

《公平交易季刊》
第 31 卷第 2 期 (112/4), 頁 41-80
◎公平交易委員會

數位平臺經濟之結合管制

王明禮*
蔡明芳
莊弘鈺

摘要

本文從產業經濟學近年研究成果的整理入手，分析數位平臺之主要類型、市場特性、競爭要素及產業趨勢，並據以分析此種新興的事業型態對結合管制帶來之挑戰。數位平臺產業以雙（多）邊市場為主要事業型態，並有以下共同特徵：網路效應強、邊際成本低、規模經濟與範疇經濟顯著、不透明的平臺干預與全球競爭。雖然不同產業間仍有差異（尤其在相同類型平臺之間），以上特性互相加乘的結果，令此類產業的競爭生態異於傳統產業，並以網路效應之方向與強度、數據資料之近用可能性、成本與質量、平臺遷移或多棲之可能性以及創新與研發之能量等為最關鍵的競爭要素。在產業趨勢上，最重要的特徵就是以生態系間之動態競爭為主軸。由此角度觀察，就會發現 Google、Apple、Facebook、Amazon 和 Microsoft (GAFAM) 等數位經濟巨人，雖然在各自的核心市場所向披靡，卻仍面臨強大的競爭壓力。

基於以上之產業特色，數位平臺市場對結合管制帶來多重的挑戰。其中，最顯著、受到競爭法學界與實務界最多關注者，莫過於相關市場界定之問題，本文闢專章詳加討論，並建議改用比較彈性之方法來界定市場。結合管制之其他面向，從集

投稿日期：111 年 4 月 8 日

審查通過日期：112 年 3 月 21 日

* 王明禮為國立中央大學產業經濟研究所副教授、蔡明芳為淡江大學經濟學系與產業經濟學系合聘教授、莊弘鈺為國立政治大學科技管理與智慧財產研究所副教授。本文改寫自公平交易委員會 110 年委託研究報告「數位市場與結合管制」。本文之問題意識、研究方向與架構，除由委託機關所指定者外，由三位作者共同討論形成，本文主要分析與論點，亦經三位作者共同討論而得。寫作上，除蔡明芳及莊弘鈺負責本文部分內容之撰寫外，主要部分以及依審稿意見修正之工作，由王明禮負責，貢獻比例分別為王明禮 50%、蔡明芳 25%、莊弘鈺 25%。作者感謝審稿委員及研究計畫審查委員之寶貴意見。研究期間王弓教授之參與，以及蔡采璇、蔡欣儒、張維真、周凡同學之協助，亦併此致謝。

中度之計算、結合影響評估到結合效益評估等等，本文亦依序檢討、分析主要之困難所在，並提出非常初步的因應對策建議。

關鍵詞：競爭法、反托拉斯法、結合管制、數位經濟、平臺經濟、雙（多）邊市場、網路效應

一、前言

資通訊科技與雙（多）邊市場（two/multi-sided market）的事業型態¹，可謂數位經濟的兩大動力。善用此二成長動能，因而在數位化浪潮中占有領導地位的 Google、Apple、Facebook、Amazon、Microsoft（下稱 GAFAM）²等知名企業，也在全球經濟扮演日益重要的角色。然隨著彼等經濟實力的擴張，其對市場競爭秩序之威脅也越來越受到注目。歐盟不僅於近年屢屢祭出鉅額罰款³，更於 2022 年通過數位市場法（Digital Markets Act，下稱 DMA）⁴與數位服務法（Digital Services Act）⁵，以進一步約制數位巨人。連一向被認為對科技業較為放任的美國，也發動了一連串調查甚至懲處⁶，更有多項修法提案於國會待審⁷。

¹ 此種事業型態之共同特徵是有兩組以上之使用者。但為免將問題不必要地複雜化，也為了敘述上之簡明，以下僅以雙邊市場為分析對象；多數結論應可類推至更複雜之平臺類型。See generally Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets,” *1(4) Journal of the European Economic Association*, 990 (2003); Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, “Two-Sided Markets: A Progress Report,” *37(3) RAND Journal of Economics*, 645 (2006); David S. Evans, “The Antitrust Economics of Multi-sided Platform Markets,” *20 Yale Journal on Regulation*, 325, 331-334 (2003).

² 此名單有各種組合，依成員名單與排列順序而有不同之縮寫方式。大體上 Facebook、Apple、Google 與 Amazon 為公認的基本成員（常稱為 FAGA），通常加上 Microsoft，有時 Netflix 也被提及。其中，Google 的集團母公司已更名為 Alphabet，Facebook 亦於 2021 年將集團名稱改成 Meta，但目前一般仍多以 Google、Facebook 稱之。本文所引文獻、史料有許多是在彼等更名前，常用之縮寫如 FAGA、GAFAM 等也都以 Google 與 Facebook 為本。故本文仍沿用 Google 與 Facebook 之稱呼，特此敘明。

³ 參見廖義男主持，公平交易法國內重要案例之評析——以獨占及其他（非聯合）限制競爭行為為中心，公平交易委員會 109 年委託研究報告，685-707（2020）。

⁴ 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).

⁵ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

⁶ 廖義男主持，前揭註 3，665-671、673-676。

⁷ 主要有眾院司法委員會多位跨黨派議員於 2021 年 6 月間提出之 American Innovation and Choice Online Act (H.R.3816)等六大法案。但以美國當前政治生態與氛圍，該等法案於本屆國會通過之機率並不高。

從競爭法制體系的角度觀察，既有之調查與懲處，大致上不脫獨占地位濫用之範疇⁸。近期澳洲與 Facebook、Google 間針對用戶新聞分享應否付費之議題進行高分貝的對抗⁹，也是以平臺巨人與新聞媒體間談判地位不對等為主要的立論基礎。

此種看似過度倚賴行為管制之現象，突顯了各國在市場結構管制上的無奈。蓋 GAFAM 等數位巨人所從事之併購行動，鮮少以符合傳統定義之競爭同業為對象。傳統結合管制中發展最成熟、效果最顯著之水平結合管制也就派不上用場。加上被購併者多屬新創的小公司，交易金額不高，可能根本未達申報門檻，無從審查。少數受到審查之事例，又往往因屬多角結合而輕鬆過關。有時等到事過境遷，才後悔當初不應輕易放行¹⁰。

為了突破此等困境，歐美近來紛紛試圖藉修法強化對數位巨人之結合審查¹¹。其中部分措施以避免結合審查出現漏網之魚為目的，如歐盟 DMA 即要求所謂數位守門人（gatekeepers）主動申報所有結合計畫¹²。此等修正相對容易，爭議也較小，但究竟應如何審查則仍莫衷一是。目前所提出之修法方向，不外推定特定規模以上數位平臺之併購為反競爭¹³，甚或直接（原則）禁止數位巨人併購¹⁴。針對性高，手段蠻橫，頗有「看我管不管得了你」的氣勢，卻不免洩漏了背後真正的困境：對於數位平臺產業這隻大象，恐怕我們至今仍是摸到的多、看見的少，依舊缺乏全面性之掌握。

本文從產業經濟學近年研究成果的整理入手，分析數位平臺之主要類型、市場特性與競爭要素，並據以分析此種新興的事業型態對結合管制帶來之挑戰。其中，

⁸ U.S. v. Apple, Inc., 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015)算是少數之例外之一。

⁹ See, e.g., Mike Isaac & Damien Cave, “Facebook Strikes Deal to Restore News Sharing in Australia,” New York Times (2021/2/22), <https://www.nytimes.com/2021/02/22/technology/facebook-australia-news.html>, last visited on date: 2023/3/12.

¹⁰ See, e.g., Cecilia Kang & Mike Isaac, “U.S. and States Say Facebook Illegally Crushed Competition,” New York Times, A1 (2020/12/9), <https://www.nytimes.com/2020/12/09/technology/facebook-anti-trust-monopoly.html>, last visited on date: 2023/3/12.

¹¹ 參見王明禮主持，數位市場與結合管制，公平交易委員會 110 年委託研究報告，112-133 (2021)。更晚近則有美國參議員 Elizabeth Warren 等於 2022 年 3 月間提出之 Prohibiting Anticompetitive Mergers Act (S.3847)。

¹² See Digital Markets Act, Art. 14.

¹³ 美國眾院司法委員會甫正式出版之數位市場競爭調查報告即採此立場；see Committee on the Judiciary, 117th Cong., Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations, U.S. Government Publishing Office, 328 (2022).

¹⁴ 如美國參議員 Amy Klobuchar 領銜提出之 Platform Competition and Opportunity Act (S. 3197, H.R. 3826)即如此規定，只是設有若干例外條款；see S. 3197, 117th Cong., § 2 (2022).

最顯著、受到競爭法學界與實務界最多關注者，莫過於相關市場界定之問題，本文關專章詳加討論。結合管制之其他面向，從集中度之計算、結合影響評估到結合效益評估等等，亦依序檢討，盼能對相關問題之討論有一點貢獻。

二、數位平臺產業特徵

(一) 平臺類型

雖然雙邊市場均有跨邊網路效應（cross-side network effects）¹⁵，其效應之強度與作用方式卻可能有相當之差異，且此等差異可能影響吾人對平臺獨占傾向與市場力濫用可能性之判斷，值得進一步區別異同。雖然文獻上有各種不同之分類依據¹⁶，本文認為最重要的是「媒介型」與「廣告依賴型」之差異¹⁷。

1. 媒介型雙邊市場

標準的雙邊市場，兩組使用者互相需要，平臺之主要作用即在於媒合該兩組使用者，促成兩者間之交易。這種類型之雙邊市場，本文稱為「媒介型雙邊市場」。

¹⁵ 雙邊市場以跨邊網路效應之存在與價格結構（price structure）非中立性（non-neutrality）為基本特徵。文獻已多有說明，本文不贅。See Rochet & Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets,” *supra* note 1; Rochet & Tirole, “Two-Sided Markets: A Progress Report,” *supra* note 1; 顏雅倫, 「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, 第 13 卷第 1 期, 219、224-230 (2016)。

¹⁶ See, e.g., Chris Pike, “Introduction and Key Findings,” in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, OECD Competition Committee, 9, 12-14 (2018).

¹⁷ David S. Evans 最早於 2002 年間將雙邊市場平臺區分為 market makers 和 advertising-supported media 兩大類，作業系統與遊戲平臺等則個別另外歸類；David S. Evans, “The Antitrust Economics of Two-Sided Markets,” *SSRN Paper* (2002), <https://ssrn.com/abstract=332022>, last visited on date: 2023/3/12 (此版本與同年 9 月 AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies working paper 版本大致相同，後者現已不易取得)。2003 年正式發表時將第二類改稱 audience-makers (不再限於媒體)，並另立第三類別：demand-coordinators; Evans, *supra* note 1, at 334-336. 後來再簡化成兩類：transaction platforms 與 attention platforms (demand-coordinators 被併入前者)；see David S. Evans & Richard Schmalensee, *Antitrust Analysis of Platform Markets: Why the Supreme Court Got It Right in American Express*, 1st ed., Competition Policy International, loc. 110-158 (2019) (ebook) (“3. Transaction Platforms... 4. Attention Platforms...”). 理論上，著重的特徵不同，分類即不同。本文著重著在於平臺之角色與跨邊網路效應之正負。

有時平臺不再只是單純地扮演媒合者，而必須提供額外的服務。以電腦、智慧型行動裝置或電子遊戲機之作業系統為例，其提供了一個應用軟體與電子遊戲開發者與電腦使用者之媒介平臺。但作業系統並非只是一個軟體與使用者相遇之場所，而是硬體的靈魂。作業系統的良窳不僅左右軟體開發之難易，也會影響硬體之使用經驗。

有時在新開創的雙邊市場，平臺只需扮演單純的媒介者。但此種平臺彼此間相似性高，互相取代的可能性也高。如果沒有其他套牢客戶的條件，一旦競爭的溫度升高，各平臺即很可能開始開發附加功能與服務，來提升自有品牌之價值與突顯自身和他人間之差異，從單純的媒介者轉型成加值型平臺。雖然平臺服務的深淺度有別，以媒合兩組使用者為主要功能的基本性質不變，因此仍應以媒介型雙邊市場視之。

2.廣告依賴型雙邊市場

另一種可能競爭爭議更多的平臺類型，是以提供一邊使用者（通常是消費者）特定服務為出發點。但有別於傳統單邊市場的是，其不以使用者付費為主，反以廣告為主要收入來源。此事業型態始於 19 世紀的報紙¹⁸，後來紛紛為新興媒體採用。到了資訊時代，許多非媒體類的數位商品與服務也開始轉型為平臺，引進廣告來幫消費者分擔部分甚至全部的費用；Google 與 Facebook 都是著例。

在廣告依賴型平臺上，廣告客戶與消費者即分別為兩組使用者。前者乃是為了接觸消費者而來，此點與媒介型雙邊市場之使用者相當。但消費者卻不是為了廣告而來，而是為了平臺所提供之內容或服務而來。不論是否有廣告收入之挹注，媒體必須憑藉自身產品吸引消費者的基本法則不會改變。

因此，廣告依賴型媒體平臺上存在著三角形的價值鏈。平臺依賴廣告為主要收入，並將其消費者之注意力（attention）交給廣告客戶以為交換¹⁹。廣告客戶付出廣告費換得廣告的機會，並對廣告所誘發之消費有所期待。而消費者則對平臺所提供之內容或服務有所需求，並以金錢、忍受廣告之「侵略」或兩者之組合為代價。在此三角關係中，廣告客戶與視聽眾均為成員眾多且互不相屬之群體，提供內容或服務之業者自處於最適合擔任平臺角色之地位。

¹⁸ 參見王明禮，「網路時代之薦證廣告與其管制」，*東吳法律學報*，第 28 卷第 4 期，129（2017）。

¹⁹ See generally Andrea Prat & Tommaso Valletti, “Attention Oligopoly,” *14(3) American Economic Journal: Microeconomics*, 530 (2022); Evans & Schmalensee, *supra* note 17, at loc. 141.

(二) 市場特性

研究指出，數位平臺有幾個共同的特色²⁰：

1. **網路效應**：又稱網路外部性（*network externality*）。這是軟體或數位服務產業的最大特色，這類產品或服務帶給消費者的效用或滿足的程度會隨著使用者人數的增加而增加。例如，搜尋引擎會因使用人次之成長而提供更準確之搜尋結果。尤其雙邊市場之標準特徵——跨邊網路效應，在媒介型與廣告依賴型平臺所發揮之方式頗有不同，更是不能忽略²¹。
2. **低邊際成本**：許多數位平臺所提供之內容或服務，前期研發投資高，但邊際生產成本低。基本上，這是數位產品共通之特性，但不同類之數位平臺彼此間仍可能有相當差異。如搜尋引擎之邊際成本（每提供一個新的搜尋結果）確實趨近於零，但雲端運算平臺之邊際硬體成本（每提供一個新的虛擬運算單元）即非如此微不足道。
3. **規模經濟（*economies of scale*）**：網路效應的存在意味著規模的成長會帶來成本的節省。這是需求面的規模經濟，和傳統產業講究的生產面規模經濟有別。此特性對領先者有利；若網路效應十分強大，更可能讓市場競爭生態發生質變（*tipping*），競爭廠商再也追不上領導廠商之結果。規模經濟若加上極低之邊際成本，即可能出現自然獨占之傾向。
4. **範疇經濟（*economies of scope*）**：範疇經濟指的是兩種不同的產品在同一間工廠生產的成本，會較由兩家不同工廠生產的成本來得低。數位平臺可以在既有的軟硬體基礎設施或元件上開發新的服務，而多元的服務更有助於吸引甚至套牢消費者。同時，消費者的資料除了可以幫助廠商成為「注意力市場」的供給者外，也可以作為廠商提供更好服務的重要投入要素²²。

²⁰ 本小節綜合整理文獻中經常提及之特色，除特別引註者外，芝加哥大學 Stigler Center 於 2019 年發表之研究報告有最簡明扼要之說明：see Stigler Center for the Study of the Economy and the State at Chicago Booth, *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, Stigler Center for the Study of the Economy and the State at Chicago Booth, 34-40 (2019) [hereinafter Stigler Center Report].

²¹ 參見下一小節之討論。

²² See Prat & Valletti, *supra* note 19.

5. **不透明的平臺干預**：數位平臺業者可以利用演算法來影響與改變消費者的行為²³。各平臺的推薦系統即是很多的例子。只是這些演算法均屬不公開的營業秘密，其邏輯非外人所得知。仲介偏誤（intermediation bias）的問題也難以避免²⁴。
6. **全球競爭**：網際網路無國界的特性，使數位平臺之發展不易受到國界的限制。數位平臺的領導廠商多同時在個別國家或全球市場居於領先地位。但地理的距離固已不再構成藩籬，語言與文化的隔閡仍可能帶來市場區隔。

此外，廣告依賴型平臺另有一日受重視之特徵——注意力本身即為商品；Facebook 與 Google 皆為著例²⁵。對此類平臺而言，研究也指出以下三大因素會影響平臺之表現：消費者的專屬性、平臺的觸擊率與廣告精準投放的能力²⁶。

（三）競爭要素

從競爭法的角度，我們關心的是數位平臺市場的健康指標；如果不健康，其主要因為何；又要如何下藥才能讓其恢復健康等等問題。從前述數位平臺產業之特性，我們可以整理出以下幾個影響市場競爭強度的關鍵要素。

1. 網路效應之方向與強度

數位平臺經濟講究的是需求面之規模經濟，並因而常被認為有自然獨占之傾向²⁷。誠然，在實務上可以看到 Google、Facebook、Twitter、LinkedIn 等憑藉網路效應而占

²³ See Francis Fukuyama, Barak Richman, Ashish Goel, Roberta R. Katz, A. Douglas Melamed & Marietje Schaake, *Report of the Working Group on Platform Scale*, Stanford Cyber Policy Center & Stanford Center on Philanthropy and Civil Society, 4 (2020).

²⁴ See Marc Bourreau & Germain Gaudin, “Streaming Platform and Strategic Recommendation Bias,” *31(1) Journal of Economics & Management Strategy*, 25 (2022); Emilio Calvano & Michele Polo, “Strategic Differentiation by Business Models: Free-to-Air and Pay-TV,” *130(625) The Economic Journal*, 50 (2020).

²⁵ See generally U.K. Competition & Markets Authority, *Online Platforms and Digital Advertising: Market Study Final Report*, U.K. Competition & Markets Authority (2020).

²⁶ See Elena Argentesi, Paolo Buccirossi, Emilio Calvano, Tomaso Duso, Alessia Marrazzo & Salvatore Nava, “Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment,” *17(1) Journal of Competition Law & Economics*, 95 (2021).

²⁷ See, e.g., Jonathan Taplin, *Move Fast and Break Things: How Facebook, Google, and Amazon*

盡競爭優勢。但在另一方面，我們也可以看到 Uber 與 Lyft、Uber Eats 與 Foodpanda 等業者同場廝殺，至今勝負未定。網路效應與市場結構的關係，顯然不是那麼簡單。

媒介型平臺雙邊使用者互有吸引力，兩個方向之跨邊網路效應均為正。兩者互相加乘，整個平臺的網路效應自亦為正。廣告依賴型平臺卻非如此。對廣告客戶而言，消費者固然越多越好，但多數消費者對廣告排斥多於需求，應屬不爭之事實。然多數消費者亦瞭解，自己之所以能免費或用相對低廉之代價獲取所需之內容或服務，實拜廣告之賜；而廣告量的增長，也可能有助於內容或服務品質之提升，因而給予廣告一定程度之容忍。但容忍與喜好間仍有難以跨越的鴻溝。因此，除了少數例外，「廣告組」對「消費組」之網路效應應屬強度不高的負面效應。

除了跨邊網路效應外，在同組使用者間發生作用之「同邊網路效應」也不應受到忽視。以搜尋引擎為例，使用者越多，搜尋結果之正確性就越高，對使用者之效益也越大。如果同邊網路效應足夠顯著，則其與交叉網路效應將有強烈的「共伴效應」（姑且借用氣象術語），整個平臺之網路效應將明顯增強。

同邊網路效應也可能為負。同組使用者太多，彼此間可能在平臺資源之使用上發生競爭關係。當資源有限時，同類消費者彼此間即可能出現競爭關係，這在傳統單邊市場中也可能出現，非雙邊市場有獨有。只是在雙邊市場，平臺的兩組使用者中經常有一組必須負擔較高之平臺使用費。一旦在該組使用者中出現資源競逐之現象，以致有難以忽視之負面同邊網路效應時，平臺即面臨使用者出走的危機。換言之，雙邊市場平臺固有正的網路效應（對整個平臺而言），卻不必然有自然獨占之傾向。

產品差異性之存在，也讓競爭平臺分別對其使用者有獨立於網路效應而存在之價值²⁸。此等獨立價值既與網路規模無關，後進平臺若能加以發揮，或能克服領先平臺在網路效應上之優勢。再者，網路外部性的效果可能是局部性而非全面性的。例如，使用者通常僅關心與其互動的其他使用者是否使用相同的通訊軟體，而較不關心所有的使用者²⁹。使用者多棲（multi-homing）之可能性更可以減低平臺的

Cornered Culture and Undermined Democracy, 1st ed., Little, Brown and Company, 2-10 (2017); Daniel A. Hanley, "A Topology of Multisided Digital Platforms," *19(2) Connecticut Public Interest Law Journal*, 271, 289-291 (2020).

²⁸ See Bruno Jullien, "Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer," *3(4) American Economic Journal: Microeconomics*, 186 (2011).

²⁹ See A. Banerji & Bhaskar Dutta, "Local Network Externalities and Market Segmentation," *27(5) International Journal of Industrial Organization*, 605 (2009).

套牢效果³⁰，跨平臺相容性也會使網路效應脫離平臺的束縛，而為整個市場所共享³¹。

2. 數據資料之近用可能性、成本與質量

對數位平臺產業而言，資料無疑是重要的生產要素。大數據的持有是否可能成為市場競爭之障礙，即成為近年競爭政策上的重大議題³²。有認為大型平臺業者受惠於資料所產生的範疇經濟，得以進一步推出更符合消費者偏好的產品與提供消費者更精確的廣告服務，進而提高競爭優勢與利潤。隨著資料的數量與品質的提高，數位平臺業者的規模經濟效果也會逐漸顯現。如傳統的製造業一般，投入要素的品質越好，所生產的最終財品質也越高³³。在範疇經濟與規模經濟的良性循環下，終可能形成更高的市場進入障礙³⁴。GAFAM 等公司均握有大量資料之事實，更經常讓人將資料量與公司競爭力畫上等號³⁵。

在另一方面，不僅有學者從理論面主張大數據之持有本身不會構成市場進入障礙³⁶，也有實證研究顯示，由資料而生之範疇經濟效益並不顯著³⁷。可見資料在數位

³⁰ See Herbert Hovenkamp, “Antitrust and Platform Monopoly,” *130 Yale Law Journal*, 1952, 1972-1977 (2021).

³¹ See *id.*; Bruno Jullien & Wilfried Sand-Zantman, “The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy,” *54 Information Economics and Policy*, Article 100880 (2021), <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100880>, last visited on date: 2023/3/12.

³² See generally Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt (2016).

³³ See, e.g., Maximilian Schaefer, Geza Sapi & Szabolcs Lorincz, “The Effect of Big Data on Recommendation Quality: The Example of Internet Search,” *284 DICE Discussion Paper* (2018), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3149323>, last visited on date: 2023/3/12.

³⁴ See, e.g., Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 1st ed., Oxford University Press (2016); Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, “Access Barriers to Big Data,” *59 Arizona Law Review*, 339, 364 (2017).

³⁵ See, e.g., Lina M. Khan, “Sources of Tech Platform Power,” *2 Georgetown Law Technology Review*, 325, 326-327 (2018); Tim Wu, “Blind Spot: The Attention Economy and the Law,” *82 Antitrust Law Journal*, 771 (2019).

³⁶ See, e.g., Anja Lambrecht & Catherine E. Tucker, “Can Big Data Protect a Firm from Competition?,” *Winter-2017-1(1) Antitrust Chronicle*, 1 (2017); Darren S. Tucker & Hill B. Wellford, “Big Mistakes Regarding Big Data,” *14 Antitrust Source*, 1 (2014).

³⁷ See, e.g., Patrick Bajari, Victor Chernozhukov, Ali Hortaçsu & Junichi Suzuki, “The Impact of Big Data on Firm Performance: An Empirical Investigation,” *109 AEA Papers and Proceedings*, 33 (2019).

市場競爭中所扮演之角色很難一概而論³⁸。首先，資料有高度的異質性，同樣數量的資料，價值卻有大別。或易取、或難得，或恆定、或多變，或精純、或混雜，不一而足。尤其值得強調的是，「數據」或「資料」並不限於「個人資料」（下稱個資）。尤其在進入物聯網（Internet of Things, IoT）的時代後，資料蒐集之管道與得以蒐集之資料屬性將更為多元。不是使用者人數眾多之平臺，甚至非平臺業者，也有機會近用大量資料。從資料累積之速度與加速度來看，現在最廣闊的資料大海，將來可能只是小池塘。現有大型平臺業者在數據量上之優勢，也就未必可以長久維持。

3. 平臺遷移或多棲之可能性

使用者遷移或多棲（multi-homing）之可能性，對平臺市場是否具自然獨占之傾向有關鍵性之影響。若使用者真的容易遷移至競爭平臺，或同時使用兩個以上之同類型平臺，則市場領導者套牢使用者之能力將大幅降低³⁹。其中關鍵，在於遷移或多棲之成本。

對數位平臺而言，消費者要下載安裝 app 或在網站上註冊，經常無需任何費用，只需要一點點時間成本，轉換成本相對低廉。但網路效應的存在，通常意味著領先平臺之用戶離開之意願低落（因為別的平臺之價值較低）。也有研究發現，既有數位平臺市場可以利用消費者過去的使用資料，來降低其搜尋消費者的成本與創造既存者優勢⁴⁰。

有鑑於此，通過管制適度鼓勵甚或強制跨平臺相容性或資料可攜性（data portability），可能會影響領先廠商的優勢與市場競爭的結果⁴¹。也會使網路效應脫離

³⁸ See, e.g., Alexandre de Cornière & Greg Taylor, “Data and Competition: A Simple Framework with Applications to Mergers and Market Structure,” *DP14446 CEPR Discussion Paper* (2020), <https://ssrn.com/abstract=3547379>, last visited on date: 2023/3/12.

³⁹ See Hovenkamp, *supra* note 30, at 1972-1977.

⁴⁰ See, e.g., Wing Man Wynne Lam, “Switching costs in two-sided markets,” *65(1) Journal of Industrial Economics*, 136-182 (2017); Wing Man Wynne Lam & Xingyi Liu, “Does Data Portability Facilitate Entry?,” *69 International Journal of Industrial Organization*, Article 102564, 1 (2020).

⁴¹ See Victoria Fast, Daniel Schnurr & Michael Wohlfarth, “Regulation of Data-driven Market Power in the Digital Economy: Business Value Creation and Competitive Advantages from Big Data,” *SSRN Paper* (2022), <https://ssrn.com/abstract=3759664>, last visited on date: 2023/3/12. 電話號碼可攜其實即是此種管制之範例，成效有目共睹。

平臺的束縛，而為整個市場所共享⁴²。歐盟最新的 DMA 要求數位守門人開放即時通訊（instant messaging）服務之基本功能與其他平臺互通⁴³，即著眼於此。

4. 研發與創新能量

在講究創新的數位平臺市場，領導廠商固然因網路效應與規模經濟而占有優勢，仍舊擔心競爭者的創新產品可能侵蝕其既有優勢，更害怕被不知從何而來的新進者以劇烈創新（drastic innovation）⁴⁴超車而一敗塗地。為了要保持領先地位，可能在潛在參進者進入市場前進行「先占研發」（pre-emptive invention）以為嚇阻，也可能以購併的方式消滅潛在競爭於無形。後者即近年受到很高關注的殺手購併（killer acquisition），要求結合主管機關嚴格把關之呼聲不斷⁴⁵。然而「被收購」也可能正是潛在參進者的戰略目標⁴⁶。若果如此，則縱令其企圖受阻，也很可能不會真的發展成實質有效的競爭者。不但如此，被收購之可能性本身也有鼓勵研發之正面價值。

關於新創公司之收購對研發之影響，學界也尚無定論。有認為可以降低既存廠商須持續投入研發來提高競爭地位的壓力。其研發投入可能因而減少，創新的誘因可能降低⁴⁷。若干實證研究似乎也印證了此等理論⁴⁸。但也有學者以為，廠商合併後應可以協調兩家研究室的資源，避免重複投入並創造更高的研發效率，致研發誘因

⁴² See *id.*; Jullien & Sand-Zantman, *supra* note 31.

⁴³ See Digital Markets Act, Art. 7.

⁴⁴ 「劇烈創新」意指廠商採用新技術後的獨占價格低於廠商採用舊技術下的競爭價格。反之，若創新程度為非劇烈時，則廠商採用新技術後的獨占價格不會低於廠商採用舊技術下的競爭價格；see Morton I. Kamien & Yair Tauman, “Fees Versus Royalties and the Private Value of a Patent,” *101(3) Quarterly Journal of Economics*, 471 (1986).

⁴⁵ See, e.g., Sai Krishna Kamepalli, Raghuram G. Rajan & Luigi Zingales, “Kill Zone,” *SSRN Paper* (2021), <https://ssrn.com/abstract=3555915>, last visited on date: 2023/3/12.

⁴⁶ See Eric Rasmusen, “Entry for Buyout,” *36(3) Journal of Industrial Economics*, 281-299 (1988); Richard Gilbert & David M. Newbery, “Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly,” *72(3) American Economic Review*, 514-526 (1982).

⁴⁷ See, e.g., Giulio Federico, Gregor Langus & Tommaso Valletti, “Horizontal Mergers and Product Innovation,” *59 International Journal of Industrial Organization*, 1 (2018).

⁴⁸ See, e.g., Kamepalli et al., *supra* note 45.

不減反增⁴⁹。另有實證研究發現，大型網路公司收購新創公司後有更強的誘因去發展高品質的新創產品⁵⁰。

(四) 跨生態系動態競爭

數位平臺經濟最顯著的特徵在於雙邊市場的事業型態，已如前述。但自網際網路商業化後短短 30 年的時間，我們已經看到整個產業，從眾多而分散（且多數不賺錢）之中小型平臺在其中爭逐的大市集，逐漸變成以少數超大生態系（ecosystem）為主角的播臺。同時，主要的競爭態樣也從靜態的「市場內競爭」（competition in the market），變為以劇烈創新為主要武器的、動態的「市場競奪」（competition for the market）⁵¹。

每一個生態系都像一座城堡，有複雜的防禦工事，也不斷在增建。所謂的平臺，也早已不是單純的雙邊市場，而是有多組使用者的多邊平臺，甚至是由多個平臺組合的多面平臺。廠商的定價策略早已超越極大化個別產品利潤之單純考量，其研發與競爭策略也不再是著眼於個別產品市場內之拚鬥，而是整個生態系乃至整個集團的長期戰略利益⁵²。

在這樣的競爭環境裡，每一個數位平臺巨人雖然在各自的核心市場看似所向披靡，卻在更大的競爭場域面對巨大的競爭壓力⁵³。數位市場講究的是規模經濟，相較於生產面的元素，變因本就難掌握得多。加上市場的需求曲線與網路效應有關，更

⁴⁹ See Vincenzo Denicolò & Michele Polo, “Duplicative Research, Mergers and Innovation,” *166 Economics Letters*, 56 (2018).

⁵⁰ See Emilio Calvano & Michele Polo, “Market Power, Competition and Innovation in Digital Markets: A Survey,” *54 Information Economics and Policy*, Article 100853 (2021), <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100853>, last visited on date: 2023/3/12.

⁵¹ See generally Federico Etro, *Competition, Innovation, and Antitrust: A Theory of Market Leaders and Its Policy Implications*, 1st ed., Springer, 142-150 (2007). 「Competition for the market」亦有學者稱為「進入市場競爭」；陳志民，「支付系統競爭議題及規範架構之建立」，*公平交易季刊*，第 27 卷第 3 期，1、33-34（2019）。

⁵² See generally Ram Charan & Geri Willigan, *Rethinking Competitive Advantage: New Rules for the Digital Age*, 1st ed., Currency, 83-106 (2021).

⁵³ See generally Nicolas Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Molligopoly Scenario*, 1st ed., Oxford University Press, 29-62 (2020).

使得市場充滿了未知數。再者，競爭力與廠商的創新能力高度相關，但就創新與研發而言，成果不是投入的簡單函數。以上種種不確定性只有更加深整體的競爭壓力⁵⁴。

三、相關市場界定之挑戰

論及數位經濟對競爭法之挑戰，最常被提及者非相關市場界定莫屬。誠然，相關市場界定原即競爭法永恆的課題。但數位平臺經濟的出現，卻將此一課題的難度提升了不止一個檔次。偏偏對結合審查而言，相關市場界定是無可迴避的第一個步驟。正視此一挑戰，也就成了當代結合審查機關不得不通過的試煉。

（一）相關市場界定之功能與標準方法

結合審查必從相關市場界定入手，主要有兩個目的：一是藉此確定待審查事件之結合類型，究屬水平結合、垂直結合抑或多角結合，而分別適用不同的審查標準。蓋傳統上認為三者之反競爭疑慮依序遞減，檢驗之項目與密度有別。其次，相關市場界定也為接下來的各具體審查項目——從市場參與者之識別、集中度之計算、競爭影響評估乃至市場參進可能性評估等等——劃定評估之範圍。

相關市場界定的方法，目前泰多以美國 Department of Justice（下稱 DOJ）與 Federal Trade Commission（下稱 FTC）聯名發布之水平結合規範指引（Horizontal Merger Guidelines, HMG）所提出的「假設獨占者測試法」（hypothetical monopolist test，下稱 HMT）為黃金標準⁵⁵。HMT 在操作上具有反覆循環作業之特性：從申請結合事業之任一主要產品出發，並假設該市場被單一廠商所獨占，觀察若該獨占者進行「小而顯著且非暫時性之價格調漲」（small but significant and non-transitory increase in price，下稱 SSNIP）後之市場變化。若漲價後有足夠多數之消費者會「逃離」該產品而改買其他替代品，致令該假設之獨占者未蒙其利、先受其害（換言之，一個理性獨占者將不敢漲價），則表示原劃定之市場範圍過小，需納入最佳替代品。

⁵⁴ See generally *id.* at 64-92.

⁵⁵ See U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, § 4 (2010) [hereinafter HMG]. 由於美國的 merger guidelines 與我國公平會之「結合申報案件之處理原則」近似，國內常譯為「處理原則」。然美國與我國行政法體系頗有不同，merger guidelines 在性質上亦不類同於我國之「行政規則」，故本文一律譯為「規範指引」，特此說明。

此後不斷重複此一過程，直到因漲價所得之額外利益大於因部分客戶流失而喪失之利潤，亦即仍有利可圖，則此一市場即為吾人所需之相關產品市場。在產品市場確定之後，再依同樣方法界定相關地理市場⁵⁶。

HMT 之操作有兩個值得留心之處。一是必須小心選定適當之基準價格，以避免所謂「玻璃紙的謬誤」（*cellophane fallacy*）⁵⁷。二是應知 HMT 無法保證獨一無二之結果。一旦我們找到一個市場範圍能通過 HMT 之檢驗，理論上包含該市場之更大範圍市場也可能通過同樣的檢驗。這是因為如果已知一個市場範圍 A 能讓一假設的獨占者 M 提高售價而不擔心流失過多的客戶，則 M 若得以獨占一包含 A 在內之更大範圍市場，很可能更有能力提高售價。基於此等認識，結合管制原則要求僅以能通過 HMT 之最小市場為相關市場，此即「最小市場原則」（*smallest market principle*）⁵⁸。

HMT 看來十分「科學」，實際上卻往往因現實面的諸多因素而難以精確操作。尤其當 SSNIP 實際上並未發生，消費者的可能反應自屬無從觀察，只能根據適當之經濟學模型綜合相關因素後，依經驗儘可能合理的推估。這也是為什麼在具體個案上使用時，各方經常對相關市場之界定有相當的歧見。

（二）價格為零之迷思與「醒」思

隨數位經濟而來的，卻又是另一層次的挑戰。最早受到關注的現象，是網路世界的諸多基本服務，如網路搜尋、社群網路等，都屬免費之服務。對於此等價格為零之產品，如何用 HMT 來界定相關市場，就成競爭法學界與實務界最常討論的問題之一。蓋 SSNIP 的反覆測試乃 HMT 的核心，而 SSNIP 通常以基準售價之一定比率定之（習慣上以 5% 最為常用）。惟依此方法，若系爭產品的價格為零，則不論進行多少幅度或多少次的調漲，價格仍舊為零；消費者因價格調漲之可能反應也就無從觀察。於是有了各種替代方法之提案，如以成本代替價格的 SSNIC（*small but*

⁵⁶ See *id.*; 較為可親的中文說明，參見胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司，35-46（2019）。

⁵⁷ See Viktoria H S E Robertson, *Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, 1st ed., Hart Publishing, 21-26 (2020).

⁵⁸ See HMG, *supra* note 55, at 9-10.

significant and non-transitory increase in cost)⁵⁹，或以品質差異代替價格差異的 SSNDQ (small but significant and non-transitory decrease in quality) 等⁶⁰。

本文以為，上開論述固有其學術上之價值，實質可行性卻頗受質疑⁶¹。本文更認為，此等思考角度其實是將雙邊市場平臺的兩邊，分別以單邊市場看待，才會有「市場價格為零」的問題。如果就整個平臺一體觀察，其中一邊之服務之所以得以免費提供，乃是因為平臺利用雙邊市場在價格結構上之彈性，以極端不對稱之比例分配各邊收費要求的結果。換句話說，所謂的「免費」服務，代表的並非該平臺之「價格水準」為零，而是因平臺在「價格結構」上之選擇，而豁免某一邊使用者付費之義務而已。另一邊使用者仍然必須支付費用，且基本上必須承擔全部之費用。一旦將雙邊市場當成一個整體看待，SSNIP 之操作自然也必須以整個平臺之價格水準為基礎，不再有基準價格為零之困擾⁶²。

當然，如美國聯邦最高法院於 *Ohio v. American Express Co.* 一案中所言，在涉及雙邊市場平臺之反托拉斯爭訟中，我們未必永遠必須考慮平臺的兩邊⁶³。但在涉及雙邊市場平臺之結合事件，通常從其中一方之主要產品入手進行產品市場界定⁶⁴。如為雙邊市場平臺之產品，即使另外一方為以傳統單邊市場模式經營之事業（例如純訂閱制之媒體與廣告依賴型媒體結合），也應考慮整個平臺之價格水準，因為那才是雙邊市場平臺的產品（帶有廣告之內容而非免費內容）。即令改以另一方之主要產品（訂閱制內容）為出發點，此時所選定之基準價格即應為訂閱制內容之價格，一

⁵⁹ See John M. Newman, "Antitrust in Zero-Price Markets: Applications," *94 Washington University Law Review*, 49, 64-69 (2016).

⁶⁰ 參見陳志民主持，支付系統與競爭，公平交易委員會 107 年委託研究報告，74-75 (2018)；Lapo Filistrucchi, "Market Definition in Multi-Sided Markets," in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, OECD Competition Committee, 37, 47-49 (2018).

⁶¹ See European Commission, *Support Study Accompanying the Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law: Final Report*, Publications Office of the European Union, 63-68 (2021), <https://data.europa.eu/doi/10.2763/46075>, last visited on date: 2023/3/12; 陳志民主持，同上註。

⁶² 這不代表針對整個平臺之價格水準操作 SSNIP 輕而易舉。雙邊市場在價格結構上之彈性加上其他特性，仍將令 SSNIP 乃至 HMT 之操作較傳統單邊市場相對困難。詳下一小節之討論。

⁶³ See *Ohio v. American Express Co.*, 138 S.Ct. 2274, 2286 (2018). 該案為 5：4 之判決，正反雙方對雙邊市場僅於其中一邊市場從事排它性行為時，市場、市場力與反競爭效果應如何評價，有精彩的攻防。

⁶⁴ See HMG, *supra* note 55, at 8.

樣沒有價格為零之問題。誠然，我們終須決定該二者是否互為替代品。但不論從那一邊出發，都沒有必要在「既然它免費，SSNIP 要怎麼算」一事上糾結。

這並不代表前述相關論述毫無價值。在數位經濟的世界，仍有不少產品是以傳統單邊市場而非平臺之經營模式，其中不乏免費之產品。若非成本真實為零（可能性微乎其微）或暫時性之促銷策略，勢必有人必須代為承擔費用。常見的模式有以下幾種：

1. 所有成本由產品提供者自行吸收。除了公益性之服務，最具代表性之產品類型當屬開放原始碼軟體。
2. 以募款方式支付所需成本；維基百科（Wikipedia）即為著例。
3. 勸誘但不強制消費者購買其他產品。如若干開放原始碼軟體以相關服務為主要收入。只是使用者可以視需要購買，並無義務。
4. 由投資人（如事業主本身、創投公司或其他金主）承擔所有成本。此常見於新產品測試期或推出初期，一來請消費大眾協助測試產品性能，二來培養主顧客群。
5. 以免費產品為餌，誘使消費者購買其他產品。此種手法形同捆綁銷售（bundling），性質上與搭售相近。國內各大電信公司的零元手機專案，即屬此類型。
6. 將產品（通常是服務）分為不同之等級，功能較少之初級產品免費提供，功能較多或較佳之高級版本則要求付費。此即所謂「先免費後升級」（freemium）之商業模式，近年在商業軟體與雲端服務等數位產品圈十分盛行。著名雲端記事軟體 Evernote 與密碼管理軟體 Bitwarden 均屬此類。Freemium 模式由於仍有部分消費者必須付費，價格並非真正為零。只是常因免費用戶眾多，而被誤認為免費產品。

在上述類型裡，只有前三類是真正的免費產品。第四類其實屬產品正式上市前準備期，屬暫時性措施。惟一般的暫時性促銷有原產品價格可稽，對 SSNIP 之操作沒有影響。此處則因產品「正式」的營運模式或收費方式尚未底定或對外公布，致無「原始售價」可供參考。且在數位市場不乏財力雄厚之金主，願意犧牲短期利潤換取將來可能之高額報酬，新產品免費提供之期間因而得以較傳統促銷長得多，有時長達數年。此種情形，對 SSNIP 之操作自構成一定困擾。

最後兩類其實別有收費，只是其產品價格未必容易掌握。如國內各大電信公司的零元手機，基本上都必須綁約，而其所搭配之服務合約，通常都可以較低價格單獨購買（即不搭配手機），得以從其價差與綁約年限推估該「零元」手機的真實價格。加上彼等搭配之手機多非自有品牌，市場上流通廣泛，有市價可循。SSNIP 之

操作自不生問題。但在 Evernote 的情形，其免費版雖然註冊人數極多，卻不乏從未或極少使用者。因此即令我們可以得到其總收費與付費人數之精確資訊，也因分母不明而難以精確計算其平均收費。此時價格雖不為零，SSNIP 之操作依舊不易。

（三）假設獨占者測試法之挑戰

在破除了零定價之迷思後，我們要進一步思考雙邊市場所帶來真正的難題。首先，SSNIP 之操作應以平臺整體「價格水準」為基礎（故通常不生定價為零的問題），已如前述，但如何得知一雙邊市場平臺之價格水準，卻未必容易。蓋數位平臺經常採取相對複雜的價格結構，不僅各邊使用者皆需付費，且分別有多種計費基礎各異之收費方案。此時平臺的「價格水準」究竟如何，可能沒有一個簡單的答案。誠然，對 HMT 而言，我們只需能有一適當的基準價格以操作 SSNIP，未必需要對平臺之價格水準有絕對之掌握。直覺上，將結合申請人現有收費方案一律調高一定比例（如 5%），也不失為可行的方法。殊不知如此一來可能落入兩個陷阱。

第一個陷阱是基準價格錯誤，連帶可能對實施 SSNIP 後之效果造成誤判。數位經濟的世界有不少獨樹一格的新創產品，在高同質性之直接競爭對手出現之前，廠商可能正在收取高額的獨占租，現行收費顯著高於競爭市場價格。惟新創廠商也可能為了嚇阻同類產品進入市場，或為推廣新產品而刻意壓低售價，尤其是當新產品（通常是軟體或服務）尚未完全成熟，或網路效應潛力雄厚，廠商都可能策略性地採取低價攻勢，即令低於競爭市場價格亦不足為奇⁶⁵。如果誤採過高之基準價格，即可能在替代產品有無一事上發生「偽陽性」的誤判（即所謂玻璃紙的謬誤），而得到過大的相關市場。反之，則可能發生「偽陰性」的誤判，而得到過小的相關市場。

即使有了適當的基準價格，前述將目標平臺所有收費項目一律依同一比例調漲的方法，還可能落入第二個陷阱：價格結構恆定的謬誤。因為平臺在理論上有數不盡之方法，可以透過價格結構之調整，將相同的漲價額度以不同的比例分配到不同群之使用者身上⁶⁶。因此，我們不應在毫無根據的情形下，輕易假設所有收費項目的漲價幅度均相同。

⁶⁵ 由此角度，前一小節所討論的「零定價」模式只是此種策略發揮到極致的結果。

⁶⁶ 當然，雙邊市場價格結構非中立之特質，意味著平臺在價格結構的實質選擇性有限。

欲避開前述兩大陷阱，則一來須獨立探求合理的基準價格，二來須於每一次進行 SSNIP 測試時，同時考慮價格結構調整之可能性。必要時得分別就多個可能的價格結構進行測試，然後以對假設獨占者最有利之價格結構來決定測試結果。由於雙邊使用者之游離度與對替代產品之偏好未必相同，必須分別探求。

其次，對於 SSNIP 測試之重點——消費者反應之觀察——雙邊市場也帶來兩項前所未見的挑戰。首先是雙邊市場有顯著跨邊網路效應之特性，意味著雙邊使用者之決定有互相連動的關係。對媒介型雙邊市場而言，兩個相反方向的跨邊網路效應均為正。代表任何一邊使用者之流失，均會進一步帶動另一邊使用者之流失。如經多次反覆則可能形成雙邊接連出走的「漣漪效應」。相對地，在廣告依賴型雙邊市場，兩方向之跨邊網路效應並不對稱。消費者之流失固將同樣連帶促進廣告客戶之流失，反之卻不然。廣告客戶之流失將減少其對消費者端的負面外部性，反有利於阻止消費者之流失，甚至帶來新的消費者亦非不可想像。換句話說，SSNIP 在廣告依賴型雙邊市場應無漣漪效應。當然，不論是那一型之雙邊市場，此等雙邊連帶效果之強弱與相應之跨邊網路效應大小成正相關。

第二個挑戰來自替代產品之異質性。蓋雙邊市場任一邊游離使用者之主要替代產品，都不限於雙邊目標使用者均與原平臺顯著重疊的「同質平臺」，他方使用者屬性迥異之另類雙邊市場平臺（以下暫以「半同質平臺」稱之），甚或是以單邊市場型態提供之替代產品亦有可能。在媒介型雙邊市場，前者殊難想像，但後者卻不無可能。如不動產交易媒介平臺之用戶，不論買方或賣方，都有可能轉投專門協助買方或賣方之經紀服務。

廣告依賴型雙邊市場則頗為不同。當部分消費者因 SSNIP 之實施而出走時⁶⁷，部分廣告客戶雖可能有「跟進」之動機⁶⁸，卻未必能夠如願。蓋若消費者移往非廣告依賴型之平臺，或改買單邊市場型之產品，廣告客戶自無法尾隨。反之，若 SSNIP 導致部分廣告客戶流失，實為消費者所樂見，出走率應該為零，甚至可能吸引新的消費者。如果廣告業務流失之程度，大到足以讓該假設獨占者放棄漲價（否則 HMT 的

⁶⁷ 不論消費者原來是否必須付費，只要其必須負擔至少一部分之漲價幅度，其所面臨之價格即有所增加，而可能減少消費或參與。當然，除了本質上排斥多棲之平臺類型，通常只有少數消費者會選擇完全離開。

⁶⁸ 正如消費者從一個平臺「出走」不見得是完全捨棄一個平臺，以多數消費者為廣告對象之廣告客戶更難如此。此處之「跟進」通常是指依消費者遷移之動向調整廣告資源之分配。

任務已達，相關市場界定完成），則即應將接收最多出走廣告客戶之廣告通路（不論是另一類型雙邊市場或單邊市場型通路）納入市場界定。如此反覆測試所得之結果，有可能因雙邊替代產品性質完全不同，致難以單一相關市場視之。

舉例而言，如果初始產品市場設定為以廣告為主、讀者訂閱收入為輔之財經資訊平臺。經過若干 SSNIP 測試之後，被納入相關市場之產品固然很可能包括完全倚賴廣告收入、讀者／觀眾完全免費之財經資訊平臺，以及完全沒有廣告之訂閱式財經資訊產品，但即使尚包括倚賴廣告之汽車資訊平臺亦非不能想像。蓋若 SSNIP 受試平臺⁶⁹之廣告客戶包括汽車、珠寶或其他精品等高價商品之廠商，以事業有成的多金之士為主要廣告對象。從廣告客戶的角度，財經資訊平臺與汽車資訊平臺都只是其使用之眾多廣告通路之一，因其中一個實施 SSNIP 而調整廣告預算分配之可能性自然存在。

當然，以上假設情境如要實現，必須在 SSNIP 受試平臺，此類廣告因 SSNIP 而流失之比例夠顯著，足以令假設獨占者放棄漲價，而出走之廣告又以汽車資訊平臺為主要轉移對象，方屬可能。惟至少在理論上，此等可能性確實存在。若果發生，則所界定之相關市場不再是單一市場，而包括了各種財經資訊平臺（不論有無廣告）與有廣告之汽車資訊平臺。

以上說明也顯示，雙邊市場平臺所提供之產品與以傳統單邊市場模式提供者，確實可能互為競爭者。但在界定相關市場時，如果 HMT 的出發點是一雙邊市場平臺產品，SSNIP 之操作仍應以整個平臺之合理價格（水準）為基準。只是在考慮應納入同市場之替代性產品時，不以雙邊市場型態產品為限而已。將廣告依賴型雙邊市場加以切割，並單獨聚焦於消費者端，然後討論其收費為零應如何處理，恐無太大意義。

（四）最小市場原則之困境

除了 HMT 之操作更加困難外，數位經濟也為傳統市場界定方法裡的「最小市場原則」帶來考驗。蓋數位經濟既以創新為主要動能，且以跨生態系動態競爭為常態，事業購併之對象就經常不是核心市場（最小市場）內的直接競爭對手，而是在大場

⁶⁹ 此處所指為某一輪 SSNIP 測試之測試對象。若為第一輪 SSNIP 測試，即為初始產品市場（初始財經資訊平臺），否則即為前一輪 SSNIP 測試後，調整擴大之產品市場。

域競爭戰略思維下的關鍵標的；最常見的就是擁有關鍵技術、資訊（資料）或通路之事業。

結合審查機關堅守最小市場原則的後果，就是這些結合案都被歸類為非水平結合，且通常屬傳統上管制密度最低的「多角結合」，因而輕易過關。如 Google-DoubleClick 結合案⁷⁰與 Facebook-Instagram 結合案⁷¹，皆為著例；後者甚至在歐盟完全未受檢驗。惟若問題僅止於此，則只要強化對非水平（尤其是多角）結合之審查便可，尚稱不上「困境」。堅守最小市場原則的真正代價，恐怕是難以認清市場角力的真實場域。

界定「相關」（relevant）市場的真正目的，在於協助辨明可能受系爭結合事件顯著影響的市場，為後續審查作業設定工作範圍。若發現兩個以上參與結合事業均在同一場域活動，則對該市場之競爭造成傷害之嫌疑便大增，應小心把關。若各參與結合事業分別在不同場域出沒，則進一步檢查兩個場域是否重疊（上下游關係）。若是，則有少數競爭疑慮需要釐清，否則競爭疑慮更低，需要的檢查項目更少。假設只有兩個事業參與結合，且各只有一個產品，則不管審查密度如何，我們關心的只有被界定出來的那一（水平）或兩（非水平）個市場。這就是傳統的結合審查邏輯。

如今既然跨生態系動態競爭已成數位市場競爭之主流，即使我們克服了本節前述種種困難，成功地執行了 HMT，得到兩個通過測試的最小市場，分別只有一個事業參與其中。再順著前段所述之邏輯，發現兩個市場無上下游關係，本應低度審查，只因涉及數位市場而決定加強審查，恐怕不知如何加強。蓋若我們不肯後退一步重新審視，執意固守已知的兩個最小市場，則見樹不見林的問題將難以克服，也就永遠看不到真正該看到的「戰場」。最小市場原則的真正「困境」恐在於此。

四、結合審查之挑戰

結合管制從欲進行結合事業提出申報開始。審查機關於受理後，先界定相關市場，隨即進入實質之審查。主要檢視目前市場結構之健康狀態（通常以市場集中度為主要指標），接著審視結合可能帶來之競爭傷害，包括結合後事業單獨即可實現之反競爭行為，與因是項結合而更可能發生之聯合行為。如果市場結構不夠健康，

⁷⁰ 參見王明禮主持，前揭註 11，35-50。

⁷¹ 同上註，73-74。

可預見之競爭傷害又不可忽視，即接著看是否有足以抵消該等傷害之潛在參進；若否，則須進一步斟酌結合可能帶來之正面效益⁷²。如今數位平臺經濟對每一個審查步驟都帶來或大或小的挑戰。以下分別加以檢討。

（一）結合申報門檻問題

歐盟與美國的結合申報門檻於近年遭致若干批評⁷³。歐盟之經濟實力與近年在競爭法執法上之積極度，使歐盟儼然成了當代全球競爭秩序的重要守門人。但其結合申報之門檻包含了兩個申請結合事業都必須達到之門檻，以致於只要被購併之公司規模沒有太大，即使另一方是超大型企業，也可以躲過審查⁷⁴。另一方面，美國之門檻以交易金額為主。由於 GAFAM 等超大平臺經常購併尚未成氣候之新創事業，若交易金額不大即無須申報。

傳統上，這不是太大的問題。因為即使是一般認為競爭疑慮最高之水平結合，大公司併小公司通常被認為對市場結構影響有限（結合前後市場集中度變化不大），帶來顯著反競爭效果之可能性不高。但在數位經濟裡，此一「漏洞」似乎正方便 GAFAM 等巨人大肆蒐購、甚至實施殺手購併，檢討之聲浪因此而起。

我國法之結合審查門檻以市場占有率（下稱市占率）為主、事業規模（以銷售金額為準）為輔，且只要參與結合事業其中一個達到法定門檻即應申報，原無前述之困擾⁷⁵。但若依本文之建議，採用較彈性之方式界定相關市場，則現行公平交易法（下稱公平法）第 11 條第 1 項第 1、2 款以市占率為標準之申報門檻，就可能發生困擾，而有配合調整之必要。

⁷² See HMG, *supra* note 55. 其他另有若干較次要之審酌事項，此暫忽略不論。

⁷³ See, e.g., Kalpana Tyagi, *Promoting Competition in Innovation Through Merger Control in the ICT Sector: A Comparative and Interdisciplinary Study*, 1st ed., Springer, 174-180 (2019).

⁷⁴ 事實上，歐盟另設有會員國移送的安全瓣機制，所以問題其實不大。參見王明禮主持，前揭註 11，126-132。

⁷⁵ 我國之規範方式，或有必須先界定相關市場之困擾，又或因「門檻過低」而有擾民之嫌。然因與本文論述之焦點無關，茲不贅。

（二）市場集中度之計算

相關市場一旦界定完成，通常緊接著考察市場集中度，以為相關市場市場結構健康與否的指標。此一步驟又分為兩階段：首先必須盤點市場參與者，包含既有參與者與所謂「快速參進者」（rapid entrants）；接著估算所有參與者或市場領導者（而不是只有申請結合事業）之市占率，以計算相關市場於結合前後之集中度⁷⁶。

對數位平臺市場而言，除了同質平臺外，尚需考慮半同質平臺及傳統單邊市場型態之事業。且因範疇經濟之影響，快速參進之可能對象較傳統產業來得多，盤點起來也許要多花一點功夫。實際情形得視所界定之相關市場為何而有所不同，自不待言。

傳統上，集中度之衡量以 Herfindahl-Hirschman Index (HHI) 之計算為主要方法⁷⁷。惟此方法已於近年受到不少批評⁷⁸。尤其市場集中度以相關市場界定完成為前提，而數位平臺市場有時卻在相關市場界定上發生困難。既然市場集中度計算之主要目的在於衡量相關市場之健康狀態，以為進一步考慮結合之可能影響。若能就後者直接進行檢驗，則未必需要計算市場集中度⁷⁹。

（三）競爭影響評估

競爭影響評估，傳統上以市場價格之可能變化為焦點。畢竟，產品價格與消費者福利息息相關；此點在平臺經濟的世界並無改變。惟雙邊市場價格結構可變之特性，意味著即使總價格不變，各邊使用者所面對的價格仍可能發生變動。反面言之，則即使某平臺對一邊的使用者漲價，也未必代表其有恣意提高整個平臺價格水準的能力。

其次，有不少平臺在一般消費者端的收費為零，價格調整常是透過服務項目之內容與組合的變化來進行，且經常不是單一方向的調整，故有時並不容易簡單地以

⁷⁶ See HMG, *supra* note 55, at 15-19.

⁷⁷ See *id.* at 18-19.

⁷⁸ See Kurt R. Brekke, “Measuring Market Power in Multi-Sided Markets,” in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, OECD Competition Committee, 87, 88-89 (2018).

⁷⁹ See *id.* at 89-96. See also Louis Kaplow, “Why (Ever) Define Markets?,” *124(2) Harvard Law Review*, 437 (2010) (on the relationship between market definition and market power assessment).

「漲價」視之。再者，平臺服務的多元性意味著平臺可以藉由服務項目的排列組合進行差別取價。平臺在價格結構上之彈性，也因而有了更多選項。總之，傳統競爭影響評估裡對結合可能之負面競爭效果，主要看的是結合後事業是不是可能單獨抬價，或增加聯合抬價的可能性。對平臺經濟而言，如果是項評估要有意義，必須考慮整個平臺價格水準上漲的可能性，但因雙邊市場價格結構的多元性，此項工作將變得極為困難。

所幸經濟學界對此已取得重要之突破。透過價格上漲壓力（upward pricing pressure, UPP）或總價格上漲壓力指數（gross upward pricing pressure index, GUPPI）之計算，或可估計產品在結合發生後價格上漲之可能性⁸⁰。雖然此類方法均各有其適用之條件與侷限⁸¹，但總是好的開始。

數位經濟帶來之挑戰卻不僅止於此。更重要的是，一旦著眼於較大的市場格局與生態系間的競爭，則我們面對的將是多元異質的產品；任何單一產品之價格經常沒有特別的意義，個別產品的價格操控能力也將不再是最重要的考量。更何況，在生態系競爭的世界裡，平臺的著眼點在長遠的利益，即使有價格面的考量，也未必計較立即可實現的價格利益。尤其超大型平臺業者已在核心市場取得接近獨占之地位，並已收取相當的獨占租，毋需藉購併取得進一步抬價的能力。

由此可知，GAFAM 等購併行動的著眼點，通常在競爭關鍵資源之爭奪，如資料（含個資）、技術與通路等。此類結合自然通常不是傳統意義的水平結合，對競爭可能造成的負面影響也比較不會是短期內漲價的可能性，而是市場封鎖、創新障礙、消費者選擇減少或其他市場力濫用之行為。此等可能性原就在結合管制機關的審酌項目中，只是和價格相關效果之評估相較，評估的經驗與成熟度較為欠缺。

從數位經濟巨人的發展歷程來看，反競爭行為也很少在結合後的短時間內發生，因為是項購併只是他們大戰略裡的一步棋而已。外人縱有棋譜在手，也未必能具體評估個別招式之影響；更何況任何平臺的整體戰略布局皆屬企業的最高機密，外人等閒難以一窺堂奧。再加上科技、市場面之變化快速，在在使得單一結合事件之競爭影響評估困難倍增。

⁸⁰ See Brekke, *supra* note 78, at 89-96.

⁸¹ See *id.*

(四) 競爭參進可能性評估

所謂競爭參進可能性評估，主要在於對已然確定負面競爭效益不可忽略之結合案，探查其反競爭效果被新進競爭所抵消之可能性。數位經濟時代，是項評估之主要困難在於必須同時考慮多個不同之市場進入角度。對以雙邊市場為主要事業型態之平臺業者而言，其所面對的競爭者，除了同質平臺外，可能尚包括半同質平臺及非平臺事業。在搜羅潛在競爭者時，自然必須慮及以任何一種型態參與相關市場之可能性。換句話說，管制者必須採用角度較大、射程較遠之探測雷達。

比較大的問題，在於潛在競爭者既有多重進入市場之角度，其實質參進可能性與參進強度（促進競爭效益）之評估將更為棘手。舉例而言，Google 與 Facebook 都是倚賴網路廣告為主要收入之平臺，但其平臺各自之另一邊使用者卻不相同。其他同樣以網路廣告收入為主之平臺，其另一邊使用者很可能又與 Google 及 Facebook 均迥異。換句話說，搶食網路廣告大餅者眾，彼此卻非完全同質。每一個半同質平臺加入市場，對 Google 與 Facebook 勢必產生一定程度之競爭壓力。但此壓力之大小，勢必與各平臺消費者端同質性高低及價格結構策略有關。而廣告依賴型平臺之價格策略，又往往必須視消費者端之特性而定。目標消費者不同，平臺兩個使用族群間之跨邊網路效應曲線即可能有所不同，適合之價格結構選項乃至最佳價格結構均將隨之不同。

尤其是，潛在參進者若僅有意經營廣告通路，則未必選擇雙邊市場平臺為其事業經營模式，傳統廣告通路也是可能的選項。不論其選擇為何，只要其進入網路廣告通路市場，即對 Google/Facebook 產生一定競爭壓力，但影響程度之評估，卻會因其最後選擇之事業經營模式而有差異，為此處之潛在參進影響評估平添變數。

如果再考慮平臺經濟的另一重要特色：跨生態系動態競爭，則管制者尚得考慮目前完全未參與此市場，也未有立即之參進計畫，但卻不能排除未來擴張進入相關市場之其他重量級平臺業者。在傳統之結合管制潛在競爭分析裡，由於必須衡量潛在參進之及時性與充分性，通常只能考慮相對短期內可能實現之市場參進力量。但平臺經濟時代跨生態系競爭之主要特性，卻是各集團間複雜的動態賽局。除了各有各的短、中、長期發展策略規劃，又隨時視其他集團之行動不斷調整自身策略。

誠然，凡有永續發展企圖心之事業，無不經常眼觀四面、耳聽八方，並經常因應產業情勢之變化而調整其經營策略，非獨數位平臺如此。不同的是，平臺經濟巨人競爭的場域更大，在範疇經濟之加持下選項更多，因此必須看得更廣、更遠。以全自動駕駛運輸工具為例，目前市場領導者為 Tesla，但至少已知有三個平臺巨人（Apple、Google 與 Amazon）均以有一定程度之布局，Tesla 也將彼等視為假想敵。面對此等發展，平臺經濟時代之結合管制，勢必得在潛在競爭參進力量評估之周延性與準確性上有所取捨。

（五）結合效益評估

對結合審查而言，結合效益之評估原則上屬審查後半段之作業項目。蓋基於對人民營業自由之尊重，對於沒有負面外部性之結合，不論是否有正面效益，實無阻止之必要⁸²。如果確有認真審酌之必要，代表是項結合事件對市場競爭實有難以忽略之威脅。因而我們不得不進一步衡量結合可能帶來之正面效益，再看功是否足以抵過。

對傳統單邊市場，結合效益之審查集中在供給面效率之提升，如生產效率、研發能量等等⁸³。但對平臺經濟而言，除了供給面效益外，結合尚可能帶來需求面之效益。蓋網路效應的存在，意謂著平臺規模之擴大，尤其是在標準的水平結合，也就是完全同性質之平臺進行結合時，幾乎必然有直接歸屬於平臺使用者之正面經濟效益。此等效益，可能比供給面之效益更快實現。當業者提出結合申請時，也勢必會極力吹捧結合可能帶來之網路效應。欲正確解析此等效益之強度，有賴對該類平臺網路效應曲線之有效掌握，自非易事。

雖然網路效應在本質上應直接歸屬於平臺之使用者，但平臺可以通過價格之調整，將所增加之效益納歸己有。尤其在雙邊市場，平臺進行價格調整的武器多了價格結構之選項，操弄空間非傳統單邊市場產業可比。如果平臺使用者包含一般消費者，對彼等福利之侵蝕自最容易吸引輿論與審查機關之注意，但平臺透過價格結構之操弄壓縮非消費者端使用者福利之可能性，也不能忽略。尤其如果因此發生劣幣驅逐良幣的現象（如劣質貨進口商取代優質本國供應商），恐將得不償失。同理，

⁸² 我國公平法第 13 條第 1 項規定，結合若「對整體經濟利益大於限制競爭之不利益者」，不得禁止。所以公平會對結合事件作為實質決定者，均需就結合之正面效益加以論述。但對顯然無限制競爭之不利益者，其正面效益可以輕鬆帶過，如今更可以用不加以挑戰之方式允許其進行。

⁸³ See, e.g., HMG, *supra* note 55, at §10.

在半同質平臺結合之情形，三邊使用者之福利消長應一併留意。例如，兩個廣告依賴型平臺之結合，對廣告商之吸引力一定有所增加，但對兩個平臺原有之消費者卻未必如此。

如果平臺侵蝕使用者福利之可能作為，超越了單純價格調整，而已達到提高價格水準（也就是漲價）的程度，那就屬不折不扣之競爭傷害，在結合審查前階段（競爭影響評估階段）即應受到檢視。由此可見，對涉及數位平臺之結合審查，正負面之評估有一定之運動關係。因網路效應而生之結合效益越高，將給平臺更大的漲價誘因與有效漲價的實力，蓋只要平臺保留部分新增之效益給平臺用戶，則即使漲價仍有可能不流失客戶。利弊之間如何衡量，將是管制者無可推諉又毫不令人羨慕的任務。所幸，縱使允許結合，也可以考慮運用附款，防免平臺藉價格調整過度侵吞平臺使用者之福利。

（六）附款執行面之挑戰

今天的競爭法早已脫離產業結構決定論的時代。特定結合行為究竟是否會對相關市場之競爭造成傷害，如果有的話其可能傷害程度有多大，有時必須視參與結合事業於結合後之行止而定。當結合對競爭之正負影響難定時，基於對人民事業發展自由之尊重，允許其結合，但以附款減少其對相關市場競爭之可能傷害，通常是最適當之處置方式。

依我國行政法理論與行政程序法之規定，附款大體上可分條件與負擔兩大類。條件屬「事前」之要求，必須成就方允許結合之進行，而成就與否原則上由競爭主管機關認定，無庸擔心申請結合事業拒絕履行或怠惰。但從歐美的經驗看來，涉及大型網路平臺之結合案，常通過「負擔」（也就是要求結合後必須或不得為特定之行為）來調和反競爭疑慮。此時，若當事人事後違背附款之要求，應如何處理？此一問題，於 Facebook 違背之前的承諾，將旗下 Facebook、Instagram 與 WhatsApp 等平臺之使用者資料整合之後，立刻成為競爭法學界與實務界的熱門議題。

在抽象的層次，此一問題並不特別困難處理。行政程序法對於附款之違反，已有基本之規定。原則上，可以構成撤銷原處分之事由⁸⁴。其次，主管機關也可以預先在附款裡加上違反之罰則，以為嚇阻。即使沒有預立之罰則，由於負擔之課予都是

⁸⁴ 行政程序法第 123 條第 3 款參照。

為了預防結合後事業濫用市場力，所以負擔之違反通常也代表有某種反競爭之行為，可以獨立依公平法加以處罰。

Facebook 之違規行為，卻暴露了幾個問題。對結合申請案而言，撤銷原處分等於禁止結合。對於已經完成之結合，即等於必須強制當事人進行事業分割，影響不可謂不巨。一旦發生訴訟，未必能通過比例原則之檢驗。2021 年 6 月間美國 D.C. 聯邦地方法院即以結合完成已久，強行拆解不合理為由，初步駁回了 FTC 對 Facebook 之訴訟⁸⁵。其次，即使將該公司強制拆解，也未必能弭平其行為已經造成之損害。Facebook 違背承諾而將原 Instagram 與 WhatsApp 之用戶資料與 Facebook 之用戶資料加以整合，此一事實即使我們能強行將該事業拆解成原來的三個事業，也難以改變。最後一個問題，與非競爭因素之考量有關，請見下一小節之討論。

當然，如果撤銷原處分而將結合後之公司強制拆解，或課予鉅額之罰款，對該事業與其他事業都是強烈的警訊。對於負擔之違反自有一定的嚇阻作用，不會全無效益。本文只是提出可能的問題，而無意建議結合審查機關放棄負擔之使用。

（七）非競爭法因素之考量

GAFAM 等數位經濟巨人之所以受到越來越多、且越來越強的批判，不只因為他們大到令人生畏，也不只因為他們的許多競爭手段有妨害公平競爭之疑慮，還包括許多與競爭行為、競爭秩序無關之因素。例如，Facebook、Twitter 等即為了政治言論、假消息控制之問題，在美國得罪了許多政治團體與政治人物⁸⁶。Apple 和 Amazon 一直有逃稅與勞動權方面之爭議⁸⁷。Google 旗下的 Youtube 和許多社群平臺則始終有著作權方面的困擾。惟最常被提及的，大概非消費者個資保護問題莫屬。這不僅因許多數位平臺都是大量消費者個資的蒐集者，而有侵害隱私的疑慮，也因資料（含個資）原為數位經濟重要的競爭要素，大量個資之蒐集與控制確有潛在競爭疑慮。

⁸⁵ FTC 已於同年 10 月間重新提起訴訟；詳見王明禮主持，前揭註 11，第三章。目前訴訟仍在進行中；Cecilia Kang, “A Facebook Antitrust Suit Can Move Forward, a Judge Says, in a Win for the F.T.C.,” *New York Times* (2022/1/11), <https://www.nytimes.com/2022/01/11/technology/facebook-antitrust-ftc.html>, last visited on date: 2023/3/12.

⁸⁶ 參見王明禮主持，前揭註 11，32-34。

⁸⁷ See, e.g., Editorial Board, “‘A’ Is for Avoidance,” *New York Times*, SR10 (2013/5/25).

再加上若干國家的競爭主管機關也有消費者保護之職權（如美國與澳洲），更使得個資保護與競爭秩序保護經常被同場議論。

以上種種問題，分別是不同的法律的管轄範疇，原與競爭法無涉。但近年來要求競爭主管機關於事業結合審查時併同考慮其他法益之呼聲甚囂塵上；歐盟甚至有呼聲，要求將對永續發展之影響列入結合審查之項目⁸⁸。其著眼點在於，若一結合行為將對其他重要法益造成顯著傷害或威脅，縱使對競爭秩序不會造成危害，仍應加以阻止。惟以競爭主管機關之專業，能否勝任非競爭法益侵害或威脅之評估，實大有疑問。

縱勉力為之，一旦認為系爭結合對某一非競爭法益有負面影響，如何處理也是一大難題。蓋結合管制屬高度干涉人民自由的事前審查。除非另有（合憲的）法律授權，將原僅有事後懲罰規定之法規範，在只是有違反可能性的前提下禁止事業的結合，在程序正當性甚至合憲性上都疑慮難免。如果不禁止其結合，而是以負擔的方式課予一定義務，仍不免「合目的性」方面之疑慮。再從 Facebook 案也可以看出，如果所課予之負擔不完全是（甚至主要不是）為了競爭秩序之維護，而是其他（如消費者隱私保護）之理由，則是項負擔之違反也就不必然構成反競爭行為，未必能依競爭法規加以處罰（也許能依其他法規加以處罰，自不待言）。

本文以為，若一結合事件對其他法益之傷害或威脅可轉化為足夠具體的競爭利益，則結合審查機關自能（也應）納入結合影響評估之中，否則仍以避免為宜。尤其我國公平會資源有限，更非消費者保護主要主管機關，更是如此。

五、初步建議——代結論

由前面的分析可知，數位平臺經濟的確對結合管制帶來重重挑戰。因應之道，卻恐有待更多、更進一步之研究，方能有成。本文不揣簡陋，謹此提出若干初步建議如下，但求多少有若干拋磚引玉之效。

⁸⁸ See, e.g., Simon Holmes, “Climate Change, Sustainability, and Competition Law,” *8(2) Journal of Antitrust Enforcement*, 354, 389-393 (2020).

（一）檢視範圍彈性化

1. 相關市場界定

面對相關市場界定之種種挑戰，本文認為最好的因應之道，是放棄對最小市場原則之堅持，改用比較彈性的方式來界定相關市場⁸⁹。HMT 最大的優點，就是它提供一個相對「科學」的方法來界定出最小的相關市場。一旦不再強求最小市場原則，自無使用 HMT 的絕對必要。適合則用，但不強求。找到通過 HMT 之最小市場後，也不要太快地就以其為唯一之相關市場，而應併同考量較其範圍更廣泛之市場（尤其是產品市場）。

傳統上，不論是學術討論或管制實務，尤其在與結合審查無關之議題上，其實本來就常跳脫 HMT，不求絕對精確之相關市場界定，只求所界定之市場對問題之解決夠用即可。此種態度，在結合管制上其實也未嘗不可。只是如此一樣，水平與非水平結合間的界限勢必模糊化，審查標準選擇之困擾隨之而起。惟傳統上通常依是否涉及水平結合而異其審查標準，主要是因水平結合對競爭之威脅最大，理應受較嚴格之檢驗。既然數位平臺市場最重要的競爭場域原即未必是狹義的「水平」市場（即「最小市場」），過度強調水平／非水平之區別並無實益。重點應在於審查事項與標準的適切性。

美國 2020 年改版之垂直結合規範指引（Vertical Merger Guidelines）裡所提及之「斜角」（diagonal）結合，也許是個好的啟發⁹⁰。其所指為既非水平亦非垂直結合，但申請結合事業彼此間所處之產業鏈互有競爭關係。換句話說，它考慮到了跨生態系之結合型態⁹¹。此等「斜跨」不同產業鏈與不同產銷階層之結合型態，其在競爭上之重要性，也得從生態系競爭的角度才得以有效觀察。而不論將其視為水平或非水

⁸⁹ 另一可能性是繼續堅守最小市場原則，但強化非水平結合之審查，惟此法恐只有治標之效果，終究難脫見樹不見林、看不到真正「戰場」所在的困境；參見前揭第三、（四）小節之討論。

⁹⁰ See U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Vertical Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, 9-10 (2020). 該規範指引在新的 FTC 主委上任後，以不夠嚴謹為由撤回，但其理由與本處之討論無關。由於僅 FTC 撤回，目前該規範指引在 DOJ 仍屬有效；U.S. Department of Justice, Press Release, “Justice Department Issues Statement on the Vertical Merger Guidelines,” (2021/9/15), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-issues-statement-vertical-merger-guidelines>, last visited on date: 2023/3/12.

⁹¹ 參見王明禮主持，前揭註 11，73-74。

平結合，也不論將來結合規範指引是否會因此而進一步拆分、整合或重新排列組合，需要掌握的都是受該結合影響最深之市場範圍，並找到評估可能影響的適當方法。傳統上水平、垂直乃至多角結合審查時之重點，可能是好的出發點，但面對數位時代的大範圍動態競爭，發展出更適合之影響評估方法，恐是結合管制機關與競爭法學界難以迴避之課題。

2. 市場集中度標準之調整

不再堅守最小市場原則，代表市占率、市場集中度甚或市場結構在結合競爭影響評估一事上的重要性必須跟著調降。最小市場原則之主要作用就是為了放大檢視申請結合事業之市場力，以及突顯一個結合事件對市場集中度之影響。一旦採取較大之相關市場界定，所有市場參與者（含各申請結合事業與其結合後之存續事業）之市占率勢必下降，市場集中度也會隨之降低。如果結合管制者本來倚賴特定之臨界值，來區分不同等級之市場集中度⁹²，則這些臨界值將不再可靠。

簡言之，我們不再能僅依簡單的公式概估市場的競爭強度，必須綜合相關市場大小及其他市場特性來判斷⁹³。至少在短期內，以保持彈性為上策。在條件允許時，越過此一步驟，透過更新之經濟學方法如 UPP 或 GUPPI 之計算等，直接進行對結合之可能影響進行檢驗，也是值得努力的方向。

3. 申報門檻之調整

如前所述，相關市場界定之彈性化有其副作用，就是我國現行以市占率為主之申報門檻將造成困擾。修改申報門檻，就成了必要之配套措施。可以改以金額為主，或如若干北歐國家授權主管機關主動要求申報⁹⁴。如果主要的目的在防堵數位巨人的擴張，如歐盟 DMA 般對彼等課予特別申報要求，也是可行之辦法⁹⁵。

⁹² See HMG, *supra* note 55, at 18-19.

⁹³ 我國《公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則》原就不像美國在規範指引對此明確表態，調整上相對容易。

⁹⁴ 參見王明禮主持，前揭註 11，127-128。

⁹⁵ See Digital Markets Act, Art. 14.

（二）審查量能提升

數位平臺之市場特性、競爭要素與競爭態勢均與傳統產業不同，視結合參與者之屬性，可能受影響之相關市場也有各種可能性，主管機關進行結合審查時，必須考慮之因素自與傳統產業大有不同。換言之，操作手冊恐怕需要更新。只是相關的學術研究尚在開展之中，他國實務也仍在摸索。且以我國國內市場之規模與數位平臺全球競爭之特性，我國非但現今少有處理數位平臺獨占或結合之經驗，將來機會可能也不多。此是幸也是不幸。幸運的是，本研究所提諸多挑戰，對我國來說可能並不迫切（至少和歐美相較）。不幸的是，邊做邊學的機會將較缺乏。除了持續關注相關學術與國際實務發展，以下事項應值得開始著手準備。

1. 價格結構類型化

從前面的討論可知，平臺在價格結構上有多元的選擇，以致於在結合審查上，不論是相關市場界定還是結合影響評估，都較以往更加困難。如今我們已經初步瞭解數位經濟中常見之平臺類型，如果能進一步透過市場資料之蒐集與累積，逐漸掌握彼等常用之價格結構，對審查之效率將大有幫助。

2. 強化非價格因素評估量能

既然在跨生態系動態競爭的世界，價格利益常不是併購行動之主要重點，競爭影響評估的重心也就應該從結合對價格的影響，移往關鍵資源的控制力與其他濫用市場力的可能性⁹⁶。在競爭關鍵資源方面，首應注意的為網路關鍵設施、資料（含個資）、資本與技術。其中真正具有壟斷性風險的仍是網路關鍵設施，因為資源有限、國家管制（人為市場進入障礙）仍在，而網路中立性之要求已大幅下降。因此，如果任一 GAFAM 公司有意購併大型通訊服務業者，都應受到最嚴格的檢驗。至於資料（含個資）、資本與技術，大型平臺業者固然在現有資源與新資源取得上均有不可輕忽之優勢，卻難以阻絕其他業者對此等資源之近用，所以也不宜過度誇大其重要性。

⁹⁶ See OECD, *OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age*, OECD Competition Committee, 34-35 (2022).

在排它性行為方面，殺手購併雖於近年普受關注，卻未必值得過度費心。因為一項結合行為究竟是出於正當的動機，抑或其實是以消滅潛在競爭者為目的，事前不僅外人不易得知，連被購併之對象也未必知曉；學界討論多屬事後諸葛。更何況，超大平臺的購併策略往往需要較長的時間觀察，才明其戰略意圖。再者，被購併可能是新創事業的本來目標，縱加阻止也未必帶來實質競爭⁹⁷。易言之，如何正確看待此類結合，尚有待進一步之研究。

更有意義的，可能是對各種非傳統水平結合之結合樣態加以類型化。配合產業經濟學界對數位經濟之競爭模式越來越深入之瞭解，包括其競爭策略、可能之反競爭行為模式與相應之負面效益，以及市場自我矯正之可能性等等⁹⁸，整理出各類型結合之主要作用，從而發展出何種結合、在何種市場（或其他條件）可能之競爭妨礙樣態，藉以逐步建立非價格競爭影響評估之評估指標。此外，非傳統競爭法益如隱私權等，在何種條件下應該被承認為具體的競爭利益，對彼等之威脅或傷害，又如何與其他競爭法益同場比較與衡量等等，也都有待逐步建立評估之方法。

（三）結構管制角色檢討

競爭管制近年來重新聚焦於市場結構與結合管制，相當程度出於對行為管制效果不彰之反動。然如果數位經濟與傳統產業之市場特性與競爭要素皆不同，又若數位市場已經成為以跨生態系動態競爭為主軸之世界，則其市場結構應如何理解，以及市場結構與競爭強度之關係，顯然不能再用傳統產業一樣的標準來衡量。結合審查屬事前管制，在尚有如此多未知數的當下，自以謹慎為宜。

全球主要結合管制機關，前此對數位世界的眾多結合案例多所放任，即使主導者是 GAFAM 等巨人也不例外，何嘗不是（部分）出於謹慎。看在急於牽制 GAFAM 等數位巨人者眼中，卻是緩不濟急。然而若對數位市場結構與競爭生態之關係尚不明瞭時即針對特定個案倉惶出手，卻又難免恣意之譏。是否確有競爭促進之功，一時之間更屬難斷。結構管制乃至結合管制在數位經濟競爭秩序之維持上，究「應」或「能」扮演何等角色，實有待持續之討論與釐清。

⁹⁷ 詳前揭第二、（三）小節之討論。

⁹⁸ See, e.g., Stigler Center Report, *supra* note 20, at 80-81.

參考文獻

中文部分

- 王明禮，「網路時代之薦證廣告與其管制」，東吳法律學報，第 28 卷第 4 期（2017）。
- 王明禮主持，數位市場與結合管制，公平交易委員會 110 年委託研究報告（2021）。
- 胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司（2019）。
- 陳志民主持，支付系統與競爭，公平交易委員會 107 年委託研究報告（2018）。
- 陳志民，「支付系統競爭議題及規範架構之建立」，公平交易季刊，第 27 卷第 3 期（2019）。
- 廖義男主持，公平交易法國內重要案例之評析——以獨占及其他（非聯合）限制競爭行為為中心，公平交易委員會 109 年委託研究報告（2020）。
- 顏雅倫，「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，第 13 卷第 1 期（2016）。

外文部分

- Argentesi, Elena, Buccirosi, Paolo, Calvano, Emilio, Duso, Tomaso, Marrazzo, Alessia & Nava, Salvatore, “Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment,” 17(1) Journal of Competition Law & Economics (2021).
- Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, Competition Law and Data, Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt (2016).
- Bajari, Patrick, Chernozhukov, Victor, Hortaçsu, Ali & Suzuki, Junichi, “The Impact of Big Data on Firm Performance: An Empirical Investigation,” 109 AEA Papers and Proceedings (2019).
- Banerji, A. & Dutta, Bhaskar, “Local Network Externalities and Market Segmentation,” 27(5) International Journal of Industrial Organization (2009).
- Bourreau, Marc & Gaudin, Germain, “Streaming Platform and Strategic Recommendation Bias,” 31(1) Journal of Economics & Management Strategy (2022).

- Brekke, Kurt R., “Measuring Market Power in Multi-Sided Markets,” in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, OECD Competition Committee (2018).
- Calvano, Emilio & Polo, Michele, “Strategic Differentiation by Business Models: Free-to-Air and Pay-TV,” *130(625) The Economic Journal* (2020).
- Calvano, Emilio & Polo, Michele, “Market Power, Competition and Innovation in Digital Markets: A Survey,” *54 Information Economics and Policy*, Article 100853 (2021), <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100853>.
- Charan, Ram & Willigan, Geri, *Rethinking Competitive Advantage: New Rules for the Digital Age*, 1st ed., Currency (2021).
- Committee on the Judiciary, 117th Cong., *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations*, U.S. Government Publishing Office (2022).
- de Cornière, Alexandre & Taylor, Greg, “Data and Competition: A Simple Framework with Applications to Mergers and Market Structure,” *DP14446 CEPR Discussion Paper* (2020), <https://ssrn.com/abstract=3547379>.
- Denicolò, Vincenzo & Polo, Michele, “Duplicative Research, Mergers and Innovation,” *166 Economics Letters* (2018).
- Etro, Federico, *Competition, Innovation, and Antitrust: A Theory of Market Leaders and Its Policy Implications*, 1st ed., Springer (2007).
- European Commission, *Support Study Accompanying the Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law: Final Report*, Publications Office of the European Union (2021), <https://data.europa.eu/doi/10.2763/46075>.
- Evans, David S., “The Antitrust Economics of Two-Sided Markets,” *SSRN Paper* (2002), <https://ssrn.com/abstract=332022>.
- Evans, David S., “The Antitrust Economics of Multi-sided Platform Markets,” *20 Yale Journal on Regulation* (2003).

- Evans, David S. & Schmalensee, Richard, *Antitrust Analysis of Platform Markets: Why the Supreme Court Got It Right in American Express*, 1st ed., Competition Policy International (2019) (ebook).
- Fast, Victoria, Schnurr, Daniel & Wohlfarth, Michael, “Regulation of Data-driven Market Power in the Digital Economy: Business Value Creation and Competitive Advantages from Big Data,” *SSRN Paper* (2022), <https://ssrn.com/abstract=3759664>.
- Federico, Giulio, Langus, Gregor & Valletti, Tommaso, “Horizontal Mergers and Product Innovation,” *59 International Journal of Industrial Organization* (2018).
- Filistrucchi, Lapo, “Market Definition in Multi-Sided Markets,” in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, OECD Competition Committee (2018).
- Fukuyama, Francis, Richman, Barak, Goel, Ashish, Katz, Roberta R., Melamed, A. Douglas & Schaake, Marietje, *Report of the Working Group on Platform Scale*, Stanford Cyber Policy Center & Stanford Center on Philanthropy and Civil Society (2020).
- Gilbert, Richard & Newbery, David M., “Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly,” *72(3) American Economic Review* (1982).
- Hanley, Daniel A., “A Topology of Multisided Digital Platforms,” *19(2) Connecticut Public Interest Law Journal* (2020).
- Holmes, Simon, “Climate Change, Sustainability, and Competition Law,” *8(2) Journal of Antitrust Enforcement* (2020).
- Hovenkamp, Herbert, “Antitrust and Platform Monopoly,” *130 Yale Law Journal* (2021).
- Jullien, Bruno, “Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer,” *3(4) American Economic Journal: Microeconomics* (2011).
- Jullien, Bruno & Sand-Zantman, Wilfried, “The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy,” *54 Information Economics and Policy*, Article 100880 (2021), <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100880>.
- Kamepalli, Sai Krishna, Rajan, Raghuram G. & Zingales, Luigi, “Kill Zone,” *SSRN Paper* (2021), <https://ssrn.com/abstract=3555915>.
- Kamien, Morton I. & Tauman, Yair, “Fees Versus Royalties and the Private Value of a Patent,” *101(3) Quarterly Journal of Economics* (1986).

- Kaplow, Louis, “Why (Ever) Define Markets?,” *124(2) Harvard Law Review* (2010).
- Khan, Lina M., “Sources of Tech Platform Power,” *2 Georgetown Law Technology Review* (2018).
- Lam, Wing Man Wynne, “Switching costs in two-sided markets,” *65(1) Journal of Industrial Economics* (2017).
- Lam, Wing Man Wynne & Liu, Xingyi, “Does Data Portability Facilitate Entry?,” *69 International Journal of Industrial Organization*, Article 102564 (2020).
- Lambrecht, Anja & Tucker, Catherine E., “Can Big Data Protect a Firm from Competition?,” *Winter-2017-1(1) Antitrust Chronicle* (2017).
- Newman, John M., “Antitrust in Zero-Price Markets: Applications,” *94 Washington University Law Review* (2016).
- OECD, *OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age*, OECD Competition Committee (2022).
- Petit, Nicolas, *Big Tech and the Digital Economy: The Mologopoly Scenario*, 1st ed., Oxford University Press (2020).
- Pike, Chris, “Introduction and Key Findings,” in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, OECD Competition Committee (2018).
- Prat, Andrea & Valletti, Tommaso, “Attention Oligopoly,” *14(3) American Economic Journal: Microeconomics* (2022).
- Rasmusen, Eric, “Entry for Buyout,” *36(3) Journal of Industrial Economics* (1988).
- Robertson, Viktoria H S E, *Competition Law’s Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, 1st ed., Hart Publishing (2020).
- Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean, “Platform Competition in Two-Sided Markets,” *1(4) Journal of the European Economic Association* (2003).
- Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean, “Two-Sided Markets: A Progress Report,” *37(3) RAND Journal of Economics* (2006).
- Rubinfeld, Daniel L. & Gal, Michal S., “Access Barriers to Big Data,” *59 Arizona Law Review* (2017).

- Schaefer, Maximilian, Sapi, Geza & Lorincz, Szabolcs, “The Effect of Big Data on Recommendation Quality: The Example of Internet Search,” *284 DICE Discussion Paper* (2018), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3149323>.
- Stigler Center for the Study of the Economy and the State at Chicago Booth, *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, Stigler Center for the Study of the Economy and the State at Chicago Booth (2019).
- Stucke, Maurice E. & Grunes, Allen P., *Big Data and Competition Policy*, 1st ed., Oxford University Press (2016).
- Taplin, Jonathan, *Move Fast and Break Things: How Facebook, Google, and Amazon Cornered Culture and Undermined Democracy*, 1st ed., Little, Brown and Company (2017).
- Tucker, Darren S. & Wellford, Hill B., “Big Mistakes Regarding Big Data,” *14 Antitrust Source* (2014).
- Tyagi, Kalpana, *Promoting Competition in Innovation Through Merger Control in the ICT Sector: A Comparative and Interdisciplinary Study*, 1st ed., Springer (2019).
- U.K. Competition & Markets Authority, *Online Platforms and Digital Advertising: Market Study Final Report*, U.K. Competition & Markets Authority (2020).
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010).
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Vertical Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2020).
- Wu, Tim, “Blind Spot: The Attention Economy and the Law,” *82 Antitrust Law Journal* (2019).

Digital Platform Economy Merger Control

Wang, Ming-Li*

Tsai, Ming-Fang

Chuang, Hung-Yu

Abstract

With inputs from recent academic findings on the types, characteristics, critical traits for success and trends of digital platform economies, this paper examines the challenges facing modern antitrust merger control. Based on two(multi)-sided market business models, digital platform industries share the following characteristics: significant network effects, low marginal costs, economies of scale and scope, low-transparency in platform algorithms as well as global competition. Though there are differences among industries, especially between different types of platforms, the above have combined to shape a unique competitive environment that hinges on the strength of network externalities, inter-platform portability, data accessibility, quantity and quality, as well as innovation capacity. There is also an unmistakable trend toward large scale cross-ecosystem competition. That is the reason why the almighty GAFAM—an acronym for the most dominant firms in digital economies including Google, Apple, Facebook, Amazon and Microsoft—remain restless despite having conquered their respective core markets.

Given the competitive dynamics as such, antitrust merger control faces multiple challenges. The most significant—and also the one attracting most attention, among antitrust regulators scholars, and practitioners alike—is how relevant markets should or could be defined. After thorough discussion we advise taking a more flexible approach to market definition with less reliance on the orthodox hypothetical monopolist test and less

Date submitted: April 8, 2022

Date accepted: March 21, 2023

* Wang, Ming-Li, Associate Professor, Institute of Industrial Economics, National Central University; Tsai, Ming-Fang, Professor, Department of Economics and Department of Industrial Economics, Tamkang University; Chuang, Hung-Yu, Associate Professor, Graduate Institute of Technology, Innovation & Intellectual Property Management, National Chengchi University. The article is based on a research project commissioned by the Fair Trade Commission on “Digital Markets and Merger Control.” The authors would like to thank the reviewers for their insightful comments. The authors would also like to thank Professor Wang, Kung for his participation in the research project, as well as our helpful assistants: Tsai, Tsai-Hsuan, Tsai, Shin-Ru, Chang, Wei-Jhen and Chou, Fan.

adherence to the smallest market principle. We also carefully consider the obstacles facing other tasks in typical merger reviews, such as how to assess market concentration or the health of market competition, how to properly evaluate possible impacts (including unilateral and coordinated effects), how to gauge potential near-term entries of new competitors, as well as how to appraise merger-related efficiency claims. These were never easy tasks in traditional merger reviews to begin with, and the unique set of characteristics of digital economies have just made them a lot more difficult. While there is no immediate solution to many of the issues identified, this paper tries to provide a clear outline to the challenges at hand and offers some modest suggestions.

Keywords: Antitrust Law, Competition Law, Merger Control, Digital Economy, Platform Economy, Two-sided Market, Multi-sided Market, Network Effects.