

《公平交易季刊》
第七卷第三期(88/7)，pp.33-98
◎行政院公平交易委員會

合資之排外行為的合理原則分析 —以 *SCFC ILC, Inc. vs. VISA U.S.A., Inc.* 案為中心*

楊秀枝**

摘 要

西元 1998 年 10 月 7 日美國司法部對美國威士卡與萬事達卡兩大發卡機構，提出反托拉斯訴訟，指控其「雙重身份規則」(duality rule)與「排外規則」(exclusionary rule)，或稱「反雙重身份規則」(anti-duality rule)，限制信用卡市場之競爭，以及抑制信用卡在創新與行銷方面之投資，因而違反休曼法第一條之規定。司法部此次提起訴訟之前，上述兩項規則，即已引發許多爭議。在 *SCFC ILC, INC., d/b/a Mountain West Financial, Inc. vs. VISA U.S.A., Inc.*(1995)案(以下簡稱 *Mountain West* 案)中，發現卡(Discover Card)之發行機構便指控上述排外規則違反休曼法第一條。聯邦法院未來在審理司法部此次所提訴訟時，*Mountain West* 案無疑是最重要之判決先例。

威士卡公司與萬事達卡公司皆由數千家金融機構(會員)所組成之「合資」(joint ventures)，本身並未發行信用卡，係提供會員信用卡品牌之行銷、產品或手續之創新以及電腦清算等服務。金融機構必須成為威士卡公司之會員，始得發行威士卡。上述「雙重身份規則」，係指威士卡公司與萬事達卡公司容許其下會員，另成為彼此之會員，具有威士卡公司會員與萬事達卡公司會員之雙重身份，進而可同時發行威士卡與萬事達卡。

「排外規則」則意指對於發行發現卡、美國運通卡以及其他競爭卡之金融機構，拒絕其加入成為會員，或者取消會員資格。此種拒絕加入或取消會員資格之行為，即為本文所

*本文由作者同標題之碩士論文改寫而成，該論文曾獲 88 年度「行政院公平交易委員會獎助研究生撰寫研究論文」獎助。作者在此由衷感謝李文儀教授的指導，以及江國棟律師、新聞局資編處張鷹先生所提供的協助。

**本文作者曾任國家安全會議法制科員，現為司法官訓練所第 38 期學習司法官。

稱之「排外行為」。

由於判斷合資之排外規則或排外行為是否違反《休曼法》第一條時，可能涉及之爭議問題以及應予考量之因素與層面，均於 *Mountain West* 案原被告精彩之攻防辯論與法院週延之審理分析中，表現無遺，致使本案成為探討合資排外行為之合法性之代表性案例，甚具深入探討之價值。另本案亦引起學界之關切與廣泛之討論，David A. Balto 與 Herbert Hovenkamp 等學者專家，紛紛著述發表見解。是以，本文遂以 *Mountain West* 案，此一知名之實際案例為核心，並以本案作為例示性相關問題探討之基礎，闡述美國法院、學者如何剖析合資之排外行為是否違反反托拉斯法。

就內容言之，鑑於「合資」概念眾說紛云，故本文首須界定所探討之合資範圍，並採取最廣義之範疇，包括「新設企業」(new enterprise)、「收購」(acquisition)以及「契約性聯合經營」(contractual agreements)。之後切入主題，評析美國法院對合資排外行為處理方式之演變。傳統上法院對合資之排外行為採取較為敵視之態度，視其為「當然違法」(per se illegal)之「集體杯葛」(group boycott)或「一致拒絕往來」(concerted refusals to deal)行為，*Associated Press v. United States* (1945)即為代表性之案例。惟自 *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.* (1985)起，聯邦最高法院開始認為「一致拒絕往來」皆並非當然違法，合資之排外行為便屬於「非當然違法」類型之一致拒絕往來行為，而仍須依「合理原則」(rule of reason)進一步研判其合法性。至一九九五年之 *Mountain West* 案，法院除再度確認「合理原則」之適用外，聯邦第十巡迴上訴法院更進一步採取「二步驟」(two steps)之分析方法，即「市場力量之認定」與「評估系爭限制行為所生之促進競爭效果等合理化事由」，作為適用合理原則時之具體分析步驟，並分析每一步驟中應予考量之各種因素，使得適用合理原則判斷合資之排外行為之合法性時，更為具體細膩與明確，進而增加法院判決之預測可能性。本案更顯示出，法院尊重市場機能，而傾向採取不介入之消極態度。

美國學界則認為上述「二步驟」之分析方法仍欠具體明確，於是 Balto 與 Hovenkamp 教授，遂各自建構一套更為細緻之合理原則分析步驟。Balto 教授認為，合資之排外行為應與單一廠商 (a single firm) 一樣，適用「必要設備準則」(essential facility doctrine)。Hovenkamp 教授則認為，應適用較單一廠商更嚴格之標準。

此外，本文亦將探討我國公平交易委員會適用公平交易法第七條、第十四條之聯合行為與第十九條第二款之「差別待遇」，來規範合資之排外行為之合法性時，可能採取之分析步驟與考量事項。同時分析美國法院之寶貴經驗與學者之精辟見解中，何者值得公平會未來處理相同或類此案件時之參考。

關鍵詞：合資、合理原則、排外行為、必要設備準則

壹、前言

美國司法部繼先前對微軟公司提起舉世矚目的反托斯訴訟後，今年10月9日又對美國威士卡與萬事達卡兩大發卡機構，提出反托拉斯訴訟，指控此二大發卡機構間的「雙重身份規則」(duality rule)，及對其他發卡機構的「排外規則」(exclusionary rule)，或稱為「反雙重身份規則」(anti-duality rule)，限制信用卡市場的競爭，阻礙信用卡在產品或行銷上的「創新」(innovation)活動，因而違反《休曼法》(Sherman Act)第一條¹。司法部此項控訴，旨在尋求將威士卡與萬事達卡聯手在市場上的獨佔地位解體，而未來法院的判決亦勢將深深影響美國信用卡市場的生態，甚至影響全球各地信用卡的持卡者。因此，本案的發展引起包括台灣在內的各地信用卡業者關切。

在此，有必要先解釋何謂「雙重身份規則」與「排外規則」。美國威士卡公司與萬事達卡公司，皆是以金融機構為會員所組成的「合資」(joint venture)²。本身並未發行信用卡，而是提供會員信用卡品牌的行銷、產品或手續的創新、以及電腦清算等服務。金融機構必須成為威士卡公司的會員，方可發行威士卡；成為萬事達卡公司的會員，方能發行萬事達卡。「雙重身份規則」便係指威士卡公司與萬事達卡公司容許其下會員，另成為彼此的會員，而具有威士卡公司會員與萬事達卡公司會員的雙重身份，進而可同時發行威士卡與萬事達卡。至於「排外規則」，則係指對於發行發現卡(Discover Card)與美國運通卡(American Express Card)以及其他競爭卡之金融機構，威士卡公司與萬事達卡公司拒絕其加入成為會員，或者取消其會員資格³。

¹ 請參見工商時報，87年10月9日，第6版；聯合報，87年10月9日，第22版。See The Justice Department, *the Complaint of the Suit against Visa and MasterCard*, available in [HTTP://WWW.USDOJ.GOV/ATR/CASES/1990/1973.HTM](http://www.usdoj.gov/atr/cases/1990/1973.htm); The Justice Department, *Justice Department Files Antitrust Suit against Visa and MasterCard for Limiting Competition in Credit Card Network Market*, available in [HTTP://WWW.USDOJ.GOV/ATR/PUBLIC/PRESS-RELEASES/1998/1974.HTM](http://www.usdoj.gov/atr/public/press-releases/1998/1974.htm); VISA U.S.A. INC., *A Statement from Visa*, available in [HTTP://WWW.VISA.COM/CGI-BIN/VEB/AV/DOJ/STATEMENT/MAIN.HTM](http://www.visa.com/cgi-bin/veb/av/doj/statement/main.htm).

² 關於合資之定義與概念，請參見下文【貳】。亦有認為威士卡公司與萬事達卡公司的組織，是一種「協會」(association)，但合資與協會的區別已漸趨模糊，請參見下文之相關說明。

³ 萬事達卡原本亦是威士卡的競爭卡，而有「排外規則」(反雙重身份規則)之適用。在Masterchange Bank(萬事達卡公司的前身)與National Bank Americard(威士卡公司的前身)成立時，二公司擁有各自獨立的會員，並僅能發行本身的信用卡。這是因為National Bank Americard之「反雙

關於威士卡公司的排外規則是否違反《休曼法》第一條的爭議，事實上早在司法部提起此次訴訟之前，發現卡的發行機構便曾於1993年的 *SCFC ILC, INC., d/b/a Mountain West Financial, Inc. vs. VISA U.S.A., Inc.*⁴ 一案（以下簡稱 *Mountain West* 案）中，指控威士卡公司的排外規則，是一種「不合理」的限制，違反《休曼法》第一條。原告主張威士卡公司擁有市場力量，而其排外規則業已抑制信用卡市場的競爭與阻礙創新。被告威士卡公司則主張其未擁有市場力量，其會員彼此間仍從事激烈的發卡競爭，消費者的選擇權並未受到限制。此外，被告更提出排外規則可維護不同發卡系統間的競爭⁵、防止競爭者搭便車進而保護成立合資與創新的誘因，以及原告欠缺加入威士卡公司的必要性等論點，作為抗辯。本案聯邦地方法院陪審團作成原告勝訴的裁決，被告威士卡公司上訴。聯邦第十巡回上訴法院廢棄原判，並依據其所建立之「合理原則分析步驟」，就各層面分析評估該排外

重身份規則」，禁止發卡機構同時發行National Bank Americard卡與Masterchange Bank卡。因此當時的發卡機構，若非National Bank Americard會員，即為Masterchange Bank會員，但不能同時成為二者的會員。但在 *Worthern Bank & Trust Co. v. Nat'l Bank Americard, Inc.*, 345 F. Supp. 1309 (E.D. Ark. 1972), *rev'd*, 485 F.2d 119 (8th Cir. 1973), *cert. denied*, 415 U.S. 918 (1974)一案中，National Bank Americard上開「反雙重身份規則」便遭受質疑。Worthern Bank是National BankAmericard的會員，欲加入Masterchange Bank成為會員以發行Masterchange卡。如此，其即可同時發行National BankAmericard卡與Masterchange Bank卡。因此，Worthern Bank便起訴主張National BankAmericard之「反雙重身份規則」的排外行為，乃屬當然違法的集體杯葛行為，而違反了休曼法第一條之規定。聯邦地方法院贊同Worthern Bank之見解，但聯邦第八巡回上訴法院廢棄原判決，本案於最高法院駁回上訴後確定。本案判決後，National Bank Americard在考量未來可能必須面對的爭訟風險，以及司法部就此問題所持的曖昧態度後，決定取消National BankAmericard卡與Masterchange Bank卡間之「反雙重身份規則」，改採「雙重身份規則」，使金融機構可同時成為二者之會員，而同時發行威士卡與萬事達卡。See David A. Balto, *Access Demands to Payment Systems Joint Ventures*, 18 HARV. J. L. PUB. POLY 623, 626-7 (1995).

⁴ 819 F.Supp. 956 (D.Utah 1993), *rev'd*, 36 F.3d 958 (10th Cir. 1994), *cert. denied*, 515 U.S. ___, 132 L Ed 2d 846 (1995).

⁵ 依發卡機構性質之不同，美國之信用卡可分成三種類型：零售卡（retailer cards）、一般目的專賣卡（proprietary general purpose cards）以及銀行卡（bank cards）。此三種類型的信用卡，彼此具有替代性，而相互競爭。信用卡市場的競爭，以發卡為例，可分成二個層次：1.發卡系統間（inter-brand, or intersystem）的競爭（不同品牌間的競爭）：在美國，目前主要有五個全國性的信用卡發卡系統：威士卡、萬事達卡、發現卡、美國運通卡、大來卡，彼此相互競爭。卡片的品牌形象是發卡系統間的競爭重點，每一系統均從事品牌的廣告促銷、產品或手續的創新，以及其他影響品牌銷售的商業行為。2.發卡系統內部各發卡機構間（intra-brand, or intrasystem）的競爭（同一品牌內的競爭）：例如，威士卡發卡系統內，各發卡機構（金融機構）間的競爭。威士卡發卡系統是由數千個發卡機構（會員）所組成，各發卡機構獨自設定卡片的年費、遲延利息、交換費率與求償費率，而在此等項目上相互競爭。See David S. Evans & Richard Schmalensee, *Economic Aspects of Payment Card System and Antitrust Policy toward Joint Ventures*, 63 ANTITRUST L.J. 861, 865 (1995).

規則所產生的促進競爭效果與反競爭效果，認為該排外規則並未違反《休曼法》第一條，而為被告勝訴的判決。本案在聯邦最高法院拒頒覆審令，而程序上駁回原告的上訴後確定。

美國聯邦法院未來在審理此次司法部對威士卡公司與萬事達卡公司的「雙重身份規則」與「排外規則」所提起的反托拉斯訴訟時，*Mountain West* 案無疑是最重要的判決先例。因為經過 *Mountain West* 案中，原被告激烈的攻防辯論與法院週延的審理分析後，威士卡公司之排外規則是否違反《休曼法》第一條所涉及的細部爭議，以及評估其促進競爭與反競爭效果時所需考量的因素與層面，皆已獲得充份彰顯與討論。美國聯邦法院對於此次司法部提出之訴訟，容有可能與 *Mountain West* 案中聯邦第十巡迴上訴法院採取不同的認定標準與見解。但若從 *Mountain West* 案中聯邦第十巡迴上訴法院所建立的合理原則分析步驟，以及法院就各爭點所持的見解與態度，來預測司法部此次之控訴，聯邦法院將可能作成威士卡之排外規則並未違反《休曼法》第一條的判決。

威士卡公司依據排外規則，所為拒絕金融機構加入成為會員，或是取消會員資格的行為，就是本文所謂的「排外行為」。由於判斷合資之排外規則或排外行為是否違反《休曼法》第一條時，可能涉及的爭議問題以及應予考量的因素與層面，均於 *Mountain West* 案原被告精采的辯論與法院縝密的分析中，表現無遺，致使本案成為探討合資排外行為之合法性的代表性案例，極具深入探討的價值。本案便引起學界的關切與廣泛的討論，David A. Balto 與 Herbert Hovenkamp 等學者專家，紛紛著述發表見解⁶。因此，本論文遂以 *Mountain West* 此一知名的實際案例為核心，並以之作為例示性相關問題探討的基礎，探討美國法院與學者判斷合資之排外規則或排外行為是否違反反托拉斯法時，所適用的分析方法與步驟，所考量的因素與層面，以及所採取的見解與態度。

在論文架構上，鑑於「合資」概念眾說紛云，因此本文首先界定所探討的合資範疇。隨後進入主題，先說明美國實務的處理方式，分析美國法院對於合資之排外

⁶ See, e.g., David A. Balto, *supra* note 3, at 623; David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 5, at 861; Herbert Hovenkamp, *Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy*, 1995 COLUM. BUS. L. REV. 1(1995); Dennis W. Carlton & Alan S. Frankel, *The Antitrust Economics of Credit Card Networks*, 63 ANTITRUST L.J. 643 (1995).

行為，已從過去的視為「當然違法」(per se illegal)，演變成適用「合理原則」(rule of reason)去進一步判斷其合法性。同時深入探討 *Mountain West* 案中原被告的攻防論點，以及聯邦法院所採取的合理原則分析步驟與見解。繼之，介紹美國學界的觀點，詳細說明 Balto 與 Hovenkamp 等教授所建構之合資排外行為適用合理原則時的分析步驟。最後探討我國公平交易委員會（以下簡稱公平會）適用《公平交易法》（以下簡稱《公平法》）第七條、第十四條的聯合行為規範與第十九條第二款的「差別待遇」規範，來認定合資之排外行為的合法性時，可能採取的分析步驟與考量事項⁶⁻¹。並進一步分析美國法院的寶貴經驗與學者的精闢見解中，有那些地方值得公平會未來處理相同或類似案件時的參考。

貳、合資之概念與界定

一、合資之概念

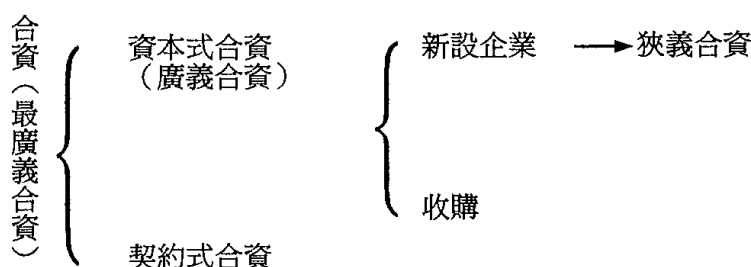
合資的投資經營型態，雖頗為盛行，但卻難以精確定義。多數國家之法制中亦少有對合資為明文定義，我國的民商法與經濟法規中亦無關於合資之明文，因此導致合資之定義眾說紛紜。茲整理美國與我國實務與學者對於「合資」概念所採取的見解，分別彙成《表一：美國實務與學者對於合資概念之見解》與《表二：我國實務與學者對於合資概念之見解》。由於「策略聯盟」(strategic alliance)的概念常與合資並同出現，為探討二者之關連性，亦整理美國與我國學者對於「策略聯盟」概念所採取的見解，彙成《表三：策略聯盟之概念與類型》。

⁶⁻¹ 就信用卡或金融卡業務而言，我國公平會亦曾處理過「中國國際商業銀行股份有限公司等二十五家金融機構及財團法人聯合信用卡處理中心申請辦理信用卡業務聯合行為許可案」，以及「彰化銀行代表三十八家金融機構申請 I C 卡銷售點服務業務聯合行為許可案」，並於許可內容中表明申請人不得利用本許可從事其他聯合行為，或限制申請人之一自行開辦或退出該系統或參與其他信用卡發卡組織，或限制其他事業加入本聯合行為。也因為如此，我國的聯合信用卡與 I C 卡，不致發生排外行為。參見行政院公平交易委員會(84)公聯字第〇〇一號許可決定書，行政院公平交易委員會公報，第 4 卷第 1 期，民國 84 年 1 月 29 日，頁 35~40；參見公平交易委員會(83)公聯字第〇〇一號許可決定書，公平交易委員會公報，第 3 卷第 1 期，民國 83 年 1 月 29 日，頁 34。

二、定性：本文所探討的合資範疇

依據表一、表二實務與學者的見解，「合資」的範疇可分成如〈圖一：合資的範疇圖〉所示之狹義、廣義與最廣義：

圖一：合資的範疇



1.狹義：指成立新的企業體（new enterprise），例如設立新公司或合夥。

2.廣義：指「資本式合資」（equity joint ventures），凡涉及投入資本享有股權者，即屬之。除成立新的企業體之外，尚包括收購暨有企業資產或股份的「收購」（acquisition），或稱「準合併」（quasi-mergers）⁷。

3.最廣義：包括「資本式合資」，以及未涉及資本股權的「契約式合資」（contractual joint ventures），或稱「契約性聯合經營」（contractual agreements）。

至於「合資」與「策略聯盟」，從表一、表二、表三的歸納分析中，可發現二者在概念與範疇似乎難以區分，或者說可能並無區分的實益。請參見〈圖二：合資與策略聯盟關係圖〉。不論「合資」之範疇採取何種見解，其「成立新企業」的部分，吳青松教授便認為是一種「股權式的策略聯盟」⁸。若「合資」範疇採廣義見解，則「資本式合資」亦被 Thomas M. Jorde 與 David J. Teece 教授認為是一種

⁷例如在中國大陸以「康師傅」闖出名號的頂新集團，即係以「策略聯盟」或「合資」的方式，入主味全公司的經營權。此即為一種「收購型合資」（收購股份）。參見中時晚報，民國 87 年 5 月 30 日，第七版，第四版。

⁸吳青松教授表示：「策略聯盟是競爭者間非市場導向之廠商間交易，包括科技相互移轉、共同行銷、合作生產、研發及少數或同等股權投資（合資企業）等。」又謂：「合資即為一種策略聯盟的運用。合資是較正式的契約關係，通常在原有的組織體個體之外，再創造一新的、獨立的企業個體。」可見吳教授將合資限定於成立新企業，且屬於一種策略聯盟。參見吳青松，「國際企業管理——理論與實務」，民國 86 年 3 月初版一刷，頁 278、104；吳青松，產業策略聯盟之國際發展型態與趨勢，台灣經濟研究月刊，第 15 卷第 5 期，民國 81 年 5 月，頁 25。

表一：美國實務與學者對於「合資」概念之見解

概念範疇 實務、學者	概念或定義	範疇
法院 (IRM案) ^I	1.明示或默示協議存在 2.共享利益、共同承擔損失 3.共同控制或有權共同控制合資	合資 合夥
司法部 ^{II}	低於結合程度之共同合作行為	
Philip E. Areeda ^{III}	為共同合作而設立的企業	企業(enterprise)
Joseph F. Brodley ^{IV}	1.合資人共同控制合資 2.合資人須為實質共同出資 3.合資與合資人分離，成為獨立的經濟體，而為合資人共同所有與管理 4.具有新企業能力	
Herbert Hovenkamp ^V	二以上經濟行為者為從事共同經濟活動而創設	合夥 公司 契約性聯合經營 (contractual agreements)
Von Kalinowski ^{VI}	1.二或二以上參與者共同經營業務 2.共享損益	設立新公司 收購(acquisition) 契約性聯合經營
Jeswald W. Salacuse ^{VII}	共同控制、共享損益	資本式合資 (equity joint ventures) 契約式合資 (contractual joint ventures)
Joseph P. Griffin ^{VIII}		設立新公司 準合併(quasi-mergers)

^I International Raw Materials, Ltd. v. Stauffer Chemical Co., 827 F.2d 1318 (3d Cir. 1992).

^{II} 參見行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組(編譯)，「美國跨國經營之反托拉斯法指南」，民國82年6月，頁21~3。

^{III} See 7 PHILIP AREEDA, ANTITRUST LAW ¶ 1478a (1986; Supp. 1987).

^{IV} See Joseph F. Brodley, *Joint Ventures and Anti-Trust Policy*, 95 HARV. L. REV. 1523,1525-26 (1982).

^V See Herbert Hovenkamp, *Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy*, 1995 COLUM. BUS. L. REV. 1, 2 (1995).

^{VI} See 1 VON KALINOWSKI, ANTITRUST LAW AND TRADE REGULATION at 2-150 (Desk Edition, 1992).

^{VII} See Jeswald W. Salacuse, *Host Country Regulation and Promotion of Joint Ventures and Foreign Investment*, in INTERNATIONAL JOINT VENTURES: A PRACTICAL APPROACH TO WORKING WITH FOREIGN INVENTORS IN THE U.S. AND ABROAD A CASE STUDY WITH SAMPLE DOCUMENTS 107, 114~5 (David N. Goldsweig & Roger H. Cummings eds., 1990).

^{VIII} See Joseph P. Griffin, *U.S. Antitrust Considerations of Transnational Joint Ventures*, in INTERNATIONAL JOINT VENTURES: A PRACTICAL APPROACH TO WORKING WITH FOREIGN INVENTORS IN THE U.S. AND ABROAD A CASE STUDY WITH SAMPLE DOCUMENTS 295 (David N. Goldsweig & Roger H. Cummings eds., 1990).

表二：我國實務與學者對於合資概念之見解

概念範疇 實務、學者	概念、定義	範疇類型
公平會 ^I	1.從事合約經營事業契約關係之存在 2.共同利益之存在 3.共享利潤及共同負擔損失 4.對事業有共同經營權 5.股東基於誠信原則有相互依賴之關係	事業
吳青松 ^{II}	1.二以上公司合股共同創造一個企業體 2.共同參與決策與運作	企業體(子公司)
李蘭甫 ^{III}	1.集合合資人的資源 2.共同目標 3.共享利益、共同承擔損失	<ul style="list-style-type: none"> • 資本式合資 (equity joint ventures) (包括設立新企業、收購) • 契約式合資 (contractual joint ventures)
何之邁 ^{IV}	1.獨立可辨的合資實體 2.合資人對該實體均有所有利益 3.合資人有積極管理行為	<ul style="list-style-type: none"> • 法律實體 • 契約協議 (contractual agreements)
紀振清 ^V	1.與設立者有明顯分別獨立關係的新企業 2.移轉人事或資產予新企業 3.由設立者決定新企業的經營與運作	設立新企業

^I 參見行政院公平交易委員會編印，「認識公平交易法」，民國 85 年 5 月增訂四版，頁 27。

^{II} 吳教授另謂：「合作關係中有涉及資金投入、合作者具相等股權且成立一獨立法人組織者，則為典型之合資事業」。參見吳青松，「國際企業管理——理論與實務」，民國 86 年 3 月初版一刷，頁 278。

^{III} 參見李蘭甫，「國際企業論」，民國 83 年 6 月初版，頁 91、445。

^{IV} 參見何之邁、蕭富山，美、德、歐市合資規範論述，公平交易季刊，第 1 卷第 3 期，民國 82 年 7 月，頁 32。

^V 參見紀振清，合資於歐市 85EEC 競爭規範下之適用情形及其檢討，法學叢刊，第 148 期，民國 81 年 10 月，頁 174。

表三：策略聯盟之概念與類型

學者	概念範疇	概念、定義	類型
Harrigan(1988a)		公司間一起工作以達某一策略目標之合夥關係	
Lewis(1990)		公司出自相互需要與分攤風險，合作以達共同之目標	
Porter & Fuller		聯結各公司企業活動的一種正式、長期但非合併之聯盟	
Zuckerman & D'Aunno ^I		包含三個及其以上之組織，集合資源以達既定之目的	
Thomas M. Jorde & David J. Teece ^{II}		二個或多個廠商，相互合作，為致力於達成某共同目標，所形成的一種雙邊或多邊關係。	資本式聯盟 非資本式聯盟
吳青松 ^{III}		實際或潛在競爭者間非市場導向之公司交易，以相互合作，強化企業體競爭優勢或維持競爭均衡	股權聯盟(合資) 契約式策略聯盟
李文瑞 ^{IV}		兩家以上的廠商或企業透過合作的方式以獲取競爭優勢的行為或活動	
楊豐碩 ^V		事業間為維持或提升競爭優勢而建立的正當合作或協議關係	
伍忠賢 ^{VI}		企業合作以達到某些策略目標的活動	合資 非股權聯盟 少數股權聯盟

^I 上述等資料請參見吳青松，「國際企業管理——理論與實務」，民國86年3月初版一刷，第277頁。

^{II} See Thomas M. Jorde & David J. Teece, *Innovation, Cooperation, and Antitrust*, in *ANTITRUST, INNOVATION, AND COMPETITIVENESS* 47, 55 (Thomas M. Jorde et al. eds., 1992).

^{III} 參見吳青松，前揭（註I）書，頁103。

^{IV} 參見李文瑞，如何利用國際合作發展策略以提升國家競爭力，經濟情勢暨評論，第2卷第2期，民國85年8月，頁66。

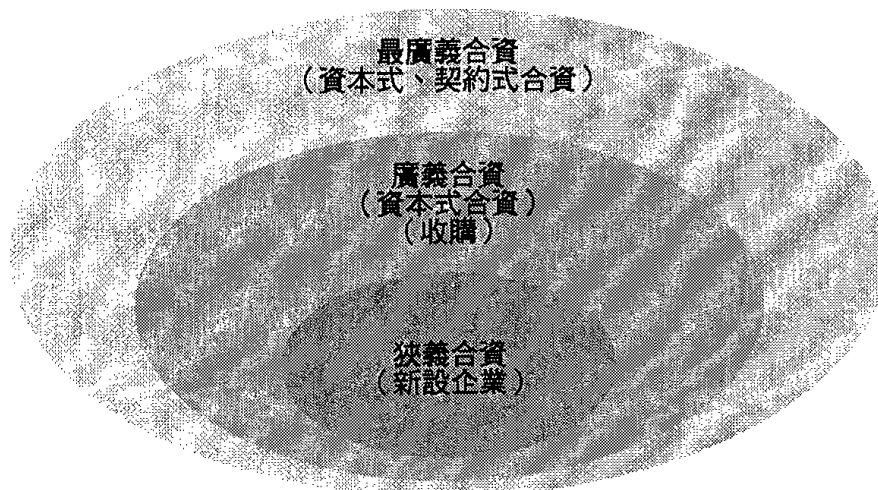
^V 參見楊豐碩，國內企業聯盟之發展與策略思考，台灣經濟研究月刊第15卷第5期，民國81年5月，頁36。

^{VI} 參見伍忠賢，「國際購併——國際投資、創投、策略聯盟」，民國81年6月再版，頁274~76。

「資本式策略聯盟」⁹。若「合資」範疇採最廣義見解而包含「契約式合資」（或稱「契約性聯合經營」），則實難以判斷其與「非資本式策略聯盟」（或稱「非股權策略聯盟」）之區別何在，以致「合資」幾乎與「策略聯盟」無異。徐中琦教授即採取此一見解，而認為：「合資策略或稱策略聯盟……」¹⁰。

由於「契約式合資」與「資本式合資」只是形式上存有差異，合資成員間仍共享損益，並皆產生資源部分整合的效果¹¹。因此本文所謂的「合資」將採取「最廣義」的範疇，包含「新設企業」、「收購」等「資本式合資」，以及不涉及資本股權的「契約式合資」。在此範疇下，「合資」的概念似應與「策略聯盟」相同。

圖二：合資與策略聯盟關係圖



雖然本文所探討的「合資」採取最廣義的範疇，但本文在探討分析合資之排外行為的合法性時，則將「合資」限縮在由競爭者或潛在競爭者所組成的「水平式合資」。合資所排除者，須為合資成員的競爭者或潛在競爭者。本文採取此種限縮，

⁹Thomas M. Jorde與David J. Teece教授認為，「策略聯盟並不以資本互換 (equity swaps) 或資本投資 (equity investments) 為必要，儘管實務上常見此種型態的策略聯盟。至於資本式聯盟 (equity alliance)，可能以許多形態出現，包括協會 (consortium) 與合資」。See Thomas M. Jorde & David J. Teece, *Innovation, Cooperation, and Antitrust*, in ANITRUST, INNOVATION, AND COMPETITIVENESS 47, 55 (Thomas M. Jorde et al. eds., 1992).

¹⁰參見徐中琦，景氣變動下，企業經營策略淺談——合資與撤資，華岡商科學報，第7期，民國80年5月，頁32。

¹¹無論何種型式，合資成員皆需付出人力、資本或技術，因此可達資源整合的效果。而所謂「資源的部分整合」，是指並非企業所有的資源皆投注於該合作策略上。在資源的整合程度上，介於「合併」與卡特爾之間。

不僅係因水平式合資排除競爭者較可能產生限制競爭的效果，而引發反托拉斯法的關切；亦係為使分析焦點集中，使探討說明更加具體週延，避免過廣而失之空泛。同時，本文所謂排外行為，係指合資拒絕申請者加入成為合資成員（拒絕新會員加入），或是拒絕合資成員繼續參與合資（驅逐既有會員）的行為，而不論被排除者是否因此而被迫退出市場¹²。此外，由於促進卡特爾勾結協議的合資排外行為，可視為該卡特爾勾結協議的一部分，排外行為僅是該卡特爾勾結的一種手段。該排外行為所生的限制競爭效果，主要是來自卡特爾勾結本身，而非排外行為本身。排外行為之違法性與卡特爾勾結一樣，當然違法¹³。因此，本文未將此種類型的排外行為列入探討範疇，僅於相關部分附帶說明，特此合先敘明。

在此有須就「合資」與「協會」（association）¹⁴的區別與關連加以說明。所謂「協會」係由競爭者所組成的組織，旨在促進會員間的利益、建立標準或從事「遊說」以及其他保護會員與銷售會員產品的行為¹⁵。合資與協會間的區別已逐漸模糊，

¹² 就合資從事排外行為的結果而言，可能對被排除者並無影響，亦可能使得被排除者無法進入市場、或被迫離開市場，或是雖仍得進入市場或仍繼續留在市場上，但卻因而提高成本或限制其成長。引起反托拉斯法關切的合資排外行為，其產生的效果並不須要達到被排除者無法進入市場、或被迫離開市場的程度。See Herbert Hovenkamp, *supra* note 6, at 71.

¹³ 例如，合資為固定價格而將以低於合資所定價格出售商品的會員予以驅逐。在這種情況下，驅逐會員此一排外行為就只不過是為了促進固定價格之勾結所採取的一種手段，而可直接視為當然違法。Id. at 4, 78.

¹⁴ "Association"一詞，係指一群人為了某特定目的或業務，而結合在一起的行為。此術語意義含糊，常被用來表示有共同特定目標之人，聚集在一起的狀態，或所形成的組織。隨著個案的不同，法院對於association的看法亦異；有法院認為：「協會」是非法人社團（an unincorporated society），雖缺乏設立許可，但其運作方法與形式與法人團體相同。See BLACK'S LAW DICTIONARY 111 (5th ed. 1989).

¹⁵ See Andrew Updegrave, *Forming and Representing High-Tech Consortia: Legal and Strategic Issues*, Vol. 11 Num. 3 THE COMPUTER LAWYER 8, 9 (1994).與「association」相近者為「consortium」。consortium一般係指由競爭廠商為追求共同目標，所組成的團體。其所追求的共同目標，通常是企圖在某特定的科技領域中，建立「共同方法」（common approach）或「實際標準」（de facto standard）。See Charles T.C. Compton, *Cooperation, Collaboration, and Coalition: A Perspective on the Types and Purposes of Technology Joint Ventures*, 61 ANTITRUST L.J. 861, 866 (1993).不過，從association與consortium的組成與功能觀之，二者實難以區別。尤其是association已不限於遊說與建立標準的傳統角色，其亦積極發揮共同研發的功能。因此，consortium雖是高科技領域中新的組織型態，但亦只是association新瓶裝上舊酒而已。See Updegrave, *Id.*至於「consortium」一詞，何之邁、蕭富山先生及王健全先生將其譯為「協會」；參見何之邁、蕭富山，美、德、歐市合資規範論述，公平交易季刊，第1卷第3期，民國82年7月，頁32；王健全，產業特性對研發策略聯盟之影響，台灣經濟研究月刊，第15卷第5期，民國81年5月，頁32。吳青松教授則將其譯為「集團式聯合組織」，並認其屬於由二家以上之廠商所籌組的一種「策略聯盟」；參見吳青松，前揭（註8）文，頁25。

Philip E Areeda 教授即認為，「協會」與由競爭者所組成的「合資」類似，只是競爭者間的結合或整合程度，協會低於合資。除此之外，就設立目的而言，合資之設立主要在於共同研發、製造或行銷，但現在協會亦提供共同研發或製造等功能¹⁶。由於合資（由競爭者所組成的合資）與協會的區別已失其重要性，二者在組成員與功能上皆類似，因此本文對於「合資之排外行為」合法的分析探討，亦可適用於具有「研究發展、生產、配售、行銷」等功能的協會，在此亦先敘明¹⁷。

參、美國反托拉斯法對合資排外行為之規範

一、法院處理方式的轉變：從「當然違法原則」到「合理原則」

對合資之排外行為所提起的反托拉斯訴訟中，原告通常主張合資之排外行為屬於當然違法的「集體杯葛」（group boycott）或「一致拒絕往來」（concerted refusals to deal），而違反《休曼法》第一條之規定¹⁸。聯邦最高法院傳統上，亦對合資之排外行為採取較為敵視的態度，視其為「當然違法」（per se illegal）的一致拒絕往來行為。例如 1912 年的 *United States v. Terminal R.R. Ass'n*¹⁹ 案（以下簡稱 *Terminal Railroad* 案），以及 1945 年的 *Associated Press v.*

¹⁶ See 7 PHILIP AREEDA, ANTITRUST LAW ¶ 1478a (1986; Supp. 1987).

¹⁷ David S. Evans 與 Richard Schmalensee 教授亦持相同看法，而認為自經濟角度觀之，協會與合資或其他合作性協議之排外行為所產生反托拉斯爭議皆相同。See David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 5, at 861.

¹⁸ 《休曼法》第一條規定：「任何以契約、結合、或共謀方式，用以抑制各州間之貿易或商業，或抑制州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，視為觸犯重罪，若經定罪，處法人一百萬元以下罰金；其為自然人者，由法院裁量，處自然人三年以下有期徒刑，或科或併科十萬元以下罰金。」參見行政院公平交易委員會（編印），「各國公平交易法相關法規彙編」，民國 82 年 6 月，頁 2-1。本條禁止以「契約、結合或共謀方式限制交易」，主要在規範競爭事業間及非競爭事業間，限制交易影響競爭之聯合行為。行為須具備下述三項構成要件，方被認係違反本條之規定：(1) 聯合行為的存在：亦即法條所謂之「契約、結合或共謀」行為；(2) 限制商業或貿易：現在所謂之商業或貿易已被擴張解釋為包括所有的經濟活動；(3) 限制行為必須不合理（unreasonable restraint）：因為任何契約都必然會限制交易相對人的營業活動（如科以若干作為義務或不作為義務），因此，必須係「不合理」的聯合限制行為，才具備休曼法第一條之違法性。至於本條之規範對象，則包括「個別企業、產業公會、協會以及合資事業」。參見劉紹樑，新產業革命與競爭法——歐美反托拉斯法與我國公平交易法之比較研究（一），政大法學評論，第 42 期，民國 79 年 12 月，頁 263。

¹⁹ 224 U.S. 383 (1912).

*United States*²⁰案（以下簡稱 *Associated Press* 案），即為代表性的案例。不過，到了一九八五年的 *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*²¹ 乙案中（以下簡稱 *Northwest Wholesale Stationers* 案），最高法院開始思考將排外行為劃歸當然違法的集體杯葛或一致拒絕往來的範疇是否妥適，並藉由描述集體杯葛的概念²²，而認為排外行為與傳統當然違法的集體杯葛並不相同，因此不應劃歸當然違法的範疇。法院表示：「並非所有涉及限制或排外的共同行為，皆與當然違法的杯葛相同，具有『產生顯著反競爭效果』的可能性。…除非合資擁有市場力量，或排除他人使用從事有效競爭所必要的設備，否則，推論排外行為實際上將產生反競爭效果，並不合理。由於本案被告的共同採購合資欠缺這些情況，故本院應適用合理原則分析。」²³ 在本案法院將過去視為當然違法的一致拒絕往來行為之範圍予以限縮，並認為合資之排外行為縱然仍屬於一致拒絕往來

²⁰ 326 U.S. 1 (1945).

²¹ 472 U.S. 284 (1985). 本案被告 *Northwest Wholesale Stationers* 公司是由數百個零售商所組成的批發商，以共同購買辦公文具用品，而後再賣給會員與非會員的零售商。非會員雖得以與會員相同的價格購買商品，但不能分享公司的盈餘利潤。會員分享公司盈餘利潤的方式，是以該利潤來抵扣（折價）會員向公司購買商品的價格。原告 *Pacific Stationery & Printing Co.* 本是被告的會員，但之後改變經營策略，同時從事批發商與零售商的業務，因此遭被告取消會員資格將之驅逐出會。原告在被取消會員資格之前，獲得被告給予「一萬美金的購物折價」利潤。原告聲稱該驅逐行為並未給予任何的通知、聽證、或機會質疑被告所作的驅逐決定，並主張該驅逐行為是「集體杯葛」，而指控該行為當然違反《休曼法》第一條。在判決方面，聯邦地方法院適用「合理原則」判斷被告排外行為的合法性，並認為該排外行為並未對文具供應市場之競爭產生負面影響，因此判決被告勝訴。聯邦第九巡迴上訴法院撤銷地院的判決，認為該驅逐行為當然違法，因為原告未享有被驅逐的正當程序。最高法院則完全否定上訴法院關於正當程序的主張，而判決被告勝訴。最高法院首先闡明，在決定反托拉斯之分析方法應適用「當然違法原則」或「合理原則」時，程序保護的欠缺並不具任何意義。若系爭行為並未違反《休曼法》第一條，亦不會因欠缺驅逐之正當程序而使驅逐行為變成當然違法，因為反托拉斯法本身並未課以合資此種程序上要求。然後才探討本案系爭排外行為是否為當然違法的一致拒絕往來行為。

²² 法院表示：「集體杯葛通常僅限於值得以《休曼法》第一條當然違法原則對待的經濟行為類型。然而何種行為會被劃歸為被禁止的行為範疇，仍相當不確定。……本院適用當然違法原則的情形，一般係涉及廠商或廠商間為不利競爭者，而共同致力於『直接拒絕』或『說服、逼迫其供應者或客戶拒絕』該競爭者在市場上競爭所須的關係（the per se approach have generally involved joint efforts by a firm or firms to disadvantage competitors by "either directly denying or persuading or coercing suppliers or customers to deny relationships the competitors need in the competitive struggle."）。……杯葛行為通常斷絕供應、設備、或使被杯葛之廠商得以從事競爭之市場要素，通常杯葛廠商在相關市場中擁有優勢地位。……此外，這些行為一般無法以『其意圖增加整體效率及使市場更競爭』等爭辯予以合法化。在這些情況下，產生反競爭效果的可能性很明確顯著，而可用以抵銷反競爭效果的促進競爭效果又很輕微。」*Id.* at 293-4.

²³ *Id.* at 296-97.

行為的範疇，但「並不當然違法」，而須依合理原則做進一步的分析判斷。關於美國法院處理方式的轉變，請參照〈圖三：美國法院對於合資排外行為之處理方式〉。

二、*Mountain West* 案的合理原則分析方法

本案之發生，是因為美國頗負盛名的「發現卡」發行者 Dean Witter 公司，收購美國威士卡公司的會員 Mountain West Savings 後，與 Utah Industrial Loan Company 合併成一家名為 SCFC ILC, Inc. 的新企業（原告），但仍以 Mountain West Financial 的名義從事商業行為，並擬發行一種名為「首選卡」（Prime Option Card）的威士卡²⁴。但威士卡公司認為 Mountain West Financial 因已成為發現卡發卡機構（Dean Witter）的子公司，而違反章程第 2.06 項之規定（本條規定即為威士卡公司的「排外規則」）²⁵，於是取消 Mountain West Financial 的威士卡公司會員資格。SCFC ILC, Inc. 因而提起反托拉斯訴訟控告威士卡公司，主張威士卡公司此種排外（exclusion）行為屬於違反《休曼法》第一條的「集體杯葛」（group boycott）行為。

（一）聯邦地院的判決

本案聯邦地院陪審團依據證據認定被告威士卡公司擁有市場力量²⁶，系爭排外行為已對相關市場之競爭所產生的實質傷害效果大於其所生之利益效果，同時原告亦因被告之排外規則而受傷害，故裁決原告勝訴²⁷。陪審團作出上述裁決之後，被告提出重新審判的請求（post-trial motions），並依據「被告未擁有市場力量」、「原告欠缺加入威士卡合資的必要性」等法律抗辯（legal argument），以及陪審

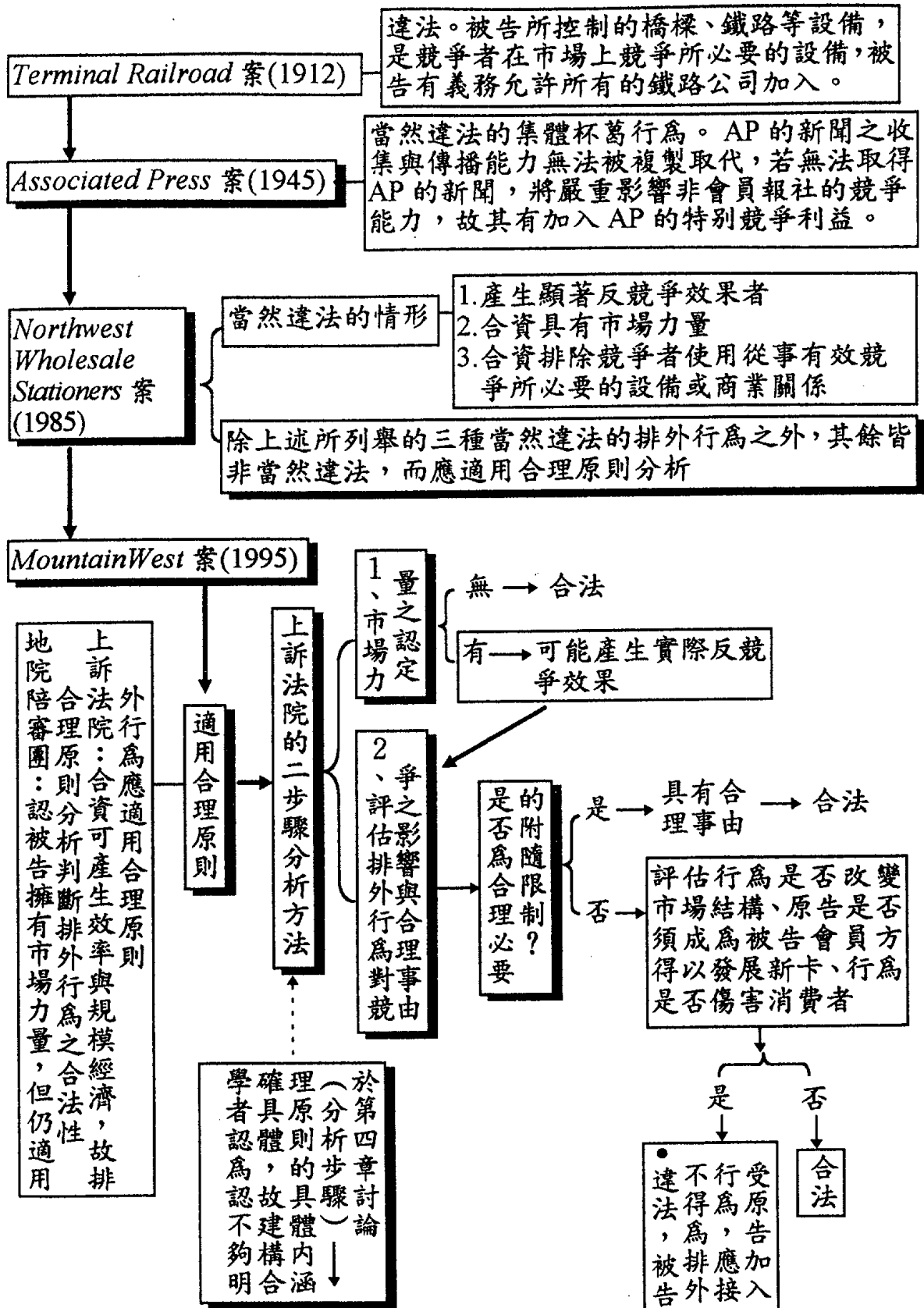
²⁴ 819 F.Supp. 956, 964 (D.Utah 1993).

²⁵ 威士卡公司章程第 2.06 項規定：「禁止授與會員資格予下述任何機構：發行或加入成為其他發卡機構之會員，而該其他機構發行發現卡、美國運通卡、及其他被威士公司董事會視為威士卡之競爭卡。」*Id.* at 964.

²⁶ 本案雙方當事人皆認同本案所涉及的相關市場，是「在美國的一般目的支付卡市場」（the general purpose charge card market in the United States），其中包括威士卡、萬事達卡、美國運通卡、花旗的大來卡與 Carte Blanche、與 Sears 的發現卡。威士卡的占有率約為 45.6%，萬事達卡的占有率約 26.4%，美國運通卡的占有率約為 20.5%，花旗大來卡與 Carte Blanche 的占有率約為 2.0%，與 Sears 的發現卡的占有率約為 5.5%。陪審團以威士公司「所有會員的市場占有率總和」（45.6%）作為判斷威士公司市場力量的依據，而認定威士公司擁有市場力量。*Id.* at 966, 984-85.

²⁷ *Id.* at 967.

圖三：美國法院對於合資排外行為之處理方式



團之事實認定有誤等事實抗辯 (factual argument)，主張本案應由聯邦地院逕為「即決審判」(summary judgment)。但此項請求，為法院駁回。蓋就事實認定之爭議而言，地院認為依現有的證據即足以支持陪審團所作成原告勝訴的裁決。

儘管如此，承審法官仍表明其依證據所形成的看法與陪審團的見解迥異。雖然法官無法改變陪審團的決定，但其意見卻頗值重視，承審法官認為：「若本院是事實的認定者，則不可能會認為將原告排除於威士卡發卡系統之外，會對信用卡市場之競爭產生實質傷害。事實上，本院會認為，原告加入威士公司對競爭所產生的傷害，更勝於拒絕其加入所產生者。若本院是事實的認定者，本院將傾向於認為威士公司章程第 2.06 項之規定並未對競爭產生淨損害 (net harm)。……本院會相信該項規定可促進信用卡市場上發卡系統間的競爭。允許原告加入威士卡公司，對威士卡發卡系統而言，短期可能產生系統內部的競爭利益。但長期而言，依本院之判斷，允許加入所產生的損害，可能將超過所產生的利益。最後留給消費者的，可能只是索取高利率的前十大發行威士卡的金融機構，以及對信用卡領域的掌控程度比現在更嚴重的威士卡／萬事達卡系統。…若本院是事實的認定者，本院將接受被告威士卡公司所提保護合資之創設、保護私有財產權、以及排除原告所生的經濟與競爭效果等主張²⁸。」

(二) 聯邦第十巡迴上訴法院的判決

本案嗣後經被告威士卡公司提起上訴，聯邦第十巡迴上訴法院法官 Moore 首先表示本案應適用合理原則。Moore 法官表示，在 *Northwest Wholesale Stationers* 案等涉及合資的判決先例中，最高法院已拒絕依傳統習慣視合資之行為為當然違法，而指示吾等必須審查：系爭協議是否具有合理的事由、系爭協議是否係合資運作所必要的附隨限制、系爭協議是否影響價格或降低產出。由於合資此種商業合作行為，可產生市場效率與規模經濟，因此須以合理原則來審視分析本案合資所為相關行為的合法性²⁹。

確認合理原則之適用後，Moore 法官進一步採取「二步驟」(two steps) 的分析方法，做為適用合理原則判斷合資排外行為合法與否時的具體分析步驟，使合

²⁸ *Id.* at 983-984.

²⁹ 36 F.3d 958, 964-5 (10th Cir. 1994).

理原則的內涵得以進一步細膩化、具體化，進而增加法院判決的預測可能性。Moore法官表示，市場力量的認定，是適用合理原則時的第一個分析步驟（first step or screen）。在認定被告擁有市場力量之後，法院將繼續評估系爭限制行為所生的促進競爭效果等合理事由。限制行為正當合理事由的評估，是適用合理原則時的第二個分析步驟³⁰（請參見〈圖三：美國法院對於合資排外行為之處理方式〉）。

1. 市場力量之認定

判斷被告威士卡公司是否具有市場力量，首先須先界定「相關市場」。雖然雙方當事人均認本案之相關市場為「系統市場」（system market），但Moore法官認為，既然原告主張的焦點，實際上在於威士卡公司之排外行為對「發卡市場」（issuer market）之競爭產生衝擊，因此本案之調查焦點以及相關市場應為「發卡市場」。在發卡市場上，市場結構並不集中，因為有數千家金融機構從事發卡業務，而無一擁有超過百分之十二的市場占有率。因此，在發卡市場上，並未顯示威士卡公司透過其會員而擁有市場力量³¹。

Moore法官接著表示，即便擱置相關市場的爭議不談，地院所採用的「集體市場占有率」理論（aggregation theory），其妥適性亦受頗質疑。該理論係以被告所有會員的市場占有率總和，來測量被告的市場力量，並以被告會員集體制訂章程規則的行為，作為被告擁有市場力量的例證³²。但Moore法官認為，威士卡公司會員集體制訂排外規則（collective rulemaking）不應受到質疑，因為該排外規則可能使威士卡公司更有效率。此外，市場力量的調查焦點，並非在於規則之制訂行為本身，而在於該規則所產生的效果是否增加價格、減少產出，或在其他方面產生潛在競爭者無法克服的進入障礙³³。「集體市場占有率」既不足以顯示排外行為可能

³⁰ *Id.* at 965.

³¹ *Id.* at 967. 為數眾多的支付卡發行機構並無一具有支配控制產業的優勢力量。依據全美124家最大之金融機構的信用卡盈餘，一般目的信用卡業的HHI指數在1990年6月是609。See David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 5, at 861, 866.

³² Dennis W. Carlton & Alan S. Frankel教授卻贊同地院所採取的「集體市場占有率」理論，認為當合資以足以影響價格的方式為集體行為時，例如利用「加入規則」排除某一價格較低的廠商，其市場力量的調查焦點應集中在合資的「集體市場占有率」及「集體的市場力量」上。否則，合資將可透過利用「非價格規則」（nonprice rules）（包括排外行為），以間接的方法來提高價格，但卻豁免於反托拉斯法的審查。See Dennis W. Carlton & Alan S. Frankel, *supra* note 6, at 655.

³³ 36 F.3d 958, 968 (10th Cir. 1994).

對價格與產量的影響，因此不能以之作為測量被告有無市場力量的方法。

2. 合理化事由

其次進行第二個步驟「合理化事由」的檢驗，評估威士卡公司之排外規則，是否具有促進競爭、提升效率等合理化事由存在。針對原被告所提涉及「合理事由」之主張，以及法院本身認為應予考量之事項，Moore 法官在進行「合理化事由」之分析判斷時，作成如下三項重點：

(1) 意圖傷害競爭者並不構成反托拉斯法的責任

被告主張：一、排外規則旨在保護威士的財產權，以防止系統競爭者（如發行發現卡的 Sears）搭便車，進而保護成立合資與創新的誘因。二、排外規則可促進並刺激系統間的競爭，若允許原告加入威士卡公司而發行「首選卡」，將造成「發現卡」與「威士卡」間的競爭減弱，以及導致威士卡公司變成規模過大的發卡系統。

針對被告上述主張，原告反駁表示，威士卡公司「反雙重身份」的排外規則，其實際目的在於防止產品價格較低之競爭者加入威士卡公司。就本案而言，便是在防止成本較低、提供消費者優惠較多而較具競爭力的首選卡進入市場。Moore 法官認為原告本項主張難以成立，因為「意圖傷害競爭對手、或意圖保護財產與獲得最大利潤」並非可依據反托拉斯法予以起訴或懲罰的事由。如果被告之排外規則，客觀上並不具反競爭性，則其是否意圖傷害競爭對手的事實，顯然無關緊要。因此，被告意圖傷害原告的事實，並不能成為加諸被告反托拉斯責任的事由³⁴。

(2) 附隨限制

Moore 法官認為本案法院依據《休曼法》第一條所要審查者，在於系爭排外規則之限制是否合理附隨（ancillary）於威士卡公司主要的營運目標（提供會員信用卡服務），且未逾越實現公司營運目的所「必要」的範圍³⁵。如果該項規定不是附

³⁴ *Id.* at 969~70.

³⁵ 附隨限制的概念，係由聯邦第六巡迴上訴法院法官 Taft 在 *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F.271 (6th Cir. 1898), *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899). 一案中首先提出。Taft 法官指出，所有對自由競爭之限制均屬非法，除非具有下列情形，方可例外為合法：(1) 此限制附隨於合法契約的主要目的之上；(2) 該限制係達成合法契約所必要；(3) 該限制並未逾越應有之必要範圍。就合資之排外行為而言，在合資合法有效的前提下，排外行為是否為合資之「合理必要的附隨限制」，應視排外行為之性質、範圍與合資目的之關係而定。首先應決定排外行為是否真的附隨於具合法業務目的之合

隨限制，則其所生限制是否改變一般目的信用卡的市場結構，且因此而傷害到消費者？³⁶但 Moore 法官並未言明威士卡公司之排外規則是否屬於附隨限制。

被告極力主張排外規則是確保威士卡公司「提供信用卡服務」此一實際營運目標所合理必要，因為該項規定可保護被告創設多年的財產權，並避免在市場上經營成功的競爭對手（例如發現卡、美國運通卡的發行者）搭便車。此外，原告亦不需要威士卡公司的會員資格即可在相關市場上競爭³⁷。原告則反駁表示，被告上述的合理化事由只是一種藉口。原告強調本案的爭點應在於被告威士卡公司章程「選擇性排外」（selective exclusive）之規定，是否為威士卡公司之「開放的會員政策」此一合法目標所必要的附隨限制³⁸？再者，威士卡公司是一種「網路性合資」（network joint venture）³⁹，其所產生的整合效益，將隨會員的增加而增加；拒絕競爭者加入，並不能促進競爭。因此，威士卡公司所云該「排外規則可防止搭便

資，且係促進合資之成立或有助於其成功營運所必要；若是，則繼續評估排外行為是否未超過達成合資的合法目標所必要的範圍。See Salem M. Katsh, *Collateral Restraints in Joint Ventures*, 54 ANTITRUST L. J. 1003, 1005 (1985); Joseph F. Brodley, *Joint Ventures and Anti-Trust Policy*, 95 HARV. L. REV. 1523, 1543 (1982).

³⁶ 36 F.3d 958, 970 (10th Cir. 1994).

³⁷ *Id.* at 970~71.

³⁸ 原告主張威士卡公司是一種「開放式合資」（open membership joint ventures），採取開放的會員政策，在威士卡公司創設初期高風險階段過後，仍繼續接受數千家金融機構加入。而其章程之排外規則卻只拒絕威士卡之競爭卡的發行機構加入，屬於一種則有選擇性的排外政策。

³⁹ 「網路性合資」，係指隨著合資規模的增加，將產生「正面的網路外部性」（positive network externalities），亦即因合資規模擴大所產生的一種外部效益，合資規模越大，所產生的外部效益就越大。See Herbert Hovenkamp, *supra* note 6, at 13, 114; see also generally Dennis W. Carlton & J. Mark Klammer, *The Need for Coordination among Firms, with Special Reference to Network Industries*, 50 U. C. H. L. REV. 446 (1983). 至於所謂「網路外部性」，又稱為「消費外部性（consumption externality）」，是指有許多物品，使用者消費物品（consumption of the good）所獲致之效益，將隨著消費相同物品之使用者數目的增加而增加。網路外部性又可分成「直接的網路外部性」（direct network externality）與「間接的網路外部性」（indirect network externality）。前者例如，消費者使用電話所獲致之效益，明顯地將視使用該電話網路的家庭、商業機構的數量而定；越多人使用該電話網路，則每位使用者可利用電話傳達訊息的對象即增多，因而增加使用電話的效益。若一個系統欲產生效益，消費者必須購買二件以上的組成要素，如電腦硬體與軟體，則相同電腦硬體的使用者越多，開發可資適用之軟體的誘因就越強，而軟體數量與種類越多，電腦的功能就越益增強。電腦的購買者雖未因相同電腦之購買者數量增加，而直接增加電腦的效用，但卻因上述硬體與軟體間的變化關係，而間接增強電腦的效用，此即間接的網路外部性。See Michael L. Katz & Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition and Compatibility*, 75 AM. ECON. REV. 424, 424 (1985); Michael L. Katz & Carl Shapiro, *Systems Competition and Network Effects*, 8 J. ECON. PERSP. 93, 96 (1994); but see S.J. Liebowitz & Stephen E. Margolis, *Network Externality: An Uncommon Tragedy*, 8 J. ECON. PERSP. 133, 134 (1994).

車以及避免發卡系統間的競爭減少」的主張，並不能成立⁴⁰。

對於原告之主張，Moore 法官並未作深論，僅認為並無任何政策或判決先例支持其主張，依據最高法院處理排外行為的判決先例——*Terminal Railroad* 案、*Associated Press* 案，皆無法導出原告所主張的結果，而認原告上開主張並不足採⁴¹。

(3)排外規則對市場競爭、消費者的影響

Moore 法官認為，本案威士卡公司排外規則並未改變一般目的信用卡的市場結構，亦未改變任何現有的行銷模式。同時，其並未禁止原告進入市場，亦無證據顯示原告須有威士卡公司的會員資格方得以將首選卡引進市場，以及威士卡公司的排外行為造成原告無法發展新卡。更重要的是，並無證據顯示威士卡公司的章程傷害到消費者，此乃法院應調查的重點。相關證據顯示，目前的信用卡市場已是一在結構上互相競爭（structurally competitive）的市場，不同的發卡機構鎖定不同的消費者團體與消費需求。原告已是信用卡市場上的成功競爭者，其「希望在市場上更有效率（more effectively）從事競爭」的目標，並不在《休曼法》的保護範圍內⁴²。

最後 Moore 法官表示：「並無證據顯示威士卡公司排除原告加入，會提高價格或降低產出，或是原告須要加入威士卡公司方得以發展新卡。因此本案本院所面對者，是有待本院予以抨擊的原告商業政策。本院若因威士卡公司的排外規則或行為，而課負威士卡公司責任，或促其修改章程以開放威士卡系統予其他系統之競爭者加入，將使司法捲入市場力量的經濟激流中。任何潮流趨勢，藉由市場本身的機能，將可修正得更好。《休曼法》最終所要保護的是消費者，而不是競爭者。若本院被誘使瓦解此種區別，則將會扭曲本院護衛消費者福利的持續能力。」⁴³

⁴⁰ 36 F.3d at 971.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.* at 971.

⁴³ *Id.* 此段話似乎隱約透露，對於原告指控合資排外行為違法而請求法院強迫合資接受原告加入之爭執事件中，法院將傾向尊重市場機能，而採取「消極不介入、不干涉的態度」，亦即法院不願認定合資排外行為違法，而強迫合資接受原告加入、干涉合資的會員政策影響合資的營運，以免破壞合資的功能而導致更大的傷害（破壞未來成立合資與創新的誘因）。

據上理由，Moore法官最後廢棄原判決，改判被告勝訴⁴⁴。原告不服，上訴至聯邦最高法院，但聯邦最高法院拒頒覆審令，而從程序上駁回上訴確定⁴⁵。

肆、學者所建構的合理原則分析步驟

上述 *Mountain West* 案中，聯邦第十巡迴上訴法院所採取的「二步驟」的分析方法，學者雖給予肯定，但認為其具體明確性仍嫌不足⁴⁶。學者進而著述提出一套更為具體細膩的「合理原則分析標準」，作為分析判斷合資排外行為合法與否時的依據。

一、建構合理原則分析步驟與標準的必要性

合資排外行為的合理原則分析，若欠缺具體明確的分析步驟與認定標準，將無法清楚預見法院的判決結果，導致法院的判決結果具有不確定性，進而使合資缺乏可資遵循規範依據，並產生下述負面影響：

1. 合資之競爭者將以「提起反托拉斯訴訟請求加入合資」作為競爭的手段，而非透過提供更好之產品或服務來與合資競爭，並導致合資之排外行為的訴訟有漸增之趨勢⁴⁷。

2. 面對冗長訴訟程序與判決結果之不確定性，合資將面臨下述兩難：(1) 若允許競爭者加入，合資將因導致結合或壟斷結果，而可能面臨政府強制執行的風險；(2) 若拒絕競爭者加入而可能將面臨被拒絕者所提起的爭訟，以及因此所須付出的訴訟成本與三倍損害賠償的威脅⁴⁸。

3. 若因合理原則分析步驟與標準之不明確，使得合資被迫接受競爭者或潛在競爭者，將導致合資系統間的競爭持續減少，或者是造成潛在競爭者欠缺另創其他合資的動機，進而導致合資系統間的競爭無法提升⁴⁹。

⁴⁴ *Id.* at 958.

⁴⁵ 515 U.S. ___, 132 L Ed 2d 846 (1995).

⁴⁶ See e.g. David A. Balto, *Battle of Credit Card Giants Provides Important Antitrust Guidance for Joint Ventures*, 50 BUS. LAW. 1143, 1144 (1995).

⁴⁷ See David A. Balto, *supra* note 3, at 624, 640.

⁴⁸ See Charles F. Rule, *The Administration's Views on Joint Ventures*, 54 ANTITRUST L. J. 1121, 1123-24 (1985).

⁴⁹ See David A. Balto, *supra* note 3, at 640.

4.合理原則分析步驟與標準不明確，使得合資被迫接受競爭者加入，而與競爭者共享設立所得之果實（競爭利益），將阻礙廠商投資設立合資之意願。如此將造成合資比其他組織型式（如外部合併、單一廠商之內部擴張）承受更多的反托拉斯訴訟風險，而成為較不受廠商青睞的組織型式⁵⁰。

鑑於上述欠缺具體明確的合理原則分析步驟與標準所生的負面影響，以及為求降低此種訴訟型態抑制合資發展與成長的可能性，實有必要建構一套更具體明確的合理原則分析步驟與標準。在思考如何建構合理原則分析的步驟與標準時，David A. Balto 教授便認為應考量並滿足下述四項要求⁵¹：

- 1.保護合資系統間的競爭
- 2.保護設立合資之誘因與創新誘因
- 3.法院判決須具預測可能性
- 4.促進司法資源的有效運用⁵²

二、Balto 教授建構的合理原則分析步驟：必要設備準則

David A. Balto、David S. Evans 與 Richard Schmalensee 教授均認為，合資之排外行為應與單一廠商（a single firm）之排外行為一樣，適用「必要設備準則」（essential facility doctrine）⁵³。因為合資所產生的經濟效率與單一廠商相同，甚至可能產生單一廠商獨自所無法達成的效率。同時合資之排外行為所產生的反競爭效果（或促進競爭效果），其對市場、貿易或競爭所生之威脅，並未大於單一廠商⁵⁴。因此，反托拉斯法不應將合資視為「較無好感」（less-favored）的

⁵⁰ See Thomas M. Jorde & David J. Teece, *Acceptable Cooperation among Competitors in the Face of Growing International Competition*, 58 ANTITRUST L.J. 529, 544-45 (1989).

⁵¹ 這四項考量因素（或要求），主要是以 David A. Balto 教授之見解為依據，並加入其他學者的相關意見，綜合而成。See David A. Balto, *supra* note 3, at 644-5.

⁵² 政府對經濟活動的干預，勢必產生執行法令所需支出的「管理成本」（administrative costs），及業者因遵守法令規定所需支出的「符合成本」（compliance costs）。就反托拉斯法之規範而言，執法機關之不當介入及法令之不明確，均將徒增上述「管理成本」及「符合成本」。此外，法院之審判及訴訟之進行皆須要成本，不明確的法律規範標準，將增加審判所需時間與人力，提高訴訟成本。相關文獻請參見李文儀，美國反壟斷法之適用範圍，輯於「民商法論文集」（三民書局印行），民國 77 年 1 月，頁 63。

⁵³ See David A. Balto, *supra* note 3, at 647; David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 5, at 861, 882, 898.

⁵⁴ 除 Balto 等教授之外，尚有許多學者認為合資的排外規則（或行為），對競爭所產生的威脅，

組織形式，也無任何經濟理由可認為成立合資所需的誘因比單一廠商為低⁵⁵。故反托拉斯法對於合資與單一廠商之財產權與自由權的保護應該相同，對於競爭者要求使用合資財產（包括加入合資成為會員），均應適用「必要設備準則」。否則將使合資承受比單一廠商更多的違法威脅與反托拉斯責任，導致競爭上的不利益，進而可能將阻礙合資之設立，並間接鼓勵廠商合併⁵⁶。

（一）單一廠商之排外行為適用必要設備準則之情形

1983年的 *MCI Communications Corp. v. AT&T*⁵⁷ 案（以下簡稱 *MCI* 案），是單一廠商之拒絕往來的排外行為，適用「必要設備準則」的最重要案例。本案聯邦第七巡迴上訴法院適用「必要設備準則」來分析判斷 AT&T 拒絕 MCI 通訊公司使用 AT&T 地區電話交換台之行為的合法性，並提出「必要設備準則」的四項內涵要件。須此四項要件具備，方得要求壟斷者將設備提供他人使用：1. 壟斷者所擁有或控制的設備為「必要設備」（該設備為競爭者從事競爭所必要）；2. 競爭者缺乏複製該必要設備之特別或合理能力；3. 壟斷者拒絕競爭者使用該設備；4. 壟斷者缺乏「拒絕競爭者使用設備」的合理營運事由，亦即具有提供設備的可行性⁵⁸。

而並不會比單一廠商拒絕和競爭對手合作所產生者，來得大。See also William J. Baumol & Janusz A. Ordover, *Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies?*, in *ANTITRUST, INNOVATION, AND COMPETITIVENESS* 82 (Thomas M. Jorde & David J. Teece, eds. 1992); William Blumenthal, *Three Vexing Issues under the Essential Facilities Doctrine: ATM Networks as Illustration*, 58 *ANTITRUST L.J.* 855, 866-67 (1990).

⁵⁵ See David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 5, at 861, 879.

⁵⁶ See David A. Balto, *supra* note 3, at 647.

⁵⁷ 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), *cert. denied*, 464 U.S. 891 (1983). 本案事實為：原告 MCI 通訊公司是長途電信業者，欲使用 AT&T 的地區電話交換台（local telephone exchange）而申請加入 AT&T，但遭 AT&T 拒絕。MCI 認為若其未使用地區電話交換台，將無法有效提供長途電信服務予各地住戶使用，因而提起本訴主張 AT&T 之拒絕行為違反《休曼法》二條。該條規定：「任何以獨占或意圖獨占州際間或與外國間之貿易與商業，或與他人結合或共謀為一部或全部之獨占州際間或與外國間之貿易或商業者，視為觸犯重罪，若經定罪，處法人一百萬元以下罰金；其為自然人者，由法院裁量，處自然人三年以下有期徒刑，或科或併科十萬元以下罰金。」

⁵⁸ *Id.* at 1132-33. 本案由於若 MCI 未加入當地的電話交換台，則無法有效競爭，因為這些交換台是長途電信業者與各地消費者（使用客戶）連接的唯一管道，屬於一種「必要設備」。而該設備的所有者——AT&T 又具有壟斷力量（屬於「規範性壟斷」，regulated monopoly），此滿足「壟斷者擁有或控制必要設備」的第一項要件。再者，MCI 並無法複製 AT&T 在各地的電話交換台，此滿足「競爭者缺乏複製該必要設備之特別或合理能力」的第二項要件。同時，AT&T 拒絕 MCI 加入，且欠缺拒絕 MCI 加入之合理事由，此滿足第三、四項要件。故 AT&T 即負有接受 MCI 加入當地的電話交換台的義務。

在此，有必要先作說明的是，法院適用「必要設備準則」之目的在保護競爭。法院關切的焦點，在於排外行為對競爭過程之影響，而非在於排外行為對被排除者之傷害，因此必要設備準則之適用乃在保護公共利益，而非促進被排除者的私人利益⁵⁹。對此，學者 Phillip E. Areeda 教授提出適用「必要設備準則」時必須注意的原則⁶⁰：

1. 廠商並無與他人分享財產的一般義務，縱認為有此義務（被迫接受他人進入以共享財產），亦只是（且應該是）非常例外的情況。

2. 廠商的設備或商業關係，僅於其對原告之競爭活力具有決定性的影響，且原告之存在是市場之競爭所必要時，方被認為具有必要性（亦即被排除者之存在對市場競爭具有重要性）⁶¹。「對原告之競爭活力具有決定性的影響」意指原告若欠缺該設備即不能有效從事競爭，以及該設備不能被複製或無其他代替選擇⁶²。

3. 沒有廠商應被迫與他人交往（或被迫接受他人進入），除非此種被迫與他人交往可降低價格、增加產出或創新，以致實際上可能增進市場上的競爭。然有下述情形存在時，被迫與他人交往並不可能增進競爭：

- (1) 若被迫與他人交往將致使「有價值的行為」（valuable action）受到抑制；
- (2) 原告並非實際或潛在的競爭者；
- (3) 當原告只是為了成為壟斷者，或分享壟斷者之利益時；

4. 即便所有條件皆滿足，拒絕他人進入亦非即屬違法。合理的營運事由可使被

⁵⁹ 傳統上，規範者（如法院、司法部、聯邦貿易委員會）較著重在廠商的保護，致使無效率的廠商可藉由「必要設備」準則之適用，而續留市場。但現在，規範者逐漸接受以「市場」及「競爭」之保護作為反托拉斯法及必要設備準則的目標。See Cutting Edge Of Antitrust: Exclusionary Practices (1989), 58 ANTITRUST L.J. 841, 845 (1989); Stanley M. Gorinson, *Overview: Essential Facilities and Regulation*, 58 ANTITRUST L.J. 871, 872, 873, 877 (1990); Mary L. Azcuenaga, *Essential Facility and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?*, 58 ANTITRUST L.J. 879, 886 (1990).

⁶⁰ See Phillip E. Areeda, *Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 ANTITRUST L.J. 841, 852-53 (1990).

⁶¹ Areeda 教授提出此點的用意，旨在避免脆弱或無效率的廠商藉此而續留市場。

⁶² 為限制必要性的範圍，Areeda 教授建議：必要設備準則之適用，應限於該設備是：(1) 自然壟斷的設備，或(2) 法律禁止另外複製或創設的設備，或(3) 或因具公共（政府）補貼以致私人無法設立的設備。否則競爭者將以設備可提供實質的成本利益，而主張任何的設備皆為必要設備，即便設備所有者係透過優越知識、努力或天份等合法之管道擁有設備。See PHILLIP E. AREEDA & HERBERT H OVENKAMP, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION*, ¶ 723-24 (Supp. 1991).

告阻卻違法。什麼是合理的營運事由，此為法院應認定的問題。雖然被告負有證明其具有合理營運事由之初步責任，但原告亦負有證明被告之證明無法成立的責任。

5. 被告的意圖無須闡明，因為拒絕與他人分享設備的每個廠商，皆是為了限制他人與自己競爭及增加本身之利潤。廠商冀求在市場上成功的意圖，並非受反托拉斯法責難的意圖。

(二) 合資之排外行為適用必要設備準則的步驟

Balto等教授以單一廠商適用「必要設備準則」時的四項內涵要件為基礎，建構合資之排外行為適用「必要設備準則」時之要件與步驟。茲繪成〈圖四：合資排外行為適用『必要設備準則』的分析步驟〉，並簡要說明如下：

1. 具有必要性

首先，合資之會員資格，必須是被排除者在市場上從事競爭所必要（必要性）。判斷是否具有「必要性」的標準，與單一廠商適用「必要設備準則」時相同。若合資之會員資格所提供的服務、設備或商業關係，為其他競爭者在相關市場上從事競爭所必要，則具有「必要性」⁶³。若被排除者縱未加入合資，其仍有能力從事競爭，則加入合資對其而言，即非屬必要⁶⁴。若合資之會員資格僅可提供某種競爭利益（competitive advantage），通常應不認為具有必要性⁶⁵。

2. 欠缺複製或代替可能性

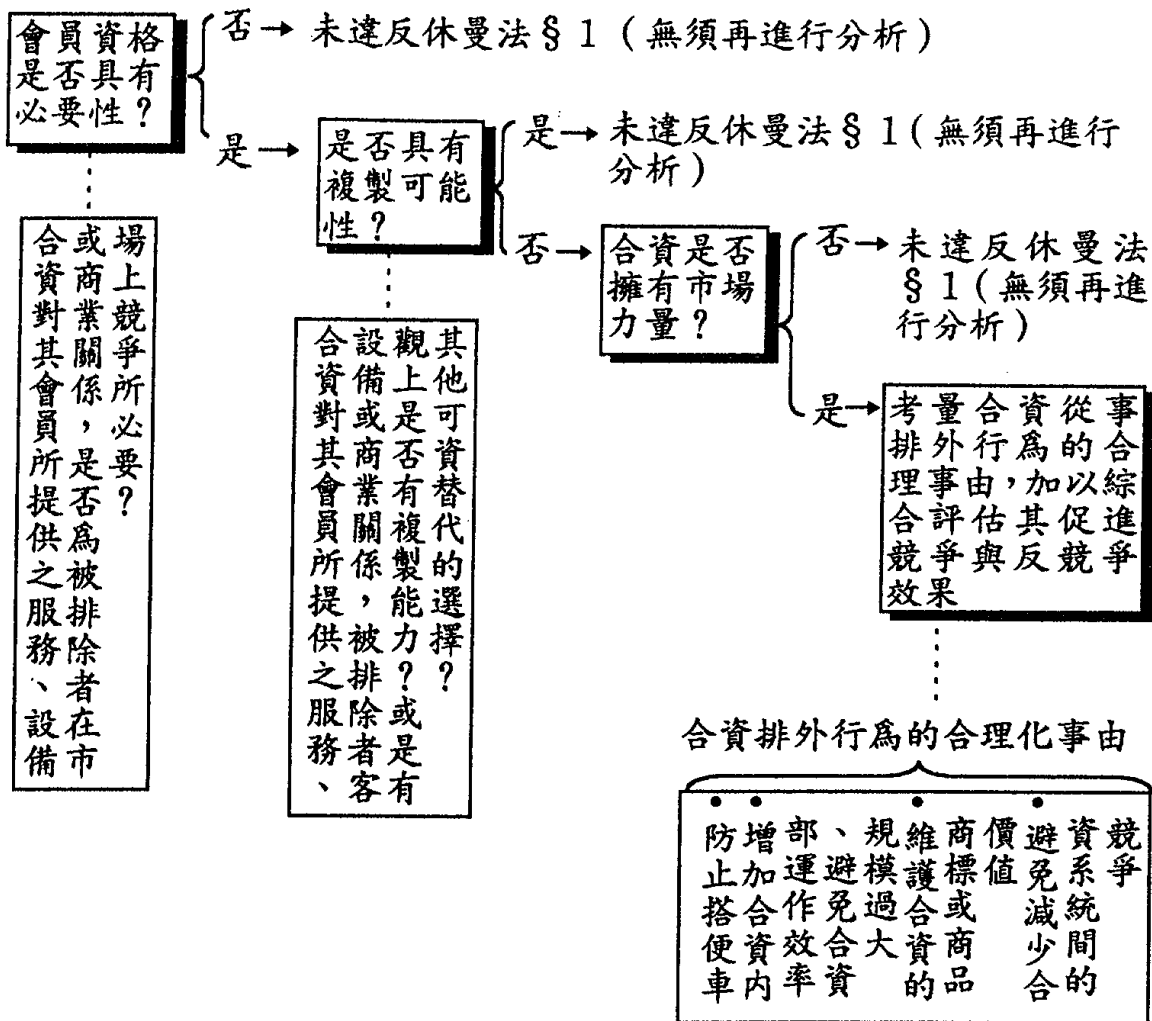
若認定具有必要性，則繼續進行第二步驟「複製或代替可能性」的檢視。檢視的焦點在於被排除者（不論是單獨或與他人合作）可否在合理的期間內，另創此種服務、設備或商業關係？若被排除者有能力創設另種代替設備（alternative facility）或另種可提供相同服務的商業關係，亦即除加入合資之外，尚有其他選擇，則其所

⁶³ 關於單一廠商設備之必要性，在 *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991), cert. denied, 503 U.S. 977 (1992) 一案中，聯邦第九巡迴上訴法院表示：「若設備居競爭能力之極重要地位，且競爭者若欠缺此設備將無法有效地在相關市場上競爭，則此設備即具『必要性』」。

⁶⁴ See David A. Balto, *supra* note 3, at 652.

⁶⁵ 在 *City of Anaheim v. Southern California Edison Co.*, 955 F.2d 1373 (9th Cir. 1992) 一案中，聯邦第九巡迴上訴法院即明確否決「具有競爭利益即足以要求使用（或進入）設備」的觀念。

圖四：合資排外行為適用『必要設備準則』的分析步驟



提加入合資之請求即應予駁回⁶⁶。

是否具有複製可能性，可依「進入障礙」(entry barriers)與「市場結構」(market structure)作為判斷與分析的依據。考量被排除者所欲進入的市場，是否有規範障礙或其他障礙？以及市場中是否存有「設立代替設備或合資」的需求？若現存合資所滿足之市場需求低於百分之五十，則市場上尚存有足夠需求而得以另創他種代替性合資⁶⁷。

3.合資擁有市場力量

在認定具有複製可能性後，繼之判斷合資是否擁有市場力量。在適用「必要設備準則」時，「合資之市場力量」與「合資會員資格之必要性」，均是用來判斷排外行為是否對競爭與消費者造成傷害的一種手段或標準。必須「合資會員資格具有必要性」且「合資擁有市場力量」此二項要件兼具，才認為合資之排外行為可能對市場競爭產生影響。

一般在測量市場力量時，於界定相關產品市場與地理市場後，通常是以「市場占有率」來測量市場集中度。但在測量合資之市場力量時，若以合資所有會員之「市場占有率」總和為之，可能無法正確評估出合資市場力量的有無⁶⁸。蓋市場力量是廠商提高價格逾越邊際成本以獲取利潤的一種能力，其實際所欲測量者，是「一特定行為藉由提高價格或減少產出以傷害競爭的能力」⁶⁹。若以合資所有會員之「市場占有率」來測量合資之市場力量，將可能產生依集體市場占有率認定合資具有市

⁶⁶ See David A. Balto, *supra* note 3, at 649.

⁶⁷ *Id.* 在 *United States v. Rocky Mountain Automated Clearing House Ass'n*, No. 77-391 (D. Colo. 1977) 及 *United States v. California Automated Clearing House Ass'n*, No. 77-1643-LTL (D. Cal. 1977) 兩案中，司法部控告二家區域性的自動清算所 (Automated Clearing Houses, 以下簡稱ACHs) 拒絕某儲蓄機構加入成為會員。關於可否複製的爭議，司法部即提出「市場上的需求量尚不足以支持儲蓄機構另創一個ACHs」的主張，以及聯邦準備局對於ACHs之運作所給予的全額津貼補助，使得另一清算所在經濟上幾乎不可能再設立，而認本案欠缺複製可能性。所謂ACHs，乃美國聯邦準備制度 (Federal Reserve System) 為清算各銀行間債權債務關係，所操作的自動清算所網路。此網路自1970年第一個在加州成立以來，至今已有32個遍佈美國各地。大多數的商業銀行及金融機構皆參與該自動清算所網路以清算彼此間的債權債務。參見中華徵信所企業股份有限公司，「國際貿易，金融大辭典」，民國86年3月增修訂三版，頁52。

⁶⁸ See David A. Balto, *supra* note 3, at 656.

⁶⁹ See *United States v. E. I. Du Pont De Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956); *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460 (1986).

場力量，但合資之排外行為卻未對市場的價格或產出產生任何影響的結果（如 *Mountain West* 案）⁷⁰。此外，亦將面臨一項難題：既然認定合資擁有市場力量，則強迫合資接受競爭對手之加入，只會增加合資的市場力量；若合資規模業已過大，則難以理解何以要藉增加合資會員（增加合資之市場力量）來防止合資行使市場力量⁷¹？

由於以合資所有會員之集體市場占有率，來測量合資之市場力量，可能產生誤解或不正確的結果，故應使用其他輔助證據確認市場力量的存在。這些證據包括：第一，有證據證明排外行為提高價格或減少產出；第二，合資會員可能擁有的潛在交易數量，占市場交易數量的壓倒性比例，以致沒有其他合資可達到有效率規模的最低限度，可從事有效競爭⁷²。

4. 合資欠缺拒絕被排除者加入的合理化事由

原告證明具有「必要性」、「欠缺複製可能性」及「合資擁有市場力量」等三項要件後，接下來舉證責任轉移至被告，由其釋明（show）其從事排外行為乃具有合理的事由（第四項要件）⁷³。被告通常所主張的合資排外行為之合理化事由有：

(1) 防止原告搭便車（take a free ride），保護「創新」（innovation）⁷⁴ 誘因與成立合資之誘因：鼓勵創新最重要與最有效的方法便是保護創新成果——創新所得之財產（權），創新成功後所得之回收（財產）未受到完善的保護，他人將可藉搭便車而無須付出任何代價即可享有創新果實，最後造成無人願意付出成本承

⁷⁰ See David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 5, at 861, 871.

⁷¹ See David A. Balto, *supra* note 3, at 656.

⁷² *Id.* at 657.

⁷³ 關於適用「必要設備準則」時舉證責任之分配，Areeda教授表示：「絕大部分的非當然違法主張，原告負有證明系爭行為是不合理的舉證之責。當然，隨後被告亦負一般的舉證之責（usual burden），而須提出系爭行為是正當合理的『初步證明』。一旦被告提出該初步證明後，則說服法院或陪審團駁回該證明的責任，即落在原告身上。此適用在下述情況尤為適當：要求所有者將其產品或設備分享予競爭者之合理事由是否存在，仍有疑問時，或課負被告接受競爭者加入的義務顯然太過時，……」因此，被告僅須初步證明其具有拒絕競爭者使用設備的合理事由，之後則由原告負最終的舉證責任，證明被告所稱的合理事由並不存在或僅是一種藉口。See PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *supra* note 62, ¶ 736.2d, 662-663; see also Partrick J. Ahern, *Refusals to Deal After Aspen*, 63 ANTITRUST L.J. 153, 166-67 (1994).

⁷⁴ 「創新」的概念，有狹義與廣義之分，狹義係指「創新效率」（innovative efficiency），廣義則不以「創新效率」為限，本文所謂「創新」即採廣義。經濟效率依「經濟分析期間」之長短，可分成「配置效率」（allocative efficiency）、「生產效率」（production efficiency）及「創新效率」。創新效率是指經由發明、發展、新產品的普及和生產過程，增加社會財富，其經濟分析的期間

擔風險，導致創新誘因減少⁷⁵。投資創新誘因的減少，將大幅降低在研究發展上的投資，進而造成生產技術或產品品質無法改進，導致現有產品產量相對減少（若創新，可能產量會更多）、新產品的引進與發展減少，最終導致社會整體產出的減少⁷⁶。

(2)增加合資內部運作的效率、避免合資規模過大：合資成員有權要求欲加入合資的申請者具有對合資提供有價值貢獻的能力，並對於無法對合資提供有價值貢獻或無法完全承受其所應分擔風險的申請者，具有「排除潛在成員拒絕其加入合資」之權限⁷⁷。因此合資從事排外行為，可防止申請加入者或某些成員只享權利不負擔義務，避免連帶造成其他合資成員的損失，進而增進合資內部運作的效率。合資從事排外行為亦可能係為避免合資成員過多，造成合資規模過於龐大。因為合資規模過大，可能會因此而限制市場中合資系統間的競爭，進而引起反托拉斯部門的關切，甚至於受到反托拉斯執行的威脅⁷⁸。

(3)維護合資的商標或商品價值：若強迫合資接受不太可能維護合資商標的競

屬於「非常長期」，分析期間進入生產技術也可以變動（技術進步），而造成新產品出現或生產過程的改變。See Joseph F. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, 62 N.Y.U. L. REV. 1020, 1025 (1987). 中文參見莊春發，美國反托拉斯立法目的研究，*經濟研究*，第33卷第2期，84年6月，頁91。廣義的創新概念，則不以「創新效率」為限，尚包含新的行銷觀念、新的促銷手法等觀念。波特（Michael E. Porter）於其所著「國家競爭優勢」（*The Competitive Advantage of Nations*）一書中，即表示：「當企業尋找新的競爭優勢時，最重要的行動是創新。這裡的創新是從廣義的角度來看，包括：『改善技術和改進做事方法』。在產品的改進和製程的改進中，新的行銷觀念、新的促銷手法和新的規模中，都可看見創新的影子。」參見波特（Michael E. Porter）（著）李明軒、邱如美（譯），「國家競爭優勢」（上），民國85年8月，頁68。

⁷⁵ See Phillip E. Areeda, *supra* note 60, at 851; Joseph Kattan, *Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards Of Innovation*, 61 ANTITRUST L.J. 937, 963 (1993).

⁷⁶ 此即搭便車所產生的「外部不經濟」（或外部成本）。See E. Thomas Sullivan & Jeffery L. Harrison, UNDERSTANDING ANTITRUST AND ITS ECONOMIC IMPLICATIONS 122 (2d ed., 1992). 所謂「外部不經濟」或「外部成本」（external diseconomies or external costs）係指人們的經濟行為有部份成本不必自行負擔者。參見張清溪等合著，「經濟學」（上冊），民國84年8月三版，頁343。

⁷⁷ See David A. Balto, *supra* note 3, at 660.

⁷⁸ See Charles F. Rule, *supra* note 48, at 1126; David A. Balto, *Access Claims Faced by Credit Card Joint Ventures*, 49 BUS. LAW. 1367, 1367~8 (1994). 美國司法部在一九八八年公佈的「反托拉斯法對跨國經營之指導原則」中，亦明白表示：「當合資過大時，司法部將關切其可能產生的反競爭效果，亦即其因規模之擴大而限制競爭者間的競爭（蓋競爭者已成為合資會員），以致增加或促進市場力量的行使。」See Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13, 109.10 (1988). 本次司法部對威士卡與萬事達卡所提的反托拉斯控訴，就是威士卡與萬事達卡系統規模過大所引起的一種訴訟威脅。

爭者加入合資，使競爭者無須付出成本與心血便得以使用合資商標，則將減少合資成員致力維持商標或商品價值之誘因，進而導致商標價值降低。長期而言，可能造成合資成員不願承受風險與改革產品⁷⁹。

(4)避免減少合資系統間的競爭：允許合資之競爭者加入合資，則競爭者在風險的考量下，將少有意願另創新的合資以與現有合資競爭。此將有礙其他合資系統的發展，造成合資系統數量減少、合資系統間的競爭減少⁸⁰。

依據上述四項要件的檢驗，合資之排外行為僅於四項要件皆欠缺時，始應被認為違法，而課負合資接受競爭者加入的義務。當然，強迫合資接受競爭者加入時，應要求競爭者支付在合資之總投資中其應分擔的部分。競爭者應負擔的部分，須將合資既存會員早期所承擔的風險與投資，一併納入計算考量⁸¹。

三、Hovenkamp 教授所建構的合理原則分析步驟

另一派的學者如 Herbert Hovenkamp 教授則認為，合資之結構性質與單一廠商不同⁸²，再者「必要設備準則」的焦點過度集中於「必要性」，適用的結果易導致「脆弱或無效率的廠商因有加入合資的必要性而續留市場」的缺失⁸³。故其認為合資之排外行為不應與單一廠商同樣適用「必要設備準則」，並建構一套較單一廠

⁷⁹ See David A. Balto, *supra* note 3, at 658.

⁸⁰ 美國司法部與聯邦貿易委員會於「反托拉斯在健康看護業的執行政策宣言」(Statement of Antitrust Enforcement Policy in the Health Care Area)中即表示：「在特定情況下，合資對其會員資格作限制(即限制新會員之進入)，可能有助於促進競爭，蓋其『可提供非會員另設其他合資的誘因，以與現有合資從事更有效率的競爭』。」See Statement of Antitrust Enforcement Policy in the Health Care Area, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,152 (Sept. 27, 1994).而就 *Mountain West* 案而言，強迫威士卡公司接受像原告這種競爭對手加入，將減少威士卡系統與發現卡系統間的競爭。See David A. Balto, *Antitrust and Credit Card Joint Ventures*, 47 CONS. FIN. L.Q. REP. 266, 270 (1993).

⁸¹ See David A. Balto, *supra* note 3, at 658.

⁸² Hovenkamp 教授認為，合資與單一廠商最重要的差異，在於合資係由獨立的經濟體所組成的集合體 (aggregations of economic actors)，合資本身的行為或決策係其成員經由一定的程序共同決定。合資此種結構與性質，將形成合資與成員間利益衝突與動機歧異 (divergent incentives)。驅逐既有成員、拒絕潛在成員加入等排外行為，可能即是合資與其成員利益歧異下的產物，例如新成員之加入雖將增加合資整體的產出，但可能剝奪既有成員的市場占有率，導致既有成員為追求私益而採取拒絕新成員加入的策略。但此種情形，是不可能發生在「單一廠商」身上的。故其認為，將「合資的排外行為」與「單一廠商的排外行為」為相同的處理，並不妥當。See Herbert Hovenkamp, *supra* note 6, at 30, 54, 61.

⁸³ *Id.* at 110-11.

商更為嚴格的合理原則分析步驟。茲將其分析步驟，繪成〈圖五：Hovenkamp教授所建構的合理原則分析步驟〉，並簡要說明如下：

1. 是否適用合理原則？

Hovenkamp 教授認為，絕大部分涉及合資排外行為（而該合資被認為是有效率的）的案件，應適用合理原則，同時必須證明被告具有市場力量。唯一例外的情形是，當該排外行為（集體拒絕交易行為）本身是一種「明顯的卡特爾促進者」，亦即其僅是「單純勾結的幌子」（nothing more than a front for naked collusion）時，則合資之排外行為將被視為一種勾結協議，而當然違法⁸⁴。

2. 是否具有市場力量？

認定應適用合理原則後，繼之判斷系爭合資排外行為（或規則），在經適當定義的相關市場中，是否有減少產出或提高價格之虞？在提出本問題時，法院必須先對競爭可能遭受威脅的所有市場層次，依據一般的反托拉斯原則，界定相關市場。Hovenkamp 教授並認為，若合資從事排外行為的目的並非在促進勾結，而係單純地排除競爭者，則合資內部的市場結構即變得較不重要甚至可能無關。因此所謂市場力量的調查，應係指調查合資整體的市場力量（系統層次的市場力量）⁸⁵。

3. 排外行為可否促進合資的合法效率目標？（增加合資整體的產出）

就本步驟的分析目標而言，合法效率目標乃意指該排外規則或行為必須被證明能增加既存合資的整體產出。至於排外行為是否具有避免搭便車的效果，以及強迫進入是否將導致競爭誘因的減少，則屬於搭便車的問題，而留待第四步驟探討。在考量對合資之整體產出所產生的衝擊時，法院必須將「申請者被排除時的合資整體產出」與「允許申請者加入後包括新會員之產出在內的合資整體產出」作一比較⁸⁶。

4. 被排除者是否搭便車？

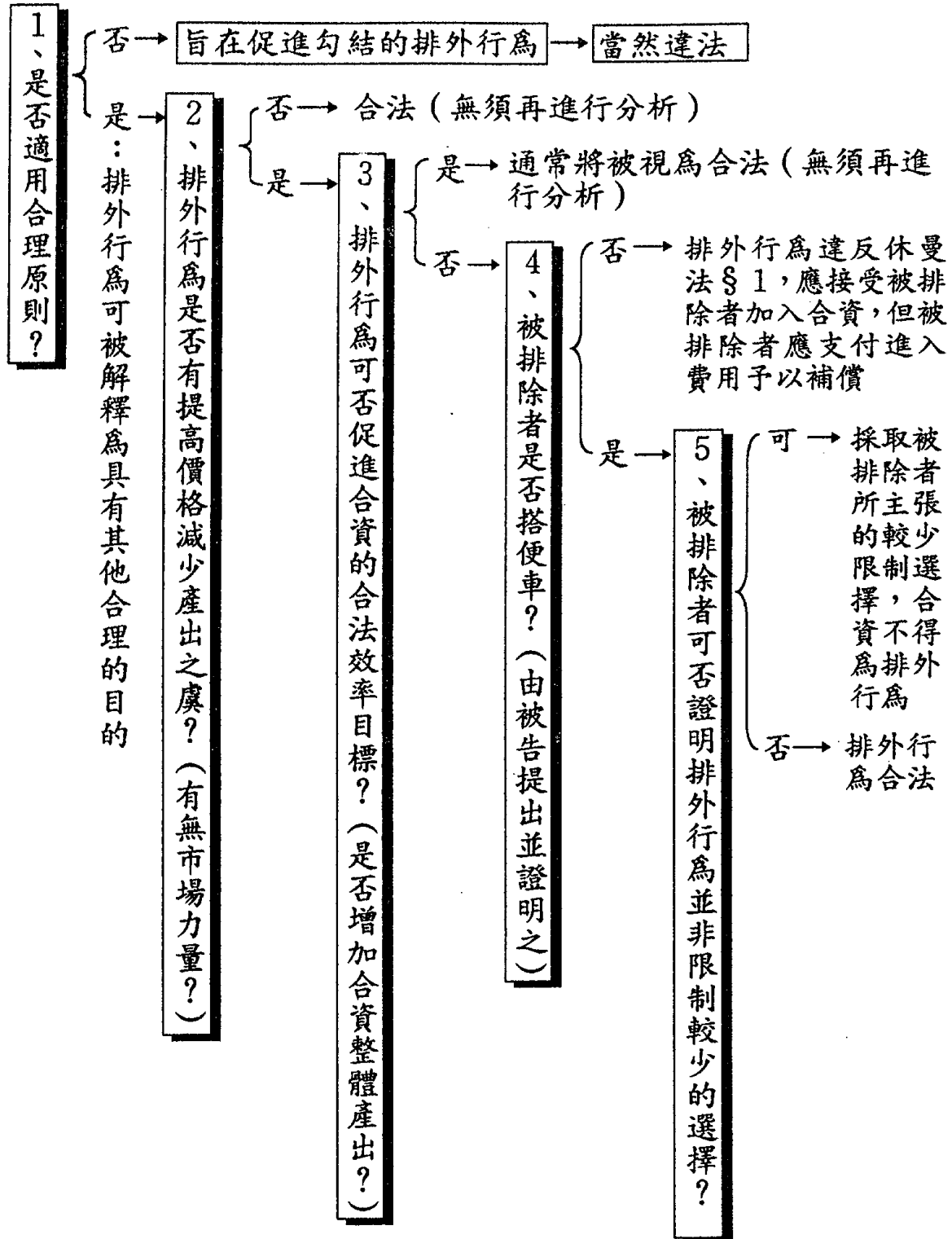
若被排除者具有搭便車的嫌疑，致足以實質減少未來形成類似合資的誘因，則減少合資整體產出的排外行為，仍有可能是合法的。關於「閉鎖式合資」（closed-

⁸⁴ *Id.* at 4.

⁸⁵ *Id.* at 93, 123.

⁸⁶ *Id.* at 123.

圖五：Hovenkamp教授所建構的合理原則分析步驟



membership joint ventures) 與「開放式合資」(open-membership joint ventures) 所提原告「搭便車」的主張是否成立的問題, Hovenkamp 教授認為, 閉鎖式合資由於採取緊閉的會員政策(合資成立後即不再接受新會員), 故產生搭便車的可能性最大, 其以防止搭便車作為從事排外行為的合理事由, 最易成立⁸⁷。至於開放式合資(合資成立後仍接受新會員的加入), 若其採取「選擇性會員政策」(selective membership policies), 而選擇性地排除競爭者加入, 則要主張該被排除者搭便車, 就相當勉強, 而較難證明⁸⁸。

5. 是否為「較少限制的選擇」(less restrictive alternatives)?

所謂「較少限制的選擇」, 係指廠商所採取的限制, 須在達成其合法目的所必要的範圍內。其理論依據是, 一個可能傷害競爭的協議, 若因具有產生效率的可能性, 而被正當化合理化, 則該協議必須在未影響效率利益的前提下, 盡量減少限制, 以將對競爭所可能產生的傷害降至最低⁸⁹。以合資的排外行為為例, 原告仍可提出其他限制較少的方法(一種允許原告加入合資, 但卻可減輕搭便車之嫌疑的另種方法), 例如支付「進入費」(entry fee)⁹⁰, 而請求加入合資。但若原告無法提出比排外行為所生限制更少的其他方法(選擇), 亦即表示合資之排外行為本身已為限制最少的選擇, 則合資之排外行為即被認為合法。是否有其他限制較少的選擇(對競爭的傷害較少但可達到相同目的或效率的另種選擇), 由原告負舉證之責⁹¹。

四、評析

綜觀 Balto 與 Hovenkamp 教授所建構的合理原則分析步驟, 不論何者皆比 *Mountain West* 案中聯邦第十巡迴法院所採取的「二步驟」分析法, 更加細膩與具

⁸⁷ *Id.* at 99.

⁸⁸ *Id.* at 102.

⁸⁹ *Id.* at 107. 此與「比例原則」的概念類似, 亦即所採取的手段(限制), 須為達成合法目的所必要, 且該限制所產生的傷害須小於實現目的所產生的效率(狹意比例原則)。參見吳庚, 「行政法之理論與實用」, 民國 82 年 7 月增訂版, 頁 54~55。

⁹⁰ 進入費是設計來補償既存會員因先加入合資所承受的風險或其他損失。例如, 採取開放會員政策的合資, 其創始會員應可向嗣後加入的新會員索取「用以補償其先前進入風險」的費用, 亦即該費用是用來補償創始會員初期所承受的風險, 以求公平。See Herbert Hovenkamp, *supra* note 6, at 125 n.308.

⁹¹ *Id.* at 107.

體明確。*Mountain West* 案若適用二位學者所建構的合理原則分析步驟，其結果如下：

若適用 Balto 教授所主張的「必要設備準則」分析步驟，第一步是探討原告是否有加入被告的「必要性」。由於該案原告已在支付卡市場上，成功地發行發現卡，是市場上成功的競爭者，顯然加入被告並非其在支付卡市場上從事競爭所必要，欠缺加入威士卡公司的必要性。因此，「必要設備準則」的第一個要件即未具備，故法院可直接駁回原告之請求，認定合資之排外行為合法，無須繼續審理。

但若適用 Hovenkamp 教授所建構之合理原則分析步驟，首先應判斷適用合理原則或當然違法原則。由於被告僅為促進勾結而從事排外行為的可能性很低，再者排外行為可被解釋防止原告搭便車，故該排外行為本身並非當然違法，而應適用合理原則分析其合法性。

第二步驟是判斷合資是否擁有市場力量。依 Hovenkamp 教授對於市場力量之測量的見解，由於本案系爭行為是排外行為，而非卡特爾勾結，故合資擁有多少會員（系統內部的會員層次的市場力量）並不重要。因此，本案應測量系統層次的市場力量，並以被告所有會員的集體市場占有率總和來認定。由於被告威士公司所有會員的集體市場占有率高達 45.6%，且若加上各會員發行萬事達卡的占有率，顯然威士公司擁有市場力量，故須繼續下一步驟的檢驗。

第三步驟判斷排外行為可否增加產出。本案系爭排外行為並未增加被告整體的產出，因為被告若接受原告之加入，將可因增加會員而增加威士卡總體的發行人數。既然被告的排外行為未能增加產出，則須被推定為違法，並繼續下述第四步驟之檢驗。

第四步驟判斷原告是否搭便車。威士公司由於是一種開放式合資，其允許其他申請者加入，卻選擇性地拒絕原告加入，將難以證明其從事排外行為可防止搭便車。既然其難以證明具有防止搭便車的合理事由，則應認定系爭排外行為違法，而負有接受原告加入之義務。

從上述的適用結果可知，依據 Balto 教授等所建構的「必要設備準則」分析步驟，在第一步驟分析時，便可導出合資排外行為合法的認定結果。此不僅節省司法資源，更可節省被告合資的時間與成本。同時，適用與單一廠商相同的標準，使合資不致受到較單一廠商為劣的待遇，而可滿足「促進司法資源之有效運用」與「保護成立合資之誘因與創新誘因」之要求。再者，其以「必要性」作為篩選的手段，

可避免得獨自有效從事競爭的競爭者加入，而保護合資系統間的競爭。

若適用 Hovenkamp 教授所建構的合理原則分析步驟，相對地須進行更多步驟的檢驗，並較易導出合資排外行為違法的認定結果。同時，對於合資排外行為適用與單一廠商排外行為不同的標準，將抑制成立合資的誘因，進而減少藉由合資從事創新的誘因與機會。故在滿足「保護成立合資之誘因與創新誘因」此一要求上，Hovenkamp 教授所建構的合理原則分析步驟，略嫌不足。因此，本文認為 Balto 教授等所建構的「必要設備準則」分析步驟，較值採取⁹²。

伍、我國公平交易法對合資排外行為之規範

合資的經營型態在我國亦頗為盛行，83年至87年間，公平交易委員會（以下簡稱公平會）處理過下述三件以合資新設事業而申請聯合行為許可的案例：(1)IBM與MOTOROLA申請成立「威立晶片技術服務中心」聯合行為許可案⁹³；(2)大山電線電纜股份有限公司等九家電線電纜事業申請以合資新設事業方式開發高壓電力接續器材之聯合行為許可案⁹⁴；(3)勢捷砂石有限公司等六家砂石事業合資新設開發公司（台西濱股份有限公司）之聯合行為許可案⁹⁵。但截至目前為止，公平會並未處理過合資從事排外行為（包括拒絕加入與取消會員資格）的案例⁹⁶。究其原因，

⁹² 不過，誠如Hovenkamp教授所言，「必要設備準則」可能過於強調必要性而忽略反托拉斯法所關切的重心——競爭，以致造成脆弱或無效率的廠商藉之續留市場。為彌補「必要設備準則」的此項缺失，以正確判斷排外行為對市場競爭之影響，在判斷「必要性」時，可採取Areeda教授之見解，將「被排除者之存在對市場競爭的重要性」一併納入考量。若被排除者之存在對市場競爭未具有必要性，不論是因為該被排除者係脆弱或無效率的廠商，以致其存在無法促進市場競爭，亦或是因為市場本身已處於競爭狀態，致被排除者之存在無法對競爭產生衝擊，皆應認為未符合「必要性」要件，可直接駁回原告之訴，認是合資之排外行為合法，而無須再做進一步的檢視。

⁹³ 參見行政院公平交易委員會(83)公聯字第〇〇七號許可決定書，公平交易委員會公報，第3卷第7期，83年7月31日，頁39以下。本許可期限屆滿之後，IBM及MOTOROLA公司申請延展，行政院公平交易委員會(85)公貳字第八五〇五五三七—〇〇一號函，許可其延展至民國85年12月31日。參見行政院公平交易委員會公報，第5卷第7期，85年7月31日，頁88。

⁹⁴ 參見行政院公平交易委員會(85)公聯字第〇〇一號許可決定書，公平交易委員會公報，第5卷第2期，民國85年2月29日，頁50以下。

⁹⁵ 參見行政院公平交易委員會(87)公聯字第〇〇二號許可決定書，公平交易委員會公報，第7卷第2期，民國87年2月28日，頁108。

⁹⁶ 行政院公平交易委員會公報，從第1卷第1期（民國81年2月）至第六卷第十期（民國86年10月），皆未發現有關於合資或協會從事排外行為，經公平會處分或許可的案例。考其原因之一

可能與下列因素導致合資從事排外行為的機會減少有關：

1. 公平會於合資設立的許可內容中附加限制，規定合資不得限制成員自行創設或參與其他類似的合資：例如，在上述「威立晶片技術服務中心」許可案中，公平會之許可內容中便規定「申請人不得利用本許可從事其他聯合行為，或限制申請人之一自行開辦或退出該服務中心或參與其他技術服務之組織」⁹⁷。此種附加限制，將限制合資不得以「成員自創或參與其他合資系統」為由，排除既有會員（申請人之一）（可比較 *Mountain West* 案中威士卡公司之「反雙重身份」規則），進而預先限制合資不得以此項事由從事排外行為。

2. 公平會於合資設立許可內容中附加限制，限制合資在商品銷售等行為上，不得獨惠合資成員或對非合資成員實施差別待遇行為：例如，在上述開發高壓電力接續器材之許可案中，公平會的許可內容便規定「新設事業於商品銷售等事業活動行為，不得有獨惠其法人股東之行為，同時於於商品銷售之數量、價格等交易條件上，不得對非屬法人股東之交易對象實施差別待遇行為」⁹⁸。此種限制，將減少合資成員的其他競爭者或潛在競爭者請求加入合資的誘因，因為即便未加入合資，仍可取得與合資成員相同待遇的原料商品（高壓電力接續器材），較缺乏加入合資的強烈利益誘因。既然加入合資的誘因減少，當然造成合資從事排外行為的機會亦隨之減少。

儘管如此，還是有可能發生排外行為。例如，在 IBM 與 MOTOROLA 申請成立「威立晶片技術服務中心」並經聯合行為許可後，如果有其他事業申請加入「威立晶片技術服務中心」，此並未在許可內容中附加限制的限制範圍內。若 IBM 與 MOTOROLA 拒絕其加入，則 IBM 與 MOTOROLA 此一排外行為是否違反《公平法》之規定？又如在大山電線電纜股份有限公司等九家電線電纜事業申請以合資新設事業方式開發高壓電力接續器材經聯合行為許可後，非合資成員的某一電線電

，或與近年來我國較大型之「企業策略聯盟」或「工程聯合承攬」、「BOT」案，大多由經濟部工業局或「高工局」及「高鐵局」所策劃與主導有關。惟公平會對此類策略聯盟已依公平法第九條第二項所規定之部會間協調管道，表示關切，或以制定「適用準則」之方式，加以規範。

⁹⁷ 參見行政院公平交易委員會(83)公聯字第〇〇七號許可決定書，公平交易委員會公報，第3卷第7期，83年7月31日，頁40。

⁹⁸ 參見行政院公平交易委員會(85)公聯字第〇〇一號許可決定書，行政院公平交易委員會公報，第5卷第2期，民國85年2月29日，頁51。

纜事業雖然在取得高壓電力接續器材上，與合資成員待遇相同，但見合資獲利頗豐，而想要加入合資以共享利潤。若遭合資拒絕，合資此一排外行為是否違反《公平法》之規定？再如，勢捷砂石有限公司等六家砂石事業合資新設開發公司（台西濱股份有限公司）經聯合行為許可後⁹⁹，若有一家砂石公司想要加入合資被拒絕，該排外行為是否違反《公平法》之規定？這些問題實務上均有可能發生，而有必要未雨綢繆地探討應如何加以規範。

《公平法》涉及合資之排外行為的有關規範，主要有第七條、第十四條的聯合行為規範，以及第十九條第二款「差別待遇」規範。不過，若合資或其成員具有獨占地位，或合資之排外行為成為其他不公平競爭行為的一種競爭手段而非單純的排外行為時，則另可能涉及第十條有關「獨占」之規範與第十九條其他不公平競爭行為的規範¹⁰⁰。又因合資之排外行為係「直接」拒絕申請者加入或取消會員資格，非屬於透過第三人之「間接杯葛」行為，故應無第十九條第一款「間接杯葛」之適用餘地¹⁰¹。茲將合資之排外行為可能涉及「聯合規範」與「差別待遇」規範，說明如

⁹⁹ 參見行政院公平交易委員會(87)公聯字第○○二號許可決定書，公平交易委員會公報，第7卷第2期，民國87年2月28日，頁108~110。

¹⁰⁰ 若合資事業或其成員係公平法所認定的獨占事業，則合資之排外行為有可能構成第十條第一款：「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭。」或是第四款之概括規定：「其他濫用市場地位之行為。」若合資以排外行為做為達成其他目的的一種不公平競爭「手段」，則可能另構成第十九條其他各款所規範的不公平競爭行為。例如，由水平競爭者所組成的合資，合資人間從事固定價格的協議，有申請者申請加入，但合資以「須參與價格聯合」為條件，方許其加入。若申請者拒絕加入合資人間的價格聯合，致合資拒絕其加入之申請。合資此種拒絕加入的排外行為，便是一種使他事業參與聯合的「脅迫」或「不正當」方法，構成第十九條第四款「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業…參與結合或聯合之行為。」在實務上，公平會雖未遇過「合資以排外行為做為促進聯合協議等其他目的之手段」的案例，不過卻處理過「同業公會以申請者未遵照公會所訂定之價格而拒絕其入會」的實際案例：「高雄市餐盒食品商業同業公會拒絕吉之口速食有限公司入會申請」致違反《公平法》第十九條第四款規定的處分案」。參見公平交易委員會(83)公處字第○五九號處分書，公平交易委員會公報，第3卷第6期，民國83年6月，頁29~33。

¹⁰¹ 第十九條第一款規定：「有左列各款行為之一，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：一、以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。」依此規定，其成立要件有下述六項：(1)須有三方當事人，即企圖杯葛者、被杯葛者、及採取杯葛行動者；(2)三方當事人須為公平法所規定的事業；(3)主觀上須以損害特定事業為目的；(4)企圖杯葛者須促使採取杯葛行動者拒絕交易；(5)被杯葛者之拒絕交易須受採取杯葛行動者之影響；(6)有防害公平競爭之虞。從第一項要件可知，本款僅在規範「間接杯葛」行為。參見劉孔中，德國競爭法中與公平交易法第十九條相關規定之研究，歐美研究，第24卷第1期，民國83年3月，頁49；王銘勇，杯葛——公平交易法第十九條第一款之研究，公平交易季刊，第4卷第1期，民國85年1月，頁87。

下：

一、聯合行為規範

(一)合資之排外行為是否屬於公平法所稱之聯合行為

《公平法》第七條規定：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言。」《施行細則》第二條進一步做補充說明，第一項規定：「本法第七條之聯合行為，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。」第二項規定：「本法第七條之其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」據此規定，可知公平法所稱之「聯合行為」，須具有四項構成要件¹⁰²：

- 1.行為主體要件：具有競爭關係的複數事業
- 2.形式要件：契約、協議或其他方式之合意
- 3.實質要件：共同決定價格等相互約束事業活動之行為
- 4.效果要件：足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能

排外行為是否屬於《公平法》所稱之聯合行為，須檢視其是否該當上述聯合行為的四項構成要件。就主體要件而言，由於本文所探討之合資排外行為，侷限於水平式合資（合資成員彼此為競爭者或潛在競爭者）之排外行為。在「水平式合資」，因其係由水平競爭者所組成，其所為排外行為即為競爭者間的一種共同行為。「水平式合資」的成員皆係由同一產銷階段具有競爭關係的事業，應符合聯合行為「具有競爭關係的複數事業」此一主體要件¹⁰³。

¹⁰² 廖義男教授亦對聯合行為之構成要件作相同的劃分。參見廖義男，公平交易法第十四條、第十九條第二款、第二十四條之行政法院裁判評析（研討會報告），憲政時代，第23卷第2期，民國86年，頁96～97。

¹⁰³ 不過在認定「合資之排外行為」的聯合行為主體時，可能如同同業公會一樣產生疑惑，就是「誰是聯合行為的主體」？是「合資」還是「所有合資成員」？黃茂榮教授針對同業公會以決議為聯合行為之情形表示：「鑑於聯合行為之決議，最後必須實行，始有實務上的意義，而同業公會原則上並非最後實行聯合行為之事業，因此，在此限度內同業公會不宜論為聯合行為之行為人，惟倘同業公會參與聯合行為之執行，則同業公會自當因此論為行為人。」蘇永欽教授則認為：「依各團體章程規定，其有權機關依章程所定程序作成決議與執行決議，以及代表團體對外所為行為，應該

就形式要件而言，對於合意的形式，採取「廣泛認定」的態度，只要事實上當事人相互約束共同為限制競爭之行為，均可認為是聯合行為形式上的合意¹⁰⁴。合資從事排外行為的決定，若是由所有合資成員集體同意所作成的協議（例如簽訂合資契約），則自然符合聯合行為「協議」的形式要件。若是依「決議」或依合資章程之規定而為，亦可落入「其他方式之合意」的範疇，而符合聯合行為的形式要件。

就實質要件而言，第七條對水平聯合行為採取「概括性」的定義方式¹⁰⁵。廖義男教授便認為：「法條上使用『…等』之用語，表示第七條之『商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等』僅係例示規定，而非列舉規定。故倘事業間所約定限制競爭之營業競爭活動，縱非法條上所例示之類型，然只要是對營業競爭活動之限制，仍可該當公平交易法第七條所稱之聯合行為¹⁰⁶。」合資之排外行為，雖非第七條有關「聯合行為」之定義所列示的行為類型，但因第七條所規範的聯合行為不以所列示者為限，只要是限制競爭的行為均包括在內。因此合資之排外行為自仍屬於第七條所規範的聯合行為。

前三項要件具備後，還必須該行為「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」，也就是足以產生限制競爭效果，方是《公平法》第七條所欲規範而於第十四條加以禁止的聯合行為。在桃園五家超市組成策略聯盟大量採購降低成本因應競爭，而涉及公平法第十四條聯合行為案中，公平會便明白表示，由於涉案五家超

都可認為是團體的行為。……在未授權情況下，會員事業事實上依照理事會或秘書處的決定或建議而共同行為，應認為是事業的聯合行為，而非事業團體。」參見黃茂榮，「公平交易法理論與實務」，民國82年10月初版，頁262；蘇永欽，事業團體的聯合行為，政大法學評論，第44期，民國80年12月，頁214～15。在合資的情形，由於合資成員須對合資為有價值的付出與貢獻，且合資成員彼此共享損益，因此誰可成為合資成員，影響其他合資成員利益至巨，故通常均在合資契約中加以明訂，或於發起人會議中須要合資成員全體表決或依章程之規定作成排外決議。合資排外行為若在合資成立前為之，其主體為「合資成員」，若在合資成立後，所為之排外行為，其主體應為「合資」。不過，不論是行為主體是「合資」亦或「合資成員」，合資之排外行為皆符合聯合行為的主體要件。

¹⁰⁴ 參見賴源河編，「公平交易法新論」，民國83年11月初版，頁265。各國為防止競爭受到實質限制，亦多對卡特爾協議採取廣義認定之態度。參見吳秀明，「論卡特爾之法律規範」，政治大學法律研究所碩士論文，民國75年7月，頁33。

¹⁰⁵ 參見劉紹樑，從意識型態及執行實務看公平交易法，政大法學評論，第44期，民國80年12月，頁31。

¹⁰⁶ 參見廖義男，前揭（註102）文，頁97；廖義男，「公平交易法之理論與立法」，民國84年10月初版，頁138。另參見蔡英文，公平交易法與智慧財產權，政大法學評論，第44期，民國80年12月，頁259。

市八十一年度之營業額在桃園縣市場（綜合零售業加食品、飲料零售業）之占有率僅 1.66%，尚不足以影響桃園綜合零售業加食品、飲料零售業市場之供需，故本案桃園五家超市組成策略聯盟之行為，尚未構成公平法所稱之聯合行為，而不予處分¹⁰⁷。至於是否「足以影響市場功能」的認定，從公平會過去處理過的案例中，可發現公平會常以「從事聯合行為的事業其在相關市場上的占有率總合」作為判斷標準，且市場占有率逾 20% 以上者，通常便認足以影響市場功能¹⁰⁸。若依此判斷方式，合資之排外行為是否足以影響市場功能，將依合資之市場占有率來認定。若合資之市場占有率逾 20% 以上，便可能會被認為足以影響市場功能。

合資之排外行為若符合上述四項構成要件，便構成《公平法》所稱之聯合行為。此時，合資即須提出申請，並由公平會評估認定是否具有應予例外許可的情形存在。反之，若合資之排外行為並不足以影響市場功能，則非屬《公平法》所稱之聯合行為，無庸提出申請¹⁰⁹。請參考〈圖六：《公平法》聯合規範之理論邏輯〉。不過，合資若自認排外行為並不足以影響市場功能而未提出申請，則可能須承受嗣後被舉發並被認定足以影響市場功能，以致違反申請義務而課以第三十五條刑責之風險。請參考〈圖七：聯合行為效果要件在申請許可之實務運作上可能產生的問題〉。

（二）合資排外行為構成公平法所稱聯合行為的效果

合資之排外行為若符合上述四項構成要件，便構成公平法所稱之聯合行為，依《公平法》第十四條之規定，原則應予以禁止，除非有但書各款所規定的例外情形，且有益於「整體經濟利益」與「公共利益」，可經公平會給予例外許可。不過，公平會在判斷合資之排外行為屬於第十四條但書何款的例外情形時，可能會遇到無法

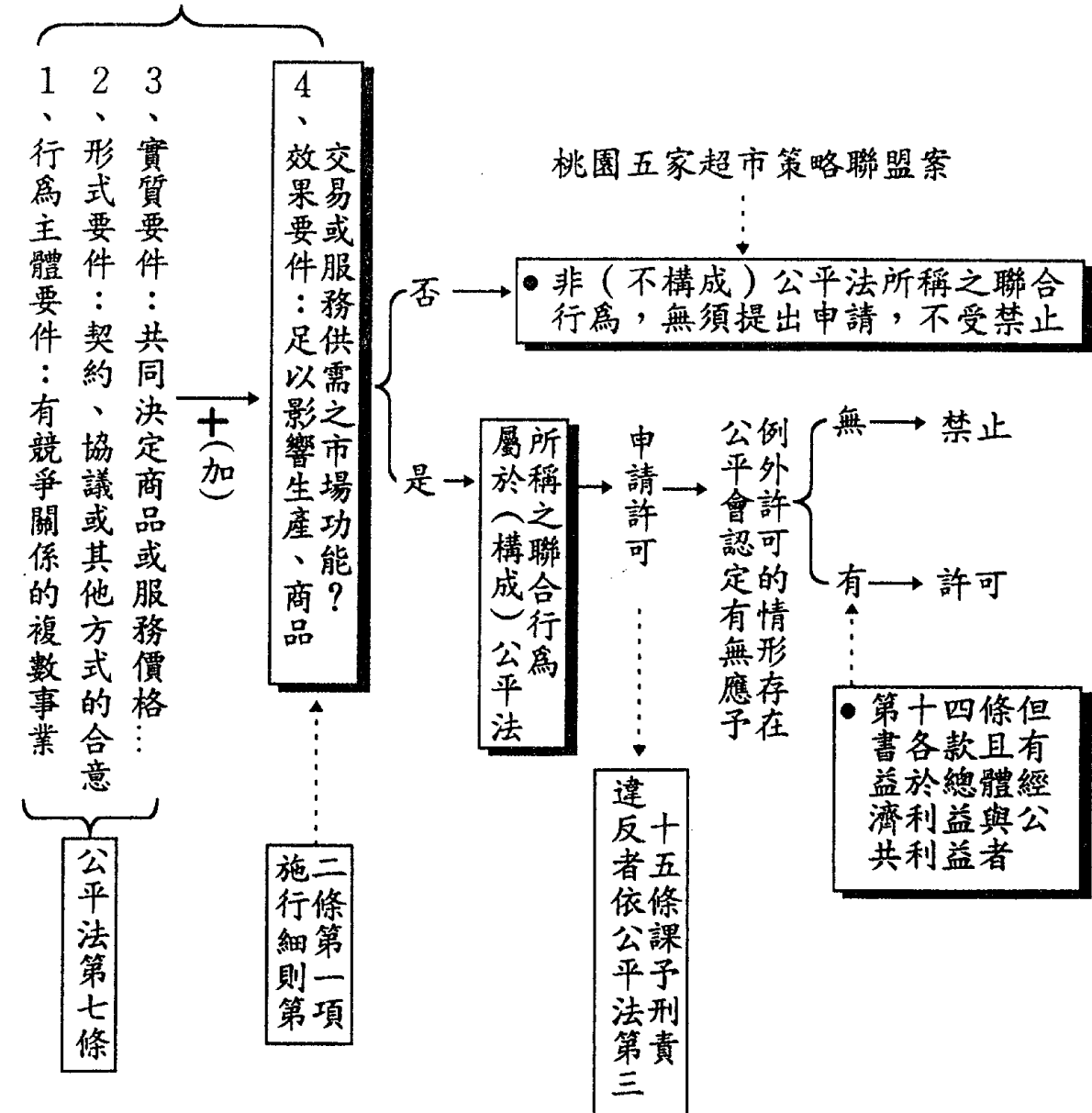
¹⁰⁷ 參見公平交易委員會(81)公處字第 016 號處分書，刊載於行政院公平交易委員會編印，「認識公平交易法」，民國 85 年 5 月，頁 87。

¹⁰⁸ 例如在高雄市五家信用合作社開會協商訂定存款利率調整標準，違反《公平法》第十四條規定案：公平會就該五家信用合作社自 80 年 7 月至 81 年 6 月底止，其「每月之底存款餘額合計平均約占高雄市金融機構存款總額逾 20%」，而認定該聯合行為已足以影響高雄市金融市場之功能，符合本法施行細則第二條第一項之規定。參見公平交易委員會(81)公處字第○二三號處分書，公平交易委員會公報，第一卷第八期，民國 81 年 9 月 30 日，頁 13~16。

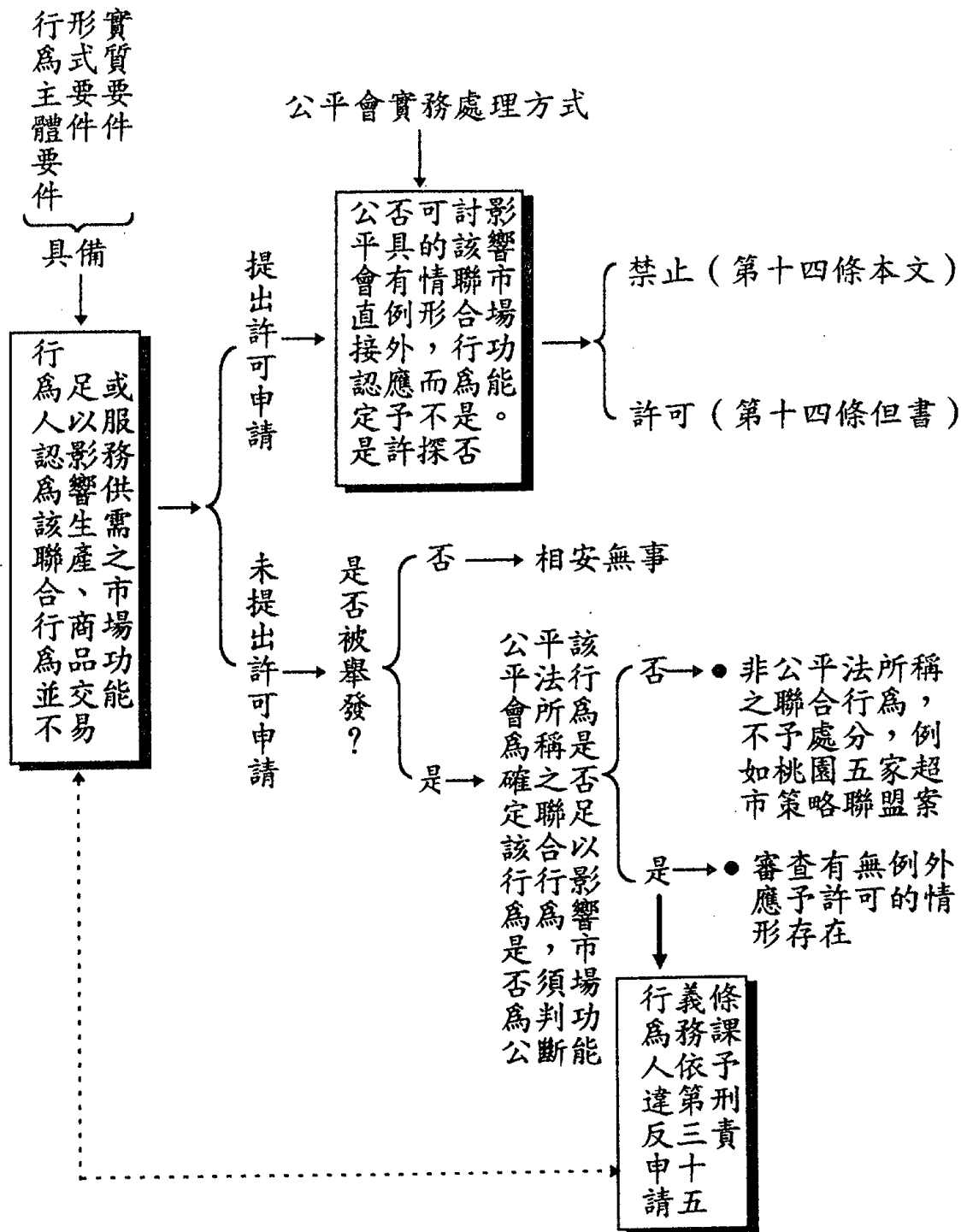
¹⁰⁹ 筆者曾電詢公平會法務處胡科長，胡科長表示，不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能的聯合行為，並非《公平法》所稱之聯合行為，事業無須提出申請。若提出申請，公平會在處理上，亦非先認定該聯合行為是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，而是直接評估是否具有例外應予許可的情形存在。

圖六: 《公平法》聯合規範之理論邏輯

聯合行為的四項構成要件



圖七：聯合行為效果要件在申請許可之實務運作上可能產生的問題



將合資之排外行為正確而適當劃歸任何一款範疇的困境。合資之排外行為顯然並非第三款之專業化聯合行為、第四款之輸出聯合行為、第五款之輸入聯合行為、第六款之不景氣聯合行為及第七款之中小企業聯合行為等之行為類型，而與第一款的「標準化聯合」，以及第二款的「合理化聯合」的行為類型較為近似，但亦非此二款所明顯規範的行為類型。就第一款而言，企業為統一商品規格或型式而成立合資者，便屬本款所規範的行為範疇。但合資成立之後，合資若為懲罰產品不合規格或標準的成員，而從事排外行為拒絕其加入或將之驅逐，就此排外行為而言，並非統一商品規格或型式的聯合行為，則尚難劃歸本款的行為範疇。就第二款而言，合資成員若係為了「共同開發商品、生產程序或市場」而成立合資，此時合資之成立便屬本款所規範之共同開發商品、生產程序或市場之行為。但合資成立後，基於防止搭便車、營運所須等事由所從事之排外行為，似非共同開發商品、生產程序或市場之行為，至多只是「維護」已開發之商品、生產程序或市場的行為。因此，是否可劃歸本款的行為類型範疇，仍不無疑義¹¹⁰。

假設認定合資之排外行為屬於第二款「合理化聯合」的範疇，接著須判斷合資之排外行為是否有益於「整體經濟利益」與「公共利益」¹¹¹。「整體經濟利益」與「公共利益」的具體內涵，依第十四條各款的許可類型而有不同。對此，公平會將訂有「《公平法》第十四條『整體經濟』與『公共利益』考量因素表」，可茲參考

¹¹⁰ 鑑於第十四條但書採取列舉的規範方式，且各款所規範的行為類型範疇，無法含括所有有益於整體經濟利益與公共利益之例外應予許可的聯合行為，公平會在《公平法》修正草案中，有意增列第十四條之一，作為聯合行為例外許可的概括規定：「事業以契約或其他方式合意，與有競爭關係之他事業相互約束之事業活動，雖不具前條各款之要件，但顯然有益於整體經濟及公共利益，而屬必要且正當者，得申請中央主管機關許可之。」在修法之前，對於合資設立之後所為之排外行為於認定其屬於何款之規範範疇時，只好將第二款做「擴張解釋」或者是「目的性擴張」，以將具有整體經濟利益與公共利益的合資之排外行為置入，而給予例外許可。

¹¹¹ 所謂「整體經濟利益」，可當作聯合產業與競爭產業具備不同之邊際成本函數，而前者成本低於後者時，即表示聯合行為可達節約成本效益。而「公共利益」則係指市場之「外部性」，亦即「一個經濟主體之經濟行為影響其他經濟個體之效益或成本的現象」，其中包含了外部經濟與外部不經濟。參見范建得、莊春發合著，「公平交易法係列2——不公平競爭」，民國81年7月，頁234。亦有論者認為，整體經濟一般係指稱「經濟層面效率、效能之考量，公共利益一般指稱健康、環保、文化等考量」。參見劉華美，「聯合行為例外範圍之探討」，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國83年5月，頁73~74。至於是否須「整體經濟利益」與「公共利益」皆具備，黃茂榮教授則認為，自該條使用「與」字觀之，應將之解釋為必須二者具備，但自公共利益與整體經濟關係密切觀之，「整體經濟與公共利益應做擇一解釋，並以公共利益做為共通上位概念」。參見黃茂榮，前揭(註103)書，頁254。

112。判斷合資之排外行為產生何種經濟效益與公共利益，除考量「考量因素表」第二款之「合理化聯合」所列事項外¹¹³，防止搭便車、保護創新與設立合資之誘因，以及避免減少合資系統間之競爭的事項，亦須一併納入考慮。

二、第十九條第二款之差別待遇規範

我國《公平法》關於「差別待遇」之規範，規定在第十九條第二款。第十九條規定：「有左列各款行為之一，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：…二、無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。」依此規定，《公平法》所禁止的差別待遇行為，必須具備下述三項要件：(1)差別待遇的行為，亦即對他事業給予差別待遇；(2)有妨礙公平競爭之虞；(3)無正當理由¹¹⁴。

合資之排外行為是否為第十九條第二款所禁止的差別待遇行為，必須檢視其是否符合此三項要件。就第一項「差別待遇的行為」要件而言，由於我國現行差別待遇之規範類型採取「概括規定」¹¹⁵，未如美國《克萊登法》(Clayton Act)及其修正案《羅賓遜派特曼法》(Robinson Patman Act)之限於「差別取價」，並具體列舉其內涵¹¹⁶。因此，在我國合資之排外行為可落入差別待遇行為的範疇，而符合

¹¹² 參見行政院公平交易委員會編印，前揭(註107)書，頁61~63。

¹¹³ 「考量因素表」第二款之「合理化聯合」所列預期所產生的正面效果為：研究發展成本降低、技術水準提高、生產效率增進、產品品質改良、銷售量增加。預期產生的負面效果為：共同開發市場後，可能自行分割市場，將限制市場競爭；縱使不劃分市場，亦易形成市場進入障礙，限制市場競爭；業者可能在其開發市場上濫用市場地位；業者經營、產銷策略可能受約束。所需衡量之整體經濟與公共利益考量因素為：研發成本降低程度、技術水準提高程度、生產效率提高程度、商品品質改良程度、產銷量變化預估、商品價格變化預估、參與聯合事業市場占有率、業者有無濫用市場地位之虞、業者行銷策略受約束程度、對市場競爭之影響程度、對參加事業行銷能力之影響程度、產業政策。

¹¹⁴ 參見參見廖義男，前揭(註102)文，頁105。

¹¹⁵ 我國《公平法》原在施行細則(草案)第十九條，曾明確列舉下述四項差別待遇行為：1、不當拒絕與特定他事業從事交易或限制與其交易之商品或勞務數量或內容；(拒絕交易) 2、不當按地域或相對人之不同，而以差別之價格供給商品或勞務，或接受商品或勞務之供給；(差別取價) 3、不當對於特定他事業就交易條件之實施予以有利或不利之處理； 4、不當將特定他事業排除於某「共同行為」或「事業團體」之外，或在共同行為或事業團體中給予不同待遇，致其事業活動困難。然81年6月24日發布施行的《施行細則》中，將此規定刪除，以規避不當界定「差別待遇」的問題。參見范建得、莊看發合著，前揭(註111)書，頁97。

¹¹⁶ 《克萊登法》第二條與《羅賓遜派特曼法》第一條，皆於第a、b、c項規定「差別取價」(price discrimination)，第d、e項規定「提供服務或設施」(payments for services or facilities)，第f項規定「故意引誘或收受差別取價」(knowingly inducing a price-discrimination)。

本項的行為要件。

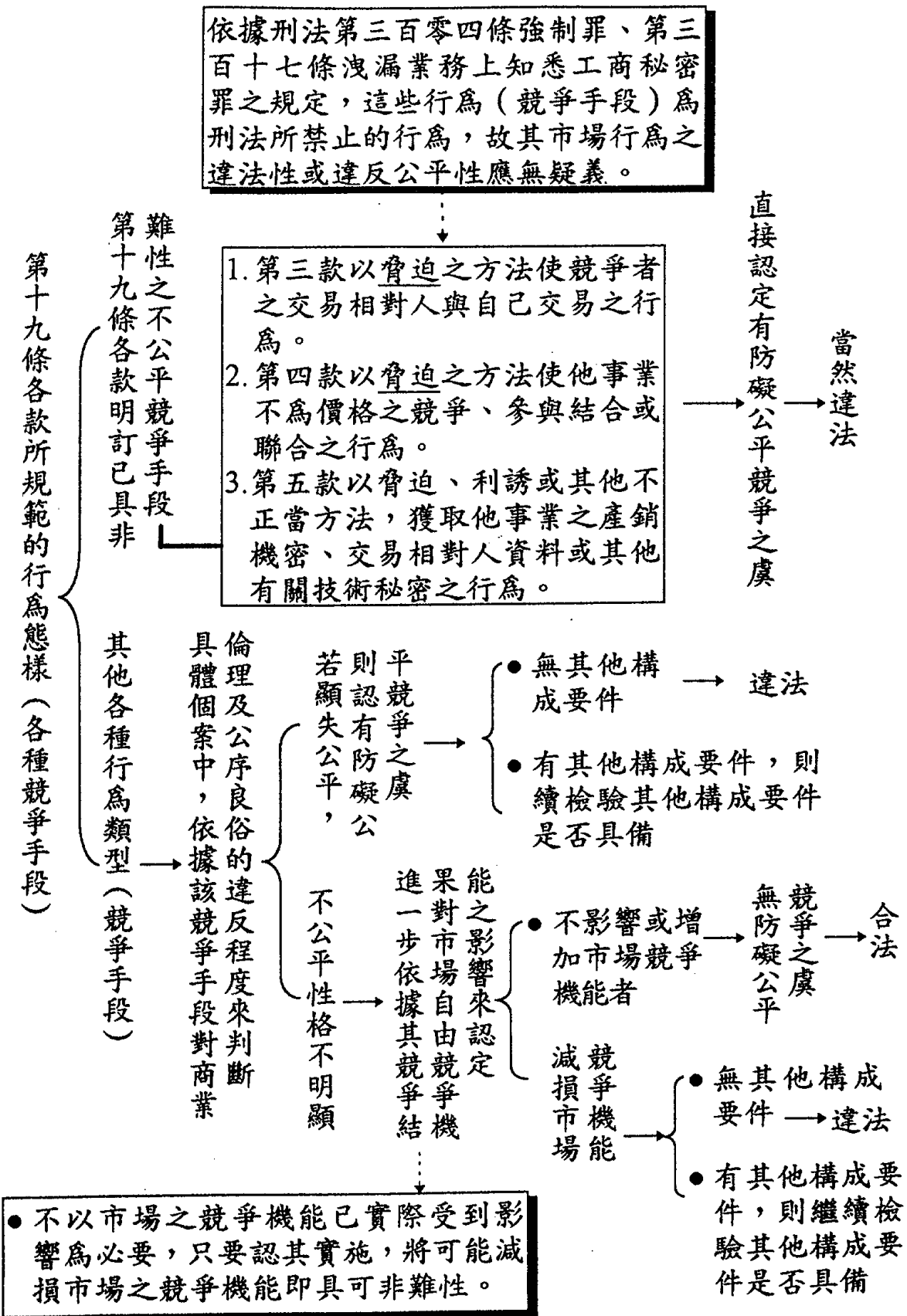
就第二項「有妨礙公平競爭之虞」的要件而言，所謂「有妨礙公平競爭之虞」，並不以各個行為的實施會對市場競爭產生實質的限制為必要，只要該行為實施後，「有妨礙公平競爭的可能性」或達到「抽象危險性」的程度即可。關於是否有妨礙公平競爭之虞的認定方法，公平會訂有「妨礙公平競爭之虞之適用考量」，以做為判斷基準。茲將該適用考量的判斷步驟，彙成〈圖八：『妨礙公平競爭之虞之適用考量』的判斷步驟〉，請參照之。就《公平法》第十九條第二款之差別待遇行為而言，「妨礙公平競爭之虞之適用考量」認為，差別待遇行為此種競爭手段，並非「第十九條所明訂已具非難性，可直接認定其有妨礙公平競爭之虞而視為當然違法」的競爭手段。須於具體個案中，考量對於商業倫理及公序良俗的違反程度，來判斷是否已因有失公平而違法。若非當然違法，則進一步檢視其競爭結果是否增加或減損市場之自由競爭機能併同認定之。競爭效果對市場競爭機能之影響，並不已實際受到影響為必要，只要認其實施，將可能減損市場之競爭機能即具可非難性。惟倘經其實施之結果，對於市場不生影響，則反之。

但公平會在處理差別待遇的實際案例中，通常係以「實施差別待遇之事業的市場力量」，作為認定該差別待遇行為對市場競爭機能所生競爭效果的基準，以判斷是否有「妨礙公平競爭之虞」。至於事業市場力量之認定，原則上又係以「事業在特定市場之市場占有率」為判斷標準。例如，在「中國石油公司汽電共生設備統包工程標案內蒸汽渦輪機合格供應廠商登記制度及遴選程序，違反公平法第十九條第二款差別待遇」處分案中，公平會認為，是否有妨礙公平競爭之虞，其判斷標準，應指事業在特定市場之影響過大，致其行為能產生實質不公平競爭之危險性而言。故本案「妨礙公平競爭之虞」，認定基準應指事業在特定市場之總占有率，……被處分人辦理系爭採購行為，顯具有相當之市場地位，經考量其商業倫理非難性及對市場自由競爭之減損程度，已符「妨礙公平競爭之虞」要件¹¹⁷。

合資之排外行為係第十九條第二款之差別待遇行為，依據契約自由、交往自由，並非屬於當然違法的競爭手段。因此，依據「有妨礙公平競爭之虞的適用考量」，須進一步依合資排外行為所生的競爭效果是否減損市場的自由競爭機能，來認定合

¹¹⁷ 參見公平交易委員會(84)公處字第一〇二號處分書，公平會公報，第4卷第8期，民國84年8月，頁88以下。

圖八：『妨礙公平競爭之虞之適用考量』的判斷步驟



資之排外行為是否「有妨礙公平競爭之虞」。而依據公平會在實際案例中的判斷基準，將以合資在相關（特定）市場中的市場力量，來認定排外行為有無妨礙公平競爭之虞。

就第三項「無正當理由」要件而言，《公平法施行細則》第二十三條定有應審酌的五項情形：市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險、其他合理事由¹¹⁸。前四項似均為「差別取價」之合理判斷應考量之因素，對「其他非價格之差別待遇」行為，例如合資拒絕他事業加入成為會員之排外行為，其合理與否之認定似乎並無太大的助益。因此，公平會未來在處理判斷合資有無從事排外行為之正當理由時，可能須依第五款「其他合理事由」的概括規定，參酌本文上開所述之美國實務經驗，來判斷合資從事排外行為是否有防止搭便車、保護商標或維護商品或服務品質、避免合資規模過大、與避免減少合資系統間的競爭等正當理由。

合資之排外行為若具備上述三項要件，則將被視為違法。原告或公平會必須證明合資之排外行為屬於「差別待遇行為」，且有「有妨礙公平競爭之虞」，而後由被告（合資或合資成員）負責證明其具有正當理由。「正當理由」之有無旨在「阻卻違法」，是一種違法阻卻事由，具有推定或轉換舉證責任之作用¹¹⁹。若合資或合資成員無法證明其具有從事排外行為的正當理由，則其排外行為便屬違反第十九條，而應予禁止。若公平會命其不得從事排外行為，亦即不得拒絕申請者加入，而仍不予理會者，公平會可依《公平法》第三十六條之規定，對合資或合資成員課予罰金與刑責。

¹¹⁸ 除了這些情形外，廖義男教授認為尚應考量為差別待遇的事業是否具有「相當的市場地位」。蓋依契約自由原則，事業原得自由選擇與何事業進行交易、是否與該事業進行交易、以何種條件進行交易，如果從事差別待遇之事業，不具有相當的市場地位，則其交易相對人尚有多重的選擇可能性，而改與其他事業進行交易。若為差別待遇之事業具有相當之市場地位，則其行為即可能造成他事業進入市場之障礙，而無從以效能競爭的手段爭取交易機會，從而其行為之評價上，即應被認為「不正當」。而在事業是否具有市場地位的判斷上，除考量事業在特定市場之市場占有率外，尚可考慮的是受差別待遇之事業對為差別待遇事業是否具有依賴關係。參見參見廖義男，前揭（註 10 2）文，頁 106。

¹¹⁹ 參見呂榮海、謝穎青、張嘉真合著，「公平交易法解讀」，民國 81 年 3 月修訂版，頁 91 93。

陸、美國實務經驗與學者見解之借鏡——代結論

從前文之分析說明，可知美國與我國對於合資排外行為合法與否的規範與實務處理方式並不相同。儘管如此，美國法院與學者在認定合資排外行為合法與否時所採取的合理原則分析步驟，以及在面對爭議問題時所顧及的層面與考量因素等經驗或見解，仍頗值我國公平會未來在處理相同或類似案件時的參考。

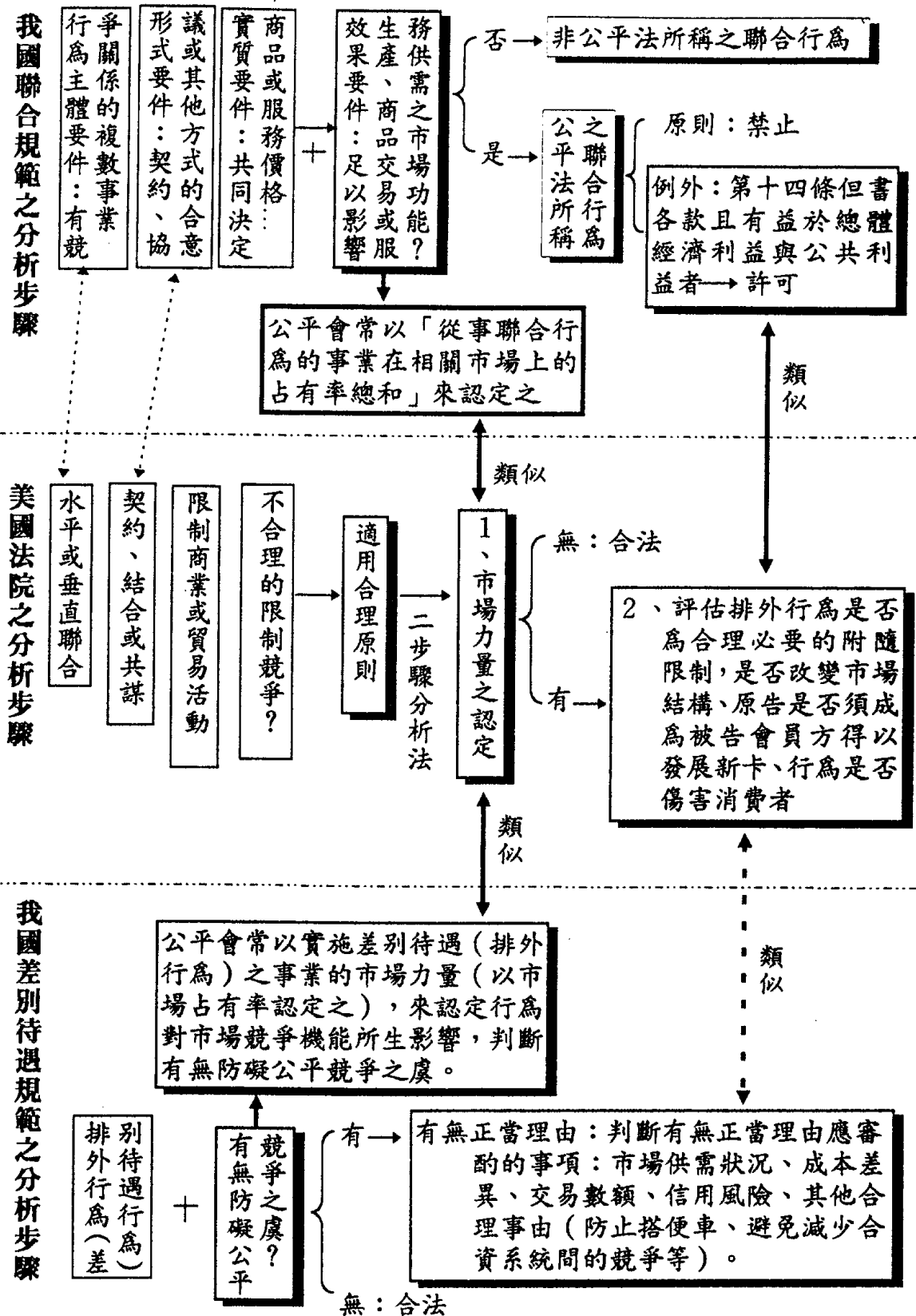
為清楚看出美國法院（*Mountain West* 案）在認定合資排外行為合法與否所採取的分析步驟與考量因素，與我國公平會適用《公平法》聯合規範與差別待遇規範處理合資排外行為時之分析步驟與考量事項，二者間的差異與類似處，本文特繪成〈圖九：美國與我國對於合資排外行為合法與否的分析步驟〉。從圖中可發現，美國法院所採取的分析步驟，與我國公平會適用《公平法》聯合規範及差別待遇規範時可能採取的分析步驟，不盡相同，但有某些步驟的功能或判斷方法或考量事項類似。茲就美國法院適用合理原則的二個分析步驟——「合資有無市場力量」與「合資排外行為的合理事由」，進一步分析說明如下，並以之做為本文研討的結論。

一、合資有無市場力量

在 *Mountain West* 案中，美國法院以合資之市場力量來篩選案件。若認定合資擁有市場力量，則認合資之排外行為有可能對實際競爭產生影響，而須進一步探討合資排外行為所生之促進競爭效果與反競爭效果。關於合資之市場力量的測量方式，聯邦地院以及 Hovenkamp 教授採取「集體市場占有率」，以「合資所有會員之市場占有率總和」來測量合資之市場力量。聯邦第十巡迴上訴法院認為此種測量方法，並無法測出排外行為對價格與產量的影響。Balto 教授亦主張，以「集體市場占有率」來測量合資市場力量時，為避免產生誤解或其他不正確的結果，應使用其他輔助證據證明合資之排外行為提高價格或減少產量，方可認定合資具有市場力量。

我國公平法上聯合行為「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」的效果要件，亦扮演上述「市場力量」在合理原則分析步驟中的類似角色，發揮篩選過濾案件的功能。以合資之排外行為為例，若排外行為不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，則並未構成《公平法》所稱之「聯合行為」，不受《公平法》之規範，因此無須進一步檢視是否有應予例外許可的情形存在。反之，若足以

圖九：美國與我國對於合資排外行為合法與否的分析步驟



影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，則構成《公平法》所稱之聯合行為，而以《公平法》第十四條「原則禁止例外許可」待之。關於「是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之判斷，公平會通常係以「從事聯合行為的事業在相關市場上的占有率總和」，作為判斷標準，且通常市場占有率達 20% 者，便認足以影響市場功能。此種作法，與美國法院以市場占有率來測量有無市場力量的作法雷同。但在認定「合資」排外行為合法與否的具體個案中，公平會若同樣以合資所有會員的市場占有率總和，來判斷合資排外行為是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，則將發生「集體市場占有率無法正確測量排外行為對價格與產量之影響」的缺失，如 *Mountain West* 案中威士卡公司的集體市場占有率雖頗高，但其排外行為卻未導致信用卡價格提高或信用卡產量減少。為避免此種缺失，Balto 教授所提之建議，值得參考。

我國聯合行為「足以影響市場功能」的構成要件，雖與美國法院合理原則分析步驟中的「有無市場力量」的功能與判斷方法雷同，但與美國不同之處在於：我國是「阻卻聯合行為的成立」，而美國則是「阻卻違法」。以合資之排外行為為例，在我國排外行為若不足以影響市場功能（或謂「量小」），則並不構成《公平法》所稱聯合行為，以「阻卻成立」的方式，排除於《公平法》聯合規範之外，而可緩和一旦排外行為構成聯合行為，將以第十四條「原則禁止例外許可」對待的嚴苛效果。反觀美國，不論合資是否擁有市場力量，合資之排外行為皆係一種限制商業或貿易活動的行為（相當於我國的聯合行為），只是當合資未擁有市場力量時，將以該排外行為不致對競爭產生實質影響，而生「阻卻違法」（《休曼法》第一條）的效果。

二、合資排外行為的合理事由

美國法院在合理原則分析步驟中之「有無市場力量」的分析步驟，亦與我國差別待遇規範的「有無防礙公平競爭之虞」的成立要件，在功能與判斷方式上類似。我國公平會對於差別待遇行為「有無防礙公平競爭之虞」的判斷，通常係以實施差別待遇之事業的市場力量來認定差別待遇行為對市場競爭機能的影響，進而判斷有無防礙公平競爭之虞。而事業市場力量之認定，原則上又係以「事業在特定市場之市場占有率」為判斷標準。以合資之排外行為為例，公平會將以「合資的市場占有

率」來認定合資之市場力量，進而以市場力量為依據判斷排外行為可能對市場的競爭機能產生何種影響，認定排外行為是否有防礙公平競爭之虞。雖然圖十三中所示美國法院在 *Mountain West* 案中的分析步驟，係在探討系爭合資排外行為是否可能「反競爭」而違反《休曼法》第一條，與我國差別待遇係規範「不公平競爭」不同，但皆以合資之市場力量來篩選過濾「不可能反競爭」或「無防礙公平競爭之虞」的排外行為，同時以合資之「市場占有率」來測量合資之市場力量。當然，前述以合資之集體市場占有率來認定合資有無市場力量所生的缺失，在此亦會發生，須予注意。

美國法院適用合理原則判斷合資排外行為合法與否時，若認定合資擁有市場力量，則繼續進行第二步「合資排外行為是否具有正當合理事由以及促進競爭效果」的分析步驟。法院在評估合資排外行為是否具有正當合理事由以及促進競爭效果時，考量的因素頗廣，綜合聯邦地院與聯邦第十巡迴法院的見解，應考量：(1)排外行為是否為合資營運所合理必要（附隨限制）；(2)排外行為是否可防止搭便車以保護成立合資之誘因與創新誘因；(3)排外行為可否避免減少合資系統間的競爭等。同時，在評估合資排外行為對競爭所生之不利影響（或傷害效果）時，法院認為應考量被排除者是否有加入合資的必要性，以及合資之排外行為是否改變市場結構與傷害到消費者。

美國法院在考量評估這些複雜事項時，並未再明確細分考量分析的步驟，但從學者所建構的合理原則分析步驟中，則進一步予以細分。除了市場力量之外，Balto 教授主張的「必要設備準則」，更進一步以「被排除者是否具有加入合資的必要性」、「合資提供會員之服務（使用設備）或商業關係是否具有複製可能性」以及「合資是否有從事排外行為的合理事由」等三項步驟或要件，較具體、細膩地判斷合資排外行為所生的促進競爭與反競爭效果。關於合資從事排外行為的合理事由，除了法院所提出者外，Balto 教授還提出「排外行為可增加合資內部運作效率、避免合資規模過大」及「維護合資商標或商品價值」等事項。至於 Hovenkamp 教授則以「排外行為可否促進合資的合法效率目標（是否增加合資整體產出）」與「被排除者是否搭便車」等二項步驟，分析排外行為的促進競爭與反競爭效果，均值參考。

我國《公平法》第十四條但書關於聯合行為例外許可的考量，事實上便與上述美國法院「評估合資排外行為是否具有正當合理事由以及促進競爭效果」的分析步

驟雷同。以合資之排外行為為例，若排外行為足以影響市場功能，而構成《公平法》所稱之聯合行為，則公平會將進一步認定其是否符合第十四條但書各款所規定的情形且有益於整體經濟利益與公共利益。比較上，合資排外行為較可能被歸類為第二款的合理化聯合行為，而公平會在判斷被歸類為第二款的行為是否有益於整體經濟利益與公共利益時，應考量的因素有：研究發展成本降低程度、技術水準提高程度、生產效率提高程度、產品品質改良程度、產銷量變化預估、商品價格變化預估、參與聯合事業之市場占有率、業者有無濫用市場地位之虞、業者產銷策略是否受約束等。

公平會未來在處理合資排外行為合法與否的具體案件時，除應考量公平會所訂「整體經濟」與「公共利益」考量因素表所列之因素外，美國法院與學者專就合資排外行為所提出合理事由——「合理必要的附隨限制」、「防止搭便車以保護成立合資之誘因與創新誘因」、「避免減少合資系統間競爭」、「增加合資內部運作效率、避免合資規模過大」、「維護合資商標或商品價值」等因素，更是公平會借鏡美國法院處理前例所須考量者。此外，Balto 教授所建構的「必要設備準則」分析步驟，亦頗值公平會採用，以循序判斷排外行為對整體經濟利益的影響，而可加速審核許可的速度，進而節省公平會的執行成本。

我國若適用差別待遇規範來認定合資排外行為合法與否，則美國法院與學者所提排外行為之合理事由中，亦有許多是我國差別待遇規範之「有無正當理由」的判斷事由，例如「合理必要的附隨限制」、「防止搭便車以保護成立合資之誘因與創新誘因」、「維護合資商標或商品價值」、「避免減少合資系統間的競爭」等。這些事由，是我國公平會日後以差別待遇規範合資排外行為，在判斷合資有無從事排外行為之「正當理由」時，依《公平法施行細則》第二十三條第五款「其他合理事由」所應考量的事由。

參考文獻

一、中文

(一)書籍

- 中華徵信所企業股份有限公司（1997），國際貿易金融大辭典，台北：自刊，增訂三版。
- 行政院公平交易委員會（1996），認識公平交易法，台北：自刊，增訂四版。
- 行政院公平交易委員會（1995），美國公平交易法相關法規彙編，台北：自刊。
- 行政院公平交易委員會（1993），各國公平交易法相關法規彙編，台北：自刊。
- 行政院公平交易委員會（1996），公平交易法立法目的與條文說明，台北：自刊。
- 行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組（編譯）（1993），美國跨國經營之反托拉斯法指南，台北：自刊。
- 伍忠賢（1992），國際購併——國際投資、創投、策略聯盟，台北：省屬行庫中小企業聯合輔導中心。
- 李蘭甫（1994），國際企業論，台北：三民書局。
- 吳青松（1997），國際企業管理——理論與實務，台北：自刊。
- 呂榮海、謝穎青、張嘉真（1992），公平交易法解讀，台北：月旦出版社。
- 何之邁（1993），公平交易法專論，台北：自刊。
- 波特(李明軒、邱如美譯)（1996），國家競爭優勢（上、下），台北：天下文化出版社。
- 汪智陽（1993），合資在反托拉斯法規範中適用與豁免之研究——試從美國與歐洲共同體現行法觀察，東吳大學法律學研所碩士論文。
- 吳秀明（1986），論卡特爾之法律規範，政治大學法律研究所碩士論文。
- 范建得、莊春發合著（1992），公平交易法系列一，獨占、結合、聯合——市場力量之管制，台北：自刊。
- 范建得、莊春發合著（1992），公平交易法系列二——不公平競爭，台北：自刊。
- 林俊寬（1995），同業公會與競爭法——以同業公會自我規範行為為中心，東吳大學法律學研所碩士論文。

- 柯芳枝（1991），公司法論，台北：三民書局。
- 黃茂榮（1993），公平交易法理論與實務，台北：自刊。
- 湯明暉（1992），公平交易法研析，台北：五南出版社。
- 焦興鎧（編）（1993），美國聯邦最高法院論文集，台北：中央研究院歐美研究所。
- 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏（1995），經濟學（上冊），台北：自刊。
- 廖義男（1995），公平交易法之理論與立法，台北：自刊。
- 瞿宛文（編）（1994），產業結構與公平交易法，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所出版。
- 劉華美（1994），聯合行為例外範圍之探討，台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 賴源河（編）（1994），公平交易法新論，台北：月旦出版社。

（二）文章

- 王銘勇（1996），「杯葛——公平交易法第十九條第一款之研究」，公平交易季刊，4：1，82。
- 王健全（1992），「產業特性對研發策略聯盟之影響」，台灣經濟研究月刊，15：5，32。
- 何之邁、蕭富山（1993），「美、德、歐市合資規範論述」，公平交易季刊，1：4，31。
- 李文儀（1988），「美國反壟斷法之適用範圍」，民商法論文集，51。
- 李文瑞（1993），「國際企業進入策略——全資經營與合資經營的比較（上）」，產業經融，80，17。
- 吳青松（1992），「產業策略聯盟之國際發展型態與趨勢」，台灣經濟研究月刊，15：5，23。
- 范見得、莊春發（1994），「水平價格聯合行為例外許可之研究」，公平交易季刊，2：3，31。
- 紀振清（1992），「合資於歐市 8 5 E E C 競爭規範下之適用情形及其檢討」，法學叢刊，148，173。
- 莊春發（1995），「美國反托拉斯立法目標的研究」，經濟研究，33：2，71。

- 徐中琦（1991），「景氣變動下，企業經營策略淺談——合資與撤資」，華岡商科學報，7，32。
- 黃茂榮（1995），「公平交易法實務之回顧與前瞻」，公平交易季刊，3：1，13。
- 黃茂榮（1991），「公平交易法中的聯合行為」，政大法學評論，44，187。
- 陳祐治（1991），「公平交易法中聯合行為之探討」，中興法學，32，159。
- 陳家駿（1995），「薛爾曼反托拉斯法關於壟斷之分析」，法令月刊，46：8，14。
- 許永欽（1995），「公平交易法第十四條第二款共同研發限制競爭條款之探討」，公平交易季刊，3：4，27。
- 許永欽（1995），「公平交易法第十四條第二款共同研發限制競爭之考量因素回顧」，公平交易季刊，3：3，31。
- 楊豐碩（1992），「國內企業聯盟之發展與策略思考」，台灣經濟研究月刊，15：5，36。
- 資訊傳真編輯部（1992），「跨國性軟體合作（二）——合資設立軟體公司」，資訊傳真，150，83。
- 廖義男（1997），「公平交易法第十四條、第十九條第二款、第二十四條之行政院裁判評析（研討會報告）」，憲政時代，23：2，95。
- 廖義男（1995），「事業結合四則實務之探討」，國立台灣大學法學論叢，25：1，17。
- 廖義男（1993），「公平交易法修正之重點與理由」，公平交易季刊，1：4，1。
- 廖義男（1993），「公平交易法規範之事業概念——第二條之詮釋」，公平交易季刊，1：2，1。
- 廖義男（1992），「公平交易法之立法目的與保護之法益——第一條之詮釋」，公平交易季刊，創刊號，1。
- 蔡英文（1991），「公平交易法與智慧財產權」，政大法學評論，44，255。
- 蔡英文（1992），「從公平交易法看企業策略聯盟」，台灣經濟研究月刊，15：5，44。
- 劉紹樑（1992），「評析美國一九九二年水平結合指導原則」，公平交易季刊，創刊號，37。
- 劉紹樑（1991），「從意識型態及執行實務看公平交易法」，政大法學評論，44，

9。

劉紹梁（1990），「新產業革命與競爭法——歐美反托拉斯法與我國公平交易法之比較研究（一）」，政大法學評論，42，259。

劉孔中（1994），「德國競爭法中與公平交易法第十九條相關規定之研究」，歐美研究，24：1，49。

簡資修（1993），「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」，美國聯邦最高法院論文集，265。

蘇永欽（1991），「事業團體的聯合行為」，政大法學評論，44，207。

（三）公報

行政院公平交易委員會公報（1992），1：5，13。

行政院公平交易委員會公報（1992），1：8，24。

行政院公平交易委員會公報（1994），3：1，34。

行政院公平交易委員會公報（1994），3：6，29。

行政院公平交易委員會公報（1994），3：7，39。

行政院公平交易委員會公報（1995），4：1，35。

行政院公平交易委員會公報（1995），4：8，88。

行政院公平交易委員會公報（1996），5：2，50。

行政院公平交易委員會公報（1996），5：7，88。

行政院公平交易委員會公報（1998），7：2，108。

二、英文

（一）書籍

Areeda, Philip E., (1987) *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (vol.7)*, Boston: Little, Brown and Company.

Areeda, Phillip E. & Hovenkamp, Herbert, (1995) *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Boston: Little, Brown and Company.

- Bail, Ivo Van & Bellis, Jean-Francois, (1994) *Competition Law of the European Community*, CCH Europe., 3rd. ed..
- Calvani, Terry & Siegfried, John, (1988) *Economic Analysis and Antitrust Law*, Boston: Little, Brown and Company.
- Gellnorn, Ernest , (1976) *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, St. Paul Minn.: West Publishing Co.
- Goldsweig, David N. & Cummings, Roger H. (eds.) , (1990) *International Joint Ventures: A Practical Approach to Working with Foreign Inventors in the U.S. and Abroad A case Study with Sample Documents*, USA: American Bar Association.
- Hovenkamp, Herbert, (1985) *Economics And Federal Antitrust Law*, St. Paul Minn.: West Publishing Company.
- Jorde, Thomas M. & Teece, David J.(eds.),(1992) *Antitrust, Innovation, And Competitiveness*, New York Oxford: Oxford University Press.
- Kalinowski, Von, (1992) *Antitrust Law And Trade Regulation (vol.1)* , New York: Matthew Bender & Company, Desk Edition.
- Raybould, D.M., (1988) *Comparative Law of Monopolies*, Graham & Trotman Company.
- Sullivan, Lawrence Anthony, (1977) *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul Minn.: West Publishing Co., 2d ed..
- Sullivan, E. Thomas & Harrison, Jeffery L., (1992) *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, New York: Matthew Bender & Company, 3rd. ed..

(二)文章

- Ahern, Partrick J., (1994) "Refusals to Deal After Aspen," *Antitrust Law Journal*,63, p. 153.
- Areeda, Phillip E., (1990) "Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles," *Antitrust Law Journal*, 58, p.841.

- Azcuenaga, Mary L., (1990) "Essential Facility and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?", *Antitrust Law Journal*, 58, p.879.
- Balto, David A., (1995) "Access Demands to Payment Systems Joint Ventures," *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 18, p.624.
- Balto, David A., (1994) "Access Claims Faced by Credit Card Joint Ventures," *Business. Lawyer*, 49, p.1367.
- Balto, David A., (1995) "Battle of Credit Card Giants Provides Important Antitrust Guidance for Joint Ventures," *Business. Lawyer*, 50, p.1143.
- Balto, David A., (1993) "Antitrust and Credit Card Joint Ventures," *Consumer Finance Law Quarterly Report*, 47, p.266.
- Blechman, Michael D., (1984) "Use of Joint Ventures to Foster U.S. Competitiveness in International Markets," *Antitrust Law Journal*, 54, p.64.
- Blumenthal, William, (1990) "Three Vexing Issues under the Essential Facilities Doctrine: ATM Networks as Illustration," *Antitrust Law Journal*, 58, p.855.
- Brodley, Joseph F., (1990) "Antitrust Law and Innovation Cooperation," *Journal of Economic Perspective*, 4, p.97.
- Brodley, Joseph F., (1987) "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress," *New York University Law Review*, 62, p.1020.
- Brodley, Joseph F., (1982) "Joint Ventures and AntiTrust Policy," *Harvard Law Review*, 95, p.1523.
- Carlton, Dennis W. & Frankel, Alan S., (1995) "The Antitrust Economics of Credit Card Networks: Reply to Evans and Schmalensee Comment," *Antitrust Law Journal*, 63, p.643.
- Carlton, Dennis W. & Klamer, J. Mark, (1983) "The Need for Coordination among Firms, with Special Reference to Network Industries," *University. Chicago. Law. Review.*, 50, P.446.

- Compton, Charles T.C., (1993)"Cooperation, Collaboration, and Coalition: A Perspective on the Types and Purposes of Technology Joint Ventures, " *Antitrust Law Journal*, 61, p.861.
- Dennis W. Carlton & Alan S. Frankel, (1995)"The Antitrust Economics of Credit Card Networks," *Antitrust Law Journal*, 63, p.643.
- Eisen, Joel B., (1990)"Antitrust Reform for Joint Ventures, " *Jurimetrics Journal*, 30, p.253.
- Evans, David S. & Schmalensee, Richard, (1995)"Economic Aspects of Payment Card System and Antitrust Policy toward Joint Ventures, " *Antitrust Law Journal*, 63, p.861.
- Gorinson, Stanley M., (1990)"Overview: Essential Facilities and Regulation, " *Antitrust Law Journal*, 58, p.871.
- Hovenkamp, Herbert, (1995)"Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy," *Columbia Bus. Law Review*, 1995, p.1.
- Jorde, Thomas M. & Teece, David J., (1993)"Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements: Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology," *Antitrust Law Journal*, 61, p.579.
- Jorde, Thomas M. & Teece, David J., (1990)"Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust," *Journal of Economic Perspective*, 4, p.75.
- Jorde, Thomas M. & Teece, David J., (1989) "Acceptable Cooperation among Competitors in the Face of Growing International Competition, " *Antitrust Law Journal*, 58, p.529.
- Katsh, Salem M., (1985)"Collateral Restraints in Joint Ventures, " *Antitrust Law Journal*, 54, p.1003.
- Kattan, Joseph, (1993)"Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation, " *Antitrust Law Journal*, 61, p.937.
- Kattan, Joseph & Balto, David A., (1993)"Analyzing Joint Ventures' Ancillary

- Restraints," *Antitrust Law Journal*, 61, p.13.
- Kitch, Edmund W., (1985)"The Antitrust Economics of Joint Ventures, " *Antitrust Law Journal*, 54, p.957.
- Louis, Martin B., (1980)"Restraints Ancillary to Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?" *Virginia Law Review*, 66, p.879.
- Mcquinn, Rand, (1988)"Boycott Law after Northwest Wholesale Stationers, " *Antitrust Law Journal*, 57, p.839.
- Muris, Timothy J., (1988)"The New Rule of Reason," *Antitrust Law Journal*, 57, p.859.
- Panel Discussion, (1989)"Exclusionary Conduct," *Antitrust Law Journal*, 57, p.1.
- Piraino, Jr., Thomas A. , (1991)"Beyond Per Se, Rule of Reason or Merger Analysis: A New Antitrust Standard for Joint Ventures, " *Minnesota Law Review*, 76, p.1.
- Pitofsky, Robert, (1985)"A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures," *Antitrust Law Journal*, 54, p.893.
- Pitofsky, Robert, (1982)"Joint Ventures under the Antitrust Laws: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin, " *Harvard Law Review*, 82, p.1040.
- Roberts, Neil E., (1989)"Cartels and Joint Ventures," *Antitrust Law Journal*, 57, p.849.
- Rule, Charles F., (1985)"The Administration's Views on Joint Ventures, " *Antitrust Law Journal*, 54, p.1121.
- Troy, Daniel E. , (1983)"Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facilities Doctrine, " *Columbia Law Review*, 83, p.441.
- Weissburg, Adam B., (1990)"Reviewing the Law on Joint Ventures With an Eye Toward the Future," *Southern California Law Review*, 63, p.487.
- Werden, Gregory J., (1987)"The Law and Economics of the Essential

Facilities Doctrine," *St. Louis University Law Journal*, 32, p.433.

Weston, J. Fred, (1984)"Efficiency Considerations in Joint Ventures,"
Antitrust Law Journal, 54, p.85.

Wood, William C., (1993)"Costs and Benefits of Per Se Rules in Antitrust
Enforcement," *Antitrust Bulletin*, 38, p.887.

Updegrave, Andrew, (1994) "Forming and Representing High-Tech
Consortia: Legal and Strategic Issues," *The Computer Lawyer*, 11:3,
p.8.

The Application of the Rule of Reason to a Joint Venture's Exclusionary Conduct--An Analysis Focusing on *SCFC ILC, Inc. v, VISA U.S.A., Inc.*

Yang, Hsiu-Chih

Judge

On October 7, 1998, the U.S. Department of Justice filed an anti-trust suit against America's two largest credit card networks, Visa and MasterCard. It charged that their duality rule and exclusionary rule, or anti-duality rule limited competition in the credit card market and inhibited innovation and marketing investment, thereby violating Section 1 of the Sherman Antitrust Act. Before the Justice Department's filing, these two rules had already elicited a great deal of controversy. In *SCFC ILC, Inc., d/b/a/ Mountain West Financial, Inc. vs. VISA U.S.A., Inc.* (1995), hereafter referred to as the *Mountain West* case, the company issuing the Discover Card charged that the exclusionary rule violated Section 1 of the Sherman Antitrust Act. Before the Federal Court rules on Justice's latest case, the *Mountain West* case is the most important precedent on which a verdict may be based.

Both VISA and MasterCard are joint ventures that comprise a membership of several thousand financial institutions. They do not issue credit cards themselves, but rather provide marketing for the credit card products of members, create new products and procedures, and computerized clearing of credit charges. A financial institution must become a member of VISA before it can issue VISA cards. The duality rule mentioned above allows a member bank of either network to become a member of the other network so it can simultaneously issue VISA and MasterCard products.

However, the exclusionary rule prevents the membership or revokes the membership qualifications of any financial institution that issues the Discover Card or American Express Card or any other card that competes

with VISA and MasterCard. This sort of act that blocks or revokes the membership of financial institutions is termed an "exclusionary act" by the Justice Department in this thesis.

Since any exclusionary rule or exclusionary act of a joint venture violates Section 1 of the Sherman Antitrust Act, the disputes and issues that may be involved and the factors and aspects that should be considered were all completely explicated by the brilliant questioning and cross-examination between plaintiff and defendant and the distributed analysis from the court in *MountainWest* case. This has led to this case becoming a representative case for discussing the legality of the exclusionary acts of joint ventures that has profound importance for such discussions.

Thus, *MountainWest* case has elicited concern and widespread discussion in academic circles. Scholars and specialists such as Professors David A. Balto and Herbert Hovenkamp have respectively published interpretations of it. Accordingly, this thesis is centered on the actual *MountainWest* case and makes it an illustrative basis for discussing pertinent issues. The thesis then discusses how the U.S. courts and legal scholars analyze and judge whether the exclusionary acts of these joint ventures constitute violations of antitrust laws.

In light of the wide variation in the definition of "joint venture," this thesis first defines the scope of the term for purposes of discussion, adopting the broadest definition that includes new enterprises, acquisitions and contractual agreements. It then analyzes changes in the approaches taken by U.S. courts in dealing with exclusionary acts by joint ventures. The courts have traditionally adopted a relatively hostile attitude toward exclusionary acts of joint ventures, seeing them as group boycotts or concerted refusals to deal-acts that are per se illegal. The *Associated Press v. United States* (1945) is a typical case.

However, with *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery*

& Printing Co. (1985), the U.S. Supreme Court began no longer regarding all concerted refusals to deal as per se illegal. Instead, it classified exclusionary acts by joint ventures as non-per se illegal concerted refusals to deal, the legality of which must be judged according to the rule of reason. By the time of the *Mountain West* case in 1995, the courts not only reaffirmed the applicability of the rule of reason, the U.S. Court of Appeals, the Tenth Circuit, then went on to adopt a two-step analytical approach—the measure and judgment of market power and the procompetitive justifications of the alleged anticompetitive conduct—as specific analytical steps when applying the rule of reason. They also analyzed each type of factors that must be considered in every step, making application of the rule of reason when determining the legality of a joint venture exclusionary act more specific, minute and clear-cut and increasing the predictability of court decisions. This case indicates that the courts respect the market mechanism and have adopted a passive attitude of non-intervention.

U.S. academics feel that this two-step analytical approach is not specific or clear-cut enough, so Professors Balto and Hovenkamp have each come up with a set of more detailed analytical steps for applying the rule of reason. Professor Balto feels that as with a single firm, the essential facility doctrine should be applied to joint venture exclusionary acts. Professor Hovenkamp thinks that an even more stringent standard than that pertaining to single firms should be applied.

In addition, this thesis shall discuss possible adoption of analytical steps and items of consideration by the Republic of China's Fair Trade Commission when determining the legality of exclusionary acts in setting rules for joint ventures by applying the concept of concerted actions in Article 7 and Article 14 of the Fair Trade Law and the concept of discrimination in Article 19.2 of the same law (note: the law reads, "treating another enterprise discriminatively without due cause"). It also analyzes which

parts of the precious experience of U.S. court decisions and distilled insights of scholars are worthy of consideration by the Fair Trade Commission when it deals with similar cases in the future.

Keywords: joint venture, the rule of reason, exclusionary conduct, essential facility doctrine.