

當前關於結合管制之重要問題

黃 茂 榮*

壹、當前關於結合之重要問題	新設共同事業之適用性？
貳、結合管制的方法單純的採許可主義或兼採異議主義為妥？	一、設立新事業是否構成結合 二、共同組織新事業(結合)是否構成聯合行為
參、結合許可之取得時點以何時為當及其相關之行政協調？	三、德國的規範情形 四、歐體的規範情形
一、結合前	柒、關係企業內部之聯合行為
二、至遲應在何時取得結合之許可	一、控制關係與聯合關係
三、大型流通業之意見	二、控制關係是否阻卻聯合關係的違法性
肆、結合形態的變更或程度的升高是否應再申請許可？	捌、結論與建議 一、結論
伍、新設事業是否應受結合管制規定之適用？	二、建議
陸、結合管制規定及聯合行為之禁止規定對於	

壹、當前關於結合之重要問題

公平交易法經六年之執行後，關於結合有一些問題值得探討。

- 1.結合管制的方法單純的採許可主義或兼採異議主義為妥？
- 2.結合許可之取得時點以何時為當及其相關之行政協調？
- 3.結合形態的變更或程度的升高是否應再申請許可？
- 4.新設事業是否應受結合管制規定之適用？
- 5.結合管制規定及聯合行為之禁止規定對於新設共同事業之適用性？
- 6.關係企業內部之聯合行為？

貳、結合管制的方法單純的採許可主義或兼採異議主義為妥？

結合管制的目的在於防止事業超出法定可以容許的程度，利用結合的方法取得或強化其市場地位。然由於結合原則上固有強化參與結合之事業的市場地位、限制競爭的作用，但有時其結合也可能增加適格之競爭者（例如聯合承攬、聯

貸），或「對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益」的情形（公平交易法第十二條）。因此，對於結合之規範不但在法定可以容許的程度內¹，原則上有組織的自由，而且在超出法定原則上容許之程度時，還可申請主管機關就個案情形加以審酌。為該審酌所發展出來之結合的管制制度主要有許可主義及異議主義。在規範的設計上可兼採之，不一定必須執於一端。我國單純採許可主義。參與結合之事業的市場占有率如超過法定比例，或銷售額超出法定數額，其結合事先應經許可。這種規定的缺點是欠缺適應緊急需要結合（例如因債務人有破產原因而自債務人受讓他公司股票或其他財產的情形），或被動結合的情形（例如因所投資之公司自其他股東收回股份，致發生投資股份占所投資公司之發行股份的比例超過免申請許可之法定比例的情形）。所以，針對某些特定情形容許事後申請，兼採主管機關無異議時，即自動取得許可是值得考慮的。

在結合所涉情事已有公平交易法第十一條第一項各款所定情形之一時，其結合已逾越法定原則上容許的限度。關於此種結合之管理，在制度的設計上主要可以有許可主義及異議主義的取向。採許可主義者，參與結合之事業原則上應在結合發生外部效力前，向主管機關提出許可之申請。待主管機關許可後，始得為結合之實行。所以，許可主義自然要求應事前申請。反之，採異議主義者，事業得先為結合，而後才向主管機關報備。只要主管機關在法定期間內對於報備之結合

* 國立台灣大學法律學系及法律研究所教授

德國杜賓根大學法學博士

¹ 關於「法定可以容許的程度」，公平交易法對於結合及聯合行為雖然有不同程度的規定，但此種考慮則是共同存在的。關於結合之法定可以容許的程度規定於公平交易法第十一條第一項，無該項所規定之情形之一者，其結合不用事先申請許可，以該規定為基礎，實務與學說上認為結合原則上是容許的，只有在例外的情形才須申請許可。因為原則上是許可的，所以就例外情形之存在應由主管機關負舉證責任。關於聯合行為之法定可以容許的程度規定於公平交易法施行細則第二條第一項：「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。」該法定可以容許的程度雖規定於施行細則中，但仍不失其為關於公平交易法第七條及第十四條所定之聯合行為的權威解釋。是故，依規範說的觀點，就系爭聯合行為有該項規定之影響主管機關還是應負舉證責任。因此，在該項規定之限度內聯合行為一樣是原則上容許的。只有在超出該項規定之情形才必須先經許可。然由於施行細則第二條第一項規定不是像公平交易法第十一條第一項，以「有左列情形之一者，應向中央主管機關申請許

未為異議，該結合即視為業經許可。所以，異議主義自然要求應事後報備。究竟以如何之取向為妥，並不能一概而論。尚須視結合原因或目的或其結合之實行的急迫性考量。至少在結合之原因事出突然，非參與結合者能自主控制、規劃，或結合之目的在於避免不即時採取結合措施，事後可能招致難以補救之損失的情形，宜採異議主義。

目前公平交易法單採許可主義，顯然不能滿足實務上關於急迫或非完全自主之結合態樣的規範需要。然不論事前申請或事後報備皆有結合事業應遵守之申請或報備期限。而所謂「事前」與「事後」指「生效前」與「生效後」。

參、結合許可之申請時點以何時為當及其相關之行政協調？

關於結合許可之申請時點以何時為當及其相關之行政協調的問題，在實務上從許可說的觀點，自然會認為一概應在結合前申請。然何謂結合前？一概要求在結合前取得結合許可是否符合相關事務之存在上的遵守可能性？

一、結合前

何謂結合前？應指結合之外部終局效力發生前。結合以契約為基礎者原則上指履行結合契約之行為發生效力時。其附有停止條件或應經一定機關之同意始生效力者，在條件成就或同意時。其以一定之控制或從屬事實發生為基礎者²，原

可」的方式規定之，是故，學說與實務傾向於認為聯合行為原則上是禁止的看法。

² 關於事業結合之事由，公平交易法第六條第一項規定「本法所稱結合，謂事業有左列情形之一者而言：一、與他事業合併者。二、持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者。三、受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者四、與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。五、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。」在其第一款、第三款、第四款所定情形，為結合參與結合者間直接定有契約關係。反之，在第二款、第五款所定情形，則不一定。兩個事業可能經股東同意直接約定相互投資，也可能因向對方之股東購買股份或購買認股權證而後認股繳款，而持有或取得對方之股份或出資額；至於直接或間接之控制力的取得也可能基於事業間或其股東間之約定。以上情形其基於股東間之約定者，對於事業而言，事業間並無契約關係，從而其結合在此意義下等於以事實為基礎。請參考

則上於取得控制地位或行使其控制力時。

二、至遲應在何時取得結合之許可

一概要求在結合前取得結合之許可是否符合相關事務之存在上的遵守可能性？

為說明這個問題必須先穩住一個前提，即一個結合只要具有公平交易法第十一條第一項各款所定情形之一，無論如何都是應申請許可的。不因為其結合是否有急迫情事或有非自主性而不同。即使系爭結合係奉行政機關之命而為，該行政命令還是不能使該結合豁免於公平交易法之規範。因之，所剩之問題僅是如何事先通過相關機關之行政協調，避免依行政機關所作之結合後來又被判為違反公平交易法，應予限期回復原狀。其次，為緩和此種案件之「違法在先」的意味，對於此種結合之許可規定，改採異議主義當是比較好的規範方式。在各種可能必須特別考量的結合態樣，歸納之有：1.奉行政機關之命或緊急委託而強制接管或概括承擔他事業一定業務範圍內之資產與負債，2.因自己之債務人陷於支付不能或有支付不能之虞，而為確保債權承受債務人之財產、對於他事業之股票，3.因目的事業主管機關之輔導而與他事業從事策略性聯盟或建立中心衛星工廠體系等的情形。其中第一、第二種情形有急迫性或非可完全的自主性，第三種情形則涉及目的事業主管機關之產業政策。有急迫性或非可完全的自主者³，迫於事實只好容許事後限期申請許可。至於涉及目的事業主管機關之產業政策者，則有待於其目的事業主管機關與公平交易委員會之行政協調，看如何之作業方式，最能滿足產業政策及競爭政策的目標。為圓滿達成目標而又不耽擱相關之業務活動，平

Hans-Rudolf Ebel, *Der Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrolle*, Betriebs-Berater, 1974, 753.

³ 所謂「非可完全的自主者」，例如因所投資之公司收回股份，致自己「持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者。」（公平交易法第六條第一項第二款所規定之比例）。請參考行政院公平交易委員會 82.9.16.公處字第 0 六六號處分書（行政院公平交易委員會公報八十二年第二卷第九期 18 頁）及同案行政院公平交易委員會 83.3.8.公訴決定第 0 0 四號訴願決定定書（行政院公平交易委員會公報 83 年第三卷第三期 77 頁）關於臺灣王安因收回股份，致其剩餘之主要股東對於臺灣王安之持股超過公平交易法第六條第一項第二款所規定之比例案。

時相關作業手續及管理理念的溝通，個別案件之處理的協調都是重要的。其間公平市場競爭秩序最後既不能廢，目的事業主管機關如要採取任何促進產業發展的措施，自當會商公平交易委員會進行競爭影響評估。以防止事業依目的事業主管機關從事之市場活動，後來經公平交易委員會判為違反公平交易法，予以禁止或甚至處罰之。

三、大型流通業之意見

就大型流通業對於結合管制規定的改進，大型流通業者提出下述意見⁴：

- 1.連鎖加盟體系對於消費者之利益在於方便，而方便的前提中重要者之一為：銷售點多而密。因此，關於經營日用品之連鎖加盟體系建議豁免其結合管制，准其不用事先申請許可。
- 2.如果豁免結合管制，礙於規定一時尚有困難，建請在第二次以後之申請案件考量簡化其申請時應檢附之文件，並縮短其審議時程。
- 3.建請考量是否可以建立「空白許可制」，許可連鎖加盟體系在尚未覓得個別之受託經營者時，先抽象的申請准予在一定數額(例如五家或十家)範圍內為結合，並於結合實際發生時，將結合者之個別資料依規定格式填報公平交易委員會。
- 4.前項情形，連鎖加盟體系在該結合額度用完時，或將用完時，可再為下一批結合額度提出結合許可之申請。

上述意見中，關於「空白許可制」的看法，深具創意。其中雖包含有申請參與結合者在申請時尚不確定的問題，然鑑於在大型流通業之結合的申請原則上，其審查重點在於連鎖加盟體系之控制事業，而不在於其從屬事業(加盟者)，是故，除非加盟者自己已屬於該市場多點之經營者，或甚至是一個小型的連鎖加盟體系，否則，在申請時加盟者尚不確定的問題對於實質審查的結果原則上不會有

⁴ 該意見由王寶銘(統一超商股份有限公司法務經理)、張澄(福客多商店加盟一處處長)、應冠群(全家便利商店股份有限公司總經理室專員)及范靜云(萊爾福國際股份有限公司總經理室法務組)代表其所服務之事業，根據過去之經驗所提出。

關鍵的影響。因此，該意見值得採行。

肆、結合形態的變更或程度的升高是否應再申請許可？

關於結合公平交易法第六條第一項規定了五種不同的態樣。因此，在個案不但由於結合態樣之增加，而且由於原有態樣之結合程度的提高，都可能提高結合強度。於是，引起一度結合並經許可後，如果發生結合態樣增加，或結合程度提高，致結合強度升高時，參與結合者是否應再申請許可的問題。

對於這些問題，公平交易委員會曾就由第二款之結合形態轉變為第一款之結合形態以及增加持股的情形採肯定的見解，例如在母公司與子公司合併時，公平交易委員會認為母公司應為該合併再向該會申請結合之許可⁵。對於增加持股比例要求再為許可之申請，與公司法第三百六十九條之八的考量類似。公平交易委員會就結合發生在公平交易法生效前者採肯定之見解，參與結合之事業應提出結合之申請。至於結合發生在公平交易法生效後者，尚未見該會實務上的看法。一般而言，公平交易法第六條第一項第二款至第四款所規定之狀態都不外乎是一個事業控制另一個事業的態樣，因此，在該條第二款至第五款間之增減，是否有必要再為許可之申請？否定說之理由為：在結合許可之第一次申請，已經由審查，認定系爭事業之「結合，對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益」（公平交易法第十二條）。而其結合對整體經濟之利益是否大於限制競爭之不利益，所考量者應為系爭事業之市場力量的整合。只要真有控制關係，其整合之力量對於市場競爭機能的影響應是相似的。肯定說之理由為：控制之有無、控制事項以及控制程度皆可能因結合事實所滿足之要件及滿足的程度而異，是故，在結合關係經許可後，如事後其結合形態在該當之要件態樣有增加、變更或程度有升高皆應再為許可之申請⁶。

⁵ 行政院公平交易委員會 81.7.3.公研釋第 0 二一號「貴公司與子公司合併經營，屬於公平交易法第六條第一項第一款之結合態樣，且 貴公司之上一會計年度之銷售金額已達本會公告事業結合應申請許可之標準（新臺幣二十億元），符合公平交易法第十一條第一項第三款之規定，應依規定向本會申請結合許可」（行政院公平交易委員會公報八十一年第一卷第六期 34 頁）。

⁶ 關於這個問題德國反限制競爭行為法第二十三條第三項第一句規定「縱使參與之事業過去已經

按關於結合之規範，公平交易法第六條所定者，首先僅為為結合之態樣。至於其是否應受結合之管制，尚視該結合是否該當同法第十一條第一項各款所定要件之一而定⁷。

自該項各款規定之內容觀之，對於結合管制而言，其決定性的問題為，是否因結合而造成或加強了一個市場之優勢地位。該問題在於探究結合對於競爭關係之效力，從而非在於探究事業結合之強度⁸。因此結合形態的變更縱使提高了事業間之結合強度，但如果沒有因此加強了結合事業在特定市場的優勢地位應無公平交易法第十一條之意義。換言之，無再為提出許可之申請的必要。反之，如其結合形態的變更不但提高了事業間之結合強度，而且因此加強了結合事業在特定市場的優勢地位，則其結合有公平交易法第十一條之意義，應再提出許可之申請。然由於我國公平交易法未如德國反限制競爭行為法第二十三條及第二十四條就結合之管理，分成兩個階段加以規範：「首先要求有該法第二十三條所定結合之情形者，應向主管機關報備，而後在第二十四條第一項規定：除非參與結合之事業證明因該結合亦產生競爭條件之改善，且該改善超出控制市場之不利益，否則卡特耳署得依第二項以下各項規定處理之，其中包括否准其結合」。而只有約略相當於德國反限制競爭行為法第二十四條關於許可之申請的規定。其結果，相當於「報備之要求」便演化為「許可之申請」的要求。在公平交易法為對應之修

有同條第二項意義下之結合關係，仍應認有一個結合。但新的結合事實不會重大的增強其既存之事業的結合程度者，不在此限。」因此，當新增之結合事實會重大增強既有之結合程度時，參與結合之事業，就該結合應再申請核備。該核備之申請可能被駁回。就申請經駁回者，不得未經聯邦經濟部長之許可，實行該結合或協助該結合之實行。請參考 Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5., Aufl., 1995, §13 Rdnr.67ff..

⁷ 公平交易法第十一條第一項「事業結合時，有左列情形之一者，應向中央主管機關申請許可：一、事業因結合而使其市場占有率達三分之一者。二、參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者。三、參與結合之一事業，其上一會計年度之銷售金額，超過中央主管機關所公告之金額者。」

⁸ Gerhard Huber, Das Entstehen oder Verstaerken einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss, insbesondere durch Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens---Zur Auslegung des §24 Abs. 1 GWB, WuW 1975,382.

正前，雖只好如此。但基於以上認識，就結合形態的變更只提高事業間之結合強度，而未同時因此加強結合事業在特定市場之優勢地位的情形⁹，縱使不能豁免其許可之申請，還是宜簡化其許可之申請手續。所謂提高事業間之結合強度，實務上最可能經常發生者為控制事業提高對於從屬事業之持股比例。特別是因此使其所持表決權數跨過股東會普通決議或特別決議之可決所需的門檻。在這種情形要求其再為申請結合之許可是有道理的。

伍、新設事業是否應受結合管制規定之適用？

結合規定之適用對象應限於結合時既存之事業或包括新設之事業？公平交易委員會認為「以結合時既存之事業為規範對象」¹⁰。這個觀點值得檢討¹¹。

⁹ 公平交易法第十一條第一項規定「事業結合時，有左列情形之一者，應向中央主管機關申請許可：一、事業因結合而使其市場占有率達三分之一者。二、參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者。三、參與結合之一事業，其上一會計年度之銷售金額，超過中央主管機關所公告之金額者。」所以，這裡所稱因結合而加強結合事業在特定市場之優勢地位，主要指因結合而提高結合事業之整體市場占有率。至於參與結合之事業在結合形態之變更則僅具間接的意義。主要以市場占有率為準，認定一個事業之市場地位的看法，顯然亦為公平交易法施行細則第四條關於獨占事業之認定的基礎。該條規定：「事業無左列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：一、一事業在特定市場之占有率達二分之一。二、二事業在特定市場之占有率達三分之二。三、三事業在特定市場之占有率達四分之三（第一項）。有前項各款情形之事業，其個別事業在該特定市場占有率未達十分之一或上會計年度事業總銷售金額未達新臺幣十億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍（第二項）。事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前二項不列入認定範圍之情形，中央主管機關仍得認定其為獨占事業（第三項）。」請參考 Gerhard Huber, *Das Entstehen oder Verstaerken einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss, insbesondere durch Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens---Zur Auslegung des §24 Abs. 1 GWB*, WuW 1975,380：「在單純自市場占有率觀察的情形，要回答何時有市場優勢地位比較簡單。蓋只要設定將據以認定有優勢市場地位之市場占有率的門檻，而後依之判斷是否達到該門檻即可。」。

¹⁰ 行政院公平交易委員會 81.6.4. 公研釋第 0 一二號「公平交易法第六條第一項所稱之他事業，以結合時既存之事業為規範對象，故二以上既存事業共同投資設立新事業之行為，尚非該條規範對象，故縱使參與投資事業之一，有同法第十一條第一項所定各款情形，亦無需向本會申請結合之許可；惟參與投資之既存事業如有利用設立新事業方式進行聯合行為或濫用獨占地位，或從事不公平競爭行為之情形，仍當依公平交易法有關規定處理。」（行政院公平交易委員會公報八十

陸、結合管制規定及聯合行為之禁止規定對於新設共同事業之適用性？

新設共同事業者，當其滿足公平交易法第六條第一項第二款之規定，各設立人及共同事業間會構成關係企業。所以，結合管制及聯合行為之禁止規定對於新設事業之適用的問題有近似而不同之處。近似者指最後皆與關係企業有關，不同者指新設事業的管制所涉及者為關係企業之形成階段，而關係企業內部之聯合行為所涉及者為關係企業之營運。在其形成階段除有結合本身之問題外，還有是否併涉及聯合行為；至於在營運階段則僅涉及聯合行為。

一個事業為改善經營效率，除就既有業務致力於內部之管理、營運的合理化外，有時還必須尋求外部組織的擴張與調整，以藉助外部資源，加深營運的層次提高附加價值、擴大經濟規模取得規模效益、或從事多角化經營分散風險、穩定收益或投資報酬率¹²。這些經營策略因涉及以交易以外的方式，利用其他事業之資源，所以依其合作形式及程度有可能該當公平交易法上關於結合或聯合行為之規定。其合作是否該當於結合之規定，取決於參與之事業間有無公平交易法第六條第一項各款規定情形之一。惟其中有無該項第五款所定「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之情形，在認定上易起爭議。是否該當聯合行為之規定主要取決於合作者間有無競爭關係及其合作有無限制競爭之目的¹³，及其合作

一年第一卷第五期 24 頁)。

¹¹ 學者廖義男教授認為，公平交易委員會公研釋字第〇一二號將「他事業」限縮於「既存之事業」，頗多值得商榷之處。參照廖義男，事業結合四則實務之檢討，台大法學論叢，第二十五卷，第一期，頁 5，公平交易委員會的最新見解則是，根據 86 年第 239 次會議決議，公研釋第 0 一二號解釋雖有變更需要，但須與各部會進行協商，以定實行之緩衝期。

¹² 組織共同事業以促進創新或合理化的必要性固受肯定，但特別是越出本來目的以外之團體效應卻也受到卡特耳法上的質疑(Gruppeneffect)。Rainer Bechtold, Zur Fusionskontrolle ueber Gemeinschaftsunternehmen, Betriebs-Berater, 1980, 344.

¹³ 關於聯合行為之定義，公平交易法第七條規定「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。」該條既以「相互約束事業活動」為聯合行為之定義上的特徵之一，聯合行為之構成自以當事人有限制競爭之目的為要件（主觀說）。此為主觀要素之必要的問題。在德國由於其反限制競爭行為法第一條第一項就聯合行為規

是否發生在「同一產銷階段之水平.....，（且）足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」（公平交易法施行細則第二條）。要之，尚非可一概而論¹⁴。

為從事前述各種合作，參與之事業有時共同組織一個新事業來執行該合作計畫¹⁵，於是引起此種新事業之組織在公平交易法上的地位為何的問題¹⁶。首先是

定「事業或事業組織之團體為共同目的締結之契約，或作成之決議，其足以經由競爭之限制影響貨物或勞務之交易的生產或市場關係者，無效。但本法另有規定者，不在此限。」因此在德國，關於該條所定契約，是否必須以限制競爭或影響市場為目的，始有聯合行為之禁止規定的適用，素有爭議。其司法實務及通說以該項規定之規範意旨在於一般的制止限制競爭之行為，以及為克服舉證困難之實務上的需要為理由，認為應採客觀說，以該契約或決議在客觀上是否有限制競爭之作用為要件。另一個問題是當採客觀說，一個主觀上以限制競爭為目的，但客觀上無限制競爭之作用的契約或決議是否仍有該條之適用？德國實務有採肯定看法者。Immenga in

Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr. 158ff. 後一問題依我國公平交易法施行細則第二條第一項規定「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。」應採否定的看法。綜合公平交易法第七條及公平交易法施行細則第二條第一項之規定，二事業以上之共同行為要構成聯合行為，除當事人間必須有「相互約束事業活動」之主觀的意思外，其合意還必須有「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」的客觀事實。缺一不可。公平交易法第三十五條對於聯合行為，以不經警告，直接課以刑責為其規定內容。此與德國反限制競爭行為法第三十八條對於聯合行為僅課以行政秩序罰者不可等同而論。有鑑於此，公平交易法對於聯合行為之要件，採比德國前述規定較為審慎的規定是有道理的。值得擔心者為，正像公平交易法施行細則第二條第二項規定「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」所示，公平交易委員會在主觀要件上有擴大聯合行為之範圍的趨勢。蓋合意與意思聯絡終究還有一段距離。

¹⁴ 「事業間的合作很容易便會觸及反限制競爭行為法的邊界。如果其共同的構想以共同事業的形式來體現，相隨發生的問題會特別的複雜。.....由之發生之法律問題到目前為止不僅在德國法而且在歐體法皆尚未獲得足以使法律狀態達於清楚的說明」（Ulrich Immenga,

Gemeinschafts-unternehmen als Kartell und Zusammenschluss---ein Grundsatzurteil des BGH, ZHR 150(1986), 366)。

¹⁵ 中小企業發展條例有些輔導中小企業的規定與企業之結合或聯合有關。例如第七條「主管機關為推動中小企業相互合作，應以左列事項為輔導重點：一、業界垂直合併及中心衛星工廠制度之建立與推廣。二、業界水平合併及聯合產銷制度之建立與推廣。三、互助基金或合作事業。四、技術合作與共同技術之開發。五、共同設備之購置。六、行銷據點之建立。」第二十五條「主管機關為增進中小企業經營效率，加強其競爭能力，得輔導中小企業共同從事生產、行銷、採購、

該事業與參與之事業間是否構成結合關係，該新事業之組織是否構成一個聯合行為之實施行為，其次為該結合關係能否阻卻包含其中之聯合行為的違法性。茲分述之：

一、設立新事業是否構成結合

公平交易法關於結合之規定，在於規範「事業間」關於該法所定之一定關係的形成。於是，就其適用對象引起一個疑問，即新設之事業是否在其規範之列¹⁷。自「事業間」立論，固似應以既存之事業為規範對象，而不包括新設之事業。然法律規定之解釋應取向於其規範目的，並自其目的認識系爭規定應如何適用才能達到其規範功能。由此立論，公平交易法關於結合之規定的適用對象自當包括新設之事業。蓋一方面所謂事業之結合，應從結合前及結合後之市場參與狀態加以比較。其中與事業單複及其間之關係有關者，除結合前之存在狀態外¹⁸，亦應以

運輸及合作開發技術與研究發展等事項。」第二十八條「為鼓勵中小企業製造高級產品、高附加價值產品或服務，開拓外銷市場，主管機關應會同有關機構予以技術及行銷指導，並協助參加國外展覽，獲取市場情報，辦理聯合廣告、註冊商標、申請專利或在國外共同設置發貨倉庫。前項高級產品、高附加價值產品製造或服務計畫，經主管機關會同有關機關評鑑後認許者，得申請中小企業發展基金補助其產品及市場開發費用。」於是引起中小企業接受輔導所從事之結合或聯合行為是否屬於「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法（公平交易法）之規定」之行為的疑義（公平交易法第四十六條第一項）。這種問題的合理規範需要目的事業主管機關與公平交易委員會間之行政協調。

¹⁶ 公平交易委員會第三十二次委員會議決議，公平交易法第六條第一項所稱之「他事業」，以結合時既存之事業為結合之規範對象。從而二以上既存事業共同投資設立新事業之行為，尚非該條規範對象。故縱使參與投資事業之一，有同法第十一條第一項所定各款情形，亦無須向公平交易委員會申請結合之許可。參照張芬芬、陳杏怡，公平交易法第六條第二款結合實務，公平交易季刊，第三卷，第一期，頁 161。

¹⁷ 就實務上來看，以「華航擬與十六家旅行社共同籌組華航旅行社」案觀之，公平交易委員會的意見認為新設事業毋需申請結合許可（行政院公平交易委員會公報八十一年第一卷第五期 24 頁；行政院公平交易委員會 81.6.4.公研釋第 0 一二號）。參照李延禧，公法法解析--公平法對事業結合之規範，實用稅務，217 期，民國 82 年 1 月，頁 90。

¹⁸ 應以結合前之狀態論斷者，例如合併。蓋在合併前有數事業，在合併後不但只剩下一個事業，而且參與合併之事業可能皆消滅，而另立一事業。此於公司法稱為新設合併。該新設之事業為新設公司（請參考公司法第七十五條、第三百十七條之一、第三百十八條、第三百九十八條及第四

結合後的情形論斷。結合後有新事業存在者，宜假定該事業於結合時便已存在，至少已以籌備處的型態存在¹⁹。

二、共同組織新事業(結合)是否構成聯合行為及其違法阻卻事由

事業間之聯合行為的實施方式，法律上本來並無排除規定，因此，以共同組織新事業，亦即以結合的方法來實施聯合行為自有可能。其結果，當系爭結合行為為該當公平交易法第七條及同法施行細則第二條之構成要件時，同時亦論為聯合行為。除非有公平交易法第四十六條第一項所定之阻卻違法事由，否則即構成法律所禁止之聯合行為。成為以合法之(結合)行為，從事法律所禁止之(聯合)行為的情形。此種行為態樣可稱之為：低度行為合法，高度行為或接續行為違法。此為雙重管制說的見解：認為對於共同組織新事業，應分別依結合之管制規定及聯合行為之禁止規定加以規範。

然亦有認為在一定的條件下，該結合關係可阻卻包含於其中之聯合行為的違法性者。關於這個問題德國法制及歐體法制的觀點值得參考。茲分述之：

三、德國的規範情形

在結合之規範上，針對共同事業之新設的問題，德國反限制競爭行為法第二十三條第二項第二款第三句有明文規定，應同受該法關於結合規定之適用²⁰。由於該句就新設之共同事業形式的定義為：「數個事業同時取得他事業之股份，且其股份總數或表決權數達到百分之二十五.....或對於他事業已取得股份法第十六條意義下之多數參與者，該數事業之所為在該他事業所屬之市場論為結合。」於是，引起一個疑問，該由數個事業所參與之共同事業，應一概適用結合或聯合行

百二十六條等關於合併時之新設公司的規定)。在合併所面臨之企業之數的問題，與數個事業共同設立事業的情形，在發展上正相反。合併朝著由多變少的方向，共同設立事業朝著由少變多的方向發展。

¹⁹ 關於設立中之事業，不論就其利益之保護或義務之負擔皆有類似的問題。該問題之發生的存在基礎為權利能力者在事實上不能發生於一瞬間，而猶如胎兒，需要一段期間之蘊育。

²⁰ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5., Aufl., 1995, §13 Rdnr.53ff..

為之規定，或甚至應併同適用該兩套規定？由於共同事業之所涉組織及業務極為多樣，因此實難以一概而論²¹。

德國立法者不僅在一九五七年制定反限制競爭行為法時，而且在一九七三年之修定皆不採重疊適用卡特耳規定及結合規定的安排。因此，在個案法律的適用者原則上必須選擇適用卡特耳規定或結合規定²²。然在這種情形競爭法如有清楚的明文規定，除可使該選擇變得比較容易外，並有助於提高法的安定性。例如德國反限制競爭行為法第五條第二項中關於辛地卡(Syndikate)的規定。所謂辛地卡指共同的採購或銷售的組織。其功能在於經由整合供應或需求，以達到最佳規模，獲取多事業之整合性的規模經濟(multi-plant economies)。一個辛地卡的組織必須符合德國反限制競爭行為法第五條第二項所定之合理化的要件，並依法申請，取得許可時，方得為之²³。反之，單純組織或取得德國反限制競爭行為法第二十三條第二項第二款第三句所定種類之事業的股份者，只適用該法第二十三條以下之規定。

不過，也不能忽略有些情形，法律事實會同時該當卡特耳及結合的構成要件，而發生交集的情事。從而兩套法律規定皆有適用性。在這種情形是否能夠經由將共同事業區分為「集中性的」(konzentrativ)或「合作性的」(kooperativ)一般的處理之，素有爭議²⁴。德國聯邦法院(BGH)傾向於採肯定的見解，認為在合作

²¹ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5., Aufl., 1995, §13 Rdnr.55.

²² Hans-Rudolf Ebel, Der Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrolle, Betriebberater, 1974, 749ff.(755f.)：「§§1ff.與 23ff.GWB 之適用互相排斥。所以（共同事業之）股東間之限制競爭或依§§1,25Abs.1GWB 或依§§23ff.GWB 裁決。共同事業之形式及實質要件皆滿足者，關於共同事業之市場，母公司間僅適用§§23ff.GWB。關於其他市場§§1ff.與 23ff.GWB 尚有適用之可能性。因此產生之卡特耳法上的自由空間，由結合管制規定來填補。依結合管制規定聯邦卡特耳署可否准設立或加入共同事業之行為。在具體案件結合管制應介入多深為另一個問題。與卡特耳的情形不同，在共同事業的領域，立法者決定在一定之營業額與在產生一個市場優勢地位時控制之。這對於以共同事業型態表現出來之部分的結合，應和其他全部的結合一樣的有其適用」。

²³ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5., Aufl., 1995, §13 Rdnr.56; Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, §5 Rdnr.102ff(103).

²⁴ 持肯定見解者例如 Jutta Leube 認為「1.如果母公司為現在的或潛在的競爭者，則共同事業之設立不但該當於§23，而且該當於§1 之構成要件。2.如果共同事業屬於集中性的(konzentrativ)，

性的結合應同時適用結合(§23ff. GWB)及卡特耳(§1GWB)的規定。亦即 **BGH** 認為必須考量個別案件之特殊的具體情形，是否有限制競爭的作用，以決定究竟應適用卡特耳規定或結合規定，或甚至應同時適用兩者。這種看法基於一個觀點，亦即聯合行為之禁止與結合之管制各有其規範之法律事實，應從實質的觀點，亦即從有無限制競爭的作用論斷。在德國關於共同事業之設立的管制，以該看法為基礎發展出雙重管制說。惟這些法律事實在具體案件可能有交集的情形。而且當其交集，認為德國反限制競爭行為法第二十三條第二項第二款第三句關於結合之管制規定不是同法第一條關於聯合行為之禁止規定的特別規定。因此，當股東基於股東權依公司法之規定參與共同事業之業務或人事的決定，而其決定的結果有限制競爭之作用時，其股東權之行使行為可能滿足聯合行為之禁止規定的構成要件²⁵。此為 **BGH** 所持的見解²⁶。

則§1 對於自共同事業之設立必然發生之母公司間的競爭限制無適用性。3.對於合作性的(kooperative)共同事業，§§1 及 23ff.可無限制的併同適用。即便在第五條第三項所定之辛地卡，也不能只適用卡特耳之禁止規定。」(Jutta Leube, Zur Anwendbarkeit der §§1 und 23ff. GWB auf Gemeinschaftsunternehmen, ZHR 141(1977),313-329)。持否定見解者例如 Robert Knoepfle, Zur Unterscheidung zwischen konzentrativem und kooperativem Gemeinschaftsunternehmen bei der kartell-rechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsgründungen, Betriebs-Berater, 1980, 654ff.;Bodo Boerner, Aral-Beschluss und Gemeinschaftsunternehmen, Der Betrieb, 1984, 2674ff.(2679f.). Robert Knoepfle 認為「為解決區分(其應適用之法規)的問題，應從下述觀點出發：卡特耳的規定對於結合無適用性，蓋在結合其重點通常置於財產之處分；如有限制競爭發生，這僅是該處分之結果而已。從而結合原則上是容許的。反之，聯合行為(卡特耳)原則上是不容許的。蓋其重點置於限制競爭。在共同事業之組織其重點通常置於財產之處分。是故，在其組織一般情形不受卡特耳規定之適用，而應適用結合之規定。在結合規定中可以清楚看到立法者在處分財產之權利與防止市場優勢地位之發生或強化間所作之利益的權衡。不過，如果共同事業之組織的重點置於限制競爭，則應適用卡特耳(聯合行為)之規定。這特別適用於共同事業僅是卡特耳之輔助機關的情形」(Robert Knoepfle 前揭文頁六六一)。

²⁵ 當數個事業(母公司)共同投資於一個新設或既存之事業(Gemeinschaftsunternehmen, joint venture)，並有能力對之加以控制，該數個事業與其投資之共同事業間便構成結合關係。此際，如果各母公司相互間或其與共同事業間在各自之市場上，有現在的或潛在的競爭關係，則該共同投資的結果，有可能限制競爭的效應。其緣由可能來自於各母公司或共同事業之克制的團體效應(Gruppeneffect)或事實上放棄競爭(faktischer Wettbewerbsverzicht)，也可能來自於各母公司及共同事業間關於其間之競爭的禁止、產品或銷售的限制約定。這些競爭的限制有些僅是共同事業之存在的結果，有些是因明示之規範競爭行為的約定而發生。如有此種約定之需要，該約定通

然學者對此問題的意見並不一致。有謂應依個案特徵較接近於卡特耳或結合定其應適用之規定者。在這種情形，大多會認為較接近於結合的管制的類型。此際，結合的管制規定將壓縮卡特耳之禁止規定的適用性。只要其中具有限制競爭作用之約款為契約本來目的所涵蓋，則即便該結合契約中伴隨有限制競爭的約款，亦然。反之，越出結合契約本來目的以外之限制競爭的約款仍有德國反限制競爭行為法第一條之適用(內在目的說：Immanenztheorie)²⁷。但其適用之結果，原則上只使該限制競爭的約款無效，而不導致契約全部無效²⁸。然亦有謂即使如此，聯合行為之禁止規定的適用範圍並不為結合之管制規定所限縮，而只是為其所補充者²⁹。此為在規範面，將相關法律從價值體系的觀點加以調和，以及在事實面，將法律事實從實質觀點認定其該當之法律規定結果。

數個事業（母公司）設立共同事業，而在對於共同事業（子公司）有控制關係之外，在母公司間或其與共同事業間還有限制競爭之結果時，為了說明結合管制規定及聯合行為之禁止規定對於此種法律事實在適用上之競合關係，德國學說與實務提出雙重管制（Doppelkontrolle）的看法（雙重管制說：Zweischran-kentheorie）及分別管制說（Trennungstheorie）。

（一）、雙重管制說

常會安排在共同事業之設立契約（die Grundvereinbarung）中。該契約不是共同事業之章程，其作用在於約束該共同事業之母公司，以便事後在該約束下，基於股東權之行使行為實現限制競爭的目的。此所以聯合行為與結合在具體情形，有時會糾纏不清，難以劃分。如果各母公司之所以設立共同事業的目的僅在於控制共同事業，其設立僅屬結合問題。惟倘超出此限度，另有合作之目的，則應受聯合行為有關規定之規範（Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr 500f.）。

²⁶ Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr 503ff..

²⁷ Ulrich Immenga, *Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluss---ein Grundsatzurteil des BGH*, ZHR 150(1986), 373

²⁸ Rittner, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 5., Aufl., 1995, §13 Rdnr.56f..

²⁹ Immenga 認為該見解為德國當今之通說所採（Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr 507）。

雙重管制說之看法的要點在於認為，結合管制規定及聯合行為之禁止規定在適用上並無排斥效力。蓋有結合關係者，可能也有聯合關係。所以，設立共同事業業者所從事之行為如果同時滿足結合管制規定及聯合行為之禁止規定的構成要件，應依具體案件滿足之構成要件加以規範。其結果，倘一個設立共同事業之行為同時滿足結合管制規定及聯合行為之禁止規定的構成要件，即應受結合管制及聯合行為之禁止的雙重管制³⁰。

(二)、分別管制說

分別管制說的要點在於分別認定結合管制及聯合行為之禁止規定的適用範圍，並原則上以共同事業之屬性究為「集中性」(konzentrativ)或「合作性」(kooperativ)為標準劃分其應適用之規定³¹。由於一個共同事業事實上可能同時滿足結合管制及聯合行為之禁止規定的構成要件，因此，依分別管制說所作之劃分，其實並非依可適用之規定的要件該當性，而係依目的性之考量所認定的適用範圍³²。其間，為界定共同事業所涉之規定究屬結合或聯合行為，共同事業在功能上對於發起人(投資者)之獨立性亦有重要意義。

其獨立性之認定標準為：共同事業之存續期間是否無限期，在技術、生產及銷售方面相對於發起人是否享有廣泛的自主權，市場之選擇自由，以及其業務之執行是否由共同事業而非由發起人為之。此外，設立共同事業之結果主要為取得對於財產之集中的處分權或導致競爭之限制亦被引為標準。總括而論，共同事業是否構成一個可以為自己利益打算之新的、獨立的經濟單位，享有基本的事業機能，而非只是完全或主要為母公司之上、下游的附庸。在共同事業之設立，如果

³⁰ Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr. 503: 「BGH 在攪拌機械案關於共同事業之裁決中 (Mischwerke-Beschluss fuer Gemeinschaftsunternehmen) 對於一個重要的基本問題回答：聯合行為之禁止與結合之管制皆可適用於事業之設立。在該關於共同事業之裁決中，聯合行為之禁止與結合之管制間的論爭，在雙重管制的意義下決定下來。該裁決以這種方式肯認：設立共同事業不僅係一個法人之設立行為，而且同時可用來調整發起人事業間之事業利益。」因此，必須兼從結合之管制與聯合行為之禁止加以規範。

³¹ Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr 509, 512.

³² Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr 510.

能夠滿足這些要件，德國反限制競爭行為法第一條對之當無適用性。其不適用之對象可及於：只要在事務及時空的替代觀點上不超出共同事業之業務範圍，其競爭之禁止、為維持共同事業之機能所必須之限制競爭的附隨協議。此即所設立者為純粹集中式共同事業的情形³³。學說上認為，由於按各種可能之標準劃分聯合行為之禁止規定及結合之管制規定的適用範圍幾乎不可能，所以，**BGH** 對於此種劃分的嘗試採取比較保留的態度³⁴。是故，即便是分別管制說的支持者也認為，將共同事業之設立、營運清楚的劃歸集中的或合作的領域在例外的情形有所不能時，應該可以考量雙重管制的做法³⁵。

(三)、小結

前述德國學說之發展的出發點為，德國反限制競爭行為法中關於結合管制及聯合行為之禁止規定間並無普通與特別之關係，各有其規範目的：結合管制之目的偏重在合理市場結構的維持。聯合行為之禁止的目的偏重在不當市場行為的排除。所以，當一個法律事實(設立共同事業)同時滿足結合管制及聯合行為之禁止規定時，即產生競合³⁶。此為雙重管制說的立論所在。

不過，在實務上可能利用關於行為之吸收理論，認為當設立共同事業之結合行為受到許可，則因結合行為(控制關係)吸收聯合行為(合作關係)，從而在規範上只有結合行為而無聯合行為，結果自然只有結合管制之規定受適用。此外，也有從結合之許可以「競爭條件之改善大於市場優勢之不利」或「其整體經濟利益大於限制競爭之利益」為理由(德國反限制競爭行為法第二十四條第一項、第三項)，認為結合之許可的效力應及於聯合行為，因此不須再為聯合行為申請許可者。此為分別管制說的看法。然以分別管制說為論據的見解，常常忽略在該說中

³³ Ulrich Immenga, Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluss---ein Grundsatzurteil des BGH, ZHR 150(1986), 370f..

³⁴ Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, §1 Rdnr 513.

³⁵ Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, §1 Rdnr 513.

³⁶ 關於共同事業，其「卡特耳(聯合行為)之禁止及結合之管制的交集領域，在卡特耳法之討論上因此引起普遍的重視」(Ulrich Immenga, Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammen-schluss---ein Grundsatz-urteil des BGH, ZHR 150(1986), 366,368)。

其實隱藏有一個重要的前提，即滿足聯合行為之要件者，優先適用聯合行為之禁止規定。亦即在該競合法規的適用上有先「聯合行為」後「結合」之規定的默契。而一旦一個共同事業之設立行為經論斷為聯合行為，因該設立行為已被判為違法而禁止之，不再有依結合管制規定再加審理的必要³⁷。是故，在採分別管制說的情形，其實際之適用上並不生結合行為將禁止之聯合行為合法化的情事。關於共同事業之集中式或合作式的分類與適用，這樣的前置條件在歐體法制中一樣有相同之脈絡可循。例如認為「共同事業之參與必須不以投資事業相互間或其與共同事業間之競爭行為的協調為目的或引起該協調的結果，該共同事業才是集中式之共同事業。一個共同事業必須是集中式，才只適用結合管制辦法，而不適用歐體協約第八十五條關於聯合行為之禁止規定」³⁸；反之，「共同事業以競爭行為之協調為目的或引起協調之效果者，為一種合作式共同事業。不論其結構為何，特別是不論對其是否有控制力之共同行使，或其是否為獨立之經濟單位，一概皆只適用歐體協約第八十五條」³⁹。

四、歐體的規範情形

歐體結合管制通則（EG-Fusionskontrollverordnung）在 1990 年 9 月 21 日生效。依該通則第三條第二項，數個事業取得對於共同事業之共同控制權時，在某些要件下論為結合。其間該通則將共同事業劃分為合作性及集中性。倘共同事業之設立，以還繼續互相獨立存在之事業在競爭行為上之互相配合為目的，或引起此種配合的結果，則該共同事業之設立不論為結合，而論為合作性之共同事業。

³⁷ 在攪拌機案(Mischwerkefall=BGHZ 96,69ff.)，「事實審法院同時確認(卡特耳署)(關於組織共同事業之)公司契約及(共同事業與其設立者間關於攪拌機之全部生財設備的)買賣契約之否准的決定。其間法院依水平聯合行為之禁止規定審查了整部契約，從而依法院的看法不再需要就結合管制探究之。聯邦法院(BGH)駁回對於前述判決的上訴」(Ulrich Immenga, Gemeinschaftsun-ternehmen als Kartell und Zusaamenschluss---ein Grundsatzurteil des BGH, ZHR 150(1986), 368)。

³⁸ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverord-nung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.553ff.(558).

³⁹ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverord-nung, 4. Aufl., 1993, S.974ff..

依其情況適用歐體協約第八十五條之規定：共同事業長期具有一個獨立經濟單位之所有機能，且設立人在其相互間或對於共同事業無競爭行為上之合作者，該共同事業之設立論為結合⁴⁰。茲申述之：

(一)、共同事業的概念

共同事業（Gemeinschaftsunternehmen）的概念，在歐體法制下其廣義者指數個事業投資於一個事業的情形；狹義者指該數個事業對於其投資之事業有共同控制力的情形。狹義共同事業之概念適用於結合管制的情形，反之，在結合管制以外的情形，則指廣義之共同事業。惟關於聯合行為，歐體協約第八十五條對於廣義及狹義之共同事業皆有適用。蓋就聯合行為而言，重要的是事業間有無協議。至於該協議係在共同事業設立時或營運中達成並不重要⁴¹。

(二)、控制

數個事業可直接或間接控制其共同事業，指其可以決定性的影響共同事業之活動而言。為控制他事業，數個事業可能組成集團以匯集力量。該控制力一般固以持股為基礎，但不以此為限。各種法律上行之有效之控制權源皆屬之，例如對於共同事業之重要財產之所有權、用益權，各種決定之參與決定權。惟這些控制力必須由該數個投資事業共同為之。共同控制可能以股權，也可能以協議為基礎。當其以協議為基礎，也可能約定由持股較少者取得控制權。不過，如果有一個事業能夠單獨控制他事業，不論其基礎為何，該他事業即非其投資者之共同事業。而當一個事業能夠指定被控制事業一半以上之董事或監察人，或擁有其董事會或監察人會一半以上之表決權數，或擁有其半數以上之資本額或表決權數時，該事業即有單獨之控制力。蓋在這種情形，該事業能夠決定被控制事業之業務政策⁴²。

⁴⁰ Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr. 532.

⁴¹ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr. 543.

⁴² Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr. 545ff..

歐體委員會（Kommission der Europaeischen Gemeinschaften）認為，當數個事業對於他事業之營運有歐體協約第八十五條意義下之協議，即可認定該數個事業對於該他事業有共同的控制力。因此，在實務上是否有共同控制力之審查，常常與是否有競爭行為之協調的目的或效果的審查競合在一起。惟協議與控制還是有區別，控制以客觀上影響之可能性為基準，協議以事實上有市場行為之協調為基準⁴³。關於共同事業，歐體委員會分別按其結合究為集中式結合(Konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen)或合作式結合(Kooperative Gemeinschaftsunternehmen)規範之⁴⁴。

（三）、集中式共同事業

一個純粹的集中式共同事業僅受結合管制辦法(FKVO)的規範。依該辦法第三條第二項，這必須滿足兩個要件：1.該共同事業必須永續的具備一個獨立經濟單位的所有功能，2.參與投資者相互間及其對於共同事業皆不得有競爭行為之協調。

在此所關注之獨立性(Selbstaendigkeit)指有自主之業務政策而言。亦即共同事業可否為自己之利益，自主的從事競爭。然獨立性的要件如何能與共同事業之受控制的要件並行不悖？不受控制時固享有獨立性，但此時即無結合管制辦法意義下之共同事業。是故，在這種情形必須有「受控制」及「獨立」所交集的領域。該交集的領域存在於事業內部之基本事務，而不存在於日常與市場行為有關的事務。所以關於共同事業之營業項目的改變、資本之變更等皆屬無礙於其獨立性的控制。惟仍不得因此使共同事業欠缺為營運所需之資金。對於歐體委員會而言有疑慮的是：投資事業與共同事業之機關的人事有相同的情事。此外，如果投資事業與共同事業的業務處於相同特定市場，歐體委員會原則上也會否定共同事業之獨立性。不過也有學者認為應該以共同事業就競爭行為是否應為配合作準。

⁴³ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.551.

⁴⁴ Peter Ulmer, Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht, WuW 1979,436ff..

要之，共同事業之參與必須不以投資事業相互間或其與共同事業間之競爭行為的協調為目的或引起該協調的結果，該共同事業才是集中式之共同事業。一個共同事業必須是集中式，才只適用結合管制辦法，而不適用歐體協約第八十五條關於聯合行為之禁止規定⁴⁵。

為區別參與投資共同事業者間之「必要且容許之利益的協調」與「禁止之競爭行為的協調」並不容易。因此，歐體委員會利用建立類型，提供處理取向上的幫助，發布了裁判合作式共同事業準則(Bekanntmachung der Kommission ueber die Beurteilung kooperative Gemein-schaftsunterneh-men nach Artikel 85 des EWG-Ver-trag(Abl. 1993, C 43/2))。其類型有二：1.了結原來的業務，2.開辦新業務。

了結原來的業務，指參與投資之事業結束其原來從事之業務，從產品、空間及時間等三方面完全退出該業務所屬之特定市場，將該市場保留給共同事業。於是，在共同事業之業務所屬的特定市場，參與投資之事業原則上不因參與共同事業，而被認為有市場行為之協調⁴⁶。在該類型之難題為如何認定參與投資之事業已長期的終局的、完全退出該業務之特定市場。比較沒有疑問的是將與系爭業務有關之全部生財設備皆移轉給共同事業，而自己對於共同事業只維持在一種控股的關係。然即便參與投資者與共同事業間在相關市場尚有顯在或潛在之競爭關係⁴⁷，但只要因空間的因素例如運費、市場進入障礙、進口管制，而不存在有競爭，該共同事業還是可論為有集中式的⁴⁸。

⁴⁵ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverord-nung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.553ff.(558).

⁴⁶ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverord-nung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.560f..

⁴⁷為認定系爭事業間之競爭究為顯在的或潛在的，或為認定系爭事業間之協議的限制競爭效果是否可感覺，是否已跨過微小聯合的門檻等皆必須劃定與系爭協議有關之特定市場（Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverord-nung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.203ff.）。

⁴⁸ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverord-nung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.562ff..

開辦新業務，指為參與投資者之利益，共同事業開辦新業務。在這種情形共同事業與參與投資者間無顯在之競爭關係，至於有無潛在之競爭關係應視具體情況而定。屬於此種類型之共同事業主要為，為研究與發展或開發市場而設立之共同事業⁴⁹。不論是基於組織的、技術的或財務上的理由，只要參與投資者事後個別要進入該市場是不可能的，或經濟上是不理性的，歐體委員會便認為此種共同事業屬於集中式的。將該觀點適用於共同研究與發展，可見其以共同事業的方式為之，可享有一些特別的諒解。蓋依歐體委員會在實務上所持之一貫見解，事業間之共同研究與發展不得導致參與之事業放棄研究發展的結果。否則，即違反歐體協約第八十五條關於聯合行為之禁止規定⁵⁰。

當共同事業經認定為集中式，與之有關之附隨協議，其屬於必要者，亦全依歐體結合管制通則規範之(Art. 8 (2) FKVO)。這不僅適用於為共同事業之營運所必須之附隨協議，也適用於使共同事業滿足得單獨適用歐體結合管制通則之要件的附隨協議。例如參與投資之事業撤出共同事業活動之市場，以滿足構成集中式共同事業之要件。為共同事業而對參與投資之事業所加之競爭的禁止，應全依歐體結合管制通則審查之。有利於共同事業之競爭的禁止，只要嚴格限於共同事業之活動領域總是會容許的。必要的附隨協議還包括：為對於共同事業提供必要之營運資產，參與投資之事業間，及其與共同事業所作之協議，例如對於共同事業授權實施工業或商業財產權以及專門技術之協議。又關於共同事業應小心保管對其交付之專門技術，不得將之轉告他人的協議，同樣被認為是必要的。一個附隨協議只要符合前述要件，結合之許可的效力自動及於其附隨協議(Art. 8 (2) FKVO)。從而認定為不違反歐體協約第八十五條⁵¹。

(四)、合作式共同事業

⁴⁹ 關於事業在研究發展上之競爭究屬於顯在的或潛在的競爭，學說上有不同的看法。歐體委員會在實務上採潛在競爭的見解(Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.567)。

⁵⁰ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.451f.; 565ff..

⁵¹ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.568ff..

共同事業以競爭行為之協調為目的或引起協調之效果者，為一種合作式共同事業。不論其結構為何，特別是不論對其是否有控制力之共同行使，或其是否為獨立之經濟單位，一概皆只適用歐體協約第八十五條。在 1993 年 2 月 16 日歐體委員會公布了依歐體協約第八十五條裁判合作式共同事業準則(Bekanntmachung der Kommission ueber die Beurteilung kooperative Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 des EWG-Vertrag(ABl. 1993, C 43/2))⁵²。

歐體委員會認為共同事業及其控制事業的營業如果屬於相同的市場，其間應推定為有競爭行為之協調。不過，有學者認為歐體委員會應當沒有發布推定規則的權限，蓋歐體委員會應就個案證明一個共同事業是否導致競爭行為之協調。而此種推定規則引起不適法之舉證責任的移轉。反之，如果共同事業及其控制事業的營業不屬於相同的市場，其間是否有競爭行為之協調應就個案之具體情況認定之。依前述見解，在此種情形等於事實上推定其間無競爭行為之協調。是故，共同事業及其控制事業的營業是否在同一市場成為分辨集中式共同事業與合作式共同事業的標準。特定市場之劃分因此取得決定性的意義。惟因特定市場之劃分本身相當不明確，所以，以市場為標準區分集中式共同事業與合作式共同事業對於法的安定性之增進並不很大⁵³。

由於數個事業設立或投資於一個共同事業可能引起團體效應 (Gruppeneffekt)⁵⁴，因此，如果該數個事業有競爭關係，且該共同事業所經營之

⁵² Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, S.974ff..

⁵³ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.574f..

⁵⁴ 所謂「團體效應」，指設立共同事業者間因共同事業之存在，而在一定程度上自動發生的平行行為。具有決定性者為在設立者間於個案對之無特別協議的情形下，各該事業使其為自己之領域所下之決定，適應於共同事業為其領域所下之決定。所以，設立者利用在共同事業之機關中的合作，在與共同事業無關之其他市場，取得協調其自己之市場關係的機會不論為團體效應。是故，只要導致此種協調及以之為基礎之行為上的合作，其中即存在有獨立違反歐體協約第八十五條第一項之行為」，其中還可能包括設立者事實上放棄其在共同事業所屬市場之業務(Peter Ulmer, Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht, WuW 1979,443f.Anm.67)。然並非一切由共同事業

業務為其上、下游之業務，則歐體委員會推定，在這種情形該數個事業在其採購或銷售政策上有市場行為之協調。該團體效應只有在該數個事業間之競爭是潛在的，且共同事業之解散極為簡單的情形才會被認為無關緊要。又縱使該數個事業間無競爭關係，然倘該共同事業之產品主要銷售給他們，或主要從他們採購所需，則歐體委員會還是推定該數個事業與該共同事業間有市場行為之協調。在這種情形，該數個企業必須證明其投資之共同事業比較有競爭力。惟共同事業優待其投資人並不被認為違反歐體協約第八十五條⁵⁵。

即便系爭共同事業屬於合作性，歐體協約第八十五條關於聯合行為之禁止規定，亦僅在其對於市場之限制競爭的影響具有可感覺性(Spuerbarkeit)時才有其適用性。依歐體委員會關於瑣細聯合之公告(Bagatellbekanntmachung)認為參與事業在相關特定市場之占有率不超過百分之五及其全部銷售額加總不超過二億歐洲元(ECU)者，其限制競爭的影響不具有可感覺性⁵⁶。

(五)、小結

由以上的說明可見，關於共同事業在競爭法上之規範，歐體委員會傾向於以「集中式共同事業」與「合作式共同事業」之分類為基礎，分別決定其應適用的

引起之團體效應皆受歐體協約第八十五條之適用。這還應視該共同事業之設立所涉者為水平的、垂直的或斜線的結合而定。水平的結合原則上應認為有適用，至於垂直的或斜線的結合尚須視個案之具體情況論斷。其中比較重要的發生在共同技術、零組件之開發或共同銷售通路的布建上。其最後之考量 Peter Ulmer 認為應繫於：該合作對於母公司之最終產品的成本所占的份量，以及互相競爭之母公司之特定市場結構的寡占程度和其產品之同質性與異質性(Peter Ulmer 前揭文頁四四四)。

⁵⁵ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.576f..

⁵⁶ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.578：關於可感覺性的認定，「據聞歐體委員會將來計劃僅以共同事業之市場占有率的門檻為準。亦即不再以參與投資之事業的大小為準。作為標準者將為共同事業在其特定市場之占有率。其他市場的占有率不在考量之列。惟對此至今尚未正式公布。」。

規定⁵⁷。共同事業屬於集中式，則參與投資之事業相互間及其與共同事業所作之協議只要為共同事業營運上所必要，原則上為結合之許可效力所及，不再認為違反歐體協約第八十五條關於聯合行為之禁止規定。這與德國通說認為應依雙重管制說的觀點，分別適用結合管制及聯合行為之禁止規定，規範結合中之限制競爭行為者不盡相同。不過，必須注意在歐體法制關於結合管制及聯合行為之禁止規定的適用有先「聯合行為之禁止規定」，後「結合管制」的前後位關係。且只要該當「聯合行為之禁止規定」，便不再適用「結合管制」之規定。亦即必須已無違反聯合行為之禁止規定的情形，始因其為共同事業之設立，而再依結合管制規定審查之⁵⁸。在此意義下，究諸實際，其實也是雙重管制的。只是其審查手順為先「聯合行為之禁止規定」，後「結合管制」。在有禁止之聯合行為的情形，因不再進入結合之審查，看來好像只受聯合行為之禁止規定的管制；在無禁止之聯合行為的情形，因無處分而即進入結合之審查，看來好像只受結合規定的管制。

⁵⁷ 然集中式或合作式共同事業之區分在個別案件並不容易。Peter Ulmer 認為，「目前還必須以動態體系意義下(im Sinne eines beweglichen Systems)之標準清單為已足。並據此，不拘泥於個別標準，而就整體形象加以判斷，將之區分為集中式或合作式。在此限度內可列為集中式者例如：對於設立者在技術、製造、行銷方面有獨立性之長期或無限期之共同事業、無將共同事業之業務限制在與母公司緊臨之狹窄市場範圍的章程約款、以及基本上透過共同事業之業務的執行，而非透過設立者之合作行使其對於共同事業之事實上的領導權。反之，縱使未將共同事業之業務範圍限制在像發展、製造或行銷等部分機能，但以擴大產能、供銷或採購關係等形式，支持設立者自己之活動為目的而設立共同事業者，應論為合作式。其他標準還有限制共同事業之營運期限，以章程規範共同事業之發展形態及當中應移轉給母公司之權利，由母公司將工業財產、專門技術、或人員授權或移轉於共同事業而未充分劃清母公司之對應的活動範圍，以及關於共同事業之業務的執行問題廣泛列舉應經母公司同意的清單。前述標準最後分別與從目的性的觀點所提出之下述的決定性問題有關：共同事業之設立目的究竟在於追求共同事業之自己的利益，或主要在於經由共同事業這一個工具，協調母公司之利益或行為。相應於共同事業之混雜的性格，在大多數的情形，該問題並不能清楚回答屬於何者。學說上常見的看法認為，只要在共同事業之計畫活動中發現有行為之合作的徵兆，歐體協約第八十五條即應介入。這樣做在歐體協約的適用中，將會不當忽略合作式與集中式共同事業間之質的差異，及應與之對應的不同處理」(Peter Ulmer, *Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht*, WuW 1979, 445)。

⁵⁸ 「從歐體委員會之判決中可以歸納出，在事業與委員會關於聯合行為之許可的拉鋸中，委員會傾向於儘可能縮小認定共同事業設立中之集中因素」(Peter Ulmer, *Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht*, WuW 1979,445)。

其結果，該雙重管制的實態隱而不彰。反之，在雙重管制說，郁於「控制關係」是否吸收或阻卻「聯合關係」，其審查或思考之手順有先「結合管制」，後「聯合行為之禁止規定」的前置假定。其結果在結合未被許可的情形，還有就聯合行為之許可提出申請的餘地。另當結合經許可的情形，是否還有就聯合行為之許可提出申請的餘地引起疑義。將這個問題抽象的提出看似有理，然質諸實際，並非如此，蓋共同事業之設立只要涉及「合作式」，依歐體法制即應適用「聯合行為之禁止規定」已如前述。

柒、關係企業內部之聯合行為

在各種結合關係中，因合併的結果，合併前之數事業已融合為法律上之一個事業，因此不再有卡特耳法之適用可能性。這種看法得否類推適用於因結合而置於統一領導下之關係企業，在學說上引起關注。其主要爭點為：在這種情形構成關係企業之分子企業在法律上雖還具有獨立性，但在經濟上已喪失其自主性。該經濟上之自主性的喪失是否使關係企業因此不受卡特耳法之適用，此即關係企業內部之聯合行為是否適用聯合行為之禁止規定的問題⁵⁹。

就關係企業之概括的成立要件，公司法第三百六十九條之二第二項規定「公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者亦為控制公司，該他公司為從屬公司。」第三百六十九條之九第二項規定「相互投資公司.....互可直接或間接控制對方之人事、財務或業務經營者，互為控制公司與從屬公司。」就結合之概括的成立要件公平交易法第五條第一項第五款規定「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」。歸納之，公司法及公平交易法同樣以「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」的狀態，亦即以控制與從屬關係之存在作為關係企業或結合之概括的成立要件。於是引起關係企業法與卡特耳法之適用上的競合問題⁶⁰。

⁵⁹ 關於這個問題在德國法上的詳細討論請參見 Ulrich Huber, Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG, ZHR 131,193ff..

⁶⁰ Helmut Koehler, Der Schutz des abhaengigen Unternehmens im Schnittpunkt von Kartell- und

類似的情事在結合管制及聯合行為之許可要件的表現為，就應申請許可，而得予許可之結合公平交易法第十二條規定「對於前條之申請，如其結合，對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益者，中央主管機關得予許可」；就聯合行為之例外許可第十四條規定「事業不得為聯合行為。但有左列情形之一，而有益於整體經濟與公共利益，並經中央主管機關許可者，不在此限」。因前述規定引起經許可結合者，其許可效力的範圍是否及於聯合行為的疑問。此為結合管制與聯合行為之許可的競合問題。這個問題在控制力之行使，後來亦表現在關係企業法與卡特耳法之適用上的競合上。蓋數個事業在組織上渡過結合管制的關卡後，便進入關係企業之運作的階段。

由於控制力的行使，為股東行使其股東權或公司追求其市場最大利益的驅動力所在，而其行使也不一定必須限制競爭，因此，公司法與公平交易法關於「控制力」的取得及行使，皆不採當然違法的規範立場。原則上必須其取得有危害性，其行使有濫用的情事始予介入：在公司法上，濫用控制力，使從屬企業從事不利經營，而又不給予適當補償者，依公司法第三百六十九條之四，控制公司及參與其事之負責人對於從屬公司因此所受有損害固應負賠償責任，但該控制行為仍不從而直接被論為違法。在公平交易法上關於控制力，其取得必須達到法定標準，可能因變更市場結構，而危及市場競爭機能，始應接受預防性的結合管制，其行使必須限制市場競爭機能，始為公平交易法所禁止。受禁止的態樣在關係企業內部通常以價格的、非價格的垂直交易限制、促使為聯合行為或無正當理由而為差別待遇表現出來。

一、控制關係與聯合關係

所謂控制關係概括而論指公平交易法第五條第一項第五款所稱「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」的狀態。同條項第四款所定「與他事業經常共同經營或受他事業委託經營」的情形，可謂為第五款規定之狀態的具體態樣。同條項第二款所規定「持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權

Konzernrecht, NJW 1978, 2473ff..

股份或資本總額三分之一以上」之情形，可謂為推定有第五款所定之狀態的具體態樣。所謂聯合關係指公平交易法第七條所定「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。」該條規定之主要意旨在於數個事業間「相互約束事業活動」，以限制其間之競爭。控制關係應依關於結合之管制的規定，聯合關係應依關於聯合行為之禁止規定加以規範。這原則上是沒有疑問的。有疑問者為，結合關係，不論其在公平交易法施行前已存在，或在施行後始經許可或未經許可設立而存在，其對於母公司間或母公司與共同事業（子公司）間之聯合行為的違法性有無阻卻的作用？

二、控制關係是否阻卻聯合關係的違法性

關於這個問題我國實務經驗尚待累積。德國法制及歐體法制上相關問題的看法，值得參考。

（一）、德國法上的觀點

關於結合的管制（Zusammenschlusskontrolle）⁶¹在德國規定於其反限制競爭行為法第二十三條以下⁶²。結合的概念包括一連串民事法上的法律事實，其共同特徵為，基於結合一個事業對於他事業有一定程度之高度的影響力。其最極端的情況為取得他事業之全部財產或甚至合併之⁶³。

德國反限制競爭行為法對於結合之構成要件雖有相當清楚的定義，但因其立

⁶¹ 關於結合的管制，通常反而多以「集中管制」（Konzentrationskontrolle）稱之。有時雖也有稱為「融合管制」（Fusionskontrolle），但因融合相對於競爭法（德國反限制競爭行為法）所規定之結合態樣而言，顯然僅能指稱其中比較徹底的結合情形，而不能全部包含，所以有認為用「融合管制」指稱「結合的管制」會引起誤導（Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5., Aufl., 1995, § 6 Rdnr. 64f.）。

⁶² 關於國內對於日本獨佔禁止法的相關介紹可參照陳銘煌，日本獨佔禁止法對事業結合行為之規範研究，公平交易季刊，第四卷，第四期，頁 131-155。

⁶³ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5., Aufl., 1995, §13 Rdnr. 44ff..

法者顯然基於卡特耳規定之任務在於「管制市場行為」(Marktverhaltenskontrolle)及結合規定之任務在於「管制市場結構」(Marktstrukturkontrolle)的看法，而在將卡特耳要件及結合要件分別規定後，沒有進一步就同一法律事實可能因分別適用卡特耳要件及結合要件，而得到不同法律效力的情形加以規定。這個問題在實務上表現在與「共同事業」(Gemeinschaftsunternehmen)有關的問題上⁶⁴。

按在結合關係存續中，特別是在經由設立共同事業所構成之結合關係，有三種主要之聯合行為的態樣：發起人可能相互約束事業活動，或約束發起人與共同事業之市場關係，或最後以股東的身分對於發起人課以行為上之限制。以上這些情形分別皆有聯合行為禁止規定之適用⁶⁵。不過，其關係企業之構成如非基於設立共同事業，而係因其他事由所形成之控制與從屬關係，其控制具有限制競爭之作用時，是否有聯合行為禁止規定之適用不可一概而論。

發起人相互約束事業活動者，例如禁止競爭或劃分市場，即便其約束係因顧慮共同事業之活動而為之，原則上是禁止的。對之，並無以公司法為基礎之阻卻違法事由。發起人（股東）間之忠實義務不能引為限制競爭行為的依據。蓋為維護市場之競爭機能，該忠實義務之適用範圍應限於競爭中立的事項。同理，發起人與共同事業間之限制競爭的行為亦必須不違反聯合行為之禁止規定時，始得為之⁶⁶。

反之，發起人限制共同事業之競爭行為，通說認為原則上不違反聯合行為之禁止規定。蓋在這種情形所限制者非發起人（母公司）間，而是全以從屬於母公司之共同事業的競爭行為為其對象。亦即其所為與自治的決定或內部的指揮權之行使有關。將從屬於發起人之共同事業工具化時，發起人之利益不但相對於子公司，而且在其相互間皆是可以劃分的。因此，反限制競爭行為法中關於聯合行為之禁止規定原則上還是有適用性的。後來是否應予禁止，繫於其擬實現之限制競爭的目的，以及有無豁免之事由存在。股東（發起人）所要約束之行為如限於共

⁶⁴ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5., Aufl., 1995, §6 Rdnr.65.

⁶⁵ Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, §1 Rdnr. 526.

⁶⁶ Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, §1 Rdnr. 527.

同事業（子公司）之市場行為，而不同時及於股東相互間之行為或股東與共同事業間之關係，股東基於其股東權可以為所欲為。否則，則自己應有所節制⁶⁷。要之，控制關係並不阻卻聯合關係的違法性。股東（控制事業）基於股東權對於共同事業（從屬事業）之指揮、領導的事項應限於與限制競爭無關之事項。此為關於結合管制及聯合行為之禁止規定的適用，就共同事業之設立，採雙重管制說後之當然結果⁶⁸。

由於關係企業之構成的規範基礎不同，關係企業內部之競爭的限制引起許多議論。不過，相對於學說上之熱烈討論，實務上這種案件並不多⁶⁹。關係企業間之限制競爭的行為所以在卡特耳法上不具重要性。其所以如此，有從事業的概念立論，認為在關係企業中，關係企業整體才具有事業的地位，反之，組成關係企業之各分子企業則不具事業地位⁷⁰；有從控制企業之統一領導立論，認為控制企業可隨意指揮者⁷¹。對此，Immenga 認為結合管制之規定的存在，不應是關係企

⁶⁷ Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr. 528f..

⁶⁸ 關於結合管制及聯合行為之禁止規定對於共同事業的適用，德國學說與實務在看法上前後雖有一些變遷。但其適用上的看法仍屬於法律解釋的層次，而非行政裁量的層次。是故，對之，行政機關並不享有判斷餘地，其解釋之結果仍應接受司法審查。因此，縱使競爭法之行政主管機關對於前開問題事先發佈行政處理準則，該準則之意義還是限於行政上之自我拘束。在這種情形行政機關雖非不得改變其公佈之見解，但如有事業依據公佈之處理準則選擇其契約內容，應受信賴保護原則之保障（Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr. 531）。

⁶⁹ Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr. 199.

⁷⁰ 「因為結合成關係企業並不減損各分子企業之形式的權利能力。各分子企業還保有其獨立行為的自由，從而也保留了與其他分子企業互相競爭的能力。為阻止此種關係企業內部之競爭，關係企業之層峰必須採取特別措施。該措施之卡特耳法上的許可需要個別另受審查」Ulrich Huber, *Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG*, ZHR 131, 199f., 210.

⁷¹ Peter Ulmer, “Wettbewerbsbeschränkende Absprachen” im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, *Rechtsvergleichende Untersuchungen zur “Intra-enterprise conspiracy doctrine”*, WuW 1960, 172: 「GWB 旨在反對限制競爭，禁止獨立的事業利用契約排除已存在的或潛在的競爭。在一個關係企業內，當子公司之經濟自由，因他事業對其持有股份而被排除時，此種競爭狀態並不存在。縱使分子企業在個案對外以獨立競爭者的身分出現，該競爭後來之限制或排除，全繫於關係企業層峰之自由裁決下。為該業務政策的變更，控制企業根本不需

業內部之限制競爭行為可以豁免於聯合行為之禁止規定的理由。蓋至德國反限制競爭行為法第二十四條第一項所規定之限度，容許利用結合來改變市場結構，不應導致剝奪對於結合事業之行為，進行卡特耳法上之裁判機會的結果。因此，為探討這個問題，應從在關係企業中，其分子企業到底有多大之競爭餘地可能被限制的觀點立論⁷²。該見解值得參考。該競爭餘地的有無及大小與關係企業是否有契約為其組織上的規範基礎有關⁷³。

1. 契約上之結合關係

關係企業以契約為其結合之基礎者⁷⁴。此種結合依其中是否有一個事業控制

要在從屬企業行使其表決權，或直接與從屬企業之領導達成協議。」

⁷² Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr. 200f.

⁷³ 關於關係企業之各種態樣詳請參考 Ulrich Huber, *Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG*, *ZHR* 131, 199f., 193ff.

⁷⁴ 關係企業以契約為其結合之基礎者，其重要態樣有：1. 與他事業合併、2. 受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產、3. 與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者、4. 智慧財產權的授權關係、5. 連鎖加盟關係(包括自營店、委任加盟及特許加盟)。至於超過法定門檻比例投資於他事業所構成之結合，不一定以相互投資公司間之契約為基礎。有可能經由向他公司之股東購買股份，或購買認股權並繳納股款而取得；亦有可能與他公司相約為其增資而取得。不過，即便在第二種情形，其取得亦必須有原股東放棄或讓與認股權之配合。是故，此種結合學說上通常將之歸類為事實上之結合。此外，德國股份法第二百九十一條還規定具有該法特色之控制契約(Beherrschungsvertrag)及盈餘上繳契約(Gewinnabfuhrungsvertrag)。依各該契約從屬企業有義務接受控制企業之指揮或將全部盈餘上繳給控制企業。關於從屬企業與控制企業，德國股份法第十七條將之定義為「從屬公司為法律上獨立之事業，對之他事業(控制企業)得直接或間接加以控制性的影響(第一項)。一個企業發行之股份，多數為他單一企業所持有者，推定從屬於該持有其多數股份之企業(第二項)。」關於關係企業同法第十八條定義為「如果一個控制的以及一個或數個從屬的企業，在控制企業之統一的領導下結合在一起，則這些企業構成關係企業；個別企業即是分子企業。企業間有控制契約(第二百九十一條)或其中之一(因全部股份為他企業取得)併入他企業(第三百十九條)者，視為結合於統一領導下。從屬企業推定與其控制企業構成關係企業(第一項)。法律上獨立之企業間，雖無一個企業從屬於另一企業的情形，但卻結合在統一領導下者，亦構成關係企業；個別企業為分子企業(第二項)。」併入他企業與合併於他企業之區別為，併入他企業者雖猶如一個母公司對其有全部持股之子公司，但仍維持其獨立的法人資格

他事業可區分為隸屬的及同級的關係企業。在隸屬的關係企業，依德國股份法之規定，控制企業有權要求子公司服從不利於子公司之指示。該權限在卡特耳法上應予考量。是故，事業間如果先締結股份法第二百九十一條第一項之控制契約，而後依同法第二百零八條指示母公司與子公司間從事限制競爭之配合行為，或指揮子公司間之行為，此時不論該指示係以契約、建議或默契行為的方式為之，德國反限制競爭行為法第一條關於聯合行為之禁止規定對之不適用⁷⁵。蓋在這種情形子公司之行為已無自主性⁷⁶，無可供限制之行為的自由⁷⁷。

惟倘無任何指示，則子公司無集團利益上之服從義務，是則德國反限制競爭行為法第一條關於聯合行為之禁止規定的適用性並不當然排除⁷⁸。蓋在控制企業未為指示的情形，即使子公司不得從事不利於企業集團的行為，子公司還是有依自己之企業責任行事的空間⁷⁹。

二個以上之事業利用契約組成同級的關係企業特別會引起是否構成聯合行為的問題。蓋設置共同控制或領導公司、委員會或即使僅是非正式的業務協調等用來統一領導同級關係企業之分子企業的方法皆與典型之卡特耳(聯合行為)的

或法律地位，反之，在合併的情形，被合併者之人格消滅，不再存在。

⁷⁵ 「在契約上之隸屬性的關係企業，其內部之限制競爭在卡特耳法上的特別性並不盡繫於從屬的分子企業在經濟上的依賴性，而繫於某方面其法律上之依賴性。在契約上的關係企業，從屬企業有義務服從關係企業層峰之指示的事實，使從屬企業在法律上，而非僅在經濟上依賴於關係企業之層峰。因此，對於卡特耳法造成一個特別情勢。此種情勢對於構成準合併的情形依然存在」(Ulrich Huber, Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG, ZHR 131,199f.,217f)。準合併(fusionsähnlich)為 Ulrich Huber 在該論文中特別詳論的問題之一(前揭文頁二三〇以下、二四七以下)。

⁷⁶ Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, §1 Rdnr. 202.

⁷⁷ Dirk Schroeder, Die Anwendung des Kartellverbotes auf verbundene Unternehmen, WuW 1988, 277.

⁷⁸ 關係企業之控制企業不限制其從屬企業間之競爭時，其從屬企業間如自做主張從事限制競爭之約定，該約定仍有德國反限制競爭行為法第一條關於聯合行為之禁止規定的適用(Ulrich Huber, Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG, ZHR 131,199f.,216f)。

建立或營運有密切關係⁸⁰。為契約上之同級關係企業的建立，兩個以上本來互相獨立之事業通常會協議，在將來利用經常之通報、設置業務指揮之共同委員會，或設立共同的有限公司協調其業務之執行。在這種情形參與之事業間在當時如有現在的或潛在的競爭關係，則該契約便有限制其間之競爭的作用。其共同的領導組織能夠決定價格、劃分銷售地區及規劃生產項目；其結果同級的關係企業能發揮與一個高度發展之卡特耳相同的效能。由於在同級關係企業各分子企業是平等的，因此，設立該關係企業之契約具有共同目的是無疑的。是故，契約上同級關係企業之設立原則上會違反德國反限制競爭行為法第一條關於聯合行為之禁止規定⁸¹。亦即經濟上屬於同一生產階段之事業，經由結合構成關係企業者，實際上在每一種情形都有卡特耳法之違反的問題。這種擔心在由上、下游事業所設立之垂直的同級關係企業比較沒問題。蓋除非該上、下游事業間有進一步利用統一領導，放棄將來在相對人之生產階段從事競爭的意思，此種協議原則上在上、下游事業間不引起限制競爭的作用。至於因此可能發生之垂直拘束則屬另一個問

⁷⁹ Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, §1 Rdnr. 203.

⁸⁰ 這中間雖有謂聯合行為與契約上之同級的關係企業的區別為：聯合行為之合作是局部的，而契約上之同級的關係企業是全面的。但這種合作程度之區別其實是因案件之合作需要而異的，尚非其類型上特徵之區別所在(Ulrich Huber, *Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG*, ZHR 131, 199f., 245)。

⁸¹ 契約上同級關係企業之統一的領導，引起德國反限制競爭行為法第一條意義下之限制競爭者，其結合只有在構成類似於合併的情形，方始為卡特耳法所容許。亦即水平同級關係企業的組織必須達於類似於合併的情形，才不違反該法關於聯合行為之禁止規定。初看，這是一個奇怪的見解。蓋依該見解比較鬆散之結合在卡特耳法上是禁止的，反之，比較緊密之結合在卡特耳法上是容許的。惟 Ulrich Huber 認為詳視之，該見解與德國反限制競爭行為法之目標是相符的。蓋該法擬阻止者為：獨立的事業排除自然存在於其間之競爭關係。反之，該法並不反對事業之集中。該法使合作(Kooperation)，但不使融合(Fusion)變得困難。是故，同級關係企業只有在它是一種獨立企業間之合作方式時才會遭遇到卡特耳法上的困難；反之，當它是經濟上不獨立之企業間之類似於合併之結合時，不會遭遇到該困難。然在何種情形可認定一個同級之關係企業的組織類似於合併？Ulrich Huber 認為除了約定共享利潤，也約定共擔損失應是一個適當的標準。不過，他還是認為法律上完全共同分擔經營危險之協議不宜提升到，將之當成類似於合併之結合的必要條件(Ulrich Huber, *Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG*, ZHR 131, 199f., 247f.)。

題。惟只要供應商僅在關係企業之關係的架構內影響其經銷商的轉售價格，其所為尚不構成德國反限制競爭行為法第三十八條第二項意義下之價格建議的禁止規定⁸²。

2.事實上之結合關係

關係企業不以契約，而以事實為其結合之基礎者為事實上之關係企業（事實上之結合關係）⁸³。在這種情形因各分子企業間並無以契約為基礎之架構關係，而主要以投資股份占總發行股數之比例⁸⁴或人事結合的程度⁸⁵為基礎構成關係企

⁸² Ulrich Huber, Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG, ZHR 131,199f.,246f..

⁸³ 關係企業以事實上之控制狀態為其結合之基礎者，其重要態樣有：1.持有多數股份或表決權數，2.控制過半數的董監事，3.直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免。詳請參考 Ulrich Huber, Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG, ZHR 131,199f.,218ff..

⁸⁴ 兩個事業因投資而構成之關係企業屬於事實上之關係企業。其中以一個股東對於二事業持有多數股份，並利用該地位協調該二事業之領導最為重要。在這種情形，該股東自己如不具有事業地位，該關係企業屬於同級的關係企業；反之，如具有事業地位，該關係企業屬於隸屬的關係企業，並以該股東為控制企業。通說並認為一個股東不因對於不同的公司有多數股份並協調其營運，便被認為德國股份法第十五條以下所稱之企業。以上觀點亦適用於兩個股東共同持有兩家事業之多數股份，並逐案協同行使其控制力的情形。在這種情形，只要該二股東分別對於他方無法律上之請求權，要求他方在股東大會對其支持，則該二股東個別或全體皆非控制事業。是故，經由該二事業事實上之統一領導只造就一個同級的關係企業。這種情事常見諸於家族企業(Ulrich Huber, Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG, ZHR 131,199f.,248ff.)。

⁸⁵ 當兩個同級之事業有相同之董事，該二事業自然置於統一領導之下。在這種情形為限制競爭，該董事會不用締結德國反限制競爭行為法第一條意義下之契約，也不必表示同法第三十八條第二項意義下之建議，而只必須利用平行行為。對於平行行為卡特耳法無能為力。惟倘該二事業間超出平行行為，從事限制競爭之約定，除非其結合屬於準合併之結合，否則，即使在事實上之關係企業，卡特耳法上之規定還是有適用性的。(Ulrich Huber, Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG, ZHR 131,199f.,252f.)。

業。所以，事實上關係企業內部之競爭問題在處理上特別困難⁸⁶。

事實上關係企業依其控制關係之有無，一樣的可區分為隸屬的及同級的關係企業。隸屬的關係企業「不但以關係企業之層峰對於一個或數個從屬企業有控制的影響力，而且以事實上有行使該影響力為要件。此外，該影響力還必須行使至將參與之事業置於統一領導下的程度。有疑問者為，該控制的影響力之行使必須達於如何範圍及強度，始堪稱為已有統一之領導」⁸⁷。

股份法上之從屬性固以控制性之影響的可能性為前提，但這不等於控制企業可以限制從屬企業之競爭行為。而且使用共同商標或標章的關係企業或聯盟，在實務上其分子企業或盟員大有各自獨立開發、保持其市場的情形。是故，事實上之關係企業的控制可能性單獨尚不能作為控制企業可以限制從屬企業之競爭行為的依據。然則在什麼要件下事實上之關係企業中的從屬關係可以使其聯合行為豁免於卡特耳法的規範？有認為控制企業依股份法第三百十一條，得以補償的方法使從屬企業從事不利於自己之行為。這應可作為控制企業可以限制從屬企業之競爭行為的理由⁸⁸。但也有認為基於控制企業之前述補償義務，並不使從屬企業

⁸⁶ Dirk Schroeder, Die Anwendung des Kartellverbotes auf verbundene Unternehmen, WuW 1988, 280.

⁸⁷ Ulrich Huber, Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG, ZHR 131,199f.,223ff..

⁸⁸ 持該見解者例如 Helmut Koehler 認為「如果不利介入的補償在具體案件是可能的，則關係企業法上之保護目的便能夠達到。在這種情形，卡特耳法上對於獨立事業之維護的利益應該退讓，蓋非如是，立法者所要之補償的可能性會失去其價值。即使控制企業有可能不履行其補償義務，以及從屬企業之領導者有可能違反其義務在服從指示時，不同時確保即時或將來之補償請求權等，亦然。股份法上之損害賠償規定即係為防止或補救此種情事而制定。」不過，Helmut Koehler 還是認為「如果從屬企業之領導者對於控制企業之指示有異議，而控制企業試圖利用差別待遇貫徹其意志，或控制企業對於從屬企業之領導的影響，會自始導致不能補償之不利者，卡特耳法還是可適用。」(Helmut Koehler, Der Schutz des abhaengigen Unternehmens im Schnittpunkt von Kartell- und Konzernrecht, NJW 1978, 2480f.)。就控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營時之補償義務，我國公司法第三百六十九條之四、第三百六十九條之五、第三百六十九條之七有類似之規定。

對於控制企業之指示負有服從義務⁸⁹。所以，Immenga/Mestmaecker 認為「卡特耳法上的問題不能全依公司法的標準回答」⁹⁰。尚須視個別結合關係之具體情形而定。其中關鍵的是控制從屬企業之競爭行為是否本來就在結合的意旨中。例如一個事業將其一部分產品交由從屬企業銷售，則在該限度內，其間之配合的行為不受聯合行為之禁止規定的適用。此外，基於持有多數股權或表決權⁹¹或經由人事之控制所得到之影響亦然。這對於子公司相互間的影響亦有適用。不過，超出前述結合之產品或人事領域以外，從屬企業仍享有行為的自由。對該自由加以干預，仍然構成從屬企業之競爭行為的限制⁹²。是故，此種行為還是有聯合行為之禁止規定的適用。

(二)、歐體法制上的觀點

將歐體協約(EWGV)第八十五條適用到關係企業內部之競爭(Konzerninterner Wettbewerb)產生與德國反限制競爭行為法相當之問題。所不同者為無契約上關係企業與事實上關係企業之區別的處理。惟競爭既以事業間為前提，關於關係企

⁸⁹ Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl.,1992, §1 Rdnr. 207f.

⁹⁰ Immenga/ Mestmaecker in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl.,1992, Einl. Rdnr. 28ff. ; §1 Rdnr. 204.

⁹¹ 「一個事業如持有一個有限公司之全部股份，則其母公司對於有限公司之限制競爭的介入，不僅因為該二事業已構成一個準合併之事業單位，而且因為母公司之指示不論為德國反限制競爭行為法第三十八條第二項意義下之建議(Empfehlung)。.....一個事業如果利用其屬於多數持股之股東的地位，對於從屬企業施以影響，限制關係企業內部之競爭，則關係企業層峰以之為目標之意思表示屬於從屬企業內部之意思形成的過程。是故，縱使從屬企業之董事不受關係企業層峰之指示的拘束，該意思表示還是不得視為反限制競爭行為法第三十八條第二項意義下之建議。實務上其意義等於是，在以關係企業層峰對於其從屬企業之多數持股為基礎之事實上的關係企業，其統一領導在卡特耳法上是容許的。即便該關係企業並不屬於準合併，且從屬企業是股份有限公司，亦然。其理由不在於該關係企業之整體自卡特耳法之觀察而論，是一個經濟上的統一體。----如不該當於準合併，尚不能概做如是觀----，而在於關係企業層峰之領導的措施，不為反限制競爭行為法第三十八條第二項之建議概念所及」(Ulrich Huber, *Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des §18 AktG*, ZHR 131,236,241)。

⁹² Immenga in Immenga/Mestmaecker, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl.,1992, §1 Rdnr. 209.

業內部之限制競爭的行為的規範，自也以在同一關係企業中結合在一起之二個以上的事業尚屬歐體協約第八十五條意義下之不同的事業為必要。並以此為出發點探究限制競爭之概念，作為規範關係企業內部之競爭限制的基礎。其結果，對於企業內部之競爭限制的規範與對於一般企業間之競爭限制的規範所遵循的原則基本上是一致的。「縱使事業屬於同一關係企業，.....還是適用同一一般原則，事業間之協議，只有當其屬於禁止之限制競爭時，始違反歐體協約第八十五條第一項的規定。是故，關係企業內部之協議，只有在分子企業中至少有一個事業之競爭行為的自由受到限制時，才違反歐體協約第八十五條第一項之規定。該限制只有在系爭事業原來真的享有此種行為自由的情形方始可能⁹³。」因此，關係企業內部之限制競爭的行為，歐體法院（EuGH）認為「如果子公司不真正能自主決定其在市場之行為，且協議之目的在於規定分子企業間之內部任務的分配，則關係企業內部之協議不受歐體協約第八十五條第一項之適用」⁹⁴。歸納之，其不適用之要件有二：1.從屬企業無自主決定權，2.協議之目的在於內部分工。該見解並為歐體委員會所採。

不過，學說上還是認為該見解並不清楚。例如從屬企業無自主決定權之判斷應以何時之狀況為準？其所以無自主決定權的原因是否必須非因遵守控制企業之指示而然？該二要件之適用是否必須同時具備？又內部分工根本是否可以作為要件之一⁹⁵？

從屬企業（子公司）是否有自主決定權繫於其與控制企業（母公司）間之關係的結合強度。其結合強度達於可視為一體者，則子公司無自主決定權。在此種問題之處理上，以個案中母公司與子公司間之業務策略在事實上的統一程度為標準⁹⁶。可能達到結合強度者，例如母公司持有子公司之全部發行股份，或得任命、

⁹³ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.191.

⁹⁴ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.192.

⁹⁵ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.193.

⁹⁶ Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, §1 Rdnr. 210：「這可以柯

解任其董事，或得對於其董事發號施令。因為在這種情形不能想像子公司在經濟上還有自主採取競爭措施的可能，所以，歐體協約第八十五條對於其間之協議無適用性。不過，其中關於持股比例的部分事實上不一定必須達到百分之百的程度。只要實際上可能主控子公司之意思的形成及業務的執行即可。在關係企業內部，關於母公司對於子公司之指揮、控制在實務上是多樣的。其實況全繫於控制企業之領導風格。其中甚至有不干預子公司相互間之競爭者。或有鑑於此歐洲法院（EuGH）從來不曾認為，母公司必須事實上對於子公司發號施令，或甚至在個案積極介入其市場行為，子公司之自主決定權才會被認為喪失。在自主決定權之有無的認定，在此，以「事實上」母公司基於其對於子公司之股東權，有沒有控制其市場行為之可能性為斷。不過，歐體委員會採不同的看法認為，還是應以母公司實際上是否行使該存在之影響及控制的可能性為斷，必須在這種情形。歐體協約第八十五條之規定對於母子公司間之協議才無適用性⁹⁷。惟無論如何該指揮、控制之可能性必須是持續的，而非暫時的。至於母公司對於子公司有無該控制性的影響力應依各該公司之本國法定之⁹⁸。

倘一個事業對於他事業之控制性的影響力不是立基於股權的持有而是立基於事業間之契約。則該契約可能違反歐體協約第八十五條。利用違法之契約所取得之影響力不能阻卻以該契約為基礎之其他契約受歐體協約第八十五條之適用。設若關係企業之構成不限於利用投資，以取得股份這一種方式，則利用其他方式，特別是利用事業間之契約（Unternehmensvertrag）取得之影響力，在什麼情形下才不違反歐體協約第八十五條之規定？這是一個不易回答的問題。歐體委員會認為，主要應視一個事業是否至少有相當部分已經不可回復的整合進入控制企業為斷。藉助於歐洲結合管制的制度，該問題在實務上已不再有重要意義⁹⁹。

達案（der Kodak-Fall）為例說明之。在該案裁判上以相關之子公司在母公司所劃定之領域中相互間不能獨立行為為斷。」

⁹⁷ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.196.

⁹⁸ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.197.

⁹⁹ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.198.

依歐洲法院在其判決中所持見解，在無自主決定權外，還必須具備另一個要件，亦即母子公司間之協議必須是為了關係企業內部之分工的目的，才能阻卻歐體協約第八十五條之適用¹⁰⁰。

捌、結論與建議

一、結論

為公平競爭市場之建立與維持可以從市場結構及市場行為的管理著手。所謂市場結構之管理，其重點在於防止事業未經許可便利用結合的方法，過度擴張其市場力量至超出法定容許的程度¹⁰¹；所謂市場行為的管理，其重點在於禁止濫用獨占的市場地位、從事聯合行為及不公平競爭行為。其中結合與聯合行為在功能上因有交集，而在手段上有可替代性。其結果，事業關於結合及聯合行為之利用

¹⁰⁰ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.199f. Gleiss/Hirsch 認為歐洲法院關於母子公司間之協議，必須是為了關係企業內部之分工的目的，才能阻卻歐體協約第八十五條之適用的看法是多餘而且不正確的。蓋「排除第八十五條之適用的內在理由只有：子公司之經濟活動處於母公司之支配下。母公司有可能決定子公司之活動，子公司不能自行採取對抗母公司之競爭措施。是故，歐體協約第八十五條意義下之可能被限制的競爭並不存在。（此外，）關係企業內部之協議必須志在內部分工的要求不但與一般原則相違，而且對於第八十五條，協議之動機及目的為何並不重要。為什麼在關係企業內部之協議應當例外，看不出有何道理。」（Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, 4. Aufl., 1993, Rdnr.199）。

¹⁰¹ Mestmaecker in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, 26 Vor§23：「否准結合之標準主要為，結合造成或強化了（結合者）之優勢的市場地位。所謂優勢地位指一種市場結構，在該結構中一個事業或事業集團取得不受到或不充分受到競爭之控制餘地。事實上其如何利用該控制餘地，對於第二十二條所定之市場地位之濫用的監督固有意義，但對於結合之管制則無。是故，市場優勢地位之構成要件在質方面，對於結合管制有不同於對於其濫用之監督的意義。對於結合管制有決定性者是市場結構的惡化。」不過，結合的結果也有可能改善市場結構。在這種情形，即使其結合會造成或強化一個市場的優勢地位，但只要其改善之利益大於該市場優勢之不利利益，還是可許可其結合（Immenga in Immenga/Mestmaecker, GWB-Kommentar, 2. Aufl.,1992, § 24 Rdnr. 177）。

也有兼用的情形。此為結合之管制規定與聯合行為之禁止規定的適用，在實務上所以會競合的道理。當事業兼用結合與聯合行為作為取得、擴張或鞏固市場地位之工具時（例如設立共同事業），公平市場秩序之主管機關對於事業之市場行為的管理自然必須兼從結合之管制與聯合行為之禁止的觀點加以規範。此為雙重管制說在德國所以成為通說的緣故。此外，在關係企業內部，控制企業對於從屬企業之控制，有時也會有限制競爭的作用。其間如何調合公平交易法中關於結合之許可、聯合行為之禁止以及公司法中關於關係企業之控制的規定，當是將來學說與實務必須共同努力的要點。

鑑於經濟行政之中立性為公平競爭之公共環境的基礎，因此，產業政策與公正競爭政策間不應有矛盾的想法。是故，產業政策之目的事業主管機關與競爭政策的主管機關在各自政事的推行上必須多做協調，以期管理的手段與結果可以兼備效率及公平。這在結合管制之表現為如何使各該機關關於結合之管理觀點及程序互相協調，以避免衝突或耗時之決定。此即結合許可之在各機關之申請窗口及順序的合理化和審查標準之統一的問題。

其次在公平交易行政上，有一些因為公平交易法之過度簡單的規定，而延伸出來之僵化的困難。這些困難應予設法化解。例如關於結合管制的方法，現行法單採許可制。而實務上顯示，非兼採許可主義及異議主義，不足以克服因急迫或因非可完全自主之因素而發生之結合的遵守障礙。又關於應取得結合許可之時點，原則上應在結合發生終局外部效力前，至於在因急迫或因非可完全自主之因素而發生結合的情形，則例外容許在事後報備。並就該報備採異議主義。此外，因結合事務有時不但亦為各該事業之目的事業之主管機關所執掌，而且有時甚至為其所輔導促成，所以為圓滿管制此種結合，相關機關之妥當的行政協調自極重要。又為結合形態的變更或程度的升高是否應再申請許可？對此，固應採肯定的見解。但仍不宜因此認為結合形態一有變動，即應再為申請許可，而應設定一些關鍵的管理點。規定在其上、下變動通過該管理點時始應再為申請。例如持股比例由占全部發行股數或表決權數三分之一升高至二分之一，或由二分之一下降至三分之一時。

二、建議

基於本研究所獲得之認識，針對結合的管制規定及其執行，茲提出以下幾點建議供為參考，敬請指教。

(一)、先公平交易委員會後目的事業主管機關

關於結合，因事業在業務上應受相關目的事業主管機關，在市場行為上應受競爭政策主管機關之監督、管理，而市場行為之競爭規範，原則上是事業最後無論如何必須遵守者，所以，結合許可之申請手續應按先公平交易委員會，後目的事業主管機關的順序辦理。以提高管理效率，減少無效果之申請作業與花費。是故，關於結合，各目的事業主管機關原則上應要求事業在向其提出許可之申請時，檢具公平交易委員會之許可文件。惟其中與工業局間之職務競合，非經仔細的行政協調，難以有效率克服因該職務競合，可能引起之看法上的衝突及行政效率的延緩問題。

(二)、事業申請結合許可之標準時點

關於結合之管制，在制度的設計上主要可以有許可主義及異議主義。採許可主義者，認為參與結合之事業原則上應在結合發生外部效力前，向主管機關提出許可之申請，待主管機關許可後，始得為結合之實行。所以，採許可主義者自然要求應事前申請。反之，採異議主義者，認為事業得先為結合，而後才向主管機關報備。只要主管機關在法定期間內未為異議，該結合即視為業經許可。所以，採異議主義者自然要求應事後報備，而不用事前申請取得結合許可。目前公平交易法單採許可主義，顯然不能滿足實務上關於急迫或非完全自主性結合的規範需要。然不論事前申請或事後報備皆有結合事業應遵守之申請或報備期限。而所謂「事前」與「事後」指「生效前」與「生效後」。

1.原則：終局外部效力發生前說（生效前說）

取得結合許可之時機雖然不一，但歸納之，除有不得已之情事外¹⁰²，應以該當結合要件之法律事實終局¹⁰³取得外部效力時為其標準時點，在該時點前提出申請，並取得結合之許可。蓋在該時點前，尚未生結合效力，無結合管制規定之適用；在該時點後，木已成舟¹⁰⁴。該用以決定標準時點的看法，可稱為「終局外部效力發生前說」，簡稱為生效前說。其適用結果如下：(1)與他事業合併者，應在股東會同意合併之決議前，(2)直接因投資而超過門檻者，應在取得足以超過門檻之股份前，(3)因發行公司收回股份，而使其股東對於自己所持股份比例超出結合管制規定之門檻者，應在公司法所定處分該股份之期限屆滿前，(4)自願受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者，應在受領轉讓或租賃之標的物前，(5)受命受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產，或受命接受他事業之委託經營者，其受讓、承租或受託經營固以行政處分為基礎，但仍應受公平交易法之規範¹⁰⁵，在受讓或承租財產受領前，或經營權移交前取得許可。不過，

¹⁰² 所謂不得已之情事指因自己之債務人清算債務或受破產宣告(參考公司法第一百六十七條)，或因受目的事業主管機關之命令，而受讓、承租他事業之財產或受託經營其營業。關於不得已事由之不罰，中華民國刑法第二十四條規定「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」此即學說與實務所稱「緊急避難」之行為不罰的規定。

¹⁰³ 因發行公司收回股份，而使其股東對於該公司所持股份的比例超出結合管制規定之門檻者，因在公司法所定處分該股份之期限屆滿前，其股東對於該公司所持股份比例為何，尚未終局的穩定下來，可能由於該發行公司復將其收回之股份依公司法第一百六十七條第二項規定出售他人，再生變化。是故，這裡所稱取得外部效力，當以終局發生者為妥。

¹⁰⁴ 在此，雖說應在標準時點（該當結合要件之法律事實發生外部效力時）前取得許可，但只要該當結合要件之法律事實尚未終局的發生外部效力，參與結合者仍無申請義務。此猶如營業稅法第二十八條雖然規定「營業人之總機構及其他固定營業場所，應於開始營業前，分別向主管稽徵機關申請營業登記。」但只要營業人未開始營業，不論其有如何之準備行為，還是不構成該條規定之違反。蓋只要尚無營業，即無申請營業登記之義務。

¹⁰⁵ 事業依主管機關之行政處分而為結合行為者，是否也必須依法申請許可？有認為行政處分具有行政屏障作用。所以依主管機關之行政處分而為結合者，不用申請許可（否定說）；有認為依公平交易法第四十六條第一項僅「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定。」行政處分並不包括在該除外規定的事由中。所以依主管機關之行政處分而為結合者，還是應向公平交易委員會申請許可（肯定說）。以肯定說為妥。然這裡所涉及者為事業依主管機關之行政處分而為結合行為，而非行政機關之行政處分本身是否應受公平交易法之適用。屬於這類之問題者除此而外，尚有特許行政（例如 **BOT** 承包事業之決選）、委託行政（例如證券集中交易市場之管理的

為爭取時效，當日的事業主管機關基於突發之特別事件，認為有緊急處理之必要時，應在下達強制接管處分前，及時指示相關事業向公平交易委員會提出申請，由公平交易委員會參酌目的事業主管機關之意見，就個案具體調查、研討其對於市場競爭之影響後，儘速作成准駁的決定或處分，以作為目的事業主管機關最後甄選接管人之依據，(6)與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者，應事先取得許可，(7)直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者，在經許可結合前，控制事業派任於從屬事業之董事，在新董事會之表決權加總不得高於二分之一。

2.例外：有急迫情形者，採異議主義

所謂為不得已之情事而結合，主要指為維護債權而採取之結合措施。例如(1)為維護債權而受讓或承租，以代物清償者，除有急迫情形外，應在受讓前取得許可，(2)為維護債權而與債務人之子公司構成結合關係者，除有急迫情形外，應在結合發生前取得許可，(3)為維護債權而與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者，除有急迫情形外，應事先取得許可。其中關於「急迫情形」，指如不即採相關結合措施，其債權有「日後不能獲得清償或甚難獲得清償之虞者」¹⁰⁶。

委託)、補貼行為(例如停車場之補貼)。由於這些行為對於市場競爭機能皆有一定程度的影響，所以如何確保其符合公平交易法的規定，值得考量。比較直接的做法為在特許行政、委託行政及補貼行為對於市場競爭機能有影響的情形，將之和國庫行為一樣的認為應受公平交易法的適用。茲以補貼為例，補貼在國際貿易法上被認為是一種有礙競爭自由的行政行為。針對補貼有課以平衡稅的方法衡平之(Fikentscher, *Weltwirtschaftsrecht und Europaeisches Wirtschaftsrecht*, Band I, 1983, S.570,672f.)。同理，當其發生在國內，「因為不能給每一個參與市場者補貼，所以幾乎每一個補貼都會有認識的，有意的減損競爭」(Dirk Ehlers, *Verwaltung in Privatrechts-form*, 1984, S.366 FN376)。是故，應該對於因此遭受到不利的事業，提供競爭法上的救濟途徑，以避免有「無正當理由之差別待遇」的情事發生。基於以上的認識，在涉及對於市場競爭機能可能造成影響之立法或行政措施，有必要建立「競爭影響評估」的審查制度，以確保市場之競爭機能，讓每一個人、每一個事業可以享有公平的競爭機會。

¹⁰⁶ 在這裡關於「急迫情形」，其意境與民事訴訟法第五百二十三條第一項所定的情形類似：「假扣押，非有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之。」是故，以有急迫情形為理由，固可容許先為結合，但此種結合應定性為假結合，事後還必須向公平交易委員會申請具追認性質之許可。不過，比較好的設計應當還是針對這種情形引入「異議主義」的類型，而不要單採「許可

惟為防止假借此種方式規避結合管制規定，或因遷就本類型而引起規範漏洞，事業因情形急迫，未經許可而即結合者，在結合後仍應即向主管機關報備。然為儘早確定該結合關係，宜規定經報備後相當期間內，公平交易委員會如無異議，該結合案即視為許可。

(三)、結合事業至遲應取得結合許可時之認定基準

根據以上的認識，試擬「**結合事業至遲應取得結合許可時之認定基準**」如下：

一、事業結合而依公平交易法第十一條第一項之規定應申請結合許可者，其至遲應取得結合許可之時點，依本基準認定之。

二、事業因下列急迫情形之一不得已而為結合者，應於結合後相當期間內提出結合許可之申請，其不於相當期間內提出結合許可之申請者，其結合視為無不得已情事：

1. 為維護債權而受讓或承租，以代物清償者。
2. 為維護債權而與債務人之子公司構成結合關係者。
3. 為維護債權而與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。
4. 因發行公司收回股份，使股東持股超過法定門檻構成結合關係者。

前項情形，其申請經許可者，維持其結合效力；經否准者，依公平交易法第十三條辦理，但不依同法第四十條處以罰鍰。

三、事業結合而無前條所定之不得已情事者，在取得許可前不得實行結合。違反前項規定者，視情形依公平交易法第十三條及第四十條辦理。

四、本基準所稱實行結合指下列情形之一：

- 1 股東會決議可決與他事業合併。
- 2 取得超過法定門檻構成結合之股份。
- 3 自願受讓或承租財產者，受領轉讓或租賃之標的物。
- 4 受命受讓或承租財產者，受領轉讓或租賃之標的物。
- 5 受命接受委託經營者，接受經營權之移交。
6. 因發行公司收回股份，使股東持股超過法定門檻，而發行公司在公司

主義」。

法第一百六十七條所定期間(六個月)屆滿前未將收回之股份再出售。

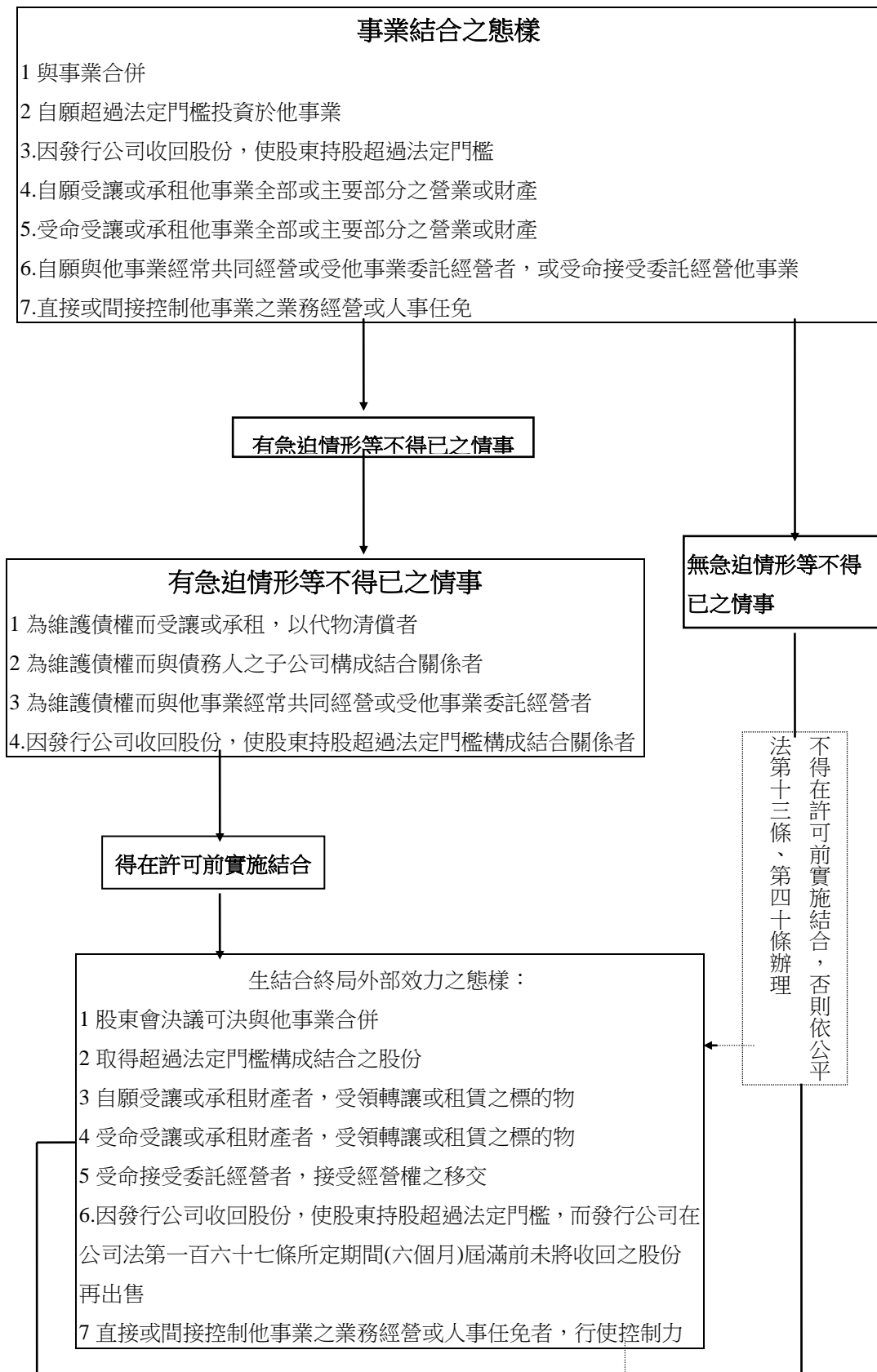
7 直接或間接能控制他事業之業務經營或人事任免者，行使其控制力。

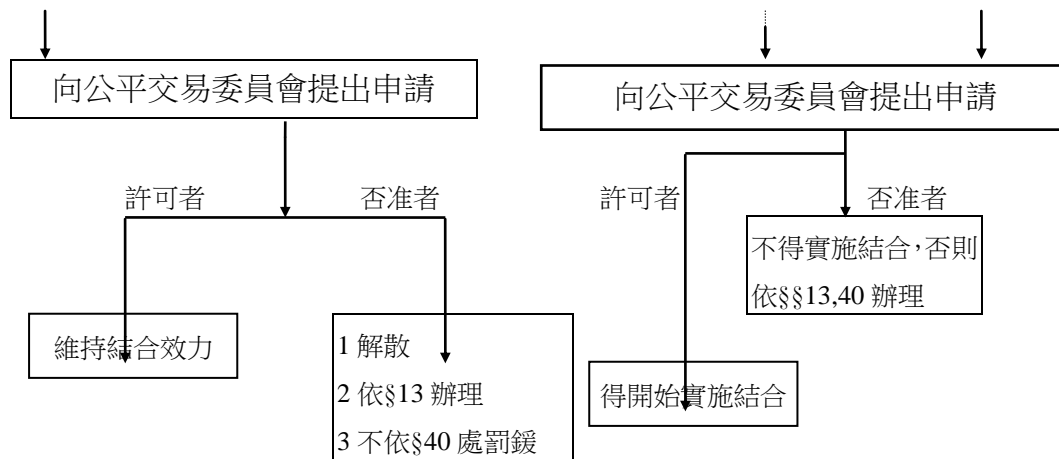
8.其他足以發生結合終局外部效力之情事。

在前項第六款規定之情形，持股因此超過法定門檻之股東應在知悉該款情事時，於相當期間內即向公平交易委員會提出結合許可之申請。其不提出申請，致因發行公司未在法定期間內將收回之股份再出售，而構成結合者，其結合視為無不得已之情事。

以下茲試本前述觀點，將事業結合許可申請作業流程圖表列如下：

事業結合許可申請作業流程圖





(四)、關於結合管制規定的適用無新、舊事業之分

結合管制規定之規範目的在於預防事業利用結合的方法，不當取得市場的優勢地位。鑑於結合對於市場結構之影響，並無事業新設與否之分，所以參與結合的事業，不論其在結合前便已存在或結合時才設立，只要系爭結合符合公平交易法第十一條規定之要件，便應受結合管制規定的適用，依法提出結合許可之申請。

(五)、結合管制規定及聯合行為之禁止規定對於新設共同事業應同有其適用性

數個事業設立共同事業而滿足公平交易法第六條第一項第二款或第五款之規定而構成結合者。如其該當同法第十一條第一項之要件，參與結合之事業應依該條規定申請結合之許可固無疑問。有疑問者為該結合如有因合作而限制競爭的作用，是否也應申請聯合行為之許可？應採肯定的見解。至其爭點之審理可採「先聯合行為，後結合」的順序。亦即當其所為該當於聯合行為之要件，必須其聯合行為經審議得予許可時，方始再進一步審議參與聯合行為者間得否以結合的形式實行該聯合行為。而非反其道而行，在其結合該當於應申請許可之要件時，先審議其結合是否得予許可，並在其結合經審議得予許可時，方始再進一步審議該結合能否阻卻以之為基礎所實行之聯合行為的違法性。按此手順，不但可以自然避開在歐體與德國法制中所發生之一些理論或實務上的糾纏，而且在先經判為違反

聯合行為之禁止規定的案件，還可以節省關於結合管制之審查的行政費用¹⁰⁷。

關於共同事業在競爭法上之規範，歐體委員會傾向於以「集中式共同事業」與「合作式共同事業」之分類為基礎，分別決定其應適用的規定。共同事業屬於集中式，則參與投資之事業相互間及其與共同事業所作之協議只要為共同事業營運上所必要，原則上為結合之許可效力所及，不再認為違反歐體協約第八十五條關於聯合行為之禁止規定。這與德國通說認為應依雙重管制說的觀點，分別適用結合管制及聯合行為之禁止規定，規範結合中之限制競爭行為者雖不盡相同。不過，必須注意在歐體法制關於結合管制及聯合行為之禁止規定的適用有先「聯合行為之禁止規定」，後「結合管制」的前後位關係。且只要該當「聯合行為之禁止規定」，便不再適用「結合管制」之規定。亦即必須已無違反聯合行為之禁止規定的情形，始因其為共同事業之設立，而再依結合管制規定審查之。在此意義下，究諸實際，其實也是雙重管制的。只是其審查手順為先「聯合行為之禁止規定」，後「結合管制」。在有禁止之聯合行為的情形，因不再進入結合之審查，看來好像只受聯合行為之禁止規定的管制；在無禁止之聯合行為的情形，因無處分而即進入結合之審查，看來好像只受結合規定的管制。其結果，該雙重管制的實態隱而不彰。反之，在雙重管制說，郁於「控制關係」是否吸收或阻卻「聯合關係」，其審查或思考之手順有先「結合管制」，後「聯合行為之禁止規定」的前置假定。其結果在結合未被許可的情形，還有就聯合行為之許可提出申請的餘地。另當結合經許可的情形，是否還有就聯合行為之許可提出申請的餘地引起疑義。將這個問題抽象的提出看似有理，然質諸實際，並非如此，蓋共同事業之設立只要涉及「合作式」，依歐體法制即應適用「聯合行為之禁止規定」已如前述。

(六)、結合內部之聯合行為的禁止規定

關於應受管制之結合，「如其結合，對整體經濟之利益大於限制競爭之不利者，中央主管機關得予許可」（公平交易法第十二條）。而事業雖不得為聯合行為。但有公平交易法第十四條各款規定情形之一，而有益於整體經濟與公共利

¹⁰⁷ Gerhard Wiedemann, Kartellverbot und Zusammenschlusskontrolle bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, Betriebs-Berater, 1980, 953(956).

益，並經中央主管機關許可者，亦不在此限（同法第十四條）。鑑於結合與聯合行為之許可同以「對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益」為其要件，引起一個疑問，結合經許可後，其分子事業間之聯合行為是否同時概括的自動得到許可？

結合之分子事業分別經營之業務可能屬於同一水平（水平結合），可能屬於上、下游（垂直結合）或甚至根本無水平或上、下游之關係（多角結合）。其中，結合之分子事業所經營之業務屬於同一水平者，其結合才可能涉及聯合。不過，即使在這種情形許可之目的亦不一定為了要同時達到聯合的結果。因此，結合之許可包含聯合行為之許可並非邏輯上之當然，還須視分子企業之結合目的或其結合後之所為的結果而定。結合或聯合行為既不一定互相包含，結合管制與聯合行為之禁止規定間在適用上自亦應採互無排斥性的看法，在個案必須分別適用其相關規定決定之。從而事業如果在申請結合之許可的同時，要同時獲得聯合行為之許可，應將計畫從事之聯合行為並為提出申請，由公平交易委員會分別審決之。對此，德國關於雙重管制說的觀點，值得參考。