

從依賴性理論探討相對市場優勢地位

——以公平法立場之研析適用

吳秀明**

壹、緒論

一、「相對」之市場優勢地位？

「相對市場優勢地位」是一個我國公平交易法（以下簡稱公平法）施行至今，為理論與實務界所較為陌生的名詞¹。若論及事業於市場之地位，我們所熟悉者有獨占、寡占事業（二者可合稱為「支配（或控制）市場之事業」marktbeherrschende Unternehmen）與中小企業，至於事業之優勢市場地位植基於事業間之相對關係者，則罕聞之。實際上所謂具有相對市場優勢地位之事業，係指其市場地位處於支配市場事業與不具市場力量之中小企業之間，在個別與特定的情況下，對於「依賴」其之交易相對人具有類似於獨寡占事業之支配性影響力之事業群。蓋事業之市場力如依其大小構成一譜系時，支配市場事業與中小企業之間並非間不容髮、緊密接合。介乎其中，實存在若干其他市場力量之形式。這些擁有某種市場力量之事業，雖不如支配市場事業之強大，惟在經濟生活中其影響力卻遠超過一般之中小企業。尤其當一中小企業之競爭條件，甚至於其生存發展之機會係依賴於某一此種事業，且無其他適當之事業可茲替代時，被依賴之事業縱

** 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。

¹ 對於「相對市場力量」之立法管制，起源於德國，繼受於法國，對於歐市法亦有若干之影響。事實上將此一法律概念與問題首先引介入我國的，係對於法國法之介紹，而非德國法，參閱何之邁，法國競爭法新探——一八六～一二四三號命令之研究，原載於中興法學，第三十二期，民國八十年十一月，收錄於：氏著，公平交易法專論，民國八十二年十月初版，第 546 頁以下。而第一位將德國法上之有關問題介紹入我國者，係一位德國之法官兼教授 Prof. Teichmann。氏於民國八十六年三月十七日，在台大法學院發表一篇名為 "Die Behinderung und die Diskriminierung durch marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen"（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）之演講，其所探討之主題即為相對市場力量與依賴性理論在德國法上之發展與諸問題。筆者當時係充任翻譯，事後並將其內容整理發表，參見吳秀明譯，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，公平交易季刊，第五卷第三期，民國八十六年十月，第 137-150 頁。

非獨寡占事業，亦可能對於依賴於它之事業具有支配性之影響力，實不容忽視。

故在此欲首先開宗明義地指出，介於獨、寡占事業與中小企業之間，仍有第三類的事業群。此等事業雖不具有獨寡占事業一般而普遍之市場優勢地位，惟在特定情況之下，其對於特定之交易相對人仍具有強大之市場力量，甚至於有濫用其相對優勢地位，損害交易相對人之可能。為與獨占事業或「支配市場之事業」區別，限制競爭法上我們稱此等事業為「市場強勢之事業」(marktstarke Unternehmen)；其所擁有之市場力量則稱之為「相對市場力量」(relative Marktmacht)，本文亦名之為「相對市場優勢地位」。

二、公平法管制之留白？——放任或管制之抉擇

上述有關相對市場優勢地位之法律問題，迄未成為我國公平法理論或實務關注之焦點。或許因為我國之相關案例尚不多見；或許亦因當事人與執法機關對其認識之缺乏，而造成處理上之忽略（則案件數自不能反映隱性之實際狀況）。總之，我國對於相對市場力量之管制，目前仍處於有待開發之階段。此一現象在比較法之觀察上，與例如德國規範相對市場力量之限制競爭防止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，簡稱GWB)第二十條第二項在實務上相當重要之情形²，有甚大之差異；又與法國法將其明文納入法律規範之重視程度³，亦有所區別。此一差別如係因為此問題在我國根本不重要，則其差異自可予以忽視不顧⁴。惟相對市場力量

² 首先應說明者為§20GWB 係於一九九九年一月一日生效之新法(限制競爭防止法之第六次修正)上的條文號碼，修正前的限制競爭防止法對於相對市場力量之規定一直是放在第二十六條第二項第二句 (§26 Abs.2 S.2GWB)。其次，§26 Abs.2GWB 對於差別待遇之管制一直是德國限制競爭防止法實務上最重要的條文之一。至一九九三年底為止，德國聯邦最高法院(Bundesgerichtshof, 簡稱 BGH)約有一百個關於差別待遇之判決；在高等法院(Oberlandesgericht, 簡稱 OLG)之層級，則有兩百個以上之有關判決。請參閱 Carlhoff, in: Glassen / von Hahn / Kersten / Kolvenbach(Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. (簡稱 Frankfurter Kommentar), 3. Aufl. , 1993 ff. , §26 Tz 90; Markert, in : Immenga / Mestmäker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. , 1992, §26 Rdnr. 52.雖然欠缺更精確之資料，惟可以相信這數百個判決中，有相當之一部份是關於相對市場力量之規範，前述 Teichmann 之演講亦證實了此點，參閱吳秀明，前揭註一，第 2 頁。

³ 參見法國一九八六年十二月一日八六~一二四三號關於價格及競爭自由命令第八條第一項第二款，參閱何之邁，前揭註一，第 683 頁。

⁴ 此一問題之回答，需要從事法事實之調查研究 (Rechtstatsachenermittlung)，始能

於我國產業界，亦應為確屬存在之現象⁵，且其市場力量之濫用亦難謂絲毫無其可能或不值顧慮防範。如過去僅因為對其欠缺足夠之認識而未予重視者，今後在法律之適用與執行上，是否應斟酌他國之立法例與理論實務，將「市場強勢事業」之規範納入公平法管制之內，則甚值吾人鄭重考慮。

三、「依賴性理論」作為一種管制之標準

在規範相對市場優勢地位之外國立法中，德國限制競爭防止法是首先對其明確規範之立法例，其理論實務頗為豐富完善，有值得我們借鏡之處。對於市場強勢事業之管制，在德國具有高度之實務上重要性，該法所採用之管制標準，即為所謂之依賴性理論。簡言之，德國限制競爭防止法第二十條之差別待遇禁止（*Diskriminierungsverbot*）除適用於「支配市場事業」之外（該條第一項），亦適用於「市場強勢事業」（該條第二項）。後者係指該事業之交易相對人中具有中小企業之規模者，就特定商品或服務「依賴」（*abhängig*）於該事業之程度，已達到該中小企業無足夠且可期待之可能性，能夠轉而與其他事業從事交易之程度（*keine ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen*）而言。換言之，當中小企業對於某一具有相對市場優勢地位之市場強勢事業具有這裡所定義之「依賴性」（*Abhängigkeit*）時，該市場強勢事業即不得從事不法之差別待遇。該國學說與實務則進一步闡明依賴性之內涵，並將其更精緻地區分為四種不同類型之依賴性⁶。此一德國法上之特色與成果，或有值得我國在執行公平法時加以借鏡之處。基此，本文擬就有關市場強勢事業與依賴性理論之法源依據、內容、類型、認定標準與實務運作等加以論述，並研究此一理論在我國公平法之架構下是否有適用之餘地。如該立法例有採行之價值者，則或能使我國競爭政策之推行與競爭秩序之維護增加一項有利之工具，亦未可知。

四、研究範圍與架構

確定我國產業界有關相對市場優勢地位之問題是否嚴重，惟此一實證調查工作，自然遠超過了本文所能承載的範圍。

⁵蓋我國之各產業，不可能一律均僅僅由獨、寡占事業或中小企業所構成，而完全欠缺位於中間地帶之「次大型企業」。而只要存在此一事業群，中小企業對其依賴性之產生則屬相當可能。

⁶參閱本文「肆」。

基於依賴性理論在德國不僅有明文之立法依據，學說論述與法院判例亦豐，故本文擬以研究德國法與我國法關於此一問題之法理實務為重心。

為進行上述之研究，本文擬於緒論之後，首先就「相對市場力量」與「依賴性」之意義、其於德國法上之沿革、管制理由之探討以及德國法以外其之他立法例，於「貳」中加以介紹，期對於依賴性理論展開初步之認識。隨後於「參」之中，本文將較深入地探討判斷依賴性是否存在之過程與其共通問題，諸如「足夠」(ausreichend)與「可期待」(zumutbar)之「偏離可能性」(Ausweichmöglichkeiten)之意義與認定標準等。在「肆」中，本文將逐一說明至今為德國之學說判例所承認之四種不同類型之依賴性，其分別為「基於產品完整供應之依賴性」(sortimentsbedingte Abhängigkeit)、「基於匱乏而生之依賴性」(mangelbedingte Abhängigkeit)、「對於特定事業之依賴性」(unternehmensbedingte Abhängigkeit)以及「對於需方之依賴性」(nachfragebedingte Abhängigkeit)。最後關於此一理論於我國公平交易法下採用可能性之探討，則將於「伍」之中進行。

貳、依賴性理論之基本概念

一、「相對市場力量」與「依賴性」之概念

(一) 相對市場力量

所謂之「相對市場力量」(relative Marktmacht)係相對照於具有一般性、普遍性與絕對性市場力量之獨占事業或「支配市場事業」(marktbeherrschende Unternehmen)，而僅僅存在於依賴事業與被依賴事業之間的一種市場力量。此種具有「相對市場優勢地位」之事業，稱之為「市場強勢事業」(marktstarke Unternehmen)，而與獨占事業有別。市場強勢事業亦為一種具有市場力量之事業，惟其市場力量一則必然小於獨占事業，二則係表現在垂直交易關係之上⁷，三則乃具有所謂之「相對性」，即其市場力量之有無原則上須視具體個案中與交易相對人之相互關係而定，為其特色。

在「市場強勢事業」之管制上應探究者，為其「相對於」某事業是否具有市場力量。換言之，其市場力量僅存在行為主體與市場上其特定交易

⁷ 故有直呼其為「相對之垂直市場力量」(relative vertikale Marktmacht)者，vgl. Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.115.

相對人之間，而非如獨占事業之獨占力對於市場上之一般事業均普遍存在。因其市場力量乃在特定人之間相對地彰顯出來，而非絕對之具備，故稱之為相對市場力量。

（二）依賴性

市場力量之相對性如何表現，法律始有加以管制之必要，即為依賴性理論之核心關懷。依照依賴性理論之看法，市場力量之「相對性」即表現於交易相對人對於市場強勢事業之「依賴性」(Abhängigkeit)之上。易言之，當交易相對人「依賴於」與其交易之事業時，該事業遂成為市場強勢事業，而不得任意實施差別待遇。此等事業雖不具有獨占事業之地位，惟其在若干個別之交易關係中，對於與其交易之事業而言卻具有甚為強大之影響力與地位，以至於此等事業為維持其生存或市場上之競爭力於不墜，必須仰賴其與「市場強勢事業」之交易關係不被斷絕且不受歧視，故此時即有差別待遇規定適用之餘地。因此相對性與依賴性，實一體之兩面。

依賴性之有無，係以交易相對人是否具有所謂「足夠且可期待之偏離可能性」(ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten)作為判斷之依據⁸。至於何謂「足夠且可期待之偏離可能性」？其具有哪些類型？此等問題正是依賴性理論所要處理之核心領域，將在下文中再加以詳細討論。⁹

⁸ 德國限制競爭防止法第二十條第二項所謂「事業或事業團體，如作為其供給者或需求者之中小企業，就特定商品或營業上給付依賴於其之程度，已達於無足夠且可期待之可能性，可轉向其他事業從事交易者」之規定，即明斯旨。

⁹ 茲以一例說明之：甲係一家自助式之飲料批發商，其顧客均為餐飲業者，而非一般之個人消費者。甲之經營策略為盡量壓低設備上與營運上之成本，以便能在價格上取得競爭之優勢。因此其飲料均堆置在倉庫中簡單設置的架子上；另一方面顧客則必須自行開車至其倉庫中購買所需之飲料（自助式），而非由其送貨至客戶之餐廳中。於是其批發之成本降得相當低，但一日某家相當知名之飲料製造商（如可口可樂），表示因甲「破壞了市場行情」，將斷絕對甲之產品供應。此家飲料製造商雖甚具知名度，但在飲料市場上卻尚未取得獨占事業之地位。就甲而言，因該飲料甚受歡迎，其客戶均要求購買此種飲料。在餐飲業者這方面，其必須在店裡供應此種品牌之飲料，因客人經常點它，如無法供應，很可能將導致其商譽之損害與競爭上之劣勢。此情形自然會造成餐飲業者不會單單為此一飲料，而開車到兩家不同之批發商去進貨。他們毋寧會尋找一家擁有所有飲料之批發商以取代甲，甲因此而有可能喪失其大部分之客戶。甲欲以另一種飲料之供應，替代此種著名飲料之期待可能性是不存在的，因為縱使甲供應另一種品質更好的飲料，但大眾之消費習慣並不會因此改變。上述情形便成立所謂之「依賴性」，因甲於此時不存在一個「足夠且可期待之偏離可能性」，能夠捨去

二、德國限制競爭防止法規範相對市場力量之立法沿革

德國限制競爭防止法對於相對市場力量之規範，可分為下列五個階段，茲簡要說明如下：¹⁰

（一）一九五七年限制競爭防止法立法之初，差別待遇之行為主體限於因事實上原因或基於法律之許可而擁有一定市場地位之支配市場事業、法律許可之聯合行為與得為轉售價格維持之事業三種情況，使得差別待遇行為主體之範圍，係由立法者於立法時即加以考量及明確劃定。此三種行為主體以外之事業的差別待遇行為，則不構成違法。

（二）一九七三年限制競爭防止法第三次修正時，立法者於該法之第二十六條第二項第二句正式加入對於市場強勢事業之規範，而將差別待遇禁止之行為主體範圍，擴大至僅具有相對市場優勢地位之事業。其條文之內容，已見於前文，不再贅述。

（三）限制競爭防止法於一九八零年第四次修正時，於該法第二十六條第二項第三句加入對於買方市場強勢事業之推定規定，即「特定商品或營業上給付之需求者，自其供給者處除獲得交易上一般之折扣或其他給付報酬外，更經常得到其他同類需求者所未能獲得之特別優惠」者，便推定該生產者係依賴於該需求者，以降低管制需方市場強勢事業之舉證困難。惟此一推定規定依當時之法律，僅適用於主管機關命令行為人停止其行為之行政程序(Untersagungsverfahren)中，而不適用於民事訴訟程序。

（四）一九八九年限制競爭防止法第五次之修正中，立法者將本條所保護被害人之範圍予以縮小，規定僅有中小企業(kleine oder mittlere Unternehmen)被市場強勢事業不當差別待遇者，始有本條之適用。大企業則縱使受市場強勢事業之差別待遇，亦不受本條之保護。又本次修正將對於買方市場強勢事業之推定規定擴大適用於民事訴訟程序之中。

此一飲料而以另一飲料代替之，而無喪失其多數客戶之虞。該飲料製造商之市場地位顯然並未達支配壟斷市場之程度，惟對於甲而言，其影響力顯然甚鉅。此時差別待遇之規定能否適用於本案例中，而使甲能夠繼續獲得供應，即屬耐人尋味之問題。本案例請參見吳秀明，前揭註三，第 138 頁。

¹⁰ 關於相對市場優勢地位之規範在限制競爭防止法之立法過程，請參閱 Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.53ff.; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.77f; Emmerich, a.a.O., S.291f.; Westrick/Loewenheim, in:Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.33.

(五)一九九九年一月一日生效之限制競爭防止法第六次修正，將規範市場強勢事業之條號由第二十六條第二項第二句調整至第二十條第二項前段。此外，對於需方市場強勢事業之推定規定，則由第二十六條第二項第三句調整至第二十條第二項後段。至於法律規定之內容，則並未修改。

三、管制理由之探討

(一) 有市場力量即有濫用可能，有濫用即應有管制—— 界定一種市場力量，架構一個管制各種市場力量之法律 體系

首先競爭法上一項基本之原則為，對於一切因為擁有市場力量，進而濫用其市場力量，致侵害競爭者、上下游業者、消費者或競爭機能本身的行為，原則上均應加以管制。因為競爭法存在的主要目的之一，就是防止市場競爭之機制以及市場參與者之權益，因市場力量之濫用而遭致侵害。此即為競爭法對於競爭之「制度保護」(Institutionsschutz des Wettbewerbs)及對於市場參與者之「個人保護」(Individualschutz)的兩面性。因此競爭之排除或損害如果是導因於市場力之濫用者，無論此一市場力是以何種形式表現，法律原則上均應加以規範。對於「市場強勢事業」之管制，乃在於界定一種經濟依賴之狀態與(相對)市場力量之型態，其所基於的洞見就在於：市場力量小於獨占事業者，亦有濫用其力量之可能，而「市場強勢事業」在若干交易相對人依賴於他的情況下，其影響力對於交易相對人而言可能與獨占事業並無二致，因此如有濫用之情事發生者，法律便應加以管制。其目的，在於使競爭法能形成一套規範擁有各種不同市場力量之事業(marktmächtige Unternehmen)的管制架構與體系，按其市場力量之大小，分別訂定其管制之要件與手段，而不會留下規範之漏洞。¹¹故界定一

¹¹ 因此學者有謂(舊)限制競爭防止法第二十二條(管制獨占事業)以及第二十六條第二項以下(管制包括市場強勢事業之差別待遇、阻礙競爭)等條文，實共同構成了限制競爭防止法管制各種具有市場力量事業之規範體系。在此一體系中，對於獨占事業行為之管制最為廣泛，法律最後係以一概括條款禁止一切獨占力濫用之情形(我公平法第十條第一項第四款亦同)。對於市場力量較弱之事業(如合法轉售價格維持之實施者以及本文所探討之市場強勢事業)，其管制範圍則較小，法律僅禁止不當之差別待遇與阻礙競爭等行為，而不管制諸如定價過高剝削交易相對人之榨取濫用行為。此等規定雖規範對象有所不同，管制方法也有若干差異(如對獨占事業以行政管制為主，而對於市場強勢事業之差別待遇則可由民事訴訟之途徑令其恢復供給)，惟彼此在功能上卻能互相補充。參見 Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.90; Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.35. 另外亦有學者指出，限制競爭防止法第三次修正加入市場強勢事業之規定，其意義即在於填補修正前

種市場力量，建構一個較為完整之管制體系，實為管制相對市場力量之最主要理由。

（二）維持市場之開放

對於市場強勢事業加以管制之另一項理由與目的，是要維持市場之開放。維護市場之開放本來是差別待遇規定整體立法目的之一，市場強勢事業之規範既然屬於差別待遇規定之一環，自應同具此一目的。¹²質言之，市場強勢事業之差別待遇所經常涉及者，為對於原本或傳統銷售通路以外之新興銷售管道或經營方式，透過斷絕供給或交易條件之區別化而進行之壓抑與打擊。其目的在於保護原有之銷售體系，惟對於新的經營模式，卻產生阻礙排斥之作用。市場之創意與效能競爭之努力被抹煞，原有之結構被維持，市場則日益閉鎖。¹³前面在介紹依賴性之概念時所舉之例子，即可作為說明¹⁴。

（三）防止規避維持轉售價格禁止之規定

在德國，管制市場強勢事業尚有一項理由，即防止事業以差別待遇之方式，規避禁止維持轉售價格之規定。蓋轉售價格維持之約定雖被禁止¹⁵，惟事業可以透過對於不接受垂直約價之事業的差別待遇，而迫使下游廠商

限制競爭防止法僅規範支配市場事業之差別待遇行為所造成之漏洞。蓋非獨占事業卻仍然具有一定之市場力量者，仍有不受有效競爭(wirksamer Wettbewerb)之節制，恣意濫用其基於市場地位之事業活動空間，透過其歧視之行為，損害其上下游業者，而產生競爭政策上應予負面評價之影響的可能性。Vgl. J. Bauer, Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach §26 Abs.2 Satz 2 GWB, BB 1974, S.1589ff., 1592; Ingo Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, 1973, S.224, 281.

¹² 參閱 Emmerich, a.a.O., S.288; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.94。

¹³ Vgl. BGH NJW 1979, 2152, 2153 "Nordmende"; 對於此判決之評論，可參見 Emmerich, JuS 1979, 820, 821。

¹⁴ 參見「壹、一、（二）」。蓋此時甲所開發之「自助式批發」為一新的經營方式，且相對於傳統批發商而言甚具競爭力，市場也因此變得較為多元化。惟此一努力卻可能因為一家著名品牌廠商之斷絕供給，而功敗垂成。故管制此一差別待遇，即寓有促使市場維持開放之旨趣。。

¹⁵ 參見（舊）§15 GWB；（新）§14 GWB。

遵守其轉售價格維持之要求。¹⁶在我國，公平法第十八條係以「戒命規範」(Gebotsnormen)之方式(事業對於其交易相對人……「應容許」其自由決定價格)禁止轉售價格之維持¹⁷，其所禁止之轉售價格維持方式，原本就不限於契約¹⁸，只要交易相對人因行為人之行為，實際上不被容許有自由訂定價格之意思決定空間者即屬之，公平會即可予以管制。故事業以差別待遇之方式，遂行轉售價格維持之目的時，仍屬於公平法第十八條之範圍內，而無規避禁止之問題。故此一管制理由在我國，僅具有參考之性質。

(四) 管制不等於提供生存之保證

對市場強勢事業差別待遇之管制，在常見而主要之「拒絕供給(或斷絕供給)」(Lieferverweigerung)之案型裡，法律上對於市場強勢事業令其繼續供給之「締約強制」(Kontraierungszwang)，無疑限制了市場強勢事業斷絕交易關係與形成或變更其銷售體系之自由。此一措施會不會過度侵害市場強勢事業之經營自由，而變成法律對於依賴事業的一種「生存保證」？另外，限制競爭防止法於一九八九年之修正中將保護範圍限於中小企業，亦令人質疑該條之規範理由究竟是「弱者之保護」抑或是「競爭之保護」。

基本上，競爭政策並非不能考慮保護市場結構中經濟力量較弱之一群事業，惟這種所謂之保護，首先應以促進這群事業之經營效率與競爭能力，並有助於整體之市場競爭環境、結構與功能之提昇為前提。其次，亦應保護此群事業免於受到具有市場力量之事業濫用其力量之任意侵害。偏離上述之意旨，對於市場弱者(如中小企業)過度之保護，會有害市場機能之運作，並不符合公平交易法之立法目的，長期而言對整體經濟亦反而會有害處。因此市場強勢事業之管制如果獨獨以保護經濟上弱者為目的，而毫不考慮市場強勢事業之差別待遇所可能具備之若干正面功能者，可能會不當而過度地限制事業之經營主權。在禁止市場強勢事業斷絕交易關係

¹⁶ Vgl. Möschel, a.a.O., S.391; Emmerich, Kartellrecht, 7.Aufl., S.288.

¹⁷ 如果公平法第十八條之規範方式為「事業就其供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，不得限制或排除其交易相對人決定價格之自由；…」者，則其性質屬於一種「禁止規範」(Verbotnormen)。惟禁止規範與戒命規範在此時實為一個法律禁止(Verbot)之一體兩面，公平法第十八條以戒命規範之方式加以規定，只是立法者在陳述此一禁止時表達方式之選擇，並不表示轉售價格之維持在我國是不被禁止的。

¹⁸ 至於公平法第十八條規定「有相反之約定者，其約定無效」，僅代表當事業實施轉售價格之維持，正好係以訂定契約之方式為之時，此一契約為無效，並不能反面推論認為僅有以契約所為之轉售價格維持，始適用該條之規定。

之情形，過度保護其交易相對人則會妨害具有正當理由之行銷通路調整，阻止事業另尋交易對象之機會，而造成一經選擇之交易關係即無法再行變更之法律強制。這當然會使產業既存之結構被固化，而新開發之經營方式或新進廠商則幾無生存之餘地。¹⁹

上述情形，自非管制市場強勢事業所欲達之目的。其正確解決之道，首先在於認識市場強勢事業因僅具有所謂相對之市場力量，致其差別待遇在競爭政策之判斷上，特別具有矛盾性與兩難性(Ambivalenz)之特質，即其對於市場競爭之影響可能是正面亦可能是負面的，端視個案之情況而定²⁰。故在立法目的上，應明白強調對於市場強勢事業之管制，在於防止其市場力量之濫用，而不在於提供依賴之事業一種「社會保障」(Sozialschutz)²¹。換言之，法律不在於保證依賴事業具有一定之生存空間，或是提供其類似於勞工法上所謂之「解僱保護」(Kündigungsschutz)，亦不在於變更市場競爭之一般原則，故依賴事業基本上仍須憑其努力才能在市場上繼續生存發展。其次，則應將上述這種多面而複雜之考慮，於法律適用時予以納入。對於是否違法之考量，仍有待執法機關於操作法律、認定行為主體以外之構成要件時，深入分析個案之情況，同時考慮市場強勢事業之差別待遇對競爭所可能產生之正面與負面效果，運用經濟分析或德國法上利益衡量之方法，綜合判斷該行為是否構成「無正當理由」之差別待遇，並且「有限制競爭或妨礙競爭之虞」以為解決。執法時應力求兼顧個案之狀況與任何法律均須具備之可預見性與法安定性。

四、管制相對市場力量之其他立法例

市場強勢事業濫用其市場力量之立法管制起源於德國，惟德國法有關此一問題之處理與發展，在各國立法例中，並非獨立之單一個案。其他反托拉斯法制受其影響或於適用法律之際對此項問題有所考慮者，不乏其例，茲簡要說明如下：

(一) 法國法

¹⁹ Vgl. J.Bauer, a.a.O., S.1591f.

²⁰ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.60; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.93

²¹ 參閱 Ulmer, Die Anwendung des erweiterten Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, BB 1975, S.661ff., 667f.; J. Bauer, a.a.O., S.1592; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.94; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.92; Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.52。

基於其國內相同之規範需求（即對於相對市場力量進行濫用控制之必要性），而在理論上相當完整地繼受德國法者為法國法。法國在一九八五年十二月三十日之八五～一四〇八號法案中，已見到經濟依賴狀態之概念。接著，法國於其「一九八六年十二月一日八六～一二四三號關於價格及競爭自由命令」之第八條中，禁止對於控制市場地位之濫用，其第一項係規定應受該條管制之行為主體。除該項第一款規定，在國內市場或其重要部分居於控制地位之事業或事業團體應受本條之規範外，依該項第二款之規定事業或事業團體如「其需求或供給企業處於無其他可替代解決途徑而對其有經濟依賴狀態」者，亦包括之。合於上述行為主體之資格者，依同條第二項之規定不得為拒賣、搭售、交易條件之歧視或因交易相對人拒絕接受不當交易條件而斷絕與其既存之交易關係等濫用行為。²²故法國與德國均係明確以立法方式對於相對市場力量加以規範之國家。法國法對於市場強勢事業之規範，亦以「相對市場力量雖非獨占，惟亦為一種應予管制之市場力量」為出發點。故可謂此一競爭政策上之基本見解，已有漸獲各國肯定之趨勢。

法國法對於所謂「經濟依賴狀態」之定義，係指依賴之事業如被斷絕供給，則無足夠與合理之選擇性，可以在該市場上找到其他可茲替代之供給管道者而言。²³至於經濟依賴狀態之種類，則可分為因貨色齊全之依賴、因物資短缺之依賴、因商業關係之依賴與因購買強勢之依賴等四種類型，與下文所要介紹之德國法大致相同。²⁴整體而言，法國對於相對市場力量之規範，是放在對於控制市場地位事業之濫用監督的架構下進行，承認相對市場力量在一定情況下，與控制市場之企業同樣具有強大之市場力量，而需要有法律監督其濫用。其在理論與行為類型上，相當接近於其所繼受之德國法，惟其實務執行之重點與面對之問題，則基於法國於一九八〇年代所面臨巨型優勢購買組織之興起²⁵，而與買方市場力量之濫用控制息息相關。

（二）歐盟法

²² 參閱何之邁，法國競爭法新探一一八六～一二四三號命令之研究，原載於中興法學，第三十二期，民國八十年十一月，收錄於：氏著，公平交易法專論，民國八十二年十月初版，第 683 頁。

²³ 何之邁，前揭，第 549 頁。

²⁴ 其詳細內容參見何之邁，前揭，第 550 頁以下。

²⁵ 何之邁，前揭，第 547 頁。

歐盟關於市場獨占力監督之立法規範，係設於羅馬條約之第八十六條。該條規定並未就相對市場力量之問題，加以特別規範。惟在解釋適用該條規定之時，對於依賴性之有無，亦有納入考慮之空間。上述有關獨占監督之規定，僅適用於具有所謂「支配地位」(dominant position)之事業。至於何謂市場之支配地位，判斷時主要係依據市場佔有率認定之，惟亦包括其他之認定標準。當市場佔有率愈不高時，其他之判斷因素自然就必須愈加理由充分，始能支持其具有支配地位之認定。上述所謂「市場佔有率以外之其他認定標準」，歐盟執委會與歐洲法院曾經將「依賴性」(dependence)與品牌之高知名度，亦納入考慮²⁶。執委會認為，在石油危機之時期供給突然短缺，需求者幾乎不可能自其他品牌之供給者處獲得供應，換言之，加油站等石油之需求者此時即「依賴於」其原有之石油供應商，因此，每一個石油供應商其市場佔有率雖未必很高，惟在此時期內對於其顧客而言，其均具有支配性之市場地位，而適用羅馬條約第八十六條之規定²⁷。故歐盟法雖未如德國法與法國法，對於相對市場力量加以立法定明文規範，惟執法機關於法律適用之際亦採納了類似之考量，則似可肯定。

參、依賴性之判斷

本節之目的在於進一步探討德國法上如何判斷某一事業究竟是否擁有「相對市場力量」，而屬於所謂之「市場強勢事業」，此在限制競爭防止法關於差別待遇之規範架構上，屬於第一階段「行為主體」之判斷。若經認定成立依賴性，屬於市場強勢事業者，其差別待遇行為仍須符合其他要件始為違法。至於此等其他之要件無非如「同類事業通常可得進行之交易」與「無正當理由之差別待遇」等，係屬於差別待遇之共通要件，故在每一件關於相對市場力量差別待遇之案件中，均必須另外判斷其是否成立。本節所欲說明者，為判斷依賴性是否存在之共通問題，至於各別類型所遭遇之特殊問題，則擬於下文「伍」中再予以處理。

相對市場優勢地位之成立與否，端視事業之間是否存在所謂之「依賴性」(Abhängigkeit)而定。依賴性究竟存在與否，依據德國限制競爭防止法第二十條第二項之規定，應探討事業就其交易相對人中具有中小企業之規模者，就特定種類商品或服務仰賴於該事業之程度，是否已達到該中小企業無足夠且可期待之可能性，能夠轉而與其他事業從事交易之程度

²⁶ 參閱 I. Van Bael/J. Bellis, *Competition Law of the European Community*, 3. ed., 1994, p83.

²⁷ See *ABG oil companies in the Netherlands*, OJ 1977 L117/1, at p.9, 引自 *Ibid*, p.84.

(keine ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen) 而定。因此在德國法上判斷依賴性之有無，應就下列事項加以研究。

一、特定種類之商品或服務

判斷依賴性之有無，須具體落實到其對於相關之「特定種類商品或服務」之影響來加以判斷。²⁸因此，首先應劃定商品或服務之相關市場(relevanter Markt)，以決定差別之待遇會不會導致被差別待遇之事業「在該相關市場上」無偏離之可能性。相關市場之劃定，與限制競爭法上有關獨占管制之相關市場劃定方法，乃相互一致。故可分為對「產品市場」與「地域市場」之劃定。²⁹應探討者，為產品市場與地域市場，究竟係自市場強勢事業抑或自依賴事業之觀點加以判斷？關於產品市場之劃定，在絕大多數情況無論自市場強勢事業或自依賴事業之觀點判斷，結果均為相同。如有歧異，則應以依賴事業之立場判斷，始較符合立法目的。至於有關地域市場之劃定，原則上均應自依賴事業之觀點加以認定。³⁰

劃定產品市場，決定「特定種類之商品或服務」之目的，一方面在於判斷被斷絕供給之事業有無「偏離之可能性」時，應考慮相關市場上是否存在功能上可資替代(funktional austauschbar)之同種類商品或服務，如果有，且取得其供應是「可期待」的(後述)，則依賴性便不存在。另一方面，則在於不能因為依賴事業在其他種類之產品市場上仍能獲得供給，不至於影響其整體之生存，便否定其依賴性之存在。³¹如此始不致於在判斷有關某種商品或服務之依賴性時，受該事業在他項產品或服務市場上生存空間之大小而影響。例如在"Nordmende" (或稱"Fernsehgeräte")一案中，

²⁸ 限制競爭防止法第二十條第二項規定「特定種類之商品或營業給付之供給者或需求者…」(Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen…)之含意，即在於此。

²⁹ 其具體認定方法，乃反托拉斯法上複雜而基本之問題，在此無法予以詳論，可參考莊春發，論市場範圍之界定，中興大學法商學報，第二十六期，民國八十一年，第105-146頁。

³⁰ Vgl.Schultz, in: Langen/Bunte(Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7.Aufl., 1994, §26 Rn.88ff.; Markert, in: Immenga / Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr. 100f.; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.122.

³¹ 亦即被差別待遇之事業在其他相關產品市場上有無偏離之可能性與依賴性之判斷無關，縱使被差別待遇之事業已經同時經營或有經營其他種類產品或服務業務之技術或可能者，亦無不同。Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.55; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.121; Markert, a.a.O.

被電器用品生產者 Nordmende KG 斷絕供給之事業，係一家所謂「自助式消費者商場」(Selbstbedienungs-Verbrauchermärkte 簡稱 SB-Verbrauchermärkte)之公司。此等商場均係同時擁有多項部門之綜合性商場，而發生斷絕供給之業務部門乃為其「休閒娛樂電器用品部門」(Abteilung für Unterhaltungselektronik)，專門販賣電視、音響等電器用品。德國聯邦最高法院(BGH)即明白表示某一部門之依賴性不會因為其他部門並不存在依賴性，事業之整體競爭力不受影響，而因此遭受否定³²。此等事業如符合下述中小企業之要件，則其依賴性可以存在於其個別部門之上，實則也必須就其個別部門之情形加以論斷。事業整體業績是否仍然良好，其他產品或服務之業務是否仍然興隆，均在所不問。³³總之，判斷之關鍵不在於被歧視之事業對於市場強勢事業是否具有「全面而整體之依賴性」，而應判斷特定種類之商品或服務上是否具備依賴性之要件。

地域市場之劃定，則在於決定斷絕供給等差別待遇之措施，是否會影響被差別待遇之事業在該相關地域市場上之競爭條件或市場地位。惟依德國法之通說，地域市場之劃定並不表示在判斷依賴性時，僅能考慮來自於該地域市場之產品。故國內生產者雖然斷絕供給，如市場上不乏進口之同種類商品可得採購者，依賴性便未必存在。³⁴

二、被保護人限於中小企業

限制競爭防止法於一九八九年第五次之修正中，對於被保護人之範圍加以限縮，規定僅有中小企業(kleine und mittlere Unternehmen)始受保護，將權利主體之範圍縮小。此處應質疑者，為法律加以限縮之理由何在？大企業難道不會有依賴於某一市場強勢事業之機會？如有依賴性存在時，法律何以不保護大企業？對於此等問題，應先了解該次修法之背景，始能予以回答。

³² BGH NJW 1979, 2152, 2153 = GRUR 1979 560, 561 "Nordmende" (oder "Fernsehgeräte").

³³ 在上述 Nordmende 一案中 Nordmende 公司即主張，其對造在其娛樂電器部門之供貨範圍，雖因斷絕供給之措施而大受影響，惟該公司之整體銷售狀況則並未因而減退。對此，BGH 在該判決中予以明確駁斥，認為依賴性之檢驗始終必須針對特定種類之商品或服務而為。重要的是一事業在某一特定市場上之競爭能力受如何之影響，而不是該事業整體之競爭力。因此不應將綜合商場之整體與市場上單項產品之銷售店相互比較，應比較的毋寧是該綜合商場之某一專業部門與市面上其他之單項產品銷售店，甚至於應更具體到某特定之產品市場。

³⁴ Vgl. BGH NJW 1979 2154 "Revell Plastics"; Markert, in: Immenga / Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.101; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.122.

前述限制競爭防止法之第五次修正，主要係基於兩項因素。首先是修正前之法律造成若干不合理之結果，因為修正前之規定對於被市場強勢事業（如甚受歡迎之名牌商品生產者）所差別待遇者之範圍，並未加以限制，造成許多財力雄厚之大型超商業者利用此一規定，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。此一情形引起了不小的批評聲浪，認為該項規定甚不合理，遂導致了法律之修正。³⁵第二個修法背景，與上述第一個理由亦息息相關，即是買方市場力量(Nachfragemacht)之崛起。自一九七〇年代末期開始，德國在若干產業之市場結構發生重大之變化，以往由生產者主導市場之情況，逐漸轉變為由勢力強大之買方事業支配市場與交易之條件³⁶。此種產業，以銷售民生用品與食品(Lebensmittel)之全國連鎖大型超商或百貨公司為典型代表。這些需方之大企業，因組織龐大且掌握商品之銷售管道，故往往能夠左右契約條件，甚至頻頻發生剝削生產者而濫用其市場力量之情況，諸如收取上架費(Eintrittsgelder)、要求特別折扣以及將許多原應由買方負擔之工作轉而由賣方承擔等等³⁷。為因應此一情況，立法者於是透過修改限制競爭防止法來加強對於買方市場強權之濫用控制。而此處之修法，在這個脈絡下亦寓有規範買方大企業之旨趣，蓋所謂之相對市場力量包括供方與需方之市場強勢事業。³⁸

在上述背景下，立法者認為市場強勢事業僅為一種較弱之市場力量，作為其交易相對人之獨占寡占等支配市場之事業在一般情況下，縱不加以保護，憑其實力亦能擁有足夠之交易管道，且多能以合理之交易條件完成

³⁵ 這些大型超級商場獲得供應之後，往往以相當低廉之價格賣出，惟並不提供一般電器專賣店所提供之各種售前與售後服務。部份精於計算之顧客，則先在電器專賣店裏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低價商品，這當然引起了一般電器商店之反彈。於是許多電器商店便拒賣那些在大型商場可買到之電器音響。這些名牌音響與電視之生產者為維持其價格與服務之水準，雖很想拒絕對那些大型商場供應，惟法院卻迫使其有供貨之義務。其結果是生產者可能會失去整個專業店之銷售網，而僅剩下大型商場作為其銷售之管道。而大型商場基於其銷售之路線與策略，卻無法滿足此等名牌音響與電視生產者對其顧客之各種諮詢與售後服務之要求。參見吳秀明，前揭註三，第 141 頁。

³⁶ Vgl. Monopolkommission, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des GWB, Sondergutachten 7, 1977; Köhler, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979.

³⁷ 例如將零售價格之標籤打在每一件商品上以及盤點與補貨等繁瑣事宜交由賣方去做，以剝削其時間勞力，學理上稱之為「功能移轉」(Funktionsverlagerung)。Vgl. Emmerich, Kartellrecht, 7.Aufl., 1994, S.268f.

³⁸ Schultz, in: Langen/Bunte, a.a.O., §26 Rn.55.

交易。此外，支配市場之事業所擁有在歐洲市場或世界市場之進口管道亦較為寬廣，其保護之需要程度較低。另外，立法者亦指出本條法律會直接干預事業之締約自由，其法律效果可能為所謂之「締約強制」，在一個自由的市場經濟中，應屬於例外之異質體(Fremdkörper)，故只有在十分必要之情形始能採用。而僅具相對市場力量之「市場強勢事業」與買方之「支配市場事業」之間，基於其力量之平衡，通常不致於會發生干擾市場功能之危險，故認為此時無以法律干預當事人間私法自治之必要。³⁹

將被害人之範圍限制於「中小企業」，在法律之解釋操作上有不少之疑義。首先「中小企業」之概念十分模糊，如何明確畫出權利人之範圍，不無疑慮。處理上有「相對規模說」與「絕對規模說」兩種。前者係依據被差別待遇事業與其他事業之相對大小關係而定，其認定方法基本上與限制競爭防止法第五條之三(§5c GWB)關於中小企業聯合行為行為主體之認定標準相同⁴⁰；後者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、產能大小或依資本額等標準判定之。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⁴¹。前說乃目前之通說，為立法者、學說與實務界所採⁴²。其次，縱採相對規模說，應將被差別待遇事業之規模與何者之規模比較，亦成問題。看法上有水平比較(被差別待遇之事業與其同業比較)、垂直比較(差別待遇之事業與被差別待遇之事業相互比較)與分別情形水平或垂直比較(依據依賴性之不同類型而定其比較之對象)三種不同見解，仍未統一。惟聯邦最高法院晚近在"Hersteller-Leasing"一案中主張應依據立法目的分定比較對象，摒棄機械式地決定中小企業之範圍，而採取第三說，甚值注意⁴³。

³⁹ Vgl. Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des GWB, BTDrucks. 11/4610, abgedruckt in WuW 1989, 209, 221.

⁴⁰ Bechtold, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1993, §26 Rdnr.20.並參考林易典，中小企業聯合於公平交易法之探討，國立政治大學法律研究所碩士論文，民國八十七年六月，第 325、349 頁。

⁴¹ Bechtold, a.a.O.; 吳秀明，前揭註三，第 141、142 頁。

⁴² Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.117; Markert, in: Immenga / Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.97.

⁴³ 水平比較為目前之學者通說(v. Gamm、Markert)，位於柏林之高等法院 Kammergericht 亦採此說，最高法院與德國聯邦卡特爾署則採分別認定說，而學者中亦漸有認同最高法院之見解者(Carlhoff)，參見 Carlhoff, a.a.O.。最高法院認為，在所謂「基於品牌之依賴性」的情形應採水平比較，而在「對於特定事業之依賴性」的情形則應採取垂直之比較。

最後，被保護之中小企業並不限於已經在市場上營業而與市場強勢事業已有交易關係者。本條法律基於其維持市場開放之立法目的，亦應保護欲擴大其經營範圍，進入新市場，為取得貨源而依賴於市場強勢事業中小企業。⁴⁴

三、欠缺足夠且可期待之偏離可能性

(一) 偏離之可能性(Ausweichmöglichkeiten)

首先應解釋何謂「偏離之可能性」。所謂之偏離可能性，即指其他交易管道之存在。事業縱然被交易相對人斷絕交易關係，若仍有其他供給或需求之管道，便具備所謂偏離之可能性。反之，對特定商品或服務之供給或需求僅能透過特定之事業滿足時，事業則無偏離之可能性。偏離之可能性一般乃發生於交易相對人之競爭者或進口之商品或服務之上，惟亦可能發生於被差別待遇事業之同業。例如販賣啤酒之大盤商雖無法直接自生產者之處獲得供給（例如因大盤商售價太低、不遵守或配合生產者所定之轉售價格準則或建議，而被生產者所斷貨），惟卻能自其他大盤商之處得到同樣且足夠之貨源（例如生產者開放其自行經營之大盤商供貨給該大盤商，惟價格自然較直接自生產者進貨為高），則其亦屬於具有偏離之可能性⁴⁵。至於此一可能性對於被差別待遇之事業而言，是否可取代原來之供給而無損於其競爭力，則為後述「足夠」以及「可期待」之偏離可能性的問題。

(二) 「足夠」(ausreichend)

一個固然存在卻不夠充足之偏離可能性，尚未能否定被差別待遇事業之依賴性。其理由很簡單，不是每一個可偏離之交易機會都與原來之供給具有等價性(Gleichwertigkeit)。故偏離之可能性是否「足夠」，端視市場上是否存在若干其他之交易管道，且此等管道與原來之供給是否自交易相對人與消費者之觀點具有功能上之可替代性(funktionelle Austauschbarkeit)而定⁴⁶。在同質產品如石油、煤炭、瓦斯等原料生產者之

⁴⁴ Möschel, a.a.O., S.393; Emmerich, a.a.O., S.292; Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.58 m.w.N.

⁴⁵ 此為德國科布倫茲高等法院所處理過之實例，參閱 OLG Koblenz 27.3.1980 WuW/E OLG 2281, 2284 "Bitburger Pils", 並參見吳秀明，前揭註三，第 142、143 頁。

⁴⁶ 即在價格、品質、性能、商譽及經由廣告所打下之市場知名度等諸方面，是否足與被斷絕之供給匹敵抗衡，而在市場上能夠與原來被供給之產品或服務具有等價之地

間，其替代之可能性多應被肯定；至於異質產品之間，其可替代性則會較小，判斷時應參酌上述標準，依個案情況妥為處理。判斷時，事業就商品或服務所從事之廣告範圍與密集度，及其經由廣告所帶來之市場地位與聲譽，尤為關鍵之點。判例與學說同時指出，行為人之產銷階段中是否存在充分之競爭(wesentlicher Wettbewerb)、市場強勢事業同業競爭者之數目、行為人之市場佔有率以及被差別待遇之事業過去向行為人購買或供給之營業額佔其總營業額之比例等事項，均非決定性之考量因素，蓋市場佔有率或總銷售額不高之商品，仍有可能具有特別高之知名度、特別重要之市場地位（如高級之名牌商品），而使得對於消費者而言其他產品並不具有可替代性⁴⁷。惟上述因素仍可同時作為認定之參考。依通說見解，是否「足夠」原則上應屬於客觀要件之判斷，探討所偏離之其他產品或服務在市場上有無可替代性；而是否「可期待」則主要應探究被差別待遇事業之主觀個別情況，研究此一可偏離之管道能否為其所接受（後述），惟兩者並無法絕對予以區分。⁴⁸⁴⁹

位。Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.59ff.; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.131ff.

⁴⁷ BGH NJW 1979, 2152, 2153 "Nordmende"; BGH NJW 1976, 801, 802 "Rossignol"; Müller/Gießler/Scholz, Wirtschaftscommentar, 4.Aufl., 1981, Bd.II, §26 Rdnr.57; Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.61.

⁴⁸ BGH NJW 1976, 801, 802 "Rossignol"; Markert, in: Immenga / Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr. 104 m.w.N.; Müller/Gießler/Scholz, a.a.O., §26 Rdnr.57.; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.128ff.

⁴⁹ 茲以一例說明對於「足夠」之判斷：德國在立法管制相對市場力量之後，其聯邦最高法院所作出之第一件具有奠定里程碑意義之重要判決，為"Rossignol"一案⁴⁹。本案涉及名牌滑雪板 Rosignol（法國產品）之德國獨家供應商，對於一家位於德國巴伐利亞邦南部(Oberbayern)運動用品店之斷絕供給事件。原被告之間原有多數年之交易關係，惟供應商以該店屬於所謂之低價商店(Niedrigstpreisgeschäft)，在價格之訂定上未符合其期望，而拒絕該店於一九七三年十月四日所訂購之四百七十八雙 Rossignol 滑雪板，並且亦斷絕其未來之供給。兩造訴訟之標的，為請求確認 Rosignol 供應商對於該運動用品店所訂購之四百七十八雙 Rossignol 滑雪板以及將來之繼續供應均有供給之義務。⁴⁹ 本案所涉及之商品 Rossignol 滑雪板在全德國佔有 8%之市場佔有率；就該商店而言，其 1972/73 年冬季之總營業額約為三百萬馬克，其中 Rossignol 滑雪板之銷售額為十萬馬克，約僅佔 3.33%。惟最高法院仍然肯定就滑雪板而言，該運動用品店並無足夠之偏離可能性，因為 Rossignol 滑雪板為一具有世界性知名度之名牌滑雪版(weltbekannte Markenskier)，其品質價格與廣泛之廣告活動贏得消費大眾共認該產品為一重要而暢銷品牌之優良口碑。而且相當一部份之滑雪者已經習慣於使用 Rossignol 滑雪板而不願更換品牌，故欲使其改購其他之滑雪板，實甚為困難。因此，

(三) 「期待可能性」(Zumutbarkeit)

所謂之「期待可能性」，係指其他之交易管道，對於被差別待遇之事業個人而言，為一可期待其接受而運用之管道者。蓋並非每一個取代原有供給之其他交易機會，均能被圓滿利用而無損於被差別待遇事業之競爭力，故法律亦不能期待被差別待遇者接受每一個可能之其他交易管道，乃有本要件之產生。本要件之判斷，主要係探究依賴事業個別主觀之利益狀態，著重被差別待遇事業之個別特殊性(individuelle Besonderheiten)，以討論固然存在足夠而可替代之偏離可能性的情況下，是否在個案中卻例外地不可期待其運用此一管道⁵⁰。至於行為人之利益狀態，則不在判斷依賴性之存在與否時加以考量，而應於第三階段對於「無正當理由」之要件判斷時，始納入考慮。⁵¹

判斷是否具有期待可能性，主要應考量依賴事業使用其他交易管道時，所必須個別承受之負擔(Belastungen)與風險(Risiko)，以及使用該管道對於其競爭能力之影響⁵²。學者對於此要件進一步加以說明，有認為應視被差別待遇之事業果真使用該其他交易管道時，對該事業會帶來何種個別之損害或不利益而定，如其所獲得之交易條件與過去相去甚遠時，即屬於不可期待⁵³。有認為，此處應區別「可期待與不可期待之負擔」(zumutbare und unzumutbare Belastungen)，申言之，事業欲獲得或維持某一交易關係，本來就必須努力以赴，並承擔某種之負擔。故事業應承擔未被差別待

市面上雖然仍然有其他品牌如 Fischer、Kneissl、Atomic、Blizzard、Dynamic、Erbacher、Sohler、K2、Head、Fritzmeier 等，惟市場上可購買之品牌家數並非關鍵點。重要的是 Rossignol 滑雪板在巴伐利亞邦南部之銷售市場上，是否取得一特殊之市場地位：即該商店如欲維持其在運動用品店中（在滑雪版方面）現有之等級地位，依賴於在其店中能夠販賣著名之 Rossignol 之滑雪板，且其地位無法由其他品牌所任意取代。就這點而言，法院基於其廣告與知名度，肯定 Rossignol 滑雪板之特殊地位無替代可能性，而認為其他之產品並不構成「足夠之偏離可能性」。

⁵⁰ Markert, in: Immenga / Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr. 105.

⁵¹ 此一區別之旨，在於分別對於「禁止對象」(Verbotsadressaten)與「禁止內容」(Verbotinhalt)之判斷過程。

⁵² 國會之立法資料中即提到，「…一個足夠而可以偏離至其他事業之可能性，如果會帶來不合比例之負擔，或者一事業長期為了配合所供給之商品，而將其營業做相應之調整，以至於生產或銷售內容之改變將可能帶來過鉅或無法估算之風險者，該可能性即屬於不可期待」Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zu Änderung des GWB, BTDrucks. 7/765, S.9, abgedruckt in WuW 1973, S.592, 轉引自 Müller/Gießler/Scholz, a.a.O., §26 Rdnr.58。

⁵³ Markert, in: Immenga / Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr. 106.

遇之情形下，市場上一般事業為開創或維持與另一事業之交易關係所應承受之負擔，而此乃可期待其承受之負擔。法律不能以強制之手段，免去被差別待遇事業此一程度範圍內之負擔。法律只有在因差別待遇而導致之變更交易對象，對於事業之競爭能力或條件會產生重大之損害(*gewichtige Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit*)時（此時事業乃承擔了不可期待其承受之負擔），才有加以干預之必要。所謂「重大競爭力之損害」固為不確定之概念，無法完全予以事先界定，惟其程度應位於「任何經濟上之損害」（例如交易對象之變更僅造成若干之不方便）以及「已達威脅其生存」兩者之間，而應視個案之特別情況，妥善分析其對於事業競爭能力之影響，以綜合判斷之。⁵⁴

上述之判斷原理，可用若干實例加以說明：前述關於生產者對於某啤酒大盤商斷貨，卻指示該大盤商自其他大盤商之處進貨之例⁵⁵，大盤商固然能得到同樣之貨品，且貨源充足，故具有足夠之偏離可能性，惟其價格與交易條件卻比其他同為大盤商之競爭者較為不利，則此一供給對於該大盤商而言是否屬於可期待，便有疑義。聯邦最高法院在類似之"*Revell Plastics*"一案中認為，「一般而言，某一個偏離之可能性只有在加以運用後，能大致獲得競爭者所具有之同樣條件時，始為可期待。本案中多數競爭者均能直接自生產者而非自大盤商之處獲得供應，故難謂其為一可期待之偏離之可能性」。⁵⁶此外，諸如走私等非法之進貨管道(*Schleichbezug*)，如加以採用可能會違反不正競爭防止法(*UWG*)或其他法律，故一般不被認為是可期待之其他交易管道，行為人如主張市場上有此管道故不存在依賴性，通常將不被法院所採⁵⁷。交易之管道必須有一定可預測之穩定性，一時或偶然存在之交易管道(*Zufallbezug*)縱使相當有利，亦不能構成可期待之偏離可能性⁵⁸。又如行為人在德國建立一封閉性之銷售網，而使原告完全不能直接從生產者之處獲得產品之供應，不論購買數量之大小，原告乃必須自鄰國（如法國）購買該德國生產者所製造之產品，再將其運回德國販賣，法院遂認為自法國進貨之管道過於間接與成本過高，非屬於可期

⁵⁴ Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.135ff.

⁵⁵ 參閱「貳、三、（一）」。

⁵⁶ BGH NJW 1979, 2154 "*Revell Plastics*"; OLG Koblenz 在"*Bitburger Pils*"一案中，則認為大盤商之交易管道屬於該案中可期待之偏離可能性，vgl. WuW/E OLG 2281, 2284 "*Bitburger Pils*"，故同類之案型，仍可能有個案之差異，主要應視自大盤商所獲得之交易條件與其競爭者自生產者所獲得者有多大之差距而定。

⁵⁷ Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.63.

⁵⁸ Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.137.

待之偏離可能性⁵⁹。⁶⁰

爭議性較大也較為棘手的，是依賴事業如自陷於依賴之狀態，而產生所謂「自取其咎之依賴性」(selbstverschuldete Abhängigkeit)或至少是「共同造成之依賴性」(mitverursachte Abhängigkeit)時，應如何處理？所謂自陷於依賴狀態，係指事業可歸責於己，單方將其營業關係集中或鎖定於某一特定之廠牌、交易相對人或地點，或雖有其他可期待之偏離可能性，依賴事業卻因可歸責於己而未加把握之情形。自取其咎之依賴性造成後，採用其他交易管道可能會對其產生競爭上之重大不利益，惟此種不利益能否導出「不可期待」之結論，卻甚有爭議。學者之見解從否定到肯定其依賴性，甚為分歧⁶¹。此一問題之解決，似可參考民法上「與有過失」之原理，依個案中依賴事業「自陷」、「共同造成」或「怠於避免」情形之輕重而定其效力。⁶²惟與民法不同之處，其在此影響之所及，不止於損害賠償範圍之調整，而甚至可能造成偏離之可能性在此並非不可期待，而否定了依賴性之成立。自取其咎之依賴性在個案中，可能有非常多樣且程度深淺不同之情況，應分別情形認定之。事業完全主動單方地形成依賴關係，與此關係係行為人長久以來獨家交易安排之結果或是該產業一般之經營型態，在判斷上便會有極大之差別。可以肯定的是，如有此情形，前述「可期待被差別待遇事業在更換交易對象時所應承受之負擔」的程度與範圍，均會隨之加深加大，而導致被差別待遇事業欲主張偏離之可能性不可期待之困難度為之提高。

⁵⁹ 這裡涉及所謂「再進口」(Reimport)之問題，vgl. Carlhoff, a.a.O.; 吳秀明，前揭註三，第143頁。

⁶⁰ 上述諸例所環繞考量之核心問題，無非在於探究取代原來交易管道之其他管道是否會帶來成本上過高之不利益、供應之時間是否過長、供應者之地點是否過遠、供應之穩定度與可信度是否夠高、供應價格是否遠高於原來價格、其他交易條件是否較為不利等等，以致於採用之結果會重大損害依賴事業之競爭能力，而不具有所謂之期待可能性。

⁶¹ 關於自取其咎之依賴性之學說見解，可參閱 Köhler, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979, S.66f.; Schultz, in: Langen/Bunte, a.a.O., §26 Rn.97; Carlhoff, a.a.O., Tz.141f.; Markert, in: Immenga / Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr. 107; Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.64; Möschel, a.a.O., S.394。

⁶² 民法第二百十七條第一項規定：「損害之發生或擴大被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」同條第二項又規定：「……或怠於避免或減少損失者，為與有過失。」可資參考。

最後，上述所謂之「期待不可能」，有可能僅存在特定時期之內，經過此時期之後，偏離可能性即轉變為可以期待，依賴事業之依賴性也隨之消失⁶³。至於此一期間究竟有多長，應考慮事業特殊投資之多寡、契約關係之久暫與轉型所需之時間等因素。依德國法院之見解，關鍵之判斷標準，在於事業專門為該生產者所投資之機器設備是否已經回收。具體時間之長短，則應在個案中加以判斷。

四、個案取向或一般化之考察方式

相對市場力量之濫用，與獨占事業最大不同之處，是其市場力一般乃表現在個案、雙邊、相對之交易關係中，而非普遍絕對之存在，故管制上有著重「個案關連性」(Einzelfallbezogenheit)之特色，可資肯定。惟在判斷依賴性之成立時，是否應完全採取所謂「純粹主觀個別化之考察方式」(rein subjektiv-individualisierende Betrachtungsweise)，強調必須一律進入與落實到每一個個案之實際狀況中，始能決定有無依賴性⁶⁴；或者在某種產業中有大量典型之依賴關係存在時，亦有所謂「客觀一般化考察方式」(objektiv-generalisierende Betrachtungsweise)之運用空間⁶⁵，在德國向有爭

⁶³ 此一現象在斷絕交易關係之案型上，尤常見之，茲以一例說明。某汽車經銷商多年以來僅與一家德國之汽車生產者有密切之契約與業務關係，依契約之規定，該經銷商僅能在特定區域內從事銷售與維修該廠牌汽車之業務(地域限制與獨家交易之安排之結合)，而成為該廠牌汽車之專業經銷與維修商。為滿足業務上之需要，該經銷商購入了相當昂貴之特殊工具、設立一大型之零件倉庫，同時亦使其員工接受維修此一特定廠牌汽車之專業訓練。此一經銷商對外也將該汽車生產者之商標，清楚標示出來，而使消費者產生該經銷商僅為該特定廠牌之銷售與維修者之「同一性認定」(Identifizierung)。在一波調整銷售與維修網之過程中，汽車生產者突然將其與這家經銷商之契約關係予以終止。本案例中，該經銷商對於生產者應具有所謂之依賴性。理由在於：1、其顧客所認識的他，是專門經銷該特定廠牌汽車之事業，欲扭轉這種同一性之認定、再建立同樣範圍之顧客網絡，一時可能極為費力。2、其既有之昂貴投資如維修機器工具等，乃特別為此一廠牌之汽車而量身訂購，如其特殊性很高，則可能在轉用時造成資源之浪費。3、其所庫存之該廠牌汽車零件亦甚難轉為其他廠牌所用。4、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。雖本案例中法院肯定依賴性之存在，惟法院同時亦認為，依賴性只存在於該經銷商轉型所必要之期間內，該期間經過之後，經銷商經營其他廠牌汽車之偏離可能性便轉變為可以期待，依賴性亦隨之消失。參閱吳秀明，前揭註三，第 143、144 頁。

⁶⁴ 主要之倡導者有 Fischötter, Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach §26 Abs.2 GWB, WuW 1974, S.379, 383; Bauer, a.a.O., S.1592; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar, §26 Anm.21; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.119ff.。

⁶⁵ 主張有客觀化之可能者主要有 Ulmer, Die Anwendung des erweiterten Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, BB 1975, S.661, 665ff.; Markert,

議。

如依據前者，依賴性之判斷始終應在個案中依據雙邊關係之情況決定。這種純粹主觀個別化之考察方式，固頗能吻合相對市場力量之本質，惟是否在任何產業和情況下均有此必要，不無疑義。主張後說者認為，應先考察某一產業中行為人與其交易相對人之關係，是否為一類似、典型、大量之平行關係，如果肯定，則無案案均考察個別關係之必要。此時，應先一般性地考察該產業中市場強勢事業之交易相對人通常有無足夠且可期待之偏離可能性（此部份必須由執法機關或被害人證明，因其涉及該產業之普遍現象，證明之難度一般不高），而不必就個案雙方當事人之交易關係加以審查。如認定之結果為該產業中被差別待遇者一般、典型地均無偏離之可能性，則此時可以採取表面證據(*prima facie*)之原理，認為該事實依據一般生活之經驗，可以證明一典型之因果，而肯定有依賴性之存在，以減輕被害人之舉證責任（並非免除其舉證責任）。惟被依賴者此時仍有反證推翻上述表面證據之機會。上述見解究竟何說為當，應視該依賴性究屬相當個別化地形成或為普遍、平行、類似而大量之現象的實際情況而定。

五、小結——以要件之設計控制管制之範疇

本節所討論關於依賴性判斷之各種原則，為管制相對市場力量時重要而基本之共通事項，此等問題幾乎在每一件有關依賴性理論之案件中均會遭遇，故有「總論」之性質。在下一節本文則要進入有「各論」性質之各種依賴性之類型，更具體地探討有關依賴性理論之諸問題。

在本節之最後，本文欲特別說明與強調，事業之間因為交易關係而進行營業上之互動往來，進而對於對方握有若干之影響力，甚至於造成事業之一方在營業經營之某些層面，於某種程度之內，有必須依靠對方配合之情形發生，毋寧為市場上之常態。因為契約關係本來即屬於人與人之間一種特別之法律關係，使得原來互不相干之人，因法律行為之締結而發生緊密之關連性。故一旦進入契約關係之雙方當事人，彼此在某種意義上，多少即會「依靠」於對方。在這種理解之下，依賴性理論自然不能被理解為有任何上述「依靠」之情形產生時，即成立「依賴性」，而被依靠之一方即有強制繼續締約之義務。相反地，依賴性理論建立之目的，在於透過法律要件謹慎之設計與解釋，妥善劃出管制相對市場力量之適當界線，以確

in: Immenga / Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr. 108; Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.67; Schulz, in: Langen/Bunte, a.a.O., §26 Rz.106.°

立依靠至何種程度始構成「依賴性」，當事人之間始可產生不得任意斷絕交易關係、恣意差別待遇或從事其他限制競爭行為之法律義務。換言之，法律在定義「依賴性」時，透過要件嚴格度之設計，可對於形成一個適當之「管制射程範圍」進行控制，以避免法律對於事業活動有不當之干預。本節所討論之諸法律要件，其功能即在於此。總之，依賴性理論在於界定一種可能濫用且應予管制之市場力量，其妥適之運用對於一國競爭秩序之維護，應有其值得肯定之貢獻。

肆、依賴性之類型

本節將探討在德國為學說判例所承認之各種依賴性，即「基於產品完整供應之依賴性」、「基於匱乏而生之依賴性」、「對於特定事業之依賴性」以及「對於需方之依賴性」等四種，以瞭解依賴性的諸般風貌並研究其認定標準。上述四種依賴性中，第一種至第三種為需求者對於供給者之依賴性；第四種則為供給者對於需求者之依賴性，論述如下：

一、基於產品完整供應之依賴性

（一）概念

首先加以探討者，乃最典型之依賴性，即所謂「基於產品完整供應之依賴性」（*sortimentsbedingte Abhängigkeit*）。此種依賴性，在實務上多發生於著名品牌商品之供應商與銷售商之間。即當供應商斷絕其供給時，銷售事業可能因為依賴於此一名牌商品而嚴重影響其競爭能力，故發生在競爭法上能否加以救濟，命供應商繼續供給之問題。所謂「基於產品完整供應之依賴性」其義略謂：基於顧客之期待，銷售商於其所供應之產品中必須納入某些特定之名牌產品⁶⁶，如無法供應此等產品，則相較於其競爭者，其營業聲譽與競爭條件將大受影響，顧客甚至於會因為銷售事業無此一產品而連帶不再前往購買其他商品，故事業為維持其競爭力，「依賴」於能夠供應此等商品之情形。此種依賴性所涉及之商品多係品質優良、聲譽卓著，在顧客心目中有特殊地位且無可取代者，供應商為競爭之目的，必須提供齊全之貨色，否則即會居於競爭之劣勢⁶⁷。而此一依賴性之產生，可說是基於該品牌產品在市場上之特殊重要性，以及顧客普遍期待在供應

⁶⁶ 即所謂之「品牌商品」（*Markenwaren*）。

⁶⁷ 故學者又稱之為「因貨色齊全要求之依賴」，參見何之邁，前揭註十六，第 550 頁。

商之處應可買到某種特定品牌或完整之各種品牌或至少一定數目之品牌產品（後詳）而造成。這種依賴性又可分為「對於頂尖產品之依賴性」與「對於頂尖產品群之依賴性」兩種情形，茲分別討論如下。

（二）對於頂尖產品之依賴性

1、意義

「對於頂尖產品之依賴性」(Spitzenstellungsabhängigkeit)，係指銷售事業對於某項特定之尖端領導品牌之產品具有前述「基於品牌之依賴性」者之謂。換言之，當某一品牌之產品因具有特殊之商譽及地位，致使銷售該類商品之事業為維持其競爭能力，避免重大損失之產生，必須擁有該項產品，且此一產品之地位無法為其他品牌之同類產品所取代者，此一依賴性即告成立。⁶⁸

2、案例

(1) Rossignol 滑雪板案⁶⁹

本案之重要性與事實，已見於前文⁷⁰。聯邦最高法院認為該品牌之滑雪板具有世界性之知名度與特殊之市場地位，致使市場上雖有其他同類產品，卻不能取代其在消費者心目中之重要地位，故一家專業運動用品店之冬季運動用品部門如欠缺此種品牌之產品時，對於該店之聲譽與競爭能力將可能會有相當重大之影響，易言之，該銷售事業在市場上欠缺足夠且可期待其運用之其他交易管道（偏離能性），因此乃肯定本案中成立所謂之依賴性。

在判斷依賴性之成立與否時，聯邦最高法院認為市場上是否存在充分之競爭、販賣該品牌之銷售額佔公司年度總銷售額之比例等事項，均非關鍵之判斷標準。真正具有關鍵性之決定標準，為該產品之聲譽(Ansehen)及地位與重要性(Geltung)。而決定其上述市場地位之因素，則為產品之價格、品質與廣告程度等，後者尤有舉足輕重之地位。聯邦最高法院在該案判決中，特別審查該產品在本案地域市場上之所謂「銷售普及度」

⁶⁸ Möschel, a.a.O., S.395; Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.70.

⁶⁹ BGH NJW 1976, 801=GRUR 1976, 206 "Rossignol".

⁷⁰ 參閱本文「貳、三、（二）」。

(Distributionsgrad)，以肯定該產品之特殊地位。所謂之「銷售普及度」，係指販賣某種品牌產品之銷售商的數目，佔該地域市場上所有銷售商數目之百分比而言。欲肯定對於某種品牌之產品具有此處所謂「對於頂尖產品之依賴性」，通常需要幾乎達到百分之百之銷售普及度，始足以當。⁷¹因為市場上之銷售者如果幾乎全面性地均有販賣此一產品，代表此產品受到消費者與銷售商高度之重視，如果有一家事業不能供應此種名牌產品，則較之市場上其他同業競爭者，會明顯居於劣勢地位。本案中聯邦最高法院審查後認為，所有在德國巴伐利亞南部之重要運動用品暨滑雪用品專賣店，均有出售 Rossignol 滑雪板，可見該品牌產品在市場上乃具有一特殊之地位(Sonderstellung)。而該店係屬於該地區相當重要之一家運動用品店，其為維持既有之聲望、地位及競爭能力，必須能夠擁有並販賣 Rossignol 之產品，故肯定本案中成立依賴性。

在「利益衡量」之判斷階段，在本案中供應商主張該運動用品店為一低價商店，惟最高法院認為該店在一九七四年販賣 Rossignol 滑雪板之利潤約為 5% 至 6%，至於其他產品則按進價加 50% 賣出，其計價正常，尚不能認為其屬於低價商店。至於有關價位之決定，法院認為所販賣之商品如不受轉售價格維持之限制，則下游經銷商便應有價格決定之自由。供應商如果僅僅供應其商品給遵守其價格建議或策略之事業，則垂直約價之禁止將成具文，故認為供應商之差別待遇為無正當理由。⁷²本案無疑為關於依賴性判斷之領導案例，法院之見解奠定了判斷依賴性之基本原則，為後續之判決所一再援用，並廣為學說所闡述引用。

(2) Asbach Uralt 烈酒案⁷³

另一個有關之重要案例為 Asbach Uralt 烈酒案。本案在聯邦最高法院之被告，係在德國多年以來享有盛名，為德人所愛好之白蘭地酒 Asbach

⁷¹ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.117 m.w.N.

⁷² BGH NJW 1976, 801, 803 "Rossignol". 關於本判決之討論，請參閱 Lübbert, Anwendung des Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, BB 1976, S.240ff.; Kilian, Diskriminierungsverbot und Kontraierungszwang für Markenartikelhersteller, ZHR 1978, S.458ff.; P.Ulmer, Die Anwendung des erweiterten Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, BB 1975, S.663ff.; Kroitisch, Zum Begriff der Abhängigkeit im Sinne des §26 Abs.2 Satz 2 GWB – Zum Urteil des Bundesgerichtshofs im Fall "Rossignol", GRUR 1976, S.182ff.

⁷³ BGH Beschluß vom 24.2.1976 = BB 1976, S.1334ff. "Asbach-Uralt" = GRUR 1976, S.711ff. "Bedienungsgroßhändler".

Uralt 之生產者⁷⁴。對於所有之批發商，被告均給予 5%之折扣(Rabatt)，惟其僅對於一部份之酒類批發商（共 1527 家所謂之「服務性專業批發商」Bedienungsfachgroßhändler），進一步提供 5%之折扣，因而有折扣上之差別待遇。獲得此一額外折扣之條件，為該批發商必須與被告簽訂所謂之「Asbach 批發商服務契約」(Asbach-Bedienungsgroßhändler-Vertrag)，依此契約批發商僅能對於餐飲業者供貨，並且必須為 Asbach 之產品提供若干服務，以交換折扣之提供。其目的為穩固並提升 Asbach 酒類產品在餐飲業此一銷售管道之地位與銷售量。⁷⁵對於此一差別之折扣，聯邦卡特爾署認為非「服務性專業批發商」之所有其他批發商均被排除於折扣之外，為一違法之差別待遇。柏林高等法院(Kammergericht)則廢棄了聯邦卡特爾署之決議。⁷⁶然而在聯邦最高法院，供應商被判敗訴，全案被發回高等法院。⁷⁷

在關於被差別待遇之批發商對於 Asbach Uralt 之供應商有無依賴性一事，高等法院與最高法院均一致加以肯定。聯邦最高法院基於 Asbach Uralt 具有相當之市場佔有率（12%及 37%）、其擁有高度之知名度與優良之形象，以及相當高之銷售普及度（75%）等由前審所確定之事實，而認為 Asbach Uralt 為一具有重要市場地位之名牌產品，酒類之批發商如無法供應此一商品，將喪失一極具競爭力之品牌產品，而無法維持批發商原來在市場上之等級地位。而市場上能取代它之偏離可能性，並不足夠且可期待

⁷⁴ 此酒在全德國之烈酒市場有 12%之市場佔有率（以銷售量為單位計算），居所有烈酒品牌之第二位。如另以高級烈酒(gehobene Weinbrände)作為計算範圍，則其銷售量之佔有率為 37%。全德國約有 75%之餐飲店供應 Asbach Uralt，而被告供應給餐飲店之銷售額佔其總銷售額之 50%。被告在一九七三年供應給全國共 5064 家批發商(Großhändler)其產品，其中有 3360 家之酒類批發商、1471 家之食品批發商以及 233 家之自助式批發商(Selbstbedienungsgroßhändler，即為所謂之 Cash and Carry Großhandel，簡稱 C+C Großhandel,採自助式之經營法)。

⁷⁵ 該合約之第一條首先定義所謂之「服務性專業批發商」，指僅供應給餐飲業者，從事送貨及其他到店之特別服務的專業批發商。接著，合約之第三條則規定「服務性專業批發商」應為 Asbach 所提供之特別服務，主要包括定期拜訪餐飲店、拜訪未成為 Asbach 顧客之餐飲店、免費之送貨服務、倉儲 Asbach 酒類產品、小額送貨與非營業時間之送貨、同意顧客之賒貨、空瓶與包裝材料之回收、為 Asbach 酒類產品促銷引介、提供諮詢服務等等。又依據該契約之第四條，此等批發商能獲得另外 5% 之折扣，惟其條件為履行第三條所稱之特別服務，且一年至少購買 0.7 公升之 Asbach Uralt 酒一千瓶以上。Vgl. BGH GRUR 1976, S.711f. "Bedienungsgroßhändler".

⁷⁶ KG Beschluß von 7.2.1975= BB 1975, S.670 m.Anm. von P.Ulmer; 亦參閱 Emmerich 於 JuS 1975, S.533 所為之評論。

⁷⁷ 關於本案之討論，參閱 Kilian, a.a.O., S.464ff.; Emmerich, JuS 1977, S.124f.; P.Ulmer, a.a.O., S.662f.; Bauer, a.a.O., S.1593.

批發商去使用，故成立所謂之依賴性。在所採用之判斷標準上，本案與前述 *Rossignol* 一案頗為類似，可說承襲了該案絕大部分之見解。惟稍有不同之處在於，一則最高法院明白承認市場佔有率亦可引為判斷依據之一；另一則該院在銷售普及度達到 75% 之時，即已肯定依賴性之存在，認定標準較為寬鬆。

本案爭議較大之問題，乃為供應商之差別折扣是否為「無正當理由」(*grundlos, ohne sachlich gerechtfertigter Grund*)——差別待遇最棘手之問題。依柏林高等法院之見解，被告約有半數之銷售額係透過餐飲店販賣其產品而獲得，故特別重視此一市場，進而對其銷售組織作特別之規劃，以繼續維持甚至擴大其產品在此一市場之銷售量，實為一理性之商業考量。所謂特別之規劃，尤指能對於餐飲業者提供特別之服務，與進行個別化之促銷方式，以鞏固此一市場。願意簽約配合提供上述服務之批發商，其經營之成本自然較高，柏林高院認為如因此而造成不同之供貨價格，其差別待遇尚稱合理。易言之，特別之付出合理化了特別之折扣(*Die besonderen Leistungen rechtfertigen den Sonderrabatt*)。⁷⁸從上述見解可得知，柏林高等法院在利益衡量之時，較站在供應商應具有組織與形成其銷售通路之自由的立場，肯定被告維護或擴大其於餐飲店銷售通路之經營成果，為一規範上較值得保護之利益。

聯邦最高法院則認為，應同時考慮雙方當事人之利益。本案中，柏林高院僅強調考慮被告之利益，而未考慮被差別待遇批發商之利益，亦未考量限制競爭防止法維護競爭自由之立法意旨，而斟酌差別待遇措施對於競爭之限制與影響，其立論有欠周延妥當。聯邦最高法院進一步說明，被告對於使其批發商對顧客提供特別服務，以促進其銷售體系達到最佳之經營成效，固有其正當之利益，惟前審對於被差別待遇事業之利益，相對則未給予應有程度之考量。法院強調，尤其不能不考慮被排除於此折扣之批發商，除必須承擔財務上之不利影響外，其對於餐飲業者此一廣大市場之銷售業務，亦會受到嚴重之阻礙。此外，柏林高院對此一差別待遇加諸於市場功能與競爭機制之影響如何，亦未加以評估，難謂妥適。聯邦最高法院特別指出，該差別待遇不合理之關鍵處，乃在於縱使其他批發商事實上亦提供所謂之特別服務，被告仍不願提供額外之折扣。被告僅提供簽訂「*Asbach* 批發商服務契約」者該項折扣，換言之，「法律上之拘束」(*die rechtlich bindende Verpflichtung*)才是獲得折扣之關鍵點。而法院認為將獲

⁷⁸ KG Beschluß vom 7.2.1975=BB 1975, S.670ff., 671"Asbach Uralt"; BGH GRUR 1976, S.711ff., 713 "Bedienungsgroßhändler".

得有利差別待遇之條件緊扣在契約之簽訂，而非同樣內容服務之提供上，難謂合理。抑有進者，為獲得折扣而被迫簽訂之該合約內容，限制簽約之批發商僅能供應給餐飲業者，而禁止其供應所有其他之需求者（如酒類之零售商），以使其專注於此一市場之行銷與經營。如批發商欲供貨給其他人，即必須放棄有利之折扣。因此批發商等於必須選擇其中一條銷售通路，或者另成立一個獨立部門以專門負責對於餐飲業者之供應。最高法院認為此一結果一則會造成額外之經營成本，影響批發商之效率；二則肯定會阻礙批發商間之競爭，故此一措施其促銷之立意故可理解，惟其難謂為一促進 *Asbach* 產品在餐飲業之銷售量的恰當手段，從而判定被告之差別待遇為無正當理由。⁷⁹從上述兩院之判決理由吾人可見到，基於差別待遇行為在競爭政策之評價上的兩難情境(Dilemma)，是否有正當理由之判斷常常相當困難。其判斷之結果，尤容易因法院或執法者著重考慮之利益面向不同，而有所歧異。

(3) 判斷標準之綜合說明

「對於頂尖產品之依賴性」是首先被判例學說發展出來之依賴性類型，其判斷標準之建立對於其他類型之依賴性亦具有基礎性與指標性之意義。在判斷時，上述判決中所提到商品或服務之知名度、廣告範圍與密度、價格、品質、銷售普及度、市場佔有率等所形成之市場地位，為主要之判斷標準。而其中的產品聲譽、廣告與銷售普及度等，尤為重要。又尚有學者提到顧客之期待(*Erwartung der Kunden*)亦為關鍵之認定標準，即應探求顧客是否普遍認為，與依賴事業同類或同等級之事業，應供應某種品牌產品，且這種「品牌意識」(*Markenbewußtsein*)造成消費者認為該產品具有同類產品中不可取代之地位，而銷售者欲改變此一需求偏好與市場趨勢亦幾無可能者，即成立依賴性⁸⁰。

此外，產品使用功能之設計、事業不同之經營方式（如一般零售店、專賣某類產品之商店或是大型綜合性超級商場）與其所處之產銷階段等，亦為判斷依賴性之時應予以考慮之重要因素。蓋顧客通常會期待在大盤商或批發商之處具有比零售商更完整之品牌系列；而專賣店或大型超商之供貨範圍亦應比一般零售店為廣泛⁸¹，故欠缺某種重要品牌產品時，批發商、

⁷⁹ BGH GRUR 1976, S.711ff., 713f. "Bedienungsgroßhändler".

⁸⁰ Vgl. Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.144; Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.66.

⁸¹ Emmerich, Kartellrecht, 7.Aufl., S.295.

專賣店或大規模商場因貨色齊全之要求更為殷切，故其依賴性應較諸一般零售店容易成立。

最後所謂之「頂尖產品」可能為單一品牌產品，亦可能有數種品牌產品共同擁有頂尖產品之地位。易言之，「對於頂尖產品之依賴性」可能同時存在數項具有尖端地位之知名產品上，此時即會成立「對於數種品牌之頂尖產品依賴性」。此種依賴性尤可能發生在大盤或中盤商，因為其顧客常會期待其應擁有數種特別重要而齊名之品牌的每一種，而下游廠商亦不希望很麻煩地到數家之批發商進貨，故缺少任何一項品牌產品均會對其產生相當之不利而有可能成立所謂之依賴性。⁸²此一情形與下述「對於頂尖產品群之依賴性」並不相同，觀念上應予以區別。

（三）對於頂尖產品群之依賴性

1、意義

「對於頂尖產品群之依賴性」(Spitzengruppenabhängigkeit)係指市場上有多數實力相當之品牌，而銷售事業為維持其競爭力，須擁有其中一定數目知名品牌產品之情形。亦即，銷售商並非僅依賴於獲得單一名牌產品之供給，始能保有其競爭力與避免競爭條件之重大損害，而是必須擁有一定數目以上之著名品牌產品，以供其顧客之選擇，否則即會居於競爭劣勢之謂。⁸³此時，該銷售商並非依賴於某單一之商品，而是依賴於某一「頂尖產品群」。此處之依賴事業可能是已經在市場上活動之銷售商，惟亦可能是欲進入或初進入某一銷售市場而被拒絕供給之新進廠商(Newcomer)⁸⁴。如果成立此種依賴性，則依賴之事業能請求頂尖產品群中一定數量之生產者，對其有供貨之義務。例如實務上承認彩色電視之小型販賣店通常有四至五種牌子、大型販賣店通常具有九至十種品牌可供消費者選擇⁸⁵，故此等經銷商欲與同業競爭，實「依賴於至少擁有四至五種或九至十種品牌之彩色電視」，否則即很難符合顧客之期待而易被市場淘

⁸² Markerkt, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.118

⁸³ Möschel, a.a.O., S.396f.

⁸⁴ 此種新進廠商可能因為開闢新形式之銷售方式，例如自助式或郵購式之販賣，相當程度地衝擊既有之銷售體系，造成具有垂直整合系統之生產者的困擾，而斷絕其供給。故保護新進廠商，尤其具有維持市場開放與多元化競爭之重大意義。

⁸⁵ BGH NJW 1979, 2152=BB 1979, 797=JuS 1979, 820=GRUR 1979, 560 (mit Anmerkung von Fischötter/Lübbert) "Nordmende".

汰。從另一角度觀之，所謂「頂尖產品群」一般不包括市場上之一切品牌，銷售商僅對於具有最強之市場力量的若干領導廠商具有依賴性，而能請求其供給。⁸⁶

如銷售商僅被其中一家拒絕供給，卻能輕易自其他屬於尖端產品群之事業獲得足夠品牌數目之供給時，此依賴性並不存在。反之，如全部或大多數尖端產品群之生產者皆拒絕供給時，銷售商之競爭力勢將受嚴重之影響，此時，其依賴性便凸顯而出。一旦尖端產品群之範圍被劃定，銷售業者對於所有屬於此群產品之供給者均具有依賴性，故銷售商在無法獲得足夠數目之品牌時（如被多數屬於尖端產品群之事業無正當理由而拒絕供給），其依法即能請求自由選擇一定數目之尖端品牌而令其供給，被請求者則不得拒絕，且判例學說認為依賴事業無須依一定之順序請求生產者供給。⁸⁷只要依賴事業獲得供給之品牌數未達此一「最低標準」（如何決定參見後文），所有屬於尖端產品群之事業仍可能因為依賴性之依舊存在，而繼續有供給之義務。

「對於頂尖產品群之依賴性」與前述「對於頂尖產品之依賴性」有所不同，應區別之：後者係指銷售者對於市場上一枝獨秀之名牌產品所具有之依賴性；而前者為在頂尖產品群之內產品之間可相互替代，無人獨占鰲頭，惟銷售事業至少須擁有一定數目之品牌產品始有競爭力之情形，宜予注意。⁸⁸

「對於頂尖產品群之依賴性」多發生在零售商之產銷階段⁸⁹，且其實際上發生之機會比「對於頂尖產品之依賴性」為大，因市場上領導之數種品牌間，通常會具有前述所謂之替代性，且零售商一般亦不必擁有完整之

⁸⁶ 只有在極少數之例外中，法院肯定銷售事業能請求所有品牌之供應，參見 *Emmerich, a.a.O., S.296*。

⁸⁷ *Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.152.*

⁸⁸ 惟此處所謂之「可替代」或「替代性」，與劃分產品相關市場(relevant market)時所稱之替代性不同。曰某頂尖產品無法為其他產品所替代，並非表示該產品獨自成立一相關市場（否則該供給者即成為獨占事業，而非本文所討論之「市場強勢事業」），而是說在一個超越該產品本身，範圍較廣之產品市場中（例如滑雪板市場），該產品基於其知名度、廣告、價格、品質等等因素，具有特別高之市場評價與地位，且無法為其他產品所取代之情形（如 *Rossignol* 滑雪板）。在「頂尖產品群」之間，並無任何一項產品具有鶴立雞群之聲望與地位，故對於銷售商而言若彼此「替代」並不會嚴重影響其競爭條件，故與產品市場之劃定無關。

⁸⁹ 而與前述「數產品同時具有頂尖產品之市場地位」多發生在大盤商、批發商階段之情形，有所區別。

品牌系列。雖然在依賴性理論之建立上，「對於頂尖產品之依賴性」屬於奠基之典型，惟某一品牌一枝獨秀之情形，毋寧較屬於例外。在實務上，法院較傾向於承認中小型之專業經銷事業與市場上領導之數家品牌產品供應商之間，具有此處所謂之依賴性。⁹⁰

2、依賴性之判斷

基本上，「對於頂尖產品之依賴性」乃是「基於產品完整供應之依賴性」的基本型；而此處「對於頂尖產品群之依賴性」乃是其變化型。於此，事業對於單一品牌之依賴係被一群領導之品牌所取代。從此一基本觀念出發，即可得知，有關「對於頂尖產品群之依賴性」的判斷方法原則上與「對於頂尖產品之依賴性」相同，本文在上一節所論述之判斷標準，基本上可轉用於此。惟另一方面，「對於頂尖產品群之依賴性」在判斷上亦有其特殊之處，即：如何將頂尖產品群與其他之產品群加以區分？其次，依賴事業可以請求多少家屬於頂尖產品群之事業對其供給？等問題，以下分別論述之。⁹¹

首先，何種品牌可以屬於頂尖產品群？有關文獻之討論似乎有限。常被提出作為主要之判斷依據者，為事業之市場佔有率。惟究竟需要多少百分比之市場佔有率始為足夠，並無劃一之標準，應視個案而定。如市場結構屬於集中度較高者，其要求亦會提高。⁹²反之，如市場結構為相當分散多頭者，甚至低於百分之五之市場佔有率即可使該產品構成頂尖產品群之一員。⁹³至於在「對於頂尖產品之依賴性」很重要之判斷標準——銷售普及率，在此處之重要性則顯得有限，蓋尖端產品群的不同品牌之間既可以相互替代，則每一種品牌產品均會被或多或少之銷售商所販賣，此情形下從銷售普及率未必能清楚識別何種產品應屬於頂尖之產品群，惟其仍可作

⁹⁰例如玩具店與玩具供應商、汽車修理場與原廠零件供應商以及汽車之生產者與銷售商之間，均曾被肯定過有此種之依賴性。 Vgl. Emmerich, a.a.O., S.297 m.w.N.

⁹¹ 應注意的是，這兩個在觀念上可以清楚區分之間題，在許多德文文獻中卻未予區分或被混為一體地加以處理。

⁹² 例如在 BGH NJW 1979, 2154 "Revell Plastics"一案中，被認定為屬於頂尖產品群之事業具有 35%至 40%之市場佔有率。

⁹³ 例如在 BGH NJW 1985, 2135 "Technics"一案中，被認定為屬於頂尖產品群之 Technics 音響雖僅具有 3%之市場佔有率，惟聯邦最高法院認為鑑於德國國內市場上具有非常眾多之音響品牌，故 Technics 音響基於其相當高之知名度仍可被列入頂尖產品群之中。

為判斷時之輔助參考則不待言。⁹⁴

在確定頂尖產品群之範圍後，依賴事業可以請求多少家事業對其供給？依通說之見解，應視一般客戶所期待「類似銷售商通常所具有之貨色多寡情況」(typische Sortimentgestaltungspraxis vergleichbarer Handelsunternehmen)而定，此為判斷之關鍵。⁹⁵為確定此一經銷商實務運作之狀況與上述消費者之期待(Verbrauchererwartung)，必要時應從事問卷或其他形式之實證調查。另外，依賴事業僅有權利請求維持其競爭力所必要之最低品牌數目(Sortimentsminimum)，而不能濫用其權利。⁹⁶最後，依賴事業之經營方式與性質，對於其可以請求之品牌家數亦有影響，例如聯邦最高法院認為，消費者一般即期待專門從事模型玩具郵購買賣之銷售商應該比一般之店面經銷商具有較多之不同品牌。⁹⁷

二、基於匱乏而生之依賴性

(一) 意義

「基於匱乏而生之依賴性」(mangelbedingte Abhängigkeit)係指基於突發之因素，例如國際封鎖(Embargo)所造成之石油危機、天然之災難或罷工事件等，引起原料或產品供給之大幅減少萎縮，而形成需求者為獲得維持其競爭力所必要之供給量，需仰賴供給者繼續供應之狀態而言。⁹⁸故可知，「基於匱乏而生之依賴性」屬於較為少見之案例類型，其實務上之重要性亦屬較低。

此一依賴性類型之成立，緣起於一九七零年代初期之石油危機中，石油生產者優先供應其關係企業(Konzern)垂直整合組織內之加油站，使不屬於任何石油品牌生產者之所謂「獨立加油站(或自由之加油站)」(freie Tankstelle)無法獲得足夠之油源而引發之爭議事件。品牌石油之生產者以貨源不足為由斷絕供給，一方面固然在於確保其旗下加油站之充足油源，惟同時也為了打擊甚至藉機消滅獨立之加油站。因為此等獨立加油站一般

⁹⁴ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.120.

⁹⁵ Vgl. Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.74; Markert, a.a.O., Rdnr.120f. (惟認為太注重顧客已有之期待，可能會阻礙新的銷售型態，而與限制競爭法維持市場開放之意旨不符)，並參見吳秀明，前揭註三，第145頁。

⁹⁶ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.119.

⁹⁷ BGH GRUR 1980, 125 "Modelbauartikel II".

⁹⁸ Emmerich, a.a.O., S.298; Möschel, a.a.O., S.398f.

均以較低廉之價格供應，為品牌石油生產者本身加油站之有力競爭者。其平時固可買入一些生產者所剩餘之石油，不無助益，惟其低廉之售價亦造成品牌加油站之不小壓力。故品牌石油生產者有可能順便藉石油危機之機會，將獨立加油站排除於市場之外。⁹⁹如今，基於限制競爭防止法對於市場強勢事業在成立「基於匱乏而生之依賴性」時不得無正當理由而差別待遇之規定，依賴事業有可能使石油供應商負有繼續平等供應獨立加油站之義務。¹⁰⁰此一義務一旦成立，供應商應依平時供應之數量佔其總生產量之比例乘以供給減少後之總生產量，分配供給給依賴事業其應得之部份。¹⁰¹惟應注意，法律只能干預其現有產量之分配方法，卻不能強迫事業擴大其生產量，蓋此舉無異允許他人可以透過法律強制事業進行投資，欠缺其應有之法律基礎，故不許之。¹⁰²

構成「基於匱乏而生之依賴性」的原因，理論上並不限於整個市場之供給發生匱乏之情形，單獨事業（如前述某品牌石油之生產者）因為個別之事由發生供給短缺之情形，亦有此種依賴性成立之可能（則其下游之加油站如無法獲得其他品牌石油之供應時，生產者亦應公平供應下游各種系統之加油站）。

（二）依賴性之判斷

判斷是否成立「基於匱乏而生之依賴性」時，其關鍵之點在於原料或產品之供給萎縮後，需求者是否能自原供應商繼續獲得為維持其競爭力所必要之供給量，或其是否能獲得其他供應商之供給，並且其供給之條件可期待需求者接受而不會重大影響其競爭力。這裡所運用之判斷標準，仍是前述所謂「是否具有足夠且可期待之偏離可能性」。¹⁰³如事業能獲得原供給事業足夠之供應，或雖然一部份之生產者拒絕供給，惟其他供給者仍願意供給，則縱使其價格稍微偏高，或造成若干之不便，仍不能成立此處之依賴性。¹⁰⁴

⁹⁹ 參見吳秀明，前揭註三，第 146 頁。

¹⁰⁰ 此時，是否有依賴性以及差別待遇是否無正當理由，為成立供給義務之兩大關鍵，進一步之說明參見後文之 AGIP 一案。

¹⁰¹ 供給者即具有所謂按比例重新分配之義務 (Repartierungspflicht)，參見 Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.81。

¹⁰² Möschel, a.a.O..

¹⁰³ 參閱前文「貳、三」。

¹⁰⁴ Müller/Gießler/Scholz, Wirtschaftskommentar, 4.Aufl., Bd.II, §26 Randnr.62b;

在領導案例之「AGIP II」一案中¹⁰⁵，AGIP 公司為義大利石油公司 ENI 之德國子公司，AGIP 公司為一垂直整合之石油供應商與加油站，生產及販賣 AGIP 牌石油。AM 公司多年來則是 AGIP 石油公司之購買者，AM 公司在買進石油之後，再將其供應給其本身經營之「獨立加油站」以及其他之獨立加油站。AGIP 公司在石油危機發生之後，除減少對其本身加油站之供應外，亦斷絕了其對於 AM 公司之供給。AM 公司則請求 AGIP 公司有繼續平等供給之義務。此一請求雖為德國聯邦卡特爾署所支持，惟其決定卻被柏林高等法院(Kammergericht)所廢棄。在柏林高院之判決理由中，法院固然肯定 AM 公司對於 AGIP 公司具有此處之依賴性，惟法院在判斷該差別待遇「有無正當理由」而從事「利益衡量」之際，卻認為 AGIP 公司本身因其自母公司所獲得之供給價格已上漲、數量經減少，故也減少其本身加油站之供應量，因此其乃陷入一相當困難之狀況，應無疑問。如果 AGIP 公司繼續對於非屬於其旗下之獨立加油站負有法律上供給之義務者，AGIP 公司整體瓦解之可能性亦不能排除。因此法院認為本案之差別待遇非無正當理由，應否認 AGIP 公司具有供給 AM 公司之義務，而廢棄了聯邦卡特爾署之處分。

三、對於特定事業之依賴性

(一) 意義

一事業基於長期之契約關係，在資本投入、技術發展、人員組訓、建立商譽與客戶網以及事業經營之其他各種層面，均以其資源力量，配合該交易關係而從事進行，以致於該事業如一旦被交易相對人斷絕交易關係，而被迫更換交易對象時，會承受過於重大且無法預估之損失與風險者，在該事業與其長期契約關係之交易相對人之間，便具有所謂「對於特定事業之依賴性」(unternehmensbedingte Abhängigkeit)。¹⁰⁶在若干情形，此一依賴性也會同時成立前述「基於產品完整供應之依賴性」。

在德國法之實務上，對於特定事業依賴性之發生，尤其以汽車工業為典型。在汽車工業中，就上游業者而言，汽車生產者之零件供應商可能長

Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.167.

¹⁰⁵ KG WuW/E OLG 1497; BKartA WuW/E BKartA, 1494; 關於本案之分析並參閱 Emmerich, Fälle zum Wahlfach Wettbewerbsrecht, 3.Aufl., 1990, S.104ff.; Rasch, Marktbeherrschung, Marktmacht, und Diskriminierungsverbot, BB 1974, S.1272ff.

¹⁰⁶ Möschel, a.a.O., S.397; Emmerich, Kartellrecht, 7.Aufl., 1994, S.298; 並參見何之邁，前揭註十六，第 552 頁，氏稱其為「因商業關係之依賴」。

期製造該廠牌汽車所需之特殊零件，其生產設備之購置與經營規劃，均係配合該廠牌汽車所為，未必能輕易轉用在其他廠牌汽車上。而下游之經銷商（多同時做維修保養業務）一般依據經銷合約，均有獨家交易之安排，故經銷商也會在修理設備之購置、員工訓練、客戶網建立等各方面，逐漸與該特定品牌之汽車形成密不可分之依賴關係。¹⁰⁷除汽車工業以外，品牌

¹⁰⁷ 關於汽車經銷商(Vertragshändler)對於生產者具有依賴性之情形，參見前文「貳、三、(三)」；吳秀明，前揭註三，第 145、146 頁。德國法實務上關於汽車生產者斷絕與經銷商交易關係之領導案例為「BMW-Direkthändler」一案，參見 BGH GRUR 1977, 49 “BMW-Direkthändler”。本案被斷絕交易關係之經銷商係成立於 1919 年，自 1920 年代起該公司即成為 BMW 汽車在 Rems-Murr-Kreis 之經銷商，截至兩造發生訴訟為止雙方已經有將近五十年之交易關係存在。BMW 在 Rems-Murr-Kreis 另有一家經銷商 Firma Walter M.，兩家經銷商係處於競爭關係。依 BMW 公司與本案對造之經銷契約，該經銷商不得與 BMW 之競爭廠商從事交易，如欲同時經銷其他廠牌之汽車，須得到 BMW 公司之書面同意始可。惟 BMW 與另外一家經銷商 Firma Walter M. 之經銷合約則無此限制，Firma Walter M. 乃同時在該地區獨家經銷 (Alleinvertretung) Peugeot 廠牌之汽車。一九七三年九月間 Peugeot 公司因對 Firma Walter M. 之銷售業績不滿，而與本案之經銷商進行商談有關經銷權移轉之事宜。本案之經銷商在此期間不斷試圖取得 BMW 公司之書面同意而未有結果，遂於一九七四年元月一日與 Peugeot 公司簽訂獨家經銷合約。Peugeot 公司則已經於一九七三年十二月二十三日終止其與 Firma Walter M. 之經銷契約。BMW 公司在一九七三年底認為本案之經銷商未得其允許而擅自著手進行經銷其他廠牌汽車之事宜，明顯違法雙方之合約，遂於一九七三年十一月二十三日終止雙方之契約，而將該地之獨家經銷權授與給本案經銷商之競爭者 Firma Walter M.。本案之經銷商認為 BMW 公司之終止無效，而繼續以 BMW 經銷商以及維修廠之名義經營其業務，BMW 公司遂訴請本案經銷商不得以其經銷商之資格與名義繼續從事經銷與維修 BMW 汽車之業務，亦不得使用 BMW 之商標。BMW 公司在地院以及高等法院均獲得勝訴，惟在聯邦最高法院卻被判敗訴。高院之見解主要是本案之經銷商未獲得 BMW 公司之同意即簽訂另一項經銷合約，違反經銷契約之規定，且應考量 BMW 與 Peugeot 汽車在當地為競爭之品牌，故 BMW 之終止契約非無理由。高院較站在保護企業具有自由形成其銷售組織與系統之正當利益的立場，固有其據。惟聯邦最高法院則認為，如兩造間具有依賴關係，且 BMW 之行為構成無正當理由之差別待遇者，BMW 公司便不得任意終止契約。聯邦最高法院鑑於兩造將近半世紀之契約關係以及 BMW 汽車之商譽與市場地位，而肯定依賴性之存在。其次，聯邦最高法院考慮本案之經銷商一方面並未獲得 Rems-Murr-Kreis 地區之獨家經銷權，另一方面卻被限制無 BMW 之同意不得經銷其他廠牌之汽車。而且，本案經銷商在該地區之競爭者 Firma Walter M. 並未受有同一限制，凡此對本案經銷商均未盡公平。再者，BMW 允許其經銷商同時經銷兩種廠牌汽車，擁有所謂雙重經銷權 (Zweitvertretung) 者，約佔其經銷商之 30% — 包括本案經銷商之競爭者 Firma Walter M.。故本案之經銷商所爭取者，無非是其競爭者已經被允許從事之業務，聯邦最高法院認為 BMW 公司以此為由終止契約，構成對依賴之事業無正當理由之差別待遇。類似之案例可參見 WuW/E BGH 2491, 2493 “Opel-Blitz”; WuW/E OLG 4753, 4759, “VW-Leasing”。

石油加油站與其生產者之間，因加油站業者資本之大幅投入與長久在市場上所形成之顧客區隔，皆可能使加油站無法在競爭力不受相當重大打擊之情形下輕易更換品牌經營，而形成此處之依賴性。¹⁰⁸另外，法院也曾在某啤酒生產者與一家二十年來在其店中專門以販賣該品牌啤酒為號召之餐飲業者之間，肯定成立此處之依賴性，因為法院認為，其顧客經過長時間而形成其消費習慣之後，不會輕易接受另一種品牌之啤酒，因此交易對象之更換可能造成其相當程度之顧客流失，而為該店帶來競爭上重大之不利益。¹⁰⁹

應特別強調的是，管制「對於特定事業之依賴性」的規定，其立法意旨不在於使事業間一旦成立之契約關係，從此即永續存在；其與差別待遇之立法旨趣——即法律在此處並不應對於依賴事業提供一種「社會保障」或「解雇保護」¹¹⁰——亦有一段相當之距離。抑有進者，縱使依賴性與無正當理由之差別待遇均為構成，亦不能強制當事人之間永續維持契約關係。因為依賴性以及正當理由之有無，不但個案關連性強，縱就同一個案而言，時空之變化亦可能改變原來的依賴關係與法律上之判斷。德國法之通說亦同意，在構成無正當理由之差別待遇時，可給予依賴事業一段適當之過度期間，使其可以找到或建立另一個「偏離之可能性」，不再依賴於原交易相對人，而非以法律迫使當事人永續維持契約關係。¹¹¹

（二）依賴性之判斷

（1）雙方當事人維持既有契約關係之時間久暫。惟時間並非唯一之判斷因素，長期之交易關係亦未必一定造成依賴關係，蓋市場上仍可能有足夠而可期待之其他交易管道。

（2）事業特別為該交易關係所投入之財力、物力、人力之多寡，以及此等投資轉用至經營另一種品牌之難易程度。

（3）所生產或銷售產品本身之專門化、特殊化、個別化之程度。

（4）既有客戶網絡在更換交易對象之後，能繼續維持之程度。¹¹²

¹⁰⁸ Vgl. Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.163.

¹⁰⁹ OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2133, "Premiumbier", 引自 Carlhoff, a.a.O.

¹¹⁰ 參見前文「壹、三、（四）」之說明。

¹¹¹ Vgl. Möschel, a.a.O., S.398; Emmerich, a.a.O., S.299.

¹¹² 事業在生產或銷售特定品牌產品一段時間之後，其企業所表現之營業內涵與企業

(5) 經營市場上其他品牌之可行性、交易條件之比較與被顧客接受之程度等。此屬於品牌間替代可能性之一般性問題，前文中已加討論，不再贅述。¹¹³

(6) 依賴事業是否曾經有建立另一健全交易管道之機會，而因自己之過失而未善加利用或自行放棄，如有此情形，則依賴性通常不成立。¹¹⁴

四、對於需方之依賴性

(一) 意義

對於需方之依賴性(nachfragebedingte Abhängigkeit)係指上游之事業在其產品之銷售上，必須仰靠下游事業之情形。此種類型常同時構成其他類型之依賴性，如「對於特定事業之依賴性」以及「對於頂尖產品之依賴性」，只是其依賴之方向相反。故一方面有關前述依賴性之原理原則，在此常有運用之空間；惟另一方面「對於需方之依賴性」並不僅僅是前述依賴性之轉向而已，在行為內容與法律規定上，仍有其本身之特色，故宜單獨列為一種類型加以討論。「對於需方之依賴性」的形成，整體而言與買方市場力量之興起¹¹⁵，有密切之關係，此一類型之規範對象即為具有相對市場力量之買方事業¹¹⁶。實際上在德國供給者對於需求者之依賴性，較常發生在例如某些產業之零件供應廠商與零件購買者(即完整商品之製造者)之間、為滿足政府公共任務需求之供應者與政府之間以及一般日常用品之生產者與大型連鎖超級市場或連鎖百貨公司之購買組織之間。¹¹⁷

(二) 案例類型與判斷標準

形象(Erscheinungsbild des Unternehmens)常使其顧客產生該事業與該品牌之生產者之間有同一性(Identifizierung mit dem Hersteller)之認定效果。參見 Markerrt, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.124。此種既有形象有時不能輕易地轉化，使原有之顧客接受事業新的形象與經營內容，許多客戶會因此而離去。至於用慣原有品牌產品之顧客，更是自然會隨之流失。

¹¹³ 參見本文「貳、三」。

¹¹⁴ Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.79.

¹¹⁵ 參考 Monopolkommission, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des GWB, Sondergutachten 7, 1977.

¹¹⁶ 具有獨占地位之買方事業亦受差別待遇禁止之規範，則不待言，惟其屬於另一項主體要件之討論範圍。

¹¹⁷ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1978, BTDrucks. 8/2980, S.34ff.

依 Köhler 之分類，「對於需方之依賴性」按其形成之原因可分為「基於產品專業化之依賴性」(Abhängigkeit aufgrund von Produktspezialisierung)、 「基於銷售佔有率之依賴性」(Abhängigkeit aufgrund von Absatzanteilen) 與「基於優良商譽之依賴性」(Goodwill-bedingte Abhängigkeit)三種。¹¹⁸以下本文採取 Köhler 之分類法，分別探討各類型之內容與依賴性之判斷。

1、基於產品專業化之依賴性

「對於需方之依賴性」首先可能因為生產者在過去一直依照特定需求者之特別要求，而製造相當特殊而專業化之產品，且此產品在市場上不存在一般性之需求，以致於生產者如調整改變其生產，將為其帶來技術上或財務上過高之困難與負擔而形成。¹¹⁹此種依賴性在特殊零件之製造供給關係以及事業為國家政府之特別需要（如國防工業、政府為完成其公共任務而有的特殊需求或公共工程等）而從事之生產活動中，尤易形成。其依賴性之本質，甚似前述「對於特定事業之依賴性」，只是依賴事業由需求者變成供給者。

判斷此種依賴性之有無時，尤應考量所需求之產品專業化與特殊化之程度、市場上其他亦可能成為需求者之數量多寡以及生產者調整其生產內容(Produktionsumstellung)所具有技術上與財務上之困難與負擔輕重等三項因素，以綜合判斷生產者除原需求者外，是否有其他「足夠且可期待之偏離可能性」而定。¹²⁰或有主張如產品之專業化與特殊化係基於需求者之要求或促使(Veranlassung)而來，而生產者係對交易關係之繼續維持有所信賴而進行投資與生產活動者，即能夠成立依賴性。¹²¹惟反對之見解認為，單純因他人之促使而生產特殊產品之事實，尚不足以構成依賴性，蓋生產者尚可以自由決定是否接受，進而進行有關之配合措施與資本投入，並無依賴性可言。¹²²本文同意後說之見解，因為決定有無依賴性之重點，關鍵應在於市場上有無其他可能之需求者以及改變生產內容對生產者所

¹¹⁸ 參見 Köhler, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979, S.67ff.此一依賴性之分類方法廣為學界所接受。

¹¹⁹ Köhler, a.a.O., S.67.

¹²⁰ 參見 Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.84。

¹²¹ Sack, Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbots, GRUR 1975, S.512.

¹²² Vgl. Köhler, a.a.O., S.68.

造成之衝擊程度。

2、基於銷售佔有率之依賴性

「對於需方之依賴性」其次可能因為生產者所生產之商品或服務，有特別高之比例係集中透過某一需求者為其銷售而形成。¹²³所謂之「銷售佔有率」(Absatzanteile)，並非指銷售者本身之市場佔有率(Marktanteile)，而係指生產者之總銷售額有多少比例係供給給該需求者，然後經由其銷售而言。

此種依賴性成立與否之主要判斷標準，自然在於要求多高之銷售佔有率始被認為已足。惟關於這點，判例學說卻仍未有一致之見解，從 50%¹²⁴、21%¹²⁵到 10%¹²⁶均有人主張，莫衷一是。共通之看法則是，此種依賴性之有無，主要應依據個案之情況加以判斷，應視生產者有無其他之銷售管道及其取得之條件如何而決定。

3、基於優良商譽之依賴性

最後「對於需方之依賴性」亦可能因為名牌產品之生產者，為維持其優良之商譽(goodwill)與其競爭力，而有必要使其商品透過某種特殊之銷售形式或管道販賣而形成。¹²⁷例如透過專門銷售某種產品之著名銷售事業以銷售其名牌產品，而該事業係以具有所有該類產品中高級品之各種貨色而享有盛名。故如無法經由該事業銷售其商品，生產者之商譽即將受損，依賴性乃因而產生。因此「基於優良商譽之依賴性」在本質上，頗類似於（反向之）「對於頂尖產品之依賴性」或「對於頂尖產品群之依賴性」。

在判斷「基於優良商譽之依賴性」時，主要應考慮品牌產品之生產者如改變目前透過某特定事業經銷之方式，而經由其他經銷商或其他之銷售形式販賣其商品時，是否會有損其商譽與競爭力以及其程度如何而定。損害之程度如果不高，則尚為「可期待」生產者運用之偏離可能。可以輔助判斷之因素，例如該銷售事業之知名度與市場佔有率、其一般所販賣產品

¹²³ Köhler, a.a.O.

¹²⁴ Vgl. BGH NJW 1976, 2302 "Sehhilfen".

¹²⁵ Vgl. OLG Düsseldorf 16.1.1979 WuW/E OLG 2071, 2072 "Düsseldorfer Volksbühne" .

¹²⁶ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §26 Rdnr.134.

¹²⁷ Vgl. Köhler, a.a.O., S.69.

之等級與市場地位、其是否對於消費者有特殊之吸引力與特別之供貨種類與範圍、銷售事業之地點與賣場大小、銷售事業之廣告範圍與密集度以及消費者對於在該銷售事業之處可以買到之產品的期待等等¹²⁸。

「基於優良商譽之依賴性」雖然本質上類似於（反向之）「對於頂尖產品之依賴性」或「對於頂尖產品群之依賴性」，惟兩者畢竟有其不同。通常供給者如被強制供給給另一需求者，其問題較小，惟需求者如被迫銷售某一廠商之產品時，會牽涉銷售風險之承擔、倉庫空間之佔用與基於其銷售能力之限度，必須因此而放棄其他銷售計畫之複雜問題，判斷時均應斟酌之。此一考量應在判斷差別待遇「有無正當理由」而進行「利益衡量」時為之。¹²⁹

4、依賴性之推定

「對於需方之依賴性」在實務操作上較為困難，故德國之立法者為減輕判斷之困難，降低舉證之難度，遂於限制競爭防止法一九八〇年第四次修正時，於該法第二十六條第二項第三句加入依賴於買方市場強勢事業之推定規定。依該項之規定，「特定商品或營業上給付之需求者，自其供給者處除獲得交易上一般之折扣或其他給付報酬外，更經常得到其他同類需求者所未能獲得之特別優惠」者，即推定該生產者係依賴於該需求者。一九八九年限制競爭防止法第五次之修正中，立法者並將此推定規定，從僅適用於主管機關命令行為人停止其行為之行政程序擴大適用於民事訴訟程序之舉證責任中，以加強對於買方市場力量之管制效率。

伍、依賴性理論在公平交易法上適用可能性之探討

前文對於依賴性理論之論述，在於奠定其理論基礎與架構，蓋此一競爭法之理論與法制度，在我國尚屬比較陌生之領域，固有必要做較詳細之介紹與討論。在本節中，則應對於此一理論適用於我國公平交易法之可能性、其運用之空間及相關之問題做一探討。

一、規範之現況

首先應對於我國公平法對於相對市場力量（即「市場強勢事業」）之

¹²⁸ Westrick/Loewenheim, in: Loewenheim/Belke, a.a.O., §26 Rdnr.89; Carlhoff, in: Frankfurter Kommentar, §26 Tz.175 .

¹²⁹ Vgl. Köhler, a.a.O., S.69.

規範現況，與對於依賴性理論之接納情形做一初步之探討。可以肯定的是，德國法意義下的依賴性理論，目前尚未正式在公平法之法律規定與法律適用上，佔有一席之地。其原因無法擅加斷言，可能是在政策上仍有所考慮，亦可能是因為各方對其內容尚未有詳實之認識有以致之。總之，在現行法(*lex lata*)上此一理論尚無充分的著力之處，似可確定。

惟另一方面，有關依賴性之理論與外國法制，也隨著公平法在我國日益精緻之發展，而在理論界與實務界逐漸受到重視。公平會第二屆委員經第三二五次及第三二六次委員會議討論決議原則通過，但應提請第三屆委員確認之關於「公平交易法第十九條構成要件」之議案內容中，第一次明白表達應同時採用市場佔有率以及依賴性之理論，作為公平交易法第十九條第一、二、六款判斷事業之行為是否構成其「門檻要件」之依據。¹³⁰如依此決議，則依賴性之有無，在未來公平會適用法律之際，將與其他標準共同成為判斷公平法第十九條第一、二、六款時，第一階段（門檻要件）之基本要素。此一見解自然可說是大大重用了依賴性理論，其運用之範圍甚至有超越德國法（主要用在差別待遇）之勢，而傾向於法國法將此理論作某種程度之一般化。惟此一決議經第三屆委員於法規小組數次之討論後，決議將本案修正為研究報告之形式。故依賴性理論在公平法之適用上究竟定位如何，尚未有所定論。惟此一理論已逐漸為我國公平法之理論與實務界所重視，則可確定。¹³¹

此外尚應注意者，為現行法之未正式採用依賴性理論，並不表示實務上不會或未曾發生過具有相對市場優勢地位之事業濫用其市場力量之情形。相對市場優勢地位為一種事業間相互之力量與地位關係之表現，在各國產業界，其毋寧為一種自然而普遍發生之經濟現象。在我國雖欠缺信而有據之實證調查，惟吾人相信就有如獨占、寡占在一國之經濟界原則上均

¹³⁰ 該決議之內容：「……所謂『依賴性理論』係指主管機關關於衡量事業市場力以決定是否適用競爭法規時，對於市場佔有率不高之事業，倘他事業之營運必須『不可偏離（或無可取代）地依賴』該事業，則該事業即具有相對市場優勢地位，得列入競爭法之規範。例如特殊商品之經銷商，因須購置無法轉作其他用途之設備，致該商品之經銷商對生產廠商具有不可偏離之依賴性，則此生產廠商即符合依賴性理論之門檻要件。又如具有強大力量之通路業者，對於商品生產者而言，即具相對市場優勢地位，此時商品生產者對於通路業者亦可能有高度依賴性存在，則此通路業者亦可能符合依賴性理論之門檻要件。……」本決議對於依賴性理論之內涵，已有相當之認知與理解，誠屬可貴。

¹³¹ 本文之撰寫係受公平會之委託，列為合作研究計畫之一，亦可證明執法機關對於此一理論仍相當重視。

會存在一般，相對市場優勢地位在我國亦應不例外地存在於若干產業之中。而這些曾經發生過，甚至於可能曾被公平會處理過之案例，自然並未明白地被用依賴性理論來加以解決，而可能是隱藏到公平法其他條文之適用中。如僅從處分書有限之文字觀察，實不容易判斷其是否屬於依賴性理論之案例類型。限於篇幅和研究時間與資源之有限，本文無法對於所有可能隱藏依賴性理論之案例加以一一審查。在此僅舉出公平會之一號解釋，加以說明。

公平會公研釋 0 七三號對於「上游代理商不當決定價格，妨礙經銷商經營是否違反公平交易法」之解釋¹³²，探討代理商為圖利其自營之經銷商，（僅）對於下游非自營之經銷商訂定不當之（過高）價格、減少零件之供應，甚至於可以進一步地想像斷絕其零件供應時，代理商在公平交易法上之法律責任。本案之違法行為類型（差別待遇、阻礙競爭）與依賴性理論所處理之典型案例極為類似¹³³。至於是否果真屬於依賴性理論之適用範圍，尚應視行為人市場力量之程度而定。如已達獨占，則直接適用公平法第十條即可；如未達獨占，則很可能有依賴性理論適用之餘地。公平會在解釋文中較詳細地審查行為人是否構成獨占之要件，並說明「事業採行上述行為在公平法第十九條妨礙公平競爭規範的考量上，尚須個案檢視其

¹³² 「代理商是否應屬於公平交易法所稱之獨占事業，其應審酌事項及排除範圍，尚待參酌公平交易法第五條及同法施行細則第三、四條個案認定之。若代理商係屬獨占並經公告之事業，為與所屬（非自營）之經銷商在同一市場競爭，而無故『對於同在某特定區域從事競爭之經銷商，採取價格的不當決定，或減少零件供應之方式』，排除該經銷商與其競爭或使經銷商無法生存而被逐出市場，則類此『價格擠壓』或『供給擠壓』之行為，應有公平交易法第十條第一項第一款『以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭』之適用；惟於個案審酌上，有無違反前開條款規範，仍應檢視獨占事業採行各該措施之意圖、獨占事業成本結構及對相對競爭者產生排除競爭的效果等各點論斷。至於事業採行上述行為在公平法第十九條妨礙公平競爭規範的考量上，尚須個案檢視其行為是否合致第十九條第二款『差別待遇』……形式與實質構成要件，方足論斷。」

¹³³ 從本案之行為係同時構成對於代理商非自營之經銷商的差別待遇以及阻礙競爭一點，亦可印證德國限制競爭防止法何以將差別待遇與對於競爭之阻礙合併規定，而構成一項所謂「統一而廣泛加以理解的差別待遇禁止」。易言之，差別待遇在本質上即與競爭之阻礙甚難明確區分，其中任何一項行為均很可能會同時具有兩者之效果。以本案而言，代理商非自營之經銷商正因為受到較其同業為不利之待遇，故其競爭受到阻礙；反過來說，其因受到特別之競爭阻礙，所以較諸其同業競爭者而言，其可謂受到差別之待遇也。故吾人在處理公平法第十九條第二款之差別待遇時，不應忽略其行為同時有阻礙競爭之面向，只是本法未將阻礙競爭列為構成要件。適用法律之時，似可於判斷差別待遇之行為有無「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」時，一併衡酌其對於被差別待遇之事業競爭阻礙之效果決定之。

行為是否合致第十九條第二款『差別待遇』……形式與實質構成要件，方足論斷。」本案行為人市場力量大小之事實部份難從解釋文本身探其究竟，惟公平會既然在該號解釋中以審查獨占之構成要件為主，可見涉案之代理商可能為一具有相當市場力量之事業。在此種情形下，縱使代理商不構成獨占，下游之經銷商「依賴」於其（即無法在不嚴重損害其競爭能力之情況下，在市場上找到其他進口或替代之交易管道）之可能性亦相當之高。事實上，在公平法獨占規定之嚴格要件下，此種機會實在不小。本解釋並未說明在本案中如何適用公平法第十九條第二款差別待遇之規定，更未採用依賴性之理論，惟本文提出此一解釋，目的在於說明公平會在過去很可能已經面臨過不少有關依賴性理論之案例，只是用其他規定或方法加以處理而已。¹³⁴如今我們得知外國法制採取依賴性理論之先例，如果我們對於相對市場優勢地位之管制應予肯定，如果依賴性理論可以使公平法之管制更為精緻合理，則似可考慮在公平法之規範上適度納入此一理論，以充實公平法有效推行競爭政策之工具。

二、對於「相對市場力量」管制之肯定

其次，本文欲正面肯定公平交易法對於具有相對市場優勢地位之事業，有加以管制之必要性。關於管制「市場強勢事業」之各種理由，已於前文中加以討論，不再贅述¹³⁵。在此僅欲強調兩點：

（一）首先，公平法原則上對於「構成經濟力量之濫用，而侵害競爭制度或市場活動參與者之行為」均應加以管制。此為公平法管制市場力量之出發點。而且公平法對於上述經濟力量管制之基本原則為：市場力量之大小與法律所允許其進行事業活動之自由空間範圍成反比；反之，則與法律管制之嚴格程度成正比。此時法律之管制，往往即代表對於事業契約自由與私法自治範圍之控制與干預。因此，契約自由不足以作為反對依法適度管制市場經濟力量（包括本文討論之相對市場力量）之理由，因為從私法之觀點，整部公平交易法在本質上即是在修正契約自由、劃出私法自治在競爭活動中之禁止或修正區域的一部法律。惟法律對於事業營業活動之干預，應限於必要之最小程度，以尊重市場機能以及人民之基本權利。同時，法律之管制亦應視市場力量之大小，「合乎比例地」從事輕重程度不一之管制（比例原則）。如將此一精神落實到公平法上，便代表公平法應精緻地發展出一套管制不同大小之市場力量的法律制度。而對於相對市場

¹³⁴ 除第十九條與第十條外，最可能被用以解決涉及依賴性之案例者，概為公平法第二十四條。

¹³⁵ 參閱本文「壹、三」。

力量之管制，可彌補獨占管制之不足，正好能符合此一原則之要求。易言之，對應於「市場力量之譜系」，公平法也會有一個比較完整的「法律管制方法譜系」，可視個案之情形加以妥善運用。

（二）「相對市場優勢地位」為一種普遍存在各國之經濟現象，因此對於其市場力量之濫用管制，也不應只是某一國法律所面臨之特殊問題。各國之立法者或執法者應決定者，為是否應予以法律上之管制，以及如何加以管制。前一問題在上文中已經予以答覆（肯定之）；後一問題則應視各國之競爭政策與競爭法之內容與走向而定。在我國，則是如何將依賴性理論納入公平法既有架構之問題，茲討論如下。

三、管制「相對市場力量」之途徑與有關之法律問題

（一）管制之途徑

1、立法管制

如欲對於相對市場力量做較為徹底之管制，則可以考慮採用德國法或法國法之先例，直接在公平交易法中增訂或修改有關之條文，以為法律執行與法院審判之依據。在立法時，應注意相對市場力量之管制應與獨占管制配合。一方面對於相對市場力量之管制乃限於事業未具有獨占地位之情形，以填補獨占規定之管制漏洞；另一方面，兩者管制手段之區別、法律效果之寬嚴，乃至於違法行為構成要件之分別擬定，均應妥為設計。經立法後，我國公平法對於不同市場力量之管制體系，可考慮應區分為四個階段：

（1）獨占事業之管制（公平法第十條）。

（2）對於未達獨占事業之地位，惟仍具有相當市場力量之事業的管制。

136

¹³⁶ 例如一事業在特定市場之佔有率未達二分之一者，依據公平法施行細則第四條之規定，除有市場進入之法令上或技術上之限制，或有其他足以影響市場供需，可排除競爭能力之情事外，不構成獨占。惟該事業已具有將近一半之市場佔有率，上一會計年度之總銷售金額亦可能已達新台幣十億元以上，故其在該特定市場仍屬於市場力量強大之非獨占事業（其亦非具有相對市場力量之「市場強勢事業」）。此等事業若有濫用市場力量之情形者，公平法亦應加以管制。此時所進行之管制並非對獨占事業之管制，亦非對於相對市場力量之管制（無須就有無依賴性加以認定），而是應依據公平法之有關規定，在該等規定之架構與要件下進行必要之管制。其主要可能涉及之條文為公平法第十九條與同法第二十四條，行為人之市場地位則於是否「有限制競爭或

(3) 對具有相對市場優勢地位之事業的管制（新增規定或修改原有規定）。

(4) 對事業之市場力量未達上述(2)或(3)之程度，但其行為仍有顯失公平而足以影響交易秩序者之管制（公平法第二十四條）。

其中對於相對市場力量之新增或修改規定，可考慮納入第十條（類似法國法），成為獨占與寡占外另一項市場地位之定義，則法律所禁止其濫用行為之範圍自較廣泛，惟亦可在規定行為類型之處（如第十條第二款之「榨取濫用」）排除對於相對市場力量之適用。其次亦可考慮納入第十九條（類似德國法），則管制之範圍較窄，行為類型以差別待遇為核心（或如德國法包含阻礙競爭），不失為較謹慎之作法。最後亦可將其獨立成為一個條文，單獨規範之。

2、透過對於法律之解釋

如果針對相對市場力量之立法行動因各種可能之因素而無法達成共識者，執法或司法機關亦可在法律所賦與之權限內，在執行與解釋法律之際，將依賴性之理論引入。公平會更可考慮用「處理原則」之通案方式，將此一原理作為處理類似案件之指導方針。此外，亦可透過實際處理過之判例或先例之累積，逐步建立其規範之效力。至於在現行公平法之架構下，應如何解釋法律，以適當地將此一理論納入，則將在下文中加以討論。

（二）依賴性理論在現行公平交易法下之適用空間

如果我們原則上同意，相對市場優勢地位之濫用為公平法所應管制之對象，則縱使不加以立法管制，亦可在現行法之架構下，找到若干依賴性理論可以著力之處。以下茲一一檢討公平法上與依賴性理論有關之規定，並探討其適用之餘地。

1、依賴性理論與獨占之規定

首先，獨占事業與具有相對市場優勢地位之事業，為具有不同大小市場力量之事業，兩者之區別前文已加以討論，不再贅述。¹³⁷惟此處應加以說明者，其一為「市場強勢事業」在依賴關係中與其權力影響範圍之內，

妨礙公平競爭之虞」或其行為是否有「顯失公平」而「足以影響交易秩序」之判斷上，可加以考量。

¹³⁷ 參閱本文「壹、一、（一）」。

對於依賴事業而言，有時其地位與影響力即宛如獨占事業一般（故應管制其市場力量之濫用）。其次，兩者雖有不同，惟其關係卻相當密切。從前文對於公研釋字 0 七三號解釋之說明，即可得知對於兩者之規範應相輔相成，始能充分保障市場之競爭。在事業之市場佔有率或年度總銷售額未達法律所要求獨占事業之門檻標準時，即應考量有無相對市場優勢地位之情形，而可能有依賴性理論適用之餘地。

2、依賴性理論與維持轉售價格之規定

許多濫用相對市場力量的案例裡，均會涉及轉售價格之維持。事實上，「市場強勢事業」斷絕其供給或從事其他差別待遇行為之原因，常是為貫徹其維持轉售價格之要求，或懲罰不服從其轉售價格之指示的事業而來。故兩者之間常有原因（動機）——結果（違法行為）之密切關係，不可不察。另一方面，公平法第十八條雖然規定轉售價格維持之契約為無效，惟我國關於維持轉售價格禁止之規定，並不限於只禁止維持轉售價格之「契約」，而是禁止「一切不容許交易相對人在轉售時有價格決定之自由的行為」。故無論此一行為是用契約行為或事實上之各種迫使行為，均包含在第十八條禁止之範圍內。¹³⁸因此，轉售價格之維持固可作為「市場強勢事業」差別待遇之動機與原因；反向而論，「市場強勢事業」之差別待遇如目的係為貫徹其維持轉售價格之要求，或懲罰不服從其指示之事業，則該行為（僅一行為）亦可同時構成差別待遇與公平法第十八條禁止之違反。

3、依賴性理論與公平法第十九條

公平法上與依賴性理論關係最深之規定，非公平法第十九條莫屬。依賴性理論與公平法第十九條之關係，應分成兩個層面來談，首先為公平法第十九條中可能涉及依賴性理論之運用者，有哪幾款；其次為可能涉及之各款應如何將依賴性理論納入法律之適用中。分述如下：

(1) 公平法第十九條涉及依賴性理論之款目

公平法第十九條所規範之行為內容與性質甚為廣泛而雜紊，從競爭法之學理來看，本條各款之間並無內在而統一之共通原理，可支持其納入一個條文之內。故該條之各款中究竟何者涉及相對市場力量之濫用，尚應個別論斷之。

¹³⁸ 參閱本文「壹、三、（三）」。

A、首先應探討一項問題，即對於相對市場力量之管制，是否僅限於差別待遇，蓋答案如為肯定，則本節只需探討依賴性理論與公平法第十九條第二款之關係即為已足。可確定的是，相對市場力量之濫用最主要之問題領域在於差別待遇，但並不表示，對於相對市場力量之管制，在邏輯上或政策上僅限於差別待遇。德國法之管制無疑是以垂直關係之差別待遇為中心，惟德國法之差別待遇禁止在規範之設計上是與競爭之阻礙同為一體之兩面，故理論上德國法之管制並不限於差別待遇（只是事實上一事業對於其交易相對人之競爭阻礙多同時會構成差別待遇）。

至於法國法對於相對市場力量之管制範圍，就更不以差別待遇為限¹³⁹。學者並說明，法國法所規範之行為類型僅屬於例示之性質，具有市場控制地位之事業所為之濫用行為，當不止於此¹⁴⁰。故法國法管制相對市場力量之範圍，除「拒賣、交易條件之歧視或因交易相對人拒絕接受不當交易條件而斷絕與其既存之交易關係」等典型之差別待遇行為之外，亦包括「搭售」以及其他可能之濫用行為。因此法國可謂已將相對市場力量獨立為一種市場力之型態，而一般化地禁止其所可能從事之濫用行為，其管制相對市場力量規範基礎之廣度，乃更勝德國法一籌。

就我國法而言，本文認為如果我們同意「相對市場優勢地位」正如同獨占、寡占等，是可能為事業所濫用、需要管制之市場力，則在其有可能濫用之處，便應有法律之管制措施存在。此一法律之對策固應以差別待遇之規制為主軸，惟並不應限於差別待遇。故公平法第十九條涉及依賴性理論之款目，應不僅止於該條第二款。

B、其次應探討者，為公平法第十九條涉及依賴性理論之款目究竟有哪些。對於「市場強勢事業」之管制，乃是在於規範其相對市場力量之濫用，其違法之處乃是與行為人具有相對市場強勢之地位，以及因其地位之濫用而影響市場競爭之機能，而較不在於行為本身之可非難性。

公平法第十九條各款之不法性，可大別為「行為不法」與「市場不法」

¹³⁹ 法國「一九八六年十二月一日八六~一二四三號關於價格及競爭自由命令」之第八條第一項規定「控制企業經濟力之濫用」與「經濟依賴狀態之濫用」，雖然事業所具有之市場力量大小不同，惟兩者卻並列為該法所管制之所謂「市場控制地位之濫用」（分別為相對與絕對市場控制地位之濫用）。依同條第二項之規定，合於前項行為主體之資格者，「尤其」不得為拒賣、搭售、交易條件之歧視或因交易相對人拒絕接受不當交易條件而斷絕與其既存之交易關係等濫用行為。何之邁，前揭註十六，第 683 頁。

¹⁴⁰ 何之邁，前揭註，第 544 頁以下。

兩者。前者之違法性主要表現在行為本身具有違反商業倫理之不法內涵，而後者之違法性則不在於行為本身之可非難性，而在於其減損了市場自由競爭之機能，故應考察行為人之市場地位與行為所造成之市場效果。公平法第十九條之各款中，原則上第一、三、四、五款違法性之判斷屬於前者，而第二、六款則屬於後者。惟市場不法與行為不法之區分，精確地說為一程度之問題(Maßfrage)，而非簡單之二分法或三分法，且其分類與某一款在性質上屬於限制競爭或不公平競爭，亦屬於不同之問題，不應混為一談。¹⁴¹

從上述之說明，可知公平法第十九條之各款中，與依賴性理論之應用有直接之關係者，應為不法性之判斷上屬於「市場不法」之第二款與第六款，因為屬於「行為不法」之各款，其不法性之判斷雖然不能謂完全與行為人之市場地位無關，惟行為人是否居於獨、寡占或被依賴之優越市場地位，在違法之判斷上並無必要之關連性，故在法律之適用上，無須就其加以論斷。故以下僅就公平法第十九條第二款、第六款與依賴性理論之關係加以闡述。

(2) 依賴性理論與公平法第十九條第二款之關係

可能與依賴性理論發生最為密切之關係者，自為公平法第十九條第二

¹⁴¹ 一般認為第十九條之六款行為中，其性質屬於不公平競爭者，應依行為不法之標準判斷；性質屬於限制競爭者，則應依市場不法之標準判斷。其實，判斷某行為之實施有無妨礙公平競爭之虞時，究應著重其行為不法或市場不法，與該行為係屬於不正競爭或限制競爭之行為類型，僅有大致相符之關係，而無絕對之關聯。故杯葛之行為不法色彩與差別待遇之市場不法色彩屬於較重，惟以德國法為例，兩者卻在不公平競爭法與限制競爭法中均受到規範；而公平法第十九條第四款在性質上無疑屬於限制競爭法之規定，惟其行為所主要彰顯的卻又是行為不法之一面，因此兩者應分別以觀，不宜混淆。具體而言，公平法第一、二款同時屬於限制競爭與不正競爭法，屬於典型兩法域之交錯領域；第四、六款屬於限制競爭法；第三、五款則屬於不正競爭法。另一方面，在判斷有無限制競爭或妨礙公平競爭之虞時，第一、三、四、五款應強調行為不法、行為非價之判斷取向；而第二、六款則應以市場不法之標準加以判斷。從行為不法到市場不法，其為一高低不同程度之問題。換言之，行為不法之判斷，並非毫不考慮市場地位與效果等因素；對市場不法行為之違法認定，亦非毫無譴責該行為本身之意義，兩者之運用僅是程度與偏重之不同。例如杯葛之發起人通常也必須具有一定市場地位，才能使其杯葛之呼籲發生作用；第十九條第四款以不正當方法組成之聯合行為亦必須超過「微小不罰」之市場佔有率，足以影響市場功能始可。請參閱吳秀明，避難到不公平競爭的聯合行為管制，載於：吳秀明、蕭文生、單驥、羅昌發，聯合行為構成要件之研究——同業公會聯合行為處分主體及公平法第十四條與第十九條第四款之適用關係，公平會八十七年度合作研究計畫六，民國八十七年五月，第94、95、102、103頁。

款。此點從德國法其絕大部份之相關案例均為有關差別待遇，即可得到印證。在此首先必須瞭解，我國與德國之法律關於差別待遇因規範架構之不同，以致於依賴性理論所扣緊之判斷步驟與要件環節，均會因其定位之不同而相異。於此本文直接進入我國法，探討依賴性理論在公平法第十九條第二款之下，有何種運用之空間。

依我國公平法對差別待遇之規定，可分為三階段式之規範構造：1、對不同事業為差別待遇之行為，2、無正當理由，3、有限制競爭或妨礙公平競爭之虞。此一考察，應於第三階段進行「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」的判斷時為之。惟此階段之判斷，在於綜合考察差別待遇對於市場競爭所造成之衝擊與影響，以決定其是否違法。行為人之市場地位，僅是判斷時作為參考的其中一項（重要）因素。是否有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，須整體觀察產品與該產業之特性、行為人差別待遇之意圖、目的、其市場地位、所屬市場結構與該行為所可能造成的各種市場效果等，作經濟與法律事實之分析，始可決定差別待遇對於市場機能之影響程度¹⁴²。故事業之間具有依賴性，可作為差別待遇「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」的重要徵兆與構成理由。惟其非唯一之判斷標準，自不待言¹⁴³。

在進行第三階段之判斷時，從差別待遇之本質與比較法之觀察可得知，「行為人之市場地位」為一項很重要之關鍵決定因素。因此我們似乎可以將第三階段之判斷再分成兩個步驟：1、行為人市場地位之判斷與 2、其他限制競爭或妨礙公平競爭因素之判斷。在「步驟 1」當中，僅先透過對於行為人市場力之測定，就其市場地位之大小做評估，符合所要求之市場地位者，始進入「步驟 2」之判斷，其市場力未達所要求之標準者，則直接認為無限制競爭或妨礙公平競爭之虞，不構成違法。第一步驟僅在於測定差別待遇事業市場力量之大小，至於其市場地位之運用對於市場競爭之影響如何，仍須經過「步驟 2」中「其他實質違法因素」之判斷，始能最後確定。在第二步驟中，則應就市場地位之運用對於市場競爭所產生之影響、產品與該產業之特性、行為人差別待遇之意圖、目的、其所屬之市場結構與其他之各種市場效果等綜合研判。

在第一步驟關於市場力之判斷，又可考慮下列兩種不同之判斷模式：第一種模式是從市場力最大之事業（獨占）往下數，用積極列舉、正面表列之方式，舉出足以構成違法差別待遇的事業群，並將非屬於此範疇之事

¹⁴² 公平法施行細則第二十四條第二項之判斷標準在此可加以參考。

¹⁴³ 德國法之下亦須另外從事「利益衡量」，非僅以依賴性之成立為以足。

業排除於差別待遇禁止規定適用範圍之外。這是比較德國式的作法，其與德國法先審查行為人是否屬於其「規範對象」(Normadressaten)，有類似之旨趣。德國法所規定之差別待遇行為主體：支配市場事業、許可之卡特爾、合法從事轉售價格維持之事業（我國則無）與被依賴之「市場強勢事業」等，可作為參考。如果在此處欲另外加入市場佔有率之標準，則目前實務上對於公平法第十九條之最低市場地位要求—10%之市場佔有率，在此似可適度提高。因為此一模式為積極指出構成違法差別待遇之行為主體，為此，事業雖然不必到達獨占之程度，惟通常其須具有一定之市場地位（10%之市場佔有率一般尚不足夠），差別待遇始足以影響市場競爭機能，應可肯定（否則市場上仍有其他足夠之選擇，無須制裁差別待遇）。惟另一方面，行為人之市場佔有率在此一標準以下者，於構成依賴性時仍可作為差別待遇之行為主體，自不待言。

第二種模式，則是反向地從下往上數，較寬鬆地設立行為人所必須具有市場地位之底線或門檻，例如以市場佔有率為標準，凡高於目前實務上對於公平法第十九條之最低門檻要求—10%之市場佔有率者，均列為可能構成違法差別待遇之行為人，而進行後續之審查。¹⁴⁴

依賴性理論在上述第一種模式中，自然具有充分的運用空間，如我國願意接受此種模式，則可考慮採用此一理論，以其作為判斷構成差別待遇行為主體所需市場地位之一項認定標準。在第二種模式中，10%之市場佔有率在於設定一個「微小不罰」之低標準門檻，同時以一種操作上較為簡易之方法進行初步之篩選，先排除不太可能構成違法差別待遇之事業，再就所餘之事業進行實質妨礙競爭與否之認定。因此此模式之目的不在於積極劃定對於競爭較有可能造成妨礙之差別待遇行為人之範圍，其遂與依賴性理論之旨趣略有出入。換言之，依賴性理論之建立，其目的本不在於僅設定管制之最低門檻，而在於直接明確指出不得實施無正當理由差別待遇

¹⁴⁴ 其實，第一種模式在篩選行為人之時，已經含有若干實質違法判斷之成分。亦即行為人如名列其中，已經代表其差別待遇屬於妨礙市場競爭危險性較高之一群，故其已經分擔了第二步驟若干之判斷功能。而第二種模式僅排除幾無可能構成差別待遇之行為人，其餘是否妨礙競爭之實質違法事項係委由第二步驟進行判斷，由其主司其責。而此種模式因為在第一步驟中，僅大略篩檢掉不致違法之小規模事業，原則上不進行是否有妨礙市場競爭之實質認定，故在進行第二步驟時，仍須就行為人之市場地位大小及其地位之運用有無可能造成實質上競爭之妨礙進行考察。上述之分析顯示，無論是否採取設定低度管制門檻之模式（即無論模式一或模式二），行為人市場地位之判斷（第一步驟）與其他實質限制競爭或妨礙公平競爭因素之判斷（第二步驟），在功能分配上無法完全免除有若干重疊或相互支援之情形。惟此一其情形應尚不致造成違法判斷之困難，且其操作之便利性亦不容抹煞，故實務上仍可考慮採用。

的一種事業與市場力量之型態。且依賴性與相對市場力量之成立，基本上是事業間互動之結果，而非取決於一固定之市場佔有率，故認定時須在個案中作各別的判斷。此種判斷時「個案關連性」很明顯的特色，與第二種模式係以一項較為簡易之操作方法先普遍性地大略排除無違法嫌疑之事業的本旨，自未盡相合。故原則上依賴性理論乃較適合於在第一種模式中適用。惟從前述案例（如 *Rossignol* 一案）可知，被依賴事業之市場佔有率有低於 10% 之可能，為避免遺漏若干市場佔有率低於 10% 卻具有相對市場力量之事業的法律管制，則不妨以依賴性理論補充市場佔有率之門檻標準（作為其但書），以彌補其漏洞。此時門檻之內容可例如設定為「差別待遇行為人之市場佔有率低於 10% 者，無限制競爭或妨礙公平競爭之虞，但被差別待遇與實施差別待遇之事業間具有依賴性者不在此限」。

依賴性之認定在第一種模式中，僅發生於第一步驟行為人市場地位之判斷，而無庸在第二步驟中對於依賴性之是否成立再加以認定。此步驟中僅須對於事業運用其相對市場力量之行為對於競爭所造成之實質影響，以及一切其他實質限制市場競爭之因素，從事評估與衡量。至於在第二種模式中，依賴性之認定亦僅須從事一次，惟其在兩步驟中均有從事之可能：在第一步驟之適用可能，是發生在行為人之市場佔有率低於 10%，卻為他事業所依賴之情形，以改善門檻規定之僵固性；在第二步驟中其適用之可能，則是發生在被依賴之事業其市場佔有率高於 10% 之情形。此時行為人之市場佔有率雖高於門檻標準，惟其市場地位是否足以造成限制競爭或妨礙公平競爭之效果，仍有待進一步之認定。從事此一判斷之時，當事人間是否具有所謂之「依賴性」，可作為認定標準之一，故有視情形進行依賴性之認定的必要。

總之，依賴性理論在公平法第十九條第二款下，具有相當充分之運用空間，執法機關可視我國在競爭政策上對於規範相對市場力量之立場與態度如何，而採不同之模式管制之，以進一步維護我國市場之競爭。

(3) 依賴性理論與公平法第十九條第六款之關係

關於兩者關係之基本問題，不外乎具有相對市場優勢地位之事業如為公平法第十九條第六款之搭售、獨家交易、地域、顧客或使用限制以及其他限制事業活動之行為時¹⁴⁵，公平法應否管制？如何管制？

前一問題，本文在稍早已說明，公平法第十九條之各款中，涉及依賴

¹⁴⁵ 參考公平法施行細則第二十四條第一項。

性理論之款目，並不限於該條第二款，而應包括第六款。換言之，相對市場力量之濫用如果不是差別待遇，而是藉其力量從事該條第六款所規定之各種行為，且足以妨礙或減損市場競爭之機能者，本文認為公平法亦應加以管制。蓋兩者皆為市場力量之濫用，皆有損於市場機能，在法律之管制立場上實不應厚此而薄比也。

關於第二個問題，本文認為依賴性理論之運用，並無須改變公平法第十九條第六款既有之適用方式。依賴性理論只需在依據公平法施行細則第二十四條第二項判斷該款所稱之限制是否「不正當」，而綜合各因素加以審查時，納入考量即可。尤其該項規定有明文提到「市場地位」，更可作為依賴性理論切入之著力點。質言之，我們可以透過主張可能構成違法不當交易限制之所謂「市場地位」，除獨占、寡占等絕對之市場支配地位以外，仍可包括相對之市場優勢地位，而將依賴性理論運用在該款規定之中。惟此時事業之相對市場優勢地位，亦僅是其中一項之違法判斷因素，又不待言。

依賴性理論除可以輔助判斷公平法第十九條第六款之行為是否違法外，此兩者實具有相當密切之關係。一方面，從前文之介紹可知，許多依賴關係之成立，是雙方當事人之間長久以來一直存在獨家交易安排或其他交易活動限制的結果。例如：在「對於特定事業之依賴性」之類型中"BMW-Direkthändler"一案。又在「Asbach Uralt 烈酒案」行為人限制獲得額外 5%折扣之批發商僅能供貨給餐飲業者。¹⁴⁶另一方面，一旦雙方形成依賴關係之後，此一事實又會反過來影響獨家交易安排或其他限制行為之合法性，故兩者常交互影響。

4、 依賴性理論與公平法第二十四條

本文最後欲說明者，為依賴性理論與公平法第二十四條之關係。依賴性理論如欲運用於公平法第二十四條，應先解決一前提問題，即公平法第二十四條是作為公平法第三章（不公平競爭）之規定中具有不正競爭(unlauterer Wettbewerb)性質者之概括規定、或是第三章所有條文之概括規定、抑或是包括第三章與第二章（即整部公平法）之概括規定。蓋如果主張第一種見解，則公平法第二十四條中即不應考慮無法構成公平法第十九條第六款卻足以影響交易秩序之顯失公平行為。只有第二種或第三種見解下，才能考慮上述問題。究竟何種見解為當，涉及公平法第二十四條規範功能之定位問題，其茲事體大，也尚有爭論，本文在此無法就此一問題進

¹⁴⁶ 參閱前文「參、一、(二)、2、(2)」與「參、三、(一)」。

行深入之討論。惟公平會則是站在較為廣義理解該條規定之立場，而支持第三說¹⁴⁷。

如果我們採取同一立場，則依賴性理論於公平法第二十四條中，亦有其適用之餘地。首先，具有相對之市場力量，又濫用此一力量之行為，在概念上已經可以與「顯失公平」遙相呼應。而在法律之適用上，如雙方當事人之間構成依賴關係，且其濫用之行為不合於公平法第十九條第二、六款之其他構成要件，但依個案情況之判斷，其行為構成顯失公平且足以影響交易秩序時，便有違反第二十四條之可能。此時，依賴性理論即可謂有運用之空間。至於事業之市場力量未達相對市場優勢地位，惟其行為有顯失公平且足以影響交易秩序者，自仍有公平法第二十四條之適用。

¹⁴⁷ 參考「公平交易法第二十四條之適用原則」，搜錄於行政院公平交易委員會編，公平交易法相關行為處理原則，增訂二版，民國八十六年十二月，第 35 頁以下。

參考文獻

- 1.公平交易委員會，公平交易法相關行為處理原則，民國八十五年二月。
- 2.何之邁，法國競爭法新探——八六～一二四三號命令之研究，收錄於：氏著，公平交易法專論，民國八十二年十月初版。
- 3.吳秀明譯，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，公平交易季刊，第五卷第三期，民國八十六年十月，第 137-150 頁。
- 4.吳秀明、莊春發、單驥、許宗力，獨占事業濫用市場地位價格行為認定方法之研究，公平會八十六年合作研究計畫八，民國八十六年六月。
- 5.吳秀明、蕭文生、單驥、羅昌發，聯合行為構成要件之研究——同業公會聯合行為處分主體及公平法第十四條與第十九條第四款之適用關係，公平會八十七年度合作研究計畫六，民國八十七年五月。
- 6.林易典，中小企業聯合於公平交易法之探討，國立政治大學法律研究所碩士論文，民國八十七年六月。
- 7.莊春發，論市場範圍之界定，中興大學法商學報，第二十六期，民國八十一年，第 105-146 頁。
- 8.翁岳生編，行政法，民國八十七年。
- 9.陳敏，行政法總論，民國八十七年五月初版。
10. Van Bael / J. Bellis, Competition Law of the European Community, 3. ed., 1994.
11. Bauer, Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach §26 Abs.2 Satz 2 GWB, BB 1974, S.1589ff.
12. Bechtold, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1993.
13. Belke, Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973, Teil 1: Grundlagen, ZHR 138 (1974), S.227ff. .
14. Bundesgesetzblatt, 1998, Teil I, S. 2512 ff. .
15. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1978, BTDrucks. 8/2980, S.34ff. .
16. Emmerich, Fälle zum Wahlfach Wettbewerbsrecht, 3.Aufl., 1990.
17. Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., 1994.
18. Fischötter, Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach §26 Abs.2 GWB, WuW 1974, S.379ff..
19. Glassen / von Hahn / Kersten / Kolvenbach(Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Gesetz

- gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. , 1993 ff. .
20. Kilian, Diskriminierungsverbot und Kontraerungszwang für Markenartikelhersteller, ZHR 1978, S.453ff.
 21. Koller, Der Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsvebot, Stuttgart 1972.
 22. Köhler, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979.
 23. Kroitzsch, Zum Begriff der Abhängigkeit im Sinne des §26 Abs.2 Satz 2 GWB – Zum Urteil des Bundesgerichtshofs im Fall “Rossignol”, GRUR 1976, S.182ff. .
 24. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983 .
 25. Loewenheim / Belke(Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbs-beschränkungen, 4. Aufl. , 1977 ff. .
 26. Lukes, Die Problematik der umfassenden Interessenabwägung in §26 Abs. 2 GWB, BB 1986, S. 2074ff. .
 27. Lübbert, Anwendung des Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, BB 1976, S.240ff. .
 28. Immenga / Mestmäker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. , 1992.
 29. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Aufl., 1994.
 30. Monopolkommission, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des GWB, Sondergutachten 7, 1977.
 31. Möschel, Recht dre Wettbewerbsbeschränkungen, 1983.
 32. Müller / Gießler / Scholz, Wirtschaftskommentar, 4.Aufl., 1981.
 33. Rasch, Marktbeherrschung, Marktmacht, und Diskriminierungs-verbot, BB 1974, S.1272ff. .
 34. Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des GWB, BTDrucks. 11/4610, abgedruckt in WuW 1989, 209, 221.
 35. Sack, Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungs-verbots, GRUR 1975, S.511ff..
 36. Schmidt, I. , US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, 1973.
 37. Schmitz, Preisunterbietung als Problem des GWB, WuW, 1992, S.213ff. .
 38. Langen / Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Aufl., 1994.
 39. P. Ulmer, Die Anwendung des erweiterten Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, BB 1975, S.661ff. .