

# 專題演講：解構競爭法上之聯合行為 ——以價格卡特爾為例

主講人：何之邁教授(國立臺北大學法律學院教授)

## 壹、立法要旨-原則禁止，例外許可

公平交易法有關聯合的規定，在實定法方面主要規定在第7條跟第14條，由於相關的背景案例涉及到交換價格資訊、交換商業資訊的問題，這一部分在價格卡特爾裡面較有一些比較需要去探討的。不過就整體架構而言，我國對聯合行為的基本立法沿襲歐美各國先進國家的立法，是採取原則禁止、例外許可。實定法上，原則禁止規定在第7條、第14條第1項，例外許可的制度規定在第14條第1項但書。

原則禁止包含兩個構成要件：合意跟限制競爭。合意是一個主觀的要件；限制競爭是客觀對市場影響的要件。這二十年來有關國內的執法，最重要還是落在如何去認定業者之間有沒有合意。我們必須瞭解如果卡特爾以合意為必要，則應審究合意的主體、合意的方式、合意的內容為何？事實上這三個<sup>80</sup>

構成要件很明白地表現在第7條第1項<sup>1</sup>上面。第7條第1項已經包含聯合的主體、聯合的方式、合意的內容三個要件。

## 貳、聯合行為之構成

### 一、合意

#### (一) 合意之主體

##### 1. 有競爭關係之事業

我國關於合意主體的立法跟現行一般各國立法基本上有很大的差異，我國現行的公平交易法只規範水平的聯合，所以有關主體方面不涉及上、下游的事業；這在歐洲、歐盟或其他會員國事實上都不採。其他相關的文章、背景文章也提到，美國從1890年開始就不分水平、垂直的問題，然而我國現行第7條還是只限於水平、有競爭關係的事業。

##### 2. 具法律、經濟獨立性

另外，各國法條上雖然沒有約定，但是理論上各國一致的是合意的主體一定要具備法律的獨立性，也需要具有經濟上面的獨立性，這在理論上應該把握。

##### 3. 同業公會

最後當然也涉及到我國實定法有關同業公會規定的問題，同業公會在公平法第7條最後一項，明白規定同業公會足當成為聯合行為的人。

#### (二) 合意之方式

合意的方式諸如：契約、協議、決議或其他方式的合意，但事實上公平交易法實行1、2年之後，已經沒有事業用協議、用禁止協議等方式，所以行政機關、主管機關面臨的最大問題是業者們會盡量隱藏他們的合意，那麼他們是用什麼方式呢？公平會內部幾經研究後，在88年公處字070號開始，開始引進國外一致性的理論。事實上該次委員會共有有三個案子，070、071、072，全部都是線電視的案子、案期差不多、市場也都在台北市，由於070排在最前面，這是公平會第一個解釋關於合意、當事人盡量隱藏意思聯絡的證據，因此從88年7月間開始公平會就引用一致性的行為。

<sup>1</sup> 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。

### (三) 合意之內容

設題案件背景是涉及到合意內容的問題，合意的內容規定在公平法第7條後段，事業就價格、顧客、技術、地理區其他「等」…，所以可知還包含其他的合意內容。事實上，如果要瞭解第7條第1項後段，應該反過來看公平交易法第4條，<sup>2</sup>藉由反扣到公平交易法第4條，所謂競爭是事業以價格、數量等有利的條件去爭取顧客。所以聯合的內容就是反諸競爭法所述，所有在市場競爭中應該用以競爭的手段，而事業聯合起來不競爭，所以看任何有關聯合行為的案子，若涉及聯合內容的話，都應該從這個角度去切入。

因此同一個產業、同一個產銷階段業者，一起打高爾夫球是否為聯合？一起吃飯是否為聯合？一起表示我們這個月多休息1天是否為聯合？判斷的標準何在？事實上就應以剛才所述，判斷第7條第1項後段限制競爭的內涵，而如果不瞭解的話，反扣第4條就很清楚了。

以過去實務上的一個案子，環南市場賣土雞的業者協議聯合起來每一個月多休息2天，是否涉及聯合內容？如果單純因為物價上漲、慰勞的關係而不涉及競爭當然可以；但是進一步調查，業者是因為最近上游供貨太多，因此想藉著多休息2天、控制上游的數量，來控制下游的價格。所以欲探究合意的內容，應判斷該業者在做這個行為的時候，有沒有限制競爭的目的，或者甚至如同歐盟一些會員國所說：縱使這個行為真的沒有聯合目的，也會達到限制競爭的效果，即屬構成聯合行為合意內容。

## 二、限制競爭

聯合行為除了需有合意的主觀要素之外，還需有客觀限制競爭的效果產生。此種客觀限制競爭效果的產生，不論在理論上或實務上各國都已接受。

### (一) 生妨害市場競爭之效果或有妨害市場競爭之虞

我國公平法第7條第2項包括產生市場上一定的實害，或是有妨礙限制競爭之虞、妨礙供需之虞在內。在這部分目前的實務都是從外部競爭的限制，也就是以對市場競爭限制的效果判斷，基本上以如果量化達到一定參加者在市場上市占率的總和的一個觀點切入；當然也有特別個別的案件，除了量的觀點，也會從質的觀點進一步去考察，但是基本上是從量的觀點。

### (二) 可感覺之效果(appreciable effect)

所謂「可感覺的效果」，這個是歐盟發展出來的一套標準，譬如目前歐盟，如果為水平聯合，先視業者市占率加起來有沒有達到10%；如果是垂直聯合，先看個別有沒有達到15%？如果沒有，基本上不太認為會有限制競爭的能力。當然這個「可感覺之效果」是基本的門檻，從這個門檻切入以後，再作個別的檢視。

### (三) 核心卡特爾(hard-core cartel)

「Hard-core Cartel」也是在歐盟一些國家，特別是在一些OECD (經濟合作暨發展組織)論壇裡面提到，而國際學術間基本上也接受這樣的看法。當然過去我國只有20年，但像美國100年以上、歐洲50年以上，他們在執法上發現，可以歸納出有幾種卡特爾，是特別惡性的卡特爾，也就是這幾種卡特爾行為只要做出來，幾乎都會產生限制競爭的效果。哪一些是屬於Hard-core Cartel (惡性卡特爾)呢？包括「價格卡特爾」、「圍標卡特爾」…圍標行為由於工程會兩會協商的關係，於88年5月17日政府採購法成立之後即移予工程會主政、「配額卡特爾」、「劃分市場卡特爾」。這四種卡特爾雖然在實體案件審理的時候還是會對限制競爭作一些分析，但幾乎可說做了就違法。

<sup>2</sup> 本法所稱競爭，謂二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。

從我國公平法第4條我們會發現提到價格，第7條一開始講述合意的內容也提到價格，顯見在競爭上面，價格是個很敏感的因素，故不論理論或實務上，各國討論聯合卡特爾通常引用的例子最多的典型是價格卡特爾，這一次的設題亦涉及到價格卡特爾。價格卡特爾一般理論上稱之為「統一價格」，但是不要被字面上「統一」所侷限，業者聯合決議一個價格，當然是很狹隘的「統一價格」；如果業者訂一個範圍，在這個範圍裡面各自決定，也屬於統一價格。

由統一價格延伸出去，在實務、理論上各國都有出現約定「這個價格讓你參考參考，你不一定要跟著大家一樣做」的參考價格類型，尤以同業公會發動的價格卡特爾特別多。參考價格在各國理論上或實務上的論斷，事實上跟統一價格的效力是一樣的，基本的理論是業者拿到參考價格，也會影響其定價的策略，因此它的可罰性跟統一價格是一樣構成聯合的內容。反過來說，業者之間也有可能一起地來實行折扣、減價，或是一起決議不打折、不減價。透過業者的聯合行為，已經限制了價格的自由形成，仍然是屬於合意的內容。聯合減價的例子如台北市的百貨同業公會，他們約定大家減價就要統一於某段時間，其他時間不減價。有些業者說：「我們這個很好啊！我們這個如果不減價，消費者怎麼可以買到便宜的東西呢？」，事實上這已經不是消費者得利的問題，是用聯合的手段限制價格自然形成，所以還是有聯合減價的卡特爾。

### 參、例外許可

#### 一、制度設計

例外許可目前係採事前申請許可制，例外的制度規定在公平法第14條第1項但書，<sup>3</sup>當我們現在第14條但書只有7種例外的卡特爾，至於是不是要有概括規定，近幾次的立法研議修法也都希望有概括規定。

#### 二、許可要件

- (一) 須為聯合行為
- (二) 有益整體經濟與公共利益
- (三) 須符合公平法§14I但書各款之要件

### 肆、交換價格資訊

#### 一、交換價格資訊廣義：交換商業資訊

假設交換商業資訊，或者是商業資訊交換之後，最後的結果是什麼？價格會趨於一致。因此在討論交換資訊，或討論交換價格資訊，通常就會歸在「價格卡特爾」。

但資訊交換的不一定是價格資訊，比如探詢最近有沒有想擴廠？最近想外銷到哪裡？最近有沒有新的原料供應商等等，雖然好像不是直接涉及價格，不過實務、理論上探討，這一些資訊交換後最終會改變業者的商業策略，業者的商業策略會導致價格趨於一致。因此，交換價格資訊是比較狹義的，交換商業資訊是比較廣義的，而交換商業資訊實證上研究的結果，實例上也顯示常常會落在價格區域之上，所以為什麼說交換價格資訊。但事實上所謂交換價格資訊的內涵交換的不一定只限於價格，不能因為業者說：「沒有啊！我們沒有交換價格資訊」、「我們交換的是他要輸出、我要輸入」、「我這個時候要擴廠」、「我們得到一個新的專利」，因為這些資訊最後都會影響價格。

<sup>3</sup> 事業不得為聯合行為。但有左列情形之一，而有益於整體經濟與公共利益，經申請中央主管機關許可者，不在此限：

- 一、為降低成本、改良品質或增進效率，而統一商品規格或型式者。
- 二、為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率，而共同研究開發商品或市場者。
- 三、為促進事業合理經營，而分別作專業發展者。
- 四、為確保或促進輸出，而專就國外市場之競爭予以約定者。
- 五、為加強貿易效能，而就國外商品之輸入採取共同行為者。
- 六、經濟不景氣期間，商品市場價格低於平均生產成本，致該行業之事業，難以繼續維持或生產過剩，為有計畫適應需求而限制產銷數量、設備或價格之共同行為者。
- 七、為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力所為之共同行為者。

那麼這樣的交換商業資訊或交換價格資訊，它是不是構成合意的內容？依據前述，聯合行為要有合意的主體、合意的方式、合意的內容，那交換價格資訊如何在競爭法上被評價？若我們要探究目前法國跟歐盟在這個問題上實證及理論的態度，其真正的疑義在於交換各種商業資訊，而常常會導致價格統一結果者，從競爭的角度切入，它被非難的是什麼？

一個事業在市場經濟裡面會遭遇到很多風險，這是事業投入市場經濟之前，或投入市場經濟之後，應該自己有所體會的。比如說別人有新的技術出來了、別人有新的原料出來了、別人有新的銷售方法出來了，這些都是競爭的風險，你要如何去適應、你要如何去迎戰？而歐盟、法國的法院或理論上都告訴我們，業者應該自己去面對這些新的資訊，才是市場經濟的本質。如果透過事前合意的行為，大家先坐下來談，談的目的是消除市場的不確定性，此種行為基本上就跟競爭的本質有違。所以所謂交換價格資訊或者是廣義的交換商業資訊，如果要批判的話，它從競爭的角度自然就構成。

## 二、交換價格資訊性質、方式、頻率

當然，不是說業者就不能夠一起喝咖啡、或是業者就不能相約打高爾夫球、或是業者就不能中秋節辦聯歡。公平交易法並不是規定同業要視同陌路，以防交換商業資訊，因此重點要視有無落入聯合的內容？一般在判斷上，我們要看，交換資訊的性質是什麼，交換的是過去的資訊，還是將來的資訊？交換的資訊是具體的資訊，還是一般性的資訊？交換的資訊是敏感性的資訊，還是非敏感性的資訊？因此，我們要分析案子，就要將交換資訊的內容、性質稍微瞭解一下。

另外，交換的方式，以及涉案競爭強度的強弱，也會涉及到是不是透過資訊的交換，來消滅或緩和各個商家所遇到的不確定性的判斷。譬如說我們看到很多國內、國外都有這種案子，包括國內最近開會，有關資訊傳遞的時間週期、時間的長短、次數，比如3年可能1次，影響可能相對比較小，但若3年之內辦了5、60次，密度很高、次數很多，影響相對可能較大。所以交換資訊的時間週期、長短、次數、密集度都會影響判斷結果。

## 三、交換價格資訊之對象、市場強弱、商品特性

如果說資訊傳遞的對象，是設定在同業或某幾個同業，那被認定合意的機率就很高。如果傳遞的資訊是在一個公開或半公開的場合，接受資訊的可能會有消費者、可能也會有潛在的競爭者，那麼這樣的一個資訊交換就不一定是限制競爭。所以收受資訊的對象、資訊傳遞的方式越密閉的，被認定限制競爭的機會就較高了。譬如說黃金或金屬原料，每天都有告價，這類公開的資訊傳遞，基本上是不會落入所謂商業資訊的交換。

另外，交換資訊的影響大小也涉及市場競爭強弱的問題，在一個競爭強度越弱的市場，交換資訊的危害越大，比如說寡占市場。

最後，我們知道商業資訊的交換最後導致什麼？價格趨於一致。所以實務上發現，如果商品的可替代性越高、同質性越高，它的交換資訊對競爭產生危害越大。同質性很高，最後比的是什麼？價格。例如買黃金，當然比較精的消費者瞭解，哪裡的黃金比較沒有雜質，但這已經是很挑剔了，通常官方給的純度一樣的話，消費者當然是看價格！所以同質性高、可替代性高的商品，資訊的交換跟其他的商品雖然因素是一樣的，但它被指摘的高度越強。

## 四、法國、歐盟對交換價格資訊之討論

簡言之，不一定是有所謂交換資訊或交換價格資訊行為就構成合意的內容。那應該如何判斷？舉最近法國跟歐盟對此問題的討論為例，一般討論這個問題，會分三種情況來討論：第一種，交換資訊是將來的資訊；第二種，交換資訊是過去的資訊；第三種在特定市場、寡占市場的交換資訊。

### (一) 交換將來的資訊

如果交換資訊交換的是將來的資訊，例如：「下一個月要外銷什麼？」「生產依據是什麼？」，它對市場的影響就比較大。

所以在法國，目前的實務是：如果交換的是將來的資訊、而且資訊是很精確的，精確到可以確定當事人，具體化確定當事人的狀況，非一般泛泛地執行、又其商品是同質可替代的…這樣交換的結果就認為會對市場價格的形成有影響，進而影響市場價格的競爭，換句話說，這樣構成聯合的內容。反之，如果交換的是一般的資訊，比如市場上人盡皆知的，例如：預測將來這個商品可能最高會到哪裡、最低會到哪裡，或是說將來市場的走向如何…一般認為、在實務上也認為這對競爭不太影響。

所以從法國實務我們知道，如果交換將來資訊是精確的、具體化的，而商品是同質性高、可替代性高，這個時候交換價格資訊被認定會對市場競爭、價格形成有很嚴重的影響，這個是一個合意的內容；反之則不然。

歐盟在數個案例中也一直強調，為什麼要處罰這一種交換商業資訊、交換價格資訊的行為，在很多判決裡面強調，業者透過這樣的行為，舒緩、降低自己的不確定性，而此種行為在市場經濟是不被接受的。不管是大、小業者，如果你們交換資訊交換的是具體的、精確的，而且商品的同質性也很高，這樣對市場的競爭就會有影響。此外，我們常常看到實務上有一些反而是透過同業公會，但縱使是同業公會指使、主導這樣的一個交換資訊，也不免其構成聯合行為的結果。

在一些案例中，可能由於交換價格資訊時間長，常常會有比較膽小的業者、或是比較有警覺性的業者，他參加兩次之後就不參加了，這樣他是不是聯合的成員？歐盟很多案例認為，縱使中途離開也構成！或者說有一些被動的，大家參加資訊已經開始了，他被被動地拉去，仍然構成！

當然，必須強調在實例上，認為所謂交換資訊要雙方。單方交換資訊，像1993年紙箱案不被認為是交換價格資訊。另外如果係依法規要求，也不被認為是交換價格資訊，這一點相關文章都有提到。

### (二) 交換過去的資訊

至於交換過去的資訊，在歐盟、法國認為基本上對競爭沒有什麼影響力，但如果交換過去的資訊是具體、精確，並且會導致市場價格的影響，仍有處罰的例子。

### (三) 特定市場的交換資訊

交換價格資訊在實務上很多都發生在寡占市場。通常如果在密閉式的寡占市場，第一個特性：進入市場障礙很高、原來的事業地位很穩固；第二個特性：交換的資訊是策略性、機密性的；第三個特性：交換的資訊不一定完整，這是業者常常抗辯的，但因為是寡占事業，主管機關常常也認為構成合意。

最後，要強調目前法國或歐盟，有關價格資訊交換的處理，不是採proceed的原則，前述所談的交換價格資訊侷限在哪一個層面？亦即若以實定法是第7條第1項後段合意的內容，仍然要就實定法第7條第2項去作分析判斷有沒有構成競爭的限制，這樣的處理，理論上或實際上處分會比較完整。

#### 相關參考資料

- 一、聯合行為，月旦法學教室第 62 期，2007.12
- 二、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，2006.6