

# 國立交通大學

管理學院科技法律學程

碩士論文

違反競爭法行為之私法上效力：  
以違法聯合行為與民法第七十一條為  
中心

Validity of Anticompetitive Practices in Private Law—Focusing on Concerted

Actions and Article 71 of Civil Code

研究生：許翠玲

指導教授：王立達教授

中華民國一零一年十二月

違反競爭法行為之私法上效力:

以違法聯合行為與民法第七十一條為中心

Validity of Anticompetitive Practices in Private Law—Focusing on Concerted

Actions and Article 71 of Civil Code

研究生：許翠玲 Student: Tsui-Ling Hsu

指導教授：王立達教授 Li-Dar Wang

國立交通大學

管理學院科技法律學程

碩士論文

A Thesis

Validity of Anticompetitive Practices in Private Law—Focusing on Concerted Actions

and Article 71 of Civil Code

for the Degree of

Master

in

Technology Law

December 2012

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國一百零一年十二月

違反競爭法行為之私法上效力:

以違法聯合行為與民法第七十一條為中心

學生：許翠玲

指導教授：王立達教授

國立交通大學管理學院科技法律學程

## 中文摘要

違反競爭法之聯合行為，具有高度反競爭性，對市場競爭之限制程度高，各國無不予以高度管制，歐盟運作條約、英國及韓國等國明文規定其私法上效力為無效。時值美國、歐盟以我國產業有違法聯合行為而課以巨額罰款，國內產業開始關注競爭法。謀聯合行為之事業間，可否據違法聯合行為約定對他事業有所主張，涉及對違法聯合行為之私法上效力之認定。在我國為數不多的相關司法案例中未能見到令人信服的論述，且多與世界潮流相逆。公平法刻正研擬修法中，本文從評析民事判決、檢討民法第 71 條之適用、提出判斷違法聯合行為效力時應注意之事項及其私法效力應為無效之理由，期能提供公平法修法參考。

**關鍵詞:**違反競爭法行為、聯合行為、私法效力、效力規定、民法第七十一條

# Validity of Anticompetitive Practices in Private Law—Focusing on Concerted Actions and Article 71 of Civil Code

Student: Tsui-ling Hst

Advisor: Dr. Li-Dar Wang

Institute of Technology Law  
National Chiao Tung University

## 英文摘要

### ABSTRACT

Concerted actions that violate competition law are highly anticompetitive, and seriously hinder market competition. All countries heavily regulate such actions. In EU, British and Korea, laws explicitly void such actions in private law. Because recently, U.S. and E.U. imposed huge amount of fines on Taiwanese businesses, local businesses began to pay attention to competition law. Among cartel businesses, can one business clam against another based on the breach of the agreement of a concerted action? This should be subject to the validity of the illegal concerted action agreement under private law. In those limited cases in Taiwan, no convincing opinion is found, and most of them are opposite to the worldwide trend. As the Fair Trade Act is being amended, this essay analyzes cases, review Article 71 of the Civil Code, and propose several factors for evaluating the validity of an illegal concerted action and grounds of voidance under private law. The authors hope it can be of reference for the amendment.

Key Words: anticompetition, concerted action, validity in private law, grounds of invalidity, Article 71 of the Civil Code

## 誌 謝

要感謝的人很多，小孩的貼心、先生的體貼。  
更要感謝立達老師包容我的無數電子郵件的提問。

在立達老師身上看到了學者治學嚴謹的風範。在忙碌的教學、所務工作之餘，立達老師能依學生的特質、強項、狀況，給予學生不同的引導方式，並時時與學生聯繫論文進行情形，使學生得以有最大的發展，除敬佩立達老師的教學熱忱，更我在學位之外更大的學習。





# 目錄

中文摘要 .....	i
英文摘要 .....	ii
誌 謝 .....	iii
目錄 .....	iv
第一章、前言 .....	1
1.1 研究動機與目的 .....	1
1.2 研究方法與範圍 .....	2
第二章、聯合行為私法效力之民事案例分析 .....	4
2.1 判決實證調查結果 .....	4
2.2 相關判決 .....	5
2.2.1 頂興實業股份有限公司 v. 圓昌化工股份有限公司(履約保證) .....	5
2.2.2 北誼興業股份有限公司 v. 基旺煤氣有限公司(事業與第三人間) .....	6
2.2.3 飛利浦公司 v. 巨擘科技股份有限公司(事業與第三人間) .....	7
2.3 上揭判決大多認定公平法第 14 條為取締規定 .....	10
第三章、民法第 71 條解釋適用之檢討 .....	12
3.1 取締規定與效力規定之區別 .....	12
3.2 民法第 71 條之規範功能 .....	15
3.2.1 三種可能的規範功能定位 .....	16
3.2.2 我國學者的見解 .....	17
3.3 我國司法實務落入效力全有全無的極端化困境 .....	18
3.4 小結 .....	22
第四章、美國、歐盟及德國法對違法聯合行為私法效力所持立場 .....	24
4.1 美國司法實務對聯合行為是否違法的判斷原則 .....	24
4.1.1 合理原則 (Rule of Reason) .....	25
4.1.2 當然違法原則 (Per Se Rule) .....	25
4.1.3 快速審查原則(Quick Look) .....	26

4.1.4 小結.....	27
4.2 美國司法實務對違反法律規定契約效力之處理方式.....	28
4.2.1 一般原則為無效或不可執行(Void or Unenforceable).....	28
4.2.2 例外可執行(Enforceable).....	28
4.2.3 小結.....	29
4.3 美國司法實務對不合理限制競爭行為(Restraints of Trade)效力的處理 方式.....	29
4.3.1 All-or-Nothing Rule (Unenforceable or Void) .....	30
4.3.2 Blue-Pencil Knockout Rule .....	31
4.3.3 Blue-Pencil "Rewrite Rule" (Partial Enforcement) .....	33
4.3.4 三種作法的利弊得失.....	33
4.4 美國司法實務對違法聯合行為的效力判斷.....	34
4.4.1 不得基於違法聯合行為契約，訴請違約者賠償.....	34
4.4.2 不得訴請履行違法聯合行為契約中之約定.....	34
4.5 歐盟規定及德國的實務見解.....	36
第五章、違反公平法聯合行為之私法效力判斷.....	39
5.1 對我國前揭判決之評論.....	39
5.1.1 回歸民法認定不等於有效.....	39
5.1.2 限制競爭行為態樣不一.....	39
5.1.3 「先行政後刑事」之立法方式，非得據以認定為取締規定.....	40
5.2 判斷違法聯合行為私法上效力應注意公平法之特性.....	43
5.3 違反公平法之聯合行為私法上應為無效.....	45
5.3.1 公平法修正草案原擬明定違法聯合行為無效.....	45
5.3.2 界定違法之聯合行為效力為有效，產生明顯價值失衡.....	46
第六章、有關聯合行為之個別契約效力.....	48
6.1 美國司法實務見解.....	48
6.2 德國司法實務見解.....	49
6.3 小結.....	50
第七章、結語與建議.....	52
參考文獻.....	54

# 第一章、前言

## 1.1 研究動機與目的

公平交易法（以下簡公平法）規範目的乃在維持事業商業行為之自由與不受限制的競爭，進而規範事業的活動，事業活動中以契約進行交易者甚多。事業之交易契約如違反公平法經公平會處以行政處分，該契約在私法上如仍屬有效，無異謂事業得經由司法程序訴請判令他事業為公平會科以行政處罰之行為，其矛盾處不言自喻。

另，事業間之契約行為違反公平法時，該等契約條款效力之判斷，非如一般民事契約之效力判斷，僅單純檢視兩造事業當事人間或事業與消費者間之契約關係即可，依違法之聯合行為<sup>1</sup>為例，需對該等當事人間之契約是否「對市場足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」及當事人間是否屬「在同一產銷階段之事業」予以判斷，此與傳統判斷契約效力常僅是就當事人能力、意思表示是否健全、意思表示是否一致、內容是否妥適等加以判斷<sup>2</sup>即可，對於當事人間所營事業種類是否相同通常並不需加以考量情形甚為不同，因而本文認為違反競爭法行為之私法效力究為何，頗有研究價值。

競爭法上所謂事業間的聯合行為(即一般所稱之卡特爾 cartel)，係指處於同一產銷階段的廠商，為謀求共同利潤極大化，避免彼此間因競爭而引起的不確定性，

<sup>1</sup> 公平交易法第 14 條規定「事業不得為聯合行為，但有左列情形之一，而有益於整體經濟與公共利益，經申請中央主管機關許可者，不在此限：

- 一、為降低成本、改良品質或增進效率，而統一商品規格或型式者。
- 二、為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率，而共同研究開發商品或市場者。
- 三、為促進事業合理經營，而分別作專業發展者。
- 四、為確保或促進輸出，而就國外商品之輸入採取共同行為者。
- 五、為加強貿易效能，而就國外商品之輸入採取共同行為者。
- 六、經濟不景氣期間，商品市場價格低於平均生產成本，至該行業之事業，難以繼續維持或生產過剩，為有計畫適應需求而限制產銷數量、設備或價格之共同行為者。
- 七、為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力所為之共同行為者。

中央主管機關收受前項之申請，應於三個月內為核駁之決定；必要時延長一次。」

公平法第 7 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，相互約束事業活動之行為而言。

前項所稱聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限。

<sup>2</sup> 王澤鑑，民法概要，頁 176，三民書局（2002）。



所約定採取的共同行為。例如為共同決定商品價格、數量、交易對象、交易地區等，而約定約束彼此間營業競爭的行為。導致或因而價格過高使有購買需求之消費者買不起或使一般消費者負擔不必要之支出，或因瓜分市場等對其他競爭者產生限制競爭等情形，致資源未能有效率的配置，對經濟成長、消費者福祉危害甚鉅。

事業間聯合行為對事業之取得利潤固有助益，惟其等分配市場等限制競爭行為，以人為方式形成市場力量、消除彼此競爭，或者造成市場參進障礙，危害市場競爭，故各國競爭法對聯合行為莫不施以高度管制。OECD(經濟合作及發展組織)除把打擊聯合行為列為防衛市場自由化之重要競爭政策目標，並大力推動各國打擊聯合行為之經驗、意見交流<sup>3</sup>。現行公平法除了對事業從事公平法所禁止的水平聯合行為，明定其行政與刑事責任外，違法聯合行為的私法上效力如何?公平法並無明文，從而必須回歸民事法律的規範探求。

我國有關違反公平法聯合行為的民事司法判決個案甚少。惟在有限的民事司法實務判決中，即因適用民法第 71 條有不同見解而出現不完全相同的判決結果。因此於判斷違法聯合行為之私法效力時，應注意之事項究竟為何?假若為貫徹公平法之立法目的，認為違法聯合行為之私法效力應為無效或是有別於無效的其他結果時，則其法律依據又復何在?凡此即成為亟待探討之課題。由於民事法與公平法係屬兩個不同之法領域，欲求取其間整合協力所牽連問題甚廣。本文集中探討聯合行為參與者間之約定在私法上之效力問題，冀能對於違反公平法行為之私法效力此一問題，發揮見微知著的功效，並希望能提供國內相關事業於未來企業經營過程中，能更精確評估事業從事違法聯合行為時之風險。至於其他諸般違反公平法行為之私法效力，以及兩個法領域之間全面性互動關係與效力牽連問題，則有待另文探索。

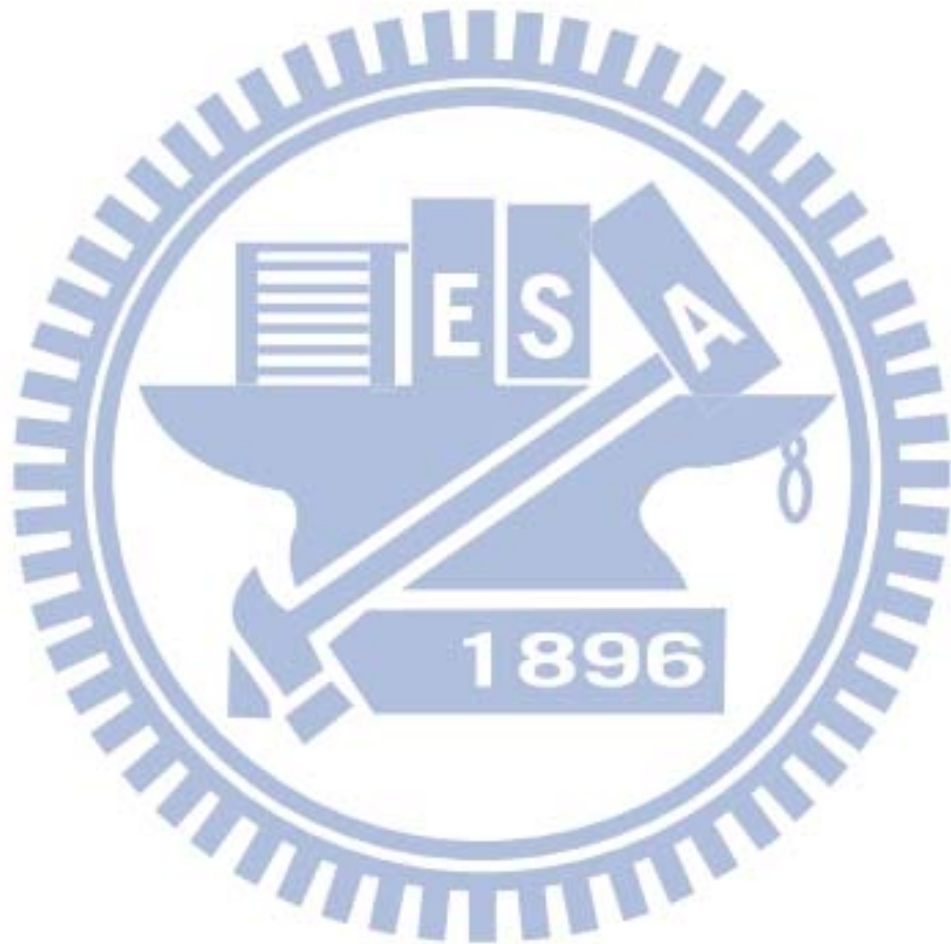
## 1.2 研究方法與範圍

本文研究擬先提出我國司法實務案例見解，就其適用民法第 71 條<sup>4</sup>結果加以分析，進而就民法第 71 條之適用提出檢討，嗣提出美國及歐盟運作條約、德國實務判決見解論述違反公平法之聯合行為之私法上效力，並提出德國司法實務適用其相當於我國民法第 71 條的德國民法( the German Civil Code ,”BGB”)134 條之判決，繼而提出判斷違反公平法行為之私法效力時，應考慮之事項，及美國 common law 實務對於依據違法契約進而與第三人訂約之效力之見解，以供我國司法實務日後參考。最後則提出本文之建議。其次限於篇幅，本文研究範圍係以謀合違法聯

<sup>3</sup> 李文秀，寬恕政策應用於惡性卡特爾之探討—兼論我國引進寬恕政策之修法建議及國際合作，國立政治大學國貿研究所碩士論文，頁 25 (2004)。

<sup>4</sup> 民法第 71 條規定「法律行為違反強制規定或禁止之規定者，無效；但其規定並不以之為無效者，不在此限。」

合行為的契約私法效力為核心，至於其他私法爭議例如計算損害賠償等問題，則不在本文討論範圍。又聯合行為相關的其他爭議問題，如事業間並無意思聯絡，而僅是各自有意識地進行相互一致的平行行為等，亦不在本文研究範圍。



## 第二章、聯合行為私法效力之民事案例分析

### 2.1 判決實證調查結果

我國司法實務與聯合行為民事私法上效力有關之民事判決，經於 2011 年 9 月下旬以「聯合行為」及「效力」作為檢索字詞，透過司法院法學檢索系統查詢同時包含兩者的民事判決，全國各級民事法院總計得出 56 件<sup>5</sup>。經扣除同案號重複案件與偶然出現聯合行為字樣之無關案件共 3 件，其餘 53 件按照是否依據公平法第 14 條作出私法上效力認定，明細如附表一。其間以程序性理由作成判決有 8 件；法院作成實體認定，但未及於公平法第 14 條有 38 件；無法證明涉及違反公平法第 14 條有 2 件；認定違反公平法第 14 條行為之私法效力，但未說明理由有 2 件，有具理由說明則有 3 件<sup>6</sup>。由此可知，大多數檢索獲得的相關民事案件其實並未在判決中針對公平法第 14 條加以討論。

表一 我國聯合協議私法效力民事判決  
檢索結果與類型分布

判決型態	案件數
1. 以程序性理由作成判決	8
2. 法院作成實體認定，但未及於公平法第14條	38
3. 無法證明違反公平法第14條	2
4. 認定違反公平法第14條行為之私法效力，但未說明理由	2
5. 認定違反公平法第14條行為之私法效力，且附具理由說明	3

(資料來源：查詢自司法院法學檢索系統，作者自行整理)

<sup>5</sup> 透過司法院法學資料檢索系統，一般可以檢索到 84 年以來國內各級法院判決。

<sup>6</sup> 引自王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第七十一條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊，第 11 期，2012 年 9 月。



## 2.2 相關判決

### 2.2.1 頂興實業股份有限公司 v. 圓昌化工股份有限公司(履約保證)

本事件為頂興公司對圓昌公司在台灣台北地方法院提起訴訟，經該院以 88 年度訴字第 1529 號判決於 88 年 9 月 30 日判決頂興公司敗訴，經頂興公司提起上訴由臺灣高等法院以 88 年度上字第 1614 號判決於 89 年 6 月 7 日判決駁回頂興公司之上訴。嗣頂興公司提起第三審上訴，由最高法院以 91 年度台上字第 466 號判決，於 91 年 3 月 15 日判決原判決廢棄，發回臺灣高等法院。嗣由臺灣高等法院以 91 年度上更(一)字第 100 號判決，於 91 年 10 月 2 日判決原判決(指台北地方法院 88 年度訴字第 1529 號判決)廢棄，圓昌公司應將支票返還頂興公司。圓昌公司對該判決提起第三審上訴，經最高法院以 91 年度台上字第 2575 號判決於 91 年 12 月 20 日判決上訴駁回而確定<sup>7</sup>。

司法院法學資料檢索一般雖可檢索至 84 年間之判決，惟本事件判決在司法院法學檢索網站中僅檢索到臺灣高等法院之 88 年度上字第 1614 號判決、91 年度上更(一)字第 100 號判決、最高法院 91 年度台上字第 466 號判決、91 年度台上字第 2527 判決，第一審之 88 年訴字第 1529 號判決則未檢索到，合先敘明。

#### 1. 二審判決<sup>8</sup>

頂興公司主張 83 年間因石灰價格低落，同業間由圓昌公司法定代理人之配偶即訴外人吳錦泉召集頂興公司等 5 家公司，決議聯合提高價格，為免參與者違約，由頂興公司交付 4 家公司以外之圓昌公司之實際經營者(即訴外人吳錦泉)保管保證票，頂興公司如有違約，圓昌公司即可提領該支票。嗣經頂興公司提起訴訟，請求返還該些支票。

該判決理由除認為頂興公司係交付系爭 2 紙支票交予訴外人吳錦泉而非圓昌公司外，並以支票乃文義證券及無因證券，證券上之權利義務悉依證券上所載文句而決定其效力，從而支票上權利，依支票文義而發生，與其基礎之原因關係各自獨立，支票上權利之行使不以其原因關係存在為前提，故其原因關係不存在或無效時，執票人仍得依支票文義行使其權利為由，判決頂興公司敗訴。

<sup>7</sup> 臺灣高等法院 88 年上字第 1614 號判決、91 年上更(一)字第 100 號民事判決。最高法院 91 年度台上字第 466 號判決、91 年度台上字第 2575 號判決。

<sup>8</sup> 臺灣高等法院於 89 年 6 月 7 日以 88 年度上字第 1614 號判決。



頂興公司提起上訴後，經最高法院以 91 年度台上字第 466 號判決廢棄原判決，發回台灣高等法院。嗣由台灣高等法院以 91 年度上更字（一）第 100 號審理。

## 2.二審更審判決<sup>9</sup>

該判決理由，以頂興公司因參加生石灰聯營提高售價，為保證不違約而由頂興公司交付予訴外人吳錦泉保管之保證支票…。頂興公司交付系爭支票之原因行為違法而屬無效之法律行為，其保證事由已不存在，訴外人吳錦泉取得系爭支票有票據法第 14 條所規定之惡意取得情事，而圓昌公司自吳錦泉取得系爭支票為無對價而不得享有優於前手權利，從而吳錦泉與圓昌公司均不得享有系爭支票之權利。頂興公司主張依民法第 71 條法律行為違反強制或禁止規定者無效，無效法律行為之當事人負有回復原狀之責任，依民法第 113 條回復原狀請求權，請求圓昌公司應將系爭支票返還上訴人即屬正當。

### 2.2.2 北誼興業股份有限公司 v.基旺煤氣有限公司(事業與第三人間)

北誼公司對基旺公司提起訴訟後，由台灣高雄地方法院以 90 年度訴字第 1599 號審理，判決基旺公司敗訴。嗣基旺公司提起上訴，經台灣高等法院高雄分院以 91 年上易字第 50 號判決部分廢棄，廢棄部分北誼公司在第一審之訴駁回。

#### 1.一審判決<sup>10</sup>

該判決事實為，基旺公司向北誼公司採購液化石油氣，北誼公司未經基旺公司同意，擅自聯合同業將價格片面調漲，該違法聯合行為嗣經公平會處北誼公司罰鍰。北誼公司起訴請求基旺公司給付買賣液化石油氣之價款，基旺公司抗辯兩造間之買賣契約無效。

該判決認為「縱使認為公平交易法第 14 條之規定為效力規定，亦在評價事業間就商品價格所為協議是否因而無效之問題，此並不影響該事業本於與其他事業所為商品價格之協議，而將商品出售其他交易對象之行為效力，則基旺公司所辯系爭契約依民法第 71 條之規定為無效云云，已非可採。況且依前所述，公平交易法第 14 條之規定性質上僅為取締規定，更不影響聯合行為本身之效力，遑論僅因聯合行為協議價格之結果，衍生而出之與其他交易對象之契約效力，更不因該價格係違反取締規定之有效協議而來，即令與其他交易對象之契約無效，否則交易之安全與安定性勢將無以維持。」

<sup>9</sup> 台灣高等法院於 91 年 10 月 2 日以 91 年度上更（一）字第 100 號判決。

<sup>10</sup> 台灣高雄地方法院於 90 年 12 月 25 日以 90 年度訴第 1599 號判決。

## 2.二審判決<sup>11</sup>

該判決認為「按民法第 71 條規定，法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效；但其規定並不以之為無效者，不在此限。所謂『並不以之為無效』者，係指因法律本身有明文規定其他效力，或自法律規定之目的言之，僅對於違反者加以制裁以防制其行為，非以之為無效者而言。而究竟為效力規定或取締規定，應自該法律之目的觀之，前者重在違反行為之法律行為價值，非以違法行為為無效，不能達其立法目的；後者則重在違反行為之事實行為價值，目的僅在防止該法律上之事實行為發生。公平法第 14 條前段固規定，事業不得為聯合行為。然依同法第 35 條之規定，違反同法第 14 條規定，經中央主管機關依第 41 條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金。由上開規定架構，可見公平交易法第 14 條雖為強行規定，然該規定之目的著重在避免聯合行為之出現而破壞市場經濟之自由運作，此由違反效果係對違反者以行政罰及刑罰加以制裁，即可見其目的係為防制聯合行為，該聯合行為是否無效，並不能達到維持公平交易之目的。是公平交易法第 14 條之規定係取締規定，係屬民法第 71 條後段所述情形，違反該法規定之行為並不因此而無效」。

### 2.2.3 飛利浦公司 v.巨擘科技股份有限公司<sup>12</sup>(事業與第三人間)

在本案中，飛利浦公司、新力、太陽誘電公司等 3 專利權人約定共同授權 CD-R 橘皮書規格專利，且限制不得個別單獨授權，曾遭公平會認定為違法聯合行為。惟 3 家公司尋求行政救濟後，此一見解並未獲得台北高等行政法院與最高行政法院判決支持<sup>13</sup>。在此同時，代表專利權人處理授權事宜的飛利浦公司仍繼續向未依

<sup>11</sup> 台灣高等法院高雄分院於 91 年 8 月 21 日以 91 年度上易字第 50 號判決。

本判決所引之公平法第 41 條內容業於 100 年 11 月 23 日修正為：公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。

事業違反第十條、第十四條，經中央主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制。

前項事業上一會計年度銷售金額之計算、重大違法情節之認定、罰鍰計算之辦法，由中央主管機關定之

<sup>12</sup> 有關本案行政、民事訴訟，有甚多學者發表文章討論，例如：王立達、江國泉合著「不同標準，合理齟齬？—評台北高等行政法院飛利浦可錄式光碟專利特許實施判決」，月旦法學第一六五期，頁 174（2009）。

<sup>13</sup> 臺北高等行政法院 94 年 8 月 11 日 92 年度訴字第 908 號判決，最高行政法院 96 年 4 月 4 日 96 年度判字第 553 號判決，最高行政法院 98 年 6 月 18 日 98 年度判字第 661 號再審判決。



授權契約繳納權利金的國內 CD-R 光碟片製造廠商進行追索。該公司向巨擘科技股份有限公司(以下簡稱巨擘公司)訴請給付權利金事件，法院並未直接論及聯合行為部分，而僅處理 3 家公司共同授權權利金金額過高，遭公平會及法院認定違反公平交易法第 10 條第 2 款等部分。雖然如此，本案在違反公平法行為之私法效力方面屬於法院近期代表性案件，且其違法行為乃是業者共同行為導致之獨占性定價，與聯合行為管制本身具有密切關連，因此在本文中有一併加以觀察討論之必要。

### 1.一審判決<sup>14</sup>

該判決以飛利浦公司有不當維持授權金之價格，違反公平法第 10 條第 2 款規定，及具有獨占地位，拒絕提供被授權人有關授權協議之重要交易資訊，並禁止專利有效性之異議，有濫用市場地位之行為，違反公平法第 10 條第 4 款規定情形，業經最高行政法院 96 年判字第 553 號、台北高等行政法院 92 年訴字第 908 號判決在案。

該判決理由謂「民法第 71 條後段之『並不以之為無效』者，係指因法律本身有明文規定其他效力，或自法律規定之目的言之，僅對於違反者加以制裁以防制其行為，非以之為無效者而言。而究竟為效力規定或取締規定，應自該法律之目的觀之，前者重在違反行為之法律行為價值，非以違法行為為無效，不能達其立法目的；後者則重在違反行為之事實行為價值，目的僅在防止該法律上之事實行為發生。觀諸公平交易法第 10 條第 2、4 款...，依同法第 35 條之規定，違反同法第 10 條規定之效果，經中央主管機關依第 41 條規定限期命其停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或並併科新台幣一億元以下罰金。由上開規定架構，**可見公平交易法第 10 條之規定係取締規定**，係屬民法第 71 條後段所述情形，違反該法規定之行為並不因此而無效」。

### 2.二審判決<sup>15</sup>

上揭一審判決後，巨擘公司提起上訴，二審判決謂「違反上開規定(指公平法第 10 條第 2 款規定)者，同法第 41 條設有限期停止或改正之要求及罰鍰規定，對未依期停止或改正之行為人，同法第 35 條則設有處罰之規定，依上開立法內容以觀，公平法...對於前已發生之行為，以行政罰處罰之，上開性質上屬行政罰...並非為填補個人或其他企業所受之損害，而係政府機關對破壞市場公平交易秩序者所課予之處罰，上開規定性質上乃屬行政機關本於行政高權所為之公法上行為，

<sup>14</sup> 台灣新竹地方法院於 97 年 8 月 15 日以 88 年度重訴字第 37 號判決。

<sup>15</sup> 智慧財產法院 98 年 4 月 23 日以 97 年度民專上字第 14 號判決。

對於私法上契約當事人間有關權利義務究竟如何規範，實則並未明文。質言之，公平法第 10 條第 2 款、第 41 條、第 35 條規定，均非私法上權利義務及其效力之特別規定，有關當事人間私法上權利義務之內容及私法契約之效力如何，仍應依民事相關規定解釋，非藉由公平法定奪，此參酌公平法第 10 條第 2 款於立法院立法審查時，立法委員就此一規定並未納入學者將該條所指之法律行為規定為無效之建議即明。是就系爭規定之性質而言，其目的屬公共秩序之維護，對公共秩序破壞者，均以取締處罰之方式為之，...公平法第 10 條第 2 款之規定，性質上應屬取締規定。」

### 3. 最高法院判決<sup>16</sup>

二審判決後，巨擘公司提起上訴，最高法院判決兩造間之準據法應為荷蘭法等理由，廢棄原判決發回智慧財產法院。

### 4. 更二審判決<sup>16-a</sup>

智財法院的更二審判決謂「將法律行為之違反分成『效力規定』或『取締規定』，本即係依民法第 71 條本文及但書合併審酌之當然解釋，雖該條並未就如何區分為規定，然所謂「其規定並不以之為無效者」，應係指於綜合判斷法規之意旨並權衡相衝突之利益後加以判斷該違反所生之效力。且我國民法對於無效之效果，原則上係屬自始當然絕對無效，故對於繼續性之契約，於契約嚴守之原則下，除非有意定或法定之終止權，契約始能於期限屆止前終止，且為維持法律之安定性，除非有特別規定，其終止之效力並不溯及既往。此外，為達一定行政目的所訂定之命令或禁止規範，其本意均非為調整私人間之契約關係，縱有，亦僅係反射效果，其對私法上權利義務關係所生之效力，仍必須依民事法規加以解釋。民法第 71 條之規定，即可視為聯繫公法行政行為與私法契約間之過橋條款。然於解釋公法行政行為對私法契約之影響時，宜從嚴解釋，否則無異以國家之手斷喪以民主法治為基礎之契約自治精神。查公平法第 10 條第 2 款係規定獨占之事業不得對商品價格或服務報酬為不當之決定維持或變更，而違反上開規定者，於同法第 41 條設有限期停止或改正之要求及罰鍰規定，對於未依限期停止或改正之行為人，同法第 35 條則設有刑罰之規定。故該款之目的係為阻止獨占事業就商品價格或服務報酬為不當之決定維持或變更之情形繼續存在，是以設有限期停止或改正之要求，而對於前已發生之行為或仍不停止改正之行為人，則以行政罰或刑罰處罰之，故其目的僅係為制止該行為之繼續，而非否認該行為之法律上效果。故該款之規定應為取締規定，屬民法第 71 條後段所述情形，違反該款規定之行為，並不因此而無效。此由本款於立法時，曾就是否應增列併宣告契約無效規定，但於

<sup>16</sup> 最高法院於 98 年 10 月 15 日以 98 年度台上第 1933 號判決。

<sup>16-a</sup> 智慧財產法院於 100 年 12 月 29 日以 98 年度民專更(一)字第 9 號判決。



討論後並未獲立法機關採納亦可為證（即 76 年 11 月 4 日公平交易法草案聯席會議紀錄）。故上訴人以此辯稱系爭授權金條款，因民法第 71 條之規定應為無效或一部無效，並無理由。」

### 5. 最高法院判決<sup>16-b</sup>

更二審判決後，飛利浦公司與巨擘公司均提起上訴，最高法院判決以原審依我國民法規定認巨擘公司支付逾越百分之二十利息部分有違公序良俗尚有可議等理由認為兩造上訴均有理由，原判決除假執行部分外，廢棄發回智慧財產法院。

## 2.3 上揭判決大多認定公平法第 14 條為取締規定

上揭飛利浦案一審、二審判決，均認為公平法第 10 條第 2 款、第 4 款係取締規定而非效力規定。頂興公司聯合行為案之第二審判決未論及聯合行為之私法上效力，二審更審判決則認為交付支票之原因（即為擔保聯合行為之執行而交付）為違法而屬無效之法律行為。上開判決對違反公平法第 14 條規定之私法效力見解迥異，主要在於認定違反行政法規中禁止規定者，究係屬效力規定或取締規定見解不同所致，進而對於得否依民法第 71 條規定認定其私法效力為無效，產生完全相反的見解。前述判決中之事實究是否屬違反公平法第 14 條之「聯合」行為或是否有違反公平法，尚非本文所欲探究之點，爰不予分析，合先敘明。

除了台灣高等法院 91 年上更（一）字第 100 號判決以外，以上判決均認為公平法第 14 條事業未經許可不得為聯合行為之規定為取締規定而非效力規定。歸納其所提出的理由有以下數端：

- (1) 公平法第 10 條、第 35 條、第 41 條規定並非私法上權利義務及其效力之特別規定。公平法對私法上契約，當事人間之權利義務並無明文規定。有關當事人間私法上權利義務及私法契約上之效力應依民事相關規定解釋。
- (2) 公平法第 10 條第 2 款於立法院審查時，立法委員就該規定並未納入當時學者建議該款所指之法律行為應規定無效之建議。
- (3) 依公平法第 35 條、第 41 條之經限期命停止、改正或為必要更正措施而不為或

---

<sup>16-b</sup> 最高法院 101 年 6 月 14 日以 101 年度台上字第 883 號判決

停止後再為相同或類似違反行為者，處予行政罰、刑罰。依該規定架構認為公平法第 10 條係取締規定而非效力規定。



### 第三章、民法第 71 條解釋適用之檢討

#### 3.1 取締規定與效力規定之區別

前揭判決見解之所以有所出入並且引起爭論，原因之一乃在於公平法第 14 條「事業不得為聯合行為」規定，究為民法第 71 條禁止規定中之效力規定或取締規定，我國法院實務認定與學者見解之間發生歧異所致。

民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制規定或禁止規定者，無效。但其規定並不以之無效者，不在此限。」依照本條規定文義，若能認定公法上之規定為強制規定或禁止規定，原則上即能以本條規定為依據認定其無效。民法第 71 條之立法意旨在於「以違反法律所強制或禁止之法律行為，應使其無效，否則強制或禁止之法意，無由貫徹。」因此本條規定如可運用得當，自亦可如同德國民法德國民法第 134 條，一方面發揮調和公私法間價值衝突的功能，另一方面亦得以維持民法體系之獨立性，不致任由公法規定與價值判斷任意侵入。此即學者蘇永欽、王澤鑑、劉姿汝所稱民法第 71 條具有連繫私法與公法，使公法進入私法領域之功能<sup>17</sup>。本條雖然擔負如此重要功能，然而國內民事判決適用民法第 71 條者，往往不易見到令人信服的說理、論證。其部分原因乃在於違反相關法令之法律行為是否無效，並非直接適用民法第 71 條之結果，而是必須對於所違反之該相關法令進行解釋之後，始得判斷違反相關法令之法律行為是否無效，在解釋適用上較為曲折。而且就此爭點往往並無現成既定之明確判斷標準，均有待承審法官於個案之中細心體察，多方思考所涉及之公法上禁止規定之立法意旨與性質，因而有其困難度存在。

民法第 71 條之前身乃是德國民法第 134 條，以及前大清民律草案第 176 條與民律第二次草案第 223 條。但是後三者皆只包含禁止規定，現行民法卻增列強制規定，引發強制規定與禁止規定之區別與關係之爭議<sup>18</sup>。按民法第 71 條所指稱的強制規定，通常是指「應為某種行為之不得不為」規定<sup>19</sup>。但是民法第 71 條在現

<sup>17</sup> 蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為—從德國民法§ 134 的理論與實務操作看我國民法§71，臺大法學論叢，特刊，頁 231（1987）（以下簡稱：蘇永欽，民法 § 71）；蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法調和—以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心，氏著，尋找新民法，頁 262-272，元照出版有限公司，（2008），頁 262（以下簡稱：蘇永欽，公私法調和）；劉姿汝，違反公平交易法行為之私法效力，國立中正大學法學集刊，第二十二期，頁 101（2007）；王澤鑑，民法總則，五刷，頁 297（2010）。

<sup>18</sup> 葉子超，法律行為因違反強制規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，頁 84（1999）。

<sup>19</sup> 惟應注意者為，並非只要條文有「不得」二字即謂係強制規定，蘇永欽，私法自治的國家強制—從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向，收錄於蘇永欽等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文（一）總則、債編，頁 24-25，元照出版有限公司（2000）。該文同時收錄於蘇永欽著，走入新世紀的私法自治，（2002）。例如公平法第 14 條規定：事業不得為聯合行為。兒童及少年



實上最重要的規範意義，特別是以之認定私法行為無效的情形，卻往往發生在法律行為違反「禁止為某種行為之不得為」規定，也就是禁止規定的情形。我國民事司法實務與學說，將「禁止規定」再區分為「效力規定」與「取締規定」，且認為違反者必須屬於「效力規定」之時，系爭行為始歸於無效<sup>20</sup>。或許基於必須考察公法禁止規定立法意旨之原因所致，我國民事司法判決適用民法第 71 條時，對法律行為所違反之相關法令究為取締規定或效力規定，經常無法予以釐清。縱於個案判決中就系爭法律行為所違反之相關規定究為取締規定或是效力規定作出認定者，亦多未說明「為何」系爭公法條文規定應屬「效力規定」或「取締規定」，實甚可惜。

至於學說上對於如何區分取締規定與效力規定之討論，甚多民法總則的書籍並未加以論述。而個別學者的見解雖然有其相異之處，但一般而言彼此並無根本差異。歸納學者間之區別方法不外如下：

- (1)應探求立法目的以定之，違法行為之法律效果必為無效始得以達成立法之目的者，則該法律為效力規定。如該法律僅在防止法律行為事實上行為者，則該法律為取締規定<sup>21</sup>。例如民法第 757 條<sup>22</sup>之規定係在禁止當事人任意設定法所未認可的物權，非將當事人任意設定之「物權」以之為無效，無法達到該條文之目的，故該條文為效力規定<sup>23</sup>。
- (2)法律規定需具有一定資格之人始許其為一定之企業或交易行為者，通常為效力規定<sup>24</sup>。例如非交易所經紀人借用經紀人之名義，在交易所所為買賣之頂名契約，應為無效<sup>25</sup>。
- (3)禁止一定資格(政府許可或領有執照之人等)以外之第三人經營特定營業之情形，多為取締規定，即使違反此一規定而為交易行為者，原則上亦無妨害其發生私法上之效力<sup>26</sup>。蓋此種資格的要求，只是從限制經營人這一政策性觀點出

---

福利法第 26 條規定，兒童及少年不得吸菸、飲酒、嚼檳榔；任何人均不得供應第一項之物質、物品予兒童及少年。民法第 853 條規定不動產地役權不得由需役不動產分離而為讓與，或為其他權利之標的物。三個法規規範之性質並不全然相同，但均使用「不得」二字，並非違反上揭規定之交易契約均屬無效。

<sup>20</sup> 最高法院 68 年度台上字第 879 號判例。

<sup>21</sup> 見史尚寬，民法總論，頁 296 (1990)。洪遜欣，中國民法總則，頁 326，三民書局，三版 (1964)。黃立，民法總則，頁 315，元照出版有限公司，二版 (1999)。詹森林，效力規定與取締規定之區標準，收錄於范光群教授七秩華誕祝壽論文集—程序正義、人權保障與司法改革，頁 314，元照出版有限公司 (2009)。該文頁 305-306，則細分為法律行為之內容為法規所不許，以及法律行為所追求之目的為法規所不許等兩種情形，均應屬無效。

<sup>22</sup> 民法 757 條規定：物權除依法律或習慣外，不得創設。

<sup>23</sup> 美國司法實務亦採相同見解，見後述 4.2 美國司法實務對違反法律規定契約效力之處理方式。

<sup>24</sup> 史尚寬，前引註 21，頁 298。洪遜欣，前引註 21，頁 325。

<sup>25</sup> 史尚寬，同前註。

<sup>26</sup> 美國 476F.2d1223(9<sup>th</sup> Cir.1973)判決有類似的見解，詳後述 4.2.2 處。



發。例如違反經濟統制法規所成立交易行為之效力，則依據統制法規的種類，有不同之處理<sup>27</sup>。

(4)所違反之行政或刑事法規有處罰時，如對「雙方當事人」均科以刑事罰或罰鍰等行政罰時，通常即屬於禁止規定<sup>28</sup>。如僅處罰當事人之一方時，非即當然有效或無效<sup>29</sup>，則仍應探求法規之立法目的，以決定該法規究為效力規定或取締規定<sup>30</sup>。例如：刑法第 121 條之不違背職務之受賄罪，僅處罰公務人而不處罰行賄者。惟如公務員與行賄人約定行受賄者，該約約違反刑法要求公務員公正、公平執法之立法目的，故該契約應屬無效<sup>31</sup>。

(5)所規定者非有關行為之內容，而係外部情況者，應屬取締規定<sup>32</sup>。例如禁止在特定時間、地點營業，違反該規定的營業交易契約行為，不因之而無效。例如，依電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項規定，電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上。違反該規定之營業行為不因之而無效。

(6)應斟酌各該法律之種類、體裁、趣旨，且應考量當使該行為無或有效，對公序良俗、交易安全、公共利益等有何影響者<sup>33</sup>。

半世紀以來學者就民法71條之效力規定、取締規定之區別方法，甚少差異且多偏抽象標準來區分，實為民法71條之性質所致，因民法71條為實現國家政策的動態多變公法規範進入民法體系的轉介條款<sup>34</sup>，公法規範本質在實現國家政策，不但種類繁多、目的不同、管制強度輕重有異，且因時空的不同、社會環境的變遷、

<sup>27</sup> 史尚寬，前引註 21，頁 207。

<sup>28</sup> 德國民法第 134 條即需雙方均違法時，始有適用，見 Thomas Jestaedt, Jones Day Jacques Derenne, Lovells Tom Ottervanger, Allen & Overy: study on the enforcement of state aid law at national level [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/study\\_part\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/study_part_2.pdf)(最後瀏覽日 2011.10.20)

<sup>29</sup> 德國聯邦最高法院判決，即有認為一方之違法，不會導致雙方之交易無效。見BGH NJW 2000,1186, BGH Urt.v.14.12.1999 - X ZR 34/98及Higher Regional Court of Düsseldorf 12.18.2008.I-5 U 84/08

<sup>30</sup> 詹森林，前引註 21，頁 307-308。黃立，民法總則，頁 317，元照出版有限公司，二版（1999）另學者蘇永欽於 98 年 9 月 24 日在成功大學光復校區國際會議廳第三演講室演講「從動態法規範體系的角度看公私法的匯流」時，提及民法第 71 條之契約效力被控制應考慮的約有八點，即管制的取向、管制的領域(如市場的進入)、管制的對象(一方或雙方)、管制的契約標的、管制的性質(實體或程序)、管制的強度(可從立法理由看出，例如八八水災之緊急狀態)、管制的工具(例如：法律或行政規則)、管制的成本效益分析(最重要最難)

<http://www.anglepedia.com/plate/web/mediamsg.jsp?UI=angle&MI=5746>(演講至 1 小時 1 分 57 秒處)最後瀏覽日 2011 年 2 月 20 日。王澤鑑，前引註 2，頁 176。

<sup>31</sup> 美國實務也採取類似立場，若系爭法律並非明顯為了規範交易活動本身而設計，遇有契約違反該法律規定時，美國法院通常傾向全部或一部維持其效力；Mark Pettit, *Freedom, Freedom of Contract, and the 'Rise and Fall'*, 79 B.U.L. REV. 263, 347-49 (1999).

<sup>32</sup> 王澤鑑，前引註 2，頁 91。

<sup>33</sup> 洪遜欣，前引註 21，頁 325。王澤鑑，前引註 2，頁 176。

<sup>34</sup> 蘇永欽，公私法調和，前引註 17，頁 262-272。

國民需求的改變等因素隨政策的變動而修訂規範目的、方向、性質，故在適用民法第71條而區別相關公法規範性質究為效力規定或取締規定時，即無法以單一固定標準適用於所有公法規範。肇致司法實務於判斷法律行為所違反之相關法令究為效力規定、取締規定時，因未能有單一固定區分標準而需逐案權衡而備感困難。且因公法規範具有動態性，時空、社會環境、國民需求亦非靜態不變，縱有相關相類似之先前案例可資參考，亦非即可全盤接收的適用先前案例，益增司法人員於適用民法71條之困難度。且契約當事人無法預測契約是否合法，一方面將導致對社會福利有效益之合法契約，當事人因畏懼無合法契約之保障而拒為契約，另一方面將使投機者於簽訂契約取得產品或對價後，再主張契約因違反公法而無效，拒絕依約履行<sup>35</sup>，徒增訟源，民法第71條之適用標準明確化，其重要性可見一斑。

### 3.2 民法第 71 條之規範功能

從民法第 71 條之立法意旨「以違反法律所強制或禁止之法律行為，應使其無效，否則強制或禁止之法意，無由貫徹。」，因法律規範即在宣示、執行公共政策，觀之，顯見本條具有以私法配合國家干預政策的基本功能<sup>36</sup>。

從而學者謂民法第 71 條是公法規範進入民法體系的轉介條款，藉以調和動態多變的公法及靜態不變的私法。民法 71 條規定「法律行為，違反強制規定或禁止規定者，無效。但其規定並不以之無效者，不在此限」，民法第 71 條之前身既為德國民法第 134 條，自應與該條文規範意旨相符。學者史尚寬認為德國民法第 134 條之規定乃為「違反法律之禁止規定之法律行為無效，但由其法律另生其他結果者，不在此限」，譯為「但法律另有規定者，不在此限」，應為不妥，蓋原文並不以法律有明文規定為限。苟自法律之目的觀之，係生他種之效果者，亦包含在內<sup>37</sup>。德國聯邦司法部在其網站上提供的該條條文英譯，則為：「A legal transaction that violates a statutory prohibition is void, unless the statute leads to a different conclusion.」<sup>38</sup>與學者史尚寬的見解甚為吻合。德國民法在本條規定之中，對於系

<sup>35</sup> Adam. B. Badawi, *Harm, Ambiguity, and the Regulation of Illegal Contracts*, 17 Geo. MASON L. REV. 483 (2010).

<sup>36</sup> 見美國司法實務對違反法律規定契約效力之處理方式較為可採，見本文 4.2 及 4.3 處。

<sup>37</sup> 史尚寬，前引註 21，頁 297 之附註三。及史尚寬，民法總則釋義，頁 261，台北重刊，(1973)。另，國立臺灣大學法律學研究所編譯「德國民法」，頁 141 (1965)，則譯為「法律行為違反法律禁止之規定者，無效。但基於法律發生其他效果者，不在此限」。亦不同於民法第 71 條但書之文字。再杜景林、盧謙譯，德國民法典，頁 28，中國政法大學出版社 (1999)，則譯為「法律行為違反法律上禁止的，法律行為無效，法律另有規定的除外」。

<sup>38</sup> German Civil Code, Section 134 Statutory Prohibition, available at [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0395](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0395)

<sup>39</sup> 英國學者 Thomas Krebs 則稱§ 134 reads: "A transaction which contravenes a legal prohibition is void, unless the contrary appears from the legal provision in question". Thomas Krebs, *In Defence of Unjust Factors*, in UNJUSTIFIED ENRICHMENT KEY ISSUE IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 87, 87 (David Johnston & Reinhard Zimmermann eds., 2002).



爭法律行為是否應該免於無效命運，不以法律是否另外設有規定而異其結果，反而要求民事法院直接探求系爭禁止規定在私法上應該賦予違反行為何種法律效果。則司法人員於認定法律行為違反禁止規定時，如由法律目的觀之不必然使法律行為自始無效或絕對無效時，即不會受限於民法第 71 條但書『法律另有規定者』而無法施展。從但書規定來看，於判斷法律行為所違反之法令為效力規定後，該法律行為除自始當然無效外，是否仍有可能一部有效或者相對有效？抑或並非自始無效，而係嗣後失其效力或是得撤銷？凡此均端視民法第 71 條對違反行為的效力判斷，究竟發揮何種規範功能而定。

### 3.2.1 三種可能的規範功能定位

對照德國學說文獻就其民法第 134 條規範功能的分析討論，有下述三種見解，可作為我國民法 71 條規範功能的思考基礎。

#### 1. 引致規範

本說認為法律行為違反禁止規定之效力問題，乃係引用各該禁止法規，直接認定違反行為為無效。換言之，本說認為系爭行為私法上無效的結果，乃係透過禁止法規之目的解釋所致，並非本於德國民法第 134 條本身的規定。

#### 2. 解釋規則

本說認為依照德國民法第 134 條規定，法律行為違反禁止規定者，原則為無效，但得以反面探求如使法律行為無效，有無逾越禁止規定之目的，而得以容許法律行為可例外維持其效力。蓋德國民法第 134 條本文與但書規定為原則與例外之關係，其藉由前述原則與反面探求的操作方式，發揮本條作為解釋規則的規範功能，以便實現「國家對經濟活動的統制與干預重於私法自治」的基本決策。

#### 3. 概括條款

本說則認為法律行為效力的判斷，應屬於私法體系本身所應處理的問題，若將德國民法第 134 條視為單純的引致規範，係誤估民法在法秩序內部衝突中所具有的功能。因禁止法規的制定者，通常僅關注於各種有必要以法律規範的社會共同生活現象，違反禁止法規之行為的私法效力，並非其審酌的範圍，因此應由德國民法第 134 條前段的構成要件及法律效果的規範加以決定。換言之，德國民法第 134 條具有獨立規範內涵的條文。



再者，德國民法第 134 條所謂的「違反」，在此並非敘述性的，或可由裁判者以經驗認知的觀念，而係有待價值補充的規範性法律概念，而禁止規定所欲保護的法益為何，往往必須透過主客觀的法律解釋。公法上的禁止規範常僅專注於特定行為事實的非價值判斷，而未同時針對該行為事實是否逾越私法上評價可容忍的界限一併有所指示，須由司法者自行衡量。由此觀之，德國民法第 134 條實與概括條款無異<sup>40</sup>。

### 3.2.2 我國學者的見解

有關民法第 71 條的規範功能，我國學者間亦有不同見解。學者蘇永欽認為第 71 條兼具引致規範、解釋規則、概括條款三種功能，為當強制或禁止法規明示違反的法律行為無效或另定其他效果時，第 71 條僅為引致規範。在未明示，也無法從相關條文直接導出法律行為效力時，則須權衡該法規保護的法益與法律行為本身體現的法益，以決定法律行為是否構成「違反」法律。若認定構成違反該法律之時，尚須進一步從規範目的出發，調查應賦予無效或其他效果較為合理，例如相對無效、一部無效、嗣後無效，或當事人僅得主張撤銷該行為。就禁止規定就私法效力未有表示時此一雙重評價過程而言，第 71 條無疑具有概括條款的性格。但當法益權衡相當或有疑義時，應以絕對、自始無效為原則，就此而言，本條又含有（雙重）「解釋規則」的意義<sup>41</sup>。

另有學者則認為民法第 71 條不具解釋規則功能而僅具有引致規範與概括條款的雙重規範功能，其看法如下<sup>42</sup>：

1. 違反強制規定之法律行為效力為何，應視各該強制規定之目的及是否有意使其無效而定。例如所違反的強制規定，係屬須以書面為之、須經某人同意等單純程序要求，即無須使違反行為在私法上自始當然絕對無效。惟倘若行為人所涉及違反之強制規定，乃是公法上有意貫徹實施，對違反者一律加以封阻之硬性規定，則其違反行為於私法上即應歸於無效。因此對於強制規定而言，民法第 71 條僅為引致規範。至於違反禁止規定之法律行為效力為何，則屬不同法價值之間優位權衡的評價問題，民法第 71 條此時即屬授權裁判者自為價值判斷的概括條款。

2. 本說認為民法第 71 條關於行為違反規定之效力判斷，並未具備解釋規則的功能。按縱依主張有解釋規則性質論者所言，依德國民法第 134 條文表達方式及立法本意，違反行為原則無效，僅於行為所違反的禁止規定屬於傳統刑法或租稅刑法領域的場合，始足當之。至其他法律領域的禁止規定，例如經濟法，違反該規範行為之效力問題，依德國民法第 134 條但書的立法意旨，於立法當時乃基於

<sup>40</sup> 有關德國民法第 134 條之引致規範、解釋規則、概括條款功能均參照葉子超，前引註 18，頁 96-98。

<sup>41</sup> 蘇永欽，民法 § 71，前引註 17，頁 243。惟學者蘇永欽嗣於所著公私法調和，前引註 17，一文中，謂現已傾向認為民法第 71 條根本不具引致功能，因全無必要，蓋如公法規定對私法效果已有處理，即無回到民法第 71 條之必要。

<sup>42</sup> 葉子超，前引註 18，頁 101-102。

尊重此類禁止法規立法者之決定權，如違反規範行為之效力依禁止法規之目的解釋產生疑義時，即推定無效。惟有疑義的情形究何所指，則未見解釋規則說提出任何具體的認定標準。且依此說立場，可能致使許多與違反禁止規定行為發生關聯的交易行為動輒無效。因此在是否無效發生疑問時，可否依德國民法第 134 條遽行認定該法律行為無效，在德國亦發生爭議<sup>43</sup>。然而就強調私法自治的民法而言，無論是我國的第 71 條或德國民法第 134 條，應皆屬例外規定，解釋規則說賦與該條的規範功能，已經擴大其適用範圍，恐有破壞民法基本制度之虞，因此並不適宜。

本文認為，當強制或禁止法規有明示違反的法律行為無效或另定其他效果時，實已無適用民法第 71 條之必要，此即為學者蘇永欽後來轉認為民法第 71 條未具引致規範功能之理由<sup>44</sup>。而法律的適用，本質上即需對抽象的法律規定加以解釋，縱認民法第 71 條具有解釋規則功能，惟前揭解釋規則功能說認為「當法益權相當或有疑義時，應以絕對、自始無效為原則」，其理由為何，未見具體提出，反易引起爭議。因此民法第 71 條至少在禁止規定之範圍內，應以概括條款為其規範功能定位，較為妥當。

### 3.3 我國司法實務落入效力全有全無的極端化困境

經實際調查並檢視我國最高法院在 2011 年底前適用民法第 71 條時就有關法律規定界定為取締規定或效力規定之實務見解，整理結果請見表二及表三<sup>45</sup>：

表二 最高法院認定為效力規定之法定法律效果

效果類型	效力規定	法律效果規定	裁判字號
民事責任	香港澳門關係條例第39條：未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在臺灣地區為法律行為。	同法第40條：未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構以其名義在臺灣地區與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為，應與該香港或澳門法人、團體或其他機構，負連帶責任。	96台上1238判決
	原住民保留地開發管理辦法	同法第16條：原住民違反前條第1項	88台上3075判決 89台上1714判決

<sup>43</sup> D. Medicus，邵建東譯，德國民法，頁 443(2002)。

<sup>44</sup> 蘇永欽，公私法調和，前引註 17，頁 262。

<sup>45</sup> 王立達、許翠玲，前引註 6。

	<p>第15條第1項：原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。</p>	<p>規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：</p> <p>一、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。</p> <p>二、租用或無償使用者，終止其契約。</p>	
民事責任 或／與 刑事責任	<p>公司法第13條第1項前段：公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人；</p>	<p>第13條第3項(86年修正前)： 公司負責人違反第1項規定時，各科2萬元以下罰金，並賠償公司因此所受之損害。</p>	<p>86台上1587判決 88台上1263判決 93台上2078判決</p>
	<p>公司法第16條第1項(72年修正前)： 公司除依其他法律或公司章程規定以保證為業務者外，不得為任何保證人。</p>	<p>第16條第2項(72年修正前)： 公司負責人違反前項規定時，應自負保證責任，並各科四千元以下罰金，如公司受有損害時，亦應負賠償責任。</p>	<p>74台上703判例</p>
	<p>公司法第167條第1項前段： 公司除依第158條、……規定外，不得自將股份收回、收買或收為質物。</p>	<p>第167條第3項(86年修正前)： 公司負責人違反前二項規定，將股份收回、收買或收為質物，或抬高價格抵償債務，或抑低價格出售時，各處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科2萬元以下罰金。</p> <p>第167條第5項規定： 公司負責人違反前四項規定，將股份收回、收買或收為質物、或抬高價格抵償債務或抑低價格出售時，應負賠償責任。</p>	<p>90台上2163判決  96台上252判決 97台上15判決</p>



表三 最高法院認定為取締規定之法定法律效果

效果類型	取締規定	裁判字號
民事責任 法律不以 之為無效	商標法第26條第1項、第31條第1項 (78年修正前) 國民住宅條例第12條、第13條第3 款(71年修正前)	87台上1093判決 87年第6次民事庭會議 決議
大法官已 解釋為違 憲	監督寺廟條例第8條	94台上2067判決
行政責任	稅捐稽徵法第44條第1項本文 營業稅法第32條第1項前段 保全業法第12條第1項 短期補習班設立及管理規則第47 條(88年已廢止) 醫療法第19條、醫療法施行細則第 16條(95年修正前) 發展觀光條例第55條第2項第3 款、旅行業管理規則第49條、第56 條 銀行負責人應具備資格條件準則 第7條 政府採購法有關勞務採購之限制 性招標規定	96台上2903判決 88台上912裁定 94台上1373裁定 89台上2085判決 89台上1706裁定 86台上2992判決 100台上481裁定
行政責任 與 民事責任	銀行法第22條 公平交易法第21條第1項、第2項	85台上220判決 92台上2606判決
行政責任 與 刑事責任	區域計畫法第15條第1項 證券交易法第60條第1項第1款(77 年修正前) 證券交易法第150條本文 證券交易法第43-8條第1項 建築法第13條	87台上1752判決 98台上1493判決 66台上1726判例 68年第3次民事庭庭推 總會決議 68台上879判例 91台簡上28裁定 97台上2729判決 88台上577判決
刑事責任	勞動基準法第45條第1項前段	87台上451判決
無責任規 定	合作社法第3條第4款(91年修正 前) 營造業管理規則第16條	91台上1711判決 92台上1898裁定

由表二及表三對於最高法院見解之整理分析結果可以看出，最高法院對於法律行為所違反之法律規定，如在同一法律中對於違反行為明文科以行政處罰或刑事責任，幾乎均一致地界定該法律為取締規定<sup>46</sup>。最高法院對於民法第 71 條此種解釋適用態度，似乎過度注重強行法規法律效果之單一因素說明，未能如 3.1 章節學者所提出應考量的多面向因素，而有流於形式化判斷之虞，似有再予斟酌之空間。

如基於以上有關德國民法第 134 條及我國民法第 71 條之規範功能探討結果，認為我國民法第 71 條原則上具有概括條款之性質，則民事司法審判人員於適用民法 71 條時，應該於綜合審酌所違反禁止規定之目的等前述各項考慮因素後，就系爭契約之效力究竟應為有效、全部無效、一部無效、相對無效或嗣後無效<sup>47</sup>或得撤銷等，審慎加以決定。若認定違反禁止規定之契約效力應為無效者，則該規定為效力規定，若認定違反規定之契約效力並非絕對無效者，該規定為取締規定，此時即應有民法第 71 條但書規定「不以之為無效」之適用<sup>48</sup>，進而決定該契約之效力究為有效、一部無效、相對無效或得撤銷<sup>49</sup>。簡言之，違反規定之契約經判斷該違反之規定為效力規定或取締規定之後，應進而判斷該契約失去效力之範圍、對象、強度與發動方式等情形。

然而最高法院 68 年台上字第 879 號判例謂：「證券交易法第六十條第一項第一款乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用」，逕自將取締規定排除於民法第 71 條之適用範圍，並未進一步依照同條但書規定，審酌其效力受到影響之其他可能態樣。此一判例見解導致歷來司法實務於適用本條時，呈現若非全部無效即應全部有效之兩極僵化情形，完全未能發揮本條作為概括條款，可積極衡量公法上禁止規定應如何調節其私法上效果始為妥當之重要規範功能。此種司法實務作法不僅忽視民法第 71 條之立法原意，更嚴重壓縮其調和公私法律規範之關鍵功能及彈性適用空間，得失之間實在令人扼腕<sup>50</sup>。

例如在飛利浦案中，飛利浦、新力、太陽誘電三家公司為達成共同決定授權金目的之聯合行為，而相互授權專利技術，且約定由飛利浦公司代表三家對外授權該專利技術。如果其共同決定對外授權條件、約束不得分別授權之違法聯合行

<sup>46</sup> 有關進一步類型化最高法院認界定為取締規定之探討，及我國最高法院過度注重強行法規法律效果之單一因素說明，請見王立達、許翠玲，前引註 6。

<sup>47</sup> 德國最高法院 BGHZ 53,152ff 為嗣後無效的案例，見蘇永欽，民法 § 71，前引註 17，頁 241。

<sup>48</sup> 陳自強，契約之成立與生效，民法講義 I，頁 181，新學林文化事業有限公司（2002）。

<sup>49</sup> 楊宏暉，市場經濟秩序下的契約失靈調整模式，法學新論，第二十五期，頁 77（2010）

學者陳忠五亦認為違反強行規定或違背公共秩序善良風俗而無效之法律行為，應依據被違反之具體個別強行規定之規範目的，或公共秩序善良風俗之具體類型所欲保護之利益的種類與性質，以決定無效之性質，究應為絕對無效或相對無效。見陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，臺大法學論叢，第二十七卷第四期，頁 198（1998）。

<sup>50</sup> 蘇永欽，憲法權利的民法效力，收錄於翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集—當代公法理論，頁 173，元照出版社股份有限公司，一版二刷（1999）。



為在民法上歸於無效，則三家公司間為實現聯合行為所為之相互授權行為，如認為與聯合行為本身具有可分性，屬於契約一部無效、一部有效之情形，則彼此間即不可再相互主張對方無權使用己方之專利技術而有專利侵害情事。惟如認為其彼此間專利授權乃為達到聯合行為目的之不可或缺之一部分，與之具有不可分割之關係，則縱或認為其間之專利授權契約無效，此時亦應認定該授權契約屬相對無效，不可以其無效對抗第三人，美國實務亦有契約當事人對權益受該違法契約影響之第三人不得主張該契約之違法性之見解<sup>51</sup>。從而新力公司、太陽誘電公司不得對自飛利浦公司取得該等專利授權之第三方被授權人主張專利侵權。

雖然第三方被授權人對於兩公司可能提出的專利侵權控訴，可以主張飛利浦公司構成其表見代理人以茲抗辯，惟此乃認定飛利浦等三公司之間授權契約絕對無效之後，始需考慮的下一層問題。倘依本文見解，其間授權契約至少相對無效，飛利浦等公司不可以其無效對抗第三方被授權人，則自然無須主張表見代理，併此敘明。

回顧學者蘇永欽於 1987 年間著文論述<sup>52</sup>，提倡民法 71 條但書為司法造法之法律授權依據，可以支持法院依照不同類型之強制或禁止規定調整其私法上法律效果。蘇氏當時殷切期待民事法院得以透過案例累積，積極建構適切合度的違法行為具體類型及其私法上應有之效力狀態，以引導公私法規範體系之健全平衡發展。然而至今二十餘年，仍然未能獲得司法實務的反應與迴響。徵諸本文前述對於目前實務見解之分析與檢討，重新思及蘇氏多年前所提出的謙論與倡議，時至今日仍然有如空谷蕩音，不斷發人深省與感嘆。

### 3.4 小結

民法第 71 條以之為藍本之德國民法第 134 條之立法意旨，乃針對違反公法之事實，於必要時限制其私法上交易之效力，藉以調和法秩序內部不同法律領域評價上的衝突。民法第 71 條法文中的強制規定，係立法者或為求適用上的便利所附加，意在有別於任意規定的強行規定。就德國民法第 134 條的制度設計言，此類強制規定之違反非民法第 71 條無效規定真正規範意旨所在。惟國內民法學者與司法實務就民法第 71 條的解釋適用，尤以無效情形，常以私法法規之違反作為預想，並以效力規定與取締規定之區別為基礎，將公法上的強行法規視為與私法效力無關的取締規定，而排除於民法第 71 條適用範圍之外。結果不僅使第 71 條在操作呈現混亂情形，效力規定與取締規定的辨別，亦無明確標準可循，且未能發揮民法第 71 條之規範功能。

<sup>51</sup> 17A AMERICAN JURISPRUDENCE. 2D CONTRACTS § 309 (2008)。

<sup>52</sup> 蘇永欽，民法 § 71，前引註 17，頁 231。



法官審判事件適用法律時，於法律規定不明確時，須對該法律加以解釋闡明，於法律規定欠缺時，並應以補充方式填補其缺漏，為法官解釋與補充法律的任務<sup>53</sup>。法官於適用民法第 71 條之無效規定的基準，應以法律行為違反公法規範效果作為觀察基礎。衡量標準，應從由法規範本身的性質、對象、關聯性事項等形式標準，轉從規範目的探求，或法益價值的優位權衡等實質觀察。整個判斷過程涉及法律的主客觀解釋，以及實質的司法造法效果，即法官應藉由民法第 71 條之適用而控制違法契約之內容為全部無效、全部有效、一部無效、相對無效、嗣後無效或得撤銷。因此，民法第 71 條的操作，並非將日常的生活經驗歸攝於「法律行為違反禁止規定」構成要件即可，而是有待民事法官價值判斷的評價過程。而此是需藉由長期累積相當的個案組成類型加以分析，始足以摸索出具體的判斷原則。即使是在德國適用德國民法第 134 條的司法實務，也是透過案例類型的累積，逐漸發展出可預見的結果。

另我國在討論違反公平法行為在私法上效力時，除以民法第 71 條為主要依據外，以違反公序良俗的角度論者亦有之。故對公序良俗之探討，可以提供另一個認定私法效力之法律適用依據，惟本文受限於篇幅，未能予以討論。

---

<sup>53</sup> 施啟揚，民法總則，頁 65，三民書局，八版（2009）。

## 第四章、美國、歐盟及德國法對違法聯合行為私法效力所持立場

目前世界上兩大競爭法領導體系為歐盟及美國，雖其競爭政策模式在一些方面有不同<sup>54</sup>，惟就本文議題則未有太大歧異，謹介紹該美國有關違法聯合行為效力之規定及司法實務，並簡要介紹歐盟、德國司法實務見解，以供我國實務見解參考。

### 4.1 美國司法實務對聯合行為是否違法的判斷原則

本論文主要討論範圍為違法聯合行為之私法上效力，爰先略為介紹對聯合行為是否違法之判斷原則。美國競爭法常被提到的有 Sherman Act(休曼法)、Clayton Act(克萊登法)、Federal Trade Commission Act(聯邦公平交易委員會法)、Robinson-Patman Act(羅賓遜-派特曼法)，但與聯合行為較有關的則是 Sherman Act。該法第 1 條規定，任何以契約、托拉斯或其他方式成之結合或共謀，用以限制各州間或與外國間之貿易或商業者，均屬違法。任何人締結上述違法之契約或從事上述違法之結合或共謀者，應負重罪之刑責<sup>55</sup>。且最高可處一億美元<sup>56</sup>。因該條文的範圍甚廣，依案例累積之經驗可知，「水平的限制競爭」為相同層級之競爭者間的合意，例如製造商間的合意限制競爭；「垂直的限制競爭」為不同層級競爭者間的合意，例如批發商與零售商間合意限制競爭，均包含在內。美國 Sherman Act 所規範的範圍很廣，不分水平或垂直交易限制，均屬 Sherman Act 第 1 條的範圍。Sherman Act 制定後 7 年，即於 1897 年美國最高法院就第 1 條所禁止廠商聯合行為規定，作出了第一個判決 United States v. Trans-Missouri Freight Assn<sup>57</sup>，隨著案例的發展，美國在審理反競爭案件經驗中，發展出「合理原則」(rule of reason)及「當然違法原則」(per se rule)。後來亦發展出了「快速審查」原則(quick look)，當案件不適用當然違法原則，但有高度懷疑有反競爭之嫌時，先不經複雜分析的程序，轉由被告負舉證責任。茲先序簡略介紹如下：

<sup>54</sup> ANDRES I. GAVIL, WILLIAM E. KOVACIC & JONATHAN B. BAKER, ANTITRUST LAW IN PERSPECTIVE: CASES, CONCEPTS AND PROBLEMS IN COMPETITION POLICY 59 (2002).

<sup>55</sup> 如近期在 2011 年 8 月 30 日，又見台灣廠商在美國汽車車燈售後服務經銷商即協商後認罪處 20 萬美元，見 Douglas Broder, *United States: anti-competitive agreements – Department of Justice, Antitrust Division – car lights aftermarket*, 32 EUR. COMPETITION L.REV., no. 12, 2011, at N209, N209.

<sup>56</sup> 15 U.S.C.A. § 1 「Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.」。

<sup>57</sup> 166 U.S. 290 (1897).見簡資修，美國反托拉斯法上聯合定價概念之演變—法律解釋之價值取向，收於焦興鎧主編，美國聯邦最高法院論文集，頁 267(1994)。

#### 4.1.1 合理原則 (Rule of Reason)<sup>58</sup>

此乃因 Sherman Act 法條文中並未有任何例外規定，亦無「不合理」(unreasonable) 的文字界定禁止的交易範圍，如純粹從文字上看，Sherman Act 第 1 條所禁止的對象包含了促進競爭及反競爭的協議。因此法院將該條文解釋為僅限於不合理的限制競爭行為。在解釋上如有疑議，除了應參考 Sherman Act 的立法意旨外，應同時審酌其他所有可幫助解釋之事項<sup>59</sup>。合理原則的主要考量就是，系爭合意行為目的是在提升競爭或抑制競爭<sup>60</sup>，對於合理原則的敘述文字在案例的演進過程中或多或少略有出入，但 1918 年的 Chicago Board of Trade v. United States 案<sup>61</sup>中 Brandeis 大法官提到，對被訴的行為，以「合理性」加以分析，對該行為的「性質」(nature)、「範疇」(scope)、與「效果」(effect) 加以檢視，除考量限制競爭外，對於補償競爭的效果，均加以審酌後，始作出裁判。亦即聯合行為則適用合理原則時，必須考量各種市場相關狀況，包括聯合行為參與者的市場力量、實際上造成的限制競爭損害，以及可否提升經濟效率以彌補所造成的反競爭損害，有無其他對市場競爭限制較小的替代方案等，綜合決定整體而言系爭聯合行為是否對於市場競爭具有不利影響<sup>62</sup>。

#### 4.1.2 當然違法原則 (Per Se Rule)

此乃起因合理原則需考量的事項因審判人員、案件性質不同而不同。且如上所示因考量之事項本即抽象或不具體。適用上有其不確定性，案件審理過程常程序繁雜且時間冗長。美國司法實務於審理反競爭的案件經驗中，遂逐漸發展出那些合意行為本質上或必然產生反競爭效果，已直接到不須再行調查即可建立其違法性之審理準則即「當然違法原則」，對特定行為類型 (category of activity) 視為當然違法。即一旦確定訴訟中的行為符合「當然違法原則」所歸類之行為者，即不再審究該行為實際的目的。在此原則之下，不但原告只要證明有該行為即可，不需證明該限制競爭是否不合理，亦不需證明實際的反競爭市場效果，被告亦不可提出反證證明限制競爭具有合理性<sup>63</sup>。聯邦最高法院在 2007 年 *Leegin Creative*

<sup>58</sup> 在美國司法實務競爭法裡的 rule of reason 與 common law 裡的合理性分析(reasonableness analysis)，應有區別，參見 LOUIS ALTMAN AND MALLA POLLACK, CALLMANN ON UNFAIR COMPETITION, TRADEMARKS AND MONOPOLIES § 16:16 (2007).-+

<sup>59</sup> 35 A.L.R. Fed. 2d 1, § 2 (2009).

<sup>60</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679, 679 (1978).

<sup>61</sup> 246 U.S. 231, 238-41 (1918).

<sup>62</sup> HERBERT HOVENKAMP, THE ANTITRUST ENTERPRISE: PRINCIPLE AND EXECUTION 194-96 (3<sup>rd</sup> ed. 2005).

<sup>63</sup> WILLIAM C. HOLMES, INTELLECTUAL PROPERTY AND ANTITRUST LAW § 5:3 (2011); WILLIAM C. HOLMES, ANTITRUST LAW HANDBOOK § 2:9 (2011).



*Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*案<sup>64</sup>仍採相同的說法。

美國司法部(Department of Justice 簡稱"DOJ")與聯邦貿易委員會(Federal Trade Commission 簡稱"FTC")自1992年起,發布一些指導方針,以便企業間「合作」時可有所遵循,其中發布的「競爭者間合作之反競爭指導方針(Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors)<sup>65</sup>」雖不具法律性質之強制性,但企業在作商務規劃時,無不取為參考依據。該指導原則指出美國實務對價格固定(price fixing)、固定或減少產出(output fixing or reducing)、圍標(bid rigging)與市場劃分(market allocation)<sup>66</sup>,已被認為屬當然違法行為<sup>67</sup>。而美國聯邦最高法院亦認為集體杯葛亦屬當然違法<sup>68</sup>。但如果競爭事業之間的合作行為是在增進創新、促進貿易,例如合資的事業行為,因其合作屬於「單一實體」(single entity),不適用「當然違法原則」,例如2006年的*Texaco Inc. v. Fouad N. Dagher*<sup>69</sup>案件,美國聯邦最高法院雖認為水平價格固定的聯合行為則屬當然違法,但本案並非是這樣的協議,因該案件被告兩家汽油公司(Texaco 和 Shell Oil)以合資成單一實體(Equilon Enterprise)方式進入市場, Texaco 與 Shell Oil 係以 Equilon 之投資人而分享 Equilon 的獲利, Texaco 與 Shell Oil 間就此並非競爭者關係,認為該案不落入「當然違法」之適用<sup>70</sup>。

#### 4.1.3 快速審查原則(Quick Look)

美國司法實務後來更發展出在合理原則與當然違法原則間的「快速審查原則」"quick look rule of reason"。如被告提出正當理由的依據,則轉由原告依合理原則舉證證明系爭行為為不合理限制競爭。「快速審查」方式,是一較新的方式,且持續仍在發展中<sup>71</sup>。例如1984年的*National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of*

<sup>64</sup> 551 U.S. 877, 886 提到“the per se rule, treating categories of restraints as necessarily illegal, eliminates the need to study the reasonableness of an individual restraint in light of the real market forces at work”。

<sup>65</sup> U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMM'N, ANTITRUST GUIDELINES FOR COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS (2000).

<sup>66</sup> 49 U.S. 46 (1990).

<sup>67</sup> U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMM'N, *supra* note 65.

§ 3.2 Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce.

*Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46 (1990) (market allocation); *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927) (price fixing).

<sup>68</sup> 525 U.S. 128 (1998); 390 U.S. 238 (1968)

<sup>69</sup> 547 U.S. 1。

<sup>70</sup> 其他例外適用合理原則的尚有「智慧財產權授權反競爭指導方針」。U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMM'N, ANTITRUST GUIDELINES FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY. (1995).

<sup>71</sup> WILLIAM C. HOLMES, *supra* note 63, at § 5:3.

*Refents of University of Oklahoma*<sup>72</sup> 判決，美國聯邦最高法院聲稱在水平聯合固定價格、限制產量，一般情形是採用當然違法原則，但在該案件中，該限制競爭約定為生產產品之必要條件，因此當然違法原則不適用於該判決。又例如，美國聯邦最高法院以往認為集體杯葛是屬於當然違，但在 1986 年的 *F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists*<sup>73</sup> 案中說，僅有於杯葛團體之市場力量足以使供應商和消費者不與其競爭者交易時，該杯葛行為才會被認為當然違法。美國聯邦最高法院認為本案並未達到該程度，在本案採用合理原則加以判斷。

#### 4.1.4 小結

接受快速審查原則(quick look)的判決正持續增加中。宜注意的是，限制競爭行為究竟是依合理原則或是當然違法原則或是依快速審查原則都不是如同在石頭上雕刻般的一成不變的<sup>74</sup>。如同美國聯邦最高法院在 *California Dental Ass'n v. F.T.C.*<sup>75</sup> 案件說因為聯邦最高法院認為「要適用合理原則或當然違法原則之前，應對市場狀況應先加以相當程度調查」的說法是正確，因此在當然違法原則與合理原則之間，常常是沒有明確的劃分界線。美國司法實務對限制競爭行為因時空的演進、競爭經驗的發展，有時採當然違法原則，有時則採合理原則。例如美國聯邦最高法院對垂直交易限制（vertical restraint of trade），情形，自 1967 年至 2007 年的判決其間採用當然違法原則或合理原則有數度的變換<sup>767778</sup>。到了 2007 年著名的限制最低銷售價格案 *Leegin v. PSKS* 案<sup>79</sup>，美國聯邦最高法院再次推翻了其近一百年的原則<sup>80</sup>並在判決時稱，*Sherman Act* 所禁止的垂直限制最低轉售價格，僅以不合理的限制競爭為限，如該限制競爭是合理的，則該契約即未違反 *Sherman Act*。因此在評量一個限制競爭的約定是否有違反 *Sherman Act* 時，所採用的原則是合理原則。只有總是或幾乎總是導致限制競爭或減少產出時才被視為當然違法。垂直性的限制最低轉售價格，雖然可能具有反競爭效果，但不能說所有程度的限制轉售價格就是總是或幾乎總是導致限制競爭或減少產量而當然違法。應採用合理原則來評量該案情形是否有不合理的限制競爭情形。此後美國實務對垂直限制價格的限制競爭行為，即採用合理原則<sup>81</sup>。

<sup>72</sup> 468 U.S.85,86 (1984)

<sup>73</sup> 476 U.S.447, 459-60 (1986).

<sup>74</sup> WILLIAM C. HOLMES, *supra* note 63, at § 5:3.

<sup>75</sup> 526 U.S. 756, 779 (1999).

<sup>76</sup> *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*388 U.S.365 (1967).

<sup>77</sup> *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*,433 U.S.36 (1977).

<sup>78</sup> *State Oil Company v. Barkat U. KHAN and Khan & Associates, Inc.*522 U.S. 3, (1997).

<sup>79</sup> 551 U.S. 877, (U.S.2007).

<sup>80</sup> Douglas Broder, *United States: anti-competitive agreements- RPM*, 32 EUR. COMPETITION L. REV., no. 6, 2011, at N119.

<sup>81</sup> WILLIAM C. HOLMES, *supra* note 63, at § 30:5.



## 4.2 美國司法實務對違反法律規定契約效力之處理方式

### 4.2.1 一般原則為無效或不可執行(Void or Unenforceable)

在考慮契約是否因違反法律規定進而與公共政策相違背而不可執行(或無效)時，首要即是檢視相關的法律規定<sup>82</sup>。法律規範如對該行為處刑事責任，即足以說明契約約定之行為如屬違反該法律規範者，該契約即不可執行(或無效)的，即使法規條文的條文並無文字明白宣示「禁止」為該等行為或宣示、揭示違反該等行為之契約為不可執行或無效<sup>83</sup>。因為法律規範即在宣示、執行公共政策，法律規範對行為有處罰規定時，該處罰規定即是有禁止的意涵，公共政策即是要禁止該等行為之發生。因此契約如違反法律規定者，原則即為無效或不可執行<sup>84</sup>。約定為法律處以刑事責任之行為，當事人依契約實施後不得訴請對造補償<sup>85</sup>。

美國學者 E.A.Farnsworth 認為法院就不可執行(unenforceable)的契約常稱之為「違法」(illegal)契約，此容易誤導認為不可執行契約必須有對契約之一方科以處罰(penalty)之情形始可。在契約不可訴請執行情形，固然有時當事人之一方會被科以刑事責任，但這不是必要的，也不是經常的。契約不可訴請執行係因該契約與所違背法律規範所宣示、執行之公共政策相違背而非因該契約「違法」<sup>86</sup>。

### 4.2.2 例外可執行(Enforceable)

契約約定行為所違反之法律規範對該行為如果有處罰規定，雖一般原則該契約即為不可執行(或無效)。但如果處以刑事責任的該法律規範的目的不在讓違反該法律規範之契約無效者，則不在此限。例如在 Virginia 州，法律規定商業製造商在製造、出售肥料時須附加標示，說明製造商的姓名及產品的成份等，否則即科以嚴重處罰，但該法律並無文字明確宣示禁止販售無標示產品的規定。法院判決認為出售未標明製造商、成份產品的行為，並不因該法律就未標明行為有處罰規定即必然無效<sup>87</sup>。

<sup>82</sup> K. Miller Const. Co., Inc. v. McGinnis, 238 Ill.2d 284 (2010).

<sup>83</sup> American Law Reports ,55A.L.R.2d 481§ 1(originally published in 1957).

<sup>84</sup> Hinerfeld-Ward, Inc. v. Lipian, 115 Cal.Rptr.3d 237 Cal.App.2.Dist., (2010).

<sup>85</sup> Raab & Co. v. Independence Corp. 9N.C.App.674 (1970)

<sup>86</sup> E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS 315 (4th ed. 2004).

<sup>87</sup> Niemeyer v. Wright, 75 Va. 239 (1881).



因此契約違反法令並不當然該契約即不可訴請執行，法院仍應審酌比較契約之執行與不執行是否會過度遏止或遏止不足該等契約行為。例如法律制定目的是在保護特定人群，契約約定行為違反該法律規範時，該等法律預定保護之人訴請執行該違反法律規範之契約時，拒絕執行即有可能是不妥的<sup>88</sup>。

再，契約之一方已履行契約而訴請對方依契約支付價金，而他方以契約是違反公共政策抗辯而拒絕履行契約時，法院可能以契約違反公共政策而判決不可訴請執行，認為駁回訴請執行契約可促進法律所保護之公共政策。但法院應審酌拒絕執行該契約與另一方因而可保留對方已履行之利益間之平衡。例如第 9 巡迴法院 1973 年在 *Hedla v. McCool*<sup>89</sup> 案件中指出，所有權人可主張其不知道他方無建築師執照，因他方之不適當計劃導致債務履行遲延而訴請損害賠償。雖無執照之一方不可訴請執行契約，但不必然他方即不可訴請執行該契約或訴請對造返還其已為之支付。

#### 4.2.3 小結

法院如何決定契約之全部或部分因違反法律規範而與該法規範所宣示或執行之公共政策相違背而不可訴請執行？立法上有時會明確揭示違反法令的該契約全部或部分無效，例如高利貸款超過法定最高利息，法律常明文規定債權人對超過部分的利息，無請求權<sup>90</sup>。但常常法律雖禁止為一定之行為，但對違反法律規定行為之私法上效力如何，則未予規定，法院常要做的判斷是法律規範所宣示、執行的公共政策是否足以使契約不可訴請執行。如果契約所約定的行為是去做一嚴重的犯罪行為或侵權行為，則該契約約定行為不可訴請執行是明確的，但如果契約約定之行為所違反的是較不重要公共政策，則主張該契約不可執行即可能不被獲准<sup>91</sup>。

### 4.3 美國司法實務對不合理限制競爭行為(Restraints of Trade)效力

#### 的處理方式

契約含有不可執行(unenforceable)條款時，一般法院採用三種或該三種混合使用的處理方式<sup>92</sup>，雖然有些法院採用 all or nothing 方式，但多數法院在情形許可下多

<sup>88</sup> FARNSWORTH, *supra* note 86, at 336.

<sup>89</sup> 476 F.2d 1223 (9<sup>th</sup> Cir. 1973).

<sup>90</sup> 一如我國民法第 205 條規定，約定利率超過百週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息無請求權。

<sup>91</sup> FARNSWORTH, *supra* note 86, at 315.

<sup>92</sup> RICHARD A. LORD, 6 WILLISTON ON CONTRACTS § 13:24 (4th ed. 2011).

採第二或第三種方式<sup>93</sup>：

- (1)all or nothing 方式，如果契約之一部是不合理則整個契約均無效。
- (2)blue-pencil knockout 方式，如果契約中不合理的條款與契約之其他部分是可切割的話，契約的其他部分則可執行<sup>94</sup>。
- (3)the partial enforcement 或稱之為 blue pencil rewrite 方式，即修訂契約條款使之合理之後執行之，但如果對另一方而言是過度嚴苛或是有惡意情形者，則不在此限<sup>95</sup>。

#### 4.3.1 All-or-Nothing Rule (Unenforceable or Void)

美國司法實務以往認為所有的限制競爭(restraints of trade)全部都因與公共政策相違背而全部無效<sup>96</sup>，如前揭所提及的，契約如違反法律規定，亦屬契約違反公共政策<sup>97</sup>。市場競爭限制(restraints of trade)乃為美國契約法上最典型違反公共秩序事由類型之一。美國法院對於此類型契約可以直接拒絕執行(unenforceable)，以避免其本身淪為行為人強制執行違法行為的白道打手，嚴重斷傷法院作為司法正義與法律守護者的公正角色<sup>98</sup>。除了將之視為司法程序的不當運用外，美國法院也將拒絕執行違反公共秩序之契約，視為懲戒不正法律行為的手法之一<sup>99</sup>。例如 Illinois 州上訴法院在 2010 判決<sup>100</sup>中稱該案件受雇人與僱傭人約定受雇人離職後在一定的時間、州界內不得與客戶為交易行為，該判決認為系爭契約在時間長度、地理環境範圍約定限制競爭逾越法律保護利益之必要性，該限制競爭之契約不可執行。在 Wisconsin 州明文規定契約中如有不合理的限制競爭條款，則該條款是不可執行的(unenforceable)<sup>101</sup>。該州的最高法院在 2009 年的判決<sup>102</sup>亦認為契約中限制競爭如果是不合理的，契約的其餘部分也同樣無法執行(unenforceable)。美國法學院新生都會讀的 Restatement (Second) Contract § 186 所舉的例子其一即，A、B、C 三家競爭廠商約定最低銷售價格，是屬於不合理的限制競爭行為，基於公共政策而不可執行該契約。

<sup>93</sup> Daniel A. Crane, *Optimizing Private Antitrust Enforcement*, 63 Vand. L. Rev.675,712(2010).

<sup>94</sup> Kenneth R. Swift, *Void Agreements, Knocked-out Terms, and Blue Pencils: Judicial and Legislative Handling of Unreasonable Terms in Noncompete Agreements*, 24 HOFSTRA LABOR & EMPLOYMENT. L.J. 223, 248 (2007).

<sup>95</sup> *Id.* at 249.

<sup>96</sup> 54A AMERICAN JURISPRUDENCE. 2D MONOPOLIES AND RESTRAINTS OF TRADE § 836.

<sup>97</sup> Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, 74 IOWA L. REV. 115 (1988) .

<sup>98</sup> *Kaiser Steel Corp. v. Mullins*, 455 U.S. 72 (1982); *Continental Wall Paper Co. v. Louis Voight & Sons Co.*, 212 U.S. 227 (1909); RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS, ch. 8, intro. n. (1981).

<sup>99</sup> FARNSWORTH, *supra* note,86, at 314 .

<sup>100</sup> *Reliable Fire Equipent Co.v. Areedondo*, 405 Ill. App.3d 708.

<sup>101</sup> Wis. Star. Ann. § 103.465 (West 2002).

<sup>102</sup> *Star Direct Inc. v. Dal Pra* , 767 N.W.2d 898 (Wis. 2009).

早期美國司法實務多採此種見解。惟亦有認為違反法令的契約法院不加以執行(unenforceable)的見解，雖在美國司法實務已存在許久，但也仍有不少令困惑之處<sup>103</sup>。美國學者 E.A.Farnsworth 認為對一個違法契約(illegal contract)稱之為無效(void)充滿了不確性，稱之為一方或雙方當事人就該協議或協議的一部分是不可執行(unenforceable)，可能是更準確的。法院其實沒有必要因契約違反公共政策，而讓兩造就整個契約都不可執行。法院可以判決僅一造可以訴請履行契約，但契約之另一造即不可訴請履行契約。或者判決契約部分可訴請執行，但契約之其他部分不可訴請執行<sup>104</sup>。

### 4.3.2 Blue-Pencil Knockout Rule

晚近美國司法實務已較不採用全有全無見解，法院將以二種方式將契約加以修正，blue-pencil knockout rule 即是其一。blue-pencil knockout rule 是指契約本身性質是可分(mechanical-divisibility)，去除無效或不可執行部分後，如果其餘部分仍是有意義的話，則該限制競爭契約即屬有效。但如果不合理限制競爭條款，無法切割時，則法院應認為全部契約是違法且無效<sup>105</sup>。採用此方式的法院通常強調，法院有權改寫契約，以維持該契約。

契約部分條款違反法律時，如所違反的法律並無明文或其意旨並非在使契約全部無效，則該契約部分條款違反法律並不致於使得整個契約受污損導致全部契約均無效<sup>106</sup>。但將不合理限制競爭的部分條款切割並不是為當事人增訂新條款或改寫擬訂一個新的契約<sup>107</sup>。此方法使的法院免去為當事人改寫契約，但此方法亦被批評過於重視形式，且多數州已改採用下列的不論不合理限制競爭條款與契約的其他部分是否可分，均可加以修改的 modification 方法<sup>108</sup>。

在決定應該讓整個契約無效或是僅一部條款無效而可切割，法院應審酌下列等事項<sup>109</sup>：

(1)違反法律的部分是否為契約的主要目的<sup>110</sup>。

<sup>103</sup> Note, *A Law and Economics Look at Contracts Against Public Policy*, 119 HARV. L. REV. 1445, 1445 (2006).

<sup>104</sup> FARNSWORTH, *supra* note 86, at 314.

<sup>105</sup> Michael Dicen v, New SESCO, Inc., 893 N.E.2d 684 (Ind. 2005).

<sup>106</sup> U.S. v. Continental Fwdg. Co., 64 Cust. Ct. 838, 848 (Cust. Ct. 2 Div. 1970).

<sup>107</sup> Charles A. Sullivan, *The Puzzling Persistence of Unenforceable Contract Terms*, 70 OHIO. S. L.J. 1127, 1159-60 (2009).

<sup>108</sup> 54A AMERICAN. JURISPRUDENCE. 2D MONOPOLIES AND RESTRAINTS OF TRADE § 963.

<sup>109</sup> AMERICAN. JURISPRUDENCE. 2D. CONTRACTS § 319.

<sup>110</sup> Circuit City Stores, Inc. v. Mantor, 335 F.3d 1101 (9th Cir. 2003) (applying California law).



- (2)違反法律部分的契約條款是否嚴重違反道德。
- (3)整部契約是否被設計為一體以違反公共政策。
- (4)訴請執行之一方是否涉及嚴重不當行為。
- (5)去除違反法律的條款是否與契約的主要目的相違背。
- (6)對於執行去除違反法律的條款，雙方是否有充分的考量過。
- (7)違反法律而不可執行的部分是否可與其他部分切割而不影響契約之本質。

如果切割的部分是屬於契約的主要部分，去除該部分無異該契約形同不可執行<sup>111</sup>，例如僱傭契約限制競爭條款為離職後二年在一定範圍內不得為競爭行為，如認該範圍不合理而將該區域限制條款去除，無異變成受僱人在二年內所有地區均不得為競爭行為。適用blue-pencil方式與否或者適用結果是一部分的去除或者是改寫一部分條款，均是屬於法院的裁量權<sup>112</sup>。

例如在 *Jack H. Kelly v. Vincent W. Kosuga*<sup>113</sup> 案件，該案件中兩造公司約定之聯合行為雖不合法，但在同一契約中的其他條款與該違法聯合行為是可切割的，則該可切割的條款是可執行的，雖然執行該條款起因於限制競爭約定。

本案是兩造均是洋蔥市場的參與者。洋蔥出賣人(原告)對買受人(被告)訴請支付款項事件，被告原即是洋蔥的種植者，原告等人對被告等人指出其等儲藏有大量的洋蔥，並在 Chicago 地區有 600 車輛量洋蔥，在全國其他地區有 400 車輛量洋蔥，原告並對被告稱除非被告向原告購買巨量的洋蔥，否則原告會將其等所擁有洋蔥在期貨市場拋售，以削弱洋蔥的未來價格同時取得洋蔥的價款。向來經由傳統管道銷售洋蔥的被告與其他種植者因而非常擔心會遭受巨大損害，而向原告購買了儲存在 Chicago 的 600 車輛量中的 287 車輛量洋蔥。原告則同意在剩餘的當季交易期間不將洋蔥在期貨市場出售。被告及其他種植者亦同意不會將購自原告的洋蔥在當季的交易期間在期貨市場拋售。本案當事人乃是創造一個錯誤、虛假的市場狀況以固定洋蔥的市場價格及在 Illinois 州限制洋蔥在的銷售量。

地院認為一個契約中的該洋蔥買賣部分與違反 Sherman Act 聯合行為約定部分是可切割而判原告勝訴。買受人上訴，上訴法院維持地院見解。買受人再上訴到聯邦最高法院，聯邦最高法院稱，雖兩造約定聯合未來在市場不出賣洋蔥協議是不可執行的，但對於已完成的以合理價格出售洋蔥行為賦予合法的效果，不會發生執行違反 Sherman Act 的行為。雖然該出賣行為提供了約定限制競爭的機會。

<sup>111</sup> Kenneth R. Swift, *supra* note 94, at 248.

<sup>112</sup> Kenneth R. Swift, *supra* note 94, at 251.

<sup>113</sup> 358 U.S. 516 (1959).

### 4.3.3 Blue-Pencil "Rewrite Rule" (Partial Enforcement)

在採用 blue-pencil 原則之後，晚近已揚棄「全有全無」原則，傾向採用部分執行原則(partial enforcement)。該原則不論原來契約在語意上是否可切割，逕將不合理條款加以修訂(modify)，有稱之為 blue-pencil rewrite rule。簡言之，現代的部分執行原則已揚棄了不可執行原則及 blue-pencil knockout rule 原則<sup>114</sup>。Rewrite rule 原則使得法院得以行使公平正義的本質權限而修改及執行契約，不論不合理條款是否可自契約中分割出來。在此原則下，除非限制競爭條款有惡意或過度擴展(overreaching)，在不影響公共利益及不對當事人之另一造給予過度苛責(undue hardship)情形下，法院將試著修改該不合理的契約條款(covenant)，以保護當事人(promissee)的法律上利益。而法院修改含有限制競爭條款的原則乃是合理原則<sup>115</sup>。但 Illinois 州法認為，對不合理的限制契約法院不可加以修改，不僅是因為契約不合理，且因為不合理的程度使致不公平<sup>116</sup>。

1989 年 Rhode Island 最高法院在 *Durapin Inc. v. American Product*<sup>117</sup> 提到對契約條款加以修正的理論乃為，法院如因不同意立約者所主張限制條款對其權益保護的必要性及該限制競爭條款不適合援用「blue-pencil(knockout)」原則，而對契約全部拒絕執行，可能產生不公平，而此與公平原則是相違背的。因此認為部分的、合理的執行比全部不執行是更公平的。法院應該在合理必要性範圍內保護立約者法律上利益。

### 4.3.4 三種作法的利弊得失

不論採那一種方式處理限制競爭契，限制合不合理是以簽訂契約時或是以執行契約時的時點來觀察，都會引發爭議。例如訂立僱傭契約，約定受僱人離職後五年在半徑五十英里範圍內不得為相同之營業者，此限制競爭約定是否合理究竟是以訂立契約時或是以受僱人離職時為準？而此對於決定限制競爭是否合理是很關鍵的，但此問題很少被法院很明確的加以檢討解決。例如，僱傭契約訂之後，市場產品的變化、更新，科技的發展，營業範圍可能擴張、可能減縮，而僱傭契約可能五年、十年後始終止，要求僱主在訂立契約時預估五年、十年後的情形而訂立不競爭條款，是不切實際的。要求僱主於每一因素變化時即更新禁止競爭契約也是不切實際的。另外，Blue pencil rewrite rule 方式看起來法院將不合理條款改寫成合理條款，好像是最終公平。但如此一來，當事人即儘可為過度限制競爭條

<sup>114</sup> Charles A. Sullivan,, *supra* note 107, at 1160-61.

<sup>115</sup> 54A AMERICAN JURISPRUDENCE. 2D MONOPOLIES AND RESTRAINTS OF TRADE § 965

<sup>116</sup> 12 ILL. LAW AND PRAC. CONTRACTS § 97.

<sup>117</sup> 559 A.2d 1051 (1989).

款，而期待法院將之改寫成合理的條款。而此則有違法規範期待人民遵從法律規定的目的<sup>118</sup>。此不但讓兩造當事人產生困惑，司法系統亦同感困擾，且無異鼓勵訴訟。簡言之，以上三種方式均有其缺點。美國亦有學者主張不應採用 blue pencil 原則<sup>119</sup>，認為拒絕 blue pencil 原則後會有一些好處，例如法院即不再有義務在當事人間製作一個契約。當事人在訂立契約時會深思熟慮去思考要如何訂立一個好的契約，這可能是最重要的一點

#### 4.4 美國司法實務對違法聯合行為的效力判斷

在 1890 年 Sherman Act 制定前，common law 實務對限制競爭約定係以因違反公共政策而認為無效<sup>120</sup>，近期此原則已有鬆綁<sup>121</sup>。而美國司法實務早自一百多年前，對 cartel 成員不遵守 cartel 指示而違反 cartel 約定時，對 cartel 成員請求違約賠償或是 cartel 成員基於 cartel 約定有所主張時，法院均拒絕去執行該 cartel 約定<sup>122</sup>，迄今仍維持此種見解：

##### 4.4.1 不得基於違法聯合行為契約，訴請違約者賠償

1880年*Central Ohio Salt Co. v. Guthrie*<sup>123</sup>該案是食鹽製造廠商間約定一個共同的販賣代理商以便固定出售價格，其中一個製造廠違反契約約定。聯合行為的廠商對該違反約定的廠商提出違約賠償。Ohio 州的最高法院指出，公共政策是希望市場能有效競爭，使得消費者可以以最低價格購得商品，市場獨占將使得商品價格提高，使公共利益受損。該判決認為同為製造食鹽的廠商間的約定固定價格契約是無效的。因此約定聯合行為的廠商無從訴請違約者賠償。

##### 4.4.2 不得訴請履行違法聯合行為契約中之約定

###### 1.1890年Ohio州最高法院年*Emery v. Ohio Candle Co.*<sup>124</sup> 案件

該案認為，聯合行為成員基於聯合行為約定，請求支付一定款項時，因該契約違反公共政策無效，從而亦無從基於該「契約中的條款」而有所主張。本案事

<sup>118</sup> Kenneth R. Swift, *supra* note 94, at 252-53.

<sup>119</sup> Griffin Toronjo Pivateau, *Putting the Blue Pencil Down: an Argument for Specificity in Noncompete Agreements*, 86 Neb. L. Rev. 672, 675-91 (2008).

<sup>120</sup> John E. Lopatka, *the Case for Legal Enforcement of Price Fixing*, 38 EMORYLJ 1,2-4 (1989).

<sup>121</sup> *Supra* note 116.

<sup>122</sup> John E. Lopatka, *supra* note 120, at 4.

<sup>123</sup> 35 Ohio St. 666, 672 (1880).

<sup>124</sup> 47 Ohio St. 320 (1890).



實為兩造是同為蠟燭製造廠，目的為提高產品價格及減少生產蠟燭的製造廠。約定六年內為一定的聯合行為，在該約定實施聯合行為期間，確實如其契約目的提高了產品價格及減少了製造廠商。該契約約定聯合行為成員每一磅的產品要繳交二點五分美元給聯合的協會，由協會將之存在銀行。之後再由協會按一定比例支付利潤給聯合行為成員。原告加入後在六年期限未到時退出該聯合行為，訴請返還其繳交之金額及協會應給予之利益。協會同意返還原告所繳交的金額，但以原告違反聯合行為之約定而拒絕支付原告應得之利益。法院以該聯合行為違反公共政策，因此原告不能主張該契約中的條款有效而訴請賠償。

2.1899年美國聯邦最高法院著名的leading case *McMullen v. Hoffman*<sup>125</sup>仍採相同見解

本案在1899年判決時雖未提到Sherman Act，但本案是在1890年Sherman Act 通過之後才判決的，合先敘明。本案是兩位政府採購的投標者事先達成聯合行為協議，祕密約定如果開標之後任一方得標，雙方一概平均瓜分該採購案。本標案決標後其中一方果真得標，然而拒不履行原本瓜分標案之事前祕約，另一方投標者即向法院訴請得標之一方履行該平分標案之圍標約定。聯邦最高法院拒絕執行兩造之間此一圍標契約，並且指出歷來司法判決均一致認為，法院不得以任何方式協助當事人行使違法之契約約定。如果任何訴訟案件係以違法契約之存在作為原告請求成立之前提，法院將不會使該等契約在司法程序之中獲得執行<sup>126</sup>。該判決並指出違法契約亦適用下列熟悉的common的諺語「*Ex dolo malo non oritur actio* [Out of fraud, no action arises]; *Ex pacto illicito non oritur actio* [From an illegal contract, an action does not arise]; *Ex turpi cause non oritur actio* [Out of an illegal consideration, an action does not arise].」，從而不能基於違法契約而主張任何權利。

3.1982年美國聯邦最高法院判決亦採相同見解

*Kaiser Steel v. Julius Mullins et al.*<sup>127</sup>，本案事實為美國礦業工聯合協會(UMW)與數以百計之煤炭生產事業簽訂勞資雙方代表的協議，協議結果有(1)僱佣人依其所生產之煤礦噸數、協會工人工數時數計算事業所應支付之款項。(2)取自他經營者生產之煤炭條款:即僱佣人為使用或販賣而取得其他經營者生產之煤炭數量，依一定比例支付一定金額給信託基金會。(3)僱佣人應每月說明應支付之金額，生產煤炭之數量，自其他經營者取得之煤炭數量。(4)雙方約定如要求捐款條款被法院認定無效，聯合協會可要求替代無效條款之協商。

<sup>125</sup> 174 U.S. 639 (1899).

<sup>126</sup> *Id.* at 654 (“The authorities from the earliest time to the present unanimously hold that no court will lend its assistance in any way towards carrying out the terms of an illegal contract. In case any action is brought in which it is necessary to prove the illegal contract in order to maintain the action, courts will not enforce it....”).

<sup>127</sup> *Kaiser Steel Corporation v. Julius Mullins et al.* 102 S.Ct. 851 (1982).

基金會之受託人訴請 Kaiser Steel 公司履行該 2 項條款約定。Kaiser Steel 公司有依約履行第 1 項條款約定，且坦承未履行第 2 項條款約定，主張 2 項條款違反美國競爭法 Sherman Act 第 1、2 項因而無效，且不可執行。地院對該購買煤炭協議是否違反美國競爭法 Sherman Act 規定未加以判斷，即駁回 Kaiser Steel 公司的抗辯。上訴法院維持地院的見解。Kaiser Steel 公司上訴 Supreme Court。Supreme Court 認為：美國雖無契約成文法典，但毫無疑問的，違反聯邦法令的承諾將不會被強制執行。

其他有關聯合行為契約是無效或不可執行的判決尚有另外，早在 1965 年搭售案件 *Associated Press, v. Taft-Inqalls Corp.*<sup>128</sup>，即說明搭售行為是違反 Sherman Act 的契約是無效而不可執行的。1987 年第 7 巡迴法院在 *Premier Elec. Const. Co. v. National Elec. Contractors Ass'n, Inc.*<sup>129</sup>更明白指出私人間的 caret 行為，法院不加以執行。

#### 4.5 歐盟規定及德國的實務見解

歐盟運作條約第 101 條（原第 81 條）<sup>130</sup>第 2 項明文規定，事業間協議或事業團體決議，足以影響歐體會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體共同市場競爭為效果或目的者，應自動無效(automatic void)<sup>131</sup>。

德國競爭法的理論與實務向來對於歐體法有重要的影響<sup>132</sup>，從比較法角度觀察本議題，除了美國之外，德國營業競爭限制防止法(GWB)<sup>133</sup>在第 6 次 2005 年修正時<sup>134</sup>，將第 1 條有關違法聯合行為之效果，由不生效力修正為禁止該行為<sup>135</sup>。

<sup>128</sup> 340 F.2d 753 (1965), formerly known as *The Cincinnati Times-Star Company*

<sup>129</sup> 814 F.2d 358, 376 (7th Cir. 1987).

<sup>130</sup> Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Art. 101(1), Sep. 5, 2008, 2008 O.J. (C115) 88: O.J. (C115) 88: “1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market . . . .”, “2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.”

<sup>131</sup> 同時見王泰銓，*歐洲事業法(二)歐洲競爭法*，二版（2009），附錄。

<sup>132</sup> 吳秀明，*競爭法之研究*，頁 370，元照出版有限公司（2010）。

<sup>133</sup> 德國限制競爭法防止法，2005 年 7 月 15 日第 7 次修正通過施行條文全文翻譯，前揭註，頁 371。

<sup>134</sup> 德國營業競爭限制防止法（簡稱 GWB，或稱卡特爾法）第六次修正完成於 1998 年 8 月，並於 1999 年 1 月 1 日生效。其後於 2005 年 7 月 1 日再度完成第 7 次修法，惟第 7 次修法對該法第 1 條，係修正為除禁止水平聯合行為之外，對於垂直交易限制亦禁止之。見劉華美，*競爭法與能源法*，頁 44、78（2009）。

<sup>135</sup> 學者劉華美、蘇永欽均稱德國營業競爭限制防止法在第 6 次修正前規定為「不生效力」，修正後始改稱為禁止之行為。



而違法聯合行為之私法上效力，在德國營業競爭限制防止法上從此欠缺明確規定，德國法院於是轉而參酌德國民法第 134 條規定，適用該條之結果，同樣認定其在私法上應屬無效<sup>136</sup>。

例如德國 Higher Regional Court in Düsseldorf (Oberlandesgericht“OLG”)上訴法院，於 2009 年 11 月 18 日所為判決，就 ABC 三家公司成立一個 Joint Venture (JV)，約定在與 JV 相同市場裡不為競爭的不競爭條款 (non-competition clause)。A 公司違約以自己的子公司從事競爭，B、C 公司撤退 A 公司的合資，A 主張三方的契約是無效的，地方法院駁回 A 的請求，OLG 認同 A 的請求，認為該不競爭約定，違反 GWB，依德國民法第 134 條規定而無效<sup>137</sup>，惟該判決發回前之德國聯邦最高法院(Bundesgerichtshof--“BGH”)於 2009 年 6 月 23 日以 KZR 58/07 判決認為該合資股東間不競爭約定如為合資事業存續經營之必要者，即未違反德國營業競爭限制防止法<sup>138</sup>。另，OLG 最近於 2011 年 4 月 27 日所為 VI-U (Kart) 10/11 判決，均是以兩造間不競爭約定違反德國民法第 134 條而無效<sup>139</sup>。再，OLG 於 2009 年 10 月 14 日所為之 VI-U (Kart) 4 / 09 判決則謂，單方面的增加費用，因不合理的增加阻礙違反德國法規的禁止而認為無效<sup>140</sup>。

值得注意的是，BGH 在 2008 年 12 月 10 日的 KZR 54/08 判決。該判決就兩造約定由原告提供原告的客戶資料給被告，請被告就該些客戶加以服務，兩造約定有不競爭條款，約定被告不得對原告的競爭對手提供服務，且約定該不競爭條款效力於兩造 契約終結後二年仍有效力。BGH 認為該 non-compete clause 違反德國營業競爭限制法(German Act Against Restrain of Competition)(GWB)規定，就約定契約終止後二年期間仍限制被告提供服務給原告之競爭對手部分，BGH 認為兩造間只要限制被告對原告原來的客戶不再提供服務且時間只要契約後一年即足以保護原告，對被告自己新招攬來的客戶及逾一年時間後的期間即屬不必要。如果原告並有提供營業秘密予被告，則原告要求被告不得與原告之競爭對手為商業行

---

請見劉華美，第 14 條第一項前段聯合行為之禁止，收於：廖義男等合著，公平交易法之註釋研究系列(一)——第 1 條至第 17 條，頁 489-490 (2003)。

蘇永欽，前引註 19，頁 29 附註 40。

至於 D. Medicus，前引註 43，第 442 頁則稱：「(德國)《反限制競爭法》第 1 條規定，限制競爭的合同和決議無效」。

<sup>136</sup> 劉華美，同前註，頁 489。

謝銘洋，司法智識庫智慧財產法院民事 97 年度民專上字第 14 號判決

[http://fjudkm.intraj/index\\_doc.aspx?id=1428&txt=&where=2&parentid=361](http://fjudkm.intraj/index_doc.aspx?id=1428&txt=&where=2&parentid=361) (最後瀏覽日:2011.9.28)

<sup>137</sup> Higher Regional Court Düsseldorf(Oberlandesgericht ),Nov.18.2009,VI-U (Kart) 12/09。

<sup>138</sup> 學者 Ingo K.Klauss 稱限制競爭條款是否屬必要，應從限制競爭條款內容、條款存續期間、限制競爭區域等加以全盤考量，Ingo K. Klauss, *Germany: Anti-Competitive Agreements –Joint Venture*, 31 EUR. COMPETITION L.REV., no. 5, 2010, at N59, N59-N60.

<sup>139</sup> Higher Regional Court Düsseldorf(Oberlandesgericht ), Apr.27.2011,VI-U (Kart) 10/11。

<sup>140</sup> Higher Regional Court Düsseldorf(Oberlandesgericht ),Oct.14.2009,VI-U (Kart) 4 / 09。



為，或許有正當理由，惟本件原告並未提供營業秘密予被告，則兩造間限制被告與原告的競爭對手為商業行為，即屬過度擴張的不競爭條款(non-compete clause)。

該契約有一個分割條款(severability clause)，約定契約內如含有無效條款時，可以最符合當事人意思的有效條款代替之。但德國最高法院 BGH 拒絕了 post-contract non-compete clause 的降級版，因為如果這樣就會要求最高法院去減縮禁止競爭的期間，且會變更了原來的主題（由禁止競爭變成禁止拉客條款）。此與最高法院之前已建立的實務相符，即對於主題或地理區而言如屬過於限制者，即不加以減縮該條款。上揭 KZR 54/08 判決依德國民法第 138 條<sup>141</sup>認兩造契約違反職業自由公共政策，判決兩造的限制競爭條件契約無效<sup>142</sup>。BGH 未如先前判決依德國民法第 134 條判決，值得繼續觀察。

前揭國內相關之司法判決與實務見解，若得就上揭學理分析與他國經驗加以審慎參酌的考量，洞悉其基本精神，則其個案判決結果勢將更臻完善。



<sup>141</sup> “A legal transaction which is contrary to public policy is void.”

<sup>142</sup> Ingo K. Klauss, Lena Rathje, *Germany: anti-competitive agreements – German Federal Court of Justice* 30 EUR. COMPETITION L.REV., no. 9, 2009, at N143, N143-N144.

## 第五章、違反公平法聯合行為之私法效力判斷

### 5.1 對我國前揭判決之評論

#### 5.1.1 回歸民法認定不等於有效

前揭我國判決認為公平法對事業間契約之私法上效力為何，公平法未為明文規定，從而違法聯合行為之私法上效力為何，應依民法相關規定解釋，此理由應足資可認同。惟如公平法就違法聯合行為之效力有明文規定者，即不致引發前揭事件之爭議，蓋如立法者已予規定，即無須回到民法探究其私法效力為何。民法第 71 條即是立法者對司法者判斷私法效力的概括授權，於公法管制規定未對違反該管制規定行為之私法效力有所規定時，由法官審酌管制法規所欲保護之法益、當事人可預見性等因素，綜合權衡之後判斷違反該規定行為之私法效力為何，亦即經由法官適用民法第 71 條規定，使民法效力與推展國家管制政策之公法規定得以妥善接軌<sup>143</sup>。從而尚不得以公平法之規定並非私法上針對權利義務及其效力所為之法律規定，即遽爾輕易論斷公平法不得為聯合行為之禁止規定即屬取締規定，對於違反行為之私法效力一無任何影響。

#### 5.1.2 限制競爭行為態樣不一

公平法為規範事業市場競爭行為之經濟法規，立法例上有把限制競爭與不公平競爭分別立法者，我國公平法則將二者均規定在公平法<sup>144</sup>，以一部公平法保護多樣性的法益。由於社會及經濟之變化演進，各交易行為及限制競爭、妨礙公平競爭行為態樣亦隨之日新月異，因而公平法規定必須保持一定的開放與彈性，以便因應層出不窮的新興反競爭行為，因此勢難針對各類違反行為之各個層面窮盡加以規範。公平法第 18 條未如公平法其他條文規定，以「不得限制轉售價格」方式為之，而是規定對限制轉售價格約定明定為無效，惟並無人爭論因未以「不得為之」方式規定，即反推論為可為之，另在前述該法保持彈性與開放的解釋適用需求之下，對於公平法之其他違反行為亦難謂可以遽依「明示其一，排除其他」之反面解釋法理，推論除限制轉售價格約定之外，其他公平法禁止之行為，在私

<sup>143</sup> 蘇永欽，公法私法調和，前引註 17，頁 262-272。

<sup>144</sup> 劉孔中，公平交易法，頁 8，元照出版有限公司，(2003)。

法上均應無保留地全面一致認定為有效。再，100年7月30日版的公平法修正草案於19條規定「事業不得限制其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時之價格」。如此公平法裡即無對違反公平法行為之效力規定，前述「明示其一，排除其他」的推論即無從成立。前揭判決未洞悉此立法技術，逕以公平法第10條第2款當初於立法審查時，未採納學者建議將該條所指之法律行為規定為無效，而以「明示其一，排除其他」，推論違法聯合行為為有效，實出於對公法管制立法技術不甚明瞭所致。

### 5.1.3 「先行政後刑事」之立法方式，非得據以認定為取締規定

聯合行為常是事業藉以妨礙、限制市場競爭之手段。公平法第35條於80年間公布施行時乃規定違反時即科處刑事責任，「違反第十條、第十四條、第二十條或第二十三條第一項之規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金。」，不同於第36條則規定則一開始即採用「先行政後司法」的方式即「違反第十九條規定，經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。」。嗣於88年2月間修正為「違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」，因此單以「先行政後刑事」之立法方式當不足以謂公平法第14條為取締規定。

學者有謂違法之聯合行為先科以行政罰鍰，於經主管機關限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後為相同或類似違反行為者，依公平法第35條規定行為人就會面臨刑事處罰的制裁規定。此種採取行政處罰先行，如無法達到目的時再科以刑事責任之作法，而非一有違法聯合行為即處以刑事責任，其主要原因一方面在於違法聯合行為之認定並不容易，其究竟是否相互約束事業行為，而達到足以影響市場功能之地步，涉及許多經濟概念與經濟分析<sup>145</sup>，有賴專業主管機關公平會之事先認定。惟法院相關專業的欠缺，並不僅限於公平法，諸如租稅、醫療、建築等均屬之。況「先行政後司法」嗣後的刑事處罰乃因在於行為人對公平會之行政處分未加以遵從，而非行為人原先的違法聯合行為，學者黃銘傑著文建議應揚棄「先行政後司法」的立法方式，建議改採「讓行政的歸行政、司法的歸司法」<sup>146</sup>。

<sup>145</sup> 羅昌發，由美國反托拉斯法實務論公平交易法的民事責任規定，收錄於新世紀經濟法制之建構與挑戰—廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，頁841，元照出版有限公司（2002）。

<sup>146</sup> 黃銘傑，讓行政的歸行政、司法的歸司法—跳脫「先行政後司法」後之「先行政無司法」窘態，月旦法學雜誌，第201期，頁103(2012)。



再，我國對聯合行為採用「原則禁止、例外許可」之管制方式，事先未經許可之聯合行為均在違反公平交易法規定之列<sup>147</sup>。然而在此種管制架構之下因而認定為違法者，難免仍有利於整體經濟與公共利益，若正式提出申請應予核准之聯合行為混雜其中。對於此種單純違反事先申請規定之聯合行為，由主管機關處以行政罰，應已足以發揮嚇阻與促請其前來申請之效果，無須進一步動用刑罰制裁規定。惟有經過專業主管機關課以行政罰後，猶未能達到管制目的時再課以刑事責任，方始符合憲法上比例原則以及刑罰最後手段性之要求<sup>148</sup>。

縱使認為公平法對於聯合行為所採用的「先行政後刑事」處罰架構，僅係為符合憲法規範，所採取之足以有效達成目的而對基本權侵害較小之管制手段。惟亦不能單純因為公平法對違法之聯合行為先處以行政罰，並非直接處以刑事處罰，即謂公平法對於違法聯合行為之禁止規範係屬於取締規定而非效力規定。

公平法所稱之「聯合行為」除「事業相互約束事業活動之行為」外，必「以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」者為限，果事業間之合意行為不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者，尚非屬公平法所謂之「聯合行為」。而所謂「市場功能」乃指無外力人為干預下，參與市場供給與需求者，得依價格高低，自由決定其資源之配置<sup>149</sup>。換言之，必該等行為有足以妨害市場及價格功能，對自由競爭有所影響始足當之<sup>150</sup>。所謂足以影響市場功能，僅須事業所為之共同行為，客觀上可影響市場供需功能之危險性即已足夠，並不以實際市場供需功能已受影響，或當事人確因此獲得實際利益為必要。參之歐盟運作條約第 101 條規定方式亦係以「足以損害會員國間之貿易往來…，或造成此等效果時，均為抵觸共同市場，應禁止之」，從而應認「足以影響市場功能者」，不以實際市場供需功能已受影響為要件<sup>151</sup>。

事實上，從聯合行為之刑事處罰看定之設計，更可看出公平法意欲禁止違法聯合行為出現之立法目的。一般言之，刑法係以處罰實害犯為原。所謂實害犯，

<sup>147</sup> 王立達教授即有著文主張，聯合行為應修法改採事後追懲制，詳見科技法律領航電子報，第十七期（2011）。

<http://www.itl.nctu.edu.tw:8092/17/>（最後瀏覽日 2011 年 9 月 4 日）

<sup>148</sup> 依司法院大法官釋字第 544 號、第 551 號解釋，憲法第 8 條及第 15 條之規定，明文保障人民之身體自由與財產權。「如以刑罰予以限制者，係屬不得已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制，如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，且施以刑罰有助於目的之達，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而刑罰對基本權之限制與其所欲維護法益之重要性及行為法益危害之程度，亦合乎比例之關係者」，方才符合憲法前揭條文與第 23 條規定，始得為之。

<sup>149</sup> 莊春發，論「足以影響市場功能」之聯合行為，公平交易法施行九週年學術研討會論文集，頁 274，元照出版有限公司，（2001）。

<sup>150</sup> 劉孔中，前引註 144，頁 144。

<sup>151</sup> 王泰銓，前引註 131。

乃指行為所造成之外界變動，對於刑法所保護之法益已生客觀可見之損害。至於危險犯，則是行為所造成之外界變動僅對於刑法所保護之法益構成危險，尚未造成客觀可見之實害者<sup>152</sup>。在危險犯之中，又可區分為抽象危險犯與具體危險犯。倘系爭行為僅須在一般情形下具有法益侵害可能性即可構成犯罪者，為抽象危險犯，例如刑法第 190 條之將毒物置入公眾所飲之水源罪。如果必須在個案之中對於法益造成實際威脅，具體出現侵害可能性方始構成犯罪者，則為具體危險犯。例如刑法第 177 條之漏逸或間隔氣體罪，必須致生公共危險，方始成罪<sup>153</sup>。

危險犯不待實害發生，只需系爭行為對於受保護之法益構成危險狀態即成立犯罪<sup>154</sup>，從而以危險犯方式設計刑罰規定者，其所欲保護之法益重要性必須高於實害犯規定所欲保護之法益，始符合憲法上罪刑相當原則與比例原則之要求。依照公平法第 7 條規定，聯合行為必須「足以影響市場功能」，方才落入公平交易法之規範範疇。由此定義來看，公平法對於聯合行為係採取具體危險犯之立法方式，立法者對其保護法益之重要性評價，實高於一般以實害犯為出發點之刑事處罰規定<sup>155</sup>。

民法體系以私法自治、契約自由為其基本前提，惟因資本主義經濟制度高度發展後，社會出現巨型資本、獨占事業，發生中小企業、一般消費者、勞工被支配之情形。國家為求整體經濟之健全發展，基於公益對私人的自由意思活動加以

<sup>152</sup> 林山田，刑法通論，頁 98，三民書局，四版（1993）。

<sup>153</sup> 黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，頁 138-140，新學林圖書出版公司，二版（2009）。

<sup>154</sup> 林鈺雄，新刑法總則，頁 98，元照出版有限公司，二版（2009）。

<sup>155</sup> 學者汪渡村認為聯合行為在公平法價值評斷上，已經帶有高度之反競爭性，似不應採具體危險理論，見氏著公平交易法，頁 101，五南圖書出版股份有限公司，四版（2010）。司法實務判決，例如臺北高等行政法院 97 年 2 月 13 日之 96 訴字第 1672 號判決謂：「按所謂足以影響市場功能，僅須事業所為之共同行為，客觀上可影響市場供需功能之抽象危險性即已足夠」。

最高行政法院 95 年 6 月 7 日之 95 判字第 808 號判決，就公平法第 24 條之「足以影響交易秩序」之判斷，認為只要該行為實施有足以影響交易之可能性，達到抽象危險性之程度為已足。

最高行政法院於 99 年 2 月 25 日之 99 年判字第 184 號判決認為，公平法第 7 條所稱之聯合行為須「足以」影響市場功能，乃為在客觀上得影響市場供需功能之危險可能性為已足。

觀其文字雖謂採「抽象危險」說，實則依其論述乃採「具體危險」說。蓋，一般而言，「具體危險犯」在刑法中以諸如「致生公共危險」、「足以發生……危險」、「引起……危險」等字樣標示之。而「抽象危險犯」係指行為本身含有侵害法益之可能性而事先被禁止之態樣，重視行為本身之危險性。因此抽象危險本身並不出現在法定客觀構成要件的行列，只要立法者事先認定某種特定行為具有可罰的實質違法根據（例如酒駕有害於公共安全），不問事實上是否發生法益侵害危險，凡一有該行為（酒精值達 0.55），其犯罪（刑法第 185 條之 3）即成立。從而本文對於聯合行為乃採具體危險說。相同立場，請見蘇永欽，契約違反禁止規定，收於楊與齡主編，民法總則實例問題研析，頁 47（2000）。



限制，因而興起經濟法，藉以修正民法體系之契約自由，而保障營業自由、競爭公平。公平法的主要功能之一，即是藉由管制市場力量，或是事業間其他限制競爭的行為，去除對於私法自治與市場競爭可能造成的扭曲<sup>156</sup>。是故依公平法之制定目的觀之，不符合公平法第 14 條但書規定，即使事先提出申請亦無法獲得許可的違法聯合行為，因其直接防堵市場競爭，且未提供相對應之經濟福祉，因此與市場經濟體制基本上難以相容。對於此種行為，公平法透過民事制裁及行政與刑事處罰規定，在事前欲遏止其發生，在發生後更欲使其解消<sup>157</sup>。因此若非使之在私法上失去效力，不能達成其立法目的。從而公平法第 14 條規定在民法上似應認定為效力規定，違法之聯合行為在私法上應使之歸於無效。學者蘇永欽<sup>158</sup>、劉華美<sup>159</sup>、汪渡村<sup>160</sup>、楊宏暉<sup>161</sup>與陳忠五<sup>162</sup>等，亦均採類似見解。前揭判決未見公平法此種事先欲遏止發生，發生事後更欲使其解消，為保護高度法益而採取具體危險之立法方式，及因為限制競爭行為之取締困難，有賴專業主管機關事先認定而選用之立法方式，遽謂依規定之架構而認為公平法第 14 條係取締規定，如此誤解立法目的甚為可惜。

## 5.2 判斷違法聯合行為私法上效力應注意公平法之特性

判斷違反公平法行為之私法上效力，除一般違反行政法規所衡量之基準外，更需注意公平法的特性。對公平法之規定不應該一體視之，而應依各法條之規範目的決定之。因此，了解公平法之特性，做為衡量其違法行為之私法效力，即有其必要性。

一個事業之競爭行為須同時通過公平法第二章禁止限制競爭、第三章禁止具體不公平競爭和概括條款之審查，始得以在公平法上站得住腳<sup>163</sup>。公平法的違法行為，原則上必須該當對相關市場產生「限制競爭」或「妨礙公平競爭」之效果或具其可能性者等要件始該當之。換言之，公平法除了當然違法之行為類型外，對於特定的事業活動須據其對於市場競爭所造成之影響以判斷事業之活動是否違

<sup>156</sup> 可參見蘇永欽，「私法自治與公平法的管制—公平法第二十四條的功用與濫用」，月旦法學雜誌，第七十期，頁 42（2001）。

<sup>157</sup> 詳見許永欽，違反公平交易法行為制裁制度之研究，國立台北大學博士論文，92 年。高子展，公平交易法中刑事責任之研究—以先行政後司法之規範為中心，中正大學財經法律研究所，94 年 6 月。

<sup>158</sup> 蘇永欽，前引註 19，頁 31。

<sup>159</sup> 劉華美，前引註 135，頁 489。該報告提及「依民法第 72 條規定：法律行為違反強制或禁止之規定者無效，但其規定並不以為無效者，不在此限。」實應為民法「第 71 條」之筆誤。

<sup>160</sup> 汪渡村，前引註 155，頁 120。

<sup>161</sup> 楊宏暉，前引註 49，頁 77。

<sup>162</sup> 陳忠五，前引註 49，頁 199。

<sup>163</sup> 劉孔中，前引註 144，頁 9-10。



法。因此，同樣的事業活動，因事業的規模、市場占有率之差異，可能發生甲事業為合法，但乙事業同樣為之卻違法之情事。甚至可能發生因市場構造之變化，同一行為以前合法，現在卻違法之情形。由此可知，事業是否違反公平法，非僅關事業活動本身內容，對於外在經濟條件的部分更有相當大的影響。對事業而言，亦有可能在行為時對於違法性毫無所悉，與事業為交易之相對人是善意而不知情者，亦不在少數。因公平法有此特性，故若認違法行為在私法上效力皆應認為無效，對於交易安全之影響之鉅，可想而知。

此外，某些違反公平法之行為類型，並非一個單一的交易行為，而是透過長期、區域廣泛之多數交易行為之集合，例如公平法中濫用獨占力中之差別待遇行為，如將該獨占事業之個別交易行為分別予以評價，或有可能並未有違法問題。惟如綜合整體判斷，極有可能即該當差別待遇之違法要件。故是否應在該獨占事業被認定違法後即認定其所有的交易行為無效，不無斟酌餘地。

再，所謂私法效力之有效、無效論，未必是該法律行為須全部無效。在事業間有關約束事業活動之契約如有違反公平法之情事，若僅是其中的部分條款違法，例如限制交易對人活動之條款，如果僅認定該條款無效即可達到遏止妨礙競爭之目的，則在符合民法第 111 條但書規定下<sup>164</sup>，可以認定該契約除違法條款外其他部分仍為有效。如此亦較符合交易秩序安定之要求。但亦可能有全部無效之情形，例如事業間若有形成聯合行為之契約或協議，則其整體必須歸於無效，否則無以達成公平法之規範目的，同時其全部無效亦不致直接影響其彼此間實際交易之穩定性。當事人所為之行為，如僅為單一法律行為，始有所謂全部、一部可言。如當事人間所為之數行為各自獨立時，其一無效時，原則上不生影響於其他行為。至於其行為是否可分，學說上則有客觀上可分性、數量上可分性、主觀上可分性等數種判斷標準，可供參酌<sup>165</sup>。

因此，違反公平法之行為，必須就其所違反規定之意旨、該個案之違法程度、交易安全等要素，具體認定其私法上效力。尤其是交易安全部分，若違法行為所牽涉之交易活動甚廣，輕易認定其無效並非妥當<sup>166</sup>。

違反公平法行為於私法上之效力，全面無效或全面有效皆難以被接受。有些行為可經由行政制裁以達成其規範目的者，即無必要認該行為在私法上為無效。

---

<sup>164</sup> 民法第 111 條：「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。」

<sup>165</sup> 黃立，前引註 30，頁 413-414。

<sup>166</sup> See *United State v. Addyston Pipe & Steel*, 85 F. 271, 282 (6th Cir. 1898). 此判決雖是 100 多年前為之，惟至今仍為美國實務援用，RICHARD A. LORD *supra* note 92.

後來出任美國聯邦最高法院院長的 Taft 於本案中指出：如果當事人間主要之交易是合法的，則法院應允許該交易所需要之相關交易限制；惟若其交易限制一旦超過該交易之合法目的所必要範圍，則屬無效。

另，從契約履行後回復原狀的困難性、交易的安全性、當事人間的公平正義觀點觀之，如違反公平法行為被認定為無效並不被期待時，則應認違反公平法行之私法上效力為有效為原則。但若為達公平法之規範目的，有必要在私法上認其為無效者亦不乏其例。例如透過契約來遂行聯合行為的情形，如不使該契約無效將無法有效達到規範目的；此外如惡意違反規定而破壞競爭秩序、違反公序良俗情形者亦屬之。亦即，違反公平法行為之私法上效力究為何，應區分行為類型，依其個別性質及特性以定其私法上的效力，始為妥適<sup>167</sup>。

再者，違反公平法的法律行為在私法上縱認為有效，該違反公平法行為與適法的法律行為自然仍屬二事，因該違反公平法行為而蒙受損害者，自得依公平法第 31 條以下規定對於違法者透過民事訴訟請求損害賠償，自不待言。

### 5.3 違反公平法之聯合行為私法上應為無效

聯合行為依公平法第 14 條規定，原則違法、例外許可，在我國受到相當嚴格規範。因此當數事業間被認定為聯合行為時，首先即要討論事業間包含形成聯合行為合意之契約在私法上是否因此無效。再者，事業間形成聯合行為之後與消費者等交易相對人間成立交易時，其效力是否也會因為聯合行為而受到影響，也值得進一步討論。

#### 5.3.1 公平法修正草案原擬明定違法聯合行為無效

現行公平法未對違法聯合行為之私法效力作規定，公平會於 95 年間公告之修正草案中，曾考慮增加「本法所禁止聯合行為之合意內容，於各該參與事業間，無效」之規定。修正理由說明則謂「事業為從事不法聯合行為所締結之契約、協議，經認定違法者，其約定之效力如何，未臻明確，爰參照美國 Common Law 法理（違反反托拉斯法之契約，無請求履約之強制力）及英（英國競爭法第 1 章第 2 條第 4 項：任何違反第一項禁止之決議或決定者，無效）、（韓國獨占管制與公平交易法第四章不當合行為之限制第 19 條第 4 項規定，事業為從事第一項所禁止之聯合行為所締結之契約，於其參與之當事人間，無效。）等國及歐洲共同體（歐盟運作條約第 101 條第 2 項：違反本條文所禁止之決議或決定者，自動無效。）之立法例予以明定，冀免不必要之爭議，並收警示之效」<sup>168</sup>。而刻正於公平會討論之 100 年 7 月 13 日草案條文中，已未見有 95 年版原擬議增加第 18 條規定。

<sup>167</sup> 劉姿汝，前引註 17，頁 111-112。

<sup>168</sup> 「公平交易法」修正草案重點說明 <http://ftc.cnfi.org.tw/proposal/FTC01.pdf> 最後瀏覽日：2010 年 12 月 22 日

### 5.3.2 界定違法之聯合行為效力為有效，產生明顯價值失衡

事業違反公平法規定之聯合行為，若仍然維持其私法上效力，則將造成：1、未經揭露之違法聯合行為，參與事業如反悔欲退出，縱公平法於 100 年 11 月 23 日增訂第 35 條之 1 之寬恕條款而得減免受罰，惟參與違法聯合行為之事業因畏懼受其間之合意有私法上效力而需支付鉅額違約金，除形成事業進退兩難外，市場競爭機能與消費者權益，亦無以確保。新增訂之公平法第 35 條之 1 寬恕條款自無法發揮其功效。2、聯合行為實務上蒐證困難，公平會行政調查均須一定期間始克其功，在此期間如認為該違法聯合行為的契約內容仍得有效執行，仍將發生可能危害競爭與消費者權益之情形<sup>169</sup>。例如美國聯邦調查局(FBI)自 1992 年 11 月起即調查 Illinois 州的 Archer-Daniels-Midland (ADM)Company 有關聯合固定價格 (price-fixing) 行為，迄 1995 年 6 月 7 日始發動搜索行動，引發數拾起案件，雖 ADM 公司在美國於翌年即認罪，但同一行為 ADM 公司在歐盟地區則上訴，迄 2006 年始為歐盟法院(the European Court of Justice)駁回<sup>170</sup>。如認為其在私法上仍為有效，豈非形成一事業之行為經評價為構成犯罪而受刑事處罰，卻可透過司法之強制力實現公平法評價為刑事犯罪之違法行為，在法律體系上呈現極其矛盾之評價失衡現象。

<sup>169</sup> 沈麗玉，違法聯合行為的私法效力，月旦法學雜誌，第一一五期，頁 146 (2004)。

<sup>170</sup> John M. Connor, *Global Cartels Redux: The lysine Antitrust Litigation(1996)*, in ANTITRUST REVOLUTION ECONOMICS, COMPETITION, AND POLICY 300,300-01(John E.Kwoka & Jr. Lawrence J. White eds., 2009).





## 第六章、有關聯合行為之個別契約效力

就此所謂之個別契約，是指違法聯合行為之事業依據彼此間之協議、契約所定之基準，個別與第三者（顧客）之間所締結之契約，關於此契約效力為何？由於此類型契約本身並未違反公平法，個別契約是聯合行為之行為人與第三人（顧客）之間所締結之契約，完全獨立於違法聯合行為之契約，兩者性質上並不相同，而有另予討論之必要。違法聯合行為事業與顧客間所成立的個別契約，學說上有認為該契約效力為有效。本說認為個別契約乃獨立於違法之聯合契約，公平法是為規範違法之聯合行為，個別契約本身並未違法。且，個別契約是違法聯合行為之事業與第三人（顧客）間所締結之契約，如認定該契約無效，恐有害交易安全。採相反見解者認為，契約如涉及不參與違法聯合行為之第三人時，基於保護第三人理由傾向認定其間契約有效，以維法律安定性，惟如該第三人不欲受此法律安定性之保護時，應給予第三人得主張其間之契約無效之權限，此時如專利權人對第三人主張專利侵害時，第三人則可以專利權濫用（*patent misuse*）或我國民法第 148 之權利濫用抗辯之<sup>171</sup>。惟於此以 *patent misuse* 對抗專利權人之間的聯合行為，並不符合美國法的最新發展。飛利浦案在美國訴訟過程中，2010 年 *Princo v. ITC en banc decision* 把 *patent misuse* 限制在專利權人在授權契約中對被授權人施加的限制。對於專利權人的限制，或是專利權人彼此之間的約定，目前在美國已經被排除在 *patent misuse* 可以主張的範圍之外。惟並不值得肯定，本文的指導老師王立達教授已另著文批判之<sup>172</sup>。

應注意的是，為達違法聯合行為的執行與維持，參於違法聯合行為之事業經由對下游業者行使垂直交易限制以達其目的，例如：為貫徹價格的違法聯合行為，須透過每一參與事業者對其下游流通業者之交易價格進行掌控。此種個別契約為違法聯合行為的執行手段，而顧客契約則是違法聯合行為的結果。換言之，此種個別契約是聯合行為違法行為整體的一部分，但該等契約畢竟與違法聯合行為之契約是分別各自獨立存在，自應就該個別契約判斷其違法性及效力<sup>173</sup>。

### 6.1 美國司法實務見解

<sup>171</sup> 謝銘洋，司法智識庫智慧財產法院民事97年度民專上字第14號判決，

28[http://fjudkm.intraj/index\\_doc.aspx?id=1428&txt=&where=2&parentid=361](http://fjudkm.intraj/index_doc.aspx?id=1428&txt=&where=2&parentid=361)（最後瀏覽日：2011年9月28日）

<sup>172</sup> Richard Li-dar Wang(王立達), *Deviated, Unsound, and Self-Retreating: A Critical Assessment of Princo v. ITC en banc Decision*, 16 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 51 (2012).

<sup>173</sup> 劉姿汝，前引註 17，頁 43-44。

對此問題美國法上則有 *Connolly v. Union Sewer Pipe Co.* 一案採取有效說。該案原告主張被告 Union Sewer Pipe Co. 與其他公司有垂直限制交易價格的約定，限制競爭行為而違反競爭法，主張拒絕支付向被告購買物品之價款。聯邦最高法院判決指出，原告不得以被告與其他公司、個人等就原告所購買物品有違反競爭法之限制交易價格約定，而拒絕支付向被告購買物品之價款。因兩造間之契約乃獨立於被告與其他公司間之違反競爭法契約，被告與其他公司間之違反競爭法契約的效力，並未剝奪被告對販賣物品之所有權，及取得販賣物品對價之權利。垂直限制交易價格契約雖無效，但出賣給被告之契約是有效的。從而不得主張被告與其他公司間之違反競爭法契約而拒絕支付向被告購買物品之價款。如採相反的主張，將導致當事人無法預期的結果<sup>174</sup>，例如將使買受方無償取得系爭事業依兩造間契約所交付之產品<sup>175</sup>。故違法契約不得訴請執行(unenforceable)僅在契約當事人間始得主張<sup>176</sup>，否則不但超出雙方當事人之合理預期，也有可能使買受方獲得超出其所受損害之補償，在當事人之間造成輕重失衡的結果。

## 6.2 德國司法實務見解

德國聯邦最高法院(Bundesgerichtshof--“BGH”)於 2010 年 1 月 28 日在 Otis GmbH(以下簡稱 Otis)與 Edelhoff 間的事件，判決廢棄並發回原審 Higher Regional Court in Dusseldorf (Oberlandesgericht (“OLG”))<sup>177</sup>。BGH 在判決中提及參與違法聯合行為事業與消費者間之契約，不會因該事業有參與違法的聯合行為即致無效。

該事件為 Otis 參與違法聯合行為與其他公司約定產品之固定價格，Edelhoff 於不知情情形下，向 Otis 購買產品。OLG 法院 2009 年 2 月 20 日判決以 Otis 與其他間之違法聯合行為，不會導致 Otis 與 Edelhoff 間契約變成無效力。惟 BGH 指出如果契約當事人因被詐欺而訂契約者，可依德國民法第 123 條第 1 項<sup>178</sup>規定主張撤銷。因 OLG 就 Edelhoff 可否主張因被詐欺而主張撤銷其間契約，就該此點事實未查明而廢棄發回。Otis 與數個事業就升降機有違法聯合行為超過 10 年以上，於 2007 年 2 月間因該違法聯合行為遭 European Commission 處罰罰金。本案發回之後，OLG 法院於 2010 年 10 月 29 日再度作成判決<sup>179</sup>，認為 Edelhoff 即使知道 Otis

<sup>174</sup> *Connolly v. Union Sewer Pipe Co.*, 184 U.S. 540, 549-552 (1902). *See also* *Dennehy v. McNulta*, 86 F. 825 (7 th Cir. 1898).

<sup>175</sup> *Connolly*, 184 U.S. 540 at 552. *X.L.O. Concrete Corp. v. The Riverage Corp.*, 190 A.D. 2d 113, 597 N.Y.S. 2d 302 (App. Div. 1993).

<sup>176</sup> AMERICAN JURISPRUDENCE, CONTRACT § 306

<sup>177</sup> Bundesgerichtshof Jan.28. 2010. VII ZR 50/09. Higher Regional Court in Dusseldorf (Oberlandesgericht)原審為 Feb.20.2009. (1-22 U 135/08)

<sup>178</sup> 德國民法第 123 條規定如下：因被詐欺或被不法脅迫而為意思的人，可以撤銷表示。杜景林、盧湛譯，前引註 37，頁 28。

<sup>179</sup> Higher Regional Court in Dusseldorf (Oberlandesgericht ), Oct.29.2010. (1-22 U 135/08)



的違法聯合行為仍會向 Oits 購買該產品，並無因遭詐欺而為意思表示情形。

學者 Ingo K.Klaub 博士認為 BGH 之上揭見解，涉及參與違法聯合行為事業在與顧客訂契約時，是否對顧客負有提供聯合行為造成的衝擊(the impact of cartel)訊息之義務，以免顧客事後主張因被詐欺致契約無效。在目前狀況，事業之顧客如欲以因違法之聯合行為導致其付出較有效率競爭情形下更高的對價時，常因無法舉證而敗訴。但如果認為事業之顧客可主張因參與違法聯合行為事業就該違法聯合行為所造成的衝擊訊息未被提供而可主張被詐欺而撤銷該契約者，將使舉證證責任倒置。例如，因產品已無法返還，事業主張請求返還不當得利時，對其顧客所受之利益為何，事業即負有舉證責任<sup>180</sup>。德國聯邦最高法院此一見解，是否形成日後違法聯合行為事業之說明義務依據，亦值觀注。

### 6.3 小結

本文認為，雖或有認為從契約自由原則是以前述當事人有選擇可能性為前題，參與違法聯合之事業與顧客間之契約，如該顧客僅有交易與否之選擇權，則該等與違法聯合行為事業為交易之顧客實則為該聯合行為之被害人，該顧客在無其他替代選項時，無異是事業予取予求的俎上肉，契約自由無從實現，悖離私法自治目的，國家不能視而不見而應介入。於訴訟時法院應視個案情形，審酌契約主題的性質、相關法令所涉公共政策的強度、拒絕執行該契約是否有助於促進該政策、契約之一方因該契不能執行致受如何嚴重的損害、契約當事人協商契約自由的程度為何等因素後<sup>181</sup>，依職權適用民法第 72 條「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者，無效」之規定適時介入，給予符合個案行為情狀與當事人利益狀況之救濟。惟若未達背於公共秩序或善良公俗情形者，為免除嗣後無法預期的糾紛，及在目前民法典除上揭民法第 72 條外，未能找到事業或顧客得據以主張契約無效之依據，爰認為以有效說為妥。惟可參酌前揭美國國實務即有認為在某些情況，違法契約當事人對權益受該違法契約影響之第三人不得主張該契約之違法性。

如立法時可加重具有市場力事業與消費者或第三人契約時之說明義務，或司法實務於審理事件經驗上建立出具有市場力事業如其故意隱瞞違法聯合行為時，可認為屬詐欺手段賦予契約相對人得選擇是否行使撤銷權，則在交易安全與善意第三人之保護或可取得平衡。惟縱判斷事業與顧客間之契約為有效，顧客仍可依公平法第 30 條至第 32 條規定，對違法聯合事業就其實際所受損害數額請求損害賠

<sup>180</sup> Ingo K. Klauss, *Bundesgerichtshof (VII ZR 50/09): Germany—Anti-competitive Agreements*, 31 EUR. COMPETITION L. REV., no. 5, 2010, at N121, N121-N122.

<sup>181</sup> 17A AMERICAN JURISPRUDENCE CONTRACT § 244

償等，自不待贅言。



## 第七章、結語與建議

聯合行為乃事業間為謀取商業利益最大化，而相互約束彼此事業活動之行為。依照本文所舉出之美國、德國案例法見解<sup>182</sup>及歐體條約第 101 條第 2 項明文規定違法之聯合行為在私法上應歸於無效。

在全球經貿愈易自由流通之今日，國際間對各國競爭法之內容愈來愈重視，我國公平會亦積極推動與其他國家競爭法主管機關之合作關係，建立與國際組織夥伴關係，積極參加 OECD、ICN、APEC 等國際組織<sup>183</sup>。而各國為有效管制國際大廠商間的聯合行為，經常舉行國際研討會議，商討競爭法的修訂、競爭法執行的聯繫、合作。國際間對違反競爭法之聯合行為之私法效力多認為無效，我國自不宜自我排除於國際之外。

在公平法明定違法聯合行為之私法效力之前或需個案認定是否無效時，均有賴民法第 71 條規定來判斷其於私法上是否陷於無效。民法第 71 條是民法典保留可讓公法規範進入私法領域的三個條文其中之一。民事司法如能妥適運用民法第 71 條，即可發揮調和公私法兩大法律體系之重要功能。因此民事庭法官在審理民事事件之時，對公法領域眾多管制法規，在私法上是否有意否定其違反行為之私法效力，以及該否定之範圍與強度各係如何，在個案之中均有賴法官發揮其經驗與智慧，妥善體察本條規定之規範功能與意旨，逐一予以權衡、把關<sup>184</sup>。

法律體系之建構雖以無矛盾之完全貫通一致作為理想，但為追求更高一層之法律體系和諧或是規範目的之達成，在採行公私法二元體系的我國，並非無矛盾情形存在之可能。例如以犯罪方法取得贓物，雖為法所不許，惟為避免社會秩序受到再次的破壞，因竊盜而取得之贓物如轉讓善意第三人時，民法物權上有善意取得之規範，使該取得贓物之善意第三人受到法律保護，原本物之所有人即不得對該善意第三人請求返還。惟原所有人仍然得依民法第 184 條、第 949 條規定主張權利，自不待言。基於相同法理，縱使法律行為遭認定違反公法上強行規定，惟為追求維護更高度之法益，其所形成之法律關係亦非必然無可受到法律秩序保護之可能<sup>185</sup>。因此，有關違反公法規定行為之私法上效力，實難透過我國法院實務所建構的「效力規定」與「取締規定」之簡單二分法，即可輕易予以處理，確實有待民事法庭法官細察本文論及之種種規範考量與應有分析方式，於個案之中仔細作出明智的區別與決定。學者蘇永欽指出：「只有當我們從民法典的高度來看

<sup>182</sup> 參見本文第四章。

<sup>183</sup> 行政院公平交易委員會工作成果報告，中華民國 98 年，頁 3-12 至 3-14。

<sup>184</sup> 蘇永欽，公私法調和，前引註 17，頁 262。

<sup>185</sup> 郭土木，金融管理法規與私法體系調和之探討，民法新典範工作坊網站：<http://www.newcivilcode.org/index.html> 最後瀏覽日：2010 年 12 月 26 日



這些條文時，才更能體會民事司法者在動態法體系下要承擔如何吃重的角色」<sup>186</sup>，誠屬剴切的論。

徵諸我國歷來法院判決實務，期待法官於具體個案中認定某違反強行規定之契約約款為無效，一如前揭本文所述甚為不易。在法律上，公平法規定雖可透過民法第 71 條進入民事法上之效力控制範疇，但是短期之內尚難期待藉由審判實務之運作，透過民事案件中對於私法行為效力之適當控制，與公平法執法機關協力共同維持公平交易秩序。若吾人期待我國司法實務得以將民法第 71 條規定運用得當，首要即應將民法第 71 條的規範功能明確定位。因 71 條但書規定為「但其規定不以之為無效者，不在此限」，使得司法實務者，僅得於探求其意旨非在使法律行為無效時，僅得認為有效，而不能如德國民法、美國 common law 實務導出其他不同結論而發揮司法造法結果，如一部有效、一部無效、相對無效、嗣後無效、讓未違法之當事人選擇決定該法律行為是否無效等多樣性的法律效果。參考德國民法第 134 條規定「A legal transaction that violates a statutory prohibition is void, unless the statute leads to a different conclusion」規定，如將民法第 71 條規定為「違反法律之禁止規定之法律行為無效，但由其法律意旨另生其他結果者，不在此限」應更能發揮民法第 71 條的功能。

除了有賴民事法庭法官於審判實務中累積案例類型與實際判斷經驗外，法律學者若能進一步引介德國等類似我國民法第 71 條規定之司法審判實務，並且剖析其如何區分認定系爭法律關係為全部無效、全部有效、一部無效、相對無效、嗣後無效或得撤銷之具體分析方法，以供法律實務工作者參酌，相信亦將有其明顯助益。

在公法管制規定無所不在，同時不斷擴大涉入傳統私法領域的今日，縱或不能如美國法院在競爭法系統扮演發展重要原則角色，但以民事案件為主要工作內容的司法人員，亦不應劃地自限於民事法律規範，除此之外尤應多加涉獵各類公法規範，瞭解當代各種行政管制之設置目的與運作原理，例如，民事法庭法官在需自行認定聯合行為是否符合公平法第 14 條但書，以決定該法律行為之私法效力時，自需要瞭解公法管制規範，方始得以承擔公、私法互相接軌、逐漸交融之後，在民事審判實務上實際維持整體法律秩序和諧平衡之重責大任。

---

<sup>186</sup> 蘇永欽，再論轉介條款—民法典內轉介條款的結構功能分析，民法新典範工作坊網站：<http://www.newcivilcode.org/index.html> 最後瀏覽日 2010 年 12 月 26 日

## 參考文獻

### (一)中文文獻

專書、學位論文(依作者姓氏筆畫排序)

- 1.史尚寬，民法總論，發行人史吳仲芳，四版（1990）。
- 2.——，民法總則釋義，頁 261，台北重刊，（1973）。
- 3.王澤鑑，民法學說與判例研究第二冊，三民書局，五版（1983）。
- 4.——，民法總則，三民書局，五刷（2010）。
- 5.——，民法概要，三民書局（2002）。
- 6.——，不當得利，三民書局，增訂新版（2009）。
- 7.王泰銓，歐洲事業法(二)歐洲競爭規範，五南圖書出版股份有限公司，二版（2009）。
- 8.行政院公平交易委員會，行政院公平交易委員會工作成果報告—中華民國 98 年，2009 年 5 月。
- 9.汪渡村，公平交易法，五南圖書出版股份有限公司，四版（2010）。
- 10.吳秀明，競爭法研究，元照出版有限公司（2010）。
- 11.林山田，刑法通論，三民書局，四版（1993）。
- 12.林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，二版（2009）。
- 13.林更盛，論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆圖書出版有限公司（2009）。
- 14.杜景林、盧湛譯，德國民法典，中國政法大學出版社（1999）。
15. D. Medicus 著，邵建東譯，德國民法總論，元照出版有限公司（2002）。
- 16.洪遜欣，中國民法總論，三民書局，三版（1964）。
- 17.施啟揚，民法總則，三民書局，八版（2009）。
- 18.黃立，民法總則，元照出版有限公司，二版（1999）。
- 19.黃銘傑，競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間，元照出版有限公司，二版（2009）。
- 20.黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，新學林圖書出版公司，二版（2009）。
- 21.陳麗娟，歐洲經濟法-2010 年最新版，五南圖書出版股份有限公司，三版（2010）。
22. 陳自強，契約之成立與生效，民法講義 I，新學林文化事業有限公司（2002）。
- 23.莊春發，論「足以影響市場功能」的聯合行為，公平交易法施行九週年學術研討論文集，元照出版有限公司（2001）。
- 24.國立臺灣大學律學研究所外國法編譯委員會，德國民法，國立臺灣大學法律學研究所（1965）。
- 25.詹森林，效力規定與取締規定之區標準，收錄於程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁 289-314，元照出版有限公司（2009）。
- 26.廖義男、何之邁、范建得、黃銘傑、石世豪、劉華美，公平交易法之註釋研究

- 系列(一)——第一條至第十七條，行政院公平交易委員會(2003)。
- 27.劉華美，競爭法與能源法，元照出版有限公司(2009)。
  - 28.劉孔中，公平交易法，元照出版有限公司(2003)。
  - 29.劉春堂，判解民法債編通則，三民書局，修訂六版二刷，(2011)。
  - 30 簡資修，美國反托拉斯上聯合定價概念之演變——法律解釋之價值取向，收錄於美國聯邦最高法院論文集，頁 265-284，中央研究院歐美研究所(1994)。
  - 31.羅昌發，由美國反托拉法實務論公平交易法的民事責任規定，收錄於新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，頁 823-844，元照出版有限公司(2002)。
  - 32.蘇永欽，競爭法——台灣法律體系與經濟生活的新生事物，收錄於《跨越自治與管制》，初版一刷，五南圖書出版股份有限公司，1999年1月。
  - 33.——，私法自治中的國家強制——從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向，收錄於民法七十年之回顧與展望紀念論文(一)總則、債編，頁 1-60，初版，元照出版有限公司(2000)。該文同時收錄於蘇永欽著，走入新世紀的私法自治，頁 1-58，初版，元照出版有限公司(2002)。
  - 34.——，契約違反禁止規定，收錄於民法總則實例問題分析，頁 139-154，五南圖書出版股份有限公司(2001)。
  - 35.——，從動態法規範體系的角度看公私法的調和——以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心，收錄於尋找新民法，頁 247-306，元照出版有限公司(2008)。
  - 36.——，憲法權利的民法效力，收錄於翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集——當代公法理論，頁 158-215，元照出版社有限公司(1997)。

#### 學位論文(依作者姓氏筆畫排序)

- 1 李文秀，寬恕政策應用於惡性卡特爾之探討——兼論我國引進寬恕政策之修法建議及國際合作，國立政治大學國貿研究所碩士論文，(2004)。
- 2.許永欽，違反公平交易法行為制裁制度之研究，國立台北大學博士論文，(2003)。
- 3.高子展，公平交易法中刑事責任之研究——以先行政後司法之規範為中心，中正大學財經法律研究所，(2003)。
- 4.張維中，美國微軟案作業系統軟體搭售問題之研究，世新大學法學院碩士論文(2005)。
- 5.葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文(1999)。

#### 期刊論文(依作者姓氏筆畫排序)

##### (二)期刊論文

- 1.王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第七十一條之



- 雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊，第 11 期，頁 65-127(2012 年 9 月)。
- 2.王立達、江國泉，不同標準，合理齟齬？—評台北高等行政法院飛利浦可錄式光碟專利特許實施案判決，月旦法學，第一六五期，頁 174-201(2009)。
  - 3.沈麗玉，論違法聯合行為的私法效力，月旦法學雜誌，第一一五期，頁 146-159(2004)。
  - 4.陳志民、吳秀明，事業以聯合行為或濫用市場地位調漲價格經處分後，要求回復原價之探討，公平交易季刊，第十一卷第二期，頁 41-110(2003)。
  - 5.陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，臺大法學論叢，第二十七卷第四期，頁 158-260 (1998)。
  - 6.黃銘傑，讓行政的歸行政、司法的歸司法—跳脫「先行政後司法」後之「先行政無司法」窘態，月旦法學雜誌，第 201 期，頁 103(2012)。
  - 7.楊宏暉，市場經濟秩序下的契約失靈調整模式，法學新論，第 25 期，頁 67-101(2010)。
  - 8.劉姿汝，違反公平交易法行為之私法效力，國立中正大學法學集刊，第二十二期，頁 95-163(2007)。
  - 9.蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為—從德國民法§134 的理論與實務操作看我國民法§71，臺大法學論叢，特刊，頁 229-252(1987)。
  - 10.——，私法自治與公平法的管制—公平法第二十四條的功用與濫用，月旦法學雜誌，第七十期，頁 40-56(001)

### (三)網頁文獻

- 1.王立達，聯合行為應修法改採事後追懲制，科技法律領航第 17 期，  
<http://www.itl.nctu.edu.tw:8092/17/>(最後瀏覽日 2011 年 9 月 4 日)
- 2.郭土木，金融管理法規與私法體系調和之探討，民法新典範工作坊網站：  
<http://www.newcivilcode.org/index.html> (最後瀏覽日:2010 年 12 月 26 日)
- 4.蘇永欽，再論轉介條款—民法典內轉介條款的結構功能分析，民法新典範工作坊  
網站:<http://www.newcivilcode.org/index.html> (最後瀏覽日:2010 年 12 月 26 日)
- 5.蘇永欽於 98 年 9 月 24 日在成功大學光復校區國際會議廳第三演講室演講「從動態法規範體系的角度看公私法的匯流」  
<http://www.anglepedia.com/plate/web/mediamsj.jsp?UI=angle&MI=5746>(最後瀏覽日 2011 年 2 月 20 日)
- 6.「公平交易法」修正草案重點說明 <http://ftc.cnfi.org.tw/proposal/FTC01.pdf> (最後瀏覽日 2010 年 12 月 22 日)
- 7.第六屆第一會期經濟及能源委員會施政報告，行政院公平交易委員會網站：  
<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=938&docid=480> (最後瀏覽日 2011 年 2 月 13 日)
- 8.謝銘洋，司法智識庫智慧財產法院民事 97 年度民專上字第 14 號判決  
[http://fjudkm.intraj/index\\_doc.aspx?id=1428&txt=&where=2&parentid=361](http://fjudkm.intraj/index_doc.aspx?id=1428&txt=&where=2&parentid=361)(最後瀏覽日 2011 年 9 月 28 日)。
9. German Civil Code BGB  
[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p03](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p03)  
(最後瀏覽日 2012 年 9 月 14 日)。
- 10.Thomas Jestaedt, Jones Day Jacques Derenne, Lovells Tom Ottervanger, Ilen & Overy:study on the enforcement of state aid law at national level

[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/study\\_part\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/study_part_2.pdf)

(最後瀏覽日 2012 年 10 月 20 日)。

11. [http://en.wikipedia.org/wiki/Illegal\\_per\\_se](http://en.wikipedia.org/wiki/Illegal_per_se) (最後瀏覽日 2012 年 3 月 10 日)。

一、英文

(一) 期刊論文

1. 王立達, *Deviated, Unsound, and Self-Retreating: A Critical Assessment of Pringo v. ITC en banc Decision*, 16 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. (forthcoming Jan. 2012)
2. Badawi Adam. B., *Harm, Ambiguity, and the Regulation of Illegal Contracts*, 17 GEO. MASON L. REV. 483(2010).
3. Broder Dougals, *United States: anti-competitive agreements –Department of Justice, Antitrust Division –car lights aftermarket*, 32 EUR. COMPETITION L. REV., no. 2, 2011, at N209, N209.
4. Broder Douglas, *United States: anti-competitive agreements- RPM*, 32 EUR. COMPETITION L. REV., no. 6, 2011, at N119, N119.
5. Klauss Ingo K., *Germany: anti-competitive agreements –joint venture*, 31 EUR. COMPETITION L.REV., no. 5, 2010, at N59, N59-N60.
6. Klauss Ingo K., & Lena Rathje, *Germany: anti-competitive agreements –German Federal Court of Justice*, 30 EUR. COMPETITION L.REV., no. 9, 2009, at N143, N143-N144.
7. Klauss Ingo K., *Germany: anti-competitive agreements*, 31 EUR. COMPETITION L. REV., no. 5, 2010, at N121, N121-N122.
8. Kostitsky Juliet P., *Illegal Contracts and Efficient Deterrence :a Study in Modern Contract Theory*, 74 Iowa L.Rev. 115 (1988) .
9. Krebs Thomas, *In Defence of Unjust Factors*, in: David Johnston and Reinhard Zimmermann eds., *Unjustified Enrichment Key Issue in Comperative*
10. Lopatka John E., *the Case for Legal Enforcement of Price Fixing*, 38 EMORYLJ 1 (1989).
11. Pettit Mark, *Freedom, Freedom of Contract, and the ‘Rise and Fall’*, 79 B.U.L. REV. 263, 347-49 (1999).
12. Sullivan Charles A., *The Puzzling Persistence of Unenforceable Contract Terms*, 70 OHSLJ 1127, (2009).  
Perspective, 87 (2002).
13. Swift Kenneth R., *Void Agreements ,Knocked-out terms, and Blue pencils:Judicial and Legislative Handling of Unreasonable Terms in Nncompete Areements*, 24 HOFSTRA LABOR & EMPLOYMENT L.J. 223 (2007).

(一) 專書

1. ALTMAN LOUIS & MALLA POLLACK, *CALLMANN ON UNFAIR COMPETITION, TRADEMARKS AND MONOPOLIES* (2007) .
2. FARNSWORTH E. ALLAN, *CONTRACTS* (4th ed. 2004).
3. GAVIL NDRES I., WILLIAM E. KOVACIC & JONATHAN B. BAKER, *ANTITRUST LAW IN PERSPECTIVE:CASES, CONCEPTS AND PROBLEMS IN COMPETITON POLICY* 59 (2002).
4. HOLMES WILLIAM C., *ANTITRUST LAW HANDBOOK* (2011).
5. HOLMES WILLIAM C., *INTELLECTUAL PROPERTY AND ANTITRUST LAW* (2011).
6. HOVENKAMP HERBERT, *THE ANTITRUST ENTERPRISE: PRINCIPLE AND EXECUTION* 3<sup>rd</sup>

- ed. (2005).
7. Krebs Thomas , *In Defence of Unjust Factors*, in: David Johnston and Reinhard Zimmermann eds. *Unjustified Enrichment Key Issue in Comparative Perspective*, 76 (2002).
  8. LORD RICHARD A., *6 WILLISTON ON CONTRACTS* (4<sup>th</sup> ed.)(2011).
  9. *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS* (1981).
  10. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION, *ANTITRUST GUIDELINES FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY*. (1995).
  11. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION, *ANTITRUST GUIDELINES FOR COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS*, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2000.4.7).
  12. WEST PUBLISHING (ed.), *12 ILL. LAW AND PRAC. CONTRACTS*
  13. WEST PUBLISHING (ed.), *17A. American Jurisprudence 2D CONTRACTS* (2d. ed.)
  14. WEST PUBLISHING (ed.), *35 American Law Reports ALR Federal 2D*, (2009).
  15. WEST PUBLISHING (ed.), *54A AMERICAN. JURISPRUDENCE. 2D MONOPOLIES AND RESTRAINTS OF TRADE*
  16. WEST PUBLISHING (ed.), *55 American Law Reports ,2D 481*(originally published in1957).

