《公平交易季刊》
第 31 卷第 1 期（112/1），頁 1-66
◎公平交易委員會

從德國 Facebook 案談競爭與隱私之交匯

楊宏暉*

摘要

數據被稱為是 21 世紀的石油，對於以數據驅動的數位經濟而言，更占據重要地位，加上網路效應的影響，使得數據蒐集得以構成市場參進障礙，2019 年的德國臉書案，即備受矚目，德國聯邦卡特爾署對臉書的個人數據蒐集行為，認定違反支配市場地位的濫用及命其停止改正的處分，臉書對之為行政救濟，並同時聲請系爭停止改正處分的暫時停止執行，就該部分，邦高等（抗告）法院與聯邦最高法院於判決中，作了詳盡的卡特爾法適用分析，尤其是濫用行為與市場支配地位之間的因果關係要求，對同一條文字義，作出不同程度的解讀，此一判決也影響了德國 2021 年 GWB 的第 10 次修正，儘管本案訴訟因聲請歐盟法院的先行裁決而暫停審理，但該程序案的分析討論，仍有探討之價值，故本文爰詳加分析之，並討論數據對於多邊網路平臺的意義與競爭法上評價，最後，再審視我國公平法的適用，鑑於在網銀結合案中，將「以隱私為基礎的競爭」列為考慮因素之一，而隱私保護又有特別法職掌，其與公平法的關係，究應如何拿捏，本文亦提出可能的解決方向。

關鍵詞：臉書、隱私、競爭、公平交易法、個人資料保護法、資訊隱私、獨占、阻礙濫用、榨取濫用、數位經濟、卡特爾署、競爭法

投稿日期：111 年 5 月 10 日　　審查通過日期：111 年 12 月 26 日

* 國立中正大學法律學系教授，國立政治大學法學博士。本文為科技部專題研究計畫 110-2410-H-194-015-MY2 的部分成果，曾發表於「台灣公平交易法學會 111 年度會員大會暨歐美近年競爭法重要案例研析學術研討會」，後再修改而成，作者感謝審稿委員的寶貴意見。

一、前言

在現今「數位經濟」（Digitalisierung der Wirtschaft）的發展下，「數據驅動的商業模式」（datenbetriebene Geschäftsmodelle）與數位平臺，成為反壟斷執法的寵兒，如谷歌（Google）和臉書（Facebook，下稱 FB），在世界各地面臨被競爭法主管機關的調查。數位經濟有其三大特徵[1]，即：「數據的使用」、「演算法和 AI 的使用」、「數位平臺的盛行」，其主要特性表現在「極端規模經濟」（extreme returns to scale）、「網路外部性」（network externalities）、「數據的重要性」（the role of data）及「範疇經濟」（economies of scope）[2]。

其中，「數據」被稱為是「21 世紀的石油」（das Öl des 21. Jahrhunderts）[3]，數據是指有關事物、事件、個人與狀態的量值與呈現，係透過觀察與計量加以確定，並在形態上透過電磁或物理技術加以記錄[4]。數據為價值創造之重要原料，對於數據驅動的商業模式而言[5]，數據的取得與處理，有助於提供較好及較有效的經濟活動或研發新的產品和服務，如 FB 或 Google，在「針對式廣告」（zielgruppenspezifische Werbung, targeted advertising）中，若能掌握使用者的背景資料、偏好、瀏覽紀錄、網頁流量等資料，就能提供消費者較佳的服務或是減少產銷成本，而具有重要意義，這對於其他無此數據的競爭者，將構成難以跨越的市場鴻溝。不過，數據不像石油，石油終會耗竭，但數據非屬消費財，不具排斥性，而可同時供數人使用。從而，無法像傳統財產權，予以歸屬，也不能建立起資料本身的歸屬權[6]。另外，這些資料，經由大數據（big data）、演算法（algorithmus）和人工智慧（Artificial Intelligence, AI）的彙整，而得以進行精準地分析，進而改變經濟的決定，數據不僅是人工智慧的關鍵組成，對於線上服務、生產流程及運輸，也都是重要的投入（input）。因此，如

---

[1] Rupprecht Podszun/Christian Kersting, „Modernisierung des Wettbewerbsrechts und Digitalisierung," *NJOZ*, S. 321 (2019).

[2] Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, 1st ed., Publications Office of the European Union, 2 (2019).

[3] 趙彥清、黃俊凱譯，Caldarola、Schrey 著，大數據與法律實務指南，臺北，初版，元照出版公司，para. 2（2020）。

[4] 同上註，para. 5。

[5] 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，68-69（2021）。

[6] Podszun/Kersting, a.a.O. (Fn. 1), S. 322.

何使用數據研發出新穎且具創新的服務和商品，就成為一個新的競爭參數，成為數位經濟下的重要研究課題。而本文所探討之德國 FB 案，即突顯出數據的非法取得，結合網路效應，即可能構築重大的參進障礙。

FB 的商業模式是利用所蒐集之用戶資料庫，提供廣告客戶投放行銷廣告，獲取廣告報酬以維持 FB 網站的經營。但 FB 除了蒐集處理自身網站的用戶資料外，也蒐集處理用戶在第三方網站經由 FB 工具所取得之數據，以壯大其數據資料庫，這類數位平臺匯集龐大的使用者數據，作為競爭的利基，但數據的蒐集處理又涉及個人資料保護法規的適用，因而引發競爭法執法和隱私權保護執法的交會適用問題，德國聯邦卡特爾署（Bundeskartellamt）於 2019 年間針對 FB 的處分一案，迄今仍備受矚目[7]。

FB 為目前世界上最被普遍使用的社群網路[8]，2004 年一開始只是哈佛大學（Harvard University）的校園社交工具，之後逐漸走出校園之外，遍及全美各大學及各公司行號，透過網路的串連，發展成為一個全世界的「臉書帝國」（Facebook Empire）。FB 並陸續於 2012 年和 2014 年收購智慧型手機相片分享應用軟體公司 Instagram 和即時通訊新創公司 WhatsApp，並將旗下各種應用軟體予以整合捆綁，以擴展對社群用戶的影響力，崛起而成為與 Google、亞馬遜（Amazon）、蘋果（Apple）並列之科技四巨頭（Big Four），其共通點均具有線上平臺的支配地位，而使其蒙受反壟斷的烽火，遍地四起，方興未艾[9]。

臉書的商業模式是透過免費的用戶登錄，獲取大量使用者數據，用以吸引廣告商的目光，獲取廣告贊助費，以經營其商業活動，因此，與個人資料保護的關係又更為密切也更富爭議。備受矚目的是德國聯邦卡特爾署於 2019 年 6 月 2 日的處分案件[10]，針對 FB 利用網路使用定型化契約條款，未經同意即違法蒐集用戶使用其他 FB 旗下之 WhatsApp、Oculus、Masquerade、Instagram 等個人資料，並在未經用戶同意

---

[7] Rupprecht Podszun, „Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der ‚Facebook'-Entscheidung des BGH," *GRUR*, S. 1268 (2020).

[8] 關於社群網路的發展歷程介紹，可參閱劉靜怡，「社群網路時代的隱私困境：以 Facebook 為討論對象」，臺大法學論叢，第 41 卷第 1 期，4-8（2012）。

[9] 美國「眾議院司法委員會反壟斷小組委員會」（House Antitrust Subcommittee），也於 2020 年提出「數位市場競爭調查報告」（Investigation of Competition in Digital Markets），針對科技四巨頭之線上平臺所引發的壟斷疑慮，進行調查，並提出建議。

[10] Bundeskartellamt, B6-22/16.

下，逕行整合至用戶 FB 帳戶之行為，該當「限制競爭防止法」（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，下稱 GWB）第 19 條第 1 項之濫用市場支配地位，並依同法第 32 條命令停止之[11]，禁止其利用企業管理平臺工具（Facebook Business Tools）之程式設計介面，於未經用戶同意下，蒐集用戶造訪網站或第三方行動應用程式（Apps）之相關資料，以及將資料整合於用戶的 FB 帳戶、並予以運用的行為[12]；另命令為「改正措施」（Abstellungsmassnahmen），限期於 12 個月內提出改正措施，並於 4 個月內提出改正計畫[13]。但是，鑑於本案的複雜性與問題的新穎性，並未課處罰款，同時也未禁止 FB 使用系爭服務條款蒐集用戶在 FB 網頁與 App 的資料。

而 FB 針對卡特爾署的處分，也依法向杜賽道夫的邦高等法院（OLG Düsseldorf）提出行政救濟[14]，並依緊急程序（Eilverfahren）聲請該改正措施的暫時停止執行。而該抗告（高等）法院於 2019 年 8 月 26 日裁定停止執行[15]，經卡特爾署上訴後，聯邦最高法院於 2020 年 3 月 24 日則是廢棄了抗告法院的裁定，而維持卡特爾署的禁止及改正處分[16]。是故，本案基本上只是涉及停止執行的正當性之爭，但依審理時 GWB 第 65 條第 3 項第 2 款規定，若嚴重地懷疑（ernstlicher Zweifel）被請求撤銷之處分（angefochtene Verfügung）的適法性（Rechtmäßigkeit）時，則抗告法院基於聲請得全部或一部回復停止之效果。從而也觸及原處分的適法性問題，故抗告法院和最高法院的裁判理由中，仍然仔細處理了法律適用的實體爭議，而容有討論的價值。FB 另於 2020 年 11 月 30 日復向抗告法院以執行並無公共利益存在且將對其導致不公平為由[17]，聲請停止執行而獲准，並禁止卡特爾署進行法律抗告[18]，但最高法院則依 GWB 第 75 條第 1 項再度撤銷該「禁止抗告」（Nichtzulassungsbeschwerde）的裁定[19]。

---

[11] GWB 第 32 條第 1 項：「就違反本法之規定或違反歐盟運作條約第 101 條或第 102 條之違法行為，卡特爾主管機關得對於事業或事業團體課予停止之義務。」

[12] 徐曼慈，「德國聯邦卡特爾署決定禁止 Facebook 濫用市場力不當處理用戶資料之行為」，公平交易委員會電子報，第 122 期，1（2019）；許佑寧，「德國聯邦卡特爾局限制 Facebook 蒐集整併不同來源的用戶數據以防壟斷」，科技法律透析，第 31 卷第 5 期，2-4（2019）。

[13] BKartA, Fallbericht v. 15.2.2019 – B6-22/16, S. 14.

[14] 參 GWB 第 63 條。

[15] OLG Düsseldorf Beschluss, VI-Kart 1/19 (V).

[16] BGH, *GRUR-RS*, 20737 (2020).

[17] § 63 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 & 3 GWB.

[18] OLG Düsseldorf Beschluss, V-Kart 13/20 (V).

[19] BGH Beschluss v. 15.12.2020 - KVZ 90/20 (Facebook II).

另外，針對本案的實體爭議，邦高等法院鑑於涉及競爭法與歐盟「一般資料保護規則」（General Data Protection Regulation，下稱 GDPR）的適用問題，也於 2021 年 3 月 24 日暫停訴訟審理，並訴請歐盟法院（The Court of Justice of the European Union, CJEU; Gerichtshof der Europäischen Union, EuGH）就相關先決問題進行先行裁決（Vorabentscheidung）。主要包括卡特爾署就系爭資料保護案件是否具有管轄權、系爭同意於面對市場支配事業時是否為自主同意，以及於檢驗市場支配地位濫用時是否應將事業行為是否符合 GDPR 一事納入利益衡量等[20]。惟屆至本文完稿時，歐盟法院尚未作出判決[21]。但是，本案處分將競爭法與資料保護法予以結合評價的作法，也引發對數位經濟挑戰中，競爭法解決方案的討論[22]。

儘管 GWB 於 2017 年進行第 9 次的修法，針對多邊市場之市場地位的評估，於第 18 條第 3a 項增訂考慮：(1)直接或間接之網路效應、(2)使用者併行使用多種服務及其轉換的成本、(3)網路效應相關的規模經濟、(4)獲取競爭相關的數據、(5)創新驅動的競爭壓力（innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck），並於同條第 2a 項增訂無償服務無礙於市場的界定，以因應數位經濟的競爭執法問題。此一修法，對於本案的問題解決，提供了重要的法律適用依據。另外，本案的處理也引發了德國競爭法的 4.0 化，於 2021 年 1 月 18 日通過「數位化 GWB」（GWB-Digitalisierungsgesetz）修法，其重點包括：將「與競爭相關數據的存取權利」，視為優越跨市場重要性的考慮因素之一，並將拒絕存取數據看作是濫用市場力的行為，以及對數位平臺採取更嚴格的規範機制，加強對「優越的跨市場競爭事業」（Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb）的規範與監督；另外，也將 FB 這類的「中間媒介者」（intermediaries）作具體的明文規範，「中間媒介者」是指以蒐集、匯總和加值數據，並協調用戶群組間之供需為商業模式的「多邊數位平臺」（multi-sided digital platforms）業者，並對「市場傾覆」（tipping of market）加以干預，以暫時的禁令措施處理可能的違法案件，並放寬臨時禁制令的條件[23]，可見本案的影響力道，確實深遠。而新法也已用來調查 Apple 公司的 iOS 生態系統

[20] OLG Düsseldorf Beschluss, VI-Kart 2/19 (V).

[21] Curia, "C-252/21 - Meta Platforms and Others," https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=;ALL&language=en&num=C-252/21&jur=C, last visited on date: 2022/7/25.

[22] Walter Stoffel, „Facebook," *EuZW*, S. 178 (2019).

[23] 陳韻珊，「數位競爭法先鋒——德國競爭法 4.0 簡介」，公平交易委員會電子報，第 148 期，1-3（2020）。

（ecosystem），以檢驗 Apple 公司是否具有「跨市場競爭的重要性」（marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb），並將重點放於 App Store 禁止第三方供應的營運策略，以及廣告商控訴「應用程式追蹤透明度」（App Tracking Transparency）新的隱私同意政策將影響其在 App 中投放廣告，但 Apple 自家的廣告服務卻不受影響[24]。

儘管，FB 案只是關於禁止處分適法性的相關裁判，性質上比較接近程序法的問題，但程序問題仍與實體問題息息相關，尤其是本案是以 GWB 第 65 條第 3 項處分適法性有「嚴重懷疑」之停止執行為據，而且不同審級的裁定理由中，實際上也都處理了法律適用的實體要件問題，而非僅以禁制處分能否達其目的之程序觀點切入。從而，相關法院之見解，仍有值得研究之處，是故，關於本案的適用爭議，特別是適用實體要件的不同見解，容待吾人接下來的娓娓敘述。

在本文架構上，先論述德國 FB 案的事實背景，後帶入本案的重要法律問題爭議，分從卡特爾署、抗告法院及最高法院的立場，依爭點方式一一呈現，接著再轉入數據的競爭政策評估及多邊市場的競爭法上問題，並分析競爭法與個人資料保護法（下稱個資法）的連結點，以及競爭法主管機關面對個人數據時的角色定位，最後再以德國法發展對我國公平交易法（下稱公平法）的啟示，代為結論。

二、本案事實背景

FB 建置和經營多種的數位產品、線上服務及智慧手機的應用程式，而社群網路 Facebook.com 為其核心產品，用戶可透過 FB 網站或行動裝置 App 連結至社群網路 Facebook.com，與其他在 FB 註冊的朋友及認識的人進行聯繫或分享用戶在個人頁面上的動態內容。此外，FB 也讓企業、社團等在頁面上刊登並發布資訊予追蹤頁面或按讚的個人用戶，並依不同個人帳戶資料，媒合事業發布之線上廣告給有潛在興趣的個人用戶，以獲取利潤。FB 另免費提供「Facebook 企業管理平臺工具」給網站經營者、廣告業主及其他企業，以整合其網站、App 及線上內容，並運用管理平臺工具進行企業管理分析，追蹤訪客行為，以優化廣告之轉換率。除社群網路外，FB 旗下亦有 Instagram、WhatsApp、Masquerade 等商業服務，分別提供註冊用戶拍照上傳

[24] Bundeskartellamt, Pressemitteilung, „Verfahren gegen Apple nach neuen Digitalvorschriften (§ 19a Abs. 1 GWB) – Bundeskartellamt prüft Apples marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb,“ (2021/6/21), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2021/21_06_2021_Apple.pdf?__blob=publicationFile&v=4, last visited on date: 2021/11/22.

照片及短片、線上即時通訊，以及使用濾鏡與面具等特效編輯分享照片之服務。近來，更踏入「元宇宙」（Metaverse）的願景，於 2021 年 10 月 28 日將 Facebook 公司改名為 Meta 公司，並與旗下之 Oculus 虛擬實境產品進行整合[25]。

根據 FB 服務契約條款，用戶必須同意 FB 可藉由管理平臺工具蒐集及整併用戶及用戶所使用裝置上與 FB 無直接相關之活動資料，以及同意 FB 處理用戶使用 FB 旗下所提供商業服務產生之資料，才能使用該公司之社群網路服務。這些約款使 FB 不僅擁有自身平臺用戶的數據資料，更能蒐集整合旗下 WhatsApp、Instagram 的數據，甚至於包括第三方網站上的服務數據，為每名用戶打造獨一無二的數據資料庫，而 FB 自認為這些資料之蒐集與處理，是為了優化其所服務提供及實現 FB 正當利益所必要採取之政策[26]。

德國聯邦卡特爾署於 2016 年 3 月 2 日正式開啟對 FB 的競爭法調查程序，認為 FB 蒐集使用者個人數據的服務條款，可能構成支配地位的濫用，並於 2017 年 12 月 19 日發布初步法律評估報告，認為 FB 具有社交網路市場上之支配地位，其無限制地蒐集各種類型之第三方網站數據，並將之與 FB 的使用者帳號結合，初步認定 FB 有濫用市場支配地位之虞[27]。2019 年 6 月 2 日卡特爾署結束為期 3 年多的調查，最終作出長達 304 頁的處分決定，認定 FB 自身及其所擁有的 WhatsApp 和 Instagram 等服務，既屬不同的數據蒐集來源，本應各別蒐集用戶的數據；若要將各方數據整併至 FB 用戶帳號，則必須先取得用戶的自願同意，否則，數據就只能保留在原有的服務中，不能擅自蒐集匯整；若用戶不同意合併蒐集數據，FB 亦不能以此為由拒絕提供社群網路服務。另外，透過嵌入 FB 應用程式界面（Application Programming Interface，下稱 API）的第三方網站，蒐集用戶的數據並進行整併，使得用戶即使瀏

[25] 先前此一整合，也引發違法疑義，德國聯邦卡特爾署於 2020 年 12 月 10 日針對 Facebook 與虛擬實境（Oculus）整合為同一 FB 帳號的搭售安排（tying arrangement），可能損及這二個市場的競爭為由，發起調查。Vgl. Bundeskartellamt, Press release, “Bundeskartellamt examines linkage between Oculus and the Facebook network,” (2020/12/10), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/10_12_2020_Facebook_Oculus.pdf?__blob=publicationFile&v=4, last visited on date: 2021/11/20.

[26] 陳韻珊，前揭註 23，2。

[27] Bundeskartellamt, Press release, “Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook’s collection and use of data from third-party sources is abusive,” (2017/12/19), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.htm, last visited on date: 2021/11/30.

覽其他網站，相關數據仍然會被 FB 蒐集與處理，例如：用戶沒有按「Like」，只是在不知情下瀏覽了嵌入「Like」按鈕的網站。而在點選 FB 使用服務條款時，用戶只有「同意接受」或「不同意離開」之二擇一（take it or leave it）的選項，而為了能夠使用 FB，用戶只能選擇接受包裹式（whole package）的授權同意條款，否則，用戶將無法使用 FB。而有效的同意（wirksame Einwilligung），是存在於 FB 的服務提供，跟用戶的個資同意，是相互獨立的情形。職是之故，FB 的濫用行為主要表現為強迫用戶允許其無限制地蒐集用戶的各類數據，而這些數據獲取的來源還包括除 FB 以外的第三方軟體，包括 FB 旗下的 WhatsApp 和 Instagram，也包括其他嵌入 Facebook API 的網站或應用程式。經此，當用戶安裝、使用這些應用 App 或瀏覽相關網頁時，數據便會通過 Facebook API 源源不絕地傳輸至 FB，以讓 FB 可以對這些獲取的數據進行分析。從而，系爭服務條款以及數據蒐集、處理及使用的行為，欠缺用戶的有效同意[28]，違反了 GDPR，且因 FB 在社群網路市場中具備支配地位，故該當濫用市場支配地位[29]。卡特爾署進而命令 FB 停止使用系爭違法蒐集及處理個資的用戶服務條款，要求 FB 必須在法律規定的範圍內蒐集及處理使用者數據，即只有在用戶自願同意的情況下，才能從第三方網站蒐集並將之整併到 FB 的個人帳戶，否則數據資料只能留存在各自的服務中，不能擅自蒐集整合多個來源的用戶數據並加以分析。而用戶的自願同意，係指 FB 服務的提供，不應以用戶同意蒐集和整合其個人資料為前提，故縱有用戶不同意，FB 仍應向其提供服務，且應避免蒐集及整合該部分的資料。關於卡特爾署依 GWB 第 32 條基於職權課予違法事業之相關停止義務，主要條列如下[30]：

1.禁止使用約款（包括資料指引及 Cookie 指引）約定用戶於使用前必須註冊並同意 FB 所欲之契約內容。

2.禁止實施違法之使用者約款，特別是集團相關服務及 FB 商業工具所取得之數據，與 FB 帳戶整合並使用之。

3.必須在 12 個月內移除或調整契約條件並實施改正措施。

---

[28] 許佑寧，前揭註 12，2。

[29] 張安潔，「論數據蒐集行為於歐盟競爭法下之合法性——以德國調查 Facebook 案為例」，經貿法訊，第 236 期，21-25（2018）。

[30] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 13 f.

FB 除就本案向邦高等法院提出行政救濟外[31]，亦就上開禁令，依緊急程序聲請暫時停止執行，而邦高等法院亦准許上開禁令的暫時停止執行，認為系爭 FB 行為，既無競爭損害、也無競爭的不利發展，並未該當「榨取濫用」和「阻礙濫用」[32]；但聯邦最高法院則是將邦高等法院裁定予以廢棄，而維持卡特爾署的原禁止處分。

三、重要法律問題爭點

本案的法律問題，除了較無爭議之社群網路服務的市場界定與市場支配地位的認定之外，更重要的是濫用行為的判斷，以及相關因果關係的證明問題，這部分的爭議是比較分歧的。不過，為了完整呈現問題全貌，仍將較無爭議的市場界定與市場支配地位部分，納入說明，並依卡特爾署、抗告法院與最高法院之立場，分別加以敘述。

（一）市場界定

1.卡特爾署見解

市場界定為 GWB 對於市場支配地位濫用管制的出發點，雖然 FB 的商業模式及多邊市場的特性，而可將 FB 社群網路多邊的使用族群分為個人用戶、廣告主、在個人專頁上發布內容之發表者、使用應用程式介面將網站或 App 與 FB 整合之建置者（Inhalteanbieter）。雖然廣告主、發表者及建置者等使用族群，仍與個人用戶使用 FB 之需求不同，而有不對稱需求彈性的存在，但卡特爾署將本案之產品市場界定為「個人用戶社群網站市場」（Markt für private soziale Netzwerke），地理市場則界定為「德國」。

雖然 FB 未對個人用戶收費，而無法適用傳統的「價格測試法」（small but significant and non-transitory increase in price, SSNIP）來界定市場，但具有多邊市場的特性，故卡特爾署仍依 GWB 第 18 條第 2a 項的明文規定，認為縱然是無償的服務提

[31] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 20).

[32] 「阻礙濫用」，乃指獨占事業對於他事業在市場上及競爭中的活動可能性，加以損害，其目的是為了打擊、妨礙、甚至消滅競爭者而設，並以 GWB 第 19 條第 2 項第 1 款為其執法依據。「榨取濫用」，則是以剝削交易相對人為主要目的，獨占事業恃其市場力量，迫使交易相對人在無迴避可能性下，接受苛刻不公平的交易條件，以獲取在有效競爭下所不可能取得之超額利潤，其類型主要有「價格」或「交易條件」之濫用，並以 GWB 第 19 條第 2 項第 2 款為其執法依據。

供，仍無礙於市場的界定。藉由間接的網路效應連結多邊市場的另一方，包括：廣告商（Werbetreibende）、在 FB 頁面上推銷自己的內容建置者，以及將 FB 在自己網頁或 App 藉由「滿意鍵」（„Gefällt-mir“Button）或 API 予以整合之其他市場的開發者（Entwickler），而這些跟私人用戶群之間，並無可比較之需求，但間接網路效應對於部分功能重疊但又高度產品差異化之社群媒體市場的界定，具有重要意義[33]。

對於產品市場的界定，FB 的服務，雖可能與部分求職網站（如 Xing、LinkedIn）功能重疊，也可能與 YouTube、Snapchat、Twitter、Pinterest 等所提供之訊息、圖片、影音服務功能略有重疊之處，但因仍具有相當程度的產品差異性；而 YouTube、Snapchat、Twitter、LinkedIn、Xing 等亦只提供部分的社交功能，故不納入相關市場。蓋求職網站或者通信服務 WhatsApp 與 FB 之間沒有直接競爭，而 YouTube 和 Snapchat 的功能不具有與社群網路的可比性，Twitter、Pinterest、Instagram 等與社群網路相比，滿足的是用戶的不同需求。

這些社群網路服務充其量只有部分服務與 FB 相競爭，從「需求市場概念」（Bedarfsmarktkonzept）來看，不具有替代可能性，而非屬同一產品市場。卡特爾署還運用了「供給替代彈性分析」，視其他事業是否已取得網路效應下足夠之關鍵用戶數量，而可隨時參進[34]，據此認定在此「個人用戶社群網站市場」的事業，除 FB 外，主要還有社群網站業者 Google+、StudiVZ、Lokalisten 等競爭者，可劃入同一產品市場[35]。

儘管 FB 的用戶服務遍及全球各地，社群網路的服務通常也是全球性的，但卡特爾署將本案地理市場界定為「德國」，則是考量社群網路用戶，主要仍是以德國境內之用戶，作為主要的互動對象，使用的語言也以德語為主，相關的針對性廣告投放也都具有用特定語言與文化空間予以分派的特徵，如同本案中的廣告皆以德語呈現，而將本案地理市場界定為「德國」[36]。

---

[33] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 5.

[34] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 6.

[35] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 4 ff.

[36] 縱使將德語區的奧地利與瑞士納入，此一擴大的市場界定，亦不足以影響 FB 市場支配地位的認定。Vgl. Jochen Mohr, „Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen- Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts v. 6.2.2019,“ *EuZW*, S. 270 (2019).

2.法院見解

對於卡特爾署將本案產品市場界定為「個人用戶社群網站市場」和地理市場為「德國」，邦高等法院認為該見解係屬正確，而未為批判[37]。故此一問題在本案中，並非是主要爭點，儘管如此，最高法院仍然對卡特爾署的見解，進行深入的討論。

最高法院認為本案只是關於處分執行之抗告程序的問題，若該處分在法律上有經不起檢驗的高度可能性時，才可該當「嚴重懷疑」（Ernstliche Zweifel）（參照 GWB 第 65 條第 3 項），在緊急程序中，並不需要進行全面性的適法性控制（keine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle）[38]，而是應該要採取「限制的審查標準」（eingeschränkter Prüfungsmaßstab）[39]。

市場支配依 GWB 第 18 條第 1 項，是指處於無競爭、或未有實質競爭、或相較於其他競爭者具優越市場地位，其判斷以相關市場界定為前提。雖抗告法院並未對卡特爾署是否正確界定產品及地理市場，以及 FB 是否具市場支配地位一事予以確認，但不影響法院依限制審查標準自行判斷之。如果從線上服務供給者的角度，認為 FB 與其他線上服務供給者在全球競爭的話，則是錯誤的出發點，因市場界定不是依涉案事業及其競爭者的觀點出發，而是應該要從「市場相對人」的觀點出發，視產品特性、使用目的、價位等，對於需求者是否可替代而言。FB 所提供之社群網路服務，使私人用戶得以找到朋友及舊識，並與特定可辨識之人群，分享其個人經驗、意見與不同形式之內容，提供個人享有廣泛的個人虛擬空間（virtueller Raum），而得以在網路世界裡建立真正的人際關係，其可以透過設置自己的個人檔案及創造好友清單，以建立自己的虛擬身分，使個人化的使用者經驗與友誼往來成為可能[40]。據此，卡特爾署的市場界定，並無任何疑問，蓋其他的社群網路服務業者，如 Xing、LinkedIn、Snapchat、WhatsApp、Skype、Instagram、YouTube、Twitter 等，要嘛服務種類不同、要嘛只能雙向或小團體的往來、要嘛傳播照片或影片、要嘛進行公開的意見布告，均與 FB 所提供之服務，不具可替代性；而卡特爾署也未忽略供給替代彈性的分析。

---

[37] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 27.

[38] BGH, *WuW*, 249 (2016).

[39] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 11.

[40] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 22 ff.

另 FB 所提供之服務縱屬無償，依 GWB 第 18 條第 2a 項，也不影響市場界定與需求市場概念的適用，無償服務於分析多邊市場時，具有重要性，蓋在多邊市場上，無償的服務提供，可作為以獲利為目的之商業活動的一部分，FB 雖然無償提供社群網路服務，但同時也使其充當向網路用戶傳達事業廣告的中介人，並藉此獲得財務支援。因此，無須因為用戶未支付費用，即修正需求市場概念，從而，網路用戶是否以其個資提供充當對待給付，即無關重要[41]。另卡特爾署也正確認定該多邊市場的兩邊，並未形成同一的市場相對面，從而依個別需求群體探究不同的競爭作用，雙邊的需求都被滿足，一方面經由個人化廣告吸引網路用戶的注意，另一方面也藉此促進商品或服務的銷售[42]。

對於地理市場的界定，須考量經濟、技術、或其他事實情況，並考慮消費習慣而定。其中，基於語言障礙及用戶所分享之內容，通常都帶有地域性或內國關連性，以及德語廣告也是針對德語用戶所為，故卡特爾署將之界定為德國相關市場，並無可非難之處。雖然社群網路是全球性的，但語言設置還是依個別用戶地區而定，而卡特爾署在調查中，也得出超過 3/4 的用戶，相關的朋友跟舊識都在同一國界內，因此，將之界定為德語區相關地理市場[43]。

綜上，卡特爾署所界定之產品市場與地理市場，並未該當有嚴重懷疑其合法性之處，而予以維持。

（二）市場支配地位認定

1.卡特爾署見解

市場界定是為了進一步探測 FB 的市場力量大小，依 GWB 第 18 條第 1 項、第 3 項及第 3a 項規定，市場支配地位的認定，應考慮涉案事業並未處於實質競爭，或相較於其競爭者具有優越的市場地位而為認定，並考量其市場占有率（下稱市占率）、財力、採購市場或銷售市場之進入、與其他事業間之連結、其他事業進入市場之法律上或事實上障礙、事實上或潛在之競爭、將其供給或其需求轉換至其他商品或營業上給付的能力、市場對造轉向至其他事業之能力。而對於多邊市場更應考量下列

[41] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 29.
[42] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 31.
[43] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 35 f.

因素：(1)直接或間接之網路效應、(2)使用者併行使用多種服務及其轉換的成本、(3)網路效應相關的規模經濟、(4)獲取競爭相關的數據、(5)創新驅動的競爭壓力。

市占率為傳統上市場力的認定指標，但在數位平臺上，並不容易測得市占率，是故，卡特爾署以用戶使用社群網站的時間及密集程度為指標，認為其對於競爭重要性與網路市場結果而言，是重要指標與具說服力的測量方式，可用以衡量 FB 在社群網站個人用戶相關市場的市場地位。因為社群網路的結果，可透過高使用率予以決定，社群網路是虛擬的社交空間，故密集的上線頻率可構成計算市占率的重要指標，本案中發現每日活躍使用社群網站之個人用戶（täglich aktiver Nutzer）中，有超過 95%是使用 FB 服務的；而以月活躍用戶（monatlich aktiver Nutzer）來看，亦超過 80%；整體註冊用戶亦超過 50%。其中，以日活躍用戶被卡特爾署視為決定性的指標，縱納入 YouTube、Snapchat、Twitter 等其他市場之社群網路服務的用戶數，FB 亦經常超過 40%，這也已符合 GWB 第 18 條第 4 項之市場支配地位的推定[44]。

此外，FB 本身商業模式所具有之直接或間接的網路效應，也相當地強，直接網路效應會對用戶產生鎖住效應（Bindungseffekt），因為在 FB 上與特定用戶的互連，使得該用戶難以轉換至其他社群網路，而使 FB 擁有較多的恣意行為空間，這也可從近年來競爭者的用戶比例下滑、甚至退出，即可看出。例如：StudiVZ 和 SchülerVZ 在 FB 進入之前是德國市場的領導者，但在 2017 年聲請破產；而 Lokalisten 社群網路也於 2016 年秋季停業；Google+也於 2018 年春宣布暫停對私人用戶的服務提供。但值此之間，FB 的用戶數卻呈現大幅成長並停留在高水平的程度，競爭者的退出及留存競爭者用戶比例的下降，顯示出該市場的傾覆過程，最終 FB 成為獨占者，而這也說明直接網路效應所導致之鎖住效應，阻礙了社群網路的轉換[45]。

而以廣告為收入來源之商業模式，亦須藉由維持一定規模的用戶數，才能產生間接網路效應，以吸引線上廣告業者利用 FB 平臺刊登廣告，故用戶數的維持，對於其他類似平臺，產生市場參進障礙。此外，FB 對於競爭相關數據的取得，也處於較有利地位，以個人數據作為經營基礎之社群網路，FB 所擁有的大規模數據來源，也具有較高的競爭相關性，而使得高度個人化的廣告得以形成，故數據取得管道連結直接跟間接網路效應，構成對廣告產品的重要參進障礙[46]。另間接網路效應的結果，

[44] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 6 f.
[45] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 7.
[46] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 7 f.

也使 FB 得以擊退競爭者的創新，使得網路的創新能力，無法使 FB 有明顯的相關市占率損失。

因此，綜合考量以上因素，卡特爾署認定 FB 在德國的個人用戶社群網站市場中具有市場支配地位。

2.法院見解

對於卡特爾署所為之市場支配地位的認定，抗告法院亦加以贊同，而未再作進一步的細部說明[47]。顯示市場支配地位問題，也非本案爭議之所在，但最高法院仍在卡特爾署見解的基礎上，作了論述上的補強。

對於市場支配地位的調查，依 GWB 第 18 條第 1 項應整體觀察後而為認定，卡特爾署優先採用日用戶的市占率為基礎，而得出 FB 的高市占率（日用戶比例超過 95%、月用戶比例超過 70%及用戶比例超過 42%），且其與競爭者的差距也很顯著，而且也不必就另一邊的廣告市場進行競爭分析，縱另一邊市場存在有效競爭，亦不影響本案的認定。雖雙邊市場存在「交互作用」（Wechselwirkung），即增加用戶端數量，經由間接網路效應，會強化 FB 對廣告客戶的地位；反之，亦然。而依 GWB 第 18 條第 3a 項第 1 款，間接網路效應於判斷事業之市場地位時，應納入考慮，間接網路效應並未排除 FB 對用戶端之不受控制之行為空間，而是激勵其在用戶端的行為空間，作有利於廣告市場端的利用，此涉及「不對稱之網路效應」（asymmetrische Netzwerkeffekte）的處理，因交互作用在兩邊並不相同，鑑於接近廣告市場所需之競爭相關數據，依 GWB 第 18 條第 3a 項第 4 款是判斷市場支配地位重要的市場結構因素，特別是針對多邊市場而言，FB 對廣告客戶的吸引力會隨其所擁有個資的質量而呈正相關，因此，使得 FB 有誘因濫用對用戶端的行動空間，以擴大資料使用的範圍[48]。

儘管有 46%的 FB 用戶想要「更少個資的揭露」（wenige preisgegebener Daten）以取代 FB 的服務使用，但因直接網路效應所造就之 FB 的市場地位，而無法如願；有 47.2%的用戶認為「用戶總數」是重要的，故直接網路效應會導致鎖住效應，並最終只能忍受其不利益。至於平行使用數個網路服務之「多棲」（Multi-Homing）現象，

[47] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 27.

[48] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 38 ff.

以及用戶的「轉換成本」（Wechselaufwand），於判斷 FB 的市場地位時，也應納入考慮，而卡特爾署對此也未忽略，其認為平行使用數個社群網路，對於避免競爭者的退出或促進新參進的效果，在本案中並不明顯，蓋在調查過程中，FB 的市占率不斷地攀升，但同時間，其他社群網路的市占率卻大幅下降（如 StayFriends、Jappy、Google+），甚至於沒有實際用戶數（如 StudiVZ）[49]。雖一般認為網路多棲對於用戶並無額外成本，而有助競爭，但卡特爾署正確地發現基於直接網路效應及技術上的不相容性，仍可造成高的阻礙，平行使用只有在另外一個社群網路可再找到相同的朋友及舊識，或是既有的聯絡人清單可以平行轉移或使用，而既有網路的聯絡人清單愈多，愈難或甚至不可能攜帶清單遷移至新網路上，在欠缺「資料可攜性」（Datenportabilität）下，將使社群網路的搬家活動變得困難重重，使得網路多棲，並不可行[50]。

此外，FB 的市場地位，也未受到其他社群媒體替代競爭的重大影響，蓋其他社群媒體僅有部分功能與 FB 重疊，而未能完全取代，基於 FB 的無償性與直接網路效應，用戶也較不願放棄 FB 的各種服務使用，從而，也無誘因平行地使用其他服務[51]。

另外，於評估多邊市場的市場地位時，「創新驅動之競爭壓力」也深具重要性（GWB 第 18 條第 3a 項第 5 款），而原處分對此也納入考量。網路是一動態發展的產業，破壞性創新可在短時間內擊敗既有事業，可消除市場支配地位。而依卡特爾署的調查，FB 對於鄰近市場之創新動力的防禦，以及自家社群媒體的擴張，都做得很成功。從而，認為 FB 未受到會削弱其市場地位的競爭壓力，過去 7 年來，FB 的相關市占率亦未受到損失，因此，創新這點對於 FB 市場支配地位的影響，無足輕重[52]。

[49] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 44 ff.
[50] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 46 ff.
[51] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 49.
[52] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 51.

（三）濫用行為

1.卡特爾署見解

(1)榨取濫用

a.條件濫用

卡特爾署認定 FB 蒐集用戶個人數據，包括將非 FB 來源跟 FB 來源整合的作法，是市場支配地位的濫用行為，構成對交易相對人的「條件濫用」（Konditionenmissbrauch），令其承受偏離競爭下的不利條件，該當 GWB 第 19 條第 1 項規定。在考慮 GDPR 的評價下，此一行為涉及使用不利於私人用戶和競爭者的不當條款，並將違反資料保護規定，評價為「市場力外流的結果」（Ausfluss von Marktmacht）。蓋依德國聯邦最高法院過去的判例，曾將市場支配地位使用不當定型化契約條款之條件濫用行為，依定型化契約條款規定的法律評價，解為是 GWB 第 19 條第 1 項的濫用行為[53]，而任何形式的條款濫用，都需要廣泛的利益衡量[54]，並應將基本權納入考量[55]，特別是一方當事人具備強大優勢地位而能單方面決定契約條件，而對他方當事人造成「他主決定」（Fremdsbestimmung）的情況，使得 GWB 第 19 條因此也具有基本權保護的功能，故相關的國家規定，特別是民法上的概括條款，也可落入 GWB 第 19 條的評價內。這方面的判決，雖多以不正競爭和定型化約款的民事訴訟為多，但亦不排除卡特爾署得藉由 GWB 予以介入，從而，認為卡特爾署也能介入因不對等協商地位所造成之約款妥當性的問題處理。

而就資料保護的問題，事業與個人之間具不對等的市場地位，故須對控管者與利害關係人進行適當的利益權衡，以保護個人的「資訊自主決定權」（Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung），即個人在無第三方的強制力下，可自主且自由地決定其個人資料的流通範圍。據此，卡特爾署先行檢視競爭法上規定，在何種關係下得和資料保護官（Datenschutzbeauftragte）執行 GDPR 的評價相調和，因在社群網

---

[53] BGH, Urteil v. 6.11.2013, KZR 58/11, *NZKart*, 31 (VBL Gegenwert I) (2014).

[54] 利益衡量係綜合考量競爭自由之維護、行為人、相對人或相關第三人之合法利益、阻礙措施之動機、目的及其他理由、採行該措施對於市場競爭或市場進入所產生之預期或已生效果，進而考慮有無較少限制競爭方式之比例原則的運用等事項。相關介紹，可參閱吳秀明、楊宏暉，「十年來公平交易法上之獨占管制」，公平交易季刊，第 10 卷第 3 期，87（2002）。

[55] BGH, Urteil v. 7.6.2016, KZR 6/15, *NJW*, 2266 (Pechstein) (2016).

路的商業模式下，用戶數據處理高度攸關競爭，從而，確認市場支配地位事業違反 GDPR 之行為，除須受資料保護法的規範之外，亦得由競爭法主管機關予以檢視[56]。而資料保護法也因其本身未有關於市場支配事業的窮盡規範，而未能阻卻特別的濫用監督，故對於市場支配地位濫用禁止規定的介入，並未予以反對。而且卡特爾署在處理過程中也和資料保護官保持定期的接觸，資料保護官也認為自己並未有專屬管轄權[57]。因此，關於個人資料處理約款在卡特爾法上的妥適性，應在 GDPR 的基礎上，藉由資料保護法的評價，予以檢驗。

確認此前提後，卡特爾署即進一步檢視 FB 所實行之資料處理政策，是否違反 GDPR 規定。GDPR 第 6 條第 1 項第 a 款規定，資料處理須經資料主體的同意，而系爭為締約而同意系爭使用條款，在 FB 的市場支配地位下，並不符合 GDPR 所指之自由同意；而同條第 b 款揭示只要是履行契約所必要之個資的合法處理，應作從嚴解釋，以客觀上必要為前提，如遠距交易就需買方地址資料，以利物品運送及交付，但並非社群網路的提供或個人廣告的貨幣化，都需要第三方來源資料的處理，透過社群網路自身取得之使用者數據，即足以作為其他個人化供應的基礎，故只有 FB 數據得以此為由予以合理化，因用戶的檔案照片、生日、住址等所建立之個人化檔案，是社群網路上往來溝通運作所必要的，以方便用戶在 FB 上搜尋其朋友和舊識，故處理 FB 數據可認為是履約所必要者，但不包括非 FB 數據的處理。而且基於廣告目的之利用，也不是履行契約或經營社群網路技術上所必要的[58]，對用戶進行廣告，並不是 FB 契約給付的核心，而且也牴觸了 GDPR 之「資料最少蒐集原則」[59]。

經過調查，卡特爾署認定 FB 在未經用戶同意下，逕行處理用戶透過網路使用第三方商業服務及「Facebook 企業管理平臺工具」之個人資料，已違反 GDPR，妨害個人對其個資的控制可能性。縱使 FB 主張蒐集處理用戶的個人資料，有助於提升用戶個人服務之效率及利益，但卡特爾署在考量第三方和用戶之利益、FB 資料處理之類型與方法，以及用戶的合理期待之後，並不認為 FB 所聲稱之效率及利益，足以支持其資料處理之正當性，且 FB 之市場支配地位，亦使其擁有相較於用戶更強的談判能力，讓用戶無法在註冊使用 FB 且同意 FB 訂定之服務條款後，還能有效地自主掌

[56] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 9.
[57] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 10.
[58] GDPR 第 5 條第 1 項第 c 款：「個人資料應：(c)適當、相關且限於處理目的所必要者。」
[59] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 11.

控 FB 處理個人數據的內容及範圍。從而，FB 對於第三方數據的處理，欠缺用戶的有效同意[60]。

b.結果因果關係

此一違反 GDPR 的行為，是 FB 市場力外流的結果，而在因果關係決定上，並不要求「行為因果關係」（Verhaltenskausalität）[61]，而是採取只要具備「結果因果關係」（Ergebniskausalität）[62]（或稱「規範上因果關係」，normativ-kausaler Zusammenhang），即已足夠，蓋違反法令必須作為市場力外流的結果，此一要件為市場支配地位濫用責難與競爭法外規範違反之間充分的連結點，有些判決甚至將之提升為必要條件，並可從 GWB 第 19 條第 1 項字義「利用市場支配地位」（Ausnutzung der markt-beherrschenden Stellung）得出，故對於系爭違法行為與市場力的關連性，不須要求系爭行為只能基於市場力才能作成之嚴格的因果關係，對於「利用」（Ausnutzung）一詞的解讀，通常只須規範上的因果關係即可，故系爭行為是基於市場支配地位且在結果上證明是有損競爭即可，即結果因果關係就已足夠。而在定型化約款的案件中，最高法院也未去檢驗是否競爭者也使用類似的約款，而是著眼於該約款結合市場支配地位的潛在影響，故私人用戶自主決定的限制是與 FB 的市場支配地位直接連結的，而可該當「榨取濫用」（Ausbeutungsmissbrauch）[63]。

(2)阻礙濫用

除對於用戶的不利榨取之外，此一違法行為亦同時具有不利於競爭者的阻礙作用（Behinderusngswirkungen）。因為 FB 不當地掌握及處理大量使用者數據的違法行為，可為其創造較競爭者為多的競爭優勢（Wettbewerbsvorsprung），同時也會提高其他競爭者參進的市場障礙，而使得 FB 既有的市場支配地位更加穩固，且對於最終

---

[60] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 12.

[61] 行為因果關係要求違法行為只有因其市場支配地位才可實施，其他事業不可能為同一行為。

[62] 結果因果關係是認為系爭行為是每個事業都有可能實施，但只有當市場支配地位事業實施時，才會對競爭造成有害影響。Vgl. Monopolkommission (Hrsg.), *Sondergutachten 68: Wettbewerbs-politik: Herausforderung digitale Märkte*, 1. Aufl., Nomos, Tz. 527 (2015); Mohr, a.a.O. (Fn. 36), S. 272 f.

[63] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 12.

消費者的市場力量亦可再度獲得確保，故可該當「阻礙濫用」（Behinderungsmissbrauch）[64]。

2.抗告法院見解

(1)榨取濫用？

a.條件濫用

抗告法院認為 FB 的系爭約款係屬交易條件，依 GWB 第 19 條第 2 項第 2 款規定之對價或其他交易條件來看，要該當濫用，必須是偏離了在有效競爭下高度可能會發生的結果，其判斷必須依「假設競爭」（Als-ob-Wettbewerb）方法進行[65]。但是，卡特爾署並未這樣作，而且也未針對競爭下的用戶條件為何，提出具說服力的發現，即使援引 GWB 第 19 條第 1 項，也應補上消費者保護的損害為一規範相關的競爭損害，同條第 2 項第 2 款之高價與交易條件濫用及第 3 款之價格分歧禁止（Preisspaltungsverbot），亦透露出濫用禁止的消費者保護功能；至於，在何種要件下，高價與交易條件濫用才例外地可援用同條第 1 項規定而偏離假設競爭的判斷，則在原處分中並未有充分的說明[66]。

本案系爭行為並未引發任何的有害競爭結果，蒐集取得「非 FB 之同集團或第三方數據」（高等法院稱「更多數據」，Mehrdaten；最高法院稱「非 FB 數據」，Off-Facebook-Daten），並非是對私人用戶的榨取。蓋這些數據是具直接可複製性（duplizierbar），提交給 FB 後，消費者仍可隨意再提交給任何第三人及 FB 的競爭者，並未因此在經濟上遭受惡化，而過度的交出個資，即使可以市價化，也不足以該當榨取 FB 用戶，因為卡特爾署就這些資料的數量、來源與種類，也未提出具說服力的確認，而原處分對於每一個非 FB 數據的蒐集、連結與使用，並未加以衡量是否該當過度揭露，只要是從屬於私人用戶使用 FB 服務所為之數據處理，均未加區別地予以禁止，對於如此寬廣的禁令，卡特爾署並未有充分說理，對於非難市場支配地位濫用所需要之被索交條件與競爭條件間的重大落差，亦未有任何的確認[67]。

---

[64] BKartA, a.a.O. (Fn. 13), S. 13. 不過，這部分的論述，占處分書的篇幅比例很低。

[65] Meinrad Dreher/Michael Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 10. Aufl., C.F. Müller, § 11 Rn. 1290 (2018).

[66] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 29.

[67] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 30 ff.

卡特爾署所關注之用戶損害，即「失去控制」（Kontrollverlust）與違法蒐集個資和侵害用戶資訊自主決定基本權的關連性，都未有充分的考慮。就失去個資控制權而言，將使用網路服務的同意，與非 FB 數據蒐集的同意，予以結合的行為，視為是違反卡特爾法，但忽略了就非 FB 數據蒐集同意之規定，是存在於 FB 的用戶約款中，也可理解為實際上已經得到用戶同意。因此，不能說是用戶對其個資失去控制權，實際上仍是在其知與欲下所為的數據處理，甚至仍在其控制之下。卡特爾署並未主張 FB 在其用戶約款中，並未完整、易懂、正確地就系爭個資處理之使用目的、內容與範圍為說明。同樣地，FB 就同意的取得，既非使用強制或壓力手段、也非利用知識弱勢或其他不正方法取得，或相關事業對該數據作了違約的利用，將 FB 服務的使用與非 FB 數據利用的同意，予以連結，並不意味用戶失去控制、也未建立任何的強制狀態（Zwangslage），這只是用戶「利益權衡」的結果，使用無償但受廣告贊助之服務的效用，與 FB 利用非 FB 數據的結果，所為之必要衡量，而此一權衡，用戶並未受到影響且完全是依其個人偏好及價值觀念所為，這並非是榨取用戶，對於數據失控一事，也欠缺相當證明。對於卡特爾署主張系爭蒐集行為會威脅網路用戶的財產利益與非財產利益，如財物侵權（身分竊取、詐騙、勒索）或收入、住址、病歷、政治觀點、性傾向等的公開，但到底有哪些危險是源自於對網路用戶蒐集處理非 FB 數據所引發的，亦不明確，而執法機關亦只討論資料保護法的問題而無競爭問題[68]。

卡特爾署概括主張 FB 私人用戶在提交其個人數據時，很難明瞭哪些數據、哪些範圍及哪些事業會被提交及轉交，故對於數據處理欠缺同意，並認為用戶是欠缺資訊的，因其根本不會閱讀用戶約款；但抗告法院認為這點並無說服力，因為用戶的不知，並不是源自 FB 的市場力量，而是建立在現實生活中用戶的懶散（Bequemlichkeit）與漠視（Gleichgültigkeit）上，而且卡特爾署也未禁止 FB 蒐集非 FB 數據，只是表明該蒐集必須取得用戶的特別同意[69]。觀察處分事實，FB 的濫用行為，亦僅止於違反資料保護法而已。但卡特爾署認為使用不當契約條款的利益衡量，於涉及足夠市場力量關連時，亦可該當濫用，從而，推導出只要約款適當性涉及不對等談判地位，就已足夠。但此一違反法規即等同榨取濫用的論點，是不正確的，蓋在競爭法上對於濫用市場支配地位的非難，是以「競爭損害行為」（wettbewerbsschädliches

[68] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 35 f.

[69] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 37.

Verhalten）為前提，縱在榨取濫用場合，亦然，此一要求，從行為時 GWB 第 19 條第 1 項的文義表明「市場支配地位的濫用」（missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung）即可得出。因此，必須損害競爭自由，使效能競爭確保及開放市場參進，受到減損，才可成立，而條件濫用的檢驗標準，依法必須進行假設競爭的測試及廣泛的利益衡量，且依過去聯邦最高法院的先例，利益衡量時所須考慮競爭法所維護之自由競爭，應作為市場力量濫用及減損競爭行為的前提要件，如果單單只是違反其他單行法令之要件，尚不足夠[70]。另外，依聯邦最高法院的見解，也不是市場支配事業使用違法或無效定型化約款的行為，必然就會該當市場力量的濫用，市場支配事業雖對於競爭負有「特別責任」（besondere Verantwortung）[71]，但不能因此導出其負有避免違反法令，以維護法律秩序的義務。而最高法院就違法定型化約款，認為其以不當方法妨礙相對人就長期契約為解約，導致最終客戶的經濟處分自由受到重大的損害，必須該約款也因不當地阻礙其他替代供給者，就相關客戶建置自己的契約關係，並同時對水平競爭關係造成損害，才可該當市場力量的濫用，顯示最高法院並未放棄競爭損害行為的要求[72]。而在本案中，對於用戶的競爭損害榨取，並無法從違反資料保護法中得出，蓋使用不合法之約款，並不當然即是對競爭法的保護法益造成危害，就如同單純地利用當事人結構上的不對等地位來索取高價，雖可能違反德國民法第 138 條善良風俗而為無效[73]，但並未造成競爭問題。只有當市場支配事業所為，且無法通過假設競爭的檢驗時，才可該當濫用行為，在判斷上，不只對價條件，還應檢視全部的契約條件後，才能決定。因此，不合理的契約條件，只能說明雙方當事人間具不對等地位，但不能直接表示市場支配已經影響到競爭結構。從而，單憑契約條款的違法本身，尚不能合理化對市場力濫用的非難，而是需要更多的理由，約款是由市場支配事業單方所擬用一事，並無正當理由認為該違法約款除了交由私法處理之外，還需要額外之卡特爾署的濫用監督，蓋同樣的違法約款，也可能由不具市場支配地位事業或私第三人所使用；再者，市場支配事業對於他方當事人基本權的蔑視，也不當然即是有損競爭的，而須動用 GWB 第

---

[70] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 41 f.

[71] 楊宏暉，「寡占市場的訂價行為規範：等待期間與不得同時漲價義務之可行性檢討」，公平交易季刊，第 26 卷第 3 期，51-52（2018）。

[72] BGH, Urteil v. 24.1.2017, KZR 47/14, *WRP*, 563 (VBL-Gegenwert II) (2017).

[73] BVerfG, *NJW*, 36 (1994).

19 條並等同民法上概括條款予以修正。從而，FB 的違反 GDPR 及因此而生之資訊自決基本權的侵害，並不當然即可推導出市場力濫用的責難[74]。

b.行為因果關係

GWB 第 19 條的榨取濫用，係因事業的支配地位，才能索取高價[75]，據此，只有當法令違反，是源自於市場支配地位時，才可該當。然原處分對於 FB 的市場支配地位與系爭違法行為間的因果關係，並未予以確認，違法的濫用，必須以濫用行為與市場力量之間存在因果關係，此亦可從 GWB 第 19 條第 1 項「市場支配地位之濫用」的文字中得出，亦即並非市場支配事業所有的行為都受競爭法禁止，而是只有可歸因於事業市場支配地位的行為，才受非難[76]。蓋市場支配，只有當該事業能夠獨立為市場行為，而不受其競爭者和需求者所制約，並阻礙或破壞有效競爭的維持，才可成立。濫用禁止應以市場支配事業在其競爭結構原就弱化的市場，以非效能競爭手段，損害既存的競爭或阻礙競爭的發展為前提，任何法規的違反而未帶有競爭相關性者，都不是濫用監督之目的。從而，市場支配事業之市場力與其濫用行為之間的因果關係是必要的，至少要是該行為的有損競爭作用，若屬一般非支配事業亦能為之者，則不具特別的損害作用[77]。因此，要責難榨取濫用，須以存在「行為因果關係」為必要，即市場支配地位使該事業得以對相對人遂行系爭定型化約款，才可評價為濫用。而非卡特爾署所採之「結果因果關係」，只有當涉及強化其市場地位或弱化競爭結構之阻礙濫用時，結果因果關係理論才用得上，但榨取濫用並未影響到市場結構[78]。雖然，從契約內容來看，是對用戶不利的，但假如該不利條件，由市場支配事業或非市場支配事業均能作到，且對消費者亦屬無關緊要者，則欠缺行為因果關係。除非剝削消費者的同時，也負面影響到該市場上的競爭行為可能性時，始可該當，倘非如此，將使濫用控制的執法，超出法律之規範目的。是故，若欠缺行為因果關係時，卡特爾署的介入，即失去正當性，而在激烈價格競爭的市場上，亦可能因資訊上的市場失靈與資訊不對稱，使不當的交易條件得以存在，但此非可歸因於

---

[74] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 47 ff.

[75] BGH, *WuW*, 296 (2004).

[76] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 54.

[77] Sven Haag/Matthias Karl, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl., C.H. Beck, § 19 Rn. 105 (2019).

[78] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 57 f.

市場力的行使，此時，就只能由定型化契約條款控制及其他消費者保護法（下稱消保法）來職掌[79]。

本案中用戶在同意 FB 約款時，並非居於從屬地位，其對於 FB 的數據處理是在知與欲之下，基於自由且自主之同意決定，並未有事證表明 FB 對於該同意的取得，是使用強制、壓力、利用知識弱勢或其他不正方法為之，或事業違反約定而作超出約定範圍的非 FB 數據使用。雖 FB 用戶的同意是與非 FB 數據使用的同意相結合，但此並非強制，亦未對用戶造成急迫，該同意其實只是用戶權衡使用無償、但受廣告贊助的社群網路所生利益，與 FB 使用非 FB 數據所生後果之間的利弊分析，用戶作出此權衡時，並未受到影響且完全是依其個人偏好與價值觀的自主決定。德國境內使用 FB（約 3,200 萬）與大多數未使用 FB 的用戶（約 5,000 萬）的比例，即印證出這是不同權衡的結果，亦顯示出未有不自願的個資提交，而是自願的使用決定。從而，要該當榨取濫用所必要之行為因果關係，並不存在[80]。

另外，此一因果關係的檢驗，並不是以 GDPR 的規定為標準，而是應依卡特爾法的基本原則而定，因為 FB 不只要被證明違反 GDPR，而且也要被證明違反卡特爾法，用戶在註冊 FB 時所為之同意，是符合 GDPR 第 4 條第 11 款及第 6 條第 1 項第 a 款之資料主體的自願同意[81]。但卡特爾署認為違反 GDPR 第 7 條第 4 項之不當連結禁止[82]，並依衡量理由第 43 點，認為資料主體與控管者之間有顯著失衡的特定情況下，或同意非屬契約履行所必要，將契約之履行（包括服務之提供）依存於該同意時，推定同意不具自主性。但上開規定皆屬 GDPR 的違法問題，並未涉及 GWB 的規定，而私人用戶在註冊 FB 時，並未依附於 FB，其是自由且自主地對註冊條件為同意或拒絕，如同多數的德國市民所為，每一個用戶的決定，都是在未受影響且自由依其價值判斷，並在全盤考慮下作出，在決定是否使用 FB 時，期待的服務品質、期待之個人效用和個人觀點，是重要的考慮因素，並順便提到個資保密的重要性，

---

[79] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 61.

[80] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 71.

[81] GDPR 第 4 條第 11 款：「資料主體之『同意』係指資料主體基於其意思，透過聲明或明確肯定之行動，所為自主性、具體、知情及明確之表示同意處理與其有關之個人資料。」第 6 條第 1 項第 a 款：「合法之處理應至少符合下列要件之一：(a)資料主體同意為一個或多個特定目的處理其個人資料。」

[82] GDPR 第 7 條第 4 項：「在評估同意之給予是否具自主性時，應特別考慮，包括但不限於，契約之履行（包括服務之提供）依存於個人資料處理之同意，且處理個人資料非履行契約所必要者。」

同意 FB 處理及利用非 FB 數據，以無償使用社群網路的自我準備，此一過程僅僅涉及在個人自我偏好與願望基礎上的高度個人化權衡，其中並未牽涉法律上、經濟上或其他的不利益。從而，在同意 FB 約款時，用戶並無數據損失（kein Datenverlust），甚者，用戶在註冊後，仍可不受限制地將其數據提供給任何其他第三人。而用戶對於 FB，亦無一般生活必要物資滿足的問題，德國亦約有 5,000 萬人未使用 FB，使用 FB 只是具有跟朋友或其他第三人得透過 FB 進行往來的可能性，因此，用戶的同意只是個別利弊衡量後的結果，並非 FB 市場力外流的結果[83]。卡特爾署大概是設想一般網路用戶偏好有償網路服務，優先於無償但受廣告贊助並提交個資的網路服務，此一論點並未有足夠且可驗證之證明。相反地，大多數私人用戶可能是想要付出更少費用，而使得大多數社群網路都是對用戶無償提供，但從另一邊市場獲得廣告贊助以資助網路的經營，而且原處分也未確認到底有多少原先有興趣的用戶，會因為 FB 處理和連結非 FB 數據而拒絕使用，卡特爾署所主張之對隱私侵害的疑慮與實際上隱私決定並不相符的現象之「隱私悖論」（privacy paradox）[84]，也無助前面的判斷。雖然，有約 3/4 的社群媒體用戶在選擇社群網路時重視其個資的處理，但也有 4/5 的用戶未曾閱讀使用約款，而是直接點選接受鍵。是故，抗告法院認為用戶在決定使用 FB 服務與否，是完全自由且自主地僅依其個人偏好所為的決定，此一權衡實際上並未涉及隱私悖論，蓋因有 80%的 FB 用戶並未閱讀系爭約款，這只是陳述這樣的事實，即 FB 提供受廣告贊助的服務；相對地，若與用戶同意處理及結合其非 FB 數據進行連結，形成實質有償，這也只是涉及網路近用的有償性而已，無涉市場力行使，用戶是否只是毫不在意、或是無暇閱讀條款內容，並不重要，對於未閱讀條款即接受的用戶，並非是用戶從屬性的表述，或是受網路業者的市場力所趨使，而是個別權衡之後，認為參與社群網路的重要性，是超過其個資被處理及結合的後果，卡特爾署亦未能就用戶未能閱讀約款即同意，排除非 FB 市場力行使的可能性[85]。雖約有 75%的用戶在意其個資如何被處理，但是否即是以之作為選擇社群網路的重要

---

[83] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 77.

[84] 隱私悖論，係指網路使用者聲稱對其隱私的重要性感到敏感，但其實際行為卻與其聲稱，呈現出相互矛盾的現象，簡言之，即使用者對其個人數據提供之主觀態度和客觀行為的不一致。*See* Susanne Barth & Menno D.T. de Jong, "The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review," *34(7) Telematics and Informatics*, 1038 (2017).

[85] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 85.

標準，並不明確。同樣地，哪些數據是被消費者視為重要的，也不清楚，合法的數據處理是否為用戶選擇社群網路的重要標準，也不明確[86]。

(2)阻礙濫用？

卡特爾署命令改正的處分，並非是以不利 FB 競爭者的阻礙濫用（GWB 第 19 條第 1 項、第 2 項第 1 款）作為基礎，蓋在不當阻礙的觀點下，水平競爭關係的阻礙，並非取決於用戶對於個資處理的同意與否，甚至於也因為用戶的同意，排除了對競爭者阻礙的可能性。從而，系爭改正命令並非是適當的措施，且不合比例地限制 FB 權利，應是違法。蓋依 GWB 第 19 條第 2 項第 1 款，應理解為對於競爭可能性的客觀傷害（objektive Beeinträchtigung），並非每一個對他事業造成的經濟上不利益，都可評價為卡特爾法上的阻礙，而是要探究是否對他競爭事業的行為可能性及決定可能性造成傷害，僅是足以導致阻礙或是無效的阻礙嘗試，尚不該當。從而，卡特爾署主張之足以減損競爭的主張，並不足採，蓋從該項字義「被阻礙」（behindert），即清楚表示必須發生競爭的損害，才可該當。聯邦最高法院之判決亦揭示，並非確認對競爭結構有可感影響即已足夠，而是「足以損害市場關係」（Eignung zur Beeinträchtigung der Marktverhältnisse），才可該當，而系爭約款對於同一市場上 FB 之實際或潛在競爭者是否已生阻礙，並未加以證明[87]。

雖然，卡特爾署主張系爭數據之處理，會對 FB 競爭者增加市場參進障礙，但此點並不可採。蓋因非 FB 數據的處理，並不能額外確保 FB 的市場地位，雖然使用者數據的品質與範圍，對爭取廣告商機，具備相關性，但是否因此即可形成或強化市場參進障礙，則是需要進一步的檢驗與證明，並無法單以 FB 的市場地位及直接網路效應，即可直接當然推論。固然個別用戶的效用會隨著網路用戶數的增減而直接正相關，對於競爭者而言，如何取得足夠的關鍵數量用戶，仍然與其是否能提供更具吸引力的社群網路而定，FB 擁有約 3,200 萬月用戶是一重大的優勢，但是否即因數據的處理與結合，即妨害或阻礙 FB 競爭者的市場參進，並不明確，這是需要卡特爾署的調查與證明，但本案並沒有這樣的證明，甚至於系爭數據的處理，如何使 FB 得以增加市場參進障礙並確保其市場地位，亦未見充分論證，數據量的擁有，也不必然對於社群網路的經營是重要的，從 Google+市占率減少的例子即可看出。故抗告法

[86] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 86.

[87] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 90 ff.

院認為重點不是數據量的多寡，而是藉由演算法的計算，以推知消費者的興趣與將來行為，才是重要的[88]。從而，應該要進一步證明哪些是對於社群網路市場之參進限制是不可或缺的，諸如：涉及哪些非 FB 數據、這些數據的品質是否經由 FB 演算法而獲得可感的加值，以及 FB 是否因此可確保其對競爭者的市場地位等等[89]。

另外，對於將市場力從社群網路延伸至線上廣告市場的危險，也因卡特爾署未界定社群媒體線上廣告市場，而淪為只是想像的。對此，原處分即有不備理由之缺失，且原處分亦未能充分證明有市場力量延伸的危險，對於 FB 於線上廣告市場的市場支配地位，也因廣告市場的未界定，而未能加以證明[90]。

3.最高法院見解

(1)重視阻礙作用之條件濫用

最高法院對於 FB 的濫用行為，並未如同傳統作法嚴格區分對交易相對人之榨取濫用和對競爭者之阻礙濫用的個別討論，而是著眼於雙邊市場的交互作用，予以一併觀察，並借用「搭售行為」的理論，分析其對廣告市場的競爭影響。對於抗告法院認定系爭約款，對用戶就其個資並未造成失去控制，也未形成強制狀態，而是用戶就無償使用受廣告贊助之網路服務所獲利益，與 FB 利用非 FB 數據之所生後果，相互權衡的結果，而其權衡是出於其個人偏好與價值判斷所進行的，是完全自由的，並未受到不當影響，從而未該當濫用的結論。最高法院認為依上開理由，若考慮用戶不想放棄社群網路的使用，並重視其個資的提出與處理只會在有限必要範圍內，則不能完全否定濫用的可能性，從二個獨立商品的結合（Kopplung），即一方面涉及以網路利用為基礎之功能性的提供，另一方面涉及以外部網路資料為基礎之服務（即給付擴張，Leistungserweiterung），而給付擴張之卡特爾法相關性，在於平臺經營者的給付，對於私人需求者而言，係屬無法放棄的給付，並附帶一個其不想要的給付，而使其對於是否要使用一個強烈個人化用戶體驗並連結的網路服務（即無限潛能地抓取非 FB 網路使用之數據並經由 FB 予以結合）、或是使用一個只對 FB 揭露個資之有限的網路服務，二者之間，不再具有選擇可能性，而上開給付擴張對於

---

[88] 此一論點，也呼應了學者所提之演算法本身而非數據量，才是重要的競爭參數之見解。參閱馬泰成，「用戶數據與演算法創新」，公平交易季刊，第 29 卷第 4 期，22-23（2021）。

[89] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 93.

[90] OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 94 ff.

市場力濫用的檢驗，不能因為使用網路，以及提供使用非 FB 數據所生之個人化體驗，對於用戶是無償的，就不再考慮。相反地，強迫接受一個不想要的給付，作為想要給付之對待給付，該當典型之搭售[91]，並形諸於個人相關使用者數據的條款中，而該使用者數據在多邊市場之另一邊市場上又屬重要競爭參數時，競爭法的問題面向就浮現出來[92]。

因為資料具「無體性」（unkörperlich），以及具有「非敵對性」（Nicht-Rivalität）、「非排他性」（Nicht-Exklusivität）、「非耗損性」（Nicht-Abnutzbarkeit），使得 FB 的數據使用，並未在經濟上削弱用戶利益，故用戶提供 FB 具有經濟價值之個資給付，以使 FB 得以蒐集及商業化利用使用者數據。數據的財產權，是否屬用戶所有，並不重要，用戶所為之對待給付，得藉由非 FB 數據的輔助而提高或擴展其個人化體驗，雖然用戶是無償使用 FB，但對於 FB 這個網路經營者，得藉此吸引廣告客戶就植入廣告及數據分析支付對價，且因廣告是特別針對用戶量身訂作，而使得廣告特別具吸引力，並引發有興趣的事業在社群網路上進行商品服務的推銷，並讓用戶經由其個資提供，透過 FB 的另一邊市場，獲得「準補貼」（Quersubventionierung）。因此，使用者數據的「質」與「量」，便成為測量廣告主願付價格的重要決定因子，而抗告法院認為用戶並未受到阻礙而還可將其數據資料提供給其他事業利用的可能性，則是忽略了資料揭露的經濟意義。用戶對 FB 所創造之資料庫作出貢獻，系爭使用者數據在用戶與 FB 之間，具有經濟上對待給付的意義，於此商品或服務相互強制結合的情況，該揭露更多用戶數據資料之「強迫接受之給付擴張」（aufgedrängte Leistungserweiterung），即可能在垂直關係及水平關係上造成競爭的損害，即榨取相對人和阻礙競爭者。因此，在雙邊市場上，即可能發生中介者 FB 對用戶方的榨取，同時即足以損害另一方的市場競爭，形成雙邊的交互作用[93]。

另外，FB 抗辯系爭約款符合商業習慣，並不可採。蓋市場上的社群網路業者，如 Google+也未使用這樣的約款，而是各自取得用戶相對應的同意。又縱使使用這樣的約款是社群網路的行業習慣，也不能推論是有效競爭的結果，且鑑於 FB 的優勢市場地位，也應禁止其模仿使用這樣的約款。因此，定型化約款為資訊不對稱及消費者理性漠視的觀點，在競爭激烈的行業裡，或是欠缺競爭的市場，都不具決定性。

---

[91] Volker Emmerich, *Kartellrecht*, 12. Aufl., C.H. Beck, § 27 Rn. 77 (2012).

[92] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 57 ff.

[93] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 62 ff.

雖抗告法院認為約 80%的 FB 用戶對系爭約款，因必須接受而未加閱讀，是因其認為參與社群網路的重要性，超過非 FB 數據的處理，但這也不能忽略，若存在有效競爭時，用戶可有真正的選擇可能性，包括對資料敏感的用戶[94]。

因此，系爭約款適足以阻礙競爭，蓋因 FB 基於直接網路效應對於用戶端所造就的市場地位，而其競爭者如不能在可預見時期內吸引足夠數量之用戶時，將無法動搖 FB 的市場地位。因此，FB 的巨大用戶數，即構成重要的市場參進障礙，從而，使用者數據的品質與數量，客觀上適足以構成確保或傷害市場關係，故雙邊市場的交互作用，不只在市場力量確認上，在個別行為作用上，也不能孤立觀察，FB 經由取得非 FB 數據，而得以進行強烈的個人化，使其相較於實際或潛在競爭者，更可以改善其服務，FB 掌握的數據愈多，愈能精確的預測使用者行為，這不僅使 FB 得精準地繼續研發其服務，且能夠就其將來或另外的商業目的及技術，進行精準的調適，隨著 FB 取得使用者數據及數據分析商品的質量增加，對於實際或潛在競爭者而言，機會就會愈縮小。從而，不能認為在有強烈網路效應下，即無繼續增強社群網路之市場參進障礙的可能性，實際上 Google+對數據蒐集的市占率由先前 33%的高市占率，降為 6.39%，此一失敗結果，亦足印證[95]。而在緊急程序中，因對廣告契約競爭的負面作用，不能排除對線上廣告市場的傷害，最高法院在此採取不同於抗告法院的見解，即對於社群媒體線上廣告市場的獨立存在，以及 FB 是否在該市場上具支配地位，無須加以確認，蓋競爭損害不只可能會發生在支配的市場上，也有可能發生在尚未支配之第三市場（Drittmarkt）上[96]。

FB 利用其市場支配地位所強加之系爭約款，除了不利於用戶外，也因具阻礙作用，衡量之下，仍可構成濫用。蓋市場支配地位的濫用，是取決就相關涉案利益於考慮競爭自由之立法目的，進行廣泛的利益衡量與評價之後，而為決定，此只能依個案論斷，使用約款的違法性，並不必然是該當濫用的必要條件，用戶重視其個資的蒐集，應限制在必要程度內的保護必要性，並不當然因為是自主決定而不構成強

[94] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 90 f.

[95] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 93 ff.

[96] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 96; Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 65), § 11 Rn. 1277; Emmerich, a.a.O. (Fn. 91), § 27 Rn. 64.

制，即不予重視，條件濫用依 GWB 第 19 條規定，並不以強制狀態為前提，只要就與市場支配事業締結契約時的全部情狀予以考慮即可[97]。

此外，抗告法院忽略了對於部分消費者而言，使用 FB 網路是其參與社會生活中，相當重要的一部分。蓋社群網路是重要的社交平臺，因其高用戶數及網路效應，對於相互交流及開放論壇意見表達，具特別重要性。對於用戶自主決定而言，因欠缺其他偏離可能性，而不能與非生活必需品相比擬，從基本法保障之資訊自決權來看，也應保護用戶的往來數據，不會被社群網路業者的不當蒐集與加值，而受到剝削[98]。基本權除了對私法有第三人效力之外，對於 GWB 第 19 條的適用，也應納入資料保護法上之資訊自決權的考慮，故資料蒐集必須取得資料主體的自由意志同意（freiwillige Einwilligung），若契約履行與同意相依存時，而同意又非履約所必要者，則該同意並非出於自由意志（GDPR 第 7 條第 4 項參照）。若 FB 這類的市場支配事業，藉由其給付提出的定義來決定資料處理的範圍，將 FB 內數據與非 FB 數據包括在內的話，則已超出使用社群網路所必要的限度，而與 GDPR 第 6 條第 1 項第 b 款有違。而 FB 系爭約款也不符 GDPR 第 6 條第 1 項第 c 款之遵守法律義務而必要者，FB 所主張之為確認違法者身分而必須蒐集全部數據資料，亦未被接受[99]。

另 GDPR 第 6 條第 1 項第 f 款之追求正當利益之目的所必須的要件，亦不足以作為處理非 FB 數據的合理化依據，FB 將該數據處理用以吸引針對性廣告及網路財務支援，視為其正當利益，縱承認之，也應限制在保護個人資料之絕對必要範圍內，而 FB 所提之正當利益，是否僅在其 FB 內蒐集個資仍無法達到一事，既不清楚也未說明[100]。

FB 的濫用行為也對（潛在）競爭者造成不利的阻礙作用，蓋阻礙競爭者之認定，並不取決於用戶於資料處理時的同意與否，FB 並未被阻止提供其用戶依 FB 內外使用評估之個人化經歷，但鑑於其支配地位，不能在未給予用戶較少個資處理選擇下為之[101]。消費者的選擇自由，典型上是經由競爭程序被確保[102]，在存在市場支配與鎖住效應的市場上，其選擇自由就會因弱的競爭壓力，而受到嚴重傷害，剩餘競爭

[97] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 101.
[98] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 102 f.
[99] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 110, 115.
[100] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 119.
[101] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 120 f.
[102] Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 65), § 5 Rn. 611.

將無助於使用者偏好的落實。因此，在 GWB 第 19 條第 1 項的適用上，必須課予市場支配事業有特別義務，應考慮競爭過程中需求方的選擇可能性，而 FB 提供社交平臺，是部分消費者參與社會生活的重要管道，也是對社會、政治、文化、經濟等問題的公開討論，具重要意義。因此，其應在資訊自決權的觀點下，對於平臺使用約款的形成上，負特別的法律上責任，故卡特爾署的決定應予維持[103]。

(2)結果因果關係

在因果關係的判斷上，抗告法院所採之行為因果關係，並援引假設競爭的判斷，即系爭約款在有效競爭市場上亦會發生者，即無榨取濫用的問題，並以資訊不對稱和用戶的理性冷漠，作為重要的論證。但亦有認為只要市場地位就該系爭約款的接受是共同原因時，即為已足，而私人用戶對其使用者數據，會被專業事業以符合資料保護法的方式提供給付，亦具有高度期待。因此，雖然任何事業都有可能實施系爭違法行為，但只有市場支配事業所為者，才可能對競爭造成有害作用時，就可該當濫用行為，即結果因果關係理論較為可採[104]。

針對傳統的搭售濫用，會要求事業的支配地位是搭售的原因[105]，從而，在因果關係上，應依濫用監督之目的而定，而市場支配地位也負「特別責任」，避免其行為會減損有效且未被扭曲的競爭，使用特定之違法約款，足以確保或擴大市場支配地位，故可合理化濫用控制的適用及個案的利益衡量。過去最高法院就認為使用不當之交易條款，使長期契約關係的終止變得困難，通常可該當市場力的濫用[106]，蓋這類約款不僅損害契約相對人，同時客觀上也足以對市場過程與競爭，產生不利影響[107]。

因該系爭約款客觀上即足以阻礙競爭，從而，市場支配與損害契約相對人的因果關係，應可從寬認定。故在整體觀察下，只要系爭約款的使用，足以導致有效競爭時所不可能存在的市場結果者，就可該當[108]。而根據最高法院的判決，於阻礙濫

---

[103] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 123.

[104] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 72.

[105] 我國公平法對於搭售的違法性，也要求事業須在主產品擁有一定程度之市場力。參見公平交易委員會（81）公參字第 09144 號函。相關的討論，可參閱楊宏暉，「搭售行為之法律分析」，公平交易季刊，第 12 卷第 1 期，135-145（2004）。

[106] BGH, a.a.O. (Fn. 72).

[107] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 76.

[108] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 77.

用時，並不要求市場支配地位與違法行為間，具備嚴格因果關係，只要與有害競爭作用，具備因果關係即可。在個案中，市場支配事業因其阻礙作用，而構成不利競爭者之市場力的行使時，對於因果關係的要求，不宜過嚴，特別是在雙邊市場上，兩邊的交互影響，不只在市場力的確認上應予考慮，在這類商業模式的運作下，行為的後果，也不能孤立觀察。而系爭約款除在契約相對人的面向上發生作用，也會對潛在競爭的市場條件造成損害，故因果關係的要求，不應作不同的處理，若違法行為客觀上足以可感地損害市場關係時，即可該當 GWB 第 19 條第 1 項的濫用，並不要求如同第 19 條第 2 項第 2 款有效競爭時會使用其他約款的高度可能性（hohe Warhscheinlichkeit）[109]。而在阻礙濫用的判斷上，只要競爭參數客觀上足以使競爭關係被「可感地」損害即可，並不必然要有實際影響的確認，因為市場支配事業負有特別責任，使有效和未受扭曲之競爭，不會受其行為所損害。因此，只要有「競爭的危害」（Gefährdung des Wettbewerbs），即為已足，本案中系爭約款導致反競爭的市場結果一事，並無嚴重懷疑，蓋因系爭約款在有效競爭下是不被期待的[110]。

因社群網路用戶端的規模提升，可以正面回饋到網路經營者的市場地位，並對廣告客戶端發生影響，因此，網路經營者會有特別的誘因，盡可能地擴大其用戶數規模。依卡特爾署的認定，有相當大部分的用戶是希望其個資的提供範圍愈小愈好，包括約 46%的 FB 用戶明確表示，於較少數據揭露下，會使用其他網路服務而不是 FB，約 38.5%的 FB 用戶甚至準備放棄個資的提供，而付錢使用社群網路[111]。但在鎖住效應所形成之轉換障礙的影響下，使得允許用戶就資料蒐集有高度自治之偏好的其他社群網路服務，無法有效競爭，也使用戶對於是否要使用透過非 FB 數據處理後，所形成高度個人化使用經驗的網路服務，還是要使用建立在使用平臺要約所揭露之明確同意的有限資料，所形成的個人化網路服務，不再有選擇可能性，可惜的是，FB 並未提供這樣的選擇可能性[112]。

(3)小結

綜上，聯邦最高法院認為 FB 預設用戶同意其 FB 站內及站外的個資被蒐集，用戶無法自由決定其來自多種渠道的資料，如何被處理，該當 GWB 第 19 條第 1 項之

[109] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 78 ff.
[110] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 83.
[111] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 85.
[112] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 86.

市場支配地位的「條件濫用」，同時也違反 GDPR，系爭行為不僅榨取了用戶，同時也足以阻礙其他競爭者的參進，若再加入第三方廣告業者的層面因素，其對線上廣告市場的影響就又更加顯著了。從而，確認了卡特爾署處分的合法性，相關的禁止及改正措施，也是必要且適當的，而准予執行[113]。

四、數據作為網路平臺的重要競爭參數

（一）數據之競爭執法評估

針對數據資料可能引發的競爭問題，德法二國競爭法主管機關於 2016 年提出「競爭法與數據」（Competition Law and Data）的共同報告，加以關注，認為技術的進步及經濟的數位化，擴大了數據的性質、來源、應用與數量，且數據作為一種生產要素，也已被競爭機關所承認，近用大量多樣的數據，可確保事業的競爭力。但數據的集中也具有市場排除的風險，若新進事業無法近用同種數據時，數據的蒐集也可能造成市場參進障礙，而具有競爭相關性，使得執法機關應對數據之蒐集與處理進行執法[114]。

蓋數據本身可以作為市場力量及參進障礙的來源，對於已建立之量與質，在某些產業裡，如無償提供服務之社群網路，即可能發生其他事業能否也能建立同等質量規模的數據庫。若再與網路效應結合，該大量數據即可能無法被競爭者所近用，而使既有事業因參進障礙而能阻擋對手的進入，而且近用的數據愈多，得藉以改善其服務，以吸引更多用戶，進而獲取更多數據之「滾雪球效應」（snowball effects），將使事業更能夠生存，而藉此所獲收益，可對其投資添加油材加速改善服務，以吸引更多的用戶與數據，終致傷害競爭並朝向獨占前進，使得數據規模結合網路效應，可以該當市場參進障礙[115]。

另一方面，數據的蒐集與使用，還涉及隱私保護的議題，然隱私議題本身，也不當然可正當化競爭主管機關的介入，除非有牽扯到市場競爭的問題，如同本案，使用者數據的多寡，牽扯另一廣告市場的競爭及 FB 的市場力，以及違法行為的評

---

[113] BGH, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 126 ff.

[114] Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, 52-53 (2016).

[115] *Id.* at 11-13.

價，也需考量資料保護法的意旨，使得事業的支配地位、數據處理過程、相關市場的競爭，三者密切相關，並可合理化在競爭法處理程序中納入隱私政策的面向考量。從而，隱私保護程度的減少，若屬事業明顯違背資料保護法時，且在數據蒐集與市場地位之間存在強烈互動時，即仍有濫用控制的介入餘地[116]。

對此一問題的重視，德國「獨占委員會」（Monopolkommission）早於 2015 年提出「特別鑑定意見」（Sondergutachten），針對數位市場的挑戰，分別對於數據保護、線上廣告市場、搜尋引擎、社群網路及電子商務，作出評估，並提出建議[117]，並於 2017 年 GWB 第 9 次修正中，增加多邊市場之市場地位的評估因素，將網路效應、使用者轉換成本、網路效應相關的規模經濟、獲取競爭相關數據及創新驅動的競爭壓力，納入考慮，在本案中即取得用武之地[118]。

其後，德國聯邦經濟與能源部（Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, BMWi）組成「競爭法 4.0 委員會」（Kommission Wettbewerbsrecht 4.0），並於 2019 年 9 月公布「數位經濟的新競爭架構」（A New Competition Framework for the Digital Economy）報告[119]，相關建議獲得採納而為 GWB 第 10 次修法的重要參考，並公布「數位化 GWB」（或稱「競爭法 4.0」），而於 2021 年 1 月 18 日通過修法[120]。數位化與平臺經濟成為此次的修正重點[121]，包括：將「與競爭相關數據的存取權利」，視為優越跨市場重要性的考慮因素之一，使卡特爾署藉此宣示重視跨市場的數位平臺業者，並採取較嚴格的執法標準，包括明確界定「中間媒介者」為以蒐集、匯總和加值數據，並協調用戶群組間之供需為商業模式的「多邊數位平臺」（multi-sided digital platforms）業者，並對「市場傾覆」（tipping of market）加以干預，以暫時的禁令措施處理可能的違法案件，顯見亦受本案執法經驗的影響。

另一方面，數據本身也具有某些與傳統商品不同的經濟特徵，諸如：(1)「非敵對性」與「非排他性」：即數據無法被某一事業所獨有，同一數據可以同時被數個

---

116 *Id.* at 24.

117 Monopolkommission (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 62), S. 12 ff.

118 Mohr, a.a.O. (Fn. 36), S. 265.

119 BMWi, "A New Competition Framework for the Digital Economy," https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3, last visited on date: 2021/11/29.

120 BT-Drucksache 568/20.

121 Podszun/Kersting, a.a.O. (Fn. 1), S. 321.

不同事業同時使用，當某一數據被消費時，並不影響其對於其他需求事業之效益[122]，以及數據一旦被提供，即無法限制其他需求者取得該數據。因數據的該特性，使得個別的社群網路得分別蒐集及利用其所取得之個人數據[123]，故很難該當「樞紐設施」（Essential Facility），通常存在其他相等或較少效率之替代取得管道，社群網路的多棲可能性，即是此一特徵的展現[124]。(2)來源可替代性：即對相同數據的取得，可有不同的管道，相同之商業資訊亦可以從不同來源的數據分析中得出[125]。因此，數據是否真的可以該當進入障礙，即引發討論[126]，即使認為數據可能對線上市場是種參進障礙，但應非屬不可或缺的樞紐設施，甚至於是處理數據之演算法本身，才是重要的競爭參數[127]。(3)數據可及性高：即數位時代下，事業可在許多不同的地方取得使用者所留下的數位足跡[128]，但也可能因法律或契約上限制，使得近用數據的可行性，受到阻礙[129]，個資法的自主同意，即屬適例。

（二）多邊市場的市場界定

多邊市場的經營模式，是當代數位經濟的重要特徵，多邊市場的特性，包括：兩個以上的消費組群、跨組群的間接網路效應、非中立的價格結構[130]。社群網路即是典型，本案所涉及的是德國境內的社群網路市場，用戶在 FB 網路中建立其全面個人化的虛擬空間，這是 YouTube、Snapchat、Twitter 等其他數位平臺，所難以比擬的。因此，依需求市場概念，FB 在產品特性、用途及價位等，與其他網路服務不具替代可能性，最高法院進一步將之具體界定為「注意力市場」（Aufmerksamkeitsmarkt），為 FB 與 Google 等平臺爭取用戶注意力此一有限資源的市場，其性質是多邊的平臺

---

122 Inge Graef, “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms,” *38(4) World Competition*, 479 (2015).

123 李宛諭，「大數據與競爭法」，公平交易季刊，第 29 卷第 4 期，145（2021）。

124 Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 114, at 36; D. Daniel Sokol & Roisin E. Comerford, “Antitrust and Regulating Big Data,” *23(5) George Mason Law Review*, 1129, 1137 (2016).

125 Graef, *supra* note 122, at 479.

126 宋皇志，「大數據之競爭法議題——以限制競爭為中心」，政大法學評論，第 163 期，68-74（2020）。

127 馬泰成，前揭註 88，22-23。

128 Sokol & Comerford, *supra* note 124, at 1136-1137.

129 宋皇志，前揭註 126，70-74；李宛諭，前揭註 123，146。

130 胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司，82（2019）。

市場，一邊是網路用戶，另一邊則是廣告用戶，各邊因需求彈性差異而分屬不同市場，藉由中介的 FB，使二邊的用戶群得以發生互動，其使廣告用戶得有償地植入其個人化廣告，並使網路用戶注意到廣告，而使二邊得以互動，亦即社群網路的市場特性就是將無償的用戶市場面與有償的廣告市場面加以連結，並由有償端進行準補貼，其性質為 OECD（Organisation for Economic Co-operation and Development）分類下之「非交易平臺」（non-transaction platforms）的雙邊市場，FB 分別與潛在客戶及潛在廣告商接觸，而可分別界定為不同的市場[131]。因此，將社群網路視為二個個別的市場而非單一市場，是正確的[132]。

不過，於分析相關產品市場範圍與市場力量時，應將跨數群客戶的特性，以及各邊產品服務的相互連結性，納入一併觀察，即將社群網路本身看作是注意力平臺而可成為個別市場[133]。而於市場界定時，因雙邊的間接網路效應，會使一邊的價格提高或需求減少的影響，比單邊市場為劇，而更具彈性，使漲價有利可圖的機會更小，故若採用假設性獨占者檢視法界定市場時，如果忽略正向回饋的影響，會低估漲價所帶來的損失，誤判原本無利可圖的漲價為有利可圖，導致對市場範圍發生過狹的低估；但若用臨界損失分析，則可能會高估短期價格彈性，而使市場範圍發生過寬的高估；另外，間接網路效應的存在，也會限制供給替代可能性的空間，並增加多邊市場的參進障礙，使新參進者必須額外花費成本說服既有用戶轉換平臺，才能取得關鍵用戶數，才足以跟既存業者相競爭。另在市場力量認定時，也不同於傳統單邊市場的市占率分析，蓋因多邊市場的市占率分析，並不容易，價格成本區間也因雙邊訂價策略的差異，而不易計算[134]。儘管如此，聯邦最高法院仍然維持在傳

---

131 至於「交易平臺」（transaction platforms）的雙邊市場，如網購市場，則同時對不同客戶提供交易中介，應將二邊合併為單一市場。參閱馬泰成，「掠奪性定價與電子商務」，公平交易季刊，第 27 卷第 2 期，163-164（2019）。

132 Mark-Oliver Mackenrodt/Klaus Wiedemann, „Zur kartellrechtlichen Bewertung der Datenverarbeitung durch Facebook und ihrer normativen Kohärenz mit dem Datenschutzrecht und dem Datenschuldrecht,“ *ZUM*, S. 92 (2021).

133 Podszun, a.a.O. (Fn. 7), S. 1269; Mark-Oliver Mackenrodt, “Data Processing as an Abuse of Market Power in Multi-Sided Markets – The More Competition-Oriented Approach in the German Federal Supreme Court’s Interim Decision KVR 69/19 – Facebook,” *70(6) GRUR International*, 564 (2021); 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，233（2016）。

134 David S. Evans & Richard Schmalensee, “The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses,” *18783 NBER Working Paper*, 18-23 (2013), http://www.nber.org/papers/w18783, last

統的需求觀點上，二邊用戶群對於平臺本身都有類似的服務需求，並將消費者視為是重要的市場參與者。另此一市場，亦與線上求職網路或訊息服務，欠缺功能面的替代可能性，而分屬不同產品市場。

（三）多邊市場的網路效應與市場力

在缺少對用戶服務客觀銷售數字的基礎下，因涉及注意力市場，故以在網路世界所花費的時間作為計算，執法機關以 FB 的日用戶數出發，超過 90%的日用戶市占率可作為其市場地位的依據外，還因其數位平臺所具備之網路效應，與伴之相生的鎖住效應，以及對使用者數據的存取權等，皆是評估其市場力量的參考因素（GWB 第 18 條第 3a 項）。其中，又以網路效應與因之而生之轉換成本因素，對其市場力量的強化，是又更具重要的影響因子。而在另一邊的線上廣告市場，最高法院也認為雖然有 Google 這個大競爭者的存在，但 FB 的優越的市場力量並未因此受到減緩。

目前，主要的線上數位平臺，大致有「電子商務市集」（e-commerce market-places）、「程式商店」（app stores）、「社群媒體」（social media）及「線上廣告平臺」（online advertising platforms）等四大類，這類的平臺符合「雙邊市場」或「多邊市場」的特性，具有降低雙邊當事人的搜尋成本（search costs），改善配對效率的結果。但在「網路效應」的推波助瀾下，容易使得少數成功的事業，成長為線上平臺的支配地位，而只剩下相對少的競爭空間可供喘息，使得這類成功的線上平臺得以遂行「不公平的交易行為」（unfair trading practices），如：實施不公平的條款或條件、拒絕接近利用或單方面修改近用條件、不公平促銷自家服務、施加不公平的同等（parity）條款及缺乏透明度，令中小企業於利用平臺拓展客戶時，會特別有負擔，導致平臺上的交易效率受到嚴重扭曲，致生效率損失，並因此產生高交易成本及藉由封阻新平臺的參進而減損競爭[135]。

數據作為生產要素的投入，往往是為了商業化使用，如 FB 即是以之吸引廣告商的目光，作為中介者的 FB，利用跨平臺外部性，一方面提供用戶免費服務，藉此吸引大量用戶註冊，藉由蒐集、分析、整合使用者數據，以改善其服務品質或增加服

visited on date: 2022/7/25; 林常青、胡偉民，「市場界定實證分析法之應用」，收錄於：公平交易委員會，第 25 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，自版，177-178（2019）。

[135] Néstor Duch-Brown, “The Competitive Landscape of Online Platforms,” *2017-04 JRC Digital Economy Working Paper*, 3 (2017).

務，但用戶對其個資的提供，則可能損及自身的隱私；另一方面 FB 則是挾此龐大使用者數據作商業化使用，為廣告客戶進行針對性行銷，以收取廣告費[136]。在此過程中，直接網路效應會使得用戶數愈增多，而有自我強化作用（selbstverstärkende Wirkung），終致發生市場傾覆（market tipping）結果，而愈多的用戶使用，即愈可能吸引更多之市場另一面的加入，如購物平臺上愈多的消費者，就會吸引另一面商店的進駐，發揮「間接網路效應」，此為雙邊或多邊市場的重要特質，為具有跨數族群消費者的間接網路效應[137]。

因此，在網路效應的加成影響下，最後可能導致「勝者全拿」（the winner takes it all），而這些平臺經營者也會設法加深用戶的轉換成本，以形成鎖住效應。另外，也有「價格結構之不對稱性」，中介者可巧妙操控對兩邊客戶的收費策略，以吸引潛在使用者加入[138]，本案即是利用對用戶端的免費服務，來擴張其用戶群，以獲取更多的使用者數據，而對於以數據驅動之線上產業，數據資料的掌握與競爭相關數據的近用，也可提高市場參進障礙，並增強既存事業的市場力量[139]。是故，數位平臺事業若掌握絕對優勢之大量數據資料，除可提供更完整優質服務外，並可藉由網路效應及鎖住效應的持續擴大，具有形成市場參進障礙而成為獨占的可能[140]，如本案中 FB 對用戶端的影響即是。不過，目前執法機關對於數據資料是否確會構成參進障礙，仍有不同意見[141]。

網路效應並不是數位經濟的新名詞，過去即已廣被討論[142]，當既有網路的使用者夠多的話，就會吸引更多的使用者加入，故新進業者如果要能有效競爭的話，不能只以較好品質或較低價格作為競爭利器，更要說服既有的使用者願意搬遷，此一

---

136 宋皇志，前揭註 126，60。

137 顏雅倫，前揭註 133，227。

138 王明禮，「雙邊市場平台經濟之競爭法課題——以相關市場界定與自然獨占問題為核心」，收錄於：公平交易委員會，第 24 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，自版，36（2019）。

139 Bundeskartellamt, *Big Data und Wettbewerb: Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“*, Bundeskartellamt, S. 5 (2017); Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 114, at 26.

140 廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司，198-199（2021）。

141 馬泰成，前揭註 88，22-23。

142 楊宏暉，「新經濟時代的反托拉斯法挑戰——網路效應與微軟案之初探」，政大法學評論，第 77 期，213-226（2004）。

「既存者優勢」（incumbency advantage）即可能阻礙競爭，其程度往往取決於「多棲」（multi-homing）、「資料可攜性」（data portability）、「資料互通性」（data interoperability）而定。其中，多棲被認為是減少既存事業市場力量的重要因素[143]，但「完全的多棲」（perfekte Multi-Homing），卻很罕見，主要是因網路效應、學習成本等不同轉換成本的影響。雖然無償提供的服務，容易傾向於多棲現象，但消費者會更重視品質好壞[144]，故當事業提供之服務具有客製化特性時，數據的蒐集處理也會增加轉換成本。另外，「單棲」（single-homing）對於使用者而言，因較為簡便，而有較高之吸引力，使得競爭者想要誘發多棲現象，勢必得無償提供更好的服務品質，使得創新競爭的重要性大為提高。此外，要增加不同平臺間的競爭強度，也可從減少多棲對使用者的不便著手，加強資料的可攜與互通，從而，德國新 GWB 第 19a 條，即禁止大型數位事業刻意阻礙用戶將其個人資料轉移至其他數位服務提供者的限制競爭行為，以促使用戶更容易地選擇轉換到其他平臺，甚至於，對網路效應於達到傾覆點後容易引發之市場傾覆，也賦予卡特爾署得採行「暫時措施」（Einstweilige Maßnahmen），針對目前已有一定規模但尚未具支配地位的事業，試圖以反競爭行為掌握「關鍵多數」時，予以提前介入採取對應措施（GWB 第 32a 條），以避免耗時的調查程序，趕不上數位市場的動態變化。更何況，本案 FB 還涉及間接網路效應的影響，高用戶數的存在，更使 FB 對其廣告用戶愈具吸引力，進而強化 FB 在線上廣告市場的市場地位，而因經由廣告收益的資助，又進一步強化其對網路用戶的市場地位，兩邊互為槓桿作用（Habelwirkung），是顯而易見的。因此，FB 有誘因利用社群網路市場上基於市場力所產生之行為空間，以增加數據的存取[145]。

另外，此一數據資料的取得與控制，加上數據所產生之「範疇經濟」與「網路效應」，使得既有事業比其競爭者更有「數據優勢」（Datenvorsprung），適足以使數據控管者有更高支配市場的可能性，而具有建構市場參進障礙及提高交易條件的能力，使該事業具備市場力量[146]。因此，論者認為於界定相關市場及認定市場力量時，應將各邊產品與服務的連結性，納入考慮，重視「需求相互依存性」的影響，

---

[143] Mark MacCarthy, "Enhanced Privacy Duties for Dominant Technology Companies," *47 Rutgers Computer and Technology Law Journal*, 33 (2021).

[144] Bundeskartellamt, a.a.O. (Fn. 139), S. 6.

[145] Mackenrodt/Wiedemann, a.a.O. (Fn. 132), S. 92.

[146] 陳志民，「大數據與市場力濫用行為初探」，公平交易季刊，第 26 卷第 3 期，15-16（2018）。

不能單看一邊市場的變化，以免發生錯估之謬論[147]。同樣地，也因相互作用是平臺模式固有的，故於分析時，若忽略間接網路效應的影響，也會發生重大瑕疵，線上廣告市場上的壓力，促使 FB 在用戶端有誘因從事投機行為空間，以獲取更多的使用者數據，以便於在線上廣告市場上獲得成功，也因網路效應的不對稱，使得對用戶端的榨取變得容易成功。德國聯邦最高法院依 GWB 第 18 條第 3a 項，考慮網路效應、多棲、創新驅動之競爭壓力等因素，認定 FB 具備市場支配地位，而過去的 Myspace[148]或 AOL[149]則已成為歷史，使得市場本身得以抑制網路事業市場力的說法，不再有適用餘地[150]。因此，最高法院在本案判斷市場力與濫用行為時，不是單看某一邊的狀況，而是結合兩邊一併觀察其緊密的互動關係。

由於多邊市場事業或網路平臺事業的特殊性，故新 GWB 於第 19a 條第 1 項第 1 句引進「優越跨市場重要性」（überragende marktübergreifende Bedeutung）的概念，考慮：(1)該事業對單邊市場或多邊市場的支配程度、(2)該事業之財務實力或取得其他資源的管道、(3)該事業之垂直整合程度和其於相關市場的活動情形、(4)該事業近用競爭相關資料的管道、(5)該事業活動對於第三人進入買方及賣方市場的重要性，以及因此對第三人營業活動之影響。以讓卡特爾署得針對控制數位市場瓶頸設施或守門者之大型數位公司，進行有效的控制[151]。

若卡特爾署發現該事業雖尚未在市場上取得支配地位，但依其判斷已對於跨市場競爭具有顯著影響性者，雖不可課處罰鍰，但可以禁止其為一定之行為（GWB 第

---

147 顏雅倫，前揭註 133，233-235。

148 Myspace 是美國的一個社群網路服務網站，提供人際互動、使用者自訂的朋友網路、個人檔案頁面、部落格、群組、相片、音樂和影片的分享與存放，成立於 2003 年 8 月，於 2005 年到 2009 年間，曾是世界上最大的社群網路，於 2016 年被時代公司（Times Inc.）所併入。其網址如下：https://myspace.com/。相關介紹可參閱 Myspace, Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Myspace, last visited on date: 2022/7/24.

149 AOL 為美國的一個線上服務網站，提供電子郵件、新聞組、教育和娛樂服務，其歷史可追溯至 1985 年 11 月，於 2021 年 5 月被美國 Verizon 公司將 AOL 連同 Yahoo 售予 Apollo 私募基金集團。其網址如下：https://www.aol.com/。相關介紹可參閱 AOL, Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/AOL, last visited on date: 2022/7/24.

150 Podszun, a.a.O. (Fn. 7), S. 1269.

151 Andreas Grünwald, „,Big Tech'-Regulierung zwischen GWB-Novelle und Digital Markets Act: Missbrauchsaufsicht über (Digital-)Unternehmen im europäischen Kontext," *MMR*, S. 823 f. (2020).

19a 條第 2 項第 1 句）[152]，包括：(1)於媒介買方與賣方市場時，對競爭者提供的服務與自己所提供者為差別待遇；(2)於事業的活動對於進入市場係屬重要者，採取阻礙其他事業於買方市場或賣方市場上營業活動的措施；(3)在平臺事業可迅速建立市場地位但還未達支配程度的市場，直接或間接地阻礙競爭者；(4)平臺事業經由競爭相關數據的蒐集處理以設立或可感地提高市場參進限制，或以其他方式阻礙其他事業，或要求同意數據處理之交易條件；(5)拒絕產品及服務的相容性或資料可攜帶性，或使之困難，致阻礙市場競爭；(6)未充分告知其他事業所提供或委託的服務範圍、品質、成果，或以其他方式使該事業難以評估服務的價值：(7)對其他事業之要約處理索取跟需求原因不合比例的利益。

（四）濫用行為

1.違法取得競爭優勢之濫用

對於本案所涉及的違反行為，共通點都在 FB 對非 FB 數據的蒐集，既未取得用戶的有效同意，也非履行契約所必要者，該當 GDPR 違反一事，其與競爭法之關連性，是建立在不正競爭防止法（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb，下稱 UWG）第 3a 條違反法令（Rechtsbruch）之不正競爭行為[153]的論理基礎上[154]，使得卡特爾法受到其他法律規定內容的影響[155]。

對於濫用行為的類型，卡特爾法向來有垂直關係面向之「榨取濫用」與水平關係面向之「阻礙濫用」二種類型，前者涉及 FB 與網路用戶之間的垂直交易剝削問題；後者則涉及對社群網路市場的競爭者與該市場上線上廣告競爭者的水平競爭阻礙問題。雖然卡特爾署肯認這兩者的該當，但是重榨取而輕阻礙，在論述篇幅比例上，後者的篇幅內容是遠遠不及前者的[156]，顯示執法機關是將 FB 定型化約款違反 GDPR

---

[152] 本條的增訂，被認為是賦予卡特爾署有現代化的武器，可以提早及有效地控制大型數位企業。Vgl. Ulrich Schnelle, „Die moderne Missbrauchsaufsicht – volle Kraft voraus mit § 19 a GWB?," *GRUR-Prax*, S. 432 ff. (2021).

[153] UWG 第 3a 條：「違反法律之規定，而此等規定亦係為了市場參與者之利益而就市場行為進行規制者，且該違反足以明顯地妨害消費者、其他市場參與者或競爭者之利益者，其行為構成不正當。」

[154] Podszun, a.a.O. (Fn. 7), S. 1268.

[155] Kristina Schreiber, „Facebook kombiniert Nutzerdaten missbräuchlich, da DSGVO-widrig," *GRUR-Prax*, S. 266 (2019).

[156] 該部分的討論出現在卡特爾署處分書中的第 278 頁到第 280 頁，但實際篇幅尚不足 2 頁。

而對用戶不利一事，看成是評價重點，並將對用戶施加系爭約款是基於其市場力的濫用，可該當榨取濫用。此點，也影響了抗告法院對於違法行為因果關係的認定，高等法院以榨取濫用之競爭損害的成立，須以行為因果關係為必要，而本案中，因用戶仍可自由且自主地決定是否要接受 FB 的服務提供，依此，則用戶並未從屬於 FB，亦未受有競爭損害；另本案亦不成立阻礙濫用，蓋因何種程度範圍內，競爭者因 FB 蒐集及處理非 FB 數據而受到具體損害，亦不明確，且要求用戶就系爭約款為明確同意，亦非屬改正對競爭者阻礙的合適手段[157]。

不過，聯邦最高法院的看法，則是將二者結合觀察，採取跟市場界定相同的作法，將卡特爾署的決定，部分予以重塑，側重消費者的角色以及 FB 對基本權的限制，看重用戶缺乏選擇自由一事，認定是榨取濫用的要素，也同時構成阻礙濫用[158]，並將重點放在阻礙濫用的討論上，採取「更經濟導向」（more economic approach）的看法及考量多邊市場特殊的經濟特性[159]，認為高等法院將 GWB 第 19 條第 1 項概括條款中榨取濫用之要件，比附援引同條第 2 項第 2 款的要求，並不妥當，其忽略了這二項規定在要件上的不同要求。

最高法院及多數學說有力見解皆認為這二項是選擇的標準，第 19 條第 2 項第 2 款只是濫用的例示性而非窮盡性規定，其射程只及於價格跟交易條件；但依同條第 1 項之概括條款則無這樣的限制，而可作為網捕要件，以納入制定法的價值決定，無須證明重大偏離假設競爭結果，而是以競爭法上該約款的不當性，作為評價。但高等法院似乎拒絕適用質的條件濫用可能性，另一方面高等法院對於嚴格行為因果關係的要求，也無法依第 19 條第 1 項的立法目的予以正當化，概括條款本身可包含混合形式的濫用行為，涵蓋垂直面向的榨取及水平面向的阻礙。因此，質的條件濫用，

---

[157] Andreas Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, 6. Aufl., C.H. Beck, Rn. 212c (2020).

[158] 蓋其認為在有效競爭市場下，消費者對於資料揭露程度可有不同的選擇。這也與美國 FTC（Federal Trade Commission）處理 FB 一案的脈絡雷同，FTC 認為不同隱私保護程度係屬消費者選擇的一部分，而 FB 透過獨占力量剝奪了消費者選擇，違反休曼法（Sherman Act）第 2 條及 FTC 法（Federal Trade Commission Act）第 5 條。*See* FTC v. Facebook, Inc., No. 1:20-cv-03590 (D.D.C. 2020), Complaint para. 167. 不過，法院以 FTC 未能充分論證 FB 市場力量為由，駁回起訴。*See* FTC v. Facebook, Inc, No. 1:2020cv03590 - Document 73 (D.D.C. 2021), 31-32.

[159] Mackenrodt, *supra* note 133, at 562.

不能單依價格或給付關係而為決定，而是應該依法律評價而為認定，只要個案涉及足夠之市場關聯性及競爭關聯性，而對市場關係有負面影響即可[160]。

是故，本案的核心問題在於，是否以及在何種要件下，市場支配事業使用違法之數據處理約款，可該當 GWB 第 19 條第 1 項之市場力濫用，而資料保護法的要求，有助於平衡事業與個人之間的力量失衡，以及保障資訊自決基本權，於數據驅動之網路商業模式下，市場支配事業的行為是高度市場相關的，而可落入卡特爾法的行為檢驗，卡特爾署也不因數據處理的不可或缺性，而被阻絕於資料保護法的管轄與競合[161]。

GDPR 衡量理由第 43 點亦指出，若資料主體與控管者之間，存在顯著失衡（clear imbalance）時，則同意非出於自由意願，此一顯著失衡的認定，亦包括經濟上失衡情形在內。因此，若控管者不只是比他方更有力量，而且是競爭法上的市場支配事業，這樣失衡的現象就又更明顯了。甚至於衡量理由也提到，若涉及不同資料處理運用時，控管者應該提供資料主體有更多的選擇選項可用，該立法意旨，除在本案處分中有運用到之外[162]，更被立法者於第 10 次修正案時增訂至 GWB 第 19a 條第 2 項第 4 款第 a 點當中，賦予卡特爾署得禁止事業處理所蒐集之競爭相關數據，以設置市場參進障礙或可感地提升，或阻礙其他事業取得，或是禁止其要求將服務的使用依附於用戶同意處理來自其他事業或第三方服務的數據之交易條件，而未提供用戶就數據處理之情況、目的和方式有足夠的選擇可能性[163]。

對於榨取濫用的觀察關鍵點，交易條件的評估因素很複雜，不像獨占性訂價得採用比較市場的競爭價格作為認定基準，對於交易條件或契約條件是否過苛而偏離競爭水準，尚無明確的判斷標準。但一般認為法律的管制規定，可以作為重要的參考基準，如定型化契約條款的民法管制，或是資料保護法的相關規定，特別是一般

---

[160] Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 212c.

[161] Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 213.

[162] Klaus Wiedemann, "Data Protection and Competition Law Enforcement in the Digital Economy: Why a Coherent and Consistent Approach in Necessary," *52 International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 930-931 (2021).

[163] § 19a Abs. 2 Nr. 4 (a) GWB: „die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Nutzer der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten des Unternehmens oder eines Drittanbieters zustimmen, ohne den Nutzern eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen."

消費者對於使用網路服務，多數不會詳閱契約條件或隱私政策[164]，使得同意是基於理性漠視的選擇結果。因此，抗告法院認定用戶仍可選擇不使用 FB，故非處於強制狀態、仍屬自主決定，而否定榨取。但最高法院則是認定用戶「欠缺選擇自由」（fehlende Wahlfreiheit）與「強迫接受之給付擴張」一事，即可該當損害概念，並將違反 GDPR 作為不當性的標竿（Benchmark）。因此，用戶是提出個人相關數據代替金錢給付的觀點，即無關輕重，對於非 FB 數據之處理同意，因與社群網路服務同意約款相結合，這環節至少對部分用戶而言，係屬不情願，而讓用戶對於個人化的網路，是否只以 FB 上數據為準，或是也及於非 FB 網站上數據，並無自主選擇權，從而，最高法院認定系爭同意，並不構成自由意志的決定[165]。自由的資訊自主決定是市場經濟的重要基石，而選擇自由依「新自由主義」（Ordoliberalismus）的觀點，是個體經濟偏好的表達[166]，但要依 GWB 第 19 條介入處理，僅有自由受限是不夠的，必須要有競爭損害，故最高法院認為消費者交出數據資料受到榨取，且資料力的取得，在二邊市場都構成參進障礙，而可阻礙競爭者，該當競爭損害。雖在過度的認定上，並未有明確說明，最高法院只是認為 46%的用戶希望遷移至較少個資的網路，並認為消費者比其付出拿回更少價值，可構成榨取損害。

對於競爭者的水平阻礙，因社群網路之直接網路效應及鎖住效應，使得網路遷移變得困難，而藉由違法之非 FB 數據的處理，使其使用者數據庫愈龐大及愈具吸引力，此一被強化的「資料力」（Datenmacht, data power），對線上廣告市場是一項重要的競爭參數，為針對性廣告行銷所必要的，使得中介平臺握有近用數據來源的資料力[167]。對於競爭者或潛在競爭者而言，具有提高社群網路市場的參進障礙，而該當阻礙競爭作用，系爭行為也提高競爭者爭取廣告契約的風險，因此，對於鄰接之線上廣告市場的競爭，同時也具阻礙效果[168]。是故，給付擴張的損害競爭性，不只在於榨取相對人，也包括對競爭者的阻礙作用。而愈多的數據被 FB 取得者，其愈能精準預測用戶行為，不僅使 FB 得繼續精準地擴展其服務，以及準確地調整其商業目的與科技；而 FB 提供之數據分析質量的提高，其用戶數也會變得很龐大，而壓縮到

---

164 Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 114, at 25.

165 Mackenrodt/Wiedemann, a.a.O. (Fn. 132), S. 93.

166 謝長江，「初論非經濟效率因素作為競爭法之目的：從秩序自由主義及新布蘭迪斯學派的發展談起」，公平交易季刊，第 29 卷第 3 期，128-131（2021）。

167 MacCarthy, *supra* note 143, at 41-42.

168 Mackenrodt/Wiedemann, a.a.O. (Fn. 132), S. 93; Podszun, a.a.O. (Fn. 7), S. 1270.

其他競爭者的空間，不利其爭取廣告客戶，故競爭危害一事，即足以構成市場支配事業特別責任的一部分，特別責任不只要求其不得傷害競爭之外，亦寓有應採取積極作為以避免競爭危害[169]，甚至於保持其行為於如同競爭存在時的態樣[170]。因此，數位經濟、網路效應、多邊平臺商業模式、複雜的螺旋間接網路效應等構成一致性的濫用概念[171]。

對於這種混合形式的行為，不完全符合 GWB 第 19 條第 2 項的濫用類型，但因該項規定是例示而非窮盡式的，故仍有用同條第 1 項概括規定予以處理的可行性，並可採用不同於第 2 項例示的論證方式。而且本案涉及多邊市場及網路效應，要找出一個基準，也不太可行，也欠缺比較競爭市場的可操作性，因此，卡特爾署與最高法院是正確地援用第 1 項規定[172]。不過，相較於卡特爾署，最高法院還是比較強烈競爭導向的，對於違反資料保護法的榨取濫用，法院並未視之為重點，反而是強調用戶的欠缺選擇自由及因此對其競爭者所造成之阻礙作用，並認為對市場競爭的不利影響，並未要求要在同一端市場發生才可。

在 GWB 第 19 條第 1 項濫用的判斷標準上，一般認為不見得要適用同條第 2 項第 2 款的比較市場概念，聯邦最高法院在本案中採取廣泛利益衡量的方式，考量競爭自由、資訊自決權、參與者的競爭自由、FB 用戶參與社會生活及意見交流的利益[173]。在判斷方式上，大體上區分「量的條件控制」（quantitative Konditionenkontrolle）與「質的條件控制」（qualitative Konditionenkontrolle），前者大致如同獨占性訂價之比較市場控制；後者，則是以違反競爭法外規範之法律上評價作為切入的觀察點，納入確認有無濫用之必要利益衡量內，而無須證明系爭單方約款與有效競爭的高度可能結果，是相偏離的，而且比較市場方法在多邊市場中也很少是可行的，因為在網路效應面前，其他的競爭屬性被退居二線，以及條件競爭受到限制[174]，從而認為這類形式的條件控制亦可納入概括條件的開放構成要件內。法院亦明確肯認若單方

---

[169] 如歐盟在 2017 年的微軟案中，即要求微軟必須提供競爭者其介面資訊，以使其在微軟的作業系統基礎上提供軟體服務，以實現產品的互通。*See* Case T-201/04, Microsoft Corp. v. Commission, Judgment of 17 September 2007, ECLI:EU:T:2007:289.

[170] Wolf Sauter, "A Duty of Care to Prevent Online Exploitation of Consumers? Digital Dominance and Special Responsibility in EU Competition Law," *8(2) Journal of Antitrust Enforcement*, 414 (2020).

[171] Podszun, a.a.O. (Fn. 7), S. 1271.

[172] Mackenrodt/Wiedemann, a.a.O. (Fn. 132), S. 93.

[173] Mackenrodt/Wiedemann, a.a.O. (Fn. 132), S. 95.

[174] Mackenrodt/Wiedemann, a.a.O. (Fn. 132), S. 96.

約款偏離任意法所預設之公平標準時，如違反民法之定型化約款，亦可該當，蓋其與市場支配地位的關連性是直接的，因任意規定具有利益衡量的範本性質，其狀態亦與競爭所欲實現之市場對等相符，因此，立法者於定型化約款管制背後的價值決定於相關判決中亦被援用[175]。此外，競爭法外之法律價值，如基本權的面向，也是在條件控制時的利益衡量中加以考慮，儘管有可能夾帶政治或非競爭目標的危險，至於將概括條款適用於條件濫用時，則無須考慮「顯著加成」（Erheblichkeitszuschlag）問題，以定型化約款為例，民法上的無效結果，即是以損害個體地位為要件[176]。在整體衡量的觀點下，並非市場支配事業每一個使用無效定型化約款行為都屬市場力的濫用，但若其屬市場力的流出時，則特別會該當濫用，如跟市場支配事業之契約關係的終止或退出是特別困難的，在此，因果關係的要求，仍是必要的[177]。

本案中，卡特爾署是將違反資料保護法與榨取濫用予以連結，認定蒐集非 FB 數據既非屬履行社群網路服務契約所必要，且於使用 FB 服務時，必須同意非 FB 數據的處理，亦構成不當連結禁止，而非屬自由的同意，仍是無效的同意。但最高法院則是將 GDPR 的衡量，作為諸多考慮因素之一，而且也不是以違反個資法直接推導出市場力濫用，而是看重用戶的資訊自決權在網路往來中的高度相關性，藉由不當揭露及處理數據資料的行為，構成往來數據的榨取，予以介入，同時也藉由基本權的第三人效力，將之納入 GWB 第 19 條第 1 項的解釋當中。對於處理非 FB 數據，依 GDPR 規定，用戶的同意是必要的，並將問題回到競爭相關的衡量上，認為依 GWB 第 19 條第 1 項規定，FB 負有義務提供其用戶有選擇權，此亦符合 GDPR 上的評價。從而，市場支配地位事業違法蒐集及處理使用者數據的行為，在社群網路中，亦具有市場封阻（Marktabschottung）之具體危險，而該當「阻礙濫用」。蓋其對於源自數其他來源而與歸屬於 FB 帳號的資料進行違法處理，係屬「違法取得競爭優勢」（Vorsprung durch Rechtsbruch）的行為，並提高既有的市場參進門檻障礙，強化對消費者的市場力量，而個人資料不只是個別人格的表述，而且也構成社群網路重要的競爭參數[178]。個人檔案的建立，對於使用者而言，會形成鎖住效應，縱使允許資料可攜，亦因附帶有成本，也不易成功，特別是使用者會因此失去已建立之社會接

[175] Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 66a, 211c.
[176] Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 211e.
[177] Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 211f.
[178] Mohr, a.a.O. (Fn. 36), S. 273.

觸及互動史，而有很高的轉換成本，使得潛在新競爭者不易參進市場，形成重大的參進障礙。

不過，最高法院似未透露哪些標準，可以決定哪些選擇可能性被具體提供，其所作之經濟上及卡特爾法上的考量，以及非卡特爾法上的價值決定，這類價值體系的競合，是當代數位經濟的必要前提，而除了同意的不當連結之外，當事人間明顯的不對等地位，所導致之欠缺選擇可能性，也是違法行為的重要因素[179]。因此，在網路效應的作用下，系爭違法行為是藉此擴大其使用者數據的規模，而具有強化 FB 對廣告市場的市場地位，而廣告市場的收益又可回饋對用戶端之市場地位的強化，從而，不當提高市場參進障礙。是故，系爭行為因欠缺使用者的有效同意，最高法院認為系爭行為該當支配地位的濫用，並無嚴重的懷疑。

另外，卡特爾署對於必要之市場關連性的說明及考量不對等協商地位的適當性，並不是很清楚，GWB 第 19 條可作為基本權確保的工具，若一方契約當事人具有強烈優勢地位，而能單方面決定契約條件，並能對他方施加他主決定，但這樣的不對等，除了經濟上優勢或市場力量外，還可有不同的理由，如親屬間保證之情感因素[180]，定型化約款之管制，也是建立在締約情境的不對等地位上，但不見得就有競爭法的適用；另一方面，被違反之規定，若由市場支配事業所為且具重大競爭損害作用時，則可有 GWB 第 19 條第 1 項的適用[181]。

只有當違法行為涉及市場結構或市場行為，才可符合競爭法之目的，其分界與 UWG 第 3a 條之違反法令行為所涉及之「市場行為規範」（Marktverhaltensnorm）相類似，故其所發展的基本原則，於違法之條件濫用時，亦可加以借鏡，援用之結果，則違反法令之競爭相關性與市場力量相關性，係屬必要條件，其認定應依 GWB 第 19 條規範目的切入，視該違法行為在何種程度內，對相關市場上所保護的「剩餘競爭」，造成負面影響，故聯邦最高法院強調，並非每一個違法行為都可構成市場力的濫用，而是要求必須是市場力外流的結果，其實就是規範上因果關係的改寫而已，此外，尚須有競爭損害危險的存在，如避免剩餘競爭的減損或損害競爭再復的機

---

179 Mackenrodt/Wiedemann, a.a.O. (Fn. 132), S. 96.

180 吳瑾瑜，「保證契約與善良風俗——以債務人之無資力父母、配偶或子女為保證人之契約為例」，臺北大學法學論叢，第 68 期，60-69（2008）。

181 Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 213a.

會[182]。對此，卡特爾署要求足夠市場力量關連性，但到底具體的證明要求如何，則不無疑問，將用戶對其個資的失控看作損害理論，以及資訊自決權的侵害，數據蒐集及處理之經濟效果，與不利於廣告客戶和競爭者的競爭損害相較，都只是次要的。另外，對於不守法行為所造成之不利競爭者的阻礙作用，為 FB 創造競爭優勢及提高既存之市場參進障礙，藉此再一次提高其對消費者的市場力量，以及強化其對廣告客戶的市場地位，可合理化濫用控制，但也因用戶是無償使用，也使得榨取濫用的認定變得不易。不過，對於 GWB 第 19 條第 1 項的適用，濫用行為的屬性定位，既非必要、也不能排除其援用其他濫用形式的評價觀點，對於從事廣告贊助之社群網路的 FB 而言，使用者數據的蒐集、結合與利用，數據本身就是重要之競爭參數，從而，資料保護法的相關規定，即具有競爭相關性及市場相關性[183]。

在利益衡量上，傳統的卡特爾法只看重事業的經濟意義，但本案，除了此面向之外，亦考量平臺巨人所形成之社會挑戰（gesellschaftliche Herausforderung），認同社群網路是重要的社會溝通平臺，並認為用戶近用 FB 是對於部分消費者參與社會生活具重要意義，因其用戶數多及其網路效應，使得利用之作為相互交流及意見表達公開論壇，是特別重要的。因此，FB 不只作為市場支配者，同時也作為高度社會相關的溝通服務提供者，而有特別責任，使得卡特爾法因此對這類經營模式，可能部分失去中立性。同時在利益衡量時也須考慮高位階的權利，如資訊自決權，故私人事業也受到基本權放射效力的影響，最高法院認為消費者是理性的市場參與者，消費者的經濟自主決定為市場經濟秩序的重要組成，選擇自由及選擇可能性是卡特爾法的重要成分，也是其保護目的，同時也是 GDPR 的要求[184]。從而，FB 要嘛加入要嘛離去的二擇一模式，跟資訊充足且有意識的選擇決定是相衝突的，並影響到個體自由決定的核心價值，而使得卡特爾法受到政治化的影響，而使其深陷政治爭議的中心，除了經濟上特別責任之外，基本權的拘束也要納入考量[185]。

---

[182] Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 214a.

[183] Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 214d.

[184] Klaus Wiedemann, "A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)," *51 International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 1178 (2020).

[185] Podszun, a.a.O. (Fn. 7), S. 1274.

2.因果關係

不同於抗告法院要求嚴格的行為因果關係，即系爭違法行為只有市場支配事業才有可能為之，一般事業無法遂行之，因一般不具市場力之事業亦可提出相同的定型化約款，故 FB 的行為不構成市場力的濫用。但是，最高法院認為因果關係的認定，傾向依立法目的從寬認定之，只要基於市場支配地位的行為，足以導致競爭關係的惡化，就可該當，即使是一般事業也能從事相同的行為，亦然。因此，仍是借用假設競爭的想法，認為使用者偏好在競爭下會被較佳落實，而嚴格因果關係的要求，對於平臺市場，是不恰當的。是故，最高法院於 FB 案中條件濫用認定之因果關係上，採「結果因果關係理論」，即在特定市場條件下，市場支配事業的行為足以導致有效競爭不會出現之市場結果時，即可該當，而且最高法院過去在適用 GWB 第 19 條第 2 項第 1 款之阻礙濫用時，亦承認結果因果關係即已足夠，蓋這類案例中對於市場結構的危害威脅是優先考量的[186]。從而，在多邊市場中，即使在一邊市場存在榨取，也應整體適用較低的因果關係要求[187]，而不同於抗告法院認為大多數用戶對用戶約款是不感興趣的而未去閱讀，單方施加約款並非 FB 市場力的輸出，所採取之嚴格的行為因果關係。

因此，最高法院認為系爭行為不只構成濫用，同時也足以損害競爭，特別是在雙邊市場下，對於市場支配事業行為的不利作用，讓用戶承擔較嚴格之因果證明，是難以被合理化的，而且在多邊市場下，二邊存在交互作用的影響下，在一邊構成競爭阻礙行為時，即與市場結構之保護攸關，基於競爭保護的需求而可合理化因果關係的降低，縱使在另一邊市場同時存在榨取濫用，亦不宜適用較嚴格的因果關係[188]。是故，鑑於不利競爭者之阻礙作用，違法競爭優勢的取得，以及違法數據取得所提高之市場參進限制，較鬆之結果因果關係，即為已足。因此，若市場支配事業的經濟上優勢，對於有損競爭之市場結果，是與有原因的，就已足夠，至於是否有使用壓力手段去影響他方當事人的意志，在所不問。

---

[186] BGH, *GRUR*, 260 f. (2004).

[187] Mackenrodt, *supra* note 133, at 568.

[188] Mackenrodt/Wiedemann, a.a.O. (Fn. 132), S. 94.

此一因果關係的調整，亦與 GWB 的修正方向相符[189]，而 GWB 於第 10 次修正時，亦作出呼應，於第 19 條中改以「濫用市場支配地位」（Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung），代替「市場支配地位的濫用」（missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung），將濫用行為與 GWB 的規範意旨予以連結，要求規範上因果關係即可，只要是市場支配事業所為的，就可該當，而不再要求事業之濫用行為只能基於其市場支配地位才可發生[190]。在濫用之結果因果關係的適用下，保護市場相對人之法規目的，包括消費者免於受到市場力行使及欺騙、消費者選擇自由之保護，以及免於市場條件的他主決定，即可納入考量。本條修正並不是意味所有市場支配事業之違法行為，均可納入，仍是以「市場秩序法」（Marktordnungsrecht）觀點將之限制在事業的市場行為上，從而，行為未違反以市場關係為客體之法律規範，或涉及其市場關係作用者，則無法合理化競爭法的介入適用[191]。但若違反之法律至少涉及保護契約當事人在市場關係作為對象或作用者，卡特爾法上之濫用控制即應加以考慮，但也不應忽視事業未具特別市場力亦可事實上實施一事。若市場支配事業只是違反稅法、勞動法或環境法者，並不該當濫用禁止規範。而違法的提交個人相關數據，在日趨集中且具資訊不對稱之數位平臺市場上，可該當對市場相對人的榨取，而因果關係之證明，在欠缺比較市場下，甚至於存在資訊不對稱與消費者理性漠視的情況下，也可能由不具市場力之事業所遂行，因此，要求嚴格因果關係的證明，是有困難的[192]。

不過，此一修法也不是毫無爭議的，一來其修改後的文字「濫用市場支配地位」與歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of European Union）第 102 條中「市場支配地位的濫用」（any abuse by one or more undertakings of a dominant position）的文字並不相同[193]；二來放寬因果關係證明的要求，使得禁止要件的輪廓變得不夠明確，

---

[189] Tobias Schubert, „Marktmachtmissbrauch durch Facebook wegen Beschränkung der Wahlfreiheit seiner Nutzer hinsichtlich der Datenverarbeitung,“ *GRUR-Prax*, S. 463 (2020).

[190] BT-Drucksache 568/20, S. 77; Gabriela von Wallenberg, „10. GWB-Novelle – Ordnungsrahmen zur Digitalisierung der Wirtschaft,“ *ZRP*, S. 238 (2020).

[191] 吳秀明、楊宏暉、牛曰正，公平交易法國內重要案例之評析——以欺罔或顯失公平行為為例，公平交易委員會 109 年委託研究報告，241-243（2020）。

[192] BT-Drucksache 568/20, S. 78.

[193] 對於因果關係的判斷，歐洲法院曾有判決（EuGH Slg. 1973, 215 – Continental-Can）表示，並不以濫用行為與支配地位之間有因果關聯為必要，學說上亦以因果關係的拒絕適用為多數。Vgl.

而提升了對市場參與者被濫用禁止所繩的風險，而修法理由中所揭示之法律的競爭保護目的，亦留下彈性的解釋空間，而可能造成法律的不安定性[194]。

（五）卡特爾署作為資料保護機關？

關於社群網路的隱私爭議，有認為應訴諸市場競爭，由業者自行找出適當的保護方案[195]，在此觀點下，市場競爭的維護便變得重要。但單純的資料保護，原則上並非競爭法機關的權責，只有當其具有競爭意涵時，才有可能變得不一樣。系爭 FB 約款涉及質的條件濫用，因其針對三方數據的蒐集被評價為非自由意志的同意而違反 GDPR，亦因 FB 的市場支配地位，而使用戶欠缺足夠的偏離可能性，本案 FB 要求用戶廣泛接受使用約款，被卡特爾署評價為市場支配地位的濫用。但究竟在何種要件下及在何種程度之競爭法外的評價及規範違反，可被視為市場支配地位的濫用，從卡特爾署的處分中，反而丟出了更多的問題，以及卡特爾署是否對資料保護法的執行具有管轄權限[196]。

本案卡特爾署參考最高法院關於使用無效定型化約款的案例[197]，認定 FB 系爭約款是其市場力量外流的結果，且牴觸 GDPR 的評價，故屬濫用行為。同時也考慮基本權的評價，若事業係屬支配地位而可單方事實上決定規則，影響用戶之基本權者，則屬不當條款的濫用。此不僅是民事上概括條款的任務，同時也是 GWB 第 19 條的任務，此一論點於足夠市場力下並考量法律秩序的所有評價，若約款的適當性是在不對等協商下所作成者，亦有適用。而於 GDPR 上，若事業與個人間具有力量不對等時，亦應適用[198]。故卡特爾署指出，若在定型化約款法或不正競爭防止法的基礎上，可在民事法上執行 GDPR，則卡特爾署經由 GWB 第 19 條考慮和解釋 GDPR 一

Emmerich, a.a.O. (Fn. 91), § 10 Rn. 9 f.; 王泰銓，歐洲事業法（二）：歐洲競爭規範，2 版，五南圖書出版公司，210（2009）。

194 Boris P. Paal & Lea Katharina Kumkar, „Wettbewerbsschutz in der Digitalwirtschaft: Die wichtigsten Neuerungen der 10. GWB-Novelle im Überblick,“ *NJW*, S. 815 (2021).

195 Randal C. Picker, “Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud,” *103 Northwestern University Law Review*, 8-10 (2008).

196 Fuchs, a.a.O. (Fn. 157), Rn. 212a.

197 BGH, a.a.O. (Fn. 53).

198 Torsten Körber, „Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrehcts?,“ *NZKart*, S. 189 (2019).

事，為何要受到阻撓呢？另一方面，資料保護主管機關也支持這樣的見解[199]。系爭約款令用戶只能接受廣泛的資料處理，不然就是放棄使用社群網路，這種強制勾選的同意，在事業的支配市場力下，無疑是類似處於「強制狀態」（Zwangssituation），非出於自由意志的同意，故有違反 GDPR 的問題。儘管該法有其專門的執法機關，但卡特爾署也不會因介入管制而淪為資料保護官，因執法依據是以 GWB 第 18 條第 3a 項第 4 款為據，將「獲取競爭相關的數據」（Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten），視為市場力分析的一部分，把數據資料視為是一種「競爭相關」（wettbewerb-lich）的市場參數。不同於原先草案中所用之「數據的獲取」（Zugang zu Daten），用語的改變，是強調數據保護不是卡特爾署的任務，而是只有其競爭作用才是攸關的。而本案所涉之使用者數據，是 FB 向廣告商行銷所需數據，故屬 FB 這類經營型態之「競爭相關數據」[200]。

因此，對於以蒐集處理使用者數據為基礎之商業模式，特別重要，是故，不能說是透過競爭法執行資料保護，GDPR 應納入卡特爾法適用時的考慮與注意，並不當然即導出平行於資料保護機關，卡特爾署亦必須執法，即使卡特爾署介入及處罰，甚至援用 GDPR，也不能推論出 GDPR 與卡特爾法是追求同一目標的。當然，為了避免重複規定與重複管轄之問題，勢必得在調查程序中顧及 GDPR 的規範意旨，而本案在調查過程中，這兩個相關機關即維持緊密的聯繫。不過，若因此認為卡特爾署可以獨立解釋適用資料保護法，則可能是有問題的，畢竟單純的資料保護事件，並非是卡特爾的執法權限[201]。

（六）卡特爾署作為消費者保護機關？

本案的榨取濫用觀點，可能也涉及弱勢消費者的保護，觸及個資敏感之消費者保護問題，而引發卡特爾署是否因此成為消費者保護機構。儘管，競爭法經由保護競爭與市場結構，以達成「消費者福祉」（Konsumentenwohlfahrt）的增進，而保護到消費者利益與競爭者利益[202]。但也不能合理化認為每一個消費者保護規範的違

---

199 Ebd., S. 190.

200 邱映曦，前揭註 5，90。

201 Körber, a.a.O. (Fn. 198), S. 194 f.

202 Robert Endler, „Die Interessen der Verbraucher im Kartellrecht am Beispiel der Facebook-Entscheidung des BGH,“ *VuR*, S. 4 (2021).

反，都可運用卡特爾法工具予以救濟。UWG 第 3a 條的違反法令行為，亦以市場行為規範為界限，要求被違反之法規保護必須具有保護市場參與者的性質（markt-teilnehmerschützender Charakter）[203]。因此，要求 GDPR 的違反，必須與事業市場力行使之間，具有因果關係為必要，以避免卡特爾法無止盡地援用卡特爾法外的規範。

儘管 GDPR 本身並未明確以市場支配事業為其規範對象，而不當交易條款的使用，也只是以交易地位不對等為前提，並不必然涉及市場力行使問題，若其未造成競爭阻礙結果，卡特爾法即無用武之地，且在德國法上，定型化約款及不正競爭行為都是由民事法院管轄，而非透過行政機關執法，這樣的模式，在過去實際上運作也都很好。而在 GWB 第 9 次修正時，立法者雖有討論是否要將卡特爾署擴建為消費者保護機關，以使其得同時就 UWG 及消保法以「行政處分」（Verwaltungsakte）實行之，但也只在第 32e 條第 5 項及第 6 項引進大量違反消保法時之「部門調查」（Sektoruntersuchungen）而已。因此，整體而言，卡特爾署不應作為消費者保護執行機關，而卡特爾署在本案中也表明，於系爭條款適當性涉及不對等協商地位時，援引 GWB 第 19 條予以介入，也必須有足夠之市場力關連，從而，卡特爾署在現行法上，並非消費者保護機關[204]。

（七）卡特爾法的政治化？

若從事違法行為之事業，具市場支配地位時，並因此取得競爭優勢時，即可有卡特爾法的適用，是否會讓卡特爾法的適用變得毫無界限，或是對其他法律的規範意旨解釋變得恣意而被泛政治化，蓋違法行為往往會使事業的成本下降，如違反環境法、勞動法等，而對正當守法之競爭者，取得競爭優勢。以本案為例，FB 違反 GDPR，資料保護機關亦可對之課處不超過年營業額 4%的罰鍰[205]，而無須考慮競爭法的適用，也無須考慮違法事業的市場力量。

立法者將卡特爾署的執法任務限縮在競爭相關事項上，或以保護競爭為其目的，原是有意地讓其避免成為政治化的工具，這樣的自我設限，對於競爭法制度的運作與有效競爭來說，是相當重要的，競爭法中存在的概括條款，如可作為其他法

---

[203] Tobias Lettl, „Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB und Rechtsbruch,“ *WuW*, S. 217 (2016).

[204] Körber, a.a.O. (Fn. 198), S. 193 f.

[205] GDPR 第 83 條第 6 項。

律秩序價值的突破口的話，是否會導致卡特爾法的泛政治化，亦是值得關注的問題，這也涉及卡特爾署權限及能力之形式與實質的權衡，卡特爾署作為職司競爭保護的專門機構，由其職掌競爭保護與資料保護的權衡，當不致有太多問題。但若個案中，涉及非競爭目標，如資料保護、消費者保護或勞工保護，若由其在保護競爭外，也納入分析的話，則容易使其淪為政治決定。因此，在結合管制時，立法者即明確規定其只須依競爭標準為考慮，非競爭目的之考慮，則留給「部長許可」（Minister-erlaubnis）來處理（GWB 第 42 條）。所以，若使卡特爾署執法也要顧及非競爭目的考量的話，則會造成打開「潘朵拉盒子」（pandora's box）的混亂現象，故卡特爾法的執行，也不能被政治化[206]。

（八）小結

本案是對網路巨頭適用卡特爾法的「試金石」（test case），相關制度在此也踏足「新大陸」（Neuland），卡特爾署是很大膽地面對阻礙並抓住本案，以滿足公共需求，一開始就評估為高複雜。而抗告法院則經由其冷酷分析，將卡特爾署決定的缺陷，予以曝露。最高法院則再一次地在原處分決定基礎上繼續拓展，協調地予以掌握[207]，並在傳統卡特爾法的架構下作出更佳的理解。這部分的意見呈現，高度顯現不同法院彼此之間的完整對話，充分涵蓋學說見解及過往判例的討論，為德國法院的判決特色[208]。而就卡特爾法的實體規定而言，也證明其具足夠彈性，就 FB 的數據力量及多邊市場的競爭問題，盡力提出解決方案。但卡特爾法仍有其界限，其並非是解決數位經濟全部問題的工具，仍然有賴新的法律規定的補充，例如：不正競爭防止法、資料保護法、守門人（Gatekeeper）管制法[209]等等[210]。

---

[206] Körber, a.a.O. (Fn. 198), S. 195.

[207] 洪政緯，「數位時代下科技巨頭的馴服術——談德國數位市場競爭法制與政策發展」，科技法學論叢，第 16 期，96（2020）。

[208] 吳從周，「民大法庭裁定選評之一：『原住民保留地買賣予非原住民』案——評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定」，月旦裁判時報，第 113 期，15-16（2021）。

[209] 如歐盟的「數位市場法」（Digital Markets Act）第 5 條第 a 款即規定，守門人不得將平臺服務的使用者數據與第三方服務的使用者數據予以結合處理，但已獲使用者在有選擇的情況下所為有效同意，不在此限。

[210] Podszun, a.a.O. (Fn. 7), S. 1276.

五、對我國法的啟示——代結論

關於網路效應與多邊市場之處理，公平會過去即已有經驗[211]，但對於新興之隱私問題如何在公平法上被處理，雖有不同的主張[212]。但目前較常被接受的看法，即是將隱私保護視為是一種非價格競爭方式，將隱私保護的品質看作是一個競爭參數[213]，這也是目前我國公平會實務的作法。在此前提下，檢視事業結合案有無降低「以隱私為基礎的競爭」，針對涉及使用者資料及數據累積，以及個人資料保護等新興數位競爭問題進行評估，考量參與結合事業可因獲取之使用者資料及數據的類型和特性，以及市場狀態，鑑於使用者數據仍有其他替代來源（如其他通訊軟體、社群網路、搜尋引擎、購物網站等）可被競爭對手蒐集或取代，故不認為可創造出其他競爭者所無法複製之競爭優勢，且結合亦並無消除參與結合事業在個人資料保護面向的競爭壓力，而無減損以隱私為基礎的競爭之疑慮，將焦點聚集在結合與個資保護相關之損害理論上[214]。

不過，將隱私保護視為品質的競爭參數時，不像價格至少可有一客觀基準，其實並不容易衡量品質的差異，個資法的遵循程度，或許就是一項客觀的標準，即便如此，因個資法有其專門的執法者，而涉及執法權限劃分的問題，就目前的觀察而言，似有從認為應由隱私執法機關處理，漸朝向競爭法也可執法之立場鬆動[215]。而

---

[211] 公平會公處字第 094017 號處分書（關貿網路忠誠折扣案）、公處字第 103020 號處分書（華藝數位不當促使他事業不為價格競爭案）、公處字第 110066 號處分書（富胖達不正當限制交易相對人案）。

[212] 不同處理模式之介紹，可參閱李宛諭，前揭註 123，135-136。

[213] 陳志民，前揭註 146，29；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，130（2018）。

[214] 周佑璘，「促進『嗶』市場競爭，公平會不『嗶嗶~』」，公平交易委員會電子報，第 193 期，1-2（2022）。類似看法也見於公平會第 01467、01486 次委員會議。

[215] 如 2006 年 Asnef/Equifax 結合案（Case C-238/05），歐盟法院認為任何可能與個人數據敏感性相關的問題都非競爭法的問題，而可依資料保護的規定予以解決。2008 年 Google/DoubleClick 結合案（Case M.4731），執委會亦認隱私權不在競爭法的考慮範圍內。2014 年 Facebook/WhatsApp 結合案（Case M.7217），執委會認為數據資料集中於 FB 控管的問題，並不屬於歐盟競爭法範疇，而應屬 GDPR 範疇。不過，2016 年 Microsoft/LinkedIn 結合案中（Case M.8124），執委會認為數據資料是消費者重視的品質因素而可列入競爭的評估因素。2018 年 Apple/Shazam 結合案（Case M.8788），執委會認數據資料是數位經濟的關鍵，故須謹慎審視。2020 年 Google/Fitbit 結合案（Case M.9660），執委會以 Google 承諾如何使用為廣告目的蒐集之數據、

日前公平會在 2022 年 12 月公布之「數位經濟競爭政策白皮書」亦就「數據隱私與市場競爭」予以專門討論，匯整國際上對此問題之立場，包括：法國之競爭法不介入隱私權侵害觀點、德國之以支配市場地位濫用介入隱私保護之觀點、日本之依相對優勢地位濫用處理觀點。但並未表明應採取何種立場，而是提醒注意公平會為競爭法主管機關，應避免越俎代庖自居隱私主管機關，故必須是業者侵害隱私權的行為，也使競爭將因此而受有不當限制的前提下，方有介入的空間，並將「隱私保護」理解為是影響最終產品或服務需求的一項「品質」考量因素，認為對隱私權保護的議題，公平法不如個資法或消保法來得直接，但若要介入處理時，必須是競爭也將因隱私侵害而受有不當限制的前提之下，才有介入的空間，則有第 9 條第 2 款[216]之獨占的榨取濫用或第 25 條之不當利用相對優勢地位可作為依據，但整體而言，對於公平法介入處理隱私權議題，仍持謹慎與保留之態度，除非個案的具體事證得用以界定因隱私侵害所受影響之市場範圍，或是用以判斷是否有不當影響市場交易秩序的可能性及其程度，才會予以介入[217]。因此，在現行階段，至少大致上可想像我國應不會像德國卡特爾署那樣大膽地積極執法。不過，相較於德國在完善的資料保護法制下，仍留下競爭法主管機關的介入餘地，有鑑於個人資料在數位經濟下的重要意義，以及網路個資愈被重視的趨勢，上開德國執法經驗，仍可作為參考。

另外，以隱私為基礎之競爭的論點，其實是隱含消費者對其隱私的重視程度，以及對保護差異在事實上具有分辨能力，從而左右消費者偏好的選擇，是以消費者具有選擇自由為前提，這也符合競爭法以市場相對人的自主決定作為市場過程裁判者的功能[218]，而可合理化公平會的介入，亦與德國聯邦最高法院重視用戶選擇自由的出發點相同。但是，如果將資料驅動事業任何違反個人資料保護法規的行為，都論斷為違反競爭法，即可能造成競爭法主管機關毋須考量構成限制競爭行為之其他要素，且過度擴張競爭法範圍與其主管機關權能，因此，即便是認為隱私權保護議題留有競爭法介入的空間，但是否真的要介入，則仍應視公平法相較於個資法或消

如何保障彼此競爭的可穿戴裝置與 Android 間之互操作性，以及用戶如何選擇繼續共享健康及健身的數據，而予以批准。

216 白皮書並未採本文所認之第 9 條第 4 款之概括規定，以涵蓋阻礙濫用及榨取濫用，而傾於只援引榨取濫用的規定。

217 公平會，「數位經濟與競爭政策白皮書」，95-101、188-191（2022），https://www.ftc.gov.tw/upload/d83b5225-d541-44ec-a61f-568ab6109d56.pdf，最後瀏覽日期：2022/12/31。

218 Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 65), § 5 Rn. 611 f.

保法等其他法律是否足以解決問題而定，並將執法重點置於是否足以建構市場參進障礙之阻礙競爭層面[219]。從而，數位平臺之相關的網路效應，即成為評價的重點，以 FB 案為例，使用者數據資料庫的多寡與質劣，即與直接和間接之網路效應相關。因此，若以「違法方式」擴充該資料庫的規模並據以為商業化利用，即可能打造出相關市場的參進障礙，進而鞏固獨占事業的獨占力，甚至於延伸到其他相關市場，才有可能因保護法益有別，而發生阻礙濫用管制的適用可能性；若只是違法蒐集而屬對消費者的榨取與保護之問題，則因保護對象重疊，但個資法已有明文，甚至於也有直接刑罰的規定（個資法第 41 條），比起公平法的「先行政後司法方式」（公平法第 36 條），形式上可能更具有效的嚇阻作用[220]，此時，交由個資法處理（行政罰法第 26 條參照），也許就已足夠[221]。不過，公平法仍可命其為不涉行政罰性質之停止及改正等不利益處分，如同德國卡特爾署在本案的作法[222]。再者，亦可以公平法第 46 條作為依據，即公平法與個資法就系爭行為同屬禁止規定，對於單純的榨取濫用情事，因個資法未以事業資格設限，對於資料主體自決權的保護係屬同一，且個資法第 47 條及第 48 條亦設有改正處分，依本條規定，應可優先適用個資法。雖然網站約款也會觸及定型化約款的問題，主管機關雖可派員查核（消保法第 17 條第 6 項），但因目前尚未有網路交易相關定型化約款之應記載及不得記載事項之公告，僅有「網路交易定型化契約應記載及不得記載事項指導原則」供參考，而使得消保法上的行政監督少有介入餘地（消保法第 56 條之 1 參照），而不如個資法來得有效。至於阻礙濫用問題，因個資法並未有相關市場競爭影響之特別考量，可認為是非對相同條件之同一事項而為規範，從而不影響公平法對阻礙濫用的適用[223]。此外，亦可善用公平法第 6 條第 2 項之商同其他部會辦理的機制，事先與個資法主管機關進行協調諮詢，妥為處理，並在處分決定中予以充分說明，以降低被處分人對於不同法律適用的疑慮。

---

[219] 陳志民，前揭註 146，29。

[220] 雖然可能公平法的行政罰鍰較高，可達年度銷售金額的 10%（公平法第 40 條第 2 項）。從而，就實際的處罰效果，仍可能因個資法對違法事業的罰金數額遠低於公平法的罰鍰數額，而影響其嚇阻力。

[221] 相同見解，亦可參閱張有捷，「論『先行政後司法』處理原則對商標侵害刑事規範體系之影響」，智慧財產權月刊，第 8 期，85（1999）。

[222] 不過，此又與個資法第 47、48 條重疊。

[223] 廖義男，前揭註 140，92-95。

另外，對於公平法與其他法律之關係的處理，過去實務上曾運用公平法第 25 條概括條款處理「合作社驗證不實」[224]及「工業區批發倉儲業變相經營零售業」的不公平競爭行為[225]，而打造出「違法取得競爭優勢」之違法類型，顯示在我國法仍留有發展空間。而德國法院對於 Uber 叫車服務之爭議，計程車協會（Zusammenschluss von Taxizentralen）運用 UWG 第 3a 條違背法令之不正競爭行為提起不作為訴訟而獲勝訴[226]。不過，上述情況多以不公平競爭行為為主，至於限制競爭行為領域是否也有適用，雖不無疑義。但從德國聯邦最高法院的諸多案例來看，也都肯認之，故公平法第 9 條第 4 款之其他濫用市場地位行為規定，應該也有充當「實質轉介條款」（materielle Weichenstellenklausel）[227]的可能，以銜接其他法律的評價，在本案亦有其可運用的空間。

獨占事業所為之行為，不會因此就評斷為濫用行為，否則，就牴觸了公平法不禁止獨占存在而禁止其濫用的立法模式。一般認為凡是市場競爭的不利影響，係來自於獨占事業市場地位濫用之結果者，且經利益衡量之後，係屬不公平者，才該當阻礙濫用[228]。對於交易條件的濫用，則因屬客觀價格以外之因素，常見情形為片面制定含有不利交易相對人之定型化約款，雖契約法相關機制可為處理，但鑑於獨占事業強大市場力量對於相對人的不利影響，而可能對市場競爭秩序有負面作用，才可評價為濫用市場力的行為[229]，其判斷可佐以現行法中的任意規定或依法規意旨予以解釋[230]；若行為的作成，與涉案事業是否具有市場力量無關者（如不實廣告或侵害營業秘密），則無援引獨占規定加以處罰之必要。因此，在因果關係的要求上，因公平法目的在維護市場競爭，故若獨占事業之行為使自由公平競爭制度的功能條件受到影響，使競爭者的行為空間受到不當行為的壓縮時，即應予以介入處理阻礙濫用，此於因果關係的認定，基於競爭維護之必要性，或有從寬解釋之可能。但是，公平法除此面向外，也例外承認市場結果控制之榨取濫用，此際，因果關係的嚴格

---

[224] 公平會（83）公處字第 128 號處分書、行政法院 85 年度判字第 1009 號判決。公平會（85）公處字第 092 號處分書、行政法院 87 年度判字第 1204 號判決。

[225] 公平會（87）公處字第 139 號處分書。

[226] BGH, *GRUR*, 298 (2019). 相關介紹，可參閱吳秀明、楊宏暉、牛曰正，前揭註 191，245-250。

[227] 蘇永欽，「從動態法規範體系的角度看公私法的調和——以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心」，收錄於：氏著，尋找新民法，初版，元照出版公司，262-288（2008）。

[228] 吳秀明、楊宏暉，前揭註 54，87-88。

[229] 劉孔中，公平交易法，初版，元照出版公司，69（2003）。

[230] 吳秀明、楊宏暉，前揭註 54，98-99。

要求，可能就會較符合其在競爭秩序中因屬不得已之手段的看法[231]，即其行為若是一般事業所為而屬合法者，但因是獨占事業所為，被評價為濫用者，市場支配地位與行為之間，仍要有因果關係的建立[232]，似乎也隱含有對不同濫用類型設不同程度之因果關係的要求。縱係如此，若濫用行為具雙重性者，則應可一併適用較低要求的因果關係，以避免發生切割分離適用的困擾。

即使要求違法行為必須跟市場力行使有嚴格因果關係適用，如同德國抗告法院所採見解，若獲認同，在我國法上，仍有公平法的適用，因我國是將限制競爭與不正競爭合冶於一爐，不正競爭行為即與市場力量無涉，而應檢視系爭違反的法令是否涉及「市場行為規範」，市場行為是指直接對市場參與者的所作所為，如廣告、展覽、提出要約及關於訂購商品或服務的措施等等[233]，而違反定型化契約管制規定的行為，也是屬於市場行為規範[234]，並涉及用戶及競爭者等市場參與者的利益保護，故也會有該當公平法第 25 條之足以影響交易秩序之顯失公平行為的適用可能性，但就沒有了情節重大之加重處罰規定的適用（公平法第 40 條第 2 項參照）。

至於，是否要借鏡德國 GWB 的修法經驗，予以明文規定，則視現行規定的解釋適用是否足以解決，鑑於公平法上有大量的不確定法律概念，如「具有壓倒性地位」、「其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事」、「其他濫用市場地位之行為」等，已留有彈性適用之空間，可將跨市場平臺面向及網路效應納入分析，應可認為公平法之現行規範，理論上已足以應付這類數位平臺所可能產生的限制競爭問題，只是需要透過相關處理原則再予以細緻化，而為聰明靈活的解釋適用即可，應尚無修法之必要。

---

231 黃茂榮，公平交易法理論與實務，初版，自版，98-99（1993）；吳秀明，「獨占性訂價與市場績效管制——公平會作為一個價格的監督與管制者？」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，206-210（2004）。

232 何之邁，公平交易法專論，初版，自版，466（1993）。對於濫用獨占地位之判斷，可參閱王文宇，「濫用獨占地位之判斷標準——法律概念或經濟觀點？」，公平交易季刊，第 15 卷第 1 期，6-15（2007）。

233 Dreher/Kulka, a.a.O. (Fn. 65), § 3 Rn. 480.

234 BGH, *GRUR*, 949 (2012).

參考文獻

中文部分

王文宇，「濫用獨占地位之判斷標準——法律概念或經濟觀點？」，公平交易季刊，第 15 卷第 1 期（2007）。

王泰銓，歐洲事業法（二）：歐洲競爭規範，2 版，五南圖書出版公司（2009）。

王明禮，「雙邊市場平台經濟之競爭法課題——以相關市場界定與自然獨占問題為核心」，收錄於：公平交易委員會，第 24 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，自版（2019）。

何之邁，公平交易法專論，初版，自版（1993）。

吳秀明，「獨占性訂價與市場績效管制——公平會作為一個價格的監督與管制者？」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。

吳秀明、楊宏暉，「十年來公平交易法上之獨占管制」，公平交易季刊，第 10 卷第 3 期（2002）。

吳秀明、楊宏暉、牛曰正，公平交易法國內重要案例之評析——以欺罔或顯失公平行為為例，公平交易委員會 109 年委託研究報告（2020）。

吳從周，「民大法庭裁定選評之一：『原住民保留地買賣予非原住民』案——評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定」，月旦裁判時報，第 113 期（2021）。

吳瑾瑜，「保證契約與善良風俗——以債務人之無資力父母、配偶或子女為保證人之契約為例」，臺北大學法學論叢，第 68 期（2008）。

宋皇志，「大數據之競爭法議題——以限制競爭為中心」，政大法學評論，第 163 期（2020）。

李宛諭，「大數據與競爭法」，公平交易季刊，第 29 卷第 4 期（2021）。

周佑璘，「促進『嗶』市場競爭，公平會不『嗶嗶~』」，公平交易委員會電子報，第 193 期（2022）。

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）。

林常青、胡偉民，「市場界定實證分析法之應用」，收錄於：公平交易委員會，第25屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，自版（2019）。

胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司（2019）。

洪政緯，「數位時代下科技巨頭的馴服術——談德國數位市場競爭法制與政策發展」，科技法學論叢，第16期（2020）。

徐曼慈，「德國聯邦卡特爾署決定禁止Facebook濫用市場力不當處理用戶資料之行為」，公平交易委員會電子報，第122期（2019）。

馬泰成，「掠奪性定價與電子商務」，公平交易季刊，第27卷第2期（2019）。

馬泰成，「用戶數據與演算法創新」，公平交易季刊，第29卷第4期（2021）。

張安潔，「論數據蒐集行為於歐盟競爭法下之合法性——以德國調查 Facebook 案為例」，經貿法訊，第236期（2018）。

張有捷，「論『先行政後司法』處理原則對商標侵害刑事規範體系之影響」，智慧財產權月刊，第8期（1999）。

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）。

許佑寧，「德國聯邦卡特爾局限制 Facebook 蒐集整併不同來源的用戶數據以防壟斷」，科技法律透析，第31卷第5期（2019）。

陳志民，「大數據與市場力濫用行為初探」，公平交易季刊，第26卷第3期（2018）。

陳韻珊，「數位競爭法先鋒——德國競爭法4.0簡介」，公平交易委員會電子報，第148期（2020）。

黃茂榮，公平交易法理論與實務，初版，自版（1993）。

楊宏暉，「新經濟時代的反托拉斯法挑戰——網路效應與微軟案之初探」，政大法學評論，第77期（2004）。

楊宏暉，「搭售行為之法律分析」，公平交易季刊，第12卷第1期（2004）

楊宏暉，「寡占市場的訂價行為規範：等待期間與不得同時漲價義務之可行性檢討」，公平交易季刊，第26卷第3期（2018）。

趙彥清、黃俊凱譯，Caldarola、Schrey 著，大數據與法律實務指南，臺北，初版，元照出版公司（2020）。

廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司（2021）。

劉孔中，公平交易法，初版，元照出版公司（2003）。

劉靜怡，「社群網路時代的隱私困境：以 Facebook 為討論對象」，臺大法學論叢，第 41 卷第 1 期（2012）。

謝長江，「初論非經濟效率因素作為競爭法之目的：從秩序自由主義及新布蘭迪斯學派的發展談起」，公平交易季刊，第 29 卷第 3 期（2021）。

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）。

蘇永欽，「從動態法規範體系的角度看公私法的調和——以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心」，收錄於：氏著，尋找新民法，初版，元照出版公司（2008）。

外文部分

Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt (2016).

Barth, Susanne & de Jong, Menno D.T., "The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review," *34(7) Telematics and Informatics* (2017).

Crémer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre & Schweitzer, Heike, *Competition Policy for the Digital Era*, 1st ed., Publications Office of the European Union (2019).

Duch-Brown, Néstor, "The Competitive Landscape of Online Platforms," *2017-04 JRC Digital Economy Working Paper* (2017).

Evans, David S. & Schmalensee, Richard, "The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses," *18783 NBER Working Paper* (2013).

Graef, Inge, "Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms," *38(4) World Competition* (2015).

MacCarthy, Mark, "Enhanced Privacy Duties for Dominant Technology Companies," *47 Rutgers Computer and Technology Law Journal* (2021).

Mackenrodt, Mark-Oliver, "Data Processing as an Abuse of Market Power in Multi-Sided Markets – The More Competition-Oriented Approach in the German Federal Supreme Court's Interim Decision KVR 69/19 – Facebook," *70(6) GRUR International* (2021).

Picker, Randal C., "Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud," *103 Northwestern University Law Review* (2008).

Sauter, Wolf, "A Duty of Care to Prevent Online Exploitation of Consumers? Digital Dominance and Special Responsibility in EU Competition Law," *8(2) Journal of Antitrust Enforcement* (2020).

Sokol, D. Daniel & Comerford, Roisin E., "Antitrust and Regulating Big Data," *23(5) George Mason Law Review* (2016).

Wiedemann, Klaus, "A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)," *51 International Review of Intellectual Property and Competition Law* (2020).

Wiedemann, Klaus, "Data Protection and Competition Law Enforcement in the Digital Economy: Why a Coherent and Consistent Approach in Necessary," *52 International Review of Intellectual Property and Competition Law* (2021).

Bundeskartellamt, *Big Data und Wettbewerb: Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft"*, Bundeskartellamt (2017).

Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 10. Aufl., C.F. Müller (2018).

Emmerich, Volker, *Kartellrecht*, 12. Aufl., C.H. Beck (2012).

Endler, Robert, „Die Interessen der Verbraucher im Kartellrecht am Beispiel der Facebook-Entscheidung des BGH," *VuR* (2021).

Fuchs, Andreas, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, 6. Aufl., C.H. Beck (2020).

Grünwald, Andreas, „‚Big Tech'-Regulierung zwischen GWB-Novelle und Digital Markets Act: Missbrauchsaufsicht über (Digital-)Unternehmen im europäischen Kontext," *MMR* (2020).

Haag, Sven/Karl, Matthias, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl., C.H. Beck (2019).

Körber, Torsten, „Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrehcts?," *NZKart* (2019).

Lettl, Tobias, „Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB und Rechtsbruch," *WuW* (2016).

Mackenrodt, Mark-Oliver/Wiedemann, Klaus, „Zur kartellrechtlichen Bewertung der Datenverarbeitung durch Facebook und ihrer normativen Kohärenz mit dem Datenschutzrecht und dem Datenschuldrecht," *ZUM* (2021).

Mohr, Jochen, „Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen- Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts v. 6.2.2019," *EuZW* (2019).

Monopolkommission (Hrsg.), *Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte*, 1. Aufl., Nomos (2015).

Paal, Boris P. & Kumkar, Lea Katharina, „Wettbewerbsschutz in der Digitalwirtschaft: Die wichtigsten Neuerungen der 10. GWB-Novelle im Überblick," *NJW* (2021).

Podszun, Rupprecht, „Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der ‚Facebook'- Entscheidung des BGH," *GRUR* (2020).

Podszun, Rupprecht/Kersting, Christian, „Modernisierung des Wettbewerbsrechts und Digitalisierung," *NJOZ* (2019).

Schnelle, Ulrich, „Die moderne Missbrauchsaufsicht – volle Kraft voraus mit § 19 a GWB?," *GRUR-Prax* (2021).

Schreiber, Kristina, „Facebook kombiniert Nutzerdaten missbräuchlich, da DSGVO-widrig," *GRUR-Prax* (2019).

Schubert, Tobias, „Marktmachtmissbrauch durch Facebook wegen Beschränkung der Wahlfreiheit seiner Nutzer hinsichtlich der Datenverarbeitung," *GRUR-Prax* (2020).

Stoffel, Walter, „Facebook," *EuZW* (2019).

von Wallenberg, Gabriela, „10. GWB-Novelle – Ordnungsrahmen zur Digitalisierung der Wirtschaft," *ZRP* (2020).

On the Interplay between Competition Law and Privacy Protection from the German Facebook Case of 2019

Yang, Hung-Hui*

Abstract

Data is viewed as the oil of the 21st century, and plays an increasingly important role in the data-driven digital economy. With the influence of network effects, the collection of data can constitute a barrier to market participation and is a cause for concern. Within such a context, the German Facebook case of 2019 has attracted much attention across the world. The German Federal Cartel Office found that Facebook's user's policy of personal data collection had been an abuse of its dominant market position due to breaching the General Data Protection Regulation in the European Union and ordered it to cease therefrom and make appropriate corrections. Facebook appealed against the order to the High Court and applied for the order to be suspended. Düsseldorf's Court of Appeal rescinded the office's order, but the Federal Supreme Court upheld it. Then both courts performed a detailed analysis of the application of GWB in their respective judgments, especially the different causal relationships between abuse and market dominance in the same article, as well as the different types of monopoly abuses. This decision also affected the 10th Amendment to the GWB in 2021, even though the proceedings in this case were suspended due to a petition for a preliminary ruling of the Court of Justice of the European Union. However, the analysis of the procedural case still has value for discussion, and so this article sets out to analyze Facebook's case in detail, and to discuss the significance of data and the multisided platforms in the competition law. Finally, the application of Taiwan's Fair Trade Law will be discussed. "Privacy-based competition" is considered to be one of the factors in the online banking merger cases. However, the protection of privacy is regulated by the Personal Data Protection Act. Therefore the relationship between the Fair Trade Act and the Personal Data Protection Act will be explored in order to find possible solutions.

Date submitted: May 10, 2022 Date accepted: December 26, 2022

* Professor, Department of Law, National Chung Cheng University; Ph.D., College of Law, National Chengchi University.

Keywords: Facebook, Privacy, Competition, Fair Trade Act, Personal Data Protection Act, Information Privacy, Monopoly, Exclusionary Abuse, Exploitative Abuse, Digital Economy, Cartel Office, Competition Law.