

《公平交易季刊》  
第十二卷第一期(93/01)，頁 99-168  
◎行政院公平交易委員會

## 搭售行為之法律分析

楊宏暉\*

### 摘要

搭售行為之規範為競爭法上的重要議題，也是限制競爭行為的典型之一，但在管制態度上仍然存在一些爭議，本文擬從法律規範的角度出發，探討搭售行為之經濟意涵和法律評價。在法律分析上乃是以我國公平交易法之規範及實務作為主軸，同時也介紹美國和德國的法制作為比較研究，由於公平交易法在立法架構上乃是融合限制競爭防止法與不公平競爭防止法，因此，在內容上除探討搭售行為之限制競爭面向外，也從不公平競爭的面向來看待，藉以掌握搭售行為所可能涉及之相關法律問題。

關鍵詞：搭售、贈品、公平交易法、不公平競爭

\* 作者現為國立政治大學法律學研究所博士班研究生，律師高考及格。

## 壹、前言

### 一、計畫緣起與目的

搭售行為在日常生活中時常發生，其動機相當的多樣和複雜，對於市場競爭的影響程度也就不一而足，因而引發規範搭售行為的困難度，過去即曾有人認為搭售是一種無法全然理解的神秘現象（mysterious phenomenon），探索者有如瞎子摸象一般<sup>1</sup>。雖然，搭售行為之規範屬於競爭法上的重要傳統議題，但對其討論依然熱度不減，極富爭議性。我國公平交易法不僅將之納入規範，在實務上也累積了相當案例可供研究。因此，本文擬從法律規範的觀點著手，以公平交易法對於搭售行為之規範作為討論重點，輔以美國和德國之法制作為比較，在內容上則涵蓋限制競爭與不公平競爭兩個層面，以廣義的角度來看待搭售行為之法律評價。

## 貳、搭售之意義及觀察面向

搭售，簡言之即將產品搭配銷售之意，在行銷上乃屬產品促銷技巧的一種，目的在於增加產品的銷售，藉由與既有品牌之主產品的搭配，發揮母雞帶小雞的效果，以拉抬新上市產品的銷售或增加整體的業績，或者是為了順利進佔通路<sup>2</sup>。

至於公平交易法上的搭售，則是指買受人要購買甲產品（或服務）時，出賣人要求買受人也必須一併購買乙產品（或服務），否則拒絕單獨出售甲產品給買受人的行為<sup>3</sup>。例如，販賣影印機的廠商，要求購買者除購買影印機（搭售產品）外，也必須一併購買影印紙（被搭售產品）。此際，買受人僅有全部接受或全部不接受兩種選擇。性質上，搭售屬於垂直非價格交易限制的一種，相較於其他僅影響品牌內競爭之垂直非價格限制（如獨家交易、地域及顧客限制等），搭售通常涉及品牌

<sup>1</sup> G. Hale & R. Hale (1958), *Market Power: Size and Shape under the Sherman Act*, 53.

<sup>2</sup> 黃營杉、范建得（1999），「事業垂直限制行為之公平法適用問題研究—以非價格垂直交易限制為核心」，行政院公平交易委員會，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，344。

<sup>3</sup> 行政院公平交易委員會（2000），認識公平交易法，168。

間限制和水平閉鎖效果。

從產品間的連結作用（Verbundeffekt）觀察，為能達到數種產品同時銷售之目的所採取的搭配策略，可依作用力的強弱作一區分。將兩種產品於交易上予以捆綁，買受人只有全有或全無兩種選擇時，連結作用最強。而將產品分售並提供（無優惠）產品組合供買受人選擇者，連結力最弱。而提供優惠商品的促銷手法，如買一送一（買洗髮精送潤髮乳），買電腦送印表機或以低價加購，免費手機和門號的搭配等，或以總價的標示來掩飾個別價格，這類的手法，或誘之以利，或導之以不實標示，目的在於影響顧客的購買決定，利用某一產品來影響另一產品的銷售，以達到共同銷售的目的，則可位列光譜的中間地帶。

從公平交易法規範的立場來看，市場的自由競爭為關切的重點，打擊競爭者、阻礙競爭、剝奪交易相對人選擇自由的搭售行為，固應予以重視。但競爭手段的公平性也是公平交易法的另一重心，因此，透過產品的連結作用來影響顧客的購買決定，是否違反效能競爭，或是屬於合法的促銷技巧，亦值得關切。因此，本文試由產品的連結作用出發，將兩種產品在交易時以全有或全無之互存條件（Bedingung）予以連結的方式，以狹義搭售稱之<sup>4</sup>。廣義的搭售則是從促使買受人同時購買兩種產品的結果（Verursachung）來觀察，其樣態較為多樣，例如經濟上的搭售（wirtschaftliche Koppelungen），出賣人以低於個別產品單價的總和來搭配銷售，雖然買受人也可分別購買主產品，但由於價格利益的誘惑力，促使他買下該搭售組合<sup>5</sup>。由於，搭售對於市場的影響乃著眼於其所造成的競爭影響，而廣義搭售也可能產生不利於競爭的情況，因此，也有必要以廣義搭售的角度來觀察。從法律規範面向來看，限制競爭法大致上以探討狹義搭售作為主軸；而廣義搭售，則大多涉及不正競爭法上的議題，而與市場力的運用無關。本文的討論固以狹義搭售為主，但亦會顧及廣義搭售的若干問題。

<sup>4</sup> Thomas O.J. Burkert, Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, 1992, S.31ff.

<sup>5</sup> Burkert, a.a.O., S.33; BGH GRUR 1961, 588.

## 參、搭售之組成形式

搭售的構成，必須是有兩種可分的不同產品，若屬同一產品或具完全替代性（complete substitutes），則只有單一產品，並無搭售可言，其合併販賣可能屬數量折扣問題。須為部份替代之不同產品，始有成立搭售之可能<sup>6</sup>。而這兩種產品間的關係，可能具有互補作用，而須按固定比例（fixed proportion）使用者，例如螺絲帽與螺絲釘；或無固定比例關係者，例如影印機與影印紙、碳粉，後者的使用量隨使用頻率而增加。也可能具有替代關係，如報紙與廣播。更可能是兩種產品毫無任何使用關連，例如書本和T恤。

至於，搭售產品或主產品（tying good, koppelndes Gut），以及被搭售產品（tied good, gekoppeltes Gut）的認定，則是從交易相對人的角度來看，即相對人希望、想要取得的產品為搭售產品；而相對人不想要或想從其他出賣人處取得的產品則為被搭售產品<sup>7</sup>。而搭售產品與被搭售產品並不需要同屬一出賣人，縱分屬不同出賣人（如指定貸款銀行），其所造成之效果並無不同<sup>8</sup>。

在搭售的訂價方式上，可能是只有單一總價，而未標明個別產品的單價（即隱藏搭售，covert tie, verdecktes Koppelungsgeschäft）。但也有可能除了總價的標示外，還就個別產品的單價也作分別標示（即公開搭售，open tie, offene Koppelungsgeschäft），但其搭售總價較單價便宜。甚至可能利用贈品的方式，將被搭售產品的價格內化於搭售產品中，而以表面上免費的形式贈送被搭售產品。

此外，搭售產品與被搭售產品不一定要同時被交易，在某些具有遲延消費性質的商品，如維修服務、機油更換等，出賣人雖未要求買受人於購買主產品時，即須同時購買被搭售產品，但卻要求買受人承諾日後向其購買，如限制交易相對人僅得向其購買影印機零件之行為（此涉及監督執行問題）。

<sup>6</sup> Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp & Einer Elhauge (1996), *Antitrust Law X*, §§1747b-1747c.

<sup>7</sup> Burkert, a.a.O., S. 36; Herbert Hovenkamp (1994), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 369.

<sup>8</sup> E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison (1994), *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, 182, 200.

## 肆、搭售行為對於市場競爭之影響

由於搭售行為在經濟上並非只是單純地反競爭或促進競爭，而是兼含兩種效果，因此，如何過濾出促進競爭的元素，而就反競爭的雜質予以規範，便顯得重要。

### 一、搭售之反競爭效果

#### (一) 獨占力延伸

搭售行為可能被用來作為獨占力延伸的工具，即獨占廠商藉由在主產品市場的獨占力，透過搭售的槓桿（leverage），將其獨占力延伸到被搭售產品市場上，而將被搭售產品市場上的競爭對手予以排除，藉以獲取兩個產品市場的獨占利潤，並擴大其市場佔有率。傳統上，用來非法搭售行為的槓桿理論，即是植基於此論點之上，認為搭售會促使廠商取得兩個市場的獨占地位，迫使消費者必須付出比單一獨占時更多的代價<sup>9</sup>。此外，搭售也會提高競爭對手的成本，在市場存在規模經濟（economies of scale）的情況下，競爭對手的生產規模可能無法達到最小最適規模（minimum optimal scale），因而被排除於市場之外。

#### (二) 提高進入障礙

搭售行為的採行也可能是優勢廠商用以提高市場進入障礙的工具，亦即廠商利用搭售將兩種產品綁在一起，使得競爭對手必須面臨同時進入兩種產品市場的壓力，因而增加資金壓力及市場進入的風險<sup>10</sup>。例如市場上有一家發行早報及晚報的報社從事搭售，要求所有在早報上刊登廣告的客戶也必須同時刊登在晚報上，如此一來，另一家想要進軍晚報市場的報社，便無法有效地打入那些想在早報上刊登廣告的客戶群，除非它也能提供早報，但這會增加市場進入的風險。

<sup>9</sup> Hovenkamp, *supra* note 7, 370.

<sup>10</sup> 范建得、莊春發（1999），公平交易法(二)－不公平競爭，二版，161-162。

搭售除會影響被搭售產品的市場競爭外，也有可能影響到主產品市場的競爭，亦即互補產品間的搭售可能會減少其他事業銷售互補產品的收益，從而減少其進入主要產品市場和相關市場的收益，進而阻礙對於主要產品市場和相關市場的參進，使事業維持和強化主要產品市場上的既有獨占地位，或於新興市場上取得獨占<sup>11</sup>。倘使市場具有重大創新和產品生命週期短的特徵時，如電腦業，搭售將直接導致競爭對手無法銷售互補產品和降低其進入互補產品市場的收益，而為維持和強化最初獨占地位的有效手段<sup>12</sup>。

### (三)穩定共謀

搭售也可用來穩定勾結（collusion），監督卡特爾成員的欺瞞行為，促使共謀協議更穩定或更容易成功。亦即廠商從事搭售，而僅允許當市場上存在較便宜的被搭售產品時，顧客才可以選擇向其他人購買<sup>13</sup>，如此一來，搭售便成為聯合訂價的監督機制，其客戶便成為報告其他廠商秘密降價訊息的風向球。同時，由於搭售條款的存在，其他廠商認知到只要搭售廠商將被搭售產品的售價調降至與市場最低價相同，即可輕易地奪回客戶，則其從事價格競爭的誘因便大為降低，故共謀協議將更為穩固，而市場競爭也會受到相當的限制<sup>14</sup>。

### (四)規避價格管制

搭售的另一個理由為規避價格管制，例如美國尼克森時代第一次能源危機時，對於汽油設立價格上限的管制，而管制價格遠比消費者的保留價格為低，因此，加油站的老闆遂要求顧客於加油時，必須同時購買一片擋風玻璃雨刷，透過雨刷的收益來補貼汽油的低價<sup>15</sup>。

利用搭售來規避價格管制，可能會傷害到競爭者和消費者。在最高價管制過低

<sup>11</sup> Dennis W. Carlton (1998), *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, NBER Working Paper No. 6831, 2-4.

<sup>12</sup> *Id.*, at 40.

<sup>13</sup> e.g. Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 U.S. 1, 6 (1958); International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947).

<sup>14</sup> F. Jay Cummings & Wayne E. Rueter (1979), "The Northern Pacific Case", *Journal of Law and Economics*, 22: 344.

<sup>15</sup> 范建得、莊春發，前揭註 10，160-161。

的情況下，競爭者受害的理由在於搭售可以使主要產品的獨占者有效地取得被搭售產品市場上的獨占地位，進而排除被搭售產品市場上的競爭者。同時，消費者也因此減少選擇的機會，而且大多數的消費者可能因為必須要付出更多的代價才能享受主要產品，或者少部分的消費者因為要支付的對價超過保留價格而必須另尋替代物品，從而受到傷害<sup>16</sup>。若最低價的管制過高，則廠商可利用搭售來調降售價以增加銷售，進而增加被搭售產品的市場占有率，並損害到其他競爭者<sup>17</sup>。

### (五)掠奪性訂價

而搭售也可用來當作降價的工具，即藉由提供免費或極便宜的額外服務，來使整組產品的售價低於邊際成本或平均變動成本，以達到掠奪性訂價（predatory pricing）的目的，例如電腦製造商想要將其他的競爭對手驅逐出市場，而提供一免費的軟體給購買其電腦的顧客。對於競爭者而言，若整組產品的淨價格（net price）具有掠奪性，則其可能會受到傷害；但消費者並不會因該低價商品而受有損害，其受害可能性乃在於當競爭者完全地被排除於市場外時的獨占價格<sup>18</sup>。

<sup>16</sup> Hovenkamp, *supra* note 7, at 376. 不過，Hovenkamp 認為在價格管制的產業裡，搭售並不必然是一種無效率的舉動。蓋在這類的產業中，通常不會把價格訂在邊際成本的水準，因為這類的產業，邊際成本通常很低而固定成本很高，因此，若要使資源能夠被有效地運用，可以透過搭售來達成。在管制的價格水準下，生產者的邊際收益通常超過邊際成本，因此，若能增加銷售量，則生產者的收益便會增加，而搭售正可以在最高價格管制下，讓生產者得以利用被搭售產品的利潤增加來彌補主要產品在管制價格下的利潤損失，從而增加廠商擴大產出的誘因。搭售產品的利潤增加來彌補主要產品在管制價格下的利潤損失，從而增加廠商擴大產出的誘因。*Id.*, at 376-377. 持相同的看法者，亦認為從經濟的觀點，搭售只是將市場價格拉回自由競爭下之均衡水平的方法之一，因此，以保障現存管制措施為由而禁止搭售，似有違反托拉斯法促進市場分配效率之精神，而僅能從非經濟性之目標，如社會公平或保障消費者權益等，取得其妥適性。參閱陳志民（1999），「美國反托拉斯法對搭售安排『個別產品』要件之認定標準」，收於行政院公平交易委員會，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，488。

<sup>17</sup> 對於規避管制價格的規範，多認為非屬反托拉斯法的任務，而屬個別管制法規的範圍，且無法以之作為違法搭售的合理化事由。See Phillip E. Areeda (1991), *Antitrust Law IX*, ¶1703e3.

<sup>18</sup> Hovenkamp, *supra* note 9, at 377-378. 不過，Hovenkamp 認為若產品組合的價格構成掠奪性訂價時，則競爭者可利用掠奪性訂價的救濟管道尋求救濟；而消費者也可依試圖獨占（attempt to monopolize）的救濟管道尋求解決，而不必去探討搭售的個別要件。*Id.*, at 378. 此外，這類行為是否屬於典型強迫顧客購買之搭售，則有疑問。See Sullivan & Harrison, *supra* note 8, 185. 有關掠奪性訂價之分析，參閱陳丁章（2001），一個遊走在法律、經濟與行銷間的精靈—掠奪性訂價初探，政治大學法律研究所碩士論文。

## (六) 剝奪消費者選擇自由

搭售另一個受人垢病的壞處則是會限制消費者的締約自由（Abschlußfreiheit）和選擇自由（Auswahlfreiheit），亦即剝奪不想購買或是想向其他出賣人購買被搭售產品之買受人的自由，迫使其不得不購買，而買受人的自由應該受到保護，不應被強迫購買<sup>19</sup>。美國法院的一些判決則認為強迫顧客購買被搭售產品此一要件並不足以作為非難搭售的唯一理由，搭售必須損害到競爭，才有可責性<sup>20</sup>。但也有學者認為不管有無排除競爭的效果，買受人確實因為搭售而受到了傷害，而被迫必須向出賣人購買被搭售產品才能取得主要產品，因此，這類的強迫（coercion）實際上已足以該當搭售的損害要件了<sup>21</sup>。

## (七) 市場力量的濫用

搭售也可構成市場力量的濫用（Marktmachtmißbrauch），導致購買人必須支付較高的對價，或者遭受差別取價（Preisdifferenzierung）<sup>22</sup>。

搭售的實施，通常會增加購買人的取得成本（Erwerbskosten），形成主要產品的價格升高（Preisüberhöhung），導致購買人遭受榨取。因此，搭售可被視作是一種主要產品的變相漲價。至於是否要對這類的價格濫用進行市場績效的管制（Marktergebniskontrolle），以使價格下降，則有待討論。蓋進行績效管制會使得市場結構穩定化，然而在市場上存有高價格水準（Preisniveau）的情況下，通常會引起潛在競爭者進入市場，或者是既有的競爭者擴張產能，或者誘發創新導致替代競爭（Substitutionswettbewerb），最後出賣人的市場支配地位將會被侵蝕殆盡。又縱使績效管制可以被當作最後必要時的應急措施（Notbehelf），仍然必須面對如何衡量主要產品價格是否真的過高之技術層面的難題<sup>23</sup>。

<sup>19</sup> Joseph P. Bauer (1980), "A Simplified Approach to Tying Arrangements: A Legal and Economic Analysis", *Vanderbilt Law Review*, 33:288-89; Associated Press v. Taft-Ingalls Corp., 340 F.2d 753 (6th Cir.), cert. denied, 382 U.S. 820 (1965); Monopolkommission, 9 Hauptgutachten 1990/1991: Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, 1992, Baden-Baden, Rn. 1307.

<sup>20</sup> United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises Inc., 429 U.S. 610 (1977) (Fortner II).

<sup>21</sup> Bauer, supra note 19, at 289-291.

<sup>22</sup> Monopolkommission, a.a.O., Rn. 1321.

<sup>23</sup> Burkert, a.a.O., S.152ff.

就差別取價而言，雖可最大化出賣人的收益，但對於那些非以最低價購買的顧客而言，等於是因支出比競爭價格為高的代價而被榨取。但在以搭售作為差別取價形式的場合中，所有的購買人則是以相同的價錢購買搭售組合，甚者，這種價值榨取（Wertabschöpfung）係建立在購買者個人對商品的個別評價（individuelle Wertschäftzung）上，而與立基於一般價格的市場績效管制有別<sup>24</sup>。

### (八)增加價格比較的困難

在市場競爭的過程中，價格是一項重要的參數，產品價格的透明化乃是競爭的重要動力，因此，若價格比較發生困難，則競爭機制便無法正常發揮其功能。而搭售此一行銷策略，透過產品的搭配及價格的分配，可能使得顧客在交易過程中，無法與出賣人提供之其他價格或其他競爭者提供之產品價格作一比較，或掩飾真實的價格<sup>25</sup>。

### (九)誤導購買人

搭售也可能會產生誤導效果，使購買人誤認為其所購買的產品較為低廉，或者造成顧客認為是促銷活動（Sonderveranstaltung）的印象<sup>26</sup>。而這種廉價的假象可能發生在主要產品上、也可能發生在被搭售產品上，或者是整組搭售上。此外，誤導效果也可能發生在出賣人的效能（Leistungsfähigkeit）上，亦即此項搭售相較於出賣人的其他產品，在價格上是比較便宜的；或者對於出賣人的競爭能力（Wettbewerbsfähigkeit）造成誤導，以為出賣人的產品較其他競爭者的產品便宜。

另一個有關的問題則為價格掩飾（Preisverschleierung），亦即出賣人就主要產品所為之價格標示，是否即是真實價格的反映，有無涉及以被搭售產品來補貼主要產品的價差<sup>27</sup>。

<sup>24</sup> Burkert, a.a.O., S. 171.

<sup>25</sup> Monopolkommission, a.a.O., Rn. 1338; Burkert, a.a.O., S.174ff; Phillip E. Areeda (1991), *Antitrust Law IX*, ¶1703f2.

<sup>26</sup> Monopolkommission, a.a. O., Rn. 1340.

<sup>27</sup> Burkert, a.a.O., S. 188ff.

### (十) 不客觀影響購買決定

搭售也可能對於顧客的購買意思決定造成不客觀的影響（unsachliche Beeinflussung），例如出賣人以極為低廉的對價，甚至於無償地提供一主要產品，並且與被搭售產品一起搭配銷售，讓購買人覬覦主要產品而買下整組搭售<sup>28</sup>。

從規範面向來看，購買人清楚地認知到，要獲得主要產品的優惠，必須以承受被搭售產品的不利益作為交換條件，而無法單獨取得，因此，購買人是否仍然會接受搭售，則是自己權衡利弊得失後的仔細考慮，若仍購買，表示其認為仍有利可圖，此時，是否仍可稱作受到不客觀的影響，值得討論<sup>29</sup>。

### (十一) 非效能競爭手段

所謂效能競爭（Leistungswettbewerb），乃指產品銷售的增加是依靠商品本身的品質、價格等特點所致，而搭售的使用，將使被搭售產品得以攀附主要產品的特點或市場力量，而非完全依據本身特點來進行競爭，從而免於競爭壓力的驅使，故是種與競爭本旨（competition on the merits）不合的非效能競爭手段<sup>30</sup>。

不過，哪些特點是攀附來的，有時並不容易界定，例如商譽、服務親切度、商店的氣氛、與購買人的住家距離等等，這些都不是來自於產品本身，但這些特點的攀附並不違法。而且在搭售中，哪些特點直接來自主要產品、哪些來自被搭售產品，其界定也非易事<sup>31</sup>。

## 二、搭售之促進競爭效果

另一方面，搭售也有許多促進競爭的效果，並被用來作為允許搭售行為的支持基礎，這類的促進競爭效果，常被提到的便是效率的增進、品質的控制與差別取價。

<sup>28</sup> Monopolkommission, a.a. O., Rn. 1342.

<sup>29</sup> Burkert, a.a.O., S. 204ff.

<sup>30</sup> Monopolkommission, a.a.O., Rn. 1345.

<sup>31</sup> Burkert, a.a.O., S. 218ff.

## (一)效率的提昇

搭售可以用來提高效率，例如鞋子和鞋帶通常是一起出售，只要人們對於鞋帶的偏好差異不大的話，兩者一同銷售會比分別出售來得有效率，相同的情形也可見於鞋子左右腳一同出售的例子。從這個觀點加以延伸，日常生活中的物品幾乎都是由不同的組件構成了，例如汽車是由車身、引擎、輪胎等組件所構成，而各種組件均可從市場上取得，因此購買一輛車在概念上可視為車商在進行搭售行為，而消費者購買車子遠比購買零件自行組裝來得有效率多了<sup>32</sup>。此種效率的提昇係來自於交易成本和搜尋成本的降低。同時，消費者也可因成本的降低，而享受到價格下降的好處。

## (二)品質控制

為了維護產品的功能，保護主產品的商譽（goodwill），廠商會要求購買搭售產品的客戶，必須同時買入廠商提供之互補產品，以保證搭售產品的功能得以正常發揮。例如 Kodak 公司要求購買 Kodak 軟片的客戶須拿回 Kodak 公司沖洗，以避免其他公司沖洗不當導致效果不佳時，消費者會因為弄不清楚究竟是軟片的問題還是沖洗的問題，而對 Kodak 軟片存有疑慮，從而產生錯誤歸咎的情況。

在加盟關係中，加盟主常在契約中要求由其供貨給加盟者，也是基於確保品質的考量，以避免加盟者間的搭便車（free riding）行為，降低加盟產品的品質，進而損害到加盟體系整體的企業形象<sup>33</sup>。例如麥當勞（McDonald's）透過加盟方式在全球建立了統一的形象，消費者只要到麥當勞的任何一家加盟店中，都可期待買得到一定品質的產品，而不會因地區或作業流程的不同，而買到劣質品。但若有加盟店未能遵照麥當勞的各項品管要求，而導致品質低落，此一效果不僅影響該特定加盟店，也會外溢到整個加盟體系，影響整體的企業形象。因此，透過搭售的安排，即可避免此種負面效應的發生。

<sup>32</sup> Dennis W. Carlton & Jeffrey M. Perloff (1990), *Modern Industrial Organization*, 466。范建得、莊春發，前揭註 10，159-160。

<sup>33</sup> Carlton & Perloff, *supra* note 32, at 468。范建得、莊春發，前揭註 10，164。

### (三) 差別取價

透過差別取價（price discrimination），廠商可以對保留價格較高的消費者收取較高的價格，因而提高利潤，然差別取價能否達成，除廠商須有價格決定力外，尚須克服如何辨別顧客，以及避免商品轉售套利（arbitrage）的難題<sup>34</sup>。例如 IBM 出租其計算機時，限制租用者必須向其購買定位裝置卡（tabulating cards），而使用頻率高者，其對機器之願付價格亦高，IBM 公司可以針對所有的客戶收取固定的機器月租費，同時將卡片的單位價格提高至競爭價格之上，如此一來，使用頻率高的用戶其保留價格將高於低頻率用戶，IBM 公司從而可獲取差別取價的利潤。或者，IBM 公司也可經由定位裝置卡的銷售數來瞭解使用者的機器使用頻率，而針對其使用頻率訂定不同的價格，而達到差別取價之目的<sup>35</sup>。

雖然，差別取價會使得部分的消費者剩餘轉移至生產者剩餘，因而，發生財富移轉現象，但就社會福利而言，差別取價能夠擴大市場的產出，使得原本在單一獨占價格下，無法購買的消費者也能夠以較低的價格來消費，從而減少獨占的無謂損失（deadweight loss）。至於這類的財產移轉行為應否禁止，則視反托拉斯法的目的而定，若反托拉斯法旨在禁止無效率的行為，則此種行為不應被非難，但若消費者福祉的增進為法律的主要目的時，則差別取價可能對社會是有害的<sup>36</sup>。

### (四) 風險分擔

搭售的一個有益競爭作用為風險的再分配，例如生產者研發出一個新產品，但對於市場的需求無法準確的估測，因此，對於新產品可否獲利並不確定，所以，生產者可能以低價來誘使經銷商銷售此一新產品，而靠著對和新產品搭配的某項產品來獲取利潤，如此一來，生產者便可減輕新產品被消費者拒絕的風險。這種風險分擔的效果能廣泛適用於授權、連鎖經營、以及涉及搭售之類似的分銷合約之中。

這類的搭售，可以促進新產品的進入市場，強化市場的競爭，而且通常只是短

<sup>34</sup> 巫和懋、霍德明、熊秉元、胡春田（1999），經濟學 2000，上冊，頁 237。

<sup>35</sup> Carlton & Perloff, *supra* note 32, at 468。范建得、莊春發，前揭註 10，頁 163。

<sup>36</sup> 蓋差別取價會將消費者區隔成兩群，一群消費者會因而更好，另一群則會更差，若後者大於前者，則對社會不利。See Herbert Hovenkamp (1983), "Tying Arrangements and Class Action", *Vanderbilt Law Review*, 36: 259 & n. 84.

期的存在，因此，對於市場競爭不太可能會造成重大的傷害。

### (五)秘密價格折扣

廠商採行搭售行為，也可能是出自秘密價格折扣的動機，例如寡占情形下，廠商想要瞞過對手給予價格折扣時，可以以寡占價格銷售某種產品，但同時以非常低的價格銷售另一種產品給客戶。例如廠商於顧客購買一件一百元的商品時，同時贈送給他一件價值十元的商品或以低於十元的價格出售，此時，就相當於提供了百分之十的折扣了<sup>37</sup>。因此，這類搭售具有破壞卡特爾協議穩定性和轉售價格維持約定的功用。

### (六)解決集體行為問題

搭售亦可能用來解決集體行為（collective action problems）的問題，例如為了防止空氣污染，機車應加裝觸媒轉換器，但是由於加裝後對個人的效用增加不大，故會有搭便車的情況出現，從而無誘因促使個人加裝，因此，可透過機車與觸媒轉換器搭售的方式，來達到空氣污染防治的效果<sup>38</sup>。

## 伍、搭售於競爭法上的評價

從競爭政策和競爭法的立場來看，對於阻礙競爭、構築人為的市場進入障礙和改變市場競爭結構的行為，基於自由競爭的維護，有必要對競爭行為加以規範，並充分評價其不法，以回復競爭機制的運作，甚或是侵害消費者主權的行為，也可能因競爭法目的之著重而被納入保護。

### 一、美國法

美國反托拉斯法即將搭售與其他非價格垂直交易限制行為，於規範上作不同的

<sup>37</sup> Id. at 468.

<sup>38</sup> 林國棟（1997），「廠商搭售行為的經濟分析」，《公平交易季刊》，第五卷第四期，98。

評價，在規範演變上呈現寬—嚴—緩的趨勢<sup>39</sup>，在 1914 年克萊登法（Clayton Act）公布前，搭售在專利權侵害案件中常被用來當作專利濫用的抗辯，用以對抗專利權人的侵權訴訟，但是法院無意動用休曼法（Sherman Act）去非難搭售行為，反倒抱持寬鬆的執法態度<sup>40</sup>，克萊登法施行後，對於搭售行為之規範，逐漸擺脫專利侵害訴訟的陰影，改以反托拉斯法為重心，但其立場仍不甚確定<sup>41</sup>。1930 年代中期以後，態度轉趨嚴格，視搭售為市場力的槓桿使用，目的在維持或延伸既有的市場力量，除了壓抑競爭外，並無其他目的，而以「當然違法」視之<sup>42</sup>。迨至 1970 年代以後，態度始轉和緩，漸漸將市場力量、可能的正當商業理由納入考量，並加強原告的舉證責任，但大體上仍較偏向當然違法的管制<sup>43</sup>，雖然學界大舉提倡回歸合理原則的分析，而法院的看法也逐漸受到影響而作某種程度的呼應<sup>44</sup>，但其管制密度相

<sup>39</sup> 參閱楊宏暉（2001），競爭法對於搭售行為之規範，政治大學法律研究所碩士論文，93 以下。Larson 將搭售管制的態度分為三個時期：1977 年以前，法院依槓桿理論而嚴格禁止搭售；但學界則認為搭售之目的在於差別取價，並批評法院所仰賴的理論基礎。1977 年至 1990 年，法院的態度則轉趨和緩，課予原告較重的舉證責任。而 1990 年以後，學界將賽局理論（Game Theory）的分析導入搭售，得出在特定條件下，搭售的獨占力延伸策略在經濟上是可行的；而法院則是注重市場真實性的考察，肯認市場資訊的不完全性能夠促使廠商在無高市場占有率的情況下，也能傷害消費者及效率的運作。See Alexander C. Larson (1994), "Antitrust Tie-in Analysis after Kodak: A Comment", *Antitrust Law Journal*, 63: 241-242.

<sup>40</sup> Heaton-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co., 77 F. 288 (6<sup>th</sup> Cir. 1896); Henry v. A.B. Dick Co., 224 U.S. 1 (1912); U.S. v. Winslow, 277 U.S. 202 (1913).

<sup>41</sup> Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co., 243 U.S. 502 (1917); United States v. United Shoe Machinery Co., 247 U.S. 32 (1918); United States v. United Shoe Machinery Co., 258 U.S. 451 (1922); FTC v. Sinclair Refining Co., 261 U.S. 463 (1923); Pick Manufacturing Co. v. General Motors Corp., 80 F.2d 641 (7<sup>th</sup> Cir. 1935).

<sup>42</sup> International Business Machines Corp. v. United States, 298 U.S. 131 (1936); International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947); Standard Oil Co. of California v. United States, 337 U.S. 293 (1949); Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953); Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958); United States v. Loew's Inc., 371 U.S. 38 (1962); Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495 (1969); William A. Montgomery (1984), *Tying Arrangements*, BNA Corporate Practice Series No. 39, A-1~4.

<sup>43</sup> United States Steel Corp. v. Fortner Enters., Inc., 429 U.S. 610 (1977); Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984); Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service, Inc., 504 U.S. 451 (1992).

<sup>44</sup> 參閱法官 O'Connor 於 *Jefferson Parish Hospital No. 2 v. Hyde* 466 U.S. 2, 34-35(1984)一案中的協同意見。Hovenkamp, *supra* note 7, at 354; Daniel E. Lazaroff (1994), "Reflections on Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.: Continued Confusion regarding Tying Arrangements and Antitrust Jurisprudence", *Washington Law Review*, 69:154-156; Keith K. Wollenberg (1987), "An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-examining the Leverage Theory", *Stanford Law Review*, 39:760; Henry N. Butler, W. J. Lane & Owen R. Phillips (1984), "The Futility of Antitrust Attacks on Tie-In Sales: An Economic and Legal Analysis", *Hastings Law Journal*, 36:212-213; Roger D. Blair & Jeffrey Finci

<sup>45</sup> 較於其他非價格垂直限制，仍是保持較為嚴厲的態度。

## 二、德國法

德國法則是從搭售的阻礙競爭作用切入，認為搭售的獨占力延伸作用，會使被搭售產品免於競爭淘汰，違反競爭秩序固有的效能原則（Leistungsprinzip），損害到競爭的有效性（Wirksamkeit des Wettbewerbs），同時造成市場進入的障礙。因此，基於維護市場參進者的進入自由和保護競爭作為控制和調整機制（Kontroll- und Steuerungsmechanismus）的立場，對於搭售予以積極地規制，但在評價上，則是採取「合理原則」的態度，分析事業的市場力量規模和考量搭售對於被搭售產品市場上其他既存或潛在競爭者的阻礙程度<sup>46</sup>。

在發展脈絡上，帝國法院（RG）最初是從違反善良風俗（Sittenwidrigkeit）的觀點來判斷，認為船運公司為了排除特定航線上的競爭者，要求客戶將貨物委由它

(1983), "The Individual Coercion Doctrine and Tying Arrangements: An Economic Analysis", *Florida State University Law Review*, 10: 556; Katherine C. Grady (1985), "Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde: Time to Apply the Rule of Reason to Tying Arrangements", *Iowa Law Review*, 70: 573-577; Steven Paul Miriani (1985), "Jefferson Parish Hospital v. Hyde: Antitrust Tying Arrangements", *Tulane Law Review*, 59: 1591; Jonh F. Hornick (1986), "The Per Se Rule in Tying Contexts: A Critical View", *Delaware Journal of Corporate Law*, 10: 722-728.

關於規範搭售行為態度的轉變，有人分析其原因主要在於聯邦最高法院大法官的更動，蓋在 Fortner I (1969) 與 Fortner II (1976) 之間，最高法院的人事有了大搬風，大法官 Black, Warren, Douglas, Harlan, Fortas 相繼離去，而新成員 Stevens, Burger, Powell, Blackmun, Rechnquist 大法官，加上 Stewart 大法官，則成了最高法院的多數，並且推翻了先前的判決，認為垂直交易限制應採取合理原則的分析而非當然違法 (Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 58 (1977). 推翻 U.S. v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967))。而在搭售案件中，Stevens 大法官更取代 Black 大法官而居領導地位，由他主筆的 Fortner II 案和 Hyde 案的多數意見，明顯地與 Black 大法官之擴張搭售管制的看法相左，而採取較為溫和的態度。此外，公眾也逐漸意識到反托拉斯的法律基礎太偏離當前的經濟思想，過於接近促進經濟無效率之政治民主理論，而這些意見左右了總統大選的結果，間接地決定了大法官的任命。同時，在 70 年代與 80 年代之間，也是芝加哥學派擅場的舞台。司法界開始受到學術界的影響，在判決中被引用的學者著作逐漸增加，其中又以促進分配效率作為反托拉斯法唯一目標的學者著作為最。同樣地，在 Hyde 案 (1984) 與 Kodak 案 (1992) 之間，大法官間又有了更動，Burger, Brennan, Marshall, Powell 大法官相繼離去，新加入 Scalia, Kennedy, Souter, Thomas 大法官，使得 Kodak 案的發展，又有了不同的面貌。  
See Victor H. Kramer (1985), "The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History", *Minnesota Law Review*, 69: 1063-1066; M. Sean Royall (1995), "Post-Chicago Economics", *Antitrust Law Journal*, 63: 445-447; Robert H. Lande (1993), "Chicago Takes It on the Chin: Imperfection Information Could Play a Crucial Role in the Post-Kodak World", *Antitrust Law Journal*, 62: 193; Lazaroff, *supra* note 44, at 153.

<sup>46</sup> Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 5 Aufl., Stuttgart 1996, S. 127.

運送，否則，將在其他航線上，索取較高運費，乃違反民法第八二六條之善良風俗（相當於我國民法第一八四條第一項後段），同時強調競爭行為與不正競爭法的關聯性，並認為民法第八二六條可作為補充不正競爭的網捕構成要件（Auffangtatbestand）<sup>47</sup>。之後，帝國法院在判決中強調法律上或事實上獨占地位的濫用，若嚴重損害自然人或法人的經濟活動自由（wirtschaftliche Bewegungsfreiheit）時，則因違背善良風俗，該約定為無效（nichtig）<sup>48</sup>。迨至營業競爭限制防止法通過之後，則明確地將搭售行為列入規範，採取濫用監督（Mißbrauchsaufsicht）的模式<sup>49</sup>。

### 三、歐盟法

歐盟的規範立場，則是著重搭售對於被搭售產品市場的可能閉鎖效果，同時關注搭售對於搭售產品和被搭售產品市場所可能帶來之高度市場進入障礙，此外，也注意搭售所可能帶來之超競爭的價格（supra-competitive prices），這類情況尤其反映在這兩種產品對於買者具部分替代性；或搭售使出賣人得以根據顧客對於搭售產品的使用頻率，進行價格歧視；或者在長期契約（long-term contracts）或零件與原生設備具有長期之更換次數的情形下，搭售會使得顧客難以計算其結果或成本<sup>50</sup>。

### 四、我國法

我國公平交易法在立法過程中，學者廖義男教授所擬之公平交易法草案，則是仿德國法例，將搭售行為予以明確規範。但在經濟部和行政院審議之草案中，則與現行法的模式相同，透過施行細則的補充來具體規範搭售行為。即將搭售列為限制或妨礙公平競爭之虞的行為，雖考量事業之搭售行為或有其商業上考量，但有鑑於

<sup>47</sup> RGZ 48, 114, 119, 127 (1901).

<sup>48</sup> RGZ 133, 338, 391 (1931).

<sup>49</sup> 卡特爾禁止（Kartellverbot）、結合管制（Zusammenschlußkontrolle）及濫用監督（Mißbrauchsaufsicht）為德國營業競爭限制防止法的三大支柱，前二者主要在維持有效競爭所必須的結構要件，而後者則是在無法改正競爭結構下，對於擁有市場地位之強大事業施加行為監督，禁止在有實質競爭下不可能發生之行為。

<sup>50</sup> Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal of the European Communities, C291/43 ¶217 (2000).

搭售的實施後果，有時也會對市場競爭產生若干不良影響，例如：破壞被搭售商品市場的競爭機制、阻礙新競爭者進入該市場，造成市場力量的延伸，以及剝奪買受人的購買自由、成本的隱蔽等，而將搭售列為不正當限制交易相對人事業活動的類型之一，以「合理原則」方法予以檢驗及規範。

## 陸、關於規制搭售行為之爭論

### 一、傳統學派

傳統學派（Traditional Approach）認為反托拉斯法所追求的目標，是涵蓋經濟、社會、以及政治的多元價值，因此，無法單純地以經濟效率（economic efficiency）或消費者福祉（consumer welfare）來描述。傳統學派係依靠在反托拉斯法目標的規範前提（normative premises）上，重視競爭的過程（competitive process）。因此，在關於搭售行為的態度上，基本上是抱持著當然違法的看法，只有在極少數例外的情況下，容許出賣人證明搭售是達到合法目的之不可或缺的手段，同時該目的的達成足以抵銷其所造成的損害<sup>51</sup>。

傳統學派認為所有的搭售，都是出賣人運用其於主產品的市場力量來強迫買受人接受其不想要的被搭售產品<sup>52</sup>。關於市場力量的行使，則有二種方式：一為出賣人拒絕個別出售主產品，而將其與被搭售產品捆成包裹（package）<sup>53</sup>。另一則為出賣人雖個別銷售主產品，但是價格非常昂貴，僅有在顧客也同時購買被搭售產品時，才提供優惠的價格折扣<sup>54</sup>。而這兩種強迫的形式，實際上並無重大不同<sup>55</sup>。因

<sup>51</sup> Donald F. Turner (1958), "The Validity of Tying Arrangements under the Antitrust Laws", *Harvard Law Review*, 72: 59; Joseph P. Bauer (1980)," A Simplified Approach to Tying Arrangements: A Legal and Economic Analysis", *Vanderbilt Law Review*, 33: 285-286; S. Chesterfield Oppenheim (1952)," Federal Antitrust Legislation: Guideposts to a Revised National Antitrust Policy", *Mich. L. Rev.*, 50: 1181; W. David Slawson (1980), "A Stronger, Simpler Tie-in Doctrine", *Antitrust Bull.*, 25: 672; W. David Slawson (1985), "A New Concept of Competition: Reanalyzing Tie-in Doctrine After Hyde", *Antitrust Bull.*, 30: 258-259.

<sup>52</sup> Turner, *supra* note 51, at 59-61; Bauer, *supra* note 51, at 287.

<sup>53</sup> Bauer, *Id.*, at 292, 332-333.

<sup>54</sup> Turner, *supra* note 51., at 67, 75.

<sup>55</sup> 一個完全拒絕個別出售的主產品，事實上即是主產品的個別訂價無窮大，因此和第二種形式相仿。

此，市場力量是一項非常重要的因素，廠商若無市場力量即不可能遂行搭售。

這種因市場力量所造成的強制或槓桿，傳統學派認為這會對經濟及政治的多元化帶來負面影響。首先，這種市場力的延伸，將會使出賣人取得被搭售產品的獨占力，從而增加其利潤，然而，這卻會排除競爭者進入受搭售限制之消費者群市場，從而，縮短競爭的過程、降低創新與進步的誘因，因而，抵觸了對等競爭（head-to-head competition）所要達成之經濟、社會及政治的價值<sup>56</sup>。再者，這種強迫消費者拋棄選擇自由的搭售，不僅會削減效用（utility），同時，也抵觸了傳統學派關於反托拉斯法保護消費者選擇自由的一貫主張與民主價值（democratic values）<sup>57</sup>。此外，市場力延伸的結果，也會提高參進障礙，從而擴大出賣人於主產品市場上的市場力<sup>58</sup>。

雖然，傳統學派也承認有些搭售安排可以為競爭帶來效益，例如用來保護商譽，但是其認為這種競爭效益，事實上可以透過較少限制競爭的方法（less restrictive of competition）來達成<sup>59</sup>。

## 二、芝加哥學派

芝加哥學派（Chicago School）則認為「消費者福祉」是反托拉斯法所要追求的目標，同時，經濟效率也是衡量交易限制的準則，而靜態之價格理論模型便是評估搭售的天秤<sup>60</sup>。因此，關於搭售行為的立場，則是視其當然合法，或者至少應該在合理原則的分析架構下被檢驗<sup>61</sup>。

芝加哥學派批評傳統學派及最高法院所持的見解，透過價格理論（price theory）所建構的部分均衡分析，認為搭售行為所造成的傷害（如市場力量的創造

<sup>56</sup> 例如，在高科技產業中，讓主產品單獨銷售，將會刺激對手對於被搭售產品的進一步創新。  
See Stephen F. Ross (1993), *Principles of Antitrust Law*, 279.

<sup>57</sup> *Id.*, at 279 n.28.

<sup>58</sup> Bauer, *supra* note 51, at 288.

<sup>59</sup> *Id.*, at 337; Standard Oil Co. v. U.S. 337 U.S. 293, 306 (1949); Fortner Enters., Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495, 503 (1969).

<sup>60</sup> Michael S. Jacobs (1995), "An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics", *North Carolina Law Review*, 74: 228-30.

<sup>61</sup> Richard Posner (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, 182; Robert Bork (1993), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 380-381.

或擴張），可以被其產生的利益（如生產成本的降低）所抵銷<sup>62</sup>。

芝加哥學派不同意傳統學派的看法，認為事業不可能使用其市場力量兩次，縱使是獨占，它也不能無限制地抬高價格，而且不使銷售量減少<sup>63</sup>。因此，被搭售產品的附加，可以視作是主產品價格的增加，在利潤最大化訂價（profit-maximizing price）的前提下，獨占者勢必得降低主產品的售價，如此，搭售的實施才能繼續維持利潤最大化，而不會遭受部分獨占利益的損失<sup>64</sup>。從而，搭售不會是獲取第二個獨占利益的理性方法，對於獨占廠商與消費者而言，搭售的強加，乃是一個零和賽局（zero-sum game），換言之，消費者因必須同時購買被搭售產品所生之不利益，將會被出賣人降低主產品價格之利益所抵銷<sup>65</sup>。

因此，搭售不可能是市場力量延伸的工具，對於許多現實存在的搭售行為，其目的則是為了透過「差別取價」來增加利潤<sup>66</sup>。雖然差別取價會轉移消費者剩餘（consumer surplus），但同時也會使產出增加至完全競爭市場的程度，增加配置效率<sup>67</sup>。因此，不應該禁止搭售，以免削減產出及社會總福祉，至於收入的分配，則應由政治過程（political process）來決定，而與行為在反托拉斯法下的合法性無關<sup>68</sup>。然而，差別取價的論調，並未受到聯邦最高法院的青睞，法院認為作為差別取價的搭售，會助長市場力量的社會成本<sup>69</sup>，而差別取價更可以驗證自由市場所不容許之市場力量的存在<sup>70</sup>。

另外，就算獨占力延伸是搭售的一大問題，原告至少應該證明出賣人事實上真的對於主產品具備市場力量<sup>71</sup>。而這樣的想法，的確也對最高法院發揮影響力<sup>72</sup>。

<sup>62</sup> Bork, *supra* note 61, at 107.

<sup>63</sup> 參閱 George J. Stigler 著/劉師誠譯（1981），價格理論，頁 243-244。

<sup>64</sup> Bork, *supra* note 61, at 372-374.

<sup>65</sup> 針對這樣的假設，有學者批評與現實不合，蓋對獨占之主要產品而言，顧客並無其他選擇，其需求彈性為零。See Ingo Schmidt & Jan B. Rittaler (1989), *A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis*, 98.

<sup>66</sup> Bork, *supra* note 61, at 376-378; Posner, *supra* note 61, at 173. 批評者則認為問題的重心不在於產品依不同價格售給不同消費者，而是在於競爭者被驅逐出市場或被排除進入被搭售產品市場。See Schmidt & Rittaler, *Id.*, at 99.

<sup>67</sup> Bork *Id.*, at 396-98.

<sup>68</sup> *Id.*, at 111.

<sup>69</sup> Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 14-15 (1984).

<sup>70</sup> United States Steel Corp. v. Fortner Enters., Inc., 429 U.S. 610, 617 (1977).

<sup>71</sup> Posner, *supra* note 61, at 172.

<sup>72</sup> Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 26 (1984); Eastman Kodak Co. v. Image

### 三、新制度經濟學

在真實的市場中，產品並非完全同質，處處存在交易成本，以及資訊的不完整，因此，假設資訊完全、交易成本為零以及外部性不存在的價格理論，便顯得與現實世界脫節。傳統學派與芝加哥學派仰賴的價格理論模型中，廠商與消費者為既定的主體，至於廠商為何存在的原因則不見解釋。事實上，廠商也不見得製造所有的產品，也是需要依靠市場機制向其他廠商購買原料或服務，Coase 認為建立廠商或是利用市場交易的選擇取決於何者成本較小<sup>73</sup>，因此，當內部組織的生產及經營管理成本小於市場的交易成本時，廠商便因應而生，而這種內部組織對市場交換的替代則稱為內部化（internalization）。由於人的「有限理性」和「機會主義行為」，使得市場存有契約不完備性（contract incompleteness）、策略性虛偽陳述風險（strategic misrepresentation risk）以及信息處理效應（information processing effects）缺陷等因素，導致市場失靈（market failure），交易成本隨之遽增，相形之下，內部組織由於具有激勵（incentive）、控制（control）及內在結構優勢（inherent structural advantage）的屬性，因此，內部化之垂直整合（vertical integration）便顯得有利可圖<sup>74</sup>。然而，由於管理報酬遞減（diminishing returns to management）的特性，廠商規模不可能無限制地擴張，其極限僅能達到內部組織成本等於市場交易成本的地步<sup>75</sup>。

新制度經濟學將產品差異性（product differentiation）及交易成本（transaction cost）納入分析，認為大部分的搭售是自願的部分垂直整合（voluntary partial vertical integration），目的在於克服由於高交易成本及產品互補性所導致的市場失靈，這種經由契約所形成的整合，可減少對市場的依賴，而不涉及任何市場力量的行使或延伸<sup>76</sup>。

Technical Services Inc., 504 U.S. 451, 464 (1992).

<sup>73</sup> R.H. Coase (1988), "The Nature of the Firm", in *The Firm, the Market and the Law*, 37-40.

<sup>74</sup> Oliver Williamson (1987), *Antitrust Economics*, 27-38.

<sup>75</sup> Coase, *supra* note 73, at 43-44.

<sup>76</sup> Alan J. Meese (1997), "Tying Meets the New Institutional Economics: Farewell to the Chimera of Forcing", *University of Pennsylvania Law Review*, 146: 10-11 (1997); Oliver Williamson (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, 87-88.

藉由搭售的實施，可以減少買受人於選擇被搭售產品時所耗費的交易成本，除此之外，還有一些好處。首先，是關於錯誤歸咎的問題，例如在計算機與打孔卡的使用上，若沒有充足的資訊，消費者可能會選擇了不妥適的卡片，而使故障率增加，因而影響出賣人的聲譽。甚者，縱使信息障礙不存在，消費者也可能沒有誘因去維護出賣人商譽。因此，利用搭售，出賣人可以消除市場失靈，實現整合的利益，而這會促使出賣人從事產品差異化，以滿足市場需求<sup>77</sup>。同樣的狀況也可見於加盟案例，由於加盟體系的商譽是種「公共財」（*collective good*），因此，若使用高品質的投入，消費者便會更加喜好該商標的產品，而其他加盟者也會利益均霑，在這種情形下，個別加盟者便會有機會主義（*opportunism*）的傾向，投入低品質的材料，以獲取搭便車（*free-ride*）的利益。雖然加盟主可以透過拒絕加盟，而完全整合產品的製造與經銷，以排除這種市場失靈，然而這樣卻會破壞了依賴加盟市場所可能產生的效率。因此，搭售便成為消除這種市場失靈與維持利用市場所生利益的好方法<sup>78</sup>。

此外，透過機器與維修服務的搭售，廠商可以藉此收集產品資訊，用以改善品質，而這對變化迅速之高科技產業相當重要<sup>79</sup>。

關於傳統學派所持搭售是強迫的結果之看法，新制度經濟學則認為，搭售是種自願的契約整合，它可產生排除市場失靈的利益，縱使出賣人擁有市場力量，也不一定即意味著它是市場力量的行使。因為，在無市場力量的場合下，搭售也可能存在。當然，出賣人也可以個別銷售主產品，但可能會將市場失靈無法消除的成本反映在較高的售價，同時，以較低的價格銷售搭售組合，這種價格差異若超過買受人在市場失靈情況下所能獲得的利益時，則買受人將會接受搭售安排。但此種價格差異僅是避免市場失靈的成本反映而已，而非抬高價格於成本之上的市場力量<sup>80</sup>。

至於所謂的較少限制競爭的方式，也都是跟價格理論的經濟假設脫不了關係，也都必須依賴市場，因此，新制度經濟學認為這些替代方式，實際上比完全搭售還要耗費成本，其效率也較低。以 IBM 案為例，在資訊不完全的情況下，消費者可能無法完全了解高品質與低品質卡片間的區別，因而購買了低劣的卡片。又縱使資訊

<sup>77</sup> Meese, *Id.*, at 61-62.

<sup>78</sup> *Id.*, at 63-65.

<sup>79</sup> *Id.*, at 65.

<sup>80</sup> *Id.*, at 69-70.

零成本，由於道德危險的存在，買受人在缺乏契約要求下，很難有足夠誘因去使用足夠品質的卡片和維護出賣人的聲譽。雖然出賣人也可教育其買受人關於使用低劣產品的危險性，然而其效果不見得比得上搭售，而且這種信息是種公共財，出賣人無法保證買受人會因此向自己而非向其他出賣人購買高品質的產品。又即使以列舉規格的方式來進行，規格的詳列及溝通也是需要成本，而且消費者也需要投注資源去理解，則另一成本又出現了，但是，在搭售下，這些成本都不見了。因此，所謂較少限制競爭的替代方式，其實是較不可行的<sup>81</sup>。

此外，要對搭售進行利與弊的權衡（trade-off），諸如買受人自由（buyer freedom）及企業機會（entrepreneurial opportunity）、競爭過程及其他非經濟價值的衡量，是很難取得平衡的。然而，由於搭售具有最小化當事人間之共同成本（joint costs）及最大化共同利益（joint benefits）的特性，是純粹自願的契約形成，因此，在無強迫的情況下，消費者即不會受制，而其他出賣人的被排除也就無關槓桿作用，因而，進一步的利弊衡量也就不需要了<sup>82</sup>。

基於任何反托拉斯的假設必須合乎真實的前提，雖然有些搭售安排可能是市場力量強迫的結果，但是也有些搭售具有促進效率、增加競爭的效果。的確，在某些情況下，縱使出賣人不具備市場力量，其所遂行的搭售行為也會產生反競爭的影響，例如用來促進被搭售產品市場的卡特爾化（cartelization），從而提高對手的成本，因而強迫的存在與否，實質上與行為合法與否的決定無關。所以，以「當然違法」來處理搭售是不適當的，搭售應同其他交易限制般，適用「合理原則」的分析<sup>83</sup>。

## 柒、搭售行為之法律分析

### 一、規範基礎

競爭自由固受憲法保障，但營業活動自由也是憲法保障的基本權之一<sup>84</sup>，更是

<sup>81</sup> Meese, *supra* note 76, at 72-84.

<sup>82</sup> *Id.*, at 85-86.

<sup>83</sup> *Id.*, at 11, 87-98.

<sup>84</sup> 參閱大法官會議釋字第 514 號解釋。李惠宗（1993），「憲法工作權保障之系譜」，收於氏

私法自治與契約自由的重要基礎，而事業的行銷方式，如以搭售方式銷售，則屬事業之價格形成自由（Freiheit der Preisgestaltung）、搭配形成自由（Freiheit der Sortimentsgestaltung）和要約形成自由（Freiheit der Angebotsgestaltung），屬營業自由（Gewerbefreiheit）的一環，基於契約自由，事業本得自由為之。惟為免自由的自我毀滅，導致競爭的破壞和契約自由的形式化，在公共利益的考量下，國家自得對營業自由作若干的限制<sup>85</sup>，公平交易法的基礎亦在於此。

搭售可能會對市場競爭秩序產生不良的影響，為維護競爭制度此一法制度（Rechtsinstitut）<sup>86</sup>，自有必要對於搭售作若干的限制，一般認為規制的理由在於搭售會排除被搭售產品市場上的競爭對手、阻礙潛在競爭者進入市場，同時也會剝奪顧客的選擇自由，或者隱蔽產品的真正成本<sup>87</sup>。

搭售一方面影響到被搭售產品的市場競爭，故侵害了自由競爭的狀態。另一方面，搭售則壓抑或減縮交易相對人的自由，迫使其進行違背意願的交易，而交易相對人在市場上能否自由且自主地從事交易，乃競爭機制的重要基礎，從而搭售亦侵害到自由競爭的根基<sup>88</sup>。不過，若出賣人所實施之搭售行為，在外部效果上並未影響到競爭的自由與公平，而且在內部效果上又未該當市場力量濫用情事，則此項行為屬出賣人營業自由的一部分，為私法自治應受尊重的一環，無須公平會的行政介入，而屬市場自治的範圍<sup>89</sup>。是故，搭售的可責性在於以限制交易相對人的交易自由為手段，剝奪競爭者的交易機會，進而達到排除和阻礙競爭的目的，同時也可能使被搭售產品的市場結構趨於集中，而有助於默示勾結或其他反競爭行為的發生，甚或作為維持或強化既有獨占地位的手段。

公平交易法本文中並未具體挑明搭售行為是否違法，有關非價格垂直交易限制

<sup>85</sup> 著，權力分立與基本權保障，351-353。

<sup>86</sup> 法治斌、董保城（2001），中華民國憲法，修訂三版，183-184。Peter Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11 Aufl., Berlin 1999, Rn. 40ff. Hans-Wolfgang Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 4 Aufl., Heidelberg 1992, Rn. 70ff.

<sup>87</sup> 廖義男（1995），「憲法與競爭秩序之維護」，收於氏著，公平交易法之理論與立法，2-4。

<sup>88</sup> 行政院公平交易委員會編（2000），認識公平交易法，增訂七版，168。Stephen F. Ross (1993), *Principles of Antitrust Law*, 273.

<sup>89</sup> 黃銘傑（2001），「公平交易法第十九條之規範原理與架構」，月旦法學雜誌，第六十九期，74-75。

<sup>90</sup> Burkert, a.a.O., S.141ff.; Monopolkommission, a.a.O., Rn. 1320.

的規範，主要為公平交易法第十九條，其中又以第六款「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為」涵蓋層面最廣。而依公平交易法施行細則第二十五條第一項規定對於該款的補充，搭售、獨家交易、地域、顧客或使用限制及其他限制事業活動之行為均屬第十九條第六款的打擊範圍<sup>90</sup>。故該款乃是現今規範搭售行為的具體依據，並廣被目前實務使用<sup>91</sup>。

搭售為商場上常見之交易方式，廠商之所以採行搭售，固有其行銷上的正當考量，如協助市場的參進、成本節省或效用的確保，但搭售行為有時也會對市場競爭造成不良影響，故現行實務對於違法搭售的分析，乃是依「合理原則」採取二階段分析法，在構成要件階段首應判斷涉及至少二種可分的產品（服務）及明示或默示的搭售約定。在違法性階段，則是檢驗事業之市場力、市場競爭的影響程度及搭售之正當理由<sup>92</sup>。

## 二、事業對事業

第十九條第六款的內容為「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為」，其既以「事業活動」作為構成要件，則為搭售之交易對象應為事業，亦即指公司、獨資或合夥之工商行號、同業公會、其他提供商品或服務從事交易之人或團體（第二條），至於事業間是否具備競爭關係，在所不問。但非從事營業活動之最終消費者則不被包括在內，因此，對於消費者所為之搭售限制，即無從依本款予以規範，只能轉而援引第二十四條作為規範依據，例如指定貸款銀行或指定保險公司。不過，倘若從事搭售之事業為公平交易法上的獨占事業，則可依公平交易法第十條規定處理對於事業或消費者的搭售安排。

<sup>90</sup> 學者廖義男教授認為這種安排在體系上未見妥適，蓋本款規定多屬契約行為，與同條前五款規定多屬事實行為，法律性質不同，不宜並列於同一條文，且第六款之用詞含義籠統，實有必要就使用限制、獨家交易、販賣限制及搭售等約定，以專條做更具體之規範，俾事業有所遵循。參閱廖義男（1995），「對行政院函送立法院審議之公平交易法草案之修正建議」，收於氏著，公平交易法之理論與立法，250-251。

<sup>91</sup> 關於搭售行為規範依據之爭議，可參閱揭著，前揭論文，226以下。

<sup>92</sup> 公研釋 0045 號，行政院公平交易委員會公報，第一卷第十一期，40。

### 三、搭售之要件

搭售係指事業要求其交易相對人，就兩項以上獨立可分之商品或服務一併交易的行為。故其前提當有兩種可分的產品存在和不分別銷售的安排。

### (一) 兩種可分的產品

兩種可分產品的存在為搭售成立的前提，如何判斷產品是否可分，依目前公平交易委員會實務（公研釋 045 號），則須考慮以下因素<sup>93</sup>：

- (1) 同類產業之交易慣例。
  - (2) 該二產品（或服務）分離是否仍有效用價值。
  - (3) 該二產品（或服務）合併包裝、販賣是否能節省成本。
  - (4) 出賣人是否對該二產品（或服務）分別指定價錢。
  - (5) 出賣人是否曾分別販賣該二產品（或服務）。

### 1. 需求特徵理論為主

在搭售問題的處理上，個別產品的區分不僅是事實認定問題，同時也是一個法律規範的評價問題，蓋從競爭法的角度來看，規範搭售行為所要解決的主要乃是被搭售產品市場競爭的影響，因此，倘若被搭售產品為附屬於主要產品的一部分，即無個別產品存在，也無市場力量延伸問題，故產品區分問題，應立足於競爭法的規範目的上俯瞰。一項物品之所以成為交易客體，乃是因為被需要，倘若市場上對該物品並無足夠需求存在，則交易無由發生，或者無足輕重，因此，從規範目的著眼，若被搭售客體對於交易相對人的階層而言，存在充分的市場需求，足使事業得分別且有效率地提供，即可認定為另一產品，就有競爭自由維護的必要，例如汽車雖是由車體、輪胎等物件組成，但消費者在買車的時候，對於車體、輪胎或其他零件並無獨立的需求，故汽車本身可視為單一產品；但在汽車維修的時候，零件與服

<sup>93</sup> 例如在階梯公司不處分案中，公平會即認為教學課本係供學生上課用，而錄影帶則供學生回家複習，二產品各具有不同效用，且階梯公司亦分別對其訂有價格，且亦有部分學童僅購教學課本，未購錄影帶，故教學課本與錄影帶應屬兩種可分之產品。載於行政院公平交易委員會公報，第二卷第十二期，35。

務雖具有密切關連性，車主對於服務與零件則有個別的需求，且也有其他替代品存在，故二者應屬個別產品。至於產品間的功能互補性，則可留待搭售違法性階段判斷，個別產品的認定本身仍然是一個中性概念，不含任何非價判斷，故在規制搭售的出發點上，運用美國法上的「需求特徵理論」可把所有可能的狀況納入<sup>94</sup>，而產品銷售之效率增進或成本減少，則可納入促進競爭效益的衡量中<sup>95,96</sup>。前開公平交易委員會的解釋，雖也考慮事業的供給面因素，如分別訂價或分別販賣，然供給實際上是需求的反射，即市場上存在充分的需求，使得廠商有利可圖，才有可能將產品分別訂價或販賣以迎合消費者需求，故其背後隱含的想法仍為需求特徵理論。

## 2. 交易習慣和交易性質為輔

被搭售產品的市場需求程度有時並不容易測知，則可仰賴交易習慣，例如左右腳的鞋子通常都是一起銷售，或西裝與鈕扣通常是一起搭配出賣的，或西裝上衣與褲子的整套出售，均不成立搭售。又如錄影帶之單支買賣已形成錄影帶出租業共同認知之交易方式，全國數千家下游出租店業者並據以經營多年，形成錄影帶出租業一定之交易秩序<sup>97</sup>。

<sup>94</sup> 歐盟之垂直交易限制準則（Guidelines on Vertical Restraints）中，對於搭售規範中的產品區分，亦以買方需求（demand of buyer）為標準。See Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal of the European Communities, C291/42 ¶216 (13/10/2000).

<sup>95</sup> 國內學者陳志民教授則認為，產品的功能關係（如合併包裝或販賣是否能節省成本）宜納入個別產品的判斷中，即將廠商使用搭售之正當理由列入構成要件的考量，過度強調需求特徵理論，很可能迫使業者放棄較具效率之行銷與生產方法，此外，在訴訟上亦涉及當事人舉證責任輕重的問題。（參閱陳志民（1999），「論美國反托拉斯法對搭售安排『個別產品』要件之認定標準」，收於行政院公平交易委員會，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，505-511）。不過，本文則認為產品被認定為個別產品，並不代表即構成違法搭售，合併生產或販賣的效率觀點，仍可在搭售的違法性判斷中被納入正面考慮，因此，不致於阻礙廠商的行銷方法。至於舉證責任的問題，現行實務仍是以公平交易委員會作為主要執法機關，除了檢舉人的告發外，公平交易委員會亦可主動依職權調查處理（第二十六條），其證據的調查應依職權為之，對當事人有利及不利事項應一律注意（行政程序法第三十六條），故在行政責任的追究上，公平交易委員會負有較高的舉證責任，廠商不致於遭受不利的違法推定。在民事訴訟程序上，被告固需提出搭售之正當商業理由（如效率）的證據來影響法院的心證，然而關於成本節省的相關證據均在被告掌握之中，證明難度不高，故被告在舉證責任上並未遭受重大的不利益。因此，依據需求特徵理論，並不會加重被告的舉證責任。

<sup>96</sup> 美國法對於搭售之處理，迄今仍然籠罩在「當然違法」的疑雲下，因此，倘若被認作是搭售，則其合理化的空間便小，故有必要借助產品概念的擴張，將某些具有功能整合關係的產品認定為單一產品，以免有益的搭售被評價為非法。但在我國法下，則是以「合理原則」分析搭售行為，故此疑慮當不存在。

<sup>97</sup> 86 公訴決定第 044 號訴願決定書，行政院公平交易委員會公報，第五卷第四期，154，(1996)

再者，交易性質亦可作為輔助判斷的工具，若被搭售客體在外觀、性質、結構、成分上為主要給付的附屬物或重要成分時，而為主要給付完整性所必需者，即非獨立的物權客體<sup>98</sup>，無單獨的交易價值，從而便不足以構成充分的市場需求。例如在內容和情節上具有連貫性之一部小說的數冊、或是按字母或筆劃排序之百科全書，或是一部影片的上下集，其外觀雖具可分性，但彼此間的關連程度很高，互為不可或缺的部分，故在法律上應視為一物，而無搭售問題<sup>99</sup>。雖然民法第六十八條就具有主從關係之數物設有規定，將從物之處分從屬於主物之處分，同屬一個交易契約的客體，而無搭售問題<sup>100</sup>。不過，該條規定的立法目的乃在兼顧物之經濟上利用價值的維護和物之所有權的保護<sup>101</sup>，並不考慮市場競爭的觀點，而且該項規定並非強行規定，而是當事人得排除其適用的任意規定<sup>102</sup>，其適用範圍又僅局限於物而不包含勞務，對於公平交易法處理搭售問題的助益不大。

綜上所述，產品區分的問題，從公平交易法維護競爭自由與公平的角度，其標準應在於「需求特徵理論」，即產品對於交易相對人的階層而言，有無充分的市場需求足使事業得分別且有效率地提供，市場上其他競爭產品的存在、或分屬不同市場、或競爭的市場行為（competitive market practices）<sup>103</sup> 則可作為一簡明的指標，而交易習慣與交易性質則可作為判斷的輔助工具。至於產品合併包裝或販賣能否節省成本，則非產品界定的問題，應屬判斷搭售是否具備正當商業理由的考慮事項，此外，事業的意圖或是否僅排除少量競爭亦與產品的界定無關<sup>104</sup>。

### 3. 外國法比較

#### (1) 美國法

年4月)。

<sup>98</sup> 周德旺（1992），透視公平交易法，135。王泰銓（2000），歐洲事業法(二)—歐洲競爭規範，232。戴豪君（1997），「從瀏覽器軟體戰爭，談『搭售』與『掠奪性定價』」，智慧財產權管理季刊，第十四期，33。

<sup>99</sup> 黃茂榮（1993），公平交易法理論與實務，339-340。

<sup>100</sup> 黃茂榮，同上註，333-334。

<sup>101</sup> 蓋依德國民法第九十七條，從物與主物無須同屬一人，我國民法明定須同屬於一人，旨在保護物之所有權。

<sup>102</sup> 參閱王澤鑑（1994），民法總則，第十三版，175。

<sup>103</sup> 例如 Areeda 認為在競爭市場上，非搭售型態的銷售比例低於 10% 時，可認作是單一產品。

*See Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp & Einer Elhauge (1996), Antitrust Law X, ¶1744d.*

<sup>104</sup> *Id.*, at ¶1741b.

關於個別產品的討論，雖然在下級法院間頗為熱烈<sup>105</sup>，但在 Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde (1984)<sup>106</sup>一案以前，美國聯邦最高法院對於個別產品的討論並未建立明確的標準，不過，仍然可以從中得出若干判斷因素，如產品外觀及使用差異<sup>107</sup>、產品可替代性<sup>108</sup>、產品功能關係和產品需求特徵<sup>109</sup>，其中以後二者較廣為被討論。

#### A. 產品功能關係

以產品的功能關係 (functional relationship) 來判斷個別產品，通常涉及效率或品質控制等因素，例如在 Times-Picayune Publishing Co. v. United States (1953) 一案中，法院即指出要求顧客同時購買日報與晚報的廣告版面，可節省重新排版、尋找客戶及重新收費的成本<sup>110</sup>。而在 United States v. Jerrold Electronics (1961) 一案中<sup>111</sup>，法院認為社區有線電視 (CATV) 安裝服務中相關零件設備的採購，對於新興產業的品質控制和商譽保護極為重要，法院認為是否為單一產品或搭售組合的判斷，應視有無合法理由將個別部分以組合形式銷售。在此原則下，法院討論了四個問題：(1)其他廠商是否分別銷售各個必需的組件。(2)對於顧客而言，被合併出售之零件設備是否都一樣。(3)廠商收費方式如何，是對整組系統索取單一價格，還是對各個零件設備分別索價。(4)廠商是否要求所有必要的零件設備，皆須向其採購。經由對於以上因素的檢驗，最後，依相關證據的顯示，法院認為實難以將該社區有線電視系統歸類為單一產品<sup>112</sup>。但對於新進入市場的廠商而言，有必要利用搭售來維護其產品品質，故系爭搭售並未違法<sup>113</sup>。

<sup>105</sup> Lynn H. Pasahow (1985), "Tying and the Single-Product Issue", *Antitrust Law Journal*, 54: 1220-1221; Anderson Foreign Motors v. New England Toyota Distributors, 475 F. Supp. 973, 982 (D. Mass. 1979).

<sup>106</sup> 466 U.S. 2 (1984).

<sup>107</sup> IBM v. United States, 298 U.S. 131 (1936); International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947).

<sup>108</sup> Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594, 613-14 (1953); United States v. Loew's Inc., 371 U.S. 38, 47-48 (1962).

<sup>109</sup> 陳志民，前揭註 95，496。

<sup>110</sup> 345 U.S. 594, 613 (1953).

<sup>111</sup> 187 F. Supp. 545 (E.D.Pa.), *aff'd per curiam*, 365 U.S. 567 (1961).

<sup>112</sup> *Id.*, at 559.

<sup>113</sup> *Id.*, at 560.

### B. 產品需求特徵

產品需求特徵（character of the demand）乃是在 Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde (1984)<sup>114</sup> 一案中所確立，而為現行美國法院對於個別產品的判斷基準<sup>115</sup>。Jefferson Parish 認為手術服務與麻醉服務為具有功能整合關係的組合，並非個別產品<sup>116</sup>。但多數大法官則認為產品的認定，其標準不在於彼此之功能關係，而應從二產品的需求特徵來檢驗，而所謂的需求特徵，乃指市場上是否存有充分的需求（sufficient demand），足使廠商得分別且有效率地提供被搭售產品<sup>117</sup>。而依相關證據顯示，手術服務與麻醉服務在實務上，通常是分開計價及收費，麻醉醫師通常也是由執行手術之醫師指定，而且消費者將醫院的選擇與麻醉師的選擇二者分離，在實務上更是常見。因此，手術服務與麻醉服務構成個別產品<sup>118</sup>。

同樣地，在 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Inc. (1992) 一案中<sup>119</sup>，依據需求特徵理論，法院認為影印機的零件與維修服務是個別產品，蓋這兩者在過去一直都是分別銷售的，而 Kodak 也將零件售予自行維修的消費者，顯見二者各存有充分的需求。Kodak 雖然抗辯維修服務之存在乃零件購買的前提，故二者實為一體、密不可分的。但法院則認為至少有部分的消費者，將只會單獨購買維修服務，因為其不需要零件，而部分選擇自行維修的消費者，亦只需要零件而已，因此，二者並非密不可分<sup>120</sup>。

需求特徵理論雖已成為美國實務判斷個別產品的基本原則，不過，O'Connor 大法官則認為個別產品的認定，不能僅靠被搭售產品是否存有個別及充分的需求來判斷，同時也應納入效率觀點的考量，即若搭售之「經濟優越性」（economic advantage）相當明顯時，縱使市場上存有個別不同的需求，這二個產品也不應被認作是個別產品<sup>121</sup>。是故，將手術服務與麻醉服務看作是個別產品，實在欠缺經濟理

<sup>114</sup> 466 U.S. 2 (1984).

<sup>115</sup> 1995 年全國檢察總長協會垂直交易限制指導原則亦採取「產品需求特質」作為區分標準，亦即如果二個產品可以個別提供且對每一種產品均有不同之需求存在時，便已足夠。而個別的需求可從實際的個別銷售或要求個別銷售得知。

<sup>116</sup> *Id.*, at 19.

<sup>117</sup> *Id.*, at 21-22.

<sup>118</sup> *Id.*, at 22.

<sup>119</sup> 504 U.S. 451 (1992).

<sup>120</sup> *Id.*, at 463.

<sup>121</sup> Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 40 (1984).

由，蓋病人只有在需要手術時才會有麻醉服務的需求，而且手術服務與麻醉服務的搭售，可確保醫院二十四小時提供麻醉服務，協助醫院將手術過程標準化及有效率地使用設備和手術時間的安排，因此，從功能面來看，手術服務與麻醉服務不應被認定為個別產品<sup>122</sup>。

然而，將效率觀點加入產品定義的檢驗中，將使法院在個別產品決定的構成要件階段與搭售違法性判斷階段必須進行重複分析，因此，產品定義問題與容許搭售之經濟理由，應該予以區別<sup>123</sup>。

### C. 微軟案的觀察

在微軟案中，產品區分的議題再度浮上檯面，微軟宣稱視窗系統（Windows 95/98）和 IE 是整合的單一產品，銷售該合而為一的產品於法並無不當之處。蓋在 1995 年司法部與微軟所達成之「同意判決」（consent decree）中<sup>124</sup>，第四條 E 項 i 款雖禁止微軟在授權契約中以明示或默示方式，要求 OEM 廠商若要取得授權，即必須接受其他軟體，或者要求 OEM 廠商不得授權、購買、使用或散布任何非屬微軟之產品。但允許微軟發展整合性產品（integrated products）<sup>125</sup>。司法部認為微軟要求 OEM 廠商在新電腦上裝設 Windows 95 時，必須同時安裝 IE 3.0 或 IE 4.0 的行為，違反上該同意判決<sup>126</sup>。微軟則認為，所謂的「整合性的產品」，其定義範圍應僅限於將兩個以上不同的產品單純地結合在一起，所以，作為軟體研發者的微軟，

<sup>122</sup> *Id.*, at 43-44.

<sup>123</sup> David K. Lam (1999), "Revisiting the Separate Product Issue", *The Yale Law Journal*, 108: 1447-48; Kurt A. Strasser (1985), "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", *Emory Law Journal*, 34: 259.

<sup>124</sup> 「同意判決」係經由當事人同意所得到的判決，被告以協議停止涉嫌之非法行為，但不承認其有罪，被告同意停止被政府指為非法之行為，經法院同意判決提案，政府即撤回對被告的控訴。此經由雙方同意之判決，本質上屬於當事人間的協議，而經由法院裁決，其效力只拘束同意之雙方當事人，並不拘束法院。如果不遵照履行，將會被處以藐視法庭罪。克萊登法第五條對此有詳細的規範，此制度為美國反托拉斯法上重要的非正式執行程序，可節省正式訴訟程序的耗費，以增加執行的效率。參閱蘇永欽（1994），「『非正式程序』與『補充性規則』」，收於氏著，經濟法的挑戰，91；杜璋（1990），美國反托拉斯執行問題之研究，政大法研所碩士論文，2-11 以下。

<sup>125</sup> Section IV(E)(i): "Microsoft shall not enter into any License Agreement in which the terms of that agreement are expressly or impliedly conditioned upon: (i) the licensing of any other Covered Product, Operating System Software Product or other product (provided, however, that this provision in and of itself shall not be construed to prohibit Microsoft from developing integrated products)"

<sup>126</sup> 參閱張向昕（1998），「美國司法部與微軟公司之論戰」，公平交易季刊，第六卷第一期，172 以下。劉靜怡（1999），「初探網路產業的市場規範及其未來：以 United States v. Microsoft 案的發展為主軸」，台大法學論叢，第二十八卷第四期，6 以下。

保有決定是否將某些新的軟體特色或功能加進 Windows 作業系統的裁量權。

1997 年底，地院法官 Jackson 作成初步判決，認為 Windows 95 與 IE 並非整合性產品，因為對於這兩者分別存在足夠的消費者需求<sup>127</sup>，同時作成初步禁制令（preliminary injunction），禁止微軟強迫廠商接受瀏覽器軟體<sup>128</sup>。一九九八年六月，華盛頓特區巡迴法院針對此案的上訴作出判決，從產品整合的利益出發，認為 Windows 95 與 IE 是單一、整合的軟體，而非兩個單獨的產品。而所謂的「整合性產品」，乃指：該產品的整合利益，無法透過購買人分開購買、自行結合的方式來達成者<sup>129</sup>。巡迴法院認為經微軟整合的 Windows 95 和 IE，和消費者自行結合的結果有所不同，除非經過繁複的程式修改過程，否則消費者無從如微軟一般將兩者整合，而且此一整合性產品可讓使用者更充分地使用作業系統的應用程式，可以幫助使用者透過 IE 更明確地掌握硬碟內容，也讓使用者可修改開始（Start）功能等使用者透過 IE 更明確地掌握硬碟內容，也讓使用者可修改開始（Start）功能等<sup>130</sup>。雖然，Wald 法官於不同意見中嘗試折衷功能關係與需求關係，提出若這兩個產品在市場上有不同的需求，則被告必須證明消費者可以從該整合產品獲得極大利益，以正當化產品整合行為，而且不同市場的證據越明顯時，整合效益所需的證明便越多<sup>131</sup>。不過，這種整合利益的考慮，與聯邦最高法院所確立的買方需求原則並不符合<sup>132</sup>。正當此案還在糾纏的時候，司法部與十九個州則向微軟提出了另一個訴訟。

在 U.S. v. Microsoft Corp. (2000) 地院判決中<sup>133</sup>，Jackson 法官重申產品定義問

<sup>127</sup> 依司法部所提資料，於 1998 年時，約 34% 的資訊科技經理人想要將瀏覽器與 Windows 分離，只有 28% 想要兩者合而為一。

<sup>128</sup> United States v. Microsoft Corp., 980 F.Supp. 537, 544 (D. DC. 1997), *rev'd*, 147 F.3d 935 (DC. Cir. 1998).

<sup>129</sup> United States v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935, 948 (D.C. Cir. 1998). “combines functionalities in a way that offers advantages unavailable if the functionalities are bought separately and combined by the purchaser”

<sup>130</sup> *Id.*, at 951-52.

<sup>131</sup> *Id.*, at 958-59 (Wald, J., concurring in part and dissenting in part); 同樣採取效率觀點者，See Dean Weddall (1987), “The Single Product Issue and the Computer Industry”, *Computer / Law Journal*, 8: 109.

<sup>132</sup> Norman W. Hawker (1998), “Consistently Wrong: The Single Product Issue and the Tying Claims Against Microsoft”, *California Western Law Review*, 35: 39. 有法院認為產品的改善也許是消費者需求改變的原因或結果，但重要的判斷基礎還是在於消費者需求，產品改善的動機並不當然即可從非法搭售中豁免。See Multistate Legal Studies, Inc. v. Harcourt Brace Jovanovich Legal & Professional Publications, Inc., 63 F.3d 1540, 1556 n4. & 1557 n9. (10<sup>th</sup> Cir. 1995), *cert. denied*, 516 U.S. 1044 (1996).

<sup>133</sup> U.S. v. Microsoft Corp., Civil Action No. 98-1232 and 98-1233 (2000). available at

題的解決，必須依靠在商業真實（commercial reality）的證據上，因此，決定產品區分的標準應仰賴消費者對於產品的認知，而非抽象或數理的產品假設，儘管提供不同功能的軟體碼（software code）可以透過無限的組合方式混合在一起，並且在整體上以檔案（files）或編碼（code）等無法分離的形式呈現，但是，依據商業真實，消費者視作業系統與瀏覽器為個別產品，並有個別的需求，故應屬不同產品，而且微軟將探險家嵌入視窗軟體的作法無法真正被解釋為有利於消費者，或改善軟體的效率。

不過，在上訴法院的判決中，法院認為搭售並非全然是壞的，而消費者需求的檢驗是一項粗糙的管道，無法過濾出增加福祉的搭售，於是將效率觀點納入分析，認為個別需求與淨效率（net efficiencies）成反比關係（inversely proportional），只有當足夠消費者選擇的利益超過搭售所帶來的效率時，才有必要觀察消費者的單獨購買。倘若法院並無個別需求的直接證據或業界均在實施相同行為（間接的產業習慣證據），則應視為單一產品。而在本案事實中關於產業習慣的調查，其他作業系統雖有將瀏覽器分離或允許不安裝或移除，但微軟主張其他作業系統並未像微軟一樣投注大量資源將二者整合，故以消費者需求為檢驗標準將會阻礙創新。法院認為消費者需求測試不能找出有效率的搭售，而當然違法的其他要件對於有益整合的保護又不確定時，此項標準可能使消費者不利，雖然本案中微軟的整合並非增加福祉從而無法免除搭售之責，然而微軟對於當然違法中，個別產品的檢驗也許無法給予新的整合產品一個公平待遇（fair shake）的警告（warning），亦值得注意<sup>134</sup>。

## (2) 德國法

依據營業競爭限制防止法（GWB）第十六條第一項第四款規定，搭售限制係指企業負有義務接受在交易性質上或交易習慣上與契約標的物無關之商品或營業上給付。因此，是否構成搭售，除了兩種不同的給付具備依存的條件限制外，還必須是

<http://www.dcd.uscourts.gov/ms-conclusions.html> (10/4/2001).

<sup>134</sup> U.S. v. Microsoft Corp., United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 00-5212 & No. 00-5213 (28/6/2001), Section IV. A. available at <http://pacer.cadc.uscourts.gov/common/opinions/200106/00-5212a.txt> (9/7/2001). 本案之上訴法院認為過去的搭售案例並未涉及這種作業系統和瀏覽器的整合，故法院在這方面的經驗累積尚未足以支持當然違法的適用，若逕以應用當然違法原則，恐將阻礙創新。故本案應發回（remand），改依「合理原則」分析，原告必須證明被告之行為不合理地限制競爭，且該行為所產生之效益，不足以彌補其反競爭的影響。

在交易性質上（sachlich）或交易習慣上（handelüblich）不相隸屬的不同給付，此必須在個案中依交易觀點（Verkehranschauung）個別判斷<sup>135</sup>，至於當事人之意圖、利益和看法，則無關緊要，也不必進行利益衡量<sup>136</sup>。

#### A. 交易性質的判斷

附隨給付是否為主要給付於交易性質上的附屬（Zugehörigkeit），應視其本質（Natur）、特性（Beschaffenheit）與功能（Funktion）而定。若附隨給付並非獨立的（unselbständig），而且主要給付缺少它即失其完整性（unvollständig）時，就可構成交易性質上的附屬物，至於被搭售產品與搭售產品間是否具備工作技術上的聯繫（arbeitstechnischer Zusammenhang）、或使用相關（如電子計算機和打孔卡）、或互補關係（如煤和木材、香水和肥皂）、或在性質上或習慣上被歸為同一市場，均非重要決定因子<sup>137</sup>。

#### B. 交易習慣的判斷

至於交易習慣的判斷，則依行業種類而有不同，其判斷應根據「合理商人習慣範圍內之參與者的一般看法」（allgemeiner Auffassung der Beteiligten im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Gepflogenheiten）<sup>138</sup>。至於相關商品或服務是否通常被共同出售，則非判斷重點。例如在德國的餐廳營業上，貸款與啤酒採購的搭售行之有年，而影片出租的搭售，也是由來已久，因此，應被納入判斷交易習慣的考量因素<sup>139</sup>。

#### C. 兩者關係

雖然條文字義上表示，只要交易性質上或交易習慣上的附屬物，兩者具備其一即不構成搭售，無須兩者兼具，但是，卡特爾官署在實務上卻採取較為嚴格的看法，認為必須兩者兼備，始能豁免，以確保法律最大範圍的適用<sup>140</sup>。

<sup>135</sup> Udo Jasen, Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S. 105; Volker Emmerich, Kartellrecht, 8 Aufl., München 1999, S. 140; Ulrich Gassner, Grundzüge des Kartellrechts, München 1999, S. 83..

<sup>136</sup> Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 2 Aufl., München 1992, § 18, Rn. 145.

<sup>137</sup> Jasen, a.a.O., S. 106; Emmerich, a.a.O., § 18, Rn. 144.

<sup>138</sup> Jasen, a.a.O., S. 105; Emmerich, a.a.O., § 18, Rn. 143; Wernhard Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983, Tz. 423.

<sup>139</sup> Jasen, a.a.O., S. 105f.

<sup>140</sup> BKartA WuW/E 1199, 1205f. (Kraftfahrzeugpflegemittel)

## (二)搭售協議

### 1. 協議形式不拘

搭售的不法性在於藉由剝奪購買人的選擇自由來排除競爭，因此，搭售的安排須具有強迫性，而使購買人的交易自主性受到不當的壓抑，若顧客不同時購買被搭售產品，即無法取得搭售產品。若出賣人並未拒絕分別購買其中之一的要求，或購買者仍保有相當的選擇機會，即無搭售問題。

#### (1) 強迫搭售

強迫顧客違反意願地購入被搭售產品，其背後的支柱在於事業擁有足夠的市場力，蓋若非如此，顧客可轉而尋求其他替代的搭售產品，事業的此項搭售終將被市場機制消弭於無形，故在強迫搭售的探討上很難與市場力的討論脫勾。

搭售協議可透過明示或默示的約定，其形式不拘，凡實際上會發生強制交易效果者均屬之。例如明示加盟業者購買教學課本須一併購買錄影帶，而無單購之選擇自由<sup>141</sup>。在定型化加盟契約中限制影片單支購買的交易機會<sup>142</sup>。或以套裝組合方式提供，或要求最低購買量，而相關契約書及片單上，均無單支影片之銷售條款或價格<sup>143</sup>。

有無默示情形，則須檢視當事人間的狀態、蹉商過程等因素<sup>144</sup>，視購買人的交易自主和自由有無受到不當的擠壓而定，如拒絕售後服務或保固。常見情形為價格優惠的產品組合，即事業雖亦提供個別單獨交易的機會，但其交易條件顯不合理，或者合併購買的價格誘惑極大，例如大幅提高單價再對產品組合提供巨幅折扣，導致無單獨交易個案發生，則此種單購機會僅是一假象（illusion），顧客雖享有形式的選購自由，但其意思決定仍然受到外力的不當壓抑，導致實質選購自由的喪失，故其效果應與強迫搭售等同視之<sup>145</sup>。例如：出賣人雖然提供單獨交易的機會，但單

<sup>141</sup> 階梯公司不處分案，載於行政院公平交易委員會公報，第二卷第十二期，35。

<sup>142</sup> 85 公處字第 133 號，行政院公平交易委員會公報，第五卷第九期，1-4。

<sup>143</sup> 89 公處字第 078 號，行政院公平交易委員會公報，第九卷第六期，97。81 公處字第 021 號。

<sup>144</sup> Bauer, *supra* note 51, at 309-311; Ungar v. Dukin' Donuts of America, Inc., 68 F.R.D 65 (E.D.Pa. 1975), *rev'd*, 531 F.2d 1211, 1216 (3<sup>rd</sup> Cir.), *cert. denied*, 429 U.S. 823 (1976); Heattransfer Corp. v. Volkswagenwerk, A.G., 553 F.2d 964, 977 (5<sup>th</sup> Cir. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1087 (1978).

<sup>145</sup> Gerhard Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, München 1999, § 23 Rn. 48; BKartA WuW/E

支購買的條件顯不合理時，亦不妨礙搭售的成立。又要求相對人須先支付權利金，始能取得單支授權<sup>146</sup>；或於熱門片或超級門發行滿六或十二個月後始可單支購買<sup>147</sup>、或等待直銷版 VCD 的發行<sup>148</sup>；或者選片自由僅在出租業者因營運不善中途解約時才可單支計價退款<sup>149</sup>；或者出賣人大幅提高單品的訂價，而以套裝組合的優惠價格迫使相對人不得不接受整批交易<sup>150</sup>。

## (2) 促銷搭售

另一種優惠價格的產品組合則為促銷搭售（promotional tie），即事業除以正常價格銷售主要產品外，對於搭售組合則另以較低的總價提供，通常這類的銷售方式為成本節省的反映，或屬價格競爭的一種，不會產生市場閉鎖的不良影響，而且顧客的選擇自由亦未實質地被剝奪，甚至可能弱化寡占者間的合作，因此，應受競爭法的鼓勵，而與排除競爭之搭售有別<sup>151</sup>。但這類的包裹折扣（package discount）仍有可能構成實質搭售，例如因單價與總價間的落差極大，導致無單獨出售之例而實質地構成搭售<sup>152</sup>。

<sup>146</sup> 84 公處字第 149 號，行政院公平交易委員會公報，第四卷第十一期，21-24。

<sup>147</sup> 85 公處字第 054 號，行政院公平交易委員會公報，第五卷第四期，49-50。一般業者出租三個月內新片之收入為主要營業收入來源，因此，出租業者待聯營系統發行滿六或十二個月後才提供單支買賣，已無市場效益。

<sup>148</sup> 89 公處字第 078 號，行政院公平交易委員會公報，第九卷第六期，103。VCD 等影音產品有出租版及直銷版之分，直銷版在某些國家只能供個人家用，出租版才可供營業用，故直銷版的價格較低。但依我國法，直銷版亦可合法出租營業（參照著作權法第六十條規定之「第一次銷售原則」或「權利耗盡原則」），故發行業者一般都會將直銷版發行時間延後，以區隔二版本之市場並確保出租版的營收。而直銷版之發行與否操之在發行業者之手，出租業者難以事先確知特定影片是否會發行直銷版，仍可能屈服於顧客需求及市場競爭之壓力而被迫購買出租版。

<sup>149</sup> 82 公處字第 044 號，行政院公平交易委員會公報，第二卷第七期，5-6。

<sup>150</sup> 86 公處字第 168 號。89 公處字第 079 號，行政院公平交易委員會公報，第九卷第六期，108-109。89 公處字第 108 號，行政院公平交易委員會公報，第九卷第七期，201-202。例如五個付費頻道單購為 45 元，但依銷售資料，全部頻道之實際銷售總價約為 45 元，與單一頻道購買價格相同，則一理性之交易相對人自不可能依自身需要選擇購買頻道，是此種訂價方式顯有限制系統業者選擇購買頻道之事業活動。

<sup>151</sup> Lawrence Anthony Sullivan (1977), *Handbook of the Law of Antitrust*, 456; Roger D. Blair & Jeffrey Finci (1983), "The Individual Coercion Doctrine and Tying Arrangements: An Economic Analysis", *Florida State University Law Review*, 10: 552.

<sup>152</sup> 套裝價格是否構成實質之強制搭售，其檢驗方式詳見公平會「有線廣播電視頻道節目供應業者聯賣頻道節目案件審理原則」。Areeda 建議若個別購買數量與包裹購買數量相比，比例低於

至於這類的價格優惠或折扣是否會構成不公平競爭行為，則視其是否達到「利誘」或「低價傾銷」程度而定。若此等優惠是刻意提高售價再打折的假象折扣，也有可能該當「欺罔」行為。

## 2. 不以同一出賣人為必要

搭售產品與被搭售產品是否須屬同一出賣人，始構成搭售，實務認為不必以兩產品屬同一出賣人為必要<sup>153</sup>。從規範搭售的立法目的來看，禁止搭售旨在確保被搭售產品市場的競爭機制、防免進入市場障礙和維護買受人的選擇自由，出賣人的角色為何，當非注意焦點，對於買受人所施加之交易限制並不會因此而有不同，也不會因此就減輕對競爭的衝擊，因此，出賣人是否同一，應不會影響到搭售的判斷<sup>154</sup>。在法律責任上，與買受人直接交易之出賣人因為公平交易法上應受處罰的行為人，至於另一出賣人的責任，或可借助參與犯的概念予以解決<sup>155</sup>，在民事上亦可透過共同侵權行為處理<sup>156</sup>。

## 3. 不以直接限制為限

此外，搭售限制是否應限於「直接」？公平交易委員會將「間接」限制也納入，認為第十九條第六款規定雖未明文揭示「間接」限制亦屬之，惟業界習見之行銷通路，多屬多階層式行銷通路之設計，其間或同時隱含著「直接」及「間接」之

10%者，應推定為搭售。See *supra* note 6, ¶1758b.

<sup>153</sup> 89 公處字第 038 號，行政院公平交易委員會公報，第九卷第五期，148 以下。不過，依劉宗榮副主任委員和羅昌發委員所提之協同意見書則認為：依搭售定義，實施「搭售」而應被認定違法者，應為該產品（或服務）的「出賣人」。若行為人並非出賣人，則其對出售人的銷售行為縱有要求或限制，仍應非「搭售」的類型。而被處分人既未在銷售機車時要求買受人（區域經銷商、專賣店、一般機車行等）也必須一併購買特定的保險，而是要求買受人（區域經銷商、專賣店、一般機車行等）在轉售時，必須轉而要求消費者購買一定的強制機車保險，所以就被處分人而言，並無「搭售」任何產品或服務可言。故本案應屬「其他限制事業活動之情形」，而構成公平交易法第十九條第六款之違反。

<sup>154</sup> Aeeda *et al.*, *supra* note 6, ¶1753g.

<sup>155</sup> 參閱行政秩序罰法草案第十三條。洪家殷（2000），「行政秩序罰上之參與者（共犯）」，收於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究（下）》，714 以下。李惠宗（2000），行政法要義，503-504。

<sup>156</sup> 美國法院通常也不會對不同出賣人之搭售作特殊考量，基本上還是可以依休曼法第一條或聯邦交易委員會法第五條來規範。See Bauer, *supra* note 19, at 315-316; FTC v. Texaco, Inc., 393 U.S. 223 (1968); Atlantic Refining Co. v. FTC, 381 U.S. 357 (1965); Ohio-Sealy Mattress Mfg. Co. v. Sealy, Inc., 585 F.2d 821, 834-835 (7<sup>th</sup> Cir. 1978), cert. denied, 440 U.S. 930 (1979); Imperial Point Condominiums, Inc. v. Mangurian, 549 F.2d 1029, 1043 (5<sup>th</sup> Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 859 (1977).

商業行為。因此，倘一事業透過產銷過程中之上、中、下游交易關係，而與次一階層事業分別為「間接」（如上游事業對下游事業）及「直接」（如中游事業對下游事業）限制再次一階層事業之下游交易相對人事業活動之行為，亦將合致公平交易法條所稱之限制構成要件，蓋因「間接」及「直接」限制行為所生「限制或妨礙公平競爭之虞」之限制競爭效果並無不同<sup>157</sup>。

### 三、搭售之違法判斷

現行實務對於搭售限制的分析乃採「合理原則」，考量事業的市場力量及對被搭售產品市場競爭的影響程度，以決定適法與否。惟搭售是否違法，除須滿足「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之實質要件外，依第十九條第六款規定，尚以「不正當」作為形式要件之一，此似乎與「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」有所區別，惟「不正當」的判斷，則是綜合考量當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等（施行細則第二十七條第二項）<sup>158</sup>，似又與「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之合理原則的市場競爭機能分析有所重疊，導致兩者在適用關係上引發爭議<sup>159</sup>。然第十九條第六款旨在規範搭售等垂直非價格限制，其立法目的乃著重其對於市場競爭的影響，故決定搭售等行為是否合法，其標準不在於行為手段的不公平性或不正當性，而是在於行為對於競爭自由的影響，依「合理原則」衡量系爭行為之促進競爭和妨礙競爭的效果。而且施行細則所揭示之「不正當」判斷因素實已將合理原則之相關考量因素全盤囊括，因此，兩者應作相同之價值判斷，而具有相同之意涵。

#### (一) 足夠之市場力

##### 1. 現行法制

<sup>157</sup> 89 公處字第 038 號，行政院公平交易委員會公報，第九卷第五期，155。

<sup>158</sup> 這些考量因素初見於公平交易法第十九條之立法理由。

<sup>159</sup> 依公研釋 016 號，「是否違反第十九條第六款規定，以其限制是否『不正當』以及是否『有妨礙公平競爭之虞』為斷」。似認為二者乃分屬不同之法律概念。唯其又認為「限制是否『不正當』以及是否『有妨礙公平競爭之虞』，本會在認定上，將會依個案具體情形綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等因素判斷之。」而將兩者之判斷標準等同化，似又認為兩者為相同之法律概念。參閱行政院公平交易委員會公報，第一卷第五期，28。關於學說爭議之整理，參見揭著，前揭論文，241-242。

在搭售的違法性判斷上，公平交易委員會認為出賣人在搭售產品市場擁有足夠之市場力是極為重要的考量因素。因為若出賣人並未具足夠之市場力，其將很難成功地推動其搭售安排，即或是能夠，其對於市場競爭之不利影響亦不致過於嚴重<sup>160</sup>。

關於第十九條第六款的執法，有無「妨礙競爭之虞」的判斷，實務上參考美國及歐盟的相關規定，以市場占有率百分之十作為執法門檻。惟考量實際市場運作上，市場占有率不及百分之十之事業亦有可能擁有市場優勢地位，對相關產業或上、下游業者造成影響市場秩序之顯失公平行為，復參考德國實務採行之「依賴性理論」<sup>161</sup> 作為補充的門檻條件<sup>162</sup>。

例如在某些涉及著作權之伴唱帶、錄影帶、VCD 等案例中，公平交易委員會除基於個別著作物之特性，認定為個別產品外。更重要的是，從著作物的獨特性，推導出市場力量，也因此在這類案例中，市場占有率的估測，重要性減低（從 5% 到 19% 均有）。雖然公平交易委員會於具體個案中並未明示以「依賴性理論」為基礎之相對市場力量，惟「依賴性理論」的精髓實已深深滲透，尤其是「基於產品完整供應之依賴性」（sortimentsbedingte Abhängigkeit）中所謂之「對於頂尖產品之依賴性」（Spitzenstellungsabhängigkeit），即銷售商對於某項特定之尖端領導品牌之產品具有依賴性，若缺少之，則相較於其競爭者，其營業聲譽與競爭條件將大受影響，顧客甚至於因為該銷售商無此一產品而連帶不再前往購買其他商品，故事業為

<sup>160</sup> 公研釋 045 號。不過，學者劉孔中教授則認為出賣人是否在搭售產品市場上擁有一定程的市場力，並不重要，蓋搭售之重點在於防止競爭自由受到限制，故應考量的是，是否發生競爭受到限制之結果，而不是去推敲出賣人是否有能力導致此項結果，因為有限制競爭之能力並不一定表示確實發生限制競爭之結果，故其建議放棄此項考慮因素。參閱莊朝榮、劉孔中、陳家駿、韓毓傑（1994），我國公平交易法第 19 條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較分析，165。

<sup>161</sup> 「依賴性理論」乃指對於市場占有率不高之事業，倘他事業之營運必須依賴該事業以維持競爭條件，而缺乏「足夠且可期待之偏離可能性」（ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten）時，則該事業即具有相對市場優勢地位，得列入競爭法之規範。德國學說判例迄今承認為依賴性類型有四：「基於產品完整供應之依賴性」、「基於匱乏而生之依賴性」、「對於特定事業之依賴性」、「對於需方之依賴性」。「依賴性理論」可運用於公平交易法第十九條第二、六款，並用以判斷限制是否「不正當」之市場地位的考量因素(施行細則第二十五條第二項)作為切入之著力點。參閱單驥、何之邁、吳秀明（1999），從依賴性理論探討相對市場優勢地位—以公平法立場之研析適用，公平交易委員會委託研究報告，27 以下。

<sup>162</sup> 行政院公平交易委員會第二處（1999），「我國公平交易法垂直限制行為執法實務之檢討—兼論歐盟、德、美、日垂直限制規範」，收於行政院公平交易委員會編，第四屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，627。

維持其競爭力，必須依賴該商品的供應<sup>163</sup>。將之套用的結果，即是事業利用交易相對人顧及歌曲或片源完整性之經營壓力，將消費者具有強烈偏好之特定流行新歌或熱片影片以套裝方式提供，使 KTV 業者或出租業者為取得該等熱門商品而被迫購買不需要之影片，而著作物因有不可代替之特性，下游業者欠缺足夠且可合理期待之偏離可能性，故發行業者相對於下游業者，具有較優勢之市場地位，雙方力量並不對等。

## 2. 外國法比較

### (1) 美國法

對於市場力量的要求，早期案例中，搭售產品大多受到專利法的保護，因此，法院對此問題並無太大的討論。在 *Times-Picayune* 一案，市場力量的問題，才開始受到法院的重視，之後，逐漸將舉證責任轉移至原告身上（*Fortner II* 案）。關於市場力量的意義，法院對其定義為：出賣人得提高價格或是要求買受人接受一些在完全競爭市場中不會接受的負擔條件<sup>164</sup>。基本上，出賣人能否抬高價格以及其界限為何，乃受限於價格與邊際成本及需求彈性的關係<sup>165</sup>，然此並不容易認定，因此，必須借助其他簡明可行的方法。關於市場力量的佐證，美國法院先是關注專利權和著作權的問題，其後才將注意力轉移至獨特性（uniqueness）和市場占有率上，並注意到資訊不完全所可能產生的影響。

#### A. 專利權和著作權

在 *International Salt* 一案中，法院將搭售視為當然違法，並表示專利權給予事業有限的獨占（limited monopoly），使其得以限制他人製造或使用<sup>166</sup>。雖然，法院並未特別強調專利權所占的份量，但似乎意味著涉及專利權產品的搭售，將是當然違法的。其後，在 *United States v. Paramount Pictures, Inc.* (1948) 一案，法院則承襲上述見解，認為被告所實施之影片的整批交易，乃是延伸其著作權獨占的行為，屬當然違法<sup>167</sup>。但在同樣涉及影片整批交易的 *United States v. Loew's, Inc.* (1962) 一案

<sup>163</sup> 單驥、何之邁、吳秀明，前揭註 161，51-52。

<sup>164</sup> *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U.S. 610, 620 (1977).

<sup>165</sup> Herbert Hovenkamp(1993)," Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case", *UCLA Law Review*, 40:1458-1459.

<sup>166</sup> *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 395-396 (1947).

<sup>167</sup> 334 U.S. 131, 156-159 (1948).

案，法院則不再完全依賴專利獨占延伸或著作權獨占延伸的觀點來處理，而是強調需有足夠經濟力量的證據，才能依當然違法論斷搭售，但若當搭售產品具有專利權或著作權時，則經濟力量此一要件的該當將被推定（presumed），並援引上開二案作為依據，認為專利法之目的在獎勵獨特性，因此，有效專利權的存在本身即足以建立起「特殊性」（distinctiveness），因此，若搭售產品係受專利權保護時，其反競爭的後果將是明顯的<sup>168</sup>。

至於這種推定（presumption）的效力如何，究竟是終局性的（conclusive）還是可推翻的（rebuttable），則不清楚。在 Hyde 一案中，依法院的用詞，似乎認為是終局的<sup>169</sup>；但在 Loew's 一案和 Data General 一案中，則表示是可推翻的<sup>170</sup>。從專利權和著作權的性質來看，其並不具備完全的排他性，因此，若認為這種推定是可行的，其效力充其量也該僅止於舉證責任的轉換而已<sup>171</sup>。

這種對於專利權或著作權所作之市場力量的推定，是否妥當，引起了相當大的質疑。蓋市場力量或經濟力量的有無，關鍵在於市場上有無其他替代品存在，因此，探究專利產品或著作權商品有無具備足夠之市場力量，除了注意專利權或著作權所賦予商品的獨特性或受歡迎性（desirability）外，還要注意其他人有無生產合理替代品之可能性及進入障礙。專利法為鼓勵創新，雖然賦予專利權人製造、使用和銷售其發明，然其權利存續期間有限，專利權人並不當然因此免於面對功能相同

<sup>168</sup> 371 U.S. 38, 45-47 (1962).

<sup>169</sup> “the sale or lease of a patented item on condition that the buyer make all his purchases of a separate tied product from the patentee is unlawful” (底線為作者所加) See Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 16 (1984). 其他案例有：Rex Chainbelt Inc. v. Harco Prods. Inc., 512 F.2d 993, 1003 (9<sup>th</sup> Cir.), cert. denied, 423 U.S. 831 (1975); Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 444 F.Supp. 648 (D.S.C. 1977), aff'd in part and rev'd in part, 594 F.2d 979 (4<sup>th</sup> Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1015 (1980); Jack Winter, Inc. v. Koratron Co., 375 F.Supp. 1, 61 (N.D.Cal. 1974); Hazeltine Reaserch, Inc. v. Zenith Radio Corp., 239 F.Supp. 51 (N.D.Ill. 1965), aff'd, 388 F.2d 25 (7<sup>th</sup> Cir. 1967), aff'd in part and rev'd in part, 395 U.S. 100 (1969).

<sup>170</sup> “There may be rare circumstances in which the doctrine we have enunciated under 1 of Sherman Act prohibiting tying arrangements involving patented or copyrighted tying product is inapplicable. (底線為作者所加) See United States v. Loew's Inc., 371 U.S. 38, 49-50 (1962); “The DR-DOS copyright created a presumption of economic power sufficient to render the tying arrangement illegal per se. The burden to rebut the presumption shifted to defendant.” (底線為作者所加) See Digidyne Corp. v. Data General Corp., 734 F.2d 1336, 1344 (9<sup>th</sup> Cir. 1984), cert. denied, 473 U.S. 908 (1985).

<sup>171</sup> J. Dianne Brinson (1985), “Proof of Economic Power in a Sherman Act Tying Arrangement Case: Should Economic Power Be Presumed When the Tying Product Is Patented or Copyrighted?”, *Louisiana Law Review*, 48:51.

產品的競爭（即以不同的方法來達到相同結果的產品）；而著作權法只保護表達形式（express），而不保護概念（idea），因此，其他人仍得以不同的表達來呈現同一概念。是故，專利法或著作權法所給予的保護，雖是種法律上獨占，但並不當然構成市場獨占。再者，有著作權的商品並不代表就有受歡迎性，例如在 Loew's 一案中，冷門影片雖然也受著作權法保護，但卻是不受歡迎的（undesirable）。因此，以搭售產品具有專利或著作權來推定市場力量的存在，並不妥當<sup>172</sup>。同樣的，排他性更弱之商標權（trademark）本身也不足以作為市場力量存在的充要條件<sup>173</sup>。在一九九五年司法部反托拉斯局和聯邦交易委員會共同發布之「智慧財產權授權指導原則」（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property）中，即認為專利權、著作權和營業秘密並不當然可推定市場力量的存在<sup>174</sup>。

#### B. 產品獨特性

認為獨特性可以衍生出市場力量的想法，可以追溯至 Loew's 一案，法院表示在缺乏市場支配（market dominance）的情況下，仍可依據搭售產品受到消費者的歡迎程度或產品本身的獨特性推導出經濟力量的存在<sup>175</sup>。所謂獨特性，乃指出賣人在

<sup>172</sup> Brinson, *Id.*, at 61; William Montgomery(1985),"The Presumption of Economic Power for Patented and Copyrighted Products in Tying Arrangements", *Columbia Law Review*, 85:1140; Troy Paredes (1994),"Copyright Missus and Tying Courts Stop Misusing Misuse?", *High Technology Law Journal*, 9:303; Russell Lombardy (1996),"The Myth of Market Power: Why Market Power Schould Not Be Presumed When Applying Antitrust Principles to the Analysis of Tying Agreements Involving Intellectual Property", *St. Thomas Law Review*, 8:470; J. Stephen Zielezinski (1998),"The Tying Element of Market Power in the Context of Summary Judgment: Is There a Sensible Approach?", *Columbia Business Law Review*, 273 ; Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 37 n.7 (1984) (O'Connor, J., concurring); 3 P.M. Inc. v. Basic Four Corp., 591 F.Supp. 1350, 1359 n.11 (E.D.Mich. 1984); A.I.Root Co. v. Computer Dynamics, 806 F.2d 673, 676-677 (6<sup>th</sup> Cir. 1986); Allen-Myland, Inc. v. International Business Mach. Corp., 693 F.Supp. 262, 281 (E.D.Pa. 1988); Klo-Zik Co. v. Beckman General Motors Corp., 677 F.Supp. 499, 505 (E.D. Tex. 1987); Nobel Scientific Indus., Inc. v. Beckman Instruments, Inc., 670 F.Supp. 1313, 1328 (D.Md. 1986), *aff'd*, 831 F.2d 537 (4<sup>th</sup> Cir. 1987), *cert. denied*, 487 U.S. 1226 (1988).

<sup>173</sup> Town Sound & Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp., 959 F.2d 468, 480 (3<sup>rd</sup> Cir.), *cert. denied*, 506 U.S. 868 (1992); Mozart Co. v. Mercedes-Benz of N. Am., Inc., 833 F.2d 1342, 1346 (9<sup>th</sup> Cir. 1987), *cert. denied*, 488 U.S. 870 (1988); Webb v. Primo's Inc., 706 F.Supp. 863, 868 (N.D.Ga. 1988).

<sup>174</sup> See Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, at 2.2, 5.3 (6/4/1995) available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm> (27/6/2001). 關於此指導原則的簡介，可參閱姚嘉琳（2000），「授權契約限制約款與公平交易法—簡介美國 1995 年反托拉斯法智慧財產權授權行為準則」，*科技法律透析*，第十二卷八期，24 以下。

<sup>175</sup> United States v. Loew's Inc., 371 U.S. 38,45 (1962).

搭售產品市場上擁有某些競爭者無法享有的優勢 (advantage)<sup>176</sup>。在 Northern Pacific Railway Co.一案中，法院認為被告擁有的廣大土地與運輸距離的方便性，使其具有獨特的談判力量 (bargaining power) 來搭售運輸服務，因此，多數搭售安排的存在本身即是被告擁有力量方有力證據 (compelling evidence)<sup>177</sup>。Fortner I 案中，法院認知到市場力量乃指出賣人抬高價格和限制產出的能力，由於現實生活中產品異質之獨占性競爭的情形普遍，因此，若有某些消費者對於搭售產品有極強的偏好 (preference)，則出賣人仍有可能迫使消費者接受搭售。是故，應將問題的焦點集中在產品對於消費者的吸引力上，探討該全額低利貸款是否能夠反映出被告的獨特經濟優勢<sup>178</sup>。而依相關證據顯示，被告所提供之低利貸款僅是表示其願意賺取較少的利益或承受較大的風險而已，被告並未擁有比競爭對手為佳的成本優勢 (cost advantage)，其他競爭者並非不能提供相同的融資條件，是故，該全額低利貸款僅只表示被告願意提供便宜的貸款以促銷其較昂貴的房屋而已，並不能得出經濟力量的存在<sup>179</sup>。

### C. 市場占有率

高市場占有率 (high market share) 也是種市場力量的來源，惟究竟需有多高的占有率才足以該當市場力量的要件，則無一定標準可循。在 Times-Picayune 一案，法院認為被告在一般和分類廣告的市場占有率僅有百分之四十，並不足以構成市場優勢<sup>180</sup>。在 Hyde 一案中，法院亦認為百分之三十的市場占有率並不足以成立市場優勢<sup>181</sup>。而此百分之三十的門檻標準也曾被司法部的垂直交易限制指導原則 (Vertical Restraints Guidelines, 1985) 用作執法標準，惟在個案中，市場占有率須達到何種規模，仍須依具體情況定之<sup>182</sup>。

<sup>176</sup> 例如競爭者因有法律上障礙（如專利權、著作權）或物理上障礙，而無法提供該特殊產品。United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc., 429 U.S. 610, 620 (1977).

<sup>177</sup> Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 U.S. 1, 7-8 (1958).

<sup>178</sup> United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc., 394 U.S. 495, 505-506 (1969).

<sup>179</sup> United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc., 429 U.S. 610, 620 (1977).

<sup>180</sup> Times-Picayune v. United States, 345 U.S. 594, 612-613 (1953).

<sup>181</sup> Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 26-27 (1984).

<sup>182</sup> 例如：有認為 55-60% 的占有率是足夠的，D.O. McComb & Sons, Inc. v. Memory Gardens Management Corp., 736 F.Supp. 952, 956-957 (N.D.Ind. 1990); McMorris v. Williamsport Hosp., 597 F.Supp. 899, 913 (M.D.Pa. 1984)。而 30% 的占有率是不足夠的，Bzxley-DeLamar Monuments, Inc. v. American Cemetery Ass'n, 938 F.2d 846, 852 (8<sup>th</sup> Cir. 1991); Western Power Sports, Inc. v. Polaris Ind. Partners L.P., 744 F.Supp. 226, 229 (D.Idaho 1990), *rev'd mem.*, 951 F.2d 365 (9<sup>th</sup> Cir. 1992), *cert.*

#### D. 資訊不完全

在完全市場中，由於市場資訊透明，廠商提高價格無可避免地會減少需求，因此，廠商很難擁有市場力量去實施購買人在競爭市場下所不會接受的條件。然而，在現實世界中，資訊並非完全透明，其取得亦需要成本，因此，若存在資訊成本 (information cost) 和轉換成本 (switching cost) 的問題，則購買人的意思決定便會受到影響或變得複雜，而使得出賣人得以提高價格但又不會減少產量，因而衍生出市場力量<sup>183</sup>。

在 Kodak 案中，Kodak 雖在影印機的零件和維修市場分別擁有 100% 和 80-95% 的市場占有率，但主張由於其在設備市場面對激烈的競爭，因此，其不可能在維修服務和零件市場上提高價格，因為這樣會減少設備的銷售，所以，設備市場的競爭會排除衍生市場（零件和維修）的獨占力量<sup>184</sup>。對於這種系統競爭 (system competition) 的觀點，原告 (ISOs) 認為維修服務市場的價格會影響到設備需求的前提為：消費者在購買設備的時候能夠精確地評估該設備、維修和零件所需的總成本。然而，這種對於耐久財 (durable equipment) 之使用週期的成本評估 (lifecycle pricing) 不僅困難且成本極高，消費者必須取得有關價格、品質、操作所需物品、升級、擴充的資訊，以及維修成本、預測故障率、停用期間及其損失。這些資訊不僅很難取得，消費者也很少願意耗費極高成本去搜集，因此，高資訊成本的存在，將會阻斷原生市場競爭與衍生市場競爭的同時作用，消費者很難在購買設備的時候，考慮到維修和零件的成本問題。再者，縱使消費者在購買設備後，意識到過高價格的維修服務，但由於高轉換成本的存在，使得消費者若要轉換其他廠牌的設備，必須承受鉅大損失時，例如人員的再訓練、或因「檸檬市場」(lemon market) 的問題，使得現存設備的轉售價格無法反映其剩餘價值而遭受沉沒損失，

<sup>183</sup> *denied*, 506 U.S. 821 (1993); *M. Leff Radio Parts, Inc. v. Mattel, Inc.*, 706 F.Supp. 387, 399 (W.D.Pa. 1988). 而 11% 的占有率也是不夠的，*Shafi v. St. Francis Hosp.*, 937 F.2d 603 (4<sup>th</sup> Cir. 1991). 5% 以下的占有率也是不夠的，*Seaward Yacht Sales, Ltd. v. Murray Chris-Craft Cruisers, Inc.*, 701 F. Supp. 766, 755 (D.Or. 1988).

<sup>184</sup> *Mark R. Patterson* (1994), “Product Definition, Product Information, and Market Power: Kodak in Perspective”, *North Carolina Law Review*, 73: 195; *Robert H. Lande* (1993), “Chicago Takes It on the Chin: Imperfection Information Could Play a Crucial Role in the Post-Kodak World”, *Antitrust Law Journal*, 62: 197-198.

<sup>184</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451, 465-466 (1992).

則其便被鎖住（locked in），而會忍受較高的維修服務價格。因此，Kodak 在衍生市場上具有提高價格和排除競爭的市場力量<sup>185</sup>。

基本上，Kodak 所提之系統競爭，其成立前提為：足夠且成本低廉的資訊、前後市場的購買決定必須能夠同時作用（effective simultaneity）<sup>186</sup> 和競爭的前市場（competitive foremarket）。因此，如果前市場為不完全競爭，或資訊成本昂貴、或者已有很多消費者購買了設備，則廠商願意打折扣予購買設備的新客戶，以抵銷過高的維修服務價格，並從已鎖住的客戶群賺取利潤。此時，系統競爭理論便無法發揮作用，廠商在「後市場」<sup>187</sup> 仍得享有獨占力並能提高價格於競爭水準之上<sup>188</sup>。

## (2) 德國法

依營業競爭限制防止法第十六條第二項規定，卡特爾官署是否對於搭售行為採取干預措施，乃取決於系爭搭售是否重大地損害競爭（Wettbewerb wesentlich beeinträchtigen）。其判斷須在個案中進行市場結構分析（Marktstrukturanalyse），檢視相關的市場情況，特別是受到限制的市場比例（Marktanteil）和實施搭售廠商的市場地位（Marktstellung）<sup>189</sup>，以及對於第三人進入市場的阻礙程度。在實務上，由於支配市場企業所遂行的搭售限制，已有第十九條的適用，因此，第十六條規定對於搭售規範之實務意義，重要性不大<sup>190</sup>。

所謂支配市場地位，乃指企業無競爭者之獨占（§ 19 II Nr.1 1 Fall 1 GWB）或未有實質競爭（§ 19 II 1 Nr.1 Fall 2 GWB），或具有較優勢之市場地位（§ 19 II 1 Nr.2 GWB），以及在內部關係上並無實質競爭存在，且在外部關係上，整體對外並無競爭者或未有實質競爭、或較其他競爭者擁有優勢市場地位之寡占（§ 19 II Nr. 2

<sup>185</sup> 504 U.S. 451, 473-478 (1992); 關於此市場力量之理論基礎之說明與批評，可參閱 Carl Shapiro (1995), "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", *Antitrust Law Journal*, 63:487-500.

<sup>186</sup> 例如設備的使用週期很短或者設備的潛在消費群很大，導致過高的後市場價格將會使該消費者群怯步。

<sup>187</sup> 後市場（aftermarket）乃指其市場上之產品或服務的購買在主要產品（primary market）之後，或者須與主要產品共同使用。例如機器設備的維修服務，與操作系統配合的應用軟體（application software）。

<sup>188</sup> Jeffrey K. MacKie-Mason & John Metzler (1999), "Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)", in John E. Kwoka & Lawrence J. White (ed.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 391-398.

<sup>189</sup> Kirchhoff, in Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, München 1999, § 9 Rn 25.

<sup>190</sup> Möschel, a.a.O., Rn. 424; Kirchhoff, a.a.O., § 12 Rn. 8.

GWB)。

對於優勢市場地位的判斷是以企業的行動空間作為依據，若企業相較於其競爭對手，除了可使用價格或品質策略外，更可使用其他策略（如廣告戰、限制營業或交易條件），來達成目的時，則其較競爭者擁有優越的行動空間。相關之考慮因素，有：市場占有率、財力（Finanzkraft）<sup>191</sup>、進出採購或銷售市場的管道（Zugang）<sup>192</sup>、與其他企業之聯鎖關係（Verpflechtungen）<sup>193</sup>、其他企業進入市場之法律上或事實上限制<sup>194</sup>、本法適用範圍內或範圍外有關企業之事實上或潛在競爭能力<sup>195</sup>、改變對其他商品或服務之供給或需求之能力<sup>196</sup>、以及市場相對人迴避到其他企業之可能性<sup>197</sup>。而這些因素彼此間是相互補充的，因此，在判斷上應整體考量。

由於對於支配市場地位的具體判斷，並非易事，因此，第十九條第三項乃規定市場地位的推定（Vermutungen），所仰賴的工具仍為市場占有率<sup>198</sup>。即：一企業擁有三分之一以上之市場占有率；三家或三家以下企業，其市場占有率合計超過百

<sup>191</sup> 財力是指企業所有的財務工具及可能性，特別是自措資本及向他人融資的可能，以及接近資本市場的管道。財力能使行動空間更廣，使企業能在不同市場間輸送盈虧，或採行排擠策略。實務上財力常和「嚇阻理論」（Abschreckungstheorie）有關，藉此使競爭對手對其競爭行為失去信心。通常認定財力的標準包括現金流量（cash flow）、銷售收益（Umsatzendite）、自有資本與資產負債表總和的關係（Eigenkapital im Verhältnis zur Bilanzsumme）、接近資本市場的管道等。vgl. Bechtold, GWB Kommentar, 2 Aufl., München 1999, § 19 Rn. 29f.; 劉孔中（1994），「德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範」，東海大學法學研究，第八期，172。

<sup>192</sup> 進入市場的可能性主要是指垂直整合（vertikale Integration），即事業在產品的前階段或後階段市場均有營業，因此，若供應發生問題，則可能危害競爭對手得到供應的可能；又如價格擠壓，提高前階段產品（Vorprodukt）的價格，而後階段產品（Nachprodukt）的價格維持不變，因而使後階段產品的競爭對手失去競爭力，甚至被排除。vgl. Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 31; 劉孔中，同上揭註，172。

<sup>193</sup> 此處的關聯，除事業間的垂直關聯外，還包括水平及對角的關聯。參閱劉孔中，同上註，172。

<sup>194</sup> 這類的市場參進限制包括法律上的障礙（如專利）、技術知識（know-how）、最小最適規模、研發能力、接近原料或資本的管道、產品差異化、品牌忠誠度等等。參閱劉孔中，同上註，173。

<sup>195</sup> 此項為新法所新增，主要是考量來自外國的替代競爭（Substitutionswettbewerb）。vgl. Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 34.

<sup>196</sup> 當這種轉換可能性愈大時，則其獨立於競爭者的行動空間就愈大。vgl. Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 35.

<sup>197</sup> 此項迴避可能性主要是考量來自需求面的力量（Nachfragemacht），若愈多的生產者或需求者可以輕易的迴避至其他市場時，則支配市場的力量便愈弱。vgl. Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 37.

<sup>198</sup> 至於低於一定銷售金額門檻，即不適用推定之舊條文規定，則已被新法廢除。

分之五十者；五家或五家以下企業，其市場占有率合計超過三分之二以上者，將被推定為具有市場支配地位。

### 3. 小結

搭售行為是否影響市場競爭，與事業的市場力量有很大的關連，同時也是槓桿作用以及剝奪顧客選擇能否奏效的關鍵<sup>199</sup>。市場力乃指事業提高價格和排除競爭的能力，事業能否將價格提高至競爭水準之上而又不會使需求減少，乃取決於價格與成本和需求彈性間的關係，然此並不容易認定，因此，必須借助其他簡明可行的方法，而市場占有率便是常見的判斷標準。

至於需要多高的市場占有率才足以論斷搭售的違法，美國司法部的指導原則和法院實務，曾以百分之三十作為標準；德國營業競爭限制防止法中關於搭售規範較具實務意義的第十九條，對於支配市場地位的推定亦以三分之一為界，而且對於市場競爭的閉鎖程度的認定也是以約三分之一為基礎<sup>200</sup>。因此，參考美國、德國和歐盟的執法經驗<sup>201</sup>，以市場占有率約百分之三十作為違法認定標準，似為可行<sup>202</sup>。

不過，市場占有率只是一個粗略的判斷基礎，並非市場力的唯一標準，蓋縱在集中的市場中，亦可能因為有效競爭的存在或潛在競爭的威脅，使得事業並無足夠的市場力，因此，有必要參考獨占事業認定的審酌事項（公平交易法施行細則第三條），將產品替代可能性、競爭對手的地位、市場參進障礙和廠商的訂價能力等市

<sup>199</sup> Kevin J. Arquit (1992), "Market Power in Vertical Cases", *Antitrust Law Journal*, 60:932; Mark R. Patterson (2000), "The Market Power Requirement in Antitrust Rule of Reason Case: A Rhetorical History", *San Diego Law Review*, 37: 6-7.

<sup>200</sup> Wu/E BKartA 1199, 1209.

<sup>201</sup> 歐盟之垂直交易限制準則以 30% 的市場占有率門檻作為安全避風港 (safe harbour)。

<sup>202</sup> 至於此項門檻在我國法下之功用如何，值得探討。依美國的執法經驗，當事業滿足足夠市場力量的要件時，如高市場占有率，通常即足以建立搭售的違法性，而由被告負起相當的說明責任，例如提出正當商業理由來推翻違法；若事業未具備足夠市場力量，則執法機關將詳細檢視相關事證具體認定之，因此，足夠市場力要件帶有違法推定的意味。雖然，這類的違法推定可以減輕執法負擔，但是，在我國法底下，公平會作出處分須依據職權調查原則，對於當事人有利及不利事項均應加以注意（行政程序法第 36 條），是故，在現行法嚴謹之行政程序的架構下，公平會得否逕以一定門檻作為違法推定，值得討論。是否可採取如德國通說對於營業競爭限制防止法中支配市場地位之推定規定對於卡特爾官署具有實質舉證責任之看法，即公平會在調查程序中，應調查一切之市場競爭影響因素，只有在最後既無法排除亦無法認定市場影響時，才能依據此項門檻推定違法。還是採取對通說看法的修正，即公平會只針對事業提出之實質抗辯進行職權調查，否則將推定為違法。此部份有待進一步的討論。參閱 Bechtold, a.a.O., § 16 Rn. 13; Rittner, a.a.O., S.283; 劉孔中，前揭註 191, 174 以下。

場結構因素，以及產品獨特性、供需彈性、買方力量，甚至資訊不對稱等因素納入綜合考量。至於，若搭售產品享有專利權、著作權或商標權時，並不當然即可推定市場力量的存在，倘有其他類似替代品時，則事業可能並未擁有足夠的市場力。

#### (二)有無妨礙(被)搭售產品市場競爭之虞

## 1. 現行法制

搭售之實施有妨害被搭售產品市場公平競爭之虞時，如被搭售產品的市場受到一定程度、數量或比例之排除競爭時，即為違法。例如交易相對人因搭售的緣故，使其資金融通受到限制，致降低其向其他事業進片的能力，進而使錄影帶發行業之競爭活動<sup>203</sup>。或因有線電視系統可負載之頻道數目有限（約 80 個，而頻道節目供應總數逾 110 個），頻道節目的聯賣將間接排擠其他頻道節目業者與系統業者的交易機會，妨礙頻道節目供應市場之正常競爭<sup>204</sup>。倘若市場的進入障礙極微，則對競爭將不致於造成排擠效果的不利影響。

所謂「妨礙公平競爭之虞」，依公平會見解，並不以行為的實施會對市場競爭產生實質的限制為必要，而只要該行為實施後「有妨礙公平競爭的可能性」或達到「抽象危險性」的程度即可，換言之，只要該交易行為對於公平的自由競爭構成一定程度的妨礙即可成立<sup>205</sup>。惟行為是否違反第十九條，除該當各形式構成要件外，公平會仍須於具體個案中對市場地位、市場結構和市場競爭之影響等因素作充分的評估，並非只是對各構成要件之行為作形式的認定，而是依個案情況之不同作具體的可能性評估，故「妨礙公平競爭之虞」之立法應屬「具體危險犯」<sup>206</sup>的模

<sup>203</sup> 81 公處字第 021 號。

<sup>204</sup> 台 89 詛字第 36433 號訴願決定書，行政院公平交易委員會公報，第十卷第二期，277-278。

<sup>205</sup> 行政院公平交易委員會(2000)，認識公平交易法，增訂七版，134。

<sup>206</sup> 按「危險犯」(Gefährdungsdelikte)係指行為須對於法益或行為客體造成危險結果，而無待實害結果之發生即為成立。而依危險狀態之不同，又分為「具體危險犯」(konkrete Gefährdungsdelikte)與「抽象危險犯」(abstrakte Gefährdungsdelikte)，前者係指將危險狀態作為構成要件要素，因此法官須就個案，逐一判斷構成要件所保護的法益果真存有具體危險時，始能成立犯罪。例如刑法第174條第2項及第3項後段之「致生公共危險」。後者則係指行為只要合乎構成要件所描述之事實，即具有抽象危險，無須法官於個案中具體認定。例如刑法第173條第1項。參見林山田(1997)，刑法通論(上)，增訂六版，124-126。林東茂(1999)，「危險犯的法律性質」，收於氏著，危險犯與經濟刑法，初版，22-35。此外，德國法上尚有「抽象—具體危險犯」(abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte)的混合類型，例如德國刑法第308條第1項之「延燒之虞」(延燒至現供人使用之住對於非供人居住建築物的放火行為，依其位置與特性，火勢有延燒之虞(延燒至現供人使用之住

式<sup>207</sup>。

## 2. 外國法比較

### (1) 美國法

違法的搭售，必須是對於被搭售產品市場造成實質的影響，因此，若只是僅僅單一個別的購買者受到限制，則對於市場競爭的衝擊自然稀微，自無必要投入資源去禁止該等行為。

對於實質數量商業的衡量，比較精確的方法，應是搭售行為所排除之相關市場的百分比，然而，美國法院所採取之數量的實質性（quantitative substantiality），卻是指最小金額數量（minimum dollar amount），並非特定市場的範圍或搭售所排除之市場比例，而這標準無法反映出市場的大小<sup>208</sup>。

然而，究竟必須涉及多少金額數量，法院也未指出一明確的標準，例如在 IBM 一案中，法院認為平均金額約三百萬美元的銷售量，足以實質地減少競爭<sup>209</sup>。在 International Salt 一案，所涉及的鹽年銷售量金額則約為五十萬美元<sup>210</sup>。在 Loew's 案，約為六萬美元的金額，並非微不足道的<sup>211</sup>。在 Fortner I 案中，法院認為每年約三百萬美元的房屋銷售不能說是微不足道的<sup>212</sup>。

由於，這項數量標準並無一定規則可循，而法院在個案中，也很少在此問題上

---

宅等），始該當構成要件。這類的犯罪，法官雖須於個案中具體判斷危險狀態，但其不必就具體個案的所有要素，全加以斟酌，而只須考慮某些特定因素。

<sup>207</sup> 抽象危險與具體危險在概念上為結果發生蓋然率高低的問題，但對於立法和執法而言，抽象危險僅須判斷構成要件行為是否該當，而不必就危險存在作個別認為，例如放火燒毀現供人使用之住宅時，並不必判斷該住宅是否果真有人在內。而「之虞」和「足以」均在表明實害結果之可能性，至於究屬何種危險犯，則應視其是否考量個案情況而定，而公平法第十九條之模式，大多數仍須依個案衡量全部因素而決定違法與否，趨近具體危險的判斷，縱將用詞以「足以」代之，其判斷標準亦不致有別。再者，垂直交易限制的管制本就較水平交易限制為鬆，若將「之虞」解為抽象危險，而將「足以」解為具體危險（例如施行細則第五條聯合行為之意義），則可能出現垂直交易限制較水平聯合行為的管制為嚴之輕重失衡現象。

<sup>208</sup> Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495, 501-502 (1969). Hovenkamp, *supra* note 7, at 352.

<sup>209</sup> International Business Machines Corp. v. U.S. 298 U.S. 131, 136 (1936).

<sup>210</sup> International Salt Co. v. U.S. 332 U.S. 392, 396 (1947).

<sup>211</sup> U.S. v. Loew's Inc., 371 U.S. 38, 49 (1962).

<sup>212</sup> Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495, 502 (1969). 此外，有些法院更將標準往下降，認為\$50,000 (AAMCO Automatic Transmissions v. Tayloe, 407 F.Supp. 430,436 (E.D.Pa. 1976))、\$40,000 (Bell v. Cherokee Aviation Corp., 660 F.2d 1123, 1130 (6<sup>th</sup> Cir. 1981))、\$10,000 (Tic-X-Press v. Omni Promotions Co., 815 F.2d 1407, 1419 (11<sup>th</sup> Cir. 1987))，即足以該當。

打轉，因此，這項標準便淪為形式，無法精確地描述對於相關商業的影響，因而，被認為是一項徒具形式而無實質意義的要件<sup>213</sup>。

## (2) 德國法

搭售行為是否違法，依營業競爭限制防止法第十六條第二項必須檢驗系爭行為是否重大地損害競爭，其判斷必須在量（Quantität）和質（Qualität）上作充分的評估，僅僅只有單純的可感的（spürbar）影響，是不足夠的<sup>214</sup>，不過，為了保護競爭，亦不可要求太高的嚴重性。在量的標準上，卡特爾官署認為約三分之一的市場比例受到限制時，即可明顯地構成嚴重影響競爭<sup>215</sup>。而質的判斷，則包括對於受限制之相對人的封鎖（Sperrung）程度<sup>216</sup>。

此外，市場的實際情況也必須予以審酌，並且必須考慮若限制競爭之契約內容實現時，將會產生何種後果。若遂行搭售協議者，為支配市場企業或市場優勢企業，則容易達到嚴重性的要求。而市場上，若有多數企業也在實施相同的搭售行為時，則對於競爭的影響亦屬重大（即集體理論，Bündeltheorie）<sup>217</sup>。

另外，由於本項判斷因素並不以「不當」（Unbilligkeit）作為要件，因此，不需要對於交易相對人銷售及採購策略之正當利益以及維持市場開放之公眾利益間，進行所謂的利益衡量<sup>218</sup>。

至於支配市場地位企業所實施的搭售是否構成濫用，則必須考量維護自由競爭的立法意旨，透過「利益權衡」的方式來決定是否存在正當理由<sup>219</sup>。相關判斷因素有：企業的規模、被封阻之市場範圍、限制的期間、有無平行行為（Parallelpraktiken）的存在、以及系爭搭售對於企業合法目的之達成（如為拯救危機事業<sup>220</sup>）是否為不可或缺（Unerlässlichkeit）。若無客觀正當理由，且被搭售產品

<sup>213</sup> Hovenkamp, *supra* note 7, at 352. 關於此項標準的批評，詳見 Phillip E. Areeda (1991), *Antitrust Law IX*, ¶1721.

<sup>214</sup> Emmerich, a.a.O., S. 144; Kirchhoff, a.a.O., § 9 Rn 25.

<sup>215</sup> BKartA WuW/E 1199, 1209 –Kraftfahrzeugpflegemittel（此案約限制 32% 的市場）；TB 73, 75.

<sup>216</sup> Kirchhoff, a.a.O., § 9 Rn 26.

<sup>217</sup> Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, § 18, Rn. 159; Kirchhoff, a.a.O., § 9 Rn 27.

<sup>218</sup> Bechtold, a.a.O., § 16 Rn. 13; Emmerich, a.a.O., S.145; Kirchhoff, a.a.O., § 9 Rn. 25.

<sup>219</sup> Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 65; Wiedemann, a.a.O., § 23 Rn. 40; Emmerich, a.a.O., S. 200.

<sup>220</sup> Möschel, in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 22 Rn. 132; Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 70.

市場的競爭受到可感的影響（spürbare Beeinflussung）<sup>221</sup> 時，即屬違法搭售<sup>222</sup>。

關於正當理由的判斷，高等法院（Kammergericht）則是認為若系爭行為是屬非效能競爭的方式時，則構成濫用<sup>223</sup>。不過，這樣的見解，卻引起了眾多的批評而不被採納<sup>224</sup>。

至於第十九條第四項第一款所謂重大影響市場上競爭的方法，則是指出本條文對於競爭保護的強調而已<sup>225</sup>，因此，若只對單一企業的少數影響，是不足夠的，而是必須對整體影響具有重大性<sup>226</sup>。另外，市場影響的考量，不只包括阻礙行為所依靠之支配市場，也應包括所有可能會被影響的第三市場<sup>227</sup>。

### 3. 小結

搭售對於被搭售產品市場競爭影響的認定，乃是以市場競爭被排除的程度、數量或比例為斷，然究竟受限制的市場比例須達到何種程度，則有待個案中作量與質的具體判斷。

從量的層面來看，參考德國實務和公平法第十一條結合管制的規定，約三分之一的市場比例受限，應為已足<sup>228</sup>。一般而言，若上述市場力的考量以約百分之三十的市場占有率作為量化標準，則此三分之一市場閉鎖比例，不難認定。但在若干情形，市場的界定非僅限於被搭售產品本身的種類，例如影印紙的搭售，其紙張的市場範圍非僅限於供影印機之用，亦包括供印表機之用或其他替代紙品；或者受限的僅是新的顧客，因此，事業搭售影響所及者可能並不重大<sup>229</sup>，或者被搭售產品市場上並無競爭對手的存在、或顧客在無搭售情形下亦絕不會購買任何被搭售產品，則該搭售並未造成重大的競爭排除。

<sup>221</sup> KG WuW/E OLG 995, 999.

<sup>222</sup> Möschel, a.a.O., Rn. 554.

<sup>223</sup> KG WuW/E KG 1767, 1772; WuW/E OLG 1983, 1985.

<sup>224</sup> vgl. Emmerich, a.a.O., S. 199; Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 63; Wiedemann, a.a.O., § 23 Rn. 40.

<sup>225</sup> Möschel, a.a.O., Rn. 548; Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 64.

<sup>226</sup> Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 64; 不過，Emmerich 則認為此項要件並無獨立意義，充其量僅是指出在進行利益衡量時，必須考量系爭措施的市場作用（Marktwirkungen）而已。vgl. Emmerich, a.a.O., S. 200.

<sup>227</sup> Emmerich, a.a.O., S. 199; Wiedemann, a.a.O., § 23 Rn. 37; Möschel, a.a.O., Rn. 548.

<sup>228</sup> Areeda 建議重大排除（Substantial foreclosure）效果的認定，以一事業影響 20% 的市場，五家以下事業影響 50% 的市場為門檻。See *supra* note 6, ¶1729e.

<sup>229</sup> Areeda, *supra* note 213, ¶¶1703d3, 1704c; Montgomery, *supra* note 42, A-1.

質的考量因素則包括市場進入障礙、搭售限制存在時間的長短<sup>230</sup>、市場集中度、新使用者、產品差異化程度、平行行為的存在等。例如市場上有多數事業實施相同或類似的搭售行為，雖個別事業的市場力不高，且彼此間不存在聯合行為的意願聯絡，但其涵蓋的總市場比例卻很高，其集體（Bündel）效果有重大影響市場競爭的可能，則公平會基於市場競爭秩序維護的立場，仍得依第四十一條前段進行監督，命其停止、改正或採取必要更正措施。

### (三)是否具有正當理由

搭售行為對於市場競爭的影響並非全然是負面的，其仍有若干促進競爭的正面效益，因此，事業遂行搭售有無正當商業理由亦應納入考慮。

品質控制為常見的正當理由，目的在維護事業的商譽或避免產品不當使用所引發的錯誤歸咎，若搭售是為了確保出賣人之商譽及品質管制，或保護商品創作者之智慧財產權<sup>231</sup>，則可視為具有商業上之正當理由而予以容許。如在「機車業者限定車主應使用特定廠牌機油」之行業導正案中<sup>232</sup>，公平交易委員會認為品質控制之正當化，應採取「較少限制競爭之方法」，如指定規格，或以「推薦」方式替代「限定」潤滑油廠牌。

以搭售作為風險分擔的工具來幫助新產品打開市場或促進參進，這類的措施通常有助於新事業或小廠商在市場上立足，而且其只是暫時性的，存續期間短，對市場的衝擊也小<sup>233</sup>。

另一個重要的搭售理由為成本節省和效率增加，即透過搭售來實現共同生產或共同銷售所產生的成本節省或減少交易成本。不過，這類成本經濟的實現，通常可藉由產品組合的優惠價格，將部分利益與顧客分享，使顧客有誘因去同時購買兩種

<sup>230</sup> 例如若搭售限制的存續期間少於六個月時，可能是無害的。*Id.* at ¶1709e3.

<sup>231</sup> 依德國§ 17 II Nr.1 GWB 規定，搭售若符合技術上無瑕疵使用（technisch einwandfreie Ausnutzung）的例外規定，則不違法，不過，要成立無瑕疵使用的豁免，實務上採取嚴格解釋，其前提必須是構造和程序的指示、技術規範和品質規格的列表是不足夠的，者第三人不能提供相同品質的產品，因此，實際上很少能夠依此豁免。vgl. BKartA-Berichte 1962, S.71; 1963, S.68; BKartA TB 1981/82, 92

<sup>232</sup> 載於行政院公平交易委員會公報，第五卷第二期，175。

<sup>233</sup> *United States v. Jerrold Electronic Corp.*, 187 F.Supp. 545 (E.D. 1960), *aff'd per curiam*, 365 U.S. 567 (1961).

產品，而不必透過壓抑交易相對人自由的搭售<sup>234</sup>，但若此等成本節省的實現需要所有或足夠數量的顧客都接受搭售始能達成時，例如早報與晚報廣告的刊登，則有待就成本節省所生利益與對顧客所生之負擔和市場排除效果作一利益權衡。

此外，依據公平法所蘊含的多元目的觀，其他目的如環境保護、公共安全等，亦可作為合理化事由。而這類的目的往往涉及重大公益的維護，而非僅是事業財產權的保護，為免買受人缺乏誘因配合，導致重大公益的可能危害，故這類搭售的正當性似有強化保護之必要，只要是達成目標的適當手段，即可容許。例如在「指定煤氣錶內管之裝置事業」請釋案中，若上游事業能提出公正客觀之證明，證實下游事業為客戶修護保養時，若不以原廠零件提供服務將危及公眾安全者，則原廠零件的搭售得認有正當理由<sup>235</sup>。

## 捌、不公平競爭法之分析

限制競爭法上對於搭售的討論，是以市場力的運用作為核心，但在不正競爭法領域，則是以效能競爭或商業善良風俗的討論為主，重點在於兩種產品間的連結作用是否會干擾到顧客的正常選擇和判斷，與市場力的行使無關，此部分所涉及的搭售樣態多屬廣義的搭售概念。

### 一、概括條款的適用

公平交易法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」關於此一概括規定的涵蓋範圍，學說上仍有爭議<sup>236</sup>，但目前公平交易委員會的實務應用，除將本條詮釋為整部公平交易法

<sup>234</sup> 歐盟垂直交易限制準則認為搭售若要以效率為由申請豁免，至少必須將部分利益與消費者分享。See Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal of the European Communities, C291/43 ¶222 (2000).

<sup>235</sup> 公研字 057 號，行政院公平交易委員會公報，第二卷第六期，69。

<sup>236</sup> 依本條概括規定範圍之寬窄，有「第三章不公平競爭行為概括規定說」、「第三章整章規定之概括規定說」、「整部公平法之概括規定說」、「公平法與消保法聯合概括規定說」等諸說爭論，其整理詳見梁哲瑋（2000），足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，台大法研所碩士論文，19 以下。胡明華（1993），「我國公平交易法第二十四條之規定」，收於行政院公平交易委員會編，公平交易法論述第二輯，132-136。

的概括規定，除作為不正競爭行為之流刺網外，也當作補強市場力控制的工具<sup>237</sup>，甚者，將其觸角延伸至消費者保護領域，彌補消費者保護法的不足<sup>238</sup>。是故，為了避免本條的無限制擴張，在適用上宜謹守「補充原則」，僅有在公平法其他條文不能充分評價違法行為的不法內涵時，始有補充適用餘地，同時以「足以影響交易秩序」作為適用界限，考量整體交易秩序的影響（諸如：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果及是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等事項），藉以和民法、消保法等其他法律相關規定作出區隔，以免公平法淪為所有交易不公平情事之衡平法<sup>239</sup>。

## 二、主要類型

雖然公平交易法第二十四條規定與德國不正競爭防止法（UWG）第一條文字略有不同，但其意旨大致相通，故德國法上對於搭售的規範可茲作為借鏡，其主要類型有隱藏搭售（verdeckte Koppelungen）、先頭要約（Vorspannangebote）、誘餌釣客（Lockvogelangebot）及贈品等。

### （一）隱藏搭售

隱藏搭售乃是將數個商品或服務以總價方式出售，而無個別單價的標示，由於只有標示總價，對於顧客言，個別產品的價格比較（Preisvergleich）便有困難，使得價格的效能競爭無法發揮，同時隱藏購買決定是出於不客觀動機（sachfremde Motive）的危險<sup>240</sup>，因此，隱藏搭售被認為是違反不正競爭防止法<sup>241</sup>。

判斷隱藏搭售是否違法的關鍵在於「價格比較可能性」

<sup>237</sup> 蘇永欽（2001），「私法自治與公平法的管制—公平法第二十四條的功用與濫用」，《月旦法學雜誌》，第七十期，49。

<sup>238</sup> 例如定型化契約的審閱期間（84 公處字第 008 號、84 公處字第 087 號）、房屋仲介之斡旋金之規範（87 公處字第 239 號、87 公處字第 238 號、88 公處字第 006 號、88 公處字第 053 號、89 公處字第 062 號）。

<sup>239</sup> 參閱「公平交易法第二十四條案件處理原則」（91.1.9.公法字第 0910000252 號函分行）。

<sup>240</sup> NJW-RR 1996, 616.

<sup>241</sup> Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19 Aufl., München 1996, § 1 UWG, Rn. 128; Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6 Aufl., Heidelberg 1999, S. 46; Köhler/Piper, UWG-Kommentar, 2 Aufl., München 2001, § 1 UWG, Rn. 229; BGH GRUR 71, 582, 584.

(Preisvergleichsmöglichkeit)，因此，若個別產品的單價，顧客可以輕易地從相關交易中得知，此時即不存在價格比較的困難。例如，以總價五十馬克提供駕駛課程及教材，因為，其他駕駛學校也會提供相同的課程，甚至分別索價，因此，顧客可以很容易地從其他駕駛學校得知課程與教材的個別單價，並與總價比較，所以價格的效能競爭並未受損<sup>242</sup>。此外，若出賣人除了標示產品組合的總價外，也分別銷售個別產品時，亦不會有價格比較困難的發生。此外，若顧客可以輕易地獲悉產品單價時，例如向個別產品的競爭者詢價或向出賣人詢問<sup>243</sup>，也不會有違法問題<sup>244</sup>。

## (二)先頭要約

先頭要約<sup>245</sup>，又有稱為聲東擊西式的要約<sup>246</sup>，為一種引誘顧客上鉤的促銷手法，其型態為業者為了促銷流通於市面之主物（如咖啡），提供客戶看似廉價的從物（如書籍），若未同時購買主物，即無法取得，誘使顧客垂涎從物而不得不一起買下主物<sup>247</sup>；或以「如購買 A，則可用 X 馬克購買 B」的交易型態呈現。這種銷售方式與搭售類似，但由於其誘惑顧客的效果極佳，容易使購買人的注意力從主物的效能轉移至非客觀的因素上，為了享受該優惠，便衝動地買下主物，因此，基於不客觀影響顧客決定自由和誤導價廉的理由，法院認為可依不正競爭防止法第一條規定予以禁止<sup>248</sup>。

一般而言，若除了主商品外，另外以特別有利的價格提供一個附隨商品，而且兩者具有依存關係，無主商品的購買，即無附隨商品的取得，則構成先頭要約<sup>249</sup>，

<sup>242</sup> BGH GRUR 1967, 530.

<sup>243</sup> BGH GRUR 1967, 530, 532.

<sup>244</sup> 關於隱藏搭售的批評，可參閱 Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4 Aufl., München 1995, S. 220; Burkert, a.a.O., S. 172ff, 391.

<sup>245</sup> 余適霖（1995），贈品促銷行為法律規制問題之研究，政治大學法律研究所碩士論文，46。

<sup>246</sup> 王海南、吳綺雲、劉孔中、蕭文生（1993），公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，行政院公平交易委員會委託研究報告，81。

<sup>247</sup> Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG, Rn. 132; Köhler/Piper, a.a.O., § 1 UWG, Rn. 230; BGH 65, 68, 69 = GRUR 76, 248, 249; GRUR 99, 755, 756f.

<sup>248</sup> Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG, Rn. 138; Nordemann, Wettbewerbsrecht, 7 Aufl., 1993, S. 135; Plaß, in Ekey u.a., Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2000, Rn. 152, 161; BGH GRUR 1976, 637; 1977, 110; BGH NJW 1984, 51, 52.

<sup>249</sup> Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG, Rn. 133; Nordemann, a.a.O., S. 135.

即使主商品可單獨取得，亦無礙於先頭要約的適用<sup>250</sup>。至於誘餌商品在價格上是否須特別有利，則應視個案而定<sup>251</sup>。是否為誘餌商品，其重點應在於是否能夠產生特別優惠（Vergünstigung）的印象（Eindruck），若引誘效果極小（例如價值極微），不足以持續影響顧客的購買決定時，則非法律所要禁止的，至於價格是否低於成本，並不重要，決定性的是誘餌商品與這類商品通常售價間的差距和搭售所造成的心靈影響<sup>252</sup>。

### (三) 誘餌釣客

誘餌釣客係指出賣人提供一組（Sortiment）特別廉價的商品，藉此吸引顧客上門，期待顧客除了購買誘餌商品（Lockartikel）外，順便也購買其他商品。其與先頭要約不同之處，在於先頭要約中，誘餌商品係附屬於其他商品的取得上，而誘餌釣客則是除了產品組合外，亦將誘餌商品與其他商品分別銷售，期待顧客會基於方便與節省交易成本的考量，而一次購足所需要的商品<sup>253</sup>。

出賣人使用誘餌釣客的目的，在於利用誘餌商品將顧客勾釣上門，藉以銷售其他商品。通常商人很少會去促銷低價的商品，而是利用誘餌商品銷售量增加的契機，來推銷其他昂貴的商品，或是透過適當的計算，來獲取最大化的整體收益<sup>254</sup>。因此，在個案中，這種銷售方式可能會對顧客造成出賣人之商品皆是物美價廉的印象，令其誤以為所購買之全部商品在總價上是較便宜的，然而實際上，除了誘餌商品外，其他商品可能都是比較昂貴的，是故，對於消費者而言，其他商品的價格水準（Preisniveau）便被誤導，從而該當不正競爭防止法第三條所禁止之引人錯誤的表示<sup>255</sup>。

### (四) 贈品

就不公平競爭行為的規範而言，目前公平會實務雖然對於商品的價格優惠行為

<sup>250</sup> BGH NJW 1978, 2598, 2599.

<sup>251</sup> Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG, Rn. 135ff; Nordemann, a.a.O., S. 135.

<sup>252</sup> 關於先頭要約的批評，可參閱 Emmerich, a.a.O., S. 222; Burkert, a.a.O., S. 389.

<sup>253</sup> Burkert, a.a.O., S. 62.

<sup>254</sup> Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 3 UWG, Rn. 279.

<sup>255</sup> Emmerich, a.a.O., S. 266; Nordemann, a.a.O., S. 110; Burkert, a.a.O., S. 391f; BGH GRUR 1970, 33; BGHZ 1952, 302.

仍有所規範<sup>256</sup>，但對於提供低價商品搭配促銷的手法，似抱持樂觀態度，規範較多者，反倒是對於贈品贈獎促銷的管制，這類的案例大抵是依據「行政院公平交易委員會處理贈品贈獎促銷額度案件原則」辦理<sup>257</sup>。

贈品乃指附隨於有償性給付的無償性給付<sup>258</sup>，贈品的取得係附屬於主商品的購買上，例如「買洗髮精送潤髮乳」，此種有條件的交易型態，與單純的贈送有別，而近似於搭售，所不同者在於贈品通常價值微薄，購買者無須支付對價即可免費取得。贈品（獎）行為具有替代價格競爭和促進競爭的作用，然而過度的贈品（獎）也可能不當影響消費者的理性選擇，而與效能競爭相悖，造成浪費和引誘。

由於，搭售可以只標明總價而不分別計價，因此，被搭售產品的售價可能會被內化於搭售產品中，透過價格掩飾變裝成贈品方式，在資訊不透明且買受人無法就個別產品進行比價的情況下，規避搭售的管制<sup>259</sup>。惟通常買受人對於產品的成本結構並無充足資訊，因此，究竟是降價搭售，抑是純粹贈送，不易判斷。因此，主要產品附帶贈品時，若售價高於主要產品的正常價格，則超出的價款應視為贈品的對價，而構成搭售<sup>260</sup>。此外，若只收取微小象徵性費用而獲得其他產品的情況，應被視為是贈品的行為<sup>261</sup>。

我國法對於贈品（獎）行為並不採取禁止原則，而是視其是否達到利誘程度，為了使事業可合理預期，同時減少行政成本，乃訂定「處理贈品贈獎促銷額度案件原則」，商品間之價值關係為基礎，預定贈品價值上限作為量化的管制標準。對於商品價值的認定，並非以事業的取得成本為據，而是以其客觀價值或消費者的合理認知為憑。採取單一總價方式的贈品行為，在當事人間具有資訊不透明的情況下，

<sup>256</sup> 依公平會意見，單純以低價爭取顧客之價格競爭行為，尚難謂為利誘，然事業若以明偏離合理市場之價格，打擊或消滅競爭者，縱係以價格作為競爭工具，仍應屬本法所禁之利誘行為，例如「收視一年一百元」、「一元看一年」。參閱 86 公處字第 076 號、86 公處字第 191 號。至於價格折扣、數量折扣、「每日一物」、「週年慶打折」等價格優惠行為是否違法，則須依個案具體衡量是否構成利誘。參閱公研釋 023 號。

<sup>257</sup> 84 公處字第 166 號、88 公處字第 002 號、88 公處字第 065 號。

<sup>258</sup> 蘇永欽（1999），「企業贈獎行為的法律問題—兼論報業贈獎活動應否做特殊考量」，收於氏著，跨越自治與管制，115。

<sup>259</sup> Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp (1996 Supplement), *Antitrust Law*, ¶760b6.

<sup>260</sup> 洪禮卿、黃茂榮、王弓、朱雲鵬、呂榮海、許松根、施俊吉（1995），企業贈獎行為之經濟效果分析，公平交易委員會委託研究報告，4。

<sup>261</sup> 余適霖（1995），贈品促銷行為法律規制問題之研究，政大法研所碩士論文，57。

可能有掩飾價格比較或隱藏搭售事實的危險<sup>262</sup>。對於這類贈品行為，可視其情形或利誘程度，依公平法第二十四條規定論處<sup>263</sup>。

### 三、德國贈品規範之新發展與影響

#### (一) 規範發展

贈品本屬「利誘」之不公平競爭行為型態中，「給予好處」（Werteklame）的一種，雖然已有不正競爭防止法第一條可資適用，但實際上，一方面很難認定事業就價格之形成與計算有引人錯誤之行為，另一方面則因當時法院的立場過於寬鬆，以致於鮮能有效對抗不當之給予好處行為。遂於 1932 年 3 月 9 日制訂贈品令（Zugabeverordnung），對於贈品活動採取「禁止原則」，僅容許少數例外（§ 1 Abs. 2），但仍不得將該贈品標明為無償給予或為其他引起無償印象之行為，同時也不得依抽簽或其他偶然事件來決定贈品的給予（§ 1 Abs. 3）。在個案中，法院無權去具體檢驗贈品可能產生的誘引效果，僅能檢驗是否有法律意義上的贈品存在，從而決定其法律效果（Rechtsfolgen）<sup>264</sup>。此種嚴格禁止贈品行為的態度與歐盟其他成員國顯有不同，在歐盟立法與法院判決的影響下，已於 2001 年 7 月 25 日明令廢止<sup>265</sup>，回歸不正競爭防止法的規範，其廢除理由如下：

##### 1. 避免德國企業的競爭不利

由於贈品令和折扣法的存在，使得德國企業以往在價格形成（Preisgestaltung）上受到較大的限制，隨著歐盟有關電子商務（elektronischer Geschäftsverkehr）指令的通過<sup>266</sup>，依據來源地原則（Herkunftslandprinzip），外國企業透過網際網路向德

<sup>262</sup> 參閱 87 公處字第 014 號，行政院公平交易委員會公報，第七卷第一期，頁 42-43，（1998 年 1 月）。「事業涉及銷售有線廣播電視頻道節目交易資訊透明化案件理原則」，收於行政院公平交易委員會（1999），有線電視相關產業規範說明、審理原則暨案例彙編，頁 7-8。

<sup>263</sup> 目前公平會實務對於構成利誘的贈品行為，多依第十九條第三款論處。本文則對該款「交易相對人」的概念採限縮解釋，將之局限於與競爭者已進行交易或正在磋商交易的相對人，而將該款規定適用於針對特定競爭對手的搶客行為，故對潛在交易相對人的贈品行為，則依第二十四條規定處理。

<sup>264</sup> Helmut Seydel, Zugabeverordnung un Rabattgesetz Kommentar, 4 Aufl., München 1993, § 1 ZugabeVO Rn. 2.

<sup>265</sup> 同時，也明令廢止了折扣法（Rabattgesetz）。

<sup>266</sup> Richtlinie 2000/31/EG vom. 8. Juli 2000.

國銷售商品和服務，原則上僅受來源地法律的規範，故其在使用贈品作為銷售和行銷工具上有較大的空間，如此一來，德國的競爭者若受困於贈品令，將陷於競爭劣勢，且無法合理化這種對德國企業的差別對待。

## 2. 現代化德國的競爭法

經由媒體和消費者團體提供之消費意見，消費者對於產品資訊的興趣和購物事前準備能力已大為增加，故一般資訊充足且理性的消費者（durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher）現今都知曉商人實際上並未真正贈送和贈品的成本已被掩藏於主商品的售價內，而且依經驗可知，消費者通常不會因贈品和折扣的吸引而草率地作出購買，大多時候，其都是對於商品擁有足夠資訊且經過利弊權衡後的決定。而且媒體和網路上大量充斥的產品資訊，亦有助於消費者了解多樣化的產品及促使價格透明。因此，透過贈品和折扣的自由化，將使部分的競爭法現代化，同時調整社會和經濟的相關規範。

## 3. 加強法律的實在性（Rechtswirklichkeit）

由於贈品令和折扣法的規定太過複雜和個案關聯，因此，對於非法律人（Nichtjurist）而言，實在難以理解法院的具體運用。此外，它們也不再符合出賣人和消費者的利益狀況，消費者於購買高價值和耐久的日用品時，都期望能有適當的價格折扣或贈品，而且也有研究證實大多數消費者於採購時都享有超出允許範圍的價格折扣或贈品，故這些法律常因不法意識（Unrechtsbewußtsein）的欠缺而被輕忽，而且企業與顧客也有共通的利益去規避法律，並視之為過度管制（Überregulierung）。

## 4. 避免阻礙創新（Innovationshemmnis）

網際網路對於契約的發生和了結創造出新的可能性，使市場參進變得容易，增加消費者選擇和購買的可能性，以及加強市場競爭。而贈品令因未經考慮對效能競爭的具體影響即當然地禁止特定行為，則會阻礙銷售策略的創新，因此，相關規定有必要配合新的發展趨勢予以重新檢驗和調整。

## 5. 相關經濟階層的支持

此項修法也獲得了相關經濟階層的大多數支持，在聯邦司法部（Bundesministerium der Justiz）和聯邦經濟暨科技部（Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie）於2000年6月所舉行的聽證會上，超過70個的工商、產業和消費者的團體、組織和機構，其多數意見均贊同無條件地廢止贈品令和折扣法。

### (二) 未來影響

贈品行為之規範現已完全倒轉過去原則禁止、例外許可的模式，而朝自由化邁進，故未來贈品行為原則上雖為法律所允許，但其仍受相關法律（如不正競爭防止法）的規範，倘贈品涉及價格欺騙或價格掩飾而為買受人難以估測者，仍受§ 3 UWG的禁止，若有過度引誘（übertriebene Anlocken）情事，亦會違反§ 1 UWG，此外，支配市場地位之事業若以贈品或折扣作為阻礙競爭者或歧視手段，亦應受§§ 19, 20 GWB 規範<sup>267</sup>。

贈品令和折扣法的廢止，意味著效能競爭的強化，更多創新之銷售方式和行銷策略的可行性，以及消費者地位的強化，加上各類資訊大量充斥於大量媒體和網際網路，以及教育和知識水準的提昇，消費者資訊和市場透明對於效能競爭愈趨重要，消費者已不再是草率的莽漢，而是資訊充足、細心而理性的決定者。

#### 1. 對過度引誘的影響

由於贈品原屬給與好處的一種態樣，其廢除勢必會對其他的不正競爭行為產生影響，例如，先頭要約不再因其具備贈品特性（Zugabecharakter）而被當然地視為反競爭，未來原則上是允許的<sup>268</sup>。誘引效果若要構成反競爭，則須有其他無關價格

<sup>267</sup> BMJ, Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der Zugabeverordnung und Zur Anpassung Weiterer Rechtsvorschriften, 2000, S. 8f; Jan Bernd Nordemann, Wegfall von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, NJW 2001, S. 2509ff.

<sup>268</sup> Karl-Heinz Fezer, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, BMJ Gutachten UWG 15/6/2001, S.64f; Wolfgang Berlit, Auswirkungen der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung auf die Auslegung von § 1 UWG und § 3 UWG, WRP 2001, 349, 351.

和品質之不正方式的附加<sup>269</sup>，並依個案情況認定之，商品間的價值關係僅具指標作用，而無絕對性影響<sup>270</sup>。例如若主商品和贈品間存有極度不合比例的關係或贈品價值超乎主商品時，則可能構成過度引誘<sup>271</sup>。

此外，聯邦最高法院近來對於這類促銷行為的見解也已經有了轉變，在諸多免費（或超便宜）行動電話和門號搭配促銷的案例中<sup>272</sup>，即認為對於大眾而言，應該都熟悉行動電話的價值並非微薄，商人實際上並不直接贈送這類設備，消費者應該知道獲取該行動電話的代價，最終必會經由網路卡契約（Netzkartenvertrag）此一對待給付（Gegenleistung）予以回償，因此，這類的行為並非涉及贈品的分送，而是刺激長期網路卡契約的締結<sup>273</sup>。

再者，這種免費手機的廣告，只是一種透過不同價格組成之有利的整體給付的正當表示，甚或是廠商本身效能的表示，這種經由吸引力商品所形成之引誘效果，並非反競爭，反而是效能競爭期望的結果。相關交易圈將手機與門號視為功能整合（Funktionseinheit）的整體性給付（Gesamtleistung），從而並未受到不當影響，故無過度引誘問題<sup>274</sup>。

至於是否有掩飾過高門號使用對價情事，倘使電話商遭遇強烈競爭且無法直接影響服務提供者的費率時，則其回應競爭的手段僅為手機的降價，而無法改變費率結構；又若電話商經由門號的仲介而獲有佣金（Provision），則其可透過佣金來補貼手機的購置。因此，是否要禁止這類特別優惠的手機銷售，有待徹底地作一合理的經濟考量<sup>275</sup>。

此外，這類的廣告促銷是否會涉及價格標示要求或誤導禁止的違反，則事關網路介接（Netzzugang）成本的獲悉，這類的標示必須明顯而完整，諸如單次連接費

<sup>269</sup> BGH WRP 2000, 1138.

<sup>270</sup> Wilhelm Berneke, Zum Lauterkeitsrecht nach einer Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, WRP 2001, 615, 618; Peter W. Heermann, Rabattgesetz und Zugabeverordnung ade!, WRP 2001, 855, 857, 863.

<sup>271</sup> Berlit, a.a.O., S. 353; Christoph Cordes, Die Gewährung von Zugabe und Rabatten und deren wettbewerbsrechtliche Grenzen nach Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, WRP 2001, 867, 870.

<sup>272</sup> BGH WRP 1999, 90; 1999, 94; 1999, 505; 1999, 509; 1999, 513; 1999, 517.

<sup>273</sup> BGH WRP 1999, 90, 92; 1999, 94, 96.

<sup>274</sup> ebd.

<sup>275</sup> ebd.

用 (einmalige Anschlußgebühren)、最小額度 (Mindestumsätze)、月租費用 (monatliche Grundgebühren)、最少使用期間 (Mindestlaufzeit)、提前解約的差額補付、通話費 (verbrauchsabhängige Entgelte)、費率結構區間等資訊，若顧客可清楚無疑地得知時，並不構成違法<sup>276</sup>。

## 2. 對搭售的影響

將數個產品搭配銷售，乃是屬於經濟行為自由的一環，法院也給予這類要約結構的商業自由 (Handelsfreiheit der Angebotsstrukturen) 有較大的空間，並且由於教育和知識水平的提昇以及消費者敏感度的增加，資訊充足、細心和理智之一般消費者 (Durchschnittsverbraucher) 已能充分評估商品之品質、價格，並與競爭者的商品作一比較，故消費者之決定的合理性也較值得信任。因此，數產品的組合搭售可視為事業效能的表現，原則上為競爭法所允許，至於產品關係為何，是否具備功能整合、是否價格已內含於總價或純屬無償，在未來均不具重要性<sup>277</sup>。但若有價格不透明 (Preisintransparenz)、個別的競爭阻礙 (individuelle Wettbewerbsbehinderung)、普遍的市場破壞 (allgemeine Marktstörung) 等情事存在，則亦可能違反§ 1 UWG<sup>278</sup>。

## 3. 對價格掩飾的影響

價格標示 (Preisangabe) 必須符合價格明確性 (Preisklarheit) 原則和價格真實性 (Preiswahrheit) 原則，否則，可能會違反§ 3 UWG。例如：郵購商就同一商品在不同目錄中以不同價錢標示、事業就同一商品於報紙廣告上的標價不同於商品陳列櫥窗上的售價、或所標示的廣告價格實際上並不存在。此外，以價格搖擺 (Preisschaukelei) 來影響顧客注意力的方式，也是不被允許的。例如透過不明確的價格表示來使消費者感到不安，最終向顧客索取高價<sup>279</sup>。

<sup>276</sup> BGH WRP 1999, 90, 93; 1999, 94, 97.

<sup>277</sup> Berlit, a.a.O., S. 351.

<sup>278</sup> Fezer, a.a.O., S. 71ff.

<sup>279</sup> Berlit, a.a.O., S. 353f.

## 四、未來走向

隨著大眾媒體和網際網路的發達及普遍，消費者對於產品資訊的掌握愈來愈容易，加上教育水準和知識水平的提昇，消費者的購買決定是否仍輕易地受事業的促銷手法所惑，或者認知到「天下沒有白吃的午餐」和「羊毛出在羊身上」的道理，而基於理性衡權的結果，均有待進一步的思索。事業提供吸引力商品、低價商品甚或贈品來搭配促銷，是否當然地反競爭，或者僅是競爭的結果，其間的差異是否可以產品之間的價值比例來論斷，均可作再次的討論。從執法機關的角度，量化的標準固有助於執法，但是否會造成與個案事實的落差，導致過度管制，而與寬鬆的規範趨勢相背，雖然我國法對於贈品促銷的額度限制，相較之下已極為寬鬆。但是，隨著消費環境和資訊管道的改善，消費者資訊和市場透明度對於效能競爭的影響將愈趨重要，公平會近來也逐漸加強若干產業的資訊透明化工作，如房屋仲介業、有線廣播電視頻道節目、加盟業、瘦身美容業等。因此，消費者決定是否受外在的不當影響，未來，資訊問題當會比商品的價值關係來得重要。而針對國內行動通信市場不當行銷行為，公平交易委員會也開始著手制定行業警示原則，建議業者將手機優惠專案名稱及其內容、固定期限服務契約之契約期間、消費者提前終止契約的條件和賠償條款等重要交易資訊，於契約明顯位置上以淺顯易讀文字載列，以杜絕爭議，此正與德國法的規範方向相互驗證。是故，對於不同商品搭配銷售的手法，如何論斷利誘或欺罔，商品的價值關係當非絕對標準，資訊充足、細心且理性之消費者的評估過程和比較能力，以及資訊的真實告知，對於個案判斷的影響將更趨重要。

## 五、結語

搭售行為對於市場競爭的影響程度頗為複雜，從法律規範的觀點可從競爭的自由度與公平性二個層面入手。在限制競爭法領域，重視的是市場競爭結果的影響，而搭售雖然是典型限制競爭行為的一種，但其對市場的影響並非全然是負面的，有些促進競爭的效益還是值得鼓勵的，因此，在法律評價上不宜將之全面視為「當然

違法」，而是應該採取「合理原則」的立場，檢視相關影響市場競爭的因素及事業之正當商業理由，作整體的綜合觀察，以決定行為之適法性及應有的矯正措施。在不公平競爭法領域，重視的是競爭手段的公平性，而將產品組合銷售的方式，可能會帶有價格掩飾或過度利誘的效果，而對購買者的心理決定造成若干程度的影響，這種銷售手法是否違反商業善良風俗，則有待於個案中作仔細的評估，以及對其可能造成的後果影響加以衡量。

## 參考文獻

### 中文部分

- 王海南、吳綺雲、劉孔中、蕭文生（1993），公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，行政院公平交易委員會委託研究報告。
- 行政院公平交易委員會第二處（1999），「我國公平交易法垂直限制行為執法實務之檢討—兼論歐盟、德、美、日垂直限制規範」，收於行政院公平交易委員會編，第四屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集。
- 行政院公平交易委員會（2000），認識公平交易法，增訂七版，公平會，台北。
- 余適霖（1995），贈品促銷行為法律規制問題之研究，政治大學法律研究所碩士論文。
- 杜璋（1990），美國反托辣斯執行問題之研究，政治大學法律研究所碩士論文。
- 林國棟（1996），廠商搭售行為的經濟分析，中央大學產業經濟研究所碩士論文。
- 林國棟（1997），「廠商搭售行為的經濟分析」，公平交易季刊，第五卷第四期。
- 周德旺（1992），透視公平交易法，大日，台北。
- 范建得、莊春發（1999），公平交易法(一)－獨占、結合、聯合，二版，漢興，台北。
- 范建得、莊春發（1999），公平交易法(二)－不公平競爭，二版，漢興，台北。
- 洪禮卿、黃茂榮、王弓、朱雲鵬、呂榮海、許松根、施俊吉（1995），企業贈獎行為之經濟效果分析，行政院公平交易委員會委託研究報告。
- 孫奇芳（1997），公平交易法第十九條妨礙公平競爭行為規範之違反與損害賠償，司法研究年報第十七輯第四篇，司法院，台北。
- 張向昕（1998），「美國司法部與微軟公司之論戰」，公平交易季刊，第六卷第一期。
- 陳志民（1999），「論美國反托拉斯法對搭售安排『個別產品』要件之認定標準」，收於行政院公平交易委員會編，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集。
- 梁哲璋（2000），足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，台灣大學法律研究所碩士論文。
- 莊朝榮、劉孔中、陳家駿、韓毓傑（1994），我國公平交易法第 19 條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較分析，行政院公平交易委員會委託研究報告。

單驥、何之邁、吳秀明（1999），從依賴性理論探討相對市場優勢地位—以公平法立場之研析適用，行政院公平交易委員會委託研究報告。

黃茂榮（1993），公平交易法理論與實務，植根，台北。

黃營杉、范建得（1999），「事業垂直限制行為之公平法適用問題研究—以非價格垂直交易限制為核心」，收於行政院公平交易委員會編，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集。

黃銘傑（2001），「公平交易法第十九條之規範原理與架構」，月旦法學雜誌，第六十九期。

湯明輝（1992），公平交易法研析，五南，台北。

廖義男（1995），公平交易法之理論與立法，三民，台北。

劉孔中（1994），「德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範」，東海大學法學研究，第八期。

劉靜怡（1999），「初探網路產業的市場規範及其未來：以 United States v. Microsoft 案的發展為主軸」，台大法學論叢，第二十八卷第四期。

戴豪君（1997），「從瀏覽器軟體戰爭，談『搭售』與『掠奪性定價』」，智慧財產權管理季刊，第十四期。

蘇永欽（1994），經濟法的挑戰，五南，台北。

蘇永欽（1999），跨越自治與管制，五南，台北。

蘇永欽（2001），「私法自治與公平法的管制—公平法第二十四條的功用與濫用」，月旦法學雜誌，第七十期。

## 外文部分

Areeda, Phillip E. (1991), *Antitrust Law IX*, Little, Brown, Boston.

Areeda, Phillip E., Herbert Hovenkamp & Einer Elhauge (1996), *Antitrust Law X*, Little, Brown, Boston.

Arquit, Kevin J.(1992), "Market Power in Vertical Cases", *Antitrust Law Journal*, 60: 921.

Bauer, Joseph P.(1980), "A Simplified Approach to Tying Arrangements: A Legal and Economic Analysis", *Vanderbilt Law Review*, 33: 283.

Blair, Roger D. & Jeffrey Finci (1983), "The Individual Coercion Doctrine and Tying Arrangements: An Economic Analysis", *Florida State University Law Review*, 10: 531.

Bork, Robert H. (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, New York.

- Brinson, J. Dianne (1985), "Proof of Economic Power in a Sherman Act Tying Arrangement Case: Should Economic Power Be Presumed When the Tying Product Is Patented or Copyrighted?", *Louisiana Law Review*, 48: 29.
- Butler, Henry N., W. J. Lane, & Owen R. Phillips (1984), "The Futility of Antitrust Attacks on Tie-In Sales: An Economic and Legal Analysis", *Hastings Law Journal*, 36: 173.
- Carlton, Dennis W. (1998), *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, NBER Working Paper No.6831, National Bureau of Economic Reserch.
- Carlton, Dennis W. & Jeffrey M. Perloff (1990), *Modern Industrial Organization*, Harper Collins Publishers.
- Coase, R.H. (1988), *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago.
- Grady, Katherine C. (1985), "Jefferson Parish Hospital district No. 2 v. Hyde: Time to Apply the Rule of Reason to Tying Agreements", *Iowa L. Rev.*, 70: 565.
- Hawker, Norman W.(1998), "Consistently Wrong: The Single Product Issue and the Tying Claims Against Microsoft", *California Western Law Review*, 35: 1.
- Hornick, Jonh F. (1986),"Ther Per Se Rule in Tying Contexts: A Critical View", *Delaware Journal of Corporate Law*, 10: 703.
- Hovenkamp, Herbert (1983), "Tying Arrangements and Class Action", *Vanderbilt Law Review*, 36: 213.
- Hovenkamp, Herbert (1993), "Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case", *UCLA Law Review*, 40: 1447.
- Hovenkamp, Herbert (1994), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Pub. Co., St. Paul, Minn.
- Jacobs, Michael S. (1995), "An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics", *North Carolina Law Review*, 74: 219.
- Kramer, Victor H. (1985), "The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History", *Minnesota Law Review*, 69: 1013.
- Kwoka, John E. & Lawrence J. White (ed.) (1999), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, Oxford, New York.
- Lam, David K. (1999), "Revisiting the Separate Product Issue", *The Yale Law Journal*,

- 108: 1441.
- Lande, Robert H. (1993), "Chicago Takes It on the Chin: Imperfection Information Could Play a Crucial Role in the Post-Kodak World", *Antitrust Law Journal*, 62: 193.
- Larson, Alexander C. (1994), "Antitrust Tie-In Analysis after Kodak: A Comment", *Antitrust Law Journal*, 63: 239.
- Lazaroff, Daniel E. (1994), "Reflections on Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.: Continued Confusion regarding Tying Arrangements and Antitrust Jurisprudence", *Washington Law Review*, 69: 101.
- Lombardy, Russell (1996), "The Myth of Market Power: Why Market Power Should Not Be Presumed When Applying Antitrust Principles to the Analysis of Tying Agreements Involving Intellectual Property", *St. Thomas Law Review*, 8: 449.
- Meese, Alan J. (1997), "Tying Meets the New Institutional Economics: Farewell to the Chimera of Forcing", *University of Pennsylvania Law Review*, 146: 1.
- Miriani, Steven Paul (1985), "Jefferson Parish Hospital v. Hyde: Antitrust Tying Arrangements", *Tulane Law Review*, 59: 1591.
- Montgomery, William A. (1984), *Tying Arrangements*, BNA Corporate Practice Series No. 39, The Bureau of National Affairs, Washington D.C..
- Montgomery, William (1985), "The Presumption of Economic Power for Patented and Copyrighted Products in Tying Arrangements", *Columbia Law Review*, 85: 1140.
- Paredes, Troy (1994), "Copyright Misuse and Tying Courts Stop Misusing Misuse?", *High Technology Law Journal*, 9: 271.
- Pasahow, Lynn H. (1985), "Tying and the Single-Product Issue", *Antitrust Law Journal*, 54: 1217.
- Patterson, Mark R. (1994), "Product Definition, Product Information, and Market Power: Kodak in Perspective", *North Carolina Law Review*, 73: 185.
- Patterson, Mark R. (2000), "The Market Power Requirement in Antitrust Rule of Reason Case: A Rhetorical History", *San Diego Law Review*, 37: 1.
- Posner, Richard A. (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago.
- Ross, Stephen F. (1993), *Principles of Antitrust Law*, Foundation Press, New York.
- Royall, M. Sean (1995), "Post-Chicago Economics", *Antitrust Law Journal*, 63: 445.
- Schmidt, Ingo & Jan B. Rittaler (1989), *A Critical Evaluation of the Chicago School of*

- Antitrust Analysis*, Kluwer Academic Publishers, Boston.
- Shapiro, Carl (1995), "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", *Antitrust Law Journal*, 63: 483.
- Slawson, W. David (1980), "A Stronger, Simpler Tie-in Doctrine", *Antitrust Bulletin*, 25: 671.
- Slawson, W. David (1985), "A New Concept of Competition: Reanalyzing Tie-in Doctrine After Hyde", *Antitrust Bulletin*, 30: 257.
- Strasser, Kurt A. (1985), "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", *Emory Law Journal*, 34: 253.
- Sullivan, E. Thomas & Jeffrey L. Harrison (1994), *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, Matthew Bender, New York.
- Sullivan, Lawrence Anthony (1977), *Handbook of the Law of Antitrust*, West Pub., St. Paul.
- Turner, Donald F. (1958), "The Validity of Tying Arrangements under the Antitrust Laws", *Harvard Law Review*, 72: 51.
- Weddall, Dean (1987), "The Single Product Issue and the Computer Industry", *Computer / Law Journal*, 8: 95.
- Wollenberg, Keith K. (1987), "An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-examining the Leverage Theory", *Stanford Law Review*, 39: 737.
- Zielezienski, J. Stephen (1988), "The Tying Element of Market Power in the Context of Summary Judgment: Is There a Sensible Approach?", *Columbia Business Law Review*, 1988: 273.
- Baumbach, Adolf/ Wolfgang Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 19 Aufl., München 1996, C.H. Beck.
- Bechtold, Rainer, *GWB Kommentar*, 2 Aufl., München 1999, C.H. Beck.
- Berlit, Wolfgang, *Auswirkungen der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung auf die Auslegung von § 1 UWG und § 3 UWG*, WRP 2001, 349ff..
- Berneke, Wilhelm, *Zum Lauterkeitsrecht nach einer Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz*, WRP 2001, 615ff..
- BMJ, *Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der Zugabeverordnung und Zur Anpassung Weiterer Rechtsvorschriften*, 2000.
- Burkert, Thomas O. J., *Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus*

- wettbewerbsrechtlicher Sicht, 1992, Nomos, Baden-Baden.
- Cordes, Christoph, Die Gewährung von Zugabe und Rabatten und deren wettbewerbsrechtliche Grenzen nach Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, WRP 2001, 867ff..
- Ekey, Friedrich L. u.a., Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2000, C.F. Müller.
- Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4 Aufl., München 1995, C.H. Beck.
- Emmerich, Volker, Kartellrecht, 8 Aufl., München 1999, C.H. Beck.
- Fezer, Karl-Heinz, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, BMJ Gutachten UWG, Jun. 15. 2001.
- Gassner, Ulrich, Grundzüge des Kartellrechts, München 1999, Vahlen.
- Heermann, Peter W., Rabattgesetz und Zugabeverordnung ade!, WRP 2001, 855ff..
- Immenga, Ulrich/ Ernst-Joachim Mestmäcker, GWB-Kommentar, 2 Aufl., München 1992, C.H. Beck.
- Jansen, Udo, Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, Gehlen, Bad Homburg vor der Höhe, Berlin, Zürich.
- Köhler, Helmut/ Henning Piper, UWG-Kommentar, 2 Aufl., München 2001, C.H. Beck.
- Monopolkommission, 9 Hauptgutachten 1990/1991: Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Nomos, Baden-Baden 1992.
- Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983, Heymanns.
- Nordemann, Jan Bernd, Wegfall von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, NJW 2001, 2505ff..
- Nordemann, Wilhelm, Wettbewerbsrecht, 7 Aufl., 1993, Nomos, Baden-Baden.
- Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6 Aufl., Heidelberg 1999, C.F. Müller.
- Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine Einführung, 5 Aufl., Stuttgart 1996, Lucius & Lucius.
- Seydel, Helmut, Zugabeverordnung un Rabattgesetz Kommentar, 4 Aufl., München 1993, Vahlen.
- Wiedemann, Gerhard, Handbuch des Kartellrechts, München 1999, C.H. Beck.

## The Legal Analysis of Tying Arrangements

Yang, Hung-Hui

### Abstract

The regulation of tying arrangements has long been an important issue in competition law. Although tie-in sales are a classic example of restraining competition, there are still some disputes regarding their regulation. This article introduces the economic meanings and legal provisions of tying agreements. In focusing primarily on the Fair Trade Act and its practices, a comparison is made with the American and German laws. In order to deal with the probable legal problems with respect to tying arrangements, I also discuss the provisions of the Unfair Competition Act in relation to them, besides the provisions of the Act against Restraints on Competition.

**Key words:** tying arrangements, tying agreements, tie-in sales, fair trade act, unfair competition