

5. 其他事業進入市場的法律或事實的限制 (Marktzutrittsschranken)

其實其他的市場結構要素（例如財務能力、進入採購及交易市場之管道及與其他事業之關聯），均可理解為一種進入市場的限制。其他自事業的理想規模（相對於整體需求而言）、法律上的障礙（例如專利）、技術上的知識（例如know-how）、研究能力、授權契約之形式、接近原料或資本之管道、銷售途徑之組織結構，或產品之差異化 (Produktdifferenzierung)，亦均可能產生進入市場之限制（註四五）。此外，事業的知名度及市場對其之信賴度，亦在實務上具有重大意義（註四六）。

6. 市場相對人轉換的彈性及迴避的可能性

德國立法者一九八九年第五次修改限制競爭防止法時，加入兩項考慮要素，即系爭事業將其供應或需求轉換為其他產品或服務之能力，以及市場相對人迴避到其他事業之可能性。究其立法目的在於：「適當考量需求面的力量 (Nachfragemacht)，特別是營業種類繁多的商業事業，相對於製造工業而言，由於具有較大的彈性，所以其力量近來日益增加。事業的整體營業項目包括許多個別的產品種類，在考慮其在每項產品之投產成本的情況下，它仍能比該產品之製造人更容易增加或減少個別的產品營業。在商業事業規模茁壯的同時，製造人可選擇的空間即有可能日漸縮小。由此而生的強大地位可促成需求事業對其競爭對手取得優勢的地位。第二十二條第一項第二款的擴張……在於明確指出，於吾人判斷事業相對於其競爭對手的市場地位時，除了水平的市場關係之外，尚應考慮垂直的市場關係……」（註四七）。迄今為止，這二項要素在實務上並沒有發揮什麼功能（註四八）。

三、支配市場地位之推定

爲了對支配市場之事業進行較有效的濫用控制，德國立法者於一九七三年第三次修改限制競爭防止法時，在第二十二條第三項加入推定支配市場地位存在之規定：

“一個事業就特定種類之產品或服務具有三分之一以上的市場占有率者，推定爲第一項規定之支配市場的事業；但該事業在上一會計年度之交易額少於二億五千

(註四五) 參見註三九。

(註四六) WuW/E KG 1599, 1605.

(註四七) Begr, zum Reg Entw, 1989, 引自v. Gamm, 註一, Anhang 2, s.689-90.

(註四八) Held/Seifert, 註五, S.170.

萬馬克者，不在此限（第一款第一目）。

事業就特定種類之產品或服務有下列情形之一者，推定符合第二項之規定（「二個或二個以上之事業，就特定種類之產品或服務，在一般或特定市場上，基於事實上之原因彼此間不存在實質競爭，並且其在整體上符合第一項要件者，均視為支配市場之事業」）：

- (a)三個或三個以內之事業共同擁有百分之五十以上的市場占有率，
或(b)五個或五個以內之事業共同擁有三分之二以上的市場占有率；

但系爭事業在上一會計年度之交易額少於一億馬克者，不在此限（第一款第二目）

市場占有率及交易額之計算，準用第二十三條第一項第二句至第十句之規定（第二款）。”

雖然學說中對於此種推定有所批評（1.一個被推定的支配市場地位是否可以被濫用，頗值得懷疑，因為依據濫用監督的想法，必須是真實的市場地位才會被濫用；2.此種推定規定在第二十四條第一項的結合管制上最具有意義，在第二十二條第三項則顯得有點格格不入，因為如此一來，事業集中的危險並不是按照其競爭上的危害性，而是依據事業的規模及市場占有率來認定）（註四九），但是未得到通說及實務的支持。以下針對此項規定相關的主要問題，分別討論之：

(一)推定之法律性質

對於限制競爭防止法第二十二條第三項推定（支配市場事業之存在）規定之法律性質，學說上曾有爭議，而其癥結為：在卡特爾案件原則上適用職權進行原則（*Offizialmaxime*），亦即卡特爾廳及法院應該依職權調查事實（該法第五十四條第一項及第六十九條第一項），所以法律推定之規定，似乎與體制不合。對此項爭議，先後共有四個見解被提出來討論：

第一種見解將此項推定定位為單純的「發動構成要件」（*Aufgreifattbestand*），卡特爾廳可據此進行調查程序（註五〇），此種見解雖然與當初國會法制委員會的主張一致（：若作成單純的發動構成要件以外之解釋，在法律政策上恐怕站不住腳）（註五一）。但是如前所述，卡特爾廳本來即依職權調查事實，無待於依據此

（註四九） Rittner, 註一七, S.379-80.

（註五〇） 1973年報告第14頁，引自Immenga/Mestmaecker, §22, Rdnr, 91.

（註五一） Wirg, Die vermutete Marktbeherrschung, WuW 75, 611.

項推定始得調查。

第二種見解主張此項推定為系爭事業形式的舉證責任規定，換言之，一旦推定之要件存在，卡特爾廳即無庸再依職權調查足以推翻支配市場地位之事實情況，反而必須由系爭事業就足以推翻支配市場地位之事實舉證。此種見解固然可以大大減輕卡特爾廳的負擔，但是同樣與卡特爾廳依職權進行調查之原則不符（註五二）。

通說認為本項推定是卡特爾廳的「發動構成要件」，並且帶有實質的舉證責任規定之性質。依據此項見解，卡特爾廳於推定要件存在時，得暫時先假設系爭事業具有支配市場的地位，但是在隨後進行的調查程序中，應調查一切可用以支持或推翻前項假設之事實證據，只有在最後既無法排除亦無法認為支配市場的地位時，才能終局地採取此項假設（註五三）。

第四種見解以通說為本再作些修正，它主張，立法者之目的既然在於減輕卡特爾廳在調查上的負擔，若依據通說，卡特爾廳仍須調查一切可用以支持或推翻支配市場地位的事實證據，則其負荷仍然太重，故此說主張卡特爾廳固然應依職權調查，但僅須針對系爭事業提出實質的抗辯。換言之，事業若希望卡特爾廳調查某些事實證據，則必須提出實質說明，但該事業不負擔形式的舉證責任。若卡特爾廳的結論是*non liquet*（無法決定），則適用實體的舉證責任規則，即可假定該事業具有支配市場的地位（註五四）。

(二) 獨占之推定

依據第二十二條第三項第一款第一目之規定，一個事業就特定種類之產品或服務具有三分之一以上的市場占有率，並且其上一會計年度之交易額在二億五千萬馬克以上者，推定為支配市場之獨占事業。以二億五千萬馬克為下限的目的是在於，確保中小企業不會受到推定的不利影響（註五五）。依據該條項第二款準用第二十三條第一項第二句至第十句之規定，關係企業各事業之市場占有率及交易額應合併計算，但是其內部間彼此之交易額應該扣除，以避免重覆計算（註五六）。至於與外國的交易額，通說認為應一併計入，而市場占有率只限於國內相關市場之占有率

(註五二) 對此項見解之介紹及批評請參照 Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belks, §22 Rdnr. 36; Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr. 91.

(註五三) 參閱前註，以及 v. Gamm, 註一, §22 Rdnr. 29; WuW/E BGH 1749, 1754.

(註五四) Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, §22 Rdnr. 37.

(註五五) Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, §22 Rdnr. 39.

(註五六) Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr. 95.

(註五七)。若在同一相關市場有二個以上之事業符合推定之要件，則應適用下述第二目之寡占推定的規定（註五八）。

(三)寡占的推定

依據第二十二條第三項第一款第二目之規定，三個或三個以內之事業共同擁有百分之五十以上的市場占有率，或五個與五個以內之事業共同擁有三分之二以上的市場占有率，並且各該事業在上一會計年度之交易額均在一億馬克以上者（註五九），該等事業推定為寡占事業，亦即推定其內部關係不存在實質競爭關係，而且其對外關係具有支配市場之地位（註六〇）。在此必須指出的是，前述不論是三個或五個事業，並非任意的三個或五個事業即可算成寡占事業，必須是其市場占有率居於領先地位的事業，因為市場占有率是市場力量的指標（註六一）；也因此第二十三條之一第二項關係事業結合之控制，即明文規定：事業之全體若由在一市場上擁有“最高市場占有率”的三個或三個以下之事業所組成，且其共同擁有百分之五十的市場占有率，或是由擁有“最高市場占有率”的五個或五個以下之事業所組成，且其共同擁有三分之二的市場占有率，則視為支配市場之事業。

(四)獨占推定與寡占推定之關係

德國通說認為第二十二條第三項第一款之獨占推定與第二款之寡占推定可同時適用（*nebeneinander anwendbar ; parallele Anwendung*）（註六二），亦即理論上有可能同時滿足獨占推定及寡占推定的要件（當然實際上，一個市場不可能同時存在著獨占及寡占）。但是吾人認為應該區分二種情況而判斷之：1. 一個事業滿足第一款推定之要件（擁有三分之一之市場占有率），而其他三個企業滿足第二款第一目(a)之要件（共同擁有百分之五十的市場占有率），此時此二種推定應該相互抵銷，亦即完全沒有適用推定（不論是獨占或寡占）規定之餘地；因為此時市場有充分的競爭，並不存在著支配市場之事業（註六三）；2. 一個事業滿足第一款推定之要

(註五七) Rittner, 註一七, S.380.

(註五八) Rittner, 註一七, S.381; Moneschel, aa0.

(註五九) Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, §22 Rndr. 40.

(註六〇) Westrick/Loewenheim aa0.

(註六一) Moneschel, aa0.; Rittner, 註一七, S.382.

(註六二) v. Gamm, 註一, §22 Rndr. 31; Rittner, 註一七, S.381; Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22註九六。

(註六三) Rittner, 註一七, S.382.

性，而又與其他二個與其有關之事業滿足第二款第一目(a)之要件，此時才可（如通說所謂）同時適用獨占推定及寡占推定，因為「保護事業不受團體行為危害的必要性」，（第二項規定之目的），並不會因為該團體中之一個事業符合第一款之要件而變得多餘（註六四）。

(五)推定之反証

依據通說，第二十二條第三項之推定規定使得卡特爾廳於推定要件存在時，得先假設系爭事業具有支配市場之地位，然後卡特爾廳在調查程序應調查一切可用以支持或推翻前項假設之事實證據，只有在最後既無法排除亦無法認定支配市場地位時，才能終局地採取此項假設。既然在調查程序已依職權調查一切足以推翻推定之事實證據，則在卡特爾廳終局地採取此項推定之後，已沒有固有意義下舉証反証之餘地（註六五），故推定之反証必須在調查程序中就提出來。

叁、支配市場地位之濫用

一、緒論

本條規定於立法之初原來僅規範三種與契約有關之特定行為，亦即在要求或提供價格上之濫用、在安排交易條件上之濫用以及締結搭售契約（Kopplungsverträge, tie-in）上之濫用。於一九六五年第一次修改時，該條才以一般條款（第四項第一句）取代前述列舉規定：「支配市場之事業就其特定之產品或服務或他種產品或服務，在市場上濫用其支配市場之地位者，卡特爾廳得對之行使第五項規定之職權」。於一九八〇年第四次修改時，德國立法者在第四項加入第二句規定，又試圖以例示之具體標準，減輕適用本項規定之困難：「為特定種類之商品或服務之供給者或需求者之支配市場事業，特別於有下列行為之一時，構成第一句所謂之濫用：

1. 無客觀上正當理由，以重大影響市場上之競爭之方式妨礙其他事業之競爭可能性；
2. 要求與在有效競爭下極可能產生之報酬或其他交易條件不合之報酬或條件；此

（註六四） Moneschel, aa0.

（註六五） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rndr. 97; v. Gamm, 註一，§22 Rndr. 29.

時應特別斟酌事業在具有有效競爭之類似市場的行為方式：

3. 要求較該支配市場之事業在類似市場對同種類買受人所要求之報酬或其他交易條件更為不利的報酬或條件，但出於客觀上正當理由者，不在此限。」

檢討這兩次修法的實際效果，一般認為立法者並未能達成簡化適用第二十二條第四項之目的：1. 對於一般條款，固然有批評其既不具有外部的概念範疇、又無法以明確的規範目的劃定界線（註六六），但是此種批評忽略了“只能以一般條款才能應付無窮的濫用可能”此一基本事實（註六七）；然而不可否認的是，如何將濫用之要求具體化，始終是本項規定適用上真正的困難所在。2. 至於例示的具體標準不過是把到修法時為止之爭議問題納入法條之中，很難從中得出可解釋一般條款的依據（註六八）。

二、濫用的意義

(一) 與民法上的一般條款不同

由於限制競爭防止法在德國生效之後，很快就成為民法學者的支配領域，所以很自然地，民法上解釋一般條款的標準及方法就被用來掌握限制競爭防止法第二十二條第四項「濫用」的意義。因此有的人引用帝國法院關於“獨占濫用”之判例，認為本項之濫用是指違反善良風俗之行為（註六九），亦有援引基於德國民法二百四十二條（債務人應依誠實信用之原則並斟酌交易習慣提出給付）所發展之一般權利濫用的規則，認為本項之濫用是指「……於定價時未考慮其他市場參與人得對其抱有之期待」（註七〇）。但是此種依據私法自治、所有權及競爭自由的民法立場，完全忽略了第二十二條在限制競爭防止法的特殊地位（：它是一個授權卡特爾廳對特定事業行為加以監督的規定，國家得準此直接介入市場的程序）（註七一），

（註六六） P. Raisch, Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Missbrauchsaufsicht ueber marktbeherrschende Unternehmen, JZ 65, 625 (629).

（註六七） I. Schmidt, Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Missbrauchsaufsicht ueber marktbeherrschende Unternehmen-eine Erwiderung, JZ 67, 247ff. (248).

（註六八） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rndr. 98.

（註六九） Frankfurter Kommentar zum GWB, 1. Aufl. §22 Tz. 44ff 引自Reich, Missbrauch und Verhaltenskontrolle gemae § 22 Abs. 4GWB n.F., NJW 74 1353-1357 (1353). 但 Frankfurter Kommentar 第三版 (1993) 已放棄此種主張。

（註七〇） Gemeinschaft Kommentar zum GWB, 2. Aufl. 1963 vor §22 Anm. 14引自Raisch前揭文（註六六），第626頁。

所以卡特爾法學界隨即加以揚棄，並試圖找出特別針對競爭的解釋標準，以具體化該條第四項的濫用概念。

(二)以「假設競爭存在」(註七二)之理論界定濫用

Ingo Schmidt引用經濟學中由Walter Eucken及Leonhard Miksch發展出的所謂「假設競爭存在理論」(Als-ob-Wettbewerb, Als-ob-Konzept)，以界定此處濫用支配地位之意義：限制競爭防止法第二十二條之支配市場的事業，應該如同假設其身處於實質競爭的情況，受到相同的待遇，不應該比處於實質競爭之其他事業受到較好或較差的待遇(註七三)，換言之，此種見解是將欠缺競爭下之事業的市場行為，與一個假設的、經由想像模擬的競爭下可能有的市場行為及市場條件相互比較，若前者與後者有重大差異，並且沒有經濟上的理由足以正當化此項差異，則構成濫用。反對此種主張的學者則認為此說內容不確定(註七四)，而所謂假設的競爭及競爭條件最終均不過是一種任意的假定罷了，因為競爭的過程是無法模擬的、競爭的結果亦是未知的(註七五)。

在法院及聯邦卡特爾廳的實踐上，原則是採取此項「假設競爭存在」之理論，但是有所限制，亦即不是要以此項理論來控制事業之全部行為，而是用以檢查涉及濫用之具體事業行為若在有效競爭之下，是否可能以相同方式產生，換言之，它認為濫用監督並不是依據假設競爭存在下之標準，對事業行業從事一般的、規範的控制，而是用以禁止出於市場獨占力量的個別濫用行為(註七六)。

最近德國學說取向於依據德國聯邦經濟部經濟諮詢會於一九六二年提出的鑑定意見(為第一次修正之政府草案所採納)：“……判斷一個行為是否構成濫用之標準，應該從競爭經濟的秩序原則(Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft)中得出。濫用的行為與違反善良風俗並無關聯。濫用監督不能夠、也不希望規定支配市場之事業應為特定行為，而只是限於禁止該事業採取僅是因為其市場

(註七一) Reich, 註六九, 第1354頁。

(註七二) 蘇永欽將之翻譯為「擬制競爭情況」, 參閱氏著, 「關於防止限制競爭立法的基本問題」, 刊於法學叢刊, 第一一〇期(七十二年四月), 第五十四頁至六十六頁(第五十六頁)。

(註七三) I, Schmidt, 註六七, 第248頁。

(註七四) Willeke 註二一, 第547頁。

(註七五) 反對說之見解, 請參照Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, §22 Rdnr. 45.

(註七六) WuW/E KC1599, 1609.

力量方有可能採取之行爲，或採取若在競爭狀況下個別事業無法採取的行爲，或採取若在有效競爭下不可能發生的阻礙或妨礙其他事業的行爲。換言之，濫用監督是針對特定的、可界定的行爲。其目的主要在於保持進入支配市場事業所處市場的管道暢通，並且保護其競爭對手不受到傷害……”（註七七）。此項見解，就其實質，仍然採取「假設競爭存在」之立場（“若在競爭狀況下……”；“若在有效競爭下……”）。

又，一九八〇年之第四次修正在第四項加入三種濫用的例示規定。其中第二款及第三款亦採取「假設競爭存在」的出發點。因爲其仍是與若在「有效競爭」或「類似市場」下之情形比較。

總而言之，德國法上是依據「假設競爭存在」之理論，界定事業濫用市場地位之意義。至於在具體界定中無法避免的「恣意性」（由於界定濫用是一種規範性的判斷），應該是用來提醒如何儘可能加強對經濟關係的分析，而不是使得任何關於濫用的判斷喪失其意義（註七八）。

（三）與事業之主觀要件無關

德國限制競爭防止法第二十二條之目的源自於該法的整體目的，即確保競爭之自由。爲了維護此一客觀環境，支配市場之事業從事濫用行爲時之主觀想法如何，有無過咎，則非所問（註七九）。特別是在通說放棄以民法標準解釋濫用之後，濫用與行爲主體之主觀要件可謂斷絕一切關聯。

（四）濫用之市場範圍

支配市場之事業在其力量所及之市場——無論產品市場、地理市場或時間市場——濫用其力量，固然是應加以禁止的行爲。除此之外，它亦可能將其在該市場之影響力擴及於第三市場，鑑於此種行爲對競爭秩序會產生之限制作用，應該一併加以禁止。因此第二十二條第四項第一句規定，支配市場之事業就其特定之產品或服務或「他種產品或服務」（即第三市場），不得有濫用市場地位之行爲（註八〇）。

三、濫用的類型

從Juergen Baur於一九七二年將濫用的類型區分爲阻礙之濫用（Behinderung-

（註七七） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr. 99; Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, §22 Rdnr. 42.

（註七八） Willeke, 註二一，第548頁。

（註七九） 參閱註七六，以及v. Gamm, 註一，§22 Rdnr. 32.

（註八〇） Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, §22 Rdnr. 47.

smisbrauch) 及榨取之濫用 (Ausbeutungsmisbrauch) 二種以來 (註八一)，德國學說即沿用此項分類至今；至於此二種類型以外之濫用行為，由於未能找出適當之上位概念，故僅統稱為其他濫用的行為。以下即分別討論此三種類型。

(一)阻礙之濫用

阻礙之濫用是規定在限制競爭防止法第二十二條第四項第二句第一款：「無客觀上正當理由，以重大影響市場上競爭之方式妨礙其他事業之競爭可能性」。此外，該法第二十六條第二項則具體規定一種阻礙之濫用：「支配市場之事業……不得直接或間接不當地阻礙另一個事業從事其他同種類事業通常得進行之交易，或無客觀上正當理由而對該事業直接或間接為對其他同種類事業不同之待遇……」。由於第二十六條第二項是第二十二條第四項之具體規定，故德國法院長久以來對前者所做之裁判，應亦可適用到後者；而一九八〇年第四次修正時將第二十六條第二項之構成要件（無客觀上正當理由）納入第二十二條第四項第二句第一款，亦可以證明此二項規定之共通性（註八二），因此判斷系爭行為是否為阻礙之濫用，應該“在斟酌本法維護競爭自由之目的的情況下，衡量系爭當事人之利益”（註八三）。但是第二十二條第四項第二句第一款之規定與第二十六條第二項仍有不同之處，即後者只關乎對當事人之具體阻礙，因此是該法第三十五條第一項所謂「保護他人之法律」，若有違反可以請求損害賠償（第三十五條第一項：故意過失違反本法以保護他人為目的之規定，或違反卡特爾廳或上訴法院依據本法所為之保護他人的處分者，應賠償其因此所受之損害……）；反之，前者在於保護整體競爭制度之運作，故不是以保護具體他人為目的之規定，而且既然是保護競爭制度，則必須系爭行為對市場具有重大影響（註八四）。

阻礙之濫用在實務上常表現在以下幾種行為之中：

1. 低價策略

價格是競爭上最有效的工具，所以支配市場之事業容易傾向於以價格策略行使其支配市場之力量，但是針對特定目標的割喉低價行為（gezielte Kampfpreisunterbietung），則構成濫用支配力量的行為，例如價格擠壓（price

(註八一) J. Baur, Der Missbrauch im Deutschen Kartellrecht, S.227,232,234ff., 238ff. 引自 Reich, 前揭文 (註七一)。

(註八二) Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 16.

(註八三) BGHZ 38, 90, 102; BGHZ 81, 322, 331.

(註八四) v. Gamm, 註一, §22 Rdnr, 41.

squeeze) 之行爲（一事業同時爲前階段產品及以此產品進一步完成之最終產品的供應商，爲排除競爭對手，一方面提高前階段產品之價格，另一方面降低最終產品之價格）；此外，起運基點制度（Frachtbasensystem）亦可能具有類似的排擠效果；該制度未將運費直接算入售價之中，而是以一定的起運基點爲準，另外再向買受人收取運費，不論實際的運送處何在，亦不問是否真實有支出運費。換言之，如果買受人所在地與起運基點相同，則應無運送之必要，故亦應無運費之支出，但按此制度，買受人仍應爲此幽靈運送（Phantomfrachten）支付運費。運用此種制度的結果是，出賣人得以用低於成本之淨價格先爭取顧客，然後再以實際上未曾發生的幽靈運費彌補其虧損（註八五）。

至於何謂割喉低價，學說上有不同見解，或有以成本來加以衡量（註八六），但是以成本衡量有不少問題，包括計算成本時應考慮那些因素、共同成本應如何分擔、數量及價格要素應如何估算，更何況不論以何種方式來計算成本（短期的邊際成本、平均變動成本、平均成本），最終均是針對靜態的競爭體系；然而一個強大事業的行爲恰好不是如此；因此成本的考量最多只能在對特定行爲做整體判斷時做爲一個判斷因素，特別是用於判斷事業過去的價格是否出於經濟上的客觀考慮（註八七）。因此德國聯邦最高法院把重點放在價格對市場的排擠效果，以及其對競爭存續之具體危害（註八八）。

2. 折扣策略

市場上常見的折扣策略約有忠誠折扣（Treverabatte）、數量折扣（Mengenrabatte，依據買受人購買之數量而計算折扣）、功能折扣（Funktionsrabatte，依據買受人之功能一如大批發之功能一而提供折扣），以及不限於個別產品而及於一系列產品之全面折扣（Gesamtsortimentrabatte）（註八九），有時候折扣是以紅利（Bonus）的方式出現，最典型的是交易額紅利制度（Umsatzbonussystem，依據在一段時間內之購買數量而定出不同之折扣等級）。

一般而言，數量折扣及功能折扣並無限制競爭之效果，故不被限制競爭防止法

（註八五） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr. 121.

Markert in Immenga/Mestmaecker, §26 Rdnr. 256, 257.

（註八六） Westrick/Loewenheim in Lowenheim/Belke, §22 Rdnr.50.

（註八七） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr. 122.

（註八八） WuW/E BGH 2547,2550; BGH NJW 90, 2469, 2470.

（註八九） 有關折扣之介紹請參閱註Markert in Immenga/Mestmaecker, §26 Rdnr. 250ff.

禁止。至於忠誠折扣（將市場區隔為忠誠買受人及非忠誠買受人），若其內在目標在於排除其競爭對手，而不只是在於獎勵忠誠的買受人，則構成對競爭對手的不正當阻礙；若此種折扣是由支配市場之事業所採行，更會產生「窒息市場的效果」（Erstickungseffekt），故構成一種濫用支配市場地位之行為（因為該事業並未對市場之需要做出積極反應，卻想要以此種手段將市場關閉）（註九〇）。不過，在實務上要證明支配市場事業折扣之內在目標在於排除競爭對手，是頗為困難的。

3. 限制相對人之營運方式

濫用亦可表現在對市場相對人（包括買受人及競爭對手）營運方式的限制之上，例如使用之限制、排他之約束、營運之約束及搭售行為等。而德國限制競爭防止法第十八條對此種行為已有規定：

“卡特爾應得宣告事業間關於商品或服務之契約立即、或自其指定之未來時點起不生效力，並且禁止使用同類的新限制，若該契約限制一方當事人：

- (1) 使用供應之商品、其他產品或服務之自由，或
 - (2) 向第三人購買或對第三人販賣其他產品或服務之自由，或
 - (3) 將受到供應之商品販賣給第三人之自由，或
 - (4) 使其負擔買受客觀上或一般交易上不相繫屬之商品或服務之義務，
- 並且有下列情形之一者：

- (a) 因而使得對市場上競爭而言，數目可觀的事業受到同種類之限制，並且使其競爭自由受到不當之限制，或
- (b) 因而使得其他事業進入市場之機會受到不當之限制，或
- (c) 由於該限制的規模，而使得市場上就該項或其他產品或服務之競爭受到重大影響（第一項）。

該限制與其他事業尚保有之供應或需求可能相比較，若並不重大，則不視為第一項第四款(b)目所稱之不當限制（第二項）”。

第十八條之規定並非第二十二條之特別規定，而後者正是在前者之個別要件無法獲得滿足的情形下，才能發揮其濫用監督的功能（註九一）。

（註九〇） Markert (in Immenga/Mestmaecker, §26 Rdnr, 253) 認為忠誠折扣當然(per se)即不法；但是Moeschel (in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 127)卻認為忠誠折扣只有在是由支配市場之事業所採行時，才会有不法的可能。

（註九一） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 130, 131.

4. 產品設計

在具有互補性的產品之間，支配市場之事業若將其產品設計得與競爭對手之產品無法相容，有可能構成阻礙之濫用，因為競爭對手進入市場之管道受到阻礙甚至被完全排除在外，此種行為容易在電腦市場中發生（註九二）。

5. 阻礙性質的投資

常見之阻礙性質的投資有：1. 支配市場之事業提供額外的服務（例如發行周日報紙、提供免費的廣告）；2. 以收購的方式，使競爭對手無法取得現有之資源（即所謂的封鎖收購Sperrkaeufe）。在認定支配市場之額外服務構成濫用支配市場力量時，必須整體地判斷該項服務並非是在提昇服務，而僅是出於排擠的策略。而封鎖收購必須是出於抑制競爭的目的並且欠缺經濟上的正當理由，例如購買其不可能使用的原材料，買下全部的運輸量，或非為使用的目的，而出於封鎖的目的購買專利等。（註九三）

(二) 榨取之濫用

榨取之濫用規定在第二十二條第四項第二句第二款及第三款。第二款及第三款均是採取比較市場的觀點（Vergleichsmarktkonzept），亦即與類似（即可比較）市場之價格及交易條件互相比較（註九四）；此二者不同之處在於，第二款是以支配市場事業之價格及交易條件，與（確實存在或模擬的）比較市場之價格及交易條件（特別是其他事業之行為方式）相互比較，而第三款則是以支配市場事業之價格及交易條件，與該事業在比較市場之價格及交易條件相互比較。該二款規定之目的在於非難一個在運作良好的競爭下不可能產生的，而且缺乏正當理由的市場結果；該結果主要表現在價格濫用及交易條件濫用：

1. 價格濫用

支配市場之事業要求過高的價格或比較競爭價格高出甚多的價格，在欠缺正當理由的情形下，構成榨取買受人之價格濫用。在德國實務上，卡特爾廳即經常採行此種價格（過高）控制，特別是針對石油（尤其在石油危機時）、中間等級之私人汽車及藥品等產品。但是此種價格控制有許多副作用，例如卡特爾廳可能因此不當

（註九二） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 138.

（註九三） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 139, 140.

（註九四） v. Gamm, 註一，§22 Rdnr, 45,46; Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 160.

地擁有經濟政策的操控力量、每一次限定的價格上限很快就失效（因為市場上影響價格之因素不斷變動）；特別是價格控制有可能不利於市場競爭之進行，因為價格控制會降低其他競爭者進入市場或擴大產量之誘因，或降低事業提昇品質及服務或從事研究發展的動力（註九五）。因此在從事價格管制時，必須先排除其副作用：卡特爾廳不可從事一般性的價格管制，而只能限於管制支配市場事業價格濫用之行為；換言之，卡特爾廳不可以追求競爭政策以外的景氣政策，而且只有在市場結構受到破壞，以致於不能合理期待市場競爭能自行恢復的情況下，卡特爾廳才可以介入（註九六）。

2. 交易條件濫用

支配市場事業另一種榨取市場相對人的行為類型，就是在欠缺正當理由的情形下，要求不當的交易條件（例如要求預先付款）或優惠條件，聯邦卡特爾廳即多次針對支配市場事業之定型化約款採取行動；在一九七六年施行定型化約款法（或稱一般交易條款法）之後，卡特爾廳仍然堅持其一貫立場，學界中亦有強調應加強貫徹限制競爭防止法第二十二條塑造結構的功能，與之應合（註九七）。

在比較交易條件時，不可斷章取義地比較個別約款，因為一個不利的契約款可以經由另一個有利約款而得到平衡，故必須就「全部之給付做整體觀察」（註九八）。

(三)其他濫用的行為

在德國實務上很少有在阻礙之濫用及榨取之濫用之外，再援引限制競爭防止法第二十二條第四項第一句之一般濫用規定，來認定支配市場事業之其他濫用的行為。因此此處討論的其他濫用的行為，多半是理論性的假設問題。其中又以下列二種類型為主：

1. 違反不正競爭防止法的行為

支配市場之事業若有違反不正競爭防止法（特別是第一條）的行為，並不當然就構成限制競爭防止法第二十二條第四項之濫用行為，因為後者並不是前者一特別

(註九五) Westrick/Loewenheim in Lowenheim/Belke, §22 Rdnr.53; Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 148, 149.

(註九六) Westrick/Loewenheim in Lowenheim/Belke, §22 Rdnr.54; Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 150.

(註九七) Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 172.

(註九八) BGH GRUR 85, 318.

針對支配市場事業一額外的實施規定。只有在支配市場事業因為具有支配市場力量才得以從事違反不正競爭防止法的行為，或該力量特別加強該行為的負面競爭效果時，才可能構成濫用支配市場地位之行為（註九九）。

2. 營造寡占性的市場條件

支配市場之事業（特別是寡占事業）有時會以其支配市場之力量刻意營造一些市場條件，以便透過市場結構來排除因為競爭所帶來的不確定性及風險，或將之減到最低程度。其所採取的策略是建立廣泛的市場透明性，而以交換各種資料（例如價格表、交易量、折扣、產品及營運的新發展、提高價格之時間等）為手段。對於此種營造寡占性市場條件之行為，除了限制競爭防止法第一條（禁止卡特爾）及第二十五條（禁止聯合行為）之外，第二十二條之濫用監督亦可以加以規範（註一〇〇）。

肆、結 論

德國限制競爭防止法對於強大事業之規範的特色在於：

1. 所規範的事業是所謂的「支配市場之事業」。此種事業之範圍與我國及美國法上之獨占事業相比，要寬廣得多，因為依據該法第二十二條第一項第二款之規定，「事業較其競爭對手具有優越的市場地位」者，亦是支配市場的事業。

2. 對於市場上支配事業之自然形成以及支配市場地位之行使，原則上不加以干涉。而是在該事業濫用其市場地位時，才授權卡特爾廳加以取締。換言之，卡特爾廳並不針對支配市場事業進行一般性的行為監督，亦不規定該事業應採取何種事業行為，而只是對其濫用市場力量之行為進行監督。

3. 該法第二十二條第三項有推定支配市場地位之規定。卡特爾廳於推定要件存在時，得暫時先假設系爭事業具有支配市場之地位，但是在隨後進行的調查程序，應調查一切可用以支持或推翻該項假設之事實，只有在最後既無法排除亦無法認定支配市場的地位時，該項假設才能終局地確定。

4. 該法規範支配市場事業濫用行為的條文是第二十二條第四項及第二十六條第

（註九九） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 179, 210.

（註一〇〇） Moeschel in Immenga/Mestmaecker, §22 Rdnr, 182.

二項及第三項。第二十二條第四項第一句（：支配市場之事業不得就其特定之產品或服務或他種產品或服務，濫用其支配市場之地位）是概括規定，該項第二句則具體例示三種濫用行為的例子。而第二十六條第二項及第三項規定亦進一步將第二十二條第四項第一句之概括規定具體化。

5. 至於認定濫用之標準，德國法是採取「假設競爭存在」之比較法：將支配市場事業之行為與假設市場上存在實質或有效競爭情況下的市場行為相比較，若有重大差異，而且欠缺正當理由，則其行為是濫用的行為。

6. 德國法上習於將支配市場事業之濫用行為分為阻礙之濫用及榨取之濫用二大類型。阻礙之濫用常表現在低價策略、折扣策略、限制相對人之營運方式、產品設計及阻礙性質的投資；而榨取之濫用主要為價格濫用及交易條件濫用二種。除此之外，支配市場事業因為其支配市場之地位，才得以從事不正競爭防止法所禁止之不正競爭行為，或該地位特別加強該不正競爭行為之負面效果，則亦有可能構成濫用之行為。最後，支配市場之事業若以其支配市場之力量刻意營造寡占性的市場結構，以排除競爭，亦有可能構成濫用之行為。