期間。四、因違法行為所得利益。五、事業之規模、經營狀況及其市場地位。六、違法類型曾否經中央主管機關導正或警示。七、以往違法類型、次數、間隔時間及所受處罰。八、違法後俊悔實據及配合調查等態度。」。惟查，公平會於處分書內並未敘明漢點公司各該當情狀、各項裁量權行使應斟酌之事實及認定事實所依據之證據，故原處分實有裁量怠惰之違法，應予撤銷。
- (四) 另按公平法第 41 條第 2 項規定：「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。」惟由公平法第 1 條立法目的可知，公平法之制訂乃在於「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭」，而基於對各國法域及主權之尊重，公平法所指之市場交易秩序或消費者自應係指我國而不及於他國。在此邏輯下，公平法第 41 條第 2 項規定所指之銷售金額亦應僅限於臺灣地區而言。尤其，對於跨國事業而言，如僅因其在特定法域下之違法行為就以其全球營收作為裁罰計算基準，恐將產生各國競爭主管機關重複計算裁罰金額之弊病，對該跨國事業更顯不公平。由上可知，本案調查範圍既為 WBC 之臺灣地區市場，則自應以漢點公司上一會計年度於「臺灣地區市場」營收作為裁罰基準，公平會卻以漢點公司上一會計年度之「全球」營收作為處罰基準，實有裁量濫用之違法，應予撤銷。
- (五) 漢點並無公平會所稱之違法情節重大情事，詳言之：
1. 蓋本案系爭產品雖屬生產鏈中之原料地位，但市場上亦開始有其他替代性原料出現，導致下游廠商對 WBC 之需求日漸下降，是縱有聯合行為合意，對於電池產品市場亦無重大影響。
  2. 公平會以漢點公司與其他參與鑽石會議之業者於臺灣地區市場市占率高達 94% 為由，就認為漢點公司有違法情節重大情事，顯然是將其他廠商所應負之違法責任均歸咎於漢點公司，違反行政罰之行為人責任至為明確。詳言之，漢點公司在臺灣地區之市占率僅為 7%，縱使漢點公司與其他廠商之市占率合計高達 94%，但公平會應針對個別廠商之市占率分別認定其違法程度，是公平會以與漢點公司無關之其他廠商市占率作為認定漢點公司違法情節重大之依據，顯然不合理。

公平會雖指稱漢點公司與其他同業聯合調漲幅度高達 12%，違法獲利甚高，然此數值實係為反映國際之原料調漲，原料商等為確保基本獲利，不得不跟隨國際原料價格。另值注意者，在公平會聲稱之聯合行為期間內 WBC 價格亦有多次調降情形。