

德國競爭法數位平臺管制發軔與發展(中)

■演講人：林家暘助理教授
(輔仁大學法律學院)

二、核心修法內容¹

(一) 市場界定

1. 平臺作為關切主題

在數位經濟動態發展下，多邊平臺（*mehr-seitige Plattform*）成為網際網路的主流型態。現行之限制競爭規範是否足以因應，由GAMMA（即Google、Apple、Meta、Microsoft、Amazon）所主導的數位經濟生態所帶來的競爭保護不足危險情況，因此，德國對於數位經濟議題進行法律改革，以資因應。

2. 平臺與市場界定

2017年GWB第9次修法增訂第18條市場力規定，第2a項「無償不影響市場界定」；第3a項「有平臺與網路情況的市場」之市場力判斷標準，應考量5個項目：網路效應、平臺多棲可能、規模經濟、取得資料機會、創新壓力。

(二) 市場力

1. 中介者力量

2021年GWB第10次修法增訂第18條第3項第3款，將近用(Zugang)與競爭活動相關資料納

入市場力評估標準；第3b項「中介者市場力量」概念，應特別考量中介者所提供之服務而能使其事業取得進入購置與銷售市場的機會。

2. 市占率評估

BKartA依據不同種類之平臺特性，透過方法論修改參考依據，採用多種數據來計算市占率。尤其是使用者數量為基礎之市占率應予較大程度重視，其他像是媒合平臺上的實質交易量、關注平臺上的廣告交易額等等，均可考量之。

(三) 濫用市場力行為類型

1. 最受德國學界抨擊之處—重要設施條款修法

GWB修正第19條第2項第4款之重要設施條款(*essential facilities doctrine*) 禁止濫用市場支配力量，擴大重要設施之範圍(包含資料)，資料使用授權視為一種重要設施。其適用前提，從原本規定「不存有拒絕共用重要設施之法律或實質理由，以及作為上下游市場之競爭者」，修正為「供給或近用對於上下游市場之活動有客觀上必要性，以及有效競爭將受威脅」，欲達到給予上下游事業「資料近用請求權」之目的。

2. 學說討論

¹ GWB修正條文相關論述請參見：林家暘，「德國限制競爭防制法（GWB）強化數位平臺管理之路—兼論公平會數位經濟競爭政策白皮書」，《公平交易季刊》，第31卷第3期（112/7），頁109-164。

(1) 資料能否作為重要設施

學者Körber認為，資料本身並無獨占性與排他性，為可複製並可同時使用之客體，且資料具有即時性，過時資料未必具有重要價值；持有資料本身並不必然直接就會形成市場力量。

(2) 失去GWB重要設施條款之本質目的「打開可競爭市場環節」

學者Huerkamp/Nuys認為，新法將導致諸多問題，像是難以確認被請求提供資料者應在主力業務市場、提供資料近用市場、或是上下游市場中具備支配市場地位；且原本的「共用」轉為「供給」，模糊化重要設施條款的解釋方式，未能達成立法理由所期望的「釐清功能」。德國該款有法制史上的特殊意義，其運用比起歐盟法對於關鍵設施的理解，理論上更為嚴謹、狹隘，所以新法立法理由直接說要借鑑實有不同例示規定體系的歐盟法實踐情況，恐不恰當。

(3) 體系紊亂：尤其是強制授權問題，討論完歧視性供給封鎖後，又必須討論重要設施

學者Emmerich/Lange認為，強制授權議題以GWB第19條第2項第1款之禁止歧視條款論處，非同條項之第4款重要設施條款。此次修法，將導致強制授權問題往後也將不可避免地亦須又以重要設施條款檢視之。在未來重要設施條款與強制授權條款的關係將趨於模糊，如此對於法律適用之可預見性恐無任何助益。

(四) 相對性市場力量方面規定

1. 調整歧視條款適用範圍

修正第20條(禁止濫用相對性市場力量)，新增第1a項及第3a項等兩項條款。

2. 特別之近用資料請求權

第20條第1a項規定，事業活動仰賴於他事業所控制之資料，視為有依賴性，後者禁止對前者為歧視行為。除了前開之修正後重要設施條款外，這是第二種「資料近用請求權」，為特別考量到物聯網的發展與售後市場所設立的條款，然而這裡的請求權成立門檻相較之下似乎低了很多，將使修正後重要設施條款變成贅文。

3. 「市場傾覆」條款

第20條中，新增第3a項規定，不得阻礙中小型競爭者獨自形成網路效應，使給付性競爭致生急迫危險，又稱為市場傾覆條款。此條之訂定，乃特別考量到平臺市場帶有集中化趨勢，應及早介入。德國學界批評其要件規定得太過概括，存有過度管制的風險，像是「給付性競爭」作為保護法益，可能無法具體確定違法行為類型；又本條僅有危險構成要件，不討論實害與影響，可能會造成過早管制的結果；最後，市場發生傾斜，有可能正好是有效競爭的結果，未必必然總是有害於競爭。本項具體應如何運用，還有待日後觀察。

(五) 禁止命令管制機制—對於競爭有優越性跨市場地位事業之禁止特定行為命令

1. 規範對象

所謂「對於競爭有優越性跨市場地位之事業」係指在多邊市場上已具備良好資源與戰略地位，能輕易擴展新市場或部門活動，亦指已形成凝聚力量之事業。由立法理由得知，此規定乃針對「一小群」事業，無疑是針對「數位巨擘」而來。

學理上的爭議，是規制重點究竟要著重在優

越性，還是在跨市場性？前者指與支配市場力量本質相同，但「更多」；後者指市場支配力量與此概念是本質不同的事物。目前較為主流的說法認為，此規定與一般競爭管制不同體系，處於平行適用關係，應著重在跨市場，但是平臺上也必須擁有相當程度市場力才行，至少在其中一個市場有支配市場地位。

2. 執行方法

從傳統4個階段「界定市場」、「確定市場力」、「確定違法行為」及「決定因應措施」的行政調查與管制流程，簡短為2階段「確定受管事業」、「確定應予禁止之行為」的禁止命令。因此，需要競爭監理機關在第二階段透過行政處分「啟動」何條禁止規定將適用，以禁止從事何種行為，換言之，規範的禁止效力在處分作成後，才會正式產生。嚴格來說，這並非是一個典型的「事前管制」，而是一種「從現在開始」(ex nunc)的「向後生效」行為管制。兩者的差異在於作成處分的內容效果不同，禁止命令這一處分的作用在於使特定行為法律規範開始發生效力，規制對象方受到該特定法律拘束，這與事前管制乃主管機關依據法律先行直接課予規制對象特定、具體的行為義務不同。

事前或事後管制的區分，乃特殊部門管制法中，行政機關擁有比單純的競爭法管制措施外額外的市場管制措施。以電信價格管制為例，事前與事後管制的差異，在於「事業定價時點是否已受有處分機關所定義務」，概述如下：

事後(ex post)管制：規範→事業受有法定義務→事業為違法訂價行為→行政機關調查、處分→改善、處罰

事前(ex ante)管制：規範→行政機關調查、處分，確定定價方式→事業受有處分所訂義務→

事業義務(不)履行→改善、處罰

至於「從現在開始」的管制方式，則非以「事業定價時點已受有義務」為準，而是擁有不一樣的思維。這種管制模式乃考量到如果一開始就讓事業受有全部法定義務，可能過度壓抑市場發展，所以由主管機關調查後，再決定要對受管制事業課以何種法定義務，因此概述如下：

從現在開始(ex nunc)管制：規範→行政機關調查、處分，確定何項法定義務應予適用→事業受有法定義務→事業義務(不)履行→改善、處罰

3. 意圖規制之行為

觀察第19a條第2項有關主管機關得課予之行為義務各款規定，可以簡單整理出規制原因：

- (1)自我偏好，以優先展示自己的服務或商品為例，平臺作為創制者，利用其他事業對於平臺服務依賴性。
- (2)阻礙其他事業進入購置或銷售市場的措施，平臺作為守門人，利用其他事業的平臺服務依賴性。
- (3)直接或間接妨礙具有迅速擴張市場潛力的競爭者，平臺作為蓄意建構生態系的凝聚力量擁有者，利用資料挪用機會。
- (4)不正當的與競爭相關資料運用，以及不正當的同意利用個資的使用者條件，平臺作為創制者與守門人，利用其他事業的資料依賴性與資料挪用機會。
- (5)拒絕產品或服務之可整合性，平臺作為創制者與凝聚力量者，利用其他事業的資料依賴性。
- (6)不充分告知平臺服務之細節，平臺作為創制者，利用其他事業的中介服務依賴性。
- (7)對於其他事業要求不正當的優惠待遇，以要求資料分享或者不當劣化傳輸品質為例，平

臺作為守門人與凝聚力量者，利用其他事業中介服務依賴性。

綜合上述，這7種行為是固定的，BKartA不得再創設法無明文之禁止行為類型。

4.可能隱憂

(1)構成要件不明確

各種禁止行為之描述，仍充斥不確定法律概念，無法形成明確的行為指引，例如第2款「於其活動對於進入購置或銷售市場具有重要意義」。

(2)構成要件內容爭議

機關作成行政處分時，有無「(行為)損害性」之確認義務？存有兩種說法：一者為「具體危險犯說」，BKartA在適用第19A條的時候，其實還是要去檢驗禁止行為的損害性，否則有過度執法危險；二者為「抽象危險犯說」，從立法理由解讀、客觀目的論解釋，BKartA制定行政處分時，對某些行為應該禁止，不需要額外再去考量損害性或利害衡量，以加速作成行政處分之決定。

本文看法是目前兩說五五波。從文義解釋，其實比較接近抽象危險犯。至於具體作法究竟為何，仍須待BKartA依據第19a條規定，正式制定禁止命令之後才能確定。不過，歸根究柢，行政機關受到行政程序中一般法律原則的拘束，換言之，在作成處分應符合比例原則的前提下，競爭監理機關應仍有實質的個案衡量義務，有鑒於此，監理機關還是必須要作出一定程度的損害性調查。從Meta Quest VR眼鏡這個唯一出現過調查中間報告的案件來看，BKartA並非直接給予一

個空泛的、應遵守特定法定禁止行為之命令，而是仍要先就具體案件進行調查。

(3)第19a條第2項第2、3句

如事業之行為有實質正當理由，原本禁止的行為即不禁止之，但改由事業承擔說明與證明義務。這項舉證責任反轉的制度設計目的為加快管制速率，但這與行政調查之基本原則(職權調查主義)不符，而被德國學者多有抨擊。到頭來，即便法律規定了所謂舉證責任反轉制度，但在行政程序法的拘束下，實際運作上，還是必須將行政調查原則考量進去，尤其是機關的職權調查主義與當事人之協力調查義務。

行政機關仍應本於職權，就事實進行完全調查，而不受當事人聲明限制，亦非行政機關作出處分，當事人就因此必須自證自己「無罪」。而是當事人僅就其事務支配領域內，基於法定實質正當理由義務，負有比一般行政調查相比更為強化的協力義務，也就是除了提出最為詳實的說明外，否則稱不上配合調查。故在當事人不配合時且行政機關仍能獲得事實證明時，那麼就按照一般行政調查原則，降低該部分證據證明力要求；如不明確之事實屬當事人事務支配領域內，當事人必須更加積極詳實地提出說明與證據，而高於一般的協力義務要求；如未到此程度，導致行政機關仍無法容易獲知事實，則將由事業承擔事實不明確之風險(客觀舉證責任)。



(公平會綜合規劃處楊琇雲摘要整理並經講座審訂)

GWB兩次修法簡表

	第 18 條	第 19 條	第 19a 條	第 20 條
第 9 次修法	新增第 2a 項無償服務 新增第 3a 項多邊市場與網路	未變更	未規定	未變更
第 10 次修法	新增第 3 項第 3 款：近用與競爭活動 相關資料 新增第 3b 項：補充 3a，特別考量進入購置或銷售市場	修正數個禁止行為類型要件	新增	修改相對性市場力量概念，容納中介服務可依賴性 新增第 1a 項：拒絕提供資料 新增第 3a 項：遏止市場傾覆

資料來源：作者自製。