

《公平交易季刊》
第 23 卷第 3 期（104/07），頁 47-91
◎公平交易委員會

最優惠條款與競爭法之案例研究

楊智傑*

摘要

所謂的最優惠條款（most-favored-nation clause），或稱相同條件（parity）條款。典型的最優惠條款，是賣方承諾，對買方的待遇，會比照其最優惠的客戶；或者顛倒過來，買方承諾，其將比照給其他賣方的價格，付給賣方。美國聯邦司法部從 2010 年開始關注最優惠條款，進行調查並起訴。其中有兩個受到高度關注的案件，分別被司法部正式起訴，一件是密西根州商業健保案，一件是蘋果電腦與五大出版社共同協議電子書價格案。尤其第二個案件，受到各方高度關注，最後並被判決構成聯合行為。本文研究指出，單純在契約中採取最優惠條款，本身並無問題，但其有時可能會產生限制競爭效果，但也有促進競爭效果。因此，若認為採取最優惠條款可能違反競爭法，應採取合理原則進行審查。本文也分析了我國公平會處分書中，涉及最優惠條款的案例。

關鍵詞：最優惠條款、電子書、合理原則、當然違法、蘋果電腦

投稿日期：103 年 9 月 21 日

審查通過日期：104 年 3 月 24 日

* 楊智傑為國立雲林科技大學科技法律所副教授。

一、前言

最優惠條款（most-favored-nation clause）¹，最早來自於國際貿易談判中，某國對另一國要求，其對某國作出的開放或待遇，不得低於給其他國家的待遇，在國貿法領域一般稱為「最惠國待遇」²。這樣的概念，後來也開始使用於商業契約中。在商業契約中的最優惠條款，有時又稱為最惠價格（most favored pricing）條款、最惠折扣（most favored discount）條款，或相同條件（parity）條款。典型的最優惠條款，是賣方承諾，對買方的待遇，會比照其最優惠的客戶。當然也可能有其他形式，例如，賣方承諾，若買方在其他地方可以拿到更優惠的價格，其也比照該售價。或者顛倒過來，買方承諾，其將比照給其他賣方的價格，付給賣方。此一承諾可能是放在契約中，但也可能是單方片面宣布的政策。最優惠條款通常與價格有關，但也可能與其他的銷售條件有關³。

利用最優惠條款與競爭法有何關係？單純在契約中使用最優惠條款，或許沒有問題，但某些極端情形，廠商可能會利用最優惠條款，作為排除競爭的手段。例如，廠商要求下游廠商，若給其他新進廠商較優惠的交易條件，也要給自己相同的條件。此時，下游廠商一旦降價，不只是給一家廠商降價，由於最優惠條款的關係，等於要對所有具有最優惠條款的廠商一起降價。如此，下游廠商反而不願意輕易給新進廠商降價，而導致排除新進廠商的限制競爭效果。

除了排除競爭之外，廠商間也可透過最優惠條款，進行某種聯合行為。例如，廠商透過提供最優惠條款，保證自己提供的交易條件，與提供給其他廠商的交易條件相同。而為了監督執行最優惠條款，廠商必須掌握各相關廠商的相關交易條件，以此蒐集市場間的交易行情，有助於維持聯合行為。也透過此種方式，默示地向競

¹ 關於 most-favored-nation clause 的翻譯，李禮仲教授翻譯為「最惠條款」，本文參考其翻譯並加以調整，統一翻譯為「最優惠條款」。參見李禮仲，「初探雲端運算智慧手機應用程式平台售後服務市場之法律問題－以公平交易法為中心」，公平交易季刊，第 22 卷第 1 期，152-153 (2014)。

² Stirling Adams, "Negotiating a Commercial "Most Favored Nation" Clause," *1 International Law & Management Review*, 80 (2005).

³ W. Stephen Smith, "When Most-Favored is Disfavored: A Counselor's Guide to MFNS," *27 Antitrust ABA*, 10 (2013).

爭對手表示，自己絕不輕易改變價格，也有助於聯合行為的進行。

美國在 2010 年以前，聯邦司法部和聯邦交易委員會，曾經處理過大約十件涉及最優惠條款的案件。這些案件大部分都涉及健康照顧產業，且最後全部都與官方達成和解判決（consent judgments）⁴。美國聯邦司法部，從 2010 年開始，又開始關注最優惠條款，進行調查並起訴。尤其有兩件受到高度關注的案件，分別被司法部正式起訴，一件是密西根州商業健保案，一件是蘋果電腦與五大出版社電子書案⁵。在第一件案例中，密西根東區聯邦地區法認為，系爭案例中對最優惠條款的使用，可能導致限制競爭的結果，而應該採用合理原則進行審查。而在第二件案例中，紐約南區聯邦地區法院認為，蘋果電腦與五大出版社綜合使用最優惠條款、價格上限等方式，促成水平價格限制，故適用當然違法審查，判定其違反薛曼法第 1 條。此二最新案例雖然都僅有一審法院判決，但已引發美國學界對最優惠條款的興趣。而對第二個案例的後續發展，更引起許多關心電子書市場人的密切關注。

事實上，最優惠條款在競爭法上適用的問題，美國的討論文獻有限。相對於美國，臺灣對使用最優惠條款會產生何種限制競爭效果，過去更是沒有人關注。因此，本文希望透過美國法的比較研究，讓我國能更了解最優惠條款在競爭法上的問題。由於上述所提，美國司法部最近處理的兩件最優惠條款的案件，引發各界關注，蘋果電腦電子書案例，更是各方關注焦點。這二則案件，雖然都涉及最惠國條款的利用，其實所涉及的案情截然不同，卻剛好可以代表最優惠條款利用時可能產生的二種限制競爭的問題。因此，本文打算先研究美國這二則重要案例，將之詳細介紹，希望透過這二則案例的研究，了解為何契約中最優惠條款的使用，可能有競爭法上的疑慮。其次，在案例研究後，本文蒐集美國有限的學術文獻，希望藉由整

⁴ United States v. Delta Dental of R.I., 943 F. Supp. 172, 176-80 (D.R.I. 1996) (denying defendant's motion to dismiss); United States v. Delta Dental of R.I., No. 96-113P, U.S. Dist. LEXIS 11239 (D.R.I. July 2, 1997) (consent judgment); RxCare of Tenn., 121 ETC. 762 (1996); United States v. Lykes Bros. S.S. Co., 60 Fed. Reg. 52,208 (Oct. 5, 1995) (consent judgment); United States v. Or. Dental Serv., No. C95 1211 FMS, WL 481363 (N.D. Cal. July 14, 1995) (consent judgment); United States v. Delta Dental Plan of Ariz., Inc., No. 94-1793 PHXPGR, WL 454769 (D. Ariz. May 19, 1995) (consent judgment); United States v. Classic Care Network, Inc., No. 94-5566, WL 367908 (E.D.N.Y. May 1, 1995) (consent judgment); United States v. Vision Serv. Plan, No. 1:94CV02693 TPJ (D.D.C. Nov. 1, 1995) (consent judgment).

⁵ Elaine Johnston & David Ernst, "Overview of Developments in United States Civil Antitrust," *Global Trends in Antitrust 2013*, 37-38 (2013).

理美國學者的分析，提出對最優惠條款適用競爭法上的分析架構。

最優惠條款的利用，在我國當然也有案例，只是過去並未引起關注。公平交易委員會在 2014 年年初，處理了蘋果電腦公司銷售 iPhone 手機時採取的綁約手機價格，要求電信公司所提供的方案，必須送交蘋果電腦公司審查，乃維持轉售價格。在該案中，公平會也發現，蘋果電腦公司搭配使用最優惠條款，以控制手機的出售價格。從該案可知，公平會開始注意到，廠商可能會搭配利用最優惠條款，達成其他限制競爭的目的。因此，本文在最後，也會蒐集研究公平會所做過的處分書，檢討廠商利用最優惠條款的情形，是否有限制競爭之虞。

以下本文第二部分，先介紹密西根州藍十字商業健保案，第三部分，介紹蘋果電腦電子書案。第四部分，將參考美國學者分析，對最優惠條款可能產生的反競爭效果，以及促進競爭效果等，進行綜合分析。第五部分，則嘗試由我國公平會各處分書中，可能處理過的最優惠條款問題，並整理出四種案例類型，進行分析。最後為結論。

二、密西根州藍十字商業健保案

2010 年 10 月 18 日，美國聯邦政府司法部和密西根州政府，聯合對密根州的藍十字藍盾公司（Blue Cross Blue Shield of Michigan，以下簡稱藍十字公司），提起反托拉斯法之訴。其針對的，是藍十字公司採取的一種最優惠條款之方式。該案原告並不要求被告損害賠償，只是要求法院禁止被告再次採取此種最優惠條款。

在 Lexis 資料庫中搜尋，目前該案並無正式最終判決，只有中間的幾份程序性判決。最新一份判決乃是 2012 年 10 月 11 日所判，係因目前進入事證開示階段（discovery），而被告及證人不願意提供證據，法院判決其必須提供證據之程序判決⁶。但在本案最早起訴時，被告藍十字公司，立即提出一「撤銷起訴」之請求（motion to dismiss），2011 年 8 月 12 日密西根東區聯邦地區法院曾作出判決，駁

⁶ United States v. Blue Cross Blue Shield of Mich., U.S. Dist. LEXIS 146403 (E.D. Mich., Oct. 11, 2012); United States v. Blue Cross Blue Shield of Mich., U.S. Dist. LEXIS 141355 (E.D. Mich., Oct. 1, 2012)

回此一請求⁷。在該判決中，初步討論了最優惠條款可能引起的反托拉斯法問題。以下即介紹該判決重點。

(一) 事實

1. 商業健保市場

本案原告是美國聯邦政府和密西根州政府，被告是密西根州藍十字藍盾公司。藍十字公司是位於密西根州的一家非營利健康照顧公司，其銷售商業保險或其他健康保險產品，這些保險產品中，包括了偏好提供者組織健康保險（preferred provider organization (PPO) health insurance），以及健康維持組織健康保險（health maintenance organization (HMO) health insurance）。藍十字是密西根州最大的商業健保提供者，並與其他非營利或營利的健保業者競爭。約有 300 萬的密西根居民向藍十字投保健保，約佔商業健保人口 60%。比起第二大的商業健保提供者，藍十字的投保人數是第二大廠商的九倍。藍十字在 2009 年的獲利則超過 100 億美元⁸。同時，藍十字也是除了政府以外，在密西根州對健康照顧服務（包括醫院服務）最大的購買者。藍十字購買健康照顧服務，係為了提供投保客戶使用，其向密西根州境內的 131 所急診醫院（Acute Care Hospitals）購買醫院服務。其花在購買醫院服務的金額，於 2007 年超過 40 億美元⁹。

在近幾年中，藍十字在向醫院洽談契約時，採取了所謂的最優惠條款，在其所簽約的 131 所一般急症處理醫院中，至少與 70 家納入了最優惠條款。而這 70 家醫院，囊括了密西根州 40% 的急症處理醫院中的病床。

2. 二種最優惠條款類型

藍十字採取的最優惠條款，可分成二種形式。第一種可稱為最優惠附加條款（MFN-plus）。其與 22 家醫院簽署這種條款，要求這些醫院對其他商業保險人所收取的費用，必須比對藍十字收取的還要高，通常契約中也會規定增加的比率。這

⁷ United States v. Blue Cross Blue Shield of Mich., 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich., 2011).

⁸ *Id.*, 668.

⁹ *Id.*

22 家醫院，大約負責密西根州境內 45% 的三級照護醫院病床（提供基礎和細部的診斷、治療服務，包括特殊服務的完整照護）。其中，藍十字的最優惠附加條款，要求某些醫院對其他競爭者的收費，必須高於對藍十字收費的 40%。有 2 家醫院的最優惠附加條款則是約定，其在與藍十字契約有效期間，不能給其他競爭者更優惠的折扣。通常，醫院要求增加收費費用時，藍十字就會要求加入最優惠附加條款¹⁰。

第二種類型的最優惠條款，稱為平等待遇最優惠條款（equal-to MFNs）。藍十字與 40 所小型社區醫院（通常是該社區唯一的醫院）簽約，要求他們對其他商業保險業者的收費，至少必須和藍十字一樣。在這種條件下，藍十字願意提高其對社區醫院的付費，當然，社區醫院因而也必須提高對其他商業保險者的收費。如果社區醫院不願意簽署這種平等最優惠條款，則藍十字對其的付費，將少於其他社區醫院約 16%。藍十字也與某些較大型的醫院簽署這種平等待遇最優惠條款¹¹。

藍十字在是以這二種最優惠條款作為交換條件，答應提高支付醫院的服務費用。如此一來，雖然藍十字自己會提高付費，但也可以要求醫院對其商業保險的競爭者提高收費。藍十字採用最優惠條款的用意，並非是為了想要降低對醫院服務的付費¹²。美國聯邦政府和密西根州政府因而認為，藍十字的最優惠條款，造成許多醫院提高對其他商業保險競爭者的收費，或者收費太高，以致於其他競爭者不願意加入市場競爭。透過此種方式，讓其他競爭者無法和醫院簽署有競爭力的契約，藍十字遏阻和避免了其他競爭者的加入，並且擴張自己在密西根州健康保險市場的市占率。其造成藍十字和其他競爭者所銷售的健康保險費率提高，被保險人和自行投保的雇主支付醫院的服務費用也跟著提高¹³。

密西根政府為大約 5 萬 2 千名公務員以及 18 萬名退休公務員或家屬，購買團體健康保險，因而均受到藍十字上述行為的影響。其中，密西根政府對其 60% 的公務員，和幾乎全部的退休公務員，都是向藍十字購買健保方案。因此，保險費用的增加，直接由密西根政府和員工承受¹⁴。

對於上述指控，藍十字不願答辯，而是要求不進入事實調查而直接駁回

¹⁰ *Id.*, 669.

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ *Id.*, 670.

¹⁴ *Id.*

(motion to dismiss)。法院不接受其請求，並在判決中逐一回答，由於原告之起訴書，均已符合起訴階段的初步條件，故應進入事實調查。

(二) 薛曼法第 1 條的各種要件

1. 構成要件

要構成違反薛曼法第 1 條，必須證明三個要件：1. 存在協議，2. 影響州際貿易，3. 不合理的限制交易¹⁵。法院認為，根據起訴書內容，原告主張藍十字與各醫院簽署協議，而影響了州際貿易，此滿足了第一和第二個要件。但是，藍十字認為，其並沒有滿足第三個要件，而要求不進入事實調查直接駁回。原告被告雙方都同意，最優惠條款是否構成不合理交易限制，應採用合理原則審查。而要採用合理原則審查，原告必須主張，該違法契約、結合或共謀，對相關地理市場及相關產品產生了反競爭效果¹⁶。所以，法院認為，既然被告要求直接駁回時，起訴書中必須令人可信地 (plausibly) 主張，最優惠條款在相關地理市場和產品市場中，產生的反競爭效果¹⁷。

藍十字主張，在起訴書中，並沒有令人可信地主張相關產品市場、地理市場、市場力量、因為使用最優惠條款在相關市場中引起反競爭效果，也沒有提出能支持其損害賠償請求法律理論 (legal theory of harm) 的事實。原告等人則反駁，認為起訴書已足以說明令人可信的市場、反競爭效果以及損害賠償之法律理論¹⁸。

2. 產品市場與地理市場

(1) 產品市場

對於相關產品或相關地理市場，只要起訴書中採取了與法院指定界定市場之方法有關的事項，在起訴階段就已經足夠。因為，市場界定是一個高度事實的探討，只有在對消費者面對的商業世界進行事實上的調查後，才有辦法界定，所以，法院

¹⁵ White and White, Inc. v. American Hospital Supply Corp., 723 F.2d 495, 504 (6th Cir. 1983).

¹⁶ Warrior Sports, Inc. v. National Collegiate Ath. Ass'n, 623 F.3d 281, 286 (6th Cir. 2010).

¹⁷ *Supra* note 7, 671-672.

¹⁸ *Id.*, 672.

一般傾向不在起訴階段就認為未界定產品市場¹⁹。藍十字認為，起訴書並沒有詳細地界定各種健康保險與服務的市場，並逐一解釋（market-by-market explanation）。但是，原告等人認為，在起訴階段，並不需要對各種市場逐一解釋，而且起訴書中已經界定二種產品市場，一種是團體商業健康保險（commercial group health insurance），另一種則是個人商業健康保險（commercial individual health insurance）。原告認為，為何這二種產品市場無法彼此替換（interchangeable），在起訴階段並不需要說明，但仍於起訴書中簡單說明理由。起訴書中提到，團體商業健康保險能夠使用一提供者的網絡，而這是健康保險產品中的重要元素，因為該網絡會明定病人若想降低費用可以使用的醫師和醫院；至於個人商業保險，則通常比團體健康保險還貴，且無法免稅。起訴書指出，沒有其他產品可以合理地彼此替換這二種產品，因為在密西根州，若沒有在團體保險或政府保險涵蓋範圍內的個人，當他們想降低健康風險，並以商業健康保險人所談判出來的折扣去使用健康照護提供者時，他們唯二的選擇就是這二種產品。法院認為，從起訴書來看，確實已經令人可信地主張系爭的產品市場，亦即團體商業健康保險和個人商業健康保險。法院也認為，在起訴階段，不需要在起訴書中對個別市場逐一分析²⁰。

(2) 地理市場

藍十字認為，起訴書中並沒有令人可信地建立相關地理市場，僅提及一些統計數字，但這並非建立適當的地理市場的方式，而且健康保險市場應該是全國性的，而非地方性的，且起訴書沒有討論到，處理財務風險的資本，通常都是在全國範圍內流動。但原告認為，起訴書已經充足地指出系爭的產品相關市場，而在起訴階段不需要提出更多的具體事實。法院認為，在起訴書中一共提到 17 個具體的地理市場。起訴書也提到，健康保險的地理市場應該是地方性的，因為購買健康保險的人，想要使用的是他們住家和工作地點附近的醫院和醫師的網絡。藍十字的最優惠條款所影響到的地理市場，就是那些醫院所在的區域，以及員工和被保險人在商業健康保險產品所銷售之提供者網路中，實際會使用的醫院所在區域。例如，起訴書中以蘭辛區（Lansing area）為例，指出蘭辛區的雇主和被保險人，實際上不可能購

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*, 673.

買不提供蘭辛區醫院和醫師網絡的商業健康保險。因此，法院認為，起訴書已經令人可信地，提出充足事實以建立地理市場。在起訴書階段，起訴書指出消費者需要使用地區的醫療提供者，因此，健康保險市場就是地區性。在消費者的地理區使用醫療提供者網路，這點是令人可信的。而在起訴書中使用一些統計數字，對建立地理區域來說也是可信的²¹。

3. 市場力量

藍十字認為，起訴書中並沒有針對團體健康保險和個人健康保險，分別說明藍十字的市占率。而原告認為，起訴書已經充足地說明了市場力量。法院指出，起訴書已經說明，藍十字在地理市場的市占率，落在 40%到 80%之間，而藍十字也承認，其是密西根州健康保險的市場領導者，故在起訴階段，對市占率的推估，就已經足以推論出其具有市場力量。而起訴書也指出，最優惠條款已經排除了競爭者，並造成價格的抬高。因而，法院認為在起訴書階段，這些都已經令人可信²²。

4. 反競爭效果與損害

(1) 反競爭效果

藍十字主張，最優惠條款具有促進競爭效果，而起訴書並未說明最優惠條款的反競爭效果。而原告反駁，認為起訴書已經詳細說明最優惠條款對健康保險市場造成的反競爭效果。雖然最優惠條款可能有促進競爭效果，但是，促進競爭效果與反競爭效果的衡量，必須等到事實調查階段才進行。起訴書中說明，最優惠條款負面的影響了密西根州健保市場的競爭，提高了競爭對手的成本，也提高了保險費率，而直接增加自行投保雇主（self-insured employers）的成本。起訴書中舉了幾個例子，其中之一為，在上半島區（Upper Peninsula），藍十字與當地唯一的三級照護醫院 Marquette General 簽了最優惠附加條款，該條款要求對競爭對手（例如 Priority Health）所收取費用，必須比對藍十字收取之費用高 23%，因而影響了該區的競爭。根據起訴書中這些指控，法院認為，其令人可信地相信，藍十字與密西根州內

²¹ *Id.*

²² *Id.*, 673-674.

各醫院間的最優惠條款，對其他在該區域的健康保險者以及健康服務成本，造成了反競爭效果²³。

(2) 損害 (Harm)

藍十字主張，起訴書並沒有提出令人可信的損害之法律理論，包括被封殺（foreclosure）。原告反駁，起訴書確實已經指出有競爭者被封殺。起訴書中指出，藍十字因為與主要大醫院、健康系統和社區醫院簽署最優惠條款，而造成競爭者被排除於這些市場之外。如前所述，Priority Health 因為藍十字與 Marquette General 簽的最優惠附加條款，而無法進入上半島區的健康保險市場。雖然該起訴書中，並沒有使用封殺（foreclose）這個字眼，但是法院認為，其已經令人可信地主張，其他保險人已經被排除或可能被排除，或被「封殺」而無法進入該市場²⁴。

(三) 小結

上述判決，只是在起訴階段的第一個程序判決，駁回被告藍十字所聲請的撤銷起訴之請求。而後，本案進入事實調查，目前尚未出現第一審之終局判決。但是，從此份判決中，不難看出，若原告成功證明各項事實上必須證明之事項，被告藍十字採取的最優惠條款，的確有可能被認為違反薛曼法第 1 條。

三、蘋果電腦與五大出版社電子書案

另一起更引起關注的案件，則是蘋果電腦推出 iPad 時，同時推出的 iBookstore，搶攻亞馬遜網路書店的電子書市場。但是其採取的手段，卻是與五大出版社改變過去書籍或電子書銷售模式，從過去的批發價模式，改成代理人模式。但同時又怕亞馬遜書店進行零售價格的競賽，故與五大出版社簽署了最優惠條款。蘋果電腦此舉，在 2010 年立即改變了美國的電子書市場與銷售價格，而引起高度關注。美國司法部在 2012 年 4 月 11 日完成調查後，正式對蘋果電腦和五大出版社提

²³ *Id.*, 674.

²⁴ *Id.*, 674-675.

起訴訟。後來五大出版社與美國司法部達成和解，但蘋果電腦拒絕和解。本案在 2013 年 7 月 10 日，由紐約南區聯邦地區法院作出第一審判決²⁵，判決蘋果電腦違反薛曼法第 1 條。

(一) 事實背景

1. 電子書市場

所謂的電子書 (E-books)，就是以電子形式銷售給消費者的書籍，並可以用專屬電子設備加以閱讀，包括蘋果的 iPad 平板電腦、邦諾出版社 (Barnes & Noble) 的 Nook 閱讀器，以及亞馬遜 (Amazon) 的 Kindle 閱讀器。在美國出版市場中，一般有六大出版公司，包括樺樹集團 (Hachette Book Group)、哈珀柯林斯出版社 (HarperCollins Publishers)、企鵝集團 (Penguin Group)、西蒙舒斯特出版社 (Simon & Schuster) 以及麥克米倫出版社 (Macmillan)、藍燈書屋 (Random House)。這六大出版社均出版紙本書和電子書。其中，前五家出版社在美國 2001 年第一季的市占率為 48%。而在紐約時報暢銷書排行榜中，這六大出版社占有 90% 的書籍²⁶。

亞馬遜的 Kindle 閱讀器是第一個成功打入市場的電子閱讀器。其在 2007 年推出後，亞馬遜迅速成為電子書和電子閱讀器的市場領導者。整個 2009 年，亞馬遜書店所銷售的電子書，占了所有電子書的 90%。亞馬遜採取一種折扣策略，對某些新推出的書籍和最暢銷的電子書，都採取統一定價 9.99 美元的作法。亞馬遜相信，這種作法長期來看有利於消費者。而其他網路書店為了與亞馬遜競爭，也只好採取 9.99 美元甚至更低的定價²⁷。

在 2010 年 4 月之前，一般書店賣書的定價方式，是先書後面印上定價，然後給書店一定的批發價，一般為定價的五折。至於書店實際的定價，則由書店自己決定。2009 年之前，出版社一般對電子書的批發價，會低於實體書的二成，因為電子書可節省部分成本，包括印刷、存貨、包裝、運送、退貨等等成本。而亞馬遜採

²⁵ United States v. Apple, Inc., U.S. Dist. LEXIS 96424, 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y., Jul. 10, 2013).

²⁶ *Id.*, 12-13.

²⁷ *Id.*, 13-14.

取的 9.99 美元定價，其實大概就等於其電子書的批貨價²⁸。

五大出版社對於亞馬遜的定價方式，非常擔憂。短期來看，這種定價將會影響他們精裝本書籍的市場。一般美國的精裝本書籍都定價在 30 美元以上，而亞馬遜將電子書與精裝本同時銷售，但價格差三倍，故精裝本市場受到影響，也影響到銷售精裝本的實體書店。長期來看，他們也擔心消費者習慣這種 9.99 美元的定價，將來會希望所有書都賣 9.99 美元，這將威脅到出版產業的商業模式。另外，五大出版社也擔心亞馬遜在書籍通路的市場力量越來越大，將來會要求電子書的批發價降價，甚至跳過出版社直接與作者談判授權出書²⁹。

因此，從 2009 年開始，五大出版社就開始合作尋找方法，試圖破壞亞馬遜的 9.99 元定價策略。其中一種方式，就是五大出版社試圖提高電子書的批貨價，將電子書的批貨價提高到等同於實體書的批貨價。例如，一般實體書的定價為 26 美元的話，其批發價為五折 13 美元。而五大出版社在批發電子書時也一樣設定五折 13 美元。如此一來，亞馬遜若還堅持賣 9.99 美元，就會虧本。但是，此種作法仍然沒有影響亞馬遜，亞馬遜網站決定對紐約時報暢銷書的售價，仍以虧本方式，定價 9.99 美元，作為一種促銷手法³⁰。

五大出版社對於如何對付亞馬遜的定價，開始定期商討，因為他們怕若個別行動，要求亞馬遜網站改變定價，會遭到亞馬遜個別的報復，拒絕在亞馬遜網站上販售該出版社的書。最慢在 2008 年 12 月，麥克米倫出版社和樺樹集團就開始密集地交換資訊並且合作，討論如何解決電子書與 Kindle 閱讀器等議題。在 2009 年 7 月底，樺樹、哈珀柯林斯、西蒙舒斯特以及麥克米倫、企鵝等出版社，具體地在紐約開會商討對付亞馬遜 9.99 美金售價的問題。之後每季至少一次，這五家出版社的 CEO 會定期聚餐吃飯，討論對策³¹。

在這樣的定期討論下，五大出版社採取另一種策略，試圖改變亞馬遜網站的定價。他們採取延遲上市方法，亦即電子書的上市時間，不與紙本同時上市，一般稱為「windowing」。在 2009 年底之前，四家出版社（樺樹集團、哈珀柯林斯出版

²⁸ *Id.*, 14-15.

²⁹ *Id.*, 15-16.

³⁰ *Id.*, 17.

³¹ *Id.*, 19-20.

社、西蒙舒斯特出版社以及麥克米倫出版社)幾乎同時決定採取延遲上市法,其先在紙本市場發行精裝本,然後等約半年後,才發行電子書³²。但是,六大出版社只有四大出版社採取此種方法,其效果有限。而且,這種方法也不是有效對付亞馬遜網站 9.99 定價的長期方法。例如,在延遲上市期間,可能就會出現盜版問題。更重要的是,延遲上市期間損失的銷量,之後在電子書上市後也不會補回來³³。

2. 蘋果開發 iPad 和 iBookstore

五大出版社雖然定期聚會,但是找不出解決亞馬遜低價定價的方法。2009 年時,美國的蘋果電腦 (Apple) 開發完成 iPad 平板電腦。其一方面開創了平板電腦的新紀元,另一方面,也可作為一種電子書閱讀器。因此,蘋果電腦打算在 2010 年 1 月正式推出 iPad 時,也推出自己的電子書商店 iBookstore。蘋果電腦公司的 Eddy Cue,是該公司中負責開發內重商店的重要人物,其在 2003 年負責 iTunes 商店的建立,2008 年負責 App 商店的建立。2009 年 11 月,在賈伯斯 (Steve Jobs) 的授命下,Cue 必須在 2010 年 1 月 27 日賈伯斯產品發表會前,與各大出版社談妥成立新的電子書商店 iBookstore 的授權³⁴。

因此,在 iPad 發表前,Cue 有約二個月的時間,可以與各出版談妥授權事宜。由於時間緊湊,他選擇先與六大出版社商談。因此,從 2009 年 12 月 15 日起,Cue 就在紐約,同時或密集地約見六大出版社的負責人,提出蘋果電腦的構想。在交換意見中,Cue 了解六大出版社都對亞馬遜的 9.99 元定價不滿。而蘋果電腦也不想從事價格的競爭,因而他們必須想出一種新商業模式,可以免於與亞馬遜網站做價格競爭³⁵。

最後,蘋果的團隊想到一種新商業模式,稱為代理人模式 (agency model),其有別於過去的批發價模式 (wholesale model)。所謂的批發價模式,就是書籍雖有定價,但是出版社一般是以定價的五成,批發給通路,讓通路自己決定售價,而通路就可以為售價的競爭。但代理人模式,則是蘋果電腦在蘋果 APP 商店採取的模

³² *Id.*, 22-24.

³³ *Id.*, 27-28.

³⁴ *Id.*, 29-31.

³⁵ *Id.*, 33-35.

式，亦即定價由廠商自己（本人）決定，蘋果的通路只是代理人，其抽取 30% 的交易手續費。在這種代理人模式下，出版社可以決定商品直接銷售給消費者的價格，而非由通路商決定售價³⁶。

但是，雖然說採取代理人模式下，出版社可以自己決定最終售價，但是蘋果電腦又不希望電子書的價格過高，這樣對消費者沒有吸引力。一般在美國精裝本書籍大約賣 30 美金，而亞馬遜網站的電子書卻賣 9.99 美元。蘋果電腦團隊研究認為，電子書的售價不應超過紙本書定價的一半，對消費者才有吸引力。因此，其建議出版社在 iBookstore 網站上的售價，設定二種，一為 12.99 美元（實體書的售價低於 30 美元時），一為 14.99 美元（實體書的售價高於 30 美元時）。此二種價格為 iBookstore 銷售時所能接受的最高價，亦即其算是一個定價的上限³⁷。

3. 最優惠條款設計

蘋果電腦雖然構想中的電子書售價為 12.99 美元和 14.99 美元，若其採取的模式不能推廣到其他電子書通路，尤其是市占率達九成的亞馬遜書店，那麼比起亞馬遜書店的 9.99 美元，iBookstore 一點吸引力都沒有。因此，蘋果電腦也必須想出一種方式，讓六大出版社不但在 iBookstore 採取代理人模式，也將代理人模式推到其他電子書通路，這樣就可以由出版社統一決定電子書的終端售價。

蘋果電腦對在 2010 年 1 月 11 日提出的契約草稿中，想出了一種方式，就是在其和出版社所簽訂的契約中，加入一個最優惠條款。此條款的設計，就是約定出版社提供給 iBookstore 銷售的電子書定價，不得低於在其他電子書通路的銷售定價。亦即，如果出版社無法改變亞馬遜的 9.99 美元定價法，在 iBookstore 銷售的最終定價也必須是 9.99 美元。因此，出版社就必須也改變他們對其他電子書通路的商業模式，通通改採代理人模式，讓出版社可以直接控制最終售價。在這種最優惠條款的運作下，搭配代理人模式，出版社可以控制所有電子書通路的最終售價，而蘋果電腦也不必擔心與其他電子書通路進行價格上的競爭³⁸。

³⁶ *Id.*, 42-44.

³⁷ *Id.*, 44-49.

³⁸ *Id.*, 54-55.

4. 談判經過與結果

整個蘋果電腦所提出的方案，主要可歸納為下述三點：1.改採取代理人模式。2.電子書的售價上限訂為 12.99 美金和 14.99 美金。3.加入最優惠條款，間接讓其他電子書通路也改採相同模式。蘋果電腦所提的這個方案，其實對出版社來說，也有困難。因為在舊的批發價模式下，一本定價 26 美元的書籍，出版社至少可以向亞馬遜收 13 美元（縱使亞馬遜只賣 9.99 美元），但是在蘋果所提出的代理人模式下，且搭配售價上限 12.99 美元，而蘋果抽取手續費 30%，出版社實際取得的價格為 9.10 美元，這樣反而比銷售給亞馬遜所收的價格要低。不但實際上拿到的價格降低，而且因為最終售價提高，銷售量也會影響，所以出版社從電子書的授權所收到的費用，整體一定會降低³⁹。

既然如此，出版社有何誘因接受蘋果電腦的提案呢？出版社的考量因素在於，雖然整個方案，讓出版社在電子書市場的收入減少，但是可以維持住電子書的售價在 12.99 和 14.99 美金，而非亞馬遜的 9.99 美金。由於和實體書的售價拉近差距，可以避免實體書的銷量減少，而影響到實體書和實體書店等相關產業的生存。更重要的是，蘋果電腦所提出的 iBookstore，很有可能可以成為和亞馬遜一爭高下的另一個大的電子書通路，如果不接受這個提案，亞馬遜書店繼續維持 9.99 美元售價的話，久而久之，消費者會習慣 9.99 美元，進而也會要求實體書要降價。甚至，亞馬遜書店控制電子書市場後，可能會進一步要求出版社降低其批貨價格。因此，雖然蘋果電腦所提出的方案，短期上會讓出版社在電子書市場的收入減少，在整體來看，反而可以維持住實體書的市場，長期來看，也可以維持住電子書的價格。因此，對出版社來說，這仍具吸引力⁴⁰。

對出版社而言，雖然此方案有吸引力，可以將電子書售價提高，但是由於蘋果電腦抽取 30%交易手續費，造成出版社的實質收入降低。因此，出版社雖接受此方案，然希望能夠降低其收取的交易手續費。但對於此點，蘋果電腦非常堅持，因為 30%也是 APP 商店的交易手續費，且蘋果電腦認為這是其獲得基本微薄利益的最低

³⁹ *Id.*, 61-62.

⁴⁰ *Id.*, 62-63.

門檻，故不肯降低⁴¹。

若手續費無法降低，出版社則希望提高售價上限，不要只有 12.99 和 14.99 兩種價格上限。在經過交涉後，蘋果電腦同意讓步。對於紐約時報暢銷書排行榜的書籍，蘋果電腦仍維持原方案，定價低於 30 美元的書，電子書售價上限為 12.99 美元，定價高於 30 美元的書，電子書售價上限為 14.99 美元。但若不是紐約時報暢銷書排行榜的其他新發行書籍，則設定定價介於 25 至 27.5 美元的新書，電子書售價上限為 12.99 美元；定價介於 27.5 至 30 美元的新書，電子書售價上限為 14.99 美元；定價介於 30 至 35 美元的新書，電子書售價上限為 16.99 美元；定價介於 35 至 40 美元的新書，電子書售價上限為 19.99 美元⁴²。

由於離 2010 年 1 月 27 日 iPad 產品發表日剩下時間不多，蘋果電腦一開始就只有鎖定六大出版社進行商談。在提出最終方案後，市占率最高的藍燈書屋，認為其方案並不可行，故立刻表態不加入蘋果電腦的 iBookstore。但其他五大出版社仍然有興趣，最後均在產品發表日前，與蘋果電腦簽署契約⁴³。

在 1 月 27 日蘋果電腦正式發表 iPad 之後，五大出版社立即要求與亞馬遜書店重簽契約，將所有新書之授權，改成代理人模式，並按照蘋果電腦的電子書售價上限方案，調高售價。由於五大出版社均已經齊心協力，亞馬遜書店無法個別擊破，若亞馬遜書店不同意，五大出版社的新書電子書將拒絕在亞馬遜書店上發行。因而，最後亞馬遜書店只好接受代理人模式與售價，在 2010 年 3 月底前，分別與四大出版社（除了企鵝集團）簽署新約，而企鵝集團也在 2010 年 6 月和亞馬遜書店簽訂新約⁴⁴。

5. iBookstore 開張與價格改變

賈伯斯雖在 2010 年 1 月底發表 iPad，但在 4 月才正式開賣。而開賣的同時，蘋果電腦成立的 iBookstore 也正式開張。此後，五大出版社可以直接決定電子書的最終售價。因此，4 月開始，五大出版社所有新書的電子書售價，同時調漲。而五

⁴¹ *Id.*, 66-67.

⁴² *Id.*, 69-70.

⁴³ *Id.*, 75-98.

⁴⁴ *Id.*, 100-108.

大出版社為了抬高利潤，幾乎都採取蘋果電腦方案中的售價上限（12.99 美元或 14.99 美元）。接下來的五個月，五大出版社直接採用售價上限者，佔亞馬遜網站上中五大出版社新書的 85.7%，佔蘋果 iBookstore 五大出版社新書中的 92.1%。另外，針對紐約時報暢銷書排行版的五大出版社的書籍，五大出版社一樣採取售價上限，佔 iBookstore 中五大出版社書籍的 99.4%，佔亞馬遜網站中五大出版社書籍的 96.8%。而在二個禮拜內，五大出版社在亞馬遜書店的新書的平均售價，就提高了 14.2%，紐約時報暢銷書排行榜的書則提高了 42.7%，所有五大出版社在亞馬遜書店的電子書的平均售價，提高了 18.6%⁴⁵。其中，企鵝集團由於在 6 月才與亞馬遜簽好新約，故企鵝集團的書在 6 月才漲價⁴⁶。

採取此一全新商業模式後，由於五大出版社的電子書售價都提高，也影響到其銷售量。在 2010 年 4 月之後的一段期間內，五大出版社的電子書銷量明顯降低。反而，藍燈書屋因為沒有加入此一行動，電子書銷量因而增加⁴⁷。但是，到了 2011 年年初，市占率最高的藍燈書屋，也決定與亞馬遜書店簽約採用新商業模式，亦即改採代理人模式，並且也與蘋果電腦簽約加入 iBookstore⁴⁸。甚至，Google 原本在 2007 年開始，就想要發展電子書的生意，而 2010 年 1 月之後，各出版社與 Google 協商時，也指出將對電子書採取新的代理人模式⁴⁹。

(二) 法院判決

上述所描述的過程，經美國司法部調查後，認為違反美國薛曼法第 1 條，而對蘋果和五大公司提起訴訟。但期間，五大公司選擇與美國司法部和解，因而正式起訴的對象，只剩蘋果電腦。

1. 相關法律原則

薛曼法第 1 條規定「任何契約、結合…或共謀，限制各州間的交易或貿易」，

⁴⁵ *Id.*, 109-110.

⁴⁶ *Id.*, 110.

⁴⁷ *Id.*, 112-113.

⁴⁸ *Id.*, 115-117.

⁴⁹ *Id.*, 117-118.

為違法行為⁵⁰。要證明存在共謀（conspiracy），必須證明存在共同行為（joint or concerted action）⁵¹。原告必須證明：1.至少二個以上獨立的法律主體間的結合或某種形式的共同行為 2.該行為依照當然違法或者合理原則構成了對交易的不合理限制⁵²。其證據必須顯示，其有一致的目的，或者有共同的設計和理解，或者在一違法安排中意見的交換⁵³。

在所謂不合理的交易限制中，有一種屬於當然違法（illegal per se）審查，亦即，其明顯地有反競爭效果，不須深入研究其產業，即可證明其違法性⁵⁴。若要採取當然違法審查，必須該限制通常或幾乎通常會限制競爭並且降低產出，而法院必須對這種類型的限制具有相當經驗，才可認定該限制類型屬於當然違法⁵⁵。根據1940年的United States v. Socony-Vacuum Oil Co.案，當一結合對州際或國際貿易的商品價格，具有提高、降低、固定、限定、穩定其價格之目的或效果，就屬於當然違法⁵⁶。因此，過去美國法院對於價格協議（price-fixing），均認為屬於當然違法類型。至2007年美國最高法院作出Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.案⁵⁷判決，將價格協議區分為水平價格協議（horizontal price fixing）與垂直價格協議（vertical price fixing）⁵⁸。其認為水平競爭市場中的固定價格協議或瓜分市場協議，屬於當然違法⁵⁹；不論其協議出的價格有多合理，均應被禁止。相對地，垂直的價格限制，例如對轉售價格的約定，則適用合理原則審查⁶⁰。

另外，當然違法的價格固定協議，可能也會有垂直參與者加入，並促成此一水平共謀⁶¹。但是，若原告主張有垂直參與者加入一違法的水平價格協議，其必須證

⁵⁰ 15 U.S.C. § 1.

⁵¹ Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984).

⁵² Primetime 24 Joint Venture v. Nat'l Broad. Co., 219 F.3d 92, 103 (2d Cir. 2000).

⁵³ *Supra* note 51, 764.

⁵⁴ Texaco Inc. v. Dagher, 547 U.S. 1, 5 (2006).

⁵⁵ Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 886 (2007).

⁵⁶ United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 223 (1940).

⁵⁷ *Supra* note 55.

⁵⁸ Evan D. Brewer, "The E-Book Price Fixing Litigation: Curious Outlier or Harbinger of Change in Antitrust Enforcement Policy?" *6 Hastings Science & Technology Law Journal*, 61 (2014).

⁵⁹ *Supra* note 55.

⁶⁰ *Id.*, 882.

⁶¹ Toys "R" Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928, 936 (7th Cir. 2000).

明該水平共謀存在，且該垂直參與者是知情的參與該協議，並促成該計畫通過⁶²。

2. 證據的認定

地區法院認為，本案原告（美國聯邦司法部）成功證明了，蘋果電腦公司確實與五大出版社勾結，試圖消除零售價格的競爭，並提高電子書的價格，而違反薛曼法第 1 條。有充分的證據證明，五大出版社彼此合作，而加入一個水平的價格維持的共謀。透過此共謀，五大出版社確實提高了在亞馬遜書店的新書和紐約時報暢銷書排行榜的電子書售價，對其他已出版的電子書也提高了售價。另一方面，蘋果電腦公司不但是有意的（willingly）加入這場共謀，並且有力地促成這個共謀的完成⁶³。

蘋果電腦在 2009 年 12 月中與六大出版社見面前，就已經知道他們反對亞馬遜 9.99 美元的售價策略，並且正在尋找有效的解決方案，包括透過共同行為來逼使亞馬遜漲價。在 12 月中的會面後，蘋果電腦更清楚五大出版社的訴求。因而蘋果電腦提出了代理人模式方案，協助五大出版社提高電子書售價，但又知道五大出版社可能會抬價過高，而明訂售價上限⁶⁴。最重要的是，蘋果電腦設計了最優惠條款，或稱為價格一致條款（price parity provision），讓其不用應付價格上的競爭。且加入此一最優惠條款後，其也不必明白寫出要求五大出版社與其他電子書通路談判改採代理人模式，該條款就可迫使五大出版社朝這個方向去做。因此，若五大出版社不如此去做，蘋果電腦一旦主張要求售價比照亞馬遜，最後五大出版社的損失更大⁶⁵。而五大出版社若各自單獨行動，可能會受到亞馬遜的反擊，但是蘋果電腦的加入，並與各出版社簽署相同條件的契約，確保了各出版社都會齊心朝相同方向邁進，故蘋果電腦的加入對這個共謀的完成非常重要⁶⁶。

法院認為，原告所舉的證據，包括直接證據與間接證據，其程度不只達到證據優勢（preponderance of the evidence），甚至達到清楚且具說服力的程度，證明了蘋果電腦參與並促成水平價格維持的共謀⁶⁷。

⁶² *Id.*; *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208, 225-229 (1939).

⁶³ *Supra* note 25, 131.

⁶⁴ *Id.*, 132-134.

⁶⁵ *Id.*, 135-136.

⁶⁶ *Id.*, 136-137.

⁶⁷ *Id.*, 140.

法院也指出，就算不採取當然違法，而採用合理原則審查，原告也能勝訴。因為蘋果電腦並未證明，執行該協議能達成任何促進競爭的效果。其提到的促進競爭效果，是跟 iBookstore 的開張、iPad 科技上的創新、還有數位出版的演化等有關，但跟該協議本身無關。而該協議的執行，反而產生了價格上不競爭的效果，並且立即反映在電子書價格的上漲。故法院認為，縱使採取合理原則，原告亦能勝訴⁶⁸。

3. 蘋果電腦的各種抗辯

當然，蘋果電腦提出各種抗辯。一、根據最高法院在 1984 年 Monsanto 案的見解⁶⁹，若原告所提證據不能「傾向排除」一種可能性，亦即蘋果可能是在從事合法商業利益所為的正常手段，則應該判決蘋果勝訴。二、蘋果主張，其從來沒想要與五大出版社共謀提高電子書價格。三、原告未能證明五大出版社真的「提高了」電子書的價格，因為，若亞馬遜不採用代理人模式，五大出版社就只會退出亞馬遜的電子書市場。四、蘋果對部分事實的解讀，與法院的解讀不同。五、蘋果電腦認為，本案應該用合理原則進行審查。六、蘋果電腦認為，若判決原告勝訴，將創造一危險判例，未來將影響其他事業進入新市場的動力⁷⁰。本文以下僅就其中幾點進行介紹。

(1) 最優惠條款本身並不違法

在第一點的抗辯中，蘋果電腦一直主張，其實其採用的契約，包括代理人模式、價格上限、甚至最優惠條款等，都是契約中常見的條款，這些條款並不是違法的，故其行為乃是在追求合法的商業利益，並且採取標準的商業運作⁷¹。但法院指出，法院也不認為個別來看，這些契約條文是違法的，甚至，一家公司要採用相同的契約同時與多家公司簽約，這樣也不會違法。不過，法院認為，本案例中，蘋果電腦乃是採用了這些方法，對交易進行不合理的限制。綜合所有證據來看，蘋果乃是有意地與五大出版社共同消除零售價格競爭並提高零售價格，這就是違法的⁷²。

⁶⁸ *Id.*, 141-142.

⁶⁹ *Supra* note 51.

⁷⁰ *Supra* note 25, 144-145.

⁷¹ *Id.*, 153.

⁷² *Id.*, 154-155.

(2) 其並沒有共謀意圖

對於第二點抗辯，蘋果電腦主張其並沒有共謀的意圖。其中，對於最優惠條款，蘋果電腦主張，其只是想設計一個條款，避免自己捲入價格競爭。其強調最優惠條款的功能，是要降低消費者面對的零售價格，而非想要提高價格，故主張這個條款的意圖並非想要強迫整個產業將價格抬高。不過，法院認為，設計最優惠條款，本來就有多重功能。一方面，如果五大出版社沒有與其他電子書通路協商轉成代理人模式，那麼在最優惠條款下，iBookstore 的電子書的確可以因而比照亞馬遜書店的售價，而大幅降低。但事實上，最優惠條款也因而成為一個工具，可逼使五大出版社將他們的銷售協議轉換為代理人模式，並提高電子書售價⁷³。

(3) 採用當然違法審查之質疑

蘋果電腦認為，法院在本案中不該採用當然違法，而應採取合理原則進行審查。其原因有二：1.相對於五大出版社，蘋果電腦屬於他們的垂直廠商，而過去法院對於垂直廠商間的協議，都是採取合理原則進行審查⁷⁴。2.原告引用了 Toys "R" Us 案⁷⁵和 Interstate Circuit 案⁷⁶等案，所採用的傳統「軸輻」(hub and spoke) 共謀理論，因而認為本案應採取當然違法判斷。但是蘋果電腦認為本案涉及一新市場的進入，且蘋果並非主要市場參與者，故不適用此一理論。

法院認為，垂直限制一般是採用合理原則審查。但是，蘋果電腦參與的卻是水平的固定價格共謀。因此，由於其本質上是一個水平的價格限制，所以要採取當然違法分析。故其不應做垂直價格限制的審查，法院也不只是單獨採取傳統的「軸輻」共謀理論⁷⁷。雖然蘋果電腦不是相關市場的主導者(dominant player)，但傳統的輪軸網路理論對此案例仍有所啟發。過去的案例中，法院並沒有認定，垂直參與者作為所謂的「軸」(hub)，必須是主導的購買者或提供者，雖然其通常扮演軸的角色⁷⁸。而且，在過去的案例中，扮演「軸」角色的被告，其之所以要負法律責

⁷³ *Id.*, 161-162.

⁷⁴ *Id.*, 178.

⁷⁵ *Supra* note 61.

⁷⁶ *Interstate Circuit v. United States*, *supra* note 62.

⁷⁷ *Supra* note 25, 179.

⁷⁸ *Howard Hess Dental Labs. Inc. v. Dentsply Int'l, Inc.*, 602 F.3d 237, 255 (3d Cir. 2010).

任，是因為「軸」被告知道所提出的計畫，而唯一的問題是水平市場的被告是否同意該計畫⁷⁹。而法院認為，本案中確實符合前揭判決所要求的要件，亦即蘋果電腦確實主動的鼓勵和協助，而五大出版社同意共同合作以消除零售價格競爭並提高電子書售價，且蘋果電腦知道並積極的參與該計畫，並且將他們的計畫付諸實現⁸⁰。

(4) 對新進者造成阻礙

蘋果電腦的最後一項抗辯，認為此判決一出，將形成一危險判例，對後面想要進入一市場集中度高的市場的新進者來說，可能會產生嚇阻，並且可能阻礙創新。蘋果電腦認為其行為是促進競爭，並且想要創造一個更健康的市場。但法院為此判決，對商業、尤其是內容市場，會產生寒蟬效應，並讓人不知所措⁸¹。

法院認為，其在執行反托拉斯法時，確實應該小心謹慎，避免對合法的競爭行為造成寒蟬效應。尤其，有能力加入市場的新進者，通常是美國經濟不斷進步的動力，法院應該避免阻礙這種新進者的加入，並且避免介入市場的自然發展。但是，法院認為，蘋果電腦所謂的促進競爭以及創造健康的競爭環境，並不清楚其所指為何？如果指的是 iPad 的推出，那的確是一個創新的設備，並且該設備確實鼓勵了更多的創新與競爭。但是，本案關心的不是 iPad 這項產品。事實上，iBookstore 書店，並不是 iPad 產品的必要組成部分。若蘋果電腦指的是，亞馬遜的 Kindle 在 2009 年是電子書的市場主導者，而創造 iBookstore 是帶來另一個零售通路。但是，蘋果電腦又很明確地宣示，其不想與亞馬遜作價格的競爭，這是其加入電子書市場的前提要件。因此，對消費者而言，iBookstore 沒有帶來競爭，反而帶來更高的價格⁸²。而且，本案法院也不是認為，代理人模式、定價上限、最優惠條款、同時協商等是違法的，重點在於蘋果電腦和五大出版社利用這些手段去促成一個共謀，所以才違法。法院也指出，其在判決時當然很怕傷害到電子書市場，但其判決認定違法的部分，只是認定 2009 年底到 2010 年初這段期間的行為違法而已⁸³。

⁷⁹ *Supra* note 62, 222; *supra* note 61, 933.

⁸⁰ *Supra* note 25, 180.

⁸¹ *Id.*, 181.

⁸² *Id.*, 182-183.

⁸³ *Id.*, 184-185.

(三) 小結

上述紐約南區聯邦地區法院所做判決，認為蘋果電腦與五大出版社的聯合行為，屬於水平的價格協議，並採取當然違法判斷後，認定其違反了美國薛曼法第 1 條規定。後於 2013 年 9 月 15 日，地區法院作出一審最終判決（final judgement），禁止蘋果電腦執行最優惠條款，亦即若出版社在亞馬遜網站上的定價更低，蘋果電腦不可要求跟進。最終判決也禁止蘋果電腦後續與其他出版社簽訂的契約中納入最優惠條款⁸⁴。至於蘋果電腦違反薛曼法的賠償與處罰，因為涉及州法的罰鍰，也另外引發爭議⁸⁵。蘋果電腦對於一審判決，目前提起上訴中。

對於此一起訴與判決結果，美國學者 Richard Epstein 認為，未必正確。其指出，電子書與著作權產品市場與一般市場不同。競爭法的用意是要打破聯合行為，促使價格下降，降低消費者成本。但降格下降後，作者版稅也會降低，導致整體作品產量將降低。若整體作品產量降低，則不利於產品間的競爭⁸⁶。但學者 Michael Wolfe 則反對其觀察，認為電子市場的出現，本來就會慢慢改建傳統的出版產業。電子市場會逼使書籍產業更加競爭，促使價格持續降低；但是否就會讓作者不願從事創作，或者因出版社的利潤減少而降低編輯品質，目前還很難說。其認為原則上還是應該留待市場自行發展⁸⁷。

學者 Kerry Gutknecht 則指出，如同上述蘋果電腦抗辯的第四點，其加入市場，反而是要打破亞馬遜書店對電子書市場的壟斷。其指出，亞馬遜書店的電子書售價，低於從出版社拿到的批發價，某程度來說，可能是一種掠奪性定價（predatory pricing），導致其他廠商無法進入電子書市場⁸⁸。而蘋果電腦推出 iPad 和

⁸⁴ United States v. Apple, U.S. Dist. LEXIS 129727, 11-14 (2013).

⁸⁵ 最近的一個判決，乃 2014 年 6 月 5 日所判。See Texas v. Penguin Group (In re Elec. Books Antitrust Litig.), U.S. Dist. LEXIS 77431 (S.D.N.Y. June 5, 2014). 由於該案另有 24 個州主張，蘋果電腦行為違反了州的競爭法而需罰鍰，但蘋果電腦認為，在聯邦反托拉斯法下的三倍懲罰性賠償中，應該就包含了各州的行政罰鍰。紐約南區聯邦地區法院認為，兩者並無關連。

⁸⁶ Richard Epstein, “Not Proven: The DOJ Suit against Apple for eBook Pricing,” <http://ricochet.com/main-feed/Not-Proven-The-DOJ-suit-Against-Apple-for-eBook-Pricing>, last visited on date: 2014/9/3.

⁸⁷ Michael Wolfe, “The Apple e-Book Agreement and Ruinous Competition: Are e-Goods Different for Antitrust Purposes?” *12 Duke Law & Technology Review*, 129 (2014).

⁸⁸ Kerry Gutknecht, “Apple and Amazon’s Antitrust Antics: Two Wrongs Don’t Make a Right, But Maybe They Should,” *22 CommLaw Conspectus*, 189-191 (2014).

iBookstore，則是成功打破了亞馬遜書店的壟斷。縱使其手段也許有問題，但不應採取當然違法審查，而應採取合理原則審查⁸⁹。

另外，學者 Evan D. Brewer 觀察，如果本案真的屬於水平價格協議的當然違法類型，美國司法部為何對蘋果電腦只提出民事訴訟，而未提出刑事訴訟⁹⁰？其認為，可能的原因之一是，本案中促成水平價格協議的方式比較新穎，在事實上屬於一種新穎方式。且雖然是水平協議，蘋果電腦卻是電子書市場的新進者，其也有打破亞馬遜書店市場力量的效果⁹¹。基於各種理由，若提起刑事訴訟，陪審團是否真會接受，並不確定。為避免司法部執法上的挫敗，故僅提出民事訴訟，而未提出刑事訴訟⁹²。

此份判決，是美國至今為止，第一份針對最優惠條款，判決其違反反托拉斯法者⁹³。而且，其採用的是當然違法審查，也引發上述學者批評與討論。不過，本案之所以被判決違法，法院一再說明，不是使用最優惠條款本身，也不是不能設定價格上限，也非不能將書籍的批發價模式改成代理人模式，重點是蘋果電腦聯合五大出版社，其之間有共謀行為，構成水平價格協議，並使得 2010 年美國電子書的價格明顯上漲，並且其採取的手段，還迫使其他網路書店不得為價格競爭。是因為這些眾多因素，法院才認為其使用最優惠條款，違反反托拉斯法。

四、最優惠條款之競爭法分析

最優惠條款是一種在契約中買方和賣方的約定，由於是買方和賣方約定，所以屬於垂直間之安排⁹⁴，而要受到合理原則（rule of reason）的審查。在過去，一般認

⁸⁹ *Id.*, 192-194.

⁹⁰ *Supra* note 58, 44-46.

⁹¹ *Id.*, 66-67. Evan D. Brewer 也提到另一理由是，由於五大出版社都已經與美國司法部和解，願意回復批發價模式與降低售價，其執法目的已經達成，不需要再用刑事訴訟來處罰蘋果電腦。

⁹² *Id.*, 70.

⁹³ *Supra* note 3, 11. 該文指出，過去聯邦司法部與聯邦貿易委員會處理過約十個最優惠條款的案件，但大多最後以和解判決收場，並沒有真正認定最優惠條款的使用違反競爭法。故 2013 年的蘋果電腦案應該是第一件被正式判決違反競爭法的案例。

⁹⁴ Jonathan B. Baker & Judith Ann Chevalier, "The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions," *27 Antitrust ABA*, 20 (2013).

為契約中放入最優惠條款，並不會有反競爭效果。美國司法部之所以會對最優惠條款產生興趣，是因為其可能會形成較高的市場價格，因為，對簽署最優惠條款的廠商而言，若要對某客戶降價，就等於要對所有客戶降價，其結果，將選擇不對任何人降價⁹⁵。因此，我們必須了解，在何種情況下，最優惠條款可能有反競爭效果，並判斷在那些情況下使用特定形式的最優惠條款，是否可能降低競爭。以下謹以合理原則審查的幾個判斷步驟，對使用最優惠條款進行分析。

(一) 最優惠條款之類型

最優惠條款的內容有很多種。一種是要求賣方的價格，比照其他客戶，可稱為平等最優惠條款。第二種則是要求賣方給其他人的價格，必須高於給自己的價格，可稱為最優惠附加條款⁹⁶。

在約定最優惠條款時，通常會約定比價的區域，或是比價的市場範圍。例如，一個酒瓶製造商答應啤酒公司，其給的價格，是賣給本國內或本州內所有啤酒公司的最低價。或者，可約定包括賣給其他果汁、汽水公司同規格瓶罐的最低價⁹⁷。

另外，通常在約定最優惠條款時，會約定比價的期間。如果是約定購買的這一週內，賣方所給的價格必須是最優惠的，稱為同時最優惠條款（*contemporaneous MFN*）；若是約定在未來一段固定期間（例如三個月），若給其他客戶最優惠的價格，則現在的購買價格也要比照該最優惠價格，降價的部分要退回給買方，則稱為溯及式最優惠條款（*retroactive MFN*）⁹⁸。

(二) 是否擁有市場力量

小企業採取最優惠條款，並不會傷害競爭。會傷害競爭的，通常是採取最優惠條款的買方或賣方，個別或集體，擁有市場力量，而能夠影響市場中產品的價格。在美國，一般而言，只要採用最優惠條款的買方或賣方，個別或集體，對某一市場

⁹⁵ *Supra* note 3, 10.

⁹⁶ *Id.*, 10.

⁹⁷ *Supra* note 94, 20.

⁹⁸ *Id.*; *Supra* note 3, 10.

的市占率不超過 30%，通常就不會被認為具有市場力量⁹⁹。若是一個買方和一個賣方之間約定最優惠條款，當買方所參與的原料（input）和產品（output）市場為非集中市場，買方對這兩個市場的市占率很低，或賣方對原料市場的市占率很低，買方和賣方就不會被認為具有市場力量。反之，若是複數買方或複數賣方簽署最優惠條款，他們的集體市占率，可能就具有市場力量¹⁰⁰。

例如，假設一買方，對於購買原料上並沒有市場力量，而與賣方簽署最優惠條款，要求賣方給予最優惠價格。但是買方卻使用該原料生產特定產品，而該產品只有二家製造商生產，且沒有其他替代品可以替代該原料，且該原料佔該產品成本很大一部份。此時，在產品市場上，該買方具有市場力量。那麼，執法機關可懷疑，買方可透過最優惠條款，得知對手的原料成本，而知道唯一競爭對手的成本結構之重大資訊¹⁰¹。

不過，縱使簽署最優惠條款的買方或賣方市占率高，或者是屬於市場集中度高的買方或賣方，也不必然表示最優惠條款一定有反競爭效果。

(三) 反競爭效果

買賣雙方簽署最優惠條款，通常只是買賣雙方希望自己拿到的價格或條件，不要劣於其他人。這樣單純的出發點，似乎沒有問題。但是，當一個賣方與過多的買方簽署價格最惠待遇時，就可能讓其無法隨意地個別降價。因為一旦在個別交易中降價，就必須對其他簽署最惠價格條款的買方一起降價。這對賣方來說，單筆交易降價，等同於多筆交易要一起降價，實際的影響很大。同理，若是一個買方與多位賣方簽署了條件最惠條款，單買方給予某一個賣方太好的條件，就必須同時給其他賣方一樣的條件，這樣，也會使買方在提高條件時，考慮再三¹⁰²。

之所以美國司法部還是很關心最優惠條款的使用，是因為如上所述，其可能會讓賣方不敢採取各種差別取價。而採取差別取價，有時可能會鼓勵其他更低價的廠

⁹⁹ *Supra* note 3, 10-11.

¹⁰⁰ *Id.*, 11.

¹⁰¹ *Id.*, 11.

¹⁰² Bill Toth, “How Parallel Most-Favored Nation Clauses in the Television Industry Exclude Competitors and Stifle Innovation,” *15 The Columbia Science & Technology Law Review*, 203-204 (2013).

商進入市場，或者可能會破壞某些共謀定價行為。因此，對於最優惠條款是否具有反競爭效果，其關心的重點，就在於買方採用最優惠條款的動機，和賣方採用的動機，及所造成的影響¹⁰³。

1. 排除競爭

美國競爭法執法機關對最優惠條款之所以擔心，是因為其可能被具有市場力量之廠商用來作為排除競爭之工具。如果一個市場中有一個大買家，向賣方購買時要求加入最優惠條款，且賣方也佔了市場的大部分，其效果，可能會阻擋小的競爭對手用較低價格進入這個市場或是擴展其市場。

例如，本文第二節介紹的藍十字健保公司，更早以前就開始採取最優惠條款，來排除市場競爭。1985年，Ocean State公司，成立了一個非營利的醫療保險，其希望醫療照顧提供者能給予其20%的折扣，因為其乃非營利的。但其承諾，若將來開始營利，則將再支付積欠的20%折扣。而在1985年和1986年，由於其尚未開始獲利，所以確實沒有支付20%的折扣。當時，藍十字公司就是市占率最高的醫療保險公司，其要求所有醫院必須簽署最優惠條款，亦即提供給Ocean State的折扣，也應該提供給藍十字公司。為此，醫師們決定退出與Ocean State的交易，也因而使Ocean State新的商業模式失敗。因此，Ocean State控告藍十字公司，認為其以最優惠條款方式，企圖維持其獨佔地位，而違反薛曼法第2條規定¹⁰⁴。但第一巡迴上訴法院於1989年，判決藍十字公司勝訴。判決理由認為，藍十字公司利用最優惠條款，只是要求醫院索取的醫療服務費用，等同於Ocean State的費用，給予20%的折扣。從表面上來看，只是要求降價，並沒有限制競爭，反而有助於競爭，並不屬於薛曼法第2條的獨占廠商掠奪性行為¹⁰⁵。第一巡迴上訴法院指出：「堅持要求賣方給予最低價格，只要不是掠奪性定價，或沒有低於賣方的邊際成本，通常這會有利於競爭」¹⁰⁶。雖然此案Ocean State敗訴，但此案就是利用最優惠條款作為排除效果

¹⁰³ *Supra* note 3, 11.

¹⁰⁴ *Supra* note 102, 212-213.

¹⁰⁵ *Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I.*, 692 F. Supp. 52 (D.R.I. 1988), *aff'd*, 883 F.2d 1101 (1st Cir. 1989).

¹⁰⁶ *Id.*, 1110.

的一個例子。

另外，在 1996 年的 *Delta Dental of Rhode Island* 案中，聯邦司法部控告，Delta 公司與羅德島州內 90% 的牙醫簽署了最優惠條款，而其保險範圍，涵蓋了該州內投保牙醫保險人口的 35% 至 45%。司法部認為，該最優惠條款，會對傷害到來自較小保險公司的價格競爭，因為，簽約的牙醫，縱使想要降低給其他保險公司的價格，但一旦降價就要全面降價，將導致牙醫不願意降價¹⁰⁷。

如上例所示，市占率高的一個既有廠商，可與供應商或經銷商簽署最優惠條款，避免其他競爭對手或潛在新進者與之競爭。因為供應商和經銷商若降價給既有廠商的競爭對手或潛在新進者，則會傷害到自己的利潤¹⁰⁸。本文第二部分介紹的密西根州藍十字商業健保案，就是這種類型。

但是，若是一個大買方，只向佔小部分市場的賣方簽署最優惠條款，由於賣方市占率不高，此時，買家的競爭對手，可以與其他沒簽署最優惠條款的賣方談判，取得更優惠價格。在此情況中，最優惠條款並沒有排除效果。同樣地，如果買方很小，雖然與市占率很大的賣方簽署最優惠條款，但因為買方的市場很小，故賣方在與其他更大的買方談判是否降價時，並不會過度憂慮該最優惠條款，亦即，其縱使與其他大買方談判降價，簽署最優惠條款的小買方，只會對大賣方造成很小的影響。因而，在這些情況中，最優惠條款並不會排除市場競爭¹⁰⁹。

2. 勾結效果

美國競爭法執法機關另一個關注最優惠條款的理由在於，其可能會被用作促成默示或明示勾結的一種工具。在高度集中的市場中，廠商進行勾結協議，而使用最優惠條款，可以幫忙達成下面幾個效果：1. 參與勾結廠商，其對客戶約定最優惠條款，則背叛的成本很高，因為一旦對某一客戶降價，就必須同時提供給其他客戶。如此一來，使用最優惠條款，代表參與勾結廠商的一項承諾，承諾不會背叛此一勾

¹⁰⁷ *United States v. Delta Dental of R.I.*, 943 F. Supp. 172, 176-80 (D.R.I. 1996); *United States v. Delta Dental of R.I.*, No. 96-113P, U.S. Dist. LEXIS 11239 (D.R.I. July 2, 1997).

¹⁰⁸ *Supra* note 94, 24.

¹⁰⁹ *Supra* note 3, 11.

結¹¹⁰。2.買方辛苦談判的誘因降低，因為任何一個買方若談成一項邊際優惠，該優惠卻都自動擴及買方的競爭對手¹¹¹。3.背叛很容易被發覺，因為價格變得更透明¹¹²。

例如，在 1984 年的 *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC (Ethyl)* 案¹¹³中，聯邦交易委員會起訴了二家汽油抗震劑添加物（*antiknock gasoline additives*）的廠商 *Du Pont* 和 *Ethyl*，其共控制 71% 的市場。這二家廠商，為了避免彼此進行價格競爭或提供折扣，故採用最優惠條款作為工具，各自對小煉油廠保證，對其提供的價格條件，不會亞於提供給其他較大的煉油廠。以此方式，一方面二家廠商都不會隨意降價，二方面，其協助分享二家廠商的價格資訊。因此，二家廠商透過最優惠條款的運作，維持一實質、統一的價格水準，並且減低或消除價格競爭¹¹⁴。因而，美國聯邦交易委員會認為其違反了聯邦交易委員會法（*FTC Act*）第 5 條的「不公平競爭行為」（*unfair methods of competition*），對其開罰。

不過，縱使其可能幫助勾結，但仍然必須詳細研究其事實的差異。以下有二點值得注意：一、此一最優惠條款，是否為一水平市場協議的內容，以對抗純粹的垂直安排？在前述的 *Ethyl* 案中，第二巡迴法院認為，被告等人的行為並沒有違反聯邦交易委員會法第 5 條，因為二位被告並非透過協議或共謀共同從事系爭行為，而是個別獨立、單方地去與他人簽署最優惠條款¹¹⁵。反之，在 2010 年的另一判決 *Starr v. Sony BMG Music Entertainment* 案中，被告等音樂公司涉及違反薛曼法第 1 條，法院駁回被告之「不進入事實調查即駁回」之請求。法院認為，被告等公司掌有 80% 的音樂市場，卻從事聯合定價行為，一方面所設定的是相同且不合理的高價，另一方面並運用最優惠條款以落實批發最低價，此點就令人可信地提出，被告等系爭同時所為行為，是被告之間共同協議後所做的行為¹¹⁶。二、最優惠條款是否普

¹¹⁰ *Supra* note 94, 23; Thomas E. Cooper, “Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion,” *17(3) Rand Journal of Economics*, 378 (1986).

¹¹¹ *Id.*, 23.

¹¹² *Id.*, 23; Jonathan B. Baker, “Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of ‘Most-Favored Customer’ Clauses,” *64 Antitrust Law Journal*, 517 (1996).

¹¹³ *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC (Ethyl)*, 729 F.2d 128, 130, 133 (2d Cir. 1984).

¹¹⁴ *Supra* note 102, 208-209.

¹¹⁵ *Supra* note 113, 140.

¹¹⁶ *Starr v. Sony BMG Music Entm't*, 592 F.3d 314, 323 (2d Cir. 2010), cert. denied, 131 S. Ct. 901 (2011).

遍存在？如果集中度高的市場中的某些參與者並未使用最優惠條款，也許會削弱其他使用最優惠條款的聯合行為¹¹⁷。在前述的 Ethyl 案中，法院發現，相關產品一共有四個生產者，其中二家採取最優惠條款，但另外一家沒採取最優惠條款的廠商，在 80% 的銷售上都提供折扣，而另一家廠商 33% 至 58% 的銷售上提供折扣¹¹⁸。而使用最優惠條款的二家被告廠商，為了對抗另兩家公司的折扣，則是以其他附帶服務，來留住舊顧客或吸引新顧客¹¹⁹。由此可知，縱使是在高度集中化的市場，只要沒有所有廠商都採取最優惠條款，也可能避免其產生的反競爭效果¹²⁰。

參考上述美國學者分析，本文傾向認為，當賣方採取最優惠條款時，需擔心其聯合效果。例如本文介紹的蘋果電腦電子書案，其實法院認為蘋果電腦乃參與五大出版社的價格共謀，雖然最優惠條款為蘋果電腦所提出，但實際上五大出版社卻想利用此一條款達到價格維持，進行聯合行為。不過，此處所指的賣方的聯合行為，是指單獨的賣方無法壟斷市場，而由多個賣方進行聯合行為，並採取最優惠條款作為一種執行該聯合行為的工具。

3. 增加賣方談判力量

另外一種反競爭效果，Jonathan B. Baker 和 Judith A. Chevalier 認為，則是有市場力量的賣方，可用最優惠條款來增加其談判力量。

耐用商品的獨占廠商，可用其來提高自己的談判力量。雖然獨占廠商可以採取獨占定價，但由於其販售的是耐用商品，故買方為了省錢，會盡量繼續使用舊的機器，而不願意提早更換。該獨占廠商雖然一開始設定高於邊際成本的獨占價格，只有某些人會在初期階段購買，而更多的買家會盡量拖延，等獨占廠商降價。而獨占廠商為了獲利，過陣子的確會有降價的誘因，以賺取額外的利潤。但若所有買家都知道獨占廠商遲早會降價，那麼誰也不願意在最初階段就以獨占價格購買；或者，在最初階段欲購買的買方，就會與獨占廠商談判，要求直接降到接近邊際成本價格。因而，獨占廠商實際上，不太可能真的以獨占價格定價，仍然還是會定價在靠

¹¹⁷ *Supra* note 3, 12.

¹¹⁸ *Supra* note 113, 140.

¹¹⁹ *Id.*, 141.

¹²⁰ *Supra* note 3, 12.

近邊際成本。不過，獨占廠商若要解決此一問題，可對最初的買方簽署最優惠條款，以作為一種承諾，承諾其購買的價格是最優惠價格，若在未來有降價，也會將降價的費用退還給最初的購買者。由於最優惠條款可以幫助獨占廠商作出此種承諾，那麼原本想要觀望一陣子再購買的買家，就失去了談判力量。因而獨占廠商可用最優惠條款，而採用獨占定價¹²¹。

有市場力量的廠商，與零售商簽約時，也可能發生類似的情況。一廠商剛開始跟某些零售商通路簽約給的條件，可能批貨價格較高。但後來的零售商與廠商談價時，會希望廠商提供更好的條件，例如較低的批貨價。由於該廠商希望產品的通路更廣，會願意降價。但如果所有零售商都知道廠商會有這種慢慢降價的傾向，那麼最初與廠商談判的零售商，就會希望盡量壓低價格。因而，雖然該廠商具有市場力量，卻無法設定高價。但是最優惠條款同樣幫助該廠商解決此一問題，其可對任何最初與之談價的零售商約定最優惠條款，承諾給的條件是最優惠的，如此一來，就可以避免各零售商的談判要求，降低零售商的談判力量，而提高自己的談判力量，並設定接近獨占定價的價格¹²²。

但對於 Jonathan B. Baker 和 Judith A. Chevalier 所指出的這種情況，是否真的傷害市場競爭，本文持保留態度。其所舉的例子，都是具有市場力量的賣方。若賣方可壟斷市場時，法律上甚至會禁止其進行差別取價（價格歧視）¹²³，亦即要求其必須對買方的售價一致。本文傾向認為，有市場力量的賣方，採取最優惠條款，保證提供各買家的售價與條件一致，並沒有傷害市場競爭，因為其乃對自己提供的產品，對下游廠商提供一個公平一致的價格，有助於下游廠商的競爭¹²⁴；但若有市場力量的賣方，採用最優惠條款，要求下游廠商購買其商品的條件，必須與下游廠商購買其他上游廠商商品的條件一致，就有可能有排除競爭的效果。

¹²¹ *Supra* note 94, 24.

¹²² *Id.*, 24-25.

¹²³ 美國關於禁止價格歧視的介紹，可參考田蒙潔，「價格歧視－評最高行政法院九十五年度判字第○一五一八號判決」，且旦民商法雜誌，第 37 期，76-84 (2012)。

¹²⁴ 我國部分管制法律規定，為了維持下游市場競爭的公平性，對下游廠商應提供一致的定價。但此種法律規定是否為競爭法所欲規範的內容，則受到質疑，同上註，77；對我國公平會公處字第 91050 號處分書之批評，同上註，88-93。

4. 執行與違約制裁

雖然簽訂最優惠條款，但若違反最優惠條款沒有制裁，則並不一定會有反競爭效果。論者發現，許多最優惠條款並沒有被使用，甚至被遺忘，且不常被真的拿出來執行¹²⁵。如果廠商只是用最優惠條款作為一種宣示，但並沒有真的執行，對真實價格沒有影響或影響很小，則亦無反競爭效果。反之，若廠商很積極的監督並執行最優惠條款，則較可能有反競爭效果¹²⁶。

另外，在執行最優惠條款上，也要考慮是否讓廠商有權取得其競爭者價格的詳細資訊。若有，最優惠條款可能就是一種反競爭的資訊交換的工具。不過，若廠商是用第三方來監督是否遵守最優惠條款，並且對競爭者的價格資訊保密，則可避免被認為是在做資訊的交換。若沒有此類避免資訊交換的方式，則可能會被認為是使用最優惠條款以促進其勾結¹²⁷。

最後，還要考量，當違反最優惠條款時的懲罰機制有多重？如果違反最優惠條款，只是要求比照降價，其情況還算輕微。但若是採取溯及式最優惠條款（retroactive MFN），或者採取最優惠附加條款，由於一旦對方給其他廠商降價，結果反而要給簽署最優惠條款的廠商降更多，或者溯及到過去的貨單，則其制裁效果比較嚴重，形成反競爭的效果也會更明顯¹²⁸。

(四) 促進競爭效果

縱使使用最優惠條款有反競爭效果，但也可能有促進競爭效果。一般而言，最優惠條款可能有下述促進競爭效果。

¹²⁵ Deloitte, “Most Favored Nation Pricing: Are Your Suppliers Holding Up Their End of the Bargain?” http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedStates/Local%20Assets/Documents/AERS/us_aers_CRC_Most%20Favored%20Nation_120211.pdf, last visited on date: 2013/11/ 3.

¹²⁶ *Supra* note 3, 12.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*, 12-13.

1. 降低價格

過去有美國法院曾認為，最優惠條款可以降低買方的成本¹²⁹。當價格資訊不透明，或者買方無法取得賣方是否願意降價的資訊時，買方採取最優惠條款，可以用來對抗賣方的差別取價¹³⁰。不過，買方是否真的能用最優惠條款來降低成本，令人質疑，但在 *Marshfield Clinic* 案中，第七巡迴法院確實認為，最優惠條款是買方用來爭取較低價格一種常見的工具，而這種行為是反托拉斯法所鼓勵的¹³¹。

美國反托拉斯法執法機關關心的，通常是使用最優惠條款而導致價格提高。此時，需要了解買方為何想要使用最優惠條款？如果買方是因為自己在市場上沒有成本優勢，所以想要用最優惠條款來確保取得最低價，則通常這種最優惠條款不會導致價格提高。但若買方純粹是想要自己的買價和其他競爭對手的買家一致，而不關心價格的高低，則需要關心這種最優惠條款是否導致價格提高¹³²。

2. 降低交易成本

在某些市場，買方和賣方要談成價格有其難度或成本很高，例如市場的供給需求變動很快、產品同質性高、成本持續下降，或者該市場採取長期契約較為效率，此時採取最優惠條款，也許可以降低其交易成本¹³³。

例如，在天然氣管道商和天然氣井商之間，如果管道商投入設備，天然氣井卻要求漲價，管道商面臨了很大的風險。因此，通常管道商和天然氣井之間，會簽署採用長期契約，以避免此種風險¹³⁴。可是，由於簽署長期契約，但天然氣的價格會變動，若每次變動又必須重複談判，成本太高。此時，可搭配最優惠條款，這樣可

¹²⁹ *Blue Cross & Blue Shield United of Wisc. v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406, 1415 (7th Cir. 1995); *Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I.*, 883 F.2d 1101, 1110 (1st Cir. 1989).

¹³⁰ *Supra* note 102, 199-200.

¹³¹ *Blue Cross & Blue Shield United of Wisc. v. Marshfield Clinic*, *supra* note 129, 1415.

¹³² *Supra* note 3, 13.

¹³³ *Supra* note 102, 200-201.

¹³⁴ *Supra* note 94, 21; 關於用長期契約降低契約期間之不確定因素之中文討論，可參考王文宇，「正本清源－評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題」，*月旦法學雜誌*，第 217 期，73-75 (2013)。

以在天然氣和其替代品的價格變動時，契約的價格亦跟著變動而不用重複談判¹³⁵。在這類市場中，最優惠條款可以降低不確定性，也可避免一再重複談判，而可確保雙方都可以在未來的價格變動中獲得利益¹³⁶。

在另一種情況中，某個新創事業，必須同時與多個廠商進行談價，而個別廠商都不希望自己拿到的條件，比其他廠商拿到的條件差。因而，此一新創事業與各廠商的交易成本很高，而可能沒有任何一家廠商願意做第一家簽約者。如果該新創事業可以採用相同交易條件並搭配最優惠條款，那麼與之交易的廠商就可以省下交易成本，快速地簽下契約¹³⁷。

甚至，間接買家也可因為最優惠條款，得到節省交易成本的好處。例如，一個精打細算的消費者，購買某一產品時，喜歡到處比價。但若廠商與各零售通路談價時，已經採用最優惠條款，那麼，各零售通路拿到的批發價格都一樣，而轉給消費者的零售價格也一樣。此時，若消費者知道廠商對零售通過採取最優惠條款，則可不用到處比價，而節省交易成本¹³⁸。

3. 產品投資和推廣

有時，若買方和賣方為了一項新產品的推出而洽商，由於賣方推出此新產品後，隨著銷售量的提高、產量增加，成本會逐步下降。第一個買方所談的價格可能較高，後續才進入市場要銷售該新產品的買方可能會拿到較低的價格。此時，第一個買方會希望自己的投資獲得保障，而要求加入最優惠條款，亦即若將來產品降價，自己的契約價格也要跟著降價。此時，最優惠條款有助於第一家廠商對該新產品的投資¹³⁹。

另外可能有一種情況，新產品的開發和推廣，需要眾多廠商共同努力，且必須對一般的買方或賣方承諾。例如，如果一群不動產經紀人想要將他們的委託案全部

¹³⁵ Keith J. Crocker & Thomas P. Lyon, "What Do 'Facilitating Practices' Facilitate? An Empirical Investigation of Most-Favored-Nation Clauses in Natural Gas Contracts," *37 Journal of Law & Economics*, 297 (1994).

¹³⁶ *Supra* note 3, 13.

¹³⁷ *Supra* note 94, 22.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Supra* note 3, 13; *supra* note 94, 21.

集中起來設立一個新事業，但每個不動產經紀人都會希望這個新事業必須給予其承諾，就是對現在還沒有加入、未來可能加入的其他經紀人，不可以收取較低的費用。此時，他們可能就會使用最優惠條款，確保每個人都願意加入這個新事業，這可以避免後來其他人的搭便車行為，而將這個新事業的價值最大化¹⁴⁰。換句話說，在此種情況採取最優惠條款，可減少某些人的觀望與延遲交易的行為¹⁴¹。

(五) 綜合衡量

由於最優惠條款也會促進競爭的效果，所以要採取合理原則審查。因此，要將最優惠條款的促進競爭效果，與潛在的反競爭效果做一衡量。

Stephen Smith 認為，在下述情形中，使用最優惠條款不太可能違反反托拉斯法：1.其涉及的產品市場中，沒有任何廠商具有市場力量。2.由市場中市占率很小的買方或賣方，要求採用最優惠條款。3.不同廠商各自同時採用基本的最優惠條款。4.最優惠條款的採用可能是基於效率考量，而對價格的影響並不確定¹⁴²。

但是倘若出現下述情況，採取最優惠條款就可能違反反托拉斯法：1.其涉及的產品市場中，廠商具有市場力量。2.由市場中市占率很高的買方或賣方，要求採用最優惠條款，或是最有能力改變定價的人所要求的。3.其不具有令人可信的效率上的理由，且可能造成價格提高。4.其是水平協議的產物。此外，若該產業過去真的執行過最優惠條款，或者採取的最優惠條款有奇怪的規定（例如最優惠附加條款或溯及式最優惠條款）等，也傾向被認為違反反托拉斯法¹⁴³。

例如，在本文二、所介紹的密西根州藍十字健保案，雖然目前尚未一審終局判決，但是，被告占有密西根州 60%以上的健保市場，且使用的是最優惠附加條款，其對醫院來說，一旦對其他健保廠商降價，所帶來的金錢損失（懲罰）是很重的，因而導致與藍十字簽署最優惠條款的醫院，不太會有向其他健保廠商降價的誘因。而且，藍十字的最優惠條款，實質上導致醫院對其他商業健保廠商的價格提高，而

¹⁴⁰ *Supra* note 3, 13.

¹⁴¹ *Supra* note 94, 21.

¹⁴² *Supra* note 3, 13.

¹⁴³ *Id.*

非向藍十字降價。故若採用合理原則審查，其確實可能被認為違反反托拉斯法¹⁴⁴。

反之，在 1995 年威斯康辛洲控告馬什菲爾德醫療集團（Marshfield Clinic）的判決中，原告主張被告馬什菲爾德醫療集團使用最優惠條款，是與其他水平競爭者共謀，對醫院的價格設定價格下限，因為一旦醫生對某一家廠商降價，就必須自動對馬什菲爾德降價¹⁴⁵。但第七巡迴上訴法院的 Posner 法官認為，證據顯示，被告只是使用此條款，去降低對醫生支付的成本¹⁴⁶。亦即，在該案例中，並沒有產生價格提高，所以在合理審查後，認為沒有違反反托拉斯法。

五、臺灣案例分析

查閱我國學術文獻，由於能力有限，目前尚未查到有關最優惠條款於競爭法上之相關案例與研究。但是，我國公平會在不少案例中，都處理了「保證最低價」的問題，但這些問題與美國所指之最優惠條款產生的競爭法問題，似乎有所不同。以下簡單將之分為三種類型，進行分析。

（一）賣場對消費者保證最低價

在我國，公平會對於某些通路商所進行的「保證最低價」廣告，認為其屬於不實廣告，屬於不公平行為，而對之予以處罰。較為有名的，例如，屈臣氏在廣告中標榜「最低價保證」、「保證日用品最便宜」，甚至買貴「退兩倍差價」等行銷手法，被公平會以違反公平交易法第 21 條第 1 項規定，認為屬於不實廣告，處新臺幣 100 萬元罰鍰¹⁴⁷。家樂福所標榜的「天天都便宜」、「只要發現價差，絕對不惜犧牲成本立刻調降，隨時掌握最低價格」，被公平會以違反公平交易法第 21 條第 1 項之規定，認為屬於不實廣告，而處新臺幣 444 萬元罰鍰¹⁴⁸。

仔細比較，此種對消費者承諾「保證最低價」，並不是保證自己賣給所有的消

¹⁴⁴ *Id.*, 14.

¹⁴⁵ *Supra* note 129, 1415.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ 公平會公處字第 91063 號處分書。

¹⁴⁸ 公平會公處字第 95104 號處分書。

費者的價格都是一樣，而是保證自己賣的價格，比起其他競爭對手賣的價格，至少一樣低。所以，此種保證，並非本文所論的最優惠條款。

各大賣場或連鎖通路敢喊出保證最低價的廣告，其背後原因，除了行銷廣告上的訴求，另外，可能這些賣場與連鎖通路商，與各自的供貨商，確實有約定最優惠條款。亦即，供貨商必須保證，提供給某一賣場的進貨價，不得高於給其他賣場的進貨價。本文推測，各大賣場與供貨商，在供貨契約中，應普遍存在此一最優惠條款，才敢在對消費者的零售價上，保證最低價。

(二)中油與台塑對加油站之保證最低價

在公平會之處分案例中，本文也發現，對於中油和台塑此二油品寡占市場中的獨占地位廠商，對下游的加油站業者，其均希望拿到的價格是一致價格。因此，在著名的中油、台塑聯合行為處分案中¹⁴⁹，可以看到，中油與台塑與加油站業者簽的契約中，有所謂的「供油條款保證價格之拘束」。中油公司對於批售價格之規定：「為確保乙方（指加油站業者）之競爭力，本條所定之『公告批售價格』，即隨市場行情調整，甲方（指中油公司）並按乙方契約型態、批購量、簽約手段、付款方式、賒銷期間、交貨期間、運輸距離、系統連線、契約執行度、配合度、競爭情勢及促銷廣宣等因素給與優惠獎勵折讓，且甲方『實際供應價格』須相當於臺灣地區其他依法設有輕油裂解廠之公司於相同交易市場條件下同級同量之水準。」而台塑石化之供油合約關於批售價格之規定：「倘若甲方（指加油站業者）舉證乙方（指台塑石化）供應甲方之散裝油品之批售價格高於同地區其他煉製業者同級同量之批售價格，且乙方無正當事由而無法配合因應時，甲方得終止本合約。」此種條款，要求所提供之批售價格，必須是與其他同業中最低。

但細究此一約定，其並非本文所謂之「最優惠條款」，因為其並非保證，中油給甲加油站的價格，必須跟給乙加油站的價格一樣，而是保證中油給甲加油站的價格，必須跟台塑給甲加油站的價格一樣。雖然在此約中的保障批售價格條款，並非

¹⁴⁹ 公平會公處字第 93102 號處分書。關於該案之詳細分析，可參考何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？－評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第 58 期，145-174 (2006)；張麗卿，「公平交易委員會之判斷餘地與行政裁量－評台北高等行政法院九十五年度訴字第〇一〇六三號與九十五年度訴字第〇一〇四八號判決」，月旦法學雜誌，第 146 期，219-231 (2007)。

本文所謂的最優惠條款，但實際上，中油和台塑基本上，都會保證給同一縣市裡的所有加油站的價格均為一致，只是那樣的約定，並未出現在公平會的處分書中。

但是這類型的約定，卻在另一項產品的爭議中浮現。在公平會公處字第 91050 號處分書中，涉及了中油在液化石油氣銷售上的價格問題。中油在 1999 年以前，對於下游的經銷業者，原本都給予一致的價格，卻一度為了紓解產儲壓力，在 1999 年 7、8 月期間，給予部分業者更低的價格。但此一行為，被公平會認為，違反處分時公平交易法第 10 條第 2 款（新法第 9 條第 2 款）：「獨占之事業，不得有左列行為：……二、對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更。」而處罰 800 萬罰鍰¹⁵⁰。在該處分書中，看不出中油過去與各經銷商簽有保證最低價條款，但在 1999 年 7、8 月，中油「沒有正當理由」給部分經銷商較低價格，卻被公平會認為違法。此一公平會之認定，似乎認為，具有獨占地位之中油與其下游廠商間，必須有默示的最優惠條款。

該案中，其中一家經銷商和興事業，曾提出續約要求，並要求在約中保證提供最優惠價格條款，但中油卻以「所要求給予優惠經銷價格及換文延長經銷契約說明中，被處分人認液化石油氣自由化後，價格乃為自由競爭環境中，所採取市場策略機制之一，實難謂有給予特別優惠，且氣源供應者與各業者相互間之業務關係及交易條件基於雙方之合意且不輕易公開，被處分人係遵循商場無形原則行事。」而拒絕續約。但公平會認為，中油斷然拒絕續約，屬於違反處分時公平交易法第 10 條第 4 款（新法第 9 條第 4 款）：「其他濫用市場地位之行為。」而對之開罰¹⁵¹。此案中和興事業所要求的約款，就是本文所謂的最優惠條款。公平會處分書中提及，續約時是否一定要給予最優惠待遇，可由中油自行決定，但中油無正當理由拒絕續約，則是濫用市場地位。

上述分析，所欲點出的是，具有獨占地位之賣方，其所提供給買方的價格，公平會的期待，似乎是希望都應給予一致、相當之價格。而實際運作上，中油、台塑給予下游業者的價格，也是給予一致、相當之價格。此種具有獨占地位之賣方，採取最優惠條款，強調的是對下游業者的公平性對待，其可促進下游市場的競爭，而

¹⁵⁰ 公平會公處字第 91050 號處分書。

¹⁵¹ 公平會公處字第 91050 號處分書。

較無傷害市場競爭之虞。甚至，前已述及，美國的羅賓—森派特曼法，禁止無正當理由的價格歧視，而我國公平交易法第 9 條第 2 款，亦禁止獨占廠商：「對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更。」可見具獨占地位之賣方採取最優惠條款時，似乎有促進競爭效果，值得鼓勵。

但須提醒的是，雖然具獨占地位之賣方，採取最優惠條款，對下游廠商給予一致價格，也許沒有限制競爭之虞；但若其不採取最優惠條款，而給予下游廠商不同之價格，亦可能更有助於市場競爭，而不須過度非難¹⁵²。

(三)供貨商保證電視購物台的售價最低

另一種實務上出現的案例，則是東森購物台與供貨商採取的契約。公平會曾經對東森購物台所販售的產品有不實廣告問題，對東森購物台開罰。但東森購物台認為，其與供貨商間的契約為「商品寄售合約」，其只是提供一廣告時間與平台，並非直接的銷售者，所以，不用自己承擔公平交易法第 21 條第 1 項之不實廣告之責，頂多須承擔第 21 條第 5 項廣告代理業者的不實廣告之責。而第 5 項之要件，必須廣告代理業在「明知或可得而知」情形下，才需要受罰，東森主張自己並非明知或可得而知¹⁵³。

其中東森一個最重要的論據，是指該產品在東森購物台上的售價，並非由東森購物台決定，而是由廠商決定。故其相當於本文介紹電子書案中的代理人模式，亦即價格由本人決定，代理人只是提供平台並且抽成。在東森被懲處的處分書中，提其，東森的商品寄售合約的第 2 條第 2 項約定：「甲方保證『報價單』所載提供乙方行銷之含稅售價為市場最低價格，且商品之價格及條件等不得使乙方較其他銷售相同商品之業者處於不利之地位。倘日後市場上有低於報價單之含稅售價，甲方應盡告知義務立即通知乙方¹⁵⁴。」此一條文，就是本文所謂的最優惠條款。

以該條款來看，是由供貨商自行決定產品報價（售價），但必須保證是市場最低價。其與本文所介紹之蘋果電腦 iBookstore 採取之代理人模式類似，由出版社直

¹⁵² 關於公平會對於中油液化石油氣案之處分的批評，前揭註 123，88-93。

¹⁵³ 公平會公處字第 94010 號處分書。

¹⁵⁴ 公平會公處字第 97099 號處分書。

接受零售價。雖然其可能屬於代理人模式，但縱使為代理人模式，對消費者而言，其賣方仍然為零售通路。而公平會亦認為，從其他東森購物與供貨商的合作模式來看，其並非單純的廣告商，而為與供貨商共同銷售個案商品之合意，東森購物為商品之實際出賣人。故在相關案例中，仍直接以東森購物違反公平法第 21 條第 1 項處罰¹⁵⁵。

東森購物與貨品供貨廠之標準契約，均採取此一保證最低價條款，亦即最優惠條款。但其是否有限制競爭效果呢？東森購物之情況，頗類似本文上述四、（四）、3.所論，屬於一種新產品的投資與推廣。供貨商之所以會選擇將產品交由電視購物台，主要是希望電視購物台的廣告宣傳效果。而電視購物台選擇一新產品銷售時，要耗費許多廣告製作支出。若供貨商可以將該產品交由其他零售通路，由於其他零售通路不須支付廣告成本，可以訂出較低售價。如此一來，電視購物台投入之大額廣告費用，反而無法以便宜售價獲取競爭優勢。因此，電視購物台一般均會與供貨商約定，其售價必須為市場上的最低售價，以確保其在廣告製作上的投資不會白費。因此，電視購物台採取的最優惠條款，應認為具有促進競爭效果，而並沒有明顯的反競爭效果。

（四）要求銷售手機之待遇不得低於其他公司

本文第三節所研究的蘋果電腦公司，在與各大出版社簽約時，要求五大出版社提供給蘋果電腦 iBookstore 的條件，不得低於其他銷售通路。事實上，蘋果電腦公司在其與各上下游廠商間的契約，常常約定這種最優惠條款。在我國公平會 2014 年 1 月 3 日公處字第 103002 號處分書¹⁵⁶，就涉及採用這種最優惠條款的約定。

蘋果電腦公司在臺灣銷售 iPhone 手機時，透過各電信公司的門市銷售。而在電信公司門市銷售時，通常會搭配通信資費方案，提供一個較原價更低的「綁約手機價格」。而蘋果電腦要求各大電信公司所搭配 iPhone 手機販售的通信資費方案與綁約手機價格，必須先送交美商蘋果電腦公司審查。因而，公平會認為，其乃透過此種手段，控制電信公司對手機的轉售價格，而以違反處分時公平交易法第 18 條

¹⁵⁵ 公平會公處字第 94010 號處分書；公平會公處字第 97099 號處分書。

¹⁵⁶ 公平會公處字第 103002 號處分書。

（新法第 19 條），處罰 2,000 萬罰鍰¹⁵⁷。其中，公平會也發現，蘋果電腦公司與各大電信公司的契約中，有一種「無差別待遇」或「不歧視條款」，亦即要求電信公司對 iPhone 手機的補貼金額、折扣、退貨與折讓等約定，不得亞於其他類似方案同等級之他品牌手機¹⁵⁸。此種約定，就是本文所謂的最優惠條款。

公平會認為，由於此種最優惠條款，要求電信公司在銷售各品牌手機所提供的補貼金額必須一致，限制了電信公司「行銷費用總額之配置，而對電信業者視自身成本結構及市場競爭狀況自由決定補貼金額造成限制」。公平會的處罰，最後僅處罰維持轉售價格，似乎認為，此種約定可更強化原本蘋果電腦公司所為的「維持轉售價格」行為。

本文認為，此種約定，表面上看來，蘋果電腦公司只是想避免電信公司給其他手機廠商的待遇比給自己的待遇更優惠。但因為有此限制，導致電信公司無法自由決定各手機品牌的補貼金額，某程度而言，也讓其他手機的價格不易調整，亦即可能會間接地限制了其他手機業者的談判空間，此即前述第四、（三）、1.所述的「排除競爭效果」。當然，此種約定其有排除競爭效果，也有促進競爭效果中的「降低交易成本」。

六、結論

本文介紹了自 2010 年以來，美國司法部對於最優惠條款的運用，可能違反美國反托拉斯法之嫌者，所進行的二則令人關注的案件。其中第一則的藍十字商業健保案，美國司法部認為其運用最優惠條款，作為維持價格、排除競爭的一種手段。另一則則是蘋果電腦在推出 iPad 的同時，推出了自己的 iBookstore，同時採用了代理人模式、最優惠條款、價格上限等方式，改變了美國整個電子書產業的商業模式。美國紐約南區地區法院，判決蘋果電腦乃綜合運用上述各種手段，參與五大出版社的水平聯合行為，並採用當然違法審查，判決蘋果電腦違反反托拉斯法。

單純在契約中使用最優惠條款，並不當然違反競爭法，必須看其具體的使用情

¹⁵⁷ 同上註。

¹⁵⁸ 同上註，理由、四、（三）。

況，採用合理原則審查，綜合考量其限制競爭效果與促進競爭效果。在藍十字商業健保案中，法院在初步判決中認為，藍十字公司所採取的最優惠條款有二種，其中的「最優惠附加條款」，要求交易廠商對競爭對手收取的價格高於對自己收取的費用，此種方式的確有反競爭效果，因而認為需要進入事實調查，以續行後續的正式審判。另外，在美國電子書售價的案例中，其之所以沒有採用合理原則審查，而採用當然違法審查，乃是因為，該案法院認為，蘋果電腦與五大出版社綜合採取了包括最優惠條款在內的各種手段，構成了水平價格協議，所以才使用當然違法審查。

最後，本文整理我國公平會之實務案例並進行分析。從公平會之處分書中，可看出對於具有獨占力量之賣方，公平會反而希望其採用最優惠條款，提供下游廠商一致之售價。而本文亦認為，此種情況，乃為了促進下游市場之競爭公平性，似乎值得鼓勵。另外，電視購物台通常會要求供貨商採取保證最低價條款，亦即本文所指的最優惠條款。但本文認為，由於電視購物台需對新產品投入大額廣告支出並宣傳，故要求供貨商約定最優惠條款，乃有助於該新商品的推出，並沒有違反競爭法。最後，2014年公平會對蘋果電腦公司銷售 iPhone 手機與電信公司間所為的維持轉售價格行為，進行處分。在處分書中，發現蘋果電腦公司也同樣使用了本文所討論的最優惠條款，要求電信公司提供給 iPhone 手機的銷售條件，不得亞於提供給他品牌手機之條件。此種約定，導致電信公司無法自由決定各手機品牌的補貼金額，讓其他手機的價格不易調整，亦可能間接地限制了其他手機業者的談判空間，故會有部分限制競爭之效果。不過，此種約定雖有部分限制競爭效果，也會有降低交易成本的促進競爭效果。

綜合而言，過去我國實務也許較不關注最優惠條款之利用可能造成的限制競爭行為。透過本文之研究，希望引起國內學術界與實務界之關注。未來若有適當案例，也可進一步檢視其對最優惠條款之採用，是否有限制競爭之虞。

參考文獻

中文部分

- 王文字，「正本清源－評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題」，月旦法學雜誌，第 217 期 (2013)。
- 田蒙潔，「價格歧視－評最高行政法院九十五年度判字第○一五一八號判決」，月旦民商法雜誌，第 37 期 (2012)。
- 何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？－評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第 58 期 (2006)。
- 李禮仲，「初探雲端運算智慧手機應用程式平台售後服務市場之法律問題－以公平交易法為中心」，公平交易季刊，第 22 卷第 1 期 (2014)。
- 張麗卿，「公平交易委員會之判斷餘地與行政裁量－評台北高等行政法院九十五年度訴字第○一○六三號與九十五年度訴字第○一○四八號判決」，月旦法學雜誌，第 146 期 (2007)。

外文部分

- Adams, Stirling, "Negotiating a Commercial "Most Favored Nation" Clause," 1 International Law & Management Review (2005).
- Baker, Jonathan B., "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored Customer' Clauses," 64 Antitrust Law Journal (1996).
- Baker, Jonathan B. & Chevalier, Judith Ann, "The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions," 27 Antitrust ABA (2013).
- Brewer, Evan D., "The E-Book Price Fixing Litigation: Curious Outlier or Harbinger of Change in Antitrust Enforcement Policy?" 6 Hastings Science & Technology Law Journal (2014).
- Cooper, Thomas E., "Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion," 17(3) Rand Journal of Economics (1986).

- Crocker, Keith J. & Lyon, Thomas P., “What Do 'Facilitating Practices' Facilitate? An Empirical Investigation of Most-Favored-Nation Clauses in Natural Gas Contracts,” 37 *Journal of Law & Economics* (1994).
- Gutknecht, Kerry, “Apple and Amazon’s Antitrust Antics: Two Wrongs Don’t Make a Right, But Maybe They Should,” 22 *CommLaw Conspectus* (2014).
- Johnston, Elaine & Ernst, David, “Overview of Developments in United States Civil Antitrust,” *Global Trends in Antitrust 2013* (2013).
- Smith, W. Stephen, “When Most-Favored is Disfavored: A Counselor’s Guide to MFNS,” 27 *Antitrust ABA* (2013).
- Toth, Bill, “How Parallel Most-Favored Nation Clauses in the Television Industry Exclude Competitors and Stifle Innovation,” 15 *The Columbia Science & Technology Law Review* (2013).
- Wolfe, Michael, “The Apple e-Book Agreement and Ruinous Competition: Are e-Goods Different for Antitrust Purposes?” 12 *Duke Law & Technology Review* (2014).

Most-Favored-Nation Clause and Competitive Law

Yang, Chih-Chieh*

Abstract

The U.S. antitrust agencies have turned the spotlight on the most-favored-nation clause (MFN). Under an MFN, one party to a transaction promises to give the other party at least as favorable contractual terms as it gives to any other counterparty. Since 2010, the Department of Justice in the U.S. has litigated two high-profile cases that challenge the use of MFNs in the health insurance and e-book industries. On July 10, 2013, the District Court for the Southern District of New York found that Apple had committed a *per se* Sherman Act violation by conspiring with the publishers to eliminate retail price competition and raise e-book prices. Our survey of the economics literature shows that MFN provisions can either promote competition or harm it. Indeed, they may do both in any particular industry setting. This paper suggests that we should use rule-of-reason scrutiny to review MFNs. We also search for Taiwan Fair Trade Commission decisions to find out whether MFNs existed in these transactions and analyze how the Commission treated them.

Keywords: Most-Favored-Nation Clause, E-book, Rule of Reason, *per se* Illegal, Apple Computer.

