

《公平交易季刊》  
第九卷第一期(90/01)，頁 39-54  
◎行政院公平交易委員會

## 德國營業競爭限制防止法—第六次修正

劉華美\*

### 摘 要

德國營業競爭限制防止法制定於一九五七年，並於一九五八年一月一日生效，是規範德國市場競爭秩序最重要的一部法律，歷年來共經過六次之修正，最新之一次修正為一九九八年八月所為之第六次修正。本次修正，對營業競爭限制防止法之條文規範順序有較大的調整，就禁止聯合行為方面，新法在第七條增訂了具補充性質之聯合行為一般豁免要件，就禁止濫用獨占地位方面，增訂拒絕他事業以有償之方式進入自己事業之網路系統或其他基礎設施者，亦屬濫用控制市場地位之事例，另亦增訂禁止具有優勢市場地位事業之不公平阻礙競爭行為之事例，就除外適用範圍方面，新法縮小了對銀行、保險業、農業、著作權仲介團體及運動類團體之除外適用範圍，就結合管制方面，新法較從前更加強主管機關對事業結合之事前監督權限，並提高結合管制之營業額門檻至十億馬克，此外則是新增有關政府採購方面之規定，特別是加強了對參與採購廠商的法律保障。

---

\*作者係台北大學公共行政暨政策系助理教授，感謝匿名審稿人之寶貴意見。

德國營業競爭限制防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen），又稱卡特爾法（Kartellgesetz），制定於一九五七年，並於一九五八年一月一日生效迄今，是規範德國市場競爭秩序最重要的一部法律<sup>1</sup>，歷年來共經過六次之修正，其中以一九七三年的第二次修正案影響最深遠，對於原始的營業競爭限制防止法在內容上也有最大的改變<sup>2</sup>，最新的修正，亦即一九九八年八月方由德國議會通過，並訂於一九九九年一月一日起實施的則是第六次修正營業競爭限制防止法（以下簡稱新法），其目標係設定在調和（Harmonisierung）德國法與歐體法之差距、強化自由競爭之原則（Wettbewerbsprinzip）、以及改進營業競爭限制防止法之立法技術<sup>3</sup>。本次修正，除對於營業競爭限制防止法之條文規範順序有較大的調整，此為應先予說明處外，其它對於聯合行為、獨占、及結合行為等亦有或多或少之修正，而最大之變化為引進了有關公務發包之相關法律規定，此可謂係向來之營業競爭限制防止法完全陌生的領域，此種變革，係出於德國立法者之考量與選擇，而聯邦卡特爾署，即主管競爭事務之機關，其權限從而由過法單純對限制競爭行為之管制，擴張到對公務發包之審核。

## 一、新修正法之體系

新法較舊法在立法結構上除了部分條文之增、刪和條文規範次序之調整外，另新增了一整章—即第四章以規範公務發包（或稱政府採購）之行為（Vergaberecht），因此體例上新法共分為六章，第一章規範主要之限制競爭行為態樣（第一條至第四十七條），包括水平聯合（第一條至第十三條）、垂直聯合（第十四條至第十八條）、控制市場地位濫用之監督（第十九條至第二十三條）、競爭規則（第二十四條至第二十八條），值得一提的是，新法這次將某些特殊產業部門如何適用營業競

---

<sup>1</sup> 德國規範市場競爭秩序有兩部主要之法律依據，一是本文所討論之營業競爭限制防止法，另一是不正競爭限制防止法（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb），兩者在德國係屬分別立法之方式，負責管轄機關亦不盡相同，但在我國則是合併規定於公平交易法中，並由中央設立之公平交易委員會同時負責限制競爭與不正競爭之相關事宜。

<sup>2</sup> 舉例而言，德國最初制定之營業競爭限制防止法中，並未對事業之結合行為加以管制，一直到實務上發現結合對於市場競爭的危害愈來愈大時，才在一九七三年第二次修正營業競爭限制防止法時，引進了結合監督（EusammenschluBkontrolle）的規範，以確保市場自由競爭的秩序。

<sup>3</sup> Vgl. Baums, GWB-Novelle und Kartellverbot, ZIP 6/98, S.233.

爭限制防止法之疑義，移至本章之第二十九條至第三十一條<sup>4</sup>加以規定。接著之規範事項為各種民事、行政制裁（第三十二條至第三十四條），以及關於事業結合之規範（第三十五條至第四十三條），最後是關於獨占委員會之規定（第四十四至第四十七條）。第二章規範主管機關，包括聯邦卡特爾署、聯邦經濟部、及邦最高行政官署（第四十八條至第五十三條），第三章規範程序問題（第五十四條至第九十六條），包括於卡特爾署進行之行政程序及異議程序、罰鍰程序、及相關之民事訴訟程序，第四章規範公務發包（第九十七條至第一百二十九條），包括發包之審議、決定、異議、和損害賠償程序，第五章規範本法之適用範圍（第一百三十條），最後一章為附則之規定（第一百三十一條）。營業競爭限制防止法第四十八條之後，除前述提及之政府採購規定外，大致上修正之處不多，在罰鍰部分則有調整。

## 二、修正之項目

茲將本次修正案之主要變更簡列如后：

1.刪除折扣聯合（Rabattkartelle）、輸出聯合（Ausfuhrkartelle）、輸入聯合（Einfuhrkartelle）之例外容許規定，而另於第七條增訂一般性之聯合行為豁免要件（Allgemeiner Freistellungstatbestand）。

2.修正第十九條第一項文字，使控制市場地位之濫用為營業競爭限制防止法所直接禁止行為之立法意旨更明確。

3.於第十九條第四項第四款增訂濫用控制市場地位之事例，亦即譬如拒絕他事業以有償之方式進入自己事業之網路系統（Zugang zu Netzen）或其他基礎設施（Infrastruktureinrichtungen）者，亦屬濫用市場控制地位。

4.於第二十條第四項後段增訂，禁止具有優勢市場地位事業之不公平阻礙競爭行為（Behinderungsverbot）之事例，亦即譬如低於進貨價格（Einstandspreis）之不公平買賣。

5.修正本法之除外適用範圍（Ausnahmebereiche）：限制（縮小）對銀行、保險業、農業及著作權仲介團體（Urheberrechtsverwertungsgesellschaften）

---

<sup>4</sup>此處之特殊部門包括農業、銀行業、保險業、著作權仲介團體及運動聯盟，但不包括公眾客運業、瓦斯、電力之部分，Vgl, Lukes, Betriebs-Berater 1998, S.1217.

之除外適用範圍，並變更舊法之規範位置，將對上述事業適用本法情形之規範移至第二十八條至第三十條加以規定。另一方面於第三十一條增訂關於運動類競賽之電視轉播不適用本法之規定。

6.加強主管機關對事業結合之事前監督，並提高結合管制之營業額門檻至十億馬克（第三十五條第一項第一款）。

7.增訂主管機關於作成許可結合處分時應遵守之程序要求，並引進第三人對許可處分之異議權（Drittklagebefugnis）（第四十條第二項、第六十一條第一項、第六十三條第一項合併修正）。

8.增訂第五十四條第一項後段，使主管機關得因檢舉人請求保護而依職權發動一定程序。

9.廢除第三十四條之書面要求。依舊法第三十四條規定，關於本法第二條以下各種可例外許可之卡特爾協議必須以書面做成始有效力，而依新法，即不再以書面協議為必要。

10.罰鍰數額及時效規定之修正。

11.於第四章新增有關政府採購之規定。

### 三、修正內容說明

#### 1.聯合行為

本次修正之目的雖在於調和德國法與歐體法之差距，但首先在聯合行為之規範方面，歐洲共同體條約第八十五條第一項對事業間之協議或共同行為之管制，並未區分其行為係水平聯合（Horizontale Kartelle）或垂直聯合（Vertikale Kartelle），德國本次修正仍然保留了傳統卡特爾的體系，並未放棄水平聯合及垂直聯合之分類，其理由仍然是水平聯合，除例外許可之部分外，一般認為弊多於利，而應予禁止，而垂直聯合，除例外應允禁止之情形外，在競爭政策上一般認為利多於弊，因此本次修正仍然使事業之垂直聯合僅受濫用之監督<sup>5</sup>。

關於聯合行為之定義及法律效果，一併規定在營業競爭限制防止法之第一條，依新修正後之第一條規定：「互有競爭關係之事業、事業團體以協議、決議或其他

<sup>5</sup> Vgl.Kahlenberg, Novelliertes deutsches Kartellrecht, BB 31/98, S.1594.

互為一致行為之合意方式，並以阻礙、限制或破壞競爭秩序為目的，或可產生相同效果者，應禁止之」，相較於舊法，在聯合行為之構成要件方面，本次修正刪除了過去引發爭議之「共同目的」（gemeinsamer Zweck）之要件，而代替以「有競爭關係之事業間」（Zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen）為要件，此處有競爭關係之事業在解釋上包括實質競爭者與潛在競爭者均屬之<sup>6</sup>。此外，過去規定於舊法第二十五條第一項事業互為一致行為之禁止（aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen），如今則一併規定於第一條中。從新法對聯合行為之整體規範觀之，在立法技術上第一條之用語已明顯較舊法為精簡<sup>7</sup>，然在學說評價上，預料修正後之內容在實際運作上與修正前應無重大差別，蓋法院在適用本要件時，一如最高法院（BGH）已曾於判決中表述者，須視事業就此限制競爭行為有無可堪認同之利益（ein anzuerkennendes Interesse）。此外，聯合行為「足以影響市場關係」之外部效果（Außenwirkung des Kartells）雖然亦從本次修正之構成要件中刪除，但實際適用上，於參酌歐洲共同體條約第八十五條第一項之精神，仍應依照可感覺性之標準（Spürbarkeit）判斷適用之<sup>8</sup>，「可感覺性」在此是指當一個限制競爭行為不再只是具有理論上的可能性而已<sup>9</sup>。

在法律效果方面，舊法僅規定事業間之聯合行為不生效力（unwirksam），事業間依此所為之協議，則因牴觸法律之強行規定而依民法第一百三十四條無效，新法則參酌歐體法之精神，直接在第一條本身即宣示事業不得為聯合行為（verboten），事業違反本法規定所為之協議，依本法第一條即當然無效。而依照新修正之營業競爭限制防止法第八十一條第二項規定，締約事業並將遭到最高得處一百萬馬克之罰鍰，及因違法所得利益之最高三倍之罰鍰。在是否違反聯合行為禁止規定之事實尚不明確之情形，依照新法第三十二條規定，主管官署仍得依法禁止事業或事業團體之行為<sup>10</sup>。

<sup>6</sup> Vgl. Begr. RegE., BR-Drucks. 4.8.98, S.31.

<sup>7</sup> 舊營業競爭限制防止法第一條之規定為：「企業或企業所組織之團體為共同目的締結契約或企業團體所作之決議，足以經由限制競爭影響生產或商品、營業勞務之交易的市場關係者，不生效力。但本法另有規定者，不在此限。」參閱黃茂榮，公平交易法理論與實務，頁187, 1993。

<sup>8</sup> Vgl. Begr. RegE. a. a. O., S.32.

<sup>9</sup> WuW/E BGH 486, 491, "Spar".

<sup>10</sup> 第三十二條之規定為：「卡特爾署得禁止事業及事業團體為本法所禁止之行為。」

與聯合行為相關之禁止規定還包括了對建議行為之禁止，亦即依第二十二條規定：「經由相同形式之行為，以規避本法所明文禁止之行為或卡特爾官署依本法所為之處分為目的之建議，或是產生此等效果之建議，亦禁止之」<sup>11</sup>。

營業競爭限制防止法對聯合行為雖採禁止之原則（*Verbotsprinzip*），但亦存在許多得予豁免之情形，一般而言得予豁免之情況有二種，一是依照新法第二十八條以下對於特定產業部門之豁免規定，一是依照第二條至第八條之規定而受豁免，其中第二條至第八條之規定可再區分為三種情形，一是第二條到第六條的「個別豁免規定」，一是第七條的「補充豁免規定」，另一則是第八條之「部長特別豁免」<sup>12</sup>。

針對特定產業部門之豁免規定，如前所述，係將舊法規定在第一〇一條以下之規定移到第一篇加以規定，其規範目的自然是由於該類型產業之特殊性而不應一體適用對聯合行為的一般規定<sup>13</sup>，例如第三十一條即規定，「運動競賽之聯合電視轉播係由運動協會所執行者，該聯合轉播行為亦為運動協會履行其促進青少年運動及業餘運動之政策性任務所需，且該義務之履行乃透過適當方式，分擔共同電視轉播所需費用者，不適用本法第一條之規定」<sup>14</sup>。至於第二條到第六條之規定，係舊法即有之規範模式，但事業必須符合其個別規定之構成要件時，始可依該個別規定豁免。另本次修正，德國立法者參酌歐洲共同體條約第八十五條第三項之規定，引進了具補充性質的「補充豁免規定」（*ergänzender Freistellungstatbestand*），亦即依第七條第一項之規定（“*Sonstige Kartelle*”）：「事業間之協議或決議若能促進發展、改善商品或勞務之配送、生產、採購、回收或清除，且消費者亦能適

<sup>11</sup> 對建議行為之禁止，營業競爭限制防止法仍規定了許多例外情形，譬如第二十二條第二項。

<sup>12</sup> 聯合行為依照營業競爭限制防止法第二條到第八條之豁免，尚有其他不同之分類方式，譬如依照是否須有許可而可分為屬於「異議型的豁免」或是屬於「許可型的豁免」，前者例如第二條第一項，第二條第二項，第三條，以及第四條第一項，後者例如第五條，第六條，第七條，以及第八條之規定。

<sup>13</sup> 這類條款的正當性如何，仍是相當有爭議的，但在歐體競爭法的影響下，立法者似並無他途。但無論如何，屬於特殊產業部門之事業，仍無法躲避卡特爾官署之濫用監督。Vgl. Stockmann, Kurt, Principles of German competition law under the 6<sup>th</sup> Act to Amend the Act against Restraints of Competition, Internationae Congress for Competition Law Taipei 2000.

<sup>14</sup> 譯文引自公平會編，德國營業競爭限制防止法，八十八年。

當地分享由此發展與改善所產生之利益者，得豁免於第一條之限制。但以參與事業無法用其他方式達成同等效果，且發展或改善之效果與其所產生之妨礙競爭效果有適當之關聯，該限制競爭行為不致形成或強化市場控制地位者為限」<sup>15</sup>。換言之，聯合行為於符合第七條第一項之要件時，即不受第一條禁止規定之限制，然第七條第一項之適用，僅具有補充之性質（Auffangtatbestand），可使卡特爾官署在處理聯合行為上有更多的彈性，但並不能因此而逾越立法者在第二條至第六條之個別豁免規定已設立之界限，是以第七條第二項同時即規定，如聯合行為有符合本法其他個別豁免規定之情形時，即應依各該具體條文判斷，而非依第七條第一項豁免，如判斷之結果不能符合個別豁免規定時，則仍應受第一條之禁止<sup>16</sup>。第八條之「部長特別豁免」，要件更為嚴格，必須基於整體經濟利益或公共利益之考量而認為有聯合行為必要者始可。

舊法規定於第三條、第六條及第七條之折扣、輸出及輸入聯合，於本次修正中，已不再屬於可予豁免之例外規定。專業化聯合（Spezialisierungskartelle）在豁免上則有放寬的趨勢，舊法規定之豁免要件乃只要該專業化聯合「不影響到市場上實質之競爭」，在實務運用上，對某些專業化聯合只要參與事業之市場占有率達到百分之十或十五，即被主管官署認定為「已足以影響到市場上存在實質之競爭」而不予豁免，但依新法第三條之要件則為，只要該專業化聯合「不造成或強化市場控制地位」即可，而依第十九條第二項對控制市場地位之判斷則為，只有當聯合行為「不存在競爭者，或不存在重要的競爭，或較其他競爭者有優勢市場地位」始足當之，因此實際適用上，新法較為寬鬆<sup>17</sup>。採購合作（Einkaufskooperation）於本次修正中容許於個案中之購買強制行為（Bezugszwang），只要此購買強制僅僅限於個案。又「不造成或強化市場控制地位」之要件，除見於前述提及之第三條專業化聯合以外，亦見於第五條之合理化聯合（Rationalisierungskartelle）及第七條之其他聯合行為（Sonstige Kartelle）中。

<sup>15</sup> 德國引進之第七條第一項「其他卡特爾類型」幾乎與歐洲共同體條約第八十五條第三項之內容一致，只是後者尚多了一項「促進經濟或技術進步」之要件。

<sup>16</sup> Vgl. §7 Abs. 2.

<sup>17</sup> 有學者對新修法之恰當與否甚為質疑者，Vgl. Bechtold, S.2770, 2771.

## 2. 控制市場地位

營業競爭限制防止法對具有控制市場地位之事業基本上是採取濫用監督的方式加以管制<sup>18</sup>。在控制市場（*Marktbeherrschung*）概念之定義方面，新法第十九條第二項第一款及第二款原則上仍保留了舊法規定於第二十二條第一項及第二項之精神，亦即所謂「控制市場地位」，指個別事業與他事業或缺乏實質之競爭（*Wesentlich Wettbewerb*），或較他事業具有優越市場地位（*überragende Marktstellung*）<sup>19</sup>，亦或是寡占事業間之控制市場謂之。但在「推定具有控制市場地位」之情形（*Marktbeherrschungsvermutung*），新法較舊法略嚴，內容上除仍維持對獨占事業及寡占事業之控制市場地位之推定外，不再考慮事業營業額之多寡，換言之，只要在客觀市場結構上，事業擁有之市場占有率達到一定比例時，不論其營業額如何，其行為即應受本法之濫用監督（*Mißbrauchsaufsicht*）。而在寡占事業推定，除非寡占事業能舉證證明，寡占事業相互間仍存在實質的競爭，或寡占事業之整體，並無相對其他事業之優勢市場地位，始能排除此推定<sup>20</sup>。

「濫用」控制市場地位之法律效果，新法參酌共同體條約第八十六條之精神，於第十九條第一項規定，不待行政機關採行措施，即為本法直接有效禁止之行為<sup>21</sup>。唯因是否存在濫用之情形，實務上常常有舉証上的困難，德國法院往往也要求提供更清楚的証據，因此迄目前為止，本條修正後對實務的影響並不是很大<sup>22</sup>。

關於濫用之型態或範例，是一困難的課題，在第四次修正營業競爭限制防止法時，立法者在第十九條第四項第一款至第三款引進了一些範例，學說上並將第十九條第四項第一款之濫用型態稱為「阻礙型濫用」（*Behinderungsmißbrauch*），第二款和第三款之濫用型態稱為「剝削型濫用」（*Ausbeutungsmißbrauch*）。這次新法還增加了第四款「拒絕使用網路系統或基礎設備」，亦視為濫用市場控制地位之事例，亦即如具市場控制地位之事業，拒絕其他事業以適當對價要求共同使用

<sup>18</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 1.

<sup>19</sup> 本句為第二次修正營業競爭限制防止法時所引進，在實務上之運用甚廣。Vgl. Stockman, a. a. O.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 3 S. 2.

<sup>21</sup> 此即如同聯合行為在第一條之規範方式

<sup>22</sup> Vgl. Stockman, a. a. O.



其網路系統或其他基礎設備，並且基於法律上或事實上原因，其他事業若無法與之共同使用其設備，即無法成為該市場控制地位事業之競爭者時，亦構成競爭法所禁止的濫用市場地位行為，但法律亦規定，如該控制市場事業能證明，由於企業上的原因或其他原因而不可能，或不可期待其提供網路系統予他事業使用時，則不屬於濫用行為。學者間有認為本款之例示作用不大，因與網路有關之獨占事業領域，諸如郵政、電信、鐵路等事業，多已有特別法規範之，不受營業競爭限制防止法規範，目前較重要而可資以本款加以規範之行為，或僅為電業之供應網路系統<sup>23</sup>。無論如何，本款在設計上充滿了不確定法律概念，例如控制市場事業因其提供網路系統而可要求多少的報酬？其他相對事業應如何證明其使用該網路系統確有必要等等。

### 3.結合

德國營業競爭限制防止法在制定初始並未對事業結合行為有任何規範，一直到一九七三年第二次修正時，始加入結合監督措施<sup>24</sup>。本次修正對事業結合之規範在立法技術上有最多的改進，使整部法典比起舊法更簡明易讀。關於結合（*Zusammenschluß*）之構成要件，在體系上有些變動，按欲為是否准許事業結合之判斷前，須先審查系爭事業是否該當本法所稱之「結合事業」，如其根本不符合本法之結合概念，則亦無須再進一步依結合之規範准駁<sup>25</sup>，首先，舊法規定之結合概念（*Zusammenschlußtatbestände*）基本上係窮盡式之規定，只要事業合併不符合舊法第二十三條第二項及第三項之規定，即不受營業競爭限制防止法之監督<sup>26</sup>，然其結果卻造成法律規範無法因應新型態之經濟合併現象，也易促使部分事業為尋求法律漏洞而做各種模糊地帶之合併嚐試，歐洲共同體有鑑於此種成員國法之經驗，於歐體「結合監督規則」（*Fusionskontrollverordnung*）之立法初始，即於第三條設計一概括條款（*Generalklausel*）以普遍規範結合，亦即一事業或數事業直接或間接取得對他事業之控制（*Kontrollerwerb*）者，構成結合，至於控制的手段，則於結合監督規則第三條第一項後段及第三項例示之，德國第六次修正營業競

<sup>23</sup> Vgl. Kahlenberg, a. a.O., S.1597.

<sup>24</sup> 一般認為這是營業競爭限制防止法之重要缺漏。Vgl. Stockman, a. a. O.

<sup>25</sup> 此亦稱為形式之結合監督（*formelle Fusionskontrolle*），而斷判結合准駁與否之程序又稱為實體之結合監督（*materielle Fusionskontrolle*）。

<sup>26</sup> Vgl. BGHE88, 273 = NJW 1984, 1886 "Springer/Elbe Wechenblatte II.

爭限制防止法，一方面參酌共同體結合監督規則第三條之精神，另一方面欲保留德國過去規範事業結合之傳統，因此新法一則於第三十七條第一項第二款引進了歐體法「對他事業取得控制」之一般條款作為結合概念之構成要件，一則於第三十七條第一項第一、三、四款仍保留了結合之個別構成要件，亦即結合者，包括對他事業財產之取得、股份之取得、或其他的結合，而使事業得直接或間接對他事業產生重要影響<sup>27</sup>。至於德國新修正第三十七條第一項第二款中「對他事業取得控制」應如何解釋，一般以為因歐體在此已有非常豐富的實務經驗可資參考，譬如歐體執委會還曾於一九九八年發表「關於結合概念之公告」（*Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses*）<sup>28</sup>以羅列事業結合之範例，因此就德國內國法而言，應參酌歐體法之精神而為解釋<sup>29</sup>。

關於結合監督之適用範圍也有不同的修正，基本上提高了本法的適用門檻，也就是所有參與結合事業上一會計年度之總營業達到十億馬克（舊法為五億馬克），以及至少一參與結合事業在內國之總營業額達到五千萬馬克時（第三十七條第一項），始受本法之規制；另一方面如事業在某市場只有不到三千萬之營業額時，依第三十五條第二項第二款（又稱小市場條款，*Bagatellmarktklausel*）也不受本法之結合規制。此外，對小型企業之結合，也有不受管制之情形，即依新法第三十五條第二項第一款，營業額少於二千萬馬克之一事業與他事業結合，可不受本法之結合監督。

就審查結合許可與否之標準，新法與舊法並無差別，雖然在本次修正過程中，於政府提案之理由曾建議刪除舊法所規定之「利益衡量」條款（*Abwägungsklausel*），但此建議最後未被採納，使新法第三十六條第一項仍保留了「除非結合能改善競爭條件，且該改善之利益大於結合後控制市場之不利益，始不受禁止」之要件。

本次修正之另一重要改變係擴大了事業結合之「事前監督」（又稱「預防性之結合監督（*präventive Zusammenschlußkontrolle*）），詳言之，依新法第四十一

---

<sup>27</sup> 本款為第五次修正營業競爭限制防止法時所新增，唯並未在實務上引起特別重要的運用。Vgl. Stockman, a. a. O.

<sup>28</sup> ABl. 1998 Nr. C6615.

<sup>29</sup> Vgl. Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl. 1999, S. 281ff., 479ff.

條之規定，日後凡符合本法所定門檻（即第三十七條及第三十五條）之結合計畫（Zusammenschlußvorhaben），不再存在可事後（結合完畢後）始登記之情形<sup>30</sup>，且原則上在主管官署未予異議前，事業不得自行進行合併（Vollzugsverbot），立法者就此部分可謂係強化了本法對結合行為之管制，但另一方面也以如前所述提高結合門檻認定標準之方式來緩和這種管制，以不致引起立法當時之過度反彈。此外，對於事業結合之許可，依法可附加條件及負擔（第四十條第三項）。

整個結合案在官方之審理程序，修改之處不多，基本上仍維持兩個階段的審查過程，在第一階段，最長於一個月內，官署應將明顯不觸法或不合本法門檻規定之結合案（Unbedenkliche Fälle）發回（Freigabe-Mitteilung）<sup>31</sup>，其他情形聯邦卡特爾署應於一個月內告知參與結合事業其結合案已進入主要審查程序（Hauptprüfverfahren），主要審查程序原則上須自事業於官署處登記其結合計畫案後四個月內完成。新法第六十一條第一項規定主要審查程序之結果，不論係准許之決定（Freigabe-Entscheidung）或駁回結合，均係行政處分形式，官署須於處分中具有明理由（Begründungspflicht）<sup>32</sup>，並有將准許或駁回之處分公告之義務（第四十三條第一項第二款）。

新法為保障第三者受結合案影響之權益，於第六十三條第二項、第三項及第五十四條第二項第三款新增規定，如第三者已身之權益將受官署准許結合處分之影響時，得申請加入「主要審查程序」，並對審查之結果得向法院提出異議以撤銷該處分，是為第三人之異議權（Drittklagebefugnis）。此制度之立意雖佳，但亦有學者質疑，法律規定第三人異議權之要件頗嚴，使得欲參與結合之事業有許多機會可阻止第三人知悉本案之進行，或是企圖盡可能在第一個審查階段即獲得官署之發回通知而使第三人根本無異議之可能，因為依照新法規定，如聯邦卡特爾署在第一個審查階段即認為系爭結合案之進行，對市場競爭秩序並無重要影響而為發回（Fre-

<sup>30</sup> Vgl. Bechtold u. Ubling, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1997-1999, NJW1999, S. 352 9 ff.

<sup>31</sup> 此時之發回決定，在德國法，並非形式上之行政行為，也不須附理由，但在歐體法則不然，依照歐體結合監督規則第六條及第八條之規定，即使在第一審查階段，其結果也是以行政處分方式為之（Freigabe-Entscheidung）。

<sup>32</sup> 舊法規定卡特爾官署僅於駁回時始須附理由，准許結合之決定則並非行政處分，也不須附理由。

igabe) 即准予結合之裁示時，第三人在本階段並不享有異議權<sup>33</sup>，易言之，聯邦卡特爾署得自行裁量決定是否進行主要審查程序，此部分依目前法律並不受法院之監督<sup>34</sup>，因此如官署之決定為不進行第二階段審查，僅為第一階段之審查時，第三人之異議權即無用武之地。因此本條款最終應如何落實以維持立法者之美意，仍有待考驗<sup>35</sup>。另一方面為平衡參與結合事業之利益，基本上第三人之異議並無延宕結合案進行之作用，至於第三人之異議實際上有無理由，仍係回到本法第三十六條第一項之要件判斷之。

#### 4. 政府採購

將政府採購規範由預算法 (Haushaltsrecht) 中移到營業競爭限制防止法中，同時也將審查採購之權限轉移到聯邦卡特爾署，在這次修法當初是相當有爭議的，然立法者最終仍決定將政府採購事宜列為營業競爭限制防止法第四章第九十七至第一百二十九條之規定，並訂其標題為「公務發包」。第一節規定了發包程序之總則及定義規定，第二節則詳盡規定了多層級的發包審查程序，第三節包含了授權基礎，以便授權相關機關制頒法規命令以進一步規範許多細節。新法較舊法決定性的更新處則在於賦予廠商直接對抗發包程序之請求權 (Anspruch)。

依照採購法之規定，公務發包人應本競爭之精神，依公開之發包程序辦理物之採購、工程營造及勞務之提供 (第九十七條第一項)，除本法明文規定或許可外，不得對參與廠商有差別待遇 (第九十七條第二項)。為中小企業利益之適當考量，應先就公務之專業性與可分性，為專業發包與分包 (第九十七條第三項)。發包應向專業、有履約能力、且可信賴之廠商為之。其他對承包人之特別資格要求，須有聯邦法律或邦法之明文規定，方得加以限制 (第九十七條第四項)<sup>36</sup>。本法第一節尚繼續對公務發包人 (第九十八條)、採購工程 (第九十九條)、本法之適用僅限於已達或超出門檻價額之採購案 (第一〇〇條)、以及採購之類型 (公開、不公開和協商程序) (第一〇一條)、決標本於最有利之條件為之 (第九十七條第五項)

<sup>33</sup> Vgl. KG Beschlußv. 24.8.1999, "Tobaccoland", WuW 12/1999, S.1216.

<sup>34</sup> Laufkötter, Die Rolle des Dritten im neuen Recht der Zusammenschlußkontrolle, WuW 7u.8.1999, S.671.

<sup>35</sup> Vgl. Kahlenberg, S.1599.

<sup>36</sup> 相關之中譯文可參閱公平會譯，德國營業競爭限制防止法，八十八年五月。

等為規定。在第一百零二條至第一百二十四條營業競爭限制防止法規定的審查程序是新的設計，由於程序可使第九十七條第七項之原則獲得實踐，亦即使投標廠商本身即享有得請求發包機關遵守發包程序規定之權利，此原則之適用有一未明文規定之前提，即被牴觸規範之規範目的，須正好是在保護參與採購之廠商。至於公務發包負責審核機關，則是在聯邦及邦卡特爾署下設置之「採購局」<sup>37</sup>。

---

<sup>37</sup> 關於德國營業競爭限制防止法中政府採購規範之詳細論述可另參閱Ulrich Bälz著，劉華美譯，「德國營業競爭限制防止法有關政府採購規範之發展」。近期刊載於公平交易季刊。

## 參考文獻

公平交易委員會編，德國營業競爭限制防止法，（1999）。

黃茂榮，公平交易法理論與實務，187-189（1993）。

劉華美譯（Ulrich Bälz 著），德國營業競爭限制防止法中有關政府採購規範之發展（1999）。

ABl. 1998 Nr. C6615.

Baums, GWB-Novelle und Kartellverbot, ZIP 6/98, 233 ff.

Bechtold u. Ubling, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1997-1999, NJW 1999, 3529 ff.

Begr, RegE., BR-Drucks. 4/8/98, 31 ff.

BGHE 88, 273 = NJW 1984, 2886 "Springer/Elbe Wochemblatte II".

Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl. 1999, 281ff., 479ff.

KG Beschluß v. 24.8.1999, "TobaccoLand" = WuW 12/1999, S.1216.

Kahlenberg, Novelliertes deutsches Kartellrecht, BB 31/98, 1594 ff.

Lukes, Betriebs-Berater 1998, 1217 ff..

Laufkötter, Die Rolle des Dritten im neuen Recht der Zusammenschlußkontrolle, WuW 7u.8/1999, 671 ff.

Stockmann, Kurt, Principles of German competition law under the 6<sup>th</sup> Act to Amend the Act against Restraints of Competition, International Congress for Competition Law Taipeh 2000.

WuW/E BGH 486, 491, "Spar".

**Act against Restraints of Competition in Germany ( 6<sup>th</sup> revised version )****Liu Hwa-Meei**

The German Act against Restraints of Competition (ARC) of 1957 came into force on 1 January 1958, which is the most important legislation about the regulation of market in Germany. Since the ARC came into force it has undergone six amendments, the most recent being the 6th Act to Amend the Act against Restraints of Competition of 26 August 1998. The 6th Act to Amend the ARC has revised the order of many Sections. The prohibition of cartels in Section 1 is restricted by numero, for example by the "other cartels" in Section 7. The ARC prohibits the abuse of a dominant position, for example the refusal to allow another undertaking access to "essential facilities" in Section 19(4)4. The concept of abuse involves abuse in the form of hindrance. The 6th Act to Amend the ARC illustrated the concept of abuse with specific examples under Section 19(4)1. The application for exceptions to the prohibitions of cartels for certain sectors of the economy (agriculture, the credit, insurance industry, copyright collecting societies and sports) is restricted. Concentration of enterprises must be notified to the cartel authority before they are put into effect (if the last business year the participating enterprises had combined turnovers of more than DM 1,000 million). The most recent amendment introduced a system of legal protection in the award of public contracts.

