

# 如何看待New Brandeis School —兼評公平會數位經濟白皮書初稿

王立達\*

## 目次

- 一、前言：從公平會數位經濟白皮書初稿談起
- 二、New Brandeis School之重要主張與批判性分析
  - (一) 主張一：反獨占目的在於保護民主與經濟自由
  - (二) 主張二：否認「大即是惡」，但主張大幅強化競爭法執法
  - (三) 主張三：反獨占應專注於市場結構與競爭過程，而非行為結果
  - (四) 個案應用：關注限制競爭疑慮，但未進行完整經濟效率評估
  - (五) 小結：本學派強化競爭法執法之主張值得留意
- 三、消費者福祉標準（Consumer Welfare Standard）
- 四、New Brandeis School對於競爭法與競爭政策之啟示
- 五、結語：公平會面對數位平台的適宜態度

## 一、前言：從公平會數位經濟白皮書初稿談起

公平交易委員會（下稱公平會）2022年2月完成數位經濟與競爭政策白皮書初稿，並於3月2日對外公開，徵詢各界意見。在初稿第1頁表1-1之中，公平會整理了當前主要國家對數位經濟採取的競爭政策措施<sup>1</sup>，其中列舉的歐盟數位市場法（Digital Markets Act）草案已於2022年11月正式施行<sup>2</sup>，同一表格中也列出德國2021年1月生效

\* 王立達，政治大學法學院特聘教授、數位經濟與競爭政策研究中心主任。本稿僅供本次會議研討使用，內容未臻完整精確，請切勿引用。

<sup>1</sup> 公平會，數位經濟與競爭政策白皮書（初稿），2022年2月，1，<https://www.ftc.gov.tw/upload/2b6494c2-72ba-429b-80a5-aec47005dcf1.pdf>（點閱日期：2022年6月3日）。

<sup>2</sup> Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

的限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB）第10次修正<sup>3</sup>。這兩項國外新立法都在既有競爭法規內容之外，針對在交易中介面向上具有關鍵地位的大型數位平台，在市場力量濫用行為出現之前就課予作為或不作為義務，就其可能出現的限制競爭行為預先予以禁止，或是要求實施特定矯正措施以避免市場競爭遭到妨礙。

接下來，白皮書初稿在第二章說明數位經濟的四大特性，並在第三章與第四章針對相關的各個競爭議題進行分析，並且討論今後合適的執法立場與方向。然而在最為核心的三、四兩章論述過程中，白皮書初稿卻完全退回到我國公平交易法原本條文規定的範圍之內。對於上述在既有競爭法規範圍之外，針對大型數位平台課予事前義務（ex ante obligation）的新興立法，白皮書初稿在其主體內容中卻從未呼應表1-1列舉的歐盟及德國新興立法例，對之加以分析說明，或是討論其所關懷的競爭相關議題以及相對應的合適規範方向。

及至第五章結論，公平會白皮書初稿才以7個段落，大約2頁左右的篇幅，從側面對於上述課予事前義務之新興立法加以回應。公平會表示：

對於只存在一、兩家高市占率廠商的市場，競爭法主管機關當然應該關注，但不宜先入為主的就認為該市場的競爭度一定不夠甚或是「大即是惡」。……就數位市場而言，重要的不是市場是否集中，而是它們是否「可」競爭？……對於科技巨擘的經營行為，政府是要採行事前管制或是事後管控，端賴哪一種方式所產生的社會成本較低，以及政府在數位經濟市場中要扮演「掌舵」還是「划船」的角色而定<sup>4</sup>。

由此觀之，白皮書初稿在主體內容欠缺相關論述分析之下，在結論中對於課予事前義務的新興立法卻逕自表現出相當質疑的態度。姑且不論白皮書初稿本身第二、三兩章對於數位經濟特性的詳細分析以及各種競爭議題的高度關注，是否已經說明了在數位經濟相關市場中往往不僅只存在一、兩家大型業者，而且因為網路效應（network effect）、規模經濟、數據運用等特殊因素，數位市場中實際競爭的激烈程度較諸於一般產業也更容易顯得不足<sup>5</sup>。除此之外，上述結論中的段落似乎已經認定歐盟、德國這些課予大型數位平台事前義務的新立法類型，乃是預設了事業「大即是惡」，因此採取相當懷疑而保留的態度。

<sup>3</sup> 德國聯邦卡特爾署對該法現行條文英文翻譯，請見：[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb)（點閱日期：2022/11/14）；中文翻譯請見林易典，德國限制競爭防止法第十次修正實體規範翻譯，<https://www.ftc.gov.tw/upload/7e292da1-c603-4a3e-b333-0b1c05713d26.pdf>（點閱日期：2022/11/14）。

<sup>4</sup> 公平會，同註1，221-222。

<sup>5</sup> 可參見公平會，同註1，5、13-15、90、178。

在學理上，「大即是惡」被認為是New Brandeis School的代表性標誌<sup>6</sup>。白皮書初稿在提及「大是否即是惡？」的問題時，也舉出Tim Wu（吳修銘）、Lina Khan<sup>7</sup>等本學派要角作為目前主張大即是惡的代表性人物<sup>8</sup>。基於前述緣起背景，可以看出New Brandeis School此一新興學派的觀點與主張，乃是當前有關大型數位平台市場力管制在思想基礎上一大爭論焦點。有鑑於此，本文即以New Brandeis School作為探討主題，探究吾等在競爭法上應當如何看待此一近年來新出現的理論學派，本學派之觀點是否具有參考價值，以及此一門派的興起究竟對於競爭法規範與執法帶來何種訊息、有無任何正面啟示等。

本文以下將分兩方面進行探討，首先整理New Brandeis School的重要主張以及對於具體限制競爭行為的看法，並且綜合相關學理討論、其他學者見解與作者個人觀點，分析New Brandeis School所表達立場中值得參考與有待斟酌之處。其次，針對New Brandeis School對於消費者福祉標準（consumer welfare standard）的反對意見，參考其他學者所提出之相關評論，討論該學派觀點中值得參考以及未盡公允之處，以歸納出本派學者論述對於當前競爭法所傳遞的重要訊息，以及值得參考的正向啟示。當前競爭法係以維護經濟效率為其主要目的，消費者福祉乃是最核心的最終違法判斷標準。New Brandeis School與當前競爭法的歧見，許多均可歸結為對於此一標準的不同評價與看法，由此出發進行檢討與剖析，可以看出兩者之間更為根本的歧異之處，進而找出真正的珍寶與面對之道。本文第四部分將根據上述研究成果，歸整提出作者認為New Brandeis School的各項主張與論述對於當前競爭法與競爭政策可能隱含的啟示。最後回到最初緣起之處，對於公平會看待大型數位平台的適宜方式，基於本文研究成果提供些許建議，作為全文結語。

<sup>6</sup> Joshua Wright & Aurelien Portuese, *Antitrust Populism: Towards a Taxonomy*, 25 STAN. J.L. BUS. & FIN. 131, 149 (2020); Carl Shapiro, *Antitrust in a Time of Populism*, 61 INT'L J. INDUS. ORG. 714, 745 (2018). 本派學者推崇19世紀前期主張以競爭法維護民主與經濟自由（industrial liberty）的Louis D. Brandeis（律師，後出任美國聯邦最高法院大法官），力主復興其基本觀點，故以之為名，國內有論者譯為「新布蘭迪斯學派」，參見謝長江，「初論非經濟因素作為競爭法之目的：從秩序自由主義及新布蘭迪斯學派的發展談起」，公平交易季刊，第29卷第3期，119 (2021)；楊善妍，資本主義之數位化與監控化—競爭法制新紀元，清華大學科技法律研究所碩士論文，28 (2021)。

<sup>7</sup> Lina Khan為現任美國聯邦交易委員會（Federal Trade Commission）主任委員，由拜登總統提名。

<sup>8</sup> 公平會，同註1，25-26。

## 二、New Brandeis School之重要主張與批判性分析

### (一) 主張一：反獨占目的在於保護民主與經濟自由

New Brandeis School認為反獨占（antimonopoly，包含競爭法與產業管制<sup>9</sup>）的真正目的並非僅止於維護經濟效率，更是在於控制與限制私人經濟力量的集中。本學派認為過於強大而集中的經濟力量，無論對於政治民主或是經濟事務而言都形成相當不利的嚴重衝擊。就民主政治而言，獨占業者可以透過遊說、資助、政治獻金、派遣代理人進入政府、贊助特定研究等各種途徑，不當影響民主政體從高到低各個階層的決策程序，甚至加以操控，進而從中謀取對自身有利的政府政策，不斷強化加固其獨占地位。在經濟事務方面，本學派認為人們日常生活中所遭受的權力壓迫不僅來自政治層面，更可能來自於經濟層面。獨占業者在經濟生活中所展現的強勢與獨斷，對於個人自由所造成的壓迫與排擠，其影響幅度之大，較諸政治場域可能有過之而無不及。無論發生在和勞工協商勞動條件、和交易相對人磋商交易條件，或是出現在其他情境之下，市場結構集中化對於人民的經濟自由（industrial liberty）都造成嚴重影響。本派學者認為獨占性經濟力量對於民主及經濟自由的雙重不利影響，才是反獨占真正指向的規範目的及打擊目標<sup>10</sup>。論者認為New Brandeis School透過反獨占所要追求的目標，除了經濟效率之外尚且包括公平，包含經濟平等、分配正義、勞工權益等面向在內<sup>11</sup>，乃是和目前主流的競爭法觀點在思想主張上最為不同之處。

New Brandeis School對於競爭法目的之看法與生成於歐洲的秩序自由主義（ordoliberalism）相當神似。秩序自由主義最早出現在二次戰前的德國，任教於弗萊堡大學的Franz Böhm、Walter Eucken與Hans Grossman-Doerth三位教授1936年共同發表了「秩序宣言」（Ordo Manifesto）<sup>12</sup>，對外公開他們的主張，因此又稱為弗萊堡學派（Freiburg School）。他們希望將漸趨分殊而窄化的經濟學與法學重新整合在公平而自由的社會秩序之下。在本學派眼中，市場競爭不僅只是達成消費者福祉的工具，更是實現人類自由與其他價值的重要管道，因此具有更廣闊而更深遠的意義，乃是維護社會正義及社會良好運作的重要基本要求。在此認知下，本學派認為市場競爭乃是

<sup>9</sup> 此處採用Lina Khan的用語，see Lina Khan, *The Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, 9 J. EURO. COMP. L. & PRAC. 131, 131-32 (2018).

<sup>10</sup> *Id.* at 131; Tim Wu, The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech, MEDIUM: ONEZERO (Nov. 18, 2019), <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>.

<sup>11</sup> Wright & Portuese, *supra* note 6, at 148-49.

<sup>12</sup> Franz Böhm, Walter Eucken & Hans Grossman-Doerth, *The Ordo Manifesto of 1936*, in THE MAKING OF COMPETITION POLICY: LEGAL AND ECONOMIC SOURCES 254-64 (Daniel A. Crane & Herbert Hovenkamp eds., 2013).



同時規範政府與社會的一項憲法原則<sup>13</sup>，政府有義務消極地維護與積極地促進市場競爭，以提昇個人的經濟自由，使人民免於遭受私部門經濟力量強大者的恣意控制。即使市場力量的集中可能有助於提昇經濟效率，倘若不幸與個人經濟自由發生牴觸，政府還是必須忍痛予以割捨，對於市場力量集中給予適當限制<sup>14</sup>。

及至二次大戰之後，由於反對集體主義與納粹思想，以及可為歐洲共同市場提供思想基礎，有助於推動歐洲經濟整合，秩序自由主義在德國競爭法與歐盟競爭法建立過程中都扮演重要角色，產生頗為深遠的影響。甚至有學者認為直到本世紀以來歐盟執委會的競爭法執法上開始採用「基於效果的分析模式」（effect-based approach）<sup>15</sup>，秩序自由主義的影響力才逐漸下降<sup>16</sup>。相較於New Brandeis School，秩序自由主義所要保護的「競爭秩序」係以經濟自由為基礎，主要包括生產者的「競爭自由」與消費者的「選擇自由」，兩者之中又以生產者所擁有的競爭自由為其核心。在此同時雖亦重視消費者的選擇自由，但其意義係在市場中具備競爭自由與多樣性的前提下，強調政府不介入干預生產與消費，俾利消費者能夠自由選擇而形成有效率的市場運作結果。相較於秩序自由主義著重於生產者及消費者擁有經濟活動自由所形成之競爭秩序，及其得以鞏固政治民主與社會民主之第二層功能，New Brandeis School除此之外還強調獨占業者對於社會公平與弱勢族群可能造成的傷害，其對於競爭法之目標設定相對而言應較秩序自由主義更為廣泛<sup>17</sup>。

## （二）主張二：否認「大即是惡」，但主張大幅強化競爭法執法

New Brandeis School代表性人物Lina Khan明確否認該學派主張事業大即是惡<sup>18</sup>，

<sup>13</sup> 論者有持不同見解，認為秩序自由主義所稱的「經濟憲法」，係指經濟秩序運作所必要的原則性規定，並非指涉其法律位階，亦與競爭法在一國之內的法律位階尚無直接關連；謝長江，同註6，127。

<sup>14</sup> Daniel A. Crane, *Ordoliberalism and the Freiburg School: Introduction*, in THE MAKING OF COMPETITION POLICY: LEGAL AND ECONOMIC SOURCES, supra note 12, at 252-53.

<sup>15</sup> 本模式乃相對於「基於形式的分析模式」（form-based approach），又稱「更經濟的分析模式」（more economic approach）。歐盟執委會2009年公布的Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings被視為引進效果模式的代表性措施；參見張維哲，「歐盟競爭法下之忠誠折扣——從Intel v. Commission案重新啟航」，公平交易季刊，第30卷第4期，82-87（2022）。

<sup>16</sup> Crane, supra note 14, at 254; 謝長江，同註6，124-126。

<sup>17</sup> Franz Böhm, *Democracy and Economic Power in Cartel and Monopoly in Modern Law*, in THE MAKING OF COMPETITION POLICY: LEGAL AND ECONOMIC SOURCES, supra note 12, at 272-78; 謝長江，同註6，127-131、144-145。有關競爭法是否適合追求經濟效率以外目標，請見本文二、（五）小結。

<sup>18</sup> Khan, supra note 9, at 132.

該學派也確實並未主張超過一定規模的事業應該一概加以禁止或予以拆解。然而 New Brandeis School 確實主張大幅提昇目前競爭法執法力道，認為至少必須回復到美國 1990 年代控訴微軟濫用作業系統獨占地位案件以上的執法強度水準<sup>19</sup>，並且分別提出許多有關強化執法的具體主張。例如對於事業結合，本派學者主張恢復以往基於相關市場結構的違法推定，Tim Wu 更建議將市場中主要廠商減少到四家以下的事業結合視為當然違法，並對交易金額超過 60 億美金的大型結合案件採取更為嚴格的審查標準<sup>20</sup>。對於垂直交易限制與垂直結合，本派學者認為基本上應適用一般的合理原則，不應一概假定具有促進競爭或整體經濟之利益存在。此外，本學派認為同業間的不競爭協議應該推定為違法聯合行為，掠奪性定價不應以未來得以漲價彌補虧損 (recoupment) 作為構成獨占濫用之違法要件，關鍵設施原則 (essential facilities doctrine) 至少應當恢復適用於關鍵基礎服務，價格擠壓 (price squeeze) 應該回復為獨占濫用類型，有關勞工等工作者權益的競爭法適用豁免應當適度擴大<sup>21</sup>。

如同美國聯邦最高法院在 Verizon v. Trinko 判決中指出，獨占地位與短期間得以索取獨占性高價的機會可以吸引精明生意人的注意，使其願意承擔經營風險，投下鉅資進行創新研發，或以其他方式提昇生產力，進而促進經濟成長，對於自由市場經濟的良好運作扮演重要角色<sup>22</sup>。換言之，取得獨占地位乃是事業進行市場競爭的最佳誘因，在競爭法上倘若認定事業規模大即代表反競爭惡害，無須再就其有無具體反競爭行為來認定是否違法，而全面性一律加以禁止、給予處罰或拆解，很有可能因此扼殺了市場競爭的重要誘因，反而無法達成競爭法維護市場競爭之目的，有自相矛盾的嫌疑<sup>23</sup>。New Brandeis School 面對外界對於「大即是惡」的批判與質疑，理解此中緣由，澄清該學派並未主張事業規模大即必定為惡，確實值得肯定。

雖然如此，該學派上述對於競爭法執法各項具體主張確實大幅度拉高競爭法執法力道，其細部主張內涵值得吾人加以關注，並就其個別之妥當性逐一加以分析評估。不過整體而言，自從本世紀之始美國小布希政府上台、微軟案落幕，及至 New Brandeis School 出現的 2010 年代中期，在此期間內以美國為代表的許多國家競爭法執法強度在解除管制與保守主義風潮，以及芝加哥學派與其遵奉的新古典經濟學 (neoclassical economics) 影響下，都處於歷史上的低水準。然而從 2015 年起，有不少媒體報告與研究報告都共同指出美國各產業的集中度在此時期逐步上昇至歷史高點，

<sup>19</sup> TIM WU, THE CURSE OF BIGNESS: ANTITRUST IN THE NEW GILDED AGE 131 (2018).

<sup>20</sup> *Id.* at 128-29.

<sup>21</sup> Wu, *supra* note 10.

<sup>22</sup> Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398, 407-08 (2004).

<sup>23</sup> See Wright & Portuese, *supra* note 6, at 154.

市場競爭激烈程度則持續下降，已經引發輿論與政治人物普遍關注<sup>24</sup>。例如美國有75%以上的產業在此時期經歷產業集中度上昇，而成立不滿5年的新事業占全國事業總數以及所雇用人數之比例，從1980年代解除管制浪潮出現之時起，直到2013年呈現持續下滑趨勢<sup>25</sup>。

美國最後一個針對獨占業者濫用其市場地位的大型執法行動，乃是1990年代的微軟案。當時微軟認為各種網路服務與上網必須的瀏覽器，未來可能取代個人電腦上的辦公室應用程式與作業系統，危及該公司在這兩項產品的獨占地位，因此透過與作業系統的強制搭售，打擊當時最為常見的免費瀏覽器Netscape。美國司法部對於本案的執法行動，最終雖然獲得勝利，成功禁止其強制搭售，但是在消費者不反對情況下達成的非強迫性搭售，在幾年之後還是讓Netscape走上破產命運，讓微軟攻下另一個獨占地位。雖然如此，本案的大動作執法讓微軟對於關鍵產品的市場地位不再強取豪奪，自此不再使用類似方式排擠目前或未來可能的競爭對象。2000年本案雙方和解落幕之後，隨之而來的是本世紀最初十數年搜尋引擎、社交平台等新興網路事業與行動通訊裝置的崛起。先前的強勢執法行動，似乎與當時各種網路服務百家爭鳴、競爭激烈，數位產業呈現活潑的發展態勢，有相當直接的關連<sup>26</sup>。事實上，即使反對New Brandeis School而傾向芝加哥學派的學者，也承認當前大型數位平台有可能透過外界不易辨認的方式，妨礙平台間的互通運作性（interoperability），以阻礙平台間之彼此競爭<sup>27</sup>。因此New Brandeis School加強競爭法執法力道的呼籲，可謂來得相當及時，切中當前產業實際規範需求<sup>28</sup>。儘管如此，本學派前述有關加強執法的各項具體主張是否適切而恰當，其建議之執法強度是否過高，有無過度著重市場結構，或是以公權力過度介入事業經營活動而可能對市場競爭造成不良的嚇阻作用，確實值得逐一加以仔細檢視評估。

### （三）主張三：反獨占應專注於市場結構與競爭過程，而非行為結果

New Brandeis School主張競爭法的關注焦點與核心違法判斷標準，應當回歸到市場結構本身，觀察競爭過程有無遭到破壞，而非關注事業個別行為或其行為所產生的實際效果<sup>29</sup>。此種結構主義的觀點，植基於該學派認為由少數大型業者控制的市場，其競爭程度很可能低於由許多中小型事業所組成的市場。採取此一立場的理由在於：

<sup>24</sup> Shapiro, *supra* note 6, at 717-21.

<sup>25</sup> See Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, *The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement*, HARV. BUS. REV. (Dec. 15, 2017), <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>.

<sup>26</sup> WU, *supra* note 19, at 98-101.

<sup>27</sup> Wright & Portuese, *supra* note 6, at 138-39.

<sup>28</sup> Shapiro, *supra* note 6, at 746.

<sup>29</sup> Khan, *supra* note 9, at 132.



獨、寡占的市場結構使得大型業者可以更容易且更隱密地進行協調整合，方便其進行操縱價格、瓜分市場等聯合行為，或是價格跟隨。獨寡占業者亦可運用其市場力量阻擋新進業者加入市場，並且擁有相對而言更為強大的談判地位。因此本派學者認為集中化的市場結構本身就會促使反競爭行為的出現<sup>30</sup>。此種結構主義的立場，和1950年代至1970年代初期深刻影響美國競爭法的哈佛學派相當類似<sup>31</sup>，但與目前強調從個別行為實際可能引發的效果進行違法性判斷的主流競爭法看法並不一致。

按集中度高的獨占或寡占市場較易出現聯合行為或濫用市場力量，學界共識度甚高<sup>32</sup>。雖然如此，可能性較高並不代表實際上必然會發生，市場結構的集中度與實際競爭程度也未必一定呈現反比。例如相關市場中假若有基於與同業相異的成本結構等背後誘因，不願意跟隨同業腳步、態度積極、活動力強的同業<sup>33</sup>，即使出現在高集中度的獨寡占市場，因其堅持走自己的路，往往引發同業之間彼此相爭。競爭者在市場上互不相讓的結果，足以抑制價格上漲及同業間聯合行為或價格跟隨等反競爭情狀的出現，或是可以干擾其形成<sup>34</sup>，其競爭程度即未必低於結構較為分散的低集中市場。此時競爭法雖然必須留心防止同業透過併購或其他方式消滅此一競爭來源<sup>35</sup>，但是除

<sup>30</sup> Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE L.J. 710, 718 (2017).

<sup>31</sup> 哈佛學派的核心主張是市場結構決定市場內廠商的行為，廠商行為則決定該市場的績效（structure-performance-conduct或SCP典範）。本學派認為市場中廠商家數與價格高於成本具有密切相關性，並且認為許多市場中廠商規模已經超過生產效率最低要求水準，因此規模經濟並不明顯。本派學者認為許多市場進入障礙偏高，新進業者不易參進市場，是以市場中現有廠商數目不多將導致競爭不足。綜合上述發現，該學派主張集中度高的市場運作績效多半不佳，因此競爭法執法時之關注焦點應多置於市場結構而非廠商個別行為，本派學者也多傾向嚴格執行競爭法。Daniel Crane, *Structuralism: Introduction*, in THE MAKING OF COMPETITION POLICY: LEGAL AND ECONOMIC SOURCES, supra note 12, at 318-21; 莊春發，*反托拉斯經濟學論集（上冊）*，140-150 (2002)。

<sup>32</sup> See, e.g., U.S. Dep't of Just. & Fed. Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines §6 & 7 (2010); 公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則，第九、十點。

<sup>33</sup> 對於此種同業，美國稱為maverick（獨行俠），國內或可稱為「鯨魚」，see U.S. Dep't of Just. & Fed. Trade Comm'n, supra note 30, §2.1.5; Courtney D. Lang, *The Maverick Theory: Creating Turbulence for Mergers*, 59 ST. LOUIS U. L.J. 257, 262-65 (2014); Taylor M. Owings, Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor, 66 VAND. L. REV. 323, 353-54 (2013).

<sup>34</sup> U.S. Dep't of Just. & Fed. Trade Comm'n, supra note 31, §5.3; Jonathan B. Baker, *Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects Under the Antitrust Laws*, 77 N.Y.U. L. REV. 135, 163-66 (2002).

<sup>35</sup> U.S. Dep't of Just. & Fed. Trade Comm'n, supra note 30, §7.1; Baker, supra note 32, at 177-79, 186-88; William E. Kovacic et al., *Quantitative Analysis of Coordinated Effects*, 76 ANTITRUST L.J. 397, 400-01 (2009).



此之外，該相關市場單純因為獨、寡占之市場結構而產生反競爭傷害的可能性並不太高。因此僅注意市場結構而不考察市場中所產生的實際效果，有可能將具有有效競爭的高集中市場誤以為發生反競爭損害，而對努力競爭之具市場地位廠商給予錯誤之矯正措施。

競爭法執法若僅單純在意市場結構集中，在結構主義的決定論傾向之下，很容易形成市場集中度高就必然有反競爭損害存在，唯有維持集中度低、較為分散的原子式市場結構，才能保持有效競爭的基本立場。這種執法理念將會進一步引發更為嚴重的問題。按競爭法應當保護的是市場競爭本身，而不是各個競爭者，已經成為芝加哥學派<sup>36</sup>以及1980年代中期之後逐漸興起的後芝加哥學派（又稱新哈佛學派）雙方的共同信仰<sup>37</sup>。假若競爭者經營效率不足，生產力偏低，不敵其他同業的強力競爭，在市場經濟下就應當被逐出市場，遭到淘汰。唯有如此才能夠發揮市場競爭所應達成的改善整體經濟效率、促進經濟成長、擴大消費者福祉等各項預期功能。倘若以維護競爭之名，為避免市場趨於集中化，而將經營效率較低的同業硬生生地保留在市場裡，免於被淘汰的命運，或是以競爭法制裁競爭手段銳利有效，在市場上取得優勢、擁有較高占有率的其他同業，那麼對於努力從事競爭的廠商將會造成寒蟬效應（chilling effect），到頭來只會使得市場競爭最核心的汰弱留強機制無法正常運作。這種執法立場不僅直接打擊競爭意願，妨礙市場競爭，更與目前各國採用市場自由經濟，希望透過競爭這雙看不見的手（invisible hands）決定廠商之間究竟孰去孰留，以使資源分配盡量達到最佳化，俾能改善業者生產力、推動整體經濟成長的原本建制意旨並不相符<sup>38</sup>。

與此相關的是，對於評估反競爭損害是否存在，以及認定某行為是否違反競爭法的最終衡量標準，New Brandeis School反對採用目前競爭法上一般共同接受的消費者福祉標準（consumer welfare standard）<sup>39</sup>。他們反對僅以短期市場價格上漲或銷售量減少作為有無造成反競爭損害的判斷指標。本學派認為這些指標足以掩蓋大型數位平台

<sup>36</sup> 芝加哥學派是1970年代中期至1980年代中期在美國最為興盛的競爭法學派。

<sup>37</sup> *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962); *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488 (1977); *Cargill, Inc. v. Monfort of Colo.*, 479 U.S. 104, 116 (1986); William H. Page, *Areeda, Chicago, and Antitrust Injury: Economic Efficiency and Legal Process*, 41 ANTITRUST BULL. 909 (1996); William E. Kovacic, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, 2007 COLUM. BUS. L. REV. 1, 57-62.

<sup>38</sup> Shapiro, *supra* note 6, at 745.

<sup>39</sup> Zephyr Teachout, *Antitrust Law, Freedom, and Human Development*, 41 CARDOZO L. REV. 1081, 1100-01 (2020); Barak Y. Orbach, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, 7 J. COMP. L. & ECON. 133, 133 (2011); Khan, *supra* note 28, at 738, 803.

（例如Amazon）可以運用本市場之市場力量在另一市場為其創造利益，或是透過在平台上與賣家有利益衝突的方式牟取一己私利而損害市場公開性與公平性。這些行為雖然造成反競爭損害，但是有可能不致直接影響短期價格或產量表現<sup>40</sup>。

的確，具有市場地位的業者有可能透過搭售、獨家交易等排他性的強制手段，將競爭對手在本市場或其他市場的銷售額與占有率移轉到自己手中。就該行為造成的效果而言，雖然市場競爭遭受損害，集中度上昇，但是未必直接反映在產品價格上漲或銷售量縮減之上。例如該業者可能純粹以搶占市場、增加營業額與獲利為目標，是以根本無意拉抬產品價格或減少銷售量。但即便如此，由於競爭者的發展空間因此受到限制，該市場的可競爭性下降，對於創新活動與新進業者參進市場還是會有不良影響與嚇阻效果，同樣造成反競爭損害。除此之外，系爭業者可能最終雖有漲價或減產的打算，但是在時程上不疾不徐，在搶占市場之初並未出現價格或銷售量變動，因此未必能夠從這兩項指標觀測到反競爭之情事。

再者，前述系爭業者即使並未變動價格或銷售量，也有可能降低某些面向的產品品質以增加其獲利。在同類產品多少存有產品差異的市場常態下，品質下降或差異化是否適合將之化約轉換為價格上漲，以及如果適合，市場上同類產品目前存在的各種差異是否應該一體換算，全面性反映在價格之上，在評估系爭行為是否造成反競爭損害時才不致產生扭曲與誤判，也是個難以處理的問題。況且品質減損的觀測難度比起價格或銷售量變動要高出許多，主觀感受與價值判斷的成分較濃，較不容易辨視、確認與量化計算其變動幅度。這在在都顯示品質與價格在性質上似乎歸屬於不同維度，不容易也未必適合彼此交互換算。尤有進者，譬如數位平台業者假若擴大對於使用者資料的獲取與利用，在降低對使用者隱私保護的同時採取目前常見的零元定價策略，或以其他方式降低銷售價格而增加銷售量，此時競爭法倘若純粹專注於價格或銷售量兩項指標之上，不無可能因而忽視資料及隱私的擴大攫取對於競爭及消費者福祉可能造成的傷害<sup>41</sup>。綜合以上分析，如果單純執著於價格上漲及銷售量下降這兩項判斷指標，很有可能因此遺漏發生於其他面向上的反競爭損害，導致應該加以遏止的反競爭行為遭到錯誤縱放的憾事持續出現，在理論及實務上確實具有明顯缺陷。

#### （四）個案應用：關注限制競爭疑慮，但未進行完整經濟效率評估

New Brandeis School雖然主張專注於市場結構而非廠商行為效果，且認為競爭法執法應該加大力度，但並非主張公權力應該無限度地介入事業活動，或是在競爭法執

<sup>40</sup> Khan, *supra* note 28, at 710, 716.

<sup>41</sup> See, e.g., Nathan Newman, *The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google*, 40 WM. MITCHELL L. REV. 849, 850 (2014); Maurice E. Stucke, *Should We be Concerned About Data-opolies?*, 2 GEO. L. TECH. REV. 275, 284-307 (2018).

法上將經濟分析棄而不用<sup>42</sup>。在競爭分析上，New Brandeis School在前半段仍然採取一般競爭法所使用的分析方法，找出實際出現的榨取效果或排除競爭效果，但是並未進一步區分是否有礙整體經濟效率或消費者福祉，就直接就其發現的限制競爭疑慮認定有礙市場競爭，可能導致獨占、市場過於集中，並且有礙該學派主張之其他競爭法應追求目標，而認為應予管制。

例如Lina Khan主張Amazon利用其龐大的電子商務事業規模限制市場競爭時，具體競爭分析歷程如下：

As Amazon expanded its share of e-commerce . . . , it started comprising a greater share of delivery companies' business . . . , [which] gave Amazon bargaining power to negotiate for lower rates. By some estimates, Amazon enjoyed a **70% discount** over regular delivery prices. Delivery companies sought to make up for the discounts they gave to Amazon by raising the prices they charged to independent sellers, . . . [which gave] a powerful buyer now a two-fold advantage, namely, through more advantageous terms for itself and through higher purchasing costs for its rivals. . . . In 2006, Amazon introduced Fulfillment-by-Amazon (FBA), a logistics and delivery service for independent sellers. . . . Amazon succeeded in directing sellers to its new business venture. . . . [B]ecause Amazon had secured discounts unavailable to other sellers, it was cheaper for those sellers to go through Amazon than to use UPS and FedEx directly. . . . Building out physical capacity lets Amazon further reduce its delivery times, raising the bar for entry yet higher. . . . Th[e] sprawling network of fulfillment centers equips Amazon to offer one-hour delivery in some locations and same-day in others (a service it offers free to members of Amazon Prime). . . . As one analyst noted, "**Prime has proven exceedingly difficult for rivals to copy.**" . . . (emphasis added)

The way that Amazon has leveraged its dominance as an online retailer to vertically integrate into delivery is instructive on several fronts. First, it is a textbook example of how the company can use its dominance in one sphere to advantage a separate line of business . . . . Second, Amazon is positioned to use its dominance across online retail and delivery in ways that involve tying, are exclusionary, and create entry barriers . . . . Third, Amazon's use of Prime and FBA exemplifies how the company has structurally placed itself at the center of e-commerce . . . . The dominant framework in antitrust today fails to recognize the

<sup>42</sup> Stucke & Ezrachi, *supra* note 24, <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>.

risk that Amazon's dominance poses for discrimination and barriers to new entry.<sup>43</sup>

在整個競爭分析過程中，Lina Khan雖然充分呈現Amazon運用其事業規模從貨運快遞業者榨取令人咋舌的超高折扣，以及造成其他電子商務業者相當難以超越的市場進入障礙，確有相當濃厚的限制市場競爭疑慮。但其競爭分析進行至此即告終結，並且立基於該等行為已經構成反競爭之結論上，進一步批判目前主流競爭法易於忽視Amazon利用其龐大規模進行上述反競爭行為。然而，Lina Khan並未評估前述Amazon獲得的競爭優勢是否出自於該公司本身過人的經營效率，及其議價能力的運用是否促進貨運快遞市場更為競爭，所收取的價格更為接近完全競爭市場之價格水準，也未分析FBA服務是否有助於在其平台上架銷售的電子商務業者提昇經營效率。本學派未將此部分納入競爭分析，其結果將造成吾人雖然驚歎Amazon擴張其事業版圖的過人能力，但對其描述的系爭行為究竟屬於業者經營效率與市場競爭充分發揮其功能，值得肯定與鼓勵，可資作為業者榜樣與正面教材，抑或是就其行為整體而言有礙經濟效率而造成反競爭損害，應該透過制裁加以遏止，著實無法加以判斷。在此種未進行完整競爭分析之狀態下，即論定本行為應予禁止，並且藉此批判目前常見之競爭法執法方式，不僅實有速斷之嫌，同時也顯示本學派雖然看似遵循主流競爭法之競爭分析方法，然而對於經濟效率之重視程度確實較為低落，顯然不及該學派對於保護民主與經濟自由等目標之關注程度。

#### （五）小結：本學派強化競爭法執法之主張值得留意

綜合上述，New Brandeis School並未否認或忽視經濟效率乃是競爭法應當追求的重要目標，就此而言本學派與目前主流的後芝加哥或芝加哥學派並無二致<sup>44</sup>。然而在效率考量之外，New Brandeis School更希望透過競爭法來維護民主程序及經濟自由平等。此種廣闊的目標設定，有可能導致競爭法被用以保護體質較弱的同業免於因競爭而被逐出市場，或是用於制裁以高效率或高超競爭手法在市場上贏得優勢的同業廠商。其結果很可能造成市場競爭本身受到壓制，導致產品價格上漲或銷售量減少，反倒形成反競爭損害，損及最終消費者的權益<sup>45</sup>。除此之外，雖然競爭法在實際效果上有助於緩和所得不平等，但是並不適合用以解決貧富差距。管制經濟事務的法律規範，需要尊重市場運作邏輯，儘量讓市場背後「看不見的手」發揮作用，而非強制扭轉其運作方向，才能夠成功達成目標<sup>46</sup>。在市場競爭的面前，唯有不問貧富，無論事

<sup>43</sup> Khan, *supra* note 28, at 775-80.

<sup>44</sup> 相同見解，參見謝長江，同註6，145。

<sup>45</sup> Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?*, 94 NOTRE DAME L. REV. 583, 591-93 (2019).

<sup>46</sup> 與之相反，New Brandeis School並不相信市場運作的力量，認為市場乃是法律與政策形塑的結果；Khan, *supra* note 9, at 132.



業規模，眾生均一律平等，方才符合競爭的真諦。身處市場之外的社會管制與社會政策，由於並不參與市場運作，無須完全跟隨市場邏輯。尤其是租稅政策和勞動政策，才是緩和所得差距的真正關鍵角色。至於守護民主程序，也應當透過針對此目標而設計的法律或政策，例如政治獻金管制、反貪腐、保障人民政治權利，以及健全而有活力的公民社會，才能產生具體成效。若捨此弗由，反而假藉競爭法之手，不僅無法切中要害，對症下藥，而且還會造成上述嚴重的副作用，不可不慎<sup>47</sup>。

雖有以上值得斟酌之處，但本派學者主張強化競爭法執法強度，同時指出如果過度強調以價格上漲或銷售量減少作為反競爭損害之認定指標，很容易忽視產品品質與多樣性下降、創新活動減少、競爭程度降低等其他層面的反競爭損害。這些主張與警示確實發人深省，值得吾人加以正視。由於這兩項值得留心深究的觀點，都與New Brandeis School明白表示反對的消費者福祉標準密切相關，而這項標準也是美國學界對於本學派所圍繞的討論焦點其中之一，本文以下將以此標準為中心，進一步觀察美國學界各種相關回應與學術論辯，俾能更為深入探討應該如何看待New Brandeis School所提出的各項主張。

### 三、消費者福祉標準 (Consumer Welfare Standard)

- 芝加哥與後芝加哥學派對消費者福祉標準有共識<sup>48</sup>。雖然芝加哥學派原先認為消費者福祉指的是整體經濟剩餘 (total surplus)，包含生產者剩餘 (producer surplus) 和消費者剩餘 (consumer surplus) 在內，不過目前經濟學與競爭法學理上「消費者福祉」乙詞僅用以指稱消費者剩餘，不包含生產者剩餘在內<sup>49</sup>。
- 有關如何評估消費者福祉是否受損，芝加哥學派原本採用的是新古典經濟學的價格理論 (price theory)，偏重以價格與銷售量的變化作為指標加以判斷。相較於更注重個別行為情狀及其影響的哈佛學派 (採個案研究方法) 以及後芝加哥學派 (引進賽局理論與實證研究成果等)，芝加哥學派在問題設定、模型建構與行為類型化等方面，無疑確實顯得過於簡化<sup>50</sup>。
- 在實務運作上，由於法院難以判斷實證資料與計量經濟學之研究方法及其成果是否

<sup>47</sup> Shapiro, *supra* note 6, at 746.

<sup>48</sup> Christopher S. Yoo, *The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective*, 168 U. PA. L. REV. 2145, 2160 (2020); Jonathan B. Baker, *Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views*, 58 ANTITRUST L.J. 645, 646 (1989).

<sup>49</sup> GREGORY J. WERDEN, THE FOUNDATIONS OF ANTITRUST: EVENTS, IDEAS, AND DOCTRINES 326-27 (2020).

<sup>50</sup> Yoo, *supra* note 44, at 2153; John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White, *Introduction*, in THE ANTITRUST REVOLUTION: ECONOMICS, COMPETITION, AND POLICY 1, 4-5 (John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White eds., 2009).

正確，銷售量指標與經濟效率本身不應成為個案中第一線直接用以證明是否違反競爭法之認定標準<sup>51</sup>。較為務實而適宜的作法，應適度以競爭本身是否出現實質減損，以及競爭過程是否遭到破壞，作為消費者福祉是否受損的認定指標。

- Richard Posner雖然經常在判決中運用效率概念進行經濟分析，但在多年擔任法官之後，剴切指出：“Alas, it is very difficult to measure the efficiency consequences of a challenged practice. And so . . . we shall continually be searching for ways of avoiding prohibiting efficient, albeit non-competitive practices without having to compare directly the gains and losses from a challenged practice. . . . Efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal to allow the courts to look no further.”<sup>52</sup>
- Carl Shapiro也指出：“The core principle guiding antitrust enforcement in the United States that has served us well for so many years: antitrust is about protecting the competitive process so consumers receive the full benefits of vigorous competition.”<sup>53</sup>
- 以競爭與競爭過程是否受損作為競爭法之主要違反判斷指標，在操作與認定上都比較簡明清楚，可預測性較高。在現代法治國家法律程序對於決定理由之論理及證據要求下，比起New Brandeis School較為模糊空泛的論證基礎，這些指標具有較為紮實的論理與證據基礎，擁有較高的操作可能性與執法上可行性<sup>54</sup>。

#### 四、New Brandeis School對於競爭法與競爭政策之啟示

- 確有需要加強競爭法執法力道，並應採用競爭與競爭過程是否受損作為主要違法判斷指標<sup>55</sup>，避免過度倚賴價格上漲、銷售量下降作為反競爭判斷指標。
- New Brandeis School舉出具有限制競爭疑慮之實際案例，其中不少都相當真實而鮮明，應該心無芥蒂地認真對待。
- 除了本文二、（四）引述的Amazon充分運用與貨運快遞業者議價優勢之事例外，尚有Amazon對待Baby網站的實例：

In 2008, Quidsi was one of the world's fastest growing e-commerce companies. It oversaw several subsidiaries[, including] Diapers.com (focused on baby care) . . . . Amazon expressed interest in acquiring Quidsi in 2009, but the company's founders declined Amazon's offer. Shortly after Quidsi rejected

<sup>51</sup> WERDEN, *supra* note 45, at 335-37.

<sup>52</sup> RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW* 29 (2d ed. 2001).

<sup>53</sup> Shapiro, *supra* note 6, at 745.

<sup>54</sup> Hovenkamp, *supra* note 42, at 594-93.

<sup>55</sup> Shapiro, *supra* note 6, at 746.

Amazon's overture, Amazon cut its prices for diapers and other baby products by up to 30%. . . . Amazon's pricing bots . . . were tracking Diapers.com and would immediately slash Amazon's prices in response to Quidsi's changes. . . . Eventually, Amazon's below-cost pricing started eating into Diapers.com's growth . . . . Struggling to keep up with Amazon's pricing war, Quidsi's owners began talks with Walmart about potentially selling the business. Amazon intervened and made an aggressive counteroffer. Although Walmart offered a higher final bid, the Quidsi executives stuck with Amazon, largely out of fear.<sup>56</sup>

- 競爭法之意旨，僅在保護市場競爭過程免於遭到廠商的人為破壞，避免消費者福祉遭受損害，並不包含積極提昇、促進消費者福祉<sup>57</sup>。因此集中度過高、競爭程度低落的市場，假若源自於外在因素或是廠商努力經營、自然成長而來，而非由於業者反競爭行為所導致，競爭法無法介入處理。是以確有可能需要透過事前義務等競爭法以外之產業管制，以改善特定市場中競爭不足而導致消費者福祉與經濟效率低落的問題。具有明顯網路效應、規模經濟與範疇經濟的數位平台，在市場自由競爭下特別容易形成一般所謂「大者恆大」的狀況，出現競爭不足而導致前述問題的可能性不低。因此設置事前義務以預防濫用市場地位之反競爭行為出現，或是積極改良市場中之競爭狀況，應屬合理而可納入考慮的產業管制措施。

## 五、結語：公平會面對數位平台的適宜態度

- 世界各國對於數位平台課予事前義務的提議，大多並非基於New Brandeis School。公平會宜正視此一事實，在競爭法有所不足之處，謹慎考慮是否修法引進事前義務機制，以預防反競爭可能性較高的大型數位平台果真出現限制競爭情事。
- 即使事前義務機制乃係基於New Brandeis School之思想與觀點，本文經過批判性分析之後，在第四部分所歸納的幾項啟示也值得審慎考慮。質言之，適度提高競爭法執法力度，以及在競爭法之外的競爭政策層面上引進事前義務，妥善建構以促進市場競爭、平台開放為目標的數位平台產業管制<sup>58</sup>，此其時也。

<sup>56</sup> Khan, *supra* note 28, at 768-73.

<sup>57</sup> WERDEN, *supra* note 45, at 334; A. Douglas Melamed & Nicolas Petit, *The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets*, 54 REV. INDUS. ORG. 741, 745-46(2019).

<sup>58</sup> 有關競爭法與競爭政策之區別，以及歐盟數位市場法等針對數位平台之事前義務屬於競爭政策領域，乃是產業管制的一種，請參見王立達，「競爭政策之傳統與新興推動途徑—從競爭倡議走向市場調查」，中研院法學期刊，第32期，82-85、113-115（2023）。

## 與談

### 與談人：陳和全（中正大學經濟學系教授）

講New Brandeis School之前，需先看看反托拉斯學派目前的發展。從現狀來看，新產業組織理論被稱之為後芝加哥學派，其對於芝加哥學派的主要批評在於該學派是靜態的。後芝加哥學派是動態的，它將芝加哥學派理論與其諸多結果完全推翻掉。在訊息透明度上，芝加哥學派的分析模式都建構於完全訊息，但真實世界卻多數是不完全訊息的。新產業組織理論就把不完全訊息放進了模型，開始做推論，構成了現在我們在個體經濟學裏的三大主要部分之一(消費者理論、廠商理論、訊息理論)。訊息的概念加了進來，賽局分析再加上了動態，囚犯困境也可以出現合作的均衡。所以我認為後芝加哥學派是一個「完全的策略主義」，不是特定的結構主義，也不是如芝加哥學派的效率主義。

後芝加哥學派對於現在芝加哥學派有很多的修正意見，認為市場機制並非完美，一旦把沈沒成本或把訊息當成策略可供操作的時候，則市場已經不是那麼完美的。第二，它認為結構其實是廠商運用策略後的結果，具有普遍的訊息不對稱，訊息可以變成操作。所以過去，掠奪訂價在芝加哥學派中被認為不可能發生、合謀不可能發生，但訊息概念出現後，這些行為都合理了，都可能理性的發生；而併購的單邊效應也因此被提出來而廣泛運用。同時，垂直併購中的封鎖效應概念也通通是用一個訊息面策略性的來做探討。現今走進了雙邊市場的複雜性，由許多案例上可知，平台集團經濟最常用就是策略面向，而由一個策略面深入的去抓取它的脈動與因果關聯，就是後芝加哥學派的看法與理路，當然不可免的就時常借助於賽局理論。這樣的分析途徑，在面對複雜的企業集團如當今的平台經濟，後芝加哥學派真的是獨領風騷。新產業組織理論時常可以精確地衡量與推論廠商行為，推導出廠商為什麼這麼做的原因，在我們的領域裡，這就是一個「誘因機制」的問題，誘因驅動了廠商的行為。它所推論產生的結果，常可提供一個具體案例上的堅強分析。所以陸陸續續的法官或政府單位開始接受了後芝加哥學派的看法。1992年柯達案便開啟了借用不完全訊息的立論，從而1992年被視為後芝加哥學派開始的一年。但我個人認為後芝加哥學派目前仍不足以做為競爭法上一個範式的格局。

後來越來越多後芝加哥學派的理論修正了芝加哥學派的看法，賽局理論與訊息經濟學的理论基礎，讓越來越多經濟學家屏棄了芝加哥學派。芝加哥學派建議在完全訊息的基礎上分析，它是靜態、是完全訊息的，這套用於真實世界則頗為不合理的。但在我的看法是，做為動態策略分析的後芝加哥學派，想要成為反托拉斯經濟分析上的一個範式或一個標準，事實上仍有很大的困難度存在。首先，它雖然確實可以深入分



析廠商的策略行為，將真實誘因動機找出，但是必須因每個個案而定，所以無法做為一般性規則。同時，放在法律層次上而言，後芝加哥學派告訴我們實務上充滿著不確定訊息，則在執法時如何獲得這些訊息來做分析，本身就是很大的困難。因此後芝加哥學派很難在實務運用上被使用、被操作，所以我的看法是，新產業組織理論如果要作為反托拉斯經濟的指導原則，相當困難。

芝加哥學派從產業經濟學的看法，已經被批評的體無完膚，尤其是在訊息大廠、大科技平台出現後。事實上，科技平台就是一個平台集團，而當我們想到平台集團的時候，就馬上想到19世紀末的大托拉斯集團，這些大集團跟現在的大型平台類似，那麼多的產品，跟銷售各種產品的集團，極為相似。這樣的狀況激發了歐美的一番恐慌與一番省思，感覺上就好像是又回到了1930年代之前的大托拉斯年代。現在的芝加哥學派面對這個新局，大型平台出現、複雜度變高，它無法跟上了。而新產業組織理論的策略分析，剛好派上了用場。但它無法進入法律成為範式，所以我們在當下就處於一個困頓，前進不得，後退無能為力，令人恐慌。

這樣的大型科技平台，如同過去的大型托拉斯，「大」，令人心恐慌。回顧歷史，歐美知識份子與政治人物，曾就像是一朝被蛇咬、十年怕草繩一般。我們從新自由主義的誕生來看，但不得不先看看馬克思。古典自由主義一路來到19世紀中葉時，馬克思出現了。馬克思認為，競爭驅動出資本主義，而最終就是毀滅了競爭，因為資本最終會集中到少數人身上、無產階級主義成為大多數人，而兩者對立，革命必然發生。從經濟學角度來看完全正確，從歷史驗證來看，在19世紀末20世紀初極權主義出現，也得到了驗證，因為有極權主義國家的歷史案例，歐美國家對於這種經濟力量集中於少數人手上的「大」是深具恐慌的。芝加哥學派基本上屬於新自由主義的右翼，堅守古典自由主義，認為可在學說內部進行改良就可適應外來狀況，因此堅守完美的市場機制；只認為法律或國家雖也需要存在，但只是一個必要的惡，越小越好，就做為一個維護市場的功能即可。基本上市場在芝加哥學派是一個最高指導原則，但這樣的自由市場主義就會掉入馬克思的資本集中推論，所以「大」集中終會出現、終而毀滅市場。芝加哥學派無法解決「大」所造成的問題。一如，19世紀末20世紀初美國面臨墮落的鍍金時代，那時的社會是墮落的、腐敗的、階級化的、無產階級佔多數的。那時，他們是怎麼走出來的？威爾遜總統等人所發起的進步主義，其運動主旨就是要解決「大」的問題。進步主義是屬於新自由主義的左翼，他們仍是堅持自由市場，但承認馬克思主義講的沒有錯，所以他們採取折衷說，在自由市場理論中加入了許多社會主義的思想，承認資本主義必定集中、競爭必定毀滅，於是主張只有國家社會可以阻擋馬克斯推論的發生，也因此更強調國家、社會、法律的力量，這是一個更高層次的價值，高於自由市場價值，Brandies School就是這類的學說倡議者。所以我們回到王教授的報告來。國家社會的位階與角色決定了芝加哥學派與New Brandies School

的差異。芝加哥學派國家角色只是一個維護市場運作的功能，視市場運作本身就是最高價值，介入處理是不被主張的，因為市場機制是可以有效的。而在1930年代前的Brandies School裡頭，市場運作的最高價值是服從於一個更高層次的價值，那個更高層次的價值就是國家社會的普遍價值，所以市場服從於國家社會、是為國家社會服務的。Brandies School是建構在一個走過大托拉斯而恐懼「大」的環境，認為政府國家必須強力介入處理，否則馬克思主義結果必然會再出現；此說起源於鍍金年代、盛於1930年的進步主義運動，消寂多年後又碰到了此時大型科技平台的令人擔憂，於是New Brandies School有著相同的主張：反大。

現在大家爭論的是科技平台，真有走到了鍍金年代時的托拉斯那麼大嗎？在我看來，是還沒走到那樣悲慘的年代，並不建議直接跳進去「反大」的政策執行中。那麼，我們現在該怎麼做？第一個，新自由主義的左翼告訴我們要給政府更大的權力，要處理「大」，因為市場是服從於國家社會價值的。第二個，右翼的芝加哥學派仍然主張自由市場機制，但面對大型科技平台已經捉襟見肘。然而我認為，近二十年來的後芝加哥學派理論發展，我們忽略了；我們並未好好的走進去耕耘、從中尋找解答，而是由無法處理「大」的芝加哥學派，鏈接回到以反「大」為主的Brandies School。目前美國FTC新任主管，確實是服膺著這樣的理念。雖然「反大」理念在執法上相對很容易，但我不做如此建議。我建議仍是回來好好耕耘新產業組織理論，不要跳過後芝加哥學派。也建議公平會同仁們，在這塊領域，要加緊補上。