

《公平交易季刊》  
第30卷第4期(111/10)，頁1-56  
◎公平交易委員會

## 競爭法與隱私法之界線暨判斷標準之研究

郭戎晉\*

### 摘要

隱私保護日受重視連帶產生競爭法與隱私法兩者之間的邊際衝突與具體適用爭議，隱私應否納入競爭執法分析一事，早期無論是實務見解抑或學說討論大抵採否定見解，近期則獲得各界肯認，學理提出三種納入可能依據中以非價格因素觀點最獲青睞。在隱私視為非價格（品質）因素之前提下，現階段實證研究闕如成為具體判斷標準建立的重大阻礙，為避免隱私納入競爭判斷難脫模稜兩可之譏，除可參考歷來其他非價格因素的採行經驗，亦有以損害與利益之間的「比例關係」作為隱私評估標準之建議可資留意。隱私納入競爭判斷尚有三個應予關注的關聯議題，包括1、利益衡量後的可能處理機制；2、隱私保護與促進競爭之間是否存在「非互補性」關係，以及3、如何建立相關主管機關之協調與合作機制，對此，英國近期所推動的數位監管合作論壇（DRCF）著實具有高度的參考價值。回歸國內發展，除可參考國際作法動必要的監管機關跨部門合作機制，競爭主管機關對此一議題亦宜持續掌握涉及隱私並可能觸發競爭問題之新興商業模式與事業活動，以利逐步建立隱私作為非價格（品質）因素納入競爭判斷之可用評量標準。另為避免實務操作上出現競爭優先情形，國內亦應同步思考個人資料保護法之完備程度與調適課題。

**關鍵詞：**隱私保護、競爭法、品質、非價格因素、數位監管合作論壇、法規調適

投稿日期：111年1月18日

審查通過日期：111年9月26日

\* 南臺科技大學財經法律研究所助理教授，國立臺北大學法學博士。本文改寫自公平交易委員會2021年11月30日舉辦之第28屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文。感謝匿名審稿委員之寶貴建議，惟文責概由作者自負。

## 一、前言

當「持續連網生活」(“Always On” Life)成為常態，整體的網路應用環境已經與90年代網路甫開放商業使用之初有著截然不同的面貌<sup>1</sup>。數位化無所不在的發展過程催生了諸多嶄新商業模式，並以多種方式改變了市場上的經濟競爭面貌。

在邁入數位化的初期，事實上多數事業均不假思索的棄置了絕大部分經營上所獲取的用戶個人資料，蓋業者普遍認為相關數據並沒有太大的價值<sup>2</sup>。但當經濟活動轉以資料為主並出現諸如大數據 (big data) 與資料驅動經濟 (data-driven economy) 等嶄新概念時，個人資料已成為商品製造和服務提供之直接動能<sup>3</sup>。

儘管數位創新有助於將用戶個人資料轉化為具競爭力的業務成果，如何有效保護相關資料並平衡伴隨而生的法律甚或道德爭議，亦相形重要<sup>4</sup>。特別是近年資料隱私／個人資料保護已成為一個獨立的法律領域，在此之下，隱私法可能與競爭法產生競合與適用上之衝突，一如過往智慧財產權法或消費者保護法與競爭法之間所出現的衝突<sup>5</sup>。

本文關注日受重視的競爭法與隱私法之互動、邊際衝突與法律適用問題，由於隱私<sup>6</sup>概念極廣，本文係以資料隱私暨個人資料保護<sup>7</sup>面向為主。首先檢視近年蔚為風

<sup>1</sup> Ariel Fox Johnson, “13 Going on 30: An Exploration of Expanding COPPA’s Privacy Protections to Everyone,” *44 Seton Hall Legislative Journal*, 432-433 (2020).

<sup>2</sup> Yan Carriere-Swallow & Vikram Haksar, *The Economics and Implications of Data: An Integrated Perspective*, The Departmental Paper Series No. 19/16, International Monetary Fund, 9 (2019).

<sup>3</sup> *Id.* at 9-10.

<sup>4</sup> Lorena-Elena Stănescu & Raluca Onufreiciuc, “Some Reflections on ‘Datafication’: Data Governance and Legal Challenges,” *7(1) European Journal of Law and Public Administration*, 101 (2020).

<sup>5</sup> Erika M. Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface,” *130 Yale Law Journal Forum*, 647, 658 (2021).

<sup>6</sup> 就概念定義而論，隱私範圍較個人資料為廣，除對個人資料之自主控制外，尚及於保障個人生活秘密空間，惟個人資料保護仍係隱私或隱私權之核心，如歐盟「電子隱私指令」(ePrivacy Directive) 第一條言明「本指令旨在規範成員國於電子通訊領域處理『個人資料』之有關規定，以確保基本權利與自由，特別是『隱私權』可獲得相同程度之保護」。

<sup>7</sup> 有關個人資料的定義與概念範疇界定，國際上亦經常使用「個人可識別資訊」(Personally identifiable information, PII) 一詞，並將其與個人資料畫上等號，論者指出歐盟歷來所界定的個人識別資料，泛指可得識別自然人的所有資訊，無異較為廣泛而存在模糊之虞；而美國法下的個人可識別資訊，儘管存在著不同定義，整體而論範圍較歐盟狹窄，Paul M. Schwartz & Daniel J. Solove, “Reconciling Personal Information in the United States and European Union,” *102(4) California Law Review*, 877-878 (2014).

潮的隱私保護對產業競爭帶來之影響，其次分別自學理及實務角度，檢視競爭法與隱私法的互動關係，特別是隱私保護應否納入競爭執法分析架構，若應予納入其合適判斷標準為何，並同時後續應予留意的關聯重要議題。期透過本文之研究，助益各界對此一數位時代饒富爭議的重要議題能有完整了解。

## 二、隱私保護與市場競爭

### （一）資料利用與資料保護

#### 1. 個人資料數量快速成長

現時多數人已習於資通訊科技及各類數位企業帶來的便利，事實上當網際網路在上一世紀 90 年代正式開始商業使用後，1995 年時全球網路使用者僅達總人口的 1%，尚不足 1 億人，千禧年時全球的上網總人口成長為 3.5 億人，並分別於 2005 年及 2010 年來到了 10 億及 20 億之譜<sup>8</sup>。截至 2022 年 1 月全球網路使用者已達到 49.5 億人，佔全球總人口<sup>9</sup>的 62.5%<sup>10</sup>。

頻繁的網路應用催生可觀的資料量，世界經濟論壇（World Economic Forum, WEF）指出 2020 年全球肇因網路使用產生的資料總量達到 44 ZB<sup>11</sup>，知名市場分析機構 IDC 並預估全球資料總量將在 2025 年時增加為 175 ZB<sup>12</sup>。另一方面，在各國對個人資料定義漸趨寬廣之下，未來所有數據都可能成為與自然人產生連結的個人資

<sup>8</sup> Michael Rustad, *Global Internet Law in a Nutshell*, 3rd ed., West Academic Publishing, 2 (2015).

<sup>9</sup> 根據 Population Reference Bureau 統計，2021 年全球總人口已達 78 億人，Population Reference Bureau, “2021 World Population Data Sheet,” <https://interactives.prb.org/2021-wpds/>, last visited on date: 2022/4/22.

<sup>10</sup> Simon Kemp, “Digital 2022: Global Digital Overview,” DataReportal (2022/1/26), <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report>, last visited on date: 2022/5/12.

<sup>11</sup> 作為資料計量單位之一的 ZB，是 Zettabyte 一詞的縮寫，1ZB 等於 1 兆 GB（Gigabyte）。

<sup>12</sup> Jeff Desjardins, “How much data is generated each day?” World Economic Forum (2019/4/17), <https://www.weforum.org/agenda/2019/04/how-much-data-is-generated-each-day-cf4bddf29f/>, last visited on date: 2021/5/19; Andy Patrizio, “IDC: Expect 175 zettabytes of data worldwide by 2025,” Network World (2018/12/3), <https://www.networkworld.com/article/3325397/idc-expect-175-zettabytes-of-data-worldwide-by-2025.html>, last visited on date: 2021/12/19.

料<sup>13</sup>。當數位經濟逐步成為常態，人們主動或被動生成的個人資料數量也隨之急遽增加。

## 2. 個人資料商業價值日益提升

網際網路開放商業使用除直接催生網路商務，近年隨著資料為金（data is gold）及資料作為新能源（data is new oil）等概念逐步深植於人們心中，網路商務也進一步成為人們普遍稱呼的數位經濟（digital economy）<sup>14</sup>；當個人資料在內的各類資訊成為商品製造和服務提供之直接動能，諸多產業也在此波數位經濟潮流中順勢轉型成為「資料驅動型行業」（data-driven industries）<sup>15</sup>。

在有效掌握消費者個人資料的前提下，企業經營者可得具體鎖定目標消費族群進行精準行銷、提供服務，甚至揆諸消費者喜好進行客製化製造。Craig D. Tindall 指出 1920 年代時通用汽車（General Motors）便曾透過識別實際使用 2 年以上競爭對手（福特汽車）的車主，藉以鎖定潛在客群，而現今的資通訊科技無疑使得消費者個人資料的蒐集與商業利用一事更富效率<sup>16</sup>。

## 3. 不當利用情事帶動保護需求

在邁入數位時代後，資料（數據）被視為事業商業活動，包括線上服務、生產流程、物流，以及嶄新科技應用如人工智慧等最為關鍵的助力，而企業競爭力也變得愈發仰賴可得及時獲取事業所需的關聯數據<sup>17</sup>。歐盟執委會（European Commission）指出對多數事業而言最大限度地利用及流通資料似有其必要性，然相對的事業亦須

---

<sup>13</sup> Nadezhda Purtova, “The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law,” *10(1) Law, Innovation and Technology*, 40 (2018).

<sup>14</sup> Kirill Dubovikov, *Managing Data Science*, 1st ed., Packt Publishing, 13 (2019).

<sup>15</sup> Sonja Zillner, Tilman Becker, Ricard Munné, Kazim Hussain, Sebnem Rusitschka, Helen Lippell, Edward Curry & Adegboyega Ojo, “Big Data-Driven Innovation in Industrial Sectors,” in: José María Cavanillas, Edward Curry & Wolfgang Wahlster (eds.), *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, 1st ed., Springer Press, 171 (2016).

<sup>16</sup> Craig D. Tindall, “Argus Rules: The Commercialization of Personal Information,” *2003(1) Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, 183 (2003).

<sup>17</sup> European Commission, *Competition Policy for the Digital Era Final Report*, 7 (2019).

慮及資料之廣泛利用與流通如何與其他政策課題達成平衡，其中包括至為關鍵的隱私保護問題<sup>18</sup>。

事業在大量取得用戶個人資料下，不慎及不當利用個人資料以及發生資料外洩情事的可能性也隨之增加。Intact Software 在 2021 年 4 月發布的研究報告整理了 2004 年以降個人資料大規模外洩事件，以外洩的用戶個人資料總量排序，前五大事業分別為：1、Facebook（8.645 億筆用戶資料）；2、Marriott International（5.052 億筆用戶資料）；3、MongoDB（4.77 億筆用戶資料）；4、AOL（9,200 萬筆用戶資料）；以及 5、JP Morgan Chase（7,860 萬筆用戶資料），數量令人咋舌<sup>19</sup>。

近期受到 COVID-19 疫情影響，遠距工作（working from home）與遠距學習（remote learning）開始成為新常態，在網路使用時間大幅增加之下，無形中加劇消費者個人資料遭到不當獲取與利用之可能性<sup>20</sup>。IBM 與研究機構 Ponemon Institute 在 2021 年 7 月公布的研究成果即顯示 COVID-19 疫情不僅造成個人資料外洩風險升高，也加重了企業經營者在相關資訊安全事件中所須付出之成本，2020 年全球個人資料外洩事件平均成本達到 424 萬美元，相較於 2019 年大幅增加 10%<sup>21</sup>。

## （二）隱私保護法制遞嬗

### 1.以歐盟為師制定隱私保護立法成為趨勢

隨著個人資料保護成為主要國家共通關注的議題，國際立法潮流也由過去「產業自律」及「立法規範」分庭抗禮之情形，開始顯著側重如何透過制定相關保護立法，藉以落實民眾個人隱私資料保護此一模式。根據聯合國貿易和發展會議（United Nations Conference on Trade and Development，下稱 UNCTAD）2022 年 4 月公布資料，

---

<sup>18</sup> *Id.* at 7-8.

<sup>19</sup> Intact Software, “Visualising the Biggest Data Breaches in History,” Intact (2021/4/7), <https://www.intactsoftware.com/blog/visualising-biggest-data-breaches-histo>, last visited on date: 2022/5/9.

<sup>20</sup> Cassy Lalan, “IBM Report: Cost of a Data Breach Hits Record High During Pandemic,” IBM (2021/7/28), <https://newsroom.ibm.com/2021-07-28-IBM-Report-Cost-of-a-Data-Breach-Hits-Record-High-During-Pandemic>, last visited on date: 2022/5/9.

<sup>21</sup> *Id.*

UNCTAD 所調查的 194 個國家中，現時已有 71%（137 個）國家制定隱私／個人資料保護立法，9% 國家刻正制定<sup>22</sup>。

近年受到歐洲個人資料保護立法影響，主要國家更紛紛以制定「全面性隱私／個人資料保護專法」（comprehensive privacy law）為主。個人資料保護概念在歐盟發展已久，歐洲共同體（European Communities）時期即訂有「個人資料自動化處理保護公約」（Convention For the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data）<sup>23</sup>，在進入歐盟之後，包括原有的 1995 年資料保護指令（Data Protection Directive, DPD）<sup>24</sup>及近年生效的一般資料保護規則（General Data Protection Regulation，下稱 GDPR）<sup>25</sup>，成為主要國家制定內國個人資料保護立法或修正固有法制時爭相仿效的對象<sup>26</sup>。

歐盟個人資料保護立法的嚴謹程度，不僅影響主要國家關聯法制政策並紛紛以歐盟為師，跨國企業的全球法律遵循工作也開始以歐盟要求為度。儘管歐盟向來並不被視為侵略性的經濟霸主，但卻能在環境保護、消費者安全、市場競爭到個人資料保護等領域，為世界經濟設定了廣為各國接受的規則<sup>27</sup>，Anu Bradford 將此一歐盟法制規範外部化（externalize）至歐盟所轄區域之外的現象命名為「布魯塞爾效應」（Brussels effect）<sup>28</sup>。

---

<sup>22</sup> United Nations Conference on Trade and Development, “Data Protection and Privacy Legislation Worldwide,” <https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>, last visited on date: 2022/4/20.

<sup>23</sup> Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108, 28.01.1981).

<sup>24</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 1995 O.J. (L 281).

<sup>25</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 2016 O.J. (L 119).

<sup>26</sup> Paul Craig & Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 931-934 (2021).

<sup>27</sup> Michael L. Rustad & Thomas H. Koenig, “Towards a Global Data Privacy Standard,” *71(2) Florida Law Review*, 431-448 (2019).

<sup>28</sup> Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, 1st ed., Oxford University Press, 25-26 (2020).

受到布魯塞爾效應影響，國際上除開始顯著側重透過制定全面性個人資料保護立法此一模式，藉以落實民眾個人私密資料保護外，歐盟個人資料保護立法亦實質影響各國法制設計，除了最具代表性的「資料跨境傳輸」（cross-border data flow）規範，其他包括被遺忘權（right to be forgotten）、資料可攜（data portability）、域外效力（extraterritorial effect）以及以全球營收計算罰金等規定，亦受到諸多國家新興個人資料保護立法之採納。

## 2.多數全面性立法係於近年甫問世

國內於 1995 年即通過實施「電腦處理個人資料保護法」，成為亞洲最早的隱私保護立法，囿於該法的缺失，立法院於 2010 年 4 月 27 日三讀通過修正草案並將名稱修改為「個人資料保護法」，於 2012 年 10 月正式施行。與我國同時間制定者為香港之 1995 年「個人資料（私隱）條例」（Personal Data (Privacy) Ordinance）<sup>29</sup>，其後則是日本在 2003 年 5 月通過並於 2005 年 4 月 1 日全面實施之「個人資料保護法」（個人情報の保護に関する法律）<sup>30</sup>。但就其他臨近臺灣的其他亞洲國家而言，多數係於 2010 年後甫制定全面性個人資料保護專法。韓國於 2011 年制定「個人資料保護法」（Personal Information Protection Act）<sup>31</sup>、菲律賓於 2012 年制定「資料隱私法」（Data Privacy Act of 2012）、新加坡於 2012 年制定「個人資料保護法」（Personal Data Protection Act）並於 2013 年正式實施<sup>32</sup>。最近之例則是泰國於 2019 年 5 月制定的個人資料保護法（Personal Data Protection Act）及中國大陸於 2021 年 8 月制定之

<sup>29</sup> 1995 年制定實施個人資料（私隱）條例後，香港曾於 2012 年及 2021 年兩度大規模修正個人資料（私隱）條例。

<sup>30</sup> 日本曾於 1988 年 12 月制定「行政機關電腦處理個人情報保護法」（行政機關の保有する電子計算機處理に係る個人情報の保護に関する法律），然該法適用對象為公務機關，而未及私部門。2005 年全面實施的日本個人資料保護法，於 2015 年及 2020 年進行大規模修正，另日本於 2021 年將原先分別規範公、私部門的四部個人資料保護法立法，全數整併至個人資料保護法並於 2022 年 4 月 1 日施行。

<sup>31</sup> 韓國於 2001 年即制定「資通訊網路利用暨個人資料保護法」（Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilisation and Information Protection），惟該法僅適用於特定網路資通訊行業並由韓國通訊傳播委員會主責。韓國個人資料保護法制定後歷經多次修正，為取得歐盟執委會適足性認定資格，韓國在 2020 年同時大幅修正個人資料保護法及資通訊網路利用暨個人資料保護法。

<sup>32</sup> 新加坡個人資料保護法於 2020 年進行全盤修正，並自 2021 年 2 月起分階段實施修正規定。

「個人資料保護法」〈个人信息保护法〉，均明顯受到歐盟 GDPR 的影響並納入諸多歐盟立法首見之舉。

未有專門立法國家事實上亦受到「布魯塞爾效應」影響，如美國長期強調以「產業自律」搭配「部門立法」（sector-specific regulation）方式解決資料保護問題，就聯邦而言，至今沒有一部針對私部門（private sector）通盤進行規範的個人資料保護專法。然即便是對於私部門個人資料保護向來高舉自律大纛的美國，亦有受布魯塞爾效應影響之勢：

- (1)現階段已有多州制定全面性的個人資料保護專法<sup>33</sup>，各州立法的出發點或不盡相同，但其中不乏受到歐盟立法影響之例，諸如被譽為美國首部全方位個人資料保護立法的加州消費者隱私保護法（California Consumer Privacy Act，下稱 CCPA）<sup>34</sup>，便明顯受到 GDPR 之影響<sup>35</sup>。
- (2)隨著愈來愈多的州制定或推動個人資料保護專法，也形塑一股自下而上（bottom up）的力量，促使聯邦政府正視制定一體適用的聯邦層級個人資料保護專法之必要<sup>36</sup>。
- (3)原先作為歐美資料跨境傳輸合法基礎的隱私盾架構協定（EU-US Privacy Shield Framework）在 2020 年為歐洲法院認定屬無效機制<sup>37</sup>後，歐美隱私保護水平落差情形再次帶動新一波的專法制定倡議<sup>38</sup>。

<sup>33</sup> 截至 2022 年 4 月，美國計有加州（2018 年 6 月）、維吉尼亞州（2021 年 2 月）、科羅拉多州（2021 年 6 月）及猶他州（2022 年 3 月）等 4 個州通過全面性的個人資料保護專法。另根據 Sharon Klein 等人的研究，全美至少有 24 個州在 2022 年會議期間提出全面性隱私／個人資料保護保護立法提案，Sharon Klein, Alex C. Nisenbaum & Karen Shin, “Utah Becomes the Fourth State to Pass Comprehensive Privacy Law,” Blank Rome (2022/3/28), <https://www.blankrome.com/publications/utah-becomes-fourth-state-pass-comprehensive-privacy-law>, last visited on date: 2022/4/22.

<sup>34</sup> Cal. Civ. Code 1798.140.(c) (2019).

<sup>35</sup> Paul M. Schwartz, “Global Data Privacy: The EU Way,” *94 New York University Law Review*, 818 (2019).

<sup>36</sup> Woodrow Hartzog & Neil Richards, “Privacy’s Constitutional Moment and the Limits of Data Protection,” *61 Boston College Law Review*, 1710 (2020).

<sup>37</sup> Case C-311/18, Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems (2020). 為解決歐美資料跨境傳輸爭議，歐盟與美國另於 2022 年 3 月達成跨大西洋資料隱私架構（Trans-Atlantic Data Privacy Framework）協議，European Commission, “European Commission and United States Joint Statement on Trans-Atlantic Data Privacy Framework,” European Commission (2022/3/25), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_2087](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2087), last visited on date: 2022/5/12.



儘管美國尚無私部門一體適用的個人資料保護專法，Daniel J. Solove 及 Woodrow Hartzog 指出聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，下稱 FTC）仍嘗試從普通法擴大對於個人資料之保護，要求事業應基於消費者對於隱私的合理期待，提供更強而有力、基本必要的隱私保護機制，其顯然與 FTC 早期所採取的企業自律與自我承諾立場有所不同<sup>39</sup>。隨著美國隱私保護法制的壯大，未來競爭法與隱私法兩者之間或將出現與歐盟國家相仿的「歐洲式硬性衝突」（European-style hard conflict）之可能<sup>40</sup>。

### （三）資料利用、保護與市場競爭

#### 1. 用戶個人資料成為事業競爭利器

美國眾議院 2020 年發布的「數位市場競爭調查報告」（Investigation of Competition in Digital Markets）指出儘管數據本質上屬於「非競爭性」（non-rivalrous），但事業可能藉由排他性策略（exclusionary tactics）排除或限制競爭對手使用其所掌握的數據；析言之，當事業具備優越的數據獲取及利用能力，除衍生形塑市場進入障礙之疑慮外，亦可能誘發並加劇數位市場的反競爭行為<sup>41</sup>。

蓋在不斷獲取數據之下，持續性資料蒐集行為可能造成資訊不對稱情形，並助益事業可得近用非公開資訊（non-public information），從而使其具備顯著的競爭優勢<sup>42</sup>。事業藉由大量蒐集消費者個人資料並進行分析，在掌握用戶習性的前提下可得提供個性化、客製化的交易選擇，但也可能基此衍生及助長價格歧視（price discrimination）問題，導致眾多消費者必須支付相較於事業進行資料蒐集分析前更多的費用<sup>43</sup>。

---

<sup>38</sup> Andraya Flor, “The Impact of Schrems II: Next Steps for U.S. Data Privacy Law,” *96(5) Notre Dame Law Review*, 2051-2052 (2021).

<sup>39</sup> Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, “The FTC and the New Common Law of Privacy,” *114(3) Columbia Law Review*, 661-662 (2014).

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> United States Congress, House of Representative & Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations*, 42-43 (2020).

<sup>42</sup> *Id.* at 43.

<sup>43</sup> Geoffrey A. Manne & Ben Sperry, “The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework,” *5(2) CPI Antitrust Chronicle*, 6 (2015).

Maurice E. Stucke 及 Ariel Ezrachi 觀察歐盟執委會針對比價購物服務 (comparison shopping services) 向 Google 發出的反對聲明<sup>44</sup>，指出隨著消費者越發頻繁地透過提供個人資料或接受行為追蹤廣告，藉以獲取免費商品與服務，「品質競爭」(quality competition) 在當前數位市場的重要性實已日益增加<sup>45</sup>。特別是過去幾十年競爭主管機關側重於價格效應的研究，但就肇因於市場力量所引發的競爭問題而言，一個長期存在的隱憂便是「品質下降」產生之影響<sup>46</sup>。Stucke 另指出當數位經濟下的商業模式高度依賴著個人資料的廣泛蒐集與利用，對資料(數據)壟斷者而言，在嘗試獲取高於競爭水平的個人資料之餘，其隱私保護則可能低於競爭水平<sup>47</sup>。

## 2. 隱私保護立法暨法律遵循亦牽動市場競爭

隱私保護意識的提升與對應法制之強化，直接反映於企業落實相關要求所需付出的法律遵循成本。以成為全球個人資料保護法制標竿的歐盟 GDPR 為例，根據 Veritas 在 GDPR 正式生效前所作調查，全球約有 86% 企業擔心未遵守 GDPR 規定將對其業務產生重大影響，其中更有 20% 企業擔憂若未能符合要求恐將造成企業面臨高額處罰甚至因而破產<sup>48</sup>。GDPR 嚴峻規定使得事業所須支出的法律遵循費用平均達到 130 萬歐元<sup>49</sup>，高額費用無形中迫使企業進行評估，如果法律遵循費用及可能出現的裁罰金額，遠高於堅守歐盟市場帶來的收益，事業便可能選擇放棄歐盟市場。

隱私保護規範更迭及主管機關執法立場亦直接牽動市場競爭。諸如 2020 年為歐洲法院認定屬無效機制的在隱私盾架構協定，通過美國商務部 (U.S. Department of Commerce) 審查取得隱私盾認定資格的企業即逾 5,300 家，儘管事業在隱私盾失效後，仍可以「標準契約條款」(Standard Contractual Clauses, 下稱 SCC) 作為個人

---

<sup>44</sup> European Commission, "Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service," European Commission (2015/4/15), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_15\\_4781](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_4781), last visited on date: 2022/5/9.

<sup>45</sup> Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, "When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engine," *18 Yale Journal of Law and Technology*, 109-110 (2016).

<sup>46</sup> Maurice E. Stucke, "Should We Be Concerned About Data-opolies," *2(2) Georgetown Law Technology Review*, 285 (2018).

<sup>47</sup> *Id.* at 285-286.

<sup>48</sup> Veritas, "The Veritas 2017 GDPR Report," Veritas, 2 (2017), <https://www.privacyitalia.eu/wp-content/uploads/2017/09/gdpr-report-en.pdf>, last visited on date: 2022/5/9.

<sup>49</sup> *Id.* at 5.

資料於歐美跨境傳輸的合法基礎，但除了 SCC 實務應用將較過往更為艱難外<sup>50</sup>，根據倫敦大學學院（University College London, UCL）在 2020 年 5 月發布的研究報告，前述企業中 65% 為中小企業與新創事業，由於財力相對有限，並無法如同大型業者迅速改採 SCC 或其他替代性措施，可能被迫放棄資料跨境傳輸活動<sup>51</sup>。甚至不乏論者認為原先於歐美之間頻繁跨境傳輸個人資料的企業，可能數月甚至多年都難以找出合適的解決方案，突顯出個人資料保護規範設計與規範密度，牽動著事業之市場競爭能力<sup>52</sup>。

#### （四）小結

在人類生活與數位環境的粘著度日益加深，以及個人資料定義與範疇持續擴張下，不遠的將來所有數據都可能成為個人資料<sup>53</sup>。個人資料數量快速成長暨資料本身商業價值的日益提升，也讓個人資料成為數位時代商品製造和服務提供之直接動能，事業大量取得及利用用戶個人資料，不當利用個人資料以及發生資料外洩情事的可能性也隨之增加。

伴隨民眾個人資料保護意識日益高漲，隱私權的概念與主要國家個人資料保護立法有著不一程度之調整，國際立法潮流已由早期產業自律及立法規範分庭抗禮之情形，開始顯著側重如何透過制定必要立法，藉以落實民眾個人資料保護此一模式。特別是近期受到歐洲個人資料保護相關立法「布魯塞爾效應」之影響，主要國家更紛紛以制定「全面性隱私／個人資料保護專法」為目標。

儘管包括個人資料在內的各類數據，本質係「中性」或所謂的「非競爭性」，但如美國眾議院數位市場競爭調查報告所言，「資料(數據)堆累」與網路效應(network effect)相仿，具有自我強化(self-reinforcing)特質，使得擁有卓越數據應用能力的企業可以藉由大量獲取與妥適利用資料，更富效率地鎖定目標客群及提高產品品

<sup>50</sup> Mira Burri, "Interfacing Privacy and Trade," *53(1) Case Western Reserve Journal of International Law*, 60 (2021).

<sup>51</sup> Oliver Patel & Nathan Lea, *EU-U.S. Privacy Shield, Brexit and the Future of Transatlantic Data Flows*, UCL European Institute Policy Paper, 12 (2020).

<sup>52</sup> Julia Hamilton, "Data Prot. Comm'r v. Facebook Ireland Ltd. and Maximilian Schrems: Shattering the International Privacy Framework," *29(2) Tulane Journal of International and Comparative Law*, 360 (2021).

<sup>53</sup> Nadezhda Purtova, *supra* note 13.

質，藉此吸引更多用戶並進而生成更多的數據<sup>54</sup>。當事業具備優越的數據攫取及利用能力，便可能形成市場進入障礙並加劇市場上的反競爭風險。

近年英、美兩地有關數位經濟市場力量與濫用支配地位問題，開始湧現將競爭的衰退與用戶隱私遭到侵蝕兩者加以連結之討論<sup>55</sup>。惟競爭執法應否納入隱私保護，事實上不乏爭論，特別是當前的數位經濟特徵之一係以「貨幣價格為零」（zero monetary price）市場為導向，實施「資料（數據）壟斷」（data-opolies）的事業與早期的壟斷型態不同，並未藉由向消費者收取更高的價格展現其經濟實力<sup>56</sup>，也讓隱私應否納入競爭法以及如何置入競爭分析架構持續受到關注。

### 三、隱私保護應否納入競爭執法架構

#### （一）否定說

##### 1. 學說觀點分析

##### （1）分屬不同法律領域且目標有別

Marco Botta 及 Klaus Wiedemann 認為揆諸歐盟法院（Court of Justice of the European Union，下稱 CJEU）在 *Asnef-Equifax* 案所表達的觀點，應當理解為 CJEU 認定競爭法、消費者保護法與隱私法係目標各自不同的獨立法制領域，競爭法旨在解決市場失靈以保護消費者福利，而非解決影響資料當事人之特定隱私侵害行為<sup>57</sup>。

<sup>54</sup> United States Congress, House of Representative & Committee on the Judiciary, *supra* note 41, at 42.

<sup>55</sup> Digital Competition Expert Panel (UK), *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, para. 1.128 (2019); United States Congress, House of Representative & Committee on the Judiciary, *id.* at 43.

<sup>56</sup> Maurice E. Stucke, *supra* note 46, at 280. 網路使用者利用各式網路服務幾無可避免地必須進行註冊並提供特定個人資料，就網路使用者角度而論，似亦已司空見慣允許網站或第三方蒐集有關個人的相關數據，藉以換取免費的網路服務，Stacy-Ann Elvy, “Paying for Privacy and the Personal Data Economy,” *117(6) Columbia Law Review*, 1391 (2017).

<sup>57</sup> Marco Botta & Klaus Wiedemann, “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey,” *64(3) Antitrust Bulletin*, 436 (2019).

Erika M. Douglas 將競爭與隱私兩者之間應劃定明確界限的論點稱為「分離主義」(Separatist)<sup>58</sup>，個別法律均在於防止不同的損害，競爭法被視為最適合解決危害整體消費者福利或市場經濟效率的行為<sup>59</sup>；相較之下，隱私法則著重告知後選擇(informed choice)及隱私合理期待，更適合用以確保消費者自其選擇的通常商品或服務交易中獲適當保障<sup>60</sup>。

## (2) 隱私與競爭法接受的消費者福利標準存在衝突

除立法初衷與目標有別外，否定隱私應納入競爭法的另一重要論點，在於若將隱私納入競爭分析架構，將會對競爭法固有的「消費者福利標準」(consumer welfare standard)之應用造成混亂，蓋隱私本身事實上難以評估及量化，易於與根基價格進行判斷的消費者福利標準產生衝突，導致競爭執法出現欠缺明確性等課題<sup>61</sup>。

Katharine Kemp 指出揆諸競爭法對消費者福利之界定，隱私應當視為「非經濟目標」(non-economic objective)，從而不在競爭法所擬處理的經濟目標範疇之內<sup>62</sup>。Kemp 並表示諸如隱私條款等隱私保護機制，本質上屬於「主觀偏好」(subjective preference)課題，應當使個別消費者自行與事業進行商議<sup>63</sup>。

退步而言，縱使隱私可得成為競爭判斷的參數(parameter)或維度(dimension)之一，將隱私納為競爭執法考量因素仍可能產生巨大阻礙，同時競爭主管機關亦可能因欠缺隱私領域專業知識從而擁有不適當的自由裁量權，易言之，根源於隱私產生的爭議仍宜由隱私主管機關處理為宜<sup>64</sup>。

<sup>58</sup> *Id.* at 653.

<sup>59</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 5, at 653; Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, "Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy," *80 Antitrust Law Journal*, 154 (2015). 論者另指出 CJEU 在 *Asnef-Equifax* 案所表達的觀點，應當理解為承認競爭法、消費者保護法與隱私法係追求不同目標的獨立法制政策領域，競爭法旨在解決市場失靈以保護消費者福利，而非解決影響資料當事人之特定隱私侵害行為，Marco Botta & Klaus Wiedemann, *supra* note 57, at 436.

<sup>60</sup> Erika M. Douglas, *id.* at 653; Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *id.* at 155.

<sup>61</sup> Erika M. Douglas, *id.*

<sup>62</sup> Katharine Kemp, "Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters," *16(2-3) European Competition Journal*, 631 (2020).

<sup>63</sup> *Id.* at 630-631.

<sup>64</sup> *Id.*

## 2. 關聯實務見解

隱私應否納入競爭執法分析，早期主要國家競爭主管機關及司法實務不乏採取否定見解者。CJEU 在 2006 年 C-238/05 *Asnef-Equifax*<sup>65</sup>案中指出「任何涉及個人資料本身敏感性（sensitivity）的問題，都不屬於競爭法範疇，應根據個人資料保護有關規定加以處理」<sup>66</sup>，儘管存在反競爭風險的商業活動涉及隱私爭議之情形日益增加，基於前揭法院見解，隱私問題似完全屬於歐盟個人資料保護立法下之事務。相近看法亦出現於 2014 年 *Facebook/WhatsApp* 結合審查，歐盟執委會於本案中表示 Facebook 基於本次交易，其所得控制的數據集中度（concentration of data）增加所引發的任何隱私問題，並不屬於歐盟競爭法規制範疇，而係歐盟個人資料保護立法之適用範圍<sup>67</sup>。

美國 FTC 在 2007 年 *Google/DoubleClick* 結合案審查報告中亦曾就競爭主管機關應否干預隱私事務表達質疑，FTC 指出針對事業結合進行審查的唯一目的在於識別可能損及競爭的交易行為並進行補救，儘管出於國家政策考量，FTC 曾基於與反托拉斯無關的原因干預交易，諸如環境因素或對事業員工所生之影響等，在結合審查中將無涉反托拉斯的因素納為允許事業結合之條件，除欠缺法律授權外，僅就單一事業的隱私問題進行監管，亦可能對本案所涉及的龐大且快速發展的行業之競爭造成嚴重損害<sup>68</sup>。

### （二）肯定說

#### 1. 學說觀點分析

##### （1）隱私作為基本權利應直接納入競爭法

<sup>65</sup> C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* (2006).

<sup>66</sup> “...any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, a matter for competition law,” *id.*, para. 63.

<sup>67</sup> Case No COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, 3 October 2014, para. 164.

<sup>68</sup> Federal Trade Commission, Statement of Federal Trade Commission Concerning *Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, 2-3 (F.T.C. Dec. 20, 2007). *Google/DoubleClick* 結合案詳細分析，可參考林佳華、林慧美、陳巧芬，[數位時代下隱私權保護與競爭法的互動](#)，公平交易委員會 109 年研究發展報告，52-57（2020）。

美國知名隱私保護公益機構「電子隱私資訊中心」(Electronic Privacy Information Center, 下稱 EPIC) 在其 2007 年針對 Google/DoubleClick 結合案向 FTC 提出的投訴書<sup>69</sup>中, 強調隱私權在美國屬於個人基本權利, 個人資料濫用行為可能損及當事人獲得就業、保險、信用貸款及醫療服務等之機會<sup>70</sup>; 在隱私保護屬於基本權利之基礎上, 競爭法應考量事業反競爭行為係如何直接影響隱私<sup>71</sup>。

然而以基本權利保障為由納入競爭法, 除可能有背於競爭法立法意旨外, Alfonso Lamadrid 及 Sam Villiers 另指出若隱私問題可基於上述論點從而納入競爭分析架構, 則對於任何其他權利或合法公共目標而言, 即應比照採取相同的標準, 最終將導致競爭法成為「萬物法」(law of everything) 此一荒謬結果<sup>72</sup>。

## (2) 仍可按固有判斷標準納入競爭法

### a. 隱私為消費者福利一元目的所涵蓋

Maureen K. Ohlhausen 及 Alexander P. Okuliar 主張揆諸消費者福利「一元目的」, 隱私在競爭執法分析上可發揮一定作用, 惟該等作用必須與競爭法係透過經濟效率藉以增加消費者福利此一目標相符, 而非解決其他類型之損害<sup>73</sup>。

### b. 隱私仍有定性為「價格」之可能

早期無論是學說討論抑或實務觀點, 否定將隱私保護納入競爭執法分析的主要理由, 在於競爭法仰賴基於價格、數量及其他可得量化的因素進行判斷, 惟隱私著實難以量化, 甚至可能不具可觀察性, 致使難以察覺隱私對市場競爭產生之危害。Cristina Caffarra、Gregory Crawford 及 Johnny Ryan 指出用戶資料對數位市場競爭產生的影響, 多數情況下表現於導致個人資料蒐集、組合及使用情形的增加, 而不是

---

<sup>69</sup> EPIC, “*In the Matter of Google, Inc., and DoubleClick, Inc: Complaint and Request for Injunction, Request for Investigation and for Other Relief before the Federal Trade Commission*,” [http://www.epic.org/privacy/ftc/google/epic\\_complaint.pdf](http://www.epic.org/privacy/ftc/google/epic_complaint.pdf), last visited on date: 2022/5/14.

<sup>70</sup> *Id.*, para. 7.

<sup>71</sup> *Id.*, paras. 56-59; James C. Cooper, “Antitrust & Privacy,” in: Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg (eds.), *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 1st ed., The Global Antitrust Institute, 1190 (2020).

<sup>72</sup> Alfonso Lamadrid & Sam Villiers, “Big Data, Privacy And Competition Law: Do Competition Authorities Know How To Do It?” *1(1) CPI Antitrust Chronicle*, 4 (2017).

<sup>73</sup> Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *supra* note 59, at 150-151.

「非數位市場」中典型的價格增加，然而隱私仍可得作為價格因素納入競爭執法分析架構<sup>74</sup>。

Patricia Lorenzo、Jorge Padilla 及 Alejandro Requejo 亦指出隱私仍可定性為「價格」，蓋消費者藉由多種方式實際獲取基於其自身資料所產生之價值：其一、諸多富有價值的服務如搜尋引擎、即時通訊或線上視訊服務等，大抵均免費提供予所有網路使用者，主因之一便是用戶以其個人資料作為對價；其二，藉由蒐集用戶個人資料，事業可了解用戶偏好，進而為用戶提供或開發更佳的产品與服務；其三、對特定市場如信貸市場或就業市場而言，獲取個人資料有助於減少市場摩擦並對消費者有利<sup>75</sup>。將隱私定性為價格，亦有助於闡明允許事業更多地蒐集、結合與利用資料的交易或商業行為，將提高消費者在相關服務所須支付的對價<sup>76</sup>。

### (3)以「非價格因素」納入競爭分析架構

#### a.僅關注價格存在盲點

就數位市場而言，以「價格」為中心的消費者福利標準漸有難以適用之情形，無法全盤掌握市場力量集中導致的競爭損害情形，也讓隱私可否出於「非經濟效率面向」以及作為「非價格因素」納入競爭執法架構，相關討論日益增加。

Lina Khan 指出美國國會制定反壟斷法的初衷係為了防止私人權力過度集中並保護市場。在二十世紀多數時間裡，執法者藉由「確保市場結構」此一方式促進開放與競爭，而非關注任何特定之結果<sup>77</sup>。惟當芝加哥學派（Chicago School）高揭「消費者福利」（consumer welfare）大纛，反壟斷法的實務操作開始側重於特定結果，亦即「消費者福祉」之判斷。近年受到矚目的新布蘭代斯學派（New Brandeis School）指出芝加哥學派將消費者福祉與競爭結果作為競爭執法的衡量標準，其結果係導致

<sup>74</sup> Cristina Caffarra, Gregory Crawford & Johnny Ryan, “The Antitrust Orthodoxy is Blind to Real Data Harms,” VoxEU (2021/4/22), <https://voxeu.org/content/antitrust-orthodoxy-blind-real-data-harms>, last visited on date: 2022/5/12.

<sup>75</sup> Patricia Lorenzo, Jorge Padilla & Alejandro Requejo, “Consumer Preferences for Personal Data Protection in Social Networks: A Choice Modelling Exercise,” *SSRN Working Paper*, 2 (2020), <https://ssrn.com/abstract=3716206> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3716206>, last visited on date: 2022/5/13.

<sup>76</sup> Cristina Caffarra, Gregory Crawford & Johnny Ryan, *supra* note 74.

<sup>77</sup> Lina Khan, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate,” *9(3) Journal of European Competition Law & Practice*, 131 (2018).



執法者未能清楚識別過度集中的市場力量所造成之諸多損害<sup>78</sup>。值得留意者，由美國眾議院所發布的「數位市場競爭調查報告」（Investigation of Competition in Digital Markets），亦指出當競爭法係以狹隘的消費者福利作為唯一目標，聯邦最高法院將競爭損害分析限縮於關注價格與產出而非競爭過程一事，無疑地違背了競爭法的發展歷史與立法原意<sup>79</sup>。

#### b. 隱私宜作為非價格因素並納為競爭分析判斷維度之一

現階段多數學者接受只消隱私可資認定屬於「品質基礎」的競爭判斷要素（element of quality-based competition），則競爭分析便應當考慮隱私一事<sup>80</sup>；析言之，當隱私作為非價格之「產品品質」（product quality）的構成要素時，隱私侵害行為即可能導致商品或服務品質的下降<sup>81</sup>。蓋競爭法所擬保護的消費者福利，不僅是透過價格，還包括基於「非價格因素」（element of non-price competition）加以保護，藉由對於品質此一概念的解釋，非價格因素得以納入隱私，從而認定競爭分析上應當涵蓋隱私此一因素<sup>82</sup>。

儘管過去幾十年競爭主管機關側重於對價格效應之關注，但就肇因於市場力量所引發的競爭問題而言，一個長期存在的隱憂則是「品質下降」對競爭分析產生之影響<sup>83</sup>。英國數位競爭專家小組（Digital Competition Expert Panel）2019年發布的「解鎖數位競爭：數位競爭專家小組報告」（Unlocking digital competition: Report from the Digital Competition Expert Panel），即指出儘管隱私問題並不在小組的直接審查範圍之內，但濫用消費者個人資料及損害隱私可得認為係缺乏競爭所導致的「品質低落」情形之指標，同時其也是事業實現與鞏固市場力量的一種方法，肯定隱私可作為品質（非價格）因素從而納入競爭執法架構<sup>84</sup>。

<sup>78</sup> *Id.* at 132.

<sup>79</sup> United States Congress, House of Representative & Committee on the Judiciary, *supra* note 41, at 391.

<sup>80</sup> Erika M. Douglas, “Monopolization Remedies and Data Privacy,” *24(2) Virginia Journal of Law and Technology*, 1, 25-26 (2020).

<sup>81</sup> Geoffrey A. Manne & Ben Sperry, *supra* note 43, at 2; Salil K. Mehra, “Data Privacy and Antitrust in Comparative Perspective,” *53 Cornell International Law Journal*, 135 (2020).

<sup>82</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 5, at 654; Frank Pasquale, “Privacy, Antitrust, and Power,” *20(4) George Mason Law Review*, 1009 (2013).

<sup>83</sup> Maurice E. Stucke, *supra* note 46, at 285.

<sup>84</sup> Digital Competition Expert Panel (UK), *supra* note 55, para. 1.128.

## 2. 關聯實務見解

### (1) 2016 年德、法競爭主管機關共同研究報告

德國聯邦卡特爾辦公室（Federal Cartel Office，下稱 FCO）向來認為資料隱私問題與競爭法並不存在互斥問題，FCO 與法國競爭管理局（Autorité de la concurrence）聯合發布的「競爭法與資料」（Competition Law and Data）研究報告，便明確表示「即使競爭法與資料保護法所揭櫫的目標有所不同，但不能僅根據競爭法的本質而將隱私保護問題排除於競爭法適用範疇之外」<sup>85</sup>；「當事業以個人資料作為其所提供的產品或服務之主要驅動元素，便可得自從競爭角度思考業者所揭櫫的隱私權政策是否有違競爭法」<sup>86</sup>。

### (2) 2019 年澳洲 ACCC 數位平臺調查最終報告

2017 年 12 月時任澳洲財政部長 Scott Morrison 要求澳洲競爭及消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission，下稱 ACCC）針對以搜索引擎、社交媒體平臺與數位內容集成平臺（digital content aggregation platforms）<sup>87</sup>為主的大型數位平臺進行調查，了解平臺業者對於媒體業及廣告服務市場之競爭產生的影響。ACCC 在廣泛調查後，於 2019 年 7 月發布「數位平臺調查最終報告」（Digital Platforms Inquiry - Final Report），並於報告中針對八大議題提出 23 項建議，帶動後續一系列相關討論、立/修法與執法活動<sup>88</sup>。

ACCC 表示當前蔚為主流的各類數位平臺，為消費者提供廣泛且有價值之服務，而相關企業經營者通常以「零貨幣成本」（zero monetary cost）方式，換取消費者對

---

<sup>85</sup> Autorité de la concurrence (FR) & Federal Cartel Office (DE), *Competition Law and Data*, 23 (2016).

<sup>86</sup> *Id.* at 23-24.

<sup>87</sup> 依據澳洲 ACCC 所作定義，數位內容集成平臺係指自不同來源蒐集資訊，進行整理與策劃後將之作為產品提供予消費者的網路中介平臺；用戶亦可得客製化、篩選或搜尋其集成結果。ACCC 指出新聞領域的集成平臺，亦即所謂的「新聞集成者」係最為相關的數位內容集成平臺型態，可見之例包括 Google News、Apple News 及 Flipboard。Australian Competition and Consumer Commission, *Digital Platforms Inquiry - Final Report*, 41 (2019).

<sup>88</sup> 諸如受到全球矚目的要求要求 Google、Facebook 等跨國平臺必須向澳洲當地新聞媒體支付費用，並在 2021 年 2 月通過「新聞媒體與數位平臺強制議價法」（News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code）等舉措，均係出於 ACCC 報告之調查成果與執法建議。

平臺的關注並獲取其個人資料<sup>89</sup>。儘管澳洲現行個人資料保護專法「隱私法」(The Privacy Act 1988)係處理個人資料蒐集、利用與揭露爭議的主要規範，但事業對於用戶個人資料之蒐集及利用機制，仍可能觸引澳洲競爭法對此一問題之適用與執法<sup>90</sup>。

網路使用者擁有每有不同的隱私偏好(privacy preferences)以及隱私保護意識水平，當所有的用戶均可獲得充分資訊並對其自身個人資料具備充足的控制權限時，用戶便可在知情的前提下作出符合其隱私偏好之選擇(informed choices)。然而當前數位平臺與用戶之間的互動關係，包括議價能力失衡(bargaining power imbalances)、資訊不對稱(information asymmetries)以及用戶難以正確估量提供個人資料所須付出之代價等，導致用戶並無法針對隱私保護作出睿智選擇<sup>91</sup>。

隱私／個人資料保護立法可以建立數位市場的信心，解決上述議價能力失衡與資訊不對稱等造成市場效率低下的問題根源。而強化隱私／個人資料保護立法，不僅可促使用戶對於如何處理其自身個人資料作出更為明智的選擇，亦有助於促進數位平臺之間在資料隱私層面之競爭，進而帶動數位平臺市場的成長與創新<sup>92</sup>。

### (3)2021年英國 CMA 與 ICO 聯合聲明

#### a.2020年7月英國 CMA 報告

英國競爭暨市場管理局(Competition and Markets Authority, 下稱 CMA)在2020年7月所發布的「網路平臺與數位廣告市場研究報告」(Online Platforms and Digital Advertising Market Study Final Report)中指出數位廣告市場占整體廣告市場半數以上，2019年英國數位廣告市場規模達到140億英鎊，其中80%出自Google與Facebook兩大平臺<sup>93</sup>。CMA除探究Google和Facebook於搜尋引擎與社交媒體領域所具有的市場支配力，以及消費者在相關平臺使用上對其個人資料是否具備充分的控制權

<sup>89</sup> 數位平臺調查最終報告指出 ACCC 著手調查時，澳洲總人口約為2,500萬人，而每月約有1,920萬人使用Google搜尋服務、1,760萬人觀看YouTube平臺影片、1,730萬人使用Facebook，並有1,120萬人使用Instagram。Australian Competition and Consumer Commission, *supra* note 87, at 6, 65, 77.

<sup>90</sup> *Id.* at 374-375.

<sup>91</sup> *Id.* at 374, 382.

<sup>92</sup> *Id.* at 374, 454-455.

<sup>93</sup> Competition and Markets Authority, *Online Platforms and Digital Advertising Market Study Final Report*, paras. 9 & 16 (2020).

外，同時探討在缺乏透明度的前提下，相關市場力量的運用是否將破壞數位廣告市場的競爭秩序。

CMA 研究指出「有限的選擇與競爭 (limited choice and competition) 將導致人們無法控制個人隱私資料的使用方式，並且可能在簽署平臺使用條款時面臨『接受或滾蛋』 (take it or leave it) 抉擇。對多數人而言，此一狀況無異於其必須向平臺提供更多的個人資料」<sup>94</sup>。企業運用使用者條款迫使消費者提供更多的個人資料，而消費者卻無法有效控制與管理企業所獲取的數據。在可得精準掌握消費者行為並轉換為投資報酬率 (Return on Investment, ROI) 的誘因下，可能導致平臺提高網路廣告費用，而仰賴廣告行銷的企業 (廣告主) 則透過提高自身產品和服務的價格，將相關費用轉嫁予消費者。

CMA 發現包括競爭法、消費者保護法與個人資料保護法等現有的法規均無法有效監管複雜的數位廣告市場；對此，CMA 建議應當推動「專業監管制度改革」 (pro-competition regulatory regime)，以期合理且有效地監管藉由數位廣告獲利的主要平臺業者之行為<sup>95</sup>。

#### b. 2021 年 5 月 CMA 與 ICO 聯合聲明

繼 2020 年報告開始討論競爭與隱私保護互動問題，英國 CMA 在 2021 年 5 月進一步與英國隱私保護主管機關：資訊專員辦公室 (Information Commissioner's Office, 下稱 ICO) 發布聯合聲明 (Competition and Data Protection in Digital Markets: A Joint Statement between the CMA and the ICO)<sup>96</sup>，討論及說明「產業競爭」與「隱私保護」兩者在當前數位市場下之關係。

CMA 與 ICO 指出其首要目標係促進與支持市場競爭，並透過強化消費者選擇、透明度與服務設計 (service design) 保護消費者個人隱私；而實現前揭目標的最佳方式便是加強兩個單位之間的協同作用，預測並解決所出現的緊張局勢<sup>97</sup>。聯合聲明闡述了 CMA 與 ICO 針對競爭與隱私保護之間關係的共同觀點，包括：

<sup>94</sup> *Id.*, para. 13.

<sup>95</sup> *Id.*, paras. 73, 107.

<sup>96</sup> CMA & ICO, "Competition and Data Protection in Digital Markets: A Joint Statement between the CMA and the ICO," ICO (2021/5/19), <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2619797/cma-ico-public-statement-20210518.pdf>, last visited on date: 2021/12/15.

<sup>97</sup> *Id.*, para. 4.

- 1、包括個人資料在內的相關數據，在數位經濟發揮了重要作用<sup>98</sup>；
- 2、競爭與隱私保護兩者之間存在著「協同效應」（synergies）<sup>99</sup>；
- 3、競爭主管機關與隱私保護主管機關應合作以及克服彼此之間可能出現的緊張關係，並建立必要之合作機制<sup>100</sup>。

CMA 與 ICO 指出儘管競爭法與隱私保護各自的目標，在若干情事下被認定處於對立狀況，但 CMA 與 ICO 並不同意此一見解，其認為無論競爭法抑或隱私法的政策目標均具備根本的「協同作用」，基此，因此即使實務運作上兩者可能會出現緊張局勢，但相關問題仍可得克服<sup>101</sup>。在善用監管措施之前提下，競爭與隱私保護兩者之間事實上存在的強大的協同效應<sup>102</sup>。

聯合聲明指出，CMA 與 ICO 將繼續確保針對英國數位經濟的發展，兩者的目標將高度一致及互補。推動更具競爭性的市場可望成為消費者最為重視之議題，其中包括強化隱私並使個人可得有效控制自身資料。CMA 與 ICO 認為透過「用戶選擇與控制」（user choice and control）<sup>103</sup>、「明確的法規與標準」（clear regulation and standards）<sup>104</sup>以及「資料關聯干預措施」（data-related interventions）<sup>105</sup>，可望促進積極的競爭結果。另一方面，透過適當與針對性的監管舉措，亦可望運用競爭產生的壓力，激勵事業投入用戶保護以及與之相應之創新<sup>106</sup>。

---

<sup>98</sup> *Id.*, paras. 8-9, 12-15, 85.

<sup>99</sup> *Id.*, paras. 47, 49, 84.

<sup>100</sup> *Id.*, paras. 88, 106.

<sup>101</sup> *Id.*, para. 47.

<sup>102</sup> *Id.*, para. 49.

<sup>103</sup> *Id.*, paras. 50-59.

<sup>104</sup> *Id.*, paras. 60-63.

<sup>105</sup> *Id.*, paras. 64-67.

<sup>106</sup> *Id.*, para. 105. 另有論者指出儘管聯合聲明闡述了英國競爭與隱私保護主管機關針對彼此之間的合作之明確承諾，但反面而論，聯合聲明事實上並未對大量處理個人資料的事業提供實質性實務操作建議，Proskauer Rose LLP, “Competition and Data Protection in Digital Markets: UK’s CMA-ICO Joint Statement on Competition and Data Protection Law,” *National Law Review* (2021/5/26), <https://www.natlawreview.com/article/competition-and-data-protection-digital-markets-uk-s-cma-ico-joint-statement>, last visited on date: 2021/12/15.

#### (4)美國 FTC 及司法部有關觀點

FTC 在 Google/DoubleClick 結合案審查中對競爭執法應否納入隱私一事持保留看法，時任 FTC 委員 Pamela Jones Harbour 在其不同意見書中則持肯定觀點<sup>107</sup>。Harbour 指出考量現有的網路效應，以及事業結合後所將產生的額外網路效應，Google 與 DoubleClick 兩者的結合將深遠影響整個線上廣告市場；特別是此一交易行為不僅將結合兩家事業的產品與服務，還將結合兩者保有的巨量網路消費者行為數據<sup>108</sup>。

Harbour 認為 FTC 所具備的獨特地位，使其可得同時自競爭與消費者保護角度評估數據合併產生之影響，針對本案中出現的數據合併（data mergers）情形，Harbour 擔憂其將會被歸入 FTC 的消費者保護事務項下，而無法獲得反壟斷負責人員的充分重視<sup>109</sup>。Google 與 DoubleClick 的結合引發諸多隱私問題，然而傳統競爭分析並未能掌握所有利害關係人的利益，從而有必要思考使隱私在競爭執法下可得被識別（cognizable）的理論，並將隱私問題納為競爭執法分析之一部<sup>110</sup>。

美國司法部亦曾在 2019 年指出價格效應並無法描繪出完整的市場動態，特別是對價格為零的數位市場而言尤為如此；此外，品質的下降也對競爭造成傷害，而隱私無疑是品質的重要面向之一，藉由保護競爭可得對隱私與資料保護帶來正面影響<sup>111</sup>。

### （三）隱私納入競爭分析架構之具體判斷標準

#### 1. 隱私尚無直接構成相關市場之例，可見討論聚焦市場力量判斷層面

在限制競爭行為規範討論及適用上，首要步驟便是「相關市場」（relevant market）的界定，必須先確認事業提供或需求的商品或服務之相關市場，甫能進而評估為該

<sup>107</sup> Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170 (Dec. 20, 2007).

<sup>108</sup> *Id.* at 4.

<sup>109</sup> *Id.* at 9.

<sup>110</sup> *Id.* at 10.

<sup>111</sup> U.S. Department of Justice, “Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Remarks for the Antitrust New Frontiers Conference,” Department of Justice (2019/7/29), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-antitrust-new-frontiers>, last visited on date: 2021/11/6.

限制競爭行為的事業在該相關市場之市場力量（支配地位），以及其行為是否足以對相關市場的競爭產生減損、阻礙或排擠之效果。而相關市場的認定主要係考量特定產品或服務的需求與供給之替代性，亦即所謂的時間因素，一般而言係透過「特定產品市場」(relevant product market)與「特定地理市場」(relevant geographic market)二項指標進行判斷。

在主要國家實務運作上，已有將「用戶個人資料」視作商品之例，諸如討論美國三大個人信用報告機構（credit scoring firm）<sup>112</sup>是否存在反壟斷之嫌的 *Fair Isaac Corp. v. Experian Information Solutions, Inc.*<sup>113</sup>一案中，論者指出聯邦明尼蘇達地區法院在本案中係將消費者個人資料界定為「商業性商品」（data as a commercial good）<sup>114</sup>。儘管相關市場界定上最常使用的假設性獨占者測試法已有就零價格與品質衡量需求所發展的修正標準<sup>115</sup>，然而消費者個人資料作為產品概念時，多係強調資料本身的商業價值與可用性，與強調保護面向的隱私仍有所不同。現時實務相關案例尚無將隱私直接界定為相關市場之例，多係在確定相關市場後，於市場力量層面討論隱私此一因素以及其對於該等市場具體產生之影響。

另一方面，隱私保護受到重視直接帶動關聯立法的制定與規範密度之提升，國際上也開始出現諸如「個人資料管理體系」（Personal Information Management System，下稱 PIMS）等衍生概念。歐盟將 PIMS 定義為可助益資料當事人更為有效地管控個人資料受到蒐集與共享之技術與關聯產業生態系(ecosystem)<sup>116</sup>；同時 PIMS 也可以作為一項服務，提供予願意採用立於隱私友善（privacy-friendly）概念之交互

---

<sup>112</sup> 美國三大個人信用報告機構分別為 TransUnion、Experian 及 Equifax。

<sup>113</sup> *Fair Isaac Corp. v. Experian Information Solutions, Inc.*, 645 F. Supp. 2d 734 (D. Minn. 2009).

<sup>114</sup> Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *supra* note 59, at 145.

<sup>115</sup> 假設性獨占者測試法 (Hypothetical Monopolist Test, HMT) 使用的 SSNIP 法則較適合界定以「實體商品」為主的相關市場，而較不適合具創新特質的產業，特別是事業係以品質而非價格作為主要競爭手段之相關市場，實務上也發展上微幅但顯著之非暫時性品質減損之 SSNDQ 法則。J. Gregory Sidak & David J. Teece, "Dynamic Competition in Antitrust Law," *5(4) Journal of Competition Law & Economics*, 610 (2009).

<sup>116</sup> European Data Protection Supervisor, *Opinion 9/2016 EDPS Opinion on Personal Information Management Systems*, 3 (2016).

方式，改善向客戶所提供的服務之事業或其他組織<sup>117</sup>。析言之，隱私／個人資料保護似有逐步形成相關市場（產品市場）之勢<sup>118</sup>。

## 2. 隱私以價格因素納入競爭判斷或有欠妥適

競爭執法上究應如何衡量隱私，不乏論者主張隱私仍可定性為「價格」並適用競爭法固有判斷標準。資料為金及資料作為新能源等概念讓人們意識個人資料蘊含的商業價值，也讓「隱私／個人資料有價」受到普遍肯定。然除了消費者對於隱私保護的重視程度以及願意為隱私所付出的費用，現階段未臻明確外，在用戶自身狀況每有不同之下，隱私的重要性與具體反映之價值也因為用戶所處國家或地域而產生差異<sup>119</sup>。

經濟合作暨發展組織（Organisation for Economic Cooperation and Development，下稱 OECD）曾嘗試制定資料（數據）的分類法則（taxonomy）並希望藉此助益資料價值的估算，從經濟社會維度資料可區分為「個人資料與非個人資料」以及「開放性資料與封閉性資料」，從技術角度則可區分為「用戶產製資料與機器生成資料」<sup>120</sup>。就隱私／個人資料而言，縱使可得精準梳理事業所保有的所有數據，並依據個人資料保護立法所作定義將之區分為個人資料與非個人資料兩者，然無論是個資抑或非個資，OECD 指出仍難以以標準化方式衡量當中的開放性資料與封閉性資料之具體價值<sup>121</sup>。在資料本身的概念範疇、分類與評估機制咸言人人殊之下，將隱私／個人資料逕以價格因素納入競爭分析架構，恐有欠妥適並易於引發認定上之爭議。

<sup>117</sup> *Id.* at 12.

<sup>118</sup> 公平交易委員會於 2022 年 2 月發布的「數位經濟與競爭政策白皮書（初稿）」中指出「基於隱私內涵的多元與主觀性，以及隱私保護的必要性與其程度高低在不同平臺使用者間具有高度差異性，競爭法主管機關是否有可能界定出一個類似『隱私保護服務』的相關市場，並據以衡量結合對該服務市場的單方效果或共同效果，似仍存在著相當高的執法難度有待克服」。公平交易委員會，「數位經濟與競爭政策白皮書（初稿）」，126（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/2b6494c2-72ba-429b-80a5-aec47005dcf1.pdf>，最後瀏覽日期：2022/4/22。

<sup>119</sup> Andrew J. Heimert, *Privacy Policies and Competition Law*, Asian Competition Forum, 2-3 (2018). 儘管隱私價值尚難具體衡量，Heimert 同時指出歐盟因具備嚴謹的個人資料保護法制政策，彰顯歐盟對於隱私保護的重視，也讓個人資料在歐盟看似具備較高的價值。

<sup>120</sup> OECD, “Measuring the Economic Value of Data and Data Flows: A Business Perspective,” 297 *OECD Digital Economy Papers*, 19 (2020).

<sup>121</sup> *Id.* at 20.



### 3. 隱私作為非價格（品質）因素之衡量基準

#### (1) 實證研究闕如成為重大阻礙

當肇因隱私保護問題涉及反競爭爭端時，隱私可得視為「非價格競爭因素」（element of non-price competition）已漸獲肯定，Katharine Kemp 等論者強調欠缺明確或可量化之價格，並不意味消費者所受損害即不存在或不真實，然在「貨幣價格為零」市場中，隱私對市場競爭產生的影響也往往難以量化，對此，競爭主管機關或有必要思考及發展對應此一新興品質因素（隱私保護）所生影響的分析工具<sup>122</sup>。對此，James C. Cooper 指出當前所面臨的難題，當在於競爭法實務操作有關隱私保護的實證資料呈現闕如狀態，導致競爭主管機關事實上難以正確評估當隱私作為品質因素納入競爭分析架構，其複雜程度以及具體所生影響為何<sup>123</sup>。

#### (2) 判斷標準相關討論

##### a. 參考其他非價格因素之操作經驗

相較於價格等可得量化的指標，劃歸品質因素的隱私往往更難以評估，同時在任何個案中針對隱私所作評估得出的答案，可能均難脫模稜兩可之嫌<sup>124</sup>。當隱私作為品質維度納入競爭分析時，可思考過往針對其他非價格競爭因素之討論與實務操作經驗有無可參酌之處。蓋非價格競爭因素並非全新的概念，美國司法部及 FTC 在 2010 年共同發布的「水平結合處理原則」（Horizontal Merger Guidelines）便曾指出「經過強化的市場力量亦可表現於對客戶產生不利影響之非價格條款與條件之中，包括產品品質降低、產品種類減少、服務減少或創新減少」<sup>125</sup>。

---

<sup>122</sup> Katharine Kemp, *supra* note 62, at 666; Stigler Center & the University of Chicago, *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, 31 (2019).

<sup>123</sup> James C. Cooper, *supra* note 71, at 1222.

<sup>124</sup> Andrew J. Heimert, *supra* note 119, at 3.

<sup>125</sup> Enhanced market power can also be manifested in non-price terms and conditions that adversely affect customers, including reduced product quality, reduced product variety, reduced service, or diminished innovation. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, Sec. 1.

### b.以損害與利益之間的「比例關係」作為評估標準

論者如 Salil K. Mehra 及 Katharine Kemp 表示對未有明確對價或貨幣價格為零市場之衍生爭端，考慮價格之外且實際影響競爭的其他評量面向即至關重要，包括創新與所提供服務之品質<sup>126</sup>。Erika M. Douglas 進一步主張當隱私保護視為品質因素，競爭主管機關除應思考如何妥適劃定隱私利益的範疇，並可就肇因隱私所生的損害與因此所獲致之利益，以兩者之間的比例關係（proportionality）進行評估<sup>127</sup>。

### c.其他併同考量事項

在競爭法與隱私法產生交錯，將隱私納入競爭執法分析時，此時亦應避免所謂的「競爭至上」或「競爭優先」（competition first）思維。由於隱私／個人資料保護法相較於競爭法，屬於新興法律領域，同時隱私侵害等概念的法律定義存在未臻明確之虞，連帶造成當隱私侵害行為所造成的損害欠缺充足證據支撐時，法院便可能選擇相形較易證明的競爭損害進行處理<sup>128</sup>，使得隱私本身在競爭法與隱私法兩者進行利益權衡時，顯得無足輕重<sup>129</sup>。

各該主管機關應立於平等觀點，充分考量競爭法與隱私法兩者各自表徵的利益並加以權衡及判斷<sup>130</sup>。而前揭方法的實際應用，仰賴主管機關及法院深入探究競爭法與隱私法之利益強度，若隱私被過度擴展或解釋，從而超出其適當範圍，將干擾事業透過資料的合法利用進行競爭，並減損消費者可得獲取之利益，諸如免費與客製化的數位服務。另面而論，若競爭法或競爭政策逾越應有邊界，以促進競爭之名損害合法的隱私保護措施，亦可能對消費者造成重大損害<sup>131</sup>。

## （四）小結

<sup>126</sup> Katharine Kemp, *supra* note 62, at 665; Salil K. Mehra, *supra* note 81, at 136.

<sup>127</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 80, at 84.

<sup>128</sup> 諸如 *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.* 一案中，第九巡迴法院表示 LinkedIn 聲稱其用戶對於平臺上的自身個人資料與保護設定享有隱私利益，但 LinkedIn 對此卻僅提供了「極少證據」佐證其主張。最終法院認定即使用戶對 LinkedIn 平臺上的資料享有隱私權，相關利益仍不足以超過 hiQ 繼續其業務之利益。 *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 938 F.3d 985, 994-95 (9th Cir. 2019).

<sup>129</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 5, at 679-680.

<sup>130</sup> *Id.* at 680-681.

<sup>131</sup> *Id.* at 682.

有關隱私保護應否納入競爭執法架構，James C. Cooper 表示 2007 年美國 FTC Google/DoubleClick 結合案審查案係全球首次論及此一議題<sup>132</sup>，惟歐盟法院在 2006 年 C-238/05 Asnef-Equifax 一案中便曾就此一問題表示意見。而早期無論是實務見解抑或學說討論，大抵對隱私應否納入競爭執法分析一事採取否定見解，論點則包括隱私與競爭分屬不同法律領域且目標有別，以及納入隱私恐將對競爭法消費者福利標準之適用產生衝突。

但就近期發展而言，「隱私保護對市場競爭產生影響」以及「隱私應納入競爭分析架構」逐漸成為各界共識。學理上提出三種納入的可能依據，包括：1、隱私作為基本權利應直接納入競爭法；2、隱私仍有定性為「價格」之可能並按固有標準納入競爭法；及 3、以「非價格因素」納入競爭分析架構。現時以非價格因素觀點最獲青睞，美國、歐盟及澳洲競爭主管機關所發布的報告中均提出相近見解。

並非所有涉及隱私問題的實務爭端，都必然涉及競爭，必須與用戶個人資料（隱私保護）有關的事業活動實質牽動市場競爭，甫有討論兩者之間的邊界與適用課題之必要性。消費者個人資料作為產品概念時，側重數據本身的商業價值與可用性，與強調保護面向的隱私仍有所不同；現時實務可見案例尚無將隱私直接界定為相關市場之例，多係在確定相關市場後，於市場力量層面討論應否考量隱私此一因素。在隱私視為非價格（品質）因素之前提下，論者指出當前實證研究闕如成為其具體判斷標準建立上的重大阻礙，為避免隱私納入競爭判斷難脫模稜兩可之譏，除可參考歷來其他非價格因素的操作經驗，亦有以肇因隱私所生損害與因此所獲致的利益之「比例關係」作為評估標準之建議。

## 四、隱私納入競爭判斷之關聯重要議題

### （一）利益衡量後之可能處理機制

#### 1. 正當商業理由（隱私利益大於競爭利益）

##### （1）合理性原則與正當商業理由

<sup>132</sup> James C. Cooper, *supra* note 71, at 1189.

美國最高法院在 *Standard Oil Co. of New Jersey v. United State* 一案<sup>133</sup>中樹立了「合理性原則」(Rule of Reason)，針對休曼法(Sherman Act)之適用，若系爭事業行為對於整體經濟效率帶來正面幫助，同時其所產生的社會福利大於消費者所遭受之損失時，可得視為合理行為；析言之，惟有事業所從事的行為之效果，係不合理地限制商業時甫認定屬於非法<sup>134</sup>。

基於合理原則，當事業被控違反休曼法相關規定(以第 1 條與第 2 條為主)，同時原告提出事業從事反競爭行為的初步證據，被告可藉由證明其對於受指控的反競爭行為具備「商業理由」(business justification)作為抗辯。如果被告可得提出有效的商業理由，則法院通常會認定事業並不存在違法之情況<sup>135</sup>。

## (2) 隱私保護可否視為正當商業理由，尚待驗證

論者指出前揭 hiQ Labs, Inc. 案以及 Tile 投訴 Apple 案等新興實務案例，顯然並不符合「競爭與隱私保護」兩者具互補性之論述模式<sup>136</sup>。在「非互補性」之前提下，可資關注之處在於能否舉隱私保護作為反競爭問題判斷上的有效「商業理由」，對此，現階段無論是學界抑或實務尚無定論<sup>137</sup>。

由於分離主義認為競爭與隱私保護兩者並無交集，自然而然並無上述判斷課題存在的可能性。另就認同競爭與隱私保護存在交互可能性的整合主義而言，的確可能因事業表明其用以保障用戶隱私的舉措確實改善了消費者福利，從而隱私保護可得視為反競爭問題判斷上可被接受的有效商業理由<sup>138</sup>。

值得注意的是在 2021 年 9 月作成的 *Epic Games v. Apple Inc.* 案判決<sup>139</sup>，Apple 因強制下架「要塞英雄」(Fortnite) 遊戲 App 而遭到 Epic Games 提訴控告其行為構成

<sup>133</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

<sup>134</sup> James T. Halverson & Brian J. Telpner (Steptoe & Johnson LLP), "Making Sense of Sherman Act Section 2 in the High-Tech Economy," 15, <https://www.steptoec.com/images/content/1/9/v1/194/25.pdf>, last visited on date: 2021/11/14.

<sup>135</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001); *LePage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141, 152 (3d Cir. 2003).

<sup>136</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 5, at 667.

<sup>137</sup> *Id.*

<sup>138</sup> *Id.*

<sup>139</sup> *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, No. 4:20-cv-05640-YGR (N.D. Cal. Sep. 10, 2021).

反競爭<sup>140</sup>，而 Apple 便以「安全（包含隱私）」作為抗辯 Epic Games 指控的正當商業理由之一<sup>141</sup>。儘管承審法官 Yvonne Gonzalez Rogers 認同 Apple iOS Store 針對在其平臺發行 App 及支付處理所設下的限制，的確存在著反競爭效果，但其亦認同 Apple 高揭隱私與安全無疑是 Apple 的競爭優勢，Apple 所採行的人工審查（human review）等機制，具備防止欺詐及隱私侵犯等純技術措施（purely technical measures）所未能達到的水平，助益 Apple 在 iOS 提供安全與值得信賴的用戶體驗，從而安全可得視為 Apple 限制平臺上 App 發行的「有效且非藉口之商業理由」（valid and nonpretextual business reason）<sup>142</sup>。

## 2. 矯正措施（競爭利益大於隱私利益）

### (1) 以可得「近用隱私資料」作為促進競爭之「矯正措施」

在競爭執法與隱私保護兩者之間的分界與互動關係未臻明確之下，國際組織及競爭主管機關所作研究指出或可採用「矯正措施」（antitrust remedies）作為解決方案，諸如強制事業開放其用戶資料的近用權限（access）或要求進行披露，以此作為恢復網路環境競爭的手段<sup>143</sup>。而近年針對大型數位平臺所提起的訴訟，特別是訴求壟斷問題者，亦有以「行為面矯正措施」（behavioral remedies）<sup>144</sup>、允許競爭對手

<sup>140</sup> 知名遊戲業者 Epic Games 有感於其在 Apple iOS Store 上架的遊戲 App，均必須使用 Apple 提供的付費機制，同時 Apple 對每筆交易將抽取 30% 收入，爰修改其最受歡迎的遊戲「要塞英雄」之設計，使玩家得以在遊戲中直接付費，繞過 Apple 原有的付費機制。Apple 發現前揭情事後將要塞英雄 App 自 iOS Store 下架，Epic Games 旋即對 Apple 提起反壟斷訴訟，Apple 則抗辯表示 Epic Games 故意違反兩者之間的契約條款。

<sup>141</sup> 針對壟斷指控，Apple 合計提出三項正當商業理由，包括：安全、品牌內競爭（intra-brand competition）與保護智慧財產權投資，闡述其行為係有利於競爭，而非反競爭。

<sup>142</sup> Epic Games, Inc. v. Apple Inc., No. 4:20-cv-05640-YGR (N.D. Cal. Sep. 10, 2021).

<sup>143</sup> OECD, *Consumer Data Rights and Competition - Background note*, DAF/COMP(2020)1, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, para. 78 (2020); Federal Trade Commission, *US Federal Trade Commission Hearing on Competition and Consumer Protection in the 21st Century*, 96-97, 128-29 (2018); Digital Competition Expert Panel (UK), *supra* note 55, para. 2.81.

<sup>144</sup> 論者指出歸納主要國家競爭主管機關之執法經驗，矯正措施可區分為「結構面」（structural）與「行為面」（behavioral）兩大類型。結構面矯正措施指主管機關以調整市場結構的方式，預防可能出現之反競爭效果；而行為面矯正措施，則是從消費禁止事業所得從事之競爭行為，或要求事業積極採取具降低或排除競爭疑慮之特定行為。參陳志民、陳和全，「『結合矯正措施』制度之一項功能性導向的理解架構」，*公平交易季刊*，第 21 卷第 1 期，5-6（2013）。

獲取平臺用戶資料進行處理之趨勢<sup>145</sup>。另有論者指出資料集中於特定事業的「資料聚合」(data aggregation)情形，將產生近似網絡效應之效果，構築市場進入障礙並阻礙創新，而強制資料共享(mandated data sharing)或有助於解決前揭負面現象從而強化競爭監管<sup>146</sup>。

儘管過往科技公司所涉及的反競爭執法案件中，不乏強制事業披露特定資料之例，諸如 *United States v. Microsoft Corp.* 一案中，法院要求微軟公司應公開應用程式介面(Application Programming Interface, API)暨關聯資料<sup>147</sup>，而 FTC 針對中央處理器壟斷問題與 Intel 達成的和解協議中，也包括 Intel 後續必須揭露其晶片介面(chip interfaces)之設計資料<sup>148</sup>。然而相關資料披露前例，系爭資料事實上均屬於「非個人資料」。Yafit Lev-Aretz 及 Katherine J. Strandburg 另指出當數位平臺競爭逐步聚焦於消費者隱私資料時，若競爭主管機關及法院仍考慮採行矯正措施、以強制事業披露資料方式恢復市場上之競爭，在系爭資料涉及用戶個資之下，該等矯正措施的運用即應考慮以取得相關資料當事人之同意作為前提<sup>149</sup>。

## (2)此一作法之合適性與界線

贊同前揭作法者，認為相較於隱私法大抵僅能對事業處以罰款，採行競爭法矯正措施、藉由事業之行為承諾(behavioral commitments)解決問題或為更佳之方式，特別是矯正措施具靈活性，除與相關利害關係人進行溝通，亦可對應市場後續變化進行調整<sup>150</sup>。此外，矯正措施可創造「非對稱」(asymmetry)的監管結果，針對具市場主導性地位的事業施加嚴格條件，從而助益新加入事業進入市場；惟隱私法的機制設計，無論是居主導性地位的事業抑或甫加入者，均面臨相同的負擔，從而難以解決肇因隱私爭議產生的市場失靈(market failures)問題<sup>151</sup>。

<sup>145</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 5, at 654, 668.

<sup>146</sup> Yafit Lev-Aretz & Katherine J. Strandburg, "Privacy Regulation and Innovation Policy," *22 Yale Journal of Law and Technology*, 315-316 (2020).

<sup>147</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 46 (D.C. Cir. 2001).

<sup>148</sup> *Intel Corp.*, 150 F.T.C. 420, 455-484 (2010).

<sup>149</sup> 論者指出長期而論，當事人同意並不是解決矯正措施(資料披露)與隱私保護之間可能存在緊張關係的合宜解決方案，Erika M. Douglas, *supra* note 80, at 80-86.

<sup>150</sup> Marco Botta & Klaus Wiedemann, *supra* note 57, at 445.

<sup>151</sup> *Id.* at 445-446.

另有論者表示在競爭法與隱私法互動問題處理上，是否採取「矯正措施」應當採取謹慎態度。蓋就限制競爭行為規範討論及適用而言，首要步驟便是「相關市場」之界定，而相關市場範疇的具體判斷，除須考量對特定產品或服務的需求與供給之替代性，一般而言係透過「相關產品市場」（*relevant product market*）與「相關地理市場」（*relevant geographic market*）二項指標進行判斷。然近年涉及隱私保護問題的競爭執法案例，諸如隱私爭議問題纏身的 Facebook，事實上係壟斷多個並不符合「市場」標準定義的非競爭性產品（*noncompeting products*）<sup>152</sup>；而競爭法不應破壞一個利基設計（*profitable design*）所產生之價值，相較於具危險性的補救措施如分拆，應可考量其他替代方案，諸如強制互通（*compelled interoperability*）、禁止反競爭行為或針對結合採取更為嚴格的禁止立場<sup>153</sup>。

英國 CMA 及 ICO 在其 2021 年 6 月發布的聯合聲明中則指出立於「個人資料近用」（*access to personal data*）基礎的矯正措施可能造成競爭法與隱私法之間的緊張關係<sup>154</sup>。如果將「可得近用個人資料」列入矯正措施之範疇，則其設計方式必須符合個人資料保護立法<sup>155</sup>。CMA 及 ICO 強調數據的本質屬於「非競爭性」，而共享個人資料所需的邊際成本（*marginal cost*）事實上極低，因此合理的資料共享可以創造顯著的效率，並使得整體社會均從中受益<sup>156</sup>。然而開放資料近用易於造成競爭法與隱私法之衝突，應立於公平、合比例及符合法律規範要求的前提下促進資料共享<sup>157</sup>。

值得留意者，歐盟甫通過的數位市場法（*Digital Markets Act*，下稱 DMA）將「互通/交互操作」（*interoperability*）納為矯正措施<sup>158</sup>。為確保數位市場的公平競爭，新法責成守門人（*gatekeepers*）應確保於平等條件下允許服務提供者與硬體提供者得免費地與作業系統或虛擬助手所近用或控制的硬體與軟體進行有效之交互操作<sup>159</sup>。

Björn Lundqvist 在 DMA 研擬階段即指出由於「作業系統、硬體或軟體」等概念涵蓋

---

<sup>152</sup> Herbert Hovenkamp, "Identifying the Market In the Facebook Antitrust Case," ProMarket (2021/4/27), <https://promarket.org/2021/04/27/cluster-market-ftc-facebook-antitrust-case/>, last visited on date: 2021/11/20.

<sup>153</sup> *Id.*

<sup>154</sup> CMA & ICO, *supra* note 49, para. 73.

<sup>155</sup> *Id.*, para. 71.

<sup>156</sup> *Id.*, para. 72.

<sup>157</sup> *Id.*, paras. 73, 75.

<sup>158</sup> DMA Recital 55.

<sup>159</sup> DMA Art. 6(7).

資料（數據），使得 DMA 互通規定無可避免地將涉及隱私保護，基此，DMA 實務操作應當將隱私保護納為其整體監管機制之一環<sup>160</sup>。

## （二）隱私保護與促進競爭之間是否存在「非互補性」關係？

### 1. 異於過往討論基礎之案例

#### （1）投入隱私保護之誘因轉變與影響

Rebecca Haw Allensworth 觀察當前的平臺經濟，指出長期而穩定的平臺主導地位意味著帶來技術飛躍成長的「熊彼德式創新」（Schumpeterian Innovation）恐將不復存在，由於消費者福利相當程度取決於數位平臺的內部創新激勵，在真正競爭闕如之下，便可能大幅削弱事業投入創新之誘因<sup>161</sup>。Pamela Jones Harbour 等論者亦指出當競爭對手過小，居主導地位的事業便可能欠缺投資隱私保護的動力，而消費者在別無選擇下亦只能使用居主導地位的平臺，並對事業所提供、品質相形低下的隱私保護具備更高的容忍度（tolerance）<sup>162</sup>。

在數位平臺與資料驅動經濟當道下，當競爭法與隱私法兩者之間的競合問題開始受到關注，有關隱私保護應否納入競爭分析架構之討論，大抵立於事業的反競爭行為往往伴隨著事業對於用戶個人資料之不當蒐集或利用。然隨著隱私保護意識的提升與主要國家持續強化個人資料保護法制，除促使科技巨擘在內的各個事業正視用戶隱私保护的必要性外，實務上亦開始出現著眼隱私保護目的所引發的反競爭爭端，並非過往常見之隱私侵害情事。

#### （2）近期科技巨擘相關案例

##### a. Apple 強化 iOS 隱私設置

---

<sup>160</sup> Björn Lundqvist, “The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?” *52 International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 240-41 (2021); Cristina Caffarra, Gregory Crawford & Johnny Ryan, *supra* note 74.

<sup>161</sup> Rebecca Haw Allensworth, “Antitrust’s High-Tech Exceptionalism,” *130 Yale Law Journal Forum*, 589-590 (2021).

<sup>162</sup> 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*, 785 (2010); D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, “Antitrust and Regulating Big Data,” *23(5) George Mason Law Review*, 1144-1145 (2016).



以藍牙追蹤裝置為世人所知的 Tile 公司<sup>163</sup>於 2020 年 6 月向歐盟指控蘋果 (Apple) 公司挾其平臺優勢，在 iOS 隱私政策調整後，強制任何安裝於 Apple 設備上的應用程式，若涉有追蹤定位功能之使用，應將此一功能「預設關閉」(off by default)，此舉無疑地增加 Apple 相近產品 Find My 的競爭能力，從而擠壓其他業者之合作與發展機會。而隨著蘋果 (Apple) 在 2021 年推出市場喧囂已久的藍牙追蹤器：AirTag，Tile 再次於 2021 年 5 月美國參議院反托拉斯聽證會上表達 Apple 從事反競爭行為之嫌<sup>164</sup>。

針對 Tile 的指控，Apple 回應指出 Apple 裝置上的 Find My 功能推出時間已逾十年，早於 Tile 成立的時間點 (2012 年)；同時 Tile 擁有九成藍牙追蹤裝置市占率，AirTag 能否追上 Tile 仍屬未定。而在 AirTag 正式推出前，Apple 已向第三方開放其 Find My 應用程式的訪問與應用權限<sup>165</sup>，並與 Chipolo ONE Spot 等市場競爭對手合作，均足以證明 Apple 讓 iPhone 上其他與 AirTag 存在競爭可能性的產品，均處於相同之地位<sup>166</sup>。

此外，Apple 在 2021 年 4 月變更其 iOS 14 系統之「廣告識別碼」(Identifier for Advertisers, 下稱 IDFA) 隱私設定，將 IDFA 由「預設開啟」(on by default) 模式，調整為「詢問並經用戶同意後開啟」(opt-in) 模式；在事前詢問且使用者具有選擇權下，多數用戶都將選擇關閉 IDFA。儘管此舉有助於提升用戶隱私保護，由於 IDFA 在行動廣告 (客製化廣告) 市場居關鍵地位，IDFA 不復可用也對整個廣告生態系產生重大影響，旋即面臨媒體業及廣告業所提出的反競爭投訴<sup>167</sup>。

<sup>163</sup> 使用者可透用手機上的 Tile 應用程式，追蹤安裝 Tile 產品的個人隨身重要物件，諸如錢包、鑰匙及自行車等。若遺失物件並不在用戶行動裝置的藍牙感應範圍之內，用戶亦可以透過 Tile 應用程式中的「尋找網絡」(finding network) 功能尋找其遺失物。

<sup>164</sup> Uzair Ghani, "Tile CEO Welcomes Competition from Apple with AirTag, But Believes it Needs to be Fair," Wccftech (2021/5/4), <https://wccftech.com/tile-ceo-welcomes-competition-from-apple-with-airtag-but-believes-it-needs-to-be-fair/>, last visited on date: 2021/11/16.

<sup>165</sup> 為便利第三方應用 Find My 功能，Apple 開發名為 Find My Certification Asst 的應用程式，而在 Apple 開放後實際應用 Find My 之例如電動自行車廠商 VanMoof 及高階耳塞廠商 Belkin 等。

<sup>166</sup> Sarah Perez, "Tile bashes Apple's new AirTag as unfair competition," TechCrunch (2021/4/21), <https://techcrunch.com/2021/04/20/tile-bashes-apples-new-airtag-as-unfair-competition/>, last visited on date: 2021/11/16.

<sup>167</sup> Scott Ikeda, "Apple Facing Another Antitrust Complaint Over New App Tracking Transparency Framework," CPO Magazine (2021/5/3), <https://www.cpomagazine.com/data-privacy/apple-facing-another-antitrust-complaint-over-new-app-tracking-transparency-framework/>, last visited on date:

## b. Google 汰除第三方 cookie（隱私沙盒計畫）

Google 於 2020 年 1 月宣布自同年 2 月起開始限制 Chrome 瀏覽器中的第三方 cookie<sup>168</sup>，並規劃在兩年內逐步汰除所有的第三方 cookie<sup>169</sup>。限制第三方 cookie 係 Google 所推動的「隱私沙盒」（Privacy Sandbox）計畫之一環，其目的在於減少第三方業者對於 Google 用戶個人資料之使用，進而強化用戶隱私之保障。由於相關機制將導使事業無法再藉由第三方 cookie 精準掌握用戶網路使用行為，直接衝擊網路廣告所仰賴的相關網路追蹤技術之應用與成效，在廣告商投訴下，英國 CMA 在 2021 年 1 月宣布針對 Google 汰除第三方 cookie 是否導致反競爭進行調查<sup>170</sup>。

對此，Google 向 CMA 提出涵括三項主要原則在內的自我承諾（commitments）以解決反競爭疑慮：1、Google 立於隱私沙盒計畫基礎上對 Chrome 所作變更，將等同適用於 Google 的廣告產品與其他公司之產品；2、Google 將在 CMA 與 ICO 的監管與指導下設計、開發與實施隱私沙盒；3、在實際刪除第三方 cookie 前將提前通知 CMA，等待同意並接受 CMA 針對任何競爭法議題之反饋意見<sup>171</sup>。

CMA 在 2022 年 2 月宣布接受上述自我承諾<sup>172</sup>，受此激勵，Google 除限制傳統網路上的追蹤技術，也宣布將針對行動網路（Android 系統）推動隱私沙盒計畫，減

---

2021/11/17; Mathew Broughton, “IDFA, Anti-Competition, and the Refocusing of Ad Tech,” ExchangeWire (2021/3/17), <https://www.exchangewire.com/blog/2021/03/17/idfa-anti-competition-and-the-refocusing-of-ad-tech/>, last visited on date: 2021/11/25.

<sup>168</sup> 關於 cookie 的分類（第三方 cookie 概念）以及第三方 cookie 引發之問題，可參閱郭戎晉，「從個人資料保護立法談 cookie 之定位、應用爭議與規範課題」，東吳法律學報，第 32 卷第 1 期，73-75、89（2020）。

<sup>169</sup> Megan Graham, “Google Plans to Kill Support for Third-Party Cookies That Track You All Over the Internet,” CNBC (2020/1/14), <https://www.cnbc.com/2020/01/14/google-chrome-to-end-support-for-third-party-cookies-within-two-years.html>, last visited on date: 2021/11/20.

<sup>170</sup> Competition and Markets Authority, “CMA to Investigate Google’s ‘Privacy Sandbox’ Browser Changes,” GOV.UK (2021/1/8), <https://www.gov.uk/government/news/cma-to-investigate-google-s-privacy-sandbox-browser-changes>, last visited on date: 2021/11/20.

<sup>171</sup> William Malcolm, “The Path Forward with the Privacy Sandbox,” Google (2022/2/11), <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/path-forward-privacy-sandbox/>, last visited on date: 2022/5/17.

<sup>172</sup> Competition and Markets Authority, “CMA to Keep ‘Close Eye’ on Google as It Secures Final Privacy Sandbox Commitments,” GOV.UK (2022/2/11), <https://www.gov.uk/government/news/cma-to-keep-close-eye-on-google-as-it-secures-final-privacy-sandbox-commitments>, last visited on date: 2022/5/17.

少針對 Android 手機及關聯 App 使用行為的追蹤，同時限制與第三方所共享之用戶個人資料<sup>173</sup>。

## 2. 肯定非互補性之見解

Erika M. Douglas 將隱私法與競爭法可能產生邊際衝突，以及彼此利益處於對立面之情形稱為「非互補」（Non-complementarity）現象。

### (1) 其他法律領域與競爭法之間已有非補性前例

隱私法與競爭法互動關係受到關注前，其他領域的立法如智慧財產權法及消費者保護法與競爭法之間已有較多的適用邊界討論<sup>174</sup>。消費者保護法被視為競爭法的重要補充，蓋兩者均包含消費者保障之意味<sup>175</sup>；惟論者如 Julie Brill 指出消費者保護法與競爭法儘管目標看似相同，但兩者除具互補性外，事實上也存在衝突之可能<sup>176</sup>。當基於消費者保護法採取的保護措施過於偏離市場，即可能限制競爭對手的競爭能力並削弱消費者福利，另一方面，完全不受消費者保護法約束的競爭，則可能導致欺瞞與其他不正當商業行為之出現<sup>177</sup>。

由於隱私保護被視為廣義消費者保護概念之一環，揆諸消費者保護法與競爭法歷來的互動討論，不啻表明相似的衝突問題或將等同出於於隱私法與競爭法的互動關係<sup>178</sup>。此外，若競爭法與隱私法兩者之間確實存在著非互補情形，也可能造成針對數位平臺採取的監管措施出現矛盾情形，在難以達成利益衡平之下，主管機關或必須犧牲某一利益作為代價，藉以保全另一利益<sup>179</sup>。

---

<sup>173</sup> Anthony Chavez, "Introducing the Privacy Sandbox on Android," Google (2022/2/16), <https://blog.google/products/android/introducing-privacy-sandbox-android/>, last visited on date: 2022/5/17.

<sup>174</sup> Mark A. Lemley, "A New Balance Between IP and Antitrust," *13 Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 245 (2007).

<sup>175</sup> Thomas B. Leary, "Competition Law and Consumer Protection Law: Two Wings of the Same House," *72(3) Antitrust Law Journal*, 1147-1148 (2005).

<sup>176</sup> Julie Brill, "Competition and Consumer Protection: Strange Bedfellows or Best Friends?" *Antitrust Source*, 1-2 (2010).

<sup>177</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 5, at 670-671.

<sup>178</sup> *Id.* at 674.

<sup>179</sup> Mark A. Lemley, "The Contradictions of Platform Regulation," *1 Journal of Free Speech Law*, 327-28 (2021).

## (2) 隱私保護舉措存在反向地限制競爭之可能

研究表明個人資料保護立法如 GDPR 有關個人資料蒐集與利用的嚴格規定，可能助長大型數位平臺的競爭能力，增加市場進入障礙或造成退出效果<sup>180</sup>。然而除針對資料控制者（data controller）所設置的規範，著眼當事人保護的賦權設計（empower），亦被認為可能反向地鞏固壟斷而非促進競爭。

歷來歐盟個人資料保護立法的設計重點之一便是「賦權」，透過賦予資料當事人得對資料控制者主張特定權利，助益當事人掌握及控制與自身有關之個人資料。其中，GDPR 新設的「資料可攜權」（Right to data portability），使資料當事人有權要求以結構性、通常使用且機器可讀的形式，獲取其提供予資料控制者之個人資料，並有權將之傳輸予其他資料控制者<sup>181</sup>。

包括 OECD 在內的國際組織及競爭主管機關指出資料可攜機制便利資料之間的比較與轉換，從而有助於促進市場競爭<sup>182</sup>。蓋在資料可攜概念問世前，消費者對於是否轉換產品或服務提供者一事，往往躊躇不前；當消費者因擁有資料可攜權而可得便利地移轉其個人資料，不無鼓動消費者轉而使用新服務，並推動新的競爭者進入市場之可能<sup>183</sup>。

惟資料可攜權能否促進市場競爭仍存在爭議，如 OECD 即同時表明應如何適切實施資料可攜相關措施藉以最大程度地促進競爭，事實上未臻明確<sup>184</sup>。Peter Swire 及 Yianni Lagos 更明確表示出於隱私保護目的所設計的資料可攜權雖被視為有助於

<sup>180</sup> Damien Geradin, Theano Karanikioti & Dimitrios Katsifis, “GDPR Myopia: How a Well-intended Regulation Ended Up Favouring Large Online Platforms - The Case of Ad Tech,” *17(1) European Competition Journal*, 2-3 (2020).

<sup>181</sup> GDPR Art. 20. 相似設計亦見諸於受歐盟影響的內國立法，諸如美國加州 CCPA 規定應於技術可行範圍內，採行易於使用之格式，使消費者可得毫無阻礙地將其個人資料傳輸予另一法律實體。其他包括巴西「一般資料保護法」（Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, LGPD）及中國大陸個人資料保護法〈个人信息保护法〉等新法，亦均納入此一設計。

<sup>182</sup> OECD, *supra* note 143, at 2.

<sup>183</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 5, at 657.

<sup>184</sup> OECD, *supra* note 143, at 2. 亦有論者如 Aysem Diker Vanberg 指出資料可攜帶權規範設計上未臻明確之處，可能導致其對經濟產生的影響不易確定，應透過「跨學科研究」（interdisciplinary research），資以確定個人資料保護立法採納的資料可攜帶權對於經濟產生之實際影響，包括此一規定在多大程度上促進了創新、經濟成長與消費者福祉，Aysem Diker Vanberg, “The Right to Data Portability in the GDPR: What Lessons Can Be Learned from the EU Experience?” *21(7) Journal of Internet Law*, 18 (2018).

強化市場競爭，惟此一概念事實上亦可能反向地導致消費者福祉的下降，鞏固事業在市場上的壟斷而非促進競爭<sup>185</sup>。

### 3. 否定/保留見解

Theano Karanikioti 指出諸如 Apple 修改 iOS 隱私設定預設關閉追蹤功能及 Google 限制第三方 cookie (隱私沙盒計畫) 等案例，象徵未來可能持續出現的情形，亦即可得預期大型平臺業者將愈發頻繁地援引隱私保護，證明其受到質疑的潛在反競爭行為係屬正當<sup>186</sup>。惟 Karanikioti 亦強調尊重與改善用戶隱私雖屬善舉，競爭主管機關仍應留意事業是否援引隱私作為強化或不當利用自身主導地位的行為之辯護，然其行為事實上仍損及競爭<sup>187</sup>。

Gilad Edelman 曾自技術角度指出 Google 隱私沙盒計畫並無法完全解決監視資本主義 (surveillance capitalism) 問題，廣告商最終仍可透過其他替代性追蹤技術獲取所需的用戶資料，Google 限制第三方 cookie 可被視為係強化用戶隱私之舉<sup>188</sup>。亦有論者如 Cristina Caffarra 認為 Google 限制第三方業者近用，卻保留本身利用該等用戶資料進行追蹤之可能，仍可能被視為屬於自我偏好 (self-preferencing) 形式之反競爭行為<sup>189</sup>。

### 4. 本文觀點

#### (1) 事業存在考量市場競爭而拉高隱私保護門檻之可能性

Damien Geradin 等人所作研究指出 GDPR 實施衍生的法律遵循成本助長了大型數位平臺的競爭能力與優勢，相較於其他規模較小的市場參與者，GDPR 針對個人資

---

<sup>185</sup> Peter Swire & Yianni Lagos, "Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique," *72 Maryland Law Review*, 379-380 (2013).

<sup>186</sup> Theano Karanikioti, "Competition Authorities Must Really Deal with Privacy," *The Platform Law* (2021/4/29), <https://theplatformlaw.blog/2021/04/29/competition-authorities-must-really-deal-with-privacy/>, last visited on date: 2022/5/12.

<sup>187</sup> *Id.*

<sup>188</sup> Gilad Edelman, "Google and the Age of Privacy Theater," *Wired* (2021/3/18), <https://www.wired.com/story/google-floc-age-privacy-theater/>, last visited on date: 2022/5/12.

<sup>189</sup> Cristina Caffarra, Gregory Crawford & Johnny Ryan, *supra* note 74.

料蒐集及利用行為所設置的嚴格規範可能形塑市場進入障礙或造成退出效果，反而為擁有大量消費者個人資料的事業創造了競爭優勢<sup>190</sup>。Samson Esayas 另指出除了隱私保護規範要求，隱私強化技術（Privacy Enhancing Technologies, PETs）的採用與部署，亦可能對事業競爭產生影響<sup>191</sup>。

另一方面，在布魯塞爾效應影響下，歐盟個人資料保護法制成為主要國家制定或修正內國立法時爭相仿效之對象。儘管歐盟立法係以監管其內部市場為主，由於跨國企業往往嘗試簡化其全球法律遵循標準並可能以遵守單一規則作為目標，當跨國企業耗費巨大成本符合歐盟嚴峻要求後，便可能反向地要求本國政府採用相同標準<sup>192</sup>。執政者針對隱私保護事務採取與歐盟相同的標準，美其名有助於使內國與歐盟處於相同的競爭環境，但另一方面亦可能變相成為跨國企業用以拉開與競爭對手的差距之工具<sup>193</sup>。

## (2)非互補情形應無損隱私作為競爭判斷維度

非互補性突顯競爭法與隱私法兩者之間的衝突可能，特別是在零價格市場背景下，除可得視為產品品質一環的隱私，同時存在著對競爭產生影響的其他品質因素時，相關品質因素之間亦可能因非互補性產生此消彼長情形，也讓競爭主管機關愈發不易正確評估事業活動對消費者福利真正產生之影響<sup>194</sup>。

就本文觀點，競爭法與隱私法兩者所代表的利益是否有衝突之虞，亦即所謂的非互補性情形，事實上並不易判定。退步而言，縱使兩部法律之間果存在非互補情形，亦應無損隱私作為競爭執法分析之判斷維度。析言之，本文認為問題重心仍在於如何清楚掌握系爭案件中所涉及的隱私利益與競爭利益，以及兩者之間孰重孰輕。

然與早期考量消費者保護與競爭互動關係略有不同之處，在於消費者保護與競爭事務在許多國家往往係由同一監管機關負責，儘管隱私亦被視為廣義消費者保護概念之一環，隨著主要國家高揭隱私保護大纛，特別是制定全面性個人資料保護立法成為趨勢下，主要國家亦紛紛設立獨立且專責之隱私保護主管機關。因此在競爭

<sup>190</sup> Damien Geradin, Theano Karanikioti & Dimitrios Katsifis, *supra* note 180, at 2-3.

<sup>191</sup> Samson Esayas, "Privacy as a Non-Price Competition Parameter: Theories of Harm in Mergers," *2018-26 University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 1 (2018).

<sup>192</sup> Anu Bradford, "The Brussels Effect," *107 Northwestern University Law Review*, 3 (2012).

<sup>193</sup> Flora Y. Wang, "Cooperative Data Privacy: The Japanese Model of Data Privacy and the Eu-Japan Gdpr Adequacy Agreement," *33 Harvard Journal of Law & Technology*, 666 (2020).

<sup>194</sup> Erika M. Douglas, *supra* note 5, at 657; Geoffrey A. Manne & Ben Sperry, *supra* note 43, at 5-6.

法與隱私法互動問題處理上，無論兩者所代表的利益係處於協同抑或可能潛藏所謂的非互補性，均有賴於競爭主管機關與隱私保護主管機關可就所涉相關利益充分判斷並達成共識<sup>195</sup>。

### （三）相關主管機關之合作機制：以英國數位監管合作論壇（DRCF）為例

#### 1. DRCF 之成立與目標

英國 CMA、ICO 及通訊管理局（Office of Communications, Ofcom）於 2020 年 7 月聯合成立「數位監管合作論壇」（Digital Regulation Cooperation Forum，下稱 DRCF），期透過各監管機關之緊密合作，因應當前大型數位平臺全球化與快速創新帶來的各項執法難題，並支持更趨於一致與相關協調的監管作法<sup>196</sup>。

DRCF 成立的主要目的，除確認各該機關的職掌分工，更為重要的是梳理必須相互合作協調之事項，觀察 DRCF 成立時提出的核心目標<sup>197</sup>，即可發現英國政府擬藉由成立 DRCF 強化部會之間的橫向溝通，確保針對數位經濟活動所採取的監管活動之一致性。

#### 2. 揭櫫 2021 至 2022 年工作計畫

DRCF 於 2021 年 3 月發布「2021-2022 年工作計畫」，揭示其優先推動事項，觀察 DRCF 年度計畫，內容包括三大重點：

<sup>195</sup> 即使是隱私保護與市場競爭概由單一機關負責之例，諸如美國 FTC，布魯金斯學會（Brookings Institution）所作研究指出 FTC 針對消費者保護（隱私保護）與反壟斷的監管執法呈現各自發展情形，由於當前隱私與競爭無可避免地存在著重疊情事，如何確保有效競爭並落實隱私保障，成為作為單一機關的 FTC 必須正視及權衡之課題，Alex Marthews & Catherine Tucker, *Privacy Policy and Competition*, Brookings Economic Studies, 4 (2019).

<sup>196</sup> 英國金融行為監理總署（Financial Conduct Authority, FGA）於 2021 年 4 月加入 DRCF。

<sup>197</sup> 1、藉由對話討論與共同合作方式，確保針對數位事務採行的監管措施具一致性；2、藉由 DRCF 凝聚專業意見，作為主管機關政策與法規研擬之參考；3、加強各該主管機關機關的能力，確保機關人員具備充足的技能、專業知識與工具，並於數位市場上發揮其所應具備之職能；4、針對未來新興趨勢建立共識，以提高主管機關的運作效率與執行策略；5、共享有關監理的專業知識與執法經驗，促進各該主管機關之創新發展；及 6、加強國際合作與資訊交流，分享應對數位市場之監理經驗。

### (1) 運用戰略性政策因應產業與技術之發展

DRCF 指出各主管機關的專業知識與專長取決於其各自的政策目標、監管職責與職能，DRCF 下的合作機制使得各機關有機會在共同的工作領域運用專業知識，以更全面的方式思考潛在的政策問題，並檢視確認當前或未來潛在的監管差距 (regulatory gaps)<sup>198</sup>。

DRCF 同時在年度計畫中明確指出須透過機關之間的策略聯合與跨部門監理加以處理的四個優先領域，包括：

- a、設計框架 (design frameworks) ；
- b、算法處理 (algorithmic processing) ；
- c、數位廣告技術 (digital advertising technologies) ；
- d、端到端加密 (end-to-end encryption)<sup>199</sup>。

### (2) 發展聯合監管方法

DRCF 指出數位監管環境正迅速發展，此一趨勢不啻賦予主管機關新的職責以及更加繁複的消費者與社會保護責任。由於數位服務本質上牽涉複雜的監管制度並相互作用，諸如 CMA 針對 Google 展開的隱私調查工作，其意味著在 DRCF 開展工作時，必須適當有效地識別機關之間的互動情形，並自不同監管制度的角度多方思考問題<sup>200</sup>。

DRCF 同時提出在聯合監管方法發展上初期投入的重點工作，包括：

- a、資料保護與競爭監管，此部分將由 CMA 與 ICO 共同推動；
- b、適齡設計規範，以及著眼視訊共享平臺與網路安全之監管工作；
- c、愈發廣泛之數位監管環境下之互動<sup>201</sup>；

### (3) 培養技能與能力

---

<sup>198</sup> Digital Regulation Cooperation Forum, “Digital Regulation Cooperation Forum: Plan of work for 2021 to 2022,” para.2.1 (2021), [https://www.ofcom.org.uk/\\_data/assets/pdf\\_file/0017/215531/drcf-workplan.pdf](https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0017/215531/drcf-workplan.pdf), last visited on date: 2022/4/22.

<sup>199</sup> *Id.*, para.2.2.

<sup>200</sup> *Id.*, para.2.18.

<sup>201</sup> *Id.*, para.2.19.



為了有效地監管嶄新數位服務，DRCF 指出相關主管機關需要培養適當的技能與能力，儘管各該機關的監管角色不同，但所需要的諸多嶄新技能與專業知識係共通的，可得透過合作方式以更富效率的方式建構相關能力<sup>202</sup>。

DRCF 同時指出重點能力包括對演算法運用、人工智慧決策與商業實踐之掌握、資料的存儲與共享方式；軟體開發與可交互操作性；以及人們在數位服務使用上的體驗等。對此，各主管機關可透過人員借調、共同組建團隊、建立專業知識與資源共享中心及聯合招聘等方式，落實相關技能與能力之共享目標<sup>203</sup>。

### 3.有關競爭法與隱私法互動之具體討論

DRCF 在其「2021 至 2022 年工作計畫」第 B 部分：聯合監管方法中，明確揭示了「資料保護與競爭監管」將是 DRCF 在發展聯合監管作法上的重點工作事項。

DRCF 指出 CMA 在 2020 年 7 月所發布的「網路平臺與數位廣告市場研究報告」中，已明確表示實有必要進一步了解資料保護與促進競爭措施之間的相互關係<sup>204</sup>。2021 年 1 月 CMA 針對 Google 自其 Chrome 瀏覽器中刪除第三方 cookie 與其他功能一事展開了正式的競爭調查，Google 宣布將推動其「隱私沙盒」計畫項目，禁用現行 Chrome 瀏覽器與 Chromium 瀏覽器引擎上的第三方 cookie，並以一套全新工具加以替換，以利用強化定位廣告及其他 Google 服務項目中消費者隱私之保護<sup>205</sup>。CMA 調查考慮了競爭與隱私之間的互動與分界問題，CMA 發現第三方 cookie 對於當前網路廣告著實扮演著重要作用，可協助事業有效地發送廣告並對消費者提供免費的網路內容；惟從隱私角度而言，第三方 cookie 的使用不啻對隱私直接產生影響，蓋事業可透過 cookie 追蹤消費者的網路活動並難以為消費者察覺與理解<sup>206</sup>。

立於 DRCF 架構下展開的聯合監管，除強化現有已進行的監管執法活動，將並探索未來究應如何平衡競爭與隱私兩者之執法。對此，DRCF 提出了兩項具體對策：

---

<sup>202</sup> *Id.*, para.2.29.

<sup>203</sup> *Id.*, paras.2.29-2.30.

<sup>204</sup> Competition and Markets Authority, *supra* note 93, para. 8.250.

<sup>205</sup> Digital Regulation Cooperation Forum, *supra* note 198, para.2.21.

<sup>206</sup> *Id.*, para.2.22.

### (1) 推動協同工作

為維繫數位廣告市場的競爭，同時強化消費者隱私保護並充分尊重個人資料保護立法，相關主管機關應合作共同理解及審查 Google 隱私沙盒提案，並為其提供必要之資訊<sup>207</sup>。

### (2) 發布共同觀點

相關主管機關應闡述有關數位市場競爭與資料隱私保護之間互動關係的共同觀點，表明主管機關將如何加強協同並克服兩者之間存在的緊張關係，並制定相關政策<sup>208</sup>。

## (四) 國內對應觀察與建議

### 1. 建立隱私作為品質因素之判斷標準與跨部門合作機制

有關涉及消費者個人資料之競爭法議題，國內近期討論集中於「大數據」對競爭法帶來的衝擊及適用課題<sup>209</sup>，較少論及競爭法與隱私法之競合關係與適用課題。主管機關內部研建議在事業單純因蒐集、處理或利用使用者之個人資料，引發隱私權侵害問題時，宜由個人資料保護法處理；但事業倘透過使用者數據影響市場競爭或取得市場力量，若過程中及運用方式有不正當或不公平之情事，產生反競爭效果而侵害消費者福利時，則屬於競爭法的規範範疇<sup>210</sup>。

針對競爭法與隱私法兩者可能出現的邊際衝突與適用課題，本文認為就競爭主管機關面向而言，國內可著手下列事項：

#### (1) 掌握涉及隱私並可能觸發競爭問題之新興商業模式與事業活動

---

<sup>207</sup> *Id.*

<sup>208</sup> *Id.*

<sup>209</sup> 相關討論文獻如邱映曦，「大數據發展下之資料驅動事業結合與競爭法制政策」，公平交易季刊，第 29 卷第 2 期，63-108（2021）；宋皇志，「大數據時代之競爭法議題：以數據驅動市場之限制競爭為中心」，政大法學評論，第 163 期，49-138（2020）；李宛諭，「大數據與競爭法」，公平交易季刊，第 29 卷第 4 期，123-180（2021）；張媛筑，「競爭法上使用者數據之應有定位與可能造成之衝擊」，公平交易季刊，第 26 卷第 4 期，125-164（2018）。

<sup>210</sup> 林佳華、林慧美、陳巧芬，前揭註 68，109。

並非所有涉及隱私問題的實務爭端，都必然涉及競爭，必須與用戶個人資料（隱私保護）有關的事業活動實質牽動市場競爭，甫有討論兩者之間的邊界與適用課題之必要性。就競爭執法而言，市場資訊的充分掌握實為不可或缺的工作，時任 FTC 委員並擔任主席的 Jon Leibowitz 曾針對 Google/DoubleClick 案提出協同意見書（Concurring Statement），其表示 FTC 內部對本案存在著不同看法，而 FTC 最終作成的決定對於處理競爭法與隱私法競合問題無疑地向前邁出實用性的第一步，但絕非最終定論，FTC 實有必要獲取更多的資訊並累積經驗，以利正確判斷哪些事業活動將觸發競爭執法<sup>211</sup>。

儘管現今可見的新興網路商務模式名稱各異，但幾無例外地係根基於龐大用戶個人資料加以發展。在數位科技應用與資料驅動經濟蔚為風潮下，主管機關可揆諸國際發展趨勢與國內實務實際發展現況，持續梳理並嘗試類型化事業對於用戶個人資料的可能運用形態，以利於進一步判斷涉及隱私問題的新興商務模式與事業行為，是否同時涉有市場競爭疑慮而有競爭主管機關評估界入之必要。

## (2) 逐步建立隱私作為非價格（品質）因素納入競爭判斷之評量標準

就近期發展而言，「隱私保護對市場競爭產生影響」以及「隱私應納入競爭分析架構」逐漸成為各方共識。隱私應如何納入競爭執法分析可見討論中，又以作為非價格因素觀點最獲支持。然非價格因素的判斷工作易於出現模稜兩可之嫌，論者同時指出與隱私保護此一因素有關的競爭分析實證資料呈現闕如狀態<sup>212</sup>，主管機關對應此一議題除可參考歷來其他非價格因素的操作經驗外，亦可評估現時受到討論的可能作法，如以因隱私而生的損害與基此所獲致的利益之間的「比例關係」作為評量標準之可行性。

<sup>211</sup> Concurring Statement of Commissioner Jon Leibowitz, Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170.

<sup>212</sup> 論者研究指出在公平會 2019 年 12 月 18 日第 1476 次委員會議及 2020 年 4 月 29 日第 1486 次委員會議針對「連線商業銀行股份有限公司」（LINE Bank）、「將來商業銀行股份有限公司」（Next Bank）及「樂天國際商業銀行」（Rakuten Bank）等三宗純網路銀行結合申報案件進行決議前，公平會在歷年來結合案件的審查上幾未曾將個資及隱私權保護納入考量因素；而公平會對三宗純網路銀行結合申報案件，亦均認為尚無減損以隱私權為基礎的競爭之疑慮。林佳華、林慧美、陳巧芬，前揭註 68，92-93。

### (3)推動必要的監管機關跨部門合作機制

當競爭法與隱私法產生競合以隱私作為非價格（品質）因素納入競爭分析架構時，直接產生的問題便是系爭案件中所涉及的相關利益之衡量，係應由競爭主管機關與隱私保護主管機關分別就權責範圍內的有關利益各自認定，抑或應由兩機關共同為之？對此，國際上除關注如何應對隱私納入競爭分析之作法與判斷外，另一討論重點即在於如何強化相關部會之間的對話溝通。對此，目前已可窺見諸如英國 DRCF 等跨部門合作機制之嘗試推動，國內可參考英國作法，建立諸如 DRCF 之跨部門合作機制，以利消弭不同法制產生競合以及相關利益衡量上幾無可避免出現的意見不一與難以統整之問題。

## 2.立法論層面之課題與建議

### (1)個人資料保護立法完備程度亦居關鍵地位

針對競爭法與隱私法的互動關係與執法課題，主要國家除檢討競爭法層面課題，也開始關注隱私法層面之可能問題點，包括內國個人資料保護立法之完備情形。歐盟執委會副主席、同時也擔任競爭事務專員（Commissioner for Competition）的 Margrethe Vestager 指出在涉及「數據力量」（power of data）問題時，競爭法並無法完全解決當前所面臨的所有課題，儘管為了避免資料不致為少數事業壟斷中，競爭執法或可助益解決此一問題，若隱私對消費者而言殊為重要，為確保民眾隱私真正獲得保障，最為重要的因素將是「強大的隱私保護規則」並堅決加以執行<sup>213</sup>。

殊值關注之例還包括澳洲，ACCC 在其數位平臺調查最終報告中表明澳洲現行用以規範用戶個人資料蒐集、利用與披露的監管架構，並無法有效遏止利用數位平臺與消費者之間所存在的資訊不對稱與議價能力失衡，從事肇致隱私侵害之行為<sup>214</sup>。ACCC 認為解決相關問題最為有效的方法，係針對包括隱私法在內的相關法制進行整合「整體經濟（economy-wide）與關聯行業」的監管改革工作，而強而有力的

<sup>213</sup> Margrethe Vestager, “Making the Data Revolution Work for Us,” European Commission (2019/2/4), [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129203859/ https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/making-data-revolution-work-us\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129203859/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/making-data-revolution-work-us_en), last visited on date: 2021/11/11.

<sup>214</sup> Australian Competition and Consumer Commission, *supra* note 87, at 374, 454.

「隱私保護法制」將有助於防止用戶遭受侵害並強化其福祉<sup>215</sup>。對此，ACCC 主張現行澳洲個人資料保護專法（1988 年隱私法）應當進行必要調適並提出具體修法建議<sup>216</sup>。

## (2) 避免出現競爭優先情形之考量事項

個人資料保護法制的完備程度與實務執法之落實情形，若法制設計未臻完善或執法功能不彰，則國際實務操作及學說討論所擔憂的「競爭優先」或「競爭至上」情形便可能發生於國內。觀察國內現行個人資料保護法，可能造成前揭疑慮的因素包括下列兩者：

### a、尚無獨立且專責之個人資料保護主管機關

近年主要國家個人資料保護法制推動紛紛以歐盟為師，歐盟個人資料保護立法強調「獨立監管機關」（independent supervisory authorities）的重要性，以 GDPR 為例，明訂獨立監管機關所應具備的「獨立地位」（independent status）<sup>217</sup> 以及其相應的權限、職務及權力規範<sup>218</sup>。而 GDPR 針對國內刻正爭取的適足性決定資格（adequacy decisions），亦明文規定申請國家應有獨立監管機關之存在及有效運作<sup>219</sup>。

國內在 1995 年通過實施「電腦處理個人資料保護法」，囿於該法的缺失，於 2010 年 4 月三讀通過修正草案將名稱修改為「個人資料保護法」，新法並於 2012 年 10 月正式施行。無論是原有的電腦處理個人資料保護法抑或現行法，並沒有所謂的「專責機關」，而係由個別「中央目的事業主管機關」擔任主管機關。在分由各部會執法之下，除可能出現機關意見不易統一或多頭馬車等情形，對競爭與隱私的互動而言，恐不利於競爭主管機關與個資保護主管機關溝通與協調工作之進行。

<sup>215</sup> *Id.* at 455.

<sup>216</sup> ACCC 主張現行澳洲 1988 年隱私法應當進行適當調解並對之提出具體修法建議 1、更新「個人資料」之定義；2、強化「告知」要求；3、強化「同意」要求及有利於消費者之「預設同意」規範；4、修正個人資料「刪除」規定；5、導入並賦予資料當事人直接提起訴訟權利；6、加重違反澳洲隱私法之處罰規定。

<sup>217</sup> GDPR Section 1 (arts. 51-54).

<sup>218</sup> GDPR Section 2 (arts. 55-59).

<sup>219</sup> GDPR art. 45.2(b).

## b、處罰規定設計

以現時引領全球隱私文化的 GDPR 為例，企業兢兢業業 GDPR 法律遵循的主因，除第 3 條「域外效力」條款使得 GDPR 適用地域不以歐盟為限外，同法第 83 條的巨額處罰規定（最高得處以 2,000 萬歐元或以全球營收 4% 作為罰鍰，取其高者）亦為關鍵因素。觀察國內現行個人資料保護法處罰規定，刑事責任罰金與行政裁罰罰鍰上限分別為新臺幣 100 萬元及 50 萬元<sup>220</sup>，除與 GDPR 等國際立法例存在差距，亦遠低於公平交易法之 1 億罰金及 5,000 萬罰鍰之罰則規定<sup>221</sup>。處罰規定差距過大除可能導致事業對相關法律遵循採取觀望態度或選擇性遵循立場，在實際發生爭端時亦易於出現由競爭主管機關進行處理較能收監管之效之輿論。

國內個人資料保護法制是否存在不足之處以及如何完備，事實上已逾越單純的競爭法與隱私法互動關係此一範疇，而屬於隱私／個人資料保護自身的立法論課題。就個人資料保護法面向而言，除因擬爭取歐盟執委會適足性決定資格而刻正參酌 GDPR 等國際立法例進行修正討論外，規範設計上亦可將與其他法律規範之間的邊際、互動與執法適用等課題納為考量。

## 五、結論

個人資料數量快速成長暨資料本身商業價值的日益提升，使得個人資料成為數位時代商品製造和服務提供之直接動能，事業在大量取得及利用個人資料之下，不當利用及發生資料外洩情事的可能性也隨之劇增。伴隨個人資料保護意識日益高漲，國際潮流開始顯著側重透過制定必要立法藉以落實國民個人資料保護此一模式，而近期受到歐洲個人資料保護法制「布魯塞爾效應」影響，主要國家更紛紛以制定「全面性隱私／個人資料保護專法」為目標。

儘管包括個人資料在內的各類數據本質上係「非競爭性」，然而「資料（數據）堆累」具有相近於網路效應的自我強化特質，使得擁有卓越數據應用能力的事業可得藉由大量獲取與妥適利用資料，更富效率地鎖定目標客群及提高產品品質，但事業也可能因此形成市場進入障礙並加劇市場上的反競爭風險。由於數位經濟市場上的「數據壟斷」與早期的壟斷型態不同，事業並未藉由向消費者收取更高的價格展

<sup>220</sup> 個人資料保護法第 41 條、第 47 條。

<sup>221</sup> 公平交易法第 34 條、第 39 條。

現其經濟實力，也讓事業涉及隱私的商業活動誘發反競爭風險時，其應否納入競爭法以及如何置入競爭執法分析架構持續存在爭論。

早期無論是實務見解抑或學說討論，大抵對隱私應否納入競爭執法分析一事採取否定見解，論點包括隱私與競爭分屬不同法律領域且目標有別，以及納入隱私恐將對競爭法消費者福利標準之適用產生衝突。但就近期發展而言，「隱私保護對市場競爭產生影響」以及「隱私應納入競爭分析架構」逐漸成為各界共識，學理上並提出三種納入的可能依據，包括：（一）隱私作為基本權利應直接納入競爭法；（二）隱私仍有定性為「價格」之可能並按固有標準納入競爭法；及（三）以「非價格因素」納入競爭分析架構。現時以非價格因素觀點最獲青睞，在隱私視為非價格（品質）因素之前提下，現階段實證研究闕如成為其具體判斷標準建立上的重大阻礙，為避免隱私納入競爭判斷難脫模稜兩可之譏，除可參考歷來其他非價格因素的採行經驗，亦有以因隱私可能而生的損害與因此所獲致的利益之間的「比例關係」作為評估標準之建議，殊值國內留意。

隱私納入競爭判斷尚有若干應予關注的關聯議題，其一是利益衡量後的可能處理機制，包括以「正當商業理由」作為隱私利益大於競爭利益之處理方式，以及當競爭利益大於隱私利益時採用「矯正措施」加以處理之合適性，囿於競爭法與隱私法互動關係日趨複雜，前揭作法肯否互見。第二個議題則是隱私保護與促進競爭之間是否存在「非互補性」關係，持肯定見解者認為其他法律領域與競爭法之間已有非補性前例，而個人資料保護立法高揭的保護舉措如資料可攜權等事實上亦存在限制競爭之可能；反對者則指出事業的善舉仍可能被視為屬於自我偏好形式之反競爭行為，主管機關仍應留意事業是否援引隱私作為強化或不當利用自身主導地位行為之辯護。第三個重要議題則是如何建立相關主管機關之協調與合作機制，英國近期所推動的數位監管合作論壇（DRCF）著實具有高度的參考與學習價值。

有關競爭法與隱私法兩者之間的邊際衝突與法律適用課題，就競爭主管機關角度而言，國內可評估推動下列事項：（一）持續掌握涉及隱私並可能觸發競爭問題之新興商業模式與事業活動；（二）逐步建立隱私作為非價格（品質）因素納入競爭判斷之可用評量標準；及（三）推動必要的監管機關跨部門合作機制。除競爭法面向之課題外，當前國際討論亦指出個人資料保護立法的完備程度亦居關鍵地位，以避免實務操作上出現競爭優先情形，儘管國內個人資料保護法可能存在的問題暨如何調適，實已逾越競爭法與隱私法互動關係而屬於立法論層次之課題，但仍值國內各界加以重視。

## 參考文獻

### 中文部分

- 宋皇志，「大數據時代之競爭法議題：以數據驅動市場之限制競爭為中心」，政大法學評論，第 163 期（2020）。
- 李宛諭，「大數據與競爭法」，公平交易季刊，第 29 卷第 4 期（2021）。
- 林佳華、林慧美、陳巧芬，數位時代下隱私權保護與競爭法的互動，公平交易委員會 109 年研究發展報告（2020）。
- 邱映曦，「大數據發展下之資料驅動事業結合與競爭法制政策」，公平交易季刊，第 29 卷第 2 期（2021）。
- 張媛筑，「競爭法上使用者數據之應有定位與可能造成之衝擊」，公平交易季刊，第 26 卷第 4 期（2018）。
- 郭戎晉，「從個人資料保護立法談 cookie 之定位、應用爭議與規範課題」，東吳法律學報，第 32 卷第 1 期（2020）。
- 陳志民、陳和全，「『結合矯正措施』制度之一項功能性導向的理解架構」，公平交易季刊，第 21 卷第 1 期（2013）。

### 外文部分

- Allensworth, Rebecca Haw, "Antitrust's High-Tech Exceptionalism," 130 Yale Law Journal Forum (2021).
- Australian Competition and Consumer Commission, Digital Platforms Inquiry - Final Report (2019).
- Autorité de la concurrence (FR) & Federal Cartel Office (DE), Competition Law and Data (2016).
- Botta, Marco & Wiedemann, Klaus, "The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey," 64(3) Antitrust Bulletin (2019).
- Bradford, Anu, "The Brussels Effect," 107 Northwestern University Law Review (2012).



- Bradford, Anu, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, 1st ed., Oxford University Press (2020).
- Brill, Julie, “Competition and Consumer Protection: Strange Bedfellows or Best Friends?” *Antitrust Source* (2010).
- Burri, Mira, “Interfacing Privacy and Trade,” *53(1) Case Western Reserve Journal of International Law* (2021).
- Carriere-Swallow, Yan & Haksar, Vikram, *The Economics and Implications of Data: An Integrated Perspective*, The Departmental Paper Series No. 19/16, International Monetary Fund (2019).
- Competition and Markets Authority, *Online Platforms and Digital Advertising Market Study Final Report* (2020).
- Cooper, James C., “Antitrust & Privacy,” in: Wright, Joshua D. & Ginsburg, Douglas H. (eds.), *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 1st ed., The Global Antitrust Institute (2020).
- Craig, Paul & Búrca, Gráinne de, *The Evolution of EU Law*, 3rd ed., Oxford University Press (2021).
- Digital Competition Expert Panel (UK), *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel* (2019).
- Douglas, Erika M., “Monopolization Remedies and Data Privacy,” *24(2) Virginia Journal of Law and Technology* (2020).
- Douglas, Erika M., “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface,” *130 Yale Law Journal Forum* (2021).
- Dubovikov, Kirill, *Managing Data Science*, 1st ed., Packt Publishing (2019).
- Elvy, Stacy-Ann, “Paying for Privacy and the Personal Data Economy,” *117(6) Columbia Law Review* (2017).
- Esayas, Samson, “Privacy as a Non-Price Competition Parameter: Theories of Harm in Mergers,” *2018-26 University of Oslo Faculty of Law Research Paper* (2018).
- European Commission, *Competition Policy for the Digital Era Final Report* (2019).
- European Data Protection Supervisor, *Opinion 9/2016 EDPS Opinion on Personal Information Management Systems* (2016).

- Federal Trade Commission, *US Federal Trade Commission Hearing on Competition and Consumer Protection in the 21st Century* (2018).
- Flor, Andraya, “The Impact of Schrems II: Next Steps for U.S. Data Privacy Law,” *96(5) Notre Dame Law Review* (2021).
- Geradin, Damien, Karanikioti, Theano & Katsifis, Dimitrios, “GDPR Myopia: How a Well-intended Regulation Ended Up Favouring Large Online Platforms - The Case of Ad Tech,” *17(1) European Competition Journal* (2020).
- Hamilton, Julia, “Data Prot. Comm’r v. Facebook Ireland Ltd. and Maximillian Schrems: Shattering the International Privacy Framework,” *29(2) Tulane Journal of International and Comparative Law* (2021).
- 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).
- Hartzog, Woodrow & Richards, Neil, “Privacy’s Constitutional Moment and the Limits of Data Protection,” *61 Boston College Law Review* (2020).
- Heimert, Andrew J., *Privacy Policies and Competition Law*, Asian Competition Forum (2018).
- Johnson, Ariel Fox, “13 Going on 30: An Exploration of Expanding COPPA’s Privacy Protections to Everyone,” *44 Seton Hall Legislative Journal* (2020).
- Kemp, Katharine, “Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters,” *16(2-3) European Competition Journal* (2020).
- Khan, Lina, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate,” *9(3) Journal of European Competition Law & Practice* (2018).
- Lamadrid, Alfonso & Villiers, Sam, “Big Data, Privacy And Competition Law: Do Competition Authorities Know How To Do It?” *1(1) CPI Antitrust Chronicle* (2017).
- Leary, Thomas B., “Competition Law and Consumer Protection Law: Two Wings of the Same House,” *72(3) Antitrust Law Journal* (2005).
- Lemley, Mark A., “A New Balance Between IP and Antitrust,” *13 Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* (2007).
- Lemley, Mark A., “The Contradictions of Platform Regulation,” *1 Journal of Free Speech Law* (2021).

- Lev-Aretz, Yafit & Strandburg, Katherine J., “Privacy Regulation and Innovation Policy,” *22 Yale Journal of Law and Technology* (2020).
- Lorenzo, Patricia, Padilla, Jorge & Requejo, Alejandro, “Consumer Preferences for Personal Data Protection in Social Networks: A Choice Modelling Exercise,” *SSRN Working Paper* (2020).
- Lundqvist, Björn, “The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?” *52 International Review of Intellectual Property and Competition Law* (2021).
- Manne, Geoffrey A. & Sperry, Ben, “The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework,” *5(2) CPI Antitrust Chronicle* (2015).
- Marthews, Alex & Tucker, Catherine, *Privacy Policy and Competition*, Brookings Economic Studies (2019).
- Mehra, Salil K., “Data Privacy and Antitrust in Comparative Perspective,” *53 Cornell International Law Journal* (2020).
- OECD, *Consumer Data Rights and Competition - Background note*, DAF/COMP(2020)1, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2020).
- OECD, “Measuring the Economic Value of Data and Data Flows: A Business Perspective,” *297 OECD Digital Economy Papers* (2020).
- Ohlhausen, Maureen K. & Okuliar, Alexander P., “Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy,” *80 Antitrust Law Journal* (2015).
- Pasquale, Frank, “Privacy, Antitrust, and Power,” *20(4) George Mason Law Review* (2013).
- Patel, Oliver & Lea, Nathan, *EU-U.S. Privacy Shield, Brexit and the Future of Transatlantic Data Flows*, UCL European Institute Policy Paper (2020).
- Purtova, Nadezhda, “The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law,” *10(1) Law, Innovation and Technology* (2018).
- Rustad, Michael, *Global Internet Law in a Nutshell*, 3rd ed., West Academic Publishing (2015).
- Rustad, Michael L. & Koenig, Thomas H. “Towards a Global Data Privacy Standard,” *71(2) Florida Law Review* (2019).

- Schwartz, Paul M. & Solove, Daniel J., “Reconciling Personal Information in the United States and European Union,” 102(4) California Law Review (2014).
- Schwartz, Paul M., “Global Data Privacy: The EU Way,” 94 New York University Law Review (2019).
- Sidak, J. Gregory & Teece, David J., “Dynamic Competition in Antitrust Law,” 5(4) Journal of Competition Law & Economics (2009).
- Stigler Center & the University of Chicago, Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report (2019).
- Sokol, D. Daniel & Comerford, Roisin, “Antitrust and Regulating Big Data,” 23(5) George Mason Law Review (2016).
- Solove, Daniel J. & Hartzog, Woodrow, “The FTC and the New Common Law of Privacy,” 114(3) Columbia Law Review (2014).
- Stănescu, Lorena-Elena & Onufreiciuc, Raluca, “Some Reflections on 'Datafication': Data Governance and Legal Challenges,” 7(1) European Journal of Law and Public Administration (2020).
- Stucke, Maurice E. & Ezrachi, Ariel, “When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engine,” 18 Yale Journal of Law and Technology (2016).
- Stucke, Maurice E., “Should We Be Concerned About Data-opolies,” 2(2) Georgetown Law Technology Review (2018).
- Swire, Peter & Lagos, Yianni, “Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique,” 72 Maryland Law Review (2013).
- Tindall, Craig D., “Argus Rules: The Commercialization of Personal Information,” 2003(1) Illinois Journal of Law, Technology & Policy (2003).
- United States Congress, House of Representative & Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations (2020).
- Vanberg, Aysem Diker, “The Right to Data Portability in the GDPR: What Lessons Can Be Learned from the EU Experience?” 21(7) Journal of Internet Law (2018).

---

Wang, Iora Y., “Cooperative Data Privacy: The Japanese Model of Data Privacy and the Eu-Japan GDPR Adequacy Agreement,” 33 Harvard Journal of Law & Technology (2020).

Zillner, Sonja, Becker, Tilman, Munné, Ricard, Hussain, Kazim, Rusitschka, Sebnem, Lippell, Helen, Curry, Edward & Ojo, Adegboyega, “Big Data-Driven Innovation in Industrial Sectors,” in: Cavanillas, José María, Curry, Edward & Wahlster, Wolfgang (eds.), New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe, 1st ed., Springer Press (2016).

## Legal Study on the Interaction and Boundary between Competition Law and Privacy Law

Kuo, Jung-Chin \*

### Abstract

In the digital economy, the flow of data facilitates competition among goods and services. The sharp increase in user privacy infringement has aroused the attention of those engaged in the enactment of personal data protection legislation. The proliferation of data privacy laws has in turn begun to impact the flow of data and has brought about a myriad of new interactions between the data privacy and antitrust law. When the data privacy law clashed at the margins with the antitrust law, both practical insights and theoretical discussions as to whether the competition analysis framework should take into account data privacy were both initially quite negative in the early stages. However, in recent years, major countries have affirmed that competition enforcement should consider the impact of data privacy since, among relevant theories, privacy as an “element of non-price competition” and as a dimension of quality has become increasingly popular. In order to resolve the possible ambiguity of privacy as a quality factor in competition analysis, in addition to past experiences of evaluating other non-price factors, scholars have also suggested that the proportionality between harm and benefit can be used as the evaluation standard. There are three related issues that should be considered regarding the interaction between data privacy and competition law, namely, (1) the possible handling mechanism after interest measurement; (2) the existence of “non-complementarity” between privacy protection and competition promotion or not; and (3) how to establish a coordination and cooperation mechanism between relevant regulatory authorities. On the last issue, a useful reference is the Digital Regulatory Cooperation Forum promoted by the United Kingdom. On the other hand, major countries are also considering the completeness of the domestic personal data protection law and the need to amend the law in order to avoid the so-called “competition first” perspective in practice. Finally, this paper compares the possible

---

Date submitted: January 18, 2022

Date accepted: September 26, 2022

\* Doctor of Philosophy in Law, National Taipei University; Assistant Professor, Institute of Financial & Economic Law, Southern Taiwan University of Science & Technology.

problems faced as a result of the current situation in Taiwan and puts forward suggestions for future development from the perspectives of competition and data privacy protection.

**Keywords:** Privacy Protection, Privacy Law, Competition Law, Quality, Element of Non-price Competition, Digital Regulatory Cooperation Forum, Regulatory Adjustment.

