

《公平交易季刊》
第 26 卷第 3 期 (107/7)，頁 1-33
◎公平交易委員會

大數據與市場力濫用行為初探

陳志民*

摘要

隨著「大數據」時代的來臨，事業透過數據之搜集、整理與運算分析，可更了解顧客之消費行為模式及偏好，改善既有產品或服務之品質，或客製化顧客喜好之新產品或服務。此不僅為廠商創造更多的商機，也大幅降低市場的交易成本，讓廣大的消費者享有更便利與優質的產品與服務。在這看似雙贏的商業模式發展過程中，實務上美國及歐盟等具執行競爭法經驗的國家，卻也同時開始對 Google、Facebook、Microsoft 或 Amazon 等掌握「大數據」及其運算分析技術的國際知名企業進行反托拉斯法調查。雖然部分案件所涉及的具體違法行為類型看似與「數據」並無直接關聯，但掌握「大數據」及數據分析技術，確是相關事業賴以實施相關涉案行為的主要市場力量來源。當「數據」對於競爭的重要性愈來愈高，掌控「大數據」者濫用該項關鍵投入要素，遂行封鎖與排除數位平台競爭的誘因也隨之增強。另外，「數據」遭事業濫用而致數據提供者「隱私權」被侵害的問題，以及競爭法對此能否發揮一定的規範功能等，也是近年來廣受競爭法學界討論的議題。本文從介紹「大數據」的特色出發，探討「大數據」搜集及分析運用與市場力濫用行為及侵害隱私間之關聯，並於文末提出競爭法規範「大數據」市場之幾項初步看法與政策建議。

關鍵詞：大數據、數位平台、競爭法、相關市場、市場力濫用、雙邊市場、拒絕近用、差別取價、策略性結合、隱私權保護

投稿日期：107 年 2 月 8 日

審查通過日期：107 年 6 月 22 日

* 筆者現為中原大學財經法律系專任教授，美國西北大學法學博士 (SJD)。本文為科技部補助研究計畫案「大數據時代之競爭政策思維及法規建制」(MOST106-2410-H-033-023-MY2) 之部分研究成果，筆者感謝科技部的研究經費補助。另外，二位匿名審稿委員的費心指正，在此一併致謝，惟文中所有錯誤由筆者自負。

大數據 (Big Data) 被譽為是「網路的新貨幣」(the new currency of the internet)¹及「數位時代的原油」(the oil of the digital era)²。透過數據之搜集、整理與運算分析，事業可更了解顧客之消費行為模式及偏好，進而改善既有產品或服務之品質，或客製化符合顧客喜好之新產品或服務。據顧問公司 McKinsey 之估計，大數據之搜集與運用可大幅提高事業獲利³。特別是隨著智慧型手機及網路平台快速取代了傳統的訊息傳遞模式，加上人工智慧技術的發展，讓數據的取得與掌控，成為企業經營所不可或缺的利基。據「經濟學人」(The Economist) 雜誌的估算，Alphabet (Google 母公司)、Amazon、Facebook、Apple 及 Microsoft 等 5 家全球最有價值且與網路數位經濟息息相關之上市公司，在 2017 年第 1 季的總獲利達 250 億美元，其中，Amazon 占美國網路交易金額的一半，而全美去年數位廣告的收益成長也幾乎全是由 Facebook 及 Google 所創造⁴。這些利潤成長快速的現象，與相關企業掌握產業重要「數據」以及運用數據所產生之「網路效應」有密不可分之關係：當使用 Facebook 的人數愈多，Facebook 的價值對其他尚未加入者之價值也愈高；而當特斯拉 (Tesla) 從它生產的自動駕駛車輛所獲取之數據愈多，公司愈能改善車輛的品質與安全性，吸引更多人使用其自動駕駛車輛，進而讓特斯拉取得更多關於駕駛人及其駕駛經驗之數據，更進一步提高產品的品質與安全性⁵。

然而，如同競爭法關切「網路效應」在「非數據」市場中所可能產生之「套牢」(lock in) 及「排除」(foreclosure) 效果，在驚豔於大數據運用所可能帶動之商業模式變革及交易便利性的同時，國際間也開始關切「大數據」運用所可能出現對市場競爭與消費者權益不利之效果，特別是在歐盟⁶。從「經濟合作及發展組織」(OECD) 競爭委員會分別在 2016 年的「大數據：在數位時代引入競爭政策」(Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era) 及 2017 年「演算法與勾結」(Algorithms and

¹ See William D. Eggers, Rob Hamill & Abed Ali, "Data as The New Currency: Government's Role in Facilitating the Exchange," *13 Deloitte Review*, 19 (2013).

² The Economist, "The world's most valuable resource: Data and the new rules of competition," *The Economist*, May 6th-12th (2017).

³ James Manyika, Michael Chui, Brad Brown, Jacques Bughin, Richard Dobbs, Charles Roxburgh & Angela Hung Byers, *Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity*, McKinsey Global Institute, 64 (2011). (hereinafter referred to as "McKinsey Report.")

⁴ The Economist, *supra* note 2.

⁵ *Id.*

⁶ Brent Kendall, "EU Asks: Does Control of 'Big Data' Kill Competition?: Regulators say the information could allow big businesses to exclude rivals from markets," *The Wall Street Journal* (January 2, 2018), <https://www.wsj.com/articles/eu-competition-chief-tracks-how-companies-use-big-data-1514889000>, last visited on date: 2018/1/2.

Collusion) 二場圓桌會議中，連續 2 年討論這項議題可看出這個趨勢。會議中所關切者，乃當「數據」成為市場競爭的一項不可或缺的投入要素時，因「網路效應」而取得競爭優勢之「數據」掌控者，有無可能會濫用其因此而享有之市場地位，或以不同的交易安排，讓競爭對手無法取得「數據」，或提高競爭對手取得數據之成本，或併購從「大數據」演算所推估出來的未來潛在競爭對手，預先消弭未來可能出現的市場競爭，以及「大數據」競爭者間是否可透過採行相同或可整合對手市場價格反應的訂價演算法，來降低彼此進行市場勾結行為之成本等競爭議題。就消費者權益保護部分，則主要著眼於消費者對於在使用網路過程中所留下之「數位軌跡」(digital traces) 逐漸失去掌控權，進而被數據搜集者濫用而導致隱私被侵犯之問題。誠如 Stucke & Grunes 所描述的：「消費者覺得挫折，覺得已無法控制個人的資訊。消費者不知道誰取得了他們個人的資訊、什麼資訊已被使用、何時及如何被使用、以及使用對其隱私之意義」⁷。

本文擬就此一新興競爭法議題，從法律與經濟的觀點，介紹國際競爭法實務界及學界的相關見解，並從中歸納分析對我國公平交易法（下稱公平法）未來處理「大數據」競爭議題時可資參考之建議。比較法的研究，難免會引發「大數據」對不同國家及產業別有不同程度的競爭問題及規範要求，難以建立放諸四海皆準之分析架構的疑慮，有先行釐清之必要。首先，由於「大數據」的搜集與使用絕大多是透過電腦與網路，因此就「國家」層面而言，大多數「大數據」競爭法案件的「相關地理市場」應可合理推論是「全球」市場，除非：1. 國家的網路或通訊設施不普及，讓「數據」搜集與分析仍停留在傳統非網路（實體）的方式。但只要「數據」是產業競爭的一項重要甚至於關鍵的投入要素，此一現象將導致相關地理市場範圍的縮小，而讓本文所討論的因「數據」而取得市場力的問題更加顯著；2. 涉案的產品或服務類型於特定國家或地區並未透過網路提供；但同理，只要該類產品或服務的「實體」需求存在，網路及通訊設施普及，則「網路」服務有可能成為「實體」服務的潛在競爭者，故不影響「全球地理市場」的界定結論；3. 網路及通訊服務不普及且產品或服務並未於國內「實體」或「網路」上提供。此時，或許「大數據」在這類國家中較不會出現明顯的競爭問題。不過，以目前資訊、電腦及網路科技進展及普及化的速度來看，這類國家應屬少數，且其比例應會愈來愈低。其次，「大數據」競爭

⁷ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 1st ed., Oxford University Press, 5 (2016).

問題的顯著程度確實與產業特色息息相關。「大數據」占產業生產投入要素的比重愈高，「大數據」市場地位及排除競爭的疑慮也愈大。據歐洲研究文獻指出⁸，受「大數據」影響最深的產業主要有：健康照護（healthcare）、公部門（public sectors）、金融與保險、能源及交通、媒體及娛樂、通訊、零售業及製造業，不僅涵蓋面相當廣泛，也是我國近年來政府高度重視且與臺灣經濟發展密不可分重點產業。因此，本文雖以美國及歐盟的理論與案例為分析的主軸，但對於我國公平法關於「大數據」產業之執法及政策制定仍具有相當之參考價值及啟發。

由於所涉爭點眾多，本文僅就「大數據」之單方濫用行為進行研究，不涉及「大數據」對促進水平勾結協議的問題。再者，「大數據」市場中的隱私權保護問題，形式上雖看似與消費者保護政策較為相關，但本文認為確保競爭的不受扭曲，亦可能是解決隱私權遭受掌控「大數據」之事業侵犯的選項之一，故也將在文中一併討論。據此研究架構，本文第一節首先介紹「大數據」之意義及特色為何。第二節探討競爭法規範「大數據」搜集及分析行為之必要性，比較說明對「大數據」影響市場競爭持較樂觀與較審慎二項看法之差異。第三節與第四節具體檢視「大數據」搜集及分析運用可能之限制競爭行為態樣。第三節將首先探討界定「大數據」相關市場及衡量其市場力量的問題。第四節進一步說明數據取得與運用所可能衍生之「策略性結合」及「市場排除」之競爭效果。第五節再就「大數據」市場中「隱私權」侵害議題，及競爭法針對此一議題可提供之規範功能，提出學理上的分析。第六節依研究初步心得思考其對我國公平法的執法與政策啟示。第七節總結本文。

一、「大數據」之定義

有關「數據」爆炸性成長的現象，以及其為人類所帶來的數據儲存空間不足和整理消化數據資訊能力遠不及數據出現速度等挑戰，早已為資訊科學領域之研究者所重視⁹。在 1997 年 IEEE 第 8 屆「視覺化」（Visualization）學術研討會中，二位來

⁸ See Sonja Zillner, Tilman Becker, Ricard Munné, Kazim Hussain, Sebnem Rusitschka, Helen Lippell, Edward Curry & Adegboyega Ojo, “Big Data-Driven Innovation in Industrial Sectors,” in: Jose Maria Cavanillas, Edward Curry & Wolfgang Wahlster (ed.), *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, 1st ed., Springer International Publishing, 172-176 (2016).

⁹ Peter J. Denning, “Saving All the Bits,” *78 American Scientist*, 402 (1990). (“The rate and volume of information flow overwhelm our networks, storage devices and retrieval systems, as well as the human capacity for comprehension.”) 有關「大數據」概念之出現與演進過程，可參考 Gil Press, “A Very Short History Of Big Data,” *Forbes* (May 9, 2013), <https://www.forbes.com/sites/>

自 NASA 的學者 Michael Cox & David Ellsworth 於所發表的論文中指出，由於視覺化技術的運用涉及相當龐大的數據，且會占據大量的電腦儲存空間，對電腦系統將產生有趣的挑戰。他們將此一挑戰稱之為「大數據問題」(the problem of big data)，用以描述「數據集」(data set) 數量已超出既有電腦記憶體所能儲存的技術限制¹⁰。隨著儲存技術的進步及數據運用的快速普及化，「大數據」逐漸跳脫了單純只是一項源自於電腦技術的概念，「大數據」運算在揭露事件間之「未知相關性」(unknown correlation) 和「未顯露模式」(hidden pattern)，以及預測市場發展趨勢之商業與經濟價值，也快速地受到廣泛的重視與討論。紐約時報在 2012 年一篇名為「大數據時代」(The Age of Big Data) 的評論中，即臚列了大數據在商業及非商業領域（政府政策、健保醫療、政治、運動、社交活動等）內被運用的可能性¹¹。

「大數據」應如何定義？何謂「大數據」產業？實務界與學界雖無統一的想法，但可以確定的是，單從產業所需的數據「量」是否龐大來定義此一產業，已無法完整呈現「大數據」之特色及其與市場競爭之關聯性。事業搜集、處理、分析、與運用數據之技術能力以及其即時性等「質」的因素，也可能讓無法取得足夠數量數據，但數據處理與分析能力較強的事業得因此取得競爭上的優勢¹²。不過，即使統一的定義難尋，仍有研究機構及專業組織嘗試建立一項融合「質」與「量」的界定標準，期待能進一步釐清「大數據」的具體內涵。其中，最早由 Doug Laney 在 2001 年提出，後續被包括 OECD 競爭委員會在內的多數個人與組織所接受的大數據「3V」特色，即數據的「量」(volume)、「速度」(velocity)、「多元」(variety)，是最常被引用的定義¹³。另外，Stucke & Grunes 加入了「大數據」具有高度「價值」(value) 的

gilpress/2013/05/09/a-very-short-history-of-big-data/#473d15c665a1, last visited on date: 2017/11/8.

¹⁰ Michael Cox & David Ellsworth, "Application-Controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization," *Proceedings of the 8th conference on Visualization '97*, IEEE Computer Society Press, 235 (1997). ("Visualization provides an interesting challenge for computer systems: data sets are generally quite large, taxing the capacities of main memory, local disk, and even remote disk. We call this the problem of big data.")

¹¹ Steve Lohr, "The Age of Big Data," *The New York Times* (February 11, 2012), <http://www.nytimes.com/2012/02/12/sunday-review/big-datas-impact-in-the-world.html>, last visited on date: 2018/1/9.

¹² 舉例言之，Myspace 的使用人數明顯多於 Facebook 在進入市場之初的使用人數，但在社交網站的競爭上，最後仍不敵 Facebook。同理，較佳的數據取得與分析技術，也是 Google 得以在網路搜索引擎市場中取代 Yahoo 的重要原因。Xavier Boutin & Georg Clemens, "Defining 'Big Data' in Antitrust," *1(2) Antitrust Chronicle*, 26 (2017).

¹³ Doug Laney, "3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety," posted on 6 February 2001, <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>, last visited on date: 2017/11/8; OECD Competition Committee Roundtables (Background note by the Secretariat), "Big Data: Bring Competition Policy to

另一項特色¹⁴。

（一）巨量的數據集

大數據產業通常涉及巨量產業數據之搜集與分析，而隨著儲存技術與空間的快速發展，數據搜集、儲存、處理、及分析的成本也大幅降低。另外，隨著「網路化」的趨勢愈加明顯，無線數據傳輸設備的更趨輕巧與個人化，預測全球數據的傳輸量在未來幾年也將呈等比級數的增加¹⁵。

（二）快速與即時之數據處理技術

由於巨量數據乃大數據產業之一項重要生產投入要素，參與事業有無快速與即時的數據搜集與處理技術，即成為事業能否於競爭中脫穎而出的關鍵。傳輸技術的突飛猛進，更讓數據的處理與分析速度達到「即時」(real time)的程度，讓大數據分析更有可能對環境及生活中的各項決定產生立即性的影響。從購買汽車零組件、流感傳染率或失業率的預測、氣象預報、到不動產交易即時撮合等，這種因數據傳輸速度加快所實現的「即時預測」(nowcasting)能力，已被用於改善個人商業及政府公共政策決策的品質¹⁶。

（三）數據多元性

「量」與「速度」的提升，也讓「大數據」產業所使用之數據類型更趨多元，從文字、圖檔、郵件、網站推文、衛星照片等不一而足。多元的數據類型，讓數據掌握者得以進一步獲取數據提供者的位置（實體地址或 IP 位置）、生日、性別、家中成員、飲食習慣、消費紀錄、或網路瀏覽的時間及購物的頻率等。誠如 OECD 所指出的，這些發生在大數據產業中的「數據融合」(data fusion)，將進一步創造出新類

the Digital Era,” 5 (29-30 November 2016), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf), last visited on date: 2017/11/8.

¹⁴ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 7, 15.

¹⁵ OECD, *supra* note 13, 5.

¹⁶ 所謂的「即時預測」，指以數據分析來「預測現在或極近的未來和過去」(“the prediction of the present, the very near future and the very recent past.”); OECD, *supra* note 13, 7.

型的數據，讓產品或服務提供者或競爭對手可以更深入與精準地了解與開發市場¹⁷。

依法德二國競爭主管機關的研究報告（下稱「法德研究報告」）¹⁸，「大數據」可依數據之「資訊類型」、「結構化」（structured）、及「取得方式」等三個面相來歸類。就「資訊類型」而言，如關於個人（如個人消費偏好、所在地等）、經濟體（如公司特定交易之營業額）、或特定事務的數據（或車輛目前之速度及位置）。「結構化」的數據，指依特定定義模型所取得之數據，如包括消費者姓名、地址、年齡、電話號碼等彼此相關之訊息資料庫。「結構化」的數據通常較「未結構化」數據有更高的商業運用價值。從「取得方式」來看，數據可區分為由事業內部取得、由第三人自願提供（如網路購物所提供之付款資訊及電子郵件）、從公共開放平台透過搜索引擎抓取（crawling）之數據、從觀察使用者之行為模式取得、或從既有的數據推論取得等數據類型。無論是那一種取得方式，數據取得者若可直接控制數據的搜集過程，「法德研究報告」將因此所取得的數據稱之為「第一手數據」（first-party data），相對的，若事業係運用由他人所搜集與建置的數據集，則該類數據可稱之為「第三方數據」（third-party data）¹⁹。就市場競爭而言，事業若能直接取得「第三方數據」，固可降低其自行搜集與建置數據之成本，有利其參與競爭，但「第三方數據」的所有人未必有意願與之進行數據交易，且該「第三方數據」的質與量也未必符合數據需求者需要²⁰。大數據運用對相關市場可能產生之「擴大市場力量」或「建構市場參進障礙」等競爭疑慮，往往和「第三方數據」有較密切的關係。

（四）高數據價值

「大數據」之所以能對相關產業產生極高之附加價值，和以下二項因素有關。首先，「數據分析」（data analytics）技術之進步，讓數據解讀更加精準，同時也提供了一項能更了解、影響、與控制數據目標（大自然現象、社會系統、或個人）之技術工具²¹。此外，大數據的「價值」，亦與其「巨量」、「快速」、與「多元」等 3V 特

¹⁷ OECD, *supra* note 13, 6.

¹⁸ Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, “Competition Law and Data,” 4-7 (May 10th, 2016), <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>, last visited on date: 2018/1/9. (hereinafter referred to as “France-Germany Report”)

¹⁹ *Id.*, at 12.

²⁰ *Id.*

²¹ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 7, 22.

色間息息相關。「巨量」數據有助於事業發現大量且未經「結構化」數據之相關性，甚至有論者認為，擁有大量數據但簡單運算法之產業績效表現終將超越擁有複雜運算法但少量數據之產業²²。快速的數據傳輸及數據分析能力，讓事業可以比其競爭對手更早掌握市場的變化，進而預測市場走向與商機；而數據的「多元」及「融合」，也讓掌握「大數據」之事業，得以更精準知悉數據提供者的個人特質，以利其策劃相關之商業交易行為²³。以金融業為例²⁴，銀行可從客戶付款紀錄來評估其債信，或從付款數據來分析消費趨勢及傾向，及設計相關的金融商品；保險業可運用「車載資通訊」(telematics)技術與設備，掌握駕駛人之駕駛習慣及風險偏好，或利用可穿戴式智慧型設備，來了解個人的健康及醫療照護狀況，或利用智慧家庭(smart home)設備及技術，監控家中設備的使用情況與居家安全等，有利於保險公司進行風險評估與區隔及保費設計；至於在證券業，大數據分析早已是業者賴以判斷買賣標的價值之重要工具，部分投資基金甚至利用社交網站上的文章及衛星空照圖所取得之數據來設計其複雜的投資策略。

二、競爭法規範「大數據」搜集及分析運用行為之必要性

「大數據」的運用、分析、以及過程中所帶動的「數位驅動創新」(data-driven innovation)，讓事業得以大幅改善產品或服務的品質、提供消費者更多的選擇、提升生產效率與決策品質，對於消費者和廠商所創造的經濟利益與生活的便利性，已普遍為各國所認知²⁵。除經濟上的效益外，「大數據」技術與產業發展，也提供更多元化的教育環境與更符合「因材施教」原則之教學工具、提高社會弱勢取得資金的另類管道與機會、針對弱勢社區需求提供不同的醫療照護、以及確保平等就業等有利

²² *Id.*, at 23.

²³ *Id.*

²⁴ European Supervisory Authorities (Joint Committee Discussion Paper), “On the Use of Big Data by Financial Institutions,” 9 (2016), https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2016-86-discussion_paper_big_data.pdf, last visited on date: 2018/1/9.

²⁵ 另外，據 OECD 的統計，各國利用行車追蹤導航系統以避開塞車所可節省的時間及油料成本，到 2020 年將達 5,000 億美元；同一時間內，以智慧型電力輸送網來協助用戶控管用電情況及電廠預測電力需求與產能調整，其因此所降低的二氧化碳排放量成本也將達 790 億歐元；在美國，利用大數據技術所建立之個人健康電子紀錄所降低之錯誤醫療成本，及改善診斷品質、提升管理與收費效率與促進研發等利益也可達 3,000 億美元。這些大數據技術所創造的利益，未必會在傳統的效益評估方法中被納入。OECD, *supra* note 13, 8.

於社會發展之非經濟利益²⁶。然而，如果「大數據」是網路中的「新貨幣」，則其勢必也會成為事業所競相追逐的對象；而為取得「大數據」所帶來的商機，競爭事業也會有誘因以各類競爭手段，試圖比競爭對手更早取得數據的掌控權，或讓競爭對手無法取得攸關競爭之數據集。事業據此考量所實施之競爭手段是否會產生不利市場競爭之效果，也已成爲各界所關切的新競爭法議題²⁷。學理上對於競爭法是否有必要積極地介入規範大數據市場中之相關商業行為，有「樂觀論」及「審慎論」二種不同的見解，謹分述如下。

（一）大數據時代，小政府思維－樂觀論

持「樂觀論」見解者，主要乃基於現代社會「數據」的取得管道多元，取得成本低，故沒有任何企業可以因為掌握巨量數據而建構足以排除競爭之市場參進障礙。Tucker & Wellford 從以下幾個角度進一步闡述此一觀點²⁸。

首先，競爭所需之數據無所不在（ubiquitous）。Tucker & Wellford 引用美國白宮 2014 年針對「大數據」所發表的一份報告，以及 2011 年的 McKinsey Report 指出：「我們正生活在一個數據搜集接近無所不在的世界²⁹」、「數位數據處處可得，存在於每一個產業、經濟、組織及數位技術使用者中³⁰。」此外，具有搜集與處理巨量數據能力的事業眾多，幾乎所有提供網路服務的公司都在搜集網站使用者的數據，每一位網路使用者在每一次的網路瀏覽中會被追蹤超過 100 次以上³¹。再者，「數據」可被各類不同規模的組織所運用，不是大企業的專利。小型組織對「數據」創意性的使用，可創造與大企業的新型態競爭，小企業不見得會居於弱勢。

²⁶ Federal Trade Commission, "Big Data: A tool for Inclusion or exclusion? Understanding the Issues," 6-7 (January 2016), <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>, last visited on date: 2017/11/9.

²⁷ See Financial Times, "Modern Monopolists Are Redefining Competition: Would-be Trustbusters Must Recognize How the Economy Has Changed (April 22, 2017)," <https://www.ft.com/content/b7214b26-2660-11e7-a34a-538b4cb30025>, last visited on date: 2017/11/9.

²⁸ See Darren S. Tucker & Hill B. Wellford, "Big Mistakes Regarding Big Data," *Antitrust Source*, 1 (December 2014), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/dec14_tucker_12_16f.authcheckdam.pdf, last visited on date: 2018/1/9.

²⁹ Executive Office of the President, "Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values," 3 (2014) ("We live in a world of near-ubiquitous data collection."), https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf, last visited on date: 2017/12/10.

³⁰ McKinsey Report, *supra* note 3, 2. ("Digital data is everywhere-in every sector, in every economy, in every organization and user of digital technology.")

³¹ Darren S. Tucker & Hill B. Wellford, *supra* note 28, 2.

另外，取得「數據」之成本低，大部分的事業均可在經營過程中取得大量有利的數據，如客戶於交易與互動過程中所留下的資料。另外，因應事業取得巨量數據之需求，市場已出現如 Acxiom、Datalogix、Epsilon 等專業的「數據經紀商」(data broker)，有利於降低事業搜集數據之成本。據「金融時報」的報導，由數據搜集及銷售廠商取得單一潛在消費者數據的成本低於 1 美元³²。在此同時，數據儲存與分析之成本也隨著分析軟體工具的成熟而下降，某些數據分析軟體甚至於可免費取得，如 Hadoop 此一開放數據分析軟體即屬之。更重要的是，「數據」的取得不具有「敵對性」(rivalrous)，網路使用者針對相同目的使用不同的搜尋平台的「多點聯結」(multi-homing) 搜尋方式，讓多數的網路服務業者可同時取得同一網路使用者之數據。

最後，Tucker & Wellford 認為大部分的「數據」是歷史性數據，或許可被用於預測趨勢，但對於「即時性」的商業決定幫助並沒有想像中那麼的大。現今 90% 的數據是在過去 2 年內所創造，70% 未經結構化的數據在 90 天後就會過期³³。「數據」的「飛逝價值」(fleeting value)³⁴，很難讓數據的掌控者得單純因握有大量的「數據」，即可取得市場支配地位。

(二) 自由市場的侷限－審慎論

對於樂觀論的論點，Stucke & Grunes 則持保留的看法。二人首先質疑，若數據真的無所不在且隨手可得，則 Facebook 沒有理由以免費提供服務的方式來取得使用者的相關數據，而 Uber 似乎也沒有必要在 2015 年出價 10 億美元，試圖購買 Nokia 的 HERE 地圖³⁵。原因在於，數據取得成本的高低，與數據對事業的「價值」未必相同。當網路事業得以透過使用者的數據，了解並修正運算法的錯誤時，數據分析即可能創造出高於數據取得成本的價值，而維持或擴大此一附加價值的考量，也可能讓數據擁有者有限制或排除其競爭對手近用數據的商業誘因。另外，公開數據的取得或許不具有「敵對性」，但一旦事業將取得的數據用於其產品或服務後，近用該數據即受法律的限制，而未必全然是公開可得的數據，此可從美國 2013 年的

³² 轉引自 *Id.*, at 3 n.16.

³³ Darren S. Tucker & Hill B. Wellford, *supra* note 28, 4.

³⁴ *Id.*

³⁵ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 7, 42.

PeopleBrowser Inc. v. Twitter, Inc.一案獲得印證³⁶。PeopleBrowser 利用數據探勘 (data mining) 技術分析 Twitter 上之數據後，將分析所得之消費者意見等資訊賣給客戶。為取得 Twitter 上的所有貼文，PeopleBrowser 每年支付 Twitter 100 萬美元，作為使用 Twitter 數據 Firehose 及數據串流應用程式介面 (API) 之對價。由於 Twitter 允諾會維持一個數據使用的「開放生態系統」(open ecosystem)，PeopleBrowser 遂投入大量的資金與資源建構以 Twitter 為數據來源之營運模式。Twitter 後來中止了 PeopleBrowser 取用數據的權限，PeopleBrowser 則依加州的「不公平競爭法」對 Twitter 提起本訴訟。值得注意的是，Twitter 在訴訟中反駁 PeopleBrowser 主張 Twitter 的數據是「公共財」的論點，認為如此將摧毀事業進行創新競爭的誘因，Twitter 對於其平台未來的發展及交易關係應享有主導權³⁷。

三、「大數據」搜集及分析運用與市場力濫用：

「相關市場」及「市場力量」之衡量

即使我們支持「審慎論」對「大數據」限制競爭之疑慮，但如同所有濫用市場力案件，競爭法執法機關首先要面對的，乃如何界定涉及「大數據」案件中之「相關市場」及衡量涉案當事人之「市場力量」的問題。在傳統濫用行為案件中，二項要件的判斷對主管機關的挑戰性都很高；「大數據」產業的特色，更可能讓這項執法工作更加艱鉅。例如，在運用「大數據」分析的產業中，不少具有「雙邊」(two-sided) 或「多邊」(multi-sided) 市場的特色，且業者經常免費提供產品或服務供網路使用者使用下載，如網路搜索、GPS 導航、影片上傳、社交網絡等。這類交易模式限制了傳統以觀察價格變動及有無替代產品來定義市場的運用空間。另外，在「雙邊」與「多邊」市場的特色下，競爭主管機關若單以事業在涉案產品或服務所在之單一市場中之指標（如市占率）來認定市場力量，忽略了與涉案市場具競爭連動關係市場對涉案事業競爭誘因之影響，則所計算得出之「市場力量」往往無法反映真實的市場競爭現況³⁸。

³⁶ *Id.*, at 47-49.

³⁷ *Id.*, at 48.

³⁸ 「雙邊市場」的概念，最早由經濟學家 Rochet & Tirole 所提出並將之定義為：“[A] market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price

（一）「大數據」與「相關市場」之界定

「大數據」生態系統往往包含了來自多方市場之參與業者提供多元的「產品」或「服務」，讓「相關」市場的界定更加困難。以 Apple 公司為例，它是一個網路平台業者（Apple Store、iTune）、科技產品的銷售者（個人電腦、平板電腦、iPhone、數位手錶）及資訊科技設施之提供者（iCloud）；其同時也向使用 Apple 平台的應用程式開發廠商或廣告商收費，也和其他網路平台如 Facebook 或 LinkedIn 合作³⁹。另外，在產品或服務價格等於 0 的情況下，以價格「微量但實質」的調漲，來觀察產品間供給與需求替代關係與程度的 SSNIP（small but significant and non-transitory increase of price）法則將無法得出有意義的認定結果。歸納學理與實務所建議的解決方法主要有：1.仍以「價格」變動作為觀察替代變動的起點，但針對「雙邊」與「多邊」的特色修正 SSNIP 的操作方式；2.改以「非價格」競爭因素的變動（如品質）作為界定的觀察因素。

1.修正之 SSNIP 法則

由於在概念上可能和網路平台產生「雙邊」或「多邊」關聯的市場眾多，應納入相關市場界定考量的範圍應多廣，即是一項有待釐清的先決問題。可行的方法之一，乃先從網路服務的內涵類型著手，界定考量「雙邊」及「多邊」的必要性。例如依所提供之功能來區分，網路平台大致有「非交易平台」（non-transaction platform）及「交易平台」（transaction platform）二種類型，前者指平台的使用者彼此間並未有

structure matters, and platforms must design it *so as to bring both sides on board*.” Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, “Two-Sided Markets: A Progress Report,” 37(3) *The Rand Journal of Economics*, 664-665 (2006). 簡言之，在具「雙邊」或「多邊」特性的平台經濟中，平台經營者的價格競爭策略非在於制定特定單一產品或服務的最適「價格水平」（price level），而是在尋求一個可以吸納與該特定產品或服務具有「網路效應」（network effect）關係市場之訂價決定的「價格結構」（price structure）。在這個「價格結構」下，平台經營者通常會彈性地選擇在一邊市場採行「虧本訂價」（loss leader pricing）策略，以吸引更多消費者加入，再從具網路效應關係之他邊市場中所增加的利潤來補貼該項競爭損失。以信用卡市場為例，發卡組織或公司可以「免年費」的方式招徠更多的會員，再從提高接受信用卡商家結算時所需支付之「交換費」（interchange fee），來填補甚或擴大其提供信用卡支付服務的整體利潤。See Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets,” 1 *Journal of European Economic Association*, 991-992 (2003). 當平台經營者在「虧本訂價」市場以免費方式提供其產品或服務時，即會對界定「相關市場」的傳統方法產生執法上之挑戰。

³⁹ OECD, *supra* note 13, 15.

直接的交易關係，平台的功能在引發交易當事人之「注意」(attention)，如提供消費者搜尋及廣告商刊登廣告，後者則是在提供「撮合」(matching) 當事人交易的機會，如信用卡或網路拍賣平台等⁴⁰。就「非交易平台」而言，由於服務或產品對不同市場之使用人而言，有不同程度的替代可能性認定，如「社交網路平台」和「搜索引擎平台」對消費者而言並不具有替代性，但對廣告商而言則有，故較適宜針對不同方市場個別界定相關市場。例如在審查社交網路平台的結合案時，針對廣告方部分，競爭主管機關可能得進一步判斷「搜尋網站」是否和「社交網站」具有替代性，但在消費者部分，則無需考量二者間之替代性⁴¹。反之，若是在「交易平台」，則只需針對「平台」本身來界定出一個市場，無須再針對各別的雙邊或多邊市場來分別界定。例如，就涉及網路拍賣平台的結合案，競爭主管機關只需研析「網路拍賣」與「網路銷售」或「非網路銷售」間是否則有替代性，而可以將二者劃入同一「相關市場」即可⁴²。

至於在具體操作方法上，學者建議修改傳統的 SSNIP 法，在「非交易平台」的案件中，依多方市場間需求交叉彈性的分析法，觀察單方市場之價格變動，對平台「整體獲利」(overall profitability) 的影響來界定相關市場。在「交易平台」部分，則是以平台本身所設定價格之微量改變，來觀察平台「整體獲利」改變的情況來界定相關市場⁴³。

2. 「非價格」競爭因素之界定方法

另一項建議的解決方法，乃改依產品「品質」調整所帶動之需求與供給的變動來界定相關市場。Hartman、Teece、Mitchell & Jorde 於 1993 年的一篇論文指出，SSNIP 法則對於變動快速的高科技產業並不適合，因為這類型產業的主要競爭模式是非價格競爭，如產品或服務品質或創新能力等⁴⁴，故建議以「微幅但實質且非瞬間之品質降低」(small but significant and non-transitory decrease of quality; SSNDQ) 來取代

⁴⁰ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric Van Damme & Pauline Affeldt, "Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice," *10 Journal of Competition, Law & Economics*, 296 (2014); OECD, *supra* note 13, 16.

⁴¹ Lapo Filistrucchi et al., *id.*, at 299.

⁴² *Id.*

⁴³ OECD, *supra* note 13, 15.

⁴⁴ Raymond Hartman, David Teece, Will Mitchell & Thomas Jorde, "Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change," *2 Industrial and Corporate Changes*, 317 (1993).

SSNIP 法則。以大數據產業為例，競爭主管機關可以以假設獨占者若降低其產品或服務品質（如網站對隱私權保障的程度）達一定的程度（如降低 25%），會有多少使用者改使用其他網站，若移轉的使用者眾多，則該替代網站之產品或服務即應列入「相關市場」之列⁴⁵。不過，Hartman 等也承認，相較於「價格」的變動，「品質」變動往往是多面相的，無法以單一具體的貨幣價值作為評估單位，使得在量化「品質」變動影響時，除了要考慮特定「品質」變動的程度上，也要考量該項「品質」變動和其他「非價格」變動比較，其對競爭之相對重要性為何⁴⁶。

即使 SSNDQ 面臨到不少操作上的困難，但仍被中國最高人民法院在 2013 年的「奇虎公司與騰訊公司壟斷糾紛上訴案」中採為界定「相關市場」之依據⁴⁷。該案原被告是中國二大主要網路服務提供公司，奇虎在 2010 年推出網路即時通（Instant Messaging）的防毒軟體「360 安全衛士」（360 Bodyguard）後，騰訊隨後採行讓奇虎公司的所有軟體無法在其即時通訊上使用之策略，導致奇虎公司使用者流失，奇虎公司因此依中國反壟斷法向法院提起本案訴訟，主張騰訊濫用市場支配地位以排除市場競爭⁴⁸。就「相關市場」界定部分，中國最高人民法院首先指出，就獨占力濫用案件而言，「界定相關市場是評估經營者的市場力量及被訴壟斷行為對競爭影響的工具，其本身並非目的，即使不明確界定相關市場，也可以通過排除或者妨礙競爭的直接證據對被訴經營者的市場地位及被訴壟斷行為可能的市場影響進行評估，因此，並非在每一個濫用市場支配地位的案件中均必須明確而清楚地界定相關市場」⁴⁹，即使有必要進行「相關市場」的界定，SSNIP 也並非唯一的方法。最高人民法院批評下級法院以 SSNIP 界定本案市場的不當，認為由於「即時通訊」的服務是免費的，所以當價格被假設性地從 0 提高 5%-10%，其結果仍是 0，若是如同下級法院將價格從 0 調高到一個假設的較小正價格，則所得出的需求替代比例是無限大，代表產品或營業模式的全盤改變，故無從察知就市場競爭具替代性之產品為何。最高人民法院認為應以 SSNDQ 作為判斷的標準。在此標準下，最高人民法院就調查所得之

⁴⁵ *Id.*, at 334.

⁴⁶ *Id.*, at 339.

⁴⁷ 奇虎公司與騰訊公司壟斷糾紛上訴案件判決書，中華人民共和國最高人民法院 2013 年民三終字第 3 號，<http://www.court.gov.cn/wenshu/xiangqing-7973.html>，最後瀏覽日期：2018/1/23；另可參考 Charles River Associates, “Qihoo v. Tencent: economic analysis of the first Chinese Supreme Court decision under Anti-Monopoly Law (February 2015),” http://www.crai.com/sites/default/files/publications/China-Highlights-Qihoo-360-v-Tencent-0215_0.pdf, last visited on date: 2017/11/10.

⁴⁸ 奇虎公司與騰訊公司壟斷糾紛上訴案件判決書，同上註，8-9。

⁴⁹ 同上註，27。

事證進行「質化」（判決書稱「定性」）分析，推翻下級法院將「相關產品市場」界定為包括「即時通」、「社交網絡服務」及「微博」等網路通訊服務；相反的，最高人民法院認為從消費者的角度來看，這些網站提供不同功能的服務，非必然會產生替代關係⁵⁰。至於在「相關地理市場」，最高人民法院也認為，應在 SSNDQ 的原則，檢視當假設性獨占者降低其產品或服務品質時，會有多少潛在競爭者能及時地進入市場取而代之，而對獨占者產生實質的競爭壓力。同理，下級法院將「相關地理市場」界定為「全球」的決定也不為最高人民法院所採，法院認為以中國目前的法規限制，實質有效的競爭場域應只限於「中國大陸」⁵¹。

（二）「大數據」與「市場力量」

如何衡量「大數據」掌控者的「市場力量」，可以從將市場力量的源起區分為「傳統來源」（traditional sources）與「新型態來源」（new sources）來加以說明⁵²。所謂「傳統來源」，包括因資訊設施之高固定成本所出現之「規模經濟」效果、大量且多元數據所可提供之「交叉比對」（cross-referencing）價值所產生之「範疇經濟」（economies of scope）效果、及「網路效應」等足以讓「數據」擁有者有更高支配市場機會等經濟事實。「新型態來源」，則專指在「大數據」產業中之「數據回饋迴路」（data feedback loops）效果，指使用者於數據平台所散布之數據，經平台參與廠商利用並「貨幣化」（monetarized）後，再以更高品質的服務回饋給使用者的一項巡迴過程⁵³。「數據回饋迴路」讓市場供給者與需求者的角色漸趨模糊，也讓二者之共生關係更加緊密。

不論是「傳統」或「新型態」之市場力量來源，競爭法所關切者，乃數據擁有者是否會因此而有建構市場進入障礙的能力與誘因，例如，事業所掌握的數據量過於龐大，其他競爭事業則因技術、法規、或行為面等限制而不具有同等搜集證據的能力，而難以參與市場競爭⁵⁴。此外，市場進入障礙亦可能肇因於潛在進入事業在數據儲存、數據合成分析及數據使用等能力上的落差⁵⁵。另一項值得進一步探究的議

⁵⁰ 同上註，28-32。

⁵¹ 同上註，32-33。

⁵² Ania Thiemann & Pedro Gonzaga, "Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era," OECD Competition Committee Presentation Slides, 8-10 (2016).

⁵³ *Id.*, at 10.

⁵⁴ See Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, "Access Barriers to Big Data," *59 Arizona Law Review*, 350-360 (2017).

⁵⁵ See *id.*, at 364-369.

題，乃「雙邊」或「多邊」市場理論，可如何影響「市場力量」的認定。如果真如「雙邊」市場理論所言，事業於單一市場之競爭行為會將該行為在另一市場之影響列入考慮，則在單一市場具高市占率之事業即不能被視為必然是具有限制市場競爭能力的「市場力量」。例如，在 U.S. v. American Exp. Co. 案中，美國司法部認為美國運通公司禁止接受其信用卡的商家，勸誘消費者使用別家信用卡的「反勸誘」（anti-steering）約款，已違反修曼法規定⁵⁶。就「市場力量」部分，聯邦地院以美國運通公司在相關市場內具高市占率、市場具有高參進障礙、因消費者偏愛使用美國運通卡及因此所衍生的需求等加乘效果，讓美國運通具有得操縱商家及消費者之力量，且有具體事證可以支持此一認定，故美國運通已符合了修曼法關於濫用市場力量規定之「市場力量」門檻⁵⁷。但本案在上訴至聯邦第二上訴巡迴法院後⁵⁸，上訴法院法官依「雙邊市場」理論指出⁵⁹，地院以美國運通於涉案期間具有單方提高價格的事實作為其具有「市場力量」的證據，是錯誤地忽略了信用卡「持卡人市場」與「商家市場」二者間就信用卡公司獲利的雙邊關聯性。為提高消費者使用美國運通卡的意願，美國運通需增加使用者使用美國運通卡的利益；但因此所增加的成本，可能要由提高接受美國運通卡商家所需支付給美國運通的費用來平衡，不過，偏愛使用美國運通卡的人數增加，也對接受美國運通卡的商家有利。相對的，若因向商家所收取的費用過高，願意接受美國運通卡的商家家數大幅減少，也會連帶地降低消費者使用美國運通卡的意願⁶⁰。

四、「大數據」取得與運用之可能濫用行為類型

假定「大數據」之取得與運用將讓掌握「數據」者得因此享有支配市場之市場力量，本節進一步探討事後濫用該市場力所可能出現的「以數據為基礎」(data-based)的濫用行為類型⁶¹。以下的討論將從大數據作為一項「策略性」結合行為及「市場排除」(market exclusion)行為二大分類下進行。

⁵⁶ 88 F.Supp.3d 143 (E.D.N.Y. 2015).

⁵⁷ *Id.*, at 188.

⁵⁸ U.S. v. American Exp. Co., 838 F.3d 179 (2nd Cir. 2016).

⁵⁹ *Id.*, at 188.

⁶⁰ *Id.*, at 202. 本案在上訴至美國聯邦最高法院，最高法院已於 2018 年 6 月 25 日判決美國運通勝訴，判決書可至美國聯邦最高法院官網下載，https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf, last visited on date: 2018/6/25.

⁶¹ France-Germany Report, *supra* note 18, 16.

(一) 「策略性」結合行為

將「結合」視為是市場支配廠商所可能採行的單方濫用行為，乃著眼於「大數據」有可能成為一項得被支配廠商用以排除或封鎖競爭的「策略工具」。當「數據」成為市場競爭的重要投入要素時，透過收購數據公司，讓數據的「網路效應」更加顯著，而大數據「巨量」的特色，將進一步讓競爭對手難以取得足夠的數據量進行有效的競爭。再者，支配廠商若能透過結合取得更廣泛且類型更不同的數據，則大數據「多元」的特色，也可能讓競爭者難以透過自行複製數據的方式，來規避結合事業所建構之市場參進障礙。最後，透過數據的趨勢分析，事業得預先掌握並收購未來可能成為其競爭對手之事業，消弭未來的競爭。不過，即使「策略性」結合行為在理論上可能發生，但在實務上尚未見有結合案件因上述競爭疑慮而被禁止者，以下謹就較具代表性的案例為一簡要說明。

1. TomTom / Tele Atlas 結合案⁶²

TomTom 是「全球定位系統」(Global Positioning System ; GPS) 的先驅業者，於 2007 年擬收購另一家提供數位式地圖及其他動態內容的廠商 Tele Atlas，二家公司是北美及歐洲「導航數位地圖資料庫」(navigable digital map database) 的領導廠商。本案審理過程中，歐盟執委會首需界定者，乃「移動式數位地圖資料庫」是否即是本案的相關產品市場，或是應進一步擴大包含其他提供類似搜尋服務之產品？特別是 TomTom 指出，微軟 (Microsoft) 及 Google 都是 Tele Atlas 的客戶，也提供網路地圖搜尋服務，二家公司均可藉由其既有的技術與資金，以及網路使用者所回饋的數據，迅速地進入 GPS 市場。另外，GPS 的市場進入門檻會隨著空照圖片及衛星照片的技術與品質的提高而降低。不過，執委會基於以下理由，仍認為「移動式數位地圖資料庫」是本案的相關產品市場：

(1)GPS 所需數據具有「巨量」、「快速」、「多元」等特色，不但要非常詳細、正確、且必須針對路況、交通流量、及行駛路線等資訊不斷更新。為達此目的，Tele Atlas 經常要派人親自於道路上試駕，以掌握最新的道路數據。故建置一份基本電子地圖資料庫和詳細的 GPS 資料庫，就所需投入的資源和成本而言有相當大的不同。

⁶² OJ C 237/53 (2008).

(2)至於微軟和 Google 是否為結合當事人之競爭者或潛在競爭者的問題，執委會認為依賴網路使用者所回饋的「維基式」(Wikipedia-like) 數據，難以讓二家公司可以即時的參與競爭。除了 GPS 所需的數據量龐大，遠超過使用者所能回饋外，使用者也沒有足夠的誘因隨時提供更新的數據，且確認回饋數據真實性的成本也可能很高。

至於在競爭效果的評估上，因本案性質上屬於垂直結合案件，故執委會將審查的重點置於 TomTom 是否會因結合而取得排除上下游市場競爭的「能力」，如果有，則 TomTom 是否有實施排除競爭行為的「誘因」二項議題。執委會認為結合讓 TomTom 取得更完整且重要的數據，確可強化其實施排除行為的能力；但執委會指出，即使 TomTom 於上游市場拒絕將數據開放給競爭者，其因此所喪失的利益，亦難以在下游的 GPS 服務市場中的利益來加以彌補，故應無實施排除競爭行為的誘因。

2. Facebook / WhatsApp 結合案⁶³

Facebook 在 2014 年宣布以 190 億美元收購 WhatsApp，二家公司在結合前都是提供簡訊 (texting)、照片及影音檔上傳分享的社交網站，差別在於 WhapsApp 並不出賣平台廣告空間，且僅向使用者收取象徵性費用，保證不會搜集使用者行動電話號碼外的個人數據。美國聯邦交易委員會 (Federal Trade Commission ; FTC) 並未調查本案，但該機關「消費者保護局」(Bureau of Consumer Protection) 要求 Facebook 應持續落實 WhatsApp 的隱私權保護政策。歐盟則在審理過程中，點出了數據搜集與累積行為作為一項競爭損害理論的可能性，特別是 Facebook 是一多邊平台 (multi-sided platform)，涉及「平台」間爭取使用人數、數據及付費廣告之不同類型的競爭。執委會認為，由於 WhatsApp 並未搜集使用者數據，故結合並不會讓 Facebook 基於廣告目的所取得的數據量更多。不過，歐盟仍不排除在結合後，Facebook 仍有可能在 WhatsApp 中推出廣告服務並搜集使用者數據，並以此來改善 Facebook 鎖定廣告對象的正確性。然而，執委會最後仍認為，雖然 Facebook 在結合後有「能力」，但卻沒有「誘因」從事限制競爭的行為。首先，據歐盟的統計，歐洲從事搜集數據的競爭事業很多，Facebook 因結合而取得的更多數據，並無法讓其提高鎖定廣告對

⁶³ Commission Decision C (2014) 7239 final (2014).

象的正確性⁶⁴。在消費者部分，有愈來愈多的平台經營者重視並願意保護網路使用者個人數據的「隱私權」，故「隱私權保障」已逐漸成為平台業者所不可忽視的「非價格競爭」。執委會進一步表示，雖有「網路效應」，但使用者在轉換使用不同的網路平台時，並不會出現顯著的轉換成本，迫使其必須使用特定平台業者之服務，致消費者利益受損。

3. Google / Waze 結合案⁶⁵

2013 年 Google 決定以 13 億美元收購同樣提供電子地圖服務的 Waze 公司，引發業界普遍的關切。結合前，Waze 認為該公司服務優於 Google 之處在於其數據的即時性，二者的競爭關係因 Google 不再開放 Waze 使用其「應用程式介面」(Application Program Interface) 而終止。美國 FTC 及英國「公平交易處」(Office of Fair Trading) 對本案都未表示反對，不過，英國政府表示，因二家公司結合後，仍免費提供相關的服務，故本案的審議重點應著重在結合對「創新」及「品質改善」的促進效果。由於在英國行動設備導航應用技術市場的主要廠商乃 Apple(30%)和 Google(50%)，結合前，Waze 並無法對 Google 在英國之可能濫用市場力行為產生制衡力量，結合並未實質改變市場競爭現況，故無進一步調查的必要。

(二) 「市場排除」行為

雖然目前實務上涉及「大數據」濫用行為議題者多集中在「結合」案件，但「法德研究報告」中也具體提出了 5 種可能的數據濫用行為：1. 拒絕「數據」近用；2. 差別性「數據」近用；3. 「數據」近用與差別取價；4. 「數據」之排他近用；5. 「數據」近用之搭售安排。

1. 拒絕「數據」近用

拒絕分享「數據」會成為競爭法問題，其前提乃被拒絕近用之數據集對競爭而

⁶⁴ 據歐盟的統計，Facebook 就數據搜集的市占率約 6.39%，其他的競爭者有 Google (33%)、Microsoft (0.02%)、Yahoo (0.65%) 及其他 (58.67%)。

⁶⁵ UK Office of Fair Trading, “Completed Acquisition by Motorola Mobility Holding (Google, Inc.) of Waze Mobile Limited,” ME/6167/13 (13 December 2013), http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402225142/http://www.of.t.gov.uk/shared_of.t/mergers_ea02/2013/motorola.pdf, last visited on date: 2017/11/19.

言，是一項重要且不可或缺的「關鍵設施」(essential facility)。相較於美國，歐盟對於「關鍵設施」理論有較多的論述及案例⁶⁶。2004年的IMS Health v. NDC Health一案乃拒絕「數據」近用的代表性案例⁶⁷。IMS是德國一家搜集及分析藥品在地區市場銷售數據，並出售數據分析結果給藥廠的公司。本案原告NDC也是一家藥品銷售數據的行銷公司，向執委會檢舉主張IMS拒絕授權NDC使用其數據資料庫，已構成濫用市場支配力的行為，違反當時歐體條約第82條(現已更名為「歐盟運行條約」第102條)之規定。執委會支持NDC的主張，認為IMS的數據資料庫已是市場中之產業標準，若無法取得授權使用，NDC將無從於相關市場中競爭⁶⁸。案經當時歐盟第一審法院(Court of First Instance；現已更名為「一般法院(General Court)」)向歐洲法院聲請釐清該案先決法律爭點後，歐洲法院指出該數據資料庫是否「關鍵」，除了要檢視潛在近用人對於該資料庫的發展有無貢獻外，更要調查是否有技術、法規或經濟上之因素，讓潛在近用人無從由其他來源取得所需之數據資料庫⁶⁹。若構成「關鍵設施」，則法院應進一步觀察近用人利用數據，是否會在另一市場創造出數據擁有者所未提供，且具有足夠市場需求的新產品或服務，而所謂的「另一市場」，只要是可以被界定(identified)的「潛在市場」(potential market)甚至於「假設性市場」即屬之⁷⁰。最後，拒絕授權是否將導致藥品銷售數據交易市場競爭被全部排除，且數據提供者拒絕近用是否無正當理由等，也是法院審理的重點⁷¹。不過，值得注意者，乃判決指出，原告不得單以涉案之數據集有「獨特性」(uniqueness)，即主張拒絕近用行為已構成不法，進而要求數據所有人有開放近用之義務。

2. 差別性「數據」近用

依「法德研究報告」之說明，差別性「數據」近用可能出現在垂直整合的事業，策略性地對整合數據採取差別性的使用條件，而對上、下游未整合事業產生排除競爭的效果。例如，若實體賣家同時也經營零售網站，其在零售市場所得到的關於其

⁶⁶ 相關的討論，可參考 Jay Modrall, “A Closer Look at Competition Law and Data,” *13(1) Competition Law International*, 43-44 (2017).

⁶⁷ Case C-418/01, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6a14215591aba42ccbfa18089c116c7a9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMc3r0?text=&docid=49104&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1942016>, last visited on date: 2017/11/19.

⁶⁸ *Id.*, paragraph 12.

⁶⁹ *Id.*, paragraph 28-30.

⁷⁰ *Id.*, paragraph 44.

⁷¹ *Id.*, paragraph 55.

實體競爭賣家的相關數據，可讓其能更快速的調整產品線及產品售價，也能限制下游未整合競爭零售商取得關於自己交易紀錄的相關數據，取得在零售市場的競爭優勢。在法國競爭局 2014 年所審理的 Cegedim 一案⁷²，Cegedim 是被法國競爭局認定為具市場支配地位的醫療數據搜集與分析的領導廠商，因拒絕將其主要數據資料庫 “OneKey” 開放給使用 Euris 軟體的客戶使用而被處分。Euris 是由 Cegedim 在「顧客關係管理」(customer relationship management) 服務市場的競爭者所研發，法國競爭局認為 Cegedim 此一差別性的「數據」近用措施，將限制了 Euris 軟體的研發。不過，從行為之效果而言，本案似與「拒絕近用」無異。

「法德研究報告」也提出當時仍在調查中的「Google 比較購物服務」案為例，說明差別性數據近用。該案已經歐盟執委會在 2017 年以 Google 對「比較購物服務」(comparison shopping service) 競爭網站實施差別待遇為由，科處 Google 鉅額的罰鍰⁷³。執委會處分的理由，在於 Google 依賴其在一般搜索引擎 (general search engine) 市場上的獨占力，透過運算法則的設計，將同樣提供產品種類與價格比較服務的 Google Shopping 之資料列在搜尋結果的最頂頁，而競爭網站的資訊列在搜尋結果較後面的頁數，因而降低了搜尋者造訪競爭網站的機會，違反歐盟競爭法保護效能競爭之原則。然而，本案似未涉及 Google 有任何針對「數據」之禁止或差別近用之情形，而是對數據運算結果採行對 Google 較為有利的呈現方式⁷⁴。

3. 「數據」近用與差別取價

「數據」近用行為可能衍生二項與「差別取價」有關之競爭法議題。其一，事業若擬成功實施差別取價，必須知悉不同消費者對其產品或服務所願意支付的最高價格差異，始有可能依個別消費者不同的「保留價格」(reservation prices) 來決定個別消費者的不同售價。「數據」的搜集與分析，讓事業更容易掌握消費者過去的消費紀錄，對特定產品之偏好及消費價格等「第一手數據」，可更精確地預估消費者的保留價格及制定差別價格⁷⁵。另一項與本文更為相關的問題，即是數據擁有者在將數據

⁷² French Competition Authority, Decision No. 14-D-06 (July 8, 2014).

⁷³ European Commission, “Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service,” http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm, last visited on date: 2017/11/19.

⁷⁴ Jay Modrall, *supra* note 66, 46.

⁷⁵ France-Germany Report, *supra* note 18, 21.

搜集與分析服務提供給「第三方數據」之需求者時，對不同的買方就相同的數據集收取不等的價格。對此，歐盟第一審法院於 2009 年的 *Clearstream* 一案⁷⁶頗具代表性。該案被處分人 *Clearstream Banking AG* 是德國唯一一家集保公司，負責處理依德國法發行證券之交易結算。執委會調查發現，*Clearstream* 對歐洲清算銀行 (*Euroclear Bank*) 使用其數據資料庫進行跨國交易結算時，收取高於其他會員國國內證券保管機構的使用費，違反歐體條約第 82 條之規定⁷⁷。案經上訴後，第一審法院支持執委會的理由，認為 *Euroclear* 所使用的數據內容與會員國是相當的⁷⁸，而近用數據對 *Clearstream* 所造成的使用數據量不同及成本差異⁷⁹等正當性抗辯也不為第一審法院所採。

4. 「數據」之排他性近用

「法德研究報告」指出，排他性 (*exclusive*) 或「網路式」的數據近用約定，具有讓競爭者無法取得競爭所需數據，及消費者因此無法使用新技術與產品等競爭損害問題⁸⁰。例如，網路平台業者得與「第三方數據」的供應者，如廣告託播商，達成獨家交易的約定，禁止託播商於競爭的網路平台刊登同樣的廣告，降低競爭平台於市場上的吸引力。歐盟執委會目前調查中的關於 *Google* 限制使用其“*AdSense for Search*”平台的第三方網站，不得在競爭搜尋平台上刊登廣告，可被歸類為此一類型之近用限制⁸¹。

5. 「數據」近用之搭售安排

「法德研究報告」也指出，掌控競爭關鍵「數據」的獨占廠商，可要求數據近用事業必須同時使用其數據分析工具或其他不具市場支配地位之數據集，作為近用關鍵「數據」的條件，進而將市場力擴張至數據分析工具或其他數據類型市場，封

⁷⁶ *Clearstream Banking AG. V. Commission*, http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=77077&occ=first&dir=&cid=2205249, last visited on date: 2017/11/16.

⁷⁷ *Id.*, paragraph 173. *Euroclear Bank* 需支付 *Clearstream* 每筆 6 歐元的使用費，但會員國公司只需支付 5 歐元。

⁷⁸ *Id.*, paragraph 179.

⁷⁹ *Id.*, paragraph 188.

⁸⁰ France-Germany Report, *supra* note 18, 19-20.

⁸¹ European Commission, “Antitrust: Commission takes further steps in investigations alleging Google's comparison shopping and advertising-related practices breach EU rules,” http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_en.htm, last visited on date: 2017/11/18.

鎖該市場中之競爭⁸²。

五、「大數據」取得與運用及隱私權保障

對多數人而言，「大數據」搜集與運用對隱私權的侵害問題，可能較其對市場競爭的影響要來得更具有切身感與急迫性。事實上，網路安全與隱私權保障的完備程度，亦與國家長期經濟發展有關。誠如 OECD 於 2014 年「為成長與幸福之數據驅動創新」(Data-driven Innovation for Growth and Well-being) 研究計畫的期中綜整報告所言，「信任」是成長的一項重要社會資本，可降低社會互動的不確定性及交易成本，有利於合作關係之建立；當網路安全與隱私疑慮使人民對網路交易產生不信任感時，經濟發展也必然會因此而受限⁸³。

但對於向來以「市場競爭」為其核心規範議題的競爭法而言，「隱私權」的保障是否是競爭法所應關切與管轄的問題？若答案是肯定的，那麼是否有可能在競爭法既有的規範架構與原則下，妥適地來處理此項問題？對於前者，上述 OECD 的研究報告似乎是持肯定的立場。報告建議政府應積極創造一個可被信賴且包容之「數據驅動創新」環境，特別是應追求消費者隱私保護及市場競爭之執法綜效⁸⁴。對於後者，報告亦提出頗值各國競爭主管機關參考之原則性建議，即競爭法及政策應以確保廠商以可以提升隱私權保護效果的投資作為競爭工具的誘因⁸⁵。綜言之，應將隱私權保障的完整性視為是平台業者間的「非價格競爭」，而競爭法應以促進該項競爭或排除業者在從事該項競爭時所面對之不當限制作為規範原則。不過，Stucke & Grunes 認為，此「非價格競爭」能否發生促進競爭的效能，取決於消費者能否於交易決定之初正確評估競爭平台對隱私權保護的優劣。當消費者無法事先掌握被取用的數據類型、範圍與程度，以及後續的利用方式等資訊時，就可能無從就使用特定平台散布數據之利益與成本進行評估，遑論依據評估結果，選擇使用隱私權保障較佳的網路平台⁸⁶。此一事先評估平台品質的侷限，反而可能讓競爭的結果出現隱私權保障不升

⁸² France-Germany Report, *supra* note 18, 20.

⁸³ OECD, “Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report (October 2014),” <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>, last visited on date: 2017/11/18.

⁸⁴ *Id.*, at 8.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 7, 58.

反降的「失能均衡」(dysfunctional equilibrium)⁸⁷。但即使如此，競爭主管機關如何衡量「非價格」或「品質」競爭，向來就是一項比衡量「價格」競爭更為困難的問題，特別是「隱私權」保障的範圍、程度及必要性，具高度「主觀性」(subjectivity)⁸⁸，更讓以觀察品質降低所產生之替代變動的程度來界定競爭程度更具挑戰性。

可能的解決方法之一，則是嘗試提出可以量化包括「隱私權」保障在內的非價格競爭指標。例如 Waehrer 提出類似「向上漲價壓力」(upward pricing pressure; UPP) 指數公式，來估算網路平台結合後，平台業者的「品質下降壓力」(downward quality pressure)⁸⁹。然而，似乎有為數更多的學者認為，網路平台的「隱私權」議題，應優先以消費者保護或管制法規來處理。Daniel Sokol 認為，主張競爭法應積極介入「大數據」議題的論點，並未獲實證經驗的支持，且會扼殺「大數據」有利市場交易與競爭之正面效果⁹⁰。James Cooper 則指出，以競爭法規範隱私權議題，除了需處理因「主觀性」所產生之如何界定「隱私」的問題，讓受管制之對象有對競爭主管機關從事「競租」(rent-seeking) 行為的誘因外，尚會引發限制「言論自由」之憲法爭議⁹¹。Lamadrid & Villiers 甚至強調，反對競爭法規範隱私權的最有力理由在於，「隱私權」與其他「基本權利」相較並沒有特別不同之處。因此，如果我們認為隱私權應受競爭法的保護，則沒有法律上的理由可以禁止其他基本權利的支持者也作同樣的主張。如此一來，將出現競爭法成為一項「所有權利的法律」(law of everything) 的荒謬結果，不僅讓競爭法產生「形變」(deformation)，也提供反烏托邦小說(dystopian novel) 一項很好的寫作素材⁹²。Ohlhausen & Okuliar 則試著在這個略顯二極化的論辯中提出更具體的操作原則。二人提出了處理包括「隱私權」在內的「大數據」市場競爭問題的三項檢視因素。第一個因素乃涉案行為是否涉及「消費者福利」或「經濟效率」的減損，若有，則可將其定性為競爭法問題；第二個因素則是涉案爭議是

⁸⁷ Joseph Farrell, "Can Privacy Be Just Another Good?" *10 Journal on Telecomm and High Technology Law*, 256-259 (2012).

⁸⁸ OECD, "The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis," <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>, last visited on date: 2017/11/20.

⁸⁹ Keith Waehrer, "Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protection and Other quality Dimensions," <http://waehrer.net/Merger%20effects%20in%20privacy%20protections.pdf>, last visited on date: 2017/11/20.

⁹⁰ D. Daniel Sokol & Roisin E. Comerford, "Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? (January 27, 2016)," <https://ssrn.com/abstract=2723693>, last visited on date: 2017/11/19.

⁹¹ James C. Cooper, "Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, the Subjectivity," *20 George Mason Law Review*, 1129 (2013).

⁹² Alfonso Lamadrid & Sam Villiers, "Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities Know How to Do it?" *1(1) Antitrust Chronicle* (2017).

否屬於數據使用者與數據提供者間之「契約協商」爭議，若是，則案件較適合由消費者保護法規來處理；第三個需要被考量的因素則是不同管制法規之成本－效益的分析⁹³。不過，Ohlhausen & Okuliar 在論文的結論部分仍認為，無須為了要保障隱私權，而嘗試將消保法規和競爭法規融合，否則，將混淆了二項法規所建立的基本原則與競爭法所建構之分析架構，雖然，「隱私」可以成為競爭的一項重要面相，但二人仍認為消保法才是最直接能落實保護隱私權的法律機制⁹⁴。

六、對我國公平交易法之執法及政策啓示

從本文上述分析可知，「大數據」與競爭法的關係雖已開始受到競爭主管機關的重視，學界的研究文獻也累積了一定成果，但整體而言，仍多止於學理上的探討，實務上單以事業掌握獨特與重要的數據，而認定後續的結合或交易安排違反競爭法的案例，仍不多見。至於更受到一般人所重視的「隱私權」保障以及競爭法應扮演的角色等問題，更是一項仍在激辯中的議題。我國公平會在過去部分結合和處分案中，雖對於「網路效應」與「雙邊／多邊市場」等和「大數據」產業相關之概念有所著墨⁹⁵，但仍多集中在這二項概念在理論上可如何影響個案中之「相關市場」界定與「市場力量」的評估，較無系統性的論述。雖然相關議題未來會如何演變仍有待觀察，但有鑑於「大數據」，特別是「人工智慧」產業，已是全球各國所鼓勵發展的明星產業⁹⁶，筆者乃不揣淺陋，提出個人初步的想法與政策建議供參。

（一）「數據」是一項投入要素，非最終產品

現實生活較難想像以「消費」（consume）數據為目的而進行數據之搜集與交易行為。著名的 Google 首席經濟學家 Hal Varian 即曾表示，「Google 的成功在於食譜（recipes），不是食材（ingredients）」；換言之，「數據」本身固然給 Google 有競爭上

⁹³ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, “Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy,” *80 Antitrust Law Journal*, 150-155 (2015).

⁹⁴ *Id.*, 156.

⁹⁵ 相關代表性案例的討論，可參考顏雅倫，「雙邊／多邊市場之競爭與創新－論競爭法的因應」，*科技法學評論*，第 13 卷第 1 期，247-258（2016）。

⁹⁶ 不過，仍有論者提出警告，過度的信賴大數據將對人類社會造成難以回復的風險，較受到矚目者乃 Cathy O’Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 1st ed., Crown Publishing, 84-103 (2016).（探討大數據技術運用導致警察過度執法的問題）。

的優勢，但更重要的是數據運算法的品質和開發運算法則的人才⁹⁷。Boutin & Clemens 也指出，與其說「數據」是「原油」，倒不如說像是「風」，需要被搜集再利用重置成有價值的東西。真正的價值在於搜集風的技術經驗，而不是搜集的「數據」本身⁹⁸。故「大數據」的重要性不在於「量」，而在於數據分析的能力及數據如何被處理與使用。簡言之，事業的「技能 (skill)、洞察力 (foresight) 及勤勉 (industry)」會比「數據」要來得重要⁹⁹。因此，對於數據分析與運用能力不具競爭力的事業，擬利用其所掌控的大數據，來建構市場參進障礙及排除競爭的成功可能性有多高，即應有更全面性的評估，不宜單就「數據」或「數據的相關市場」來判斷整體的競爭效果。簡言之，如果競爭主管機關關切的是「數據」作為一項投入要素，有影響後續所生產的產品或所提供的服務的競爭，則分析的重點應置於「最終產品市場」而非「要素市場」的競爭效果¹⁰⁰。

(二) 「大數據」競爭效果理論之運用限制及對稱評估

如同本文之前所示，關於「免費」服務對 SSNIP 法則所造成的挑戰，以及「雙邊／多邊市場」及「網路效應」等對市場力量及競爭效果的評估等，學理上已有大量的文獻就此議題提出修正之建議。但較少被論及者，乃與這些理論相關的「定性」(characterization) 問題。舉例言之，以區分「交易平台」與「非交易平台」來觀察「雙邊」或「多邊市場」中，單一市場價格變動所導致之平台之「總利潤」的變動情形，進一步界定「相關市場」及市場力量的作法，取決於一個關鍵的定性問題：競爭主管機關應將多少「邊」的市場列入觀察，才能正確的劃定平台市場力的存在與否及其影響的範圍？在利用網路平台進行交易或創造市場「注意」的商業模式急速擴大的趨勢下，這將會是一項相當困難的任務¹⁰¹，但卻又是有效運用「雙邊／多邊」市場理論所不得不面對的先決問題。據上，公平會在相關案件中之所以未能提出較有系統的論述，或乃受限於學者尚未能就雙邊市場理論可如何內化為相關市場

⁹⁷ The Economist, *supra* note 2.

⁹⁸ Xavier Boutin & Georg Clemens, *supra* note 12, 27.

⁹⁹ Alfonso Lamadrid & Sam Villiers, *supra* note 92.

¹⁰⁰ 換言之，即使單一要素市場（數據）存有獨占或不競爭的現象，但若事業有比大數據擁有者更優異的數據分析技術，仍有可能創造出競爭的最終產品或服務市場。

¹⁰¹ Andrei Hagiu, "Strategic Decisions for Multisided Platforms," *55 MIT Sloan Management Review*, 73-74 (2014).

界定之考量因素，並提出具體的操作方法，迫使公平會在認知案件之「雙邊」或「多邊」特色之餘，最終仍得回歸到有客觀量化數據可循的交易行為中來認定市場力之有無。以 2007 年廣受討論的「雅虎公司與無名小站結合案」為例，公平會雖已注意到網站經營者經常以提供免費的搜尋、電子郵件、即時通訊、新聞等來吸引消費者使用網站的服務，進而吸引廣告代理商或廣告主青睞及更大的廣告收益，故認為本案的相關產品市場是「網路資訊服務提供市場」¹⁰²，但最終仍以網路廣告營收作為其計算市場占有率之依據，理由為網路資訊提供服務業者之營收主要來自網路廣告，且使用者極易因服務內容與品質差異而轉移¹⁰³。此一看似不一致的相關市場與市場占有率界定方式，與其說是公平會未注意到本案市場的「多邊」色彩，不如說是「網路資訊服務提供」此一相關市場的得出，乃公平會簡化的「質性」分析(qualitative analysis)的產物，並非是量化檢測各類可能相關的網路資訊服務間是否具有高度的需求與供給替代性，故與雅虎公司具有競爭箝制關係後所得出之結論。公平會在未能具體掌握與市場界定有關之市場「邊」數的前提下，可以理解為何不以雅虎公司於市場中之服務量或收益占市場「總」服務量或收益的比例來計算市占率及市場力量。

再者，傳統 SSNIP 法則常被批評只專注在觀察單方市場中因價格調整所產生之需求與供給的變動，忽略了他邊市場與該單邊市場間「魚幫水，水幫魚」的「網路效應」關係及其進一步降低假設獨占者利潤的效果，導致市場界定出現過窄的現象¹⁰⁴。不過，此論點似乎忽略了單邊市場需求方在面對價格調漲時，也有可能會將他邊市場的「網路效應」列入考量，作為其是否移轉至替代產品或服務的依據，進而中和了上述低估假設獨占者漲價所失利潤的問題。舉例言之，假設雅虎公司於結合後，決定對賣家提高其網站拍賣交易手續費 5%，或實施獨家交易條款，遭競爭對手檢舉濫用市場獨占力試圖排除市場競爭。進一步假設公平會掌握有足夠之數據得以具體有效地運用 SSNIP 法則，並發現雅虎公司在漲價後雖有部分賣家改用其他的拍賣網站服務，但多數仍選擇持續使用雅虎網站，讓雅虎公司可以藉由漲價獲得更多的利潤，故「雅虎網路拍賣服務」是本案之「相關產品市場」。「雙邊／多邊市場」

¹⁰² 公平會公結字第 096003 號結合案件決定書，2-3。

¹⁰³ 同上註，3-4。

¹⁰⁴ Lapo Filistrucchi, “Market Definition in Multi-Sided Markets,” 12-13 (OECD Competition Committee Background Paper, January 12, 2018), [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)27/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)27/FINAL&docLanguage=En), last visited on date: 2018/2/25.

理論下或許會認為此一判斷未將賣家出走導致雅虎公司在搜尋、電子郵件、即時通訊、新聞等服務使用者人數也隨之減少的損失列入考慮，故高估了雅虎公司的漲價能力與窄化了相關市場的範圍。然而，賣家在決定是否改用其他拍賣網站服務時，真的只會考慮多付的 5%手續費之財務負擔嗎？若多數繼續使用雅虎公司服務之賣家，是在評估 5%的成本增加以及雅虎公司在非拍賣他邊市場中優於競爭對手的用戶量，有利於提高拍賣成交機會後所為之決定，則認為 SSNIP 未能將他邊市場利潤降低列入考慮的立論是否有進一步修正的必要？若具有收費機制之單邊市場的 SSNIP 判斷過程已吸納了他邊市場之網路效應，則其能否緩解上述關於大數據市場「免費」產品或服務對競爭法界定相關市場所生的挑戰？都是實務上於運用「雙邊／多邊市場」理論時，值得進一步思考的議題。

「網路效應」和 4V 特色，經常為論者引為是「大數據」業者可利用來建構市場參進障礙之原因，但就競爭效果的對稱評估而言，大數據市場亦可能出現逆向的「網路效應」，即每失去一位客戶將吸引更多的客戶出走，對於普遍存在著「多點聯結」的網路平台經濟而言，更有可能出現此一逆向效果¹⁰⁵。另外，4V 特色也往往具有雙面刃的效果。以「巨量」特色而言，業者雖可以拒絕授權的方式，讓競爭對手因難以取得足夠的數據而處於競爭的劣勢。但對消費者而言，與擁有巨量數據之業者進行交易，亦同時具有降低交易與搜尋成本的正面利益。事實上，Varian 即指出數據的搜集具有「規模報酬遞減」(decreasing returns to scale) 的特色，當搜集的量達到一定程度後，多一單位的數據並不會增加數據集的價值¹⁰⁶。不少成功的平台事業在進入市場之初，並未掌握有和其競爭對手旗鼓相當的數據量¹⁰⁷。同理，數據的「多元」除了可讓消費者有更多元的服務或產品的選擇外，也未必當然會對無法掌握同等多元數據的競爭業者產生封鎖競爭的效果。「規模報酬遞減」的現象，有可能是肇因於多元的數據未必全都是與數據需求者參與競爭所「相關」的數據。

(三) 「大數據」市場力濫用行為之分析架構

即使拒絕近用或差別近用數據等行為本身具有潛在限制競爭的效果，競爭法對

¹⁰⁵ David S. Evans & Richard Schmalensee, “Network Effects: March to the Evidence, not to the Slogans,” *1(3) Antitrust Chronicle*, 14 (2017).

¹⁰⁶ The Economist, *supra* note 2.

¹⁰⁷ David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 105, 16.

於具市場地位廠商操縱重要或關鍵投入要素之行為已有行之多年的分析架構，嚴格而言，「大數據」並非新的競爭法議題，只是需要因應其相關的特色，調整競爭法傳統的分析工具。加拿大競爭局在 2018 年 2 月所公布的「大數據及創新：加拿大競爭政策主題」報告中亦持此立場，認為傳統的競爭法分析原則或執法架構並不會因大數據市場的特殊性而無法被適用¹⁰⁸。因此，對於大數據市場中之結合或市場力濫用行為，即使有必要就該類型市場中之「雙邊／多邊市場」及「網路效應」等特色調整特定的分析方法與工具，但該局仍會在「市場定義」、「市場力量」及「競爭效果」等傳統分析架構下來進行審查¹⁰⁹。在矯正手段上，競爭局特別提到強行加諸掌握數據事業有開放數據近用義務對創新活動的不利影響，並認為只有在相當例外的情況下才有被適用的餘地¹¹⁰。

（四）「大數據」市場中之隱私權保護

對此議題，筆者淺見認為，理論上可支持將隱私權視為是一項「非價格競爭」，而保留競爭法有介入的空間，但是否必然要介入，則取決於與消保法或其他保障隱私權的管制法規相較，競爭法是否是一項成本最低的規範選項。所謂的「成本」，應包括競爭主管機關因誤判隱私權保障範圍之錯誤成本，以及「隱私權保護」市場本身所可能會出現的限制競爭成本¹¹¹。有鑑於「隱私權」保障的必要性與範圍的主觀性色彩，以及競爭主管機關的專業性考量，筆者相信，在絕大多數的情形下，競爭法應不是優先的選項。即使有必要運用競爭法處理隱私權保護的問題，競爭主管機關也應嚴守以確保「品質」競爭過程不受扭曲與限制為執法的依據，而不應具體去判斷競爭後的隱私權保障是否較之前為佳。以 Farrell 所關切的「失能均衡」為例，

¹⁰⁸ Competition Bureau of Canada, “Big Data and Innovation: Key Themes for Competition Policy in Canada (February 19, 2018),” 4-5, [http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwajp/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwajp/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf), last visited on date: 2018/2/25.

¹⁰⁹ *Id.*, at 6.

¹¹⁰ *Id.*, at 9.

¹¹¹ Dryden 及 Iyer 在最近的一篇文章中提出了「隱私固定」(privacy fixing) 和「掠奪性隱私」(predatory privacy) 等二項可能在事業競相提供隱私保護過程中出現的不利創新現象。簡言之，當市場中之主要數據掌控者聯合採行相同的隱私權保護政策，或允諾消費者不會將其個人數據出售予廣告公司或其他數據收購機構時，數據流通量的減少，將可能讓更具創意但無法取得足夠競爭所需數據的潛在平台業者更難進入市場，同時讓既有的數據掌控者的市場支配地位更難被打破。Benjamin R. Dryden & Shankar (Sean) Iyer, “Privacy Fixing and Predatory Privacy: the Interaction of Big Data, Privacy Policies and Antitrust,” *1(3) Antitrust Chronicle*, 54-55 (2017).

競爭法解決此一問題的作法，仍在於維持與強化市場平台業者間之競爭，讓數據的提供者有更多元的平台使用選項，並讓提供者得預先知悉數據可能被濫用的可能型態。故分析的重點仍在於「大數據」是否有可能被用以建構市場參進障礙等「市場結構面」的效果，而非平台業者具體使用數據的「方式」，是否有違數據提供者個人的隱私。

七、結論

本文從介紹「大數據」的 4V 特色出發，首先比較介紹「大數據」產業出現競爭問題之可能性，以及是否有必要運用競爭法來規範的不同看法，再具體檢視搜集及分析運用大數據的過程中，可能會出現的限制或排除市場競爭疑慮之具體態樣及爭議，包括「大數據」的相關市場及市場力量之衡量，與「大數據」相關的「策略性結合」及「市場排除」行為等。另外，本文也附帶討論以競爭法保障數據「隱私權」的相關學理論辯。本文的目的之一，在介紹此一競爭法新興議題的國際發展現況，期能進一步引起國內學界的研究興趣。另外，筆者亦在文末提出幾項個人對「大數據」作為一項競爭議題的初步看法。本文認為「數據」在大多數情況下是競爭的一項投入要素，非最終產品，即使其對市場競爭具有高度的重要性，競爭主管機關仍應將審查的重心多置於「數據」的運用方式對最終產品市場競爭的影響。另外，對於佔據「大數據」產業最多討論篇幅的「雙邊／多邊市場」及「網路效應」等競爭效果理論，在學理提出實務上具體可操作的作法之前，競爭主管機關也不需急於將傳統界定相關市場及評估市場力量的 SSNIP 法則打入冷宮，而應進一步思考類似 SSNIP 等分析方法是否真的無法將這些理論所關切的競爭效果吸納於分析過程中。綜言之，本文認為「大數據」的確是公平會應即早了解的一項重要課題；對競爭法的執法而言，它固然是一項「挑戰」，卻並非是需要對競爭法傳統審理原則進行「典範移轉」式修正後方能妥適規範的議題。

參考文獻

中文部分

顏雅倫，「雙邊／多邊市場之競爭與創新－論競爭法的因應」，科技法學評論，第 13 卷第 1 期（2016）。

外文部分

Boutin, Xavier & Clemens, Georg, “Defining ‘Big Data’ in Antitrust,” 1(2) Antitrust Chronicle (2017).

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

Cox, Michael & Ellsworth, David, “Application-Controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization,” Proceedings of the 8th conference on Visualization '97, IEEE Computer Society Press (1997).

Denning, Peter J., “Saving All the Bits,” 78 American Scientist (1990).

Dryden, Benjamin R. & Iyer, Shankar (Sean), “Privacy Fixing and Predatory Privacy: the Interaction of Big Data, Privacy Policies and Antitrust,” 1(3) Antitrust Chronicle (2017).

Eggers, William D., Hamill, Rob & Ali, Abed, “Data as The New Currency: Government’s Role in Facilitating the Exchange,” 13 Deloitte Review (2013).

Evans, David S. & Schmalensee, Richard, “Network Effects: March to the Evidence, not to the Slogans,” 1(3) Antitrust Chronicle (2017).

Farrell, Joseph, “Can Privacy Be Just Another Good?” 10 Journal on Telecomm and High Technology Law (2012).

Filistrucchi, Lapo, Geradin, Damien, Van Damme, Eric & Affeldt, Pauline, “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice,” 10 Journal of Competition, Law & Economics (2014).

Hagi, Andrei, “Strategic Decisions for Multisided Platforms,” 55 MIT Sloan Management Review (2014).

Hartman, Raymond, Teece, David, Mitchell, Will & Jorde, Thomas, “Assessing Market

- Power in Regimes of Rapid Technological Change,” 2 *Industrial and Corporate Changes* (1993).
- Lamadrid, Alfonso & Villiers, Sam, “Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities Know How to Do it?” 1(1) *Antitrust Chronicle* (2017).
- Manyika, James, Chui, Michael, Brown, Brad, Bughin, Jacques, Dobbs, Richard, Roxburgh, Charles & Byers, Angela Hung, *Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity*, McKinsey Global Institute (2011).
- Modrall, Jay, “A Closer Look at Competition Law and Data,” 13(1) *Competition Law International* (2017).
- O’Neil, Cathy, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 1st ed., Crown Publishing (2016).
- Ohlhausen, Maureen K. & Okuliar, Alexander P., “Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy,” 80 *Antitrust Law Journal* (2015).
- Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean, “Platform Competition in Two-Sided Markets,” 1 *Journal of European Economic Association* (2003).
- Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean, “Two-Sided Markets: A Progress Report,” 37(3) *The Rand Journal of Economics* (2006).
- Rubinfeld, Daniel L. & Gal, Michal S., “Access Barriers to Big Data,” 59 *Arizona Law Review* (2017).
- Stucke, Maurice E. & Grunes, Allen P., *Big Data and Competition Policy*, 1st ed., Oxford University Press (2016).
- The Economist, “The world’s most valuable resource: Data and the new rules of competition,” *The Economist*, May 6th-12th (2017).
- Thiemann, Ania & Gonzaga, Pedro, “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era,” OECD Competition Committee Presentation Slides (2016).
- 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, Jose Maria, Curry, Edward & Wahlster, Wolfgang (ed.), *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, 1st ed., Springer International Publishing (2016).

Big Data and Abusive Conduct from Market Power: A Preliminary Analysis

Chen, Andy C.M.*

Abstract

With the advent of the era of big data and data analytics, firms are now more capable than ever of understanding customers' consumption patterns and preferences, improving their product or service quality, or providing new products and services tailored to the needs of their customers. It not only creates unlimited business opportunities for firms, but also significantly reduces consumers' transaction costs by providing them with a more convenient shopping experience and higher product and service quality. What appears to be a win-win business model, however, has in recent years been under the scrutiny of competition agencies around the world, as testified by the investigations into the business practices of Google, Facebook, Microsoft or Amazon by the United States and the European Union. Although part of the alleged violations may not be directly linked to "big data", the control of "big data" and data analytics is admittedly the main source of market power that facilitates the implementation of the conduct investigated in those cases. As the importance of data to market competition increases, the incentive to abuse the market power secured from controlling data to foreclose competition among digital platforms is heightened. In addition, the data supplied by platform users are also vulnerable to privacy invasion by platform data collectors. Whether competition law has a role to play in addressing this problem is a widely-discussed issue in the competition community. We begin this paper with an introduction to the 4V characteristics of big data and then proceed to examine the various types of big-data implementing practices that might raise competitive concerns. We also briefly elaborate upon the debates concerning competition law and privacy protection in big-data markets and conclude this paper by offering our initial thoughts on those issues and policy suggestions regarding this topic.

Keywords: Big Data, Digital Platform, Competition Law, Relevant Market, Abuse of Market Power, Two-sided Market, Refusal of Access, Price Discrimination, Strategic Combination, Privacy Protection.

