

# 公平交易法第七條有關聯合行為之規定究屬概括規定或列舉性規定之研究\*

吳秀明\*\*

## 目次

### 壹、引言與問題之提出

### 貳、罪刑法定主義與列舉及例示規定

#### 一、罪刑法定主義

#### 二、明確性原則

- (一) 明確性原則之意義
- (二) 功能
- (三) 明確性之極限與過度明確
  - 1. 明確性之極限
  - 2. 過度明確
- (四) 界線
- (五) 效力
  - 1. 過度明確之法律
  - 2. 不夠具體明確之法律

#### 三、明確性原則與列舉和例示規定

- (一) 例示規定已經足夠明確
- (二) 刑法上之例示規定
- (三) 比較法之印證
- (四) 小結

### 參、從競爭法之觀點檢視聯合行為定義之涵蓋範圍

#### 一、從「限制競爭作為聯合行為之構成要件」觀察公平法第七條之性質

#### 二、比較法上之印證

- (一) 美國法
- (二) 歐盟法
- (三) 德國法
- (四) 日本法
- (五) 小結

#### 三、經濟事實之掌握與公平法之規範方式

---

\* 本文由行政院公平交易委員會所委託撰寫，並發表於民國八十七年五月十一日由公平會所舉辦之「行政院公平交易委員會第三屆競爭政策與公平交易法學術研討會」中。筆者由衷感謝研討會中擔任評論人之許宗力教授提供本文諸多寶貴之意見。

\*\* 德國慕尼黑大學法學博士，國立政治大學法律學系專任副教授。

肆、結語

## 壹、引言與問題之提出

公平交易法（以下簡稱公平法）是經濟法（*Wirtschaftsrecht*）之一部，且為經濟法之核心領域<sup>1</sup>。經濟法在性質上，是跨越公民法、民刑法以及程序法與實體法，以問題之解決為導向之法域<sup>2</sup>。因此在公平法中，為了解決糾紛，同時存在民事與刑事之法律途徑（*Rechtswege*），毋寧是一件正常之事。同一個條文，一方面作為民法上請求權基礎（*Anspruchsgrundlage*）之內容；另一方面又是刑事處罰之構成要件，亦數見不鮮。此種民事責任與刑事責任，甚至包括行政法上之責任併存之情形，自然容易造成執法機關於解釋適用法律之際，究應依據何種法域之原理原則的重大困擾。其中尤以涉及刑事責任之科處時，因影響人民之權益至鉅，不得不採取嚴謹之態度解釋法律，因而容易與其他法域，特別是公平法本身之規範立場與取向，產生諸多之衝突。因為公平法所規範者，為事業之市場行為，基於市場行為之多樣性，公平法必須保持一定之彈性，惟此與刑法要求明確嚴謹之基本立場，即有其內在本質之差異。如何克服或調和此一緊張關係（*Spannungsverhältnisse*），實為公平法之理論與實務界所必須面對之重要課題。公平法立法以來，實務界在執法之際所產生屬於此一脈絡下之主要問題，即為公平法第七條關於聯合行為之定義究屬列舉或例示規定之疑義。蓋公平法第七條規定：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言。」關於聯合行為合意限制競爭之內容，依該條規定為「商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等」。爭議便發生在：此一「等」字，究何所指？其係將合意之內容限於法條所明示之項目（列舉說），抑或包括其他事業活動之類似內容（例示說），易滋疑義<sup>3</sup>。此一疑

---

<sup>1</sup> 關於「經濟法」之概念與內涵，請參考廖義男，經濟法之概念與內容體系，收錄於氏著，企業與經濟法，民國六十九年四月初版，第1頁以下；蘇永欽，經濟法—已開發國家的任務與難題，收錄於氏著，民法經濟法論文集，民國七十七年十月初版，第593頁以下。並參見Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Bd. I u. II, 1983; Rinck/Schwark, *Wirtschaftsrecht*, 6. Aufl., 1986; Rittner, *Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., 1987; Weimar/Schimikowski, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, 2. Aufl., 1993; Mestmäcker, *Wirtschaftsrecht*, *RabelsZ*, 1990, S.409ff.; Kübler, *Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik—Versuche einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme*, in: Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, S.364ff.

<sup>2</sup> 參見Rinck/Schwark, a.a.O., S.8

<sup>3</sup> 此一實務界執法之疑慮，可充分表現在行政院公平交易委員會（以下簡稱公

問在公平法之聯合行為係屬於刑事不法之行為<sup>4</sup>，以及聯合行為在產業界中乃相當普遍之情形下，愈發突顯其應尋求國內共識之急迫性。

本文之旨，即在於針對上述問題，分別從刑法以及公平交易法之觀點，探討公平法第七條關於其合意內容之適用範圍為何。所期盼者，為透過本文之研究，能促進共識之建立，幫助爭議之消弭止息，則甚幸矣。

## 貳、罪刑法定主義與列舉及例示規定

主張公平法第七條關於聯合行為之定義係屬於「列舉規定」之考量，主要為罪刑法定主義之要求。換言之，基於罪刑法定主義，作為刑事責任構成要件之法律規範應該盡量明確，而列舉規定自然比例示規定較為具體，故公平法第七條性質之認定，以採列舉說為妥<sup>5</sup>。此說對於從事聯合行為之事業而言，自較為有利，且法律之可預測性大為提高，蓋只要不屬於公平法第七條所列舉項目之限制競爭合意，在定義上即排除於聯合行為之外，事業縱使為之，亦屬於不罰之行為。在此說之下，聯合行為管制之範圍較小，且界線分明，事業得合法限制競爭之自由範圍則較大。其可能較符合刑法基本原則之要求，惟卻不一定是唯一符合罪刑法定主義之解釋。至於此說是否符合競爭法之立法目的與需求，則有更大之疑義。以下茲先就罪刑法定主義之觀點，探討刑事法律上之列舉和例示規定，以析論「列舉說」之正確性如何。

### 一、罪刑法定主義

罪刑法定主義（*Gesetzlichkeitsprinzip*）係指何謂犯罪行為以及犯罪行為之法律效果，均必經由行為時之成文法律加以規定始可（*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*）<sup>6</sup>。此一原則之奠定，

---

平會）之法規研究小組，於民國八十五年八月廿七日所召開之第十五次會議中，討論案二所提出一份厚達82頁之「聯合行為構成要件之研究」報告。報告中羅列及探討實務上執行聯合行為之管制所遭遇之七大問題，頗值參考，其中問題三為「合意內容（聯合行為之類型問題）」，其所涉及者即為公平法第七條究為列舉或例示規定之問題，參見該研究報告（未出版），第28頁以下。

<sup>4</sup> 違反聯合行為規定之刑責，依公平法第卅五條之規定為「處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金」。在各國處罰聯合行為之規定中，我國屬於相當嚴格之立法例。

<sup>5</sup> 主張列舉說者，主要係來自於產業界，公平會內部亦有若干支持—至少是存疑—之聲音，惟此等主張形諸於文，化為可資查證引用之文獻者，尚不多見。有限之討論可參閱公平會法規研究小組，前揭文，第31頁以下。

<sup>6</sup> 關於罪刑法定主義之一般問題，請參閱林山田，刑法通論，第四版，民國八十二年，第22頁以下；Baumann/Weber, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 1985,

主要在於防止國家恣意使用或任意擴張其刑罰權，其使刑法因而具有所謂之「保障功能」（**Garantiefunktion des Strafrechts**）。此外，亦使人民能預先得知刑法之存在與違法之界線，而在行為上能有所調整與趨避。蓋人民之行動與生活上之自由，係受到憲法上基本權利（**Grundrechte**）之廣泛保障。國家以刑罰制裁某些行為，係對人民權益一種最嚴重之限制與剝奪。此一國家對人民權益之侵害，必須有法律上明確之準繩，始能保障人民之自由與生存發展，不致被局限壓縮至無法容忍（**unerträglich**）之程度。故罪刑法定主義，實為現代法治國家刑法之基石。

一般而言，通說承認在罪刑法定主義之下，又能派生出四大原則，其分別為：1）明確性原則（**Bestimmtheitsgebot**）、2）禁止類推原則（**Analogieverbot**）、3）禁止溯及既往原則（**Rückwirkungsverbot**），以及4）行為之可罰性與法律效果僅能以一成文法（**ein geschriebenes Gesetz**）訂定之，禁止以習慣法為依據而認定或加重行為人刑事責任之原則（**Ausschluß des Gewohnheitsrechts**）<sup>7</sup>。此四項原則之共同運作，使得刑法不再是國家統治之工具，而是犯罪人應有之權利保護的大憲章。

上述四項原則中，與本文之主旨最具關連性者，自然是所謂的「明確性原則」。蓋列舉說之主要論據即在於1）公平法有刑事責任之規定，故應有罪刑法定主義之適用，以及2）將公平法第七條解釋為列舉規定，較符合明確性原則之要求。惟在獲致結論前，尚待析論者為：

- （1）明確性原則之意義與內涵究竟為何？
- （2）列舉規定是否真的較符合明確性原則之要求？
- （3）明確性原則是否排斥甚至禁止例示規定，以致於只有列舉規定是符合罪刑法定主義？
- （4）如果列舉和例示規定均符合罪刑法定主義，則立法者應如何選擇較妥適之規範方式？

## 二、明確性原則

---

S.85ff., 117ff., 123ff.; Tröndle, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.) *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., 1985, §1, Rdn. 1ff.; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 2. Aufl., 1994, S.88ff.

<sup>7</sup> 進一步之問題，請參考 Tröndle, a.a.O., Rdn. 2ff.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, S.63 ff.; Hassemer, in: Wassermann (Hrsg.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)*, Bd. I, 1990, §1, Rn., 14ff.; Roxin, a. a. O., S.100ff.

## （一）明確性原則之意義

所謂刑法上之「明確性原則」，係指立法者應使犯罪行為之「構成要件」與「法律效果」均能夠以明確而清晰之用語被描述出來，不得以過於概括模糊之方式規範上述兩者，而使法官成為決定何種行為構成犯罪及其刑事處罰範圍之人<sup>8</sup>。因此明確性原則又可分為「構成要件明確」和「法律效果明確」兩方面，本文所涉及之爭議，則是屬於構成要件明確之問題，以下便以其為討論之重心。

在明確性原則之要求下，關於犯罪構成要件與法律效果之規定，必須至少達到一定最低程度之明確性（*Mindestmaß an Bestimmtheit*）始可<sup>9</sup>。此一刑法之基本原則要求，「立法者自己」必須在刑法上決定何種行為是犯罪行為。此一立法者所責無旁貸之「價值判斷任務」（*Wertungsaufgabe*），將會因立法者於刑法中使用過度概括或含混不清之構成要件要素（*Tatbestandsmerkmale*），而不當地將其轉移給法官，使法官因而能在個案中任憑其己意或依其所認定之當時「民意」而論罪科刑，而這正是罪刑法定主義所欲避免發生之情況<sup>10</sup>。因此對於諸如「違反政府垃圾不落地之有關規定，亂丟垃圾」或「於高速公路上違規超速並行駛路肩」之行為，其究竟是否構成刑事不法，應由立法者自己決定，不得假手他人。故立法者如於交通法規中規定：「凡於道路交通中有不當之行為者，處有期徒刑或科罰金。」便違反明確性原則之要求<sup>11</sup>。蓋此時何謂「交通中之不當行為」甚為不清，是否包含上述超速並行駛路肩或其他交通違規之行為，均未臻明確，立法者以如此模糊籠統之構成要件要素去包括一切，不加區別，無異將其刑事立法之職權推卸轉移給法官，使法官擁有過大之裁量權。對於行為人而言，何種交通行為是刑事不法，亦非於「行為前之法律」中已經被明確指出，行為人毋寧必須等到法官之判決確定後才知道結果，自與罪刑法定主義之旨趣不合。

## （二）功能

由罪刑法定主義所派生之明確性原則，具有多項重要之功能。

---

<sup>8</sup> 參見 Roxin, a.a.O., S.94f.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 5. Aufl., 1996, S.17; Baumann/Weber, a.a.O., S.117; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 25. Aufl., 1995, S.9.

<sup>9</sup> Wessels, a.a.O.

<sup>10</sup> 參見 Baumann/Weber, a.a.O.; Roxin, a.a.O., S.120.

<sup>11</sup> 此例見於 Baumann/Weber, a.a.O., S.116.; Roxin則另舉二例：1.「以令人無法容忍之方法妨礙公共利益者，處五年以下有期徒刑」2.「不法毀損他人之物者，應科處刑罰」。上述二例，前者違反構成要件明確原則，後者則違反法律效果明確原則，均與罪刑法定主義有違，參見 ders., a.a.O., S.94f.

就犯罪行為人言，明確之構成要件使其能預知法律之內容，清楚認識何種行為係屬於刑事不法，並能穩妥地期待合法與違法行為分界之所在，而調整其行為<sup>12</sup>。故就法律而言，其可預測性（**Voraussehbarkeit**）能因而提高，且因社會大眾能夠明確地因應配合刑法之禁止規範，有所調適避趨，而使刑法會具有所謂「一般預防之功效」（**generalpräventive Wirkung**）。其次，就適用法律之人而言（如法官），明確之規定可以清楚指引其適用法律之方向；而且有了明確的刑法規定之後，法官之判決是否基於「習慣法」或「類推適用」而違反罪刑法定主義之其他派生原則，亦較容易加以判斷，故能有效防止法官之恣意擅斷。明確性原則對於刑法之立法者本身亦有其貢獻，蓋立法者只有透過明確之要求，才能貫徹與掌握其立法之意旨。過於概括之規定無異乎立法主權之讓出，使得立法者再也無法控制其規範意旨在法律適用之過程中能否得到實踐。此時法官則接手原屬於立法者之工作，其結果會產生是否違反憲法上權力分立原則（**Grundsatz der Gewaltenteilung**）之疑義。總之，明確性原則能夠確保由立法者本身來決定刑事責任之存在、界線及內容，其貫徹對於行為人、立法者、法官、社會大眾、刑法本身與憲政秩序之維護，均有重大之貢獻。職是之故，有學者認為明確性原則為罪刑法定主義所派生之原則中最具有中心意義者<sup>13</sup>，實良有以也。

### （三）明確性之極限與過度明確

#### 1. 明確性之極限

在明確性原則之要求下，立法者應避免使用模稜兩可之用語與含混不清之概念來描述犯罪行為，固為其主要之訴求。惟縱使立法者願意遵守明確性原則，法律規定具體明確之程度是否有其極限，值得一問究竟。法律所使用之語言概念，一般可大別為「描述性概念」（**deskriptive Begriffe, beschreibende Merkmale**）和所謂之「規範性概念」（**normative Begriffe**），前者係對於客觀事實或狀態之描述；後者則指概念之內涵必須經過若干之價值判斷後始能確定，故學理上又稱之為「需價值補充之概念」（**wertungsbedürftige Begriffe**），例如「善良風俗」即是典型之規範性概念<sup>14</sup>。此二種概念，基於法律語言

---

<sup>12</sup> 此時行為人將有較高之「期待可靠性」（**Erwartungssicherheit**），對於法院適用法律之結果亦較能掌握（**Möglichkeit einer Kontrolle der Normanwendung**），請參閱Hassemer, a.a.O., §1, Rn.14.

<sup>13</sup> Hassemer, a.a.O., §1, Rn.15; 並參考Roxin, a.a.O., S.120.

<sup>14</sup> 例如德國刑法第二二六條之一「加工傷害罪」（**Einwilligung des Verletzten**）即規定：「受他人之囑託或得其承諾而傷害該他人者，其行為於違反善良風俗（**gegen die guten Sitten**）時，始為不法。」即為刑法中使用善良風俗一概念之

內在本質之限制，均無法達到百分之百之明確。規範性概念之內涵無法充分明確，自無待深論。就是連描述性之概念，除數字等少數概念外，亦無法達到完全清楚明確之程度。除了因為所使用之文字本身可能有多重意義之外，描述性之概念究何所指，經常必須視其所使用之情境以及上下文之關係始能加以確定。經常見到之情形是，描述性概念之核心部分（**Begriffskern**）固然清楚，惟圍繞著此一概念核心，仍有一圈模糊之週邊（**unscharfe Ränder**），需要加以解釋之後始能臻於明確，例如何謂「夜間」侵入住宅？其與日間之區別何在？實需進一步之解釋。因此學者有認為描述性概念與規範性概念並無絕對之區別，「純粹描述性之概念」在刑法上幾乎無法找到。刑法所使用之概念多少均有「需要價值補充」之情形，其不明確性（**Vagheit**）始終存在，無法完全排除，故明確性原則之要求僅是一個要求多寡之「程度問題」（**Maßfrage**），無法以絕對明確之標準加以衡量<sup>15</sup>。總之，明確性原則基於人類語言本身之內在限制與法律作為一種價值判斷之學門的本質，有其運用之極限，絕對明確是任何國家之刑法所不可能達到之情況。抑有進者，縱使刑法達成之，亦未必可喜，此即為過度明確之問題。

## 2. 過度明確

明確性原則之另一項限制為刑法如過度具體明確，反而將無法達成其規範之目的。如果我們要求對於每一項刑法上之構成要件要素，均不計代價地將其明確性極大化，則一方面刑法定典將會因為條文之規定太細膩而擴充至過於龐大臃腫之程度；另一方面也會使刑法變成過度僵化，而欠缺必要之彈性。事實上立法者之預見能力有時而窮，其無法完全且鉅細靡遺地預知未來在無數的個案中，具體事實會展現何種的多樣性和個別性。因此立法者實須給法院一定之考量空間，使法官能因應個案之不同情況，而做出最妥適之判決<sup>16</sup>。明確性

---

著例。此外，德國刑法第二四〇條第二項關於強制罪（**Nötigung**）違法性之規定所使用之「可責的」（**verwerflich**）一字，亦屬於需價值補充之概念。

<sup>15</sup> 參見 Tröndle, a.a.O., §1, Rn.13; Hassemer, a.a.O., Rn.30ff.

<sup>16</sup> 關於「過度明確」之問題，德國聯邦憲法法院（**Bundesverfassungsgerichtshof, BVerfG**）曾於一判決中作出清楚而有力之說明，其意略謂：「…法律明確性之要求不得過度，否則法律將會過於僵化與個案化（**kasuistisch**），其將使生活關係之多樣性與其變遷，或個案之特殊性，均無法被妥適地考量。如立法者將每一項構成要件，均細密規範至極，則此一危險將愈發明顯可見。故刑法實無法完全拋棄需特別仰賴法官解釋之一般性概念。明確性原則之意義，非在於迫使立法者將所有之刑罰構成要件，均以純粹描述性、能被精確掌握之構成要件要素表達出來。刑法中所含有之概括條款、不確定法律概念或需價值補充之概念，亦不能一概以違憲視之。」Vgl. BVerfGE 45, S.371f.



原則在此一意義與範圍之內，應受到一定之限制。當然，過於具體瑣碎之規定固非明確性原則所欲實現者<sup>17</sup>，惟對於該過於細瑣狹隘之規定本身，卻尚未能逕認為違反有關罪刑法定主義之規定。蓋罪刑法定主義原係在防止無法律而課以刑罰或法律規定過於概括之情形，過度具體固不足取，惟仍未違反刑法第一條之意旨，尚應補充說明之。

#### （四）界線

明確性原則既要求刑法至少應達到一定之明確程度，另一方面我們又知道刑法之「絕對明確」既不可能，又不可欲，因此我們應探求：符合明確原則之法律文義，其界線何在？基於過度明確之刑法尚未違反罪刑法定主義之規定，因此這裏欲探討者自為刑法規定應滿足何種最低之明確性要求後，便可認為係與明確性原則相符。

對於此一問題之基本看法，一般為刑法之規定縱無法達到十分明確之程度，至少也必須能夠透過法律之解釋（*Auslegung*），而使其內容與文義之範圍臻於確定始可。德國刑法之學說判例，對此問題之闡述尤多。Roxin即認為，如果能經由解釋，將刑法規定之立法保護目的（*gesetzgeberischer Schutzzweck*）清楚表明，而法律之文義本身亦能對於其解釋之任意擴張設立一定之界線者，即可認為該文義已經足夠明確<sup>18</sup>。依Wessels之見，刑法規定之適用範圍（*Tragweite und Anwendungsbereich*）必須足堪辨識始可，法律文義必須很清楚地告訴人民什麼是被禁止的，以便人民可據以調適其行為，是故刑法之構成要件要素必須能透過解釋而得悉其意義內涵始可<sup>19</sup>。Otto亦認為，行為人可能被科處刑罰之範疇及其界線，必須被維持在透過解釋法律而能通盤得知的領域之內<sup>20</sup>。德國聯邦最高法院亦所見略同，依該院之判決，如果刑法所保護之價值、所禁止之行為以及觸犯刑法後國家可能做出之反應，均能透過一般法律之解釋方法（例如透過其體系地位），或透過實務界一貫之見解，而使人民有機會預先得知其內容者，該規定之明確性即無不足之疑慮<sup>21</sup>。

在上述標準之下，如果刑法規定：「凡妨害公共秩序者，應科

---

<sup>17</sup> 如太明確而狹窄之規定無法涵蓋本來應包括之行為時，除會有刑法規範目的之不達外，尚有類推適用禁止（*Analogieverbot*）之問題。

<sup>18</sup> 參見Roxin, a.a.O., S.122, 氏認為此時法律便已經具備一「規範之範疇」（*Regelungsrahmen*），而使此一範疇更具體化之補充，均仍能以法律之解釋視之而無違反罪刑法定主義之虞。

<sup>19</sup> Wessels, a.a.O., S.9.

<sup>20</sup> Otto, a.a.O., S.17.

<sup>21</sup> 參見BVerfGE 45, S.371f.

以刑罰。」自無法經由解釋而確定何謂妨害公共秩序，以及應科以何種刑罰，故此種規定自與罪刑法定主義有所不合<sup>22</sup>。另一方面，在刑法規定中使用概括條款（**Generalklausel**）、不確定法律概念（**unbestimmte Rechtsbegriffe**）或前述所謂需價值補充之概念，雖會降低構成要件之明確度，惟只要經由解釋能得知其內容者，尚不能一概論以罪刑法定主義之違反<sup>23</sup>。立法者如能以更精確之概念用語規範刑事不法之行為，鑑於刑法對於人民權利義務之重大影響，其自應朝此方向努力。惟如由立法者預先作價值判斷將使法律之規定太過粗糙，依事件之性質有必要交由法官作個案之認定者，立法者亦得使用較概括之用語。甚至立法者也可以讓法官或執法機關在適用法律之際，有一定法律政策或刑事政策之考量空間。立法者在決定用何種不同明確程度之用語描述犯罪行為時，自當考慮不同之犯罪類型與犯罪構造可能有不同之規範需求，此處立法者有相當廣泛之立法裁量餘地。惟立法者應仔細權衡，為更周全地掌握犯罪而使用較概括之用語，是否會過度妨害法律之安定性？反之，如以具體確定之概念描述某種犯罪，會不會因太具體（自然也會較狹隘）而導致不公平或無法充分達成刑法之規範目的？而妥適作出其立法決定。一般而言，在經濟刑法（**Wirtschaftsstrafrecht**）之領域中，尤其是在涉及經濟上犯罪之「附屬刑法」（**Nebenstrafrecht**）中<sup>24</sup>。立法者傾向於使用較多不確定之法律概念<sup>25</sup>。此乃為掌握經濟犯罪行為之多樣性而不得不然之措施，實可理解，惟上述構成要件明確原則之基本要求，立法者仍必須予以遵守，則不待言。

## （五）效力

### 1. 過度具體明確之法律

---

<sup>22</sup> 此為德國巴伐利亞邦（**Bayern**）之憲法法院於五〇年代所處理過之問題，參見BayVerfGHE, 1951, 190; Baumann/Weber, a.a.O., S.117; Tröndle, a.a.O., Rn.12; 並參閱Haft, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS, 1975, S.477ff.

<sup>23</sup> 參考Tröndle, a.a.O., Rn.14ff.; Otto, a.a.O., S.17; Wessels, a.a.O., S.9; Baumann/Weber, a.a.O., S.118; BVerfGE 45, 371; 批評之意見請參閱Krahl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986, S.411f.; 有關之問題並參閱Lenckner, Wertungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz nullum crimen sine lege, JuS, 1968, S.249, 304.

<sup>24</sup> 關於經濟刑法與所謂之附屬刑法，請參閱林東茂，經濟刑法導論，收錄於氏著，危險犯與經濟刑法，民國85年9月，初版一刷，第81頁以下；林山田，經濟犯罪與經濟刑法，第三版，民國70年，第90頁。

<sup>25</sup> 可參考Tiedemann, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1968.

過度具體狹隘之構成要件，如前所述固有刑法規範目不達與禁止類推適用之問題，惟原則上其與罪刑法定主義之規定尚未至於不合，其討論已見前文，不再贅述。惟尚應注意者，乃此種規定如涉及立法者恣意之區別，有違憲法上平等原則之要求時——例如刑法若規定「男人殺人者，處…」或「黑人侵入白人之住宅者，處…」者——，則會因為違憲而無效，自不待言。

## 2. 不夠具體明確之法律

至於不夠具體明確之構成要件，如其不明確之程度已超過「經由解釋可得而確定其內涵」之下限時，自有違反罪刑法定主義之問題。違反罪刑法定主義之法律規定其效力如何？比較法上，德國因其基本法第一〇三條第二項專門設有罪刑法定主義之規定，故違反該原則之法律不僅與德國刑法第一條之規定有違，亦同時構成違憲之問題，故通說均認為其應為違憲而無效<sup>26</sup>。在我國，憲法雖未就罪刑法定主義特別予以規定，惟刑法第一條亦設有罪刑法定主義之規定。對於法律違反明確性原則，以致構成違反刑法第一條之效力如何，我國刑法上之討論仍不多見，惟仍有學者主張該法律規定應陷於無效者<sup>27</sup>。本文認為，我國憲法雖未直接將罪刑法定主義納入憲法條文中，惟刑法之內容涉及人民最重大之生命、身體、自由、財產等法益之剝奪，其干預人民權利之程度為所有法律之冠，故關於刑事處罰之要件與效果之事項，立法者自應恪遵嚴格之法律保留（Gesetzesvorbehalt），即所謂「國會保留」（Parlamentarvorbehalt）之原則<sup>28</sup>，如有違反，該法律規定即應違反憲法第廿三條而構成違憲。換言之，過於概括之刑法規定，雖形式上具有一「立法院三讀通過，總統公布之法律」為其依據，惟其內容太過於空泛，無法經由解釋而確定其文義之範圍，則立法者實際上並未親身肩負起制訂規範內容之任務，其係將此一專屬於立法者之工作移轉給法官，任法官於審判時決定犯罪之要件或法律效果為何，而這正與刑法規定應屬於國會保留之旨趣相違。故違反罪刑法定主義之判決會因違反刑法第一條而被廢棄；而違反罪刑法定主義之法律規定，則會因不合於憲法上法律保留與國會保留之基本原則，而構成違憲。

---

<sup>26</sup> 參閱Baumann/Weber, a.a.O., S.117.

<sup>27</sup> 林山田，刑法通論，民國八十二年八月增定四版，第27頁，註1（2）中簡單提到刑法第一百條修正前之規定，因欠缺客觀構成要件要素，而為一無效之條款，其理由之構成，則付闕如。

<sup>28</sup> 關於法律保留與國會保留原則之詳細問題，請參閱許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著，法與國家權力，二版三刷，民國85年12月，第117頁以下。

### 三、明確性原則與列舉和例示規定

從上述對於明確性原則之析論，可知如將公平法第七條關於聯合行為內容之規定視為列舉規定者，雖有可能造成範疇過於狹隘之問題，惟自罪刑法定主義之觀點而論，其尚無構成違反之情形，則應可肯定。因此問題之討論，便應集中於「如將公平法第七條視為例示規定是否違反明確性原則」一事。

對於此一問題，本文欲明確地肯定公平法第七條之性質縱採例示說，亦無違反明確性原則，進而違反罪刑法定主義之虞。此一主張之理由構成如下：

#### （一）例示規定已經足夠明確

一般所謂之例示規定，其規範架構可分成兩部分：對於規範客體抽象一般之描述以及立法者之舉例說明。因此例示規定並非對於構成要件絲毫未加描述地一筆帶過，且其明確之程度，一般會遠高於概括條款或需價值補充之概念（如善良風俗）。如前所述，概括條款、不確定法律概念與需價值補充之概念在刑法上之使用，固會增加法院在判斷工作上之負擔，惟尚不宜逕認為違反罪刑法定主義而一概論以違憲無效。果此，則明確度更高之例示規定，應更無認為其為違反罪刑法定主義之理。故除非立法者之舉例非常少，對於規範客體之一般性描述又完全欠缺或幾等於零，否則例示規定之違憲性，原則上均可加以排除。當然，立法者對於抽象之描述愈精緻細膩，所舉之例愈為豐富，該條文就愈能夠符合明確性原則之要求。

就公平法第七條而言，其容易產生疑義的原因之一，在於其舉例之部分很明確，惟一般說明之部分卻基於法條文字結構之因素，較隱而未顯。聯合行為合意之客體，即「商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區」等等，是立法者舉例之部分，自不待言。惟一般容易為人所忽略者，為公平法第七條對於聯合行為合意內容之描述，尚有「相互拘束事業活動」之一般性說明。其實如合併上述舉例與一般說明兩部分加以觀察，公平法所要求之合意內容，實際上即為：限制事業間之競爭。對於聯合行為此一重要而核心之構成要件——限制競爭（*Wettbewerbsbeschränkungen*）——，公平法事實上等於是用「相互約束商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等事業活動」之較複雜方式加以描述。因此公平法第七條並非僅以一「等」字，涵蓋對於所有其他可能合意內容之描述，而是尚有一般性之說明（即互相約束事業活動）。故我們應可以肯定，一則公平法第七條應屬於例示規定<sup>29</sup>；其

<sup>29</sup> 關於此點之理由，將在下文中再進一步予以加強。

次，公平法以充分之舉例以及一般性之說明來描述「限制競爭」此一要件，已經相當明確，其可以達到明確性原則之基本要求，通過其檢驗，應無問題。

## （二）刑法上之例示規定

再者，如果檢視一下普通刑法之規定，我們也會發現其實刑法上使用例示規定之情形，數見不鮮；且其使用之範圍，相當廣泛地包括對犯罪行為、行為客體、行為場所及其他事項之描述。例如：刑法第十條之「其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害」、第一〇七條第一款之「其他軍用處所建築物」、「其他軍需品」和「其他供轉運之器物」、第一一五條之「文書、圖畫或其他證據」、第一二一條之「其他不正利益」、第一三七條之「以詐術或其他非法之方法」、第一四二條之「以強暴脅迫或其他非法之方法」、第一四六條之「其他非法方法」<sup>30</sup>、第一七六條之「其他爆裂物」、第一八四條之「或以他法」、第一八九條之「或其他相類之場所」、第一九二條之「或以他法散布病菌」<sup>31</sup>、第二一二條之「或其他相類之證書、介紹書」、第二二一條之「對婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法」、第二二五條之「乘其心神喪失或其他相類之情形」、第二三五條之「或以他法供人觀覽」、第二八八條之「因疾病或其他防止生命上危險之必要」、第三一五條之「其他封緘書」、第三〇二條之「私行拘禁或以其他非法方法剝奪人之行動自由」、第三二一條第二款之「毀越門扇、牆垣或其他安全設備」與第五款之「乘火災、水災或其他災害之際」以及第三三七條之「或其他離本人所持有之物」等等，均屬先有例示，隨之有概括規定之適例。

此等諸多之例證，顯示例示規定基本上並不違反罪刑法定主義；更有進者，其妥適之運用，以應犯罪事實之複雜多變，實有其立法上之必要，縱在刑法領域，亦無不同。

## （三）比較法之印證

再從比較法之觀點言之，刑法上採用例示規定者，亦不乏其例。以德國刑法為例，其最著名之例示規定，應屬於其第二四三條之加重竊盜罪（*Besonders schwerer Fall des Diebstahls*）。依該條之規定：

---

<sup>30</sup> 刑法第一四六條妨害投票罪之立法理由更清楚地說明，對於選舉舞弊之規範，「可分兩派：一為列舉規定，……一為概括規定，……。第一派之選舉法，雖屢經更改然難臻嚴密，……如法國…選舉法…其列舉之犯罪行為，幾及百種，仍有未盡，乃…頒佈概括規定之條文，蓋以列舉終有遺漏也。……本案擬從第二派為概括之規定。」

<sup>31</sup> 本條之立法理由亦有類似第一四六條立法理由之說明，可資參考。

「犯竊盜罪而其情節重大者，處三月以上十年以下之自由刑」，至於何謂「情節重大」（in besonders schweren Fällen），該規定則以數例闡明之，曰：「有左列各款情形之一者，通常（in der Regel）即可認為係情節重大：1. …。」其所舉之例子有侵入住宅竊盜、自防盜之容器或設備中盜出、常業竊盜、自宗教場所盜出宗教儀式用品、盜取公開陳列之貴重學術或藝術物品以及乘人之危竊盜等項。有上述情形者，即推定為加重竊盜。惟法院之判例則另外更行承認數種構成所謂「情節重大」之竊盜行為，例如：竊取價值特別昂貴之物品、公務員之監守自盜（Amtsdiebstahl）、竊取機器設備或其他營業設施致他人營業之繼續經營發生重大之困難以及竊取供公眾使用之物品等等<sup>32</sup>。學者對於此種例示規定之立法技術（Regelbeispieltechnik），一般多肯定其合於明確性原則之要求<sup>33</sup>。

從上述德國刑法之例，亦可佐證刑法上使用例示規定並不違反罪刑法定主義。

#### （四）小結

總之，我們可以一般性地認為，列舉規定固無違反罪刑法定主義之疑慮，連例示規定原則上亦合於明確性原則之要求，而無違反罪刑法定主義之虞。如果從刑法之立場探討公平法第七條之性質問題，其可得出之結論為，公平法第七條應屬於例示性之規定，且其規範之明確程度已充分符合構成要件明確原則，故欲主張公平法第七條為例示規定者，實無需擔心聯合行為之定義一旦為例示性質，便有違反罪刑法定主義之危險。以上析論，係從刑法之觀點著手進行，惟公平法畢竟僅是「附屬刑法」，其主要之身分與角色為競爭法、經濟法。因此公平法第七條為列舉或例示規定之爭議，尚應視其於競爭法上之定位，始能下最終之結論。尤其當採用列舉和例示規定，原則上均不違反明確性原則之時，立法者究應採用何種立法技術，實應回歸到競爭法、經濟法上之考量，始屬正確妥當。

### 參、從競爭法之觀點檢視聯合行為定義之涵蓋範圍

在認定公平法第七條之性質時，檢視其是否會違反罪刑法定主義，自為解決問題之基礎，蓋如有違背該原則，法律即可能陷於違憲，而無再探討競爭法上孰是孰非之必要。今既已通過罪刑法定主義之考驗，則將公平法第七條認定為較有彈性之例示規定，基本上已經沒有

---

<sup>32</sup> 參閱Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 47. Aufl., 1995, §243, Rn.37ff.

<sup>33</sup> 參見Tröndle, a.a.O., Rn.18; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S.237.

問題。接下來本文所欲從事者，乃是從競爭法之角度探討此一問題，即以競爭法之觀點補強公平法第七條作為一例示規定之必要性與妥當性，以對本文之主題提出較為完整之答案。

## 一、從「限制競爭作為聯合行為之構成要件」觀察 公平法第七條之性質

我國公平法之聯合行為，有四大構成要件<sup>34</sup>：1.主體上須為同一產銷階段之數事業；2.合意方式包括契約、協議或其他雖無法律上之拘束力，但事實上可導致共同行為之意思聯絡；3.以限制競爭作為合意之內容（容後詳述）；4.足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。其各個要件均有其複雜之問題，在此限於篇幅與研究主旨，無法予以一一詳述<sup>35</sup>。本文欲特別說明者，乃聯合行為之其中一項成立要件，即限制競爭，與公平法第七條性質認定之關係。

首先，公平法第七條雖未明文規定「限制競爭」為聯合行為成立要件之一，惟如仔細閱讀公平法第七條，並將若干文字表達予以重組（卻不改變其意義），則似可認為事業「相互約束商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等事業活動」，即為「限制競爭」要件之另一種表述。蓋限制競爭，從事業之角度觀察，即可說是「對事業活動之一種約束」，而價格、數量…等例子，僅為立法者用以說明聯合行為限制競爭之內容與常見之類型而已。故我們可認為，限制競爭應為聯合行為構成要件之一<sup>36</sup>。

其次，對於聯合行為所限制競爭之內容與類型，實不應將其限制於法律所列出之項目，此不但將與競爭法之規範目的大相刺謬，亦與各國競爭法之理論實務有重大之違背。比較法之部分，茲容後再述，以為印證，此處先談國內之理論與實務界對於此一問題之態度。依學者之見解，有謂聯合行為要件之一為須使營業競爭受限制。所謂營業競爭，係指企業提供較其他企業有利之業務條件，以爭取顧客與之成立交易之努力。此種行為係以營業決策自由與行為之直接涉及市場為要素。故事業之獨立自主權如因聯合行為而受影響，且該約定直接涉及市場者，即屬營業競爭之限制。「諸如對於生產或交易之數量、價

---

<sup>34</sup> 以下係參考公平法第七條與公平法施行細則第二條之規定加以分析。

<sup>35</sup> 參考廖義男，卡特爾之概念，收錄於氏著，公平交易法之理論與立法，民國84年10月初版，第99頁以下；吳秀明，論卡特爾之法律規範，國立政治大學碩士論文，民國75年7月；何之邁，企業聯合之研究，收錄於氏著，公平交易法專論，民國82年10月初版，第79頁以下。

<sup>36</sup> 相同之見解，請參見廖義男，前揭，第120頁以下；何之邁，前揭，第127頁以下。

格、條件或顧客對象加以固定；或就特定商品、地域、時間或顧客範圍不從事生產或交易等皆屬之。」又謂「換言之，有營業競爭關係之多數企業，利用合意而使其營業行為在某特定範圍受到固定或排除，以致其業務成果可以不受此等營業行為變化之影響者，即為營業競爭之限制。」<sup>37</sup>另有學者主張「價格的競爭只是諸多競爭活動的一項而非全部。判斷競爭受限制並不須以價格已受影響為前提。對競爭任何型態的阻害，皆可以之為構成惡性卡特爾之要件。」<sup>38</sup>又謂「企業聯合既以限制競爭為處罰之要件，則分析檢討其行為類型自屬必要。依工業先進國家實施反托拉斯法之經驗以觀，限制競爭之類型林林總總，不一而足。一一陳列既不勝枚舉，亦不可能。」<sup>39</sup>

上述見解雖未必直接係針對公平法第七條而發，惟自其內容以觀，即可得知國內之學說見解應為支持例示說之有利支柱。蓋聯合行為可能作為合意內容之事項，種類繁多，且因個案而容有差異，實難預先以列舉之方式囊括殆盡。如有遺漏，因法律採列舉方式而無法規範時，對於競爭秩序之維護，自會造成相當之傷害。故為因應營業競爭之中市場行為之千變萬化、推陳出新，法律對於聯合行為所涉及之限制競爭類型，應採較有彈性之開放式要件，諸如例示規定，而非封閉式之要件，如列舉規定，始能令公平法之規範內容與時俱進，歷久彌新。職是之故，本文對於上述學者之見解，實深表贊同。

公平會關於聯合行為之實務，亦可支持上述例示說之見解。在「春源鋼鐵工業股份有限公司等十七家業者因聯合行為違反公平交易法處分案」中，被處分人「合意共同將票期縮短二個月」，即被公平會認定為違反公平法第十四條之規定（雖第十四條所舉之例並未包括之）<sup>40</sup>。惟應注意者，為該處分係將縮短票期視為「影響商品交易價格之因素」，並認為「…成本差異、交易數額、信用風險、其他交易條件如票據久暫、廣告支持、資訊分享、技術回饋等等，…交易雙方對於上稱條件之計算，均足以直接、間接影響交易雙方價格之形成。…水平事業間若共同為前述交易條件之約束行為，自應論為共同對於價格之干預，其若有發生限制競爭之效果時，即應論為聯合行為。」<sup>41</sup>公平會將縮短票期納入規範，實值肯定，惟公平會認為合意縮短票期與合意限制其他諸多直接、間接影響價格之因素，均應論以共同對價

---

<sup>37</sup> 以上見解參閱廖義男，前揭，第120頁以下。

<sup>38</sup> 參見何之邁，前揭，第128頁。

<sup>39</sup> 何之邁，企業聯合類型之探討與分析，收錄於氏著，前揭，第158頁。

<sup>40</sup> 參閱行政院公平交易委員會（84）公處字第054號處分書。

<sup>41</sup> 同上註。



格之干預，則無法予以贊同。蓋價格與其他之交易條件，基本上仍為不同之事項，交易條件之高低固會影響價格，惟將一切直接甚至間接影響價格之因素（如資訊分享、技術回饋）均視為價格而予以處理，實有不當擴大價格概念之嫌，未必妥當。其實此處實不必輾轉解釋，將價格與其他交易條件強其必同，只要說明對於交易條件之限制亦為「對事業活動之約束」，構成限制競爭，故亦屬於聯合行為所禁止之範圍即可。公平會捨此不為，而選擇勉強擴張價格概念之途徑，實為美中不足之遺憾。

另外在「中部汽車玻璃研究發展協會共同訂定公定價格及集體杯葛非會員廠商」一案中，公平會亦承認「集體杯葛」非會員之事業，亦即決議各供應商及所有會員不得供貨給非會員之玻璃行一事，應構成公平法第十四條之違反<sup>42</sup>。不同於上例，本處分書已直接認定限制新事業之加入，已符合公平法所稱「相互約束事業活動」之要件，而違反同法第十四條聯合行為之禁止規定。此一見解，正與本文前述之主張吻合，在論證上較週延妥適，實值贊同。

總之，國內公平法之理論與實務通說均認為聯合行為合意之內容並不限於公平法第七條所舉出之項目，其理由之構成，或擴張價格之概念，或承認未明文規定之項目仍屬於相互約束事業活動之範疇，或直接由限制競爭之內涵導出。本文則指出，相互約束事業活動其實就是限制競爭之意，未為法條例示之合意類型如構成限制競爭，自可經由此一要件之廣泛內容，而被一體納入聯合行為管制之下。

## 二、比較法上之印證

上述國內理論實務之見解，如從比較法觀察其類似問題之處理，則更可獲得充分之印證。換言之，從比較法上之觀點，各國限制競爭法對於聯合行為之規範，均在於廣泛地保護競爭不受各種聯合行為之妨害與排除，並不會將適用之範圍劃地自限於特定合意內容與類型之聯合行為。

### （一）美國法

就美國法而言，休曼法（Sherman Act）第一條係禁止「任何限制州際貿易或商業之契約、結合或共謀」（every contract, combination ..., or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States），並未對聯合行為之內容加以限制。值得一提的是，違反休曼法第一條亦是刑事不法之行為，且其最高刑度（三年以下有期徒刑）正與公平法第卅五條之規定吻合。在判例法方面，

---

<sup>42</sup> 參閱行政院公平交易委員會（84）公處字第127號處分。

美國法院將違反休曼法第一條之情況，依據歷年來之案例加以類型化。其中涉及水平之限制競爭（horizontal restraints of trade），即所謂卡特爾（cartels）者，計有直接之價格之限制（"naked" price restraints）、瓜分市場（market division）、集體杯葛或拒絕交易（group boycott or concerted refusal to deal）、資訊之傳遞散播（data dissemination）、產品、設施、交易條件之標準化（Standardization programs）與其他各種之共同行動（miscellaneous joint activities）等等<sup>43</sup>。惟上述之類型，在屬於判例法之美國法下，自係對於法院過去所處理之案例的整理歸納，其不應也不能阻止法院在未來創設新的聯合行為類型，其理甚明。故美國法下之聯合行為類型，應具有以判例法加以例示之性質，而非封閉之列舉行為類型。此一結果固不能硬套成文法上列舉或例示規定之模式，惟其內涵較符合例示規定之精神，則可予以肯定。

## （二）歐盟法

對於聯合行為加以規範之歐盟法為「歐洲經濟共同體設立公約」（Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft）第八十五條。依該條第一項之規定，「凡足以影響締約國間之貿易並以妨礙、限制或扭曲共同市場內之競爭為目的或有此效果之事業間之契約、事業團體之決議與一致之行為」均被禁止<sup>44</sup>，該規定並進一步說明，構成此種限制競爭之協議者，「特別是」對價格、交易條件、生產、銷售、技術發展、投資、市場之劃分、資源之供給、差別待遇或使契約之另一方當事人接受不合理之額外負擔（如搭售）等事項<sup>45</sup>。按歐盟之法規，其文義上如使用「特別是」（insbesondere）之字眼，並接者舉出若干例子時，即代表該規定為典型之例示規定，換言之，即不排除有其他符合該規定要件之協議內容，而法律所舉之例，僅為重要且經常發生之情況，以用供法律適用之參考。學說上對於該規定之性質，亦毫無例外地認定其為例示規定<sup>46</sup>。法院之判例，除上述所例示

---

<sup>43</sup> 關於美國法上以合意限制水平市場競爭之類型，請參考Sullivan, Handbook of the law of Antitrust, 1977, p.197-311.

<sup>44</sup> 公約之原文為：“... alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, ...”

<sup>45</sup> 本條所規範之合意係包括垂直及水平之限制競爭約定。

<sup>46</sup> 如Schröter即相當具有代表性地認為該規既使用「特別是」（insbesondere）一字，便代表其所舉之例子非屬封閉式之例，縱不在該等舉例之內，事業之協

之合意內容以外，亦承認許多其他內容之聯合行為<sup>47</sup>。綜上所述，可知歐盟有關聯合行為之規定亦設有立法上之舉例說明，與我國公平法頗為接近，而依歐盟法上一致之見解，該規定之性質應為例示規定。

### （三）德國法

德國之限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）第一條為規範卡特爾（Kartell），即聯合行為之規定。該規定對於聯合行為約定之內容，甚至僅加以抽象一般之描述，即所謂「對競爭之限制」（durch Beschränkung des Wettbewerbs），而對於其具體之內容則未置一詞，完全讓諸學說判例與主管機關之執法來加以充實，故規範方式可謂比例示規定更為概括。學說與實務界則多在討論聯合行為「限制競爭」之要件下，對於其合意可能涉及之內容加以說明<sup>48</sup>。一般認為，所有可資作為競爭之方法手段、事業可以投入之一切「行動參數」（Aktionsparameter）均屬之；亦即所有競爭之表現型態（Wettbewerb in allen seinen Erscheinungsformen），只要其非屬於不正競爭，皆受限制競爭防止法第一條之保障<sup>49</sup>。故可得知德國法實欲藉上述之規定，盡可能地廣泛維護競爭之正常運作。在此種法律規定之內容與學說判例之見解下，我國所發生例示說或列舉說之爭議，在德國根本是多餘的。

### （四）日本法

與我國公平法第七條對於聯合行為之定義最為接近之立法例，為日本「關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律」（簡稱獨占禁止法）第二條第六項對所謂「不當之交易限制」所為之定義。基於其定義上特別高之近似性，故研究日本法上對於該條項之看法如何，自別具意義。依該條項之規定：「本法稱『不當之交易限制』者，指事業人依契約、協定或其他名義，與他事業人共同就價格之決定、維持、提高，或限制數量、技術、產品、設備或交易對象等事項，相互拘束其事業活動或遂行之，違反公共利益，並對於一定交易範圍之競爭加

---

議如妨害競爭，仍有構成第八十五條第一項之可能，蓋該等事例不過在說明「妨礙、限制或扭曲共同市場內之競爭」一要件之內涵，參見 ders., in: Groeben/Thiesing/Ehlerman (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd.2, 4. Aufl., 1991, Art.85, Rn.117ff.; Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Aufl., 1994, Art.85, Rn.56.

<sup>47</sup> 關於歐體公約第八十五條之案例類型，請參閱 Wenig, in: Groeben/Thiesing/Ehlerman (Hrsg.), a.a.O., Art.85-Fallgruppen, Rn.1ff.

<sup>48</sup> 參閱 Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., 1992, §1, Rdnr.240-282

<sup>49</sup> 參見 Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S.69f. 之說明。

以實質之限制者。」本規定中，「價格之決定、維持、提高，或限制數量、技術、產品、設備或交易對象等」究為列舉規定或例示性規定，亦可加以質問。關於此一問題，日本一致之通說均認為其為例示之性質<sup>50</sup>。且實務上，日本公平交易委員會更透過對於一系列案例之處理，將第二條第六項之範圍加以擴大至共同之採購和銷售組織之建立、瓜分地域市場、交換市場訊息、共同談判、共同之利潤額度…等等之事項上<sup>51</sup>。故可知與我國公平法第七條之規定最為類似之日本法，無論在理論或實務上，均以獨占禁止法第二條第六項為例示規定，並不將聯合行為之內容限於法所明示者。

### （五）小結

綜上所述，可知在美國、歐市、德國與日本法上，法律對聯合行為之內容均採廣為包納之基本立場。此一比較法上之研究結果，實可印證並支持我們主張公平法第七條應為例示規定之見解。蓋公平法應盡可能地保障競爭之充分運作，不受各種聯合行為之干擾，此處並無因地制宜，基於我國之特殊原因而應與各國之規定相異其趣之情形與必要。故比較法之研究，乃更加增強了例示說之說服力。進一步言，聯合行為之禁止與許可之範圍，如涉及「法定例外」<sup>52</sup>或「除外領域」（*Bereichsausnahmen*）<sup>53</sup>時，各國基於其法律、競爭與經濟政策上之考慮，可能有或多或少之區別。可是就聯合行為之定義上，其內容不應限於特定之類型，應採彈性開放之規範方式一事，各國之態度可謂趨於一致，並無歧異。我國法在關於同一問題之解釋上，實應採同一見解，始為妥當。

## 三、經濟事實之掌握與公平法之規範方式

最後本文欲從公平法規範客體之特質的觀點，談涉及公平法第七條性質之有關問題。公平法所規範者，為事業之市場行為，且為各種產業之市場行為。一個幾乎涵蓋整個經濟領域市場行為之法律，其規範客體實具有「複雜性、動態性、不確定性與未來發展之開放性」（*Komplexität, Dynamik, Unbestimmtheit und Entwicklungsoffenheit*）

---

50 參閱正田彬，全訂獨占禁止法，1981，第238頁以下；今村成和，獨占禁止法，1978，第81頁。

51 參見Iyori/Uesugi/Heath, *Das japanische Kartellrecht*, 1994, S.29f.

52 如公平法第十四條第一至第七款之例外規定。

53 通常係指以產業為單位之除外規定，如德國限制競爭防止法第九十九條以下。我國屬於此一性質之規定，多存在於特別法中，並經由公平法第四十六條第一項，將公平法之適用排除。

des Regelungsgegenstandes) 等特質<sup>54</sup>。公平法之立法者必須試圖用抽象之法律語言，去掌握這些市場行為中對於競爭之自由、充分、公平的運作有不利之影響者，並以法律加以規範。基於事業在市場上「競爭過程」(Wettbewerbsprozesse)之複雜多變，立法者如欲廣泛地保護競爭，實很難用非常具體明確之要件去規範限制競爭或不公平競爭之行為。換言之，公平交易法或其他經濟法規中，通常會使用較多之不確定法律概念或概括條款，以圖更週延地掌握多樣性的經濟事實。至於例示接著概括規定之立法技術，則更是普遍地運用在各種經濟法規之中。

事實上例示性之規定由於立法者尚且以具體之例子說明所欲規範之行為，其明確之程度已經比單純之不確定概念或概括條款為高，故其使用之正當性與合法性應較無問題。其實連不確定法律概念和概括條款在競爭法上之運用，一般亦肯定其必要性<sup>55</sup>。惟在實際之解釋與適用上，究應依據何種標準為之，成為公平法和經濟法上之重大問題。此一問題牽涉廣泛，同時尚非屬於本文所欲處理之核心問題，限於篇幅，乃暫時置諸不論<sup>56</sup>。

總之，為週延地掌握所欲規範之經濟事實，加上規範客體之複雜與多變，公平法必須運用較概括且具有彈性之概念和要件，以規範事業之行為。在此一理解之下，公平法第七條自宜認定其為例示規定，始較符合經濟法規特殊之需求。

## 肆、結語

一、關於公平法第七條聯合行為之定義究為列舉或概括規定之爭議，其意義不僅止於技術性之層面，實際上此爭議係涉及了對於刑法與公平法上若干基本問題之認識與理解。本文分別自罪刑法定主義與公平

---

<sup>54</sup> 參閱 Möschel, Wettbewerb im Schnittpunkt von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie, in: Gernhuber (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, S.350; ders., Ökonomische Kriterien in der Anwendung des Kartellgesetzes, JA, 1986, S.525.

<sup>55</sup> Möschel, a.a.O..

<sup>56</sup> 有關之問題可參閱 Möschel, a.a.O.; Günther, Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des GWB, in: FS für Günther Hartmann zum 65. Geburtstag, 1976, S.123ff.; Raisch, Zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe im Kartellrecht durch den Bundesgerichtshof am Beispiel der Preismissbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle, in: FS für Robert Fischer, 1979, S.547ff.; Kirchner, "Ökonomische Analyse des Rechts" und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR, 1980, S.563ff.; 翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，法令月刊，第四十四卷，第十一期，第3頁以下。

法上聯合行為要件之觀點，探討此一問題。以法域之綜合考量為經，以國內外之法規、學說與實務之見解為緯，本文認為我們有充分之理由主張公平法第七條之性質應為例示規定，而非列舉規定。至於其詳細之論證過程，則已見於前文，不再贅述。

二、除提出上述之結論，解答了本文所關切之主要問題外，仍有下列幾件有關事項，值得吾人加以省思：

1.此一爭議所以在執法之過程中會產生，可能顯示我國公平法之執法人員對於「構成要件明確原則」之意義、內涵、界線、效力等事項之認識尚待加強，故會滋生如將公平法第七條認定為例示規定，是否會違反罪刑法定主義之疑義。對於上述問題，本文均試圖予以闡明，以供執法者未來在解釋適用公平法時之參考。

2.爭議之產生，其另一項主因為聯合行為係屬於刑事不法之行為。如聯合行為僅有民事責任與行政法上之責任，則爭議將大為減少。實際上公平法之解釋，因為法域間之緊張關係而產生之困難與疑義，尚不在少。這使我們應去面對是否宜將公平法上之犯罪行為「除罪化」(Entkriminalisierung)之問題。在「未來法」(de lege ferenda)之考量上，這是一個值得我們認真思考之方向。

3.在聯合行為之要件上，公平法第七條之「相互約束商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等事業活動」其實就是「限制競爭」一要件較充分詳細之說明。此一事項過去似未得到正確之認識與足夠之重視。本文特揭明斯旨，盼有助於吾人對於聯合行為要件之正確理解。

4.公平法與其他經濟法規中，為了掌握動態、複雜、不確定與發展上有開放性之經濟事實，有使用較多之例示概括規定、不確定法律概念、概括條款與需價值補充之概念的必要，以使法律之適用能因應個案之特殊情況而保持一定之彈性。惟此等概念用語之掌握與解釋應如何從事，實為一重要而艱鉅之課題，甚值公平法之理論與實務界在未來共同加強對其之研究與探討。