

美、德、歐市合資規範論述

何之邁*

蕭富山**

目次

壹、合資概述	二、第八十五條
一、合資之定義	(一)限制行爲
二、合資之動機	(二)契約無效
三、合資之類型	(四)免除規定
四、合資之利弊	三、第八十六條
五、規範理論	(一)控制地位
貳、美國法	(二)濫用
一、規範依據	(三)合資之適用
二、分析步驟	四、新規範之產生
三、克萊頓法第七條	五、適用新規則之合資
四、休曼法第一條	(一)合資之分類
五、研究與發展之合資	(二)新規則之適用
六、例外情形	六、不適用新規則之合資
七、主管機關之政策	(一)未跨越門檻之集中
參、德國法	(二)非屬集中之合資
一、規範依據	七、合作式合資
二、第二十三條	(一)第八十六條
三、第一條	(二)第八十五條第一項
(一)適用範圍	(三)第八十五條第三項
(二)適用要件	八、適用規範之步驟
肆、歐市法	九、立法芻議
一、規範依據	伍、結論

* 法國巴黎大學法學博士，中興大學法律研究所教授

** 中興大學法律研究所博士候選人

壹、合資概述

一、合資之定義

「合資」(Joint Venture)固難定義，且常與其他類似之行爲相混淆。「合資」，不僅僅是兩個以上當事人合力完成特定工作或計畫之「合同事業」(contractual undertaking)(註1)；或兩個以上當事人依各人特質分擔任務之協議(contractual arrangement)(註2)；或規定權利及技術移轉之專利技術協定。除具上述契約要素外，合資並具有一項基本特徵，即：合資必須具體化爲一個獨立的法律實體(legal entity)，而爲合資人(venturers)共同所有及共同管理(註3)。質言之，合資必須具有三條件：(1)獨立可辨之合資實體；(2)各合資人對該實體均有所有利益(ownership interest)；(3)各合資人有積極的管理行爲，或對該管理行爲爲有計劃的拋棄權利(註4)。

美國法院實務見解，將合資定義爲兩個以上之人(包括公司、個人或其他)之聯結(association)，而合併財產與專門技術，以建立一個單一的經營企業，並享有共同的專屬利益、共同的控制權利及分享獲利、分擔損失(註5)。學者通說採

註1：「合同事業」有時稱爲「合同合資」(contractual joint ventures)，極易與合資之性質相混淆。See James A. Dobkin, Jeffrey A. Burt, Kenneth J. Krupsky & Mark J. Spooner, *International Joint Ventures*, Federal Publications Inc., Washington, D.C., p.2-2 (2d ed. 1988) [hereinafter cited as Dobkin et al.] .

註2：此種結交方式有時稱爲「協會」(consortium)或「團隊協議」(teaming arrangement) . Id.

註3：Id., at 2-2~2-3.

註4：Id., at 2-3.

註5：Dobkin et al., supra note 1, at 2-9.

美國 Brodley 教授之定義：兩個以上公司之營業之整合，而具有下列條件者（註6）：(1)合資須受互無控制關係之母公司（parent firms）之共同控制；(2)各母公司對該合資為實質之出資；(3)合資與其母公司分離，而為一個商業實體（business entity）；(4)合資在新生產能力、新技術、新產品或進入新市場等方面，產生顯著的新企業能力。

二、合資之動機

合資之原始動機，乃在透過資源之聚集及共同之行動，將市場力量累積起來，蓋理論上當事人因能力互補而建立合資，可產生比各該人強大之力量。最早的合資行為係在貿易及自然資源開發方面。今日學者為說明形成合資之動機，爰將合資分三類型予以討論（註7）。

（一）資源導向型（Resource-drive）：

1. 為獲得或保有必要的資源，包括資金、原料、技術或專利、管理人材、及市場資訊。

2. 為生產其本不專精之副產品。

（二）市場導向型（Market-driven）：

1. 為擴大產品銷售，包括擴大產品線（product lines）、增加產量以達規模經濟及有效利用大的「最低效益規模設備」（Minimum - Efficient-Scale Plants）。

2. 為克服進入市場之障礙，包括應變劇增的高成本、法律及關稅障礙，以及市場及文化知識等。

3. 重築陳舊或垂危的產品管道。

註6：Joseph F. Brodley, "Joint Ventures and Anti-Trust Policy," 95 Harvard Law Review 1523 (1982).

註7：See John R. Wille, "Joint-Venturing Strategies," in *The Handbook of Joint Venturing*, edited by John D. Carter, Robert F. Cushman & C. Scott Hartz, Dow Jones-Irwin, Illinois (1988) [hereinafter cited as Carter et al.], p.5-15; Dobkin et al., supra note 1, at 2-9~2-10.

4. 打入新的產品市場。
5. 對新競爭者建立起進入障礙。
6. 作為國際結合之利器。

(三) 風險導向型 (Risk-driven) :

1. 分擔研究與發展之成本及風險。
2. 分擔生產投資之成本及風險。

三、合資之類型

前述合資要件之一是，其為一個法律實體或商業實體，而習慣上的確也以成立一個組織之方式為之。惟事實上不必如此；成立子公司 (subsidiary company)，或不成立任何獨立的法律實體而僅簽訂契約協議 (contractual arrangement)，或以其他方式，均無不可 (註8)。因此，「合資」通常係指所採取之合作「形式」 (form)，而非其主體，例如以「研究與發展契約」 (research and development agreement) 之方式成立合資以進行研發工作，又如「共同銷售」 (joint selling) 或「共同採購」 (joint purchasing)，亦得以此方式成立合資以進行售、購行為 (註9)。

合資之契約類型，通常可見者有如下數種：

1. 共同銷售契約 (Joint Selling Agreements) ；
2. 共同採購契約 (Joint Purchasing Agreements) ；買受人合意給付之價格，或合意經由協議買受全部或部份 (註10) ；
3. 研究與發展契約 (Research and Development Agreements) ；指對新產品合

註8：Dobkin et al., id., at 2-9；D.M. Raybould & Alison Firth, *Comparative Law of Monopolies*, Graham & Trotman Limited, London, p.167 (5th ed. 1991) [hereinafter cited as Raybould & Firth] .

註9：Christopher Bellamy & Graham D. Child, *Common Market Law of Competition*, Sweet & Maxwell Limited, London, p.194 (3rd ed. 1987) [hereinafter cited as Bellamy & Child] .

註10：Id., at 183.

力進行研究與發展，包括新產品之開發及研究成果之拓展（註11）；

4.專業化契約（Specialization Agreements）：實際或潛在競爭的生產者，互相同意停止特定產品之生產，而各自在其他產品之生產上專門化，通常各當事人得自他方當事人獲得其同意不生產之產品（註12）；

5.生產合資（Production Joint Ventures）：指契約之目的在成立一個新的商業實體，於母公司共同控制下從事生產。其型態可為合資形式之水平卡特爾，而其主旨包括生產合理化（production rationalisation）、針對新產品之研究與發展、技術移轉或設立新廠等。惟無論其目的是否包括其他方面，祇要其主要目的係在共同生產，均屬「生產合資」（註13）。

四、合資之利弊

探討企業採行合資之利弊得失，可分內部與外部兩個層面。

就內部而言，其利弊如下（註14）：

1.利益

(1)合資人得事先預定風險、所負擔之成本及責任，因而不致危害本身資產，得以投入新事業之開發及拓展。

(2)在合資人間分散經營責任及權限，俾便有效利用各該合資人專長之能力。

2.弊端

(1)由於合資基本上是共同所有及共同管理，故會產生決策上相互牽制致阻礙事業之效率。

(2)為免於管理上專制，合資人間常有談判妥協，此雖具爭端解決之功能，但「效率」因而受阻，且解散之可能性永遠存續。

註11：Id., at 193.

註12：Id.

註13：Id., at 194, 222-23.

註14：James A. Dobkin, "Joint Venturing with Foreign Companies in the United States," in Carter et al., supra note 7, at 386. See also David R. Wightman, "Joint Venture in Europe", Carter et al., id., at 249-50.

就合資之外部利弊而言，歐市執委會曾指出（註15）：

「合資有益於一些經濟上的目標，包括：

- (i)內在市場之整合，尤其是以全面合作之方式；
- (ii)冒險性投資之增進；
- (iii)改革之促進及技術之移轉；
- (iv)新市場之開發；
- (v)歐市產業競爭之改善；
- (vi)中小企業競爭地位之增強；
- (vii)結構性生產能力過剩之消除。

但合資亦可能有反競爭效果，而與上述經濟目標正相衝突。當合資導致市場瓜分、產生進入市場障礙及市場力量之集中時，便有此反競爭效果發生。」

五、規範理論

隨著合資而來的反競爭行爲，通常可分三類（註16）：(1)母公司間或母公司與合資間競爭之限制；(2)進入市場之障礙；(3)商情資訊之勾結。反托拉斯法之基本目的既在消除反競爭行爲，故合資如具上述三類行爲，即可能遭受管制，容下詳述。

就母公司間或母公司與合資間競爭之限制而言，合資之母公司間通常互相約定不再從事合資所經營之事業，質言之，母公司既成立合資以製造某種產品，即不再製造相同產品，避免與合資競爭，此稱爲「抑制效果」（stifling effect）（註17）。由於母公司多半不與其成立之合資競爭，故抑制效果乃通常之事，如予以禁止，恐有礙合資之發展，因而對此反競爭行爲之限制，多俟其達到獨占或產生其他反競

註15：Fifteenth Report on Competition Policy（1986），point 26.

註16：David M. Bridges, “Joint Ventures and U.S. Antitrust Law,” in Carter et al., supra note 7, at 445.

註17：Cary Levinson & James S. Lawlor, “Legal Considerations of Joint Ventures,” in Carter et al., supra note 7, at 33 [hereinafter cited as Levinson & Lawlor].

爭行爲時，始予管制（註18）。另一種反競爭行爲是潛在的反競爭協議，亦即母公司之一已在市場上成立，另一家母公司則未存在於相同市場，但有可能隨時進入市場，此際母公司成立合資，約定第二家母公司不得獨自進入市場，因而第二家母公司不再被視爲有進入市場之威脅。潛在競爭之威脅亦爲市場競爭之因素，合資即因此加以消除。惟目前反托拉斯之研究對此情形均不刻意反對，故此類合資似不會違反托拉斯法（註19）。

就進入市場之障礙而言，如進入市場將由合資所控制，或僅有加入合資始能進入市場，則合資之形成便構成反托拉斯法之違反（註20）。

再就商情資訊之勾結而言，在組織或經營合資之過程中，母公司間得交換有關合資或合資以外之市場資料，例如價格、產能、銷售量、技術資料等等，此種資訊之共用，構成所謂的「勾結」（collusion），有時足以限制競爭（註21）。

另外，合資對第三人亦有影響。例如，合資之形成可能改變市場結構，使第三人更難相與競爭；母公司間之合作關係，可能降低其與第三人在相同範圍合作之意願；獨家技術之特許，可能排除對第三人之特許；第三人之供應商減少；合資供應產品予其母公司時，母公司不再向第三人買受該產品。這些對第三人競爭上之影響，係來自歐市歷年實例（註22），實際應用時，應依個案判斷之。

無論合資之反競爭行爲爲何，其均源自母公司間所訂之契約。依據歐市實務，下列情形爲契約所訂之限制措施（註23）：

- (1)當事人同意不與合資事業相競爭；
- (2)對於合資所供應之全部或一定數量之相關產品，母公司有義務接受；

註18：Id.

註19：Id.

註20：David M. Bridges, *supra* note 16, at 447.

註21：Id.；Levinson & Lawlor, *supra* note 17, at 34.

註22：Bellamy & Child, *supra* note 9, at 227-28.

註23：Frank L. Fine, “EEC Antitrust Aspects of Production Joint Ventures,” 26 *The International Lawyer* 98 (1992).

- (3)經銷 (distribution) 分屬合資事業或母公司負責；
- (4)當事人將合資產品製造中所使用之零件予以標準化；
- (5)合資事業有義務自母公司之一買受所需之零件。

惟並非所有的合資皆具反競爭性，有些合資事實上可促進市場競爭，申言之，以聚集資源、增進效率及分擔成本與風險之合資形式，可使母公司原本無法獨力進入市場之情況，轉化為新的競爭情勢。一般而言，如具有下列三種條件，則微小的反競爭行為仍屬合法（註24）：

- (1)該行為合理地限於合資目的範圍內；
- (2)為追求合資營運中更大的規模效益；
- (3)已無其他達成預期利益之較小限制措施。

貳、美國法

一、規範依據

美國反托拉斯法之宗旨係在保障並增進競爭，而合資之形成與行為亦應受反托拉斯法之規範，其可能適用之法條包括休曼法第一條、克萊頓法第七條及聯邦貿易委員會法第五條。申言之，休曼法第一條係規定對於各州間或與外國間之貿易或商業，以契約、合併或共謀等方式予以不合理之限制者，予以禁止；克萊頓法第七條規定，取得股份之結果，對國內某一地區之商業活動造成實質上減少競爭或有形成獨占之虞者，不得為之；聯邦貿易委員會法第五條則在禁止商業上或影響商業之不公平競爭方法或不公平或欺罔的行為或慣行。合資行為倘符合上述條文之要件者，即可依其規定規範之。

惟此三條文之適用，值得注意者有三（註25）：

- 1. 休曼法第一條適用於「在各州間或與外國間」（among the several states,

註24：David M. Bridges, *supra* note 16, at 447； see also Dobkin et al., *supra* note 1, at 10-2.

註25：Raybould & Firth, *supra* note 8, at 167-68.

or with foreign nations) 之貿易或商業之限制，克萊頓法第七條則規範「在本國任何地區內，於任何商業範疇上或任何影響商業之行爲上」(in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country) 有實質上減少競爭或形成獨占之虞之結合。可見二者規範範圍不同。

2. 聯邦貿易委員會法第五條適用於在美國國內外商業之行爲，或有影響美國國內外商業之行爲。本條文所涵蓋之範圍大於前兩條文，蓋其得適用於純粹「影響」(affect) 美國國外商業之合資，因此，在美國以外國家設立的公司，其所成立之合資與美國境內並無貿易行爲或無子公司，亦無任何關係，而意圖在其市場上以壓低價格之方式迫使美國公司無法出口至該市場者，即有本條之適用。

3. 休曼法第一條僅適用於「實際的限制」(actual restraints)，而克萊頓法第七條及聯邦貿易委員會法第五條則可適用於「潛在的限制」(potential restraints)。惟聯邦貿易委員會法第五條之適用範圍大於克萊頓法第七條，蓋依後者規定，該企業必須實際從事商業或從事影響商業之行爲(註26)。

二、分析步驟

反托拉斯法適用於合資之準則，係在探討合資是否將產生顯著的反競爭效果。此問題可分爲三個層次討論(註27)：

1. 此種行爲在合資所營運之市場上造成何種競爭上之影響？——此問題即在探討：合資人爲完成企業之基本目標所爲之結合，是否會危害合資在其產品或勞務市場中之競爭？

2. 對部分或全部合資人競爭之市場，合資有何競爭上之影響？——此問題之發生，係在合資人在其他產品或勞務方面互爲競爭者時，亦即問題關鍵是，在合資下

註26：Id., at 168. 並請參閱廖柏基撰，「反托拉斯法域外效力問題之研究」，頁114-118(政大法研所碩士論文，民國七十四年五月)。

註27：此項分析方法，見諸一九八四年十一月二日第十八屆新英格蘭反托拉斯會議上，美國司法部反托拉斯處助理檢察官 J. Paul McGrath 之講詞。Dobkin et al., supra note 1, at 10-4.

所為之合作，可能導致其他營業方面之勾結或減少競爭。

3.在合資契約中所含的附帶限制（ancillary restrictions）對競爭有何影響？——此問題與第二個問題相關，主要係探討在合資契約中附屬於合資主要目的之條款，有否危害競爭者？

克萊頓法第七條為分析第一個問題之基本規範；休曼法第一條及克萊頓法第七條，同時用供第二、三問題之分析。容下詳述。

三、克萊頓法第七條

美國最高法院在 *United States v. Penn-Olin Chemical Co.*（註28）一案中首先確立克萊頓法第七條適用於合資。緣 *Pennsalt* 化學公司與 *Olin Mathieson* 化學公司成立一家合資事業，準備在美國生產及銷售氯化鈉。在成立合資之前，此二家公司均不在相關市場中生產銷售氯化鈉。最高法院認為，依本條文分析合資之方式，與適用於結合之基本原則相同。第七條主要在規範系爭行為對競爭之潛在影響（potential effect），而不須證明取得（acquisition）是否會立即或一定危害競爭。當第七條適用於合資時，即在探討：如不成立合資，則母公司之一是否仍會進入市場，而另一定母公司仍維持為一重要的潛在競爭者（significant potential competitor）？倘合資有消除合資人間實際競爭之虞，或迫使合資人不單獨進入新市場，則合資違反第七條規定。因此，審查之基準在於合資人是否可能進入合資事業所在之市場？倘若母公司在該市場互為實際或潛在的競爭者，則法院將評估競爭如何遭受合資之限制（註29）。

關於合資造成實質上減少競爭之考量因素，最高法院在上述 *Penn-Olin* 案中臚列以下數項，指示事實審法院斟酌之：

「在相關市場上競爭者之數目及力量；其成長之背景；合資人之力量；其商業範疇之間之關係；其間所存在之競爭及一方處理他方之競爭者之力量；合資成立時之環境；其存在之理由及必要性；合資之商業範疇及其與母公司商業範疇之關係；

註28：378 U.S. 158（1964）。

註29：Raybould & Firth, *supra* note 8, at 169, 572-73.

其商業範疇對非競爭行為之適應性；合資在相關市場之潛在力量；倘不透過合資而由合資人之一單獨進入市場，則在該相關市場上會有如何之競爭，應予評估；如此種情況發生，則另一方合資人潛在競爭之效果如何；以及可指出在相關市場上對競爭有潛在危險之其他因素。」

倘合資符合第七條之規定，即應依第七 A 條提出申報，至主管機關之執法依據，係一九八四年結合指導準則（Merger Guidelines）及一九九二年水平結合指導準則（1992 Horizontal Merger Guidelines）。申言之，於相關產品市場及地理市場定義後，便進而測定市場占有率及市場集中度，其計算方式係依 HHI 指數，而後依非量化因素，包括進入市場之障礙、經濟效益、垂危廠商抗辯等，判定合資是否產生反競爭效果。非量化因素之考量，對僅結合合資人部分資源且涉及合資之新產品、效益等利益者，尤為重要（註30）。

註30：Dobkin et al., supra note 1, at 10-8.

又，HHI 原文為“Herfindahl Hirschman Index”，其計算方式是以特定市場中每家事業之市場占有率百分比平方後相加，例如，市場中有四家公司，其市場占有率分別為30%、30%、20%及20%，則 HHI 指數為 $30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$ 。HHI 指數可能高至10,000（在獨占情況下），低至0（在零散市場“atomistic market”情況下）。雖然理論上需將全部事業體納入計算，但對少數小的事業體事實上常乏資料依據，不過這並不影響判斷的準確性，蓋這些小事業體不足影響 HHI 指數。

依一九九二年水平結合指導準則規定，司法部應用 HHI 指數研判結合案之程序如下：

(1) 結合後之 HHI 指數低於1,000者：通常司法部不管制

(2) 結合後之 HHI 指數介於1,000-1,800者：

A. 因結合而使 HHI 指數之增加低於100點者：通常司法部不管制

B. 因結合而使 HHI 指數之增加超過100點者：司法部認該結合對競爭有潛在不利之影響，而依非量化因素判斷之

(3) 結合後之 HHI 指數超過1,800者：

四、休曼法第一條

休曼法第一條旨在禁止以契約、合併（combinations）或共謀（conspiracies）對貿易或商業加以限制，已如前述。理論上，任何契約在某種程度上均有限制交易之效果，故本條文義顯然不甚清楚，有待實例見解補充。

按自一八九〇年休曼法制定以來，法院判例逐漸發展出「當然違法原則」（per se rule）及「合理原則」（rule of reason）。前者多屬水平契約之類，包括固定價格、瓜分市場、杯葛等，法院均認其當然違法；後者泰半適用於垂直契約上，須依該行為之目的及競爭效果判斷其違法性。此二原則適用在國際技術合資時，有幾項例外情形（註31）：

1. 如合資所營事業係限於研究及發展，而不包括產品之共同行銷或共同生產，則當然違法原則不予適用。關於研究與發展之合資，容後討論。

2. 關於專利產品之獨占權之行使，受反托拉斯法之保護，故依上述二原則所認定之違法行為，於專利法所許可之有限獨占範圍內，則屬合法。至無專利的技術及 know-how 有時亦同此情形（註32）。

3. 「附帶限制原則」（ancillary restraints doctrine），即所為之限制係附屬於一項合法契約之主要目的，且為保障訂約當事人享受契約之合法成果所必要，或保護其免受他方當事人不當行使契約成果之危險所必需。易言之，當事人如已訂定合法的契約，則於契約中所約定對競爭之限制，被視為是合理的，縱該限制在其他場合為違法亦同。惟此項附限制原則有一定條件：(1)其基本契約之目的須係合法；(2)

A. 因結合而使 HHI 指數之增加低於50點者：不加管制

B. 因結合而使 HHI 指數之增加超過50點者：司法部認該結合對競爭有潛在不利之影響，而依非量化因素判斷之

C. 因結合而使 HHI 指數之增加超過100點者：推定可能會產生或加強市場控制力，但得舉證不致產生或加強市場控制力

請參閱該準則 Section 1.5。

註31：See id., at 10-9~10-11.

註32：See id., at 7-18~7-19.

對競爭之限制與契約之主要目的有密切關係，亦即該限制係增進合資營運成功所必需；(3)對競爭之限制限於最小之範圍及期限，而與合資契約合法目的之達成相一致。司法部之見解即屬如此（註33）。

五、研究與發展之合資

由於合資型態之結合可使當事人冒有限的風險，而從事有潛力的營業拓展，或參與花費甚大的計劃，以追求企業各方面之提昇，故美國國會於一九八四年制定「全國合作研究法」（National Cooperative Research Act；以下簡稱“NCRA”），旨在鼓勵共同合作發展科技，免受反托拉斯法之拘束。惟此非對於研究與發展之合資（research and development joint venture；R & D joint venture；以下簡稱「研發合資」）給予反托拉斯法拘束之豁免，而係以限制對研發合資起訴之賠償金額、訂定濫訴者之懲罰金額，及明示「論理原則」之適用等規定，實質上保護研發合資。容下詳述（註34）。

（一）保護範圍

並非任何有從事研究之合資即受保護；NCRA 定義「研發合資」，僅指其從事之行爲限於基本的研究工作，例如理論分析、基本工程技術之發展或檢驗，以及爲實驗與證明之目的，而將科學上或技術上之發現拓展爲實際應用。除此之外，並不包括由該合資所研發之產品的生產或行銷，以及有關成本、銷售、利潤等資訊之交換。

（二）賠償限制

克萊頓法第四條規定，對於因違反反托拉斯法而遭受損害者，得請求三倍於損害之賠償金額。NCRA 則規定，於此情形原告僅得請求實際損害之金額，惟該合資須具備已向主管機關申報之條件。其申報程序亦於本法中明定。

註33：Id., at 10-10~10-11；Raybould & Firth, supra note 8, at 171.

註34：Dobkin et al., supra note 1, at 10-23~10-29；Raybould & Firth, supra note 8, at 170-71, 574；William C. Holmes, 1987 Antitrust Law Handbook, Clark Boardman Company Ltd., New York, p.275-77（1987）。

(三) 濫訴之懲罰

為避免對研發合資進行濫訴，NCRA 規定，倘原告之請求權或訴訟中之行為「無價值、不合理、無理由或有惡意」，則法院應判給抗辯該請求權之當事人訴訟費用及合理的律師費用。

(四) 論理原則之適用

NCRA 規定，研發合資不得被視為當然違法，而須依論理原則作判斷，並考慮所有影響市場之相關因素，包括對於相關研發市場上競爭之影響。

依克來頓法第七條對一般結合之分析方式，亦適用於研發合資，惟 HHI 指數超過 2,000 點者，在一般結合係屬高度集中市場，極可能受到管制，但在研發合資則可能仍屬合法，蓋其被認較諸結合不具反競爭性。根據一九八八年司法部所擬的「國際營運反托斯指導準則」(Antitrust Guidelines for International Operations) 規定，倘若目前有至少四家相類似的研發合資或公司在市場上，則不認該研發合資具有反競爭性，蓋少數的研發競爭者有時即可構成適度競爭(註35)。一九八〇年司法部頒布之「關於研究性合資反托拉斯指南」(Antitrust Guide Concerning Research Joint Ventures) 並規定判斷研發合資之合法性時，應考量參與者間之競爭關係、研究工作之性質，以及如有反競爭效果時，對該合資計劃之正當理由。此項正當理由，包括參與者之互補技術、計劃規模之大、個別參與者缺乏足夠資金、實質風險之存在，以及沒有人可能單獨從事該計劃等。另外，不得考量之因素，包括進入市場障礙之大小、計劃之範圍與期限、整個產業競爭之範圍、該合資處理外部事務之範圍及授與中間專家研究工作與權限之範圍(註36)。

六、例外情形

有些產業依法律規定豁免於反托拉斯法之適用。例如，Webb-Pomerene Act 對於為從事集體出口貿易而成立之公會(associations)，予以反托拉斯法適用之豁免

註35：Dobkin et al., supra note 1, at 10-29.

註36：raybould & Firth, supra note 8, at 574. See also ABA Antitrust Section, Antitrust Law Development, ABA Press, p.191-92 (2d ed. 1984).

。又如，倘出口公會（*export associations*）已取得商業部長之「審查證明」（*certificate of review*）者，一九八二年制定之「出口貿易公司法」（*Export Trading Company Act*）即豁免其依聯邦及州的反托拉斯法受起訴。另外在能源、農業、保險業、報業、銀行業、肉品包裝業及證券業等方面，各有法律規定其豁免反托拉斯法之適用（註37）。

七、主管機關之政策

從主管機關——司法部與聯邦貿易委員會——所處理過的案例（註38）、所發布的指導準則——包括一九八八年「國際營運反托拉斯指導準則」及一九八〇年「關於研究性合資反托拉斯指南」——以及主管機關官員的演講，均顯示雖然主管機關仍會繼續密切監督有關水平競爭之交易行為，但似乎比以往較偏好合資；這些資料一再強調，合資比結合較不會危害競爭，且較可能導致新產品、新產能、新效益之出現。因此，倘若合資人間完全的結合能夠通過司法部結合指導準則之規定，則合資必不會受到管制；反之，倘若結合係屬違法，則經適當設計之合資亦可能避開管制（註39）。以下就案例、演講及準則分述主管機關對合資之態度。

（一）案例

由最近實例顯示，研發合資是最不會引起反托拉斯問題的類型，生產合資次之，而行銷合資（*marketing joint venture*）則是最有可能引起競爭問題之類型。

（二）演講

司法部反托拉斯處助理檢察官 J. Paul McGrath 在一九八四年十一月二日召開的「第十八屆新英格蘭反托拉斯會議」（*18th Annual New England Antitrust Conference*）中公開發表示：「結合，本質上係完全地消除獨立公司間之競爭。反之，合資祇是生產設備之部分整合。其公司在合資成立後仍將在一些產品市場上激烈競爭，甚至有時在合資所營運之商業範疇上亦復如此。例如，集中目的的「焦點」合資

註37：David M. Bridges, *supra* note 16, at 444-45.

註38：關於這些案例，請參閱 Dobkin et al., *supra* note 1, at 10-11~10-20.

註39：Id., at 10-21.

」(“one shot” joint venture)——像是新產品之製造，或技術設備之共同營運——對於合資人間競爭之程度幾無或根本不會有影響。因而當事人間之合資可能合格，而其間之結合則不然。當然，同時我們也承認合資可能不像結合那樣有效率，而且當結合對公司產生更多經濟利益且不具反競爭性時，我們亦不欲壓抑之。」(註40)由此可知，合資受管制之可能性，亦依其行為之範圍而定。

(三)指導準則

一九八八年「國際營運反托拉斯指導準則」是司法部最近關於國際合資之執法政策，其強調合資之利於競爭效果，並指出當合資有消除或限制競爭之虞時，司法部將予監督管制，惟司法部會衡量利於競爭及反競爭兩效果而後定之。縱然司法部之分析結論是該合資可能引起某種反競爭效果，除非司法部發現反競爭之危險大於對於競爭之利益，否則仍不予管制(註41)。

值得一提者，本指導準則規定分析合資之四步驟，並設案例說明之。茲臚列此四分析步驟如下，以供參考(註42)：

1. 在市場上，或在合資擬營運之市場上，或在合資人營運之經濟整合所生之市場上，合資是否可能有任何反競爭效果？

2. 在任何其他市場上，或在合資人於合資以外互為實際或潛在競爭者之市場(即所謂「溢越市場」“spill-over markets”)上，合資或其任何限制措施是否可能有反競爭效果？

3. 是否及至何等程度，可能有任何施用於合資的非價格垂直限制之反競爭效果？此項審查涉及利用本指導準則 Section 3.5所規定之分析方式(其規定垂直非價格

註40：Raybould & Firth, *supra* note 8, at 170.

註41：Dobkin et al., *supra* note 1, at 10-21.

註42：David A. Garbus, “International Antitrust Policies and Other Regulatory Changes in the United States,” in *Mergers and Acquisition: Meeting the Challenges in Europe and North America after 1992*, edited by Dennis Campbell & David A. Garbus, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands (1991) [hereinafter cited as *Campbell & Garbus*], p.58.

經銷之限制)。

4.倘若發現合資依前述三步驟之分析，似不可能有任何顯著的反競爭效果，則第四步驟無需進行。但如依前述步驟分析顯示有顯著的反競爭效果 (significant anti-competitive effects)，則司法部將考慮是否有任何利於競爭之效益出現，並評估反競爭損害之危險性。

叁、德國法

一、規範依據

在德國，「合資」(Gemeinschaftsunternehmen) 受營業競爭限制防止法禁止卡特爾協議之第一條規範，同時亦受規範結合之第二十三條及第二十四條拘束。至第一條及第二十三條兩個程序得否併存適用，則有爭論 (註43)。

二、第二十三條

依第二十三條第二項第二款第三段規定，二以上企業同時或先後在他一企業獲得25%以上之資本或表決權 (股份) 者，在他一企業所營業之市場上，參與之企業相互間亦視為結合，亦即該他企業視為此二以上企業之合資。此項規定亦適用於下述情形，即一企業在他一企業擁有全部或多數股權，而出售其中25%以上，同時仍保留至少25%股權。合資之形成，在各合資人與合資事業之間視為構成結合，並且在合資人之間，於合資所營事業之市場上，亦視為構成結合。例如，A公司在G公司擁有100%股權，茲將其中25%售予B公司、30%售予C公司，則G公司成為合資，而B與C公司之股份取得，乃構成B/G間及C/G間之結合 (第二十三條第二項第二款 a)，另外，G公司之成為合資，則視為係A、B、C公司在G公司所營事業之市場上相互間之結合 (第二十三條第二項第二款第三段) (註44)。

註43：Raybould & Firth, *supra* note 8, at 578.

註44：Martin Heidenhain & Hannes Schneider, *German Antitrust Law*, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main, p.92 (4th ed. 1991) [hereinafter cited as Heidenhain & Schneider] .

反之，二以上企業同時或先後在他一企業獲得25%以下之資本或表決權，但未依第二十三條第二項第二款第四段獲得相當於25%股份之法律地位者，則不視為合資。惟取得股份之企業如得對他一企業施加控制性之影響力者，則上述股份之取得可能依同條項第五款或第六款構成結合，但此結合則不視為取得股份之企業間之結合（註45）。例如A、B兩公司對C公司獲得低於25%之股權，亦未擁有相當於25%股份之法律地位，則C尚不足構成合資，但有可能構成第二十三條第二項第五款或第六款之結合，惟此之結合非指A/B間，而係指A/C及B/C間。

另外，兩公司間之結合亦視為其子公司間之結合。這項原則對合資的效果是，一家合資屬於外國公司間之結合，但不受德國法院屬人管轄（*in personam jurisdiction*）之拘束者，如外國公司有德國子公司，則該合資仍受德國主管機關之管制（註46）。

第二十三條第二項第二款第三段將合資之形成視為結合之規定，擴大了結合規範之適用範圍，蓋於計算參與企業之總交易額時，係將合資人與合資事業視為單一企業計算之。例如，前例中A公司將在G公司之100%股權，售25%予B公司、售30%予C公司，此際如B與G總計交易額未達五億馬克，則B取得G股份雖仍構成結合（第二十三條第二項第二款a），但無須申報（第二十三條第一項第一段），並且不受結合規範之拘束（第二十四條第八項第一款）。惟倘若A、B、C、G總計交易額達五億馬克以上，則B/G間、C/G間及A/B/C間之結合不僅必須申報，尤須受結合管制（註47）。

合資如依第二十三條之規定應受結合規範之管制，當事人即應向聯邦卡特爾署（*Bundeskartellamt*；*Federal Cartel Office*；以下簡稱“FCO”）申報，FCO自受理申報時起一年內，應審查該合資案是否可能產生或加強市場控制地位（第二十四條），其審查之步驟有七（註48）：

註45：Id., at 92, n.133.

註46：Raybould & Firth, *supra* note 9, at 578.

註47：Heidenhain & Schneider, *supra* note 44, at 92-3.

註48：Id., at 103.

1. 首先界定相關產品及地理市場 (relevant product and geographic markets) 及該市場中參與企業 (participating enterprises) 之地位。
2. 其次檢視合資對參與企業之影響以及市場結構，以判定該合資是否為任一參與企業產生或加強市場控制地位。
3. 如不能判定合資是否產生或加強此種地位，則應依各種不同之標準檢查該合資，以推定其產生或加強市場控制地位。
4. 如符合推定規定且參與企業無法舉證推翻，則 FCO 與法院即有權認定該合資事實上產生或加強市場控制地位。
5. 如有對競爭狀況之補償性改變 (compensating improvements to the competitive situation)，則應將其與因合資而生之負面效果，兩相比較衡量。
6. 如參與企業提出對合資計劃之改變、修正或同意 (commitments)，以避免或補償因合資而生之負面效果者，應予考慮。
7. 例外情形，即合資屬於經濟上不重要者 (minor economic significance)，則不受 FCO 禁止。

三、第一條

(一) 適用範圍

「合資」可能同時受第一條禁止卡特爾協議及第二十三條、第二十四條結合規範之管制，已如前述。有謂合資之法律形式 (公司、合夥、民法上之團體或其他之法律實體) 均不重要，重要的是由合資所生對競爭之限制的本質。按第一條第一項規定，企業間所締結之契約或所為之決議，以限制營業競爭之方法，對生產或商品交易之市場條件予以影響者，不生效力。主管機關 FCO 於適用本條時，區分對合資本身之限制及對合資人之限制二種。對於前者，營業競爭限制防止法不加管制，容許合資人自由決定合資行為之範圍，故舉凡合資得生產之產品種類、得經營之地理市場、得交易之供應商與消費者等，均在容許之列。反之，對於合資人間或合資人與合資事業間任何有害實際或潛在競爭之限制，均不許之，而依第一條予以審查。FCO 一貫立場是，有此反競爭效果之約款均應撤銷，而不論其為合資契約條款之一部或其他附屬條款之一部。惟合資人間常因合資之形成而生對實際或潛在競爭

之不利影響（即所謂「群體效果」“group effect”）（註49），尚不被 FCO 接受為適用第一條之理由，因此，該限制可為明示或默示，但不得因合資人參與合資即推論其間必然停止競爭（註50）。

（二）適用要件

第一條之適用，必須符合二要件：(1)合資人成立合資之契約必然導致競爭之限制；(2)合資人已知該效果。但無需證明該限制是契約之目的（註51）。再者，合資之形成係在實行特定行為者，例如研究與發展、生產或經銷，則不必然導致合資人間實際或潛在競爭之限制（註52）。另外，如依營業競爭限制防止法第五條至第五C條，就合理化卡特爾（rationalization cartels）、專業化卡特爾（specialization cartels）及其他類型之卡特爾予以豁免者，該合資即不再依結合規範管制之（註53）。

註49：“group effect”又稱「溢越效果」（spillover effect）。See Bellamy & Child, *supra* note 9, at 227.

註50：See Heidenhain & Schneider, *supra* note 44, at 27-8；Raybould & Firth, *supra* note 8, at 577.

註51：Raybould & Firth, *id.*

註52：Id., at 577-78. 一九七六年，聯邦經濟部曾頒布一份 Cooperation Guide（Kooperationsfibel），指明某些類型之合資不受第一條拘束，包括：(1)特定產品之生產合資，如合資人非意圖本身不生產該產品，或非意圖限定生產數量，則許可之；(2)研究與發展之合資，如合資人對於共同研發之成果得無受限制地獲取，則許可之；(3)水平競爭者間所成立之共同銷售組織，其意圖或可能減少、消除價格競爭者，依第一條認定為違法，但在共同採購之組織，如對向第三人或其他來源之購買並無限制，則不視為違反第一條。按 Cooperation Guide 對法院並無拘束力。嗣後法院逐漸擴大第一條之適用範圍，Cooperation Guide 遂於一九八六年廢止。See Heidenhain & Schneider, *supra* note 44, at 27, n.19.

註53：Raybould & Firth, *supra* note 8, at 578.

依通說見解，合資之形成不僅受結合管制規範，並受第一條拘束。因此，市場控制地位如不產生或加強，則FCO不得依第二十四條第二項禁止合資之成立，但得以成立合資之契約、或合資人間或合資人與合資事業間之輔助性契約違反第一條為理由，予以禁止（註54）。

肆、歐市法

一、規範依據

目前歐市管制合資之實體法有三種：羅馬條約第八十五條、第八十六條及第40/89號理事會規則。容下詳述。

二、第八十五條

(一)限制行為

羅馬條約第八十五條第一項規定：「下列行為因與共同市場相違背而應予禁止：所有企業間之契約、企業公會之決議及聯合行為，可能影響會員國間之貿易，並在共同市場內有以競爭之阻止、限制或扭曲為其目的或效果者，尤其是：(a)直接或間接固定買受或出賣價格或任何其他交易條件者；(b)限制或管制生產、行銷、技術發展或投資者；(c)瓜分市場或供貨來源者；(d)對與其他交易當事人相同之交易適用不同之條件，因而置其於競爭上之不利者；(e)締結契約，使他方當事人必須接受補充性義務，而此義務就其本質或依商業習慣與該契約之主旨無關者。」(The following shall be prohibited as incompatible with the common 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 common market, and in particular those which:(a)directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;(b)limit or control production, markets, techni-

註 54:Heidenhain & Schneider, supra note 44, at 93.

cal development , or investment;(c)share markets or sources of supply;(d)apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;(e)make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.)適用本條之要件有三(註 55)：

1.須有企業間之契約、決議或聯合行爲

「企業」(undertaking)之定義固廣，通說認爲任何從事商業行爲之法人或自然人均屬之。至「契約」(agreements)、「決議」(decisions)及「聯合行爲」(concerted practices)之區別，對第八十五條第一項之適用而言，並不重要，故主管機關執委會於適用本條文時，並不特別區分其定義。

2.該契約、決議或聯合行爲須對會員國間之貿易有影響

所謂「可能影響會員國間之貿易」，歐洲法院(European Court of Justice)一貫之見解，係認：基於客觀的法律或事實因素，該契約使人有相當程度的可能性，預期其對會員國間貿易之型態有直接或間接、實際或潛在之影響者(註56)。在實務上，倘契約改變交易之結構，均適用此項標準。

3.須其目的或效果係在限制競爭

於此須說明者有三：

(1)所謂「目的」或「效果」，祇要有限制之意圖即已足，無需證明產生實際之效果。

(2)第八十五條第一項適用時，無需衡量限制競爭之不利與利益，易言之，如綜觀整個市場，該限制之目的或效果已經存在，即可謂違反本條文，至因其所生之利

註55：See Gellamy & Child, supra note 9, at 45-129; John H. Riggs, Jr. & Anthony Giustini, "Joint Venture Under EEC Competition Law," 46 The Business Lawyer 853-56 (1991) [hereinafter cited as Riggs & Giustini].

註56：此項見解，首先確立於 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966)一案。Bellamy & Child, id., at 108.

益，則於考慮依第八十五條第三項豁免時衡量之。

(3)縱然前述之目的或效果已經存在，尚須其對競爭之影響為「相當」(appreciable)。執委會為判定其對競爭影響之程度，爰於一九七〇年頒布「關於低度重要性契約通告」(Notice Concerning Agreements of Minor Importance)，嗣經一九七七年及一九八六年兩次修正，旨在以企業規模大小衡量契約對市場之影響力。本通告規定，總計市場占有率5%以下且總計營業額二億 ECU 以下之企業，其間之契約不受第八十五條第一項拘束。實務上歐洲法院之判決亦依本通告辦理，惟「市場占有率」並非決定性因素，尚須就其他事實一併考量。

(二)契約無效

第八十五條第二項規定：「依本條所禁止之任何協定或決議，應屬自動無效。」(Any agreements or decisions prohibited pursuant to the Article shall be automatically void.)於此應說明者有二(註57)：

1.既曰「自動無效」(automatically void)，則無需法院或執委會之裁判，當然無效。

2.所謂無效，係指當事人間之契約無效，尤指契約中違反第八十五條第一項之部分無效，至其餘部分，如能與違反部分分離者，仍屬有效。在合資契約方面，違反部分或整個契約皆可能無效，而執委會有權命當事人除去違反之部分，或就合資之架構予以修改。惟該合資公司之合法性並非當然受影響。

(三)免除規定

前述受第八十五條第一項禁止之契約，如依規定向主管機關申報，並符合同條第三項之條件者，得免除(exemption)於禁止之列。茲僅就第八十五條第三項免除之程序要件予以討論，至實質要件留至本條文適用於合資時再予詳論。

按第八十五條第三項之免除，可分「集體免除」(block exemptions)與「個別免除」(individual exemptions)二種。前者係指依法令規定，特定類型之契約

註57：Riggs & Giustinin, *supra* note 55, at 856-57; Bellamy & Child, *id.*, at 450.

概於免除禁止之列。就合資而言，目前尚無特別適用於合資契約之集體免除規定（註58），惟有二種集體免除之規定並不特別排除合資，故合資契約如屬此二種集體免除之列者，無須向主管機關申報（不同於個別免除時須先行申報）：

1. 專業化協定（specialization agreements）

依 Regulation 417/85（註59）第一條規定，羅馬條約第八十五條第一項不適用於約定下列相互義務之專業化契約：(A)不生產或不使生產特定產品，而使他方當事人生產或使生產該產品；或(B)僅得共同生產或使生產特定產品。由此條文可知，本規定適用於「生產合資」。

2. 研究與發展協定（research and development agreements）

依 Regulation 418/85（註60）第一條規定，羅馬條約第八十五條第一項不適用於企業間為下列目的所簽訂之契約：(A)產品或製法之共同研究與發展，及該研發成果之共同開發；(B)依據相同企業間先前之契約所共同完成之產品或製法，其研發成果之共同開發；(C)就該契約屬於第八十五條第一項之範圍內，產品或製法之共同研究與發展，但其成果之共同開發除外。

至「個別免除」，係指由執委會以個案方式決定免除某契約受禁止，當事人欲

註58：依現行規定，屬於第八十五條第三項之集體免除者，包括獨家經銷協議（exclusive distribution arrangements）、獨家購買契約（exclusive purchasing agreements）、專利授權契約（patent licensing agreements）、專業化契約（specialization agreements）、摩托工具選擇性經銷契約（selective distribution agreements for motor vehicles）、研究及發展契約（research and development agreements）、授權加盟契約（franchise agreements）及 know-how 授權契約（know-how licensing agreements）。至有關合資契約之集體免除，執委會目前尚在研擬辦法。請參閱 Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 858, n. 31；Bellamy & Child, *supra* note 9, at 134；Raybould & Firth, *supra* note 8, at 576, n.348.

註59：OJ 1985 L53/1. Regulation 417/85有效期間至一九九七年十二月卅一日止。

註60：OJ 1985 L53/5. Regulation 418/85有效期間至一九九七年十二月卅一日止。

獲得個別免除者，須依 Regulation 17向執委會申報該契約。按 Council Regulation 17於一九六二年三月十三日生效，係實施羅馬條約第八十五條及第八十六條之第一份理事會規則，嗣經 Regulation 27及 Regulation 2526/85補充 Regulation 17所規定之申報程序（註61）。依 Regulation 17規定，當事人尙得申請「消極許可」（negative clearance）。所謂「消極許可」，係指執委會得基於申請案件之事實，證實該契約、決議或行爲不屬第八十五條或第八十六條禁止之列（Regulation 17第二條）。無論當事人申請個別免除或消極許可，均須填寫 Form A/B，向執委會申報，而後執委會展開調查程序。倘若執委會將予許可，則須於正式核准前將該契約行爲登載於歐市公報（Official Journal of the European Communities），俾第三人得對此提出異議。另外，對於所申報之資料內容，Regulation 17亦有保密之規定。

個別免除之申報或消極許可之申請，可能有四種結果（註62）：

(1)執委會發布「暫時決定」(provisional decision)，通知當事人謂其於初步審查後，認定第八十五條第一項應予適用，而依第八十五條第三項之免除並無理由。

(2)執委會對申請或申報之當事人開始進程序，即認定契約有違反第八十五條或第八十六條，並命當事人取消該違反部分；所有契約、決議或聯合行爲均應申報；召開公聽會等。

(3)於第三人就公報上所載之申請加以異議後，執委會得作成正式決定，即爲個別免除或消極許可。

(4)執委會得發布「舒慰函」(comfort letter)，表示將不對系爭契約或行爲採取行動，因此終結本案。如經當事人同意，執委會亦得發出一份比較正式的舒慰函，此份「正式舒慰函」(formal comfort letter)陳述：執委會準備依第八十五條第三項予以免除，但不認爲有必要按正式程序作成終局決定（註63）。

註61：Regulation 17 of Feb. 6, 1962, 5 J.O. Comm. Eur. 204 (1962)； Regulation 27 of May 3, 1962, 5 J.O. Comm. Eur. 1118 (1962)； Regulation 2526/85 of Aug. 5, 1985, 28 O.J. Eur. Comm. (No. L240) 1 (1985)。

註62：Riggs & Giustini, supra note 55, at 860-61.

註63：Bellamy & Child, supra note 9, at 135.

須注意者，「申報」並不保證該契約有效，因此，契約違反第八十五條第一項之部分無效，其餘部分得與違反部分分離者，仍屬有效（註64）。

三、第八十六條

歐市執委會於一九七三年 *Continental Can* 案中首先確立第八十六條適用於結合之管制（註65）。按第八十六條第一段規定：「在共同市場或其重要部分之內，一家或多家企業濫用控制地位，鑒於其可能影響會員國間之貿易，應以其與共同市不相容而禁止之。」（Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.）本條之法律效果，雖無類似第八十五條第二項「自動無效」之規定，惟就文義以觀，亦應認為契約違反本條規定者無效（註66）。

本條文之要件有三：(1)在共同市場或其重要部分中，一家或多家企業擁有控制地位；(2)有控制地位之濫用；(3)會員國間之貿易受影響。第三要件與第八十五條第一項之規定原則上相同，茲不復贅，僅就前二項要件討論之。

（一）控制地位

歐洲法院曾定義「控制地位」（dominant position）為：「一家企業，於相當程度上力能獨立於其競爭對手、消費者及最終消費者而行爲，以此阻止有效競爭繼續存在於相關市場上，該企業因而享有之經濟力地位。」（註67）因此，「控制」即係指阻止有效競爭之力量，具體言之，即在市場上獨立行爲之力量。另一種標準則謂視其是否為「不可或缺的交易對象」（unavoidable trading partner），亦即交

註64：Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 862.

註65：Christoph Kerres, "Mergers and Acquisitions Activity in the European Communities," in Campell & Garbus, *supra* note 42, at 7.

註66：Bellamy & Child, *supra* note 9, at 449, n.41.

註67：Case 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461, 3503 § 30.

易之他方與此方之交易已無其他可擇之方式（註68）。實務上，分析一企業具有控制地位之步驟有四（註69）：(1)定義相關市場；(2)證明該企業於此市場上持續擁有高的新市場占有率；(3)證明不可能有實際或潛在競爭者侵吞該企業之地位；(4)證明控制地位存在於共同市場或其重要部分中。此四步驟於討論時，乃合併觀察。

就「相關市場」（relevant market）之定義而言，可分為「相關產品市場」（relevant product market）與「相關地理市場」（relevant geographic market）（註70）。前者之界定，係依產品使用者所視為合理的代替物之產品而定；而在產品市場上之控制地位，須存在於由共同市場（Common Market）或其重要部分（a substantial part of it）所構成之地理市場上。地理市場係指適用於相關產品之競爭條件，對所有交易者均屬相同之地區，此地區可能為數個小國家、數個國家之部分地區或整個歐市（註71）。

在判定企業是否具有控制地位時，「市場占有率」（market share）為一重要因素。根據歐洲法院判決實務，市場占有率低於30%者，不成為控制地位之指標；界於30%至40%者，為低於成為控制力之階段，尚須考慮其他因素以判定之；高於40%者，通常考量該占有率之持續期間、競爭者之市場占有率，以及其他造成限制進入市場或侵吞該控制企業之領導地位之因素，而後判定其具有控制地位。除市場占有率外，尚有一些非量化因素須予考量，包括該企業所有而為其他競爭對手無法獲得的能力或特質、技術資源、該企業由其他方面營運而獲得的整個規模及力量、智慧財產權，以及進入之障礙等（註72）。

註68：Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission [1979] ECR 461, 527 § 56. See Bellamy & Child, *supra* note 9, at 390-91.

註69：Bellamy & Child, *id.*, at 391.

註70：第八十五條第三項之第二及第四要件，即因市場上實質競爭而對消費者產生之利益及在共同市場之重要部分中並無競爭之消除，此二者均有賴相關市場之定義。此處對相關市場之討論，於第八十六條及第八十五條第三項均有適用。See Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 863.

註71：*Id.*, at 863-64.

註72：*Id.*, at 864； Bellamy & Child, *supra* note 9, at 399-400.

(二)濫用

第八十六條所禁止者，並非控制地位本身，而係控制地位之濫用（abuse）。本條第二段列舉四種濫用之情形，包括：(1)直接或間接施以不公平的買、售價格或不公平的交易條件；(2)限制生產、行銷或技術發展，而有害於消費者；(3)對與其他交易當事人相同之交易適用不同之條件，因而置其於競爭上之不利；(4)締結契約，使他方當事人必須接受補充性義務，而此義務就其本質或依商業習慣與該契約之主旨無關者((a)directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;(b)limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;(c)applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.)。

歐洲法院於 Hoffmann-La Roche 一案中提出判定濫用之客觀標準（註73）：濫用觀念係一客觀觀念，指一具有控制地位之企業之行為：(1)由於該企業之出現，而得對競爭程度被削弱之市場之結構，予以影響；且(2)運用不同於產品或勞務正常競爭之條件的方法，而有阻止尚存於市場之競爭程度之維持或阻礙該競爭之成長的效果。

準此，倘若該行為由具有控制地位之企業所採行，並具有反競爭之效果，則得依第八十六條予以禁止。

(三)合資之適用

合資適用第八十六條之情形，包括（註74）：

- (1)合資人各具控制地位，而合資之形成構成一項濫用。
- (2)合資人共同具有控制地位，而合資之形成構成一項濫用。
- (3)當合資本身具有控制地位時，其行為可能構成一項濫用，例如拒絕供應相關

註73：Bellamy & Child, id., at 409.

註74：Frank L. Fine, supra note 23, at 108.

產品給競爭者，或對本國經銷者實施出口之禁止。

四、新規範之產生

執委會在一九六六年公告之「企業集中備忘錄」(Memorandum on Concentration of Enterprises) 將應予規範之契約分為二類：一為屬於第八十五條規範之限制性契約聯合行為；一為「企業全部或部分所有權之取得(acquisition)或企業所有權之重整」之契約。後者不屬第八十五條之範圍，而依其事實構成第八十六條之控制地位濫用(註75)。易言之，第八十五條第一項不適用於結合，而第八十六條方屬適用於結合之規範。此項見解為歐洲法院於 Continental Can (1973) 一案所確認(註76)。

此項見項嗣為 Philip Morris (1987) 案所改變。歐洲法院於本案中指出，雖然獲取競爭對手公司之股份並不構成限制競爭，但如擁有對該公司商業政策之法律上或事實上控制，且有限制其間競爭之協調之目的或效果者，仍可能因股份之取得而違反第八十五條第一項。本案判決後，即有學者認為執委會得依第八十五條第一項及第八十六條管制結合及其他經濟集中(註77)。

惟第八十六條適用於結合管制，則有如下缺點(註78)：(1)缺乏法定程序供企業求取初步諮詢意見，且無基於「公共利益」理由之免除規定。(2)執委會僅能於企業結合完成後才採取行動。(3)執委會處理違法結合之救濟程序並不完善。至第八十五條適用於結合之缺點，則是本條文所規範者係「契約」而非「結合」。根據法院歷來實務見解，第八十五條不適用於完全的結合(complete mergers)，至於部分結合(partial mergers)，倘其涉及資產之永恆且不得回復之移轉、結合企業完全退出市場競爭，以及股份之取得對其他市場不生任何反競爭之副作用，則亦不屬第

註75：Raybould & Firth, *supra* note 8, at 575.

註76：Id.

註77：Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 868, n.78；Bellamy & Child, *supra* note 9, at 409.

註78：Christoph Kerres, *supra* note 65, at 7-8.

八十五條拘束範圍。至於有減少母公司間競爭效果之合資，則為違反第八十五條之典型的結合（acquisition）（註79）。

按合資適用第八十五條第一項或第八十六條時，必須區分二種情形（註80）：
(1)合資屬於合作形式（cooperative structure），因其涉及限制行為，故受第八十五條第一項規範。(2)合資為集中形式（concentration），非屬第八十五條第一項拘束範圍，而係受第八十六條規範。在一九七六年「第六次競爭政策報告」（Sixth Report on Competition Policy）中，執委會表示第八十五條第一項不適用於合資。詳言之：(1)當母公司之全部資產移轉至合資，而母公司成為純粹的控股公司（holding company）時，此種合資係屬「全部集中」（total concentration），不受第八十五條第一項規範。(2)當資產之移轉僅限於母公司先前獨立營業之一部時，則於例外情形視為「部分集中」（partial concentration），亦不受第八十五條第一項規範。所謂「例外情形」（exceptional cases），係指「母公司完全且不可回復地（completely and irreversibly）放棄合資所營範圍之商業」及「特定商業範圍之共同出資，對於母公司依然彼此獨立營業之其他範圍，尤其是相關範圍，並不削弱競爭」（註81）。執委會更具體列出不適用第八十五條第一項之四項標準（註82）：(1)母公司長期性地將全部營業移轉予合資；(2)雙方母公司均自合資所營事業完全且不可回復地撤出，因而母公司皆不成為合資之潛在競爭者；(3)合資得在商業上自治；(4)母公司間或任一母公司與合資間並無協調存在。

總而言之，第八十五條第一項不適用於全部集中或部分集中之例外情形，因而集中式合資（容後詳述）即僅受第八十六條規範（註83）。

註79：Id., at 8.

註80：Riggs & Giustini, supra note 55, at 876.

註81：William Sibree, "EEC Merger Control and Joint Ventures," 17 European Law Review 92 (1992).

註82：Id., at 92-3.

註83：紀振清，「合資於歐市85 EEC 競爭規範下之適用情形及其檢討」，法學叢刊，第一四八期，頁174-175（民國八十一年十月）。執委會如此縮小集中式

上述關於結合或集中係屬第八十五條或第八十六條規範，乃第4064/89號理事會規則制定前之爭議；於此規則制定後，凡屬規則所定之集中式合資概依本規則規範之，而屬合作式合資（容後詳述）者，則仍適用第八十五條第一項。

五、適用新規則之合資

如前所述，集中式合資依第4064/89號理事會規則規範，合作式合資則依羅馬條約第八十五條第一項管制。第4069/89號規則爰區分「集中式合資」（concentrative joint venture）與「合作式合資」（cooperative joint venture）二種。前者係指「長期實施獨立經濟實體之所有功能之合資，而在當事人間或當事人與合資間不生競爭行為之協調者，該合資之成立構成集中」（第三條第二項後段）；後者係指「以獨立企業競爭行為之協調為目的或效果之行為，包括成立合資，不構成集中」（第三條第二項前段）。

（一）合資之分類

為區分第4064/89號規則所適用之集中式合資，執委會於一九九〇年發布「集中式及合作式營運通告」（Notice on the Concentrative and Cooperative Operations）（註84），旨在定義集中式與合作式合資。

本通告首先定義合資是：「由數家其他企業（母公司）所共同控制之企業」（第七條），其特徵有三：(1)須為「企業」（undertaking）（第八條）；(2)須受其他企業所控制（第九、十條）；(3)須為共同控制。所謂「共同控制」（joint con-

合資，使之適用第八十六條，而擴大第八十五條固有之適用範圍，一則乃因當時無完善之結合管制立法，一則因第八十五條第一項之違法標準（限制行為）比第八十六條（控制地位之濫用），較易為執委會證明，因而執委會乃將其權限擴至最大的可能範圍。See William Sibree, *supra* note 81, at 94.

註84：Commission Notice on the Concentrative and Cooperative Operations under Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 Dec. 1989 on the Control of Concentrations Between Undertakings, 33 O.J. Eur. Comm. (No. C203) 10 (1990).

trol)，規定在本通告第十一條至第十三條，簡言之，係指依在合資內所取得之權利或依成立合資之契約所定，必須由母公司共同同意有關合資營業行為之決策；如母公司之一僅取得少數股份，或得由母公司之一控制決策單位，均非所謂共同控制；若契約准許取得少數股份之一母公司得參與部分決策者，如事實上及法律上之情況皆可認有母公司共同決策之意思時，亦得認有共同控制存在。

由此觀之，決定合資契約是否為第4064/89號規則所規範之集中，首須判定該契約協議是否為共同控制的企業。如果不是，亦即不符上述合資之特徵，則其非屬第4064/89號規則規定之「集中」，而應適用羅馬條約第八十五條、第八十六條及Regulation17等規定（第十四條）。

倘若確有共同控制的企業存在，則第二步驟是判定是否其為受第4064/89號規則第三條第二項後段規範之「集中」。本通告將第4064/89號規則第三條第二項後段所規定之條件，分為積極條件（positive condition）與消極條件（negative condition）二種（第十五條）：

(1)積極條件——合資須長期實施獨立經濟實體之所有功能（joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity）。

(2)消極條件——須無有關合資競爭行為之協調存在（absence of coordination of competitive behaviour）。

此二條件均規定有考量及判斷之因素（第十六條至第二十二條）。

本通告第二十四條分四種情形評估是否有協調行為存在，即：(1)當母公司移轉全部營業予合資，並自合資所在之市場永恆地退出時，通常不認為有協調存在；如母公司成為控股公司，則屬全部集中；如合資僅實施母公司之部分營業，則屬部分集中；在部分集中之情形，有很高之協調存在可能性（第二十五條至第三十條）。(2)合資從事其母公司未曾或將來也不會進行之新營業時，不具存在協調之可能性（第三十一條至第三十二條）。(3)合資可能進入母公司之市場時，推定有協調行為，但得反證（第三十三條）。(4)合資在上游、下游或鄰近市場營運時，亦可能有協調行為（第三十四條至第三十六條）。

最後，本通告規定某些母公司間之連繫關係乃屬不被認係集中者（第三十七條至第四十八條），包括少數持股、交互持股、閉鎖式董、監成員、股份或資產之

取得，以及共同取得股份以分割被取得公司之情形等五種。

(二)新規則之適用

依上述分析程序，如判定合資係屬集中，且亦符合初步門檻之規定，則當事人應依第4064/89號規則第四條申報此項合資案。所謂「初步門檻」，依本規則第一條第一項規定，須為「具有歐市規模之集中」(a concentration has a Community dimension)，其具體標準有三(第一條第二項)：

- (1)所有參與企業之全球總營業額超過五十億歐洲貨幣單位(ECU)；
- (2)至少有兩個參與企業於共同體之總營業額分別超過二億五千萬歐洲貨幣單位；
- (3)參與合資之各該企業，在任一會員國內之營業額未逾其於共同體之總營業額三分之二以上。

依第4064/89號規則第四條之申報程序，有兩項例外情形，即：(1)會員國為保護本規則規定以外之合法利益(legitimate interests)，得採取適當之措施。所謂合法利益，包括公共安全、媒體之多元性及監督規則(第二十一條第三項)。(2)會員國為保護本國市場之有效競爭，得向執委會請求管轄，執委會得自行處理系爭案件，或將本案移送會員國主管機關，適用其本國法(第九條第二、三項)。合資案有此二情形者，須依各會員國之本國法另行申報。

合資案經申報後，執委會即應依本規則第二條審查其與共同市場是否相容，其應考慮之因素有二(第二條第一項)：(1)於共同市場維持及發展有效競爭之必要性，尤須鑑於所有相關市場之結構，及來自共同體內或外之企業之實際或潛在的競爭；(2)在對消費者有利且不構成競爭之障礙下，相關企業之市場地位及其經濟力量與財務力量、供應商與買受人之選擇機會、其對供應或市場之進步、任何進出市場之法律上或其他障礙、相關產品與勞務之供需趨勢、中間與最終消費者之利益，及技術與經濟進步之發展等。

六、不適用新規則之合資

(一)未跨越門檻之集中

依據上述「集中式及合作式營運通告」及第4064/89號規則第三條，判定合資係屬「集中」後，如認定該合資尚未跨越本規則第一條所定之門檻，則本合資案仍

不適用第4064/89號規則，另一方面，羅馬條約第八十五條及第八十六條之程序規定—— Regulation 17——亦被本規則第二十二條第二項所排除不用，因此第八十五條及第八十六條亦不適用於此類未跨越門檻之合資（註85）。此際，祇能適用各會員國之法律。惟依本規則第二十二條第三項規定，執委會得依會員之請求，仍適用本規則。

(二)非屬集中之合資

倘判定系爭合資非屬第4064/89號規則第三條所定之集中，則本合資案應適用第4064/89號規則制定前之法律，即第八十五條及第八十六條，或依各會員國之法律（註86）。容下詳述。

七、合作式合資

上述非屬集中之合資，即所謂「合作式合資」（cooperative joint venture），應依羅馬條約第八十五條及第八十六條管制之，已如前述。此際，即應依 Regulation 17提出消極許可之申請或免除禁止之申報。

(一)第八十六條

如前所述，傳統上合作式合資受第八十五條第一項規範，而全部集中之合資或例外情形之部分集中之合資，則受第八十六條規範。惟自第4064/89號理事會規則制定後，所有集中式合資全歸本規則規範，從而第八十六條不僅不適用於合作式合資，且對集中式合資亦無適用餘地，故第八十六條於此毋需再論（註87）。

註85：第4064/89號規則第二十二條第一項規定：「第三條所規定之集中，僅適用本規則。」同條第二項則規定 Regulation 17不適用於第三條所規定之集中。一般認為，程序規則 Regulation 17既被排除不用，則不論該集中是否跨越第4064/89號規則之門檻，羅馬條約第八十五條及第八十六條均不得再予適用。惟本規則僅排除程序法（Regulation 17），而未排除實體法（第八十五條及第八十六條），故因此推論實體法亦一併不予適用，是否得當，頗值爭議。請參閱 Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 873.

註86：Id., at 887.

註87：Id., at 888-89.

(二)第八十五條第一項

合作式合資適用第八十五條第一項時，首須認定母公司須為實際或潛在的競爭者。倘其為直接競爭者，則通常可認為有競爭之限制存在。至於潛在競爭者，執委會於一九八四年「第十三次競爭政策報告」(Thirteenth Report on Competition Policy)中表示，其將儘可能具體地評估潛在競爭，因而列出四項評估因素：投入(input)、產量、銷售及風險。儘管如此，執委會認定母公司為潛在競爭者之一般標準是：在可見之未來，當事人是否可能獨力進入市場？就過去實務以觀，執委會對此標準採從寬解釋的態度，使合資案受第八十五條第一項之規範(註88)。

其次應考慮的是，合資之形成是否對競爭有所限制。按「限制」可分二類，一為明示限制，規定於合資契約之條款中，包括不競爭義務、限制母公司及合資之商業地理區域及產品範圍、獨家供應或買受、獨家智慧財產權，及獨家工業財產權等(註89)。一為當然或可能由於合資之形成及其與母公司之關係而發生之限制，對於此種非明示之限制，執委會一貫的立場是：合資之形成，固使母公司間或母公司與合資間不相競爭。因此，執委會認定該合資有違反第八十五條第一項之限制競爭存在(註90)。

除上述在合資所營事業範圍內之限制競爭外，尚須考慮是否有「溢越效果」(spillover effect)或「群體效果」(group effect)。易言之，合資之形成，可能對其他市場產生限制競爭之效果，例如在上游的合資供應原料給其母公司，則在母公司就此原料所製造之下游產品市場，可能即有限制競爭之效果。執委會對此之立場是，如對母公司其他營業範圍產生反競爭效果，則該合資違反第八十五條第一項(註91)。

關於「限制競爭」尚應考慮之因素，包括合資對市場結構之影響、對第三人之

註88：Bellamy & Child, *supra* note 9, at 225-26; Riggs & Giustini, *id.*, at 889-90.

註89：Riggs & Giustini, *id.*, at 891.

註90：*Id.*, at 891-92; Bellamy & Child, *supra* note 9, at 226-27.

註91：Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 892-93; Bellamy & Child, *id.*, at 227.

影響，以及數家合資公司由相同的母公司共同成立之情形等。在母公司成立數家合資公司之情形，執委會認為母公司間可能並無競爭之限制存在，但合資公司間之競爭可能受到限制，蓋個別合資公司亦視為獨立的競爭者（註92）。

惟合資之形成縱對競爭造成限制，亦有 *de minimis* 原則之適用，亦即如對經濟上影響輕微者仍容許之，因此，當事人之市場占有率在5%以下且營業額未達二億 ECU 者，不受第八十五條第一項之拘束（註93）。

(三)第八十五條第三項

就過去實務而言，執委會傾向於使合作式合資受第八十五條第一項規定之禁止，但另一方面，執委會亦依同條第三項予以免除禁止（註94）。按第八十五條第三項規定，免除禁止須具備四項要件：

- (1)其契約或行爲，須對改善產品之生產或經銷或對提昇技術或經濟之進步，有所助益；
- (2)因合資所產生之利潤，可使消費者均霑；
- (3)對競爭之限制，須為獲致利潤所不可或缺；
- (4)對於系爭產品之重要部分，當事人必須無消除競爭之可能性。

執委會於一九七七年「第六次競爭政策報告」（*Sixth Report on Competition Policy*）中明白指出，倘若合資之形成不能提供實質的經濟利益，且在相關市場上競爭可能顯然受到限制，則執委會將不准許依第八十五條第三項予以免除。例如，競爭對手間成立合資以協調其商業行爲者，不受免除（註95）。

當執委會准許免除時，免除期間依合資契約之性質而定，「生產合資」常限於極短的時間，通常為五至十年。另外，執委會准許免除時，通常會要求當事人對合資契約或行爲之改變提出報告，包括合資範圍以外之合作關係（註96）。

註92：Riggs & Giustini, *id.*, at 894； Bellamy & Child, *id.*, at 228.

註93：Bellamy & Child, *id.*

註94：Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 895.

註95：*Id.*； Bellamy & Child, *supra* note 9, at 229.

註96：Bellamy & Child, *id.*, at 232； Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 896, 904-5.

茲就第八十五條第三項規定之要件分析如下。

1. 合資所產生之利益

一般而言，新產品或新技術之引進，及生產之重整或合理化，通常足以合乎免除規定。另外就歷來實例以觀，下列事項均為執委會接受為合資所生之利益：技術移轉、新產品之生產與經銷、新競爭者進入市場、設備之建立或擴大、經由成本之分擔而為生產或經銷之合理化、內在市場之整合、風險性投資之增進、新發明之促進、新市場之拓展、增進 EEC 產業之競爭、強化中小企業，以及結構性生產能力過剩之消除等等。總而言之，對產品生產或經銷之改善或技術經濟之提昇有任何助益者，如其重要性程度充足，均可獲得第八十五條第三項之免除禁止（註97）。

2. 消費者對利潤之均霑

依執委會實例之見解，在競爭的市場上，當事人會受競爭之壓力而降低價格或改善服務品質，因而合資之利潤即轉由消費者享受，此外，合資如將新產品引入市場，消費者亦受有利益。此項要件應按個案判斷（註98）。

3. 不可或缺性

合資之形成及營運本身均可能構成競爭之限制，故此際應考量合資之利益是否可經由其他較不具限制性之行爲而獲致。一般而言，當合資可使當事人分擔主要投資之成本或與發展新產品有關之財務風險時，合資即被視為不可或缺（*indispensable*）。實務上，執委會對於「不競爭條款」（*non-competition clause*）、獨家購買義務、共同經銷、共同決策及智慧財產權等，均依其情形認為不可或缺（註99）。

。

4. 競爭之消除

第八十五條第三項免除禁止之第四要件是，合資契約不會給予當事人消除競爭之機會。倘若當事人合計市場占有率甚小，且在市場上並無其他強而有力的競爭者，則執委會可能認定該合資在市場之重要部分不會消除競爭；反之，倘若該市場為

註97：Riggs & Giustini, *id.*, at 896-99.

註98：*Id.*, at 899-90.

註99：*Id.*, at 900-3；Bellamy & Child, *supra* note 9, at 231-32.

寡占市場，而當事人控制著相當的市場占有率，則執委會即認定競爭會受影響，因而不准免除禁止（註100）。

八、適用規範之步驟

如上所述，歐市管制合資之規定，包括有羅馬條約第八十五條、第八十六條及第4064/89號理事會規則，而依不同分類之合資分別適用各該相當規定，形成一套複雜而又嚴密之法規，故實務工作者爰列舉五大問題，逐一檢視合資案應適用之法律依據，以簡化上述繁瑣之分析，容下詳述（註101）

（一）合資案是否屬於第4064/89號規則適用之範圍？

當事人首須判定適用於該合資案之 EEC 實體法與程序法。適用依據可能有二類：一為第4064/89號規則，乃規範集中之實體及程序法；一為羅馬條約第八十六條、第八十五條（實體法）及 Regulation 17（程序法），旨在規範合作式合資。

此二類法規之選擇，可分二個小問題決定之：

1. 是否為集中（concentration）？

該合資是否屬於第4064/89號規則所發布之「集中式及合作式營運通告」所定義之「共同控制之企業」？

(1) 不是，則執委會不認定其為「集中」。

(2) 是，則該共同控制之企業是否符合第4064/89號規則第三條所規定之集中之標準？

A. 不是，則該合資非屬第4064/89號規則所規定之集中。

B. 是，則繼續下列問題。

2. 如為「集中」，則是否符合第4064/89號規則所規定之初步門檻？

(1) 是，則該合資案受第4064/89號規則規範，並依下列第二、三問題適用本規則。

(2) 不是，則該合資係屬第4064/89號規則規範以外之「集中」，而依下列第四

註100：Riggs & Giustini, *supra* note 55, at 903-4.

註101：Id., at 905-8. Riggs 與 Giustini 二人目前在巴黎為執業律師。

問題適用法規。

(二)屬於第4064/89號規則規範之「集中」，是否與共同市場相容？

如該合資案適用第4064/89號規則，則當事人須遵循本規則之程序規定，包括向執委會申報，執委會即應依本規則第二條規定之實質標準，判定其是否與共同市場相容。

(三)屬於第4064/89號規則規範之「集中」，是否僅受本規則規範？

在第4064/89號規則有所適用之情形，各會員國之主管機關通常無權適用本國法以管制合資，但在例外情形，即(1)為保護特定之重大利益，或(2)為保護本國市場之有效競爭，則得請求執委會移送本案給會員國管轄。此際，會員國國內之實體及程序法規即有適用餘地。

(四)屬於集中但未跨越第4064/89號規則門檻規定之合資，應適用何項法規？

未跨越門檻之集中，該合資案即不適用第4064/89號規則，而依本規則第二十二條第二項規定，羅馬條約第八十五條、第八十六條及 Regulation 17亦不適用於此類合資案，故此際祇能適用各會員國法律，依其規定申報及申請許可。惟依第4064/89號規則第二十二條第三項規定，執委會得依會員國之請求，仍適用本規則。

(五)非屬集中因而不受第4064/89號規則規範之合作式合資，是否違反羅馬條約第八十五條第一項之規定，且是否為同條第三項之規定所免除禁止？

合作式合資因非屬「集中」，故不受第4064/89號規則規範，於此情形，由於一般認為羅馬條約第八十六條係在規範集中式合資，故執委會將不適用第八十六條，從而僅適用第八十五條第一項競爭限制之規定。此際，當事人得依 Regulation 17之程序規定，申請依第八十五條第三項予以免除禁止。

九、立法御議

一九八六年，執委會公布一份「合資依競爭規則評估之原則」(Principles Governing the Assessment of Joint Ventures Under the Competition Rules)草案，多依執委會以往處理合資案件之實例而研擬，迄今尚未成為正式法令，惟其有數項特色

值得注意（註102）：

1. 執委會將建立一套有效且快速審查合資案件之程序。此項程序源自目前非正式處理案件之實務作法，亦即以「舒慰函」方式作該案之非正式研究。舒慰函將登載於歐市公報上，並受執委會全力支持。此外，執委會對合資案件之審查程序，將於二至六個月內完成。

2. 執委會將專業化及研究與發展之集體免除，擴大適用於生產合資。

3. 目前執委會正研究是否納入一項新的 *de minimis* 原則，適用於受第八十五條管制之合資。另外，「低度重要性契約通告」之門檻對合資而言，似乎稍高。

4. 執委會盼望將 Mitchell Cotts 與 Elopak 兩案所建立之附帶限制（*ancillary restraints*）原則，予以法典化。

5. 將更進一步釐清執委會對實際及潛在競爭者之定義。

伍、結 論

兩事業分別出資，共同成立一新事業體，以從事研究、發展及開拓新產能、新產品、新技術等活動，乃目前企業界營運之普遍現象，其動機無非在節約成本、提高獲利，最常見的合資型態為「生產合資」，而美、歐國家亦有甚多之「研發合資」。惟合資可能帶來反競爭效果，導致市場瓜分、市場進入之障礙及市場力量之集中，從而有加以規範之必要。

就前述美國與德國規範合資之法律依據而言，可能依規範聯合行為之法律（休曼法第一條及營業競爭限制防止法第二十三條、第二十四條）。倘若依結合規範予以管制，則合資案應與一般結合案相同，依法定之程序申報及申請許可，其審查標準大致上亦無不同。在歐市方面，由於已制定管制結合（集中）之理事會規則（No.4064/89），法律架構嚴謹、程序規定完善，於規範合資時乃有明確之標準程序，可謂為最先進之法律規範。

於此應注意者，美、德、歐市法律對於研發合資特別容許，在審查標準上予以

註102：Frank L. Fine, *supra* note 23, at 108-9.

放寬，俾其合格過關，甚至研訂法律加以免除禁止。其主要理由，無非研發合資在一定條件下不僅不影響競爭，且對企業之成長有莫大之助益，故應給予鼓勵。

綜觀上述美、德、歐市對合資之規範，均偏向於結合之管制。我國管制合資事業，似可參考其法律架構，於公平交易法中增訂條文或另訂管理準則，明確管制合資之成立及營運，尤其為促進產業升級、提高生產力，宜獎勵研發合資之成立，而以明文規定之。

