

# 論精準廣告 (Targeted Advertising) 的競爭法管制

鄭欽儒\*

## 目次

- 一、緒論
- 二、精準廣告的經濟效果
  - (一) 數位平台的商業模式
  - (二) 精準廣告的正面效果
  - (三) 精準廣告的負面效果
  - (四) 精準廣告的公平交易法管制必要性
- 三、公平交易法的規範可能性
  - (一) 禁止限制競爭行為
  - (二) 禁止剝奪交易相對人行為
  - (三) 禁止其他顯失公平行為
- 四、結論與未來研究議題

## 摘要

精準廣告指數位平台為促成特定消費決定，依據消費者需求與喜好而投放的廣告。精準廣告的濫用可能損害市場的競爭及消費者權益，因此各國紛紛採取管制措施。本文研究結果顯示，我國公平交易法第20條第2款「無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為」、第9條第1款禁止獨占事業「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」及同條第2款禁止獨占事業對「商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更」等規定均難適用到精準廣告，主因是精準廣告的直接影響對象是消費者，且該消費者不一定與數位平台有交易關係。第25條禁止事業採取「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」是目前最適合規範精準廣告的條款。如數位平台利用資訊不對稱狀態使消費者作成特定交易，應可認為是顯失公平之行為。執法機關可

\* 鄭欽儒，日本京都大學法學院博士後研究員。

彈性地評估個案中資訊不對稱及消費者應受保護的程度。如平台已採取必要措施使消費者得以知悉其為精準廣告針對的對象，並提供消費者取消精準廣告的選項時，可認為該行為非本條顯失公平之行為。

關鍵字：精準廣告、差別待遇、限制競爭、資訊不對稱、顯失公平之行為

## 一、緒論

大數據分析的發展使數位平台能更精準地分析消費者需求與喜好，並透過個人化服務提高消費者的滿意度及品牌忠誠度<sup>1</sup>。舉例言之，線上零售平台PChome依據分析台灣消費者數據的結果提供個人化推薦服務，如每日推薦高達150種的個人化商品給單一消費者<sup>2</sup>，除推薦服務外，個人化定價是另一個常見的個人化服務<sup>3</sup>。個人化定價指數位平台透過大數據分析預測消費者對於特定商品的願付價格，並據此設定個人化的商品售價以刺激消費欲望<sup>4</sup>。現今個人化定價在市場的運用已相當普遍<sup>5</sup>。

精準廣告是實踐上述個人化推薦服務及定價的主要方式。精準廣告指數位平台對於個別消費者提供不同內容的廣告（消費資訊），用以刺激消費或引導消費者做成特定內容的消費決定<sup>6</sup>。舉例言之，對於價格敏感度高的消費者，精準廣告著重於促銷低

<sup>1</sup> See Ariel Ezrachi & Maurice Stucke, “The Rise of Behavioural Discrimination,” *37 European Competition Law Review* 485, 486 (2016); Dwayne Ball et al., “Service Personalization and Loyalty,” *20 Journal of Services Marketing* 391, 391 (2006).

<sup>2</sup> 參廖君雅 & 蔡凱文，「揪伴把餅做大跨境、跨業都能兌換點數」，*遠見雜誌*（2019年5月30日），<https://www.gvm.com.tw/article/62469>，最後瀏覽日期：2022年11月9日。

<sup>3</sup> 個人化服務並非現代獨有，如律師的法律服務也屬於個人化服務的一種，因為每次服務都是基於客戶的個案狀況及需求而調整。不同的是，現代數位科技的發展使個人化服務更精準且普及。科技及商業模式的創新使數位平台能蒐集與分析大量消費數據實現商業目的，因此衍生損害市場競爭與消費者權益的疑慮。See Ariel Ezrachi & Viktoria Robertson, “Competition, Market Power and Third-Party Tracking,” *42 World Competition* 5, 5-7 (2019)。

<sup>4</sup> See Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD] Secretariat, *Personalised Pricing in the Digital Era—Background Note by the Secretariat*, 1-2 (2018), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf).

<sup>5</sup> *Id.* at 16-17. 如美國線上聘雇平台（如ZipRecruiter）、航空公司售票平台（如AirAsia）及乘車服務平台（如Uber）等。因撰文需求，本文所稱數位平台專指以促成交易為目的的數位平台（如Amazon、Uber及Google等），故新聞數位平台等非交易目的的平台不在本文討論之列。

<sup>6</sup> See Sophie C. Boerman & Sanne Kruijckemeier, “Online Behavioral Advertising: A

價或折扣的商品；反之對於重視品質的消費者，精準廣告則著重於推銷高品質（但高單價）的商品<sup>7</sup>。精準廣告提高交易便利性，如YouTube透過使用者過去的觀覽紀錄推知其閱聽偏好，並推薦相關的影片，以增加影片觀覽量<sup>8</sup>；又如Amazon透過分析交易數據調查商品間的購買關聯性，以推薦相關商品給消費者，節省消費者的搜尋成本<sup>9</sup>。YouTube及Amazon等數位平台使用人數的快速成長顯示消費者對於平台服務的高滿意度。

然而，欠缺規範的精準廣告恐損害消費者權益。研究指出數位平台可能透過精準廣告刺激消費者進行盲目消費，如以「限時折扣廣告」促使不理性的消費者做成衝動的購買決定<sup>10</sup>。消費者對於「AI秘書」（如Apple的Siri及Google的Alexa）的倚賴強化精準廣告對消費者的影響力<sup>11</sup>。尤有甚者，精準廣告的濫用更可能損害市場競爭。數位平台可透過精準廣告大幅增加下游市場特定商家的曝光度，給予該商家不成比例的競爭優勢，損害其與競爭者間應有的品質與價格競爭<sup>12</sup>。

儘管精準廣告有管制必要，但現有法規恐有適用上的困難。在消費者保護法（下稱消保法）方面，由於數位平台多對買家提供免費的數位服務，因此平台買家是否該當消保法下的消費者乙事並不明確<sup>13</sup>。再者，縱使平台使用者屬於消費者，消保法欲排除者為可能「危害消費者生命、身體、健康、財產」等不具合理安全性的商品或服

Literature Review and Research Agenda,” *46 Journal of Advertising* 363, 364 (2017); OECD, “Competition in Digital Advertising Markets,” 11 (2020).

<sup>7</sup> See Marc Bourreau & Alexandre de Streel, “The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era—Note by Marc Bourreau and Alexandre de Streel,” 3 (2018), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)150/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)150/en/pdf).

<sup>8</sup> See Cristos Goodrow, “On YouTube’s Recommendation System,” *YouTube Official Blog* (Sep. 15, 2021), <https://blog.youtube/inside-youtube/on-youtubes-recommendation-system/>.

<sup>9</sup> See Amazon, “Amazon Personalize,” <https://aws.amazon.com/tw/personalize/> (last visited Nov. 8, 2022); Greg Linden et al., “Amazon.com Recommendations Item-to-Item Collaborative Filtering,” *Industry Report* (Feb. 2003), <https://www.cs.umd.edu/~samir/498/Amazon-Recommendations.pdf>.

<sup>10</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 1, at 488.

<sup>11</sup> 如消費者透過AI助理搜尋「台式餐廳」時，AI助理可能僅推薦購買該平台廣告服務的餐廳，而非客觀地按餐廳品質或消費者需求推薦。當消費者高度倚賴AI助理為主要（或唯一）的資訊源時問題尤其嚴重，因為消費者通常不會再搜尋其他選項，導致其消費決定形同受AI助理所支配。See Maurice Stucke & Ariel How Digital Ezrachi, “Assistants can Harm our Economy, Privacy, and Democracy,” *32 Berkeley Technology Law Journal* 1239, 1256-70, 1287-93 (2017).

<sup>12</sup> 詳見下述第二章第三點說明。

<sup>13</sup> 消保法第2條第1款定義消費者為「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」。

務<sup>14</sup>，但精準廣告充其量僅影響消費決定，並未危害消費者的既有權益，故恐非該法欲排除的行為類型。

在個人資料保護法（下稱個資法）方面，該法旨在限制未經授權的個人資料蒐集、處理、利用及傳輸等行為<sup>15</sup>。提供以大數據分析為基礎的精準廣告時，平台自當嚴守上述規範。但在平台得到消費者授權後，且並未逾越授權範圍時，除非認定精準廣告的使用違反誠實信用原則<sup>16</sup>，否則目前的個資法也難規範精準廣告的實行。

有鑒於精準廣告可能損害市場競爭，管制市場競爭秩序的競爭法成為美國、歐盟、英國及日本等國用以管制數位平台的重要工具。競爭法著眼於市場整體，旨在透過市場競爭刺激數位平台間提供增進消費者及社會整體利益的服務。更重要的是，競爭法原則上採「合理原則」的分析方式授權主管機關就系爭行為進行利害權衡<sup>17</sup>，僅有在系爭行為的限制競爭效果大於所提升的經濟效益時，方為競爭法所禁止<sup>18</sup>，因此能留下有益的數位科技產業。

現有文獻對於個人化服務的實務運用、社會影響與競爭法<sup>19</sup>及其他規範<sup>20</sup>的討論甚豐，然而討論重點多是美國、歐盟、英國及日本的法制。我國研究數位平台個人化服務的論文，有探討數位平台與搭售問題者<sup>21</sup>，有著重於數據及消費者資訊對於數位平

<sup>14</sup> 消保法第7條第1項規定「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」；第2項「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法」。

<sup>15</sup> 依照個資法第2條、第5條、第7條、第15條第2款及第19條第5款，此授權可為法律的授權或資料所有人的授權。

<sup>16</sup> 個資法第5條規定「個人資料之蒐集、處理或利用，應尊重當事人之權益，依誠實及信用方法為之，不得逾越特定目的之必要範圍，並應與蒐集之目的具有正當合理之關聯」。

<sup>17</sup> See Herbert Hovenkamp, "The Rule of Reason," *70 Florida Law Review* 81, 83, 87-89, 131-35 (2018).

<sup>18</sup> 如關於結合規定，公平交易法第12條規定「對於事業結合之申報，如其結合，對整體經濟利益大於限制競爭之不利益者，主管機關不得禁止其結合」。

<sup>19</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 1; Yan Lau, "A Brief Primer on the Economics of Targeted Advertising," Bureau of Economics, Federal Trade Commission (2020).

<sup>20</sup> See European Parliament, "Regulating Targeted and Behavioural Advertising in Digital Services" (2021); United Kingdom Competition and Market Authority (UKCMA), "Online Platforms and Digital Advertising," *Market Study Final Report* (2020); Japan Fair Trade Commission, "Final Report Regarding Digital Advertising" (2021); Jerrold Nadler et al., "Investigation of Competition in Digital Markets," Majority Staff Report and Recommendation (2020); OECD, *supra* note 4; Inge Graef, "Algorithms and Fairness," *24 Columbia Journal of European Law* 541 (2018).

<sup>21</sup> 如蕭意穎，數位平台產業搭售策略之規範—以影音數位平台搭售著作物之濫用為

台市場競爭的影響者<sup>22</sup>，亦有探究交易資訊的揭露作為適用不公平競爭的界線者<sup>23</sup>。前述文獻確認數據及資訊對於市場競爭的重要性及政府管制必要性。奠基於前述文獻，本文更進一步探討數位平台利用精準廣告影響消費者決定的規範必要性及適用台灣公平交易法（下稱公平法）於精準廣告的規範可能性。

基此，本文探討以下議題：（一）數位平台的商業模式及精準廣告的角色為何？（二）精準廣告的經濟效果及公平法是否該介入管制？（三）現行公平法是否足以規範精準廣告？方法論上，本文第二章首先爬梳經濟學及相關文獻，說明精準廣告與數位平台運作間的關係，及精準廣告對於消費者、商家及市場的影響。基於上述說明，本文接著判斷公平法應否管制精準廣告。本文第三章探討現行公平法對於精準廣告的規範可能性。透過文獻及案例分析，本文梳理我國公平法相關條文的內涵，釐清我國法規適用於精準廣告時可能的困難及解決方案。第四章總結及建議未來研究議題。本文研究結果可供我國主管機關公平交易委員會（下稱公平會）執法時參考。

## 二、精準廣告的經濟效果

### （一）數位平台的商業模式

精準廣告是數位平台提高營收的重要方式。數位平台連結兩種不同族群的使用者，如線上零售平台Amazon一方面連結賣家（如書商及電子設備商等），另一方面連結消費者。在此模式下，賣家能透過該平台接觸世界各地的消費者，增加商品曝光度並確保交易順利進行（如收款、運送及售後服務等均可循平台機制處理）；消費者在平台上則可接觸數以百萬計的商品及賣家並迅速完成交易（如下單及付款），大幅增加消費選擇及消費便利性<sup>24</sup>。

Amazon的主要營收來自商品銷售額按一定比例計算的服務費<sup>25</sup>，因此該平台致力於提高銷售額。精準廣告是刺激消費的重要機制。精準廣告的執行主要有三階段。在第一階段，Amazon蒐集消費相關數據，包括消費者在其平台上的消費紀錄及間接

例，國立台北科技大學智慧財產權研究所碩士論文（2018）。

<sup>22</sup> 如陳威汎，數位平台數據力之競爭法規範，國立台灣大學事業經營法務碩士在職學位學程碩士論文（2020）；李宛諭，大數據與競爭法，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（2019）；邱映曦，競爭法的數位紀元—論數位平台資訊力對競爭法適用之影響，國立政治大學法律學系博士論文（2018）。

<sup>23</sup> 如牛曰正，資訊揭露與公平交易法，國立政治大學法律學研究所碩士論文（2011）。

<sup>24</sup> See Amazon, “Welcome to Amazon Customer Service,” [https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=508510&ref=nav\\_cs\\_customerservice](https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=508510&ref=nav_cs_customerservice) (last visited Nov. 8, 2022).

<sup>25</sup> See Kimberlee Leonard, “7 Different Ways Amazon Makes Money,” Seeking Alpha (May 26, 2022), <https://seekingalpha.com/article/4469482-how-does-amazon-make-money>.

取得的市場資訊<sup>26</sup>。在第二階段，Amazon透過分析數據的結果將消費者進行分類（如按累計消費金額區別高消費族群與一般族群）<sup>27</sup>。在第三階段，Amazon對於不同類型的消費者發送不同的精準廣告（如對於將電腦置於購物車且密切關注電腦價格的消費者，提供限時折扣以刺激其下訂該電腦）<sup>28</sup>。研究顯示，精準廣告對於消費者有決定性的影響<sup>29</sup>。

## （二）精準廣告的正面效果

### 1. 降低消費者市場資訊搜尋成本

精準廣告有助於減少消費者的市場資訊搜尋成本。市場資訊是消費者做成消費決定的重要依據<sup>30</sup>。資訊不透明的市場會降低消費意願及金額<sup>31</sup>，因而影響市場資源分配功能<sup>32</sup>。搜尋成本是判斷市場是否透明的重要指標。搜尋成本指消費者可取得與理解該等資訊所需支出的勞力、時間及費用<sup>33</sup>。

精準廣告可以降低消費者的資訊搜尋成本。舉例言之，餐飲外送平台UberEats 按餐點種類、地區及價格等參考因素將餐廳分門別類<sup>34</sup>。線上旅遊平台Booking.com 則以

<sup>26</sup> See Ariel Ezrachi & Maurice Stucke, “Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy,” 83-84 (Harvard University Press, 2016).

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> See e.g., Rozbeh Madadi et al., “The Impact of Hispanic-Targeted Advertising on Consumers’ Brand Love in Services,” 33 *Journal of International Consumer Marketing* 137, 137 (2021); Tun-Min (Catherine) Jaia et al., “The Effect of Behavioral Tracking Practices on Consumers’ Shopping Evaluations and Repurchase Intention toward Trusted Online Retailers,” 29 *Computers in Human Behavior* 901, 901-09 (2013).

<sup>30</sup> See Selwyn W. Becker & Fred O. Brownson, “What Price Ambiguity? or the Role of Ambiguity in Decision-Making,” 72 *Journal of Political Economy* 62, 73 (1964); Willem H. van Boom, “Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law,” 28 *Journal of Consumer Policy* 359, 359 (2011).

<sup>31</sup> See George A. Akerlof, “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism,” 84 *Quarterly Journal of Economics* 488, 488, 500 (1970).

<sup>32</sup> See D. Andrew Austin & Jane G. Gravelle, “Does Price Transparency Improve Market Efficiency? Implications of Empirical Evidence in other Markets for the Health Sector,” Congressional Research Service, 2-3 (2008), <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL34101>; OECD, “Policy Roundtables: Price Transparency” (2001), <https://www.oecd.org/daf/competition/2535975.pdf>.

<sup>33</sup> UKCMA, “Designing and Testing Effective Consumer-facing Remedies—Background Note,” 7 (2018), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)2/en/pdf); Mary Kwak, “Searching for Search Costs,” *MIT Sloan Management Review* (Apr. 15, 2001), <https://sloanreview.mit.edu/>.

<sup>34</sup> See e.g., “6 Top Uber Eats Features to Include in Your Food Delivery App,” *Space*

旅館星級、價格、城市及鄰近景點等參考因素將旅館分類。因此在上述平台，消費者可以按照消費需求調整搜尋參數，從大量的選項中便捷地找到適合的餐廳或旅館，並且從平台提供的介紹中知悉選項的內容並做成消費決定<sup>35</sup>。不僅如此，精準廣告能推薦消費者更合適的消費選項，增加消費滿意度。如Booking.com 提供住宿與交通的組合方案，提供消費者更舒服的旅遊體驗<sup>36</sup>。搜尋成本的降低與消費滿意度的提高會強化消費者於平台消費的意願。

## 2. 降低商家廣告成本及提高銷量

精準廣告能降低商家的廣告成本及提高銷量<sup>37</sup>。在能掌握消費者偏好及願付價格情況下，數位平台能針對特定消費者投放精準廣告，大幅避免無效廣告的發生<sup>38</sup>。如數位平台分析消費者居住地與天氣預報等資訊後，僅會針對居住於北台灣的消費者投放防寒衣折扣的精準廣告，但同樣的廣告不會（或減少）對居住於天氣炎熱的南台灣消費者顯示。廣告成本的降低可反映在商品的折扣上，因此能增加銷售量。

## 3. 強化市場競爭

精準廣告能提升市場競爭的程度。市場資訊的不透明賦予市場「領先者」競爭優勢。以台灣的法律服務市場為例，每個事務所的專長及經驗等關於服務品質的資訊多非公開資訊，因此消費者基本上只能透過口耳相傳的方式得知關於某事務所（或律師）的資訊。在此情況下，成立較早的事務所通常有較大的名氣及廣告機會，因此容易成為消費者首選，導致其他能提供相同品質服務的事務所相對難取得案件。此情況亦存在於商品銷售的既有品牌與新創品牌間的競爭。

但上述情況能因精準廣告而改善。數位平台提供新創品牌以可負擔的成本購買廣告的機會，新創品牌因此能即時取得曝光度並與既有品牌競爭<sup>39</sup>。2020年疫情期間發展出的「虛擬廚房」(virtual (ghost) kitchens) 可以為例。在餐飲市場，著名餐廳通

---

*Technologies* (Nov. 1, 2021), <https://www.spaceotechnologies.com/blog/food-delivery-app-uber-eats-features/>.

<sup>35</sup> See e.g., Booking.com, “Design Rush,” <https://www.designrush.com/best-designs/apps/bookingcom> (last visited Nov. 8, 2022).

<sup>36</sup> Booking.com 平台可參考消費者的旅遊規劃，並透過大數據分析制定各種旅遊方案。See Ioannis Kangas et al., “Recommender Systems for Personalized User Experience: Lessons Learned at Booking.com,” Proceedings of the 15th ACM Conference on Recommender Systems (Sep. 2021), 583-86, <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3460231.3474611>.

<sup>37</sup> See Lau, *supra* note 19, at 6-7.

<sup>38</sup> See Gresli Sanje & Lsil Senol, “The Importance of Online Behavioral Advertising for Online Retailers,” *3 International Journal of Business and Social Science* 114, 118 (2012).

<sup>39</sup> United States, “Personalised Pricing in the Digital Era—Note by the United States,” 5 (2018), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)140/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)140/en/pdf).

常享有較高的成本優勢，因為其已享有相當品牌聲譽，故可節省廣告支出。反之，新餐廳必須購買廣告擴展知名度方能與著名餐廳競爭。但因UberEats及foodpanda等餐飲外送平台的普及，餐飲業者僅需負擔食材及經營廚房的費用，即可透過上述平台銷售<sup>40</sup>。此外，新餐廳在平台應用程式的介面上享有較平等的曝光機會，不因餐廳的著名程度而在版面上有所差別。因此新進餐飲業者在經營與廣告的成本劣勢因數位平台減緩後，有更強的動機進入市場，提供更符合消費者口味的餐點與既有餐廳競爭，強化餐飲市場的競爭程度。

### (三) 精準廣告的負面效果

#### 1. 轉移消費者財富至生產者

精準廣告使本該屬於消費者的消費者剩餘轉移到生產者，造成財富移轉<sup>41</sup>。

大數據分析使數位平台能更精準地預測消費者的願付價格，因此平台能針對個別消費者不同的願付價格設定個人化價格，促使其消費（第一級（或接近第一級）價格差別待遇）<sup>42</sup>。在沒有價格差別待遇的情況下，生產者通常只能設定一個價格並適用到所有消費者，願付價格較高的消費者能以該較低的價格購得商品，故有利於消費者。然而，在精準廣告情況下，數位平台能準確地對個別消費者投放個人化價格的廣告（如同一款電腦給學生及上班族不同的價格或優惠），導致原該屬於消費者的消費者剩餘轉移到生產者<sup>43</sup>。

#### 2. 限制商家間競爭

從商家的角度觀察，精準廣告亦可能對商家進行差別待遇而影響商家間的競爭。數位平台可對特定商家提供專屬的優惠方案（第二級價格差別待遇）<sup>44</sup>，如依據商家營業額決定該類商家可享的福利。對於特定商家，數位平台可透過精準廣告大量推銷其商品，因此增加該商家的營業額，導致其競爭者失去曝光機會而大幅降低商品競爭力。在此例中，數位平台的主要考量是哪些商家或商品能帶給該平台最大的利潤，而非消費者關注的商品品質或價格，更非商品的市場競爭秩序。實務上，歐盟執委會

<sup>40</sup> See Tanner Holbrook, “Ghost Kitchen Industry Expected to Continue to Grow, Many Kitchens Located in Evansville,” *14 News* (Oct. 11, 2022), <https://www.14news.com/2022/10/10/ghost-kitchen-industry-expected-continue-grow-many-kitchens-located-evansville/>.

<sup>41</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 1, at 485.

<sup>42</sup> *Id.* See also Herbert Hovenkamp, “Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice,” 769, *West Academic* (2016).

<sup>43</sup> See European Union, “Personalised Pricing in the Digital Era—Note by the European Union,” 5 (2018), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)128/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)128/en/pdf).

<sup>44</sup> See Hovenkamp, *supra* note 42, at 769-70.



2022年的反托拉斯調查顯示Amazon選擇特定商品提供直接選購服務 (Buy Box)<sup>45</sup>，另制定尊榮服務方案 (Prime Program) 提供特定商家對於尊榮客戶專屬的銷售機會<sup>46</sup>，不當提高Amazon的自家商品與特定商家的競爭優勢，影響零售商間的競爭秩序<sup>47</sup>。

### 3. 造成市場資源配置失衡

精準廣告可能造成市場資源的配置失衡。精準廣告可刺激消費者的購物慾望，如透過限時折扣廣告促使消費者進行衝動性消費<sup>48</sup>。消費的增加拉抬商品的市場需求，因此商家必須提高產量以滿足消費者需求的擴張。然而，這樣的擴張未必是正面的，因為精準廣告造成的衝動性消費可能導致資源的浪費。舉例言之，「快時尚」的品牌透過精準廣告低價促銷服飾，因此刺激消費者大量消費服飾，然而這些服飾使用幾次後就被丟棄<sup>49</sup>。由此觀之，服飾的市場需求雖擴張且被滿足，但整體資源卻是被浪費的<sup>50</sup>。

以上幾點是從經濟面出發，但精準廣告造成的問題遠超於此。如在大數據分析的運用下，數位平台可以更精準預測個別消費者的財富狀況與社會階級，並因此給予差別待遇。以信用卡為例，報導指出信用卡公司提供更優惠的回饋與福利（如現金回饋、機場優先劃位服務及接送等服務）給高年費的信用卡持卡人，而這些優惠的成本則轉嫁由一般持卡人吸收<sup>51</sup>。再以民生必需品的冷氣機為例，數位平台有更高的動機

<sup>45</sup> 直接選購指消費者可直接完成下單，不用如一般交易先到產品清單選擇商品後，再到結帳頁面完成下單程序。

<sup>46</sup> See European Commission Press Release, “Antitrust: Commission Seeks Feedback on Commitments Offered by Amazon Concerning Marketplace Seller Data and Access to Buy Box and Prime” (July 14, 2022), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_4522](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4522).

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 1, at 489.

<sup>49</sup> See Ariana Lui, “Fast Fashion: How Brands are Telling You What You Want before You Know You Want It,” *Digital Society* (Mar. 21, 2020), <https://medium.com/digital-society/fast-fashion-how-brands-are-telling-you-what-you-want-before-you-know-you-want-it-7b07dba049c0>.

<sup>50</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 1, at 490; Olivia Jane Norris, “The Age of Fast Fashion: How Consumer Behaviour has Changed and How It’s Impacting Our Environment,” *Amplify Insight* (Jan. 10, 2022), <https://amplifyfi.com/2022/01/10/the-age-of-fast-fashion/>.

<sup>51</sup> See European Union, *supra* note 43, at 5-6; Aaron Klein, “America's Poor Subsidize Wealthier Consumers in a Vicious Income Inequality Cycle,” *Think* (Feb. 7, 2018), <https://www.nbcnews.com/think/opinion/america-s-poor-subsidize-wealthier-consumers-vicious-income-inequality-cycle-ncna845091>.

將限量的冷氣機推銷給富裕的家庭以獲得更高利潤，此導致迫切需要冷氣機的一般家庭難以購得商品<sup>52</sup>。這些因大數據分析進步所衍生的差別待遇將惡化原已存在的財富分配不公與階級歧視等社會問題。

#### (四) 精準廣告的公平交易法管制必要性

即便精準廣告有上述負面經濟效果，接續的問題是這些效果的存在是否值得啟動競爭法所採取高成本的市場管制措施。此問題的答案可從比較政府介入市場後因競爭回復所得的淨利與不介入時競爭減損造成的損失著手。此比較可從兩個面向觀察：其一，主管機關介入管制的能力及可能的錯誤成本；其二，市場自行回復競爭狀態的可能性。評估主管機關的執法能力、經驗及資源需進行案例回顧及執行資源配置的實證研究方能窺其全貌，因此本文暫不討論第一個面向而將重心放在第二個面向。

有論者主張國家應最小化市場管制行為，因為自由競爭市場能自行調節，汰除效率不佳的事業<sup>53</sup>。詳言之，精準廣告即便造成負面經濟效果，其高獲利與劣質服務終將吸引其他事業進入市場與其爭奪使用者，如提供無廣告的服務吸引厭倦精準廣告的消費者使用該平台。從網路社交平台市場的發展可以看出這個現象。Facebook<sup>54</sup>於2004年成立前，Myspace是最大的線上社交平台。即使如此，Myspace平台使用界面的不便與缺乏新意等缺點促使其使用者在2004年後改用Facebook<sup>55</sup>，足見Myspace的大量使用者及商業資源並未能排除新平台Facebook進入市場與其競爭。同樣地，在Facebook於2011及2019年接連涉及隱私權侵害及反托拉斯爭議後，新的網路社交平台逐漸進入市場。如Vero在2015年成立並以不蒐集用戶個人資料的特點做宣傳<sup>56</sup>。評論認為Vero具有相當潛力可與Facebook競爭<sup>57</sup>。

須注意的是，上述理論的實現需滿足兩個前提。第一，市場競爭仍屬良性競爭，

<sup>52</sup> See European Union, *supra* note 43, at 5-6.

<sup>53</sup> See Maurice Stucke & Ariel Ezrachi, “Competition Overdose,” 126-30, *Happer Business* (2020).

<sup>54</sup> Facebook 於2021年改名為Meta。為避免混淆，本文仍以其較著名的原名稱之。

<sup>55</sup> E.g., Gil Press, “Why Facebook Triumphed over all other Social Networks,” *Forbes* (Apr. 8, 2018), <https://www.forbes.com/sites/gilpress/2018/04/08/why-facebook-triumphed-over-all-other-social-networks/?sh=340adb026e91>; Bogdan Sandu, “Why did Myspace Fail and How to Avoid this in Your Startup,” *Upcut* (Sep. 20, 2020), <https://upcutstudio.com/why-did-myspace-fail/>.

<sup>56</sup> See Zoe Kleinman, “Ad-Free Social Network Vero to Charge Subscription Fees,” *BBC* (Feb. 26, 2019), <https://www.bbc.com/news/technology-47375176>.

<sup>57</sup> See James Milin-Ashmore, “Facebook Alternatives Guide: 2021 Update,” *Ethical.Net* (Dec. 7, 2021), <https://ethical.net/guide/facebook-alternatives-guide-how-and-why-to-avoid-facebook/>.

即平台競爭的方向與社會整體利益相同<sup>58</sup>。第二，消費者有足夠能力判別其所購商品或所受服務的品質，並能自由更換平台<sup>59</sup>。然而，以上兩個要件在精準廣告的相關市場均不具備，因此主管機關應積極地採取市場管制措施。

詳言之，數位平台間為競逐銷售量不得不實施精準廣告。為實施更有效的精準廣告，平台必須擴充使用者及數據管道以獲得更多高品質的數據<sup>60</sup>。舉例來說，UberEats 及其競爭平台foodpanda的目的均是促進交易，其營收主要取決於銷售額的高低，因此精準廣告是現行模式下不得不採用的競爭方法<sup>61</sup>。在此市場架構下，激烈的市場競爭迫使上述平台不得不蒐集更多消費者數據，進而導致平台有採取違法方式或利用法規灰色空間蒐集數據的動機。此時的市場競爭即便激烈，但已變質為損害消費者隱私權的惡性競爭，與社會追求隱私權保障的利益相衝突。

其次，在數位市場裡消費者難評價其所受服務的品質，亦難自由決定是否轉換平台<sup>62</sup>。傳統市場的商品有可見的內容及相對客觀的比較基準，因此消費者能輕易地比較品質與價格的變化。相對地，數位服務的內容相對難以界定，如Google提供複合服務，包括搜尋、比價、導航、電子信箱、檔案儲存及文書處理等<sup>63</sup>；Facebook除線上社交服務外亦提供娛樂、新聞、即時通訊、募資及支付等服務<sup>64</sup>。因此在各家平台複合服務組合不同的情況下，難將Google與其競爭對手Yahoo及Bing相比較，同理亦適用在Facebook與其競爭對手Twitter及TikTok的比較上。此外，每個消費者收到的精準廣告內容不同，使其無從與身旁的人比較。更重要的是縱使比較是可能的<sup>65</sup>，在市場選擇有限的情況下，消費者亦難以透過轉換平台方式反應其對精準廣告的不滿，因為

<sup>58</sup> See Stucke & Ezrachi, *supra* note 53, at 3.

<sup>59</sup> See Michael Waterson, "The Role of Consumers in Competition and Competition Policy," *Warwick Economic Research Papers No. 607*, 15 (2001).

<sup>60</sup> 數據的數量、多元性、即時性及有效性決定大數據分析的品質。See Maurice Stucke & Allen P. Grunes, "Big Data and Competition Policy," 20-24, *Oxford University Press* (2016); 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，5-6 (2018)。

<sup>61</sup> 非交易目的的網路社交平台可選擇採用廣告模式（如Facebook）或註冊費模式（如Vero）作為收益來源。此與交易目的的數位平台須提高銷售量以增加營收的模式不同。

<sup>62</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 26, at 113-14.

<sup>63</sup> See Google, "Browse all of Google's Products & Services," <https://about.google/products/> (last visited Nov. 7, 2022).

<sup>64</sup> See Meta, "What are the Meta Products?" <https://www.facebook.com/help/1561485474074139> (last visited Nov. 7, 2022).

<sup>65</sup> E.g., Carly Chatfield, "Google vs. Bing vs. DuckDuckGo: The Ultimate Search Engine Showdown," *MUO* (Oct. 31, 2021), <https://www.makeuseof.com/google-vs-bing-vs-duckduckgo-ultimate-search-engine/>.

在以精準廣告為基礎的商業模式下，難以期待市場出現不進行數據分析的平台供消費者選擇。

以上原因給數位平台操縱服務品質的空間。質言之，即便平台利用消費者認知能力的弱點以精準廣告刺激其消費<sup>66</sup>，消費者亦難以察覺並進行抵制。基此，既然難以期待數位市場自行回復良性競爭狀態，則競爭法主管機關即有進行數位市場管制的必要。

### 三、公平交易法的規範可能性

第二章說明競爭法管制精準廣告的必要性，本章接著討論現行台灣公平法的具體條文是否能涵攝至精準廣告情況。按具體到抽象法規、禁止限制競爭到禁止剝奪交易相對人利益規範的順序，本文依序討論公平法第20條第2款、第9條第1款、第9條第2款及第25條。

#### (一) 禁止限制競爭行為

精準廣告的本質是對消費者展示不同內容的廣告，如推播不同商品或就同一商品展示不同的售價。因此以下首先討論競爭法上禁止事業從事差別待遇行為的規定。

##### 1. 美國反托拉斯法

美國1890年的休曼法（Sherman Act）第2條禁止事業以限制競爭的方法取得、維持或意圖取得獨占地位<sup>67</sup>。1914年的克萊登法（Clayton Act）第13條（a）款禁止出賣人以不同價格銷售同一商品<sup>68</sup>。1936年的羅賓森帕德曼法（Robinson-Patman Act）修正前述克萊登法，更明確禁止具有實質市場力量的事業以差別待遇的方式限制市場競爭。

差別待遇可能限制水平市場競爭，如具有高市占率的玩具製造商為排除其他玩具製造商，對於特定的零售商或市場給予特別的優惠價格或條件，導致該零售商或該市場的消費者只購買該玩具製造商的商品，致使競爭者被排除於市場<sup>69</sup>。差別待遇亦可能限制垂直市場競爭，如具有實質市場力量的玩具製造商以低價供貨給特定零售商，

<sup>66</sup> See UKCMA, *supra* note 33, at 9-12.

<sup>67</sup> “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.”

<sup>68</sup> “It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality...”

<sup>69</sup> Federal Trade Commission, “Price Discrimination: Robinson-Patman Violations,” <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/price-discrimination-robinson-patman>.

同時以原價供貨給該零售商的競爭者。此時享有低進貨價格（成本）的指定零售商取得價格優勢，導致消費者不會跟價格較高的競爭零售商交易，因此阻礙零售市場的競爭<sup>70</sup>。

美國禁止差別待遇的規定並非禁止事業為促銷或反映成本所為的差別待遇<sup>71</sup>，因為此等措施的目的及效果是為提高該事業的市場競爭力，最終強化市場競爭。該規定旨在防止具有市場力量的事業透過差別待遇提高特定事業的競爭力，壓抑其競爭者的競爭。

詳言之，損害水平競爭的差別待遇本質是掠奪性定價<sup>72</sup>。掠奪性定價指事業透過低於成本的價格販售商品以奪取競爭者的客戶<sup>73</sup>。在差別待遇情形，事業透過向部分客戶收取較高的費用彌補該事業對其他客戶實施掠奪性定價的成本<sup>74</sup>。損害垂直市場競爭的差別待遇的損害則發生在下游市場客戶間的競爭，即受不利益的客戶因差別待遇而失去競爭優勢<sup>75</sup>。因此客戶雖受差別待遇，但該客戶間並無競爭關係時，即不適用本條規定<sup>76</sup>。

由於羅賓森帕德曼法只適用於商品交易情形，因此本質為服務的精準廣告不能適用該法<sup>77</sup>，然仍是上述休曼法及克萊登法所欲禁止的限制競爭行為。詳言之，在前述的歐盟Amazon調查案<sup>78</sup>，Amazon可利用其多重角色的身份（線上零售平台、製造商及零售商），蒐集並使用競爭零售商的非公開商品及客戶資料制定精準廣告的策略，或透過Buy Box等方式實施廣告以提高其自有商品的銷售量。透過上述策略的實行，Amazon強化其於線上零售市場的競爭力，同時延伸其在線上零售市場的獨占力量至其自有商品的零售市場，減損下游零售市場的競爭。在此情形下的精準廣告，應是美國休曼法及克萊登法所欲禁止的行為。

以上三部法律的特點是高度彈性，由於法條文義並未對差別待遇對象的資格做限制，而是將重點放在系爭差別待遇行為的實質效果（限制水平或垂直市場的競爭）<sup>79</sup>，因此即便差別待遇的對象是消費者而非傳統案例的下游零售商時，亦能適用

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> See Hovenkamp, *supra* note 42, at 777.

<sup>72</sup> *Id.* at 778.

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Id.*

<sup>76</sup> *Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc.*, 546 U.S. 164 (2006); *Feesers, Inc. v. Michael Foods, Inc.*, 591 F.3d 191 (3d Cir. 2010).

<sup>77</sup> See Ramsi A. Woodcock, “Big Data, Price Discrimination, and Antitrust,” *68 Hastings Law Journal* 1371, 1394 (2017).

<sup>78</sup> 參前述第二章第三點。

<sup>79</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

上述法律。

## 2. 台灣公平法

### (1) 第20條第2款

公平法第20條第2款規定「有下列各款行為之一，而有限制競爭之虞者，事業不得為之…二、無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為」。本條規定可細分三個要件：差別待遇行為、無正當理由及限制競爭之虞三者。關於限制競爭之虞的判斷<sup>80</sup>，我國法院認為事業在相關市場至少要有百分之十以上市占率的相當市場力量時，方有限制競爭之虞<sup>81</sup>。Amazon等跨國數位平台均有大於百分之十的市占率，因此該當此要件。以下分述其他兩個要件。

關於要件一差別待遇行為的內涵，學界有將其定義為「對處於同一產銷階段及具備相同條件之二以上事業，在價格、交易條件或交易與否等方面給予不同之對待及處理」<sup>82</sup>。觀察公平會及司法實務上涉及差別待遇的案子，亦能發現差別待遇的直接對象多是公司<sup>83</sup>。基此，在現行定義下，本條似難以適用於精準廣告，理由如下：首先，精準廣告差別待遇的直接對象是消費者而非受有市場競爭損害的事業<sup>84</sup>。其次，精準廣告造成的差別待遇不一定與「價格、交易條件與交易與否」有關。精準廣告的內容可能是走秀影片、消費心得及評價等涉及消費動機而非消費內容的事項。最後，縱使消費者可為本條差別待遇的對象，實施精準廣告的平台與消費者間亦無「價格、交易條件與交易與否」的交易關係，如Amazon雖加強推播羽絨衣的精準廣告，但羽絨衣的「價格、交易條件與交易與否」等事項是由賣家與消費者所決定。

關於要件二差別待遇正當理由存否的判斷，公平交易法施行細則（施行細則）

<sup>80</sup> 公平交易法施行細則第26條第2項例示幾個參考因素，如「當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及實施情況對市場競爭之影響」等，用以判斷系爭行為是否有限制競爭之虞。

<sup>81</sup> 見廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司，139（2001）。相關實務見解請參最高行政法院93年度判字第6號及98年度判字第1435號等判決。須注意的是，公平會第1267次委員會決議將上述認定相當市場力量的市占率比例提高至百分之十五。

<sup>82</sup> 同前註，457。

<sup>83</sup> 參行政法院85年度判字第3039號、86年度判字第1235號、88年度判字第3893號及最高行政法院93年度判字第6號、99年度判字第472號、109年度判字第23號等判決（引自廖義男，前揭註81，482-95）。

<sup>84</sup> 公平交易法之註釋研究系列（二）關於本條（修法前第19條第2款）說明道：「所謂『差別待遇』，係指事業對於在產銷關係中居於相同位階與作用之事業，在價格、交易條件或交易與否等方面，給予不同對待而言」。因此其結論認為本條只適用於差別待遇的對象是事業的情形。至於在差別對象是消費者時，可依第25條概括條款處理，14-15，公平會（2004）。

第26條第1項列示數個判斷因素，如市場供需情況、成本差異、交易數額及信用風險等。因為事業考量此等因素作為定價及制定銷售條件的目的是為維持自己產品的競爭力，強化市場競爭，因此公平法自應給予正面評價。但精準廣告的實施原因如非基於上述因素時，數位平台仍可主張其目的是為降低消費者的搜尋成本。然而有無正當理由的判斷應綜合行為的正面及負面效果評價之，因此上述精準廣告可能造成的負面效果，例如導致消費者財富移轉及社會資源浪費等情況也應納入判斷。

綜言之，姑不論精準廣告的差別待遇是否有理，由行為對象與內容來看，現行定義下的差別待遇與精準廣告的本質不同，從而精準廣告應不在公平法第20條第2款的規範範圍內。

#### (2) 第9條第1款

公平法第9條第1款禁止獨占事業「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」。關於本條內涵，有學者認為本條應是禁止「不依其商品或服務之品質、價格等效能競爭方法爭取交易，而利用其既有之市場優勢力量，對其交易相對人為『限制交易對象』或『獨家交易』之約定等為交易條件，以阻礙其同業之競爭」的行為<sup>85</sup>。實務上，法院曾認為本條適用範圍包括獨占事業拒絕與特定下游事業交易情形<sup>86</sup>。公平會曾適用本條至獨占事業透過實施差別待遇手段阻礙特定下游事業參與競爭情形，認定擁有標準必要專利的高通公司具有獨占地位，基於該地位針對特定手機製造商給予授權金優惠或獨家交易等差別待遇行為，阻礙其他手機製造商參與手機製造之競爭<sup>87</sup>。

綜合觀察上述學者說明及實務案例，可知公平法第9條第1款的適用範圍應包括獨占事業的行為限制水平市場及垂直市場競爭等二情況<sup>88</sup>。再者，本條的立法目的是禁止獨占事業濫用其獨占地位阻礙市場競爭的行為，因此分析時應側重系爭行為的效果。從前述說明中，「直接或間接阻礙他事業參與競爭」的行為型態可能為限制交易對象、拒絕交易或差別待遇等節可以得知。基此，即使精準廣告並非文獻或實務曾認定的行為類型，但如獨占事業實施精準廣告已發生限制水平或垂直市場競爭的效果時，即應受本條規範。

適用第9條第1項於精準廣告的實益，在於本條文義上並未如第20條第2款限定差別待遇的對象須為事業，因此僅需精準廣告產生限制競爭效果即足認定獨占事業濫用市場地位的行為。然而，適用上的一個潛在爭議是：獨占事業與被差別待遇的上下游事業間是否必須要有一定的交易關係？

<sup>85</sup> 見廖義男，前揭註81，202。

<sup>86</sup> 台北高等行政法院90年度訴字第5882號。

<sup>87</sup> 公平會公處字第106094號處分書。

<sup>88</sup> 見公平交易法之註釋研究系列(一)，392，公平會(2003)。

從前述例子來看，限制交易對象、拒絕交易及差別待遇三者適用上都是以事業與其他事業間存有（或曾存有）交易關係，且因該交易關係從事限制競爭行為。在精準廣告情形，平台與事業間可能存有交易關係（如精準廣告的實施是因為該事業購買廣告服務），也可能不存在交易關係（如精準廣告的實施是為拉抬平台曝光度、特色或營業額，而非受零售商事業所託）。因此，如認為第9條第1項的適用僅以獨占事業與被差別待遇的上下游事業間存在交易關係為限時，部分精準廣告即不在本條規範之列。

### 3. 小結

與我國公平法第20條第2款及第9條第1款相較，美國禁止差別待遇規範的要件顯然更有彈性。其文義上既未限定差別待遇的對象須為事業，亦未要求實施差別待遇的事業與受歧視性對待的對象間需有交易關係。因此適用上的關鍵在於系爭差別待遇的實質效果是否造成水平或垂直市場競爭的減損。此結果較符合競爭法排除限制競爭行為的立法宗旨。

即使參考美國法將公平法第20條第2款及第9條第1款的「事業」要件解釋為「效果」而非「行為」的對象，該等規定於規範精準廣告的執行上亦可能面臨以下困難。

第一個困難是獨占地位的認定。公平法第8條關於獨占地位之認定，原則上是以身業的市占率為判斷依據。然而實施精準廣告的事業不一定有很高的市占率，因為精準廣告的效果取決於數據的擁有及分析能力，故以使用者數量或銷售金額判斷市占率的情況下，將排除部分應受規範的事業於公平法的適用。

第二個困難是差別待遇存在的認定。傳統差別待遇的案子多涉及實體商品，因此有客觀的物品與價格可以比較。但精準廣告的內容隨消費者背景的不同而異（如個人化推播、折扣等），相對難確定客觀標準及決定各精準廣告是否應評價為相同。因此，在禁止限制競爭行為規範存在以上困難情況下，本文以下試著從禁止剝奪交易相對人利益的規範，探討其對精準廣告的規範可能性。

#### （二）禁止剝奪交易相對人行為

有別於禁止獨占（或有相當市場力量）事業從事限制競爭行為，部分競爭法規範更進一步禁止獨占事業施加不當價格或交易條件而剝奪交易相對人利益的行為。構成此類的行為不以對於市場競爭產生限制效果為要件。

##### 1. 歐盟競爭法

歐洲聯盟運作條約（The Treaty on the Functioning of the European Union）第102條（a）款禁止具有支配地位的事業，對於交易制定不公平的買賣價格或施加不公平的交易條件<sup>89</sup>。本條所欲禁止的是剝奪交易相對人利益的行為，因此不需證明限制競爭

<sup>89</sup> “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal



效果的存在<sup>90</sup>。

本條適用並不區分交易相對人是否為事業或消費者<sup>91</sup>。此外，高單價不等同於不公平價格。因此原告除須證明高單價外，尚須證明該價格在法規評價上乃是不公平之價格<sup>92</sup>。曾被認定為不公平的情況，包括價格與產品的經濟價值欠缺合理關聯性<sup>93</sup>或非反應成本之高低等情形<sup>94</sup>。因此，歐洲法院指出以消費者的願付價格或薪資高低為標準對於消費者採差別定價之行為違反本條規定<sup>95</sup>。由此可知，精準廣告如是以消費者的願付價格、收入及資產水準，甚至是所在地區為標準進行價格的差別待遇時，應為本條所欲禁止的行為<sup>96</sup>。

值得注意的是，與歐盟不同，美國反托拉斯法並未禁止事業本於獨占地位獲得獨占利益的行為。易言之，僅有在事業從事限制競爭行為以獲得獨占利益時，該行為方為美國反托拉斯法所禁止<sup>97</sup>。其理由在於從事創新活動是高風險的鉅額投資，因此需有相對應的獨占利益報酬方能刺激創新投資<sup>98</sup>。因此精準廣告利用消費者個人資料以

market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions.”

<sup>90</sup> See Loannis Lianos, et al., “Competition Law Analysis, Cases, and Materials,” 1218, *Oxford University Press* (2019).

<sup>91</sup> See Marco Botta & Klaus Wiedemann, “The Discrimination or not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance,” *50 European Journal of Law and Economics* 381, 389-90 (2020).

<sup>92</sup> Case 27/76, *United Brands v. Commission*, 1978 E.C.R. 207.

<sup>93</sup> E.g., case 27/76 *United Brands*, ECLI:EU:C:2007:166; case C-52/07 *Kanal 5 and TV4*, ECLI:EU:C:2008:703. See also Richard Whish & David Bailey, “Competition Law”, 740 (Oxford University Press, 2018).

<sup>94</sup> E.g., case C-242/95 *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)* [1997] ECR I-4449; case T-151/01 *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH v Commission* [2007] ECR II-1607.

<sup>95</sup> E.g., case T- 128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929; case C- 163/99, *Portuguese Republic v Commission* [2001] ECR I-2613; case T-301/04, *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] ECR II-3155; case C-52/07, *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa* [2008] ECR I-9275.

<sup>96</sup> See Christopher Townley, et al., “Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law,” *King’s College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2017-38*, 34-35 (2017).

<sup>97</sup> See United States, *supra* note 39, at 4.

<sup>98</sup> See United States, “Roundtable on “Price Discrimination”—Note by the United States,” 3 (2016) (citing *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis C. Trinko*, 540 U.S. 398, 407 (2004)).

收取個人化價格並不構成違法，除非平台從事詐欺、違背承諾或對特定保護族群施以差別待遇等例外情形<sup>99</sup>。

## 2. 我國公平法

我國公平法第9條第2款禁止獨占事業「對商品價格或服務報酬為不當之決定、維持或變更」。在適用本條至精準廣告前，首要問題是本條所欲禁止的行為是獨占事業透過價格制定以限制競爭，或獨占事業濫用其地位剝奪交易相對人利益的行為？

最高行政法院曾認定獨占事業以經銷商忠誠度為基準採取差別定價的行為違反本條規定，並在判決中認定系爭差別待遇行為有害經銷市場的競爭<sup>100</sup>。本案顯示法院將限制競爭效果作為本條「不當」要件的內涵之一，因此本條的重點會是該設定的價格是否影響市場競爭。

然而，多數文獻及最近的實務判決則是將本條理解為禁止獨占事業剝奪交易相對人利益的規定。公平會出版之公平交易法之註釋研究（一）指出本條所欲禁止者為事業利用其獨占地位獲取獨占利益的行為<sup>101</sup>。所謂獨占利益指「獨占者經由獨占力量取得之『不當』利益」<sup>102</sup>。所謂「不當」指該利益就經濟角度而言，非市場機制運作的結果，而是「獨占者本諸其獨占力量所獲取之利益」<sup>103</sup>。亦有學者指出本條旨在禁止「獨占事業在無市場競爭之制衡作用下…其價格之決定係在求取超額利潤，而使其交易相對人之廠商及最終消費者受害愈深者，應認為乃濫用其市場獨占地位而為不當價格之決定」<sup>104</sup>。在更近期的實務案件，智慧財產與商業法院認定在市場狀況顯然變更，且系爭契約為十年的長期契約及市場上無可替代的交易對象情況下，獨占事業（專利權人）拒絕專利被授權人重新協商授權金額，屬於本條所禁止的獨占地位濫用行為<sup>105</sup>。在這樣的理解下，本條的判斷重點並非系爭價格是否影響市場競爭，而是從市場運作的角度評價系爭價格的設定是否有據。

從以上分析，可知適用第9條第2款於數位平台透過精準廣告獲取獨占利益時恐有以下困難。第一，前述法院及學者所引案例所涉差別待遇的對象均為事業，因此關鍵問題是當差別待遇的對象是消費者時是否仍可適用本條？歐洲聯盟運作條約第102條（a）款並未區分交易對象為事業或消費者，且實務上亦有適用本條於交易相對人為

<sup>99</sup> See United States, *supra* note 39, at 5-6.

<sup>100</sup> 最高行政法院95年度判字第1518號。本案台北高等行政法院（92年度訴字第938號判決）及公平會（公處字第091050號處分書）亦均交代系爭行為對於下游經銷市場的影響。

<sup>101</sup> 見公平交易法之註釋研究系列（一），389。

<sup>102</sup> 同前註。

<sup>103</sup> 同前註。

<sup>104</sup> 見廖義男，前揭註81，203。

<sup>105</sup> 智慧財產法院104年度行公訴字第1號行政判決。

消費者之前案<sup>106</sup>。如此解釋適用符合歐洲聯盟運作條約保障消費者福祉的要求<sup>107</sup>。相對於此，我國法院似未曾就本條是否適用於交易相對人為消費者的情形表示見解。

第二，從學者所舉例子及實務判決來看，本條所定「不當價格」必須是因為獨占地位的存在而使交易相對人不得不與獨占事業交易情況所致。在精準廣告情形，平台本身雖是獨占事業，但消費者所欲購得之商品如可於其他平台購得時，平台即無法迫使消費者與其交易，因此排除本條適用。然而，此抗辯未必成立，特別是當數位平台嘗試降低消費者的動機與能力尋找商品替代來源的情形。典型的例子包括透過限時折扣的方式對消費者施以盡快購買的心理壓力<sup>108</sup>。再者，考量消費者對於數位平台的高度依賴及信賴，即便市場上有其他替代選項，消費者往往不會再去比較其他賣家的價格，形同平台具有獨占力量單方決定商品售價<sup>109</sup>。

第三個困難是如何判斷系爭精準廣告的價格是否不當。前揭智慧財產與商業法院的判決僅以獨占事業拒絕進行價格協商為由認定行為違法，並未指明判斷價格是否不當的標準。價格是否不當的判斷在個人化數位服務案件尤其困難。數位服務的提供具有低邊際成本的性質<sup>110</sup>，即提供額外一單位服務的成本甚微，因此如以成本為標準認定價格是否不當，則精準廣告將被廣泛地認為不當，過度限制數位平台的商業自由。操作上亦難以服務價值為標準，因為不同於傳統服務對於多數消費者呈現相對一致的客觀價值（如公眾交通服務），精準廣告的價值因人而異，如資訊搜尋成本降低的價值因個別消費者的搜尋能力及資訊需求大為不同。再者，個人化的數位服務亦無前例或其他類似服務的市場價格可以參考。

### 3. 小結

比較上，歐洲聯盟運作條約第102條（a）款的適用上顯然更有彈性。該規定一則將事業及消費者均包括在該條的交易相對人範圍內，二則僅須系爭價格與成本或服務價值間欠缺合理關聯性即可認定為「不當價格」，不以系爭商品在市場上無其他替代來源為要件，故能避免前述我國第9條第2款適用上的問題。儘管如此，依照現有案

<sup>106</sup> E.g., Case T- 128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929; case C- 163/99, *Portuguese Republic v Commission* [2001] ECR I-2613; case T-301/04, *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] ECR II-3155.

<sup>107</sup> See Ariel Ezrachi, “EU Competition Law Goals and the Digital Economy,” *Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018*, 4-7 (2018).

<sup>108</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 1, at 489.

<sup>109</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 26, at 135-36.

<sup>110</sup> See Chicago Booth George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, “Stigler Committee on Digital Platforms Final Report” [Stigler Report], 39 (2019), <https://publicknowledge.org/wp-content/uploads/2021/11/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>.

例，公平法第9條第2款規定仍難適用於精準廣告情形，因此本文繼續探討公平法第25條的概括條款以尋找可能的規範基礎。

### （三）禁止其他顯失公平行為

公平法第25條禁止事業從事「其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」<sup>111</sup>。所謂欺罔，指事業「對於交易相對人，以欺瞞、誤導或隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為」<sup>112</sup>。其中「隱匿重要交易資訊」指事業故意不告知「足以影響交易決定之交易資訊」<sup>113</sup>。重要資訊可分為一般性質的重要資訊（如交易標的之價格、價值或履約有關事項）及個案性質的重要資訊（如委任案件時的委任事項處理現況）<sup>114</sup>。在精準廣告情形，數位平台如已完整呈現商品內容、價格及運送與退款等事項之條件與流程，即非隱匿重要交易事項。現有問題的是除交易本身的內容外，數位平台應否告知消費者其為精準廣告的對象與該交易的形成可能是受精準廣告的影響？為回答此問題，本文接著探討第25條的另一種行為態樣：顯失公平之行為。

所謂顯失公平，指事業「以顯然有失公平之方法從事競爭或營業交易者」，包括「利用資訊不對稱之行為」<sup>115</sup>。濫用資訊不對稱之行為常發生在事業利用其專業知識或對於商品之品質及功能等資訊的優勢，在交易相對人處於資訊不對等的情況下而與其交易的情形<sup>116</sup>。典型例子包括事業為獲得或維持資訊優勢而排除消費者接觸重要交易資訊的情形，如「不動產開發業者或不動產經紀業者銷售預售屋時，未以書面提供購屋人重要交易資訊，或不當限制購屋人之契約審閱」<sup>117</sup>，又如建設公司以消費者支付訂金作為交付預售屋契約條款草案的條件<sup>118</sup>。在後者情形，消費者在交付訂金前，對於價金及坪數以外的交易資訊全無接觸機會，並且於交付訂金後可能因無法取回訂金而被迫完成交易<sup>119</sup>，可認有失公平。

<sup>111</sup> 該當本條之行為需「足以影響交易秩序」。數位平台使用精準廣告鎖定之對象為不特定之多數消費者，且係就未來不特定之交易發生影響，加上精準廣告的一方為鉅型數位平台而另一方卻為資源稀薄的消費者，應可認為精準廣告的施行足以影響交易秩序（參公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則（第二十五條處理原則）第五點）。

<sup>112</sup> 第二十五條處理原則第六點。

<sup>113</sup> 同前註。

<sup>114</sup> 見牛曰正，「資訊揭露與公平交易法—以公平交易法第24條為核心」，公平交易季刊，第20卷第4期，120-25（2012）。

<sup>115</sup> 第二十五條處理原則第七點。

<sup>116</sup> 見廖義男，前揭註81，652。

<sup>117</sup> 第二十五條處理原則第七（五）點。

<sup>118</sup> 公平會公處字第090036號處分書及最高行政法院93年度判字第613號。

<sup>119</sup> 最高行政法院93年度判字第613號。

精準廣告情形亦存在於平台與消費者間資訊不對等的情況<sup>120</sup>。精準廣告的成功原因不僅是數位平台對於商品及數位服務的資訊優勢，更包括平台對於消費者背景及消費習慣的掌握<sup>121</sup>。在此情況下，平台可透過大數據分析預測在特定條件下消費者的可能反應，而這些反應甚至是消費者本身所未能察覺者<sup>122</sup>。相對地，消費者卻普遍缺乏對於數位平台服務的認識，因為消費者無從接觸數位平台的數據庫及複雜的演算法運用等事項<sup>123</sup>。甚至消費者普遍未意識到其正被精準廣告鎖定，因為大多數消費者的消費印象仍停留在傳統市場模式<sup>124</sup>。消費者缺乏機會與能力比較其所收到的精準廣告內容是否與周圍同條件的消費者相同<sup>125</sup>，且縱使客觀上不同，亦難以判定該歧異是否是因精準廣告或其他市場因素所致<sup>126</sup>。舉例言之，消費者難以比較其所收到的Uber資費是否與相同條件（如同一地區及時段）的消費者相同。縱或不同，其原因是因為市場供給需求的變化，抑或是因消費者個別的因素（如資力或忠誠客戶的折扣）所致等情均難以知悉<sup>127</sup>。

在資訊偏在交易一方的情況下，尚可依交易相對人有無平等協商機會再區分兩個情況。如相對人有平等協商機會時，考量執法成本與避免干擾市場運作，公平法未必需要介入。然而，消費者通常沒有機會及能力透過協商取得資訊，因此有特別加以保護的必要。基此，第25條處理原則第7點在消費者保護上尤有價值，因為第7點並未要求該資訊與交易有關，也未限縮適用於「消費者陷於錯誤」情形。基此，精準廣告的實施與否、內容及呈現方式等雖非向來認為應揭露的事項，亦非必然影響消費決定，但從消費者具有資訊劣勢及侷限的判斷能力來看<sup>128</sup>，如能令數位平台揭露關於精準廣

<sup>120</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 1, at 492.

<sup>121</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 26, at 113.

<sup>122</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 1, at 486; MaDonna Sheehy, “Using Big Data to Predict Consumer Behavior and Improve ROI,” Brandpoint (Feb. 4, 2020), <https://www.brandpoint.com/blog/using-big-data-to-predict-consumer-behavior-and-improve-roi/>.

<sup>123</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 26, at 113-14. See also, Secretariat of the Headquarters for Digital Market Competition Cabinet Secretariat, Japan, “Evaluation of Competition in the Digital Advertising Market Final Report: Summary,” 13 (2021).

<sup>124</sup> See Ezrachi & Stucke, *supra* note 26, at 92.

<sup>125</sup> *Id.* at 114.

<sup>126</sup> *Id.*

<sup>127</sup> See Uber, “How are Fares Calculated?” <https://help.uber.com/riders/article/how-are-fares-calculated-/?nodeId=d2d43bbc-f4bb-4882-b8bb-4bd8acf03a9d> (last visited Nov. 5, 2022).

<sup>128</sup> See European Commission, “Understanding Consumer Vulnerability in the EU’s Key Markets” (Feb. 2016), [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/consumer-vulnerability-factsheet\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/consumer-vulnerability-factsheet_en.pdf). See also Stigler Report, *supra* note 110, 36.

告的實施，消費者應有更好的機會評價數位平台的服務並做出理性消費決定<sup>129</sup>，並透過轉換平台刺激平台間的競爭<sup>130</sup>。

依照歐盟的一般資料保護法（General Data Protection Regulation）第4（4）條<sup>131</sup>及第22條<sup>132</sup>，消費者有權拒絕數位平台利用個人資料分析其經濟狀況、消費習慣及喜好等與消費者個性有關的事項。歐盟的數位服務法（Digital Services Act）第24條要求提供推薦服務<sup>133</sup>的數位平台，確保消費者在使用介面上能清楚與即時地辨識用以決定接收者的參考因素<sup>134</sup>；第29條更要求採取推薦服務的大型數位平台在使用條款中，以消費者能有效辨識且理解的方式揭露形成推薦服務的參考因素，並提供消費者調整參考因素的機（選項中須包括至少一個沒有個人化服務的選項<sup>135</sup>）。此外，該法第30條另要求大型數位平台在其平台頁面明確揭露特定廣告是否為僅對特定消費者族群展示

<sup>129</sup> 研究指出相當高比例的消費者對於數位平台利用其個人資訊從事精準廣告感到反感，部分消費者更會因此減少購買與精準廣告相關的商品。See Sonam Samat et al., “Raise the Curtains: The Effect of Awareness about Targeting on Consumer Attitudes and Purchase Intentions,” *Research Paper of Thirteenth Symposium on Usable Privacy and Security* (July 12–14, 2017, Santa Clara, CA, USA), at 309.

<sup>130</sup> See UKCMA, *supra* note 33, at 4.

<sup>131</sup> “[P]rofilin’g’ means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyze or predict aspects concern in that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behavior, location or movements.”

<sup>132</sup> “The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her.”

<sup>133</sup> 推薦服務指數位平台提供特定資訊或消費選項給消費者。如在Google輸入關鍵字「台北」與「飯店」時，Google將顯示特定幾間飯店在搜尋頁面的上方（標註Ad（廣告））。

<sup>134</sup> “Online platforms that display advertising on their online interfaces shall ensure that the recipients of the service can identify, for each specific advertisement displayed to each individual recipient, in a clear and unambiguous manner and in real time: ... (c) meaningful information about the main parameters used to determine the recipient to whom the advertisement is displayed.”

<sup>135</sup> “Very large online platforms that use recommender systems shall set out in their terms and conditions, in a clear, accessible and easily comprehensible manner, the main parameters used in their recommender systems, as well as any options for the recipients of the service to modify or influence those main parameters that they may have made available, including at least one option which is not based on profiling, within the meaning of Article 4 (4) of Regulation (EU) 2016/679.”

的精準廣告、形成廣告的參考因素及人數總額等<sup>136</sup>。不僅課予上述揭露義務，為確保消費者的資訊自決權，歐盟的數位市場法 (Digital Market Act) 第5條 (5) 款更禁止具有市場守門人地位的大型數位平台匯流其多種數位服務所蒐集，或從第三人獲得的消費者數據，除非得到消費者自願且明確的同意<sup>137</sup>。

相對於歐盟上述規定，我國個資法亦賦予消費者拒絕數位平台蒐集分析其個人數據的權利<sup>138</sup>。實務上，數位平台常於消費者登入頁面時顯示個人數據蒐集的同意條款 (通常以隱私權條款命名)，消費者僅能於同意該條款後方能繼續使用該平台。此等措施常遭質疑的是消費者是否閱覽該冗長的文件及是否了解其權益<sup>139</sup>。如否，結果往往是數位平台一旦獲得消費者同意後，即可廣泛地使用個人數據。此外，與上述歐盟數位服務法及數位市場法不同的是，我國法尚未課予數位平台向接收精準廣告的消費者具體揭露廣告內容及提供拒絕選項的義務。就此而言，公平法第25條及其處理原則關於資訊不對稱的規定能補充個資法未及之處，賦予台灣消費者接近歐盟消費者一樣的保護。

綜言之，精準廣告的問題之一是數位平台利用其對消費者資訊不對稱優勢，以精準廣告刺激消費欲望或使其為特定決定之情形。完全禁止精準廣告雖能避免此問題，但亦使消費者失去節省搜尋成本及因此強化市場競爭的益處。在第25條規範下，執法

<sup>136</sup> “Very large online platforms that display advertising on their online interfaces shall compile and make publicly available through application programming interfaces a repository containing the information.” “The repository shall include at least all of the following information: ... (d) whether the advertisement was intended to be displayed specifically to one or more particular groups of recipients of the service and if so, the main parameters used for that purpose; (e) the total number of recipients of the service reached and, where applicable, aggregate numbers for the group or groups of recipients to whom the advertisement was targeted specifically.”

<sup>137</sup> A gatekeeper shall “refrain from combining personal data sourced from these core platform services with personal data from any other services offered by the gatekeeper or with personal data from third-party services, and from signing in end users to other services of the gatekeeper in order to combine personal data, unless the end user has been presented with the specific choice and provided consent in the sense of Regulation (EU) 2016/679.”

<sup>138</sup> 如個資法第19條第1項規定「非公務機關對個人資料之蒐集或處理，除第六條第一項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者：… 五、經當事人同意」。

<sup>139</sup> See Barbara Krumay & Jennifer Klar, “Readability of Privacy Policies”, Anoop Singhal & Jaideep Vaidya (eds.), *Data and Applications Security and Privacy XXXIV*, 388-89, Springer (2020), [https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-030-49669-2\\_22.pdf](https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-030-49669-2_22.pdf).

機關可彈性評估個案中資訊不對稱及消費者應受保護的程度，決定是否容許系爭精準廣告的實施。未成年人或患有身心疾病的消費者族群對於精準廣告的抗拒能力可能甚弱，資訊揭露與同意機制恐不能實質保障其權益，因此透過第25條，政策上可考慮完全禁止對於應受特別保護的消費者族群進行精準廣告<sup>140</sup>。對於一般消費者，如平台已採取必要手段使消費者得以知悉個人資訊正為精準廣告所用、其所接收的廣告是精準廣告，且給予相當選項避免精準廣告時<sup>141</sup>，即便某程度的資訊不對稱情況仍然存在，但仍可認為不構成本條的顯失公平方法<sup>142</sup>。

#### 四、結論與未來研究議題

精準廣告是數位平台依據消費者需求與喜好而投放的廣告，用以促成特定消費決定。精準廣告是數位平台提高營收的重要工具。精準廣告能降低消費者市場資訊搜尋成本、降低商家廣告成本與強化市場競爭。但也可能導致消費者流失財富、限制下游事業間的競爭與造成市場資源配置失衡。鑑於精準廣告於數位平台廣泛的使用及由消費者主動抵制精準廣告濫用的低度可期待性，主管機關有採取市場管制措施的必要。

本文研究發現，公平法第20條第2款「無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為」規定難以規範精準廣告，因為精準廣告實施差別待遇的直接對象是消費者而非受有市場競爭損害的事業，造成的差別待遇也不一定與商品價格或交易條件有關。縱使將本條「事業」解釋為受效果影響的對象，因此認為消費者可為本條差別待遇的對象，但平台與消費者間亦無「價格、交易條件與交易與否」的交易關係。

第9條第1款禁止獨占事業「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」。本條並未如第20條第2款限定差別待遇的對象須為事業。然而，目前本條適用案例多是獨占事業與被差別待遇的上下游事業間有一定交易關係的情形，但實施精準廣告的平台與事業間可能不存在交易關係。此外，本條在執行上亦有困難，因為部分有能力實施精準廣告的數位平台未必有獨占地位，且難以確定客觀標準以認定精準廣

<sup>140</sup> See European Parliament, *supra* note 20, 99-100; OECD, “Good Practice Guide on Online Advertising: Protecting Consumers in E-commerce,” *OECD Digital Economy Papers No. 279*, 36-39 (2019), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/CP\(2018\)16/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/CP(2018)16/FINAL&docLanguage=En).

<sup>141</sup> 強制資訊揭露的程度可分3種。基本的揭露僅要求平台通知消費者其接收的資訊為精準廣告。進階的揭露則要求平台揭露決定精準廣告內容的參考因素，或提供消費者一個參考標準（價格）以判斷其所收到精準廣告內容的合理性。See Bourreau & Stree, *supra* note 7, at 6.

<sup>142</sup> 從促進市場競爭角度來看，除消費者的資訊取得外，同樣重要的是消費者移轉到其他平台的可能性。主管機關宜注意消費者於平台間的轉換成本及其他阻礙轉換平台的因素。See United States, “Roundtable on Designing and Testing Effective Consumer-facing Remedies—Note by the United States,” 9-11 (2018).



告是否構成差別待遇。

第9條第2款禁止獨占事業對「商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更」。本條於規範精準廣告時亦有以下困難。第一，目前實務案件中的差別待遇對象均為事業，主管機關是否認定本條差別待遇對象包含消費者乙節尚未明確。第二，本條所定不當價格必須是因為獨占地位的存在而使交易相對人不得不與之交易情況所致，但在精準廣告情形，消費者在市場上往往仍有其他選擇，並非一定得跟平台購買。第三，判斷價格是否不當時，因為數位服務具有低邊際成本的特性，且精準廣告等個人化服務對於個別消費者的價值不同，因此難以數位服務的成本或價值判斷價格是否不當。

第25條禁止事業採取「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」規定是目前最適合規範精準廣告的條款。精準廣告的雙方存在資訊不對稱狀態。數位平台能掌握消費者的願付價格區間及消費偏好，反之消費者卻普遍未意識到其正被精準廣告鎖定，更缺乏拒絕精準廣告的能力。因此數位平台利用資訊不對稱狀態促使消費者作成特定交易的行為，應可認為是顯失公平。執行上，執法機關可彈性地評估個案中資訊不對稱及消費者應受保護的程度。如平台已透過揭露使消費者得以知悉其為精準廣告的對象，並提供消費者取消精準廣告的機制時，可認系爭廣告非第25條的顯失公平方法。

以上說明現行公平法第25條可作為平衡消費者與數位平台資訊不對稱狀態的機制，但此僅止於主管機關介入市場管制的授權基礎，同樣重要的是具體回復競爭的措施該如何設計。現有行為性回復競爭措施的經驗多集中在事業端（如禁止獨占事業從事特定行為或命從事一定作為），但如前述說明，數位平台透過個人化服務直接影響消費者的決定，本質性地改變競爭結構。因此如何確保消費者能繼續有效地扮演市場監督者（決定者）角色，有賴於更充足的消費者端回覆競爭措施的研究。另一個重要議題是數位平台相關法規的潛在衝突。鑑於保護數位平台消費者的需要，近年來各國紛紛通過或修正規範數位平台的相關法律，如前述的數位服務法、數位市場法及個人資料保護法等。各該法律與競爭法間或產生意外的目的衝突，如過度的個人資料保護可能增加小型平台取得數據的成本，因此阻礙其與大平台的競爭。因此，如何調和各法規仍待研究釐清。

## 參考文獻

### 一、中文部分

1. 牛曰正，資訊揭露與公平交易法，國立政治大學法律學研究所碩士論文（2011）。
2. 牛曰正，「資訊揭露與公平交易法—以公平交易法第24條為核心」，公平交易季刊，第20卷第4期，行政院公平交易委員會（2012）。
3. 李宛諭，大數據與競爭法，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（2019）。
4. 邱映曦，競爭法的數位紀元—論數位平台資訊力對競爭法適用之影響，國立政治大學法律學系博士論文（2018）。
5. 陳威汎，數位平台數據力之競爭法規範，國立台灣大學事業經營法務碩士在職學位學程碩士論文（2020）。
6. 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），行政院公平交易委員會（2003）。
7. 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二），行政院公平交易委員會（2004）。
8. 廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司（2021）。
9. 蕭意穎，數位平台產業搭售策略之規範—以影音數位平台搭售著作物之濫用為例，國立台北科技大學智慧財產權研究所碩士論文（2018）。

### 二、外文部分

1. Akerlof, George A., "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism," *84 The Quarterly Journal of Economics* (1970).
2. Amazon, "Amazon Personalize," <https://aws.amazon.com/tw/personalize/> (last visited Nov. 8, 2022).
3. Amazon, "Welcome to Amazon Customer Service," [https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=508510&ref=nav\\_cs\\_customerservice](https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=508510&ref=nav_cs_customerservice) (last visited Nov. 8, 2022).
4. Austin, D. Andrew & Jane G. Gravelle, *Does Price Transparency Improve Market Efficiency? Implications of Empirical Evidence in other Markets for the Health Sector*, Congressional Research Service (2008).
5. Ball, Dwayne et al., "Service Personalization and Loyalty," *20 Journal of Services Marketing* (2006).
6. Becker, Selwyn W. & Brownson, Fred O., "What Price Ambiguity? or the Role of Ambiguity in Decision-Making," *72 Journal of Political Economy* (1964).

7. Boerman, Sophie C. & Kruijemeier, Sanne, “Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda,” *46 Journal of Advertising* (2016).
8. Boom, Willem H. van, “Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law,” *28 Journal of Consumer Policy* (2011).
9. Botta, Marco & Wiedemann, Klaus, “The Discrimination or not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance,” *50 European Journal of Law and Economics* (2020).
10. Bourreau, Marc & Streeel, Alexandre de, “The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era—Note by Marc Bourreau and Alexandre de Streeel,” *OECD Submission* (2018).
11. Chatfield, Carly, Google vs. Bing vs. DuckDuckGo: The Ultimate Search Engine Showdown, *MUO*, <https://www.makeuseof.com/google-vs-bing-vs-duckduckgo-ultimate-search-engine/> (Oct. 31, 2021).
12. Chicago Booth George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report* (2019).
13. European Commission, *Understanding Consumer Vulnerability in the EU’s Key Markets* (Feb. 2016).
14. European Commission Press Release, *Antitrust: Commission Seeks Feedback on Commitments Offered by Amazon Concerning Marketplace Seller Data and Access to Buy Box and Prime* (July 14, 2022).
15. European Parliament, *Regulating Targeted and Behavioural Advertising in Digital Services* (2021).
16. European Union, “Personalised Pricing in the Digital Era—Note by the European Union,” *OECD Submission* (2018).
17. Ezrachi, Ariel & Stucke, Maurice, “Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy,” *Harvard University Press* (2016).
18. Ezrachi, Ariel & Stucke, Maurice, “The Rise of Behavioural Discrimination,” *37 European Competition Law Review* (2016).
19. Ezrachi, Ariel, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018 (2018).
20. Ezrachi, Ariel & Robertson, Viktoria, “Competition, Market Power and Third-Party Tracking,” *42 World Competition* (2019).
21. Federal Trade Commission, *Price Discrimination: Robinson-Patman Violations*.
22. Goodrow, Cristos, “On YouTube’s Recommendation System,” *YouTube Official Blog*, <https://blog.youtube/inside-youtube/on-youtubes-recommendation-system/> (Sep. 15,

- 2021).
23. Google, "Browse all of Google's Products & Services," <https://about.google/products/> (last visited Nov. 7, 2022).
24. Graef, Inge, "Algorithms and Fairness," *24 Columbia Journal of European Law* (2018).
25. Holbrook, Tanner, "Ghost Kitchen Industry Expected to Continue to Grow, Many Kitchens Located in Evansville," *14 News*, <https://www.14news.com/2022/10/10/ghost-kitchen-industry-expected-continue-grow-many-kitchens-located-evansville/> (Oct. 11, 2022)
26. Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed. West Academic (2016).
27. Hovenkamp, Herbert, "The Rule of Reason," *70 Florida Law Review* (2018).
28. Jaia, Tun-Min (Catherine) et al., "The Effect of Behavioral Tracking Practices on Consumers' Shopping Evaluations and Repurchase Intention toward Trusted Online Retailers," *29 Computers in Human Behavior* (2013).
29. Japan Fair Trade Commission, *Final Report Regarding Digital Advertising* (2021).
30. Kangas, Loannis et al., "Recommender Systems for Personalized User Experience: Lessons Learned at Booking.com," *Proceedings of the 15th ACM Conference on Recommender Systems* (Sep. 2021).
31. Klein, Aaron, "America's Poor Subsidize Wealthier Consumers in a Vicious Income Inequality Cycle," *Think*, <https://www.nbcnews.com/think/opinion/america-s-poor-subsidize-wealthier-consumers-vicious-income-inequality-cycle-ncna845091> (Feb. 7, 2018).
32. Kleinman, Zoe, "Ad-Free Social Network Vero to Charge Subscription Fees," *BBC*, <https://www.bbc.com/news/technology-47375176> (Feb. 26, 2019).
33. Krumay, Barbara & Klar, Jennifer, "Readability of Privacy Policies," in: Anoop Singhal & Jaideep Vaidya (eds.), *Data and Applications Security and Privacy XXXIV* 1st ed., Springer (2020).
34. Kwak, Mary, "Searching for Search Costs," *MIT Sloan Management Review* (2001).
35. Lau, Yan, *A Brief Primer on the Economics of Targeted Advertising*, Bureau of Economics, Federal Trade Commission Report (2020).
36. Leonard, Kimberlee, "7 Different Ways Amazon Makes Money," *Seeking Alpha*, <https://seekingalpha.com/article/4469482-how-does-amazon-make-money> (May 26, 2022).
37. Lianos, Loannis, et al., *Competition Law Analysis, Cases, and Materials*, 1st ed., Oxford University Press (2019).

- 38.Linden, Greg et al., “Amazon.com Recommendations Item-to-Item Collaborative Filtering,” *Industry Report* (Feb. 2003).
- 39.Lui, Ariana, “Fast Fashion: How Brands are Telling You What You Want before You Know You Want It, Digital Society,” <https://medium.com/digital-society/fast-fashion-how-brands-are-telling-you-what-you-want-before-you-know-you-want-it-7b07dba049c0> (Mar. 21, 2020).
- 40.Madadi, Rozbeh et al., “The Impact of Hispanic-Targeted Advertising on Consumers’ Brand Love in Services,” *33 Journal of International Consumer Marketing* (2021).
- 41.Meta, “What are the Meta Products?” <https://www.facebook.com/help/1561485474074139> (last visited Nov. 7, 2022).
- 42.Milin-Ashmore, James, “Facebook Alternatives Guide: 2021 Update, Ethical.Net”, <https://ethical.net/guide/facebook-alternatives-guide-how-and-why-to-avoid-facebook/> (Dec. 7, 2021).
- 43.Nadler, Jerrold et al., *Investigation of Competition in Digital Markets*, Majority Staff Report and Recommendations (2020).
- 44.Norris, Olivia Jane, “The Age of Fast Fashion: How Consumer Behaviour Has Changed and How It’s Impacting Our Environment,” *Amplify Insight*, <https://amplify.com/2022/01/10/the-age-of-fast-fashion/> (Jan. 10, 2022).
- 45.OECD Secretariat, “Personalised Pricing in the Digital Era—Background Note by the Secretariat,” *OECD Report* (2018).
- 46.OECD, “Good Practice Guide on Online Advertising: Protecting Consumers in E-commerce,” *OECD Digital Economy Papers No. 279* (2019).
- 47.OECD, “Competition in Digital Advertising Markets,” *OECD Report* (2020).
- 48.OECD, “Policy Roundtables: Price Transparency,” *OECD Report* (2001).
- 49.Press, Gil, “Why Facebook Triumphed over all other Social Networks,” *Forbes* (Apr. 8, 2018).
- 50.Samat, Sonam et al., “Raise the Curtains: The Effect of Awareness about Targeting on Consumer Attitudes and Purchase Intentions,” *Research Paper of Thirteenth Symposium on Usable Privacy and Security* (July 12–14, 2017, Santa Clara, CA, USA).
- 51.Sandu, Bogdan, “Why did Myspace Fail and How to Avoid this in Your Startup,” *Upcut*, <https://upcutstudio.com/why-did-myspace-fail/> (Sep. 20, 2020).
- 52.Sanje, Gresi & Senol, Lsil, “The Importance of Online Behavioral Advertising for Online Retailers,” *3 International Journal of Business and Social Science* (2012).
- 53.Secretariat of the Headquarters for Digital Market Competition Cabinet Secretariat, Japan,

- Evaluation of Competition in the Digital Advertising Market Final Report: Summary* (2021).
54. Sheehy, MaDonna, “Using Big Data to Predict Consumer Behavior and Improve ROI,” *Brandpoint*, <https://www.brandpoint.com/blog/using-big-data-to-predict-consumer-behavior-and-improve-roi/> (Feb. 4, 2020).
55. Stucke, Maurice & Ezrachi, Ariel, “How Digital Assistants can Harm our Economy, Privacy, and Democracy,” *32 Berkeley Law Journal* (2017).
56. Stucke, Maurice & Ezrachi, Ariel, *Competition Overdose*, 1st ed., Happer Business (2020).
57. Stucke, Maurice & Grunes, Allen P., *Big Data and Competition Policy*, 1st ed., Oxford University Press (2016).
58. Townley, Christopher, et al., “Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law,” *King’s College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2017-38* (2017).
59. UKCMA, “Designing and Testing Effective Consumer-facing Remedies—Background Note,” *OECD Report* (2018).
60. UKCMA, “Online Platforms and Digital Advertising,” *Market Study Final Report* (2020).
61. United States, “Roundtable on ‘Price Discrimination’—Note by the United States,” *OECD Submission* (2016).
62. United States, “Roundtable on Designing and Testing Effective Consumer-facing Remedies—Note by the United States,” *OECD Submission* (2018).
63. United States, “Personalised Pricing in the Digital Era—Note by the United States,” *OECD Submission* (2018).
64. Waterson, Michael, “The Role of Consumers in Competition and Competition Policy,” *Warwick Economic Research Papers No. 607* (2001).
65. Woodcock, Ramsi A., “Big Data, Price Discrimination, and Antitrust,” *68 Hastings Law Journal* (2017).
66. Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 1st ed., Oxford University Press (2018).

## Abstract

Targeted advertising refers to advertisements delivered by digital platforms to consumers based on consumers' demands and preferences in order to lead them to make specific shopping decisions. Due to the practice's potential harm to market competition and consumer welfare, the majority of jurisdictions have launched competition investigations against it. This research shows that the Taiwanese Fair Trade Act's Article 20(2) (prohibiting unjustifiable discrimination against enterprises), and Article 9(1) (prohibiting monopolists from charging an improper price) have a limited role to play in regulating targeted advertising because the direct subject of the practice is consumers rather than enterprises, and these consumers may not have a trading relationship with the digital platforms. Considering substantial information asymmetry between the platforms and consumers, this article suggests that Article 25, which prevents obviously unfair conduct affecting trading orders, is the most appropriate provision to regulate targeted advertising under the Fair Trade Act. To determine whether alleged targeted advertising is obviously unjust, competition law enforcers in Taiwan can consider the extent of information asymmetry and the need to protect consumers. The practice shall not be unjust if platforms have properly kept consumers aware of its potential influence on shopping decisions and have given them the opportunity to reject it.

## 與談

### 與談人：黃銘傑（臺灣大學法律學系教授）

今天這篇報告指出相當重要的一點，所謂精準廣告或行為廣告，依據你的行為搜集資料後，針對於你的需求投放廣告，這樣的作法到底會對於消費者造成怎樣的傷害，在相關的競爭、非競爭、我國公平交易法如何適用，如果要適用應該用哪一條，這邊有幾個點可以做為這篇文章的一個補充。

第一，傳統上我們認為廣告就是上廁所時間，可是現在並非如此，到一個地點就會跳出旁邊有什麼餐廳、咖啡廳，個人的消費生活習慣、消費能力都會被加以蒐集，而可以構成他依照你的行為做的偏好分析，這樣的廣告模式，跟我們傳統公平交易法第21條所關心的虛偽不實廣告產生非常重大的落差，傳統上我們關心的是所謂的廣告內容，有沒有引人錯誤、虛偽不實的問題，可是我們發覺說所謂的精準廣告，重點在於廣告實施過程，可能對於消費者造成怎樣的一個傷害，這是我們所關注的點。

第二，我們知道公平交易法集世界各國法律所沒有的於一身，有外國反托拉斯，也有競爭管制，也有消費者保護，把其他國家分屬3部法律的法制結合在一起，就會導致說，那請問這樣所謂的精準廣告，到底除了傳統上我們所關心的消費者保護外，他還會有可能涉及反托拉斯的競爭議題，剛才報告人分析我國現行的公平交易法第二章限制競爭，各個條文好像都無法適用到精準廣告，但是很顯然的大家之所以會對這個議題關心，是因為大型平台企業所擁有的到底是市場力量，還是所謂的經濟力量，如果我們可以在所謂的市場力量或一般性經濟力量，跟傳統的不實廣告又有點不一樣，那些反托拉斯是對大企業的管制，所謂的競爭政策是對中小企業的管制，中小企業比較容易實施所謂的搭便車行為，中小企業比較容易用不當的方式取得競爭優勢，所以不論是消費者保護，或者不公平競爭，管制對象比較針對中小企業，不是我們當前關心的平台巨型企業，這也導致我們對所謂現在的精準廣告，做了跟以往執法上虛偽不實廣告，有了絕對性的區別，大家可以再思考一下，當公平會處罰所謂虛偽廣告時，我們一定會處罰一個人叫廣告主，我們現在要問的是精準廣告的廣告主是誰，精準廣告如果可能發生反托拉斯的問題，那確實大家一直在講的他，不只是只有平台業者的身份而已，他還兼具下游的廠商或者他是跟他平台上面其他企業，像Amazon、Google，所以這個時候我們所關心的是，這些在上下游同時經營者跟平台業者，他不可能對自己的產品有自我偏好，如果可能的話，他的確有可能會產生所謂的反托拉斯問題，但這個也不僅限於所謂的精準廣告，在一般性的平台事業，也會有拿自己的市場地位來支援關係企業的問題，所以這個時候我們就要問一件事情，當我們在講精準廣告的時候，到底主體是誰？



這樣所謂的精準廣告的實施者，是平台還是想要藉由廣告吸引消費者購買商品或服務的事業，如果今天兩個事業是關係企業，那就算了，可是如果今天精準者是平台，廣告者是廠商，所以精準廣告是可以分開的，一個是給你精準，是平台搜集你各種資料，但他只是一個仲介商，幫廣告者把廣告提供給消費者，所以到底精準廣告真正出問題的是哪一邊，是精準者的平台，還是付費廣告的廠商？所以這個時候如果我們脫離主體，就行為面來看，利用公平交易法第25條所謂有欺罔或顯失公平的行為，來看精準廣告的流程，第一階段平台會去搜集消費者的個資，第二階段平台會藉由個資的搜集，將消費者側寫出來，第三階段平台會依照這個側寫，並按廣告主的要求傳遞特定的廣告給消費者，第四階段消費者接受到廣告內容，第五階段消費者會依照廣告真的做出交易決定，只有做出交易決定可能才會產生剛才報告人所說的差別取價等相關問題，換句話說廣告本身到底是要約還是要約引誘，廣告本身是否代表交易，還是消費者是被廣告騷擾，從來沒有交易，所以這時候我們要問的另外一件事情，廣告騷擾這件事情，到底是所謂的顯失公平嗎？這時候我們回到從一開始的資料搜集，牽扯到我們對於平台最痛恨的一件事情，平台服務的全有全無，要就全盤接受，不要就完全不要使用，所以在另一方面可以看出來，所謂的限制競爭是在這裡，消費者表面上好像有選擇自由，但事實上根本沒有選擇自由，那所謂消費者的交易相對人到底還有沒有競爭存在可言呢？

所以到底我們今天所要討論的是在資料搜集的時候，我們所面對的就是沒有選擇的自由，我們所面對的就是package，而且是take all的問題。在所謂供給的過程中，由於我國的個資法並沒有明確禁止，所以似乎他們利用搜集到的資料來加以側寫，也沒有受到我國個資法嚴格禁止，但是他把資料側寫是否該當於顯失公平的行為，到底顯失公平是一個結果，還是一個行為過程，我們大家在解決顯失公平的時候，他是一個實體的價值判斷，還是一個程序的價值判斷，牽扯到我們剛剛所提的廣告過程的問題。他們認為我搜集個資不只是你使用我服務的對價，甚至是所謂你要忍受我的騷擾廣告，也是你使用我的應用程式的對價，而且你可能還無法用去廣告軟體把他去除，所以在這樣的情況下，我們今天的公平交易法，可不可能對其有所管制，但是我們剛剛所提及資料側寫、廣告投放的問題，是否是有意義的公平，所以未來如果要去管制精準廣告，我們還是要依賴公平交易法間接的管制方式，還是我們可以仿照歐盟的法規，但是希望未來與競爭相關的部分，我們的公平交易法可以有相關規範予以適用，甚至是給予事前管制。