

《人文及社會科學集刊》

第八卷第一期 (1996/3), pp.227-263

©中央研究院中山人文社會科學研究所

析論獨占事業濫用市場地位之禁止

劉孔中*

* 中央研究院中山人文社會科學研究所副研究員

(收稿日期：1995年9月7日；接受刊登日期：1995年10月18日)

摘 要

公平交易法第十條對獨占事業之規範，採所謂的防弊主義立法體例，即不禁止獨占事業，而禁止獨占行為。本文探討本條及其相關規定之三次草案立法沿革及未來之修正草案，析論獨占事業的相關問題，參酌美國、德國、歐體之法制，界定濫用市場地位之行為的意義，並整理出濫用行為之二大類型(封鎖競爭式的濫用及榨取式的濫用)及其具體之態樣(例如拒絕交易、操縱價格、聯合行為、阻礙性質的投資、濫訴、營造寡占性的市場條件、價格之濫用、交易條件之濫用、搭售、持續遲延給付、其他不公平競爭的行為)。最後討論公平法第十條第一項第四款之合憲性問題。

大 綱

- 壹、前言
- 貳、立法沿革
- 參、獨占事業
- 肆、獨占事業濫用市場地位之行為
- 伍、第十條第一項第四款規定之合憲性
- 陸、結論

壹、前言

我國公平交易法(以下簡稱公平法)第二章(相當於先進國家的反托拉斯法或限制競爭防止法)規範三種行爲，其中以獨占事業之獨占行爲爲首，其次分別是結合行爲與聯合行爲。公平法第十條對獨占事業之獨占行爲之規範，採所謂的防弊主義立法體例，即不禁止獨占事業，而禁止獨占行爲。衡諸先進國家之法制，本條之規定可謂符合世界潮流。然而本條規定之內容過於抽象，有待釐清的問題尚多，故本文擬參酌國外先進之經驗與學理，並兼顧我國之交易實況及社會需要，分五節探討公平法第十條之相關問題。本文第貳節分析本條及其相關規定之立法沿革，以便清楚勾勒出此項法制的形成歷史、其中的變化轉折以及未來的發展方向。第參節接著析論獨占事業的相關問題，其中包括獨占事業與獨占行爲之區別、獨占事業之意義、認定標準及認定機關。本文必須指出，「市場界定」原本爲探討獨占事業時之重要課題，但是因爲牽涉的層面太廣，故不擬在此討論。第肆節爲本文之核心部分，參酌美國、德國、歐體之法制，試圖界定濫用市場地位之行爲的意義，並整理出濫用行爲之二大類型及其具體之態樣。第伍節則旁論及公平法第十條第一項第四款之合憲性問題，最後於第陸節總結前論。

貳、立法沿革

我國自民國70年起研擬起草公平法，共歷經三次草案，第一次草案由廖義男教授於民國71年4月提出，第二次草案是由經濟部於民國74年3月提出，第三次草案是由行政院於民國75年5月提出。其中對於獨占事業之規範，三次都不同：

一、第一次草案

第一次草案顯然採取德國限制競爭防止法第二十二條的立法精神及規定文字，其規範之客體亦不限於獨占事業，而以較廣泛的「控制市場之企業」為對象，亦即除獨占事業以外，尚包括「擁有較其競爭者優勢之市場地位的企業」。其具體規定為第二十九條至第三十一條：

第二十九條 (控制市場之企業)

「本法所稱控制市場之企業，謂一特定種類之商品或服務之供給者或需求者，具備下列要件之一者：

- 一、無其他競爭者。
- 二、與其他競爭者間未有實質之競爭，即在市場上之策略，可擅自為之，無須特別考慮其競爭者、需求者或供給者之反應。
- 三、擁有較其競爭者優越之市場地位。

前項第三款所稱優越市場地位之認定，除其市場佔有率之外，尤應斟酌其財力、其在採購或銷售市場之進出、與其他企業之連鎖關係，以及其對其他企業加入市場時所生之法律上或事實上之限制等。

一企業擁有特定種類之商品或服務之市場佔有率，在三分之一以上者，推定其為第一項所稱控制市場之企業。」

第三十條 (寡占性控制市場之企業)

「二家或二家以上之企業，就特定種類之商品或服務，在一般或特定市場上，因事實上之原因彼此間不存有價格上之實質競爭，且其總體在對外關係上合於前條第一項之要件者，視為控制市場之企業。

對於特定種類之商品或服務，符合下列情形之一者，推定其具備前項之要件：

- 一、三家或三家以下之企業擁有之市場佔有率，合計在百分之五十以上者。
- 二、五家或五家以下之企業擁有之市場佔有率，合計在百分之七十以上者。」

第三十一條 (控制市場企業濫用行為之監督)

「就特定種類之商品或服務處於控制市場地位之企業，在該項特定商品或服務，或其他商品或服務之市場上，濫用其市場之控制地位者，主管機關依職權或依利害關係人之聲請得禁止其濫用行為；如濫用行為係契約行為者，並得宣告該契約無效。但主管機關為此項處分前，應先要求控制市場之企業停止濫用行為。

控制市場之企業，有下列情形之一，即屬前項所稱之濫用：

- 一、對其他企業之競爭可能性，直接或間接地加以不公平之阻礙者。
- 二、對他企業在從事其同類企業通常可行之營業交易者，無事物上之正當理由，直接或間接地加以差別待遇者。
- 三、使他企業在與其營業交易時，無事物上正當理由須給予其特別之優惠者。
- 四、所要求之價格、報酬或其他交易條件，在與假設有效競爭下極有可能導致之價格、報酬或條件不符合者。
- 五、所要求之價格、報酬或其他交易條件，較控制市場之企業自己在其他可比較之市場上，對同類交易相對人所為之要求，更為不利。但其差別在事物上有正當理由者，不在此限。

一個控制企業與一個或數個從屬企業，在控制企業統一管理下結合而形成之關係企業，有濫用其控制市場之地位者，主管機關對每一關係之企業，亦得行使第一項之職權。」

綜合其重點為：

1. 認為控制市場之大企業未必對整體經濟即造成不利 (廖義男，1982：6)，故不採用「禁止原則」，而採用「濫用原則」加以規範，亦即於該企業濫用其在市場之控制地位時，始加以取締 (第三十一條第一項)。
2. 設有推定企業為控制市場之企業的規定，亦即一企業之市場占有率在三分之一以上者 (第二十九條第三項)推定為控制市場之企業；三家 (或以下) 之企業之市場占有率合計在百分之五十以上者 (第三十條第二項第一款)，或五家 (或以下) 之企業之市場占有率合計在百分之七十以上者 (第三十條第二項第三款)，則將該等企業推定為控制市場之企業 (第三十條第一、二項)。
3. 對於控制市場企業濫用其控制市場地位之行爲，第三十一條第一項先爲一般性的禁止規定，再於第二項例舉五個濫用控制市場地位之態樣。
4. 對於控制市場企業違反規定濫用其控制市場地位之行爲，主管機關得依職權或聲請禁止之 (第三十一條第一項)；若該事業出於故意或過失而違反前述禁止處分，主管機關得科以一萬元以上，一百萬元以下，或超過此數而處以因違反行爲所得不當利益三倍以下之罰鍰 (第五十八條第五款)；此種違反禁止處分之行爲，以及於被依第五十八條科以罰鍰後故意或過失繼續或再爲濫用行爲，致使生產、商品交易或服務供需之市場關係做不利第三人之顯著變化者，處企業之負責人三年以下有期徒刑或併科一百萬元以下之罰金 (第六十一條)，採取所謂「先行政 (處罰) 後司法 (處罰)」之原則。

二、第二次草案

第二次草案對第一次草案做了相當大幅度的修改，相關規定如下：

第五條 本法所稱獨占，謂企業於特定市場擁有控制價格或排除競爭力量。

第六條 二以上企業，因事實上之原因不為價格之實質競爭，而其全體之對外關係具有前條規定之情形者，視為獨占。

第七條 獨占之企業不得有下列行為：

- 一、以不公平之方法直接或間接阻礙他企業參與競爭。
- 二、對商品價格或服務報酬為不當之決定、維持或變更。
- 三、無正當理由使交易相對人給予特別優惠(廖義男、顏吉利，1985: 135之2)。

綜合其重點為：

1. 所規範之事業以獨占事業為限，排除第一次草案之「擁有較其競爭者優勢之市場地位的企業」(第五條)。
2. 刪除第一次草案關於推定企業為獨占事業之規定。
3. 對獨占事業之規範仍然繼續採取「濫用原則」，但與第一次草案不同之處在於，並未一般性的禁止獨占事業為濫用獨占地位之行為，而僅列舉獨占事業不得從事之三種行為(第七條)。
4. 對於獨占事業違反第七條禁止之行為，主管機關並沒有任何介入的權限(既沒有禁止亦沒有科以罰鍰的權限)，只能由檢察官負責偵查、起訴，再由法院依據草案第四十四條「處企業負責人及行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金」，放棄「先行政後司法」之原則。

學者對此項草案之批評為：

1. 獨占事業濫用其獨占市場地位之行爲態樣，千變萬化，絕不可能限於所列舉的三種行爲，故有必要先以概括條款做一般性之禁止規定，即禁止獨占事業濫用其獨占地位，再以例示規定將何謂「濫用」加以具體化。
2. 主管機關對於獨占事業之濫用行爲應該最具有專業監督之能力，故以由其先採取行政監督程序，再由司法機關處理違反主管機關行政監督之重大案件爲宜 (廖義男、顏吉利，1985: 127, 128；廖義男，1985a: 31, 32)。

三、第三次草案

第三次草案並未對外界對第二次草案之批評作出回應，但改變對於獨占之定義：「本法所稱獨占，謂事業在特定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」(第五條第一項)，並且稍微修改關於寡占之規定：「二以上事業，實際上不爲價格之競爭，而其全體之對外關係具有前項規定之情形者，視爲獨占。」(第五條第二項)。該草案並首次界定特定市場之意義：「第一項所稱特定市場，係指事業就一定之商品或服務從事競爭之區域或範圍」(第五條第三項)。該草案第十條第一項與第二次草案相同，僅列舉獨占事業不得從事的三種行爲，但是新增第二項：「獨占之事業由中央主管機關公告之」，至於其立法理由僅有寥寥數語：「本條第二項明定獨占事業由中央主管機關認定並公告之」，究其用意「乃在提醒市場上已處於獨占地位之廠商，勿從事濫用市場地位之行爲」。對於獨占事業違反第十條第一項規定之行爲，主管機關仍然沒有任何行政監督或取締的權限，而專由司法機關管轄 (第三十五條)。

四、現行規定

現行規定延續第三次草案關於獨占、寡占及特定市場之規定 (第五條)，並

於第十條第一項增加第四款規定，即獨占之事業除了三種例示的禁止行為之外，亦不得為「其他濫用市場地位之行為」，顯然欲藉此種概括條款避免掛萬漏一的缺失。現行公平法第四十一條之規定，則是前三次草案所沒有的新規定，它一般地授權公平交易委員會（以下簡稱公平會）對於違反本法規定（當然包括第十條第一項）之事業，得限期命其停止或改正其行為；逾期不停止或改正其行為者，除得繼續限期命其停止或改正其行為外，並按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止。此外，法院亦得對違反第十條第一項規定之行為人處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金。

公平會依據公平法第四十八條所制定之公平法施行細則第三條及第四條，對獨占事業之規範有所增補：

「第三條 中央主管機關依本法第十條第二項公告獨占事業時，應審酌左列事項：

- 一、事業在特定市場之占有率。
- 二、商品或服務在特定市場中時間、空間之替代可能性。
- 三、事業影響特定市場價格之能力。
- 四、他事業加入特定市場有無不易克服之困難。
- 五、商品或服務之輸入、輸出情形。

第四條 事業無左列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：

- 一、一事業在特定市場之占有率達二分之一。
- 二、二事業在特定市場之占有率達三分之二。
- 三、三事業在特定市場之占有率達四分之三。

有前項各款情形之事業，其個別事業在該特定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新台幣十億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。

事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場受法令、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，雖有前二項不列入認定範圍之情形，中央主管機關仍得認定其為獨占事業。」

五、公平交易法部分條文修正草案

行政院於83年4月28日向立法院提出之公平法部份條文修正草案，將現行法第十條第二項（「獨占之事業，由中央主管機關定期公告之。」）刪除。其理由約為：

1. 現行獨占事業公告之規定本意，乃在提醒市場上已處於獨占地位之廠商，勿從事濫用市場地位之行爲，但卻引起具市場優勢力量之廠商的惶恐，使立法美意盡失。
2. 爲執行該項規定，不僅耗費大量行政成本，且個案行爲發生時，原認定之資料與結果，如與行爲時點不一，尙不能直接援用，仍須重新調查，不僅浪費人力物力，且顯無意義。
3. GATT 會員國對本項規定甚感疑惑，爲利於我國申請入會，故刪除之。

此外，關於違反第十條第一項之法律效果，行政院建議改採「先行政後司法」之處理原則，亦即「違反第十條第一項…規定之事業，經中央主管機關處以新台幣五萬元以上五十萬元以下之罰鍰並限期命其停止或改正其行爲而逾期未停止或改正，或停止後再爲相同或類似違反行爲者，處行爲人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十萬元以上一百萬元以下罰金」（第三十五條）。

對於修正草案此項處罰規定，本文有二點建議：

1. 大幅提高罰鍰及罰金之額度。獨占事業之市場力量龐大，必然有雄厚的財力後盾，故無論五萬元以上五十萬元以下之罰鍰或十萬元以上一百萬元以下之罰金，對其能夠產生的嚇阻或懲罰效果，非常有限。以美國休

曼法第二條處罰實施獨占等行為為例，對法人最高可罰一千萬美金，對自然人最高可罰三十五萬美金之鉅。故建議大幅提高違反公平法第十條所處罰鍰及罰金之額度。

2. 情節重大或惡性重大之濫用獨占力量行為，不受「先行政後司法」之限制。漸進的處罰方式，對於情節輕微或不慎觸法之獨占事業而言，可發揮督促及提醒之作用，使公平法不失於嚴苛；反之，若獨占事業出於重大惡性而濫用獨占力量或其濫用之行為造成市場重大之損害，則「先行政後司法」之處罰，將使其有恃無恐，先為所欲為，等公平會處以額度有限的罰鍰後，再停止或改正其行為。故建議違反公平法第十條屬情節重大或惡性重大者，得逕處三年以下有期徒刑及高額度之罰金。

參、獨占事業

一、公平交易法禁止獨占行為而不禁止獨占事業

在以競爭為機制的市場經濟中，從事競爭之事業若以妥善的生產規劃、靈活的財務安排及不斷翻新的創意，推出品質優異、價格低廉的產品或服務，而在市場上贏得勝利，並在此基礎上取得競爭優勢，甚至獨占的地位，此乃競爭必然會有的結果，既不足為奇，亦不足為慮。吾人若確信市場競爭具有自我調節的功能，則因為競爭而產生的獨占事業亦會由於競爭的不斷進行而被打破。所以吾人在鼓勵競爭、保護競爭的同時，對市場上競爭的結果（無論是形成獨占或寡占），基本上應該是抱持價值中立的立場，¹不可對因為競爭而產生的獨占事業採取否定的立場，否則將與憲法保障財產權之立場衝突。至於事業間的結合行為，究其本質，亦屬一種競爭行為，本無庸特別加以規範，但是大規模事業間的結合行為，因為很容易影響市場的結構並且阻礙競爭，所以公平法第十一條才例外地規定，市場占有率及銷售金額達一定水準之結合須經公平會許

可，以防止其可能造成之弊端，並不是因為國家排斥獨占事業的結果。因此，若事業因結合而成爲獨占事業，只要對整體經濟之利益大於限制競爭之不利利益，公平會仍應允許之(公平法第十二條)。但是獨占事業若不以質優價廉的產品從事效能競爭，而出於封鎖市場之競爭或榨取交易相對人之目的，濫用其市場地位，採取各種獨占行爲(monopolistic conduct)，顯然將嚴重限制市場之競爭，國家不得不加以取締。我國公平法第十條第一項即是秉持此項「行爲取向的獨占政策」(behavioral monopoly policy)，不禁止獨占事業，而禁止獨占行爲(范建得、莊春發，1992: 144；臺灣經濟研究院，1993: 5-1；中華經濟研究院，1990: 48)。²

二、獨占事業之意義

本法所稱獨占，「謂事業在特定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(公平法第五條第一項)。」此外，寡占事業亦被視爲獨占事業：「二以上事業，實際上不爲價格之競爭，而其全體之對外關係具有前項規定之情形者，視爲獨占(同條第二項)。」其中涉及的問題約有：

(一) 由於「獨占」此一用語，既可用來指稱獨占之事業，亦可用來指稱獨占之行爲，而鑑於本條第一項在於定義何謂獨占事業，本法第十條則在於禁止獨占之行爲，故本條第一項之文字以改爲「本法所稱獨占之事業，謂在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力的事業」較爲明確，並且可與第十條之用語前後呼應(「獨占之事業…」)。

(二) 獨占原爲經濟學上之名詞，其典型的定義爲「整個市場只有一家廠商；而且其所生產的產品沒有類似的替代品存在」(張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，1987: 195)，亦即公平法第五條第一項所稱「處於無競爭狀態」之事業。不過公平法所稱的獨占，較經濟學上獨占之範圍

為廣，除了前述「處於無競爭狀態」之事業外，尚包括「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力」之事業。然而何謂「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力」？有學者主張：「單一事業，具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者之獨占，與德國法所謂擁有較其競爭者優越市場地位之控制市場，文字上雖有不同，但在經濟上之意義，壟斷力量之程度則難分軒輊，故所謂具有壓倒性地位，可排除競爭之能力，關於德國法就優越市場地位所為之法律解釋，非不得援用…」(陳佑治，1992: 57)，此項解釋或許可以在我國第一次草案(見貳、一)中找到一些支持，但是本文持二個理由反對此種見解：

1. 第一次草案雖然將「擁有較其競爭者優越之市場地位」的企業規定為「控制市場之企業」，但該項規定於第二次草案時即被刪除，未在其他草案或現行條文中出現，故應該將之解釋為，法律起草者無意將所謂「擁有較其競爭者優越市場地位」之事業納入獨占事業的範圍之內。
2. 德國限制競爭防止法第二十二條第一項所規定之「擁有較其競爭對手優越市場地位」，是為降低卡特爾廳監督濫用行為之門檻才設，因此對「優越市場地位」之要求比「支配市場的地位」(包括沒有競爭對手及沒有實質的競爭)來得低，可以說是危險構成要件(Gefährdungstatbestand) (Westrick and Loewenheim, 1993: § 22 Rdnr. 19)，實在難謂與我國法上「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力」所蘊含之壟斷力量「難分軒輊」(後者應強於前者)。倒是德國法上對「事業沒有面臨實質的競爭」之規定及解釋可用來供我國法解釋上的參考：事業若無庸特別考慮其競爭對手、買受人或供應商之反應，即能決定其經濟行為。換言之，若事業之行動空間不再能經由競爭而受到控制，並且能夠明顯地威脅或限制第三人經濟上的行動自由，則可謂「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力」。³

三、獨占事業之認定標準

公平法施行細則第三條規定中央主管機關公告獨占事業時應審酌之事項，第四條規定獨占事業必須具備之最低市場占有率及總銷售金額。在此產生三個問題，有待釐清：

1. 此項施行細則之法律性質為何？

公平法第四十八條規定「本法施行細則，由中央主管機關定之」，故公平會準此制定之施行細則應該是學理上所謂屬於法規命令之授權命令或委任命令(吳庚，1995: 218；陳新民，1995: 196)，是公平法的「子法」，並非僅表達公平會的執法態度，與美國司法部及聯邦交易委員會公布之各種準則 (Guidelines) 不同(劉紹樑，1991: 26)，公平會自然有遵守並要求一般事業遵守的義務，但是由此引發第二個問題，即

2. 第三條規定應審酌之事項，是否為窮盡的規定？抑或為例示規定？

公平會依據公平法第十條第一項、第二十五條及第二十六條之規定，對獨占事業進行「濫用監督」時，必須先認定系爭事業是否為獨占事業，此為法律邏輯三段論中界定小前題的必然過程，無庸贅言。至於如何認定獨占事業，除了公平法第五條第一項提供一些籠統的標準之外，公平會尚於施行細則第三條規定五個認定事項。該條規定事項雖然頗為廣泛，但並不足以包涵可用來認定事業是否為獨占事業之一切事項，例如其財務能力、與其他事業之關聯或市場相對人轉換的彈性及迴避的可能性，⁴ 故不宜將公平會規定之五種認定事項解釋為窮盡規定，而排除其他的認定事項；無寧，施行細則第三條規定公平會在認定獨占事業時應該「特別」審酌之事項，但並不排除公平會審酌其他事項之可能，更何況施行細則第四條第三項後段之規定，亦間接表示公平會尚得審酌「其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事」，認定獨占事業(莊春發，1994: 187)。

3. 施行細則第四條第一、二項一般被稱為獨占事業「門檻條款」(黃美瑛, 1994: 110; 劉紹樑, 1991: 34) 或消極要件(黃茂榮, 1993: 82), 該項規定似乎硬性規定一定比例或數量之市場占有率及上一會計年度事業總銷售金額, 做為認定獨占事業之最低要件, 事業若不符合要件之一, 原則上即不會被認定為獨占事業。但是依據同條第三項規定, 事業雖然不具備前二項所規定之最低市場占有率及總銷售金額, 但是只要事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場受法令、技術(例如, 該事業所提供之商品或服務, 屬於其所屬產業之關鍵農工原料或關鍵零組件)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, 公平會仍然得將其認定為獨占事業。本條規定之方式, 偏向單純的「發動(調查之)構成要件」(Aufgreifattbestand), 事業須符合第一、二項之規定, 法院及公平會方得將之列入獨占事業之認定範圍, 此時法院及公平會必須考慮其他因素, 才能將系爭事業認定為獨占事業。換言之, 法院及公平會負有舉證責任, 因此須承擔舉證不成之結果, 以致容易徒勞無功, 故建議將本條第一、二項改成「推定規定」並具有實質舉證責任之性質, 亦即法院及公平會於窮盡調查之能事後, 若不能認定亦不能排除系爭事業之獨占地位時, 推定此種具有一定市場占有率及總銷售金額之事業為獨占事業。此外, 本條規定涉及之內容, 以在母法中規範為宜。

四、獨占事業之認定機關

違反公平交易法的法律效果可分民事責任、刑罰及行政罰三方面, 最終的決定機關是普通法院及行政法院。此外, 主管公平法的公平會及負責刑事追訴的檢察機關, 亦有認定事實並適用公平法之權限。但是在獨占事業的認定上, 因為涉及高度專業的經濟知識及市場分析, 並非處理法律問題的檢察機關、普通法院或行政法院所能勝任, 故公平會於82年12月30日向行政院提出的「公平交易法部分條文修正草案」之中, 擬將第十條第二項由「獨占之事業, 由中央主管機關定期公告之」修改為「獨占之事業, 由中央主管機關認定之」, 有意

將公平會規定為唯一可認定獨占事業之機關，觀其立法理由約有二項：1. 就公平會目前認定事業是否為獨占之作業過程中，不但需調查市場資料，並均邀請當事人及其相關公會團體或學者舉行公聽會，給予當事人充分說明之機會，故公平會對於獨占事業之認定過程，堪稱極其慎重嚴謹，倘因偶有疏失之處，亦有訴願、再訴願等行政救濟可資補救。2. 為發揮公平會執行公平法所規定之任務及功能，並基於其所具備之專業知識及技能，實有授權賦予其對獨占事業之認定權之必要。此項修正案明顯免除檢察機關、普通法院及行政法院認定獨占事業之責，誠為我國法制上之創舉，充分尊重行政機關之專業知能，減輕法院之負擔，有助於法律適用上之安定，值得贊同。可惜的是，未獲外界支持，公平會遂於再提出修正草案時，不再堅持將第十條第二項作原擬文字之修正，而單純將之刪除(廖義男，1995: 1-10)。本文在此建議立法院恢復此項修正條文。吾人不可再繼續昧於法院負荷過重的事實，勉強維持所謂「行政歸行政、司法歸司法」之傳統三權分立(賴源河，1994: 221)，而應發揮突破的想法，賦予公平會較大的權限，才能創造一個合理的執法環境，並改造司法。

肆、獨占事業濫用市場地位之行爲

一、濫用市場地位之行爲的意義

濫用為我國法律上常用之文字，例如民法第一〇九〇條規定：「父母濫用其對於子女之權利時，其最近尊親屬或親屬會議，得糾正之…」，舊專利法第四十二條第二項規定：「前項製造方法發明之實施，足以增進公益，物品專利權人無正當理由拒絕同意，顯有『濫用權利』者，製造方法專利人得申請專利局核定適當補償條件後，實施其發明」。但是學說及實務對於何謂權利濫用，仍未形成通說：有學者將之解釋為「逾越誠實信用原則，造成客觀上之不公平…，義務人履行義務之期待可能性，實乃權利人行使權利之要件…」(黃越

欽，1984: 909)，亦有將之解釋為「權利人行使權利，對於自己之利益極小，對於他人之損害莫大者，則亦不能不解為以損害他人為主要目的，而構成權利濫用也」(鄭玉波，1984: 907)。

吾人顯然無法將此種空泛的濫用觀念，援用到規範獨占事業的公平法之上；更何況民商法強調私法自治、契約自由，不同於公平法以維護市場上之競爭制度為職志，故亦無將「濫用」之觀念做相同解釋之客觀基礎。吾人若參諸德國限制競爭防止法上之發展，即可得到充分證明(劉孔中，1994: 178)

據上所述，本文認為，吾人應該為「獨占事業之濫用市場地位之行爲」找出一個公平法上妥適之定義。從比較法的研究，吾人得知美國反托拉斯法認為事業在相關市場擁有獨占力量，故意取得或維持該獨占力量，並且採取獨占行爲，以防止或阻礙競爭，即是休曼法第二條所禁止之實施獨占(monopolize)(劉孔中，1996: 6)。德國通說則認為限制競爭防止法第二十二條第四項禁止支配市場之事業濫用其地位，是指禁止支配市場之事業採取僅是因為其市場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，以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(Möschel in Immenga/Mestmäcker § 22 Rdnr. 99；劉孔中，1994: 179)。據上所論，本文茲試將獨占事業之濫用市場地位之行爲理解為：

獨占事業之行爲若出於維持或加強其獨占地位之目的，以其獨占力量防止、阻礙或封鎖競爭，而不用來從事競爭，即是濫用的行爲；此外，獨占事業無正當的商業理由(例如節省成本、增加利潤、改善品質、強化銷售管道)，而榨取他人，亦屬於濫用的行爲。

但必須由原告證明獨占事業之行爲欠缺正當的理由，否則係課予獨占事業

為其每一個行為辯解之義務，將走到違反公平法立法原則之「結構取向的獨占政策」(structural monopoly policy)，使得獨占事業「懷璧其罪」。

二、濫用市場地位之行爲的類型

國內學者有將獨占事業濫用市場地位之行爲分爲：在價格上濫用市場地位的行爲(公平法第十條第一項第二、三款)、排他性行爲(第十條第一項第一款)，以及有形成濫用獨占力量的行爲(第十條第一項第四款)三種(范建得、莊春發，1992: 141)，⁵亦有將獨占事業濫用市場地位之行爲分爲：價格操作、不正作爲及濫用約款(何之邁，1993: 466)。惟本文將濫用之行爲分爲封鎖競爭式的濫用(其行爲目的在於封鎖競爭，使競爭之機制無法運作)及榨取式的濫用(利用獨占力量榨取他人)二大類型。⁶我國公平法第十條第一項第一款規定封鎖競爭式的濫用，第二款及第三款則是規範榨取式的濫用。以下茲以此二大類型分別探討其中包含的各種濫用市場地位之行爲。

(一) 封鎖競爭式的濫用

任何事業(不管其大小)之競爭行爲，均或多或少會對其他事業造成影響(例如不利或障礙，正如同任何行使權利的行爲對義務人的效果一般)。但是獨占事業以維持或強化其獨占地位爲目的，而防止、阻礙或封鎖競爭，使得其當初賴以取得獨占地位之競爭機制無法運行，市場上優勝劣敗的淘汰功能無法發揮，以便其將獨占地位永久化，則顯然屬於濫用獨占地位之行爲，應該受到公平法的禁止。綜觀國內外相關學說及實務，封鎖競爭式的濫用主要有：

1. 拒絕交易⁷

基於私法自治之契約自由原則，獨占事業原則上有權決定是否交易，但是基於法律特許之獨占事業若無正當理由而拒絕承諾相對人交易之要約，或對交易相對人之資格給予不當之限制，應構成獨占地位之濫用(黃茂榮，1993: 101)——特別是在獨占事業所提供之商品或服務對交易相對人而言屬於重要的情

形。然而對於此種行爲，往往已有目的事業主管機關基於其他法律規定加以規範，例如經濟部得依據電業法第五十七條，取締電業無正當理由拒絕供電之行爲。

此外，非基於法律特許而基於效能競爭形成之獨占事業，原則上亦無與其競爭對手交易之義務。但是若獨占事業控制產業的關鍵設備，而從合理角度來看，其競爭對手事實上沒有能力重製或取得該設備，則獨占事業在無正當理由情形下拒絕提供該設備之行爲，因為有礙產業競爭之進行，故應構成濫用之行爲，美國法、德國法及歐體法即依據所謂「關鍵設備理論」(The Essential Facilities Doctrine; "wesentliche Einrichtungen" -Doktrin) 或「瓶頸原則」(The Bottleneck Principle)，課予獨占事業提供其競爭對手接近該設備之合理管道的義務(劉孔中，1996: 16；Markert, 1995: S.560-571)。⁸

2. 操縱價格

價格是事業從事競爭最有效的工具，一般事業在決定其產品或服務之價格時，均會考慮市場之供需及競爭情形。但是獨占事業因為其獨占地位，往往沒有此層顧慮，而不當地決定、維持或變更其產品或服務之價格(公平法第十條第一項第二款)，致限制其他事業進入市場或將之排除在市場之外。此種行爲的直接目的在於封鎖競爭，必須等競爭對手被排除在市場之外以後，才會顯示出榨取競爭對手或消費者之終局效果，故在分類上以歸於封鎖競爭式的濫用類型爲宜。至於獨占事業常見的操縱價格行爲，依其表現之型態又分爲直接操縱與間接操縱：

(1) 直接操縱價格

獨占事業操縱價格的行爲可能是直接表現在價格之上，而其型態又可分爲：

a. 掠奪性定價 (predatory pricing; Vernichtungsunterbietung)

(a) 掠奪性低價

事業以低價或降價的方式吸引顧客、打開市場，若是基於經濟上的正當理由(例如出清存貨、結束經營、消費風尚改變、品質瑕疵或新產品上市)，原則上並無可議之處(Baumbach Hefermehl, 1992: § 1 Rdnr. 256)，但事業若以非實質價格(例如0.1元或甚至0元)進行搶標，以爭取日後供應之優勢地位，則依據公平會之見解，係公平法第十九條第三款所謂「以不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易」之行爲(公平會，1992a: 2)。獨占事業若出於掠奪之策略，以此種價格消滅競爭對手，應屬於公平法第十條第一項第二款所規定之「對商品價格或服務報酬，爲不當之決定、維持或變更」。該行爲在初期造成競爭對手被趕出市場之現象，最後導致消費者必須承擔其高額獨占利潤所帶來之剝削，故應禁止之。

由於掠奪性定價行爲之可非難性不在於低價或降價本身，而在於其掠奪性，即以排擠或毀滅競爭對手爲目的(廖義男，1985b: 229)，故除了認定何種價格爲掠奪性價格以外[此可參酌美國之作法，美國法院大致依循 *Areeda* 及 *Turner* 之公式：定價高於平均變動成本者，推定爲合法；反之，則推定爲非法(劉孔中，1996: 19)]，不可忽略掠奪行爲的策略性質。掠奪行爲必須是針對特定競爭對手，故一般性的低價或降價行爲並非掠奪行爲；此外，掠奪者必須犧牲一部分的短期利益，以使其競爭對手相信掠奪者會貫徹其掠奪策略，而迫使該對手退出競爭。若不在虧本的情形下降價，亦非掠奪行爲(Scherer, 1976: 869-890)。

(b) 掠奪性高價

爲達到掠奪之目的，除了採取低價以外，亦可以使用高價的手段，在價格擠壓(price squeeze)的情形，即是如此：在一個產業的產銷流程中的二個階段(例如批發與零售，原料與成品)都有營業的獨占事業，若爲了排除在前階段(例

如批發或原料) 是其顧客之事業在後階段 (例如零售或成品) 與其競爭, 而將前階段之價格定得很高。此種行為, 在美國法上亦遭禁止 (劉孔中, 1996: 20)。

b. 限制轉售價格 (臺灣經濟研究院, 1993: 5-7; 何之邁, 1993: 468; 范建得、莊春發, 1992: 144)

獨占事業亦常以限制其交易相對人轉售價格之方式, 達成市場價格之穩定, 並排除新的競爭對手進入市場。該事業與其交易相對人就轉售價格之約定, 依據公平法第十八條第一項本文, 固然無效, 但是對獨占事業此種限制轉售價格之行為, 公平法上應該有進一步的負面評價, 因為對於其交易相對人而言, 由於市場上幾乎沒有其他代替產品可供選擇, 所以他們事實上必須配合獨占事業的此種行銷策略, 而使得市場上的競爭受到嚴重限制。故應將獨占事業限制轉售價格之行為, 認定為公平法第十條第一項之濫用市場地位的行為, 以便有效禁止其從事此種行為 (因為一般事業限制轉售價格之行為, 依公平法第四十一條僅受到行政罰, 反之, 獨占事業之濫用市場地位之行為, 依公平法第三十五條則受到頗為嚴重的刑事制裁)。

c. 價格歧視 (何之邁, 1993: 469; 范建得、莊春發, 1992: 144; 臺灣經濟研究院, 1993: 5-10)

事業無正當理由, 對他事業給予價格上之差別待遇, 違反公平法第十九條第二款之規定。若從事價格歧視行為之事業為獨占事業, 則此種行為極可能封閉市場之競爭, 並榨取其相對人, 故應該是構成濫用獨占市場地位之行為, 可依違反公平法第十條第一項第二款之規定禁止之。在我國實務上, 中國石油公司於銷售航空用油時, 曾對國內航空公司差別取價, 雖然公平會明知「目前國內供應航空用油者僅中油公司一家」, 但鑑於當時公平會尚未依法完成獨占事業之公告, 故公平會並未將該行為認定為違反公平法第十條第一項第二款之規定, 而僅論其違反公平法第十九條第二款之規定。

d. 聯合定價

獨占事業若在價格上與其他事業聯合，例如將價格定在新廠無利可圖的水準，以有效阻止新廠進入市場 (臺灣經濟研究院，1993: 5-2)，或聯合哄抬價格，剝削其交易相對人，則違反公平法第十四條之規定，無庸贅言。但若獨占事業在遂行聯合定價時運用其獨占力量，則應該亦進一步違反公平法第十條第一項之規定。然而在處分中興、中華及國際票券公司「協議簽證費率之收費方式及標準，限制簽證業務之價格競爭，影響票券簽證業務之市場功能」時 (公平會，1994a: 4)，公平會明知三家票券公司為經其於82年2月8日公告之「票券金融市場」的獨占事業，僅指責其違反公平法第十四條，但卻未論究其違反公平法第十條第一項之責任。對此本文認為有二種解釋的可能，1. 公平會認為違反公平法第十條之法律責任是刑事處罰，由檢察官及法院負責追訴，公平會依刑事訴訟法第二四一條規定僅得告發，為尊重司法機關，故避而不論系爭行為是否違反公平法第十條第一項。但是違反公平法第十四條亦有刑責，公平會亦已論究三家票券公司違反該條規定，故此種推論難以成立。更何況違反公平法第十條第一項不僅有刑事責任，而且有公平法第四十一條規定之行政罰 (此亦現行法相較於前三次草案之獨特處)，故公平會未論究三家票券之行為違反公平法第十條第一項之責，應屬怠忽職守。2. 公平會不願以刑罰規定處理獨占事業：此或許正是公平會的「心結」，但是本文仍不能同意公平會此種選擇性的執法態度。在未修法前，公平會有守法之義務。

(2) 間接操縱價格

獨占事業除了直接操縱價格之外，亦經常以間接的方式來控制價格，其中最典型的例子就是提供折扣、優惠或紅利等，使價格間接受到影響。當然獨占事業的折扣策略不可一概論為濫用之行為，例如數量折扣 (Mengenrabatte) 是因為大量購買而降低成本，功能折扣 (Funktionsrabatte) 則是因為買受人具有特定市場功能 (例如大量儲存、批發之功能)，故獨占事業若提供此種折扣，均屬正當的競爭行為。此即公平會於公研釋○一九號解釋所稱：「業者批售與大、中

盤與販賣店之折扣，如按市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險或其他合理事由，對不同銷售階層或不同銷售點給予不同的供應價或折扣，乃市場價格機能之正常現象」(公平會，1992b: 31)。

比較有爭議的是所謂的忠誠折扣 (Treuerabatte)，即視交易相對人是否為忠誠的買受人而決定是否提供折扣。本文認為此種折扣之基準點，因為不是市場上值得鼓勵的規模經濟或功能，故有欠妥當；此外，獨占事業若出於封鎖競爭之意圖，名為對其忠誠交易相對人之獎勵折扣，但卻會對與其競爭對手交易之人形成懲罰的效果，而導致其競爭對手被排除在競爭之外的「窒息效果」(Erstickungseffekt)，故獨占事業提供忠誠折扣之行爲，應屬濫用市場地位之行爲。德國(劉孔中，1994: 183)、法國及歐市(何之邁，1993: 472)亦採相同之見解。

3. 聯合行爲 (horizontal collusion)

獨占事業爲了要排除競爭，不乏利用其強大之市場力量與其他事業從事聯合行爲，例如針對產品之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象(以所謂排他性契約或杯葛之方式)、交易地區(以劃分市場之方式)及產銷管道(以成立聯合運銷中心之方式)，達成合意。此種聯合行爲違反公平法第十四條，固無疑問，但若參與聯合之獨占事業在執行聯合行爲時運用到其獨占之地位，則在法律評價上，應認為其亦違反公平法第十條第一項，而爲濫用市場地位之行爲。

4. 阻礙性質的投資(范建得、莊春發，1992: 144；賴源河，1994: 213)

無論在德國法上或美國法上(劉孔中，1994: 184; U. S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d. 416, 1945)，阻礙性質的投資均被視為濫用獨占市場之力量。獨占事業爲了繼續維持其競爭優勢，自然有必要不斷投資，但是投資的目的若不在於此，而在於使競爭對手無法取得生產所需要之資源，因而無法從事競爭，例如購買其不可能使用之原材料，此即所謂「封鎖收購」(Sperr-

käufe)，或擴充產能，使市場始終處於供過於求之情形，並足以滿足未來需求之增加，使得潛在的競爭者眼見市場沒有剩餘的胃納，而不願加入競爭，均應認為是濫用獨占地位之行爲。

5. 濫訴 (vexation, schikanöse Klage) (范建得、莊春發，1992: 144)

獨占事業以訴訟程序對抗侵害其權利之人，固然是行使權利的正當行爲。但是獨占事業若憑其雄厚的財力，任意(顯然欠缺合理的懷疑，而且未經一般的調查工作)以訴訟爲手段，四處輕啓訟端，以嚇阻他人與其競爭或與其競爭對手交易，或因此提高競爭對手之成本，使其無力專心爲本業之經營，均極易導致市場競爭之停滯及封閉。特別是在法治後進的我國，一般業者較欠缺法律知識及權利意識，又有傳統畏懼官司的心理作祟，再加上我國企業絕大多數爲中小企業，資金往往薄弱，致多無力負擔高昂的訴訟費用(特別是跨國性的訴訟)，故獨占事業之濫訴行爲對我國競爭環境更具破壞力，應將之視爲濫用行爲而禁止之。

6. 營造寡占性的市場條件

獨占事業亦可以其市場力量，營造寡占性的市場條件，排除因競爭所帶來的風險與不確定性，進而讓市場之競爭消於無形。其最典型的作法就是讓市場透明化，使其競爭對手將與市場競爭有關之一切因素(數量、價格、折扣、產品之開發、銷售管道、營業秘密)公開，如此一來，市場之競爭無法進行，獨占事業可達到其封鎖競爭之目的。德國學說亦認爲獨占事業之此種行爲構成濫用(劉孔中，1994: 186)。

7. 有意識的平行行爲？

有意識的平行行爲 (conscious parallelism, bewusst gleichförmige Marktverhalten)，係指事業間雖然沒有聯合行爲所必要之合意(依據公平法施行細則第二條第二項之規定，合意包括契約、協議及「意思聯絡」)，但卻彼此有意識

地相互看齊的行為。事業間所採取的有意識的平行行為，以價格領導 (parallel pricing, price leadership, Preisführerschaft) 及使用相同的交易條件 (大多是定型化契約)，最為常見。此種行為與競爭之本質不符，不值得鼓勵，但亦難以禁止。寡占事業間因為家數很少，所以更容易從事有意識的平行行為，再加上其市場力量龐大，所累積之集體效果，令市場相對人難以招架，因此產生「寡占事業的有意識的平行行為」是否為濫用獨占地位之疑慮。吾人若翻閱公平法第五條之立法理由，可嗅出立法者對寡占事業有意識的平行行為的不信任：「四、我國產業結構，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…」(公平會，1993: 8)。但是本文採取不同之見解，茲以所謂的價格領導為例說明之：

寡占事業不會從事價格競爭，此已是經濟學上無庸置疑之定論，因為寡占事業家數太少，彼此不可能掩飾其行為，特別是在產品成本相當，同質性高，交易頻繁且透明的情形，因此寡占事業會在做決定之前將其他寡占事業之可能反應考慮進去，因而產生相互看齊之關係。一旦有寡占事業降低價格，其他寡占事業一定會注意到其因此所產生之損失，找出原因並立即跟進降價，結果發動降價之寡占事業並不能擴大其市場占有率，反而使其銷售之利潤減少，並造成所有寡占事業利潤之減少，故寡占事業不會從事「損人不利己」的價格競爭 (Areeda and Kaplow, 1988: 277)。另一方面這也意味著，寡占事業間鑑於市場結構關係，會採取同一形式之行為 (廖義男，1980a: 94, 95)，其價格會趨於一致。換言之，透過團體紀律之形成，寡占事業「彼此維持自己產品價格之安定，縱令成本降低，亦不輕易變更價格」(廖義男，1980b: 68註52)。最後證諸史威吉 (P. Sweezy) 之拗折的需求曲線模型 (Kinked Demand Curve) 理論，如果邊際成本變動不大的話，廠商不會改變價格 (張清溪等，1987: 225-234)。

由此可見，寡占事業之有意識的平行行爲乃市場結構下之必然現象，公平法實在沒有干涉之正當基礎，故不應將之視爲濫用市場地位之行爲。

(二) 榨取式的濫用

獨占事業另一種濫用其獨占力量之行爲類型是所謂的榨取式的濫用，即以榨取、剝削其交易相對人爲其主要目標。常見的榨取之濫用有價格之濫用、交易條件之濫用、搭售、持續遲延給付或採取不公平的競爭手段等，茲分別論述於後：

1. 價格之濫用

獨占事業一如一般之事業，應以反映成本及合理利潤爲標準，決定其商品價格或服務報酬。但是獨占事業容易因爲欠缺外在競爭之制衡，或其他競爭者不易進入市場，或市場供需嚴重失調(例如二次石油危機)，而訂定過高的價格(*überhöhte Preise, excessive pricing*)。此時，由於其交易相對人沒有其他選擇可能，而遭受到不合理的剝削。就比較法的觀點來，德國法(劉孔中，1994: 184)及歐體法(何之邁，1993: 476; Frazer, 1988: 50-51)均禁止獨占事業此種要求過高價格之行爲，本文亦認爲此種行爲抵觸公平法第十條第一項第二款之規定，爲濫用之行爲(陳佑治，1992: 99；湯明輝，1992: 22)。

在此吾人必須指出，公平會不可基於競爭政策以外的景氣政策，從事一般性的價格管制，而應該將其監督活動限於獨占事業具體濫用市場地位而不當決定價格之行爲，以避免干預市場價格機能之正常運作，例如因價格控制而影響其他競爭者進入市場或擴大產量之誘因。

2. 交易條件之濫用(陳佑治，1992: 100)

(1) 賣方交易條件之濫用

獨占事業常用利用其獨占地位強迫其交易相對人接受許多苛刻的交易條件，其手段多爲簽訂由其片面制定之定型化約款，其中就付款方式、交貨方

式、計價方式、解決爭端之方式、契約之中止或解除，多有不利於其契約相對人之約定。此種不公平的交易條件，原為私法自治之領域，國家以不干預為原則，但是鑑於獨占事業之強大力量對相對人之不利影響，以及大量使用定型化約款對市場競爭秩序之負作用，在公平法上不得不將之評價為濫用市場地位之行爲。

(2) 買方交易條件之濫用

以上所述，係獨占事業為賣方而要求買受人接受苛刻的交易條件。若獨占事業為買方，則亦可能以其買方力量 (Nachfragemacht) 強迫出賣人提供特別優惠之交易條件，例如低於一般競爭水準的售價、無正當商業理由的折扣，或同意遲延付款 (陳佑治，1992: 101) 等。此種行爲因為直接榨取交易相對人，且「間接阻礙新的競爭者進入」(第十條第一項第三款之立法理由)，故公平法第十條第一項第三款明文禁止之；德國限制競爭防止法第二十二條第四項第二句第二款亦禁止此種濫用之行爲。

3. 搭售 (范建得、莊春發，1992: 144；臺灣經濟研究院，1993: 5-5)

搭售 (tie-in, Kopplungsgeschäft) 是指出賣人以「買受人須另外向其購買與其原本欲購買商品無關之商品」為交易條件。究其實質亦是交易條件之濫用，但是鑑於其重要性，有獨立討論之必要。搭售的行爲，係不正當限制交易相對人之事業活動，已為公平法第十九條第六款及公平法施行細則第二十四條第一項所禁止。若獨占事業利用其不可取代之獨占地位從事搭售行爲，一方面其交易相對人無法迴避而必定受到剝削，另一方面，獨占事業可藉此將其獨占之市場地位擴張到被搭售的商品上，接近美國法上所謂「獨占的槓桿行爲」(monopoly leveraging) (劉孔中，1996: 17)，極不利於市場之競爭，故有必要將此種行爲認定為濫用之行爲。歐體法 (何之邁，1993: 477) 亦視搭售為濫用支配地位之行爲。

在我國實務上，公平會曾於82年8月依據公平法第十九條第六款之規定，禁止經該會於同年2月公告為電視市場之獨占事業的三家電視台，以高收視率節目廣告搭售低收視率節目廣告之行爲（公平會，1993: 24, 27, 30），固然於法有據，但該會卻以「本案若要引用…第十條第四款…處分之，勢須重新調查被處分人行爲當時之市場地位，爲達『及時匡正』被處分人…之搭售行爲，…應以引用…第十九條第六款規定爲宜」爲由，逃避對獨占事業之搭售行爲是否構成市場地位之濫用表示看法，引起學者強烈的批評，⁹ 確實有檢討之必要。

4. 持續遲延給付

遲延給付原爲契約當事人間債務不履行之一種態樣，債權人可循民法途徑（例如第二百三十一條及第二百五十四條）請求損害賠償或解除契約。但是獨占事業若憑恃其獨占地位而持續地遲延給付，則對其交易相對人之利益將造成重大損害，故在法律評價上，應屬於濫用市場地位之行爲。在我國實務上，公平會曾於民國82年2月以公研釋○五○號解釋表示：「勞保局未支付遲延利息予醫療院、所，屬債務履行問題，應尋求民事訴訟程序處理」（公平會，1994a: 52），完全未檢討勞保局在勞、農保市場之獨占的買方力量，以及其遲延給付勞、農保醫療費用，且未支付遲延利息，是否有濫用其市場地位之情事，難謂允當。¹⁰ 在此應注意的是，以公平法第十條第一項處罰獨占事業持續遲延給付之濫用行爲，並不會導致公平會與法院之職掌混淆不清，因爲依據公平法之規定，違反公平法第十條第一項所產生之行政、刑罰及民事責任，均無法供債權人做爲執行名義而強制獨占事業給付。換言之，債權人仍須向普通法院提起給付之訴，才能對遲延給付之獨占事業請求給付之提出。

從比較法的觀點而言，日本即制定有「下請代金支付遲延等防止法」（即「承攬價金遲延給付等防止法」，簡稱「下請法」），以禁止定作人在承攬關係中不當地濫用交易上之地位，而遲延對承攬業者之給付（王海南、吳綺雲、劉

孔中、蕭文生、韓毓傑，1993: 255)。由此可見，獨占事業持續遲延給付之行爲，應該加以禁止。

5. 其他不公平競爭的行爲

任何事業都有可能從事不公平競爭之行爲，對於此種行爲，德國有不正競爭防止法，美國有聯邦交易委員會法 (特別是第五條) 加以規範，而我國則是以公平交易法第三章之規定規範之。事業不公平競爭之態樣千變萬化，舉凡欺罔、挖角、掠奪性的僱用 (predatory hiring)、以不正當方法取得營業秘密、與他人商品、營業、服務之設施或活動相混淆、爲虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵、陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事、仿冒、騷擾或以違反其他法律 (如勞工、衛生等) 的方式而取得競爭優勢等皆是。獨占事業若從事不公平競爭之行爲，並不當然構成濫用獨占地位之行爲，但是若獨占事業利用其獨占地位，有計劃、有目標地實施不公平競爭之行爲，對於其交易相對人造成之剝削情形，一定遠比一般事業嚴重，故應將此種行爲認定爲濫用獨占地位之行爲。¹¹ 德國學說亦採類似見解 (劉孔中，1994: 185)。

伍、第十條第一項第四款規定之合憲性

國內學者有從罪刑法定主義的立場質疑公平法第十條第一項第四款規定之合憲性，蓋其認爲「公平法第十條第一項前三款之規定已涵蓋相當廣泛之領域，實無再增訂第四款之必要，而且反而徒增是否符合罪刑法定主義之紛擾」(劉紹樑，1991: 31)。其實同樣的質疑，美國法上亦曾有對其聯邦交易委員會法第五條 (「商業上或影響商業之不公平競爭方法，以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行爲或手段，違法」) 提出過，但美國法院一再肯認此種規定不因其未明確界定何謂「不公平競爭方法」而違憲 (Robuck & Co. v. Federal Trade Commission, 1919, 258 F. 307, 169, C. C. A. 323, 6 A. L. R. 358)。究其原因，無

非因為商業上不公平手段會隨著商業的發展而不斷產生，商人的創造力又無止境，故勢必要給聯邦交易委員會相當大的彈性空間，由其就具體之商業發展，認定何種行為構成「不公平的競爭方法」(劉孔中，1995: 163)。本文認為此項理論亦可適用於我國公平法第十條第一項第四款之規定，蓋立法者正是要以此種概括規定，防止因百密一疏，而給予不法者可乘之機。另一方面，本文以上的論述亦證明，公平法第十條第一項前三款之規定不足以涵蓋所有可能濫用獨占地位之行為(例如拒絕交易、阻礙性質的投資等)；最後，「濫用」常出現在我國刑事法的規定，例如刑法第一二五條濫用職權追訴處罰罪，亦僅規定「濫用」職權為逮捕或羈押者，並不生因為不夠明確而有牴觸罪刑法定主義的疑問。

陸、結 論

本文總合以上的論證，達成下列結論：

1. 我國公平交易法禁止獨占行為(即濫用獨占市場地位之行為)，而不禁止獨占事業。
2. 公平法第五條第一項所謂「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者」係指，事業若無庸特別考慮其交易相對人之反應，即能決定其經濟行為者。換言之，係指事業之行動空間不再能受到競爭的控制，並且能夠明顯地威脅或限制第三人經濟上的行動自由。
3. 公平法施行細則第三條規定公平會公告獨占事業時應審酌之事項，並非窮盡而是例示規定，公平會仍得考慮其他變數。
4. 獨占事業濫用市場地位之行為是指，獨占事業出於維持或加強其獨占地位之目的，以獨占力量來防止、阻礙或封鎖競爭，而不用來從事競爭；

此外，獨占事業憑恃其獨占地位，在無正當商業理由的情形下，榨取其交易相對人之行爲，亦構成市場地位之濫用。

5. 獨占事業濫用市場地位之行爲類型可大分爲封鎖競爭式的濫用與榨取式的濫用，前者指主要在於封鎖市場上競爭之行爲，後者指剝削交易相對人之行爲。此二種類型並非可判然劃分，仍有其相互重疊之處。

本文並在此提出下列建議：

1. 公平法第五條第一項之文字以改爲：「本法所稱獨占之『事業』……」爲宜，以避免獨占之事業與獨占之行爲混淆。
2. 公平法施行細則第三條以改爲：「中央主管機關依本法第十條第二項公告獨占時，應『特別』審酌左列事項……」爲宜，以清楚顯示公平會得參酌例示以外之其他事項。
3. 公平法施行細則第四條第一項以改爲：「事業有左列各款情形之一者，『推定爲』獨占事業……」爲宜。將來修法時，並應考慮將之提升到公平法之內。
4. 對違反公平法第十條第一項規定之處罰，誠有必要大幅提高罰鍰及罰金之額度，並依情節及惡性之輕重，對輕者「先行政罰後刑罰」，對重者可逕處以刑罰。
5. 關於獨占事業之認定權，宜集中公平會專屬行使之。
6. 美國休曼法第二條不僅禁止實施獨占，並且禁止「實施獨占未遂」，換言之，對獨占事業之規範，並不限於事業已成爲獨占事業後之獨占行爲，並且對於其在成爲獨占事業之前的行爲一併加以規範。反觀我國公平法第十條之規定，僅在事業獨占市場之後再加以規範，不能防範未然，有檢討改進之必要。其改進之方式或可參考德國限制競爭防止法及歐體法之法制，回到廖義男教授於十三年前所提出的第一次草案，不再

只是禁止獨占事業濫用其市場地位，而應擴大及於禁止支配市場事業濫用其市場地位，亦即在原本之獨占事業外，加入「較其競爭對手具有優越市場地位之事業」。

註 釋

- 1 簡資修基於「獨占市場之經濟效率，雖然不一定會比完全競爭市場的高，但至少不一定會比較低」的觀點，而得出「法律規範應該以較中立的態度來處理獨占的問題」的結論(簡資修，1993: 2)。
- 2 但是在公平法的立法理由的說明中，並沒有清楚表明此項原則，甚至有誤導的語句(例如立法目的總說明四(一)「獨占與自由競爭之精神相違，妨害交易秩序，使競爭不能發揮其調整經濟活動與制衡之功能，衡諸我國經濟發展之現況與特色，似不宜對具有大型經濟規模之產業抱徹底否定之態度」(公平交易委員會編印，公平交易法立法目的與條文說明，第二頁)，使人誤以為本法對獨占事業採取否定之態度(因為與自由競爭之精神相違)，只不過鑑於我國經濟發展之現況與特色，而未對其採取「徹底否定」的立場。實際上，公平法只否定獨占行為，並不否定獨占事業。
- 3 將「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力」，理解為「市場中存在不只一個廠商，但是同質性高可替代的產品少，且潛在競爭者因種種原因不易進入市場，既存的廠商中則有一個有能力進一步消滅或減低競爭的程度，而這種能力一般即指控制市場上同類產品價格的能力」(呂榮海等，1992: 56)，係比較被動的觀察法(因為代替產品少，潛在競爭者不易進入市場)，似乎不足以表現獨占事業主動排除競爭的行動空間。
- 4 此均為德國限制競爭防止法第二十二條第一項第二款所規定之標準，用以認定具「優越的市場地位」之支配市場事業，詳請參閱劉孔中(1994: 172)。
- 5 范建得、莊春發(1992: 141)。該書第142頁並且詳細例示各種濫用行為，極具參考價值。至於渠等所謂「有形成濫用獨占力量的行為」，應係參考美國休曼法第二條禁止「實施獨占未遂」(attempted monopolization)之精神。關於實施獨占未遂，詳請參閱劉孔中(1996: 23)。

- 6 何之邁參考法國將濫用理解為：「不當運用其經濟力量，有以妨害市場正當競爭之謂…。濫用之判斷，基本上可分為取得非競爭市場產生之利益，及不當妨害他企業而為維持或加強控制地位兩者…」，(何之邁，1993: 466、479)。究其實際，其所謂「取得非競爭市場產生之利益」，可相當於本文所說的「榨取式的濫用」，其所謂「不當妨害他企業而為維持或控制地位」，則相當於本文所說的「封鎖競爭式的濫用」。
- 7 范建得、莊春發(1992: 142)及何之邁(1993: 470)將之稱為「拒賣」。但是其範圍稍嫌太窄，不足以包含買賣之外之交易型態，例如授權等。
- 8 何之邁認為「拒賣阻滯產品或勞務的自然流通，破壞正常的供需體系」，而一般地加以禁止(何之邁，1993: 470)，可能失之廣泛，致不當地迫使獨占事業與其競爭對手交易。
- 9 廖義男(1995: 8)認為：「此案例顯示公平會引用不同之條文認定事業有違法行為，事實上可以左右事業之負責人應否負刑事責任，另一方面，對於經公告之獨占事業，濫用其市場地位之行為，亦可藉詞「須重新調查行為當時之市場地位、曠日費時」為由，不援引用以規範獨占事業之法條，而使規範獨占事業之法條實質上失其作用。」
- 10 黃茂榮教授亦認為：「必須審酌債務人(勞保局)有無濫用其在勞保醫療市場的獨占地位。蓋在債務人享有買方獨占之地位的情形，依債務不履行有關的規定所能得到的救濟相當有限」(黃茂榮，1993: 111)。
- 11 何之邁亦採相同見解，但將獨占事業之此種行為稱為「不正作為」(何之邁，1993: 470-471)。

參考資料

公平會

- 1992a 《公平會公報》，1卷4期。
- 1992b 《公平會公報》，1卷6期。
- 1993 《公平會公報》，2卷8期。
- 1994a 《公平會公報》，3卷2期。

1994b 《公平會公報》，3卷12期。

公平會(編)

1993 《公平交易法立法目的與條文說明》。

中華經濟研究院

1990 《公平交易法對工業發展之影響》。

王海南、吳綺雲、劉孔中、蕭文生、韓毓傑

1993 〈公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究〉，公平會八十二年度委託研究計畫六。

何之邁

1993 〈控制企業經濟力濫用之研究〉，見氏著《公平交易法專論》，頁387-480。臺北：作者自刊。

呂榮海

1992 《公平交易法解讀》。臺北：月旦出版社。

吳庚

1995 《行政法之理論與實用》，增訂二版。臺北：作者自刊。

范建得、莊春發

1992 《破解公平交易法系列叢書之一》。臺北：作者自刊。

張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏

1987 《經濟學理論與實際》(上冊)，修訂初版。臺北：作者自刊。

陳佑治

1992 《公平交易法比較研究》。臺北：臺灣高等法院。

陳新民

1995 《行政法學總論》，增訂五版。臺北：作者自刊。

莊春發

1994 〈市場的迷思：論市場定義在公平交易法應用的困境〉，見瞿宛文(編)，《產業結構與公平交易法》，頁155-195。臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

湯明輝

1992 《公平交易法研析》。臺北：五南圖書出版公司。

黃茂榮

1993 《公平交易法理論與實務》。臺北：植根雜誌社。

黃美瑛

- 1994 〈台灣產業市場範圍界定之實證研究〉，見瞿宛文(編)，《產業結構與公平交易法》，頁109-154。臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

黃越欽

- 1984 〈權利濫用與惡意抗辯〉，見鄭玉波(編)，《民法總則論文選輯》(下)，頁909-956。臺北：五南圖書出版公司。

廖義男

- 1980a 〈卡特爾之概念〉，見氏著《企業與經濟法》，頁85-121。臺北：作者自刊。
- 1980b 〈從經濟法之觀點論企業之法律問題〉，見氏著《企業與經濟法》，頁49-83。臺北：作者自刊。
- 1982 《公平交易法草案總說明及條文》。
- 1985a 〈防止獨占之濫用並監督企業之結合—評述「公平交易法草案」中有關獨占及企業結合之規定—〉，《中國經濟學會產業政策研討會論文集》，頁29-69。
- 1985b 〈論不當之低價競爭〉，《臺大法學論叢》14(1、2): 211-242。
- 1995 〈獨占法規與實務之檢討〉，《公平交易季刊》3(1): 1-10。

廖義男、顏吉利

- 1985 〈公平交易法草案之評析〉，《行政院經濟革新委員會報告書》，第二篇之二，頁124-135之9。

臺灣經濟研究院

- 1993 《市場範圍界定暨獨占行為態樣之探討》。

鄭玉波

- 1984 〈權利濫用之研究〉，見鄭玉波(編)，《民法總則論文選輯》(下)，頁901-908。臺北：五南圖書出版公司。

賴源河(編審)

- 1994 《公平交易法新論》。臺北：月旦出版社。

劉孔中

- 1994 〈德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範〉，《法學研究》：163-187。臺中：東海大學。

- 1995 〈美國聯邦交易委員會法第五條之研究〉，《人文及社會科學集刊》7 (1)：159-190。臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 1996 〈休曼法對實施獨占之規範〉，《歐美研究》26 (1)：61-88。臺北：中央研究院歐美研究所。

劉紹樑

- 1991 〈從意識型態及執行實務看公平交易法〉，《政大法學評論》44：9-55。

簡資修

- 1993 〈公平交易法中的獨占規範：經濟與法律〉，公平交易法與市場機能研討會，中國經濟學會。

Areeda, Phillip and Louis Kaplow

- 1988 *Antitrust Analysis*, 4th. Ed. Boston: Little, Brown and Company.

Baumbach, Adolf and Wolfgang Hefermehl

- 1992 *Wettbewerbsrecht*, 17 Aufl.. München: C. H. Beck.

Frazer, Tim

- 1988 *Monopoly, Competition and the Law*. G. B.: Wheatsheaf Books Ltd..

Markert, Kurt

- 1995 "Die Verweigerung des Zugangs zu 'wesentlichen Einrichtungen' als Problem der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht," *WuW* 7u.8: S. 560-571.

Immenga, Ulrich and Ernst-Joachim Mestmäcker

- 1992 *Kommentar zum Kartellgesetz*, 2 Aufl.. München: C. H. Beck.

Scherer, F. M.

- 1976 "Predatory Pricing and the Sherman Act," *Harvard Law Review* 89: 868-890.

Loewenheim, Ulrich and Rolf Belke

- 1993 *Kommentar zum GWB*. Berlin: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe.

On Prohibiting Monopolies from Abusing Their Market Power

Kung-chung Liu

Abstract

Article 10 of the *Fair Trade Law* prohibits monopolistic enterprises from abusing their market power, violation of the provision being criminally punishable by up to three years of imprisonment. In its abstract wording and criminal consequences Article 10 resembles Section 2 of Sherman Act. But it also bears a German GWB-origin. This paper examines and analyzes the following topics in sequence: 1. The legislative history — including the amendment draft proposed by the government — of this article. 2. The issues related to monopolistic enterprises, such as the definition of the term, their identification and distinction from monopolistic conduct, and the relevant authority that classifies them as monopolies. The definition of the market is too big an issue to be treated in this paper. 3. The meaning and types of the abuse of market power. 4. The constitutionality of Item 4, Subparagraph 1 of Article 10.