

寡占市場中廠商之平行行為與 一致性行為——兼評中油、台 塑聯合漲價案

蔡宗儒*

摘 要

寡占廠商因市場結構的特殊性，本於自身經濟利益最大化之理性考量，廠商間會有意識的為價格跟隨行為，而導致寡占廠商互不競爭之結果。而此市場結構之因素所形成廠商間行為一致之現象，得透過賽局理論加以證立。因寡占市場中以有意識之平行行為為常，故實務上所面臨的難題為：當廠商間存在外觀一致之行為情狀時，其原因究竟是由於有意識的價格跟隨而來；還是廠商間存在聯合行為，而應受競爭法之非難？端賴公平會能否證明廠商間存在聯合之合意。

因為證明之困難，實務上便發展出「促進行為」理論，而認為當廠商間存在這些促進行為時，即得推論其間存在聯合行為之合意。然而，當存在促進行為時，該促進行為是否能當然地推論合意之存在，有所疑義。

中油與台塑間數十次透過媒體提前預報價格調漲，而達成一致之行為，即涉及上開問題。公平會認為兩公司間透過提前預報價格而為相同之調價行為，構成一致性行為，而予處罰。但在立論基礎上，以提前預報價格之調漲，而認為雙方間存在聯合行為之合意，如此推論，是否妥當？有無不當擴充「合意」之概念？值得深思。

* 國立台灣大學，法律系碩士班研究生

責任校對：法研一 民商法組 薛博仁

Conscious Parallel Behavior and Concerted Practice of Firms in Oligopoly Market -- The Case of Concerted Pricing between Chinese Petroleum Corp. and Formosa Petrochemical Corp.

Tsung-Ju Tsai

Abstract

Firms of oligopoly market usually behave similarly, because of the particular structure of the market in which firms interact with each other intensely. When one firm behaves, the others react immediately, and therefore, as one firm raises prices, his rivals, in their rationality, bound to behave in the way which is parallel to what the firm did. And this situation can be justified by "Game Theory". Even the conscious parallel behavior ends up in noncompetitive circumstances, but without any agreement by the firms, there's no reason to punish them. So it's difficult for Fair Trade Commission to prove that there exists agreement between firms in the oligopoly market.

The theory of Facilitating Devices is exercised in practice due to the difficulty of proving. When facilitating devices exist, Fair Trade Commission regards them as evidence to prove that there is cartel agreement between firms, and concludes that the firms violate the Competition Law. However, there are some doubts whether facilitating devices could be immediately regarded as the

existence of agreement or mutual understanding.

CPC Corporation and FPCC have similar price in recent years. Does this situation results from the preannouncement of price changes or just because the unique structure of oligopoly market? The Fair Trade Commission considered it as concerted action because of the mutual understanding of these two companies. But what does mutual understanding mean? Could preannouncement of price changes be regarded as mutual understanding? And why are the similar behaviors of these companies not conscious parallel behaviors? Those are problems worth to be discussed.

寡占市場中廠商之平行行為與 一致性行為——兼評中油、台 塑聯合漲價案

蔡宗儒

目 次

壹、前言	
貳、有意識之平行行為	
一、經濟分析	
(一)降價的情形	
(二)漲價的情形	
二、小結	
參、促進行為	
一、概念	
二、類型	
(一)提前預告調價(preannouncement of price changes)	
(二)最惠客戶條款(most-favored nation clauses)	
(三)配合競爭價格條款(meet-the-competition clauses)	
(四)保證最低價格(low-price guarantees)	
三、對促進行為應否非難？	
(一)一致性行為的主觀要件為何？	
(二)促進行為是否在一致性行為之規範範圍內？	
肆、中油與台塑聯合調價案	
一、事實概述	
二、公平會處分理由	
(一)當事人間存在以其他方式達成之合意，故不屬有意識的平行行為	
(二)以價格預報機制作為認定當事人間存在合意	
(三)且當事人間之聯合行為無法以反映成本為由加以駁斥	

三、台北高等行政法院判決理由

- (一)預告調價機制有助於促使雙方達成聯合調價之效果
- (二)預告調價機制之促進行為屬「其他方式之合意」之合意態樣
- (三)以「合理推定」之方式證明廠商間意思聯絡之有無
- (四)因中油與台塑之成本結構不同，故難認二者之共同行為符合經濟理性

四、評析

- (一)沒有預告調價機制之情形下，廠商仍可能達成行為之一致
- (二)一致性行為不以「合意」為必要？
- (三)「合理推定」的證明方式與「唯一合理」之證據證明度的齟齬？
- (四)成本在寡占市場中並非主要之考量

伍、結論

關鍵字：寡占市場、有意識的平行行為、一致性行為、賽局理論、促進行為

Keywords : Oligopoly Market, Conscious Parallel Behavior, Concerted Practice, Facilitating Devices, Game Theory

壹、前言

寡占市場中，因為廠商家數少，各自在市場占有率上佔有一席之地，所以每一家廠商所為之任何市場行為，馬上就會被其他廠商發覺，而對其他廠商的生意產生極大的影響，其他的廠商當然會立即予以因應，以避免自己的生意受到不利的影響。因此當某一廠商採取任何市場上的行動時，須顧慮其他廠商對其行動會有如何之反應，所以寡占廠商間任何的風吹草動，均會牽連地影響到所有的寡占廠商，此種情形可謂之寡占廠商相互之依存性。

而有意識之平行行為即是寡占市場廠商互動激烈下之產物。有趣的是，廠商互動越激烈，亦即，某一廠商一行動，其他廠商馬上就對該行動予以回應，到最後反而會導致不為競爭的結果。但此種外觀上不為競爭之情形係本於寡占市場之結構所使然，與廠商間藉由聯合行為之合意雖同樣獲得不為競爭之結果，但前者不受法律之非難，而後者卻為法律所禁止。由此可知，法律所欲非難者係廠商形成相同行為外觀之「行為責任」，而非僅因廠商間具外觀上相同之行為即予以處罰之「結果責任」。

所以，聯合行為主要即是在針對廠商間之行為。就理論上而言，有意識的平行行為與聯合行為，二者區別之標準在於廠商間對於一致之行為是否基於雙方之合意而來，看似極易區分，但在目前實務上，廠商形成合意時已甚少留下直接證據，例如廠商間簽訂採取一致行為之書面契約，可讓公平會容易地加以證明、處罰之，因此公平會對於廠商間行為之一致，大多數之情形只能夠藉由間接證據證明之，例如寡占廠商採取相同之市場行為，係由於各家廠商之負責人經過一場餐敘沒多久之後，即可以此餐敘事實作為間接證據，推論廠商間外觀上行為之一致，係基於廠商間有此合意而來。但由於舉證之困難，使得區別寡占廠商間外觀行為之一致，是法所肯認之有意識的平行行為或是法所禁止之聯合行為，成為一項吃力不討好的工作。

廠商除透過契約或協議等方式，能達成彼此間採取相同不競爭之市場

行為外，藉由促進行為，使廠商能夠有更多的方式來達成外觀上行為之一致，雖然此一致行為之達成並非自然而成，而帶有人為之因素，但是否得因此將其評價為聯合行為之一部，仍有所疑義。此即涉及該等促進行為是否為公平法中禁止為聯合行為規定之涵蓋範圍之內，申言之，雖然本法禁止廠商以人為之方式達成不競爭之狀態，但促進行為之方式卻不因其屬於人為之方式，而當然為本法所禁止，禁止與否，仍端賴於聯合行為之規範範圍是否包含促進行為在內，所以重點即在於，公平法第七條應如何解釋之問題，尤其第一項規定之「其他方式之合意」所指為何，更是問題之所在。因此促進行為理論能否為公平會在有意識平行行為與聯合行為之糾葛間尋得一條明路，亦即，當市場上呈現不競爭之行為一致時，若有促進行為為中助力，公平會是否可立即將促進行為之存在，推論為廠商間存在聯合行為之合意，更精確地說，是採用「其他方式之合意」的方式，以構成聯合行為，而應予處罰？仍有待討論。

此種寡占市場中，廠商之相同行為究竟是有意識的平行行為，或是一致性行為的問題，自從台塑公司加入我國之油品市場，改變原本由中油獨占之市場結構，而形成雙占之市場結構後，此問題就一直是眾所矚目的難題。社會上一般認為油價會因為台塑進入市場，而產生競爭，將有利於消費大眾，然而，出乎社會一般認知，我國的油品市場仍是呈現不競爭的狀態，當一方漲價，另一方即予以跟進；當一方降價，另一方亦予以跟隨。這種不競爭之情況，可能是由於寡占廠商間特有之「有意識的平行行為」而來。因此本文第一部分即先以賽局理論分析為什麼在寡占市場中會產生有意識的平行行為，以及說明法律為什麼給予其不禁止之法律評價。

然而，在中油與台塑聯合調價的過程中，其等並非自然而然的隨著市場結構之使然而形成不為競爭的情況，惹人疑竇的是，在此案例中，處處可見「預先公告調價機制」對於中油與台塑為同幅之調價行為的貢獻。所謂預先公告調價機制係屬促進行為的一種類型。對於此種預先公告調價機制，一方面對與廠商間形成一致之行為有所助力，但另一方面，其又非典型之聯合行為合意，故應如何予以評價，即存疑問，故本文第二部分即就

促進行為分析之，並探討其在我國公平交易法之規定下應否受非難，而最主要的問題為一致性行為應如何解釋之問題。

中油及台塑聯合調價案即涉及上述有意識平行行為與促進行為的問題，對此，公平會已作成決定認為其等構成聯合行為，處分二者停止其聯合行為並各處 650 萬元之罰鍰。經中油與台塑提起訴願並遭駁回，二者遂提起行政訴訟請求撤銷公平會之處分及行政院之訴願決定，但仍遭台北高等行政法院敗訴之判決。既然關於本案已有相關之實務見解，故本文的第三部分即就本案公平會之處分及台北高等行政法院之判決評析之。

貳、有意識之平行行為

寡占市場中，事業為有意識之平行行為，而互不為競爭，學者及實務¹，見解均認為不應予以禁止。但是，這是基於何種之理由呢？學者多認為寡占市場因其「市場結構」之關係，事業間若不為同一形式之行為，將導致經濟上之不理性的，因此對此等寡占事業間外觀上行為之一致不予禁止²。

但為什麼基於市場之結構即會使事業間之行為趨於一致，而不為競爭，仍有探討之必要。故本文下述即以賽局理論的經濟方法分析之：

一、經濟分析

假設一個高度透明化的寡占市場，具有完全的資訊，且廠商均為有理性的廠商，得藉由所得獲悉他競爭者的行動訊息，調整其策略模式，在多種策略中選取對自己最具利益者。

¹ 關於信義歡樂有限播送系統股份有限公司聯合漲價案中，行政法院台 89 訴字第 13749 號決定書認為：「一致性行為與單純之平行行為之區別在於前者有意思之聯絡，構成聯合行為；後者雖由於市場結構關係而互有意識之模仿，因當事人間欠缺意思之聯絡，不屬於聯合行為。」

² 廖義男，〈卡特爾之概念〉，《台大法學論叢》，第 8 卷第 1 期，頁 24，1978 年 12 月；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》，第 58 期，頁 150，2006 年 6 月。

以下區分降價的情形與漲價的情形分述之：

(一) 降價的情形

寡占市場中之廠商因高度的相互依存，故廠商自己應如何作為，須視競爭對手之策略而定。若其中一家廠商擴大生產、降低價格，意欲攫取全部市場的占有率，此時，其他的廠商必然亦跟隨地降低價格，以避免喪失市場的占有。因此在市場資訊完全之情況下，寡占之廠商必然會達成平行行為。

透過直觀的判斷即可得上述之結果。此外，因一方廠商降價之情形，使得廠商間達成價格一致之不競爭狀態，但從消費者之角度觀察，係對消費者有利而無害，因此因降價而成之平行行為，當然不會受到非難。

(二) 漲價的情形

與降價的情形相較之下，廠商漲價之情形就無法如此直觀的認定，並且對消費者而言，廠商間漲價之平行行為更是關注的焦點。因此，本文以賽局理論分析為什麼當一方廠商漲價時，其餘之寡占廠商亦跟隨地為一致調漲價格之行為³。

1、一次性賽局(one-shot game)

給定一個雙占的市場，廠商 A 與廠商 B 對其產品價格之決定只有兩個選擇：高價或低價（如圖一）⁴

³ 關於廠商間行為互動之賽局分析，詳參 DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW 165-178 (1994)；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》，第 13 卷第 1 期，2005 年 1 月，頁 57-60。

⁴ 本圖引自 DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW 166 (1994)。

		B 廠商	
		高價	低價
A 廠商	高價	10,10	0,16
	低價	16,0	5,5

圖一報償：A 廠商，B 廠商

當兩個廠商均採取高價的策略時，兩個廠商各可獲得 10 個單位的報償；然而若有一方採取高價的策略，另一方採取低價的策略，則市場將完全由採低價策略的廠商占有，雖然定價較低（故無法獲得 20 單位之報償），但是因完全占有市場之故，可獲得 16 單位的報償，而採高價策略之一方將一無所獲；若雙方均採低價策略，仍平分市場，但因訂價較低，所以只能獲得 5 單位的報償。

就整體的利益觀之，以 A、B 兩廠均採高價的策略所能獲得的利益最大，似乎就能因此推論出廠商能形成高價之平行行為。但就各別廠商各別之策略觀察，卻不是如此。就 A 廠之角度而言，若 B 廠採取高價策略時，就高價或低價之策略選擇，A 廠應選擇低價之策略，因為其能帶給 A 廠 16 單位的報償，優於採取低價策略僅能獲得之 10 單位報償；若 B 廠採取低價策略時，A 廠就高、低價策略相比，以低價策略所能獲得的 5 單位報償優於採高價策略卻一無所獲之情形，故對 A 廠商而言，不管 B 廠商之策略為何，A 廠商因應之道就是採取低價之策略，這也是他的優勢策略 (dominant strategy)；反之，在 B 廠商之情形亦是如此。

故本賽局之解形成典型之「囚犯困境」(prisoner's dilemma)，亦即兩個廠商所選擇者並非該賽局最有利益之解(即二者均採高價合作之情形)。因此透過這個賽局之分析，廠商不可能達成漲價之平行行為，因漲價之策略違反其經濟理性，因此寡占市場間有意識之平行行為理論在此似乎碰到障礙，亦即廠商間不可能不透過任何意思聯絡之方式而達成高價格之平行行為，而有受到聯合行為之禁止規範之必要。

但是當考慮重複之賽局及時間因素之介入後，又產生不同之結果：

2、無限重複賽局(infinitely repeated game)

當廠商面臨的不是單一次之策略決定，而是無限次之互動時，現有的策略決定就必須要考慮到往後之情況；此外，廠商可以依照對手過去之行為思考現在之決策，因此不像一次性賽局般單純。

當考量時間因素時，須考慮折現因子(discount factor)⁵的問題，若廠商均採取高價策略時，其所能獲得之總報償為 $10/1-\delta$ ⁶。假設每家廠商都採取冷酷策略(grim strategy)作為報復之手段，亦即當一方之策略從高價偏離為低價時，競爭對手在往後之階段均永遠採取低價之策略。因此若廠商因一次偏離高價之行為，其總報償為 $16+5/1-\delta$ ⁷。在此情形下，若要廠商為高價平行行為為此賽局的解時， $10/1-\delta$ 必須大於 $16+5/1-\delta$ 這個解才是採取高價平行行為合理的解。亦即當 δ 大於 $6/11$ 時， $10/1-\delta$ 就會大於 $16+5/1-\delta$ ，如此，廠商採取高價的策略才是符合其經濟理性。

所以當兩個廠商均有如此之認知時，漲價之平行行為即成為其經濟理性之策略，所以在此市場結構下，理性之廠商不需要透過卡特爾的合意，即得本於雙方經濟之利益，而達成平行之行為。

(二)小結

綜上經濟分析之結果，寡占市場中之廠商不論其中之一降價時或漲價時，其他的廠商在自我經濟理性之考量下，能自主獨立地亦跟隨調整其價格，而與市場價格形成外觀上之一致。此種外觀上一致之現象，對高度透

⁵ 折現因子係指：未來所能獲得之 1 單位價值，其現值為 δ ，而折現率係指未來之價值與現值之比率。此概念類似於利率的概念。例如，在利率 3% 之情形，未來欲獲得 1000 元，現在在銀行必須存入 970.87 元。所以當折現率為 3% 之情形，未來 1000 元之價值，其現值為 970.87 元。所以折現率是 $=(1-\delta)/\delta$ 。

⁶ $10+10\delta+10\delta^2+10\delta^3+\dots=10/1-\delta$ 。

⁷ 因第一階段廠商偏離高價之策略而採取低價策略因此獲得 16 單位的報償，而往後之階段，因報復策略之緣故，雙方在低價形成均衡，因此只能獲得 5 單位之報償，所以 $16+5\delta+5\delta^2+5\delta^3+\dots=16+5/1-\delta$ 。

明的寡占市場廠商是恆屬必然，因此縱使其對整體市場之競爭產生限制之結果，但因與聯合行為禁止之主要目的在於防止廠商透過人力加工等非市場自然之因素，而達成廠商間一致之行為不同，並不具備廠商間之意思合致，所以不應對其等間行為之一致予以非難，否則豈非強使人為不理性之作為。

然而是否能因此認為，當公平會發現寡占市場的廠商有外觀行為之一致時，即認為係屬廠商間有意識之平行行為，而沒有必要加以調查、禁止？就經濟分析之觀點而言，在當一方廠商降價時，其他廠商的優勢策略亦是降價，始符合其經濟理性；而廠商間採取高價之平行行為亦是該賽局廠商之經濟理性行為，因此學者認為：「在資訊完全的寡占市場中，若產業環境本身適合勾結，則廠商只需要透過有意識之平行行為即能達致與勾結在一起一樣的效果，因此在此情況下勾結是不理性的行為。」⁸亦即既然能透過各廠商之經濟理性達成有意識之平行行為，而無受非難之可能，那又何必耗費勞力、時間、費用以契約、協議或其他方式之合意來達成相同之結果，不僅浪費成本，亦會受到非難。所以在策略選擇上，採取合謀之作法並非廠商之優勢策略，而不具可信性。故公平會對寡占市場廠商間之外觀一致行為毋庸介入。

但上述經濟之分析有其侷限，其必須符合相當嚴格的要件：

1、市場具備完全之資訊

具有充分之資訊，廠商才有辦法理性分析，視競爭者之策略而調整自己的行為策略。

2、有理性的廠商

廠商必須以使自己的行為達到極大化的利益作為準則。

3、對於他方之行為能迅速地予以反應

面對競爭者的策略能夠迅速地反應，例如當他廠商脫離高價之策略

⁸ 陳坤銘、溫偉任，前註3，頁70。

時，要立即地予以降價回應，使其偏離行為能迅速地遭受不利益，這樣子報復行為才能具有威嚇性，其也才能使競爭者相信他對其偏離行為會採取報復的手段。

4、時間的因素對廠商有相當之重要性

在上述賽局分析的例子中，只要 $\delta > 6/11$ 時，該賽局即證立採取高價之平行行為是廠商有利益之行為。而 δ 的值越大，表示對廠商而言，該未來之價值，其現值越大，也對廠商越為重要。

在現實世界中，市場資訊往往是不完全的，且存在許多不確定的因素，因此理性的廠商難以據此分析競爭者之行為，擬定對己利益極大化之行為策略；此外，現實社會上的廠商亦非會完全的理性，完全本於利與不利之思考，所以寡占市場之廠商不會構成聯合行為之推論不必然就能完全的加以肯認。

因此當寡占市場出現外觀一致之行為時，其內部的原因不盡然就是廠商有意識的平行行為，除有可能是偶然而成者外，當事人廠商間透過卡特爾合意而成者亦為可能的原因之一。此時問題在於：公平會應否介入予以規範？對此問題若為肯定者，而後一問題為，公平會之介入是否能達到禁止聯合行為的效果，且具備實益，而不會造成行政資源的浪費？若對前一問題採取否定者，而後一問題是，公平會若不介入，是否應採其他的制度加以規範？

這問題牽涉者為聯合行為證明之困難性，尤其在廠商採取一致性行為之方式而為勾結。在欠缺直接證據下，公平會僅能透過間接證據之方式，藉由證明間接事實推論直接事實之存在-廠商具備意思之合意。雖然直接證據與間接證據在證明力上無優劣之比⁹，但在證明之困難度上，卻是令實務頭痛之所在。且在「唯一合理」的證據證明度要求下，公平會以間接證據證明必須能夠達到行為一致之表徵係「僅」依廠商意思合致而來，而

⁹ 參看競爭政策通訊，第7卷第5期，頁25，2003年，蔡墩銘教授的發言。

無其他原因介入之可能¹⁰。那麼當寡占廠商隱身於合法之平行行為之下，而為聯合行為的合意，若沒有直接合意之證據，而僅能透過一致性行為理論藉由間接證據加以推論，可以想見，公平會必定面臨難以證實廠商間存在聯合之合意是外在行為一致之唯一合理原因，尤其在廠商採取一致性行為之結果與透過有意識平行行為所形成之結果相同時，更是難以加以分辨。

所以從理論上出發，有意識的平行行為與一致性行為的區別在於是否存在合意之事實，但在實務運作上則發生相當大的區別困難，使得誤判的可能性大為提高。對於同一案件，公平會認為是屬一致性行為的案件，學者卻有不同之看法者，亦是所在多有¹¹。

參、促進行為

一、概念

所謂促進行為(facilitating devices)並非直接對價格或數量進行約束競爭的聯合協議。而是因為廠商運用該行為卻有助於「促成」一致結果的形

¹⁰ 何之邁，前註 2，頁 160。若採取此種「唯一合理」之證據證明度，即必須當事人共同之行為係基於「聯合行為合意」而來，而不能有其他足以達成共同行為之理由存在。此種證據證明度，即類似於刑事訴訟法上所採之無合理懷疑(beyond reasonable doubt)之證據證明度。學者之所以採此，係認為在罪疑唯輕及無罪推定之原則下，執法機關欲處罰行為人，必已達此程度始得為之，因此當廠商之共同行為係由於二個以上之原因，例如一致性行為或有意識之平行行為，皆足以解釋廠商行為之一致時，即不得認廠商構成聯合行為，因為在證據上並無法達到「唯一合理」之程度。關於間接證據法則之說明，可以參照吳秀明，〈聯合行為理論與實務之回顧與展望〉，公平交易法施行九週年學術研討會，2001 年 1 月，頁 19-23，有詳細的說明。但有學者認為，一般而言在行政程序上對證據之要求略低於刑事訴訟的標準。參照劉華美，〈公平交易法對油品市場之規範〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 1 期，2007 年 3 月，頁 107。

¹¹ 例如合興實業股份有限公司聯合漲價案(公平會 88 公處字第 124 號處分書)，學者認為該案不應屬一致性行為，而為有意識的平行行為，參陳坤銘、溫偉任，前註 3，頁 73-78。三家票券公司聯合定價案(公平會 83 公處字第 131 處分書)，學者亦批評公平會之見解，認該案屬寡占市場的有意識平行行為，參劉孔中，《公平交易法》，元照出版，2003 年 10 月，頁 127。

成¹²。

因為現實世界中，資訊往往是不完全的，廠商因此對於競爭對手的策略或行為無法正確的認識，也因此無法對之採取適當的對應。如上所分析之結果，在完全資訊的寡占市場下，廠商本其經濟理性，自然地就會依市場運作形成行為外觀之一致。但因資訊的不完全，廠商間即可能無法自然地形成平行，因此廠商往往就會運用「促進行為」使得市場的環境能合於「理想」的狀態。

二、類型

常見的促進行為包括提前預告價格調整、最惠客戶條款、配合競爭價格條款、保證最低價格等機制：

（一）提前預告調價(preannouncement of price changes)

提前預告調價的效果主要是在補足市場上不完全的資訊，使廠商在制定價格決策時能夠先衡量競爭者所可能之反應，之後，再決定使調整價格付諸實行，或者是再做修正。

在「不完全資訊」的寡占市場下，依賽局理論的分析，¹³採取低價是廠商的優勢策略，在此情形下將會構成囚犯困境，對消費者而言，係屬有利；但對寡占廠商而言，卻不能達到總報償最佳化之情形。

若採取提前預告調價之機制，此賽局就產生變化，發布消息者得藉由調價消息之發布，獲取對手如何行動的資訊，再作為自己行動的基礎。首先，A 廠商在做價格預告時得選取漲價或降價，若其選擇漲價，B 廠商即有選擇是否跟進漲價或降價的空間；反之，若是 A 廠商選擇降價，則 B 廠商僅能回應降價，不然不合理性；然後再由 A 廠商決定實際是要漲價或降價。

¹² 楊佳慧，〈公平會處理國內兩大供油商聯合調整油價之觀點〉，《公平交易季刊》，第 14 卷第 1 期，2006 年 1 月，頁 157。

¹³ 以下分析參自楊佳慧，前註文，頁 163~165。

在諸多策略組合中，為求賽局的解，必須依後向歸納法(backward induction)，選擇出子賽局完美均衡(subgame perfect equilibrium)。

- 1、若 A 預告漲價，而 B 選擇降價，則 A 實際只能選擇降價，因為降價所能帶來的報償為 5，而大於選擇漲價所帶來的報償 0。所以不存在 A 預告漲價、B 選擇降價、而 A 實際漲價的均衡。
- 2、從 B 在做選擇時，可以得知，若其選擇降價時，A 必定採行降價，而其所能獲得之報償為 5，低於其選擇跟隨漲價而 A 實際漲價所能獲得的報償 10¹⁴，所以 B 在做決定時，不會選擇降價。
- 3、當 A 在預告欲漲價或降價時，其已獲悉資訊，知道當他選擇漲價時，B 不可能選擇降價，因此其可藉由漲價獲得 10 的報償；而當 A 預告降價時，B 所能信賴的反應就是跟隨降價，而 B 漲價的策略為不可信，因此 A 預告降價所能獲得之報償為 5。因為報償 10 大於 5，所以 A 會預告漲價。
- 4、因此本賽局的子賽局完美均衡的策略組合為：A 預告漲價，B 宣布跟隨漲價，而 A 實際實施漲價策略。

所以透過提前預告調價之制度確實使得寡占廠商從囚犯困境中脫離，而形成高價之均衡。

(二) 最惠客戶條款(most-favored nation clauses)

這個條款是指，銷售者保證購買者所付的價格絕對不會比其他在此購買之購買者所支付的還要高¹⁵。

這個條款主要功能在於競爭，提出此種條款時，廠商主要之目的在藉此吸引顧客，然而該條款卻因此附帶地產生減少廠商降價誘因的結果。因為廠商若降價，將有義務要退回其降價額度的金額給其所有的購買者（包

¹⁴ 在這裡**必須**假設 A 廠商的實際行為不能與其預告不同，不然這個賽局就有不同的解。

¹⁵ 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，頁 13。

括之前購買的)，所以導致成本的支出，使得廠商不欲降價¹⁶。所以當市場上許多廠商均提供最惠客戶條款時，價格競爭將會減少或甚至消失，而使得價格保持在勾結水準¹⁷。

（三）配合競爭價格條款(meet-the-competition clauses)

本條款是指，銷售者向購買者承諾，若有其他銷售者的售價更低，該銷售者應退還差額¹⁸。雖然此條款對消費者乍看之下相當有利，但其附帶的效果卻是對消費者不利的，具有反競爭之傾向，因為當採取配合競爭價格條款時，其他廠商縱使降價競爭，但卻無法收到占有率提升之效果，因此使得他廠商不敢輕言降價，最後會因此形成平行之價格。

（四）保證最低價格(low-price guarantees)

本條款意指銷售者承諾當有其他競爭者的售價較低時，該銷售者將提供該購買者該價格差額的百分之百以上（不包含百分之百）的退款¹⁹。

保證最低價額就本質上觀之，係一種競爭的手段，目的在藉由市場最低價，以攫取市場，所以其性質實與降價無異。但其亦附帶反競爭之效果，當一家廠商採取此種保證最低價條款後，在寡占市場中，依前述賽局之分析，他廠商也僅能跟隨此種條款，而不單只是降低價格而已²⁰。所以當所有廠商均採此一條款時，緊接著可能就是一波波的漲價了，直到達到勾結的均衡價格水準²¹。

三、對促進行為應否非難？

對促進行為應如何評價亦是一大難題。尤其在寡占市場中，若具備完全的資訊，則廠商會自然地形成平行行為，但在不完全資訊之情形，廠商

¹⁶ DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW 178 (1994)。

¹⁷ 李幼華，前註 14，頁 13。

¹⁸ 同上註，頁 14。

¹⁹ 同上註，頁 14。

²⁰ 因為他廠商若只是單純的更加降低價格，在保證最低價格條款下，採此條款之廠商仍然是市場最低價，而其降價之行為只不過增加採此條款者之成本罷了。同上註，頁 14。

²¹ 同上註，頁 14。

外觀一致之行為即有可能是出自於廠商相互間之勾結而來。因而促進行為若是在填補資訊之不足，使得市場從不完全資訊轉變為完全資訊，寡占廠商即得因此有意識的相互跟隨。那促進行為究竟應評價為有意識平行行為的範疇，而不禁止？或是因其具備以「人工」之性質而將其歸類為一致性行為，而受競爭法之禁止²²？

(一) 一致性行為的主觀要件為何？

所以重點即在於我國公平交易法第七條聯合行為之定義規定中，構成聯合行為之「合意」此一要件應如何解釋之問題。依第七條第一項之規定，包括契約、協議及其他方式之合意三種合意方式。而這三種合意方式中最具爭議性者為「其他方式之合意」，其射程範圍為何之問題²³。依同條第三項規定，所謂其他方式之合意指：「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。」其類型除決議、建議或君子協定外，與促進行為最為相關者就屬一致性行為。^{24、25}

一致性行為的內涵為何？學理上係指：兩個或兩個以上事業，在明知且有意識之情況下，就其未來的市場行為達成不具拘束力的共識或瞭解，形成具有意識聯絡之外在市場行為的一致性²⁶。若就本法條文觀之，本法一方面稱其為其他方式之「合意」，另一方面又認其為只要事實上能導致共同行為之「意思聯絡」即可，如此不一致的規定方式，即令人置疑。因「合意」與「意思聯絡」之概念不同，合意指當事人間之意思達成一致，

²² 釋出市場資訊的行為不見得就是不理性的行為，一方面有可能導致便利一致行為的達成，但另一方面也有助於市場交易效率之提升。參照馬泰成，〈一致性行為與市場競爭：中油與台塑公告調價資訊案之經濟分析〉，《人文及社會科學集刊》，第 18 卷第 4 期，2006 年 12 月，頁 548。

²³ 行政院公平交易委員會，《公平交易法之註釋研究系列(一)第一條至第十七條》，2003 年 2 月，頁 305。

²⁴ 關於各類型的詳細敘述，請參照上註，頁 305-309。

²⁵ 所謂君子協定係指，無法律上拘束力而僅有道德上、情分上拘束力之協議，而事實上亦可因此導致事業形成共同行為者。同上註，頁 306。君子協定與一致性行為不同之處在於：對當事人拘束力程度之不同。君子協定方面，尚有道德上、情誼上所生之事實拘束力，但在一致性行為方面，則不必具備此種事實上之拘束力。

²⁶ 劉華美，前註 10，頁 103。

²⁷也就是說當事人間就聯合之內容有相同之意思²⁸，反觀，意思聯絡就字面的意思係指當事人間有相互的意思流動，而有意思聯絡者，並不一定會達到合意的程度²⁹，因此合意與意思聯絡完全是兩回事，本項規定所指者究竟為何？此即牽涉到在本法規定下，構成一致性行為所要求之主觀要素為何之問題，以及公平會決定是否構成聯合行為之待證事實為何之問題³⁰。對此有不同的見解：

1、合意說

有學者認為，一致性行為須基於廠商聯合意思之合致。此外，這種心理要素必須明確地表現出來，或是經由當事人事前之接觸、或是經由情報的交換等足以證明廠商同一之行為是源自於事前共同合意之事物³¹。有學者認為將事實上導致共同行為之意思聯絡行為解釋為合意，具有「擬制」的意義³²。從此項見解可知，似仍是以合意為必要，僅不過在證明上證明有意思聯絡即可，即擬制或推定有合意存在，若非基於合意者，轉由廠商證明之。亦有學者認為，為避免誤解，可以考慮修法將本項規定之意思聯絡修改為意思合致³³。故從學者此項修正建議可得知，一致性行為當事人主觀上似應具備合意，而非僅為資訊之流通而已。

公平會第 397 次委員會議中對一致性行為提出認定之標準，其中第二

²⁷ 王澤鑑，《民法債編總論(1)-基本理論、債之發生》，作者自版，1991 年 1 月五版，頁 152。

²⁸ 黃茂榮，《公平交易法理論與實務》，植根出版，1993 年 10 月初版，頁 183。

²⁹ 同上註，頁 184。

³⁰ 由此可見，究竟本項所指者是合意？還是意思聯絡？係公平會欲運用一致性行為時，最為核心，且作為前提的問題。雖然討論此問題時，好像陷入文字遊戲中，盡是些形式上的問題，但當考量到構成聯合行為與否，不僅會限制到人民的行為自由(當被認為構成聯合行為時，將被命令停止該行為，或被命改正……等等)，還涉及行政罰及刑罰之問題，而對人民之財產權及自由權產生重大的影響。所以關於本項所指者為何，即有釐清的必要，而不能採取模糊不清的做法。如此，一方面公平會在以本項作為處罰聯合行為時，能夠有明確的依據；另一方面，人民對於法律禁止之聯合行為為何，始能清楚地認識，而能有所適從。

³¹ 何之邁，〈企業聯合之研究〉，《公平交易法專論》，1993 年 10 月初版，頁 122。

³² 黃茂榮，前註 28，頁 184。

³³ 吳秀明，前註 10，頁 17。

點認為：「一致性行為是一種不具形式、且沒有法律拘束力之合作方式。在主觀要件上，必須參與的事業間有『意思之合致』，只不過該合致的意思尚未達締結契約的程度而已；在客觀要件上，必須有事前的協議或意思聯絡行為存在。」從此標準可得，公平會對一致性行為之認定標準仍是以當事人間意思達到合致為必要，而意思聯絡只是意思合致之前階段行為，亦即達成意思之合致必先存在意思之交流，而有意思聯絡之存在，卻不必然達成意思之合致。

綜上述可知，前述學者及公平會見解下之一致性行為，著重在行為面上之觀察，偏向以「合意」之方式作為其構成要件之內容，故與契約、協議或君子協定之區別僅在於該合意對當事人拘束力之不同上³⁴。

2、意思聯絡說

然而，有認為本項規定之重點不在於是否達到合意的程度，而在於事實上廠商間之共同行為係基於其等間之意思聯絡而來者。故所謂一致性行為為不僅不需任何拘束力上之要求，在方式上亦不需達到合意之程度，只要事業一致性之行為外觀，經調查確實有「**意思聯絡的事實**」或經其他間接證據（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……）等之證明，則構成第七條之聯合行為³⁵。

3、意圖說

又有學者採取更廣義之見解，認為在證明是否有事實上的合意行為時，依本法第七條第三項之文義，僅需有事實上可導致共同行為之「意圖」即可；而無須比照刑法上共謀、共同犯意聯絡等實體事項，適用同等嚴格之證明程序³⁶。但此說不僅超出本法規定之文義，也與本法立法目的不合，

³⁴ 因為有第七條第三項之規定，不要求具備法律上之拘束力，因此所為合意，即係泛指意思內容的相同，而毋庸限指法效意思的相同。

³⁵ 行政院公平交易委員會，前註 23，頁 306。

³⁶ 參見針對中油及台塑聯合調價案，公平交易委員會公處字第 093102 號處分，王文宇教授的協同意見書。

因為聯合行為所欲禁止者，在於廠商間集體勾結之意思，而非單獨以廠商在行為時具有形成聯合行為之意圖即予以管制之，故此種說法實有不當。

依據不同之見解，公平會藉由本法第七條第三項其他方式之合意規範聯合行為之密度即有不同，以「合意說」之規範密度最低，而以「意圖說」之規範密度最高。因此在採取不同的見解下，促進行為是否落入規範之範圍，即有所不同。

（二）促進行為是否在一致性行為之規範範圍內？

在評價時不應將促進行為整體當做一個單位評價之，而應具體地就各種不同之類型一一加以探討：

1、最惠客戶條款、配合競爭價格條款及保證最低價格

不管在最惠客戶條款的情形、配合競爭價格條款的情形或是保證最低價格的情形，雖然採取這些條款最後終導致不為競爭之效果，但是能否就因此非難該等行為？

本文認為該等行為之運用，在本質上均是作為競爭之用途，而所謂「促進」達成行為一致之功能僅其附帶之效果，因此能否以具備達成行為一致事實，而將之歸類為一致性行為而加以禁止，是存有疑問的。再者，有意識的平行行為與一致性行為主要之區別就在於行為人主觀上合意之有無，而聯合行為之禁止即在於非難該合意，而非非難外在行為之一致，所以當一致性行為的主觀要件採取合意說或是意思聯絡說之情形，運用這些條款，並沒有達到意思聯絡或合意之程度，因此不為本法規範所禁止。然而，若廠商在運用之初即單純抱持著「有意利用」的情形，在採取意圖說之情形下，始能謂廠商運用此類條款所形成之促進行為違反聯合行為禁止之規定。但此說之不當已於前述，故單一廠商縱有利用此條款達成市場上一致行為之意圖，仍不應禁止之³⁷。所以在進行這些行為時，都是由廠商

³⁷ 學者亦有同此見解者，認為：「The managers of firms that engage in tacit collusion **may not even know what they are doing**. They may, for example, use base-point pricing.....because it is **common practice** ; **they may not recognize that the practice helps to support an**

自由決定，獨自實行，既未與他廠商有意思聯絡，更遑論達成勾結的協議，所產生的促進效果僅不過是「附帶的效果」罷了，與聯合行為之規範在禁止廠商共同成立限制競爭行為之意旨不符³⁸。故綜上所述，對此等行為無非難之理由。

2、提前預告調價

關於提前預告調價制度，因為預告廠商與他廠商間藉由調價之預報，產生互動的關係，對這種互動關係應如何評價？

同樣的，應如何評價涉及一致性行為的主觀要件採取何說而有不同。若聯合行為之成立廠商間至少都要達到合意之程度，那麼提前預告調價制度應如何評價之問題也就迎刃而解。提前預報價格，僅增加廠商間資訊之完全，亦即透過價格預報使廠商更能明瞭對手的策略，但此種釋出資訊之方法僅能評價為文義上之意思聯絡，尚不得認達到合意之程度，因此不構成一致性行為。廠商間透過價格預報制度，促進彼此間客觀行為之一致，感覺上雖有人為加工之疑慮，而非純粹因資訊完全之寡占市場結構自然地達成有意識之平行行為，但在合意說下，既然不構成合意，當無受非難之餘地³⁹。

但若採意思聯絡說，結果就與採合意說者完全相反，預告調價機制使宣告調價之廠商釋出其資訊，他廠商亦透過此機制釋出其相應之策略資訊，透過市場上廠商此種資訊的流通，雖不得認屬達於合意的程度，但已合於意思聯絡之要求。故在此說見解下，提前預告調價機制即應受本法之非難。

anticompetitive equilibrium.」參照 DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW 178 (1994)。

³⁸ 美國法院即以企業間沒有達到合意(agreement)作為不禁止促進行為之理由，參照 DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW 178 (1994)。

³⁹ 此即牽涉對於聯合行為應規範至什麼程度之問題，在為維護競爭秩序下，是否要將一致性行為之合意擴張到文義上之意思聯絡，若如此規範，是否又過於嚴格，而有害於競爭資訊之流動，而害及競爭。而且縱使不能評價為聯合行為，尚得透過濫用禁止的方式加以規範。

對於提前預告調價制度，美國法院認為並不違背反托拉斯法，因為此種促進行為並不足以認為廠商間對於行為之一致達成合意(agreement)⁴⁰。而德國學說上一致認為應依各別實際情況判斷。原則上若廠商以公開方式通知顧客，其將採取哪些市場行為時，或將計劃告知與其並無競爭關係之第三人，則此等行為尚不得作為推論合意存在之間接證據，因為單純只做事實上之報導尚未符合互相依賴的前提要件，否則將對言論自由有所妨礙。在法院實務亦採相同之見解，如欲確定當事人間有默契存在，並非僅說明事業間有預先告知未來事實的意圖即已充分，更重要的是，其競爭對手是否基此私下與預告者達成協議。亦即，僅有單方的預告資訊，而他方遵循或僅參考對方提供之資訊，在德國法上並不認為是「合意」⁴¹。

肆、中油與台塑聯合調價案

一、事實概述

中油公司與台塑公司從民國 91 年 4 月開始一直到 93 年 7 月這段期間內，透過媒體傳播預先披露調價訊息，持續同步調整油品批發價格達二十次（調價時間及幅度皆相同），經公平會主動調查後，於民國 93 年 10 月 14 日第 675 次委員會決議，認為中油與台塑以事先、公開方式傳遞調價資訊之意思聯絡，形成同步、同幅調價之行為，足以影響國內油品市場之價格及供需機能，違反公平交易法第十四條第一項本文聯合行為之禁止規定，除命二者應立即停止該違法之聯合行為外，並各處新台幣 650 萬元罰鍰。

被處分人中油公司及台塑石化不服原處分，循行政救濟程序向行政院提起訴願，經行政院於民國 94 年 5 月 27 日分別以院臺訴字第 0940085752 號、第 0940085957 號訴願決定認為原處分關於罰鍰部分說理論據未盡明確，故予以撤銷，然而其餘部分之訴願駁回。公平會遂認為該案事實調查已臻明確，認二者之行為仍屬聯合行為，於補足裁處 650 萬元之理由後，

⁴⁰ DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW 178 (1994)。

⁴¹ 何之邁，前註 2，頁 168。

於民國 94 年 7 月 25 日仍處中油與台塑各 650 萬元罰鍰。

中油及台塑對訴願決定仍然不服，遂提起行政訴訟。台北高等行政法院認為中油及台塑兩家公司以預先公告調價之方式，為二者同步、同幅調價之主要原因，因此違反公平交易法第十四條第一項本文禁止聯合行為之規定，故於民國 95 年 11 月 30 日分別以 94 訴字 2390 號判決及 94 訴 2370 號判決為中油及台塑原告敗訴之判決。

二、公平會處分理由⁴²

(一) 當事人間存在以其他方式達成之合意，故不屬有意識的平行行為寡占市場之事業因相互牽制關係，致在價格調整上具有僵固性，而事業基於「自身判斷」所為之單純平行行為，由於非屬意思聯絡所合致，固難謂構成聯合行為，**惟事業倘藉由價格宣示或發布新聞資訊等方式公開為意思聯絡，並影響寡占市場中相關業者之訂價行為，實則有別於單純之平行行為，難謂無意思聯絡之事實。**進一步言之，參酌各國競爭法主管機關「一致性行為」之執法經驗，事業間倘在主觀上有意識採行特定行為，並可「期待」他事業亦採行相同之共識行為（惟該共識並不當然須形諸於文字，或以共同擬定計畫為必要），**且在客觀上已導致外觀之一致性者，屬聯合行為態樣之一，而應予以禁止；**惟為區隔事業單純之平行行為與違法之「一致性行為」，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，例如經由公開與競爭有關之敏感性市場訊息，以相互傳達營業策略，或直接進行商業情報之交換等，用以證明達成聯合行為之合意；抑有進者，尚得以其他客觀間接證據（如誘因、經濟利益、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、行為集中程度及其一致性等）予以證明；而所謂「意思聯絡」，在客觀上未必先存有預定的計畫方案，其藉由直接或間接方式，如利用市場資訊之公開化，間接傳達相互之營業策略，或直接進行商業情報之交換等，均屬之。**本案被處分人以事先、公開之方式傳遞調價訊息，達成一致性調整油價之結果，顯然已構成以其**

⁴² 因公平會第二次之處分僅是針對罰鍰之部分補充說理，而認定屬聯合行為之事實與理由仍舊與第一次處分相同，故理由之部分以公處字第 093102 號為準。

他方式達成合意之聯合行為。

(二) 以價格預報機制作為認定當事人間存在其他方式之合意

「有價格預告機制」下之價格決策模式，廠商透過預告機制事先釋放價格調整訊息，試探競爭對手反應，倘對手宣布跟進，則發布價格調漲訊息的廠商就實施價格調漲，反之，倘對手宣布不跟進，則發布價格調漲訊息的廠商，也可以「毫無成本」的宣布撤銷原先調價的預告，幾近零風險。因此，有無價格預告機制，對廠商而言，兩者間的差異在於決定是否實施調漲價格時，先發者已經清楚掌握競爭對手是否跟進的訊息，後發者亦在第一時間發布同類調價資訊，結果是雙方將可選用一致之調價策略。基此，被處分人前揭利用提前價格預告來進行偵測對手反應，降低調價的不確定性與資訊不對稱的風險；倘對手不跟進，發動調價者有撤回的能力，致使歷次調價透過該等促進行為均得以成功運作，爰認該等「促進作為」已構成合意或意思聯絡之事實，有促使雙方達成聯合調價之效果。整體觀察被處分人利用此等操作方式致使多達二十次同步、同幅度之一致性調價之結果，足證渠等已形成調價上互信協調之機制，而有「其他方式之合意」存在。

(三) 且當事人間之聯合行為無法以反映成本為由加以駁斥

被處分人歷次調價之時點、幅度均相同，足堪認定客觀上具有一致性之行為外觀，且被處分人油源、產能、及煉製成本等均有不同，卻每每於同一時間調整價格，甚而幅度未有差異，從而推斷調價之原因、或調幅之級距，顯非自主性反映成本所致。

三、台北高等行政法院判決理由⁴³

⁴³ 雖然中油與台塑對該公平會的處分不服，而分別提起行政訴訟，且法院亦分別做成判決，但因兩個判決均由台北高等行政法院同一法庭並且同樣之法官做成，故兩個判決之理由除關於同步、同幅調價之事實認定上，因中油與台塑間之關係有主、隨不同之故，而有不同之敘述外，判決理由其餘之部分，兩個判決均屬完全相同。故以下所述之判決理由，即同時指涉中油及台塑兩個判決之判決理由。

台北高等行政法院的判決理由大多係直接採取本案被告，即公平交易委員會之陳述，故與前述公平會之處分理由有類似之處，將之歸納於下：

(一) 預告調價機制有助於促使雙方達成聯合調價之效果

判決理由中，分別「沒有價格預告機制」及「有價格預告機制」之情形，以賽局理論之分析方法分析之。而得到如此的結論：在沒有價格預告機制之情形，因沒有辦法觀察到競爭對手的決定，且一決定價格後亦不能立即改變原本之決策，因此兩者所能採取之策略模型為同時決定之靜態賽局，因而將構成「囚犯困境」(prisoner's dilemma)的情形，在此情形下，當一家廠商採取漲價之策略時，另一方並不會跟進，對於後者而言，採取低於第一家廠商調整幅度之價格，是其嚴格的優勢策略。當二者皆是如此時，雙方不可能達成聯合調價之結果。

若有價格預告機制的情形下，結果就不是如此。因廠商可以透過預告機制事先釋放價格調整訊息，試探競爭對手的反應，倘對手宣布跟進，則發布價格調價訊息的廠商就實施價格調整，反之，倘對手宣布不跟進，則發布價格調價訊息的廠商，也可以「毫無成本」的宣布撤銷原先調價的預告，因此廠商的決策模型將由同時決定之靜態賽局，轉變為循序決定之動態賽局，在運用逆推法(backward induction)求解，可得雙方達成高價調漲成為此一賽局之均衡。

所以在有價格預告機制的情形下，相較於沒有價格預告機制，更有助益於廠商達成聯合調價之效果。

(二) 預告調價機制之促進行為屬「其他方式之合意」之合意態樣

對於預告調價機制帶有促使廠商間行為一致之功能應如何評價，台北高等行政法院認為公平交易法第七條第一項規定之「其他方式之合意」係指：廠商間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屬之，而利用相關促進行為達成合意之默契即屬此種合意的態樣。因此中油與台塑藉由預告調價機制達成同步、同幅之調價結果，該預告調價機制即

屬廠商間之意思聯絡，該當於第七條第一項規定之其他方式之合意。

(三) 以「合理推定」之方式證明廠商間意思聯絡之有無

首先，判決理由認為廠商有意識之平行行為與聯合行為主要之區別點，在於「有無意思聯絡」。

而意思聯絡是否存在？應如何證明？判決理由認為應採最高行政法院 92 判字第 1798 號判決意旨之「合理推定」方式。所謂合理推定係指，當市場上多數業者同時並且以相同幅度調整價格，但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。

(四) 因中油與台塑之成本結構不同，故難認二者之共同行為符合經濟理性

承上述，法院採取合理推定之證明方式，要求中油及台塑提出足以支持其調價之客觀供需變化之證據，因此與公平會的處分理由相同，法院認為中油與台塑公司在「成本結構不同」下，仍在同一時間，以相同幅度調整價格，顯非自由競爭市場下各事業獨立決定競爭行為之結果，因此顯難認為二者調價之行為具有經濟行為之合理性，故於判決理由中，再一次的以此「成本結構不同」之理由，駁斥中油與台塑公司之抗辯。

四、評析

本案之主要爭點在於，中油與台塑外觀上一致之行為，是否係基於二者間聯合行為合意而來？又預告調價機制是否可作為認定雙方間存在聯合行為之合意⁴⁴、⁴⁵？公平會及行政法院對上述問題，均採肯定之看法。

⁴⁴ 關於是否構成本法所禁止之聯合行為，必須依次檢驗下列構成要件：針對廠商間之行為，須：1、廠商之行為一致；2、該行為係基於聯合行為之合意而來；針對該行為對外界的影響，須：3、發生限制競爭的效果；此外，4、該限制競爭的效果足以影響市場功能。必須該當此四項構成要件之行為，始為公平交易法所欲禁止者。

但本文對此或有不同之看法。

(一) 沒有預告調價機制之情形下，廠商仍有可能達成行為之一致

公平會及法院雖藉由賽局理論之分析，顯示當有預告調價機制時，相較於沒有此機制之情形，有助於廠商行為之一致。因此即以這個結果，彰顯預告調價機制之惡性。然而，關於此點卻不如此必然。依本文第二章所述，因廠商間之交易並非只有一次，而是多次的，所以公平會及法院用以分析之賽局模型似有缺陷。因此並不會如同其等所言，呈現囚犯困境之均衡結果。而應是屬於無限重複賽局之模型，而在此模型下，當一方漲價，另一方並不會維持原價格，而會跟進漲價。因此在沒有預告調價機制之情形，寡占廠商仍是有可能因有意識之平行行為而使廠商客觀上呈現一致行為之結果。

所以尚無法以有預告調價機制之情形，廠商間一致之行為均是基於此而來，而排除其他原因之可能性。

(二) 一致性行為不以「合意」為必要？

雖然如上述，在沒有預告調價機制之情形，寡占廠商仍有可能為有意識的平行行為，但並不因此代表預告調價機制對廠商形成共同行為不產生任何的助力。因預告調價，使廠商釋出市場資訊，因此當市場資訊透明時，將有助於廠商不競爭的情形產生。所以問題即在於對該預告調價機制應如何評價、歸類之問題。吾人應認為屬於寡占廠商有意識之平行？或是因有人為方式的介入，不全然為市場自然結構之使然，而評價為一致性行為？因此吾人可將此之定位為有意識的平行行為與一致性行為的界限為何之

⁴⁵ 學者對公平會之處分有採不同見解者，參照馬泰成，前註 22，頁 556-561。然其對預告調價機制之促進行為是否該當公平法第七條第一項及第三項規定之「其他方式之合意」並不爭論，而著力於認為 1、縱使中油與台塑在預告汽油「批售」牌價的行為達成合意，但因實際的售價是與加油站另有約定，故汽油的「實際」售價並不會相同，因此在實際售價上，中油與台塑並未達成合意，也因此認為 2、關於預告汽油批售牌價實際上並不會造成限制競爭之結果，所以認為本家中油及台塑之行為不該當限制競爭效果的構成要件，故以此點認為公平會之處分無理由。

問題，亦即，當二者之區別明確予以界定後，預告調價機制在法規範上之歸屬即為明瞭。對此，可從實務見解的變化窺見其端倪。

依前述公平會第 397 次委員會議中對一致性行為所提出之認定標準，以廠商間存在意思合致為必要。所謂意思之合致雖不要求達到成立契約般對當事人具有法律上拘束力，亦不用如同君子協定般具有道德上之拘束力，只要當事人能存在共識或默契即可。此種見解係屬所謂之「合意說」。因此一致性行為之主觀要件在當事人達成意思合致之程度下，預告調價資訊之行為尚不足以作為當事人間就一致之調價行為達成合意。⁴⁶

然而公平會之見解有所改變，其在中油與台塑案之處分理由中認為：「倘在主觀上有意識採行特定行為，並可『期待』他事業亦採行相同之共識行為，且在客觀上已導致外觀之一致性者，屬聯合行為態樣之一，而應予以禁止。」此外，王文字教授關於本案之協同意見亦認為：「在證明是否有事實上的合意行為時，依本法第七條第三項之文義，僅需有事實上可導致共同行為之意圖即可；而無須比照刑法上共謀、共同犯意聯絡等實體事項，適用同等嚴格之證明程序。」公平會似乎改採只要行為人單方面存在此種形成共同行為之意圖或期待，就足以構成一致性行為。所以此種見解係屬所謂之「意圖說」。因此在判斷預告調價機制是否在一致性行為之規範內時，在此說之見解下，以當事人於釋出調價資訊時是否具此希冀達成共同行為之意圖或期待為斷。

台北高等行政法院之見解與上述二者亦有不同，於判決理由中明確表示一致性行為與有意識平行行為之區別在於「意思聯絡」之有無。並且認為預告調價機制等相關促進行為均構成廠商間之意思聯絡而為形成共同行為之原因，因此該當於聯合行為合意中其他方式之合意的類型。因法院

⁴⁶ 陳紀元委員於中油、台塑聯合調價案之不同意見書中即如此認為，其認為就本案預告調價後之行為模式觀察，若對手宣布跟進，則預告廠商就實施預告價格；然而若對手宣布不跟進，則預告廠商僅能撤銷漲價決定，不實施調價。從此行為態樣，不能認為廠商間有達成聯合之合意，因為若有合意，為什麼對手不直接跟進就好了，還有需要「試探」或「撤回」的必要嗎？所以必然是雙方沒有主觀上之合意，而僅是單方期待對方能配合自己的行為或只是事先將自己的意圖加以公告。

以意思聯絡作為一致性行為與有意識平行行為之區別，故可認其見解係屬所謂之「意思聯絡說」。在此說之見解下，預先釋出調價資訊的行為，只要互為對手所知悉，縱使無達成合意，但已足以達到意思聯絡之程度，因此該預告調價之行為所造成廠商間行為一致之結果者，即為公平法所欲禁止者。

聯合行為之管制應規範到何種程度，是要到合意的情況才加以管制？還是只要有資訊的交流就加以管制？甚至只要行為人有單方面的期待就加以管制？若對主觀要件放寬認定，可以使得公權力證明較為容易，聯合行為成立的機會增加，但有可能使得許多不屬故意聯合之情形，均受到干涉；若對主觀要件嚴格認定，公權力就比較難以證明，或許會使得許多故意为聯合行為的廠商，因難以證明之緣故而得其利益。到底是哪一種方式對於市場競爭秩序之維護能有較大之助益？

本文認為對於主觀要件之要求仍以合意為當，雖然對公平會而言，要以間接證據證明合意存在，且合意是客觀行為一致唯一合理之原因，是有相當之難度，但在衡量放寬主觀要件之認定，雖然公平會認事用法上會比較容易，但所影響的就是廠商在市場中行為意識受到管控(行為不能帶有期待或意圖他方合作的意識)或要完全的靜默，不能有所交流(若只要有意思聯絡就被認定為聯合行為)，那將對人民之思想自由與言論自由造成嚴重的干預。

(三)「合理推定」的證明方式與「唯一合理」之證據證明度的齟齬？

台北高等行政法院採取「合理推定」之證明方式，是否妥當，亦是值得討論。在此合理推定之方式下，法院認為中油與台塑間一致之調價行為，因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，此時即轉由中油及台塑負合理說明其價格調整係基於經濟理性而來的舉證責任，若其無法合理提出證據反駁，即遭不利之判斷。

然而，此種「合理推定」之方式是否與前述「唯一合理」之證明度有

所矛盾？基於無罪推定之原則，本應由公平會負責證明廠商間聯合行為合意之存在，且應證明至「唯一合理」之程度，亦即，廠商之所以形成共同之行為「僅」係由於聯合行為之合意此原因而來，而非有其他可能造成相同行為之原因而來，例如偶然而成者，或是由於有意識之平行而致者。

應認為合理推定其所重者仍在於「合理」之部分，亦即必須具備足夠的客觀間接證據，例如誘因、經濟利益、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、行為集中度等情形時，始能謂為合理，而推定廠商間具備聯合合意；而非當廠商外觀行為達於一致，即推定廠商存在聯合合意，而轉由廠商舉證其係基於其他原因而成。所以「合理推定」與「唯一合理」係相輔相成，透過唯一合理程度之要求，使公平會在達到高度確信廠商一致之行為係源自於聯合合意而來時，始得推定之。⁴⁷

此外，當廠商欲打擊該合意之推定時，本文與上開法院之見解有不同之處，法院見解認為，應由廠商負舉證證明其行為係基於經濟上之理性而來之責。然而，本文認為在「唯一合理」的證明度作用下，對於推定合意之打擊，廠商僅須提出其係基於經濟理性之事實，如說明其係由於有意識的平行而導致，此時不應由廠商負證明該有意識平行行為確實存在之責，而應由公平會證明該有意識平行行為不存在，如此始能謂合乎「唯一合理」之要求。

（四）成本在寡占市場中並非主要之考量

公平會及法院認為中油與台塑存在聯合行為合意之主要依據，除預告調價機制外，另外其認為兩間公司的成本結構不同，卻為相同之調價模式（尤其是漲價），是不具經濟理性之行為，故以此點反駁中油與台塑所提出之國際原油價格上漲之說法，並以此點作為聯合行為合意存在之理由。

但是寡占市場廠商間相互依存性所造成的影響已如本文第二章所

⁴⁷ 這也是因為合意存在與否，是屬行為人內心的意思，除非表彰於實體的形式，如書面或有證人直接目睹、聽聞，不然皆只能透過推論的方式，推定合意存在。

述，因此廠商在定價上主要並不是以自身成本作為考量，還必須視競爭對手之定價策略而做調整。所以縱使廠商各自之成本不同，在他方降價之情形，即使會使自己血本無歸，但為避免市場被瓜分，還是只能忍痛跟隨；反之，若他方漲價，對自己而言，可以賺得更多亦有何不可，當然亦隨同調漲。

所以本案公平會與法院以中油與台塑成本不同卻為一致之行為，作為支持合意存在之理由，就市場結構觀之，是存有缺陷的。

綜上所述，公平會及法院認為預告調價機制構成其他方式之合意，其基礎係由於採取意思聯絡說之立場而來，本文不加以質疑。然而，關於其餘論證之理由，則或多或少存有缺陷，因此即無法排除中油與台塑之一致行為是由於市場結構所導致，所以認定二者構成一致性行為，能否達到「唯一合理之解釋」的程度，仍是令人置疑的。

伍、結論

寡占市場廠商間之行為到底應如何加以規範，實在是一個困難的問題。寡占廠商間外觀上一致的行為，是由於什麼樣的原因而來？是偶然而成的嗎？是由於市場結構下廠商有意識的平行行為而來的嗎？還是基於廠商間聯合行為之合意而來？形成原因的不同，在法律上也就有不同的對待方式，而公平交易法所欲禁止者僅為廠商主觀上具備聯合的合意而導致之一致行為，而非客觀上相同的行為一律均為法所禁止。因此對公平會而言，困難之處即在於如何證明聯合合意之存在，尤其在直接證據付之缺如的情形，更顯困難。

促進行為理論的引進，僅顯示了運用這些精巧的措施，能夠達到廠商行為一致的結果，但在我國法上，面臨應如何與本法規定涵攝之問題。而主要爭議者在於「其他方式之合意」其內涵為何之問題，若主觀要件之要求為合意，則促進行為即無法符合此合意的要求；若主觀要件之要求為意思聯絡，則預告調價機制即符合意思聯絡之要求。

從中油與台塑案觀之，縱使依公平會之處分及台北高等行政法院之判決以預告調價機制存在，認定二者為一致性行為，而禁止其再為同樣之行為，並科以罰鍰，但難道說日後中油與台塑間之行為就會有所不同嗎？而能完全的競爭嗎⁴⁸？在油品市場如此資訊透明的寡占市場中(實際上只要一方一調整價格，透過媒體的報導，不出數小時，全社會都會知道這個消息；加油站交易習慣上均會公告交易牌價⁴⁹)，縱使二者不用提前預告調價之機制，透過前述無限重複賽局理論之分析，二者自然而然地仍舊會形成不競爭之價格，而且說不定還會與採用聯合行為所形成之價格相同，但因此時當無合意之存在，公平會也就不能視其為聯合行為而禁止之。

所以回歸到之前所提之問題，對於寡占市場中之聯合行為，公權力應否介入加以管制？還是有其他的方法來維護市場競爭？

公權力介入加以管制，只能一時地避免寡占廠商以人為之方式達成行為之一致，然而長遠觀之，在市場結構及廠商經濟理性之影響下，自然的行為一致仍然是會發生，市場還是不競爭。那公平會所投入的行政資源，單就個案而言，不能說毫無實益，但就整體的狀況來看，行政資源好像是浪費了，對於市場並沒有產生什麼改變。

因此此問題應從本質上出發，從結構面上避免新的寡占市場的成立，或使舊有的寡占市場不再惡化，始為釜底抽薪之道。⁵⁰而就寡占廠商的行

⁴⁸ 自公平會處分後，針對中油與台塑後續之調價行為，公平會續為調查後，做成第 751 次委員會議決議，認為二者調價模式已做修正，雙方之調整呈現「同幅，但不同時點」的調整，故學者有認為公平會於油品市場的監督上已收成效。參閱劉華美，前註 10，頁 102。

⁴⁹ 同上註，頁 103。

⁵⁰ 學者有不贊成從結構面上著手者，參閱廖賢洲、楊佳慧，〈競爭法對寡占廠商促進行為之規範-由 Ethyl、ATP 及國內兩大供油商聯合案探討〉，《月旦法學雜誌》，第 126 期，2005 年 11 月，頁 106。其認為若拆解市場結構，必然會犧牲廠商原有之規模經濟及範疇經濟效益，導致油品製造成本的增加，最終未必有利於消費者。故主張就行為面上規範，例如採取 1、取消公開揭露價格調整訊息；2、取消提前宣布價格調整訊息；3、允許提前宣布價格調整訊息，但要求供油商按照事前預告確實調整；4、取消保證最低價格及十天舊價計算之約款。這些方式或許均能夠達到行為面上之矯治，但問題在於，這些措施均限制人民自由決定採取何種市場行為的方式，若無法源依據，如何禁止？此外，若廠商不

為規範層面而言，因其行為之一致已成定局，公平會不應身陷是否構成聯合行為之迷思中，而應跳脫出來。因寡占廠商彼此不為價格上之競爭，而全體又達到市場支配的規模與實力，故可將之視為市場支配企業處理⁵¹。因此對於此等市場支配力量，公平會應改採濫用監督制度，就全體寡占廠商有無濫用市場力量加以規制⁵²，這或許才不失為一理想的方法。

遵循公平會之建議，又應如何處理？

⁵¹ 公平法第五條第二項規定：「二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情形者，視為獨占。」

⁵² Prof. Dr. Arndt Teichmann，石世豪翻譯，〈寡占市場上事業競爭行為之監督〉，《公平交易季刊》，第5卷第3期，1997年7月，頁146-150。

參考文獻

中文部分

- 1.王澤鑑，《民法債編總論(1)-基本理論、債之發生》，作者自版，1991年1月五版。
- 2.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》，第58期，2006年6月。
- 3.何之邁，〈企業聯合之研究〉，《公平交易法專論》，作者自版，1993年10月初版。
- 4.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。
- 5.余朝權、林金郎，〈雙占廠商訂價策略之賽局分析--臺灣油品市場個案〉，《公平交易季刊》，第13卷第3期，2005年7月。
- 6.吳秀明，〈聯合行為理論與實務之回顧與展望〉，公平交易法施行九週年學術研討會，2001年1月。
- 7.馬泰成，〈一致性行為與市場競爭：中油與台塑公告調價資 8 訊案之經濟分析〉，《人文及社會科學集刊》，第18卷第4期，2006年12月。
- 9.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》，第13卷第1期，2005年1月。
- 10.黃茂榮，《公平交易法理論與實務》，植根出版，1993年10月初版。
- 11.楊佳慧，〈公平會處理國內兩大供油商聯合調整油價之觀點〉，《公平交易季刊》，第14卷第1期，2006年1月。
- 12.廖義男，〈卡特爾之概念〉，《台大法學論叢》，第8卷第1期，1978年12月。
- 13.廖賢洲、楊佳慧，〈競爭法對寡占廠商促進行為之規範-由 Ethyl、ATP 及國內兩大供油商聯合案探討〉，《月旦法學雜誌》，第126期，2005年11月。
- 14.劉孔中，《公平交易法》，元照出版，2003年10月。
- 15.劉華美，〈公平交易法對油品市場之規範〉，《台大法學論叢》，第36卷

第 1 期，2007 年 3 月。

16. 臺灣高等法院編印，《公平交易法研究彙編》，1992 年 7 月。

17. Prof. Dr. Arndt Teichmann，石世豪翻譯，〈寡占市場上事業競爭行為之監督〉，《公平交易季刊》，第 5 卷第 3 期，1997 年 7 月。

外文部分

1. DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW, Harvard University Press (1994)