

競爭政策之傳統與新興推動途徑^{*} —— 從競爭倡議走向市場調查

王立達^{**}

摘要

以掃除競爭障礙、促進競爭為目標的競爭政策，有別於消極防衛市場競爭不受損害的競爭法。傳統上競爭政策以競爭倡議為主要推動途徑，市場調查制度在英國出現後，國際間開始賦予競爭主管機關直接掃除競爭障礙之權限，成為競爭政策之新興推動途徑。歐盟數位市場法將市場調查與具守門人地位之數位平臺事前管制加以結合，並由競爭主管機關擔任共同執法單位，形成市場調查另一新模式。本文基於歷史詮釋之研究方法，以競爭政策從傳統到新興推動途徑之國際演變為主題，並將重點置於市場調查，詮釋英國此制度之整體設計與著名實例，繼而闡明歐盟數位市場法之基本架構及其設計的三種市場調查程序，最後以我國法為參照背景，瞭解實際施行時可能必須考慮的配套措施。依本文論析結果，強制性調查權力與當事人正式聽證之機會，對市場調查的有效性及正當性具有重要地位。

關鍵詞：解除管制、促進競爭、市場開放、競爭主管機關、行政程序、行政調查、數位平臺、競爭法。

* 投稿日：2021年9月8日；接受刊登日：2022年7月6日。〔責任校對：盧又瑄〕。

** 國立政治大學法學院特聘教授。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/20412032.pdf>。



目次

壹、前言：競爭政策、競爭倡議 與市場調查	七、批評與侷限
貳、傳統主流競爭政策推動途徑： 競爭倡議	八、小結
一、純粹倡議模式	肆、與產業管制結合的市場調查： 歐盟數位市場法
二、全面性政策推動模式	一、歐盟數位市場法簡介
三、漸進政策推動模式	二、本法設計的三種市場調查 程序
參、競爭政策新興推動途徑：以 英國為代表的市場調查	三、共同程序特徵及與英國制 度比較
一、制度特色	伍、市場調查所需的配套措施： 以我國法為背景的詮釋分析
二、程序啟動：兩階段決策權 力分離	一、強制性調查權力
三、調查期限	二、調查所得資料用於矯正措 施？
四、調查過程主要步驟	三、矯正措施所需要的法律基礎
五、矯正措施	陸、結論
六、實例：零售銀行業市場調 查與矯正措施——開放銀行	

壹、前言：競爭政策、競爭倡議與市場調查

競爭法之立法與執行，旨在於防衛市場競爭免於遭到廠商行為的破壞與減損。在國際交流及學術討論中，競爭政策（competition policy）乙詞雖然有時與競爭法（competition law, antitrust）或競爭法政策（antitrust policy）等詞彙交互使用¹，不過在競爭法範圍之

¹ See William E. Kovacic, *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 BROOK. J. INT'L L. 403, 403-06 (1997); MASSIMO MOTTA, *COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE* 1-38 (2004); A.E. RODRIGUEZ & ASHOK MENON, *THE LIMITS OF COMPETITION POLICY: THE SHORTCOMINGS OF ANTITRUST IN DEVELOPING AND REFORMING ECONOMIES* 2 (2010).

外，以積極提昇而非消極防衛之方式維護市場競爭，包括各行業市場開放、推動自由化、解除不必要政府管制，以去除競爭障礙，形成平等對待的競爭環境（level playing field）等各種政府措施，目前經常稱為競爭政策²。此一部分雖不在競爭法之規範範疇，但與競爭法兩者一攻一守，分別從積極面及消極面分進合擊，對於市場競爭而言同等重要，乃是廣義競爭政策中最主要的兩大區塊。以下本文若未特別標明，將以競爭政策一詞通稱各種從積極層面致力促進競爭、提昇市場開放性、掃除公私部門競爭障礙之法律與政策，並以此作為本文研究對象。

按各國競爭法之立法目的，僅在從消極層面保護市場競爭免於遭到廠商人為破壞，避免消費者福祉蒙受損害，並不包含從積極層面直接促進、提昇市場競爭水準³。因此例如集中度過高、競爭程度低落的市場，倘若並非因為業者反競爭行為所導致，而係由於政府不必要的管制或是獨寡占廠商努力經營成長而來，則尚非競爭法可得介入規範之對象。是以在競爭法之外，確實需要另外建置健全而有效的競爭政策，從積極層面去除各種既有的外在客觀競爭障礙，解決市場中雖未出現違反競爭法行為，但因競爭程度低落而導

2 蘇永欽，跨越自治與管制，頁9-10（1999年）；李憲佐、蘇敏煌，競爭政策之內涵及其於國家經濟發展應扮演之角色，收於：公平交易委員會編，第四屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁686-687（1999年），<https://www.ftc.gov.tw/upload/seminar/04-15.pdf>；ADVOC. WORKING GRP., INT'L COMP. NETWORK, ADVOCACY AND COMPETITION POLICY 26-32（2002），https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_AdvocacyReport2002.pdf；Nam-Kee Lee, Chairman, Korea Fair Trade Comm'n, *The Role of Competition Policy in Economic Reform: Based on the Korean Experience* 2-3, Address at 1st OECD/GFC, Paris (Oct. 2001), <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2434995.pdf>. See also Frédéric Jenny, *Economic Resilience, Globalization and Market Governance: Facing the COVID-19 Test* 7-9 (Mar. 31, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3563076>.

3 GREGORY J. WERDEN, THE FOUNDATIONS OF ANTITRUST: EVENTS, IDEAS, AND DOCTRINES 334 (2020); A. Douglas Melamed & Nicolas Petit, *The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets*, 54 REV. INDUS. ORG. 741, 745-46 (2019).

致經濟效率不彰、有損消費者福祉的問題，以積極促進市場競爭。

有鑑於此，各國競爭主管機關在競爭法立法與執行工作之外，經常將推動競爭政策列為同等重要之工作項目。在具體推動方面，競爭政策長久以來一直以競爭倡議（*competition advocacy*）作為主要推動途徑⁴。按競爭法主要係以私部門之廠商作為該法規範對象，由競爭主管機關或法院針對事業透過濫用市場地位、非法結合或聯合行為等，以人為方式損害原有市場競爭之行為，進行事後的調查認定，並且加以制裁處罰。相對於此，作為競爭政策傳統主流推動途徑的競爭倡議，其主要倡議對象則是產業主管機關、立法者或是政府整體，希望透過提倡、宣導、參與決策等方式，去除有礙市場競爭的法令規章，促成有利於市場競爭的管制革新，以積極改善業者身處的外在競爭環境，在既有競爭水準上進一步往上提昇各行業相關市場的可競爭性。除此之外，競爭倡議也會針對一般大眾，透過公開宣傳、舉辦活動、媒體討論等方式，試圖改變民眾想法，在社會上營造競爭文化（*competition culture*），以公眾的期待及選票來支持政府開放市場，並且監督政府積極提昇各行各業的競爭空間，讓市場競爭機制得以更大幅度發揮應有功能⁵。

4 D. Daniel Sokol, *Anticompetitive Government Regulation*, in *THE GLOBAL LIMITS OF COMPETITION LAW* 83, 88-89 (Ioannis Lianos & D. Daniel Sokol eds., 2012); OECD, *THE ROLE OF COMPETITION POLICY IN PROMOTING ECONOMIC RECOVERY* 15-29 (2020), <https://www.oecd.org/daf/competition/the-role-of-competition-policy-in-promoting-economic-recovery-2020.pdf>; ADVOC. WORKING GRP., INT'L COMP. NETWORK, *supra* note 2, at 30-31.

5 ADVOC. WORKING GRP., INT'L COMP. NETWORK, *supra* note 2, at 30-32; Sokol, *supra* note 4, at 88-89; Simon J. Evenett, *Competition Advocacy: Time for a Rethink?*, 26 *NW. J. INT'L L. & BUS.* 495, 496-97 (2006); Maurice E. Stucke, *Better Competition Advocacy*, 82 *ST. JOHN'S L. REV.* 951, 954-56 (2008); Amelia Fletcher, *Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?* 3 (Sept. 18, 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3668289. 德國學界也認為「管制行政法」（*Regulierungsverwaltungsrecht*）乃是主動形成競爭秩序，透過產業主管機關管制作為積極予以形成、助長或引導，並且確保持續，而非僅止於事後防止競爭秩序之破壞。此與競爭法對於反競爭行為之監督有別，性質上係屬

根據以上說明，競爭法、競爭政策與競爭倡議三者間之關係及其主要對象，可以透過圖表具體呈現如下：



圖1 競爭政策與競爭法之關係與主要對象

資料來源：修改自 ADVOC. WORKING GRP., INT'L COMP. NETWORK, ADVOCACY AND COMPETITION POLICY 26 (2002)。

競爭政策的重要性雖然早已受到普遍肯定，但是學界對之向來缺乏詳細探討。與競爭政策相關的法學專門研究在國內鮮少出現，在國外亦不多見。在此情況下，不僅競爭倡議此一競爭政策主流推動途徑並未受到足夠的關注，對於本途徑下各種具體推動模式相關研究更是不足，亟待吾人進行深入詮釋與分析。然而競爭政策並未因為學界疏於研究而停滯不前，本世紀從英國開始出現了市場調查

於主動先發，乃是更廣泛、內容更高的要求。黃錦堂，行政法的發生與發展，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁60-64（2020年）。

(market investigation) 此一新興制度，在國際間發展出另一全新之競爭政策推動途徑，至今已經累積一定程度的實際實施經驗與可觀具體成果，形成目前經常受到關注的新興競爭政策推動途徑。進入到廣泛運用演算法與大數據的數位經濟時代，為了解決大型平臺濫用市場力量限制競爭、榨取使用者的問題，歐盟引進市場調查程序，在2022年11月開始生效的數位市場法(Digital Markets Act)中成為該法規範範圍與行為義務的機動調整機制，使之獲得更大發揮空間。上述競爭政策推動途徑，無論是傳統主流的競爭倡議，還是市場調查制度及其具體模式的理解與考察，都非常值得國內學界與實務投注心力，留意關注，以填補原本對於競爭政策相關推動法制理解不足的嚴重空缺。

競爭主管機關為瞭解產業狀況或反競爭問題所從事的各種市場調研活動，基本上可以區分為兩類。純粹對於特定行業或行為類型進行上述調查及瞭解，而無權對於所發現的反競爭問題或事業行為採取矯正措施(remedies)者，經濟合作發展組織(The Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD)稱為市場研究(market studies)，國內通常稱之為產業調查⁶；譬如我國公平交易委員會(下稱公平會)定期進行的產業市場結構調查，以及歐盟執委會進行的sector inquiry，皆為其例。假若競爭主管機關在調查瞭解之後，在同一程序中尚且有權得以直接課予各種矯正措施以解決或減緩所發現的反競爭問題，則屬於另一大類，國際間稱之為市場調查。

6 OECD, THE ROLE OF MARKET STUDIES AS A TOOL TO PROMOTE COMPETITION: BACKGROUND NOTE BY THE SECRETARIAT, DAF/COMP/GF(2016)4, at 5-7 (Nov. 25, 2016), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)4/en/pdf), 李雅雯，制衡科技巨擘第一步 公平會進行驗書、谷歌產業調查，自由時報，2021年6月30日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3587988> (最後瀏覽日：2023年2月16日)；魏杏芳，藥廠銷售合作、製藥產業競爭與公平交易法：歐盟產業調查的啟示，公平交易季刊，24卷2期，頁82 (2016年)；魏杏芳，電子商務、轉售價格維持與演算法：由歐盟產業調查與華碩案談起，公平交易季刊，27卷4期，頁4-7 (2019年)。

英國2002年制定企業法（Enterprise Act 2002），在國際間首先創設市場調查制度。透過本制度，該法賦予競爭主管機關對於特定行業或營業項目進行市場調查之權限，俾可透過資料蒐集與評估，診斷相關市場之競爭受到阻礙的真正關鍵所在。如果確認該市場中確實存在有「競爭不利效果」（adverse effects on competition, AEC），競爭主管機關必須對於造成競爭阻礙的事業採取有效且合乎比例的矯正措施，以便去除構成市場競爭障礙的真正病因，消除或緩解此種競爭不利效果⁷。在這套制度下，競爭主管機關得以跨出個別查處減損競爭行為的藩籬，對於尚未違反競爭法但是有礙市場競爭的各種競爭障礙，可以要求相關事業採取合乎比例的具體措施加以改善。經由此項權力，競爭主管機關有機會積極改善外在競爭環境，使得市場更為自由而開放。透過市場調查，競爭主管機關終於擺脫只能從旁倡議，等待其他主管機關解除管制或是掃除競爭障礙的弱勢側翼地位。藉此競爭主管機關可主動瞭解特定行業經營狀況，仔細分析市場競爭受阻的真正根源，並且統合產業主管機關等各方意見，對於業者違反競爭法或未違反但構成競爭障礙的個別行為或整體結構提出合乎比例的矯正措施。對於不利市場競爭的法令規章則可採取傳統主流的競爭倡議途徑，建議主管機關儘速修改，以積極促進市場競爭。質言之，市場調查制度並非用以取代競爭倡議，兩者著力對象不同，彼此乃是相輔相成的互補關係。雖然如此，市場調查程序對於傳統上僅能以競爭倡議推動其他機關提昇競爭水準的競爭主管機關而言，其職權範圍確實產生根本性的改變與擴張。

7 U.K. COMP. COMM'N, GUIDELINES FOR MARKET INVESTIGATIONS: THEIR ROLE, PROCEDURES, ASSESSMENT AND REMEDIES, paras. 1, 18-21 (rev. ed. 2013), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf [hereinafter U.K. COMP. COMM'N, GUIDELINES FOR MARKET INVESTIGATIONS]; U.K. COMP. & MARKETS AUTHORITY, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS: SUPPLEMENTAL GUIDANCE ON THE CMA'S APPROACH 20 (rev. ed. 2017), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/624706/cma3-markets-supplemental-guidance-updated-june-2017.pdf [hereinafter CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS].

在研究方法方面，本文主要採取歷史詮釋之研究途徑（historical-hermeneutical approach），此研究途徑乃是基於溝通的認知興趣（communicative cognitive interest），旨在對於社會現象獲致互為主體的、解釋性的相互瞭解（interpretive understanding），以往代表性學者有狄爾泰（Wilhelm Dilthey）、韋伯（Max Weber）以及現象學的徐志（Alfred Schütz），詮釋學（hermeneutics）與之也有密切關連⁸。就本文研究主題而言，有關競爭政策推動之法律制度與國際發展演變，無論是傳統主流的競爭倡議，還是本世紀開始出現的市場調查，國內外相關研究文獻都相當少見，國內學界與實務也缺乏足夠的認識與瞭解；對於兩者各自的具體推動模式，包括個別不同的功能定位、架構邏輯與適當的程序法制設計，國內更是缺乏專業文獻進行細緻詮釋與分析。為填補從競爭倡議到市場調查此一跨度甚大的研究空缺，本文採取歷史詮釋之研究策略，著重於闡釋及理解競爭政策推動途徑的國際演變與發展，尤其是新興推動途徑的整體程序設計，以及競爭倡議與市場調查其下個別推動模式的逐一理解與掌握分析。由於這項以分析理解為核心的研究任務已經相當艱鉅，本文大幅縮減解釋論與立法論層面的法理探討，希望能夠集中力量，對於競爭政策重要推動途徑獲致貼切而真實的體悟，來日再基於此一紮實的理解基礎，就其可能出現的各種問題進行法理面評估、檢討與批判，並且據以提出相關法制建議。

對於制度內涵及其過往發展歷程的探討，一方面係為明白該等法律制度並非靜態存在於真空環境中，而是面對內在運作與外在環境兩大面向挑戰下，不斷設法突破的有機發展結果。另一方面，任何對於國外法制演變的理解與詮釋，都是他國法制發展與本國理解者跨時空的互動與對話，其中重點無非還是在於對本國理解者所具

8 黃瑞祺，批判理論與現代社會學，頁9-34（1990年）；W. Lawrence Neuman著，王佳煌、潘中道、郭俊賢、黃瑋瑩譯，當代社會研究法——質化與量化途徑，頁132-142（2002年）。

有的意義與啟發⁹。就競爭倡議與市場調查這兩種主要的競爭政策推動途徑而言，單純國外脈絡下的分析與詮釋，對於本國研究者而言或許只是遙遠他方的靜態知識，難以達到真切實感的領悟與體會。因此本文在研究過程中，不時帶入本國實例與國內相關法制作為印證對照，俾使本地讀者能夠進入實存的運作脈絡之中，獲致更為鮮明豐富的瞭解與體認。尤其市場調查程序並非獨自存在，而是鑲嵌在一般行政程序的法律體系之中，除非瞭解此一環節對於市場調查所造成之影響，否則不足以充分徹底瞭解這項制度。然而現有國內外研究文獻鮮有提及市場調查作為行政調查程序所需要設置的相關法制措施，為了彌補此一理解掌握上的重要缺陷，本文在詮釋分析市場調查本身至今的演變發展之後，特別引進我國行政程序相關法制與重要議題作為背景，進一步剖析此程序可能需要的其他法制配套機制，以彌補既有研究文獻的缺漏與侷限，並且導引國內讀者進行跨時空的對話，以其相對熟悉的國內現行法制作為背景參照環境，深入觀察本制度可能需要的相關配置，以便進行更為真切而系統性的理解與分析，俾能完整觀察掌握這項制度的整體面貌。

在此必須說明的是，本文雖然部分引進本國法制作為探討背景與對照來源，但是並非採取援引他國法制、尋求本國問題解決方案的常見比較法研究方式。在第「伍」部分，本文雖然採用我國法制作為市場調查程序的參照對象，惟其目的僅係希望在相關文獻欠缺之下，將本程序還原到周邊相關法律體系之中，俾可獲致更為切合實際的考察成果，並且加深與國內理解者之間的詮釋性互動，擴大本文所能帶來的意義與啟發。此處對於我國法制與學說之引用，純粹基於對照分析與理解詮釋之目的，並非出於繼受市場調查制度之動機，也無意討論此項法制是否適合引進國內。

⁹ 有關法學研究上考察他國法制演變發展之目的與功能，可參見陳惠馨，德國法制史——從日耳曼到近代，頁13-34（2007年）。

在內容安排上，接續本部分對於競爭政策、競爭倡議以及市場調查的鳥瞰式說明，第「貳」部分首先對於競爭倡議在國際間出現的三種不同推動模式加以歸納詮釋，並且舉出國內產業解除管制之實際案例進行對照分析，讓讀者明瞭傳統主流的競爭政策推動途徑。第「參」部分隨著當代國際發展脈絡，焦點轉移到市場調查程序，針對最早採行本制度也最具代表性的英國，就該程序的特色、各階段進行方式、矯正措施以及目前所面臨的侷限，一一加以闡釋分析。並且舉出零售銀行業市場調查及其主要矯正措施：開放銀行（open banking）作為實際案例，以便進一步加以理解與掌握。第「肆」部分針對歐盟數位市場法將市場調查與產業管制加以結合的新模式，先簡介該法對於具有守門人地位的數位平臺管制規範架構，再進一步闡釋該法中三種不同功能的市場調查程序，且與英國模式加以比較分析，以便對於本法相關程序設計獲致透徹的體會與認識。為了探索目前幾無文獻探討的法制配套措施，第「伍」部分借助我國行政調查相關法制作為對照分析背景，希望將本程序帶回到周邊法律體系之中，就其可能需要留意的相關議題與配套措施進行詮釋剖析。第「陸」部分為結論，簡要總結全文。

貳、傳統主流競爭政策推動途徑：競爭倡議

競爭倡議係由競爭主管機關為推動競爭政策所進行的各種倡導、推促活動所組成。由於競爭主管機關並未主管任何產業，相對而言不易因特定產業利益或業者遊說而受到影響，較能堅持推動市場自由化、去除競爭障礙，乃是公部門較為合適的競爭政策主要負責單位¹⁰。雖然如此，市場競爭所能達成的資源有效分配、提昇經濟效率、刺激創新活動等固然相當重要，但並非經濟政策或產業管

¹⁰ Evenett, *supra* note 5, at 500-01.

制唯一追求的目標與價值，若與其他公益目的在個別情況下產生衝突，有必要適度相互退讓。由於市場競爭並非當代政府唯一追求的經濟政策目標，競爭主管機關在推動競爭政策時事實上無法獨斷獨行。這或許正是各國長期以偏向軟性而間接的競爭倡議作為競爭政策主流推動途徑的重要原因。

目前國際間有關競爭倡議的學術研究成果相當稀少，澳洲競爭與消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC）首任主任委員Allan Fels教授基於實際參與大型解除管制計畫之實務經驗，和學者Wendy Ng在2012年對於競爭倡議所建構的三種具體推動模式¹¹，乃是目前最值得參考的競爭倡議分析理解架構。本文以此架構作為競爭倡議之分類基礎，探討各國政府可能採取的不同倡議方式，以及個別倡議模式在現實世界中可能發揮的功能與侷限，並且探尋若欲以此成功推動競爭政策所必須具備的先決條件。

一、純粹倡議模式

長久以來，各國競爭主管機關透過建議、鼓吹、宣傳、教育、發表研究報告等方式，設法推動其他政府機關或立法者去除各種法規所造成的競爭障礙，解除不必要的管制，以提昇市場競爭水準。對於已開放市場，競爭主管機關也經常透過上述方式，希望引導業者改變未違法但有礙競爭的習慣做法，或是改造外在市場環境，以積極促進市場競爭¹²。這種古典的倡議方式乃是國際間最常見的競爭倡議模式，有美國學者甚至認為競爭倡議等同於對外倡導將政府從市場移開，使兩者保持距離，以免過度干涉市場價格機制的正常運作¹³。雖然如此，較為完整的競爭倡議定義，除了上述區塊之

11 Allan Fels & Wendy Ng, *Paths to Competition Advocacy*, in RESEARCH HANDBOOK ON INTERNATIONAL COMPETITION LAW 185, 186 (Ariel Ezrachi ed., 2012).

12 See RODRIGUEZ & MENON, *supra* note 1, at 79.

13 Stucke, *supra* note 5, at 955.

外，也包含喚起一般民眾維護市場競爭的共同意識，提高公眾重視程度，在社會上培養競爭文化，以便在民意層次營造政府解除不必要管制的社會基礎與有力後盾。是以除了其他政府機關，社會上一般民眾也是競爭倡議的重要對象¹⁴。

純粹倡議模式雖然相當直觀，在各國十分普遍，但是也隱含明顯的缺陷。首要缺失在於未能考慮到來自政治層面的外在挑戰。在現實政治場域，競爭政策可能必須面對來自產業政策、其他政策目標、公部門對於經濟活動既有控制（高度管制或國營獨占事業）等陣營的反對力量，以及來自民間既得利益者的政治壓力。競爭政策的主要獲利者乃是中小企業與消費者，這些群體因提昇競爭水準而獲益的個別規模相對偏低，擁護競爭倡議的結果可能是利人甚於利己，不容易動員集結而共同支持競爭倡議¹⁵。即使有領導者願意登高一呼，由於中小企業和消費者分散在社會各角落，彼此缺乏既有人際連結，難以凝聚形成共同行動，對解除管制、調整產業結構所需相關專業也較為欠缺，並不容易匯集足夠力量而與既得利益者相互抗衡¹⁶。

純粹倡議模式缺陷之二，在於經常沒有考慮相關機構運作能量是否足夠，也未將充實競爭主管機關制度能量視為重要工作項目。競爭主管機關在各國未必受到重視，尤其在開發中國家，競爭主管機關相對於其他政府機關確實可能在人力、財務或其他資源方面顯得捉襟見肘。此外，競爭倡議的發動與提出等程序機制方面，例如

14 ADVOC. WORKING GRP., INT'L COMP. NETWORK, *supra* note 2, at 25; Evenett, *supra* note 5, at 496-97; 李淳（計畫主持人）、陳櫻琴、顏慧欣，國際競爭法在競爭倡議上之發展及其引入國內之可行性，公平會委託研究報告，頁5-6（2009年）。

15 學理上稱為集體行動問題（collective action problem），see MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* 2 (1965).

16 Frédéric Jenny, *Competition Authorities: Independence and Advocacy*, in *THE GLOBAL LIMITS OF COMPETITION LAW* 158, 167 (Ioannis Lianos & D. Daniel Sokol eds., 2012); Fels & Ng, *supra* note 11, at 192-96.

管制革新計畫中競爭主管機關是否居於重要地位、競爭相關政策是否須經其同意或表示意見，以及可否對他機關主管與競爭相關議題對外獨立表達看法，對於推動競爭政策的制度能量都會產生實質影響¹⁷。競爭主管機關在政府部門的地位與影響力，也會影響競爭倡議的制度能量高低。有趣的是，競爭主管機關的獨立性與其政治影響力經常呈現此消彼長的現象。部分國家的競爭主管機關首長乃是最高行政機關的成員¹⁸，一旦有權參與高層行政決策，對於涉及競爭的重要政府措施取得全面性參與機會，進行競爭倡議的制度能量自然較強¹⁹。

除此之外，產業主管機關即使認同解除管制，著手推動競爭政策，同樣可能面臨機構或制度能量不足的問題。例如我國推動電業自由化將進行兩階段修法，第一階段電業法修正已於2017年1月三讀通過，預計修法後6至9年將台電公司垂直拆分，在控股公司下分別成立發電與輸配售電兩家子公司，以及獨立的電力交易平臺，進行廠網分工²⁰。然而揆諸國內公營獨占市場以往自由化的歷史，包括台灣中油、中華電信等，在自由化過程中都曾出現有垂直拆分以維護競爭公平性的主張²¹，但都礙於該等公營獨占事業及其大批員

17 Evenett, *supra* note 5, at 514; Stucke, *supra* note 5, at 1036; Fels & Ng, *supra* note 11, at 196-200; Jenny, *supra* note 16, at 168-69; Lee, *supra* note 2, at 4-5.

18 例如韓國公平交易委員會委員長是內閣部長之一，歐盟競爭總署最高首長乃是歐盟執委會成員。

19 Jenny, *supra* note 16, at 168-76; Lee, *supra* note 2, at 5.

20 行政院，《電業法》修法：發展綠能，啟動國家能源轉型，2019年1月2日，<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/2ae8bfb8-6014-49d1-b04e-75374fbd6096>（最後瀏覽日：2023年2月16日）；經濟部，電業法修法簡介，頁3-4，2016年10月20日，https://www.economic-news.tw/easy_content.php?id=27（最後瀏覽日：2023年1月18日）；經濟部能源局，電業法修正草案規劃簡報，頁9，2016年7月26、27日，https://www.moeaboe.gov.tw/ECW/populace/content/wHandMenuFile.ashx?file_id=13（最後瀏覽日：2023年1月18日）。

21 參見劉孔中，電信管制革新與數位網路產業規範，頁33-39（2001年）；立法院第8屆第4會期第12次會議議案關係文書，院總第379號委員提案第15679號，頁3，2013年11月27日，https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/04/12/LCEWA01_080412_00043.pdf。

工強力反彈，堅拒不從，最後均告作罷。我國市場自由化的過往歷史經驗，充分顯示主管機關制度能量的侷限性。目前政府大力推動的兩階段電業自由化，是否已經建構足夠的制度能量，能夠順利打破國內公營獨占事業無法垂直拆分的歷史魔咒，考驗著執政者與產業主管機關的經驗與識見，及其所能掌握的制度資源。

二、全面性政策推動模式

相對於古典的純粹倡議模式，另一種競爭倡議模式乃是提出大型政策規劃，有效整合各產業主管機關與各級政府，共同推動市場自由化，積極解除不必要的政府管制與事業特權，全面性促進市場競爭。1990年代澳洲推動的國家競爭政策（National Competition Policy）被視為採取此種模式的成功典範²²。澳洲政府在1992年組成專家特別委員會，研究全國性競爭政策是否應當超越競爭法，進一步消除各省法令造成的市場進入障礙以及公營事業免受競爭法規範的豁免特權。1993年該委員會提出檢討報告（the Hilmer Review）之後，聯邦、各省及地方三級政府以此為基礎進行協商，1995年制定國家競爭政策改革方案，正式全面性推動解除管制計畫²³。

澳洲國家競爭政策的基本指導原則，乃是各級政府未經公開獨立的審視評估，證明並無限制競爭幅度較小的手段足以達成特定公益目的，不得限制市場競爭。該方案改革重點共計有六大項：(1)全面適用競爭法；(2)各級政府全盤檢討改正限制競爭之法令規定；(3)檢討廢除公營獨占事業；(4)關鍵基礎設施（essential infrastructure）開放第三方接取使用；(5)監督公營獨占事業之訂價行為；(6)建立

22 1 OECD, COMPETITION ASSESSMENT TOOLKIT: PRINCIPLES 3-4 (4th ed. 2019), <http://www.oecd.org/competition/toolkit>.

23 李憲佐、蘇敏煌（註2），頁694；Allan Fels & Wendy Ng, *Rethinking Competition Advocacy in Developing Countries*, in COMPETITION LAW AND DEVELOPMENT 182, 194 (D. Daniel Sokol et al. eds., 2013).

公營事業競爭中立（competition neutrality）原則，禁止享有優於民營事業的待遇²⁴。

為推動此項全面性競爭促進政策，澳洲前後耗費10年才完成所有法令政策審視與改革工作，大部分的管制革新也依照原先規劃圓滿達成，整體而言執行得相當成功。其成果不僅造就每人平均國民所得與生產力明顯成長，企業創新活動得以提昇，也降低失業率及市場財貨價格，所創造的經濟效益遠遠大於改革陣痛所帶來的轉型成本。這項全面性政策得以成功推動的主要原因，可以歸功於以下幾方面：(1)認真改變有關市場競爭的社會文化；(2)爭取國內各階層重要政治領袖的跨黨派支持；(3)透過競爭法與貿易自由化等途徑，引進競爭政策各項重要原則；(4)建立發掘及檢視限制競爭法規的特定組織，並且給予足夠資源；(5)設立法規檢視結果與過程的評估機制；(6)對於落實推動本政策的各級政府給予財務報償²⁵。

我國也有類似經驗，公平交易法（下稱公平法）1992年生效後，公平會1994年成立「公平交易法第46條第1項除外適用檢討協調實施計畫」（簡稱461專案）²⁶，花費半年時間檢視所有產業法規，篩選出構成競爭障礙的法令規定，與各主管機關逐一召開協商會議，就管制合理性及妨礙市場競爭效果進行溝通。然而本專案推行一年之後，雙方同意刪除或提升至法律層次的法規條文僅有不到20%獲得修正。進度低落的原因除了相關主管機關並非真正願意推動競爭政策，立法院修法程序的延宕也是原因之一²⁷。1996年行政院院長連戰公開宣示「以競爭政策為主，產業政策為輔」的經濟政策，公平會在同年成立「解除管制促進市場競爭專案小組」，推動

24 李憲佐、蘇敏煌（註2），頁695-696；Fels & Ng, *supra* note 11, at 201-02.

25 Fels & Ng, *supra* note 11, at 202; Fels & Ng, *supra* note 23, at 195-96.

26 當時公平法第46條第1項規定：「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定。」第2項規定：「公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於本法公布後五年內，不適用本法之規定。」

27 李憲佐、蘇敏煌（註2），頁699-700。

12個相關市場的開放自由化，同時繼續清點妨礙市場競爭但無明確法律授權的行政命令，確認無法適用當時公平法第46條第1項除外規定，建請主管機關修正或廢止。截至1998年8月底，兩方面工作都已獲致相當成果。各主管機關依照與公平會協商結論修正了22種法規（總計29條），惟尚有35種法規（總計53條）有待繼續追蹤聯繫。

當時行政院成立政府再造推動委員會，下設法制再造工作小組，由行政院經濟建設委員會（下稱經建會）邀集各部會組成，決議將「公教勞工消費合作社」、「油品」、「液化石油氣」等尚未解除管制的7個相關市場，以及尚未修正或廢止的行政命令，由各該主管機關成立「工作圈」或「重大業務改革小組」持續列管，繼續推動這些解除管制工作²⁸。

以上一系列專案計畫，確實具備全面性政策推動模式的外觀特徵，不過在461專案階段似乎停留在公平會層次，行政院及黨政部門雖然給予一定程度的支持，但似乎並未提供太多的政治奧援。公平會受限於機構能量，推動力道有限，才會出現時程延宕的情形。好在國內醞釀制定公平法之際，同步開始推動解除管制；等到公平法生效施行，我國經濟自由化已經推動10年之久²⁹，競爭文化在社會上已經生根發芽，社會大眾期待各行各業都能在平等對待環境下公平競爭。在經濟自由化的時代氛圍與人民期盼下，行政院決定以「競爭政策為主，產業政策為輔」作為經濟政策主軸，並由負責法制改造與管制考核的經建會接手最後一哩的控管任務，凡此都是造就競爭政策全面性推動能夠獲得成功的關鍵因素³⁰。

28 趙揚清，競爭政策與解除管制，公平交易季刊，7卷1期，頁141-145（1999年）；李憲佐、蘇敏煌（註2），頁700-702。

29 蘇永欽（註2），頁3-5。

30 有學者指出，國內競爭倡議主要問題乃是制度化程度不足，尤其在法令政策擬訂過程中欠缺事前競爭倡議制度；李淳（計畫主持人）、陳櫻琴、顏慧欣（註14），頁109-121。

三、漸進政策推動模式

對於許多國家而言，類似澳洲1990年代的全面性政策推動，在現實環境中並不可行。然而在純粹倡議模式之上，仍有許多跨部門共同推動競爭政策的可行作法，難度不及全面性政策如此之高，可供各國依實際狀況選擇採用。採取漸進推動與全面性推動的國家，同樣必須講求良好的政策設計，尤其必須能夠避免反對力量的阻撓，同時又能有效回應反對者具有正當性的訴求主張。在克服反對力量方面，可以適時採取以下策略：(1)具體量化未解除管制現況所造成的負面成本與改革可能帶來的正面效益，向利害關係人及一般大眾進行溝通與傳播；(2)找出推動改革的潛在受益者，組織起來共同影響政府決策；(3)改變反對者態度，或是改變社會大眾的觀感，對反對者造成壓力；(4)運用國家間競爭或貿易自由化對解除管制造成的推力，以及國際組織、相關條約造成的同儕壓力³¹。

在改革方案推動方面，解除管制必須劃分階段，保持耐心，逐步推動。在過程中必須定期聽取外界意見，適度調整及補償蒙受損失的既得利益者。在推動主體方面，除了建立常設性、獨立性的推動組織，由政府高階人士組成，具備推動改革所需的各種權能之外，政府本身的領導階層也必須保持穩定，才能提供足夠的政治支援，維持競爭政策的推動能量於不墜。在改革如何持續方面，在革新法規政策時也必須同步進行組織改造，建立以改革為使命的產業主管機關，並且提昇其運作效率。在此同時也必須注意維持社會聲譽與公眾信任，如果經濟結構與政治生態因為解除管制而發生變化，反對者的政經地位遭到削弱，或是透過生產力提昇，形成支持改革的產業或社會群體，對於推動競爭政策與解除管制必可提供實質助益³²。

³¹ Fels & Ng, *supra* note 11, at 203-05.

³² *Id.* at 204-07.

參、競爭政策新興推動途徑：以英國為代表的市場調查

市場調查制度乃是出現在本世紀之交，有別於傳統上採用鼓吹倡導或整體經濟政策等方式推行的競爭政策新興推動途徑。依照英國Richard Whish教授受歐盟執委會委託進行的跨國調查，及至2020年全球至少有英國、南非、冰島、希臘、墨西哥等五國採用競爭主管機關主導的市場調查程序³³。目前德國經濟事務與氣候行動部(Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action)正在研議修改法律以引進本制度³⁴，美國也有學者認為應當將此一程序引入該國競爭法中³⁵，歐盟在2022年11月生效的數位平臺管制專法——數位市場法，更將這項制度與產業管制兩相結合，形成市場調查程序另一具體新模式³⁶。在現今已經實際上路施行的國家中，以英國2002年企業法所建立的市場調查制度最為世人熟知及矚目，在此謹以該國為代表，闡釋市場調查之制度內涵及其程序運作狀況。

一、制度特色

市場調查制度乃是有關市場調研的一種特殊程序設計，在此程序中競爭主管機關對調查中所發現的反競爭問題可以直接課予矯正措施，設法加以解決。本制度最主要的特色，在於競爭主管機關得以將職權擴張至競爭法以外領域，取得直接推動競爭政策之權能。

33 RICHARD WHISH, NEW COMPETITION TOOL: LEGAL COMPARATIVE STUDY OF EXISTING COMPETITION TOOLS AIMED AT ADDRESSING STRUCTURAL COMPETITION PROBLEMS WITH A PARTICULAR FOCUS ON THE UK'S MARKET INVESTIGATION TOOL 37-47 (2020), https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420573enn.pdf.

34 *German Ministry Tables Reform Boosting BKartA Powers*, PARR (Sept. 21, 2022), <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelems-9r774n?ssoid=58CC4DAB-C05C-471B-86F8-9F6F18A53005>.

35 TIM WU, THE CURSE OF BIGNESS: ANTITRUST IN THE NEW GILDED AGE 133-34 (2018).

36 有關歐盟數位市場法如何運用市場調查程序，詳見本文第「肆」部分。

有此制度之後，競爭主管機關不再只能藉由競爭倡議鼓吹促進市場競爭，倚靠其他機關解除管制或掃除競爭障礙。透過市場調查程序對事業課予的矯正措施，競爭主管機關得以直接重構競爭環境，去除競爭障礙，積極促進競爭。其次，不同於國內競爭法上通稱的產業調查僅用於瞭解特定行業之市場結構、競爭障礙及潛在限制競爭行為³⁷，市場調查除對上述項目進行調查外，對於調查過程中發現的反競爭行為與競爭障礙尚可直接研擬矯正措施加以改正，無需另外發動競爭法加以查處，其矯正範圍並可擴及未違反競爭法但事實上有礙市場競爭之事業行為。相對於競爭法執法，市場調查制度不僅可以矯正違法限制競爭行為，而且可以積極促進市場競爭。除此之外，市場調查尚可全面性、整體性處理特定行業所面臨的市場競爭問題，無須如同競爭法案件中必須考慮個別事業對於系爭行為之可歸責性，可以處理的問題範圍因此也就更為廣泛³⁸。

二、程序啟動：兩階段決策權力分離

英國有多個機關有權將特定行業提交（refer）市場調查，其中最常見的是競爭主管機關，包括2014年3月以前的公平交易局（Office of Fair Trading）與同年4月改制後的競爭與市場局（Competition and Markets Authority，下稱CMA）。在提交之前，競爭主管機關通常會進行一年左右的產業調查，評估是否將特定行業正式提交市場調查³⁹。至於執行市場調查的單位，2014年3月以前是競爭委員會

37 此種無權採取矯正措施的競爭主管機關市場調研活動，相對於市場調查，OECD稱之為市場研究（market studies），詳見註6及所屬本文之說明。

38 Fletcher, *supra* note 5, at 3-5; Christian Ahlborn & Will Leslie, 'Jack of All Trades, Master of None': *The Ever-increasing Ambit of the Market Investigation Regime, in THE UK COMPETITION REGIME: A TWENTY-YEAR RETROSPECTIVE* 137, 138-39 (Barry Roger et al. eds., 2021); Greg Olsen & Daniel Harrison, *Tightening the System: The Nature and Likely Effect of UK Competition Reforms*, 26(3) *ANTITRUST* 25, 27-28 (2012).

39 對競爭法有協同執法權（concurrent jurisdiction）的其他產業主管機關，以及認為特定市場調查涉及其他公共利益，事先通知CMA有意參加調查程序的部會首長，依法也都有權將特定行業提交市場調查，但是在實務上相當罕見；CMA,

(Competition Commission)，同年4月公平交易局與競爭委員會合併改組為CMA後，改由CMA理事會(CMA Board)作成提交市場調查的決定，再由CMA常設專家團(CMA Panel)選出3到5名成員組成獨立調查小組(Inquiry Group)負責調查過程中各項決策。這種將提交與調查過程交由不同決策單位的程序設計，主要係為避免提交時所抱持的既有觀點，先入為主地影響了最終調查結果，造成確認偏誤(confirmation bias)，或是因為調查結果掌握在提交者手中而導致出於政治動機的不當發動⁴⁰。

三、調查期限

英國法定的市場調查期間原訂為2年，2013年企業與管制革新法(Enterprise and Regulatory Reform Act 2013)修正企業法規定，將調查期限縮短為18個月，這也是修法前競爭委員會內部自訂的目標期限。不過修法之後，倘若法定期限屆至而無法完成調查，可以延長一次，最多延長6個月。在調查過程中，通常在第12個月對於有無競爭不利效果以及對此將採取何種矯正措施提出初步報告，再接續就初步調查結果進行公眾諮詢，再視情形就初步擬定之矯正措施進行修正、再度提交公眾諮詢，並且完成最終調查報告⁴¹。

四、調查過程主要步驟

(一) 作成提交決定前

在提交市場調查前CMA通常會進行產業調查，以瞭解市場結構與產業狀況。產業調查團隊會諮詢外界對於提交市場調查的意

MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 14-18; U.K. COMP. COMM'N, GUIDELINES FOR MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 9-10.

⁴⁰ CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 6-8; Fletcher, *supra* note 5, at 11-12; Ahlborn & Leslie, *supra* note 38, at 139-41.

⁴¹ CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 21, 28; U.K. COMP. COMM'N, GUIDELINES FOR MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 16.

見，並且考慮提交調查的範圍、有無潛在可能的矯正措施（包含接受事業承諾以取代提交），以便決定是否正式提交。在決定提交後CMA理事會有可能附上諮詢性建議，說明提交調查的範圍及爭點對於市場調查所隱含的意義，期待調查小組在過程中將之納入考量。對於提交可能性高的案件，CMA在正式提交之前會預先組織調查團隊，提早瞭解產業調查所獲致的結果，尤其是尚待進行的資料蒐集與分析評估，以及可能提交調查的關注重點⁴²。

（二）資料蒐集

在開始調查之初，CMA調查團隊會邀請主要當事人進行數場非正式會議，直接瞭解相關市場背景資訊、所需技術資料的現存狀態，並且討論可能的調查進程序。CMA也會對外公布調查時間表，揭露各個主要調查階段。在進行初步瞭解後，調查團隊接著準備詳細的市場及財務問卷（questionnaire），以書面詢問主要當事人，且向其他當事人或透過產業主管機關、專業團體或報章書刊等管道持續蒐集資料。針對顧客意向等散布廣泛、來源眾多的資料項目，CMA可能委託外部市場調研機構⁴³就此單獨進行一項或多項的量化調查（survey），並就調查設計事先徵詢相關當事人意見。此外會視實際需求進行現場勘查（site visit），實地瞭解與競爭相關的重要設施，並且會見相關業者第一線的工作人員⁴⁴。

42 CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 30-31.

43 為避免混淆，本文以「市場調研」或「市場調研活動」含括競爭主管機關進行的產業調查（OECD稱為市場研究）、市場調查（market investigation）以及其他公私立機構對於各種行業進行的調查或研究，對此亦可參見註6及所屬本文段落之說明。

44 CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 31-32. 歐盟產業調查（sector inquiry）的相關作法，或許有助於進一步理解在本模式市場調查程序中實地勘查可能的運用時機。歐盟執委會對於難以取得的必要資訊，會採取突襲式現場勘查。這種調查方式對於被調查事業、所在國主管機關及執委會都會造成不小負擔，需要小心評估、謹慎使用，實際使用的頻率也不高；OECD, METHODOLOGIES FOR CONDUCTING MARKET STUDIES — NOTE BY THE

(三) 公布爭點說明

在進行資料蒐集之餘，調查團隊必須針對受調查的相關市場著手分析可能存在的反競爭損害，亦即作為調查核心對象的「競爭不利效果」究竟發生於何處與如何發生。換言之，調查團隊必須針對該市場各種可能的競爭障礙建立反競爭損害理論（theory of harm），確認其各自是否造成反競爭損害與如何造成，以便在市場調查過程中及時校正資料蒐集與評估分析方向，避免誤入歧途或未能掌握調查重點。爭點說明（issues statement）是這方面第一階段工作成果，由調查團隊公開揭露可能採用的反競爭損害理論供各界表示意見，並對可用以改善這些損害的具體矯正措施提出建議。若CMA對該行業曾經進行產業調查，爭點說明有可能純粹引用CMA先前提出的產業調查報告及CMA理事會在提交調查時附上的諮詢性建議⁴⁵。在透明化方面，CMA會為市場調查案件設置單獨的網站頁面，集中放置該調查程序歷來對外公布的所有文件資料，俾利當事人、利害關係人及公眾追蹤查閱各個市場調查案件的最新進展，實踐CMA對於公開透明的承諾⁴⁶。

(四) 聽證

調查小組會舉行一系列的正式聽證（hearing），提供主要當事人當面表示意見的機會。在聽證過程中，調查小組與當事人討論其提交的資料，瞭解被調查行業的市場狀況、可能的競爭障礙及其造成的反競爭損害，以及有可能採取的具體矯正措施，並提供當事人直接向調查小組成員陳述的機會。對於未受邀參加調查小組聽證的當事人，也可能由調查團隊另外舉辦聽證會聽取其意見與建議⁴⁷。

EUROPEAN UNION, DAF/COMP/WP3/WD(2017)20, paras. 13-15 (June 13, 2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)20/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)20/en/pdf).

45 CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 32.

46 RICHARD WHISH & DAVID BAILEY, COMPETITION LAW 488 (10th ed. 2021).

47 CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 32-33.

（五）競爭評估

市場調查所需進行的競爭評估，項目包括被調查行業的市場運作狀況、當事人經營績效、相關市場界定、競爭障礙或反競爭損害、有無競爭不利效果以及可能的具體矯正措施等多個層面。為提高調查的透明度以及增加當事人與公眾參與的機會，其中部分評估成果有可能以研究報告（working paper）的形式事先對外公布⁴⁸。至於競爭評估中使用的資料分析方法，若有需要與當事人直接溝通，調查團隊也會舉辦工作坊或座談會，讓當事人有表示意見之機會，共同探討較為合適的分析方法⁴⁹。

（六）初步報告

初步報告（provisional decision report）大約在市場調查開始後第12個月完成，提出受調查行業相關市場中有無競爭不利效果的初步認定。如果認定有競爭不利效果，將一併公布可能採取的具體矯正措施。初步報告對外公布後進入公眾諮詢程序（consultation），公開接受各方意見，期間不得短於21天。在這段時間裡，調查團隊同步邀請主要當事人與關鍵第三人舉行回應聽證（response hearing）。若報告內容因公眾意見諮詢而有實質變動，CMA會再重新進行額外的公眾諮詢程序⁵⁰。

（七）最終報告

市場調查結束時，調查小組對外發表最終報告（final report），公布對於競爭不利效果與矯正措施的最終認定結論，並且在報告中

48 *Id.* at 33-34.

49 *Id.* at 34. 歐盟產業調查的經驗或許有助於瞭解競爭主管機關如何運用資料分析方法。執委會本身較常採用敘述統計（將資料依其屬性分類統計）以及質性評估方法，至於較為複雜的資料分析方法，例如計量經濟、迴歸分析等，則較常委託外部專家來進行；OECD, *supra* note 44, paras. 34-40.

50 CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 34-35.

說明其理由、相關支持資料以及矯正措施的性質與範圍等，以便日後據以執行。報告中假若認定確有競爭不利效果，依企業法CMA有義務採取合理可行之措施加以救濟、減緩或防止⁵¹。在矯正措施方面，調查小組可對受調查行業中之事業採取行為面或結構面的矯正措施，也可建議其他機關修改法令規章以矯正競爭障礙。各矯正措施必須能有效處理該市場的競爭問題，所處理的競爭問題與矯正措施造成的事業限制之間必須合乎比例（proportionate）。當事人對於市場調查最終結果若有不服，可在2個月內向競爭上訴法庭（Competition Appeal Tribunal）提起訴訟，尋求司法救濟⁵²。

五、矯正措施

（一）由CMA執行

對於事業課予的矯正措施由CMA負責執行，法定執行期間是6個月。在這段期間內，CMA會公布執行時間表、研擬具體執行方法，並且完成公眾諮詢程序，發布正式執行命令（enforcement order），亦可接受事業提出的承諾以代替執行命令。若有特殊原因，例如進行消費者測試，或因內容實質修改而需再次進行公眾諮詢，法定執行期間可延長一次，最多延長4個月。在發布執行命令前，為避免當事人造成既成事實而削弱矯正措施的效果，CMA可以採行保全措施（interim measures），例如要求已發生的當事人行為必須回復原狀等。針對行為面的執行措施，CMA可以訂定終止期限或日落條款。若未訂定終止限期或實施期限長於10年，CMA通常在10年內會重新評估是否需要繼續執行⁵³。

51 WHISH & BAILEY, *supra* note 46, at 489.

52 CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 35-36.

53 *Id.* at 37-45.

(二) 由其他機關執行

矯正措施中涉及其他機關職掌者，例如對於他機關主管法規或政策作成修正或廢止建議，則由該等機關負責執行。這類的矯正措施乃是單純建議，並無法律拘束力。英國政府雖然在2002年企業法立法草案中，承諾在最終市場調查報告提出後90天內回應調查小組對其他機關提出的建議⁵⁴，但其他主管機關事實上並無履行或回應本類型矯正措施之義務⁵⁵。

六、實例：零售銀行業市場調查與矯正措施——開放銀行

從2010年開始，英國公平交易局與國會展開一系列對於零售銀行業務競爭狀況的研究與調查⁵⁶。2014年7月英國金融行為局（Financial Conduct Authority）與CMA共同完成對於中小企業銀行服務的產業調查⁵⁷，同年11月CMA依照2002年企業法第131條和第133條，正式決定將個人活期帳戶與中小企業的零售銀行業務提交市場調查，此乃CMA成立後最早發動的市場調查其中之一⁵⁸。經調

54 U.K. DEP'T TRADE & INDUS., A WORLD CLASS COMPETITION REGIME 7 (2001), <https://www.gov.uk/government/publications/a-world-class-competition-regime>.

55 CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 37; U.K. COMP. COMM'N, GUIDELINES FOR MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 69-70.

56 *OFT Announces Market Study on SME Banking*, U.K. OFFICE OF FAIR TRADING (June 19, 2013), <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402170939/http://oft.gov.uk/news-and-updates/press/2013/43-13>.

57 *Joint FCA/CMA SME Banking Market Study*, FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY (Nov. 15, 2016), <https://www.fca.org.uk/publications/market-studies/joint-fca-cma-sme-banking-market-study>.

58 CMA, RETAIL BANKING MARKET INVESTIGATION FINAL REPORT 1 (2016), <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ac9667e5274a0f6c00007a/retail-banking-market-investigation-full-final-report.pdf>; Alastair Chapman, Sarah Jensen & Michael Caldecott, *UK Antitrust Reform: The CMA's First Year*, 29(3) ANTITRUST 61, 62-63 (2015). 在CMA成立之後，英國天然氣與電力市場局（Office of Gas and Electricity Markets, Ofgem）根據與公平交易局、CMA對於能源市場競爭狀況之合作評估結果，首先於2014年6月將天然氣與電力零售業提交市場調查；*Energy Market Investigation*, CMA (Feb. 27, 2018), <https://www.gov.uk/cma-cases/energy-market-investigation>.

查後發現，英國排名前四大的巴克萊銀行（Barclays）、匯豐銀行（HSBCG）、勞埃德銀行（LBG）與蘇格蘭皇家銀行（RBSG）2015年旗下擁有的商業活期帳戶總數占該國同類帳戶80%以上。2016年8月，CMA發表最終調查報告，認定在個人活期帳戶、中小企業活期帳戶及中小企業貸款等三個相關市場都出現競爭不利效果，建議從基本措施（*foundation measures*）、轉換活期帳戶到不同銀行、個人活期帳戶透支費、中小企業銀行服務等四個面向，同步採取矯正措施⁵⁹。

2017年2月CMA正式發布執行命令落實上述矯正措施，在基本措施中名列第一的就是開放銀行（*open banking*）。CMA要求英國九大銀行共同成立開放銀行執行組織（*Open Banking Implementation Entity*，下稱OBIE），以便在個別消費者同意下，分階段將產品資訊、帳戶資訊及交易資訊開放予經主管機關認可、具有足夠技術能力的第三方服務業者（*third-party service provider*，下稱TPS業者）進行金融增值服務。OBIE主要負責制定應用程式界面（*application programming interface*，下稱API）的產業技術標準，各銀行據此進一步推出不同功能、傳輸不同資料的API，開放給經主管機關認可且已取得用戶同意的TPS業者進行商業運用，在兼顧資料安全的前提下分享銀行用戶帳務與交易資料⁶⁰。運用開放銀行所取得的各種資料，TPS業者透過金融科技（*fintech*），可讓用戶一目瞭然地比較不同銀行的帳戶收費結構，並在帳戶間迅速調度資金以避免高額的透支費（*overdraft fee*），或是將資金靈活轉換到條件更優惠的其他銀

59 CMA, *supra* note 58, at xxxii-xxlvii.

60 CMA, *RETAIL BANKING MARKET INVESTIGATION: THE RETAIL BANKING MARKET INVESTIGATION ORDER 2017*, part 2 (2017), <https://www.gov.uk/government/publications/retail-banking-market-investigation-order-2017> [hereinafter CMA, Order]; CMA, *MAKING BANKS WORK HARDER FOR YOU*, paras. 29-34 (2016), <https://www.gov.uk/government/publications/retail-banking-market-investigation-overview>; 李芝儀，*開放銀行法制建構之國際比較分析：對我國開放銀行法制之建構芻議*，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，頁18-23（2021年）。

行帳戶。透過帳戶資料分享，消費者還可將銀行交易紀錄交給其他金融機構評估其信用及還款能力，以尋求最為有利的貸款條件。在九大銀行推動之後，英國其他銀行也將跟進實施，逐步全面轉型成為開放銀行⁶¹。

開放銀行此項矯正措施正好符合歐盟執委會在2013年7月提案、2016年1月生效的修正後支付服務指令（簡稱Directive on Payment Services或PSD2⁶²）要求成員國必須開放TPS業者存取帳戶資訊的規定，並且創造出開放銀行此一全新的金融監理面向。這不僅成為國際間銀行業監理的熱門議題，對於通常以金融科技作為經營利基的TPS業者而言，也開啟了切入既有金融服務客戶群體的大好機會，堪稱是近年來最受矚目的市場調查實際案例。

英國CMA祭出開放銀行此一矯正措施，雖係為了解決零售銀行業競爭嚴重不足的問題，但英國九大銀行自始至終並未違反競爭法，此矯正措施並非針對任何反競爭行為而來。本案要求銀行開放API與資料分享，已經超越競爭法針對個別反競爭行為加以處罰矯正的層次，明顯跨入重構市場現有結構以提昇競爭水準，積極促進競爭的範疇之中⁶³。這套矯正措施一方面降低銀行帳戶的轉換成本，在銀行間創造出原本不存在的競爭場域，另一方面也催生消費者對於帳戶資料的自主運用權利，國際間稱之為消費者資料權

61 廖婉君、黃彥倫，開放銀行（Open Banking）法制之發展，收於：谷湘儀、臧正運編，變革中的金融科技法制，頁241-246（2019年）；臧正運，從國際發展趨勢論我國推動開放銀行應有之思考，金融聯合徵信雜誌，34期，頁5-6（2019年）。

62 Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, 2015 O.J. (L 337) 35.

63 例如就開放銀行涉及的互通運作資訊（interoperability information）而言，歐盟Microsoft案乃是競爭法上代表性案例。在該案中執委會並未如同開放銀行，要求個人電腦與workgroup server各主要作業系統全面允許其他業者分享互通運作資訊，也未強制各作業系統建立共同之API技術規格以實現互通運作。

(consumer data right)⁶⁴，為廣大消費者開發出以往未曾擁有的新興利用價值。按積極開放市場、重構市場環境以促進競爭等競爭政策具體執行措施，以往一向不在競爭主管機關直接職掌範圍內。開放銀行作為金融管制之重要變革，並非透過解除既有不必要的法令限制，而是運用數位科技能夠快速處理大量資料所帶來的契機，要求銀行業在客戶同意下開放其帳戶資料，創造出全新的市場競爭促進機制。

七、批評與局限

對於市場調查制度最主要的批評，在於決定課予矯正措施所必須具備的要件過於單純，僅有競爭不利效果一項。此一概念較為模糊，對其衡量方法與發動矯正措施時必須滿足的不利程度也未有具體規定，因而引發不少疑慮與批評。在德國經濟事務與氣候行動部研議引進市場調查的過程中，該國產業界就提出僅以競爭不利效果作為矯正措施發動要件過於簡單輕易的質疑聲浪，主張不應修法引進此一制度⁶⁵。也有文獻認為此一發動要件比起競爭法上獨占濫用等違法行為類型的構成要件要鬆散得多，欠缺限制發動矯正措施的具體實質條件，競爭主管機關可以利用此點，藉由市場調查程序規避構成要件較為嚴謹的競爭法規範⁶⁶。CMA至今一直自我節制，似乎尚未出現此種利用制度落差擴權濫權的情形，在英國對於市場調查並無明顯批判反對聲浪。不過從制度層面而言，市場調查對於矯正措施之發動要件有必要更加嚴謹與具體化，以避免競爭主管機關趁機不當擴張自身權力。

64 See OECD, CONSUMER DATA RIGHTS AND COMPETITION — BACKGROUND NOTE, DAF/COMP(2020)1, at 7-14 (Apr. 29, 2020), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf); *What is CDR?*, AUSTRALIAN GOVERNMENT CONSUMER DATA RIGHT, <https://www.cdr.gov.au/what-is-cdr> (last visited Aug. 10, 2021).

65 *German Industry Bodies Seek to Stop Competition Reform*, PaRR (Dec. 8, 2022), <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-76z49h?ssoid=58CC4DAB-C05C-471B-86F8-9F6F18A53005>.

66 Ahlborn & Leslie, *supra* note 38, at 161-63.

開始上路至今，英國市場調查也已顯露出制度設計上的一些侷限。首先是調查期間過長，導致使用率不夠高，有簡化程序以縮短調查時間的需求。2013年修法雖然將為期2年的調查期限縮短為18個月，但是仍未解決此項問題。2021年7月CMA提交公眾諮詢的競爭與消費者法律與政策修正方案，就此提出兩個調整方向請外界提供意見。其一是允許產業調查結束時，無需另外進行市場調查，即可對事業課予結構面矯正措施以外的其他矯正措施；其二則是將產業調查與市場調查整合成為單一的市場調研程序⁶⁷。該方案其他修正方向，例如比照英國競爭法案件允許在市場調查過程中針對競爭問題作成保全措施⁶⁸，也是為了因應目前耗時過久而提出的規定調整。

再者，市場調查的實施經驗顯示矯正措施的具體設計其實相當複雜，容易出錯，需要透過實際試驗來觀察其真實效果。這導致在現行18個月法定調查期限內不易設計出妥善而有效的矯正措施，或是必須從市場調查之初就開始構思矯正措施。尤其是消費者群體的多元歧異性較高，以消費者為對象的矯正措施特別需要進行試驗，就各種可能的具體執行方式實際比較其真實效果。此一問題有可能在市場調查末段或是執行命令研議過程，由產業主管機關或當事人進行矯正措施的細部設計與實地驗證，而加以緩解。譬如零售銀行業市場調查結束後，由英國九大銀行合資成立專門機構，研擬開放銀行（open banking）此一矯正措施的技術規格與細部制度設計，即為著例⁶⁹。在2021年提交公眾諮詢的競爭與消費者法律與政策修

67 CMA, REFORMING COMPETITION AND CONSUMER POLICY: DRIVING GROWTH AND DELIVERING COMPETITIVE MARKETS THAT WORK FOR CONSUMERS 32-37 (2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1022615/Reforming_Competition_and_Consumer_Policy_publication_4.10.21.pdf. 如果產業調查與市場調查保留為兩個不同的市場調研程序，CMA考慮刪除在產業調查開始後6個月內須將啟動市場調查的提議提交公眾諮詢的時限要求，以免造成產業調查不必要且無益於加速程序進行的額外負擔；*id.* at 35.

68 *Id.* at 37-38.

69 詳見本文「參、六」。

正方案中，英國政府也提議賦予CMA強制要求當事人參與矯正措施施行試驗（implementation trial）的權力⁷⁰。除此之外，英國現制下市場調查所課予的矯正措施缺乏事後修改空間，CMA欠缺嗣後修正調整的權力，只有當事人可基於相關情況已有實質改變為由，請求變更。英國政府在2021年公眾諮詢方案中也提議擴大CMA定期審視、擴大或補充矯正措施的權力，以避免因原本設計不周或嗣後情事變遷，導致矯正措施喪失有效處理競爭障礙的能力⁷¹。

最後，外界高度期待與矯正措施的執行，兩者都對CMA造成沉重的負擔。市場調查的最終結果未必符合社會大眾的期待，強有而力的矯正措施在現實環境中也未必可行。即使是妥善合適的矯正措施，有時候也需要時間才能發揮預期效果。CMA必須謹慎小心，有技巧地調節外界的高度期待。單次市場調查所產出的矯正措施，有可能等同於整套為受調查行業量身打造的產業管制措施，其監督與執行都需要大量專業人力與財源。CMA有時會在當事人付費的基礎上，引進第三方專家監督當事人執行矯正措施、代為執行矯正措施，或是處理執行時所發生的爭議。惟個案狀況允許對當事人課予此種財務負擔者，仍屬有限。英國受管制事業繳交的執照許可費往往構成產業主管機關的重要財源，該等機關若能參與或接手執行市場調查所課予的矯正措施，無論就專業人力或經費來源都有助於緩解此一問題。此外，目前當事人違反矯正措施時，CMA僅能向法院聲請禁制令，違反禁制令的處罰亦不甚嚴重，這也加重了矯正措施的執行負擔⁷²。

八、小結

競爭主管機關在本世紀由於市場調查制度的出現，取得足以直

70 Fletcher, *supra* note 5, at 13; CMA, *supra* note 67, at 39-40.

71 CMA, *supra* note 67, at 40-41; Fletcher, *supra* note 5, at 14.

72 Fletcher, *supra* note 5, at 14-15.

接重構市場結構等外在客觀環境，以積極促進市場競爭水準的主動矯正權能，為競爭政策開創出另外一條強而有力的推動途徑，在國際發展軌跡上形成非常重要的新演變動向⁷³。就競爭政策的推動而言，透過市場調查而對行業中獨寡占業者採取強制開放措施，譬如強制向競爭者提供互通運作所需的API等技術介面資訊，或是如同開放銀行要求在使用者同意下提供用戶資料，可以免去透過原有的產業管制途徑，必須凝聚政治力量推動新法或修正既有法律方能予以完成的現實困難及阻礙，對於競爭政策的推展具有特殊的意義與功能⁷⁴。不過在此同時，市場調查制度中的程序保障，包括當事人防禦權、正式聽證機會與公眾諮詢機制等，也都必須加以整備齊全，方能在有效推動競爭政策的同時兼顧正當法律程序與當事人憲法上基本權利的均衡維護⁷⁵。

肆、與產業管制結合的市場調查：歐盟數位市場法

歐盟為了因應當前數位平臺大型化與集中化現象對於市場競爭所帶來的衝擊，近年來也師法來自英國的市場調查制度。歐盟執委會於2020年12月提出數位市場法（Digital Markets Act）草案，經歐洲議會與歐盟理事會協商修正後分別通過，已於2022年11月生效，將於2023年5月正式施行⁷⁶。這部法律不僅針對具有守門人（gatekeeper）

73 有關英國市場調查制度從行政程序相關法律體系觀察下，值得進一步分析瞭解的議題以及可能需要的配套措施，請見本文第「伍」部分。

74 Niamh Dunne, *Between Competition Law and Regulation: Hybridized Approaches to Market Control*, 2 J. ANTITRUST ENF'T 225, 243 (2014).

75 詳請參見本文「肆、三、(二)」與「肆、三、(三)」，以及第「伍」部分的相關分析檢討。

76 Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), 2022 O.J. (L 265) 1 [hereinafter Digital Markets Act].

地位的大型數位平臺課予多達23項的具體行為義務，希望藉此規制其市場力量，促進市場有效競爭；此外尚且引進市場調查制度與之相互搭配，提供具體詳細的行為義務可能欠缺的規範彈性與環境適應性⁷⁷。此種與個別產業管制規範相結合的設計方式，不僅為市場調查程序開發出新的應用領域與存在型態，就歐盟執委會內部職掌而言，競爭總署（Directorate-General for Competition）將與通訊網路、內容及技術總署（Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology，簡稱DG Connect）共同負責執行這部法律⁷⁸。這意味著競爭政策的推動途徑，從傳統主流的倡議鼓吹與整體經濟政策推動，藉由市場調查制度首次融入產業管制法規。競爭主管機關得以直接參與產業管制之執行與適用，步入與產業主管機關合作行使職權以開放市場、促進競爭的新發展方向。此種制度設計不僅為市場調查推展出全新模式，也讓競爭政策與產業管制的融合程度更加提昇。

一、歐盟數位市場法簡介

當前數位經濟中，大部分企業與終端使用者乃是透過數位平臺的中介而相互媒合及進行交易，其中部分平臺快速大型化，成為企業與終端使用者在數位世界中進行接觸的關鍵門戶，扮演著守門人的重要角色。這些大型數位平臺經常受惠於網路效應（network effect）⁷⁹與平臺上形成的生態系（ecosystem），尤其是圍繞著核心

77 詳見「肆、二」註90之本文說明。

78 *EU Mulls New Unit with Antitrust Veterans to Enforce Tech Rules*, EURACTIV (July 29, 2022), <https://www.euractiv.com/section/digital-single-market/news/eu-mulls-new-unit-with-antitrust-veterans-to-enforce-tech-rules/>; *Digital Markets Act Soon to Enter into Force — Overview of Key Provisions*, HERBERT SMITH FREEHILLS COMPETITION NOTES (Oct. 27, 2022), <https://hsfnotes.com/crt/2022/10/27/digital-markets-act-soon-to-enter-into-force-overview-of-key-provisions> [hereinafter DMA Soon in Force].

79 網路效應（network effect）又稱網路外部性（network externality），係指平臺使用者人數增加導致個別使用者使用效益均隨之提昇的現象，又可進一步分為直接與間接兩種。直接網路效應發生在平臺同一端的使用者之間，間接網路效應

平臺服務（core platform service）所延伸出來的多角化生態系，以及因此而升高的市場進入障礙，導致其市場力量與守門人地位不僅相當強固，而且經常可以持久延續下去。這正是當今各界所討論的平臺壟斷化問題，乃是數位經濟最為人擔憂的議題之一。

經過一年左右的內部草擬與外部諮詢，歐盟執委會2020年12月提出數位市場法草案，並且在2022年10月完成立法與公布程序，11月1日正式生效，成為歐盟成員國可以直接適用、具有直接效力的條例（regulation）。從內容來看，數位市場法乃是在競爭法之外，針對大型數位平臺設置的特定產業管制規範，目的在於確保數位平臺能夠公平、不歧視地對待個別企業及終端使用者，在數位產業中積極營造可競爭的經營環境，以有效提昇數位平臺相關市場中容易低迷不振的競爭水準，落實競爭政策，改善因競爭不足而低落的經濟效率與消費者福祉。此種強調平臺開放與平等對待的管制規範精神，類似於鐵路、客運、電信等共同載具（common carrier）的產業管制，與歐盟本身及各成員國用以查處市場地位濫用等反競爭行為之競爭法屬於不同領域。本法在前言中也指出其與競爭法之立法目的及保護法益有所不同，兩者可平行同步適用⁸⁰。不過這部法律並未出現以往共同載具管制法規中常見的費率與交易條件規範、不同業務間結構分離或防火牆等高密度行政管制措施，而是以確保平臺開放與不歧視的各種行為義務為主。

本法與競爭法最大不同處，在於大型數位平臺倘若落入該法適用範圍，各種具體行為義務即自動直接適用。兩者間主要區別點有三，首先在適用時點方面，大型數位平臺不待妨礙市場競爭之不當行為實際出現，即必須遵守這些具體行為義務，故稱為事前（ex

發生在平臺各端不同使用者群體之間。See, e.g., JEAN TIROLE, *ECONOMICS FOR THE COMMON GOOD* 397-98 (Steven Rendall trans., Princeton University Press 2017) (2016).

⁸⁰ Digital Markets Act, recitals 10-11.

ante) 行為義務。相對而言，競爭法除了少數行為類型外⁸¹，基本上必須待至個別行為發生後，才逐一調查確認其事實上是否具有反競爭效果，據以制裁處罰。其次在適用方式上，大型數位平臺一旦落入依本法指定之規範對象範圍，就認定具有充足的市場力量，本法要求或禁止其從事的具體行為也當然視為足以損害市場競爭，相對應的事前行為義務因而自動適用於這些平臺。競爭法執法時則主要採取合理原則 (*rule of reason*) 之分析方法，必須就具體個案衡酌個別事業所涉及的相關市場及其市場地位，並針對系爭行為所引發的實際效果認定有無實存的限制競爭效應。除非少數當然違法或原則違法之行為類型⁸²，否則競爭法並不事先認定任何行為具有限制競爭效應，必須針對個別行為之實際效果進行個案判定⁸³。再者，本法規定的許多行為義務，尤其是第5條無須進一步具體化的細部行為義務，其目的在於強制大型數位平臺透過作為或不作為，經常且持續地保持平臺與相關市場的開放性與可競爭性，以積極提昇因平臺大型化而自然趨於低落的市場競爭水準與消費者福祉。這已然超出競爭法旨在消極防衛市場競爭水準不被事業行為所破壞、減損的規範範疇。

在規範對象方面，數位市場法也與競爭法不同，係以具有守門人地位的核心平臺服務作為規範對象。依照第2條第(2)款，作為該法規範對象的核心平臺服務包含以下10種：(一) 線上中介服務；(二) 線上搜尋引擎；(三) 線上社交服務；(四) 視訊分享平臺服務；(五) 非撥號之人際通訊服務；(六) 作業系統；(七) 網路瀏

81 例如各國常見的事業結合事前申報，以及我國聯合行為事前申請許可之法定義務。

82 我國公平法上之當然違法與原則違法行為，前者例如未經許可之聯合行為，後者則有第19條規範的限制轉售價格。

83 Nicolas Petit, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, 12 J. EUR. COMPETITION L. & PRAC. 529, 529-32 (2021); Filomena Chirico, *Digital Markets Act: A Regulatory Perspective*, 12 J. EUR. COMPETITION L. & PRAC. 493, 495-97 (2021).

覽器；(八) 虛擬助理 (virtual assistant)；(九) 雲端運算服務；(十) 由核心平臺服務業者提供的廣告中介服務⁸⁴。

在核心平臺服務業者中，數位市場法僅對規模及影響力達到守門人地位的大型平臺方才加以規範，乃是採取不對稱管制 (asymmetric regulation)⁸⁵。依照第3條第1項的定義，守門人地位必須同時符合以下三項要件：一、對歐盟內部市場具有顯著影響；二、所經營的核心平臺服務，乃是企業接觸最終使用者的重要門戶 (gateway)；三、在目前或可預見未來的營運上享有鞏固且可延續的地位。依照同條第2項，在三個以上歐盟成員國提供核心平臺服務，且過去三個年度所屬母公司在歐洲經濟區 (European Economic Area)⁸⁶ 年度銷售總金額皆達75億歐元，或是母公司前一年度平均市值達到750億歐元，推定對於歐盟內部市場具有顯著影響。如果該業者提供的核心平臺服務，在歐盟上一年度擁有4,500萬名每月活躍之最終使用者 (monthly active end user) 以及1萬家該年度活躍之企業用戶 (yearly active business user)，就推定該核心平臺服務構成企業觸及最終使用者的重要門戶⁸⁷。如果最終使用者與企業活躍用戶人數在過去三年都符合前述標準，則進一步推定該業者目前營運上之地位係屬鞏固且可以延續。

在事前具體行為義務方面，目前本法第5、6條總計列出22款具體行為義務，要求數位平臺在執委會認定為守門人的6個月內就必須開始遵守這些行為義務 (第3條第10項)。第7條針對非撥號之通

84 Digital Markets Act art. 2, points (2)(a)-(j).

85 Petit, *supra* note 83, at 535; 美中對科技巨擘施壓的意義與影響，經濟日報，2021年7月20日，<https://paper.udn.com/udnpaper/PID0004/366757/web/#4L-19591139L> (最後瀏覽日：2023年2月16日)。

86 除了歐盟成員國，歐洲經濟區目前還包括冰島、列支敦士登、挪威三國。

87 即使將單一核心平臺服務割裂為多個核心平臺服務，仍不得規避此一量化推定門檻而免遭認定具備守門人地位 (第13條第1項)。每月活躍最終使用者與該年度活躍企業用戶之詳細計算方法，本法最末另以附件 (Annex) 予以規定。

訊服務（例如LINE）規定了與同業的互通運作義務，按照各種通訊功能（basic functionality）的技術複雜度區分為6個月、2年與4年三種長短不同的遵行期限。至於第14條要求數位平臺與其他經營數位服務或涉及資料蒐集之事業進行結合前須先通知執委會，則在執委會將該平臺認定為守門人之後即必須開始遵行。在此之中，第6條列舉的12款行為義務與第7條規定的互通運作義務，由於較為模糊且涉及諸多技術細節，有疑義時尚可依照第8條第2項規定，由執委會採取執行作為（implementing act）以明確界定大型數位平臺所須採取的具體措施，或是由具備守門人地位的平臺依照同條第3項，申請執委會認定其所採取的具體措施是否符合這兩條規定。

依照論者整理，除了上述第14條的結合通知義務外，本法第5至7條課予守門人的23項具體行為義務，大致上可以歸納為以下13種，包括：禁止未經最終使用者有效同意而處理、利用其個人資料；不得使用企業於平臺上產生或提供之未公開資料與其競爭；不得要求給予最優惠待遇；作業系統、虛擬助理與非撥號通訊服務的互通運作義務；允許接取或轉換至他人提供之應用程式或程式商店；允許企業促使顧客進行平臺外交易；允許最終使用者接取、使用從平臺外取得內容或應用程式功能；禁止對核心平臺服務或特定數位產品的搭售或購買數量要求；作業系統預載應用程式應易於卸載，作業系統、虛擬助理及網路瀏覽器初始設定應易於更改，並應由最終使用者自行選擇預設搜尋引擎、虛擬助理或網路瀏覽器；使用者對其提供或於平臺上生成資料應有立即有效的接取途徑，搜尋引擎應以公平、合理、無歧視方式對同業提供其累積的使用者搜尋資料；最終使用者之資料可攜性（data portability）應有效且免費；禁止對自家產品給予較優惠之排序、索引或搜尋；對廣告主及廣告媒體詳細揭露他方收取或支付價格、各線上廣告服務個別報酬金額及計算所需數據⁸⁸。

88 See DMA Soon in Force, *supra* note 78; Nikolas Guggenberger, *Essential Platforms*,

數位市場法將大型數位平臺目前較為人詬病且可能違反競爭法或有礙平臺開放與可競爭性的各種行為加以類型化，對於平臺課予相對應之具體行為義務，在行為實際發生之前即予以禁止，以收提醒與預防之效。相較於競爭法乃針對個別行為就其實際效果事後加以查處，數位市場法透過各種事前義務形成的通案禁止規範，不僅能夠避免競爭法解釋適用及訴訟上常見的緩慢與不確定性，及其衍生的平臺行為規範一直難以建立，同時亦可藉此提高大型數位平臺對於管制規範的可預測性以及法律安定性，縮短平臺對於管制規範的因應調整時程，加快其遵循速度，使得平臺壟斷化的問題能夠早日獲得有效控制⁸⁹。

二、本法設計的三種市場調查程序

大型數位平臺過人的使用者資料蒐集能力與強大的即時分析運算能力，使得執法機關與數位平臺之間存在的資訊不對等達到前所未有的地步。數位市場法第四章設計了三種不同功能的市場調查程序，希望能夠有效緩解執法機關所面臨的資訊不對等⁹⁰。除此之外，本法第2條第(2)款明定10種可能構成守門人而適用本法的核心平臺服務，第5至7條及第14條對於構成守門人的數位平臺課予24項事前具體行為義務。此種法制設計雖可針對大型數位平臺快速而有效地建立行為規範，具有速度快、安定性高等優點，但是也可能太過具體明確而跟不上變化迅速的數位產業市場動態，容易流於僵化

24 STAN. TECH. L. REV. 237, 316-17 (2021); Björn Lundqvist, *The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?*, 52 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 239, 239-40 (2021).

89 See Petit, *supra* note 83, at 532; Heike Schweitzer, *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal*, ZEUP (2021) (manuscript at 4), <https://ssrn.com/abstract=3837341>.

90 LUÍS CABRAL ET AL., THE EU DIGITAL MARKETS ACT: A REPORT FROM A PANEL OF ECONOMIC EXPERTS 28 (2021), https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC122910/jrc122910_external_study_report_-_the_eu_digital_markets_acts.pdf.

而無法因應時代變化。市場調查制度在本法裡的另一項重要功能，正是為其適用範圍及課予平臺的義務內容提供不可或缺的必要彈性與調整空間⁹¹。

數位市場法目前設置三種市場調查程序，其一乃是依據第3條第1項有關守門人之定義，在無法依照量化推定門檻加以認定之爭議案件，確認特定大型數位平臺是否構成守門人。其二是針對個別守門人系統性違反第5至7條之具體義務規定，評估是否課予更為強烈的額外矯正措施。其三則是用以檢討本法規範的核心平臺服務類型或是第5至7條規定的23種守門人事前行為義務，是否有需要加以調整或新增。

(一) 界定守門人地位

本類型之市場調查規定於第17條，主要扮演依據個案狀況，就本法規範對象之量化推定門檻進行彈性調整之角色功能。倘若當事人依照第3條第5項舉出有足夠根據的論證（sufficiently substantiated arguments）在個案中否定同條第2項對於守門人地位的量化推定，主張其本身並未符合同條第1項對於守門人之三款要件，或是執委會依照同條第8項認為某平臺雖未跨越量化推定門檻，但已符合同條第1項之法定要件而有意指定為守門人之時，執委會應啟動本類型市場調查程序以進行審視與評估。此外，執委會依第3條第9項評估守門人經營之核心平臺服務是否構成企業接觸最終使用者之重要門戶而適用本法所定行為義務時，亦可啟動此類型之市場調查以便加以詳細考察審認。依照本法前言第23段，評估當事人提出之論證是否足以推翻已經滿足的量化推定門檻時，不得將經濟效率、相關市場界定等實體上免受本法管制之理由納入考慮，僅可考慮與量化

91 Alexandre de Stree & Pierre Larouche, *The European Digital Markets Act Proposal: How to Improve a Regulatory Revolution*, 2-2021 CONCURRENTS 46, 54 (2021); Chirico, *supra* note 83, at 494, 497.

推定標準是否準確有關之因素，例如未納入推定標準之其他平臺規模指標、該平臺之實質影響力與重要性，及該平臺跨越量化推定門檻之實際幅度等。在評估未達量化推定門檻之較小型數位平臺是否構成守門人之時，則須考量第3條第8項與前言第25段所提到的各種因素，包括是否享有強烈的網路效應、資料驅動優勢（*data-driven advantage*）、規模或範疇經濟、鎖入效應（*lock-in effect*）、垂直整合或多角化企業結構等。至於尚未具有鞏固而可延續之營運地位，但可預見在未來近期即將到達此地位的「預防性」守門人，由於當下尚未跨越量化推定門檻，應為第3條第8項所涵蓋，亦應透過本類型市場調查程序予以審酌認定，以預防因網路效應快速發酵而發生市場傾斜（*tipping*）現象，導致未來相關市場陷入守門人一家獨大，難以與其競爭的狀態⁹²。

本類型市場調查應於12個月內完成，執委會並應於6個月內提出初步認定（*preliminary findings*），敘明其是否認為構成守門人及其理由。對於已經滿足守門人量化推定門檻的反證推翻案件，市場調查期間則縮短為5個月，執委會必須在3個月內提出初步認定⁹³。依照第41條第1項，三個以上歐盟成員國若有有合理根據足以懷疑認定特定數位平臺已經具備守門人地位，可以附具證據，請求執委會啟動本類型市場調查予以認定。執委會應於4個月內作成是否啟動市場調查程序之決定⁹⁴。

（二）對系統性義務違反課予矯正措施

此類市場調查程序規定於第18條，係在本法對於守門人管制措施之強度及嚇阻力有所不足之時，發揮補充強化之角色功能。守門人若是出現系統性違反本法第5至7條所課予的事前具體行為義務，

92 Chirico, *supra* note 83, at 494, 497.

93 Digital Markets Act art. 17, paras. 1-3.

94 *Id.* art. 41, paras. 1, 3-5.

且有維持、強化或延伸其守門人地位之情形，執委會可以發動本類型市場調查加以確認，並且課予就確保該平臺有效遵守本法而言有必要且合比例之各種矯正措施。此類市場調查程序原則上必須在12個月之內完成，並在6個月內就其違法情狀提出初步認定，敘明是否課予矯正措施及其理由，以及初步認為必要且合比例之矯正措施內容。單一守門人擁有的各核心平臺服務倘若在8年內共計3次以上遭認定違反本法第5至7條，即視為系統性違反本法⁹⁵。

本法第5至7條的具體行為義務，基本上已將可以防止守門人反競爭行為或促進平臺開放及可競爭性之行為面矯正措施，列舉蒐羅殆盡。依第18條規定以本類型市場調查可以加碼採取的額外矯正措施，不外乎落入兩個類別。其一是精煉本法既有的具體行為義務，使之更加深入、銳利而細緻化，達到切中關鍵要害的地步。其二是轉向採取效果更為強烈的結構面矯正措施，透過結構分離、功能分離等程度不一的拆解（divestiture）措施，或是在一定期間內禁止與數位服務事業或涉及資料蒐集之事業結合⁹⁶，以破解大型數位平臺之守門人地位或是削減其市場力量，對於市場獨寡占或是跨業整合之相關市場結構進行根本性的改變。

（三）更新核心平臺服務類型或具體行為義務

第19條規定的本類型市場調查程序，扮演著更新本法涵蓋範圍與具體行為義務之角色功能，任務較為艱鉅，需要在18個月內完成調查，向歐洲議會與歐盟理事會提出調查成果報告，並且對外公開。執委會可透過本類型市場調查，檢視特定數位服務在相關產業運作上是否已取得企業與最終使用者互動接觸的關鍵中介地位，而應納入本法核心平臺服務的管制範圍。如果調查結果獲致肯定結論，執委會在成果報告中應該提出修法草案，提案修正本法第2條

⁹⁵ *Id.* art. 18, paras. 1, 3-4.

⁹⁶ *Id.* art. 18, paras. 1-2.

第(2)款，將之納入核心平臺服務的列舉範圍。除此之外，執委會也可透過本類型市場調查程序，檢視守門人某些作為是否限制核心平臺服務的可競爭性或是造成不公平，或者第7條非撥號通訊服務之互通運作義務有無需要加以調整。如果調查結果確認有需要新增第5、6條兩條所定具體行為義務，執委會依照第12條第1項的授權，在同條第2項規定的7款範圍內可以採取授權作為（*delegated act*），課予守門人額外的行為義務，以更新第5、6條的規定內容。此外若調查結果發現第7條互通運作義務需要加以調整，執委會也可根據第12條第3、4項規定採取授權作為，以新增或刪除必須與同業達成互通運作的通訊功能，或是具體明定本義務得以有效遵行的細部實踐方式。以上兩種授權作為原則上在生效前2個月必須事先通知歐洲議會與歐盟理事會，且其提案必須包含在市場調查成果報告中。在此期間內歐洲議會及歐盟理事會若未表示反對，或是明白表示並不反對，這些更新調整守門人行為義務的授權作為才能正式生效⁹⁷。

三、共同程序特徵及與英國制度比較

歐盟數位市場法以事前具體行為義務為核心所建立的產業管制體系，雖有較為明確、安定性高、容易預測的優點，但也有缺乏彈性、不易調整、規範容易過時的短處。對於此種較為僵固的法律狀態，本法引進三種不同的市場調查程序，其共同目的在於正視個案差異與外在情勢變化，提供規範內容的更新調整機制，創造良善規範所需要的彈性轉圜空間。數位市場法與英國市場調查雖然皆以積極促進競爭為其共同目標，同屬競爭政策之具體落實措施，然而本法設置市場調查程序之目的，與英國市場調查著重找出競爭不利效果的發生原因，且為克服這些障礙、提昇競爭水準而對事業課予矯正措施，其間有明顯不同之處，形成兩種不同功能設定的市場調查次類型。在個別理解本法三種市場調查程序之後，以下將詮釋分析

⁹⁷ *Id.* art. 19, para. 3(b); art. 49, para. 6.

三者共通的程序特徵，並且透過與第「參」部分闡釋的英國模式兩相對照，進一步洞悉本法市場調查的程序特性與構造內涵。

(一) 未見定義及特殊程序規定

數位市場法對於市場調查並無定義性或解釋性規定，僅在前言第77段提及此種程序可為本法規範內容的更新調整提供堅實的證據基礎 (solid evidentiary basis)。在程序方面，市場調查也和其他執行本法的各種程序與措施，例如第8條第2、3項的行為義務內容明確化、特定化機制、第29條的違法認定、第30條的罰鍰等，共同適用第五章有關調查、執法或監督的程序規定，並未另外設有特別之資訊蒐集或程序運作規定⁹⁸。在此種狀況下，本法所稱的市場調查，其意義僅能從第四章對於三種市場調查的規定及相關程序限制，以及國際間來自英國等採行市場調查國家以及OECD等競爭政策相關國際組織對於市場調查所形成的前理解 (Vorverständnis)，推知其基本上係指規模較大、時間較長、範圍較全面，結束之後對於調查事項會提出具體解決方案 (包含矯正措施) 之行政性市場調研程序。

(二) 委員會諮詢程序

數位市場法有關行政程序的一大特色，乃是執委會依照本法所作成的決定，其中較重要者大多必須事先徵詢數位市場諮詢委員會 (Digital Markets Advisory Committee，下稱諮詢委員會) 的意見。第50條對此委員會雖然定有相關規定，但是內容相當簡單，並未明確提到委員會的設立與組成方式。不過前言第101段與本條第1項引用的歐盟第182/2011號條例⁹⁹第3條第2項，規定此諮詢委員會係由

⁹⁸ *Id.* art. 21-23.

⁹⁹ Regulation (EU) 182/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers, 2011 O.J. (L 55) 13.

歐盟成員國指派的代表與專家所組成，由執委會代表擔任主席，但不得參與表決。在功能與權限方面，第50條第2項引用歐盟第182/2011號條例第4條有關諮詢程序的一般規定，要求執委會在考量是否作成特定內容之決定時，必須儘可能考慮諮詢委員會對於決定內容作成的意見以及相關討論呈現出來的結論。本法第50條第4項更進一步要求諮詢委員會的書面意見必須與執委會決定一同送達相對人，並且一同對外公布。在草案說明中，執委會表示透過此種事先徵詢委員會意見的制度設計，可以整合歐盟各成員國對於平臺經濟所擁有的專業知識與能力¹⁰⁰。惟為因應諮詢委員會成員對於部分案件可能欠缺提出意見的意願，或為避免無法取得參與者過半數同意而耽誤執委會作成決定的時間，第50條第2項第2段特別規定在作成書面意見之時限內，委員會主席可裁示或依照出席委員過半數的請求，決定不作成書面意見。

在本法規定的三種市場調查程序中，第17條對於守門人的認定與第18條對守門人系統性違反本法行為義務的矯正措施，在公布之前必須經由上述程序徵詢諮詢委員會的意見。第19條對於本法規範對象與義務內容的調整更新，雖然無須經過此委員會諮詢程序，惟本類型市場調查在進行過程中或提出成果報告後，對於歐盟成員國事實上另外設有意見徵詢機制。在更新核心平臺服務的涵蓋範圍方面，由於必須修正本法第2條第(2)款方能完成，在立法過程中歐洲議會和歐盟理事會都有機會參與修法程序。至於更新具體行為義務方面，執委會乃根據市場調查的結果，行使歐盟運作條約第290條規定之法律授權採取授權作為的權力¹⁰¹。本法第49條第4項與前言

100 Eur. Comm'n, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act)*, at 53, COM(2020) 842 final (Dec. 15, 2020).

101 The Treaty on the Functioning of the European Union art. 290 para. 1: "A legislative act may delegate to the Commission the power to adopt non-legislative acts of general application to supplement or amend certain non-essential elements of the legislative act."

第98段進一步規定，執委會在行使此權力時必須遵守歐洲議會、歐盟理事會與執委會三方在2016年4月簽訂的優化法律制定之機構間協議（Interinstitutional Agreement on Better Law-Making of 13 April 2016）所揭櫫的各項原則，尤其是各成員國指派的專家有權可以系統性參與執委會為研議該授權作為所召開的專家小組會議。

上述不同的歐盟各成員國意見徵詢程序，乃是個別國家進行市場調查時無須進行的意見徵詢過程。歐盟性質上乃是國際組織，採取重要措施之前對於各成員國進行意見徵詢，自然有其必要；不過可能會收到相當數量與規模的意見回饋，增加處理這些意見所需耗費的專業人力與時間方面之負擔。假若諮詢委員會或各成員國專家需要進一步分頭徵詢各國內部看法，所需要等待的意見研擬與回覆時間可能會拖得更長，這是歐盟作為國際組織採取本制度的特殊不利之處。

除了徵詢成員國意見外，執委會各項市場調查所作成的初步認定內容以及有意採取的措施，就其是否符合市場實際狀況、矯正措施的適合性與合比例性等層面，也應針對當事人與社會大眾進行足夠廣泛的公眾諮詢程序，俾能廣納相關市場參與者的意見作為最終決定之參考¹⁰²。目前本法第34條規定應就第17、18條兩條之市場調查初步認定內容與擬採取措施，給予守門人、相關事業或事業團體表示意見的機會，期間不得短於14天。第19條第2項則規定更新核心平臺服務涵蓋範圍與義務內容之市場調查，在調查過程中可以徵詢相關企業用戶與最終使用者等第三方之意見。未來執委會制定本法相關子法或實際執行本法規定時，是否會進一步擴大落實公眾諮詢程序，或是採取具體作法以避免意見徵詢時間拖得太長或耗費太多資源，將會是今後值得觀察的程序面向。

102 HEIKE SCHWEITZER, THE NEW COMPETITION TOOL: ITS INSTITUTIONAL SET-UP AND PROCEDURAL DESIGN 22 (2020), https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420574enn.pdf.

（三）程序保障有所不足

競爭主管機關所進行的市場調查，因係針對特定行業探尋其競爭受到阻礙的關鍵原因，並且提出有效且合比例的解決方案作為矯正措施，難免會有超出法律既有強制或禁止規定，額外課予事業作為或不作為義務的可能性。在競爭法沒有採取市場調查程序的情況下，這些義務的施加一般須經法律或經法律授權之法規命令加以明定，方可為之。相較於一般立法程序，市場調查似乎缺少不同政府權力之間的分立與制衡。因此英國設計市場調查制度之初，將啟動市場調查之提交單位與市場調查之執行單位加以分離，藉此在主管機關內部創造獨立性與彼此相互制衡，以提高市場調查的客觀公正性，並且避免行政權力過於集中而遭到政治性操弄或濫用¹⁰³。但是數位市場法規定的市場調查程序，卻沒有承襲此種兩階段決策權力分離的制度設計。本法雖然在第17、18條之市場調查增加了諮詢委員會的意見徵詢程序，其書面意見也會隨同市場調查成果報告一起對外公布，在外界輿論上多少可以造成牽制效果。然而此種無法律拘束力的諮詢意見書，即使採取完全不同於市場調查報告的觀點，在程序公正性與決定客觀性方面可能無法提供明顯的助益。就此以觀，英國所採用的兩階段決策權力分離的程序設計，在避免先入為主與濫權方面還是有其優點，乃是相當值得考慮的細部具體設計。

除此之外，市場調查結束後課予相關事業的矯正措施，對於這些事業的營業自由與財產權往往造成相當嚴重的實質限制。惟矯正措施所包含的作為或不作為義務本身並無法律規定或授權條款為其依據，因此決定過程中的正當法律程序保障就肩負更重要的角色與功能。本法規定的三種市場調查中，第17條的界定守門人地位與第18條評估系統性違反行為義務的矯正措施，這兩種類型乃是以特定數位平臺或是守門人作為相對人，無論基於憲法基本權利所包含的

103 詳見本文「參、二」之說明。

程序保障功能¹⁰⁴，或是基於法治國原則對於正當法律程序（due process of law）的要求，這些當事人在市場調查過程中都有主張程序保障的權利，與第19條對於本法規範對象與義務內容之更新屬於抽象性的法律規範內容調整，雙方在性質上著實有所不同。然而本法對於第17、18條規定的這兩種市場調查並未設置有別於其他執法作為的程序保障規定。第34條僅一般性地保障相對人在多種決定程序中表示意見（right to be heard）與閱覽卷宗（access to the file）的權利。在表示意見方面，該條第1至3項要求對於執委會的初步認定內容以及有意採取的措施，必須給予守門人、相關事業或事業團體可以表示意見的機會，未經提供予該等利害關係人表示意見之初步認定或預計採取措施，執委會不得採納成為最終決定。依照歐盟法院歷來相關判決所累積的見解，「right to be heard」僅係純粹要求當事人有機會表示意見，享有提出其觀點、評論及聲明證據的權利，並未限定必須以正式當面口頭聽證或任何其他方式為之¹⁰⁵。

雖然如此，有鑑於本法第17、18條市場調查對當事人可能帶來的嚴重後果，包括守門人地位與核心平臺服務的認定以及行為面或結構面矯正措施對基本權利可能造成的實質限制，當事人理應擁有向執委會當面直接表示意見之權利，並應有權透過正式聽證程序，對執委會、證人、鑑定人提出詢問，或是檢視證據、提出主張，以

104 參見司法院釋字第488號解釋文：「基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定」；司法院釋字第462號解釋理由書：「大學教師升等資格之審查……涉及人民工作權與職業資格之取得，除應有法律規定之依據外，主管機關所訂定之實施程序，尚須保證對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第二十三條之比例原則。……是以各大學校、院、系（所）及專科學校教師評審委員會……評審過程中必要時應予申請人以書面或口頭辯明之機會」；法治斌、董保城，*憲法新論*，7版，頁173-174（2020年）。

105 See, e.g., Pranvera Beqiraj (Mihani), *The Right to Be Heard in the European Union — Case Law of the Court of Justice of the European Union*, 1(1) EUR. J. MULTIDISCIPLINARY STUD. 264, 265 (2016).

便詳細釐清案件爭點，有效地進行陳述，反駁對於自身不利之證據、指控或是推論，充分發揮其程序上的防禦權利。例如第「參」部分分析的英國市場調查程序，在公布初步報告之後調查團隊還會舉辦正式的回應聽證，提供主要當事人就競爭不利效果的初步認定與擬議之矯正措施加以挑戰，並且提出不同意見與證據的當面溝通機會¹⁰⁶。因此本法第17條市場調查作成守門人與核心平臺服務的初步認定，以及第18條市場調查初步認定構成系統性義務違反及提出可能矯正措施之後，應當給予當事人申請進行正式聽證之機會，使其得以透過直接溝通，有效反駁執委會的初步認定，質疑其證據或推理，或是提出相對應的抗衡論點或反證，方才符合當代正當法律程序對於重大個案決定應有的程序保障強度及內涵要求¹⁰⁷。

數位市場法有關調查程序的規定，大體仿倣自歐盟第1/2003號條例¹⁰⁸有關競爭法執法程序之規定內容¹⁰⁹。對於當事人表示意見與閱覽卷宗的程序權利，本法第34條規定文字與該條例第27條第1、2項規定甚為類似。就口頭表示意見或正式聽證而言，第1/2003號條例同樣並未設置相關條文。惟歐盟第773/2004號條例針對競爭法執法程序，就此另有規定。當執委會作成異議聲明（*statement of objection*），初步認定當事人違反競爭法，當事人依該條例得申請舉行口頭聽證（*oral hearing*）¹¹⁰，以確保在執委會作成最終決定前擁有充分的防禦權利。按數位市場法乃是獨立於競爭法之外的產業管制法規，其目的並非用以落實歐盟競爭法，兩者係處於互不隸屬

106 請見本文「參、四、(六)」的說明。

107 SCHWEITZER, *supra* note 102, at 22.

108 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, 2003 O.J. (L 1) 1.

109 Petit, *supra* note 83, at 529.

110 Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, art. 12, 2004 O.J. (L 123) 18, 21.

的平行適用關係¹¹¹。故歐盟第773/2004號條例有關競爭法舉行聽證的規定，尚無法直接適用於本法規定的市場調查程序之中。雖然如此，由於數位市場法與競爭法關係密切，不僅相關條文來自針對競爭法執法程序之第1/2003號條例規定，歐盟競爭總署也是未來數位市場法共同執法機關其中之一。若純粹就此加以推測，正式聽證程序不無可能以某種面貌出現在數位市場法未來執行實務之中。

然而，數位市場法僅單純採用第1/2003號條例有關當事人表示意見機會（right to be heard）之規定，卻未同時引進第773/2004號條例賦予當事人申請召開聽證會之權利規定。2022年12月歐盟執委會對外公布本法執行條例草案¹¹²，供各界提出意見。有關當事人表示意見之機會，該草案第6條規定內容與本法第34條第2項相去不遠，僅簡單指出相對人可對市場調查之初步認定結果以書面表達其觀點，並且提出證據予以支持。歐盟執委會即使在執行條例草案中，仍舊未將當事人正式聽證權利予以納入，是否表示在市場調查過程中對於舉辦正式聽證乙事仍然有所懷疑，甚至抱持否定態度，並不願意提供此一關鍵性的程序性防禦權利，就非常值得吾人留心加以關注。此一缺漏對於市場調查之正當性與當事人程序保障影響非常深刻，歐盟實有必要加以補強，至少透過未來本法施行後的運作實務加以納入，以提供與矯正措施強烈程度成比例的程序保障與防禦權，才不致有違正當法律程序而過度侵害當事人基本權利之嫌疑。

111 Digital Markets Act, recitals 9-10; Chirico, *supra* note 83, at 496; Petit, *supra* note 83, at 530.

112 Eur. Comm'n, Draft Commission Implementing Regulation (EU) on detailed arrangements for the conduct of certain proceedings by the Commission pursuant to Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13540-Digital-Markets-Act-implementing-provisions_en.

伍、市場調查所需的配套措施：以我國法為背景的詮釋分析

市場調查作為競爭政策新興推動途徑，在各國普及程度尚在提昇之中，不過至今已發展出以英國為代表的競爭主管機關主導模式，以及歐盟數位市場法將之與產業管制結合以提供彈性調整空間等二種不同模式。為了進一步對於市場調查制度建立完整瞭解，透析其於行政程序相關法制中之整體輪廓，有需要將之放回到相關法律體系之中，闡釋其程序本體之外有無需要併同注意的法制配套議題。有鑑於既有研究一直忽視此一重要環節，欠缺相關文獻可資作為探討基礎。此外亦有鑑於，對於外國法律制度的瞭解，究其根本實係本地研究者與外國法制之間的跨時空對話。假若能夠借助本土研究者較為熟悉的我國法律體系作為詮釋理解時之參照背景，不僅對於該外國法制所能掌握的領會程度應有明顯助益，且可因此體悟相對於我國時空環境及法律體系而言所具有的意義與價值。職此之故，本部分謹以國內讀者較為熟悉的我國法律體系作為分析詮釋時之參照背景，透過兩者間的對照，針對三種從正當法律程序或法律保留觀點值得加以關注的關聯配套議題，進一步觀察這些配套措施是否亦為市場調查制度中應當併同建置的必要部分，以彌補既有研究中一直遭到忽略的此一重要環節。

我國至今尚未採取市場調查制度，公平會歷年來曾對多個行業進行產業調查，針對快速擴張的便利超商、超級市場、量販店等連鎖零售通路更是每年定期進行問卷調查，傳播媒體也持續關注報導公平會的年度調查結果¹¹³。然而公平會以往產業調查大抵停留在瞭

113 例如潘姿羽，公平會調查3大關鍵數揭密國人依賴便利超商，中央社，2020年8月7日，<https://www.cna.com.tw/news/afe/202008070059.aspx>（最後瀏覽日：2023年2月16日）；李雅雯，台灣便利商店密集度全世界第2 台北市每平方公里6.27家店，自由時報，2020年8月7日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breaking-news/3252852>（最後瀏覽日：2023年2月16日）。

解行業目前經營狀況與銷售量、店舖數、集中度等市場結構，至於如同英國用以發掘競爭問題及潛在反競爭行為的產業調查¹¹⁴，則一直要到2021年夏季公平會為瞭解大型數位平臺對國內所帶來衝擊，尋找具有違法嫌疑的個案調查對象，就Google、Facebook所提供各種線上服務進行的產業調查，才首次在國內出現¹¹⁵。

一、強制性調查權力

根據OECD競爭委員會2016年對各成員國問卷調查結果，在回覆的60個競爭主管機關中有48個擁有強制權力，在市場調研進行過程中遇有事業拒絕提供資訊，可施以處罰或聲請法院加以制裁的比例，高達80%。由此多少可以看出此種強制性權力對於有效進行市場調研活動的重要性¹¹⁶。若以英國為例，2002年企業法第174條明文賦予CMA為產業調查或市場調查之目的強制業者提供資訊之法律基礎。無論CMA要求事業到場面詢、提出文件或提供證據，或是要求遞交估計值、預測值、收益數額等其他資訊，均為該條允許的強制性資訊蒐集方式。若無正當理由而未能提出，或是故意遲延、阻礙他人提出者，CMA依照同法第174A條規定均得施予處罰。對於故意篡改、隱匿或湮滅應提出之文件者，尚可課處罰金或2年以下有期徒刑¹¹⁷。

就國內情況而言，公平會目前缺乏強制事業接受產業調查並為此提供相關資訊的法律基礎。公平法第27條乃是目前強制業者接受公平會調查的法源依據，不過限定必須依照公平法進行調查，方可

114 CMA, MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS, *supra* note 7, at 9-19; OECD, *supra* note 44, at paras. 1-7.

115 參見李雅雯(註6);潘姿羽,公平會擬成立任務小組 對臉書Google進行產業調查【獨家】,中央社,2021年6月30日, <https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202106300400.aspx> (最後瀏覽日:2023年2月16日)。

116 OECD, *supra* note 6, at 13.

117 WHISH & BAILEY, *supra* note 46, at 495.

採取強制性調查措施。而現行公平法所提及的調查，僅限於同法第26條規定之違反公平法且有害公共利益之情形¹¹⁸。因公平法對於違法案件以外的行政調查並無任何規定，亦未將規避、妨礙或抗拒公平會產業調查納入第44條按次連續處罰範圍，故我國著實欠缺要求事業或其他私人配合公平會進行產業或市場調查，強制提供所需資訊的法律依據¹¹⁹。

在其他可能適用於公平會市場調研活動的一般性法律方面，統計法第24條規定：指定統計調查之受查者經勸導後，屆期仍未答復或答復不實者，依行政執行法規定處理之，似乎有可能作為競爭主管機關產業或市場調查所需要的強制性權力基礎。不過按照同法第3條第6款規定，統計法所稱的「指定統計調查」，係指編製政府重要統計或重大政策所需，經中央主計機關公布之調查。目前公平會實施的產業調查，問卷調查表上引用的法規依據乃是公平交易委員會組織法第2條，而非上述統計法條文或中央主計機關公布之公告¹²⁰。由此觀察，公平會目前進行的產業調查似乎並非中央主計機關公布的「指定統計調查」。再者，「統計」一詞在統計法中並無立法定義，其一般文字意義較偏重於數字計算、整理與分析，未必能涵蓋針對特定行業、事業或行為類型的個別化調查。然而公平會進行的市場調研活動，除了一般性瞭解行業經營狀況與市場結構外，特別關注事業市場力量與反競爭行為，所蒐集資料很可能包括以文字呈現的訪談紀錄、現地勘查等質性資料，似乎不易落入上述「統

118 公平法第26條規定：「主管機關對於涉有違反本法規定，危害公共利益之情形，得依檢舉或職權調查處理。」

119 公平會對此採取相同見解，參見潘姿羽（註115）（「公平會副主委陳志民表示……雖然產業調查不具有法律強制性，但根據過往經驗，業者配合意願相當高。」）；OECD, *supra* note 6, at 27 n.52.

120 例如公平交易委員會，產業市場結構調查表，<https://www.ftc.gov.tw/upload/110-fill.xlsx>（最後瀏覽日：2023年1月19日）；公平交易委員會，連鎖零售通路經營概況調查表，<https://www.ftc.gov.tw/upload/1100401-con.xls>（最後瀏覽日：2021年8月17日）。

計」一詞的通常文義範圍。故現行統計法也不適合作為公平會市場調研活動強制性蒐集資訊之法律授權基礎。

公平交易委員會組織法第2條第3款雖然規定「事業活動及經濟情況之調查」屬於公平會職掌事項，然而組織法屬於行政部門的內部法，並不足以在外部法上作為課予人民行政法上義務的法律依據。因此依照法律保留原則與處罰法定主義，倘若需要強制性資料蒐集權力，作用法上的明文依據就成為不可或缺的必備法律基礎¹²¹。綜上觀察，競爭主管機關需要有明確的法律規定或授權命令作為強制性調查之法律基礎，以便產業調查或市場調查得以迅速有效地進行資訊蒐集，完整而深入地瞭解行業真實狀況，圓滿完成原本設定的調查目標。公平會以往進行的產業調查雖非強制性，業者通常相當配合，對於問卷填答意願不低。但是2021年夏季為瞭解數位平臺對國內產業衝擊，對於新聞媒體所進行的問卷調查，據聞回收狀況不佳，無法獲致具體調查結果，後來另外委託外部機構設法進行。是以相關整備的提昇，包括調查方法的講求以及補充強制調查的法律依據，似乎都有需要審慎加以考慮。我國公平會目前欠缺相關規定可資作為強制性市場調研活動的法律依據，從英國市場調查制度以及各國競爭主管機關目前普遍設有相關法律條款來看，應有需要修法加以補充。

二、調查所得資料用於矯正措施？

英國及歐盟採取的市場調查，在調查過程中可能對於特定行業或行為類型進行整體調查，但在釐清市場競爭不足或受到阻礙之問題根源後，卻很可能針對特定事業課予具體矯正措施，對其自由或權利加以限制，以消除市場競爭障礙，提昇競爭水準。但在我國法上，非針對個案的一般性、通案性行政調查，往往設有調查所得資

¹²¹ 行政罰法第4條規定：「違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。」

料不可挪作他用的法律限制，以免該等資料用於稅捐核課、查緝不法等面向，對當事人造成不利益，影響當事人配合調查、提供真實資訊之意願。例如統計法第19條第2項即規定：「……屬統計調查取得之個別資料者，應予保密，除供統計目的之用外，不得作為其他用途。但統計調查實施期間經當事人書面同意者，不在此限。」

因此，市場調查進行一般性、整體性調查時所得資料，可否用以支持對特定當事人造成不利影響的矯正措施，似乎不無疑問。然而退一步思考，行政處分根據的證據資料在法律上並未限定其來源。再者，市場調查之制度目的本即在於尋找合適的矯正措施來改善特定行業中之競爭障礙，因此將市場調查所得資料用於支持該程序最後提出的具體矯正措施，應不致偏離當初蒐集資料之原本目的，也不致對於當事人構成意外突襲才是。是以市場調查所得資料運用於具體矯正措施此一議題，其規範重點應強調必須給予當事人充分而完整的程序保障，其中尤以給予聽證等陳述意見之自辯機會最為重要。且在此之前，必須明確提示係以研議中具體矯正措施作為意見徵詢與答辯對象，並非出自對該行業一般性瞭解之需求，俾能提醒當事人在表示意見時關注自身權益，把握機會進行充分的防禦與論辯，實現正當法律程序下對於當事人應有的程序保障。

此外，市場調查程序最終提出的具體矯正措施，就英國經驗而言具有重構相關行業市場結構的制度能量，其複雜度與限制相對人自由權利的嚴重程度，比起一般行政處分明顯高出許多。是以理應舉辦正式口頭聽證，給予當事人直接針對矯正措施當面與競爭主管機關溝通及反駁提問的機會，方能提供足夠完整的程序保障。由此可以看出，英國市場調查在初步報告出爐之後，對於主要當事人舉辦回應聽證所實踐的重要程序價值。這也突顯歐盟數位市場法第17、18條市場調查至今未引進競爭法案件允許當事人申請召開聽證之規定¹²²，

122 詳見前揭註108至111所屬本文段落之說明。

對於其聽證權利仍然充滿疑慮。衡諸市場調查矯正措施對於受調查事業的干涉程度往往相當強烈，不提供申請召開聽證之機會，對於當事人憲法上正當法律程序保障而言，顯有保護不足之明顯瑕疵存在。

三、矯正措施所需要的法律基礎

市場調查最終決定課予的具體矯正措施，可能包含行為面或結構面的要求（例如拆解），其複雜度與規範強度都不低¹²³。這些矯正措施的背後，究竟適合以何種法律規定來提供合適的法律基礎，也是值得注意的問題。英國市場調查可以採用的矯正措施，係與競爭法及部分產業管制共同規定於企業法的附表8，表中對於可採取的矯正措施類型逐一加以列舉，規定得十分詳盡。除了針對國家安全、報業結合、維護金融安定、因應公衛危機等特殊目的外，附表8列出的矯正措施包含一般行為限制、一般行為強制、併購與拆分（acquisitions and divisions）、資訊提供與揭露、監督執行與爭議處理、補充性條款等六大面向，總計共有21種不同類型的具體矯正措施，涵蓋層面非常完整而廣泛¹²⁴。例如有關拆解的結構面矯正措施，附表8第13(1)段規定CMA可要求事業拆解任何部分的營業、資產或關係企業（the division of any business (whether by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise), or any group of interconnected bodies corporate），第13(3)段還另外例示了12種有助於實現拆解的細部執行措施，例如移轉或創設財產、權利、責任或義務（包含股份及有價證券）；成立或解散公司、其他法人或非法法人；調整契約內容；指定受託人代替當事人履行或監督其執行等。CMA命令事業進行拆解時，可以一併要求當事人遵守這些細部執行措施，以確實有效地達成拆解當事人事業之目的¹²⁵。

123 Olsen & Harrison, *supra* note 38, at 28.

124 Enterprise Act 2002, c. 40 (UK), § 86(4), sch. 8, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/schedule/8>.

125 *Id.*

相較於英國法對於矯正措施提供非常詳盡的法律依據，歐盟數位市場法展現完全不同的規範方式。該法第18條對於守門人系統性違反事前行為義務的矯正措施，僅設置了少數重要限制。最主要乃是符合比例原則，亦即矯正措施對於有效確保守門人遵守該法行為義務、重新恢復因其系統性違反而遭到破壞的平臺公平性與相關市場可競爭性而言，必須是必要（*necessary*）而且合乎比例（*proportionate*）¹²⁶。我國公平法的矯正措施也頗為接近歐盟的概括模式，並未如同英國逐一列舉可以採取的矯正措施類型。對於違反第二章限制競爭規定的事業，公平法第40條僅規定公平會除了科處罰鍰之外，並得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施。屆期未遵守該等行政處分所課予之義務內容者，得繼續限期命其停止、改正或更正，至該事業願意遵守奉行時為止。對於違法之事業結合案件，該法第39條採取例示模式，列出一部分可採用的矯正措施，包括禁止其結合、限期令其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業、免除擔任職務。不過在此之外，該條仍然容許公平會基於合義務性裁量，採取其他必要處分作為違法結合案件之具體矯正措施。

由上述有關矯正措施的比較分析，可以看出正如同英國企業法附表8所顯示，市場調查潛在需要的具體矯正措施種類非常繁多，涵蓋層面也相當廣泛。尤其事業在市場上競爭策略變化多端，不斷推陳出新，再加上市場供需、技術水準、顧客認知、交易習慣等方面隨時出現的各種變動，未來可能需要的具體矯正措施實在難以提前預料而預先提供完整而明確的法律基礎。從英國零售銀行業市場調查提出開放銀行此一全新矯正措施之實際案例¹²⁷，反省立法之初是否得以事先預料而預留法律依據，即可洞悉此一道理。因此除非如同英國，以鉅細靡遺的條列式規定加上具有包容性的條文文字，

¹²⁶ Digital Markets Act, recital 75.

¹²⁷ 請見本文「參、六」的說明與分析。

充分涵蓋各種能夠想像的矯正措施，否則貿然要求矯正措施必須具有清楚完備法律依據的結果，雖然可能更為符合法律保留原則與法明確性、安定性的要求，但在現實運作上可能打造出相當不切實際的法律障礙，不可不慎。

從相關學理上觀察，行政法學已經開始正視目前行政法中已有相當數目之目的綱領式規範¹²⁸。這種規範結構往往只規定構成要件，授權主管機關依其合義務性之裁量，選擇最為符合個案情況之具體措施作為法律效果，以保持法律適用上因應各種多變情形所需要的彈性，避免因為法律效果固定而導致過於僵化、不具可行性或有效性的不良執法後果。譬如在警察法上常見的「若……，則警察得採取一切必要措施」的規定方式，就是經常可見的具體實例。對於這種法律效果的形成空間，法院監督重點往往並非在於實體內容，毋寧更為注重對於形成程序的司法控制，尤其是確保當事人有效參與形成過程的程序性權利，希望使得主管機關得以曝露在充分資訊與不同觀點之中，一方面有助提昇其決定正確性，另外由於程序的公開透明，也可提昇當事人權益侵害及早發現的可能性¹²⁹。

行政法學開始留意之目的綱領式規範相當符合競爭法的特性，尤其在市場調查制度上可以獲得充分印證。經濟法本就具有政策法與引導法的特色，注重目的達成與問題的解決。屬於經濟法重要內涵的競爭法更是充滿抽象概括規定，大量採用不確定法律概念，重功能而輕形式。基於此一本質特性，競爭法經常賦予執法者一定範圍的構成要件認定空間，並且對於法律效果給予相當大的裁量範圍，期望透過規範上賦予執法者的彈性，克服外在形式的差異，有效達成遏止反競爭行為之規範功能與目的¹³⁰。

128 又稱目的規範 (Zweckprogramme) 或目標式規劃 (finale Programmierung)。

129 陳愛娥，行政法學的方法——傳統行政法釋義學的續造，月旦法學教室，100期，頁83-84 (2011年)；林明鏘，德國新行政法，頁123-124 (2019年)。

130 參見蘇永欽 (註2)，頁74-86。公平法第40條對於限制競爭行為之罰鍰上下限

就市場調查程序而言，其矯正階段係以去除調查中發現的競爭障礙而促進市場競爭為目標，具體規劃得以有效達成此一目的之整套管制措施，並就個別矯正措施分階段有系統地加以施行，實質上等同於特定行業競爭不足問題的整體矯治計畫。參照當今行政法學的研究成果，有關矯正措施之適當法律控制，一方面應該降低實體內容控制，賦予執法機關足夠的形成空間，在此同時必須強化對於正當法律程序的要求以及程序權保障，尤其對於擬議採取的具體矯正措施應以申請召開聽證或強制舉辦聽證之方式，確保當事人參與面對面正式聽證程序的確切機會，才是符合市場調查特性的適切規範重點¹³¹。綜上，基於矯正措施隨著產業及法令遵循相關之科技發展不斷推陳出新，同時就個案而言難以預先判斷何種內涵之矯正措施得以實際發揮功效¹³²，個別矯正措施之間也有整體組織搭配之彈性規劃需求，市場調查的矯正措施應該屬於目前行政法所留意的需要擴大彈性空間、降低法律實體控制的事務領域，應可適度採取較為概括之目的綱領式規範，無須嚴格要求必須具備較高密度的法律明文規定方為符合法律保留原則之適當法律基礎。

陸、結論

競爭政策係以開放市場、解除管制、去除競爭障礙等方式，達到積極提昇市場競爭水準為其宗旨，在傳統上以競爭主管機關對其他政府機關或社會大眾進行競爭倡議作為主流推動途徑，其下可再區分為三種不同的具體推動模式。本世紀以來市場調查程序的出

差距為現行法中最大者，也是競爭法執法機關對於法律效果擁有廣泛裁量權的一項例證。

131 有關英國市場調查與歐盟數位市場法在正式聽證等程序保障方面的分析，詳見「肆、三、(二)至(三)」。

132 參見前揭註69至70之本文段落說明。

現，使得競爭主管機關在競爭倡議之外，可就調查後未發現違反競爭法但卻構成競爭障礙的行業結構或行為類型課以矯正措施，在競爭政策面向上取得直接介入處理、重構外在競爭環境的額外權限。以英國為代表的市場調查僅以「競爭不利效果」作為矯正措施的發動要件，欠缺進一步的限制條件與具體化，產業界及論者對此雖有批評，認為嚴謹度不及競爭法，可能過於模糊與輕易，不過在CMA自我約制之下至今並未出現明顯的反對質疑聲浪。而就英國採用開放銀行此一全新管制措施作為零售銀行業市場調查之矯正措施加以觀察，本制度確有打造引進新管制機制的制度能量。以上演變使得市場調查成為當代競爭政策另一新興推動途徑，乃是國際發展軌跡上一項重要轉折，代表的意義與後續影響都十分深遠。2022年11月生效的歐盟數位市場法，將市場調查程序與具備守門人地位的大型數位平臺產業管制兩相結合，進一步開創以此程序為產業管制規範對象及行為義務提供彈性調適空間的另一種新穎模式，再次豐富了市場調查的實際應用型態。歐盟競爭主管機關與產業主管機關共同擔任本法執行單位，使得競爭政策與產業管制的融合程度更加提昇。

本文經詳細審視分析後發現，與英國相較，歐盟數位市場法並未採取市場調查兩階段決策權力分離之制度設計，導致市場調查發動階段與調查階段的決策權力可能都集中在單一團隊。為了防止濫用矯正措施以及避免先入為主的偏誤，在程序客觀公正性方面應有需要改善補強的空間。再者，該法第17條守門人與核心平臺服務認定，以及第18條守門人系統性違反行為義務及其矯正措施之認定，都是針對特定當事人的個案性市場調查。然而在該法大幅引進歐盟第1/2003號條例有關競爭法執行規定之餘，至今在該法及其執行條例草案中卻未見援用第773/2004號條例給予當事人申請召開正式聽證機會之規定。從首先提出開放銀行的英國零售銀行業市場調查等具體實例來觀察，矯正措施有時可能相當強烈，對於私人營業自由

及財產權干涉程度甚高。倘若在作成最終決定前對於初步認定及擬議之矯正措施未能給予當事人召開正式聽證之機會，在程序保障上實有不合比例而有違正當法律程序之嫌疑，就當事人基本權利之維護而言確實出現明顯瑕疵。歐盟執委會是否會在該法施行之後以執法實務加以補充改善，值得吾人密切關注。

再者，若以我國法作為本國讀者之參照理解背景，進一步分析市場調查在行政程序相關法律體系中可能需要的法制配套，可以發現根據國內外實際經驗，競爭主管機關進行產業調查或市場調查等市場調研活動，在法律上需要具備強制調查權力，方能確保資料蒐集之效能與完整度。目前我國公平法及行政調查相關法律無法提供公平會所需的強制性資料蒐集權力，有待吾人加以補強。此外，市場調查為瞭解行業狀況與市場結構所蒐集的證據資料，究竟可否用以支持干涉特定人自由權利之矯正措施？由於市場調查自始即以對調查對象作成矯正措施為其目標之一，故應尚未違反當初資料蒐集目的或超出當事人可得預期之範圍。在給予當事人正式聽證機會之後，應可用於支持該等矯正措施。最後，矯正措施之具體態樣及其實施效果，由於涉及眾多因素，相當複雜多變而不易找出一般性抽象規則，需要視個案情況仔細研究甚至試驗之後方可定案，否則對其效能及可行性都有可能造成明顯不利影響。是以在法律依據方面，市場調查之矯正措施應可取法歐盟及我國競爭法，採取行政法學開始正視之目的綱領式規範，以較為抽象概括之限定條件或內容型態對於矯正措施予以規定，無須強求須以高密度之法律規定為其法律基礎。

參考文獻

1. 中文部分

- W. Lawrence Neuman著，王佳煌、潘中道、郭俊賢、黃瑋瑩譯（2002），當代社會研究法——質化與量化途徑，臺北：學富文化。[Neuman, W. Lawrence. 2000. *Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approaches*. 4th ed. Boston, Mass.: Allyn and Bacon.]
- 李芝儀（2021），開放銀行法制建構之國際比較分析：對我國開放銀行法制之建構芻議，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文。
- 李淳（計畫主持人）、陳櫻琴、顏慧欣（2009），國際競爭法在競爭倡議上之發展及其引入國內之可行性，公平會委託研究報告，臺北：行政院公平交易委員會。
- 李憲佐、蘇敏煌（1999），競爭政策之內涵及其於國家經濟發展應扮演之角色，收於：公平交易委員會編，第四屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁683-713，臺北：行政院公平交易委員會。
- 法治斌、董保城（2020），憲法新論，7版，臺北：元照。
- 林明鏘（2019），德國新行政法，臺北：五南。
- 陳惠馨（2007），德國法制史——從日耳曼到近代，臺北：月旦。
- 陳愛娥（2011），行政法學的方法——傳統行政法釋義學的續造，月旦法學教室，100期，頁78-91。
- 黃瑞祺（1990），批判理論與現代社會學，高雄：巨流。
- 黃錦堂（2020），行政法的發生與發展，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁43-133，臺北：元照。
- 廖婉君、黃彥倫（2019），開放銀行（Open Banking）法制之發

- 展，收於：谷湘儀、臧正運編，*變革中的金融科技法制*，頁239-256，臺北：五南。
- 臧正運（2019），*從國際發展趨勢論我國推動開放銀行應有之思考*，*金融聯合徵信雜誌*，34期，頁4-12。
- 趙揚清（1999），*競爭政策與解除管制*，*公平交易季刊*，7卷1期，頁137-148。
- 劉孔中（2001），*電信管制革新與數位網路產業規範*，臺北：翰蘆。
- 魏杏芳（2016），*藥廠銷售合作、製藥產業競爭與公平交易法：歐盟產業調查的啟示*，*公平交易季刊*，24卷2期，頁81-111。
- （2019），*電子商務、轉售價格維持與演算法：由歐盟產業調查與華碩案談起*，*公平交易季刊*，27卷4期，頁1-36。
- 蘇永欽（1999），*跨越自治與管制*，臺北：五南。

2. 外文部分

- Advocacy Working Group, International Competition Network. 2002. *Advocacy and Competition Policy*, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_Advocacy_Report2002.pdf.
- Ahlborn, Christian, and Will Leslie. 2021. 'Jack of All Trades, Master of None': The Ever-increasing Ambit of the Market Investigation Regime. Pp. 137-162 in *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*, edited by Barry Roger, Peter Whelan and Angus MacCulloch. New York, NY: Oxford University Press.
- Beqiraj, Pranvera (Mihani). 2016. The Right to Be Heard in the European Union — Case Law of the Court of Justice of the European Union. *European Journal of Multidisciplinary Studies* 1(1):264-269.
- Cabral, Luís, Justus Haucap, Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos,

- Tommaso Valletti, and Marshall Van Alstyne. 2021. *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC122910/jrc122910_external_study_report_-_the_eu_digital_markets_acts.pdf.
- Chapman, Alastair, Sarah Jensen, and Michael Caldecott. 2015. UK Antitrust Reform: The CMA's First Year. *Antitrust* 29(3):61-65.
- Chirico, Filomena. 2021. Digital Markets Act: A Regulatory Perspective. *Journal of European Competition Law & Practice* 12:493-499.
- Dunne, Niamh. 2014. Between Competition Law and Regulation: Hybridized Approaches to Market Control. *Journal of Antitrust Enforcement* 2:225-269.
- Evenett, Simon J. 2006. Competition Advocacy: Time for a Rethink?. *Northwestern Journal of International Law and Business* 26:495-514.
- Fels, Allan, and Wendy Ng. 2012. Paths to Competition Advocacy. Pp. 185-208 in *Research Handbook on International Competition Law*, edited by Ariel Ezrachi. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- . 2013. Rethinking Competition Advocacy in Developing Countries. Pp. 182-198 in *Competition Law and Development*, edited by D. Daniel Sokol, Thomas K. Cheng and Ioannis Lianos. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Financial Conduct Authority. 2016. Joint FCA/CMA SME Banking Market Study, <https://www.fca.org.uk/publications/market-studies/joint-fca-cma-sme-banking-market-study>.
- Fletcher, Amelia. 2020. Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?. Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3668289.

- Guggenberger, Nikolas. 2021. Essential Platforms. *Stanford Technology Law Review* 24:237-343.
- Herbert Smith Freehills Competition Notes. 2022. Digital Markets Act Soon to Enter into Force — Overview of Key Provisions, <https://hsfnotes.com/crt/2022/10/27/digital-markets-act-soon-to-enter-into-force-overview-of-key-provisions>.
- Jenny, Frédéric. 2012. Competition Authorities: Independence and Advocacy. Pp. 158-176 in *The Global Limits of Competition Law*, edited by Ioannis Lianos and D. Daniel Sokol. Stanford, CA: Stanford University Press.
- . 2020. Economic Resilience, Globalization and Market Governance: Facing the COVID-19 Test. Available at <https://ssrn.com/abstract=3563076>.
- Kovacic, William E. 1997. Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies. *Brooklyn Journal of International Law* 23:403-453.
- Lee, Nam-Kee. 2001. The Role of Competition Policy in Economic Reform: Based on the Korean Experience. Address at 1st OECD/GFC, Paris (Oct. 2001), <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2434995.pdf>.
- Lundqvist, Björn. 2021. The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 52:239-241.
- Melamed, A. Douglas, and Nicolas Petit. 2019. The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets. *Review of Industrial Organization* 54:741-774.
- Motta, Massimo. 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York, NY: Cambridge University Press.
- OECD. 2016. *The Role of Market Studies as a Tool to Promote*

- Competition: Background Note by the Secretariat*, DAF/COMP/GF(2016)4, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)4/en/pdf).
- . 2017. *Methodologies for Conducting Market Studies — Note by the European Union*, DAF/COMP/WP3/WD(2017)20, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)20/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)20/en/pdf).
- . 2019. *Competition Assessment Toolkit: Principles Vol. 1*. 4th ed., <http://www.oecd.org/competition/toolkit>.
- . 2020. *Consumer Data Rights and Competition — Background Note*, DAF/COMP(2020)1, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf).
- . 2020. *The Role of Competition Policy in Promoting Economic Recovery*, <https://www.oecd.org/daf/competition/the-role-of-competition-policy-in-promoting-economic-recovery-2020.pdf>.
- Olsen, Greg, and Daniel Harrison. 2012. Tightening the System: The Nature and Likely Effect of UK Competition Reforms. *Antitrust* 26(3):25-29.
- Olson, Mancur. 1965. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Petit, Nicolas. 2021. The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review. *Journal of European Competition Law & Practice* 12:529-541.
- Rodriguez, A.E., and Ashok Menon. 2010. *The Limits of Competition Policy: The Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies*. Austin, Tex.: Kluwer Law International.
- Schweitzer, Heike. 2020. *The New Competition Tool: Its Institutional Set-Up and Procedural Design*, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420574enn.pdf.
- . 2021. The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and

- the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal. *ZEUP*. Available at <https://ssrn.com/abstract=3837341>.
- Sokol, D. Daniel. 2012. Anticompetitive Government Regulation. Pp. 83-98 in *The Global Limits of Competition Law*, edited by Ioannis Lianos and D. Daniel Sokol. Stanford, CA: Stanford University Press.
- de Stree, Alexandre, and Pierre Larouche. 2021. The European Digital Markets Act Proposal: How to Improve a Regulatory Revolution. *Concurrences* 2-2021:46-63.
- Stucke, Maurice E. 2008. Better Competition Advocacy. *St. John's Law Review* 82:951-1036.
- Tirole, Jean. 2017. *Economics for the Common Good*, translated by Steven Rendall. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Werden, Gregory J. 2020. *The Foundations of Antitrust: Events, Ideas, and Doctrines*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Whish, Richard. 2020. *New Competition Tool: Legal Comparative Study of Existing Competition Tools Aimed at Addressing Structural Competition Problems with a Particular Focus on the UK's Market Investigation Tool*, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420573enn.pdf.
- Whish, Richard, and David Bailey. 2021. *Competition Law*. 10th ed. New York, NY: Oxford University Press.
- Wu, Tim. 2018. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. New York, NY: Columbia Global Reports.

Traditional and Emerging Approaches to Promote Competition Policies:

Moving from Competition Advocacy Towards Market Investigations

*Richard Li-Dar Wang**

Abstract

In contrast with competition law that passively safeguards competition against derogation, competition policies are aimed at erasing competitive obstacles and positively promoting competition. Traditionally, competition policies have been promoted through competition advocacy, which is the mainstream approach and could be further divided into sheer advocacy, comprehensive policy and incremental policy models. Ever since the emergence of market investigations in the United Kingdom, competition agencies have started to have direct authorities to erase competitive obstacles, and market investigations have arisen to be a new approach to promoting competition policies. The Digital Markets Act of the European Union combines market investigation procedures with *ex ante* industrial regulation over digital platforms with a gatekeeper position, and involves the competition agency as a joint enforcement authority of this Act, thus generating a new model of market investigations. Based on the historical hermeneutical approach, this article is aimed at exploring the international evolution of approaches to promoting competition policies. It first explains the three models of the traditional mainstream approach, i.e. competition advocacy, then looks closely at the emerging approach of market investigations. The present article interprets the institutional

* Distinguished Professor, College of Law, National Chengchi University.

design of market investigations in the United Kingdom, together with the retail banking investigation as a prominent example which led to the dawn of open banking. It further analyzes the basic framework of the Digital Markets Act and the three types of market investigation procedures devised therein. Finally, for the purpose of clarifying necessary measures to accommodate the market investigation scheme, this article uses Taiwan law as a reference to examine which type of ancillary measures should be considered while the scheme is actually put into practice. It finds that mandatory investigation power and formal hearings for parties play a pivotal role with regard to the effectiveness and legitimacy of market investigations.

KEYWORDS: deregulation, pro-competition, market liberalization, competition agency, administrative process, administrative investigation, digital, competition law.