

論美國反托拉斯法對搭售安排「個別產品」要件之認定標準

陳志民*

目 次

- I. 問題之源起—
United States v. Microsoft
- II. 搭售之反競爭效果--「槓桿/排除」
(leverage/foreclosure)理論
 - 1. 傳統之觀點及其批評
 - 2. 策略性槓桿/排除理論(strategic leverage/foreclosure theory)
- III. 搭售之反競爭效果(二)—穩定共謀協議與規避價格
管制理論
 - 1. 搭售與穩定共謀協議理論
 - 2. 搭售與價格管制之規避
- IV. 搭售之促進競爭效果
 - 1. 搭售與生產效率之提昇
 - 2. 搭售與差別取價(price discrimination)
 - 3. 搭售與產品品質控制理論
 - 4. 搭售與風險分擔理論
- V. 美國反托拉斯法對「個別產品」之認定標準
 - 1. 概說
 - 2. 「個別產品」司法認定標準之演進
- VI. 產品需求特徵理論之再檢討
 - 1. 產品「功能關係」考量之重要性
 - 2. 產品「功能關係」於訴訟中之地位
 - 3. 「合理原則」下之搭售安排與「個別產品」要件
- VII. 對我國公平法之啟示—代結論

-
- 淡江大學公共行政學系暨公共政策研究所專任助理教授; 美國西北大學法學博士(SJD).
筆者感謝淡江大學產業經濟系陳和全教授對本文經濟分析部分所賜之指正與建議。另中原大學財經法律學系馮震宇教授對本文內容之評論與建議, 在此一併致謝。惟文中所有錯誤由筆者自負。

中文摘要

目前正於美國進行之微軟反托拉斯案，其爭議之源起在於微軟公司透過搭售安排，要求授權之個人電腦製造商同時購買微軟之 windows 作業系統與網路瀏覽器。於美國法，法院於審理搭售案件時，首需確定者乃原告所被要求需同時購買之二項產品，是否為反托拉斯法下所謂之「個別產品」？相較於被告於搭售產品市場是否具有市場力量此另一搭售構成要件而言，「個別產品」要件往往為美國法院視為是較易認定之要件。但微軟一案突顯了此一要件之判斷，可能並非如法院以往所想像的簡單。特別是當繫爭案件涉及高科技產品時，法院能否將消費者因科技進步所可能享受到之便利，列為判斷個別產品之標準？從微軟案雙方當事人針對此點於法院所為之攻防觀之，此恐將是一極具爭議之問題。本文擬對美國法上對搭售安排「個別產品」要件之審查標準，作一有系統及深入之介紹與分析，並於論述過程中提出二項與該要件相關之問題，以作為我國處理公平法相關案件與未來修法時之一項參考。

I. 問題之源起—*United States v. Microsoft*

1997年10月20日，美國司法部(Department of Justice)負責執行競爭政策之部門宣告美國微軟(Microsoft)公司涉嫌透過契約安排，要求其所授權之個人電腦製造商於販售內含 windows 作業系統電腦時，需搭配銷售其所生產之網路瀏覽器(browser)--Internet Explorer (“IE”)。不接受此條件者，將無法取得 windows 之合法使用授權。美國司法部認定此等銷售安排已違反反托拉斯法公平競爭之精神，並要求微軟立即停止該行銷方式。否則，將處微軟每日一百萬美金之罰金。司法部所持之理由乃微軟違反其與該部於 1995

年所訂定之不為不公平競爭之協議 (consent decree)。¹ 其所關心者，乃透過此類搭售(tying)安排，微軟可挾其於作業系統市場獨占之市場力量，迫使電腦製造商不與其他瀏覽器業者如 Netscape 從事交易。就經濟實質而言，此無異於讓微軟將其市場力量擴張至瀏覽器之製造市場，並藉此排除瀏覽器業者與其競爭之可能性。²

相對的，微軟則辯稱，1995 年之協議並未禁止其「改良」Windows。自 Windows 問世以來，微軟已成功地將許多原本各別生產製造之軟體程式，如「網路會議」(NetMeeting)、「備份」(Backup)、「磁碟壓縮」(Disk Compression)、「記憶體管理」(Memory Management)等，整合為 Windows 功能之一部份，美國反托拉斯當局並未認定其違法。³ 由這個角度來看，與其將 Windows 與 IE 之搭配使用視為搭售，毋寧說是微軟增強其 Windows 功能之一項突破。對消費者而言，購買已安裝瀏覽器之電腦，省去另行購買安裝之麻煩，二者配合亦可讓網路的連結與使用更具效率。據此，微軟主張，Windows 與 IE 於消費者心目中實乃單一產品，而非兩不同產品。從而，其與電腦製造業者間之銷售約定並不構成搭售。⁴ 此案經美國哥倫比亞特區巡迴地方法院 (District Court of District of Columbia) 宣判微軟並未違反 1995 年之協議。理由是該協議對何謂「整合性產品」之定義並不明確；而當協議條款解釋上有疑問時，依據判例，法院必需作出對微軟有利之判決。然而承審法官同時要求微軟不得搭售 Windows 和 IE。法官認為，微軟並沒有權利依其主

¹ DOJ Seeks Microsoft Fine, CNN Interactive Edition, Oct. 20, 1997.

² Id.

³ See David Bank, *Software and Antitrust Law Can Make for an Uneasy Mix*, Wall St. J. Interactive Edition, Oct.22, 1997.

⁴ Microsoft Fires Back, CNN Interactive Edition, Nov. 11, 1997.

觀認定二者是否為「整合性產品」。該認定需依現行的反托拉斯法規定為之。

從法律適用之技術層面來看，微軟之抗辯突顯了一項常為執法機構所忽略，但卻為審查搭售案件先決條件之問題--搭售契約中「個別產品」要件之認定標準。簡言之，搭售契約之違法性以同時存在有「搭售產品」(tying product; 如本案之 windows)和「被搭售產品」(tied product; 如本案之瀏覽器)為前題。外觀屬性的不同當然是最直接的判斷標準。因此，倘使汽車製造商要求其客戶需同時購買其所生產之衛浴設備時，其分屬二不同產品之認定似無爭議。有問題者，乃二產品雖於外觀屬性上明顯不同，然二者之配合使用將有助於整體效率之提昇甚或為生產技術所必需時，法律於何程度內得將其視為單一產品？在美國現行「需求特徵」理論下，法院已排除了類此之產品功能關係考量於審理搭售案件時之必要性。⁵而在美國現行反托拉斯法對搭售之審理偏向於「當然違法」原則下，一旦微軟符合了市場力量，脅迫買方採行搭售安排，以及對市場交易產生相當之影響等其他要件後，其行為即當然違反反托拉斯法規，不容當事人以其他促進競爭之理由作為防禦。惟綜觀美國法院之判決，於一再肯定搭售應受「當然違法」原則規範之同時，卻也不厭其煩地對被告之合理化理由為詳細之審查與說明。此項作法，除與「當然違法」原則追求司法經濟之目標相背外，是否也顯示出法院於「搭售對市場必然有害」之傳統法律原則下，對搭售之可能促進競爭效果之難以割捨？又此項衝突，可否藉由改變對「個別產品」要件之審理原則來加以解決？此乃第一個值得吾人思考之問題。

再者，「個別產品」要件考量因素於訴訟中之判斷階段，與當事人舉證責任之輕重，亦有相當之關聯性。由於「個別產品」要件乃被列為搭售行為成立之

⁵ 該理論將於本文第 V 節介紹。

「構成要件」，因此，於訴訟中，主張搭售行為不法之檢舉人或原告，理應負舉證與證明之責。於美國法下，由於產品功能關係無法作為判斷個別產品要件之理由，故任何對搭售必要性之合理商業主張，往往成為被告之「防禦」(defense)，而必需由被告負舉證與證明之責。這也是何以微軟需花費如此人力與時間，企圖說服法院 windows 與 IE 合併使用具有提昇使用效率之功能，而非由美國司法部證明二者搭售不具有該效率功能。但於我國，由於公平會於考量「個別產品」時，並不排除產品功能關係之考量(如二者分離後是否仍具價值？合併出售是否能節省成本?)，故似應由原告負較重之舉證責任。但從相關之決定與判決中，並無法看出公平會或法院之態度為何。有鑑於「舉證責任之所在，乃敗訴之所在」，如何建立公平之舉證與證明責任，乃另一吾人可從對「個別產品」要件之檢討中作進一步思考之問題。

本文擬對美國反托拉斯法對「個別產品」要件認定標準作一有系統的介紹，並藉此檢討上述二相關議題。第 II 與第 III 節首先介紹搭售契約之主要反競爭效果，包括長期被美國法院作為將搭售歸類為「當然違法」行為之最重要理由——槓桿/排除(leverage/foreclosure)理論。⁶ 學者對該等理論之評價也將於此詳述。第 IV 節討論於美國法上，常為當事人引為搭售產品間非個別產品之商業理由。第 V 節介紹美國反托拉斯法對「個別產品」要件之司法原則演變過程，特別是所謂之「需求特徵」理論之形成及其內涵。本節將以探討美國聯邦最高法院之相關判例為主。行政機關所頒佈之相關「準則」，並不在討論之列。⁷ 第 VI 節分析「需求特徵」理論之妥適性以及在此「合理原則」下，

⁶ 有關搭售之其他反競爭效果理論，請參閱林國棟，廠商搭售行為之經濟分析，頁 79，公平交易季刊，第五卷第四期（民國八十六年）。

⁷ 如美國聯邦司法部垂直交易限制準則(1985)及美國全國檢察總長垂直交易限制準則

如何建構出一可行之「個別產品」要件判斷標準。第 VII 節以探討美國執法經驗對我國施行公平法之二項啟示總結本文。

III. 搭售之反競爭效果---「槓桿/排除」(leverage/foreclosure)

理論

1. 傳統之觀點及其批評

傳統經濟學與法學文獻對搭售契約之批評大多集中於其對被搭售產品競爭者之「槓桿/排除效果」。⁸ 簡言之，主張此理論者認為，搭售產品市場之獨佔者，可藉其市場力量強迫消費者同時購買其所生產之被搭售產品。如此一來，被搭售產品之其他製造商將無法銷售被搭售產品予這群顧客，獨佔者可因而大幅擴張其於被搭售產品市場之市場佔有率。以微軟為例，搭售 windows 與 IE，將迫使原來偏愛 windows 與 Navigator 之消費者改用 IE。惟此項競爭優勢並不當然來自於品質的改善，卻可能是搭售安排下的產物。此情形就如同微軟以搭售為支點，利用槓桿 (leverage) 原理將其於作業系統市場之力量延伸至瀏覽器市場。而一旦受限於搭售契約的顧客愈來愈多，業者進入瀏覽器市場之意願也將大幅降低。長期下來，微軟可藉此排除 (foreclose) 來自既有及潛在 (potential) 競爭者之競爭壓力，使市場結構轉趨集中，市場之競爭強度也將因此大幅減弱。⁹

(1995)。此類準則，雖然於實務上有其參考價值，但往往缺乏法律所應有之穩定性與拘束力。如柯林頓總統就職後，已於 1993 年要求美國司法部不再適用 1985 年之垂直交易限制準則。對法律原則之形成具決定性者仍為司法判決與判例。

⁸ See HERBERT HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy §10.6 (1994).

⁹ 最能反應此種思維邏輯者，首推美國聯邦最高法院於 Standard Oil v. U.S. 中所作之陳述。於該案中，大法官認為，搭售除了“壓抑競爭”(suppression of competition)外，

槓桿/排除理論長期為美國各級法院廣泛地運用至判決中，以作為處罰搭售行為之主要依據。一直到1960年代後，因部分芝加哥學派學者所提出之質疑，才促使反托拉斯法學者重新思考利用搭售行為以延申市場力量與獨占利潤之可行性。¹⁰ 學者之質疑乃建構在「單一利潤理論」(single-profit theory)之下。該理論認為，由於獨占者之利潤取決於其所面對之市場需求與其本身之成本結構，其所能獲取之獨占利潤是固定的。而在一定之保留價格下，一旦廠商以同時需購買被搭售產品為條件出售獨占產品時，被搭售產品之價格成為消費者購買獨占產品所需負擔之額外成本，此將降低消費者對獨占產品所願支付之最高價格，導致搭售(獨占)產品需求量與獨占利潤之減少。縱使獨占廠商可能由被搭售產品市場獲得額外之利潤，但總和而言，搭售所能獲得之利潤與廠商單獨出售搭售產品時相較，其結果往往是相同的。

以圖一之簡單圖形進一步說明上述觀點。¹¹ 假設D及MR乃搭售產品A之獨占者所面對之市場需求及其邊際收益(marginal revenue)曲線。MC則為其

別無其他目的。 337 U.S. 293, 305-306 (1949)

¹⁰ 參閱 Aaron Director & Edward H. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 *Nw. U. L. Rev.* 281 (1956); Ward S. Bowman, *Tying Arrangement and the Leverage Problem*, 67 *Yale L. J.* 19 (1957); M. L. Burstein, *The Economics of Tie-In Sales*, 42 *Review of Economics and Statistics* 68 (1960); Burstein, *A Theory of Full-Line Forcing*, 55 *Nw. U. L. Rev.* 62 (1960); RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW—AN ECONOMIC PERSPECTIVE* 171-84 (1976); ROBERT H. BORK, *ANTITRUST PARADOX—A POLICY AT WAR WITH ITSELF* 223-45 (1993); Richard Schmalensee, *Commodity Bundling by Single-Product Monopolies*, 25 *J. L. & Econ.* 67 (1982); Keith K. Wollenberg, *Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-examining the Leverage Theory*, 39 *Stand. L. Rev.* 737 (1987). 惟仍有部分學者認為傳統之槓桿/排除理論仍具相當之說服力。參閱 Louis Kaplow, *Extension of Monopoly Power Through Leverage*, 85 *Colum. L. Rev.* 515 (1985)

¹¹ 詳細且淺顯之數據例示，另請參閱 Bowman, *id.*, at 26; 以及 Eugene M. Singer, *ANTITRUST ECONOMICS: SELECTED LEGAL CASES AND ECONOMIC MODELS* 177-79 (1968).

邊際成本線(假設為固定)。依獨占者邊際成本=邊際收益之定價模式，A 市場之最適價格與產量分別為 P^* 與 Q^* 。而獨占者於該市場所能獲取之獨占利潤則為 $(P^*-MC) \times Q^*$ 。

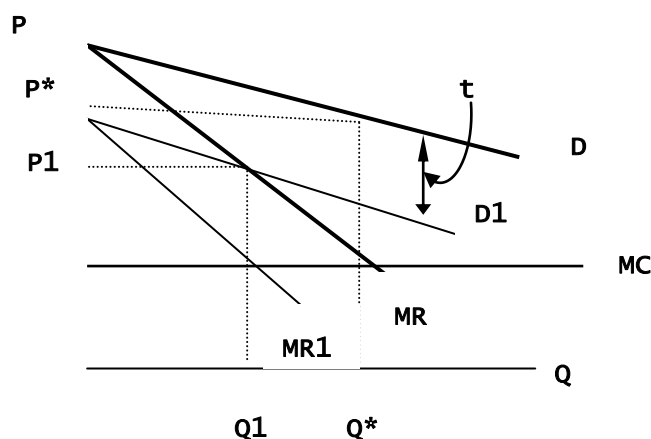


圖 一

假設 A 之獨占者以搭售之方式要求消費者於購買一單位 A 時需同時以 t 之價格來購買一單位之產品 B。進一步假設，搭售並未改變消費者之消費偏好且無提昇行銷效率之效果。倘若產品 B 完全為消費者所不需， t 純屬消費者購買 A 所需支出之額外稅捐。此項成本將降低消費者對每單位 A 之保留價格，而使得原先之需求曲線 D 移至 D1。而在 D1 與新的邊際收益曲線 MR1 下，A 之最適產量與價格成為 P_1 與 Q_1 。由圖一可以很明顯的看出，因 $P_1 < P^*$ ， $Q_1 < Q^*$ ，搭售之結果為獨占廠商於 A 市場之獨占利潤的減少。

獨占廠商是否會因搭售而提升其整體利潤，端視其能否利用在市場 B 所取得之利潤來彌補 A 市場之損失。此可分以下二種情形說明之。其一，假設市場 B 處於完全競爭狀態，而獨占廠商在競爭的壓力下，也以完全競爭之價格出售 B。於此情形下，由於獨占廠商無法於市場 B 中獲得超額利潤但需完全承擔 A 市場之損失，強迫消費者購買 B，對其而言乃一「損人不利己」之競爭策略。其二，獨占廠商以超出競爭價格強迫出售 B 予購買 A 之消費者。於此情形，該廠商固

可於 B 市場取得超額利潤；但在「一單位 A 搭售一單位 B」之固定比例安排，以及因 B 市場之非競爭價格所導致之消費者對產品 A 之保留價格的進一步減少，B 市場所增加之利潤，將與 A 市場獨占利潤之減少，二相抵銷。總和而言，搭售仍不利於獨占廠商。

綜言之，芝加哥學派對傳統槓桿/排除理論之批評，著重在該理論忽略了搭售契約對搭售產品(tying product)市場之回饋效果，而重覆計算廠商於搭售與被搭售品市場之力量，並誇大了其藉此擴張市場力量之可行性。反托拉斯法執行機構，似乎不必過於憂慮其可能帶來之反市場競爭效果。而由於獨占利潤無法因搭售安排而增加，另一方面卻需要負擔因銷售被搭售產品所增加之額外成本，搭售對廠商而言，實際上是一項不利且不理性之行銷手段。

2. 策略性槓桿/排除理論 (strategic leverage/foreclosure theory)

芝加哥學派對槓桿/排除理論之質疑，受到其他從賽局理論(game theory)檢討垂直交易限制安排學者之批評。爾等認為芝加哥學派之論理乃構築於一個處於完全競爭狀態之被搭售產品市場，此似與市場現實不甚符合。一旦此假設被解除而代之以一個處於不完全競爭之被搭售產品市場，搭售安排是可以在廠商之策略性安排下，達到改變市場結果，降低競爭對手競爭意願，進而擴大獨占者整體利潤之反競爭效果。

例如在 Carbajo, Meza & Seidman 模型(以下簡稱 CMS 模型)下，¹² Carbajo 等人假設搭售產品市場為一廠商所獨占，而被搭售產品市場則處於「雙占」(duopoly)之狀態--由搭售產品獨占者及另一產品供應商所控制。CMS

¹² Jose Carbajo, David De Meza, and Daniel J. Seidman, *A Strategic Motivation for Commodity Bundling*, 38 J. Ind. Econ. 283 (1990). 有關該篇論文之較簡易說明，請參閱 Alexander C. Larson, *Antitrust Tie-In Analysis After Kodak*:

模型之另一項重要假設為，一旦獨占廠商決定採行搭售，即無法於事後改變該決策。在其他限制條件與嚴謹的數理推演下，¹³ Carbojo 等人發現倘獨占者於決定採行搭售安排後，與其對手於被搭售產品市場從事價格的競爭（即“Bertrand”競爭），搭售安排具有將獨占者與其對手之產品加以異質化與區隔消費群之效果：具較高保留價格之消費者，將購買獨占廠商所提供之組合產品；而具較低保留價格之消費者，將只會向獨占廠商之競爭對手購買被搭售產品。於此情形下，對獨占廠商與其競爭對手而言，不在被搭售產品市場中從事競爭是一互蒙其利的作法。¹⁴ 而當廠商選擇以產量作為競爭策略時（即“Cournot”競爭），CMS 模型發現，搭售可能將導致獨占廠商對手之銷售量與利潤降低至無法分攤其營運所需之固定成本。再加上模型中「搭售決定不可撤回」之假設，Carbojo 等人認為，搭售具有預先嚇阻廠商加入市場競爭之反競爭效果。¹⁵

另一方面，Whinston 模型則是強調搭售安排可被處於不完全競爭市場之廠商利用作為降低競爭對手利潤，進而將其排除於市場競爭之外之策略。¹⁶ Whinston 認為，當被搭售產品市場為寡占市場且其生產過程具有規模經濟之特性時，¹⁷ 倘搭售產品之獨占者以搭售安排為唯一之競爭手段，為求搭售產品市場獨占利潤之實現，獨占者勢必積極地透過各種競爭手段，如降價，來爭取其競爭對手之顧客以求被搭售產品銷售量之增加。在規模經濟之前題下，獨占廠商之此項競爭企圖，很可能造成其他競爭者被搭售產品銷售量之減少與損失之增

A Comment, 63 Antitrust L. J. 239, 253-59 (1994)

¹³ Carbojo et al, *id.*, at 286-87.

¹⁴ *Id.*, at 288-89.

¹⁵ *Id.*, at 292.

¹⁶ Michael D. Whinston, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, 80 AM. ECON. REV. 837 (1990).

加，而被迫退出市場競爭。¹⁸ 再者，倘獨占者以搭售為唯一競爭手段之決心事先為潛在競爭者所知悉，於預見將來無利可圖之情形下，廠商加入市場競爭之意願也將大幅降低。搭售安排形同獨占者於被搭售產品市場建構參進障礙之工具。

需注意者，乃策略性排除理論固然有效地反駁了芝加哥學派之見解，使執法者再度正視廠商以搭售安排擴大其市場力量之可能性，但吾人似不可貿然將爾等之理論解釋為一旦市場出現搭售行為，必會導致市場反競爭效果與整體社會福利之降低。就經濟效果而言，CMS 與 whinston 模型所推出之結論，與其所設定之假設實際息息相關。例如，「搭售決定不可撤回」之假設，於強調廠商依市場需求調整競爭手段以追求最大利潤之自由經濟市場中，是否切合實際？而一旦 CMS 模型中之被搭售產品市場非處於雙占、whinston 模型中之被搭售產品市場不具有規模經濟時，爾等之結論是否仍成立？仍值進一步探究。¹⁹ 再者，縱使搭售被利用作為策略性之排除工具，其對整體社會福利之影響程度為何？在 CMS 與 whinston 模型下，其答案皆可能是正面也可能是負面的。²⁰ 誠如 whinston 本人所言，類此之不確定性將降低策略性排除理論於訴訟及政策形成之價值。²¹

III. 搭售之反競爭效果(二)-穩定共謀協議與規避價格管制理論

除「槓桿/排除」理論外，美國學者也提出了搭售契約可以被廠商利用作為鞏固彼此於被搭售產品市場共謀協議之機制。而當搭售產品受到政府之價格管制

¹⁷ *Id.*, at 839.

¹⁸ *Id.*, at 844.

¹⁹ Larson, *supra* note 12, at 255.

²⁰ Carbojo et al, *supra* note 12, at 289, 292; whinston, *supra* note 16, at 855-56.

時，廠商也可利用搭售來規避該項管制。

1. 搭售與穩定共謀協議理論

此說由 Cummings 及 Ruhter 二位教授，於對 Northern Pacific Railway Co. v. U.S.²²一案之研究所提出。²³ Northern Pacific 乃美國一鐵路運輸公司。在其土地出售及租賃契約中，Northern Pacific 要求買受人與承租人於將來需同時使用該公司之服務以運送土地之出產物。但如果買受人或承租人能證明 Northern Pacific 之競爭對手的運費較低時，不在此限。Cummings 及 Ruhter 指出，搭售契約中之此項“逃避條款”(escape provision)，實無異以 Northern Pacific 之顧客作為其與競爭者從事聯合訂價行為之監督機制。換言之，藉由搭售，Northern Pacific 提供其顧客向其報告廠商秘密降價訊息之誘因。此將節省其監督成本，使共謀協議更加穩固。相對的，市場競爭將因此受到限制。²⁴

另一方面，Seidman 教授從賽局理論之觀點檢視搭售與穩定廠商共謀協議二者間之關係。²⁵ Seidman 假設二獨占廠商，各有其所獨占生產之搭售產品，而被搭售產品市場則由此二廠商雙占。在彼此皆未實行搭售安排時，二廠商於被搭售產品市場以競爭價格從事競爭，再分別由其所獨占之搭售產品市場獲取最大利潤。Seidman 指出，倘其中一廠商於一開始即決定採行搭售，並以高於被

²¹ Whinston, *id.*

²² 356 U.S. 1 (1958)

²³ F. Jay Cummings & Wayne E. Ruhter, *The Northern Pacific Case*, 22 J. L. & ECON. 329 (1979).

²⁴ *Id.*, at 344. 同樣之看法，請參閱 John L. Peterman, *The International Salt Case*, 22 J. L. & ECON. 351, 360-61(1979)

²⁵ Daniel J. Seidman, *Bundling as a Facilitating Device: A Reinterpretation of Leverage Theory*, 58 ECONOMICA 491 (1991)

搭售產品之競爭價格出售其搭售組合，該廠商實行搭售之決心，將大幅降低被搭售產品市場消費者之選擇。在對被搭售產品與市場需求之一定假設下，廠商可利用搭售安排給予其對手調高被搭售產品價格之機會。²⁶而由於來自對手之競爭減弱，廠商利用搭售進一步擴大利潤之可能性也隨之增加。Seidman指出，不論搭售係由那一家廠商所實行，其結果將會是創造出類似二家同時實行搭售安排之獨占廠商，各保有其各別之消費群與獨占利潤。²⁷而隱含於Seidman模型背後之啟示，則是一旦此等市場效果為廠商所預見，搭售可作為有意從事聯合訂價廠商間之一項便利共謀並協助成員獲取超額利潤之策略。

Cummings 與 Ruhter 之理論，建構在廠商使用“逃避條款”之前提上。倘此前提不存在，搭售將不具有穩定共協議之功能。而如同上述之 CMS 與 Whinston 模型，Seidman 理論之一項很重要假設乃廠商需於競爭之始，即決定使用搭售，且一旦決定後，即不可改變。如果此項假設被解除，搭售並不當然具有便利廠商實行共謀之功能。²⁸

2. 搭售與價格管制之規避

即便於自由經濟體制下，基於矯正「市場失靈」(market failure)與實現某種既定社會政策，政府積極介入市場運作，並限制廠商依市場供需自由決定其價格之管制法規，不在少數。²⁹部分學者認為，搭售可被受管制廠商用來規避

²⁶ *Id.*, at 492.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*, at 495.

²⁹ 例如，對具有高固定成本之產業(如鐵路運輸業)，為避免無限制之價格競爭，導致業者之收入不足以分攤固定資產因折舊所生之成本，而紛紛退出市場競爭，甚至促使整體市場之瓦解，市場失靈理論認為政府於此時需管制市場之最低價格，以確保業者合理之利潤與服務之延續。另在具規模經濟之產業(如公用事業)中，為實現經濟效率，故有容許自然獨占廠商存在之必要。但為避免自然獨占力之濫用，政府亦有必要限制自然獨占者之合理利潤與市場最高價格。而美國

此類法規，間接使管制其所冀欲達成之目標無法實現。³⁰ 簡言之，即使產品 A 之價格受到管制，廠商仍可彈性調整未受管制之產品 B 的價格，再以 A, B 搭配出售之方式，實現其於 A 市場於受管制前所可獲得之預期利潤。以美國於 1973 年因石油輸出國家組織(OPEC)實施禁運，所採取對汽油最高銷售價格的管制為例說明之。倘搭售不為法律所禁止，則汽油經銷商可要求消費者另需以較高價格購買其所提供之潤滑油或汽車零件，此項作法，將使得汽油價格與可得利潤形同未受管制。³¹ 而美國政府企圖以管制避免業者趁機哄抬價格之美意也將無從實現。

然而，就學理而言，業者之所以具有實行搭售之能力，往往乃最高價格管制扭曲了市場依供需決定價格功能的結果。由於管制之市場價格較未受管制時之均衡價格為低，導致廠商供給之意願降低。而在降低的供給水平下，消費者對汽油之保留價格也較未受管制時為高。因此，市場出現以非價格(如大排長龍等待加油)或價格(如購買被搭售產品)之形式，彼此競爭來取得有限之汽油。從經濟的觀點來看，搭售僅是將市場價格拉回自由競爭下之均衡水平的方法之一。

政府於 70 年代允許 AT&T 以單一之平均成本訂價法於不同電信市場實施所謂的「內部交叉補貼」，則是政府藉由價格管制以實現特定社會政策之例子。對 AT&T 而言，因電信產業之高固定成本特性，其於需求量較高之地區(如大都會區)提供服務之成本遠低於其在需求量低之地區(如偏遠山區)提供服務所需之成本。如果允許 AT&T 依服務成本實行差別取價，將有部分消費者必需支付昂貴之價格方能取得電信服務。而透過單一之平均成本價，由高需求量地區所獲取之利潤來補貼低需求地區之虧損，政策背後實寓有美國政府實現一平等而無歧視社會之理想。有關政府管制市場價格之法律與經濟分析，請參閱 RICHARD J. PIERCE, JR. & ERNEST GELLHON, *REGULATED INDUSTRIES* (3rd ed. 1994); JEFFREY L. HARRISON, THOMAS D. MORGAN & PAUL R. VERKUIL, *REGULATION AND DEREGULATION—CASE AND MATERIALS* (1997).

³⁰ ROGER D. BLAIR & DAVID L. KASERMAN, *ANTITRUST ECONOMICS* 383 (1985); Bowan, *supra* note 10, at 21-23.

³¹ wollenberg, *supra* note 10, at 753.

32 於本例中，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權益等，取得其妥適性。

IV. 搭售之促進競爭效果

相對於 II，III 節所述之反競爭效果，許多學者也提出了廠商使用搭售之正當商業理由，以及搭售所可能具有之促進市場競爭效果。歸納而言，此可分二方面來加以說明。一方面，搭售具有替代垂直整合 (vertical integration) 以解決生產過程中，下游廠商之無效率生產要素組合之效果。如 Blair 與 Kaserman 曾指出，當下游市場之生產技術屬於可變動比例 (variable proportions) 時，要素之獨占者可以搭售其他非獨占之生產要素，並透過對二生產要素之價格比例之操縱，避免下游廠商使用過多之非獨占生產要素與過少之獨占要素，而導致非最適之生產要素組合。³³ 另一方面，搭售本身亦具有獨立於其他垂直交易限制類型之促進競爭價值。由於相關理論甚多，無法於此一一詳述。以下所列，乃較具代表性者。

1. 搭售與生產效率之提昇

此理論認為，搭售往往是廠商基於提高生產效率考量下之產物。例如，鞋子由一家廠商來生產，於通常情形不論對廠商或對消費者而言，皆要比由二家廠商分別製造左鞋與右鞋要來得有利。同樣的，汽車商要求消費者於購買其汽車時，需同時購買其輪胎，除可降低製造商之生產成本外，並可節省消費者之搜尋成

³² *Id.*

³³ Blair & Kaserman, *Vertical Integration, Tying, and Antitrust Policy*, 68 AM. ECON. REV. 397 (1978); BLAIR & KASERMAN, *supra* note 30, at 391-94.

本。³⁴ 如上所言，此項理由，也是微軟於此次訴訟中之最主要防禦方法。

2. 搭售與差別取價(price discrimination)

在所有有關搭售之促進競爭效果中，最常為學者所討論者，乃搭售與差別取價之關係。³⁵ 此說認為，搭售安排乃廠商測量顧客對其產品使用密度，協助其獲取消費者需求資訊以利其實行差別取價之工具。以本世紀初發生於美國之 *Henry v. A. B. Dick* 一案之事實為例說明之。³⁶ *A. B. Dick* 要求所有購買其複印機器之顧客，也必需向其購買複印機所需之墨水。由於墨水與複印機在使用上居於互補之關係，墨水購買量愈多的顧客，往往係複印機使用頻率愈多之消費者。*A. B. Dick* 可藉此得知那些消費者是屬於機器之高使用群。而就一般情形而言，高使用群對機器之價格彈性較低，*A. B. Dick* 可利用因搭售安排所取得之消費者需求資訊，而分別以較高之價格出售其墨水予高使用群，再以較低之價格出售其墨水予低使用群，藉此以求銷售量與利潤之最大。

再者，*Stigler* 教授也指出，縱使搭售與被搭售產品非居於互補關係，廠商仍可藉搭售以遂行差別取價。最著名者乃其對 *United States v. Loew's Inc.* 一案之批評。³⁷ *Stigler* 以該案之事實為基礎，設計了以下例子以說明搭售前後廠商利潤之變化。假設一影片發行商享有對 A、B 二部影片之發行權。其中，A 為市場熱門影片；B 則為較冷門影片。放映商 E1、E2 所願意支付購買 A、B 二片之最高價格，分別如表 6-1 所示。

³⁴ Hovenkamp, *supra* note 8, §10.5a。

³⁵ 參閱 Director & Levi, *supra* note 10, at 291-92; Bowman, *supra* note 10, at 23; Burstein, *supra* note 10, at 64-73.

³⁶ 224 U.S. 1 (1912).

³⁷ George J. Stigler, *A Note on Block Booking*, in STIGLER, THE ORGANIZATION

	A	B
E1	\$10000	\$3000
E2	\$8000	\$5500

表 6-1

進一步假設，發行商因法律之規定，無法對 E1 與 E2 實行差別取價。於發行商未實行搭售時，發行商對影片 A 所得收取之最高價格將不會超過\$8000，否則 E2 將不會購買 A 影片。同理，影片 B 之價格將不超過\$3000。發行商因從影片銷售之總收入為\$22000。倘發行商實行搭售，並以\$13000 之統一價格，要求 E1 與 E2 需同時購買 A、B 二部影片。由於\$13000 並未超過 E1 對 A，B 二影片各別保留價格之總和，且低於 E2 對 A，B 之保留價格總和，故發行商得在不減少其總銷售量之情況下，利用搭售將總收入提高至\$26000。³⁸ 而對放映商而言，雖然爾等所支付之價格相同，但由於對搭售組合中之產品 A，B 各賦與不同之價值，因此，從 E1 與 E2 的角度而言，放映商實際上係在實行差別取價格。³⁹

主張利用搭售實行差別取價格是搭售之“促進競爭效果”者，主要著眼於差別取價之擴大市場產出功能。換言之，差別取價使原本在單一獨占價格下，不願購買產品之消費者，得以較低之價格取得產品，進而降低因獨占所產生之無謂

OF INDUSTRY 165 (1968).

³⁸ *Id.*, at 166. 綜言之，當 E1 與 E2 彼此對 A，B 之各別保留價格差距愈大，而二者之保留價格總和差距愈小，發行商藉搭售增加本身利潤之可能性也愈高。FREDERICK R.

WARREN-BOULTON, VERTICAL CONTROL OF MARKETS: BUSINESS AND LABOR PRACTICES 72 (1978).

³⁹ Roy W. Kenney & Benjamin Klein, *The Economics of Block Booking*, 26 J. L. & ECON. 497, 499 (1983).

的損失(deadweight loss)。⁴⁰ 固然，搭售將使部分消費者必需支付較實行搭售前為高之價格，而產生不公平之現象；但從經濟的觀點來看，此部分純屬利益之移轉--由消費者移轉至廠商，對整體社會福利而言，並無影響。

3. 搭售與產品品質控制理論

另一項常被論及之有關搭售安排之商業上理由，乃搭售係廠商控制其產品品質之手段。特別是在所謂之加盟連鎖業中，常見授權廠商要求有意加盟之業者需同時向其或其所指定之供應商購買生產加盟產品所需之原料或設備作為授予加盟權之條件。⁴¹ 其主要目的在避免加盟廠商以「搭便車」(free riding)之行為，降低加盟產品之品質，從而傷害其整體企業形象。⁴²

以麥當勞(McDonald's)為例，在相同之企業標識、生產過程、店面裝飾、與人員訓練模式中，麥當勞企圖以加盟的方式，在全球建立統一之企業形象。此一形象之建立，可給予消費者關於麥當勞產品之品質保障。簡言之，只要是經麥當勞授權經營之加盟店，消費者即可期待於店中購得具有一定品質之產品，而不會因加盟店所在地或生產方法不同，而需承擔產品良莠不齊之風險。此對擴

⁴⁰ JOAN ROBINSON, *THE ECONOMICS OF IMPERFECT COMPETITION* 206 (2nd ed. 1969). 然此結論於完全差別價(perfect price discrimination)-即廠商依每一各別消費者之保留價格來訂價，固可成立；但當其為不完全差別取價(imperfect price discrimination)時，則不當然有此結果產生。參閱 HOVENKAMP, *supra* note 8, at §14.4.

⁴¹ J. Thomas McCarthy, *Trademark Franchising and Antitrust: The Trouble with Tie-ins*, 58 CAL. L. REV. 1085, 1110 (1970); Klein & Lester F. Saft, *The Law and Economics of Franchise Tying Contracts*, 28 J. L. & ECON. 345 (1985); Scott Maker, *In Defense of Franchisors: The Law and Economics of Franchise Quality Assurance Mechanisms*, 33 VILLANOVA L. REV. 721 (1988).

⁴²本節所討論者，乃從廠商之觀點出發。實際上，搭售與產品品質控制之關係，也可由消費者的角度加以探討。如 Schwartz 與 Gregory 於最近之一項研究中指出，搭售安排具有區分市場高品質與低品質產品與降低消費者搜尋高品質產品成本之指標功能。參閱 Marius Schwartz & Gregory J. Werden, *A Quality-Signaling Rationale for Aftermarket*

大麥當勞產品銷售量自是有極大之助益。然產品標準化後，一旦有加盟業者未能確實遵循麥當勞之各項品管要求，而導致產品品質降低，此一負面效果也將外溢至其他加盟店。例如，當消費者於某一麥當勞加盟店購得一偷工減料之漢堡時，其對麥當勞產品之負面印象將不會只局限在該特定加盟店，而是擴散至其他之加盟店。此無異是要求其他加盟店，來共同分擔某一加盟業者之不當行為所生之成本。⁴³

類此之外部效果，可藉由搭售安排來加以避免。對授權廠商而言，指定加盟店之原料來源，在相當程度內降低了加盟業者使用劣質原料生產加盟產品之可能。當然，授權廠商可利用其他較少限制之方法來規範搭便車之行為。如可以於加盟契約中要求加盟業者之產品，需符合授權廠商所預設之品質水準即可。但「徒法不足以自行」，倘授權廠商未能有效掌握加盟業者履行契約義務之狀況，特別是當加盟業者發現違約要比履行契約對其要來得有利時，該項約定並不能確保產品品質之不受影響。於此情形下，Klein 與 Saft 認為，搭售安排具有將加盟業者降低產品品質之意圖傳遞給授權廠商之功能。⁴⁴ 也即在搭售安排下，一旦出現廠商購買非授权使用之生產原料時，授權廠商即可推知加盟業者搭便車之企圖，進而大幅降低其基於確保產品品質考量所需負擔之監督成本。⁴⁵

Tying, 64 ANTITRUST L. J. 387 (1996).

⁴³ Klein & Saft, *id.*, at 350; *Kentucky Fried Chicken Co. v. Diversified Packing Co.*, 549 F.2d 368, 380 (5th Cir. 1977).

⁴⁴ Klein & Saft, *id.*, at 353.

⁴⁵ 搭售契約本身，並無法完全解決因契約監督所生的成本問題。特別是當加盟契約並未禁止加盟業者同時為其他廠商之加盟店時。例如，於一廠商同時為二汽車商之加盟廠商時，具較高品質之汽車商，並無法藉由搭售來完全避免加盟業者將另一汽車之較差品質零組件使用於自己之產品。此時授權業者往往需借助其他之交易安排，如排他交易(*exclusive dealing*)限制，與搭售契約配合使用，以達到控制產品品質之目的。參閱 *Pick Mfg. Co. v. General Motor Corporation*, 80 F.2d 641 (7th Cir. 1935).

4. 搭售與風險分擔理論

於垂直交易關係形成過程中，當所涉及之產品或銷售區域是新產品或新市場時，下游市場之不確定性往往是廠商於締約前所需考量之重要因素之一。當上游廠商於決定是否於一新的市場中授權經銷商來販賣其產品時，對於各經銷商是否具有成功促銷其產品之能力，可能所知有限。而對下游廠商而言，由於對市場需求未必能準確預估，引進新產品進入市場是否必能獲利，也在未定之天。學者認為，因此類不確定性所生之風險，可透過搭售安排由締約雙方來分擔，進而增加交易關係形成之機率及擴大產品銷售量。⁴⁶

再以加盟契約為例說明此項理論。假設授權廠商在二階段定價(two-part tariffs pricing)之模式下，⁴⁷ 考慮如何對加盟廠商收取加盟權利金與每單位原料價格。經濟學文獻已經指出，授權廠商可以向加盟業者收取等同其獨占利潤之權利金，再以邊際成本各別出售其生產原料，而將市場銷售量維持在與完全競爭市場相當之水平。⁴⁸ 然而，此項安排，無異將加盟後之市場風險，全由加盟廠商來負擔。此對較具避險(risk-averse)傾向之加盟業者而言，很可能使其望而卻步，而選擇不加入加盟體系。相反的，授權廠商亦可選擇以低於獨占利潤之價格向加盟廠商收取權利金，而後再依搭售之方式，以每單位高於邊際成本之價格，要求下游廠商向其購買生產所需之原料。此訂價方法之優點在

⁴⁶ Burstein, *supra* note 10 (1960), at 69-72; S. J. Liebowitz, *Tie-in Sales and Price Discrimination*, 21 *ECON. INQUIRY* 387, 390 (1983).

⁴⁷ 所謂二階段訂價，於加盟契約中，乃指加盟業者於加盟時需先支付一固定之權利金(franchise fee; 第一段訂價)，再以每單位特定之價格支付其向授權廠商所購買之生產要素(第二段訂價)。DENNIS CARLTON & JEFFREY PERLOFF, *INDUSTRIAL ORGANIZATION* 462 (2nd ed. 1994).

⁴⁸ Walter Y. Oi, *A Disneyland Dilemma: Two-Part Tariffs for a Mickey Mouse Monopoly*, 85 *Q. J. ECON.* 77 (1971); JEAN TIROLE, *THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION*

於一方面，較低之權利金，可吸引更多廠商加入加盟之行列，增加產品之銷售據點。而另一方面，對位於加盟後市場需求不若預期者之下游廠商而言，此類型之搭售安排，使原本應由其全部承擔之風險損失，部分移轉至授權廠商。當然，授權廠商也可由需求情形較預期為佳之地區，透過生產要素之銷售而取得較高之利潤，以彌補因降低加盟權利金所減少之利潤。從這個角度來看，搭售具有類似前述之差別取價功能。也即，透過權利金與各別生產要素價格之調整，需求較低地區之加盟業者，將較需求較高地區之加盟業者，負擔較少之成本。⁴⁹ 在降低加盟風險之同時，其亦可能具有擴大整體產出與市場效率之效果。⁵⁰

V. 美國反托拉斯法對搭售契約「個別產品」之認定標準

1. 概說

總而言之，美國現行反托拉斯法規與司法判決對搭售契約採取頗為敵對之態度。就法規而言，搭售安排依訴訟原告所主張之反競爭效果之不同，可能受到下列幾項法規之規範。首先，在槓桿/排除理論下，搭售被認為是廠商獨占或意圖獨占(attempt to monopolize)市場之手段，因此可能構成修曼法(Sherman Act)第二條所禁止之濫用市場力量之行為。⁵¹ 再者，在穩定共謀協議理論下，如果證據充分，搭售乃該法第一條所禁止之聯合行為。⁵² 原告也可能主張搭售乃被告用以實行「不公平競爭」(unfair competition)的一種手段，故應受到美國聯邦貿易委員會法(Federal Trade Commission Act)

176 (1988).

⁴⁹ FRANK MATHEWSON & RALPH WINTER, COMPETITION POLICY AND VERTICAL EXCHANGE 73; wollenberg, *supra* note 10, at 755.

⁵⁰ 但請參閱前註 40 之附加條件說明。

⁵¹ 15 U.S.C. §2.

第五條之規範。⁵³ 但美國法中規範搭售契約最直接與最重要的條文當屬克雷頓法(Clayton Act)第三條之規定。該條文直接禁止廠商不得以要求買受人或承租人不與其競爭對手交易為條件，出售或出租其產品。⁵⁴

而就司法判決而言，美國法院於審理搭售案件時，其所依據之審查標準，雖仍於實務上被稱之為「當然違法」(per se illegal)原則，但究其實質，該標準僅是較偏向「當然違法」原則，而並非是完全「當然違法」原則之運用。之所以如此，乃美國法院雖於判決中強調搭售為「當然違法」之行為，但不同於其他被認定為「當然違法」之行為者，乃搭售並非一出現於市場中，即屬違法。於宣告其違法之前，法院或執法機關需先調查被告之行為是否已符合下列法律要件。⁵⁵ 其一，搭售產品與被搭售產品二者需為個別產品；其二，賣方脅迫買方需同時購買被搭售產品以作為取得搭售產品之條件；其三，賣方對搭售產品需享有相當之市場力量。很顯然的，如果賣方在搭售產品市場欠缺市場力量，搭售只會將賣方之顧客推向其競爭對手，而無法為賣方創造更多之利潤；最後，搭售安排對被搭售產品市場之交易會產生實質之影響。換言之，搭售之結果，將造

⁵² 15 U.S.C. §1.

⁵³ 15 U.S.C. §45.

⁵⁴ 15 U.S.C. §14. 惟該條文於運用時，需符合以下幾項要件：一，僅適用於賣方加諸於買方之搭售契約。倘搭售乃賣方應買方之要求所實行者，則不適用之；二，該條規定僅適用於涉及“物品”(goods)之搭售行為。“服務”(services)搭售行為不適用克雷頓法第三條之規定；三，搭售必需具有降低市場競爭之實質效果或具有創造新獨占力之傾向，方屬違法。參閱 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON, UNDERSTANDING ANTITRUST AND ITS ECONOMIC IMPLICATIONS §5.02 (2ND ED. 1994).

⁵⁵ 此似與反托拉斯法上之「合理原則」類似。不同者，在於與「合理原則」下所得審究之事項，如行為之本質、競爭歷史、市場結構、可能之促進競爭效果等相較，法院於搭售案件中所可能考量之因素顯得相當有限。為避免混淆，部分學者認為，應將審理原則改稱為「限縮」(truncated)之「合理原則」。參閱 ERNEST GELLHORN & WILLIAM E. KOVACIC, ANTITRUST LAW AND ECONOMICS 326 (4TH ED. 1994).

成其他競爭廠商產品銷售量之減少。⁵⁶

2. 「個別產品」司法認定標準之演進

上述各法律要件中，「個別產品」要件乃司法機關處理搭售案件之起點。然有關其可能之判斷標準，美國聯邦最高法院在 1984 年以前的判例中，著墨甚少，法院也很少嚐試建立明確之原則。相對的，法院審查之重點，幾乎全部集中在評估廠商市場力量之有無與搭售安排對市場交易量之影響程度。即便如此，從各相關著名案例中，吾人仍可歸納出以下幾大類型來檢討「個別產品」要件之司法演進過程。⁵⁷

(1) 產品之外觀及使用差異

於諸多案例中，美國聯邦最高法院似乎僅從產品之外觀來判斷二產品在是否獨立存在。一旦在客觀上甚或於直覺上被認為如此，「個別產品」之要件即屬成立。此可由美國聯邦最高法院早期之二著名案例說明之。

於 *IBM v. United States*⁵⁸ 一案中，IBM 要求承租其計算機之廠商，需同時購買 IBM 所生產之計算機卡片。IBM 的行為被認定違反克雷頓法第三條之主要理由，乃基於 IBM 在計算機卡片市場 81% 之占有率與每年 \$3,192,700 之平均利潤等事實，法院認為搭售必然具有降低被搭售產品市場競爭之效果，且為創造一新的獨占者之一項重要且有效之方法。⁵⁹ 而在其後之 *International Salt Co. v. United States*,⁶⁰ 法院以更嚴格之「當然違法」原則認定

⁵⁶ 有關上列原則之形成過程，請參閱 Gellhorn & Kovacic, *id.*, at 326-40.

⁵⁷ 類似之討論架構，請參閱 Michael Eric Ross, *The Single Product Issue in Antitrust Tying: A Functional Approach*, 23 EMORY L. J. 963, 973 (1974)

⁵⁸ 298 U.S. 131 (1936)

⁵⁹ *Id.*, at 136.

⁶⁰ 332 U.S. 392 (1947).

International Salt 將製鹽機器與其所生產的鹽合併出售之行為，已違反了修曼法第一條與克雷頓法第三條之規定。⁶¹ 就市場力量而言，法院單純以 International Salt 所享有對機器之專利權，視為其具有透過搭售以排除被搭售產品(鹽)市場競爭能力之證據。⁶² 而如同 *IBM* 一案，International Salt 在鹽品市場上之銷售量，乃法院作為結合 International Salt 之搭售行為與影響實質市場競爭之橋樑。⁶³ 在二案的判決主文中，法院並未就「個別產品」之構成要件為任何有系統的說明，此似乎暗示著因系爭之產品於日常生活中，無論就外觀或其通常使用方式來看，皆屬不同產品。故將二者視為個別產品，乃事理之明，無需法院為進一步說明。

殊值一提者，乃雖然於 *IBM* 與 *International Salt* 二案中，被告皆提出搭售乃爾等控制搭售產品品質之手段，但此似乎僅是被告於「當然違法」原則下之防禦方法。⁶⁴ 故法院雖然於判決中以非不能由其他廠商取得類似產品為由，否決了此項論點；但此並不表示法院接受控制產品品質理論可作為決定個別產品要件是否已符合之考量因素。

(2) 產品之可代替性

美國聯邦最高法院首次就「個別產品」要件為較詳細之闡述者，當屬 *Times-Picayune Publishing Co. v. United States* 一案。⁶⁵ 於該案中，最高法院以產品間是否具可代替性為判斷其是否為「個別產品」之標準。此原則以類似界定“相關市場”之方式，判斷廠商所提供之產品是否可被歸類為

⁶¹ *Id.*, at 396.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*, at 394, 396.

⁶⁴ 298 U.S. 139-40; 332 U.S. 397-98.

⁶⁵ 345 U.S. 594 (1953).

“相關產品”。如果是，則其非個別產品，從而不構成反托拉斯法下之搭售。該案被告乃位於美國紐奧爾良(New Orleans)市之主要報社。就“日報”(morning papers)市場部份，Time-Picayune 居於獨占之地位；而在晚報(evening papers)市場，則有另一家報社與之競爭。⁶⁶ Time-Picayune 要求所有刊登廣告之客戶，需同時購買其日報與晚報之廣告版面，不得分開購買。⁶⁷ 此等搭售安排，被美國政府以不合理限制貿易與企圖獨占為由認定違反修曼法第一條與第二條之規定，而向法院提起反托拉斯法之民事訴訟。

該案於上訴至最高法院後，大法官以本案僅涉及單一產品之銷售，故不符合搭售之構成要件。最高法院首先指出，報紙業在本質上涉及二個不同產品市場。報社一方面將資訊(新聞、廣告內容等)售予其讀者(“讀者群”市場)；而在另一方面提供各式分類廣告版面予欲刊登廣告之廠商(“廣告市場”)。本案所涉及的為廣告市場，而非讀者群市場。在此項界定下，被告不僅於相關產品市場內不具有支配地位之市場力量，⁶⁸ 而證據更顯示 Times-Picayune 之日報與晚報訂戶有相當程度之重疊，法院據此指出，從購買廣告者之立場而言，日報或晚報之廣告版面實具可替代性或同質性，而非不同之產品，故法律構成要件中之被搭售產品並不存在。⁶⁹

Time-Picayune 一案所建立之可替代性原則，在 *United States v. Loew's Inc.*⁷⁰一案中，為被告引為主張其行為不構成搭售之理由。該案涉及美國六家主要影片發行商，要求購買其具著作權影片之電視台，需同時購買爾等

⁶⁶ *Id.*, at 598-99.

⁶⁷ *Id.*, at 600.

⁶⁸ *Id.*, at 612.

⁶⁹ *Id.*, at 613-14.

⁷⁰ 371 U.S. 38 (1962).

所提供之較不熱門影片。被告於「個別產品」要件之認定上，主張一旦影片係透過電視播放，即喪失其獨特性，而在彼此間以及與電視台之其他類型節目間，處於“合理可交換”之狀態。⁷¹ 也因此，發行商所出售之影片組合，本質上僅為一單一產品。不過，被告之抗辯不為法院所採。聯邦最高法院，以一致的判決，認定著作權本身所賦予搭售影片之獨特性(uniqueness)，並不會因影片播放媒介之不同而喪失，其與被搭售影片仍屬個別產品。⁷²

當系爭產品為有體物時，由於存有具體可資比較之客體，故產品替代性原則之運用不若當搭售與被搭售產品皆屬無體物時複雜。在欠缺具體之比較產品下，法院很難區分二產品究竟相同或不相同。正因為如此，迫使美國聯邦第六巡迴上訴法院於 *Associated Press v. Taft-Ingalls Corp.*⁷³一案中，無法直接運用可替代性理論來判斷產品是否相同，而需以較間接之方式，駁回當事人單一產品之主張。本案涉及合眾國際社(AP)於出售一般及商業性新聞時，另外要求被告需同時購買其所提供之地區性新聞。於 AP 向被告所提起之債務不履行訴訟中，被告以 AP 之交易安排已違反反托拉斯法為由，提起反訴。AP 主張，其所提供者，乃包括全球、美國全國與地區性之新聞。雖然各類新聞係透過各種不同之管道送至各報社，但各管道間仍具相互依存之關係，而形成一單一整合之服務系統。⁷⁴ 故其所出售者，乃“新聞”此一單一產品，而非被告所言之數種不同性質之新聞。

本案判決之多數意見並未就此為正面之回應。相反的，多數意見法官認為，是否為單一產品，應從行為本身是否已違反了反托拉斯法所欲防堵之傷害來判

⁷¹ *Id.*, at 47-48.

⁷² *Id.*, at 48.

⁷³ 340 F.2d 753 (6th Cir.); *cert. denied*, 382 U.S. 820 (1965).

斷。法官認為，美國反托拉斯法禁止搭售的理由之一在避免消費者被脅迫購買其所不願購買之產品，而 AP 之行為已觸犯了此項立法精神，故 AP 所出售者，應為個別產品。⁷⁵ 此見解，在論理上，顯然過於粗糙，且有倒果為因之嫌。殊值重視者，乃 O'Sullivan 法官之不同意見書。相對於 *Time-Picayune* 一案之強調買方對繫爭產品之主觀上認知，O'Sullivan 則從賣方之角度分析產品可替代性問題。其認為 AP 記者於採訪過程中，不太可能只搜集某一特定類型之新聞，而完全忽略其他新聞；對 AP 而言，也很難事先就其所提供之新聞事件分門別類。⁷⁶ 例如，AP 該如何區分其所提供者是商業新聞而非一般新聞？是依據事件發生之地點？所涉及之人物？或將來可能之讀者群？⁷⁷ O'Sullivan 法官之見解，似乎可被引申為當搭售所涉及之產品為無體物時，賣方或供給廠商對產品替代性之認定，應受到執法機關更多之重視。

(3) 產品功能關係

美國反托拉斯法上另一項引起極大爭議的個別產品考量因素，乃產品功能關係(functional relationship)理論。綜合美國司法實務上之判決，所謂的“功能關係”於多數案例中乃用來指稱搭售之可能促進競爭效果，或廠商使用搭售之合理的商業上理由。其中，又以搭售安排與生產效率提昇和產品品質控制理論間之關係，最常出現於相關之訴訟中。

從效率的觀點來看，Clark 大法官於 *Time-Picayune* 一案中已指出，要求消費者同時購買早報與晚報之廣告版面，亦具有節省報社重新排版、尋找客戶及

⁷⁴ *Id.*, at 759.

⁷⁵ *Id.*, at 762.

⁷⁶ *Id.*, at 774.

重新收費之成本。⁷⁸ 另外，科技之進步，也將使一些在外觀上類似搭售之行為，於實質上有明顯提昇生產效率之功能。如 IBM 公司於 1970 年代，成功地將 CPU 與電腦之其他週邊設備整合，而可以將其同時安裝於同一個金屬箱中出售，即屬一例。惟此等行為，卻被其他生產電腦週邊設備的廠商指為搭售。⁷⁹ 對類似的案件，下級法院傾向於採取較保守的態度，儘可能避免將其認定為個別產品，而阻礙了業者科技研發之意願。⁸⁰

而就產品品質控制理論而言，最著名的當屬 *United States v. Jerrold Electronics*⁸¹ 一案。該案被告乃提供社區天線電視(CATV)服務之廠商。在其服務契約中，Jerrold 要求客戶需同時購買安裝該服務所需之相關零件設備。被告之理由乃如此方可確保其服務之品質。Van Dusen 法官於判決中認為，將搭售正當化之理由，需能夠排除任何廠商實際上是在實行非法搭售之推論。⁸² 在此一原則下，Van Dusen 法官所列舉之四項標準，對美國各級法院爾後判斷「個別產品」要件時，產生相當深遠的影響：（一）實施搭售廠商之競爭者，是否分別銷售被搭售產品？（二）對所有買者而言，被 Jerrold 合併出售之零件設備是否都一樣？（三）廠商收費之方式如何？是對組合產品以單一價格出售？抑或對不同設備收取不同費用？（四）廠商是否要求所有必要之零件設

⁷⁷ Ross, *supra* note 57, at 979.

⁷⁸ 345 U.S. 613.

⁷⁹ ILC Peripheral Leasing Corp. v. IBM Corp., 448 F.Supp. 228 (N.D. Cal. 1978), *aff'd*, 636 F.2d 1188 (9th Cir. 1980), *cert. denied*, 452 U.S. 972 (1981).

⁸⁰ 參閱 HOVENKAMP, *supra* note 8, at 368 & n. 12.

⁸¹ 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa.), *aff'd per curiam*, 365 U.S. 567 (1961).

⁸² *Id.*, at 559.

備，皆需向其購買？⁸³

於此一頗為嚴格之要件下，法院雖然認為 *Jerrold* 利用搭售以擴張其市場力量之可能性頗高，但仍判決其“控制產品品質”之主張合理。法官指出對類似 *Jerrold* 這種剛加入市場之新廠商而言，特別有需要利用搭售以保護其產品品質與商譽。⁸⁴ 然隨著經驗的累積，*Jerrold* 需逐漸放棄以搭售安排作為行銷手段。⁸⁵

有趣的是，*Jerrold Electronics* 一案將品質控制與搭售安排相互連結之判斷原則，於運用至品質控制理論最常被引用的加盟案件中，卻受到美國其他上訴法院相當形式化的區分與適用。如在著名的 *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*⁸⁶ 一案，被告要求其加盟店，於取得其加盟商標授權之同時，需同時向其購買生產加盟產品所需之設備與原料。於訴訟中，*Chicken Delight* 主張該生產設備乃其加盟體系所不可或缺之一部分，故並不存在有二項產品，也不構成搭售。⁸⁷ 聯邦第九巡迴上訴法院不採被告之此項抗辯理由。其指出，*Chicken Delight* 之加盟方式為「企業規劃加盟」(business-format franchise)。在該行銷體系下，加盟授權之內容較廣，包含整體企業統一化之營業方法。商標所代表之意義乃加盟本身之商譽，而與產品之來源無涉。只要加盟店有能力符合社會大眾對該商標所代表之品質期待，被告即不得限制加盟店之生產設備及原料來源。⁸⁸

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*, at 560.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ 448 F.2d 43 (9th Cir. 1971), *cert. denied*, 405 U.S. 955 (1972).

⁸⁷ *Id.*, at 47-48.

⁸⁸ *Id.*, at 49.

相對的，當業者所使用之加盟類型為「產品加盟」(product franchise)時，搭售被認為與產品品質之控制有關。在 *Krehl v. Baskin Robbins Co.*⁸⁹ 一案中，被告要求所有加盟店需同時購買其所生產之冰淇淋，方能取得其商標之授權。對 Baskin Robbins 以搭售為其控制產品品質之主張，法院認為有理由。與 *Chicken Delight* 一案不同者，乃 Baskin Robbins 採行產品加盟。在此一體系下，加盟店之角色，只是產品流通至最終消費者之中介管道 (conduit)，⁹⁰ 最重要的仍是冰淇淋的品質，因其與被告之商標以及其所表彰之商譽有密不可分之關係。基於此一理由，法院認為二者應屬同一產品。

筆者淺見認為，上述 *Chicken Delight* 與 *Krehl* 二案，突顯美國第九上訴巡迴法院對搭售作為解決「搭便車」行為理論之誤解。依判決中所為之區分，法院似乎認為業者加盟類型之不同，連帶地也將改變其商標所散佈予消費者之產品品質訊息。在該項區分下，第九上訴巡迴法院所持之理由，可被解讀為當消費者購買了 Baskin Robbins 品質較差的冰淇淋時，其直覺的反應為“Baskin Robbins 難吃的冰淇淋！”故 Baskin Robbins 有正當理由實行搭售，以維護其商譽。但當消費者買了一份偷工減料的炸雞時，其反應可能為“這不是 Chicken Delight 的錯，一定是這家加盟店所用的材料有問題！”嗎？只要加盟店全體對外以相同之商標銷售產品及提供服務，搭便車行為對授權業者商譽所可能造成之傷害是整體性的。其皆會造成消費者對加盟產品或服務需求之降低而導致授權業者總銷售量之減少。此並不會因業者與其加盟廠商間對加盟類型之不同約定而有所不同。同樣的，授權業者對產品品質控制之關心程度與使用搭售之必要性也不應因此而受到法律上不同的對待。

⁸⁹ 664 F.2d 1348 (9th Cir. 1982).

(4) 產品需求特徵理論

美國反托拉斯法現行對「個別產品」認定標準，乃在 *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*⁹¹一案中所確立。Jefferson Parish 乃位於新奧爾良的一家醫院。在其與 Roux & Associates 所簽訂之麻醉醫療服務契約中，Jefferson Parish 同意對院內所施行的所有手術所需要之麻醉服務，專由該公司之麻醉醫師來提供。而在此約定下，選擇於 Jefferson Parish 就醫的病人，將不得指定 Roux 公司以外之麻醉科醫師；而非 Roux 公司旗下之醫師，也無法於 Jefferson Parish 中執業。⁹² 受此約束，Jefferson Parish 拒絕了原告 Hyde 申請至該醫院擔任麻醉科醫師之請求。據此，Hyde 提起本訴訟，主張 Jefferson Parish 與 Roux 之協議違反修曼法第一條之規定，而屬「當然違法」之行為。

本案於上訴至聯邦最高法院後，法院首先確立了審查之重點應置於醫院所提供之服務是否構成反托拉斯法下之搭售，而非 Jefferson Parish 與 Roux 間之契約問題。就「個別產品」此項要件，Jefferson Parish 以其所提供之搭售產品（手術服務）與被搭售產品（麻醉服務），二者係具功能整合（functionally integrated）關係之服務組合，無法分別出售，故不構成個別產品。⁹³ 此抗辯理由，不為多數大法官所採。相對的，爾等於判決中強調，搭售中所謂之個別產品，其認定之標準不在於彼此之功能關係，而應從二產品之需求特徵（character of the demand）來加以檢討。⁹⁴ 而所謂的“需求特

⁹⁰ *Id.*, at 1353.

⁹¹ 466 U.S. 2 (1984).

⁹² *Id.*, at 7.

⁹³ *Id.*, at 19.

⁹⁴ *Id.*, at 19.

徵”，乃法院需調查市場上是否存有充分之需求(sufficient demand)，足使廠商得分別且有效率地提供被搭售產品。⁹⁵ 換言之，於本案中，法院需調查消費者對麻醉之需求程度，是否足夠讓其成為一有別於醫院所提供之其他服務，而可分別提供之產品。依本案之相關證據，法院認為從消費者之角度來看，麻醉與醫院之其他服務是有所不同的。法院特別指出，在實務上，二者通常是分開計價與收費；麻醉醫師通常也是由執行手術之醫師依其判斷來指定；而消費者將醫院的選擇與麻醉醫師的選擇二者分離，於實務上更是常見。⁹⁶ 據此，法院認為本案已存有二項不同之產品。但由於法院認為被告缺乏所需之市場力量得以成功地實施搭售安排，故判決 Jefferson Parish 勝訴。⁹⁷

基於“需求特徵”理論，最高法院於 1992 年之 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Inc.*⁹⁸一案中，很輕易地便得出了 Kodak 之零件銷售條款已符合個別產品要件的結論。Kodak 乃影印機器之製造商與供應商，於出售其機器之維修零件時，要求買者需同時使用 Kodak 之售後維修服務或自行維修。這樣的交易安排，對獨立服務組織(independent service organization; ISO)之業務，產生重大之衝擊，ISO 也因此向法院提起本訴訟。⁹⁹

美國聯邦最高法院認為，售後維修服務(被搭售產品)與零件(搭售產品)在過去一直是分別出售的，縱使在現在，Kodak 也將零件出售與自行維修影印機之

⁹⁵ *Id.*, at 21-22.

⁹⁶ *Id.*, at 22.

⁹⁷ *Id.*, at 27.

⁹⁸ 504 U.S. 451 (1992)

⁹⁹ Kodak 本身僅生產部分之影印設備零件，其餘則委由其他廠商代工。代工廠商允諾 Kodak 只將其製成品售與 Kodak，而 Kodak 也要求其影印機之所有人或零件經銷商不得將零件轉售與 ISO。另一方面，Kodak 也在可能範圍內限制其中古影印設備於市場上之流通。504 U.S. 457, 458. 類此措施，將大幅增加 ISO 取得 Kodak 零件之成本。

所有人，顯見二者各存有充分之需求。¹⁰⁰ 雖然 Kodak 強調，售後服務之存在乃消費者購買其零件之前題，故二者實為一體，無法區分為二；但如同 *Jefferson Parish* 一案，此種“功能關係”之抗辯，並不為法院所採。法院並認為至少有部分消費者，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之消費者，也將只需要零件而不需要服務，二者並非當然如 Kodak 所言般之密不可分。¹⁰¹

Jefferson Parish 與 *Kodak* 二案之判決理由，很明顯地決廷襲 *Jerrold Electronics* 一案之標準。但產品間之功能關係仍反覆為當事人於訴訟中主張作為二產品非個別產品之理由。而隨著案件所涉及產品複雜性的增高，下級法院於運用需求特徵理論時，就存有各別及充分之需求此一要件之原則說明也更趨具體。其中，以 *Multistate Legal Studies, Inc. v. Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publications*¹⁰² 一案最具代表性。該案被告(以下簡稱 HBJL)所提供之 Bar/Bri 課程，乃美國最具規模之律師考試總複習課程。於 1992 年開始，HBJL 決定將原本特別針對律師考試“跨州律師測驗”(Multistate Bar Exam; MBE)部分所提供之密集複習課程(簡稱 Gilbert)與 Bar/Bri 合併出售予考生。對此，美國最大之 MBE 密集複習課程公司 PMBR，認為已構成搭售而違反了修曼法第一條與第二條之規定。¹⁰³

由於當事人對 HBJL 於特定市場內具相當之市場力量這一點並無爭議，法院於是將審理之重點集中於「個別產品」此一要件上。¹⁰⁴ HBJL 基於以下二點理

¹⁰⁰ 504 U.S. 463.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² 63 F.3d 1540 (10th. Cir 1995); *cert. denied* 116 S. Ct. 702 (1996).

¹⁰³ *Id.*, at 1545.

¹⁰⁴ *Id.*, at 1547.

由，認為其所提供之課程並未構成個別產品。其一，Bar/Bri 與 MBE 固然曾於不同之市場中各別出售，但此並不當然表示二者即應被視為個別“產品”。HBJL 主張，Gilbert 課程搭配 Bar/Bri 課程將有助於 Bar/Bri 課程品質的改善；¹⁰⁵ 其二，HBJL 認為，由於 Bar/Bri 課程中原本即是由包括 MBE 等各別複習課程所組合而成，另外提供 MBE 課程，實際上僅是將一個產品中之某一特定“部分”(component)獨立出售而已。對於類此之“重疊市場”(overlapping markets)，法院應另以不同之分析方式，而將二者視為單一產品。¹⁰⁶

然而，HBJL 之抗辯並不為第十巡迴上訴法院所採。相反的，法院重申需求特徵理論乃現行美國反托拉斯法判斷「個別產品」要件之標準，不容被告以產品間具功能關係為由來加以否認。¹⁰⁷ 而就市場上是否存有對 MBE 課程各別與充分之需求，法院認為應就原告所提之以下幾項證據加以調查：¹⁰⁸

(一). 就市場交易習慣而言：被告並不否認 MBE 與 Bar/Bri 乃分屬二不同之產品市場。而在過去十餘年中，HBJL 一直將二項課程視為不同產品，分別出售，並收取不同之價格。即使於今日，在 Kansas, Ohio, 及 Hawaii 等州，被告還是將 Gilbert 課程與 Bar/Bri 課程分別出售。

(二). 就市場需求面而言：於 HBJL 實行搭售前，並非所有選擇 Bar/Bri 複習課程之考生皆會同時選擇 Gilbert 課程。以本案訟爭地 Colorado 州為例，只有約三分之一至二分之一之考生會參加二項課程。之所以如此，乃多數考生傾向於向不同的業者購買這二項產品，以比較彼此間對 MBE 測驗部分不同之重

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

點提示。這也是為何 HBJL 在過去一直努力將 Gilbert 與 Bri/Bri 課程相互區隔的原因。

(三).就市場供給面而言：HBJL 並未將 Gilbert 課程之行銷與管理整合為 Bar/Bri 部門之一部分。而被告公司主管也表示，將 Gilbert 與 Bar/Bri 搭售之作法，只是暫時性之策略。另外，其他提供律師考前複習服務之同行也表示，總複習課程與針對 MBE 所提供之複習課程乃不同產品。

VI. 需求特徵理論之再檢討

需求特徵理論之最大缺失，在於其過度強調“需求”面之分析，而忽略了對“供給面”因素之平衡考量。本節首先說明美國聯邦最高法院將產品功能關係排除於考量之外之缺失及其於「個別產品」要件考量中之重要性。在此一看法下，本節進一步探討功能關係於訴訟程序中所應有之地位。對此點，有鑑於美國最高法院並未作明確之區分，筆者個人認為應採行 O'Connor 大法官在 *Jefferson Parish* 一案中之協同意見，改採「合理原則」(rule of reason) 來判斷搭售案件中之「個別產品」要件，方能妥適地解決此項問題。

1. 產品「功能關係」考量之重要性

無論是 *Jefferson Parish* 或 *Kodak*，美國聯邦最高法院於確立與運用「需求特徵」原則時，皆需在相當程度內，依其主觀認定對被搭售產品之需求是否“充分”。而在未提供具說服力理由之情形下，否認產品間之功能關係可作為決定個別產品之考量因素，更可能促使當事人於搭售訴訟中，過於重視將產品作機械化之區分。縱使在無搭售安排下，消費者可獨立且各別的選擇麻醉醫師，或者是醫院習慣上對麻醉與其他服務各別收費，此僅能說明存有對這二項產品之二個

108 *Id.*, at 1547-48. 以下之分類，乃筆者自己所歸納。

不同市場。作為判斷是否為個別產品之唯一規範指標，則有欠妥當。首先，醫院之手術服務與麻醉是否為二不同產品，不應於手術服務已存在之前提下去檢討。而是應從另一個角度去問：假設沒有手術醫療之必要，麻醉服務可能存在嗎？當然，我們不能排除少數人手術不需麻醉，或在無手術必要下單獨購買麻醉(如癌症病人之止痛醫療)之可能；但此似乎為例外。畢竟，在一般人生活經驗中，麻醉醫療的存在基本上是從屬於醫院的手術服務。

再者，將產品功能關係排除在外，對將追求效率列為所欲實現目標之一的反托拉斯法而言，往往是一背道而馳的作法。汽車的車身與輪胎，或相機之機身與鏡頭，其之所以以單一產品之形態出售，與其說是因為市場中缺乏對二產品之各別與充分之需求，毋寧乃降低消費者交易成本與實現生產者生產效率考量下之產物。¹⁰⁹ 從這個角度來看，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。

最後需進一步指出者，乃於 *Jefferson Parish, Kodak* 以及 *HBJL* 各案中，法院所據以認定個別產品之證據，多為過去既存之事實與習慣，例如業者過去之銷售方法或消費者過去之消費型態等。以此類證據作為判斷之唯一依據，有以下二項可能缺失。其一，業者或消費者過去之銷售或購買行為，往往是當時可得資訊下所為之決定。生產技術的突破或行銷方法之改善，很可能創造新的生產方式與銷售模式，並提供消費者新的消費資訊，而於未來改變其對產品屬性之看法。其二，上述之改變，很可能是「漸進式」的。即使業者發現搭售具

¹⁰⁹ Malcolm E. Wheeler, *Some Observations on Tie-ins, the Single Product Defense, Exclusive Dealing and Regulated Industries*, 60 CAL. L. REV. 1557, 1566-67 (1972); Warren S. Grimes, *When Do Franchisors Have Market Power?: Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism*, 65 ANTITRUST L. J. 105, 146 (1996).

有實現規模經濟或降低成本之效果，其可能需要時間依市場反應來向消費者促銷新的銷售方式。在此之前，新舊銷售方法很可能並存於市場之中。法院倘貿然依此事實，推定二項產品為個別產品，進而認定其違法，其結果將只是阻礙了未來市場效率的發生，甚或剝奪消費者享受較高品質產品或服務之機會。

綜言之，筆者個人淺見認為，需求特徵應僅是檢討二產品是否為單一產品之考量因素之一。而將產品之功能關係排除在外，很可能導致法院或主管機關過度依賴以過去消費或供給等相關歷史資料作為判斷個別產品要件之標準，而忽略了將二產品視為是反托拉斯法上之單一產品，對市場競爭所可能產生之正面效果。

2. 產品功能關係於訴訟中之地位

一旦吾人重新檢視產品功能關係對「個別產品」要件認定之重要性，另一項值得深思的問題，乃其於訴訟上究應列為是構成要件之考量因素，或防禦方法之提出？此點與訴訟當事人舉證責任之分配息息相關。就法理而言，既然「個別產品」要件是判斷廠商行為是否為反托拉斯法上所稱之搭售以及適用「當然違法」原則之先決條件，原告對其請求權發生原因之此一有利事實，本應負舉證責任。

110 而其程度則應使法院就“繫爭產品為個別產品”此一待證事實之存在產生確信。倘原告未能盡到此項責任，縱使被告亦無法說明何以繫爭產品為單一產品，法院仍應判決原告敗訴。¹¹¹ 縱使原告之證明可使法院產生如此確信，於舉證責任分配法則下，被告只要能提出相關證據，足以動搖法院之確信，進而使“繫爭產品是否為個別產品”此一待證事實再度陷於真偽不明之情形時，即足以

110 參閱我國民事訴訟法第 277 條之規定；陳榮宗與林慶苗合著，民事訴訟法，頁 500-503（民國八十五年七月初版）

111 陳榮宗與林慶苗合著，上揭書，頁 482-83。

防止法院依原告之主張為單一產品之認定。¹¹² 假設如本文所建議，將產品功能關係列入「個別產品」要件之考量因素，則於微軟案中，美國司法部不僅負有說服法院接受 windows 與 IE 乃個別產品之義務，其更應於當微軟提出初步證據證明二者具功能關係或搭售具促進生產效率之“可能性”時，進一步舉證反駁該主張之責任。

在 *Jefferson Parish* 之前，美國法院對此一議題之態度並不明確。產品功能關係可能在構成要件之審查階段，被法院引為認定單一產品之依據(如 *Jerrold Electronics* 一案)；但更有可能被法院認定為在「個別產品」要件符合後，被告所提之“防禦”(defense)方法。例如在 *IBM* 及 *International Salt* 二案中，縱使相關被告已就搭售與產品品質控制之關係提出初步可信之說明，大法官仍認為 *IBM* 與 *International Salt* 需就使用其機器之客戶無法自其他廠商取得具相同品質之產品這點提出進一步證明。*Jefferson Parish* 在理論上排除了法院在審查「個別產品」要件時，另行考慮搭售的促進競爭效果之必要。而在「當然違法」原則下，一旦其他要件也符合，被告之行為即應被認定為違法，法院不應再將被告所主張之產品功能關係當作防禦方法並為深入之准駁與否之說明。但即使於該案中，最高法院針對地方法院接受被告所提之合理化理由仍提出相當詳細之說明，並認為被告並未能證明搭售乃實現此合法目的之唯一方法。¹¹³ 此再再顯示出最高法院透過「需求特徵」理論擁抱「當然違法」原則時，對產品功能關係一份「欲走還留」之二難與不捨。就訴訟實務而言，這將與以追求司法經濟為主要目的之「當然違法」原則產生明顯的衝突。就法律內涵而言，其也會導致「當然違法」與「合理原則」

¹¹² 同前註，頁 502-503。

在適用界限上之漸趨模糊。事實上，將市場力量及市場交易量等列入法院所必需考量之因素，而再冠之以「當然違法」之名，很可能使最高法院之判例產生內在矛盾。因為在 *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* 一案，¹¹⁴ 最高法院在其著名的註腳 59 中，即已明白表示，市場力量與行為對市場交易量之影響等因素，與「當然違法」之原則無關；行為本身的存在即屬違法。而誠如 O'Connor 大法官所建議的，唯有放棄以「當然違法」原則來審查搭售安排，而代之以在「合理原則」下建構一有系統之審查標準，方能解決此一困境。

3. 「合理原則」下之搭售安排及「個別產品」要件

有鑑於「當然違法」原則在理論上所造成之缺失，*Jefferson Parish* 一案中由 O'Connor 大法官主筆之協同意見書，即已呼籲法院改採「合理原則」來審查搭售安排之違法性。O'Connor 大法官指出，在美國司法史上，法院從來沒有依反托拉斯法中之「當然違法」原則來處理搭售安排。不論是廠商市場力量之有無，或是對市場交易量之影響等要件，皆需要法院從事費時之經濟分析與市場效果評估。也正因為如此，法院非但無法實現當初創設「當然違法」原則以追求司法經濟之利益，在實質上仍需負擔「合理原則」之成本。而堅持使用「當然違法」這項標籤，將對下級法院產生混淆，使其誤認為可以省略對搭售進行較深入之經濟因素分析。¹¹⁵

相對的，O'Connor 大法官提出了對搭售安排之二階段審查原則：第一階段為要件分析；第二階段為整體經濟效果評估。不論是第一階段或第二階段審查，皆需在「合理原則」下進行。綜言之，第一階段之審查內容，主要在判斷

¹¹³ 466 U.S. 25 n. 42.

¹¹⁴ 310 U.S. 150 (1940).

¹¹⁵ 466 U.S. 34-35.

傳統槓桿/排除理論於具體個案中是否可能發生？考量因素包括(一)廠商市場力量之有無；(二)被搭售產品市場結構之分析。如競爭廠商人數之多寡與市場進出之難易度等。如果被搭售產品市場競爭人數眾多，進出市場容易，利用搭售擴張市場力量成功之機率也將隨之降低；(三)需存有二個不同產品。然不同於多數意見者，乃 O'Connor 大法官認為，產品是否為反托拉斯法下之個別產品，不能僅依被搭售產品是否存有各別與充分之需求來判斷。如果搭售之“經濟優越性”(economic advantage)相當顯著時，縱使存有各別需求與不同之用途，二產品也不應被視為是個別產品。¹¹⁶ 於廠商行為符合上述三項要件後，法院方需於第二階段進一步審查搭售之反競爭效果與促進競爭效果。如果後者大於前者，則搭售應屬合法。

於此一原則下，O'Connor 大法官指出，將手術與麻醉服務視為個別產品，實欠缺經濟上之理由。由於病人只有在需要手術時，方有購買麻醉之必要，因此醫院並無法藉由搭售來取得額外(additional)之市場力量。¹¹⁷ 更重要的，乃 O'Connor 從產品功能關係著手，發現無論從需求面或供給面來看，搭售皆具有相當明顯提昇效率之效果。對醫院而言，搭售確保其有能力提供 24 小時全天的麻醉服務，協助醫院將手術過程標準化，更有效率地使用醫療設備，及可以更有彈性地安排手術時間等。¹¹⁸ 對消費者而言，由於醫院負有提供手術與聘請麻醉醫生之全責，對重病而無法自行選擇醫生之病人而言，搭售具有便利爾等就醫之功能。¹¹⁹ 基於此等考量，O'Connor 大法官認為，二者不應視為是個別產品。

¹¹⁶ *Id.*, at 40.

¹¹⁷ *Id.*, at 43.

¹¹⁸ *Id.*

有疑問者，乃 O'Connor 大法官並未明確區分類似產品品質控制等“經濟優越性”，是否專屬於第一階段之考量因素。如前所言，此涉及當事人舉證責任之輕重，而與訴訟結果往往有密切之關係。筆者個人淺見認為，O'Connor 既然認為功能關係應作為判斷個別產品要件之因素之一，為求理論之一致性，原則上應將其列為第一階段之考量因素，而由主張繫爭產品為個別產品之當事人負較重之舉證責任。至於舉證需至何程度方能使法院產生確信，則需就待證事實類型為不同之認定，其中一項衡量標準為當事人舉證成本高低之比較。以第 IV 節所述搭售之可能促進競爭效果為例，其中有涉及於客觀上較易判斷者，如搭售是否真的具有提昇生產效率與節省消費者交易成本之功能，或市場上是否存有「搭便車」之行為？其猖獗之程度是否足以作為廠商使用搭售來控制其產品品質之理由？於此情形，原告應負較重之證明責任，而於被告提出足以動搖個別產品認定之反證後，需進一步提出證據反駁並使法院形成確信。另一方面，相對於被告而言，要求原告證明搭售並非廠商測量顧客使用密度以獲取消費者需求資訊所必要，或市場並不存在被告所主張之風險，故無必要採行搭售，恐非易事。因類此之資訊，往往與被告主觀之商業判斷有關，故一旦被告企圖以差別取價或風險分擔理論主張搭售產品與被售產品乃單一產品時，法院似可要求其就反證部分負較高程度之證明義務。

至於在第二階段審查部分，由於被告之行為已符合第一階段之要件，故應由被告負舉證責任，證明搭售具正面之經濟效果。此部分之考量因素應偏向於搭售對市場整體結構影響之評估。就搭售之正面效果來講，O'Connor 大法官於意見書中提及搭售可協助新廠商加入一個普遍採行搭售安排之市場，而強化市場

119 *Id.*, at 44.

之競爭。另外，搭售亦具有便利共謀協議成員從事秘密降價而不會受到其他成員的報復之功能。¹²⁰ 此具有提高聯合行為不穩定度以及加速卡特爾瓦解之功能。而就搭售之負面效果而言，原告亦可就傳統或策略性槓桿/排除理論，提出相關證據，於此一階段請求法院審查與平衡其對市場之競爭效果。

VII. 對我國公平法之啟示—代結論

我國公平交易法規範搭售安排之條文主要有二。公平法第十九條第六款規定，事業不得「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」。另公平法施行細則第二十四條第一項進一步規定，公平法第十九條第六款所稱之「限制」包括搭售安排。由條文之規定分析，搭售違反我國公平法之前提要件主要有二。其一，搭售行為需為「不正當」行為。何謂不正當？主管機關需「綜合當事人意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行狀況對市場競爭之影響」等因素來加以判斷。（公平法施行細則第二十四條第二項）。其二，搭售行為必需有妨害市場公平競爭之虞（公平法第十九條）。

而公平會於處理實際案件時，乃依照下列二階段審查方式進行。¹²¹ 第一階段乃構成要件審查。公平會於此一階段將考慮個別產品要件與當事人間之約定是否已剝奪相對人自由選擇交易對象之自由二項要件。於判斷二產品是否為公平法上之個別產品，公平會需考量(1) 同類產業之交易習慣；(2) 二產品分離後，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) 出賣人是否對二產品分別指定價錢；(5) 出賣人是否曾分別販賣該二

¹²⁰ *Id.*, at 41.

¹²¹ 賴源河編審，公平交易法新論，頁 336-37（民國八十六年三月二版）。

產品。¹²² 而縱使當事人之行為該當此二要件時，公平會仍需進一步就(1) 搭售人之市場力量；(2) 搭售結果是否對被搭售產品市場產生排除之效果；以及(3)是否有其他可將搭售行為合理化之理由，如控制產品品質等因素加以考量。

123

與上述美國法相較，筆者認為可歸納出以下二點對我國公平法執行時之啟示。

(一). 首先就法律原則之確立而言，無論就公平法及其施行細則，或公平會之處理準則，都可以很清楚的看出，我國對搭售安排之審理原則，實乃 O'Connor 大法官於 *Jefferson Parish* 一案中所主張之「合理原則」。特別是條文所列之考量因素，如當事人意圖，市場結構等因素，皆非「當然違法」原則下所需關心者。而一旦公平會或法院著手調查相關之證據，其所需之時間成本，也只是會將搭售案件之審查推離司法經濟之目標。因此，筆者並不贊同國內部分文獻認為我國法對搭售安排之審理，應包括「當然違法」原則階段的見解，而在其符合一定之預設條件後，即認定為「當然違法」。¹²⁴ 無論在第一階段或第二階段，公平會應在「合理原則」之精神下，盡可能地探究搭售之正面與負面經濟效果。

(二) 就個別產品要件而言，我國很明顯的不採美國法上所謂之需求特徵理

¹²² 同上註。

¹²³ 其中，以「階梯案」最能清楚展現公平會如何運用此二階段審查原則。該案涉及階梯公司以搭售之方式，強迫其加盟店需同時購買其出版之英語教科書與錄影帶。就構成要件部分，公平會認為教科書與錄影帶使用之地點不同，且分別定價，故屬於不同產品。而由於此項要求於業者申請加盟時即已知悉，故階梯與其加盟店間存有限制後者選擇產品來源之協議，應無疑問。但由於在相關市場內，有十四家業者與其從事競爭，故階梯應無市場力量。對市場競爭也不會產生排除效果。再者，公平會認為搭售具有幫助學生於課後複習，以及預防加盟店聘請素質較差教師等品質控制功能，故公平會認定其行為並不違法。公平會公報，第二卷第十期，頁 35(民國八十二年)

¹²⁴ 林國棟，前註 6。

論，而將產品功能關係(合併包裝或販賣是否能節省成本)也列入考量因素之內。依本文上述對產品功能關係理論之分析，此項作法頗值贊同。惟個別產品之考量因素，仍多仰賴過去交易習慣，其缺失已於第 VI 節中論及。筆者建議公平會於判斷個別產品要件時，可逐漸將其他廠商使用搭售之正當商業上理由列入第一階段構成要件之考量之列。當然，也許在現行體系下，對於諸如品質控制，生產效率之提昇，差別取價，或風險分擔等效果之有無，可在第二階段審查時加以考量；但如前所述，此涉及當事人舉證責任輕重的問題。因此，於公平會依公平法第二十七條第一項第二款進行調查程序時，或可參考本文之建議，就具體個案事實，依當事人舉證責任成本之高低，要求相關事業或個人提出必要之資料或證物，並據此適度調整各個合理化理由之考量階段。除非證據涉及對被告主觀商業判斷之探究而無法合理地要求原需擔負起舉證責任，否則，公平會應賦予檢舉人較高程度之證明責任。¹²⁵

英文摘要

At the heart of the dispute arising from *United States v. Microsoft* is whether "Windows" and "Internet Explorer" (IE) should be treated as a single product under American antitrust laws applicable to tying arrangement. In the past, the legal

¹²⁵ 此乃基於公平法之現行架構所為之建議。事實上，公平法之相關規定，已賦予公平會相當大之調查與審理權限，而有違審檢分立之精神。有待相關單位於未來修法時加以改善。參閱

doctrine governing the separate product test had received less attention from either the courts or antitrust commentators than the other requirements that together with the test form the basic analytical framework for tying. *Microsoft* reveals that the answers to the separate product test may not be as easy as the courts used to believe. In this article, I intend to present a detailed introduction and analysis regarding the judicial development of the separate product test in the United States. Concomitantly, two related questions concerning the appropriateness of applying the per se rule to tying and the proper allocation of burden of proof for the separate product test will be discussed.

The purpose of this article is to demonstrate a rule-of-reason approach to the review of the separate product test that, in my opinion, could avoid the potential conflict between the legal definition of unlawful per se and its current application by U.S. Supreme Court. Based on a cost-effective-oriented approach, I also elaborate on how the burden of proof could be more fairly assigned between parties in tying litigation under the rule of reason. I close the discussion by drawing implications from the analysis for the enforcement of the Fair Trade Law of Taiwan.

參考文獻

一. 英文部分

1. Blair & Kaserman, Antitrust Economics (1985)
2. Blair & Kaserman, *Vertical Integration, Tying and Antitrust Policy*, 68 American Economics Review 397 (1978)
3. Robert H. Bork, Antitrust Paradox (1993)
4. Ward S. Bowman, *Tying Arrangement and the Leverage Problem*, 67 Yale Law Journal 19 (1957)
5. M. L. Burstein, *The Economics of Tie-In Sales*, 42 Review of Economics and Statistics 68 (1960)
6. M. L. Burstein, *A Theory of Full-Line Forcing*, 55 Northwestern University Law Review 62 (1960)
7. Jose Carbojo et al., *A Strategic Motivation for Commodity Bundling*, 38 Journal of Industrial Economics 283 (1990)
8. F. Jay Cummings & Wayne E. Ruhter, *The Northern Pacific Case*, 22 Journal of Law and Economics 329 (1979).
9. Aaron Director & Edward H. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 Northwestern University Law Review 281 (1956)
10. Gellhorn & Kovacic, Antitrust Law and Economics (4th ed. 1994)
11. Warren Grimes, *When Do Franchisors Have Market Power?: Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism*, 65 Antitrust Law Journal 105 (1996).
12. Jeffrey L. Harrison et al., Regulation and Deregulation (1997).
13. Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy (1994)
14. Louis Kaplow, *Extension of Monopoly Power Through Leverage*, 85 Columbia Law Review 515 (1985)
15. Roy W. Kenney & Benjamin Klein, *The Economics of Block Booking*, 26 Journal of Law and Economics 497 (1983)
16. Klein & Lester F. Saft, *The Law and Economics of Franchise Tying Contracts*, 28 Journal of Law and Economics 345 (1985)
17. Alexander C. Larson, *Antitrust Tie-In Analysis After Kodak: A Comment*, 63 Antitrust Law Journal 239 (1994).

18. S. J. Liebowitz, *Tie-In Sales and Price Discrimination*, 21 *Economic Inquiry* 387 (1983)
19. Scott Mader, *In Defense of Franchisors: The Law and Economics of Franchise Quality Assurance Mechanisms*, 33 *Villanova Law Review* 721 (1988)
20. Frank Mathewson & Ralph Winter, *Competition Policy and Vertical Exchange* (1985)
21. Walter Y. Oi, *A Disneyland Dilemma: Two-part Tariffs for a Mickey Mouse Monopoly*, 85 *Quarterly Journal of Economics* (1971)
22. Richard Pierce et al., *Regulated Industries* (3rd ed. 1994)
23. Richard Pierce et al., *Regulated Industries* (3rd ed. 1994)
24. Richard Posner, *Antitrust Law—An Economic Perspective* (1976)
25. Michael Eric Ross, *The Single Product Issue in Antitrust Tying: A Functional Approach*, 23 *Emory Law Journal* 963 (1974)
26. Richard Schmalensee, *Commodity Bundling by Single-Product Monopolies*, 25 *Journal of Law and Economics* 67 (1982)
27. Marius Schwartz & Gregory J. Werden, *A Quality-Signaling Rationale for Aftermarket Tying*, 64 *Antitrust Law Journal* 387 (1996)
28. Eugene M. Singer, *Antitrust Economics* (1968)
29. Daniel J. Seidman, *Bundling as Facilitating Device: A Reinterpretation of Leverage Theory*, 58 *Economica* 491 (1991)
30. George Stigler, *The Organization of Industry* (1968)
31. E. Thomas Sullivan & Jeffrey Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications* (2nd ed. 1994)
32. Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (1988)
33. Michael D. Whinston, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, 80 *American Economic Review* 837 (1990)
34. Keith K. Wollenberg, *Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-examining the Leverage Theory*, 39 *Stanford Law Review* 737 (1987)

35. Frederick Warren-Boulton, Vertical Control of Markets:
Business and Labor Practices (1978)

二. 中文

賴源河編審，公平交易法新論(民國八十六年三月二版)

林國棟，廠商搭售行為之經濟分析，頁 79，公平交易季刊，第五卷第四期 (民國八十六年)

陳榮宗與林慶苗合著，民事訴訟法(民國八十五年七月初版)