

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

反托拉斯法對搭售安排市場力量之分析 —Kodak 法則之運用、延伸與限制

計畫類別： 個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：NSC89 - 2414 - H032 - 026 -

執行期間：89 年 8 月 1 日至 90 年 7 月 31 日

計畫主持人：陳志民

共同主持人：

本成果報告包括以下應繳交之附件：

赴國外出差或研習心得報告一份

赴大陸地區出差或研習心得報告一份

出席國際學術會議心得報告及發表之論文各一份

國際合作研究計畫國外研究報告書一份

執行單位：淡江大學公共行政學系

中華民國 90 年 11 月 6 日

第一章：緒論

從法之興起及演進發展過程觀之，避免因市場力量的過度集中所可能產生之經濟甚至於政治資源的不當配置，一直是各國於制定反托拉斯或市場競爭法規時，所最關心與最主要之規範主題之一。然而，市場力量如何決定，以及其強度需至何程度，政府始能發動其在反托拉斯法下之管制權限，皆是相當複雜的反托拉斯法問題，尤其是前者，更涉及被 Stigler 稱之為“人類知識的黑洞”的相關市場界定問題。綜言之，對於市場力量如何決定，一旦於相關市場界定清楚後，涉案被告於該市場中之“市場占有率”(market share)為何，成為各國競爭主管機關判斷是否該介入干預之起點。固然，眾多反托拉斯法律與經濟文獻早已指出，作為一項決定市場力量之代理變數，「市場占有率」有其不足之處，特別是其忽略了潛在競爭對既有競爭者濫用市場地位所可能產生之抑制效果，而有過度膨脹廠商市場力量之嫌。¹ 惟雖不完美，但其仍是一個為各國所接受之的市場管制底線，對於市場占有率甚低之涉案被告，達法機關皆傾向於對其採取較為寬鬆之態度。

此一執法思維，在美國聯邦最高法院 1992 年的 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical, Inc.*² 一案，似乎已開始受到來自該國多數大法官之質疑。於該判決中，美國聯邦最高法院不僅維持了搭售安排仍應適用「當然違法」(per se illegal)之審理原則，更擴大了法院對實行搭售企業是否具有市場力量之認定標準。法院認為被告與其產品消費者間存有相當資訊不對等之情形，消費者於購買產品之始，往往無法判

斷產品之性能優劣；而一旦使用被告之產品，由於轉換使用其他廠商產品之成本過高，使得消費者形同被套牢於既定之法律關係中。據此，聯邦最高法院認為縱使與其他同業競爭者相較，本案被告於相關市場之市場占有率並不高，但仍具有使搭售安排得以成功實行所需之市場力量。

此項判斷市場力量之標準，不但對搭售安排於反托拉斯法的合法性判斷，有相當重要之意義；*Kodak* 一案對任何以廠商市場力量的存在為認定違法前題之交易類型，如掠奪性訂價、地域限制條款、或排他交易限制等，皆有適用之餘地。故其影響層面不可謂不巨。而從更寬廣之學理角度來看，*Kodak* 可視為是經濟學中有關「網路外部性」(network externality)理論，於反托拉斯司法實務中之回應。依該理論，市場中某些商品之受歡迎程度與使用之消費者人數多寡成正比。而一旦某一產品為多數消費者所使用，而成為共通之標準規格後，其他競爭產品很難取得足夠消費者之支持而被迫退出市場。從打字機鍵盤字母之排列方式、到錄影帶 Beta 規格為 VHS 規格所全面取代，乃至於最近的微軟之 Windows 獨占全球之個人電腦作業系統軟體市場等，皆是「網路外部性」理論下描述之現象。對反托拉斯政策而言，「網路外部性」產生以下二項問題。其一，同業競爭者很可能因而喪失研發創新之動力；而相對的，消費者也可能因此必需使用品質較差之產品。其二，生產標準規格產品之廠商，可利用消費者於市場上無其他替代產品可供選擇之機會，濫用諸如搭售安排或製造產品相容性(compatibility)的問題，以獲取獨占利潤。此等看法，為擴大 *Kodak* 之適用範圍，提供了學理上之基礎；但另一方面，卻也可能產生一些難題。例如，將市場力量之判斷由關心水平競爭者於市場上彼此之相對關係，轉移到對單一業者之垂直控制力的分析，此項作法於學

¹ William M. Landes & Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARVARD L. REV. 937 (1981).

² 504 U.S. 451(1992).

理上是否正確？又法院該如何判斷產品品質之優劣，進而認定消費者已因網路效果而喪失了使用品質更佳產品的機會呢？類此之問題，皆可能是限制 *Kodak* 法則適用之因素。

本計劃計劃將以上述幾項問題為研究核心，探討搭售安排中有關市場力量要件之認定標準。而透過對美國案例之分析，本計劃嘗試將經濟學上之相關理論，轉化成於反托拉斯法實務上得以運用之判斷法則。對國內公平法之執行而言，由於公平法第十九條乃列於「不公平競爭」一章中，因此，對於市場力量是否應列為違法認定要件之一？以及業者之市場力量需到達何種程度，其使用各類垂直交易限制安排，始可能有妨害市場競爭之虞？公平會或法院之態度一直不是很明確。本計劃在強調，市場力量之衡量方法或有爭議；但其作為認定是否構成反競爭行為之一項法律要件，則是反托拉斯執法機關所不可忽略之一項事實。而公平會或法院實有必要於決議或判決中，就此要件建立起明確的判斷標準，以維當事人之期待利益。希望藉由此一研究計劃，能提供國內主管機關就此議題之一具系統性的分析工具。

計劃以下之章節安排如下：

第二章首先討論搭售安排對市場競爭所可能出現之經濟效果。此部分將就搭售安排對市場競爭之負面與正面效果，就經濟學與法學之相關文獻，作一回顧性之綜合說明。就搭售之負面效果而言，相關之理論眾多，但主要理論可分別置於「傳統排除理論」(traditional foreclosure theory) 與「策略性排除理論」(strategic foreclosure theory) 等二大主軸來加以論述。前者理論主要著眼於廠商可如何運用搭售之方式，以掠奪競爭者之客戶，進而達到排除競爭與擴大市場力量之目的；後者則係強調搭售安排可如何被廠商利用來作為建立其掠奪市場聲譽之策略性競爭工具。另業者使用搭售安排之可能正當商業上理由，如確

保產品品質，規模經濟效果之實現，以及上下游廠商間風險分擔等理論，亦將於此節中詳述。

第三章以美國法為探討之對象，分析市場力量於搭售安排的反托拉斯法規範中之重要性。此部分將針對二大主題加以說明。首先就美國聯邦最高法院，如何透過修曼法與克雷頓法建立起審理搭售契約安排之法律原則加以說明，包括「個別產品」要件與「對競爭產生實質影響」等法律要件判斷原則之分析。第二部分則專就廠商是否享有對搭售產品之「市場力量」此一要件為深入之分析與說明。其中最重要的案例首推於 *Eastman Kodak* 一案中所確立之 *Kodak* 法則。*Kodak* 藉由引進「套牢成本」(lock-in cost) 以及消費者之產品「轉換成本」(switching cost) 等概念，大幅擴大了市場力量之認定標準，可視為美國反托拉斯法對市場力量認定之一重要分水嶺。此部分將針對 *Kodak* 案為深入之分析。

於了解 *Kodak* 法則之內涵後，第四章進一步思考該法則於延伸適用至其他交易類型的可能性，以及因此所可能出現之問題與限制。*Kodak* 法則不僅適用於搭售安排，其中所確立之市場力量認定之新標準對反托拉斯法其他議題亦有相當的啟示。就理論架構而言，*Kodak* 所揭櫫的原則，可視為是經濟學「網路外部性」(network externality) 理論之一環；在該理論下，吾人似可嚐試將 *Kodak* 法則延伸至任何涉及企業利用產品規格化的方式，而使消費者對其產品產生無法替代或替代成本過巨之依賴性，進而從事掠奪消費者與競爭者之案例類型上。近期美國司法部對微軟所提之反托拉斯法指控，即是此一理論運用之實例。計劃中將就其可能之延伸適用範圍為一深入之探討。而在另一方面，*Kodak* 法則也面臨不少學者之質疑與挑戰，例如有學者認為 *Kodak* 一案以企業對消費者所可能具有之「垂直」控制力，作為認定本質上應屬「水平」考量因素之

市場力量認定標準，實有不妥之處。而該論理上之缺失也將大幅限制 *Kodak* 法則之適用範圍。類此之理論也將於此部分詳述。

第五章以上述各章之研究心得，檢討對我國公平法相關規定之解釋與政策形成所可能具有之啟示總結本計劃。

第二章：搭售契約安排之經濟效果分析³

就經濟面而言，搭售契約乃指產品或服務之賣方或提供者，以買方需同時購買另一項產品或服務，作為其出售前項產品或服務之條件。其中，買方所意欲購買之產品稱之為“主要產品”(tying product)，而被賣方搭配出售者，稱之為搭售產品(tied product)。搭售安排之所以引起反托拉斯法之關切，乃在於其所具有之剝奪消費者選擇，與排除既存或潛在競爭者競爭機會之負面效果。學理上通常是在所謂的「槓桿-排除」(leverage-foreclosure)理論，以及策略性排除(strategic foreclosure)二大理論分類下進行討論。另外，搭售契約本身也有其提昇行銷效率、維持產品品質等正面經濟效果；也因此，搭售契約是否合法，往往取決於正負面效果彼此之強度為何。本章以下各節將歸納學理上之見解，就相關問題為一深入之分析。

第壹節：搭售之反競爭效果---「槓桿 / 排除」(leverage / foreclosure)理論

一．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」。⁴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。⁵

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。⁶學

⁵ 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，別無其他目的。337 U.S. 293, 305-306 (1949)

⁶ 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*

³ 本章多數內容乃參考拙著，陳志民，「論美國反托拉斯法對搭售安排『個別產品』要件之認定標準」，收錄於「第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」，頁477(1999年11月)。

⁴ See HERBERT HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy* §10.6 (1994).

者之質疑乃建構在「單一利潤理論 (single-profit theory) 之下。該理論認為^{P1}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。⁷ 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 $(P^*-MC) \times Q^*$ 。

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 D_1 。而在 D_1 與新的邊際收益曲線 MR_1 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。

二．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

Monopoly Power Through Leverage, 85 Colum. L.

Rev. 515 (1985)

⁷ 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).

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，⁸ 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 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，⁹ 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。¹⁰ 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。¹¹

⁸ Jose Carbojo, David De Meza, and Daniel J. Seidman, *A Strategic Motivation for Commodity Bundling*, 38 J. Ind. Econ. 283 (1990). 有關該論文之較簡易說明，請參閱 Alexander C. Larson, *Antitrust Tie-In Analysis After Kodak: A Comment*, 63 Antitrust L. J. 239, 253-59 (1994)

⁹ Carbojo et al, *id.*, at 286-87.

¹⁰ *Id.*, at 288-89.

¹¹ *Id.*, at 292.

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。¹² 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，¹³ 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加，而被迫退出市場競爭。¹⁴ 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。

¹⁵ 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

¹² Michael D. Whinston, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, 80 AM. ECON. REV. 837 (1990).

¹³ *Id.*, at 839.

¹⁴ *Id.*, at 844.

¹⁵ Larson, *supra* note 12, at 255.

案皆可能是正面也可能是負面的。¹⁶ 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。¹⁷

第貳節；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時，廠商也可利用搭售來規避該項管制。

一．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.¹⁸ 一案之研究所提出。¹⁹ 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。²⁰

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。²¹ 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。²² 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。²³ 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。²⁴

二．搭售與規避價格管制

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

¹⁷ Whinston, *id.*

¹⁸ 356 U.S. 1 (1958)

¹⁹ F. Jay Cummings & Wayne E. Ruhter, *The Northern Pacific Case*, 22 J. L. & ECON. 329 (1979).

²⁰ *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)

²¹ Daniel J. Seidman, *Bundling as a Facilitating Device: A Reinterpretation of Leverage Theory*, 58 ECONOMICA 491 (1991)

²² *Id.*, at 492.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*, at 495.

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。²⁵ 部分學者認為，搭售可被受管制廠商用來規避此類法規，間接使管制其所冀欲達成之目標無法實現。²⁶ 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

²⁵ 例如，對具高固定成本之產業(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).

²⁶ ROGER D. BLAIR & DAVID L. KASERMAN, ANTITRUST ECONOMICS 383 (1985); Bowan, *supra* note 10, at 21-23.

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。²⁷ 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。²⁸ 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。

第參節：搭售安排之促進競爭效果

相對於 I 以上關於搭售安排反競爭效果之敘述，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

²⁷ Wollenberg, *supra* note 10, at 753.

²⁸ *Id.*

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。²⁹ 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本。³⁰ 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，最為學者所討論者，乃搭售與差別取價之關係。³¹ 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。³² 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。³³ 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。

	A	B
E1	\$10000	\$300 0
E2	\$8000	\$550 0

表 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 \$300。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，

²⁹ Blair & Kaserman, *Vertical Integration, Tying, and Antitrust Policy*, 68 AM. ECON. REV. 397 (1978); BLAIR & KASERMAN, *supra* note 30, at 391-94.

³⁰ Hovenkamp, *supra* note 8, §10.5a.

³¹ 參閱 Director & Levi, *supra* note 10, at 291-92;

Bowman, *supra* note 10, at 23; Burstein, *supra* note 10, at 64-73.

³² 224 U.S. 1 (1912).

³³ George J. Stigler, *A Note on Block Booking*, in STIGLER, *THE ORGANIZATION OF INDUSTRY* 165 (1968).

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。³⁴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。³⁵

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的損失 (deadweight loss)。³⁶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。³⁷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。³⁸

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質要求，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

³⁴ *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).

³⁵ Roy W. Kenney & Benjamin Klein, *The Economics of Block Booking*, 26 J. L. & ECON. 497, 499 (1983).

³⁶ 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.

³⁷ 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 Mazer, *In Defense of Franchisors: The Law and Economics of Franchise Quality Assurance Mechanisms*, 33 VILLANOVA L. REV. 721 (1988).

³⁸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 Tying*, 64 ANTITRUST L. J. 387 (1996).

所生之成本。³⁹

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。⁴⁰也即在搭售安排下，一旦出現廠商購買非授權使用之生產原料時，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。⁴¹

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。⁴²

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，⁴³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。

⁴⁴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於一方面，較低之權利金，可吸引更多廠商加入

³⁹ Klein & Saft, *id.*, at 350; Kentucky Fried Chicken Co. v. Diversified Packing Co., 549 F.2d 368, 380 (5th Cir. 1977).

⁴⁰ Klein & Saft, *id.*, at 353.

⁴¹ 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).

⁴² Burstein, *supra* note 10 (1960), at 69-72; S. J. Liebowitz, *Tie-in Sales and Price Discrimination*, 21 ECON. INQUIRY 387, 390 (1983).

⁴³ 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).

⁴⁴ 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* 176 (1988).

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。⁴⁵ 在降低加盟風險之同時，其亦可能具有擴大整體產出與提昇市場效率之效果。⁴⁶

市場力量。其具體案例與分析，將於第三章中詳述。

第肆節：小結

本章首先從經濟分析的觀點，分析搭售契約不利與有利於市場競爭之效果。綜言之，學者對搭售契約安排之批評仍多集中在該契約所具有之排除競爭效果，只不過隨著經濟學理論之更趨複雜，特別是賽局理論之引入，所謂的排除效果，已逐漸由傳統的認為搭售可剝奪既存或潛在競爭者之競爭機會，轉向強調搭售所具有之對潛在競爭對手之暗示效果，以期讓爾等知難而退，進而遂行逐步獨占市場之目的。然而，策略性排除理論對搭售安排福利效果的結論，與各該分析模型所依據之假設條件有密切的關係，也因此其在反托拉斯法及政策上之運用，仍有待進一步之觀察。惟同樣的思維轉變，也逐漸出現在美國法院有關搭售契約之反托拉斯法判決中，法院開始以較動態(dynamic)的分析方法，判斷實施搭售廠商，是否具有足以脅迫消費者或相關競爭廠商首需接受其搭售條件之

⁴⁵ FRANK MATHEWSON & RALPH WINTER, COMPETITION POLICY AND VERTICAL EXCHANGE 73; Wollenberg, *supra* note 10, at 755.

⁴⁶ 但請參閱前註 40 之附加條件說明。

第三章：市場力量於搭售安排規範中之重要性—*Kodak* 法則的建立

搭售安排於美國反托拉斯法下，仍受到當然違法原則之規範。惟按諸美國法院於實際案例中所使用之審查標準，實已接近「合理原則」。特別是聯邦最高法院於多數關於搭售行為之判例中，對於被告針對主要產品是否具有足以強迫原告同時購買搭售產品之市場力量，往往有詳細之證據調查與理由說明。本章將就美國反托拉斯法對搭售行為之法律要件之形成，為一詳細之歷史性分析。本章將從 *Kodak* 法則之建立過程，探討美國聯邦最高法院對被告市場力量是否該列為違法構成要件之態度轉變。

第壹節．美國聯邦反托拉斯法規對搭售行為之具體規範

綜合而言，搭售行為受到美國三項聯邦反托拉斯法規之規範。從第二章關於搭售行為所可能具有之便利勾結效果可推知，搭售可能被視為是具有限制交易(restraint of trade)效果之行為，而違反了修曼法第一條之規定。再者，傳統對搭售安排所具有之排除競爭效果的討論，間接隱含了搭售可以被具有市場力量之廠商濫用，以作為建構市場參進障礙，故可能違反修曼法第二條關於獨占(monopolize)與意圖獨占(attempt to monopolize)的規範。另外，搭售行為也可能為競爭者主張為是不公平競爭(unfair competition)行為，故違反了美國聯邦交易委員會法(Fair Trade Commission Act; FTC Act)第五條之規定。⁴⁷ 其中最具體之規範當屬克雷頓法(Clayton Act)第三條之規定。該條明文禁止廠商以同時購買其他商品之方式，作為其出售消費者所需要產品之條件；若該行為具有降低市場競爭或創造獨店之效果時，即屬違法。

然而，就法律之構成要件與適用而言，克雷頓法在搭售行為之規範上，仍和其他

主要反托拉斯法規有以下幾點差異。⁴⁸ 第一，克雷頓法只適用於賣方所加諸於買方之搭售條件，之，若係由買方所要求賣方實行之搭售安排，則不適用之。第二，克雷頓法只適用於商品(commodities)之搭售行為；因此，若搭售之主要產品(tying product)或被搭售產品為非商品(如服務)時，則只能適用修曼法或 FTC Act；第三，依克雷頓法，搭售之所以違法，需其行為已達降低市場競爭之效果，若其影響微乎其微，則無適用之餘地。

就法律原則之演變過程而言，可分三個階段加以觀察。美國聯邦最高法院早期深受「排除理論」之影響，認為廠商實行搭售行為之最主要目的在不當排除來自競爭者之競爭，進而限制市場交易。以 *Jefferson Parish* 一案為代表的第二階段，則出現大法官開始質疑「當然違法」的妥適性，並建議改採「合理原則」；*Kodak* 則代表第三階段的開始，該案突顯了美國聯邦最高法院對芝加哥學派建立在完全競爭模型之上之相關反托拉斯法理論之質疑，以及法院對策略性排除理論的逐漸重視。以下分別就此三階段之司法走向為一詳細之說明。

第貳節：聯邦最高法院搭售審理法律原則之建立—早期之解釋

美國聯邦最高法院對搭售安排之排除與擴張市場力量之關切，最早反應在 *IBM v. US* 一案。⁴⁹ 對於 IBM 涉嫌要求租用其計算機廠商需同時購買所需卡紙之安排，聯邦最高法院判決其已違反了克雷頓法第三條之規定。法院認為 IBM 公司可藉由禁止廠商購買其競爭者所生產卡紙之方式，從計算機卡紙市場獲取額外之利

⁴⁷ 15 U.S.C. §5.

⁴⁸ E. THOMAS SULLIVAN & JEFFERY L. HARRISON, UNDERSTANDING ANTITRUST AND ITS ECONOMIC IMPLICATIONS §.02 at 176.

⁴⁹ 298 U.S. 131 (1936).

潤，甚至於形成另一個獨占事業。⁵⁰ 另外，法院並不採 IBM 於訴訟中所提之維持產品品質之抗辯，法院發現沒有理由相信，廠商無法自其他生產卡紙供應商處取得符合 IBM 所要求品質的卡紙。⁵¹ 在隨後的 *International Salt Co. v. U.S.* 一案，⁵² 法院對搭售行為採取了更為嚴格的態度。對於被告 International Salt 將該公司享有專利保護之製鹽機器，併同其所生產之鹽片出售的行為，法院判決該行為同時違反了修曼法第一條與克雷頓法第三條之規定。而針對被告就搭售行為合理性所提之抗辯，法院以當然違法原則對違反修曼法及克雷頓法之搭售行為，便無差別適用之餘地；換言之，對最高法院而言，限制交易行為之不合理性，與具排除競爭對手效果之搭售行為，二者應適用相同的法律評價。⁵³ 於判決中，法院雖提及，International Salt 就專利機器而言，僅具有“有限之獨占力”(limited monopoly)，但大法官似乎將專利權的存在與反托拉斯法下市場力量有無之概念劃上等號。至於市場力量的存在是否是適用當然違法原則之前題法律要件？判決中並未詳述。

1953 年的 *Time-Picayune* 一案，代表聯邦最高法院對具體化搭售違法法律要之努力。⁵⁴ 該案涉及被告 Time-Picayune 報社，要求刊登廣告之客戶需同時購買早報與晚報的廣告版面。美國政府以被告違反修曼法第一與第二條之規定為由，向法院提起此一反托拉斯法訴訟。聯邦最高法院於判決中首先就克雷頓法與修曼法在適用上之差異。於克雷頓法下，原告只需證明被告對主要產品具有市場力量，或是搭售

行為已對被搭售產品市場產生實質 (substantial) 的限制，即為已足；但就修曼法而言，原告需證明二項要件同時存在。⁵⁵ 由於法院認為本案事實已足以證明對市場產生實質的限制，判決理由集中於市場力量有無之探討。就相關市場之界定而言，法院認為應其界定為“廣告市場”，而非“報紙讀者群”(newspaper readership) 市場。⁵⁶ 而被告在此一市場中之市場占有約為 40% 左右，法院認為尚不足以在相關市場內享有具支配性之地位。⁵⁷

即使 *Time-Picayune* 一案對 *International Salt* 作了較為限縮性的解釋與適用，但最高法院在其後的 *Northern Pacific Railway Co. v. US* 一案中，⁵⁸ 仍以相當嚴格的當然違法原則來解決搭售問題。針對鐵路公司將土地租賃與使用該公司運送服務二者搭配出售之行為，聯邦最高法院認為在鐵路公司與其承租人間已構成具限制市場交易效果之聯合行為；而就市場力量此一構成要件，法院認為只需證明被告在主要產品市場中具有對被搭售產品市場的自由競爭，足以產生實質 (appreciable) 限制效果之經濟力量，即為已足。⁵⁹ 只要市場上“非不相當”(not insubstantial) 的交易量將受到搭售安排的影響，搭售行為即已違反了修曼法之精神，至於廠商市場力量的來源為何？並不會影響違法性之認定。⁶⁰ 在後來的 *Fortner I* 一案中，聯邦最高法院再度擴大了 *Northern Pacific* 對市場力量要件之認定標準。⁶¹ 該案原告 Fortner 主張，美國鋼

⁵⁰ *Id.*, at 135-36.

⁵¹ *Id.*, at 139-40.

⁵² 332 U.S. 392 (1947).

⁵³ *Id.*, at 396.

⁵⁴ *Time-Picayune Publishing Co. v. U.S.*, 345 U.S. 594 (1953).

⁵⁵ *Id.*, at 608.

⁵⁶ *Id.*, at 610.

⁵⁷ *Id.*, at 612.

⁵⁸ 356 U.S. 1 (1958).

⁵⁹ *Id.*, at 11.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Fortner Enterprise, Inc. v. U.S. Steel Co.*, 394 U.S. 495 (1969).

鐵公司以同時購買其所建造之組合屋 (prefabricated house), 作為向其信用部門取得較優惠貸款之條件, 該搭售行為已導致其受到相當的損害, 故提起此一反托拉斯法私人訴訟, 要求法院依修曼法第一條與第二條之規定, 判決被告需停止該項行為, 並賠償損失。聯邦最高法院於判決中對上述二項要件, 採取了最具彈性的解釋, 法院認為, 只有當搭售行為對市場交易量之限制效果不具實質性時, 法院始有必要進行市場力量要件之審查;⁶² 而即使被告於相關市場內不具有高市場占有率, 法院仍可透過消費者對主要產品之需要程度, 以及獨特之產品屬性推論出市場力量之存在。⁶³ 但這樣的看法, 最高法院在其後針對同一案件所提起的另一訴訟中作了修正。在 *Fortner II* 中, 法院認為, 在缺乏其他相關事證的前題下, 美國鋼鐵公司較優惠之貸款條件, 不當然表示其具有所謂的市場支配力; 相反的, 其所反應者, 可能是被告成本上之競爭優勢。⁶⁴

綜言之, 從聯邦最高法院早期之判例解釋, 特別是相關判決中對市場力量的討論可知, 搭售在美國法下, 事實上是受到“附條件”(qualified)「當然違法」原則的規範。特別是在 *Fortner II* 一案後, 廠商使用搭售行為之經濟或商業正當性, 也逐漸受到法院的重視。在此一走向下, 出現 1984 年的 *Jefferson Parish* 一案。

第參節: 聯邦最高法院搭售審理法律原則之建立—*Jefferson Parish Hospital v. Hyde*⁶⁵

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。⁶⁶ 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。

就市場力量部分, 法院所而解決的二項法律爭議, 乃其一, 被告是否有足夠的經濟實力, 足以限制使用其手術服務之消費者無法使用他人所提供之麻醉服務; 其二, 麻醉醫師間之競爭是否因被告之搭售行為而受到限制。⁶⁷ 本案於上訴至聯邦上訴法院後, 雖然被告於相關市場的市場占有率不到 30%, 但上訴法院法官以在現代醫療體系第三人給付 (third-party payment) 制度下, 消費者(病患)就價格與品質進行比較之誘因已大幅降低, 取而代之的是醫院地理區域的便利性, 往往成為爾等就醫決定之主要考量因素。⁶⁸ 此一市場的不完美性, 將使 Jefferson Parish 得以在未擁有高市場占有率下, 仍享有一定之市場力量。

但此一理由並不為聯邦最高法院所採。大法官認為, 如果真如上訴法院所言, 由於消費者缺乏比價的誘因使被告得以對其進行不公平競爭行為, 則禁止搭售行為並無法解決此一市場不完美的問題。換言之, 搭售安排並不會對保障病患就醫選擇自由造成任何的限制, 因為在缺乏比價的誘因下, 病患並不知道他還有何種替代選擇。⁶⁹ 同樣的論理也可適用至麻醉

⁶² *Id.*, at 501.

⁶³ *Id.*, at 503.

⁶⁴ *United States Steel Co. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U.S. 610, 621-22 (1976).

⁶⁵ 466 U.S. 2 (1984).

⁶⁶ *Id.*, at 7.

⁶⁷ *Id.*, at 7.

⁶⁸ *Id.*, at 8 & 27.

⁶⁹ *Id.*, at 28.

醫師市場的競爭分析。對有能力區分麻醉醫師服務品質優劣之消費者而言，*Jefferson Parish* 不到 30% 的市場占有率，並無法阻止其使用其他醫院之手術與麻醉服務；而對無法辨別服務品質之病患，有無搭售要求，對於爾等之醫療服務選擇並無任何的限制效果。不過，聯邦最高法院於批評上訴法院對市場力量之界定方式的同時，也在當然違法的精神下，否決了被告所提出之搭售乃是控制產品品質的抗辯。法院認為，類似之正面經濟效果，可以透過具較少限制效果之其他手段來實現。⁷⁰ 殊值一提者，乃在由 O'Conner 大法官所主筆的協同意見書中，四位大法官主張應將搭售安排置於合理原則下來進行審查，就市場力量之認定標準而言，O'Conner 等認為應以經濟分析為基礎，探究消費者是否真會因搭售而喪失選擇的機會；單以產品之特殊屬性推論出市場力量，似嫌倉促。⁷¹ 更重要的是，即使被告確有足以實質排除市場競爭之力量，搭售行為之違法性，仍需考量其所具有之正面經濟效果，如保護業者商譽，或打破過度集中之市場結構，促使價格競爭早日實現等。⁷² 唯有在負面效果大於正面效果的情形下，搭售才屬違法行為。

第肆節：*Kodak* 法則的建立

雖然 *Jefferson Parish* 一案展現了美國聯邦最高法院對搭售安排，特別是其中市場力量要件之認定部分，採取了相當「合理原則」式的分析分法，但聯邦最高法院並未如許多學者所預言的，正式放棄了以當然違法原則來審理搭售安排。在最近的 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Inc.*⁷³ 一案中，聯邦最高法院不僅仍以當然違法原則作為審理之依據，在市場力量有

無的認定上，甚至於採取了較 *Jefferson Parish* 更為嚴格的法律標準。

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，對同時供應 *Kodak* 影印機零件的獨立服務組織 (independent service organization; ISO) 而言，產生了營業上重大之衝擊，ISO 也因此向法院提起本訴訟。⁷⁴ ISO 主張，*Kodak* 實施此一搭售安排的目的，在意圖逐步獨占“*Kodak* 影印機售後服務”此一被搭售產品市場。

於訴訟中 *Kodak* 承認其行為對於市場交易量將產生實質之限制效果，因此法院將審理的重心置於市場力量認定的部分。*Kodak* 辯稱，即使真如原告所稱，*Kodak* 在售後維修零件供應市場上有相當之市場力量，但此並不表示 *Kodak* 即當然有能力濫用該經濟地位以剝削消費者，*Kodak* 於售後市場 (aftermarket) 的市場力量，需面臨來自影印機設備市場的競爭的制衡，消費者在預知其需支付較高之售後市場價格後，將降低其購買 *Kodak* 影印機之意願；換言之，任何 *Kodak* 可以從售後市場以非競爭價格方式取得之利潤，皆可能因影印機市場利潤之減少而抵銷，故 *Kodak* 並不具有搭售法律要件中的市場力量。⁷⁵

Kodak 之抗辯不為聯邦最高法院所採。法院於判決中特別指出，類似像影印機這種持久財 (durable goods) 交易，賣方往往可利用買方所需承擔之以下二類型成本，而

⁷⁰ *Id.*, at 25 n. 42.

⁷¹ *Id.*, at 37 n. 7.

⁷² *Id.*, at 41.

⁷³ 504 U.S. 451 (1992).

⁷⁴ *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。

⁷⁵ *Id.*, at 466.

達到在售後市場限制買方交易自由，進而獲取獨占利潤的目的。第一種成本為資訊成本(information cost)。法院指出，Kodak 之抗辯建立在傳統經濟學對完全競爭市場資訊充分揭露之假設上，但於現實交易中，交易之一方往往需承擔相當高之取得資訊成本。以本案為例，Kodak 的理論要成立，需假設買方於決定是否購買影印機時，有能力知悉該購買行為之總成本為何。換言之，對於像影印機如此複雜的機器設備，顧方必需在購買之初，即需掌握該機器本身以及售後服務之價格、品質、機器使用年限、維修的可能機率、未來設備升級的可行性與成本、替代機種之價格與品質差異等資訊；⁷⁶ 對消費者而言，取得這些資訊的成本相當高。

對此，Kodak 另行主張，法院所關心的資訊成本問題，是可以藉由與 Kodak 在影印機設備市場從事競爭之同業，基於爭取客戶青睞之目的來提供予消費者。另外，專業且大量的影印設備採購者，本身即有於採購之初進行比價之強烈動機，爾等勢必會將市場價格壓至合理的競爭水平，其他較小型之購買者，也可享有隨之而來的利益。⁷⁷ 對此，美國聯邦最高法院則認為，即使 Kodak 競爭者有意願提供關於產品之資訊，若了解或取得該資訊之成本過高，我們仍無法期待消費者會試圖去取得該類資訊。⁷⁸ 大宗買者之比價行為，也未必能降低 Kodak 影印機之市場價格。當大宗之專業買者的購買量僅佔 Kodak 總銷售量的少數時，Kodak 對小宗或個別買者，因收取非競爭價格所可增加之利潤，也可能遠高於因此所喪失之對大宗買者之交易機會所必需承擔之成本。⁷⁹ 更重要的是，有證據顯示，Kodak 正對這二類消

費者進行差別取價行為。⁸⁰

第二類之成本，則是轉換成本 (switching cost)。法院特別提及，對於已使用 Kodak 影印機之消費者而言，若改用其他廠牌之影印機，將因此而需負擔其他額外之成本。消費者因為被套牢(lock-in)於和 Kodak 的關係中，故必需接受接高之售後服務價格。⁸¹ 若這類被套牢之消費者人數大於 Kodak 之潛在客戶人數，或者是 Kodak 有能力對這二類消費者進行差別取價時，搭售對 Kodak 而言，可以是一項相當有利可圖之競爭策略。⁸² 綜言之，法院認為 Kodak 是否有市場力量仍應在上述原則下，依具體事證為進一步的調查。

第五節：結論

本章按美國聯邦最高法院相關判決之時間先後順序，分三個階段探討美國反托拉斯法對搭售契約法律原則之形成過程。從研究中不難發現，是實上在早期的判決中，法院雖然在形式上仍強調以當然違法原則來審理搭售行為，但從判決的理由加以觀察，聯邦最高法院從一開始即是以合理原則來判斷該行為之合法性，特別大法官於相關判決中，對於被告所提出之正當性抗辯，如保障產品品質，避免搭便車行為等，以及最重要之市場力量要件，均有相當詳細之著墨，理論上來說，在當然違法原則下，這些分析非屬必要。*Jefferson Parish* 一案或許代表美國聯邦最高法院以合理原則分析搭售行為之嚐試，不過 *Kodak* 案似乎又宣示了其捍衛當然違法原則的決心，後續發展值得觀察。

Kodak 法則雖然是針對具體個案所建立之原則，但就學理面來看，我們可以進一步思考美國聯邦最高法院對市場力量之看法，是否對其他類型之垂直交易限制，甚至於非垂直交易限制行為也有適用之餘

⁷⁶ *Id.*, at 473 & n. 20.

⁷⁷ *Id.*, at 475.

⁷⁸ *Id.*, at 474.

⁷⁹ *Id.*, at 475.

⁸⁰ *Id.*, at 476.

⁸¹ *Id.*, at 476, 477.

⁸² *Id.*, at 476-77.

地？而在思考是否有延伸 *Kodak* 法則可能的同時，我們也不能忽略了該法則在執行上所可能出現之限制。第四章將討論此二項問題。

第四章: *Kodak* 法則之延伸與限制

美國聯邦最高法院於 *Kodak* 一案中所建立之市場力量判斷標準，不但對搭售安排於反托拉斯法下的合法性判斷，有相當重要之意義；對於任何以廠商市場力量存在為認定違法前題之交易類型，如掠奪性訂價、地域限制約定、或排他交易行為等，在理論上皆有適用之餘地，故其影響層面不可謂不巨。而從更廣義的學理角度來看，*Kodak* 可視為是經濟學中有關「網路外部性」(network externality)理論，於反托拉斯司法實務中之正面回應。以下僅就該理論之內涵、其對反托拉斯法執行之啟示、以及 *Kodak* 法則之可能限制為一初步的分析。

第壹節：「網路外部性」理論簡介

所謂的網路外部性，乃指市場中某些商品受歡迎的程度，與使用該商品之消費者人數多寡，有正向的關係。例如，消費者對傳真機的需求以及所賦予之價值，將隨著使用傳真機人數之增加而增加。而一旦某一產品為多數消費者所使用而成為共通之產業標準規格後，與其具有競爭關係之替代產品，可能將因此而很難取得消費者的支持，而需退出市場，從打字機鍵盤字母的排列方式，⁸³ 到錄影帶 Beta 規格由 VHS 所全面取代，⁸⁴ 乃至於微軟 Windows 軟體獨占全球個人電腦作業系統軟體市場，皆是在此一理論下，最常為學者所討論之例證。以經濟學之用語而言，具網路外部效果之產品，由於其本身規模報酬遞增(increasing return to scale)的特質，使使用該產品之消費者對其產生了「行為依賴」(path dependence)的現象，從而讓產品之供應者得以享有一定程度之競爭優勢。依程度之輕重不同，經濟學者 Liebowitz &

Margolis 將途徑依賴分為三級：⁸⁵

一．第一級(first-degree)行為依賴

消費者對產品之依賴程度最小，而之所以存有依賴性，主要乃肇因於產品本身的持久性(durability)特質，而與使用者人數之多寡較無關聯。而該項依賴關係之發生，並非在行為人欠缺充分資訊下所為者。例如，多數人並不會因為所得或價格的變動而立即改變其對房屋之消費行為，換言之，購屋決定往往是依賴過去特定的條件，以及行為人充分了解相關訊後所為者，而非對現行之交易機會或條件改變所為之反應。

二．第二級(second-degree)行為依賴

行為人當然有可能在資訊不完全的情形下作出事後證明是無效率之行為，而出現第二級行為依賴。例如，行為人於購買某棟房屋後，才發現附近乃垃圾掩埋場預定地，但基於轉換成本的考量，行為人可能必需選擇被套牢於此一關係中。但嚴格而言，所謂無效率依賴，其所引涵者乃行為人於行為之始有更具效率之選擇機會；若購屋乃行為人於當時可得資訊下之最佳選擇，則似乎不宜將其視為是無效率行為。

第三級行為依賴乃指行為人於行為時，已了解行為本身所具有之無效率結果，但仍將該行為付諸實行，進而於事後被套牢於特定之情狀下。以上述之例子為例，若行為人於購屋之始已知悉該地有垃圾掩埋場預定地，但因親朋好友均居住於該地，且行為人也無法說服爾等遷離該地，而被迫購買該地之房屋時屬之。

第貳節：「網路外部性」理論下 *Kodak* 法則的延伸

從維護市場競爭秩序，與提高消費者福祉的角度而言，「網路外部性」可能產生以下二項負面效果。其一，同業競出者可能因此而喪失研發的動力；而相對的，消

⁸³ See STAN J. LIEBOWITZ & STEPHEN E. MARGOLIS, WINNERS, LOSERS & MICROSOFT, CHAPTER 2 (1999).

⁸⁴ *Id.*, at 120-27.

⁸⁵ *Id.*, at 52-54.

費者也將因此而必需忍受品質較差之產品；其二，生產標準規格產品之廠商，可利用消費者於市場上無其他替代產品可供選擇之機會，濫用諸如搭售安排或製造產品相容性(compatibility)問題，以獲取不當之獨占利潤。上述可能性，為擴大 *Kodak* 在反托拉斯法上之適用範圍，提供了學理上的一項基礎。

延伸而論，*Kodak* 法則對反托拉斯法適用至搭售安排外的其他交易限制時之執法啟示，乃在於其擺脫了傳統反托拉斯法將「市場力量」與「競爭效果評估」二者互相區隔之分析與思惟模式。對許多將市場力量列為行為是否合法之行為類型，包括最低轉售價格以外之垂直交易限制，合資(joint venture)或水平結合行為、以及涉及濫用獨占地位行為等，美國主流之反托拉斯思潮，多數傾向於將涉案業者於相關市場內「市場力量」的有無，視為是一項「門檻」(threshold)要件，用以過濾值得法院進一步投入司法資源，以進行進一步之行為正面與負面經濟效果評估之工作。⁸⁶

Kodak 則將反托拉斯法的執法重點集中在行為效果面的評估，在「套牢成本」、「轉換成本」等網路外部效果理論下，美國聯邦最高法院展現了其對市場中諸多由不具反托拉斯意義市場力量的廠商所為，但卻可能具有妨礙市場公平競爭之策略性不當競爭行為的關切。在這樣的精神下，Steven Salop 教授進一步歸納出 *Kodak* 一案對美國反托拉斯法分析方法的幾點衝擊。⁸⁷

一． 邊際成本(marginal cost)作為競

⁸⁶ See Frank E. Easterbrook, *The Limit of Antitrust*, 63 TEX. L. REV. 1, 14-16 (1984).

⁸⁷ See Steven C. Salop, *The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millennium*, 68 ANTITRUST L. J. 187, 194-201 (2000).

爭價格標準之不足

邊際成本的觀念被使用於諸多

反托拉斯法案件中，作為行為是否合法之判斷依據。換言之，只要廠商之價格與邊際成本相當，即可表示廠商並未濫用其市場地位收取獨占價格，或其行為並無不當掠奪市場之效果。*Kodak* 一案突顯了此一思惟的不足之處，因為廠商之現行價格即使與其邊際成本相符，一旦將消費者對產品(特別是複雜的高科技產品)在未來產生選擇依賴的效果考慮進去，則不當然表示其相關行為對市場皆屬無害。

二． 如果真如一所言，則該如何決定比較之價格？在強調實質競爭效果分析的 *Kodak* 法則下，所謂的競爭競爭，應是在缺乏涉案反競爭行為之情形下，市場上之普遍價格(prevaling price)。依 Salop 之分析，此一看法與傳統的不同在於，其重視行為本身對價格的影響程度，就市場力量而言，也即行為對被告市場力量之影響程度為何。⁸⁸ 所以，依 Salop 之見，用以比較市場力量有無的所謂競爭價格，將會因涉案當事人所爭執之反托拉斯法爭議為何，而有所不同。

舉例而言，於決定是否准許某一合併行為時，主管機關所關心者，若是合併行為是否會讓行為人具有不當提高市場價格之能力，則其比較之標準，則是現行價格(current price)。但這並非是所有情形下皆正確之比較標準。美國法下最著名的例子，乃所謂的「包裝紙的謬誤」(Cellophane Fallacy)。⁸⁹ 運用經濟學上所謂的「交叉需求彈性」(cross-elasticity of demand)方法，以界定相關市場時，美國聯邦最高法院以現行價格作為比較之基點，觀察價格之變動對消費者購買

⁸⁸ *Id.*, at 196.

⁸⁹ Donald Turner, *Antitrust Policy and the Cellophane Case*, 70 HARV. L. REV. 281 (1956).

量之變動比例，進一步得出相關市場應包括所有可能被用來作為包裝用之包裝紙，而非某一特定材質之包裝用紙。但由於獨占者依邊際成本與邊際收益所定出來的市場價格，必然是相當有彈性之價格，以之為基礎，進一步觀察價格上揚對購買行為之改變，也必然成得出高交叉需求彈性，而需將事實上已出現獨占價格之市場往外擴大，而出現被告並無市場力量之結論。從效果面而言，此時的比較價格，應為該行為不存在時之普遍價格。另外，就具有排除效果之行為而言，如果原告主張因為被告所建立之參進障礙，而使潛在競爭者無法參與市場競爭，進而使市場價格居高不下時，則比較的價格也不應是現行價格，而應是假設市場參進障礙解除後之價格。對許多具潛在排除效果的行為，如合資(joint venture)等，*Kodak* 一案重視行為效果的判決，特別具有啟發性。⁹⁰

最後，*Kodak* 不以傳統相關市場界定之方式來計算市場力量的有無，可視為是對厲反托拉斯法中「提高競爭者成本」(raising rivals' costs; RRC)理論的重視。以 Salop 教授為首之學者，早已提出即使廠商在所謂相關市場內不具有實質之市場占有率，但其掠奪市場的方式，可能不是以獲取更高不當利潤的方式，而是以提高競爭者與其競爭之成本的方式來呈現。例如，廠商可以以預先取得競爭者生產所需之要素，如專利權，來創造對手競爭所需克服之瓶頸(bottleneck)，而讓對手於競爭之始即屬於競爭之劣勢。此一現象，在短期內可能無法使被告廠商取得任何額外之利潤，甚至於讓被告需因此而承擔額外之成本；但長期而言，非不可視為是其取得市場地位之一項蠶食鯨吞的競爭策略。

第參節: *Kodak* 法則之限制

Kodak 一案雖然突顯了有別於傳統的市場力量判斷方法，但不論從學理或實務的角度來看，仍有以下幾點問題，有待克服。

一，*Kodak* 一案所關心之因當事人資訊不對等所生之套牢成本與轉換成本問題，嚴格說來存在於所有類型的契約關係中，即使當事人於契約訂立前極盡談判之能事，也不可能將所有相關的資訊揭露與相對人。對於持久財之交易而言，所謂的套牢更是常見之現象，電腦設備推陳出新的速度與當事人無法預先掌握產業發展趨勢，往往使得消費者必需於購買特定機型時，必需承擔不久後即需升級的風險，即屬一例。在 *Kodak* 的精神下，是否表示消費者即可以被電腦製造商所 lock-in 為由，而請求反托拉斯法損害賠償？如果是否定的，那麼套牢需至何程度方屬違反反托拉斯法？其判斷的標準，似乎仍得回到水平(horizontal)市場的觀察與評估。⁹¹ *Kodak* 以製造商與消費者間之垂直契約關係，作為買賣契約是否有傷害市場競爭可能之依據，似嫌倉促。

二，*Kodak* 假設 *Kodak* 公司不會在乎套牢消費者所需負出之長期成本，特別是因搭售要求對其商譽所可能產生之傷害；而即使搭售對 *Kodak* 有利，不願或無法於締約前掌握產品資訊之消費者，於搭售契約被禁止後，仍無法解決其被 *Kodak* 套牢的問題。從這個角度去思考，*Kodak* 在適用上可能將和 *Jefferson Parish* 一案產生無法調和之情形。而如果法院所關心者，乃 *Kodak* 故意對消費者隱匿關於價格資訊的

⁹¹ Hovenkamp, *Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case*, 40 UCLA L. REV. 1447, 1448 (1993); Benjamin Klein, *Market Power in Antitrust: Economic Analysis After Kodak*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 43, 59 (1993).

⁹⁰ Salop, *supra* note 87, at 198.

問題，則較適當的管制手段應是透過契約法的原則來加以規範，而非反托拉斯法。⁹²

三．*Kodak* 法則讓當事人得以契約成立後所生之事件，主張其乃被當事人於契約前套牢之後果，而出現學者所稱之契約後之投機行為 (post-contractual opportunism)。⁹³ 事實上，美國聯邦下級法院已體認到此一問題，而分別於判決中強調反托拉斯法所謂的市場力量，乃指依契約成立前之市場結構下所得出之結果，當事人於契約成立後所負擔之沉沒成本 (sunk cost) 不應成為衡量市場力量有無之依據。⁹⁴

四．就執行面而言，*Kodak* 並未具提供下級法院一可資遵循之判斷所謂套牢或轉換成本的標準，換言之，該法則之運用，將迫使法需承擔更多之執法成本，而使法院之訴訟更缺乏效率。⁹⁵

第肆節：結論

Kodak 法則的出現代表美國聯邦最高法院對不具傳統定義下市場力量廠商，利用市場種種資訊不對稱現象實施策略性排除競爭行為可能性之重視。引申而言，該法則對搭售以外之限制交易行為類型，亦有一定關於反托拉斯法之政策啟示，特別是關於以邊際成本作為

競爭價格基準之見解，以及學理上關於提高競爭成本理論。不過從本章上述之說明可知，*Kodak* 法則於適用時，到面臨了一些理論與實際上之困難，其中尤以如何界定何種程度之套牢為主管機關發動反托拉斯法加以約束之問題，更有待美國法院於後續之相關案中加以具體化。

⁹² Richard Craswell, *Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issue*, 62 BOSTON U. L. REV. 661, 697 (1982).

⁹³ Alan H. Silberman, *The Myth of Franchise "Market Power"*, 65 ANTITRUST L. J. 181, 183; Klein, *supra* note 91, at 58.

⁹⁴ *Tominaga v. Shepherd*, 682 F. Supp. 1489, 1494 (C. D. Cal. 1988); *Queen City Pizza v. Domino Pizza*, 922 F. Supp. 1055, 1062 (E. D. Pa. 1996).

⁹⁵ Salil Kumar, Comments, *Parts and Services Included: AN Information-Centered Approach to Kodak and the Problem of Aftermarket Monopolies*, 62 U. CHI. L. REV. 1521, 1522-23 (1995).

第五章：結論與建議

我國公平法自施行以來，對於市場力量之要件，基本上採二分之適用態度。對濫用市場地位之行為，如差別取價，掠奪性訂價等不當競爭行為，採取較寬的市場力量標準；至於如搭售、排他交易等不公平競爭行為則是以較嚴格之標準。而市場占有率仍是最主要之市場力量評量依據。就不公平競爭而言，綜合公平會之相關決議，約略是以 10% 為基準。

如果從 *Kodak* 案來看我國法對搭售行為市場力量要件之規定，我國對搭售行為所採取之更為嚴格之市場占有率標準，一方面固能增加表面上不具傳統意義市場力量的廠商，利用市場之不完全性，以進行妨害市場競爭與剝削消費者利益之行為被制裁之機率；另一方面，在相關決議中，公平會也傾向於將市場力量的要件列為門檻要件，換言之，市場占有率不及 10% 廠商所實行之搭售行為，基本上被公平會認定為違法之可能並不高。此一作法似乎可以同時融入 *Kodak* 案所揭示的精神，並避免該案所生之如何判斷套牢程度不明確之問題。但持平而論，公平會對搭售行為之所以採此一較嚴格之市場力量要件，其主要的出發點仍在於維持市場競爭之“公平性”，特別是消費者或買方之選擇自由的保障，而不當然有解決因市場資訊不對稱問題所生之消費者被套牢現象的考量。

筆者個人認為，作為一項規範市場競爭秩序的法規，公平法應有較為宏觀與較市場經濟導向之執法原則。對於行為是否公平？似乎由一般法院依相關法律原則，來進行當事人權利義務關係之微調 (fine-tuning)。公平會若關心消費者會因對產品性質之了解不若賣方來得透澈，而可能於購買後，必需受制於一定的搭售交易關係無法脫身，公平會仍可以依 *Kodak* 的精神，將分析的重集中在搭售是否讓消費者的套牢與轉換成本增加，而使賣得享有市場占有率意義外之市場力量，進而將

公平法之解釋與適用過導引至較具競爭法意義之市場結構分析上。

另外，假設公平會能採行 *Kodak* 案之分析方法，則整部公平法對市場力量之標準也有修正統一之必要。因為一旦我們淡化了公平概念於分析過程中之重要性後，依「不當競爭」與「不公平競爭」二分之定性方式，進而為法律原則之差別適用之正當性也將跟著削弱。取而代之的，是一個統一但同時包含著市場動態分析 (dynamic analysis) 考量之市場力量界定原則。

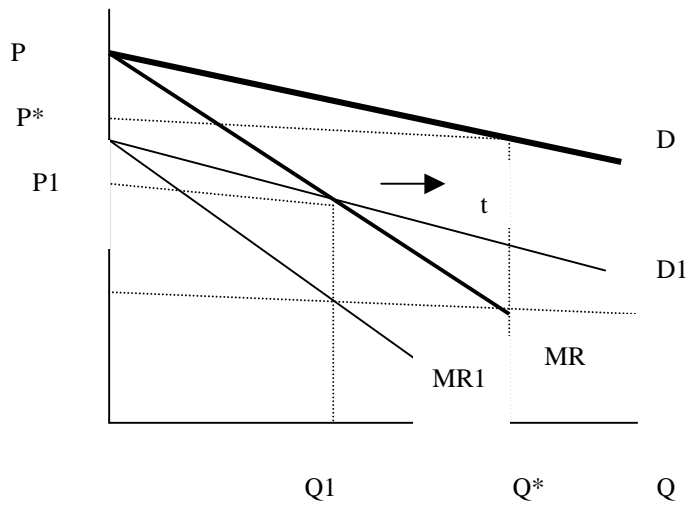


圖 一