

《公平交易季刊》
第 27 卷第 2 期 (108/4)，頁 145-178
©公平交易委員會

掠奪性定價與電子商務

馬泰成*

摘要

本文以蝦皮免運費的虧損定價為研究對象，並以效率市場與美國 Brooke Group 判例的雙軌檢定等觀點，分別探討奪性定價是否可能發生於電商市場。結果顯示：由於資訊科技創新與金融管制鬆綁所塑造的效率資本市場，允許高效率的被掠奪者能取得充裕資金，對抗擁有深口袋的掠奪者。因此，掠奪性定價發生的可能性微乎其微。而電商市場更因快速的動態連續性創新與接續上市的新產品，導致該市場多處於新舊交替的競爭局面，益發使掠奪性定價難以出現。此外，由於電商經營型態偏向需求導向之規模經濟，相對於供給面導向之產業，業者不易單方面地透過供給量之增加，以降低平均成本，而是得靠消費者買單，從需求面著手，透過銷售量的成長帶動產量增加，以建立起規模經濟。因此，蝦皮在市占率較低的情況下，就必需運用運費補貼與其他正向回饋等優惠策略以衝高會員數，此一作法一則能透過需求面創造經濟規模，降低每名會員所分攤之固定成本，以達到供給面之規模經濟優勢；再則也有助於發展廣告、媒體、倉儲物流、信用支付等多角化經營路線，達到範疇經濟。

關鍵詞：掠奪性定價、效率資本市場、電商市場、市場界定、網路效果

一、前言

近年來，跨境電商蝦皮挾海外財團之雄厚資源，於營運初期提供買賣雙方免運費、免手續費等優惠方式與市場既有的 momo、PChome 等電商競爭，造成本土電商虧損，輿論因而時有質疑，認為跨境電商利用海外母公司在財務上之優勢，補貼國內子公司低價競爭，導致本土電商客源流失，是否涉有掠奪性定價之違法行為。由於電商市場呈現雙邊市場（two-sided market）特性，兩邊參與者非但需要通過中間平台進行交易，而且一方的收益或是效用也決定於另一方參與者的數量，這使得電商經營行為具有顯著的外部性，因而有異於一般產業。以下，以一個典型的雙邊市場—夜店為例，粗略說明在雙邊市場架構下，掠奪性定價的本質與其對各方福利之影響。

夜店提供平台供男女交往，女生消費效用或多或少決定於男士入場人數與儀表。夜店 A 對男士收入場費 50 元、女士 50 元；反之，夜店 B 老闆有一個富爸爸，因而有充裕資金，創新開發出一套識別軟體，能篩選出對女性有吸引力的高富帥男士，成功提高女性客戶對 B 店服務之需求，因而能採取「女性客人收取入場費 200 元、但通過篩選的男士進場非但不收費且補貼 50 元飲料」的定價策略，並吸引許多通過篩選的男士前來 B 店，而女士別無選擇，只能前往 B 店消費。最後，導致 A 店倒閉。本例隱含兩個有趣的反托拉斯議題：（一）B 店對男性客戶收取的價格顯然低於成本，該等虧損定價是否涉及掠奪性定價？（二）現實世界的金融市場有無可能提供沒有富爸爸的 A 甚至是另一位新進者 C 足夠資金，允許其從事創新並開發出效能更佳的識別軟體，使市場更為競爭？

就第一個問題而言，以整體價格結構觀之，B 店價格 $200-50=150$ 元尚高於 A 店的 100 元，並不較 A 店為低，其之所以能夠吸引消費者，乃因其創新的軟體能透過女男相互吸引的網路效果（network effect）提高產品競爭力。而此等雙邊市場與單邊市場不同之處在於：男性客戶價格不單決定於男士的消費需求（或生產成本），也受到女性消費需求（或生產成本）之影響。因此，執法機關如欲衡量其獨占力，就必須考慮整體需求與成本。就消費者利益而言，撇開道德爭議與差別取價等議題，由於女士可享受舒適養眼的消費環境，男士也可享受補貼，該等篩選創新衍生出的定價方式（女士定價 200 元、男士負 50 元）對顧客滿意度或是社會福利

之提升，甚至會高於原先（男女皆 50 元）定價方式。因此，只要 A 店的交叉補貼定價來自創新的篩選效率，單邊部門的虧損定價其實是可以提升社會福利。

就第二個問題而言，近數十年來，（一）全球化允許資本得以大規模、快速地移動到不足之處，使各地金融市場資金不虞匱乏；（二）各國推行金融自由化並解除進入管制，致使金融市場競爭益趨激烈；（三）金融創新導致各式借貸方式與衍生性金融商品大量出現，便利事業取得營運所需資金；（四）各國央行率皆採取擴張性貨幣政策，導致資金充裕與利率水準一再下降，減少事業融資成本。此諸趨勢一則允許金融市場有充裕資金滿足事業融資需求；再則也促成效率資本市場（efficient capital market），提升金融市場的訊息傳播與徵信效率，使金融機構能有充裕的資訊與較高的能力分辨出廠商經營效率之高低。值此寬鬆的資金環境，只要高效率廠商能夠說服投資人自己的經營效率與產品潛力，多能輕易地貸得資金應付掠奪性競爭。同理，金融機構也有充裕資訊分辨出低效率廠商，使其無法取得資金發動掠奪性競爭。因此，掠奪性定價發生機率微乎其微。誠如同美國最高法院於 1986 年 Cargill 案所言：「掠奪性定價非但極端罕見，而且更難成功」¹。法官 Easterbrook 甚至宣稱掠奪性定價根本就是：600 年前歐洲曾出現噴火龍的傳奇軼聞²。值此之際，相關案例多數源自低效率的原告鑑於市場競爭失利，期望藉由反托拉斯訴訟，傷害高效率的競爭對手，所引發的濫訟事件。

在以上趨勢下，美國最高法院終於在 1993 年的 Brooke Group 判例³一錘定音，宣布絕大多數的降價競爭都是合法行為，並要求原告須負舉證責任，以避免濫訟。自此，從美國到歐盟就再無掠奪性定價出現於聯邦終審法院或是歐洲法院，象徵著虧損定價在先進國（無論降幅多高、價格多低或為負）幾已合法化。我國自不例外於此一趨勢，自公平交易法（下稱公平法）制頒以來，亦沒有任何掠奪性定價案件能夠成立。

本文以蝦皮免運費為例，研究虧損定價是否涉及掠奪行為，所得的結論也吻合當前司法潮流，亦即無論是單邊市場或是多邊市場均無法自外於：「效率資本市場使得掠奪性定價幾近絕跡的趨勢」。特別是，由於電商市場因快速的動態連續性創

¹ Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104, 119, n.15 (1986).

² Frank H. Easterbrook, "Predatory Strategies and Counterstrategies," *48(2) University of Chicago Law Review*, 263-337 (1981).

³ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

新與接續上市的新產品，導致該市場多處於新舊交替的競爭局面，因而使掠奪性定價更難出現。但值得注意的是，執法機關在掠奪性定價案件的市場界定、獨占力衡量、價格成本分析，均必須考慮雙邊市場的網路效果，以避免該等外部性所導致的執法錯誤。

以下，首先回顧掠奪性定價的經濟理論與執法實務，並說明在效率資本市場的環境下，掠奪性定價幾乎不可能發生。其次，則聚焦於電商市場與掠奪性定價的本質，並針對電商產業所特有的雙邊市場特性，探討市場界定與獨占力衡量等議題。接著，再透過理論與個案討論，逐步建立可能的處理原則或流程。最後，再以蝦皮免運費為案例分析，驗證 Brooke Group 判例的雙軌檢定原則與流程，並提出相關結論。

二、掠奪性定價的定義與其發展

按照 Baumol 效率原則，掠奪性定價是指：獨占者利用優勢的財務地位，以虧損定價的方式將效率較高（或相同）的競爭對手趕出市場。反之，如果被逐出市場者為效率較低的廠商，則該等降價就是正常的競爭行為⁴。在市場實務上，掠奪性定價必須立基於深口袋之上，亦即掠奪者必須擁有較強的資金優勢，才能長期地承擔虧損，迫使效率較高、資金不足的競爭對手不堪累賠，退出市場。反之，如果效率較高的對手有充裕資金，則掠奪性定價根本不會發生。

掠奪性定價是社會各界非難獨占事業的重要原因，特別在 20 世紀初期，工業革命所衍生的各種科技廣泛地運用於生產之上，並推動了鋼鐵、汽車與石化等重工業發展，而這些產業又必須透過大型生產方能達成效率，因而導致企業規模急速擴大與產業高度集中。再加上，當時國際貿易尚未普及、運輸通信落後、政府管制過多等因素影響，導致各該產業極高的進入障礙，因而促使獨占者有充分的經濟誘因與財務優勢，實施掠奪性定價，將效率較高但資金不足的新進者排出市場，然後再提高價格至壟斷水準，以回本降價時的虧損。然而何以高效率廠商無法於金融市場籌措所需資金，以致資金不足，必須面臨被掠奪的風險？

本文推測主要原因應是：當時金融體系發展落後，銀行資金有限、創新不足；

⁴ William J. Baumol, "Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test," *39(1) Journal of Law and Economics*, 51 (1996).

再加上，各國嚴格管制銀行設立，以致形成正規金融與地下金融並存的雙元化現象。但因銀行等正規金融管道多為財團控制，中小企業很難自銀行貸到所需資金，必須轉向利率較高的地下金融，以致影響其應付削價戰時的資金籌措能力。以 1930 年代大蕭條為例，當時由於資金流動性不足，美國民間借貸年利率曾高達 240-1500%之間⁵；但在正規融資管道，美國 1933 年銀行法⁶竟規定聯邦準備會員銀行定期存款利率不得超出上限 3%。因此，儘管大財團有足夠管道，能從銀行等正規金融體系取得大筆低利融資；但是，自有資金不足的小廠商即使生產效率再高，也很難自銀行取得融資，必須轉向利率極高的地下金融。來往之間，小廠囿於資金不足與利息成本過高，自然面臨來自大廠的掠奪威脅，導致 Standard Oil 與 US Steel 等財團利用資金優勢，四處掠奪與併購市場，引起各界對獨占事業的高度反感⁷，從而促使歐美各國相繼嚴格執行反托拉斯並加強對掠奪性定價的管制，並累積了諸如：Standard Oil 與 American Tobacco 等⁸多項案例。

然而自 1980 年代以來，各國為因應全球化浪潮，陸續放寬對金融市場管制，允許新進者進入銀行市場。例如：1980 年美國國會通過解除存款機構管制與貨幣管制法（*Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act*），逐步取消對存款利率的最高限制，而日本、前聯邦德國亦相繼採取類似措施。再加上，金融創新加速更導致衍生性金融商品大量出現，提供各種收益與風險比例組合的投資管道。凡此均有助於資本市場規模擴大，並有利於市場的訊息傳播與徵信效率，減緩貸款人相對借款人因訊息不對稱所造成的逆選擇問題，允許高效率廠商貸得資金應付掠奪性競爭；或是低效率廠商無法取得資金發動掠奪性競爭。這使得效率較低的獨占事業很難利用資金優勢將效率較高的中小事業逐出市場。特別是近年來，各國央行陸續採取擴張性貨幣政策（*Quantitative Easing, QE*），導致資金充裕與利率水準一再下降。在氾濫的資金與低檔的利率環境下，只要廠商能夠說服投資人自己的

⁵ 尚新明、曹建海譯，Sidney Homer & Richard Sylla 著，利率史（A History of Interest Rates），北京，中信出版社，441（1963）。

⁶ 該法案於 1933 年 11 月 1 日生效，美國政府並將相關內容編在「Regulation Q」，因此得稱「Q 條例」。參和訊網，<http://bank.hexun.com/2016-12-13/187322098.html>，最後瀏覽日期：2018/3/31。

⁷ Adrian Emch & Gregory K. Leonard，「掠奪性定價的經濟學及法律分析—美國和歐盟的經驗與趨勢」，法學家，第 5 期，101（2009）。

⁸ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911); United States v. American Tobacco Company, 221 U.S. 105 (1969).

經營效率與產品潛力，就能輕易地由金融市場籌募到所需資金，而非只有獨占事業才擁有深口袋。

最後，由於效率資本市場的概念是指：資訊創新允許金融市場參與者能夠及時得到所有可用的訊息，且該資訊能夠正確地反映於金融工具價格之上。因此，為使本文的名詞使用能夠連貫一致，避免讀者誤解，以下所稱的資本市場係泛指金融市場，並不局限於狹義的資本市場(資金借貸超出 1 年以上之股權、債權與創投市場)，也包含了商業本票等短期貨幣市場。

三、歐美競爭法制對掠奪性定價的管制

前述市場變遷在在顯示：反托拉斯規範必須因應時空變化適時調整，以考慮市場全球化與效率資本市場，並對廠商降價競爭採取更寬容與客觀的作法。而其中最重要的轉捩點就是美國法的 *Brooke Group* 判例。

(一) 美國法對掠奪性定價的管制：雙軌檢定法

在全球化衝擊下，美國法於經歷長達數十年之久的磨合，自 1980 年代開始放寬對於掠奪性定價的管制。雖然此一執法態度首現於 1986 年最高法院於 *Matsushita* 案中，判決日本的電器公司掠奪性定價罪名不成立，並大篇幅地引用經濟學家見解，指出：「掠奪性定價策略極少人試用，而取得成功的例子更是少之又少」⁹。但就判例法而言，美國法正式定調的掠奪性定價處理原則還是：1993 年最高法院於 *Brooke Group* 案判決書所揭示的雙軌檢定法 (*Brooke Group two-pronged test*)，該檢定將掠奪性定價的判定分為兩個部分：

1. 掠奪階段：原告必須證明獨占事業之定價低於合理的成本。雖然最高法院並未確指出合理成本的定義，但依學者 *Hovenkamp* 針對後續判決案例的整理：幾乎所有法院（亞特蘭大的第十一巡迴法庭除外）都採用 *Areeda-Turner* 的理論¹⁰，認定平均變動成本（*average variable cost*，下稱 *AVC*）為合理的成本¹¹。

⁹ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 589 (1986).

¹⁰ Phillip Areeda & Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act," 88(4) *Harvard Law Review*, 697 (1975).

¹¹ Herbert J. Hovenkamp, "Predatory Pricing under the Areeda-Turner Test," 15-06 *U Iowa Legal Studies Research Paper* (2015).

2. 回本階段：原告必須證明被告以低價將原告逐出市場，重新取得獨占地位後，有相當危險的機率（a dangerous probability of recouping），會將價格調高到獨占水準，並能回本當初削價戰時的虧損，亦即掠奪性定價必須是有利可圖的。此一檢定又稱回本分析（recoupment analysis）。

值得注意的是，最高法院幾乎將所有的舉證責任歸諸於原告，並將判定掠奪性定價的重點置於回本檢定，並認為與回本成立的條件在於：產業高度集中、市場有顯著進入障礙、市場需求不具彈性、生產需要特定專利等¹²。如果原告無法證明被告能於未來收回降價損失，則渠等所控訴的定價行為只會使產品價格更低、市場更競爭、消費者福利更高。

至於美國法以回本分析強調掠奪性定價不可能發生的原因在於：掠奪性定價是獨占廠商藉著低於成本的價格出售商品，以虧損當前確定的寡占利潤，換取將來不確定的獨占利潤。然而由於：1.獨占者市場占有率（下稱市占率）遠高於新進者，例如：90%對 10%，獨占者讓新進者虧損 1 元，自己得先虧 9 元；2.由於被掠奪者可能有相當財力，鹿死誰死？尚未可知，因此，發動者必須承擔相當風險；3.就時間偏好而言，「百鳥在林，不如一鳥在手」，確定的目前利潤高於不確定的未來利潤。因此，未來利潤的期望值必須要達到極高的水準，方能通過折現，以彌補利率損失與風險貼水。然而，市場果真存在如此超高的獨占利潤，也會吸引新進者進入市場，侵蝕獨占利潤，使獨占者永遠無法回本。最高法院因此認為：理性的生產者不可能實施掠奪性定價，該等行為發生機率極低，為減少司法資源浪費並杜絕濫訟，因而要求原告須負舉證責任。

在 *Brooke Group* 案中，原告 *Liggett* 為一煙草製造商，並由 1980 年開始推廣廉價的無品牌香煙，且市場占有節節擴大，威脅及被告 *Brown & Williamson*（有品牌香菸公司），被告為因應市場萎縮，於是著手開發了自己的無品牌香煙，並將價格調降到原告價格水準之下，因而遭原告控訴為掠奪性定價。該案歷經地區法院與上訴法院駁回，並於 1993 年由最高法院維持原判。審理過程中，最高法院雖然承認本案有充足事證，顯示被告確有反競爭意圖，甚至以低於成本的價格銷售無品牌香煙達 18 個月之久。但重點是，無論是原告或法院都沒有足夠的證據顯示：被告如原告所稱，能合理地預見未來可收回其低於成本定價的虧損。由於該案無法通過回

¹² Paul L. Joskow & Alvin K. Klevorick, "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy," *89(2) Yale Law Journal*, 223-234 (1979).

本檢定，虧損定價最多只能反映：1.市場存在競爭；2.被告有更高的效率與更低廉的成本結構，能對原告形成威脅。因此，單憑價格低於成本，並不構成違法。總之，美國法認為：掠奪性定價就像如同獨角獸¹³、白老虎¹⁴、噴火龍¹⁵般地稀少，極不可能出現¹⁶。相關案例多源自原告藉由濫訟傷害效率較自己為佳的競爭對手。因此，法院必須對掠奪性定價採取嚴格的認定態度，並由原告負舉證責任，提出回本分析證明被告能夠回本降價損失。此等對事業定價行為所採取之寬容執法，確實有效地遏止低效率廠商藉用掠奪性定價，打擊高效率廠商的濫訟事件。

雙軌檢定法提出後，最重要的案例就是 *American Airlines* 案¹⁷。該案係美國司法部指控：*American Airlines* 在以達拉斯機場為起降中心的國內航線市場，實施掠奪性定價，並迫使數個效率較高的競爭對手退出市場。而 *American Airlines* 在低成本承運商退出之後，又將航空費率提高到降價前水準，因而涉及阻礙性濫用。本案與以往案件不同之處在於：司法部並未主張 *American Airlines* 在任何一個特定航線（相關市場）的收入低於成本。實際上，地區法院也發現：*American Airlines* 價格並未低於 AVC。司法部只是主張：被告為應付低成本的競爭對手威脅，而使用降價和增加運營量雙管齊下的策略，將效率較自己為佳的對手逐出市場。然而該意見並未被地區法院接受，原因是法院發現：被告只是將價格降到與競爭對手相同價位，從未低於競爭對手的價格。此外，就回本檢定而言，法院認為：即使競爭對手退出市場，且 *American Airlines* 將價格回復原先較高水準，但也無法證明該價位超出競爭水準，從而否決回本可能性。最後，在上訴過程中，巡迴法院也確定了地區法院的意見。總之，*Brooke Group* 判例判決出爐後，美國已經沒有掠奪性案件成立，若干學者甚至指出：司法實務上，*Brooke Group* 判例已經將割喉式競爭合法化¹⁸。

¹³ Safety, Insurance, and Data Security of the Senate Committee on Commerce, Science and Transportation (statement of Commissioner Terry Calvani), 100th Cong. 12, 23 (1987).

¹⁴ *Id.*, (statement of Commissioner Mary Azcuenaga), 29.

¹⁵ Frank H. Easterbrook, *supra* note 2, 263-264.

¹⁶ Jonathan B. Baker, "Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective," *62(3) Anti-trust Law Journal*, 586 (1994).

¹⁷ *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003).

¹⁸ Christopher R. Leslie, "Predatory Pricing and Recoupment," *113(7) Columbia Law Review*, 1741-1742 (2013).

（二）歐盟對掠奪性定價的管制：第 82 條指導準則

針對前述趨勢，歐盟執委會亦於 2008 年公布第 82 條指導準則（Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings）¹⁹開始強調 Baumol 所主張的效率原則²⁰，並提出所謂的「同等效率的競爭對手檢定（equally efficient competitor test）」，亦即掠奪性定價並非單指：獨占者意圖藉著低價策略排擠競爭對手，並於事後嘗試回復獨占高價以回本低價競爭時的損失。更重要的是，還必須滿足 Baumol 的效率前提：獨占者將效率較自己為高或是相同的競爭對手逐出市場。該準則確立了處理掠奪性定價問題的核心框架，自此，歐盟與美國相同，再也沒有掠奪性案件經歐洲法院判決成立。

總之，美國與歐陸兩大競爭法系對於掠奪性定價的規範逐漸轉為：競爭機關執法重點應在於具有深口袋優勢的獨占廠商是否濫用降價策略，使效率較高但財務能力較差的新進者不堪虧損，形成反淘汰的阻礙性濫用。反之，新進者如因成本過高，無法在價格競爭下生存而退出市場，則是正常的市場競爭，毋須競爭機關多慮。

四、跨境電子商務市場

橫向面言，電子商務呈現雙邊市場與網路效果，具備規模經濟特性；縱向面言，由於電商採取垂直整合與多角化經營路線，又兼具範疇經濟（scope economy）特性。兩相加總，電商服務因而呈現準公用財特性，而有異於傳統產業。為分析此等異質性是否會使前述推論無法適用於跨境電商市場？以下以電商龍頭亞馬遜（下稱 Amazon）為例，說明效率原則與效率資本市場論述非但能適用於電商市場，且適用性尚高於其他產業。

¹⁹ Cleary Gottlieb, "Guidance On The Commission's Enforcement Priorities In Applying Article 82 Ec Treaty To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings," <https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/commission-enforcement-priorities-in-applying-article-82-ec-treaty.pdf>, last visited on date: 2018/5/5.

²⁰ William J. Baumol, *supra* note 4, 2.

(一) 電子商務市場特性

1. 規模經濟：電商必須大量生產以追求雙邊市場下的網路效果

電商提供交易平台供買賣雙方交易，賺取手續費與廣告費，買方愈多代表市場愈大，可吸引更多賣方加入；同理，賣方愈多代表可供選擇商品與規格愈多，也能吸引更多買方。因此，市場買賣者愈多，個別買方或賣方的效益愈高，平台價值因而能隨使用人數的增加而提高。此一雙向特性使得電商市場能夠產生高度的網路效果，促使電商必須盡力追求規模擴大。

2. 範疇經濟：電商必須透過垂直整合以追求多角化經營

電子商務與傳統產業另一不同之處在於其享有較高的範疇經濟，只要企業能掌握電商平台，就能銷售自家產品、提供平台給其他廠商（甚至競爭對手）、吸引獨立的協力廠商與賣家加入、提供倉儲與物流服務；更重要的是，也能進一步衍生出廣告、媒體、信用支付等附加市場。因此，其經營策略必須追求向上與向下垂直整合，並藉著多角化經營以擴大營業範圍，達到範疇經濟。

3. 小結

電商的生產過程呈現相當程度的規模經濟與範疇經濟，必須力求大規模與多角化經營。因此，生產規模與市場範圍愈大，成本愈低，競爭力愈強。Bessen 因而指出：電商市場具有高資訊科技投入、高市場集中度、高生產力等三高現象²¹。新進者如未能於短期內迅速擴張市場，以達到最低營運規模，勢必慘遭市場淘汰。因此，利用低價行銷（甚至虧損）以追求生產規模與營業範圍的擴張，遂成為全球電商市場的主流趨勢，其中最典型者厥為電商龍頭 Amazon。

²¹ James Bessen, "Information Technology and Industry Concentration," *17-41 Law and Economics Research Paper*, Boston University School of Law, 5 (2018).

(二) 從 Amazon 的經營策略說明電商市場的產業結構

Amazon 自成立以來，即積極地透過智慧化與平台化等技術操作，擴大訂單處理能力與配送網路，並極力爭取與各領域零售業者合作以擴大業務範圍。一方面，藉著提供多元化的商品與規格，擴大消費者選擇機會，爭取大量客戶，分攤網購平台的成本。另一方面，大量客戶與市占率也能吸引更多零售商，透過 Amazon 平台銷售產品。兩者交互影響，除能壓低進貨價格與固定成本外，更能形成生生不息的良性循環，以取得充裕資金，再度用於智慧化的創新投資，以提高競爭優勢。普立茲獎得主紐約時報記者 David Streitfeld 曾生動地描述²²：Amazon 成立 20 多年來，創下兩大市場奇蹟：

1. 營收高速成長，但獲利裹足不前

Amazon 為電商龍頭，2015 年美國網路銷售的成長有 60% 係來自於 Amazon：沒有 Amazon，就沒有今日蓬勃的電子商務市場²³。然而儘管該公司成立以來，低價競銷策略（Amazon 常被認為是推動免運費趨勢的始作俑者²⁴），使得營業額快速倍增、經濟規模不斷擴大，但由於商品定價過低，不僅長期呈現淨利歸零，甚至偶有虧損（參閱圖一）。專欄作家 Matthew Yglesias 因而戲稱：Amazon 為金融大老們為照顧消費者所成立的慈善機構²⁵。此外，即使 Amazon 偶有獲利，但也不分配盈餘，而是不斷地投資於電商市場的互補領域，以擴大其多角化經營的範疇經濟，例如：網路雲端服務（Amazon Web Service，下稱 AWS）、會員 Prime 服務、電子書、數位音樂、媒體串流技術影音、數位節目製作。此外，Amazon 也跨足硬體產品，包括：平板電腦、TV 機上盒、智慧手機，甚至開發網路瀏覽器與作業系統，

²² David Streitfeld, "A New Book Portrays Amazon as Bully," <http://bits.blogs.nytimes.com/2013/10/22/a-new-book-portrays-amazon-as-bully> (<http://perma.cc/E893-5EEN>), last visited on date: 2018/3/27.

²³ Tonya Garcia, "Amazon Accounted for 60% of U.S. Online Sales Growth in 2015," Market Watch (2016/5/3), <http://www.marketwatch.com/story/amazon-accounted-for-60-of-online-sales-growth-in-2015-2016-05-03> (<http://perma.cc/8C5W-8NYW>), last visited on date: 2018/5/1.

²⁴ T 客邦，「線上購物網站的「免運費」是個謊言，你該想想是誰在背後為運費買單？」，<https://www.techbang.com/posts/47274-free-shipping-is-a-lie>，最後瀏覽日期：2018/5/10。

²⁵ Jeremy Greenfield, "Amazon: Still A Charity For Consumers Funded By Investors?" <https://www.forbes.com/sites/jeremygreenfield/2014/01/30/amazon-a-charity-for-consumers-funded-by-investors/#6f7ccc607b24>, last visited on date: 2018/5/10.

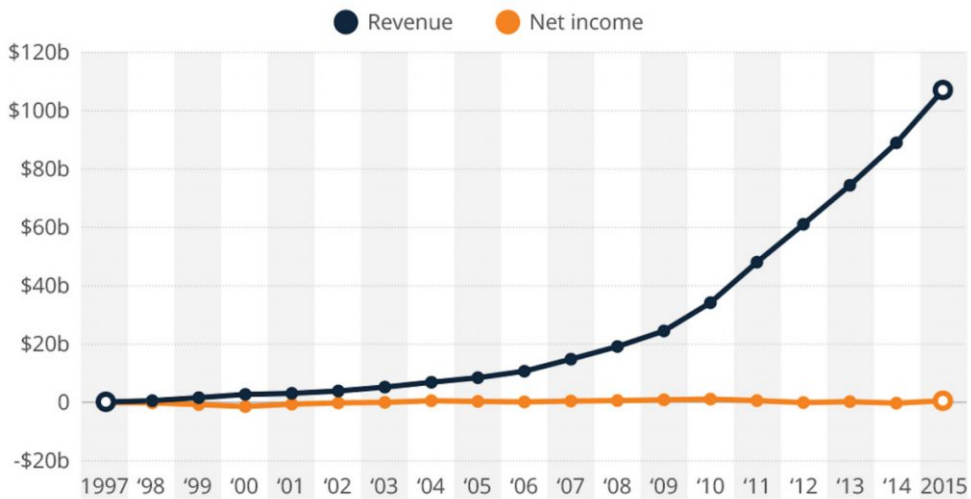
進而衍生出廣告、媒體、信用支付等附加市場，最終目的則是完成其上下游垂直整合鏈並擴大營運規模。近年來，該公司獲利雖稍呈好轉，但也是來自 AWS 的盈餘，而非電商本業。至於阿里巴巴（下稱 Alibaba）與騰訊等其他電商亦多呈相同營運型態。因此，電商與傳統零售產業不同之處即在於：犧牲短期獲利，追求橫向與縱向的市場擴大，以達到長期的規模與範疇經濟。

2. 資本市場之大量挹注使企業資金從不匱乏

Amazon 從不追求短期獲利，實際獲利率亦遠不及 Walmart 等實體店面。從 1995 至 2015 年，Amazon 花了 21 年的時間總共才賺到 25.6 億美元；然而 Walmart 單僅在 2015 年 1 年的時間就賺到淨利 146.9 億美元，亦即 Walmart 單單 2015 年的淨利就是 Amazon 合計 21 年淨利總和的 6 倍²⁶。但是，全球投資機構仍對 Amazon 股票趨之若鶩，使其股價由 1998 年的不到 5 美元，一路漲到 2018 年 9 月底約 2,000 美元。PChome 詹志宏因而指出：「補貼→累積大量用戶→贏得資本→再補貼」的循環是電商市場最明顯的特色。他甚至比喻該等特性使得電商的主要工作成為：說故事，讓投資機構能夠看見無限前景。詹先生也以 Alibaba 為例說明：「Alibaba 的崛起，一向與中國的經濟發展緊密相連。」因此，Alibaba 美國上市能否成功就取決於：「中國會不會繼續經濟成長？」如果答案是肯定的，投資人就會加碼投資。同理，蝦皮背後母公司 Sea 主打的故事，則是關於大東南亞市場。若蝦皮能取得臺灣市場，就表示該公司能將臺灣模式複製到整個東南亞，只要市場相信：「臺灣提供現實、東協提供夢想」的故事，Sea 就能由資本市場取得大量資金，進行補貼²⁷。

²⁶ Revenues & Profits Academy, "Amazon vs Walmart – Revenues and Profits 1995 To 2015," <https://revenuesandprofits.com/amazon-vs-walmart-revenues-profits-1995-to-2015/>, last visited on date: 2018/5/10.

²⁷ 財經新報網站，「為何蝦皮敢燒 30 億打補貼戰？PChome 詹宏志想通了，首度揭露回擊策略」，<https://finance.technews.tw/2018/06/10/pchome-fight-with-shopee/>，最後瀏覽日期：2018/5/10。



圖一 Amazon 電子商務業務的收入與淨利（單位：10 億美元）

資料來源：科技報橘，<https://buzzorange.com/techorange/2017/02/08/amazon-not-for-make-money/>，最後瀏覽日期：2018/5/10。

就競爭政策而言，電商透過降價補貼與大量產能投資，追求生產規模擴大與技術創新，對競爭對手所產生之壓力，是否涉及低價之掠奪性競爭，而有公共政策介入的空間？依據前述推論，就必須視(1)Amazon 的生產效率是否高於競爭同業；(2)Amazon 是否較同業擁有深口袋的財務優勢而定。

（三）Amazon 經營策略所引申的掠奪性定價議題

Amazon 利用低價策略，進行縱向與橫向的擴張，自然衍生出許多掠奪性定價議題²⁸。在一個美國司法部控訴蘋果與六大出版社聯合壟斷電子書市場的案外案裡，蘋果等被告竟然辯稱：渠等定價並未過高，反而是 Amazon 將所有電子書一律以 9.99 美元價格出售，涉有掠奪性定價。但是，在考慮到雙邊市場的網路效果後，司法部與地區法院法官 Cote 均認為：Amazon 以低於成本價格出售電子書只能算是促銷手段，並不構成掠奪性定價，低價策略的目的只是在於透過電子書的銷售，吸引顧客購買的其他商品²⁹。判決書進一步指出：該等行銷策略寓有豐富的創新與動

²⁸ Lina M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox," *126(3) Yale Law Journal*, 730 (2016).

²⁹ Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment, Civil Action No. 12-CV-2826 (DLC), *United States v. Apple Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013).

態意義，允許電商可藉其電子平台，推出各種有利於消費者福利的創新產品，再加上電子書市場原本就有許多電商與跨國出版社等競爭者，因此，Amazon 的低價行銷並不構成掠奪性定價。然而，就社會輿論而言，大眾之所以不特別認為 Amazon 商業模式涉有掠奪性意圖最大原因還是：低價格可以嘉惠消費大眾與 Amazon 所表現出的動態效率優於其他競爭對手³⁰。

（四）電商市場動態創新與 Amazon 案例的啟示

從早期的電子資料交換（Electronic Data Interchange, EDI）到全球資訊網、從音樂串流到各類電商平台，顯示電商市場所具有的：創新速度快、產品週期短等產業特性，已使市場競爭型態轉型成為創新競爭或蛙躍式的競爭，因而具有 Joseph Schumpeter（熊彼德）所謂的創造性破壞（creative destruction）本質³¹，並將傳統競爭法所規範的「市場內的競爭」（competition in market）轉變成為「為獲得市場而競爭」（competition for market）。因此，競爭機關執法依據除了靜態的產品價格與廠商獲利外，更應以動態觀點，通盤考慮科技變化下的市場競爭，以免執法失之狹隘。

特別是，電商市場的產品推陳出新速度太快、競爭過於激烈，一個成功者背後往往有九個失敗者，競爭機關如欲衡量倖存廠商獲利時，就應以期望值概念，加權失敗機率，以納入超高利潤背後隱含的風險貼水，不能單由產業集中度、廠商獲利、市場價格高低，推論競爭程度高低，以避免「只見和尚吃饅頭、不見和尚受戒疤」的謬誤。因此，Cabral and Riordan 與 Farrell and Katz³²均指出：只要創新或學習效果能讓市場推陳出新，隨時有新進產品取代舊有產品，則政府對低價競爭之管

³⁰ Daria Samokish, "Is Amazon guilty of 'predatory pricing'?" <https://www.quora.com/Is-Amazon-guilty-of-predatory-pricing>, last visited on date: 2018/5/1.

³¹ Schumpeter 認為新產品替代舊產品，所導致的創造性破壞是資本主義的基礎，也是經濟增長的驅動力。創新能夠從內部不停地革新經濟結構，透過對舊有市場與產品的破壞，不斷地創造新的結構與產品，即是所謂的創造性破壞，而經濟成長就是以這種創造性破壞為特徵的動態競爭過程。Joseph A. Schumpeter, "Capitalism, Socialism, and Democracy," *University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship* (1942).

³² Luis M. B. Cabral & Michael H. Riordan, "The Learning Curve, Market Dominance, and Predatory Pricing," *62(5) Econometrica*, 1115-1140 (1994); Joseph Farrell & Michael L. Katz, "Competition or Predation? Schumpeterian Rivalry in Network Markets," *CPC01-23 UC Berkeley Competition Policy Center Working Paper* (2004).

制只會妨礙廠商擴大生產規模，對經濟效率造成不利影響。根據上開論述，以下謹針對 Amazon 案例，引申出四點邏輯推理：

電商經營模式就是以低價與運費補貼等方式大舉擴張市場，同時也是其他網路創新產業常見的經營模式（例如：Uber），目的在於擴大生產以取得先發優勢，並將業務觸及各個附屬領域，以追求規模經濟與範疇經濟。

不論 Amazon 目的在於掠奪性定價、或是追求生產規模擴大、或是追求技術創新，該等發展策略必須仰賴外部龐大的資金挹注。

只要資本市場認定 Amazon 享有效率優勢（例如：股票投資人相信 Amazon 成衣服飾業績能於未來 5 年成長 3 倍³³），Amazon 就能於資本市場取得源源不絕的資金。

Amazon 能否取得資金享有深口袋優勢的關鍵還是在於：經營效率（詹志宏先生所形容的說故事）能否說服投資大眾，形成投資意願。

五、電商市場的執法實務：雙邊特性下的市場界定

（一）雙邊市場下的最適定價行為

電商市場的網路效果使得廠商經營行為具有顯著的外部性³⁴，相關文獻亦陸續發現：該等外部性使得電商市場具有許多違反新古典經濟學結論的結果。例如：Rochet and Tirole³⁵就指出：在雙邊市場內，各邊之最適定價未必符合 Lerner Condition 所顯示與價格彈性成反比的現象。此外，為了促進雙邊市場的成長與長期利潤，業者也可能推出有利於特定單邊顧客的價格，但目的卻在於擴大另一邊市場需求，而出現一些直覺上不合理的價格，包括定價低於變動成本，甚至為零、為負等現象（例如：本文所關切的免運費）。時日一久，某些行銷態樣甚至成為理所當然的交易慣例，例如：Google 等搜尋引擎業者就藉著提供免費搜尋服務，吸引大量

³³ Shelly Banjo, "Amazon Eats the Department Store," <https://www.bloomberg.com/gadfly/articles/2016-09-20/amazon-clothing-sales-could-soon-top-macy-s>, last visited on date: 2018/5/20.

³⁴ Mark Armstrong, "Competition in Two-Sided Markets," *37(3) Rand Journal of Economics*, 668 (2006).

³⁵ Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, "Platform Competition in Two-Sided Markets," *1(4) Journal of the European Economic Association*, 990 (2003).

用戶瀏覽該公司網頁，藉以吸引更多廣告商購買版面，賺取更大的商業利潤。

就表面觀察，低價或免費行為似涉有內部的交叉補貼或外部的掠奪性定價。但事實上，這些行為非但是雙邊市場經營業者在權衡雙邊顧客下所為之最適行為，也能夠促進市場競爭、產業發展與消費者利益。此時，如果電商出現掠奪性定價的疑慮時，執法機關最需要了解的就是：如何定義雙邊市場範圍？如何在該等市場範圍內，論證電商行為是否涉及掠奪性定價？

（二）電商市場範圍界定

在雙邊市場的架構下，電商業者雖然在 A 部門補貼運費導致虧損；但另一方面，卻可在 B 部門創造網路效果，吸引更多客戶上門，透過廣告、多媒體甚至信用支付賺取利潤，以補貼 A 部門的虧損。因此，在市場界定上，就必須考慮此等具有交叉補貼特性的外部效果。亦即執法機關利用替代分析，界定市場範圍時，除須考量 A 產品價格下跌對該部門需求量增加之影響外，還要考慮 A 產品降價對 B 產品需求增加的影響或互補性。更重要的是，B 部門需求的變化還會透過回饋效果（feedback effect），進一步影響到 A 部門需求增加，甚至又在長期的情況下，反而推動 A 部門產品價格上漲。

由於雙邊市場存在此等外部交叉性，因此，吾人於判斷事業降價或漲價是否有利可圖時，就應通盤考慮兩個部門的交互影響。然而傳統的「微幅但顯著的非暫時性價格調漲」（small but significant non-transitory increase in price，下稱 SSNIP）在界定市場範圍時，僅侷限於 A 部門的替代分析，亦即只有模擬 A 價格上漲是否使 A 的消費減少，並不考慮 B 部門。因此，在雙邊市場架構下，SSNIP 就會低估漲價所造成整體銷售量減少之損失。亦即 A 產品漲價不但會使 A 部門銷售減少，也會波及 B 部門，而使廠商整體銷售減少數量超過 A 部門減量。如此一來，單僅考慮個別市場的 SSNIP 分析就可能將無利可圖的漲價誤判成有利可圖，而使界定的市場範圍過於狹窄。Filistrucchi 等學者³⁶也指出：由於提高 A 產品售價會影響 B 產品需求減少，因此，即使漲價使 A 部門有利可圖，但卻會損及 B 部門利潤，而使整體部門無利可圖，因而低估了漲價所帶來的損失。

³⁶ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt, "Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice," *2013-009 TILEC Discussion Paper* (2013).

有鑑於此，近年來有些學者³⁷就主張執法機關應借重臨界損失分析法（critical loss analysis）³⁸，綜合考慮事業產出與定價變化對 A、B 部門的影響。例如：Evans & Noel³⁹就修正了標準的臨界損失法，將回饋效果列入考量，假設獨占事業先調漲一邊的價格，接著考慮該漲價對另一邊所形成的回饋效果，並比較該結果與沒有考慮回饋的效果，再計算其所可能衍生之誤差。最後，他們以 Google 與 DoubleClick 之結合案為實證分析對象，以應驗其所修改的臨界損失法。然而臨界損失法並非無懈可擊，林平等學者就指出⁴⁰：Evans & Noel 對於臨界損失分析的修正版本並非完善。他們指出：雖然使用傳統的替代分析會使得市場界定地太窄，但根據他們給出的公式計算結果又會太寬。原因是：渠等計算公式是在線性需求和固定的邊際成本下推導而得。但是，此一作法非但過於簡單，同時還假設壟斷者提高一邊的價格的同時卻維持另一邊的價格不變。因而導致渠等分析出現兩種方向相反的偏誤：估計偏誤和 Lerner 偏誤，進而使得整體偏誤方向難以確定。其中，估計偏誤指由於未考慮到另一邊市場價格也會變化所低估的漲價對需求的影響，以致其所界定的相關市場過於狹小；反之，Lerner 偏誤是指使用單邊市場的 Lerner 指數推算需求彈性所帶來的偏誤，該種偏誤高估了短期價格彈性，甚至可能使其高於長期價格彈性，使市場界定過寬。至於兩者是否能夠相互抵銷？現有統計方法則無法精準預測。例如：Filistrucchi⁴¹就認為 Evans & Noel⁴²所修正的臨界損失分析會使得 Lerner 偏誤超出估計偏誤，而使得市場界定地太寬。

有鑑於此，Emch & Thompson⁴³轉而將測試單邊市場的 SSNIP 修正為能夠檢測多邊市場下的多個價格的模型，並以支付卡（payment card）市場為研究對象，將相

³⁷ David S. Evans & Michael D. Noel, "The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses," *4(3) Journal of Competition Law and Economics*, 663 (2008); Alexei Alexandrov, George Deltas & Daniel F. Spulber, "Antitrust and Competition in Two-Sided Markets," *7(4) Journal of Competition Law and Economics*, 775 (2011).

³⁸ 臨界損失分析法首先計算使事業漲價無利可圖所需要的銷售額減少幅度；接著，再將該幅度與實際漲價後可能發生的銷售額減少相比較，以確定某個替代產品或地理區域是否屬於同一市場。

³⁹ David S. Evans & Michael D. Noel, *supra* note 37.

⁴⁰ 林平、劉豐波，「雙邊市場中相關市場界定研究最新進展與判例評析」，*財經問題研究*，第 6 期，24（2014）。

⁴¹ Lapo Filistrucchi, "A SSNIP Test for Two-Sided Markets: Some Theoretical Considerations," *34 Net Institute Working Paper* (2008).

⁴² David S. Evans & Michael D. Noel, *supra* note 37.

⁴³ Eric Emch & T. Scott Thompson, "Market Definition and Market Power in Payment Card Networks," *5(1) Review of Network Economics*, 1 (2006).

關市場區分為發卡組織（Visa 與 Master，並假設其為獨占者）、發卡人與商店三類主體。其中，獨占者透過雙邊市場分別向發卡人與商店收取費用。渠等發現只有獨占者在各個市場所收取的總價格才是 SSNIP 測試唯一合理的基準價格；反之，在個別市場所收取的價格則皆無法正確界定市場範圍。然而 White⁴⁴則提出批判認為：渠等過度簡化了支付卡市場，也沒給出臨界損失分析公式。此外，渠等模型也受到歐盟執委會的公開批評⁴⁵。

值得注意的是，前述學者對於市場的界定仍侷限於必須透過電子平台，才能進行交易的線上（on-line）市場，卻忽略了離線（off-line）的實體市場。但就市場運作而言，買賣雙方的中介平台只要能使一方的收益或是效用決定於另一方參與者的數量，其實就具備外在性與網路效果⁴⁶。依此觀之，許多實體店面（例如：百貨公司）難道不是提供平台供買賣雙方進行交易？或是一方（百貨公司專櫃）的收入難道不是決定於另一方消費者的數量？

（三）難以客觀標準界定電商市場

由於這些涉及外部性、交叉補貼、實體/虛擬等因素過於複雜，使得計量模型所界定出之市場範圍，往往會隨檢測者主觀認定之替代品市場，而有不同之檢定結果，從而缺乏一致性標準。此時，執法機關如果全盤引用任何一種計算方法，做為界定市場工具，就必須承擔相當程度的執法錯誤風險。哈佛大學法學院教授 Louis Kaplow⁴⁷因而對市場範圍界定的必要性做出全面性的批評，認為執法者不應過度強調產品間之替代關係、市場界定或是市占率，而應將執法重點置於廠商行為是否違法。Baker⁴⁸甚至認為只要有具體的直接證據得以證明廠商行為之反競爭效果，並發現該等行為導致市場整體產出減少，則根本不需界定相關市場與市占率，仍可得出事業具市場力之事實。

基於上開疑慮，經濟合作暨發展組織（Organization for Economic Co-operation

⁴⁴ Lawrence J. White, "Market Definition and Market Power in Payment Card Networks: Some Comments and Considerations," *5(1) Review of Network Economics*, 61-71 (2006).

⁴⁵ 林平、劉豐波，前揭註 40。

⁴⁶ Mark Armstrong, *supra* note 34.

⁴⁷ Louis Kaplow, "Why (Ever) Define Market," *124(2) Harvard Law Review*, 437-479 (2010).

⁴⁸ Jonathan B. Baker, "Contemporary Empirical Merger Analysis," *5 George Mason Law Review*, 347 (1997).

and Development，下稱 OECD）因而指出：迄今仍未有任何競爭機關針對電商市場提出一套類似美國司法部結合指導準則的客觀標準，競爭機關所為者多是：加總電商所有營業額（涵蓋買賣平台）做為市場範圍並計算市占率，以粗略判定電商市場的整體集中度與個別電商的市場力⁴⁹，並採取質化方法⁵⁰針對實際個案綜合考慮市場供需、產品特性、消費者偏好與創新速度等因素，逐案認定個案市場範圍⁵¹。至於何以競爭機關多僅限於以 on-line 的網購市場本身做為市場界定的基準，可以 OECD 的雙邊市場說帖說明如下。

（四）交易平台與非交易平台

OECD⁵²曾在 2012 年的一份說帖中指出：市場界定雖然是判斷事業獨占力重要的分析工具，但是，由於雙邊市場所特有的網路效果與快速創新所導致的市場不斷變化等因素，使得 SSNIP 與臨界損失等量化分析方式在市場範圍界定上，容易產生偏誤。基於這些因素，OECD 因而發現：多數國家的執法機關較偏好以質化的方式，通盤考量產品功能、特性、個案事實、調查事證（特別是直接證據），並透過合理可替代性之論述來界定市場⁵³。

有鑒於此，OECD 爰針對雙邊市場的質化界定，提出一個簡易的二分法，並將雙邊市場分為兩類：交易平台（transaction platforms）與非交易平台（non-

⁴⁹ OECD, *Implications of E-commerce for Competition Policy - Background Note*, DAF/COMP (2018) 3, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2018); OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, OECD Going Digital project (2018).

⁵⁰ 依照德國法的可察覺性理論，聯合行為是否足以影響市場競爭的衡量方式，主要有質化方法與量化方法兩類。前者是公平會處理本案的方式，係以反競爭行為限制市場競爭程度之高低為斷，越接近核心卡特爾者（聯合提高價格與減少產出）對競爭的威脅愈嚴重，愈足以影響市場供需。後者則是最高行政法院的建議方式，重點在於：利用價格與銷售額等量化數據界定相關市場，以測定參與聯合行為事業之市占率，市占率越高則影響市場功能愈顯著。至於實務上究要運用何種分析方法，除須就個案事實加以認定外，尚須考慮限制行為的本質。參見吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，75（2004）。

⁵¹ Hans W. Friederiszick & Ela Głowicka, “Competition Policy in Modern Retail Markets,” *4(1) Journal of Antitrust Enforcement*, 43 (2016).

⁵² OECD, *Market Definition: Background Note by the Secretariat*, DAF/COMP (2012) 13/REV 1, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 11 (2012).

⁵³ OECD, *Market Definition in Multi-sided Markets - Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek*, DAF/COMP/WD (2017) 33/FINAL, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 13 (2017).

transaction platforms)⁵⁴。前者有兩個特點：1.交易平台針對兩組不同客戶（網路買家與賣家）提供交易中介，且雙方須於同一時間進行交易。此一中介非但是雙方交易所必需，而且任何一方的交易利益決定於另一方參與者數量的多寡；2.非交易平台則非買賣交易所必需之中介，而是該平台分別與潛在的買方與賣方單獨地進行接觸，且該等接觸也不是同時發生，而是有時間先後落差，亦即通常都是潛在的賣方（廣告業主）透過平台先動作，以推出廣告；再由潛在的買方（上網的消費者）反應或接受。例如：Yahoo、Yam 等入口網站，一方面，提供上網者方便的分類選項，便利其抵達所要瀏覽的網站；另一方面，又提供給廣告業主一個平台推廣其商品。此時，該平台與雙方客戶的接觸既非同步發生，而且上網者與廣告業主也不見得會利用該等平台進行交易（上網者只是點入廣告的圖標並瀏覽其中資訊）。

基於兩種不同特性，OECD 因而建議：交易平台部分，執法機關宜將交易平台對買方與交易平台對賣方合併成為單一市場（single market），亦即網購市場。反之，非交易平台部分，則宜將平台對上網者與平台對廣告業主分別界定為不同的市場（distinct markets）⁵⁵。由於電商經營入口網站者畢竟不多，如將 OECD 主張應用於電商市場的具體作法就是：將電商業務中的網購市場（包括買賣雙方）、廣告市場、支付市場等相互獨立。

司法實務上，OECD 的倡議其實與各國對於平面媒體的市場界定（同樣具備網路效果）有異曲同工之妙，例如：德國聯邦卡特爾署就將報社對讀者與報社對廣告商分為兩個不同的市場⁵⁶，原因是：讀者與廣告業主並未透過報紙進行交易，而大量讀者（讀者市場）對於報紙廣告收益（廣告市場）所產生的外部貢獻，其實早已反映於報社在廣告市場的市占率與獲利之上。更重要的是，大量讀者能夠增加廣告收益，但大量廣告不見得能增加讀者群，因此，網路效果是單向的。就經濟學理而言，將讀者市場與廣告市場脫鉤，獨立為單一市場的作法，意味著將龐大讀者群增加廣告銷路的網路效果視為是李嘉圖租（Ricardian rents）。在本質上，讀者群提高報社在廣告市場的競爭力，與報社優越的地理位置、天才型的總編輯、甚至是政治

⁵⁴ *Id.*, 5-6.

⁵⁵ *Id.*, 6, 9.

⁵⁶ Funke / Springer Programmzeitschriften (Case B6-98/13) Bundeskartellamt Decision 25 April 2014, para. 138; Zeitungsverlag Schwäbisch Hall (Case B6-150/08) Bundeskartellamt Decision 21 April 2009, para. 33; Visa MIF (Case AT.39398) Commission Decision 26 February 2014 OJ C 168, para. 16.

立場等特有生產要素⁵⁷並無不同，到最後還是反映在報社在廣告市場的占有率與市場力⁵⁸。但吾人不可能將地理位置、編輯人才或政治立場與報紙合併成一個市場。

六、蝦皮免運費行銷是否涉及掠奪性定價管制

(一) 國內電商市場的削價競爭

臺灣由於網路環境甚佳，有利於線上購物，因而成為全球第 9 大電商市場，1 年可以創造 6,000 億到 1 兆臺幣的網站成交金額（Gross Merchandise Value；GMV）⁵⁹。以規模論，甚至超出整個東南亞市場加總⁶⁰，因而吸引跨境電商進駐我國尋求市場機會。例如：蝦皮自 2015 年於我國上市以來，即率先以免手續費與上架費用爭取賣家，再以運費補貼方案吸引買家。此後，更多次調降免運費門檻，對國內電商形成競爭壓力。另一方面，後者亦推出相同運費補貼、超商貨到付款、兩天到貨、賣家提領免手續費等行銷方案因應，因而形成激烈的價格競爭，以致儘管電商收入快速成長，但經營獲利卻多呈現虧損。部分國內電商股價甚至連連下跌，因而引發各界關注具有雄厚財力的外資電商是否透過資金消耗戰，威脅本地電商，形成不公平競爭，並期待政府能夠管制該等涉有掠奪性定價之嫌的促銷行為⁶¹。

⁵⁷ 特有生產要素（specialized factors）係廠商在生產過程中，所專屬於此廠商的生產資源，例如：經營者之人格特質、管理風格、工廠位置與政商關係…等。由於其天賦唯一性，因此，無法透過市場交易取得。例如：紐約時報與華爾街日報位於人口稠密的經濟重心，其廣告業務自然容易擴展。

⁵⁸ Tay-Cheng Ma, “Accounting Profits and Ricardian Rents: An Application to Antitrust Enforcement,” *25 Research in Law and Economics*, 15 (2012).

⁵⁹ 依據經濟部引用的資策會產業情報資料，自 2015 年起，臺灣的電子商務市場以超過 10% 的速度穩定成長，2017 年成長率為 11%，市場規模達到新臺幣 1.3 兆元。參見經濟部，「新南向跨境電商潛力領域工作計畫」（2017），<https://www.newsouthboundpolicy.tw/Content/upload/editor/other-files/%E8%B7%A8%E5%A2%83%E9%9B%BB%E5%95%86.pdf>，最後瀏覽日期：2018/5/10。

⁶⁰ 蕭佑和部落格，「3 分鐘就搞懂：臺灣電商市場概況」，<https://dahetalk.com/tag/b2b2c/>，最後瀏覽日期：2018/5/10。

⁶¹ 自由時報，「立委：蝦皮補貼戰 政府應管制」，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1143612>，最後瀏覽日期：2018/5/21。

（二）案關市場宜界定為網購市場

雖然市場界定往往失之周全，而且掠奪性定價的前提在於效率高低，不是市占率；但在執法實務上，競爭機關不可能不考慮到實施者的市場界定與市占率。原因在於：掠奪性定價係屬單方反競爭行為，而單方行為必須以相當的市場力為構成要件。例如在 *American Needle Inc. v. National Football League* 案⁶²美國最高法院就強調：有市場力的廠商雖然不見得比沒有市場力者更愛搞反競爭行為，但是，單方行為（廠商單方面決定自己產品售價）幾乎每天、每小時都在發生，沒有市場力量的廠商要透過單方行為壟斷市場不僅困難、費時，而且往往以失敗收場。此時，如果競爭機關時時刻刻審查所有廠商的單方行為，將會過度介入通常無害的日常經營決策。反之，聯合漲價的共同行為則是偶發且特別，透過共同行為壟斷市場非常容易、迅速且結果確定。此時，競爭機關即使在不考慮廠商市占率的情形下，介入共同行為，也無過度干預企業日常經營決策的疑慮。因此，針對掠奪性定價，執法機關最多也只能將監控重點侷限於市占率較高的獨占事業，而此則涉及市場的界定。

就電商的市場界定而言，公平交易委員會（下稱公平會）曾於 2002 年制定「公平交易委員會對於數位匯流相關事業跨業經營之規範說明」⁶³，雖然該規範主要用於規範有線電視市場，但因電子商務與有線電視的網路效果其實差異不大，特別是，該規範第 4 點對於有線電視市占率之計算係以特定事業收視戶數，占相關市場所有市場參與者數據總和之比例計算，並未涵蓋有線電視廠商的其他固網業務。就市場界定的精神而言，該作法其實與前述 OECD 主張：「將電商的買賣平台合計為單一市場，並獨立於廣告、雲端服務等業務之外。」相當一致。準此，以下以網購市場做為電商市場，分析免運費等行銷策略是否涉及掠奪性定價。

（三）蝦皮為新進業者且市占率不高

掠奪性定價多為既有的獨占廠商利用先發優勢，將新進者逐出市場。然而本案卻是 Yahoo、PChome 等業者先進入市場，蝦皮直到 2015 年方來臺營業，係新進業

⁶² *American Needle Inc. v. National Football League*, 129 S. Ct. 2859 (2009).

⁶³ 公平會網站，「公平交易委員會對於數位匯流相關事業跨業經營之規範說明」（2017 年修正），<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1353&docid=14953>，最後瀏覽日期：2018/5/10。

者。另就網購市占率而言，依據資策會產業情報研究所針對網友最常造訪購物網站的調查資料：在 B2C 方面，消費者最常造訪的前三大分別為 Yahoo、PChome、momo，蝦皮連前三大都排不上。另就產業結構的穩定性而言，資策會認為前述的三大綜合平台產品數量多且配送效率高，因此即使近年來網路競爭程度快速提高，但短期內三大平台仍是不可取代的銷貨管道。另就日益普及的 C2C 購物網站，使用者最常造訪網站排名依序為 Yahoo、露天拍賣，蝦皮拍賣則居第三⁶⁴。依此而論，就現階段而言，蝦皮難謂有顯著的市場力量。

我國公平法第 9 條對獨占事業定價的阻礙性濫用規範，須以具有優勢地位者為限（一事業於相關市場之占有率須達 50%）。而歐盟自 AKZO 案後，對掠奪性定價的管制也大致是以 50% 之市占率做為門檻，美國司法部亦然⁶⁵。即使主張嚴格管制掠奪性定價的後芝加哥學派亦認為：電商至少要在其所經營多角化市場內任何單一市場（例如：電商、倉儲、雲端計算）市占率達 40% 以上，始能構成阻礙性濫用⁶⁶。因此，單就法理而論，蝦皮很難符合掠奪性定價的行為主體要件。另就低價利誘的構成要件而言，蝦皮市占率未達 20%⁶⁷，亦難謂其低價形成不公平競爭之疑慮。

（四）免運費應係提升市占率的促銷方式

蝦皮係網購市場之新進業者，於進入初期推出免運費、免手續費等優惠，應為進入新市場所採取之滲透定價策略。原因在於：電子商務較偏向需求面主導之規模經濟，業者很難單方面地透過供給數量之增加，以降低平均成本，而是得靠消費者買單，透過銷售量的成長帶動產量增加，才能達到量產規模。這意味著電商必須先建立起需求面規模經濟，才能帶動供給面與範疇規模經濟。因此，蝦皮在市占率較

⁶⁴ 資策會產業情報研究所，「網購消費者調查 2016 年網購消費平均 27,715 元」，https://mic.iii.org.tw/IndustryObservations_PressRelease02.aspx?sno=464，最後瀏覽日期：2018/5/6。

⁶⁵ 張宏浩、胡祖舜、溫哲嘉、王性淵、陳淑芳、梁詠鈞，舉辦「打擊卡特爾與濫用市場優勢地位之有效工具」(Effective Tools for Combating Cartels and Abuse of Dominance) 研討會會議報告，公平交易委員會（2015）。

⁶⁶ Lina M. Khan, *supra* note 28, 792.

⁶⁷ 歐盟執委會為提高執法透明度，以建立安全港之概念，將 20% 市占率做為事業垂直交易限制等不公平競爭行為的門檻，而日本亦有類似規定。參見：OECD, *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law*, DAF/COMP/WD (2017) 82, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2017).

低的情況下，就必須運用運費補貼與其他正向回饋等優惠策略以衝高會員數，此非但能透過需求面創造經濟規模，以降低每名會員所分攤之固定成本，進而達到供給面之規模經濟優勢；也有助於發展廣告、媒體、倉儲物流、信用支付等多角化經營路線，達到範疇經濟。如此方能與市占率高之競爭者競爭，俾將其劣勢（市占率低）轉為優勢。此外，就長期的學習效果而言，蝦皮低價行銷所帶動的客源增加，除能擴大其廣告來源與收入外，更能蒐集買賣雙方大量個資，成立大數據資料庫，瞭解臺灣消費市場結構、消費者嗜好，便於釐訂未來行銷策略與廣告投放標準。更重要的是，蝦皮所推行的價格優惠政策根本就是全球電商市場的主流趨勢。即使免運費與手續費雖使其呈現短期的會計帳面虧損，但該等虧損定價卻係電商市場常見的經營模式，難調出於排除競爭者之目的。更何況蝦皮市占率過低，即使採運費補貼，且其他廠商跟進時，蝦皮虧損的幅度相較於其他市占率大的廠商反而較小，使其享有較低的降價成本。

（五）蝦皮低價行銷尚難符合掠奪性定價要件

為強化前述論述，本節以美國 *Brooke Group* 判例的雙軌檢定法，以蝦皮為對象，分兩個步驟檢視掠奪性定價的成立要件與處理原則。

1. 掠奪階段：獨占事業定價是否低於 AVC

第一階段的掠奪檢定，主要立基於 *Areeda and Turner* 的成本基礎檢定法⁶⁸：只有在價格（P）低於平均變動成本（AVC）時，才構成濫用獨占力的必要條件。由於

- (1) 雙邊市場內的各部門產品價格並不完全決定於自己的市場需求與生產成本，也受到其他部門產品的需求與成本之影響。因此，以單一部門的價格與成本衡量市場力，沒有任何意義，競爭機關必須考慮整體需求與整體成本，並總和平台對買方與平台對賣方的收益與成本，執行價格成本分析⁶⁹。
- (2) 按照前述 OECD 對市場界定的倡議與公平會「數位匯流相關事業跨業經營之規

⁶⁸ Phillip Areeda & Donald F. Turner, *supra* note 10, 697.

⁶⁹ David S. Evans, "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets," *20(2) Yale Journal on Regulation*, 355, 359 (2003).

範說明」的規範，執法機關宜將電商市場界定為網購市場並加總買賣雙邊部門的價格。

經此調整後，競爭法對於雙邊市場與單邊市場的規範其實差異不大。特別是，該等市場界定又將網購市場獨立於廣告或其他市場之外，但網購服務之 AVC 幾乎趨近為零（雲端運算每多處理一筆買賣的所增加之變動成本極低），此一過低的 AVC 甚至使雙邊市場較單邊市場更難滿足（ $P < AVC$ ）的掠奪性定價條件。

2. 回本階段：掠奪性定價必須是有利可圖的

由於電商市場的網路效果，執法機關判斷降價的被告是否能於競爭對手退出市場後，將價格調高到獨占水準，以回本削價戰虧損，就必須考慮到下列可能性：

(1) 掠奪與回本可能出在不同的產品市場

在雙邊市場情況下，虧損的市場往往不是回本的市場。例如：廠商面對市場 A 與 B，並於市場 A 擁有獨占力，能以高於競爭價格的定價獲取壟斷利潤；但卻於市場 B 面臨競爭。例如：Leslie⁷⁰就曾以 Microsoft 案⁷¹為研究對象並發現：Microsoft 在 Windows 作業系統市場處於獨占，但 IE 在瀏覽器市場卻面臨 Netscape 的 Navigator 競爭。他認為：Microsoft 就可能會在瀏覽器市場實施掠奪性定價，以 0 元的價格出售 IE，將 Netscape 的 Navigator 逐出市場，並透過網路效果，在作業系統市場提升上網者與 App 開發商對 Windows 的依賴與需求，以哄抬其於作業系統市場的 Windows 價格，回本瀏覽器市場的虧損⁷²。

(2) 掠奪與回本可能出在不同的地理市場

由於電商面臨全球市場，其於我國市場低於成本定價之虧損就可能由其他市場回本。例如：蝦皮背後母公司 Sea 主打的故事，就是關於大東南亞市場。若蝦皮能取得臺灣市場，就表示該公司能將臺灣模式複製到整個東南亞，只要 Sea 相信：「臺灣提供現實、東協提供夢想」的故事，該公司就會期望能經由東南亞市場，回

⁷⁰ Christopher R. Leslie, *supra* note 18, 1721-1723.

⁷¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 68 (D.C. Cir. 2001).

⁷² 該案最後以和解結束，掠奪性定價或搭售均不成立。United States v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9, 29 (D.D.C. 1999).

本在臺灣的虧損⁷³。

(3)蝦皮虧損不易通過回本檢定

即使在上開顧慮下，本文仍認為電商市場不可能出現掠奪定價，原因是：回本成功須以市場存有高度進入障礙為前提，俾允許電商能將價格調高到獨占水準，並有充裕時間以回本削價虧損。但我國資訊網路普及、電商市場進出容易，且網購平台使用者通常採用多個平台上架或交易商品，並無轉換成本。因此，電商市場並不具明顯的進入障礙，交易相對人亦無被鎖定之問題。故即使蝦皮果真效率較低並挾其深口袋優勢，將競爭者逐出市場，再將價格提高至壟斷水準，則必定吸引潛在競爭者加入（或已退出者重返市場）而稀釋其利潤，無法回本削價虧損，因此尚難符合掠奪性定價的回本檢定。

另就過往案例而言，公平會早於 1998 年處理文久公司檢舉中油公司於「航站加油入機市場濫用獨占力量」案時，即以類似美國法的雙軌檢定原則，做為認定掠奪性定價之標準，並強調：掠奪性定價必須以事後能回本虧損為要件。因此，即使該案經承辦處查證：中油定價低於 AVC 屬實；但委員會仍綜合後芝加哥學派的賽局理論、訊息不對稱分析、回本檢定，並考慮當時的市場因素（例如：我國油品市場自由化時程、中油是否具有多角化市場的獨占地位等），認定中油事後無法回本削價損失，並裁定該案不構成掠奪性定價的違法要件。如果連加油入機此等靜態的傳統產業，公平會都採取寬容執法原則；依執法比例原則而言，本案的電商市場更因：快速的動態連續性創新速度、接續上市的新產品與服務、不斷改變的消費介面等特性，使得該市場多處於新舊交替的競爭局面，單一廠商很難維持長久獨占等考慮因素，因而更難合致回本要件。

3.掠奪性定價如同獨角獸噴火龍般地罕見

由於資訊科技創新、金融管制鬆綁所形成之效率資本市場與完全訊息的產業環境，允許高效率的被掠奪者，能取得充裕資金，對抗擁有深口袋的掠奪者，使得掠奪性定價極少出現。因此，各國競爭機關雖曾禁止或取締過 Visa 卡、AOL-Time

⁷³ 前揭註 27。

Waner、Intel、Microsoft⁷⁴等多起雙邊市場內的反競爭行為，但多為結合或是其他的限制競爭行為案件，沒有一件與掠奪性定價有關。而美國在 1993 年的 Brooke Group 判例以來，雖曾發生 Taylor Publ'g Co. v. Jostens Jostens⁷⁵、Clark v. Flow Measurement⁷⁶、McGahee v. Northern Propane Gas⁷⁷等掠奪性定價訴訟，但所有案件皆經法院認定為合法的降價行為，僅有 Spirit Airlines 案⁷⁸由原告成功地向法院提出請求做出簡易判決的申請，但該案仍遭法院裁定不符掠奪性定價違法要件⁷⁹。至於歐洲方面，法國的 Bottin 控告 Google 免費提供地圖軟體涉及掠奪性定價案⁸⁰，雖經巴黎商事法院於 2012 年判決 Google 違反競爭法，須賠償 Bottin 公司 50 萬歐元，但該案經 Google 上訴後，旋即於 2015 年由巴黎上訴法院推翻下級法院判決，認定 Google 並未從事掠奪性定價。凡此均顯示：虧損定價在歐美各國（無論降幅多高、價格多低或為負）幾已合法化。

4.我國當前資金市場氾濫、利率偏低益使掠奪性定價難以出現

論者或謂：「執法機關不應只看到在臺灣的蝦寶寶，沒看到在國外的蝦媽媽。⁸¹」但即使擴大電商地理市場到全球範圍，蝦媽媽（騰訊）的市場力量相對於 Amazon、Alibaba、eBay、JD 等電商巨擘亦仍有所不足，更何況陸資來臺至今仍限制重重，必須通過經濟部投審會會同相關機關之審查。退萬步言，即使蝦皮效率低於其他電商，但有能力吸收社會大量資金，或是其母公司有深厚財力甚至有陸資撐腰，能有深口袋進行掠奪定價。但即使如此，蝦皮是否能成功地將競爭對手逐出市場，尚須視效率較高的競爭對手能否自資本市場籌募資金，以應付降價競爭？

⁷⁴ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d at 329.

⁷⁵ Taylor Publ'g Co. v. Jostens, Inc., 216 F.3d 465, 478, 479 (5th Cir. 2000).

⁷⁶ Clark v. Flow Measurement, Inc., 948 F. Supp. 519, 526 (D.S.C. 1996).

⁷⁷ McGahee v. Northern Propane Gas Co., 858 F.2d 1487, 1498 (11th Cir. 1988).

⁷⁸ Spirit Airlines, Inc. v. Northwest Airlines, Inc., 431 F.3d 917 (6th Cir. 2005).

⁷⁹ Lina M. Khan, *supra* note 28, 730.

⁸⁰ Bottin Cartographes v. Google, Paris Court of Appeals (2015/11/25), Case No. 12/02931.

⁸¹ 葉光洲律師指出：蝦皮背後大老闆其實是中國騰訊，認為身為陸資的蝦皮掩蓋其陸資身份，葉律師因而告發蝦皮涉嫌偽造文書與違反兩岸關係法令。參見聯合新聞網，「掩蓋陸資身分？律師告發蝦皮電商集團涉偽造文書」，<https://money.udn.com/money/story/5612/2759579>，最後瀏覽日期：2018/4/6；ETtoday 新聞雲，「蝦皮擴張想稱霸…背後老闆驚爆是騰訊！台網友點破完…又一家倒了」，<https://www.ettoday.net/news/20171017/1032742.htm#ixzz5YRR2DKh4>，最後瀏覽日期：2018/5/6。

按 2008 年金融海嘯後，各國競相推行寬鬆貨幣政策，增加貨幣供給，導致全球資金寬鬆，利率迭創新低。我國自不例外，2018 年 1 月底止，銀行存款餘額 37.6 兆元，遠高於銀行放款總餘額 27.2 兆元與有價證券投資額 4.2 兆元⁸²，大筆爛頭寸甚至導致實質利率為負。於此寬鬆的資金環境，再加上政府所積極打造的金融自由化環境，只要廠商能夠說服投資人自己的經營效率與產品潛力，網路新興事業可以輕易地由金融市場籌募到所需資金⁸³。事實上，依據財經新報報導「詹宏志讓商店街自行下櫃是第一步。為了可以快速移動、獲取更多國外投資人青睞，下櫃會比增資更單純，將股權私有化後，他可以將商店街移回新創位置，並將融資視為最重要的工作之一。過去 PChome 將『事情做好』視為第一要務，但現在，跟資本市場對話也一樣重要。PChome 預計要向資本市場溝通的願景是，未來 2 個月內 PChome 會增加 1,000 萬個日本物件、4,000 萬個美國物件，再加上臺灣的 5,000 萬個物件，統統上架到泰國平台。當這個平台擁有 1 億個外來市場的物件，將使東南亞、東北亞、歐美及臺灣市場產生交易，成為大東南亞區域中，最重要的交易通路。…他坦言，需要用一兩年的時間…把股東重新集結起來，跟資本市場要錢，打贏這場戰略。⁸⁴」此時，在寬鬆的資金環境，只要本國業者能如同 PChome 有實力能以效率證明自己的發展潛力，自能由金融市場籌到所需資金，而非只有外資才能擁有深口袋。

5. 跨境電商市場界定的迷失

跨境電商是電商的成長主流。該等跨國互聯的市場機制，非但快速地重組全球供應鏈的生態，影響各國的稅務與產業政策；就市場競爭而言，也對國家地理市場的界定產生重大衝擊。以本案為例，輿論各界關心重點在於：蝦皮與 momo、PChome 等電商間的激烈競爭，恐將透過併購甚至倒閉等過程，使得我國電商市場呈現獨占局面。但就市場定義而言，此一分析其實過度簡化了地理市場的界定，以致混淆了全球市場與國家市場的界定，因而產生悲觀預期。其實，只要政府能夠確實開放電商市場，完成軟硬體基礎設施，並健全信用評等、支付體系等相關法律規

⁸² 經濟日報，<https://udn.com/news/story/7251/3015612>，最後瀏覽日期：2018/5/6。

⁸³ James J. Kung & Wing-Keung Wong, "Efficiency of the Taiwan Stock Market," *60(3) Japanese Economic Review* (2009).

⁸⁴ 前揭註 27。

定；跨境電商非但對國內市場競爭影響有限，並能擴大消費者選擇範圍與市場資訊，有助於我國零售市場的全球化。原因在於：跨境電商能夠透過全球到達之特性，保證購物無國界，突破國家市場障礙，將地理市場擴大到全球市場。例如：若我國電商市場有 PChome、momo、樂天、蝦皮等 4 家寡占廠商相互競爭。退萬步言，即使在全球化的過程中，3 家國內電商甚至多數國外電商皆因倒閉與兼併，退出市場，使得全球僅餘 Amazon、Alibaba、Apple、蝦皮等 4 家跨境廠商。但只要我國電商市場能與全球接軌，則就市場競爭而言，國內還是有 Amazon、Alibaba、Apple、蝦皮 4 家相互競爭。因此，只要市場開放，無論是整體產業集中度或是市場競爭程度，國家市場均不因全球市場的兼併而受到影響。

總之，就管制層面而言，無遠弗屆的行銷允許跨境電商能跨越國界所形成的地理市場障礙，將高附加價值商品向全球市場延伸。單一國家很難針對電商行銷區域與商品範圍做出個別管制，多數國家政府僅有開放與不開放之雙元選擇。此時，只要個別國家開放跨境電商，並能健全相關軟硬體基礎環境，則國家市場與全球市場將無任何界線，任何國家的電商地理市場皆會呈現全球化。

七、建議與結論

(一) 電商市場出現掠奪性定價之可能性不高

無論是單邊市場或是多邊市場均無法自外於：「效率資本市場使得掠奪性定價幾近絕跡的趨勢」。特別是，由於電商市場因快速的動態連續性創新與接續上市的新產品，導致該市場多處於新舊交替的競爭局面，因而使掠奪性定價更難出現。就社會福利觀點而言，電商免運費行銷與降價風潮多能提升消費者利益。而民主政治最基本的道理就是：謀求大多數人的最大利益，而社會上大多數的人就是消費者。因此，追求消費者利益是反托拉斯的最終目標，而斷定消費者利益唯一的準則就是：產品價格與經濟效率。因此，只要不涉及低效率廠商利用資金優勢，使效率較高但財務能力較差者不堪虧損，形成反淘汰的阻礙性濫用，低價行銷就是正常的市場競爭，毋須主管機關多慮。

更重要的是，由於執法機關不可能掌握所有市場資訊，將執法錯誤機率降為零，但因掠奪性定價發生機率微乎其微，即使將其視為合法，少數違法所產生的社

會成本也不高。因此，本文建議：公平會宜放寬對電商市場的定價管制，以增加消極執法錯誤，換取減少積極執法錯誤⁸⁵。原因在於：愈嚴格的規範標準，例如將所有獨占事業的降價行為皆視為掠奪性定價，雖可徹底根絕掠奪行為，嚇阻事業不敢任意降價；但卻提高將無罪行為推定為有罪的誤判風險，以致扼殺許多促進創新與競爭的降價行為。反之，寬鬆執法的威攝不足雖可能將有罪的掠奪定價行為推定為無罪的競爭行為；但由於掠奪性定價發生機率過低，即使執法機關全面允許降價競爭，所導致的消極執法錯誤也是極其輕微。因此整體而言，寬鬆執法有助於促進市場競爭，鼓勵事業勇於降價，嘉惠消費大眾。因此，本文建議：執法機關對降價競爭應採取宜寬不宜嚴的執法標準，將執法錯誤降到最低。

（二）電商市場問題不在於水平的掠奪性定價，在於垂直的交易限制

電商市場競爭問題不在於水平的掠奪性定價，而在於垂直的交易限制。原因是：電商必須多角化跨業投資，以致市場結構盤根錯節，極易產生經營者利用其於某市場的獨占力量，對其他市場競爭者發動不公平競爭。例如：電商若同時經營製造與銷售某種商品，就可能於其銷售平台杯葛其他品牌或收取不合理的上架費；尤有甚者，電商甚至可利用其掌握網路的大數據與個資進行不公平競爭行為（例如：以不當廣告騷擾消費者或破壞其他品牌聲譽）。以 Amazon 為例，歐美諸國多數消費者都有瀏覽 Amazon 平台的習慣，甚至有近半的首次線上購物者選擇 Amazon 做為管道⁸⁶。但是，在 Amazon 上架的多數製造商也有自己的銷售通路，一旦 Amazon 開始線上銷售自家品牌商品，而這些 Amazon 競爭對手的產品仍必須利用 Amazon 的雲端平台，銷售其產品，就不免衍生出交叉補貼、封鎖、杯葛、搭售、獨家交易與上架費等諸多垂直限制問題。因此，建議公平會對外加強國際執法合作，協力管制跨境電商；對內加強電商結合管制，並以垂直交易限制做為核心，監督電商市場供需。

⁸⁵ 執法錯誤=積極執法錯誤+消極執法錯誤。積極執法錯誤：將無罪行為推定為有罪，屬於統計推論的第一種錯誤（type I error）；消極執法錯誤：將有罪行為推定為無罪，屬於第二種錯誤（type II error）。

⁸⁶ Sam Moore, "Amazon Commands Nearly Half of Consumers' First Product Search," <http://bloomreach.com/2015/10/amazon-commands-nearly-half-of-consumers-first-product-search>, last visited on date: 2018/5/2.

參考文獻

中文部分

- 林平、劉豐波，「雙邊市場中相關市場界定研究最新進展與判例評析」，財經問題研究，第6期（2014）。
- 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 肖新明、曹建海譯，Sidney Homer & Richard Sylla 著，利率史（A History of Interest Rates），北京，中信出版社（1963）。
- 張宏浩、胡祖舜、溫哲嘉、王性淵、陳淑芳、梁詠鈞，舉辦「打擊卡特爾與濫用市場優勢地位之有效工具」（Effective Tools for Combating Cartels and Abuse of Dominance）研討會會議報告，公平交易委員會（2015）。
- Emch, Adrian & Leonard, Gregory K.，「掠奪性定價的經濟學及法律分析—美國和歐盟的經驗與趨勢」，法學家，第5期（2009）。

外文部分

- Alexandrov, Alexei, Deltas, George & Spulber, Daniel F., “Antitrust and Competition in Two-Sided Markets,” 7(4) Journal of Competition Law and Economics (2011).
- Areeda, Phillip & Turner, Donald F., “Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act,” 88(4) Harvard Law Review (1975).
- Armstrong, Mark, “Competition in Two-Sided Markets,” 37(3) Rand Journal of Economics (2006).
- Baker, Jonathan B., “Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective,” 62(3) Antitrust Law Journal (1994).
- Baker, Jonathan B., “Contemporary Empirical Merger Analysis,” 5 George Mason Law Review (1997).
- Baumol, William J., “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test,” 39(1) Journal of Law and Economics (1996).
- Bessen, James, “Information Technology and Industry Concentration,” 17-41 Law and

- Economics Research Paper*, Boston University School of Law (2018).
- Cabral, Luis M. B. & Riordan, Michael H., “The Learning Curve, Market Dominance, and Predatory Pricing,” *62(5) Econometrica* (1994).
- Easterbrook, Frank H., “Predatory Strategies and Counterstrategies,” *48(2) University of Chicago Law Review* (1981).
- Evans, David S., “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets,” *20(2) Yale Journal on Regulation* (2003).
- Evans, David S. & Noel, Michael D., “The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses,” *4(3) Journal of Competition Law and Economics* (2008).
- Emch, Eric & Thompson, T. Scott, “Market Definition and Market Power in Payment Card Networks,” *5(1) Review of Network Economics* (2006).
- Farrell, Joseph & Katz, Michael L., “Competition or Predation? Schumpeterian Rivalry in Network Markets,” *CPC01-23 UC Berkeley Competition Policy Center Working Paper* (2004).
- Filistrucchi, Lapo, “A SSNIP Test for Two-Sided Markets: Some Theoretical Considerations,” *34 Net Institute Working Paper* (2008).
- Filistrucchi, Lapo, Geradin, Damien, Damme, Eric van & Affeldt, Pauline, “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice,” *2013-009 TILEC Discussion Paper* (2013).
- Friederiszick, Hans W. & Głowicka, Ela, “Competition Policy in Modern Retail Markets,” *4(1) Journal of Antitrust Enforcement* (2016).
- Hovenkamp, Herbert J., “Predatory Pricing under the Areeda-Turner Test,” *15-06 U Iowa Legal Studies Research Paper* (2015).
- Joskow, Paul L. & Klevorick, Alvin K., “A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy,” *89(2) Yale Law Journal* (1979).
- Kaplow, Louis, “Why (Ever) Define Market,” *124(2) Harvard Law Review* (2010).
- Khan, Lina M., “Amazon’s Antitrust Paradox,” *126(3) Yale Law Journal* (2016).
- Kung, James J. & Wong, Wing-Keung, “Efficiency of the Taiwan Stock Market,” *60(3) Japanese Economic Review* (2009).
- Leslie, Christopher R., “Predatory Pricing and Recoupment,” *113(7) Columbia Law*

Review (2013).

Ma, Tay-Cheng, “Accounting Profits and Ricardian Rents: An Application to Antitrust Enforcement,” 25 Research in Law and Economics (2012).

OECD, Market Definition: Background Note by the Secretariat, DAF/COMP (2012) 13/REV 1, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2012).

OECD, Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, DAF/COMP/WD (2017) 82, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2017).

OECD, Market Definition in Multi-sided Markets - Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek, DAF/COMP/WD (2017) 33/FINAL, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2017).

OECD, Implications of E-commerce for Competition Policy - Background Note, DAF/COMP (2018) 3, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2018).

OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, OECD Going Digital project (2018).

Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean, “Platform Competition in Two-Sided Markets,” 1(4) Journal of the European Economic Association (2003).

Schumpeter, Joseph A., “Capitalism, Socialism, and Democracy,” University of Illinois at Urbana-Champaign’s Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship (1942).

White, Lawrence J., “Market Definition and Market Power in Payment Card Networks: Some Comments and Considerations,” 5(1) Review of Network Economics (2006).

Predatory Pricing and E-Commerce

Ma, Tay-Cheng*

Abstract

Based on the efficient markets hypothesis and the Brooke Group two-pronged test, this article uses the below-cost pricing method adopted by Shopee as a case study to investigate the likelihood of predatory pricing in the e-commerce market. The result obtained shows that, owing to information technology innovation and financial deregulation, the industrial environment characterized by an efficient capital market allows an efficient plundered firm to raise enough funds to fight against the deep-pocketed predator. Hence, it is unlikely for predatory pricing to take place in the e-commerce market that is distinguished by its dynamic lead in innovation and constantly shifting products. Besides, since the economies of scale of an e-commerce firm are mostly achieved by a huge demand rather than by supply, it is difficult for a new entrant to cut costs by unilaterally increasing output. Hence, Shopee has had to implement various kinds of price promotions, such as a freight subsidy, to increase its sales volume so as to realize the economies of scale through the demand side. This way of doing business can not only spread fixed costs over a large volume, but can also expand a firm's business network to other areas, such as advertisements, media, warehousing, and online payments, so as to achieve economies of scope.

Keywords: Predatory Pricing, Efficient Capital Market, E-commerce Market, Market Definition, Network Effects.