

國立臺灣大學進修推廣學院事業經營法務碩士在職學位學程



碩士論文

Professional Master's Program of Law in Business Administration

School of Professional Education and Continuing Studies

National Taiwan University

Master Thesis

平臺經濟之法律議題—以競爭法規範及隱私權保護為中心

PLATFORM ECONOMY LEGAL ISSUES : FOCUS ON THE

COMPETITION LAW AND PRIVACY PROTECTION ACT

廖振宇

Chen-Yu Liao

指導教授：黃銘傑 博士

Advisor : Ming-Jye Huang, Ph.D.

中華民國 107 年 7 月

July 2018

國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書

平臺經濟之法律議題-以競爭法規範及隱私權保護  
為中心

Platform Economy Legal Issues : Focus on the Competition  
Law and Privacy Protection Act

本論文係廖振宇君 (P05E42012) 在國立臺灣大學事業經營法務  
碩士在職學位學程完成之碩士學位論文，於民國 107 年 07 月 20 日承  
下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明。

口試委員：

黃紹偉

(指導教授)

李素琴

陳皓芸

所長：

李苑生

中華民國 107 年 7 月 20 日

## 中文摘要



處於 Web 2.0 世代的我們，已習慣運用網際網路來進行各種互動，快速生產的資訊內容，透過網路極易散布流通，使得各種降低交易成本的平臺，以及顛覆式的新應用不斷推陳出新，確實為社會帶來福利。

全球最成功的平臺典範可概分為兩類：以蒐集使用者產製之數據內容為核心的數位內容平臺，例如：Google 谷歌搜尋引擎、Facebook 臉書社群網站；以及共享閒置資源為核心的共享經濟平臺，例如：Uber 優步、Airbnb 愛彼迎。兩者不同點在於，前者提供被補貼方使用零元的網路軟體服務，並加入廣告商成為另一邊付費的補貼方，具有正向的間接網路效應，將平臺經濟「三要素特性、補貼五項原則」規模效應發揮到極致，形成高度進入障礙之獨占地位。

本文以 Google 谷歌及 Facebook 臉書案件為主軸，探討「濫用市場優勢地位」涉入「限制競爭與不公平競爭」之行為，對數位經濟社會的衝擊；及蒐集使用者產製之數據內容，若肇生個資濫用與不當外洩，侵害隱私權保護情事時，平臺業者之責任。並加以探究「平臺經濟」、「傳統與雙邊市場之市場界定」、「交易型與非交易型平臺」、「六度分隔理論」、「假設性獨占者檢測法，SSNIP test」、「歐盟資料保護一般規則 GDPR」、「ISO 29100 隱私框架」...等。盼能提供我國競爭主管機關、立法機構及法院未來政策制定與執法時之參考。

**關鍵字：**平臺經濟、雙邊市場、競爭法、公平交易法、隱私權、個人資料保護法

# ABSTRACT



In the Web 2.0 generation, we have become accustomed to using the Internet to carry out various interactions. The fast-producing content is easily distributed and spreading through the Internet. Making various platforms might reduce the transaction costs and improve the application's development. These kinds of various platforms bring us huge benefits to our society.

The most successful platform paradigm of the world could be divided into two categories: 1) Digital content platforms it focus on collecting user-generated content, such as Google Search, Facebook. 2) Sharing idle resources is the core-value on sharing economy platform, for example: Uber, Airbnb. The difference between these two categories is that Google Search and Facebook providing the subsidized users free software and services on their platform. On the other hand, they also invite the advertisers to join into and become the subsidy party. It has a positive indirect network effect, and the platform economy has “three essential characteristic, and the five subsidy principles”. These principles of scale are exerting to the extreme and forming a monopoly position with very high entry barriers.

The author takes Google and Facebook cases as the mainstay to explore the “abuse of market dominance” among the “antitrust law”, and the impact of the digital economy society. To collect user-generated content in abusing personal misuse and improper leakage is one kind of infringement of privacy protection. Besides, what is the platform owner's responsibility. And aslo explore the “platform economy”, “the defining of the

traditional market and Multi-Sided Markets”, “transactional and non-transactional platforms”, “Six Degrees of Separation theory”, “The hypothetical monopolist test” it’s also called “SSNIP test”, “The EU General Data Protection Regulation (GDPR)”, “ISO/IEC 29100:2011 Privacy framework”, etc. The author hope to improve and provide reference for the future policy formulation and enforcement of the competition authorities, legislative bodies and courts in Taiwan.

**Keywords:** Platform Economy, Multi-Sided Markets, Competition Policy, Fair Trade Act, Privacy, Personal Information Protection Act

## 誌謝



『心態決定看世界的眼光，行動決定生存的狀態。心田的富強能夠化解生命中的很多遺憾，我們需要突破與向前的勇氣。這裡沒有高山縱谷，只有我們自己以及我們未來的樣子。』仍記得這是碩一上學期的投稿，正值學習生涯來到尾聲時，特別再把它找出來回味一番，也整理 PMLBA 這兩年的時光。


振宇得惠於法律學院以及管理學院許多教授，在此感謝每一位授課老師的諄諄教誨、細心教導。尤其萬分感謝我的指導教授黃銘傑博士，若無老師上課時的啟蒙指導，與在寫作給予的極大自主空間，這本論文焉能誕生問世。猶如追劇般與老師的緣份起始於商標法，回首也真是追了老師許多課程，對於爾後論文寫作上也有莫大的幫助。

感謝兩位口試委員：本校法律學系李素華教授，以及國立臺北大學法律學系陳皓芸教授。兩位老師對於論文內容，精準且具體地提出疑問與建議，使我在盲點處能獲得新的啟發，並躍升至另一層次的再思考，使得論文架構愈加完善、論述與思辨更加清晰完整，感激之情溢於言表。

感謝李茂生主任精心規劃的法律課程，有別於學士班單純被動地接受知識的學習方式，PMLBA 使我學習到如何處理與面對，職場上遇到的各種法律問題，尤其是透過運用實務見解，來傳達貼近社會主流、與非主流的好想法與好觀點給大眾。

感謝廖咸興院長、吳慧芬執行長、廖倩誼行銷長，以及行政專員萬錫和君豪，學院在您的帶領下，創新與豐富了許多的課程，新穎的教學設備與良好的學習環境，在在提升了我們求學的動力，若有機會將來學院仍會是我持續進修的首選。

感謝 105 級同窗好友們：韶銘、常涵、俊彬、大任、耀欽、書禹、維敏、水樹、



嘉蘋、啟敏、安倫、敏中、秉宏、俊宏、清榮、佳瑄、惠玲、凱強、雪萍、寶汝、  
榮蘭、其昀、思銘、國雄，恭喜我們畢業了，希望在學業告一段落後，並邁入人生  
下一個階段時，我們仍能不斷自我精進，探搜尋追求未知的領域，期許能以論文寫  
作時的堅毅精神，迎接各種艱難挑戰！當然還有許許多多值得感謝的好朋友們，雖  
然沒有一一臚列出人名，但在我心中一個都沒有少，點滴銘記於心。

**最後感謝我的父母親與家人，特別是薇綺，謹將本文獻給您們！**

廖振宇

戊戌年盛夏于台北

# 目錄

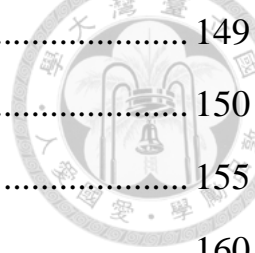


口試委員會審定書.....	I
中文摘要.....	II
ABSTRACT.....	III
誌謝.....	V
目錄.....	VII
圖目錄.....	XI
表目錄.....	XII
<b>第一章 緒論.....</b>	<b>1</b>
第一節 研究動機.....	1
第二節 問題意識與研究目的.....	2
第三節 研究方法.....	3
第四節 論文架構.....	4
<b>第二章 平臺經濟導論.....</b>	<b>5</b>
第一節 平臺概念介紹.....	5
第一項 平臺之定義.....	5
第二項 平臺的分類.....	6
第三項 平臺三要素特性.....	10
第四項 平臺補貼五項原則.....	16
第二節 平臺經濟之起源與發展.....	20
第一項 平臺經濟起源.....	20
第二項 平臺經濟發展.....	21
第三節 平臺的技術革命.....	22
第一項 從電腦到瀏覽器之革命.....	23



第二項	從移動裝置到 APP 之革命 .....	23
第三項	從瀏覽器到行動裝置 APP 之移動 .....	24
<b>第三章</b>	<b>平臺經濟之競爭法規範 .....</b>	<b>26</b>
第一節	競爭法概述 .....	26
第一項	經濟基本法 .....	26
第二項	經濟學驅動之雙核心競爭法 .....	29
第三項	我國競爭法規範體系 .....	35
第四項	歐盟競爭法簡介 .....	37
第五項	美國反托拉斯法簡介 .....	39
第二節	傳統市場界定 .....	41
第一項	傳統相關產品市場 .....	41
第二項	假設性獨占者檢測法 .....	46
第三項	公平會相關市場界定處理原則 .....	50
第三節	限制競爭—獨占 .....	54
第一項	獨占之定義 .....	54
第二項	獨占地位之認定 .....	59
第四節	不公平競爭—搭售 .....	61
第一項	搭售之意義 .....	61
第二項	搭售之競爭效果 .....	69
第三項	平臺搭售行為分析 .....	77
第五節	雙邊平臺相關市場界定 .....	81
第一項	界定一個還是兩個市場 .....	81
第二項	美國運通信用卡案—市場界定辯論 .....	82
第三項	其它雙邊市場相關市場界定判例評析 .....	86
第四項	對我國競爭法的啟示 .....	88

第六節	Google 谷歌深陷競爭法泥淖 .....	89
第一項	搜尋引擎當前市場領先者 .....	90
第二項	濫用搜尋引擎市場優勢地位—歐盟比價購物案 .....	91
第三項	Android 應用程式及搜尋服務濫用競爭優勢 .....	97
第四項	關鍵字廣告中立性探討 .....	99
第七節	奇虎 360 控訴騰訊獨占案 .....	102
第八節	Facebook 臉書面臨競爭法挑戰 .....	109
第一項	社群網站目前市場領導者 .....	109
第二項	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 .....	110
第九節	民事損害賠償責任探討 .....	119
第一項	損害賠償規範目的 .....	120
第三項	懲罰性損害賠償 .....	124
第四項	回復名譽之方式 .....	125
<b>第四章</b>	<b>平臺經濟之隱私權保護 .....</b>	<b>126</b>
第一節	引言 .....	126
第二節	隱私權與個人資料 .....	126
第一項	隱私權之源起 .....	126
第二項	我國隱私權之發展與內涵 .....	129
第三項	個人資料與隱私 .....	132
第四項	間接識別 .....	135
第三節	歐盟 GDPR .....	138
第一項	數位時代最具影響力之個資法 .....	138
第二項	歐盟 GDPR 與我國個資法之對應 .....	143
第四節	社群平臺隱私問題 .....	149



第一項	社群平臺概念 .....	149
第二項	資訊隱私權 .....	150
第三項	Facebook 臉書 v. 「劍橋分析」案例 .....	155
第五節	搜尋引擎隱私問題 .....	160
第一項	網路公開資訊之蒐集與提供民眾搜尋 .....	160
第二項	搜尋資料之保存、匿名化處理與商業利用 .....	162
第六節	平臺責任－確實保護使用者隱私個資 .....	162
第一項	美國對於平臺用戶資料規範 .....	162
第二項	借鏡「ISO/IEC 29100:2011」之隱私框架 .....	163
第三項	GDPR 與我國個資法規定 .....	171
第五章	結論 .....	173
參考文獻	.....	175

## 圖目錄



圖 2-1 內容產業的三邊模式平臺架構圖 .....	6
圖 2-2 傳統出版業的線性產業價值鏈 .....	12
圖 2-3 線上出版平臺「彎曲」了傳統出版業之價值鏈 .....	12
圖 2-4 同邊 VS.跨邊網路效應 .....	15
圖 2-5 平臺架構 .....	22
圖 3-1 交易型雙邊市場例示圖 .....	8
圖 3-2 非交易型雙邊市場例示圖 .....	9
圖 3-3 以 GOOGLE 為例－交易型＋非交易型雙邊市場例示圖 .....	10
圖 3-4 公平法之規範體系表 .....	36
圖 3-5 假設性獨占者檢測法 .....	49
圖 3-6 搜尋搜尋引運作模式：網路公開資訊之蒐集與提供網民搜尋	91
圖 3-7 FACEBOOK 平臺所提供之服務：消費者分享、貼文；廣告主投放 廣告 .....	110

## 表目錄



表 2-1 被補貼方與付費方的比較表 .....	20
表 3-1 市場結構分類表 .....	55
表 3-2 公平法上民事救濟 .....	121
表 4-1 我國憲法上隱私權之演變 .....	132

# 第一章 緒論

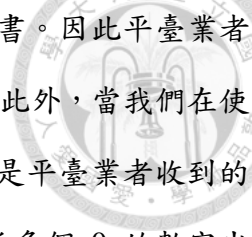


## 第一節 研究動機

通常公司企業都會希望越做越大，若能夠從完全競爭市場走向獨占市場，是再好不過的事情，如此光譜兩端的移動，實際上在經濟學家眼裡卻是相當反對，因對「市場」情有獨鍾，不但自己喜歡還經常要求「市場」不能受到外部干預，起因於完全競爭市場能夠自動達到整個社會的「最大福祉經濟效率」。在經濟基本法的規範下，企業邁向獨占或寡占雖無不可，但假使公司企業處於支配地位，並濫用市場力量，將會造成經濟上重大危害與損失，因此各國政府無不加以嚴密控管。

1983 年時代雜誌一篇標題「新經濟」為報導，內容探討重工業經濟型態如何轉變成新科技經濟型態，加速推升資訊革命的發展，且以網際網路普及為主重要指標。經歷了前期只有「單向資訊廣播」的 Web 1.0 網際網路時代後，目前的我們正處於 Web 2.0 之中，亦即「透過平臺來實現各種互動」。而這也不過短短二十年的光景，人們從「多走馬路轉變成多用網路」，確實降低了許多成本，為社會帶來福利。然而便利的背後卻存在隱憂，試想原本我們去街邊實體商店購買零食飲料，只要支付價金便可取走商品，於商店內的交易原則上不留下記錄，銀貨兩訖各不相欠，更不需要向您留下收件人大名、寄貨收件地址，聯絡人電話、手機，甚至是信用卡卡號資料、以及驗證信用卡刷卡人之身份證號碼，留下的購物足跡也僅存於腦海中 shopping 血拚的歡樂。然而前述的一切態樣都發生了，它就在網路虛擬世界中，並且每分每秒都在上演，留下的字句記錄，甚至還可以永恆不滅、生生不息的長存下去，即便機房存儲伺服器故障，仍可立即啟動災後復原重建備援機制。

平臺有著大者恆大，贏家全拿特性，在這個「數一不數二」的市場中，屈居市佔率第二的平臺業者，往往只能哀呼興嘆望其項背，看不到領先者的車尾燈，正如



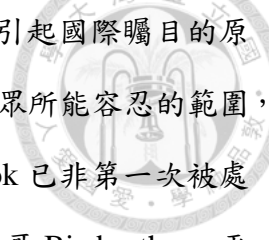
同網路巨商谷歌推出的社群平臺：Google+，完全無法追趕上臉書。因此平臺業者處於龍頭地位時，將會有著相當大的市場力量，足以呼風喚雨。此外，當我們在使用這類平臺時，其實我們用零元來購買它的網站軟體或服務，但是平臺業者收到的似乎不是零元，檢視其財務報表損益表，甚至可以發現相當相當多個 0 的數字出現在「廣告收入」會計科目上，那麼究竟平臺業者是賣了什麼出去，以維持獲利負擔其營運管銷呢。

前述觀察到幾個層次的問題：實體與虛擬之間的市場、平臺業者市佔率足以操縱與支配市場、以及零元平臺業者生存之道，筆者相當好奇也誘發了研究的強烈興趣。

## 第二節 問題意識與研究目的

Google、Facebook 幾乎掌握全球線上平臺的廣告流量，若其致力提供更好的產品及服務，帶給我們更為便利的數位生活。然而當平臺業者想方設法保護自身優勢，導致手段太過時，假若發生抑制競爭及不公平競爭時，我們有何作為呢，何況現在就已經發生 Google 濫用支配地位，於不同類型案件遭裁處罰款。歐盟正式對 Google 展開調查程序之個案共計有三件：(1)2016 年 4 月 20 日 Google Android 搭載模式。(2)2016 年 7 月 14 日 Google 比價購物服務。(3)2016 年 7 月 14 日 AdSense 廣告業務。其中第二案歐盟已於 2017 年 6 月結束調查，最終作出裁處 24 億 2 千萬元之決定。時隔一年，2018 年 7 月歐盟對於第一案也完成調查，並認定 Google 違法作出裁處 43 億 4 千萬元之決定。然而這並非歐盟第一次對 Google 處分，很可能也不是最後一次。

另一巨頭 Facebook 在 2018 年 3 月中公告因「劍橋分析」(Cambridge Analytica) 公司及其關係企業「戰略溝通實驗室」(Strategic Communication Laboratories; SCL) 過去數年間利用串接 Facebook 平臺的心理測驗程式，違法取得使用該心理測驗及



其朋友圈使用 Facebook 的資料，超過 8,000 萬用戶受到影響。引起國際矚目的原因在於，這些社群使用資料的分析與利用，已經遠超出政府與民眾所能容忍的範圍，甚至可能影響一國的總統選舉結果這。如同 Google 這般 Facebook 已非第一次被處分，難保不會有下一次。假若有一天握有我們個人資料的「老大哥 Big brother」平臺業者，「故意貿然販售」或「過失不當外洩」我們的個資，我們應當如何補救與處置者其不法性，及應課予平臺業者何種義務責任。

總的來說，雖然我國公平會與個資主管機關，尚未如上述歐、美國家有解決平臺適法適用問題之急迫性，然而隨著平臺經營多元及無邊界特性，公平會與個資主管機關日後勢必將會面臨與處理相關問題。如同近年跳蛙式般發展互聯網的中國大陸，意識到此類問題遂於 2017 年 8 月成立「杭州互聯網法院」，筆者再加以追蹤「奇虎 360／騰訊控訴案」以瞭解中國大陸在其反壟斷法規制下，有無較為獨到與影響深遠之看法。是故，實有必要就平臺之競爭法與個資等相關議題，建立初步之執法方向，藉由參考美國與歐盟實務執法經驗提出相應對策，輔以學理分析，探詢其中可能之矛盾與缺失，並歸納論述與說理，以資我國參考。

### 第三節 研究方法

本文採社會科學研究法之「文獻分析法」及「案例與判決分析法」合併運用，在文獻分析上，廣泛蒐集國內、外討論之平臺經濟、雙邊市場、競爭法、公平交易法、隱私權、個人資料保護法等法規，以及博碩士論文、期刊論文、專門書籍、研討會資料、政府刊物、學術著作、網頁資訊等文獻資料後，以比較法學為研究方法，加以統整、分析，進一步整理出截至目前學界與實務界，對本文主題的見解與看法。

考量執法經驗的豐富程度，國外文獻資料蒐集，以發展網路科技產業成熟的國家：世界兩大經濟體美國與歐盟為主要標準。參照其關於競爭法、隱私權、個人資料保護法等法規之學說發展與實務累積，對於我國主管機關未來處理相關案件，提



出處理方式參考，以作為我國法制之建議與借鏡。



## 第四節 論文架構

為求本文議題探討之通順及完整性，將論文架構分為五章節。架構如下：

第一章「緒論」，本章係對本論文內容做概略性指引，介紹議題研究之動機與目的，劃定研究之方向與方法，以及論述的鋪陳脈絡，為正文開展做準備。

第二章「平臺經濟導論」，介紹平臺經濟學，將相關定義與介紹，做一完整介紹，例如：三要素、補貼模式運作方法。

第三章「平臺經濟之競爭法規範」，為平臺經濟與競爭法之交會下，所發生的市場界定、傳統相關產品市場、商品市場與地理市場之界定；假設性獨占者檢測法、公平會對於相關市場界定之處理原則、獨占力理論、市場力分析、零元市場結構、線上平臺市場界定、Google、奇虎 360／騰訊控訴案，和 Facebook 分析等。

第四章「平臺經濟之隱私權保護」，探討平臺經濟與隱私權之交織互動，並進入隱私權、平臺隱私問題、直接與間接識別，並以 Facebook 社群平臺為例、以及 Google 搜尋引擎為例。

第五章「結論」，為全文之總結，統整本論文所論述的各大主題，總結研究對於平臺經濟與競爭法、隱私權為的想法，並對我國實務處理此類問題提出相關的執法建議。

## 第二章 平臺經濟導論



### 第一節 平臺概念介紹

#### 第一項 平臺之定義

平臺 (Platform) 連結一個以上群體，達成彼此溝通與交易，進而增加平臺使用者以創造價值，完善的平臺通常可以減輕資訊不對稱、減少搜尋與溝通成本，並且促進資訊分享。

經濟學家 Jean-Charles Rochet 與 Jean Tirole<sup>1</sup>所提出的雙邊市場理論指出：「市場上存有相互依賴的兩種不同類型的使用者，共同透過某個平臺或機構進行互動，平臺的目的在於媒合使用者以創造最大的價值並藉此獲利，例如：作業系統軟體、入口網站、媒體產業、信用卡交易支付系統、網際網路...等，都具有雙邊平臺的性質。」<sup>2</sup>

「當存在外部性時，平臺業者對每筆交易向買方收取  $aB$  的費用、向賣方收取  $aS$  的費用時，平臺交易數量  $V$  受總價格水準  $a = aB + aS$  的影響，若該總價格在買賣雙方間重新分配並不敏感時，則該雙方相互作用的市場為單邊市場；反之，當  $a$  維持不變，平臺交易數量  $V$  隨著  $aB$  改變而改變，該雙方相互作用的市場則為雙邊市場」。<sup>3 4</sup>

平臺一般又可稱市場 (Platform = Market)，其包含單邊市場 (Single-sided

---

<sup>1</sup> 2014 年 10 月 13 日瑞典皇家科學院宣布法國籍的 Jean Tirole 教授，獲得了 2014 年諾貝爾經濟學獎。T 氏以研究大企業的市場力量，和競爭政策管制，成為首位該領域獲獎之經濟學家。

<sup>2</sup> Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition In Two-Sided Markets*, 1(4) JOURNAL OF THE EUROPEAN ECONOMIC ASSOCIATION 990, 991-94 (2003), available at <http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>。

<sup>3</sup> *Id.* at 994-1012.

<sup>4</sup> 同前揭註 2、3，其透過複雜之計量運算處理，定義推導出單邊市場、雙邊市場。

market)、雙邊市場 (Two-sided market) 或多邊市場 (Multi-sided market)，平臺則是此三種類別市場的廣義統稱。現存文獻以雙邊平臺的討論最多，故後文中除非專門指出，提及的平臺均係指雙邊平臺。由於多邊市場具有網路外部性的特性，平臺要取得成功必須使市場存在多邊，並需非常關注商業模式 (或訂價)，在整體獲利的同時，努力追求多邊使用者參與平臺以期成長。

當處於一個單邊市場上，我們可以理解到使用者們都會在「同一邊」，並且扮演同樣的角色以達成相同目標，例如：社群網站中的每位使用者；而當處在一個多邊市場上，分散在「多個邊」的使用者們，將會扮演不同角色以達成各自目標，例如：C2C 拍賣市集的買方與賣方，以及內容產業的三邊平臺 (如圖 2-1)。

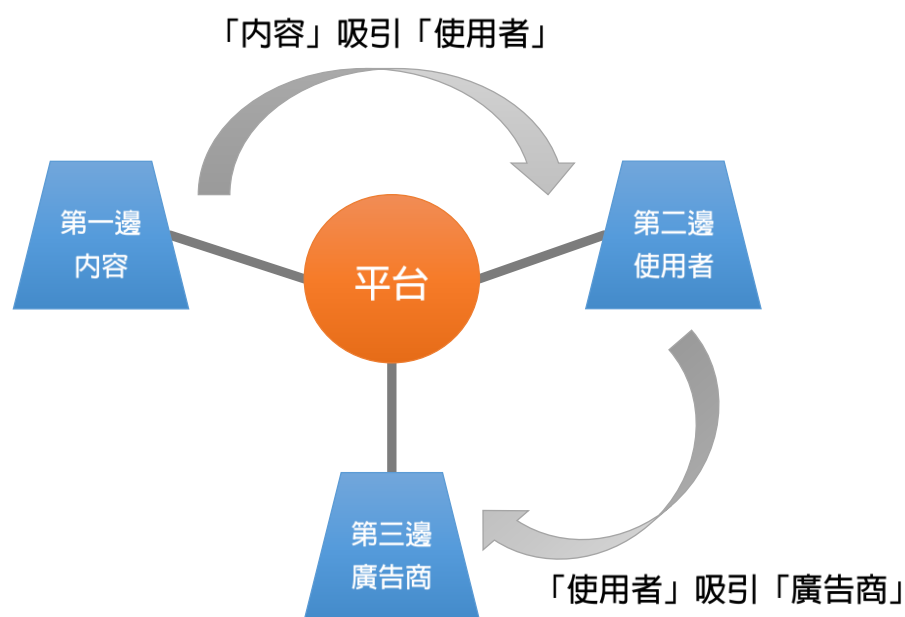


圖 2-1 內容產業的三邊模式平臺架構圖

(資源來源：本研究繪製)

## 第二項 平臺的分類



## 一、Evans 區分之三種類型

學者 Evans 根據平臺屬性的不同，概分類如下：

- (一) 市場創造者 (Market Makers—媒合賣方及買方)：主要在促進交易的達成，將對交易感興趣的兩個不同群體匯聚起來，提高了接觸匹配的可能性，並降低了搜尋成本，其常見代表產業為房屋仲介、租屋網站、拍賣平臺、出版商、人力銀行...等等<sup>5</sup>。
- (二) 觀眾創造者 (Audience Makers)：主要是媒體產業，包括電視、報紙、網站等，平臺所提供的內容由自行製作或是向其他廠商購買或取得授權，這些內容主要是用來吸引更多的觀眾和讀者，這樣廣告業主才願意到平臺去做廣告<sup>6</sup>。
- (三) 需求協調者 (Demand Coordinator)：此類別的平臺並不以促成交易為主要目的，而是在提供兩個以上群體具網路效應的服務或產品，包括軟體、作業系統，支付卡體系等，雖不進行交易但協調了用戶的需求以避免重複成本<sup>7</sup>。

## 二、Filistrucchi 區分之兩種類型

Filistrucchi 等四位<sup>8</sup>學者將平臺區分為交易型和非交易型。

交易型平臺需要平臺參與者產生了交易，才能產生「跨邊網路外部性」或者「使用外部性」(Usage Externality)，例如：菜菜市場裡，菜販和市場管理部簽訂了攤位租賃合約，但是菜販與市場管理部並沒有產生外部性，只有真正在市場交易的菜販與客人，才會有外部性產生。

---

<sup>5</sup> Evans, David S., *Defining Markets that involve Two Sided Platforms*, in PLATFORM ECONOMICS: ESSAYS ON MULITI-SIDED BUSINESS 73, 80-81 (David S. Evans ed. 2011).

<sup>6</sup> *Id.* at 85-88.

<sup>7</sup> Evans, David S., *Some Empirical Aspects of Multi-Sided Platform Industries*, in PLATFORM ECONOMICS: ESSAYS ON MULITI-SIDED BUSINESS 30, 33-34 (David S. Evans ed. 2011).

<sup>8</sup> Filistrucchi, Lapo and Geradin, Damien and van Damme, Eric and Affeldt, Pauline, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC DISCUSSION PAPER NO. 2013-009; TILBURG LAW SCHOOL RESEARCH PAPER NO. 09/2013. 4 (2013).

非交易型平臺中，用戶一經加入平臺，即產生「跨邊網路外部性」，或者「會員外部性」(Membership Externality)，例如：線上交友平臺之用戶只要一經加入註冊，即便尚未開始使用平臺，其「跨邊網路外部性」已經發生，此時平臺男女方雙邊使用者，開始滾動拉升其他人的參與。

### (一) 交易型雙邊市場

特點是兩邊使用者間存在可測得的交易，例如：信用卡交易、虛擬市場中購物平臺（例如：pchome、yahoo 奇摩購物）、拍賣平臺（例如：蝦皮、露天、yahoo 奇摩拍賣）的交易。在這類交易型雙邊市場中，平臺可以向雙方收取費用，還可根據測得的交易額向雙方收取交易費，甚至可以同時收取這兩類費用，例如：信用卡組織，商家和持卡人都需要繳納註冊費，而且每筆交易商家還需要根據交易額繳納手續費。<sup>9</sup>

#### 【交易型雙邊市場】

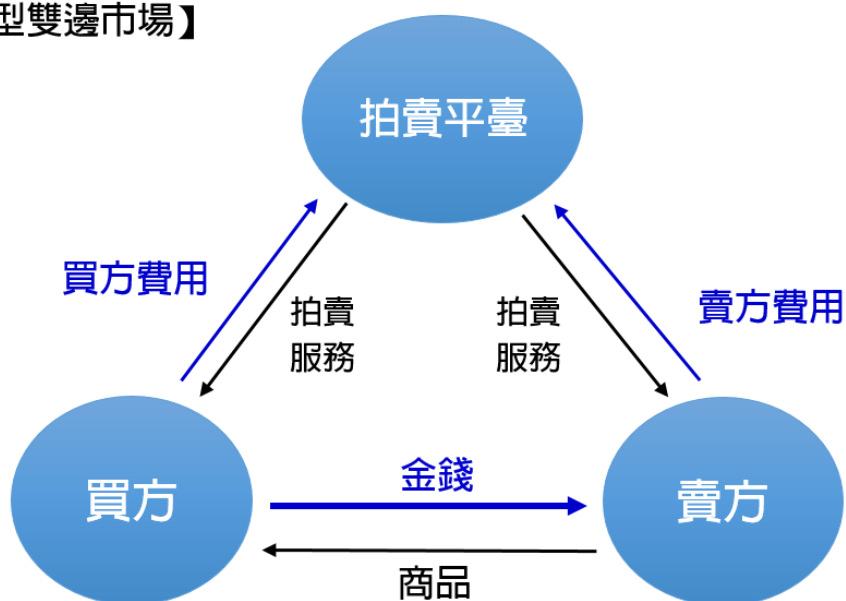


圖 3-1 交易型雙邊市場例示圖<sup>10</sup>

### (二) 非交易型雙邊市場

<sup>9</sup> *Id.* at 7-8.

<sup>10</sup> *Id.* at 7.



兩邊使用者間不存在交易，或交易無法測得，例如：大部分報紙、雜誌和以廣告為收入來源的互聯網平臺。在這類雙邊市場中，平臺無法根據交易收取費用，僅能向雙方收取預定費。<sup>11</sup>

**【非交易型雙邊市場】**

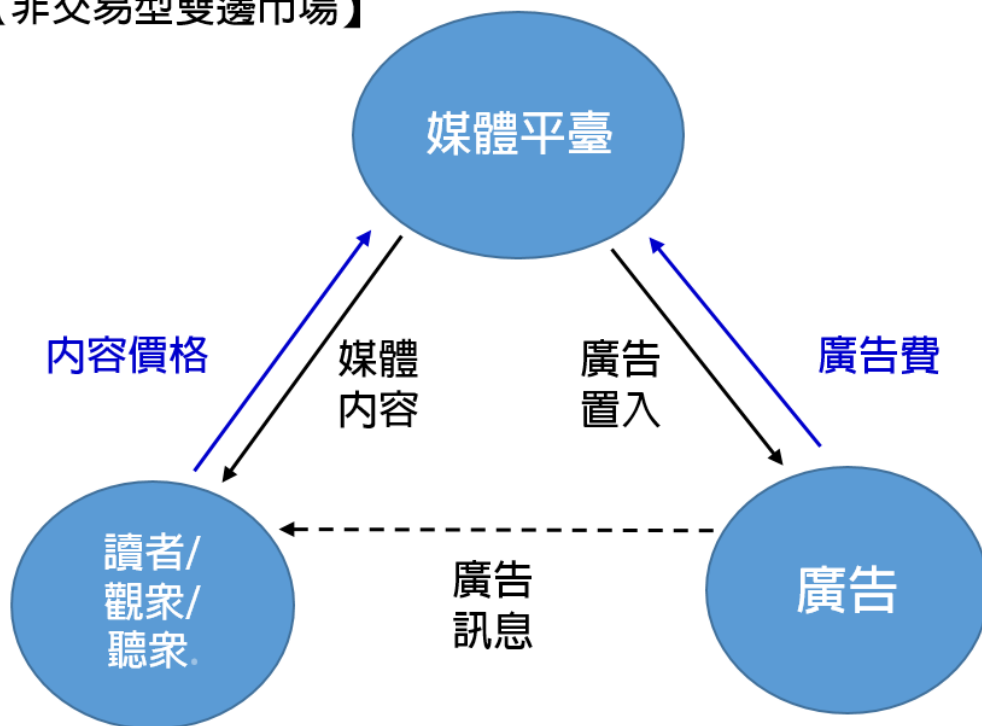


圖 3-2 非交易型雙邊市場例示圖<sup>12</sup>

(三) 交易型+非交易型雙邊市場

除收費方式不同外，交易型雙邊市場和非交易型雙邊市場在兩邊使用者的替代性上也存有差異。前者對於替代品的認知是一致的，後者對於替代品的認知並不一致。

<sup>11</sup> *Id.* at 8-9.

<sup>12</sup> *Id.* at 6.



### 【多邊平台 Google，活躍於交易型雙邊及非交易型市場】

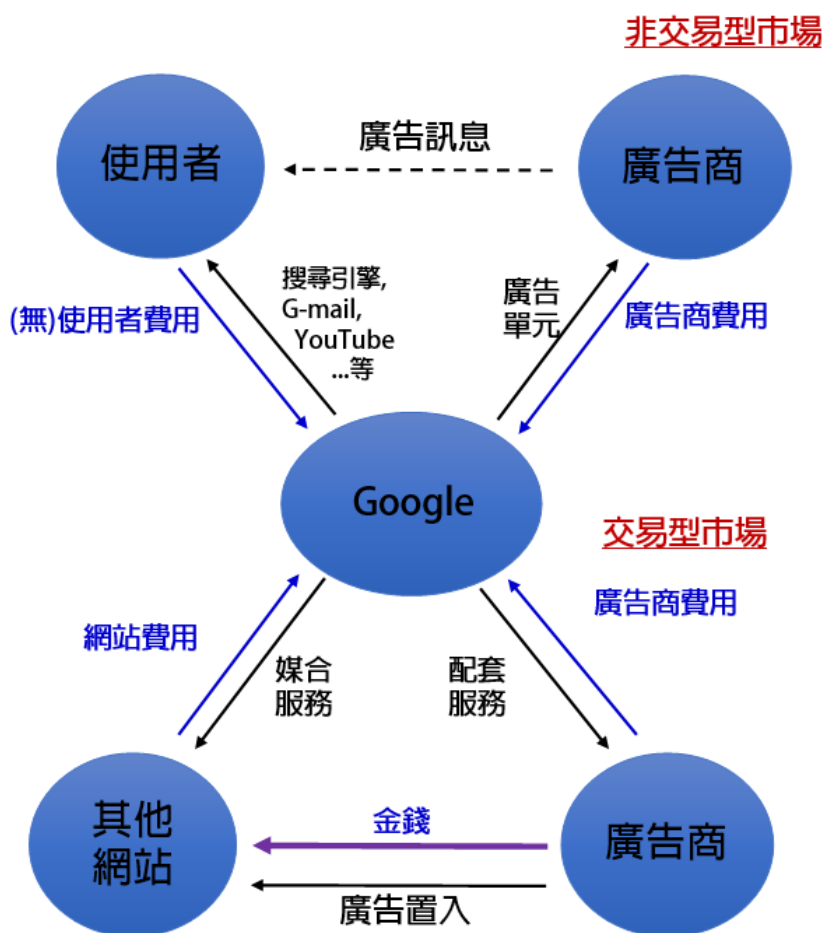


圖 3-3 以 Google 為例－交易型＋非交易型雙邊市場例示圖<sup>13</sup>

### 第三項 平臺三要素特性

#### 一、兩使用者群體 (Two Groups of Consumers)

雙邊平臺的第一個基本元素是存在兩個不同的使用者群體，它們在某種程度上彼此需要，並且依賴平臺作為交易媒介，平臺同時向這兩組使用者群體提供商品或服務。<sup>14</sup>例如 sony 遊戲機提供了軟體程式碼，毋需遊戲開發者自己開發撰寫所

<sup>13</sup> *Id.* at 17.

<sup>14</sup> OECD, (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT), *TWO-SIDED MARKET* 23, 29 (2009), available at <http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>



有程式碼，並為使用者提供了一個標準的環境來運作遊戲；一個免費的電視頻道提供內容吸引收視戶，電視頻道擁有觀眾後向廣告商出售收視戶的存取權，該平臺降低了廣告商投放的成本，並可有效將廣告直達收視觀眾。<sup>15</sup>

「雙邊」就像是積木最基本的建構單位，是所有平臺最根本的基礎。再複雜的平臺架構，再複雜的生態圈、或是該企業擁有多少邊的群體，最基本的構成元素都如出一轍：就是以基本的雙邊建構而成。換言之，就算一個平臺可能同時擁有四、五個邊的群體，分析根基仍舊不變。

典型的平臺連結了兩個不同的群體，例如：露天拍賣的「買家」與「賣家」、人力銀行的「徵才方」與「求職者」，或是線上出版平臺-起點中文網的「作家」與「讀者」。也有平臺跨足三方不同群體，例如 Yahoo!奇摩提供資訊搜尋服務給網友，讓他們能夠方便有效地接觸到無數的「內容網站」，整合網路上的資訊，藉以吸引「廣告商」投入。更為複雜的平臺建構的生態圈，包含了四、五個群體甚至更多，如 Google 不但擁有搜尋引擎，還凝聚了軟體開發商、手機製造商、手機使用者，與對網路文書工具有需求者等各方群體。<sup>16</sup>

網際網路互聯網的興起，打破原有的科層組織結構，使社會變得更加「去中心化」，由平臺模式建構而起的生態圈，也不再是單向流動的價值鏈，不再僅由一端代表供應成本、另一端代表收入。對於平臺商業模式而言，每一邊都可能同時代表收入與成本，而每一邊的使用者也可能都在等待另一邊的使用者先來報到；因此平臺需要同時制定能夠納入多邊群體的策略，討好每一邊的使用者，才能真正有效地壯大市場規模。

---

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> 陳威如、余卓軒 (2013)，《平臺革命：席捲全球社交、購物、遊戲、媒體的商業模式創新》，頁 50，台北：商周。



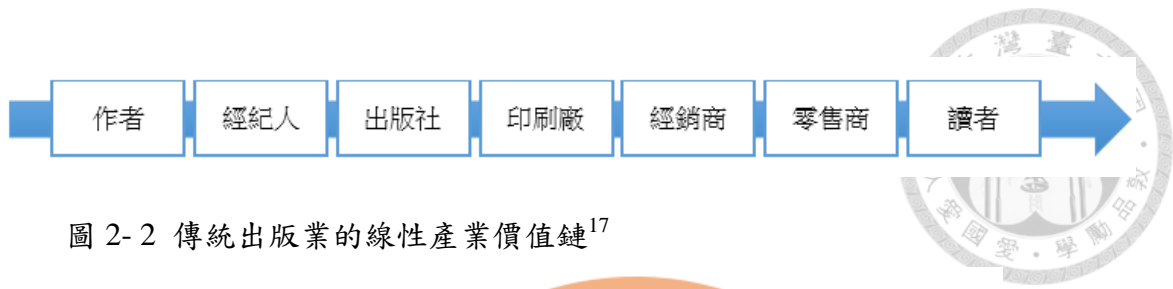


圖 2-2 傳統出版業的線性產業價值鏈<sup>17</sup>

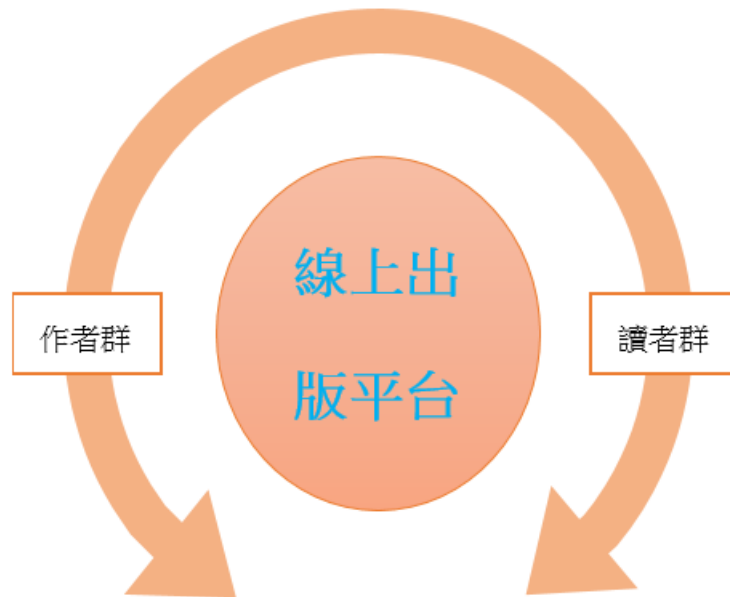


圖 2-3 線上出版平台「彎曲」了傳統出版業之價值鏈<sup>18</sup>

## 二、跨邊的間接網路效應（Indirect Network Effects across Groups）

雙邊平臺的第二個基本要素是在使用者群體中存在間接外部性，這表示一方使用者從平臺上實現的價值，伴隨另一邊使用者數量的增加而增大。<sup>19</sup>特徵有二：  
1. 廠商為不同的使用者提供多種產品。2. 產品的價值取決於其他產品的需求。

在「直接網路外部性」市場，顧客對於一產品主要的考量為使用相同產品的顧客群（例如：電話或傳真機）；在具有「跨邊的間接網路效應」市場，平臺一邊的顧客對於產品的主要關注，為平臺另一邊其他產品的顧客群基礎<sup>20</sup>，例如：廣告商

<sup>17</sup> 陳威如、余卓軒，前揭註 16，頁 36。

<sup>18</sup> 陳威如、余卓軒，前揭註 16，頁 37。

<sup>19</sup> See OECD, *Supra* note 14, at 29.

<sup>20</sup> Yuxin Chen & Jinhong Xie, *Cross-Market Network Effect with Asymmetric Customer Loyalty: Implications for Competitive Advantage Marketing*, *Science* 26 (1), 52 (2007), available at [http://bear.warrington.ufl.edu/xie/publications/2007\\_cross%20market%20one\\_chen%26xie\\_mkts.pdf](http://bear.warrington.ufl.edu/xie/publications/2007_cross%20market%20one_chen%26xie_mkts.pdf)

看重的是報紙發行人可觸及多少讀者，決定要不要購買廣告刊登。

在「間接網路外部性」市場（例如：電腦軟硬體），購買硬體的顧客數量增多，連帶的在硬體上運作的軟體需求會隨之增加，從而導致市場中軟體種類多樣化，提高所有購買軟體顧客的利益。此市場中，這些性質不同的產品通常由不同廠商提供，由相同的顧客群購買。反之，在前述「跨邊間接網路效應」市場，則由同一廠商提供不同產品，但卻是銷售給不同的顧客群。<sup>21</sup>

決定一個雙邊市場的規模與發展狀況的因素有很多，一般來說，雙邊市場的最大問題就是所謂的「雞生蛋，蛋生雞」（chicken and egg）的問題<sup>22</sup>。以線上出版商為例，當平臺讀者愈多，想加入平臺成為合作對象的作者或著作權人就愈多；而當授權數位書籍的作者或著作權人愈多時，願意到該平臺消費的人數也會遞增。使用者與著作權人的數量，便如滾雪球般，彼此增長，越來越多。

顧客群體越大，雙邊市場的報酬率越高，顧客報酬率也越高，亦即所謂具有「規模經濟（economies of scale）」，或稱「規模報酬遞增（increasing returns to scale）」，如此彰顯了「大者恆大」之特質。

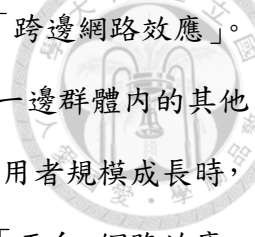
#### （一）網路效應探討

使用者接觸平臺的瞬間，便被多種精心策劃的機制所包圍，這些機制的目的就是吸引他們入駐到平臺內，與其他使用者互動，並且長久使用不想離去。以環環相扣的機制所建立的體系，更能達到有層次且循序漸進的多重目標。如何設計適合自己的產業與服務群體的整套機制體系是門艱深的藝術，這其中的成敗關鍵便是如何運用「網路效應」。

---

<sup>21</sup> Id.

<sup>22</sup> See Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Supra* note 2, at 990.



「平臺模式中的網路效應包括兩大類：「同邊網路效應」與「跨邊網路效應」。前者指的是，當某一邊市場群體的使用者規模成長時，將影響同一邊群體內的其他使用者所得到的效益，而「跨邊網路效應」指的是某一邊市場的使用者規模成長時，將影響另外一邊群體使用該平臺所得到的效益。效益增加則稱為「正向」網路效應，效益減少則稱為「負向」網路效應。通常平臺所設的機制，都是為了激發網路效應的「正向循環」。」<sup>23</sup>

「雞與蛋問題的破解是平臺極大障礙，一個成功的平臺需要讓雙邊都同時存在，其需要有足夠的雙邊為每一個人創造足夠的價值。例如：除非有足夠的買家吸引賣家；和足夠的賣家來吸引買家，否則買家和賣家之間的交易就不會成功。對於市場交流來說，這一原則通常被稱為具有足夠的「流量」，並且對平臺是有用的。若想成為成功的平臺，就必須達到關鍵的流量。」<sup>24</sup>例如：婚姻媒合必須有足夠多的男人和女人、信用卡系統必須有足夠的持卡人和商家採用信用卡、電玩遊樂器必須有足夠的遊戲玩家和遊戲軟體開發商。

間接網路效應是平臺的一個重要議題，如果一邊有更多的使用者，那麼另一邊的使用者會更看重平臺的服務。這就是為什麼平臺需要大的流量原因，也意味著流量越大越好，也將會比競爭對手更有價值。平臺盡可能從各邊獲得增長的使用者，同樣地若阻止競爭對手的間接網路效應並阻止其影響力，可使競爭對手業務出現困難<sup>25</sup>，因此平臺鎖定重要使用者是極為常見的，這樣做有助於獲取關鍵的流量以擴大平臺。

---

<sup>23</sup> 陳威如、余卓軒，前揭註 6，頁 56。

<sup>24</sup> Evans, David S., Competition and Regulatory Policy for Multi-Sided Platforms with Applications to the Web Economy. CONCURRENCES, No. 2, 9-10 (2013).

<sup>25</sup> Id.

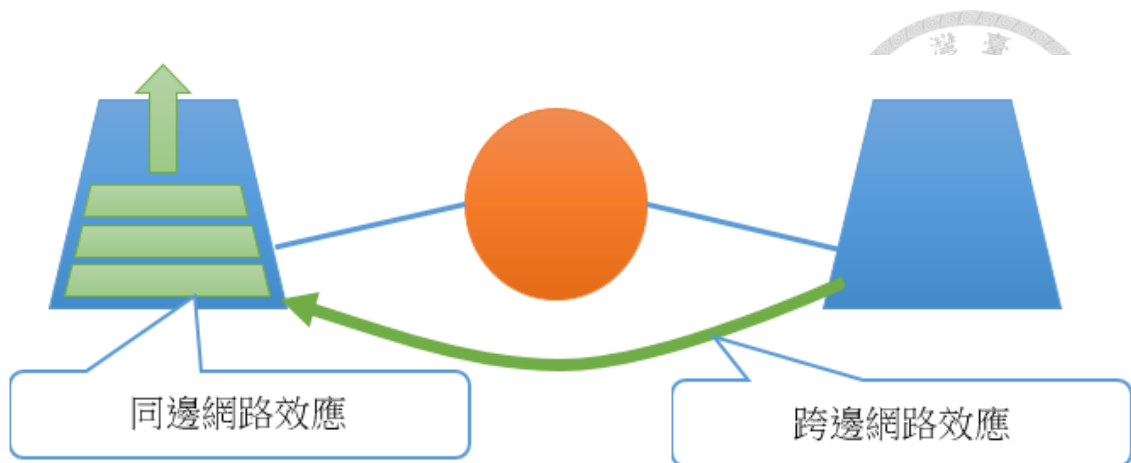


圖 2-4 同邊 VS.跨邊網路效應

(資源來源：本研究繪製)

### 三、價格結構非中立性 (Non-Neutrality of the Price Structure)

#### (一) 價格結構非中立性

平臺可以透過向一邊收取更多的費用來影響整個平臺雙邊交易的數量，由於價格結構的問題，定價必須設計完善，以確保雙邊能同時存在。使用者間的定價差異，必須是雙邊無法直接補償或支付利益給對方，也就是使用者無法直接互相得到的好處。由於雙邊使用者之間貨幣無法直接轉移<sup>26</sup>，又雖或貨幣移轉技術上可行，但由於交易成本的考量，而阻止了直接支付給對方之結果<sup>27</sup>。也由於價格結構的非中立性，平臺業者往往會採取對一方收費後，再向它方補貼之政策，因此兩者關係也是筆者欲探討對象。

#### (二) 補貼方與被補貼方

雙邊平臺代表兩組群體被視為兩個不同的市場，而這兩個市場都可能帶來收益、或者產生支出。雙邊平臺賦予平臺在訂價方面的彈性，其可補貼某一邊群體，

<sup>26</sup> 平臺居於雙邊使用者之間，通常亦採取雙邊使用者資金暫時收/付之措施，以維護交易安全，又稱第三方支付。依照我國電子支付管理條例，金管會目前共允許專營業者為：歐付寶（歐買尬及原歐付寶第三方支付）、智付寶（智冠）、橘子支付（遊戲橘子）、ezPay 台灣支付（藍新科技，前身為ezPay 個人帳房）、支付連（PChome Online 網路家庭）、街口。

<sup>27</sup> See OECD, *Supra* note 14, at 29.

催化其使用者數量的成長，進而吸引另一邊群體支付更多的費用。當平臺為一邊市場提供費用補貼時，這一邊的市場即為「被補貼方」；反之另一邊的群體若足以持續帶來收入，且願意付費給平臺，這一邊則稱為「付費方」。



淘寶網、eBay、露天拍賣等電子商務平臺上的「賣家」就是「付費方」。賣家可以透過支付額外費用，取得多項增值服務，包括讓自己的商品出現在更顯眼的地方、取得更高的曝光率…等。「買家」則是「被補貼方」，不需付錢便能登入平臺，瀏覽上千萬個商品，輕易找到自己所需。另一例子是求職平臺，例如：1111、104、或 518... 等人力銀行線上平臺，提出「求才」的往往是各大企業用戶，即平臺的「付費方」，必須支付會員費用才能刊登職缺；「求職」「找工作」的用戶則是「被補貼方」，不需要花錢便能上傳自己的履歷表，給有徵才需求的企業，獲取工作機會<sup>28</sup>。

#### 第四項 平臺補貼五項原則

補貼的概念是平臺對某一方群體提供免費（或者普遍低於市場價格）的服務，藉以吸引該群體的成員入駐自己的生態圈，並以此為籌碼，吸引另方群體。

平臺究竟該將哪一邊市場群體設定為付費方，哪一邊設定為被補貼方，其策略參考依據，通常係按平臺五項原則。

##### 一、價格彈性（Price Elasticity）

「彈性（elasticity）是一種「反應程度」的指標。價格彈性（price elasticity）則是衡量由價格變動所引起的數量變動之敏感度的指標。」<sup>29</sup>

價格彈性是個體經濟學概念，可理解為：當商品或勞務的價格改變時，消費者

<sup>28</sup> 陳威如、余卓軒，前揭註 16，頁 69。

<sup>29</sup> 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏（2016），《經濟學：理論與實際（上冊）》，七版，頁 99，台北：翰蘆。



願意購買的數量影響。價格彈性反應較高時，指當價格上漲時，消費者購買數量會減少；反之，價格下跌時，消費者購買數量會增加，這意謂著消費者的敏感度較高。

當平臺調漲價格時（例如：會員月費、交易手續費、加值服務費等），價格敏感度高的一邊，流失量會變得特別嚴重，而當平臺的價格調降時，價格敏感度高的一邊很容易被激發網路效應，並會一窩蜂地湧進來。是故價格彈性高的一邊，適合作為「被補貼方」，只要為他們提供優惠甚至免費的服務，便能夠吸引大批群體進入平臺生態圈。

相反地，價格彈性反應較低，代表對價格改變的敏感度亦較低（再怎麼漲跌，都沒有感覺）。平臺的價格變動時，對該用戶群體的數量增減，無法產生顯著的影響。亦即不論平臺調漲或調降價格，對於價格彈性低的一邊不會出現大幅度的變動。此群體適合設定為「付費方」，向其收取費用，不會造成人數過度流失。

通常個人用戶的價格彈性高，適合當成「被補貼方」；企業用戶的價格敏感度相對較低，適合當成「付費方」。例如：信用卡體系向商家收取 1% 至 3% 不等的佣金，並補貼持卡人使其多數情況下無須支付手續費、Google 搜尋引擎從廣告商賺取營收，進而補貼給用戶免費使用各項功能。<sup>30</sup>

## 二、邊際成本 (Marginal Cost)

邊際成本 (MC, marginal cost) 指每增產一單位產品時，總成本的增加額。<sup>31</sup>

雙邊平臺中若某邊用戶數量成長時，當這些新用戶所產生的邊際成本仍能維持在低水準，該群體就適合作為「被補貼方」，例如：蝦皮拍賣平臺上的「買方」，每增加一位買方使用者，並不會產生過多額外成本；反之，若用戶數量成長時，將

---

<sup>30</sup> 陳威如、余卓軒，前揭註 16，頁 71-72。

<sup>31</sup> 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，前揭註 29，頁 168。



產生高邊際成本的一邊，則適合成為「付費方」，例如：蝦皮拍賣平臺上的「賣方」，每增加一位賣方使用者，平臺需要專人處理其運費設定、賣場設定、金流設定、商品設定，以致於產生額外許多成本。<sup>32</sup>

通常數位商品的重製成本較低，甚至趨近為零（例如：Line、Skype 等通訊軟體、Gmail、MSN 等電子郵件，或 Facebook、Twitter、IG 等社交網站），在建構平臺時雖然必須花一大筆錢，但後續加入的會員邊際成本極小，其網路效應亦相當龐大。

### 三、同邊網路效應（Same-Side Network Effect）

「正向」同邊網路效應代表，當越多屬於此群體的人加入平臺，每位用戶的效益都會增加，進而吸引更多同屬該群體的使用者加入<sup>33</sup>。「負向」的同邊網路效應則表示，該群體的使用者之間會有相互排斥的作用；越多人加入，反而會降低其他人加入的意願（例如：塞車）。

當平臺某一邊群體擁有正向的同邊網路效應時，作為「被補貼方」是最為理想的情況，理由是一旦平臺提供補貼，便能有效地引誘其爆炸式的速度加入，產生驚人的增長。以社交網站為例，用戶間的同邊網路效應異常強大，而且是正向的，人們會因為朋友加入而跟著加入，假使對其收費，用戶流量的成長將受重創，嚴重者還可能流失用戶。若對此群體收費，會讓使用者成長減緩，無法實現網路效應帶來的加值性。

倘若平臺某一邊群體的同邊網路效應為「負向」時，企業反而可以將這種用戶排斥的特性，轉換為獲利機制，讓有支付能力的使用者出大錢，購買排他性的地位。

<sup>32</sup> 陳威如、余卓軒，前揭註 16，頁 72-73。

<sup>33</sup> 如本文探討「同邊直接正向網路外部性」：當某一邊市場群體的使用者規模成長時，將影響同一邊群體內的其他使用者所得到的效益。例如：電話、手機、社群使用者。

例如：Google 搜尋引擎的競價排名（Bidding Rank）關鍵字廣告，搜尋結果顯示的頁面有篇幅限制，廣告商便願意出高價以爭取曝光機會，及阻礙競爭者的廣告曝光。職是之故，當某一邊群體擁有「負向」的同邊網路效應時，則應視為「付費方」來擬定訂價策略。<sup>34</sup>

#### 四、多邊棲息能力（Multi-Homing Ability）

若平臺某一邊群體能輕易在數個相似的平臺中「棲息」，亦即該群體轉換平臺的代價並不高，那麼想向他們收費將有相當的難度。這類群體可以輕易跳槽到費用更低的平臺，甚至引發各平臺間的惡性降價，其較適合成為「被補貼方」。另外，若某個群體多邊棲息的可能性較小，也就是轉換平臺的成本相對較高，那麼他們就適合成為平臺的收入來源，也就是「付費方」。

若要讓已經累積相當多親朋好友數量的 Facebook 臉書使用者，轉換到其他社群平臺（例如：跳槽到谷歌 Google+、Tumblr、Instagram、Twitter、Snapchat、Linkedin），其將會失去所有已經在 Facebook 臉書上的好友<sup>35</sup>；又或者 Yahoo! 奇摩拍賣裡的賣家，假設已從過去的交易中累積了數萬筆的正面評價，若要其換至其它平臺經營賣場（例如：跳槽到露天拍賣），他們將失去所有累積至今的信譽和名聲。所以他們寧可選擇付費，也要持續在 Yahoo! 奇摩拍賣裡經營賣場，當然也有可能多邊棲息，亦即同時存在於不同平臺。

#### 五、收費簡易度（Easy of Collection）

當平臺同時存在容易收費，以及很難收取費用的兩邊時，若單純以收費簡易度來判斷，則應向容易收費的那一邊群體進行收費。例如：Google 搜尋引擎若想對

---

<sup>34</sup> 陳威如、余卓軒，前揭註 16，頁 73-74。

<sup>35</sup> 在臉書爆發一連串隱私權爭議後，其營運長 CFO 曾經表示將依照使用者付費原則，來向「臉友們」收取費用以維持營運，並減少第三方 app 業者策略聯盟，以減低疑慮。按多邊棲息理論，筆者認為向臉書使用者收費似乎可行。



全世界的每一位用戶收費，光是統計和經營成本就難以估量，真的並非易事，相較之下，集中向廣告商收費就簡單多了。



表 2-1 被補貼方與付費方的比較表

平台補貼五項原則	被補貼方	付費方
價格彈性 (Price Elasticity)	高	低
邊際成本 (Marginal Cost)	低	高
同邊網路效應 (Same-Side Network Effect)	正向	負向
多邊棲息能力 (Multi-Homing Ability)	高	低
收費簡易度 (Ease of Collection)	困難	容易

(資料來源：本研究彙整編輯)

## 第二節 平臺經濟之起源與發展

### 第一項 平臺經濟起源

「平臺經濟是指一種虛擬或真實的交易場所，平臺本身不生產產品，但可以促成雙邊或多方供求之間的交易，收取恰當的費用或賺取差價而獲得收益的一種商業模式。」<sup>36</sup>

平臺的概念並非只出現於近代，歷史上此模式已存續千百年且不斷被運用，其是人類社會中最具價值且有效的商業策略。「西元一千一百年前，中國大陸已出現專門為男性和女性配對之媒人服務，為其找到合適婚姻伴侶；古希臘的穀物交易／

<sup>36</sup> MBA 百科，平臺經濟，載於：<http://wiki.mbalib.com/zh-tw/平臺經濟> (最後瀏覽日：03/15/2018)。

交換平臺；中世紀交易所也是如此。」<sup>37</sup>古代歐洲的「市集」，或者亞洲的「傳統市場」也是很好的例子：在許多大城裡的街道交接處，商家可以擺設自己的攤子，賺取來往過客的錢，但必須與該城市的主管單位（等同扮演平臺角色）共享利潤。

當市集的規模越大，就會有越多顧客前來，增長的人潮又會吸引更多商家進駐，不但促進販賣物品的多樣化，也在競爭之中提升了商家的品質。如此一來，人們就更喜歡逛市集，再次推動商家們更積極地參與。

## 第二項 平臺經濟發展

資訊科技革命使得平臺在全球經濟中的重要性日益顯著，1980 年代由於微處理器的快速改進和成本降低，以及大規模電腦軟體產品的開發，第一波軟體平臺的發展出現，使得使用者、應用程式開發商、硬體製造商群聚一起，其中微軟視窗作業系統是最為成功的，而蘋果的 MacOS 和開放原始碼的 Linux，也有著關鍵創新。第二波發展在 1995 年後，以商業互聯網發展，並且產生了各式各樣的平臺。其中包括廣告平臺（Google 谷歌和 Yahoo 雅虎），交易平臺（eBay 和 Amazon 亞馬遜），社交網路平臺（Facebook 和 MySpace），以及其他許多。事實上，隨著微處理器成本和通信成本的大幅降低，以及爆炸速度的加快，網路已成為平臺的自然場所。<sup>38</sup>

實體平臺正在被以軟體程式碼建立的虛擬平臺取代，虛擬平臺將成為未來幾年決策者越來越受歡迎的話題。受到間接網路效應和規模經濟的影響，這些企業往往會發展成優異地位，並以全球化為基礎。隨著越來越多的低科技產業被高科技企業所取代，平臺將變得更加普遍，集中程度也會增加。平臺的規模將會是有機式的成長，透過併購將使其成為監管機關的審查對象。政策制定者將重點放在平臺，不僅僅是因為它們巨大，還因為這些企業傾向於從事複雜的商業策略，因競爭引起的

---

<sup>37</sup> Wikipedia, 《Platform economy》, at [https://en.wikipedia.org/wiki/Platform\\_economy#Pre\\_Internet\\_era](https://en.wikipedia.org/wiki/Platform_economy#Pre_Internet_era) (last visited 03/15/2018)。

<sup>38</sup> Evans, David S., *Supra* note 24, at 2.

影響可能會難以解決。<sup>39</sup>

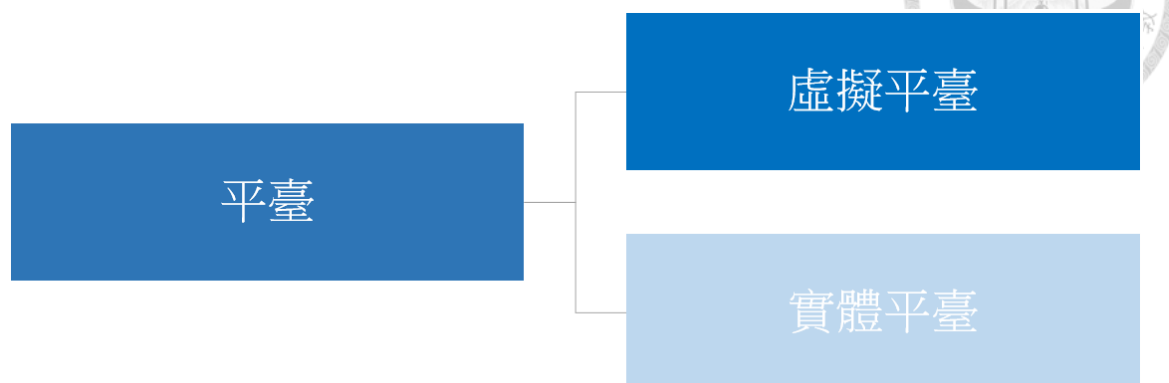


圖 2-5 平臺架構

(資源來源：本研究繪製)

時至今日隨著網路時代的到來，使得具有實體與虛擬兩種性質的平臺，產生更為聚焦定義：「平臺經濟係指透過數位平臺或線上平臺，以促進經濟與社會活動。此類活動不僅只於商業交易，也包括非商業性質，例如線上協力製作之維基百科。平臺的探討雖然有時包括實體平臺，但平臺經濟通常均指虛擬之線上網路平臺」<sup>40</sup>。

### 第三節 平臺的技術革命

線上平臺已成為國內經濟中最为普遍且表現突出的參與者，有些則迅速成為全球參與者。許多線上平臺為人們提供免費的內容或服務，以吸引他們的「關注」，然後向廣告商提供這些人的資訊。<sup>41</sup>這群關注者參與了動態競爭，他們不斷引入吸引注意力的新方法，複製他人使用的方法，說服人們進入他們的平臺。智慧型手機加速了動態競爭的步伐，也破壞了線上平臺創新的頻率。

<sup>39</sup> Evans, David S., *Supra* note 24, at 3.

<sup>40</sup> See Wikipedia, *Supra* note 37.

<sup>41</sup> Evans, David S., *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*. UNIVERSITY OF CHICAGO COASE-SANDOR INSTITUTE FOR LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER No. 753, 10 (2016).

## 第一項 從電腦到瀏覽器之革命



誠如前節第二項平臺經濟發展所述，第一波創新浪潮在 1990 年代中旬啟動了網路經濟。互聯網為世界各地的電腦提供了一個實體網路和標準，網路提供了一個框架和軟體技術來創建和連結這些電腦上的內容，瀏覽器提供了個人使使用者能夠使用 Web 內容的電腦。

企業可以使用這些技術在網站上提供內容和服務，並立即送達整個國家，甚至全世界。這樣做的成本相對較低，僅涉及編寫軟體、使用伺服器，以及連接到網際網路的少許費用。幾乎所有的內容、資料和處理工作都駐留在雲端上，使用者透過連接互聯網的個人電腦，再使用瀏覽器來存取網站提供的內容和服務。

1990 年代商業互聯網啟動後，網路業務和互聯網流量激增。許多全球性的線上平臺出現，例如：亞馬遜，eBay，Facebook，谷歌，PayPal，和雅虎。越來越快的寬頻交換線路，例如：同軸電纜，光纖線甚至銅線，使得全球性平臺發展和擴展極為快速。<sup>42</sup>

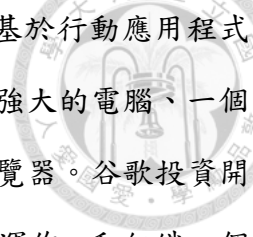
## 第二項 從移動裝置到 APP 之革命

1990 年代末期，行動電話在美國和其他國家被廣泛使用。然而，蜂巢網路無法夠快地攜帶足夠的資料，以致於人們無法使用手機上網。1990 年代中旬開始的蜂窩技術創新，提高了網路和移動裝置潛在的容量和速度，以便更好地利用這些更快更寬敞的寬頻技術。早在 2000 年代中旬推出的行動寬頻，許多公司開始投資開發智慧型手機的各種元件，包括數據機和處理晶片、作業系統和手機。

蘋果和谷歌的創新，特別是導致了智慧型手機在全球範圍內的傳播，使億萬人

---

<sup>42</sup> *Id.* at 11.



和數以百萬計的企業能夠使用基於互聯網的服務，為他們提供基於行動應用程式的服務。2007 年 6 月蘋果公司推出了 iPhone，其包含一台功能強大的電腦、一個 iOS 行動作業系統，和一組標準的 APP 應用程式，以及行動瀏覽器。谷歌投資開發了一個行動作業系統 Android，它作為一個開程式源碼專案運作，和組織一個手機開發製造商、行動網路營運商，和其他技術合作夥伴的生態系統，並在 2008 年 10 月推出了第一款 Android 手機。蘋果和谷歌還透過提供軟體工具為其作業系統開發應用程式，為這些應用程式創建品質認證流程，並創建「應用程式商店」，從而刺激了行動應用程式的生產，為開發人員派發應用程式和使用者，以在移動裝置上下載它們。

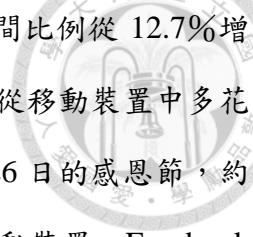
世界各地推出更快和更寬敞行動寬頻網路，以及成千上萬智慧型手機的新應用被廣泛採用，使得在許多方面改變了線上生態。人們可以隨時隨地使用行動寬頻網路上的智慧型手機存取互聯網，並且行動電話和通話方案比購買個人電腦和固定寬頻連線便宜得多。透過開發行動應用程式並將其派發到應用程式儲存區，企業提供億萬人們效益。應用程式可以利用手機的 GPS 功能，使得人們有可能知道個人在實體空間中的位置。網路和實體世界的深層融合，也衍生了「物聯網」的相關發展。<sup>43</sup>

### 第三項 從瀏覽器到行動裝置 APP 之移動

想在線上消費的使用者，以及想提供線上服務的企業，現在有了幾個新選擇。應用程式開發人員可以促成使用者，從他們自己的 PC 或行動裝置上的瀏覽器存取網站。不同的企業根據他們提供的內容和服務採取了不同的方法。從個人電腦移轉到移動裝置，或從使用網站到使用 APP 應用程式，都大大地改變了使用者的使用行為。

---

<sup>43</sup> *Id.* at 12.



美國在 2008 和 2015 之間，使用移動裝置在線上花費的時間比例從 12.7% 增加到 54.6%。商業活動從個人電腦轉移到移動裝置上，2014 年從移動裝置中多花費 57% 的購買金額，與 2010 年前無法相比。在 2015 年 11 月 26 日的感恩節，約有 60% 的網站存取流量是來自美國的移動裝置。廣告已轉向移動裝置，Facebook 在 2015 Q3 的手機上贏得了 78% 的全球廣告收入（相較於 2012 Q3 的 14%），預計這樣的趨勢將繼續下去。

在移動裝置上，人們通常使用 APP 應用程式來存取互聯網的服務，而不是使用瀏覽器來存取網站。行動裝置 APP 應用程式，佔了美國人在行動裝置上使用 APP 應用程式、或瀏覽器所花費近 90% 的時間。因此，人們使用 APP 應用程式在網上花費的時間比例，從 2008 年的低水準增加到了 2015 年的 54%。個人電腦使用者持續性地轉移到移動裝置，以及從瀏覽器轉移到 APP 應用程式，54% 這一比率可能會進一步再往上增加。

許多經濟發展初期階段的國家，個人電腦和固定寬頻的普及率很低，反而使得這些國家智慧型手機和行動寬頻網路的採用迅速增加，因為它更便宜進而成長更快。印度有超過 90% 的 Facebook 臉書使用者，以及 60% Amazon 亞馬遜的使用者，均透過移動裝置來存取。2014 年，印度領先的電子商務公司，包括 Flipkart 和 Snapdeal，從移動裝置中獲得了大部分商品的銷售額。<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> *Id.* at 13.

## 第三章 平臺經濟之競爭法規範



美國「FAAMG」(Facebook、蘋果、亞馬遜、微軟、Google)軟體巨擘幾乎掌握全球線上平臺的經濟發展，其致力提供更好的產品及服務，帶給我們生活上的便利。這群巨星級公司想方設法保護自身優勢，尚屬無可厚非，然而假使手段太過，將帶來抑制競爭及不公平競爭之隱憂。

其中 Google 和 Facebook 這樣的「非交易型平臺」<sup>45</sup>更是改變了全世界數十億使用者的生活方式，當我們在谷歌搜尋頁面查找資料，以及在臉書上幫好友的貼文按讚時，並未支付任何一塊錢給平臺，對我們而言是否真是無償的「零元」；以及在使用網站時，有無衍生隱私權等個資法律領域的問題，在在值得我們探討。筆者擬以 Google 和 Facebook 作為議題核心，加以探討進而貫穿本論文。

### 第一節 競爭法概述

#### 第一項 經濟基本法

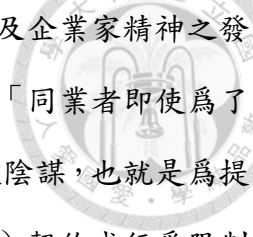
亞當·斯密 1776 年所著的國富論揭櫫自由放任經濟思潮，創造了資本主義的繁榮社會，闡述了市場上「一隻看不見的手」，說明了公私利調和理論，透過價格機制的導引，使得追求自利的個體行動能促進社會整體的效率：「屠夫、釀酒者和麵包師傅，並不是因為想到我們的晚餐要吃喝什麼，才去做這些東西；他做這些事時，其實只想到自己的利益。」<sup>46</sup>

然而在機會不均等的先天環境下，也形成了諸如財富集中，資源壟斷等等違背

---

<sup>45</sup> 詳細內容請參閱第二章第一節第二項 Filistrucchi 學者區分之類型；有別於「交易型平臺」(例如：購物網站、共享經濟網站)「非交易型平臺」使用者未支付金錢購買相關商品或服務。

<sup>46</sup> 維基百科，《國富論》，載於：<https://zh.wikipedia.org/wiki/國富論> (最後瀏覽日：04/28/2018)。



社會正義原則之經濟問題，不但影響經濟資源之使用效率，更損及企業家精神之發揮。「在國富論的另一個章節中，亞當·斯密亦做出如是之警語：「同業者即使爲了娛樂或解悶而集會，其談話內容往往會演變成對社會公眾的一種陰謀，也就是爲提高價格之策略。」換言之，同業者間的卡特爾（Cartel，Kartell）契約或行爲限制了彼此間的自由競爭，導致市場競爭機制無法正常運作，市場價格水準受控於此等參與卡特爾契約（行爲）的事業。從歷史而言，英、美、德等先進資本主義國家自十九世紀後半起，雖遂行了高度的資本主義經濟之發展，但卻也同時面臨到週期性的經濟恐慌；爲了因應此等經濟恐慌，各產業部門內的事業紛紛結合成立卡特爾、托拉斯（Trust）及康塞因（Konzern）等的獨占體，限制彼此間的價格水準、生產數量等營業活動與競爭的自由，操控支配著市場生產與價格之水平。」<sup>47</sup>

「在此種獨占資本主義的情形下，不僅一般消費大眾無法以對等的地位進行交易、參與價格水準之形成，而只能被動地、被強迫性地接受卡特爾組織等獨占體所生產之商品與訂定之價格，喪失具交易和選擇的自由與自主權：縱令是同屬於資本方面的中小企業亦因無法與擁有巨大資本的獨占體相互抗衡，而只得於競爭或交易關係上從屬於大獨占體，受其支配。」<sup>48</sup>

因此，各國紛紛制定維護競爭機會均等的法規，讓所有專業均有相同的機會以角逐市場，例如：美國於 1890 年制定全世界第一部反獨占的經濟法典「舒曼法」（Sherman Act），隨後並於 1914 年連續成立另外二項法律「克萊頓法」（Clayton Act）、「聯邦貿易委員會法」（Federal Trade Commission Act），以補充舒曼法規範之不足；日本於 1934 年制定「不正競爭法」、1947 年制定「禁止私的獨占及確保公平交易之法律」；德國亦於 1909 年制定「不正競爭防止法」、1957 年制定「營業競


---

<sup>47</sup> 黃銘傑（2002），《公平交易法之理論與實際：不同意見書》，頁 6，台北：學林文化。

<sup>48</sup> 黃銘傑，前揭註 47，頁 6。



爭防制止法」<sup>49 50</sup>。



我國公平交易法（下稱：「公平法」）於民國 69 年醞釀立法，業於 80 年元月完成立法程序，至今已歷經數次修正以更符合時代潮流。公平法在我國整個法規體系中相當獨特，原因在於政府部門內設置有特別的獨立管制機關：「公平交易委員會」（下稱：「公平會」），以有效實踐其法規範之實效性，也由於公平會積極地實務運作，使得公平法，深遠地影響著我們日常的經濟社會生活。除了固有規範對象之競爭政策、消費者保護等經濟事務，連民生社會議題之「大賣場衛生紙之亂」、「超商咖啡漲五元」、「囤積紅標米酒」...等案，亦時而可見該會之身影；對於擅用智慧財產權如「高通」、「微軟」高科技產業，運用專利創造獨占壟斷，或收取高額授權價格，亦曾受到該會之調查，並處以高額罰鍰。

「公平會獨立行使職權，處理有關公平交易案件所為之處分，其性質接近準司法機關之決定，公平會所為具有高度專業性與攸關公平交易秩序領域所作之行政處分，屬合義務性與目的性之裁量時，法院就關於損害賠償金額之審理，除有裁量濫用或非適法之情事外，應予以尊重。公平法之目的，在於維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，其與產業界與消費者關係密切，具有維護自由競爭與確保公平競爭之功能，故有經濟憲法之性質，兼重法律執行與經濟分析之層面。」<sup>51</sup>「其管制對象主體，不僅及於從事一般商業行為的私人企業，亦適用利用公帑進行政府採購之其他行政機關。一般行政機關，通常並無如此廣泛遼闊的權限，對於肩負法律執行的司法機關，對此類議題似乎亦望其項背」<sup>52</sup>、鞭長莫及，由此不難以見得公平會之「獨特、獨到，與獨立」。

---

<sup>49</sup> 湯明輝（1992），《公平交易法研析》，頁 1，台北：五南。

<sup>50</sup> 黃銘傑，前揭註 47，頁 8。

<sup>51</sup> 林洲富（2015），《公平交易法一案例式》，二版，頁 4，台北：五南。

<sup>52</sup> 黃銘傑，前揭註 47，頁 1。

## 第二項 經濟學驅動之雙核心競爭法

### 一、哈佛學派之競爭理論



哈佛學派指自 1930~1960 年代，由一批哈佛大學學者形成比較完整的產業組織理論。其觀點最早起源於 1938 年梅森在哈佛大學對市場競爭過程中的市場結構、市場行為及其市場結果進行的經驗研究。50 年代，貝恩等人繼續從事該領域的研究，並在 1959 年出版了第一部系統論述產業組織理論的教科書「產業組織」，成為產業組織的集大成者。哈佛學派的產業組織理論，以新古典學派的價格理論為基礎，以實證研究為主要手段，把產業分解為特定的市場，按結構、行業、績效三方面分析，建構「市場結構—市場行為—市場績效」(structure—conduct—performance) 分析框架，簡稱 SCP 框架。

市場結構是指一個市場的組織結構特徵，主要衡量指標有 (1) 市場集中度：可透過市場上的買方或賣方的數量，和大企業所占比例呈現市場集中度；(2) 產品差異化：同一市場不同企業生產同類商品在品質、款式、性能等方面的差異性；(3) 進入壁壘：阻止新競爭者進入市場的因素或障礙。市場行為指企業根據市場供需條件，並考慮與其他企業關係，為取得競爭優勢所採取的各種決策行為，包括價格策略、產品策略、排擠對手等。市場績效則是指企業在市場競爭中，所獲得最終成果之總和，它反映了市場運作的效率：包括利潤率水準、技術進步、充分就業等。

哈佛學派的競爭理論重點呈現在市場結構對市場績效的影響上，如貝恩認為競爭是結構問題，判斷一個行業是否具有競爭性，不能僅視市場行為或市場績效，而應視該行業市場結構是否高度集中，是否實際由一個或數個寡占所控制。此外還應視進入該行業的壁壘是否困難，以致抑制新廠商進入該行業。

該學派強調市場結構對市場績效的決定性作用，因此又被稱為「結構主義學派」。主要觀點包括：

(1) 在一個部門內過高的生產集中程度會導致不良的市場結果，但規模效益顯著的部門除外；適度集中的寡占市場結構，可以實現按照競爭所期望的市場結果。



因此，具有決定性結構的邊界不是寡占市場，而是較高集中度的寡占市場，和適度集中的寡占市場之間。

(2) 過高的產品差異程度，通常並不會帶來很好的市場結果，因為消費者常常只會在兩個十分近似的產品之間進行選擇，所以可供消費者選擇的產品數量並不會隨產品差異程度而相應地擴大，有效競爭所要求的並非高產品差異程度，而僅適度的產品差異。

(3) 高度的市場進入限制，與中度和較低度的市場進入限制相比較，其對市場結果具有負面影響。透過高度市場進入限制得到保護的高度集中生產部門，比帶有中等程度市場進入限制的高度集中生產部門，會導致更為不良的市場結果。因此，要獲得有效的市場結果，就須消除市場進入限制，其中主要係人為的市場進入限制。

基於以上認識，哈佛學派主張為了維持有效競爭，獲得令人滿意的市場結果，必須運用競爭政策對市場結構，和市場行為進行干預、調節。這些主張曾在戰後至 70 年代相當長的時間內，成為美國政府制定反托拉斯政策之依據。<sup>53</sup>

## 二、芝加哥學派之競爭理論

芝加哥學派在過去是貨幣主義的同義詞，1970 年代以來這一學派的一些經濟學家和法學家，如施蒂格勒、博克、德姆塞茨、波斯納等，在美國反托拉斯政策的分析和與哈佛學派的論戰中，提出了競爭理論的基本思想和競爭政策主張，形成了芝加哥學派的競爭理論，並逐步取得了主流派地位，其對 1980 年代以來的美國反托拉政策的轉變有很大的影響。

芝加哥學派競爭理論的基礎是經濟自由主義思想和社會達爾文主義，該理論認為 (1) 市場競爭過程是一個沒有國家干預條件下，市場力量自由發揮作用的過程，在這一過程中「適者生存，不適者死亡」。施蒂格勒把它稱之為「生存檢驗」；(2) 從長期看，在沒有人為的市場進入限制的條件下，市場競爭過程是有效的，

---

<sup>53</sup> 王忠宏 (2003)，〈哈佛學派、芝加哥學派競爭理論比較及其對我國反壟斷的啟示〉，《經濟評論》，第 1 期，頁 72。



它會在很大程度上帶來能夠保證消費者福利最大化的生產效率和資源配置效率。

(3) 因此國家應該儘量減少對市場競爭過程的干預，把它僅僅限制在市場競爭過程確立制度框架條件上。

芝加哥學派注重判斷集中及定價結果是否提高了效率，而非像結構主義者只看是否損害競爭，其認為即使市場是獨占的或高集中寡占，只要市場績效是良好的，政府規制就沒有必要。在芝加哥學派看來，高集中市場長期出現高利潤率，只能說明該市場中大企業的高效率經營，若非建立在高效率經營基礎上的高利潤率水準，都只會招致其他企業的大量進入，而使利潤率很快降至平均水準。正是各個企業透過合理的選擇採取最適行為的結果，在適者生存的法則下效率高的企業的市場佔有率不斷擴大，才導致高集中市場的出現。由於他們強調市場績效對市場結構的決定性作用，因此芝加哥學派又被稱為「效率主義學派」。<sup>54</sup>

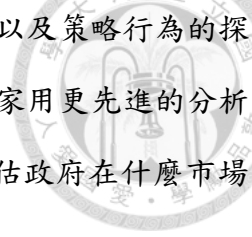
### 三、後芝加哥學派與反托拉斯革命

許多人認為芝加哥學派的方法過於簡單，並且有著近乎廢止許多反托拉斯內容的危險。針對芝加哥學派的一些觀點，後芝加哥學派提出質疑。首先他們指出，市場佔有率和市場集中度，可以提供關於競爭狀況的大量資訊。根據在於新的實證證據使哈佛學派市場集中度，與產業內競爭和定價有密切關聯的論點，重新得到支持。第二，進入市場很少像芝加哥學派經濟學家所說的那麼快、低廉和容易。第三，掠奪價格和其他主導行為確實存在。

相當多的經濟學家不願意在放縱所有潛在的反競爭垂直關係上走得太遠，許多經濟學家拒絕接受嚴格的經濟效率，或應當是反托拉斯的基本目標的論點。學術界一般承認，在哈佛學派、芝加哥學派與後芝加哥學派之間的爭執中，反托拉斯經濟學在許多方面獲得了長足的進展：「過去 15 或 20 年，後芝加哥學派的方法透過更先進的理論，和實證工作注入反托拉斯經濟學而前進。」一是更有力的理論、甄

---

<sup>54</sup> 王忠宏，前揭註 53，頁 72-73。



選具體問題的能力；二是關於資訊不完全、沉沒成本、聲譽效應以及策略行為的探討；三是實證分析技術更加精密；四是反競爭的時勢觀。經濟學家用更先進的分析工具如博弈論等發展了一些新的理論，用於刻劃企業行為和評估政府在什麼市場狀況下進行干預的根據。

在與芝加哥學派的爭執中，人們重新思考了整個反托拉斯中的各種問題。後芝加哥 7 派認為：(1) 對許多廠商行為必須以具體事物具體對待的方式，而不是硬性地將具體事物塞進理論框架的方式評估；(2) 過去 20 多年的許多公式化的分析是依賴於過於簡化的理論，導致重要的差別被忽略；(3) 這個學派更懷疑市場自動約束企業的能力，及由此推導出的否認併購、及各種廠商行為反競爭的可能性。

雖然有的經濟學家指出後芝加哥學派，目前還不是統一的替代方案，有些人也批評後芝加哥學派依賴具體豐富的方法，使得反托拉斯判決更加困難，然而後芝加哥學派的主張已經被接受是更多嚴密思維的反托拉斯替代方法。<sup>55</sup>

#### 四、兩學派競爭理論比較

在市場結構上，與哈佛學派強調對市場結構干預的政策主張相反，芝加哥學派反對各種形式對市場結構的干預。芝加哥學派認為：雖然市場結構是客觀存在的，但它是在一個時期內由於企業效益不同產生的，高度集中僅是競爭中生存下來的企業積極活動的結果；在沒有法律上規定的限制條件下形成的市場結構，從長期看，是企業成本狀況的反映，市場機制本身在長期作用過程中會形成一個最佳的市場結構。因此採取干預市場結構的競爭政策，其結果只是破壞市場機制的有效作用。

哈佛學派主張實行嚴格的兼變控制 (Concurrent control)，對長期存在的過度集中的大企業實行分拆政策 (例如：對 AT&T 公司的分拆)。而芝加哥學派相信市場機制和判斷競爭行為有兩條衡量標準：(1) 資源配置效率，即實現國民經濟的資源

---

<sup>55</sup> 臧旭恆 (2007)，〈從哈佛學派、芝加哥學派到後芝加哥學派—反托拉斯與競爭政策的產業經濟學理論基礎的發展與展望〉，《東岳論叢》，第 1 期，頁 17-18。



最佳配置，具體來說就是按價格等於邊際成本的競爭價格提供競爭均衡最大產量；

(2) 生產效率：即企業內部的資源有效利用，具體即是達到規模效益最大化和交易成本最低。<sup>56</sup>

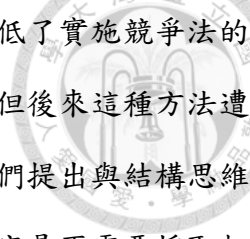
兩學派之間的爭執主要集中在，反托拉斯或者競爭政策的目標、思考方法...等。反托拉斯或競爭政策一般性目標，是保護競爭或經濟自由以達到經濟效益的最大化，但對這個一般化的界定，兩個學派有不同的解釋。較早處於支配地位的哈佛學派強調保護、維持競爭，並考慮到了公平才能達到經濟效益的最大化。稍後的芝加哥學派更強調維持競爭過程或自由競爭，不太考慮分配公平。這也與兩個學派興起的時代背景，以及相關的經濟理論發展有關。哈佛學派興起於 1930 年代大蕭條和經濟理論中凱恩斯經濟學的行將之中，社會和經濟理論普遍對市場機制失去信心，政府干預獲得人們的認同。經濟學中鼓吹市場至上的自由主義思潮處於低谷。最初反托拉斯法的催生若是「平民主義」運動的話，大蕭條和經濟理論對市場缺陷、市場失靈的普遍認識，則為競爭與反競爭政策奠定了堅實的基礎。世界經濟史似乎也證實了這個判斷，大蕭條後經過第二次世界大戰的中斷，戰後歐洲各國和日本開始制定實施競爭與反競爭政策。另一方面，芝加哥學派興起於歐美，經過戰後黃金成長時期之後的經濟停滯時期，主張政府干預的凱恩斯經濟學受到越來越多的質疑，經濟理論中崇尚市場至高無上的自由主義思潮重新得勢。

這其中值得一提的是「可行競爭」(Feasible competition) 的市場結構理論。按照這一理論可行競爭的市場結構至少擁有三個特點：(1) 市場上企業的數量至少達到規模經濟的要求；(2) 市場上不存在人為設置的進入市場壁壘和流動性障礙；(3) 產品存在一定的差異性並對價格變化敏感。

芝加哥學派與哈佛學派關於目標爭執延伸到，實施競爭與反競爭政策的思維或方法上。哈佛學派的思維是結構方法，這種方法認為競爭性的市場結構會帶來競爭結果，實施政策的關鍵是設定某種市場結構標準，並透過競爭與反競爭政策調整

---

<sup>56</sup> 王忠宏，前揭註 53，頁 73。



市場結構。其優點在於為實施競爭法提供了簡便易行的標準，降低了實施競爭法的成本。在美國相當長的一段歷史中，是以此為基礎實施競爭法，但後來這種方法遭到芝加哥學派的抨擊，主要是批評這種方法沒有考慮到效率。他們提出與結構思維不同的另一種思維「行為方法」，即透過判斷競爭者的行為而決定是否需要採取相應的措施。這種方法的特點是不針對企業的規模，只針對特定的行為，並對大企業有利。但批評者認為，其不足之處在於企業的行為並無法一一列出，哪些是合法、哪些是不合法的，只能根據事實來分析，因而需要運用較多執法成本較高的資源。

此外，還有一種思維「績效方法」，即透過調查市場運作績效本身來判斷是否需要實施競爭政策。其缺點是缺乏明確的標準，另外可能受到企業提供不準確的資訊的影響，因此可操作性較差，要運用這種方法需要較高水準的經濟理論分析能力。

芝加哥學派特別強調的是，反對利用反托拉斯法來保護沒有效率、沒有競爭力的小廠商，認為大企業比小企業能夠促進消費者福利。按照芝加哥學派的觀點，併購（merger）通常是有利於競爭的，哈佛學派用諸如市場市場佔有率和產業集中度等指標評估市佔並不合適。他們持此觀點的依據是，併購一方面使併購公司獲得成本節約，另一方面有利於降低價格。此外，併購後市場上企業數量的減少並不必然導致價格上升，因為一方面價格提高會使新的競爭者進入容易，另一方面，通謀合作並不像人們所想像的那樣容易。芝加哥學派還認為，降低價格始終是建立在廠商降低成本之上的合法的競爭行為，而不是掠奪性定價。

芝加哥學派的這些觀點十分顯著地影響了，甚至可以說改變反托拉斯政策。美國最高法院在判斷案例時，堅持幾乎任何干涉市場價格的行為本質上都是違法的，而到 1970 年代後期，法院在判案中承認了由橫向競爭者固定價格有利於競爭公正的可能性。過去通常認為，降低價格有損於競爭者，是掠奪性定價的證據，而現在法院判案採取了一種，什麼定價行為是可以接受的，較為寬容的立場。過去反托拉斯機構反對了大多數的，垂直併購以及價格契約，現在這樣的合約已較少能讓他們

檢查。<sup>57</sup>



### 第三項 我國競爭法規範體系

公平法為經濟法與競爭法，其規範限制競爭行為與不公平競爭行為類型，按現行法整理規納詳參圖 3-1 公平法之規範體系表所示。

---

<sup>57</sup> 臧旭恆，前揭註 55，頁 18-19。



## 公平交易法之規範體系

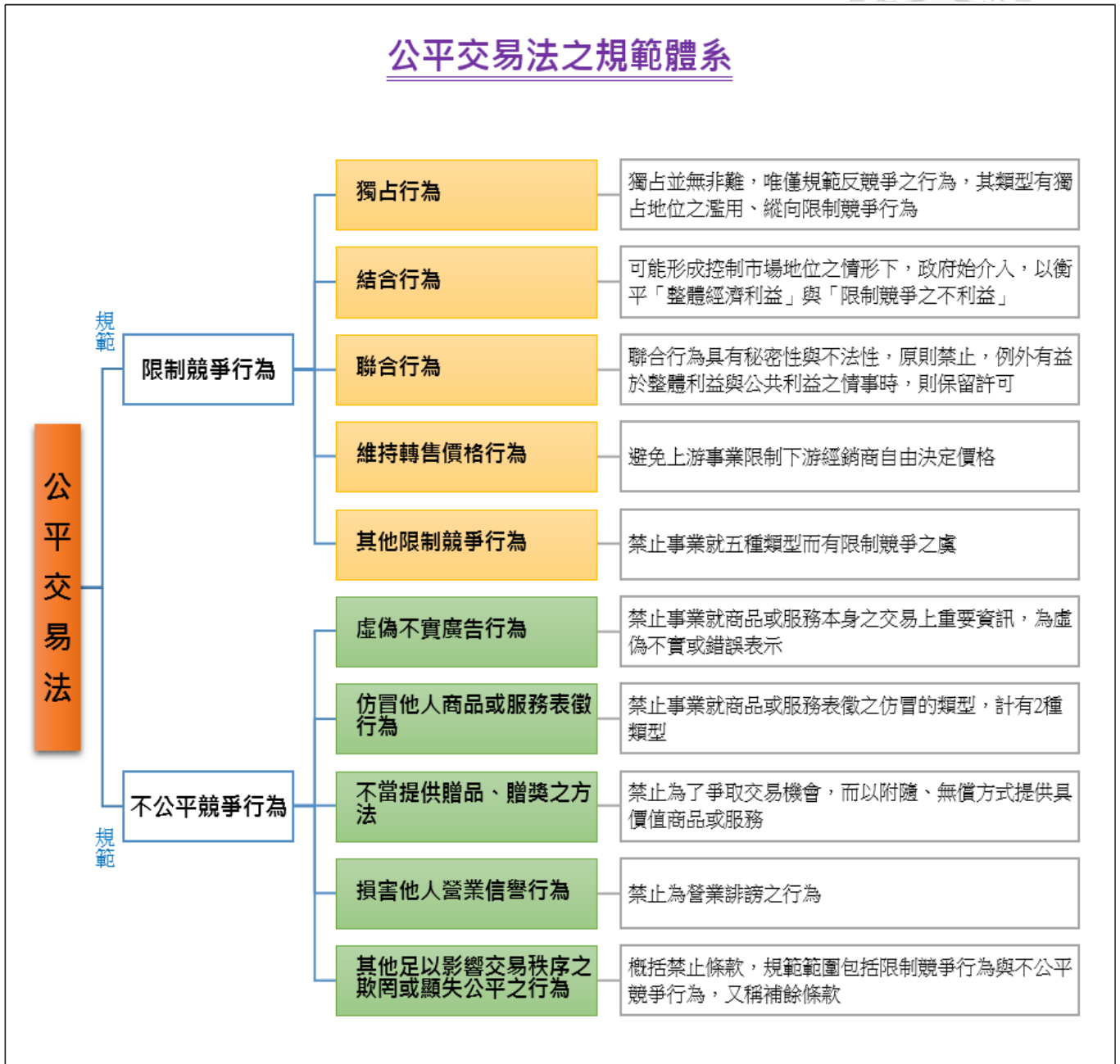


圖 3-4 公平法之規範體系表

(資料來源：本研究彙整編輯)

立法院於 1991 年 1 月 18 日制定本法全文 49 條，分為第一章總則、第二章獨占、結合、聯合行為、第三章不公平競爭、第四章公平交易委員會、第五章損害賠償及第六章罰則，總統並於 1991 年 2 月 4 日公布施行，歷經 1999 年、2000 年、2002 年、2010 年、2011 年修正。為順應經濟自由化與國際化之趨勢，於 2015 年



2月4日全文修正，分為第一章總則、第二章限制競爭、第三章不公平競爭、第四章調查及裁處程序、第五章損害賠償、第六章罰則，及第七章附則，全文50條。2015年、2017年再修正。

依據立法目的本法包含限制競爭法、不公平競爭、及消費者保護法三種不同性質之法律層面<sup>58 59</sup>，其核心概念為經濟力濫用之規範，方法上有行為規範與結構規範兩端。行為規範包括獨占、聯合行為及個別限制競爭行為之規制；結構規範則為結合之管制，各國立法執法皆以行為規制為反托拉斯法之重心。

#### 第四項 歐盟競爭法簡介

歐盟競爭法主要規定於「歐盟運作條約」(Treaty on Functioning of the European Union, TFEU)，其中「禁止限制競爭行為」為歐盟競爭法核心內容，主要規範於TFEU第七編之第101條及第102條，內容如禁止卡特爾、掠奪性定價，或濫用優勢地位對於競爭造成限制、阻礙或扭曲之協議、決議或共同行為等阻礙競爭行為。

##### 一、TFEU 101—禁止企業間聯合行為

「企業間協議、企業團體決議與一致性行為，足以影響歐體會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲內部市場競爭為效果或目的者，與內部市場不相容，應予禁止。但若有助於改善商品之生產或分配、促進技術或經濟進步，並確保消費者能享受其利益，而不會對相關企業課以非必要之限制或使相關企業就系爭商品之重要部分排除競爭，則免除第101條禁止的適用。」

競爭規則適用所謂的企業指「任何從事經濟活動的實體，無論其法律地位以及資金來源」，凡透過提供商品與服務方式對市場造成經濟影響者，為競爭法所稱企

<sup>58</sup> 廖義男(2015)，《公平交易法之釋論與實務(第二冊)》，頁11，台北：元照。

<sup>59</sup> 廖義男教授本文提及：「為防止虛偽不實廣告之氾濫，妨礙交易秩序與安全，消保法明定企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。廣告主如不能依其廣告內容履行其義務者，即須負債務不履行之損害賠償責任。消費者保護團體得以自己之名義，提起消費者損害賠償訴訟或不作為之團體訴訟。然實務上，虛偽不實廣告行為之阻止，仍多公平會行使公權力之介入取締為主。」因而公平交易法具有消費者保護之規範概念。

業，但國家特權主體、地方自治團體等，則並非經濟活動主體。歐盟競爭法上的聯合行為，泛指所有垂直與水平聯合行為，而聯合行為兩項例外豁免包括：(1) 聯合行為可促進產品之製造與配銷、技術及經濟進步、同時予以消費者合理比例之福祉。(2) 聯合行為妨礙會員國間貿易，但嚴重性未達到「可察覺到 (sensible)」情況，亦可豁免。歐盟法院另確認「微量原則」(de minimis)，一水平聯合行為企業總市佔率未達 10%；或一垂直聯合行為企業總市佔率未達到 15%，雖違反第 101 條第 1 項，仍可獲豁免，但無論是否符合條件，若對消費者完全無法帶來任何益處，仍不得豁免。

寡占市場中的卡特爾 (cartel / l'entente) 成員互相約定買賣價格或共享各自市場策略，多以秘密協議進行以逃避管制，或以合法企業協會名義聯合訂價以瓜分市場，其水平聯合行為目的在於限制跨國市場競爭、損害市場，對市場負面影響甚大。如今跨國卡特爾已為經濟全球化下常態，受影響者不限於一國，尤需跨國 (歐盟) 層級的管制。」<sup>60</sup>

## 二、TFEU 102—禁止企業濫用市場優勢地位

「一個或多個在內部市場內占有優勢地位的企業濫用優勢地位的任何行為，可能影響成員國之間貿易，與內部市場不相容而被禁止；禁止之濫用行為包括直接或間接地實行不公平的購買或銷售價格，或其他不公平的交易條件；限制生產、市場或技術發展，損害消費者利益的；在相同的交易情形下，對交易對方當事人實行不同的交易條件，因而置其於不利的競爭地位；要求對方當事人接受與契約主體在本質上或商業慣例上無關聯的附加義務，作為簽訂契約的前提條件。實務上，競爭法或現實中一擁有龐大的市場佔有率判定市場優勢地位，此時，主導的優勢企業無須理會其他競爭對手的反應。

### 1. 濫用優勢地位行為之要件

---

<sup>60</sup> 曾秀珍 (2014)，〈歐盟 (區域) 競爭法相關之法律整合〉，《公平交易委員會電子報》，第 15 期，頁 3。載於：<http://www.ftc.gov.tw/upload/1031119-1.pdf>

主體是已獲市場優勢地位的企業；客觀要件是該企業施行濫用優勢行為；客體為自由競爭秩序與其他競爭者及消費者利益。而主觀要件則是該企業利用市場優勢，與相對人進行交易時，以限制、阻止、遏制競爭目的，在相關市場形成排擠競爭者的結果。

## 2. 相關市場界定

競爭法的相關市場是現實問題，攸關商品市場的獨特性，而有無代替品對於決定市佔率、以及界定競爭環境相當重要，藉以判定企業行為在特定市場是否形成限制或妨礙競爭。

## 3. 濫用優勢地位之行為類型

(1) 剝削行為：高價以謀求利潤的超額定價，或以低價以爭取顧客群的掠奪性定價。或優勢企業對於相對人，以價格或非價格的銷售條件的差別待遇，從事價格歧視行為。

(2) 排他性行為：目的在於限制或減少競爭機會，對消費者造成損害、阻礙、或造成競爭者進入市場的困難，包括限制市場活動、限制競爭者生產活動或形成技術障礙等。

(3) 歧視行為：例如優勢企業對不同客戶以相同商品，索取不同價格；或商品的生產成本不同，對不同客戶卻索取相同價格而構成歧視。


(4) 報復性行為：對於其他企業嚴厲警告與懲罰性措施，例如拒絕提供原料或其他輔助性條件，或在銷售時要求買方另行購買其他商品以作為雙方交易條件的搭售行為，或賣方要求不合理或不存在於雙方銷售合約規範不公平的銷售條件等，均構成濫用優勢地位行為。」<sup>61</sup>

## 第五項 美國反托拉斯法簡介

美國對反托拉斯行為規範，主要是由 1890 年制訂的舒曼法 (Sherman Act)、

---

<sup>61</sup> 曾秀珍，前揭註 60，頁 3-4。



1914 年的克萊頓法 (Clayton Act) 以及聯邦交易委員會法 (Federal Trade Commission, FTC)，這三部法律構成。實務上在處理反托拉斯案件時，除了依據上開法律規定外，再就反托拉斯行為搭配歷來法院審判所累積的判斷準則，及美國司法部與聯邦交易委員會共同提出的「美國聯邦司法部垂直交易限制指導原則」做適法性判斷，並供司法實務進行審判之參考。

## 一、舒曼法 Sherman Act (1890)

### (一) 舒曼法第 1 條

任何有關托拉斯或相互勾結的契約，或者在幾個州從事限制交易或商業活動，是屬非法，任何人若訂定這種契約，或從事限制交易或商業的活動是有罪的。<sup>62</sup>

### (二) 舒曼法第 2 條

任何人若獨占或企圖獨占市場，與其他人或國家相互勾結在不同州從事獨占交易或商業活動，是被認為有罪的。<sup>63</sup>

## 二、克萊頓法 Clayton Act (1914)

### (一) 克萊頓法第 2 條

任何人從事對不同購買者差別取價，而差別取價具有顯著減少競爭、或企圖創造獨占之效果者，是非法者。<sup>64</sup>

### (二) 克萊頓法第 3 條

任何人從事出租、銷售或訂契約銷售產品時，約定承租人或購買者不得使用或購買出租人或銷售者之競爭者的產品，如果這會顯著減少競爭或創造獨占，貝IJ 是

---

<sup>62</sup> 舒曼法第 1 條已編入美國法典 (United States Code) 第 15 編第 1 條，15 U.S. Code §1 “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to illegal.”

<sup>63</sup> 舒曼法第 2 條已編入美國法典 (United States Code) 第 15 編第 2 條，15 U.S. Code §2 “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.”

<sup>64</sup> 克萊頓法第 2 條現已編入美國法典 (United States Code) 第 15 編第 13 條，15 U.S. Code §13, at <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/13> (last visited 03/10/2018)。



違法的。<sup>65</sup>

### (三) 克萊頓法第 7 條

禁止從事商業活動的企業直接或間接地取得全部或部分同樣從事商業活動的企業的股份，如果這會顯著地減少競爭或創造獨占。<sup>66</sup>

## 三、聯邦貿易委員會法 F.T.C. Act (1938)

### (一) 聯邦貿易委員會法第 5 條

「影響商業之不公平競爭方式、不公平或欺騙的行為是違法的。」<sup>67</sup>

## 第二節 傳統市場界定

限制競爭法領域內之獨占、結合和聯合行為規範，皆須面對市場界定問題，事業之行為有無限制競爭效果之疑慮，非劃定市場後無法加以論斷，而判斷則需先認識市場的概念。

### 第一項 傳統相關產品市場

何謂「市場」？「經濟學所謂的「市場」與一般用語的市場有兩點不同：第一，經濟學強調市場能發揮何種功能，較不在乎場所為何。換言之，經濟分析重視能否成交，價格與數量為何，資源的配置是否有效率。第二，價格是指某一產品或服務的價格，因此一個產品就是一個市場，產品在何處交易並不重要。在經濟學的定義裡，市場是指買方與賣方之集合。例如：手機市場是指手機廠商與手機消費者之集

---

<sup>65</sup> 克萊頓法第 3 條現已編入美國法典(United States Code)第 15 編第 14 條，15 U.S. Code §14, at <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/14> (last visited 03/10/2018)。

<sup>66</sup> 克萊頓法第 7 條現已編入美國法典(United States Code)第 15 編第 18 條，15 U.S. Code §18, at <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18> (last visited 03/10/2018)。

<sup>67</sup> 聯邦貿易委員會法第 5 條已編入美國法典(United States Code)第 15 編第 45 條，15 U.S. Code § 45a(1). ” Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.”

合。」<sup>68</sup>

公平法第 5 條規定，「市場係指事業就一定之商品或服務從事競爭之區域或範圍」。然而僅本條文義，仍舊無法瞭解該如何界定市場。由於公平法係經濟法性質，許多概念，包括市場定義皆源自經濟理論，經濟學者針對市場界定提出三項基準如下。

### 一、商品市場之界定

「公平法第 5 條所稱之相關係由兩個界面（dimensions）所構成，其一為商品（或服務），其二為區域（或範圍）。就第一個界面而言，美國自 1940 年代以來，各級法院即提議以「需求的交叉彈性（cross-elasticity of demand）」來界定商品（product），也就是希望將可替代品（substitutable products）作為界定市場的標準，其主要理由是早期的商品定義過於狹隘，以致許多事業均被視為獨占事業。當然，交叉彈性測度本身，也需要一套完整周延的測度系統。因此，法院在採行時，通常會考慮稍為粗糙的準則，諸如相對價格水準、生產技術、生產設備以及產業參加者意見等等因素。」<sup>69</sup>

「以 1945 年美國鋁業公司（Alcoa）的判例為例，美國鋁業公司在 1929 至 1938 年之間，鋁錠（Ingot）生產占了全國生產量的 90%，但若把碎鋁（Scrap）包括在內，該公司生產量所占比率立即降至 60%；若計算全國鋁錠與碎鋁之銷售量，則該公司成品銷售量只占 33%。職是聯邦巡迴法院的韓德法官（Judge Learned Hand）認為，不管是鋁錠、碎鋁或內部使用或銷售，這些型態均具替代性，也就是說不管那一類型的鋁產品，其源頭均是鋁錠，美國鋁業公司實際控制了全美鋁錠產量的 90

<sup>68</sup> 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，前揭註 29，頁 323。

<sup>69</sup> 湯明輝，前揭註 49，頁 26-27。

70  
%，已構成市場的有效控制力，因而裁定該公司違反「反托拉斯法」之精神。」<sup>70</sup>

「另一有名判例是杜邦公司 (Du Pont) 被控告獨占玻璃紙 (cellophane) 市場，本判例也被視為界定產品市場的標桿。杜邦公司在 1924 至 1950 年之間，所生產之玻璃紙占了整個玻璃紙市場的 75%，依據聯邦政府的定義，該公司顯然已構成玻璃紙市場的獨占條件，但是，杜邦公司認為玻璃紙只是「所有具有伸縮性包裝材料 (all flexible packaging materials)」的一種，假如把薄玻璃紙 (glassine)、羊皮紙 (parchment papers)、石臘紙 (waxed papers) 以及錫薄紙 (aluminum foil) 等計算在內，杜邦的玻璃紙只占 18%。最高法院最終以四比三作為判決，認為從消費者的實用觀點來看，玻璃紙與其他具伸縮性之包裝材料具有「合理的互換性 (reasonable interchangeability)」，由於市場的界定範圍擴大，杜邦公司的玻璃紙市場佔有率因而降低，且並未構成獨占要件。」<sup>71</sup>

### 1. 產品需求合理替代性

「替代性從競爭觀點，一項產品從價格、造型、品質或有效性分析，對原來的使用者能達到大致相同的使用效果者，則該產品與原來產品間具有可替代性。要瞭解產品間是否具有替代性，應從使用者對產品的評價為認定的標準，若使用者對於兩種產品之價格、品質、用途都認為可代替時，則兩種產品屬於同一個市場。」<sup>72</sup>

即對同一群消費者而言，若有兩種產品的價格、品質與用途可以合理替代，滿足消費者需求時，那麼這兩種產品便屬於同一市場。例如：可口可樂公司生產的可樂，縱使在碳酸飲料產品銷量上，遙遙領先其他生產碳酸飲料的廠商，但是，從消費者觀點衡量，可樂的替代品還包含了黑松汽水、每日 C 果汁、純喫茶...等飲料，也就是說，當可樂的價格抬高至消費者無法忍受的程度時，原來習慣購買飲用可樂

---

<sup>70</sup> 湯明輝，前揭註 49，頁 27。

<sup>71</sup> 湯明輝，前揭註 49，頁 27-28。

<sup>72</sup> 何之邁 (2007)，〈公平交易法：第一講—獨占 (上)〉，《月旦法學教室》，總號：60，頁 74。



的消費者，可能轉而以黑松汽水等其他飲料做為代替品，此時，可樂、汽水等飲料即屬於同一市場範圍，而市場範圍亦會加以擴大，稀釋獨占市場的可能性。

由上可知，判斷是否為同一需求產品市場，可透過產品或勞務之間是否具有替代可能性加以判斷，然而實際上要加以判斷並非易事，最直接的方法可透過使用者直接詢問調查，然而這樣的方法在產品差異性較大時可能無法適用。

## 2. 產品供給可能替代性

以供應者的角度觀察，某區域內的廠商提高產品價格，雖增加利潤營收，但可能會引來同一區域內，生產替代產品的廠商加入競爭；也可能會引來區域外生產相同，或替代產品的廠商在合理的成本考量下湧入。

例如：「台灣每年的春作花生，因品質及產量俱佳，價格上升至每台斤三十六元，卻造成大陸走私花生大量湧入，使省產花生價格一路滑落；同樣地，台灣磷酸也因大陸磷酸偷渡進口，而在市面上競爭節節敗退，這告訴我們，縱使是一般商品，市場範圍也不是絕對僅限於台灣地區。」<sup>73</sup>

產品供給可能性之市場界定範圍，即當產品的價格夠高時，是否有其他的事業可以迅速的投入該市場進行生產。若供給方可迅速投入生產，轉換生產加入市場之潛在可能，將擴大產品市場之認定範圍。

## 二、地理市場之界定

「市場界定的第二個界面為區域或範圍，所謂區域究係屬大區域或小區域、行政區或地理區，在公平法上並沒有明確的規定，因此在執行上必須從相關子法中予以界定。因為區域或範圍的大小，往往會影響某家企業是否構成獨占條件。一般說

<sup>73</sup> 呂榮海、謝穎青、張嘉真（1992），《公平交易法解讀》，頁 53，台北：元照。

來，區域或範圍越大越不容易形成獨占，相反地，區域或範圍愈小，則愈有獨占之可能。例如以台北市的公車來說，假如把市場界定為大台北區，並不存在著獨占之公車公司，若是單以台北淡水線為市場，即有獨占之公車事業存在。」<sup>74</sup>

「以美國而言，法官通常以「運輸成本 (transport costs)」與「實際運輸型態 (actual shipping patterns)」來界定區域，也就是說，假如兩地之間的運輸成本高、貨物裝載量小，則此兩地即被視為不同的市場。1957 年貝士倫鋼鐵公司 (Bethlehem steel) 的合併案，當時的韋恩費德法官 (Judge Weinfeld) 曾對市場作出六種不同的定義，即 (1) 全美國、(2) 美國東北部、(3) 密西根、俄亥俄、賓州與紐約四州、(4) 密西根與俄亥俄：本案判決時，法院以貝士倫公司之合併將損及該公司原有主要銷售地區，即密西根州與俄亥俄州州界地區以及賓州等地的競爭性，因而判決違法。」<sup>75</sup>

「1963 年費城國民銀行 (Philadelphia National Bank) 的判例，這家銀行希望與紐約市的某家銀行合併，以增強其在紐約市的競爭能力，因此要求將市場範圍延伸到紐約市；法院認為本案的問題不是合併團體的所在地點問題，而是在於競爭重疊地區的問題，對於銀行業而言，設置地點的方便性是有效競爭之關鍵，個人與公司大多與其社區內的銀行往來，而不會到遙遠地方去與銀行打交道，因而拒絕了該銀行之請求，同時判定費城國民銀行之市場範圍，限定為組成費城都會區的四個郡。」<sup>76</sup>「在判例的演進過程，可以發現法院傾向於縮小市場區域，其作用仍然在於維護區域內的公平競爭，藉以保護消費者。我國公平法第 5 條重點似乎在於「競爭之」，也就是說，為了確保地區或範圍的競爭性，在執行上似乎會把重點放在小區域上面，因為該法之主管機關亦包括地方政府在內，自可考量地區性獨占問題之嚴重性，同時更應詳加考量所謂瓶頸獨占所造成的問題，因為瓶頸獨占往往就是發

<sup>74</sup> 湯明輝，前揭註 49，頁 29-30。

<sup>75</sup> 湯明輝，前揭註 49，頁 30。

<sup>76</sup> 湯明輝，前揭註 49，頁 30。

生在小區域裏面。」<sup>77</sup>

### 三、時間因素

「時間因素可直接影響產品間之替代彈性，通常時間與替代性成正比，時間越久則替代性越高。隨著科技快速發展，亦使產品或服務之互相替代能力提高。」<sup>78</sup>

「廿四小時營業的便利商店，在白天時段中的上午十時至下午六時，傳統雜貨店、量販店、批發倉儲店、社區型超市百貨，都可能是它市場內的競爭對手；但在夜間，便利商店的競爭者，除了同業，就再無他人。反之，若量販店和社區型超市百貨將營業時間延長到午夜十二點，對便利商店的業績亦會發生影響。因而時間的長短，將影響兩項產品（或服務）間的替代性，一般情形是時間愈長，替代可能性愈高。」<sup>79</sup>

## 第二項 假設性獨占者檢測法

### 一、SSNIP 概念

以維護自由、公平競爭秩序為職志之公平法，在有關市場概念的認識上，仍是緊密地與「競爭」概念結合在一起。易言之，所謂「市場」即是事業從事「競爭」之區域或範圍，而所謂的「競爭」，依現行公平法第 5 條規定，係指「二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行爲。」<sup>80</sup>將此市場、競爭等概念兩相結合後，可以得知，公平法上之「市場」，係指「可藉由較有利的價格、數量、品質、服務或其他交易條件之提示，彼此爭取交易機會的事業群所構成之概念空間。」因此，當事業主觀無意或客觀無法向可能的交易相對人，提示較為有利之價格等交易條件，以於該空間中爭取交易機會時，即被排除於

<sup>77</sup> 湯明輝，前揭註 49，頁 31。

<sup>78</sup> 汪渡村（2007），《公平交易法》，三版，頁 27，台北：五南。

<sup>79</sup> 呂榮海、謝穎青、張嘉真，前揭註 73，頁 54。

<sup>80</sup> 呂榮海、謝穎青、張嘉真，前揭註 73，頁 90。





此一競爭事業群外，而不屬於此一特定市場中之事業。要言之，具競爭關係之事業群所構成的抽象空間，即是所謂的「市場」。

基於此種認識，「美國法務部反托拉斯局與聯邦交易委員會於 1992 年共同公布之水平合併指針中，在有關市場的界定上，採取一種「幅度雖小但有意義且非短暫性的價格漲幅」(small but significant and non-transitory increase in price) 的作法，來作為市場界定之方式。依據是項作法，無論是於商品市場、抑或於地理市場的界定上，將現時實際可見之競爭事業群，統合為一假想獨占事業，並假設當此一假想獨占事業作出上述「幅度雖小但有意義且非短暫的價格漲幅」(通常價格漲幅為 5%) 之舉動時，有無外圍事業會因此進入該當市場，與現有事業進行競爭。若有，則市場將往外擴大將該事業納入其中，之後再將新加入的事業與原有事業群統合為前述假想獨占事業，並再次以「幅度雖小但有意義且非短暫的價格漲幅」的假設，測試有無更外圍的事業會加入現有市場進行競爭……。如此反覆假設、測試，直至被統合為假想獨占事業之競爭事業群，縱令從事「幅度雖小但有意義且非短暫的價格漲幅」，但已無新外圍事業會進入與之從事競爭時，市場界定即告完成。」<sup>81</sup>

## 二、分析過程

運用假設性獨占者檢測法界定相關市場之分析過程如下：「

(一) 以案關核心產品或地理區域為最初之候選市場。

(二) 假設該候選市場上存在一獨占者，其調漲產品價格一定比例並持續一段時間後，觀察該假設性獨占者之獲利情形。

(三) 價格調漲後將使得交易相對人轉向具有高度替代關係之次佳替代品或

---

<sup>81</sup> 黃銘傑 (2009)，〈聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理——評最高行政法院九十二年度判字第一三三六號判決〉，氏著，《競爭法與智慧財產法之交會——相生與相剋之間》，二版，頁 46-47，台北：元照。

地理區域購買，從而引起該假設性獨占者銷售量下降致利潤減少，但該假設性獨占者仍然可由現存的銷售量中因漲價而增加利潤，比較前揭利潤變化，若漲價使假設性獨占者不減少利潤時，則停止檢測過程，該候選市場就構成相關市場。

（四）若漲價使假設性獨占者利潤減少，則須將該次佳替代品或地理區域納入，並形成新的候選市場，然後分析假設性獨占者在新的候選市場調漲價格後，比較漲價前後利潤變化，若該假設性獨占者可以不減少利潤，則停止檢測過程，新的候選市場就構成相關市場；反之，如果該假設性獨占者利潤減少，則要重複進行上述分析過程，直到假設性獨占者漲價後仍然可以不減少利潤為止。」<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> 公平會，《相關市場界定之處理原則問答集：第十三點》，載於：  
<https://www.ftc.gov.tw/law/Download.ashx?FileID=714>（最後瀏覽日：04/15/2018）。

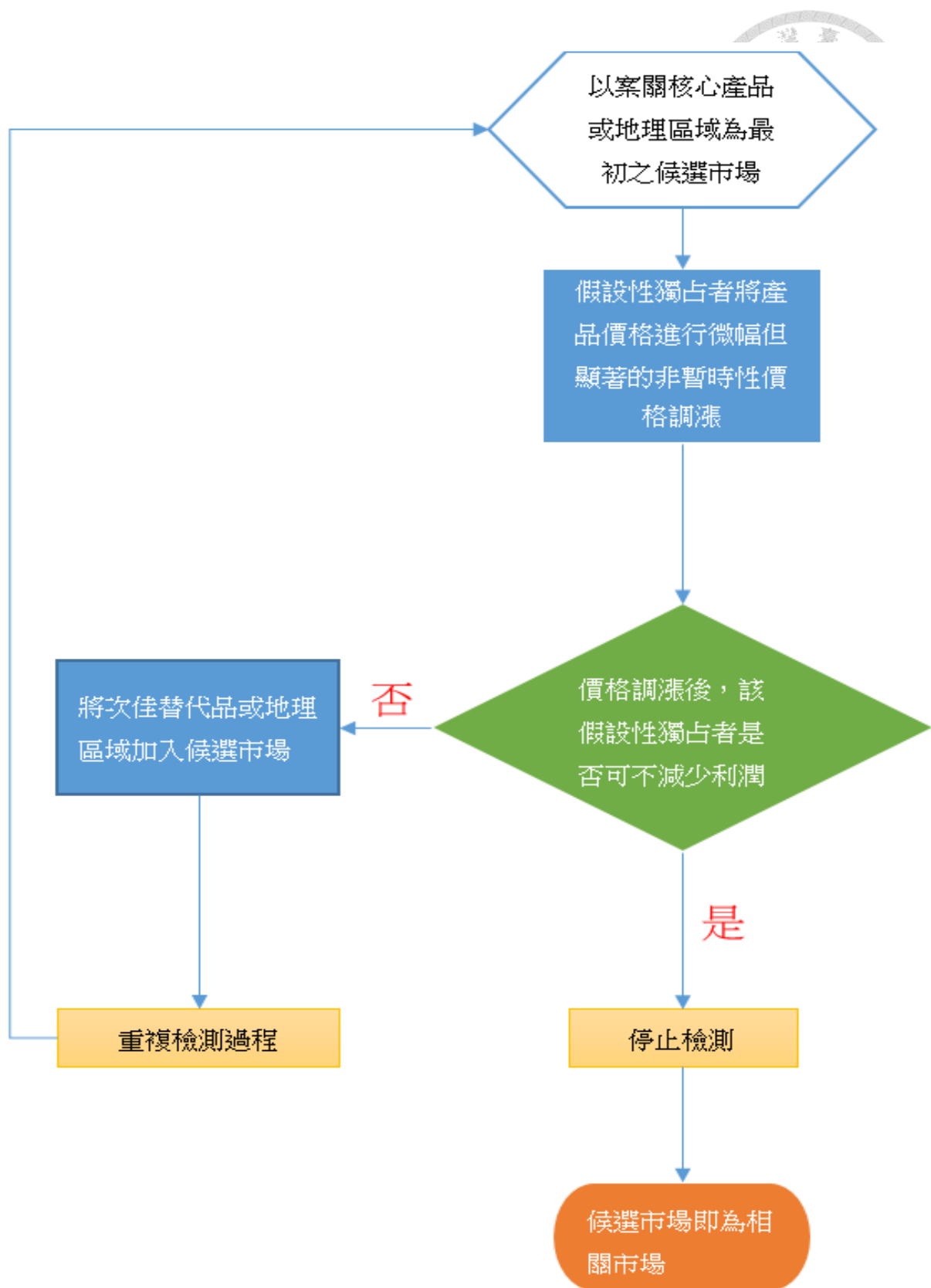


圖 3-5 假設性獨占者檢測法<sup>83</sup>

<sup>83</sup> 同前揭註 82，頁 7。

### 三、SSNIP 應行注意事項



「假設性獨占者檢測法是指假設市場上有一獨占者，檢測該假設性獨占者在進行微幅但顯著的非暫時性價格調漲（small but significant non-transitory increase in price, SSNIP）前後之利潤變化情形。當價格調漲使該假設性獨占者利潤減少，則表示原先界定之相關市場太小，而須將其他具替代性之產品或地理區域納入，再重複進行檢測，直到價格調漲而該假設性獨占者不減少利潤為止，即完成相關市場界定。當運用假設性獨占者檢測法時界定相關市場時，需注意其限制，尤其是：

（一）在運用假設性獨占者檢測法時，將審酌產品及產業特性等因素，設定價格上漲比率，並以當前價格作為價格上漲基準，惟倘市場明顯存在濫用市場支配地位或聯合行為等人為影響價格因素時，將改採以符合市場競爭水準之價格作為價格上漲基準。

（二）在運用假設性獨占者檢測並進行「微幅但顯著的非暫時性價格調漲」分析時，一般情況下為百分之五至百分之十，但在具體個案判斷時則依案件涉及之產業或市場特性調整價格上漲幅度。

（三）運用假設性獨占者檢測法界定相關市場時，尚須再依本處理原則第四點或第五點所列各項因素綜合考量。」<sup>84</sup>

### 第三項 公平會相關市場界定處理原則

主管機關公平會於民國 104 年 2 月 4 日第 1213 次委員會議通過，並於同年 3 月 6 日公資字第 10421600251 號令發布—相關市場界定之處理原則，全文條文如

---

<sup>84</sup> 公平會，相關市場界定之處理原則問答集：第十二點，載於：  
<https://www.ftc.gov.tw/law/Download.ashx?FileID=714>（最後瀏覽日：04/15/2018）。

下：「



## 一、目的

公平交易委員會（以下簡稱本會）為使相關市場界定標準更臻明確，以利案件審議與事業遵循，特訂定本處理原則。

## 二、名詞定義

本處理原則用詞定義如下：

- （一）相關市場：指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍。
- （二）需求替代：指事業調整特定商品價格或服務報酬時，交易相對人能夠轉換至其他商品或服務，以取代該特定商品或服務之情形。
- （三）供給替代：指事業調整特定商品價格或服務報酬時，競爭者或潛在競爭者能夠提供其他具替代性之商品或服務，以取代該特定商品或服務之情形。
- （四）產品市場：指在功能、特性、用途或價格條件上，具有高度需求或供給替代性之商品或服務所構成之範圍。
- （五）地理市場：指事業提供之特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選擇或轉換其他交易對象之區域範圍。

## 三、相關市場界定之基本原則

需求替代為本會界定相關市場主要審酌之事項，本會並得視商品或服務特性考量供給替代。

本會從產品市場及地理市場二面向界定相關市場範圍；另得視具體個案，衡量時間因素對於相關市場範圍之影響。

## 四、產品市場界定之考量因素





本會依前點就案關商品或服務之需求替代、供給替代進行界定產品市場時，得考量下列因素：

- (一) 產品價格變化。
- (二) 產品特性及其用途。
- (三) 產品間曾經出現替代關係之情形。
- (四) 交易相對人在不同產品間之轉換成本大小。
- (五) 產品價格調整時，交易相對人因價格變化而移轉購買之程度。
- (六) 交易相對人及競爭事業對於產品間替代關係之看法。
- (七) 相關法規或行政規則之規定。
- (八) 其他與產品市場界定相關之事證。

#### 五、地理市場界定之考量因素

本會依第三點就案關商品或服務之需求替代、供給替代進行界定地理市場時，得考量下列因素：

- (一) 不同區域間產品價格變化及運輸成本大小。
- (二) 產品特性及其用途。
- (三) 交易相對人在不同區域購買產品之交易成本大小。
- (四) 交易相對人對產品獲取之便利性。
- (五) 交易相對人在產品價格調整時，選擇至不同區域購買之情況。
- (六) 交易相對人及競爭事業對於產品區域間替代關係之看法。
- (七) 相關法規或行政規則之規定。
- (八) 其他與地理市場界定相關之事證。

#### 六、市場界定之分析方法

本會界定相關市場時，將審酌案關商品或服務及地理區域與其他商品或服務及地理區域間是否具有合理可替代性，並得運用交叉彈性檢測法及假設性獨占者

檢測法界定相關市場。惟個案之處理不以前開分析方法為限，且各項分析方法使用上並無運用之優先順序。



#### 七、市場界定之分析方法：合理可替代性分析法

合理可替代性分析法係指以交易相對人之認知，審酌個案所涉及之商品或服務與其他商品或服務在功能、特性、用途、價格或競爭之地理區域上是否具有合理可替代性進行界定產品市場或地理市場。至於彼此間之替代程度如何始得構成同一相關市場，應依具體個案事實予以判斷。

#### 八、市場界定之分析方法：交叉彈性檢測法

交叉彈性指一產品價格變動率影響另一產品數量變動率的比率值。

產品本身及其替代品間或地理區域間的交叉彈性可用以測度該二項產品或地理區域間的替代關係，並予以界定相關市場。

運用交叉彈性界定相關市場時須注意下列事項：

(一) 交叉彈性關注的是單一的替代品或地理區域而非所有的替代品或地理區域，並以「其他交易條件不變」為前提。至於二項產品或地理區域間之交叉彈性大小如何始得構成同一相關市場，須依具體個案事實予以判斷。

(二) 衡量交叉彈性所使用之價格宜採競爭性價格，以判斷產品或地理區域是否構成同一相關市場。

(三) 運用交叉彈性界定相關市場時，尚須依第四點或第五點所列各項因素綜合考量。

#### 九、市場界定之分析方法：假設性獨占者檢測法

假設性獨占者檢測法是指假設市場上有一獨占者，檢測該假設性獨占者在進行微幅但顯著的非暫時性價格調漲前後之利潤變化情形；當價格調漲使該假設性獨占者利潤減少，則表示原先界定之相關市場太小，而須將其他具替代性之產品或

地理區域納入，再重複進行檢測，直到價格調漲而該假設性獨占者不減少利潤為止，即完成相關市場界定。



運用假設性獨占者檢測法時，須注意下列事項：

- (一) 在使用假設性獨占者檢測法界定相關市場時，選取之基準價格宜為市場競爭性價格。
- (二) 至於價格上漲幅度，一般情況下為百分之五至百分之十，但在具體個案判斷時則依案件涉及之產業或市場特性調整價格上漲幅度。
- (三) 運用假設性獨占者檢測法界定相關市場時，尚須依第四點或第五點所列各項因素綜合考量。

#### 十、目的事業主管機關之意見

本會對特定產業之市場範圍界定，得參酌產業目的事業主管機關之意見。

#### 十一、特定產業之審查基準

本會對特定產業另訂有處理原則或規範說明界定相關市場者，從其規定。」<sup>85</sup>

### 第三節 限制競爭—獨占

本節探討平臺經濟最易發生之限制競爭地位態樣「獨占」。

#### 第一項 獨占之定義

##### 一、經濟學上之意義

獨占(monopoly)原為經濟學上之名詞，市場上存在有進入障礙(entry barriers)，

---

<sup>85</sup> 公平會，《公資字第 10421600251 號令「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」》，載於：<https://www.ftc.gov.tw/law/Download.ashx?FileID=461> (最後瀏覽日：04/20/2018)。



因而「只此一家」。進入障礙可概分為兩類，第一類是人為的障礙：早期台灣許多獨占性的公營企業，都是因為法律規定民間企業不得參與經營而形成獨占，例如：台灣電力公司背後的「電業法」、管制路權的「公路法」、保障電信局的「電信法」、禁止人民從事郵遞業務的「郵政法」、以及菸酒專賣的「台灣省內菸酒專賣暫行條例」...等。另外一種人為的進入障礙是智慧財產權制度：此一制度對於發明者授與專利權，對於作家與音樂創作者授與著作權也產生獨占，例如：1940 年代美國全錄（Xerox）取得影印技術之專利並把它商業化、藥廠開發出特效新藥，並取得專利權，獨占該藥品的生產。<sup>86</sup>

獨占廠商的市場結構，存在於另一端廠商家數少，且其他廠商不易進入、產品無近似替代品，現有獨占廠商對價格<sup>87</sup>的影響力高，為價格制定者（price maker）。

表 3-1 市場結構分類表<sup>88</sup>

市場結構	基本特徵	性質	例子
完全競爭	1.價格接受者 2.自由進出	廠商數很多、訊息充分、行動自由、產品同質、廠商是價格接受者	稻米、飲料店（無品牌）
獨占性競爭	1.異質產品 2.進出容易	廠商家數多，但各家之產品具備異質性，個別廠商仍有訂定價格的能力	飲料店（有品牌）、餐館、咖啡館
寡占	1.彼此牽制 2.進出困難	廠商數目少，生產與訂價決策彼此牽制	手機廠商、電視台、百貨公司
獨占	1.只此一家 2.進入障礙	產品無近似替代品，一個廠商就是產業	水公司、郵政、電力傳輸

## 二、法律上之意義

公平法對於獨占存在的本身並未加以非難，事業若能以其商品之價格、品質等

<sup>86</sup> 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，前揭註 29，頁 326。

<sup>87</sup> 產品若有近似替代品，即使只有一家廠商，它也不是獨占。「價格」之重要性亦為現今各國反托拉斯執法機關，檢視有無操縱市場之重點。同前揭註 29，頁 325。

<sup>88</sup> 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，前揭註 29，頁 326。

優點，獲取消費者認同，進而在競爭場上逐一淘汰其他競爭者，對因此而取得獨占地位之事業，應肯定其存在價值。惟肯定獨占事業存在與認同其得以不當方式繼續鞏固其獨占地位不同，事業於取得獨占地位後，若不思持續改良、創新，繼續以價格和品質優勢，維持其市場地位，卻僅想藉由其相較於他事業之高度優勢地位，以不當手段排除、阻礙他事業進入相關市場、從事競爭時，公平法就必須對此進行介入，抑制獨占地位的濫用，於促進新事業市場進入的同時，並期能藉此將市場由原來的獨占或寡占結構，改造為競爭性結構。<sup>89</sup>

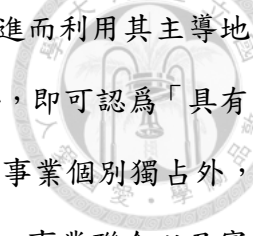
純粹獨占在現實的經濟環境中並不常見，甚至可以說是一種特殊的例外。相對而言，法律獨占係為較周延之定義，重點置於事業之行為是否可能對於競爭造成影響，其概念內涵之形成強調不論單一或複數事業，經由個別市場地位、關係企業市場力量之運用、聯合行為抑或在寡占市場之特定條件下，而在特定市場上處於無競爭狀態或具有壓倒性地位擁有排除競爭之能力者，即符合公平法上所指法律獨占狀態，其範圍較經濟學上的獨占定義為廣。<sup>90</sup> 基此觀點，公平法第 7 條第 1、2 項之規定定義獨占地位或獨占事業後，進而於第 9 條規定，獨占事業不得有濫用其獨占地位之情事。就加以說明類型區別。

#### (一) 公平法第 7 條第 1 項

公平法第 7 條第 1 項規定：「本法所稱獨占，謂事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。」本條前段所指「在特定市場處於無競爭狀態」即為經濟學上之獨占，而後段所稱「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者」乃指特定市場上之事業具有排除競爭的能力，能消滅其他市場內既有競爭者之競爭。此一規定之法律解釋，學者間或有不同見解，惟就其實質，若事業可避免市場上之有效競爭，或面對競爭時亦可輕易制敵不影響其實力，並因此力量，行

<sup>89</sup> 黃銘傑 (2004)，〈公平交易委員會搭售規範之吊詭（上）——論公平交易法第 19 條第 6 款適用於搭售行為之合理性〉，《月旦法學雜誌》，總號：109，頁 175。

<sup>90</sup> 何之邁，前揭註 72，頁 72。



為時不必考慮其競爭者、供應者、需求者之反應，隨己意行事，進而利用其主導地位，影響干預其他事業之行為，必要時更可將之排除於市場之外，即可認為「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力」。此等地位之取得，除由一個事業個別獨占外，亦可能由數事業獲取，數事業構成獨占地位之類型包括關係企業、事業聯合以及寡占市場之特定情形，前二者可由本項所規範。關係企業雖非同一法律人格，然於經濟上具有控制、從屬關係且實質上互不為競爭，得將整體視為單一經濟體，對其所展現之獨占力量予以規範。<sup>91</sup>

## (二) 公平法第 7 條第 2 項

公平法第 7 條第 2 項規定：「二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係具有前項規定之情形者，視為獨占。」本項規定僅針對寡占市場中符合「數事業間不為實質競爭」之情形予以規範，並非任何寡占市場中之複數事業皆得視為獨占事業，且必須特別加以注意若數事業間屬於關係企業或因聯合合意而不為實質競爭進而構成獨占者，此乃本條第 1 項所規範者，不屬本項規範範圍。<sup>92</sup>

事業間雖常以聯合行為之組成獲取不法利益，然有時寡占市場之事業間並未有聯合之合意，僅出現單純的平行行為，此時得否逕以認定該數事業共同居於市場之控制地位。以德國為例，其於德國限制競爭防止法第 19 條第 3 項規定：「……但事業若能證明其間存在實質競爭關係，或此事業群對於其他競爭事業不具絕對優勢地位則不在此限。」由德國法此項規定，可知其先將寡占市場中之事業推定為一獨占事業，而若寡占市場之廠商舉反證證明其間存有實質競爭關係之存在，始能免除此項推定。<sup>93</sup>對此法國學說亦採肯定見解，實務上溯自 1979 年即支持這種看法，法國競爭委員會在同年年度報告中就曾指出<sup>94</sup>：「市場上的事業數目不多，且每

<sup>91</sup> 何之邁，前揭註 72，頁 72。

<sup>92</sup> 何之邁，前揭註 72，頁 72-73。

<sup>93</sup> 何之邁，前揭註 72，頁 73。

<sup>94</sup> 何之邁，前揭註 72，頁 73，轉引自何之邁（1993），〈控制企業經濟力濫用之研究〉，《公平交易法專論》，頁 415-418。



個事業事實上都能確定其他事業將會跟隨它為相同行爲。不問事業間是否有明確的協議存在，當中的任一事業勢必無法單獨的居市場之控制地位，但是事業整體卻可能享有如是地位。」

「實際不為價格競爭」，似未考慮到寡占市場可能存在長期之非價格競爭，如此之規定與寡占產業之經濟理性未洽，亦與擬制寡占事業為獨占之意旨有所違背。寡占市場中所出現的平行行爲，主要表現在於價格與生產數量之上，以價格為例，寡占市場中生產者為了避免獨立訂價，及所訂價格與其他競爭者不一致時可能引發的不良反應，往往追隨該產業中某一特定生產者，以此事業所定之價格作為自身價格之決定依據，可能的情形為採取與該事業相同之價格，或在該價格上適度之加減以為自身之價格。例如：1. 電信業之中華電信、台灣大哥大、遠傳。2. 民用航空運輸業之中華航空、長榮航空、星宇航空、遠東航空。3. 石化業、中油、台塑化。

是以，寡占市場上產品價格常呈現極為穩定之現象，實質價格競爭關係並不存在，然而寡占市場上之事業會採取價格以外之競爭方式，例如：改善品質、增加服務項目與提供額外的獎品等其他競爭方式，由此可知寡占市場上並非必定缺乏競爭，在非價格上仍可能存有其他的競爭關係。再從經濟學之觀點切入，事業間之競爭雖包羅萬象，惟依據動態觀點之考量，大致得依據期間長短以為區分標準，亦即短期下之價格競爭及長期下之非價格競爭，此一標準主要係立基於經營策略彈性之考量，由於短期內事業所有產能設備、生產方式、品牌形象或研究創新，均囿於時間因素而無法調整，事業唯一能立即調整之競爭方式，僅有產品價格一項，是以短時間內事業間之競爭方式偏向於價格競爭；反之，就長期間而言，事業則有充裕時間可調整產能設備、變更生產方式或藉廣告累積品牌形象，而較偏重於非價格之競爭方式。由上述可知寡占市場上並非必定缺乏競爭，就長期而言仍可能有其他非價

格競爭關係存在。<sup>95</sup>



## 第二項 獨占地位之認定

獨占地位之認定，「美國實務主要以產業經濟學之觀點切入而分別就結構標準、行為標準、成就標準加以判斷。所謂結構標準乃指以事業之市場佔有率作為經濟力強弱的判斷依據，即以涉案事業之市場占有比例多寡，推算是否具有獨占的地位；行為標準乃根據事業之行為加以推斷其是否居市場之控制地位，蓋事業若認為自身已達凌駕其他事業之優勢地位時，必定會有相應之行為表現，最常見者乃濫用經濟力之行為，如拒賣、歧視、操縱價格等；至於成就標準則從事業之經營結果倒推出事業具有的市場力量。然上述三種標準各具優劣，任何一種標準皆無法獨力承擔認定獨占事業之重任，各有所重各有所偏，於實際應用時宜綜合上開標準合一判斷。」<sup>96</sup>

依我國現行公平法第 7 條之規定，獨占地位乃指「事業在相關市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者」，然而如何在具體個案中認定獨占地位，實具有困難性。我國公平法分別於第 8 條與現行之施行細則第 3 條以「負面推定與雙重門檻」及「正面認定」之方式，作為獨占地位認定之具體標準，分別說明如下。

### 一、負面推定與雙重門檻

現行公平法第 8 條規定，事業無下列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：

#### (一) 第 1 項

<sup>95</sup> 何之邁，前揭註 72，頁 73-74。

<sup>96</sup> 何之邁，前揭註 72，頁 75，轉引自何之邁（1993），〈控制企業經濟力濫用之研究〉，《公平交易法專論》，頁 443-447。





1. 一事業於相關市場之占有率達二分之一。
2. 二事業全體於相關市場之占有率達三分之二。
3. 三事業全體於相關市場之占有率達四分之三。

### (二) 第 2 項

有前項各款情形之一，其個別事業於相關市場佔有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達主管機關所公告之金額者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。

### (三) 第 3 項

事業之設立或事業所提供之商品或服務進入相關市場，受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前 2 項不列入認定範圍之情形，主管機關仍得認定其為獨占事業。

據此，我國對於獨占事業之認定，並非立即正面的界定事業是否具有獨占地位，而是先以市場佔有率與銷售金額雙重排除門檻，將未達一定市場佔有率與銷售金額的事業排除在外。

## 二、正面認定

在我國現行公平法之架構下，未達前述雙重門檻之一者，固然推定為非獨占事業，縱已達上述之門檻者，亦不表示已經當然構成獨占事業。事業是否具獨占地位，仍應符合正面認定之要求始可。我國公平法施行細則第 3 條揭示認定獨占地位時所需審酌的要素：

- (一) 事業在特定市場之占有率。
- (二) 考量時間、空間等因素下，商品或服務在特定市場變化中之替代可能性。
- (三) 事業影響特定市場價格之能力。
- (四) 他事業加入特定市場有無不易克服之困難。



(五) 商品或服務之輸入、輸出情形。

其中(二)與(五)應屬較為偏向市場劃定所應參酌之要素，然獨占事業之認定與市場之劃定間本就存在著不可劃分之關係，因此在參考此等要素時，應以之作爲界定獨占市場以及詮釋第 8 條相關要件之判斷標準。且此等要素應屬於協助法規適用的考慮因素，而非構成獨占之必要條件，亦即其應屬針對個案之不同而提供給執法者檢視獨占地位之工具。<sup>97</sup>

## 第四節 不公平競爭—搭售

### 第一項 搭售之意義

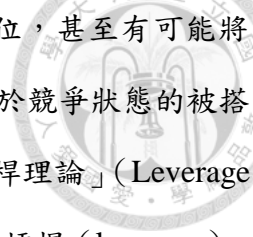
本節探討平臺經濟最易發生之不公平競爭行為態樣「搭售」<sup>98</sup>，在與搭售行為的關聯上，可作為其規範基礎者，計有第 9 條第 4 款禁止獨占事業濫用獨占地位之行為、第 20 條第 5 款禁止有限制競爭之虞的不當限制交易行為，以及第 25 條概括補遺條款禁止「顯失公平」之行為等規定。分述探討如下：

#### 一、第 9 條第 4 款

本款爲一般性禁止濫用獨占地位規定：「獨占事業不得有下列行為……四、其他濫用市場地位之行為。」一般而言擁有獨占地位事業，在搭售商品市場上之目的，

<sup>97</sup> 何之邁，前揭註 72，頁 77。

<sup>98</sup> 黃銘傑，前揭註 89，頁 174。學者黃銘傑教授：「嚴格言之，以「搭售」稱呼此類行為，並不妥當。蓋可能發生必須同時就二項不同商品進行交易者，並不僅止於買賣行為，其可能是租賃、也可能是授權等其他財產權移轉之交易行為。亦因此故，英文原文對於「搭售」僅以「tying」或「tie-in」稱之，而未限定於 sale。譯成中文使用「搭售」一語，實有引人錯誤之虞，易令人誤解僅有買賣行為方始構成公平法所稱「搭售」，若再對照行政院公平交易委員會（2002），《認識公平交易法》，九版，所引公平會實務見解中「買受人」、「出賣人」、「出售」等語，則此一誤會可能性就更加深一層了。在所謂新經濟、知識經濟時代裡，智慧財產或知識交易的重要性與日俱增，鑑於其交易方式多係以授權（當然，將「licensing」譯為「授權」可能又是另一項錯誤的譯法）型態進行之商業慣習，將「搭售」規範限定於買賣行為，顯有不妥之處，此由微軟公司將其作業系統（Windows）與瀏覽器軟體（IE）綁在一起授權之例，即可窺知其弊。雖然如此，鑑於「搭售」譯語已為一般經濟、法律文獻所通用，一般人日常亦多以此語慣稱該類行為，本文以下亦從俗襲用「搭售」一語，僅於此提醒讀者諸君注意其真正內涵，切忌為「售」字所誤導。」



多是企圖藉此以進入被搭售商品市場或強化其於該當市場之地位，甚至有可能將搭售商品市場之獨占力，延伸至被搭售商品市場上，致使原本處於競爭狀態的被搭售商品市場，亦因此而發生獨占情事。<sup>99</sup>學說上，有稱此為「槓桿理論」(Leverage Theory):「即獨占廠商藉由在主產品市場的獨占力，透過搭售的槓桿 (leverage)，將其獨占力延伸到被搭售產品市場上，而將被搭售產品市場上的競爭對手予以排除，藉以獲取兩個產品市場的獨占利潤，並擴大其市場佔有率。傳統上，用來非法搭售行為的槓桿理論，即是植基於此論點之上，認為搭售會促使廠商取得兩個市場的獨占地位，迫使消費者必須付出比單一獨占時更多的代價。此外，搭售也會提高競爭對手的成本，在市場存在規模經濟 (economies of scale) 的情況下，競爭對手的生產規模可能無法達到最小最適規模 (minimum optimal scale)，因而被排除於市場之外。」<sup>100</sup>

對此類不以價格、品質等優勢取得消費者認同，而僅係藉由搭售商品市場上之獨占力，企圖在被搭售市場上亦取得相對的優勢地位之行爲，公平法自不能容認之，而有加以規範的必要，第 9 條第 4 款規定即爲規律此一濫用行爲之根據。

## 二、第 20 條第 5 款

從立法過程及其後學說之看法，幾乎都一致認爲，搭售行爲乃是本條第 5 款禁止限制交易相對人事業活動所欲規範之客體。理由在於，搭售「不僅使交易相對人之營業自由，會受到不公平之限制，而且會使其他企業之加入市場，受到不公平之阻礙，並且使交易相對人之顧客選擇自由也受到妨礙。如限制者之企業，在市場之占有率相當龐大，則其對交易相對人做此種約定，更會使該商品或其他商品或服務之市場上競爭，受到嚴重之損害。」<sup>101</sup>是以，從保護交易相對人之營業自由、顧客選擇自由等事業活動自由以及確保被搭售商品市場公平競爭等觀點來看，自有

---

<sup>99</sup> 黃銘傑，前揭註 89，頁 175。

<sup>100</sup> 楊宏暉 (2004)，〈搭售行爲之法律分析〉，《公平交易季刊》，第 12 卷第 1 期，頁 103。

<sup>101</sup> 黃銘傑，前揭註 89，頁 176。轉引自廖義男 (1995)，〈公平交易法之理論與立法〉，《公平交易法論集》，頁 215。



必要利用本款規定，對搭售行為予以規制。

本款規定適用上須注意，搭售事業之交易相對人大體上可分為二種不同類型：一種為中間需求者之事業、另一則為最終需求者之一般消費者。在前述公平法第 9 條第 4 款規定之適用上，對於搭售事業之交易相對人並未有任何限定，從而不論其屬中間需求者之事業、抑或是最終需求者的一般消費者，只要獨占事業有濫用其市場地位實施搭售之行為，即有該款規定之適用。相對於此，本款規定之行為形式以限制交易相對人之「事業活動」為前提，解釋上僅於事業對他事業強加搭售條件時，始為本款規範對象；當事業所為搭售之對象主體，乃是一般消費者時，解釋上當無本款規定適用餘地。因此，以一般消費者為交易相對人而實施搭售之事業，若非公平法第 7 條所定義之獨占事業，則不僅無法以同法第 9 條第 4 款規定繩之，亦難能藉由本款規定予以規範。惟若此類搭售行為就公平法規範目的與理念以觀，確有加以規制的必要，此際其規範重擔就自然而然地落在一般條款之第 25 條規定上。<sup>102</sup>

### 三、第 25 條

本條性質與定位屬於一概括補遺條款，一般亦有稱之為「帝王條款」者。該條規範意旨乃是針對公平法第 7 條至第 24 條等實體規定所未列舉之限制競爭或不公平競爭行為，基於規範完整性觀點，對有危害競爭秩序之行為予以規範。因此定性，針對特定反競爭行為，如有公平法其他實體規定可以制約時，本條規定即應自我謙抑，僅於其他實體規定無法涵蓋系爭反競爭行為時，始生啟動本條規範之必要。於此認識下，若前述不具獨占地位之事業，針對一般消費者所為之搭售行為，雖確實有對市場競爭造成不當影響，惟卻無法利用公平法第 9 條第 4 款或第 20 條第 5 款等規定，予以規範時，則亦非不得藉由本條規定，補足此一可能的規範漏洞。

上述法律適用方式，原理上當無重大疑義，問題在於此類搭售行為，於具體規

---

<sup>102</sup> 黃銘傑，前揭註 89，頁 176。

範上其適用理論應如何架構？公平法第 25 條所規範之客體行為，基本上有兩大類型：一為「欺罔」、另一為「顯失公平」。搭售因無故意不實或隱匿重要交易資訊等行為，理論上應不構成欺罔；若此，則公平法第 25 條規定之所以得介入上述搭售行為，當因其蘊含有顯失公平的因子。<sup>103</sup>

根據公平會頒布之「公平交易法第 25 條案件處理原則」第 7 點規定，構成顯失公平之行為者，主要有以下類型：「

（一）以損害競爭對手為目的之阻礙競爭，如：

1. 進行不當商業干擾，如赴競爭對手交易相對人之處所，散布競爭對手侵權之言論。
2. 不當散發侵害智慧財產權之警告函：事業以警告函等書面方式對其自身或他事業之交易相對人或潛在交易相對人，散發他事業侵害其著作權、商標權或專利權之行為。
3. 以新聞稿或網站等使公眾得知之方式，散布競爭對手侵權之訊息，使交易相對人產生疑慮。

（二）榨取他人努力成果，如：

1. 使用他事業名稱作為關鍵字廣告，或以使用他事業名稱為自身名稱、使用與他事業名稱、表徵或經營業務等相關之文字為自身營運宣傳等方式攀附他人商譽，使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係，藉以推展自身商品或服務。
2. 以他人表徵註冊為自身網域名稱，增加自身交易機會。
3. 利用網頁之程式設計，不當使用他人表徵，增進自身網站到訪率。
4. 抄襲他人投入相當努力建置之網站資料，混充為自身網站或資料庫之內容，藉以增加自身交易機會。
5. 真品平行輸入，以積極行為使人誤認係代理商進口銷售之商品。

---

<sup>103</sup> 黃銘傑，前揭註 89，頁 177。



(三) 不當招攬顧客：以脅迫或煩擾等不正當方式干擾交易相對人之交易決定，如以一對一緊迫釘人、長時間疲勞轟炸或趁消費者窘迫或接受瘦身美容服務之際從事銷售。

(四) 不當利用相對市場優勢地位：

若交易相對人對事業不具有足夠且可期待之偏離可能性時，應認有依賴性存在，該事業具相對市場優勢地位。具相對市場優勢地位之事業，不得濫用其市場地位。濫用相對市場優勢地位之情形如：

1. 鎖入：如電梯事業利用安裝完成後相對人對其具有經濟上依賴性而濫用其相對優勢地位之行為（惟如構成公平交易法第二十條應先依該條處斷），如收取無關之費用或迫使使用人代替他人清償維修糾紛之款項。
2. 流通事業未事先與交易相對人進行協商，並以書面方式訂定明確之下架或撤櫃條件或標準，而不當要求交易相對人下架、撤櫃或變更交易條件，且未充分揭露相關佐證資料。
3. 影片代理商於他事業標得視聽資料採購案後，即提高對該事業之交易條件。
4. 代為保管經銷契約，阻礙經銷商行使權利。
5. 專利權人要求被授權人提供與權利金無關之敏感性資訊。

(五) 利用資訊不對稱之行為，如：

1. 加盟業主於招募加盟過程中，未以書面提供交易相對人加盟重要資訊，或未給予合理契約審閱期間。
2. 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。

(六) 補充公平交易法限制競爭行為之規定，如補充聯合行為之規定：非適用政府採購法案件之借牌參標。

(七) 妨礙消費者行使合法權益：如不動產開發業者與購屋人締結預售屋買賣



契約後，未交付契約書或要求繳回。

(八) 利用定型化契約之不當行為，如：

1. 於定型化契約中訂定不公平之條款，如限制訪問交易之猶豫期間解約權、解約時除返還商品外並需給付分期付款中未到期餘額之一定比例作為賠償、解約時未使用之課程服務亦需全額繳費、契約發生解釋爭議時以英文為準。
2. 瓦斯公用事業強制後用戶負擔前用戶之欠費。

判斷事業未揭露重要交易資訊而與交易相對人從事交易之行為，究屬本條所稱之欺罔或顯失公平，應考慮該事業是否居於交易資訊之優勢地位。如本會已針對居於交易資訊優勢地位之特定行業，明定其資訊揭露義務（如加盟業主對於加盟重要資訊之揭露義務），事業違反該資訊揭露義務時，即應以顯失公平論斷。<sup>104</sup>

由此可知，無法經由前述公平法第 9 條第 4 款、第 20 條第 5 款加以規制之搭售，最後仍可能因其所內藏之「顯失公平」性，而落入本條規定的規範網內。

#### 四、第 9 條其它禁止行為

「(一) 第 9 條第 1 款以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭

本款所謂阻礙行為，乃指事業對於他事業在市場上及競爭中之活動可能性加以損害，而其目的並不在於爭取顧客，而是為了打擊、妨礙、甚至消滅競爭者之情形。特別注意在此並非所有的阻礙行為皆具違法性，在自由競爭之市場下，事業的任何行為其最終目的皆為獲取利潤，因而以效能競爭之方式來排除競爭障礙，進而提高市場佔有率以取得優渥之利潤，此本為自由競爭之本質，亦為競爭法所欲保護的正常競爭秩序，當事業非以不公平之方法排除競爭時，並不違法。

構成本款濫用行為須以「不公平之方法」為其要件，然而「不公平之方法」屬於不確定之法律概念，在判斷上有其不確定性與困難度，觀察實務執法經驗所形成

<sup>104</sup> 公平交易委員會網站，《公平交易委員會對於公平交易法第 25 條案件之處理原則》，載於：<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=167&docid=266>



的案例類型，有助瞭解本款適用之情形，以下乃針對實務上典型之案例加以說明。

### 1. 拒絕交易

競爭法的立法基礎乃基於尊重私有財產所有人保有、處分、交易財產之自由，與藉此自由交易選擇所形成之市場秩序。是以，競爭法不得輕易地介入私人交易對象或是否從事交易之選擇，然某些擁有市場力量之事業，透過拒絕交易之方式排除其他競爭者以鞏固自身之獨占地位，而危及市場競爭、經濟效率時，顯非競爭法容許之範圍，於審視此類行為時，必須檢討拒絕交易與契約目的之關係，是否可客觀正當化，例如：當獨占事業是否已無足夠能力滿足自身需求，或交易成本因素使得事業無利可圖，皆可成為拒絕交易之正當理由。反之，若獨占事業以交易相對人販賣競爭商品為由，終止長期供給關係，則構成濫用而可能該當本款之規定。

拒絕交易的類型中亦包括近年來常被討論的「關鍵設施理論」，此概念乃從美國法院實務判決下所發展出來的類型。關鍵設施原則：「一事業或數事業共同控制了一項設施，該設施於相關市場中，乃為競爭者欲從事競爭所不可或缺之元素，無法使用此該設施，形同被排除於該相關市場之競爭外，故為了維護競爭秩序，應於一定合理的條件下強制擁有關鍵設施的事業，提供給其他競爭者使用。」

### 2. 差別待遇

差別待遇係指事業就同一商品或勞務，以不同之價格或價格以外之條件，售予同一競爭階層中，不同之購買者而言。依此定義大體上可分為價格性差別待遇及非價格性差別待遇，有關價格性差別待遇於本條第 2 款之部分再作介紹。非價格性差別待遇則因買受人、地點、購買數量及其忠誠度等適用不同條件，使買受人間產生不平等地位，或使競爭對手居於競爭劣勢，差別待遇的主要非難點在於其以人為干擾造成排他效果，限制阻礙市場進入及正常競爭秩序，並藉以成為優勢事業鞏固及維持市場之不法利器。

### 3. 濫用約款

獨占事業常在契約中加入與交易行為無關的強制性約款，約束經銷商的商業自由，進而限制競爭、扭曲市場的平衡發展，例如獨家交易約款、轉售價格限制約





款、銷售數量限制約款…等。

(二) 第 9 條第 2 款對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更

在自由競爭機制下，價格原則上透過供給面與需求面等市場因素加以形成，事業於價格決定時需要考量市場供需與其他競爭者，但獨占事業卻無須有此考量，其得任意的決定價格以達成排除其他競爭者或獲取超額利潤之目的。價格是事業從事競爭最直接、有效的工具，獨占事業的濫用行為中，價格操控的濫用甚為常見，例如：獨占性訂價、掠奪性訂價、價格歧視、忠誠折扣…等皆屬之。

### 1. 獨占性訂價

獨占性訂價指獨占事業運用其獨占之地位，訂定過高之商品、服務價格，憑藉交易相對人在無其他選擇可能性時，顯然不合理地極大化其利潤，榨取相對人之利益，在探討獨占性訂價之問題時，基本上可分為兩個層次加以觀察：第一層是獨占性訂價「應否管制」的問題；第二層則為「如何管制」的問題，前者是立法政策上的問題，而後者則為管制技術的問題。

### 2. 掠奪性訂價

「掠奪性訂價是指獨占事業訂定過低之商品或服務價格，以作為排擠其競爭者之手段，迫使其退出市場，基本上事業利用降低價格之方式以從事競爭，本為競爭與價格機能中正常、甚至應予以鼓勵之現象，不應過度加以干涉。然而掠奪性訂價不同於一般價格競爭之「降價行為」，而是獨占事業運用其市場力量，將價格過度降低致其本身短期無法獲利，甚至亦無法平衡其成本之情形。此時其他競爭者因缺少此種市場或財務力量之支撐，來與獨占事業一較長短，當獨占事業將其他競爭者排擠出市場後，一般將會以提高價格、獲取超額利潤，以填補其採行掠奪性訂價時之損失。在實際執法上以下二個問題值得思考。

第一，在現實市場中是否常有可能出現掠奪性訂價的行為？吾人首須瞭解在自由競爭的資本主義下事業所有行為都必然符合經濟理性。而掠奪性訂價此種以虧本的價格排除競爭者的方式，勢必在日後能有所補償，否則獨占事業無實行的可能性，而此建立於確實能將競爭者逐出市場，且日後具有獨占利潤之可能性。第二，

掠奪性訂價之規範與獨占性訂價相同，必須面臨事業所訂價格是否「不合理」之判斷。蓋降價行為屬於事業從事競爭時最有利的方式，本無非難性，且降價行為本質上即會對於他競爭者產生若干之排擠作用，故如何區別降價行為屬於一般價格競爭還是掠奪性訂價即為難題。」

### 3.價格歧視

「事業就相同的商品或服務，依買受對象、區域、購買數量等不同，而訂定不同的價格，是為價格歧視，或稱差別取價。本類型判斷的困難點在於區別價格差異和價格歧視，蓋考量商品經營環境之差異、行銷成本之差異，當然可能產生價格差異。但若不計上述成本差異，或對所有產品以同價出售，反而可能形成價格歧視。價格歧視之類型甚多，其中最典型的例子就是提供折扣、優惠或紅利等，使價格間接受到影響。」

#### (三) 第 9 條第 3 款無正當理由，使交易相對人給予特別優惠

本款針對買方市場之獨占事業所為之規範，若獨占事業利用其優越地位，要求供給者給予特別優惠，此種行為將間接阻礙其他潛在競爭者參與競爭。例如：要求交易相對人提供低於一般競爭水準之售價、補貼倉儲、裝潢費用、負擔進貨成本變更之損失等。而有無正當理由，則需於個案中考量相關因素加以決定。」<sup>105</sup>

## 第二項 搭售之競爭效果

受經濟學理論的影響，美國的反競爭執法對於搭售的規制，經歷了一個由嚴格向緩和的演變過程。但搭售仍然被視為是適用「半本身違法原則」。1914 年克萊頓法公佈之後，對搭售行為的規定漸趨嚴格。1970 年代後，受芝加哥學派的影響，法院對於搭售的態度開始逐漸趨向和緩。1990 年海德案件之後，法院開始傾向於使用合理原則來判斷搭售行為，並在微軟案件中使用了該原則。微軟案件的搭售問題已經脫離了古典的搭售模型，涉及到技術上的搭售問題。法院對搭售也不再僅僅

<sup>105</sup> 何之邁 (2007)，〈公平交易法：第一講—獨占（下）〉，《月旦法學教室》，總號：61，頁 86-90。

考慮是否為消費者帶來了損害，同時還考慮技術搭售帶來的一體化，是否給消費者帶來了利益，使得搭售不再僅僅是一個簡單的合法或非法的問題。<sup>106</sup>職是之故，搭售行為在經濟上並非只是單純地反競爭或促進競爭，而是兼含兩種效果，因此如何過濾出促進競爭的元素，而就反競爭的雜質予以規範，便顯得重要。<sup>107</sup>

## 一、搭售反競爭之效果

### （一）獨占力延伸之槓桿效果

搭售行為可能被用來作為獨占力延伸的工具，即獨占廠商藉由在主產品市場的獨占力，透過搭售的槓桿將其獨占力延伸到被搭售產品市場上，而將被搭售產品市場上的競爭對手予以排除，藉以獲取兩個產品市場的獨占利潤，並擴大其市場佔有率。傳統上，用來非法搭售行為的槓桿理論，即是植基於此論點之上，認為搭售會促使廠商取得兩個市場的獨占地位，迫使消費者必須付出比單一獨占時更多的代價。此外，搭售也會提高競爭對手的成本，在市場存在規模經濟的情況下，競爭對手的生產規模可能無法達到最小最適規模，因而被排除於市場之外。

早期基於哈佛學派的 SCP 分析框架「市場結構—市場行為—市場績效」提出的槓桿理論認為搭售有害，具有反競爭的效果。該理論認為，當獨占廠商在某一產品市場具有明顯的市場勢力時，利用搭售可以將獨占勢力延伸至被搭售產品市場，進而在被搭售市場獲利。搭售減少了消費者的自由選擇，而且極有可能損害被搭售產品市場的競爭。

1970 年代晚期，芝加哥學派透過法律經濟分析方法對槓桿理論進行批評，人們開始重新審視經濟生活中廣泛存在的搭售現象。芝加哥學派對搭售的看法是：如果被搭售產品是競爭性的，無論如何搭售也只佔競爭市場的極小部分，因此搭售對競爭的影響是微弱的。同時，搭售還具有一些好處，包括降低交易成本（例如：搜

---

<sup>106</sup> 仲春（2012），〈互聯網搭售行為的規制初探—以“奇虎 360”訴“騰訊”壟斷案為例〉，《科技與法律》，2012 卷 4 期，頁 83。

<sup>107</sup> 楊宏暉，前揭註 100，頁 103。



尋和談判成本)、消除雙重加價、品質保證及商譽維護、現行低效率獨占市場結構之修正、開發新產品風險的分擔。<sup>108</sup>

### (二) 提高進入障礙

搭售行為的採行也可能是優勢廠商用以提高市場進入障礙的工具，亦即廠商利用搭售將兩種產品綁在一起，使得競爭對手必須面臨同時進入兩種產品市場的壓力，因而增加資金壓力及市場進入的風險。例如：市場上有一家發行早報及晚報的報社從事搭售，要求所有在早報上刊登廣告的客戶也必須同時刊登在晚報上，如此，想要進軍晚報市場的另一家報社，便無法有效地打入想在早報上刊登廣告的客戶群，除非它也能提供早報，但這會增加進入市場的風險。

搭售除會影響被搭售產品的市場競爭外，也有可能影響到主產品市場的競爭，亦即互補產品間的搭售可能會減少其他事業銷售互補產品的收益，從而減少其進入主要產品市場和相關市場的收益，進而阻礙對於主要產品市場和相關市場的參進，使事業維持和強化主要產品市場上的既有獨占地位，或於新興市場上取得獨占。倘使市場具有重大創新和產品生命週期短的特徵時（如電腦資訊業），搭售將直接導致競爭對手無法銷售互補產品和降低其進入互補產品市場的收益，而為維持和強化最初獨占地位的有效手段。

### (三) 通謀勾結之穩定

搭售也可用來穩定通謀勾結，監督卡特爾成員的欺瞞行為，促使通謀協議更穩定或更容易成功。亦即廠商從事搭售，而僅允許當市場上存在較便宜的被搭售產品時，顧客才可以選擇向其他人購買，如此，搭售便成為聯合訂價的監督機制，其客戶便成為報告其他廠商秘密降價訊息的風向球。同時，由於搭售條款的存在，其他廠商認知到只要搭售廠商將被搭售產品的售價調降至與市場最低價相同，即可輕易地奪回客戶，則其從事價格競爭的誘因便大為降低，故通謀協議將更為穩固，而市場競爭也會受到相當的限制。

---

<sup>108</sup> 仲春，前揭註 106，頁 83。



#### (四) 規避價格管制

另一理由為規避價格管制，例如：美國尼克森時代第一次能源危機時，對於汽油設立價格上限的管制，而管制價格遠比消費者的保留價格為低，加油站老闆便要求顧客於加油時，必須同時購買一片擋風玻璃雨刷，透過雨刷的收益來補貼汽油的低價。

利用搭售來規避價格管制，可能會傷害到競爭者和消費者。在最高價管制過低的情況下，競爭者受害的理由在於主要產品的獨占者，可以有效取得被搭售產品市場上的獨占地位，進而排除被搭售產品市場上的競爭者。消費者也因此減少選擇的機會，而且大多數的消費者可能必須要付出更多的代價才能享受主要產品，或者少部分的消費者因為要支付的對價，超過保留價格而必須另尋替代物品而受到傷害。若最低價的管制過高，則廠商可利用搭售來調降售價以增加銷售，增加被搭售產品的市場佔有率，並損害到其他競爭者。

#### (五) 掠奪性訂價

藉由提供免費或極便宜的額外服務，來當作降價的工具，使整組產品的售價低於邊際成本或平均變動成本，達到掠奪性訂價的目的，例如：電腦製造商想要將其他的競爭對手驅逐出市場，而提供一免費的軟體給購買其電腦的顧客。對競爭者而言，若整組產品的淨價格具有掠奪性，則其可能會受到傷害；但消費者並不因該低價商品而受有損害，受害可能性在於競爭者完全被排除於市場外時的獨占價格。

#### (六) 剝奪消費者選擇

令人垢病的另一壞處是限制消費者的締約自由、和選擇自由，亦即剝奪不想購買或是想向其他出賣人購買被搭售產品之買受人的自由，迫使其不得不購買，而買受人的自由應該受到保護，不應被強迫購買。美國法院的一些判決認為強迫顧客購買被搭售產品，此要件並不足以作為非難搭售的唯一理由，搭售必須損害到競爭才有可責性。但也有學者認為不管有無排除競爭的效果，買受人確實因為搭售而受到了傷害，被迫必須向出賣人購買被搭售產品才能取得主要產品。因此，這類的強迫實際上已足以該當搭售的損害要件。



### (七) 濫用市場力量

搭售構成的市場力量濫用，導致購買人必須支付較高的對價，或者遭受差別取價。實施搭售通常會增加購買人的取得成本，形成主要產品的價格升高，導致購買人遭受榨取，因此可被視作是一種主要產品的變相漲價。是否要對這類的價格濫用進行市場績效的管制，以使價格下降則有待討論。蓋進行績效管制會使得市場結構穩定化，然而在市場上存有高價格水準的情況下，通常會引起潛在競爭者進入市場，或者是既有的競爭者擴張產能，或者誘發創新導致替代競爭，最後出賣人的市場支配地位將會被侵蝕殆盡。又縱使績效管制可以被當作最後必要時的應急措施，仍然必須面對如何衡量主要產品價格是否真的過高之技術層面的難題。

差別取價雖可最大化出賣人收益，但對於非以最低價購買的顧客而言，等於是因支出比競爭價格為高的代價而被榨取。但在以搭售作為差別取價形式的場合中，所有的購買人則是以相同的價錢購買搭售組合。這種價值榨取係建立在購買者個人對商品的個別評價上，而與立基於一般價格的市場績效管制有別。

### (八) 增加比價困難

價格是市場競爭過程一項重要的參數，價格的透明化乃是競爭的重要動力，比價困難競爭機制便無法正常發揮其功能。搭售之行銷策略，透過產品的搭配及價格的分配，可能使顧客在交易過程中，無法與出賣人提供之其他價格，或其他競爭者提供之產品價格作比較，或掩飾真實的價格而損及其利益。

### (九) 誤導

搭售可能產生誤導效果，使購買人誤認為其所購買的產品較為低廉，或者造成顧客認為是促銷活動的印象。這種廉價的假象可能發生在主要產品上，也可能發生在被搭售產品上，或者是整組搭售上。誤導效果也可能發生在出賣人的效能上，亦即此項搭售相較於出賣人的其他產品，在價格上是比較便宜的；或者對於出賣人的競爭能力造成誤導，以為出賣人的產品較其他競爭者的產品便宜。

另一個相關問題為價格掩飾，即出賣人就主要產品所為之價格標示，是否即是真實價格的反映，有無涉及以被搭售產品來補貼主要產品的價差。



#### (十) 影響不客觀購買

搭售也可能對於顧客的購買意思決定造成不客觀的影響，例如：出賣人以極為低廉的對價，甚至無償地提供一主要產品，且與被搭售產品一起搭配銷售，讓購買人覬覦主要產品而買下整組搭售。

從規範面向來看，購買人清楚認知要獲得主要產品的優惠，必須以承受被搭售產品的不利益作為交換條件，而無法單獨取得。因此，購買人是否仍然會接受搭售，則是自己權衡利弊得失後的仔細考慮，若仍購買表示其認為仍有利可圖，值得討論是否仍可稱作受到不客觀之影響。

#### (十一) 非效能競爭

效能競爭指產品銷售的增加是依靠商品本身的品質、價格等特點，而搭售的使用將使被搭售產品得以攀附主要產品的特點或市場力量，其非完全依據本身特點進行競爭，從而免於競爭壓力的驅使，故是一種與競爭本旨不合的非效能競爭手段。

但哪些特點是攀附來的，有時並不容易界定，例如：住家距離、商店的商譽、服務親切度、氣氛等，這些都不是來自於產品本身，且這些特點的攀附並不違法，而哪些特點直接來自主要產品、哪些來自被搭售產品，其界定也非易事。<sup>109</sup>

### 二、搭售促進之競爭效果

搭售也有許多促進競爭的效果，被用來作為允許搭售行為的支持基礎，這類促進競爭效果常被提到的是效率提昇、品質控制與差別取價。

#### (一) 效率提昇

搭售可提高效率，例如：鞋子和鞋帶通常是一起出售，只要人們對於鞋帶的偏好差異不大的話，兩者一同銷售會比分別出售來得有效率；相同的情形也可見於鞋子左右腳一同出售的例子。從這個觀點加以延伸，日常生活中的物品幾乎都是由不同的組件構成，例如：汽車是由車身、引擎、輪胎等組件所構成，而各種組件均可

<sup>109</sup> 楊宏暉，前揭註 100，頁 103-108。

從市場上取得，因此購買一輛車在概念上可視為車商在進行搭售行為，而消費者購買車子遠比購買零件自行組裝來得有效率多了。此種效率的提昇係來自於交易成本和搜尋成本的降低。同時消費者也可因成本的降低，而享受到價格下降的好處。

## （二）品質控制

為維護產品功能、保護主產品商譽，廠商會要求購買搭售產品的客戶，必須同時買入廠商提供之互補產品，以保證搭售產品的功能得以正常發揮。例如：Kodak 公司要求購買 Kodak 軟片的客戶須送回 Kodak 公司沖洗相片，以避免其他公司因沖洗不當導致相片效果不佳時，消費者會弄不清楚究竟是軟片的問題還是沖洗相片的問題，進而對 Kodak 軟片存有疑慮，產生錯誤歸咎的情況。

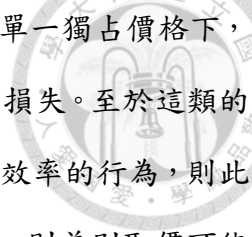
在加盟關係中，加盟主常在契約中要求由其供貨給加盟者，也是基於確保品質的考量，以避免加盟者間的搭便車行為，降低加盟產品的品質，而損害到加盟體系整體的企業形象。例如：麥當勞透過加盟方式在全球建立了統一的形象，消費者只要到麥當勞的任何一家加盟店中，都可期待買得到一定品質的產品，而不會因地區或作業流程的不同而買到劣質品。如果有加盟店未能遵照麥當勞，各項品管要求而導致品質低落，此一效果不僅影響該特定加盟店，更會外溢到整個加盟體系，影響整體的企業形象。因此，透過搭售的安排即可避免此種負面效應的發生。

## （三）差別取價

透過差別取價廠商可以對保留價格較高的消費者，收取較高的價格而提高利潤，然差別取價能否達成，除廠商須有價格決定力外，尚須克服如何辨別顧客，以及避免商品轉售套利的難題。例如：早期 IBM 公司出租電腦時，限制租用者必須向其購買定位裝置卡，使用頻率較高者，對電腦之願付價格亦較高，IBM 公司可以針對所有的客戶收取固定的機器月租費，同時將卡片的單位價格提高至競爭價格之上，如此，使用頻率高的用戶其保留價格將高於頻率低用戶，而獲取差別取價的利潤。或者，IBM 公司也可經由定位裝置卡的銷售量，來瞭解使用者的電腦使用頻率，而針對其使用頻率訂定不同的價格達到差別取價之目的。

差別取價會使得部分的消費者剩餘轉移至生產者剩餘，而發生財富移轉現象，





但就社會福利而言，差別取價能夠擴大市場的產出，使得原本在單一獨占價格下，無法購買的消費者也能夠以較低的價格來消費，減少獨占的無謂損失。至於這類的財產移轉行為應否禁止，視反托拉斯法目的而定，若旨在禁止無效率的行為，則此種行為不應被非難，但若消費者福祉的增進為法律的主要目的時，則差別取價可能對社會是有害的。

#### （四）風險分擔

搭售有益競爭作用為風險的再分配，例如：生產者研發出一個新產品，但對市場的需求無法準確的估測，新產品可否獲利並不確定，所以生產者可能以低價來誘使經銷商銷售此一新產品，而靠著對和新產品搭配的某項產品來獲取利潤，如此，生產者便可減輕新產品被消費者拒絕的風險。這種風險分擔效果能廣泛適用於授權、連鎖經營，以及涉及搭售之類似的分銷合約中。這類搭售可促進新產品進入市場，強化市場的競爭，而且通常是短期存在，對市場競爭不大會造成重大傷害。

#### （五）秘密價格折扣

廠商採行搭售行為，也可能是出自秘密價格折扣的動機，例如：寡占廠商想要瞞過對手給予價格折扣時，得以寡占價格銷售某種產品，但同時以非常低的價格銷售另一種產品給客戶。又例如：廠商於顧客購買一件一百元的商品時，同時贈送給他一件價值十元的商品，或以低於十元的價格出售，此時就相當於提供了 10% 的折扣。因此這類搭售具有破壞卡特爾協議穩定性，和轉售價格維持約定的功用。

#### （六）解決集體行為問題

搭售亦可能用來解決集體行為的問題，例如：為了防止空氣污染，機車應加裝觸媒轉換器，但由於加裝後對個人的效用增加不大，無誘因促使個人加裝故會有搭便車的情況出現，因此可透過機車與觸媒轉換器搭售的方式，來達到空氣污染防治的效果。<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> 楊宏暉，前揭註 100，頁 108-111。



### 第三項 平臺搭售行為分析

#### 一、平臺搭售難度降低

平臺的搭售具有與傳統行業不同的特點，為反競爭法實施帶來了全新挑戰。平臺搭售的難度遠遠低於傳統行業，這一點在微軟 Windows 作業系統搭售音樂播放器和瀏覽器的案件中已經得到充分結果。無形的軟體類產品增加一項新功能，只需要加入一些程式碼，並不會為企業帶來過高的成本，也不需要耗費額外的實體性資源，其物理上的無形性不需要多佔據商場貨架上有限的空間，因此便利性遠遠高於傳統實體性產品。企業運用現有的人才開發出新的功能，比起購買新的生產線與生產原料，成本要小得多操作起來也方便得多。

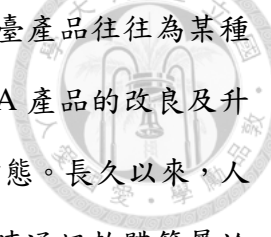
傳統行業中企業搭售行為動機各異，如推廣新產品、作為一種廣告方式、使產品具有更好的效果和體驗等，當然也不排除將搭售作為一種不正當競爭方式。但無論企業出於何種目的，其搭售往往需要較多的步驟。首先，結賣品和搭賣品<sup>111</sup>是不同的產品，需要為生產配備不同的生產線和原材料，企業必然會為額外生產支出更多的成本；其次，結賣品和搭賣品需分別包裝，也會增加包裝費用；再次，企業需要說服商場給予面積更大的貨架來擺放這些產品或者說服批發商和零售商接受搭售在一起的產品而不是選擇單個購買之前的產品。這些都是企業搭售過程所付出的額外成本。但是，平臺中集合了多個功能的新產品在推廣的過程中也較為容易。從外觀來看，集合了多個功能的產品，和較少功能的產品外觀，可以是完全一致的，除非企業希望透過外觀來區別升級的版本。因此，企業只要不更改定價，完全可以悄無聲息地搭售過程。

#### 二、判斷搭售構成要件難度增加

傳統產業裡可獨立銷售的 A 物品，和 B 物品被組合在一起銷售的捆綁銷售行

---

<sup>111</sup> 賣方規定買方必須在購買商品或服務（稱結賣品）時，同時購買第二種商品或服務（稱搭賣品）。



為較容易界定，在平臺中分清 A 物品和 B 物品卻十分不易。平臺產品往往為某種功能，B 可能既是獨立於 A 的一個新產品，也可能被視為是對 A 產品的改良及升級。何況現有的功能形態將有可能培養消費習慣，形成另一種常態。長久以來，人們可能認為電腦作業系統內建網頁瀏覽器、影音播放軟體或即時通訊軟體等屬於標準配置。畢竟隨著平臺時代的到來，作業系統配備上網軟體會成為一種基本配置，沒有配備上網軟體的作業系統，對消費者來說可能就像買了個沒有安裝輪子的自行車。人類最初生產的汽車僅僅具有一些最基本的配置，能夠實現基本的運輸功能。隨著汽車業的發展，擁有空調、音響設備的汽車已經成為了標準，過去它們是可選擇的配備並具有非常活躍的配件市場。

另一個更加棘手的問題是，如果 A 軟體和 B 軟體能區別清楚，那麼騰訊的即時通訊軟體「QQ」上設置的方便到達網站主頁、網路遊戲及「微博」的連結，是否是另一種形式的捆綁，它同樣具有傳統行業捆綁的作用效果，排除競爭對手、促進市場進入、利用槓桿作用將獨占力擴張到另一產品市場。但如果將其界定為捆綁，會發現執法機構根本沒有精力去約束平臺領域氾濫的捆綁行為，也沒有精力去逐個分析它的合法性。另外，QQ 這種透過擴充功能來滲透其他市場方式的積極面也很明顯，這樣做的邊際成本較低，透過集合功能提升效率或者讓消費者更加方便地到達，當消費者只是看中某些功能的時候，這麼做還可以累積需求。

### 三、平臺搭售具有普遍性、強制隱匿性

搭售的普遍性及強制隱匿性在傳統行業不存在，搭售現象在平臺非常普遍，幾乎所有行業佔據優勢地位的企業，都正在搭售或者努力透過既有優勢推廣下一個搭售產品。以騰訊為例，憑藉即時通訊軟體積累的龐大使用者群，迅速進入了入口網站、影音、音樂分享、電子信箱、搜尋引擎、網路遊戲、微博、社交網路、團購等領域，幾乎覆蓋了平臺全部的服務功能，有些搭售產品並不經過消費者的同意就自行開通。其商業模式是透過基礎免費用戶端軟體獲得使用者，即塑造一個平臺並且使用平臺，在用戶的使用過程中發現需求，並不斷地改進和完善免費用戶端來提



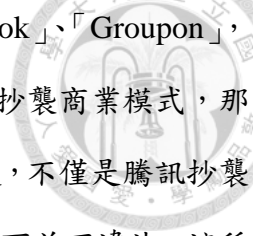
升用戶黏合度，利用自身用戶端的特點，在海量用戶的基礎上增加向少數人的加值服務，在獲得利潤來源同時不斷地利用現有用戶端捆綁新產品，尋找新的利潤點，這些行為和搭售密不可分。

移動上網發展過程中的搭售行為也十分普遍，許多企業力圖透過硬體市場上佔有先機，推廣自己的軟體服務產品。隨著移動上網的迅速發展，若手機商透過硬體內建，或綁定使用者號碼的方式，在手機中預裝多種加值應用行為均屬搭售。

#### 四、平臺搭售效果趨於複雜化

傳統單邊市場中的企業採取搭售的動機在於提高經營效率、規避資訊不對稱、防止逆向選擇等，因此反競爭機構對單邊市場的搭售行為給予了較多的關注。然而，經濟學家透過研究發現，雙邊平臺企業採取搭售策略，不僅可以使得自身的利潤增加，而且還能夠提高平臺兩邊用戶的效用，進而導致社會整體福利水準的提高。前述 QQ 捆綁的例子，確實遮蔽了競爭對手，但這些功能的集合卻為使用者帶來了方便，使用者打開一個軟體，就可以實現諸多的通訊、新聞和娛樂功能。搭售有時還是競爭激烈的外在表現。在幾個競爭者互有優勢的情況下，透過自己的優勢產品來搭售（往往是低價或免費送出）非優勢產品是企業為保持競爭力的經營行為，同時給消費者提供了更多的選擇。給平臺產品搭售效果判斷增添了複雜性的還有「免費」。傳統的搭售行為並不採行免費，雖然可能因為搭售給予了消費者一定的優惠，但基本仍以等價對價為原則。而平臺產品往往是免費提供給消費者使用，在此基礎上增加新的功能仍然免費，「搭」而不「售」，以現代競爭法保護消費者利益而不是保護競爭者利益的觀點來看，這種行為有無損害消費者利益，很難受反競爭處罰。

當然平臺的任意「搭售」行為也會損害行業創新，由於平臺並不具有如礦產、特殊的地理環境等稀缺資源發展瓶頸，資金和人才這些發展的必需條件都較為容易在市場上獲得，創新成為平臺取得良好商業成績的根本。這種創新並不完全呈現在佔有專利的多寡。由於專利獲得要求的時間週期較長，創新型企業往往並未積累太多創新，擁有最多專利的企業也未必就能夠持續創新。對於注重用戶體驗的平臺



來說，商業模式的創新顯得更為重要。商業模式成就了「Facebook」、「Groupon」，如果在「Facebook」和「Groupon」發展之初就被其他平臺巨頭抄襲商業模式，那麼兩者可能沒有壯大的機會。商業模式並不受智慧財產權的保護，不僅是騰訊抄襲這些商業模式，其他任何企業抄襲這些商業模式，在現有的法制下並不違法，這種做法最多承擔的是道義上的責任。對擁有強大用戶資源背景的優勢地位企業來說，如果與小企業推出同樣的產品，誰能夠輕易獲得用戶的關注且被使用不言而喻。長此以往，隨意抄襲他人創新產品確實會損害小企業創新的動力以及行業的發展。

### 五、證明搭售行為增添新的困難

雖然搭售的構成並不以收費為條件，但一般來說，原告必須證明其購買一種產品或服務，以購買其他產品或服務為條件的搭售才構成本身違法。在類似於美國有關行政機構對「谷歌圖書」產品進行調查的案件中，由於谷歌圖書搜尋的潛在消費者並沒有明確購買谷歌網頁搜尋服務，在這種情況下不可能使用傳統的本身違法原則。因為許多平臺產品的獲得，對於消費者來說是沒有直接的貨幣成本的，也很難弄清楚消費者是如何在使用結賣品的過程中，被迫為搭賣品付費。消費者的「支付」方式仍然是透過關注來進行的，透過關注這個產品，為產品建立一定的市場佔有率，從而為平臺吸引更多的廣告收入。

在證明產品的獨立性方面，由於大多數捆綁的平臺產品均具有內在的聯繫，因此證明也更加困難。例如：QQ 即時通訊捆綁微博產品，由於兩者均具有社交網路的功效，內在聯繫強就很難將其認定為完全不同的產品，僅憑直覺很難判斷平臺產品的捆綁。

此外，本身違法原則通常不會應用到包含技術密集和明顯效率的行業，以及那些搭售對經濟與技術發展，帶來後果尚有爭議的行業。由於平臺以及相關技術的新穎性，執法機構和法院都會傾向於採用合理原則進行分析，因此對於平臺的搭售行

為，可能需要一些與以往不同的認知。<sup>112</sup>



## 第五節 雙邊平臺相關市場界定

### 第一項 界定一個還是兩個市場

目前界定相關市場最嚴格的工具是假設性獨占者檢測法 (SSNIP 測試)，該測試定義了個別公司可持續提高價格，或以產品加上地理集合的方式行使市場力量。

然而雙邊平臺相關市場界定，所面臨的困難遠遠大於單邊平臺，其一，在競爭法中，相關市場的特點是兩個要素：一個產品和一個地理市場。然而在雙邊市場使用此界定方法，將會導致錯誤的結果。此外，本文主軸係數位平臺經濟，其常以「零元」的形式出現，舉凡 App 軟體、搜尋引擎、社交媒體平臺、旅遊訂票、導航或地圖系統...等無數數位商品和服務，現正廣泛存在於零元數位平臺市場，致使缺乏價格評估。

再者，在數位世界的地理市場中，因邊界缺失問題或者根本就毫無邊界可言，也增加市場界定的困難，例如：搜尋引擎使用者，無論身處哪一國家，都可以免費使用 Google 的服務，也不用在意當地語系為何，亦即一個台灣的使用者，到了日本後，仍然可以使用台灣 Google 搜尋服務，且不論到哪裡都只需要點擊即可也不會產生成本。

市場上存有相互依賴的兩種不同類型的使用者，共同透過平臺互動<sup>113</sup>，此即雙邊平臺的運作原理。若平臺廠商銷售兩個不同的商品或服務，給兩個不同邊的使用者，那麼就必須考慮這兩邊的市場，但是要「界定一邊還是界定兩邊，則須視雙邊市場的態樣而定」<sup>114</sup>。

---

<sup>112</sup> 仲春，前揭註 106，頁 84-85。

<sup>113</sup> See Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Supra* note 2, at 990-994.

<sup>114</sup> See Filistrucchi, Lapo and Geradin, Damien and van Damme, Eric and Affeldt, Pauline, *Supra* note 8, at 4.

由三位經濟學者 Lapo Filistrucchi、Eric van Damme、Pauline Affeldt，與一位法學教授 Damien Geradin 共同撰寫完成之「雙邊市場的市場界定：理論與實務」論文<sup>115</sup>文獻，文章開始即以無法使用 SSNIP 或是 CLA（Critical loss analysis, 臨界損失分析方法<sup>116</sup>）的傳統方式，應用到雙邊市場的市場界定上，並肯認 Jean-Charles Rochet & Jean Tirole<sup>117</sup>教授所提出之價格結構非中立性。

既然雙邊市場的廠商是銷售兩個不同的商品或服務給兩個不同的消費群，這就會引起雙邊市場是要界定一個市場還是兩個市場的問題。作者認為雙邊市場的市場界定，必須考慮到兩邊的市場，界定一個或是兩個市場，須視雙邊市場態樣而定。同時將市場區分為交易型雙邊市場，與非交易型雙邊市場，本文贊同學者所述分析觀點：

雙邊市場中進行相關市場界定时，需要同時考慮兩邊使用者，並根據雙邊市場的類型採用不同的相關市場界定策略<sup>118</sup>：

1. 交易型雙邊市場只需界定一個市場。
2. 非交易型雙邊市場則需界定兩個相關聯的市場。

相關市場界定策略具可操作性，尤其在界定雙邊平臺時，故筆者認為極其重要。

## 第二項 美國運通信用卡案<sup>119</sup>—市場界定辯論

美國運通公司 American Express Co.（下稱 Amex）為避免商家鼓勵消費者減少


<sup>115</sup> *Id.* Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice.

<sup>116</sup> 臨界損失是指：獨占者漲價失敗，所必需減少的銷售額或產出額的幅度。這個幅度與實際中漲價後可能發生的銷售額或產出額的減少相比較，可以確定某個替代產品或地理區域是否屬於同一個市場。若假設獨占者的產出額或銷售額損失小於估計臨界損失，那麼 5% 的價格上漲就是有利可圖的，由此界定出臨界相關產品（或地理）市場。較該市場稍大的市場，企業即可從漲價中獲利，較該市場稍小的市場，企業則無法從漲價中獲利。1986 年 Federal Trade Commission v. Occidental Petroleum Corp., et al. 案係美國法院首運用臨界損失分析法，處理有關企業合併案件。

<sup>117</sup> See Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Supra* note 2.

<sup>118</sup> See Filistrucchi, Lapo and Geradin, Damien and van Damme, Eric and Affeldt, Pauline, *Supra* note 8, at 10. The four scholars made suggestions 1 as: In two-sided non-transaction markets, two (interrelated) markets need to be defined. In two-sided transaction markets, only one market should be defined.

<sup>119</sup> 16-1454 Ohio v. American Express Co. (2018), available at [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454\\_5h26.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf)



使用手續費較高的運通信用卡，自 1950 年代起即與商家簽訂了「反轉向條款」(antisteering provision)，遂於 2010 年 10 月引起數州州政府與美國司法部提起反托拉斯訴訟。美國聯邦最高法院就 Ohio v. American Express 乙案，於 2018 年 6 月 25 日以 5 比 4 的票數<sup>120</sup>認定美國運通公司未違反舒曼法，其中有關雙邊市場的市場界定探討各經濟學家不同文獻觀點，並引起正反方的激辯。

### 一、背景說明

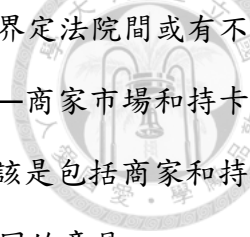
Visa、Master Card、Amex、Discover 是美國四大信用卡公司，市佔率分別為 45%、26.4%、23.3%及 5.3%，其中 Amex 採取不同的商業模式與 Visa 和 Master Card 競爭，它側重的是持卡人的消費金額而不是借貸。為了鼓勵其消費，Amex 乃提供了比其他信用卡公司更優惠的回饋機制，因須不斷地對回饋機制進行投資以維持持卡人的忠誠度，Amex 於是向商家收取了較競爭對手更高的手續費用來支應前項的投資，儘管 Amex 的投資得益於鼓勵持卡人花更多的錢，但商家不願支付更高的費用，進而試圖避開 Amex。雖然仍然吸引著美國運通的持卡人在他們的商店購物，但是發生商家企圖阻止持卡人使用 Amex 信用卡刷卡，為了避免這種稱為「轉向」(steering)的情形發生，Amex 於是與商家簽訂了「反轉向條款」(antisteering provision) 契約：「規定禁止商家暗示偏愛非美國運通卡、勸阻客戶使用美國運通卡、說服客戶使用其他卡、在美國運通卡上強加任何特殊限制、條件、劣勢或費用，或者相較美國運通卡更促銷其他信用卡。」然而「反轉向條款」契約的條款並沒有阻止商家將客戶導引至使用轉帳卡、支票或現金。2010 年 10 月，美國司法部和數州州政府共同指控「反轉向條款」違反了舒曼法的規定。

Amex 在地方法院敗訴，但在第二巡迴上訴法院、聯邦最高法院均勝訴。最高法院指出原告沒有提供任何證據，證明信用卡交易的價格高於競爭性市場上預期的價格，亦即能證明反轉向條款使得信用卡交易成本增加且超過了競爭水準、減少

---

<sup>120</sup> See e.g., 16-1454 Ohio v. American Express Co., the Whole Proceedings and Orders at <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/ohio-v-american-express-co/> (last visited 07/10/2018)。





了信用卡的交易量，扼殺了信用卡公司之間的競爭。其中對市場界定法院間或有不同的看法，地方法院認為信用卡市場必須分為二個個別的市場—商家市場和持卡人市場，雖然巡迴上訴法院和聯邦最高法院均認為相關市場應該是包括商家和持卡人的「信用卡市場」，但是最高法院的四位大法官卻表達了不同的意見。

## 二、美國聯邦最高法院多數見解

Thomas、Roberts、Kennedy、Alito 及 Gorsuch 五位大法官認為，信用卡是一個雙邊的平臺：兩邊分別是商家和持卡人，信用卡公司是平臺提供者。因為間接網路效果的關係，平臺不可能在不顧一邊需求減少下，提高另一邊的價格。雙邊平臺在一邊收取的價格高過，或低過成本係按各邊的需求彈性，而不是市場力量或是一個反競爭的定價，所以在適法分析上就必須包括平臺的兩方：商家和持卡人，是故將相關市場界定為「信用卡市場」。

對於雙邊市場並不一定總是要考慮到雙邊，當間接網路效果的影響很小時考慮一邊即可，例如報紙。當讀者人數愈多時廣告量就會愈多，讀者一般不會在乎廣告多寡，因此報紙廣告市場間接網路效果很弱，此時僅須考慮一邊即可。然而信用卡市場就不同了，市場上每一筆交易的完成，都必須由商家及持卡人同時動作方能成交，也就是說每筆「交易」都是由商家及持卡人「共同消費」缺一不可。持卡人使用信用卡進行交易，商家接受信用卡當作支付的工具。信用卡公司被理解成提供唯一的商品：交易行為。

多數見解認為在雙邊平臺進行競爭分析時不能只看「單邊」，例如若商家願意接受所有的信用卡，而持卡人只願使用 Visa 或 Amex，則此時只有 Visa 或 Amex 對「交易行為」進行競爭，而與 Master Card、Discover 無關。因此本案只要界定一個市場即可。

足見多數見解深受 Lapo Filistrucchi、Damien Geradin、Eric van Damme、Pauline Affeldt 四位學者所著「Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice」一文影響，雙邊平臺的兩邊若是交易型雙邊市場而直接交易，則只要定一個「相關



市場」即可，本案商家與信用卡持卡人即是。

### 三、美國聯邦最高法院少數見解

Breyer、Ginsburg、Sotomayor 及 Kagan 四位大法官認知：正確的界定市場是一件複雜的工作，且相關市場是由經濟學家所稱的「替代品」而非「互補品」所構成，消費者可藉由替代品間的移轉來抑制廠商提高價格獲利的能力。

汽油和輪胎是互補品的一個例子，兩者同時使用時汽車方能行駛，但是輪胎的價格並無法制衡汽油商把汽油價格抬高與否，因此將互補品放在相同市場會是一項經濟的謬誤。

本案商家的信用卡服務和持卡人的信用卡服務，是互補品而不是替代品，就像汽油和輪胎一樣，兩者必須同時購買才有其價值，且很難看到持卡人這一邊的信用卡服務價格，可以制衡商家信用卡服務的手續費調漲，信用卡服務費用若愈低，會吸引愈多的持卡人持有信用卡，使信用卡公司更容易有人氣，而非更不容易去提高商家的手續費。

地方法院認為並無界定市場必要性，本案已有強烈證據證明有反競爭存在：

- (一) Discover 對商家收取較低手續費，但該信用卡交易量並未因此增加。
- (二) Amex 在五年內提高了商家手續費 20 次，但並未因此失去太多的市場佔有率。

少數意見強調的「互補品」是兩者必須同時使用才有價值，如同從商家的信用卡服務和持卡人的信用卡服務之間的關係著手，並以汽油與輪胎為例來說明前開服務應是「互補品」而非「替代品」。其論述並非不可採：

- (一) 相關市場必然是「替代品」的集合，本案商家與持卡人也應是「替代品」關係，若要完成信用卡「交易行為」，只要使用其中一項服務即可，但此又與必須「共同消費」方可完成的「交易行為」事實不符。
- (二) 若必須「共同消費」方可完成信用卡「交易行為」，這點和汽車與輪胎必須同時使用方可行駛道理是一致的。

### 第三項 其它雙邊市場相關市場界定判例評析



#### 一、Google/DoubleClick 收購結合案

本案涉及較多業務，故同時受到美國 FTC 和歐盟委員會審查，兩執法機構均根據兩公司主要業務，界定出三個相關產品市場。

歐盟委員會界定了「線上廣告空間供應」、「線上廣告仲介」和「線上顯示廣告服務技術供應」三個相關產品市場。美國 FTC 界定了「搜尋廣告」、「線上廣告仲介」和「協力廠商線上廣告服務」三個相關產品市場。

歐美兩執法機構的分歧集中在：是線上廣告還是搜尋廣告。歐盟委員會卻認為搜尋廣告和非搜尋廣告主要作用都是樹立品牌意識，且隨著非搜尋廣告用戶定位能力的提升，兩者的差異在下降。此外，歐盟委員會認為從發行商的角度來看，搜尋廣告和非搜尋廣告更像是互補品。至於哪一種觀點更合理，需要進行更加細緻的分析。而美國 FTC 認為搜尋廣告和非搜尋廣告之間的關係，「搜尋引擎為廣告商提供一個聯繫潛在客戶的獨特機會。」

線上廣告業務和線上廣告仲介，以雙邊市場角度分別屬於：非交易型雙邊市場和交易型雙邊市場、協力廠商線上廣告服務，屬於傳統的單邊市場。歐盟委員會認識到線上廣告仲介具有雙邊市場特徵，未就發行商和廣告商分別界定一個相關市場，僅界定一個包含兩者的相關市場；美國 FTC 也是如此合理的界定。但對於線上廣告，歐盟委員會和美國 FTC 均僅就廣告商邊界定一個相關市場，卻未在用戶邊界定相關市場。

對此，Filistrucchi 等四位學者<sup>121</sup>認為，歐盟委員會漏掉一個事關重大的雙邊市場，應在用戶邊界定一個或更多非交易型雙邊市場，或者至少說明不這麼做的原因。

122

<sup>121</sup> Filistrucchi, Lapo and Geradin, Damien and van Damme, Eric and Affeldt, Pauline, *Supra* note 114. 交易型雙邊市場 v. 非交易型雙邊市場之討論。

<sup>122</sup> 林平、劉豐波 (2014)，〈雙邊市場中相關市場界定研究最新進展與判例評析〉，《財經問題研究》，第 6 期，頁 27。

## 二、Bloemveiling Aalsmeer／FloraHolland 合併案

2007年8月21日，荷蘭競爭管理局（NMa）核准世界上最大的兩個花卉拍賣市場：荷蘭花荷拍賣市場（Flora Holland，花荷），與荷蘭阿斯米爾拍賣市場（Bloemveiling Aalsmeer）的合併申請。NMa將該案的相關產品市場界定為「觀賞園藝產品交易」，包括拍賣市場以及直銷、電子商務和中間貿易等其他銷售管道。根據 Filistrucchi 等四位學者的分析，NMa 所界定的相關產品市場無疑是合理的。花卉拍賣市場屬於典型的交易型雙邊市場，種植者和購買者透過該市場進行交易，兩者對於交易平臺都是不可或缺的，且花卉拍賣市場可以觀測到兩者之間的交易量，因而只需交易界定一個相關產品即可。NMa 認識到花卉拍賣市場具有雙邊市場性質，只界定一個包含兩邊的相關市場，為說明其合理性還援引歐盟委員會在 Visa—Multilateral Exchange Fee 案的決議。此外，NMa 進行了臨界損失分析，透過向種植者和購買者詢問，當競爭條件惡化時的轉移意圖來確定實際損失。在評估臨界損失時，NMa 也考慮了交叉網路外部性對臨界損失分析的影響。<sup>123</sup>

## 三、唐山人人／百度控訴案

北京市第一中級法院從搜尋使用者的需求角度，判斷產品的替代性，將相關產品市場界定為「搜尋服務引擎市場」。本案出現一個重要問題，**免費服務能否構成一個相關市場**，此問題如 Google 谷歌般如出一轍。

百度公司自認其互聯網搜尋服務，是免費向廣大使用者提供，不應受中國反競爭法約束。法院認為以有無付費，作為衡量相關市場存在的觀點，並不具法律依據，因為免費提供部分產品或服務，常常與其他收費的產品或服務，密切結合在一起，故免費服務仍能夠構成中國反競爭法意義上的相關市場。法院的裁決與雙邊市場的傾斜定價策略一致，認為在分析免費產品時，應該同時考慮收費產品。

百度搜索引擎平臺屬於雙邊市場，同時對搜尋服務的免費使用者，和廣告主提

<sup>123</sup> 林平、劉豐波，前揭註 122，頁 27。

供服務，且前述使用者對廣告主存在網路外部性。從法院裁決書看，法院已經意識到百度搜尋引擎平臺的雙邊性質。但是法院所界定的相關市場存在矛盾，從搜尋用戶和廣告用戶角度所界定的市場必然不同，「搜尋服務引擎市場」不符合使用目的。

實際上，百度搜尋引擎平臺屬於非交易型雙邊市場，搜尋用戶和廣告主之間並不存在可以被百度公司觀測到的交易。此外，百度搜尋引擎平臺僅存在單向正網路外部性，即搜尋用戶的增加會提高廣告的需求，但廣告數量的增加並不能夠增加反而可能會降低搜尋用戶的效用，這種情況可以視為單一網路外部性。

於此，僅需在不存在網路外部性的一邊界定一個相關市場，即僅界定一個廣告市場，並可以使用定性分析方法或 SSNIP 測試來確定相關產品市場是「商品廣告」，或是「線上廣告」，或是更窄的「搜尋廣告」。由於百度的利潤均來自於廣告，且廣告邊不存在網路外部性，可以在廣告市場一邊直接使用標準的 SSNIP 測試方法。

<sup>124</sup>然而北京市第一中級法院做法，似乎尚未掌握 Filistrucchi 等四位學者最新研究建議的雙邊市場界定，恰恰與其正好相反。

#### 第四項 對我國競爭法的啟示


交叉網路外部性是雙邊市場的主要特性，使得雙邊需求相互影響，因此，在進行相關市場界定时需要將兩邊的市場考慮在內，且需要根據雙邊市場的類型確定是界定一個相關市場還是兩個相關市場。

奇虎 360 控訴騰訊濫用市場支配地位案<sup>125</sup>，界定相關市場與否並非主要目的，而僅是評估經營者的市場力量、及被控訴獨占行為者對競爭影響的工具。若透過排除、或妨礙競爭的直接證據，就能夠對前述經營者的市場力量、及被控訴獨占行為者對競爭影響進行評估，則不需要在每一個濫用市場支配地位的案件中，都明確而清楚地界定相關市場。

---

<sup>124</sup> 林平、劉豐波，前揭註 122，頁 27。

<sup>125</sup> 詳參閱本章第七節 3Q 案。



假設性獨占者測試 (Hypothetical Monopolist Test, HMT) 是目前普遍使用的界定相關市場的分析工具。在實際運用時,假設獨占者測試可以透過價格上漲(SSNIP)或品質下降(幅度小但是顯著非暫時性之品質下降 Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality, SSNDQ)等方法進行。法院認為平臺即時通信服務的免費使用者,具有較高的價格彈性,採用價格上漲的測試方法將導致相關市場界定過寬,應當採用品質下降的假設獨占者測試進行定性分析,然而筆者認為其是遇上零元平臺,由於沒有價格定價導致無法操作 SSNIP 而改採用 SSNDQ,藉由品質下降取代價格上漲之計算。再者,互聯網品質下降,可想像其一是將平臺的廣告出現量增多(跨邊負向網路效應),其二有可能是使開啟網頁速度降速下來。若按「平臺補貼五項原則」<sup>126</sup>加以檢驗,排除計算結果為零的原則:1. 價格彈性(Price Elasticity):價格為零,計算價格彈性亦會等於零、2. 邊際成本(Marginal Cost):平臺業者成本增幅幾近於零,偏微分 MC 後亦會等於零、5. 收費簡易度(Easy of Collection):平臺係零元,無收費難易度可言;僅有 3. 跨邊負向網路效應(例如:擬使廣告出現量增多)、4. 多邊棲息能力(Multi-Homing Ability)這兩項可操作,並且尚須評估何者力量較大,假設使用者多邊棲息能力低、平臺轉換不易,使用者通常會忍受並且無感地忽視降低品質的廣告,那麼 5%~10%的廣告出現量是否還要再增多,要多到什麼程度平臺使用者才會「顯著」有感,亦頗值得思考。

假設性獨占者測試(HMT)包含價格上漲之 SSNIP 與品質下降之 SSNDQ,由於數位平臺特殊性,這兩種方法目前均不易操作與界定,甚至無法適用。職是之故,經濟學家對於雙邊市場中相關市場問題的研究結果建議,對於「交易型雙邊市場」,僅需界定一個包含兩邊的相關市場,這時候相關市場應該就是交易本身;對於「非交易型雙邊市場」,則需要界定兩個相互關聯的相關市場。

## 第六節 Google 谷歌深陷競爭法泥淖

---

<sup>126</sup> 詳參見本文第貳章第一節第四項。

## 第一項 搜尋引擎當前市場領先者



近十五年來，隨著平臺的普遍發展，線上搜尋業務亦發展迅速。使用者若能從海量的資料中，搜出一筆有用的資料才是最為重要。在 1990 年代末期，Google 谷歌線上搜尋成為了領導者，與現有的搜尋引擎比較搜尋結果，谷歌能夠搜出更多相關性資料，谷歌搜尋引擎演算法是基於搜尋文件的匹配性和頁面聲望信譽。谷歌每天處理的搜尋量就有七百萬筆，2012 年六月卅日谷歌的營收共計一百廿億美元。谷歌擁有約 88% 的線上搜尋市場，使用者免費使用搜尋引擎，線上搜尋公司普遍用廣告收入，來資助他們的搜尋引擎。他們向廣告公司出售廣告空間，然後將廣告放在搜尋結果旁邊，並根據搜尋關鍵字，將兩種結果呈現在搜尋結果查詢頁面。換句話說，谷歌以吸引流量方式，並將它的搜尋功能，銷售給「關注」客戶的廣告業者，以創造營收。<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Thépot, Florence, *Market Power in Online Search and Social-Networking: A Matter of Two-Sided Markets*. WORLD COMPETITION 36, NO. 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 195, 200-01 (2013).

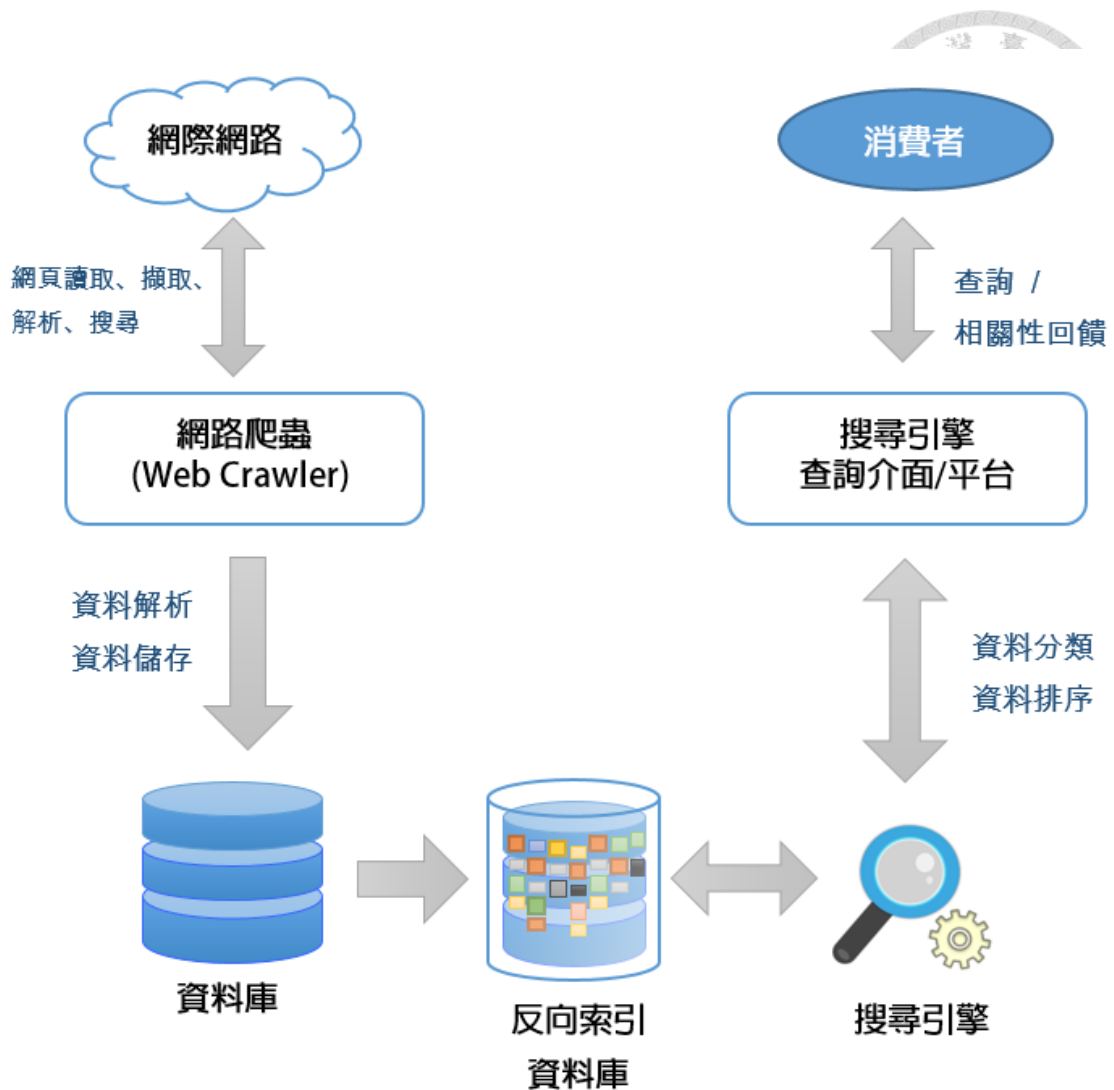


圖 3-6 搜尋引擎運作模式：網路公開資訊之蒐集與提供網民搜尋  
 (資源來源：本研究繪製)

## 第二項 濫用搜尋引擎市場優勢地位—歐盟比價購物案<sup>128</sup>

### 一、本案背景介紹

「本案所涉及的比價購物服務為搜尋引擎服務之一種，故本段擬先概述搜尋引擎服務之類型，並進一步介紹比價購物服務的功能與特色，以助釐清本案爭點所

<sup>128</sup> 歐盟新聞發佈網站：谷歌濫用優勢地位作為，以搜尋引擎為自己的比較購物網服務，罰款 24.2 億歐元 2017 年 6 月 27 日，載於：[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm) (最後瀏覽日：04/25/2018)。





在。接著，始介紹歐盟執委會自 2010 年起對 Google 可能濫用優勢地位之行為展開調查的始末與過程，以及歐盟執委會之調查結果。

### (一) 本案涉及之搜尋引擎服務類型


搜尋引擎所提供的網路搜尋服務可分為三種型態，即「垂直搜尋服務 (Vertical search service)」、「一般搜尋服務 (General search service)」，以及「通用搜尋服務 (Universal search service)」。Google 向來最為人熟知的搜尋服務即屬於一般搜尋服務，惟本案中引發爭議的 Google Shopping 係屬於專門提供比價購物服務的垂直搜尋服務。

前段提及的垂直搜尋引擎服務之特色，在於可提供具有特定主題或領域範圍的搜尋，而其中較為常見的則係專門從事比價購物服務的搜尋引擎。比價購物服務之功能及特色可從兩方面理解之：一來其功能在於，當消費者於線上進行購物時，提供消費者價格上差異的評估與比較，故當消費者欲比較某項產品在市面上不同的價格時，於比價購物搜尋引擎輸入產品名，即可以得到不同品牌或通路上同項產品價格差異的整理；二來有別於一般購物網站，比價購物服務不見得直接提供產品，而是提供直接通往購物網站或平臺的連結。

Google 從 2004 年起，進入歐洲經濟區 (European Economic Area, EEA) 比價購物服務市場，經營自家的比價購物服務。一開始此服務稱為 Froogle，惟在 Google 以 Froogle 進入歐洲經濟區之前，早已有數個在地的比價購物搜尋引擎在此一市場上競爭。根據 Google 自己當時的資料顯示，Google 公司認為 Froogle 在歐洲競爭的成效不彰。因此，Google 於 2008 年復將 Froogle 更名為 Google Product Search，直至 2013 年再改稱為 Google Shopping。

### (二) 控訴始末

自 2008 年起 Google 為扶植其比價購物服務，故對於其在歐盟市場所實施之策略，進行結構性的改變。此項策略是藉由 Google 在一般搜尋服務市場上的優勢，



從事其在比價購物市場上的競爭。其策略可分為兩項：第一，Google 系統性的給予自家比價購物服務較顯著的位置。當消費者欲搜尋的產品跟 Google shopping 欲展示的內容相關，該內容就會顯示在搜尋結果幾乎置頂的位置。第二，Google 會調降其他競爭之比價購物服務在搜尋結果的排序。比價購物服務之競爭對手在 Google 搜尋結果上呈現的順位排序係來自於 Google 搜尋的演算法。Google 在該演算法中設置了一些標準，以降低其競爭對手在搜尋結果上的排序，而 Google shopping 並沒有受演算法影響。證據顯示即使在其他搜尋引擎排序最前面的服務平臺，在 Google 搜尋結果也僅顯示在第四頁。Google 上述的兩個策略，提高了 Google shopping 在消費者面前的能見度，並使競爭對手的能見度相對地下降。

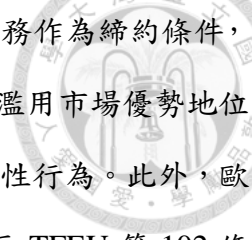
歐盟執委會於 2017 年 6 月，認定 Google 延伸其在一般搜尋服務市場之市場力至比價搜尋市場，該當濫用市場優勢地位行為，違反 TFEU 第 102 條，相關認定理由將於第貳段詳述之。執委會對 Google 課以 24 億歐元的罰鍰，係根據 Google Shopping 在 EEA 地區之收益計算，並要求其於 90 天內排除違法行為，否則將繼續開罰。Google 已於今年 9 月 11 日向歐洲法院提出上訴。

## 二、TFEU 第 102 條於本案之適用

共同競爭政策向來為歐盟之專屬權限，此政策之目的不僅在於維持市場競爭，也係歐洲為達成內部市場所為法律整合之一環。自歐盟競爭法觀之，TFEU 第 102 條禁止企業濫用市場優勢地位、第 101 條禁止企業間聯合行為，乃至第 107 條對於國家補助之管制等規範，事實上即已涵蓋了歐盟競爭法的核心價值。如前文所述，本案爭議係涉及 Google 是否運用其於網路搜尋引擎市場之優勢打壓競爭對手，故下文將以 TFEU 第 102 條為討論核心。

TFEU 第 102 條規定：「在歐體共同市場內或某個重要區域，一個或數個事業濫用其市場優勢地位之行為，係足以影響歐體會員國間交易，與共同市場不相容，應予禁止。包括下列行為：(a) 直接或間接要求不公平價格或其他交易條件；

(b) 限制生產、市場或技術發展，致消費者權益受損；(c) 對交易相對人為



差別待遇，致其受到競爭上不利益；(d)以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質與商業用途均與該契約無關。」其中所指之濫用市場優勢地位的行為類型包含了：剝削行為、排他行為、歧視行為，以及報復性行為。此外，歐盟執委會具有執行 TFEU 第 102 條規範之權限，且其亦得對違反 TFEU 第 102 條規定之企業，施以結構性措施 (structural measures) 或罰金 (fine)，以恢復競爭秩序，惟執委會所做出的認定仍可上訴至歐盟的普通法院 (General Court) 以及歐洲法院 (Court of Justice)。以下將針對 TFEU 第 102 條主要之構成要件，例如「相關市場」、「優勢地位」和「濫用」等定義於本案之適用進行探討。

### (一) 相關市場

評估優勢地位及是否濫用時，首先應確立案件當中相關市場的範圍。判斷反競爭案件中涉及的相關市場為何，向來是一複雜的難題，惟之所以需要先釐清相關市場之範圍，原因在於透過確認相關市場的範圍，一方面可以辨認出潛在的受害競爭對手，另一面藉由評估市場動態，得以評估受影響的消費者範圍。若未先認定相關市場，則之後做成的判斷便無實質意義<sup>129</sup>。

TFEU 第 102 條並未對市場做出明確的定義，然而在 1997 年歐盟執委會曾對此議題做出公告，並訂立了數項其認為具有關鍵性的要件和情況。上述公告至今仍是歐盟執委會及各國之競爭主管機關，於定義市場時主要參考的依據。在判斷是否屬於相關市場時，可分別自產品 (product) 或是地理 (geographic) 的面向切入。以產品面向而言主要有兩項標準，即「需求替代性 (Demand Substitution)」與「供給替代性 (Supply Substitution)」。至於地理面向的相關市場則是包含了競爭條件「大致相同 (sufficiently homogeneous)」的區域，且該區域因競爭條件與鄰近的其他地區存有顯著的差異，故能與其他地區作出明確的區分。歐盟競爭主管機關之官員在認定相關市場時，通常會將產品或地理面向之標準均納入考量。

---

<sup>129</sup> 吳俞慶、張安潔，前揭註 130，頁 5。

從前揭所提及的一般搜尋服務與垂直搜尋服務之介紹，可知兩者功能迥異且目標消費者亦不同，故縱使同為搜尋服務，似應區分為不同市場。惟執委會認為

Google 在其一般搜尋結果中，獨厚 Google Shopping 並打壓其他比價購物服務之行為，係利用其在一般搜尋市場上的優勢地位，延伸其市場力至比價購物服務市場，提升 Google Shopping 在比價購物搜尋市場之競爭力，構成 TFEU 第 102 條當中的濫用優勢地位行為。由此可推知，執委會所認定之相關市場實應為一個概念上較為廣泛的搜尋服務市場，同時涵蓋一般搜尋市場及比價購物搜尋市場在內。

## (二) 優勢地位

TFEU 第 102 條所稱之「優勢地位 (dominant position)」相較經濟學上之獨占概念更為廣泛，因尚包括寡占之情形。由於禁止濫用之規定僅適用於具優勢地位之企業，故評價該企業是否該當優勢地位，即為可否適用該條文的重要關鍵。歐洲法院曾針對 TFEU 第 102 條的優勢地位作出定義，即事業在相關市場係處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。該經濟優勢的地位可以顯現在不同的要件上，例如：高市佔率、進入障礙和經濟規模。在判斷優勢地位時，過去十年間歐盟執委會逐漸減少對於市佔率的考量，反而是進入障礙成為一個越來越重要的因素。

根據歐盟執委會調查，Google 被認定為在 EEA 之一般搜尋服務市場中具有優勢地位，此可從市佔率及進入障礙兩層面去評斷。從市佔率而言，自 2008 年起，在 EEA 中除捷克外之一般搜尋市場中 Google 均擁有高市佔率；2011 年起，Google 在整體 EEA 總共 31 個國家之市佔率皆超越 90%。從進入障礙而言，基於新經濟市場之特性，一般搜尋市場深受「網路效應 (network effect)」影響。擁有越多消費者之搜尋引擎更容易吸引廣告商，藉由廣告商所得到的利潤可進而用於吸引更多消費者。同時，搜尋引擎可以藉由消費者搜尋行為所產生的數據，進一步了解消費者的偏好，以提升搜尋結果。由此可知在網路效應的影響下，一般搜尋市場之進入障礙很高。



### (三) 濫用行為

TFEU 第 102 條本身並未禁止事業具有優勢地位，惟其規範居於優勢地位的事業在競爭的過程中，不得從事一些可能被視為濫用其優勢地位的行為。TFEU 第 102 條所限制的濫用行為包含：1. 施加不公平的買賣價格或不公平的交易條件；2. 限制生產、市場或技術開發，造成消費者權益受損；3. 對與其他交易相對人的等價交易適用不同的條件，使其處於競爭劣勢；4. 以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質或商業用途，均與該契約目的毫無關聯。上開行為僅為例示，即未列入之行為亦有可能被視為該當濫用行為。

一般來說，濫用行為雖涵蓋 4 種行為態樣，但最為主要的兩大類，即為剝削行為（例如：施加不公平價格或交易條件）與為了將競爭對手排除於市場之外的排他行為（例如：契約性搭售或拒絕交易）。歐盟執委會認為排他行為可能為完全或部分地拒絕實際或潛在競爭對手的市場擴張或進入市場，且經常被用來作為剝削消費者的方式，故在過去幾年間，多偏重於針對排他行為進行強制執行（enforcement）。

本案例中執委會調查發現，自 2008 年起 Google 改變其經營策略，利用 Google 在一般搜尋市場的優勢地位，在比價購物的搜尋結果中，將 Google Shopping 置頂使其佔據最優勢的位置。並使付費越多者排名越前面，而依正常點選率的客觀標準（Algorithmic）產生排序的無付錢者，則全部排列在付錢客戶之後，縱使是最受消費者青睞的其他競爭對手，最高的排序也只會出現在搜尋結果的第 4 頁。

執委會透過追蹤 5.2 兆位元組（terabytes, TB）的搜尋資料觀察搜尋結果排序對消費者點擊率的影響發現：平均約有 95% 的消費者會點選第 1 頁的選項、35% 的人會點第 1 頁排在最上頭的選項、17% 的人會點選同頁列在第 2 位的選項、11% 的人會點排列第 3 的選項，而第 2 頁頭 1 個選項就只有 1% 人會點閱。自從 Google 開始使用此策略，Google Shopping 的網路流量在英國提升 45 倍、在德國提升 35 倍、在荷蘭提升 29 倍、在西班牙提升 17 倍、在義大利提升 14 倍，而其他比價網站的網路流量下降。執委會之證據亦指出，其他競爭對手平臺的瞬間點擊率下降與

Google 演算法有直接相關。據此，Google 將 Google Shopping 的位置無條件置頂，而將其他競爭者列於其後之行為，應可被歸類於屬於排他行為。換言之，Google 憑藉其在一般搜尋市場上的優勢地位，延伸市場力到比價購物搜尋市場上，該當濫用優勢地位之行為。」<sup>130</sup>

### 第三項 Android 應用程式及搜尋服務濫用競爭優勢

「自智慧型手機等行動裝置普及以來，全球智慧型手機與平板電腦的使用者持續增加。而在全世界，有大約八成智慧型攜帶裝置都是安裝 Google 所開發的作業系統 Android，Google 授權其所開發的 Android 作業系統予第三方行動裝置製造商，以製造搭載有 Google Android 作業系統的行動裝置。

但歐盟執委會（European Commission）在 2015 年 4 月時，開啟了調查關於 Google 的 Android 系統與應用程式是否違反歐盟競爭法規的調查，基於執委會當時可掌握的資訊，調查重點放在以下三者：

1. Google 是否藉由要求或鼓勵智慧型手機及平板電腦製造商使 Google 獨佔預先安裝的應用程式或服務，以非法妨礙其他行動應用程式或服務的競爭者發展以及進入市場。

2. Google 是否意欲限制安裝 Google 應用程式或服務於其 Android 系統裝置的智慧型手機及平板電腦製造商在其製造的裝置上發展及銷售可能與 Android 系統競爭的修改版本 Android 系統（即「Android forks」系統），並因此非法妨礙行動作業系統的競爭者及行動應用程式與服務的競爭者發展以及進入市場。

3. Google 是否藉由將 Android 裝置上特定的 Google 應用程式及服務網綁或包裹於其他的 Google 應用程式及服務或其他的 Google 程式介面上，以非法妨礙其應用程式與服務的競爭者發展以及進入市場。

---

<sup>130</sup> 吳俞慶、張安潔（2017），〈試析搜尋引擎市場下的濫用市場優勢地位—以歐盟比價購物案為例〉，《經貿法訊第 219 期》，頁 2-5。



而在今年 4 月 20 日時，歐盟發表聲明，初步認為 Google 因為濫用其優勢地位對 Android 裝置製造商及網路服務營運商增加競爭限制，而違反了歐盟競爭法規。在這次的聲明中，歐盟執委會認為 Google 因為以下的行為，違反了歐盟競爭法規：

1. 要求製造商預先安裝 Google search app 及 Chrome 瀏覽器，以及將 Google 搜尋引擎設為預設搜尋引擎，並且以此作為授權特定 Google 應用程式的條件。
2. 防止製造商銷售其他使用基於 Android 開放原始碼的作業系統之智慧型行動裝置。
3. 給予預先安裝 Google search app 的製造商與行動網路營運者財務獎勵。

歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union，TFEU）第 102 條，規定了禁止濫用競爭優勢地位來影響交易，阻礙或限制競爭。該條第（a）項禁止直接或間接要求不公平之價格或交易條件，第（b）項則禁止限制生產、市場或技術發展，致消費者權益受損。而歐盟執委會依據歐盟 2003 年第 1 號規則（Council Regulation (EC) No 1/2003）之規定，具有執行歐盟競爭法規的權力<sup>4</sup>，執委會並得依該號規則第 23 條，課處 Google 最多不超過其年銷售 10% 之罰款。」

131

歐盟 2018 年 7 月 18 日以新聞稿發布對 Google 濫用支配地位裁處 43 億 4 千萬歐元。2010 年 11 月 30 日，歐盟正式對外宣布就 Google 有無濫用其在網路搜尋市場之支配地位展開調查。2013 年 3 月歐盟公布初步調查結果，指出 Google 部分商業模式可能減少消費者選擇及扼殺創新。Google 為弭平競爭疑慮，隨即於同年 4 月提出長達五年，且承諾範圍包含整個歐洲經濟區的和解條件，希望獲得歐盟不續行調查之決定，在當時的歐盟執委會競爭委員 Joaquín ALMUNIA 主導下，歐盟似乎有樂見其成之傾向，2014 年 2 月 ALMUNIA 更正式對外宣布有意與 Google 和解，但之後發展出人意料，ALMUNIA 突然下台，換上「執法派」的 Margrethe Vestager

---

<sup>131</sup> 李祖劭（2016），〈歐盟執委會認定 Google 應用程式及搜尋服務濫用競爭優勢，涉及違反歐盟競爭法規〉，《科技法律透析》，28 卷 10 期，頁 2-3。

擔任委員，歐盟拒絕接受 Google 提出之承諾事項，繼續就 Google 在網路搜尋及線上廣告等商業模式進行調查。

歐盟此次對 Google 搭載 Android 處以 43 億 4 千萬歐元罰款，認定 Google 違反歐盟運作條約第 102 條規定，違法構成要件理由摘要如下：<sup>132</sup>

1. Google 在下列三個市場具有支配地位：

(1) 一般搜尋引擎市場（歐盟經濟區多數會員國市佔率>90%）

(2) 可供授權之智慧型手機作業系統（除中國外，全球市佔率>95%，且與封閉型系統如 iOS 屬不同市場）

(3) 安卓手機 app 商店（除中國外，全球市佔率>90%）

2. Google 以契約限制手機製造商及行動網路業者，構成濫用：

(1) 違法搭售 GoogleSearch 及 Chrome 瀏覽器等應用程式

(2) 以手機製造商及行動網路業者事前獨家安裝 Google Search 為條件，違法給付回饋金

(3) 禁止手機製造商未經 Google 許可使用 Android 的替代版本

3. 上開行為結果造成

(1) 阻礙其他搜尋引擎業者基於自身優勢從事競爭

(2) 阻礙 Android 替代版本之發展

(3) 廣泛影響行動通訊市場競爭及創新


#### 第四項 關鍵字廣告中立性探討

「作為最具規模的搜尋引擎兼線上廣告平臺，Google 遭逢各國競爭主管機關的反競爭調查，所提出的主要質疑包括：搜尋引擎偏好自身產品並且妨礙對手產品、

---

<sup>132</sup> OECD, Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-4581\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm) (last visited 07/28/2018)。





在 Google 廣告服務 (AdWords and AdSense) 中產生的剝削行為與廠商排除效果、對其他平臺競爭者，廣告資料可移植性的限制。對關鍵字廣告的質疑包括：Google 可對廣告商最終決定是否得以刊登廣告、Google 操縱關鍵字廣告中，評估廣告品質的參數、對廠商之配對效率、關鍵性品質之訂定要素等。各國政府注意到 Google 廣告服務中產生的廠商排除與剝削行為前，已曾被質疑其偏向合作過的廣告大客戶的情形。德國販售電子香煙的 Steamo 公司無法使用 Adwords 來進行關鍵字廣告，而 Google 的大客戶亞馬遜卻不受限制，後來 Google 承認這項錯誤，卻也證實了其中存在破壞競爭行為的疑慮。

美國聯邦貿易委員會 (FTC) 於 2011 年開始進行對 Google 的調查，其核心議題在於其未授權必要專利，與 Google 的廣告與搜尋功能是否造成獨占與妨礙競爭；2013 年初，美國 FTC 調查近兩年後，決定終止對 Google 的網路搜尋的獨占調查。主要是因證據不足，雖有部分事證顯示 Google 更動搜尋結果可能降低競爭者網站之顯示結果，Google 的說法則是變更搜尋結果之主要理由是為了提升使用者經驗。另外 Google 為降低競爭主管機關之疑慮，已自願調整部份業務，例如 Google 承諾與 Google 具競爭性之網站可自行選擇不出現在 Google 的垂直搜搜尋結果中；廣告主可以更容易將關鍵字廣告活動的資料移置其他平臺，亦可同時置放廣告於 Google 之競爭對手平臺，讓廣告之安排更具彈性，呈現多元平臺管理系統 (Multi-homing)。此外，Google 也保證不會濫用買下 Motorola 所取得的標準必要專利，並以公平合理非歧視性之原則授權。FTC 與 Google 達成了和解，FTC 主席表示「雖然 Google 並非完全沒有問題，但在美國的法律之中，整體而言並沒有證據支持 FTC 對 Google 的質疑觀點」。

另外，歐盟競爭委員會 (The European Commission's Directorate-General for Competition) 亦於 2010 年對 Google 進行反競爭調查，並質疑 Google 利用強勢的搜尋服務來進行反競爭行為。歐盟對 Google 之調查 2013 年亦以和解結案，和解之



重點包括：

(一) 對於垂直搜尋服務，Google 將自家服務之搜尋結果優先排序於競爭對手之前（如購物、餐廳、旅館或班機等垂直搜尋服務）之爭點。Google 承諾於垂直搜尋結果中，同時提供 3 個競爭對手的連結。

(二) 對於 Google 的垂直搜尋結果使用競爭對手之網頁內容。Google 承諾，競爭對手可自主決定是否同意讓 Google 使用其網頁內容。

(三) Google 對於網頁發佈者要求提供獨家搜尋廣告服務（只置放 Google 廣告）。Google 則承諾不要求網頁發佈商只置放來自於 Google 的廣告。

(四) 對於自 Google 關鍵字廣告平臺攜出廣告活動資料至其他競爭者平臺之限制（如限制軟體開發商利用軟體工具移轉廣告活動資料至其他平臺）。Google 承諾不再附加廣告主攜出廣告活動資料至競爭性平臺之限制。除此之外，多國競爭主管機關（包括法國、巴西、印度、阿根廷、南韓等）相繼開始進行網路廣告與搜尋的監管調查。

在公平會針對關鍵字廣告糾紛之處分中，一般不考慮廣告平臺的責任，而以商標誤用、不實廣告等不公平競爭行為，單純就廣告商之間裁量並進行開罰。另外，在上述的例子中，援引處分之法條均為公平法第 25 條：除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。不過，發佈關鍵字廣告的平臺，的確在上例中有進行所謂廣告「優化」的動作。但是因為廣告品質的計分存在不透明的情況，所以無法對是否有欺罔及顯失公平的行為作出認定。因此，平臺所稱之中立性仍可讓其成為無責任之第三方。由此可知，檢討平臺之中立性假

設是成為可否將其納入裁量之一方的重要第一步。」<sup>133</sup>



## 第七節 奇虎 360 控訴騰訊獨占案<sup>134</sup>

### 一、案件背景與事實及法院裁決

騰訊公司是目前中國大陸最大的互聯網綜合服務提供商之一；奇虎公司，是中國大陸領先的互聯網和手機安全產品及服務供應商。2010 年秋，伴隨著騰訊龐大的軟體產品的不斷擴張，特別是一款騰訊「QQ 醫生」及升級版網絡安全軟體的推廣，奇虎公司和騰訊公司之間終於爆發了積蓄已久的「商戰」。

2010 年的中秋節假期，眾多 QQ 用戶發現在裝載 QQ 後電腦桌面還會同時出現另一個圖標「電腦管家」，相比之前的「QQ 醫生」，「電腦管家」可給用戶提供全方位防毒服務。由於電腦管家採取的是預設安裝的方式，不安裝電腦管家就無法安裝 QQ，已經安裝了 QQ 的電腦也被強制升級電腦管家，在短時間內，電腦管家的裝機量迅速放量提升。「QQ 電腦管家」涵蓋了安全防護、系統維護和軟體管理等功能，直接影響了奇虎公司具有這些主流功能的免費軟體 360 安全衛士。2010 年 9 月 27 日，奇虎公司發布了直接針對 QQ 的「隱私保護器」工具軟體，宣稱其能即時監測曝光 QQ 的行為，並相信 QQ 聊天工具在啟動時，自動掃描用戶電腦，「隱私保護器」工具軟體能夠提示用戶 QQ 在未經用戶許可的情況下會偷窺用戶個人隱私文件和數據。

因為騰訊公司的「QQ 醫生」及升級版網絡安全軟體的推廣，奇虎公司推出「隱私保護器」工具作為反制措施，導致了騰訊公司和奇虎公司之間的競爭白熱化，並引起了本案訴訟的發生。2010 年 10 月 14 日，騰訊公司宣布起訴奇虎公司不正當競爭。據媒體報道稱，北京市朝陽區人民法院 2010 年 11 月 3 日正式受理騰訊公

<sup>133</sup> 童永年、蔡蕙安、陳思翰（2015），〈網路平臺在關鍵字廣告市場之中立性探討〉，《公平交易季刊》，第 23 卷第 2 期，頁 152-156。

<sup>134</sup> 中國法院國際互聯網站，《北京奇虎科技有限公司訴騰訊科技（深圳）有限公司、深圳市騰訊計算機系統有限公司濫用市場支配地位糾紛案》，載於：

<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/03/id/2574869.shtml>（最後瀏覽日：02/10/2018）。



司的起訴。

騰訊公司起訴稱，奇虎公司推出的專門針對 QQ 即時通訊工具的 460 隱私保護器 V1.0 Beta 版，「360 隱私保護器」透過監測騰訊 QQ 聊天軟體的運行，利用虛假宣傳手段，誤導和欺騙用戶，誣衊原告和原告的產品「窺視」用戶的隱私，給原告及原告的產品和服務的聲譽造成極大損害。騰訊公司要求奇虎公司停止侵權、賠償四百萬元人民幣損失，並要求奇虎公司連續三個月向騰訊公司公開道歉。

奇虎公司辯稱，460 隱私保護器」只是為用戶提供了一款中立的監測 QQ 等軟體產品在用戶計算機系統後台運行情況的工具，並將該軟體產品運行後掃描或查看用戶計算機系統中安裝的軟體和文件信息的情況如實記錄下來，對其中可能涉及用戶隱私信息的情況向用戶進行提示。該軟體工具是否啟動使用、以及對於監測結果是否涉及個人隱私，均可由用戶自行選擇和自主判斷。監測反映出的結果，可由微軟 Process Monitor 等類似功能的第三方軟體驗證，是客觀反映事實的，並不構成不正當競爭。

一審法院審理認為，「360 隱私保護器」對 QQ2010 軟體監測提示的可能涉及隱私的文件，與客觀事實不符。從社會大眾對隱私的一般性理解來看，隱私是指不願告人或者不願公開的個人事情或信息。「460 隱私保護器」對 QQ2010 軟體監測提示的可能涉及隱私的文件，均為可執行文件。事實上，涉案的這些可執行文件並不涉及用戶的隱私。同時，「360 隱私保護白皮書」中對「隱私」的界定明確表述為「可執行文件本身不會涉及用戶的隱私」。同時，在「360 隱私保護器」界面用語和 360 網站的 360 安全中心等網頁中還對 QQ 軟體進行了一定數量的評價和表述。這些評價和表述，使用了「窺視」、「為謀取利益窺視」、「窺視你的私人文件」等詞語和表述來評價 QQ 軟體。這些表述採取不屬實的表述事實、捏造事實的方式，具有明顯的不正當競爭的意圖，損害了騰訊公司的商業信譽和商品聲譽，構成了營業詆毀。

一審法院判決如下：一、奇虎公司停止發行使用涉案 360 隱私保護器 V1.0 Beta 版；二、奇虎公司在 360 網站刪除 360 安全中心，360 論壇，360 隱私保護器軟體

開發小組博客日志,和「用戶隱私大過天」專題網頁中本案中查明的涉案侵權內容；三、奇虎公司在本判決生效起 30 日內在 360 網站的首頁及法制日報上公開發表聲明,消除因涉案侵權行為給原告造成的不利影響(內容保留 30 日);四、奇虎公司賠償損失四十萬元;五、駁回其他訴訟請求。

一審宣判後,奇虎公司不服判決,向北京市第二中級人民法院提起上訴。2011 年 9 月 27 日,北京市第二中級人民法院經審理認為,騰訊公司未「窺視」QQ 用戶的隱私,作出終審判決,維持原判。<sup>135</sup>

## 二、相關市場界定

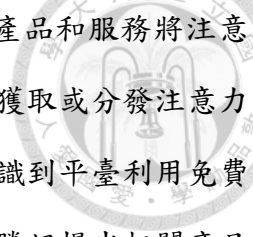
在本案的一審和二審中,雙方焦點都集中在相關市場界定之中。職是奇虎 360 認為:相關市場為即時通訊軟體,及服務相關市場,包括綜合性即時通訊服務、跨平臺即時通訊服務,和跨網路即時通訊服務三類。而騰訊認為:相關市場範圍遠大於上述範圍,還應該包括社交網站(SNS),和微博等其他即時通訊服務。廣東高院經審理之後認為,騰訊 QQ 即時通訊軟體(下稱 QQ),與社交網站、微博服務,屬於同一相關產品市場。職是之故,奇虎 360 的主張並不成立。

本案相關市場界定的合理性,首先需要分析騰訊的雙邊市場屬性。根據騰訊公佈的 2013 年第三季業績報告,在 2013 年第三季騰訊的收入,主要來自增值服務(網路遊戲和社交網路)、電子商務交易和網路廣告三類,分別占其總收入的 74.90%(54.23%和 20.67%)、15.19%,和 8.95%。這三種業務均具有雙邊市場性質,前兩者為交易型雙邊市場,後者為非交易型雙邊市場。

本案的第一個難題是騰訊複雜的業務體系,雖然騰訊的網路遊戲平臺、電子商務交易平臺和網路廣告平臺屬於雙邊市場,但是 QQ 本身並不屬於雙邊市場,QQ 的作用在於吸引用戶,爾後騰訊將用戶引導至上述平臺以獲取收益。這使得現有文獻得出的相關市場界定的難以直接適用於本案。學者 Evans 認為:「大部分線上平

---

<sup>135</sup> 鄒海林(2011),〈騰訊公司訴奇虎公司不正當競爭訴訟案的思考〉,《月旦民商法雜誌》,總號:34,頁 135-136。



臺都是透過提供產品和服務來爭奪使用者注意力，並透過其他產品和服務將注意力售出來獲利，所以反競爭分析應該集中於注意力競爭，而不是獲取或分發注意力的特定產品和服務上。」<sup>136</sup>從本案判決書可知，廣東高院已經認識到平臺利用免費服務吸引使用者，而後利用用戶資源實現盈利的商業模式，並對騰訊提出相關產品市場為「互聯網應用平臺」的主張也持開放態度。在面對複雜的業務時，跳出具體的產品，深入更加本質的競爭，無疑是合理的。

本案的第二個難題是免費問題，由於 QQ 是免費向用戶提供的，不能夠僅以此界定相關市場，而應該將其與收費產品合起來界定，如果分開界定也應該考慮到 QQ 與收費產品之間的依賴性。觀察奇虎 360 和騰訊的爭辯，以及廣東高院的裁決，大部分都是從使用者的角度定性不同產品之間的替代性，對收費產品缺乏足夠的關注。<sup>137</sup>

### 三、反競爭搭售行為分析

在 360 訴騰訊獨占案中，對於騰訊搭售的指控在於「QQ 軟體管家」與即時通訊軟體「QQ」捆綁，並且以升級軟體管家的名義安裝「QQ 醫生」。360 認為，QQ 即時通訊軟體和 QQ 醫生是獨立產品，即時通訊產品與互聯網安全軟體產品滿足使用者的不同需求。兩者捆綁是簡單相加，無任何綜合效益。該行為具有強制性，損害競爭。

判斷單個案件中的搭售行為是否合法，以及是否需要競爭法的具體介入，除了判斷該搭售本身是否符合行為構成要件外，綜合判斷行為的危害性也十分必要。即分析搭售行為是否會為行業競爭帶來較大的損害，以至於需要競爭法的介入來矯正這種損害。從平臺的商業慣例、行為對平臺競爭的影響來分析，本案中 QQ 是即時通訊相關市場具有支配地位的平臺，其搭售其他產品的行為的利弊則需要具體

---

<sup>136</sup> Evans, David S., *Attention Rivalry Among Online Platforms*. University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 627, 18-21 (2013).

<sup>137</sup> 林平、劉豐波，前揭註 122，頁 28。



分析。

### (一) 騰訊搭售行為效果的積極作用

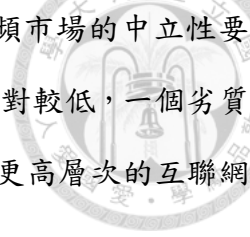
#### 1. 「搭售」是互聯網平臺型企業普遍經營方式

不可否認，360 的指控有一定依據，但卻刻意回避了包括自身在內的平臺也存在搭售的事實。今天幾乎沒有一家平臺不採取「搭售」行為來拓展業務，開拓利潤來源。谷歌的「谷歌圖書」、「谷歌翻譯」和「谷歌地圖服務」等，均可被視為是在其現有搜尋功能上的捆綁。360 本身在下載安裝「360 安全衛士」時也會提示安裝「360 殺毒」以及「360 瀏覽器」。「搭售」成為平臺的經營特色是由其運營模式決定的。無論 360、QQ 還是百度，以及現在火紅的 LINE，都是作為互聯網平臺存在。平臺是互聯網和移動上網的發展趨勢，目前最成功的平臺公司—蘋果、谷歌、Facebook、阿里巴巴都是平臺型公司。平臺型企業成功的關鍵要素，包括是否可以為使用者持續提供良好的產品與體驗、能夠形成自身生態系統，使得價值鏈各方互利共贏。因此平臺型企業必須不斷地擴展現有業務，將客戶消費體驗提升到極致才能贏得競爭。

軟體和平臺都是相對嶄新的行業，許多商業習慣還在摸索和塑造過程中。司法對搭售的判斷要尊重既有的商業習慣。如果作業系統習慣上一直配備瀏覽器、音樂播放器，就不太可能將其認定為非法，就像賣運動鞋必然配備鞋帶，賣牛仔褲有時搭送一條腰帶一樣自然。雖然普遍性不能代表合法性，但是執法機構必須正視這樣一個趨勢。畢竟法律來源於生活，競爭法必須符合現有商業的競爭模式，如果將普遍使用的商業經營模式認定為違法，那麼法律推行的衝突以及由此帶來的難度會大大增加。

#### 2. 「搭售」行為代表互聯網平臺競爭激烈

與十年前作業系統軟體發展不同的是，作業系統是收費產品，而如今大多數基於互聯網使用的產品卻是免費提供，企業要生存必須吸引廣告商在本平臺發佈廣告，因此必須最大程度獲得注意力，以及提供更多更好的產品，是持續獲得注意力的方式之一。在競爭層面，互聯網平臺具有以下三個特徵：首先，一個互聯網平臺



的使用並不排斥另一個競爭性平臺的使用，因此這與互聯網寬頻市場的中立性要求並不相同；其次，在更高層次的互聯網平臺之間的轉換成本相對較低，一個劣質平臺不太可能保持長期市場力量。第三，由於商業模式的原因，更高層次的互聯網平臺往往比寬頻服務提供者更加依賴於違反中立原則。

搭售本身也是激烈競爭的表現，本案中 QQ 捆綁「QQ 軟體管家」為消費者提供了更豐富的選擇，進一步加劇了防毒軟體產品的競爭。另外，搭售使得產品的功能更加集中和齊備，消費者透過使用一個產品就可以實現諸多功能，簡化了消費者的安裝、學習成本。

## （二）騰訊搭售行為效果消極作用

### 1. 對小企業競爭存在不公平影響

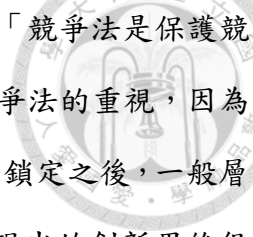
資訊產品存在互聯的內在需要，人們生產和使用的目的就是更好地收集和交流資訊，這種需求的滿足程度與網路規模密切相關。小使用者群網路使用者需要承擔高昂的運營成本，且只能與有限數量的人交流資訊與經驗。而隨著用戶數量增加，所有使用者都可能從網路規模的擴大中獲得更大的價值。由於平臺產品的價值與網路規模、使用者數目密切相關，因此當一種互聯網產品被更多的使用者購買和使用時，技術創新者產品的市場地位才得以鞏固。網路效應的強化使得消費者容易被優勢產品鎖定。消費者的轉移成本由於網路效應的存在而增加，使得當前產品選擇限制顧客未來產品選擇的自由度。使用者對 windows 或 QQ 產品的依賴即是最好例證，雖然很多用戶對 QQ 也存有抱怨，但由於 QQ 產品社交網路特性使得其產品黏合度極高，使用者很難轉移到其他產品而被「鎖定」。

騰訊公司能夠成功「搭售」的重要原因是，QQ 產品成功後為其帶來的「網路效應」。平臺是典型具有網路效應的行業，享有網路效應的企業在競爭中具有優勢，即使產品的功能和價格一致，用戶也會優先選擇具有網路效應的大企業的產品。搭售進一步便利了消費者獲得大企業產品，使得小企業在產品競爭中處於不利地位。

### 2. 對創新的損害

對於平臺「搭售」行為最大的批評來自於對創新的損害。如果企業搭售僅僅是





打敗了一兩個弱勢競爭對手，尚不足以引起競爭法的關注，畢竟「競爭法是保護競爭而不是競爭者」；但如果搭售行為損害了創新，則必然引起競爭法的重視，因為保護創新也是各國競爭法明示的目標之一。消費者被大網路平臺鎖定之後，一般層面創新和競爭就會被弱化，小企業會發現自己的創新產品中呈現出的創新思維很快被大企業所掌握，並被開發出相關產品迅速佔據市場，而自己提前上市的產品根本無法擊敗這種網路效應。長此以往，對於企業創新會確實產生負面影響，此即平臺搭售行為結合網路效應，為社會層面帶來的最大負面影響，亦是分析平臺搭售行為為負面影響時，最需要重視的部分。

### （三）是否構成搭售判斷

反競爭法實施後，平臺的反競爭問題一直受到關注，360 訴騰訊獨占案對該行業後續反競爭案件具有極強的參考意義。就搭售指控而言，無論是認定構成搭售還是不構成搭售都具有支援的理由，也都會帶來一些後遺症。如認定騰訊行為構成搭售，將對互聯網平臺型企業的商業運作模式提出根本性質疑，使得大部分平臺的運營處於「非法」狀態，之後可能隨時引發一系列互訴；如果認定騰訊的行為不構成搭售，可能又會助長大企業隨意抄襲創新產品，利用搭售行為打擊具有良好創意的小企業，扼殺本可以成長壯大的競爭對手。

站在消費者的角度來判斷該搭售行為的合理性，這種行為並沒有對消費者福利帶來足以引起競爭法介入的損害，法律規制的理由不充足。類似本案中平臺「搭售」行為，只能稱為「捆綁」而不是「捆綁銷售」。雖然個體消費者在使用產品的過程中付出了注意力，使得企業能夠透過雙邊平臺的另一邊企業，及消費者手中獲得廣告費用，但是付出注意力與付出金錢，對多數消費者而言具有本質上的區別。且消費者在消費的過程中，被強迫現象不明顯，擁有選擇的權利。由於平臺盈利模式受限，對其苛以過於嚴格的責任並不利於行業的發展。相反，由於對其加以指責的競爭對手也從事同樣的行為，因此這種指責多數情況下是一種競爭策略。

### （四）平臺的反競爭與創新保護需要新思維

創新是打破平臺獨占的最佳方式，為保護其行業創新的有效性，結合智慧財產

權制度的調整來完善包括反競爭制度在內的競爭制度，和創新保護制度的綜合運用可能會更加有效。例如，由於商業模式創新是平臺創新的重要組成部分，可以考慮結合賦予半年至一年的短期商業模式專利保護促進平臺的創新，技術專利保護期也應相應縮短。這樣既可以鼓勵發明，使得創新小企業可以憑藉先發優勢快速發展，也不至於專利期太長而阻礙競爭。就反競爭而言，應充分認知平臺市場支配地位的易變性，在分析傳統濫用市場支配地位行為時，要著重分析行為對創新的影響、對消費者利益的影響以及考慮企業發展的現實需求。不僅僅關注行為的表像，更需要關注行為的內在影響。<sup>138</sup>

## 第八節 Facebook 臉書面臨競爭法挑戰

### 第一項 社群網站目前市場領導者

社群網站為使用者提供了一系列的方式來互動和交際，提供的設施包括傳統的平臺通信，如訊息和電子郵件，以及可共用的圖片、影片和檔案。此外，社群網站還用於部落客、討論群組，以及其他互動方式。創立於 2004 年的 Facebook，是該產業的市場領導者，於 2011 年，Facebook 擁有市佔率 65% 的社群網路使用者。其他例子包括諸如 Twitter(小型部落格)的網站，LinkedIn(專業網路)，或 MySpace(音樂)。

Facebook 的收入源於廣告，與其他基於廣告的媒體不同，Facebook 上的使用者自己創建了吸引流量的內容，而這又吸引了廣告商。Facebook 平臺也支援其他網路公司透過它所開發出的第三方應用程式<sup>139</sup>。

---

<sup>138</sup> 仲春，前揭註 106，頁 85-87。

<sup>139</sup> See Thépot, Florence, *Supra* note 127, at 201.

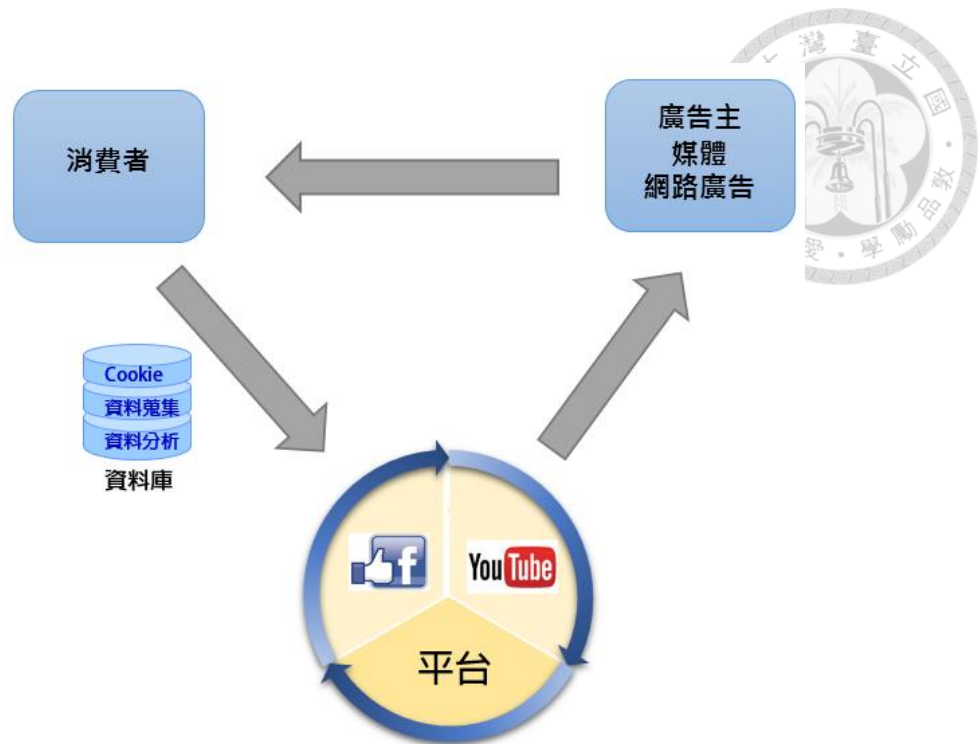


圖 3-7 Facebook 平臺所提供之服務：消費者分享、貼文；廣告主投放廣告  
 （資源來源：本研究繪製）

## 第二項 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

「德國聯邦卡特爾署（Federal Cartel Office，FCO）於 2016 年 3 月宣布對 Facebook 展開競爭法調查，其認為 Facebook 與蒐集數據行為相關的用戶隱私服務條款，可能構成德國競爭法下濫用優勢地位行為。FCO 並於 2017 年 12 月 19 日發布初步法律評估報告，Facebook 因具有其社交網絡市場上之優勢地位，而可無限制地蒐集各種類型之第三方網站資料，並將資料與 Facebook 使用者之帳號結合，故其初步認定 Facebook 有濫用優勢地位之虞。雖然目前 FCO 之最終裁決尚未出爐，惟倘若 FCO 延續此初步之評估，最終裁決 Facebook 構成德國法下之濫用優勢地位，將衍生另一個值得思考的問題：倘若 Facebook 不服 FCO 之最終裁決而向歐盟執委會提出審查，則 Facebook 蒐集數據的行為是否構成歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union，TFEU）第 102 條之濫用優勢地位？為了

分析 Facebook 數據蒐集行為與 TFEU 第 102 條之合致性，本文先就德國調查 Facebook 案的背景與進展進行背景介紹；接著簡述歐盟過去在類似的案件中如何以 TFEU 第 102 條判斷濫用優勢地位之構成；最後分析本案是否有違反 TFEU 第 102 條之可能。」<sup>140</sup>

## 一、事實及法律背景

為了解德國目前就本案調查之進展，以及歐盟競爭法與歐盟會員國之競爭法關係，本段將先簡介德國調查 Facebook 的事實背景及相關法律規範，以及可能衍生之後續爭議。

### (一) 德國調查 Facebook 案的背景與進展

2016 年 3 月 2 日 FCO 正式宣布對 Facebook 展開調查，認為其在用戶條款中以同意 Facebook 蒐集並使用用戶之數據做為使用條件，該使用條款之條件使 Facebook 涉嫌構成濫用優勢地位。

FCO 於 2017 年 12 月 19 日公布初步法律評估報告，其認為 Facebook 施加不公平的條件於其用戶條款中，使用戶需要接受 Facebook 全部的條件，包含廣泛揭露用戶個人數據，否則只能選擇不使用 Facebook。FCO 將 Facebook 蒐集數據的來源分類為兩種，第一種為來自用戶使用 Facebook 所生之數據；另一種為來自非 Facebook 之其他來源的用戶使用數據。FCO 表示其針對的數據蒐集來源為第二種的來源，而這種來源分類又可細分為兩種，一是數據源自 Facebook 所有之服務產品，例如 WhatsApp 或 Instagram，另一種源自第三方網站及應用程式。若第三方網站有嵌入 Facebook 應用程式介面 (Application Programming Interface, API)，例如「讚」按鈕 (Like Button)、Facebook 登入或分析服務例如 Facebook 分析，只要

---

<sup>140</sup> 張安潔 (2018)，〈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》，頁 21。

用戶進入這些網站，用戶的數據就會立刻由 APIs 傳輸到 Facebook<sup>141</sup>。

FCO 以德國競爭法第 18、19 條規定作為其執法之依據，並且在判斷是否濫用市場地位時，將是否違反資料保護法作為其認定濫用的考量因素之一。德國的競爭法與 TFEU 很相似，在濫用優勢地位行為判斷上，構成要件亦為認定相關市場、優勢地位，並認定濫用行為。德國競爭法在優勢地位的認定規定上比歐盟競爭法更仔細，第 19 條第 2、3 項中列有德國認定具優勢地位之情形，包含無競爭者或市佔率達 50% 等，皆是 TFEU 第 102 條條文中沒有明文條列之內容。在濫用行為的認定上，德國競爭法有「關鍵設施原則 (essential facility doctrine) 之使用」此一額外規定，而與 TFEU 第 102 條不同。

FCO 認為其有義務負責監督優勢地位公司的市場活動，而在數位經濟中，數據的蒐集和處理屬於一項企業活動，與公司的競爭績效密切相關，特別是在線上平臺和網路相關的案件中，公司能獲取個人數據是一種具有市場支配力的認定標準。基於此原因，FCO 認為數據處理行為是屬於競爭法的執法範圍，因此監督優勢地位公司處理數據的行為便是 FCO 的一項重要任務，而此任務數據保護機構並無法取代。

FCO 在本案中界定的相關市場為德國境內的社交網絡服務 (social network service) 市場。從地理市場的層面，劃分僅侷限在德國境內，因為 FCO 發現德國的用戶主要透過 Facebook 連繫德國境內的其他用戶。從產品市場的層面，提供社交網絡服務的平臺屬於該相關市場，除 Facebook 之外，尚包含 google+ 等提供社交網絡服務之平臺。至於提供專業特定服務的社群網站例如 LinkedIn、Xing，通訊服務例如 WhatsApp、Snapchat 或其他社群媒體例如 YouTube、Twitter 並不在該相關市場範圍內，因為 FCO 認為儘管這些服務從供給的角度上對 Facebook 來說是競爭替代品，從用戶需求的角度來看也好像提供了一種互補的需求，但因著網路效應 (network effect) 所帶來的鎖住效應 (lock-in)，使得消費者不會輕易移轉使用的服

---

<sup>141</sup> 張安潔，前揭註 140，頁 22。



務，使得原本產品應具有的替代性就有了限制。因此 FCO 限縮了相關市場劃分的範圍<sup>142</sup>。

FCO 在認定優勢地位上，分別就市佔率及進入障礙判斷之。在用戶數量的統計上，Facebook 市佔率超過 90%，因而被 FCO 視為準獨佔者，而獨佔地位又因網路效應而更加強化，進而導致進入障礙較高。Facebook 用戶朋友都在使用

Facebook 的情況下，他們不會移轉到其他社交網站，間接因為此社交網絡影響而提高新競爭者的市場進入障礙，產生鎖住效應的現象。由於在社群網站上的廣告收入需要有一定數量的用戶，而間接的網路效應阻礙了市場進入，因此跟 Facebook 相比，新進入者要透過廣告營收來獲利是非常困難的。同時 FCO 沒有在社交網路服務市場找到多歸屬 (multi-homing) 的現象，即同一用戶同時使用多個數位平臺，因此更加佐證 Facebook 的用戶在使用上有鎖住效應的現象，因此 FCO 認為 Facebook 在此相關市場中，具有優勢地位。

FCO 在判斷本案之數據蒐集行為之使用條款是否構成濫用行為時，係根據德國競爭法第 19 條作為其法律依據。對 Facebook 進行法律的初步評估，其認為 Facebook 可能構成剝削性的濫用行為 (exploitative abuse)。根據德國競爭法，使用剝削性商業條款屬於剝削性的濫用行為。剝削濫用禁止的規範旨在保護與具優勢地位公司締結契約的相對方，不會被具優勢地位的公司剝削。這種剝削條款有兩種形式：一種是濫用定價的形式，即商業條款的定價過高；另一種則是不公平商業條款 (unfair contract terms) 的形式。如果一具優勢地位的公司用戶服務使用條款中，讓用戶必須同意公司廣泛使用其個人數據，否則不得使用其服務，此種商業條款競爭管理機構可以將其視為剝削性商業條款 (exploitative business terms)。根據德國聯邦法院的判例法，民法的原則也可以用來確定商業條款是否具有剝削性。原則上，任何旨在保護談判地位居於劣勢當事方的法律原則，都可以用來判斷商業條款是否具有剝削性。這些原則常常來自不公平契約條款之相關規範或德國基本法

---

<sup>142</sup> 張安潔，前揭註 51，頁 23。

(Basic Law) 之規定。FCO 依循聯邦法院的做法，在評估 Facebook 條款和條件時，將資料保護法納入考量因素，因為資料保護法與競爭法具有相同的目的，都是在防止個人的數據資料遭契約之對造濫用<sup>143</sup>。

FCO 審查了根據德國競爭法第 19 條與歐盟資料保護法之間的關係。在評估大數據業務模式與競爭法的兼容性時，FCO 採用歐盟資料保護法及該法所蘊含憲法基本權保障的大原則，以評估該商業模式的數據處理條款之合法性。為此，FCO 與資料保護機構密切合作。

在本案中 FCO 在競爭法評估中採用歐盟 1995 年個人資料保護指令 (Directive 95/46/EC)，是根據德國聯邦法院過去關於禁止濫用優勢地位 VBL-Gegenwert II 案和 Pechstein 案的裁決。德國聯邦法院認定公司若使用剝削性商業條款亦會構成濫用優勢地位之行為。根據 VBL-Gegenwert II 案的判決，如果不公平條款是主導權或市場優勢地位的表現，並且此不公平條款無法透過德國民法中規定的一般不公平條款的法律原則的檢驗，則企業即可能構成濫用優勢地位。而在 Pechstein 案中，法院要求在平衡權益時，亦要考慮到憲法所保護的權利。因此為了保護憲法權利，禁止濫用優勢地位的規定必須適用於一個契約方強大到實際上能夠制定契約條款，並使另一方失去契約自主權的情況。如果法院認為，在這種情況下，具優勢地位的公司侵害其契約對造的憲法權利，法律必須進行干預以維護對造的憲法權利。

FCO 的部長表示，具優勢地位之企業需要承擔特殊的義務，亦即企業與消費者所訂定的服務契約條款內容須為適當，以免侵害消費者的權益。對於 Facebook 等收入來源來自廣告的網路服務而言，用戶數據扮演非常重要的角色。因此基於此原因，從企業是否濫用市場力量的角度去檢視消費者是否充分了解所蒐集數據的類型和範圍也是至關重要的。目前 FCO 僅於 2017 年 12 月 19 日發布初步法律評估報告，預計於 2018 年下旬做出最終裁決。

---

<sup>143</sup> 張安潔，前揭註 140，頁 24-25。



## (二) 歐盟競爭法與會員國競爭執法之關係

自歐盟實施共同競爭政策，歐盟執委會即設有競爭總署(Directorate-General for Competition)，行使競爭案件的調查權及處分權。歐盟執委會亦公布歐洲競爭網絡採分權新制，規範會員國競爭主管機關合作事宜，使會員國彼此交換執法上相關資訊及經驗，執委會也能更有效執行、及時監督會員國適用競爭法規的一致性。會員國競爭主管機關和國內法院得直接且全面適用歐盟競爭法，執委會決定具有優位性與直接適用性。依此新制，會員國並不得任意解釋歐盟競爭法，在適用國內競爭法時需與 TFEU 之解釋趨於一致。歐盟法院則具有司法管轄權，一旦涉及競爭法爭議，可由適格之原告向執委會提出檢舉，經執委會進行調查後作出決定，被告一方對該決定有異議，向歐盟普通法院(General Court)提起無效之訴，若被告仍不服普通法院判決結果，可再上訴至歐洲法院。

德國 FCO 在本案係以國內法而非 TFEU 作為執法依據，又在歐盟的共同競爭政策下，會員國的競爭執法機構所做出的裁決不得與歐盟競爭法之解釋不同，確實有必要審酌其與歐盟競爭法的合致性。又歐盟法院對歐盟境內之競爭法爭議有司法管轄權，適格之原告得向執委會提出調查要求。因此若本案 Facebook 不服德國 FCO 最終做出的裁決，認為其裁決有違歐盟競爭法時，得向歐盟執委會要求調查，屆時歐盟執委會將會以 TFEU 第 102 條作為執法依據，基於此原因本文將以 TFEU 第 102 條作為評析本案的基礎。

### 二、歐盟競爭法下的濫用優勢地位規範—TFEU 第 102 條

TFEU 第 102 條對於在市場中具有優勢地位的事業賦予特殊的義務，即此些事業不得濫用其市場優勢地位破壞市場競爭，其中所指之濫用市場優勢地位的行為類型包含了：剝削行為、排他行為、歧視行為，以及報復性行為。本文將以剝削性濫用行為為討論之核心，以下將針對 TFEU 第 102 條主要之構成要件，「相關市場」





「優勢地位」和「濫用」等定義於本案之適用進行探討<sup>144</sup>。

### (一) 相關市場的界定

評估優勢地位及是否濫用時，首先應確立案件當中相關市場的範圍。判斷反競爭案件中涉及的相關市場為何，向來是一複雜的難題，之所以需要先釐清相關市場之範圍，原因在於透過確認相關市場的範圍，一方面可以辨認出潛在的受害競爭對手，另一面藉由評估市場動態，得以評估受影響的消費者範圍。若未先認定相關市場，則之後做成的判斷便無實質意義。

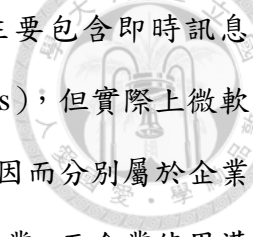
歐盟競爭法下關於相關市場的界定，雖然 TFEU 第 102 條並未對市場做出明確的定義，但歐盟執委會曾在 1997 年對此議題做出注意事項 (Notice)，並訂立了數項其認為在界定市場上的關鍵性要件和情況。上述注意事項至今仍是歐盟執委會及各國之競爭主管機關，於定義市場時主要參考的依據。在判斷是否屬於相關市場時，可分別自產品 (product) 或是地理 (geographic) 的面向切入。

以產品面向而言主要有兩項標準，即「需求替代性 (Demand Substitution)」與「供給替代性 (Supply Substitution)」。所謂產品具有需求替代性，指的是產品必須基於其本質特性，能滿足相同的需求。所謂供給替代性，係指短期內生產者有能力將產能移轉至相關產品及市場，且不會耗費大量的成本和風險，而相對價格也僅微幅上漲之情形。由於只有當產品間或服務間之特性能滿足相同的需求時，才會發生競爭的情況，因此根據歐洲法院的見解，如果產品或服務不能有效替代相同的用途，就不能算在相同的市場裡<sup>145</sup>。

至於地理面向的相關市場則是包含了競爭條件「大致相同 (sufficiently homogeneous)」的區域，且該區域因競爭條件與鄰近的其他地區存有顯著的差異，故能與其他地區作出明確的區分。在微軟/Skype 併購案中，歐盟執委會在區分微軟跟 Skype 所在的相關市場時也強調產品功能特性差異影響需求替代性。歐盟執委

<sup>144</sup> 張安潔，前揭註 140，頁 26-27。

<sup>145</sup> 張安潔，前揭註 140，頁 27。



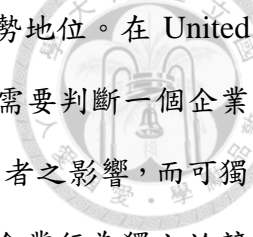
會表示雖然微軟跟 Skype 的產品都提供具備通信的功能，主要包含即時訊息 (Instant Messaging)、聲音訊息和通話功能 (voice and video calls)，但實際上微軟跟 Skype 在產品的特性設計上因其目標客群不同而有所差異，因而分別屬於企業溝通服務市場和消費者溝通服務市場。微軟的目標客群主要為企業，而企業使用溝通服務產品的目的為任務導向，而且對失誤的容忍度較消費者低，因此微軟的溝通服務產品在特性上較複雜且更具可靠性。反之，Skype 的目標客群主要為個人消費者，而消費者使用溝通服務產品的目的在於社交，因此產品的功能特性也不同于企業用的產品。在 Facebook/Whatsapp 併購案中，執委會認定 Facebook 跟 Whatsapp 同在消費者溝通服務市場中。執委會表示在劃分相關市場時不能以不同功能性質 (文字訊息、圖片、影片訊息或電話) 區別為不同市場，因為即使功能是不同性質，其共同目的皆旨在促進消費者溝通。

此外，在科技業等變化快速的市場中，時間因素 (temporal factor) 也是界定相關市場時需要考量的重點。於 *United Brands v. Commission* 案中，法院支持納入時間因素的考量，表示具優勢地位之企業在一段時間內利潤的減少甚至虧損都不會影響其優勢地位<sup>66</sup>。但在科技市場的競爭中時間因素往往產生負面效果，因為科技市場的競爭時常是以動態創新的形式進行，即所謂為市場競爭 (competition for the market) 而不是在市場內競爭的情況。因此市場上的競爭者要維持市場力並非容易，市場的劃分優勢地位也可能是浮動短暫的。

## (二) 優勢地位的認定

在界定相關市場之後，需要認定企業是否在相關市場中具有優勢地位。歐盟執委會在認定企業是否具有優勢地位時，可以從市佔率及進入障礙兩個層面去判定。

就市佔率而言，依據歐盟在 2009 年發布之歐洲共同體條約第條準則 (Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings) 當中指出，如果企業的市佔率低於 40%，公司將不可能在相關市場上享有優勢地位。這表明歐盟



執委會認為市佔率達到 40% 以上的企業，即可能被視為占有優勢地位。在 *United Brands v. Commission* 案中，歐盟在判斷是否具有優勢地位時，需要判斷一個企業所享有的經濟力量是否足以使其行為不受其競爭者、客戶與消費者之影響，而可獨立於相關市場中的有效競爭之外，而歐盟認為市佔率是足以使企業行為獨立於競爭者、客戶與消費者影響之外的最重要因素。惟在社群網路、通信服務等技術密集型市場中，高市佔率可能並不一定是市場力量的指標。市佔率僅僅提供了一個有用的初步跡象判斷，執委會尚需要根據市場狀況，特別是市場動態以及產品差異化程度來解釋市佔率。在科技產業的市場上，過度依賴市佔率可能導致太過輕易認定優勢地位。在歐盟過去的案例中，亦有案例支持此立場。在微軟/Skype 併購案和 Facebook/Whatsapp 併購案中，執委會承認市佔率只能有限地代表競爭力，特別是在消費者通訊服務方面，由於產業具快速動態變化的性質，市佔率在短時間內可能會迅速發生變化，因此不能作為分析是否具優勢地位的唯一判斷標準。

就市場進入障礙而言，一般來說有兩種情況可能產生市場進入障礙：第一種是源自高市佔率；另一種則是因為具有經濟或技術上的優勢，使得公司即使沒有高市佔率也有可能造成市場進入障礙，其中又以技術上優勢所形成的進入障礙更為明顯。歐盟執委會在認定公司在網路市場上的優勢地位時，也考量技術優勢的因素，在判斷進入障礙上也同樣重視網路效應所帶來的影響。在歐盟比價購物案中，歐盟執委會就從進入障礙而言，認為一般搜尋市場深受網路效應影響，擁有越多消費者之搜尋引擎更容易吸引廣告商，藉由廣告商所得到的利潤可進而用於吸引更多消費者。同時，搜尋引擎可以藉由消費者搜尋行為所產生的數據，進一步了解消費者的偏好，以提升搜尋結果<sup>79</sup>。由此可知在網路效應的影響下，一般搜尋市場之進入障礙相當高。因此在網路市場上判定優勢地位時，網路效應所帶來的鎖住效應是重要的判斷標準。所謂鎖住效應係指用戶在使用一個服務平臺之後，因著移轉成本過高，而不願移轉使用另一個提供相同服務的平臺，而網路效應往往會促成移轉成本的增加，因此產生鎖住效應。



### (三) 濫用行為的評估

TFEU 第 102 條本身並未禁止事業具有優勢地位，惟其規範居於優勢地位的事業在競爭的過程中，不得從事濫用其優勢地位的行為。在 TFEU 第 102 條所限制的濫用行為中，與本案最密切關的即為剝削性濫用行為。根據 TFEU 第 102 (2) (a) 條關於剝削性濫用行為之規定，具優勢地位的企業不得直接或間接地施加不公平的購買、售價或其他不公平的交易條件<sup>146</sup>。

在多種剝削性濫用行為型態中，又以不公平交易條件與本案最為相關。不公平條件判斷標準在條文中並未詳述，惟從歐盟法院過往的判決中可知其核心的判斷標準為檢視契約條款之內容是否為企業合法商業目的之必要條件。一個不至於構成剝削性濫用的契約條款，需要具備以下四個條件：第一、契約需要具有合法目的；第二、契約訂定的條款能有效達成該目的；第三、契約條款是達成契約目的的必要手段，且沒有替代方法可以達到相同目的；第四、契約條款所追求的合法目的不應超過其對交易方造成的剝削效果。例如，歐洲法院曾經針對關於著作權仲介集團 (collecting society) SABAM 對原始版權所有者施加不公平交易條件做出剝削性濫用的判決 (即 BRT v. SABAM 案)。在該案中，SACEM 的章程中規定了一項強制性要求，其要求所有作者的著作權必須毫無區別地歸屬給著作權集團。執委會認為，此著作權仲介集團很可能透過強制執行來濫用其優勢地位。歐洲法院認定濫用優勢地位的原因在於，其認為著作權仲介集團侵犯原始權利人的版權是不公平的行為。歐洲法院認為負責蒐集版權且具有優勢地位的集團，對原始的著作權所有人所強加的義務，對其其目的並非必要，因此構成剝削性濫用行為。

## 第九節 民事損害賠償責任探討

公平法第 29 條一般損害賠償規定，為民事責任損害賠償之基礎條文，蓋在適

<sup>146</sup> 張安潔，前揭註 140，頁 27-30。

用公平法第 31 條第 1 項之三倍賠償時，亦以適用本條為前提。故本文以下欲探討此一競爭法上民事損害賠償之基本規定。



## 第一項 損害賠償規範目的

本法之立法目的雖主要在於維護市場機能與競爭秩序，惟事業所為限制競爭或不公平競爭之行為，除妨害市場競爭之外，亦可能對於競爭者、上、下游業者，以及消費者之個人權益加以侵害。故不僅對於違反本法、破壞競爭秩序之事業或行為人，課以行政上或刑事上之法律責任，亦課以民事上損害賠償責任，賦予被害人損害賠償請求權，使其損失能有獲得回復與賠償之機會。此一事業或個人損害賠償請求權之承認，代表之立法目的不僅具有維護市場機能與競爭秩序之「制度保障」面，此為主要之立法目的；惟同時也應具有保護相關市場參與者之權益，甚至於不排除在一定條件下包括保護終端消費者權益之「權利保障」面。雖然損害賠償制度之設立，寓有藉其以維護競爭秩序之「公益」的功能與目的，尤其是第 31 條之懲罰性損害賠償，惟民事損害賠償制度也兼具保護被害人「私益」之意旨，兼具有制度保障與權益保障之色彩，同時對公益與私益予以維護。

相對於第 31 條三倍損害賠償之規定，乃具有一般民事損害賠償所無之懲罰性及嚇阻功能，本條則係以賠償被害人之財產上損失為主要目的。雖然如此，本條規定既為內設於公平法之民事制裁管道，其解釋適用仍應考慮公平法之立法目的，使本條兼具藉私人之力落實執行之公益功能，並呼應支援國家之「公的執行」。換言之，本條各要件之解釋適用上，應有立法目的之考量，不能僅完全直接援用民法上損害賠償制度之作法。<sup>147</sup>

### 一、民事責任

行為人違反公平法之規定，導致他人權益受損，被害人除得行使禁止請求權外，

<sup>147</sup> 吳秀明（2010），《競爭法研究》，頁 327-329，台北：元照。

對行為人請求損害賠償之範圍有財產上、非財產上及懲罰等損害賠償請求權。

表 3-2 公平法上民事救濟<sup>148</sup>

民事救濟	法條	說明
禁止請求權	公平交易法第 29 條	無過失責任
損害賠償請求權	公平交易法第 30 條	過失責任
損害賠償之計算方式	公平交易法第 31 條第 2 項	具體損害計算說、侵害人所得淨利
懲罰性損害賠償	公平交易法第 31 條第 1 項	故意侵害行為
請求權消滅時效	公平交易法第 32 條	2 年或 10 年
回復名譽之方式	公平交易法第 33 條	判決書一部或全部登報
業務之信譽保護	民法第 195 條	非財產上之損害賠償
連帶損害賠償責任	公平交易法第 21 條第 5 項；公司法第 23 條第 2 項；民法第 28 條、第 185 條	事業、負責人、代表權人、廣告代理人、廣告媒體業、廣告薦證者


## 二、管轄法院

公平法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件，由智慧財產法院優先管轄，而非專屬管轄（智慧財產法院組織法第 3 條第 1 款、第 4 款；智慧財產案件審理法第 7 條；智慧財產案件審理細則第 2 條第 5 款、第 9 條）。準此，除當事人依民事訴訟法第 24 條、第 25 規定以合意管轄或擬制合意管轄外，公平法有關智慧財產權益保護事件應由智慧財產法院管轄，原告向普通法院起訴，普通法院認屬智慧財產案件，應以無管轄權移送智慧財產法院。所謂公平法有關智慧財產權益保護事件，係指違反公平法第 22 條之仿冒行為、第 21 條之虛偽不實記載或廣告及第 25 條之不當行使智慧財產權而妨礙公平競爭者。其餘違反公平法所生之民事事件，非涉及智慧財產權爭議，即由普通之民事法院管轄，智慧財產法院無優先管轄權。<sup>149</sup>

## 三、當事人

<sup>148</sup> 林洲富，前揭註 51，頁 104。

<sup>149</sup> 林洲富，前揭註 51，頁 105。



公平法之民事事件當事人有請求權人與賠償義務人，凡因違反公平交易法之行為而受損害人或事業，均可為民事之請求權人。依據公平交易法第 30 條、第 31 條之規定，損害賠償義務人應為違反公平法之事業。公司負責人對於公司業務之執行，有違反公平法致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責（公司法第 23 條第 2 項）。倘事業為法人時，對於其董事或其他有代表權之人因執行職務有違反公平法，致他人受有損害，事業與該行為人連帶負賠償之責任（民法第 28 條）。再者，除廣告代理人、廣告媒體業、廣告薦證者與廣告主就不實廣告或代言，負連帶賠償責任外（公平法第 21 條第 5 項），倘有二以上事業違反公平法時，得依民法第 185 條之規定，課以共同侵害之事業，負連帶損害賠償責任。<sup>150</sup>

## 第二項 法律效果

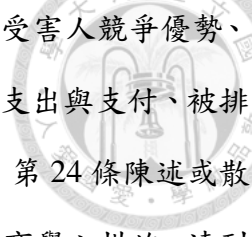
事業具備上述構成要件，即違反本法之規定致侵害他人權益者，其法律效果為「應負損害賠償責任」。就損害賠償請求權之效果部分，除第 31 條之規定外，並未設有一般性之規定。解釋上除性質不適當者外，應有民法有關損害賠償規定之適用。民法上損害賠償法律效果之一般性問題，於此茲不贅述。以下乃特別就損害賠償之方法與損害額之計算兩項較具特色之部分予以說明。

### 一、損害賠償之方法

就損害賠償之方法而言，民法上第 213 條至第 215 條之損害賠償方法，係以回復原狀為原則，以金錢賠償為例外。關於賠償方法，學者認為競爭秩序破壞多無法回復原狀，導致損害賠償方法，其原則乃與民法恰恰相反，應以金錢賠償為原則，而以回復原狀為例外，重點主要落在金錢賠償之上。另外，文獻上也有根據第 31 條文義「……酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害之三倍」，或依侵害人所受之利益計算損害額度，性質上僅有以金錢賠償為方法始有可能。

---

<sup>150</sup> 林洲富，前揭註 51，頁 106。



觀諸限制競爭或不正競爭行為所造成之損害，其本質上多為受害人競爭優勢、交易機會、市場佔有率等之喪失、金錢或財產利益之損失、額外支出與支付、被排除於市場之外或無法進入市場等。上述損害除少數類型，例如：第 24 條陳述或散布足以損害他人營業信譽不實情事之營業上誹謗，或可透過回復商譽之措施，達到回復原狀之目的外，絕大多數違法行為所造成之損害，不是因市場發展難以逆轉，性質上難以回復原狀；就是其所謂回復原狀，其實就是填補其營業額之損失，即以支付一筆賠償金給被害人之方式除去其損失。故本法上損害賠償之方法，雖不排除回復原狀之可能，惟應以金錢賠償為主體自無疑問，應注意者乃在差別待遇、斷絕交易之行為類型上，被害人所欲請求者，並非金錢賠償，而往往是回復其供給或延續其供應之契約關係，故此時請求回復原狀，對被害人實具有重大之意義。<sup>151</sup>

## 二、損害賠償額之計算

### （一）侵害人所得淨利

侵害人因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額（公平法第 31 條第 2 項），此為損害額之推定。所謂侵害行為受有利益，係指侵害人因侵害所得之毛利，扣除實施侵害行為所需之成本及必要費用後，所獲得之淨利而言，此稱利益說。而有學者主張參照商標法第 63 條第 1 項第 2 款後段之規定，該利益應為毛利而非淨利。

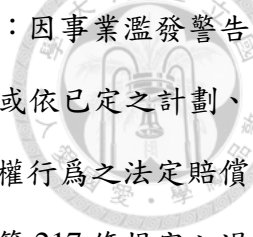
### （二）具體損害計算說

依據民法第 216 條之規定，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。所謂所受損害，係指現存財產因損害事實之發生而被減少，該損害與責任原因具有因果關係存在者，其屬於積極損害。例如：因事業濫發警告函而導致受害人之商品滯銷，此為積極之損害。至於所失利益，則指新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，倘無責任原因之事實，即能取得此利益，

---

<sup>151</sup> 吳秀明，前揭註 147，頁 352-353。





因有此事實之發生，導致無此利益可得，其屬於消極損害。例如：因事業濫發警告函，導致被害人銷售之物品，其市場佔有率降低。依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，此為侵權行為之法定賠償範圍。至於法律另有規定，為法定賠償之特殊範圍。例如：民法第 217 條規定之過失相抵、第 218 條規定之因重大影響生計而酌減賠償金額。所謂契約另有約定，係指損害發生之前或之後所約定之損害賠償範圍。至於被害人為舉證證明所受之損害及所失利益，法院得依民事訴訟法有關規定辦理，即法院認為有必要者，亦得依據被害人之聲請，就其舉證證明所受之損害及所失利益囑託專業機構鑑定之（民事訴訟法第 340 條第 1 項）。<sup>152</sup>

### 三、消滅時效

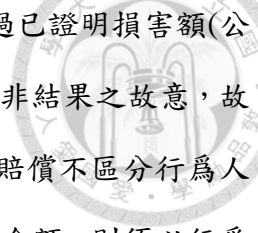
損害賠償請求權之時效，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，2 年間不行使而消滅；自為行為時起，逾 10 年者亦同（公平法第 32 條）。自請求權人知有損害時起之主觀「知」之條件，倘係一次之加害行為，致他人於損害後尚不斷發生後續性之損害，該損害為屬不可分，或為一侵害狀態之繼續延續者，固應分別以被害人知悉損害顯在化，或不法侵害之行為終了時起算其時效。惟加害人之侵權行為持續不斷，致加害之結果或損害持續發生，倘各該不法侵害行為及損害結果係現實各自獨立存在，並可相互區別者，被害人之損害賠償請求權，即隨各該損害不斷漸次發生，自應就各該不斷發生之獨立行為所生之損害，分別以被害人已否知悉而各自論斷其時效之起算時點，始符合規範消滅時效規範之本旨，並兼顧法秩序安定性及當事人利益平衡。

### 第三項 懲罰性損害賠償

法院因事業違反本法之規定，導致侵害他人權益，被害人請求賠償，倘屬事業

---

<sup>152</sup> 林洲富，前揭註 51，頁 107-108。



之故意行爲，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額(公平法第 31 條第 1 項)。所謂故意者，係指事業就行爲之故意，並非結果之故意，故事業有意達到反市場競爭之目的即屬相當。原則上，民事之損害賠償不區分行爲人之主觀惡性，不論行爲人是否爲故意或過失。惟量定懲罰性賠償金額，則須以行爲人主觀惡性爲依據，其重視被告行爲之反社會性及主觀道德上之可歸責性。此爲英美法上之特有賠償類型，可抑制行爲人侵害他人權利之動機，其非屬損害補償性質之賠償。從而公平法爲保護被害人，對於故意行爲者，因其具有應非難之惡劣心態，得令其負擔懲罰性賠償責任，較過失行爲人負擔較重之損害賠償責任。<sup>153</sup>

#### 第四項 回復名譽之方式

爲使被害人之權利受到較周全之保護及訴訟經濟之便，被害人依公平交易法之規範，向法院起訴時，得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞紙(公平法第 33 條)。換言之，被害人得於民事請求損害賠償之訴訟程序中，得一併提出請求登載新聞紙之聲明，由法院於判決主文一併諭知，不需於終審法院或判決確定後另行提出。<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> 林洲富，前揭註 51，頁 110。

<sup>154</sup> 林洲富，前揭註 51，頁 111。

## 第四章 平臺經濟之隱私權保護



### 第一節 引言

傳統隱私權是採二元論：「公開」或者「私下」，在公開場合就不能要求隱私，然網際網路顯然帶來嚴格的挑戰，網路是公開場合若私人資訊暴露在線上，究竟要當做公開或是私下，顯然傳統隱私權難以界定。

與世界連結已經成為每個人生活中、每一分鐘都在發生的事情。能夠促成個人和全世界連結，最關鍵的力量即是網際網路。有術語稱：「實體的社交生活是一群真人聚在一起講假話的社會活動。」然而虛擬的社交網站在網際網路上卻能如同病毒般快速成長，因而「上網社交」成了時下最重要也最流行的社交活動。

在實體世界裡，名聲與八卦息息相關，雖然八卦有可能會破壞他人的名聲，但頂多是口耳相傳，當人言可畏時，搬到其他地方人們仍舊可以生活，敗壞的名聲會從記憶中雲淡風輕。然而八卦一經披露到網際網路上，其存在更長久、流傳更廣泛且更有感染力，並且輕易被斷章取義。透過像 Google 這樣的搜尋工具、成為名聲永遠的紀錄、永久會被補捉到，並且抹滅不掉的記憶。

多數人對線上資訊與離線資訊的界線模糊不清，法律應該使線上與離線的界限更加清楚，因網際網路是離線世界的延伸，所以實體規範與線上規範應有所不同。

言論自由與隱私，一向處於緊張關係，在網際網路上更是如此。人們希望網路上的言論可以無限自由，但又希望網路上的隱私可以嚴格控管，這種既矛盾又對立的關係，法律規範該如何拿捏，亦是本章討論重點。

### 第二節 隱私權與個人資料

#### 第一項 隱私權之源起

學說研究認為，希臘時代即有明確且獨立之隱私權於抽象概念；早於西元 19 世紀即成為法律概念並加以提倡。例如：著名法官 Thomas Cooley 曾於 1879 年論文中提及「the right : to be let alone」，該文章將侵害隱私權之行為視為個人安全的一種型態<sup>155</sup>。

「隱私權」被正式提出作為法律概念，首見於 1890 年，Samuel D. Warren 及 Louis D Brandeis 於 Harvard Law Review 中發表「The Right to Privacy」<sup>156</sup>。該文起因於 Samuel D. Warren 系當時知名商人，妻子則為參議員之女，報紙記者因而報導夫妻生活細節，使得 Samuel D. Warren 深感困擾，因此與其同學 Louis D. Brandeis 共同為文，強調任何人均有不受干擾的權利（General Right of the Individual to Be Let Alone），並在該文章中稱此權利為「隱私權（The Right to Privacy）」，並進一步推導傳統英美習慣法中隱私權的存在。

另外，美國喬治亞州最高法院於 1905 年於 Pavesich V. New England Life Ins. Co.，案中<sup>157</sup>，法官 Cobb 意見指出：「個人向社會拋棄了許多原本可以在自然狀態下自由行使的權利，以換取個人作為社會成員可獲得的利益。但是那些權利並沒有被個人推定放棄，公眾也沒有更多的權利，在未經他的同意的情況下，侵犯他保留那些領域的權利，個人可以決定在何時何地以何種方式展現他自己，這項權利當然包括隨時自大眾的目光中退出的自由，這項權利並非新創，而早已存在古老的法律之中。」

時至 1960 年，美國法院面對各州數以百計的案例，仍然對隱私權無法提出明

---

<sup>155</sup> Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL, 859, 133(1879), available at <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=books>

<sup>156</sup> Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, HARVARD LAW REVIEW, VOL. 4, NO. 5. (1890), available at <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>

<sup>157</sup> See Pavesich v. New England Life Ins. Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905), at [http://faculty.uml.edu/sgallagher/pavesich\\_v.htm](http://faculty.uml.edu/sgallagher/pavesich_v.htm) (last visited 04/25/2018).

確的界定，William L. Prosser 在 *California Law Review* 發表一篇文章<sup>158</sup>，依據美國法院歷年案例整理，提出四種侵害隱私權的侵權行為態樣，包括：



(一) 侵害他人的幽居獨處或私人事務 (Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs.)。例如：侵入住宅、偷閱信件、竊聽電話。

(二) 公開揭露使人困擾的私人事實 (Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff.)。例如：公開他人不名譽疾病。

(三) 公開揭露致使他人遭受公眾誤解 (Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye.)。例如：散布足以扭曲他人形象之不實謠言。

(四) 為自己利益而使用他人的姓名或特徵 (Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness.)。例如：在商業上無權使用他人姓名權或肖像權。

Prosser 上開論理最後成為美國法律學社編纂美國法律整編侵權行為法第二版的部分內容，藉此將上開四種侵害編入美國法律中，奠定隱私權在美國法律整編侵權行為法第二版之地位。美國聯邦政府嗣後於 1974 年公布「隱私權法 (The Privacy Act of 1974)」，藉此保護個人資料之隱私。

在美國隱私權保障相當成熟，於 1980 年代，美國法院逐漸形成資訊隱私之概念，隨著電腦時代之來臨，政府透過電腦蒐集個人資料之廣度與密度擴大，因此隱私權之保障應包括「控制自身資訊的權利」，由過去的獨處權的概念發展為人民對於自身資訊具有自我決定權。

---

<sup>158</sup> See William L. Prosser, *Privacy*, 48 CALIFORNIA L. REVIEW 383, 388 (1960), available at <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californialawreview>



## 第二項 我國隱私權之發展與內涵

### 一、憲法定位

隱私權雖早在釋字第 293 號解釋就出現在大法官解釋中，並陸續出現在釋字第 509、535 號解釋內，但直到釋字第 585 號解釋，大法官才就隱私權的保障目的及範圍作出較為詳細的論述。在此號解釋中，大法官連結了隱私權與人性尊嚴的保障，並明確揭示隱私權為憲法第 22 條所保障之基本權利。

隱私權的保障內涵，依釋憲實務見解可分為「個人生活秘密空間免於他人侵擾」及「個人資料之自主控制」兩部分，前者主要的闡釋出現在釋字第 689 號解釋，而後者則在釋字第 603 號解釋中，經大法官作出較為細緻的分析。

#### (一) 司法院釋字第 293 號解釋

本號解釋於民國 81 年 3 月 13 日做成，其認為（舊）銀行法第 48 條第 2 項之意旨係在於「保障人民之隱私權」，但此項權利之依據乃來自於銀行法之規定，並非具憲法上基本權利性質，此乃我國釋憲實務首次提及「隱私權」之概念<sup>159</sup>。

#### (二) 司法院釋字第 509 號解釋

本號解釋於民國 89 年 7 月 7 日做成，大法官主要係審查刑法誹謗罪的規定，有無過度限制言論自由的情形，並以「合憲解釋」<sup>160</sup>的方式宣告該規定尚不至於違憲，但應限制其適用範圍。亦即當涉及到人民隱私權的保護，言論自由必須作適度退讓。第 509 號解釋稱：「言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條有明文保障，

<sup>159</sup> 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 87，台北：自版。

<sup>160</sup> 李惠宗（2013），〈個人資料保護法上的帝王條款——目的拘束原則〉，《法令月刊》，64 卷 1 期，頁 41。

國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。……就此而言，刑法第 330 條第 3 項與憲法保障言論自由之旨趣並無抵觸。」

本號解釋大法官認為，「隱私權」具有比言論自由更高的價值，並處理言論自由限制之正當化事由，及限制之範圍。

### (三) 司法院釋字第 535 號解釋

本號解釋於民國 90 年 12 月 14 日做成，重要性在於肯定了隱私權係與人民行動自由及財產權同為受憲法保障的基本權利，可說繼釋字第 293 號解釋之後，隱私權在憲法層次上的大躍進。在本號解釋稍早前（民國 89 年 7 月 7 日）做成的釋字第 509 號解釋當中，亦有稍微提及關於隱私之保護，然而終究不若第 535 號解釋承認隱私權亦屬憲法所保障的基本權來的正面直接。

本號解釋認為警察臨檢之行為影響人民之行動自由、財產權及隱私權甚鉅，是故警察臨檢時必需恪遵法治國家警察執勤之原則。本號解釋雖特別提及隱私權，並將其與行動自由、財產權並列，然而對於隱私權在憲法上之地位仍沒有具體之論述，直到 93 年 12 月 15 日做出的釋字第 585 號解，大法官方明文認定保障隱私權之依據為我國憲法第 22 條。

### (四) 司法院釋字第 585 號解釋

本號解釋於民國 93 年 12 月 15 日做成，解釋理由書論及：「國家機關行使權力均須受法之節制，……隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（本院釋字第 509 號、第 535 號解釋參照）。立法院行使調查權如涉及限制憲法所保障

之人民基本權利者，不僅應有法律之依據，該法律之內容必須明確，且應符合比例原則與正當法律程序。……是真調會條例第 8 條第 4 項及第 6 項規定，均不符正當法律程序及法律明確性原則之要求。」



「本號解釋強烈地指出，國家機關執行權力，縱使具有正當性，都不應「為達目的而不擇手段」。隱私權固非不可加以限制，但如果法律規定，完全不顧及或未經衡量基本權的重要性及權力行使之均衡性，亦屬違反比例原則。本號解釋認為，「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障」，縱使立法機關要履行其職務，對當事人的隱私可能造成干預，卻毫無「程序」的規定，仍屬不符正當法律程序。但相對地，如果符合程序的規定，就可以對「隱私權」予以干預，故隱私權並非不可衡量。」<sup>161</sup>

#### (五) 司法院釋字第 603 號解釋

本號解釋於民國 94 年 9 月 28 日做出，可說係我國隱私權發展上之重要里程碑。戶籍法第 8 條第 2 項舊法規定：「請領國民身分證時，申請人應按捺指紋。」立法委員賴清德等 85 人認為本法有違憲之虞，聲請釋憲並請求宣告戶籍法舊法第 8 條暫時停止適用。

本件解釋對於憲法上隱私權之理論基礎提出明確說明，行文結構近似於德國聯邦憲法法院於 1983 年之「人口普查案」判決。人口普查案判決亦間接促成德國聯邦資料保護法之立法，德國學者稱該判決可謂德國資料保護法發展史上之大憲章。釋字第 603 號解釋對於我國個人資料保護法制上，亦具有同等指標性之意義。

---

<sup>161</sup> 李惠宗，前揭註 160，頁 42-43。





## (六) 司法院釋字第 689 號解釋

釋字第 689 號解釋於民國 100 年 7 月 29 日做成，旨在解釋社會秩序維護法第 89 條第 2 款「無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽者」處新台幣三千元以下罰鍰或申誡之規定，導致新聞探訪者之跟追行為受到限制是否違憲。本號解釋認為系爭規定所保護者，為人民免於身心傷害之身體權、行動自由、生活私密領域不受侵擾之自由、個人資料之自主權。

本號解釋對於隱私權之貢獻在於，其以「個人資料自主權」取代「資訊自決權」，並在釋字第 585、603 號建立的基礎上，將隱私權的理論更往前推進了一步，關於隱私權得否主張的界線認定，也就是隱私在何種情況下才能符合社會一般客觀期待，此即「合理之隱私期待」。

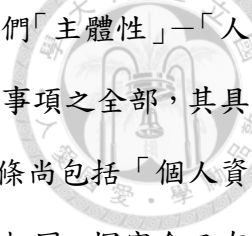
### 二、憲法上隱私權之概念演進

為便於觀察，整理如下：

表 4-1 我國憲法上隱私權之演變

字號	日期	解釋意旨	效果
293	81.3.13	銀行法第 48 條第 2 項規定乃在保障客戶存款、放款或匯款等資料隱私權	統一解釋
509	89.7.7	個人隱私保護與言論自由的限制	關於刑法誹謗罪違憲解釋的旁論
535	90.12.14	警察臨檢攸關人民行動自由、財產權及隱私權的保護，應遵循比例原則，並規範法律明確性及正當法律程序，應有法律明確規範實施臨檢之要件、程序及對違法臨檢行為之救濟。	現行予與修正。94 年制定警察職權行使法
585	93.12.15	三一九槍擊真調會條例第 8 條第 6 項強迫揭露個人隱私，侵害人民基本權利，不符比例原則及違反正當法律程序、法律明確性原則	無效
603	94.9.29	戶籍法第 3 條第 2 項、第 3 項規定請領身分證須捺指紋不符法律明確性及比例原則，違反受憲法保障隱私權（資訊隱私）的意旨	無效
689	100.7.29	社會秩序維護法第 89 條第 2 款規定旨在保護個人行動自由、身體權及隱私權，使新聞探訪者之跟追行為受到限制，然而處罰無正當理由，且經勸阻後仍繼續跟追之行為，與法律明確性原則尚無抵觸。新聞探訪者於有事實足認特定事件屬大眾所關切並具一定公益性之事務，而具有新聞價值，如須以跟追方式進行採訪，其跟追倘依社會通念認非不能容忍者，即具正當理由，而不在首開規定處罰之列。	尚無抵觸

### 第三項 個人資料與隱私



個人資料保護範圍與隱私權的內涵不盡相同，但具有保護人們「主體性」—「人性尊嚴」的相同目標<sup>162</sup>。隱私的內涵係指不欲為他人無故知悉的事項之全部，其具有高度防禦權的性質；個人資料保護的內涵，參照個資法第 11 條尚包括「個人資料的更正及正確利用」積極請求權的性質，故二者保護範圍不盡相同。探究今日有個資保護法的制定之需要，無非網路世代科技進步，資訊在網際網路洪流上迅速傳播，對於隱私權的侵害有愈加容易與廣泛傾向，故實乃需要一部個人資料保護專法加以規制。

## 一、個人資料

個人資料分類方法若按「識別性」之有無為標準，可區分為「識別性個資」與「隱私性個資」。按個資法第 2 條第 1 款規定：「個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號……社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」此規定將「識別性」作為「個人資料」的要素，稱之為「識別性個資」或「辨識性個資」，此種定義係相對於「隱私性個資」，兩者範圍互有重疊及不互相包含處。

區別實益是若將應予保護個人資料限定在「識別性個資」，則許多資料庫，例如：基因資料庫、醫療記錄資料庫，在將個人的人別資料去除後，因不具識別性，就可以蒐集、公開。但若採「隱私性個資」，則只要資料涉及到個人隱私，不問可否識別個人身分，皆屬應保護範疇，兩者效果有很大不同。

當採「識別性個資」立法例後，特定資料足以產生辨識個人特性者，例如：個人生物特徵、指紋、DNA 序列，或其社會活動的錄存，例如：網路活動足跡、公用道路利用的紀錄，亦屬個人資料保護的範疇<sup>163</sup>。

## 二、隱私合理期待

---

<sup>162</sup> 李惠宗，前揭註 160，頁 39。

<sup>163</sup> 李惠宗，前揭註 160，頁 46-47。



按我國個資法係參考 1995 年歐盟資料保護指令及日本個人情報保護法而來，其規範之目的在於平衡追求個人隱私權之保障（即避免人格權受侵害），及個人資料之合理利用兩種價值之均衡維護<sup>164</sup>。

隱私合理期待並非專指「什麼資料」是否屬隱私權所保護的範圍，而是指哪些情形下，具有隱私合理期待之個資，其取得應經過正當的法律程序，例如：聲請搜尋票，若無隱私合理期待，不代表該資料或訊息非屬隱私訊息，僅係其取得不需經過法定程序而已，例如：在公用道路上行人行走的狀態，或者汽車停放停車場的狀態，在一般人可以目視的情形下，沒有隱私合理期待，故其取得不需經過法定程序<sup>165</sup>。

個資法係以保護個人隱私為主軸，而以容許合理利用個人資料為輔，隱私權之合理保障，並不在於無限上綱地採取「絕對值式」的保護色彩，而是著重於私人的生活私密領域，有不受到他人無端侵擾及擁有個人資料之自主控制權限的合理期待，從而「隱私之合理期待」（reasonable expectation of privacy）乃成為重點。

個人隱私的內涵及界限與科技社會規範密切相關，故釋字第 689 號解釋亦係以隱私之合理期待判斷準則（reasonable expectation of privacy test），作為決定個人主張於公共場域中不受侵擾自由是否存在之基準。而一般認為，倘個人顯現其對隱私有真正之主觀期待，且該期待是社會認為屬客觀合理之期待，此時個人對於其資訊才真正享有隱私之合理期待，否則無庸對個人資料之取得、處理、利用過度設限<sup>166</sup>。

「無隱私合理期待」指在一般人可以「目視下」的「公開活動」（目視原則），不得主張隱私合理期待，要求通常之人不可以與聞與見，但對其他非目視所能及之人而言，該狀態仍可主張有隱私合理期待。換言之，要界定某種公開活動是否「無隱私合理期待」，應以「一般人可以目視的公開活動」作為判準，而非先認定其為

<sup>164</sup> 邱忠義（2014），〈談個人資料保護法之間接識別〉，《月旦裁判時報》，總號：30，頁 96。

<sup>165</sup> 李惠宗，前揭註 160，頁 47。

<sup>166</sup> 邱忠義，前揭註 164，頁 96-97。

公開活動，即視同該活動內容「無隱私合理期待」，進而透過科技技術加以錄存。  
「公開活動」就現場目視可及之人而言，無「隱私合理期待」其是相對概念<sup>167</sup>。



## 第四項 間接識別

### 一、定義

個資法將得以間接方式識別該個人資料，亦納入保護範疇，立法理由因社會態樣複雜，有些資料雖未直接指名道姓，但一經揭露仍足以識別為某一特定人，對個人隱私仍會造成侵害。我國立法例爰參考 1995 年歐盟資料保護指令第 2 條、日本個人情報保護法第 2 條，將「其他足資識別該個人之資料」修正為「其他得以直接或間接方式識別該個人之資料」，以期周全。

此間接識別屬不確定法律概念，不易由表面文義理解判斷，於是個資法施行細則第 3 條乃進而闡釋性地規定：「本法第 2 條第 1 款所稱得以間接方式識別，指保有該資料之公務或非公務機關僅以該資料不能直接識別，須與其他資料對照、組合、連結等，始能識別該特定之個人。」

此即雖不能由公開之資料單獨識別出特定個人，但若可容易與其他資料對照、組合或以連結方式而識別出特定個人，則該訊息資料即符合間接識別之定義，而屬於個資法保護之個人資料。間接識別之重點在於能否特定該個人之「個人識別性」問題，倘可以特定出該個人，即具有個人識別性而屬於個人資料，若不能特定，則不具個人識別性而不屬於個人資料。<sup>168</sup>

### 二、案例說明

舉例而言，將調查所得之年齡與興趣的關係，製成【表 1】而公開，單憑此表

<sup>167</sup> 李惠宗，前揭註 160，頁 48。

<sup>168</sup> 邱忠義，前揭註 164，頁 98。

所顯示之內容，不能識別出特定個人，故不適用個資法之保護；但若再製成【表 2】的編號與姓名對照表予以公開，就可以由表 1 及表 2 相互對照、組合，特定出 20 歲的張三喜歡看小說、30 歲的李四喜歡買房子、40 歲的王五喜歡買股票，此時已涉及個人資料之處理，應受個資法之規範。

【表 1】					【表 2】	
編號	年齡	興趣		編號	姓名	
1	20	看小說	(照合) ←→	1	張三	
2	30	買房子		2	李四	
3	40	買股票		3	王五	
⋮	⋮	⋮		⋮	⋮	

又例如單純顯示住居所如【表 3】，並不該當個人資料，除非可容易與其他資料（如【表 4】）相互對照、組合或以連結方式而識別出特定個人，則該表 3 及表 4 之綜合訊息資料，均屬於個資法保護之個人資料。

【表 3】				【表 4】	
編號	住所		編號	姓名	
1	臺北市博愛路 127 號	(照合) ←→	1	張三	
2	嘉義市林森東路 282 號		2	李四	
3	高雄市河東路 188 號		3	王五	
⋮	⋮		⋮	⋮	

再例如公布網路遊戲玩家之暱稱及哪一縣市的玩家，還不能識別出是何人，故不算是個人資料，但如果再公布相關的 IP 位址，則可能可以連結到特定個人，此時自屬個人資料。另外，單純顯示地圖上的地點，通常不至於識別出特定個人，故也不該當個資法應保護的資訊。

又聯招會舉辦模擬考試並推斷可錄取哪一所大學，考試的結果一覽表公告「可錄取學校」、「准考證號碼」、「測驗結果」，一般人由此表不會推知是何人的測驗資料，但若此一覽表記載報考學生學校的學籍號碼，則對照學校學籍簿的學籍號碼，即可識別出特定個人。

同理，關於律師、司法官之國家考試，倘單純公布錄取之准考證號碼及其就讀學校名稱如【表 5】，一般人並不容易知悉是何人上榜，只知道何學校畢業學生錄取幾人，則公布「學校名稱」並不是個資法應保護的資訊。但若再公布相對應的同一編號及姓名如【表 6】，則即能相互對照、組合而識別出特定個人，此時則該表 5 及表 6 之綜合訊息資料，均屬於個資法保護之個人資料。

【表 5】

編號	准考證號碼	學校
1	A1234567	臺大
2	B9876542	輔大
3	C2546852	交大科法
⋮	⋮	⋮

(照合)

←→

【表 6】

編號	姓名
1	張三
2	李四
3	王五
⋮	⋮

由上開間接識別的案例，可知若容易與其他資料對照、組合或以連結方式而識別出特定個人，則該資訊對個人而言具有隱私之合理期待，應受到個資法之保護；反之，倘難以與其他資料對照、組合或以連結方式而識別出特定個人，則該資訊對個人而言應不具有隱私之合理期待（個人對隱私沒有真正之主觀期待，且該期待並非社會認為屬客觀合理之期待），亦即個人私密資訊不會受到業者或他人無端窺視、干擾或刺探，當非個資法所須保護之個人資料，此時適度公開予一般大眾或業者合理知悉使用，並無不可。<sup>169</sup>

<sup>169</sup> 邱忠義，前揭註 164，頁 99-100。本文圖、表、文字等例示說明，筆者均係參照前揭文獻作成本案例。轉引原作者參考日本相關文獻，讀者如有興趣請參閱網址：

1. 中小企業のビジネスを支援するポータルサイト，《個人情報とは》，載於：[http://j-net21.smrj.go.jp/well/law/column/post\\_184.html](http://j-net21.smrj.go.jp/well/law/column/post_184.html)（最後瀏覽日：04/15/2018）。
2. パンカル合資会社，《個人情報保護法の要点：個人情報とは》，載於：[http://www.pangkal.com/p\\_mark/low3.html](http://www.pangkal.com/p_mark/low3.html)（最後瀏覽日：04/15/2018）。
3. 保護士会 TOP ページ，《「個人情報の保護に関する法律についての経済産業分野を対象とするガイドライン」等に関する Q & A》，載於：<http://www.joho-hogo.jp/rule/rule-q&a1-1.html>（最後瀏覽日：04/15/2018）。
4. プライバシーマーク制度サイト，《1-2. 「個人情報」って何だろう？～その 2：名前がなくても個人情報？～》，載於：[https://privacymark.jp/wakaru/kouza/theme1\\_02.html](https://privacymark.jp/wakaru/kouza/theme1_02.html)（最後瀏覽日：04/15/2018）。

### 第三節 歐盟 GDPR



#### 第一項 數位時代最具影響力之個資法

歐洲議會及歐盟理事會於 2016 年 4 月 27 日通過歐盟規則第 2016/679 號「歐盟資料保護一般規則 (General Data Protection Regulation, 下稱 GDPR)」, 自 2018 年 5 月 25 日開始施行, 取代 1995 年制定之「資料保護指令 (Data Protection Directive)」, 藉以提升及確保對於歐盟境內資料當事人權利保護之一致性 (特別是網路活動), 並排除個人資料在歐盟境內流通之障礙。

GDPR 本文共 99 條, 在體例上分為 8 章。第 1 章為「總則」(第 1~4 條), 內容包括: 主旨與立法目的、實體及領土適用範圍、與名詞定義。第 2 章為「原則」(第 5~11 條), 內容包括: 個人資料處理原則、處理的合法性、同意條件、兒童同意之條件、特殊類型個資、涉及前科及犯罪個資、不須識別處理個資。<sup>170</sup>

第 3 章為「資料主體之權利」(第 12~22 條), 為本規則與本節介紹的重點。第 3 章又分為 3 節。第 1 節「透明度及管道」僅有第 12 條一個條文: 資料主體為行使其權利之透明資訊、溝通及管道。第 2 節為「個人資料之資訊與接近使用」(第 13~15 條), 內容包括: 蒐集資料主體之個人資料時所提供之資訊、尚未自資料主體取得個人資料時所應提供之資訊、資料主體之接近使用權。第 3 節為「更正及刪除」(第 16~20 條), 內容包括: 更正權、刪除權(「被遺忘權」)、限制處理權、前 3 條之通知義務、資料可攜性權利。第 4 節為「拒絕權及個人化之自動決策」(第 21~22 條), 內容包括: 拒絕權、個人化之自動決策, 包括建檔。第 5 節為「限制」僅有第 23 條一個條文: 限制。

第 4 章為「控管者及處理者」(第 24~43 條)、第 5 章為「個人資料移轉至第

---

<sup>170</sup> 中華民國國家發展委員會,《歐盟個人資料保護規則本文部分》,載於:  
<https://ws.ndc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9hZG1pbmlzdHJhdG9yLzEwL3JlbGZpbGUvMC8xMTY5MS9iNGZiZTA0OS1jYWQ1LTQ3MGEtYjhlMjY0ZGU0NjhmOWIxMGJMucGRm&n=5q2Q55uf5YCL5Lq66LOH5paZ5L%2bd6K236KaP5YmH5pys5paH6YOo5YiGLnBkZg%3d%3d&icon=..pdf> (最後瀏覽日: 01/30/2018)。

三國或國際組織」(第 44~50 條)、第 6 章為「獨立監察機關」(第 1 節第 51~54 條；第 2 節第 55~59 條)、第 7 章為「合作與一致性」(第 1 節第 60~62 條；第 2 節第 63~67 條；第 3 節第 68~76 條)、第 8 章為「救濟、義務及處罰」(第 77~84 條)、第 9 章為「特殊處理情況之規範」(第 85~91 條)、第 10 章為「授權法及施行法」(第 92~99 條)。

從平臺經濟發展的角度觀察，歐盟 GDPR 因應新興科技發展趨勢設計，諸如個人資料處理之合法性、特殊類型之個人資料處理（特種個資）、被遺忘權、資料可攜的權利等，值得我國借鏡並介紹如下：

#### 一、第 6 條個人資料處理之合法性

##### 1. 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；
- (b) 處理係為向身為契約當事人之資料主體履行契約所必須者，或在締約前，應資料主體之要求，所必須採取之步驟；
- (c) 處理係控管者為遵守法律義務所必須者；
- (d) 處理係為保護資料主體或他人重大利益所必須者；
- (e) 處理係為符合公共利益執行職務或委託控管者行使公權力所必須者；
- (f) 處理係控管者或第三者為追求正當利益之目的所必須者，但該資料保護之資料主體之利益或基本權與自由優先於該等利益，特別是該資料主體為兒童時，不適用之；

第 1 款第 f 點不適用於公務機關執行其任務時所為之處理。

2. 會員國得維持或採用更具體之規範，使其與本規則所定本條第 1 項第 c 點及第 e 點之適用相符，為處理及用以確保處理合法性與公正性之其他措施，包括為第九章所規定之其他特定處理情形，訂定更具體化之特定規範。

3. 第 1 項第 c 點及第 e 點所定處理之依據應為：

- (a) 歐盟法；或





(b) 控管者受拘束之會員國法律。

處理之目的應在該法律依據上被確立，或如第 1 項第 e 點所定之處理，應為符合公共利益執行職務或委託控管者行使公權力所必須者。該法律依據可能包含與本規則規定適用相符之具體規範，包括但不限於：規範控管者之個人資料處理合法性的一般條款；處理所涉及之個人資料之類型；相關資料主體；得向其揭露個人資料之主體及其目的；目的限制；儲存期間；及處理方式與處理程序，包括例如第九章所規定之其他特定處理情形，用以確保處理合法性與公正性之其他措施。歐盟法或會員國法律應符合公共利益之目標，並應與所追求之正當目標相適當。

4.如處理係出於蒐集個人資料目的以外之目的且非基於資料主體同意，或非依據歐盟法或會員國法律在民主社會中為確保第 23 條第 1 項所定目的構成必要且適當方法所為時，控管者為確保處理之目的與原先蒐集個人資料之目的相互兼容應考慮包括但不限於下列事項：

- (a) 蒐集個人資料之目的與所欲進階處理目的間之任何連結性；
- (b) 蒐集個人資料之背景，尤其是資料主體與控管者間之關係；
- (c) 個人資料之本身性質，尤其是依據第 9 條特殊類型之個人資料處理，或依據第 10 條涉及前科及犯罪有關之個人資料處理；
- (d) 所欲進階處理對於資料主體造成之可能後果；
- (e) 適當保護措施之存在，可能包括加密或假名化。

## 二、第 9 條特殊類型之個人資料處理（特種個資）

1.揭露種族或人種、政治意見、宗教或哲學信仰或貿易聯盟會員之個人資料、以及基因資料、用以識別自然人之生物特徵識別資料、與健康相關或與自然人之性生活或性傾向有關個人資料之處理，應予禁止。

2.有下列情形之一者，不適用第 1 項規定：

- (a) 除歐盟法或會員國法律規定資料主體不得排除第 1 項所定之禁止外，資料



- 主體已明確同意為一個或多個特定目的處理上開個人資料；
- (b) 為履行義務及行使控管者特定權利之目的，或資料主體在歐盟法或會員國法或依據會員國法律所定適當保障資料主體之基本權及利益之團體協約所授權之勞動法及社會安全及社會保護法領域而有必要之處理；
  - (c) 資料主體在身體上或法律上不能給予同意，而為保護資料主體或他人之重大利益所必要之處理；
  - (d) 基金會、協會或任何其他非營利組織，基於政治、哲學、宗教或工會之目的，就其合法活動過程中所為之處理已做適當保護措施，且該處理僅涉及該組織之成員或其過去成員，或與該組織目的有關而定期接觸該組織之人，且該等資料未經資料主體之同意不會對外揭露者；
  - (e) 資料主體明顯已自行公開之個人資料之處理；
  - (f) 為建構、行使或防禦法律上之請求或法院執行其司法權而有必要之處理；
  - (g) 尊重資料保護之實質權利，並提供適當及具體之保護措施，以保護資料主體之基本權及利益，而基於歐盟法或會員國法律且與所追求目的合比例性之重大公共利益之理由所必要之處理；
  - (h) 依據歐盟法或會員國法律或基於與健康專業人員所定且受第 3 項要件及保護措施所拘束之契約，且為預防或職業醫學之目的、為評估僱員之工作能力、醫療診斷、為提供健康或社會照護或治療或為健康管理或社會照護系統及服務而有必要之處理；
  - (i) 處理係基於公共衛生領域之公共利益，例如為防止對於健康之跨境嚴重威脅或為確保醫療保健及醫療產品或醫療設備品質之高標準與安全性而有必要者，並依據歐盟法或會員國法律規定採取適當及具體安全措施保護資料主體之權利和自由，尤其是職業秘密；
  - (j) 尊重資料保護之實質權利，並提供適當及具體之保護措施，以保護資料主體之基本權及利益，基於歐盟法或會員國法律所定第 89 條第 1 項規定且與所追求目的合比例性者，為追求公共利益、科學或歷史研究目的或統計目的




而有必要之處理；

- 3.當資料係由基於歐盟法或會員國法或國內主管機構所訂定之規則受職業秘密之義務所拘束之專業人員或其他人處理或由其負責處理時，為第 2 項第 h 點所定目的，得處理第 1 項所定之個人資料；
- 4.會員國得維持或採用進一步規定，包括但不限於關於基因資料、生物特徵識別資訊或與健康相關資訊之個人資料處理。

### 三、第 17 條刪除權（「被遺忘權」）

- 1.有下列情事者，資料主體應有權使控管者刪除其個人資料，不得無故拖延，且控管者應有義務刪除該個人資料，不得無故拖延：
  - (a) 個人資料對於蒐集或處理目的不再需要者；
  - (b) 處理係依據第 6 條第 1 項第 a 點或第 9 條第 2 項第 a 點者，資料主體撤回其同意，且該處理已無其他法律依據者；
  - (c) 資料主體依第 21 條第 1 項規定對處理提出異議，且該處理無其他優先適用之法律依據者，或資料主體依第 21 條第 2 項規定對處理提出異議者；
  - (d) 該個人資料遭違法處理者；
  - (e) 控管者依其受拘束之歐盟法或會員國法律有義務應刪除個人資料者；
  - (f) 個人資料係依據第 8 條第 1 項所定為提供資訊社會服務所蒐集者。
- 2.如控管者已將該個人資料公開，且其有義務依據第 1 項規定刪除該個人資料者，考量現有科技及執行成本，該控管者應採取合理步驟，包括科技方式，通知正在處理該個人資料之控管者，資料主體已提出刪去任何該個人資料之連結或複製或仿製之請求。
- 3.於下列情形者，不適用第 1 項及第 2 項規定：
  - (a) 為行使表意自由及資訊權者；
  - (b) 依據控管者所應遵守之歐盟法或會員國法，遵守其法律義務、或符合公共利益之職務執行、或委託控管者行使公權力所必須者；

- 
- (c) 基於公共衛生領域上之公共利益，且符合第 9 條第 2 項第 h 點及第 i 點及第 9 條第 3 項規定者；
- (d) 為實現公共利益、科學或歷史研究目的或統計目的，且符合第 89 條第 1 項規定者，但以第 1 項所定權利實際上不可能或嚴重損害該處理目標之實現者為限；
- (e) 為了建立、行使或防禦法律上之請求者。

#### 四、第 20 條資料可攜權利

1. 資料主體應有權以有結構的、通常使用的、機器可讀的形式，接收其提供予控管者之資料，並有權將之傳輸給其他控管者，而不受其提供個人資料之控管者之妨礙，如：
  - (a) 處理係基於第 6 條第 1 項第 a 點或第 9 條第 2 項第 a 點之同意或係基於第 6 條第 1 項第 b 點契約所為之者；及
  - (b) 處理係以自動化方式為之者。
2. 依據第一項行使其資料可攜性之權利者，如技術許可時，資料主體應有權使該個人資料由一控管者直接傳輸予其他控管者。
3. 本條第一項所定權利之行使不得優先於第 17 條規定。該權利於符合公共利益執行職務或委託資料控管者行使公權力而有必要為之處理者，不適用之。
4. 第一項所定權利不得影響他人之權利與自由。

#### 第二項 歐盟 GDPR 與我國個資法之對應

按 GDPR 主要內容架構及與我國個人資料保護法（下稱個資法）重點比較分析如下：

##### 一、規範對象與適用地域範圍

###### (一) GDPR：



第 3 條規範境外資料管理者及處理者對於歐盟境內資料當事人基於提供商品、服務或對於資料當事人在歐盟境內之行為監控所為之資料處理活動者，仍有該法之適用。惟有關域外適用效力之規定如何執行，仍待觀察。

(二) 我國個資法：

第 51 條規範我國之公務機關及非公務機關於境外對於我國人民個人資料之蒐集、處理及利用，亦適用我國個資法。

## 二、保護客體—個人資料之定義

(一) GDPR：

第 4 條規範有關識別或可得識別自然人之任何資訊，並明文涵蓋網路識別碼。

(二) 我國個資法：

第 2 條規範得以直接或間接方式識別該個人之資料，因此亦涵蓋網路識別碼。

## 三、資料處理之要件

(一) GDPR：

第 9 條規範禁止處理與民族或種族來源、政治見解、宗教或世界觀確信或所屬工會相關之個人資料，以及得明確識別特定人之基因資料、生物特徵資料，以及個人之健康資料或性生活或性傾向資料，惟基於公共利益等例外情形時允許處理。

(二) 我國個資法：

第 6 條明定病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科等 6 種特種個人資料，原則不得蒐集、處理或利用，僅於法定例外情形（如公務機關執行法定職務或協助公務機關執行法定職務等）方得為之。

## 四、當事人權利

(一) 資料刪除權（被遺忘權）

1. GDPR：



第 17 條規範個人資料當事人有特定情事者，得請求資料管理者及處理者刪除連結。

## 2.我國個資法：

第 3 條及第 11 條賦予個人資料當事人於蒐集之特定目的消失或期限屆滿時，得請求資料保有者刪除其個人資料的權利。

### (二) 以可共同操作之格式提供資料 (資料可攜權)

GDPR 第 20 條規範資料當事人於特定情形，有權要求以結構的、通常使用的、機器可讀的形式，接收其提供予管理者之資料，並有權將之傳輸給其他管理者。依此，未來網際網路資料服務業者應提供使用者可將所儲存之個人資料以通用格式存取，並提供給其他業者之服務。此一概念立意良善，惟如何操作仍待相關子法補充規範。而我國個資法並無相關規範。

## 五、資料管理者之義務

### (一) GDPR：

#### 1.資料保護評估 (DPIA)：

第 35 條規範於特別使用新科技之處理方式，且考量該處理之本質、範圍、使用情形及目的後，認為該處理可能導致自然人之權利及自由的高度風險時，控管者應於處理前，實行該處理對於個人資料保護之影響評估。

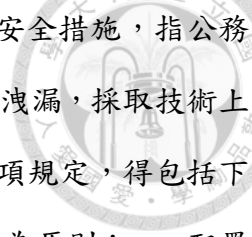
#### 2.資料保護長 (DPO)：

第 37 條規範有下列情形之一者，管理者及處理者應指定資料保護長：

- a、除法院行使其司法權外，公務機關或機構。
- b、管理者或處理者之核心活動，包括依其本質、範圍及或其目的，需要定期且系統性地大規模監控資料主體。
- c、管理者或處理者之核心活動，涉及大規模處理特種個人資料。

### (二) 我國個資法：

第 6 條第 1 項但書第 2 款及第 5 款所稱適當安全維護措施、第 18 條所稱安全



維護事項、第 19 條第 1 項第 2 款及第 27 條第 1 項所稱適當之安全措施，指公務機關或非公務機關為防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏，採取技術上及組織上之措施。而上開措施，依個資法施行細則第 12 條第 2 項規定，得包括下列事項，並以與所欲達成之個人資料保護目的間，具有適當比例為原則：一、配置管理之人員及相當資源。二、界定個人資料之範圍。三、個人資料之風險評估及管理機制。四、事故之預防、通報及應變機制。五、個人資料蒐集、處理及利用內部管理程序。六、資料安全管理及人員管理。七、認知宣導及教育訓練。八、設備安全管理。九、資料安全稽核機制。十、使用紀錄、軌跡資料及證據保存。十一、個人資料安全維護之整體持續改善。上開個資法及其施行細則規定，已就公務機關及非公務機關得採取之安全維護措施之程序及內容為例示規範，而各中央目的事業主管機關並可將上開安全維護措施項目列為例行性業務檢查之項目。

## 六、主管及監督機關

### （一）GDPR：

第 51 條規範各會員國除法院及司法權外應設立至少一個獨立公務機關，監督 GDPR 之適用。

### （二）我國個資法：

個人資料保護之行政管理採分散式管理，由非公務機關之中央目的事業主管機關執行下列權限，以確保個人資料保護制度之執行：

1. 國際傳輸之例外禁止（個資法第 21 條）。
2. 行政檢查權（個資法第 22 條）。
3. 糾正權（個資法第 25 條）。
4. 指定非公務機關訂定個人資料檔案安全維護計畫或業務終止後個人資料處理方法，並授權由中央目的事業主管機關訂定辦法（個資法第 27 條第 2 項、第 3 項）。
5. 行政裁罰權（個資法第 47 條至第 50 條）。



## 七、跨境傳輸

### (一) GDPR：

就歐盟境內之個人資料原則禁止跨境傳輸至歐盟以外之地區或國家，須符合下列情形之一者，方得為之：

- 1.擬傳輸地區經評估具備「適當保護水平」(GDPR 第 45 條)。
- 2.資料管理者已提供適當保護措施 (GDPR 第 46 條)。
  - (1) 訂有具拘束力之企業守則。
  - (2) 採用標準契約條款。
  - (3) 訂有經核准之行為守則。
  - (4) 取得資料保護認證或資料保護標章及標誌。
- 3.當事人明確同意 (GDPR 第 49 條)。
- 4.履行契約或依當事人要求，為締約前之必要措施 (GDPR 第 49 條)。
- 5.基於重要公共利益之維護 (GDPR 第 49 條)。
- 6.為主張、行使或防禦法律上之請求權所必要 (GDPR 第 49 條)。
- 7.基於保護當事人之重要利益所必要 (GDPR 第 49 條)。
- 8.依法辦理之登記作業，而向公眾提供資訊 (GDPR 第 49 條)。

### (二) 我國個資法

第 21 條就我國個人資料跨境傳輸至境外，雖原則上不禁止，惟非公務機關為國際傳輸個人資料，而有下列情形之一者，中央目的事業主管機關得限制之，亦得防止我國人之個人資料不當國際傳輸：

- 1.涉及國家重大利益。
- 2.國際條約或協定有特別規定。
- 3.接受國對於個人資料之保護未有完善之法規，致有損當事人權益之虞。
- 4.以迂迴方法向第三國（地區）傳輸個人資料規避本法。

## 八、救濟與處罰





(一) GDPR：

第 83 條，違反 GDPR 規範者，最高得處以 2,000 萬歐元或其年度總營收 4% 之罰鍰，適用對象限於企業，未針對自然人或公務機關之違反行為制定處罰規範，而係委由各會員國自行訂定有效、適當且具懲戒性的罰則。

(二) 我國個資法：

非公務機關違反個資法規定者，中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府得按次處新臺幣 2 萬元以上，20 萬元以下；或 5 萬元以上，50 萬元之罰鍰（個資法第 47 條至第 49 條參照）。惟我國個資法第 41 條及第 42 條另定有刑事責任，併予敘明。

綜上，依 GDPR 之規範，其適用對象範圍，除歐盟境內設有分支機構之資料管理者及處理者之外，即便資料管理者或資料處理者於歐盟境內並未設立分支機構，但其在跨境提供商品或服務的過程中，如有蒐集或處理歐盟居民之個人資料者，仍應符合 GDPR 之規範要求，否則將受有鉅額罰鍰。此一適用範圍之擴張，對於我國電子商務產業及經營對外貿易之企業，勢必大幅提升其法規遵循成本，甚至形成貿易障礙。

關於 GDPR 之規範內容，在當事人之權利部分，除以往之資料查詢、複製、更正及刪除權之外，更進一步賦予當事人得請求資料管理者及處理者刪除連結（被遺忘權）、要求以可共同操作之格式提供資料（資料可攜權）等權利。在資料管理者部分，新增資料保護影響評估、資料保護長等制度。惟 GDPR 諸多新穎性規範，實務上究應如何運作，仍待歐盟第 29 條資料保護工作小組持續訂定規範加以補充，我國並應持續密切觀察 GDPR 施行情形以為因應借鑑。<sup>171</sup>

<sup>171</sup> 中華民國國家發展委員會，《歐盟 GDPR 與我國個人資料保護法之重點比較分析》，載於：<https://ws.ndc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9hZG1pbmlzdHJhdG9yLzEwL3JlbGZpbGUvMC8xMTY5NC82N2Q4YmI1YS1kYzJlTRhNzktYmFkYi1jMWQxNGRlZDc4YzEucGRm&n=5q2Q55ufR0RQUuiIh%2baIkeWci%2bWai%2bS6uuizh%2baWmeS%2fneitt%2bazleS5i%2bmHjem7nuavlOi8g%2bWlhuaeK5wZGY%3d&icon=..pdf>（最後瀏覽日：01/30/2018）。

## 第四節 社群平臺隱私問題



### 第一項 社群平臺概念

#### 一、六度分隔理論

「1967年有位名為史坦利·米爾格拉姆的心理學家，實施一項不可思議的實驗，目的是要查明兩個陌生人如何能被連結在一起。他在波士頓選擇一位目標人物，同時把信件給幾位在內布拉斯加被隨意選取出來的人。這些信件將會被送到波士頓的這位目標人物，不過每個人只能把信件轉寄給他或她個人認識的人。令人驚訝的是，信件從隨意選取的人到達波士頓的目標人物手中，平均只經過了六個人。」

這個現象曾經被用「六度分隔」這個術語來描述，它源自約翰·嘎爾1990年的一齣戲劇。劇中的角色說：「這個星球上的每一個人，只被六個人分隔。六度分隔。在我們與這個星球上的每個其他人之間。美國總統。操平底船的威尼斯船夫……等，不光只是名人。而是每個人。熱帶雨林的原住民。火地群島人。愛斯基摩人。我是藉著一連串的六個人與這星球上的每個人連結在一起的。」<sup>172</sup>

著名的「六度分隔」(Sixth Degrees of Separation)理論，即為地球上任意被挑選而出的兩個人，必定能夠在六個人的範圍內找出彼此在人際關係上的關聯性。而社交網站正是利用此一「所有的人都隔著六、七個人而有所相關」的理論，所建構而成的人際關係地圖。<sup>173</sup>

#### 二、社群網路發展

社群平臺又稱「社群網路服務」(Social Networking Service, SNS)，主要作用是為一群擁有相同興趣與活動的人建立線上社群。這類服務往往是基於網際網路，

---

<sup>172</sup> Daniel J. Solove (著)，林錚顛 (譯) (2015)，《隱私不保的年代：網路的流言蜚語、人肉搜尋、網路霸凌和私密窺探》，2版，頁52，台北：五南。

<sup>173</sup> 梅田望夫 (著)，蔡昭儀 (譯) (2006)，《網路巨變元年：你必須參與的大未來》，頁188，台北：先覺。



為用戶提供各種聯繫、交流的互動通路，如電子郵件、即時通訊服務等。此類網站通常透過朋友，一傳十、十傳百、百傳千的把網路展延開去，就像樹葉的脈絡，華語地區一般稱之為「社群網站」。

多數社群網路會提供多種讓使用者互動起來的方式，可以為聊天、寄信、影音、檔案分享、部落格、新聞群組等。在早期的網際網路上，有許多提供用戶間互動交談的服務，例如：BBS，新聞群組等。早期社群網路的服務網站呈現為在線社群的形式。用戶多透過聊天室進行交流。隨著部落格等新的網上交際工具的出現，用戶可以透過網站上建立的個人首頁來分享喜愛的資訊。<sup>174</sup>

早期最為知名者莫過於眾所周知的兩大龍頭業者 MySpace 及 Facebook，前者自 2003 年 6 月設立以來，在 2006 年 8 月時即擁有超過上億的註冊用戶；而成立於 2004 年 2 月的 Facebook，雖然發展時間較為短暫，但相較於 MySpace 專注於美國本土，Facebook 在積極拓展海外市場之下，且於 2008 年 4 月正式超過 MySpace，成為現階段全球規模最大的社交網站。

另根據針對某特定學校之「臉書」使用者的研究，「臉書」使用者以個人資訊來建立檔案，這些檔案構成了為數驚人的資訊：90.8%的檔案含有圖像，87.8%的使用者透露了他們的生日，39.9%列出電話號碼……還有 50.8%列出他們目前的住處<sup>175</sup>，此足以顯見社群網站的特性即係公開個人資訊。

## 第二項 資訊隱私權

### 一、資訊隱私

美國在資訊隱私的保護議題上，一直以來都是針對個別不同的資訊，作較為零碎的保護模式。雖然目前並未有聯邦立法針對數位足跡的資訊隱私保護，但美國聯

---

<sup>174</sup> 維基百科，社群網路服務，載於：<https://zh.wikipedia.org/wiki/社群網路服務>（最後瀏覽日：02/20/2018）。

<sup>175</sup> Daniel J. Solove（著），林錚顛（譯），前揭註 172，頁 54-55。

邦貿易委員會在 2010 年底所提出的建議報告中，有對於運用數位足跡資訊的「追蹤式廣告」，作出保護數位足跡資訊隱私的相關說明，藉由主管機關依個案處分，數位足跡的資訊隱私保護概念的方式，顯然已為美國所接受。

歐盟對於追蹤裝置 Cookie 的出現，早在個人資料保護 2002/58/EC 指令中第 25 點說明中，已明確認識到 Cookie 裝置對於數位足跡資訊隱私所可能產生的傷害，因而要求對於資訊被蒐集者應賦予拒絕的權利。<sup>176</sup>

我國個資法雖未明文對數位足跡、資訊保護作規範，但主管機關解釋第 2 條第 1 款「其他得以直接或間接方式識別該個人之資料」即係數位足跡內容規範。


## 二、數位足跡

數位足跡指的是網路中的使用紀錄或資訊，其雖未必與使用者身分直接連結，但可藉由其他資訊的連結追溯到使用者本身。

Cookies 的基本運作模式，係只要某一特定網路使用者拜訪或進入設有 Cookies 裝置的網站，此一網站的伺服器便會主動要求網路使用者本身所使用的瀏覽器出示一個特定的 ID（即 Cookies），如果使用者的瀏覽器無法提供 ID，網站伺服器便會自動送出 ID 到使用者的硬碟裡，以記錄該網路使用者日後在網站上所從事行為，換言之自此之後，使用者要再度造訪時，該網站即會自動偵測出使用者所特有的 Cookies，以准許使用者進入該網站。Cookies 在網際網路上所扮演的角色，基本上無異於一種針對不同網路使用者特性而予以「個人化」的過濾機制，網路使用者一旦「植入」Cookies 一次，下次再進入該網站所屬的領域時，Cookies 即可發揮自動讀取的功能。對於網路使用者而言，Cookies 不但形同再度造訪該網站的「入場券」，甚至有如牢牢標示網路使用者身上的條碼，發揮記錄使用者進出特定網站以及其所從屬之網路活動的功能。正如同 who's call 具有追蹤電話撥號者來自何方的功能一般，使用 Cookies 的公司，也可以透過 Cookies，追蹤使用者的使用習慣，甚至，

---

<sup>176</sup> 程法彰（2017），〈數位經濟時代下個人資料保護的衝突與歐盟個資保護規則顯示的意義〉，《月旦法學雜誌》，總號：264，頁 231。



Cookies 所扮演的角色，可能是屬於網路分區管制的功能。換言之，Cookies 能夠幫助各式網站對網路使用者進行標示的工作，並且透過對其網路活動類型的分析，例如該使用者習於拜訪哪些類型的網站，篩選出該公司潛在的消費者，進而發動廣告攻勢。

目前所有的瀏覽器均支援 Cookies 的功能，對於網路使用者來說，Cookies 就如同現實世界中的旅行者，在進入不同國家疆域時，所持的護照蓋上海關入境戳印，旅行者造訪過哪些國家便不難察知。Cookies 本身可以和網站所收集到的網路使用者資料，例如所使用的電腦型式、電子郵件地址、該網站停留的時間、瀏覽該網站的哪些部份以及在該網站上從事何種交易等資料互相結合，並透過其他電腦程式程度不同的輔助，據以形成龐大而具有無邊利益的消費者資料庫。

因應網路商業需求而發展出來的類似資訊科技，除了 Cookies 之外不勝枚舉，這類資訊科技的主要功能，可以區分為記錄造訪者進行再度造訪次數、以及記錄網路使用在網路上所瀏覽的特定網頁或某一網頁中之特定部份兩種。此種具有追蹤與歸納網路使用者特定網路興趣或所需網路資訊內容之功能，或其他具有偵測與記錄網路使用者個人相關資料的軟體技術，諸如記錄網路使用者所使用之硬碟的詳細、記錄網路使用者瀏覽過的網站名稱、以及前述研發出 Cookies 的 DoubleClick 公司所發展出來的其他鎖定網路廣告對象的類似技術，均具有侵入個人私密領域的能力，只是程度有所差異而已。<sup>177</sup>

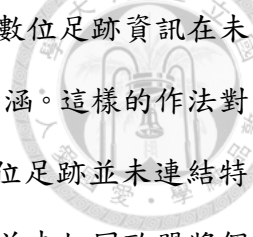
### 三、資訊隱私數位足跡的保護

#### （一）歐盟將數位足跡納入資訊隱私的內涵

歐盟法院（European Court of Justice）的判決中，明確表示在網路活動過程中的網路 IP 位置，即使其需要其他的相關資訊，仍應認為其為個人資訊隱私的範疇。相較於我國的個人資料保護法施行細則中規定，個人資料以代碼、匿名、隱藏部分

---

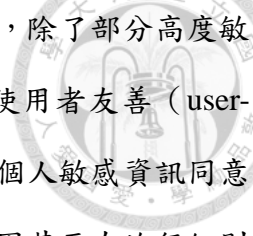
<sup>177</sup> 劉靜怡（2002），〈網際網路時代的資訊使用與隱私權保護規範—個人、政府與市場的拔河〉，《資訊管理研究》，第四卷第三期，頁 140-141。



資料或其他方式，為無從辨識該特定個人，顯然我國對於網路的數位足跡資訊在未連結特定個人資訊之前，認為其並非屬於個人資訊隱私保護的內涵。這樣的作法對於網路電子商務業者而言是一大福音，因為業者可以其對於數位足跡並未連結特定個人資訊為由，而不受個人資料保護法的約束。同時由於我國並未如同歐盟將個人資訊隱私定位為核心基本人權，前述規範亦可以免去在衡平個人資訊隱私保護與商業發展法益所可能產生憲法上的爭議。本文認為資訊隱私的保護，在網路快速發展的數位時代下，有鑑於其受侵害的嚴重與保護的急迫性，應逐漸朝向憲法核心基本人權的方向前進，對於未來可能產生的憲法爭議，不宜亦不應為了一時的權宜之計而犧牲個人資訊隱私定義的完整性。更何況目前我國個人資料保護法明文規範任何得以直接或間接方式識別個人的資料，皆屬於個人資訊的定義，前述以施行細則的方式而明顯違反法律本身明文規定的作法，在法規的邏輯架構上亦屬不妥。

## （二）數位足跡資訊隱私保護，結合「網路保護隱私機制設計」趨勢

對於同意的例外規定是否採取「選擇退出」或是「選擇加入預設」的機制，則容或有討論的空間。相較於本次歐盟個人資料保護規則中，對於同意的定義增加「明確」的字眼，並在其說明中，認為沉默、預設的選項或不作為不得構成同意，我國個人資料保護法中並未有如此嚴格的定義。依照我國個人資料保護法的規定，公務機關或非公務機關對於個人資料的蒐集或處理的同意例外規定，指的是當事者經告知本法所定應告知事項後，單獨所為允許的意思表示。而公務機關或非公務機關對於個人資料的特定目的外利用的同意例外規定，指的是當事者經告知本法所定應告知事項後並提供個人資料，則推定其為同意。由於我國在意思表示的解釋上，可分為明示與默示的意思表示。因此在解釋上可以認為「選擇退出」的方式即可以符合我國意思表示的規定。至於個人資料保護法中所謂推定的意思表示與前述蒐集或處理的同意意思表示相較，除了不同於民法中推定指的是舉證責任倒置規定外，在同意的機制設計上亦如同蒐集或處理時的「選擇退出」方式即可以符合我國的規定。本文認為資訊隱私概念在走向核心基本人權的路上，雖然不應在個人資訊隱私定義的完整性上退縮而為權宜之計，但是在保護的方式上則可以有所折



衷。而符合「網路保護隱私機制設計」趨勢的「選擇退出」制度，除了部分高度敏感的個人資訊外（例如我國的個人敏感資訊保護），在能確保使用者友善（user-friendly）的前提下，應是我國目前可行的做法。此外，歐盟對於個人敏感資訊同意的例外規定，並未如同我國個人資料保護法中要求書面同意，我國甚至在施行細則中要求若是為電子文件，必須依電子簽章法的規定為之。本文認為電子簽章的書面同意規定本為慎重的目的，但考量到網路業者所可能增加的成本，似可考慮取消符合電子簽章法的書面要件要求。

### （三）歐盟對於個資蒐集、處理利用有「正當利益」例外規定

本次的歐盟個人資料保護規則在說明中有舉出相關的說明（直接銷售、詐欺、僱傭關係、網路資訊安全、犯罪行為或公共安全威脅），同時在規則中亦有對於會員國相當明確的適用彈性（例如國家安全、公共安全、刑事案件調查、強制執行、保護資訊當事人、保護言論自由等例外規定）。雖然在正當利益的例外規定，以及會員國適用彈性上，皆有「公共利益」的字眼，但是合理利益例外規定特別指的是歐盟或會員國的經濟或財政利益（包括稅收、公眾健康或社會安全），而會員國適用彈性的公共利益，指的是該公共利益會因為個人資訊隱私的保護而無法保護或嚴重受到傷害，同時該公共利益的保護必須犧牲個人資訊隱私的保護。前述的說明代表本次歐盟個人資料保護規則，回應了本文前述說明中對於之前的歐盟個人資料保護指令「正當利益」或是「公共利益」概念模糊的觀察。由於本次規則所為相當明確的定義或說明，使得具有高度商業價值的數位足跡資訊隱私，無法藉由「正當利益」或是「公共利益」予以正當化其使用。反觀我國在個人資料保護法中，對於公務機關的特定目的外利用，以及非公務機關的蒐集、處理以及特定目的外利用，皆有「公共利益」的正當化事由。我國是否會將「公共利益」的正當化事由，運用具有高度商業價值的巨量資料資訊探勘所可能產生的數位足跡資訊隱私保護上，仍有待觀察。但在網路快速發展的數位時代下，有鑑於資訊隱私受侵害的嚴重與保護的急迫性，本文認為除非我國認為因巨量資料資訊探勘所為的產業（例如電子商務）保護法益明顯高於數位足跡資訊隱私的保護，否則似應參考此次歐盟個人資料



保護規則，對於「公共利益」概念的運用，採取謹慎限縮的政策態度。

#### (四) 管轄權的部分

本次歐盟個人資料保護規則基本採取與美國一致的看法，亦即除境內管轄外，關於境外管轄判斷依據皆以被告是否有意將其行為引導或標靶設定至管轄地作為判斷依據。同時對於數位足跡資訊隱私的管轄權認定上，採取更為明確而細緻的監視要件。反觀我國目前並未對於境外民事管轄權作明文規定，實務上皆採取類推適用民事訴訟法對於管轄權的規定。但是民事訴訟法的管轄權規定在內涵上並未對於跨越國境以及網路偵查困難等現況加以考慮，因此其在判斷上是否真能取得國家實施訴訟權與境外被告人權保障兩者之間的平衡，事實上是相當有疑問的。因此本文建議我國不妨在將來針對境外管轄權的判斷，可以參考歐盟的作法在民事訴訟法中作更為明確的規範。<sup>178</sup>

### 第三項 Facebook 臉書 v. 「劍橋分析」 案例

Facebook 在 2018 年 3 月中公告因「劍橋分析」(Cambridge Analytica) 公司及其關係企業「戰略溝通實驗室」(Strategic Communication Laboratories, SCL) 過去數年間利用串接 Facebook 平臺的心理測驗程式，違法取得使用該心理測驗及其朋友圈使用 Facebook 的資料，已經遠超出政府與民眾所能容忍的範圍。Facebook 從自己也是被害者的立場，轉向 Facebook 確實應該為個資遭過度蒐集、濫用等行為負責。<sup>179</sup>

#### 一、臉書：只賣廣告不賣個資

臉書執行長祖克柏安然度過聯邦參議院聽證會，44 位參議員拷問近 5 個小時抓不到重點，加上祖克柏事前經過魔鬼訓練，對棘手問題有一套應對方法，還一度

<sup>178</sup> 程法彰，前揭註 176，頁 240-243。

<sup>179</sup> 賴文智 (2018)，〈我的資料，你的財產？網路個人資料風暴來襲〉，《會計研究月刊》，第 390 期，頁 54。





想讓參議員問到飽。美國有線電視新聞網 (CNN) 報導，提問參議員多數本身根本不了解臉書 (Facebook) 的運作、不知道問題的解決方案，甚至不清楚除了搏版面之外，把祖克柏 (Mark Zuckerberg) 叫來作證是為了達到什麼目標。

多數情況下，國會議員似乎只在追問祖克柏，臉書是如何運作。有好幾個問題甚至暴露出，他們連臉書平台最基本的知識與商業模式，都搞不清楚。參議員海契 (Orrin Hatch) 問：「使用者沒有為你們的服務付費，你們怎麼維持商業模式？」祖克柏回答：「參議員，我們靠廣告收入賺錢。」令人印象最深刻的交鋒是，參議員甘迺迪 (John Kennedy) 先跟祖克柏說，臉書的用戶協議「爛透了」，接著羅列臉書應該採取的一系列措施，以改善資料隱私的保護；祖克柏卻回他，這些措施都已有了。甘迺迪問：「你願意回去好好研究，讓我更有權利刪除個資嗎？」祖克柏回：「參議員，您已經可以刪除任何資料，或是刪除您的所有個資。」

參議員對臉書缺乏了解，讓祖克柏得以規避沒有回答的重要問題，諸如臉書監控個資到什麼程度，以及臉書在如何使用與濫用個資上，為何未對用戶更透明。參議員也沒有打到痛處，他們提出的問題五花八門，包括俄羅斯干預 2016 年選舉、仇恨言論以及選舉廣告缺乏透明，這些都是這幾個月困擾臉書的議題，但所有問題都各自需要不同解決方法。就算在資料隱私議題上，參議員也只是逼迫祖克柏解釋為什麼用戶可以信任臉書，而不是要求說明應該採取什麼具體措施，讓用戶更能控制自己的個資與分享。這讓祖克柏在槍林彈雨中逮到機會，將風向帶到他的一貫說詞：負起責任、讓事情變得更好。但大體而言，參議員沒有追問他為什麼沒在前幾年就把問題解決。唯一讓祖克柏真正感受到壓力的，可能是賀錦麗要他解釋，為什麼臉書未在 2015 年公布劍橋分析事件，以及臉書為什麼拖到媒體今年爆料，才將事情公諸於世。賀錦麗問：「在決定不要告知用戶的討論中，你是否知道有臉書領導階層的任何人在裡面？」「或者你是否認為沒有這類對話？」祖克柏回覆：「我不確定是否有這類對話。」祖克柏出席聽證會前幾天，已經通過律師、諮詢人員與顧問的嚴苛訓練。他今天表現沉著冷靜、氣場鎮住全場，回答問題時帶有歉意並保持恭敬。只要有國會議員指出臉書哪裡做錯了，祖克柏就說臉書在想辦法改善；遇

到無法回答的問題，他就承諾之後將向議員回報。祖克柏有機會休息片刻時，他還回說，「我們還可以回答一些問題」，充分說明他毫髮無傷地度過這場聽證會。<sup>180</sup>

顯然您的個人資料是網路企業經營者存續基礎的財產，應用這些無形財產獲取廣告或其他商業利益，以支撐我們愛用的網路服務，正是「數位經濟」最重要的核心。百度李彥宏公開表示：「中國人對隱私問題比較開放，或者說沒有那麼敏感，如果透過交換隱私，獲得便利、效率及安全。在很多情況下，他們是願意這麼做的。」這樣的發言雖然被罵慘了，但也赤裸裸地揭示企業端是如何看待「個人資料」。

個資法第 1 條規定，「為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法。」立法理由很明確地揭示將個人資料作為一種資訊隱私權，以人格權的方式保護其避免侵害，但又不得不承認「促進」個人資料合理利用的社會需求，這種兩難正是此次網路個人資料風暴的本質。個人資料作為企業的營運財產，最佳的策略就是極大化的利用，而作為人格權的一環，則應該限制任何可能的侵害行為，最佳的策略則是極小化的蒐集與利用。劍橋分析的事件，正是個人資料法制威嚇不了企業利用大數據操弄人心的致命吸引力。只要個人資料的經濟價值存在，就難以完全阻絕企業利用甚或是濫用的風險。<sup>181</sup>


## 二、Facebook 有無販售用戶資料

面對 Apple 公司庫克對於 Facebook 藉由販售用戶資料獲利的批評，祖克伯多次強調「Facebook 沒有販賣用戶資料」。從商業經營的角度，其實可以相信 Facebook 並不會「販賣」用戶的個人資料予其他廠商，因為個人資料是「數位經濟」時代的金礦，大型網路公司自行掌握發展的命脈才是合理的商業決策。然而 Facebook 自行利用個人資料的深度與廣度，其影響並不會比「販賣」予他人來得低。沒有「販

---

<sup>180</sup> 中央社，〈參議員不懂臉書抓不到重點 祖克柏全身而退〉，載於：  
<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201804110310-1.aspx#>（最後瀏覽日：04/15/2018）。

<sup>181</sup> 賴文智，前揭註 179，頁 55。



賣」用戶資料，並不代表第三人無法自 Facebook 取得用戶個人資料。Facebook 透過 API 機制，允許第三方合作廠商如劍橋分析，在一定的條件下取得用戶資料，而 Facebook 卻沒有適當的審核與控管，導致第三方合作廠商可能蒐集超出用戶想像（或同意）範圍外資料。例如：用戶可能覺得只是做一個心理測驗，但第三方合作廠商可能藉著用戶一個很簡單的同意動作，就針對使用該心理測驗的結果蒐集相關按讚、留言的朋友的資訊，再循線蒐集該等朋友在 Facebook 上的活動資訊。這類的行為早已超出用戶同意的範圍，Facebook 未能有效控管該等過度蒐集的行為，也使 Facebook 在這次個資風暴中難以再以一個也是「受害者」的形象面對。

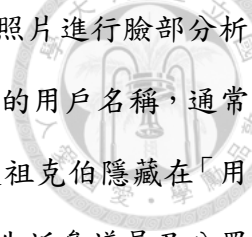
目前 Facebook 決定暫時關閉第三方可以透過 API 存取相關用戶資料的管道，此舉突顯出網路業者在面對個資的議題時，難以如過去著作權或其他法律議題以僅是「平臺業者」作為免責的依據，包括 Apple 公司的 iOS 或 Google 公司 Android 這樣高度依賴第三方廠商開發應用程式的業者，都必須要重新檢視其 App 上架的流程或規範，加強對於透過 App 蒐集個人資料的控管，否則恐怕難以避免被 App 開發商牽連。<sup>182</sup>

### 三、用戶是否掌控自己資料的權利

祖克伯重複強調用戶擁有控制自己的個人資料是否提供予 Facebook 或第三人廠商的權利。當我們使用 Facebook 時，我們是否是在正確評估個資可能被蒐集、利用的情形下而為「同意」？當我們「同意」之後，又真的可能有方法「控制」個人資料被利用的範圍嗎？個資法對於個人資料的蒐集、處理及利用，大的原則是採取「告知後同意」，亦即，大多數的情形，只要業者經過當事人的同意，即可對於個人資料進行蒐集、處理及利用。然而，「告知後同意」的原則卻在科技所帶來的「資訊不對稱」的大環境中，幾乎架空用戶對於個人資料的控制權利，除非我們選擇不要使用 Facebook 的服務。

---

<sup>182</sup> 賴文智，前揭註 179，頁 55-56。



Facebook 並沒有讓使用者拒絕 Facebook 利用使用者上傳的照片進行臉部分析的權利，只要我們上傳與朋友聚會的照片，會自動跳出建議標示的用戶名稱，通常都很準，但這有經過用戶同意嗎？用戶可以拒絕同意嗎？這都是祖克伯隱藏在「用戶一直都有掌控他們自己資料的權利」這樣官樣說詞之下，沒有告訴參議員及公眾的事實。

第三方廠商透過 Facebook 機制登入提供服務時，我們通常會看到跳出某某服務將收到「公開的個人檔案、朋友名單和電子郵件」，詢問您是否要以 Facebook 的身分「繼續」，相信多數人都是直接點選「繼續」，然後我們就將「公開的個人檔案、朋友名單和電子郵件」，在我們自己同意的情形下提供予該廠商，這似乎已經符合「告知後同意」的原則。然而，我們真的是在被「充分」告知相關資訊下所為之同意嗎？我們為了 Facebook 上的互動，可能已經選擇公開自己的姓名、性別、生日、大頭照等，但我們卻未必希望第三方廠商也拿到同樣完整的資料，但通常這種透過 Facebook 帳號登入，「公開的個人檔案」是無法選擇不提供予第三方廠商的；而「朋友名單」更是有趣，為什麼我們使用第三方廠商的服務，要連我們的 Facebook 朋友名單都交給第三方廠商？劍橋分析就是透過這樣的同意取得可以爬取其他 Facebook 用戶名單的門票，你沒有使用特定第三方應用程式，也可能因為你的 Facebook 朋友而導致你的資料被大量抓取、分析。更遑論我們真的都已經清楚被告知第三方廠商取得這些個人資料是做什麼用途嗎？

這也是網路時代個資法制面臨最大的挑戰，企業不願意或難以講清楚蒐集的目的及可能的影響或其必要性，而使用者通常因為個人資料的蒐集綁定著服務的使用，不依業者設計的流程提供個人資料，即無法順利使用服務，通常只能選擇不使用服務，就像是諸多名人決定刪除帳戶退出 Facebook，不是矯情，只是無奈。事實上，個資法對於這樣「形式合法，未必實質合法」的現象，第 5 條特定規定，「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。」Facebook 作為社群平臺，除了應對自己向用戶蒐集個人資料時提供其「控制權」之外，對於第

三方廠商亦應透過程式的設計，給予用戶更細緻的「控制權」，以及用「預設不同意提供」取代現有「預設同意提供」的設計，避免第三方廠商「過度」蒐集個人資料。<sup>183</sup>



## 第五節 搜尋引擎隱私問題

### 第一項 網路公開資訊之蒐集與提供民眾搜尋

「網際網路為一開放空間，由於資訊技術與網路環境的特性，一旦上網傳輸資料時，這些資料就已經不再限制在居住所在的地理位址，而是傳播於整個網際空間。網路此種特性，衍生兩種主要的隱私權侵害態樣：

#### 1. 傳送上網的資料勢必受到監控

網路通訊存在眾多紀錄與存檔的機械設置；嚴格而論，這些都是監控性網路科技。其固然可以幫助我們增進通訊效能、承擔會計與業務功能，但在有意向的運用下，其亦可能成為監視網路使用者網路活動的工具。

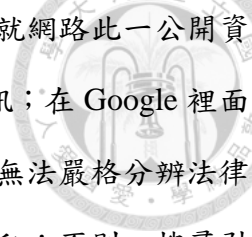
#### 2. 駭客入侵

他人未必要侵入居住處所、卻可以直接到民房書桌上的個人電腦竊取資料。此一特質，使網路大大不利於隱私與秘密之保護。

上述兩種態樣顯示：網路作為開放空間的屬性，較諸實體空間更為不利於隱私之保護。則網路公開資料不宜賦予過高之隱私屬性，當有其現實依據》而將網路空間 (Cyberspace) 視為一「公共領域」(public sphere)，應為較妥善之法律基本評價。則在原則上，網路上隱私資料之主張，似乎必須提出更多的積極證據說明：其明知

---

<sup>183</sup> 賴文智，前揭註 179，頁 56-57。



網路之不安全特性、卻仍使用，而援引法律隱私保護之理由。而就網路此一公開資訊空間而言，Google 只是一個資訊搜尋引者，它不發布任何資訊；在 Google 裡面找到的任何資訊都來自某個公開的 Web 站點。而 Google 本身亦無法嚴格分辨法律屬性之隱私資料。任何公開發布在 Web 站點上面的資料都非隱私；否則，搜尋引擎的業務即必須重新定義與設計。另一方面，任何不想被其搜尋引的站點，都可以利用國際標準 Robot.txt 文件來遮蔽 Google。如果 Google 未曾對網路公開資料進行加工，則其侵害隱私之情節即屬輕微。據此，搜尋引擎在此值得加以檢討者，似乎在於其「威脅／幫助」情節而尚非「侵害」情節。然而因為搜尋引擎對其蒐集之網路公開資訊採取近乎無限期的保存期限，則此一龐大的資料來源產生侵害網路隱私權的可能性亦不可輕忽。」<sup>184</sup>

「針對公共空間之隱私保護，就個資法規範領域，可參酌公共空間電子監視器之監控行為規範，如 Google「StreetView」現階段提供者並非時時刻刻之影像紀錄，而係某一時點拍攝之相片，其威脅應比街頭監視器小。德國「聯邦個人資料保護法」第 6b 條 23 為比照範本，則搜尋引擎針對網路公共空間的資料蒐集，就個人資料之保護應有如下之注意要點：

1. 搜尋引擎針對網路公共空間的資料蒐集，涉及為網路發展的合法利益、且為憲法第 15 條所保障；但不得有逾越相對人值得保護之利益之虞者。

2. 蒐集的情況個資主管機關應適當地加以注意。

3. 依第 1 項所蒐集之資料之處理與利用，只在為達成其特定目的而有必要，且無逾越相對人個資利益之虞時才予許可。為其他目的而為之處理與利用，只在為防衛國家或公共安全免受危險、或追訴犯罪行為而有必要時才予許可。

4. 搜尋引擎針對網路公共空間蒐集之資料如已能辨識係特定人時，對該資料之處理與利用應予以告知當事人。

---

<sup>184</sup> 廖緯民 (2009)，〈論搜尋引擎的隱私權威脅〉，《月旦民商法雜誌》，總號：24，頁 30。

5.當其為達成特定目的不再必要、或為相對人值得保護之利益而不宜繼續儲存時，該當資料應及時予以刪除。」<sup>185</sup>



## 第二項 搜尋資料之保存、匿名化處理與商業利用

搜尋引擎公司確實保存搜尋資料、IP 位址、cookie 身分資訊、搜尋關鍵字，甚至用戶相關資訊；並且利用其進行廣告投放。這些資料現階段已符合法律上「個人資料」之定義<sup>186</sup>。將這些資料的保存期限、刪除或被進行匿名化處理，方可降低未來可能發生侵害之「威脅」。即使利用用戶的搜尋資料，針對所謂的「網路上特定對象」進行廣告投放，其是涉及「個人資料」之商業利用，而為個資法所規範，因使用人針對網路身分尚有許多自我保護之空間，按現行法用戶得脫離這種廣告展示。

## 第六節 平臺責任—確實保護使用者隱私個資

### 第一項 美國對於平臺用戶資料規範

網站平臺提供者可能存取關於用戶的各種資料，包含個人身份資料、網路到訪紀錄及歷程等，依美國電子傳輸隱私保護法（Electronic Communication Privacy Act, 18 U.S.C. §2702），平臺提供者對於所存取之此類資料，原則上均不得任意洩漏於他人。

在 2007 年 3 月 Viacom 控告 Youtube 著作侵權事件，Viacom 就曾向法院請求 Youtube 揭露其用戶資訊，包含每一次用戶登錄紀錄、以及用戶觀看的影片及觀看的時間，Viacom 此舉在於證明其影片之高瀏覽率與所受損害間的關連性。但 Youtube 拒絕揭露，以所需揭露資料量太過龐大導致自身過重負擔為理由，及此等

<sup>185</sup> 廖緯民，前揭註 184，頁 30-31。

<sup>186</sup> 參照本章第二節第四項：間接識別。

揭露將導致用戶閱聽習慣全部公開，侵犯其隱私權，因此拒絕揭露。最後雙方同意以掩蓋（mask）用戶及網路位置資料的方式提供閱聽紀錄。

由本案可以看出平臺提供者獨立負有保護用戶資料之義務，考量到揭露可能涉及用戶隱私及其資訊自決權之侵犯，且資料容易遭第三人濫用，因此對於法院之揭露命令，平臺業者應立於資訊保護之把關者角色。<sup>187</sup>

## 第二項 借鏡「ISO/IEC 29100:2011」<sup>188</sup>之隱私框架

國際標準化組織（International Organization for Standardization, ISO）於 2011 年 12 月發行了一份個人資料保護框架之標準，編號為「ISO/IEC 29100:2011」。

按文獻隱私框架的基本要素大致上可以區分為主體（人）面向、客體（資料）面向與行為面向，主體面向即是在這個框架內參與之角色為何，以及資料如何在這些主體間流動。客體面向之重點在判斷何者為此一標準要保護之「資料」。行為面向即針對要保護之資料所應採取之保護要求，及因應要求所訂定之政策與實施之控制。基於框架性質之概念，此份標準之目標僅在協助設計、建置並維運資通訊系統，進行個人資料之應用與保護。<sup>189</sup>

### 一、主體面向

#### （一）參與之相關角色

在資料蒐集、處理及利用的過程當中，參與的角色在此標準中區分為資料當事人、資料管理者、資料處理者以及第三方。資料當事人即為各該資料所指涉之本人，以下就其他三者簡單說明。

---

<sup>187</sup> 張乃文（2008），〈談美國對於網站平臺提供者揭露用戶資料規範及程序〉，《科技法律透析》，20 卷 11 期，頁 20-21。

<sup>188</sup> ISO, ISO/IEC 29100:2011(en) Information technology – Security techniques – Privacy framework, at <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:29100:ed-1:v1:en> (last visited 03/22/2018)。

<sup>189</sup> 蘇柏毓（2012），〈國際個資標準參考——隱私保護框架 ISO29100〉，《科技法律透析 24 卷 11 期》，頁 7。





### 1. 資料管理者 (controller)

決定資料利用目的與處理方式者，負有遵守隱私框架原則之義務，如小心確認其是否蒐集敏感性資料，並採取合理適當的隱私安全控制。

### 2. 資料處理者 (processor)

受資料管理者之委託，並受其指示而實際處理資料之人，在處理過程中，確認應遵守之隱私控制要求，並實際執行之。

### 3. 第三方 (third party)

從資料管理者或處理者接收資料之第三方角色，但並非為了管理者或處理者目的進行資料之處理、利用，因此從其可自行決定利用目的之角度來看，亦可認為其屬於資料管理者。<sup>190</sup>

## (二) 資料傳輸流向

資料原則上就是在上述各個角色間，因應蒐集、處理與利用之需求，進行傳輸之流程，大略可以分為以下幾種情況：

1. 資料當事人提供給資料管理者，如當事人向管理者註冊服務帳號。
2. 資料管理者提供給資料處理者，委託其代為處理。
3. 資料當事人於上述委託處理之情形，提供給資料處理者。
4. 資料管理者提供給資料當事人，如當事人查詢其個人資料時。
5. 資料處理者提供給資料當事人，如受資料管理者指示提供時。
6. 資料處理者提供給資料管理者，如將受委託處理之結果回報給管理者。
7. 資料管理者提供給第三方，如在相關合作契約內有約定之情況。
8. 資料處理者提供給第三方，如受資料管理者指示提供時。

## 二、客體面向

在建立個人資料保護管理程序前，重要的先決條件就是決定何者是需要納入

<sup>190</sup> 蘇柏毓，前揭註 189，頁 8。



保護範圍內之「個人資料」，標準針對以下幾種判斷要素或類型來分辨何謂個人資料：

(一) 識別符碼 (identifiers)

某些可直接與特定人連結之代碼，如社會安全號碼、護照號碼、帳戶號碼，或者可聯繫特定人之代碼，如精確之位置資訊、電話號碼等。

(二) 其他可識別之特徵或可連結至當事人之資料

某些特徵資訊未必直接可連結至當事人，但是加以組合後，在特定範圍內仍可使該當事人被凸顯及識別，如在特定公司內的「45歲」、「女性」、「律師」，即很有可能加以找尋出該特定人，因此該相關資訊均在特定領域內可被認為是個人資料。

(三) 假名之資料 (Pseudonymous data)

在某些情況下，爲了要保護當事人不受辨識，則會採用使之假名化之方式，採用代號與資料庫連結之方式，避免可識別之當事人資料直接暴露在外。假名化仍保有與可識別資料回復連結之可能性，因此仍有成爲個人資料之可能性，但若成爲匿名化 (anonymization) 之資料，即不復辨認而非個人資料。

(四) 後設資料 (Metadata)

後設資料乃作爲說明資料狀況之用，該後設資料中可能亦包含個人資料，如資料之製作人爲何，或由誰修改資料之紀錄。

(五) 被動蒐集之資料

某些資料並非由資料管理者或處理者主動蒐集，而是在資通訊系統蒐集其他資料之過程中由當事人所主動提供。

(六) 敏感性資料

某些資料因性質較爲特殊敏感，任意使用會對當事人造成重大之傷害，因此可能需要以特殊的預防或控制機制進行管控，如原則禁止蒐集之規定或特定加密之處理機制。<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> 蘇柏毓，前揭註 189，頁 9。



### 三、行為面向

#### (一) 隱私安全要求

保護個人資料之理由衆多，包括保護當事人隱私權、遵守法令要求、落實公司責任、加強消費者信賴等。因此在蒐集、處理、利用個人資料之過程中，如何規劃相關隱私安全要求，也必須考量各種面向。在設計資通訊系統以執行或與個人資料有關之新業務或重大業務變更前，應先考量隱私相關問題，通常會以風險管理之方式為之。大致順序為掌握組織環境、風險之評鑑、風險之因應、與利害關係人之溝通與諮商、因應程序之監控與改善，其產出可用隱私衝擊評估為之。

考量隱私安全要求之第一個面向為法令遵守，應遵守包括國際與國內法、行政命令、法院判決及組織與行業間之協議，要達成此一任務應配合事先與法律專家之合作與討論。

第二個面向為契約義務，資料處理過程中之相關角色，對於資料處理之方式可能有不同之協議或特定要求，有時甚至是公司為維持商譽所採之政策，故隱私安全要求必須針對各該協議或政策為之。

第三個面向為業務類型，當所營運之業務種類不同時，其隱私安全要求即有所不同，可依據行業相關準則或最佳實務作法進行規劃，但基本之安全要求則不因業務需求不同而有所差異。

第四個面向為其他需求，特別像是當事人的隱私需求偏好，如是否將資料匿名化或是否選擇提供資料用於後續行銷，應該都在系統設計時加以考慮，並利用互動式工具讓當事人更方便做出選擇。

#### (二) 隱私政策

隱私管理之首要工作為建立隱私政策，此一政策應符合單位利用資料之目的，作為管理之框架，並包含滿足隱私安全要求與持續改善之承諾。此外，單位內部必須對此政策達成共識，並使利害關係人便於取得政策。單位應將此一政策文件化，特別是若有將政策具體化之控制機制時更應明確規定。

附帶一提，「隱私政策」一詞，通常於單位對內或對外之政策均可適用，對內之隱私政策即指於進行隱私管理時所訂定之目標、規則、義務、限制或控制。而對外之隱私政策則指關於隱私管理相關執行事項之資訊告知，或相關聯絡方式等，而此份標準中所指之隱私政策則為對內意義。

### （三）隱私控制措施

經過隱私衝擊評估確定隱私安全要求後，應進一步訂定並執行相關隱私控制措施，而此種措施最好能在系統設計時便納入考量，避免後續調整系統所增加不必要的成本。不同的個人資料處理程序可依其面臨風險之差異，而採用不同等級之控制措施。<sup>192</sup>

## 四、ISO29100 之隱私原則

標準中參考世界各國及相關國際組織目前已採用的隱私保護原則，針對建置資通訊系統所需，訂定相關原則，作為隱私政策或隱私控制措施之參考。此等原則可作為監督隱私管理機制是否妥善運作之基礎標準。以下介紹各項原則之內涵與符合各原則之要件。

### （一）同意與自主

除當事人無法自由選擇是否同意或法律規定無須當事人同意，應提供當事人選擇是否同意提供個人資料之機會，此同意應為明確之同意，且應事先告知相關資訊、得行使之權利以及得保留同意之自由。另外，除法律另有規定外，應以「選擇加入」(opt-in) 之方式蒐集敏感性資料。而當事人撤回其同意時，除另有法律要求外，應停止利用相關個人資料。

除了基本的同意權外，如當事人有其他隱私偏好，或法律有其他規定，亦應加以考慮。

### （二）利用目的之合法與闡明該目的

---

<sup>192</sup> 蘇柏毓，前揭註 189，頁 10-11。



應確保利用目的符合相關法令，並於蒐集或利用於其他新目的時，選擇可清楚通知之語言通知資料當事人該目的為何。若資料為敏感性資料時，應充分說明其目的，並確保其目的合乎法令要求或經主管機關授權為之。

### （三）蒐集限制

蒐集個人資料必須符合法令規定，並限於利用目的之必要範圍內。無論在數量或種類方面，單位均應謹慎確定所蒐集之資料的確有助於目的之達成，並應紀錄資料之種類與其蒐集之正當性。

某些法令可能允許在經過當事人同意時，得蒐集額外之資料，但應確保已給予當事人足夠之選擇自由。

### （四）資料最小化

除了在蒐集行為以特定目的加以限制外，資料最小化原則更要求在處理過程中各方面的最小化，如可接觸資料之人數限制，僅有在執行法定職務時才可接觸資料，並降低處理過程中識別當事人之可能性，而在特定目的消失時應刪除資料或作適當之處理。

### （五）利用、保存與揭露之限制

無論是資料之利用、保存和揭露，均應於具體、明確且合法之特定目的必要範圍內為之，於特定目的消失時，應以安全之方式加以刪除或匿名化，但於法律另有規定應繼續保存時，則應加以封存（locking）避免再利用。當資料有跨國傳輸之情形，並應遵守各國之相關要求。

### （六）正確性與品質

確保資料處理為正確、完整、最新、適當，且於利用目的相關。若資料非直接由當事人取得，應確保其可靠性。當事人要求更正其資料時，應以適當方式查核其要求之正確性，以確保在授權範圍內進行資料更正。除設計資料蒐集程序外，並應建立管控機制定期確認資料之正確性與品質。

於資料之正確性將影響當事人重大權益之准駁，或錯誤資料將造成當事人重大損害之情形，此原則更顯重要。



#### (七) 公開、透明與告知 (notice)

應秉持公開、透明之態度，告知資料當事人下列事項：

- 1.提供當事人清楚易懂之資訊，說明關於資料管理者蒐集、處理個人資料時所採取之政策、及相關程序和措施。
- 2.資料利用之目的、資料將會揭露給何等利害關係人、資料管理者之身分與聯絡資訊。
- 3.管理者所提供當事人得行使之權利及行使方式，包括得自由決定其利用目的之範圍及查詢、更正或刪除其個人資料。

當蒐集處理程序有重大變更時，應再行告知。

#### (八) 當事人參與及近用

提供當事人查詢及閱覽其個人資料之權利，但應先以適當方式確認當事人之身分，及確認該等權利並未受到法律禁止。同時應提供當事人更新、更正或刪除錯誤資料之權利。而當資料有更新、更正或刪除之情形時，資料管理者應通知曾提供資料之資料處理者與第三方。此外，提供當事人權利行使之程序，應採取簡單、有效、快速之方式，避免不必要的金錢與時間成本。

#### (九) 相關責任

應採取具體而有效之措施保護所處理之個人資料，包含以下事項：

- 1.將相關之隱私政策、程序及執行措施文件化並發佈之。
- 2.指派專人執行相關之隱私政策、程序及執行措施。
- 3.當提供資料給第三方時，應以契約或其他適當方式確保其採取充分等級之隱私保護。
- 4.提供處理個人資料之員工適當之教育訓練。
- 5.建立充分之申訴與補救機制，以滿足當事人之需求。
- 6.當資料隱私受侵害將導致當事人之重大損害時，應通知當事人資料受侵害之相關資訊，及後續之因應對策。
- 7.通知其他利害關係人資料受侵害之狀況。



8.提供資料受侵害之當事人相關補救措施，以回復原狀為原則，當無法回復原狀時，必須提供其他補償。

建立有效的還原機制為此原則中之重要部分，可改善資料受錯誤利用之狀況，降低因此產生之身分盜用情況、名譽損失及對個人資料之不利影響，進而使當事人較願意於從事各項交易時提供個人資料。

#### (十) 資訊安全

關於資訊安全，則應注意下列事項：

- 1.以適當之控制措施保護資料之完整性、可用性及機密性，及避免在資料生命週期中因未經授權之存取、毀損、利用、變更、揭露、滅失，所產生之風險。
- 2.選擇適當之資料處理者，充分確保在組織上、物理上及技術上之處理過程安全無虞。
- 3.以目前適用之相關法律要求、資安標準及成本效益分析等因素，訂定相關控制措施。
- 4.控制措施應綜合考量潛在後果發生之可能性與嚴重性、資料之敏感性、資料當事人之數量及保存之狀況，以適當比例為之。
- 5.應依據職務範圍決定近用資料之權限。
- 6.處理在風險評估與稽核程序中，所發現之風險與弱點。
- 7.因應風險管理程序之定期重新評估，進行控制措施之調整。

#### (十一) 隱私遵循

隱私遵循應以下列方式為之：

- 1.定期進行內部或外部稽核，確保相關程序遵守資料保護和隱私安全之要求。
- 2.採取適當之內部控制措施和獨立之監控機制，確保遵守資料保護之法律、隱私政策與措施。
- 3.建立並維運隱私風險評估機制，確保對資料保護與隱私安全要求之遵守。<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> 蘇柏毓，前揭註 187，頁 11-14。



### 第三項 GDPR 與我國個資法規定

#### 一、GDPR 資料管理者義務

##### (一) 資料保護評估 (DPIA):

第 35 條規範於特別使用新科技之處理方式，且考量該處理之本質、範圍、使用情形及目的後，認為該處理可能導致自然人之權利及自由的高度風險時，控管者應於處理前，實行該處理對於個人資料保護之影響評估。

##### (二) 資料保護長 (DPO):

第 37 條規範有下列情形之一者，管理者及處理者應指定資料保護長：

- a、除法院行使其司法權外，公務機關或機構。
- b、管理者或處理者之核心活動，包括依其本質、範圍及或其目的，需要定期且系統性地大規模監控資料主體。
- c、管理者或處理者之核心活動，涉及大規模處理特種個人資料。

#### 二、我國個資法規定

第 6 條第 1 項但書第 2 款及第 5 款所稱適當安全維護措施、第 18 條所稱安全維護事項、第 19 條第 1 項第 2 款及第 27 條第 1 項所稱適當之安全措施，指公務機關或非公務機關為防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏，採取技術上及組織上之措施。

而上開措施，依個資法施行細則第 12 條第 2 項規定，得包括下列事項，並以與所欲達成之個人資料保護目的間，具有適當比例為原則：

- 一、配置管理之人員及相當資源。
- 二、界定個人資料之範圍。
- 三、個人資料之風險評估及管理機制。
- 四、事故之預防、通報及應變機制。
- 五、個人資料蒐集、處理及利用內部管理程序。





- 六、資料安全管理及人員管理。
- 七、認知宣導及教育訓練。
- 八、設備安全管理。
- 九、資料安全稽核機制。
- 十、使用紀錄、軌跡資料及證據保存。
- 十一、個人資料安全維護之整體持續改善。

上開個資法及其施行細則規定，已就公務機關及非公務機關得採取之安全維護措施之程序及內容為例示規範，而各中央目的事業主管機關並可將上開安全維護措施項目列為例行性業務檢查之項目。

## 第五章 結論



網際網路仍然在看不到盡頭的成長，數位時代每一個時空變化都不可思議。過去，Google 是目前全世界使用人口最多的網路公司。Facebook 是全世界流量最大的網站。未來不知還會有什麼樣令人驚訝的事情出現，可預見的是網際網路，還有許多發展的空間。平臺的應用不斷推陳出新，由競爭以至於個資保護，平臺經濟的法律挑戰也如影隨形。

全球最成功的平臺典範可概分為兩類：以蒐集使用者產製之數據內容為核心的數位內容平臺，以及共享閒置資源為核心的共享經濟平臺。兩者不同點在於，前者提供被補貼方零元的用戶網路及軟體服務，並加入廣告商成為另一邊補貼方，具有顯著的間接網路效應，將平臺經濟「三要素特性、補貼五項原則」規模效應發揮到極致，形成高度進入障礙獨占地位。

以 Google 搜尋引擎為例，Google 免費提供使用者網路搜尋服務，並且每年花費龐大研發成本，使 Google Search 可以不斷優化所用的演算法，建立極高的進入障礙。而實際上這些建置成本是由廣告商支付的金錢，來使用顧客所提供數據，就是這麼樣的商業模式，使用者對廣告商而言，有相當程度的間接網路效應，當越多人使用 Google Search，就有越多廣告商透過 Google 打廣告，如此一來 Google 就有更多資金來優化 Google Search 演算法，以提供更好的搜尋服務，因此也讓更多人願意使用 Google Search；同樣地 Facebook 臉書的運作亦如出一轍。

職是之故，上述極易形成法律上獨占效果，按公平法第 7 條第 1 項規定：「本法所稱獨占，謂事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。」本條前段所指「在特定市場處於無競爭狀態」即為經濟學上之獨占，而後段所稱「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者」乃指特定市場上之事業具有排除競爭的能力，能消滅其他市場內既有競爭者之競爭。

當平臺落入反托斯議題時，仍免不了要做市場界定。目前界定相關市場最嚴格



的工具是假設性獨占者檢測法（SSNIP 測試），該測試定義了個別公司可持續提高價格，或以產品加上地理集合的方式行使市場力量。

然而雙邊平臺相關市場界定，所面臨的困難遠遠大於單邊平臺，其一，在競爭法中，相關市場的特點是兩個要素：一個產品和一個地理市場。然而在雙邊市場使用此界定方法，將會導致錯誤的結果。此外，本文主軸係數位平臺經濟，其常以「零元」的形式出現，舉凡 App 軟體、搜尋引擎、社交媒體平臺、旅遊訂票、導航或地圖系統…等無數數位商品和服務，現正廣泛存在於零元數位平臺市場，致使缺乏價格評估。

再者，在數位世界的地理市場中，因邊界缺失問題或者根本就毫無邊界可言，也增加市場界定的困難，例如：搜尋引擎使用者，無論身處哪一國家，都可以免費使用 Google 的服務，也不用在意當地語系為何，亦即一個台灣的使用者，到了日本後，仍然可以使用台灣 Google 搜尋服務，且不論到哪裡都只需要點擊即可也不會產生成本。

那麼我們應如何檢驗相關市場界定與方法呢，筆者採 Filistrucchi 之學說：

**雙邊市場中進行相關市場界定时，需要同時考慮兩邊使用者，並根據雙邊市場的類型採用不同的相關市場界定策略：**

- 1.對於交易型雙邊市場只需要界定一個市場。**
- 2.對於非交易型雙邊市場則需要界定兩個相關聯的市場。**

此外，從 3Q 案中可得出另一觀點，亦即未必需要做市場界定，由此觀察等同歐盟競爭法 TFEU 第 102 條禁止企業濫用市場優勢地位，來處理相關反托拉斯議題，當無不可。

至本文另一重點，平臺經濟之隱私權保護，筆者在將我國個資法與歐盟 2018 GDPR 相比較後，認為目前已趨完善可謂相輔相成，平臺業者僅需落實資料管理者人責任—亦即資料守門員角色，勢必可以避免如 Facebook 臉書，於「劍橋分析」案例中所生個資濫用與不當外洩情事。

## 參考文獻



### 一、中文部分（按姓氏筆劃排序）

#### （一）專書

王澤鑑（2012），《人格權法》，台北：自版。

吳秀明（2010），《競爭法研究》，台北：元照。

呂榮海、謝穎青、張嘉真（1992），《公平交易法解讀》，台北：元照。

汪渡村（2007），《公平交易法》，三版，台北：五南。

林洲富（2015），《公平交易法—案例式》，二版，台北：五南。

張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏（2016），《經濟學：理論與實際（上冊）》，七版，台北：翰蘆。

陳威如、余卓軒（2013），《平台革命：席捲全球社交、購物、遊戲、媒體的商業模式創新》，台北：商周。

湯明輝（1992），《公平交易法研析》，台北：五南。

黃銘傑（2002），《公平交易法之理論與實際：不同意見書》，台北：學林文化。

廖義男（2015），《公平交易法之釋論與實務（第二冊）》，台北：元照。

#### （二）翻譯書籍

Daniel J. Solove（著），林錚顛（譯）（2015），《隱私不保的年代：網路的流言蜚語、人肉搜索、網路霸凌和私密窺探》，2版，台北：五南。

梅田望夫（著），蔡昭儀（譯）（2006），《網路巨變元年：你必須參與的大未



來》，台北：先覺。

### (三) 專書論文

黃銘傑 (2009)，〈聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理——評最高行政法院九十二年度判字第一三三六號判決〉，氏著，《競爭法與智慧財產法之交會：相生與相剋之間》，二版，頁 38-74，台北：元照。

### (四) 期刊論文

王忠宏 (2003)，〈哈佛學派、芝加哥學派競爭理論比較及其對我國反壟斷的啟示〉，《經濟評論》，第 1 期，頁 72-74。

仲春 (2012)，〈互聯網搭售行為的規制初探——以“奇虎 360”訴“騰訊”壟斷案為例〉，《科技與法律》，2012 卷 4 期，頁 83-87。

何之邁 (2007)，〈公平交易法：第一講——獨占 (上)〉，《月旦法學教室》，總號：60，頁 71-77。

何之邁 (2007)，〈公平交易法：第一講——獨占 (下)〉，《月旦法學教室》，總號：61，頁 86-94。

吳俞慶、張安潔 (2017)，〈試析搜尋引擎市場下的濫用市場優勢地位——以歐盟比價購物案為例〉，《經貿法訊第 219 期》，頁 1-10。

李祖劭 (2016)，〈歐盟執委會認定 Google 應用程式及搜尋服務濫用競爭優勢，涉及違反歐盟競爭法規〉，《科技法律透析》，28 卷 10 期，頁 2-3。

李惠宗 (2013)，〈個人資料保護法上的帝王條款——目的拘束原則〉，《法令月刊》，64 卷 1 期，頁 37-61。

林平、劉豐波 (2014)，〈雙邊市場中相關市場界定研究最新進展與判例評析〉，



《財經問題研究》，第 6 期，頁 22-30。

邱忠義 (2014)，〈談個人資料保護法之間接識別〉，《月旦裁判時報》，總號：30，頁 95-103。

張乃文 (2008)，〈談美國對於網站平台提供者揭露用戶資料規範及程序〉，《科技法律透析》，20 卷 11 期，頁 19-23。

張安潔 (2018)，〈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》，頁 21-33。

程法彰 (2017)，〈數位經濟時代下個人資料保護的衝突與歐盟個資保護規則顯示的意義〉，《月旦法學雜誌》，總號：264，頁 229-244。

童永年、蔡蕙安、陳思翰 (2015)，〈網路平臺在關鍵字廣告市場之中立性探討〉，《公平交易季刊》，第 23 卷第 2 期，頁 147-168。

黃銘傑 (2004)，〈公平交易委員會搭售規範之吊詭 (上) —論公平交易法第 19 條第 6 款適用於搭售行為之合理性〉，《月旦法學雜誌》，總號：109，頁 173-188。

楊宏暉 (2004)，〈搭售行為之法律分析〉，《公平交易季刊》，第 12 卷第 1 期，頁 99-168。

鄒海林 (2011)，〈騰訊公司訴奇虎公司不正當競爭訴訟案的思考〉，《月旦民商法雜誌》，總號：34，頁 134-153。

廖緯民 (2009)，〈論搜尋引擎的隱私權威脅〉，《月旦民商法雜誌》，總號：24，頁 23-39。

臧旭恆 (2007)，〈從哈佛學派、芝加哥學派到後芝加哥學派—反托拉斯與競爭政策的產業經濟學理論基礎的發展與展望〉，《東岳論叢》，第 1 期，頁 15-20。



劉靜怡 (2002)，〈網際網路時代的資訊使用與隱私權保護規範——個人、政府與市場的拔河〉，《資訊管理研究》，第 4 卷第 3 期，頁 137-162。

賴文智 (2018)，〈我的資料，你的財產？網路個人資料風暴來襲〉，《會計研究月刊》，第 390 期，頁 54-59。

蘇柏毓 (2012)，〈國際個資標準參考——隱私保護框架 ISO29100〉，《科技法律透析》，24 卷 11 期，頁 7-14。

### (五) 網路文獻

曾秀珍 (2014)，〈歐盟 (區域) 競爭法相關之法律整合〉，《公平交易委員會電子報》，第 15 期，載於：<http://www.ftc.gov.tw/upload/1031119-1.pdf>

公平交易委員會網站，《相關市場界定之處理原則問答集：第十三點》，載於：<https://www.ftc.gov.tw/law/Download.ashx?FileID=714>

公平交易委員會網站，《相關市場界定之處理原則問答集：第十二點》，載於：<https://www.ftc.gov.tw/law/Download.ashx?FileID=714>

公平交易委員會網站，《公資字第 10421600251 號令「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」》，載於：

<https://www.ftc.gov.tw/law/Download.ashx?FileID=461>

公平交易委員會網站，《公平交易委員會對於公平交易法第 25 條案件之處理原則》，載於：

<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=167&docid=266>

歐盟新聞發佈網站：谷歌濫用優勢地位作為，以搜尋引擎為自己的比較購物網服務，罰款 24.2 億歐元 2017 年 6 月 27 日，載於：



[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm)

中華民國國家發展委員會，《歐盟 GDPR 與我國個人資料保護法之重點比較分析》，載於：

<https://ws.ndc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9hZG1pbmlzdHJhdG9yLzEwL3JlbGZpbGUvMC8xMTY5NC82N2Q4YmI1YS1kYzJlLTRhNzktYmFkYi1jMWQxNGRlZDc4YzEucGRm&n=5q2Q55ufR0RQUuiIh%2baIkeWci%2bWai%2bS6uuizh%2baWmeS%2fneitt%2bazleS5i%2bmHjem7nuav10i8g%2bWIhuaekC5wZGY%3d&icon=..pdf>

中華民國國家發展委員會，《歐盟個人資料保護規則本文部分》，載於：

<https://ws.ndc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9hZG1pbmlzdHJhdG9yLzEwL3JlbGZpbGUvMC8xMTY5MS9iNGZiZTA0OS1jYWQ1LTQ3MGEtYjh1My00ZGU0NjhmOWIxMGMucGRm&n=5q2Q55uf5YCL5Lq66L0H5paZ5L%2bd6K236KaP5YmH5pys5paH6Y0o5YiGLnBkZg%3d%3d&icon=..pdf>

維基百科，社群網路服務，載於：<https://zh.wikipedia.org/wiki/社群網路服務>

MBA 百科，平臺經濟，載於：<http://wiki.mbalib.com/zh-tw/平台经济>

## 二、日文部分

### (一) 網路文獻

1. 中小企業のビジネスを支援するポータルサイト，《個人情報とは》，載於：[http://j-net21.smrj.go.jp/well/law/column/post\\_184.html](http://j-net21.smrj.go.jp/well/law/column/post_184.html)
2. パンカル合資会社，《個人情報保護法の要点：個人情報とは》，載於：[http://www.pangkal.com/p\\_mark/low3.html](http://www.pangkal.com/p_mark/low3.html)
3. 保護士会 TOP ページ，《「個人情報の保護に関する法律についての経済産業分野を対象とするガイドライン」等に関する Q & A》，載於：<http://www.joho-hogo.jp/rule/rule-q&a1-1.html>
4. プライバシーマーク制度サイト，《1-2. 「個人情報」って何だろう？～その 2：



名前がなくても個人情報?～》, 載於:

[https://privacymark.jp/wakaru/kouza/theme1\\_02.html](https://privacymark.jp/wakaru/kouza/theme1_02.html)



### 三、英文部分 (按姓氏字母排序)

#### (一) 專書論文

Evans, David S., *Defining Markets that involve Two Sided Platforms*, in PLATFORM ECONOMICS: ESSAYS ON MULITI-SIDED BUSINESS 73, 80-81 (2011).

Evans, David S., *Some Empirical Aspects of Multi-Sided Platform Industries*, in PLATFORM ECONOMICS: ESSAYS ON MULITI-SIDED BUSINESS 30, 33-34 (2011).

#### (二) 期刊論文

Evans, David S., *Competition and Regulatory Policy for Multi-Sided Platforms with Applications to the Web Economy*. CONCURRENCES, No. 2, 1-31 (2008).

Evans, David S., *Attention Rivalry Among Online Platforms*. UNIVERSITY OF CHICAGO INSTITUTE FOR LAW & ECONOMICS OLIN RESEARCH PAPER No. 627, 1-43 (2013).

Evans, David S., *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*. UNIVERSITY OF CHICAGO COASE-SANDOR INSTITUTE FOR LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER No. 753, 1-31 (2016).

Filistrucchi, Lapo and Geradin, Damien and van Damme, Eric and Affeldt, Pauline, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC DISCUSSION PAPER No. 2013-009; TILBURG LAW SCHOOL RESEARCH PAPER No. 09/2013. 1-48 (2013).

Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition In Two-Sided Markets*, 1(4)

JOURNAL OF THE EUROPEAN ECONOMIC ASSOCIATION 991-994 (2003), available at

<http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>



Pavesich v. New England Life Ins. Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905), at

[http://faculty.uml.edu/sgallagher/pavesich\\_v.htm](http://faculty.uml.edu/sgallagher/pavesich_v.htm)

Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, HARVARD LAW REVIEW, VOL. 4, NO. 5. (1890), available at

<http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>

Thépot, Florence, *Market Power in Online Search and Social-Networking: A Matter of Two-Sided Markets*. WORLD COMPETITION 36, NO. 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 196-221 (2013).

Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL, 1-859(1879), available at

<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=books>

William L. Prosser, *Privacy*, 48 CALIFORNIA L. REVIEW, 383-423 (1960), available at

<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=california-law-review>

Yuxin Chen & Jinhong Xie, *CROSS-MARKET NETWORK EFFECT WITH ASYMMETRIC*

*CUSTOMER LOYALTY: IMPLICATIONS FOR COMPETITIVE ADVANTAGE MARKETING*, SCIENCE 26

(1), 52-66 (2007) , available at

[http://bear.warrington.ufl.edu/xie/publications/2007\\_cross%20market%20ne\\_chen%26xie\\_mkts.pdf](http://bear.warrington.ufl.edu/xie/publications/2007_cross%20market%20ne_chen%26xie_mkts.pdf)

### (三) 網路文獻



16-1454 Ohio v. American Express Co. (2018), available at [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454\\_5h26.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf)

16-1454 Ohio v. American Express Co., the Whole Proceedings and Orders at <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/ohio-v-american-express-co/>

ISO, ISO/IEC 29100:2011(en) Information technology – Security techniques – Privacy framework, at <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:29100:ed-1:v1:en>

OECD, (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT), *TWO-SIDED MARKET* 23, 29 (2009), available at <http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>

OECD, Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-4581\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm)

wikipedia, at [https://en.wikipedia.org/wiki/Platform\\_economy#Pre\\_Internet\\_era](https://en.wikipedia.org/wiki/Platform_economy#Pre_Internet_era)