

《公平交易季刊》

第30卷第2期(111/4), 頁1-54

◎公平交易委員會

論寡占事業之共同支配地位

—以德國競爭法獨占規範為借鏡

周泰德*

摘要

在寡占市場可能引起之反托拉斯法限制競爭行為，以我國而言，係結合、聯合行為及獨占。因結合乃事前預防措施，若係事後發生之限制競爭行為，自無結合規範之餘地。此外，如若聯合行為之合意要件亦有舉證之困難時，均涉及寡占市場中如何辨別平行行為以及一致性行為，在證明聯合行為合意要件之舉證責任上均有一定之難度。然依公平法第7條第2項以寡占案件論處獨占之案件似未有見，故有研究比較法之必要。而德國競爭法針對寡占市場狀態下之獨占規範，相較美國及歐盟競爭法，不論法規、實務或學說上均有提供一定明確的基準，不僅可提供法之安定性，且從寡占事業擬制支配市場地位、寡占事業推定市場地位之規定，事業體也比較可以清楚認知寡占事業涉及競爭法規程度。基此，共同支配地位於獨占規範之發展因有所進展，或可供我國實務、學說未來作為參考、比較之用。

關鍵詞：聯合行為、獨占、結合、共同支配地位、支配地位

投稿日期：110年8月31日

審查通過日期：111年3月28日

* 周泰德，現職法官、國立臺北大學法律學系博士。本篇文章係由周泰德，反托拉斯法對寡占事業之規範—以獨占規範為中心，國立臺北大學法律研究所博士論文（2020）所改寫，經重新檢視，並搭配最新修正法規、文獻。感謝何之邁教授對本文之指導，以及口試委員張懿云老師、石世豪老師、王立達老師、杜怡靜老師及李素華老師之指正。又本文表達的觀點為作者個人見解，與作者服務的機關無關。另外作者深深感謝二位匿名審稿人的指正，當然文中任何的疏失，文責仍由作者本人自負。

一、前言

寡占市場下事業引起之限制競爭行為，通常以結合、聯合行為以及獨占之規範為主。然而，上開規範各有其不同面向，以結合管控而言，屬事前規範，無法規範事後發生之限制競爭行為，有別於獨占以及聯合行為，再者，聯合行為之要件雖係兩個獨立之事業所為之行為，但內部關係上之合意舉證證明問題，依照現行實務之發展，似乎也有其問題存在，是以，探討寡占市場下事業之獨占規範有其必要性。

針對寡占市場之獨占規範，與美國競爭法、歐盟競爭法（歐盟運作條約，Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第 102 條所示之非成文化規定不同，德國競爭法（德國營業競爭限制防止法，Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）第 18 條係採成文化規定，即直接定義獨、寡占，該國當時為避免威權管制之不利，並建立活潑之競爭環境¹，且深受德國新自由主義（Ordoliberalism）之影響，認為須先建立一定之競爭秩序，諸如獨占規則，俾使事業得以在該秩序下維持競爭²。易言之，現實上單一事業及複數事業（寡占）之支配市場地位（獨占）均可能存在之前提下，考量少數事業共同獲取市場市占率之情況，易導致完全競爭市場不易回復，而有上開條文之規範³。

依照我國公平交易法（下稱公平法）第 7 條：「（1）本法所稱獨占，指事業在相關市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。（2）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

¹ 參閱劉建勳譯，F. M. Scherer 著，「競爭政策執行的百年歷程（A Century of Competition Policy Enforcement）」，公平交易季刊，第 9 卷第 1 期，117（2001）。

² 參閱 David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, 1st ed., Oxford University Press, 279-280 (2003)；高橋岩和，ドイツ競争制限禁止法の成立と構造，初版，三省堂，75（1997）。

³ 山部俊文，「西ドイツ競争制限禁止法における寡占の市場支配と企業結合規制」，一橋研究，第 12 卷第 4 号，38-39（1988）。共同支配地位，也有文獻稱為集體優勢地位，參閱戴豪君，「歐洲共同體競爭法對優勢地位企業規範之研究」，公平交易季刊，第 4 卷第 1 期，46（1996）；另有翻為控制市場地位，參閱何之邁，歐洲共同體競爭法論，初版，自版，119（1999）。本文以下統一翻譯為支配市場地位；若是共同取得支配市場地位，則以共同支配地位稱之。另雖中文名稱上雖有差異，然而，以下探討美國競爭法之共同獨占，與歐德競爭法之共同支配地位，實質內涵並無差異，有所差異者應在於各競爭法區辨方式之不同。又文中為了行文方便，獨占與支配市場地位交互使用（但各國之要件，仍須依照該國競爭法條文觀之）。另外本文原則上以歐盟競爭法稱之，如特別指獨占條款，始以歐盟運作條約稱之，併此敘明。

為獨占。」以及同法第 8 條：「（1）事業無下列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：一、一事業於相關市場之占有率達二分之一。二、二事業全體於相關市場之占有率達三分之二。三、三事業全體於相關市場之占有率達四分之三。（2）有前項各款情形之一，其個別事業於相關市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達主管機關所公告之金額者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。

（3）事業之設立或事業所提供之商品或服務進入相關市場，受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前二項不列入認定範圍之情形，主管機關仍得認定其為獨占事業。」我國針對單一事業（第 7 條第 1 項）或複數事業（第 7 條第 2 項）均有規範，均須先具備獨占（支配）市場地位，從而，針對寡占市場之獨占規範，似乎與德國競爭法雷同，但觀諸我國主管機關關於防止寡占市場之限制競爭行為，向來以聯合行為為之，並未以此項規範事業，或有重新檢討之空間。

二、共同支配地位之獨占比較法規範

由於在寡占市場中，相關事業彼此都有支配價格能力時，因渠等事業數目較少，市場當中一家有所行動時，在在影響別家廠商，故彼此都會在該市場互相牽制，因而常發生價格僵固現象，也因彼此牽制之結果，互相會反應對方行為而導致一方降價時或提升價格時，另一方亦跟隨之，換言之彼此行動會一致，且市場被少數之複數事業所支配，渠等規模達到足以聯合總體市場，而成為可以影響市場之價格者，亦可能有支配市場地位之狀況⁴。是以，在寡占市場中因個別廠商依賴性均甚高，渠等對外利害關係一致，對內呈現互相競爭牽制之現象⁵。

寡占市場下事業引起之限制競爭行為，固可探討結合、聯合行為以及獨占。然而，結合管控因係屬事前規範，因此無法規範事後發生之限制競爭行為，故有別於獨占以及聯合行為之事後分析，而有差異。再者，聯合行為之要件雖係兩個獨立之事業所為之行為，但有鑑於寡占市場內事業間平行行為與一致性行為辨別之不易⁶，

⁴ 賴源河，公平交易法新論，2 版，元照出版公司，174（2002）；何之邁、張懿云、林廷機、陳志民，公平交易法：司法案例評析，2 版，元照出版公司，113-115（2016）。此外，若市場中有事業可以成為單一獨占事業，自也無須探討共同支配地位。

⁵ 參閱何之邁，公平交易法專論（三），初版，自版，11、44（2006）。

⁶ 參閱何之邁、張懿云、林廷機、陳志民，前揭註 4，114。

內部關係上之合意舉證證明問題，也有其侷限性，是以，探討寡占市場下事業之獨占規範有其必要性。

在此種寡占市場狀態下，寡占市場獨占規範模式從管制觀念可知，我國公平法之獨占規範，與多數國家立法例相同，係從行為層面著手，均以防止經濟力濫用為主，然而，獨占規範可分為非成文化規定及成文化規定，亦即有無規範何謂獨占、寡占。另外，管制獨占力濫用行為可以依照係「保有市場競爭結構」或「規範獨占力量之行使」而有所不同⁷。前者以美國競爭法為主，後者則是以歐盟競爭法、德國競爭法為主。

（一）美國競爭法

首先，以美國競爭法而言，針對寡占市場下主要事業之獨占規範，以休曼法（Sherman Act）第 2 條⁸：「任何人獨占、或企圖獨占、或與其他任何一人或數人結合或共謀獨占各州間或與外國間之貿易或商業之任何部分者」、聯邦交易委員會法（Federal Trade Commission Act）第 5 條⁹：「謹此宣告於商業上或對商業有所影響之不公平競爭方法、以及不公平或欺罔之行為或經營方式為違法。」可知，前者雖禁止獨占及企圖獨占等行為，後者則是聯邦交易委員會法授予委員會約束事業阻止不正競爭之方式及不正行為¹⁰，但依渠等條文可知並未直接規定獨占之定義（非成文化規定）。易言之，美國競爭法並不重視獨占狀態之認定，也未針對寡占市場下複數事業有獨占規範，而係強調獨占力之運用，因而衍生學說、實務針對共同獨占理

⁷ 參閱范建得，「第十條獨占事業禁止之行為」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），公平交易委員會 92 年度合作研究報告，385（2003）。

⁸ 15 U.S.C. § 2，參閱公平會網站，「休曼反托拉斯法」，<https://www.ftc.gov.tw/upload/48ddf11b-d58e-4ed0-ac84-efd811820488.pdf>，最後瀏覽日期：2021/8/18。休曼法第 2 條一般而言，僅適用於單一事業，參閱 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic, 207 (2015)。至於該條關於實施獨占、聯合或共謀獨占以及企圖獨占基本要件，參閱范建得，「第五條獨占之定義」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），公平交易委員會 92 年度合作研究報告，133-135（2003）。

⁹ 45 U.S.C. § 45(a) 1，參閱公平會網站，「美國法規彙編 聯邦交易委員會法」，<https://www.ftc.gov.tw/upload/2ad8329e-c0f3-4e36-b6e9-5b7af2b12f88.pdf>，最後瀏覽日期：2021/8/18。

¹⁰ Corwin D. Edwards, "American and German Policy toward Conduct by Powerful Enterprises: A Comparison," *8 Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, 196 (1977).

論之探討（Shared Monopoly, Joint Monopolization，亦即複數事業被共同認定為獨占事業）。

學說上，其實起源於過往有名的 Donald Turner 與 Richard Posner 之爭¹¹，因前者為首的論點以為，有意識平行行為並不會直接構成休曼法第 1 條規範聯合行為之合意，但學者 Posner（後為法官）則有不同見解，其以為，休曼法第 1 條即可處理寡占勾結之問題，自無須再行處理寡占市場獨占問題。目前通說或實務應與 Turner 之見解接近¹²。因 Turner 認為有意識平行行為無從以聯合行為規範，轉而由別的規範處理。Turner 於 1962 年之早期見解，因認休曼法第 2 條條文文義之故，不能解決寡占市場下之獨占問題，故認為應以修法方式為之¹³。爾後，Turner 改變見解，於 1969 年另為文認為，雖過往主張應另訂新法以為依據，若不另立新法，至少應擴大休曼法第 2 條之解釋範圍，而採取共同獨占理論¹⁴。

然而，上開學說，最後實務或美國政府並未接受，在 1970 至 1980 年代，美國聯邦執法機關也有提出共同獨占之概念，用以解決寡占市場狀態下獨占問題。該共

¹¹ 以下主要參考 Donald F. Turner, “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal,” *75(4) Harvard Law Review*, 665-666 (1962); Richard A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, 51-100 (2001); Richard A. Posner, “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach,” *21 Stanford Law Review*, 1562-1606 (1969); Paul Pigassou, “Oligopoly and Antitrust Law: A Comparison of United States, European Community, West German, and French Law,” *19 George Washington Journal of International Law and Economics*, 654-674 (1985). 但必須提及者，Posner 對於競爭法禁止暗默勾結一事，2014 年後似乎改變見解，其以為如果禁止的話，寡占市場中定價自發生困難，況須注意實務上法院如何有效評估經濟理論，也有困難。可參閱 Richard A. Posner, “Review of Kaplow, Competition Policy and Price Fixing,” *79(2) Antitrust Law Journal*, 763-768 (2014). 又經濟學上寡占之相互依存行為或寡占交互作用（Oligopolistic interdependence）、寡占協調（Oligopolistic coordination），法律上也有稱為暗默勾結（tacit collusion）、暗默協調（tacit coordination）或有意識之平行行為（Conscious parallelism），以下本文對上開名詞互通之。最後，本文對於聯合行為各國比較法之規範，可參閱公平會網站，「外國及大陸地區競爭法規」，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docList.aspx?uid=1058&mid=1058>，最後瀏覽日期：2021/8/18。

¹² William H. Page, “Communication and Concerted Action,” *38 Loyola University Chicago Law Journal*, 413-414 (2007).

¹³ Donald F. Turner, *supra* note 11, 683-684; Sigrud Stroux, *US and EC Oligopoly Control*, 1st ed., Kluwer Law International, 59 (2004).

¹⁴ 詳情參閱 Donald F. Turner, “The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies,” *82(6) Harvard Law Review*, 1220, 1230-1231 (1969).

同獨占理論，在休曼法第 2 條之案例上，1946 年之 Tobacco 案¹⁵ 採取較寬鬆之見解，亦即寡占事業間相互依存行為可能構成寡占團體共同獨占之基礎，但在該案後並未見到最高法院表態支持，美國下級法院也大多明示拒絕共同獨占理論¹⁶，主要原因仍是於休曼法第 2 條原則上規範單一事業持有獨占力量，未能從條文本身延伸出共同取得獨占力量之解釋。至於聯邦交易委員會法第 5 條之案例上，過往固於 Kellogg 案¹⁷ 提出共同獨占理論，惟 FTC 事實上自身也對於該案有所爭論，且反對者居多¹⁸，就聯邦交易委員會法第 5 條，從 Kellogg 案觀之，也是相同，並未有所突破，主要原因在於該條本身並非專門處理寡占議題，除非嗣後經國會授權立法修正；又 Exxon 案件¹⁹ 也是同樣情況，並未接受共同獨占理論，從而，美國法對於實務上對於共同獨占地位，並未贊同²⁰，堪稱該理論在該國並未獲得實務支持。

但由以上之主張可以了解美國學術上之所以發展共同獨占理論，在於對聯合行為之合意之舉證時有爭論有關。就此點論之，我國也屬相同情況。就美國競爭法上開探討共同獨占地位之歷史流程觀之，先不論最後於美國競爭法發展失敗與否，其探討之初衷自係為解決聯合行為一致性行為與平行行為之議題。

¹⁵ American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946); 另參閱 Sigrid Stroux, *supra* note 13, 62.

¹⁶ Sigrid Stroux, *id.* at 62-66. 嚴格論之，針對休曼法第 2 條之案件，除實施獨占外，尚可探討聯合或共謀獨占以及企圖獨占。然而，關於實施獨占以及聯合或共謀獨占，不論最高法院或地方法院均仍未能接受上開理論，因實施獨占無法得出可以「共同」實施獨占，另外聯合或共謀獨占自須以合意為之，同有聯合行為應如何舉證證明之困難；雖於企圖獨占方面，有相關案例（United States v. American Airlines, Inc., 743 F.2d 1114 (5th Cir. 1984)），但也與聯合行為合意有關，並非本文欲探討如寡占事業間並無達成合意仍可能成立共同獨占之情況。

¹⁷ Kellogg Co., 99 F.T.C. 8 (1982). 聯邦交易委員會起訴在美國即食麥片製造商最大的四家事業，分別是 Kellogg、General Mills、General Foods 及 Quaker Oats，聯邦交易委員會認為該四家事業將近 90% 銷售，且共同實施獨占市場。

¹⁸ Eleanor M. Fox, Lawrence A. Sullivan & Rudolph J.R. Peritz, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, 2nd ed., Thomson/West, 464 (2004).

¹⁹ Exxon Corp., 98 F.T.C. 453 (1981).

²⁰ Barry J. Rodger, "The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance: EC Developments in the Light of U.S. Trends in Antitrust Law and Policy," *2(1) Columbia Journal of European Law*, 26-36 (1996); Sigrid Stroux, *supra* note 13, 57-70.

（二）歐盟競爭法

歐盟運作條約第 102 條（原羅馬條約第 86 條，再改列為歐洲共同體條約第 82 條）規定²¹：「在共同市場內或某個重要區域，一個或數個事業濫用其支配市場地位之行為，係足以影響會員國間交易，與共同市場不相容，應予禁止。包括下述行為：

（a）直接或間接要求不公平之買價、賣價或不公平之交易條件；（b）限制生產、市場或技術發展，致消費者權益受損；（c）對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上不利利益；（d）以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質與商業用途均與該契約毫無關聯。」歐盟運作條約第 102 條所謂「一個或數個事業濫用其支配市場地位」，其中有關「數個」事業，究竟是指數個事業乃共同形成同一經濟體，例如關係企業，或者可分別獨立之法律或經濟上之事業也可以成立共同支配地位，本有所疑問。依照上開文義，可區分狹義說與廣義說²²。

所謂狹義說以及廣義說，其實在於對共同支配地位（collective dominance）之認知。以狹義說而言，主要以為，依照歐盟運作條約第 102 條，處理數個事業濫用其支配市場地位，係限於同一個合作團體市場力量及行為。易言之，支配地位乃存在於團體成員共同形成單一經濟體。至於廣義說，則是以為，數個事業濫用其支配市場地位，可包括法律上及經濟獨立個體之事業共同組成之共同支配地位。廣義說在於放寬所謂共同支配地位之內容，即使事業間彼此獨立，也可能藉由合作或非合作之方式共同成立支配市場地位，相對上開狹義說，廣義說代表所謂數個事業，彼此間並無須共同成為單一經濟體，也可能「共同」取得支配市場地位。

相較美國競爭法，歐盟競爭法雖同樣並未規範獨占、寡占之定義，但因採取與德國競爭法相同之方式，先予認定支配市場地位，雖然學說上有不同之意見，但至少比起美國競爭法定義更為清晰，從此，也造成實務關於共同支配地位理論之認定越趨成熟，已經往承認共同支配地位方式為之，例如 Flat Glass 案²³，該案採取非寡

²¹ 此部分翻譯，參閱公平會網站，「歐體條約第 101 條（原第 81 條）、歐體條約第 102 條（原第 82 條）」，<https://www.ftc.gov.tw/upload/fd300f84-4704-42aa-96ff-e051491b02b3.pdf>，最後瀏覽日期：2021/8/18（但經本文略為調整）。本文以下探討者主要是以共同支配地位理論為主，關於濫用行為，係依照歐盟運作條約第 102 條要件所規定。

²² Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press, 609 (2015).

²³ Cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89, Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v. Commission, [1992] ECR II 1403. 另外有關共同支配地位理論之演變，

占化共同支配地位，也就是共同支配地位連結因素是與聯合行為有關（例如透過協議或特許）。爾後，獨占案件即 CMB 案²⁴，也同採上開理論，但該案之重點在於縱使寡占事業間並無事證顯示成立聯合行為，仍可能構成共同支配地位，並不受限須構成歐盟運作條約第 101 條之合意要件，該案係獨占案件中首度採用寡占化共同支配地位，其表示歐盟運作條約第 102 條須有確定存在系爭事業間之經濟連結，是否促使其等有共同行為，且與其等競爭者、顧客與消費者無涉。大抵而言，目前歐盟競爭法已然承認共同支配地位（由非寡占化之支配地位至寡占化之支配地位）。亦即，已適度擴張歐盟運作條約第 102 條在寡占上的適用範圍。上開實務見解認為，認定共同支配地位只要兩個或以上事業在特殊市場上形成共同實體，且該經濟連結，無須再以結合或者協議為之，僅須來自相關市場寡占結構之連結因素即可。

以獨占案件 CMB 案可知，雖係近期歐盟競爭法對於寡占事業狀態獨占規範下，具有突破性之展開，但該判決係建立在一定程度大量個別的經濟分析，且須針對特定個案，亦即，並無一般適用準則，且由歷來判決可知，並無明確標準²⁵。因而，CMB 案此種連結也可能容易波及到並無意圖之事業²⁶，導致涉及過廣。簡言之，究竟經濟連結或者所謂其他連結因素應如何舉證，本有所困難²⁷，對於欲適用歐盟競爭法之事業而言，甚或律師等法律人士，均難以認定究其等行為有無限制競爭行為。

基於歐盟競爭法結合案件因水平結合下，也有可能產生共同效果，即創造或增強其與他事業間共同支配地位，此與獨占案件亦同探討共同支配地位一樣，因而，Airtours 案²⁸雖為結合案件，但該案針對共同支配地位之認定，自可補充前開 CMB

從否決該理論，而到目前為止的寡占化之共同支配地位，可參閱 Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press, 702-710 (2016).

²⁴ Joined cases C-395/96 P and C-396/96 P., *Compagnie Maritime Belge Transports SA v Commission* [2000] ECR I-1365 (下稱 CMB 案)。CMB 案後直至 2021 年為止，未見更新穎性之獨占判決見解。

²⁵ Lorna McGregor, "The Future for the Control of Oligopolies Following *Compagnie Maritime Belge*," *22(10) European Competition Law Review*, 436-437 (2001); Craig Callery, "Considering the Oligopoly Problem," *32(3) European Competition Law Review*, 152 (2011).

²⁶ Craig Callery, *id.* at 147.

²⁷ Patrick S. Ryan, "European Competition Law, Joint Dominance, and the Wireless Oligopoly Problem," *11 Columbia Journal of European Law*, 369 (2005).

²⁸ Case T-342/99, *Airtours plc v. Commission*, [2002] ECR II-2585, para. 62. 該案乃結合案件。歐盟目前最新結合規則乃 2004 年 1 月 29 日之 139/2004 號規則 (Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation))

案見解，表示：第一，支配寡占（the dominant oligopoly）之各成員，須具備知悉其他成員如何進行以監督其等是否採行共同策略之能力；第二，暗默協調的情形須長久維持，易言之，必須有動機不會脫離市場共同政策；第三，現時、未來競爭者及消費者可預見之反應，必須不會危及共同政策之預期結果。

針對歐盟競爭法此種實務判決變化，學界對該共同支配地位理論提出探討，由歷來判決可知，並無明確標準，也需建立在個案分析上²⁹，始有用處。因而，原本歐盟實務判決既有更易，相關評價將對日後共同支配地位之概念也可能再度產生不同之路線³⁰。換言之，歐盟競爭法上開判決，基本上可否全面適用各種不同情況，例如寡占市場之事業數量、市場集中度是否有相關標準，甚有疑義，且可能因涵攝範圍過廣，波及一般寡占市場之事業群。從而，因為 *Airtours* 案相較 *CMB* 案更為進一步提供認定標準，固然其為結合案件，或許可適度引用該案關於共同支配地位的認定標準，是以，本文認為就歐盟競爭法之共同支配地位的認定標準，依照上開二案件，或可如下分析³¹：其一，就歐盟運作條約第 102 條與結合規則對於共同支配地位之理論，認定係屬相同（自然可一併援用 *Airtours* 案之標準³²）；其二，獨立經濟實體群可共同持有支配地位，其可由經濟連結形成，該經濟連結乃促使其等在市場上呈現共同實體及採納相同行為；其三，經濟連結可能源於協議、結構（例如共同指導、交叉持股）或依照市場結構提供者，該市場結構乃確保有寡占市場下事業間平行行為。

Official Journal L 24, 29.01.2004)。上開規則第 2 條第 3 項規定：「在共同市場或者其實質部分嚴重減損有效競爭的結合，尤其乃形成或者強化支配市場地位者，應不容於共同市場。」就共同支配理論而言，結合規則與歐盟運作條約第 102 條之判斷應屬相同，實務案件首先將共同支配地位概念運用於結合管制實務，乃 *Kali und Salz* 案（Joined cases C-68/94 and C-30/95, French Republic and Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v. Commission, [1998] ECR I-1375）。此部分介紹，參閱 Alison Jones & Brenda Sufirin, *supra* note 23, 704, 1153. 同可參閱王泰銓，歐洲事業法（二）：歐洲競爭規範，2 版，五南圖書出版公司，324-332（2009）。

²⁹ Craig Callery, *supra* note 25, 152; Lorna McGregor, *supra* note 25, 436-437.

³⁰ 從共同支配地位實務演變從不支持進而到如今 *CMB* 案之見解，可以了解變化性甚大。

³¹ Alison Jones & Brenda Sufirin, *supra* note 23, 705-706. 但不可否認者，終究結合為事前分析，獨占規範乃事後分析，是而對於寡占之舉證責任亦應有所區別，在前者，歐盟執委會注重更多支配之控告證據，但在後者則是在潛在未來行為之累積評價，參閱 Craig Callery, *supra* note 25, 147-148.

³² *Piau* 案（Case T-193/02, *Piau v Commission*, [2005] ECR II-209, para. 111）同樣引用上開 *Airtours* 見解。

因而，一旦成立共同支配地位，主管機關自可以此檢討事業群有無違反歐盟運作條約第 102 條之濫用行為，包含阻礙型濫用（*exclusionary*）及榨取型濫用（*exploitative*）行為³³。前者規範目的在於支配建立、維持或擴張市場力量之行為，以維護競爭性市場架構，使市場之競爭秩序不會發生扭曲；後者則是注重事業力量之不當運用，而造成市場中交易相對人與消費者損害之可能性。

綜上，歐盟競爭法針對寡占市場狀態下之獨占規範，雖未明文規定，但相較美國競爭法，因其採取與德國競爭法相同之方式認定支配市場地位，是以，在歐盟實務上，該競爭法就共同支配地位理論之認定均建立一定之準則。但歐盟競爭法就共同支配地位之發展，仍因條文本身也未直接規範共同支配地位，直到 CMB 案始涉及寡占化之共同支配地位，相關細部準則仍模糊不清，須待探討。尤其是 CMB 本身認定之標準既尚有模糊空間，雖或許適度引用上開 *Airtours* 案之判斷標準亦無不可，但該案並非直接適用於獨占案例，且同有日後實務見解變更可能性，自然仍須尋找其他標準（例如後述探討之德國競爭法）。

³³ 又可稱為阻礙型濫用（*exclusionary*）、榨取型濫用（*exploitative*），依歐盟運作條約第 102 條可知，可分為：一、價格濫用行為（a 款前段：直接或間接要求不公平買價、賣價），此包括不公平買價或賣價、掠奪性訂價、價格歧視、忠誠折扣（*loyalty rebates*）；二、不公平交易條件（a 款後段：直接或間接要求不公平之交易條件）；三、限制生產、行銷、技術發展（b 款：限制生產、市場或技術發展，致消費者權益受損）；四、差別待遇（c 款：對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上不利利益）；五、搭售（d 款：以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質與商業用途均與該契約毫無關聯）；此外，尚包括拒絕供應等其他濫用行為模式、智慧財產權之濫用行為。基本上，判斷事業是否濫用獨占力量，自須依照客觀標準加以衡量，不因事業主觀上有無惡意，重點仍是其客觀行為。以上，均可參閱 Alison Jones & Brenda Sufrin, *supra* note 23, 351；何之邁，前揭註 3，132 以下；王泰銓，前揭註 28，209-210；廖義男主持，公平交易法國內重要案例之評析—以獨占及其他（非聯合）限制競爭行為為中心，公平交易委員會 109 年度委託研究報告（2020）一文。另外，因 CMB 案認為該案中之寡占事業針對競爭對手 G&C Sailings 航行時間表之路線進行特定、有目的之競爭，故認為上開團體構成掠奪性定價，但因最終是撤銷對於當事人罰鍰，故該案最重要重點仍在於共同支配地位之探討，至於歐洲法院確認構成共同支配地位之事業可能共同或單獨進行濫用行為，可參閱 Irish 案（Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission*, [1999] ECR II-2969）。因文章篇幅緣故，關於歐盟競爭法主要是探討共同支配地位變遷，濫用行為即不予詳論，併此敘明。

(三) 德國競爭法

德國競爭法³⁴欲建立經濟憲法³⁵，德國聯邦政府第一次法案之立法即有規範獨占之相關規定，另後續在審議過程中，針對共同支配地位(kollektive Marktbeherrschung)，由德國聯邦參議院(Bundesrat)所提出之新議案，認為兩間以上之事業，亦可能有事實上之理由不存在實質競爭之場合，此應為支配市場地位之一環，其理由為「(本項)引進原因為不只單一事業獨占之場合，縱使雙頭寡占或寡占之場合，也須考量現實上有支配市場地位之存在。」針對上開聯邦參議院之提議，德國聯邦議院

³⁴ 我國研究獨占規範之德國競爭法之文獻大抵如下：賴源河，前揭註 4；吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司(2004)；吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司(2010)；廖義男，「西德營業競爭限制防止法」，國立臺灣大學法學論叢，第 10 卷第 2 期，251-313(1981)；廖義男，公平交易法之理論與立法，初版，自版(1995)；范建得，前揭註 7(其中關於第五條及第十條之探討)；劉邦典主持，獨占事業禁止行為之探討，公平交易委員會 82 年度委託研究報告(1993)；劉孔中，「德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範」，東海大學法學研究，第 8 期，163-187(1994)；劉孔中，「析論獨占事業濫用市場地位之禁止」，人文及社會科學集刊，第 8 卷第 1 期，227-263(1996)；劉孔中，公平交易法，初版，元照出版公司(2003)；劉孔中，解構智財法及其與競爭法的衝突與調和，初版，新學林出版公司(2015)；劉華美，競爭法與能源法，初版，元照出版公司(2009)；石世豪譯，Pro. Dr. Arndt Teichmann 著，「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，137-150(1997)；洪政緯，「數位時代下科技巨頭的馴服術—談德國數位市場競爭法制與政策發展」，科技法學論叢，第 16 期，75-101(2020)；李素華，「除去或防止侵害請求權與競爭法規範——從德國 spundfass 及橘皮書案談技術標準專利權之行使」，公平交易季刊，第 25 卷第 1 期，37-79(2017)；楊宏暉，「基於競爭考量之強制授權—兼談競爭法與專利法之競合」，公平交易季刊，第 25 卷第 1 期，1-36(2017)；楊宏暉，「寡占市場的訂價行為規範：等待期間與不得同時漲價義務之可行性檢討」，公平交易季刊，第 26 卷第 3 期，35-72(2018)；邱映曦、戴豪君，大數據發展下之資訊壟斷與競爭政策，公平交易委員會 109 年度委託研究報告(2020)；謝長江，「初論非經濟效率因素作為競爭法之目的：從秩序自由主義及新布蘭迪斯學派的發展談起」，公平交易季刊，第 29 卷第 3 期，119-156(2021)。然而，上開文獻，雖有研討德國競爭法關於獨占規範，但多是探討獨占規範起源或歷次修正、單一事業的支配市場地位及濫用行為之要件，或縱有提及，但未直接探討寡占之共同支配地位之相關要件或者標準，故本文認為仍有繼續研討共同支配地位之必要，先予敘明。

³⁵ 有關經濟憲法之基本概念，參閱吳秀明，競爭法研究，同上註，132-134。從歷史脈絡上，德國競爭法乃歐洲當時少見之現代競爭法，德國競爭法建立支配市場地位濫用之規制，而非僅針對獨占力之建置，故有以為，此種德國競爭法之基礎對於歐盟競爭法有重大影響。舉例而言，獨占規範中有關支配市場地位之建構，均於歐盟競爭法之條文可以窺見。可參閱 Hannah L. Buxbaum, "German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement," 23 Berkeley Journal of International Law, 482-483 (2005); David J. Gerber, *supra* note 2, 331-333.

(Bundestag) 也支持上開參議院之提案³⁶。包括獨占(支配市場地位)以及濫用行為之定義,均原列於第 22 條,歷次 10 次修正中,以 1973 年第 2 次修正最為影響重大,增訂優越市場之定義、支配市場地位之推定。於 1999 年德國競爭法第 6 次修正後,將獨占規定之條次移動至第 19 條³⁷,嗣後於 2013 年第 8 次修正,將何謂支配市場地位之條文定義移動至第 18 條,如構成該條之適用範圍,始有德國競爭法第 19 條至第 21 條濫用監督(Missbrauchskontrolle)之適用³⁸。大體而言,德國競爭法此種有關寡占市場獨占規範之成文化規定,從 1957 年起迄今均未有實質變動³⁹。

事實上,德國競爭法深受德國新自由主義影響,該主義之基本本質係以為須將市場納入憲法架構,才可保護競爭不受歪曲,且可保障市場收益透過社會公平分配,另須盡量減少政府干預⁴⁰。又該學派第一世代為主的 Franz Böhm,其主張之三項原

³⁶ Vgl. Bt-drucks., ii/1158(Anlage 2), S. 67; Bt-drucks., I/3462(Anlage 2), S. 56-57; 另可參閱 David J. Gerber, *id.*, CH7, 8; 高橋岩和,前揭註 2, 236、240 以下;山部俊文,前揭註 3, 38-39。

³⁷ 第 6 次修法之第 19 條條文,參閱范建得,前揭註 8, 142-150。另近期修正條文,請參閱 Bundeskartellamt, http://www.bundeskartellamt.de/EN/Home/home_node.htm, last visited on date: 2021/8/18; Beck-online, <https://beck-online.beck.de/Home>, last visited on date: 2021/8/18。

³⁸ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 5. Aufl., C.H.Beck, § 18 Rn. 3,7 (2014)。

³⁹ 此與背後之政策思想(德國新自由主義,亦稱秩序自由主義)有關,參閱吳秀明,《競爭法制之發軔與展開》,前揭註 34, 213; David J. Gerber, *supra* note 2, 280, 308; Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1. Aufl., Heymann, S. 294 (1983)。因應數位平臺支配市場地位議題,目前德國競爭法已於 2021 年第 10 次修正,修正重點方向有二:首先,對強大數位公司進行更嚴格的濫用控制;其次,緩和中型企業的規制與提高其法安定性。基本上,該次修正,從支配市場地位而論,先在第 18 條第 3 項優越市場地位增列第 3 款競爭數據相關的存取,且增列第 18 條 3b:「評價事業的市場地位,亦即在多邊市場當中居於中間媒介者地位者,尤應考量其提供進入採買與銷售市場的中間媒介服務的重要性」,導入「中間媒介力量」(Intermediationsmacht)概念,使其內涵包含平臺業者的中介交涉和協調控制功能,以便更容易理解平臺作為中介者在多邊市場中的作用。舉例而言,進入旅店搜尋網站可連結訂房服務獲取服務外,還可以利用像是評等或平臺使用之規則,控制其客戶進入這類市場的機會。以第 10 次之修法可以了解,其對強大數位公司進行更嚴格的濫用控制,一方面,為符合德國競爭法關於獨占之認定,對具有支配市場地位者之事業雖不對其處罰,但導入了所謂的中間媒介力量,並且提前監控;一方面對於濫用行為也有針對數位事業做特別規範,以與原本第 19 條有所區別。上開相關介紹,參閱 Torsten Körber, „Digitalisierung“ der Missbrauchsaufsicht durch die 10. GWB-Novelle, *Multimedia und Recht*, S. 290, 291 (2020); 陳韻珊,「數位競爭法先鋒—德國競爭法 4.0 簡介」,《公平交易委員會電子報》,第 148 期, 1-3 (2020); 洪政緯,前揭註 34, 91 以下。惟此部分乃德國競爭法最新議題,然與本文探討寡占市場支配市場地位尚非最直接相關(至多是優越市場地位之增列,可作為共同支配地位之認定依據之一,詳後述),先予說明。

⁴⁰ David J. Gerber, *id.* at 232; Rittner/Dreher/Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht: eine systematische*

則，諸如禁止原則（針對聯合行為）、濫用禁止原則（不排除市場力量之積累，而是針對事業濫用市場力之禁止）及結合原則（針對事業之集中），均影響德國競爭法之制定（結合原則至 1973 年時始經德國立法增補，也是採取支配市場地位）⁴¹。此外，對德國新自由主義而言，重點在於合法限制個別或共同支配市場力量（共同支配地位）之運用，對此有兩種目標：其一，排除競爭干預，諸如限制個人自由，其二，避免任何在公共決策有不正當私人市場力量之干預⁴²。從而，德國新自由主義學派在設定競爭法時，針對聯合行為採取禁止之原則，對於涉及獨占規範，並非當然禁止，而是支配市場地位之濫用禁止，至於結合規範，也非當然禁止，同規定以支配市場地位為之。因此，既然德國競爭法之立法目的與維護競爭過程、前開主義有關⁴³，共同支配地位之明示規範既然同採支配市場地位，應可推論源自德國新自由主義。

德國競爭法關於寡占市場之限制競爭行為，本有設計結合規範及聯合行為，然而關於獨占規範，相對於美、歐競爭法，對於共同支配地位則是著墨最深，分別規定在德國競爭法第 18 條第 5 項、第 6 項（成文化規定）。原本支配市場地位有三個主題，其一，相關市場之界定；其二，支配市場之地位；其三，支配市場地位之推定⁴⁴。支配市場地位可被理解係作為相關規範之保護目的，此外，支配市場地位本身帶有一定程度之主題，其最終也必須決定中立之市場力將不只像託付給市場決定，而是作為成為法律任務之一環，且事實上，具市場力之事業必須受限於德國競爭法第 19 條規範之濫用行為要件，不得干擾、侵害他事業⁴⁵。又須注意，上開共同支配地位於德國競爭法之獨占、結合規定均有適用⁴⁶。

Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 8. Aufl., C.F. Müller, S. 197 (2014); 亦可參閱 Dreher/Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts*, 10. Aufl., C.F. Müller, S. 216 (2018).

⁴¹ Ignacio Herrera Anchustegui, "Competition Law through an Ordoliberal Lens," *2 Oslo Law Review*, 157-158 (2015).

⁴² *Id.* at 163.

⁴³ Möschel, *Der oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen - Eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Aufl., Tübingen, S. 152 (1974); Wernhard Möschel, "Competition Policy from an Ordo Point of View," in: Alan Peacock & Hans Willgerodt (eds.), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, 1st ed., Palgrave Macmillan, 149-151 (1989).

⁴⁴ 參閱劉孔中，「德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範」，前揭註 34，166。

⁴⁵ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 24.

⁴⁶ 參照德國競爭法第 35 條第 3 項、第 36 條。德國競爭法既同樣規範支配市場地位，複數事業之

依德國競爭法第 18 條第 5 項：「二或以上事業，於符合下列情形時，其係屬支配市場：1.於其之間就一特定種類商品或營業上給付並不存在實質競爭，且 2.其事業全體係符合第 1 項之要件。」可知，係承認「複數事業」亦有可能構成德國競爭法之支配市場地位，該條文認如上開事業間彼此並不存在實質競爭，且符合同法第 1 項即「並無競爭者」、「並未處於實質競爭」或「相較於其競爭者具有優越的市場地位」時，即構成支配市場地位，此為「寡占事業擬制支配市場地位（獨占）」；另依德國競爭法第 18 條第 6 項：「如有下列情形時，事業全體認定係支配市場：1.其係由三或以下事業所組成，事業合計達到百分之五十的市場占有率，或 2.其係由五或以下事業所組成，事業合計達到三分之二的市場占有率。」規定，為「寡占事業推定支配市場地位」⁴⁷，此乃美、歐競爭法所無之規範。雖德國競爭法之法規並未直接針對「寡占」有所定義，而係以欠缺實質競爭為要件，但相形之下，比之美國競爭法、歐盟競爭法，針對寡占市場之獨占規範，規範較為明確。

德國競爭法具體規範寡占市場下之事業濫用管控，其方式大抵先依照德國競爭法第 18 條第 5 項、第 6 項界定寡占市場下之事業有無構成支配市場地位。依德國競爭法第 18 條第 5 項可知為寡占事業擬制支配市場地位之主要規範條文，由上開條文可知，寡占事業擬制支配市場地位，可分為內部關係及外部關係，其中，內部關係即第 18 條第 5 項前段所稱並不存在實質競爭，外部關係即上開所稱同德國競爭法第 18 條第 1 項之情況。

支配市場地位自同探討。另有關德國競爭法結合案件部分，可參閱 Linder, *Kollektive Marktbeherrschung in Der Fusionskontrolle: Eine Untersuchung Zum Us-Amerikanischen, Deutschen Und Europäischen Recht*, 1. Aufl., Nomos, S. 195 ff. (2005); Emmerich, *Kartellrecht*, 13. Aufl., C.H.Beck, § 34 Rn. 34 (2014). 至於共同支配地位相關學說、實務相關認定標準，詳後述介紹。

⁴⁷ 依德國競爭法第 18 條第 7 項：「如事業證明下列情形者，第 6 項之推定得加以推翻：1.彼此間之競爭條件，使實質競爭可得期待，或 2.事業全體其相較於其餘競爭者並不具有優越的市場地位。」可知，其明確表達被推定支配市場地位之事業間，可舉反證推翻德國聯邦卡特爾署依同法第 18 條第 6 項之推定條款，然係要求事業間舉證證明競爭條件能期待事業間之實質競爭或事業全體其相較於其餘競爭者並不具有優越的市場地位。有關第 18 條第 5 項至第 7 項條文，中文翻譯條文主要係參考林易典教授翻譯之第 8 次修正條文，參閱公平會網站，「德國限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）（簡稱 GWB）」，<https://www.ftc.gov.tw/upload/6488ce19-7b9a-4caf-b78a-f41ed39a5af5.pdf>，最後瀏覽日期：2021/8/18（第 10 次修正並未對上開條文有所更易）。

（四）小結

寡占市場下引起之限制競爭行為，大抵可區分事前申請結合、聯合行為以及獨占規範，雖然外部觀之，此三種模式非常相似，因為至少一定時間內會讓外界以為該事業群均不為競爭行為，如結合案件，事業間因結合後為同一經濟體⁴⁸；又如聯合行為，事業間彼此約束不為競爭；另如本文研究之獨占議題，事業間不為實質競爭。但細察之，如若是寡占市場中兩間獨立事業所為之行為，因非相互建立一控制從屬關係之行為，自與結合管控之規範無涉，該時，渠等若從事之行為，或可觀察渠等有無以從事合意行為之卡特爾，或者因事業群在寡占市場中彼此熟悉之故，而自行產生之平行行為。本文探討之國家或地區之競爭法針對寡占市場狀態之獨占規範，不論贊同共同獨占理論、共同支配地位理論與否，可以了解其等研討、共通之處，均與聯合行為合意舉證之不易有關。

1. 美國競爭法之侷限性

以美國競爭法而言，休曼法第 1 條面對寡占市場事業之有意識平行行為有其舉證之侷限。又不論係休曼法第 2 條或聯邦交易委員會法第 5 條，均未規範何謂獨占之定義，亦未見針對寡占市場有特殊規定。美國固曾提出共同獨占理論，然而，本文以為，就寡占市場狀態下之獨占規範，美國競爭法有其侷限所在，仍係偏重於聯合行為之認定。從構成要件、立法設計可知，美國競爭法獨占之管制以預防獨占之形成為主，美國執法機關並未以獨占者為中心來判斷其行為之合法或違法，而由各種足以影響市場競爭結構之角度來判斷涉案行為人是否正準備或已經在實施獨占力濫用行為，故就濫用獨占力之行為而言，並無從類型化，也因而獨占行為管制規範之發動並不須以獨占之界定為前提⁴⁹。以此觀點出發，或可理解，既未先要求獨占之

⁴⁸ 另可提及者，歐盟競爭法於結合管制上所面臨及所欲解決之問題，因關注之始點不同，導致二者於規範上採取不同之判斷標準，美國競爭法結合規則係採實質競爭減損標準，歐盟競爭法則採支配市場地位標準，此等判斷標準之歧異，最大之影響係表現於對寡占平行行為之規制問題，雖然歐盟競爭法 139/2004 號結合管制規則修正後，也有採取實質競爭減損標準，但主軸上仍係包含支配市場地位；又歐盟競爭法與德國競爭法就結合規範方面，係以歐盟競爭法優先於德國競爭法，且有配合歐盟競爭法有關結合之相關認定概念。參閱王泰銓，前揭註 28，286；朱華君，反托拉斯法對寡占事業規範之研究，國立臺北大學法律研究所碩士論文，196（2007）。

⁴⁹ 參閱范建得，前揭註 7，385-386。

界定，此與歐盟、德國競爭法均有設立支配市場地位不同，體系上，美國競爭法原本也不會有寡占事業擬制支配市場地位之探討。

然而美國競爭法給予之啟示在於我國現行法規之規劃方向。簡言之，上開 Turner 見解不論是提出新修法之建議，或者擴張解釋休曼法第 2 條之適用空間，其根本核心仍在於「法規」本身定義不足所引起。如若本身法規上已對於寡占市場下事業之獨占規範有所定義，自無須提出上開相關建議，當然，美國競爭法之所以如此，也與其自身立法背景有關，畢竟該法乃世界上第一個針對反托拉斯之立法，相關競爭法議題，在法規不足下，自須由實務判決予以補充。

2. 歐盟競爭法獨占規範繫於判決之發展

相對於此，歐盟競爭法針對寡占市場之事業平行行為，或也可以歐盟運作條約第 101 條以聯合行為規範之（繫諸於有無成立一致性行為之證據），但自身之實務判決最終也發展出共同支配地位理論，也就是針對寡占市場狀態下之獨占規範，可藉由 CMB 案以及 Airtours 案探討寡占化之共同支配地位。然而，針對歐盟競爭法此種實務判決變化，學界對該共同支配地位理論提出探討，由歷來判決可知，並無明確標準，也需建立在個案分析上⁵⁰，始有用處，惟歐盟競爭法上開判決，基本上可否全面適用各種不同情況，甚有疑義，且可能因涵攝範圍過廣，波及一般寡占市場之事業群。

3. 德國競爭法之規範明確性

再觀諸德國競爭法，除結合、聯合行為規範外，關於獨占規範，因有明確規定，不會導致寡占市場之事業群因理性反應下之平行行為，輕易開啟獨占規範之適用。反觀於歐盟競爭法採取之共同支配理論雖為其競爭法實務所承認，但因歐盟競爭法實務標準不一，且該理論由原先實務見解互有更易，故相對德國競爭法之明文立法，對於事業體本身，仍有一定程度適用法律之風險，亦不無論者指出是否應參考成文化規定，諸如德國競爭法之立法制度⁵¹，因以德國競爭法而言，可提供法之安定性，

⁵⁰ 換言之，一般事業不易依循。

⁵¹ Lorna McGregor, *supra* note 25, 439; Schuchmann, *Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht*, 1. Aufl., Nomos, S. 154-160 (2017); 另可參閱 Craig

且從寡占事業擬制支配市場地位、寡占事業推定支配市場地位之規定，事業體也比較可以清楚認知寡占之涉及程度。因而，以下針對德國競爭法共同支配地位（欠缺實質競爭）之認定標準，從學術、實務角度探討之。

三、德國競爭法共同支配地位之認定標準

（一）寡占事業擬制支配市場地位

1. 內部關係欠缺實質競爭之理論

德國競爭法具體規範寡占市場下之事業濫用管控，其方式大抵先依照德國競爭法第 18 條第 5 項、第 6 項界定寡占市場下之事業有無構成支配市場地位，該寡占事業擬制支配市場地位係複數事業，且為高度寡占。所謂高度寡占市場之事業，大抵是指寡占市場中的事業約二至五家，且該事業群個別市占率也應較高⁵²，此種高度寡占，因欠缺實質競爭，自具備支配市場地位之可能。

依德國競爭法第 18 條第 5 項，有關實質競爭關係，分為內部關係及外部關係。其中就內部關係而言，針對如何認定欠缺實質競爭，德國競爭法早期發展出 *Mosaiktheorie* 理論⁵³、參數理論⁵⁴。*Mosaiktheorie* 理論認為欠缺實質競爭，必須經詳細市場調查下並未顯示競爭之蹤跡，亦即整體上並未產生有效競爭，但是，此種理論因須詳細調查，雖可能較為準確，但也容易耗費較大的調查成本，實務上，不傾

Callery, *supra* note 25, 152. 該文雖認為歐盟競爭法應仍以個案逐漸累積探討，但同探討是否應參考德國競爭法。

⁵² 田中裕明，*市場支配力の濫用と規制の法理*，初版，嵯峨野書院，31-32（2002）；Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 175; Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 40), S. 455, 459; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, *Kartellrecht-Europäisches und Deutsches Kartellrecht Kommentar*, 3. Aufl., C.H.Beck, § 18 Rn. 100 (2016), 關於高度寡占之詳細探討，詳後述。

⁵³ 田中裕明，同上註，27。

⁵⁴ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 87; 參閱劉孔中，「德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範」，前揭註 34，169。依據上開文獻，參數理論非為現行通說所採。

向使用該理論⁵⁵；至於參數理論，是德國早期學者所提出之理論，該主張是指若在一
段夠長的觀察期間內，事業的某些或最重要的行為參數（例如價格）發生變動，則
該市場上有實質競爭⁵⁶，然同樣因為如何認定重要參數亦屬不易，實務上或學說上也
有不同意見。有別於前開兩種理論，通說採取事業的行動空間理論⁵⁷，該說不只適用
於單一事業支配地位，同樣也適用於共同支配地位，其重點是在於長期觀察下，複
數事業本身有無不受其他第三者，包括競爭者、消費者及供給者之特別反應影響，
且無須考慮上開反應，而可全權決定自己之行為。由另一角度觀之，如寡占事業之
行動空間不再能由競爭加以支配，且能夠明顯地威脅或限制第三人經濟上之行動自
由，亦可認為是無實質競爭存在。

此外，學者 Möschel 針對寡占事業擬制支配市場地位，也有提出相關事例⁵⁸，諸
如封鎖潛在競爭者進入；需求者退出之原因，係非透過搭售契約始可取得供給者之
貨品或因高價因素有關；或者寡占市場下之事業從事之行為，初探之下或為競爭行
為，但對於需求者而言並無幫助，概括上觀之，該寡占團體在團體重點上，如同單
一運作（例如銀行服務業）；又或者石油匱乏期間，大型供應商僅提供石油給有關
連之下游，彼此間也如同鏡像般之有效競爭，因而並無法預防此等寡占團體事業之
整體市場力壓制在此市場方式之外部競爭者。

另可注意者，依照德國競爭法第 18 條第 5 項證明是否欠缺實質競爭，也可探討
優越市場地位之要素，亦即證明有無團體之優越市場地位，雖該要素依照同條第 5
項本用於證明外部關係，但論者以為因為內部關係以及外部關係很大程度可同時考
量，此應不會有適用上之困難⁵⁹，本文認為優越市場地位本為輔助探討單一支配市場
地位（並無實質競爭）之用⁶⁰，自然與寡占事業擬制支配市場地位探討之欠缺實質競

⁵⁵ 田中裕明，前揭註 52，27。

⁵⁶ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 87, 137.

⁵⁷ Ebd., § 18 Rn. 87, 138; Möschel, a.a.O. (Fn. 43), S. 169-171; 劉孔中，「德國限制競爭防止法對支
配市場事業之規範」，前揭註 34，169；山部俊文，前揭註 3，38-39。另外有關寡占市場內部
實質競爭之探討，可探討 Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 40), S. 454-455.

⁵⁸ Möschel, a.a.O. (Fn. 43), S. 171-172; Möschel, a.a.O. (Fn. 39), S. 320-321 (Rn. 529); 亦可參閱
Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 139.

⁵⁹ Fuchs/Möschel, ebd., § 18 Rn. 141. 事實上，優越市場地位也有體現德國競爭法有關上開通說之界
定。

⁶⁰ 山部俊文，「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」，
一橋大学研究年報，法學研究，第 29 卷，15（1997）。另德國競爭法第 18 條第 3 項於第 10 次

爭也有相關，故可贊同。是以，依德國競爭法第 18 條第 3 項規定（1.其市場占有率，2.其財力，3.競爭數據相關的存取，4.其採買市場或銷售市場之進入，5.與其他事業間之連結，6.其他事業進入市場之法律上或事實上障礙，7.由位於本法適用領域之內或之外的事業所生之事實上或潛在之競爭，8.將其供給或其需求轉換至其他商品或營業上給付的能力，以及 9.市場對造轉向至其他事業之能力），應可一併參考。一般而言，在探討事業的行動空間理論，通常之輔佐因素乃市占率，以及潛在競爭⁶¹，此與前開通說也是相互映照。

2.內部關係欠缺實質競爭之實務發展

以德國聯邦卡特爾署而言，自 1999 年開始，針對寡占市場中之實質競爭有提出相關見解⁶²，舉例如下：合成橡膠之供給市場，其等國內競爭應建立在價格變動、低度市場障礙、潛在創新及強大的相對市場面等證明⁶³；另相對於寡占團體成員，一旦強大的需求者可以主導國外供給者參與市場，對於小型煙火業具備國內競爭之主要原因，係在於現存有效及持續成長之國外競爭⁶⁴；最後，基於汽車製造商寡占平行行為積極的需求行為，導致市占率成長幅度少於 5%，不會導致國內限制競爭⁶⁵。上開案件，乃德國聯邦卡特爾署基本上認定事業體有無實質競爭，諸如價格波動、市場之進入障礙、市占率成長幅度等⁶⁶。

以德國法院而言，對於認定是否構成欠缺實質競爭，首先，Texaco-Zerssen 案⁶⁷強調高度寡占之團體，潛在競爭較少，自較易彼此不為實質競爭。換言之，事業成員

修正時，增列第 3 款之競爭數據相關的存取。

⁶¹ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 89.

⁶² 以下實務見解整理，大抵參閱 ebd., § 18 Rn. 153.

⁶³ Vgl. BKartA v. 28.4.1999 WuW/E DE-V 109, 110 f. „DOW Chemical/Shell“.

⁶⁴ Vgl. BKartA v. 12.5.1999 WuW/E DE-V 142, 144 f. „Kleinf Feuerwerk“.

⁶⁵ Vgl. BKartA v. 16.7.1999 WuW/E DE-V 165, 169 f. „OEM-Lacke“.

⁶⁶ 依文獻指出，德國聯邦卡特爾署過去認為構成寡占市場中事業支配市場地位者，尚包括加油站市場、溫熱水成本支出之市場、針對消費者之電力市場等，參閱 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 151.

⁶⁷ Vgl. KG v. 2.7.1982 WuW/E OLG 2663, 2666 ff.; BGH v. 4.10.1983 WuW/E BGH 2025, 2028 ff.; „BGH, Beschluß vom 04.10.1983 - KVR 3/82 (KG)“, *BeckRS*, 1068 ff. (1983). 有關高度寡占之探討，詳後述。

越多，雖仍為寡占，但渠等動態競爭可能性會增加；再者，以 *Valium II* 案⁶⁸而言，採取上開通說見解，德國柏林邦高等法院認為所謂欠缺實質競爭不代表要審酌全部因素，也不代表寡占事業間有所品質、創新及廣告競爭，就代表有競爭，縱有上開競爭，也不可有過高價格；另外，於 *Hamburger Benzinpreise* 案⁶⁹，該案提及所謂支配市場地位之定義係指支配市場地位之證明不可取決於短暫現象之競爭，而在德國聯邦卡特爾署之暫時命令（*einstweilige Anordnungen*）之前，該寡占團體已持續幾年有實質競爭。是以，依照德國實務判決所述，針對寡占團體有無實質競爭，不會只關注短期現象，而是長期觀之；另以 *Morris-Rothmans* 案⁷⁰為例，也會探討儘管市場特質並未排除價格競爭，事業團體仍未價格競爭，以及是否有品質競爭、品牌轉向、味覺替換、非必要之創新、無意義的研發競爭及非必要之廣告競爭等判斷因素，換言之，針對市場相對人之行動空間並未被限制，且渠等長期市占率之變化朝向收斂（相同）之方向，相對於現存實質競爭，更像有缺乏競爭之跡象，該案也是關注事業團體之行動空間有無受影響，並提供可參考之實質競爭因素；此外，也可參考 *Marktbeherrschende Filmvermieter* 案⁷¹，其探討涉案寡占團體歷年市占率變動幅度、歷年前五名、前三名之市占率排名是否不穩。

據此可以了解，德國競爭法實務同通說見解，不必全部競爭因素均須參考，也非寡占事業間有部分的競爭因素，就代表實質競爭。關鍵仍是在於長期觀察下，如寡占事業之行動空間不再能由競爭加以支配，且能夠明顯地威脅或限制第三人經濟行動自由，代表寡占事業團體自身可自由決定經濟活動，則渠等已經並無實質競爭⁷²。

⁶⁸ Vgl. KG v. 24.8.1978 WuW/E OLG 2053, 2059 „Valium“; BGH v. 12.2.1980 WuW/E BGH 1678, 1682 „Valium II“; „Bundesgerichtshof 12.02.1980 KVR 3/79 „Valium II“*“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 742 ff. (1980). 德國聯邦最高法院並未否決德國柏林邦高等法院關於共同支配地位之見解，又德國柏林邦高等法院並未採取參數理論；另有關 *Valium II* 案判決介紹可參閱 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 138. 以及吳秀明，*競爭法制之發軔與展開*，前揭註 34，229-238。

⁶⁹ Vgl. KG v. 10.12.1990 WuW/E OLG 4640 ff; „KG 10.12.1990 Kart. 19/90 „Hamburger Benzinmarkt“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 704 ff. (1991). 亦可參閱 Schuchmann, a.a.O. (Fn. 51), S. 159-160.

⁷⁰ Vgl. KG v. 1.7.1983 WuW/E OLG 3051, 3072 ff. „Morris-Rothmans“.

⁷¹ Vgl. OLG München, 30.01.2003 - U (K) 4464/02.

⁷² 此部分相關判決整理亦可參照 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 152-156. 此外，*Coop-Wandmaker* 一案（KG v. 5.11.1986 WuW/E OLG 3917, 3923 ff. „Coop-Wandmaker“）中，德國聯邦卡特爾署係主張零售業市場之領導事業在供給面建立寡占支配市場

3. 欠缺實質競爭之認定標準

從德國實務、通說可了解，針對內部關係之欠缺實質競爭，並未採取參數理論，本文以為應係採取通說之事業行動空間理論或往該說靠近，此由 *Valium II* 案、*Morris-Rothmans* 案等案，應可理解。不論實務或學說見解，德國競爭法均提供一定之判斷標準：（1）有無潛在競爭者封鎖可能性。（2）寡占事業雖有競爭，但對消費者是否並無助益。（3）整體觀之偏袒往來對象，而為如同鏡像競爭一般。（4）可參考優越市場地位之判斷要件。（5）此外，可佐以判斷者有以下因素：a. 事業團體間不需要「全部因素」不競爭（*Valium II* 案，另可參考 *Morris-Rothmans* 案之實質競爭因素）。b. 時間上須長期觀察，不可取決於短期現象之競爭（*Hamburger Benzinpreise* 案）。c. 是否為高度寡占之團體，亦即潛在競爭是否較少（*Texaco-Zerssen* 案）。

換言之，德國競爭法於此並非只是探討接受共同支配地位理論而已，而是進入實際操作階段。德國競爭法至 1973 年時訂定結合規範後，其具體針對寡占市場下事業限制競爭行為，至少可運用聯合行為、獨占以及結合規定，然考究寡占市場之獨特性，德國競爭法就獨占規範一環，有別於歐盟、美國競爭法，可謂已然察覺寡占市場下之平行行為所可能造成之限制競爭行為。該處獨占規範，內部關係既規定不存在實質競爭為限，則不限定聯合行為要求之事業合意要件（參照德國競爭法第 1 條），如若該事業群又不以形成結合規範之同一經濟體時，德國競爭法就此針對寡占市場制定獨占之支配市場地位，實屬必要。

況且，德國競爭法通說所謂事業的行動空間理論係指寡占事業可全權決定自己之行為，且無須考慮競爭者、消費者及供給者之特別反應。從而，實質競爭之存否，自須以市場行動之基準判斷之。事實上，此與歐盟 *CMB* 案該案判決提供檢驗之方式有相通處，因其要求「經濟連結關係或因素」，且「須確定存在系爭事業間之經濟

地位，惟該主張被德國邦高等法院以相同之方式駁回，駁回理由為：強烈之價格競爭、折扣差異之分配模式、品質分類政策，如專業化工藝部門、競爭銷售、方便的操作方式及資訊之評價，比如參數、競爭地點、市占率提升等確實執行之評價，故未認定構成欠缺實質競爭。因而，上開德國聯邦卡特爾署之主張，最後並未舉證成立。又如 *Total/OMV* 案（*OLG Düsseldorf v. 4.8.2010 WuW/DE-R 3000, 3008 „Tankstellenbetriebe Thüringen“*），該案認為縱使寡占團體事業並無制止及懲罰機制，仍可能欠缺實質競爭，其應係依照德國競爭法推定條款認定，故而未列入本文探討。又本文上開判決整理主要針對共同支配地位欠缺實質競爭之核心探討，其餘部分未予詳述，併此敘明。

連結，是否促使其等有共同行為，且與其等競爭者、顧客與消費者無涉」⁷³。是以，觀諸歐盟競爭法採取之寡占化共同支配地位的要件，實與德國競爭法通說接近，考量歐盟競爭法共同支配地位要件之模糊，雖可再藉由 *Airtours* 案輔助認定，但因德國競爭法又已進入實際探討實質競爭內涵，加上其獨有之推定規範，奠定其不同於歐盟競爭法之特色⁷⁴，因而，自應再借助德國競爭法此處相關之判斷。

（二）寡占事業推定支配市場地位

德國競爭法第 18 條第 6 項係規範寡占事業支配市場地位之推定制度。推定制度是針對支配市場地位規範之修正，主因係過往德國聯邦卡特爾署及實務裁判上，對於支配市場地位之認定過於慎重有關，因而 1973 年第 2 次修正時立法者欲減輕支配市場地位認定困難之行為主體濫用面向，改善規範之實效性⁷⁵。目前德國通說採取實質舉證責任說（*materielle Beweislastregel*），該說認為⁷⁶，前開推定不只是德國聯邦卡特爾署發動之構成要件，也是實質舉證責任要件，仍須作實質調查，且在無法排除或無法認定時（*non liquet*）始得適用。易言之，依據此項見解，在有推定要件時，仍得暫時假設系爭事業具有支配市場地位，但在進行調查過程中，應調查一切可認為或推翻前開假設之事實證據，僅在最後既無法排除或無法認為係支配市場地位之事業時，才能終局採取此項假設。因而，由上可知，主管機關從該實質舉證之觀點仍需積極舉證，如若對有嫌疑之事業無法提出彼此間有實質競爭時，不輕易適用該推定條款；反之，已成立寡占事業擬制支配市場地位時，縱未達到該條款推定之支配市場地位，仍有可能被擬制為獨占⁷⁷。

⁷³ Joined cases C-395/96 P and C-396/96 P., *Compagnie Maritime Belge Transports SA v Commission* [2000] ECR I-1365, paras. 33-45.

⁷⁴ 有關認定支配市場地位之方式，歐盟競爭法與德國競爭法大抵相同，此部分也可參閱田中裕明，前揭註 52，135。

⁷⁵ 山部俊文，前揭註 60，15。

⁷⁶ 主要參考文獻，參閱劉孔中，「德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範」，前揭註 34，174-175；田中裕明，前揭註 52，34-40；Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 161-165; Emmerich, a.a.O. (Fn. 46), § 27 Rn. 54-60; Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 40), S. 456-460. 其他相關推定條款之學說，例如發動構成要件說、形式舉證責任說等，請參前開文獻。

⁷⁷ Paul Pigassou, *supra* note 11, 728.

有關該國推定條款之變革，當屬第 6 次修正，在第 6 次修正前，依照德國競爭法第 22 條第 3 項⁷⁸，不論單一事業或寡占事業之推定，除正面認定市占率之推定比率外，復有第二重門檻，以交易額（銷售額），作個別事業之最低限制。以單一事業而言，係事業在最終會計年度之交易額少於 2 億 5,000 萬馬克者，不適用此項推定；對寡占事業而言，則以 1 億馬克為限，而例外不適用上開推定。然而第 6 次修正後，除條次由第 22 條移至第 19 條，原本第 6 次修正前有關交易額之限制，業已刪除。繼而於第 8 次修正後改到單一事業之獨占規定即第 18 條第 4 項、寡占事業之獨占推定即同條第 6 項，其中有關市占率之標準，單一事業由三分之一提高到 40%。

第 6 次修正前之此種設計，以市占率、交易額雙重門檻控管，除輔佐認定實質競爭外，上開交易額之規範目的⁷⁹，在於確保中小事業不會受到推定不利影響。但該時之規範也同時代表德國競爭法就事業構成獨占之認定仍然不易成立，使得實務案件不多。此外，學理上認為事業支配地位之推定如係用在結合規定，並無違合之處，因事業集中之關鍵並非依競爭之危險可能性，而是市占率之成長或事業規模⁸⁰，故而質疑是否可適用在獨占規定。爾後，於第 6 次修正時，德國實務方面一度討論是否要再列此支配市場地位之推定，因依歐盟運作條約第 102 條之規定，並未有此推定之規範，再者，推定條款對於濫用管控上，亦無實際作用，反多用於結合規範上，尤其是交易額限制之標準，雖最後第 6 次修正結果，仍保留推定條款，但條文內容放寬認定標準，刪除上開交易額之限制，此使得適用舉證責任更為清晰、簡單⁸¹，比如如何以之推定，以及如何舉反證推翻。

⁷⁸ 該條規定：「1. 一事業擁有特定種類之商品或營業上給付之市場占有率，在三分之一以上者，推定其為第一項所稱之支配市場之事業；但該事業在最終會計年度之交易額少於二億五千萬馬克者，不適用此項推定。2. 對於特定種類之商品或營業上給付，符合下列情形之一者，推定其具備第二項規定之要件：（a）三家或三家以下事業擁有之市場占有率，合計超過百分之五十或百分之五十以上者；（b）五家或五家以下事業擁有之市場占有率，合計在三分之二或三分之二以上者。但該等事業在最終會計年度之交易額合計少於一億馬克者，不適用此項推定。市場占有率及交易額之計算，準用第二十三條第一項第二段至第十段之規定。」此部分翻譯，經本文略作修改，主要參閱廖義男，「西德營業競爭限制防止法」，前揭註 34，261-262。

⁷⁹ 此部分中文翻譯條文及探討，參閱劉孔中，「德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範」，前揭註 34，173-176。

⁸⁰ Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 40), S. 456-458; 另參閱同上註，174。

⁸¹ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 160; Rittner/Dreher/Kulka, ebd., S. 457.

據此，可以推估該推定款條縱然仍有適用必要，但因應實務運作不順利之狀況，修改成現行法單純以加總市占率作考量的規範內容，一來，因放寬認定標準，執法上較易認定單一事業或寡占事業有無合乎推定條款，且修正後之規範更與推定條款契合；二來，因應最低交易額之限制或標準門檻，不論條文設計上或實務多係使用在結合規定，此也因為結合係事前預測，要在結合之前就要預估結合後之市場占有率尤為困難，實用性較低，故多以交易額之標準替代之。舉例而言，德國競爭法第 35 條第 1 項規定：「（1）如於結合前之上一交易年度已達到下述情形時，適用結合管制之規定：1.參與事業全球營業額總計超過五億歐元，且 2.於國內至少一參與事業之營業額超過五千萬歐元，且另一個參與事業之營業額超過一千七百五十萬歐元。」即是以交易額（營業額或銷售額）為主⁸²，相對而言，因獨占係屬事後規範，則無上開以交易額作限定標準或門檻之必要。

又依德國競爭法第 18 條第 7 項可知，被推定具支配市場地位之事業得舉反證證明彼此間之競爭條件使得實質競爭可得期待，或事業全體其相較於其餘競爭者並不具有優越的市場地位。上開舉證，並未要求事業間必實際上有競爭，且以整體考量相關情狀作為評價，亦可以同法第 18 條第 1 項、第 5 項作為考量⁸³。

對寡占市場而言，如呈現越高度寡占，實質競爭機會越低，且不只增加平行行為之風險，也增加市場集中度，自可能限制競爭，因此，不可無故為了滿足市占率之總和而隨意認定事業群，應以高市占率之事業為主⁸⁴，否則容易經事業依德國競爭法第 18 條第 7 項舉證渠等有實質競爭；另從外部關係考量而言，寡占事業間在外部關係可視為一個整體且相對於其他競爭者具有優越市場地位，然而，若其他競爭者具有接近之規模甚或超越整體寡占事業，則可推翻德國競爭法第 18 條第 6 項之推定。倘若確認符合上開支配市場地位，自可再行探討有無同法第 19 條之濫用行為。

⁸² 上開條文，中文翻譯條文主要係參考林易典教授翻譯，前揭註 47；第 10 次修正將第 2 款 2,500 萬歐元增加為 5,000 萬歐元，500 萬歐元增加為 1,750 萬歐元。事實上，結合規範之實務運作確實也漸偏向交易額為準，此觀諸各國現行競爭法之認定標準可知，參閱劉孔中，公平交易法，前揭註 34，102。

⁸³ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 177.

⁸⁴ Ebd., § 18 Rn. 175, 178; Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 40), S. 459-460.

(三) 高度寡占之議題

1. 何謂高度寡占

依照上開探討，德國競爭法有關共同支配地位之探討均提及高度寡占議題，然而，觀諸德國競爭法第 18 條第 5 項並無要求達到高度寡占。然依文獻指出⁸⁵，德國競爭法在立法之初，經濟政策委員會最初審議對象係單純指寡占市場，但考量到寡占之市場關係競爭者間之反應關係如是極為緊密，其中一事業可以對他造事業行動有高度預測可能時，甚有可能形成暗默勾結⁸⁶。換言之，對寡占市場而言，如呈現越高度寡占，寡占事業自越有可能限制競爭⁸⁷。因而，適用德國競爭法第 18 條第 5 項的事業，不僅前提乃寡占市場，更應以高度寡占為妥。是以，自應探討該定義以及相關議題。

「高度寡占」並非一般之寡占⁸⁸，事業數以及集中度均有不同。就經濟學上，高度寡占市場中係少數事業掌控整個市場，且至少只有少數事業具有相當大市占率，其個別市場占有率較高，以及事業在市場報酬具有相互依賴性⁸⁹。因寡占市場之事業很少，彼此間均會影響到他家之事業，會彼此牽制。

依照產業經濟學文獻上，衡量是否為高度寡占之標準，乃前四大廠商集中度 (Four-firm Concentration Rate, CR_4)⁹⁰及 HHI 指標 (Herfindahl-Hirschman Index)⁹¹。以前者而論，如若集中度超過 60%，即可能為高度寡占，然而，該種公式，並未能得知四家事業個別之市占率。舉例而言，若 CR_4 為超過 60%者，則四家事業或許市占

⁸⁵ 田中裕明，前揭註 52，31。

⁸⁶ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, a.a.O. (Fn. 52), § 18 Rn. 100. 事實上，高度寡占之議題，包含後述探討如何選擇調查之事業群，本應於共同支配地位探討時優先討論，但此同時涉及寡占事業推定支配市場地位門檻之討論，為使讀者較易了解，故置於寡占事業推定支配市場地位後續行探討，先此敘明。

⁸⁷ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 178.

⁸⁸ Ebd., § 18 Rn. 144; Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 40), S. 455.

⁸⁹ 參閱謝登隆，個體經濟學—生活與個案，再版，智勝文化有限公司，449（2014）；楊雲明，個體經濟學，4 版，智勝文化有限公司，596（2007）；陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，產業經濟學：理論與實際，3 版，雙葉書廊，63、226（2016）。至於應如何選擇何者為主要事業，經濟學上，自須先確認產業結構，再分別觀察個別事業定價決策。

⁹⁰ CR_4 乃最大四家事業中的集中度，可參閱陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，同上註，58。

⁹¹ HHI 指數於 1980 年後，漸被用來測量產業集中度，可參閱同上註，59-60。

率均為 25%，也有可能最大一家市占率為 50%，其他三家分別為 40%、5%、5%，後者之獨占力量顯然大於前者。是以，多會搭配後者 HHI 指標，如數值高於 1,800，則該產業為高度寡占⁹²。因而，縱使同樣係四家加總之市占率一樣，輔以 HHI 指標，更可理解是否為高度寡占。

上開論述，與寡占事業之獨占推定即德國競爭法第 18 條第 6 項以市占率作為規範標準的規定精神相同，應係借鏡市場集中度理論。是以，此種高度寡占，因欠缺實質競爭，自具備支配市場地位之可能，因此種高度寡占市場之事業，事業數多半不多，且渠等個別市占率也較高⁹³。

就此觀之，在探討欠缺實質競爭關係前，其前提係高度寡占市場，本文以為，此可使主管機關調查相關涉案當事人，可有限度限縮適用範圍，且考慮到原本寡占市場常有價格僵固現象，但不代表彼此間不為競爭，故應限縮在高度寡占市場，如此不致令寡占市場之事業體輕易陷入本條控管範圍，也符合經濟學之定義。

2. 特殊問題探討

此時，須特別提及者，不論經濟學或者德國競爭法，雖均有提及高度寡占之設定標準，但如前開推定法條或者市場集中度理論所呈現者，因未能了解個別事業組成之市占率，或有可能如同一般經濟學定義之高度寡占市場事業，主要事業均市占率相同、接近，或者如前三家事業均分別為市占率 25%、20%、20%，第四家則為 10%。此時，依照推定法條形式上操作，可能同時符合德國競爭法第 18 條第 6 項兩種推定門檻，此時會產生應如何適用問題。亦即，主管機關應如何擇定應調查之具體對象。

⁹² 參閱莊春發，「有線電視頻道市場集中度的研究」，傳播研究與實踐，第 7 卷第 1 期，251(2017)；同上註，63、255。 CR_4 介於 40% 到 60% 間，或者 HHI 指標低於 1,000，代表在該產業中四大事業或有影響力，可稱為低度寡占。

⁹³ 此也是為何前面探討有無欠缺實質競爭或者推定共同支配地位時，越是高度寡占，越形重要。由此亦可了解，高度寡占之議題，固然可於經濟學、競爭法當中探討，但純論規範面而言，在美國法，因尚未承認共同支配地位之理論，此部分自未有具體規範，歐盟競爭法雖藉由 CMB 案件等案，已經有探討，但因不同於德國競爭法有推定條款等實質之標準可劃分，自然同樣並未如德國競爭法有比較明顯可依循之標準（於我國法則於如何擇定調查對象、公平法第 8 條第 1 項、第 2 項有所關連，詳後述）。

通常而論，就市場集中度加總而言，可區分同時適用說以及優先適用說。前者是指不論加總三家（以下）或者加總五家（以下）市占率若均同時構成市場集中度標準時，則均可適用，至於應選擇何者，則由主管機關依職權認定；至於後者則是認為如前幾大事業若加總起來已經達到推定門檻時，則應無需再加總下去。上開二說，雖實務、學說均各有所採，但基於以下觀點⁹⁴，本文以為應以後者為妥。

首先，考量德國競爭法此處目的。同時適用說固然基於不論加總至三家或五家市占率，均屬於法規規範之寡占事業推定支配市場地位，但基於德國競爭法規範複數事業支配地位以及限縮為高度寡占之初衷，主要是考量彼此間是否構成寡占市場中之價格領導者，以及未來實質競爭性是否增加的可能性，如長期觀察複數事業市占率加總已達到競爭法或者經濟學上之標準時，應堪認該寡占團體已然穩定，對於市場上其他事業而言，應已具備價格領導者之身分。

其次，避免無端擴張適用範圍。如若採同時適用說，代表前幾大事業本已經構成高度寡占團體時，有可能持續加總其他事業，換言之，容易導致將過低市占率之事業也加入高度寡占團體，反使其被列入管控團體，自非妥當，況且，該後續加總之事業相對前面高度寡占團體，究竟是支配事業或者被支配之事業，均未可知，自然也違背德國競爭法限縮目的。

最後，顧慮職權調查之負擔。由於主管機關要先行判斷哪些寡占市場下之主要事業為調查、起訴對象，理應符合經濟學上對於高度寡占之觀察，否則，若輕易將非主要（領導）事業列入共同支配地位者，除了不符合競爭法此處希冀限縮高度集中之寡占團體，也容易在後階段遭寡占事業舉反證推翻（例如有非價格競爭）。如採取同時適用說，必須考驗主管機關舉證之能力。

故而，高度寡占市場事業適用順序或可如下：（1）是否少數事業掌控整個市場（可依照經濟學上之標準）；（2）個別事業原則上市占率高，且從前幾大事業往下加總；（3）借助寡占事業推定支配市場地位條款，如若加總前幾大事業市占率時已達到推定門檻，依照優先適用說，則無須再加總下去。依照上述標準，應可提供主管機關調查時判斷之方向。

⁹⁴ Linder, a.a.O. (Fn. 46), S. 209-214. 此書即採取優先適用說，另外相關介紹也可參考 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 180-181. 另可注意者，此部分議題之探討，同適用於推定條款。

（四）濫用行為之探討

依照本文前揭之探討，一旦符合德國競爭法第 18 條第 5 項、第 6 項，基本上即可再依同法第 19 條認定後續有無構成濫用行為，如阻礙濫用禁止及歧視禁止、榨取濫用等，此本屬於濫用行為管制之一環。依最新德國競爭法第 19 條之規定⁹⁵：「（1）一或數事業之濫用支配市場的地位，禁止之。（2）如一支配市場的事業係一特定種類商品或營業上給付之供給者或需求者，而有下列之情形者，特別存在著濫用：1. 對於他事業直接或間接不公平地加以阻礙或相較於同等之事業無客觀正當理由直接或間接不同地加以對待；2. 所要求之對價或其他交易條件，係偏離了在有效競爭下高度可能會產生者；對此，應特別考慮在具有有效競爭的可相比較之市場上事業行為方式；3. 所要求之對價或其他交易條件，與該支配市場事業本身於可相比較之市場上對於同等之購買者所要求者相較，其屬較不優惠，惟差異係屬客觀正當時不在此限；4. 拒絕給與其他事業關於此類商品或商業服務適當的對價，特別是指就其資料近用、提供網絡或其他基礎設施，提供或者同意近用有客觀重要理由，為於上游或下游市場上進行活動者以及該拒絕會威脅排除該有效的市場競爭；除非該拒絕乃客觀正當時，不在此限；5. 利用其市場地位，來要求或促使他事業無客觀正當理由給與其利益；對此，應特別考慮，上開要求對其他事業是否有正當合理事由，且上開請求之利益是否對於請求原因為適當之行為。」大體而言，上開第 1 項為一般濫用條款，第 2 項第 1 款之濫用型態稱為「阻礙型濫用」（Behinderungsmißbrauch），至於後述之第 2 款及第 3 款則則稱為「榨取型濫用」（Ausbeutungsmißbrauch），又第 4 款乃德國競爭法第 6 次修正時增列之「拒絕使用網路系統或基礎設備」⁹⁶，至第 5 款乃第 8 次修正時增列，上開第 4 款、第 5 款於第 9 次、第 10 次修正有所修正⁹⁷。又一般濫用條款因臉書案⁹⁸引起學說與實務關於該條款是否採行為因果關係（Verhaltenkausalität）

⁹⁵ 此部分翻譯，除第 9 次、第 10 次修正新增加之外，係參考林易典教授翻譯，前揭註 47，然均經本文調整。實則，濫用行為之探討，不論是單一事業支配地位或共同支配地位的事業群，均適用第 19 條之規定，但必須理解，其前提均為須「構成支配市場地位」，始有後續濫用行為之探討。因本文重點仍在於判斷共同支配地位有無實質競爭欠缺一事，並未再將焦點放在濫用行為之探討，僅介紹概要，並在此處介紹相關案例以供了解德國法確實有實際檢討。

⁹⁶ 本款規定即為德國限制競爭法中有關所謂「關鍵設施理論」（或譯成樞紐設施理論）之規定。

⁹⁷ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 19 Rn. 8. 又稱之為消極歧視（Die sogenannte passive Diskriminierung），參閱 Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 40), S. 472.

⁹⁸ „BGH: * Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung –Facebook,“ *Gewerblicher*

者所引發之爭議，故而第 10 次修正的做出修正，以與通說、實務規範因果關係（Normativekausalität）或結果因果關係（Ergebniskausalität）相符⁹⁹。此外，第 19 條第 2 項第 4 款中就關鍵設施原則納入歐洲最新應用實踐和法制實務的發展，此外，也引進對於關於資料的近用，為改善數位與非數位領域中的（資訊）「守門人」（Gatekeeper）的近用¹⁰⁰。與寡占市場事業濫用有關者，茲舉下列案例：

首先，於 *Abwehrblatt II* 案¹⁰¹中，有三家報社出版商（其中兩家為地方報社出版商），渠等共同建立一個公司籌備處，形成德國競爭法第 18 條第 5 項之寡占定義：在兩家地方報社出版商之間、公司籌備處及其三家母公司間，均有高度關聯性，此被認定為欠缺實質競爭。對於當地其他的出版商而言，上開公司籌備處被發現係針對廣告業市場之新進者有所防衛，但此種防衛目的在競爭中並無法達成。且在外部行為觀之，上開寡占團體近乎成為獨占。該案件在上開事業達成寡占之支配市場地位後，重心即在於歧視行為有無構成¹⁰²。因而，本案係認同涉案寡占團體成立支配市場地位，進而適用德國競爭法有關阻礙濫用禁止之行為。

其次，與設定過高價格管控有關者，於 *Valium* 案¹⁰³，德國柏林邦高等法院認為在寡占團體間之苯二氮平類市場之藥商欠缺實質競爭，並探討產品價格超過競爭下之價格，對於濫用管控之目的顯被阻擾。所謂濫用管控之目的係指：透過並非由競

Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 1318-1330 (2020).

⁹⁹ 第 10 次修正前第 19 條一般濫用條款條文原文為「Der Missbrauch Ausnutzung」，此次修正改為「Der Missbrauch」，避免有以為須採取行為因果關係（亦即市場力濫用須以事業採取之濫用行為為限）。此部分爭議可參閱 Rupperecht Podszun, „Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der ‚Facebook‘-Entscheidung des BGH,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 1272 (2020). 所謂規範因果關係（Normativekausalität）或結果因果關係（Ergebniskausalität），係指具備市場地位的事業並未為實際行為亦可，只要該具備支配市場地位的事業對於市場競爭有不利的影響或者有潛在有害競爭，濫用行為與支配市場地位仍為直接原因。在規範因果關係，事業之市場力量乃重要因素。至於結果因果關係，係指支配市場地位濫用行為依據其濫用行為產生潛在有害的競爭，可參閱 Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 6. Aufl., C.H.Beck, § 19 Rn.72 (2020).

¹⁰⁰ 參閱洪政緯，前揭註 34，92。

¹⁰¹ Vgl. BGH v. 10.12.1985 WuW/E BGH 2195, 2197 ff.; „BGH 10.12.1985 KZR 22/85, Abwehrblatt II,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 397 ff. (1986).

¹⁰² 有關本案之探討與整理，可參閱田中裕明，前揭註 52，124-127。

¹⁰³ Vgl. KG v. 24.8.1978 WuW/E OLG 2053 ff. 亦可參閱 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 147; Schuchmann, a.a.O. (Fn. 51), S. 158-159. 惟須注意，*Valium* 案後續之 *Valium II* 案，德國聯邦最高法院並未否認德國柏林邦高等法院共同支配地位之認定，但廢棄有關濫用榨取假設競爭價格之計算方式，參閱吳秀明，*競爭法制之發軔與展開*，前揭註 34，238。

爭充分管控之事業，其具有不公平價格競爭之價格及條件，故應防止其等對於市場相對人榨取濫用。共同支配地位管控目的，包含欠缺價格競爭之濫用。因此，法院在本案支配市場地位之寡占確立欠缺有效價格競爭之原則。

依上述案例，本文以為，如可設定共同支配地位之標準，除避免涉及事業過廣，也可解決前述提及寡占市場引起之限制競爭行為，又除依照條文文義解釋外，由上述案例可知，一旦符合德國競爭法第 18 條第 5 項、第 6 項，基本上即可再依同法第 19 條認定後續有無構成濫用行為，如阻礙濫用禁止及歧視禁止、榨取濫用等。

（五）小結

若考量有關共同支配地位實務實際運作、法規設計，德國競爭法在此部分規範明確，復考量德、歐競爭法均有規定支配市場地位，且歐盟競爭法實務上也承認共同支配地位理論，因而，自可一併綜合整理歐盟競爭法、德國競爭法此部分有關寡占事業擬制支配市場地位、寡占事業推定支配市場地位之運作方式（由於美國競爭法止步於學理上探討，則不予整理）。

從而，德國競爭法之成文化規定，考究有其獨特性、妥適性，因而，搭配歐盟競爭法之標準，本文以為相關準則可如下探討：1.是否為寡占市場；2.是否為高度寡占；3.有無符合歐盟競爭法共同支配地位 CMB 案、Airtours 案相關標準；4.有無欠缺實質競爭—是否符合事業的行動空間理論及其他判斷輔佐因素（詳前述德國競爭法內部關係之認定）¹⁰⁴；5.外部關係（德國競爭法第 18 條第 1 項）；6.寡占事業推定獨占（德國競爭法第 18 條第 6 項、第 7 項）；7.濫用行為。

歐盟競爭法與德國競爭法就寡占市場狀態下事業之獨占規範，經本文之探討，實務、學說發展上均有進展，實有參考之必要。德國競爭法就此部分之研究，更有相當之成果，如依照前開所提探討之標準，均大抵可從事業間「外部」操作模式察覺，如與聯合行為探討事業間合意內容相較，本文以為似更為清楚。是以，對於同樣係屬成文化規定之我國競爭法，應有參考、比較之價值，因而，以下針對寡占事業擬制獨占、寡占事業推定獨占為比較法之分析，並提出本文相關建議。

¹⁰⁴ 倘若認為依照歐盟競爭法之標準尚不足以認定共同支配地位，自可再行借助德國競爭法之標準。

四、予我國法之省思

(一) 我國法寡占市場獨占規範之淵源—以獨占地位為主

我國獨占規範，分別規定在我國公平法第 7 條至第 9 條。我國針對單一事業（第 7 條第 1 項）或複數事業（第 7 條第 2 項）均有規範，且須先具備獨占市場地位，始後續探討居於獨占地位之事業，有無不當運用其市場地位，濫用獨占力量（第 9 條）。其中，與寡占市場有關之獨占規範，依照我國公平法第 7 條、第 8 條可知，分別為寡占事業擬制獨占以及寡占事業推定獨占。

於 1991 年制定之公平法第 5 條第 2 項（後改列為第 7 條第 2 項）固然規定「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。」其立法理由為¹⁰⁵：「一、本條第一項係明定獨占之定義。二、獨占原為經濟學上之名詞，惟本法所稱之獨占係指事業在特定市場處於無競爭狀態或具有壓倒性地位可排除競爭之能力者而言，較經濟學上獨立（按：應為獨占）之範圍為廣。參考韓國限制獨占及促進公平交易法（下稱「限制獨占法」）第二條第五項甲、乙兩款及日本有關解釋。三、本條第二項係明定二以上事業寡占情形視為獨占。四、我國產業機構，真正由一事業獨占之情形並不常見，而少數事業雖無聯合行為，惟實際上（例如其市場由少數廠商支配）不為價格之競爭；在此寡占情形下，事業可能以價格領導機能操縱市場，故有規定二以上事業寡占情形視為獨占之必要。參考韓國限制獨占法第二條第五項（丙）款規定及美國判例。」其中，有關寡占事業擬制獨占部分，係參考韓國限制獨占法第 2 條第 5 項（丙）款規定及美國判例。

然而，由本文之探討，美國競爭法不僅立法當時並未承認寡占事業擬制獨占，往後實務之發展，也未正式承認該理論。是以，究係參考美國何判例，並無從得知；另外，韓國競爭法於 1980 年制定之第 2 條第 5 項（丙）¹⁰⁶雖規定：「二人以上之事業者間，對於特定商品種類之商品或勞務等有關方面毫無實際競爭關係，且該等事業對全體各該事業，具有超越之地位。」然而，韓國競爭法上開有關獨占規範模式

¹⁰⁵ 參閱公平會網站，「80.02.04 公平交易法制定條文說明」，<https://www.ftc.gov.tw/upload/bd269c10-4260-46ea-8ecc-1758c237f12a.pdf>，最後瀏覽日期：2021/8/18。

¹⁰⁶ 參閱賴源河，前揭註 4，175。

實與德國競爭法第 18 條相似，制定年代又顯較德國競爭法為晚，且韓國立法當初之相關權威學者均在德國接受法學訓練，韓國之政府官員與學者在解釋韓國競爭法時，也均引用德國文獻，故初期韓國競爭法之設立自受德國競爭法影響，德國競爭法為韓國競爭法依託藍本¹⁰⁷。

再者，事實上，我國自 1981 年起開始研擬公平法，共經歷 3 次草案，第 1 次草案乃廖義男教授於 1982 年所提出，第 2 次草案則是於 1985 年，由經濟部提出，最後一次草案係行政院於 1986 年 5 月提出¹⁰⁸。其中，由廖義男教授起草之第 1 次草案中第 30 條，針對寡占事業擬制獨占，係規定：「二家或二家以上之企業，就特定種類之商品或服務，在一般或特定市場上，因事實上之原因彼此間不存有價格上之實質競爭，且其總體在對外關係上合於前條第一項之要件者，視為支配市場之企業。」對於複數事業支配市場地位之寡占事業擬制獨占係要求不存有價格上之實質競爭，明顯係借鏡德國競爭法。

綜上，由我國原本立法之脈絡觀之，應係源自德國競爭法，縱認後述第 2 次草案起，迄至第 3 次草案，將上開規定改為「（1）本法所稱獨占，謂事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭能力者。（2）二以上事業，因事實上之原因不為價格之實質競爭，而其全體之對外關係具有前條規定之情形者，視為獨占。（3）第一項所稱特定市場，係指事業就一定之商品或服務從事競爭之區域或範圍¹⁰⁹。」若再由最後 1991 年立法院三讀通過的公平法條文立法理由中有關寡占事業擬制獨占部分，雖參考韓國限制獨占法第 2 條第 5 項（丙）款規定，但承前所述，韓國競爭法乃仿襲自德國競爭法，因而，大抵可堪認為我國法亦溯源自德國競爭法。換言之，雖立法理由提及美國競爭法、韓國競爭法，但如前述，美國競爭法因受限法規定義，導致無法確實適用共同獨占地位理論；又韓國競爭法有關獨占規範模式實與德國競爭法第 18 條相似，從而關於獨占地位之探討，比較法上自可參考德國競爭法以及其認定標準。

¹⁰⁷ David J. Gerber, *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, 1st ed., Oxford University Press, 220-221 (2010).

¹⁰⁸ 參閱劉孔中，「析論獨占事業濫用市場地位之禁止」，前揭註 34，229。

¹⁰⁹ 同上註，234。

（二）寡占事業擬制獨占之修法建議

1. 第 7 條第 2 項適用之疑義

我國寡占市場下之獨占規範，係集中在公平法第 7 條第 2 項，對於本文提及共同支配地位而言，因係規範二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有公平法第 7 條第 1 項規定之情形者，視為獨占，顯然提及複數事業以及何種情形視為獨占，此種寡占事業擬制獨占，應與共同支配地位定義相當，況且我國也有設計寡占事業推定獨占之條款。是以，我國為成文化規定，並直接定義寡占市場事業的獨占規範，因應寡占市場之特性使然，固然可能成立聯合行為，但寡占市場下，因寡占事業稀少，寡占事業彼此不會獨立運作，反而彼此間之競爭基於已提供之其他寡占成員行為之反應，有所緩和。此種情況，乃事業間之反應關係（*Reaktionsverbundenheit*）¹¹⁰，是常出現單純之平行行為。但以我國之規範可知，以事業間「實際上不為價格之競爭」為主，且此時全體對外關係，有同法第 7 條第 1 項事業在相關市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。

相對於此，依德國競爭法第 18 條第 5 項可知，係承認「複數事業」亦有可能構成德國競爭法之支配市場地位，該條文認如上開事業間彼此並不存在實質競爭，且符合同法第 1 項即「並無競爭者」、「並未處於實質競爭」或「相較於其競爭者具有優越的市場地位」時，滿足支配市場地位之要件，基此，支配市場地位係德國競爭法認定獨占事業之前提要件，但是係以「並不存在實質競爭」為主。此外，歐盟運作條約第 102 條前段固規定¹¹¹在共同市場內或某個重要區域，一個或數個事業濫用其支配市場地位之行為，係足以影響會員國間交易，與共同市場不相容，應予禁止。上開條文並未針對寡占事業擬制獨占定義，但由歐洲法院之相關判決可知，已有採共同支配地位理論，甚而包含寡占化共同支配地位。是以，我國針對寡占市場事業之獨占規範，並非唯一有所規範之國家，但初看之下，也可得知，我國法之規定與德國競爭法、歐盟競爭法細究之下，仍略有不同¹¹²。

¹¹⁰ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 38), § 18 Rn. 83.

¹¹¹ 此部分翻譯，參閱公平會網站，前揭註 21。

¹¹² 以獨占地位認定而言，德國競爭法就支配市場地位尚包含優越市場地位，此為我國並無之規範。此外就寡占事業擬制獨占以及寡占事業推定獨占之條文規範上，也有些微差異。

我國法寡占事業擬制獨占，固然規定在公平法第 7 條第 2 項，然因係以事業間「實際上不為價格之競爭」，是否學說上並無疑問，實殊探討。針對本項，學界以為文義上以實際上不為價格之競爭，大抵認為適用範圍過廣¹¹³。承前所述，該項立法理由即明示該項與寡占市場有關，又寡占市場下，因廠商間彼此對於競爭者之行為，均甚為了解，且透明度極高，渠等常常出現外觀上一致行為，此或屬競爭法所禁制之一致性行為，或為有意識平行行為、價格跟隨行為¹¹⁴。此時寡占市場下，雖價格趨於一致，但仍常有非價格競爭行為，因而，我國學界對公平法第 7 條第 2 項意見，固然有並未特別質疑之見解¹¹⁵，但大抵而言，應係認為需再行修正¹¹⁶，此由立法理由、德國競爭法之文義上觀之可以理解¹¹⁷。

2. 本文修正建議

我國公平法第 7 條第 2 項主要是針對寡占市場所生特殊獨占狀態¹¹⁸，如從該項文義觀之，僅須二以上事業，實際上不為價格競爭為要件。然而，本文以為，該項認定僅以不為價格競爭作為擬制要件，有所不妥，其理由分述如下：

(1) 該項適用主要以寡占市場為準

該項在條次修正前，係公平法第 5 條第 2 項，該條項立法理由如前所述，即以明示該項與寡占市場有關，又寡占市場上少數幾個廠商因寡占市場透明度極高，自須注意渠等常常出現外觀上一致行為，或屬競爭法所禁制之一致性行為，或並未禁止之有意識平行行為。換言之，必須留意寡占市場之事業之競爭模式。

(2) 寡占市場狀態下之事業間常有非價格競爭

如前所述，因寡占市場中，各廠商均有能力提出大抵相同或稍微有差異之產品，也均有支配價格之能力，彼此間又因廠商數目較少，彼此之行動均牽一髮而動全身，

¹¹³ 參閱何之邁，「公平交易法：第一講－獨占（上）」，月旦法學教室，第 60 期，72-74（2007）；劉孔中，公平交易法，前揭註 34，61。

¹¹⁴ 參閱何之邁，前揭註 5，2-3。

¹¹⁵ 參閱范建得，前揭註 8，175-176。

¹¹⁶ 參閱劉孔中，公平交易法，前揭註 34，61；劉邦典主持，前揭註 34，84（1993，此部份報告為劉孔中教授撰寫）。

¹¹⁷ 何之邁教授另由法國競爭法之實務觀之，也提出相同建議，參閱何之邁，前揭註 113，73-74。

¹¹⁸ 參閱何之邁，公平交易法實論，修訂版，自版，16（2002）。

渠等相互依存度高，更常有價格僵固現象產生，彼此依賴性甚高，在價格表現上也會呈現極為穩定之現象，此源自於價格領袖（price leader），故而，通常之競爭方式係以「非價格」競爭為主，例如改善品質、增加服務項目與提供額外獎品等其他競爭方式¹¹⁹。

(3)我國法規定與有意識平行行為之規定接近

是以，如認複數事業實際上不為價格競爭即認定為獨占事業，本文以為打擊範圍過廣，因寡占市場下，既然容易出現一致行為，如非聯合行為所規範之一致性行為，有意識平行行為之價格跟隨行為自屬常態，此屬市場結構下的必然現象，不應該視為濫用市場地位行為¹²⁰，且在寡占市場下，並非必定缺乏競爭，長期而言，仍可能有其他競爭行為，不應僅有非價格競爭時即據以擬制獨占¹²¹。

(4)德國競爭法之比較

若考量實務運作、法規設計，德國競爭法在此部分確實較美、歐法制規範明確，此係基於美國競爭法上要件之侷限性，以及歐盟競爭法在實務判決上之不精確性有關。德國競爭法之成文化規定，有其獨特性，自值得我國參考。但明顯可知，上開立法定義，與我國公平法第 7 條第 2 項因應寡占市場之特性常出現單純之平行行為雖甚為接近（不為價格競爭），但仍與德國競爭法規範以二間以上事業之間就一特定種類商品或營業上給付並不存在實質競爭有所差異。

是以，本文以為，同我國學者所評論，德國競爭法考量寡占事業擬制獨占之規範，自有考量到寡占市場特性，始以不為實質競爭為限，就此而言，我國法僅規定不為價格競爭，應有調整餘地¹²²。故應規範為：「二以上事業，不為實質之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情形者，視為獨占。」至於如何認定實質競爭，自可參照本文前開德國競爭法、歐盟競爭法之探討（前揭三、（一））。

¹¹⁹ 參閱王泰銓，前揭註 28，176；何之邁，前揭註 113，73；同上註，16。

¹²⁰ 參閱劉孔中，公平交易法，前揭註 34，61。

¹²¹ 參閱何之邁，前揭註 113，73-74。

¹²² 參閱何之邁，同上註，73；何之邁，公平交易法要義，初版，自版，21（2020）；劉邦典主持，前揭註 34，84。

(三) 寡占事業推定獨占之修法建議

1. 公平法第 8 條第 1 項適用上疑義

公平法第 8 條係有關如何認定獨占之規範，以結構原則為門檻，如通過上開門檻，嗣綜合考量是否確為獨占地位。除公平法第 8 條第 3 項係為了避免獨占認定上有所遺漏，公平會仍可例外判斷事業之設立或事業所提供之商品或服務進入相關市場，是否受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者。基本上，該項學說、實務上較無適用上問題。然而，公平法第 8 條第 1 項、第 2 項在實際適用上，如搭配前開本文探討寡占事業擬制獨占，則有所疑義。

觀諸我國公平法第 8 條第 1 項規定：「事業無下列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：一、一事業於相關市場之占有率達二分之一。二、二事業全體於相關市場之占有率達三分之二。三、三事業全體於相關市場之占有率達四分之三。」此條文先不論是以反面推定方式規範外，重點在於將單一事業以及複數事業之推定同列一起，不免依文義解釋認為所謂「前條獨占事業認定範圍」同時及於同法第 7 條第 1 項以及第 2 項。由德國競爭法之推定，與我國法相較下，不論是單一事業之獨占規定（德國競爭法第 18 條第 4 項）、寡占事業之獨占推定（德國競爭法第 18 條第 6 項），均與我國所認定方式不同，除了正面認定、反面認定之差別外，最主要是德國競爭法有區分單一事業推定條款以及複數事業推定條款，此與我國規定全部規定在同一項有所不同。

換言之，德國競爭法與我國同法第 7 條第 1 項、第 2 項均有適用同法第 8 條第 1 項全部之推定條款不同。我國法此處適用上並未區隔，容易造成條文適用有所混淆，故而，該條第 1 項第 2 款、第 3 款應僅適用第 7 條第 2 項¹²³似較為合理。

2. 公平法第 8 條第 2 項適用上疑義

(1) 公平法第 8 條第 2 項之立法目的

針對公平法第 8 條第 2 項有關最低市占率、最低銷售額之設計，該項最初係在 1992 年施行細則第 4 條第 2 項規範（1999 年移至第 3 條第 2 項），其立法理由為：

¹²³ 參閱何之邁，前揭註 113，77。

「又為防止因計算加總而將小規模業者列為獨占事業，故參考韓國立法例並斟酌我國實際情形，於第二項中明定個別事業在特定市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達新臺幣十億元者，不列入獨占事業之認定範圍¹²⁴。」

因而，大抵可整理公平法第 8 條第 2 項之設計理由如下：其一，防止因計算加總而將小規模業者列為獨占事業。由於 1991 年之公平法於第 10 條第 2 項規定公告獨占制度（於 1999 年刪除之），因而，公平會設計之初衷，在於避免小規模業者被認為獨占業者。其二，避免事業過度抗議。如前所述，公平法第 8 條第 2 項之規定，原本來自 1999 年修正前之公平法施行細則第 4 條，爾後改列第 3 條，其立法目的言明是為保護小規模業者；又有關獨占之設定，當年也有公告獨占制度，但該公告制度卻引起大量事業之抗議，因業界並不了解大並非即是惡之原理。

此外，從我國公平法第 8 條第 2 項文義上以及上開立法理由之敘述，因表示不願讓市占率低於十分之一者被列為獨占事業，似均認為「個別」事業均屬獨占事業，從當時公告獨占以及訴願¹²⁵均可得知採取此種看法。由公平會 82 年 2 月 8 日公祕法字第 002 號公告獨占事業可知，其所列複數事業，按照說明：「經公告為獨占之事業，僅表示其在特定市場有優勢地位之事實狀態……」以及表格中複數事業均個別列出（舉例而言，序號 25 之機車市場，其列之三間事業為三陽工業股份有限公司、臺灣山葉機車工業股份有限公司及光陽工業股份有限公司），也未強調複數事業「全體」於特定市場上具有獨占地位，應可知悉因公平會對推定條款條文思路上認為是個別事業加總後達到標準者，個別事業均為獨占，故採取最低市占率限制。

(2)公平法第 8 條第 2 項適用上疑義

公平法第 8 條第 2 項之設計，雖可知除公平會實務上為了防止因「計算加總」而將小規模業者單獨列為獨占事業以及避免事業過度抗議，然因公平法第 8 條第 1 項推定條款除前開適用上問題外，該項與同法第 2 項適用體系上也有疑義，尤其是公平法第 8 條第 2 項有關最低市占率之限制。

其一，公平法第 8 條第 1 項第 1 款與同條第 2 項之適用

¹²⁴ 有關我國制定當時各國推定條款之規定，參閱李延禧，「我國獨寡占商品市場結構及廠商行為規範之研究」，公平交易法論述系列第二輯，公平交易委員會，10（1993）。

¹²⁵ （82）公訴決字第 017、020、021 號訴願決定書（台灣山葉機車工業股份有限公司、三陽工業公司及光陽工業股份有限公司，因均被公告為機車特定市場獨占事業，三家公司均分別提起訴願）。

原本在獨占事業推定上，已然設定單一事業於相關市場之占有率達二分之一，始有獨占之規範，換言之，一事業於相關市場之占有率如未達二分之一，不列入獨占事業認定範圍。但公平法第 8 條第 2 項卻再設定「個別」事業於相關市場占有率未達十分之一，該事業不列入獨占事業之認定範圍，此就單一事業認定而言，本已明定以市占率 50% 為認定門檻，從而，早以超過十分之一，單以此觀之，公平法第 8 條第 2 項有關市占率十分之一之設計實屬不必要，更有矛盾之處。此也與學者認為我國公平法第 8 條第 2 項應僅適用在同法第 8 條第 1 項第 2 款及第 3 款¹²⁶意見相同。

最後，縱使一併考量公平法第 8 條第 2 項有關最低銷售（交易）額之規範，經本文研究，或有其政策決定原因，然而，此種規範也會造成縱使個別有獨占力量之事業，雖超過十分之一的市占率，卻不符上開銷售額之情形，轉而須以公平法第 20 條、同法第 25 條探討有無適用之情況¹²⁷，此自容易造成同一個獨占議題，卻須割裂適用。獨占條款之適用是否須為如此繁複之設計，本文以為不僅加深適用獨占條款之難度，事實上，更使市場之事業無從了解究竟何時始違反公平法。

其二，公平法第 8 條第 1 項第 2 款、第 3 款與同條第 2 項之適用

如前所述，公平法第 8 條第 1 項第 2 款、第 3 款實際上是應用在寡占市場下複數事業之推定條款，換言之，寡占事業推定獨占重點即在於因「個別」事業或未形成獨占地位，但寡占事業間市占率「合計」下，可推定其整體共同構成獨占地位。從而，以公平法第 8 條第 1 項第 2 款、第 3 款而言，本與寡占事業探討獨占之法理無誤，惟搭配公平法第 8 條第 2 項觀之，適用上不無違誤。

從我國公平法實務運作層面觀之，該項設計之初應係為防止因「計算加總」而將小規模業者個別列為獨占事業。但以公平會實務之方式運作，變成認列獨占團體之事業，其個別事業均各自被認列為獨占事業，代表一個市場上有數個獨占事業，自有疑義。如回歸寡占事業推定獨占法理，也顯現該設計之問題，舉例而言，若最大事業以及次之事業市占率分別為 45%、21%，最後一間事業為 9%，此時前兩間市占率加總起來並未達到市占率三分之二，若原本加總第三間事業，或許可以達到市

¹²⁶ 參閱何之邁，前揭註 113，77。

¹²⁷ 公平法第 25 條處理之相關個案中，包括獨占類型，例如 1999 年修正前，未經公告認定為獨占事業，如 88 年度公處字第 103 號處分書，即針對欣桃天然氣公司，於民國 86 年總銷售金額未達 10 億元，並未經公告為獨占事業，然仍有濫用市場優勢地位，而適用公平法第 25 條（舊法第 24 條），參閱何之邁，前揭註 118，422-424。另學者表示，公平法第 25 條針對限制競爭部分，可處理類似獨占之狀況，參閱吳秀明，競爭法研究，前揭註 34，125。

占率 75%，但又因我國法特殊設計排除掉，而最後一間事業市占率 9%與原本法規限制之 10%，也相差無幾，何以排除掉，也未見有堅實依據，因而使得我國獨占條款無從適用。

況且，德國競爭法自 1973 年第 2 次修法增訂推定條款以來，雖有設定雙重門檻（第二重為交易額），亦即先以市占率作正面推定後，再設定交易額作為例外不適用推定之要件。然而，觀諸該國法之設計，主要是為了解市場集中度是否達到推定門檻（高度寡占），故在第二重門檻部分並未規定最低市占率限制。我國法在單一事業推定獨占以及寡占事業推定獨占上，同時在第二重門檻設定最低市占率則有相關疑義。除前開本文提及本國法之適用問題外，以比較法觀點而言，德國競爭法也未如此規定。因而，至少可了解公平法第 8 條第 2 項在認定寡占事業推定獨占有關市占率十分之一之規定，不僅有違法理，更與比較法不合。更遑論，現行德國競爭法第 18 條第 4 項及同法第 6 項規定（搭配第 7 項有關第 6 項推定條款之反證），已經單純以加總市占率作為判斷標準，並無須再觀察交易額限制。故我國法此種設計也與比較法有異。

再者，我國法之設計也與現實情況不符，參照我國公平法就此部分推定條款係要求二事業全體於相關市場之占有率達三分之二，或者三事業全體於相關市場之占有率達四分之三。換言之，已然先行設定寡占市場中具有影響力之事業並不多，而在此寡占市場具有影響力之事業多半不超過四家，該團體內之個別事業市占率通常情況應已超過十分之一¹²⁸。

最後，有關最低銷售額之規範，公平法第 8 條第 2 項與第 1 項第 2、3 款現行法適用下，同樣易造成獨占規定割裂適用之情況，例如二事業固然符合市占率在相關市場達到三分之二之情況，但其中一事業未達主管機關所公告之銷售額，則須探討公平法第 25 條是否可適用寡占市場下之限制競爭行為，此舉或造成公平法第 25 條本身適用負荷過重。

¹²⁸ 提出類此意見者，參閱何之邁，前揭註 113，77。另外，我國公平法第 1 次之草案，依照廖義男教授草擬第 1 次草案中第 29 條第 3 項：「一企業擁有特定種類之商品或服務之市場占有率，在三分之一以上者，推定其為第一項所稱支配市場之企業。」、第 30 條第 2 項：「對於特定種類之商品或服務，符合下列情形之一者，推定其具備前項之要件：1.三家或三家以下之企業擁有之市場占有率，合計在百分之五十以上者。2.五家或五家以下之企業擁有之市場占有率，合計在百分之七十以上者。」也可了解，一開始之草案並未要求最低交易額、市占率之第二重門檻限制。參閱廖義男，公平交易法之理論與立法，前揭註 34，379 以下。

是以，由以上探討可知，公平法第 8 條第 2 項適用上，實務運作上有所疑義，不僅與寡占市場事業推定獨占法理相違，學理上也有疑問，更與實務情況相悖，也加深適用獨占條款之難度。

3.公平法第 8 條修法建議

(1)公平法第 8 條第 1 項修法建議

本文以為，公平法第 8 條第 1 項本與推定條款相關，而該推定條款原始之設計目的，本係輔佐獨占（支配市場）地位之認定，故有關複數事業之獨占推定既係針對寡占事業，則不應混淆適用誤用到認定其他條項之市場結構為宜。然而，終究以限縮方式探討公平法第 8 條第 1 項第 2、3 款仍有條文文義不清之狀況，倘若以修法方式為之，更為妥當。是以，如可將公平法第 8 條第 1 項第 2 款、第 3 款兩款移動到公平法第 7 條第 3 項，使寡占事業推定獨占明確化，則公平法第 8 條第 1 項第 1 款即可明確認為係負責單一事業獨占推定，不僅法理架構上適宜，比較法上，也與德國競爭法有關寡占事業擬制獨占、寡占事業推定獨占、單一事業獨占推定規範相符。

(2)公平法第 8 條第 2 項應予刪除

如前所述，公平法第 8 條第 2 項之十分之一設計原因應係為防止因「計算加總」而將小規模業者單獨列為獨占事業，但該種立法設計與寡占事業推定獨占之法理有所衝突，因寡占事業推定獨占重點即在於「個別」事業或未形成獨占地位，但寡占事業間市占率「合計」下，可推定其整體共同構成獨占地位。以公平會之運作方式，代表一個市場上有數個獨占事業，自屬矛盾，公平法當初設計前提已有誤解寡占事業推定獨占法理¹²⁹。此外，針對最小銷售額之限制，如刪除掉也可避免割裂適用。復參酌現行德國競爭法第 18 條第 6 項已刪除交易額最小規模之規定，如若考量德國競爭法做此決定，係因應為擴大適用獨占條款，以及考量學理及實務上有關交易額規模限制均多規範在結合規定。是以，並無須再訂定如我國公平法第 8 條第 2 項之規定。

¹²⁹ 參閱何之邁，公平交易法要義，前揭註 122，22。

最後，或有探討如若刪除公平法第 8 條第 2 項最小市占率、銷售額之限制，會否過度擴張，導致市占率低之事業一併列入。本文以為，就前揭高度寡占探討之議題，依照德國競爭法市場集中度加總之優先適用說，亦即前幾大事業若加總起來已經達到推定門檻時，則應無需再加總下去。舉例言之，在過往公平會尚有公告獨占制度時，以南山人壽訴願案¹³⁰而言，南山人壽股份有限公司人身保險市占率僅為 10.37%，但因與國泰人壽保險股份有限公司（市占率為 49.34%）、新光人壽保險股份有限公司（市占率為 25.01%）共同在人身保險市占率超過四分之三（共為 84.72%），同樣被個別認列為獨占事業，但如果參照前開優先適用說，前二大公司既然已經合計市占率超過七成，自然不必再加總南山人壽股份有限公司（僅約市占率 10.37%）。若採取此說，不但符合原本寡占事業推定獨占之法理，也減少主管機關舉證之負擔，更可符合公平法第 8 條第 2 項設計初衷，也不至於使市占率低事業乃市場支配方或被支配方而定位不明。

因而，本文以為，針對公平法第 8 條第 2 項其中有關市占率、銷售額（交易額）之限制，考諸我國法實務運作，顯有誤解寡占事業推定獨占之法理；學理上，如再搭配德國法之優先適用說，自無須於獨占推定條款再予以設定第二重限縮之條件，以及參考外國法之最新趨勢，公平法第 8 條第 2 項應予刪除為當。

（四）小結

對於寡占市場之限制競爭行為，最令人頭痛者莫過於高度寡占市場，事業數量又稀少時，如若有限制競爭之情事，應如何因應。對此，德國競爭法有不同層次因應，如若事業間有合意行為，且限制競爭，應以卡特爾（聯合行為）規範，且因應卡特爾造成的重大破壞經濟行為，以原則禁止為準；次之，如若寡占市場中之事業雖有合意，但從事者係合成同一經濟體（經濟一體化），而有「結構性」變化，此時則是以結合規範為之，作事前之預防（先不論歐盟競爭法就結合之優先適用）；最後，如寡占市場中事業，既無結構性之控制關係，也無聯合行為合意，德國競爭法仍考量到事業在高度寡占市場中容易產生平行行為，如若缺乏實質競爭，則仍可以寡占事業擬制獨占規範之，因而，並不以事業間合意為限，進而依照濫用行為原則，觀察該事業群是否藉此控制市場地位而有濫用行為¹³¹。

¹³⁰ (82) 公訴決字第 027 號訴願決定書。

¹³¹ 參閱 Bundeskartellamt, http://www.bundeskartellamt.de/EN/Home/home_node.html, last visited on

相對言之，我國公平法論處獨占之案件，相較聯合行為案件，實際案件並不甚多¹³²，按公平會統計，截至 2021 年 7 月，獨占案件僅為 16 件，但聯合行為處分案件已達 221 件，且論之實際，扣除早期公告認定獨占事業案件外，我國探討獨占案件者更為稀少，更無以公平法第 7 條第 2 項論處之案件¹³³，諸如以寡占為由而處分。以此而論，我國法對於公平法第 7 條第 2 項之實務執行，近 30 年堪稱並無任何進展。

換言之，我國實務上，關於管制寡占市場事業限制競爭行為，主管機關以聯合行為規範為主，然而，以永豐餘工業用紙漲價案（最高行政法院 106 年度判字第 265 號判決）、中油台塑案（最高行政法院 98 年度判字第 92 號判決）、四大超商現煮咖啡漲價案（最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決）而言，均係探討寡占市場中業者是否為一致性行為或者平行行為之議題¹³⁴。而此類案件共通之處均係不易判斷是否構成聯合行為，並且細究上開案件，也或多或少提及上開事業構成高度寡占市場，例如中油台塑公司為國內加油站汽、柴油油品市場雙頭寡占；永豐餘工業用紙漲價案中，最高行政法院判決認定該案三家廠商乃高度寡占市場，三廠商於 98 年度國內一級工業用紙市占率依序為 51.2%、28.2%、19.1%；另於四大超商現煮咖啡案中，公平會認定上開四大超商就「連鎖便利商店現煮咖啡」市場下，其等市占率分別為 84%、11%、4%以及 1%（先不論本案最後經最高行政法院認為公平會關於市場界定或者是否為高度寡占有疑義），上開案件均為是高度寡占市場，事業間彼此均知之甚深。換言之，在判斷聯合行為合意要件上，本殊非易，尤其針對聯合行為

date: 2021/8/18. 若依照上開網頁在 1999 年後公布之數據，寡占市場中發生之限制競爭行為，先不論事前預防之結合規範，該國主管機關處理之案件量，並未如同美國或者我國現況，處理案件之比重均在聯合行為合意要件之認定，德國是有效補充若無法確認聯合行為合意要件的其他解決方式。

¹³² 參閱公平會網站，「業務統計」，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docList.aspx?uid=540&mid=49>，最後瀏覽日期：2021/8/18。

¹³³ 參閱劉孔中，解構智財法及其與競爭法的衝突與調和，前揭註 34，115。另外，文獻表示，於 1999 年 2 月修正廢止獨占事業公告制度之後，公平會始正式適用公平法第 10 條對於獨占事業濫用市場地位之行為，參閱廖義男，公平交易法之釋論與實務（二），初版，元照出版公司，29（2015）。

¹³⁴ 近期文獻，也可參閱廖義男，「夏蟲語冰錄（一〇〇）—寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷—從行政法院之相關裁判觀察」，法令月刊，第 67 卷第 5 期，102-124（2016）；顏雅倫，「聯合行為之合意推定—美國反托拉斯法之比較法研究」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期，51-112（2019）；石世豪，「從司法審查實務論聯合行為『合意』要件再修正」，公平交易季刊，第 29 卷第 1 期，1-64（2021）；上開文章均有詳細探討聯合行為中一致性行為、促進行為理論之問題。

合意舉證陷於僵持狀態¹³⁵，主管機關是否必定每次均由事業間是否構成聯合行為著手調查，實有探討空間。

舉例而言，如搭配本文前開對於德國競爭法高度寡占團體應如何選擇，倘採優先適用說，依照我國公平法推定條款之標準，中油台塑案、永豐餘工業用紙漲價案及四大超商現煮咖啡案應係雙頭寡占（因加總前兩家事業，已達市占率三分之二，毋庸加總後續事業）。如此似乎可以避免無端擴張適用範圍，也可先行判斷高度寡占市場之事業為何（事實上，雖推定條款非適用於聯合行為，也有助於擇定聯合行為職權調查之範圍）。其次，若由本文探討之寡占事業擬制獨占、寡占事業推定獨占切入探討，縱使僅為寡占事業間之有意識平行行為，也有成立共同支配地位之可能（上開事業群即使並未有濫用渠等共同支配地位之行為，也可供主管機關密切注意），應可提供實務界、學術界另一種想法，也未可知。

然而，縱使欲運用我國共同支配地位之相關規範，由本文前開探討可知，仍有需要修正或檢討之空間，其中有關寡占事業擬制獨占之建議修正，本文以為，應規範為：「二以上事業，不為實質之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情形者，視為獨占。」另外，針對寡占事業推定獨占，本文認為我國公平法第 8 條第 1 項第 2、3 款應移列到同法第 7 條第 3 項，或至少依照學者見解就同條第 1 項第 2、3 款限縮在同法第 7 條第 2 項。再者，考諸上開第 8 條第 2 項有關最小規模市占率十分之一之限制不論是適用同條第 1 項第 1 款或者與寡占市場有關之第 2 款、第 3 款，均屬法理上有所矛盾或衝突。況且設定最小銷售額之目的，雖或與保護小規模事業有關，但因應德國競爭法近期修法趨勢，同法第 8 條第 2 項也應同步刪除。

綜上，本文以為有關寡占市場之共同支配地位之相關標準應可為：1.是否為寡占市場。2.是否為高度寡占。3.寡占事業推定獨占。4.有無符合歐盟競爭法共同支配地位。5.有無實質競爭—符合事業的行動空間理論及其他判斷輔佐因素。6.外部關係（依照公平法第 7 條第 1 項）。7.有無濫用行為（依照公平法第 9 條之要件）。本文以為上開認定寡占事業擬制獨占、寡占事業推定獨占之標準，或可提供實務、學說另開新局研討。

¹³⁵ 此部分判決整理，可參閱廖義男，同上註，102-124。

五、結論

藉由上開美、歐、德法制探討方式，可以了解渠等對於寡占市場下事業之獨占規範如何運作，並且可以了解渠等不同規範之處，由比較法上可知，可以了解美、歐，以及德國競爭法就聯合行為雖均承認可由一致性行為處理，但因聯合行為舉證不易，而有探討獨占規範之必要。亦即，在寡占市場下，尤以高度寡占市場為甚，主管機關均面臨到不易確認該市場之事業是否有以合意行為致限制競爭之情狀。

就美國競爭法而言，本文以為，就寡占市場狀態下之獨占規範，美國競爭法有其侷限所在，均如前述。對此，我國法在修法上，自須注意上開美國競爭法因法條侷限之故，導致適用上之困難。以現行法而言，針對寡占市場事業之平行行為，美國競爭法之規範仍係偏重聯合行為，縱使是獨占規範，因未肯認共同獨占理論，係以單一事業體系為主，縱為共謀獨占，同以要事業間合意共謀，自難適用上開理論。對於我國法而言，可以了解我國至少於公平法第 7 條第 2 項針對寡占市場下之事業有規範何種情況適用獨占規範，也可清楚知悉修法方向為何不應採取美國競爭法之理由。

就歐盟競爭法而言，雖與美國競爭法同為非成文化規定，然因歐盟競爭法終究因應年代、立法背景，某程度社會民情較容許獨占地位之存在，始以支配市場地位之概念規範，故並未如美國競爭法最後學說、實務上並未肯認共同獨占理論之情況。雖然本文以為歐盟競爭法仍因條文規範不明確，必須藉由實務判決奠定寡占化之共同支配地位，且尚須借助結合規範之案件準則，而建立判斷方式。如此，固然可了解該案判決仍有相關定義不清之處，但可謂提供我國法實務界除聯合行為之規範，增加獨占規範處理此議題。

至於關於德國競爭法，依照本文前揭之研討，因德國競爭法不僅設置支配市場地位，且對於寡占事業限定在支配市場地位之事業，依德國競爭法第 18 條第 5 項可知，係承認「複數事業」亦有可能構成德國競爭法之支配市場地位。是德國競爭法固未明示置入「寡占」之定義，但德國競爭法此處係以事業間就特定種類商品或營業上給付並不存在實質競爭為限，由此可知，德國競爭法之最大特色在於其獨占規範，寡占市場之事業群縱使係認定屬於平行行為，而未能得知渠等是否有合意行為或者從事結合行為，仍可能符合上開要件下擬制為獨占事業。因而，德國競爭法之

規範自可提供法之安定性，事業體也比較可以清楚認知寡占之涉及程度，針對判斷寡占事業間之實質競爭，既屬市場上評估之外部行為，也是屬於實務舉證上較容易確認者。

寡占市場下之限制競爭行為繁雜，縱使依照經濟學之理論也未能全窺其貌，如若非事前規範之結合行為，現今僅能依據聯合行為規範，但聯合行為也難以盡其全功。如若可依照上開獨占規範方式做相關調整，本文希望可藉此調整實務上向來過分倚重聯合行為處理寡占市場下之限制競爭行為，也可以讓寡占市場下之事業體可以了解，在我國並非只要未被主管機關認定渠等未從事結合成為同一經濟體、或外部上未構成聯合行為，即無其他可能性被主管機認定有限制競爭行為。換言之，本文尋求獨占規範處理，希冀找出一條可行之道路，避免市場體制競爭之規範受到限制。但畢竟我國目前實務上並無任何有關獨占（寡占）案例，我國法條諸如公平法第 7 條第 2 項、第 8 條第 1 項、第 2 項在條文結構上也有相當上之缺陷。為了避免適用範圍過廣（公平法第 7 條第 2 項）或者在推定條款上的自相矛盾（公平法第 8 條），本文以為，就脈絡上，同前開所述，有關寡占市場下事業獨占規範，宜以德國競爭法、歐盟競爭法為主探討之，尤其以德國競爭法實務、學說針對事業間高度寡占、未存在實質競爭所建立之相關標準為範例，如此，應可使實務界正確適用該條款，也不至於如同現況並無任何案件可適用。

如此一來，本文擬由上開探討及修法建議可作為未來公平會、法院實務判決時之參考（請參附錄），希望藉此對於實務、學說有所幫助。更重要者，如果可以順利開啟實務、學說對於共同支配地位之討論，希冀我國自身也可對於此理論經過實際案件之經驗積累，使市場競爭不受人為之干擾，更符合公平法第 1 條開宗明義之要旨：為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮。

附錄

以下所用條文係本文建議修正後條文

一、是否為共同支配市場地位（前提自為寡占市場）

（一）是否為高度寡占市場

否



事業群實質競爭機會高

是



1. 相關經濟學標準（ CR_4 及 HHI 指標）

2. 按照一般實務經驗，多為二至五家主要事業

（採取優先適用說）

（二）寡占事業推定獨占之適用

是



1. 依據公平法第 7 條第 3 項（現行法第 8 條第 1 項第 2 款、第 3 款）

（三）寡占事業擬制獨占—公平法第 7 條第 2 項

有無實質競爭、共同支配地位之探討

是



1. 是否符合共同支配地位

2. 是否未實質競爭

3. 相關標準請參前述之探討

（四）外部關係—須符合公平法第 7 條第 1 項

是



二、濫用行為—公平法第 9 條

參考文獻

中文部分

- 王泰銓，歐洲事業法（二）：歐洲競爭規範，2版，五南圖書出版公司（2009）。
- 石世豪譯，Pro. Dr. Arndt Teichmann 著，「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）。
- 石世豪，「從司法審查實務論聯合行為『合意』要件再修正」，公平交易季刊，第29卷第1期（2021）。
- 朱華君，反托拉斯法對寡占事業規範之研究，國立臺北大學法律研究所碩士論文（2007）。
- 何之邁，歐洲共同體競爭法論，初版，自版（1999）。
- 何之邁，公平交易法實論，修訂版，自版（2002）。
- 何之邁，公平交易法專論（三），初版，自版（2006）。
- 何之邁，「公平交易法：第一講—獨占（上）」，月旦法學教室，第60期（2007）。
- 何之邁、張懿云、林廷機、陳志民，公平交易法：司法案例評析，2版，元照出版公司（2016）。
- 何之邁，公平交易法要義，初版，自版（2020）。
- 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司（2010）。
- 李延禧，「我國獨寡占商品市場結構及廠商行為規範之研究」，公平交易法論述系列第二輯，公平交易委員會（1993）。
- 李素華，「除去或防止侵害請求權與競爭法規範——從德國 spundfass 及橘皮書案談技術標準專利權之行使」，公平交易季刊，第25卷第1期（2017）。
- 邱映曦、戴豪君，大數據發展下之資訊壟斷與競爭政策，公平交易委員會109年度委託研究報告（2020）。
- 洪政緯，「數位時代下科技巨頭的馴服術—談德國數位市場競爭法制與政策發展」，科技法學論叢，第16期（2020）。

- 范建得，「第五條獨占之定義」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 范建得，「第十條獨占事業禁止之行為」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 莊春發，「有線電視頻道市場集中度的研究」，傳播研究與實踐，第 7 卷第 1 期（2017）。
- 陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，產業經濟學：理論與實際，3 版，雙葉書廊（2016）。
- 陳韻珊，「數位競爭法先鋒－德國競爭法 4.0 簡介」，公平交易委員會電子報，第 148 期（2020）。
- 楊宏暉，「基於競爭考量之強制授權－兼談競爭法與專利法之競合」，公平交易季刊，第 25 卷第 1 期（2017）。
- 楊宏暉，「寡占市場的訂價行為規範：等待期間與不得同時漲價義務之可行性檢討」，公平交易季刊，第 26 卷第 3 期（2018）。
- 楊雲明，個體經濟學，4 版，智勝文化有限公司（2007）。
- 廖義男，「西德營業競爭限制防止法」，國立臺灣大學法學論叢，第 10 卷第 2 期（1981）。
- 廖義男，公平交易法之理論與立法，初版，自版（1995）。
- 廖義男，公平交易法之釋論與實務（二），初版，元照出版公司（2015）。
- 廖義男，「夏蟲語冰錄（一〇〇）－寡占市場之平行行為或聯合行為之區分及判斷－從行政法院之相關裁判觀察」，法令月刊，第 67 卷第 5 期（2016）。
- 廖義男主持，公平交易法國內重要案例之評析－以獨占及其他（非聯合）限制競爭行為為中心，公平交易委員會 109 年度委託研究報告（2020）。
- 劉孔中，「德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範」，東海大學法學研究，第 8 期（1994）。
- 劉孔中，「析論獨占事業濫用市場地位之禁止」，人文及社會科學集刊，第 8 卷第 1 期（1996）。
- 劉孔中，公平交易法，初版，元照出版公司（2003）。
- 劉孔中，解構智財法及其與競爭法的衝突與調和，初版，新學林出版公司（2015）。
- 劉邦典主持，獨占事業禁止行為之探討，公平交易委員會 82 年度委託研究報告（1993）。

- 劉建勳譯，F. M. Scherer 著，「競爭政策執行的百年歷程（A Century of Competition Policy Enforcement）」，公平交易季刊，第 9 卷第 1 期（2001）。
- 劉華美，競爭法與能源法，初版，元照出版公司（2009）。
- 賴源河，公平交易法新論，2 版，元照出版公司（2002）。
- 戴豪君，「歐洲共同體競爭法對優勢地位企業規範之研究」，公平交易季刊，第 4 卷第 1 期（1996）。
- 謝長江，「初論非經濟效率因素作為競爭法之目的：從秩序自由主義及新布蘭迪斯學派的發展談起」，公平交易季刊，第 29 卷第 3 期（2021）。
- 謝登隆，個體經濟學—生活與個案，再版，智勝文化有限公司（2014）。
- 顏雅倫，「聯合行為之合意推定－美國反托拉斯法之比較法研究」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期（2019）。

外文部分

- Anchustegui, Ignacio Herrera, “Competition Law through an Ordoliberal Lens,” 2 Oslo Law Review (2015).
- Buxbaum, Hannah L., “German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement,” 23 Berkeley Journal of International Law (2005).
- Callery, Craig, “Considering the Oligopoly Problem,” 32(3) European Competition Law Review (2011).
- Edwards, Corwin D., “American and German Policy toward Conduct by Powerful Enterprises: A Comparison,” 8 Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics (1977).
- Fox, Eleanor M., Sullivan, Lawrence A. & Peritz, Rudolph J.R., Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context, 2nd ed., Thomson/West (2004).
- Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, 5th ed., West Academic (2015).

- Gerber, David J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, 1st ed., Oxford University Press (2003).
- Gerber, David J., *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, 1st ed., Oxford University Press (2010).
- Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EC Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press (2016).
- McGregor, Lorna, “The Future for the Control of Oligopolies Following *Compagnie Maritime Belge*,” *22(10) European Competition Law Review* (2001).
- Page, William H., “Communication and Concerted Action,” *38 Loyola University Chicago Law Journal* (2007).
- Pigassou, Paul, “Oligopoly and Antitrust Law: A Comparison of United States, European Community, West German, and French Law,” *19 George Washington Journal of International Law and Economics* (1985).
- Möschel, Wernhard, “Competition Policy from an Ordo Point of View,” in: Peacock, Alan & Willgerodt, Hans (eds.), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, 1st ed., Palgrave Macmillan (1989).
- Rodger, Barry J., “The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance: EC Developments in the Light of U.S. Trends in Antitrust Law and Policy,” *2(1) Columbia Journal of European Law* (1996).
- Stroux, Sigrid, *US and EC Oligopoly Control*, 1st ed., Kluwer Law International (2004).
- Ryan, Patrick S., “European Competition Law, Joint Dominance, and the Wireless Oligopoly Problem,” *11 Columbia Journal of European Law* (2005).
- Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press (2015).
- Posner, Richard A., “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach,” *21 Stanford Law Review* (1969).
- Posner, Richard A., *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press (2001).
- Posner, Richard A., “Review of Kaplow, Competition Policy and Price Fixing,” *79(2) Antitrust Law Journal* (2014).

- Turner, Donald F., “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal,” *75(4) Harvard Law Review* (1962).
- Turner, Donald F., “The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies,” *82(6) Harvard Law Review* (1969).
- „BGH 10.12.1985 KZR 22/85 ‚Abwehrblatt II‘,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1986).
- „Bundesgerichtshof 12.02.1980 KVR 3/79 ‚Valium II‘*,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1980).
- „BGH: * Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung –Facebook,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (2020).
- „BGH, Beschluß vom 04.10.1983 - KVR 3/82 (KG),“ *BeckRS* (1983).
- Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, *Wettbewerbs-und Kartellrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts*, 10. Aufl., C.F. Müller (2018).
- Emmerich, Volker, *Kartellrecht*, 13. Aufl., C.H.Beck (2014).
- Fuchs, Andreas /Möschel, Wernhard, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 5. Aufl., C.H.Beck (2014).
- Fuchs, Andreas, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 6. Aufl., C.H.Beck (2020).
- „KG 10.12.1990 Kart. 19/90 ‚Hamburger Benzinmarkt‘,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1991).
- Körper, Torsten, „Digitalisierung‘ der Missbrauchsaufsicht durch die 10. GWB-Novelle,“ *Multimedia und Recht* (2014).
- Linder, Birgit, *Kollektive Marktbeherrschung in Der Fusionskontrolle: Eine Untersuchung Zum Us-Amerikanischen, Deutschen Und Europäischen Recht*, 1. Aufl., Nomos (2005).
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen, *Kartellrecht-Europäisches und Deutsches Kartellrecht Kommentar*, 3. Aufl., C.H.Beck (2016).

- Möschel, Wernhard, Der oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen - Eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Tübingen (1974).
- Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Aufl., Heymann (1983).
- Podszun, Rupprecht, „Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der ‚Facebook‘-Entscheidung des BGH,“ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (2020).
- Rittner, Fritz/Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, Wettbewerbs- und Kartellrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 8. Aufl., C.F. Müller (2014).
- Schuchmann, Fritz, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, 1. Aufl., Nomos (2017).
- 山部俊文, 「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」, 一橋大学研究年報, 法学研究, 第 29 卷 (1997)。
- 山部俊文, 「西ドイツ競争制限禁止法における寡占的市場支配と企業結合規制」, 一橋研究, 第 12 卷第 4 号 (1988)。
- 田中裕明, 市場支配力の濫用と規制の法理, 初版, 嵯峨野書院 (2002)。
- 高橋岩和, ドイツ競争制限禁止法の成立と構造, 初版, 三省堂 (1997)。

Collective Dominance under an Oligopolistic Market - With a Focus on German Competition Law

Chow, Tai-Teh*

Abstract

In Taiwan, the anti-competitive behavior within an oligopolistic market under the antitrust law takes the form of mergers, monopolies, and cartels. A merger is an ex ante preventative measure. By contrast, cartels are ex post events, so that a merger cannot regulate cartels. Furthermore, if it is difficult to prove the elements of cartel agreements, it is also difficult to identify the theory of concerted actions and the theory of facilitating practices. It is thus difficult to prove the burden of proof of cartels. Therefore, whether it is possible to define collective dominance under the oligopolistic market is the main direction of this study.

However, we do not see any collective dominance cases under Article 7 II of the Fair Trade Act. As a result, the objective of this article is to discuss other countries' legal models. There are two different types of regulation. One is the implicit regulation in the US and EU, and the other is the explicit regulation in Germany. Compared to US and EU Competition Law, German Competition Law (GWB) refers to Monopoly to define dominance. Section 18(5) of the GWB defines collective dominance. The GWB provides that two or more undertakings are dominant to the extent that no substantial competition exists between them. GWB enforcement and academia also refer to oligopoly dominance and oligopoly presumption of dominance to examine how to define collective dominance. This article intends to examine relevant regulations by comparing different laws (while focusing on the GWB).

Keywords: Agreement, Merger, Monopoly, Collective Dominance, Dominance.

