

109 年委託研究報告 8

行為反托拉斯與消費者權益 之探討

公平交易委員會
中華民國 109 年 11 月

109 年委託研究報告 8

(PG10905-0039)

行為反托拉斯與消費者權益 之探討

受委託單位：江雅綺

研究主持人：江雅綺副教授(國立臺北科技大學智慧科技法律政策研究中心)

協同主持人：郭迺鋒教授、程法彰教授、黃子恬律師、
楊宗翰助理教授

研究期程：中華民國 109 年 4 月至 109 年 11 月

研究經費：新臺幣 74.3 萬元

公平交易委員會委託研究
中華民國 109 年 11 月

(本報告內容純係作者個人之觀點，不應引申為本機關之意見)

目 次

表 次.....	III
圖 次.....	IV
提 要.....	V
第一章 行為經濟學與競爭法之交錯.....	1
第一節 行為經濟學、公平概念與消費者保護.....	1
第二節 研究方法與資料搜集.....	7
第二章 行為經濟學於反托拉斯法發展.....	25
第一節 美國的競爭法論述.....	25
第二節 美國反托拉斯法經濟學發展.....	41
第三節 行為反托拉斯更實際的方法舉例.....	51
第四節 行為反托拉斯的重要文獻.....	76
第三章 行為經濟學、消費者保護與競爭政策.....	109
第一節 行為經濟學派之啟發與局限.....	109
第二節 行為經濟學與性別平等.....	114
第三節 行為經濟學對消費者政策之啟示.....	116
第四節 行為經濟學應用於競爭法制的議題分析.....	124
第四章 行為經濟學之競爭法案例說明.....	135
第一節 歐盟與美國反競爭類型案例.....	135
第二節 數位平台經濟之商業模式特性與競爭法議題分析.....	143

第三節	競爭法與消費者保護之交錯－英國能源市場中消費者行動為例	150
第五章	行為經濟學、消費者保護與競爭政策	158
第一節	我國競爭法之發展現況	158
第二節	以行為經濟學觀察我國競爭法之發展	159
附錄：專家會議重點摘要		171
參考文獻		178
(一) 英文文獻		178
(二) 中文文獻		187
摘 要		189
ABSTRACT		194

表 次

表 1-1	行為經濟學與消費者權益保護參考文獻.....	7
表 1-2	行為經濟學及消費者權益保護探討座談會議.....	23
表 2-1	行為偏誤列表.....	45
表 2-2	Microsoft(1998)vs Google 指控違反競爭法比較.....	53
表 2-3	Google 網路搜尋引擎：搜尋偏誤.....	71
表 2-4	The fable of entry.....	78
表 2-5	ROR after Leegin.....	83
表 2-6	行為反托拉斯總結.....	90
表 2-7	行為偏誤與反競爭市場類型.....	97
表 2-8	行為偏誤與成本模型.....	105
表 3-1	評估風險的偏見.....	118
表 3-2	牛群行為和資產價格泡沫.....	120
表 3-3	價格混淆.....	120
表 3-4	相同商品的賣方.....	121
表 5-1	公平交易委員會近四期季刊.....	161
表 5-2	Tor 與 Stucke 發表之期刊.....	162

圖 次

圖 2-1	極小化擴張樹(Minimum Spanning Tree).....	76
圖 5-1	美國競爭法百年演變圖.....	164
圖 5-2	美國獲益率趨勢圖.....	165

提 要

關鍵詞：行為經濟學、競爭法、消費者保護

一、研究緣起

本研究首先將整理經濟學與競爭法之間關係的歷史軌跡，由不同經濟學派的分析角度出發，分析不同的競爭法架構和執法重點。其次指出當行為經濟學對傳統經濟學的「理性」假設提出挑戰，也是行為經濟學對競爭法(公平交易法)提出的挑戰。尤其在當世界各國的競爭法框架、對新興的數位平台經濟已漸漸不敷使用，本研究希望藉行為經濟學的分析角度，並整理分析其他先進國家的競爭法執法案例，期可做為國內執法機關之參考，引注新經濟理論思維至公平交易法的實務，以保障消費者權益、並達到公平競爭的秩序、是為本研究主旨。

二、研究方法及過程

本研究之研究方法主要透過文獻分析法蒐集國內外相關資料，並輔以案例分析、專家座談進行研究。在研究步驟及架構中，研究團隊規劃首先整理不同時期的經濟學派與競爭法架構的發展，並以此為基礎爬梳經濟學與競爭法的關聯。其次透過解析行為經濟學理論之發展，進一步探討行為經濟學於反托拉斯法之發展及相關案例。

由於行為經濟學著重於個體於經濟決策時的有限理性，本研究將由行為經濟學切入公平交易法的架構與消費者權益保護，透過案例與理論的分析，進而論述行為經濟學理論下的消費者，反托拉斯法如何促進市場的公平競爭。

再者，研究團隊會以前述理論與案例分析，進而探討行為經濟學對上述問題的解方，並擬以相關案例及其執法機關之相關見解，提出公平交易

法就上述案例的適用參考準則。

最後，研究團隊呼應政府貫徹性別主流化的目標，從行為經濟學角度解釋女性經濟學之發展，並舉辦專家座談蒐集各界對於競爭法相關執法之建議，以提供政策建議與委辦單位參考。

三、重要發現

- (一) 彙整研析行為經濟學相關文獻，特別著重有關於行為人(消費者)各種行為偏誤態樣損失規避(loss aversion)、公平意識(fairness)等角度切入。
- (二) 透過本研究之盤點與分析，掌握相關案例的國際發展，並協助委託機關建立處理原則。尤其著重於整理外國競爭法主管機關對於行為經濟學理論所涉及在競爭法執法相關規範、案例與評估考量因素。
- (三) 經由本研究之探討，引進行為經濟學應用於競爭法執法的思考。讓「何謂公平」有新的意義與執法參考架構。
- (四) 針對行為經濟學所衍生之競爭法議題，從競爭法主管機關進行經濟分析與執法之角度，展示其具體操作或分析方式，並提供公平會在進行市場界定、裁罰設計與行為矯正或市場調查等實務運用上之意見。
- (五) 藉由本研究之執行，協助委託機關在兼顧公平競爭與消費者權益下，研議促進權益均衡的法制措施，有利於推動我國經濟與消費者權益保護之穩健成長。

四、主要建議事項

本研究報告整理了行為經濟學與傳統經濟學對競爭法的影響與議題變遷。整體而言，行為經濟學較偏重於個人(消費者)端的偏誤，對傳統經濟

學下重視市場結構與企業行為的反托拉斯法，提出了新的視野與補充。雖然目前行為經濟學可能更加適用於消費者保護的議題、而現有的經濟學分析架構尚未有明顯不足。但對於經濟學理論前沿的探索與分析，並以具體案例了解行為經濟學與傳統經濟學應用於反托拉斯法的差異，有助於我們了解現行執法潛在的不足、並做為未來因應新局的基礎。

(一)立即可行之建議

本研究建議持續關注行為經濟學之發展及其對競爭法之影響，充實未來反托拉斯法及消費者保護的理論與實務基礎。

我國近年來雖有學者倡議我國競爭法應加入行為經濟學的理論基礎，但是我國目前實務上尚未見主管機關與法院，明確以行為經濟學的理論作為立論基礎。就本研究案件文獻的蒐集來看，行為經濟學的邏輯論述似乎尚未真正具體落實在實務案件中。但若是以行為經濟學的角度加以論述，以歐盟目前的實務案件上來看，可能仍有相當程度的關聯性。在案件的歸類上，幾乎是屬於反競爭的類型，只有極少數是屬於消費者保護的類型。

目前不論是美國或是歐盟似乎並未有案件，直接明確適用行為經濟學的理論做為主要的論述基礎。誠如 Maurice E. Stuckey 在其文章中說明，美國競爭法的主管機關尚未擁抱此一理論。另外在 The Global Competition Law Center 其名為「行為經濟學與支配地位的濫用:由不同角度解讀歐盟運作公約第 102 條(Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law)」，其認為歐盟競爭法相關規範已經與行為經濟學的理論加以整合，但是本研究認為比較持平地來看，倒不如說歐盟對於違反競爭法的行為解釋較有彈性，是否歐盟競爭法相關規範已接受行為經濟學的理論，容或有斟酌的空間。

以掠奪性價格的議題而言，傳統經濟學認為當行為人訂定低於成本的

掠奪性價格時，其會預期長遠可得利益，因此若是在無法證明其損失的回補可能時，以前法院往往認為行為人掠奪性價格的指控不成立。該論者說明依據歐盟執委會的指導文件中，決定是否為掠奪性的濫用行為主要是在於低於成本價格的因素。因此，在歐盟的觀念中行為人是否其損失可回補並非討論的重點，行為經濟學的論者認為無回補可能的掠奪行訂價即是行為偏誤的類型，應該獲得競爭法的救濟。

搭售的市場地位濫用議題。在傳統經濟學認為搭售的問題主要是在於強迫消費者購買搭售的物品。歐盟對於搭售的議題在其 **Microsoft** 一案中，其認為即使微軟並未強迫消費者購買或使用，但是此種利用消費者的慣性所為的搭售，仍是違反競爭秩序的行為。所謂的「消費者慣性」即是行為經濟學上所謂的有限理性行為。

拒絕交易是文中提到的另一市場地位濫用議題。傳統經濟學主要考量的點是在於若是強迫其交易，對於具市場地位者投資意願所可能產生的不利影響。由於在歐盟較不討論對於具市場地位者投資意願所可能產生的不利影響，因而其所可能重視者，在於強迫他人交易行為人的行為偏誤類型本身。

不同於美國，歐盟對於具市場地位者所為的不合理價格與不公平交易情況，作出處分。其主要對於具市場地位者的消費者所受到的不合理對待加以處罰。在 **Tetra Pak's II** 一案中，歐盟執委會對高額的契約違約金加以處罰，其包含具市場地位者會利用消費者的認知偏見，進行「隱藏消費者支出」的商業模式，例如.5 後的高額後續費用。

至於收集個人資料後的大數據演算法本身，是否應受競爭法的規範甚或是利用行為經濟學的理论加以解釋，目前並無相關的案例可供參考，或許仍有待進一步的後續觀察。例如在經濟合作暨發展組織(OECD)在其

2017 年的演算法與共謀：數位時代下的競爭政策(Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age)中，就曾討論過演算法可能造成競爭秩序的威脅，但可惜的是，除非是大規模的利用演算法達到默契式的共謀，作者認為法規的介入有可能造成競爭秩序的負面影響，因此必須多方深入考量，對可能的演算法默示共謀的反托拉斯政策處理上應結合各方合作(競爭秩序、消費者保護、個人資料保護以及機器深度學習的專家)，並謹慎為之。在該篇論文中，作者提出若是要演算法的議題，納入競爭秩序的反托拉斯行為類型中，在現行的法規範架構下，對於合意以及默契式的共謀可能要有更清楚的界定。

目前行為經濟學仍主要用於第一級-填補差距，這意味著，競爭法主管機關的任務或執行方式沒有任何重大變革。而行為經濟學強調的見解(即消費者並不總是做出最佳決策而公司並不總是使利潤最大化)，也不是新事物，行為經濟學提供了一種看待某些事物的新方法問題，並增加了對決策如何無法達到最佳狀態以及市場如何形成新認識可能無法導致有效的結果。因此，行為經濟學可以被視為非常重要的實用工具包，用於思考人員、公司和市場的實際行為。

例如即使在像能源這樣看似單純的市場中，因為無論誰提供產品，產品都是一樣的(如：電力)，消費者的選擇也不是那麼簡單。政策需要考慮消費者(和企業)在市場中的真實反應方式，因此，調查、實驗和市場分析得出的研究結論，可為避免政策不良後果的風險，提供重要指導。而行為經濟學，也可以為公平競爭與消費者保護之平衡，貢獻其研究成果。

(二)長期性建議

本研究建議持續關注行為經濟學之發展及其對競爭法之影響，充實未來反托拉斯法及消費者保護的理論與實務基礎。

國內公平交易委員會洪財隆委員於 2019 年公平交易通訊，說明從競爭法發展趨勢、行為經濟學偏誤、到行為反托拉斯的過程，並對於現今的市場界定、供給面逐漸轉變為需求面、廠商與消費者之間產生許多的疑慮，認為如何在既有的「現狀偏好」、「損失規避」等行為概念下，探討「公平意識」(fairness)是目前值得關注的議題。此外，從公平交易委員會近四期季刊，從 2017 年聯合行為、歐盟競爭法關於限制競爭協議、限制轉售價格與合理原則、違法聯合行為；2018 年雙邊市場、搭售、獨家交易；2019 年聯合行為之合意推定、歐盟競爭法關於垂直協議規範、掠奪性定價與電子商務、歐盟與美國之獨家交易協議案件、歐盟競爭法轉售價格維持、競爭法規範下之垂直封鎖、電子商務、轉售價格維持與演算法；及 2020 年搭售行為的法律與經濟分析，觀察台灣競爭法相關研究發展，了解我國對於案例判決都有初步的探討。

本研究提到兩位行為反托拉斯著名學者：Tor 和 Stucke。Tor 從進入市場、行為分析方法、了解行為反托拉斯法、反托拉斯的論證以及有限理性的探討；Stucke 則是從了解 21 世紀行為經濟於反托拉斯的發展情形、新反托拉斯實證主義、定義行為反托拉斯、重新思考反托拉斯目標、應用行為反托拉斯行為、探討反托拉斯與獨占市場之實際案例。

整個競爭法的演進與行為經濟學者的研究發展有著緊密的關聯，眾多的運動思潮也推著反托拉斯法的前進，因為歷史學者會從科技面、政策面等各面向探討，出現「大即是壞」。然而，不論美國口中的 Anti-Trust 還是歐盟口中的 Anti-Competition，反托拉斯法保護的是競爭的過程不是競爭者，如何維持競爭的過程且科技持續創新的社會，值得我們關注的議題。

整體而論，行為經濟學本質上是經驗主義的，並認為單純的理性假設有其漏洞，也加強了反托拉斯政策需要更多實證研究的主張，雖然行為經濟學者也承認，縱使有更多實證研究，行為經濟學可能最終無法提供一個系統性理論。但其等人主張行為經濟學更能解釋芝加哥學派所忽略或邊緣

化的行為，因此行為經濟學可能得協助主管機關重新評估古典經濟學分析認為不具限制競爭性但又有充足證據顯示並非如此的行為，例如在管制結合、併購與消費者保護等領域。

談到行為經濟學的啟示，行為經濟學在競爭法上之應用，和行為經濟學本身一樣，各有積極支持和不以為然的說法。支持者(pros)例如 Thomas Rosch(~2016)等學者;反對者(cons)則例如 J. Wright 等學者。

總結以上 OECD 報告與學者之看法，公平交易法主管機關可以在四個層面上考慮以下方面的影響：在公平交易法的範疇內，行為經濟學可以(1)填補理論上的空白；(2)嚴格檢視特定競爭模式所依據的假設理論；(3)重新審視三個基本競爭問題，以及(4)評估趨同/分歧的未來發展競爭法。

第一章 行為經濟學與競爭法之交錯

本章先行介紹本研究之主旨與釐清研究課題，次就研究方法進行分析，並且就本案於簽約決標日後至期末報告之研究進度，提出說明。

第一節 行為經濟學、公平概念與消費者保護

一、當傳統經濟學遇上行為經濟學派

傳統經濟學假設經濟人是理性的，以追求最大利益為前提，但是行為經濟學之父塞勒博士指出，人類並非完全理性，我們不如愛因斯坦聰明，也沒有苦行僧的自制力，而是有熱情有偏見有衝動的人類。我們會在發薪日去大血拚，還會因為股市短期獲利而影響判斷，所做的決定反而與經濟學家假設的標準性模型相去甚遠，更有甚者，這種不合理行為會造成嚴重的後果。因此，經濟的核心是人——可預測卻易犯錯的個人，我們需要的是以真實人類為主體的經濟模型，才能幫助個人、企業，以及政府做出更好的決定。

簡而言之，行為經濟學在經濟學之外、增加了心理學和人類學的視野，幫助人們了解經濟理論與實際市場、企業與消費者運作的差異。近年來行為經濟學不但在經濟學界崛起、也對法律和政策制定有相當大的影響。

二、何謂公平？

公平交易委員會委員洪財隆曾於一篇討論「比起獲得，人類更討厭失去？到底怎樣才叫公平」的專欄文章中指出，公平(fairness)既和平等(equality)密切相關，卻又不只是平等而已(即使結果平等也未必公平)，有些人強調程序面，有些人則認為實質公平比較重要，可說是眾說紛紜。在文章中，洪委員由行為經濟學、指出兩個探討「公平」概念的重要思考方向：

首先是主流經濟學強調公理演繹，為了符合內在邏輯一致性與更大的適用範圍，所以必然去脈絡化。而康納曼(D. Kahneman)的研究則指出，主流經濟學有關理性假設的內容，和人類行為的實際狀況不符(unrealistic)。特別是他認為，人類的思維方式深受「參照點」(reference point)和陳述方式所左右，此即「框架效應」(framing effect)，包括判斷哪些交易條件是否符合公平性也是如此。塞勒(R. Thaler)則進一步指出，人們對公平概念的理解，涉及「稟賦效應」(endowment effect)。稟賦效應指的是，一旦擁有特定事物或權利，就會更加看重，因為比起獲得，人們更加厭惡損失，所以通常不願輕易偏離現狀。

因此，在行為經濟學的角度下，洪委員重新定義何謂公平？並提出答案可能在於擁有理解他人情緒經驗的同理能力，才能正確判讀公平訊號，提出彼此都能接受的公平提議，最後促使協商與交易得以成局。

三、經濟學分析與競爭法管制策略

經濟學分析角度的變化，對競爭法的管制策略影響甚鉅。以美國反托拉斯法(Antitrust Law，又稱競爭法)為例，它起源自 1890 年制定的修曼法(Sherman Act)，說明保護消費者在市場競爭下不受市場壟斷組織的損害；1914 年通過克萊頓法(Clayton Act)和聯邦貿易法(Federal Trade Commission Act)更加保障消費者福利，但是，該時期法院審判並沒有一致的經濟分析基礎。

二戰之後，開始有哈佛學派(Harvard School)、芝加哥學派(Chicago School)，行為學派(Behavioral Approach to Antitrust)、反托拉斯民粹(Antitrust Populism)等，學派的演進也深受亞當史密斯的「國富論」及熊彼得的「創造性破壞」影響，使得競爭法的目標逐漸從消費者福利、靜態經濟效率逐漸兼容破壞性創新動態效率的考量。

1960 年至 1970 年間法院競爭法應用哈佛學派為主，Edward

Chamberlain、Edward Mason、Joe Bain 等多位經濟學者透過結構行為績效 (Structure-Conduct-Performance, SCP) 模型說明企業結構會影響企業的行為，及其經濟效率的好壞，也是用該模型評估企業是否違反競爭法原則。而 Hovenkamp 提出新哈佛學派(Neo-Harvard School)，但也延續哈佛學派加強反托拉斯法的實證基礎。

1970 年至 1980 年以芝加哥學派為主流，競爭法以經濟效率為解釋基礎之外，1978 年 Robert H. Bork 所著《反托拉斯的矛盾》「The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself」也大幅影響該時期，認為直接達成效率，不僅保護消費者，也提升消費者福利。

1981 雷根總統就任開始強調供給面經濟學，1984 年法官 Frank H. Easterbrook 提出反托拉斯法的有限性(The limits of Antitrust)奠定了後芝加哥學派(Post-Chicago School)代表反競爭法是完全理性的經濟邏輯，必須讓市場更開放，案件審理過程開始納入行為賽局理論及個體實證基礎，而新芝加哥學派(Neo-Chicago School)雖然支持後芝加哥學派的思想，1992 年賽局理論開始經常使用於競爭法案件中，但更重視經驗證據。

四、行為經濟學與消費者保護

於 1998 年 Richard Thaler、Cass R. Sunstein 以行為經濟學角度討論競爭法案，認為市場競爭消費者及廠商 CEO 並非完全理性，而是有限理性，不僅開始有行為經濟學觀點，也對消費者福利更加重視。而 Avishalom Tor 分別於 2002 年及 2011 年也說明有限理性對反托拉斯法範圍之外的市場行為和市場結果有深遠影響，也於 Leegin 一案之後提出於競爭法下維持轉售價(resale price maintenance, RPM)的新方法。

2011 年發表「Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin」說明理性原則(ROR)取代了長期存在維持轉售價格本身的規則，推翻垂直限制價格本身是非法一事，長期以來，學者們不斷爭

論 RPM 的優缺點，認為該作法將造成競爭與反競爭的結果，然而最高法院引用 ROR 分析取代了 RPM 傳統本質的違法，認為經濟證據表明這種做法有時會增強福利，對於有限的 RPM、逐漸消逝有限理性 RPM、行為實證架構的理性原則提出行為偏誤的問題存在，像是錨定效應(Anchoring)、損失規避(Loss Aversion)對於價格調整都有不同的決策，最後，對於 RPM 提供更充足的資訊、結構化的方法來分析 Leegin 案，該事件的審判更加奠定行為經濟學使用於競爭法的基礎。

行為法律經濟學家 Maurice E. Stucke 則於 2007 年發表「Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century」探討關於反托拉斯併購理論(Antitrust's Merger Theories)可能存在的矛盾或異常，檢視併購後情形，確認企業或機構的決策是否正確，重新對芝加哥學派進行實證檢驗，減少合併審查中誤報和正面判斷的可能性，可以更有效地執行反托拉斯法，提高合併審查程序的透明度。文中引述芝加哥學派 Ronald Harry Coase 曾經說過「沒有這種經驗性工作的受啟發的理論家也可能做得很好，但是我自己的感覺是，啟發最有可能來自系統性資料彙集所透露出的模式、困惑和異常所提供的刺激，尤其是在打破我們現有思維習慣的時候。」

藉此以此之矛，攻其之盾，也說明在動態的經濟變遷中，不能死守傳統靜態的思維，就目前遇到瓶頸的反托拉斯法而言，非常適合由聯邦政府在合併後審查企業，以提供可能有助於我們更加了解某些合併會大幅減少競爭的時機及原因。為減少如此不當的競爭行為時，必須打破現有的框架想想，去檢視反托拉斯法不明確及其模糊的地方。反觀現今社會，還是不斷存在合併的競爭行為，但由於企業於合併後，並未大幅提升售價，而企業的交易模式並未產生不當交易行為，促使「大就是壞」的民粹思維。為跨過既有思考模式，公共資料如何提供我們理解合併後會產生不利競爭的行為，必須有更公開的過程。

最後，行為經濟學對於反托拉斯法提出的，說明人的行為與古典經濟

學說明的有限理性、有限意志、有限自利是背離的，因為人不是一個微型處理器，通常不會參與某些理性選擇賽局理論(Rational-Choice Game Theories)下的多層次策略，說明個人在做決策時通常是倚賴經驗法則，是具有行為偏誤的，像是損失規避(Loss aversion)、稟賦效應(Endowment effect)、現狀偏誤(Status Quo Bias)、框架效應(Framing Effects)、可行性捷思法(Availability Heuristic)、過度自信(Overconfidence Bias)、後見之明(Hindsight Bias)。

有限意志則是指我們故意違反經濟利益行事；有限自利說明即使個人行為偏離財富最大化宗旨，個人也可能會按照某種宗教或社會公平準則向善，必須打破現有的框架，才能更有效的執行競爭法。

OECD 於 Use of Behavioral Insights Consumer Policy 推行眾多行為經濟的概念，像是資訊過度負荷(Choice/Information Overload)、預設及現狀效應(Default and Quo effect)、稟賦效應(Endowment Effect)、定錨效應(Anchoring)、框架效應(Framing)、促發效應(Priming effect)、過度自信(Overconfidence)、當下偏誤/短視(Hyperbolic Discounting/Myopia)、時間不一致性(Time-Inconsistency)、公平(Fairness)、社會規範(Social Norms)，說明有限理性下反托拉斯法執行的方法論。

2016 年美國川普總統就任、民粹意識抬頭、以及近年來，在數位轉型之平台經濟興起下，贏者全拿導引民粹思維「大就是壞」，反托拉斯民粹主義興起(Antitrust Populism 或是 Neo-Brandeisian Antitrust 或 Hipster Antitrust 或 Digital Antitrust)說明反競爭法目標不能以僅以效率或消費者福利來判別，且認為該判別方式將對新科技企業進入造成威脅。

Lina M. Khan 於發表中說明亞馬遜的反托拉斯矛盾(Amazon's Antitrust Paradox)及 New Brandeis School 認為智慧和價值應該受到重視；Carl Shapiro 的文章也顯示出競爭法有效保護市場公平競爭，但無法直接解決大公司的政治權力或其他公共政策目標，像是財富不均或是創造就業機會。

因此，競爭法的應用目標也逐漸從芝加哥學派的經濟效率逐漸轉向以熊彼得提出的創造性的破壞性，必須要以智慧財產權、勞動市場的經濟觀點為重。

五、研究主旨與問題意識

從以上經濟學與競爭法之間關係的歷史軌跡可知，由不同經濟學派的分析角度出發，自然得出不同的競爭法架構和執法重點。因此，當行為經濟學對傳統經濟學的「理性」假設提出挑戰，也是行為經濟學對競爭法(公平交易法)提出的挑戰。尤其在當世界各國的競爭法框架、對新興的數位平台經濟已漸漸不敷使用，行為經濟學的分析角度，重新認識何謂「公平」、藉此定義如何保障消費者權益、並達到公平競爭的秩序、正是本研究主旨

綜合以上研究方向之所述，本研究將達致以下之目的：

- (一) 彙整國內外學術及實務有關反托拉斯法涉及行為經濟理論、分析方法或工具之相關文獻。
- (二) 探討消費者在行為經濟學所稱之認知限制(cognitive limitations)、自我控制(self-control problems)，以及社會偏好(social preferences)等有限理性(bounded rationality)的情境下，可能衍生之行為反托拉斯議題與消費者權益。
- (三) 整理外國競爭法主管機關對於行為經濟學理論所涉及在競爭法執法相關規範、案例與評估考量因素。
- (四) 彙整研析行為經濟學相關文獻，特別著重有關於行為人(消費者)各種行為偏誤態樣損失規避(loss aversion)、公平意識(fairness)等角度切入。
- (五) 從競爭法主管機關進行經濟分析與執法之角度，展示紛爭個案中具體操作或分析方式，並提供公平會在進行市場界定、裁罰設計與行

為矯正或市場調查等實務運用上之意見。

第二節 研究方法與資料搜集

一、文獻分析

本研究團隊依據工作分項，將行為經濟學應用於消費者的視角，蒐集國內外關於行為經濟學於競爭法議題之應用。希冀透過蒐集重要國際機構與國內相關政策、學術研究報告資料，掌握國內外行為經濟學與競爭法應用之發展。

本研究初步彙整行為經濟學與消費者權益為探討核心的競爭法議題相關文獻臚列於本期中報告之「相關參考資料」，並整理部分參考文獻。摘要於下表：

表 1-1 行為經濟學與消費者權益保護參考文獻

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
1. 經濟學流派之參考文獻摘錄				
1-1	Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago	Daniel A. Crane	76 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW	2009
1-2	American Gothic: How Chicago School Economics Distorts 'Consumer Welfare' in Antitrust	Mark Glick	N/A	July 19, 2019
1-3	Antitrust and Economic History: The Historic	Mark Glick	N/A	April 26, 2019

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	Failure of the Chicago School of Economics			
1-4	Framing the Chicago School of Antitrust Analysis	Herbert J. Hovenkamp & Fiona Scott Morton	19(44) U OF PENN, INST FOR LAW & ECON RESEARCH PAPER	JANUARY 29, 2020
1-5	Antitrust Policy After Chicago	Herbert J. Hovenkamp	84 MICHIGAN LAW REVIEW	1985
1-6	Marrying Neo-Chicago with Behavioral Antitrust	Max Huffman	78 ANTITRUST LAW JOURNAL	June 6, 2012
1-7	The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate	Lina M. Khan	9(3) JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE	March 2018
1-8	US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective	Laura Phillips Sawyer	HARVARD BUSINESS SCHOOL WORKING PAPER	May 2019
1-9	Tendencies Versus Boundaries: Levels of Generality in Behavioral Law and Economics	Gregory Mitchell	56 VANDERBILT LAW REVIEW	July 2003

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
1-10	Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century	Thomas A. Piraino Jr.	82(2) INDIANA LAW JOURNAL	2007
1-11	Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking	William E. Kovacic & Carl Shapiro	14(1) JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES	February 26, 2004
2. 平台經濟之參考文獻摘錄				
2-1	The Role of Competition Policy in Protecting Consumers' Well-being in the Digital Era	Ariel Ezrachi & Agustín Reyna	THE EUROPEAN CONSUMER ORGANIZATION	N/A
2-2	Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service	European Commission	N/A	June 27, 2017
2-3	Amazon's Antitrust Paradox	Lina M. Khan	126 YALE LAW REVIEW	2017

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
2-4	Big Data and Competition Policy	Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes	OXFORD UNIVERSITY PRESS	2016
3. 論寇斯法律之參考文獻摘錄				
3-1	The Antitrust Consumer Welfare Paradox	Barak Y. Orbach	10(7) ARIZONA LEGAL STUDIES DISCUSSION PAPER	February 2011
3-2	Rethinking Antitrust in the Presence of Transaction Costs: Coasian Implications	Dennis W. Carlton & Bryan Keating	REV IND ORGAN	2015
3-3	The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy	Daniel A. Crane	79(3) Antitrust Law Journal	2014
3-4	Limits of Antitrust	Frank H. Easterbrook	63(1) TEXAS LAW REVIEW	August 1984
3-5	Robert Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself	Paul H. Brietzke	13 VAL. U. L. REV.	1979
3-6	Transaction Cost	Paul L.	18(1) Journal of	December

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	Economics, Antitrust Rules, and Remedies	Joskow	Law, Economics, and Organization	5, 2001
4. 論行為反托拉斯之參考文獻摘錄				
4-1	Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin	Avishalom Tor & William J. Rinner	UNIVERSITY OF HAIFA FACULTY OF LAW LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES	December 2009
4-2	Boundedly Rational Entrepreneurs and Antitrust	Avishalom Tor	62 ANTITRUST BULLETIN	2017
4-3	Expansion and Contraction in Monopolization Law	Avishalom Tor <i>et al.</i>	76 ANTITRUST LAW JOURNAL	2010
4-4	Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers	Avishalom Tor <i>et al.</i>	7(1) JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES	March 2010
4-5	Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing	Avishalom Tor	18 ANTITRUST	2003
4-6	Justifying Antitrust: Prediction, Efficiency,	Avishalom Tor	N/A	February 8, 2016

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	and Welfare			
4-7	Justifying Competition Law in the Face of Consumers' Bounded Rationality	Avishalom Tor	NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER	August 24, 2018
4-8	Nudges That Should Fail?	Avishalom Tor	N/A	November 21, 2018
4-9	Profit Maximization Versus Disadvantageous Inequality: The Impact of Self-Categorization	Avishalom Tor <i>et al.</i>	HARVARD PON WORKING PAPER	December 2004
4-10	Should Antitrust Survive Behavioral Economics?	Avishalom Tor	NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER	September 25, 2018
4-11	Social Comparison Before, During, and After the Competition	Avishalom Tor <i>et al.</i>	N/A	January 13, 2018
4-12	Some Challenges Facing a Behaviorally-Informed Approach to the Directive on Unfair Commercial Practices	Avishalom Tor	NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER	May 14, 2013
4-13	The Critical and	Avishalom	NUDGING -	2016

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	Problematic Role of Bounded Rationality in Nudging	Tor	POSSIBILITIES, LIMITATIONS AND APPLICATIONS IN EUROPEAN LAW AND ECONOMICS (K. Mathis & A. Tor eds.)	
4-14	The Market, the Firm, and Behavioral Antitrust	Avishalom Tor	NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER	June 23, 2013
4-15	The Methodology of the Behavioral Analysis of Law	Avishalom Tor	4 HAIFA LAW REVIEW	July 2008
4-16	The Next Generation of Behavioural Law and Economics	Avishalom Tor	NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER	April 8, 2014
4-17	The Price of Equality: Suboptimal Resource Allocations Across Social Categories	Avishalom Tor <i>et al.</i>	HARVARD PON WORKING PAPER	July 31, 2009
4-18	The Psychology of Competition: A Social Comparison Perspective	Avishalom Tor <i>et al.</i>	NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER	June 26, 2013
4-19	Understanding	Avishalom	NOTRE DAME	July 13,

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	Behavioral Antitrust	Tor	LEGAL STUDIES PAPER	2013
4-20	Behavioral Antitrust	Stephen Martin	1297 PURDUE UNIVERSITY ECONOMICS DEPARTMENT WORKING PAPER	2017
4-21	Behavioural Antitrust: A “More Realistic Approach” to Competition Law	Andreas Heineman n	EUROPEAN PERSPECTIVES ON BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMOICS	2013
4-22	Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin	Avishalom Tor & William J. Rinner	UNIVERSITY OF HAIFA FACULTY OF LAW LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES	December 2009
4-23	Behavioral Antitrust and Merger Control	Gregory J. Werden <i>et al.</i>	167(1) JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS	2011
4-24	Behavioral Antitrust and Monopolization	Maurice E. Stucke	8(3) JOURNAL OF COMPETITION	September 1, 2012

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
			LAW & ECONOMICS	
4-25	Behavioral Antitrust	Amanda P. Reeves & Maurice E. Stucke	INDIANA LAW JOURNAL	2011
4-26	Blind Spot: The Attention Economy and the Law	Tim Wu	ANTITRUST LAW JOURNAL	March 26, 2017
4-27	Marrying Neo-Chicago with Behavioral Antitrust	Max Huffman	ANTITRUST LAW JOURNAL	June 6, 2012
4-28	Misbehavioral Economics: The Case Against Behavioral Antitrust	Joshua D. Wright & Judd E. Stone	CARDOZO LAW REVIEW	April 2012
4-29	A Look at Behavioral Antitrust From 2018	Max Huffman	CPI ANTITRUST CHRONICLE	January 2019
4-30	The Empty Promise of Behavioral Antitrust	Alan Devlin & Michael Jacobs	HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY	2013
4-31	The Implications of Behavioral Antitrust	Maurice E. Stucke	192 UNIVERSITY OF TENNESSEE LEGAL STUDIES	2012

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
			RESEARCH PAPER	
4-32	The Quest for Behavioural Antitrust	Luca Arnaudo	2(2) THE DOVENSCHMIDT QUARTERLY	2013
4-33	Understanding Behavioral Antitrust	Avishalom Tor	NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER	July 13, 2013
5. 消費者保護之參考文獻摘錄				
5-1	Do we (still) know what we are protecting?	Laura Parret	TILEC DISCUSSION PAPER -TILBURG UNIVERSITY	April 2009
5-2	How to Economize Consumer Protection	N/A	ANTITRUST SOURCE - AMERICAN BAR ASSOCIATION	February 2018
5-3	Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust	Joshua D. Wright <i>et al.</i>	ARIZONA STATE LAW JOURNAL	2019
5-4	The Antitrust Consumer Welfare Paradox	Barak Y. Orbach	10(7) ARIZONA LEGAL STUDIES DISCUSSION PAPER	February 2011
5-5	The Chicago School's	John B.	UNIVERSITY OF	2009

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, not Efficiency	Kirkwood & Robert H. Lande	BALTIMORE LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER	
5-6	The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct	John B. Kirkwood	13(10) SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW LEGAL PAPER SERIES	2013
5-7	The Evolving Populisms of Antitrust	Sandeep Vaheesan	93(2) NEBRASKA LAW REVIEW	2014
5-8	The Federal Trade Commission and the Future Development of U.S. Consumer Protection Policy	Timothy J. Muris	GEORGE MASON UNIVERSITY LAW AND ECONOMICS WORKING PAPER SERIES	May 2004
5-9	The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency	John B. Kirkwood & Robert H. Lande	9(2) SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW LEGAL STUDIES PAPER	2019
5-10	The Role of Antitrust in Protecting Competition, Innovation, and	Mark Cooper & Jodie C.	N/A	June 2012

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	Consumers as the Digital Revolution Matures: The Case Against the Universal-EMI Merger and E-Book Price Fixing	Griffin		
6. 以行為經濟學推論案例之參考文獻摘錄				
6-1	Behavioural Economics and its Impact on Competition Policy	N/A	Oxera Consulting Ltd	May 2013
6-2	Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics	Maurice E. Stucke	50 SANTA CLARA LAW REVIEW	January 2010
6-3	Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century	Maurice E. Stucke	38 LOYOLA UNIVERSITY CHICAGO LAW JOURNAL	2007
6-4	Behavioural Economics in Competition and Consumer Policy	Judith Mehta	ESRC CENTRE FOR COMPETITION POLICY	2013
6-5	Behavioural economics in court ‘bright future’ or interesting curio?	Case associate	N/A	October 2018

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
6-6	A Behavioral Approach to Law and Economics	Christine Jolls <i>et al.</i>	STANFORD LAW REVIEW	July 1998
6-7	Use of Behavioural Insights in Consumer Policy	Directorate for Science, Technology and Innovation Committee on Consumer Policy	OECD PUBLISHING	February 2017
6-8	How can competition agencies use behavioral economics?	Maurice E. Stucke	N/A	December 2014
6-9	The Consumer Welfare Standard on Shaky Ground?	Lee K. Van Voorhis & Eugene Lim	JENNER & BLOCK	May 8, 2019
6-10	The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy	Avishalom Tor	101 MICHIGAN LAW REVIEW	2002
6-11	The Hidden Costs of	Daniel L	80 ANTITRUST	2016

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement	Rubinfeld & Michal Gal	LAW JOURNAL	
6-12	The Methodology of the Behavioral Analysis of Law	Avishalom Tor	4 HAIFA LAW REVIEW	July 2008
6-13	Using Behavioural Economics for Rather than Against Consumers – A Practitioner’s Perspective	Monique Goyens	INTERECONOMICS	2018
6-14	Competition issues in the digital economy	United Nations Conference on Trade and Development	TD/B/C.I/CLP/54	May 1, 2019
6-15	Behavioural Economics and its Impact on Competition Policy	N/A	Oxera Consulting Ltd	May 2013
6-16	Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after	Avishalom Tor & William J.	UNIVERSITY OF HAIFA FACULTY OF LAW LEGAL	December 2009

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
	Leegin	Rinner	STUDIES RESEARCH PAPER SERIES	
6-17	行為經濟學與競爭法 適用之初探	洪財隆	公平交易通訊， 第 85 期，	2019 年 1 月
7 公平交易季刊及公平交易通訊之參考文獻摘錄				
7-1	大數據與市場力濫用 行為初探	陳志民	公平交易季刊， 第 26 卷第 3 期	2018 年 7 月
7-2	行為經濟學與競爭法 適用之初探	洪財隆	公平交易通訊， 第 85 期	2019 年 1 月
7-3	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	謝長江	公平交易季刊， 第 27 卷第 2 期	2019 年 4 月
7-4	以雙邊市場角度分析 搜尋引擎的相關市場	阮韻蓀	公平交易季刊， 第 26 卷第 1 期	2018 年 1 月
7-5	掠奪性定價與電子商 務	馬泰成	公平交易季刊， 第 27 卷第 2 期	2019 年 4 月
7-6	電子商務轉售價格與 演算法	魏杏芳	公平交易季刊， 第 27 卷第 4 期	2019 年 10 月
7-7	歐盟競爭法關於垂直 協議規範之沿革、現狀 及展望	楊宏暉	公平交易季刊， 第 27 卷第 1 期	2019 年 1 月

	文獻名稱	作者	出版社/期刊名	出版日期
7-8	歐盟競爭法轉售價格維持與電子商務發展下之反思	楊智傑	公平交易季刊，第 27 卷第 2 期	2019 年 4 月
7-9	歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究-以市場界定與市場效果為中心	許曉芬	公平交易季刊，第 25 卷第 3 期	2017 年 7 月

資料來源：研究團隊整理

二、案例分析

就本研究案件文獻的蒐集來看，行為經濟學的邏輯論述似尚未具體落實在國內主管機關與司法實務上，故研究團隊之研究方法主要係蒐集歐盟、英國與美國之相關案例，藉由掌握相關案例的國際發展，以協助委託機關建立處理原則。

研究團隊將研析國外競爭法執法機關於紛爭個案中之調查與評估考量因素，並著重從競爭法主管機關以行為經濟學分析與執法之角度，分析其具體操作與判斷。擬研究之部分案例，包括：

- (一) 英國、歐盟與美國案例：研究團隊於期中報告中已初步研究以下案例，並將繼續搜集英國與歐盟之重要案例，以爬梳各國執法機關於紛爭個案中的考量及判斷。

研究團隊於報告中分析的案例包括：Enron Coal Services v. EWS Railway [2009] CAT 36 案(研究長期、複雜而理性的合約訂定中，是否應將非價格因素併入專家證據)、Flynn Pharma and Pfizer v CMA [2018] CAT 11 (探討可預期的不理性)、Streetmap.EU v Google [2016] EWHC 253 (Ch) (探討多邊市場的經濟學理論)。

- (二) 近年數位平台與網路巨擘之重要案例：如 2019 年歐盟處罰 Google 利用搜尋服務主導地位，透過旗下網路廣告 AdSense 公司與客戶簽定排他性協議案之反壟斷調查案；2018 年歐盟處罰 Google 濫用行動平台主導地位之反壟斷調查案。相關 Google 案例於歐盟競爭法主導機關之判斷方式，研究團隊擬比較美國競爭法主管機關及法院對蘋果公司 App Store 應用軟體銷售案之消費者保護及其行為經濟學分析；2019 年德國反壟斷監管機構裁決 Facebook 濫用市場主導地位，並禁止 Facebook 未經用戶自願同意下，連結其子公司 WhatsApp 和 Instagram 之用戶數據至 Facebook 帳戶之數據收集行為。
- (三) 新興議題與反競爭行為的相關案例分析：研究叫車平台業者 2017 年美國北加州地方法院 Uber 和 Lift 案件之調查結果，如何推動大數據和演算法中的購買力，及其中的競爭法與行為經濟學議題。

三、專家座談

本研究至期中報告提送前，已初步完成文獻蒐集與整理、國內外案例研析。因疫情之影響關係，預訂舉辦之專家座談會延後到期中報告審查後進行(10 月下旬)，因一方面考量疫情較為穩定，另一方面可以基於期中報告委員所提之意見，充實研究成果，再與其他專家學者進行座談，進行回應與修正，以期不斷修正、進步。

研究團隊已於 10 月 30 日於國立臺北科技大學共同科館 514 室舉辦該場專家座談會議，相關議程與與會名單請見下表(詳細專家座談會議摘要紀錄，已另整理並提供於期末報告的附錄文件)：

表 1-2 行為經濟學及消費者權益保護探討座談會議

會議宗旨	由行為經濟學角度出發、邀請競爭法領域之專家學者，討論由行為經濟學觀點如何影響競爭法的議題、進一步探討如何保障消費者權益、落實真正的「公平」，並提出可供競爭法
------	--

	主管機關執法之相關建議。
討論題綱	1. 行為經濟學於競爭法重大議題的應用 2. 探討如何由行為經濟學角度出發、豐富現代競爭法的思維。
議程	● 由計畫團隊負責簡報目前計畫成果(20 分鐘) ● 與談專家指導(每人 20 分鐘) ● 問答與討論(20 分鐘)
	主持人： ● 計畫主持人：江雅綺教授(臺北科技大學智慧財產權研究所/ 智慧科技法律政策中心主任) ● 協同主持人：程法彰教授(高雄科技大學科技法律研究所) 與談人(依姓氏筆劃順序) ● 王明禮教授(中央大學產業經濟所副教授兼所長) ● 黃銘傑教授(台灣大學法律系) ● 蔡明芳教授(淡江大學產經系教授) ● 賴怡樺(政治大學公共行政系博士候選人)

資料來源：研究團隊整理

第二章 行為經濟學於反托拉斯法發展

本章介紹美國反托拉斯法經濟學之發展，為此本研究先以討論法律與經濟學、行為法律與經濟學之發展，作為分析概念之基礎。其後，本研究根據 Heinemann 於 2015 年發表之一文要旨，提出行為反托拉斯(Behavioural Antitrust)更實際的方法舉例。最後，本章也整理行為反托拉斯的重要文獻，特別是關注該學派於美國、歐洲與英國之發展，分析行為偏誤與反競爭市場類型，以作為後續章節之研究基礎。

第一節 美國的競爭法論述

經濟學下的競爭法概述與理論演進息息相關。以美國為例，競爭法最早可回溯至 1890 年的休曼法案(Sherman Act)，由於休曼法的文義過於模糊，故在休曼法通過後的 20 年到 30 年間，美國最高法院透過個案判決，逐步形成「合理原則」(Rule of Reason)等執法基礎。1930 年代哈佛學派及結構學派的興起，產生 S-C-P 三段論模型，並逐步發展到 1970 年代強調效率的芝加哥學派以及可競爭市場理論等。1990 年代後芝加哥學派與新產業組織理論應運而起，開始利用賽局理論、資訊經濟分析、動態競爭等，關注焦點從「解除管制」，逐漸轉化為解除管制後，如何能確保市場效率的持續順利運行。

一、休曼法之制定與早期發展：1890 年—1936 年

(一) 休曼法之誕生

美國於南北戰爭後，全國性鐵路網的建成促成市場整合，也孕育出市場力量遍及全國的大型托拉斯企業。大型企業挾其經濟與資源優勢，在各市場攻城掠地，引起中小企業的生存危機與強烈不滿；在此背景下，「壟斷」遂成為 1888 年美國總統大選的重要議題。主張制定聯邦反壟斷法的共

和黨總統候選人哈里遜(Benjamin Harrison)於 1889 年贏得總統選舉，並委由俄亥俄州參議員約翰休曼(John Sherman)提交反壟斷法案，以實現哈里遜總統的大選政見。¹

1890 年 7 月，哈里遜總統簽署美國國會以 240 票贊成、0 票反對、85 票棄權所通過的「保護交易及商業免受非法限制及壟斷案」(An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies)，此法案即俗稱的休曼法(the Sherman Act of 1890)。此法案雖僅有短短 8 條，且被批評語意過於模糊抽象，但是代表美國近代全國性執行反托拉斯政策之開端，具有重要歷史意義。²

值得注意者，休曼法係出於民粹(populism)對於大型企業壟斷恐懼下所制定。立法者在制定過程中，主要關注獨占對消費者價格的影響，並不在經濟上的分配效率，而引起當時多數經濟學者的反對與批評。從經濟學理論之發展脈絡觀察，修曼法係於 1890 年通過，而柏拉圖最適效率(Pareto efficiency)則是於 1909 年始發表之理論，從而休曼法在制定過程中並未著重經濟效率的分配，且當時多數經濟學者認為，大型企業及托拉斯反而有助於增加市場產出與降低產品價格。³

此外，由於休曼法的法條文義過於模糊抽象，使執法機關在詮釋立法目的及執法時充滿爭議。以休曼法第一條為例，該條規定：「任何(every)限制州與州間或對外交易與商業(in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations)的協議(contract)、托拉斯型態的結合或其他任何形式、或共謀(conspiracy)，都被視為違法。」由於此條文在解釋面上，相當於禁止一切具有商業交易行為，顯然造成執法上的困難。

(二) 合理原則的興起

¹ 胡祖舜(2019)，競爭法之經濟分析，頁 4-5。

² 顏雅倫(2014)，臺灣金融產業的競爭政策－以競爭法的觀點出發，頁 21-23。

³ 顏雅倫(2014)，同前註 2，頁 23。

聯邦法院在休曼法通過後的 20 年到 30 年間，透過個案的判決解釋休曼法的模糊文義，以因應及釐清休曼法在執法面上的困難。聯邦法院於此時期透過個案累積，尤其是代表性的 *Standard Oil Co. v. United States* (1911) 案，逐漸解決修曼法第一條「任何限制商業與交易的協議都被視為違法」的爭議，並建立出「合理原則」(Rule of Reason)，作為分析反托拉斯法的重要基礎。

(三) 重要案例

1. *United States v. Trans-Missouri Freight Association* (1897)

此案中，被告 *Trans-Missouri Freight Association* 係由 18 家鐵路運送公司組成的協會。⁴被告協會進而成立委員會，決定運送貨物至密西西比河以西之固定運費價格及規則，且僅有在非協會會會員提出競爭報價 (competitive pricing) 時，才會改變固定運費價格。原告政府訴請解散被告協會，並上訴到最高法院，本案爭點為被告協會的章程約定(即固定運費價格)是否違反休曼法。最高法院認為該約定違法休曼法，主要理由即為國會在休曼法中已經明訂，所有的限制商業交易的協議或結合，將毫無例外的視為違法。

最高法院在本案中並未採用合理原則，而是採用嚴格的文義解釋，認為應依照休曼法的字面意義判斷案件。

2. *United States v. Addyston Pipe & Steel* (1898)

本案被告 *Addyston Pipe & Steel Company* 是生產鑄鐵管(cast-iron pipe)的製造公司。本案被告和其他五間鑄鐵管公司達成固定價格的協議，目的在減少美國國內的價格競爭，並排除新競爭者進入市場。⁵美國政府認為被告和其他五間鑄鐵管公司構成卡特爾，違反聯邦反托拉斯法，而對被告提

⁴ 166 U.S. 290 (1897).

⁵ 85 Fed. 271 (6th Cir. 1899), *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899).

起訴訟。美國法院認為直接限制商業交易的契約並非通常協議(ordinary contracts)，並認為被告的卡特爾形成不合理的價格。例如，被告生產的鑄鐵管，如運送至亞特蘭大，包含被告的合理利潤和運送成本，每噸售價應該在美金 17 元或 18 元之間，但卡特爾卻以每噸美金 24.25 元的價格出售。

法院因而認定本案卡特爾違法，並在本案區辨直接競爭者間限制競爭的約定，是否是「純粹」(naked)的交易限制，或是在必要範圍內阻礙新參與者擴充產出的「附帶」(ancillary)限制。

3. Northern Securities v. United States (1904)

Great Northern Railway (Northern Pacific)的董事長希爾(James Jerome Hill)於 1901 年獲得 J.P. Morgan 公司的財務支持，兩間公司計畫共同取得 Chicago, Burlington and Quincy Railroad (CB&Q)公司的經營權。然而，Union Pacific Railroad 及 Southern Pacific Railroad 公司的董事長哈里曼(Edward Henry Harriman)亦希望取得 CB&Q 公司三分之一的股權，卻遭到希爾的拒絕，哈里曼遂開始大量購買 Northern Pacific 的股票，迫使希爾和 J.P. Morgan 公司也回購 Northern Pacific 的股票，引發經營權爭奪戰。希爾和 J.P. Morgan 公司最終取得勝利，不僅維持 Northern Pacific 主要股東的地位，也取得 CB&Q 公司的經營權。

希爾和 J.P. Morgan 公司共同成立控股公司 Northern Securities Company，藉由控股公司 Northern Securities 持有 Northern Pacific 公司及 CB&Q 公司之股票，不僅可能成為當時世界上規模最大的公司，並擁由美國西部鐵路運輸的獨占權。老羅斯福總統(Theodore Roosevelt)要求隸屬於司法部(United States Department of Justice)內的反托拉斯署對 Northern Pacific 公司提起本案訴訟，爭點即為 Northern Securities 公司是否違反休曼法？聯邦最高法院認為 Northern Pacific 公司構成壟斷，且違法休曼法，故判決 Northern Securities 公司應予解散。

本案判決後，希爾解散 Northern Securities 公司，並將 Northern Pacific, Great Northern 及 CB&Q 公司拆分為獨立的鐵路公司。

(四) Standard Oil Co. v. United States (1911)⁶

標準石油公司(Standard Oil Company)是老羅斯福總統任內最重要的反托拉斯法案件。美國政府認為標準石油公司及其他 37 間公司的結合，在石油煉製市場高達 90%的產量，形成獨占，故對標準石油公司以違反休曼法提起訴訟。聯邦上訴法院認為被告標準石油公司等結合，確實構成限制商業交易，並在石油產業形成獨占，因此判決標準石油公司應予解散。

最高法院維持聯邦上訴法院之判決，認為從表面證據(prima facie)中，就可發現標準石油公司有意圖不透過正常產業發展，而是透過廠商結合的方式在石油產業取得獨占力量。此外，最高法院也發現標準石油公司試圖排除其他廠商進入市場，並且試圖控制石油產業在州際間的商業貿易(interstate commerce)，因此聯邦上訴法院認為標準石油公司違反休曼法的判決，應予維持，並將標準石油公司拆解為 34 間公司。

此案的重要性在於，最高法院確立以「合理原則」(Rule of Reason)作為判斷具體個案是否違法之分析基礎，而不採用文義解釋休曼法第一條「任何」限制交易的協議或結合，均毫無例外的視為違法。此外，法院亦開始對被告不合理的排他行為進行分類，法院甚至認為，只有基於損害公共利益意圖所採行的不合理限制，才是反托拉斯法應該非難的違法行為；亦即在判斷個案是否違反反托拉斯法時，必須具體探討個案的「特定事實」及「實際效果」，而不能一概以個案有限制交易的協議，即逕認為違法。⁷

值得注意的是，美國國會和聯邦政府對反托拉斯法執法的看法顯有歧異，部分保守派的法官亦認為應嚴格解釋休曼法，⁸為加強反托拉斯法的執

⁶ 221 U.S. 1 (1911).

⁷ 胡祖舜(2019)，同前註1，頁 8。

⁸ 顏雅倫(2014)，同前註2，頁 24。

行，且避免法官基於個案裁量權，透過「合理原則」的運用而實質上削弱休曼法，美國國會遂於 1914 年通過克萊登法(Clayton Act)及聯邦交易委員會法(Federal Trade Commission Act)。其中，克萊登法(Clayton Act)將「價格歧視」(price discrimination)、「排他契約」(exclusive contracts)、取得他事業股份(acquisition of stock of another corporation)、「交叉董事」(interlocking directors)等四種行為列為禁止規定，限縮法官在個案中運用「合理原則」判斷的裁量空間。⁹

二、哈佛學派與結構學派：1936 年—1972 年

(一) 時代背景

1933 年美國經濟學家愛德華·錢伯林(Edward Chamberlin)提出「獨占性競爭理論」(monopolistic competition)，即在不完全競爭市場下，沒有一個廠商可以獨占市場，雖市場上產品互有取代性，但廠商仍有能力製作出差異化產品，在個別產品上有些許獨占力(monopolistic market power)，而能提高售價以獲取較高額利潤。獨占性競爭理論強調，在現實的市場結構下並非完全競爭狀態，而仍存有產品差異等特性，因此政府可將反托拉斯法做為政策工具，介入市場以規範競爭。

(二) 結構學派與 S-C-P 三段論模型

結構學派的代表學者為哈佛大學的梅森(Edward S. Mason)及班恩(Joe S. Bain)，提倡透過實證研究分析市場競爭，並重視集中化、市場進入障礙、市場結構及寡占連結等市場結構議題。

班恩透過市場實證研究，觀察出以下論點：¹⁰第一，利潤率與市場集中度，通常存在正向關係；第二，規模經濟在多數市場中並不顯著，因此

⁹ 胡祖舜(2019)，同前註1，頁 9。

¹⁰ 辜海笑(2005)，美國反托拉斯理論與政策，中國經濟出版社；胡祖舜(2019)，同前註1，頁 13；顏雅倫(2014)，同前註2，頁 27。

規模增加，不一定會提升效率；第三，普遍存在市場進入障礙，當具市場控制地位的廠商掌握市場後(即市場集中度提高)，反而不一定提高市場績效；第四，在市場集中度較低的寡占市場，仍會產生合謀的狀況。

在此基礎下，班恩提出「結構—行為—績效」(Structure — Conduct — Performance)模型(即所謂 S-C-P 三段論模型)。S-C-P 三段論模型認為市場結構會支配行為，而行為又會影響市場績效，故如何規範市場結構，實為最關鍵因素。從而，哈佛學派(即結構學派)主張，應嚴格運用反托拉斯政策干預市場結構，例如控管企業合併、監督具市場控制地位的優勢廠商等，以確保市場競爭並獲取滿意的市場績效。

1968 年美國司法部公布的「結合處理原則」(Merger Guidelines)，即充分反映班恩的 S-C-P 三段論模型，對不同集中度市場下的廠商結合，以廠商的市場占有率作為判斷指標之一。

(三) 重要案例

1. Interstate Circuit, Inc. v. United States (1939)¹¹

本案上訴人 Interstate Circuit 是美國重要的連鎖電影院，上訴人於 1934 年要求 8 家電影片商，必須符合一定條件始能在上訴人的電影院放映，包括 A 類電影銷售給二輪電影院的售價不得低於 25 美分(fix admission prices)，以及 A 類電影不得有「兩片放映」(double features)等共同放映行為，8 家電影片商接受此條件。

美國最高法院認為此案涉及上訴人間的共謀行為，雖然電影片商間並沒有事前書面協議，但接受此條件的結果，即會促成觀眾選擇於首輪電影院觀看影片，而減少二輪電影院的觀影人次。美國最高法院從而認定上訴人的行為，對州際間的商業貿易造成限制，並構成休曼法所禁止的共謀行為。

¹¹ 374 U.S. 321 (1963).

2. United States v. Aluminum Co. of America (1945)

美國鋁業公司(Aluminum Co. of America)在全美占有超過 90%的鋁生產量，而達到極高的規模經濟。美國政府認為美國鋁業公司對初生鑄錠(virgin ingot)市場，已構成州際和國際的獨占，且美國鋁業公司在 1936 年的協議係共謀限制交易的行為，因此訴請解散美國鋁業公司。

聯邦上訴法院認為，美國鋁業公司意圖維持對市場現有的壟斷地位和獨占力量，構成休曼法禁止的獨占，並判決應拆解美國鋁業公司。上訴法院亦發現，1936 年、1937 年和 1938 年的第一季度，鑄錠的進口量均增加。值得注意的是，本案承審法官 Learned Hand 指出，維持非集中性市場結構本身即為執法機關的正當目標，而不需考慮高成本或無效率等代價。在此推論下，承審法官 Learned Hand 認為美國鋁業公司維持市場壟斷地位，即代表具有壟斷的意圖，此相當於實質宣告壟斷即為當然違法的行為。¹²

3. Brown Shoe Co. v. United States (1962)

布朗鞋業公司(Brown Shoe Company)是全美第三大的鞋業銷售商，並且是市場上領先的製鞋廠及零售商。1955 年，布朗鞋業公司與全美第八大、擁有超過 350 間零售店面的連鎖鞋店 G.R. Kinney Company 合併。聯邦政府對此合併案提起反托拉斯訴訟，認為此合併案對全美批發和零售鞋業市場，產生嚴重的反競爭效果。布朗鞋業公司則抗辯整體鞋業市場蓬勃發展，其在合併後的市場占有率僅約 5%，並不顯著，且兩者合併後可以提升市場效率。

最高法院審理後，認為布朗鞋業和 G.R. Kinney Company 合併後的搭售協議，可能造成 G.R. Kinney Company 只會銷售布朗鞋業公司生產的鞋類，而不利其他中小型製鞋商。最高法院認定此合併案違反克萊登法，從而維持原判決，判定布朗鞋業公司應消除其持有 G.R. Kinney Company 的

¹² 胡祖舜(2019)，同前註1，頁 15；顏雅倫(2014)，同前註2，頁 30。

股票，並在股份消除過程中，盡可能使 Kinney 公司維持獨立運作。值得注意的是，本案最高法院雖然承認合併後會提升市場效率，對消費者有利，但華倫(Warren)大法官在判決中亦明確提出，克萊登法的保護客體是市場競爭，而並非保護消費者，充分體現此時期的反合併思維。

三、芝加哥學派：1973 年—1992 年

(一) 時代背景

於西元 1970 年前，因當時外國企業大量進入美國市場，而該大型跨國企業在傳統哈佛學派的競爭法管制下，不斷受到壓抑，因此不斷有呼聲認為嚴厲的反托拉斯政策導致了美國經濟的衰退，抑制了市場機制的正常運作，扼殺企業活力，當時便有學者不斷倡導實行寬鬆的反托拉斯政策，因寬鬆的反托拉斯政策能夠促進企業有效率地運用其資源而使消費者福利最大化，如 Robert H. Bork 法官所述：「美國反托拉斯法的唯一價值目標，是消費者福利的最大化」¹³，於是，強調優勝劣敗之經濟學達爾文主義下的芝加哥學派，取代先前強調管制的哈佛學派而成為 1970 年代至 1980 年代之反托拉斯法主流學派。

(二) 經濟效率為芝加哥學派之主軸

Aaron Director 教授為芝加哥學派的創始者，認為效率應該是反托拉斯政策追求的主要目標，他亦認為從事掠奪性定價的企業自身也會遭受損失，提高或恢復價格時，又會引誘潛在競爭者進入市場，因此企業定價上會自行尋找一平衡點，而非一味地行掠奪性定價，在其倡導經濟效率後，經濟效率一詞在芝加哥學派的論點中反覆被強調，經濟效率包括生產效率(Productive Efficiency)與分配效率(allocative efficiency)，生產效率是以廠商所生產資源之價值除以所耗費之資源之比值，該比值數字越大及代表該廠商之生產效率高；而後者則是以帕雷托標準(Pareto Criterion)，即市場價格

¹³ Robert H. Bork (1993), *The Antitrust Paradox*, 2nd ed. New York: Free Press.

最終會等同於邊際成本。

（三）市場力量集中度不再是市場原罪，而是促進經濟效率所必須

前開理論推翻了哈佛學派所認為的「集中度決定利潤率」之單一因果關係，此論點始於 Harold Demsetz 提出如果不存在明顯的參進障礙，企業的高利潤是其高效率的報酬，因此市場集中僅代表市場條件與生產技術調整後，有效率的廠商存活下來的自然結構，按照芝加哥學派所主張之理性假設與效率考量，市場集中化毋寧是經濟效率最佳化後的自然現象，相較於廠商自己追求經濟效率所造成之可能的參進障礙，政府的干預或法律限制才是參進障礙的來源。¹⁴

（四）卡特爾組織難以維繫成員之勾結合謀，必然存在脫離之誘因

即便廠商因其優越的經濟效率導致市場逐漸集中化，但集中化之後為提高利潤所伴隨的高價，皆會吸引潛在競爭者的參與競爭，而使該集中之市場力量被削弱，且即便集中之市場力量是透過卡特爾組織所形成，或縱使卡特爾組織中廠商在集中化市場中能協調價格，該等卡特爾組織之內部成員仍然繼續以其他方式競爭，例如提高客戶服務等方式，因此除卡特爾組織內部成員極可能是最大的潛在競爭者外，競爭途徑隨著產品差異化，而使得卡特爾組織限制市場競爭之能力大大受限，且於差異化後之產品利潤甚豐，對於卡特爾組織內部成員認為脫離組織為最有效率的情況底下，組織成員該差異化商品之利益，可能隨時背離卡特爾承諾，而獨自坐享鉅額利益，最終導致企業無法維持。

1. United States v. General Dynamics Corp.案與可競爭市場理論

美國 70 年代尼克森總統任命之聯邦法院法官，於 1974 年的 United States v. General Dynamics Corp.一案中，即認為市場力量高度集中並非等同

¹⁴ George Stigler (1968), *Barriers to Entry, Economies of Scale and Firm Size*, Homewood; IL: Irwin.

於反市場競爭，於此後，芝加哥學派的效率說即主導了反托拉斯案件的認定方向，1982 年美國司法部更將 1968 年公布的「結合處理原則」進行修正，將市場結構由決定性因素改為參考性因素，同時提高結合門檻並高度重視合併帶來的效率、市場參進與潛在競爭等因素，此後所發生的第四次公司合併浪潮，即屬競爭法主管機關放寬對企業結合的管制之成果，1980 年代當時，亦有 William Baumol 提出「可競爭市場(contestable Market)理論」¹⁵，主張市場可自由進出而無沉默成本存在，任何潛在競爭者均得迅速進入及退出市場，既存廠商有鑑於潛在競爭者的參進甚為容易且難以防範前提下，並無法行使市場力量，而僅得以競爭性定價避免吸引潛在競爭者進入市場。此論點也招來經濟學家 Oliver Williamson 的批評，其認為因市場參與者比起市場既存廠商有更高的風險，融資提供者會對新參進的廠商收取高額支利息或費用以對沖風險，致市場參進者面對較高的資金成本而仍然會形成參進障礙。

2. Continental T.V., Inc v. GTE-Sylvania Inc.案在司法判決上以「合理原則(Rule of reason)」檢視取代「推定違法(Per se rule)」

於 1980 末期之 Continental T.V., Inc v. GTE-Sylvania Inc.案¹⁶為美國最高法院引用芝加哥學派學者之見解，認為所有非價格垂直限制應以合理原則進行分析，更強調經濟效果的分析能為托拉斯法評估特定限制行為提供合理基礎，該案之事實概略為 GTE-Sylvania Inc.在加盟契約中，約定不得銷售 GTE-Sylvania Inc.提供之產品以外之其他品牌商品，且加盟商亦須遵守特定區域銷售之限制，Continental T.V., Inc 即因此遭受 GTE-Sylvania Inc.之控告，於本案例中，美國聯邦最高法院採取合理原則進行分析，認為 GTE-Sylvania Inc.所為之特定區域銷售的限制雖不利於同品牌下加盟商之競爭，但卻可以強化 GTE-Sylvania Inc.與其他品牌之競爭，而透過競爭後

¹⁵ William J. Baumol, John C. Panzar & Robert D. Willig (1982), *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure*, N.Y.: Harcourt Brace Jovanovich.

¹⁶ 433 U.S. 36 (1977).

的利潤提升售後服務及產品品質，因此不違反當時之休曼法。

3. Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.按課與原告證明合謀或限制競爭協議之舉證責任

其後於 1988 年之 Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp. 案¹⁷中，認為除非能證明非價格的垂直限制具有之反競爭效果，否則價格的垂直限制將不在當然違法(Per se)而證明方式是需要舉證垂直轉售價格限制係透過對於價格或價格標準的協議才會違法，同標準在 Matsushita Electric Indus. Co., Ltd v. Zenith Radio Corp¹⁸與 Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.案¹⁹中，皆亦要求需要舉證特定勾結協議，才會進入審理程序，否則皆以簡易判決為之；於 Sharp 案之後，司法判決反覆援引合理原則以推翻當然違法標準下的舉證責任，而課與原告更高度的舉證責任，如 Illinois Tool Works Inc v. Independent Ink, Inc²⁰認為專利產品的搭售行為，不應適用當然違法行為，亦不因其享有專利權及逕行推定其具備市場力量，而必須有「合理」之佐證證明其市場力量透過搭售以造成限制競爭之效果。於 Bell Atlantic Corp. v. Twombly 案中，則認定合法的平行行為並不足以證明非法協議之存在，因對於限制轉售價格是否當然違法的認定中以趨向「合理原則」之審查，因此原告需要特別舉證限制價格是否有合意，甚至是否經濟學上合理。

（五）芝加哥學派末期造成之產業後果

以上種種對於集中市場力量的鬆綁和司法上合理原則的寬泛解釋，導致市場集中力量難以被約束，導致美國人口中 1%最富有的人群所擁有的財富從 1976 年的 18%翻倍至 1989 年的 36%，也導致芝加哥學派的觀點重新被檢視，但此不代表其後新產業組織理論被提出後芝加哥學派會向哈佛

¹⁷ 485 U.S. 752 (1988).

¹⁸ 475 U.S. 574 (1986).

¹⁹ 465 U.S. 752 (1984).

²⁰ 547 U.S. 28 (2006).

學派回歸，而是成為修正後的後芝加哥學派。

四、後芝加哥學派與新產業組織理論：1992 年－

（一）時代背景與新產業組織理論之崛起

1980 年代第四次合併浪潮之後，美國眾多產業的市場集中度明顯提高，寡占廠商的市場結構成為經濟主流，原先芝加哥學派對於集重市場力量即相當於經濟效率結果的靜態解釋已無法應對集中市場力量所造成的限制市場競爭效應，此時，利用賽局理論及資訊經濟分析寡占市場與動態競爭的新產業組織理論便應運而起，關注焦點由原本芝加哥學派重視之解除管制轉化為解除管制後市場效率如何持續順利運行。

（二）策略性參進障礙

新產業組織理論不僅關心靜態效率，更關心動態效率，亦即市場結構分析已不再是判斷是否有限制競爭的標準，而須納入對市場行為的分析，檢視策略性行為改變市場環境與影響競爭對手之預期，從而排擠對手或阻礙對手參進市場，最終導致市場失靈，此即新產業組織理論所提出之策略性參進障礙(Strategic Barrier to Entry)，認為參進障礙不僅只是市場靜態的結構問題，更多是企業行為本身決定，只要參進時需要耗費大量沉沒成本，則市場內部既有之企業極可能在面臨潛在競爭者參進市場之威脅時，迅速以削價來增加參進者的沉沒成本，或是透過提高競爭對手生產或銷售成本之方式排擠參進者，於規模經濟顯著之靜態市場結構下，將更可能導致參進者面臨大規模進入市場後，卻需要先以調降價格降低利潤之削價競爭作為策略，甚至面臨沉沒成本無法回收的困境，於此潛在市場競爭者的制衡效果便非如芝加哥學派所預期的顯著。

（三）後芝加哥學派應用新產業組織理論對芝加哥學派之修正

新產業組織認為，市場既有廠商提高參進者成本的行為，可以讓參進者無法達成經濟規模或僅能使用次級生產資源，則市場既有廠商進一步能

維持相較於參進者更有利的價格，這樣的策略更不容易被察覺與面臨訴訟，另外，新產業組織理論更針對芝加哥學派對於勾結合謀之卡特爾組織有「內部協議不穩定難以持續，因此對於市場限制競爭力量有限」此一特性，透過賽局理論之解讀，認為當廠商可以透過媒體廉價溝通時，²¹達成一致性的協議就不是那麼的困難，況且芝加哥學派已假設勾結合謀僅為一次性協議，而在一次賽局下，廠商背離協議的誘因比遵守協議要大，然而現實市場更相近於無線重複賽局，廠商反而會考量到背離協議爾後造成的排擠效果，背離協議後的新市場若對該廠商之有利與否不那麼明確，則廠商會傾向於勉強維持協議，也比被排除在協議之外來的要好，加上合謀協議往往有「最優惠條款」，讓內部成員均享有同樣優惠待遇，用以降低每個賣方削價的動機，價格領導者也能更有效率的統合價格，都可以增加合謀的機率。²²

在原先芝加哥學派觀點中，垂直限制或整合具有增進市場效率的作用，然而新產業組織理論認為擁有市場力量的廠商也可能透過垂直安排來提高參進障礙，尤其是在產品生產同質化高的市場中尤然。

（四）市場行為動態分析應考量資訊產業網路效應

以芝加哥學派對於市場靜態結構分析的方法論上，存在對於資訊產業所生動態網路效應之分析盲點，於網路效應下企業的策略行為，成為新產業組織理論主要研究的課題，其認為於網路效應下，軟體產業中具市場支配地位的產品可能並非是最好的產品，原先芝加哥學派認為的是場效率會被軟體產業之網路效應所干擾，即使是合法利用網路效應獲得市場力的事業，也可能經由將消費者使用習慣鎖定在已有的產品或服務上來排擠競爭

²¹ Joshep Farrell & Mathew Rabin (1996), "Cheap Talk", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 10.

²² Steven C. Salop (1986), "Practices That Credibly Facilitate Collusion", in Joseph E. Stiglitz & G. Frank Mathewson (eds.), *New Developments in the Analysis of Market Structure*, the MIT press.

對手。

（五）單方效果理論

後芝加哥學派在水平結合的領域更提出單方效果理論，認為在價格差異化的市場，製造類似產品類型的廠商，在結合後可能有能力提高其價格，當參與結合之事業所生產之商品越類似且參與結合事業所生產之商品與其他廠商生產的商品不類似，價格提高幅度就越大，此方法可以評估水平結合對於限制競爭效果的幅度，進一步完善對於限制競爭行為的評估。

1. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service, Inc 案與市場支配力之解讀

美國聯邦最高法院首次大量引用賽局理論、資訊經濟與交易成本等新產業組織理論進行案例分析的乃 1992 年的 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service, Inc.案，²³許多學者將此案判決之 1992 年作為傳統芝加哥學派與後芝加哥學派之分水嶺，此案中，上訴人 Eastman Kodak 公司(以下稱 Kodak)從事製造和銷售影印機和顯微照相設備之營業。Kodak 同時也為其設備提供服務和更換零件。被上訴人是 18 個獨立服務組織(ISO)，它們在 1980 年代初開始為 Kodak 之影印和顯微照相設備提供維修服務。Kodak 隨後採取政策而限制了 ISO 取得零件之可能性，進而使 ISO 在維修 Kodak 設備方面更加難以與 Kodak 競爭。

此後，被上訴人聯合起來向地方法院控告 Kodak 違反 Sherman 法第 1 條及第 2 條規定，地方法院作出對 Kodak 有利的簡易判決。經被上訴人上訴後，第九巡迴上訴法院推翻原審判決。上訴法院認為被上訴人提出的證據已充分證明 Kodak 在服務和零件市場中所具有影響市場的力量。因此，上訴法院否定 Kodak 的論點，即當設備市場上沒有這種影響力存在時，即可假定 Kodak 在服務和零件欠缺影響市場的力量。隨後，Kodak 向最高法

²³ 504 U.S. 451 (1992).

院提起上訴。最高法院認定被上訴人提出充分的證據證明 Kodak 之前是可以將零件與設備分開來銷售的，但是 Kodak 採行的新政策，即提供零件跟購買設備之綁定與搭售行為(tying arrangement)，使得被上訴人無法取的 Kodak 零件，致使其無法提供服務而減少營收甚至退出市場，也就是 Kodak 其利用綁定與搭售行為排除 IOS 與其競爭之可能，故違反 Sherman 法第 1 條及第 2 條規定。Kodak 提出的抗辯理由為設備市場和售後服務市場是不同的，Kodak 在設備市場之高市占率，不代表他在售後服務市場具有支配的影響力。但最高法院認為，根據法律，Kodak 在設備市場上缺乏市場支配力，並不排除在零件和服務的衍生售後服務市場上擁有市場支配力的可能性。

微軟(Microsoft)案是本時期另一著名的搭售案例，司法部亦援引新產業組織理論中的策略性參進阻礙(strategic entry deterrence)及提高對手成本(raise the costs of rival)等賽局理論，然而本件因後續司法部與微軟取得和解而不了了之然而經濟學裡的賽局理論與動態分析方法均因此被引進司法實務中作為法官認定是否違反托拉斯法之依據。

(六) 後芝加哥學派之反思

後芝加哥學派所著重的策略分析與動態行為分析等方法雖然可以提供反托拉斯政策判斷之依據，然而該分析卻可能因為動態因素與賽局因素眾多，而導致分析過程過於複雜，對於執法之確定性而言可能是一種無可避免的傷害，況且與經濟學中的假設命題不同，司法實務上面臨的問題往往是事實不全的，能否直接做出某種類型的假設而開始後續分析也是一大問題，適用複雜經濟結構分析理論最終可能導致司法更無所適從，甚至會否分析各種賽局因素的結果成為一種政治分析而非基於確定且對於規範對象可預見之法規所做出的判斷，也是後芝加哥學派所受到的抨擊之一。

(七) 後芝加哥學派

無論後芝加哥學派如何改進芝加哥學派，與哈佛學派對政府力量之支持，該等學派均有三個共識，共識之一為不鼓勵非經濟目標例如說扶植中小企業或鼓勵特定產業等政策目標作為考量因素，第二個共識為贊同個別廠商對於其選擇產品、定價與行銷方面有更大的自由，甚至認為過度積極執行反托拉斯法，可能反而弱化政策執行機關之角色，而有司法取代行政之虞，反而導致社會成本因此提高；第三個共識為：法院與反托拉斯法執行機關應注意反托拉斯法之邊界與自身限制，反競爭或限制競爭行為是否合理。

第二節 美國反托拉斯法經濟學發展

一、法律與經濟學(Law and Economics)

於 1944 年經濟學者 Friedrich Hayek 出版《通往奴役之路》(The Road to Serfdom) 深深地影響市場自由主義，1947 年與 39 位學者一同組織朝聖山學社(Mont Pelerin Society)，成員包含 Ludwig von Mises, Wilhelm Ropke, Milton Friedman, George Stigler, Gary Becker, James Buchanan 等人，提倡自由經濟市場，引領芝加哥學派的萌芽，認為經濟學的起源是一種新自由主義更廣泛的知識運動，1953-1957 年 John McGee, Ward Bowman, Robert Bork 等人，在主任 Aaron 與 Edward Levi 帶領之下為「自由市場研究」(Free Market Study) 籌措資金，隨著「Antitrust Project」依循著自由市場研究，發展出以芝加哥學派競爭法的基礎分析，而後續的發展包括法律和經濟學，並授予 Ronald Coase 和 Richard Posner 研究獎學金，直到 1970 年代後期，芝加哥學派已經制定了完善的反托拉斯法，防止因為廠商的超級獨占力而造成價格上漲、影響消費者福利，Robert Bork 經常將其稱為「消費者福利」(consumer welfare) 標準，並主張對其標準「完全遵守」(exclusive adherence)。

Coase 擔任「Journal of Law and Economics」(以下簡稱「JLE」) 編輯，不僅持續探討反托拉斯的問題，更研究市場異常的問題，並對 60 年代反托

拉斯的問題說到：「當價格上漲時，法院說這是因為壟斷；當價格下跌時，法官則說這是掠奪性定價；那當價格居不動時，他們又斷定這是企業勾結合謀的結果。」也提出研究的新視野：「有這種經驗性工作的受啟發的理論家也可能做得很好，但是我自己的感覺是，啟發最有可能來自系統性資料彙集所透露出的模式、困惑和異常所提供的刺激，尤其是在打破我們現有思維習慣的時候。」²⁴

Coase 說明了在動態的經濟變遷中，藉此以此之矛，攻其之盾，不能死守傳統靜態的思維，就目前遇到瓶頸的反托拉斯法而言，為減少不當的競爭行為時，必須打破現有的框架，去檢視反托拉斯法不明確及其模糊的地方。

二、行為法律與經濟學(Behavioural Law and Economics)

Ashraf & Loewenstein (2005) 文中提到早在 1759 年 Adam Smith 的道德情操論《The Theory of Moral Sentiment》，可以說是行為經濟學啟蒙的著作，文中經濟學的觀點與心理學家、神經科學家、行為經濟學家提出的雙過程(dual-process)極為相似，²⁵猶如 Daniel Kahneman 所著《快思慢想》中說明人類思考模式有系統 1 的快速、直覺，以及系統 2 的緩慢且仰賴邏輯，更是 Richard H. Thaler 口中，人們做決策不完全是理性的，經常會受到行為偏誤²⁶(以下行為偏誤之專有名詞說明詳見表 2-1 行為偏誤列表)的影響。

Richard H. Thaler、Cass R. Sunstein 於 1998 年以行為經濟學角度討論競爭法案，認為市場競爭消費者及廠商 CEO 並非完全理性，而是有限理性，不僅開啟行為經濟學觀點，也對消費者福利更加重視，透過稟賦效應推翻大眾口中「假設交易成本為零的寇斯定理(Coase Theorem)」，因為一開始

²⁴ 胡祖舜(2019)，同前註1。

²⁵ Ashraf, N., Camerer, C. F., & Loewenstein, G. (2005), Adam Smith, behavioral economist, *Journal of Economic Perspectives*, 19(3), 131-145.

²⁶ 詳見表 2-1 行為偏誤列表。

產權的界定會影響市場交易的效率，若人們總認為自己手中的物品當擁有時有更高的價值，便會降低交易量，反之亦然。

國內探討行為經濟學應用的分析如下，周賓凰等人發表行為財務學：文獻回顧與展望使用展望理論、過度自信、損失趨避、框架相依、心理帳戶、報酬可預測性說明投資人存在非理性行為，²⁷以及王韻怡等人發表行為財務學文獻回顧與展望：台灣市場之研究使用捷思、過度自信、處分效果、私房錢效應、從眾行為、注意力、框架說明行為偏誤影響投資決策。²⁸透過行為偏誤探討定價策略，其中提及「展望理論」對於訂價的重要性，在獲得與損失之間產生的不對稱性，將會引起一些異常的效應，有「稟賦效應」(endowment effect)、付現金帶來的「提醒效應」(reminder effect)、「現金回饋」的價格結構，或者「月亮價格」(moon price)，說明消費者對於價格會產生行為異常。²⁹在科技創新發展及網路普及的趨勢下，大型企業或是公司能更加快速多角化經營，跨領域擁有雙邊或多邊的市場競爭，如何在此一網絡效應下，保護競爭過程的同時，避免阻礙創新，是競爭法需面對的議題。³⁰

國內公平交易委員會洪財隆委員於 2019 年公平交易通訊，說明從競爭法發展趨勢、行為經濟學偏誤、到行為反托拉斯的過程，並對於現今的市場界定、供給面逐漸轉變為需求面、廠商與消費者之間產生許多的疑慮，認為如何在既有的「現狀偏好」、「損失規避」等行為概念下，探討「公

²⁷ 周賓凰、池祥萱、周冠男、龔怡霖(2002)，行為財務學：文獻回顧與展望，證券市場發展季刊，14：2，1-48。

²⁸ 王韻怡、池祥萱、周冠男(2016)，行為財務學文獻回顧與展望：台灣市場之研究，經濟論文叢刊(Taiwan Economic Review)，44：1，1-55。

²⁹ 廖賢洲、陳浩凱、林學良、吳家蓁(2019)，當臺灣水牛遇上跨國獨角獸－跨境電商低價競爭與公平交易法之研究，公平交易委員會 108 年度研究發展報告。

³⁰ 嚴雅倫(2016)，雙邊/多邊市場之競爭與創新－論競爭法的因應，科技法學評論，13：1，2019-265。

平意識」(fairness)是目前值得關注的議題。³¹

³¹ 洪財隆 (2019)，行為經濟學與競爭法適用之初探，公平交易通訊，第 85 期，第 28 頁。

表 2-1：行為偏誤列表

行為偏誤		說明
有限理性 Bounded rationality	錨定效應 anchoring effect	面對不熟悉的未知參數，傾向設定一個錨點，再加上調整，但通常都調整不足，所以最終的估計值都很靠近錨點。(錨點可能是無意識的暗示)因為人們對於絕對數值不熟悉，但對於相對比較會比較有畫面與意識。 這種偏見也被稱為「相對性陷阱」(relativity trap)，當人們對某個事物進行定量估測時，會將一個特定物當作基準值，並與其他物件比較。餐廳菜單就是個典型的例子，總會有些主菜特別貴，有些價格較合理；我們常常選擇那些「中等」的選項，因為它不會太貴，也不會太便宜。只要基準點定了，評價標準也出來了。
	過度自信 overconfidence bias	自認為擁有較多知識、能力與訊息，高估自己對機率的預估能力(知識幻覺 illusion of knowledge)；加上認為成功來自於自己的努力，失敗是其它必然的外部因素(自我歸因偏誤 self-attribution)

維持現狀偏誤 status quo bias	傾向維持現狀，不做出改變(meme: this is fine)，也不去向外追求其他可能的好標的，並非出於有意識的思考，而是習慣跟懶惰；當與稟賦效果與避免後悔加在一起，會傾向極端不願做出改變。
稟賦效應 endowment effect	傾向對目前擁有的東西賦予較多價值，針對同一物品願付價格與願售價格有落差。
可得性捷思法 availability heuristic 可及性偏誤 availability bias	將容易回想的事件(印象深刻、近期事件等)視為高機率事件。
代表性捷思法 representative heuristic 代表性偏誤 representative bias	錯誤的將新資訊與過往無關的經驗連結、分類在一起，導致過度加重新資訊的機率權重(過度反應)。
後見之明偏誤 hindsight bias	已發生的事情會被自然的解釋邏輯性、必然性的結果，而非不確定性與機率性的；若恰好看對，會解讀為明智的決策、若恰好看錯，會解讀為難以避免的必然結果。

損失規避 loss aversion	害怕損失，所以不願實現虧損(停損)；更害怕獲利被剝奪，所以獲利抱不住(提早了結)。
保守偏誤 Conservatism bias	過度重視過去經驗與過去的推論結果，輕視新資訊的重要性，以貝氏理論的角度，就是過度加重基礎條件的機率(overweight the base rate)
控制錯覺 illusion of control	投資人誤以為自己有能力控制或影響結果；若提供抉擇機會、熟悉度、競爭、主動參與機會等，會誘發投資人自認為握有對於最終結果的控制權。
心理帳戶 mental accounting	對待相同金額的資金有不同看法，基於心理的認定(固定月薪 vs 年終獎金、薪資所得 vs 資本利得、休閒開支 vs 必需品)，並且認定金錢的心理名目為不可互換。
框架效應 framing effect	在不同框架下(問的方式、用詞...)，回答同一問題的答案不同。
自我控制幻覺 self-control illusion	由於缺乏自律，無法實現自己設定的長期總體目標；往往由於難以在短期滿足感(食物、偷懶、貪圖小利)與長期目標(減肥獲取健康、考取 CFA、為退休儲蓄)中做取捨。

	歸因偏誤 attribution bias	指的是認知者系統地歪曲了某些本來是正確的信息，有的源於人類認知過程本身固有的局限，有的則是由於人們不同的動機造成的。由於主觀上的原因而造成的歸因偏向和差別，是不當歸因的主要形成原因。
	從眾效應 bandwagon effect 羊群效應 herding behavior	指人們受到多數人的一致思想或行動影響，而跟從大眾之思想或行為
	確 認 偏 誤 confirmation bias	過度關注、重視、在乎可以支持自己信念的證明，在做決策時給予這些證據過多權重；並忽略反對信念者。
	派系偏見 ingroup bias	派系偏見與確認偏誤類似，人們受到催產素影響，對於團體內的夥伴有著更緊密的親近感，並且對團體外的人感到疑慮、恐懼，甚至藐視。這種偏見使人們過於高估所屬團體，也容易看輕外人的價值。

	賭徒謬誤 gambler's fallacy	這是一種錯誤的信念，人們習慣把先前發生的事件放大化，並相信它們會影響到未來的結果。「擲硬幣」就是一種賭徒謬誤，如果連翻了 5 次「頭」後，我們或許會認為下一次擲到「字」的機率會增加，但實際上仍是一半一半。
	購後合理化 post-purchase rationalization	有時候買了一個沒有必要、有缺陷，或者價格過高的產品時，卻覺得自己的決定一點問題也沒有？這就是購後合理化，也被稱作「買家的斯德哥爾摩症候群」，我們說服自己將原則與心裡頭的慾望保持一致，以避免陷入認知失調。
	忽略機率 neglecting probability	我們很少意識到開車有多危險，對於搭乘飛機在 3 萬 5000 英尺高空卻感到惶恐。確實，飛行看似是一件很危險的活動，然而在車禍中喪生的機率比遇上墜機事故遠遠高出許多。人們不能準確地考慮一項行為真正的風險，往往會誇大相對無害的活動。

	觀 察 選 擇 偏 誤 observational selection bias	當我們觀察到一件事情之後，會突然覺得這件事情發生的頻率增加了。舉例而言，阿饒左挑右選，終於買了一輛原以為「與眾不同」新車，後來卻發現滿街都是一模一樣的車子。這是因為我們將某件事放在大腦裡，所以較常注意到它，但發生機率其實始終不變。
	消極偏誤 negativity bias	與悲觀與否無關，人們就是比較在意「壞消息」。社會科學家認為，人類對負面消息有特別深刻的印象，也因為多疑或純粹太無聊，往往給予壞消息較高的信賴度。
	投射偏誤 projection bias	人們總會毫無理由地相信「大多數人跟我一樣」，而將自己的情感、意志、性格投射到別人身上，這個認知缺陷也可能導致「虛假共識偏見」出現，即高估一個意見的可能性，還認為所有人都能夠同意。
	當前偏誤 the current moment bias	我們時常想像未來的艱苦，並相應地改變現階段的行為與期望，多數人寧願在當下快樂，也不要未來遠離痛苦。

	福勒效應 巴納姆效應	當人們用一些普通、含糊不清、廣泛的形容詞來描述一個人的時候，人們往往很容易就接受這些描述，而卻認為描述中所說的就是自己。
	損失領導物 loss-leader effects	是一種刻意將商品的價格訂得比成本還低的促銷手段。其原理是透過低價來吸引顧客，再透過顧客購買的其他商品來增加利潤。
有限意志力 bounded willpower		人在面對經濟決策時，雖然知道最優選擇，卻因為自我意志的原因，往往做出基於短期利益而非長期利益的選擇。
有限自利 bounded self-interest		人的動機遠比簡單的利己主義的假設要複雜和微妙。

資料來源：研究團隊整理³²

第三節 行為反托拉斯更實際的方法舉例

根據 Heinemann 於 2015 年發表對於競爭法提出更實際的分析方法，該文被收錄在同年歐盟行為法與經濟書籍中，文獻研究顯示出從競爭法觀點中發現更多重要的行為層面，行為經濟學不僅影響相關市場基礎概念，也對於特定行為在競爭法中的影響性，如垂直協議(vertical agreements)、售後

³² 參考 PIMCO 官方網站，<https://www.pimco.com.tw/zh-tw/resources/education/behavioral-science/recognizing-your-behavioral-biases> 以及本文中相關文獻整理。

服務(practice on aftermarket)、搭售(tying and bundling)、條件式回扣(conditional rebates)、掠奪性定價(predatory pricing)、合併控制(merger control)，雖然行為的洞察會影響法律制裁和補救措施，但是作者認為這種發展應描述為「行為轉向」(behavioral turn)而不是「行為革命」(behavioral revolution)，因為傳統分析並沒有被取代，而是得到了補充，未來目標「更實際的方法」(more realistic approach)不再視需求越來越多，而是要以更可靠的基礎制定競爭法。³³

一、Google 搜尋引擎 vs Microsoft(1998)

以下採取更實際的方法(more realistic approach)舉例如下，Edlin 和 Harris 於 2013 年發表轉換成本在反托拉斯分析中的作用，不僅透過古典經濟學角度看 1998 年 Microsoft 作業系統遭受法院控訴，也比較並說明 Google 搜尋引擎在當時可能會觸及反托拉斯議題，³⁴呼應相隔七年後的現今，Google 成為被美國司法部控訴的對象，而行為反托拉斯學者 Stucke 於 2012 年也比較 Google 與 Microsoft 二家公司，³⁵因此，探討當時學者與現今美國司法部如何看待 Google 搜尋引擎服務。前者是以古典經濟的角度探討 Google 搜尋引擎，後者是以行為經濟學角度；前者探討 Microsoft 的作業系統，後者則探討 Microsoft 的播放器(Windows Media Player)，就算是以古典經濟學者角度看 Google 一事，因為是策略性地造成移轉成本上升，認為 Google 是違反競爭法的。

³³ Heinemann, A. (2015), *Behavioural Antitrust-A'More Realistic Approach'to Competition Law*, EUROPEAN PERSPECTIVES ON BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS, 211-242.

³⁴ Edlin, A. S., & Harris, R. G. (2013), *The role of switching costs in antitrust analysis: a comparison of Microsoft and Google*, 15(2) YALE JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY 169-214.

³⁵ Stucke, M. E. (2012), *Behavioral antitrust and monopolization*, 8(3) JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ECONOMICS 545-574.

表 2-2 Microsoft(1998)vs Google 指控違反競爭法比較

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
指控之事實		Microsoft 案(Microsoft 不僅是高移轉成本的受益者：它做出了戰略選擇，以大幅增加電腦操作系統(Windows)、生產力應用程式(如 Word，Excel，PowerPoint 和 Outlook)、網路瀏覽器(Internet)、伺服器作業	Google 案 (Google 搜尋引擎) Google case(Google Search)	Google 現 在的反托 拉斯調查 This is timely given the current antitrust investigatio ns of	行為經濟學有助 於解釋歐洲委員 會對 Microsoft 媒 體播放器搭售的 指控 Behavioral exploitation to maintain a monopoly. The behavioral

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
		系統(Exchange Server) 的交換成本) Microsoft case (Microsoft was not simply an innocent beneficiary of high switching costs: it made strategic choices to substantially increase switching costs in PC operating systems		Google, and debate over the entry barriers of the search engine market.	economics literature can help explain the European Commission's abusive tying claims against Microsoft for its media player.

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
		(Windows), productivity applications (such as Word, Excel, PowerPoint and Outlook), Internet browsers (Internet Explorer), and server operating systems (Exchange Server).)			
鎖 定	相 容 性 費 用	V	低	V	V

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
Lock-in 成本類型(移轉成本 switching costs: 固有的 inherent/ 策略性的 strategic)	compatibility costs(網絡效應 network effects, 直接 indirect/ 間接 indirect)				
	合約成本 contractual costs	V	低		
	交易成本 transactions costs	V	低		
	搜尋成本	V	低		

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
	search costs				
	學習成本 learning costs	V	低		
	不確定性成本 uncertainty costs	V	低		
	購買成本 shopping costs	V	低		
行為偏誤 類型	意志力不完美 willpower is imperfect			V	
	人們將承擔懲			V	

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
	罰不公平行為 的費用 people will incur costs to punish unfair behavior				
	人們關心對待 他人，並公平地 受到對待 people care about treating others, and being			V	

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
	treated, fairly				
	決策上的偏誤 和捷思效果 biases and heuristics affect on decision-making			V	
	群眾 herding			V	
	極小化試誤 minimum			借助這種 從行為學	V

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
	amount of trial-and-error feedback			習中獲得的規模，公司可以享受到顯著的競爭優勢，並降低進入者威脅其市場力量的可能性。 With this	

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
				scale from behavioral learning, the company can enjoy a significant competitive advantage and decrease the	

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
				likelihood that an entrant can threaten its market power.	
	預設選項的功能 power of default options			V	V

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
	新網絡效果 new form of network effects			Google 演 算法可以 獲取訊息，將其移動到列表的頂部； Google 會 降低使用 頻率較低 的建議連結。	

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
				Google's algorithms can harvest that information to move that link up the list; Google demotes less	

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
				frequently tapped suggested links down the list.	
	現狀偏誤 status quo bias			V	V
	框架效應 framing effects			V	V
	沉默成本			V	V

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
	sunk cost fallacy (鎖 定 效 應 locked-in effect)				
	遲滯 inter alia			V	委 員 會 指 控 Microsoft 將其媒 體播放器與作業 系統搭售在一起 The Commission accused Microsoft, inter alia, of tying its media player to

成本與 行為偏誤	細項	移轉成本在反托拉斯分析中的應用：比較 Microsoft 和 Google The Role of Switching Costs In Antitrust Analysis: A Comparison Of Microsoft And Google (Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, 2013)		行為反托拉斯和獨占 Behavioral Antitrust and Monopolization (Maurice E. Stucke, 2012)	
					its operating system.
	拖延 procrastinate				V

註：V 表示該文獻有此特性。

資料來源：研究團隊整理

Edlin 和 Harris 於文章中說明由於 Microsoft 經營作業系統已經達 30 年之久(1975-1998)，除了 Windows 有的 Office 作業軟體外，還有 IE 瀏覽器、Server、Outlook 等，不論是鎖住(lock-in)消費者的成本類型都相較 Google 高，其中包含相容性成本(compatibility costs/ network effects, indirect/undirect)、合約成本(contractual costs)、交易成本(transactions costs)、搜尋成本(search costs)、學習成本(learning costs)、不確定性成本(uncertainty costs)、購買成本(shopping costs)。因為 Google 成立時期相對較短，轉移成本(轉換不同商品間的成本)相對較低，若移轉成本(switching costs)是屬於是內在的就不罰，如果是策略性則要受罰，而對於歷史悠久的 Microsoft，在布局作業系統、瀏覽器、伺服器(系統成本)等商品上，在使用者之間策略性地提高轉移成本的作為，由古典經濟學中轉移成本的角度來看是需要受到法院的制裁，此篇文獻並沒有提及相關的行為經濟學觀點。

然而，Stucke 除了透過古典經濟學探討相容成本的網絡效應，也透過行為偏務探討 Google 搜尋引擎案例以及 Microsoft 的播放器(Windows Media Player)。說明 Google 案例，其中以意志不完全(willpower is imperfect)、不公平(people will incur costs to punish unfair behavior)、相互(people care about treating others, and being treated, fairly)、捷思(biases and heuristics affect decision-making)、群眾(herding)、最小化試誤(minimum amount of trial-and-error feedback)、預設(power of default options)、新網絡效果(new form of network effects)、現狀偏誤(status quo bias)、框架效應(framing effects)、沉沒成本(sunk cost fallacy(locked-in effect))、遲滯(inter alia)。

說明 Microsoft 的播放器，以最小化試誤(minimum amount of trial-and-error feedback)、預設(power of default options)、新網絡效果(new form of network effects)、現狀偏誤(status quo bias)、框架效應(framing effects)、沉沒成本(sunk cost fallacy(locked-in effect))、遲滯(inter alia)、拖延

(procrastinate)說明 Microsoft 案例，並提及市場一開始時，廠商不了解消費者，消費者也不了解廠商，當供需雙方互相了解時，便會使最小化試誤(minimum amount of trial-and-error feedback)成本提高，促使進入成本上升。從過去到現在，由古典經濟學轉化為行為經濟分析，使分析方法更加實際、更加貼近市場行為。

二、Google 被美國司法部指控違反反托拉斯法案例

我們另舉例「更實際的方法」(more realistic approach)是什麼?用 Google 被美國司法部指控違反反托拉斯法案例(2020)，Google 花錢買了 Apple 介面功能作為「預設」瀏覽器，此一搜尋引擎於 2010 年芝加哥學派已提出說法，相隔四年行為經濟學者也提出說法，2020 美國司法部對 Google 指控案，民間智庫也提出實務見解，我們比較三者不同學理或實務界是如何看待搜尋引擎的行為偏誤，又如何攸關違反市場競爭法？

芝加哥學派 Bork and Sida (2010)看待搜尋引擎，Bork 是曾經是華盛頓特區巡迴法官、也是奠定芝加哥學派的前鋒，著作反托拉斯法的矛盾(The Antitrust Paradox)，是建立以完全理性、意志、自私的標準經濟學角度，說明人是完全理性的，對於 Google 搜尋引擎一事而言，它是一個創新，對於消費者權益福利是有增進效應，競爭法是保護競爭過程不是競爭者，從雙邊市場來看，Google 是平台服務商，雙邊市場中一邊是沒有收費的搜尋引擎服務而另一邊是廣告服務，消費者點擊就離開(click away)有足夠的自主權，說明網路保持中立性，人們只要點擊離開就離開，不存在交易成本或移轉成本，具有中立性，因此認為 Google 搜尋引擎是不具有排他性，沒有獨占的觀點。

Candeub 於 2014 年發表的文章見表 2-3，透過成本類型及行為偏誤類型來看，搜尋成本、認知成本、網絡效果、關鍵設施、垂直引擎演算法(會

使用內容為基礎的方法)，行為偏誤提及自我控制的概念。³⁶當人們在 Daniel Kahneman 所稱雙系統下的決策模式，人們善於在雙系統運作過程中，會產生認知鬆懈(cognitive ease)進而停留在系統 1 情形當中，形成認知成本，若 Google 搜尋引擎會引發人們認知成本上升，導致習慣的養成，引此對新進者就是阻卻進入的機制。

³⁶ Candeub, A. (2014), *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, 9(3) ISJLP 407.

表 2-3 Google 網路搜尋引擎：搜尋偏誤

成本與偏誤	細項	芝加哥學派(What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google? Robert H. Bork & J. Gregory Sidak, 2012)	行為經濟學 (Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust, Adam Candeb, 2014)	美國告 Google 壟斷搜尋市場 付數十億美元給蘋果換「預設搜尋」法院或報章觀點 By the Power of Default
成本類型	搜尋成本 search cost	V	V	
	認知成本 cognitive cost		習慣成本/資訊成本	V
	移轉成本 switching costs		V	
	網絡效應 network effects		認知促進的極小化擴張樹 Minimum Spanning	

成本與偏誤	細項	芝加哥學派(What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google? Robert H. Bork & J. Gregory Sidak, 2012)	行為經濟學 (Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust, Adam Candeub, 2014)	美國告 Google 壟斷搜尋市場 付數十億美元給蘋果換「預設搜尋」法院或報章觀點 By the Power of Default
			Tree of Cognitive Effort	
	基礎設施 essential facility	V	V	
	以內容為主的搜尋引擎 vertical engines		V	
	search engines employ content-based	search neutrality	V	

成本與偏誤	細項	芝加哥學派(What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google? Robert H. Bork & J. Gregory Sidak, 2012)	行為經濟學 (Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust, Adam Candeub, 2014)	美國告 Google 壟斷搜尋市場 付數十億美元給蘋果換「預設搜尋」法院或報章觀點 By the Power of Default
	decisions			
行為偏誤類型	自我控制 self-control		V	
	預設偏誤/現狀偏誤 default bias/status quo bias			V
	慣性 inertia			V
	損失規避			V

成本與偏誤	細項	芝加哥學派(What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google? Robert H. Bork & J. Gregory Sidak, 2012)	行為經濟學 (Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust, Adam Candeub, 2014)	美國告 Google 壟斷搜尋市場 付數十億美元給蘋果換「預設搜尋」法院或報章觀點 By the Power of Default
	loss aversion			

註：V 表示該文獻有此特性

資料來源：Candeub, A. (2014), *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, 9(3) ISJLP 407. 本研究團隊整理。

Google 演算法使用極小化擴張樹(Minimum Spanning Tree)的方法，建立人們使用地圖、電子信箱、瀏覽器等網絡效果，形成樹狀網絡效應如圖 2.1，讓人們難以脫離該應用程式的依賴性。透過 Daniel Kahneman 展望理論價值函數取代標準經濟學的預期效用函數看人們在長短期決策中會有自我控制的問題，由計劃我及執行我形成的雙我，會有不一致的問題。當人們的系統 1 在做決策時，因為會受到網絡效應、移轉成本的行為偏誤影響，導致認知成本上升，即便有品質好的搜尋引擎可做為替代商品，使用者也不會移轉，因此作者認為此案例有阻卻競爭的效果。

行為學者談到人們因為行為偏誤導致認知成本的存在，因此認為網路是不具有中立性的。而美國司法部對 Google 指控，花錢買 Apple 預設功能，預設角度與行為經濟學相同，民間智庫認為預設偏誤(default bias)、現狀偏誤(status quo bias)，會引發遲滯行為(inertia)，人們會擔心使用其他的搜尋引擎而產生不確定性；移轉使用時會有壞處考量而產生損失趨避(loss aversion)決策，此案美國司法部便使用行為經濟學用語，預設的角度的現狀偏誤，引發消費者損失逃避的傾向，作為控告的第二項捆綁違反排他性原則，以及第三項說明與 Apple 達成了一項長期協議，要求 Google 成為 Apple 流行的 Safari 瀏覽器和其他 Apple 搜索工具上的預設搜索引擎，更大幅造成消費者移轉成本的提升。³⁷

行為經濟學、司法部指控、民間智庫的看法，已經非常擅長使用行為經濟學中的行為偏誤、認知偏誤，討論廠商的行為是否會因為行為偏誤，而攸關到市場競爭效果。

Bork 建立芝加哥學派時，1970 年之前反托拉斯法經濟理論背景比較薄弱，他也表明「應用好理論治癒壞理論才是有效的處方」，用更好理論的

³⁷

<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>

補強過去理論的不足，反映出行為經濟學和芝加哥學派是互補的，現今不只有新的學派進入，實務界已經相當善長使用行為經濟學分析方法。

圖 2-1 極小化擴張樹(Minimum Spanning Tree)

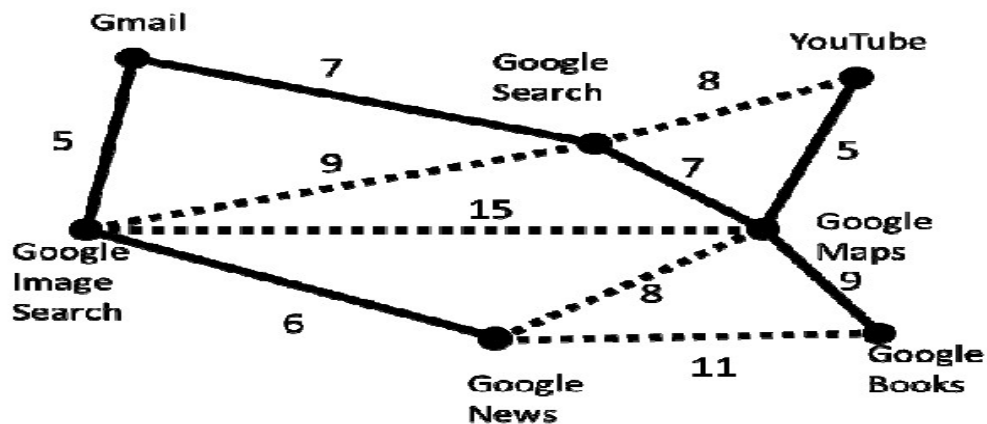


圖 2.1 資料來源：Candeub, A. (2014). Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust. *ISJLP*, 9(3), 407.

第四節 行為反托拉斯的重要文獻

一、美國的發展

根據 2002 年 Avishalom Tor，探討有限理性經常表現不佳而退出市場，因而認為法律是一個須透過行為分析來了解非市場的行為的領域。

進入市場的各種迷思，見表 2-4 研究顯示出進入困難點之處在於假設大家都是理性進入市場，或是這些合理性假設是可以挽救，其中前者透過實證發現與經濟理論來說明：(1)以過度自信帶著負淨現值(Net Present Value)進入市場的普遍性，並不會威脅到既有競爭廠商、(2)進入者對未來具有盈利能力的預測者不敏感、(3)初期創業者的平均表現不佳；後者則認為在有限資訊和學習成果下維持有限理性、透過極大化負淨現值

(maximizing expected utility with negative net present values)的預期效用來修正理性假設。說明有限理性對反托拉斯法範圍之外的市場行為和市場結果有深遠影響，如進入市場經常受到行為偏誤的影響，人們經常高估自己的能力，低估進入市場可能面臨的風險，對於未來保持過度樂觀的態度，最終將會影響在市場上的表現，因此必須要有效評估有限理性進入的社會成本和收益。³⁸

³⁸ Tor, A. (2002), *The fable of entry: Bounded rationality, market discipline, and legal policy*, 101(2) MICHIGAN LAW REVIEW 482-568.

表 2-4 The fable of entry

進入困難 The Puzzles of Entry		一：帶著負淨現值進入 The First Puzzle: The Prevalence of Negative Net Present Value Entry	二：進入者對未來獲利能力的預測不敏感 The Second Puzzle: Entrants' Insensitivity to Predictors of Future Profitability	三：新創企業平均表現不佳 The Third Puzzle: An Inferior Average Performance of Startup Entrants
進入市場決策的行為分析 Behavioural Analysis of Entry Decisionmaking (Solution)		進入者過度自信的過程 The Processes of Entrants' Overconfidence	進入者過度樂觀的效應 The Side Effects of Entrants' Overoptimism	所有進入市場不盡相同 All Entry is Not the Same
有限理性 Bounded rationality	樂觀偏誤 optimistic bias	V	V	
	期望偏差和相關現象	V		

	desirability bias and related phenomena			
	控制幻覺 illusion of control	V	V	
	期望偏差 desirability biases		V	
	偏好強度 intensity of preferences			V
	判斷模糊 judgmental ambiguity			V

挽救理性的假說 Can the Rationality Assumption be Salvaged	1.維持合理性假設：機會、有限的訊息和學習成果 2.修改合理性假設：使用負淨現值極大化期望效用 1. Maintaining the Rationality Assumption: Windows of Opportunity, Limited Information, and the Fruits of Learning 2. Modifying the Rationality Assumption: Maximizing Expected Utility with Negative Net Present Values
重新評估進入市場 Evaluating Entry Afresh	A.有限理性進入的社會成本和收益 B.規範負期望值的進入 C.反托拉斯法和有限理性進入(掠奪性定價/橫向兼併) A. the social costs and benefits of boundedly rational entry B. regulating negative expected value entry C. antitrust law and boundedly rational entry (predatory pricing/ horizontal mergers)
有限理性的市場：法律政策的領悟 Bounded Rationality in Market:	A.法律相關市場環境中普遍理性的普遍性 B.依靠市場消除有限理性爭論的局限性 C.關於市場行為法律分析更廣泛的經驗學習

Lessons for Legal Policy	A. The Prevalence of Bounded Rationality in Legally Relevant Market Settings B. The Limits of Arguments Relying on Markets to Eliminate Bounded Rationality C. Some Broader Lessons for Legal Analyses of Market Behavior
--------------------------	---

註：V 表示該文獻有此特性

資料來源：研究團隊整理

Tor 於 2011 年發表「Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin」，見表 2-5 說明理性原則(ROR)取代了長期存在維持轉售價格本身的規則，推翻垂直限制價格本身是非法一事，長期以來，學者們不斷爭論 RPM 的優缺點，認為該作法將造成競爭與反競爭的結果，然而最高法院引用 ROR 分析取代了 RPM 傳統本質的違法，認為經濟證據表明這種做法有時會增強福利，對於有限的 RPM、逐漸消逝有限理性 RPM、行為實證架構的理性原則提出行為偏誤的問題存在，像是錨定效應(Anchoring)、損失規避(Loss Aversion)對於價格調整都有不同的決策，最後，對於 RPM 提供更充足的資訊、結構化的方法來分析 Leegin 案，該事件的審判更加奠定行為經濟學使用於競爭法的基礎。³⁹

³⁹ Tor, A., & Rinner, W. J. (2011), *Behavioral antitrust: A new approach to the rule of reason after Leegin*, U. ILL. L. REV., 805.

表 2-5 ROR after Leegin

行為偏誤類型		Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.	應用	結果
有限理性 (維持轉售價格 Resale Price Maintenance (RPM)-合理原則 Rule of Reason)	定錨效應 anchoring	V	從有偏見的訊息，不足以調整對降價的發生和危害的判斷 Insufficiently adjusting judgments of the incidence and harm of price-cutting from biased information	高估降價帶來的預期傷害 Overestimating the expected harm from pricecutting
	可得性的判斷	V	1.根據一些生動的	

	judgment by availability		事件高估有害的降價頻率 2.對有害的降價做出誇大的預測 1. Overestimating the frequency of harmful price-cutting based on a few vivid events 2. Making inflated predictions of harmful price-cutting	
	代表性判斷 judgment by representativeness	V	1.過分重視具體折扣事件的傳聞證據 2.將少量折價軼事的特徵判斷為典型特徵	

			3. 誇大不可靠訊息 1. Too much weight given to anecdotal evidence of specific discounting events 2. Judging as typical the characteristics of a small sample of discounting anecdotes 3. Overweighting unreliable information	
	損失規避 loss aversion	V	花費大於預期危害的資源，降低價格以防止潛在損失 Expending resources	降價的規避性 Pricecutting aversion

			that are greater than the expected harm from price-cutting to prevent potential losses	
	公平意識 fairness concerns	V	採取昂貴的預防措施，對零售商的搭便車行為進行主觀上認為是不公平的 Engaging in costly prevention efforts of retailers' free-riding behaviors that are subjectively viewed as unfair	
	基於理性的選擇 reason- based choice	V	過度考慮消除或降價本身(而不是解決	PRO-RPM 的偏好 A PRO-RPM

	相容效應 compatibility effect	V	其潛在後果) Overweighting the elimination or price-cutting per se (as opposed to addressing its potential consequences)	preference
	確定性效應 certainty effect	V	高估 RPM 的好處 Overestimating the	
	不確定規避 ambiguity aversion	V	benefits of RPM	
	管理風險態度 managerial risk attitudes	V		
對反托拉斯執行單位的省思		本獻說明，我們如何使用新穎的方法，盤問被告和原告 ROR 方法的更極端的現存變異。 通過為 RPM 提供更好的 訊息，結構化方法的藍圖來完成分析，該方法考慮了 RPM		

	的競爭性，反競爭性和有限理性的表現形式。 This article then explained how our novel account challenges the more extreme extant variants of both prodefendant and proplaintiff ROR approaches. We completed the analysis by providing a blueprint for a better-informed, structure approach to RPM that takes into account its procompetitive, anticompetitive, and boundedly rational manifestations alike.
--	--

註：V 表示該文獻有此特性

資料來源：研究團隊整理

於 2007 年 Leegin 一案之後提出於競爭法下維持轉售價(resale price maintenance, RPM)的新方法，具有行為經濟學的批判層面。2008 年提出行為分析法的方法論 2008 年消費者保護法。2011 年發表「Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin」說明理性原則(ROR)取代了長期存在維持轉售價格本身的規則，推翻垂直限制價格本身是非法一事，長期以來，學者們不斷爭論 RPM 的優缺點，認為該作法將造成競爭與反競爭的結果，然而最高法院引用 ROR 分析取代了 RPM 傳統本質的違法，認為經濟證據表明這種做法有時會增強福利，對於有限的 RPM、逐漸消逝有限理性 RPM、行為實證架構的理性原則提出行為偏誤的問題存在，像是錨定效應(Anchoring)、損失規避(Loss Aversion)對於價格調整都有不同的決策，最後，對於 RPM 提供更充足的資訊、結構化的方法來分析 Leegin 案，該事件的審判更加奠定行為經濟學使用於競爭法的基礎。⁴⁰

根據 2013 年文獻，透過以下案例說明理性假設，如 Brooke Group Ltd. 控訴 Brown & William Tobacco Corp.，最高法院依據《修曼法》第 2 條的掠奪性定價，對非法壟斷指控進行了法律制裁，需要倚賴理性假設來解釋，而法院宣布，除非被指控者的定價低於某種成本，且掠奪者「有合理的遠見或根據《修爾曼法》第 2 條，具有從較低的成本中彌補損失的可能性」，否則該行為將不構成掠奪性定價，並無證據說明存在競爭損害；Weyerhaeuser Co. 控訴 Ross-Simmons Hardwood 一案中，拒絕掠奪性投標的指控，因為「沒有合理的期望」(a reasonable expectation)的補償之下，一家理性的公司不會願意遭受確定的短期虧損；法院對於反托拉斯原則的合理性假設，不僅限於倚賴《修曼法》第 2 節的掠奪，對於第 1 條所指的競爭對手之間掠奪性，橫向陰謀的指控已暫時被駁回。

在 Brooke Group 成立幾年之前，一旦法院裁定串謀將要求被指控的串

⁴⁰ Tor, A., & Rinner, W. J. (2011), *Behavioral antitrust: A new approach to the rule of reason after Leegin*, U. ILL. L. REV., 805.

謀者採取非理性行為。基於這種推理，Leegin 法院發現 RPM 在某些有限的環境中可能具有合理的反競爭性，但在許多其他環境中卻具有合理的非競爭性，因此有必要視具體情況而定，而不是自動進行理性的對待。正如在售後市場中的案例所表明的那樣，除了對生產企業的理性假設的重要作用之外，對消費者理性的假設還取決於反托拉斯學說和政策。

簡而言之，透過個人、廠商、行為反托拉斯機構的觀點，說明行為經濟學中有限理性、有限意志、有限自利上是如何影響決策過程。

表 2-6 行為反托拉斯總結

分項	細項	個人觀點 Individuals' perspective and abuse by firms	公司或企業觀點 Firms' perspective	反托拉斯機構觀點 Antitrust agencies' perspective
行為經濟學或行為法與經濟學者的研究方法	Richard H. Thaler	V	V	V
行為偏誤類型	有限理性 (Bounded rationality relates to "judgement errors and departures from expected utility theory".)			有限理性 bounded rationality
	Risk Preferences		V	

過度自信 Overconfidence Bias		V	
稟賦效應 Endowment Effect		V	
可得性捷思法 Availability Heuristic 可及性偏誤 Availability Bias	訊息可得性捷思 information availability heuristics		可得行，與人們對 近期事件和重大 事件的重視程度 有關 availability, which relates to the weight that people give to recent and salient events
代表性捷思 Representative Heuristic 代表性偏誤 Representative Bias			代表性，即人們往 往會高估可能 性，因為他們忽略 了低基準的機率 和小樣本量； representativeness, which deals with the fact that people tend to overestimate probabilities because they ignore low baseline

				probability and small sample sizes;
	後見之明偏誤 Hindsight Bias			後見之明，包括事後評估機率。 hindsight bias, which involves the ex-post assessment of probability.
	損失規避 Loss Aversion	V		
	從眾效應 Bandwagon Effect 羊群效應 Herd Behavior		極化 polarisation	
	現狀偏誤 Status Quo Bias	V		
	非金錢利益 Non-pecuniary Benefits		V	
	集體思考 Groupthink		V	
違反公平法類型	進入	V		
	不公平競爭	壟斷實踐 monopolisation		

		practices		
	掠奪性定價 Predatory Pricing		掠奪性策略 predatory strategies	
	併購控制 Merger Control	V		
如何推論對市場之影響		降低轉換成本、營銷策略、行為開發 lower switching cost, marketing strategies, behaviour exploitation	進入的可能性，市場競爭的程度，缺乏行銷實踐的合理性 the likelihood of an entry, the extent of rivalry in a market, the (lack) of rationality of certain marketing practices	
廠商作為		OFT 確定了公司在這方面採取的四種與價格相關的做法：滴灌定價、銷售(例如，以前是 2 美元，現在是		

	1 美元交易)、 複雜定價、誘 餌。 The OFT has identified four price-related practices adopted by companies in this regard: drip pricing, sales (eg, was \$2, now \$1 deals), complex pricing, baiting	
--	--	--

對反托拉斯執行單位的省思	行為經濟學可以幫助機構在審查合併案例時，甚至在設計時更好地解決其擔憂的補救措施，更好地了解市場動態。 Behavioural economics may help agencies to better understand market dynamics when reviewing merger cases, and even when designing remedies that could better address their concerns.	它們也可能在某些實踐發生後低估或過高估計(後見之明)。當然，在反托拉斯中使用行為經濟學(或行為反托拉斯)並不排除使用傳統微觀經濟學理論。它也不否認該領域或現有標準的發展；相反，它試圖填補傳統經濟學不足的空白。它是代理機構識別風險和濫用並預測行為的補充工具。 They may also under or overestimate the effects of certain practices after they occur (hindsight). Of course, the use of behavioural economics within antitrust – or
---------------------	---	---

		behavioural antitrust – does not exclude the use of traditional microeconomics theory. Nor does it deny the evolution of this field or the existing standards; instead, it seeks to fill the gaps where traditional economics falls short. It is a complementary tool for agencies to identify risks and abuses and predict behaviour.
--	--	--

註：V 表示該文獻有此特性。 資料來源：研究團隊整理

二、歐洲-英國的發展

Amelia Fletcher 於 2015 年提出行為經濟學應用於反托拉斯如表 2-7、表 2-8，分別以行為偏誤與反競爭市場類型，說明在不同反競爭市場類型中行為偏誤的影響；及行為偏誤與成本模型，說明透過搜尋與轉移成本模型、非對稱的信息、需求估計模型衡量不同行為偏誤影響決策結果。⁴¹

⁴¹ Amelia Fletcher (2015), *Behavioural economics and its possible implications for antitrust*, Center For Competition Policy, University of East Anglia.

表 2-7 行為偏誤與反競爭市場類型

智人	行為偏誤中類	行為偏誤小類	市場界定 Market definition	共謀 Collusion	垂直線至 Vertical restraints	濫用主導權 Abuse of dominance	併購評估 Merger assessment
有限理性 Bounded rationality	偏好 (我們想要的, 累積前景理論) Preferences (what we want, Cumulative Prospects)	稟賦效應/損失規避 Endowment effects/Loss aversion				損失偏誤 供給方偏誤 Loss aversion. Supply-side biases.	
		參考依賴 Reference dependence	評估可以取決於參考 Valuations can be reference-dependent				
		定錨效應 Anchoring					

	t Theory)	後悔和其他 情緒 Regret and other emotions		利潤可以 滿足 Profit-satisf icing can		供給方偏見。 即使掠奪原本 無利可圖，企業 也可能為了建 立“瘋狂”而提 前。另一方面， 公平的願望可 以限制濫用。 Supply-side biases. Firms may predate in order to establish 'craziness', even if predation would otherwise be unprofitable.	
--	--------------	--	--	--	--	--	--

						On the other hand, a desire to be fair could limit abuse.	
	信念 (我們相信關於我們的處境和選擇的事實) Beliefs(what we believe are the	過度樂觀 Over-optimism					管理過度樂觀 managerial over-optimism
		過度自信 Over-confidence					過度自信 over-confidence

	facts about our situation and options)						
	決 策 (考 慮 到我們 的 信 念，哪 種選擇 使我們 最接近 我們想 要的東西)	框架效應 Framing effects	V		V		V
		現狀偏誤 Status quo bias	現狀偏誤 Status quo bias			消費者偏見：違約/現狀偏見。捆綁案例，如 Microsoft Internet Explorer。Consumer biases:	

	Decision-making(which option gets us closest to what we want, given our beliefs)					default/status quo bias. Tying cases, such as MS Internet Explorer.	
		預設偏誤 Default bias					
		顯著偏見 Saliency bias			V		
		使用經驗法則 use of rules of thumb					
		社會影響力 Social influence		具有社會凝聚力的群體 socially			

				cohesive group			
		代表性偏誤 Representativ eness bias					
有限意志力 Bounded power	will	雙曲折價 Hyperbolic discounting/ Myopic				消費者偏見：短 視。售後案例， 如柯達。 Consumer biases:myopic. After-markets cases, such as Kodak.	
隱含的意義			正確的假設壟 斷者測試是什 麼？ 顧客可 能會不對稱地				

	對價格的上漲或下跌做出反應，或者隨著時間的推移顯然會改變偏好。 What is the right hypothetical monopolist test? Customers may react asymmetrically to increases and decreases in prices or apparently				
--	---	--	--	--	--

	change preferences over time.				
--	-------------------------------------	--	--	--	--

註：V 表示該文獻有此特性

資料來源：研究團隊整理

表 2-8 行為偏誤與成本模型

智人	行為偏誤 中類	行為偏誤 小類	搜尋和移轉成本 models 1: Search and switching costs	不對稱的訊息 models 2: Asymmetric information	需求估計錯誤 models 3: Demand mis-estimation
有限理性 Bounded rationality	偏好(我們想 要的, 累積前 景理論) Preferences(what we want, Cumulative Prospect Theory)	稟賦效應/損 失規避 Endowment effects/Loss aversion			V
		定錨效應 Anchoring			V

	信念(我們相信關於我們的處境和選擇的事實) Beliefs(what we believe are the facts about our situation and options)	過度自信 Over-confidence		V	V
--	---	-------------------------	--	---	---

	決策(考慮到我們的信念,哪種選擇使我們最接近我們想要的東西) Decision-making(which option gets us closest to what we want, given our beliefs)	框架效應 Framing effects	次級產品價格的“籠罩” /能源領域的“混亂壟斷” /禁止“過渡”合同進行戰略複雜化 ‘shrouding’ of secondary product prices/ ‘confusopoly’ in energy/ ban ‘rollover’ contracts		
		評估風險不佳 Poor at assessing risk	進行戰略複雜化 engage in strategic over-complexity		

		代表性偏誤 Representativeness bias		V	
有限意志力 Bounded will power		雙曲折價 Hyperbolic discounting/M yopic		V	V

註：V 表示該文獻有此特性

資料來源：研究團隊整理

第三章 行為經濟學、消費者保護與競爭政策

第一節 行為經濟學派之啟發與局限

人因為理性有限，因此選擇自由需要有規則制約。行為學派不認為人類行為都是理性自利。在這一點上面，他們揚棄新古典學派的假設，決定依據真正的人類行為設計模型，正是行為學派的由來。他們把同一手法延伸到經濟制度及組織的研究，如：該如何組織一家企業？如何設計金融法規？因此，行為學派跟制度學派有些基本共同點，兩派思想成員也有重疊。

行為學派是較為年輕的經濟學派。它最近大受矚目，是因為行為金融學與實驗經濟學。其學理卻早在 40、50 年代即已萌芽。尤其是 Herbert Simon。Simon 雖是 1978 年諾貝爾經濟學獎得主，卻是知名的文藝復興人，既是經濟學行為學派之父，也是人工智慧、商業管理、公共行政學、認知心理學的重要理論大師。

一、人是需要被規範的

Simon 的核心理念，是有限理性。他批駁新古典學派不該把人類理性假設成好像天神那樣具有無窮無盡的資訊處理能力。以 Simon 的用語，這是「奧林匹亞理性」(奧林匹亞山是希臘神話中的眾神居所)。

Simon 並不是主張人類缺乏理性。他認為，人類很想理性，卻能力有限，而世界又太複雜。套句凱因斯用語，就是世界充滿不確定性。到頭來，人類決策的最大製約，並非資訊不足，而是人類資訊處理能力的不足。

Simon 主張，正因為人類理性有限，才會發展出心智捷徑，把心智能力做最有效運用，這就是捷思法(直覺思考)，有多種形式：經驗法則、一般嘗試、專家判斷。這些心理工具的背後是類型辨別力。有了這種辨別力，

人類就可以揚棄一大堆天南地北的思考路徑，只專注於小範圍、可管理、成功可能最大的幾種選項。Simon 經常拿西洋棋來比擬這種心智手法，棋王的秘訣就在於有辦法快速排除勝算較小的棋步搜索，而集中推演勝算較大的幾種棋步。

只思考一小部份的可能選項，做出來的可能不是最佳選擇，卻讓人類可以運用有限理性，去處理世界的複雜與不確定。因此 Simon 主張，人類做選擇時，要的只是足夠滿足(satisfice 結合了 satisfy 與 suffice 兩字的新字)。也就是說，人類並非像新古典學派假設那樣尋求最好方案，其實只要夠好就可以。

二、市場經濟與組織經濟

行為學派的起源雖是研究個人決策，後來學理卻擴展到許多類領域。在他們眼中，為了有限理性而簡化決策，這種事並不只發生在個人層次。

在社會層次，組織慣例與社會制度也都是為了彌補有限理性。就好比個人層次的直覺思考，組織慣例與社會制度雖然限制選擇自由，卻可削減問題的複雜度，因而改善選擇的品質。規則可協助我們更好預測其他行動者的行為。因為大家都會遵循規則行為都符合特定模式，這點也是奧地利學派所強調的，只是用語不同。他們強調的是，傳統作為理性基礎的重要性。

採用行為學派的觀點後，就會以有別於新古典學派的角度看經濟。位居學界主流的新古典學派，通常把現代資本主義經濟描述為市場經濟。行為學派卻強調，其實市場僅占經濟很小一部分。Simon 在 90 年代中就曾指出，美國經濟活動大概有八成發生在組織內部，而不是透過市場。這組織可以是企業或政府，因此 Simon 主張現代經濟應該說是組織經濟。

三、情感、忠誠、渴望、公平

情感、忠誠、渴望、公平等人類特質，在新古典學派與馬克思學派眼中，說好聽是無關緊要，說難聽則是阻礙理性決策的石頭。行為學派提出新的看法，解釋為什麼這些人類特質很重要。

依據有限理性理論，情感不見得是理性決策的絆腳石，可能還常是有限理性決策的利器。Simon 指出，因為有限理性，因此必須集中資源在解決手邊的最重要問題。這個焦點就有情感，提供行為學派主張忠誠度攸關組織運作是否順暢。組織如充斥忠誠度有問題的成員，光為了監督他們對各種私利自治行為祭出懲罰，成本就高昂破表。同理，公平也必須慎重拿捏，若是成員沒有認為沒受到組織社會的公平對待，就不可能忠誠。

四、行為學派法律經濟分析的主張

(一) 局限性的合理性、意志力與自利

1998 年的三位作者，提出行為法律與經濟學的基礎，不同於新古典經濟學所界定的基本原則，亦即假定個人是理性的、自利且擁有完美意志力。其在真正實驗中檢視理性假設時，發現人類在特定情境下，其行為乃是局限性的合理性、局限性的意志力與局限性的自利。

所謂局限性的合理性，主要強調人們會採用心理捷徑或仰賴經驗法則。最常見的就是人們常受困於既定偏見，例如過度樂觀或者是自我建構的公平概念。經驗法則或過去的經驗也常會引導我們做出錯誤的結論。換言之，人是習慣的動物，人們在決策時，可能會傾向改變最少現狀的選項，又稱之為現狀偏見。

局限性的意志力，係指人類如果受到誘惑或者短視近利，可能會採取與其長期利益相互衝突的行為。所以在制度的設計上，有銷售冷靜期甚至是強迫儲蓄。

局限的自利也遠超過傳統經濟學的預測，例如許多市場中，參與者非

常關切是否能被公平對待，而且也願意以同樣公平條件對待他人，只要其往來對象同樣遵守公平原則。因此，行為經濟學模式下的代理人，有可能比古典理論假設的代理人更良善，但也可能在其自認未被公平對待時更充滿惡意。

(二) 行為經濟學的法律經濟分析與自由家父主義

一般熟悉寇斯定理認為法律所為之權利分配，在交易成本與財富效果為零的時候，不會影響最終的權利分配結果。例如法院為判斷結果後，如果交易成本與財富效果趨近於零，此時雙方皆無實質利益，則達成和解的機率很高。但行為經濟學有不同意見，認為縱使交易成本與財富效果為零，法律權利的分配可能會相當影響協商結果。

再者，人類向來重視損失甚於所得，且資訊呈現方式是又對於選擇與接收資訊結果有重大影響，則實際上往往變成資訊提供者通常就能夠實質影響決定，因此規範重點有時應擺在資訊如何提供，而非僅僅是要求應提供資訊，否則只是癱瘓選擇的結果。

傳統的法律與經濟學反對家父式保護，認為應該由市場自行發揮效率，然而行為經濟學派則主張不應反射性反對家父主義，而應取決於借入與否之成本與利益分析結果而定。

「A Behavior Approach To Law And Economics」的共同作者，又後續發表了一篇「Libertarian Paternalism is not an Oxymoron」(自由家父主義並非矛盾修辭)，鼓吹所謂自由家父主義，亦即保留選擇自由但鼓勵私人或公立機構引導民眾選擇可提升民眾自身福利的方向。而自由家父主義與非自由家父主義最大的差別則是在於前者堅持保留選擇的機會。

五、對行為經濟學的批評

(一) 不完整性、欠缺系統化及預測性

部分經濟學者認為「A Behavior Approach To Law And Economics」並未說明行為經濟學到底是甚麼，僅是用反面的方式加以定義，亦即行為經濟學乃是減去人類會理性極大化其滿足的假設，其本質是反理論的。且行為經濟學描繪的行為者，是理性與非理性的綜合體，其在既定情境下到底會怎麼做並不清楚。

行為經濟學較少探討事業一般的行為模式，而著重於對為何貌似非理性的行為不能完全絕跡並因而引導事業以經濟學模式未能預測的方式運作等提供解釋，然而，最大的問題仍是行為經濟學欠缺一套有組織性的基本原則。

（二）政府過度介入的風險

另一個對於行為經濟學主要的批評為，行為經濟學太仰賴政府，而政府的規範，也同樣會犯錯，如果其介入手段是錯誤的，可能實際上反而會擴大消費者或社會的損失。一但放鬆對於人類理性的假設後，就面臨太多以家父式保護非理性市民等口號偽裝的政府管制。因此當政府介入想要解決非理性行為時，消費者處境反而可能更糟。

溫和家父主義本質上更難被控制也更容易被濫用，進而偏離或擴大其原先的使用範疇，容易進而使強勢家父主義越來越有吸引力。

（三）對行為學派之批評：過於聚焦於個人

行為學派雖是最年輕的學派，卻已大大改變人類理性與行動行為動機的理論。經過行為學派的洗禮，學界如今對人類的心理行為已有更全面的認識。

行為學派試圖從個人去了解整個社會。嚴格來說，他們的思考起點也不是個人，而是人腦中的心智過程，這是他的優點也是缺點。關注太細，他們經常看不見整個經濟體系，他們真的沒必要如此，畢竟 Simon 關於經濟體係也論述豐富。行為學派卻有太多學者都只關注個人，尤其是鑽研實

驗經濟學的那些，他們只想透過有控制的實驗，測驗人類有多理性或多自利。還有神經經濟學的學者，也只關注大腦活動與特定行為之間的關聯。著墨都在認知科學與心理學，碰到科技與總體經濟，行為學派會有其限制。

第二節 行為經濟學與性別平等

行為經濟學與傳統經濟學最大的不同，就是突顯人性心理中的各項行為偏誤，推崇於分析人的經濟行為決策時，須考慮人們的「有限理性」，重視各種行為偏誤的影響。以此觀之，倘若男女有差異，考慮性別因素於行為經濟學的應用，較之不分性別對行為經濟學的探討，是否會產生不同的結果？這是由行為經濟學衍生、一個有趣的學術課題。

從經濟學理論的流派而觀，建基於女性觀點的女性經濟學，本就是許多經濟學派別的其中一支。與行為經濟學相似的是，它也挑戰主流傳統經濟學設定的「理性」概念。因為女性經濟學認為傳統經濟學所謂的「理性」所假設的是一個「理性的男性」，而忽略了女性的觀點。不過，行為經濟學大量仰賴心理學做為理論發展的基礎，而女性經濟學則廣泛應用許多跨領域的素材，建立它的發展。⁴²

女性經濟學家指出，社會觀念約定俗成的性別特徵與性別氣質，造成對某一性別的社會期待，這些期待和價值透過各種社會制度、社會化的過程，內化於個體之中，因而會影響個人的自信、風險承受度、對合作的態度等等。⁴³而從經濟學的角度而言，因性別而生的各項偏見(gender biases)不但影響個人對自我的認定、也影響個人經濟行為的決定。⁴⁴

⁴² Ibid. Review on Relevant Literature.

⁴³ van Staveren, Irene (2013), *How Gendered Institutions Constrain Women's Empowerment*, In HANDBOOK OF RESEARCH ON GENDER AND ECONOMIC LIFE, edited by Deborah M. Figart and Tonia L. Warnecke, 150–66. Cheltenham: Edward Elgar.

⁴⁴ ckel, Catherine C. and Philip J. Grossman (2002), *Sex Differences and Statistical Stereotyping in Attitudes toward Financial Risk*, 23(4) EVOLUTION AND HUMAN BEHAVIOR 281–95.

由於女性經濟學家針對社會的各項性別建置研究顯示，⁴⁵這些性別的制度傾向有利男性。女性經濟學家因此更看重社會建制中的權力關係，對資源分配、交換所產生的影響。

2018 年學者 Sent 和 Staveren 曾做過一項從女性主義的角度審視行為經濟學於性別差異的研究，⁴⁶該研究區分傳統上被視為較男性化的態度傾向(如較有自信、願意承擔風險)、以及傳統上被視為較女性化的態度傾向(如較為願意利他、較信賴他人)，並分析了 208 篇相關研究文獻，從承擔風險(risk appetite)、過度自信(overconfidence)、利他主義(altruism)，以及信賴態度(trust)等四個面向來分析文獻中所呈現的性別差異。

從承擔風險而言，這項研究發現過往有 20 項研究指出性別存在差異 並有 13 項研究指出女性更趨向於規避風險。

就過度自信的態度而言，這項研究則發現 多數過往研究呈現歧異的結果，或性別差異並不明顯。就利他主義而言亦然，整體來看，有些研究指出並無明顯性別差異，但也有研究指出，⁴⁷個人和團體會有不同：例如個別女性較個別男性更願意施惠他人，但一個男女混合的團體則較全女性的團體、更願意利他。不過，研究也指出這可能正呈現了女性混合在男性主導團體中、更易讓團體傾向利他，而這可能正是男性與女性各基於其性別期待所產生的互動結果。

就「信賴」此項而言，它指的是個人是否願意基於對他人的信賴做出某項承擔風險的決策，這涉及風險評估的態度。本研究發現，多數過往的研究數據指出女性較之男性，表現出更高的信賴度。

⁴⁵ Folbre, Nancy (1994), *Who Pays for the Kids? Gender and the Structures of Constraint*, London: Routledge.

⁴⁶ Esther-Mirjam Sent & Irene van Staveren (2019), *A Feminist Review of Behavioral Economic Research on Gender Differences*, 25(2) FEMINIST ECONOMICS 1-35.

⁴⁷ Kamas, Linda, Anne Preston, and Sandy Baum (2008), *Altruism in Individual and Joint-Giving Decisions: What's Gender Got to Do with It?*, 14(3) FEMINIST ECONOMICS 23-50.

由上述研究觀之，性別因素不論是先天或後天所形塑，確實造成個體的行為差異、並因此影響了各項經濟行為與經濟決策。如前所述，挑戰傳統主流經濟學「理性人」的前提，這是女性主義觀點下的經濟學和行為經濟學的共同點。兩者不同之處，在於行為經濟學從心理學出發、探討一般人(不分性別)的行為偏誤，而女性經濟學則從跨領域的學科應用，探討各項性別因素產生的差異，對經濟行為的影響。

而女性(或從性別差異出發)觀點下的經濟學，與競爭法政策的關聯如何？從學理上出發，女性做為市場中的消費者，與男性做為市場中的消費者，基於性別差異而有態度、行為與決策的差異，必然於競爭法、消費者保護產生不同的考量。OECD 已在 2018 年指出，若將性別因素納入，應該更能了解市場的全貌、有助制定更有效的競爭政策。除了更全面有效的競爭政策，OECD 也指出，充分認識性別因素，亦有助於透過規劃有效的競爭政策來改善性別不平等的狀況。⁴⁸

第三節 行為經濟學對消費者政策之啟示

本章節將就行為經濟學與消費者政策提供一個初步的介紹。內容討論到消費者做出決定的方式可能並非完全理性的，以及企業如何利用此類的消費者，並且提供了一個範例來說明他們是如何扭曲市場運作。最後，我們得出了一個結論，就是競爭與消費者政策在糾正這樣的扭曲上扮演了重要的角色。但仍然需要透過非常仔細的設計，因為有些干預是弊大於利的。換言之，政策干預不僅僅改變了消費者的行為，也同樣會改變企業的行為，而這些改變雖可能會促進市場正常運作，但同樣也可能造成更糟糕的結果。

一、引言

⁴⁸ Gender inclusive competition policy, OECD, <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>.

當企業爭相為消費者提供更好的交易時，就會出現競爭。如果消費者在不同的選擇上具有足夠的資訊且依照這些資訊做出理性的消費，則僅有提出最優惠方案的企業可以蓬勃發展。而消費者獲得的回報則是他們得以近乎成本的價格獲得他們想要的產品。

但是，除非消費者理性的回應市場信號，否則市場無法有效率的運作。舉例來說，如果一個企業提供了更好的銷售方案時，消費者卻不買單，反而堅持買一個很高價的產品或者品質很差的產品，則顯然該企業沒有因為提高品質、降低價格而獲得獎勵，將明顯使市場機制難以有效率的運作。但行為經濟學對於消費者的不理性消費行為，也保持一個開放的態度，因為如此無異提供了一個更為細緻的方法。

經濟理論對於理性消費者的預期行為有著相當成熟的模型。例如，理智的消費者應該通過分析，不同的行為導致不同的結果，來面對各種決定的風險。上述分析方法假設理性消費者會忽略其他與利益無關的資訊，且長期採用一致的折扣模式。這些分析方法提供了一種在缺乏確定性的情況下(即大多數的時間)，理解消費者需求的方法，經濟學家稱此為「期望效用理論」，可以預測理性消費者的行為模式，但不幸的是，往往人們做出的決定都不是那麼的理性。

當然，沒有人會期待自己一直都是完全理性的。所以我們應該預期的到，在理性決策中會出現一些「雜音」。然而，我們可以透過觀察異常的決定，以及用實驗室中的實驗方法，更精確的測試不同的決策，經濟學家已經發現一些與消費者理性行為模型相關的「系統性偏見行為」。

二、決策中的系統性偏見

多年來，我們有可能了解許多偏見的性質，或者如何與理性決策發生背離，這些偏見支撐了所謂的「行為經濟學」的許多主張。例如，人們被發現具有：

(一) 認知侷限性(有限理性)：

我們無法完全蒐集並採用那些能夠促使理性行為的所有資訊，人們僅通過簡單的歐洲主義(或程序性的經驗法則)來簡化決策；例如，通過僅關注「價格和樣式」(忽略技術內容)來簡化一切問題。人們可能會較信賴收到的第一個相關訊息，例如:比較網站列表中的第一個。

即使訊息上是對等的，人們也仍會受到呈現方式的影響。例如:根據商品的品質和價格做理性選擇，選擇 A 應該要優於 B，但是如果 B 的價格表示為已折價 50%，則人民傾向優先選擇 B。

(二) 有偏見的信念與相應的行為:

人們傾向於在發生機率極低的事件上投注更多的心力，例如，購買彩券和 100%理賠的昂貴全額保險上。

而在消費者認知的公平上，亦存在於非理性的，例如他們可能滿足於以 20 元的價格購買雪鏟，而他們知道夏季會以 10 塊錢的折扣價出售，但如果他們上周看到這把雪鏟的價格為 10 元，但是在大雪之後新價格為 20 元，則他們可能不會購買。

表 3-1 評估風險的偏見

假設在一種已經感染了 300 人的危險疾病中，要求人們就下列兩個治療方案進行選擇:

態樣一:

使用 A 方案肯定會確切的拯救 100 條生命，使用 B 方案則是 3 分之 1 的機率可以拯救 300 條生命，但是有 3 分之 2 的機率完全無效。

態樣二:

使用 A 方案肯定會導致 200 個人死亡，使用 B 方案則是 3 分之 1 的機率

沒有任何人死亡，有 3 分之 2 的機率全部的人會死。

在這個實驗中很多人在態樣 1 中選 A，在態樣 2 中選 B，但其實每個態樣中相同方案的結果都相同，使用 A 方案導致 200 個人死亡與拯救 100 個人，B 方案有 3 分之 1 的機率全部存活，與 3 分之 2 的機率全部死亡。總而言之，在態樣一與態樣二唯一的差別只在於資訊的獲取方式。

資料來源：Fatas, E., Fletcher, A., Hargreaves-Heap, S., Harker, M., Hanretty, C., Hviid, M., ... & Zhu, M. (2013). Behavioural economics in competition and consumer policy.

一、行為消費者與行為公司

實驗證明，心理偏見不會隨著時間而流逝，反而會持續存在，且在經驗不足與經驗豐富的消費者中普遍存在。甚至當消費者具有特定的偏好時，他們選擇的能力就會受到限制，進而造成重大損失。

（一）消費者的決策：

關於企業存在行為偏差(非理性行為)的證據較少，經濟學家傳統上期望公司最大化利潤，避免市場錯誤競爭。無法提出最佳方案的公司將在市場上失敗，被那些成功的公司或管理團隊所取代，成功的公司還獲得了豐富的經驗。

在企業經營的過程中，得以反覆做出利潤最大化的原因來自企業集體決策和領導階層相互影響。例如，即使股東希望最大化利潤，他們必須將決策權下放給高級管理層。在寡占市場競爭中，可能會激勵股東將決策權更多下放到管理者身上。例如，如果可以誘使競爭對手在市場生產更少的產品，那麼就可以提高收入的權重，增加的市場占有率可以小幅下降。然而，我們對行為經濟學的理解是理性(利潤最大化)的公司如何利用消費者的行為怪癖，事實上，研究發現，競爭的存在並不總是足以保證有效的市場運作。

表 3-2 牛群行為和資產價格泡沫

公司行為特徵確實存在的一個例子是在某些資產市場出現「泡沫」。在泡沫期間，市場價格高於基本面資產(例如房屋或股份)的價值。當泡沫破滅時，許多公司遭受巨大的損失並破產。雖然一些經濟學家試圖用理性來解釋泡沫的存在，然而實驗表明泡沫可能存在更深層次的行為基礎(例如，畜群行為)。甚至在實驗室中也可以重現導致泡沫的行為，無論環境是否為可預測的(例如，基本值恆定時)，或者交易者經驗是否豐富(例如，實際證券交易市場中的經紀人)。

資料來源：Fatas, E., Fletcher, A., Hargreaves-Heap, S., Harker, M., Hanretty, C., Hviid, M., ... & Zhu, M. (2013).

二、公司如何利用消費者的行為特徵

隨著行為消費者的存在，企業可能會發現隱藏資訊的優勢，從而使消費者支付更高的價格來購買更低品質的商品，或使消費者不易與替代品進行比較。矛盾的是，通過提供大量不相關的資訊可以達到相同的效果，例如有關消費決策的數據皆被隱藏在小字體中，因此被忽略。企業也慢慢發現定價時要考慮到的潛在客戶群，包括了理性和行為消費者(非理性)。

表 3-3 價格混淆

即使大多數消費者會比較商品價格，但他們卻不一定會注意價格呈現的方式，消費者唯一在意的是他們必須支付的最終價格。但是，這常常是難以計算的，因為公司有時會以保險費的形式提供有關「差額」中收取的最終金額的資訊，如信用卡費，行李費等。同樣，人們可能會被限時優惠所吸引，在決定購買之前就將自認已不需再為尋找更好的報價而煩惱。

價格的呈現方式也可以使其顯得特別具有吸引力。消費者可能會認為「半價」優惠一定物超所值，即使之前的價格是其他地方購買價格的兩倍。「買

「送一」聽起來也很不錯，但是如果仔細看，相同商品只買一個單位的價格可能並非如此。

企業有時會利用這些銷售技巧從來獲得利益，但這不是指所有此類優惠都對消費者不利。因為在競爭的過程中，部分降價是不可避免的。

資料來源：Fatas, E., Fletcher, A., Hargreaves-Heap, S., Harker, M., Hanretty, C., Hviid, M., ... & Zhu, M. (2013).5

表 3-4 相同商品的賣方

在傳統競爭市場中，我們不認為相同商品價格差異將持續存在，但事實上，商品價格差異的廣泛分散，可能有一個完全合理的解釋。例如，一些商店可能會收取更高的手續費，以便為客戶帶來更多便利，而其他的可能會提供有用的建議或誘人的購物環境。

購物成本意味著，雜貨店的購物者可能對整體購物價格比對單個項目的價格高低更感興趣。而比價費用則意味著合理消費者不會花費太多時間和精力來尋找最低價格的低成本產品，企業可以利用讓利給那些比價成本較低的客戶，而向大多數有著較高比價成本的客戶收取更高的價格。

資料來源：Fatas, E., Fletcher, A., Hargreaves-Heap, S., Harker, M., Hanretty, C., Hviid, M., ... & Zhu, M. (2013).

三、行為經濟學提供市場競爭或消費者政策進行干預的新理由？

假設我們可以識別出一種被企業(故意或是無意地)利用的行為偏差，以致於市場似乎對消費者而言並不運作良好。當局應該介入市場嗎？如果是這樣，什麼補救措施是合適的？這些是決策者的關鍵問題。

應該在以下兩個方面做出重要區分：(一)被公司誤導的消費者，或因此增加搜尋和轉換成本的消費者，以及(二)偏好差異化消費且似乎做出錯

誤決定的消費者。

期望有一個有效的政策來解決前述(一)是沒有爭議的。但是前述(二)更成為問題，因為這不應是監管者決定用自己的偏好來代替個人的選擇，即使這些偏好看起來不一致。除非行為偏見根源於消費者資訊問題，否則如果干預措施試圖操縱消費者按照監管者認為消費者應具有的偏好行事，將使監管者進入道德風險領域。

四、對基於行為經濟學的干預，適當之補救措施為何？

假設我們可以確定一個市場中，由於難以獲取和處理正確的資訊而導致客戶無法選擇他們喜歡的產品。一旦確定了這種市場失靈，我們需要考慮是否可以在不造成任何後果的情況下矯正它？

首先，最好的干預經濟建議是盡可能接近問題的根源。例如，適當的干預措施是要求企業以清晰透明的方式預先強調此類資訊。目的是幫助消費者在符合效率市場競爭的環境下，獲得想要的產品，且價格能反映成本。但對於直接針對消費者自由選擇的其他補救措施，需要加倍小心。

英國競爭法主管當局越來越多地採用旨在改變消費者行為的補救措施。⁴⁹示例包括：

(一) 提供透明的價格資訊以促進價格比較：

即使在有需要購買使用支付工具(例如信用卡、現金卡)的情況下，一些航空公司仍在航班總價中針對使用支付工具增加了費用。消費者在預訂過程的後期才發現這一點，因此很難比較價格。英國競爭法主管當局運用了保護消費者的法規，要求航空公司在其網站及其廣告中的所有標題價格中都包含使用支付工具的費用。只要能夠清楚，透明地顯示信用卡費用，

⁴⁹ Decker, C. (2017), *Concepts of the consumer in competition, regulatory, and consumer protection policies*, 13(1) JOURNAL OF COMPETITION LAW & ECONOMICS 151-184; Vickers, J. (2004, January), *Economics for consumer policy*, In Proceedings of the British Academy (Vol. 125, pp. 287-310), OXFORD UNIVERSITY PRESS.

就可以允許其收取額外費用。現在，消費者可以更輕鬆地在進行特定航班之前比較價格。

(二) 在「銷售點」上銷售補充產品(例如保險)的限制：

付款保證保險(PPI)通常在消費者獲得貸款的同時出售(即:銷售點)，客戶可以從單獨的提供商那裡購買 PPI，但是他們幾乎從來沒有貨比三家，因為他們若非不知道可以這樣做，就是擔心保險覆蓋範圍的差距，或者根本無從選擇。這在銷售點上具有近乎壟斷的優勢，並且缺乏競爭壓力使非常高的價格得以維持。2006 年，每 100 英鎊保費中只有 14 英鎊用來支付索賠。同年，每 100 英鎊保費支付了 78 英鎊的汽車保險理賠。在進行了市場調查之後，競爭委員會(CC)發現市場競爭受到銷售點營銷和其他做法的限制，這些行為使價格比較和轉換變得困難。

是以，它引入了一種補救措施，其中包括：禁止在信貸產品銷售期間銷售 PPI，此後 7 天之內，禁止個人 PPI 報價，並採取措施確保消費者能獲得更好的資訊，從而使他們更容易搜索並比較替代策略。

禁止銷售點營銷特別有爭議，因為這會損害一些原本希望立即購買的客戶，而有些客戶可能根本無法購買。較為客觀的判斷是，它將鼓勵其他人購買更合適的產品，或者意識到，其實 PPI 根本是不必要的支出。

再例如，有些人喜歡購買電氣產品的延長保修期(EW)，這些保修期通常只有一年。而三分之二的 EW 在銷售時售出，但事實上只有四分之一的消費者在附近購物。2012 年 6 月，英國競爭法主管當局準備在三大主要零售商(Dixons, Comet 和 Argos)提供了一系列行為補救措施，以解決英國競爭法主管當局的擔憂，即消費者沒有充分了解情況以做出明智的選擇。這些補救措施包括承諾維護和公開電子戰價格比較網站，並提供有關替代供應商的可訪問店內資訊。

(三) 如果基於行為經濟學的競爭政策干預措施弊大於利，則需要仔細考慮。例如，使消費者享有最優惠關稅的要求：

能源公司歷來皆向其客戶提供一系列經常令人難以理解的費用及稅務。面對公眾對 2012 年 10 月能源價格上漲的不安，英國總理卡梅倫(David Cameron)強調了消費者電價轉換的不足，並表示他將立法迫使能源公司向其客戶提供最低電價。從表面上看，這聽起來像是個好方法，但事實並非如此。原因是企業會相應地調整其行為。特別是，對於同一個消費層級，實際上將只有一個關稅，而公司提供可能吸引競爭對手供應商的新客戶的關稅將變得非常昂貴。他們不會給所有人降價，而是將價格一致化，價格會漲而不降。由此可見，要設計適當補救措施的任務並非容易，而是需要長期且深入的研究與計算。

五、初步結論

如果市場要有效率的運作，則消費者必需根據價格對其他供應商進行選擇。系統性偏見的行為降低了消費者對更好的價格或質量報價的敏感性。此外，行為消費者有時會被公司利用，例如，公司製定了掩蓋價格的策略。這樣的策略甚至對理性的消費者也有影響。對於監管者來說，取代他們自己對理性消費者應該選擇什麼的看法將是危險的道德領域。競爭和消費者政策的積極作用是幫助消費者根據自己的真實偏好採取行動。

然而，即使已經明確識別出消費者的偏見，這種干預形式也不是直接的。干預不僅改變了消費者的行為，而且改變了企業的行為。如「最優惠的關稅」示例所示，這可能導致比根本沒有任何干預的結果更糟糕的結果。

第四節 行為經濟學應用於競爭法制的議題分析

Adam Candeub 提出在現行的競爭法秩序下，網路的市場行為關於習慣與資訊成本會擾亂傳統的經濟學假設。行為經濟論的提出者(Daniel

Kahneman)說明人類行為決定有兩種選擇模式：直覺式的模式與深思熟慮的模式，而大部分的行為都是屬於直覺式的模式。消費者為了減少前述認知上的成本，導致消費者會採取固著的網路使用模式，因而造成反競爭秩序的現象。該論者提出關鍵設施(essential facility)理論，因關鍵設施的地位而引起反托拉斯的疑慮，其並主張主要的搜尋引擎業者為關鍵設施。其進一步藉由證明本文所討論的搜尋引擎(google)的介面，正是直覺式的模式的具體展現，而 google 所為減少消費者認知上成本的努力(例如將 YouTube 連結放在登入頁)，使得 google 成為關鍵設施並引發反托拉斯的疑慮。⁵⁰

Amada P. Reeves & Maurice E. Stucke 在其行為的反托拉斯(Behavioral Antitrust)一文中，對於行為經濟理論與反托拉斯兩者之間的互動，有著詳細的描述。作者首先說明傳統的經濟學派相信市場參與者都是理性的立場，在金融危機市場失靈後受到行為經濟學派的挑戰。行為經濟學者認為人類的理性與自我控制是受限的，因為人類往往對於自己相信的事給予不合理的證據比重，藉以支持自我的認知。同時亦有研究顯示人類往往選擇立即的利益而非長遠的損益理性分析。作者在文中分為四個部分討論行為經濟理論有助於反托拉斯的理解與討論。⁵¹

首先，傳統經濟理論認為進入門檻低的市場通常不會產生反托拉斯的顧慮，因為理性的利益最大化市場參與者會保證有效率的市場運作。例如傳統上法院認為，欠缺市場進入障礙代表掠奪性的訂價策略不會產生效果，即為一例。但是這樣的理論卻無法說明不理性的參與(不參與)市場的情況。不理性的參與市場可能是由於參與者的過度樂觀、對外在無法掌握的情況誤判或是對於市場容量或競爭對手的錯誤評估。而不理性的不參與市場則可能是由於潛在的市場參與者對於風險或不確定因素未做出理性的

⁵⁰ Adam Candeub (2014), *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, 9 ISJLP 407.

⁵¹ Amada P. Reeves and Maurice E. Stucke (2011). *Stucke, Behavioral Antitrust*, 86 IND. L.J. 1527.

判斷、或是其對於自身過度缺乏自信。因此為正確評估市場參與者的成功，需要更進一步理解其對於參與市場與否認知上的謬誤。

其次，傳統經濟理論認為企業合併通常是為了其運作更有效率。但是近年來對於企業合併的是否確實是真能使其運作更有效率，則開始有不同的看法。在 1997 與 2010 的指導原則說明中強調，企業合併是否真能使其運作更有效率不易驗證。因為其有效率的證明，往往掌握在合併雙方手中，同時雙方當下的善意認知未必在日後會成為事實。例如在 2008 金融風暴時許多銀行間的合併都未能達成其原本預期獲利成長的目標，即為一例。其原因雖然有可能是由於不完整的資訊或是不可預期的事件發生，但其亦有可能是由於行為經濟學下不理性偏見所產生的結果。其中一個可能的原因是在拍賣或競標過程中不理性的行為，另一個可能則是在於決策階層對於合併決策的過度自信，認為該合併會產生合併前相同或更好的效率。因此作者認為企業合併是否真正有助於運作的效率，仍有待進一步藉由行為經濟學的觀察研究。再者，傳統經濟理論認為有強大議價能力的合理買方，足以抗衡聯合壟斷的另一方。但是在行為經濟學的概念中，具有強大議價能力的買方有可能未能正確評估其議價的能力，同樣的仍有待進一步藉由行為經濟學的觀察研究。

最後，傳統經濟理論認為刑事(罰金)制裁具有強大的嚇阻力。但是如此的罰金是否真有嚇阻效力，卻是相當難以評估。行為經濟學認為來自社會與倫理的壓力，此種非正式的道德規範對其行為有高度的影響力。此外，亦應考量違反規範的行為人，其預期逃過可能制裁的非理性心理。

一、傳統的經濟學派與行為經濟學派與反托拉斯的互動

在前述的觀察下，行為經濟學者對於如何提出傳統的經濟學派與行為經濟學派與反托拉斯的互動，提出如下建議：

- (一) 利用經驗法則的觀察，對於事實現況與傳統(正統)經濟學理論不相一致時，藉以修正相關反托拉斯政策的制定。
- (二) 將行為經濟學納入現行反托拉斯政策中一環的可行性:在高度困難的案件中，對於傳統經濟學理論認為無反競爭秩序時，以行為經濟學作為第二道的檢驗基準。而同時主管機關可將其與消費者保護(避免消費者受到欺騙)的任務相結合，更進一步藉此保護消費者的選擇權。此外，藉由行為經濟學觀察特定領域原本按傳統經濟學不屬於反競爭秩序的行為，更可將其歸納本質即屬反競爭秩序的行為。最後，將行為經濟學納入現行反托拉斯政策中一環的做法，在調查程序上使得主管機關有更多方式，並可作出相應的行政處分與規則，使得日後法院在決定可供其作為參考。

The Global Competition Law Center 在其名為「行為經濟學與支配地位的濫用:由不同角度解讀歐盟運作公約第 102 條(Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law)」，其觀察認為歐盟競爭法相關規範已經與行為經濟學的理論加以整合。在該報告中指出，不論是在評估市場支配地位或是在確認市場地位的濫用議題上，歐盟在相關案例的判斷上都有行為經濟學的見解涵蓋在其中。⁵²

首先在評估市場支配地位議題上，主要討論兩件事:市場的界定與行為人在該市場的地位上。在市場界定上，歐盟所採取的 SSNIP 測試法，其主要是藉由受競爭秩序調查行為人的客戶，是否會在該行為人的產品價格小幅(5%-10%)且永久性上揚的情況下，轉向其他替代的產品，藉以界定該案件行為人的市場範圍。而行為經濟學對前述的市場界定法提供有趣的觀

⁵² Nicolas Petit and Norman Neyrinck, Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law available at: <http://hdl.handle.net/2268/65926>

察。非理性的消費者對於行為人有品牌的產品相較於相類似但沒有品牌的產品，可能認為該沒有品牌的產品不具有替代效果而導致其市場不包含該不具品牌的類似產品，例如學名藥與原廠藥的市場不同即為一例。即便非理性的消費者認為行為人有品牌的產品沒有其他的替代品時，該消費者也不會選擇在 SSNIP 測試法下所認可的替代產品。在歐盟市場界定時，其明示以開放的態度面對經驗證據(如銷售資訊與市場訪談)，在個案中運用所有可得的資訊加以判斷市場範圍。至於在行為人在該市場是否具支配地位的討論上，經驗證據亦說明即使市場進入障礙低，行為人有可能因為新的潛在市場參進者不願意冒險進入新的市場，使得行為人被認定對於該市場具支配地位。相反的，即使市場進入障礙高，對於非理性的新的潛在市場參進者可能因為過度自信等因素而進入市場，即使其最終失敗，現有的市場既存者仍會受約制而非具有市場的支配地位。在歐盟討論市場進入障礙時，其主要判斷在於是否有「可能、及時與充分」市場進入。

至於在市場地位的濫用議題上，行為經濟學對於許多濫用類型的案例上，亦有所影響。以掠奪性價格的議題而言，傳統經濟學認為當行為人訂定低於成本的掠奪性價格時，其會預期長遠可得利益，因此若是在無法證明其損失的回補可能時，以前法院往往認為行為人掠奪性價格的指控不成立。但就行為經濟學角度觀察，非理性的掠奪性價格行為人，其行為有可能是出自於過度樂觀、驕傲、自大、或是復仇等心態所引起的價格戰。在歐盟的競爭法中，對於由行為經濟學觀察不理性行為人的角度，亦會納入其判斷中。依據歐盟執委會的指導文件中，決定是否為掠奪性的濫用行為主要是在於低於成本價格的因素。因此，在歐盟的觀念中，行為人是否其損失可回補並非討論的重點。

除了掠奪性價格的市場地位濫用議題外，在該文中亦提到搭售的市場地位濫用議題。在傳統經濟學認為搭售的問題主要是在於強迫消費者購買搭售的物品。但就行為經濟學角度觀察，搭售行為人可能在沒有強迫消費

者的情況下，利用消費者直覺的偏見來搭售其他商品。例如微軟作業系統免費內建 Window Media Player 即為一例。即使微軟並未強迫消費者購買或使用，但是此種利用消費者的慣性所為的搭售，仍被歐盟認為是違反競爭秩序的行為。

拒絕交易是文中提到的另一市場地位濫用議題。傳統經濟學主要考量的點是在於若是強迫其交易，對於具市場地位者投資意願所可能產生的不利影響。但在行為經濟學的考量下，其認為具市場地位的行為人拒絕交易，其往往是對其競爭對手要求不合理的價格與過分評價自己的商品，因而在歐盟較不討論對於具市場地位者投資意願所可能產生的不利影響。

最後，在文中提到不同於美國，歐盟利用行為經濟學的理論對於具市場地位者所為的不合理價格與不公平交易情況，作出處分。其主要認為具市場地位者會利用消費者的認知偏見，進行「隱藏消費者支出」的商業模式，例如過高的懲罰性違約金。

Andreas Heinemann 在其論文中主張競爭法處理是真實世界的行為，在案件中假使消費者不認為某一產品具有替代性，即使由傳統經濟學中的理性消費者看來該產品具有替代性，其仍非案件所界定的市場範圍。⁵³

Lucia A. Reisch & Min Zhao 在其論文中，主要討論行為經濟學對於消費者行為研究與消費者保護政策的影響，尤其討論行為經濟學中對消費者所產生的影響(如現狀偏差、稟賦效應、沉沒成本效應、啟發式認知偏向)。

54

⁵³ Andreas Heinemann, Facts over Theory: the Contribution of Behavioral Economics to Competition Law available at: <https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:22524f17-8cc8-4289-a87d-f76442510091/Heinemann%20Facts%20over%20Theory.pdf>

⁵⁴ Lucia A. Reisch and Min Zhao (2017), *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: State of the Art*, 1(2) BEHAVIOURAL PUB. POL'Y 190.

Dieter Paeman & Aleksander Tombiński 一文主要在介紹 2017 年 google 在顯示比價搜尋結果時，獨厚其自身的比價服務一案，被歐盟認為其違反競爭秩序。該文作者認為在該案件中，其利用一市場(搜尋引擎市場)的支配地位以幫助另一(比價服務的市場)以取得支配地位，被認為是濫用市場支配地位，在歐盟已有前例可循。⁵⁵

由對於前述藉由有關行為經濟學的相關論述中，可以理解到認知限制(cognitive limitations)、自我控制(self-control problems)，以及社會偏好(social preferences)甚至是損失規避(loss aversion)等有限理性的行為，已逐漸進入到公平交易法中對於市場界定甚至是獨占或限制競爭秩序行為的類型判斷產生一定程度的影響，與其說是其改變公平交易法的理論基礎，倒不如說是其為競爭秩序的判斷，注入新的選項。由目前蒐集到的文獻中觀察，似乎歐盟在此一議題上的發展更為快速，而反觀美國的競爭秩序主管機關——美國聯邦交易委員會(Federal Trade Commission)，則似乎顯得較為保守，其似乎大多僅止於學術上的討論與建議。同時在討論行為經濟學的文獻論述中，其討論的角度亦可能有所不同，行為人或是消費者都是行為經濟學可能的討論角度。藉由初步的文獻回顧分析，可以對於問題的現況有所掌握，並可提供未來在作進一步的深入研究分析，提供良好的基礎。

二、行為經濟學對反托拉斯執法的影響

(一) 何時可以使用行為經濟學

近年來，OECD 競爭委員會相當關注行為經濟學在競爭法之應用，包括以下幾場重要會議：⁵⁶

1. Hearing on Competition and Behavioral Economics /競爭委員會

⁵⁵ Dieter Paeman and Aleksander Tombiński, The Google comparative shopping case—A critical take on the arguments available at: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/10/cli-article-on-the-google-comparative-shopping-case-a-critical-take-on-the-arguments.pdf>.

⁵⁶ 洪財隆 (2019)，同前註31，頁 2-3。

(2012/June/ CC)

2. Roundtable on Behavioral Insights and Consumer Policy /消費政策委員會 (2016)
3. Designing and Testing Effective Consumer-facing Remedies /競爭委員會(2018/June /WP3)

另有三份報告如下：

1. Use of Behavioural Insights in Consumer Policy (2017/January/No.36)
2. Improving Online Disclosures with Behavioural Insights (2018/April/No.269)
3. Market Studies Guide for Competition Authorities(2018)

行為經濟學的啟示：行為經濟學在競爭法上之應用 (behavioral antitrust)，和行為經濟學本身一樣，各有積極支持和不以為然的說法。支持者(pros) 例如 Thomas Rosch (~2016)等學者;反對者 (cons)則例如 J. Wright 等學者。

總結以上 OECD 報告與學者之看法，公平交易法主管機關可以在四個層面上考慮以下方面的影響：

在公平交易法的範疇內，行為經濟學可以(1)填補理論上的空白；(2)嚴格檢視特定競爭模式所依據的假設理論；(3)重新審視三個基本競爭問題，以及(4)評估趨同/分歧的未來發展競爭法。

以下就上述各點進行說明：

(1)填補理論上的空白

首先，當個案不能用新古典經濟學理論來解釋時，行為經濟學可以用來填補理論的空白。例如，在歐盟的微軟案中，當消費者可以任意地下載

替代的媒體播放器時，很難說是止贖。而行為經濟學可以通過解釋「默認選項」的重要性並提供默認標準，來為歐盟委員會的案例提供有力的論述，而這確實可能會對消費者的行為產生重大影響。

(2)嚴格檢視特定競爭模式所依據的假設理論

其次，行為經濟學可以用來評估特定競爭政策所為的假設，例如合併審查以及卡特爾案件。在研究中發現，了解公平交易法主管部門使用的假設理論是否正確是非常重要的。為了確認這種影響是否存在，公平交易法主管機關首先會進行 SSNIP 的測試，以界定相關市場的範圍，然後使主管機關能夠判斷合併後的公司體是否具有市場支配力。根據新古典經濟學理論，競爭法主管機關制定選擇的方式不應該影響 SSNIP 的測試中的調查數據。但是，行為經濟學的文獻指出，解決問題的方式很重要，尤其是消費者通常根據與既定的參考價格與其高低變化來評估報價，也就是說，他們可以為兩個相同商品設定不同的價格，並具有相同的效果，特別是，與取消漲價相比，如果是取消折扣，消費者可能較為不在意。

另在卡特爾的案件中，根據古典經濟學的思想，將罰款設定在最佳標準，連帶可以使社會上商品價格維持在最好的水準。反過來說，最理想罰款相當於卡特爾對他人的預期淨傷害除以被起訴的概率。行為經濟學相關文獻亦表明，只要對於形成反競爭行為決策(例如，形成卡特爾決策)的某些情境和性傾向偏差進行檢視，可以達到最佳威懾力。

(3)行為經濟學可以用來重新審視競爭法和競爭政策間的三個基本問題，即什麼是競爭，什麼是競爭法的目標，促進這些目標的法律標準應該是什麼?

儘管競爭的概念是競爭政策的核心，但全球對於何種理論可以達成有效競爭尚未達成一致的共識，任何競爭學派理論都取決於各種時空環境下的變因。但是，正如行為經濟學的觀點，新古典經濟學思想的前提有許多需要特別注意的地方。因此，競爭法主管機關可能會發現，當他們排除某

些假設時，反而這些競爭理論會變的很有用。例如，關於合理性，可以區分四種情況。方案一反映了當前的主要思想，即假定消費者和企業都是理性的。

方案二假設企業比消費者更為理性。方案三假定企業已經限制了市場無法糾正的理性，而在最後一種方案下，企業和消費者都有不同的偏見和無法預見的決策。這些情況可能會對競爭政策產生各種影響。例如，方案二提出了行為剝削作為市場失靈的問題，並且應該區分企業通過合法政策幫助非理性消費者或是進行不當的行為剝削。除了重新審查競爭理論所基於的假設之外，競爭管理機構還可以重新考慮他們選擇追求的競爭目標。例如，ICN 進行的調查顯示，各個司法管轄區的壟斷法規都追求多個目標，而模糊的目標(例如促進有效競爭或消費者福利)更加受歡迎。

(4)競爭法主管機關可以評估行為經濟學將如何影響行為以及影響的程度。

新古典經濟學理論相當簡單而且統一，可以應用於各個行業及國家。相對的，行為經濟學則無法提供這樣一個簡化、統一的理論。在不同的國家中可能存在不同的時空背景，因此，行為經濟學會無法創造一個統一的標準且可能會造成不確定性。但主管機關實際上可以依照個案事實的不同，同時將新古典經濟學理論及行為經濟學整合到競爭分析之中。

(二) 行為經濟學的影響

迄今為止，行為經濟學對競爭政策的影響相當有限。但是，聽證會上的討論表明，行為經濟學為人們提供了越來越多的財富。可以為反托拉斯和消費者保護執法提供依據的經驗觀察的來源。

行為經濟學仍主要用於第一級-填補差距，這意味著，競爭法主管機關的任務或執行方式沒有任何重大變革。而行為經濟學強調的見解(即消費者並不總是做出最佳決策而公司並不總是使利潤最大化)，也不是新事物，行為經濟學提供了一種看待某些事物的新方法問題，並增加了對決策如何

無法達到最佳狀態以及市場如何形成新認識可能無法導致有效的結果。因此，行為經濟學可以被視為非常重要的實用工具包，用於思考人員、公司和市場的實際行為。

三、小結

整體而論，行為經濟學本質上是經驗主義的，並認為單純的理性假設有其漏洞，也加強了反托拉斯政策需要更多實證研究的主張，雖然行為經濟學者也承認，縱使有更多實證研究，行為經濟學可能最終無法提供一個系統性理論。但其等人主張行為經濟學更能解釋芝加哥學派所忽略或邊緣化的行為，因此行為經濟學可能得協助主管機關重新評估古典經濟學分析認為不具限制競爭性但又有充足證據顯示並非如此的行為，例如在管制結合、併購與消費者保護等領域。

第四章 行為經濟學之競爭法案例說明

我國近年來雖有學者倡議我國競爭法應加入行為經濟學的理論基礎，但是我國目前實務上尚未見主管機關與法院，明確以行為經濟學的理論作為立論基礎。⁵⁷就本研究案件文獻的蒐集來看，行為經濟學的邏輯論述似乎尚未真正具體落實在實務案件中。但若是以行為經濟學的角度加以論述，以歐盟目前的實務案件上來看，可能仍有相當程度的關聯性。在案件的歸類上，幾乎是屬於反競爭的類型，只有極少數是屬於消費者保護的類型。⁵⁸以下即將針對蒐集到的實務案件文獻，加以說明：

第一節 歐盟與美國反競爭類型案例

Cento Veljanovski 在其 2018 的論文中，⁵⁹指出雖然英國高等法院的法官 Rose 認為在案件的審判上，行為經濟學的理論適用有其光明的未來，但是事實上卻並非如此。Rose 法官對以下列三案提出說明，文中並由 Cento Veljanovski 逐一反駁。

一、Enron Coal Services v. EWS Railway [2009] CAT 36

在該案中 Enron 原本因為最低標因而應取得供應契約，而買方的主導

⁵⁷ 洪財隆，同前註31，第1頁。

⁵⁸ 在美國以及歐盟的不公平競爭(unfair competition)的概念中，皆包含消費者保護的概念。請參閱 Fa-Chang Cheng (2020), *The Functionality of Unfair Competition in Privacy Protection in the Era of Big Data Commercial Applications*, 8(1) IPASJ INTERNATIONAL JOURNAL OF INFORMATION TECHNOLOGY 2. See also Albertina Albors-Llorens (2014), *Competition and Consumer Law in the European Union: Evolution and Convergence*, 33(1) YEARBOOK OF EUROPEAN LAW 164.

⁵⁹ Cento Veljanovski, Behavioural economics in court-bright future' or interesting curio?, Case Associates <http://www.casecon.com/wp-content/uploads/Casenote-Behavioural-Economics-2018.pdf>.

者卻認為 Enron 不應取得該供應契約的合約。其中一項原因在於幾年前合作的不愉快經驗。因而 Rose 法官認為歷史事件與現實世界的標案並沒有因果關係。理性的市場運作者會選擇最低價而非因之前的商業交易影響其判斷，此種事件不應影響 Enron 的判斷。但 Cento Veljanovski 則認為該歷史事件為非價格的考量因素，由經濟與商業的角度而言。Enron 將該歷史事件的非價格考量因素作為現實的考量是合理的。在案件判決中，法院如下的說明也確實應證了這樣的想法。

- (一) 之前的交易是雙方互動的性質，因此之前的爭議是嚴重的、困擾的且潛在訴訟性的。
- (二) 非價格因素本質是理性與經濟性的且與本案的因果關係分析有關。
- (三) 本案契約的訂定，最低價僅是考量因素之一，服務的品質與可信賴、對供應商的偏好、供應量的彈性調整需求以及過去與供應商之間交易的困擾都是考量因素。因此 Cento Veljanovski 認為本案顯示，在對於一長期、複雜而理性的合約訂定中，將非價格因素併入專家證據，其並非容易之事。

雖然 Cento Veljanovski 認為該歷史事件為非價格的考量因素，但若是以行為經濟學的角度觀察之，則似乎可以「經驗法則」的論述加以解釋不愉快的合作經驗對理性行為所為的偏誤影響。

二、Flynn Pharma and Pfizer v CMA [2018] CAT 11

在本案中 Pfizer 被控濫用市場主導者地位而對抗癲癇藥的過度訂價，更重要的是政府健康部門對醫師以及藥師的指引中，建議其對病患持續性的開固定廠牌的藥物，以確定病患的持續治療。本案法院認為雖然許多藥局並未遵守此一建議，但是此舉等於阻止新進業者進入市場。Cento

Veljanovski 認為此種現象仍有合理的經濟解釋，因此亦難以作為行為經濟學的案例說明。Rose 法官認為雖然並未對本案是否適用行為經濟學加以說明，但是其提出若是由反面的事實現況(醫師以及藥師大多並未遵守此一行為準則)解釋，其可能是由於政府的補助(對於不願意在專利藥到期後改用學名藥的醫師以及藥師不予補助)所造成的影響，所以成為一可預期的不理性(predictable irrational)。本研究認為若是由行為經濟學的理论論述，本案或許可以用「現狀偏誤」加以解釋此一有限理性的行為。

三、Streetmap.EU v Google [2016] EWHC 253 (Ch)

Rose 法官第三個考量的案例是 Google 搜尋引擎與 Google Map 服務搭售的案件。其認為當「免費」的商品提供時，消費者會有不理性的行為。Cento Veljanovski 認為本案與行為經濟學的理论並無關聯性。其認為即使免費的服務會導致消費者的獨特行為，也是經濟學上合理的行為。與其由行為經濟學的方向解釋，倒不如由多邊市場的經濟學理论解釋。

對於前述 google 的案例，有學者由行為經濟學的理论加以闡述，Adam Candeub 提出在現行的競爭法秩序下，網路的市場行為關於習慣與資訊成本會擾亂傳統的經濟學假設。行為經濟論的提出者(Daniel Kahneman)說明人類行為決定有兩種選擇模式：直覺式的模式與深思熟慮的模式，而大部分的行為都是屬於直覺式的模式。消費者為了減少前述認知上的成本，導致消費者會採取固著的網路使用模式，因而造成反競爭秩序的現象。同時該論者提出關鍵設施(essential facility)理论，因關鍵設施的地位而引起反托拉斯的疑慮，其並主張主要的搜尋引擎業者為關鍵設施。其進一步藉由證明本文所討論的搜尋引擎(google)的介面，正是直覺式的模式的具體展現，而 google 所為減少消費者認知上成本的努力(例如將 YouTube 連結放在登

入頁)，使得 google 成為關鍵設施並引發反托拉斯的疑慮。⁶⁰但誠如該論者在結論中說明消費者直覺式的思考模式與非理性的決策兩者間的連結為經驗的問題，仍有待進一步的說明。若是以行為經濟學的理论加以解釋，本研究認為或許可以歸類於「局限性的合理性」此種行為偏誤所產生的結果。

在行為經濟學在競爭秩序領域案例的蒐集困難上，或許是因為如同 Michael Harker 與 Judith Mehta 以及 Amelia Fletcher 在 *Behavioural Economics in Competition and Consumer Policy* 一書中所言，⁶¹在法規介入市場前的成本與利益考量時，對於決定有限理性的一般性行為與消費者各有不同喜好的行為經濟學領域而言，顯得相當困難，而競爭秩序中反競爭類型的利益衡量方法，因此更加重要。而前述的問題，仍有待理論的發展進一步解決。在適用行為經濟學的論述上，或許競爭秩序中消費者保護類型是更好的選項，⁶²因為藉由消費者保護的作法，不需經濟學的理论支撐因而可免除前述論理上的困擾。但是不可否認的是，行為經濟學的解釋確實對於實際案件的說明上，有其一定程度的關聯性。

除了前述歐盟案件的關聯性說明外，目前不論是美國或是歐盟似乎並未有案件，直接明確適用行為經濟學的理论做為主要的論述基礎。誠如 Maurice E. Stuckey 在其文章中說明，美國競爭法的主管機關尚未擁抱此一理論。⁶³另外在 The Global Competition Law Center 其名為「行為經濟學與

⁶⁰ Adam Candeub (2014), *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, 9 ISJLP 407.

⁶¹ Michael Harker & Judith Mehta (2013), *Behavioural Remedies and Cost Benefit Analysis: A Cautionary Note*, in *BEHAVIOURAL ECONOMICS IN COMPETITION AND CONSUMER POLICY* (Judith Mehta, ed.), Chap.7. See also Amelia Fletcher (2013), *Modelling Naïve Consumers*, in *BEHAVIOURAL ECONOMICS IN COMPETITION AND CONSUMER POLICY* (Judith Mehta, ed.), Chap.8.

⁶² 早期歐盟的學者已觀察到在競爭秩序保護消費者的議題上，行為經濟學的概念已作為進一步的判斷輔助。請參閱 Anne-Lise Sibony (2014), *Can EU Consumer Law Benefit from behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive*, 22(6) *EUROPEAN REVIEW OF PRIVATE LAW* 940.

⁶³ Maurice E. Stuckey (2010), *Money is That What I Want?: Competition Policy and the Role of Behavioral Economic*, 50 *SANTA CLARA L. REV.* 101.

支配地位的濫用:由不同角度解讀歐盟運作公約第 102 條(Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law)」，其認為歐盟競爭法相關規範已經與行為經濟學的理論加以整合，⁶⁴但是本研究認為比較持平地來看，倒不如說歐盟對於違反競爭秩序的行為解釋較有彈性，是否歐盟競爭法相關規範已接受行為經濟學的理論，容或有斟酌的空間。

四、案例觀點討論

以下即以該文中提出的幾項論點，由行為經濟學的角度加以觀察。

- (一) 以掠奪性價格的議題而言，傳統經濟學認為當行為人訂定低於成本的掠奪性價格時，其會預期長遠可得利益，因此若是在無法證明其損失的回補可能時，以前法院往往認為行為人掠奪性價格的指控不成立。該論者說明依據歐盟執委會的指導文件中，決定是否為掠奪性的濫用行為主要是在於低於成本價格的因素。因此，在歐盟的觀念中行為人是否其損失可回補並非討論的重點，行為經濟學的論者認為無回補可能的掠奪行訂價即是行為偏誤的類型，應該獲得競爭法的救濟。
- (二) 除了掠奪性價格的市場地位濫用議題外，在該文中亦提到搭售的市場地位濫用議題。在傳統經濟學認為搭售的問題主要是在於強迫消費者購買搭售的物品。歐盟對於搭售的議題在其 Microsoft 一案中，其認為即使微軟並未強迫消費者購買或使用，但是此種利用消費者的慣性所為的搭售，仍是違反競爭秩序的行為。所謂的「消費者慣性」即是行為經濟學上所謂的有限理性行為。
- (三) 拒絕交易是文中提到的另一市場地位濫用議題。傳統經濟學主要考

⁶⁴ Nicolas Petit and Norman Neyrinck (2010), Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law, available at: <http://hdl.handle.net/2268/65926>.

量的點是在於若是強迫其交易，對於具市場地位者投資意願所可能產生的不利影響。由於在歐盟較不討論對於具市場地位者投資意願所可能產生的不利影響，因而其所可能重視者，在於強迫他人交易行為人的行為偏誤類型本身。

- (四) 最後，在文中提到不同於美國，歐盟對於具市場地位者所為的不合理價格與不公平交易情況，作出處分。其主要對於具市場地位者的消費者所受到的不合理對待加以處罰。在 *Tetra Pak's II* 一案中，歐盟執委會對高額的契約違約金加以處罰，其包含具市場地位者會利用消費者的認知偏見，進行「隱藏消費者支出」的商業模式，例如交易後的高額後續費用。

雖然如前所述，美國或是歐盟似乎並未有案件直接明確適用行為經濟學的理論做為主要的論述基礎，但是近年來歐盟積極結合個人資料保護與不公平競爭的概念下的濫用市場力的競爭秩序違反，或許對於未來行為經濟學的理論適用上，開闢了一條新的道路。Peter Stauber 在其 2019 的文章中，說明了近年引起高度討論的臉書受到德國聯邦卡特爾署(the German Federal Cartel Office)調查的案件。⁶⁵在該案件中，德國聯邦卡特爾署啟動對於臉書要求使用者同意高度收集個人資料所可能產生濫用市場力的爭議。在德國聯邦卡特爾署的最終決定中，其禁止臉書要求使用者同意收集臉書以及與臉書相關社群軟體(Instagram)的個人資訊，同時對於按讚或是分享的第三方網站甚或是臉書所為的分析服務，使用者都必須同意的做法。其認為臉書使用者必須隨時得撤回其同意，並亦不會影響其使用臉書的權利。在市場力的界定上，卡特爾署認為訊息服務者(WhatsApp, Snapchat 等)或是專業的社群軟體(如 LinkedIn)皆非同一市場，Peter Stauber 認為其所為

⁶⁵ Peter Stauber (2019), Facebook's Abuse Investigation in Germany and Some Thoughts on Cooperation between Antitrust and Data Protection Authorities, available at: <https://dev.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/02/CPI-Stauber.pdf>.

是限縮的市場認定。⁶⁶在德國法的認定下，假如市場參與者在該市場中並無競爭者、未受到實質上的競爭或是與競爭者有相同的市場力，則會被認為是市場主導者。如果其市場占有率超過 40%，則會被推定其為市場主導者。在此原則下，臉書被認定其為市場主導者，其在德國社群網路的市場中具市場力。

在濫用行為的討論上，對於按讚或是分享的第三方網站甚或是臉書所為的分析服務，使用者都必須同意的做法，卡特爾署認為其為濫用的行為。其認為前述的行為在個人資料保護的原則下觀察，其既不具備履行契約義務的正當性，同時在臉書利益與個人資料保護的法益平衡上，亦無法加以說明其理由，並且沒有選擇權的同意，亦無法符合歐盟個人資料保護的同意概念。

對於濫用行為與違反競爭秩序效果的討論上，歐盟主要認為具市場力臉書是剝削臉書的使用者，而造成市場競爭的不利益。⁶⁷在案件中，德國主要的論述在於臉書的行為是剝削使用者。臉書強迫要求使用者提供過多的個人資料，因此剝削了使用者。⁶⁸至於市場競爭的不利益，其主要論述在於具市場力的業者所蒐集的個資是競爭者所做不到的，因此產生了競爭的不利益，甚至在極端的情況下，部份個資可能被視為是必要設施。⁶⁹

⁶⁶ *Id.* Peter Stauber 對於該案中德國聯邦卡特爾署作服務類別甚或是地理區域(限於德國境內)的限縮認定，提出相關的質疑。

⁶⁷ Justus Haucap (2019), Data Protection and Antitrust: New Types of Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook Decision available at: <https://www.researchgate.net/publication/334398813>.

⁶⁸ *See Id.* 但是在該篇文章中，作者對此提出質疑認為隱私與一般可耗盡的資源不同，個人資料可重複多次運用，因此很難說臉書的使用者被剝削。但是或許可以說是使用者的個人資料價值被減損。該案法院亦說明使用者失去其控制權，可見一般。同時有實證說明雖然大部分的使用者在公開場合主張個人資料保護的重要性，但是在現實上卻又願意提供個人資料以換取服務。

⁶⁹ *See Id.* 本文論者認為由於個人資料往往有非獨占與非敵對的使用特性，再加上個人資料的收集有時並不需高度的投資成本，因此有時第三方的運用有其允許的必要性。

而對於德國聯邦卡特爾署的作法，亦有不同的反對聲音。Budzinski ET AL. 在其論文中的文獻回顧中，⁷⁰說明有論者認為臉書一案中，將違反個人資料保護被認為是濫用市場力量的競爭秩序違反。但如何界接個人資料保護與競爭法引起許多爭議，許多不具市場力量的公司仍可能高度侵害個人資料。因此不公平競爭法或許不是最好的解決方法。

至於收集個人資料後的大數據演算法本身，是否應受競爭法的規範甚或是利用行為經濟學的理论加以解釋，目前並無相關的案例可供參考，或許仍有待進一步的後續觀察。⁷¹例如在經濟合作暨發展組織(OECD)在其2017年的演算法與共謀：數位時代下的競爭政策(Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age)中，⁷²就曾討論過演算法可能造成競爭秩序的威脅，但可惜的是，除非是大規模的利用演算法達到默契式的共謀，作者認為法規的介入有可能造成競爭秩序的負面影響，因此必須多方深入考量，對可能的演算法默示共謀的反托拉斯政策處理上應結合各方合作(競爭秩序、消費者保護、個人資料保護以及機器深度學習的專家)，並謹慎為之。在該篇論文中，作者提出若是要演算法的議題，納入競爭秩序的反托拉斯行為類型中，在現行的法規範架構下，對於合意以及默契式的共謀可能要有更清楚的界定。⁷³

⁷⁰ Oliver Budzinski, Marina Grusevaja & Victoriia Noskova, The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection available at: <https://www.tu-ilmenau.de/wpo/forschung/>.

⁷¹ 除非是故意利用演算法作價格的跟隨，一般要解釋演算法受競爭法的規範，仍有需解決的爭議存在。請參閱 Alvarez & Marsal, The antitrust implications of pricing algorithms available at:

<https://www.alvarezandmarsal.com/insights/antitrust-implications-pricing-algorithms>
⁷² OECD, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, available at: www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm.

⁷³ 同前註。作者在文中提出觀察認為在傳統反托拉斯的案件中，利用默契式共謀的案件限於極少數的進入市場障礙高的寡占市場案件，但是演算法可運用的範圍卻遠遠超過前述的案件範圍。此外，由於反托拉斯行為類型所為的合意，指的是

第二節 數位平台經濟之商業模式特性與競爭法議題分析

數位平台經濟的商業模式看似去中心化，但最成功的企業皆具有壟斷的特質，⁷⁴人們歌頌創新，卻忽略市場力量早就失衡。2017 年 4 月，美國市調公司 Statcounter 公布了 2016 年 3 月～2017 年 3 月年度全球主流搜索引擎市占率排行榜。Google、Bing 以及雅虎是前三名，百度、Yandex RU 以及 Yandex 則是四至六名。但第一名 Google 的搜索引擎市場占有率高達 92.13%，而其他五家則在 3～0.3%之間。社群網站亦同，2017 年發表的市調報告，Facebook 的使用者有近 19 億，第二名 WhatsApp 有 10 億，不但僅及 FB 的一半，且早被 FB 用 190 億美元買下。第三名又是 FB 的 Messenger，第四名 QQ 和第五名 Wechat 各約 9 億，第六名 QQ 旗下 Qzone 為 6 億，第七名又是 FB 以 10 億美元買走的 INSTAGRAM，也擁有 6 億。於是，扣掉把 FB 擋在牆外的中國 QQ 和 Wechat，社群市場全是 FB 相關企業的天下，可謂贏家全拿的顯例。

數位科技的創新如何惡化財富壟斷與貧富不均，⁷⁵史丹佛經濟學教授克魯茲(Mordencai Kurz)也提出數據，說明 IT 數位科技產業的發展，讓財富壟斷的情勢愈來愈嚴重。根據克魯茲的研究，1980 年代並不存在壟斷財富的問題，但到了 2015 年 12 月，壟斷財富達到了股市總市值的 82%，大約相當於 23.8 兆美元(約新台幣 725 兆元)，而克魯茲認為，財富愈來愈壟斷的情況主要起因於現代資訊科技(information technology, IT)的崛起。

簡單來說，網路世界「大者恆大」，IT 科技的特性讓產業規模效應發揮到極致。針對科技公司的壟斷特性與趨勢，歐盟的因應對策最為積極。

雙方意見的合致(meeting of minds)對於演算法欠缺溝通與合作構成要件的特性，是否能稱為行為人之間的合意，尚非無疑。

⁷⁴ 江雅綺，平台經濟的法律挑戰，新社會政策雙月刊，第 54 期，2017/12。

⁷⁵ 江雅綺，平台經濟的法律挑戰，平台經濟興起對產業發展與資源使用的影響，頁 107-120，財團法人中技社專題報告，ISBN 978-986-986-5906，2019/12。

2019 年歐盟執委會發布新聞稿，宣布針對 Google 濫用其於網路廣告市場之市場支配地位，處 14.9 億歐元的罰鍰。這是 2017 年來歐盟第三件針對 Google 濫用市場支配地位作出之處分。其他兩件包括 2017 年 6 月的 Google Search(Shopping)案，以及 2018 年 7 月的 Google Android 案。在搜尋結果偏袒旗下的購物服務 Google Shopping，開罰 24 億歐元。⁷⁶

一、濫用市場優勢地位、限制市場競爭

反壟斷與競爭法是 2019 年數位經濟領域在國際上最重要的議題。在美國，有 40 多個州檢察長針對 Facebook、Google 等大型科技公司是否涉及反壟斷法及個資保護的議題，而展開聯合調查。此外，APPLE 公司也因為 APP 應用商店與應用程式的問題，在美國及歐盟都面臨競爭法的訴訟，又例如著名串流音樂公司 Spotify 即在歐盟控訴蘋果公司利用 App Store 企圖壟斷市場，進而造成用戶選擇受限、抑制創新、打壓使用者體驗等負面效果。

在歐洲，科技巨頭們已經數次身陷反壟斷調查。2019 年 2 月，德國反壟斷監管機構聯邦卡特爾署裁決 Facebook 濫用其市場主導地位，並下令打擊它的數據收集行為。同樣地，Google 則連續 3 年被歐盟罰款，2017 年是 24.2 億歐元，2018 年為創紀錄的 43.4 億歐元，2019 年則為 14.9 億歐元。亞馬遜在德國和義大利分別遭遇質疑，還被歐盟執委會主席 Margrethe Vestager 盯上，可能面臨全球收入 10% 的罰款。

近年來 Google 已經從最多人用的搜尋引擎進化到無所不在的科技巨獸，而 Google 的母公司 Alphabet 也成了美國政府反壟斷調查的對象。Google 上次接受調查在 2013 年結束，當時美國聯邦交易委員會(FTC)

⁷⁶ Google Search(Shopping)案之事實，請參見歐盟對 Google 裁罰之影響評估 2018/09/16，作者為產研所韓文堯（資深產業分析師兼產品經理）
https://www.iii.org.tw/Focus/FocusDtl.aspx?f_type=1&f_sqno=FYLTXeXCG9zd3VLq2bKKGg__&fm_sqno=12.

並沒有對 Google 採取進一步的行動。美國有不少政治人物也抨擊 Google 和其他科技巨頭，指控他們過於龐大的規模不利於整體產業和消費者。雖然 Google 前一次安然度過美國的調查，但近年來卻被歐盟的監管機關盯上，並被開罰數十億美元的鉅額罰款。

2019 年 3 月 20 日歐盟反壟斷專員 Margrethe Vestager 在新聞發表會表示，Google 公司利用搜尋服務的主導地位，迫使旗下網路廣告 AdSense 的客戶簽訂排他性協議，屏蔽競爭對手平台的內容。Google 的壟斷行為已持續十多年。這筆高達 15 億歐元的罰款是歐盟近年來針對 Google 的第三次處罰，以此結束 Google 在歐洲面臨的最近一次反壟斷調查。2018 年 Google 因濫用行動平台的主導地位被罰 43 億歐元，2017 年又因操控購物相關搜尋結果而被罰 24 億歐元。最新的調查結束，Google 因反壟斷調查接到的罰單總額超過 82 億歐元。這次罰款低於前兩年，主要是因 Google 在 2016 年曾就 AdSense 的服務政策與歐盟委員會溝通，並宣布調整廣告業務的合作方式。

蘋果遭遇的反壟斷調查，因 8 年前的 App Store 糾紛而起。2017 年 5 月 13 日，美國最高法院以 5：4 投票裁定，支持下級法院繼續對蘋果 App Store 反壟斷訴訟一案進行審判。

案件起源於芝加哥的 iPhone 用戶 Robert Pepper 及另外 3 名用戶向加州聯邦法院提出集體訴訟，控告蘋果違反了反壟斷法。這批用戶認為蘋果壟斷 App Store 應用軟體的銷售管道，並藉助向第三方開發者收取約 30% 佣金，導致應用軟體定價不合理。

但蘋果的論點是，訴訟本身歪曲了交易流程，認為 App Store 僅是平台方，實際上和消費者產生交易行為的是應用軟體開發者，蘋果不應該承擔這部分責任。

蘋果引用了美國反壟斷法中的「伊利諾斯原則」(Illinois Brick)當支撐論點。該原則規定，只有直接購買者(如開發商)才擁有反壟斷訴訟並要求賠償的原告資格，而間接購買者(多數為消費者)並不具備。當初，這條法則設立目的是希望簡化各種反壟斷案件的審理效率，但也有人認為，很少會有開發商敢對平台商提出異議，而法則本身則弱化了消費者對平台方的威懾。

事實上，在該法則的保護下，2011 年地方法院也確實駁回了用戶對蘋果的訴訟。直到 2017 年，美國聯邦第九巡迴上訴法院才決定恢復該訴訟。美國法院認為，雖然蘋果是平台方，但從 App Store 的交易流程來看，第一筆交易是在蘋果和用戶之間產生的，既然兩者存在直接聯繫，蘋果就無法推卸責任，用戶自然也擁有起訴的資格。

然而，隨著數位經濟已日臻成熟，不僅相關的行為規範應與時俱進，同時也應該從競爭法的角度檢視，是否應鬆綁既有業者的管制，或甚至對於特定數位經濟業者進行管制？這些問題，目前都尚在各國的反壟斷監管機關，以及各科技巨頭的法庭抗辯中，相互拉鋸與擺盪，尚未形成法律與經濟學上之最終定論。

二、資料的集中與壟斷

2019 年 2 月 7 日，德國反壟斷監管機構「德國聯邦反壟斷局」(Bundeskartellamt)經過自 2016 年 3 月起、為期三年的調查，做出最終裁定，⁷⁷認定臉書(Facebook)在收集、合併和使用用戶之數據濫用其市場主導地位。根據臉書原先的服務條款，縱使臉書用戶離開臉書網站、或僅使用智慧型手機的應用軟體時，臉書能得以收集用戶數據，並將該等用戶數據移

⁷⁷ Natasha Lomas (2019), German antitrust office limits Facebook's data gathering, available at: <https://techcrunch.com/2019/02/07/german-antitrust-office-limits-facebooks-data-gathering/>.

轉到用戶的臉書帳戶中。此外，用戶使用臉書的子公司 WhatsApp、Instagram 和其他第三方網站，其用戶數據亦會結合並移轉到用戶的臉書帳戶中。⁷⁸

德國聯邦反壟斷局在處理相關市場界定时，將臉書的產品市場定義為「德國社交網路市場」，並認為其他提供社群服務的科技公司，並不能列入相關市場。舉例而言，臉書的主要競爭對手 Google+ 宣布將於 2019 年 4 月前，終止其社群網路的服務。而從消費者的角度而言，無論是 Snapchat、YouTube 和 Twitter 等主要市場參與者，以及專業性社群網站 LinkedIn 和 Xing 等其他市場參與者所提供之特定服務，都僅占臉書提供使用者社群服務功能的一小部分，或者有不同的終端客戶群。因此，德國聯邦反壟斷局認為，臉書和其他市場參與者提供之服務僅構成局部的替代競爭；再者，即使認定其他市場參與者提供之服務能列入相關市場，臉書及其子公司 WhatsApp 和 Instagram 仍具有非常高的市場占有率。

根據德國聯邦反壟斷局的調查，臉書在全球社群網站市場中具有主導地位。據 2018 年 12 月之調查，臉書全球的每日活躍用戶高達 15.2 億個用戶，每月活躍用戶為 23.2 億個用戶。臉書同樣在德國的社群網站市場具有主導地位，德國的臉書每日活躍用戶為 2,300 萬個用戶，每月活躍用戶為 3,200 萬個用戶，在德國的市場占有率分別超過 95%(每日活躍用戶)，以及 80%(每月活躍用戶)。

德國聯邦反壟斷局認為，臉書的服務條款及其收集和使用數據的方式，違反歐洲之數據保護規定。詳言之，德國聯邦反壟斷局認為臉書收集和使用數據之方式的違法情事，包括：⁷⁹

⁷⁸ Bundeskartellamt (2019), Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, available at: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3591568

⁷⁹ 同前註78。

- (一) 臉書的子公司 WhatsApp 和 Instagram 可以繼續收集數據。然而，只有在臉書用戶自願同意的情況下，始能將數據移轉給臉書的用戶帳戶。如果未經用戶的自願同意，則該數據應該保留在個別服務中，而不能與臉書的數據一起使用；
- (二) 僅能在用戶自願同意的情況下，始能從第三方網站收集數據，並將該等數據移轉到臉書的用戶帳戶。

德國聯邦反壟斷局認為，大多數的臉書用戶並不清楚，臉書已從第三方網站(包括臉書旗下的 WhatsApp 和 Instagram)收集用戶「幾乎無限」的數據，並將該等用戶數據直接連接到用戶的臉書帳戶。

此次德國聯邦反壟斷局的裁定，將直接影響並限制臉書目前收集該公司用戶數據之營運模式。舉例來說，臉書在沒有用戶自願同意的情況下，不能再將 WhatsApp 和 Instagram 等獨立應用的用戶數據合併在一起；⁸⁰德國聯邦反壟斷局並指出，該裁定適用於臉書在德國的所有私人用戶，且臉書必須在 4 個月內制定能滿足德國聯邦反壟斷局要求的解決方案。

Facebook 因隱私問題，變成干涉各國大選的操作平台，以及誤導訊息/假新聞散播媒介，變成各國政府的眼中釘。當初共同與馬克·祖克伯 (Mark Zuckerberg) 創建 Facebook 夥伴，共同創辦人克里斯·休斯 (Chris Hughes) 主張該是時候拆解 Facebook，並設立專責機構約束網路言論。

如同當年反托拉斯法分拆石油公司標準石油，以及電信公司 AT&T 的例子，Facebook 也應該採取分拆的方式處理，減少其對社會的影響力。各界人士質疑分拆效果，因為監管有潛在審查言論問題。分拆大公司不代

⁸⁰ 林宛賢(2019)，濫用市場地位搜集資訊？德國監管大錘砸向臉書，<https://today.line.me/tw/pc/article/%E6%BF%AB%E7%94%A8%E5%B8%82%E5%A0%B4%E5%9C%B0%E4%BD%8D%E6%90%9C%E9%9B%86%E8%B3%87%E8%A8%8A%EF%BC%9F%E5%BE%B7%E5%9C%8B%E7%9B%A3%E7%AE%A1%E5%A4%A7%E9%8C%98%E7%A0%B8%E5%90%91%E8%87%89%E6%9B%B8-GEJZY>。(最後瀏覽日：2020 年 11 月 5 日)

表問題就消失，大半造就的問題仍然存在。標準石油造成的問題與 Facebook 這類平台造成的問題不能類比，不能套上反托拉斯就能解決 Facebook 造成的問題。此外，現行法律其實能處置大部分網路上仇恨言論和假新聞，要增加法規或是增設專職機構擴權，仍有疑義。

三、數位平台經濟的新興競爭法議題

數位平台經濟的商業模式十分依賴個人資料，德國近日即結合資料保護與競爭法的概念，提出新的數位經濟競爭法監管概念，以下介紹草案中幾項重要的設計：⁸¹

- (一) 讓「資料」成為決定市場支配地位與否的因素，並讓「拒絕他人接觸資料」成為濫用市場力量的情況之一。
- (二) 加強對數位平台的競爭法規管。
- (三) 針對數位平台提出特殊的法規。例如針對數位中介服務提供者，或是媒合雙邊市場的平台，都是受到特殊的競爭法監督。
- (四) 賦予競爭法監管機關更大的權力，包括暫定的禁制令措施，以落實競爭法規範。
- (五) 讓市場上的中小型企業(或是和這些數位經濟巨擘商業往來的小公司)得到更大的保障。

四、區塊鏈技術與反競爭行為之風險

近年來，區塊鏈技術的產生與應用帶給數位平台經濟的衝擊，主要在於市場認定會從集中的封閉平台，變成基於區塊鏈技術的去中心化網路。對於競爭法執法機關而言，鑒於中介機構可能干擾技術創新，經濟學者建

⁸¹ Falk schonening and Christian Ritz (2019), *Germany's proposed digital antitrust law: an ambitious project to regulate digital markets*, available at: <https://www.hlregulation.com/2019/10/31/germanys-proposed-digital-antitrust-law-a-n-ambitious-project-to-regulate-digital-markets/>.

議執法機關應一方面關注並阻止中介機構從事反競爭行為；另一方面，應鼓勵並支持技術創新業者。

此外，經濟學者並指出，新世代的區塊鏈技術於市場上的運用，與過去互聯網技術類似，如果使用不當，可能會損害市場及消費者福祉。可能的風險包括：勾結風險(risk of collusion)、排他性行為的風險(risk of exclusionary conduct)、經濟民主(economic democracy)的維護風險等。其關鍵在於消費者及市場對區塊鏈技術是否有足夠信任，以及是否能持續維護區塊鏈技術下去中心化的民主市場(democratic markets)等。⁸²

第三節 競爭法與消費者保護之交錯－英國能源市場中消費者行動為例

在英國，政策制定者對於能源與電力市場中，消費者轉換能源供應商的比率偏低，感到有些失望。目前許多研究，都提供了來自調查和實驗的實證資料，嘗試說明能源市場為什麼可能會出現這種情況，並探討可能的合適解決方案。

即使是那些行為相對活躍的消費者，他們確實會關注並為與市場互動做一些功課。但面對喜歡簡單選擇的消費者來前，他們也都不一定會理性轉向更為經濟的交易選項。

英國能源市場中消費者對電力供應商的低轉換率，吸引了政府最高層的關切與干預，英國副總理和總理都承諾將以最經濟的交易方案以激勵消費者。然而許多評論認為，這樣的干預政策可能損害自由市場的競爭性時，為什麼政府需要在能源市場中對消費者的行為進行這種干預？為什麼在提供相同產品的市場上，無論提供者是誰，消費者都不會自己理性選擇最經濟實惠的價格方案？政府決策者如何才能幫助市場更好地維護消費者的權

⁸² Giovanna Massarotto (2019), *From Digital to Blockchain Markets: What Role for Antitrust and Regulation*.

益？

自從 2008 年英國政府對於能源市場之一項普查以來，英國能源監管機構一直在努力解決這些問題。能源監管機構在 2011 年研究調查得出的結論是，複雜的稅率系統和供應商之間的差異性低，加劇了在能源市場上消費者行為表現出來的偏見。根據這一結論，目前英國能源監管機關 Ofgem 的許多政策(以及英國政府的其他政策)都集中於簡化稅務系統以消除上述這些加劇消費者偏見的因素。然而，這些政策有實際的幫助嗎？

在最近一份對於能源市場中的消費者行為進行調查的研究顯示，儘管複雜性確實可能在能源消費者的慣性中發揮作用，但是其他因素也不容忽視。轉換供應商的主要驅動力之一是，消費者期望可以透過轉換，獲得潛在收益。早期的監管干預，尤其是使用「非歧視條款」，使 2008 年至 2012 年之間英國電力市場中的企業利益減少了大約一半。同期，英國家戶天然氣和電力市場的供應商轉換率也減半。因此，減少潛在收益的干預措施，可能會導致較低而不是較高的轉換頻率。

事實上，消費者並不總是能理性地做出「好」的選擇。在市場的早期階段，那些僅僅為了節省費用而更換能源供應商的消費者往往卻會付出更多的錢。在四分之一到三分之一的交易中，結果顯示，為換成看起來更經濟實惠的交易，其最終結果，事實上變成對於消費者更不經濟的交易。這些錯誤的更換行為，是消費者在價格方案變得複雜之前做出的。如果假設有這麼一個網站，可以透明地比較各類的價格資訊，那麼消費者選擇錯誤的情況會減少。⁸³

而且，儘管期望獲得更高經濟收益的消費者是更有可能更換能源供應商，但是，最重要的 2 個議題是，某些消費者本質上更有可能在整個市場

⁸³ Wilson C & Waddams-Price C (2010), *Do Consumers Switch to the Best Supplier?*, 62 OXFORD ECONOMIC PAPERS 647-668.

中表現得更活躍？⁸⁴ 還是他們在一個市場中的交易經驗也會鼓勵影響其他市場中參與者的活動？那些期望過程更加耗時的消費者似乎這樣做的可能性也不會降低。

一、消費者有許多不同型態

近期有關能源供應商轉換行為的研究，探索了不同消費者在轉換過程中表現出的不同行為，這表明：如果政府和監管機構要增加尋找更好交易和改變供應商的活動，就需要採取多種政策。政策與法規設計必須根據對各種因素，以及是否能夠對於消費者的態度提供大致的估計，來對消費者進行分類，以估計他們願意節省多少錢以及需要多長時間，才能找到更好的交易。不同的因素影響著不同的消費者群體—例如：在某些消費者群體之中，消費者是否換過其他供應商的影響對他們而言要大得多。在估計可以增益和計算更換時間的群體中，這些實驗小組證實，預期時間對於切換供應商的影響很小，而那些期望更高增益的消費者，則更有可能進行切換。同樣，搜索和切換之間的關聯性也有所不同，在某些消費者群組中它們緊密相關，而在其他消費者族群中，這些活動之間幾乎沒有明顯的相關性。所有這些實驗結果顯示，市場監管者可能需要採取不同的政策，來有效地刺激不同消費者群體間的活動。

二、消費者更換供應商之行為

即使是那些相對活躍、時常「專心致志」並努力與市場互動的消費者，當他們面臨簡單選擇時，也不一定就會轉向更好、更經濟實惠的交易。在簽署了集體交易的群體中，即使有不小的費用節省和時間非常短而直接的轉換過程，許多消費者也沒有改變供應商。那些即時回應價格訊號的消費者，實際上也面臨著純粹作「轉換」決定，因為往往在價格方案提出之時，消費者的搜尋過程也已經結束。然而，根據研究顯示，在那些每年可以節

⁸⁴ Giulietti M, Waddams-Price C, & Waterson M (2005), *Consumer Choice and Competition Policy: A Study of UK Energy Markets*, 115 THE ECONOMIC JOURNAL 949–968.

省 68 英鎊以上的消費群體之中，也只有三分之一選擇了做出即時轉變之選擇，即使他們已經透過在參加能源公開拍賣會，並對於提供能源消費的詳細資訊，積極投入該過程。對於這類的消費群體來說，決定是否更換供應商的重要驅動因素，是所提供的費用節省—以及節省的程​​度，在其原來在能源賬單中的比例。當所有其他的條件一致，而消費者被提供兩個可選擇的價格方案時，比起只有被提供一種方案的消費者，前者採取轉換行為的機率會比較低。⁸⁵

談到公用事業的壟斷，例如英國能源部門，政府應該通過降低價格並且期望消費者選擇較為優惠的交易方案，來整體增加消費者的福利。然而與此預期恰好相反，在許多研究中已經觀察到，即使在有許多可能選擇的服務市場中，即使許多國家的消費者所面對的稅務與價格條件不理想，消費者們也不會輕易轉換能源服務的提供商。這種情形，確實是一個令人費解的發現。

三、對消費者行為在經濟理論上的探究⁸⁶

然而，理論上，消費者在完全相同的決策者之間，或者進行複雜程度比較高的產品間，才會積極參與比較，並最終轉向不同的能源供應契約。事實上，消費者可能根本不關注與選擇服務有關的事情。他們可能不會像尋求省錢而在超市中購買雜貨的方式來考慮轉換服務供應商這件事。而且與一般在便利店購物不同，因為有延續使用的服務供應商，所以在一天、一周、一個月甚至一年的時間中，通常人們需要有一個特定的時間點來重新關注他們所選擇的能源供應商。⁸⁷

⁸⁵ Sims, CA (2003), *Implications of Rational Inattention*, 50 JOURNAL OF MONETARY ECONOMICS 665-690.

⁸⁶ The experimental evidence is provided by Axel Sonntag and Daniel John Zizzo.

⁸⁷ Hviid, M & Price C W (2012), *Non-Discrimination Clauses in the Retail Energy Sector*, 122 THE ECONOMIC JOURNAL 122, F236-F252.

最近，Sitzia, Zheng 和 Zizzo(2012)⁸⁸在英國能源消費市場的一項實驗中發現，可用契約越複雜(就可用價格方案數量、單一或雙重商品、線性或非線性而言)，最終更多的消費者選擇了並非最經濟實惠的價格方案(即比必要的能源價格貴)。此外，由於消費者的不注意，違約的情形在其中也起了蠻大的作用。在默認價格方案不是最優惠的情況下，選擇最便宜價格方案的消費者比例明顯低於沒有延續先前能源供應契約的情況。但是，如果延續的能源供應契約已經是市場上最經濟實惠的價格方案，那麼最終選擇最便宜經濟方案的消費者比例將會大大增加。這一發現確實支持了行為經濟學和心理學其他領域的研究發現，對於通常存在違約的能源服務契約與的現實世界運作而言，具有重要意義。若為實驗參與者提供搜索最經濟的能源契約之設計，則消費者會更傾向更換能源消費方案。該實驗結果表明，人們不僅容易受到關於產品選擇的違約(現狀)的影響，而且還會積極參與消費行為之選擇本身。

參加實驗的人可能對轉換能源服務契約的實際節省潛力抱有保守的信念(Menzies & Zizzo, 2009 年用「推論性期望」)⁸⁹。在這種情況下，除非人們認為轉換造成收益的潛力足夠大，否則他們不會關注。如果確實如此，那麼強有力的資訊戰活動可能會完全增加從事資訊搜尋和轉換契約的可能性，這可能會導致選擇更便宜的消費方案。調查證據表明，獲得潛在收益是轉換的主要驅動力。

但是，在同一篇論文中，Sitzia, Zheng 和 Zizzo 指出，通過使用「智慧微調」來自動識別最佳能源消費方案，並將其用為延續性使用方案的選擇，並使此類延續使用的方案發揮作用而不是損害消費者福利。如此，可以在大約 85% 的時間內獲得最佳結果。因此，實驗結果的一項政策含義是

⁸⁸ Sitzia S, Zheng J, & Zizzo DJ (2012), *Complexity and Smart Nudges with Inattentive Consumers*, CENTRE FOR COMPETITION POLICY WORKING PAPER, Issue 12-13.

⁸⁹ Menzies GD & Zizzo DJ (2009), *Inferential Expectations*, 9 B.E. JOURNAL OF MACROECONOMICS (ADVANCES), Article 42.

自動並定期將最佳費率(在市場上，而不是服務提供商)設置為延續使用的選項。在這種情況下，人們仍然可以自由選擇其他費用方案(例如，如果他們願意，可以向綠色能源供應商支付更多的費用)；但是，通過遵循一種延續過去方案選擇的強烈趨勢，它們最終仍會在最經濟的費用方案中獲得收益。這項建議正是英國總理在 2012 年 10 月提出的建議。雖然不容易看到它在競爭激烈的市場中如何運作，但實驗性的結果可能可以幫助提出一些方法，促使一些消費者從能源市場中獲得更好的交易方案。

人們發現，受控制的實驗設計，在檢驗與行為特徵有關的假設以及對可能會影響政策制定的行為，產生有用的觀點上非常有用。由 Sitzia, Zheng 和 Zizzo(同上)進行的實驗分別於 2011 年和 2012 年在東英吉利大學的實驗室中進行。該實驗中的稅務部分是使用實際的天然氣和電力稅，部分是使用與真實的。行為實驗的範圍，從具有一個階層的簡單價格(即一個邊際價格)到具有兩個階層和一個價格上限的更複雜的模擬市場(即邊際價格，一旦消費超過一個上限，則是使用第二個較低的邊際價格)。該行為實驗共有 460 名受試者參加。⁹⁰

四、英國 Ofgem 對區域電力市場的監管實踐

為了吸引家戶消費者改用不是先前習慣的電力供應商，進入某個地區的企業對此提供了價格折扣，而這樣的折扣並未提供給所在地區沿用原先電力供應商的保守消費者。根據調查在 2008 年，這類價格折扣平均約為 10%，因此，與國內其他地區相比，公司平均向其原先的客戶收取的費用高出轉換客戶的 10%。同樣地，那些選擇更換能源的人比沒有更換能源的消費者平均少花費 10%。⁹¹

⁹⁰ Sitzia S, Zheng J, & Zizzo DJ (2012), *Complexity and Smart Nudges with Inattentive Consumers*, CENTRE FOR COMPETITION POLICY WORKING PAPER, Issue 12-13.

⁹¹ Littlechild, SC (2012), *Ofgem and the Philosopher's Stone*, INSTITUTE OF ECONOMIC AFFAIRS, available at: www.iea.org.uk/blog/ofgem-and-the-philosophers-stone

這樣的價格折扣，引起了英國能源監管機構的關注，特別是因為被視為弱勢群體的家戶消費者中，還是有略高的一部分並沒有轉移仍繼續支付較高的能源價格。在 2009 年 9 月，英國能源監管機關 Ofgem 引入了「非歧視條款」，用以防止能源企業在該國的不同地區中提供不同的交易，這項條款的落實從而使價格差異從 2008 年的每年約 30 英鎊下降到 2011 年的 13 英鎊。⁹²然而，這項措施不僅產生上文提到了對消費者轉換行為的抑制作用，同時也為企業“退出”自己的市場提供了驅動力，並削弱彼此競爭的動能。可能的結果是，所有消費者，包括 Ofgem 所尋求保護的脆弱家戶消費者，都為自己消費的能源支付了更高的價格。根據 Ofgem 的數據顯示，他們在「非歧視條款」失效時並沒有繼續更新，這樣的決策也使 Ofgem 本身之後的利潤水準繼續上升。⁹³

五、政策建議

其實對於低收入家庭，能源的支出成本，在其家戶預算中占很大比例。因此，能源的價格與支出，在政治上就有其重要性，並持續引起為改善生活水平而進行倡議的人們之熱切關注。那麼，考慮到消費者對他們的搜尋和更換供應者的模式，以及各研究通過集體轉換所觀察到的行為證據、有關個人行為方式的實驗證據等，我們不經想問，那麼如何的政策干預措施才會適合家戶消費者與能源市場？

只有當消費者在市場中能夠通過尋找，對於最有吸引力的價格做出回應時，企業才有可能會被說服，而為消費者提供更好的交易條件。那些已經為自由化能源市場提供服務超過 15 年的企業都知道，有些消費者是很活躍，有些則沒有，而且企業們仍在市場中持續爭取這些較為活躍的消費者—

⁹² Ofgem (2010), *Energy Supply Probe Initial Findings Report*, available at: www.ofgem.gov.uk/Pages/MoreInformation.aspx?docid=4&refer=Markets/RetMkts/ensuppro

⁹³ Ofgem (2011), *What Can Behavioural Economics Say about GB Energy Consumers?*, available at: www.ofgem.gov.uk/Pages/MoreInformation.aspx?docid=6&refer=Markets/RetMkts/rmr

不可避免地，企業必須要為那些願意滿足於自己的顧客，提供更好的交易。研究文獻強調，基於這種消費者間的差異，表明不同的消費者的反應截然不同。這種特色給政策調節機制的設計帶來了許多問題，因為這些不同的消費者反應，以及企業是否在動態市場中提供的服務與交易條件，都是構成整體政策思考的重要組成部分。又或者，企業也可能表現出利用市場力量，來剝削更多較為「天真的」與「不活躍的」家戶消費者。在任何的情況下，認識到消費者之間的差異，以及消費者的行為與市場上企業或供應商的行為間之交互作用，會是什麼證明有效且不會引起意外後果的政策干預措施中關鍵的組成部分。

因此，在規劃政策補救措施以幫助消費者做出更好的選擇時，決策者需要意識到不同消費者的不同反應。此外，重要的是，要充分意識到任何針對需求方的政策補救措施，都會影響到企業準備提供的價格。

如果必須給所有消費者都獲得最大的經濟利益，那麼激勵政策可能需要鎖定在那些最為活躍的消費者上。然而，即使確保在公共平台上，可以獲得權威性與透明性的資訊，消費者行為的偏誤仍會不可避免的存在。

即使在像能源這樣看似單純的市場中，因為無論誰提供產品，產品都是一樣的(如：電力)，消費者的選擇也不是那麼簡單。政策需要考慮消費者(和企業)在市場中的真實反應方式，因此，調查、實驗和市場分析得出的研究結論，可為避免政策不良後果的風險，提供重要指導。而行為經濟學，也可以為公平競爭與消費者保護之平衡，貢獻其研究成果。

第五章 行為經濟學、消費者保護與競爭政策

第一節 我國競爭法之發展現況

近年來，公平交易法所面臨的規範態樣隨著經濟產業發展日趨多元，公平交易法對於不正當競爭與限制競爭行為究竟在異質產業間要如何定性，而取得一個衡平的標準，一直是公平交易法發展的重點趨勢之一，自 107 年以來，公平交易委員會即陸續針對「支付系統產業」、「各國油品產業訂價策略」、「安全港(safe harbor)條款在不同產業中聯合行為之市占比」等委託外部機關進行研究，於 108 年更有「數位科技發展下音樂著作權專屬授權」、「演算法與聯合行為」及「公平交易法對新型態廣告之適用與因應」等對於新科技形成之新產業將對於公平交易法之適用產生如何之挑戰，委外做一整合性的分析，於此研究趨勢均可探知公平交易委員會密切追蹤許多新興產業中，可能造成之獨占、結合或聯合行為。

從前開研究案中，不難得知目前對公平交易法實務操作上最大的問題可能是在於市場範圍的界定上，由前開演算法的研究中，可知悉演算法不一定僅為科技產業所專有，亦可能是行銷公司、廣告公司所依賴的技術，演算法除本身唯一技術主體之外，亦會隨使用者之操作，衍伸出各種行為模式上之資料，導致技術上的整合可能不僅只是形式上的結合或是聯合行為而已，也涉及演算成果造成之資訊優勢地位，而享有更強的市場議價能力與市場寡占潛力，此等技術整合所造成的資訊地位，如何以傳統經濟學上的市場概念予以界定，本即非易事，更何況要以現有公平交易法之條文，檢驗此種技術整合所造成之限制競爭效果，可能還有待市場內部成員，彼此透過市場調查研究，跨領域地發現資訊使用場景，方能更細緻的瞭解技術合作、技術結合的背後，蘊含的市場潛力，以及對於市場參進者之阻礙效果。

本研究即本於此種高度分化與界線模糊化的產業思維，進行對消費者權益之研究，蓋現行的消費趨勢，無論支付系統、新型態廣告、數位媒體之應用，均與消費者日常生活息息相關，按 2017 年諾貝爾經濟學獎得主、芝加哥大學商學院賽勒(Richard H. Thaler)教授所提出「推力(nudge)」的概念，其將心裡學上的假設納入經濟決策的分析中，藉由探索有限理性、社會偏好、缺乏自制力等人格特質，證明這些思維偏誤將如何系統性的影響個人決策及市場表現。於消費者行為領域，雖然行銷公司或商家本身不直接強迫推行某些商品，但透過前開心理學上的推力效果，即可能導致消費者可能跨產業地受到影響而做出消費決策，例如行車記錄或地圖路線的科技產業資料資料，可能被應用到搭設廣告看板或商場選址，而與行銷產業產生連結，因此當某些掌握大量消費者資訊之公司，跨產業的對消費者進行行銷或宣傳，試圖潛移默化消費者，而不斷整合各種消費渠道之資訊，公平交易法應該扮演什麼角色適時介入，該如何形成對限制競爭行為之客觀標準，在實務上又應如何認定事實適用法規，均有仔細研議之必要，而為公平交易法近來的發展重點所在。

第二節 以行為經濟學觀察我國競爭法之發展

一、行為反托拉斯之理論與實務概況

亞馬遜(amazon)、臉書 facebook)、蘋果(Apple Inc.)以及 Google 等四大科技龍頭執行長才剛結束於台灣時間 2020 年 7 月 30 日，美國眾議院反壟斷小組舉行的聽證會，聽證會中不僅再次探究其市場界定、差別訂價及社會文化，而我們要如何用行為反托拉斯的角度看待這四大科技公司呢？究竟是惡？是勇氣？還是管不了？

回顧本國對於反托拉斯的研究，依據公平會季刊觀察到，近年來台灣對於美國與歐盟判例的相關研究越來越多，進一步探究其內容，多數觀點

係延續芝加哥學派、後芝加哥學派、新芝加哥學派，隨著時代推移與學派演進，分析方法傾向更經濟、更實際，但是對於競爭法的探討仍舊沒有提及行為面的觀點，我們認為不論是何種學派，前輩的論點裡皆有為後續行為反托拉斯埋下伏筆，Tor 採用過度自信的觀點，Stucke 採用意志力的觀點，而 Right 則以批判的角度，提出政策不相關理論並認為行為反托拉沒有政策，直至 2013 年左右，行為經濟學者相繼對於行為反托拉斯定義，並重新思考其目標與競爭過程，與此同時的歐洲，也曾對於 Microsoft 進行調查與研究，然而，上述的種種觀點，皆促使現今行為反托拉斯的評論猶如雨後春筍般地浮出，如 Khan 提出 Amazon's Antitrust Paradox、The new Brandeis movement；Tim Wu 對於反托拉斯於黃金時代的探討等。

國內公平交易委員會洪財隆委員於 2019 年公平交易通訊，說明從競爭法發展趨勢、行為經濟學偏誤、到行為反托拉斯的過程，並對於現今的市場界定、供給面逐漸轉變為需求面、廠商與消費者之間產生許多的疑慮，認為如何在既有的「現狀偏好」、「損失規避」等行為概念下，探討「公平意識」(fairness)是目前值得關注的議題(洪財隆，2020)。⁹⁴此外，從公平交易委員會近四期季刊如表 5-1，從 2017 年聯合行為、歐盟競爭法關於限制競爭協議、限制轉售價格與合理原則、違法聯合行為；2018 年雙邊市場、搭售、獨家交易；2019 年聯合行為之合意推定、歐盟競爭法關於垂直協議規範、掠奪性定價與電子商務、歐盟與美國之獨家交易協議案件、歐盟競爭法轉售價格維持、競爭法規範下之垂直封鎖、電子商務、轉售價格維持與演算法；及 2020 年綑綁行為的法律與經濟分析，觀察台灣競爭法相關研究發展，了解我國對於案例判決都有初步的探討。

⁹⁴ 洪財隆，同前註31，第 28 頁。

表 5-1 公平交易委員會近四期季刊

作者及出版年份	標題
盧憶，2020	網綁行為的法律與經濟分析－以美國高通案為例
魏杏芳，2019	電子商務、轉售價格維持與演算法－由歐盟產業調查與華碩案談起
邱敬淵、李素華，2019	市場封鎖經濟效果之研究－以競爭法規範下之垂直封鎖為中心
楊智傑，2019	歐盟競爭法轉售價格維持與電子商務發展下之反思
謝長江，2019	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
馬泰成，2019	掠奪性定價與電子商務
楊宏暉，2019	歐盟競爭法關於垂直協議規範之沿革、現狀及展望
顏雅倫，2019	聯合行為之合意推定－美國反托拉斯法之比較法研究
邱敬淵、李素華，2018	競爭法下市場封鎖經濟效果之研究－獨家交易
邱敬淵、李素華，2018	競爭法下市場封鎖經濟效果之研究－搭售
阮韻蓀，2018	以雙邊市場角度分析搜尋引擎的相關市場
石世豪，2017	圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁罰處分相關判決－
馬泰成，2017	限制轉售價格與合理原則
許曉芬，2017	歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究－以市場界定與市場效果為中心

劉姿汝，2017	論聯合行為之市場界定與市場效果 —兼與日本獨占禁止法之比較
----------	----------------------------------

資料來源：公平交易會網站⁹⁵

兩位行為反托拉斯著名學者：Tor 和 Stucke。Tor 從進入市場、行為分析方法、了解行為反托拉斯法、反托拉斯的論證以及有限理性的探討；Stucke 則是從了解 21 世紀行為經濟於反托拉斯的發展情形、新反托拉斯實證主義、定義行為反托拉斯、重新思考反托拉斯目標、應用行為反托斯行為、探討反托拉斯與獨占市場之實際案例。

表 5-2 Tor 與 Stucke 發表之期刊

Avishalom Tor		Maurice E. Stucke	
年份	期刊標題	年份	期刊標題
2002	The fable of entry: Bounded rationality, market discipline, and legal policy	2007	Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century'
2008	The methodology of the behavioral analysis of law	2009	New antitrust realism
2013	Understanding behavioral antitrust	2011	Behavioral antitrust
2015	The Next Generation of Behavioural Law and Economics	2012	Reconsidering antitrust's goals

⁹⁵ 公平交易委員會(2020)，公平交易季刊各期內容，2020/6/30，取自 <https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docList.aspx?uid=69>。

2016	Justifying Antitrust: Prediction, Efficiency, and Welfare	2012	The implications of behavioral antitrust
2019	Justifying Competition Law in the Face of Consumers' Bounded Rationality	2012	Behavioral antitrust and monopolization

資料來源：研究團隊整理

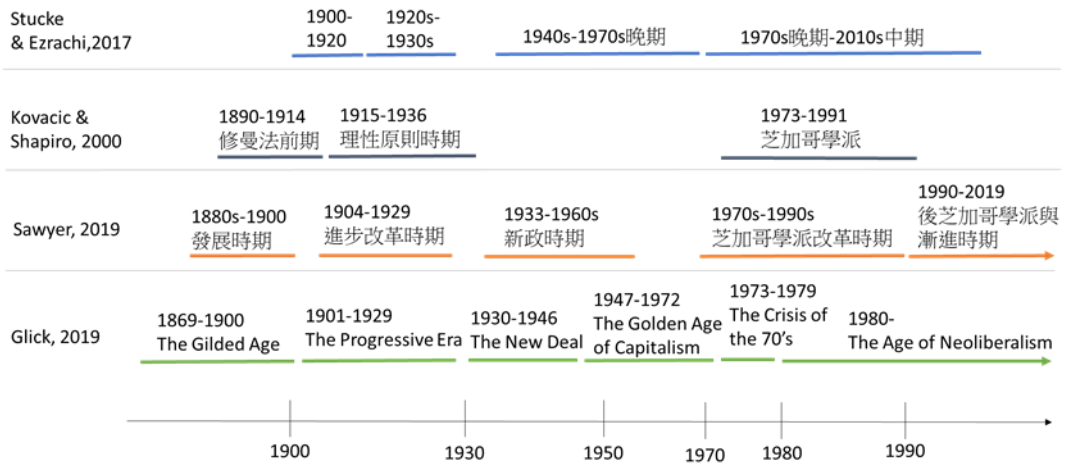
整個競爭法的演進與行為經濟學者的研究發展有著緊密的關聯，眾多的運動思潮也推著反托拉斯法的前進，因為歷史學者會從科技面、政策面等各面向探討，出現「大即是壞」。然而，不論美國口中的 **Anti-Trust** 還是歐盟口中的 **Anti-Competition**，反托拉斯法保護的是競爭的過程不是競爭者，如何維持競爭的過程且科技持續創新的社會，值得我們關注的議題。

因此，後續將回顧近百年競爭法演變、學派發展以及行為反托拉斯法之演進。

二、百年競爭法的演變觀點

行為經濟學於反托拉斯法(**Antitrust Law**，又稱競爭法)發展如圖 3.1，以 1970 年劃分為兩部分，第一部分為法律訂定、進步改革與總統任職時期；第二部分著重以各學派為主要演變過程，大致分為四個時期，分別為芝加哥學派、後芝加哥學派、新芝加哥學派、行為反托拉斯。

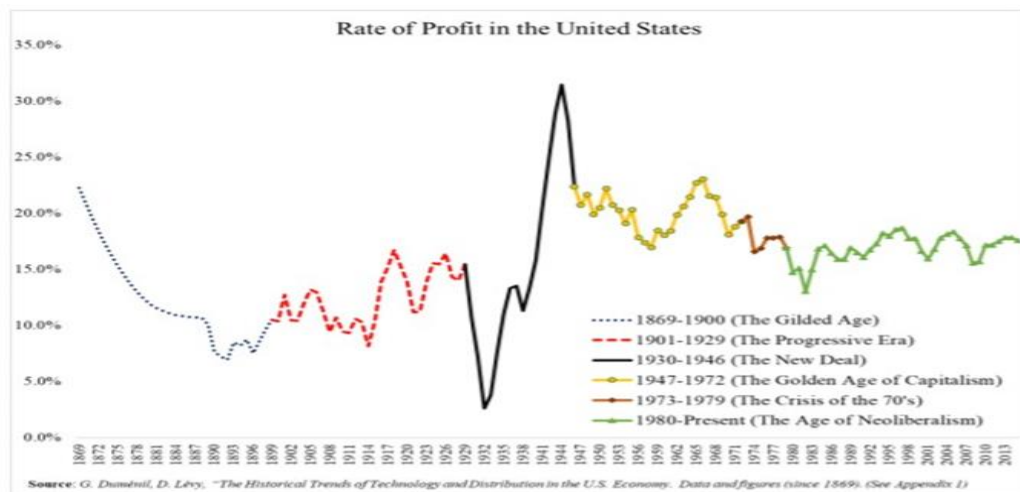
圖 5-1 美國競爭法百年演變圖



資料來源：Stuck&Ezrachi, 2017；Kovacic&Shapiro, 2000；Sawyer, 2019；Glick, 2019

Glick 於 2019 年文獻，顯示出美國競爭法自 1869 年至今，依據利潤率 (又稱獲益率, Rate of Profit) 分成 6 個時期如 0：(1)1869-1900 年鍍金時期(The Gilded Age)、(2)1901-1929 年進步時期(The Progressive Era)、(3)1930-1946 年新政時期(The New Deal)、(4)1947-1972 二次大戰資本主義時期(The Golden Age of Capitalism)、(5)1973-1979 年危機時期(The Crisis of the 70's)、(6)1980 至今新自由主義時期(The Age of Neoliberalism)。顯示出美國獲益率自 1980 年來皆處於平均值之上，沒有因為競爭法的影響而削弱市場的獲利。

圖 5-2 美國獲益率趨勢圖



資料來源：Glick, 2019⁹⁶

鍍金時期，面臨著工業化、管理革命、大企業、企業結盟等崛起，並於 1980 年奠定修曼法(Sherman Act)；進步時期，於 1914 通過克萊頓法(Clayton Act)和聯邦貿易法(Federal Trade Commission Act, FTC Act)奠定反托拉斯法的基礎，促使企業演化與金融業崛起(如摩根史丹利)，並產生出許多購併活動，此時，Louis Brandies 對於大企業的規模經濟提出不一樣的論點，相信小企業比起大企業更有效率，並認為大企業透過規模經濟產生獨占能力會使市場導致不公平的結果；新政時期的政策體制主導整個時期，直到新自由體制才促使新政權消弭，初期抑制金融的影響力，並於 1933 年訂定《全國工業復興法》(National Industrial Recovery Act of 1933, NIRA，又譯為全國產業復興法)，才使美國從經濟大蕭條中走出來，晚期新布蘭迪主義者不斷遊說美國總統羅斯福，以提振美國反托拉斯政策執行。

二次大戰資本主義時期繼續成功實施新政，經濟學者 Friedrich Hayek

⁹⁶ Glick, M. (2019). Antitrust and Economic History: The Historic Failure of the Chicago School of Antitrust. *The Antitrust Bulletin*, 64(3), 295-340.

於 1944 年出版《通往奴役之路》(The Road to Serfdom)深厚地影響市場自由主義，於 1947 年與 39 位學一同組織朝聖山學社(Mont Pelerin Society)，成員包含 Ludwig von Mises, Wilhelm Ropke, Milton Friedman, George Stigler, Gary Becker, James Buchanan 等人，提倡自由經濟市場，引領芝加哥學派的萌芽，認為經濟學的起源是一種新自由主義更廣泛的知識運動，而司法院反托拉斯部門(Department of Justice Antitrust Division)於 1968 年頒布合併準則(Merger Guidelines)完整體現競爭法政策目標，1953-1957 年 John McGee, Ward Bowman, Robert Bork 等人，在主任 Aaron 與 Edward Levi 帶領之下為「自由市場研究」(Free Market Study)籌措資金，隨著「Antitrust Project」依循著自由市場研究，發展出以芝加哥學派競爭法的基礎分析，而後續的發展包括法律和經濟學，並授予 Ronald Coase 和 Richard Posner 研究獎學金，直到 1970 年代後期，芝加哥學派已經制定了完善的反托拉斯法，防止因為廠商的超級獨占力而造成價格上漲、影響消費者福利，Robert Bork 經常將其稱為「消費者福利」(consumer welfare)標準，並主張對其標準「完全遵守」(exclusive adherence)。

危機時期，經濟的危機不僅對富人收入的影響，也使政治受到衝擊，但該時期的學者也奠定下個時期的基礎，1978 年 Robert H. Bork 所著《反托拉斯的矛盾》(The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself)，認為直接達成效率，不僅保護消費者權益，也提升消費者福利，顯示出該時期的競爭法係以經濟效率為重要解釋基礎(Brietzke, 1979)，⁹⁷進而開啟新自由主義。根據 Milton Friedman 於 2009 年《資本主義與自由》(Capitalism and freedom)，書中提及經濟資本主義對於社會自由的重要性，並說明政府應在社會自由中扮演好角色，對於技術性的壟斷行為應制止，以助於減少市場失靈的負面效果、⁹⁸奠定社會哲學，以芝加哥經濟系為主軸；新自由主

⁹⁷ Brietzke, P. H. (1979), *Robert Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 13(2) VALPARAISO UNIVERSITY LAW REVIEW 403-421.

⁹⁸ Friedman, M. (2009), *Capitalism and freedom*, UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS.

義時期，芝加哥學派於反托拉斯計畫成功案例，1977 年的美國大陸電視 (Continental TV, Inc.) 控訴西維尼亞公司 (GTE-Sylvania, Inc.) 限制在任何給定區域授予的零售特許經營權的數量，並要求每個加盟商僅從其銷售地或所在地銷售應答機的產品；1984 年 Monsanto Co. 控訴 Spray-Rite Service Corp. 證明垂直共謀 (vertical conspiracies) 確定轉售價格；以及 2007 年 Leegin 案反對轉售價格維持 (Resale Price Maintenance, RPM) 等皆違反修曼法，並讓大家知道法院是接受芝加哥學派的想法，該時期不僅是全球化帶來更高的利潤與收入之外，也促使經濟金融化。

根據 2019 年 Laura P. Sawyer 提及反托拉斯法歷史發展，主要分為五個時期，(1)1880s-1900 發展時期、(2)1904-1929 進步改革時期、(3)1933-1960s 新政時期、(4)1970s-1990s 芝加哥學派改革時期、(5)1990-2019 的後芝加哥學派與漸進時期 (Sawyer, 2019)。⁹⁹根據 2000 年 Willian E. Kovacic 與 Carl Shapiro 則將反托拉斯法分成四個時期，(1)1890-1914 修曼法前期，有經濟學家意識到，在規模經濟與範疇經濟獲益的同時，無限制的競爭是否會對企業帶來危害，尤其是具有高固定成本、低邊際成本的鐵路或公用事業等，並認為需要政府的干預才能使企業回收成本。(2)1915-1936 理性原則時期。(3)1973-1991 芝加哥學派 (Chicago School) 時期，而賽局理論便於 1970 至 1980 年代占據產業主導地位 (4)1992-2000 後芝加哥學派 (Post-Chicago School) 時期 (Kovacic & Shapiro, 2000)。¹⁰⁰根據 2017 年 Maurice E. Stuck 與 Ariel Ezrachi 認為競爭法依時間點分成四個循環，(1)1900-1920，由於標準石油公司破產 (Standard Oil)，加上通過的克萊頓法 (Clayton Act) 和聯邦貿易法 (Federal Trade Commission Act, FTC Act)，以此防止壟斷的形成、(2)1920s-1930s，此時期由於政府部門傾向與企業合作，加上新政初期制訂計劃經濟和公平競爭的企業準則，使得反壟斷活動變得較為稀少、

⁹⁹ Sawyer, L. P. (2019), *US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective*.

¹⁰⁰ Kovacic, W. E., & Shapiro, C. (2000), *Antitrust policy: A century of economic and legal thinking*, 14(1) JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 43-60.

(3)1940s-1970s 晚期，反托拉斯法開始代表自由企業的大憲章，並且被視為維護經濟和政治自由的關鍵、(4)1970s 晚期-2010s 中期，認為反托拉斯是在芝加哥學派與後芝加哥學派下新古典經濟學理論所簽訂的。¹⁰¹

透過兩篇文獻分別收錄在美國及歐洲行為經濟相關書籍中，藉此了解行為反托拉斯法於兩國的發展應用過程，前者從立法規範的改革及修正，到探討人們的行為是不完全理性的觀點演變而成；後者則是從經濟分析到更實際分析而成，發展的過程不外乎都依循著法律、經濟、再到行為反托拉斯的應用。

根據 Martin 於 2017 年發表的「行為反托拉斯」一文被收錄在 2018 年的行為產業經濟書籍中，文獻顯示出 1890 年代美國持續採用修曼法，經濟學並沒有直接參與法律程序，且經濟學家認為反托拉斯政策有很大程度上仍是法律界的專長，直到 1950 通過《Celler-Kefauver 法案》(又稱為反合併法)，改革修曼法與修正聯邦貿易法後，才擴大合併政策的規範，開始導入經濟學的觀點。於 1962 年法官 Brown Shoes，美國最高法院強調了經濟分析在評估合併對市場績效的具有重大的影響力，而為了解釋產業經濟數據，法院和執法機構進而轉向主流產業經濟理論的「結構-行為-績效 (Structure-conduct-performance, S-C-P)」架構分析之外，反合併法更促使人們重新詮釋芝加哥學派已經開始的反托拉斯經濟學的政治經濟學，並認為經濟學是有限理性的，且人們是具有啟發創新思維、損失規避、框架效應、自願性提供公共財等行為。然而著名的有限理性經濟學家 Herbert Simon 對於有限理性原則，定義為解決現實世界中客觀理性行為，甚至是近似於客觀理性所需的問題相比，人的思想在解決複雜問題的能力非常小。對於反托拉斯政策的應用包含有限理性下，消費者不轉換供應商；價格模糊策略；消費者對於定價的偏好或具有過度自信；消費者認為價格的不公平性。儘

¹⁰¹ Stucke, M. E. & Ezrachi, A. (2017), *The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement*, retrieved from <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>.

管這些分析提高了我們對完全競爭市場中市場表現的決定因素的理解，但它們並不能直接為反托拉斯政策提供依據，反托拉斯政策大體上涉及串通和戰略性反競爭行為。¹⁰²

根據 Heinemann 於 2015 年發表對於競爭法提出更實際的分析方法，該文被收錄在同年歐盟行為法與經濟書籍中，文獻研究顯示出從競爭法觀點中發現更多重要的行為層面，行為經濟學不僅影響相關市場基礎概念，也對於特定行為在競爭法中的影響性，如垂直協議(vertical agreements)、售後服務(practice on aftermarket)、搭售(tying and bundling)、條件式回扣(conditional rebates)、掠奪性定價(predatory pricing)、合併控制(merger control)，雖然行為的洞察會影響法律制裁和補救措施，但是作者認為這種發展應描述為「行為轉向」(behavioral turn)而不是「行為革命」(behavioral revolution)，因為傳統分析並沒有被取代，而是得到了補充，未來目標「更實際的方法」(more realistic approach)不再視需求越來越多，而是要以更可靠的基礎制定競爭法。在競爭法領域，近幾十年來最重要的變化是 1970 年代芝加哥學派對認為效率是競爭法的核心，並且批判傳統觀念，既保護競爭過程，又追求效率以外的競爭法目標，且致命的弱點是專注於與市場實際情況相差甚遠的理論模型。因此，對於這些具有類型限制的制式方法(form-based approach)被效果方法(effects-based approach)所取代，在歐洲稱此方法為「更經濟的分析」(more economic approach)，不僅可以在競爭法和產業組織的模型假設之間建立一致性，也可以在反托拉斯與行為科學之間建立一致性。就系統觀點而言，行為反托拉斯(Behavioural Antitrust)為行為法與經濟學的分支，同時將行為法與經濟學應用在反托拉斯法中，如消

¹⁰² Tremblay, V. J., Schroeder, E., & Tremblay, C. H. (Eds.) (2018), *Handbook of behavioral industrial organization*, Edward Elgar Publishing.

Martin S. (2017), Behavioral Antitrust. *Purdue University Economics Working Papers* 1297, Purdue University, Department of Economics, Retrieved from <https://krannert.purdue.edu/programs/PhD/working-papers-series/2017/1297-Martin-Behavioral-Antitrust.pdf>.

費者和企業的行為；與競爭法相關的理性限制，如前景理論(prospect theory)、截斷推理(truncated reasoning)、過度推理(overreaching reasoning)、框架(framing)等；有限理性成為一種新的市場失靈形式。對於反托拉斯政策的應用包含相關市場的界定、垂直協議(vertical agreements)、售後服務(practice on aftermarket)、搭售(tying and bundling)、條件式回扣(conditional rebates)、掠奪性定價(predatory pricing)、合併控制(merger control)，其中相關市場的界定，是建立在實際消費行為方面，而不是建立在傳統經濟下人們應為，若消費者犯了偏誤，不願意接受資訊，行為相關市場會較狹小；若消費者完全被告知，則免於定見。¹⁰³

簡而言之，以 1933-1960s 新政時期區分歷史演變的發展，新政時期之前，以 1890 年制定修曼法、1914 年通過克萊頓法奠定反托拉斯法基礎；隨著二次世界大戰以及 Franklin D. Roosevelt 就任總統開進入新政時期，強調經濟與政治自由；新政時期之後，隨著政治、經濟發展，雖然 1970s-1990 以芝加哥學派為主，但也開始有許多的學派如雨後春筍般的相繼產生，如後芝加哥學派(Post-Chicago School)、新布蘭迪學派(New Brandeis School)、新芝加哥學派(Neo-Chicago School)、行為學派(Behavioral Approach to Antitrust)、反托拉斯民粹(Antitrust Populism)等。然而，當時亞當史密斯的「國富論」及熊彼得的「創造性破壞」，大幅影響各個學派的發展過程，也促使競爭法搭載著各學派的演進，目標逐漸從消費者福利、靜態經濟效率，逐漸轉向整合行為經濟學、兼容破壞性創新的動態效率。

¹⁰³ Mathis, K. (Ed.) (2015), *European perspectives on behavioural law and economics* (Vol. 2). Springer.; Heinemann, A. (2015), *Behavioural Antitrust-A'More Realistic Approach'to Competition Law*, EUROPEAN PERSPECTIVES ON BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS 211-242.

附錄：專家會議重點摘要

行為經濟學與競爭法

2020 公平交易委員會委辦研究計畫

Behavioral
Economics:
Antitrust
Laws

會議宗旨

由行為經濟學角度出發、邀請競爭法領域之專家學者，討論由行為經濟學觀點如何影響競爭法的議題、進一步探討如何保障消費者權益、落實真正的「公平」，並提出可供競爭法主管機關執法之相關建議。

討論題綱

1. 行為經濟學於競爭法重大議題的應用
2. 探討如何由行為經濟學角度出發、豐富現代競爭法的思維。



公平交易委員會
FAIR TRADE COMMISSION



大成 DENTONS



會議參與者

計畫主持人：江雅綺教授(臺北科技大學智慧財產權研究所/ 智慧科技法律政策中心主任) 協同主持人：程法彰教授(高雄科技大學科技法律研究所)

與談人(依姓氏筆劃順序)

王明禮教授(中央大學產業經濟所副教授兼所長) / 黃銘傑教授(台灣大學法律系) / 蔡明芳教授(淡江大學產經系教授) / 賴怡樺(政治大學公共行政系博士候選人)

議程

1. 由計畫團隊負責簡報目前計畫成果(預計20分鐘)
2. 邀請與談專家指導(每人20分鐘)

會議時間

2020年10月30日(五)下午1點-3點

會議地點

國立臺北科技大學共同科館514室

行為經濟學與競爭法
2020 公平交易委員會委辦研究計畫
會議紀錄

會議時間：2020 年 10 月 30 日(五)下午 1 點至 3 點

會議地點：國立臺北科技大學共同科館 514 室

計畫主持人：江雅綺教授／協同主持人：程法彰教授

與談人：

王明禮教授(中央大學產業經濟所副教授兼所長)

黃銘傑教授(台灣大學法律系)

蔡明芳教授(淡江大學產經系教授)

賴怡樺(政治大學公共行政系博士候選人)

與談人建議：

◆ **蔡明芳教授(淡江大學產經系教授)：**

1. 利用消費者不理性賺取利潤，認知障礙使得轉換成本上升。消費者即使沒有付出任何代價來使用 Google 等平台，但他之後面臨要轉換會變得很不容易。賈伯斯研發了 Apple 手機之後，改變了人類所有的消費習慣，點出了與傳統經濟學差異不多，比較多就是消費者部分，目前呈現的行為經濟學就是交易成本，網絡外部性效果是可以提及的，華為在說他沒有 Google 可以發展，在中國還可以，但在世界各國就無法，所以大家會不會去使用華為，或許華為手機會被淘汰，因為小米

6、OPPO 的手機還在使用 Google 的產品，對於中國使用者在產品使用上轉換成本(改變生活習慣)最小的，所以從這個角度來看，行為經濟學在競爭法當中沒有任何的改變，主要對象還是在廠商的部分，廠商的行為從行為經濟學的角度研究是否不同，最終可能還是回歸到結構問題。從行為經濟學去研究市場結構與傳統看法的差異在哪，廠商行為無論如何變化，廠商結構就是競爭法規範的地方。廠商廣告就是影響消費者行為，讓消費者不理性，C 的部分去做廣告，P 的部分就是去定價獲利，市場結構變得更強，有能力形成獨占。

2. 如 Apple 產品定價越來越高，消費者依舊買單，認為消費者不理性，但在經濟學角度是理性的，就是非要買蘋果東西，對於忠誠度高的客戶，不拉抬你的價格拉抬誰的，不管理不理性，廠商不重視，只要消費者買單就好，當銷量增加，利潤越高，市場越集中。回到競爭法的問題。甚麼時候競爭變成沒有競爭，就會形成一個品牌的獨占。
3. 公平會偏重財富重分配、價格的議題，但其實公平法不應規範到財富重分配的部分，且過去公平會委員，法律人士多於經濟學專業人士，法律人士較少經濟背景的，也缺乏公平法競爭法背景，這也是一個缺點。

◆ 黃銘傑教授(台灣大學法律系)：

1. 提問：如何切割消保法和公平會的議題？
→蔡明芳教授回答：學派的講法，如果不是群體的概念，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平，欺罔或顯失公平是行為類型，必須足以影響交易秩序，才會達到規範管制的範疇。
2. 成本結構不同，如果今天全家漲 5 元，Seven 漲 7 元，Seven 會受到社

會責任的撻伐，所以縱使 Seven 認為成本考量應漲價 7 元，他們也只能漲 5 元。因此，這必須要溝通，行為經濟學應往廠商的部分探討。

3. 公平會到底適不適合規範到消費者？市場結構當中，操作市場價格會影響到消費者，因此倒過來去規範轉向到消費者的部分，反而忽視掉廠商才是最大問題的根源，這是政府值得去反思的部分。
4. 現在做的行為經濟學探討都可以被傳統經濟學解釋？

以目前所探討的，其實傳統經濟學都有研討會，沒有影響到競爭法，競爭法規範的是廠商，只要廠商在市場上的競爭結構是可競爭的，你們提到的可競爭市場，競爭法即沒有改的必要，所以如果要去重視的部分應該是廠商的行為經濟學的部分，有較多的東西可以討論。

5. 電視各種頻道有無競爭關係，主要跟競爭法的市場界定有關係，視把市場界定範圍定義到多廣的範圍。公平會一直說要差別待遇，但對於合理的廠商他們不需要差別待遇，即稱「間接杯葛」，要排除的不是下游市場，要排除新的市場，只是透過垂直交易不准跟親近的競爭對手交易。

◆ 賴怡樺(政治大學公共行政系博士候選人)：

1. 我研究是針對行為經濟學於公共政策的應用，比較少接觸競爭法這領域，在這個領域的研究比較少，不過針對題目的話有兩個建議，題目有點大，政策問題的設定，包含利害關係的互動，平衡的公共利益是我們所關心的議題，解決的問題(puzzle)是甚麼，政策問題是什麼。比如說執法上或競爭法上，無論是法律或是行為經濟學，多用到的是 Nudge，行為經濟學工具有個九宮格，包含不同程度的目標，最純粹的部分就是 Nudge，一系列政策工具有法律、財務誘因、課稅、宣導教

育方式，Nudge 是其中一部分，通常不會在法律上來講，會是分開來說，搭配應用的概念。最近有篇新文獻《2020 Sunstein》新書，主要內容為行為經濟在政策上的應用，許多人有提到的行為經濟學在政策上的應用問題，在這本書中有做出回應。第二部分就是工具上，政策工具選擇上會考量到問題的界定，建構政策工具的問題，首先會盤點政策工具，找出破口的地方，且政策工具的選擇涉及到假說(assumption)，比如選擇用法律，表示這件事情必須動用到強制力去執行。行為經濟學則是要有足夠的資訊，要有誘因。前述所提及到自由式家長主義，公平會的方法是用執法的方式，而行為經濟學之所以被親賴，有兩個點，一個是 Nudge 以小力推大力，因為各國財務問題相當嚴重，故會認為 Nudge 很省力，第二則是因為它是自由思想主義，不強迫，分為結果式加強主義和方法加強主義，行為經濟學經常使用的是方法加強主義，如 2020 Sunstein 新書說到 welfare、happiness 的概念，每個人對此界定不同，有些人認為這樣的快樂就是快樂，有些人認為必須犧牲某些才能達到他們要的快樂等，界定都不同。所以對於公平的界定，每個人都不同。相對於傳統執法上工具來講，Nudge 給予我們比起法律更自由的空間使用，我們要去影響利害關係時有自由空間可以去選擇。所以我們應該可以去找出行為經濟學切入的點，哪些議題適合作行為經濟學。

2. 行為經濟學也經常涉及到倫理上正當性，因為它不像法律執法白紙黑字，故更多的會有倫理上欠缺正當性的部分；另外，Nudge 通常是短期的，必須要不斷的 Nudge 才有辦法做到長期，故考量是否用這樣的工具也是需要思考的，通常可以在法律執法上搭配使用 Nudge，無法單一使用，這也是首先要做出問題建構的必要性，才能去選擇如何搭配工具。

3. 行為經濟學在公共政策上的使用上有兩個層面，一個是在機構 (institution) 一個是在個人行為層次，從這兩角度切入，看如何去應用。如果從企業角度，則要考量利害關係人之間的互動，有些廠商會有反 Nudge 反推力的行為，因此必須針對不同的廠商會有不同的反推力作用。而個人層次，Nudge 消費者會相對容易去做，台灣較多的還是在個人層次，像我國健保署大腸桿菌即是從個人行為層面推動。另外，Nudge 也強調 evidence-based，即為實驗法。做出來時有一小型試驗，利用這樣實驗的方法去區別行為的效力是否有效，可排除其他外在因素。最後建議，從問題建構利害關係人，之後決定到政策工具的選擇，到消費者個人的層面，最後就是要有小型的試驗，這才是較完整的配套。

◆ 王明禮教授(中央大學產業經濟所副教授兼所長)：

1. 行為經濟學即是現代人類行為科學在經濟學這塊的研究，也就是說人類只有有限的理性，因此我們的理性與資訊掌握能力、意志力都有欠缺，因此人類與傳統標準的經濟學是不一樣，有限的理性使我們的行為會偏離傳統認知絕對理性的人的行為的模式。在消費者層面較為明顯，若歸類為廠商及消費者來講，消費者較容易出現行為經濟學家所觀察的偏離現象。相對而言，廠商絕對理性相當多，廠商有決策程序、律師、內部的專業判斷，所以非常接近傳統絕對理性的決策者。消費者因為不完整的理性，故有很多決策上的缺陷，很容易被現代科技利用大數據放進 AI 中，對人類行為充分演算後，利用 Nudge 影響消費者決策。
2. 行銷技巧會隨行為經濟學發展，提出新的誘導消費者的技巧，是否還能用傳統不實廣告的規範來去限制，這是有探討空間的。即使是不實廣告，也是該不實廣告會重大到影響到市場競爭的程度，才有公平會

管制的必要，否則還是消費者保護法所管制的範疇。回到行為是否嚴重影響到市場，不公平競爭行為牽涉到消費者心理的利誘，因此對消費者新的知識某個程度而言在法律的執行，我們需要跟上廠商腳步，這也是我們需要思考的。

3. 市場定義，價格調整後標準消費者是否會接受。消費者行為的掌握有了新的層次，在某些特定情況消費者遇到價格上漲時，市場情況改變時，消費者會偏離不再是 **random** 的不理性，想要的是可以預測的不理性。這樣的話，在某個市場情況的消費者會做什麼偏離，我們就可以去知道這個 **Input** 的價值。
4. 公司的決策是不會輕易陷入個人決策者的不理性，資訊不夠永遠都是問題，但個人資訊不夠時，個人就會做出簡單決策，但公司面臨到資訊不足時，就會想辦法去獲得更多資訊，或減少決策的風險，而較不容易有不理性的問題。
5. 政府本來就不需要保護消費者，消費者在現今時代會自我學習，消費者並不覺得需要更加保護他，有限的理性對個人的影響，避免人類被詐騙等，站在保護消費者的立場，政府可以去權衡。政府的 **nudge** 時效性不足，廠商與消費者的腳步，政府很難跟上，政府也不需要太過緊張，消費者有自我保護的機制。
6. 行為經濟學需要大量的人類行為的資料數據收集，因此 **google apple** 擁有大量人類行為的資訊，有可能會變成不正當的利用工具，或許會有日後機密的問題，有所謂 **Antitrust** 可以討論。

----散會----

參考文獻

(一) 英文文獻

1. Adam Candeub, *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, A JOURNAL OF LAW AND POLICY FOR THE INFORMATION SOCIETY (2014).
2. Alan Devlin & Michael Jacobs, *The Empty Promise of Behavioral Antitrust*, 37 HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY 1009 (2013).
3. Amanda P. Reeves & Maurice E. Stucke, *Behavioral Antitrust*, INDIANA LAW JOURNAL (2011).
4. Andreas Heinemann, *Facts Over Theory: The Contribution of Behavioral Economics to Competition Law*, COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (2019).
5. Andreas Heinemann, *Behavioural Antitrust: A “More Realistic Approach” to Competition Law*, in EUROPEAN PERSPECTIVES ON BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS 211 (2013).
6. Ariel Ezrachi & Agustín Reyna, *The Role of Competition Policy in Protecting Consumers' Well-being in the Digital Era*, THE EUROPEAN CONSUMER ORGANIZATION.
7. Avishalom Tor, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, 4 HAIFA LAW REVIEW (July 2008).
8. Avishalom Tor, *The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy*, 101 MICHIGAN LAW REVIEW 482 (2002).
9. Avishalom Tor, *Boundedly Rational Entrepreneurs and Antitrust*, 62 ANTITRUST BULLETIN (2017).
10. Avishalom Tor, *Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing*, 18 ANTITRUST 52 (2003).

11. Avishalom Tor, *Justifying Antitrust: Prediction, Efficiency, and Welfare* (February 8, 2016).
12. Avishalom Tor, *Justifying Competition Law in the Face of Consumers' Bounded Rationality*, NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER (August 24, 2018).
13. Avishalom Tor, *Nudges That Should Fail?* (November 21, 2018).
14. Avishalom Tor, *Should Antitrust Survive Behavioral Economics?*, NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER (September 25, 2018).
15. Avishalom Tor, *Some Challenges Facing a Behaviorally-Informed Approach to the Directive on Unfair Commercial Practices*, NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER (May 14, 2013).
16. Avishalom Tor, *The Critical and Problematic Role of Bounded Rationality in Nudging*, in *NUDGING - POSSIBILITIES, LIMITATIONS AND APPLICATIONS IN EUROPEAN LAW AND ECONOMICS 3* (K. Mathis & A. Tor eds., 2016).
17. Avishalom Tor, *The Market, the Firm, and Behavioral Antitrust*, NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER (June 23, 2013).
18. Avishalom Tor, *The Next Generation of Behavioural Law and Economics*, NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER (April 8, 2014).
19. Avishalom Tor, *Understanding Behavioral Antitrust*, NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER (July 13, 2013).
20. Avishalom Tor & William J. Rinner, *Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin*, UNIVERSITY OF HAIFA FACULTY OF LAW LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES (December 2009).
21. Avishalom Tor *et al.*, *Expansion and Contraction in Monopolization Law*, 76 ANTITRUST LAW JOURNAL (2010).
22. Avishalom Tor *et al.*, *Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers*, 7(1) JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 97 (March 2010).

23. Avishalom Tor *et al*, *Profit Maximization Versus Disadvantageous Inequality: The Impact of Self-Categorization*, HARVARD PON WORKING PAPER (December 2004).
24. Avishalom Tor *et al*, *Social Comparison Before, During, and After the Competition* (January 13, 2018).
25. Avishalom Tor *et al*, *The Price of Equality: Suboptimal Resource Allocations Across Social Categories*, HARVARD PON WORKING PAPER (July 31, 2009).
26. Avishalom Tor *et al*, *The Psychology of Competition: A Social Comparison*, NOTRE DAME LEGAL STUDIES PAPER (June 26, 2013).
27. Barak Y. Orbach, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, 10(7) ARIZONA LEGAL STUDIES DISCUSSION PAPER (February 2011).
28. Cass R. Sunstein & Lucia A. Reisch, *Behavioral Economics and Public Opinion*, INTERECONOMICS (2018).
29. Case associate, *Behavioural Economics in Court 'Bright Future' or Interesting Curio?* (October 2018).
30. Carl Shapiro, *Antitrust in a Time of Populism* (October 24, 2017)
31. Christine Jolls *et al.*, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, STANFORD LAW REVIEW (July 1998).
32. Chronis Lalas, *The EU Consumer Policy on the Digital Market: A Behavioral Economics View*, PERSPECTIVES: THE EU CONSUMER POLICY ON THE DIGITAL MARKET: A BEHAVIORAL ECONOMICS VIEW (2015).
33. Daniel A. Crane, *The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy*, 79(3) Antitrust L. J. 835 (2014).
34. Daniel A. Crane, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, 76 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW (2009).
35. Daniel M. Hausman, *Nudging and Other Ways of Steering Choices*,

- INTERECONOMICS (2018).
36. Daniel L. Rubinfeld & Michal Gal, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, 80 ANTITRUST LAW JOURNAL (2016).
 37. David S. Evans & A. Jorge Padilla, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*, CEPR DISCUSSION PAPER (September 2004).
 38. Dennis W. Carlton & Bryan Keating, *Rethinking Antitrust in the Presence of Transaction Costs: Coasian Implications*, REV IND ORGAN (2015).
 39. Dieter Paemen & Aleksander Tombiński, *The Google Comparative Shopping Case: A Critical Take on the Arguments*, COMPETITION LAW INSIGHT (2017).
 40. Directorate for Science, Technology and Innovation Committee on Consumer Policy, *Use of Behavioural Insights in Consumer Policy*, OECD PUBLISHING (February 2017).
 41. Doug Melamed, *Antitrust Law and Its Critics*, 83 ANTITRUST LAW JOURNAL (January 14, 2020).
 42. European Commission, *Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service*, (June 27, 2017).
 43. Frank H. Easterbrook, *Limits of Antitrust*, 63(1) TEXAS LAW REVIEW (August 1984).
 44. Gregory Mitchell, *Tendencies Versus Boundaries: Levels of Generality in Behavioral Law and Economics*, 56 VANDERBILT LAW REVIEW (July 2003).
 45. Gregory J. Werden *et al.*, *Behavioral Antitrust and Merger Control*, 167(1) JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS 126 (2011).

46. Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 MICHIGAN LAW REVIEW 214 (1985).
47. Herbert J. Hovenkamp, *Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust*, PENN LAW FACULTY SCHOLARSHIP (2013).
48. Herbert J. Hovenkamp, *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, 45 JOURNAL OF CORPORATION LAW 101 (2019).
49. Herbert J. Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?*, 93 NOTRE DAME LAW REVIEW 583 (December 1, 2018).
50. Herbert J. Hovenkamp, *The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization*, 68 TEXAS LAW REVIEW 105 (June 3, 2009).
51. Herbert J. Hovenkamp & Fiona Scott Morton, *Framing the Chicago School of Antitrust Analysis*, 19(44) U OF PENN, INST FOR LAW & ECON RESEARCH PAPER (JANUARY 29, 2020).
52. James Ming Chen, *Heterodox Antitrust Economics* (September 4, 2017).
53. Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg, *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*, NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW (2015).
54. Joshua D. Wright & Judd E. Stone, *Misbehavioral Economics: The Case Against Behavioral Antitrust*, 33 (4) CARDOZO LAW REVIEW 1517 (April 2012).
55. Joshua D. Wright & Aurélien Portuese, *Antitrust Populism: Towards a Taxonomy*, 21(1) STANFORD JOURNAL OF LAW, BUSINESS, AND FINANCE (2020).
56. Joshua D. Wright et al, *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, ARIZONA STATE LAW JOURNAL (2019).
57. Joshua D. Wright et al, *Consumer Welfare & the Rule of Law: The Case Against the New Populist Antitrust Movement*, REGULATORY

- TRANSPARENCY PROJECT OF THE FEDERALIST SOCIETY (April 15, 2019).
58. John B. Kirkwood, *the Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct*, 13(10) SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW LEGAL PAPER SERIES (2013).
59. John B. Kirkwood & Robert H. Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 9(2) SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW LEGAL STUDIES PAPER (2019).
60. John B. Kirkwood & Robert H. Lande, *The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, not Efficiency*, 2009(17) UNIVERSITY OF BALTIMORE LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER (2009).
61. Judith Mehta, *Behavioural Economics in Competition and Consumer Policy*, ESRC CENTRE FOR COMPETITION POLICY (2013).
62. Laura Phillips Sawyer, *US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective* HARVARD BUSINESS SCHOOL WORKING PAPER (May 2019).
63. Laura Parret, *Do we (still) know what we are protecting?*, TILEC DISCUSSION PAPER -TILBURG UNIVERSITY (April 2009).
64. Lee K. Van Voorhis & Eugene Lim, *The Consumer Welfare Standard on Shaky Ground?*, JENNER &BLOCK (May 8, 2019).
65. Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE L. J. 710 (2017).
66. Lina Khan, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, 9(3) JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE 131 (March 2018).
67. Lucia A. Reisch & Min Zhao, *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: State of the Art*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2017).
68. Luca Arnaudo, *The Quest for Behavioural Antitrust*, 2(2) THE DOVENSCHMIDT QUARTERLY 77 (2013).

69. Mark Glick, *American Gothic: How Chicago School Economics Distorts 'Consumer Welfare' in Antitrust* (July 19, 2019).
70. Mark Glick, *Antitrust and Economic History: The Historic Failure of the Chicago School of Economics* (April 26, 2019).
71. Mark Cooper & Jodie C. Griffin, *The Role of Antitrust in Protecting Competition, Innovation, and Consumers as the Digital Revolution Matures: The Case Against the Universal-EMI Merger and E-Book Price Fixing* (June 2012).
72. Matthew Sag, *The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning*, JOURNAL OF THE COPYRIGHT SOCIETY OF THE USA (2019).
73. Maurice E. Stucke, *Am I a Price Fixer? A Behavioural Economics Analysis of Cartels* (January 2010).
74. Maurice E. Stucke, *Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics*, 50 SANTA CLARA LAW REVIEW (January 2010).
75. Maurice E. Stucke, *Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century*, 38 LOYOLA UNIVERSITY CHICAGO LAW JOURNAL (2007).
76. Maurice E. Stucke, *How Can Competition Agencies Use Behavioral Economics?*, (December 2014).
77. Maurice E. Stucke, *Behavioral Antitrust and Monopolization*, 8(3) JOURNAL OF COMPETITION LAW & ECONOMICS 545 (September 1, 2012).
78. Maurice E. Stucke, *The Implications of Behavioral Antitrust*, 192 UNIVERSITY OF TENNESSEE LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER (2012).
79. Maurice E. Stucke, *Reconsidering Antitrust's Goals*, 53 BOSTON COLLEGE LAW REVIEW 551 (2012).
80. Maurice E. Stucke, *Should Competition Policy Promote Happiness?*, 81 FORDHAM LAW REVIEW 2575 (January 14, 2013).

81. Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, OXFORD UNIVERSITY PRESS (2016).
82. Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW (2017).
83. Max Huffman, *Marrying Neo-Chicago with Behavioral Antitrust*, 78 ANTITRUST LAW JOURNAL, (June 6, 2012).
84. Max Huffman, *A Look At Behavioral Antitrust From 2018*, CPI ANTITRUST CHRONICLE (January 2019).
85. Michael R. Baye & Joshua D. Wright, *How to Economize Consumer Protection*, ANTITRUST SOURCE - AMERICAN BAR ASSOCIATION (February 2018).
86. Monique Goyens, *Using Behavioural Economics for Rather than Against Consumers – A Practitioner’s Perspective*, INTERECONOMICS (2018).
87. Nicolas PETIT & Norman NEYRINCK, *Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law*, THE GLOBAL COMPETITION LAW CENTRE WORKING PAPERS SERIES (2010).
88. Oxera Consulting Ltd, *Behavioural Economics and its Impact on Competition Policy* (May 2013).
89. Oxera Consulting Ltd, *Behavioural Economics, Competition and Remedy Design* (April 2015).
90. Patrice Bougette *et al.*, *Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn from an Industrial Organization Approach?*, ILMENAU ECONOMICS DISCUSSION PAPERS (2018).
91. Paul H. Brietzke, Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 13 VAL. U. L. REV. 403 (1979).

92. Paul L. Joskow, *Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies*, 18(1) JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION (December 5, 2001).
93. Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 925 (1978).
94. Sandeep Vaheesan, *The Evolving Populisms of Antitrust*, 93(2) NEBRASKA LAW REVIEW (2014).
95. Simon Zekaria, *Behavioral Economics Wards off 'Danger' of Competition Law Losing Relevance, Says UK Judge*, MLEX MARKET INSIGHT (2018).
96. Stephen Martin, *Behavioral Antitrust*, 1297 PURDUE UNIVERSITY ECONOMICS DEPARTMENT WORKING PAPER (2017).
97. Thomas A. Piraino Jr., *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*, 82(2) INDIANA LAW JOURNAL (2007).
98. Thibault Schrepel, *Antitrust Without Romance*, 13 NYU JOURNAL OF LAW & LIBERTY (2020).
99. Timothy J. Muris, *the Federal Trade Commission and the Future Development of U.S. Consumer Protection Policy*, GEORGE MASON UNIVERSITY LAW AND ECONOMICS WORKING PAPER SERIES (May 2004).
100. Timothy J. Muris & Bruce H. Kobayashi, *Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century*, 78 ANTITRUST LAW JOURNAL (March 13, 2012).
101. Tim Wu, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, ANTITRUST LAW JOURNAL (March 26, 2017).
102. Tim Wu, *After Consumer Welfare, Now What? The 'Protection of Competition' Standard in Practice*, THE JOURNAL OF THE COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (April 5, 2018).

103. United Nations Conference on Trade and Development, *Competition Issues in the Digital Economy*, TD/B/C.I/CLP/54 (May 1, 2019).
104. William E. Kovacic, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, COLUMBIA BUSINESS LAW REVIEW (2007).
105. William E. Kovacic & Carl Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, 14(1) JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 43 (February 26, 2004).
106. Xavier Troussard & René van Bavel, *How Can Behavioural Insights Be Used to Improve EU Policy?*, INTERECONOMICS (2018).

(二) 中文文獻

1. 胡祖舜，競爭法之經濟分析，元照出版，2019年9月。
2. 李綱信，歐美競爭法之初步研析，經濟研究，第12期，頁341-368，2012年3月。
3. 顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策－以競爭法的觀點出發，元照出版，2014年2月。
4. 謝明端，經驗法則與定錨效應，財團法人國家政策研究基金會，2007年3月19日。
5. 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卷第2期，頁99-144，2019年4月。
6. 洪財隆，行為經濟學與競爭法適用之初探，公平交易通訊，第85期，2019年1月。
7. 陳志民，大數據與市場力濫用行為初探，公平交易季刊，第26卷第3期，頁1-33，2018年7月。

8. 阮韻菁，以雙邊市場角度分析搜尋引擎的相關市場，公平交易季刊，第 26 卷第 1 期，頁 49-73，2018 年 1 月。
9. 馬泰成，掠奪性定價與電子商務，公平交易季刊，第 27 卷第 2 期，頁 145-178，2019 年 4 月。
10. 魏杏芳，電子商務轉售價格與演算法，公平交易季刊，第 27 卷第 4 期，頁 1-36，2019 年 10 月。
11. 楊宏暉，歐盟競爭法關於垂直協議規範之沿革、現狀及展望，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期，頁 113-168，2019 年 1 月。
12. 楊智傑，歐盟競爭法轉售價格維持與電子商務發展下之反思，公平交易季刊，第 27 卷第 2 期，頁 43-98，2019 年 4 月。
13. 許曉芬，歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究-以市場界定與市場效果為中心，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期，頁 1-34，2017 年 7 月。

摘 要

關鍵詞：行為經濟學、競爭法、消費者保護

本研究首先將整理經濟學與競爭法之間關係的歷史軌跡，由不同經濟學派的分析角度出發，分析不同的競爭法架構和執法重點。其次指出當行為經濟學對傳統經濟學的「理性」假設提出挑戰，也是行為經濟學對競爭法(公平交易法)提出的挑戰。尤其在當世界各國的競爭法框架、對新興的數位平台經濟已漸漸不敷使用，本研究希望藉行為經濟學的分析角度，重新認識何謂「公平」、並整理分析其他先進國家的競爭法執法案例，期可做為國內執法機關之參考，引注新經濟理論思維至公平交易法的實務，以保障消費者權益、並達到公平競爭的秩序、是為本研究主旨。

本研究之主要發現與貢獻有以下幾點：(一) 彙整研析行為經濟學相關文獻，特別著重有關於行為人(消費者)各種行為偏誤態樣損失規避(loss aversion)、公平意識(fairness)等角度切入。(二) 透過本研究之盤點與分析，掌握相關案例的國際發展，並協助委託機關建立處理原則。尤其著重於整理外國競爭法主管機關對於行為經濟學理論所涉及在競爭法執法相關規範、案例與評估考量因素。(三) 經由本研究之探討，引進行為經濟學應用於競爭法執法的思考。讓「何謂公平」有新的意義與執法參考架構。(四) 針對行為經濟學所衍生之競爭法議題，從競爭法主管機關進行經濟分析與執法之角度，展示其具體操作或分析方式，並提供公平會在進行市場界定、裁罰設計與行為矯正或市場調查等實務運用上之意見。(五) 藉由本研究之執行，協助委託機關在兼顧公平競爭與消費者權益下，研議促進權益均衡的法制措施，有利於推動我國經濟與消費者權益保護之穩健成長。

本研究報告整理了行為經濟學與傳統經濟學對競爭法的影響與議題變遷。整體而言，行為經濟學較偏重於個人(消費者)端的偏誤，對傳統經濟學下重視市場結構與企業行為的反托拉斯法，提出了新的視野與補充。

雖然目前行為經濟學可能更加適用於消費者保護的議題、而現有的經濟學分析架構尚未有明顯不足。但對於經濟學理論前沿的探索與分析，並以具體案例了解行為經濟學與傳統經濟學應用於反托拉斯法的差異，有助於我們了解現行執法潛在的不足、並做為未來因應新局的基礎。

在此研究基礎上，本研究就立即可行之建議如下：

(一)本研究建議持續關注行為經濟學之發展及其對競爭法之影響，充實未來反托拉斯法及消費者保護的理論與實務基礎。

(二)我國近年來雖有學者倡議我國競爭法應加入行為經濟學的理論基礎，但是我國目前實務上尚未見主管機關與法院，明確以行為經濟學的理論作為立論基礎。就本研究案件文獻的蒐集來看，行為經濟學的邏輯論述似乎尚未真正具體落實在實務案件中。但若是以行為經濟學的角度加以論述，以歐盟目前的實務案件上來看，可能仍有相當程度的關聯性。在案件的歸類上，幾乎是屬於反競爭的類型，只有極少數是屬於消費者保護的類型。

(三)目前不論是美國或是歐盟似乎並未有案件，直接明確適用行為經濟學的理論做為主要的論述基礎。誠如 Maurice E. Stuckey 在其文章中說明，美國競爭法的主管機關尚未擁抱此一理論。另外在 The Global Competition Law Center 其名為「行為經濟學與支配地位的濫用:由不同角度解讀歐盟運作公約第 102 條(Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law)」，其認為歐盟競爭法規相關規範已經與行為經濟學的理論加以整合，但是本研究認為，倒不如說歐盟對於違反競爭秩序的行為解釋較有彈性，是否歐盟競爭法相關規範已接受行為經濟學的理論，容或有斟酌的空間。

(四)以掠奪性價格的議題而言，傳統經濟學認為當行為人訂定低於成本的掠奪性價格時，其會預期長遠可得利益，因此若是在無法證明其損失

的回補可能時，以前法院往往認為行為人掠奪性價格的指控不成立。依據歐盟執委會的指導文件中，決定是否為掠奪性的濫用行為主要是在於低於成本價格的因素。因此，在歐盟的觀念中行為人是否其損失可回補並非討論的重點，行為經濟學的論者認為無回補可能的掠奪行訂價即是行為偏誤的類型，應該獲得競爭法的救濟。

(五)搭售的市場地位濫用議題。在傳統經濟學認為搭售的問題主要是在於強迫消費者購買搭售的物品。歐盟對於搭售的議題在其 **Microsoft** 一案中，其認為即使微軟並未強迫消費者購買或使用，但是此種利用消費者的慣性所為的搭售，仍是違反競爭法的行為。所謂的「消費者慣性」即是行為經濟學上所謂的有限理性行為。

(六)拒絕交易是文中提到的另一市場地位濫用議題。傳統經濟學主要考量的點是在於若是強迫其交易，對於具市場地位者投資意願所可能產生的不利影響。由於在歐盟較不討論對於具市場地位者投資意願所可能產生的不利影響，因而其所可能重視者，在於強迫他人交易行為人的行為偏誤類型本身。

(七)不同於美國，歐盟對於具市場地位者所為的不合理價格與不公平交易情況，作出處分。其主要對於具市場地位者的消費者所受到的不合理對待加以處罰。在 **Tetra Pak's II** 一案中，歐盟執委會對高額的契約違約金加以處罰，其包含具市場地位者會利用消費者的認知偏見，進行“隱藏消費者支出”的商業模式，例如交易後的高額後續費用。

(八)至於收集個人資料後的大數據演算法本身，是否應受競爭法的規範甚或是利用行為經濟學的理論加以解釋，目前並無相關的案例可供參考，或許仍有待進一步的後續觀察。例如在 OECD 於 2017 年的演算法與共謀：數位時代下的競爭政策(**Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age**)中，就曾討論過演算法可能造成競爭秩序的威脅，但可惜

的是，除非是大規模的利用演算法達到默契式的共謀，法規的介入有可能造成競爭秩序的負面影響，因此必須多方深入考量，對可能的演算法默示共謀的反托拉斯政策處理上應結合各方合作(競爭秩序、消費者保護、個人資料保護以及機器深度學習的專家)，並謹慎為之。在納入競爭秩序的反托拉斯行為類型中，在現行的法規範架構下，對於合意以及默契式的共謀可能要有更清楚的界定。

(九)目前行為經濟學仍主要用於第一級-填補差距，這意味著，競爭法主管機關的任務或執行方式沒有任何重大變革。而行為經濟學強調的見解(即消費者並不總是做出最佳決策而公司並不總是使利潤最大化)，也不是新事物，行為經濟學提供了一種看待某些事物的新方法問題，並增加了對決策如何無法達到最佳狀態以及市場如何形成新認識可能無法導致有效的結果。因此，行為經濟學可被視為重要的實用工具包，用於思考人員、公司和市場的實際行為。

(十)即使在像能源這樣看似單純的市場中，因為無論誰提供產品，產品都是一樣的(如：電力)，消費者的選擇也不是那麼簡單。政策需要考慮消費者(和企業)在市場中的真實反應方式，因此，調查、實驗和市場分析得出的研究結論，可為避免政策不良後果的風險，提供重要指導。而行為經濟學，也可以為公平競爭與消費者保護之平衡，貢獻其研究成果。

就長期性建議而言，本研究建議持續關注行為經濟學之發展及其對競爭法之影響，充實未來反托拉斯法及消費者保護的理論與實務基礎。

事實上，從公平交易委員會近四期季刊，從聯合行為、限制競爭協議、轉售價格、搭售、獨家交易、電子商務、獨家交易、垂直封鎖、電子商務、演算法、搭售行為之法律與經濟分析，以及我國案例都已有初步探討。

本研究提到兩位行為反托拉斯著名學者：Tor 和 Stucke。Tor 從進入市場、行為分析方法、了解行為反托拉斯法、反托拉斯的論證以及有限理

性的探討；Stucke 則是從了解 21 世紀行為經濟於反托拉斯的發展情形、新反托拉斯實證主義、定義行為反托拉斯、重新思考反托拉斯目標、應用行為反托斯行為、探討反托拉斯與獨占市場之實際案例。

整個競爭法的演進與行為經濟學者的研究發展有著緊密的關聯，眾多的運動思潮也推著反托拉法的前進，因為歷史學者會從科技面、政策面等各面向探討，出現「大即是壞」。然而，不論美國的 Anti-Trust 還是歐盟的 Anti-Competition，反托拉斯法保護的是競爭的過程不是競爭者，如何維持競爭的過程且科技持續創新的社會，值得我們關注的議題。

整體而論，行為經濟學本質上是經驗主義的，並認為單純的理性假設有其漏洞，也加強了反托拉斯政策需要更多實證研究的主張，雖然行為經濟學者也承認，縱使有更多實證研究，行為經濟學可能最終無法提供一個系統性理論。但其等人主張行為經濟學更能解釋芝加哥學派所忽略或邊緣化的行為，因此行為經濟學可能得協助主管機關重新評估古典經濟學分析認為不具限制競爭性但又有充足證據顯示並非如此的行為，例如在管制結合、併購與消費者保護等領域。

談到行為經濟學的啟示，行為經濟學在競爭法上之應用，和行為經濟學本身一樣，各有積極支持和不以為然的說法。總結以上 OECD 報告與學者之看法，公平交易法主管機關可以在四個層面上考慮以下方面的影響：在公平交易法的範疇內，行為經濟學可以(1)填補理論上的空白；(2)嚴格檢視特定競爭模式所依據的假設理論；(3)重新審視三個基本競爭問題，以及(4)評估趨同/分歧的未來發展競爭法。

ABSTRACT

Key Words : behavioural economics, antitrust laws, consumer rights protection

This research will begin with a historical review on the interaction between economic theories and anti-trust laws. By illustrating various perspectives from economic theorists on anti-trust laws and legal practice, it is noted that the laws and legal practice of anti-trust laws have been evolved under the influence of economic theoretical framework. Therefore, it is worth attention that emerging behavioral economics theories challenge more and more assumptions of traditional economics and look at economic activities from a more diversified view, it is time to re-think the anti-trust law and legal practice. After examining the theoretical framework of economic theories in the first phase, this research will continue to analyse the relevant case rulings or new rules made by anti-trust authorities in other advanced countries. The ultimate aim of this research is to offer a more diversified perspective on the legal theory and practice of Taiwan's Fair-Trade Act to further advance the discussion regarding consumer rights and the fair competition in market.

As this research categorizes the anti-trust legal issues framing by the economic theoretical structure in different period of time, it is worth attention that compared to traditional economic analysis, behavioral economics is premised on the bounded rationality of individuals which likely to lead to a sub-optimal decision-making. While the conventional antitrust laws focus more on the structure of corporations, behavioral economics provides a new insight into individual consumers' behavior biases. From this perspective, rather than substituting the theoretical framework set by traditional economics, behavioral economics is to shed new light in the analysis of anti-trust laws

which might help us to deal with emerging challenges by new business models.

There main contribution of this research includes the following:

- 1 Categorize various types of behavioral biases after a thorough literature review on behavioral economics.
- 2 Mapping the evolution of anti-trust laws under the development of economic theories in different period of time.
- 3 Compare the differences between the application of traditional economic perspective and behavioral economic analysis on anti-trust cases. Analyze the various consideration factors of anti-trust authorities in the case at issue.
- 4 Based on the exploration of theoretical assumptions and case studies, this research provides a comprehensive guide for the anti-trust authority to rethink the value of behavioral economics and how to apply it to advance the consumer protection and fair market competition within the context of anti-trust laws.

Based on this research, it is a pity that we haven't found any anti-trust case is reasoned bluntly based on the assumptions of behavioral economics. Maurice E. Stuckey stated clearly in the article that this new theory has not been accepted by the anti-trust authority in the US yet. Contrast to that, another article "Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law" by The Global Competition Law Center, pointed out the EU competition laws has already integrated with the behavioral economics. Yet, after comparing the cases in EU and the UE, we would suggest that EU is more flexible in the interpretation of anti-trust laws, instead of that EU has already adopted behavioral economics as the foundation of its anti-trust legal practice.

Taking the issue of predatory pricing as an example, traditional economics considers one is aimed at long term profits in exchange of predatory pricing, therefore the courts usually rule that predatory pricing accusation is susceptible to the possibilities of making up for the losses. If there is no possibility of making up for the losses of pricing, the accusation would be groundless. Nonetheless, whether it is possible to make up for the losses under the predatory pricing is not an issue in EU, and behavioral economists would agree with that based on the presumption that predatory pricing is typical behavioral bias entitled to anti-trust remedies.

Bundling with the abuse of market power is another example. Traditional economists thought the most important issue in bundling is to force consumers to buy the bundled products. In the Microsoft case, EU concluded that even Microsoft didn't force consumers to buy or use its products, bundling which took advantage of consumers' habitual behaviors was considered anti-competition. In this context, the habitual behaviors of consumers are a similar concept to the bounded rationality assumed by the behavioral economics.

Refuse to deal is another problem arising from the abuse of market power. Traditional economists mainly considered the negative impact towards the investors' willingness to invest in the market. Contrary to it, in the anti-trust legal context in EU, the negative impact upon the willingness of investors is weighed less and the behavioral bias resulting from forced deal is weighed more. Unlike the US, EU anti-trust authorities are more inclined to fix the unfair pricing and unfair deal issues in the market. In Tetra Pak's II case, EU penalized the huge amount of contractual damages based on the reasons include taking advantage of consumers' cognitive biases and hiding consumers' costs.

Regarding whether the collection of personal data or the application of algorithms to analyze data shall be regulated under the framework of anti-trust laws is a hot issue, nonetheless, we have not found a single case in the field hence the discussion of this issue is more of journey of theoretical exploration. In the Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age report proposed by OECD in 2017 explored the potential threats of algorithms towards anti-trust laws, nonetheless, there are still legal gaps to be filled to apply the anti-trust regulations on algorithms.

Based on our research, it is concluded that behavioral economics adds new perspective in the conventional framework of anti-trust laws. It may help the anti-trust authorities to pay attention to the consumers' behavioral biases apart from the structure of corporations. It may also provide new perspective while analyzing the anti-trust cases. Some may argue that the behavioral economic approach would not change the decisions made within the framework of traditional economics, it is meaningful to take a create diversified path and make the anti-trust laws more rich.

Our research suggests to keep an eye on the development of this new behavioral branch of economics and its interaction with anti-trust laws, but no need to rush into applying this approach in field cases at this point. As emphasized by the behavioral economists, this approach is evidence-based, it may not be ready to offer a systematic substitute for the conventional economic framework underpinning the current practice of anti-trust laws, the new perspective would help to build up a more comprehensive perspective and rethink how to achieve the goal of anti-trust laws: to protect consumers by maintaining a fair market competition.