

大數據之競爭法議題

——以限制競爭為中心

宋 皇 志*

要 目

| | |
|----------------------|------------------------------------|
| 壹、前 言 | (二)論點二：大數據可能有反競爭效果 |
| 貳、大數據之市場特性與法律規範 | (三)本文見解：大數據兼具促進競爭與限制競爭之效果 |
| 一、大數據之定義 | 二、大數據是否形成市場進入障礙 (barrier to entry) |
| 二、大數據之分類 | (一)市場進入障礙概念之演進 |
| 三、大數據之市場特性 | (二)論點一：大數據不必然形成市場進入障礙 |
| 四、大數據之取得、處理與運用及其法律規範 | (三)論點二：大數據可能形成市場進入障礙 |
| 參、大數據之競爭法意涵 | |
| 一、大數據係促進競爭抑或抑制競爭 | |
| (一)論點一：大數據可能促進競爭 | |

DOI : 10.3966/102398202020120163002

* 政治大學科技管理與智慧財產研究所專任副教授，交通大學科技管理研究所科技法律組博士。本文係科技部專題研究計畫（108-2410-H-004-140-MY2）之研究成果，作者特此感謝科技部之研究經費補助。非常感謝兩位匿名審稿委員賜予寶貴之修改意見，提供本文深度思考並補充修正的機會，特此感謝。惟文責仍由本文自負。

投稿日期：一〇九年四月二十日；接受刊登日期：一〇九年十月六日

責任校對：林嘉瑛

| | |
|---|--|
| <p>(四)本文見解：大數據之蒐集、儲存及使用皆可能形成市場進入障礙</p> <p>肆、數據驅動市場中大數據之蒐集使用可能構成之限制競爭</p> <p>一、大數據是否可能有市場力量與獨占地位</p> <p>(一)大數據之相關市場</p> <p>(二)大數據之市場占有率</p> <p>(三)小結：大數據可能具有排除競爭之能力從而構成獨占</p> <p>二、大數據之蒐集使用是否可能構成獨占地位濫用</p> <p>(一)理論探討</p> <p>(二)歐盟對Google之裁罰及其解析</p> <p>(三)德國聯邦卡爾特局對Facebook之裁罰及其解析</p> <p>(四)對我國法之啟示：大數據之蒐集使用可能構成獨占地位濫用</p> <p>三、大數據蒐集使用之契約或協議是否可能構成聯合行為</p> | <p>(一)理論探討</p> <p>(二)CDK與Reynolds聯合行為案及其解析</p> <p>(三)對我國法之啟示：兩家或以上大數據公司以契約或協議進行大數據之蒐集或使用可能構成聯合行為</p> <p>四、大數據相關事業結合是否可能具有反競爭效果</p> <p>(一)理論探討</p> <p>(二)Google併購DoubleClick案及其評析</p> <p>(三)Microsoft結合Yahoo進行網際網路搜尋與付費廣告案及其評析</p> <p>(四)Facebook併購WhatsApp案及其評析</p> <p>(五)對我國法之啟示：大數據相關事業結合可能具有反競爭效果</p> <p>伍、結論：我國大數據之政策與法規建議</p> |
|---|--|

摘 要

數位經濟市場能否健全發展取決於事業間對大數據之自由與公平競爭。鑑於大數據之蒐集與使用所生限制競爭問題日益嚴重，對其所衍生競爭法議題之研究刻不容緩。研究結果認為大數據兼含促進競爭與抑制競爭之效果，在資料蒐集、儲存與使用上皆可能形成市場進入障礙。數據巨擘可能具有市場力量與獨占地位，也確已有濫用獨占地位之實例。兩家握有巨量數據之公司倘共同決定大數據之蒐集手段、使用方式、或交易模式，進而影響相關市場之競爭秩序，可能構成聯合行為。當兩家事業結合後之市占率超過法定比例時，因競爭程度下降可能會有限制競爭之虞。本文於學理上提出大數據於限制競爭議題之理論架構，於實務上可供公平交易委員會與法院於個案審理時之參考。

關鍵詞：大數據、數據驅動經濟、競爭法、限制競爭

壹、前言

有別於古典經濟學中以資本、土地、勞動與企業能力為主要生產要素¹，數位經濟（例如社群媒體、網路搜尋引擎、個別化廣告等）最主要的生產要素無疑是「數據」，本文將其所形成之市場定義為「數據驅動市場」（data-driven market）。有論者認為數據是數位經濟的「新型石油」（new oil）²，適足說明數據絕對是數位經濟最主要之驅動力³。數據驅動市場能否健全發展，某程度取決於事業間對大數據之自由競爭與公平競爭，準此，大數據相關市場自由與公平競爭秩序之維護，便成為數位經濟能否健全發展最重要之課題。

過往法律學界對於大數據法律議題之研究，多著重在消費者、隱私權與個人資料之保護⁴，較少關注競爭法之議題。對於大數據之蒐集與使用是否可能有限制競爭或不公平競爭的問題，反而是歐洲競爭法主管機關較早開始關注。早在二〇一四年，歐洲資料保護監理局（European Data Protection Supervisor）即針對大數據時代的隱私與競爭秩序議題發布白皮書，探討數位經濟中資料保護、競爭法、與消費者保護之間的互動關係⁵。經濟合作暨發展組織

¹ 張清溪等，*經濟學：理論與實際*（上冊），頁6，1993年1月，2版。

² Perry Rotella, *Is Data the New Oil?*, FORBES (Apr. 2, 2012), available at <https://www.forbes.com/sites/perryrotella/2012/04/02/is-data-the-new-oil/#2bd9dcd97db3> (last visited: 2020.04.08).

³ Nathan Newman, *Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data*, 31 YALE J. REGUL. 401, 403 (2014).

⁴ e.g., F. Patrick Hubbard, “Sophisticated Robots”: *Balancing Liability, Regulation, and Innovation*, 66 FLA. L. REV. 1813, 1803-05 (2014); David Lindsay, *The ‘Right to Be Forgotten’ by Search Engines Under Data Privacy Law: A Legal Analysis of the Costeja Ruling*, 6 J. MEDIA LAW 159, 161-62 (2014).

⁵ European Data Protection Supervisor, *Privacy and Competitiveness in the Age of Bit Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer*

(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 在二〇一五年發布一份探究大數據成長與「數據驅動市場」創新的白皮書，指出數據驅動市場遠較其他市場集中，贏者往往全拿從而取得大數據之獨占地位⁶。法國競爭管理局 (Autorité de la concurrence) 與德國聯邦卡爾特局 (Bundeskartellamt) 於二〇一六年聯合發布一份稱為「競爭法與資料」 (Competition Law and Data) 的報告，針對大數據的競爭法議題聲明其立場⁷。歐盟執行委員會 (European Commission, 下稱「歐盟執委會」) 競爭委員 Margrethe Vestager 亦於二〇一六年發表聲明，宣示歐盟執委會將審慎考量大數據的競爭法議題⁸。鑑於大數據於數據驅動市場所衍生之限制競爭與不公平競爭日益增加，對其競爭法議題之研究刻不容緩。

準此，本文擬鑽研大數據之競爭法議題，特別將聚焦於數據驅動市場中大數據之蒐集、儲存與使用所涉及之限制競爭議題，期能彌補上述研究缺口。本文之研究問題包含大數據究可促進競爭抑或抑制競爭、大數據是否會形成市場進入障礙、大數據是否可能有市場力量與獨占地位、大數據之蒐集使用是否可能構成獨占地位濫

Protection in the Digital Economy (2014), available at https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_ex_sum_en_0.pdf (last visited: 2020.04.08).

⁶ OECD, White Paper, Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being 7 (2014), available at <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf> (last visited: 2020.04.08).

⁷ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, Competition Law and Big Data (2016), available at http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetition_lawanddatafinal.pdf (last visited: 2020.04.08).

⁸ Margrethe Vestager, Making Data Work for Us— Data Ethics Event on Data as Power (Sept. 9, 2016), available at https://wayback.archive-it.org/12090/20191129211903/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/making-data-work-us_en (last visited: 2020.11.18).

用、大數據蒐集使用之契約或協議是否可能構成聯合行為、以及大數據相關事業之結合是否可能具有反競爭效果？至於大數據所涉及之不公平競爭議題，將另文論述之。

本文首先從學理上詳細介紹大數據之基礎概念與法律規範，包含大數據之定義、分類、市場特性，以及取得、處理與運用大數據之法律規範。其次探討大數據之競爭法意涵，包含大數據是否可能有促進競爭或反競爭效果之辯證與大數據是否可能形成市場進入障礙之辯證，進而提出本文之論點。

其後聚焦於大數據之蒐集使用所可能構成之限制競爭議題。由於我國公平交易委員會迄今尚無關於大數據之蒐集使用所涉及限制競爭之處分案，學說上亦尚無針對大數據競爭法議題所著專書或專文，因此本文謹先以比較法觀點研究美國、歐盟與德國之法律規範、學說與實務見解，再回頭闡釋對我國法之啟示。本文首先論述大數據可能之相關市場、大數據之市場占有率、及大數據是否可能具有排除競爭之能力從而構成獨占。接下來本文研議大數據之蒐集使用是否可能構成獨占地位濫用，首先進行獨占地位與獨占地位濫用之理論探討，其次研究歐盟連續三年對Google之鉅額裁罰及其帶來之啟示，以及德國聯邦卡爾特局對Facebook之裁罰及其啟示，進而提出本文之論點及對我國法之啟示。緊接著本文探討大數據蒐集使用之契約或協議是否可能構成聯合行為，首先就聯合行為進行理論探討，接續研究歐盟的CDK與Reynolds聯合行為案及其啟示，進而提出本文之論點及對我國法之啟發。最後研析大數據相關事業之結合是否可能具有反競爭效果，首先針對事業結合之競爭法意涵進行理論探討，其次分別研究Microsoft結合Yahoo進行網際網路搜尋與付費廣告案以及Facebook併購WhatsApp案，探詢二者之啟示，並提出本文之見解及對我國法之啟示。

貳、大數據之市場特性與法律規範

一、大數據之定義

大數據 (big data) 一詞係由Michael Cox與David Ellsworth兩人於一九九七年電機電子工程師學會 (Institute of Electrical and Electronics Engineers, IEEE) 之研討會首先提出，論文名稱為〈管理大數據以實現科學可視覺化〉 (Managing Big Data for Scientific Visualization)，旨在闡釋大數據之蒐集、管理與可視覺化分析⁹。目前學界對於大數據尚無明確且一致的定義，通常泛指任何結構化及非結構化之海量資料，機構或事業能以有意義的方式擷取並嘗試分析，從而獲致數據驅動 (data-driven) 之決策分析及可操作之行動方針¹⁰。有學者認為，大數據係一種大批量、快速變動、多種型態的資訊資產，企業可仰賴創新的營運模式與精進的資訊處理能力來提升數據之價值，據以增強企業經營之洞察力與決策能力¹¹。

隨著數據資料之快速累積、電腦運算速度以及記憶容量之大幅提升，大數據分析自二〇〇九年起呈現爆炸性成長¹²。大數據分析不僅造就商業智能之突破性創新，其技術與管理更將數據從靜態終端環境轉換到無處不在的雲端系統，並從傳統之結構化數據轉變為

⁹ Michael Cox & David Ellsworth, *Managing Big Data for Scientific Visualization*, 97 ACM SIGGRAPH 21, 21-38 (1997).

¹⁰ Veda C. Storey & Il-Yeol Song, *Big Data Technologies and Management: What Conceptual Modeling Can Do*, 108 DATA KNOWL. ENG. 50, 50 (2017).

¹¹ Amir Gandomi & Murtaza Haider, *Beyond the Hype: Big Data Concept, Methods, and Analytics*, 35 INT'L J. INF. MANAG. SCI. 137, 138 (2015).

¹² Yichuan Wang, LeeAnn Jung & Terry Anthony Byrd, *Big Data Analytics: Understanding Its Capacities and Potential Benefits for Healthcare Organizations*, 126 TECHNOL. FORECAST. & SOC. CHANGE 3, 4 (2018).

非結構化數據¹³。大數據產業界通常以5個V來描述大數據，分別是volume（大量）、velocity（速度）、variety（多樣）、veracity（正確）、與value（價值）。其中volume意指數據量非常巨大，例如依據統計在二〇一九年八月時，每天大約有43億則臉書貼文、100兆則推特貼文、以及400萬小時之YouTube影片¹⁴。其次velocity除了意指數據的快速累加及迅速處理外，更包含社群中個體間即時零時差的互動¹⁵。多樣性variety則指數據非常多元，除了傳統的文字外，尚包含圖片、影片、動畫、社群媒體貼文、社群媒體直播等等，包含結構化、半結構化與非結構化的多種型態¹⁶。第四個V（veracity）係由IBM所提出，鑑於大數據經常是不確定且靠不住的，因此數據之蒐集與處理皆須力求精確¹⁷。第五個V（value）則由Oracle所提出，鑑於未經分析之大數據的價值通常不高，因此如何極大化數據之價值就成為數位經濟時代非常重要的課題¹⁸。

關於數據之法律定性，其能否視為一種財產或智慧財產，是個一九七〇年代即開啟的法學爭議¹⁹，截至目前尚未有任何國家的法

¹³ *Id.*

¹⁴ Jeff Schultz, *How Much Data Is Created on the Internet Each Day?*, MICRO FOCUS BLOG, available at <https://blog.microfocus.com/how-much-data-is-created-on-the-internet-each-day/> (last visited: 2020.04.08).

¹⁵ Bernard Marr, *Why Only One of the 5 Vs of Big Data Really Matters*, IBM BIG DATA & ANALYSICS HUBS BLOG, available at <https://www.ibmbigdatahub.com/blog/why-only-one-5-vs-big-data-really-matters> (last visited: 2020.04.08).

¹⁶ Lina Zhou, Shimei Pan, Jianwu Wang & Athanasios V. Vasilakos, *Machine Learning on Big Data: Opportunities and Challenges*, 237 NEUROCOMPUTING 350, 352 (2017).

¹⁷ Gandomi & Haider, *supra* note 11, at 139.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Nadezhda Purtova, *The Illusion of Personal Data as No One's Property*, 7 L. INNOV. TECHNOL. 83, 84 (2015).

律或司法判決賦予數據財產權²⁰。一般數據通常難以成為智慧財產權之保護標的，然若藉由選取與編排將數據建構成資料庫，則資料庫本身可能享有著作權²¹或資料庫權²²之保護。對於個人資料，當前法律視之為受個人資料保護法所保護的客體，本身並無排他權，而係一種妥協於個人對資料的自主控制與資訊的自由流通之間的權益²³。

二、大數據之分類

大數據可因研究論述之需求而有不同之分類，其中最重要的係依是否受個人資料保護法（下稱「個資法」）規範而區分成個人資料與非個人資料。個資法第1條指出：「為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法」，故唯有個人資料方受個資法之保護，非個人資料則不受個資法規範。

個人資料乃得以直接或間接方式識別個人之資料，舉凡自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、及社會活動等皆屬之²⁴。

²⁰ *Id.* at 85.

²¹ 例如我國著作權法第7條第1項：「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之」。

²² 例如歐洲資料庫保護指令：「Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases」。

²³ Heiko Richter, *The Power Paradigm in Private Law: Towards a Holistic Regulation of Personal Data*, in PERSONAL DATA IN COMPETITION, CONSUMER PROTECTION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW 527, 533 (Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt & Gintarė Surblytė-Namavičienė eds., 2018).

²⁴ 個人資料保護法第2條第1款。

其中對於病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科等六種個人資料之規範強度最高，原則上不得蒐集、處理或利用²⁵，學說上稱為敏感性個人資料²⁶。敏感性個人資料以外的個人資料稱為一般個人資料，又可區分兩大類，其一係得以直接識別該個人之資料，例如自然人之姓名、國民身分證統一編號、護照號碼、指紋等等資料，稱為直接識別資料²⁷；其二是出生年月日、特徵、婚姻、家庭、教育、職業、聯絡方式、財務情況、社會活動等等資料，無法直接用以識別個人，必須與其他資料對照、組合、或連結方得間接識別個人，稱為間接識別資料²⁸。準此，縱使公務機關或非公務機關將蒐集到之個人資料中的直接識別資料刪去、加密或編碼處理，個人資料使用者仍可能將尚存之間接識別資料與其他資料相互勾稽從而重新識別出特定人²⁹，因此此類資料僅能稱為「假名化資料」(pseudonymized data)而非「匿名化資料」(anonymized data)³⁰，仍須受個資法之規範。

至於「匿名化資料」則係指當初資料蒐集時包含個人之直接識別資料及／或間接識別資料，然已將該個人資料進行去識別化處理(de-identification)，使該筆資料再也無法用以辨識個人，從而不

²⁵ 個人資料保護法第6條第1項本文。

²⁶ 林鴻文，個人資料保護法，頁88，2018年7月，2版。

²⁷ 個人資料保護法第2條第1款。

²⁸ 個人資料保護法施行細則第3條：「本法第二條第一款所稱得以間接方式識別，指保有該資料之公務或非公務機關僅以該資料不能直接識別，須與其他資料對照、組合、連結等，始能識別該特定之個人」。

²⁹ 宋皇志，巨量資料交易之法律風險與管理意涵——以個人資料再識別化為中心，管理評論，37卷4期，頁41，2018年10月。

³⁰ Marc Bourrean, alexandre de Stree & Inge Graef, *Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising*, CERRE PROJECT REP. (Feb. 16 2017), available at <http://cerre.eu/publications/big-data-and-competition-policy> (last visited: 2020.11.18).

受個資法之規範³¹。倘將以上不同種類資料依據識別個人及侵害法益之風險排列，由高至低依序為：敏感性個人資料、直接識別資料、間接識別資料（或假名化資料）、匿名化資料，其中僅有匿名化資料不受個資法之規範。

三、大數據之市場特性

如前所述，有論者認為數據是數位經濟的「新型石油」³²，此說法誠然可說明大數據是數位經濟最主要之驅動力，然大數據與石油實有本質上之不同。首先，石油之使用有時而窮，然大數據之使用並不會讓數據本身消失，且Google、Facebook、Apple與Amazon等大公司每天持續不斷「生產」新的大量數據，永無耗竭之日³³。對於現今生產之石油，甲國將一桶石油賣給乙國後即喪失該桶石油之所有權與使用權；然而大數據之使用則屬「非衝突性使用」（non-rival in use），甲公司將一筆大數據賣給乙公司並不會因而喪失該筆數據之使用權³⁴。

大數據之應用乃雙邊市場（two-sided market）³⁵，其係以平臺作為需求相互依存之兩組用戶間的中介者，從而產生中介者希望利用之跨平臺外部性（cross-platform externalities）³⁶。在大數據市場

³¹ 宋皇志，同註29，頁40。

³² Rotella, *supra* note 2.

³³ Justus Haucap, *Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy*, 54 INTER. ECON. 201, 201 (2019).

³⁴ *Id.*

³⁵ Lena Mashayekhy, Mahyar Movahed Nejad & Daniel Grosu, *A Two-sided Market Mechanism for Trading Big Data Computing Commodities*, 2014 IEEE INTERNATIONAL CONFERENCE 153, 153 (2014), available at <https://www.citethisforme.com/guides/bluebook-law-review/how-to-cite-a-conference-proceedings> (last visited: 2020.11.18).

³⁶ Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *Access Barriers to Big Data*, 59 ARIZ. L.

中，一方面數據服務提供者（例如Google及百度等搜尋引擎或Facebook及Line等社群媒體）提供優質且低廉（甚至免費）的數據服務來吸引消費者使用；另一方面，消費者可能有意識或無意識地將其諸多個人資料提供給數據服務提供者，從而損及自身之隱私³⁷。數據服務提供者蒐集、統整、分析消費者資訊，一來對消費者提供更好的服務〔例如Google Translate因越來越多消費者使用使其機器學習（machine learning）³⁸之樣本不斷增加，從而使其翻譯品質越來越好〕，二來將這些消費者資訊做更多的商業化運用³⁹，例如幫廣告客戶進行精準行銷以收取廣告費⁴⁰。

有別於一般之網路效應（network effect）⁴¹，有論者認為大數據之類的雙邊市場會形成一種間接網路效應（indirect network effect），亦即當雙邊市場之其中一邊用戶數量增加時，市場所帶

REV. 339, 357 (2017).

37 Nathan Newman, *The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google*, 40 WM. MITCHELL L. REV. 849, 855-56 (2014).

38 機器學習係指運用大數據讓電腦程式學習以優化演算法，使電腦程式具有分類或預測之功能。See Michael I. Jordan & Tom Mitchell, *Machine Learning: Trends, Perspectives, and Prospects*, 349 SCIENCE 255, 257 (2015).

39 DAVID S. EVAN & RICHARD SCHMALENSSEE, THE ANTITRUST ANALYSIS OF MULTI-SIDED PLATFORM BUSINESSES OXFORD HANDBOOK ON INTERNATIONAL ANTITRUST ECONOMICS 404-50 (2014).

40 Mira Burri, *Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law—An Attempt for a Primer*, in NEW DEVELOPMENTS IN COMPETITION BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 1, 8 (Klaus Mathis & Avishalom Tor eds., 2018).

41 網路效應係指消費者之消費利益（consumption benefits）與購買相容產品之消費者總數成正比。See Neil Gandal, *Compatibility, Standardization, and Network Effects: Some Policy Implications*, 18 OXFORD REV. ECON. POLICY 80, 81 (2002).

給另一邊的價值亦隨之提升⁴²。例如當YouTube的使用者越多時，透過YouTube投放廣告之業者也會越多，運用廣告進行精準行銷之效果也越好。另一方面，有越多廣告業主願意在YouTube上投放廣告，便能吸引越多YouTuber製作影片來吸引使用者的點擊，使用者也將有更多優質影片可以觀賞。

四、大數據之取得、處理與運用及其法律規範

在實務運作上，大數據之開發利用大致可區分成取得、儲存與運用等三個階段⁴³。本段簡介此三個階段，並分別說明其可能涉及之法律規範。

首先關於大數據之取得可區分成公開取得與非公開取得兩大類。大數據之公開取得通常係以網路爬蟲方式藉由網際網路取得公開資訊⁴⁴，此時可能涉及非法重製侵害著作財產權的問題⁴⁵。此外，由於網路爬蟲往往占據目標網頁之流量，因而許多網頁設有「機器人排除協定」(Robots exclusion protocol)以防止人工智慧自動爬梳其網頁資料⁴⁶。如果違反機器人排除協定強行爬梳他人網頁資料，亦可能另有侵權行為法或契約法之責任⁴⁷。

大數據之非公開取得除了向其他企業或機構購買外，最常見的就是向消費者取得。向消費者取得個人資訊必須嚴守個資法之規範，

⁴² Burri, *supra* note 40, at 9.

⁴³ Gandomi & Haider, *supra* note 11, at 141.

⁴⁴ Trupti V. Udupure, Ravindra D. Kale & Rajesh C. Dharmik, *Study of Web Crawler and Its Different Types*, 16 IOSR J. COMPUT. ENG. 1, 1 (2014).

⁴⁵ Richard Van Noorden, *Tensions Grow as Data-mining Discussions Fall Apart: Scientists Want to Exempt Computer-based Text Crawling from Europe's Copyright Law*, 498 NATURE 14, 14 (2013).

⁴⁶ Pooja Jha, Soni Goyal, Tanya Kumari & Neha Gupta, *Robots Exclusion Protocol*, 2 INT'L J. EMERG. SCI. & ENG. 52, 52-54 (2014).

⁴⁷ Hubbard, *supra* note 4, at 1803-05.

應有特定之目的且徵得消費者之同意（或符合其他法律要件）⁴⁸，原則上僅能於蒐集目的範圍內使用，除非法律另有規範⁴⁹。企業蒐集消費者個人資料時尚未遵循個資法規範，除了依個資法有民刑事責任外⁵⁰，可能還有消費者保護法之相關責任⁵¹。在數據驅動經濟時代，企業經常遊走於法律邊緣，於使用者「不知不覺」情形下擷取使用者的資料，例如Google記錄使用者進行網路檢索時使用的關鍵字、所點選或未點選的網頁連結、在所點選網頁所停留的時間等⁵²。Google記錄這些資訊美其名係為提供使用者更好的使用體驗與更精準的檢索推薦，然背後所圖者係向廣告業主收取廣告費用的龐大利益⁵³，甚至可能還有其他不為世人所知的目的。

大數據並非取得即可使用，通常必須經過非常繁複且高度技術性之處理，包含萃取（*extraction*）⁵⁴、清洗（*cleaning*）⁵⁵與註解（*annotation*）⁵⁶。除此之外，大數據通常取自多個不同的資料來源，其資料格式往往大異其趣⁵⁷，因此還須將不同來源的資料統整

⁴⁸ 個人資料保護法第5條、第15條、與第19條。

⁴⁹ 個人資料保護法第16條與第20條。

⁵⁰ 個人資料保護法第28條、第29條、第41條、及第42條。

⁵¹ 消費者保護法第50條、第51條、及第56條。

⁵² Michael Zimmer, *The Gaze of the Perfect Search Engine: Google as an Infrastructure of Dataveillance*, in WEB SEARCH 77, 86 (Amanda Spink & Michael Zimmer eds., 2008).

⁵³ Newman, *supra* note 37, at 856.

⁵⁴ 大數據之萃取，係指從海量資料中汲取數據分析所需之資訊。See Cheikh Kacfeh Emami, Nadine Cullot & Christophe Nicolle, *Understandable Big Data: A Survey*, 17 COMPUT. SCI. REV. 70, 72 (2015).

⁵⁵ 大數據之清洗，包含找出離群值、訂正不一致之資料、及處理遺漏值等等，參見簡禎富、許嘉裕，資料挖礦與大數據分析，頁12，2017年2月。

⁵⁶ Wang, Jung & Byrd, *supra* note 12, at 5.

⁵⁷ *Id.* at 4.

(integration) 並聚合 (aggregation)⁵⁸ 在單一資料庫上⁵⁹。資料處理者對於蒐集到的資料進行如此繁複且高技術性之處理，當然不希望平白被他人免費取用，因而衍生資料庫是否能有智慧財產權保護之議題。對於資料庫之保護各國作法不一，在我國如就資料之選擇及編排具有創作性，為著作權法規範下之編輯著作，以獨立之著作保護之⁶⁰。歐洲則另訂專法 Directive 96/9/EC [又稱「資料庫指令」(Database Directive)]⁶¹，以保護企業或機構獲取、驗證及呈現資料庫內容所為之投資⁶²。

參、大數據之競爭法意涵

我國公平交易法所指競爭，係指二個以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為⁶³。大數據正風起雲湧地發展，勢必牽動數據驅動市場中諸多事業的競爭，影響相關市場之競爭秩序。大數據之發展可能同時有促進競爭與限制競爭之效果，究竟應如何衡量其對市場競爭秩序之影響，係本文關注之議題。

⁵⁸ 大數據之統整與聚合，意指將多個資料來源之數據集結存放於單一資料庫中以利後續分析運用，參見簡禎富、許嘉裕，同註55，頁12。

⁵⁹ Gandomi & Haider, *supra* note 11, at 141.

⁶⁰ 我國著作權法第7條第1項。

⁶¹ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database, OJ [1996] L 77/20.

⁶² Francesco Banterle, *The Interface Between Data Protection and IP Law: The Case of Trade Secrets and the Database sui generis Right in Marketing Operations, and the Ownership of Raw Data in Big Data Analysis*, in PERSONAL DATA IN COMPETITION, CONSUMER PROTECTION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW 411, 422 (Mor Bakhroum, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt & Gintarė Surblytė-Namavičienė eds., 2018).

⁶³ 公平交易法第4條。

一、大數據係促進競爭抑或抑制競爭

大數據於數據驅動市場中究竟係促進競爭抑或有礙競爭，究竟應如何衡量其對市場競爭秩序之影響，係發展中且非常重要之法律議題，更是進一步研究大數據競爭法議題之基礎。

(一)論點一：大數據可能促進競爭

如前所述，大數據之應用係一種雙邊市場，一方面網路服務提供者提供優質且低價（甚至免費）的網路服務來吸引消費者使用，另一方面消費者將其個人資料提供給網路服務提供者，網路服務提供者在蒐集、統整、與分析消費者資訊後，一來對消費者提供更好的服務，二來將這些消費者資訊做更多商業化之運用⁶⁴。有論者認為，網路服務提供者提供低價的網路服務給消費者並運用消費者數據來提供更為優質的服務，對消費者明顯有利，可產生消費者剩餘（consumer surplus），有促進競爭之效果⁶⁵。

尤其，大數據是需要規模的。大數據要有價值，通常需要經過機器學習甚至深度學習（deep learning）以優化其演算法⁶⁶。機器學習或深度學習之成效除了取決於原始演算法之優劣外，導入學習資料量的大小更是關鍵⁶⁷。由此角度觀之，大數據的規模越大，對消費者的服務品質越佳，競爭之效能也通常越佳⁶⁸。

⁶⁴ EVAN & SCHMALENSEE, *supra* note 39, at 404-50.

⁶⁵ D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, *Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?*, in CAMBRIDGE HANDBOOK OF ANTITRUST, INTELLECTUAL PROPERTY AND HIGH TECH 1, 4 (Roger D. Blair & D. Daniel Sokol eds., 2016).

⁶⁶ O. Y. Al-Jarrah, P. D. Yoo, S. Muhaidat, G. K. Karagiannidis & K. Taha, *Efficient Machine Learning for Big Data: A Review*, 2 BIG DATA RES. 87, 87-93 (2015).

⁶⁷ Pedro Domingos, *A Few Useful Things to Know About Machine Learning*, 55 COMMUN. ACM 78, 84 (2012).

⁶⁸ Allen P. Grunes & Maurice E. Stucke, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, 15 THE ANTITRUST SOURCE 1, 4 (2015).

再由先行業者與後進業者之競爭優劣觀之，論者認為後進業者應該以創新之產品或服務來吸引消費者，藉由滿足消費者之需求快速蒐集資料，因此後進業者並不必然處於競爭的劣勢⁶⁹。有論者進一步認為，大數據之生命週期往往很短，後進業者所蒐集到之新數據的價值往往比先行業者的舊數據更高，因此先行業者反而可能處於劣勢⁷⁰。更何況，每家公司需要的數據不盡相同，且除了蒐集數據外，是否有技術能力與快速的創新能力、能否提供優質的服務、是否能滿足消費者之需求等等，更是網路服務業者能否成功之關鍵⁷¹。

本文對此論點部分認同，但仍認為不無進一步商榷之空間。後進業者固然可能以創新的產品或服務來吸引消費者，其所蒐集到之新數據的價值也往往比先行業者的舊數據高，然而先行業者難道就不能持續創新，不能持續蒐集新數據？先行業者（例如Google、Facebook）挾其龐大資源與優異人才，其創新能力往往非後進業者可及；基於網路效應，先行業者倘持續蒐集數據，其數據量絕非後進業者所能及。更何況後進業者能否進入市場並占有一席之地，除了能否推出創新服務模式外，還必須考量消費者之轉換成本。倘消費者轉換成本甚高，後進業者欲搶得一席之地仍有極大困難。準此，本文認為大數據縱然可能有促進競爭之效果，其功效仍可能受有許多限制。

(二)論點二：大數據可能有反競爭效果

因而另有學者指出，大數據可能有反競爭效果，蓋數據驅動市

⁶⁹ Darren S. Tucker & Hill B. Wellford, *Big Mistakes Regarding Big Data*, 14 The ANTI-TRUST SOURCE 1, 3-4 (2014).

⁷⁰ Sokol & Comerford, *supra* note 65, at *7.

⁷¹ *Id.*

場之所以能對消費者提供免費服務，係以投放廣告作為獲利來源，往往使得免費的網路檢索服務混入廣告之結果（例如有購買關鍵字的網站會被排在網路搜尋清單的最前面），對於檢索品質勢必有所減損，從而產生反競爭的效果⁷²。

此外，亦有論者將消費者之隱私保護視為一種非價格競爭，衡量大數據對於市場競爭秩序之影響時，亦應將事業對消費者隱私保護之政策列入考量⁷³。倘若先行業者或大公司因為缺乏後進業者之競爭而欠缺加強消費者隱私保護之誘因與意願，消費者之隱私保護恐將有所減損，如此也會產生反競爭之效果⁷⁴。二〇一八年所爆發出Facebook允許Cambridge Analytica濫用其消費者資訊，進而影響美國二〇一六年總統大選的醜聞⁷⁵，即為最佳適例。

然本文對此見解亦採保留態度。先行業者於大數據之優勢固然可能降低其保護消費者隱私及個人資料之誘因，然而如此一來反而可能形成後進業者進入市場之契機。後進業者欲進入相關市場，倘能訴求對消費者隱私與個人資料更嚴謹完善之保護從而提供差異化服務，未嘗不能進入市場進而與先行業者競爭⁷⁶。例如DuckDuckGo係一新興且備受矚目之網路搜尋引擎，為示與Google

⁷² Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, *When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines*, 18 YALE J.L. & TECH. 70, 74 (2016).

⁷³ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy*, 80 ANTITRUST L.J. 121, 134 (2015).

⁷⁴ Pamela Jones Harbour & Tara Isa Loslov, *Sec. 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Version of Relevant Product Market*, 76 ANTITRUST L.J. 769, 794 (2010).

⁷⁵ Leo Kelion, *Facebook-Cambridge Analytica Data Breach*, BBC NEWS (Dec. 20, 2018), available at <https://www.bbc.com/news/topics/c81zyn0888lt/facebook-cambridge-analytica-data-breach> (last visited: 2020.04.08).

⁷⁶ Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, *Digital Economy, Big Data and Competition Law*, 3 MKT COMPET. L. REVIEW 53, 73 (2019).

之區隔，其官方網頁對使用者明確保證：「我們永不儲存您的個人資料」、「我們的隱私政策很簡單：我們不蒐集或分享您的任何個人訊息」、「我們不會追蹤您給廣告利用」、「我們不會儲存您的搜尋紀錄」、以及「因此，我們沒有東西能夠賣給網路上那些追蹤你的廣告發布商」⁷⁷。如此縱使將消費者之隱私保護視為一種非價格競爭，大數據仍舊可能有促進競爭的效果。

(三)本文見解：大數據兼具促進競爭與限制競爭之效果

本文認為，前開多篇學術論文似乎患了「將個案通案化」之邏輯謬誤，例如因為網路服務提供者提供低價的網路服務給消費者即認定大數據有促進競爭之效果⁷⁸，或因免費的網路檢索服務混入廣告而減損檢索品質，便認定大數據具有反競爭的效果⁷⁹。兩種見解都僅看到其中一個面向，猶如瞎子摸象，大數據無疑兼具促進競爭與限制競爭之效果。

對於大數據能否促進競爭無法期待有個抽象且一體適用之論點，而應就每一個特定市場中，每一個特定企業所持有之特定數據之特定使用方法，依據個案之屬性來具體判斷⁸⁰。如何強化大數據之促進競爭效果並減抑限制競爭之效果，也因而成為法律制定及司法執行之重要準繩。

⁷⁷ DuckDuckGo 官方網頁，資料來源：https://duckduckgo.com/?natb=v213-4b_&cp=atbhc，最後瀏覽日：2020年3月21日。

⁷⁸ Sokol & Comerford, *supra* note 65, at 4.

⁷⁹ Stucke & Ezrachi, *supra* note 72, at 74.

⁸⁰ Rubinfeld & Gal, *supra* note 36, at 342-43.

二、大數據是否形成市場進入障礙 (barrier to entry)

(一)市場進入障礙概念之演進

「進入障礙」於學理上並無明確定義，且其意涵隨著時代而不斷演進。市場進入障礙概念之提出可以追溯至一九五六年，當時學者認為市場進入障礙係企業能持續將產品訂價於競爭水準之上的結構性因素，例如產品差異化、成本優勢或經濟規模⁸¹。此般對於市場進入障礙之定義，明顯係基於工業時代的思維。後續於一九八三年有學者進一步指出，市場進入障礙係指欲進入市場之企業必須負擔，但原先已在市場內之企業不需承擔的生產成本，智慧財產權授權金是最典型之例⁸²。由於此時已經進入知識經濟時代，智慧財產權成為後進業者進入市場很大的競爭障礙。在進入數位經濟時代以後，大數據是否可能形成市場進入障礙，係競爭法相當重要的課題。

(二)論點一：大數據不必然形成市場進入障礙

有學者認為，企業光是擁有大數據並不必然具有競爭優勢，企業提升競爭力也不必然必須依賴大數據⁸³，因此不需要把大數據視為市場進入障礙⁸⁴。例如著名線上音樂串流服務平臺Spotify之所以超越蘋果的iTune，及知名瀏覽器Chrome之所以超越微軟的Internet Explorer，皆非因其掌握大數據（Spotify與Chrome的大數據怎可能超越蘋果與微軟），而應歸功於其創新的商業方法⁸⁵。類似地亦有

81 JOE S. BAIN, BARRIERS TO NEW COMPETITION 3 (1956).

82 GEORGE J. STIGLER, THE ORGANIZATION OF INDUSTRY 67 (1983).

83 John M. Yun, *Antitrust After Big Data*, 4 CRITERION J. ON INNOVATION 407, 409 (2019).

84 *Id.* at 23.

85 *Id.* at 14.

學者認為，大數據往往僅能供特定企業於特定領域使用，價值其實不如想像中巨大⁸⁶。

大數據具有非衝突性使用（non-rivalrous）之屬性，亦即某家企業擷取了某項資料，並不會因此減少其他企業所能擷取的資料⁸⁷。因此另有論者進一步指出，由於大數據之價值期間往往很短，且基於大數據非排他且使用上非衝突之屬性，先行業者能取得之數據後進業者往往也都能取得，因此認為大數據不會構成數據驅動市場的進入障礙⁸⁸。

（三）論點二：大數據可能形成市場進入障礙

然另一方面，亦有許多論者認為大數據可能形成市場進入障礙。有學者認為，縱使大數據具有使用上的非衝突性，但是法規、契約或技術上之限制可能削弱「使用上的非衝突」，從而使得大數據具有某程度之排他性⁸⁹。此篇論文將大數據之進入障礙區分成法規障礙、營運障礙與技術障礙三大類，其中法規障礙係指個資法與智慧財產權法等法律會提高蒐集資料的成本並減抑數據的流通性⁹⁰，營運障礙乃指資料所有人可能透過契約限制他人對其資料之擷取與傳送⁹¹，技術障礙則是資料所有人運用加密技術等科技手段限制他人蒐集其資料⁹²。當一家企業對特定資料具有專屬之使用權

⁸⁶ D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, *Antitrust and Regulating Big Data*, 23 GEO. MASON L. REV. 1129, 1139-40 (2016).

⁸⁷ Joshua D. Wright & Elyse Dorsey, *Antitrust Analysis of Big Data*, 2 CLPD 35, 36 (2016).

⁸⁸ Tucker & Wellford, *supra* note 69, at 3-4.

⁸⁹ Rubinfeld & Gal, *supra* note 36, at 373-75.

⁹⁰ *Id.* at 367-68.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* at 375.

時，該特定資料仍可能形成市場進入障礙⁹³。舉例而言，假設A公司於A市場具有支配地位，藉其於A市場所提供之服務取得大量消費者之個人資料，進而將A市場取得之資料使用於B市場提供商品或服務。假設另有B公司希望在B市場與A公司競爭，然由於欠缺A公司於A市場之資料，B公司縱使於B市場取得使用者數據且具有很強的產品或服務開發能力，亦很難跟A公司競爭⁹⁴。由此角度觀之，大數據在某些特殊情況確實可能具有競爭性，從而形成數據驅動市場的進入障礙⁹⁵。

(四)本文見解：大數據之蒐集、儲存及使用皆可能形成市場進入障礙

本文認為大數據在某些特殊情況確實可能形成數據驅動市場的進入障礙。謹將大數據可能之進入障礙區分成大數據之蒐集、儲存與使用三個階段，以下分別論述之。

1. 大數據之蒐集可能形成市場進入障礙

縱使大數據具有使用上的非衝突性，數據驅動市場之先行業者握有許多消費者的個人資料，一方面可使用該等資料進行較好之行銷活動或提供消費者更好的服務以提升自身的競爭優勢，另一方面可限制或拒絕競爭同業接取使用該等資料，從而在相關市場建立進入障礙以鞏固其獨占地位⁹⁶。後進業者或中小型公司固然可能另外架設平臺一方面提供網路服務，另一方面蒐集消費者資訊，但使用者轉換使用平臺之成本通常很高，對於慣用之平臺往往具有使用上黏著性。例如臉書是國人最常用之社群媒體，慣用臉書之後往往對

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ 存在市場進入障礙並不意味企業一定具有市場力量或獨占地位。例如某家藥廠申請獲准某新藥專利，但因尚未取得藥品上市許可故未能上市，該新藥專利固然形成市場進入障礙，然該藥廠並無市場力量亦無獨占地位。

⁹⁶ Newman, *supra* note 3, at 403.

臉書形成依賴不會想要轉換至其他社群媒體，縱使想試試其他社群媒體，通常也因資料與朋友都在臉書，轉換需要耗費大量時間與精力而作罷。因此大數據之後進業者通常難以讓使用者轉換平臺進而取得大數據，不易跟先行業者或大公司競爭，導致先行業者或大公司不需積極創新以提升其服務品質⁹⁷。特別是資料驅動市場往往存在網路效應，所形成之進入障礙使得後進業者難以取得市場占有率⁹⁸。再以臉書為例，由於大多數朋友都使用臉書且已加為「臉友」，倘自己一人轉換至其他社群媒體亦無「好友」可加，因此就無轉換之意願，從而對新進社群媒體形成巨大之進入障礙。

後進業者能否在未徵得先行業者之同意下，於網際網路上自行擷取先行業者所擁有之資料，係值得探討之法律議題。首先，先行業者所擁有之資料可能享有著作權，例如文章等語文著作或照片等攝影著作。後進業者倘未經其同意而擷取資料，即可能侵害先行業者之重製權。此時除非在考量網路蒐集資料之目的、資料之性質、所蒐集資料之質量及其所占比例、及資料蒐集結果對潛在市場與現在價值之影響等四個因素後能符合合理使用之規範（著作權法第65條第2項），否則即可能構成侵權。縱使先行業者所擁有之資料本身不具著作權，倘先行業者將資料集結成一個資料庫，且資料之選擇與編排具有創作性，該資料庫將成為編輯著作同樣享有著作權之保護⁹⁹；後進業者倘未經其同意而擷取整個資料庫，亦可能侵害先

⁹⁷ Sokol & Comerford, *supra* note 65, at *9.

⁹⁸ MAURICE E. STUCKE & ALLEN P. GRUNES, *BIG DATA AND COMPETITION POLICY* 11.01-11.25 (2016).

⁹⁹ 我國著作權法第7條第1項。另於著作權法制之外，歐盟於1996年制定「資料庫保護指令」以保護資料庫之權益：Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, 1996 O.J. (L 77).

行業者之編輯著作的重製權。

後進業者除了如前述可能主動擷取使用者資料外，亦可能向先行業者購買，此時便涉及先行業者是否願意將其蒐集到之使用者資訊提供予新進業者之議題。此類數據之買賣或授權純屬先行業者與後進業者間之民事契約，基於契約自由原則先行業者本無將數據提供予後進業者之義務。縱使先行業者願將數據提供予後進業者，先行業者所設定之售價後進業者也未必負擔得起¹⁰⁰。縱令負擔得起，二者所使用之資料庫格式未必相同，後進業者縱使購得數據亦難以使用。

縱使先行業者願將數據提供予後進業者、後進業者能負擔售價、二者資料格式亦能相容，仍存在最大的問題：個人資料保護之議題。先行業者對其向消費者取得之個人資訊必須嚴守個資法之規範，應有特定之目的且徵得消費者之同意（或符合其他法律要件）¹⁰¹，原則上僅能於蒐集目的範圍內使用，除非法律另有規範¹⁰²。準此，除非先行業者於蒐集消費者個人資料時即已徵得其同意允許提供給他人使用，否則先行業者不得將數據再提供予後進業者。固然先行業者可先將蒐集到的消費者個人資料去識別化再提供予後進業者，如此便可不受個資法之限制，然後進業者取得去識別化之消費者資訊的使用用途恐也大打折扣。以上，皆屬大數據蒐集可能形成之市場進入障礙。

2. 大數據之儲存可能形成市場進入障礙

大數據之儲存亦可能形成市場進入障礙。首先企業欲儲存大數據必須準備巨大容量之儲存空間，這在過去對新創事業可能是進入

¹⁰⁰ Rubinfeld & Gal, *supra* note 36, at 362.

¹⁰¹ 個人資料保護法第5條、第15條、與第19條。

¹⁰² 個人資料保護法第16條與第20條。

障礙。然在雲端平臺服務日趨成熟之際，諸如 Google¹⁰³ 與 Amazon¹⁰⁴ 等企業皆提供完善之雲端服務，企業不再需要自己購置巨大容量之儲存硬碟，只要跟雲端服務公司租用儲存空間即可。此時可能之進入障礙變成新創事業能否負擔雲端服務之費用，以及資料搬遷之技術問題。

前述進入障礙的問題不大，大抵上只要花錢即可解決，大數據儲存所面臨最主要之市場進入障礙是資料跨境儲存所涉及的法律問題，與競爭對手無關。舉例而言，我國個資法第21條規定，非公務機關為國際傳輸個人資料時如有下列情形，中央目的事業主管機關得限制之：(1)涉及國家重大利益；(2)國際條約或協定有特別規定；(3)接受國對於個人資料之保護未有完善之法規，致有損當事人權益之虞；以及(4)以迂迴方法向第三國（地區）傳輸個人資料規避本法。依此規範，當企業欲租用雲端服務將所蒐集或購買之消費者個人資料上傳雲端前，必須查明所租用之雲端服務伺服器的所在地，並釐清該國對於個人資料之保護有無完善之法規，否則恐有不法國際傳輸個人資料從而違反個資法之虞。

3. 大數據之使用可能形成市場進入障礙

大數據使用之進入障礙主要係法律障礙，亦即進入障礙並非來自競爭對手而主要來自法律規範。依據個資法的規範，業者蒐集消費者之個人資料應有特定之目的且徵得消費者之同意，並告知利用之期間、地區、對象及方式¹⁰⁵。非公務機關對個人資料之利用，除非經當事人同意、為增進公共利益所必要、法律明文規定、或有

¹⁰³ Google Cloud, Solve More with Google Cloud, available at <https://cloud.google.com/> (last visited: 2020.04.03).

¹⁰⁴ Amazon Web Services, Explore the AWS Platform, Cloud Products and Capabilities, available at https://aws.amazon.com/?nc1=h_ls (last visited: 2020.04.03).

¹⁰⁵ 個人資料保護法第5條、第15條、與第19條。

利於當事人權益等法定情事，否則僅能於蒐集之特定目的必要範圍內為之¹⁰⁶。換言之，業者縱使蒐集到豐富的消費者個人資料，除非能符合法定例外條件，否則不能為目的外之使用。縱使係目的內使用，當個人資料蒐集之期限屆滿或特定目的消失時，業者亦應主動或依當事人之請求刪除或停止利用其個人資料¹⁰⁷。此外，當事人亦得隨時請求業者刪除其個人資料¹⁰⁸。此係為保護消費者個人資料所必須之規範，然也因此對於大數據之使用形成進入障礙。

肆、數據驅動市場中大數據之蒐集使用可能構成之限制競爭

我國公平交易法所規範之限制競爭包含濫用獨占地位、結合、聯合行為、限制轉售價格、與限制事業活動等五種行為態樣，立法宗旨在於排除妨礙競爭的行為以促進市場之自由競爭¹⁰⁹。本章探究大數據之運用是否可能構成限制競爭，其中又可區分成四個子題，包含：大數據是否可能有市場力量與獨占地位、大數據之運用是否可能構成獨占地位濫用、大數據蒐集使用之契約或協議是否可能構成聯合行為、以及大數據相關事業結合在法律上應如何評價，分述如下。

一、大數據是否可能有市場力量與獨占地位

當企業取得大數據，無論是蒐集取得或購買取得，是否可能擁有市場力量進而取得相關市場之獨占地位或主導地位，係處理大數

¹⁰⁶ 個人資料保護法第20條第1項。

¹⁰⁷ 個人資料保護法第11條第3項本文。

¹⁰⁸ 個人資料保護法第3條第5款。

¹⁰⁹ 公平交易法第1條立法目的。

據競爭法議題之最基礎且最關鍵的課題。目前學界對此議題之見解非常兩極。其中一派學者抱持肯定看法，認為數據驅動市場的網路效應讓後進業者很難進入市場，因此大數據往往讓先行業者具有強大市場力量從而形成獨占¹¹⁰。另一派學者則認為數據驅動市場雖有網路效應但大數據並不具排他性，先行業者能取得之數據後進業者往往也都能取得，因此大數據並不具市場力量亦難形成數據驅動市場的獨占¹¹¹。本文認為更根本的問題是：如何界定大數據的相關市場、如何決定事業在數據驅動市場之市場占有率、以及大數據是否可能具有排除競爭之能力？倘此三個問題無法釐清，任何對大數據是否有競爭法議題之論述恐皆僅是隔靴搔癢。

(一)大數據之相關市場

依據我國公平交易法之規範，獨占係指在相關市場處於無競爭狀態或具有壓倒性地位，於相關市場之占有率達二分之一，具有排除競爭能力之事業¹¹²。此外，獨占並不限於單一事業，倘兩家公司市場占有率達到三分之二或三家公司市場占有率達到四分之三，彼此間不為價格競爭，全體之對外關係處於無競爭狀態或具有壓倒性地位且具有排除競爭能力者，亦可視為獨占¹¹³。因此欲探討大數據之競爭法議題，首先應界定大數據之相關市場。依據我國公平交易法之規定，相關市場係指「事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍」（公平交易法第5條）。準此相關市場之界定應包含「相關產品（服務）市場」、「地理市場」與「時間因素」¹¹⁴，

¹¹⁰ STUCKE & GRUNES, *supra* note 98, at 11.01-11.25.

¹¹¹ Tucker & Wellford, *supra* note 69, at 3-4.

¹¹² 公平交易法第7條第1項與第8條第1項第1款。

¹¹³ 公平交易法第7條第2項與第8條第1項第2款及第3款。

¹¹⁴ 廖義男，公平交易法之釋論與實務《第三冊》，頁25，2017年6月。

其中「相關產品（服務）市場」應審酌生產者供給之替代性與消費者需求之替代性¹¹⁵，包括「出於相同目的消費者於商品或服務的價格、特性、功能、用途可以合理互換的所有產品」¹¹⁶；「地理市場」則係指依地理環境及交通運輸等因素將市場範圍進一步細分成數個地區市場，主要應考量不同區域間運輸所增加之交易成本¹¹⁷；「時間因素」則係指隨著時間的拉長消費者可能向較遠甚至外國的生產者購買產品，故地理市場之範圍可能隨著時間之遞延而逐漸擴大¹¹⁸。

在界定大數據之相關市場時，必須考量該份大數據所涉及之全體利害關係人。有學者認為由於社群媒體與搜尋引擎皆開放給用戶免費使用，因此其所涉及大數據之相關市場係零價格市場（zero-price markets），因此相關市場之界定與市場力量之衡量應該都與一般市場不同¹¹⁹。然此論點招致嚴厲之批判，蓋社群媒體與搜尋引擎對於使用者而言固然免費，然對於廣告業者而言則非免費，而屬一種雙邊市場，獨占者仍可考量雙邊市場並將價格設定在極大化利潤的水準上¹²⁰。

¹¹⁵ 許曉芬，歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究——以市場界定與市場效果為中心，載：競爭法發展之新趨勢——結合、聯合、專利權之行使，頁175，2017年12月；最高行政法院100年度判字第1696號行政判決；公平交易委員會，認識公平交易法，頁37，2017年8月，17版。

¹¹⁶ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 395 (1956) (“all products reasonably interchangeable by consumers for the same purposes”). 另參公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則第7條。

¹¹⁷ 廖義男，同註114，頁33。

¹¹⁸ 公平交易委員會，同註115，頁37-38。

¹¹⁹ Grunes & Stucke, *supra* note 68, at 4.

¹²⁰ Sean Howell, Big Data and Monopolization, at *8 (2018), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123976 (last visited: 2020.11.18).

在數據驅動經濟中，大數據通常係由企業蒐集消費者資訊後進行分析，作為後續商業利用之基礎¹²¹。因此大數據之相關市場可區分成大數據蒐集市場、大數據儲存市場、及大數據分析市場，分別代表大數據於蒐集、儲存、與分析等三階段之相關市場¹²²。隨著大數據於企業經營益發重要，企業經營所需之大數據除了可以自己蒐集，當企業自身所擁有之大數據不敷使用時，便必須向其他企業購買或尋求授權。也因此，大數據蒐集市場（或大數據交易市場）成為最新且急速發展的市場¹²³。此時由於大數據本身即為商品，大數據交易市場應與傳統競爭法之商品市場無異¹²⁴。大數據儲存市場則主要提供數據儲存服務¹²⁵，例如Amazon所運營的AWS¹²⁶與Microsoft所運營的Azure¹²⁷即以提供雲端儲存服務為主要業務項目之一。

大數據分析市場則是就所蒐集與儲存之大數據進行分析，從而

¹²¹ Wright & Dorsey, *supra* note 87, at 37.

¹²² Vicente Bagnoli, *The Definition of the Relevant Market, Verticalization and Abuse of Dominant Position in the Era of Big Data*, in COMPETITION AND INNOVATION: ANNALS OF THE INTERNATIONAL CONGRESS TO PROMOTE DEBATES ON COMPETITION LAW AND TECHNOLOGICAL INNOVATION FACING THE REALITY AND CHALLENGES OF THE DIGITAL ECONOMY 21, 24 (Sao Paulo ed., 2018).

¹²³ Bourrean, *supra* note 30, at 12.

¹²⁴ Wright & Dorsey, *supra* note 87, at 38.

¹²⁵ Bagnoli, *supra* note 122, at 25.

¹²⁶ AWS, Amazon S3: Object Storage Built to Store and Retrieve any Amount of Data from Anywhere, available at https://aws.amazon.com/s3/?nc1=h_ls (last visited: 2020.08.08).

¹²⁷ Microsoft, Introduction to the Core Azure Storage Services, available at <https://docs.microsoft.com/en-us/azure/storage/common/storage-introduction> (last visited: 2020.08.08).

獲致嶄新概念或解決方案以提升企業競爭力之市場¹²⁸。大數據分析市場又可依據數據分析的不同應用場景區分成不同之子市場，例如運用大數據分析獲取電子商務行銷策略之電子商務市場¹²⁹。又如Google開發強大的搜尋引擎免費提供給使用者進行網路檢索，藉由分析使用者所瀏覽之網頁與在網頁上所停留的時間推斷使用者之喜好，作為協助廣告客戶進行精準行銷之基礎。此時大數據之相關市場，應界定為大數據分析市場中之網路廣告市場¹³⁰。

在具體案例中，於考量應否准許Google與DoubleClick之結合申請時，即應先釐清相關市場究竟為大數據蒐集市場或大數據分析市場？如果考慮的是Google與DoubleClick是否會對網路檢索與廣告的服務造成獨占，則相關市場應為大數據分析市場中之網路檢索與廣告的服務市場¹³¹；倘若所考量者是Google與DoubleClick的結合是否會對網路使用者之大數據造成獨占，則應以大數據蒐集市場為相關市場。

就地理市場方面，無論產品（服務）相關市場係以大數據本身為市場抑或以網路檢索與廣告服務為市場，由於其市場行為主要發生於無遠弗屆的網際網路上，故地理市場通常係指全球市場¹³²。

¹²⁸ Bagnoli, *supra* note 122, at 25-26.

¹²⁹ Shahriar Akter & Samuel Fosso Wamba, *Big Data Analytics in E-commerce: A Systematic Review and Agenda for Future Research*, 26 ELECTRON. MARK. 173, 173 (2016).

¹³⁰ Guido Noto La Diega, *Data as Digital Asset. The Case of Targeted Advertising*, in PERSONAL DATA IN COMPETITION, CONSUMER PROTECTION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW 445, 487 (Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt & Gintarė Surblytė-Namavičienė eds., 2018).

¹³¹ *Id.* at 487.

¹³² Wulff-Axel Schmidt & Monika Priess, *Chapter 3 Germany*, in E-COMMERCE LAW IN EUROPE AND THE USA 156, 233 (Gerald Spindler & Fritjof Börner eds., 2002).

歐盟執委會於審核大數據公司之結合申請時，除了將地理市場設定成全球市場外還會另行考量以歐盟為地理市場之狀況，再綜合評斷之¹³³。

(二)大數據之市場占有率

市場占有率係指事業在相關市場之銷售金額或銷售量占相關市場內所有參與者之銷售金額或銷售量的百分比¹³⁴，乃評估事業是否具有獨占地位的重要指標¹³⁵。依據前揭公平交易法之規範，事業達到獨占之門檻係單一事業於相關市場之占有率達二分之一、兩家事業全體於相關市場之占有率達三分之二、或三家事業全體於相關市場之占有率達四分之三。其中後二者於經濟學上稱為「寡占」¹³⁶，於公平交易法中亦與獨占相同評價，蓋不為價格競爭乃寡占市場之常態，亦有限制競爭之虞¹³⁷。

如前所述，大數據之相關市場主要有大數據蒐集市場、大數據儲存市場、及大數據分析市場三種。依前論述，當大數據之相關市場為大數據分析市場中之網路廣告市場時，其市場占有率應為事業之廣告量或廣告營收所占網路廣告市場所有參與者之廣告量或廣告營收的百分比。當大數據之相關市場為大數據蒐集市場時，其市場占有率應為事業銷售大數據之金額或銷售量所占網路廣告市場所有參與者之銷售金額或銷售量的百分比。

¹³³ 2003/790/EC: Commission Decision of 28 June 2000 Declaring a Concentration Incompatible with the Common Market and the EEA Agreement (Case COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint), § 97.

¹³⁴ 最高行政法院100年度判字第1696號判決。

¹³⁵ 廖義男，同註114，頁53-56。

¹³⁶ 方博亮、林祖嘉，管理經濟學，頁403，2017年7月，5版。

¹³⁷ 廖義男，同註114，頁99、118。

例如歐盟執委會於調查Google是否濫用其獨占地位時即考量兩個相關市場，其一係提供網路檢索服務之搜尋引擎市場，另一是憑藉高市占率之搜尋引擎提供網路廣告中介服務之市場¹³⁸。依據歐盟執委會之調查，二〇一六年間Google於歐盟各國之搜尋引擎市場的市占率皆超過90%，在各國網路搜尋廣告中介市場之市占率亦皆超過75%¹³⁹。德國聯邦卡爾特局於審查Google是否濫用獨占地位時，認定Facebook所處市場係「具有多個人用戶之私人社交網路市場」（private social network market with private users），市場占有率高達95%¹⁴⁰。

（三）小結：大數據可能具有排除競爭之能力從而構成獨占

事業倘僅具超過前述門檻之市場占有率，並不必然構成獨占；必須於相關市場上「處於無競爭狀態或具有壓倒性地位」，方始構成獨占。我國公平交易委員會於審核事業是否具有排除競爭之能力時，應考量其於相關市場上影響產品或服務之價格的能力、其他事業加入相關市場有否難以克服之困難、以及相關市場上產品或服務輸出輸入之情況¹⁴¹。

對照美國法，美國最高法院之見解則認為獨占力量（monopoly

¹³⁸ European Commission, Antitrust: Commission Fines Google €1.49 Billion for Abusive Practices in Online Advertising (Mar. 20, 2019), available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770 (last visited: 2020.01.22).

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ Bundeskartellamt, Case Summary, B6-22/16, Facebook, Exploitative Business Terms Pursuant to Section 19(1) GWB for Inadequate Data Processing (Feb. 15, 2019), at 1*, available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (last visited: 2020.01.23).

¹⁴¹ 公平交易委員會，同註115，頁39。

power) 或稱市場力量 (market power) 係指「控制價格或排除競爭」的力量¹⁴²。美國聯邦巡迴上訴法院認為，一家企業倘因進入障礙之保護而於相關市場中具有支配地位，即具有市場力量¹⁴³；如果一家企業具有削減市場總產量從而提高價格到競爭水平之上的能力，即可稱之為獨占事業¹⁴⁴。企業之市場力量通常與其市場占有率相關，但光有市場占有率並不必然具有市場力量，市場力量也不只市場占有率一個面向，例如一個企業之數據蒐集與處理能力亦為市場力量之一環¹⁴⁵。因此美國有實務見解認為，市場力量之形成包含兩個條件：1. 企業在相關市場上具有高的市場占有率；及 2. 該相關市場中存在進入障礙¹⁴⁶。

德國反限制競爭法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Act against Restraints of Competition) 則以市場支配地位 (Marktbeherrschung; market dominance) 稱之，與我國法及美國法所稱獨占地位類似。其第18條第1項規定，於相關市場提供特定商品或服務之供應商或採購者倘具有以下特徵，則具有市場支配地位：1. 於特定市場上無競爭對手；2. 未受到任何實質性競爭；或 3.

¹⁴² United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391 (1956) (“the power to control prices or exclude competition.”).

¹⁴³ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 51 (Fed. Cir. 2001) (“Under this structural approach, monopoly power may be inferred from a firm’s possession of a dominant share of a relevant market that is protected by entry barriers”).

¹⁴⁴ Ball Mem’l Hosp., Inc. v. Mut. Hosp. Ins., Inc., 784 F.2d 1325, 1335 (7th Cir. 1986) (defining market power to be “the ability to cut back the market’s total output and so raise price”); United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001) (defining monopolist as “if it can profitably raise prices substantially above the competitive level”).

¹⁴⁵ Pfeiffer, *supra* note 76, at 66.

¹⁴⁶ United States v. Microsoft Corp., *supra* note 144.

相較於競爭對手有至關重要的市場地位¹⁴⁷。對於事業於相關市場是否具有市場支配地位之評斷，德國反限制競爭法訂有相當細緻之規範，認為應該考量下列八種因素：1. 該事業之市場占有率；2. 財務實力；3. 其進入供應或銷售市場的機會；4. 與其他事業之連結關係；5. 其他事業進入市場之法律或事實障礙；6. 來自其他事業之實際或潛在競爭；7. 其將供需關係轉移到其他商品或商業服務之能力；以及8. 交易相對人尋求與其他事業合作之能力¹⁴⁸。為因應數據驅動經濟的蓬勃發展，德國於二〇一七年修改反限制競爭法，於第18條加入第3(a)項，規定在評估多邊市場經營者之市場地位時尚必須考慮下列因素：1. 直接和間接網路效應；2. 使用者平行使用其他競爭者所提供服務之可能性與轉換成本；3. 與網路效應有關的企業規模經濟；4. 企業接取與競爭相關資訊之可能性；以及5. 創新驅動的競爭壓力¹⁴⁹。

¹⁴⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) § 18 Marktbeherrschung “(1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt: 1. ohne Wettbewerber ist, 2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder 3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.”

¹⁴⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) § 18 Marktbeherrschung “(3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: 1. sein Marktanteil, 2. seine Finanzkraft, 3. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, 4. Verflechtungen mit anderen Unternehmen, 5. rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, 6. der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind, 7. die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie 8. die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen.”

¹⁴⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) § 18 “(3a) Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen: 1. direkte und indirekte

準此，倘一事業於網路廣告市場或大數據自身市場擁有高的市場占有率，具有直接網路效應與間接網路效應，且消費者轉而使用其他服務提供者之轉換成本很高，即可能具有相關市場之獨占地位。例如Google係全球最重要之網路搜尋引擎，擁有最多的網路搜尋使用者，因間接網路效應而吸引到最多的網路廣告業者於Google搜尋引擎投放廣告。依據歐盟執委會之調查，二〇一六年間Google於歐盟各國之搜尋引擎市場的市占率皆超過90%，在各國網路搜尋廣告中介市場之市占率亦皆超過75%¹⁵⁰。由於網路搜尋廣告中介市場之競爭對手不可能在Google的搜索引擎結果頁面中出售廣告空間，因此Google外之其他搜尋引擎成為其他網路搜尋廣告中介服務商進入市場並與Google競爭的市場進入點。然由於Google於搜尋引擎市場具有超高市占率，遂形成其他網路搜尋廣告中介服務商進入網路搜尋廣告中介市場的進入障礙。據此，歐盟執委會認定Google於網路搜尋廣告中介市場具有獨占地位¹⁵¹。

再如Facebook是當今全球最重要且最普及之社群媒體平臺，一方面對使用者提供免費社群網路服務，另一方面對廣告業主提供精準行銷服務。德國聯邦卡爾特局於審查Google是否濫用獨占地位時指出，Facebook所處市場係多邊網路市場（multi-sided network market），其於相關市場「具有多個人用戶之私人社交網路市場」（private social network market with private users）之市場占有率高達95%¹⁵²。鑑於使用者於選擇社群媒體時通常會挑選最多「好友」

Netzwerkeffekte, 2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechsellaufwand für die Nutzer, 3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, 4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, 5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.”

¹⁵⁰ European Commission, *supra* note 138.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² Bundeskartellamt, *supra* note 140.

身處的平臺，且一旦挑選後便不會輕易轉換，因此Facebook之運營模式具有極高的直接網路效應¹⁵³。此外社群媒體藉由販賣廣告獲利，Google於網路搜尋引擎的高市場占有率形成間接網路效應，由於新進社群媒體難以吸引使用者加入，自然難以獲得廣告發布商之青睞因而甚難與Facebook競爭¹⁵⁴。再者，聯邦卡爾特局亦認為Facebook蒐集數據之能力係任何競爭者所難以望其項背¹⁵⁵，故認定Facebook於相關市場具有獨占地位。

二、大數據之蒐集使用是否可能構成獨占地位濫用

(一)理論探討

依據我國公平交易法之規範，事業具有獨占地位並不必然構成限制競爭，僅有當獨占事業濫用獨占地位從而破壞市場競爭秩序時，方為公平交易法所禁止¹⁵⁶。我國公平交易法所禁止之濫用獨占地位行為有三，首先，獨占事業不得以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭，例如對他事業之活動採取破壞行為，直接或間接阻礙他事業參與競爭¹⁵⁷。「阻礙他事業參與競爭」並不限於水平市場競爭，倘事業運用其在上游市場之獨占力，以不正當手段阻礙其他事業於下游市場之競爭，依然構成獨占地位之濫用¹⁵⁸。

¹⁵³ *Id.* at *5-6.

¹⁵⁴ *Id.* at *6-7.

¹⁵⁵ Bundeskartellamt, Background Information on the Facebook Proceeding (Dec. 19, 2017), 2, available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.html (last visited: 2020.01.23).

¹⁵⁶ 公平交易委員會，同註115，頁41。

¹⁵⁷ 公平交易法第9條第1款，及其立法理由。

¹⁵⁸ 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，頁346-347，2004年11月；最高行政法院93年度判字第795號判決。

其次，獨占事業亦不得對商品價格或服務報酬為不當之決定或變更，例如廠商不反應成本低價競爭以排除競爭對手，或不當抬高價格以圖取暴利¹⁵⁹，學說上稱為榨取性定價或獨占性定價¹⁶⁰。此外，獨占事業倘無正當理由亦不得使交易相對人給予特別之優惠，否則不僅可間接阻礙新的競爭者，亦可能妨害市場之競爭秩序¹⁶¹。歷年公平交易委員會針對濫用獨占地位之處分案多數為「阻礙他事業參與競爭」，例如國內航空燃油供應市場具有獨占地位之廠商以不報價之手段阻礙其他公司參與競爭¹⁶²，以及在通關網路服務市場具有獨占地位之廠商以對客戶的忠誠折扣阻礙其他公司參與競爭¹⁶³。由於我國至今尚無關於大數據濫用獨占地位之處分案，亦無相關學說專論，因此以下謹以比較法觀點研究美國、歐盟與德國之法律規範、學說與實務見解，再回頭闡釋對我國法之啟發。

美國實務見解同樣認為，事業具有獨占地位並不當然構成違法，認定企業濫用其獨占地位必須符合下列三項要件：1. 事業因在相關市場上推出優良產品或服務之排他行為取得或維持獨占地位¹⁶⁴；2. 事業因其獨占地位在相關市場建立相當的進入障礙，足以限制市場正常運作¹⁶⁵；以及3. 事業之獨占地位損及消費者之權益¹⁶⁶。德國反限制競爭法亦禁止事業濫用其市場支配地位，其第19條第2項

¹⁵⁹ 公平交易法第9條第2款，及其立法理由。

¹⁶⁰ 何之邁、張懿云、林廷機，飛○浦光碟案，載：公平交易法司法案例評析，頁68，2018年2月。

¹⁶¹ 公平交易法第9條第3款，及其立法理由。

¹⁶² 公平會(89)公處字第170號處分書，後經臺北高等行政法院90年度訴字第5882號判決、及最高行政法院93年度判字第795號判決確定。

¹⁶³ 公平會公處字第094017號處分書。

¹⁶⁴ *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

¹⁶⁵ *Rebel Oil v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1439 (9th Cir. 1995).

¹⁶⁶ *United States v. Microsoft Co.*, 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001).

規定，於相關市場提供特定商品或服務之供應商或採購者倘具市場支配地位而為下列行為，則構成市場支配地位之濫用：1. 無客觀理由以不公平手段直接或間接阻礙他事業或提供差別對待；2. 對交易相對人要求異於有效競爭狀態之支付或其他商業條款；3. 無客觀理由，對交易相對人要求較差於其他類似購買者之支付或其他商業條款；4. 無客觀理由，拒絕其他事業支付合理對價以近接其網路或其他基礎設施，倘該其他事業若不使用其網路或基礎設施即因法律或事實之原因而無法在上游或下游市場作為競爭者；以及5. 無客觀理由要求其他事業給予好處¹⁶⁷。

¹⁶⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) § 19 “(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen 1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen; 2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen; 3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist; 4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist; 5. andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.”

大數據之蒐集使用是否可能構成獨占地位濫用，無論在學術或實務上皆為重要課題¹⁶⁸。本文將此議題區分為資料蒐集與資料使用兩個階段討論之。針對資料蒐集，倘企業係從公開管道或徵得使用者同意合法蒐集資料，當不至於有限制競爭的問題；然若企業以不正當手段從消費者或競爭同業取得資料，則可能產生限制競爭之議題。有論者認為一家不重視個資與隱私保護之企業如果故意欺瞞其使用者，讓使用者誤以為該企業有較佳之個資與隱私權政策故而使用該企業所提供之服務，將使該企業蒐集到比應有更多的使用者個人資料¹⁶⁹。如此一來，該企業將可能蒐集取得較其他競爭對手更多的使用者個人資料，從而吸引更多的廣告業主願意投放廣告，該企業也將因此擁有較強的市場力量進而操縱服務的價格或因而降低服務品質¹⁷⁰。如此將可能導致使用者對此類服務心生怨懟進而退出市場，導致市場效率大幅降低¹⁷¹，從而產生限制競爭之效果。

針對資料使用，本文認為在大數據相關市場具有獨占地位之事業確實可能該當公平交易法所禁止的行為，包含：可能以不公平之方法直接或間接阻礙他事業參與競爭、可能對商品價格或服務報酬為不當之決定或變更、及可能使交易相對人給予特別之優惠。例如當電子商務企業掌握其用戶消費之大數據時，便可用以估算每一消費者對特定商品所願意支付之價格，從而為每位消費者量身訂制其個人化售價（personalized price）¹⁷²。如此一來即可能構成價格歧視（price discrimination），亦即針對單一產品對不同消費者制定不

¹⁶⁸ Richter, *supra* note 23, at 548.

¹⁶⁹ Howell, *supra* note 120, at *13.

¹⁷⁰ *Id.* at *13-14.

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² Bourrean, *supra* note 30, at 40.

同售價，且此價格差異並非反映自成本差異¹⁷³。有研究顯示，當企業有能力掌握消費者對特定商品所願意支付價格時，往往有誘因在消費者首次造訪時以較低售價來吸引其購買，之後再將售價提高，如此將降低消費者剩餘與整體福祉¹⁷⁴。

此外，擁有資料之企業得否拒絕提供予他人使用，亦為值得討論的競爭法議題。倘企業僅是單純拒絕提供給競爭同業使用，當不至於有限制競爭的問題；然而倘企業擁有關鍵性資料，無正當理由卻拒絕提供給競爭同業使用時，便有討論是否構成限制競爭的空間，例如是否有關鍵設施理論（essential facility doctrine）之適用。關鍵設施係指事業欲進入相關市場勢必使用之基礎設施¹⁷⁵，關鍵設施理論又稱瓶頸設施理論，認為濫用獨占地位之事業應被課以允許或協助競爭對手使用或接取關鍵設施之義務¹⁷⁶。此議題目前於學術上尚無定論，最近兩年開始引起學者的關注¹⁷⁷。有論者認為對於大數據有獨占地位之企業倘拒絕他人使用其線上平臺，諸如搜尋引擎、社群網路及電子商務平臺，將有適用關鍵設施理論之空間¹⁷⁸。

然而另有論者抱持較為保留的態度，認為企業拒絕對他人提供資料庫接取服務是否能使用關鍵設施理論尚有疑義¹⁷⁹。其主要理

¹⁷³ *Id.* at 39.

¹⁷⁴ Mark Armstrong & Jidong Chou, *Conditioning Prices on Search Behaviour*, MINICH PERSONAL REPEC ARCHIVE 2 (2010), available at https://mpira.ub.uni-muenchen.de/19985/1/MPRA_paper_19985.pdf (last visited: 2020.11.18).

¹⁷⁵ 李素華，除去或防止侵害請求權與競爭法規範，載：競爭法發展之新趨勢——結合、聯合、專利權之行使，頁437，註27，2017年12月。

¹⁷⁶ Baskaran Balasingham, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, 42 EUR. L. REV. 920, 920-21 (2017).

¹⁷⁷ Richter, *supra* note 23, at 551.

¹⁷⁸ Balasingham, *supra* note 176, at 920-21.

¹⁷⁹ Björn Lundqvist, *Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property*

由為，關鍵設施理論主要適用於鐵路、電信網路、及電力系統等基礎設施，該理論要求關鍵設施所有人開放關鍵設施予競爭對手使用之門檻相當高，主要原因有二：(1)鐵路、電信網路、及電力系統等基礎設施之使用係競爭且排他的，關鍵設施所有人將部分設施開放給競爭對手使用，自己能使用的部分就少了；(2)關鍵設施之建置與維護需要成本並承擔風險，倘太過於容易要求關鍵設施所有人將部分設施開放給競爭對手使用，勢必降低其投資之意願¹⁸⁰。由於大數據之使用通常不具競爭與排他性，後進業者亦可自行蒐集數據而不需先進業者提供，故不宜將關鍵設施理論適用於大數據之近接使用¹⁸¹。法國於二〇一四年曾有一起訴訟以此議題為主要爭點展開激戰。該案被告Cegedim係醫藥資訊市場具有獨占地位之領導廠商，提供資料庫與客戶管理軟體給下游廠商與實驗室。本件原告OneKey係Cegedim於客戶管理軟體之競爭對手，本身並無資料庫。由於Cegedim拒絕販賣資料庫給向OneKey購買客戶管理軟體之下游廠商與實驗室，Onekey起訴主張Cegedim違反競爭法¹⁸²。審理結果，法國承審之地方法院認為對於Cegedim的競爭者所販賣之客戶管理軟體而言，資料庫並非不可或缺，二者並無連帶關係，故而認定資料庫並非關鍵設施¹⁸³。

對此，本文贊同在大部分情況，數據並不具使用上衝突性與排他性，後進業者不需先行業者提供亦可自行蒐集數據，故不宜將關

and Competition Law in an Internet-of-Things World: The Issue of Accessing Data, in PERSONAL DATA IN COMPETITION, CONSUMER PROTECTION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW 191, 202-03 (Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt & Gintarė Surblytė-Namavičienė eds., 2018).

¹⁸⁰ Haucap, *supra* note 33, at 207.

¹⁸¹ *Id.* at 207-08.

¹⁸² *Id.* at 205.

¹⁸³ *Id.* at 206.

鍵設施理論適用於大數據之近接使用。然本文亦認為不應完全排除大數據成為關鍵設施之可能性，例如健保資料、戶政資料、及環保資料等數據大抵掌握於政府手中，政府若不開放一般業者肯定無法取得。然此議題屬於政府「開放資料」(open data)之問題，原則上不會有競爭法之爭議，不在本文論述範圍。

(二) 歐盟對Google之裁罰及其解析

歐盟自二〇一七年起連續三年以濫用市場獨占地位為由對Google祭出鉅額裁罰，金額分別為24.2億歐元¹⁸⁴、43.4億歐元¹⁸⁵、及14.9億歐元¹⁸⁶，金額之大令人咋舌，再再逼使Google調整其商業模式。

1. 對於Google之比較購物服務 (comparison shopping service) 之裁罰

Google是當今全球最大之網路搜尋引擎。其主要商業模式係提供使用者「免費」之網路檢索服務以換取使用者之網路使用資訊，包含所檢索的關鍵字、所點選的網頁、以及在每個網頁所停留之位置與時間等¹⁸⁷。Google在蒐集這些使用者資訊後對廣告業主提供

¹⁸⁴ European Commission, Antitrust: Commission Fines Google €2.42 Billion for Abusing Dominance as Search Engine by Giving Illegal Advantage to Own Comparison Shopping Service (June 27, 2017), available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784 (last visited: 2020.01.13).

¹⁸⁵ European Commission, Antitrust: Commission Fines Google €4.34 Billion for Illegal Practices Regarding Android Mobile Devices to Strengthen Dominance of Google's Search Engine (July 18, 2018), available at https://ec.europa.eu/cyprus/news/20180718_2_en (last visited: 2020.01.22).

¹⁸⁶ European Commission, Antitrust: Commission Fines Google €1.49 Billion for Abusive Practices in Online Advertising (Mar. 20, 2019), available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770 (last visited: 2020.01.22).

¹⁸⁷ Zimmer, *supra* note 52, at 86.

廣告服務，於使用者進行網路檢索時推播給使用者從而向廣告業主收取廣告費用，占其全部營收的90%¹⁸⁸。Google自二〇〇四年起於歐盟提出「比較購物服務」¹⁸⁹，當消費者於網路上檢索某產品時Google會於檢索頁面最頂部呈現各商家所提供的產品與價格，讓使用者進行比較後直接與商家進行交易¹⁹⁰。當Google於二〇〇四年剛推出此項服務時，比較購物服務已有許多競爭對手，因此初期Google在此業務之推展並不順利，直到二〇〇八年起Google變更其商業策略，不在比較購物服務之優劣進行競爭，而是仰賴其於網路搜尋市場之獨占優勢。例如每當使用者於Google搜尋引擎以產品相關之關鍵字進行網路搜尋時，Google非但凌駕其通常搜尋演算法而將自身之比較購物結果置於搜尋結果的最頂端，並刻意將競爭對手之比較購物結果「降級」使其排列於更後順位，藉以提高自身服務的可見度並降低對手服務的可見度¹⁹¹。對此，歐盟執委會認為具有市場支配地位並不違反歐盟競爭法，但具有支配地位之公司負有不以限制競爭手段濫用其支配地位之義務，無論在其具有支配地位之市場或其他市場¹⁹²。歐盟執委會認定Google凌駕其通常搜尋演算法而將自身比較購物結果置於搜尋結果的最頂端之行為使其服務獲得非法之優勢，從而濫用其一般網路搜尋市場之支配地位¹⁹³，故於二〇一七年處以24.2億歐元之鉅額罰款，並限期九十日改善，

¹⁸⁸ European Commission, *supra* note 184.

¹⁸⁹ Google這項服務於2004年推出時稱為「Froogle」，隨後於2008年更名為「Google產品檢索」（Google Product Search），再於2013年改名為「Google購物」（Google Shopping）。

¹⁹⁰ European Commission, *supra* note 184.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ *Id.* (Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service.)

否則將面臨最高達其母公司Alphabet的全球平均每日營業額之5%的罰款¹⁹⁴。

2. 對於Google對Android設備商搭售之裁罰

此外，為將Android設備（例如手機和平板）之網路流量導引至Google搜尋引擎，Google一方面要求Android設備之製造商於出貨前預先安裝Google搜尋與瀏覽器Chrome之應用程式以換取「Google應用程式商城」（亦即Play Store）¹⁹⁵之授權，另一方面付費給幾家大型Android設備製造商要求其排他地將Google搜尋與瀏覽器Chrome之應用程式預先安裝於產品上¹⁹⁶。此外，Google亦禁止與其合作之Android設備製造商於商品上預先安裝未經Google批准之Android版本。歐盟執委會調查指出，Google無論於一般網路搜尋服務、智慧型手機之作業系統與應用程式商城皆具有市場支配地位¹⁹⁷。具有市場支配地位固然不違反歐盟競爭法，但具有支配地位之公司負有不以限制競爭手段濫用其支配地位之義務，Google要求Android設備之製造商於出貨前預先安裝Google搜尋與瀏覽器Chrome之應用程式以換取「Google應用程式商城」授權的行為，已構成非法搭售¹⁹⁸。再者，Google付費給幾家大型Android設備製造商要求其排他地將Google搜尋與瀏覽器Chrome之應用程式預先安裝於產品上之行為，則提供設備製造商不預先安裝競爭對手之瀏覽器的誘因，從而構成限制競爭¹⁹⁹。此外，每當Google開發新的Android版本時會開放其原始碼，供第三人下載並修改以建

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ Google Play, available at <https://play.google.com/store> (last visited: 2020.04.08).

¹⁹⁶ European Commission, *supra* note 184.

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ *Id.*

立「Android分支」(Android Forks)。然而，Google所開放之Android原始碼僅包含智慧型手機作業系統的基本架構，並未包含Google專有的Android應用與服務。Android設備製造商如欲安裝Google專有的Android應用與服務，必須取得Google之授權²⁰⁰。Google禁止與其合作之Android設備製造商於商品上預先安裝未經Google批准之Android版本的行為，非法地阻礙競爭性Android作業系統的開發及發行²⁰¹。綜上，歐盟執委會認定Google濫用其於一般網路搜尋服務市場之支配地位²⁰²，對Google科處創歷史紀錄的43.4億歐元罰款，並限期九十日改善，否則將面臨最高達其母公司Alphabet的全球平均每日營業額之5%的罰款²⁰³。

3. 對於Google網路搜尋廣告中介服務 (online search advertising intermediation) 之裁罰

諸如部落格、新聞網站、及旅遊網站等網頁通常都嵌入網路搜尋功能，當使用者運用此功能進行檢索時，網站會同時顯示搜索結果和搜索廣告。Google透過旗下AdSense運用此搜索廣告功能作為網路廣告之中介者，提供廣告發布商於網際網路上投放廣告之服務²⁰⁴。歐盟執委會調查發現，Google是歐洲經濟區內最強大的網路搜尋廣告中介商，從二〇〇六年到二〇一六年網路搜尋廣告市場之市占率皆超過70%；在二〇一六年間，Google於歐盟各國之搜尋引擎市場的市占率皆超過90%，在各國網路搜尋廣告中介市場之市

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ *Id.*

²⁰² *Id.* (“The Commission decision concludes that these three types of abuse form part of an overall strategy by Google to cement its dominance in general internet search, at a time when the importance of mobile internet was growing significantly.”)

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ European Commission, *supra* note 186.

占率亦皆超過75%。準此，Microsoft和Yahoo等網路搜尋廣告之競爭對手，不可能在Google的搜索引擎結果頁面中出售廣告空間，因此第三方網站成為這些競爭對手進入網路搜尋廣告服務之重要切入點²⁰⁵。Google之營運模式係與各家廣告發布商簽訂網路搜尋廣告契約，自二〇〇六年起Google在與各家廣告發布商之契約中載入獨家條款，要求廣告發布商不得於其他競爭對手投放廣告；Google雖自二〇〇九年三月起放寬此獨家條款，然廣告發布商欲與Google之競爭對手簽約仍須Google之書面批准²⁰⁶。歐盟執委會重申，由於Google於網路搜尋廣告中介市場具有市場支配地位，因此負有不濫用市場支配地位之義務²⁰⁷；然而Google以契約阻擋競爭對手進入市場之行為已構成市場支配地位之濫用，從而違反歐盟競爭法²⁰⁸。因此，歐盟執委會對Google科處14.9億歐元之高額罰款²⁰⁹。

4. 歐盟對Google裁罰之解析

雖然歐盟執委會對Google三件裁罰之理由皆為獨占地位濫用，然其涉及之相關市場卻非同一。其中「Google比較購物服務案」及「Android設備商搭售案」之裁罰係針對一般網路搜尋服務市場之獨占地位濫用，而「Google網路搜尋廣告中介服務案」之裁罰則是針對網路搜尋廣告市場之獨占地位濫用。由此可知，Google先是取得網路搜尋市場之獨占地位，憑藉此獨占地位經營網路廣告服務與網路廣告中介服務，進而取得網路廣告市場之獨占地位。

為回應「Android設備商搭售案」之裁決，Google於二〇一九年宣布將「Google應用程式商城」之授權與瀏覽器Chrome之預先

205 *Id.*

206 *Id.*

207 *Id.*

208 *Id.*

209 *Id.*

安裝和Google搜尋引擎之預先設定脫鉤，亦即在往後生產的Android手機上不再預先安裝Chrome瀏覽器亦不再預先將搜尋引擎設定為Google，而是提供幾個選項讓使用者選擇²¹⁰；對於「Google應用程式商城」，則改成向Android手機製造商收取授權金²¹¹。其實Android行動電話上原本就有若干搜尋引擎讓使用者選擇，只是預設為Google，且大多數使用者根本未曾意識到可以在「設定」處更改預設的搜尋引擎，因此才被歐盟執委會裁罰。為了回應歐盟執委會之裁決，Google於二〇二〇年三月起改成不預設瀏覽器與搜尋引擎，讓使用者於首次開機設定時自行選擇²¹²。此時Google又開發出新的商業模式，亦即將開機設定時搜尋引擎的選項開放各搜尋引擎廠商競標，歐盟每個國家皆可接受三個搜尋引擎得標²¹³。令人訝異的是，以保護使用者隱私著稱的搜尋引擎DuckDuckGo於全部歐盟國家皆拿下搜尋引擎選項之第一順位²¹⁴。

自此歐盟境內之搜尋引擎相關市場進入全新的紀元，可謂歐盟執委會對Google之裁罰獲致絕佳成果。DuckDuckGo的官方網頁對

²¹⁰ Sam Byford, *Google Will Give Android Users a Choice of Browser and Search Engine in Europe*, THE VERGE (Mar. 20, 2019), available at <https://www.theverge.com/2019/3/20/18273888/google-eu-browser-search-choice> (last visited: 2020.03.21).

²¹¹ *Id.*

²¹² Matt Southern, *DuckDuckGo Is Now a Default Search Engine Option on Android in the EU*, SEJ SEARCH ENGINE JOURNAL (Jan. 10, 2020), available at <https://www.searchenginejournal.com/duckduckgo-is-now-a-default-search-engine-option-on-android-in-the-eu/343073/#close> (last visited: 2020.03.21).

²¹³ James Vincent, *Bing Loses Out to DuckDuckGo in Google's New Android Search Engine Ballot—Google Will Start Offering EU Users a Choice for Their Default Search Engine*, THE VERGE (Jan. 9, 2020), available at <https://www.theverge.com/2020/1/9/21058120/google-android-search-engine-choice-duckduckgo-bing-default-eu-antitrust-ruling> (last visited: 2020.03.21).

²¹⁴ *Id.*

使用者明確保證：「我們永不儲存您的個人資料」、「我們的隱私政策很簡單：我們不蒐集或分享您的任何個人訊息」、「我們不會追蹤您給廣告利用」、「我們不會儲存您的搜尋紀錄」、以及「因此，我們沒有東西能夠賣給網路上那些追蹤你的廣告發布商」²¹⁵，完全顛覆Google搜尋引擎之商業模式。若非歐盟執委會的裁決，DuckDuckGo絕不可能獲得進入Android手機的機會。自此Android智慧型手機的使用者只要選擇DuckDuckGo作為搜尋引擎，即可不需擔心網路搜尋與瀏覽習慣被掌握甚至被濫用，瀏覽網頁時也不再時時被覆蓋廣告所干擾。DuckDuckGo既非依靠販售廣告牟利，自須尋找得以永續經營之商業模式，其商業模式非常簡單：「為隱私捐款」（Donating for Privacy），截至二〇二〇年三月二十一日已經收到超過190萬美元之捐款²¹⁶。

（三）德國聯邦卡爾特局對Facebook²¹⁷之裁罰及其解析

1. 德國聯邦卡爾特局對Facebook之裁罰²¹⁸

德國聯邦卡爾特局係德國聯邦競爭法主管機關。聯邦卡爾特局自二〇一六年起開始調查Facebook憑藉其超高市場占有率之社群媒體蒐集德國人的個人資料，且未經使用者同意將所蒐集之個人資

²¹⁵ DuckDuckGo 官方網頁，資料來源：https://duckduckgo.com/?natb=v213-4b_&cp=atbhc，最後瀏覽日：2020年3月21日。

²¹⁶ DuckDuckGo, *Donating for Privacy*, DuckDuckGo Official Website, available at <https://duckduckgo.com/donations> (last visited: 2020.03.21).

²¹⁷ 受裁罰之公司包含Facebook Inc., Menlo Park, USA, Facebook Ireland Ltd., Dublin, Ireland, and Facebook Germany GmbH, Hamburg, Germany，本文以「Facebook」簡稱之。對於「Facebook」對使用者所提供之服務，本文則以中文「臉書」稱之。

²¹⁸ Bundeskartellamt, B6-22/16, Facebook, Exploitative Business Terms Pursuant to Section 19(1) GWB for Inadequate Data Processing (February 15, 2019).

料與使用者臉書帳號資料相結合的行為，是否構成德國競爭法之違反²¹⁹。

欲審查Facebook之行為是否違反競爭法，德國聯邦卡爾特局首先界定相關市場。考量Facebook一方面對使用者提供免費社群網路服務，另一方面對廣告發布商提供精準行銷服務，聯邦卡爾特局認為Facebook係身處多邊網路市場，從而認定相關市場為「具有多個人用戶之私人社交網路市場」²²⁰。在審酌Facebook在相關市場是否具有支配地位時，聯邦卡爾特局除了考量Facebook於相關市場之市占率高達95%外，最關鍵之因素係使用者於選擇社群媒體時通常會考量能找到最多聯繫對象的方案，因此Facebook之商業模式具有極高的直接網路效應，且令使用者不願轉換至其他社群網路²²¹。此外聯邦卡爾特局亦考量間接網路效應，亦即社群媒體作為多邊市場（或雙邊市場）係藉由販賣廣告獲利，當新進社群媒體尚未吸引許多使用者加入前，自然難以獲得廣告發布商之青睞從而甚難與Facebook競爭²²²。再者，聯邦卡爾特局亦認為Facebook蒐集數據之能力係任何競爭者所難以企及²²³，故認定Facebook於相關市場具有

²¹⁹ Bundeskartellamt, Case Summary, B6-22/16, Facebook, Exploitative Business Terms Pursuant to Section 19(1) GWB for Inadequate Data Processing (Feb. 15, 2019), at 1*, available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (last visited: 2020.01.23).

²²⁰ *Id.* at *3-4.

²²¹ *Id.* at *5-6.

²²² *Id.* at *6-7.

²²³ Bundeskartellamt, Background Information on the Facebook Proceeding (Dec. 19, 2017), 2, available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.html (last visited: 2020.01.23).

支配地位。

對於Facebook的商業模式，聯邦卡爾特局最在意的是其服務條款（terms of service），包含使用者同意Facebook蒐集並處理其個人資料，並同意Facebook藉由廣告業主、應用程式開發商與廣告發布商之商業活動蒐集Facebook相關活動外的個人資料²²⁴。任何使用者於註冊Facebook帳號時，必須全盤接受其服務條款，否則無法完成註冊²²⁵。Facebook於社群媒體超高的市場占有率與支配地位，讓使用者僅能在「不使用臉書」與「全盤接受臉書的服務條款」之間二擇一²²⁶。聯邦卡爾特局認為Facebook憑藉其市場支配地位以服務條款剝奪消費者選擇的自由意志，除了無法構成「一般資料保護規範」（General Data Protection Regulation, GDPR）第6條所要求之「有效同意」（effective consent）故有違GDPR之規範外²²⁷，且將所蒐集之個人資料（與臉書活動無關）與使用者臉書帳號資料相結合的行為更屬以非法手段提升競爭對手之進入障礙，從而構成競爭法之違反²²⁸。因此，聯邦卡爾特局要求Facebook於四個月內調整其資料蒐集方針，包含不得再將WhatsApp與Instagram等其他社群軟體的使用者資訊與臉書的使用者資訊相結合²²⁹。

Facebook不服因此上訴Düsseldorf高等地區法院（Oberlandesgericht Düsseldorf），並聲請核發臨時禁制令以暫緩聯邦卡爾特局

224 Bundeskartellamt, *supra* note 219, at *3. 最常見之情況係使用者以臉書帳號登錄其他應用程式或電子商務網站。

225 Bundeskartellamt, *supra* note 219, at *3.

226 *Id.*

227 *Id.* at *10-11.

228 *Id.* at *11-12.

229 *Id.* at *12.

處分之執行²³⁰。Düsseldorf高等地區法院審理後認為，Facebook對其使用者個人資料之蒐集與處理不會損及使用者之經濟利益，亦不會令使用者失去對其個人資料之控制，故而不造成反競爭的效果²³¹。準此，Düsseldorf高等地區法院於二〇一九年八月底裁定核准Facebook所聲請之臨時禁制令，暫緩聯邦卡爾特局處分之執行²³²。聯邦卡爾特局不服，上訴聯邦最高法院（Bundesgerichtshof）。聯邦最高法院審理後認為，Facebook憑藉其市場支配地位以服務條款剝奪消費者選擇的自由意志，係屬濫用市場支配地位從而具有反競爭效果²³³。基此，聯邦最高法院於二〇二〇年六月二十三日以裁定撤銷Düsseldorf高等地區法院之裁定，故而Facebook仍須踐行聯邦卡爾特局之處分²³⁴。

2. 德國聯邦卡爾特局對Facebook裁罰之解析

依據德國聯邦卡爾特局之裁罰，Facebook非法之處有二。其一在於其憑藉於社群媒體之市場支配地位，以服務條款讓使用者不得不同意Facebook藉由協力廠商之商業活動來蒐集Facebook相關活動外之個人資料，如此違反GDPR保護個人資料之規範。其二在於Facebook將所蒐集到與臉書活動無關的個人資料與使用者臉書帳號資料相結合的行為，係以非法手段提升競爭對手之進入障礙，從而構成競爭法之違反。

實則使用者接受Facebook之服務條款，且讓Facebook其將所蒐集到的個人資料與使用者臉書帳號資料相結合，皆係為使用臉書之

²³⁰ *Id.*

²³¹ Facebook Inc. v. Bundeskartellamt, VI-Kart 1/19 (V), Oberlandesgericht Düsseldorf (2019).

²³² *Id.*

²³³ Bundeskartellamt v. Facebook Inc., KVR 69/19, Bundesgerichtshof (2020).

²³⁴ *Id.*

服務而「迫於無奈」下「同意」，嚴格而言係使用者於自由意識下所為之決定。使用者僅能在「不使用臉書」與「全盤接受臉書的服務條款」之間二擇一是否無法構成GDPR第6條所要求之「有效同意」，應該會是上訴法院審理之主要爭點。至於Facebook是否濫用市場獨占地位，應先評估其是否具有獨占地位，此時法院應依二〇一七年於反限制競爭法所新加入之第18條第3(a)項之規定，除了考量直接和間接網路效應及使用者平行使用其他競爭者所提供服務之可能性與轉換成本外，還應審酌與網路效應有關的企業規模經濟、企業接取與競爭相關資訊之可能性、以及創新驅動的競爭壓力²³⁵。

四對我國法之啟示：大數據之蒐集使用可能構成獨占地位濫用

在數據驅動經濟時代產生許多持有巨量數據之巨人，例如Google、Facebook、Twitter等公司，其提供優良且「免費」之網路檢索或社群媒體服務吸引為數眾多之消費者，取得消費者網路使用習慣或社群媒體貼文等資訊後轉換為廣告資訊，再賣給廣告業者或廣告發布商進行精準行銷。基於直接網路效應與間接網路效應，消費者一旦使用該等網路檢索服務或社群媒體服務後就此「黏著」很難脫身，也因此造就該等數據巨擘具有超高的市占率與市場力量。除了前述歐美等國外，我國數據驅動經濟亦蓬勃發展，雖然目前尚無大數據公司濫用獨占地位之案例，並不表示我國數據驅動經濟的發展無此問題。

與歐美情況相同，如在我國公平交易法架構下審查大數據之蒐集使用是否構成獨占地位濫用，亦可區分為資料蒐集與資料使用兩個階段討論之。針對資料蒐集，倘企業係從公開管道或徵得使用者同意合法蒐集資料，當不至於有限制競爭的問題；然若企業以不正

²³⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) § 18 (3a).

當手段從消費者或競爭同業取得資料，則可能產生限制競爭之議題。針對資料使用，本文認為在大數據相關市場具有獨占地位之事業確實可能該當我國公平交易法所禁止的行為，包含：可能以不公平之方法直接或間接阻礙他事業參與競爭、可能對商品價格或服務報酬為不當之決定或變更、及可能使交易相對人給予特別之優惠。

依據我國公平交易法第9條之規範，濫用獨占地位之行為包含：1.以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭；2.對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更；3.無正當理由，使交易相對人給予特別優惠；以及4.其他濫用市場地位之行為。在審查大數據公司於數據驅動市場之行為是否濫用獨占地位時，歐盟執委會對Google之裁罰與德國聯邦卡爾特局對Facebook之裁罰的論述頗值參考。其中歐盟執委會以濫用獨占地位為由，連續三年對Google祭出鉅額裁罰，其中「Google比較購物服務案」及「Android設備商搭售案」之裁罰係針對一般網路搜尋服務市場之獨占地位濫用，而「Google網路搜尋廣告中介服務案」之裁罰則是針對網路搜尋廣告市場之獨占地位濫用。由此可知，Google先是取得網路搜尋市場之獨占地位，憑藉此獨占地位經營網路廣告服務與網路廣告中介服務，進而取得網路廣告市場之獨占地位。在審酌Facebook在相關市場是否具有支配地位時，聯邦卡爾特局除了考量Facebook於相關市場之超高市占率外，亦考量使用者於選擇社群媒體時通常會考量能找到最多聯繫對象的方案，Facebook之商業模式所衍生之直接網路效應令使用者不願轉換至其他社群網路。此外社群媒體作為多邊市場係藉由販賣廣告獲利，當新進社群媒體尚未吸引許多使用者加入前，基於間接網路效應難以獲得廣告發布商之青睞從而甚難與Facebook競爭，故認定Facebook於相關市場具有支配地位。

最特別的是為了回應「Android設備商搭售案」之裁決，

Google於二〇一九年宣布將「Google應用程式商城」之授權與瀏覽器Chrome之預先安裝和Google搜尋引擎之預先設定脫鉤，從而造就了高度保護使用者隱私且承諾絕不會將使用者資訊賣予廣告發布商之DuckDuckGo，使歐盟境內之搜尋引擎相關市場進入全新的紀元。由此可見歐盟執委會之鉅額裁罰確實能成功逼使Google變更其營運模式，從而讓相關市場之競爭秩序更健全，競爭更有效率。

三、大數據蒐集使用之契約或協議是否可能構成聯合行為

(一)理論探討

我國公平交易法所稱聯合行為係指具競爭關係之同一產銷階段事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者²³⁶。公平交易法將聯合行為界定於「具競爭關係之同一產銷階段事業」，僅針對水平競爭關係。上下游公司間倘有彼此約束之商業活動，非屬聯合行為，惟可能構成同法第19條或第20條第4款之「垂直限制競爭行為」²³⁷。

事業原則上不得為聯合行為²³⁸。我國最高法院曾於判決指出：「……聯合行為所要求之限制競爭效果的程度，僅具危險性即足……聯合行為是否達到足以影響市場功能之程度，一般係以質與量之標準綜合判斷，而合意內容是否足以影響相關市場之供需功能，均足致影響聯合行為是否成立……」²³⁹。歷年公平交易委員

²³⁶ 公平交易法第14條第1項。

²³⁷ 公平交易委員會，同註115，頁120。

²³⁸ 公平交易法第15條本文。

²³⁹ 最高法院107年度判字第511號判決。

會針對聯合行為之處分案多數為聯合漲價²⁴⁰，至今尚無關於大數據聯合行為之處分案。

事業雖然原則上不得為聯合行為，但如符合特定法律條件且有益於整體經濟與公共利益，向公平交易委員會申請許可者，不在此限²⁴¹。歷年公平交易委員會針對聯合行為之核准案多數為聯合制定規格，例如三家製造筆記型電腦之公司申請共同開發筆記型電腦基座之規格²⁴²，以及二十六家信用卡發卡公司申請共同採用單一規格之信用卡²⁴³。惟至今尚無關於大數據聯合行為之申請案。

對於數據驅動市場而言，兩家以上大數據事業之合作是否可能構成聯合行為，哪種類型之契約或協議可能構成聯合行為，是否可能符合公平交易法之例外規定從而可以向公平交易委員會申請許可等等問題，係本文關心的問題。在公平交易法第15條第1項但書所臚列八款例外得申請聯合行為之態樣中，與大數據較相關者有二，分別為第1款「為降低成本、改良品質或增進效率，而統一商品或服務之規格或型式」與第2款「為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率，而共同研究開發商品、服務或市場」。

大數據分析的難題之一，在於各家公司可能使用不同的資料庫，縱使使用相同資料庫其資料格式也不一（例如日期有人用「年一月一日」，有人用「月一日一年」或「日一月一年」），在統整上極

²⁴⁰ 例如公平會公處字第093102號處分針對石油公司聯合調漲油品價格（後經臺北高等行政法院94年度訴字第2370號判決與最高行政法院98年度判字第92號判決確定）、公平會公處字第100204號處分針對乳品產製業者聯合調漲乳品價格、公平會公處字第101013號處分針對瓦斯業者聯合調漲桶裝瓦斯價格、以及公平會公處字第105054號處分針對麵線業者聯合調漲紅麵線價格等。

²⁴¹ 公平交易法第15條。

²⁴² 公平會公聯字第095002號許可決定書。

²⁴³ 公平會公聯字第101008號許可決定書。

為不便且困難²⁴⁴。因此倘數家公司一起制定相同之資料格式，確實可能降低分析資料的成本、改良資料的品質從而提升分析資料之效率，對整體經濟與公共利益皆有相當之助益，當能符合公平交易法第15條第1項但書第1款之規範。

另當今的大數據分析以機器學習或深度學習為大宗，二者皆需要海量資料進行訓練（training），訓練資料越多，機器學習或深度學習所獲得之演算法越佳²⁴⁵。機器學習和深度學習的訓練資料永遠不嫌多，因此倘數家公司為優化演算法而將各家的資料統合起來進行機器學習或深度學習，當有提升演算法品質之功效，從而符合公平交易法第15條第1項但書第2款之規範。由於我國至今尚無關於大數據公司構成聯合行為之處分案，亦無相關學說論述，因此以下謹以比較法觀點研究美國之實務見解，再回頭闡釋對我國法之啟發。

（二）CDK與Reynolds聯合行為案及其解析

1. CDK與Reynolds聯合行為案

目前國外已有幾起關於大數據事業之合作是否構成聯合行為之實例。舉例而言，美國第七巡迴上訴法院於二〇一七年，針對兩家公司聯合拒絕提供數據是否構成限制競爭的臨時禁制令上訴案做成裁定。該案原告Authenticom Inc.係一數據提供商，其由多個汽車經銷商及全美兩個最大的汽車數據管理系統CDK與Reynolds處獲得汽

²⁴⁴ Jianzhi Tang, Yingchao Ren, Chongjun Yang, Lei Shen & Jun Jiang, *A Webgis for Sharing and Integration of Multi-Source Heterogeneous Spatial Data*, 2011 IEEE INTERNATIONAL GEOSCIENCE AND REMOTE SENSING SYMPOSIUM 2943, 2943 (2011), available at <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=6049832> (last visited: 2020.11.18).

²⁴⁵ Domingos, *supra* note 67, at 84-85.

車銷售資訊，將其彙整後提供給其他汽車經銷商與消費者資訊服務機構使用²⁴⁶。然而後來CDK與Reynolds簽署一份協議將分享數據的對象限於彼此，二者並與汽車經銷商達成協議禁止汽車經銷商將汽車銷售資訊提供予其他公司，使得原告不但無法再從CDK與Reynolds處，亦無法再從其他汽車經銷商處獲得任何汽車銷售資訊²⁴⁷。Authenticom Inc.於威斯康辛西區地方法院對CDK與Reynolds兩家公司提起民事訴訟，主張兩家公司之契約將其競爭對手排除於下游數據整合市場之外，已然構成水平合謀（horizontal conspiracy）從而違反謝爾曼法（Sherman Act）第1條之規定。Authenticom Inc.並以CDK與Reynolds兩家公司之契約使其無法持續獲得汽車銷售資訊，已然危及公司生存為由，向地方法院聲請臨時禁制令（preliminary injunction）以阻止兩家被告公司執行其契約，使其能暫時繼續接取CDK與Reynolds的汽車銷售資訊²⁴⁸。

威斯康辛西區地方法院依據臨時禁制令之四個衡平法則來審理本件禁制令聲請。首先，地方法院認為原告已經提出CDK與Reynolds兩家公司水平合謀將其踢出相關市場之證據，具有本案勝訴可能性²⁴⁹。其次，CDK與Reynolds兩家公司不讓原告繼續接取汽車銷售資訊，使得原告無法繼續服務客戶，不但無法獲利商譽也將受損，具有無法彌補之損害²⁵⁰。再者，地方法院認為，倘不准臨時禁制令原告將蒙受極大的不利益；反之，倘准許禁制令，對被告而言僅不過跟目前情況一樣，因此苦處的平衡（balance of

²⁴⁶ Authenticom, Inc. v. CDK Global, LLC et al, U.S. District Court for the Western District of Wisconsin, No. 17-cv-318-jdp (July 14, 2017), at *2-5.

²⁴⁷ *Id.* at 5-7.

²⁴⁸ *Id.* at 1-2.

²⁴⁹ *Id.* at 11-16.

²⁵⁰ *Id.* at 16-17.

hardship) 應該傾向於原告²⁵¹。最後，地方法院認為准許臨時禁制令並不會影響公共利益，因此裁定准許臨時禁制令²⁵²。CDK與Reynolds兩家公司不服，對此臨時禁制令提起上訴。

第七巡迴上訴法院認為，公司並無跟其競爭對手進行商務合作之義務²⁵³。針對第三個衡平因子——苦處的平衡，第七巡迴上訴法院認為若不准許臨時禁制令固然對於原告有所損害，但地方法院漏未考慮准許臨時禁制令會讓CDK與Reynolds兩家公司付出很高的代價²⁵⁴。特別是Reynolds公司原本就有封閉式的授權系統，CDK公司亦於二〇一五年導入封閉式授權系統，其營運模式係向汽車經銷商之支付費用，經過統整後提升資料庫品質並強化資訊安全，從而向資料接取者收取費用。法院倘若准許臨時禁制令，無疑是要求CDK與Reynolds兩家公司接受他們所不願之營運模式²⁵⁵。第七巡迴上訴法院因此認為地方法院准予臨時禁制令似嫌速斷，因而將原裁定廢棄並發回地方法院重新審理²⁵⁶。

威斯康辛西區地方法院將禁制令連同本案訴訟一併審理。原告主張，CDK與Reynolds兩家公司雖為經銷商管理系統市場（dealer management system market）與數據整合市場（data-integration market）之競爭對手，卻合謀一方面拒絕讓原告繼續使用經銷商管理系統中之數據以將原告逐出數據整合市場，另一方面透過協議瓜分經銷商管理系統數據之售後市場²⁵⁷。原告訴稱，CDK與Reynolds兩家公司之行為實質上於兩個面向傷害市場，其一係被告公司得以

²⁵¹ *Id.* at 17-20.

²⁵² *Id.* at 20-23.

²⁵³ *Authenticom, Inc. v. CDK Glob., LLC*, 874 F.3d 1019, 1021 (7th Cir. 2017).

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ *Id.*

²⁵⁷ *Authenticom, Inc. v. CDK Glob.*, 313 F. Supp. 3d 931, 950 (N.D. Ill. 2018).

調高數據整合服務之價格，其二則是減損消費者選擇的機會²⁵⁸。被告則一方面辯稱原告並無直接證據證明兩名被告有合謀協議²⁵⁹，另一方面則主張兩名被告倘欲對消費者提高服務價格或將競爭對手逐出市場本可獨立分別為之，根本沒有合謀之必要²⁶⁰。

對於兩名被告第一項抗辯，其實被告高層於法院之證詞已自認有該協議存在，地方法院引用最高法院Twombly案²⁶¹之見解不採機率權衡（*probability weighing*），直接認定原告於起訴狀所主張為真²⁶²。對於被告第二項抗辯，地方法院認為兩家被告公司固然可以分別對消費者提高服務價格或將競爭對手逐出市場，然他們兩家公司合謀之後即可共同控制經銷商管理系統市場與數據整合市場，可以恣意抬高數據服務價格而毋庸擔心消費者會因而更換數據供應商²⁶³。換言之，兩家公司之合謀行為僅對彼等兩家公司有利，但不利於經銷商管理系統市場與數據整合市場之自由競爭，亦不利於消費者²⁶⁴。準此，地方法院認為針對此爭點的原告之訴有理由²⁶⁵。

2. CDK與Reynolds聯合行為案之解析

CDK與Reynolds以其合意共同瓜分經銷商管理系統市場與數據整合市場，並將競爭者逐出市場，乃典型之聯合行為。其聯合行為既非為降低成本、改良品質或增進效率而統一服務之規格或型式，亦非為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率而共同研究開發

²⁵⁸ *Id.* at 941.

²⁵⁹ *Id.* at 952.

²⁶⁰ *Id.* at 953.

²⁶¹ *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 555 (2007).

²⁶² *Authenticom, Inc. v. CDK Glob.*, *supra* note 257, at 953 (“assumes that all the well-pleaded ‘allegations in the complaint are true even if doubtful in fact’”).

²⁶³ *Id.* at 953-54.

²⁶⁴ *Id.*

²⁶⁵ *Id.*

商品或服務，於客觀上難謂合法。

本案值得進一步探討的議題係CDK與Reynolds究竟有無合謀。兩家被告公司於法庭答辯時堅稱並無合謀，並主張無須共謀亦可分別對消費者提高服務價格或將競爭對手逐出市場。原告主張CDK與Reynolds共謀瓜分經銷商管理系統市場與數據整合市場並將其逐出市場，應該負擔CDK與Reynolds具有共謀合意之舉證責任。實務上此般合謀絕對不會笨到留下書面契約，意味原告欲取得合謀證據有其本質上之困難。本件雖無書證，然法院依據被告公司高層主管之證詞再援引最高法院之判決，仍有充分之法律上理由認定CDK與Reynolds之合謀。

於聯合行為之審理實務上，欲取得聯合行為合意之證據有其先天上之困難²⁶⁶。大數據相關市場並無類如石油等有形產品，因此於市場運作上欲證明聯合行為合意之困難度更高。於審理實務上倘拘泥於聯合行為當事人間之書面契約或協議方得作為合意之證據，則聯合行為之法律規範難有用武之地，對於大數據相關市場競爭秩序之維護恐極不利。幸好我國實務上亦承認公平交易委員會及法院使用合理推論搭配間接證據（例如同業開會之後市場上出現一致性行為），以證明聯合行為當事人間之合意²⁶⁷。我國公平交易法於二〇一七年修訂時亦加入聯合行為合意推定之條款，讓公平交易委員會及法院得依商品或服務特性、市場狀況、事業行為之經濟合理性、成本及利潤考量等相當依據之因素推定聯合行為之合意²⁶⁸。

²⁶⁶ 廖義男，同註114，頁100。

²⁶⁷ 廖義男，同註114，頁102。

²⁶⁸ 公平交易法第14條第3項。

(三)對我國法之啟示：兩家或以上大數據公司以契約或協議進行大數據之蒐集或使用可能構成聯合行為

在數據驅動經濟時代，大數據成為多數產業之重要「生產要素」，也因此大數據之蒐集及使用成為兵家必爭之地。兩家或以上握有巨量數據之公司倘以契約或協議共同決定大數據之蒐集手段、使用方式、或交易模式，進而影響相關市場之競爭秩序（例如將競爭對手逐出市場），確實可能構成聯合行為，美國的CDK與Reynolds聯合行為案即為適例。我國雖然尚無大數據公司涉及聯合行為之案例，此議題仍值學術界與實務界持續關注。

我國公平交易法第15條第1項規定事業不得為聯合行為。然其但書臚列八款例外得申請聯合行為之態樣，其中與大數據較相關者有二。倘數家公司一起制定相同之資料格式，可能降低分析資料的成本、改良資料的品質從而提升分析資料之效率，對整體經濟與公共利益皆有相當之助益，當能符合公平交易法第15條第1項但書第1款「為降低成本、改良品質或增進效率，而統一商品或服務之規格或型式」。另倘數家公司為優化演算法而將各家的資料統合起來進行機器學習或深度學習，當有提升演算法品質之功效，從而符合公平交易法第15條第1項但書第2款「為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率，而共同研究開發商品」。

準此，縱使認定兩家或以上公司基於契約或協議就大數據之蒐集手段、使用方式、或交易模式構成聯合行為，仍應判斷其契約或協議是否足以影響市場功能或競爭秩序。如其契約或協議對市場競爭秩序之影響有限，甚至有益於總體經濟或公共利益，便有機會符合公平交易法所定之例外許可條件。特別是機器學習與深度學習都需要巨量資料，單獨一家公司所擁有的資料往往無法獲致良好的機器學習或深度學習成效，此時便需集結多家公司之資料以竟其功。

倘多家數據公司為機器學習或深度學習之目的而將數據集結，對於服務品質之提升當有正面功效。特別是不同公司所使用資料庫及資料格式往往不一，統整上極為困難。因此倘兩家或以上公司共同制定相同之資料格式，當能優化資料品質且大幅降低分析資料之成本，進而提升分析資料之效率，對整體經濟與公共利益皆有相當之助益。實務上於判斷兩家或以上公司之契約或協議是否構成聯合行為時，應當將此效應列入考量。

四、大數據相關事業結合是否可能具有反競爭效果

(一)理論探討

我國公平交易法規定，當事業有下列情形時將成立結合，包含：與他事業合併、持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份總數或資本總額三分之一以上、受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產、與他事業經常共同經營或受他事業委託經營、以及直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免²⁶⁹。當參與結合之事業之一的市場占有率達四分之一，或事業因結合而使其市場占有率達三分之一時，必須先向公平交易委員會提出申報²⁷⁰。

對於結合之申報，公平交易委員會應審酌其結合對整體經濟利益大於限制競爭之不利益，倘是，則不得禁止其結合²⁷¹。換言之，僅在當結合對於限制競爭之不利益大於或等於整體經濟利益時，公平交易委員會方得禁止其結合。重點是，公平交易委員會應如何評估事業結合之整體經濟利益與限制競爭之不利益？當兩家大

269 公平交易法第10條第1項。

270 公平交易法第11條第1項。

271 公平交易法第13條。

數據相關事業向公平交易委員會申請結合時，公平交易委員會應依何等標準進行評估，係數據驅動經濟時代必須面對之法律議題。

對於如何評估事業結合之整體經濟利益與限制競爭之不利益，我國學說見解認同實務見解「結合申報案件處理原則」之規範²⁷²。亦即在整體經濟利益除應考量能在短期內實現且無法透過結合以外之方法達成之經濟效率外，尚須考量消費者利益、以及參與結合事業是否處於交易弱勢一方或垂危事業²⁷³。至於限制競爭之不利益則應考慮「單方效果」與「共同效果」，其中「單方效果」係指參與結合之事業於結合後因競爭壓力之解除，從而提高服務報酬或商品價格之能力²⁷⁴，「共同效果」則係指參與結合之事業於結合後與其他競爭者相互制約事業活動或採一致性行動，導致市場不存在競爭之狀況²⁷⁵。此外，限制競爭之不利益尚應考量結合後潛在競爭者於相關市場上競爭之可能性（學說稱為「參進程度」²⁷⁶），以及交易相對人或潛在交易相對人對於結合事業提高服務報酬或商品價格之反制能力（學說稱為「抗衡力量」²⁷⁷）²⁷⁸。

兩家以上事業一旦結合，原本存在於事業間之競爭壓力立時消除，商品或服務之品質可能降低且價格隨之攀高²⁷⁹，限制競爭之不利益往往不小²⁸⁰。因此數據驅動經濟時代之結合申請，申請人

272 何之邁、張懿云、陳志民，燁○唐○結合案，載：公平交易法司法案例評析，頁157，2018年2月。

273 公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第13條。

274 公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第9條第1款。

275 公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第9條第2款。

276 廖義男，同註114，頁56。

277 廖義男，同註114，頁56。

278 公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第9條第3款、第4款。

279 公平交易委員會，同註115，頁76。

280 最高行政法院100年度判字第1696號判決。

便須證明其結合對整體經濟利益之實質貢獻。理論上言，蒐集數據之商業模式通常具有網路效應，兩家以上大數據公司之結合應該更能強化網路效應。特別是網路服務通常是雙邊市場，雙邊市場兩側之公司一旦結合亦可產生間接網路效應，同樣能使兩家公司相互輝映，創造更大的市場價值。特別是如前所述無論機器學習或深度學習皆需要大量資料，倘兩家以上事業之結合能讓其所持有之數據進一步統合從而提升機器學習或深度學習之功效，亦可收促進競爭之效。由於我國至今尚無關於大數據公司結合申報案，亦無相關學說專論，因此以下謹以比較法觀點研究美國與歐盟之實務見解，再回頭闡釋對我國法之啟發。

(二)Google併購DoubleClick案及其評析

1. 美國聯邦交易委員會之決議

近年來已有幾起知名網路公司在美國與歐洲提出結合申報之案例，早期最重要的例子是Google於二〇〇七年以31億美元之天價併購知名網路廣告公司DoubleClick，分別向美國聯邦交易委員會與歐盟執委會提出結合申請。

美國聯邦交易委員會對此結合申報案，係依其先前與司法部聯合頒布之「水平結合準則」(Horizontal Merger Guidelines)、委員會之政策及判例法進行審查，分析其結合可能對競爭所造成之損害²⁸¹。首先，聯邦交易委員會評估Google併購DoubleClick是否可能降低兩家公司間之實質競爭關係，證據調查結果顯示，Google與DoubleClick在任何相關市場皆非直接競爭對手，故其結合並無減弱兩家公司間實質競爭關係之虞。其次，聯邦交易委員會審視

²⁸¹ Statement of Federal Trade Commission, Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170 (2007).

Google積極地搶進廣告中介服務市場是否會降低該相關市場之競爭，是否可能消滅原本在該市場上具有競爭優勢之獨特競爭者。證據顯示，廣告中介服務市場之競爭相當激烈並不斷加劇，且DoubleClick僅提供網路投放廣告之工具本身並未從事廣告中介服務，因此無證據顯示DoubleClick在廣告中介服務市場中具有市場支配力；即使在併購DoubleClick後Google成功進入該市場，亦不會對競爭產生重大影響²⁸²。最後，聯邦交易委員會檢視Google併購DoubleClick以取得其在廣告中介服務市場之地位，是否可能使Google之廣告中介服務AdSense獲取利益從而衍生限制競爭的效果。聯邦交易委員會調查後指出，企業併購固然可能讓在一個產品（或服務）具競爭優勢之廠商損害該產品之補充產品之市場，例如併購公司將該產品與被併購公司之補充產品進行搭售；然而，僅在當合併後公司具有市場支配力時，此併購策略才具有反競爭性²⁸³。證據顯示，Google不太可能以某種方式在競爭上不利於其在廣告中介市場上的競爭對手，從而操縱DoubleClick的廣告中介服務產品²⁸⁴。綜上，在仔細審查證據後，聯邦交易委員會以4比1之投票結果認定Google併購DoubleClick不至於實質減少競爭，故准予結合²⁸⁵。

雖然美國聯邦交易委員會准予此案之結合，然交易調查委員Pamela Jones Harbour提出極具洞見之不同意見書²⁸⁶，指出Google併購DoubleClick並非僅是將二者之產品和服務相結合，更是二者

282 *Id.*

283 *Id.*

284 *Id.*

285 *Id.*

286 Dissenting Statements of Commissioner Pamela Jones Harbour, in the matter of Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170 (2007), available at https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf (last visited: 2019.01.03).

在網際網路上所蒐集消費者行為資料之結合²⁸⁷。此併購案充分反映了傳統競爭法與消費者保護之交互作用，美國聯邦交易委員會應基於其獨特之地位，由競爭法與消費者保護兩個面向綜合評估此併購案之意涵與影響²⁸⁸。交易調查委員Harbour進一步提醒，在網路2.0時代，來自消費者貢獻所衍生之網路效應係形成市場支配地位的關鍵；在網路廣告市場中，所謂消費者貢獻係指探勘自網路搜尋與瀏覽習慣所得的資料²⁸⁹。Google欲提升網路搜尋之效能進而提供精準之網路行銷廣告須仰賴海量資料進行機器學習以優化其演算法，越多的消費者貢獻可獲致越好的機器學習效果，從而提供更優化的搜尋結果。好的搜尋結果可提高網路流量，進而提升網路搜尋廣告的價值²⁹⁰。

2. 歐盟執委會之決議

歐盟執委會首先界定相關市場。對此，結合申報人Google主張相關商品市場應當包含任何形式媒體之廣告空間，包含網路廣告與線下廣告，其中廣告發布商（publisher）是賣方，廣告業主是買方²⁹¹。對此廣泛的相關市場界定，歐盟執委會不以為然，認為網路廣告與線下廣告係全然不同之市場，蓋線下廣告乃針對全體社會大眾，然網路廣告則可憑藉大數據分析而標定特定對象²⁹²。至於在網路廣告市場是否必須再區分搜尋廣告（search advertising）與非搜尋廣告（non-search advertising），歐盟執委會則認為沒有必要，蓋其

²⁸⁷ *Id.*

²⁸⁸ *Id.*

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ Case COMP/M.4731—Google/DoubleClick, Comm'n Decision, 2008 O.J. (C 4731),

¶ 44.

²⁹² *Id.* at 17-18, ¶ 45.

二者相互影響不易區分，特別是從廣告業主之觀點²⁹³。

關於相關市場之界定尚有一關鍵議題，是否必須定義中介市場（intermediation market）。結合申報人Google主張並無界定中介市場之必要，原因是廣告業主透過廣告發布商直接推播廣告，可有效限制中介商抬高價格；當中介商欲抬高廣告中介價格時，大型廣告發布商即會選擇不透過中介商而直接推播廣告，使得廣告中介商不敢隨意抬高價格，從而使小型廣告發布商也連帶受惠²⁹⁴。此項主張惜不為歐盟執委會所接受，其認為網路廣告空間除了可由廣告發布商直接銷售予廣告主外，實務上亦可透過廣告中介商進行銷售，二者分屬不同市場，因此在論述網路廣告之相關市場時，必須在直接銷售市場外再界定一個廣告中介服務市場²⁹⁵。

對於此併購案之結合審查，首先應確定Google與DoubleClick於相關市場中的地位。歐盟執委會指出，Google係網路廣告之領導廠商，其於網路廣告市場中同時扮演兩個角色²⁹⁶，其一是憑藉自己強大的搜尋引擎Google.com作為廣告發布商²⁹⁷，其二係以AdSense作為廣告網路之中介²⁹⁸，此二種不同相關市場之市占率應分別認定。依據歐盟執委會的調查，在整個歐盟（下同），其於網路廣告市場之市占率為20-30%，其中基於搜尋的廣告之市占率為20-30%，非基於搜尋的廣告之市占率則僅占0-5%；其於網路廣告之中介市場的市占率為40-60%，其中基於搜尋的廣告中介之市占

²⁹³ *Id.* at 20, ¶ 56.

²⁹⁴ *Id.* at 20-22, ¶ 57-64.

²⁹⁵ *Id.* at 22-23, ¶ 65-73.

²⁹⁶ *Id.* at 26, ¶ 93.

²⁹⁷ Google僅在自己的網頁上出售基於搜索的文字廣告。

²⁹⁸ 於參與AdSense網路之發布商的網站上，同時提供基於搜索的文字廣告和內容相關的文字廣告。

率為50-60%，非基於搜尋的廣告中介之市占率則占30-60%²⁹⁹。基此，歐盟執委會認定，Google不僅在網路廣告市場具有領導地位，在網路廣告之中介市場（包含基於搜尋的廣告中介市場與非基於搜尋的廣告中介市場）更具有最高的領導地位³⁰⁰。在網路廣告市場中，Google最主要之競爭對手係Yahoo與Microsoft，二者於歐盟各有約5%之市占率；同時，Yahoo與Microsoft亦屬Google於歐盟內基於搜尋之廣告中介市場的主要競爭對手，在非基於搜尋之廣告中介市場，Google之主要競爭對手則為TradeDoubler（市占率15-20%）與Zanox（市占率約5%）³⁰¹。

至於被併購者DoubleClick則係提供可為廣告業主或廣告發布商提供展示廣告投放功能的工具，其營收之40-50%來自對廣告業主之銷售，40-50%來自對廣告發布商的銷售。針對廣告業主之銷售，DoubleClick無疑是領導廠商，其與主要競爭對手aQuantive/Atlos各占有約35%之市場。針對廣告發布商之銷售，DoubleClick更是占有40-50%之市場，主要之競爭對手為Real Media與OpenAdStream，各占有約24%與7%之市場³⁰²。

對於Google併購DoubleClick之水平結合效應，歐盟執委會認為Google網路廣告市場中提供廣告空間，然DoubleClick則未提供網路廣告空間，二者並非網路廣告市場之直接競爭對手。另一方面，由於DoubleClick是第三方廣告服務技術的領先供應商，而Google僅將廣告服務技術作為其網路廣告空間提供的輔助服務（非獨立提供），雙方在提供展示廣告投放技術方面亦無直接競爭關係。準

²⁹⁹ Case COMP/M.4731—Google/DoubleClick, *supra* note 291, at 33, ¶ 108.

³⁰⁰ *Id.* at 34, ¶ 109.

³⁰¹ *Id.* at 34, ¶ 110-111.

³⁰² *Id.* at 35, ¶ 113-115.

此，歐盟執委會認定Google和DoubleClick不太可能對彼此之活動施加明顯的競爭約束，故其結合並未顯著阻礙競爭³⁰³。

3. Google與DoubleClick結合案之評析

美國聯邦交易委員會與歐盟執委會審查結果，皆認為Google與DoubleClick之結合未顯著阻礙競爭，因此分別准予結合。

本文認為，Google與DoubleClick結合後除了考慮網路效應外，更應該考量網路搜尋與網路精準廣告市場乃雙邊市場。一方面，Google的使用者與網路搜尋量越多，可取得越多機器學習資料從而優化其演算法，除可提升網路搜尋效能外，亦可提升DoubleClick於網路廣告市場的精準行銷。另一方面，DoubleClick於網路廣告市場越能精準行銷，越能提升網路流量，又可讓Google獲得更多的機器學習資料，如此二者相互幫襯獲致相乘的效果。因此，在Google與DoubleClick之結合案中不應僅考量二者非同一相關市場之競爭對手，也不應僅考量二者於其原本相關市場之占有率尚無市場支配地位，而應考量網路效應與雙邊市場之相乘效應，且該相乘效應會隨著結合後經營時間越長而越加顯著。此番考量，得以強化美國聯邦交易委員會與歐盟執委會准許Google與DoubleClick結合之論述。

(三) Microsoft結合Yahoo進行網際網路搜尋與付費廣告案及其評析

Microsoft於二〇〇八年與知名網路搜尋引擎Yahoo合作，兩家公司簽署一份「網際網路搜尋與付費搜尋廣告契約」(Internet Search and Paid Search Advertising Agreement)，分別向歐盟執委會與美國司法部提出結合申報。依此契約，Microsoft取得Yahoo核心搜尋技術長達十年之專屬授權，並有權將Yahoo之網路搜尋技術

³⁰³ *Id.* at 52-60, ¶ 192-221.

整合進Microsoft的網頁搜尋平臺中。此外，Yahoo亦將於其網路搜尋平臺上排他地使用Microsoft的搜尋引擎³⁰⁴。

1. 歐盟執委會之決議

於審查此申請案過程中，歐盟執委會首先釐清此申請案之相關市場應為網路廣告（on-line advertising）市場³⁰⁵，本文疏表贊同，蓋Microsoft與Yahoo之合作係關於網路搜尋與付費廣告，著眼於提供使用者網路搜尋服務以吸引廣告業者投放廣告，主要的營業收入係廣告收入。至於網路搜尋本身是否可構成一個單獨的相關市場，歐盟執委會則認為還要釐清故選擇擱置此問題³⁰⁶。本文初步認為單看網路搜尋本身其實是零收費業務，各大搜尋引擎間並不存在價格競爭，似難視之為單一相關市場。基於網路廣告市場，歐盟執委會調查各大搜尋引擎在歐洲各國的市場占有率，發現Microsoft與Yahoo在歐洲各國之市場占有率分別皆僅有0-5%，縱使合併後亦不超過10%，與Google的超過90%完全不能相比，遠低於水平結合之安全標準³⁰⁷。歐盟執委會進一步認為，Microsoft與Yahoo的結合可擴大Microsoft的規模，成為Google以外的另一個可靠的替代方案，無論對消費者或廣告發布商皆有正面之效應。首先，網路搜尋引擎需要有更多的查詢樣本才能學習進而改進演算法，從而提供使用者更好的網路搜尋服務³⁰⁸。其次，提升用戶更好之網路搜尋服務後能吸引更多用戶使用Microsoft/Yahoo的搜尋引擎，網路搜尋量的提高也會連帶形成廣告資源，從而提升廣告客戶之投資回報率³⁰⁹。

³⁰⁴ Case COMP/M.5727—Microsoft/Yahoo, Comm'n Decision, 2010 O.J. (C 5727) 2, ¶ 4-6.

³⁰⁵ *Id.* at 5-13, ¶ 30-87.

³⁰⁶ *Id.* at 5-13, ¶ 30-87.

³⁰⁷ *Id.* at 18-21, ¶ 112-130.

³⁰⁸ *Id.* at 26, ¶ 160-162.

³⁰⁹ *Id.* at 26, ¶ 163.

基於上述理由，歐盟執委會於二〇一〇年准許此項結合³¹⁰。

2. 美國司法部之決議

類似地美國司法部在檢視相關證據後，也認定兩家公司的合作不至於損害相關市場的競爭秩序，應該不會對網際網路搜尋與付費搜尋廣告的消費者造成損害³¹¹。此外，相較於兩家公司先前的單打獨鬥，Microsoft與Yahoo之合作將可大幅提升Microsoft於網際網路搜尋與付費搜尋廣告的技術，從而提升與網路搜尋引擎龍頭Google相競爭的能力³¹²。基於上述理由，美國司法部亦於二〇一〇年准許此項結合³¹³。

3. Microsoft與Yahoo結合案之評析

綜合觀之，歐盟執委會與美國司法部之所以准許Microsoft與Yahoo之結合，共同的考量是此案的相關市場是網路廣告市場，而Microsoft與Yahoo於歐盟與美國之網路廣告市場的占有率都很低，縱使二者結合亦遠低於Google之規模，非但不至於造成反競爭效果，甚至可能因網路使用者與廣告業主在Google之外多了一個選擇而有促進競爭之效。

歐盟執委會與美國司法部理由中稍微相異的是，美國司法部較看重二者結合可望提升網際網路搜尋與付費廣告的技術，以及與網路搜尋引擎龍頭Google相抗衡之能力；歐盟執委會則較重視二者結合可整合更多網路用戶進行網頁搜尋與瀏覽的數據，據以進行更多

³¹⁰ *Id.* at 44, ¶ 257.

³¹¹ Press Release, U.S. Dep't of Justice, Statement of the Department of Justice Antitrust Division on its Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corporation and Yahoo! Inc. (Feb. 18, 2010), available at <http://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-internet> (last visited: 2020.04.08).

³¹² *Id.*

³¹³ *Id.*

的機器學習從而獲得更優的演算法。二者理由雖然稍異，但都以整體經濟利益及用戶權益作為考量重心，與我國最高行政法院判決所揭示「評估該申報結合案件之整體經濟利益是否大於限制競爭之不利利益」的標準並無二致。

(四) Facebook併購WhatsApp案及其評析

1. 美國聯邦交易委員會之決議

Facebook於二〇一四年打算併購知名網路社群平臺WhatsApp，分別向美國聯邦交易委員會與歐盟執委會提出結合申報。美國聯邦交易委員會在短短兩個月即准予結合，並表示其在審查期間所提出之問題，皆已在消費者保護法之架構下解決³¹⁴。換言之，美國聯邦交易委員會並不認為Facebook與WhatsApp之併購案會衍生競爭法問題。特別的是，美國聯邦交易委員會在准予結合後發函給消費者保護局，提醒他們基於職責應持續關注此併購案所衍生之消費者隱私保護問題³¹⁵。

2. 歐盟執委會之決議

Facebook與WhatsApp之併購案，同樣獲得歐盟執委會之許可。歐盟執委會於結合審查時，重點在審酌社群媒體之網路效應是否會形成相關市場之進入障礙³¹⁶。歐盟執委會於審理後認為，Facebook與WhatsApp之結合基於諸多因素會緩和網路效應所造成

³¹⁴ Letter from Jessica L. Rich, Dir., Bureau of Consumer Protection, Fed. Trade Comm'n, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, Inc. & Anne Hoge, Gen. Counsel, WhatsApp Inc. (Apr. 10, 2014), available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatapltr.pdf (last visited: 2020.04.08).

³¹⁵ *Id.*

³¹⁶ Case COMP/M.7217—Facebook/WhatsApp, Comm'n Decision, 2014 O.J. (C 7239) 23-24, ¶ 129.

之進入障礙。首先，消費者通訊應用程式係一快速發展之領域，消費者之轉換成本和競爭者之進入障礙皆相當低³¹⁷。其次，消費者使用一個通訊應用程式後，並不排除其可選用其他之通訊應用程式³¹⁸，況且Facebook與WhatsApp兩家公司皆未控制任何網路或無線通訊系統之核心設施³¹⁹。準此，歐盟執委會認為，消費者通訊應用市場固然存在網絡效應，然總體而言在目前情況下，Facebook與WhatsApp兩家公司合併後之實體並不因網路效應而免受其他現有或新的通訊應用程式之競爭³²⁰，故而准許兩家公司之合併³²¹。

3. 後續發展

這則原本看似順利的合併，後來卻出現預料之外的進展。起因係當初二〇一四年歐盟執委會於結合審查時即曾詢問Facebook，其與WhatsApp合併後是否會將兩家公司之用戶帳號以任何形式進行跨平臺的連結／匹配。對此問題，Facebook表示欲進行跨平臺之用戶連結與比對存有極大技術上的障礙，除非是Facebook與WhatsApp之用戶手動進行連結匹配，否則Facebook在技術上無法跨平臺進行用戶的匹配³²²。然而歐盟執委會於二〇一七年調查發現，Facebook於二〇一四年回覆歐盟執委會問題時，即已明知或可得而知將Facebook與WhatsApp之用戶進行跨平臺連結匹配在技術上是可能的，因此至少因過失而提供錯誤或誤導之資訊給歐盟執委會³²³。基於申報結合者有義務提供正確且非誤導的資訊給歐盟執委會之法律規範，歐盟執委會因Facebook提供錯誤或誤導資訊之行

317 *Id.* at 24, ¶ 132.

318 *Id.* at 24, ¶ 133.

319 *Id.* at 24, ¶ 134.

320 *Id.* at 25, ¶ 135.

321 *Id.* at 35, ¶ 191.

322 *Id.* at 13-15, ¶ 59-64.

323 *Id.* at 19-20, ¶ 86-92.

為裁處1.1億歐元之罰金³²⁴。

4. 對Facebook併購WhatsApp案之評析

對於美國聯邦交易委員會之決議，本文深表不贊同，蓋縱使Facebook與WhatsApp身處不同之相關市場（Facebook是社群媒體而WhatsApp係通訊軟體），仍可能發生間接網路效應從而影響競爭者之競爭。二者在併購前各自有其使用者，Facebook的使用者可能使用Line作為通訊軟體，WhatsApp的使用者可能使用Twitter作為社群媒體。當二者結合後，Facebook的使用者多出一個通訊軟體的選項WhatsApp，且因Facebook與WhatsApp之用戶可進行跨平臺連結匹配，在WhatsApp的聯絡人中可找尋到全部臉書好友，致使許多Facebook的使用者不再使用其他通訊軟體，從而對競爭者造成嚴重影響，難謂無限制競爭之虞。

對於歐盟執委會之裁決，本文同樣不表贊同，蓋歐盟執委會認為社群媒體與通訊軟體係快速發展之領域故使用者之轉換成本相當低，應是很嚴重的誤解。基於網路效應，當使用者欲選擇社群媒體與通訊軟體時通常會選擇已有最多朋友的平臺，當考量轉換至其他社群媒體與通訊軟體時，也往往因為朋友大多不在彼等平臺而作罷，因此新進社群媒體與通訊軟體業者希望吸引使用者轉換平臺的困難度非常高。

(五)對我國法之啟示：大數據相關事業結合可能具有反競爭效果

在數據驅動經濟中，大數據公司之併購相當普遍且引人注目。我國雖然尚無大數據公司結合申報之案例與學術文獻，然此議題遲早會在國內發生，仍值學術界與實務界持續關注。

對前開三項結合申報，雖然歐盟執委會與美國司法部皆予核

³²⁴ *Id.* at 22-24, ¶ 97-108.

准，然無疑問大數據公司之合作或併購確實必須考量是否構成限制競爭的議題。在前述案例中，美國與歐盟皆以結合雙方非屬相同市場從而不會限制競爭為由，核准企業併購。然而對Google與Facebook等擁有大量數據與市場占有率的公司核准其藉由併購繼續成長，進而消弭新進公司以避免其成為競爭對手，是否真不會有限制競爭效果，似值得進一步商榷。

本文建議我國公平交易委員會將來衡量應否准予大數據公司結合時，須先釐清所申請者究屬水平結合抑或垂直結合³²⁵。絕大部分之結合申報案屬水平結合，申請結合之兩家公司係處同一地理市場提供相同或可替代商品之直接競爭者³²⁶，係最讓競爭法主管機關關注的結合類型。蓋水平結合除降低市場上之競爭外，於經濟上通常僅因固定成本之降低而使合併公司受益，卻不會增加消費者剩餘³²⁷。原因是企業通過在邊際收入等於邊際成本的產出水平上生產商品來極大化利潤，當企業提升效率時可降低邊際成本，從而提升產量並降低價格，如此才有利於消費者³²⁸。然而水平結合所降低者往往僅有固定成本，如此既不改變邊際成本也不改變邊際收入，不會誘使企業增加產出，也不會降低消費者的價格。故此類型之結合申報，較不易被競爭法主管機關所核准³²⁹。

垂直結合則係指結合雙方非屬同一相關市場之直接競爭者，通

³²⁵ Victor J. Tremblay & Carol Horton Tremblay, *Horizontal, Vertical, and Conglomerate Mergers*, in *NEW PERSPECTIVES ON INDUSTRIAL ORGANIZATION* 521, 521-22 (Victor J. Tremblay & Carol Horton Tremblay eds., 2012).

³²⁶ C. Paul Rogers, *The Limited Case for an Efficiency Defense in Horizontal Mergers*, 58 *TUL. L. REV.* 503, 503 (1983-1984).

³²⁷ Alan A. Fisher, Frederick I. Johnson & Robert H. Lande, *Price Effects of Horizontal Mergers*, 77 *CALIF. L. REV.* 777, 792 (1989).

³²⁸ *Id.*

³²⁹ *Id.*

常其中一家公司係另一家公司之供應商或上游企業³³⁰。垂直結合是否會影響競爭，長久以來一直是競爭法與經濟學中的重要議題。美國司法實務於一九六〇年代間發展出「市場封阻理論」(market-foreclosure theory)³³¹，認為垂直結合會影響競爭者成為其上游供應商或下游採購者，從而有害於競爭³³²。然市場封阻理論受到芝加哥學派的強烈批判，其認為垂直結合並無法藉由排除競爭者而獲利，故市場封阻理論有邏輯上的基本謬誤³³³。芝加哥學派因而認為垂直結合是促進競爭的，或至少於競爭上是中性的，此見解對於一九八〇年代以後的結合案有長遠影響，使得結合申報案通常能獲得美國司法部或美國聯邦交易委員會的審查核准³³⁴。也因此，美國司法部與聯邦交易委員會所聯合擬定之「水平併購準則」(Horizontal Merger Guidelines)³³⁵即從寬認定垂直結合，認為垂直結合之雙方非直接競爭對手，故其結合較少會有限制競爭之疑慮³³⁶。

³³⁰ Martin K. Perry, *Chapter 4 Vertical Integration: Determinants and Effects*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 183, 183 (Richard Schmalensee & Robert Willig eds., 1989).

³³¹ e.g., *Ford Motor Co. v. United States*, 286 F. Supp. 407 (E.D. Mich. 1968) and *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

³³² Michael A. Salinger, *Vertical Mergers and Market Foreclosure*, 103 Q. J. ECON. 345, 345 (1988).

³³³ Christodoulos Stefanadis, *Selective Contracts, Foreclosure, and the Chicago School View*, 41 J.L. ECON. 429, 429 (1998).

³³⁴ Michael H. Riordan, *Anticompetitive Vertical Integration by a Dominant Firm*, 88 AM. ECON. REV. 1232, 1232 (1998).

³³⁵ 水平併購準則係由美國司法部與聯邦交易委員會於1992年首次頒布，歷經1997年修訂，最後一次修訂係2010年，故本文之論述以2010年版本為準。

³³⁶ U.S. Dep't of Justice & the Federal Trade Commission (2010), 2010 Horizontal Merger Guidelines, available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/>

然而進入數據驅動經濟時代以後，對於垂直結合如此寬鬆之認定使得Google併購DoubleClick案、Microsoft結合Yahoo進行網際網路搜尋與付費廣告案、和Facebook併購WhatsApp案皆輕易獲得許可，令許多學者感到憂心³³⁷。有論者提出擴大相關市場的定義以緩和數據巨人進行企業併購所產生之限制競爭之隱憂，藉由將併購雙方之市場整合成一個「需要關注的市場」（market for attention），以便在雙方身處同一市場的角度下考量其結合對市場競爭秩序的影響³³⁸。此方案對於結合案之判斷固然有幫助，然由於相關市場變大，將使得於衡量事業之市場占有率以及是否具有獨占地位時失真（亦即較不易認定事業具有市場獨占地位），反而導致事業濫用市場獨占地位之隱憂³³⁹。

本文認為，我國公平交易委員會將來衡量應否准予大數據公司結合時，應先依公平交易法第13條第2項衡量結合所帶來整體經濟利益是否大於限制競爭之不利利益，並依國內學理考量參進程度與抗衡力量。其中參進程度係指結合後潛在競爭者於相關市場上競爭之可能性（學說稱為「參進程度」）³⁴⁰，例如Google與DoubleClick之結合除應考量網路效應與雙邊市場之相乘效應外，還應考量結合後潛在競爭對手於網路廣告市場之競爭可能性。「抗衡力量」則是交易相對人對於結合事業提高服務報酬或商品價格之反制能力³⁴¹，例如Google與DoubleClick結合後其網路廣告之收費是否調高，其幅

merger-review/100819hmg.pdf (last visited: 2020.11.18).

³³⁷ Charles A. Miller, *Big Data and the Non-Horizontal Merger Guidelines*, 107 CALIF. L. REV. 309, 309-14 (2019).

³³⁸ Haucap, *supra* note 33, at 207.

³³⁹ *Id.*

³⁴⁰ 廖義男，同註114，頁56。

³⁴¹ 廖義男，同註114，頁56。

度是否為廣告業者所能負擔或協商等等。於考量此二因素後，Google併購DoubleClick案以及Facebook併購WhatsApp案是否可以准許，其實非無疑問。

此外，針對網路搜尋公司與網路精準行銷廣告公司之結合，除了考慮網路效應外，更應該考量網路搜尋與網路精準廣告市場乃雙邊市場。一方面，網路搜尋公司的使用者與網路搜尋量越多，可取得越多機器學習資料從而優化其演算法，除可提升網路搜尋效能外，亦可提升網路精準廣告市場的精準行銷。另一方面，網路精準廣告市場越能精準行銷，越能掌握消費者之個人喜好從而提供越佳的網路搜尋服務，如此二者相互幫襯獲致相乘的效果。因此，在網路搜尋公司與網路精準廣告市場之結合案中不應僅考量二者非同一相關市場之競爭對手，也不應僅考量二者於其原本相關市場之占有率尚無市場支配地位，而應考量網路效應與雙邊市場之相乘效應，且該相乘效應會隨著結合後經營時間越長而越加顯著。更關鍵的是，兩家大數據公司之結合，一方面可能因機器學習資料的增加而提升數據分析的成效，從而具有促進競爭的效果；然另一方面則可能使兩家原本已將所儲存之大數據去識別化公司的數據整合在一起，使得原本分離之兩組資料庫有相互勾稽參照之可能性而導致數據出現「再識別化」(re-identification) (亦即兩組原本已經去識別化的資料因相互勾稽又重新得以識別個人)之風險³⁴²，從而會有侵害個人資料之疑慮。此效應乃屬競爭法與個資法之交匯，競爭法主管機關或可將其視為結合可能衍生之負面效應，甚至以附負擔之處分要求結合雙方將所蒐集之消費者個人資料為目的外使用時，

³⁴² Victor Janmey & Peter L. Elkin, *Re-Identification Risk in HIPAA De-Identified Datasets: The MVA Attack*, AMIA ANNU. SYMP. PROC. 1329, 1329 (2018), available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6371259/> (last visited: 2020.11.18).

必須事先取得消費者之書面同意。

伍、結論：我國大數據之政策與法規建議

隨著二十一世紀伊始數位經濟之風生水起，網路搜尋引擎及社群媒體之蓬勃發展帶動精準行銷及個別化廣告等新型態商業模式的盛行，宣示著大數據時代的來臨，也使得大數據成為數據驅動市場最主要之生產要素。在數據驅動經濟時代產生許多持有巨量數據之巨人，其提供優質且低廉的數據服務來吸引消費者使用，在取得消費者網路使用習慣或社群媒體貼文等資訊後一方面優化其演算法來為消費者提供更好的服務，另一方面將使用者資訊賣給廣告業者或廣告發布商進行精準行銷及個別化廣告。在直接及間接網路效應之作用下，使用者一旦使用該等網路檢索服務或社群媒體服務後就此黏著並且吸引更多使用者加入，從而造就該等數據巨擘超高的市占率與強大的市場力量。大數據無疑兼具促進競爭與限制競爭之效果，其蒐集、儲存與使用亦皆可能成為市場進入障礙。數位經濟市場能否健全發展乃取決於事業間對大數據之自由競爭與公平競爭，因此大數據相關市場自由與公平競爭秩序之維護成為數位經濟能否健全發展最重要之課題。

大數據之蒐集使用是否可能構成獨占地位濫用，可區分為資料蒐集與資料使用兩個階段討論之。針對資料蒐集，倘企業係從公開管道或徵得使用者同意合法蒐集資料，當不至於有限制競爭的問題；然若企業以不正當手段從消費者或競爭同業取得資料，則可能產生限制競爭之議題。針對資料使用，本文認為在大數據相關市場具有獨占地位之事業確實可能該當公平交易法所禁止的行為，包含：可能以不公平之方法直接或間接阻礙他事業參與競爭、可能對商品價格或服務報酬為不當之決定或變更、及可能使交易相對人給

予特別之優惠。

鑑於數據巨擘極有可能濫用市場支配地位進而破壞市場競爭秩序，歐盟執委會與德國聯邦卡爾特局分別盯上Google與Facebook。歐盟執委會以濫用獨占地位為由，連續三年對Google祭出鉅額裁罰，其中「Google比較購物服務案」及「Android設備商搭售案」之裁罰係針對一般網路搜尋服務市場之獨占地位濫用，而「Google網路搜尋廣告中介服務案」之裁罰則是針對網路搜尋廣告市場之獨占地位濫用。為了回應「Android設備商搭售案」之裁決，Google於二〇一九年宣布將「Google應用程式商城」之授權與瀏覽器Chrome之預先安裝和Google搜尋引擎之預先設定脫鉤，從而造就了高度保護使用者隱私且承諾絕不會將使用者資訊賣予廣告商之DuckDuckGo，使歐盟境內之搜尋引擎相關市場進入全新的紀元。由此可見歐盟執委會之鉅額裁罰確實能成功逼使Google變更其營運模式，從而讓相關市場之競爭秩序更健全，競爭更有效率。

在數據驅動經濟時代，大數據成為多數產業之重要「生產要素」，也因此大數據之蒐集及使用成為兵家必爭之地。兩家或以上握有巨量數據之公司倘以契約或協議共同決定大數據之蒐集手段、使用方式、或交易模式，進而影響相關市場之競爭秩序，確實可能構成聯合行為從而產生限制競爭效果，美國的CDK與Reynolds聯合行為案即為適例。然競爭法主管機關於個案審理上仍應判斷兩家事業間之契約或協議是否足以影響市場功能或競爭秩序，而不宜僅因其對大數據之蒐集手段、使用方式、或交易模式有協議便驟然認定其構成聯合行為。如其協議對市場競爭秩序之影響有限，甚至有益於總體經濟或公共利益，便有機會符合公平交易法所定之例外許可條件。特別是機器學習與深度學習都需要巨量資料，單獨一家公司所擁有的資料往往無法獲致良好的機器學習或深度學習成效，此時便需集結多家公司之資料以提升學習成效。特別是不同公司所使用

資料庫及資料格式往往不一，倘兩家以上公司共同制定相同之資料格式，當能優化資料品質且大幅降低分析資料之成本，進而提升分析資料之效率，對整體經濟與公共利益皆有相當之助益。實務上於判斷兩家或以上公司之契約或協議是否構成聯合行為時，應當將此效應列入考量。

企業併購係當前相當重要之經濟活動，許多事業透過併購以擴大事業版圖、提高市場占有率、提升技術、或跨入新的產業。當兩家事業結合後之市占率超過法定比例時，因競爭程度下降可能會有限制競爭之虞，因此應向競爭法主管機關申報，經核准後始得結合。競爭法主管機關於審查是否准予結合時，應審酌結合對整體經濟之利益是否大於限制競爭之不利益。本文評析之三項結合申報分別係由大數據與軟體巨擘Google、Microsoft與Facebook所提出。其中Google併購廣告服務業者DoubleClick係為跨足網路廣告市場、Microsoft與Yahoo之結合亦著眼於網路廣告市場希望提供Google外之替代方案、而Facebook併購WhatsApp則是試圖將網路社群媒體與網路通訊軟體相結合，無疑大數據公司之合作或併購確實必須考量是否構成限制競爭。美國與歐盟對於三件併購案皆以結合雙方非屬相同市場從而不會限制競爭為由，核准其併購。然而對Google與Facebook等擁有大量數據與市場占有率的公司核准其藉由併購繼續成長，進而消弭新進公司以避免其成為競爭對手，如此寬鬆之認定是否真不會有限制競爭之虞，似值得進一步商榷。

本文認為，對於此三件結合案之審查應依學理考量參進程度，例如Google與DoubleClick之結合除應考量網路效應與雙邊市場之相乘效應外，還應考量結合後潛在競爭對手於網路廣告市場之競爭可能性。此外還應考量交易相對人對於結合事業提高服務報酬或商品價格之反制能力的抗衡力量，例如Google與DoubleClick結合後其網路廣告之收費是否調高，其幅度是否為廣告業者所能負擔或協商等

等。於考量此二因素後，Google併購DoubleClick案以及Facebook併購WhatsApp案是否可以准許，其實非無疑問。更關鍵的是，兩家大數據公司之結合，一方面可能因機器學習資料的增加而提升數據分析的成效，從而具有促進競爭的效果；然另一方面則可能使兩家原本已將所儲存之大數據去識別化公司的數據整合在一起，使得原本分離之兩組資料庫有相互勾稽參照之可能性而導致數據出現「再識別化」之風險，從而會有侵害個人資料之疑慮。競爭法主管機關或可將其視為結合可能衍生之負面效應，甚至以附負擔之處分要求結合雙方將所蒐集之消費者個人資料為目的外使用時，必須事先取得消費者之書面同意。



元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

一、中 文

1. 方博亮、林祖嘉，管理經濟學，5版，2017年7月。(Bo-Liang Fang & Chia Lin, *Management Economics*, 5th ed. (2017).)
2. 公平交易委員會，認識公平交易法，17版，2017年8月。(Fair Trading Commission, *Understand the Fair Trading Act*, 17th ed. (2017).)
3. 何之邁、張懿云、林廷機，飛○浦光碟案，載：公平交易法司法案例評析，頁37-71，2018年2月。(Ji-Ming Ho, Yie-Yun Chang & Ting-Ji Lin, *Philips DVD Case*, in: ANALYSIS OF JUDICIAL CASES OF FAIR TRADE LAW, 37-71 (2018).)
4. 何之邁、張懿云、陳志民，燁○唐○結合案，載：公平交易法司法案例評析，頁143-160，2018年2月。(Ji-Ming Ho, Yie-Yun Chang & Chi-Min Chen, *Ye ○ Tang ○ Merger Case*, in: ANALYSIS OF JUDICIAL CASES OF FAIR TRADE LAW, 143-160 (2018).)
5. 李素華，除去或防止侵害請求權與競爭法規範，載：競爭法發展之新趨勢——結合、聯合、專利權之行使，頁429-477，2017年12月。(Su-Hua Lee, *Assertion to Remove or Prevent Infringements and Competition Law Norms*, in: NEW TRENDS IN THE DEVELOPMENT OF COMPETITION LAW—COMBINATION, MERGER, AND ENFORCEMENT OF PATENT RIGHTS, 429-477 (2017).)
6. 宋皇志，巨量資料交易之法律風險與管理意涵——以個人資料再識別化為中心，管理評論，37卷4期，頁37-51，2018年10月。(Huang-Chih Sung, *The Legal Risks and Management Implications of Big Data Transactions—Focusing on the Re-identification of Personal Data*, 37(4) MANAGEMENT REVIEW, 37-51 (2018).)
7. 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，2004年11月。(Shiow-Ming Wu, *The Beginning and Development of Competition Legal System* (2004).)
8. 林鴻文，個人資料保護法，2版，2018年7月。(Hong-Wen Lin, *Personal Data Protection Act*, 2d ed. (2018).)

9. 許曉芬，歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究——以市場界定與市場效果為中心，載：競爭法發展之新趨勢——結合、聯合、專利權之行使，頁155-202，2017年12月。(Hsiao-Fen Hsu, *Research on EU Competition Law on Restriction of Competition Agreements—Focus on Market Definition and Market Effect*, in: NEW TRENDS IN THE DEVELOPMENT OF COMPETITION LAW—COMBINATION, MERGER, AND ENFORCEMENT OF PATENT RIGHTS, 155-202 (2017).)
10. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學：理論與實際（上冊），2版，1993年1月。(Ching-Hsi Chang, Jia-Dong Shea, Ying-Chuan Liu & Tsong-Min Wu, *Economics: Theory and Practice (I)*, 2d ed. (1993).)
11. 廖義男，公平交易法之釋論與實務《第三冊》，2017年6月。(Yih-Nan Liaw, *Interpretation and Practice of Fair Trade Law (III)* (2017).)
12. 簡禎富、許嘉裕，資料挖礦與大數據分析，2017年2月。(Chen-Fu Chien & Chia-Yu Hsu, *Data Mining & Big Data Analytics* (2017).)

二、外文

1. Akter, Shahriar & Wamba, Samuel Fosso, *Big Data Analytics in E-commerce: A Systematic Review and Agenda for Future Research*, 26 ELECTRON. MARK. 173 (2016).
2. Al-Jarrah, O. Y., Yoo, P. D., Muhaidat, S., Karagiannidis, G. K. & Taha, K., *Efficient Machine Learning for Big Data: A Review*, 2 BIG DATA RES. 87 (2015).
3. Bagnoli, Vicente (2018), *The Definition of the Relevant Market, Verticalization and Abuse of Dominant Position in the Era of Big Data*, in Sao Paulo ed., COMPETITION AND INNOVATION: ANNALS OF THE INTERNATIONAL CONGRESS TO PROMOTE DEBATES ON COMPETITION LAW AND TECHNOLOGICAL INNOVATION FACING THE REALITY AND CHALLENGES OF THE DIGITAL ECONOMY. (SP: Scortecci).
4. Bain, Joe S. (1956), BARRIERS TO NEW COMPETITION, Massachusetts: Harvard University Press.

5. Balasingham, Baskaran, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, 42 EUR. L. REV. 920 (2017).
6. Banterle, Francesco (2018), *The Interface Between Data Protection and IP Law: The Case of Trade Secrets and the Database sui generis Right in Marketing Operations, and the Ownership of Raw Data in Big Data Analysis*, in Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt & Gintarė Surblytė-Namavičienė eds., PERSONAL DATA IN COMPETITION, CONSUMER PROTECTION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW. (Ber: Springer).
7. Burri, Mira (2018), *Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law—An Attempt for a Primer*, in Klaus Mithis & Avishalom Tor eds., NEW DEVELOPMENTS IN COMPETITION BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS. (CH: Springer).
8. Cox, Michael & Ellsworth, David, *Managing Big Data for Scientific Visualization*, 97 ACM SIGGRAPH 21 (1997).
9. Diega, Guido Noto La (2018), *Data as Digital Asset. The Case of Targeted Advertising*, in Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt & Gintarė Surblytė-Namavičienė eds., PERSONAL DATA IN COMPETITION, CONSUMER PROTECTION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW. (Ber: Springer).
10. Domingos, Pedro, *A Few Useful Things to Know About Machine Learning*, 55 COMMUN. ACM 78 (2012).
11. Emani, Cheikh Kacfeh, Cullot, Nadine & Nicolle, Christophe, *Understandable Big Data: A Survey*, 17 COMPUT. SCI. REV. 70 (2015).
12. Evan, David S. & Schmalensee, Richard (2014), *THE ANTITRUST ANALYSIS OF MULTI-SIDED PLATFORM BUSINESSES* OXFORD HANDBOOK ON INTERNATIONAL ANTITRUST ECONOMICS, UK: Oxford University Press.
13. Fisher, Alan A., Johnson, Frederick I. & Lande, Robert H., *Price Effects of Horizontal Mergers*, 77 CALIF. L. REV. 777 (1989).
14. Gandal, Neil, *Compatibility, Standardization, and Network Effects: Some Policy Implications*, 18 OXFORD REV. ECON. POLICY 80 (2002).
15. Gandomi, Amir & Haider, Murtaza, *Beyond the Hype: Big Data Concept, Methods, and Analytics*, 35 INT'L J. INF. MANAG. SCI. 137 (2015).

16. Grunes, Allen P. & Stucke, Maurice E., *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, 15 THE ANTITRUST SOURCE 1 (2015).
17. Harbour, Pamela Jones & Loslov, Tara Isa, *Sec. 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Version of Relevant Product Market*, 76 ANTITRUST L.J. 769 (2010).
18. Haucap, Justus, *Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy*, 54 INTER. ECON. 201 (2019).
19. Hubbard, F. Patrick, “*Sophisticated Robots*”: *Balancing Liability, Regulation, and Innovation*, 66 FLA. L. REV. 1813 (2014).
20. Jha, Pooja, Goyal, Soni, Kumari, Tanya & Gupta, Neha, *Robots Exclusion Protocol*, 2 INT’L J. EMERG. SCI. & ENG. 52 (2014).
21. Jordan, Michael I. & Mitchell, Tom, *Machine Learning: Trends, Perspectives, and Prospects*, 349 SCIENCE 255 (2015).
22. Lindsay, David, *The ‘Right to Be Forgotten’ by Search Engines Under Data Privacy Law: A Legal Analysis of the Costeja Ruling*, 6 J. MEDIA LAW 159 (2014).
23. Lundqvist, Björn (2018), *Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet-of-Things World: The Issue of Accessing Data*, in Mor Bakhom, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt & Gintarė Surblytė-Namavičienė eds., PERSONAL DATA IN COMPETITION, CONSUMER PROTECTION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW. (Ber: Springer).
24. Miller, Charles A., *Big Data and the Non-Horizontal Merger Guidelines*, 107 CALIF. L. REV. 309 (2019).
25. Newman, Nathan, *Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data*, 31 YALE J. REGUL. 401 (2014).
26. Newman, Nathan, *The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google*, 40 WM. MITCHELL L. REV. 849 (2014).
27. Noorden, Richard Van, *Tensions Grow as Data-mining Discussions Fall Apart: Scientists Want to Exempt Computer-based Text Crawling from Europe’s Copyright Law*, 498 NATURE 14 (2013).
28. Ohlhausen, Maureen K. & Okuliar, Alexander P., *Competition, Consumer*

- Protection, and the Right (Approach) to Privacy*, 80 ANTITRUST L.J. 121 (2015).
29. Perry, Martin K. (1989), *Chapter 4 Vertical Integration: Determinants and Effects*, in Richard Schmalensee & Robert Willig eds., HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION. (NL: Elsevier).
30. Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos, *Digital Economy, Big Data and Competition Law*, 3 MKT COMPET. L. REVIEW 53 (2019).
31. Purtova, Nadezhda, *The Illusion of Personal Data as No One's Property*, 7 L. INNOV. TECHNOL. 83 (2015).
32. Richter, Heiko (2018), *The Power Paradigm in Private Law: Towards a Holistic Regulation of Personal Data*, in Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt & Gintarė Surblytė-Namavičienė eds., PERSONAL DATA IN COMPETITION, CONSUMER PROTECTION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW. (Ber: Springer).
33. Riordan, Michael H., *Anticompetitive Vertical Integration by a Dominant Firm*, 88 AM. ECON. REV. 1232 (1998).
34. Rogers, C. Paul, *The Limited Case for an Efficiency Defense in Horizontal Mergers*, 58 TUL. L. REV. 503 (1983-1984).
35. Rubinfeld, Daniel L. & Gal, Michal S., *Access Barriers to Big Data*, 59 ARIZ. L. REV. 339 (2017).
36. Salinger, Michael A., *Vertical Mergers and Market Foreclosure*, 103 Q. J. ECON. 345 (1988).
37. Schmidt, Wulff-Axel & Priess, Monika (2002), *Chapter 3 Germany*, in Gerald Spindler & Fritjof Börner eds., E-COMMERCE LAW IN EUROPE AND THE USA. (Ber: Springer).
38. Sokol, D. Daniel & Comerford, Roisin, *Antitrust and Regulating Big Data*, 23 GEO. MASON L. REV. 1129 (2016).
39. Sokol, D. Daniel & Comerford, Roisin (2016), *Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?*, in Roger D. Blair & D. Daniel Sokol eds., CAMBRIDGE HANDBOOK OF ANTITRUST, INTELLECTUAL PROPERTY AND HIGH TECH. (Cambridge: Cambridge University Press).

40. Stefanadis, Christodoulos, *Selective Contracts, Foreclosure, and the Chicago School View*, 41 J.L. ECON. 429 (1998).
41. Stigler, George J. (1983), *THE ORGANIZATION OF INDUSTRY*, London: University of Chicago Press Edition.
42. Storey, Veda C. & Song, Il-Yeol, *Big Data Technologies and Management: What Conceptual Modeling Can Do*, 108 DATA KNOWL. ENG. 50 (2017).
43. Stucke, Maurice E. & Ezrachi, Ariel, *When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines*, 18 YALE J.L. & TECH. 70 (2016).
44. Stucke, Maurice E. & Grunes, Allen P. (2016), *BIG DATA AND COMPETITION POLICY*, Oxford: Oxford University Press.
45. Tremblay, Victor J. & Tremblay, Carol Horton (2012), *Horizontal, Vertical, and Conglomerate Mergers*, in Victor J. Tremblay & Carol Horton Tremblay eds., *NEW PERSPECTIVES ON INDUSTRIAL ORGANIZATION*. (NY: Springer).
46. Tucker, Darren S. & Wellford, Hill B., *Big Mistakes Regarding Big Data*, 14 THE ANTITRUST SOURCE 1 (2014).
47. Udupure, Trupti V., Kale, Ravindra D. & Dharmik, Rajesh C., *Study of Web Crawler and Its Different Types*, 16 IOSR J. COMPUT. ENG. 1 (2014).
48. Wang, Yichuan, Jung, LeeAnn & Byrd, Terry Anthony, *Big Data Analytics: Understanding Its Capacities and Potential Benefits for Healthcare Organizations*, 126 TECHNOL. FORECAST. & SOC. CHANGE 3 (2018).
49. Wright, Joshua D. & Dorsey, Elyse, *Antitrust Analysis of Big Data*, 2 CLPD 35 (2016).
50. Yun, John M., *Antitrust After Big Data*, 4 CRITERION J. ON INNOVATION 407 (2019).
51. Zimmer, Michael (2008), *The Gaze of the Perfect Search Engine: Google as an Infrastructure of Dataveillance*, in Amanda Spink & Michael Zimmer eds., *WEB SEARCH*. (Ber: Springer).
52. Zhou, Lina, Pan, Shimei, Wang, Jianwu & Vasilakos, Athanasios V., *Machine Learning on Big Data: Opportunities and Challenges*, 237 NEUROCOMPUTING 350 (2017).

Big Data and Competition Law: Focusing on Restraints of Competition

Huang-Chih Sung^{*}

Abstract

The sound development of digital economy relies on the free and fair competition of big data in the industries. In view of the increasingly serious problems of restricting competition arising from the collection and use of big data in the data-driven market, researches on the issues of competition law derived from big data are necessary and urgent. This article aims to discuss the topic of restraints of competition in big data, including whether big data can promote or inhibit competition, whether they may form a barrier to market entry, whether they may have market power and dominant position, whether the collection and use of big data may constitute an abuse of dominant position or concerted action, and whether the merger of big data companies may have anti-competitive effects. The results of the study suggest that big data contain both the effects of promoting and constraining competition, and may form barriers to market entry in the collection, storage, and use of data. The

^{*} Associate Professor, Graduate Institute of Technology, Innovation, and Intellectual Property Management, National Chengchi University; Ph.D. in Technology Law, National Chiao Tung University.

Received: April 20, 2020; accepted: October 6, 2020

data giants may have market power and monopolistic position in the relevant markets, and there have indeed been instances of abuse of monopolistic position. If two or more companies with huge amounts of data jointly decide on the means of collection, use, or transaction mode of big data through contracts or agreements, which in turn affect the competition order in the relevant market, it may indeed constitute a concerted action and thus have an anti-competitive effect. However, if their agreements have only few impacts on the market competition order, or even beneficial to the overall economic or public interest—such as standardizing data formats or improving the efficiency of machine learning—they may have the opportunity to meet the allowance requirements of the Fair Trade Act. When the market share after the merger of two companies exceeds the legal constraint, there may be a risk of restricting competition due to the decline in competition. The United States and the European Union approved three mergers and acquisitions on the grounds that they would not restrict competition. This article disagrees those decisions and finds that the participation and counterbalancing of the competitors and the risk of re-identification of personal data should be further considered. In theory, this article puts forward the theoretical framework of big data in the issues of restraints of competition. In practice, it can be an important reference for the Fair Trade Commission and the courts in case adjudications.

Keywords: Big Data, Data-driven Economy, Competition Law, Restraints of Competition