

《公平交易季刊》

第 29 卷第 4 期 (110/10)，頁 123-180

◎公平交易委員會

大數據與競爭法

李宛諭*

摘要

大數據之應用為數位經濟的重要特性之一，事業藉由個人資料之收集與分析取得競爭優勢，此亦對競爭政策帶來嶄新的挑戰。大數據與競爭法的關聯性可由二個面向加以觀察：其一為事業與消費者的關係，即資料之於個人的隱私面向；其二為事業與競爭者的關係，即資料作為事業競爭優勢的面向。就事業與消費者間的關係而言，當事業憑藉其市場力量，以致對消費者資料的利用超出消費者所能預見與控制時，是否有可能以競爭法加以保護？若欲以競爭法處理，其可能的立論基礎與取徑為何？而就事業與競爭者的關係而言，應關注者為資料所生競爭優勢是否可能形成市場力量排除市場競爭、或對潛在競爭者構築了進入障礙，限制市場競爭，而有競爭法介入之餘地。本文將先探討上述問題，再行檢驗既有競爭法分析方法應如何修正以處理大數據相關之反競爭問題。

關鍵詞：大數據、競爭法、隱私、進入障礙、數位經濟

投稿日期：109 年 10 月 3 日

審查通過日期：110 年 9 月 23 日

* 國立臺灣大學法律學院法律學系碩士，律師。本文係為作者碩士論文「大數據與競爭法」之改寫，感謝黃銘傑教授之啟蒙與指導，以及口試委員顏雅倫教授、莊弘鈺教授之寶貴建議，及三位匿名審查人悉心提出之修正意見，均點出文中許多不足之處。惟所有文責仍由作者自負。

一、前言

數位經濟對競爭動態造成之重大改變亦對競爭政策帶來新的挑戰。而大數據¹與其應用，作為數位經濟的重要特性，亦衍生了不同於以往的競爭法問題：大數據與競爭法的關聯性可由二個面向加以觀察，其一為事業與消費者的關係，即資料之於個人的隱私面向；其二為事業與競爭者的關係，即資料作為事業競爭優勢的面向。就事業與消費者間的關係而言，當事業憑藉其市場力量，以致對消費者資料的利用超出消費者所能預見與控制時，是否有可能以競爭法加以保護？若欲以競爭法處理，其可能的立論基礎與取徑為何？而就事業與競爭者的關係而言，應關注者為資料所生競爭優勢是否可能形成市場力量排除市場競爭、或對潛在競爭者構築了進入障礙，限制市場競爭，而有競爭法介入之餘地。

公平交易委員會（下稱公平會）在近期的結合審查中，已開始將大數據相關因素納入競爭法分析；例如以資料能否自其他來源取得或自行收集，分析資料是否構成無法複製之競爭優勢；同時，公平會亦在肯認隱私為一種非價格競爭參數之前提下，嘗試檢驗該交易是否會降低「以隱私為基礎的競爭」、並提醒參與結合事業遵守個人資料保護法（下稱個資法）相關規範²，然而，關於隱私保護何以成為競爭法

¹ 關於大數據的定義，一般認大數據具備 4V 特性：即大量（Volume）、快速（Velocity）、多樣（Variety）、高價值（Value）。學者 De Mauro 在統整既有文獻後，認為可定義大數據為：「具備大量、快速、多樣等特性，而需要特定技術及特定分析方法將其轉換為價值之資訊資產。」（Big Data is the information asset characterized by such a high Volume, Velocity, and Variety to require specific technology and analytical methods for its transformation into Value.）大數據可能包含個人資料（personal data）及非個人資料，其中，個人資料屬個人資料保護相關規範所保護的客體；本文為兼及討論事業藉由消費者的網路活動大規模收集個人資料之潛在隱私疑慮、以及能否以競爭法加以提升隱私保護強度之問題，於本文「二、大數據與隱私保護」中所指涉的「大數據」，將特別聚焦於個人資料，其餘關於大數據所構成之競爭優勢等討論，雖未限於屬個人資料的大數據，然隨「再識別」技術的演進，非屬個人資料之資料，亦可能更輕易地與資料主體相連結，而使事業掌握關於資料主體之更為全面、完整的資訊。Andrea De Mauro, Marco Greco & Michele Grimaldi, “A formal definition of Big Data based on its essential features,” *65(3) Library Review*, 131 (2016); Luc Rocher, Julien M. Hendrickx & Yves-Alexandre de Montjoye, “Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models,” *10(1) Nature Communications*, 3069 (2019).

² 如公平會不禁止樂天銀行等事業合資成立純網路銀行之結合案，即於新聞稿中就其大數據相關考量因素作出說明：「……公平會也針對本結合案涉及之數據資料累積及個人資料保護等數位市場新興競爭問題進行評估。考量數據庫並非無法透過其他來源蒐集或以其他資料取代，競爭者可透過與其他數據相關事業合作以取得用戶數據資料，故尚難認參與結合事業所掌握的數據庫能為新

問題、及大數據如何構成事業競爭優勢之判斷因素，並未就相關內涵詳細論述，本文嘗試就上述問題為初步的系統性整理。

本文將先分別說明大數據於隱私保護及競爭優勢二面向上潛在之競爭法議題，再討論大數據相關反競爭行為的可能態樣、並檢驗既有競爭法分析應如何修正以處理上述問題。

二、大數據與隱私保護

事業從事商業活動，透過消費者資料之收集以了解分析消費者需求、擬定商業策略，並非一嶄新現象：在實體（brick-and-mortar）商業的時代，即已透過市場調查作為商業分析及行銷的工具。然而，科技發展使網路活動及於社會生活的眾多面向：當食衣住行育樂中有許多活動透過網路取得，乃至公部門亦透過網路提供部分服務，事業能收集到的資料量、資料的即時性、資料的多樣性及資料的價值（即呼應大數據之 4V 特性）皆大幅成長，與資料分析技術的進步相輔相成，而普遍應用於各個產業³。然而，當消費者在網路上的各種活動紀錄都可能成為事業收集的資料，甚至包含如醫療紀錄等敏感性個人資料，消費者對事業資料收集的內容與範圍、甚至後續的資料流向乃至利用方式等，卻往往難以掌握。綜合而言，大數據此一技術的發展使資訊隱私受到更為嚴重的威脅⁴。

隱私保護何以與競爭法產生關聯？簡單來說，事業積極透過大規模的資料收集而取得競爭優勢，許多免費服務的提供往往伴隨著資料收集行為，如事業以所收集的消費者資料增加個人化廣告的精準度吸引廣告主投入，再以廣告收益提供免費服

設事業帶來其他競爭者無法複製之競爭優勢。另外，本案參與結合事業在個人資料保護面向，並無消除競爭壓力之效果，因此尚無降低『以隱私為基礎的競爭』，但公平會仍提醒本案參與結合事業須注意並遵守個人資料保護法相關規範。……」

見公平會網站，<https://www.ftc.gov.tw/internet/mobile/docDetail.aspx?uid=126&docid=16278>，最後瀏覽日期：2021/2/16。

³ Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, “Competition Law and Data,” 9-10 (2016/5/10), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf.jsessionid=75D0CC961BFF095CD563F12DD75A331D.2_cid390?__blob=publicationFile&v=2, last visited on date: 2021/10/15.

⁴ 葉志良，「大數據應用下個人資料定義的檢討：以我國法院判決為例」，[資訊社會研究](#)，第 31 期，3-4（2016）。

務的商業模式，即屬顯例。消費者對於事業實際上收集了甚麼資料、為何種利用甚或是將資料轉賣給何人，往往並不清楚。此現象的成因可以由資訊隱私保護法制開始觀察，即會發現「告知後同意原則」此一核心原則實踐上產生市場失靈，使市場未能提供隱私保護強度更高的替代：在缺乏有效之資料保護規範的情況下，事業對使用者資料持續收集與濫用可能正是市場力量的展現⁵，因此有以競爭法干預之可能。本部分將依序介紹。

（一）數位經濟時代的資訊隱私保護與其困境

數位經濟時代的資訊多方運用既無可避免地對資訊隱私⁶造成威脅⁷，隨平台大規模資料外洩事件頻繁發生、及消費者對事業的隱私政策（privacy policy）乃至資料後續利用情形幾近無可置喙，此肇因於大數據時代的資訊隱私困境，使得部分論者開始檢視現有資訊隱私法制的不足，認為作為資訊隱私法制核心原則之「告知後同意原則」無法充分保障隱私的現況，乃是一種市場失靈的結果：市場是因為沒有充足的競爭，才無法提供充足的、消費者所欲的隱私保護強度，因而倡議將隱私保護考量納入競爭法分析。因此，以下將自資訊隱私的概念出發，說明資訊科技的發展對以個人資料自主控制為基礎的資訊隱私保護所造成之衝擊，並分別就歐盟與美國之資料保護規範及執法動向為簡要介紹；而後探討在管制模式的選擇上，隱私保護是如何與競爭法產生交會、以競爭法處理隱私保護的可能路徑與潛在限制。

⁵ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of United States House of Representatives, “Investigation of Competition in Digital Markets,” 18 (2020), https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519, last visited on date: 2021/10/15.

⁶ 美國法上，關於個人資料保護的討論多用「資訊隱私」（information privacy）一詞；而歐洲或臺灣學者用語較多使用「資料保護」（data protection），請參考翁清坤，「告知後同意與消費者個人資料之保護」，臺北大學法學論叢，第 87 期，138（2013）；更細緻的討論可參考邱文聰，「從資訊自決與資訊隱私的概念區分—評『電腦處理個人資料保護法修正草案』的結構性問題」，且法學雜誌，第 168 期（2009）。考量到本文於「二、大數據與隱私保護」部分聚焦於事業對個人資料的利用由資料保護法制之困境而延伸出的競爭法議題，且競爭法相關文獻在討論時多僅直接使用「隱私」一詞，本文將視引用原文脈絡交替使用，但在本文中皆意指資料主體對其個人資料的控制權；而「資訊自決權」亦指就與個人相關之資訊的自我決定權。

⁷ 劉靜怡，「網際網路時代的資訊使用與隱私權保護規範：個人、政府與市場的拔河」，資訊管理研究，第 4 卷第 3 期，138（2002）。

1. 資訊隱私之概念及歐盟、美國及我國之個人資料保護相關規範

大數據分析之應用與演算法的發展日益複雜，使用者通常難以知悉後續的個人資料流向與利用形式、亦無法阻止事業就其個人資料進行剖繪（profiling），此則引發隱私侵害的疑慮。

與其他基本權相較，隱私權議題的討論直至較晚近才開啟⁸；由隱私權的歷史來看，隱私權討論的辯論重心，不外乎關於國家與個人間的界線應如何劃定⁹、及何以保障個人私領域的不受侵犯¹⁰。而隱私權中的「資訊隱私」與大數據之應用關係最為密切，亦受衝擊最鉅—關於其定義，多認為是對其個人資料的控制權¹¹；至於資訊隱私的內涵，一般認為對資訊隱私權的保障是藉由維護個人自主（personal autonomy）及個人身分（personal identity），以保障人的尊嚴（personal dignity）¹²。

雖然世界各國的個資法制皆環繞「資訊自我控制」的原則建構¹³，但美國與歐盟此二主要電子商務市場的個資法制即採取了截然不同的規範模式¹⁴。美國之規範模式是就不同產業部門而分別規範（sectoral approach），缺乏聯邦層級、統一適用於各產業的個資法¹⁵；而若聚焦於事業對消費者資料的利用，亦是以產業自律（self-regulation）為主：事業在隱私政策中說明將其欲收集的資料類型、後續會如何被利用、分享及對資料的保護措施，配合「通知—選擇」（notice and choice）¹⁶的模式讓消費者選擇是否同意¹⁷。而聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，下稱FTC）從1990年代末開始，為配合產業自律的規範模式、以免斷傷創新，事業雖得

⁸ 同上註，143。

⁹ 同上註。

¹⁰ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, “Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy,” *80(1) Antitrust Law Journal*, 121-124 (2015).

¹¹ 張陳弘，「新興科技下的資訊隱私保護：『告知後同意原則』的侷限性與修正方法之提出」，臺大法學論叢，第47卷第1期，246（2018）。

¹² 劉靜怡，前揭註7，144。

¹³ 邱文聰，前揭註6。

¹⁴ 劉靜怡，前揭註7，147-150。

¹⁵ Daniel J. Solove, *Information Privacy Law*, 6th ed., Wolters Kluwer, 11 (2018).

¹⁶ 張陳弘，前揭註11，203。

¹⁷ Daniel J. Solove, *supra* note 15, 786-787.

自行決定其隱私政策，但由 FTC 加以執法¹⁸：若認為事業之隱私政策違反聯邦貿易委員會法（Federal Trade Commission Act，下稱 FTC 法）第 5 條而屬「不公平或欺罔行為」（unfair and deceptive practices），FTC 有權裁罰¹⁹；此外，FTC 亦為部分產業隱私法的執法機關²⁰。

而在歐洲，自 1970 年代開始，對於資訊科技與電腦使用而生之個人資料保護問題，歐洲各國多以資訊自決權（information self-determination）為理論基礎制定法規範²¹。關於法律規範的制定軌跡，1980 年 OECD 發布《個人資料之隱私保護與跨境傳輸指導原則》（Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data），雖列出資料保護與跨境傳輸的基本原則，但無法律上拘束力、且允許各國在實踐上保有彈性；然各國法的歧異與實際上歐洲共同市場資料流通的需求，催生歐盟 1995 年的個人資料保護指令（Directive 95/46/EC）²²，作為歐盟各成員國制定內國法須遵循的法律依據。其後，因科技發展造成數位環境之重大改變，個人資料的應用漸趨廣泛及複雜，規範需求日增，為了強化對的保護、並為因應「數位單一市場」（Digital Single Market）的策略目標，歐盟認為有更進一步統一、修正歐盟個資法制的必要²³，故於 2016 年通過個人資料保護規則（General Data Protection Regulation，下稱 GDPR），以無待轉換為內國法即對成員國直接產生拘束力的「規則」（regulation）取代原先的指令；2018 年 5 月 GDPR 正式生效，對所有歐盟成員

¹⁸ Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, “The FTC and the New Common Law of Privacy,” *114(3) Columbia Law Review*, 598-599 (2014).

¹⁹ Daniel J. Solove, *supra* note 15, 786-787.

²⁰ 例如 GLB 法（Gramm-Leach-Bliley Act）保障金融資訊之隱私；COPPA 法（Children’s Online Privacy Protection Act）保護未滿 13 歲兒童網路活動之隱私；FCRA 法（Fair Credit Reporting Act）保護消費者（信用）報告資訊之隱私等。另關於 FTC 以 FTC 法第 5 條作為隱私執法依據之介紹，See Federal Trade Commission, “FTC’s Use of Its Authorities to Protect Consumer Privacy and Security,” 5-7 (2020), <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/reports-response-senate-appropriations-committee-report-116-111-ftcs-use-its-authorities-resources/p065404reportprivacydatasecurity.pdf>, last visited on date: 2021/10/15.

²¹ 劉靜怡，前揭註 7，149。

²² Fred H. Cate, “The EU Data Protection Directive, Information Privacy, and the Public Interest,” *80(3) Iowa Law Review*, 431-433 (1995).

²³ European Commission, Press release, “Agreement on Commission’s EU data protection reform will boost Digital Single Market,” (2015/12/15), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_6321, last visited on date: 2021/10/15.

國發生效力²⁴。由各國資料保護機關執法，並與歐盟資料保護委員會（European Data Protection Board）密切合作，確保執法上的一致性²⁵。

至於資訊隱私權在我國的概念發展，司法院釋字第 585 號解釋除明確肯定隱私權應受憲法第 22 條保障，並認為隱私權包含「個人資料之自主控制」的權利；而司法院釋字第 603 號解釋更進一步明確揭示資訊隱私為我國憲法所保障。規範上，我國於 1995 年制定「電腦處理個人資料保護法」、2010 年因擴大保護客體，全文修正並更名為「個人資料保護法」，且於 2015 年再度大幅度修正。執法上，我國個資法採分散管理，未設單一主管機關；然於 2018 年，為整合因應 GDPR 相關事宜、與向歐盟申請適足性認定工作，行政院責成國發會成立「個人資料保護專案辦公室」，負責處理上述工作外，亦負責適時檢討個資法、強化各部會執法的落實與一致性。2019 年，國發會宣布開始啟動個資法修法作業，期能透過個資法的全面檢討，使法規範符合 GDPR 標準及國內產業需求²⁶。

2. 數位經濟時代之資訊隱私困境與國際規範動向

資料分析技術的迅速發展固然為經濟活動乃至個人生活帶來種種便利，然而各種新興的利用方式也對資料主體的控制權造成日益增長的威脅。無論是平台不透明的資料利用情形、或近年頻傳的大規模資料外洩事件、乃至無法控制第三方取得資料及後續利用，皆是資訊科技發展對資訊隱私保護造成嚴峻衝擊的例證。

觀察數位經濟時代之資訊隱私困境，其中最核心的問題實為「告知後同意原則」（informed consent）之內涵與其限制。作為目前資訊隱私保護制度的核心原則²⁷，隱私政策即為告知後同意原則的典型應用：事業預先說明欲收集利用的內容、範圍與目的，以提高收集行為與利用行為的透明度，使資料主體得透過同意行使其控制權。其理論基礎有二：其一是確保資料主體對其個人資料的控制權限；其二是以自由市場為前提，相信市場機制的的作用自能在資訊流通利用與資訊隱私保護間取得平衡²⁸。

²⁴ 劉靜怡，「淺談 GDPR 的國際衝擊及其可能因應之道」，月旦法學雜誌，第 286 期，6（2019）。

²⁵ European Commission, Press release, “General Data Protection Regulation: one year on,” (2019/5/22), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_2610/, last visited on date: 2021/10/15

²⁶ 國家發展委員會網站，「個人資料保護專案辦公室」，https://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=726A44EA5D724473，最後瀏覽日期：2020/9/29。

²⁷ 張陳弘，前揭註 11，201。

²⁸ 同上註，215-216。

美國與歐盟就資訊隱私保護固然採取不同的規範模式，告知後同意原則卻均具高度重要性：在美國的產業自律模式下，嘗試透過告知後同意原則的實踐解決資訊不對稱的問題²⁹；而在歐盟偏向政府管制的規範模式下，事業更有法定義務落實告知後同意原則³⁰，此觀 GDPR 提高關於「同意」的規範要求即可得知³¹。

告知後同意原則對於欲收集個人資料的事業而言，執行成本為低，事業僅需滿足慣行的交代，即已滿足法定的隱私保護要求³²；就行政機關之管制成本而言，將隱私保護的責任交由資料主體自主決定也無非是成本較低的選擇³³。然而，平台迅速發展使資料主體無從得知個人資料利用形式與流向的現況，正說明了告知後同意原則本身的限制一如詳細閱讀隱私政策耗時過久³⁴、消費者對網路環境基本知識嚴重不足³⁵等，

²⁹ 同上註，219。

³⁰ 同上註，210。

³¹ GDPR 於 Article 4(11)將「同意」定義為：指資料主體基於其意思，透過聲明或積極行為，所為自主授予、具體、知情及明確之表示同意處理與其有關之個人資料（“‘consent’ of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her”）；GDPR 並另於 Article 7 進一步規範了同意之條件：如資料控管者就資料主體之同意負舉證責任；且若欲在關於他事項的書面聲明中取得資料主體之同意，則需清楚區分出請求同意的部分，並以簡明易懂的形式及用語呈現；此外，資料主體有權隨時撤回其同意，且於同意前即應受告知此等權利；至於同意是否為「自由授與」，應考量契約之履行（如服務之提供）是否以同意（非履行契約所必要之）個人資料處理為條件等。See Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Advancement of Such Data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

³² 個資法第 19 條第 1 項：「非公務機關對個人資料之蒐集或處理，除第六條第一項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者：……五、經當事人同意。……」實務上，事業為後續處理利用之便利，往往於事前先行取得當事人就「個人資料處理」之同意。

³³ 張陳弘，前揭註 11，216。

³⁴ 2008 年即有相關研究，參 Aleecia M. McDonald & Lorrie Faith Cranor, “The Cost of Reading Privacy Policies,” *4(3) I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 543 (2008). 而 2016 年的研究指出，74% 的使用者會跳過隱私政策，且以成人平均閱讀速度計算，使用者實際閱讀隱私政策所花的時間與所需時間嚴重不成比例，請參考 Jonathan A. Obar & Anne Oeldorf-Hirsch, “The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services,” *TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*, page (2016).

³⁵ See Emily A Vogels & Monica Anderson, “Americans and Digital Knowledge,” Pew Research Center (2019/10/9), <https://www.pewresearch.org/internet/2019/10/09/americans-and-digital-knowledge/>, last visited on date: 2021/10/15.

就告知面以觀，無法產生有意義的告知效果；而在隱私政策無法窮盡各種利用類型的情況下，此時的「同意」是否為有意義的同意即非無疑³⁶。

需特別說明的是，有一種常見說法認為：人們並沒有他們所聲稱的那麼在意自己的隱私，否則為何不好好閱讀隱私政策、為何仍因免費服務而同意平台的資料收集行為？此種使用者對隱私侵害的疑慮與實際上隱私決定並不相符的現象，即所謂的「隱私悖論」（privacy paradox）³⁷，常被用以作為反管制論者的立論依據，認為使用者實際上的隱私決定反映了其實際的隱私偏好故無須特別保護³⁸。然而，近期研究發展已逐漸指出，使用者的隱私決定，受隱私政策之呈現方式及預設值等高度影響，而事業往往利用使用者的認知偏誤（cognitive biases），讓使用者選擇對事業更有利的選項³⁹：提供使用者難以閱讀的冗長文字、假裝使用者作出有意義的選擇，實際上的選擇常僅是增益事業收益的選項、而並不反映使用者實際上的偏好與期待⁴⁰。而因為顯著的資訊不對稱與資料利用透明度問題，將責任全然加諸給使用者並不可行。

正是認知到告知後同意原則之限制所衍生的資訊隱私困境，一般咸認對個人資料保護強度較高的歐盟，即試圖在 GDPR 的規定中對現狀作出修正：例如在「告知」的部分，GDPR 第 12 條要求須以「簡明、透明、易懂且方便取得」之形式告知，用語亦須「明確而淺白」，並將告知內容區分為必要告知的「基本告知事項」，與為確保資料蒐集、處理或利用公平與透明目的之「進階告知事項」，且就告知時點為

³⁶ 張陳弘，前揭註 11，221-223。

³⁷ See Alessandro Acquisti, Laura Brandimarte & George Loewenstein, “Privacy and Human Behavior in the Age of Information,” *347(6221) Science*, 509 (2015); Susanne Barth & Menno D.T. de Jong, “The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review,” *34(7) Telematics and Informatics*, 1038 (2017); Alessandro Acquisti, “Privacy in Electronic Commerce and the Economics of Immediate Gratification,” (2004), <https://www.andrew.cmu.edu/user/rk2x/daum/privacy-gratification.pdf>, last visited on date: 2021/10/15.

³⁸ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 1st ed., Oxford University Press (2016).

³⁹ Idris Adjerid, Eyal Peer & Alessandro Acquisti, “Beyond the Privacy Paradox: Objective Versus Relative Risk in Privacy Decision Making,” *42(2) MIS Quarterly*, 465-467 (2018).

⁴⁰ Stigler Center, “Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report,” (2019), <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>, last visited on date: 2021/10/15.

更細緻的規範；至於「同意」的部分，GDPR 強化了資料主體的地位，資料主體「自主授予、具體、知情、明確」並透過「聲明或積極行為」的同意，才算是真正的同意⁴¹。

GDPR 生效後，歐盟各國陸續作出裁罰，其中不乏裁處高額罰鍰者⁴²；即便對個人資料保護的規範成效仍待觀察，無庸置疑的是，GDPR 仍被認為是全世界最有力、最為全面的隱私法⁴³、並帶動了國際規範的發展。數位經濟對資訊隱私的衝擊之鉅，使向以產業自律、自我決定等原則為資訊隱私保護基礎的美國，亦開始檢討其資訊隱私法制的不足：加州於 2018 年通過其消費者隱私法（California Consumer Privacy Act, CCPA）、並於 2020 年生效，學者認為是美國最有力的州隱私法之一、其賦予的保護強度甚至超越許多聯邦法⁴⁴；而正是意識到既有州法、又有部門聯邦法的混亂現狀使事業在法律遵循上無所適從，科技巨擘們亦呼籲國會儘速制定聯邦層級的、全面性的隱私法⁴⁵，雖規範時程尚未明確，然可預期的立法趨勢是制定更加嚴格、更全面的一般性資料保護規範。

（二）競爭法與隱私的交會

因告知後同意原則的限制而衍生的資訊隱私困境，究其本質，即是市場模式的失敗：理論上，個人可基於其自主決定，選擇個人資訊的揭露程度、選擇其想要的隱私保護品質。然而，當缺乏可行替代而產生的市場失靈可能正是市場力量作用的

⁴¹ 劉靜怡，前揭註 24，7-9。

⁴² 如法國在 2019 年對 Google 裁處高達 5,000 萬歐元之罰鍰，參見 CNIL, “The CNIL’s restricted committee imposes a financial penalty of 50 Million euros against GOOGLE LLC,” (2019/1/21), <https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc>, last visited on date: 2021/10/15. 德國亦於 2020 年裁處 H&M 高達 3,530 萬歐元之罰鍰，參見 EDPB, “Hamburg Commissioner Fines H&M 35.3 Million Euro for Data Protection Violations in Service Centre,” (2020/10/2), https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/hamburg-commissioner-fines-hm-353-million-euro-data-protection-violations_en, last visited on date: 2021/10/15.

⁴³ Mark Smith, “ANALYSIS: Next Stop Brussels on the Road to Federal Privacy?,” Bloomberg law (2020/5/6), <https://news.bloomberglaw.com/bloomberg-law-analysis/analysis-next-stop-brussels-on-the-road-to-federal-privacy>, last visited on date: 2021/10/15.

⁴⁴ Daniel J. Solove, “California Consumer Privacy Act (CCPA) Frequently Asked Questions,” Teach Privacy (2020), <https://teachprivacy.com/ccpa-faq/>, last visited on date: 2021/10/15.

⁴⁵ Alfred Ng, “Tech giants ask Congress for a data privacy bill to bypass state laws,” CNET (2019/9/10), <https://www.cnet.com/news/tech-giants-ask-congress-for-a-data-privacy-bill-that-would-bypass-state-laws/>, last visited on date: 2021/10/15.

結果，即引發論者思考以競爭法解決的可能性，因此，一般而言與競爭法無關的隱私問題，即發生了交會。

隱私作為潛在競爭問題之討論可追溯到 Google/DoubleClick 案⁴⁶。在美國，FTC 雖於 2007 年無條件通過 Google/DoubleClick 案，然時任 FTC 委員的 Harbour 在其不同意見中，除認為多數意見忽略二事業潛在的水平重疊可能實質限制競爭外，亦對結合後因資料庫的合併可能產生的隱私問題表達疑慮：結合後的事業取得消費者偏好的大量資訊，卻幾乎不受問責。Harbour 認為，該案的分析未能考慮資料被收集的消費者的利益，關於如何使隱私受反托拉斯法檢驗，Harbour 嘗試提出的理論是：若因結合而使事業數減少，在消費者選擇有限的情況下，會降低事業在隱私保護或其他非價格面向競爭的誘因⁴⁷。然而，直至 Facebook/WhatsApp 案，FTC 亦未在其結合審查中處理潛在的隱私疑慮，而是由 FTC 中消費者保護局（Bureau of Consumer Protection）局長發函敦促 Facebook 應維持 WhatsApp 對其使用者的隱私承諾⁴⁸。

即便是一般咸認重視資料保護的歐盟，對於是否能以競爭法處理隱私相關問題，最初亦採取較為保留的態度。於 2006 年的 Asnef-Equifax 案中，歐盟法院（the Court of Justice of the European Union）認為，任何關於個人資料之敏感度問題，並非競爭法問題，但可能由資料保護的相關規定加以解決⁴⁹；歐盟執委會在 Facebook/WhatsApp 結合案⁵⁰中亦採此種觀點，認為交易後資料集中於 Facebook 控制下之隱私相關問題，並不落入歐盟競爭法之範疇，而屬歐盟資料保護規範之範疇。

⁴⁶ James C. Cooper, “Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity,” *20 George Mason Law Review*, 1133-1134 (2013).

⁴⁷ Federal Trade Commission, “Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in the Matter of Google/DoubleClick,” (2007), https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf, last visited on date: 2021/10/15.

⁴⁸ Federal Trade Commission, “FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition,” (2014/4/10), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed>, last visited on date: 2021/10/15

⁴⁹ Case C-238/05 – Asnef-Equifax v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), [2006] ECR I-11125, para. 63 (2006/11/23), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0238&from=EN>, last visited on date: 2021/10/15.

⁵⁰ European Commission, “Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP,” (2014/10/3), https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf, last visited on date: 2021/10/15

然而，正是意識資料保護不足的問題可能源於市場競爭的不足，於 2014 年，歐盟的資料保護主管機關（European Data Protection Supervisor，下稱 EDPS）首先召集相關領域的專家、學者及執法者，探討數位經濟中資料保護、競爭及消費者保護之交會，首次開啟了相關議題的系統性討論，EDPS 並在其初步意見中提出此三者的交會之處：相容性、替代性及資料可攜性同時與資料保護法與競爭法有關；而事業的榨取行為落入競爭法與消費者保護法的交集；此外，資料保護法與消費者保護法可能皆會要求透明度及明確易懂的資訊；至於福利與損害的權衡、消費者選擇及信賴，既是競爭問題，亦是資料保護與消費者保護的問題⁵¹。承繼此一討論，各國競爭主管機關開始進行研究，德國及法國之競爭主管機關即於 2016 年就大數據之競爭法問題提出題為「競爭法與資料」（Competition Law and Data）之報告⁵²；同年，歐盟執委會職司競爭事務的 Margrethe Vestager 委員（現為歐盟執委會執行副主席）以「大數據與競爭」為講題，點出大數據之應用在隱私面向及作為一種資產的面向上潛之競爭問題⁵³。

而就以競爭法執法直接處理隱私問題之實務案例，以德國 Facebook 案為首例；競爭主管機關—聯邦卡特爾署（Bundeskartellamt，下稱卡特爾署）認 Facebook 的隱私政策及資料處理行為，違反 GDPR 係屬濫用其支配地位，而於 2019 年 2 月對 Facebook 作出裁罰，經杜塞道夫高等法院（Oberlandesgericht Düsseldorf）認無競爭上損害裁定停止執行、復經德國聯邦最高法院撤銷此裁定後，杜塞道夫高等法院認本案有 GDPR 適用上的爭議，於 2021 年 4 月聲請歐盟法院作出先行裁決（preliminary ruling），目前正由歐盟法院審理中⁵⁴。美國 FTC 則是於 2020 年 12 月認 Facebook 以

⁵¹ European Data Protection Supervisor, “Preliminary Opinion Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy,” 2 (2014/3), https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf, last visited on date: 2021/10/15.

⁵² Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 22-23.

⁵³ European Commission, “Big Data and Competition,” (2016/9/29), https://wayback.archive-it.org/12090/20191129222113/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en, last visited on date: 2021/10/15.

⁵⁴ 關於卡特爾署之處分，可參考 Bundeskartellamt, “Decision,” (2019/2/6), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5, last visited on date: 2021/10/15. 在卡特爾署作成處分後，Facebook 向杜塞道夫高等法院提起上訴並聲請停止執行，杜塞道夫高等法院於 2019 年 8 月裁定停止執行；然於 2020 年 6 月，聯邦最高法院撤銷該停止執行的裁定。關於本案的詳細介紹，可

其獨占力量（monopoly power）排除個人社群網路市場之競爭的行為，違反休曼法（Sherman Act）第 2 條及 FTC 法第 5 條，而對 Facebook 提起訴訟，相較之下，FTC 係以較為間接的方式處理「隱私保護不足」與「競爭不足」間的關聯：認為獨占力量對競爭的損害，剝奪了消費者所能得到的服務品質及消費者選擇，而認不同的隱私保護程度屬消費者選擇的一部分⁵⁵。

實際上，相較於競爭法，資料保護相關規範毋寧是較直觀的制度選擇；然而，平台在多邊特性與網路效應的作用下，往往為贏者全拿的市場結構，使得如「同意」此種資料保護核心概念在適用上變得困難：當面對獨占者時，個人對其資料的「自主控制」變得虛幻，因此，能否藉由競爭法為獨占市場注入競爭、促進個人選擇，以使資料保護規範更有效，即成為辯論的核心⁵⁶。

（三）以競爭法處理隱私問題之可能路徑及限制

以競爭法處理隱私問題的路徑，經學者歸納後，主要可分為四類：第一類把隱私作為非價格競爭的其中一個面向，檢驗該交易（例如涉及大量資料的結合案）是否降低在隱私保護上競爭的誘因，然本說仍係基於隱私保護不足的現狀，而預設隱私保護屬競爭法追求的目標之一，申言之，確保此種非價格競爭即為強化隱私保護的手段；第二類則是在「不正商業行為同時影響消費者保護與競爭法原則」時，整體考量隱私保護的成本與效益及其對競爭的影響，因此，舉例來說，支持此種論點者可能會認為：若一群競爭者同意在行銷上限制特定敏感資料的使用，其潛在效益

參考宋皇志，「大數據之競爭法議題—以限制競爭為中心」，政大法學評論，第 163 期，96-99（2020）。關於杜塞道夫高等法院欲聲請歐盟法院作出裁決之問題，可參考 CMS Law-Now, “ECJ to issue preliminary ruling on German FCO-Facebook case,” (2021/4/28), <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/04/ecj-to-issue-preliminary-ruling-on-german-fco-facebook-case>, last visited on date: 2021/10/15.

⁵⁵ Federal Trade Commission v. Facebook, Inc. (D.S.C. 2020) (Case No.: 1:20-cv-03590), Complaint at 47-51, https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/051_2021.01.21_revised_partially_redacted_complaint.pdf, last visited on date: 2021/10/15. 惟法院於 2021 年 6 月駁回 FTC 的請求，認原起訴狀中未能充分論證 Facebook 的市場力量，但 FTC 仍得在 30 日內修改並提出新的起訴狀，<https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.224921/gov.uscourts.dcd.224921.73.0.pdf>, last visited on date: 2021/10/15. 本案後續發展值得持續觀察。

⁵⁶ Christopher Kuner, Fred H. Cate, Christopher Millard, Dan Jerker B. Svantesson & Orla Lynskey, “When two worlds collide: the interface between competition law and data protection,” *4(4) International Data Privacy Law*, 247 (2014).

會大過對競爭的損害—採此說的論者相信，將競爭與消費者保護分離僅為一種人為的二分法⁵⁷。第三類則認為，公司如果在使其獲得或維持獨占地位的資料收集行為上，有誤導或欺騙消費者，則負有競爭法上責任；第四類最為積極，試圖找出交易中可能的、對隱私的損害，而非只是把隱私作為競爭法分析中的一個面向處理，執法上，即便無垂直或水平的競爭關係，競爭主管機關可能因該交易涉及資料庫的合併時禁止其結合⁵⁸；換言之，第四類則是認為隱私可以作為一種非關經濟效率的、競爭政策的目標之一⁵⁹。

在此四類中，第一類最為常見。主張將隱私作為非價格競爭面向—無論是品質或者選擇—的論者認為，在市場未能提供消費者想要的隱私保護選項之情形，隱私保護不足是因為支配地位事業未受足夠的競爭壓力，競爭法若加以干預，則能促進事業在隱私保護上的競爭。美國眾議院於 2020 年發布之數位市場競爭調查報告中，對於平台的市場力量對隱私造成之影響，亦是採取此種見解，並進一步析論：數位市場常見的零價格訂價，使競爭主要發生在「品質」此一面向上，而隱私保護的強度，因為屬於一種「品質」，即會因為市場力量限制了競爭而使消費者無法得到足夠的隱私保護⁶⁰。執法上，前文所提及之 FTC 起訴 Facebook 之理由，亦是採取此類見解；而由目前公平會的執法以觀，雖採取第一類的觀點，但態度保守：如在二個純網路銀行結合案中，公平會雖有考量個人資料保護及「以隱私為基礎的競爭」，然都是以「無事證顯示參與結合事業於結合前正在進行個資保護方面的非價格競爭」而認為「結合不致消除參與結合事業在個資保護面向上之競爭壓力」，可認公平會

⁵⁷ 美國國會於 1914 年通過 FTC 法，FTC 並於同年成立，其執法目標係為禁止以不正競爭方法（unfair methods of competition）從事競爭；於 1938 年，國會通過 Wheeler-Lea Act 修正 FTC 法第 5 條，使 FTC 的執法擴及至「不公平或欺罔之行為（unfair and deceptive acts or practices）」之禁止，自此賦予 FTC 作為消費者保護主管機關之權限。Federal Trade Commission, “About the FTC,” <https://www.ftc.gov/about-ftc>, last visited on date: 2021/10/15.

此說論者之所以認為「將競爭與消費者保護分離僅為一種人為的二分法」，係認為競爭之確保與消費者保護同是為保障消費者的選擇及自由，在隱私亦屬競爭面向之一時，不應逕認定隱私問題非屬競爭問題。See Pamela Jones Harbour & Tara Isa Koslov, “Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets,” *76(3) Antitrust Law Journal*, 773-775 (2010).

⁵⁸ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *supra* note 10, 134-136.

⁵⁹ Inge Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, 1st ed., Kluwer Law International, 325-363 (2016).

⁶⁰ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of United States House of Representatives, *supra* note 5, 51-57.

仍將審查的範圍限縮在「在隱私面向上競爭」的情形；此外，公平會在二案中亦皆提醒參與結合事業需注意個資法之規範，似可解為公平會目前的立場仍以關注「競爭」為主。

然而，何謂「夠好的隱私保護」或「競爭水準的隱私保護」？消費者隱私偏好的異質性常被反對競爭法干預者作為理由之一，而若認為隱私是品質的一部分似乎預設了促進隱私是最適的（desirable），然而此種預設是否正確，仍未有定論⁶¹；而隱私在概念上的主觀性，使此說在適用上會遭遇困難：有論者認為在競爭法分析中添加主觀性，會不可避免地增加裁量的空間，連帶徒增法律上的不確定性、甚至產生尋租⁶²（rent-seeking）的風險⁶³；另有論者認為，關於選擇減少或者異質消費者隱私需求的損害理論失之過廣，缺乏限制的原則⁶⁴。再者，競爭法干預的前提是存在一濫用行為，單純「隱私保護不足」的隱私政策不足以使競爭主管機關介入—傳統上應是由管制、而非競爭法，處理系統性的市場失靈及形塑市場⁶⁵。

此外，價格與非價格參數間是不可比的（incommensurable），競爭主管機關如何比較降價及降低隱私保護即成問題⁶⁶—而若進一步探討隱私作為一種品質的限制，首先，識別品質效果與價格效果可能有其困難：主管機關在競爭法分析中通常仰賴品質調整（quality-adjusted）的價格判斷價格效果，亦即，品質與價格是連動的，很難分別觀察；其次，「品質」本身即是多面向的，可能由例如功能性、美觀等各種特性組成，在各個特性間的取捨會使非價格競爭效果之分析變得非常困難⁶⁷。

⁶¹ Michael L. Katz, “Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy,” *54 Review of Industrial Organization*, 707 (2019).

⁶² 尋租（rent-seeking），指廠商為了政府行為所創造出之各種人為的經濟租而相互競爭的過程，例如一國內廠商欲防止來自國外的競爭者加入市場，可能會透過對政府成員加以遊說或提供政治獻金，以推動其所欲之行政管制或法律規範；而關於科技巨擘管制之尋租風險的討論，可參考：Elyse Dorsey, Jan Rybnicek & Joshua D. Wright, “Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking,” *Spring-2018-1(1) CPI Antitrust Chronicle* (2018).

⁶³ James C. Cooper, *supra* note 46, 1143.

⁶⁴ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *supra* note 10, 154.

⁶⁵ Christopher Kuner, Fred H. Cate, Christopher Millard, Dan Jerker B. Svantesson & Orla Lynskey, *supra* note 56, 248.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Geoffrey A. Manne & Ben Sperry, “The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework,” *Spring-2015-5(2) CPI Antitrust Chronicle* (2015).

即便有上述困難，仍有論者嘗試提出一判斷方式，以判斷何時應適用競爭法處理隱私問題：首先，損害的類型應該要指引法律的選擇，在潛在損害是基於實際上或潛在經濟效率之減少時，才應適用競爭法；其次，損害的範圍亦是重要的判斷因素，競爭法不試圖保護個別消費者的期待、亦不在其分析中使用「理性消費者的預期行為」，其追求的目的更為廣泛：促進經濟效率還有長期的消費者福利，因此，潛在隱私損害的範圍越涉及個別消費者行為、關於個別交易的可靠性，就越不可能是競爭損害，而不應由競爭法處理；最後，應評估救濟的實效性，競爭法究能否透過如禁止結合等方式提升隱私保護、抑或僅是助長以授權等替代性方式取得資料，皆是應考量的因素⁶⁸。

綜合上述的討論，本文認為：若欲以競爭法處理隱私問題，仍是希望藉由市場效能競爭的回復，使市場能提供隱私保護強度更高的產品或服務，究其本質，並未脫離市場模式的邏輯⁶⁹。然而，競爭是否促進隱私本質上即具複雜性，實為一實證問題⁷⁰；想像中的、事業紛紛競相保護隱私的情景，儘管可能（如某些特別標榜隱私保護強度的產品或服務⁷¹），是否在其他情形亦能因競爭法的干預而提升整體隱私保護的強度，則不無疑問：「隱私保護之競爭」預設了消費者對隱私予以重視、且對隱私保護的強弱實際上有分辨能力、以及對隱私的重視會確實地反映在其隱私選擇；然而，因消費者偏好的異質性、及消費者作成隱私選擇的影響因素等種種不確定性過高，應如何克服這些困難即成問題。另一層次而言，欲判斷何謂「足夠的隱私保護」，類似於價格管制，除了是否構成榨取性濫用的解釋上問題外，需將「隱私保護程度」客觀化的需求，可能會導向以資料保護相關規範作為輔助判斷因素的路徑，雖有部分學者提出由競爭主管機關審查資料驅動結合（data-driven merger）在功能上及裁罰金額上的優勢⁷²，但此種目的若已可透過機關間的緊密合作、及強化資料保護相關規範的規範功能達成，以競爭法處理的實益為何，不無疑問。

⁶⁸ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *supra* note 10, 153-155.

⁶⁹ See Frank A. Pasquale, "Privacy, Antitrust and Power," *20(4) George Mason Law Review* (2013).

⁷⁰ Michael L. Katz, *supra* note 61, 707-711.

⁷¹ FTC 在其起訴狀中，仍透過析論 WhatsApp 在被收購前專注於隱私保護，為後續論證競爭損害提供基礎，似乎正展現了「隱私保護之競爭」在分析上的困難—若在隱私實踐上並無明顯差異，很難在品質有多種不同面向的前提下證立特別考量隱私此一面向的理由。 *Supra* note 55.

⁷² Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 38, 254-255.

三、大數據與競爭優勢

大數據的應用為事業帶來經濟效率及跨足他產業的可能性，為數位經濟的基礎。然而，此種因資料的收集與分析利用而生之「資料優勢」，究是否可能提升進入障礙而形成市場力量⁷³，即為競爭法是否為妥適制度選擇之爭論核心一持反對意見者有自數位市場的一般特性出發，認競爭法無須加以干預者；亦有認為大數據的特性本身即不可能產生競爭問題。此牽涉到對數位市場及對大數據之經濟特性理解上的分歧，以下將整理學說上的不同觀點，嘗試釐清大數據與市場力量的相關性。

(一) 數位市場之一般特性

大數據雖為數位經濟的基礎，與數位市場的下列特性緊密關聯：首先，資料驅動的網路效應（data-driven network effects）的基本邏輯為收集越多資料、越能改善服務，就有越多使用者，而能收集越多資料；而此種網路效應會否形成市場力量，則是一個「網路效應到底有沒有這麼嚴重？」的問題。其次，被認為可以緩和網路效應的多棲性，討論的邏輯，則是立基於多個平台的交替使用、使多個平台都能收集資料、而不致生市場力量。最後，關於動態市場特性的討論，是立基於創造性破壞之理論而討論：現在的大數據優勢是不是真的很快就會被更創新的進入者取代？本文將依序討論之。

1. 多邊市場與網路效應

在競爭法的脈絡下討論多邊平台與網路效應，往往會得出市場結構漸趨集中、傾斜（tip）向既存事業的推論；然而，有論者提出反對的看法，認為網路效應所造成的影響被過度誇大⁷⁴。

此類見解多半認為，若認因資料驅動的網路效應使進入者因缺乏使用者與資料、即無法與既存事業有效競爭，則是誤解了大數據的特性：網路服務的提供者能以不涉及使用者資料的方式提升使用者規模，單純得以近用資料亦不足以提升使用

⁷³ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 11.

⁷⁴ D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, “Antitrust and Regulating Big Data,” *23(5) George Mason Law Review*, 1148 (2016).

者規模並改善服務品質，再者，事業亦可由第三方資料提供者，如資料仲介商，取得其所需要的資料⁷⁵。另一方面，亦有論者認為網路效應亦可能反向地作用：若平台失去使用者，因網路平台轉換容易，亦會帶動其他使用者離開平台，認過去關於網路效應的文獻往往忽略了此種反向作用的重要性⁷⁶；同時，此類見解也對「多邊平台因網路效應即得以贏者全拿」之說法採取質疑態度，認為多邊平台的成功實取決於如何爭取所有「邊」的消費者（get all sides on board）⁷⁷，且多邊平台之跨邊網路效應可能因不同消費者群體間的吸引力不同，而產生複雜的效果⁷⁸，若只是在某一時點、針對成功的事業觀察到其獲益於網路效應，遽認其取得最終的勝利且不會被取代，並無法證明平台的成功是源於網路效應，而非效率或創新等其他原因⁷⁹。

網路效應實際上所產生的影響，的確是探討既存事業的市場力量是否受到鞏固、使其具備無法克服（insurmountable）的競爭優勢之核心，在高度取決於個案情形的前提下，仍可以從數位市場的現況得到一些觀察。首先，網路效應使新競爭者面臨到的困難在於：單純提供更好的產品或服務是不夠的，與先進者的差距必須大到能克服先進者既有網路的優勢⁸⁰，亦即必須投入可觀的沈沒成本（sunk cost）⁸¹以抵銷網路效應⁸²，然而能克服網路效應進入市場的最小規模究竟為何，除依個別市場的差異有所不同，亦取決於取得資料的成本及資料分析能力⁸³，此即又會面臨新進入者難以建立達關鍵規模使用者數的困境。至於資料驅動網路效應與市場結構間的關係，有實證研究根據其所建立之研發（Research & Development, R&D）競爭的動態模型發現：基於資料驅動市場中的不完全競爭及間接網路效應的特性，會使最初雙

⁷⁵ *Id.* at 1149.

⁷⁶ David Evans & Richard Schmalensee, “Network Effects: March to the Evidence, Not to the Slogans,” *Summer-2017-1(3) CPI Antitrust Chronicle*, 5 (2017).

⁷⁷ *Id.* at 3-4.

⁷⁸ D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, *supra* note 74, 1150.

⁷⁹ David Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 76, 6.

⁸⁰ John M. Newman, “Antitrust in Digital Market,” *72(5) Vanderbilt Law Review*, 1514 (2019).

⁸¹ 沈沒成本，係指已經付出而無法收回的成本。Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, 7th ed., (Custom Edition) Cengage Learning, 288 (2015).

⁸² Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, “Access Barriers to Big Data,” *59 Arizona Law Review*, 355 (2017).

⁸³ *Id.* at 356.

占的市場終究走向傾斜、由一家事業獨占市場，且此種支配地位會持續⁸⁴，此或可為網路效應與「贏者全拿」的關聯性提供實證上的基礎。

而就網路效應的反向作用而言，的確，在競爭的早期階段，網路效應可能產生有利消費者的激烈競爭：所有競爭者可能會不惜透過補貼等方式一如 Uber 與 Lyft 為在共乘市場競爭而補貼車資一競相取得市場占有率（下稱市占率），使市場朝自身傾斜⁸⁵；但在已發展成熟而逐漸停滯的市場，網路效應的力量會更加顛撲不破⁸⁶，因此，以今日大型平台早期都曾克服當時先進者的網路效應為由、認網路效應的影響被誇大，是忽略了競爭階段之不同、以及平台及其生態系發展成熟的現狀。

整體而言，「大數據有利市場集中跟支配地位」、「資料驅動市場是贏者全拿」的一概而論，固然不適用於所有的資料驅動市場，仍應考量個別市場的進入障礙、及市場結構是否由一平台提供多種服務。然而，當網路效應顯著、且伴隨其他進入障礙時，可能產生很顯著的競爭效果，特別是在資料為基礎的先進者優勢很高、或平台預備成為資料與服務的超級平台時⁸⁷。

2. 多棲性 (multi-homing)

多棲性被認為可以降低網路效應所造成的影響，消費者因此能同時享有多個網路的效益，毋庸從中擇一，例如同時擁有不同的信用卡即可在不同的特約商店消費⁸⁸。然而，完全的多棲（即所有使用者都多棲於多個服務）相對少見—若以大數據作為切入點，當事業以所收集之使用者資料提供客製化的、符合使用者偏好的服務時，因在各個服務間轉換之轉換成本不一，使消費者不平均地使用多個服務，因此，不夠頻繁的多棲能否有效降低因資料驅動網路效應而生的進入障礙，即非無疑⁸⁹。

多棲性是反對競爭法干預數位市場的論者最常舉出的論點之一。持此類觀點的論者認為，多棲性與低轉換成本為數位市場的重要特性，消費者得以輕易轉換的可

⁸⁴ Jens Prufer & Christoph Schottmüller, “Competing with Big Data,” *2017-006 TILEC Discussion Paper* (2017).

⁸⁵ Stigler Center, *supra* note 40, 39.

⁸⁶ John M. Newman, *supra* note 80, 1514.

⁸⁷ Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *supra* note 82, 377.

⁸⁸ Stigler Center, *supra* note 40, 38.

⁸⁹ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 28-29.

能性即限制了網路巨擘為反競爭行為的能力與誘因⁹⁰；他們認為，數位經濟中，「競爭只在一鍵之遙」(Competition is a click away)⁹¹，在消費者能輕易尋求替代的情況下，指稱既存事業具有持久的市場力量毋寧是言過其實。

競爭是否真的只在一鍵之遙？多棲性實際上受到許多限制，包含市場固有的限制、以及數位平台加諸的限制。舉例而言，對資料可攜性與系統互通性的限制，使消費者的轉換成本包含其歷史紀錄與交易紀錄、甚或是商譽相關的資料—此對於平台上的商家而言可能是很高的轉換成本；平台亦可能憑藉其強大議價能力，以獨家契約等反競爭契約條款的形式限制企業使用者的多棲；平台上多個服務的搭售亦可能限制多棲性；此外，平台亦可能藉由操縱消費者的慣性及其對預設值的偏好降低轉換可能。此外，免費服務使消費者轉換的誘因更低⁹²。由上述多種限制可知，欲藉多棲性克服網路效應、進而促進競爭，可能並不容易。

乍看之下，網路效應與規模經濟對競爭有類似效果：大型平台比小型平台更有效率、使市場上只有少數競爭者；然而，規模經濟的效益是源於技術條件，但網路效應的效益卻是來自於使用者集體轉換的困難：即便有更好的平台，也不當然有誘因轉換，而可能先觀望其他使用者的態度⁹³，看似「一鍵之遙」的競爭，轉換成本可能遠高於傳統分析所能想像：尤其是，網路巨擘建立數位生態系的目的，即是為了把使用者的各種網路活動留在其生態系內，為了讓使用者在生態系內各個功能間輕易轉換，會將所需的認知負荷降到最低，而在生態系外，不具備此種優勢的、真正的替代選項，可能即因為此種認知負荷及前文所說明之可攜性等限制無法與既存事業競爭⁹⁴。

從另一個角度而言，選擇「單棲」於單一服務的消費者自身，亦助長了此種市場力量，因此，由「競爭只在一鍵之遙」的邏輯也不難得出消費者必須自我負責的結論；然隨行為經濟學相關研究的累積可得知，事業可以利用消費者的行為偏誤，

⁹⁰ Robert H. Bork & J. Gregory Sidak, "What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google?" *8(4) Journal of Competition Law & Economics*, 665 (2012).

⁹¹ Geoffrey A. Manne & Ben Sperry, *supra* note 67, 8.

⁹² Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, Digital Competition Expert Panel, 35-37 (2019).

⁹³ European Commission, *Competition Policy for the digital era*, European Commission, 22 (2019).

⁹⁴ John M. Newman, *supra* note 80, 1518-1519.

例如各種選擇被呈現的方式最終會影響消費者做出的決策⁹⁵，期待模範消費者花費大量時間精力尋求最好的交易並不符合數位競爭的現況。此外，在其他產業，消保團體可協助消費者辨別是否蒙受不公平的交易條件，但在數位平台的行為往往欠缺透明度的情況下，消費者無從得知平台是否違背其利益、實際上亦無磋商契約條件的空間，故理論上可以驅使事業在價格或其他面向競爭的機制實際上並不存在⁹⁶。

整體而言，多棲性雖被認為可以緩和網路效應，然而大型平台對多棲性的限制與對消費者行為的操縱使消費者被鎖住（lock-in），兼以資料驅動網路效應所造成之品質差異日益懸殊，有意義的多棲性很難達成，「競爭僅在一鍵之遙」可能只是一種徒具安全感的表象。

3.市場之動態特性

另一種常見的觀點認為：數位產業具有變動快速（fast-changing）的特性，而使數位市場中的市場力量相對脆弱、易被創新的新競爭者取代⁹⁷。採此說的論者，多援引 Schumpeter 對競爭的觀點、而認為網路經濟的競爭是「反覆的創造性破壞風暴」之動態過程：一連串暫時的獨占能最大化創新帶來的利益，而此種利益遠大於短期獨占價格之成本⁹⁸；同時，此類觀點最常舉出的例子，就是今日的網路巨擘是如何克服網路效應與資料劣勢，取代當時的既存事業：例如 Google 取代了當年的 Yahoo!、Facebook 取代了 Myspace，認為這些例證說明獨占者仍持續面臨來自創新進入者的競爭風險⁹⁹。正因為競爭的形式是「取得市場之競爭」（competition for the market），競爭法不應、也來不及加以干預，市場機制自會自我修正（self-correct）。

Google 或 Amazon 等網路巨擘早年在車庫中創業的矽谷神話，加深了對數位市場現況的誤解¹⁰⁰；動態競爭的確可能調和靜態市場力所造成的競爭法疑慮，但應就個案情形加以分析、亦不應低估市場進入的困難及大數據所扮演的角色。市場變遷

⁹⁵ Stigler Center, *supra* note 40, 41-43.

⁹⁶ Frank A. Pasquale, “When Antitrust Becomes Pro-Trust: The Digital Deformation of U.S. Competition Policy,” *Spring-2017-1(2) CPI Antitrust Chronicle*, 3-4 (2017).

⁹⁷ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 29.

⁹⁸ Richard A. Posner, “Antitrust in the New Economy,” *106 John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, 930 (2000).

⁹⁹ John M. Newman, *supra* note 80, 1520-1521.

¹⁰⁰ *Id.* at 1512.

的程度使過去成功進入的案例顯得說服力有限，特別是資料在數位競爭中取得的重要性在近年有突破性的成長¹⁰¹，真正的問題應該是：能對既存事業構成競爭壓力的、有意義的進入，究竟有無可能發生¹⁰²？由網路巨擘今日日益鞏固的市場力量及如資料中心等鉅額沈沒成本來看，期待「創造性破壞」可能並不實際。又，即便真的出現足以與之競爭的創新進入者，亦可能在早期即被網路巨擘以大數據分析的優勢識別為潛在競爭威脅而搶先收購，以避免未來之競爭可能。

至於獨占的市場結構是否有利創新，有實證研究指出，當市場一旦傾斜而成為獨占的市場，無論是獨占事業或者是其他事業，創新的誘因都會降低，而獨占事業在減少對創新的投資後仍能獲取獨占利潤¹⁰³；數位經濟時代的創新不見得能破壞（disrupt）市場的現狀，卻可能強化使用者鎖住的現象與獨占者的市場力量¹⁰⁴；在網路巨擘主張其持續投入創新而增益消費者的同時，學者指出，若競爭法繼續不加干預，創新可能僅會集中於少數大型平台，而網路巨擘會持續主張其獨占地位是創新的必然代價¹⁰⁵。

（二）資料的稀少性（scarcity）

欲探討事業因大數據而生的競爭優勢是否會賦予其市場力量、進而排除其他競爭者、限制競爭，需討論的問題為：他事業是否也能取得此種競爭優勢（資料是否具稀少性）？有論者認為此種競爭優勢不會限制競爭，是因為資料既具有非敵對性（大家都可以收集到）、且有無所不在（ubiquitous）的特性（收集其他類型資料也可以取得競爭優勢）；對應到我國執法，公平會不禁止純網銀結合案的理由中：「數

¹⁰¹ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 29-30.

¹⁰² John M. Newman, “Silicon Valley Rhetoric: Three Myths Debunked,” *Spring-2018-1(2) CPI Antitrust Chronicle*, 3 (2018).

¹⁰³ Jens Prufer & Christoph Schottmüller, *supra* note 84, 2.

¹⁰⁴ Maurice E. Stucke, “Should We Be Concerned About Data-opolies?” *2 Georgetown Law Technology Review*, 321 (2018).

¹⁰⁵ Frank A. Pasquale, “Paradoxes of Digital Antitrust: Why the FTC Failed to Explain its Inaction on Search Bias,” *July 2013 Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series*, 3 (2013).

據庫並非無法透過其他來源收集或以其他資料取代」¹⁰⁶即分別檢驗了此二特性與市場力量的關連。以下將分別介紹。

1.非敵對性 (non-rivalry)

非敵對性指該對財貨之消費並不減損他人對該財貨之消費¹⁰⁷。使用者使用網路服務時，常多棲於多個服務，此時不同的平台即有收集到相似種類使用者資訊之可能；而也正因資料的非敵對性，個別平台得以分別利用其所收集的資料¹⁰⁸。

有論者常以資料具非敵對性、以及資料來源豐富為由，認多數事業得輕易且低成本地同時收集大數據¹⁰⁹。的確，許多資料可公開取得、且取得成本低廉，實用的聚合資料經常可由不同來源收集，因此容易找到替代之資料來源—當收集替代資料的成本不致過分高昂時，並不會形成進入障礙¹¹⁰。非敵對性使資料並不若實體物一般有自然的排他性 (excludability)¹¹¹，因此，亦有論者認資料亦具非排他性¹¹²；然而，排他性是指消費財貨時無法避免他人享受其利益¹¹³，若資料同時具非敵對性及非排他性，即為公共財而所有人皆可得近用¹¹⁴—此顯然與資料經濟中由事實上 (de facto) 資料所有權 (data ownership) 與控制權主導的現狀不符¹¹⁵。即便資料具非敵對性，但技術上仍可能使資料具排他性¹¹⁶，即形成資料收集的進入障礙。

首先，某些獨一無二的資料 (例如使用者在平台上的互動)，使平台具備獨一無二的資料近用點，這些資料可能難以輕易複製，而創造這些獨一無二的資料近用

¹⁰⁶ 賴心儀，「日商樂天及國票金控合資新設純網銀」，公平交易委員會電子報，第 153 期 (2020)，<https://www.ftc.gov.tw/upload/1090819-2-1.pdf>，最後瀏覽日期：2021/10/15。

¹⁰⁷ Gregory Mankiw, *supra* note 81, 220.

¹⁰⁸ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 36-37.

¹⁰⁹ Tim Harford, “Big data: A big mistake?” *Financial Times* (2014/12/1), <https://rss.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1740-9713.2014.00778.x>, last visited on date: 2021/10/15

¹¹⁰ Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *supra* note 82, 350-351.

¹¹¹ Nestor Duch-Brown, Bertin Martens & Frank Mueller-Langer, “The economics of ownership, access and trade in digital data,” *2017-01 JRC Digital Economy Working Paper*, 12 (2017).

¹¹² D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, *supra* note 74, 1137.

¹¹³ Gregory Mankiw, *supra* note 81, 220.

¹¹⁴ Harry van Til, Nicolai van Gorp & Katelyn Price, “Big data and Competition,” (2017/6/13), <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-813928.pdf>, last visited on date: 2021/10/15.

¹¹⁵ Nestor Duch-Brown, Bertin Martens & Frank Mueller-Langer, *supra* note 111, 36.

¹¹⁶ *Id.* at 18.

點，有時是平台提供服務的附帶效益、有時則是平台的主要目標¹¹⁷；當資料僅是特定生產活動的副產品時，若資料獨一無二、且難以輕易複製，僅想取得資料的事業即面臨雙重的進入障礙¹¹⁸。此外，獨一無二的資料近用點可能具備時間上的優勢（例如搜尋引擎較之競爭者更能即時掌握趨勢），至於利用現狀偏誤（*status quo bias*）的預設應用程式，亦屬一種獨一無二的資料近用點¹¹⁹。

其次，有時事業根本無從得知何者擁有相關資料、及與之約定資料近用的成本—有限的資訊使進入障礙於焉而生；散落四處的資料難以發見與蒐集。雖在部分領域，政府資訊能降低此類資訊成本，然因政府資訊的種類有限，仍無法完全排除這種進入障礙¹²⁰。

再者，法律或契約上的限制亦可能形成資料收集的進入障礙¹²¹。法律上障礙之高低可能取決於法律規定的範圍，例如在多數法域，個人資料的收集近用受個人資料保護規範的限制，然在部分情形亦可能透過去識別化的方式加以克服；法律上障礙除了法規所帶來的直接影響，亦包括事業為免暴露於法律風險、對自身資料收集或對他事業施加資料可攜性的限制—此即形成間接的法律上障礙¹²²。因契約上限制而生的進入障礙，例如對特定資料來源的獨家近用約定，可能會形成投入封鎖或市場封鎖¹²³；另外，為排除對手近用資料，也可能在與使用者的契約中對資料可攜性附加限制¹²⁴。

綜合以上說明可知，資料即便具備非敵對性，然因各種可能的進入障礙使然，事業未必得以收集、近用其所需要的資料；仍應視具體個案中系爭資料的實際情形加以分析¹²⁵。

2. 資料的可取得性（availability）

¹¹⁷ Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *supra* note 82, 351.

¹¹⁸ *Id.* at 357.

¹¹⁹ *Id.* at 351.

¹²⁰ *Id.* at 359.

¹²¹ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 41.

¹²² Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *supra* note 82, 359-361.

¹²³ *Id.* at 362.

¹²⁴ Michael L. Katz, *supra* note 61, 701.

¹²⁵ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 42.

伴隨各種活動的數位化及連線裝置普及，事業可收集的資料量急遽上升。因而有論者認為，資料具備無所不在（ubiquitous）¹²⁶的特性，即降低了因擁有資料而取得市場力量的風險¹²⁷。在過去的資料驅動結合案例中，此種觀點亦常為競爭主管機關所採，如在 Google/DoubleClick 案中，歐盟執委會即認為，Google 的競爭者本即可取得其他搜尋資料與網路活動資料的組合¹²⁸；而 FTC 亦認為 Google 的競爭者們既擁有 Google 無法取得的自家資料庫，即足以與 Google 競爭¹²⁹。即便到較晚近的 Apple/Shazam 案，仍依循此種論理，認音樂排行榜資料不但在市場上有多個來源可取得、且與其他市場上可取得的資料相較下，並非獨一無二的資料¹³⁰。

大數據的價值並非來自於資料本身，而是從大數據中擷取的資訊；若事業可從不同種類的資料組中擷取出相同的知識，無法近用特定資料對競爭造成的風險則會降低。究其核心，關於「資料無所不在」的討論，實則為探討不同種類資料之間替代性的問題¹³¹：當競爭者可收集到其他資料，是否即代表不會產生競爭問題？判斷不同種類資料間的替代程度可能有其困難，即便資料可得出部分共通的資訊，然因不同的收集方式與使用情境可能都會對資料之後續利用可能性有所影響：例如社群網路資料或許與搜尋資料同樣豐富，但搜尋資料能夠反映使用者主動搜尋的項目；而電腦收集的資料與手機收集的資料相較之下，亦只有手機收集的資料才能滿足即時定位的需求—大數據及其分析利用的方式尚在發展當中，目前可相互替代的資料在未來可能無法相互替代、反之亦然¹³²。主管機關於過去案例中常見之「市場上還有很多可供收集的資料」看法，可能忽略資料間的異質性，以及過度簡化資料利用與競爭的關聯性，然科技進步既是一個動態的過程，對未來利用方式的想像難以不

¹²⁶ David A. Balto & Matthew Lane, “Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data,” *SSRN Working Paper*, 1 (2016).

¹²⁷ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 42.

¹²⁸ Commission Decision of 11/03/2008, declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No COMP/M.4731 – Google/DoubleClick).

¹²⁹ Federal Trade Commission, Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, 12-13 (2007).

¹³⁰ Commission Decision of 6.9.2018 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement (Case M.8788 – Apple/Shazam), 37-38.

¹³¹ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 42.

¹³² *Id.* at 44-45.

被當下的技術上可能性限制。無論如何，即便資料看似無所不在、且資料收集成本降低使事業更容易收集資料，但並不代表所有種類的資料都可互為替代¹³³。

（三）資料收集的規模經濟與範疇經濟

大數據 4V 特性中的大量（Volume）與多樣（Variety）等特性，反映了資料收集可能的規模經濟與範疇經濟：隨資料收集的量越多、規模越大，收集更多資料的成本則越低；而當資料收集之種類增加，亦會使收集資料之成本下降。若大型事業可以較低成本收集大量而多樣的資料，對於後續的分析利用自更為有利，而此對資料驅動市場的競爭效果，即成為討論的重心之一：是否只有規模較大且多角化經營的既存事業，因能夠大規模／大範圍收集資料，才能獲取大數據帶來的競爭優勢¹³⁴？

若既存事業投入沈沒成本，而實現顯著的規模經濟或範疇經濟，可能產生技術上的供給面障礙—未能達到一定規模的事業可能轉而為其他投資、而當「做中學」（learning by doing）之效果顯著時，需耗費之大量沈沒成本可能使進入的代價高昂—無論何種情形，若擷取的資料無法在其他市場再利用，都可能阻止市場進入。資料收集的規模經濟與範疇經濟，可能因各種潛在累積因素產生：例如資料收集相關基礎設施的鉅額固定成本；而範疇經濟常發生在資料分析的綜效中，Google 收購生產交互溫度調節器的 Nest Labs 即為一例：溫度調節器資料跟其他 Google 的家庭裝置為 Google 創造了「使用者行為的全景圖」、將 Google 演算法的力量延伸到物聯網—當範疇經濟顯著，即可能對僅能近用唯一資料來源的事業形成進入障礙¹³⁵。

究有無「大數據之規模經濟」、「大數據之範疇經濟」，有論者提出質疑，認為規模經濟與範疇經濟反映的是成本面的節約、在概念上，需與反映「對消費者價值」的網路效應做出區辨；持此論者多以部分實證研究作為基礎，嘗試指出「競爭表現不必然取決於大規模資料量」、「資料規模大到一定程度效益會減少」，藉以否定既存事業因資料優勢而具備市場力量的可能¹³⁶。以搜尋引擎為例，Lerner 於 2014

¹³³ *Id.* at 47.

¹³⁴ *Id.* at 47.

¹³⁵ Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *supra* note 82, 352.

¹³⁶ See Catherine E. Tucker, “Digital Data, Platforms and the Usual [Antitrust] Suspects: Network Effects, Switching Costs, Essential Facility,” *54 Review of Industrial Organization* (2019); Geoffrey A. Manne & Ben Sperry, *supra* note 67.

年的研究即指出，「資料量對服務品質有決定性影響、故為提升服務品質需增加使用者規模、而使用者規模需有足夠資料量才能達到」的此種觀點，與網路平台競爭的實際情況相去甚遠，擁有最多資料的事業不當然能贏得市場：除了資料之外，還有許多可投資的面向，事業也可以因此取得規模，如相關專業人才、更佳的演算法、創新等其他投入，皆能改善搜尋服務的品質；而 Lerner 亦指出資料規模有邊際價值遞減的情形，即額外規模帶來的好處隨著資料量上升逐漸降低，故大型事業的競爭優勢會隨產業成長而逐漸降低¹³⁷。亦有研究探討 Amazon 近用他種類商品的資料是否能增加預測特定產品需求的能力，而其研究結果發現：雖然單一產品的額外資料對預測該產品需求有所幫助，但其他種類的產品資料並無法幫助預測。整體而言，抱持懷疑態度的論者，除認為實證上並無法證明大數據的規模經濟與範疇經濟存在，亦常舉出大數據在高速（velocity）此一特性上本質上的限制—資料有其生命週期、易貶值（depreciation），因此累積過時資料並不代表能取得競爭優勢¹³⁸。

須先說明的是，大數據的規模經濟與範疇經濟因個別市場的不同而須個案評估，然上述質疑仍有其缺失：首先，就資料的規模而言，即便較小型的資料庫依然能做出有效推論，但若與更大型的資料庫比對，即可能進一步為更有效的利用¹³⁹，且機器學習本質上既是現有統計學技術的規模升級版本¹⁴⁰，則難以否認資料量對於演算法的重要性；而關於大數據之範疇經濟，將不同資料組擷取的知識合併可能會得的新洞見，使提供多種服務並同時收集資料的平台擁有多面向的使用者資料¹⁴¹，如平台整合使用者在各個服務的資料用以投放廣告即為顯例。

此外，規模經濟與範疇經濟的大小可能受 4V 特性影響：例如資料多樣性或許可以部分彌補資料量，4V 特性對資料價值的影響取決於利用大數據的市場，在不同的市場創造出程度不一的大數據規模經濟與範疇經濟¹⁴²。至於何時會發生報酬遞減—即規模經濟／範疇經濟的極限為何、以及規模經濟與範疇經濟是否足以產生持久而顯著的市場力量，皆是重要的實證問題：若發生報酬遞減的規模／範疇很難達到，

¹³⁷ Andres V. Lerner, "The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition," *SSRN Working Paper*, 19 (2014).

¹³⁸ D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, *supra* note 74, 1138.

¹³⁹ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 50.

¹⁴⁰ Nestor Duch-Brown, Bertin Martens & Frank Mueller-Langer, *supra* note 111.

¹⁴¹ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 51.

¹⁴² Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *supra* note 82, 353.

進入市場的成本仍舊很高，提出理論上可能的報酬遞減即意義不大。判斷何時會發生報酬遞減實際上非常困難¹⁴³。

最後，關於資料生命週期短暫的說法，即便某些資料的價值可能會隨時間迅速降低，但根據個別市場的不同，特定資料的價值可能不易流失，能使事業獲取更持久的競爭優勢¹⁴⁴。

四、大數據對既有競爭法分析之影響

承繼前文的討論，若肯定以競爭法處理大數據相關問題的可能性，則需進一步檢驗既有的競爭法分析工具應如何適用於大數據相關之反競爭行為。在相關市場界定及市場力量評估上，本部分先探討既有分析方法的限制及其修正上可能的嘗試，其次，就競爭法執法的三個重點：結合審查、市場地位濫用、聯合行為，分別檢討之。

（一）相關市場界定與市場力量評估

1. 相關市場界定

（1）市場界定的基本概念

競爭法既意在規制事業濫用其市場力量破壞競爭秩序，為了確定競爭約束的範圍，市場界定即成為競爭法分析中的重要問題。由於涉及後續評估市場力量、行為是否限制競爭、及減損市場效能競爭程度之判斷，競爭法分析常以相關市場界定開展，且常對最終的評價有決定性影響。基於相關市場界定的重要性，公平會為使界定標準更明確，訂定「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」以提供更詳細的說明，該原則第 3 條揭示了相關市場界定之基本原則：以需求替代為主，得視商品或服務特性考量供給替代；並由產品市場及地理市場二面向加以界定相關市場。至於相關市場界定的方法，分為質化分析與量化分析：常見的合理可替代性（reasonable interchangeability of use）分析法及以「微幅但顯著的非暫時性價格調漲（small but significant non-transitory increase in price，下稱 SSNIP）」分析的假設性獨

¹⁴³ *Id.* at 353-354.

¹⁴⁴ *Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, supra* note 3, 50.

占者檢測法 (hypothetical monopoly test) 皆屬質化分析，而計算產品與替代品間之交叉彈性 (cross elasticity)、或臨界損失分析法 (critical loss analysis) 則屬於量化分析¹⁴⁵。

(2) 「大數據」之相關市場？

然而，上述的分析方法，面臨大數據相關的競爭法問題時則遭遇困難：相關市場究應如何界定？當大數據作為一種投入時，是否可能存在一「大數據市場」？有部分論者甚至認為，相關市場界定其本質上的困難，即為競爭法不適合處理大數據相關問題的重要原因¹⁴⁶：市場界定的原則既是以需求替代為中心，則在資料並未作為產品銷售時，既無產品、亦無市場，自然沒有「資料的相關產品市場」；且若法院或競爭主管機關以如消費者資料的此種「投入」為中心界定相關市場，競爭法分析會更加複雜、且喪失其準確性及可預測性；此外，在結合審查時可能需分析無數個相關市場¹⁴⁷。此種觀點固值得探討，但可先確定的是，欲討論大數據的相關市場界定，需進一步區分大數據是作為交易的「產品」、抑或作為「投入」的二種情形。

a. 資料：作為交易之產品

在資料作為交易的產品 (traded good) 時，相關市場的界定較無問題：以資料為中心存在直接的供給與需求，因而能就替代性加以評估¹⁴⁸。專門從事資料收集與評估的事業抑或商業模式，即屬此種情形之顯例，但此種市場多為（對特定種類資料之）需求導向的市場，並非某種綜合性的、單一的資料市場¹⁴⁹。歐盟執委會在 2014 年的 Facebook/WhatsApp 結合案中，即以 Facebook 和 WhatsApp 皆未從事資料供給

¹⁴⁵ 公平交易委員會，「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則問答集」，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1345&docid=13940>，最後瀏覽日期：2020/9/30。

¹⁴⁶ D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, *supra* note 74, 1155-1156.

¹⁴⁷ Darren S. Tucker & Hill B. Wellford, “Big Mistakes Regarding Big Data,” *14(2) Antitrust Source*, 4-6 (2014).

¹⁴⁸ Inge Graef, “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms,” *38(4) World Competition*, 489-490 (2016).

¹⁴⁹ Thorsten Mäger & Philipp Otto Neideck, “European Union – Data-related Abuse of Dominance,” GCR (2018/12/7), <https://globalcompetitionreview.com/guide/e-commerce-competition-enforcement-guide/e-commerce-competition-enforcement-guide/article/european-union-data-related-abuse-of-dominance>, last visited on date: 2021/10/15

服務或資料分析服務為由，未就此二潛在市場進行相關市場界定之調查¹⁵⁰，由此似可推論若在資料作為所提供的產品、或提供相關服務的情形時，即有界定相關市場的可能；至 2018 年的 Apple/Shazam 案，執委會則首次嘗試界定「音樂資料授權市場」¹⁵¹。除此之外，在平台提供服務同時收集使用者資料時，可否以使用者對資料的供給／平台對資料的需求，而認有供需關係、存在一「資料的相關市場」？此種觀點雖看似符合常見之「資料為新的貨幣」譬喻的邏輯，然而使用者資料常僅是使用服務時的副產品，使用者亦無法決定欲提供的資料數量與資料種類、對其所得到的給付亦無任何影響力¹⁵²，綜合上述內容，即便在以資料供需為中心的情況能夠界定相關市場，但並不涵蓋服務使用者的資料提供情形。

b. 資料：作為商品或服務之投入

在資料作為商品或服務的投入時，相關市場界定則更為複雜。一般而言，以資料作為投入時，資料僅間接影響市場界定的方式，競爭法仍是以系爭商品或服務界定相關市場¹⁵³，此觀具代表性的資料相關結合案，如 Google/DoubleClick 案、Facebook/WhatsApp 案等皆是就特定產品與服務加以界定即可得知。然而，此種市場界定方式能否充分攫取大數據之特性並準確預測對競爭之效果即受到質疑。例如：在 FTC 於 2007 年通過之 Google/DoubleClick 結合案中，時任委員的 Harbour 即已在其不同意見中認該案在市場界定上忽略了潛在的水平重疊（horizontal overlap）且未充分考量雙方資料庫合併可能產生的影響；Harbour 與 Koslov 在 2010 年的論文中進一步說明，當資料作為投入時，相關產品市場的界定尤其困難：在變動快速的高科技產業，因不同技術的匯聚，「今日的互補可能為明日的替代」，故其主張，應考量「不同技術間在當下與未來的相互關係」界定較寬廣、較具前瞻性的「以資料作為投入」之相關產品市場，如此才能反映現實中資料之價值常不限於收集當下的目的與用途、而在於後續利用之情形¹⁵⁴。的確，Stucke 與 Grunes 指出，資料驅動結

¹⁵⁰ Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP, Regulation (EC) No 139/2004 Merger Procedure, Brussels, 03.10.2014 C(2014) 7239 final, para. 72 (2014).

¹⁵¹ *Supra* note 130, para. 122.

¹⁵² Inge Graef, *supra* note 148, 490.

¹⁵³ Thorsten Mäger & Philipp Otto Neideck, *supra* note 149.

¹⁵⁴ 作者認為之所以將資料因素放在市場界定階段、而非後續的進入分析階段加以考量，是因為初始的市場界定往往形塑了調查與執法的方向，若因市場界定使特定個案看起來不具市場力量，

合的目的往往是為了取得資料—尤其是與收購方既有資料不具替代性的其他類型資料，此即充分展現了大數據 4V 定義中「多樣」的特徵，而若仍環繞著「替代性」界定相關市場，無論是就雙方所提供的產品或服務評估替代性、抑或是就雙方的資料庫評估替代性，皆無法適當預測結合後對競爭的影響—交易的價值所在，可能正是為了取得不具替代性的資料、將自大數據的多樣性中取得的競爭優勢，延伸至其他不具替代性的產品或服務之市場¹⁵⁵。Graef 亦認同界定「以資料作為投入」相關產品市場的想法，並認為概念類似於歐盟水平合作協議指導原則（Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements）中之「創新市場」：研發（Research & Development, R&D）合作可能影響在創新上或新產品上的競爭，藉由界定專門資產（specialized assets）可以找出潛在競爭者的範圍，而資料作為一種投入，即可視為一種潛在競爭者必須近用才能在未來與既存事業競爭的「專門資產」¹⁵⁶。即便歐盟於其 2019 年競爭政策報告指出，數位市場的創新路徑與傳統上應用創新市場概念的藥品市場、農化市場有所不同，因而對數位市場是否需界定一「創新市場」態度保留，但仍肯認在高度資料驅動的研發之情形，可能有「創新市場」此一概念的適用¹⁵⁷。

無論如何，實務上似乎也逐漸認知到大數據此種複雜性，並應用於資料相關的案例：在前述的 Apple/Shazam 案中，執委會就該「音樂資料授權市場」調查了兩造不同的資料產品—特別是音樂排行榜資料（music charts data）一間的替代程度（或互補程度），大多數受訪者認為，Shazam 的資料之於 Apple 的資料，二者功能不同，屬互補性的資料。雖執委會最後以「本案無論在任何合理的市場界定下，皆不會重大阻礙有效競爭，故無需判斷二者的資料產品是否屬於同一產品市場」為由，並未深入討論資料之互補性／替代性與相關市場界定的關係¹⁵⁸，然仍可視為一種進程。2019 年 12 月，歐盟執委會掌理競爭事務之 Vestager 委員宣示在其新任期將修正自 1997 年沿用至今的「相關市場通告」（Commission Notice on the Definition of the

則資料因素可能根本無法在進入障礙的階段被充分分析。Pamela Jones Harbour & Tara Isa Koslov, *supra* note 57.

¹⁵⁵ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 38, 134-137.

¹⁵⁶ Inge Graef, *supra* note 148, 494-495.

¹⁵⁷ European Commission, *supra* note 93, 120.

¹⁵⁸ *Supra* note 130, para. 123-124.

Relevant Market for the Purposes of Community Law），而其中一個修正方向，即是為了應對數位經濟對相關產品市場界定所帶來的挑戰¹⁵⁹。

(3)市場界定之其他相關問題

至於大數據相關產業在相關市場界定階段可能產生其他操作上的問題，如大數據相關產業之市場，常具有多邊特性，在使用者側又常設定零價格（zero-price）以收集資料作為投入，此使相關市場界定格外困難¹⁶⁰。最常見的假設性獨占者檢測法（即 SSNIP），是藉由假設微幅價格變動，對產品間供給需求替代關係加以觀察，然而在產品或服務價格為零的情況下則難以適用¹⁶¹。陳志民教授統整學理與實務之討論，認為解決方法有二，其一是仍以價格變動觀察替代變動，但針對多邊特色修正 SSNIP 之操作；其二則為：改以非價格競爭因素（如品質）之改變來界定相關市場¹⁶²。

首先，SSNIP 的修正方式會依平台類型有所不同。在非交易平台（注意平台）的情況，商品或服務對不同市場（即不同「邊」）的使用者有不同程度的替代可能性，對使用者而言，Facebook 和 Google 功能上截然不同，然而對廣告商而言卻可能具替代性—此時宜針對不同邊的市場個別界定相關市場，而就具體操作而言，應依多邊市場間需求交叉彈性之分析法，觀察特定「邊」市場價格變動及對平台整體獲利的影響。在交易平台（即媒合平台）的情況，界定則相對單純，只需針對平台本身界定出一個市場，觀察其與其他平台間有無替代性，操作上則是透過平台本身設定價格的微量改變觀察整體獲利的改變情況¹⁶³。

而以非價格競爭因素加以界定相關市場的最初動機是為因應高科技產業以「非價格競爭」為主的競爭模式：如在品質或創新能力上的競爭，故建議以「微幅但顯著的非暫時性品質降低（small but significant non-transitory quality decrease，下稱

¹⁵⁹ European Commission, “Defining markets in a new age,” (2019/12/9), https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/defining-markets-new-age_en, last visited on date: 2021/10/15.

¹⁶⁰ OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to The Digital Era*, DAF/COMP(2016)14, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 15 (2016).

¹⁶¹ See John M. Newman, “Antitrust in Zero-Price Markets: Applications,” *94(1) Washington University Law Review*, 60 (2016).

¹⁶² 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，12（2018）。

¹⁶³ 同上註，12-13。

SSNDQ)」取代 SSNIP¹⁶⁴。然而，此說雖意在比較零價格的產品或服務間的替代性、或許在概念上頗為直觀，然操作上可能面臨實際上的困難：如何精確衡量品質、如何量化品質降低對利潤的影響等¹⁶⁵，因而有認為 SSNDQ 所提供的毋寧更屬一種「概念上的指引」、而非實際應用的工具¹⁶⁶。此時，主管機關可能需仰賴其他關於「替代性」的證據：如消費者調查、商業文件或（在產品或服務間）轉換的證據等¹⁶⁷。

綜合以上的討論可知，大數據相關因素使相關市場界定格外困難且複雜，然需特別注意的是：市場界定本身並非競爭法分析的終點，最終仍是為了判斷系爭行為對競爭的影響。故面臨數位經濟下的市場界定問題，藉由替代的市場界定方式、抑或放棄市場界定作為競爭法分析的起始步驟而聚焦於競爭效果的直接證據，都是未來可能的方向¹⁶⁸。

2.市場力量評估

(1)「大數據」市場力量之評估方式

市場力量 (market power) 為競爭法分析的核心，關於其定義，用語上或有分歧，概念上皆指涉「事業能控制價格或排除競爭的能力」¹⁶⁹—若一事業能不顧競爭者或消費者的反應、收取高於競爭市場價格水準的高價而仍能持續獲利（或者相當於漲價之減少產量、品質、創新與消費者選擇¹⁷⁰等），則說明在該相關市場中缺乏相當之競爭約束、而可能損及消費者福利。除在完全競爭市場的情形下，事業或多或少都具備市場力量，單純具備市場力量並不會引起競爭法的關注，只有在市場力量顯著 (substantial) 且持久 (durable)，至所謂「獨占力 (monopoly power)」抑或具「支配地位 (dominant position)」程度，才是競爭法所關心的對象¹⁷¹，此外，獨占

¹⁶⁴ 同上註，13-14。

¹⁶⁵ European Commission, *supra* note 93, 45.

¹⁶⁶ OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, DAF/COMP(2013)17, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 15 (2013).

¹⁶⁷ Competition Bureau Canada, “Big data and Innovation: Implications for competition policy in Canada,” 12 (2017), <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04304.html#fn35-rf>, last visited on date: 2021/10/15.

¹⁶⁸ *Id.* at 14.

¹⁶⁹ 胡祖舜，*競爭法之經濟分析*，初版，元照出版公司，113（2019）。

¹⁷⁰ Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press, 26 (2015).

¹⁷¹ 胡祖舜，前揭註 169，114。

事業之存在原則上並不違反競爭法，競爭法所禁止者為事業濫用其獨占地位為反競爭行為，此觀我國公平交易法（下稱公平法）第 7 條到第 9 條關於獨占之相關規定自明。至於市場力量的評估方式，分為直接評估和間接評估：直接評估需輔以大量數據資料，如價格成本差分析（price-cost margin analysis）、需求與價格分析（demand and price analysis）等，若礙於資料取得困難則可改採間接評估，其中最常見者，即為透過市占率或 HHI 指數（Herfindahl-Hirschman Index）等之集中分析、及參進分析等加以評估市場力量¹⁷²。承繼前文的討論可知，大數據作為事業之重要投入，可能形成進入障礙，而使擁有大量資料的事業發展並鞏固其市場力量；然應如何評估此種因資料而生之市場力量，即產生複雜的問題。

一般而言，市占率屬最常見之指標，然若欲用以評估大數據的市場力量則有其困難。若聚焦於大數據相關產業的特性，首先，在變動快速的動態市場中，高市占率可能轉瞬即逝（ephemeral），能否準確反映市場力量已成為一個問題，再者，事業其所有資料的價值可能無法顯示在當下的市占率上、因而無法反映其競爭重要性¹⁷³，如市占率尚不高的新創事業可能擁有特殊類型的資料庫、有成為既存事業勁敵的競爭潛力，若僅看市占率未必能觸發結合申報門檻，則可能對競爭有不利影響；對此，可能的解決方法為：以「交易價值」作為替代性的申報門檻¹⁷⁴。此外，市占率通常以營業額或銷售量加以計算，而大數據產業常見的零元訂價亦為市占率難以計算的原因之一，故需尋求營業額之外的量化指標¹⁷⁵：例如有論者提出大數據的市場力量或可以事業將資料變現所得的收益計算¹⁷⁶、亦有認為可由該事業所控制資料的占比計算¹⁷⁷，惟此種敘述統計雖有其功用，卻難有定論¹⁷⁸。而實際上應採用何種方式取代市占率，仍需視個案情形而定¹⁷⁹。

¹⁷² 同上註，114-131。

¹⁷³ Competition Bureau Canada, *supra* note 167, 15-16.

¹⁷⁴ European Commission, *supra* note 93, 112-125. 德國與奧地利已於 2018 年修法增列，成效尚待驗證。

¹⁷⁵ Thorsten Mäger & Philipp Otto Neideck, *supra* note 149.

¹⁷⁶ Inge Graef, *supra* note 148, 502.

¹⁷⁷ OECD, *supra* note 160, 17.

¹⁷⁸ European Commission, *supra* note 93, 49.

¹⁷⁹ Thorsten Mäger & Philipp Otto Neideck, *supra* note 149.

而若欲分析資料所形成的進入障礙，在某些市場中，特定資料的確有可能為關鍵投入，對這些資料的控制與近用可能成為擴張或進入的重要障礙¹⁸⁰，例如新進入者難以輕易取得的資料¹⁸¹。由過去的案例似乎可認為最相關的因素有二：資料的稀少性、以及資料收集的規模與範圍是否對競爭至關重要¹⁸²；然而，資料價值的難以計算正是其困難所在：事業各自擁有的資料組難以單就資料量或資料品質加以類比，即便可以粗略地分類，認為事實資訊較易取得而價值較低、使用者行為資料通常價值較高，但仍有其侷限¹⁸³而需個案判斷。此外，因為事業有誘因排除進入者獲取資料相關的競爭優勢，對資料可攜性、平台互通性施加限制而增加轉換成本亦可能構成進入障礙¹⁸⁴。至於資料驅動的網路效應，亦會形成進入障礙¹⁸⁵，且可能與其他進入障礙（例如基於資料的先進者優勢很高、或在特定平台欲成為資料與服務的超級平台時）加乘，而對競爭有顯著影響¹⁸⁶。整體而言，對進入障礙的分析仍應認知到進入障礙可能存在於大數據價值鏈的每一個環節，並注意在不同環節之進入障礙彼此間的交互作用，且進入障礙強度取決於個別大數據市場的特徵，故應對資料在該市場作為投入的性質有更深入的理解，方能較準確地評估¹⁸⁷。

(2)分析框架之提出

雖有上述的困難之處，然在數位經濟中，大數據作為市場力量的因素之一，似乎逐漸成為共識；以德國為例，其早於 2017 年即已因數位經濟之變革而修正限制競爭防止法，其中，於新增之第 18 條（3a）¹⁸⁸，在多邊市場與網路之相關案件中，

¹⁸⁰ Competition Bureau Canada, *supra* note 167, 15.

¹⁸¹ European Commission, *supra* note 93, 49.

¹⁸² Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 35.

¹⁸³ Inge Graef, *supra* note 148, 502.

¹⁸⁴ Stigler Center, *supra* note 40, 41.

¹⁸⁵ Competition Bureau Canada, *supra* note 167, 15.

¹⁸⁶ Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *supra* note 82, 377.

¹⁸⁷ *Id.* at 369.

¹⁸⁸ Bundeskartellamt, “Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB),” https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=6, last visited on date: 2021/10/15.

至於其他國家的法制發展，英國於 2020 年宣布成立專責的數位市場部門（Digital Markets Unit，下稱 DMU），以處理科技巨擘的競爭法問題，並職司相關新法之執法。DMU 將與原本的競爭主管機關 Competition and Markets Authority 密切合作，確保消費者在面對具市場支配地位的平台時仍對其個人資料之處理有所選擇，參 GOV.UK, “New competition regime for tech giants to

將「得近用競爭相關的資料」列為市場地位的判斷因素之一，此立法似頗值我國參考。無論如何，隨未來此類案件漸增，對於應如何評估個案中所涉資料的重要性，有發展出盡可能客觀之既定分析框架之必要¹⁸⁹。有部分文獻已嘗試提出分析方法，例如：先自較宏觀的角度分析該數位產業的特性是否易形成市場力量，再就個案中系爭資料的稀少性與取得可能性分別探討¹⁹⁰；而在荷蘭競爭主管機關的委託報告中，則是提出了一涵蓋五個因素的分析框架，此五個因素如下：其一，系爭資料之排他性：探討其他事業究能否同樣近用系爭資料；其二，系爭資料的學習效應：分析系爭資料是否用以提升產品或服務；其三，系爭資料用以協調互動：亦即：資料是否連結了不同類使用者？其四，互補資產：分析有無其他方式可取代系爭資料的價值；其五，相競爭之商業模式：探究其他商業模式究有無可能與擁有系爭資料的事業相競爭¹⁹¹。

另外，有學者則是聚焦於大數據價值鏈的運作，嘗試提出更細緻的分析框架。此框架以三個原則為前提：其一，資料對於應用程式或演算法的成功為一種重要卻非獨一無二（important but not unique）的投入，不應忽略其他生產要素的重要性；其二，主管機關應將大數據價值鏈（即收集、儲存、分析的過程，見前文）中所展現

give consumers more choice and control over their data, and ensure businesses are fairly treated.” <https://www.gov.uk/government/news/new-competition-regime-for-tech-giants-to-give-consumers-more-choice-and-control-over-their-data-and-ensure-businesses-are-fairly-treated>, last visited on date: 2021/10/15. 而中國亦於 2021 年發布《國務院反壟斷委員會關於平台經濟領域的反壟斷指南》，其中與大數據相關的重點為：一、肯認壟斷協議（即我國之聯合行為）得以「利用數據和算法」之方式為之；二、市場支配地位的認定上，經營者「掌握和處理相關數據的能力」為考量因素之一，而在判斷「市場進入難易程度」時，「數據獲取的難易程度」也成為一參考指標；三、認定是否為「必須設施」（本文中稱關鍵設施）時，「該平台占有數據情況」為考量因素；四、肯認基於「數據、算法」而成立限定交易及差別待遇之可能；五、在經營者集中審查（即我國之結合審查）中，在考量經營者對市場的控制力時，「經營者掌握和處理數據的能力、對數據接口的控制能力」為相關的考量因素；而在考量經營者集中對市場進入的影響時，經營者獲得數據的難度及用戶在數據的轉換成本皆為考量因素；此外，較特別的是，在考量經營者集中對消費者的影響時，經營者集中會否以「不恰當使用消費者數據等方式損害消費者利益」也屬考量因素之一。六、在救濟措施方面，「剝離數據等無形資產」或「開放數據等基礎措施」都成為可能附加的條件。整體而言，此指南將迄今國際上所有學理上的討論予以明文化。全文可參考：中國國家市場監督管理總局網站，「國務院反壟斷委員會關於平台經濟領域的反壟斷指南」，http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html，最後瀏覽日期：2021/10/15。

¹⁸⁹ European Commission, *supra* note 93, 49.

¹⁹⁰ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 25-52.

¹⁹¹ Harry van Til, Nicolai van Gorp & Katelyn Price, *supra* note 114, 25-31.

的直接網路效應及間接網路效應納入考量；其三則是，大數據之應用與演算法於個案中各有不同，故競爭主管機關應就個案分析。在此三原則後，則進入後階段的分析，主管機關應該考量的問題有二：資料的價值以及資料的可得性（availability）。首先，就資料的價值而言，需考量下列三點：資料之規模經濟的程度、資料之範疇經濟的程度、資料的時間價值；而就資料的可得性而言，則需考量資料需求者直接自行取得的可能性及成本，及資料需求者間接從資料市場等第三方來源取得的可能性及成本。需特別注意的是，資料可得性高度受限於關於資料收集利用的相關法制，而會使個案評估有不同結果，競爭法分析應將此納入考量¹⁹²。

綜合上述不同建議可以得知，不同的分析框架所列入考量的因素實則大致相似。可以預期的是，此類案例會逐漸增加，而競爭主管機關可在未來處理個案時，依循上述的原則發展出更加明確而可操作的分析框架。

（二）結合

1. 資料驅動結合概說

事業收購他事業以提升資料驅動的效率、或作為取得資料優勢的手段，此即所謂資料驅動結合。就目前的案例而言，大數據所衍生的競爭法問題，主要發生在涉及大量資料之結合案中。如較早的 Google/DoubleClick 案、Facebook/WhatsApp 案等受高度矚目的跨境交易¹⁹³直至較近期的 Apple/Shazam 案等，競爭主管機關皆已在其結合審查中考量「資料」此一要素對競爭可能的影響。

若對資料驅動結合的動機加以觀察，可能係為取得大數據相關的競爭優勢、及排除競爭對手取得此等競爭優勢¹⁹⁴、或藉由大數據的分析能力辨識出潛在競爭威脅¹⁹⁵而先發制人收購競爭對手—陳志民教授將之稱為「策略性結合」：因大數

¹⁹² Marc Bourreau, Alexandre de Stree & Inge Graef, “Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising,” Centre on Regulation in Europe, 37-38 (2017), https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/170216_CERRE_CompData_FinalReport.pdf, last visited on date: 2021/10/15.

¹⁹³ OECD, *supra* note 160, 17.

¹⁹⁴ Michael L. Katz, *supra* note 61, 698.

¹⁹⁵ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, “Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust,” *Spring -2015-5(2) CPI Antitrust Chronicle*, 8 (2015).

據而具有市場支配地位的事業，可能將大數據作為排除競爭或者封鎖市場的策略工具¹⁹⁶。據此，論者嘗試就資料驅動結合的特殊性提出更細緻的說明。

應先注意的是，為取得具商業上價值的資料庫而收購他事業並非即與大數據相關。在歐盟¹⁹⁷和美國¹⁹⁸，過去皆曾處理涉及特定資料庫之結合案，但傳統的案例類型往往無關乎電子商務，而屬傳統的 B2B 資料庫服務，且結合事業為高度集中之「特定資料庫服務」市場中的主要競爭對手：對新進入者與競爭者而言，收集大量離散資料所需的大量人工使資料庫難以複製或複製成本高昂，故使競爭主管機關在其決定中考量系爭資料在結合後之集中對競爭的影響。而在大數據的情形，依循此一邏輯，競爭主管機關在較早期的案例皆傾向認為：既大數據的收集不需要大量人工、複製成本亦低、且資料隨處可得，相較之下較無前述的競爭疑慮¹⁹⁹。然而，承繼前文對大數據可能形成進入障礙之討論可得知：識別大數據在個案中所代表的競爭優勢實為個案分析的重心，方能正確評估結合後對競爭的影響；也因此，隨著相關研究與執法經驗的累積，競爭主管機關執法態度逐漸轉變。

2. 資料驅動結合：二種損害理論之提出

首先，資料驅動結合最典型的損害理論，即係基於不同資料組的「聚合」（aggregation）而生：得以近用更大規模的資料組並提供新服務固然可能有利競爭，但當資料極具價值且無法複製時，若受結合事業集中控制，則可能讓結合事業取得競爭對手無法企及的優勢；而不同類型資料組聚合所創造的特定效益，則可能強化支配地位、或使收購方能槓桿（leverage）其市場力量，甚至產生市場封鎖（foreclosure）的問題²⁰⁰。而另一種可能的損害理論則是植基於：當事業藉由大數據識別出新生競爭者（nascent competitor），或看中新生競爭者之獨特資料庫，為避免新生競爭者未

¹⁹⁶ 陳志民，前揭註 162，17

¹⁹⁷ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 31-33.

¹⁹⁸ Daniel S. Bitton & Leslie C. Overton, “United States – E-commerce and Big Data: Merger Control,” GCR (2019), <https://globalcompetitionreview.com/insight/e-commerce-competition-enforcement-guide-second-edition/1209650/united-states-%E2%80%93-e-commerce-and-big-data-merger-control>, last visited on date: 2021/10/15.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ European Commission, *supra* note 93, 110.

來成為競爭威脅，所以為先發制人即先行收購²⁰¹，以鞏固其市場地位。若具支配地位的事業系統性地進行此種收購，對競爭的損害甚鉅²⁰²，而隨著 Google、Amazon、Apple 及 Facebook 等大型平台的市場力量日益龐大，此即成為各國競爭主管機關一尤以歐盟和美國為甚，近來特別關心的議題²⁰³。

3. 資料驅動結合衍生之問題

無論是何種資料驅動結合，皆對競爭主管機關目前的分析工具帶來相當的挑戰。例如：欲收購的新創事業營業額未達結合申報門檻，而使競爭主管機關未能審查該交易對競爭的影響；或者常見的零價格訂價，無法透過傳統上以短期價格變化為中心的分析工具充分分析其競爭效果；又，競爭主管機關即便肯認如品質、選擇等非價格競爭的重要性，但因其工具在評估動態效率抑或量化非價格競爭參數上的不足，無法充分攫取資料驅動結合對競爭的影響²⁰⁴。

此外，資料驅動結合經常難以依傳統上水平／垂直／多角化結合的分類加以歸類²⁰⁵，此則會影響到結合審查的分析框架；一般而言，水平結合因為涉及直接競爭者間的市場結構轉變，對競爭影響較鉅，而非水平的結合，如垂直結合與多角化結合，限制競爭的可能性通常較小²⁰⁶。然而，資料驅動結合在申報交易之際，結合事業的主要業務可能尚未有明確的水平重疊—就收購新生競爭者此種類型以觀，最典型的情況是：收購方往往是具支配地位的平台／生態系，於其核心業務的市場，因網路效應而生的高進入障礙可能又進一步被資料驅動的網路效應強化，而當資料為重要投入時，對新生競爭者而言，唯一可行的進入方式可能是先在相鄰市場發展，建立使用者群與相關資料庫，此時雖收購方與新生競爭者間尚未有直接競爭關係，但此交易可能損害未來的競爭²⁰⁷。此即是前文所討論的、大數據相關產業在市場界

²⁰¹ Daniel S. Bitton & Leslie C. Overton, *supra* note 198.

²⁰² European Commission, *supra* note 93, 111.

²⁰³ *Id.* at 122. 關於此種「新生競爭者」之損害理論，美國 FTC 已以該理論為基礎，認定 Facebook 先後收購 Instagram 及 WhatsApp，係為排除在「個人社群網路」（Personal Social Networking）的競爭威脅，使 Facebook 得以獨占個人社群網路之市場。FTC 的起訴狀，*See supra* note 55.

²⁰⁴ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 38, 107-126.

²⁰⁵ OECD, *supra* note 160, 17.

²⁰⁶ 胡祖舜，前揭註 169，401。

²⁰⁷ Michael L. Katz, *supra* note 61, 705.

定上的困難之處所在：當收購時參與結合事業的主要業務可能僅只在收購方生態系中的一小部分有所重疊、功能上的區別較為模糊，而若界定較寬的相關市場使被收購方被涵蓋，則又可能會有高估被收購方對收購方競爭約束的風險²⁰⁸。

此時，若公平會認為有水平競爭關係，「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」（下稱結合申報處理原則）第 9 點第 1 項後段之「若屬差異化商品或服務之情形，則可進一步評估參與結合事業之商品或服務替代緊密程度（是否為對方最佳替代選項、顧客群是否高度重疊或只在參與結合事業間轉換、產品定位及價格之接近程度、是否經由相同通路銷售）及結合前的利潤等」即可作為單方效果的考量因素，然是否足以處理驅動該結合案的「先發制人」策略核心則非無疑²⁰⁹。而若認該資料驅動結合屬垂直結合，則需特別注意資料庫的合併是否會造成資料之投入封鎖—依結合申報處理原則第 11 點，是否會提高非參與結合事業進入相關市場之困難度、使參與結合事業更可能濫用其市場力量、使競爭對手成本增加皆為相關考量因素。而若認非屬上述二種結合，在多角化結合之「重要潛在競爭可能性」的擴大解釋與判斷²¹⁰，則成為處理資料驅動結合的可能路徑，但依結合申報處理原則第 12 點第 2 項「應以其產生類似水平或垂直結合之狀態，進一步就水平或垂直結合限制競爭效果之考量因素進行分析」，可能回歸前二種結合的分析方式²¹¹。

即便資料驅動結合可能使結合事業取得市場力量、而對競爭產生不利影響，資料驅動結合既可能產生特殊之效率，在各國結合管制規範多半接受效率抗辯（efficiency defense）的前提下，主管機關可能需在資料驅動效率與對競爭造成的風險間兩相權衡²¹²。我國公平法第 13 條第 1 項「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」的實體規範要件，雖與各國競爭法制多著重結合對競爭的影響之實體規範要件有間，然在公平會頒布之結合申報處理原則第 13 點第 1 項中，申報事業得提出之整體經濟利益考量因素，包含「經濟效率」；同點第 2 項規定此種經濟效率須「可被證明在短期內實現」、「無法透過結合以外之方法達成」、「可反映至消費者利益」，

²⁰⁸ European Commission, *supra* note 93, 118-119.

²⁰⁹ *Id.* at 119.

²¹⁰ Michael L. Katz, *supra* note 61, 705.

²¹¹ European Commission, *supra* note 93, 11.

²¹² Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 17.

與歐盟及美國的規範相類²¹³。在資料驅動結合中，關於「可被證明在短期內實現」的經濟效率，主管機關較可能採信結合事業事前關於該結合案的內部評估²¹⁴；而關於資料驅動之效率是否「無法透過結合以外之方法達成」，結合事業必須證明無其他對競爭損害較小的替代方式，若個案中確有透過如授權契約等方式共享資料之可能性，主管機關可能不會接受此種主張²¹⁵；最後，結合事業必須證明資料驅動效率「可反映至消費者利益」，不能僅只提升結合事業內部營運效率而未使消費者獲益、亦不能在降低品質的情況下以結合後之價格下降作為其主張，此時，分析結合將如何有利於消費者之經濟證據扮演重要角色，而消費者的意見亦有可能影響主管機關的判斷²¹⁶。整體而言，主管機關必須更深入了解關於資料驅動的效率的可能性與極限，以克服相關資訊往往掌握於結合事業的資訊不對稱問題，方能判斷結合事業提出的效率主張是否合理，也能在結合事業依其立場時而主張資料「如陽光」、「具非敵對性及非排他性」、時而復主張因資料無法在市場上取得，故資料驅動效率非結合無法實現之際，作成正確判斷²¹⁷。

最後，資料集中的問題或可透過結合補救措施（*Merger Remedies*）加以解決。公平法第 13 條第 2 項規定，公平會對結合申報案件之決定，「得附加條件或負擔」、「以確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益」；而在公平會頒布之結合申報處理原則第 14 點中，則例示結構面措施與行為面措施二種附款類型。以結構面補救措施（*Structural remedies*）而言，可能會要求結合事業為資產之處分或營業之轉讓：如將資料處理業務、或者就資料庫本身為分割（*divestiture*）；而當資料為相關市場的重要投入，結構面補救措施可能不足因應時，行為面補救措施可能要求結合事業對其他非參與結合事業「持續供應關鍵性設施或投入要素」或「授權非參與結合事業使用其智慧財產權」—在資料驅動結合的情形，可能會要求結合事業授權其他事業使用其資料庫。然而相較於智慧財產權的授權利用，大數據必須持續更新，因而可能會有關於資料即時性、如何適應日新月異的資料收集行為、資料傳輸形式、及成本

²¹³ 黃銘傑，「公平交易法結合管制之問題點與盲點—以結合類型與實體規範要件為中心」，公平交易季刊，第 25 卷第 2 期，38-44（2017）。

²¹⁴ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 38, 308.

²¹⁵ *Id.* at 305-306.

²¹⁶ *Id.* at 304-305.

²¹⁷ *Id.* at 311-312.

分擔的問題²¹⁸。此外，若欲分割或強制共享的資料組包含使用者之個人資料，亦生潛在的隱私疑慮²¹⁹。需特別注意的是，結合補救措施既是為將市場競爭回復（restore）至結合前狀態，應以結構面措施為原則、行為面措施為例外²²⁰，補救措施的設計上，如何兼顧實效性與適用上簡便、如何避免斷傷事業創新之誘因，主管機關皆應審慎考量²²¹。

即便學理上的討論已累積相當成果，實務上，至今仍未有結合案因上述競爭疑慮而被禁止。除識別出交易中資料驅動的動機外，應如何預測資料組的集中對競爭可能的影響，未來可能成為主管機關在相關案件執法上最具挑戰性的部分。

（三）市場地位濫用

延續前文的說明，大數據可能構成市場力量的重要來源。而大數據既為重要的資產，事業自有誘因排除競爭者近用大數據一當資料缺乏替代、並且對產品或服務之成功至關重要，大數據相關的排他行為意在通過限制競爭者對資料的近用以削弱競爭者的競爭能力，亦有可能從事資料收集的掠奪行為²²²。學者嘗試提出數種與大數據相關的濫用行為類型。

1. 拒絕資料近用

拒絕分享大數據給競爭者會構成競爭法問題之前提為：該等大數據對競爭而言屬重要而不可或缺之「關鍵設施」（essential facility）²²³。所謂關鍵設施原則，指同時參與上、下游市場經營之事業，其所掌控之設施若是進入上、下游市場不可或缺的元素、且市場上無其他替代品，當上、下游市場內之競爭者要求使用該設施時，設施擁有者有義務提供、不得拒絕²²⁴。一般而言，事業並無與競爭對手交易的義務，故關鍵設施原則之適用無論在歐盟或美國皆受嚴格的條件限制²²⁵。

²¹⁸ Michael L. Katz, *supra* note 61, 706.

²¹⁹ Daniel S. Bitton & Leslie C. Overton, *supra* note 198.

²²⁰ 黃銘傑，前揭註 213，51。

²²¹ Competition Bureau Canada, *supra* note 167, 26.

²²² Michael L. Katz, *supra* note 61, 698.

²²³ 陳志民，前揭註 162，19-20。

²²⁴ 胡祖舜，前揭註 169，266。

²²⁵ 同上註，270-276。

對數位時代之競爭而言，大數據的重要性日增，當資料因網路效應等集中於特定事業控制之下，能否強制該事業開放資料近用，即引發大數據是否構成關鍵設施之討論²²⁶。簡言之，當獨占者控制該資料庫、資料庫無法複製、競爭者倘若未能使用資料庫則無法競爭且獨占者可開放共享資料庫時，該資料庫才可能構成關鍵設施，而有關鍵設施原則的適用。公平會在過去的案例中曾以關鍵設施原則（公平會多使用「樞紐設施」一詞）論述個案的適法性，但對於「關鍵設施」之構成態度嚴格，目前的案例限於「法有明定禁止設施再複製」或「標準必要專利」之情形²²⁷，有無可能適用至大數據的情形可持續觀察；此外，強制共享資料可能會損害獨占事業對大數據分析的投資誘因，特別是考量到平台常見之高品質服務與零元訂價可能即是為取得大數據的成本，對誘因可能會有顯著影響²²⁸。

2. 資料近用的差別待遇

垂直整合可能導致資料近用的差別待遇，而造成扭曲競爭的效果。如賣場營運者同時為零售商，可能得以近用在其賣場的競爭者之銷售資訊以及消費者行為資料；或因得以識別產品在全球的需求，使其整合平台能更有效率調整其產品種類以及產品訂價；而限制競爭者在賣場能獲得之交易資訊亦可達到相似效果。此類資訊移轉和限制，可能讓整合的平台營運者比在其平台營運的競爭對手更有競爭力²²⁹。

²²⁶ See Catherine E. Tucker, *supra* note 136.

²²⁷ 胡祖舜，前揭註 169，289-290。

²²⁸ Michael L. Katz, *supra* note 61, 700.

²²⁹ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 19. 此即歐盟執委會於 2019 年宣布對 Amazon 展開調查的原因：Amazon 具有零售商與平台營運者之雙重角色，身為平台營運者，其持續收集平台上的活動資料，且根據初步調查，Amazon 使用了平台所收集之關於賣家、產品及交易等競爭敏感資訊。2020 年 11 月，歐盟執委會對 Amazon 發布異議聲明書（Statement of Objections），初步的調查結果認為 Amazon 使用平台上獨立賣家的非公開資料以利其 Amazon 作為賣家角色時的銷售行為，使其得以避免商業風險，此行為因而可能違反歐盟競爭法中濫用支配地位之規定；異議聲明書屬一正式程序，不代表最終的調查結果，Amazon 仍得表示意見或請求聽證。關於本案的最新進度可參考：European Commission, “AT.40462 Amazon Marketplace,” https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40462, last visited on date: 2021/10/15.

3. 資料近用的獨家交易

許多多邊平台得藉其運作直接收集大量資料，但資料也可能自其他來源，例如藉第三方資料整合商（data aggregator）或資料仲介商取得。多個資料取得來源潛在緩和了競爭問題：首先，在替代品容易取得的情況下，大型資料組不會成為市場力量的重要來源；其次，第三方資料整合商可以藉由向許多不同公司銷售資料來實現規模經濟和範疇經濟，其中包括那些未有足夠規模和範疇從自家使用者生成足以競爭資料的平台。整體而言，資料仲介商的存在可能能緩和因資料收集與利用之報酬遞增而限制平台競爭的情況²³⁰。

然而，若資料仲介商本身具有相當大的市場力量，從資料仲介商購買資料的多邊平台可能與之締結獨家契約，以禁止仲介商銷售資料予其競爭對手²³¹。反競爭的資料驅動策略，除與第三方資料提供者締結避免對手近用資料的獨家契約，亦有可能使消費者更難使用對手的服務，以封鎖對手獲取相似資料的機會²³²。

4. 資料庫的搭售與交叉使用

事業在特定市場收集的資料，可能藉由反競爭的方式增強或發展其在另一市場之市場力量。例如事業搭售其特有的資料庫與資料分析服務—這樣的搭售可能增加效率，但也在因資料分析市場給予擁有資料庫之事業有利地位（favorable position）可能產生反競爭效果。至於資料庫的交叉使用，在特定情況下可能產生封鎖效果：特別是，曾經的獨占事業可能因其公營事業背景得以近用特定資料庫，因而得以利用這些資料在相鄰市場提供消費者個人化服務、使其具備競爭者無法企及的競爭優勢²³³。

5. 以大數據差別取價²³⁴

²³⁰ Michael L. Katz, *supra* note 61, 700.

²³¹ *Id.* at 700-701.

²³² Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 19.

²³³ *Id.* at 20.

²³⁴ 差別取價指在銷售成本相同下，以不同的價格將相同的產品售予不同的客戶。成功的差別取價需具備三條件：事業具備市場力量、必須能夠清楚區分不同的消費者或不同的市場需求彈性、且消費者無法轉售商品套利。參胡祖舜，前揭註 169，215。

透過使用者資料之收集，事業有更多資訊得以評估使用者的願付價格，若事業具市場力量，可能會利用使用者資料為不同客群設定不同價格，因此，資料可能有助於差別取價²³⁵。

然而，差別取價對消費者福利及競爭之影響十分複雜²³⁶：差別取價常被認為違反消費者平等；且當消費者欲躲避不利的差別取價轉而向他事業購買時，可能會增加搜尋成本、降低替代的便利性²³⁷；亦可能導致品質降低，或使消費者喪失對網路市場的信賴；但亦有可能強化價格競爭²³⁸，或因複雜的差別取價策略使暗默勾結更難進行。整體而言，以大數據差別取價對競爭的影響無法一概而論，仍需個案判斷²³⁹。

6. 大數據的掠奪行為

傳統意義上的掠奪性訂價，指以低於成本的價格銷售以將競爭者逐出市場的行為，其意圖是為了在其後收取獨占價格²⁴⁰。美國法上，Brooke Group 案確立掠奪性訂價的雙軌檢定法：在掠奪階段，原告必須證明獨占事業之訂價低於合理的成本；而在回本階段：原告必須證明被告以低價將原告逐出市場、重新取得獨占地位後，有相當危險的機率會將價格調高到獨占水準，並能回本當初削價戰時的虧損（a dangerous probability of recouping），亦即掠奪性訂價必須有利可圖²⁴¹。有論者認為，除提高對手成本之策略外，另一種防止競爭者近用使用者資料的方法，則是透過提供使用者過好的交易、從事掠奪行為，以防止競爭者吸引使用者與交易、產生資料並強化競爭力²⁴²。

關於訂價是否低於合理成本，一般多採用 Areeda-Turner Test：將價格與邊際成本或平均變動成本相比較以判斷訂價；而將 Areeda-Turner Test 適用在為阻止競爭對手近用使用者資料之掠奪行為，最重大的困難在於：此種低成本訂價，如係為投資

²³⁵ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 21.

²³⁶ Michael L. Katz, *supra* note 61, 706.

²³⁷ A utorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 21.

²³⁸ Marc Bourreau, Alexandre de Streel & Inge Graef, *supra* note 192, 44-45.

²³⁹ Michael L. Katz, *supra* note 61, 706.

²⁴⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic Publishing, 455-456 (2016).

²⁴¹ 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，150（2019）。

²⁴² Michael L. Katz, *supra* note 61, 701.

平台自身欲利用的資料亦屬合理，特別是平台可能會發現，在發展早期收取較低價格以便建立其使用者資料庫、從而使該平台在未來對使用者更具吸引力、進而使平台在未來能收取更高的價格，此往往有利可圖；或者平台可向一側的使用者收取較低的價格，以吸引更多的使用者和資料，然後用以向另一側的使用者收取更高的價格。在排他的動機與自我發展的動機可能並存的情況下，單純以價格區分掠奪行為與競爭行為可能有其困難²⁴³。

至於回本階段，關於「有無危險機率漲價以回本」，應考量的問題實為：平台低於成本的訂價之所以有利可圖，是因為透過累積使用者資料增加了平台的競爭力、亦或只因為讓對手無法取得資料而削弱競爭？綜合考量多邊平台訂價上的複雜性，此階段在判斷上亦極具挑戰性²⁴⁴。

（四）聯合行為

競爭法欲保護者既為市場的效能競爭（*competition on the merits*），若事業間以合意約定彼此間不從事競爭²⁴⁵、實質上限制競爭者本可採取的競爭手段，削弱市場機能²⁴⁶，最終則會損害消費者福利，故聯合行為之禁止向為各國競爭法制共通的規範重心。當交易型態由實體的市場交易轉為數位市場中之交易，消費者更容易即時取得產品之價格、品質等相關資訊並多方比較，事業亦可對競爭者及消費者的動態有更迅速的掌握與回應—傳統上，市場透明度（*transparency*）即為易發生勾結（*collusion*）的市場結構特性之一²⁴⁷，大數據之應用既使市場透明度提升至前所未有的程度，輔以複雜演算法之利用，開啟了是否產生新型態反競爭行為的討論²⁴⁸。此外，資料既為競爭優勢的重要來源，事業間可能共同收集資料、以「資料池」形式

²⁴³ *Id.* at 702-703.

²⁴⁴ *Id.* at 703.

²⁴⁵ 王立達，「我國聯合行為規範現況之結構反省與革新：事前許可制、積極分流與事後查處制」，臺大法學論叢，第 47 卷第 2 期，1176-1177（2018）。

²⁴⁶ 公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 18 版，公平交易委員會，124（2019）。

²⁴⁷ OECD, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, OECD Going Digital project, 21 (2017).

²⁴⁸ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 3, 14; see Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, 1st ed., Harvard University Press (2016).

協議共享資料等，若藉此交換關於價格、成本等敏感資訊，則亦有構成聯合行為的疑慮²⁴⁹。綜合以上，與大數據應用相關、而可能構成聯合行為者，大致分為二種行為類型：其一為利用演算法實行勾結；其二則為協議共同收集資料或共享資料。

1. 演算法與聯合行為

「演算法」究係何指，目前並無普遍採納的精確定義。有論者嘗試定義，認演算法為「能將數值或數值組作為投入，產出其他數值或數值組」之「明確定義之計算程序」²⁵⁰。資訊科技技術的進步使演算法的處理能力日增，人工智慧的發展更將之提升到另一層次：使演算法能夠處理複雜問題、預測趨勢，並做出更有效率之決策²⁵¹。而大數據與演算法的相關性在於，對大多數演算法而言，資料為不可或缺的投入²⁵²，機器學習之概念於 1980 年代即已出現，過渡到人工智慧時代，與過去相較，固欲朝向更「擬人」（human-imitative）的方向發展，究其實際，仍是以統計資料分析為基礎，是更大規模的資料分析帶來的「量變」而非「質變」²⁵³。若聚焦於與市場競爭最直接密切的訂價演算法，則其潛在投入可能為競爭者價格資料、事業過去的訂價與營收資料、個別消費者資料（如偏好及購買紀錄）、市場資訊（例如競爭者為向消費者傳達稀少性而公開庫存量）、或者其他欲列入參考的外部資訊等等，這些不同的資料皆影響了價格的形成²⁵⁴。

就其本質以觀，數位經濟的蓬勃發展根本地改變了市場的動態—數位市場中廣泛收集利用、以及易於取得各種資料的特性，提升了市場透明度，因而對市場競爭造成複雜的效果：一方面消費者易於比較競爭產品的個別價格與特性、甚至可能因

²⁴⁹ European Commission, *supra* note 93, 96.

²⁵⁰ Competition & Markets Authority, “Pricing algorithms: Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing,” 9 (2018), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf, last visited on date: 2021/10/15.

²⁵¹ OECD, *supra* note 247, 9.

²⁵² Competition & Markets Authority, *supra* note 250, 15.

²⁵³ Federal Trade Commission, “Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century-Session 7 transcript,” 86-88 (2018), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/1418693/ftc_hearings_session_7_transcript_day_2_11-14-18_0.pdf, last visited on date: 2021/10/15.

²⁵⁴ Competition & Markets Authority, *supra* note 250, 15.

消費者需求與市場條件等相關資訊的透明化而促進市場進入²⁵⁵；另一方面，透明度提升可使事業更快速獲悉競爭者的價格、更容易監督與偵測到偏離，而可能利於價格勾結、使勾結更穩定²⁵⁶；至於演算法對勾結的其他傳統風險因素所造成的影響，例如：因演算法收集資訊的能力增加，即便在較不集中的市場仍可快速收集資訊、偵測偏離及作出懲罰，故在較不集中的市場結構仍可能發生演算法勾結；就事業互動頻率而言，因演算法能因應競爭者價格變動快速調整價格，偏離的誘因亦降低²⁵⁷。整體觀之，本來即易發生勾結的市場結構，可能會因大數據與演算法之運用而進一步增加勾結發生的風險²⁵⁸。

以演算法實行勾結的案例至今雖屬有限，然學界與各國競爭主管機關就其潛在之競爭問題已累積相當數量的討論²⁵⁹；而正因為目前案例有限、執法工具也尚未發展完足之此等誘因，使事業更可能以演算法從事聯合行為²⁶⁰。Ezrachi 及 Stucke 即嘗試提出四種以演算法促進勾結之情形：

其一為以演算法作為使者（*Messenger*）。在此種情形，事業間仍有勾結的協議存在，電腦僅是協助執行一負責勾結的實行、監督乃至懲罰偏離，抑或促進資訊交換或傳遞訊息（*signaling*）²⁶¹。此時，演算法本身是中性的，僅是行為人意志的延伸²⁶²。而就執法而言較無特殊性，因事業間仍有合意存在，可直接適用公平法，檢驗是否構成聯合行為²⁶³。美國於 2015 年的 *Topkins* 案²⁶⁴即為一例：被告 David Topkins 與其共謀者，在美國 Amazon Marketplace 上販售海報並協議固定價格（*price fixing*）。為達成此協議，他們約定使用同樣的訂價演算法販售海報，以協調彼此的價格變化，並使用軟體使訂價皆符合協議。美國司法部（*Department of Justice*，下稱 DOJ）認被

²⁵⁵ *Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, supra note 3, 14.*

²⁵⁶ *Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, supra note 248, 36.*

²⁵⁷ *Competition & Markets Authority, supra note 250, 47.*

²⁵⁸ *Id. at 48.*

²⁵⁹ 中文資料參：邱映曦，競爭法的數位紀元－論數位平台資訊力對競爭法適用之影響，國立政治大學法律學系博士論文（2019）。

²⁶⁰ *OECD, supra note 160, 23.*

²⁶¹ *Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, supra note 248, 36.*

²⁶² *Id. at 45.*

²⁶³ *Id. at 39.*

²⁶⁴ *United States v. Topkins, No. 15 Cr. 201 (N.D. Cal.).*

告與其共謀者固定價格的行為違反休曼法第 1 條而將其起訴²⁶⁵。DOJ 稱此為「電子商務勾結的首例」，並宣示其「不會容忍反競爭行為—無論是發生在煙霧瀰漫的房間、或在網路上利用複雜的演算法為之」²⁶⁶，除重申反托拉斯法會確保自由、公平的市場競爭，亦揭示了新型態反競爭方法出現的可能及主管機關面臨的挑戰。

第二種則為藉由演算法實行軸幅式共謀（hub and spoke conspiracy）。傳統的軸幅式共謀多半由一事業扮演「軸（hub）」的角色、分別與另一產銷階段的多家事業，即「幅（spoke）」為相似的垂直價格協議，此時「軸」所從事者為居中協調價格²⁶⁷。而以演算法實行軸幅式共謀，即指以相同演算法作為「軸」的角色，協調各競爭者之訂價，雖競爭者間未直接有直接意思聯絡，實際上效果近似水平聯合行為²⁶⁸，如 Uber 即以應用程式平台為軸，與每個司機間皆以「高峰訂價（surge pricing）」演算法統一計價²⁶⁹。此種損害理論對於競爭主管機關的挑戰最為迫切，因為事業只需要採取相同的演算法即可能成立²⁷⁰；如事業交由第三方訂價、使其利用訂價演算法為之，即有可能產生競爭事業間即便不存在任何意思聯絡，卻因交由第三方使用同一訂價演算法，而產生類似協調價格的結果；此時在判斷上，仍應回歸傳統軸幅式共謀之「個別事業是否知悉其與競爭者應用同一訂價演算法而可能影響價格」的意圖要件加以認定²⁷¹。此外，此種損害理論的輔助判斷因素有：相關市場中將訂價交由該共同演算法的競爭者比例、該演算法是否使用多位客戶（競爭者）之非公開資料以決定訂價、演算法的客觀功能是否為最大化其所有客戶的總利潤等²⁷²。執法上，可能因水平競爭關係之事業間並無合意而不構成公平法上的聯合行為，惟若符合公平法第 14 條第 2 項「其他方式之合意」，如主要競爭者間知道彼此皆使用相同演算法，

²⁶⁵ Department of Justice, “Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division’s First Online Marketplace Prosecution,” (2015/4/6), <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>, last visited on date: 2021/10/15.

²⁶⁶ *Id.* at 265.

²⁶⁷ Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *supra* note 248, 47.

²⁶⁸ *Id.* at 46.

²⁶⁹ 關於 Uber 運用訂價演算法衍生之競爭法問題，參：劉穎蓉，優步公司訂價演算法關於價格聯合行為爭議之研究—以美國休曼法為中心，國立政治大學國際經營與貿易學系碩士論文（2018）。

²⁷⁰ Competition & Markets Authority, *supra* note 250, 4.

²⁷¹ Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *supra* note 248, 48-49.

²⁷² Competition & Markets Authority, *supra* note 250, 27.

仍有構成聯合行為之可能；至於在此結構中扮演「軸」之角色的事業，其行為若限制了「幅」事業間的價格競爭，論者認為可能構成公平法第 20 條第 4 款之「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合、聯合或為垂直限制競爭之行為」²⁷³。

第三種情況係以演算法作為可預測的代理人（The Predictable Agent）。事業個別開發自家演算法以最大化其收益，該演算法能監督價格變化、迅速回應競爭者的降價，或者跟漲²⁷⁴。與前二種情況相較，若將演算法作為可預測的代理人，事業皆個別基於其經濟上自利（self-interest）的動機，獨立創造並使用演算法，其間雖不涉及任何協議，但在編寫演算法時所預設的、演算法針對特定市場條件應如何回應，實則可預見、甚至意欲達成此種價格跟隨結果，即所謂「有意識的平行行為（conscious parallelism）」²⁷⁵、或稱暗默勾結（tacit collusion），若無法證明競爭者間的合意，此種情況即不違反公平法。

第四種則是數位之眼（Digital Eye）。此種情況係指，當大數據分析的資料處理能力已能隨時掌握當下複雜的市場條件、演算法並能利用人工智慧做出利潤最大化的自主決定，並無任何人類的意志牽涉其中。此時，基於演算法的自主決定所構成的暗默勾結，其穩定性與範圍可能前所未見²⁷⁶。在使者與軸幅式共謀的情形，從事勾結的仍然是人類；而若以演算法作為可預測的代理人，事業亦可知採用利潤最大化的演算法可能發生暗默勾結的結果、而尚有證明反競爭意圖的可能²⁷⁷；但在數位之眼的情形，人類的意志與演算法的策略決定完全脫鉤，因此公平法並無介入餘地。至於未來能否使事業為其演算法的決定負責、及要負責到何程度，皆是懸而未決的問題。

²⁷³ 張展旗，「公平法專欄：人工智慧訂價決策可能有聯合行為疑慮（下）」，群勝國際法律事務所法律專欄（2019/10/29），<https://www.btlaw.com.tw/web/Home/NewsInfo?key=0227079976&cont=135914>，最後瀏覽日期：2020/9/30。

²⁷⁴ Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *supra* note 248, 61.

²⁷⁵ *Id.* at 65-66.

²⁷⁶ *Id.* at 71.

²⁷⁷ *Id.* at 77-78.

以目前演算法發展之技術而言，學者對於如何設計出能從事暗默勾結的演算法、及其勾結之穩定程度，仍持較保留的態度²⁷⁸，然此仍有可能隨演算法技術發展日益成熟及普遍應用而風險漸增，須持續加以觀察²⁷⁹。

2. 資料共享與聯合行為

資料既為事業營運及創新的重要投入，為克服資料收集的技術障礙²⁸⁰、降低收集成本或促進資料經濟價值的充分利用，事業間可能基於其成員的共同利益，決定共同收集資料，或將資料集中於「資料池」而協議共享資料。一般而言，資料共享協議因強化了資料近用，故能解決資料瓶頸的問題、並使資料的創新潛力得以充分實現；此外，同種類資料或互補資料之匯聚，亦使事業能獲益於資料之規模經濟與範疇經濟，不為其本身的資料收集能力所囿，而能開發創新的產品或服務，或以之更有效地訓練演算法，綜合了上述特點，資料共享協議常有促進競爭的效果²⁸¹。

然而，若事業間共享資料之內容涉及價格、產量、成本等商業上敏感資訊，則有可能生限制競爭之效果，此即資訊交換至何等程度即構成聯合行為之問題。以歐盟法為例，資料共享協議可能違反 TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union) 第 101 條第 1 項規定而被認為目的上 (by object) 或效果上 (by effect) 限制競爭，若未有該條第 3 項得豁免之情形，則該協議為無效；2011 年的水平合作協議指導原則 (Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements) 增訂第二章「資訊交換」，就敏感資訊交換是否限制競爭的判斷上提供基礎²⁸²。至於我國聯合行為之規定，雖

²⁷⁸ Federal Trade Commission, *supra* note 253, 25-31.

²⁷⁹ Competition & Markets Authority, *supra* note 250, 31.

²⁸⁰ See Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *supra* note 82.

²⁸¹ European Commission, *supra* note 93, 92.

²⁸² 是否限制競爭之判斷基準包括：策略性資訊 (strategic information)、市場覆蓋率 (market coverage)、整合或個別事業資料 (aggregated or individualized data)、資料的新舊 (age of data)、資訊交換頻率 (frequency of information exchange)、資訊的公開性 (public or non-public information)、公開或秘密管道交換 (public or non-public information exchange) 等。詳參施錦村、馬泰成、單驥、劉姿汝，「競爭法規範有關事業間交換敏感資訊與聯合行為之研究」，公平交易季刊，第 26 卷第 2 期 (2018)。

未就敏感資訊交換訂定專門處理的法規，理論上，若資料分享協議符合公平法第 15 條第 1 項八款情形之一而「有益於整體經濟與公共利益」，可向主管機關申請許可²⁸³。

由於資料池與資料共享協議尚屬較新的競爭法議題，目前仍在發展中，論者提出的初步方向為：須先就資料池的類型加以區分，續分析其對競爭的效果。若競爭法分析之原則越臻明確，則越可促進有利競爭的資料共享協議²⁸⁴。而就資料共享協議是否會造成限制競爭的效果，具體的參考指標如資料共享協議目的與執行細節²⁸⁵、事業間的競爭關係、市場結構是否利於勾結（如參與資料池的事業的總市占率）、共享的資料是否涉及與競爭高度相關（如價格、產量、成本等）之資訊、共享協議是否有助於預測競爭者的行為，及是否採取避免揭露敏感資訊之措施²⁸⁶等。而後若資料池取得市場力量、使其成員具備顯著優勢，亦可能產生須以 FRAND 條件授權其他競爭者近用之義務²⁸⁷。

五、結論

數位經濟對競爭政策所造成的衝擊，使歐盟與美國皆開始檢討既有競爭法的原則是否足以應對新型態的競爭問題。在隱私保護方面，本文認為，如欲以競爭法促進「隱私保護」面向上的競爭，則無法解決隱私需求高度主觀性的問題，故除在明確存在一「隱私競爭」的情形外，競爭法並不適合處理隱私保護不足的問題。而傳統上基於數位市場特性，認其變動快速、而不易產生持久市場力量之見解，本文也逐一檢討，認為此種概括的說法毋寧是一種迷思；本文整理相關文獻後，認為大數據的確可能成為市場力量的來源，並提高市場的進入障礙。公平會對此議題業已著手研究，並將相關因素納入其競爭法分析中，隨未來執法經驗的累積，既有分析方法應能修正得更完足，以處理大數據相關的競爭法問題。

²⁸³ 實務上尚未出現此種案例。參施錦村、馬泰成、單驥、劉姿汝，同上註，104。

²⁸⁴ European Commission, *supra* note 93, 93. 此外，如未來資料池或資料共享協議之應用普及，若使參與事業取得市場地位，則事業不應利用資料池或資料共享協議為排他行為、亦生授權或需遵守 FRAND 承諾的問題。 *Id.* at 96-97.

²⁸⁵ European Commission, *id.* at 95.

²⁸⁶ Japan Fair Trade Commission Competition Policy Research Center, “Report of Study Group on Data and Competition Policy,” 49 (2017/6/6), https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-4.pdf, last visited on date: 2021/10/15.

²⁸⁷ European Commission, *supra* note 93, 97.

參考文獻

中文部分

- 公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 18 版，公平交易委員會（2019）。
- 王立達，「我國聯合行為規範現況之結構反省與革新：事前許可制、積極分流與事後查處制」，臺大法學論叢，第 47 卷第 2 期（2018）。
- 宋皇志，「大數據之競爭法議題—以限制競爭為中心」，政大法學評論，第 163 期（2020）。
- 邱文聰，「從資訊自決與資訊隱私的概念區分—評『電腦處理個人資料保護法修正草案』的結構性問題」，月旦法學雜誌，第 168 期（2009）。
- 邱映曦，競爭法的數位紀元—論數位平台資訊力對競爭法適用之影響，國立政治大學法律學系博士論文（2019）。
- 施錦村、馬泰成、單驥、劉姿汝，「競爭法規範有關事業間交換敏感資訊與聯合行為之研究」，公平交易季刊，第 26 卷第 2 期（2018）。
- 胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司（2019）。
- 翁清坤，「告知後同意與消費者個人資料之保護」，臺北大學法學論叢，第 87 期（2013）。
- 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（2019）。
- 張陳弘，「新興科技下的資訊隱私保護：『告知後同意原則』的侷限性與修正方法之提出」，臺大法學論叢，第 47 卷第 1 期（2018）。
- 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（2018）。
- 黃銘傑，「公平交易法結合管制之問題點與盲點—以結合類型與實體規範要件為中心」，公平交易季刊，第 25 卷第 2 期（2017）。
- 葉志良，「大數據應用下個人資料定義的檢討：以我國法院判決為例」，資訊社會研究，第 31 期（2016）。
- 劉穎蓁，優步公司訂價演算法關於價格聯合行為爭議之研究—以美國休曼法為中心，國立政治大學國際經營與貿易學系碩士論文（2018）。
- 劉靜怡，「淺談 GDPR 的國際衝擊及其可能因應之道」，月旦法學雜誌，第 286 期（2019）。

劉靜怡，「網際網路時代的資訊使用與隱私權保護規範：個人、政府與市場的拔河」，資訊管理研究，第4卷第3期（2002）。

外文部分

- Acquisti, Alessandro, Brandimarte, Laura & Loewenstein, George, “Privacy and Human Behavior in the Age of Information,” 347(6221) Science (2015).
- Adjerid, Idris, Peer, Eyal & Acquisti, Alessandro, “Beyond the Privacy Paradox: Objective Versus Relative Risk in Privacy Decision Making,” 42(2) MIS Quarterly (2018).
- Balto, David A. & Lane, Matthew, “Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data,” SSRN Working Paper (2016).
- Barth, Susanne & de Jong, Menno D.T., “The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review,” 34(7) Telematics and Informatics (2017).
- Bork, Robert H. & Sidak, J. Gregory, “What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google?” 8(4) Journal of Competition Law & Economics (2012).
- Cate, Fred H., “The EU Data Protection Directive, Information Privacy, and the Public Interest,” 80(3) Iowa Law Review (1995).
- Cooper, James C., “Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity,” 20 George Mason Law Review (2013).
- De Mauro, Andrea, Greco, Marco & Grimaldi, Michele, “A formal definition of Big Data based on its essential features,” 65(3) Library Review (2016).
- Digital Competition Expert Panel, Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel, Digital Competition Expert Panel (2019).
- Dorsey, Elyse, Rybnicek, Jan & Wright, Joshua D., “Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking,” Spring-2018-1(1) CPI Antitrust Chronicle (2018).

- Duch-Brown, Nestor, Martens, Bertin & Mueller-Langer, Frank, “The economics of ownership, access and trade in digital data,” 2017-01 JRC Digital Economy Working Paper (2017).
- Evans, David & Schmalensee, Richard, “Network Effects: March to the Evidence, Not to the Slogans,” Summer-2017- 1(3) CPI Antitrust Chronicle (2017).
- European Commission, Competition Policy for the digital era, European Commission (2019).
- Ezrachi, Ariel & Stucke, Maurice E., Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, 1st ed., Harvard University Press (2016).
- Graef, Inge, “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms,” 38(4) World Competition (2016).
- Graef, Inge, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility, 1st ed., Kluwer Law International (2016).
- Harbour, Pamela Jones & Koslov, Tara Isa, “Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets,” 76(3) Antitrust Law Journal (2010).
- Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 5th ed., West Academic Publishing (2016).
- Katz, Michael L., “Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy,” 54 Review of Industrial Organization (2019).
- Kuner, Christopher, Cate, Fred H., Millard, Christopher, Svantesson, Dan Jerker B. & Lyskey, Orla, “When two worlds collide: the interface between competition law and data protection,” 4(4) International Data Privacy Law (2014).
- Andres V. Lerner, “The Role of ‘Big Data’ in Online Platform Competition,” SSRN Working Paper (2014).
- Mankiw, Gregory, Principles of Economics, 7th ed., (Custom Edition) Cengage Learning (2015).
- Manne, Geoffrey A. & Sperry, Ben, “The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework,” Spring-2015-5(2) CPI Antitrust Chronicle (2015).

- McDonald, Aleecia M. & Cranor, Lorrie Faith, “The Cost of Reading Privacy Policies,” *4(3) I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* (2008).
- Newman, John M., “Antitrust in Zero-Price Markets: Applications,” *94(1) Washington University Law Review* (2016).
- Newman, John M., “Silicon Valley Rhetoric: Three Myths Debunked,” *Spring-2018-1(2) CPI Antitrust Chronicle* (2018).
- Newman, John M., “Antitrust in Digital Market,” *72(5) Vanderbilt Law Review* (2019).
- OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, DAF/COMP(2013)17, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2013).
- OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to The Digital Era*, DAF/COMP(2016)14, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2016).
- OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, OECD Going Digital project (2017).
- Ohlhausen, Maureen K. & Okuliar, Alexander P., “Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy,” *80(1) Antitrust Law Journal* (2015).
- Pasquale, Frank A., “Paradoxes of Digital Antitrust: Why the FTC Failed to Explain its Inaction on Search Bias,” *July 2013 Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series* (2013).
- Pasquale, Frank A., “Privacy, Antitrust and Power,” *20(4) George Mason Law Review* (2013).
- Pasquale, Frank A., “When Antitrust Becomes Pro-Trust: The Digital Deformation of U.S. Competition Policy,” *Spring-2017-1(2) CPI Antitrust Chronicle* (2017).
- Posner, Richard A., “Antitrust in the New Economy,” *106 John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* (2000).
- Prufer, Jens & Schottmüller, Christoph, “Competing with Big Data,” *2017-006 TILEC Discussion Paper* (2017).
- Rocher, Luc, Hendrickx, Julien M. & de Montjoye, Yves-Alexandre, “Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models,” *10(1) Nature Communications* (2019).

-
- Rubinfeld, Daniel L. & Gal, Michal S., “Access Barriers to Big Data,” 59 Arizona Law Review (2017).
- Solove, Daniel J. & Hartzog, Woodrow, “The FTC and the New Common Law of Privacy,” 114(3) Columbia Law Review (2014).
- Sokol, D. Daniel & Comerford, Roisin, “Antitrust and Regulating Big Data,” 23(5) George Mason Law Review (2016).
- Solove, Daniel J., Information Privacy Law, 6th ed., Wolters Kluwer (2018).
- Stucke, Maurice E. & Grunes, Allen P., “Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust,” Spring -2015-5(2) CPI Antitrust Chronicle (2015).
- Stucke, Maurice E. & Grunes, Allen P., Big Data and Competition Policy, 1st ed., Oxford University Press (2016).
- Stucke, Maurice E., “Should We Be Concerned About Data-opolies?” 2 Georgetown Law Technology Review (2018).
- Tucker, Catherine E., “Digital Data, Platforms and the Usual [Antitrust] Suspects: Network Effects, Switching Costs, Essential Facility,” 54 Review of Industrial Organization (2019).
- Tucker, Darren S. & Wellford, Hill B., “Big Mistakes Regarding Big Data,” 14(2) Antitrust Source (2014).
- Whish, Richard & Bailey, David, Competition Law, 8th ed., Oxford University Press (2015).

Big Data and Competition Law

Lee, Wan-Yu*

Abstract

The extensive use of big data is one of the key characteristics of the digital economy. As firms gain a significant competitive advantage through the collection and analysis of personal data, new challenges are presented for competition policy in the digital era. With regard to data-related antitrust issues, there are two major theories of harm: first, the privacy concern posed by the use of big data raises the question of whether competition law is the appropriate institutional choice. While having become the main approach adopted in data protection regulations, “notice and choice” fails to provide consumers with more desirable options: consumers cannot make meaningful choices based on the vague and ambiguous language in privacy policies. Although the optimal level of privacy protection remains highly subjective, some academics believe that privacy protection can serve as a non-price parameter that can be enhanced by promoting competition. Second, commentators hold different views on whether the competitive advantage created by big data can be a source of market power and thus possibly lessen competition. Some commentators believe that the fast-moving nature of digital markets reduces the risk of concentration. However, the empirical evidence suggests that the market structure of digital markets fueled by big data tends to tip and that this kind of dominance is persistent. It is rather unrealistic to adhere to a traditional understanding of digital competition derived from Schumpeterian “creative destruction”. In addition, the scarcity of unique datasets can create significant entry barriers. Although some commentators claim that data is non-rival and ubiquitous and reject the possibility of any antitrust concern, specific datasets cannot be acquired from data brokers or other sources. Moreover, the economies of scale and scope of data entrench the dominant position of data-rich firms, which in turn increases first-mover advantage. This article discusses these issues and explores how to modify current competition analysis to address data-related anti-competitive conduct.

Keywords: Big Data, Competition Law, Privacy, Barrier to Entry, Digital Economy.