

歐美研究，第二十四卷第一期（民國八十三年三月），49-86  
©中央研究院歐美研究所

## 德國競爭法中與公平交易法第十九條 相關規定之研究

劉孔中

### 壹、杯葛(Boykott)<sup>1</sup>

杯葛係一種針對特定對象的有組織的阻絕行爲，以共同斷絕與該對象之關係或不與之建立關係為目的；若用在營業之競爭範圍，則因為與效能競爭之原則相違背，故對於被杯葛之事業而言，係一種不公平競爭之行爲，而對於競爭機制而言，亦是一種限制競爭之行爲。執是之故，德國法對於杯葛行為採取禁止之立場。本部份首先在於研究前題問題，即杯葛與言論自由之關係，其次研究不正競爭防止法可規範杯葛之規定，最後研究德國限制競爭防止法對杯葛之規定。

#### 一、杯葛與言論自由

德國基本法第五條第一項保障言論自由及新聞自由(Meinungs-

---

作者現任職於中央研究院中山人文社會科學研究所

<sup>1</sup> 愛爾蘭佃農於1880年受到愛爾蘭土地協會之促使，斷絕與居住在愛爾蘭之英格蘭地主 Charles Cunningham Boycott 之關係，此即「杯葛」一字之由來，參閱 Baum-bach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht* (17. Aufl., 1992), Sec. 1, Rdnr. 277。

und Pressefreiheit)，同條第二項復規定言論自由及新聞自由係以一般法律為其界線，而不正競爭防止法及限制競爭防止法正是此種一般法律；但是不正競爭防止法及限制競爭防止法並不是可以任意限制言論自由及新聞自由，而又必須受到後者在自由民主國家之功能的限制，<sup>2</sup> 換言之，必須就言論自由及新聞自由與不正競爭防止法及限制競爭防止法所追求之效能競爭做法益衡量(Güterabwägung)。德國憲法法院及聯邦最高法院長久以來的見解認為，言論表達之目的若不是為本身之經濟利益，而是出於對公眾政治、經濟、社會或文化利害之關懷、為了塑造公共意見，則其呼籲應受基本法第五條第一項之保障——縱使私人的（特別是經濟的）利益會受到影響，但是在追求公益目標之同時，對相對人之影響亦不得逾越依當時情況所必要而且適當的範圍。<sup>3</sup> 在此必須注意的是，發起人若要援引其言論自由，必須僅得使用不會影響被發起人自由決定之說服工具，而不可使用經濟的壓力。<sup>4</sup>

## 二、不正競爭防止法可規範杯葛之規定<sup>5</sup>

德國不正競爭防止法雖然沒有明文直接規範杯葛之行為，但是學說及實務一向以其第一條（「出於競爭目的，而於營業交易中從事背於善良風俗之行為者，得向其請求不作為及賠償損害」）處遇之。<sup>6</sup> 杯葛之所以被認為是違反善良風俗之競爭行為，係因為其

<sup>2</sup> 此即基本權利與一般法律間所謂的「交互作用」(Wechselwirkung)，參閱 Jarass/Pieroth, *Grundgesetz* (2. Aufl., 1992), Art.5 Rn. 47。

<sup>3</sup> BVerfGE 7, 198/212ff.; BGH GRUR 1980, 242, 243.

<sup>4</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 284; Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 26, Rdnr. 42.

<sup>5</sup> 中文文獻對此部份之研究可參照吳綺雲之著作〈收錄於公平會八十二年度委託研究計劃六〈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〉，第104頁至第107頁）。

<sup>6</sup> 德國帝國法院時期對杯葛之行為較為寬容，認為杯葛必須具備下列要件，始構成違反善良風俗之競爭行為：(1)須出於帶有目的及效果之公開的杯葛聲明；(2)杯葛聲明並未包含事實或包含煽動之內容；(3)杯葛發起人之手段與被杯葛人之行為方式不成比例(RGZ140, 423/431)。此種見解於戰後即被聯邦最高法院所放棄。

不在於直接提升自己之效能，而是以阻礙其競爭對手為目的，使其難以或無法在市場上公平競爭。<sup>7</sup>杯葛除了必須將被杯葛人排除於通常交易之外，<sup>8</sup>尚必須具備下列三項要件：

### (一) 杯葛發起人與被杯葛人間必須具備競爭關係

這是從不正競爭防止法第一條之文字即可得出之結論，亦是本法條與後述之限制競爭防止法第二十六條之主要差異。<sup>9</sup>

### (二) 必須有三方當事人之參與

杯葛必須要由杯葛發起人(Boykottierer, Verrufer)向杯葛被發起人(Boykottadressat, Ausführer, Sperrer)提出針對被杯葛人(Boykottierter, Verrufener)之杯葛呼籲(Aufforderung zum Boykott)，因此必須有三方當事人之參與。反之，若欠缺三方當事人，則不構成杯葛，例如未受到他人之促使而自行斷絕與競爭對手之關係並非杯葛，而可能構成差別待遇。<sup>10</sup>又例如若杯葛發起人與杯葛被發起人為同一人或構成經濟上的單一體（例如關係企業），則由於杯葛被發起人因為與杯葛發起人同一（而沒有獨立決定之自由），致欠缺三方當事人，故亦無杯葛可言。<sup>11</sup>

### (三) 杯葛發起人之呼籲須足以影響杯葛被發起人之決定

杯葛發起人之呼籲必須足以影響杯葛被發起人之決定，發起人對被發起人影響力（或是出於權威、既有之業務關係或其在競爭中之一般地位）越大，則越能肯定其足以影響被發起人之決定。呼籲之內容越明確，亦同。反之，若只是一般性的建議或意見表達，

<sup>7</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 283.

<sup>8</sup> Rittner, *Wettbewerbs-und Kartellrecht* (4. Aufl., 1993), S. 51.

<sup>9</sup> v. Gamm, *Kartellrecht* (2. Aufl., 1990), Sec. 26, Rdnr. 8, Gaul/Bartenbach, *Handbuch des gewerblichen Rechtsschutzes* (4. Aufl., 1992), M111.

<sup>10</sup> Kehl, *Wettbewerbsrecht* (1990), S. 136.

<sup>11</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 279; Kehl, *Wettbewerbsrecht*, S. 137.

則較不足以影響被發起人之決定。<sup>12</sup>

### 三、限制競爭防止法對杯葛之規定

#### (一) 第二十六條第一項及其與第十八條之關係

德國立法者當初基於「促使斷絕供給或購買之行為，原則上是利用市場力量」，「違反限制競爭防止法所依循之效能競爭原則」，而於一九五七年制定限制競爭防止法時，禁止杯葛之行為。時至今日，該法禁止杯葛之規定為第二十六條第一項：「企業或企業團體不得出於不當損害特定企業之意圖，而呼籲他企業或企業團體與其斷絕供給或斷絕購買」。<sup>13</sup> 必須指出的是，雖然該法第十八條原則上允許企業間以排他約定及銷售約定(Ausschliesslichkeits- und Vertriebsbindungen)限制契約相對人不得向他企業供給或購買（第一項第二、三款），<sup>14</sup> 而將此種約定置於卡特爾廳的濫用監督之下（卡特爾廳得將該約定宣告為無效），但是此條規定並非第二十六條第一項之特別規定，而當然排除後者之適用，<sup>15</sup> 只不過排他及銷售約定，原則上不構成後者所規定之「不當損害」，只有在(1)其主要目的在於杯葛，(2)此項約定因為其他法律規定而無效，以及(3)在個案中經過廣泛之利益衡量後發現，此項約定不當損害特定

<sup>12</sup> Kehl, S. 135-136.

<sup>13</sup> 本項規定經過數次修改，其中以下二次之修改最為重要：(1)一九七三年第二次修正：以「呼籲」(auffordern)取代「促使」(veranlassen)，蓋杯葛之可非難性就在於發起人之行為本身，故即使未產生實際效果之杯葛呼籲亦應加以禁止；此外，可使卡特爾廳無庸再證明呼籲與實際斷絕間之因果關係；(2)一九八〇年第四次修正：以「事業」取代「競爭者」，使得杯葛發起人與被杯葛人之間無庸具備競爭關係（以上參閱Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 1, Rdnr. 6）。

<sup>14</sup> 依據第十八條第一項第二款之規定，排他約定係指企業間就商品或服務所締結之「限制契約一造不得向第三人購買或讓與其他商品或服務」之契約。依據同條項第三款之規定，經營約定係指企業間就商品或服務所締結之「限制契約一造不得將其供給之商品讓與第三人」之契約。

<sup>15</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 288.

之第三人時，才受到第二十六條第一項之規範。<sup>16</sup>

## （二）第二十六條第一項之構成要件

除了前述（一）、（二）、（三）之構成要件之外，限制競爭防止法第二十六條第一項之構成要件尚包括：

### 1. 斷絕供給或購買

斷絕係指將事業自交易中排除——不論暫時或長期排除。至於被杯葛人是否有其他的購買或交易途徑，並非所問。第二十六條第一項之禁令並非規定結果犯，而是禁止事業出於不當損害被杯葛人經濟上發展自由之意圖，而影響被發起人之意思決定。<sup>17</sup>

此外，所斷絕之交易並不限於被杯葛人通常可從事之交易（此點與不正競爭防止法第一條之要求不同），蓋第二十六條第一項之規範意旨在於維持進入市場之開放性，使企業之一切現有的或潛在的交易關係不受杯葛呼籲之限制。<sup>18</sup>

### 2. 不當之損害

斷絕供給或購買對被斷絕人而言，原則上均會損害其營業交易——縱使其仍有其他之交易途徑，但是杯葛必須造成不當之損害，才是第二十六條第一項所禁止之行為。而所謂「不當」，必須是欠缺法律上正當的或客觀的理由，在此即須以利益衡量加以認定，換言之，須考量當事人之個別利益及維持競爭自由之公衆利益，作出整體之觀察與判斷。若斷絕係出於防衛正當利益、迫使被杯葛人履行其契約義務或維護正當的市場運作，並且已儘最大可能維護被斷絕人之利益（亦即未採取不必要的損害行為），則應不

---

<sup>16</sup> Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 1, Rdnr. 43.

<sup>17</sup> Löwenheim in Löwenheim/Belke, GWB (1981), Sec. 26, Rdnr. 11; v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 26, Rdnr. 16.

<sup>18</sup> Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 1, Rdnr. 23.

構成不當之損害。<sup>19</sup>

### 3. 具有不當損害之意圖

杯葛發起人必須具有不當損害特定事業（杯葛被發起人必須得以充分辨別該事業）之主觀意圖。此項意圖因為追求特定結果——即不當損害特定事業——所以必須是直接故意(*dolus directus*)始足當之，間接故意(*dolus eventualis*)猶為不足。詳言之，杯葛發起人必須明知其行為構成不當之損害而仍然有意使其發生，始符合主觀構成要件之要求。<sup>20</sup>

## 貳、不當之差別待遇(*unterschiedliche Behandlung*)

所謂差別待遇，一般係指對相同之對象給予不同之待遇，在以私法自治主導的德國市場經濟秩序中，事業原則上得對其現有或潛在顧客為不同之待遇，蓋競爭的本質無寧是區別待之(*Differenzierung*)而非平等待之(*Gleichbehandlung*)，<sup>21</sup>亦即有區別才有競爭之餘地。因此德國法只有在例外情形才禁止不當之差別待遇。本部份首先研究差別待遇在德國不正競爭防止法之評價，其次分析德國限制競爭防止法對差別待遇之規範。

### 一、差別待遇在不正競爭防止法之評價

除其他特別法律規定（例如對於最終消費者之折扣行為，受到折扣法之特別規定）或當事人間另有契約約定（例如價格或經營約定）之外，原則上，任何競爭者均得自由決定其契約之內容，因此若單純只是在價格上為差別待遇，並不當然符合不正競爭防止法第一條之規定，尚必須有其他特別嚴重的附帶情況發生(besondere

<sup>19</sup> v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 26, Rdnr. 17, 40.

<sup>20</sup> Carlhoff in *Frankfurter Kommentar* (1991), Sec. 26 GWB Tz. 65-67.

<sup>21</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 302。

erschwerende Begleitumstände)，才構成違反善良風俗之反競爭行為，<sup>22</sup> 例如以特別的安排使其買受人對其價格之形成遭到欺罔，或欺罔其競爭對手其會遵守一定之價格，但卻暗中對其顧客降價。<sup>23</sup>

## 二、限制競爭防止法對差別待遇之規範

雖然在制定限制競爭防止法之時，曾有國會議員建議一般性地禁止差別待遇，但是為了避免過度限制競爭（特別是價格競爭），該法只課予具有強大市場力量之事業不得對其他事業（不包括消費者）不當差別待遇之義務。依據該法第二十六條第二項之規定，支配市場之事業、法定許可之卡特爾、依法得約束價格之事業及相對強大之事業，「不得直接或間接不當阻礙他事業進行同種類事業通常可從事之交易，或無客觀上正當理由而直接或間接對他事業為與對同種類事業不同之待遇」。本項規定是德國限制競爭防止法實務上，控制市場力量強大之事業的行為最重要的一部份，此由一九九〇年一年中德國聯邦最高法院依據該項規定作成之判決將近一百件，可見一斑。<sup>24</sup> 就本條項規定之結構而言，應可分為三部份加以研究：（一）規範之行為主體；（二）同種類事業通常可從事之交易；以及（三）規範之行為。

### （一）規範之行為主體

#### 1. 支配市場之事業(*marktbeherrschende Unternehmen*)

依據德國限制競爭防止法第二十二條第一項之規定，支配市場的事業是指沒有其他任何競爭對手、沒有面臨實質競爭的事業，或者較其競爭對手具有優勢的市場地位的事業。事業若在相關市場是唯一的供應者或需求者，即是沒有競爭對手；事業若在從事經濟

<sup>22</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht* (5. Aufl., 1987), S. 579-580.

<sup>23</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 305, 267.

<sup>24</sup> Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 1, Rdnr. 52.

活動時，具有充分的行動空間，無庸特別考慮其競爭對手、買受人或供應商之反應，則是沒有面臨實質的競爭；事業雖然不具備前述二種之市場地位，但是若比其競爭對手具有優勢的市場地位，仍然是具有足以影響市場競爭之強大力量，故同法第二十六條第二項第一句亦將其納入規範之對象。<sup>25</sup>

## 2. 法定許可之卡特爾(freigestellte Kartelle)

德國限制競爭防止法第一條原則禁止限制競爭之聯合行為（即卡特爾），但是同時亦設有不少例外規定，而在一定限制下允許條件卡特爾、折扣卡特爾、結構不景氣卡特爾、合理化卡特爾、專業化卡特爾、中小企業合作卡特爾、中小企業採購卡特爾、輸出卡特爾、輸入卡特爾、緊急卡特爾、農業及林業生產卡特爾、金融及保險卡特爾、著作權使用卡特爾及民生供養卡特爾。本法第二十六條第二項之規定係針對此種聯合，故卡特爾之個別組成事業只有其行為仍在卡特爾共同規劃的範圍之內，才可能受到本條項之規範（當然若該個別事業係前述之支配市場的事業，仍然有本條項之適用）。本條項之所以規範此種法定許可之卡特爾，無非係假設卡特爾各組成事業間之聯合本身已足以明顯影響市場，至於卡特爾是否確實擁有特殊的市場力量，是在判斷其行為是否為不當或欠缺客觀上正當理由時，才加以考量之因素。<sup>26</sup>

## 3. 依法得約束價格之事業

依據現行限制競爭防止法之規定，得約束其產品轉售價格之事業只剩下：出版事業（第十六條）、種子生產事業（第一〇〇條第三項）以及民生供養事業（第一〇三條第一項第三款）。由於該

<sup>25</sup> 關於德國限制競爭防止法上「支配市場之事業」之研究，請參閱劉孔中著《獨占事業禁止行為之探討》（第二十八頁至第三十三頁），公平會八十二年度委託研究計畫八。

<sup>26</sup> Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 1, Rdnr. 82-84.

等企業具有特別的市場力量，所以該法第二十六條第二項加以規範。但僅規定該等事業就經約束價格之產品（即出版品、種子及水電瓦斯），不得在任何銷售階段，從事不當的阻礙或無客觀正當理由的差別待遇。<sup>27</sup>

#### 4. 相對強大的事業(*relativ marktstarke Unternehmen*)

事業或事業團體對於依賴其以致無充分期待之可能性可轉向其他事業之中小企業而言，可謂是相對強大的事業，為防止此等事業濫用其市場力量限制中小企業之營業自由、或破壞市場之運作，限制競爭防止法第二十六條第二項第二句遂將此種事業之阻礙及差別待遇行爲納入控制。於認定系爭中小企業是否依賴某其他事業時，須考慮：(1) 系爭中小企業在特定相關（即其具體從事或即將從事競爭行爲之）市場之競爭力，而非其一般的市場競爭力；(2) 該其他事業之產品在市場上之效力及聲譽，依此可判斷系爭中小企業有無轉向他事業之可能。至於在該相關市場是否有實質的競爭，或該其他事業有多少競爭對手，並非重點；(3) 系爭中小企業在具體個案中與該其他事業之主觀、個別關係，以及其他同種類中小企業與該其他事業在客觀上的一般關係。<sup>28</sup>

目前德國學說及實務共發展出四種依賴的類型，值得吾人注意：

##### 1. 因為經營名牌商品而產生之依賴(*Abhängigkeit*)

經銷商為了維持其競爭能力，必須在其經營項目中銷售一定之名牌商品，因而對該產品之製造商形成依賴，此種依賴之成因主要有二種：某名牌商品在特定相關市場擁有其他商品無可取代的頂尖地位（所謂頂尖地位之依賴，*Spitzenstellungsabhängigkeit*），或是系爭名牌商品雖然有其他同屬於頂尖範圍之同種類產品可以代

<sup>27</sup> v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 26, Rdnr. 26.

<sup>28</sup> v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 26, Rdnr. 27, 28.

替，但是卻在事實上無法以有競爭力的條件購得（所謂頂尖範圍之依賴，Spitzengruppenabhängigkeit），前者可稱為絕對依賴，後者則可稱為相對依賴。<sup>29</sup>

## 2. 因長期契約關係而產生之依賴(unternehmensbedingte Abhängigkeit)

某特定商品或服務之供應商或購買商在其與他事業的長期契約關係中，與其發展出密切配合之合作關係，以致於若轉向其他事業，必定遭受重大的競爭損失者，則構成一種依賴關係。<sup>30</sup> 例如一銷售事業在與特定產品製造事業有長期密切之供給關係，以致被其顧客認為此二者為同一家事業，此時銷售事業若轉而銷售其他事業之產品，其在顧客中之知名度及業界中銷售管道，極容易付諸流水。

## 3. 因產品而產生之依賴(produktbedingte Abhängigkeit)

在事業供需之間對於市場上少有之產品極容易產生依賴關係，例如原來生產就不多的健康食物(Reformwaren)，或因為未能預料的突發事件（例如罷工、禁運等）而發生缺貨現象之產品。<sup>31</sup>

## 4. 因需求面而引起之依賴(nachfragebedingte Abhängigkeit)

以上所述三種依賴之類型，均係對產品供應商之依賴；反之，產品供應商亦可能因為欠缺充分轉向其他購買者之可能性，而對現有之購買者產生依賴。此種類型之依賴，於一九八〇年第四次修正時獲得立法者之重視，而被加入第二十六條第二項第三句：「特定產品或勞務之供給者，對於某一需求者，除給予交易慣常之價格折扣或其他報酬，更經常給予其他同類需求者未獲得之特別優惠

<sup>29</sup> v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 26, Rdnr. 30; Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 26, Rdnr. 115.

<sup>30</sup> Ebel, *Kartellrechtskommentar* (1993), Sec. 26, Rz. 54; Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 26, Rdnr. 124.

<sup>31</sup> Ebel, Sec. 26, Rz. 55; Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 26, Rdnr. 128, 129.

者，即被推定依賴該需求者。」

## （二）同種類事業通常可從事之交易

「同種類事業」此項要件，主要在於排除與從事差別待遇之事業在客觀上毫無業務交易之事業；通說對此要件採取寬鬆之解釋，而以事業在競爭過程中的經濟功能做為認定「同種類」之依據，例如就其向零售商（或營業性消費者）轉售之經濟功能而言，各種型態的批發商均屬於同種類之事業。<sup>32</sup> 至於「通常可從事之交易」，通說採取「客觀說」認定之，即必須就系爭交易市場之一般情況作整體判斷，而不是依據系爭之規範的行為主體之特殊情形。<sup>33</sup>

## （三）規範之行為

德國限制競爭防止法第二十六條第二項第一句所禁止的行為是：不當阻礙(unbillige Behinderung)以及無客觀上正當理由之不同待遇。此二種禁止規範在文字上雖有不同而構成互相代替之關係（「阻礙」與「不同待遇」，「不當」與「無客觀上正當理由」），但是在運用實務上卻密切結合，因為其行為要件大部份重疊，並且復適用單一的評價標準；因此，通說認為此二種禁止規範構成一個禁止廣義「歧視」(Diskriminierung)行為之規範，<sup>34</sup> 在其中既無庸（因為二者之法律效果相同）區別—亦不可能區別—不當阻礙及無客觀上正當理由之不同待遇。<sup>35</sup> 但不可忽略的是，在舉證責任的分配上，二者是有不同。詳言之，被阻礙之事業應該證明該阻礙之不正當性，而為差別待遇之事業必須證明其行為是有客觀上正當理由。<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Rittner, S. 387-388.

<sup>33</sup> Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 26, Rdnr. 174.

<sup>34</sup> Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 26, Rdnr. 181.

<sup>35</sup> Markert, *Diskriminierung und Behinderung in der kartellrechtlichen Praxis* (3. Aufl., 1989), S. 29.

<sup>36</sup> Ebel, Sec. 26, Rz. 68, 69; Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 26, Rdnr. 306.

德国學說及實務之通說均認為，應該價值中立地解釋阻礙及不同待遇，然後再以統一的價值判斷及利益衡量認定該行為是否為「不當」或「無客觀上正當理由」。因此在第一個階段從事單純之事實判斷：阻礙指的是任何一種影響其他事業在競爭中之活動空間的行為，而不同待遇是指事業在與他事業維持交易關係之同時，拒絕與其他同種類事業締結或維持類似之關係；而在第二個階段才進行價值判斷：系爭行為是否為不當或無客觀上正當理由，必須衡量當事人之利益及本法確保競爭自由之基本目的。<sup>37</sup> 另外，德國實務認為，只有對同種類事業所為之差別待遇，才受到第二十六條第二項之禁止，而對不同事業給予相同待遇，則不在禁止之列。<sup>38</sup>

### 叁、獵捕競爭者之交易相對人

誠如我國公平交易法第四條之規定所言，事業應該以較有利之價格、數量、品質、服務等條件，爭取交易之機會之行為。若事業不以此種正當手段，而以脅迫、利誘等不正當方法爭取顧客，顯然牴觸效能競爭之本質。德國主要是依據不正競爭防止法第一條、第七條、贈品法及折扣法，一般性地規範此種不正競爭之行為；除此之外，對於特定事業——支配市場之事業及力量強大之事業——之此種不正競爭行為，德國限制競爭法第二十二條以「禁止濫用支配市場地位」規範之，同法第二十六條第二項以「禁止不當阻礙及差別待遇」規範之。本文之研究以不正競爭防止法第一條、第七條及贈品法與折扣法為限，蓋以其適用於一般事業，適用範圍具有普通性之故。不正競爭防止法第一條所禁止之獵捕顧客的類型主要有欺罔、強制、騷擾、利誘、情感及信賴之利用、無經驗之利用以及以

<sup>37</sup> Hdb. WettbewerbsR/Lutz (1986), Sec. 39, Rdnr. 48, 49, 66, 67; Markert in Immenga/Mestmäcker, Sec. 26, Rdnr. 183, 195, 196.

<sup>38</sup> BGHZ 65, 284, 291.

外行人廣告等七大項。由於公平交易委員會曾委託筆者等就此部份做過研究（請參閱註5），為避免重覆，本文在此僅針對強制及利誘補充前次研究之不足，其餘請參照前次研究（第五十四頁至九十七頁）。

## 一、強制

效能競爭下之顧客應該在相互競爭的產品間，依據其需要及產品之價格與品質做理性而自由之選擇。但是事業若以物理或心理之強制手段，迫使顧客如其所願地締結交易契約，當然是應該非難的不正競爭行為。物理的強制手段一直接使用暴力——在實務上較為少見，其不正當性亦顯而易見，故不贅述。以下之研究即集中在心理的強制行為：

### （一）恐嚇

事業不論是否出於正當理由，若以人身的、職業的或經濟上的惡害恐嚇交易相對人，使其無法自由理性判斷，而在出於對此等惡害之恐懼的情況下被迫締結契約，當然是違反競爭的原則。<sup>39</sup>

### （二）運用權威的壓力

事業若使用因為其地位、職務或聲望而享有權威之人士為其直接或間接行銷，以致其行為相對人出於對此等權威之信賴或畏懼，而在無法依據價格及品質做理性判斷的情形下被迫締結契約，自然是不正當的競爭行為。<sup>40</sup>此外，國家運用其高權之地位及影響力介入國營事業與民間事業之競爭，亦屬一種可議的運用權威壓力的行為。<sup>41</sup>反之，權威人士若基於其本身專業之檢定而客觀推薦某一產品，尚難謂對相對人造成壓力，而限制其決定之自由。

---

<sup>39</sup> Kehl, S. 108; Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 47.

<sup>40</sup> Kehl, S. 108; Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 48.

<sup>41</sup> Emmerich, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs* (3. Aufl., 1990), S. 165.

### (三) 心理上的購買強制(Psychologischer Kaufzwang)

前述二種強制型態多少帶有一定之惡害威脅，但是以不客觀的手段影響意思決定，亦可達到強制的效果；此種心理上的購買強制的反競爭性在於：以交易客體以外之手段、情況及效果影響相對人之意思決定，使其至少基於禮教不得不接受該交易客體，而不是基於該客體之特色、品質或價格之競爭力。<sup>42</sup> 常見的心理上的購買強制有：

#### 1. 道德的強制

事業之銷售手段若客觀上脫離產品本身，而訴諸交易相對人之道德（包括同情心、社會責任、環保意識、宗教信仰、同情情感），致相對人陷於一種「不買即有違道德」的被強制的心理狀態，則是一種不當之競爭行為。德國聯邦最高法院即曾禁止玩具製造商於舉辦促銷其產品的幼稚園繪畫比賽時，迫使父母親為避免被批評為缺乏助人意願（因為幼稚園可因此得到捐贈）而讓其子女參加比賽，否則該等父母親會被強制協助該製造商，因為其子女在比賽過程中必須接觸該製造商之玩具，所以會引發其子女促其購買之慾望。<sup>43</sup> 另外，免費贈送商品之行為，亦可間接形成道德強制，即相對人因而出於感謝而覺得有購買其他商品之義務，或覺得若什麼都不買，會有虧禮教或感到尷尬。<sup>44</sup>

#### 2. 心理突襲(Überrumpelung)

顧客從事交易行為時，本來應該理性平和、深思熟慮，才能做出對其最有利之決定。若事業利用顧客因為受到外在的突然刺激（例如發生事故、處於受驚嚇或意識受阻礙之狀態等）而無法仔細思考之情況，或事業刻意製造意外，使顧客猝然不及反應，而迫使

<sup>42</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 459.

<sup>43</sup> BGH, GRUR 79, 157/158.

<sup>44</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, Rdnr. 55; v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 464.

其與之交易，即是剝奪顧客決定自由之反競爭行為，例如未經請求而直接在交通事故現場促使事故當事人委託其拖吊、修理，或向其租車之行為；又例如在廣告中歡迎顧客向其索取目錄或其他資料，但隨即派代理人到顧客家中推銷產品之行為（此時顧客受到突襲，無法自由決定是否讓該代理人進入自己家中推銷）。<sup>45</sup>

### 3. 製造購買恐慌(Panikmache)

與前述心理突襲異曲同工的是，在顧客間製造購買恐慌，使顧客匆忙地做出未經思考之決定。若事業採取之手段僅是品味低俗或與特定競爭政策不合，尚有不足，必須其行為導致顧客在恐懼之下匆忙購買，始足當之，而此必須依據其行為之形式及方式判斷之。<sup>46</sup>

## 二、利誘

在事業採行的各種行銷及廣告之中，毫無疑問，「動之以利」的訴求，最能奏效。利誘之方式可大略分為直接給予利益(Wertreklaime)——或稱為賄賂顧客(Kundenbestechung)——以及營造氣氛與環境，使消費者覺得有利可圖，有便宜可以佔——即所謂舉辦特別促銷活動(Sonderveranstaltung)——二種。以下本文即分別針對此二種利誘方式論述之。

### (一) 直接給予利益

事業通常所期約或給予顧客之利益千變萬化，包括金錢（有價憑證）、降價（折扣、特價）、贈品、特殊的附帶給付（例如汽車修理廠免費提供車輛檢查）、其他的優惠（免費載運乘客），或中獎之機會（免費抽獎、有獎徵答）等。德國法上可用來規範直接給予利益之行為之法律主要有：贈品法、折扣法以及不正競爭防止法

<sup>45</sup> 參閱註41。

<sup>46</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 467; Kehl, S. 115.

第一條，不可不謂嚴格。

### 1. 贈品法(*Zugabeverordnung*)

直接給予利益之行為曾在一九二〇年代的德國泛濫，造成許多弊端；彼時雖然已有不正競爭防止法第一條可資適用，但在實際上，一方面由於很難認定事業就價格之形成與計算有引人錯誤之行為，另一方面由於當時帝國法院之立場過於寬鬆，以致於鮮能以該條規定對抗不當的直接給予利益之行為。在此種情況下，德國立法者首先就直接給予利益中之一種態樣—即贈品(*Zugabe*)—另外單獨立法，此即一九三二年贈品法之由來。贈品廣告不僅隱含了欺瞞價格的危險，而且可能損害其他的營業部門。此外，此種廣告將買受人的注意力引離產品之品質及價格，而導向贈品，以致買受人是為了享用贈品而購買該產品，凡此均是與效能競爭之本質扞格不入，故贈品法原則上禁止任何形式的贈品（第一條第一項），而僅列舉式地允許七項例外情形（即小額贈品、折扣、商業上習見的附帶給付、顧客雜誌、資訊及建議之提供及報紙雜誌事業為其訂戶保險）（同條第二項）。<sup>47</sup>

本法適用上最關鍵之處就是如何界定「贈品」，因為本法正是要規範直接給予利益中的此種特殊行為，然而立法者並未以立法定義加以界定。一般通說認為贈品須具備三個要件：必須是主要商品（或服務）之外的附隨商品（或服務），至於此二項商品（或服務）是否為同類產品（或服務），並非所問；其次，必須在有償購得主要商品（或服務）的情形下，才取得該項附隨商品（或服務）；以及並未對該附隨商品另行計價。<sup>48</sup>

### 2. 折扣法(*Rabattgesetz, Gesetz über Preisnachlässe*)

提供折扣亦是一種直接給予利益之行為，長久以來被事業用

<sup>47</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 1143, 1144.

<sup>48</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, *ZugabeVO*, Rdnr. 1.

於吸引顧客。德國立法者於一九三二年制定贈品法時，認為没有必要另外特別規範事業的折扣行為。但是由於贈品法並不禁止提供折扣，事業遂紛紛以提供折扣之方法迴避贈品法，不旋踵即達到不理性而且有害國民經濟的地步（據估計，受到折扣影響的零售額約達零售業全部銷售金額的三分之一），致使德國立法者隨即於一九九三年制定折扣法。<sup>49</sup> 然而隨著德國經濟的歐體化，解除管制(De-regulierung)之呼聲越來越高，<sup>50</sup> 再加上歐洲委員會對德國折扣法的指責，<sup>51</sup> 所以德國政府計劃廢止折扣法。<sup>52</sup>

簡單地說，折扣是一種減價行為，亦即顧客所支付之價格低於事業所要求之價格。其表現之型態或是直接在售價上直接折扣（金錢折扣，Geldrabatte），或是給予較多數量之商品（商品折扣），或是因為顧客支付現金（支付現金之折扣，Barzahlungsrabatte），或因為顧客忠實（忠實折扣，Treürabatte），或是因為顧客在銷售系統上之功能（功能折扣，Funktionsrabatte），或是出於特殊的原因（結束營業換季、產品不易保存等）。

提供折扣之行為本身並無可議之處，但銷售事業若濫用折扣行為，以經濟上不可能承受的減價行為吸引顧客，則實際上導致的結果，不是先將價格提高再打折，就是提供較差的產品（此即俗諺所謂「羊毛出在羊身上」），而使得交易相對人受到欺罔。故折扣法之立法目的在於：在排除濫用的情形下，將折扣行為限制在適當

<sup>49</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 1190; Baumbach/Hefermehl, Rabatt G, Rdnr. 5.

<sup>50</sup> 德國馬克—卜朗克外國及國際專利、著作權及競爭法研究所在其針對德國法務部一九九三年不正競爭防止法修正草案所提的意見書（見GRUR 1993 Heft 11, S. 880-884 (884)）中表示：折扣法無論從德國或歐體的法律及經濟政策來看，均不具備存在的理由，而且其對價格競爭之限制，亦無正當理由可言。

<sup>51</sup> 歐洲委員會認為折扣法第二條不當地限制價格競爭，見GRUR 1993, Heft 10, S. 805。

<sup>52</sup> 德國聯邦法務部一九九三年九月十五日關於修正不正競爭防止法之通知，見GRUR 1993, Heft 11, S. 877-880 (878)。

的範圍內，以保護消費者及事業之競爭對手。<sup>53</sup>

折扣法所規範之折扣是限於向最終消費者就其日常用品所提供之（第一條），而所謂日常用品，一般採取廣義之解釋，亦即在民衆生活中隨時都可能需要的一切用品，至於此種需要是否持續或間斷、是否普遍存在、是否價格昂貴或是否難得發生，均無關宏旨。<sup>54</sup>

折扣法只允許三種折扣：

- (1)支付現金之折扣，但不得超過價格之百分之三（第二條）；
- (2)數量折扣，但購買之數量及折扣之方式與範圍須符合交易之普遍慣行（第七條及第八條）；
- (3)特別折扣，限於對職業或營業上之使用人、承購大數量的消費者及工廠員工（第九條）。

除此之外，任何向最終消費者所提供之折扣，均不得為之。

### 3. 不正競爭防止法第一條

除了前述二種（贈品與折扣）行為之外，尚有許多直接給予顧客利益之手段，例如純粹無償的贈與、或直接贈與競爭商品以供試用（即所謂廣告贈品）、搭售（主要商品與其他附隨商品一併出售）、懸賞、猜獎、免費抽獎和摸彩等。此種行為並不當然違反競爭之本質，而必須審視其具體附隨狀況，方能認定是否可以依據不正競爭防止法第一條禁止。關於此部份筆者等已有研究報告（註5所引之著作），請自行參閱，茲不贅述。

#### （二）舉辦特別促銷活動

德國不正競爭防止法於一八九六年制定之初，並未就事業舉辦特別促銷活動之行為特別加以規範，因此事業只要在其價格告

---

<sup>53</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 1191; Baumbach/Hefermehl, Sec. 1, RabattG, Rdnr. 8.

<sup>54</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 849.

示及促銷原因上為真實表示（即無引人錯誤之行為），即可利用任何一個它認為有利的時機舉辦特別促銷活動，以吸引消費大眾。此種行銷手段隨即被業者大量使用，但卻造成弊端，因為事業必須不斷挖空心思推出較其他競爭對手更有吸引力的特別活動，銷售秩序因而不再受效能競爭原則之指引。德國立法者遂於一九〇九年在不正競爭防止法第七條規定，零售業不得在一般交易範圍之外，為促進貨物銷售，而舉辦或宣示將舉辦使消費者以為可以得到特別利益的銷售活動（第一項）。但是事業在其一般交易中提供沒有銷售期限限制之個別的商品做為特價品(Sonderangebot)之行為，並非特別銷售活動（第二項）。除此之外，事業得例外地舉行換季促銷活動（分別於一月及六月的最後一個星期一起進行十二個工作天），以及於從事同一行業起每二十五年，可舉辦周年慶促銷活動（第三項）。

本條適用上最關鍵之點在於認定銷售活動是否在「一般交易範圍之外」。德國通說判斷的二項基準是：業界慣行(Branchenübung)以及大眾對此經公告周知之銷售活動之印象；其實，此二項基準是互為表裏的。業界慣行係依據系爭行業中被視為一般及適當之交易行為界定之。若大眾的印象是認為銷售活動有異於普通交易之處（是一次性的、不會重覆的），則應該是超越了一般交易之範圍。當然業界之慣行及大眾之印象或觀念不是一成不變的，本條亦無意阻礙業界使用新的銷售手段，因此，某種銷售活動雖然尚非業界中所常見，但卻是目前業界慣行交易之理性及有益的進一步發展，則亦能被視為尚在一般交易範圍之內。<sup>55</sup>

## 肆、使他事業為限制競爭之行為

我國公平交易法第十九條第四款規定禁止事業「以脅迫、利誘

---

<sup>55</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht* S. 860-862; Baumbach/Hefermehl, Sec. 7, Rdnr. 7, 8, 9.

或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為」。德國法上與本款相當的規定為限制競爭防止法第廿五條第二項及第三項：

事業及事業團體，不得以恐嚇、施加不利益以及允諾或給予利益之方法，促使其他事業從事依據本法規定或依據卡特爾廳基於本法規定所作處分不得為契約約定之標的的行為（第二項）。

#### 事業及事業團體不得強制其他事業

1. 加入第二條至第八條、第廿九條、第九十九條第一項、第一〇〇條第一項及第七項、第一〇二條及第一〇三條所規定之契約或決議，或
2. 與其他事業從事第二十三條所規定之結合，或
3. 出於限制競爭之意圖，在市場上採取相同形式之行為（第三項），以下即分別探討之。

### 一、禁止以利誘或壓力工具從事不法的限制競爭行為

德國限制競爭防止法先於第一條禁止以契約或決議限制競爭，復於第二十五條第一項禁止非基於契約拘束之「協調一致之行為」(aufeinander abgestimmtes Verhalten)，最後再於第二十五條第二項禁止事業使用合意及協調以外之手段—即利誘與壓力—從事不法的限制競爭行為，以對抗各種不法限制競爭之手段。

第二十五條第二項之立法目的在於禁止事業以單方之行為限制其他事業之營業自由及競爭自由；而其構成要件可就客觀面及主觀面解析之：

#### (一) 客觀構成要件

事業必須有恐嚇、施加不利益或允諾、給予利益之行為。所謂不利益是指一切足以阻礙事業決定及發展之惡害，不論其是否為合法或非法、不論其為經濟上或人格上之不利益，例如職業團體法(standesrechtlich)之制裁、斷絕供貨(Liefersperre)、斷絕購買、減少購

買、拒絕建立交易關係等。而所謂利益則是指一切利於事業發展之好處，例如提供貸款、同意延期清償、折扣及補貼廣告等。<sup>56</sup>

## （二）主觀構成要件

上述之利誘及壓力手段必須針對特定目的，亦即促使相對事業從事不法的限制競爭之行爲。因此欠缺此種主觀（或稱「內在」）構成要件之利誘及壓力手段並不違反第廿五條第二項，除非採用利誘及壓力手段之事業為前述第二節所探討之支配市場事業或相對強大的事業，則其行爲應受到第二十六條第二項之規範。詳言之，行爲人必須具備「明知其所欲見發生之結果係不法的限制競爭之行爲，而仍然有意使其發生」之直接故意，至於該結果是否發生，可置而不論。<sup>57</sup>

## 二、禁止強制他事業從事合法的限制競爭行爲

第二十五條第三項禁止事業強制其他事業為「合法」的限制競爭行爲（即法定許可之卡特爾、參與結合、或意圖限制競爭而採取相同形式之行爲），其用意在於保護事業從事合法的限制競爭之自由意志。至於此處所禁止之強制，論其手段亦不外乎第二項所規定之恐嚇及施以不利益，以及允諾及給予利益，只不過其對相對人意思決定之影響程度要強（因為本項所非難的是其影響他人之行爲，而非該他人受影響後所從事之合法行爲），雖然無庸強到完全排除相對人之意思作用，但必須強到使相對人只剩下形式上的選擇，而所謂形式上的選擇是指，該相對人在斟酌所威脅或施加之不利益的嚴重程度之下，基於經濟理性的基本原則不會採取之選擇。<sup>58</sup>

第廿五條第三項只列舉規定三種合法的限制競爭之行爲，換

---

<sup>56</sup> *Frankfurter Kommentar*, Sec. 25, Tz. 46; v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 25, Rdnr. 12.

<sup>57</sup> Immenga in Immenga/Mestmäcker, Sec. 25, Rdnr. 73; *Frankfurter Kommentar*, Sec. 25, Tz. 56.

<sup>58</sup> Riesenkampf in Löwenheim/Belke, Sec. 25, Rdnr. 62,63; Ebel, Sec. 25, Rdnr. 9, 10.

言之，事業若強制其他事業為此三種行為以外之合法限制競爭之行為（例如依據第十六條就出版品為垂直價格約定等），則不受到第廿五條第三項之禁止。<sup>59</sup>

第廿五條第三項第一款規定之合法的限制競爭行為是，加入已依法定程序合法之卡特爾、暫時無效（因為尚在法定程序中）之卡特爾以及加入維持競爭規則之協議。

第廿五條第三項第二款規定之合法的限制競爭行為是參加結合。所謂結合，第廿三條第二項及第三項有詳盡之規定，但是對於事業對讓與持份之事業的強制行為是否有第廿五條第三項第二款規定之適用，學說上有爭議，其中一說認為，依據第廿三條第二項第二款之規定，讓與持份之事業若未保留其資本或表決權之百分之二十五，則在讓與持份與承受持份之事業間無結合可言，遂亦無第廿五條第三項第二款之適用；<sup>60</sup> 另一說則主張雖然依據第廿三條第二項第二款之文字規定，讓與持份之事業與承受事業間並無結合可言，但重要的是其立法目的而非文字。<sup>61</sup> 鑑於第廿五條第三項第二款之規定直到目前並未發揮任何實際功效，<sup>62</sup> 此項學理上之爭議就顯得並不重要。

第廿五條第三項第三款規定之合法的限制競爭行為是在市場上採取相同形式之行為(*gleich förmiges Verhalten*)。所謂相同形式之行為，德國學說認為應該以另一個事業可與之比較的行為為準，因此只有處於相同市場之競爭者才有可能從事相同形式之行為，故製造商與銷售商之行為原則上不可能形式相同。此外，相同形式之行為無庸一模一樣，例如甲乙二事業依據同一計劃，分別生產不同

<sup>59</sup> Riesenkampf in Löwenheim/Belke, Sec. 25, Rdnr. 65, Immenga in Immenga/Mestmäcker, Sec. 25, Rdnr. 100.

<sup>60</sup> Riesenkampf in Löwenheim/Belke, Sec. 25, Rdnr. 67.

<sup>61</sup> Immenga in Immenga/Mestmäcker, Sec. 25, Rdnr. 102.

<sup>62</sup> Ebel, Sec. 25, Rdnr. 12.

數量之產品，仍有可能是一種相同形式之行為。<sup>63</sup>

對於第三款規定（「不得強制其他事業…出於限制競爭之意圖，在市場上採取相同形式之行為」）中之「出於限制競爭之意圖」，是否指僅從事強制之事業必須有此項意圖，或除該事業之外，被強制而為相同形式行為之事業亦必須具備此項意圖，學說有爭論，但目前通說傾向於前者之見解。<sup>64</sup>

## 伍、不當獲取他事業之營業秘密

我國公平交易法第十九條第五款規定：事業不得以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術祕密之行為。德國不正競爭防止法第十七條之規定約略與之相當，但規範之範圍較廣：第一項規定禁止員工洩密，第二項第一款規定禁止不當獲取他事業之營業秘密，第二項第二款規定則禁止不當利用無權取得之他事業的營業秘密。本文之研究即針對第二項第一款之規定，此款規定係於一九八六年經由「打擊經濟犯罪法」引入第十七條，以有效對抗日益嚴重的產業間諜的犯罪問題。<sup>65</sup>

依據德國不正競爭防止法第十七條第二項第一款之規定，出於競爭之目的、為圖利自己或他人或意圖加損害於營業之所有人，以下列手段無權取得營業秘密者，應處三年以下有期徒刑或科以罰金：(1)使用技術工具，或(2)將營業秘密具體複製，或(3)竊取將營業秘密具體化之物件。其中應加以探討的問題點約有：營業秘密的概念、主觀之構成要件以及不當獲取營業秘密之手段。

---

<sup>63</sup> *Frankfurter Kommentar*, Sec. 25, Tz. 66.

<sup>64</sup> Immenga (in Immenga/Mestmäcker, Sec. 25, Rdnr. 103) 及 Riesenkampff (in Löwenheim/Belke, Sec. 25, Rdnr. 68) 採第一種見解，反之，*Frankfurter Kommentar* (Sec. 25, Tz. 65) 則採第二種見解。

<sup>65</sup> Emmerich, S. 134-135.

## 一、營業秘密的概念

德國通說認為營業秘密(Geschäfts-oder Betriebsgeheimnisse)係指權利人有意加以保密之資訊，並且權利人對該資訊之保密具有正當的經濟利益(即意思說及利益說之結合)。<sup>66</sup>而「秘密」係指僅嚴格限制的少數人知悉而尚未公開的資訊，換言之，並非任何一個相關的專業人士僅基於已知及可得之專業知識、或市場上之產品，即可輕易得知之資訊，<sup>67</sup>但此並不表示該資訊必須是獨特或新穎的技術，一個衆所周知的製造程序亦可以是一種秘密，只要系爭事業對其使用此種程序之事實有意保密，<sup>68</sup>而此項保密之意思應該讓一般之員工(特別是已知悉該秘密者)知悉。除此之外，權利人對於該秘密之不公開必須具有正當的經濟利益，而此應依據該資訊對權利人之競爭能力有無影響而判斷之。

## 二、主觀之構成要件

不正競爭防止法第十七條第二項第一款所處罰之不當獲取他事業營業秘密之行為，必須行為人係出於競爭目的、圖利自己、或他人或損害營業所有人等主觀意圖；此種主觀意圖各自獨立，並且限於直接故意(而不包括間接故意)。<sup>69</sup>

### (一) 出於競爭目的

在德國法上，競爭係指多數事業經營者就相同之交易對象所採取之爭取交易機會的營業行為，此行為必須意圖影響現在或潛在之顧客群，以促進自己或他人之銷售或購買，而同時又對另一事

<sup>66</sup> Fischer, *Grundzüge des gewerblichen Rechtsschutzes* (2. Aufl., 1986), S.244; v. Gamm, *Wettberbsrecht*, S. 987; Baumbach/Hefermehl, Sec. 17, Rdnr. 2; Kehl, S. 291.

<sup>67</sup> Emmerich, S. 137; v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 988.

<sup>68</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 17, Rdnr. 4.

<sup>69</sup> RGZ 92, 132, 136.

業造成不利之效果<sup>70</sup>（相形之下，我國公平交易法第四條規定所界定之競爭，應該是效能競爭，而非競爭之本質）。至於該競爭行為是否正當、行為人之競爭能力是否因為此種不當獲取他事業營業秘密之行為而得到助益，均非所問。<sup>71</sup>

### （二）圖利自己或他人

行為人是否在於圖利自己或他人，應按其主觀之感受判定之，換言之，重要的是，行為人是否認為自己或他人之情況因為其行為而得到改善，而不是其本人或他人之情況是否在客觀上確實獲得改善；此外，所圖之「利」不限於具有財產或經濟價值者，在德國實務上曾認為性行為之提供亦可以是一種利益。<sup>72</sup>

### （三）意圖損害營業所有人

行為人獲取他人之營業秘密必須出於損害營業所有人之意圖，而非係出於輕率或戲謔。而所謂的損害不限於對財產情況之不利影響，侵害他人經法律承認之非財產利益，亦包括在內（例如名譽之侵害）。<sup>73</sup>

## 三、不當獲取營業秘密之手段<sup>74</sup>

行為人未經授權（不論其事先完全不知悉該秘密，或雖已知悉但並不知悉其細節，或無法長久保留其所知悉之秘密）而獲取他人營業秘密的手段，以使用技術工具最為常見。至於所使用之技術工具，種類繁多，舉凡攝影機、照像機、竊聽器、微發射器及微接收器、電腦、電話等均包括在內。但行為人只是因其行為而處於可支

<sup>70</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl UWG, Rdnr. 214, 215, 232.

<sup>71</sup> Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 997; Baumbach/Hefermehl, Sec. 17, Rdnr. 19.

<sup>72</sup> Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 997; Baumbach/Hefermehl, Sec. 17, Rdnr. 20, 21.

<sup>73</sup> Baumbach/Hefermehl, Sec. 17, Rdnr. 22; Emmerich, S. 139.

<sup>74</sup> v. Gamm, *Wettbewerbsrecht*, S. 998-999; Baumbach/Hefermehl, Sec. 17, Rdnr. 26-29; Emmerich, S. 140.

配該秘密之狀態，尚未將該秘密具體形體化（例如完成之影印、將竊聽之內容記錄下來、照片、影片、形諸文字圖表）；若已將秘密具體形體化則是「將營業秘密具體複製」之行為，應依據第十七條第二項第一款第二目之規定處罰之。另一種不當獲取之手段就是直接竊取將營業秘密具體化之物件（例如底片、磁碟片、文件、圖表或機器）。若行為人原來即已持有該秘密或其具體形體化之複件，而可以直接使用該秘密或將之交付他人，則其取走該項複件營業秘密之行為並非此處之「竊取」行為（而可能構成第十七條第一項規定之「員工洩密」行為）。此外，行為人若只是將磁碟片上儲存之資料拷貝，而將或計劃將磁碟片歸還（即欠缺「所有」之意思）亦非竊取（而可能構成前述「使用技術工具獲取秘密」之行為）。若因為工作關係（受委託、基於業務往來或於參觀他人事業時）而意外取得他事業之秘密，即並未使用前述三種刺探之行為者，亦不違反第十七條第二項第一款之規定。

## 陸、不正當限制交易相對人之事業活動

我國公平交易法第十九條第六款規定：事業不得以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易。依據該法施行細則第二十四條第一項之規定，第六款所稱之限制，係指搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制等行為。對於此種在交易契約中所產生之限制競爭的行為，德國主要係以限制競爭防止法第十五條、第十八條及第二十條等規範之。第十五條嚴格禁止一切限制交易相對人決定第二個契約內容之自由的契約；第十八條則將限制交易相對人締約及使用自由的契約，置於卡特爾廳的濫用監督之下；第二十條則禁止在與專利有關之授權契約上不當限制交易相對人。關於第二十條之部份，公平會八十二年委託研究計畫二已有研究（〈公平交易法與智慧財產權之關係〉，第一〇二頁至一四〇頁），在此不再贅述。以下之研究即針對德國限制競爭防止法第十五條及第十

八條分別論述之。

## 一、限制競爭防止法第十五條

德國限制競爭防止法——異於美國的反托拉斯法（休曼法第二條）——並未一般性地禁止所有限制競爭之契約，而是將此種契約區分為卡特爾契約（決議）及其他交易契約，再為不同之處遇。第十五條規定即是禁止事業於交易契約中限制交易相對人決定第二個契約內容之自由：「事業間就本法適用範圍內之市場上的商品或服務所締結之契約，限制契約一造於與第三人就所提供之商品或其他商品、服務締約時決定價格或其他交易條件之自由者，無效」。其中涉及限制商品轉售價格之部份，由於我國公平交易法已另外於第十八條加以規範，而成為第十九條第六款之特別規定，故本文不將此部分納入研究之範疇。

### （一）立法目的

立法者之所以禁止事業以契約限制交易相對人決定第二個契約(*Zweitvertrag*)之自由，無非以：從事限制之事業多本係利用其事實上或法律上之獨占地位，而侵入其契約相對人之營業利益領域，而此項領域與該契約之目的毫不相關。故有必要保護契約相對人與第三人簽訂第二個契約之自由，使其不受到對造濫用其契約自由之限制；除此之外，事業若得限制其契約相對人與第三人事業決定契約內容之自由，則該第三人事業之經濟行為自由、乃至整個競爭制度之自由，均會遭到限制，故本法之立法目的，亦有保護第三人事業及競爭制度之自由的考慮。<sup>75</sup>

### （二）契約相對人必須有決定第二個契約內容之自由

所謂第二個契約，係指契約相對人與任何第三人所締結之契

---

<sup>75</sup> Löwenheim in Löwenheim/Belke, Sec. 15, Rdnr. 1; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 15, Rdnr. 7, 10.

約；而第十五條規定既然首在保障契約相對人決定第二個契約內容之自由，則應該以契約相對人原來即有此自由為其適用前題；若契約相對人因為第一個契約之法律性質，而自始即沒有決定第二個契約內容之自由及權限者，則無本條規定適用之餘地，例如代辦商 (Handelsvertreter, Agentur)、廣告代理業 (Werbungsmittler)、經紀人 (Kommissionär)、屬於製造商內部銷售組織之經銷商 (Vertragshändler)。<sup>76</sup> 至於新興的加盟店 [Franchisenehmer]：經授權使用加盟事業 (Franchisegeber) 經營理念及其他權利，如商標、包裝等]，則必須視具體情況而定，若其真正目的在於追求限制競爭之共同目的，則可能構成第一條所禁止之卡特爾契約。<sup>77</sup> 此外，契約相對人之營業自由必須在法律允許之範圍內方能享有，故若事業限制契約相對人不得從事違法（特別是違反不正競爭及限制競爭防止法）之行為，亦不受到第十五條之禁止。<sup>78</sup>

### （三）限制第二個契約之交易條件

凡涉及契約履行之一切條件，都是此處所謂的交易條件（嚴格地說，價格亦是交易條件之一種（甚至是最重要的），何況任何其他交易條件最終均會影響到價格之決定。但是由於本條將價格與交易條件等同處理，故在本條之適用上亦無庸將二者區別），至於該條件是否係基於一般交易條款或個別契約，並非所問。<sup>79</sup>

## 二、限制競爭防止法第十八條

限制競爭防止法第十八條第一項並未一般性地禁止事業以契約(1)限制契約相對人使用商品或服務之自由（即所謂使用限制，Verwendungsbeschränkungen）；(2)或限制其向第三人購買或轉讓其

<sup>76</sup> v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 15, Rdnr. 21.

<sup>77</sup> Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 15, Rdnr. 35.

<sup>78</sup> Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 15, Rdnr. 40.

<sup>79</sup> Löwenheim in Löwenheim/Belke, Sec. 15, Rdnr. 5.

他商品或服務之自由（即所謂排他約定，*Ausschließlichkeitsbindungen*）；(3)或限制其將事業提供之商品轉讓給第三人之自由（即所謂銷售約定，*Vertriebsbindungen*），(4)或限制其不購買無關商品或服務之自由（即所謂搭售契約，*Kopplungsverträge*），而只是於此種限制約定(1)使（對市場上競爭而言）可觀數量的事業受到同種類約束，並且使其競爭自由受到不當限制（即限制競爭自由）；或(2)不當限制其他事業進入市場（即限制進入市場）；或(3)使市場上同一或其他商品或服務之競爭，受到重大影響（即限制競爭）時，始授權卡特爾廳介入糾正之。本項規定在實務上之功能不大，已被其他規定（第二十二條第四項及第二十六條第二項）所取代。<sup>80</sup>

### （一）使用限制

供應商若限制買受人使用其所供應之商品或服務（或限定僅可將所提供之原料用於製造紡織品，而不得用於製造紙張），則是限制買受人之營業自由以利供應商；供應商若限制買受人使用其他商品或服務（例如製鞋機之供應商限制買受人不得使用其他廠牌之製鞋機），則不但限制買受人之營業自由，並且對供應商之競爭對手造成阻礙。<sup>81</sup> 至於所謂「使用」是指轉讓或銷售以外之一切利用商品或服務之行為。<sup>82</sup> 供應商若未讓與標的物之所有權，而僅將之出租或融資性租賃，則其本於所有權而限制相對人使用標的物之行為，若係為了維護其正當之權利所必須，即其有正當權利要求相對人依約定方式使用標的物，則無第十八條第一項第一款之適用。<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 1.

<sup>81</sup> Ebel, Sec. 18, Rdnr. 2.

<sup>82</sup> Löwenheim in Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 8; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 68.

<sup>83</sup> Löwenheim in Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 9; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 75.

## (二) 排他約定

依據第十八條第一項第二款之規定，排他約定係指契約一造就其他商品負有只與另一造進行交易之義務。而此種約定又分為排他購買之約定，以及排他銷售之約定。若限制契約一造就另一造所提供之商品之轉售自由，則不是本款規定之排他約定，而是第三款規定之銷售約定。排他約定可以用正面方式為之（即一造負有只向另一造購買或銷售之義務），亦可以用負面方式為之（即一造不得與第三人從事交易活動）。若約定契約一造之全部需求或全部產品將來均只向另一造購買或銷售（即所謂全部需求契約，Gesamtbedarfsvertrag，以及全部供應契約，Gesamtliefervertrag），亦屬於排他約定。<sup>84</sup> 以下即分別探討重要之個案。

### 1. 代辦商

代辦商基於與委託商號間之忠誠關係，不得在相同行業為商號之競爭對手營業，此點固無爭論。但是對於第十八條一項第二款是否適用於代辦商契約，學說間頗有爭議，有認為代辦商所面臨的典型競爭限制或禁止，不受本條款之規定；有認為若該項限制或禁止係內在於代辦商契約，亦即係出於代辦商關係之法律性質者，則亦不受本條款之規定；又亦有認為對代辦商之競爭限制或禁止，一律有本條款之適用（不論是否逾越代辦商契約之範圍），而在第二階段的濫用審查，再由卡特爾廳審查此種限制或禁止是否有正當理由，或是否構成濫用。<sup>85</sup> 至於聯邦最高法院則認為，只有基於代辦商之本質所特有的、為維護正當利益所必要的限制，才不受本條款之規定。<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Löwenheim in Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 11; v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 18, Rdnr. 13; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 77-79, 83, 85.

<sup>85</sup> Rittner (S. 311-312) 採第一種見解，Löwenheim (in Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 15) 採第三種見解，至於第二種見解引自 Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 14。

<sup>86</sup> BGHZ 112, 218。

## 2. 獨家經營契約(Alleinvertriebsverträge)

獨家經營契約是指，製造商銷售組織內之經銷商享有在指定區域內，以自己名義並為自己計算獨家銷售由製造商所提供之契約商品的權利。此種契約主要使用在出口貿易，因為對於外國之營業性買受人而言，由於他必須承擔打開系爭產品在該外國市場之風險，故若不能取得獨家經營權，則會影響其購買之意願。此種契約是一種排他約定，應無疑問。此外，此種契約之製造商原則上應該不負有所謂的絕對區域保護(absoluter Gebietsschutz)義務，禁止(經銷商以外之)其他買受人將契約商品輸入指定給經銷商之區域內，蓋其性質不為尋常，故需要有特別的約定。<sup>87</sup>

## 3. 授權經銷商(autorisierte Händler)

高價位商品之製造人(例如貴重手錶、化粧品)往往選定具有特殊表現及營業裝璜的經銷商，而集中地與此等經銷商進行業務往來。此種經授權之經銷商縱使得到獨家經營權，仍是獨立的自營商，因為其並未被納到製造人之銷售組織之內，故無第十八條之適用。<sup>88</sup>

### (三) 銷售約定

第十八條第一項規定中最常適用的部份就屬於關於上述之排他約定及銷售約定(第三款)的規定，而二者之差別只在於標的物不同，前者限於當事人間之契約標的物以外的商品或服務，而後者僅針對當事人間契約之標的物。製造人對營業性買受人就契約標的物之銷售管道的限制，可以有時間上的限制、地理上的限制及對象上的限制。銷售約定主要是用於名牌商品的銷售，以維持該產品之品質及貴重形象。此種選擇性的銷售(selektiver Vertrieb)約定，可大

---

<sup>87</sup> Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 88-93.

<sup>88</sup> Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 94.

分為二類：技術性選擇銷售(qualitativ selektiver Vertrieb)及數量性選擇銷售(quantitativ selektiver Vertrieb)。前者係指，製造人限定大批發商僅得將其產品銷售給符合特定技術標準的專門店，而不可以發售給其他的零售商。此種限定若依銷售產品之種類係屬正當、有客觀明確之標準並且不帶有歧視，以致符合該特定技術標準者，均可銷售，則在限制競爭法上並無可議之處。至於數量性選擇銷售則係指，在符合技術標準的銷售業者間再選擇極為少數的所謂授權經銷商。此種銷售對象之限制在高價格的化粧品及汽車等產品上，在德國實務上均被容忍。<sup>89</sup>

#### (四) 搭售契約

第十八條第一項規定的搭售契約係指，一造負有義務購買客觀上或商業習慣上與契約標的物無關之商品或服務的契約。本條款規定在實務上之功能原本很小，特別是搭售契約多半來自支配市場的事業或力量強大的事業，故在卡特爾廳及法院的實務上，多援引第二十二條第四項及第二十六條第二項之規定規範之，以致於本條款幾乎沒有任何意義。除此之外，搭售契約與使用限制及排他約定極為接近，具有高度的代替性。例如在德國之啤酒供應契約，大多數是由啤酒公司借錢給餐廳供其開業，但餐廳有義務僅向其購買啤酒；此種行為依觀察重點不同而分別可以是使用限制、排他約定及搭售契約。<sup>90</sup>

十八條第一項規定在德國實務上最常用於電影出租的整批交易(Blockbuchen)。影片發行公司(Filmverleiher)先與電影製作公司簽定授權契約(Filmlizenzvertrag)，取得排他授權，然後再與電影院簽定電影出租契約，授予後者在時間上及地點上均有限制的上映權。影片發行公司原則上少有個別出租電影者，多半是整批交易，

<sup>89</sup> Löwenheim in Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 21-23; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 126-135.

<sup>90</sup> Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 138, 139.

亦即要求電影院一次承租多部電影，而這些電影大多尚未確定（即所謂盲目交易，Blindbuchen）。此種搭售行為的目的極為明顯，即將被搭售影片之交易風險轉嫁給電影院，並且將競爭者排除在市場之外，應依據第十八條第一項lit. b（即不當限制其他事業進入市場）禁止之；<sup>91</sup>但是聯邦卡爾特廳於一九六四年與德國影片出租公司達成協議，允許後者得一次與單廳電影院整批交易最多六部德國電影（包括德國與外國合作之電影），但不禁止將德國片與外國片向單廳電影院搭售；根據該協議，若向多廳電影院出租，則只有在發生濫用式的搭售行為時（例如強制電影院承租整批影片，或將本國及外國影片搭售而達於濫用之程度），才有第十八條第一項之適用。<sup>92</sup>

### （五）卡特爾廳介入之要件

事業從事前述四種限制性之契約（限制使用、排他約定、銷售約定及搭售約定），並不當然違反第十八條第一項之規定；換言之，卡特爾廳尚不得隨即將此種契約宣佈為無效或禁止再使用同種類之約定，而必須審視此種契約確實產生限制競爭之效果後，方得介入。至於是否確實產生限制競爭之效果，第十八條第一項列舉地規定有三個選擇性的標準，而此三種要件大體上重疊，所以在聯邦卡特爾廳的實務上，每次均是同時基於此三項標準而宣告限定約定無效。<sup>93</sup>茲探討此三項標準如下：

#### 1. 不當限制相當數量之事業

限制交易事業之契約，固然直接限制該事業之競爭自由，但是此項契約畢竟是該事業自願簽定（若係迫於支配市場事業濫用地

<sup>91</sup> Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 155.

<sup>92</sup> 此項決議內容引自 v. Hartlieb, *Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts* (3 Aufl., 1991), Sec. 135, Rdnr. 4.

<sup>93</sup> Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 217.

位，或迫於市場上強大事業不當阻礙及差別待遇，則另外依據第二十二條第四項及第二十六條第二項處遇之），故原則上，卡特爾廳並不干涉；必須有相當數量之事業受到此種契約同種類之拘束，並且此等事業之營業自由受到不當限制之時，卡特爾廳基於保護競爭自由此項機制之考量，始應介入，而將此契約宣佈為無效或禁止使用同性質之約定。在此首先應探討何謂「相當數量」(erhebliche Zahl)之事業，重要的並不是受到拘束之事業的絕對或相對數量，而是該事業在相關市場之重要性及占有率，原則上百份之四十至五十的市場占有率應該滿足此項條件。其次是何謂「不當」(unbillig)限制。德國通說認為應該在個別事業及其整體競爭自由所受到之限制、對造事業（即限制他人事業之事業）銷售及採購策略之正當利益以及維持市場開放之公眾利益間，從事法利益之衡量，以達成平衡之結果。<sup>94</sup>

## 2. 不當限制其他事業進入市場

事業之競爭行為或多或少均會使得其他事業進入市場之困難增加，本不值得非難，但是事業間之垂直約定體系往往刻意建立起令局外人難以跨越的人為障礙，而阻礙競爭機制之運作。因此，第十八條第一項規定，事業間之約定若不當限制他事業進入市場，卡特爾廳即可加以糾正，而無庸等到競爭受到重大限制；另一方面，事業想要保有其建立起之顧客群不被其他事業接近或引走，亦屬正當，故第十八條第二項規定，若該事業以契約限制他人進入市場之情形，與後者仍然掌握之供給或需求機會不成比例，則該項限制不得被視為是「不當」之限制。<sup>95</sup> 聯邦卡特爾廳曾認為若事業僅拘束其百分之三至五的買受人，則此限制與剩餘之交易機會不成比

<sup>94</sup> v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 18, Rdnr. 22; Ebel, Sec. 18, Rdnr. 3; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 169-170.

<sup>95</sup> v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 18, Rdnr. 23; Ebel, Sec. 18, Rdnr. 3 (S. 42d).

例。<sup>96</sup>

### 3. 嚴重影響競爭

限制交易事業之契約若嚴重影響契約商品或其他商品、服務之市場上的競爭，卡特爾廳即可加以糾正。其與前述二項要件不同之處在於，前述二要件重在限制約定之「不當」性質，而此處之要件重在影響競爭之嚴重性，故無庸再做法利益之衡量。<sup>97</sup> 所謂嚴重影響競爭，必須該項限制在數量及質量上有一定的重要性，而不僅是單純可感受到該影響；不過，為保護競爭，亦不可要求太高的嚴重性。在認定影響之嚴重性時，不僅要審酌目前實際上之市場情況，並且必須考慮若限制競爭之契約依據其內容實現，將會產生何種市場情況。<sup>98</sup>

## 柒、中德兩國之比較——代結論

德國競爭法上相當於我國公平交易法第十九條第一款（杯葛行為）之規定，分別是不正競爭防止法第一條及限制競爭防止法第二十六條第一項。德國競爭法給吾人之啓示為，杯葛往往與憲法保障的言論自由與新聞自由相涉，必須就言論自由及新聞自由與不正競爭防止法及限制競爭防止法所追求之效能競爭做總體的法益衡量，才能確認杯葛是否為憲法基本權利之正當行使；其次，杯葛必須是欠缺法律上正當的或客觀的理由，才受到非難，並非所有的杯葛行為均係不法。德國競爭法上相當於我國公平交易法第十九條第二款（不當的差別待遇）之規定，分別是不正競爭防止法第一條

<sup>96</sup> TB72, 75，引自 Löwenheim in Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 39。

<sup>97</sup> Löwenheim (in Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 44) 認為應該要做到法益衡量，但是通常認為無庸再做法利益衡量 (v. Gamm, *Kartellrecht*, Sec. 18, Rdnr. 24; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 222)。

<sup>98</sup> Löwenheim in Löwenheim/Belke, Sec. 18, Rdnr. 45; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Sec. 18, Rdnr. 222a.

及限制競爭防止法第十九條第二項。德國法與我國法不同之處在於，德國法只禁止市場力量強大之事業不得對其他事業（不包括消費者）不當差別待遇，而我國法係一般性地禁止不當的差別待遇。二者相權衡，本文以為德國法之規定較能符合市場競爭之本質（差別待遇，而非平等待遇）。德國不正競爭防止法第一、七條及贈品法與折扣法，相當於我國公平交易法第十九條第三款（獵捕競爭者之交易相對人）之規定。德國法在此可供吾人借鏡的是，以強制手段（例如物理的強制及各種心理的強制，後者又包括恐嚇、運用權威的壓力、心理上的購買強制等）獵捕交易相對人之各種態樣。此外，鑑於我國業者經常以各種名目（清倉大拍賣、結束大拍賣、重新裝璜大拍賣）舉辦促銷活動，而使消費者難辨真偽，德國不正競爭防止法第七條（禁止零售業者在一般交易範圍之外，為促進貨物銷售，而舉辦或宣示將舉辦使消費者以為可以得到特別利益的銷售活動）極具參考價值。最後，德國贈品法的嚴格規定，對我國以高額贈獎（獎額甚至數億台幣）招徠顧客之交易習慣，亦有很大的啓示。畢竟羊毛出在羊身上，故應該將消費者之消費行為導向理性選擇的正途，而不是將其注意力引離產品之品質與價格。

德國限制競爭防止法第二十五條第二項及第三項之規定，相當於我國公平交易法第十九條第四款之規定（使他事業為限制競爭之行為）。德國限制競爭防止法第二十五條第三項第三款亦禁止使他事業在市場上採取相同形式之行為，此為我國法上所不具備之規定。鑑於市場上相同形式之行為對市場競爭之限制效果有時不容低估，我國公平交易法似可考慮採取德國之立法例。德國不正競爭防止法第十七條相當於我國公平交易法第十九條第五款之規定（不當獲取他事業之營業秘密），但其內容更為詳盡，其中第一項禁止員工洩密，第二項第一款禁止不當取得他事業之營業秘密，第二項第二款禁止不當利用無權取得之他事業的營業秘密，均值得我國學習。

德國限制競爭防止法第十五條及第十八條之規定，相當於我國公平交易法第十九條第六款（不當限制交易相對人之事業活動）。德國限制競爭防止法第十八條並未一般性地禁止事業限制交易相對人之事業活動，而規定只有在此種約定(1)使可觀數量之事業受到同種類約束，並且使其競爭自由受到不當限制；或(2)不當限制其他事業進入市場；或(3)使市場上同一或其他商品或服務之競爭，受到重大影響時，卡特爾廳才可介入將之宣告為無效。此種規定允許事業有比較大的彈性空間，可做認定競爭行為是否為我國公平交易法第十九條第六款所謂之「不正當限制」的參考。

# A Comparative Study of the German Competition Laws Regarding Sec. 19 of the Fair Trade Law

*Liu Kung-Chung*

## Abstract

Although Sec. 19 of the Fair Trade Law is placed in chapter 3 of that Law (Unfair Competition) , it contains provisions that deal not only with unfair competition (for example boycott and improper acquirement of trade secrets), but also with trade-restricting practices (such as imposing improper restrictions on trading counterparts' business activities). Moreover, it provides regulations against practices that can both be unfair and trade-restricting, such as discrimination without due cause, attempt to attract customers by causing another enterprise to refrain from competing in price or to take part in a combination or a concerted action.

Due to the facts that the Fair Trade Law had taken the German competition laws as model and that the provisions of Sec. 19 of the Fair Trade Law leave room for doubts and improvements, it is the purpose of this paper to first study the relevant German competition laws and then to point out how Sec. 19 of the Fair Trade Law can be better interpreted and revised.