

支配市場事業及市場強勢事業之 阻礙競爭與差別待遇行為^{***}

作者：Arndt Teichmann^{**}

翻譯：吳秀明^{*}

壹、有關法規之功能說明

這場報告中本人所欲闡述的，是關於「支配市場事業」(marktbeherrschende Unternehmen)與所謂「市場強勢事業」(marktaristische Unternehmen)之新觀點（註1）。在其他兩場之演說中（註2）本人已試圖說明，競爭法之主管機關對

*** 本文原係德國緬因茲大學(Universität Mainz)法學教授 Prof. Dr. Arndt Teichmann 於民國八十六年三月十七日於國立台灣大學法學院所發表之演講，譯者充任當時之翻譯。本文之註釋部份係譯者所加，盼收補充說明，便利閱讀之功。

** 作者 Teichmann 教授除執教於德國緬因茲大學外，亦任職法官於德國科布倫茲高等法院(Oberlandesgericht Koblenz)，在有關競爭法之理論實務上均有深入之研究。

* 德國慕尼黑大學法學博士，國立政治大學法律學系專任副教授。

註1：所謂「支配市場事業」約相當於我公平交易法第五條第一項、第二項之獨占與視為獨占（寡占）之事業。至於所謂「市場強勢事業」則另有所指，為本文之重心，其有關之規定主要係設於德國限制競爭防止法第二十六條第二至五項。該條規定設有關於阻礙競爭(Behinderung)與差別待遇(Diskriminierung)之禁止，而此一規定並非專為支配市場之事業而設。同樣適用此

於支配市場事業之形成與其獨占力之濫用，有何種行政上控制之可能。今天所欲討論之題目，則為民法方面之問題，亦即當一事業被其他較強勢之事業所歧視（差別待遇），或其營業活動為其所不公平之阻礙時，該事業如何在民事訴訟中能直接主張其權益？貴國之公平交易法，對於這點亦有加以規範。

依據德國限制競爭防止法上一項特別之規定（註 3），支配市場之事業（以下引用法條原文）「不得直接或間接不公平阻礙他事業，或對於同類事業，無實質上之正當理由而直接或間接予以差別待遇」。此處所涉及的，很明顯是所謂濫用（Mißbrauch）的一種特別型態。上述規定如用以下兩種觀點考察，實特別饒富趣味：

一、首先此一規定不僅適用於支配市場之事業，它也適用於另一種事業，亦即（以下引用法條原文）「中小企業對於其具有所謂依賴性之事業，而此一依賴性係存在於中小企業無足夠與可期待之機會，能捨此事業而與其他事業進行交易。（註 4）」此一規定之含意，自當進一步闡釋，此處則欲先以一件案例說明之。一家飲

一禁止規定者，尚包括合法之卡特爾、合法從事轉售價格維持之事業以及所謂「市場強勢之事業」。後者在實務上之重要性頗高，主要係指事業具有中小企業規模之交易相對人，就特定之商品或服務「依賴」（abhängig）於其之程度，已達於無足夠之期待可能性，可轉向其他事業而從事交易者（keine ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen）而言。本文對於此種行為主體，將有進一步之介紹。我國公平交易法雖未對於此種行為主體特別加以規定，惟公平法第十九條第二款之差別待遇，其行為主體似亦不以獨占事業為限，是故德國限制競爭防止法上有關「市場強勢事業」之理論與實務，實深值吾人注意與研究。

註 2：Teichmann 教授另有兩場關於德國競爭政策與競爭法之演說，分別在行政院公平交易委員會以及台大舉行，其題目分別是「寡占市場上事業競爭行為之監督」以及「對控制市場事業之濫用監督為國家之任務」。

註 3：此處係指德國限制競爭防止法（簡稱 GWB）之第二十六條第二項第一句。

註 4：原文出自限制競爭防止法之第二十六條第二項第二句。

料及食品之批發商，規劃其經營之方式如下：他使餐飲業者自行開車至其倉庫購買所需之貨品，而非送貨到客戶之處。其所販賣之商品中，自然包括如可口可樂、芳達等不含酒精之飲品。這些貨物陳列在倉庫中很簡單設置之架子上，批發商的成本於是降得很低，因此他也能夠廉價地供應商品。一日，某家相當有名的飲料製造商，不願再供應這家批發商該種特定之飲料。這家飲料製造商雖然甚具知名度，但在飲料之相關市場上，卻仍未取得支配市場之地位。就批發商而言，他有非進此一飲品不可之急迫性，因為他的餐飲業客戶們要求一定要購買此種飲料。在餐飲業者這方面，其本身也沒有太多之選擇餘地，其飲料目錄上必需具有此種品牌之飲料，因為客人經常點它。此一情形下，事態之發展將很清楚：餐飲業者們不會單單為這一種飲料，而開車到兩家不同批發商之倉庫進貨，他們會尋找一家擁有所有飲料之批發商以取代他。這家批發商因此必須擔心，其將會喪失相當大部份之顧客。而其以另一種飲料替代此種有名飲料之期待可能性是不存在的。他縱使提出另一種品質較佳之飲料，亦無法改變餐飲業者之決定，因為這與其店裡客人之期望乃背道而馳。本件之管轄法院於是肯定，本案之情形成立上述規定所稱之「依賴性」。這裡要再度強調的是，本案尚未達於飲料市場被支配壟斷之程度，因此上述規定之適用範圍，乃遠超過對於獨占事業濫用行為之禁止。

二、其次可能更重要之一點，則是前述有關民法上之問題。上述規定賦予被歧視與阻礙之事業請求權，使其能直接要求歧視與阻礙之情事，在未來能被停止。具體而言，這代表當一家事業無正當理由而被斷絕供給者，為差別待遇之事業可能會被法院判決應為繼續之供給。在此欲先簡短說明者，為其訴訟上（可排除）之困難。按理來說批發商並無法確知，他對於某項產品未來之需求量究竟有多少。需求會有所改變，例如飲料之需求量會依季節而變化，或因著當年夏天之氣候為乾熱或濕涼而有所不同。此外某項產品在零售商之階段，於未來一年或兩年内之售價為多少，亦無法確實得知。因此批發商在訴訟上實很難請求生產者在未來之數年中，應以何種價格與數量，繼續供應某種特定之商品。法院此時係以所謂之「確認判決」（Feststellungsurteil）協助解決這種情況：法院通常會在判決中確認，作為被告之生產者有義務供應作為原告之批發商某種產品。批發商固然無法根據這種判決提請強制執行，惟依截至目前為止之經驗顯示，此種判決通常會使生產者即依其價目表上

之價格，繼續正常供應。

這種請求供應之訴訟，在聯邦德國乃被相當廣泛之運用。個人在科布倫茲高等法院亦經常處理此類之案件。這種訴訟可說是貫徹競爭政策非常重要之一種工具！國家透過主管機關對於競爭之監督，很快便會碰到它效率上之極限。有時是行政機關之人力物力，單單用來處理較大型之案件已經有所不足；有時則是因為行政機關之層級與規模，使得案件處理之步調過於遲緩。相反地，如果事業自己能主導和進行此事，在民事訴訟中為其權利之實現而努力，則對於競爭法規之有效執行，將產生無法比擬之莫大助益。因此民法對於市場秩序之維護，實具有極為重要之功能。

最後，不容低估的是一項心理層面之因素：兩家事業一旦對簿公堂，其彼此間之業務關係，肯定會受到嚴重之影響。因此縱使在歐洲，人們也盡可能地避免涉訟。通常只要在談判協商之過程中，向對方揭示有關之法律規定，並使其明瞭，一旦進行訴訟，其敗訴之可能性很高，即為以足。因此上述法律規定之實際影響力有多大，固難以正確估計，惟無論如何一定超越具體發生之訴訟案件，則屬必然。即便如此，我們在學術期刊或法院之判決集裡，依舊能夠找到數以百計之相關判決。

貳、相關事業

一、義務主體：支配市場事業與所謂「市場強勢」之事業

差別待遇之禁止，首先是適用於「支配市場之事業」。此一概念本人已於另一場演講中詳加說明，不再贅述。另一個行為主體，則是所謂「具有相對市場力量之事業」（Unternehmen mit relativer Marktmacht）。此一概念可自兩方面加以理解：第一種情形是事業固然仍未擁有絕對之市場支配力量，惟其市場力之運用，仍足以干擾競爭。舉例而言，如果一家運動用品之生產者僅供應一家零售商銷售其產品，則其他零售商欲進入市場之機會，便會受到阻礙。此處受到妨礙之市場並非生產者之市場，而係其下游產銷階段，即銷售者之市場。此一市場於是對於那些具有創新想法、極欲進入市場之新進廠商（Newcomer）而言，亦非完全開放，競爭遂易趨於僵化。惟如果我們將所謂「相對之市場力」理解為「一種較弱形式之市場支配」，則其測量與認定均將十分困難，蓋認定支配市場事業本身之困難度已經夠高了。

因此德國限制競爭防止法又從另一角度去定義所謂之相對市場力量：其相對強勢之處在於，其他特定之事業是「依賴」於他的（註5）。法律於此採用了一項個別化且較易掌握之要件。此一規定之個別事業導向，以及其對於具體事業所提供之保護，使得它適於在一般民事訴訟中被當事人提出主張。

二、權利主體：中小企業

上述之法律原來規定，一切依賴於市場強勢事業而不再繼續獲其供給者，均能主張該規定之保護。不料，此一規定在德國卻導致許多生產者與大型百貨商之間，劇烈之法律爭訟。其原委如下：有一些位於城市主要道路之大型超級商場，以下列之理由，成功地在法律上迫使某些高價位之名牌音響與電視生產者對其供貨。其理由為：這些產品具有相當高之知名度，因此作為一大型之連鎖商場，其音響部門實必需陳列販賣這些品牌之產品。這些產品在大型超級商場自然被以低於專賣店之價格賣出，因為專賣店僱用受過專業訓練、薪資較高之員工以服務顧客，而在大型超級商場這些產品只被簡單地裝於紙箱中，不附任何專業諮詢地被交付於買受人。有些名牌產品甚至被低價賣出，並以此大作廣告。專賣店之方面，則必需對其顧客說明，何以此等產品在其店裡必須賣得比在大型超級商場還貴。這又導致許多之不快與惱怒，部份顧客先在專賣店裡以其營運成本獲得專業之諮詢，然後再前往大型商場購買完全同型之較低價商品。為了反制此種情況，某些專業經銷商於是拒絕販賣凡是在大型商場亦可買到之品牌。前已言及，法院卻迫使生產者對於連鎖大型商場有供貨之義務，因此生產者必需擔心失去整個專業店之銷售網，而僅僅依賴大型商場作為其銷售之管道。這些人對於品牌信譽之持續維護並無興趣，而僅熱衷於推動所謂的特價活動。

為了緩和此一不合理之情況，於一九八九年修改法律為只有中小企業始能援用上述之規定（註6）。惟「中小企業」之概念卻十分模糊。部份人主張，應依「相

註5：所謂「依賴性」（Abhängigkeit）之問題，將在下文中詳加討論。

註6：其所指法律之修正，係指德國立法者於一九八九年對限制競爭防止法第二十六條第二項第二句之修正。此一修正將適用該規定之權利主體範圍加以縮小

對規模」(die relative Gröse) 之方式加以確定，亦即視其與其他事業之相對大小關係而定。此時如僅以銷售商之大小作為標準，便與用生產者與銷售商相互間之大小關係為依據，會得到完全不同之結果。另外，有部份人則主張，應尋找客觀之判斷標準，例如依年度銷售額、受僱人之人數、產能大小或依現存之自有資本額等為標準判定。至於銷售額為多少，又有不同之主張，從三千萬美元到一億五千萬美元不等，數目之差距有五倍之譜。其最後造成的結果是，幾乎 95% 之事業均可屬於所謂之中小企業。實際上真正被排除適用者，似乎僅有大型連鎖之百貨商場或公司。在一個令人滿意之區別標準尚無法被提出之際，這或許是代表此一限制之規定仍有其若干用武之處的一點明證。

參、所謂「依賴性」之概念

依德國限制競爭防止法之規定，所謂之「依賴性」(Abhängigkeit)，係於本規定所保護之事業不具有所謂「可期待之偏離可能性」(keine zumutbare Ausweichmöglichkeit besteht) 時(註7)，即為成立。「偏離之可能性」可能發生於同一產銷階段，茲舉一例：當一家大盤商能夠毫不費力地自其他大盤商之處取得其所需之貨品時，他就不依賴於生產者或某家大盤商。個人在科布倫茲高等法院，便曾經參與審判這種案件。在該高院之轄區內，有一家基本上尚屬於中小企業規模，生產所謂「特級啤酒」(Premium-Bier) 之廠商。此種啤酒係指某些之名牌啤酒，其價位較高，並基於其品質、口味，亦由於其廣告，使消費者認為其所飲用者為一

，僅允許中小企業得主張其所依賴之事業對其有強制供應之義務。詳情請參閱 Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., 1992, § 26 Rdnr. 58.

註 7：所謂之「偏離」，係指因存在其他之交易對象，而無與特定事業從事交易之必要性。換言之，縱不與該事業交易，亦可獲得供貨或亦有銷售其商品或勞務之管道而言。如供貨或銷售之管道僅為特定事業時，則無「偏離之可能性」。

頂級之啤酒，而有高於其他消費大眾一等之感覺。一日，有一家大盤商欲買進一批此種之啤酒，並欲以低價轉售於超商。此一情形可說與該啤酒廠之一貫作法便有所不合，因為其較高之價位，亦被顧客認為係其品質之表徵。於是該啤酒廠便拒絕對於該大盤商供應，惟請此一大盤商轉向該啤酒廠自己所經營之大盤商進貨。該啤酒廠在全德國一共約有二十家自行經營之大盤商。原告從這些大盤商之處，能輕易地獲得貨源，惟自然是以外盤商所要求之價格，而非生產者之價格交易。雖然有上述價格之差距，而且原告本身為大盤商，科布倫茲高等法院仍然認為，此一進貨之管道能被視為是「可期待之偏離可能性」，於是乎否定了大盤商對於啤酒廠之依賴性。

在一些其他之案例中，法院則肯定了依賴性之存在。例如有一家事業在德國建立了其閉鎖性之銷售網，而使作為原告之事業完全無法自其處獲得產品之供應。原告遂必須自法國購買（該德國生產者所製造之）產品，然後再將其運回德國。上述之情形連數量不大時亦復如此，故法院認為自法國進貨之管道非屬於可以期待之偏離可能（註8）。

判斷依賴性之有無時，事業是否已經在市場上活動，並非必要之條件。當其他法律要件（容後再述）具備時，一個甫欲加入市場，展開其營業活動之新進事業，亦受法律之保護。換言之，其亦有資格請求強制供應。其實限制競爭防止法，尤其是其有關獨占事業之規定，目的正是在保持市場之開放，亦即在於盡量設法使市場上發生新的競爭，以便產生一些可能之改變。

上述所謂偏離之「期待可能性」（Zumutbarkeit），可能會具有時限。此於供應關係終止之案型上，尤扮演重要之角色。亦舉一例明之：一家汽車經銷商多年以來僅與一家德國之汽車生產者有緊密之契約關係，依約他只能在某一特定之區域內銷售該廠牌之汽車。他除了從事經銷之外，亦必須接下維修保養之業務。為此，他必須購買昂貴之特殊工具、須設立一大型之零件倉庫、其員工則須接受維修此一特定廠牌汽車之訓練。此一汽車經銷商對外也將製造商之商標，清楚標示出來。在一波調整銷售與維修網之過程中，製造商將其與這家經銷商之契約關係予以終止。此

註8：換言之，原告對於該德國之生產者便具有所謂之「依賴性」，當法律之其他要件均成立時，生產者即有供應原告其產品之義務。

一情形下，汽車經銷商對於製造商具有上述規定所稱之依賴性，概無疑義。其原因在於：其顧客所認識的他是僅經銷一種廠牌汽車之事業、其維修工具乃特別為此一廠牌之汽車而量身選購、其庫存之零件亦無法轉為他用、無一番昂貴之再訓練，其員工無法以同樣高之水準維修其他廠牌之汽車。惟法院同時也認為，其終止彼此契約關係之「期待可能性」雖不馬上存在，惟經過一段時間後，則另當別論（即所謂之依賴性只存在於此一期間之內，期間經過後經銷商則具有偏離之可能性）。至於此一期間究竟有多長，則應在個案中判定。事業特殊投資之多寡與契約關係之久暫，均是重要之考量。依法院之見解，關鍵之判斷標準在於：事業專為因應特定生產者而購置之機器設備，其所投資之成本是否已經回收。

肆、具有依賴性之各種情形

一、依賴於特定商品

(一) 依賴於某項尖端產品

在一般商業實務上，某類商品之專業經銷商（Fachhändler）通常必需擁有某些特定之尖端產品（Spitzenerzeugnise），其顧客才會承認他足以作為該類產品之專賣店。此時可能僅僅某一單項產品之重要性便會高到，上述之專賣店中如無此一產品，即無法贏得上述之承認。法院曾經在一名牌之滑雪板與一家冬季運動用品專賣店之間，確認具有此種之依賴關係（註9）。惟通常在零售商之階段，這種依賴性並不存在，因為一般顧客已經習慣，縱使在專賣店裡也只能買到一部份之品牌。然在大盤商之階段，問題便比較嚴重。諸位不妨思考一下前文所舉有關飲料大盤商之例子，即可明瞭。如果一般大盤商通常均可獲得某項特定之產品，而零售商也期

註9：此處係指“Rossignol”一案，Rossignol 為歐洲生產滑雪板之領導廠商，一家冬季運動用品專賣店被 Rossignol 斷絕供給之後，依前述之規定向法院提起強制供應之訴訟，在判決中法院認定這家專賣店對於 Rossignol 具有前述所謂之依賴性，參見 BGH WuW/E 1391 ff., Rossignol ; Bechtold, Kartellgesetz, Kommentar, 1993, § 26 Rdnr.22.

待一般之大盤商均應擁有此種產品者，其依賴性便存在。此時生產者對於大盤商之供應，便不得無正當理由即予以任意中斷。至於何謂此處之「正當理由」，則容我在後文中再予敘述。

(二) 依賴於某一尖端產品群

如果所牽涉的並非單一產品，而是數產品時（註10），實務上則遭遇較多之困難。如在電視與音響之經銷業中，通常一家專業經銷商之店裡會擁有舉例而言十家領導品牌中之五家產品，但自非全部。這種情況下，依過去之經驗顯示，個別之製造廠商便會主張，電器行所依賴者，不會正好就是他的品牌商品，電器行亦能自其他品牌之處進貨。如此一來，可能會出現一種荒謬之情況，即這十家之領導廠商均以另有其他九家為理由，而拒絕其本身之供貨。惟是否真會有此一情況之出現，可能必須等到專業經銷店敗訴十次之後，才能確定。為防止真成為如此，法院遂承認了所謂「對於尖端產品群之依賴性」（Abhängigkeit von einer Spitzengruppe）。被肯定具有此種依賴性者，除了電視與音響之外，尚有模型火車——一項在德國玩具市場上具有重要地位之產品（或許對於那些父親而言比對於其兒女而言，更為重要）——、電動工具機、冬季運動用品、牛仔衣褲以及某些香水等。依法院之見解，這些產品之銷售者可在尖端產品群中挑選相當數目之供應商，並請求其供貨。至於可以挑選多少家廠商，則應視一般銷售商會進多少不同廠牌之產品而定。

二、依賴於特定事業

所謂「依賴於特定事業」（Abhängigkeit von einem Unternehmen）之情形，首先是在既存之契約關係被終止時有可能發生。我想可以再次作為例子的，是前述有關某汽車廠牌經銷商之案例（請參閱之），這家經銷商是被納入該汽車生產者整體銷售與服務網之中。除此以外，另一種典型之情況則會發生在一些不專屬於某一廠牌之小型汽車修理廠身上：在德國有許多小型之汽車修理廠，他們主要經營加油站以及簡單之維修業務，故其不需擁有特殊之工具，收費也大多相當低廉。其所維

註10：作者所指的，為數種不同品牌之相關產品，例如同種電器用品具有多種有名
品牌之情形。

修者，例如檣泥版凹痕之修理及更換、汰換離合器等。很明顯的是，這些小廠時常也必需為顧客安裝不少汽車之原廠零件。因此他們必需能從有關廠牌之經銷商獲得原廠零件，否則他們便無法生存下去。當事人之間在這種情況下，便存在強制供應之義務。在實務上其繼續供應之實現，也毫無問題。

三、產品匱乏而生之依賴性

前述之「依賴性」也可能在一種特殊之情況下產生。容我以一個在德國發生，生動而具體之案例來加以說明：在德國，除了專加某種品牌汽油之傳統加油站之外，另有所謂之「自由加油站」(freie Tankstelle)，他們獨立經營，不屬於任何品牌之石油公司旗下，並以較低廉之價格出售其汽油。問題是，他們的油從何而來？單單那對於汽油品質有高度要求之德國法律，便禁止業者隨便從一個不明之管道買油。事實上，他們是從大型石油生產者之煉油廠得到汽油。這些石油公司提供其過剩之汽油給他們，以增加其收入，並平衡其本身加油站需求量之不穩定。惟這些業者對於大型石油關係企業而言，卻也同時構成相當程度之困擾，因為他們以其較低之價格，搶走了不少石油公司本身加油站之顧客。1972年以阿戰爭之後發生石油危機，煉油廠遂藉機完全停止其對於獨立加油站之汽油供應，其理由是：因石油之供給有限，故連供應其本身之加油站均已有所不足。如今甚為明顯者，乃此一作法勢必會導致獨立加油站之破產，而被排除於市場之外。縱使石油危機已過，他們東山再起之機會也微乎其微。因此石油關係企業似乎可利用此一石油匱乏之時期，達到完全排除競爭者之目的。德國聯邦卡特爾署(Bundeskartellamt)在此時著手介入了此案，它令有品牌之石油生產者負有平等供應之義務，亦即其對於獨立加油站減少供油之比例，應與其對於本身加油站減少供應之比例一致。

四、生產者依賴於銷售者

(一) 情況說明

過去的幾年當中，在德國發生了市場力量重大之變化移動。如果在過去很長的一段時間裡，生產者對於大多為中小企業之銷售商而言，擁有較強大之力量，那麼如今銷售商反而是那決定交易條件之一方。在德國會有此種情況之發生，首先是起

因於在連鎖的銷售業裡，產生了非常大型之事業結合。另一項原因在於低迷的景氣以及高失業率，造成消費者購買力之消退，而這又導致業者收入之減少，以及業者間更劇烈之顧客爭奪戰。銷售者因具有行銷之通路，因此在趨勢上對於不具行銷管道而急於尋找它的生產者而言，便漸居上風。

接著，銷售業者便運用各種不同之方式，充分利用其結構上之優勢。舉例而言，今日生產者必須自己將其產品為銷售者上架，已為司空見慣之事。此為一非常耗費成本之工作，因為生產者必須時時留意架上之存貨還有多少，而隨時補貨。生產者遂時常委託其他公司，為不同之銷售商從事此一業務（註11）。其結果是，原本明顯是銷售商自己應該支付之成本，卻轉嫁到生產者身上。如果哪一位生產者不願去做，則可能會產生銷售商將其產品自架上移去之危險，換言之銷售商將不再販賣其產品，而生產者之銷售管道也因而為之縮減。

(二)依賴性之推定

是否一位生產者在上述之過程中具有另尋客戶之可能，而不存在所謂之依賴性，是非常困難回答之問題。因為銷售商固然多為大型之關係企業，但城裡的同一區域內，往往卻仍有數家不同之銷售事業。如果我們無法確定依賴性之存在，則對於上述行為便很難加以規範。立法者遂設法尋找一些解決困難之協助。正有如在判斷獨占事業支配市場（Marktbeherrschung）時一般，立法者運用了「推定」（Vermutung）之立法技術。依法律之規定，如銷售商除一般交易上均能獲得之折扣外，又能額外地經常獲得其他同類事業所無法得到之特殊優惠者，則推定生產者乃依賴於該銷售商（註12）。所謂特殊優惠，茲舉三例說明之：首先例如生產者為使銷售商為其販賣產品，在一開始就必須支付一筆費用（人們生動地將其描述為「入場費」（Eintrittsgelder））；次如生產者必須為銷售商在產品上一一打上零售價格之標籤；又如生產者必須為銷售商支付貨物櫃或櫥窗之租金等。銷售商充滿想像力地運用各種方法，使規模較小之生產者負擔額外之成本，而其本身則免去這些費用

註11：諸如我國之物流業者，亦有從事類似之業務者。

註12：因為通常生產者如非依賴於該銷售商，實無需提供如此經常性之特殊待遇，請參閱德國限制競爭防止法第二十六條第二項第三句。

支出。除了上述對於個別事業之影響外，此類行為對市場所產生一般、全面性之作用，長期而言是相當大的。如果這些額外之支出只是加在規模較小之生產者身上，而無法同樣加諸於大型之製造商，則產品之成本結構將會朝越來越不利於小型生產者之方向發展。小型生產者之競爭力，將會整體地被削弱。縱使其真正之表現，他的產品，完全能經得起競爭之考驗，小型生產者在市場上之生存卻再也沒有任何之保障。

伍、不公平之阻礙與無正當理由之差別待遇

確定一事業擁有所謂「相對之市場力」(relative Marktmacht)，換言之，即肯定其他事業的確依賴於他，僅算是完成了第一步。其所確定者僅為此一「市場強勢事業」基本上有該規定之適用，亦即該規定可能與其有關。在第二個獨立之步驟裡，我們必須檢驗，他對於其他事業之特定行為是否為法律所不許。只有答案是肯定之情形下，主管機關始能禁止其行為，對於市場強勢事業提起訴訟之事業，也才有勝訴之可能。

一、特徵說明

德國法提出了兩項此種不法行為之特徵：阻礙 (Behinderung) 與差別待遇 (Diskriminierung)（註13），兩者在實質上卻無法嚴格區分。通常一事業被阻礙之時，他也受到有別於其他事業之待遇；同理，差別待遇通常也代表是對於受不利待遇事業之一種阻礙。應予說明者為市場強勢事業所為上述不利於他事業之行為，可能影響到兩個不同之產銷階段。依立法者之意，阻礙所影響者，為同一產銷階段之競爭者；而差別待遇所影響者，則為位於行為人前後產銷階段之事業。以生產者而言，其前一產銷階段即為零件或半成品之供應商，其後之產銷階段則為經銷商。

二、阻礙與差別待遇之競爭違反性

註13：這裡所指之法律規定為德國限制競爭防止法第二十六條第二項第二句。

適用上述規定之際，有一基本問題應予提出。此一問題其實與處理獨占事業濫用市場地位時，所提出之基本問題甚為類似。在一個無法再成長擴大之市場上，競爭行為在本質上其實多少便是一種對於競爭者之阻礙。此外，事業會對於上下游之銷售商或零件供應商從事差別待遇，以獲得其競爭之優勢條件，也是極易明白之事。另外如一家經銷商有特殊之貢獻，則應予以獎勵或回報，亦為事理之明。是故正如在規範獨占事業時一般，我們必須追問，阻礙競爭與差別待遇之行為，在何種情形下及依據何種標準，始可判定其為法所不許。德國法在這裡運用了一些與規範獨占事業之規定相同之概念：必須是一個「不公平之阻礙」（unbillige Behinderung），以及「無正當理由」（ohne sachlich gerechtfertigten Grund）之差別待遇，始為違法。這些用語正如有關獨占之規定，也是相當地模糊而不精確。

(一) 利益衡量

為了解釋適用上述之規定，法院遂發展出一項標準之公式以為解決。此一方法，係從其他法域既有之解釋原則發展而來。因為問題之核心所涉及者，為兩方事業間彼此關係之間題，因此應該從事在民法上時常為人所採用之「利益衡量」（Interessenabwägung）。換言之，此時應將市場強勢事業從事阻礙或差別待遇之利益，與被阻礙或差別待遇事業之利益相互衡量。舉例而言，一家市場強勢之事業不再對於另一事業供貨，可能是出於他欲建立一個銷售網，而在此一銷售網之架構下，只容許供貨給少數之經銷商。例如在某些特定之香水產品，此一情況便為人所承認。此等香水產品銷售之機會，正好是繫諸於其銷售之獨家性（Exklusivität）。如果人們隨便在街頭各處均可買到其產品者，其銷售之可能將會喪失。另外，在一些其他產品之例子，經銷商往往必須滿足一定之條件始可，例如必須有能力適當地介紹產品，或必須擁有受過專業訓練之員工等。反之，如經銷商已經滿足所需之條件，且銷售之獨家性並不重要，則市場強勢事業應對於經銷商供貨。

(二) 「維持市場開放」之立法意旨作為法律解釋之張本

法院在從事競爭法上之利益衡量時，並不以該解釋方法之現狀為已足。法院又額外參考了限制競爭防止法之立法目的，亦即「對競爭者維持市場之開放，以提高市場上競爭之強度」，作為衡量之準則。如果依一般公共利益之要求應加強市場之競爭，則可能市場強勢事業之利益便要退居其次。在此，個人願意以一件目前尚在

科布倫茲高等法院審理中之案件作為例子說明。在德國，除了大型之電力公司以外，尚有許多較小型之事業，他們生產其本身所需之電力。其發電之方法例如設立大型之風車，正如在美國所常見之一般；或是以燃燒其生產過程中所剩餘之木頭廢料，來進行發電。這些小廠之自行供電，只有在兩項前提之下，始有意義：1、自行供電之小廠，必需能將其多餘之電力（例如在夜間所發之電）賣出；2、當這些小廠之發電機在維修保養，或其用電量突增之時，須能得到大廠之供電。大型之電力公司基於德國法律之規定，固然必須為上述之供電以及買電，惟卻時常以相當不利於小廠之價格為之。如果我們僅以當事人之利益為依歸，則是否能令大企業去支持其競爭者，自然令人懷疑。相反地，如果認為在電力生產與分配之市場上，有競爭之存在是非常重要，則在不利之價格下，小型電廠肯定會遭受挫折，競爭之形成也將被阻礙。在這裡限制競爭防止法維持市場開放之立法目的，可能使大型之電力公司負有提供小型電廠較有利之交易條件之義務。當德國電信股份有限公司（Deutsche Telekom AG）在1998年喪失其目前國家獨占之地位，而必須面對市場上競爭者之時，與前述情形雷同，卻更加嚴重數倍之間題，將會在德國出現。這些未來的競爭者，例如德國聯邦鐵路（Deutsche Bundesbahn）以及若干石油公司，均擁有平行於其鐵道或油管之電纜，可供架設電話線路之用。惟可預見至少在相當長之過渡期間內，他們必須仰賴德國電信股份有限公司在當地之電話線路。換言之，德國電信股份有限公司必須將其線路開放給其競爭者使用。屆時這些競爭者為使用此線路究竟應支付多少費用，勢必會引起熱烈之討論。上述之例子固然不屬於今天所討論之間題範圍內，蓋無論德國聯邦鐵路或石油公司均非中小企業。其所涉及者，毋寧是屬於獨占事業濫用控制之一般問題。個人之所以提出此一實例，是想藉助它說明規制差別待遇以及阻礙競爭，是如何地重要。