

《公平交易季刊》
第 29 卷第 3 期 (110/7)，頁 119-156
◎公平交易委員會

初論非經濟效率因素作為競爭法之目的： 從秩序自由主義及新布蘭迪斯學派的發展談起

謝長江*

摘要

近來，不同於芝加哥學派以經濟效率或消費者福利為競爭法的核心（或唯一）目標的主張，逐漸凝聚且擲地有聲，包括對於歐盟競爭法提供了重要理論奧援的秩序自由主義（Ordoliberalism），以及憂心巨型企業壓迫民主社會及政經體系的新布蘭迪斯學派（New Brandeis School）。本文透過相關理論文獻之耙梳和比較分析，希冀能為我國競爭政策的發展增添新的動力。

本文認為前述對於芝加哥學派的不同意見，皆是源於經濟活動對於社會各層面的實際影響。秩序自由主義以經濟自由為核心的競爭觀，背後連結的是政治自由與一定程度的社會正義。而新布蘭迪斯學派本於直截了當的核心論述—經濟力與政治力的連結，其競爭政策的關懷自然不會也不能限於所謂經濟效率。

本文介紹秩序自由主義和新布蘭迪斯學派的競爭政策思維，並予以歸納分析以初步探索競爭與民主的關係，乃至競爭自由如何成為競爭政策核心，並影響具體法律操作。並試舉例說明，我國競爭法制的立法經過、學說論述與實務運作也存在秩序自由主義的色彩，以示本文競爭政策的反省並非遙不可及，且有更細緻探究的價值。

關鍵詞：消費者福利標準、經濟分析、經濟自由、德國新自由主義、芝加哥學派、休曼法

投稿日期：110 年 5 月 10 日

審查通過日期：110 年 7 月 26 日

* 國立臺灣大學法律學院博士生；荷蘭 Tilburg Law School 法學碩士、國立政治大學法學院法學碩士、國立臺灣大學經濟學研究所碩士；聯絡方式：longriver@gmail.com。本文曾於公平交易委員會第 27 屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」發表，經參酌與會者意見修正而成。作者特別感謝該研討會與談人牛日正教授的與談意見以及 2 位匿名審查人的修正意見，然本文未臻妥善之處，當由本人自負文責。

一、前言

觀察競爭政策的思潮演進，不同的「時代思潮」每每形成競爭法的理論維度¹，其中最重要且歷久彌新的議題，應屬競爭法之目的。從 1890 年休曼法 (Sherman Act) 開始，競爭法的法律文字即使用了眾多不確定法律概念或概括條款 (例如休曼法第 1 條的「限制交易或商業」)²，我國公平交易法 (下稱公平法) 亦同，立法目的因而成為相關執法標準形成以及個案利益衡量之準據³。然而，公平法第 1 條可謂「兼容並蓄」的立法目的之中，「交易秩序」、「(自由與) 公平競爭」、「消費者利益」、「促進經濟之安定與繁榮」，其間之主從或輕重關係，無論從立法史的考察或學說論述，皆容有爭議⁴。本文擬就歐美競爭政策思潮的晚近發展，對於 Ordoliberalism (下稱秩序自由主義)⁵ 及近年來美國學界興起的 New Brandeis School (下稱新布蘭迪斯學派) 進行初步的引介和比較分析，希冀能為我國競爭政策的發展增添新的動力。

¹ William Kovacic & Carl Shapiro, "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking," *14(1) Journal of Economic Perspectives*, 43-60 (2000); Barak Orbach, "The Present New Antitrust Era," *60(4) William & Mary Law Review*, 1439-1463 (2019).

² Ernest Gellhorn, William Kovacic & Stephen Calkins, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 5th ed., West Academic Publishing, 37 (2004).

³ 廖義男，「公平交易法修正之重點與理由」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自版，295 (1995)。

⁴ 張長樹，「公平交易法之基礎」，收錄於：賴源河，公平交易法新論，2 版，元照出版公司，27-33 (2002)。

⁵ Ordoliberalism 在國內有譯為「歐朵自由主義」或「德國新自由主義」，本文則譯為「秩序自由主義」，原因在於 ordo 應來自拉丁文，對應英文的 order 一字，而依秩序自由主義的理念若翻為「秩序」應較能促進理解。另方面，所謂「德國新自由主義」應來自英語世界將 Ordoliberalism 稱為「German neo-liberalism」，取其來自「德國」，以及主張係源自古典「自由主義」，而又另闢蹊徑。See, e.g., David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, 1st ed., Oxford University Press, 232 (1998). 但秩序自由主義在二戰後影響擴散之範圍已不限於德國，且若稱「德國新自由主義」，其創始又早於 1980 年代後發展的「新自由主義」。此外，其主要創始者 Eucken 亦曾指出，其具獨特性之 ordoliberalism 主張被稱作「自由主義」或「新自由主義」係有所偏。See Peter Behrens, "The 'Consumer Choice' Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact upon EU Competition Law," *1/14 Europa-Kolleg Hamburg Discussion Paper*, 17 (2014), <https://ssrn.com/abstract=2568304>, last visited on date: 2021/4/1. 綜上，本文以下以「秩序自由主義」稱之。

在美國及歐盟法制上，並無類似公平法第 1 條之規定⁶，然兩地學說及實務各自循其法制與經濟的互動及發展情形，對於競爭法目的何在的討論迄未停歇⁷。近來，相對於芝加哥學派所引領，以經濟效率或消費者福利（consumer welfare）為競爭法核心（或唯一）目標的美國主流見解⁸，不同觀點逐漸凝聚，且擲地有聲。其中，新布蘭迪斯學派及秩序自由主義分別屬於美國「新秀」及歐陸「老將」，有趣的是前者主張復古，後者推陳出新，而二者之核心思想又有共通之處，因此觸發了本文寫作的動機。

⁶ 參見石世豪，「立法目的及法律適用」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），公平交易委員會 92 年度合作研究報告，36-47（2003）。

⁷ 在美國法，芝加哥學派形成主流觀點前相關爭議之分析，可參見莊春發，「美國反托拉斯立法目標的研究」，收錄於：氏著，反托拉斯經濟學論集（上冊），初版，瑞興圖書公司，95-111（2002）；張長樹，前揭註 4，7-13；並參見註 53 之說明。歐盟法則可參看 Ioannis Lianos，"Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law," 3/2013 CLES Working Paper Series (2013), <https://ssrn.com/abstract=2235875>, last visited on date: 2021/4/1.

⁸ 關於美國反托拉斯法制的核心目標為何，從休曼法制定至今，始終非無爭議，對於休曼法立法原意的爭辯，在芝加哥學派興起的 1970 年代，對於美國反托拉斯的發展有所影響，請參見本文附註 62 及所屬段落之討論；但發展至今，在融入芝加哥學派影響的主流觀點中，其所持反托拉斯應該純以維護消費者福利為目標的見解，毋寧是建立對於市場經濟與競爭法制的理論與價值立場，以及美國行政與司法實務對於經濟學理論與分析方法的採納，而已逐漸與休曼法的立法原意脫鉤，而這也是新布蘭迪斯學派所欲力挽之狂瀾。See Lina M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox," 126 Yale Law Journal, 719-722 (2016). 在 1979 年法律學者 Calvani 和經濟學者 Siegfried 合著的競爭法經濟分析專書中，即指出學界共識乃消費者福利與經濟效率應為競爭法的核心目標，僅同時承認仍有其是否為唯一目標的爭議：是否考量所得重分配、保護中小企業、防止產業組織與政治力量的集中等因素；至 1980 年代，美國學界對此仍有相當激烈的爭辯，而法院對於經濟理論和方法的採納仍有部分遲疑，但經過雷根時代全面採取芝加哥學派的反托拉斯政策，以及小布希總統提名 2 位保守派大法官的影響，2008 年時論者指出，以聯邦最高法院多數為首的美國反托拉斯實務已經相信，效率是唯一重要的考量。See Terry Calvani & John J. Siegfried, Economic Analysis and Antitrust Law, 1st ed., Little Brown & Co., 1-2 (1979); Tim Frazer, Monopoly, Competition, and the Law, 2nd ed., Harvester Wheatsheaf, 1-3 (1992); Robert Pitofsky, "Introduction: Setting the Stage," in: Robert Pitofsky (ed.), How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, 1st ed., Oxford University Press, 5 (2008); Eleanor M. Fox, "The Efficiency Paradox," in: Robert Pitofsky (ed.), How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, 1st ed., Oxford University Press, 77 (2008). 就實務見解而言，2007 年的 Leegin 案是此一轉變的重要里程碑，代表著經濟分析以外的考量，對於當代反托拉斯而言已不再重要。See Bruce Wardhaugh, Competition, Effects and Predictability: Rule of Law and the Economic Approach to Competition, 1st ed., Hart Publishing, 1 (2020).

就歐美競爭思潮的互動而言，歐洲從二戰後受到美國作為戰勝國的影響，並且反省自身經驗而發展競爭法制，其中提供了重要理論奧援的秩序自由主義，承繼並轉化了休曼法防止巨型企業危害民主社會及政經體系的立法思維。90年代後，受美國芝加哥學派所主導的思潮影響，由歐盟執委會（European Commission）倡議引入經濟分析思維及分析方法的「更經濟模式」（More Economic Approach），在學界亦引起相當的論辯⁹，其中秩序自由主義作為歐盟競爭法重要的傳統理論，不時成為批評及改革的對象，但亦不乏論者仍持傳統立場，並對秩序自由主義的理論內涵予以澄清¹⁰。反觀競爭法原產地的美國，約近十年來對於國內經濟力量逐漸集中的反省，也催生了新布蘭迪斯學派，其核心訴求正是顛覆芝加哥學派典範下的理論主張與分析方法，而回到休曼法的立法初衷，現今已屬美國反托拉斯思潮不可忽視的一部分¹¹，然本文觀其細部主張，與歐盟法的傳統思考卻又若合符節。

國內介紹秩序自由主義的文獻主要為介紹德國或歐盟法制時附帶提及¹²，尚乏系統性介紹其理論及在競爭法上影響者，而新布蘭迪斯學派近期在美國學界掀起的討論潮，亦有在國內引介的價值。故本文對前述競爭政策思維進行歸納分析，作為相關議題的初步探索。由於相關論述各涉及歐美競爭法的層面甚廣，本文聚焦於其中有關「競爭法目的」之素材¹³，除介紹兩個學派的重要理論主張之外，旁及的相關案例及對經濟分析方法論，則以說明題旨所需者為限。本文認為，秩序自由主義和新布蘭迪斯學派對於芝加哥學派的「分進合擊」並非巧合，毋寧是經濟活動對於社會各層面的實際影響，致使芝加哥學派獨以消費者福利為依歸，「讓經濟的歸經濟」的想法或有不足之處。然而，二個學派如何將「非經濟效率」因素納入競爭法的目的

⁹ See e.g., Ioannis Lianos, *supra* note 7, 1-2.

¹⁰ 顏雅倫，*臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發*，初版，元照出版公司，62-63（2014）。

¹¹ 在拜登上任美國總統之後，新布蘭迪斯學派的二位核心人物 Tim Wu 及 Lina M. Khan 分別被延攬入白宮的國家經濟委員會負責科技與競爭政策及提名為聯邦貿易委員會委員，或將使該學派在美國反托拉斯實務的影響力更形增加。See Alina Selyukh & Shannon Bond, “Big Tech Showdown Looms As Biden Taps Top Critics Lina Khan, Tim Wu,” <https://www.npr.org/2021/03/22/975220122/big-tech-showdown-looms-as-biden-taps-top-critics-lina-khan-tim-wu>, last visited on date: 2021/7/15.

¹² 例如顏雅倫，前揭註 10，54-64；吳秀明、楊坤樵，「憲法與我國經濟部門之基本秩序」，收錄於：蘇永欽，*部門憲法*，初版，元照出版公司，208（2006）。

¹³ 前述背景下，美國與歐盟各自檢討其競爭法制之目的，相關文獻可謂汗牛充棟。本文並未處理所有相關文獻及觀點，在此僅欲說明：秩序自由主義對於歐盟法傳統的形成具有一定的重要性，但在美國新布蘭迪斯學派仍屬少數、新進的觀點。

的論之中？是否或如何避免競爭法的運作失去焦點或可預測性？為本文分析的重點。在此值得多作說明者為，秩序自由主義和新布蘭迪斯學派的立場，與相關或類似看法的異同。其包括向來主張休曼法具有政治與社會考量之「民粹主義」(Populism)¹⁴，以及認為反托拉斯毋須陳義過高，縱使追求經濟效率，反托拉斯應致力於維持市場競爭的動態過程，而非如芝加哥學派輕信市場具有自我矯正的效率性，而陷入「打著效率反效率」的自我矛盾¹⁵。如本文「四」之分析，該二學派論述的貢獻應是在於連結上述二種論點：釐清競爭機制之維護經濟自由乃至民主體制之目的，從而確立競爭法的保護對象、射程範圍以及利益權衡的標準為何。本文認為，競爭法固然以維護競爭為務，但若非藉由制度意義的探討與指引，實難形成穩定明確的操作方向——「競爭」本身的意義，以及其背後的事實預設與價值觀點，本身就是一個大哉問，此在新布蘭迪斯學派探討反托拉斯目的之時，所援引重視競爭之「過程」(process)本質的觀點，迥異於芝加哥學派執著於競爭結果的檢驗，即可見一斑¹⁶。

在我國法制脈絡下，固然公平法第 1 條以及個別規定中所呈現的立法目的須成為法律適用上的指引，究竟「秩序」、「競爭」、「消費者利益」等規範性概念之意義為何、彼此之間應如何進行調和，或利益權衡時應遵循的標準為何？乃至於「促進經濟之安定與繁榮」、「整體經濟利益」等競爭結果取向的價值，在競爭法上如何理解，並在個案中具體操作？上述問題的釐清，仍須從競爭法之目的，以及對於競爭的制度性理解著手。而本文秩序自由主義和新布蘭迪斯學派的引介與分析，除可作為比較法上之參酌外，也欲強調：市場競爭相關「經濟」與「非經濟」因素的連結與互動，是無法也不應忽視的，故競爭法尚難以「經濟效率」為核心或唯一之考量；「競爭自由」的保護，不唯是秩序自由主義所重視，也應該是我國競爭法的「核心價值」。本文並將嘗試指出，我國公平法具有一定程度的秩序自由主義色彩，也期待本文的論述有助其持續深化，並有助於公平法的解釋適用。

¹⁴ 關於美國反托拉斯「民粹主義」之簡介，詳參本文附註 53。

¹⁵ See e.g., Eleanor M. Fox, *supra* note 8, 77-80. Fox 教授在數年後更清楚表達其立場：競爭法維護競爭足矣，目的之爭誠屬多餘。See Eleanor M. Fox, "Against Goals," *81(5) Fordham Law Review*, 2159-2160 (2013). 其看法即如本文匿名審查委員所指，「以市場競爭的達成或競爭制度的維持為競爭法的核心」，可能更能夠達成競爭法肩負的任務。

¹⁶ 有關新布蘭迪斯學派之競爭觀，可參見本文附註 106 相關段落；我國文獻對於不同經濟理論所持競爭觀之探討，參見莊春發，「論競爭」，收錄於：氏著，反托拉斯經濟學論集（上冊），初版，瑞興圖書公司，67-80（2002）。

基上，本文首先呈現秩序自由主義的形成背景及理論內涵，以及其在歐洲的發展。而後介紹新布蘭迪斯學派的崛起與重要主張，並與秩序自由主義進行比較分析。末從我國實證法及相關學說的角度切入，分析公平法的實務運作也存在著類似的考量，以示前述競爭政策的反省並非遙不可及，且有更細緻探究的價值¹⁷。

二、秩序自由主義

（一）概說：思想淵源與影響層面

秩序自由主義源於德國西南部，靠近法國與瑞士邊境的佛萊堡大學，1933 年時其主要人物—經濟學者 Walter Eucken 與法律學者 Franz Böhm 及 Hans Grossmann-Doerth 同時在此任教，基於對威瑪時期的經驗及嗣後對納粹的抵抗與反省，這三位學者共同發展出一套以「秩序」為核心的理論（Ordnungstheorie）¹⁸，故外界對於秩序自由主義亦有稱為佛萊堡學派。秩序自由主義在思想上受到傳統自由主義及德國歷史法學派的影響與啟發，但對於當時的社會與經濟思想皆持批判性，而欲找出資本主義和社會主義之間的「第三條路」¹⁹。其認為自由主義影響下的經濟學理論與社會及政治現實脫節，故其在認同個人自由應受保護免受公權力干預的同時，認為私法秩序應由政府保障及維持，而非主張自由放任（laissez-faire）。其經濟理論被認為發展自奧國學派²⁰，惟相對於奧國學派認為競爭過程應由社會中的個體自發形成，秩序自由主義雖亦認同個體自由形成競爭秩序的重要性，但其前提在於國

¹⁷ 因本文寫作目標在於初步引介及分析二學派的思想脈絡與架構，故未就個別案件討論，惟一個可以顯示各學派論點差異的例子是掠奪性定價的處理，參見本文附註 103 至 104 之段落，對美國主流意見與新布蘭迪斯學派差異之說明，而在歐盟法上爭議則在於是否採用所謂同等效率競爭者標準（as-efficient-competitor test），亦即效率較差者的競爭機會是否即不受競爭法保護的問題。See e.g., Wouter P.J. Wils, “The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance,” *37(4) World Competition*, 429-432 (2014). 關於同等效率競爭者標準近來在歐盟競爭法的適用案例，可參見謝長江，「從比較法論法院在競爭法案件中的經濟分析取徑—以歐盟與美國之獨家交易協議案件為例」，*公平交易季刊*，第 27 卷 2 期，115-116（2019）。

¹⁸ David J. Gerber, *supra* note 5, 232-236; Bernard Chavance, *Institutional Economics*, 1st ed., Routledge, 42 (2009).

¹⁹ Ignacio Herrera Anchustegui, “Competition Law through an Ordoliberal Lens,” *2 Oslo Law Review*, 142-143 (2015); David J. Gerber, *id.* at 237 & 239; Bernard Chavance, *id.* at 42.

²⁰ David J. Gerber, *id.* at 237.

家建立與維持經濟運作的規則，包括保護個人免受他人獨占傾向以及利益團體的危
害（其所謂競爭的自我毀滅傾向），此等關於競爭秩序的規則及制度，就是所謂「秩
序政策」（Ordnungspolitik）的主要內涵²¹。

秩序自由主義理論的終極關懷在於追求人道價值、社會正義，實現保障人格尊
嚴和個人自由的社會，而經濟秩序和競爭所帶來的經濟發展，則是其所倚賴的重要
手段²²。基於自由主義理念，秩序自由主義強調市場對於其他社會生產模式的優越
性，反對一切類型的集體主義，也因如此除了積極維護市場秩序之外，秩序自由主
義反對其他的政府干預行為，例如凱因斯主義的需求管理政策²³。影響所及，其對於
獨占的概念觀（conception）包括對於經濟或社會中的控制地位，而其從威瑪體制及
納粹經驗中反省、發展的獨占防止概念，係以法律規制構成自由濫用的壟斷行為，
其功能不但與政治上的分權體制相通，皆為防止任何人運用其（政治或經濟上的）
自由，限制或剝奪他人自由²⁴，並注意到以經濟力壓制他人行使政治權力之問題，以
及在工業革命後，社會上經濟力懸殊形成民主制度的挑戰，乃至在該歷史背景下，
認為「馬克思主義真正的勁敵只有一個：基本權利民主制度的經濟管制，也就是反
獨占法」²⁵。

二次戰後，秩序自由主義的影響開始從佛萊堡向外擴散，例如戰後德國「社會
市場經濟」的指標人物經濟學家 Alfred Müller-Armack、長期擔任德國經濟部長的
Ludwig Erhard 即被歸於第二波秩序自由主義²⁶。在歐債危機時，德國關於擲節政策
的堅持，部分論者認為係受秩序自由主義的影響，而引起學術討論，惟亦有論者指
出秩序自由主義在歐洲政治及經濟上的影響逐漸消散，如今幾已不存²⁷。

²¹ Bernard Chavance, *supra* note 18, 43.

²² David J. Gerber, *supra* note 5, 239-241.

²³ Thomas Biebricher & Frieder Vogelmann, "Introduction," in: Thomas Biebricher & Frieder Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, 1st ed., Rowman & Littlefield Publishers, 5-6 (2017).

²⁴ 蘇永欽譯，Wolfgang Fikentscher 著，國際政治之集團與獨占，初版，臺北，幼獅文化公司，45-47（1981）。

²⁵ 同上註，56。

²⁶ David J. Gerber, *supra* note 5, 236-237; Ignacio Herrera Anchustegui, *supra* note 19, 144.

²⁷ Josef Hien & Christian Joerges, "Dead man walking? Current European interest in the ordoliberal tradition," *24(2-3) European Law Journal*, 142-162 (2018).

然而，競爭秩序乃是秩序自由主義的重要關懷，多數學者認為秩序自由主義對歐盟競爭法的發展以及歐盟法院的解釋適用至今仍具重大影響²⁸。現今歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第 101 及第 102 條可溯自 1957 年羅馬條約第 85 及 86 條，雖有學者從條約的協商紀錄（Travaux préparatoires）認為秩序自由主義的影響並不存在²⁹，但許多秩序自由主義人士（例如 Alfred Müller-Armack）皆影響或參與德國的協商行為，其主張較 Eucken 固有所調整，但確實反映在羅馬條約第 86 條的內容³⁰。此外，秩序自由主義的許多主張亦影響了歐盟法院對於條約的操作，包括歐盟競爭法的目的論³¹。又儘管秩序自由主義以及其所影響之下的歐盟競爭法實務，遭受諸如過度傾向干預主義或是偏重行為形式而怠於把握實際經濟效果等批評，仍有論者持續說明與澄清這些對於秩序自由主義主張的誤解³²。準此，歐盟競爭法今後是否會持續走向後芝加哥時代的美國主流，固未可知，但秩序自由主義的傳統仍持續發揮其影響力。

（二）核心理念

1. 經濟憲法

秩序自由主義將社會理解為各種「秩序」的相互依存，例如政治秩序、法律秩序、經濟秩序等，而認知、思考一個經濟或社會中正在發生作用的秩序及其特徵與結構是秩序自由主義的首要任務，由此而生的政策即所謂「秩序政策」³³。以經濟領域而言，透過經濟數據及資料的解讀，Eucken 認識到兩種不相容的基本秩序：分散

²⁸ Elias Deutscher & Stavros Makris, “Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus,” *11(2) Competition Law Review*, 182 (2016); David J. Gerber, *supra* note 5, 232-233.

²⁹ Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, 1st ed., Hart Publishing, 59 (2012).

³⁰ Peter Behrens, “The Ordoliberal Concept of ‘Abuse’ of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU,” 10th ASCOLA Conference Tokyo 2015: Abuse Regulation in Competition Law - Past, Present and Future, Academic Society for Competition Law & Meiji University, 6-13 (2015), <https://ssrn.com/abstract=2658045>, last visited on date: 2021/4/1.

³¹ 參見本小節第（三）部分。

³² Peter Behrens, *supra* note 5, 17-18.

³³ Thomas Biebricher & Frieder Vogelmann, *supra* note 23, 4-5.

的交易經濟及中央計畫經濟，在前者之中最重要的元素即為競爭秩序，而只有競爭秩序能夠確保一個繁榮且人道的社會³⁴。

秩序自由主義認為競爭能夠產生有效率的結果，其理由與古典經濟學的理論相同，惟認為「經濟秩序」有其相應的「法律秩序」，市場並非可以「自然」達成有效率的資源配置，其背後須有法律提供平等的生產及消費自由、私有財產權、契約自由及損害賠償等制度，對於市場參與者同時予以支持及管控，Böhm 稱之為「經濟憲法」（Wirtschaftsverfassung; economic constitution），認係市場運作的構成原則（constituting principles），同時也是競爭秩序發揮作用的基礎所在³⁵。

Eucken 並透過對於競爭秩序的觀察，認為交易經濟與經濟自由的作用，市場參與者本身即有尋求獨占及避免競爭的傾向（競爭的自我毀滅面向），須透過國家法律定義及維持「遊戲規則」，以確保競爭秩序，此為經濟憲法的控管原則（regulating principles）³⁶。

2. 競爭的民主連結

如前所述，秩序自由主義本於自由主義的理念，認為經濟秩序不只導致經濟上的結果，也產生一定的民主連結（competition-democracy nexus），依論者所見，可分為消極和積極二個層面：

(1) 消極層面

威瑪時期的經驗顯示，自由放任的經濟體制下，由於國家未能維護競爭的「遊戲規則」，私人經濟力量的集中導致競爭與經濟受到私人控制，從而具有凌駕他人權利與自由的能力，並得以不當地將他人排除於市場之外。這種「競爭的自我毀滅傾向」不但使市場機制失去「市民自治」的正當性，強大的經濟力且能夠轉化為政治力，而作為利益團體虜獲（capture）政府機構（競爭主管機關或其他機關），進而

³⁴ *Id.* at 4-5; Christian Ahlborn & Carsten Grave, “Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective,” *2(2) Competition Policy International*, 199-200 (2006); David J. Gerber, *supra* note 5, 242-244.

³⁵ Peter Behrens, *supra* note 5, 14-16; Peter Behrens, *supra* note 30, 10. 就此角度而言，秩序自由主義者所稱「經濟憲法」的初始概念，係指經濟秩序運作所必要的原則性規定，其概念係自經濟秩序而來，原非指涉法位階的概念問題，亦與一國法秩序中競爭法的法位階問題尚無直接關聯。

³⁶ Christian Ahlborn & Carsten Grave, *supra* note 34, 201-202; Ignacio Herrera Anchustegui, *supra* note 19, 147.

危及民主機制的程序公平性。更有甚者，在納粹體制中，經濟力的集中與競爭的消失，使市場獨占者或卡特爾與國家之間最終產生相互控制與支持的關係，而走向集權的政經體制³⁷。

(2)積極層面

相對而言，運作良好的競爭亦能對於民主體制的正當性形成正面作用。首先，秩序自由主義從政治、社會與經濟秩序相互依存的觀點，證立經濟自由對於民主的重要性：如果個別公民的經濟自主性受限，其也難以完全享有或行使政治上的基本權利。從而，基於經濟自由不受壓迫對於公民平等行使各種自由權利的重要性，可以導出：經濟自由的行使亦須以不妨害他人的經濟自由為其限度。此外，經濟力在公共與私人部門的分散，一則可減低前述消極層面影響的風險，二則透過加強競爭機制，可能間接促進政治自由與民主運作的正當性。第二，秩序自由主義認為，類比於政治過程，競爭市場中的消費者選擇猶如市場表意的「票決協調程序」（plebiscitary coordination process），市場參與機會的公平性與由此而生的市場多元性亦能增加，而強化市場機制作為一種決策程序的正當性。最後，秩序自由主義認同競爭對於促進社會整體福利，是最有效率的工具，能夠促進整個體系運作的正當性。在此之正當性，係屬產出（output-oriented）或結果導向（consequentialist）性質，相對於前述二項正當性屬於投入導向（input-oriented）或具本體價值（deontological values）。因此，秩序自由主義主張效率的追求須與經濟自由和市場的平等參與機會相調和，且以不犧牲這些價值為前提，從而效率是競爭過程所產生的附屬產品（by-product），並非終極目標³⁸。

3.競爭秩序：觀點與競爭政策

(1)初始主張

秩序自由主義最原始的競爭政策出自 Eucken³⁹，市場力對於 Eucken 來說是威脅競爭秩序乃至民主體制的存在，國家應該維持市場於「完全競爭」（complete

³⁷ Elias Deutscher & Stavros Makris, *supra* note 28, 186-188.

³⁸ *Id.* at 188-192.

³⁹ Eucken 認為所有經濟政策的措施都有維護競爭秩序的功能，而構成競爭政策的一環，其亦區分為「構成性原則」及「管制性原則」，前者除了 Böhm 提及的基本法律制度以外，尚包括穩定

competition) 的狀態，亦即沒有市場參與者具有妨害他人參與競爭的市場力。因此，對於獨占事業的優先措施是加以拆解，若獨占屬不可避免（例如自然獨占情形）而無法拆解，則由政府加以管制，並須使獨占事業皆以「有如完全競爭」的方式從事營業（所謂 as-if 標準，具體而言即邊際成本定價）。至於寡占情形，Eucken 基本上認為是一種短暫的狀態，其可能過渡至獨占或集體獨占，而依前開方式處理，其亦可能因為競爭機關的管制，而採取完全競爭下應有的競爭行為⁴⁰。秩序自由主義將市場競爭行為區分為「效能競爭」（Leistungswettbewerb; performance competition）及「妨害競爭」（Behinderungswettbewerb; impediments competition）兩種類型，後者係以損害競爭者的競爭地位為目標，並未增進自身競爭效能而阻礙對手發揮最佳效能之行為，例如杯葛、忠誠折扣、掠奪性定價等，係在完全競爭下無法實施而應禁止之行為⁴¹。

(2) 競爭自由 (Wettbewerbsfreiheit; freedom to compete)

Eucken 後續的秩序自由主義者提出，競爭法的目的在於保護競爭自由：藉由保障事業參與競爭過程的自由，以維護競爭秩序，在歐盟法院採用此一主張的相關案例中又稱之為「經濟自由」⁴²。由於競爭自由以及競爭過程的保護，本身即為目的所在，故此一主張與強調保護競爭係以促進福利為目的之結果取向思維，顯有出入。雖然 Eucken 等秩序自由主義的草創者並未提及競爭自由的概念，但本文認為其可由前述核心理念中導出，故雖有論者認為競爭自由的保護係源於海耶克等新自由主義者所主張「競爭作為發現過程」的理論，而與秩序自由主義的理念不符—其對於競爭的保護是出於競爭秩序本身，而非競爭者⁴³，惟只要把握「保護（競爭者的）競爭

的貨幣政策、不受國家或私人干預的開放市場、穩定的經濟政策等。Christian Ahlborn & Carsten Grave, *supra* note 34, 203-204.

⁴⁰ 在寡占確實存在時，Eucken 不排除國家的監督，但認為寡占事業在國家的監督之下，會採取如同完全競爭之下的行為，因為如果形成卡特爾，將招致國家管制的介入。則秩序自由主義對於寡占，主要係透過維持市場的競爭性來消除，但如果寡占確實存在，仍應受國家監督，以防止其形成卡特爾，由此應可推知其對於聯合行為的基本觀點。*Id.* at 203-206. 作者感謝牛日正教授對於秩序自由主義的競爭政策觀點是否並未關注聯合行為，提出疑問，特此說明以期明確。

⁴¹ *Id.* at 205; Ioannis Lianos, *supra* note 7, 25; Ignacio Herrera Anchustegui, *supra* note 19, 155-156.

⁴² Ioannis Lianos, *id.* at 24; Ignacio Herrera Anchustegui, *id.* at 154.

⁴³ Frank Maier-Rigaud, “On the Normative Foundations of Competition Law – Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete,” in: Daniel Zimmer (ed.), *The Goals of Competition Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 139-150 (2012). 在此要指出的是，秩序自由主義對於競爭自由的保

自由」係保護競爭過程的工具性概念，雖非案件的決定性因素，但可作為利益衡量的因子⁴⁴，競爭自由仍可作為競爭秩序的一個必要條件。

(3) 競爭概念的修正

秩序自由主義者受到海耶克的影響，體認到完全競爭的假設在現實世界並不存在，諸如產品差異化及生產成本差異等因素的作用，導致實際上某種程度的市場力—漲價或是擴大自身市場占有率的能力—不但隨處可見，而且正是競爭的前提所在。也因如此，關於獨占，只要市場地位是合法取得、並非來自於結合之外部成長，且未被濫用而傷害市場結構及消費者的選擇自由，本身並不能認為違法。準此，秩序自由主義者放棄「完全競爭」，轉而採用「可運作競爭」的概念⁴⁵。

另一方面，秩序自由主義者肯認海耶克「競爭作為發現的過程」之理論，更為強調消費者與生產者在市場中的行動自由與選擇自由，藉以提供資源有效配置相關的資訊，導引市場的運作。從而，市場集中度成為一個重要參數，如果非通常競爭行為導致市場集中度降低，而損害生產者的競爭機會或消費者的選擇自由，即應認屬限制競爭行為。對此或有認為：秩序自由主義著重競爭者的保護，惟由上可知，秩序自由主義者關心的仍為競爭過程本身⁴⁶。

(三) 歐盟競爭法的保護對象與適用範圍：秩序自由主義之影響

競爭法在歐盟的發展，係伴隨歐洲整合進程，作為一種調和各種發展效果的法律工具，本身即帶有多元目的，俾使歐盟的民主社會能夠駕馭市場發展的各種負面影響⁴⁷。歐洲法院對於競爭法的目的，向來採取兼容並蓄的態度，其中也包括對於秩

護，係源於競爭秩序的維持，競爭自由是競爭秩序的必要元素。值得一提的是，從憲法工作權或營業自由導出的「競爭自由」，亦可自基本權保護義務的角度，得出國家負有保護競爭秩序義務的結論，與秩序自由主義的想法應可相互補充，參見詹鎮榮，「公平交易委員會之獨立正當性及監督」，收錄於：中華民國憲法學會民國 109 年學術研討會會議論文集，初版，社團法人中華民國憲法學會，8-10（2020）。

⁴⁴ Ioannis Lianos, *supra* note 7, 26.

⁴⁵ Peter Behrens, *supra* note 5, 18-19.

⁴⁶ *Id.* at 21-23.

⁴⁷ Conor C. Talbot, “Ordoliberalism and Balancing Competition Goals in the Development of the European Union,” *61(2) Antitrust Bulletin*, 264-266 (2016).

序自由主義競爭觀的肯認⁴⁸。例如在 T-Mobile Netherlands 案，其表示歐盟運作條約第 101 條及條約的其他競爭規範「不但保護個別競爭者和消費者的立即利益，也保護市場結構及依此而生的競爭」⁴⁹。在 Continental Can 案，其亦表示條約第 102 條「不但是針對直接損害消費者的行為，也是針對透過影響有效競爭結構而對之生損害者」⁵⁰。

秩序自由主義背後連結的是政治自由與一定程度的社會正義，是以面對民營化、全球化乃至數位經濟的一波波浪潮，受到秩序自由主義影響的歐洲競爭法學界持續發展經濟效率以外的目的論，關注諸如環境永續、勞工權益乃至巨型數位平台對政經體制帶來威脅等公共政策議題⁵¹。

三、新布蘭迪斯學派

在美國，反托拉斯近年來不但成為媒體與政治的焦點之一：川普政權對大型媒體和科技企業的譴責與司法部所執行的一連串措施，加上意識型態偏左的民間團體與民主黨人士聯手倡議的反托拉斯改革運動⁵²，於是「後芝加哥時代」的主流反托拉斯專業社群，對於「民粹主義」挾帶了「從左自右」的政治及社會勢力捲土重來⁵³，

⁴⁸ Elias Deutscher & Stavros Makris, *supra* note 28, 196.

⁴⁹ Case C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [2009] ECR I-4529, para 38.

⁵⁰ Case 6-72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities [1973] ECR I-215, para 26.

⁵¹ Anna Gerbrandy, “Rethinking Competition Law Within the European Economic Constitution,” *57(2) Journal of Common Market Studies*, 131-135 (2019).

⁵² Aurelien Portuese, “Beyond Antitrust Populism: towards Robust Antitrust,” *40 Economic Affairs*, 242 (2020).

⁵³ 所謂美國反托拉斯的民粹主義，係指稱帶有反菁英、反主流、反大企業之性格，且主張競爭政策應有其社會及政治目標，源於 19 世紀後期的美國南方的農民政黨，其與鐵路工人等組織之複雜利益，曾對休曼法的立法產生一定影響，且在後續實施一直都有是否休曼法的適用應考慮經濟力與政治力的聯繫等較多元目標的爭議。See Aurelien Portuese, *id.* at 237-238. 自芝加哥學派興起至今的多年期間，反對反托拉斯與政治與社會目標脫勾者，雖非主流但仍持續發聲，例如前美國聯邦交易委員會主委 Robert Pitofsky 在 1979 年即撰「反托拉斯的政治內涵」一文；至 2013 年，Barak Orbach 教授於 Fordham Law Review 主編的「反托拉斯目的之追尋」(Antitrust’s Pursuit of Purpose) 專輯中，所收錄的論文仍大抵在消費者福利及效率為主、較中性的競爭，以及認為應考慮非經濟因素的三個大方向中，呈現各種更細緻的論述。See, e.g. Robert Pitofsky, “Political Content of Antitrust,” *127(4) University of Pennsylvania Law Review*, 1051-1075 (1979); Barak

也有重要的法律和經濟權威親自出手，雖對新布蘭迪斯學派的核心主張仍然嗤之以鼻，但也承認美國的反托拉斯政策宜有執行上的調整⁵⁴。

新布蘭迪斯學派為上述美國反托拉斯改革運動的要角之一，如後文所述，新布蘭迪斯學派及認同其理念的論者中，共同主張應在於推翻芝加哥學派就反托拉斯之目的與執行理念所建立的典範，而使反托拉斯回到布蘭迪斯大法官（Louis D. Brandeis）的核心關懷。本節首先簡介新布蘭迪斯學派興起的背景與緣由，以便呈現其關於反托拉斯之目的與相關理念及主張後，從主流觀點的回應中，分析其中有關競爭法目的之論爭，以及其與競爭法分析方法及執行理念的關聯。

（一）從布蘭迪斯到「新布蘭迪斯」：背景與緣由

1. 休曼法之目的：從布蘭迪斯到柏克

在現代反托拉斯法出現之前，普通法上的壟斷（monopoly）係指王權所特許的專賣權，而美國立憲時的反壟斷，是一種反特權、反階級的概念⁵⁵。休曼法又被稱為反托拉斯法（Antitrust Act），作為現代國家首部施行於全國而針對私人企業的反壟斷立法⁵⁶，其雖有標準石油公司等巨型企業所形成問題之背景，卻也是在小型製造商及農民、鐵路工人等團體多元利益交織之下而制定⁵⁷。是儘管提案者休曼參議員在立法程序中明確表示不能讓大企業藉由經濟上的統治而成為另一種意義的王權，呈現

Orbach, "Foreword: Antitrust's Pursuit of Purpose," *81 Fordham Law Review*, 2151-2156 (2013). 90年代末期，論者以是否反對芝加哥學派為標準，將 Hovenkamp 教授歸於「民粹主義者」，見張長樹，前揭註 4，7-13。時至今日，Hovenkamp 不但已成為美國反托拉斯法權威，且對於承續民粹主義的新布蘭迪斯學派，挺身為後芝加哥時代中，基本上採納芝加哥學派理論預設的「新哈佛學派」而辯，亦令人感到競爭政策思潮的遞嬗。See Herbert Hovenkamp, "Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?" *94(2) Notre Dame Law Review*, 583-637 (2019).

⁵⁴ Herbert Hovenkamp, *id.* at 624-628; Carl Shapiro, "Antitrust in a time of populism," *61 International Journal of Industrial Organization*, 737-745 (2018).

⁵⁵ Steven G. Calabresi & Larissa C. Leibowitz, "Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism," *36 Harvard Journal of Law & Public Policy*, 984-985 (2013).

⁵⁶ 參見胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司，5（2019）。

⁵⁷ Aurelien Portuese, *supra* note 52, 238-239.

了所謂民粹主義或經濟民主的思維，但由於立法過程已對其原提案大作修改，故仍有論者認為尋找休曼法的立法原意乃是不可能的任務⁵⁸。

在前述背景之下，休曼法模糊的法律文字乃在法院為主的實務解釋適用與學者論述的互動之間，在多個時代開啟了不同的執法典範。在此不贅述一個多世紀以來美國反托拉斯各個執法時代的演變⁵⁹，惟就本文所關注之競爭法目的而言，有論者指出在芝加哥學派出現以前，有關美國反托拉斯執法的具體標準及其寬嚴，雖因時代背景、經濟情勢及執政者的理念而有間歇性的變動，但大抵上不脫休曼參議員和布蘭迪斯大法官所持對抗經濟力聚集以及產業集中化之立場⁶⁰。直到出身於芝加哥大學的柏克法官（Robert Bork）以及後續波斯納法官（Richard Posner）、經濟學家史迪格勒（George Stigler）等人的倡議，開啟了芝加哥學派的影響之後，美國的反托拉斯自此隨著聯邦最高法院對於相關理論之逐步採認，而逐漸進入了以促進消費者福利為唯一考量的時代⁶¹。

柏克法官最具影響力且受聯邦法院採納的主張，即為「消費者福利」乃休曼法之唯一目的。其在休曼法諸多混亂且彼此矛盾的立法資料中，獨採其中有關保護消費者利益的主張，以遂其主張⁶²。除此之外，柏克主張反托拉斯訴訟的原告原則上應證明被告的行為造成消費者福利的損害（通常以市場價格上升判斷）⁶³，復以司法自制的理念包裝此一簡明的判準，相對於考量較多元目的反托拉斯政策會增加執行上

⁵⁸ See Aurelien Portuese, *id.* at 239; Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 1st ed., Columbia Global Reports, 31-32 (2018).

⁵⁹ 就此的詳細說明，可參見胡祖舜，前揭註 56，第一章。

⁶⁰ Daniel A. Crane, “Antitrust’s Unconventional Politics,” *104 Virginia Law Review Online*, 122 (2018).

⁶¹ Aurelien Portuese, *supra* note 52, 240-241.

⁶² Tim Wu, *supra* note 58, 89-90. 多數學者似認為休曼法之立法背景及原意並非如柏克所宣稱的單一，國會係透過模糊的法律文字授權法院藉由個案形成具體標準，而 Eleanor Fox 教授認為真正的問題在於論者對於維護市場功能的前提認識和觀點不同。See Ernest Gellhorn, William Kovacic & Stephen Calkins, *supra* note 2, 39-40; Eleanor M. Fox, *supra* note 15. 關於柏克對於休曼法立法原意主張及相關論辯之分析，可參見莊春發，前揭註 7，101-105。

⁶³ Tim Wu, *id.* at 88-89. 柏克原所主張的「消費者福利」，為經濟學上「消費者剩餘」（consumer surplus）及「生產者剩餘」（producer surplus）的總和，惟現今美國通說所採認為休曼法目的之「消費者福利」，則僅包括「消費者剩餘」，反映在具體案件的標準上，即視系爭行為是否導致價格上升、產出減少或品質下降，而判斷「消費者福利」是否受損。至於聯邦最高法院雖然引用柏克之論述，並認促進消費者福利為休曼法的誠命，其內涵為上述何者，迄今仍不確定。See Herbert Hovenkamp, *supra* note 53, 589-591.

的不確定性(柏克認為會增加司法的恣意性)，實務界採用其見解的誘因相對較高⁶⁴。同時，芝加哥學派透過「可競爭市場」及相對於「政府失靈」較為可靠的「市場的自我修正功能」等概念，合理化發動反托拉斯措施門檻的升高，雖然相關理論的預設及內容在「後芝加哥時代」受到產業經濟組織理論的質疑與修正，但是並未變動其基本主張(例如仍以消費者福利為唯一判準)以及背後偏向保守的意識型態⁶⁵。

相對地，成為新布蘭迪斯學派精神標竿的布蘭迪斯大法官，其認為反托拉斯的核心理念在於維護一個與民主相容的經濟體制，因此必須對抗大企業對於產業自由乃至人性的壓迫，反托拉斯必須對抗產業集中、促進經濟民主⁶⁶。布蘭迪斯大法官為威爾遜總統於1912年競選時擬定反托拉斯政策方針，對抗競選對手老羅斯福總統所提出由國家主導壟斷企業的「新民族主義」(New Nationalism)觀點，並在威爾遜勝選後的任期中協助使國會通過了克萊登法(Clayton Act)及聯邦交易委員會法(Federal Trade Commission Act)，再次確認並強化了美國的反托拉斯體制⁶⁷。布蘭迪斯大法官的理念，可能最具體顯現於由韓德(Learned Hand)法官主筆的美國鋁業案，該案雖不否認當時占有全美鋁生產量90%的美國鋁業公司具有規模經濟的效益，且未認定有濫用市場力的行為，但以其高市占率本身為違法，且表示「偏好小製造商體系」為國會的選擇⁶⁸。布蘭迪斯大法官反對公共及私人權力的集中，取其文集的標題「大之詛咒」(The Curse of bigness)，被新布蘭迪斯學派的代表人物之一Tim Wu(吳修銘)教授引為其暢銷書之主標題，並表示欲復興其失落的經濟願景⁶⁹。

2. 美國的市場集中化問題：數位巨頭的詛咒？

在前述反托拉斯政策成為政治與媒體焦點的過程中，媒體報導及有實證文獻顯示，近年來美國罹於所謂「市場力問題」(market power problem)：市場集中度提

⁶⁴ Tim Wu, *supra* note 58, 90-91.

⁶⁵ 胡祖舜，前揭註56，17-18。

⁶⁶ Lina M. Khan, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate,” *9 Journal of European Competition Law & Practice*, 131 (2018); Tim Wu, *supra* note 58, 33.

⁶⁷ Tim Wu, *id.* at 74-77. 另參陳銘祥，「布蘭迪斯大法官—民眾的律師、社會的法官」，*月旦法學雜誌*，第63期，160(2000)。

⁶⁸ 可參見胡祖舜，前揭註56，15-16。

⁶⁹ See Louis D. Brandeis & Osmond K. Fraenkel, *The Curse of Bigness: Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis*, 1st ed., Viking Press (1934); Tim Wu, *supra* note 58, 33.

高（主要係金融、媒體、航空、電信以及 Google、Facebook、Amazon 三個科技平台），在營運效率並無顯著提升之下，各產業中的事業大型化、同期間之毛利（markup; price-cost margins）及利潤提高，並附帶造成工資成長遲滯、所得分配惡化⁷⁰。部分論者認為反托拉斯機制的弱化是可能的原因⁷¹。

雖然產業集中度的成因是否反托拉斯的執行不力所致（抑或由於資訊科技等技術進步有利規模經濟及資本投資），以及集中度的提高是否有害或達到應採取反托拉斯改革的程度，甚至集中度的衡量是否以正確的市場定義為基礎，皆非無爭議⁷²。然而，另有研究顯示，美國公司利潤的 GDP 占比在近年逐漸提高，且集中於少數產業領導者，加上參進企業減少、生產力增長趨緩等趨勢，顯示市場中既有廠商可能正因進入障礙而獲益⁷³。

前述市場力問題及指向市場競爭弱化的現象，大致在 1980 年代開始發生，亦即芝加哥學派開始影響美國反托拉斯的時期。新布蘭迪斯學派於是批評芝加哥學派之理論及意識型態，使美國反托拉斯的執法走向消極，乃是造成前開問題的元兇，幾已成為該學派論述的起手式（詳後）。

關於產業集中度的提高，部分學者認為是數位經濟的發展所致，而這又連結到新布蘭迪斯學派的另一個論述重點：科技巨擘問題。該學派強調反托拉斯與民主制度的連結，主張 Google、Facebook、Amazon 等數位經濟平台在個別產業的獨大，受芝加哥學派影響的政府機關無法妥善論處，除傷害相關市場之外，尚會造成一般大眾在隱私及資訊權利的危害，進而妨害民主機制的妥善運轉⁷⁴。

⁷⁰ See, e.g., Gustavo Grullon, Yelena Larkin & Roni Michaely, “Are U.S. Industries Becoming More Concentrated?” *19-41 Swiss Finance Institute Research Paper Series*, 2 (2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612047, last visited on date: 2021/4/1; Tim Wu, *supra* note 58, 15-21; Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, “The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust,” *87(2) University of Chicago Law Review*, 595 (2020).

⁷¹ See e.g., Gustavo Grullon, Yelena Larkin & Roni Michaely, *id.* at 30-31.

⁷² Carl Shapiro, *supra* note 54, 717-731; Herbert Hovenkamp, *supra* note 53, 621-622; Aurelien Portuese, *supra* note 52, 243-246.

⁷³ Carl Shapiro, *id.* at 731-737.

⁷⁴ Tim Wu, *supra* note 58, 15; Zephyr Teachout & Lina M. Khan, “Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power,” *9 Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 46-52 (2014).

(二) 核心人物及其主要理念

新布蘭迪斯學派⁷⁵的核心推動者為開放市場研究所 (Open Market Institute, 創辦人暨所長 Barry Lynn 為記者出身), 以及哥倫比亞大學法學院教授 Tim Wu 與 Lina M. Khan⁷⁶。在猶他大學經濟系 2019 年 10 月 25 日舉辦的「反托拉斯的新未來?」(A New Future for Antitrust?) 研討會中⁷⁷, The New Brandeis School in Antitrust 場次的報告人之一 Daniel Crane 教授對其他「新布蘭迪斯學者」問道:「你們實際上究竟有什麼和現有反托拉斯政策相異的主張?」似質疑其盡批評之能事, 但未有明確的建議。嗣後, 該場次主持人猶他大學經濟系教授 Marshall Steinbaum、Tim Wu 及 Lina M. Khan 共同發表了「猶他宣言」(The Utah Statement), 陳列其具體訴求及主張⁷⁸。Crane 教授該場次的論文係發表於 2019 年 12 月的 Antitrust Bulletin 期刊, 其所針對的「新布蘭迪斯學者」包括 Tim Wu、Lina M. Khan、及 Fordham 法學院教授 Zephyr Teachout 三人。

基於本文篇幅及寫作目的, 以下先從前述學者的相關著作, 歸納其有關反托拉斯目的及分析方法之理念後, 再旁及於前述反托拉斯改革倡議中理念相通且有具體建議的文獻, 以作為進一步分析之對象⁷⁹。

⁷⁵ 亦有貶抑者稱之為新民粹主義 (New populism)、文青反托拉斯 (hipster Antitrust)。關於新布蘭迪斯學派興起背景的簡介, 可參見 Peter Coy, “How ‘Big Is Bad’ Has Become a Big, Big Deal,” (2020/10/26), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-10-26/how-big-is-bad-has-become-a-big-big-deal>, last visited on date: 2021/4/1.

⁷⁶ Lina M. Khan 在 2017 年發表於耶魯法學評論的首篇學術文章, 即係批判現行芝加哥學派典範下的美國反托拉斯機制, 無法回應 Amazon 所採掠奪性定價及垂直整合而破壞競爭機制的行為, 掀起學界的議論。See Lina M. Khan, *supra* note 8, 710-805.

⁷⁷ 該研討會議程及錄影可參見: The University of Utah, “A New Future for Antitrust?” <https://economics.utah.edu/antitrust-conference/schedule.php>, last visited on date: 2021/4/1.

⁷⁸ 關於「猶他宣言」的發表經過, 可參 Paul Gabrielsen, “What is the ‘Utah Statement?’,” <https://attheu.utah.edu/facultystaff/what-is-the-utah-statement/>, last visited on date: 2021/4/1. 其內容參見 Tim Wu, “The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech,” <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>, last visited on date: 2021/4/1.

⁷⁹ 前述研討會場次另一發表人為開放市場研究所法務長 Sandeep Vaheesan。其他曾表贊同該學派或理念相近之論者包括: 猶他大學經濟學教授 Mark Glick、田納西大學法學院教授 Maurice E. Stucke 以及美國進步中心 (Center for American Progress) 的 Marc Jarsulic。

1. 反托拉斯作為鞏固民主的手段

(1) 經濟民主的概念

Tim Wu 教授「大之詛咒」一書的目的在於回復布蘭迪斯大法官的經濟願景：布蘭迪斯大法官所持「經濟民主」的理念，抱持對於人性的終極關懷，而關注經濟對於個人人格與國家精神的影響，且認為產業集中於巨型企業，與民主的本質及人民經濟生活的條件是不可切割的⁸⁰，並舉美國醫藥、食品零售、電信、航空、電力等產業，說明市場力導致財富從小企業及消費者移轉至大企業的效果⁸¹。新布蘭迪斯學派將今日美國經濟的貧富差距與產業集中，與 1910 至 20 年代相比擬，並認為反托拉斯之於此一經濟力量集中的政治與經濟影響，雖僅是部分的解方，但從歷史經驗來看，確屬重要的一環⁸²。

(2) 「大」是一種詛咒

新布蘭迪斯學派從多個角度說明產業集中所產生對於民主的弊害。首先，引用「集體行動的邏輯」理論，當主張產業利益集中於少數人，其相對於分散而難以整合的交易相對人（例如中產階級），較能夠自我組織並投入資源進行產業遊說，從而能夠虜獲相關政府機關，影響公共政策後獲取相關利益後進行分贓。對於此種私人經濟力量集中對於民主體制的威脅，反托拉斯法就是最後的制衡手段⁸³。

新布蘭迪斯指出，當一個事業的規模不斷擴大，越過了「規模經濟」的產量之後即會形成「規模不經濟」，即規模越大而平均成本越高。此時，企業繼續增大的誘因來自於能夠操作其經濟力與政治力：包括（獨自或聯手競爭者）抬高價格、提高進入障礙、投注政治資源以影響媒體、輿論以及租稅、補貼、政府的人事與政策，甚至在勞資關係中擁有更大的談判力量⁸⁴。

另一方面，集中化的產業更易受國家掌控，走向法西斯主義的另一種危險，此曾助長納粹的權力，也是 1950 年「反結合法」（Anti-Merger Act）所欲防範的⁸⁵。由

⁸⁰ Tim Wu, *supra* note 58, 33.

⁸¹ Lina M. Khan & Sandeep Vaheesan, “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and its Discontents,” *11(1) Harvard Journal of Law & Public Policy*, 246-265 (2017).

⁸² Tim Wu, *supra* note 58, 19-23.

⁸³ See Tim Wu, *id.* at 56-58; Zephyr Teachout & Lina M. Khan, *supra* note 74, 72-74.

⁸⁴ Tim Wu, *id.* at 68-73; Zephyr Teachout & Lina M. Khan, *id.* at 41-60.

⁸⁵ Tim Wu, *id.* at 79-80.

上可見，新布蘭迪斯學派對於「大企業」之警醒，基本上來自於產業集中化而非其絕對規模，其與傳統反托拉斯的觀點差異，則在於其著重於產業集中將會影響政治、社會及經濟結構，而不僅止於「相關市場」的運作與經濟效率之面向。

2. 下架芝加哥學派

幾乎所有新布蘭迪斯學派的文獻都將芝加哥學派指為美國產業集中化及反托拉斯弱化的罪魁禍首，其主要批評有三：

(1) 曲解休曼法的目的

如前所述，柏克法官對於休曼法立法原旨的解讀，使多數學說及實務見解背離了反托拉斯保障民主體制及經濟自由的目標。採用消費者福利的其中一個動機，在於芝加哥學派主張，經濟學工具能透過此單一目標的操作，提高反托拉斯法的決策穩定度和可預測性。實則，消費者福利和經濟學工具並未能夠發揮此等功能，反托拉斯實務是透過推定行為合法而由原告負舉證責任的「合理原則」，形成多數被告勝訴的「穩定」結果⁸⁶。

(2) 對自由市場的誤信

芝加哥學派將其理論假設當成事實：認為獨占者因受到潛在競爭者的威脅，無法採取超額利潤的定價，亦無排除現有競爭者的誘因⁸⁷；縱使短期內市場存在進入障礙，長期亦將自我修正為充分競爭的配置，相對而言，政府措施介入的錯誤則無法自我修正，反而造成市場機制的不當限制，從而，相對於政府錯誤介入原本有效率的行為反而可能創造市場力，怠為糾正市場行為所造成的不效率較不嚴重，蓋市場終將自我修正為有效率的狀態⁸⁸。其對於自由市場功能的誤信，也導致法院課予並提高訴訟原告或行政機關的舉證責任，牴觸了休曼法及克萊登法等法的精神。影響所

⁸⁶ Lina M. Khan, "The End of Antitrust History Revisited," *133 Harvard Law Review*, 1675-1676 (2020); Tim Wu, *id.* at 135-136.

⁸⁷ Tim Wu, *id.* at 106.

⁸⁸ Lina M. Khan, *supra* note 86, 1669; Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *supra* note 70, 589-599.

及，近年除卡特爾以外的反托拉斯案件數量大為減少，且除微軟案之外幾無大型獨占案件⁸⁹。

(3) 分析方法導致執行偏誤

由於消費者福利標準在執行上偏重於價格的觀察，使機關和法院傾向於靜態價格競爭及生產效率的分析，而避免動態競爭效果以及競爭對於價格以外的因素的影響（例如隱私權、弱勢群體歧視、品質、市場瓜分以及消費者選擇機會等）⁹⁰

3. 重塑反托拉斯之目的及執法標準

新布蘭迪斯學派承接布蘭迪斯大法官對經濟結構與產業民主對於社會各層面影響的關懷，對於市場競爭所影響的面向關懷甚廣，幾乎對於所有受市場行為影響的利害關係人（stakeholders），皆認為其應受某程度的保護，例如消費者、勞工、競爭者、上下游廠商乃至個人自主與福祉、經濟分權以及經濟機會的公平等等⁹¹。這不但是其批評消費者福利的觀照面向過於狹隘的原因，其也據此主張應保護「競爭」本身，以達到前開法益的保護，且私人力量的分散應是主要的目標⁹²。新布蘭迪斯並強調，市場競爭並非「自然」形成的狀態，市場是由法律所建構，而競爭並非僅聚焦在消費者剩餘就能得到確保的⁹³。

(1) 聚焦於保障競爭過程

在前述目的下，新布蘭迪斯對於競爭的保障，不但不要求考慮消費者福利，且實際操作上會及於所有「市場參與者」，包括消費者、勞工與競爭者。舉例而言，具有單方影響市場能力的事業，若以排除競爭者或維持市場力的目的，持續進行掠奪性定價時，不須要求其能否在未來漲價回收利潤，即已構成對於競爭者的傷害，而屬限制競爭的違法行為⁹⁴。

⁸⁹ Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *id.* at 596 & 599.

⁹⁰ Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *id.* at 616; Lina M. Khan, *supra* note 76, 721.

⁹¹ Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *id.* at 600-602; Tim Wu, *supra* note 58, 40.

⁹² Tim Wu, *id.* at 136. Steinbaum 和 Stucke 二位教授稱之為「有效競爭標準」（effective competition standard）。Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *id.*

⁹³ Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *id.* at 602.

⁹⁴ *Id.* at 605-608.

(2)推定違法取代合理原則

隨著競爭保護標準的擴張，法院應體認反托拉斯法所追求的多元價值，惟對於合理原則等利益衡量之複雜化，可能導致錯誤、不確定甚至利益團體的捕捉（capture），其則提倡轉向事前制定規則推定違法行為，以取代個案衡量的作法。如此益可改善現行反托拉斯實務已成為「數據密集」且程序過於昂貴而使原告怯步的狀況，降低個案執行成本⁹⁵。

(3)全面緊縮結合審查

為回復克萊登法第 7 條在初期防止市場力累積的功能，鑒於美國現行結合訴訟中係由執法者舉證結合的限制競爭效果（通常藉由對價格的影響），造成執行效果不彰。是新布蘭迪斯主張，只要結合涉及一定程度的集中度增加，或參與結合事業已經具有顯著的市場力時，應由結合事業證明其不具限制競爭效果，並應考慮對於上游事業及勞工等市場參與者之影響，如無補償機制，則不能假設該影響與下游市場所生效率會相互抵銷⁹⁶。

4.小結：新結構學派？

由上述主張觀之，新布蘭迪斯之主張為透過「競爭過程」中參與者的保護，而保護競爭的「過程」及（市場）「結構」，進而維護所謂產業自由⁹⁷。從而，保護市場競爭的結構與過程本身即是反托拉斯的目的，反托拉斯之分析從市場競爭的「結果」，轉而針對市場行為是否產生進入障礙、市場瓶頸或其他傷害市場參與者或增加市場優勢的作為—即所謂市場競爭的結構面與程序面⁹⁸。相對於從前的結構學派，針對市場結構之原因係認此影響市場行為及績效，新布蘭迪斯關注競爭的結構與程序，卻自始以之為保護的對象，蓋傷害競爭的結構與程序之行為，即屬傷害競爭。最直接改變市場結構之行為就是結構矯正措施，或許這就是該學派偏好此種措施的原因⁹⁹，是本文認為或亦可稱之為「新結構學派」。

⁹⁵ *Id.* at 619-621.

⁹⁶ *Id.* at 609-610.

⁹⁷ Lina M. Khan, *supra* note 8, 737-743.

⁹⁸ *Id.* at 744-746; Lina M. Khan, *supra* note 66, 132.

⁹⁹ Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *supra* note 70, 617; Tim Wu, *supra* note 58, 132-133.

（三）消費者福利與競爭過程：理念或路線之爭？

Hovenkamp 教授主張，近年來對於反托拉斯的檢討聲浪的根源，在於反托拉斯的專業化，其解方也只要針對所引發執行上的弊病加以調整即可，現行由「行家」（*cognoscenti*）掌舵反托拉斯並無理論上的瑕疵可言，但卻可能受到極端政治的傷害。

Hovenkamp 教授認為消費者福利的目標—透過競爭使市場提供最高的品質、產量，由此產生更低的價格—提供了一個理論上可資運用的量尺。相對而言，民粹主義所主張的目標，諸如控制政治力、財富均等化或保護小企業等，都是難以評估且在個案措施的效果上可能互相衝突，將使執法者無所適從¹⁰⁰。相對而言，新布蘭迪斯學派則主張，芝加哥學派提倡的消費者福利，聲稱在執行上較為明確，但在實際上並非如此，對於市場行為效果在個案上的衡量極其複雜，使得芝加哥學派的承諾落空¹⁰¹。

新布蘭迪斯學派指出，消費者福利的模型使法院過度著重於短期的價格效果，而未能審究長期的、價格以外的變項¹⁰²。對此，Hovenkamp 教授則認為，任何講求證據的反托拉斯程序都會面臨長期變項難以處理的問題。舉例而言，雖然許多理論模型可以說明為何優勢地位事業可透過掠奪性定價，在長期導致高於競爭價格的結果，但實務上所採的 *Areeda-Turner test* 僅針對短期價格，實出於事實調查上的限制以及對於證據的正當程序要求，而與消費者福利的目標無關¹⁰³。

從掠奪性定價的例子，可以進一步釐清各學派之間的差異。Hovenkamp 教授說明了芝加哥學派與新哈佛學派的差異：前者認為掠奪性定價是不理性而幾乎不可能成立的，對於降價行為最好的處理方式就是認定其當然合法，但實務所採的新哈佛學派則認為，若有機會回收利潤，該等行為就是理性的，故以短期邊際成本或平均變動成本作為標準¹⁰⁴。至於新布蘭迪斯學派則是關注掠奪性定價對於競爭結構的傷害（例如競爭者的機會是否因為進入障礙的提高而減損），並非以消費者福利是否減損作為違法的判斷基準，因此其可以參採的變數較多（例如只要具有市場優勢地

¹⁰⁰ Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *id.* at 620-623.

¹⁰¹ Lina M. Khan, *supra* note 86, 1675-1676.

¹⁰² Lina M. Khan, *supra* note 8, 710.

¹⁰³ Herbert Hovenkamp, *supra* note 53, 593-594.

¹⁰⁴ *Id.* at 601-602.

位，並採取單純排除競爭者或是提高進入障礙的措施，即可採認非價格的因素認定違法），一方面固然可能降低證明違法的證據門檻，但可納入考量的價值面向一旦擴張，自然也可能增加判斷過程及決策結果的不確定性。

對於 Hovenkamp 教授而言，「行家」的反托拉斯堅持正當程序、講求證據，由於反托拉斯訴訟的原告通常需負舉證責任，以致會出現系統性的阻卻不足，只要調整舉證責任的分配即可適當調整（例如在結合管制的情形，降低推定違法的集中度門檻）¹⁰⁵。但新布蘭迪斯學派所關心的，應是消費者福利標準背後所隱含的意識形態——把市場自我修正功能從假設昇華至信念。其認為芝加哥學派對於市場運作的想像過於簡單而美好，於是做了過多「相信市場」的推定，相對地認為執法者的錯誤無法「自我修正」而較為嚴重。其結果，大多數的行為採取「合理原則」審查，並將過多的舉證成本加諸政府或民事訴訟的原告，經濟上的舉證要求也造成訴訟成本高昂。另外則對於傷害「競爭者」的行為視而不見，僅要求市場的結果並非不利消費者；關此，新布蘭迪斯學派引用 1988 年第九巡迴上訴法院 *Hasbrouck v. Texaco* 案，認為「對於競爭的傷害必然至少包括了對於某些競爭者的傷害」，而競爭就是「由競爭者之間的敵對關係所構成」¹⁰⁶，是以競爭法自然會檢視這些傷害競爭者的行為，是否影響了應有的競爭關係。

支持消費者福利標準的哈佛大學法學院 Einer Elhauge 教授，贊同新布蘭迪斯學派前述指摘：舉證責任過度偏袒被告，造成程序成本過高，以及反托拉斯有系統性的執行不足。與 Hovenkamp 教授不同的是，Elhauge 教授認為反托拉斯太過專業，而使一般人民甚至法官都無法理解，導致反托拉斯的執行無法獲得公眾支持，是執行不足的原因所在。因此，其認為解決之道在於，反托拉斯應該更加倚賴「當然違法」的法則——只要其錯誤的成本少於「合理原則」，而反托拉斯的專業應該致力於形成易於理解的法則，讓法官及陪審團更容易理解那些法則在多數情況能夠極大化消費者福利¹⁰⁷。

¹⁰⁵ *Id.* at 626-628.

¹⁰⁶ Lina M. Khan, "The Ideological Roots of America's Market Power Problem," *127 Yale Law Journal Forum*, 973 (2018). 將競爭理解為如競賽中的敵對 (rivalry) 關係，可溯自古典經濟學的競爭概念，其重要的條件包括：參與者須擁有充分的產業訊息，並有不受妨害的競爭自由等，而相關特性則為新古典經濟學所忽略，參見莊春發，前揭註 16，76-80。

¹⁰⁷ John Briggs, "An Interview with Einer Elhauge," 6th Bill Kovacic Antitrust Salon: Where is Antitrust Policy Going?, *Concurrences & George Washington University Law School* (2018),

Elhauge 教授所指出強化反托拉斯的「路線」，其實與新布蘭迪斯學派有共通之處：必須藉由適用相對明確的法則（rule），減少透過較模糊的標準（standard）進行「合理原則」審查的情形，以簡化限制競爭行為的證明方法，並減少其程序成本及不確定性。然而，Elhauge 教授認為消費者福利作為目標沒有問題，僅需調整其適用形式，新布蘭迪斯學派則是從實質面下手，納入保護更多的「法益」，俾利法則或標準的形成與明確。

本文認為，消費者福利標準在執行上所觀照的面向不足，應該才是重點，因為其從競爭的結果判斷行為的合法性，由於涉及結果的預測，其困難及不確定性才是「法則」無法形成的原因。以 Hovenkamp 教授為代表的新哈佛學派，其實已經盡力透過較為明確的標準（例如 Areeda-Turner test），減少執行面的困難，也緩和了芝加哥學派的保守意識型態，而舉證責任的分配雖然重要，但無法根本解決問題，且似乎只是把問題轉移到舉證責任分配的準則。總之，相較於民粹主義的多元利益標準，消費者福利較為「明確可操作」的說法，似已難以成立，至少可說雙方各有所擅。

有關反對「經濟分權」、「產業自由」、「維護民主」等價值作為違反反托拉斯目的，另一個從「實質面」出發的理由為：相較於其他法律和政策工具，反托拉斯較不適合達成這些政策目標¹⁰⁸。例如：關於巨型企業對民主的威脅，應從政治獻金管制、反貪機制及公民權保護等政策著手，對於工資與所得問題應循就業及所得重分配政策處理，對於勞工的壓迫有勞工政策更適合解決問題等等。上述說法固有其理，但似未能正面回答：既然休曼法乃至後續立法的立法原旨未能完全排除前述「消費者福利」以外的價值，其究竟是否屬於反托拉斯政策的一環？受保護的範圍及方式為何？欲回答這些問題，應尚須探討市場競爭如何影響這些價值的實現，以及前述公共政策工具如何與市場機制互動等議題。

四、比較評析

經以上介紹，不難發現二學派皆從政治與經濟相互依存，以及市場競爭須在法律所建構與維護的制度之下運作的理論預設之下，開展其競爭政策。其核心精神皆

https://www.concurrences.com/IMG/pdf/gwu_2018_-_speakers_interviews.pdf?54267/e1c062016b68dc04788f5b88dfc295cbadf78ef, last visited on date: 2021/4/1.

¹⁰⁸ Carl Shapiro, *supra* note 54, 746.

在於個人自由及自主，雖各有所著重之面向，惟彼此並不矛盾，且在時代發展上一前一後，實有可互補之處。本小節比較及評析二學派對於競爭法之目的論後，再回頭檢視我國公平法之立法體系與若干實務操作。

（一）競爭與民主的關係

新布蘭迪斯學派對於民主，係以布蘭迪斯大法官維護個人自主以及小企業得以發展的產業自由為基底，加以關於經濟力量與政治力量聯繫之新進研究，而秩序自由主義則是從威瑪及納粹時代的經驗出發，而發展了對於經濟秩序的獨特觀點。

二者的共通點，在於認為競爭政策應該作為私人經濟力量的制衡，對於產業的集中化應採取一定的預防或管制措施，主要表現在其對於結合的嚴格觀點以及結構矯正措施的肯定態度。然而，新布蘭迪斯有關經濟民主與經濟分權的主張，其理論圖像似仍不夠清晰，仍須再觀察其對於結合審查標準之具體主張。秩序自由主義所提出消費者選擇作為經濟運作的「票決程序」，對於所謂的「經濟民主」則有一定的啟示作用。具體而言，消費者對於產品及服務的選擇與消費行為，如同生產者的生產決策行為，都會影響社會中有關環境、勞動、食品安全或資訊平台使用者的資訊隱私等公益，在具有外部性、規模經濟、網路效應等經濟因素運作的情形尤其如此，凡此都是所謂市場機制的一部分。然此一「經濟票決」之比擬在競爭法上的具體意義為何，可能須在具體經濟領域及個案上，考慮競爭政策與公共政策介入經濟自主運作的程度與二者的互動關係，從事更進一步的研究。

（二）競爭法之目的論

1. 經濟自由作為競爭秩序的一環

秩序自由主義所謂「競爭秩序」的基礎在於「經濟自由」，主要包括生產者的「競爭自由」以及消費者的「選擇自由」。而新布蘭迪斯學派所謂「經濟自由」則表現在對於競爭結構及產業民主的保護，具體而言則是經濟機會的公平，也包括競爭自由在內。由此觀之，新布蘭迪斯對於反托拉斯法之目的設定，較秩序自由主義為廣。

必須強調的是，二者均非拒卻效率在競爭法上的地位。秩序自由主義認為效率是競爭秩序之所以能夠實現及正當化自由社會的重要手段，但是經濟自由以及競爭秩序與民主體制彼此相維，其本身即是目的，而效率只是手段、是競爭秩序所生的「副產品」。新布蘭迪斯學派雖未對於效率的重要性多所著墨，但也是強調對於競爭過程之保護自然會帶來有效率的結果。差別在於，秩序自由主義將效率納入民主正當性的元素之一，只是其考慮須劣後於經濟自由。

2.保護對象之議題：「競爭者」或「市場參與者」

雖然二個學派都強調對於競爭的保護，但是從上述經濟自由定義的廣狹，在操作上會產生重要的差異。新布蘭迪斯學派認為，對於競爭過程的保護應及於所有的市場參與者，包括消費者、上下游競爭事業以及勞工之經濟自由與機會公平等利益，並以私經濟力量的分散為其目標。在具體操作上，如此寬泛的保障目的似可能陷於保障範圍過廣或違法標準難以形成的困境。惟其強調觀察市場行為對於市場結構及進入障礙等競爭過程要素的傷害，似仍以競爭自由及市場競爭性的維持為首要任務。

反觀秩序自由主義則以競爭自由作為競爭秩序的核心，雖亦強調消費者的選擇自由，但其意義於存在競爭自由而確保市場多元性之前提下，應在於確保生產及消費不受國家干預，俾利個體自由選擇以得出有效率的市場結果。值得一提的是，二者對於競爭自由的保護，其目的都是維護競爭過程，此亦從秩序自由主義強調「效能競爭」及「妨礙競爭」的分野可資說明：在前者情形並無限制競爭問題；在後者情形，保護競爭者即等同保護競爭。

3.競爭法的保護範圍與利益權衡：以競爭自由為核心

無論是秩序自由主義、新布蘭迪斯學派甚至芝加哥學派，都會聲稱「競爭」是其所保障的核心價值，惟差別在於其保障途徑及終極目的為何。前二者都以競爭者的競爭自由（事業參與競爭的機會）作為競爭的核心事項。秩序自由主義並將經濟自由與其他經濟相關因素（例如效率、市場多元性或競爭者以外市場參與者之其他福祉等），給予輕重不同的利益權衡權重。

關於具體適用標準，相對於消費者福利標準係以競爭行為的效果為斷，秩序自由主義以傷害競爭自由所涉程序性價值之行為，因其損害競爭秩序的情形已經明

顯，因此不必再證明其限制競爭效果，除非行為人能證明可達成其他更為優越的價值（redeeming values），否則即屬違法。準此，秩序自由主義的論理可作為歐盟法院所採「目的限制競爭」（restriction by object）的理論基礎¹⁰⁹。另一方面，新布蘭迪斯學派所提出的「有效競爭標準」也提出「違法推定」（presumption of illegality）的作法，而支持消費者福利標準的哈佛大學 Elhauge 教授也認為應該增加以理論形成規則的當然違法操作（per se rules），似可窺見競爭法改革「回到規則」的傾向。

綜上，二學派分別著重於競爭自由以及市場力及其運用對於經濟結構的影響，相較於芝加哥學派以消費者福利為標準的操作，競爭法的保護對象與範圍較大，以及執法的標準較嚴、發動的門檻較低，都有明確的主張，而有待實務操作或立法形成。相關實例除本文已提及秩序自由主義可作為歐盟實務的理論基礎外，新布蘭迪斯學派並認為：限制競爭行為若損害競爭者，不能以消費者或整體經濟效率之利益而合理化，且垂直限制競爭行為不應享有合法推定¹¹⁰。將反托拉斯的保護對象擴及於消費者、生產者以及勞工等整體經濟結構，使其推崇 1950 年反結合法（Anti-merger Act，又稱 Celler-Kefauver Act）對於經濟結構的思考與立法精神，主張對於較大規模的結合（例如市值超過 60 億美金者）採取推定違法模式，且相對於要求釋出部分事業（divestiture）之附條件許可，更傾向採取禁止結合之管制手段¹¹¹。

（三）秩序自由主義在我國法之繼受與發展

1. 立法經過與立法目的之探討

廖義男教授從憲法第 15 條及第 22 條導出人民的經濟活動自由以及競爭自由，形成憲法所認許之競爭秩序，並透過憲法第 144 條及第 145 條之解釋，導出國家積極規整與維護競爭秩序之任務，帶有濃厚之秩序自由主義色彩¹¹²；其所擬公平法草案第 1 條：「為維護有效之營業競爭秩序，確保營業競爭行為之自由及正當，促進國民經濟之繁榮及安定，並保護市場上競爭之企業、交易之相對人、以及消費者大

¹⁰⁹ Elias Deutscher & Stavros Makris, *supra* note 28, 205-206.

¹¹⁰ Tim Wu, *supra* note 78; Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *supra* note 70, 609-610.

¹¹¹ Tim Wu, *id.*; Tim Wu, *supra* note 58, 127-129; Lina M. Khan & Sandeep Vaheesan, *supra* note 81, 287-291.

¹¹² 參見廖義男，「憲法與競爭秩序之維護」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自版，4-8（1995）；吳秀明、楊坤樵，前揭註 12，270。

眾之利益，特制定本法。」明確指出該法應保護之法益¹¹³，乃其上述主張之具體呈現。惟最後通過者為經濟部版草案，其於第 1 條將廖教授版本中「競爭秩序」改為「交易秩序」，與「消費者利益」並列，並刪去「保護市場上競爭之企業、交易之相對人」，不易確認是否不採秩序自由主義之觀點。

如本文前言所述，立法之後我國學說對於公平法第 1 條之解釋方向容有爭議。惟該法結合審查之內容係「整體經濟之利益」大於「限制競爭之不利益」，而聯合行為許可之要件係「有益於整體經濟與公共利益」，且包括促進中小企業經營之規定。凡此設置延續至今，均顯示我國法制並非僅採消費者福利作為唯一之目的。至於「限制競爭之不利益」，可參照 104 年 2 月 4 日施行之同法第 20 條第 3 款，對於「以低價利誘或其他不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為」而有「限制競爭之虞」者之規定，學說及實務亦認為適用上毋須考量消費者福利¹¹⁴，應係藉由保護競爭自由而維護競爭秩序，消費者充其量為間接、或有地受到保護¹¹⁵。

由上可見，我國法制之立法目的雖兼容並蓄，惟在體例上帶有一定之秩序自由主義色彩。

2. 相關實務操作

按秩序自由主義理解下之競爭秩序，以競爭者之競爭自由及消費者之選擇自由為核心，我國實務上結合審查對於「整體經濟利益」之操作，即包含此等競爭秩序之內涵。以公平交易委員會對於有線電視相關事業之規範說明第 6 點為例，「數位匯流發展與競爭」及「跨平臺產業之競爭」屬於「競爭自由」，「提供消費者多元選擇」及「節目內容多元化」則屬「選擇自由」之範疇，而以上均為審酌「整體經濟之利益」時，予以著重考量之要素。在個案決定上，亦可舉家福股份有限公司與

¹¹³ 參見廖義男，「廖義男草擬之公平交易法草案總說明及條文」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自版，385-386（1995）。

¹¹⁴ 至於該條文所參考之德國法規定，以保護受處罰者之競爭事業為目的，更為明確。參見王銘勇，「論低價利誘或其他不正當阻礙競爭者參與或從事競爭行為」，公平交易季刊，第 24 卷第 4 期，31-70（2016）。

¹¹⁵ 自我國憲法上之競爭自由，以及所衍伸出「競爭保護」作為憲法上公共利益，亦應可得出類似結論，參見詹鎮榮，前揭註 43，8-10。

惠康百貨股份有限公司結合案為例，其不禁止決定中關於保障中小型供應商之競爭地位及確保產品多元性之著重，亦分別可認屬「競爭自由」及「選擇自由」之體現¹¹⁶。

五、結論

平心而論，競爭法之目的為何，應反映各國社會對於市場經濟運作所追求，以及在該過程中所欲維護及保存之價值¹¹⁷。然而不可否認的是，在自身及國際施行的經驗中，對於競爭法制與市場表現之間關係的認知，也會影響目的之選擇。美國反托拉斯的重要法律學者 Herbert Hovenkamp 及經濟學者 Carl Shapiro，對於新布蘭迪斯學派不約而同提出的質疑是：以非經濟效率之目的操作反托拉斯法將會損害競爭，導致更高的價格或較低的品質及產量，甚至以經濟發展作為代價¹¹⁸。相對於現今著重於競爭結果之消費者福利標準，秩序自由主義及新布蘭迪斯學派皆以保護競爭自由及市場結構為首要之務。至於競爭結構與競爭結果乃至經濟表現之間的關係，究竟支持何者之說法，則有待實際資料之檢驗。

我國公平法係因應貿易國際化以及新自由主義的浪潮而生，惟在體例上帶有秩序自由主義色彩，法制發展上也與歐洲較為相近。施行近 30 年以來，在發展上兼受歐美法制及思潮之影響，且歷經自由化與全球化的洗禮，我國逐漸走向巨型企業與中小企業並存的經濟體¹¹⁹。值此歐美政經體制皆面臨全球與區域經濟整合盛極而衰之時刻，歐盟競爭法原欲與美國法接軌，卻漸呈自主發展之勢，而美國因經濟情勢，同時出現檢討芝加哥學派典範的聲浪。就秩序自由主義之發展而言，就憲法基本權

¹¹⁶ 參見 2010 年 12 月 10 日公平交易委員會公結字第 109002 號結合案件決定書。

¹¹⁷ Ariel Ezrachi, "EU Competition Law Goals and the Digital Economy," *17/2018 Oxford Legal Studies Research Paper*, 19 (2018), <https://ssrn.com/abstract=3191766>, last visited on date: 2021/4/1.

¹¹⁸ Herbert Hovenkamp, *supra* note 53, 620; Carl Shapiro, *supra* note 54, 745.

¹¹⁹ 參見林宗弘、胡伯維，「進擊的巨人：台灣企業規模迅速成長的原因與後果」，收錄於：李宗榮、林宗宏，未竟的奇蹟：轉型中的台灣經濟與社會，初版，中央研究院社會學研究所，258-260（2017）；謝斐宇，「從頭家島到隱形冠軍：台灣中小企業的轉型，1996-2011」，收錄於：李宗榮、林宗宏，未竟的奇蹟：轉型中的台灣經濟與社會，初版，中央研究院社會學研究所，346（2017）。

相關規定與公平法制之實踐非無一定之基礎，且有深化的空間。從而，我國競爭法似宜持續觀察歐美法制演進，因應自身政經體制，審度法制之目的及發展方向¹²⁰。

¹²⁰ 新布蘭迪斯學派論及電信、能源、金融、交通等產業集中的情況，這些產業屬於管制產業的範疇，而我國和美國之產業管制容有差異。然而，其對於反托拉斯的清楚意識，是作為市場結構與競爭環境的「部分」而非「全部」解方，並強調反托拉斯無法解決所有經濟問題。相對地，其對於經濟力集中，認為應透過政府及各州之各部門的管制手段，來達成「反壟斷」（anti-monopoly）的目標，而反托拉斯為其中重要的一環。See Lina M. Khan, *supra* note 66, 131-132; Tim Wu, *supra* note 58, 22-23. 在我國法制的脈絡之下，本文認為可參考其反省反托拉斯核心精神的思維，在競爭機制在產業管制中也是重要政策工具之領域，應也有一定啟發。

參考文獻

中文部分

- 王銘勇，「論低價利誘或其他不正當阻礙競爭者參與或從事競爭行為」，公平交易季刊，第 24 卷第 4 期（2016）。
- 石世豪，「立法目的及法律適用」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 吳秀明、楊坤樵，「憲法與我國經濟部門之基本秩序」，收錄於：蘇永欽，部門憲法，初版，元照出版公司（2006）。
- 林宗弘、胡伯維，「進擊的巨人：台灣企業規模迅速成長的原因與後果」，收錄於：李宗榮、林宗宏，未竟的奇蹟：轉型中的台灣經濟與社會，初版，中央研究院社會學研究所（2017）。
- 胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司（2019）。
- 張長樹，「公平交易法之基礎」，收錄於：賴源河，公平交易法新論，2 版，元照出版公司（2002）。
- 莊春發，「美國反托拉斯立法目標的研究」，收錄於：氏著，反托拉斯經濟學論集（上冊），初版，瑞興圖書公司（2002）。
- 莊春發，「論競爭」，收錄於：氏著，反托拉斯經濟學論集（上冊），初版，瑞興圖書公司（2002）。
- 陳銘祥，「布蘭迪斯大法官—民眾的律師、社會的法官」，月旦法學雜誌，第 63 期（2000）。
- 詹鎮榮，「公平交易委員會之獨立正當性及監督」，收錄於：中華民國憲法學會民國 109 年學術研討會會議論文集，初版，社團法人中華民國憲法學會（2020）。
- 廖義男，「公平交易法修正之重點與理由」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自版（1995）。
- 廖義男，「廖義男草擬之公平交易法草案總說明及條文」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自版（1995）。
- 廖義男，「憲法與競爭秩序之維護」，收錄於：氏著，公平交易法之理論與立法，初版，自版（1995）。

謝長江，「從比較法論法院在競爭法案件中的經濟分析取徑—以歐盟與美國之獨家交易協議案件為例」，公平交易季刊，第 27 卷 2 期（2019）。

謝斐宇，「從頭家島到隱形冠軍：台灣中小企業的轉型，1996-2011」，收錄於：李宗榮、林宗宏，未竟的奇蹟：轉型中的台灣經濟與社會，初版，中央研究院社會學研究所（2017）。

顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發，初版，元照出版公司（2014）。

蘇永欽譯，Wolfgang Fikentscher 著，國際政治之集團與獨占，初版，臺北，幼獅文化公司（1981）。

外文部分

Ahlborn, Christian & Grave, Carsten, “Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective,” 2(2) Competition Policy International (2006).

Akman, Pinar, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 1st ed., Hart Publishing (2012).

Anchustegui, Ignacio Herrera, “Competition Law through an Ordoliberal Lens,” 2 Oslo Law Review (2015).

Behrens, Peter, “The ‘Consumer Choice’ Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact Upon EU Competition Law,” 1/14 Europa-Kolleg Hamburg Discussion Paper (2014).

Behrens, Peter, “The Ordoliberal Concept of ‘Abuse’ of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU,” 10th ASCOLA Conference Tokyo 2015: Abuse Regulation in Competition Law - Past, Present and Future, Academic Society for Competition Law & Meiji University (2015).

Biebricher, Thomas & Vogelmann, Frieder, “Introduction,” in: Biebricher, Thomas & Vogelmann, Frieder (eds.), The Birth of Austerity German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism, 1st ed., Rowman & Littlefield Publishers (2017).

- Brandeis, Louis D. & Fraenkel, Osmond K., *The Curse of Bigness: Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis*, 1st ed., Viking Press (1934).
- Briggs, John, “An Interview with Einer Elhauge,” 6th Bill Kovacic Antitrust Salon: Where is Antitrust Policy Going?, Concurrences & George Washington University Law School (2018).
- Calabresi, Steven G. & Leibowitz, Larissa C., “Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism,” *36 Harvard Journal of Law & Public Policy* (2013).
- Calvani, Terry & Siegfried, John J., *Economic Analysis and Antitrust Law*, 1st ed., Little Brown & Co. (1979).
- Chavance, Bernard, *Institutional Economics*, 1st ed., Routledge (2009).
- Crane, Daniel A., “Antitrust’s Unconventional Politics,” *104 Virginia Law Review Online* (2018).
- Deutscher, Elias & Makris, Stavros, “Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus,” *11(2) Competition Law Review* (2016).
- Ezrachi, Ariel, “EU Competition Law Goals and the Digital Economy,” *17/2018 Oxford Legal Studies Research Paper* (2018).
- Fox, Eleanor M., “Against Goals,” *81(5) Fordham Law Review* (2013).
- Fox, Eleanor M., “The Efficiency Paradox,” in: Pitofsky, Robert (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, 1st ed., Oxford University Press (2008).
- Frazer, Tim, *Monopoly, Competition, and the Law*, 2nd ed., Harvester Wheatsheaf (1992).
- Gellhorn, Ernest, Kovacic, William & Calkins, Stephen, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 5th ed., West Academic Publishing (2004).
- Gerber, David J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, 1st ed., Oxford University Press (1998).
- Gerbrandy, Anna, “Rethinking Competition Law Within the European Economic Constitution,” *57(2) Journal of Common Market Studies* (2019).
- Grullon, Gustavo, Larkin, Yelena & Michaely, Roni, “Are U.S. Industries Becoming More Concentrated?” *19-41 Swiss Finance Institute Research Paper Series* (2018).

- Hien, Josef & Joerges, Christian, “Dead man walking? Current European interest in the ordoliberal tradition,” 24(2-3) *European Law Journal* (2018).
- Hovenkamp, Herbert, “Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?” 94(2) *Notre Dame Law Review* (2019).
- Khan, Lina M., “Amazon’s Antitrust Paradox,” 126 *Yale Law Journal* (2016).
- Khan, Lina M. & Vaheesan, Sandeep, “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and its Discontents,” 11(1) *Harvard Journal of Law & Public Policy* (2017).
- Khan, Lina M., “The Ideological Roots of America's Market Power Problem,” 127 *Yale Law Journal Forum* (2018).
- Khan, Lina M., “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate,” 2 *Journal of European Competition Law & Practice* (2018).
- Khan, Lina M., “The End of Antitrust History Revisited,” 133 *Harvard Law Review* (2020).
- Kovacic, William & Shapiro, Carl, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking,” 14(1) *Journal of Economic Perspectives* (2000).
- Lianos, Ioannis, “Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law,” 3/2013 *CLES Working Paper Series* (2013).
- Maier-Rigaud, Frank, “On the Normative Foundations of Competition Law – Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete,” in: Zimmer, Daniel (ed.), *The Goals of Competition Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2012).
- Orbach, Barak, “Foreword: Antitrust’s Pursuit of Purpose,” 81 *Fordham Law Review* (2013).
- Orbach, Barak, “The Present New Antitrust Era,” 60(4) *William & Mary Law Review* (2019).
- Pitofsky, Robert, “Political Content of Antitrust,” 127(4) *University of Pennsylvania Law Review* (1979).
- Pitofsky, Robert, “Introduction: Setting the Stage,” in: Pitofsky, Robert (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, 1st ed., Oxford University Press (2008).

- Portuese, Aurelien, “Beyond Antitrust Populism: towards Robust Antitrust,” *40 Economic Affairs* (2020).
- Shapiro, Carl, “Antitrust in a time of populism,” *61 International Journal of Industrial Organization* (2018).
- Steinbaum, Marshall & Stucke, Maurice E., “The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust,” *87(2) University of Chicago Law Review* (2020).
- Talbot, Conor C., “Ordoliberalism and Balancing Competition Goals in the Development of the European Union,” *61(2) Antitrust Bulletin* (2016).
- Teachout, Zephyr & Khan, Lina M., “Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power,” *9 Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* (2014).
- Wardhaugh, Bruce, *Competition, Effects and Predictability: Rule of Law and the Economic Approach to Competition*, 1st ed., Hart Publishing (2020).
- Wils, Wouter P.J., “The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance,” *37(4) World Competition* (2014).
- Wu, Tim, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 1st ed., Columbia Global Reports (2018).

**A Preliminary Thesis on Non-efficiency Factors as Goals of Competition Law:
Inspiration from the Development of Ordoliberalism and the New Brandeis School**

Hsieh, Chang-Chiang*

Abstract

It can be observed from the evolution of competition policies that theoretical perspectives are always induced by different ideological trends. Furthermore, the goal of competition law is the most important and ever-present issue. Recently, theories that stand in contrast to the Chicago School, which regard economic efficiency or consumer welfare as the core, if not the only, goal of competition law, are gradually converging and gaining clout. In Europe, Ordoliberalism, in which the German Freiburg School has played an important role, has offered critical theoretical support for EU competition law. By basing its theory on economic freedom, even though Ordoliberalism is not totally against perspectives from the Chicago School, it places emphasis on considering additional factors besides economic efficiency or consumer welfare in competition law. On the other hand, the U.S. has turned its attention to the New Brandeis School, which has aimed to overthrow the paradigm of the Chicago School and whose impact cannot be ignored in American antitrust law, after nearly ten years of reflection on the gradual concentration of economic power in the titan enterprises. It is their opinion that the original intent of the Sherman Act is to be restored and that the oppression emanating from the gigantic businesses on the democratic society and political economy needs to be countered. This contribution hopes to add new momentum to the development of our competition policy by examining the related theoretical literature and performing comparative analyses.

Instead of sheer coincidence, the similarity or convergence of perspectives between Ordoliberalism and the New Brandeis School should be deemed to result from the insufficiency of the exclusive regard of the Chicago School for consumer welfare with thoughts of “let the economic be economic” and overlooking the real impacts on various

Date submitted: May 10, 2021

Date accepted: July 26, 2021

* PhD student, College of Law, National Taiwan University; MA in Economics, National Taiwan University; LLM, National Cheng-Chi University; LLM, Tilburg Law School; longriver@gmail.com.

societal aspects caused by economic activities. The Ordoliberal conception of competition, which has economic freedom as its core, is linked to political freedom and, to a certain extent, social justice. As for the New Brandeis School, which bases its fundamental theory on the connection between economic and political power, the scope of competition policy naturally stretches beyond the so-called economic efficiency.

After introducing the aforementioned thoughts on competition policy, this article will engage in a comparative analysis in order to explore the relationship between competition and democracy, and how competitive freedom is situated at the core of competition policy and influences practical legal application. Examples in our legislative process, academic discourses, and legal practice will also be provided to demonstrate the Ordoliberal influence herein. It follows that the thoughts on competition policy in this contribution bear local relevance and deserve further in-depth research.

Keywords: Consumer Welfare Standard, Economic Analysis, Economic Freedom, German Neo-Liberalism, Chicago School, Sherman Act.