

公平交易法獨占地位濫用規範之省思與革新

黃銘傑*

目次

- 一、前言
- 二、獨占地位定義之問題點
 - (一) 獨占定義本身之問題
 - (二) (非) 獨占地位推定規定之問題
 - 1. 反面否定之規範方式與市場占有率門檻之設定
 - 2. 依據市場占有率及年度營業額之反面否定及其再度否定
- 三、共同獨占規範之必要性
 - (一) 公平交易法第7條第2項規定本身內涵之問題點
 - (二) 我國現行實務運作解決寡占市場競爭問題之執法方式
- 四、欠缺對市場效果要件所引發之誤解
- 五、濫用行為類型化之問題點及其與公平法第20條間之規範關係
 - (一) 「濫用」之概念及其類型化
 - (二) 現行公平交易法第9條與第19條、第20條間之規範關係
- 六、結語

* 國立臺灣大學法律學院教授

中文摘要

本文認為，公平法獨占地位濫用規範經過30年的實務運作，出現不少缺失，而有必要加以修正，其正本清源之道當是重新省思公平法獨占地位濫用規範條文可能蘊藏之問題點，進而加以修正。本文於檢討公平法現行獨占地位濫用規範條文及實務運作缺失後，提出公平法未來獨占地位濫用規範應有修正方向及內容：（1）公平法第7條第1項之「獨占」，應更名為「市場支配」，並仿效歐盟法院針對一般市場支配地位之認知或德國限制競爭防止法第18條第1項規定之類型化作法，闡明「市場支配」概念之內涵。（2）公平法第8條第1項應修正為：「一事業於相關市場之占有率達百分之四十以上者，推定為獨占（市場支配）事業。」（3）公平法第8條第2項、第3項規定，應予刪除。（4）公平法第7條第2項、第8條第1項第2款、第3款等規定，應予刪除。（5）公平法第9條規定本文應加入類似聯合行為規範的對市場效果要件，而修正為：「獨占事業因下列各款行為之一，而足以影響生產、商品交易或服務供需之其所處或其他相關市場功能者，不得為之。」（6）公平法第9條未來應修正如下：「獨占事業不得當濫用其獨占地位，致影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。（第一項）前項所稱濫用獨占地位者，包含下列各款行為：一、排他性或獨家交易。二、搭售或綑綁。三、掠奪性行為。四、拒絕交易。五、差別待遇。（第二項）」（7）公平法第19條、第20條規定，應予刪除。本文最後綜整上述建議後，提出具體的修正條文內容。

一、前言

在公平交易法（以下簡稱「公平法」）施行10週年的學術研討會中，吳秀明教授於將公平法獨占地位濫用規範依其定性分類為阻礙濫用管制及榨取濫用管制後，針對公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）第1個10年的阻礙濫用管制執法成效，如此闡述：「觀諸競爭法先進國家對於阻礙濫用之理論實務，獨占事業阻礙濫用之型態甚為豐富，判斷標準亦較為精緻穩妥。我國獨占管制之案例有限，經驗尚淺，對於各種阻礙濫用究竟應採取何種判斷原則，至今尚未明確，應積極努力建立一套周全之認定標準。」¹而對於同期間的榨取濫用管制執法，則有如下評析：「總結我國十年來之榨取濫用管制，我們發現榨取濫用屬於我國獨占管制案件之大宗。．．．此一現象與其他國家之獨占管制係以阻礙濫用之監督為主的情形，卻有明顯之區別，不失為我國之特色。獨占管制一般宜以阻礙濫用之監督為主，榨取濫用之管制，如獨占性定價之管制等，因為在競爭政策上較有爭議，故不宜輕易發動。而我國執法機關在第一個十年，

¹ 吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，379（2004）。

似乎卻以榨取濫用作為獨占管制之重點，執法之大方向上有無偏差，值得思考。」²的確，當絕大多數國家鑑於過高價格等榨取濫用規範在競爭法整體規範上之特異性，而將其執法列為不得已的「最後手段」（last resort）時³，以其為獨占地位濫用規範執法的大宗或常態之作法，不無商榷餘地。

在公平法施行20週年之學術研討會中，陳志民教授利用經濟分析手法，從執法的錯誤成本（error cost）觀點出發，探討獨占地位濫用規範應有的執法方向及原理⁴。就此，陳教授於文章中指出：「就反托拉斯法執法的整體趨勢來看，『錯誤制裁』出現的機率仍可能高於『錯誤縱放』。主要理由在於，許多被歸類為具排除競爭效果之市場力濫用行為，也可能是經常出現在競爭法中之合法行為．．．當我們把執法錯誤的成本也列入考量後，預設規則，則應朝向『特定意圖檢視』原則來調整。」⁵所謂「特定意圖檢視」原則，係指：「主管機關或原告，須能證明獨占者有排除競爭對手之主觀意圖，始能主張其違法。此一字面意義看似相當接近典型法律分析之檢視方法；但在現代競爭法的實踐過程中，已改以『理性』、『追求利潤極大』等經濟分析前提思維為基礎，判斷獨占者之行為是否符合經濟理性，來反推其排除競爭意圖的存在與否。」⁶

在檢討過相關獨占地位濫用案例後，陳教授認為：不少案例「涉及到公平交易法介入判斷獨占事業價格合理性的爭議。對此，公平會向來並無一致性之分析架構，用以判斷於何種市場與產業條件下，競爭機關得合理化其認定事業價格已屬『超額定價』而應被禁止之處分．．．公平會的論理方式，過於側重於從垂直面交易關係特徵，推論行為之排除競爭效果．．．在『超額利潤』類型的案例中，公平會往往並未就超額利潤與排除市場既有或潛在競爭的關連性，遑論利潤是否是獨占者回收創新投資所必須等議題，有較深入的論述。同樣的，在構成不公平『競爭負擔』的案例類型中，對於行為的增加市場產出效果（如差別取價），最終消費者享受低價或折扣利益等有利獨占者之因素，也往往在分析過程中被忽略了。」⁷在此種以「垂直面交易關係特徵，推論行為之排除競爭效果」或「最終消費者享受低價或折扣利益等．．．被忽略」的執法態度及手法下，或許可以推知，公平會當時的獨占地位濫用規範之執法，存在著諸多「錯誤制裁」的疑慮，既未深入析論各該行為的限制競爭效果有無或多

² 同上註，363。

³ OECD Competition Committee, Excessive Pricing 9-10 (2011)。

⁴ 陳志民，「公平交易法關於濫用獨占力規定之執法檢討與展望」，收錄於：公平交易委員會，公平交易法施行20週年—回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，自版，74-106（2012）。

⁵ 同上註，91。

⁶ 同上註，84。

⁷ 同上註，82-83。

寡、亦完全漠視事業的「理性」意圖及行為，吳秀明教授前所建議應「**建立一套周全之認定標準**」，在陳教授「**公平會向來並無一致性之分析架構**」的指摘下，依舊是遙不可及。

其後的公平會關於獨占地位濫用規範的執法，是否有所進展？答案似乎仍是令人沮喪的！在2017年著名的美商高通公司濫用獨占地位一案處分中⁸，2位公平會委員對系爭處分提出不同意見書。其中，魏杏芳委員的不同意見書認為：「**本案決定的內容恰反映出本會採取了完全『形式』的審查觀點，偏重被處分人與其競爭者間得失的比較，極少論及被處分人現行商業模式的變與不變，究竟會對消費者福利產生何種影響……由於處分書的析論偏向在形式上確立系爭行為的存在，並未進一步考量被處分人可能的抗辯（例如必要性、效率、有利終端消費者等），也未綜合評估系爭行為對同業、下游業者及終端消費者短期與長期利益可能的影響，使得公平會在適用公平法第9條第1款時，實質上等同採取了『當然違法』的立場，這與我國禁止獨占濫用規範的立法意旨與歐美競爭法執行趨勢是否一致，令人高度存疑……這顯示本處分的指摘是基於『形式』，而非本於合理分析得到的結論，似乎只要確認有可名之為獨家交易、忠誠折扣等作法存在並由獨占廠商實施，就是『不公平』的阻礙競爭了，形同依行為的類型決定其法律效果，實已認定系爭行為屬於『當然違反』的態樣。」**

洪財隆委員的不同意見書則指出：「**如果沒有經過仔細評估與分析過程（包含商業慣例或交易成本等市場效率角度），而在認定高通於晶片等相關市場具有市場獨占地位之後，就直接判定高通的專利授權模式為『不公平且直接或間接阻礙他業者參與競爭』，並合致公平法第9條第1款的構成要件，顯然犯了『套套邏輯』（tautology）或『循環論證』的謬誤，一如本處分書所為……高通被指控的這些『限制措施』究竟有無反競爭效果？例如造成價格上升、產品下降或排除既有或潛在競爭對手等；緊接著必須查明，和高通有關的這些限制措施是否都和效率或促進競爭無關？總的來說，如果高通的這些『限制措施』具有反競爭效果且無關乎效率，才足以直接判定高通違法。」**

由此或可窺知，陳志民教授前所指出以「**垂直面交易關係特徵，推論行為之排除競爭效果**」、忽視經濟理性分析等往往可能引發「**錯誤制裁**」的問題，於其後的執法過程中，似乎尚未受到充分、有效的重視及解決。在公平法施行邁向而立之年，對於案件量不多但其執法卻時而引發爭議、甚至是公平會本身內部爭議的獨占地位濫用規範，或許吾人檢討的視角可以從其法律執行抽離，直接正視、回歸到其規範內容本身。本文認為，或許是因為現行公平法獨占地位濫用規範條文內容及用語本身，存在著諸多問題點及盲點，特別是欠缺如同聯合行為規範之「**足以影響生產、商品交易或**

⁸ 公平會（106）公處字第106094號處分書。

服務供需之市場功能」之對市場效果的構成要件，致使公平會執法態度及手法因此出現偏差；正本清源之道或在於探討是否可能藉由條文規定內容的修正，促使其法律執行依循一般競爭法執法原理為之，降低錯誤執法成本及機率。於此思維下，本文以下，將針對其獨占定義的問題點、共同獨占規範的必要性、欠缺對市場效果要件所引發之誤解、濫用行為類型化或分類之合理性及其與公平法第20條垂直交易限制規範之關係等問題，加以闡述，最後並提出未來可有的改革方向及內容。

二、獨占地位定義之問題點

（一）獨占定義本身之問題

公平法第7條第1項將獨占定義為：「**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。**」並於同法施行細則第3條規定，獨占之認定應審酌下列各款事項：「**一、事業在相關市場之占有率。二、考量時間、空間等因素下，商品或服務在相關市場變化中之替代可能性。三、事業影響相關市場價格之能力。四、他事業加入相關市場有無不易克服之困難。五、商品或服務之輸入、輸出情形。**」此等獨占地位認定因素，大致與其他國家競爭法制相同，可資肯定。惟第7條第1項獨占定義本身，值得商榷。

原本，獨占本身就是一種地位、一種狀態問題；因此當公平法第7條第1項前段以「**事業在相關市場處於無競爭狀態**」認定獨占時，並無問題，亦接近經濟學上所稱「**只此一家，無近似替代品**」⁹之獨占概念。問題在於，何謂「**具有壓倒性地位，可排除競爭之能力**」？此一問題，或許藉由歐洲聯盟（以下簡稱「歐盟」）競爭法實務運作之比較，可以更清楚得知其癥結所在。歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第102條禁止擁有市場「**支配地位**」（a dominant position）者，濫用其市場地位。依據歐盟法院（Court of Justice of the European Union）實務判決之見解，此種支配地位並不需要達到經濟學所稱「**只此一家，無近似替代品**」的獨占狀態，只要「**事業享有一定的經濟力量，令其於相當程度上得獨立或無視其競爭者、交易相對人、甚至最終消費者而自由行動，致使相關市場上之有效競爭無法被維持**」¹⁰時，即得認定市場支配地位的存在。由此可知，上開市場支配地位的存在，並不侷限於「**只此一家，無近似替代品**」的純粹獨占概念，而係著重於市場牽制、制衡

⁹ 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，經濟學—理論與實際（上冊），6版修訂，翰蘆圖書出版有限公司，336（2012）。

¹⁰ Case 27/76, *United Brands v. Commission*, 1978 E.C.R. 207, ¶65; Case 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission*, 1979 E.C.R. 461.

力量的有無，當相關市場上之競爭者、交易相對人、甚至最終消費者皆無法有效制衡或制約系爭事業的行動，令其於相當程度上得恣意、依循己意而提高價格、調節產量、設定交易條件時，即可認定市場支配地位的存在。

由此亦可窺知，歐盟競爭法上的市場支配地位並非是一種全有或全無的存在，而係一種類似光譜的連續狀態¹¹。光譜的最右端為經濟學上「**只此一家，無近似替代品**」的獨占概念，最左端可認為站立著上開歐盟法院所稱之一般市場支配地位，中間則還矗立著一般所謂的「準獨占」（quasi-monopoly）、「超級支配地位」（superdominance）或「壓倒性優勢支配地位」（overwhelming dominance verging on monopoly）之接近獨占的市場支配地位之概念¹²。因此，當公平法第7條第1項後段規定「**具有壓倒性地位，可排除競爭之能力**」，亦屬獨占時，究竟其所要求者是僅止於歐盟法院所稱一般市場支配地位，抑或是必須達到該法院所稱「準獨占」、「超級支配地位」或「壓倒性優勢支配地位」的程度？公平會出版的《認識公平交易法》一書，對於獨占地位概念如此說明：「**事業是否具有獨占力量，能否控制市場，應視其是否擁有『排除競爭之能力』而定，故甲事業即使在相關市場之占有率極高，但若其僅將價格作些微之提高，即會引進其他事業，如乙、丙、丁等參與競爭，或其他事業欲進入該市場經營並無特別之困難，則甲事業尚不能稱之為獨占事業。**」¹³

就此敘述內容以觀，似乎有意採行類似歐盟法院從牽制或制衡觀點出發，而衍生的一般市場支配地位概念。然而，就公平法第7條第1項後段之規範邏輯而言，並不是因為擁有「**可排除競爭之能力**」，從而使其享有「**壓倒性地位**」；而是因為系爭事業於相關市場上具有「**壓倒性地位**」，故可排除競爭。重點依舊在於，何謂「**壓倒性地位**」？倘若再從比較法觀點，加以檢討，則或可從德國限制競爭防止法第18條第1項規定，獲得一定啟發。依據德國限制競爭防止法第18條第1項規定，於下列情形，認定系爭事業擁有市場支配地位：「**1.並無競爭者。2.並未處於有效競爭。3.相較於其競爭者具有優越的市場地位。**」¹⁴對照於德國法該項規定，我國公平法第5條第1項後段

¹¹ Robert O'Donoghue QC & Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3rd ed., 253 (2020) .

¹² Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading, [2002] CAT 1, ¶21 9有如下敘述：「the special responsibility of a dominant undertaking is particularly onerous where it is a case of a quasimonopolist enjoying “dominance approaching monopoly”, “superdominance” or “overwhelming dominance verging on monopoly”」.

¹³ 公平交易委員會，*認識公平交易法*，19版，自版，39（2021）。

¹⁴ 本文有關德國限制競爭防止法之中文版翻譯，係採用林易典教授之版本，並適度加入作者之見解。該版本可自以下網址閱覽：<https://www.ftc.gov.tw/upload/05002827-c68c-4737-83bb-231a51a6b77e.pdf>，最後瀏覽日期：2022/08/06。

之「壓倒性地位」似乎更趨近於「並未處於有效競爭」之情形，而非僅是「相較於其競爭者具有優越的市場地位」，後者之優越市場地位，比較類似於歐盟法院一般市場支配地位之概念。倘若此種見解正確，則相較於歐盟或德國競爭法制，我國公平法關於獨占地位之認定，似乎過於嚴格；且對照於歐盟或德國競爭法使用「支配」一語，我國公平法的「獨占」用語本身，不無更支持趨向嚴格解釋、適用之方向。此種解釋適用方法，可能會導致不少對市場競爭秩序造成不當影響者，因無法於一開始就被認定為「獨占」事業，而無法適用公平法獨占地位濫用規範¹⁵。為避免此類不當情事發生，正本清源之道，或應修改現行公平法第7條第1項獨占概念之規定，直接採行歐盟或德國競爭法制之「市場支配地位」用語，並參考歐盟法院就一般市場支配地位之概念說明，或德國限制競爭防止法第18條第1項之三種類型化的規範方式。

建議一：公平法第7條第1項之「獨占」，應更名為「市場支配」¹⁶，並仿效歐盟法院針對一般市場支配地位之認知、或德國限制競爭防止法第18條第1項規定之類型化作法，闡明「市場支配」概念之內涵。

（二）（非）獨占地位推定規定之問題

1. 反面否定之規範方式與市場占有率門檻之設定

鑑於公平法第7條第1項獨占概念規定內容的抽象化，欠缺法律適用的安定性及可預測性，同法第8條遂以更為具體的規定內容，推定或不推定獨占地位的存在。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、**

¹⁵ 當然，公平會實務運作對於實質上應屬獨占事業，但因法律規定而無法認定為獨占事業者，可遁逃到現行公平法第20條、甚至第25條之一般條款等規定。有關於此，參照：吳秀明，前揭註1，364-372；陳志民，前揭註4，80-82。

¹⁶ 支持將「獨占」改為「市場支配」的另一個理由在於，過去我國學界曾針對現行公平法第9條第1款之阻礙他事業參與競爭之濫用獨占地位行為，認為其適用對象應限定於獨占事業所處之相關市場的阻礙濫用，抑或是包括其他相關市場的阻礙濫用，有所爭議。傳統上，美國反托拉斯法的獨占地位濫用（monopolization），多將其適用對象限定於獨占事業所處之相關市場；惟鑑於近年來數位經濟、平臺經濟高度發展所衍生的雙邊市場或多邊市場問題，若將獨占地位濫用規範適用對象僅限定於獨占事業所處相關市場，將無法有效規範獨占事業將於特定相關市場所擁有之獨占力，槓桿至其他相關市場、不當影響該市場之競爭秩序，從而有主張美國反托拉斯法之獨占地位濫用規範，應仿效歐盟之市場支配地位濫用規範的規範理念，容許濫用規範亦可適用至非獨占事業或市場支配事業所處的相關市場，期能有效規範雙邊市場及多邊市場所衍生的獨占或市場支配地位濫用問題。See e.g., Herbert Hovenkamp, “The Sherman Act and Abuse of Dominance in the Age of Networks,” Promarket (2021) <https://www.promarket.org/2021/12/20/sherman-act-abuse-dominance-europe-monopolization/>, last visited on date: 2022/08/18.

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。」本項規定的問題點在於，不僅其規定方式並非採取正面推定方式，而係以「不列入」用語採取反面的完全否定作法，不容許得舉反正加以推翻，致其規範喪失彈性；且其否定獨占地位存在的市場門檻，不無過高之嫌。特別是，倘若吾人認為我國公平法關於「獨占」概念之認知，應採行類似歐盟法院所稱一般市場支配地位的話，則現行公平法第8條第1項的反面否定之規範方式及高市場占有率門檻設定的問題點，就會更加凸顯出來。

蓋在以牽制或制衡觀點出發界定市場支配地位的規範方式下，牽制力或制衡力之有無，必須綜合考量各該相關市場的現有市場結構、潛在競爭等各種因素，加以判斷、認定。從而倘若對照於系爭相關市場結構，縱令市場占有率低於50%之事業，亦可無視其競爭者、交易相對人等之牽制或制衡，而於相當程度上可自由決定價格、產量時，則理當亦將此類事業認定為市場支配事業。在以正面推定（例如：「一事業於相關市場之占有率達二分之一，推定為市場支配事業。」）的規範方式下，該當推定並不排除市場占有率未達二分之一但實際上享有市場支配地位者，亦可依據採納本文建議一修正後的公平法第7條第1項認定為市場支配事業。惟現行公平法第8條第1項的反面否定之規定方式，完全否定此種規範的可能性，而使得實質上擁有市場支配地位者，因此而被否定其為市場支配事業的可能性。職是，此種欠缺規範彈性且衍生規範漏洞的規範方式，實不足採。

其次，在有關市場占有率門檻的設定上，歐盟執委會認為於相關市場擁有低於40%市場占有率之事業，通常不具有市場支配地位¹⁷；同時採取正面推定規範方式，將一事業之推定市場支配門檻，設定為40%，其規定內容如下：「**一事業如有至少百分之四十的市場占有率時，推定該事業係屬支配市場。**」惟對於此種正面推定，事業當然可以以其所處相關市場存在有效競爭、或者是相較於其競爭者其並不擁有優越的市場地位，加以推翻；但此種推翻推定的作法，如同上述，在現行公平法第8條第1項所採反面否定之規範方式下，並不存在。

無論如何，既然獨占或市場支配地位有無之認定，主要繫於公平法第7條第1項之規定內涵，則推定該種地位存在有無的規定，實無必要設定過高的市場占有率門檻！否則在特定市場結構下縱令低於50%市場占有率、但卻依舊可能擁有市場支配地位的

¹⁷ European Commission, “Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance),” O.J. (C 45), 24.2.2009, 7–20 (2009), para. 14: “The Commission considers that low market shares are generally a good proxy for the absence of substantial market power. The Commission's experience suggests that dominance is not likely if the undertaking's market share is below 40 % in the relevant market.”

事業，吾等無法以獨占地位或市場支配地位濫用規範繩之，此對其他被認定有獨占地位或市場支配地位者，即造成不公平的法律適用結果。於此認知下，本文認為，若在法律適用安定性、可預測性的考量下，有意針對獨占事業或市場支配事業規定出相關的推定規定，不應以缺乏規範彈性的反面否定方式，而應以正面推定為之；且既然是可以被推翻的推定，其推定之市場占有率的門檻設定，亦無須過高，德國現行限制競爭防止法第18條第4項規定內容，可資參考。至於公平法第8條第1項第2款、第3款之共同獨占或共同市場支配的推定規定，如同本文後述參之敘述，因本文主張未來應刪除共同獨占或共同市場支配之規範，故現行第8條第1項第2款、第3款之規定，亦應一併刪除。

建議二：公平法第8條第1項可修正為：「一事業於相關市場之占有率達百分之四十以上者，推定為獨占（市場支配）事業。」

2. 依據市場占有率及年度營業額之反面否定及其再度否定

現行公平法第8條第2項規定，縱使依據該條第1項規定而有被認定為獨占事業者，倘若「**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。**」其中，有關「個別事業於相關市場占有率未達十分之一」之反面否定規定，主要係針對共同獨占規範而設，如同後述三，本文既主張應刪除共同獨占規範，就此規定實無詳細討論之必要。現行公平法第8條第2項規定較有問題者則在於，其藉由年度營業額門檻，排除獨占事業之認定。

原本，獨占地位有無，屬於一種事實認定問題，倘若經過公平法施行細則第3條規定所列各款要素綜合判斷後，認定系爭事業擁有獨占地位，則該事業即屬於公平法上之獨占事業，不會因其年度營業額不高，就不是獨占事業。倘若因該事業之營業額不高，對整體經濟秩序健全運作或公共利益並不會產生有意義的影響，而無須動用公平會稀少的人力、物力資源加以取締、規範，則公平會理當可以藉由公平法第26條「**主管機關對於涉有違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。**」規定，以其行為並未發生「**危害公共利益之情事**」，而不予以立案、調查處理。此乃公平會身為行政機關所當然擁有的裁量權限，縱無公平法第26條規定，亦可於考量其本身資源限制的條件下，妥善利用其稀少資源、發揮最大的執法成效。

亦係於此思維下，歐盟執委會方訂定、公布其有關歐盟運作條約第102條的針對何種類型案件執法、執法優先順序為何之指引¹⁸；而美國聯邦交易委員會法第5條第2項亦對於此種案件選擇（case selection）裁量權提供法源依據。根據該項規定，美國

¹⁸ *Id.*

聯邦交易委員會不僅必須有理由相信不公平交易方法的存在，而且必須是在「**對此等行為之調查程序的進行符合公共利益的情況下**」，始進行調查處理程序。實則，美國聯邦最高法院早於1985年的*Heckler v. Chaney*¹⁹一案判決中，基於行政機關的專業、資源的稀少性及執法成效的有效發揮等觀點，肯定行政機關選擇案件執法的裁量權限，判決如此闡明：「**首先，行政機關所作出之不作為決定，通常牽涉到對諸多因素之複雜的利益衡量問題，而行政機關實為有關此等事項之專家。因此，行政機關不僅必須考量是否有違法行為的發生，亦必須針對就何種違法行為之取締方能使行政機關的資源達到最適當的運用、行政機關是否可以成功地制止違法行為、被請求之執法行動是否確切地符合行政機關的整體政策以及行政機關是否有充足的資源去進行此一取締行動等事項加以考量。於正確地排定執法之優先順序上，較諸法院，行政機關更有能力去衡量各種相關變數。．．．除上述行政管理問題外，吾人亦注意到，當行政機關拒絕作為時，其一般並未對私人的自由或財產加諸任何的強制力，從而也沒有觸犯到法院通常應加以保護之權利**」²⁰。

由上可知，縱令因系爭事業年度營業額不高，致對其執法缺乏實質的經濟意義與執法成效，而基於公共利益考量，決定不介入系爭案件、取締其獨占地位濫用行為。但此種行政機關不執法的決定，並非意味著系爭事業因此就不具有獨占地位，特別是如同上開美國聯邦最高法院判決所述「**當行政機關拒絕作為時，其一般並未對私人的自由或財產加諸任何的強制力，從而也沒有觸犯到法院通常應加以保護之權利**」；故，縱使公平會決定不介入系爭案件，但仍不排除系爭事業為獨占事業，因其濫用獨占地位而受害的私人，仍可以依據公平法第29條及第30條，請求法院介入、尋求民事救濟管道。然而，依據現行公平法第8條第2項規定，該當事實上獨占事業從一開始就被否定其為公平法上之獨占事業，因其濫用行為受害的一般人民，無法依據獨占地位濫用相關規定，尋求救濟。或有認為，反正若無法依據公平法獨占地位濫用相關規定尋求救濟，還有同法第20條可以遞補、遁逃，就救濟之實效性而言，當無差別。惟既然無所差別，為何要讓獨占變成不是獨占，徒然擾亂公平法規範理念及邏輯，令合理、理性之人不知其規範理念、邏輯之所在。

或許是鑑於此種否定、又否定的規範方式，於實務運作上可能發生不當結果，公平法遂於第8條3項規定出再度否定其前2項否定規定的條文。該項如是規定：「**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。**」本項規定，雖立意良善，但仔細閱讀其內容，卻覺得

¹⁹ 470 U.S. 821 (1985)。

²⁰ *Id.* at 831-832. 上述翻譯，係引述自：黃銘傑，「論公平交易法上之檢舉與公平交易委員會的不作為」，人文及社會科學集刊，第10卷第3期，428-429（1998）。

相當荒謬。倘若僅是基於「法令、技術」問題而訂出此種再度否定規定，則或可將其解讀為係為解決法定獨占或因專利權等存在導致的市場進入障礙，尚可推敲其立法目的所在。然而，當所謂「**其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事**」，亦成為此種再度否定的事由時，則不得不令讀者精神錯亂了！公平法第7條第1項不就是以其擁有可排除競爭之能力，而認定其屬獨占事業嗎？結果擁有該種排除競爭能力的獨占事業，先因其市場率或年度營業額未達一定門檻或標準，被否定其「獨占」地位，之後又因其擁有本就擁有的排除競爭之能力，而敗部復活被認定為獨占事業。此種規範邏輯及方式，實令人瞠目結舌，亦幾乎未見有其他國家競爭法制有類似之規範設計。

實則，若能回歸公平法第7條第1項規範之初衷，正視獨占之所以為獨占之緣由所在，則充其量僅是為法律解釋適用的安定性、可預測性，而增加類似本文建議二之正面推定規範，而其他有關獨占地位或市場支配地位有無之判斷及認定，理當皆回歸類似公平法施行細則第3條之各種綜合因素的考量作法，而非使用否定、又否定、再度否定的光怪陸離規範方式。即使事業年度營業額不高，但對其所處相關市場的競爭者、交易相對人及最終消費者而言，其依舊是獨占事業、依舊可以濫用其獨占地位，其影響程度或有差距，但行為本質與於全國地理區域擁有獨占地位之事業並無差別。而縱使因為所謂法令、技術限制，導致市場進入困難，倘若相關事業於系爭相關市場本就不具有獨占或市場支配地位，則理當不會因公平法第8條第3項再度否定規定的存在，就變成獨占事業；相反地，倘若系爭事業因法令、技術限制而於相關市場擁有獨占或市場支配地位，則直接回歸第7條第1項規範之初衷即可，實無需先否定、再度否定而認定其擁有獨占或市場支配地位。於此認知下，現行公平法第8條第2項、第3項規定，不僅是多此一舉！且從公平法規範理念、目的及邏輯而言，實屬不必要的存在，而有必要予以廢止。

建議三：現行公平法第8條第2項、第3項規定，應予刪除。

三、共同獨占規範之必要性

(一) 公平交易法第7條第2項規定本身內涵之問題點

現行公平法第7條第2項規定：「**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，視為獨占。**」本項規定即一般所稱之共同獨占（shared monopoly）或共同支配（collective or joint dominance）規範²¹，自公平法1991

²¹ See generally Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law*, Edward Elgar Publishing (2013).

年制定伊始，本項規定即已存在，其立法理由謂：「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控制支配）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。」整個公平法立法過程中，除上述立法理由說明外，幾乎未有針對該項規定發言或討論者²²。若僅就上開立法理由以觀，姑且不論其所謂參考韓國、美國立法例，是否真的存在；若其所謂，寡占市場之事業不為價格競爭而有藉由價格領導方式操縱市場一事為真，則藉由本項規定將此等寡占事業視為獨占事業，是否就可以解決其所謂寡占市場上的價格領導問題？答案似乎是，否定的！

蓋公平法既不認為獨占本身就是違法，而是禁止濫用獨占地位；則同樣地，寡占事業縱令被認定為獨占事業，亦非因此當然違法，尚須該等寡占事業從事濫用行為、發生限制競爭效果，方得認定其違法。所謂價格領導行為，是否即屬於濫用獨占地位，不無疑問。正如同論者所言：當寡占市場上存在較為強勢的價格領導者時，「比較弱勢的企業將必須以市場領導者的行為做指標．．．一件由市場結構所導致的單純事實上平行行為，在法律秩序上必須加以接納。因為競爭法並不能夠照顧新的競爭者，也不能強迫企業從事經濟上不理性的行為。」²³若此，倘若價格領導模式中的價格跟隨乃是一種經濟理性行為，則價格領導行為本身即難遽然評價為違法，除非競爭法執法機關願意動用屬於最後手段的過高價格之榨取濫用規定²⁴，否則實難能合法且合理管制此類在大多數國家競爭法制皆肯定其屬合法平行行為類型的價格領導及其跟隨行為。即使我國公平會於各國競爭法主管機關中，算是對於過高價格的榨取濫用規範執法較為積極者，惟迄今為止，尚未見有利用本項規定管制其所謂價格領導行為之案例。

就公平法第7條第2項規定本身而言，似乎一開始就有先天不良的內在要素。二以上事業得以成立共同獨占或共同支配者，必須同時滿足內部關係及對外關係。首先，就內部關係，依公平法第7條第2項規定，乃是指寡占事業彼此間「實際上不為價格之競爭」；惟正如同公平法第4條「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之

²² 立法院秘書處編印，法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案，初版，自版（1992）。

²³ 石世豪譯，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，140（1997）。廖義男教授亦有幾乎相同的敘述，而謂：「在寡占市場上，若一事業有率先調整價格之行為，其他事業亦常跟隨作相同或相近幅度之調整價格，此種現象被稱為『價格領導或跟隨行為』或『有意識之平行行為』，法律上認為其乃寡占市場之競爭結構使事業須作如此之理性反應，並不認為違法。」參照廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司，196（2021）。

²⁴ 參照前揭註2-3以及其所引註之本文內容敘述。

價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」所示，事業間之競爭要素除價格外，尚有其他數量、品質、服務或交易條件之競爭，寡占事業間縱使不存在價格競爭，亦不排除其間存在品質或服務等之競爭。特別是最近數位平臺、社群網路等，競相提供消費者免費服務，價格不再是其競爭要素或變數，於此發展情勢下繼續將價格競爭有無作為共同獨占成立有無的認定要素，實無意義²⁵。

其次，當寡占事業滿足第7條第2項規定而被認定為共同獨占事業後，究竟是其中個別事業本身即屬於公平法所稱「獨占」事業，抑或是所有事業整體方成立一個「獨占」事業？對照公平法第8條第2項「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。」之規定，似乎意涵著各個事業都將各自成立「獨占」事業，其行為各自受公平法第9條各款規定所規範。再者，公平會出版的《認識公平交易法》一書，有下列敘述：「由於公平交易法所定義之獨占，尚包括2家以上不為價格競爭，且具壓倒性地位，可排除競爭之能力之事業，因此公平會在認定相關市場之獨占事業時，並不以1家事業為限」²⁶，其敘述似乎意味著，各個「寡占」事業皆將各自因此而成為「獨占」事業，而非其整體方構成一個「獨占」事業。

然而，姑且不論其因何種內部關係而成立共同獨占地位²⁷，既然因為是寡占事業整體方構成「獨占事業」，於其濫用行為之規範上，理應遵守此種整體性原則，而不能於以整體性認定其「獨占」地位後，立即將渠等彼此間加以切割，以其各自行為論斷公平法第9條各款規定該當之有無。從而就法理而言，共同獨占或共同市場支配之複數事業，應是其整體共同對外實施滿足公平法第9條各款行為，方該當於該條各款禁止規定，而非其中一家任何事業依憑己意所為，即該當於公平法第9條各款之禁止規定。就比較法觀點而言，歐盟競爭法實務運作原則上雖也認為，共同支配地位的濫用，應由共同支配事業整體為之，但亦不排除，當其中個別事業所為乃是其共同支配地位的對外表明、抑或與其共同支配地位的利用有關時，各該事業的濫用行為亦可該

²⁵ 何之邁教授對於此種僅侷限於價格競爭的規範方式，亦有如下之評析：「本法僅以『實際不為價格競爭』為擬制條件，似未考慮到寡占市場可能存在長期之非價格競爭，如此之規定與寡占產業之經濟理性未洽，亦與擬制寡占事業為獨占之意旨有所違背。」參照：何之邁，「公平交易法：第一講—獨占（上）」，月旦法學教室，第60期，74（2007）。

²⁶ 公平交易委員會，前揭註13，38。

²⁷ 何之邁教授等主張，共同獨占內部關係之滿足，主要有下列三種情形：（1）相關事業屬於關係企業；（2）相關事業成立聯合行為；（3）寡占事業間的相互依賴關係，導致其對外關係一致、對內彼此牽制之現象。參照：何之邁、林怡君，「荷蘭皇家飛利浦光碟案判決評析—以公平交易法對於『獨占』之規範為中心」，月旦民商法雜誌，第11期，95-96（2006）。

當於市場支配濫用規範之禁止對象²⁸。由此可知，縱使承認構成共同獨占或支配地位之各個事業，亦可能各自成為獨占或支配地位濫用規範之對象，但前提必須是其行為屬於全體事業共同默認的行為之一部分，而非任何單一事業的行為皆可視為共同獨占或支配事業的對外濫用行為²⁹。

無論如何，正如同論者所指出，公平法之共同獨占濫用規範除一開始的獨占事業認定公告之特殊情形外，其後並無以該規定論處之案件，故而可謂「**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**」³⁰。對於此種從公平法成立以來，幾乎不具有規範實效性、在實務運作、理論發展毫無進展的共同獨占地位濫用規範，論者認為當有必要參酌外國法制，修正現有條文內容以促進其利用可能性³¹。然而，倘若現行公平會實務運作，已經藉由其他條文相當有效、甚至比獨占地位濫用規範本身更為有效處理、解決共同獨占地位濫用規範原本所欲解決之寡占市場競爭問題時，獨占地位濫用規範是否尚有繼續存在之必要，不無商榷餘地。

（二）我國現行實務運作解決寡占市場競爭問題之執法方式

縱使擁有「共同」獨占或支配地位濫用規範的國家（區域），渠等對於該規範的執法相較於該國（區域）的「單獨」獨占或支配地位濫用規範，顯得消極許多。以與美國反托拉斯法共同被稱為世界二大競爭法規類型法域、且其規範內容及實務運作對其28個會員國競爭法制帶來重大影響的歐盟競爭法為例，雖然於歐盟運作條約第102條明文規定出共同支配地位濫用規範，但歷年來的實務運作事例在扣除有關結合管制案件後，顯得異常貧乏，致使其相關構成要件的解釋，迄今依舊存有難解、尚未有效釐清之處³²。從歐盟競爭法主要執法機關之歐盟執委會，歷來相關文件中，亦可

²⁸ See Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] E.C.R. II-2969, para. 66: “**the abuse does not necessarily have to be the action of all the undertakings in question. It only has to be capable of being identified as one of the manifestations of such a joint dominant position being held. Therefore, undertakings occupying a joint dominant position may engage in joint or individual abuse conduct. It is enough for that abusive conduct to relate to the exploitation of the joint dominant position which the undertakings hold in the market.**”

²⁹ O'Donoghue QC & Padilla, *supra* note 11, at 248 中，作者如此說明：「**The conduct must therefore be part of a tacitly agreed course of action and not simply any (unrelated) conduct that an individual firm happens to carry out in an oligopolistic market.**」。

³⁰ 周泰德，「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」，公平交易季刊，第30卷第2期，42（2022）。

³¹ 同上註，43-45。

³² David Bailey & Laura Elizabeth John (eds), *Bellamy & Child: European Union Law*

窺悉該當共同支配地位濫用規範，所不被重視之程度。歐盟執委會於2009年公布其市場支配地位濫用執法優先指引時，全文14頁中提及共同支配地位者，僅僅只有短短的6行敘述，且敘述目的亦只是為說明，該指引僅適用於單獨支配地位，而不適用於共同支配地位之情形³³；學者研究亦指出，歐盟會員國之競爭法執法機關於共同支配地位濫用規範之執法上，比起歐盟執委會顯得更為消極，且其多數集中於結合管制上，僅有少數事例係真正碰觸到支配地位濫用規範³⁴。

凡此種種，在在顯示出，縱使共同支配地位濫用規範原本目的係在於解決寡占市場所引發的競爭問題，但實際上其並無法有效規範寡占事業之行為³⁵。歐洲學者甚至認為，鑑於寡占市場結構並非僅有類似價格領導之不利於競爭機制發揮的行為，賽局理論說明寡占事業依舊有相互競爭的可能性，惟現行共同支配地位濫用規範並無法有效區辨合法與違法行為，其執法結果將引發「錯誤制裁」（false positive）之錯誤成本，故主張歐盟執委會應放棄共同支配地位濫用規範的執法³⁶。

於此認知下，從公平法正式施行開始，就共同獨占地位濫用規範「**30年堪稱並無任何進展**」的我國公平法及公平會，是否有必要繼續留存該規定、甚至修改該規定內容以促進其執法？實不無疑問。實際上，正如同論者於文章中所指出，我國公平會過去亦非缺乏得以動用公平法第7條第2項規定之案例，但卻皆以聯合行為規範加以處理³⁷。特別是，在堪稱為嚆矢的中油台塑漲價一案中，不僅其市場結構可被認定為中油與台塑二者之雙頭寡占，明顯符合現行公平法第7條第2項、第8條第1項第2款之共

of Competition, 8th ed. Oxford University Press, para. 10.051 (2018).

³³ European Commission, *supra* note 17, para. 4: “**Article 82 applies to undertakings which hold a dominant position on one or more relevant markets. Such a position may be held by one undertaking (single dominance) or by two or more undertakings (collective dominance). This document only relates to abuses committed by an undertaking holding a single dominant position.**”

³⁴ Nicolas Petit, “The Oligopoly Problem in EU Competition Law,” 43 (2012), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829&download=yes, last visited date on: 2022/08/18.

³⁵ Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases, and Materials*, 6th ed., Oxford University Press, 710 (2016).

³⁶ See e.g., Félix E. Mezzanotte, “Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error,” *World Competition* 33.1, 77 (2010).

³⁷ 周泰德，前揭註30，42如此敘述：「我國實務上，關於管制寡占市場事業限制競爭行為，主管機關已聯合行為規範為主，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、四大超商線煮咖啡漲價案（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。」

同獨占要件，且公平會亦發現於不到2年半的期間內，該二家公司同步漲價的行為達20次之多。對於此種最接近濫用共同獨占地位之行為，公平會從一開始就完全沒有檢討是否適用現行公平法第7條第2項規定之適用，而直接以聯合行為規範作為其法律依據，並利用其所認為美國反托拉斯法上之「促進措施」(facilitating practices)，認定二家事業間存在聯合行為的合意³⁸，最後並獲得最高行政法院支持³⁹。倘若對於此類因其市場價格資訊非常透明化，而其定性應屬寡占市場合法的平行行為之類型⁴⁰，我國公平會及法院皆可利用聯合行為規範加以管制⁴¹，則對於其他市場價格資訊等較不透明、市場結構低於雙頭寡占之一般寡占結構，又有何困難可以阻礙公平法聯合規範的適用⁴²。

本文無意針對公平會現行有關聯合行為合意認定之實務運作良窳，加以評論⁴³，僅是意欲闡明，我國公平會現行有關寡占市場競爭行為規範之實務運作事實。更何況，自上述中油台塑同步漲價案之後，公平會實務運作即更重視經濟分析之說理、強

³⁸ 公平會(94)公處字第094079號處分書。

³⁹ 最高行政法院98年度判字第92號行政判決。

⁴⁰ 何之邁教授即清楚指出：「公平會對於本案之處分，雖完整描述被處分之二公司近二十次價格調漲之事實，期以強化處分理由之說服力，惟因未符一致性行為之間接證據認定法則，將中油公司價格預告機制之產生背景及運作之歷史納入考量，亦未進一步說明被處分人之行為如何與聯合合意有所關連，即以寡占市場中事業有意識之平行行為為價格一致之結果，遽而推論被處分人間具有聯合行為之合意，其法理上之論據不免有失嚴謹，且無法確切釐清本案事實究屬寡占市場中經常發生之有意識之平行行為，抑或如處分理由所認定之一致性行為。」參照何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？—評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第58期，167(2006)。

⁴¹ 事實上，當我國公平會代表於2006年參加OECD全球競爭論壇，於會中特地報告上開中油台塑同步漲價之間接證據利用方式及作法時，論壇的秘書單位於彙整各國資料並加以評論之際，對於中油台塑案中的間接證據解釋、適用方式，直接指出其問題點而如此闡述：「**The competition authority apparently employed a form of economic analysis . . . but it is not clear why the agency rejected the hypothesis of unilateral non cooperative best response-in particular the dominant-firm price leadership model.**」 See OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence* 38-39 (2006)。

⁴² 有關於此，可以參照最高行政法院100年度判字第600、615、616、617號判決(水泥業者聯合漲價案)、最高行政法院103年度判字第294號判決(超商現煮咖啡聯合漲價案)、最高行政法院104年度判字第181號判決(造紙業者聯合漲價案)等。

⁴³ 有關公平會聯合行為合意認定之實務運作的評析，可參照：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)。

化其促進措施、附加要素（plus factors）適用之基礎及情況，而於法律適用上有相當長足的進步。此外，公平法並於2011年修正時，引進寬恕政策，以賽局理論囚犯困境之模式鼓勵違法者挺身而出自我告發，並對其免除或減輕罰鍰處分⁴⁴，藉此以更容易偵測寡占市場聯合行為的存在，亦可同時減輕公平會關於合意之舉證責任。而於法律規範上，當公平會關於上述促進措施、附加要素相關論述及舉證，未能被法院所接受時，立法機關亦隨之挺身而出，增訂現行公平法第14條第3項「**聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。**」⁴⁵之推定規定，直接以法律明文規定試圖減輕公平會關於寡占市場聯合行為合意舉證之困難性。

凡此種種，在在顯示，就我國現行公平法規範及公平會之實務運作而言，針對寡占市場結構可能引發的市場領導等競爭問題，較諸一開始其規範內容就僅是問題提起、僅是提出共同獨占地位狀態本身規範，而未針對價格領導等行為直接加以禁止的現行公平法第7條第2項等共同獨占地位濫用規定；於經過長期運作磨合、磨練並強化的聯合行為（合意）及其舉發、舉證等規範，在促進措施、附加因素、寬恕政策及現行公平法第14條第3項等的加持下，現行公平法聯合行為規範及公平會有關於此的實務運作，已可以充分、甚至完全取代原本共同獨占地位濫用規範所欲實踐之規範目的。更何況，外國法制運作實際狀況僅說明共同獨占或支配地位濫用，並無法減輕聯合行為合意要件舉證時所面臨的問題點及責任⁴⁶，其運用不慎甚至可能導致原本應於第二階段方始認定的濫用行為，內含於第一階段共同獨占或支配地位認定的結果中，造成共同獨占或支配地位存在本身即屬違法之弔詭⁴⁷。如同前述，此種錯誤制裁所引發的對合法行為的制裁及其所產生的錯誤執法成本，早已成為論者主張競爭法主管機關應停止共同獨占或支配地位濫用規範之論述基礎⁴⁸。最後，則是救濟手段或矯正措施之問題。縱令同意共同獨占或支配地位濫用規範的存在，但對於其所預定規範對象之寡占市場的價格領導行為等，又如何祭出有效、合宜的矯正措施⁴⁹？蓋渠等原本即

⁴⁴ 有關寬恕政策之論述及各國法制比較，參照：石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究—美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第26卷第2期（2018）。

⁴⁵ 該項規定之立法理由如下：「舉證為訴訟勝敗之關鍵，實務上主管機關欲取得成立聯合行為之直接證據，非常困難，為有效規範聯合行為，應適度賦予主管機關得以相當依據推定聯合行為之合意要件，爰增訂第三項規定。」

⁴⁶ Bailey & John (eds), *supra* note 32, para. 10.053.

⁴⁷ O'Donoghue QC & Padilla, *supra* note 11, at 248.

⁴⁸ See Mezzanotte, *supra* note 36及其所引註之本文內容敘述。

⁴⁹ Barry E. Hawk & Giorgio A. Motta, "Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of A Problem," in: Enrico Adriano Raffaelli (ed.), *VI Antitrust Between EC Law and National Law*, 1st ed., Bruylant, 70-71 (2008).

是基於各自理性、利益之追求，而有其各自價格設定或跟隨行為，一旦此種各自理性之合理利益追求行為被認定為違法，並禁止渠等再有此類行為，則於市場上此類事業將何去何從？不得為理性經濟行為之事業，還有資格可以稱為公平法上之事業嗎？

基於以上認知，本文認為，現行公平法第7條第2項規定，除內容本身先天不良並無法針對其所提出問題加以有效規範及解決，尚可能帶來對合法行為的禁止等錯誤制裁的寒蟬效應，加以公平法及公平會近年來於促進措施、附加因素、寬恕政策等舉證能力強化、舉證責任減輕等可以更為合理、有效解決寡占市場競爭問題，在對於此類市場寡占競爭行為欠缺合宜、有效的救濟措施下，「**30年堪稱並無任何進展**」的現行公平法第7條第2項、第8條第1項第2款、第3款等規定，應予刪除，以回歸一般競爭法制聯合行為規範的常態。

建議四：現行公平法第7條第2項、第8條第1項第2款、第3款等規定，應予刪除。

四、欠缺對市場效果要件所引發之誤解

本文認為，現行公平法獨占地位濫用規範最大之問題點，當在於其未能明文規定出對市場效果要件，導致實務運作上認為只要認定獨占地位的存在，加上有公平法第9條各款行為的外觀，系爭行為即屬違法，毋庸探究該行為是否對市場帶來限制競爭的效果⁵⁰。一般而言，競爭法關於獨占地位濫用之違法性的認定，多係採取納入各種促進競爭、限制競爭要素的綜合比較衡量之「合理原則」（rule of reason），而非類似價格、數量、分割市場聯合行為等其行為本身即屬違法的「當然違法」（per se illegal）認定方式。然而，當我國公平法對於含括上述當然違法類型在內的聯合行為規範，都要求其行為必須產生「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之對市場效果要件時，方得認定其違法⁵¹；甚至對於，一般而言對市場競爭影響層面較小的公平法第20條所規範之垂直交易限制行為，都以該等行為「**有限制競爭之虞**」時，方加以禁止。於此規範方式下，對競爭影響層面及程度與聯合行為類似但遠較垂直交易限制為大的獨占地位濫用規範，若無類似的對市場效果要件之存在，其規範邏輯，豈不荒謬。

的確，如果純粹僅侷限於文義解釋，則相較於公平法第15條有「**足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能**」、第20條存在「**有限制競爭之虞**」等明文規定的對

⁵⁰ 參照公平會前揭註8處分書及其所引註本文中，魏杏芳委員、洪財隆委員所提出之不同意見書的內容敘述。

⁵¹ 有關聯合行為對市場效果要件之評析，參照：黃銘傑，「我國法院判決對『足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能』要件之認知及其發展趨勢研析」，公平交易季刊，第28卷第1期，1-38（2020）。

市場效果要件，無此相對應文字的公平法第9條規定，其適用似不以對市場造成一定的不當限制效果為前提。或因此故，導致公平會雖於公平法施行細則第3條，就認定獨占地位存在與否的各種要素，加以臚列、規定，但完全未見有考量獨占地位濫用所引發限制競爭效果的各项要素之條列。然而，就合目的性解釋而言，公平法既以「自由與公平競爭」為其規範目的及手段，則當市場競爭並未因系爭行為遭受負面影響時，公平法實無介入空間。正如同論者所言：「當市場進入障礙不存在時，獨占者賺取獨占利益本身將會吸引新的事業進入市場；易言之，獨占地位的利用行為本身，將會隨著時間的流逝而促進競爭。」⁵²若此，則僅是依據形式上獨占或市場支配地位之有無，加上特定行為形式存在與否的認定，即斷言其對市場競爭造成不當影響、從而違法之違法性判斷方式，當不足取。

正是於此認知下，與我國公平法一樣，市場支配地位濫用規定中並不存在對市場效果要件的歐盟運作條約第102條⁵³，其主要執法機關歐盟執委會自2009年開始，即已對外公佈其關於該條規定之執法指引，闡明其通常係於存在強而有力且令人信服證據，足以證明系爭濫用行為可能造成限制競爭的市場封鎖之情況下，方始介入⁵⁴。此際，歐盟執委會除正視系爭行為所涉及之特殊要素外，通常還會考慮下列一般要素，確認其限制競爭效果之有無：（1）市場支配力量之大小；（2）系爭相關市場之結構及（進入）條件等；（3）市場支配者之競爭者的市場地位及能力；（4）市場支配者之上游或下游交易相對人之市場地位及能力；（5）系爭濫用行為所涉及之銷售額、存續期間等對市場影響之範圍及程度；（6）其他造成市場確實封鎖之可能證據；（7）任何其他排除競爭策略之直接證據⁵⁵。

事實上，歐盟運作條約第102條的權威解說書指出，早於歐盟執委會公布上開指引前，歐盟法院的判決從一開始即堅持市場支配濫用規範的適用，必須以其具有阻礙競爭之效果為前提。就此，該書作者認為，此種法律適用方式與歐盟運作條約第102條並不存在所謂當然違法行為之事實，相互一致；從而當缺乏任何可感知的限制

⁵² Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 9th ed., Oxford University Press, 207-208 (2018).

⁵³ 於此必須注意的是，歐盟運作條約第102條本文雖有「影響會員國間交易」(may affect trade between Member States)之要件，但該要件乃係共通於該條約第101條及第102條之規定，其規範意義在於界定系爭限制競爭行為究竟應屬於歐盟執法機關管轄、抑或應由各會員國競爭法主管機關等管轄之問題，而非一般所認知法律適用實體要件之對市場效果要件。See generally Bailey & John (eds), *supra* note 32, paras 1.113-114.

⁵⁴ European Commission, *supra* note 17, para. 20: “The Commission will normally intervene under Article 82 where, on the basis of cogent and convincing evidence, the allegedly abusive conduct is likely to lead to anti-competitive foreclosure.”

⁵⁵ *Id.* at para. 20-21.

競爭效果之證據時，必須合理推論系爭行為並不該當於濫用。職是，於適用該條規定時，至少必須提出一定證據證明其限制競爭效果的存在⁵⁶。甚至，當歐盟普通法院（General Court）於*Intel v. commission*一案判決中⁵⁷，對於此種必須要求展現限制競爭效果的法律適用有所退縮，而認為系爭全量購買或排他性折扣行為並非基於效能競爭而為，應認定其目的本身違法而其行為當然違法時⁵⁸，歐盟法院對此並不表示認同，其進而闡明，判例法已經澄清，當系爭事業於行政程序中基於可信的證據，主張其行為並不足以限制競爭、特別是並未產生所謂的市場封鎖效果時，主管機關應就此加以考量並就此限制競爭效果相關要素加以論證⁵⁹。

在歐盟法院發回後，歐盟普通法院於2022年1月所為判決中，確認歐盟執委會於歐盟運作條約第102條的案件中，必須嚴格舉證其限制競爭效果，且必須至少就下列事項加以說明及分析：（1）相關市場中事業之市場支配地位的程度或高低；（2）系爭行為所涉及之市場占有率；（3）事業給予系爭折扣之條件或協議；（4）系爭折扣之存續期間及數量；（5）是否存在任何策略計畫將與市場支配事業至少具有同等效率之競爭者排除於市場外⁶⁰。若此，則於歐盟法院的堅持下，論者認為：「**系爭行為會被認定為濫用，僅於可以證明其對於同等效率競爭者具有限制競爭效果之情形。易言之，於歐盟運作條約第102條的規範下，並不存在所謂當然違法之行為**」⁶¹。

由上可知，在世界二大競爭法系，不論是美國反托拉斯法所採取的合理原則⁶²、抑或是上述歐盟競爭法所要求的限制競爭效果分析，在在都不存在以其行為本身即屬違法，而毋庸論斷、證明其限制競爭效果之當然違法類型。此種法律適用態度及認知，不因其競爭法關於獨占或市場支配地位濫用規定，是否包含對市場效果要件而發

⁵⁶ O'Donoghue QC & Padilla, *supra* note 11, 323-324.

⁵⁷ Case T-286/09, EU:T:2014:547.

⁵⁸ *Id.* at paras 81, 94.

⁵⁹ Case C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, paras 138-140.

⁶⁰ Case T-286/09 RENV EU:T:2022:19, para 119: **“the criteria to be taken into account in determining whether there had been an infringement of Article 102 TFEU. According to the Court of Justice, the Commission is required to analyse, first, the extent of the undertaking’s dominant position on the relevant market, second, the share of the market covered by the contested practice, third, the conditions and arrangements for granting the rebates in question, and fourth, their duration and their amount; but it is also required to assess, fifth, the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market.”**

⁶¹ Whish & Bailey, *supra* note 52, at 206.

⁶² 有關美國獨占地位濫用規範違法性認定採「合理原則」之說明，*See generally* E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, 7th ed. Carolina Academic Pr, 266-272 (2019)。

生差異。如同前述⁶³，我國論者早已指出公平會往往以「**垂直面交易關係特徵，推論行為之排除競爭效果**」，而此種僅著眼於行為本身或行為形式的法律適用方式，將導致「最終消費者享受低價或折扣利益等．．．被忽略」；論者更進一步申論：「**在單方行為的案件中，我們比較可以期待透過潛在的競爭壓力，來抑制具市場力廠商的濫用行為，以及所產生排除競爭的效果。故如果主管機關對單方與雙方行為採同等之執法密度與強度時，單方行為出現『錯殺』的機率也將增加。**」⁶⁴當我國公平法針對對市場競爭危害更大的聯合行為（雙方行為），係以其（可能）產生「**足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能**」的限制競爭效果為其適用前提，倘若公平會執法態度及作法，亦如同前述僅是著眼於其行為面，進而從行為態樣或特徵等方式推論出限制競爭效果的話，則顯然我國公平會關於獨占地位濫用規範的執法密度與強度，不僅不低於、甚至可謂遠遠高於聯合行為規範，其法律執行不可避免將導致「錯殺」機率大幅增加，不僅可能對於合法的競爭行為帶來寒蟬效應，亦損及消費者權益而無助於我國經濟之健全發展。

綜合以上認知，本文認為，不論是公平會、抑或是法院，原本或許無意對於獨占地位濫用規範採取形式法律適用方式，而以行為本身認定違法；惟因現行公平法第9條本文規定並未包含對市場效果要件，令渠等於法律解釋適用時，或為求便利、或為求處分目的之達成，進而產生誘因規避繁瑣的限制競爭效果之舉證責任。此際，未能明文規定出對市場效果要件的現行公平法第9條，正好提供渠等得以規避如此責任之誘因及管道。不論是就比較法之分析結果、抑或是從獨占地位濫用規範原本應有之違法性認定法理、甚至執法錯誤成本之考量，在在皆有必要敦促公平會於有關獨占地位濫用規範時，證明系爭行為具有限制競爭效果，且該效果大於促進競爭或對消費者等有利之結果。倘若因為條文規定本身欠缺對市場效果要件，而提供公平會及法院得以規避該當責任之誘因及管道，則當有必要修正法條規定，於其中加入對市場效果要件。

此際，鑑於聯合行為整體對外之關係亦形同獨占一般，且從比較法觀點而言，就獨占地位濫用規範設有對市場效果要件之美、日競爭法制，其獨占地位濫用與聯合行為二者的對市場效果要件亦設定為相同標準⁶⁵；從而未來於我國公平法第9條規定中追加對市場效果要件時，似可直接套用現行公平法第14條第1項之對市場效果要件。至

⁶³ 參照前揭註7及其所引註之本文內容敘述。

⁶⁴ 陳志民，前揭註4，92。

⁶⁵ 美國休曼法第1條聯合行為規範、第2條獨占地位濫用規範二者之對市場效果要件，皆為「限制州際或對外貿易」；日本獨占禁止法第2條第5項獨占地位濫用規範、第6項聯合行為規範，其對市場效果要件則同為「對一定交易領域之競爭造成實質限制者」。

於其效果的判斷、認定方式，是採取與第14條第1項同樣的「質」、「量」並重法⁶⁶，抑或是參考前述歐盟執委會指引所列各種限制競爭效果判斷、考量之因素⁶⁷，而將其規定於公平法施行細則中，皆無不可。惟因聯合行為之對象市場，法理上多僅限定於相關事業所處之相關市場，而如同前述⁶⁸，我國未來獨占或市場支配地位濫用規範所應規範之市場，不應僅限定於獨占或市場支配地位本身所處之相關市場，而應包含其他關連市場，故於立法時應就此予以明文規定，避免產生解釋適用上的疑慮。

建議五：現行公平法第9條規定本文應加入類似聯合行為規範的對市場效果要件，而修正為：「獨占事業因下列各款行為之一，而足以影響生產、商品交易或服務供需之其所處或其他相關市場功能者，不得為之。」

五、濫用行為類型化之問題點及其與公平法第20條間之規範關係

（一）「濫用」之概念及其類型化

任何人都同意，事業、特別是包含獨占事業在內等擁有市場力（market power）之事業，不得濫用其市場地位干擾或扭曲市場競爭機制的正常運作，各國競爭法制亦皆對於此種濫用行為，加以規範。但對於何謂「濫用」，幾乎未見有國家競爭法從正面詳細加以定義，而係委由各國法院於個案中加以闡明。其中，最受矚目者，當屬歐盟法院有關其歐盟運作條約第102條市場支配地位濫用規範之解釋。在 *Hoffmann-La Roche v. Commission*⁶⁹ 一案判決中，歐盟法院針對何謂濫用有如下詳細的闡述：「濫用概念係有關擁有足以影響市場結構之市場支配事業行為的客觀概念，該當市場中因為系爭事業存在本身導致其競爭程度減弱，且經由訴諸不同於一般事業經營者基於商品或服務的通常競爭方式之方法，而發生阻礙維持或增進市場現有競爭程度之效果。」⁷⁰ 由此可知，濫用係一種有關行為的客觀概念，其規範屬於行為規範，而非市場結構規範；與此同時，濫用行為形式本身並不違法，而係因其行為實施發生限制競爭效果，導致市場競爭維繫或促進受到阻礙，方得認定其屬於競爭法上之違法行為。

於此認知下，不論法規或其實務運作、抑或是學說針對「濫用」行為如何分類，都不應脫離上述有關濫用概念之行為及效果二者基本要素，而其核心在於阻礙市場競

⁶⁶ 有關此種「質」、「量」之違法性認定方法及其具體運作方式，參照：黃銘傑，前揭註51，7-17。

⁶⁷ 參照前揭註54-55及其所引註之本文內容敘述。

⁶⁸ See Hovenkamp, *supra* note 16之內容說明。

⁶⁹ Case 85/76, 1979 E.C.R. 461.

⁷⁰ *Id.* at para. 91.

爭機制的有效運作。惟不論如何詳細描繪濫用概念之內含，其概念本身依舊相當抽象，從而多數國家競爭法制於規定其獨占或市場支配地位濫用時，除以一般性禁止獨占或市場支配事業濫用其獨占或市場支配地位外，尚於其規定中例示出濫用行為的具體類型。我國公平法第9條規範方式及設計較為特殊，該條規定先於第1款至第3款規定中，例示出3種濫用類型⁷¹，其後方於第4款中一般性地禁止「**其他濫用市場地位之行為**」。嫻熟德國法學研究方法論且受德國競爭法學說影響者，立刻就可以將該等濫用規定類型化為「阻礙濫用」及「榨取濫用」二者⁷²。

陳志民教授對於上述類型化作法加以質疑，其認為：「**隨著競爭法愈來愈強調以經濟效果分析作為執法之依據，此一分類實有調整的必要。．．．愈來愈多的經濟研究顯示，多數的濫用行為，其可能會同時產生『阻礙』與『榨取』的效果。**」⁷³惟相當弔詭地，陳教授其後關於獨占地位濫用類型之主張，又似乎回到與「阻礙濫用」及「榨取濫用」相當近似的分類方式，而謂：「**從經濟分析的角度來看，『排除』（exclusion）與福利或利潤『抽離』（extraction），乃競爭法關切獨占行為的二項主要效果類型。**」⁷⁴但其後論述則未就「排除」與「抽離」二種類型，其下各自包含何種具體行為類型，而可作為改善現行公平法第9條規定之參考，詳細加以闡述。或許，陳教授之所以強調「排除」與「抽離」之類型化概念，其目的在於提醒競爭法主管機關，由於屬於「抽離」類型者，「**有相當部分純屬交易當事人間之財富移轉，不涉及福利效果的損失，除非涉案行為呈現特定市場與產業之結構或行為面特色，否則，競爭法不宜介入規範此類行為。蓋除了上述出現『錯誤制裁』機率與成本高於『錯誤縱放』外，以利潤『抽離』為執法依據，很容易出現低估創新等動態競爭效率，以及忽略了事業以類似差別取價或搭售行為來因應競爭或控制產品品質之正當性。．．．再者，規範行為之『抽離』效果，也會涉及很高的事後監督成本**」⁷⁵。

本文完全同意陳教授上述關於「抽離」類型執法可能產生之問題點，以及有關於此之介入應非常謹慎為之的看法。正是基於同樣觀點，歐盟運作條約第102條的權威解說書，針對「榨取」或「脫離」濫用之典型的過高價格（excessive pricing）行為，主張應僅限定於其滿足非常嚴格的市場結構及行為面條件下，競爭法主管機關方得介

⁷¹ 當然，倘若認為獨占或市場支配地位濫用的核心在於阻礙市場競爭機制之有效運作，則公平法第9條第1款「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭。」之規定，其實不能稱之為具體的濫用行為類型，而近似於同條第4款之其他濫用市場地位之規範方式。

⁷² 吳秀明，前揭註1，341-342。

⁷³ 陳志民，前揭註4，93-94。

⁷⁴ 同上註，95。

⁷⁵ 同上註，95。

入、加以管制⁷⁶。申言之，就競爭法主管機關而言，介入「榨取」或「抽離」濫用之管制，乃是極端例外，而非常態，其實屬在其他目的事業主管機關無法實施有效管制下的「最後手段」⁷⁷。亦當是於此認知下，歐盟執委會於其有關歐盟運作條約第102條執法優先順序的指引中，雖然明白指出第102條規定雖亦可適用於類似過高價格之「榨取」濫用類型，但該指引目的及對象僅限定於「阻礙」或「排除」濫用類型，特別是基於其過去執法經驗，最常出現之排除市場競爭之行為類型⁷⁸。

由上可知，就獨占或市場支配地位濫用規範而言，其規範或執法重心應在於「阻礙」或「排除」濫用行為，而不在於「榨取」或「抽離」濫用之規範。然而，相當弔詭地，如同吳秀明教授所述，我國公平法獨占地位濫用規範施行的前10年，其法律執行對象及重心竟在於榨取濫用⁷⁹；而在公平法施行的第2個10年中，「榨取」濫用規範似乎並沒有減退其重要性，而遭致陳教授對其執法的批評⁸⁰。其後，公平會並未如同歐盟執委會對其有關公平法第9條規定的執法對象及重心，提出任何說明，對其著重

⁷⁶ 該書就此如是說明：「**a multi-stage approach to the assessment of excessive pricing by dominant firms is appropriate. As a first stage, the structure of the market under scrutiny would be analysed. The investigation of the pricing policy of the dominant firm should continue only when it is found that: (1) the market is protected by hing barriers to entry; (2) consumers have no credible alternatives to the products of the dominant firm; and (3) firms compete in a mature environment, where investment and innovation play little or no role. As a second stage, the prices and price-cost margins of the dominant firm are compared to a battery of “competitive” benchmarks. Those prices are considered abusive when: (4) most or all benchmarking exercises point in the same direction; and (5) the differences between the dominant firm’s prices and the various competitive benchmarks are “substantial.”**」 See O'Donoghue QC & Padilla, *supra* note 11, 953.

⁷⁷ OECD Competition Committee, *supra* note 3, at 48 (“Competition authorities may have a role to play as residual regulators or regulators of last resort particularly for sectors not requiring permanent regulators.”) .

⁷⁸ European Commission, *supra* note 17, para 7: “Conduct which is directly exploitative of consumers, for example charging excessively high prices or certain behaviour that undermines the efforts to achieve an integrated internal market, is also liable to infringe Article 82. The Commission may decide to intervene in relation to such conduct, in particular where the protection of consumers and the proper functioning of the internal market cannot otherwise be adequately ensured. For the purpose of providing guidance on its enforcement priorities the Commission at this stage limits itself to exclusionary conduct and in, particular, certain specific types of exclusionary conduct which, based on its experience, appear to be the most common.”

⁷⁹ 參照吳秀明前揭註2及其所引註之本文內容敘述。

⁸⁰ 參照陳志民前揭註7及其所引註之本文內容敘述。

於榨取濫用的執法態度，是否已經有所改善，不得而知。

無論如何，倘若針對獨占或市場支配濫用行為的類型化，對於公平會執法可以帶來一定啟示及方向，則其類型的具體化例示規定，又可更具體闡明出，競爭法關於獨占或支配地位濫用規範應著重的執法對象及重心；則公平法獨占地位濫用規範若有意規定出例示規定，其內容理當以阻礙或排除濫用類型為主，毋庸刻意針對榨取或抽離濫用，加以例示，僅需於實務運作中肯定其可為獨占地位濫用管制類型之一，即可。於此認知下，吾人對於現行公平法第9條的例示規定，就無法予以認同。蓋該條第1款之例示，不僅因其文字過度抽象，而完全無法發揮其應例示具體行為態樣之功能；更重要的是，其所使用之「不公平之方法」用語，可能誤導實務運作誤認為該款規定因其手段本身「不公平」而違法，故於適用其規定時，毋庸探究其是否發生限制競爭效果、其效果內涵為何等經濟或競爭效應分析⁸¹，從而引發前述陳志民教授所稱「錯誤制裁」的高額成本。

因此，公平法第9條各款規定若欲發揮其對於公平會執法應有方向的引導功能，不僅其例示應以阻礙或排除濫用類行為主，亦應從其本身或其他國家競爭法執法經驗中，將最為常見的阻礙或排除濫用的具體行為類型，加以例示規定。此際，可資參酌者，當是歐盟執委會前述歐盟運作條約第102條執法優先順序指引，該指引具體提示出下列四種最為常見阻礙或排除濫用類型，作為其未來執法重心⁸²：（1）排他性或獨家交易（exclusive dealing）；（2）搭售及綑綁（tying and bundling）；（3）掠奪性行為（predation）；（4）拒絕交易及價格擠壓（refusal to supply and margin squeeze）。

於此認知下，本文主張，未來我國公平法第9條規定方式，當是先一般性規定出獨占事業不得濫用其獨占地位，其後方參考歐盟執委會之實務運作成果及經驗，例示出類似上開各種具體的濫用行為類型，其他濫用行為則藉由實務運作有關一般性的獨占地位濫用禁止之規定，逐漸發展。再者，鑑於歐盟執委會所列各種類型中，價格擠壓的競爭效果較為複雜，對其是否具有限制競爭效果而違法，美、歐判決就此亦出現迥異之見解⁸³，故建議我國公平法於例示濫用類型時，先不將其列入例示對象。此外，鑑於我國實務運作中經常出現差別待遇之濫用行為⁸⁴，故建議應將差別待遇列入例示類型中。最後，未來條文規定內容應避免使用，類似現行公平法第9條第1款暗示行為或手段本身違法之「不公平之方法」等用語。

⁸¹ 參照：公平會，前揭註8處分書，魏杏芳委員之不同意見書敘述。

⁸² European Commission, *supra* note 17, at paras 32-90.

⁸³ 有關於此，參照：林心印、王立達，「競爭法上價格擠壓違法性之探討與建構」，*萬國法律*，第184期，91-95（2012）。

⁸⁴ 在公平會所編著之《認識公平交易法》一書中，有關獨占地位濫用案例所舉出的4件濫用案例，即有其中半數之2件屬於差別待遇濫用。參照：公平交易委員會，前揭註13，43-62。

建議六：我國公平法第9條未來應修正如下（惟此處僅列出其類型名稱，至於其具體文字內容，則留待公平會基於其過去執法專業經驗具體描述之）：「獨占事業不得不得當濫用其獨占地位，致影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。（第一項）前項所稱濫用獨占地位者，包含下列各款行為：一、排他性或獨家交易。二、搭售或綑綁。三、掠奪性行為。四、拒絕交易。五、差別待遇。（第二項）」

（二）現行公平交易法第9條與第19條、第20條間之規範關係

或許，讀者諸君已經注意到，在上述建議六所草擬的公平法第9條第2項修正案中所例示的各款濫用行為，與現行公平法第20條規定，具有高度的重複性。的確，除第20條第2款明文規定出差別待遇，而包含拒絕交易及其他差別待遇類型外，依據公平法施行細則第27條「**本法第二十條第三款所稱低價利誘，指事業以低於成本或顯不相當之價格，阻礙競爭者參與或從事競爭。**」，此類似於掠奪性訂價；而該施行細則第28條第1項「**本法第二十條第五款所稱限制，指搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形。**」，亦對應於上開建議案之獨家交易、搭售等類型。實則，現行公平法第9條與第20條規定，從其制定伊始，就已經注定二者間的糾結關係。蓋獨占地位濫用行為本來就是獨占事業所為單方行為，其目的在於，影響其本身所處相關市場或其交易相對人所處相關市場的競爭；同樣地，被定位為垂直交易（競爭）限制規範的公平法第20條，亦是屬於事業之單方行為，其行為目的或對象，亦是在於影響事業本身所處相關市場或其交易相對人所處相關市場的競爭。二者規範目的、對象，本就高度重疊，因此方有吳秀明教授、陳志民教授於公平法施行第1個10週年、第2個10週年的報告中，或稱之為「**遁入第十九條（現行法第二十條）之獨占管制**」⁸⁵或以「**依公平交易法第19條（現行法第20條）規定處分之案件**」為標題，就其適用方式加以檢討⁸⁶。此種情形，因現行公平法第8條第2項將縱使實際上是名符其實的獨占事業，卻因其年度營業額未滿足公告門檻，而無法將之以公平法上的獨占事業予以對待，故只得藉由第20條各款規定加以管制⁸⁷。

當然，之所以對原屬獨占地位濫用行為，卻得以藉由公平法第20條各款規定加以規範之理由，在於公平會實務運作上，對於適用第20條所要求之事業市場占有率，遠低於對獨占事業的要求，而使得只要符合獨占事業認定，幾乎就自動滿足第20條適用之門檻。依據公平會2016年2月17日第1267次委員會決議：「**1.公平交易法第20條所規**

⁸⁵ 吳秀明，前揭註1，365-368。

⁸⁶ 陳志民，前揭註4，80-82。

⁸⁷ 事實上，筆者過去於檢討我國法院有關公平法第20條之判決時，亦發現此種問題，參照：黃銘傑，「我國法院對垂直交易限制規範之認知及判決發展趨勢研析」，公平交易季刊，第29卷第2期，16-21、50-51（2021）。

範之垂直非價格交易限制行為，事業於相關市場之市場占有率未達 15%者，推定該事業不具有市場力量，原則上無限制競爭之虞。2.另考量市場運作實務，事業之市場占有率雖未達 15%，但若交易相對人對該事業不具有足夠且可期待之偏離可能性，應認事業間有依賴性存在，該事業具相對市場優勢地位，其限制競爭之行為仍得依公平交易法第 20 條予以規範。」由此可知，相對於依據現行公平法第8條第1項第1款規定，獨占事業以其市場占有率達50%以上為前提，同法第20條適用之市場占有率門檻則為 15%，甚至於所謂相對優勢地位之情形，縱令未達此該15%門檻，亦得適用之⁸⁸。

然而，市場占有率僅有15%的事業，其行為果真會對市場競爭造成不當影響而容許公平會的介入、管制嗎？就此，筆者過去於檢討公平法第20條規定之實務運作及其存廢時，曾有如下敘述：「顯然，僅是10% 或15% 的市場遭到封鎖，當不致會有排除競爭者或阻礙新事業的市場進入；蓋尚有其他90% 或85% 的市場存在，競爭者或潛在競爭者理當可以輕易與此等未遭封鎖的上、下游事業從事交易，而無難能覓得其他交易對象、或退出市場或無法進入市場之問題。申言之，實施垂直交易限制的事業，其市場封鎖策略能否成功，取決於對其具備『牽制力』的事業之存在與否。倘若競爭者得以從此等具有牽制力的上、下游事業獲得其供給或銷售管道，則其競爭能力不會受到影響，亦不會產生重大的限制競爭效果，而無競爭法介入管制之餘地。．．．從上述牽制力、重大限制競爭效果等管制前提，已可窺知，得以成功藉由垂直交易限制封鎖市場、排除競爭者，實是公平法第7條所稱．．．獨占事業。」⁸⁹

筆者同時於該文說明美、歐等國競爭法制，針對得以排除競爭者、限制競爭之能力，進而影響市場競爭機制之健全運作者，多以40%的市場占有率為門檻。從而，「倘若公平法對於自由競爭保護、限制競爭行為規範之目的，在於確保市場競爭機制免於受到人為扭曲並得恣意將其價格提升至高於競爭價格水平的話，則此時應受規範之事業，就不應該是僅僅擁有10% 或15% 左右市場占有率的事業，而應如同美、歐、德等國所要求的40% 以上市場占有率之事業。若此，則我國公平法縱使廢止第20條規定，亦得藉由第7條至第9條獨占地位濫用規定，有效規範對市場產生重大限制競爭效果而有必要由主管機關介入、加以管制的垂直限制競爭行為。」⁹⁰

上述文章中，筆者之所以主張，應由改善現有獨占地位濫用規範著手，廢止現行公平法第20條，不僅因就競爭法規範理論而言，該條規定立足的「萌芽」理論，已

⁸⁸ 公平會現行關於相對優勢地位濫用之實務運作所產生之問題點及其批判，參照：黃銘傑，「相對優勢地位濫用規範的六大迷思」，臺大法學論叢，第51卷第1期，209（2022）。

⁸⁹ 黃銘傑，「公平交易法第20條廢止之試論」，公平交易季刊，第27卷第2期，12（2019）。

⁹⁰ 同上註，14-15。

不再為競爭法學理及實務所採；且因我國公平會關於該條規定之實務運作，「實已成為公平會『遁入』、『避難』的絕佳場所，其執法作為亦已扭曲公平法相關規定適用應有的正常作法，且於部分案件中，又以數百年前之理論，看待、處分現在經營、競爭策略，其危害不可不謂不深。」⁹¹其後，當筆者通盤檢討近20年我國法院關於公平法第20條之所有判決後，發現法院判決所衍生、蘊含之問題點（共9點）及盲點（共3點），完全不遜色於前述公平會的實務運作⁹²。如此結果，使得吾人更有必要早日廢止此種被扭曲、濫用，且在實務運作存在各式各樣問題點及盲點的公平法第20條，並依循美、歐競爭法規範法理，將該條所規定的各種垂直交易限制行為，回歸其應有的獨占地位濫用規範之範疇。特別是，倘若可以依照本文建議，將「獨占」用語改為「市場支配」，且依照歐盟法院從牽制或制衡觀點重新定義市場支配概念⁹³，令其得以對照各該事業所處市場結構、環境、市場進入障礙等實際狀態，以更為彈性之方式認定市場支配地位有無，更可適當降低其適用門檻，而更為有效規範各種不當限制市場競爭之單方垂直交易（競爭）限制之行為。

此外，針對規定於公平法第19條之另一種垂直交易限制類型的限制轉售價格規範，正如同筆者過去於檢討其法理基礎及公平會實務運作後得出之結論所示：「著眼於近年來產業組織論針對限制轉售價格所具有的競爭效果之研究成果，嘗試分析我國公平會現行法律執行的現狀，並發現其執法現狀蘊藏諸多問題點，其結果並可能對我國市場競爭、事業（國際）競爭能力帶來不當的影響，進而從解釋論層面，提出公平法第19條規定未來應有的解釋、適用之道，且主張若公平會無意更改其現行執法方式及態度時，則乾脆一勞永逸，廢除該條規定，以免其存在繼續對我國市場競爭及事業競爭能力，造成不當影響。」⁹⁴特別是，現行公平法第19條有關限制轉售價格之規範方式，並非如同美國反托拉斯法般，以上下游事業間存在合意為前提⁹⁵，而係由上游事業單方面加諸下游事業轉售價格之限制，其型態亦屬於單方垂直交易限制類型，其限制轉售價格行為得以對市場競爭造成不當影響，而有必要由公平法介入、加以管制者，亦與現行公平法第20條之狀況相同。

⁹¹ 同上註，37。

⁹² 黃銘傑，前揭註87，42-57。

⁹³ 參照前揭註10及其所引註之本文內容敘述。

⁹⁴ 參照：黃銘傑，「限制轉售價格之規範理念與革新之道—以經濟分析及我國法制變革為中心」，*公平交易季刊*，第27卷第3期，79（2019）。

⁹⁵ 有關限制轉售價格須以合意存在為前提及其可能引發之問題點，*See generally* Herbert J. Hovenkamp, "Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement" (2010). *Faculty Scholarship at Penn Law. 1838*, <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty-scholarship/1838>, last visited on date: 2022/08/18.

職是，依照前述論理，於廢止現行公平法第20條令其回歸市場支配地位濫用規範的同時，亦有必要廢止同樣屬於垂直交易限制規範之現行第19條規定，回歸市場支配地位濫用規範；並僅於分析其限制競爭、促進競爭效果後，對於造成市場不當影響之限制轉售價格行為加以禁止，而非如同現行公平法第19條因未有對市場效果要件，從而實務運作幾乎將其認知為當然違法類型，完全未就其限制競爭、促進競爭效果等予以綜合考量，方始論斷其違法性。

基於以上認知，本文認為，於適當修正現有獨占或市場支配地位規範後，其規範內容及對象當可有效涵蓋現行公平法第19條、第20條之規範對象及內容，從而該二條規定於市場支配地位濫用規範修正的同時，應予刪除。

建議七：於依照本文建議修正市場支配地位濫用規範後，現行公平法第19條、第20條規定，應同時刪除。

六、結語

本文接續吳秀明教授、陳志民教授針對公平法施行第1個10年、第2個10年有關獨占地位濫用規範之研究成果，而於公平法施行第3個10年的階段，再度檢視二位教授於其研究中所提示的重要問題，在第3個10年的運作中，是否已經得到充分、有效的解決？然而，結論似乎是悲觀的。於此認知下，本文認為若欲徹底改善公平法獨占地位濫用規範之實務執行，不應僅是停留於其後端的實務運作之檢討，而應徹底重新檢視、省思現行公平法獨占地位濫用規範本身，是否合適、妥當，而得作為第4個10年改善其實務運作之基礎？惟經詳細檢視公平法現行獨占地位濫用規範內容，發現其條文結構、規範內容、及用語本身，在在蘊含諸多問題點，以此問題多多之條文為法律執行依據，實難對其結果可以給予樂觀的期待。從而，若欲使公平法獨占地位濫用規範內容符合國際規範標準，令其執法結果及成效得以趕上國際執法潮流，則當有必要大刀闊斧對現行獨占地位濫用規範，加以修正。從而，本文主要利用與我國公平法獨占地位濫用規定具有類似規範內容的歐盟競爭法為比較法研究，針對我國現行公平法相關規範之修正方向及內容，提出共達七項之建議。於此，將各該建議之內容再次臚列如下：

建議一：公平法第7條第1項之「獨占」，應更名為「市場支配」，並仿效歐盟法院針對一般市場支配地位之認知或德國限制競爭防止法第18條第1項規定之類型化作法，闡明「市場支配」概念之內涵。

建議二：公平法第8條第1項可修正為：「一事業於相關市場之占有率達百分之四十以上者，推定為獨占（市場支配）事業。」

建議三：公平法第8條第2項、第3項規定，應予刪除。

建議四：公平法第7條第2項、第8條第1項第2款、第3款等規定，應予刪除。

建議五：公平法第9條規定本文應加入類似聯合行為規範的對市場效果要件，而修正為：「獨占事業因下列各款行為之一，而足以影響生產、商品交易或服務供需之其所處或其他相關市場功能者，不得為之。」

建議六：公平法第9條未來應修正如下（惟此處僅列出其類型名稱，至於具體文字內容，則留待公平會基於其過去執法專業經驗具體描述之）：「獨占事業不得當濫用其獨占地位，致影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。（第一項）前項所稱濫用獨占地位者，包含下列各款行為：一、排他性或獨家交易。二、搭售或綑綁。三、掠奪性行為。四、拒絕交易。五、差別待遇。（第二項）」

建議七：於依照本文建議修正市場支配地位濫用規範後，公平法第19條、第20條規定，應同時刪除。

最後，在重新整理、調整上述各項建議後，現行公平法獨占地位濫用規範，可為如下修正：

第七條 事業於相關市場上，有下列情形之一者，為市場支配事業：

- 一、處於無競爭狀態。
- 二、未面臨有效競爭。
- 三、相對於其競爭事業，具有優勢之市場地位。

一事業於相關市場之占有率達百分之四十以上者，推定為市場支配事業。

第八條 市場支配事業不得當濫用其市場支配地位，致影響生產、商品交易或服務供需之其所處或其他相關市場功能。

前項所稱濫用市場支配地位者，包含下列各款行為：

- 一、排他性或獨家交易。
- 二、搭售或綑綁。
- 三、掠奪性行為。
- 四、拒絕交易。
- 五、差別待遇。

第九條 （刪除）

第十九條（刪除）

第二十條（刪除）

參考文獻

中文部分：

- 1.公平交易委員會，認識公平交易法，19版，自版（2021）。
- 2.立法院秘書處，法律案專輯第一百三十二輯—公平交易法案，初版，自版（1992）。
- 3.石世豪譯，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）。
- 4.石世豪，「競爭法寬恕政策實施成效之比較研究—美國、德國、韓國經驗對我國之啟示」，公平交易季刊，第26卷第2期（2018）。
- 5.何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？—評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第58期（2006）。
- 6.何之邁，「公平交易法：第一講—獨占（上）」，月旦法學教室，第60期（2007）。
- 7.何之邁、林怡君，「荷蘭皇家飛利浦光碟案判決評析—以公平交易法對於『獨占』之規範為中心」，月旦民商法雜誌，第11期（2006）。
- 8.吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 9.周泰德，「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」，公平交易季刊，第30卷第2期（2022）。
- 10.林心印、王立達，「競爭法上價格擠壓違法性之探討與建構」，萬國法律，第184期（2012）。
- 11.張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學—理論與實際（上冊），6版修訂，翰蘆圖書出版公司（2012）。
- 12.陳志民，「公平交易法關於濫用獨占力規定之執法檢討與展望」，收錄於：公平交易委員會，公平交易法施行20週年—回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，自版（2012）。
- 13.黃銘傑，「論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會之不作為」，人文及社會科學集刊，第10卷第3期（1998）。
- 14.黃銘傑，「公平交易法第20條廢止之試論」，公平交易季刊，第27卷第2期（2019）。
- 15.黃銘傑，「限制轉售價格之規範理念與革新之道—以經濟分析及我國法制變革為中心」，公平交易季刊，第27卷第3期（2019）。
- 16.黃銘傑，「我國法院判決對『足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能』要

- 件之認知及其發展趨勢研析」，公平交易季刊，第28卷第1期（2020）。
- 17.黃銘傑，「我國法院對垂直交易限制規範之認知及判決發展趨勢研析」，公平交易季刊，第29卷第2期（2021）。
- 18.黃銘傑，「相對優勢地位濫用規範的六大迷思」，臺大法學論叢，第51卷第1期（2022）。
- 19.廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司（2021）。
- 20.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

- 1.Bailey, David & John, Laura Elizabeth, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8th ed., Oxford University Press (2018).
- 2.Filippelli, Marilena, *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2013).
- 3.Hawk, Barry E. & Motta, Giorgio A., “Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem,” in: Raffaelli, Enrico Adriano (ed.), *VI Antitrust Between EC Law and National Law*, 1st ed., Bruylant (2009).
- 4.Hovenkamp, Herbert J., “The Sherman Act and Abuse of Dominance in the Age of Networks,” (2021), <https://www.promarket.org/2021/12/20/sherman-act-abuse-dominance-europe-monopolization/>.
- 5.Hovenkamp, Herbert J., “Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement,” *1838 Faculty Scholarship at Penn Carey Law* (2010), https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1838.
- 6.Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EU Competition Law — Text, Cases, and Materials*, 6th ed., Oxford University Press (2016).
- 7.Mezzanotte, Félix E., “Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error,” *33(1) World Competition* (2010).
- 8.O’Donoghue, Robert QC & Padilla, Jorge, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3rd ed., Hart Publishing (2020).
- 9.OECD, *Excessive Pricing*, DAF/COMP(2011)18, OECD Competition Committee (2011).
- 10.Petit, Nicolas, “The Oligopoly Problem in EU Competition Law,” *SSRN Paper* (2012), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829&download=yes.

11. Sullivan, E. Thomas & Harrison, Jeffrey L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, 7th ed., Carolina Academic Press (2019).
12. Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 9th ed., Oxford University Press (2018).

Reflections on the Control of Abuse of Monopoly in the Fair Trade Act

Summary

This article argues that after 30 years of legal enforcement, there are many deficiencies in the control of abuse of the monopoly position in the Fair Trade Act, and it is necessary to correct it. After reviewing the current provisions of the Fair Trade Act on the abuse of monopoly position and the lack of practical operation, this paper proposes that the future of the control of abuse of the monopoly position should be revised in the direction and content as follows: (1) The "monopoly" in Paragraph 1 of Article 7 should be renamed as market dominance, and following the European Court of Justice's perception of general market dominance or the typographical approach stipulated in Article 18(1) of the German Act on the Prevention of Competition Restriction. (2) Paragraph 1 of Article 8 of the Fair Trade Act shall be amended to read: "A business that occupies 40% or more of the relevant market shall be presumed to be a monopoly (market dominance) ." (3) Paragraphs 2 and 3 of Article 8 shall be deleted. (4) Paragraph 2 of Article 7 and Subparagraphs 2-3 of Paragraph 1 of Article 8 should be deleted. (5) The market effects requirement of Article 14 should be added to Paragraph 1 of Article 9: "(6) Paragraph 1 of Article 9 should be amended as follows: "A monopoly enterprise must not abuse its monopoly position so as to affect the market function of production, commodity transaction or service supply and demand. (Paragraph 1) The abuse of monopoly position referred to in the preceding paragraph includes the following acts: 1. Exclusive dealing. 2. Tying or bundling. 3. Predatory behavior. 4. Refusal to deal. 5. Discriminatory treatment. (Paragraph 2)" (7) Articles 19 and 20 of the current Fair Trade Act should be deleted.

與談

與談人：何之邁教授（臺北大學法律學系教授）

對「公平交易法獨占地位濫用規範之省思與革新」一文，表示幾點看法。

一、所謂「共同獨占」規範存廢之問題

文章中所謂共同獨占即因寡占市場事業擬制或推定而生之複數獨占，也就是說寡占市場主要事業被擬制或推定，擁有一個市場的獨占地位。其建議是廢除現行公平法第7條第2項及第8條第1項第2款、第3款規定。

上開建議不無商榷。

寡占市場事業之活動涉及反托拉斯法規範，一般言之，從理論及實務言不外有以獨占、聯合或結合規範，由不同角度介入者。特別從行為面而言，以聯合或獨占介入，乃歐陸立法或實務，並及理論上，所常加探討者。如德國從1957年營業競爭限制防止法立法以來，雖歷經多次修法，迄今於獨占規定上仍保持寡占市場事業之擬制及推定。法國競爭法於實務操作上亦採此制，而為學界理論上所普遍接受。

依據不太權威的一些著作，於歐陸寡占事業通過獨占規範之架構，介入其反競爭行為之管制，似非如本文所稱「態度消極」或「不被接受」。

反觀我國，若聯合行為規範對寡占市場事業疑涉聯合行為，尤合意主觀要件，這麼容易認定，就不會有從1999年引進一致性行為理論以來，多少處分案件經年累月輾轉於訴願、起訴、上訴、駁回、發回更審之間，而往返徘徊於行政機關與法院之側，甚而為理論探研更動員大批人力、物力投入。

然則，本文的觀察是「現行公平法聯合行為規範及公平會有關於此的實務運作，已可以充分，甚至完全取代原本共同獨占地位濫用規範所欲實踐之規範目的」云云。是耶？非耶？

二、欠缺對市場效果要件之問題

我國公平交易法為二法合一，前半部限制競爭法，其立法目的即在透過對事業濫用經濟力行為之管制，維護市場競爭秩序，健全市場競爭機制。

如是任何屬限制競爭領域行為之違法判斷，標準即為行為對市場競爭是否造成損害。故不論條文在文字上是否再次明文或強調市場競爭效果。理論上學者在分析一個行為之違法性時，必將行為對市場效果影響部分詳加分析；實務上，行政機關在執法過程中，個案評價行為之違法性時，亦當著重行為對市場之效果之評核。若不此之

圖，則非競爭法之分析、執行。

本文建議第9條加上類如聯合行為規範對市場效果要件之文字「而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」。本該如此解釋之事，加上這些文字，是否徒生畫蛇添足而已。

三、關於獨占濫用行為類型化與第9條、第19條及第20條關係

(一) 針對過高價格，有一段文字「公平法獨占地位濫用規範若有意規定出例示規定，其內容理當以阻礙或排除濫用類型為主，毋庸刻意針對榨取或抽離濫用，加以例示，僅需於實務運作中肯定其可為獨占地位濫用管制類型之一，即可」。

既然要規範過高價格，又何必遮掩，殊難索解。

(二) 作者花很大的力氣分析第19條及第20條，結論是廢止現公平交易法第19條及第20條，讓它「回歸」獨占的規範。實則，第19條及第20條問題的癥結，在於我國公平法第14條未將垂直交易約定納入規範。如將垂直聯合行為納入現行聯合規範體系，即不需第19條、第20條。