



《高大法學論叢》

第 18 卷第 1 期（9/2022），頁 129-174

競爭秩序下的消費者保護 在數位經濟的大數據時代中 個人資料保護的角色

程法彰*

摘要

在數位經濟的大數據時代下，如何取得數據的商業利用與個人資料保護的平衡點，是現今各國都必須面臨的重要議題。在取得平衡的過程中，如何面對數據跨境流動保護落差的爭議，則是本文切入議題討論的角度。文中嘗試藉由類比個人資料保護法益平衡難題與研發創新的難度，提出漸進式的強化個人資料保護模式，亦即是以現有的法規範作個人資料保護補充，相較於以全新的個人資訊保護內容增加規範，或許更能達到彌補個人資料保護落差的預期效果。

* 國立高雄科技大學科技法律研究所教授；美國北俄亥俄大學法學博士。
感謝審查過程中，三位審查委員所給予的寶貴意見使得本文更臻完善，
謹此誌謝。

藉由利用競爭秩序的反競爭概念，作為強化個人資料保護的實踐上，對於界定市場與反競爭秩序效果所產生證明上的挑戰，以及將帶有人格權性質的個人資料隱私予以財產化的做法，需要作理論上的進一步論述，使得反競爭概念的選項在現階段並非作為常態性執法依據的合適選項。相反的，利用競爭秩序下的消費者保護概念，不但可以避免前述界定市場與證明非價格因素的反競爭秩序效果難題，同時也可以減少個人資料隱私財產化的潛在爭議。因此我國在沒有美國的概括式不公平類型化條文前提下，消費者保護下的定型化契約可以針對不同行為類型作出彈性的保護，對於目前在數位經濟時代下關於個人資料保護的定位上仍在拉扯的法益衡量現況，或許是更適合的選項。

The Consumer Protection of Personal Data against Unfair Competition in the Era of Digital Economy with Big Data

Fa-Chang Cheng**

Abstract

In the era of digital economy with big data, how to strike a balance between commercial use of personal data and its protection is imminent to countries around the world. This article primarily focuses to solve the discrepancy of personal data protection due to cross-border data flow in the wake of reaching the above-mentioned balance. This article attempts to analogize between difficulties to strike such balance and difficulties to develop innovation for applying incremental innovation theory. That is this article suggests to supplement personal data protection with existent legal remedies, which could reach better outcome of compensating such protection discrepancy due to cross-border data flow.

Unfair competition is bifurcated: anti-competition aspect and consumer protection aspect. This article concludes that anti-competition theory is not appropriate to be the legal basis as regulatory law enforcement to enhance personal data protection. The

** Professor, Graduate Institute of Science and Technology Law, National Kaohsiung University of Science and Technology; J.D., Ohio Northern University.

challenge of explaining market demarcation, proving anti-competitive effects, and further justifying propertization tendency of personal data, bolster such conclusion and need to be resolved. Conversely, consumer protection theory can avoid the mentioned challenge to supplement personal data protection by anti-competition theory. Therefore, in considering there is no generalized “unfair” provision in Taiwan’s Consumer Protection Act, compared with the United States, the standard form contract mechanism in consumer protection might offer flexible application to personal data protection, pending upon different types of behavior, which makes consumer protection theory more suitable to the ongoing balance of interests in personal data protection.

競爭秩序下的消費者保護 在數位經濟的大數據時代中 個人資料保護的角色

程法彰

目錄

壹、前言

貳、數位經濟大數據時代下個人資料的重要性與歐美的保護落差

一、數位經濟大數據時代下個人資料的重要性

二、歐美對於個人資料保護的落差與處理現況

參、個人資料保護落差的補救理論建構與競爭秩序介入可能

一、個人資料保護落差的補救理論建構

二、競爭秩序介入輔助個人資料保護落差的提出與爭議

三、德國以反競爭角度介入個人資料保護的經驗

肆、競爭秩序強化個人資料保護做法的檢討與我國可能回應初探

一、競爭秩序強化個人資料保護做法的檢討

二、我國在面對競爭秩序概念下對於強化個人資料保護的可能回應

三、我國行政院消費者保護會的可能處理與展望

伍、結論

關鍵字：個人資料保護、漸進創新理論、競爭秩序、反競爭、消費者保護

Keywords: personal data protection, incremental innovation theory, unfair competition, anti-competition, consumer protection

壹、前言

數位經濟下的個人資料保護，因為大數據的商業利用而使得其顯得更為重要。而目前各國為因應個人資料跨國流動所形成的保護落差，所為彌補的努力，也可以做為我國經驗的借鏡。本文認為歐美的競爭秩序概念，不但可以作為補救個人資料保護落差的重要媒介，同時競爭秩序對於個人資料保護救濟亦提供了多元選項，藉由歐盟與美國的對此議題的現況說明，文中試圖勾勒出競爭秩序在數位經濟大數據趨勢下所可能扮演的角色，同時亦對於歐美競爭秩序在我國法規範制度上對於個人資料保護所可能產生的借鏡，提出本文的觀察與建議。

文中首先說明個人資料保護議題在數位經濟時代下的重要性，而大規模個人資料跨境流動所可能產生的數位保護落差議題，是本文的切入角度。藉由歐盟以及美國保護的差異，說明兩者間現行的補救作法，仍存在具體實踐可行性與法規範落實的困擾。其次對於如何具體落實彌補個人資料保護落差與多元選項，本文提出理論的建構，並討論經由歐美的競爭秩序概念的實踐作為可行選項的主張。至於文中最後則針對我國如何借鏡前述的討論，提出本文的觀察以作為結論。

在名詞的用語上，由於美國與歐盟對於競爭秩序（unfair competition）概念上，同時包含反競爭（anti-competition）與消費者保護（consumer protection）兩種不同的法益保護¹，而所謂

¹ Fa-Chang Cheng, *The Functionality of Unfair Competition in Privacy Protection in the Era of Big Data Commercial Applications*, 8(1) IPASJ International Journal of Information Technology 1, 2 (2020). See also Albertina Albors-Llorens, *Competition and Consumer Law in the European Union: Evolution and Convergence*, 33 (1) Yearbook of European Law 163, 164 (2014). 美國對於消費者保護在概念上包含不

反競爭大致相當於我國公平交易法的不公平競爭與限制競爭行為²。因此，首先一開始在名詞的定義上，藉此先予以範圍界定上的說明與釐清。

貳、數位經濟大數據時代下個人資料的重要性與歐美的保護落差

一、數位經濟大數據時代下個人資料的重要性

大數據時代下藉由個人資料的探勘，對於消費者所為的精準行銷，正好可以說明個人資料與大數據商業利用既對立又合作的一體兩面。一方面大量個人資料的網路行銷，造成個人資料隱私保護的緊張關係³，以及個人資料仲介產業利用個人資料所為的消費者行為控制（relational control）⁴。但是在另一方面，個人資料保護與大數據的商業利用卻也具有密不可分的關係。雖然如

公平（unfair）或欺騙性（deceptive）行為兩種不同的類型，而其所謂的「不公平」並非競爭法上的反競爭，在此先予說明。

² 在美國所謂的競爭秩序的規範，除本文所稱競爭秩序意涵包含反競爭與消費者保護外，所謂的「反競爭」行為規範，除了反托拉斯的法規（Sherman Act, Clayton Act and Federal Trade Commission Act）外，尚包含衡平法（equity）的概念在內。本文雖然亦認知到我國公平交易法中不公平競爭概念下的部份行為（如不實廣告與著名姓名、商標、表徵等的混淆誤認），並非「反競爭」概念下的行為規範，但是 Federal Trade Commission Act 第 5 條所規範的反競爭行為，也可能與我國公平交易法第 25 條規範的行為類型重疊（如薦證廣告），基於前述說明，文中以「大致相當」一詞作為簡要的表述，在此先予說明。

³ Dennis D. Hirsch, *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?*, 34 (2) Seattle U. L. Rev. 439, 443-451 (2011).

⁴ Theodore Rostow, *What Happens When an Acquaintance Buys your Data: A New Privacy Harm in the Age of Data*, 34 (2) Yale J. Reg. 667, 706-707 (2017).

前所述，弱化的個人資料保護可以使得產業獲利，但是強化的個人資料保護卻可以使得社會整體獲益⁵，並且保護個人資料可以增加消費者的信任，有助於大數據利用的正確性⁶。而不論是正反兩面論述，都可以看出個人資料保護在大數據商業利用時代下的重要性。

至於是否可完全交由業者自律作為個人資料保護手段的議題，以目前對於網路治理的想法加以觀察，不論是雙邊或是多邊關係，法律規範的介入自有其必要性⁷。本文認為個人資料的蒐集、處理以及利用因此隨之而來的豐厚利益，使得資訊蒐集者往往不願保護消費者的個人資料，此種商業現實上的市場失靈應該藉由法律規範與責任加以救濟⁸。

二、歐美對於個人資料保護的落差與處理現況

以目前歐美對於個人資料保護的基本概念而言，資料當事人的控制權仍然是保護實踐上相當核心的關鍵議題⁹，個人資料來

⁵ Oz Shy & Rune Stenbacka, *Customer Privacy and Competition*, 25(3) J. Econ. Manag. Strategy 539, 539 (2016).

⁶ Idoia Portilla, *Privacy Concerns about Information Sharing as Trade-Off for Personalized News*, 27 (1) El Profesional de la Información 19, 21 (2018). See also Anita L. Allen, *Protecting One's Own Privacy in a Big Data Economy*, 130 (2) Harv. L. Rev. Forum 71, 77-78 (2016).

⁷ 程法彰（2020），〈數位經濟發展下網際網路服務提供者之責任〉，《台灣法學雜誌》，402期，頁27。

⁸ 曾有論者提出與其完全禁止個人資料的商業利用來救濟市場失靈，不如對個人資料的使用者課與某種事後的責任，其認為完全的業者自律並無法救濟市場失靈的情況。請參閱 Christopher M. Cassidy & Bongsug Chae, *Consumer Information use and Misuse in Electronic Business: An Alternative to Privacy Regulation*, 23 (3) Inf. Syst. Manag. 75, 85 (2006).

⁹ Ian R. Blakesley & Anca C. Yallop, *Consumer Perceptions about Digital Privacy and Online Data Sharing in the UK Insurance Sector*, 8 Marketing from Information to Decision 23, 32 (2015).以最近歐盟所發布的「歐洲資料自治法規提案（Proposal

源者同意的方式，是在討論個人資料保護時所不可或缺的。因此本段將藉由對於歐盟與美國在資料當事人同意規定上的不同作法，說明兩者間對於個人資料保護的落差¹⁰。更重要的是，對於如何彌補資訊落差所產生資訊跨國流動的障礙，目前歐盟與美國尚未取得最終的確認。經由本段對於歐美兩者之間的保護落差現況說明，作為鋪陳其後文中所將提出補救的可能理論與競爭秩序介入的可能性，並後續加以進一步的討論。

（一）歐美對於個人資料保護的落差—同意的方式作為說明
 歐盟對於大數據時代下的個人資料蒐集、處理以及利用的同意，採取嚴格的解釋。依據其個人資料保護規則（General Data Protection Regulation, GDPR）第四條第十一項的定義，同意必須是明確、特定並且清楚的表述或行動，因此默示的同意並不符合個人資料保護規則的要求¹¹。舉例而言，未經使用者同意的網路數位足跡追蹤 cookie，在面對隱私設計（privacy by design）趨勢¹²，所為

for an EU Data Governance Act)」來看，其藉由推動在資訊提供者同意前提下的資料共享（利他）平台，來做為數據利用的合法管道，顯見歐盟仍堅守資料當事人控制的核心基本精神。請參閱 Jetty Tielemans & Sam Jungyun Choi, Proposal for an EU Data Governance Act—a first analysis, at <https://iapp.org/news/a/proposal-for-an-eu-data-governance-act-a-first-analysis/> (last visited 04/26/2022).

¹⁰ 雖然美國絕大部分的州都有對於個人資料保護的規定，但是在聯邦則針對部分類型的個資作個別碎片化的保護。其與歐盟對個人資料採取統一一體適用的保護，有所不同。請參閱 Charlotte A. Tschider, *Experimenting with Privacy: Driving Efficiency through a State-Informed Federal Data Breach Notification and Data Protection Law*, 18 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 45, 48 (2015).

¹¹ Giuseppe B. Abbamonte, *The Protection of Computer Privacy under EU Law*, 21 Colum. J. Eur. L. 71, 76 (2014).

¹² 有實證研究說明產業與政府協力合作保護個人資訊隱私的政策意涵趨勢，隱私設計即為一例。請參閱 Fa-Chang Cheng & Su-Man Wang, *Information Privacy Protection under Anti-Money Laundering Legislation: An Empirical Study in Taiwan*, 8 (7) MDPI Mathematics (Special Issue) Mathematical Analysis in Economics and Management (1048) 1, 10 (2020).

對個人資料保護的不追蹤機制（Do Not Track Mechanism）議題上，若是要符合歐盟個人資料保護規則的要求，其基本應該採取選擇加入（Do Not Track Default Mechanism）的個人資料保護機制¹³，亦即在沒有使用者的事前明示同意下，服務提供者預設的機制應為不予追蹤其數位足跡。反觀美國對於個人資料保護同意的規範上，則允許默示的同意¹⁴。因此對於數位足跡個人資料保護的不追蹤機制，美國則是採取選擇退出（Do Not Track Opt-Out Mechanism）的個人資料保護機制¹⁵，亦即原則上服務提供者得追蹤使用者的數位足跡，除非使用者之後明白要求其不得追蹤。美國在數位足跡追蹤上所認可的默示同意，顯然與歐盟所要求的明示同意，在個人資料來源者對其資訊的控制程度上有相當的落差。

（二）歐美對於雙方間個人資料保護落差的處理現況爭議

為了解決此種法規管制上的落差，美國與歐盟在 2016 年簽訂隱私盾（privacy shield）協議¹⁶。雖然在該協議中認為隱私盾協議的簽訂有助於緩解雙方間對於個人資料保護的落差，但卻也同時表示雙方間事實上仍有個人資料保護落差的存在，例如在該

¹³ 依照歐盟數位足跡追蹤指令，除非是儲存技術或是傳輸過程中所必須，否則必須取得使用者的明示同意。Fa-Chang Cheng & Yu Shan Wang, *The Do Not Track Mechanism for Digital Footprint Privacy Protection in Marketing Applications*, 19 (2) J. Bus. Econ. Manag. 253, 258 (2018).

¹⁴ Federal Trade Commission, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change-Recommendations for Business and Policymakers*, at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf> (last visited 04/26/2022).

¹⁵ Ashton McKinnon, *Sacrificing Privacy for Convenience: The Need for Stricter FTC Regulations in an Age of Smartphone Surveillance*, 34 (2) J. Nat'l Ass'n of Admin. L. Judiciary 484, 523 (2014).

¹⁶ European Commission Directorate- General for Justice and Consumers, *Guide to the EU-U.S. Privacy Shield*, at https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2016-08-01-ps-citizens-guide_en.pdf (last visited 04/26/2022).

協議中說明美國若是對於個人資料雖然有實質上新的使用目的，但是在與原始蒐集目的有相關聯的情況下，默示同意仍符合隱私盾協議對於管制落差上的平衡（例如對於歐盟員工在美國處理的個人資料，該美國公司得利用該資料進行保險行銷）¹⁷，同時在協議的說明中對於其是否能在歐洲法院（the European Court of Justice）的檢視下仍能有效存在，亦持相對保留的看法。舉例而言，歐洲法院在 2020 年的決定中¹⁸，就曾認為隱私盾協議的存在，並不足以彌補美國與歐盟在個人資料保護的落差所可能產生個人資料跨國流動的障礙¹⁹。在該案件中，歐洲法院認為美國法律允許公權力大量蒐集個人資訊，並未符合個人資料保護必要性的比例原則，並宣告隱私盾協議的失效。由隱私盾協議基本已失效的現況觀察，美國在個人資料保護落差的議題上，勢必要更強化個人資料的保護以回應大數據資訊跨國流動所產生的保護法規範障礙²⁰。而美國在 2022 年 3 月與歐盟達成新的「跨大西洋資料隱

¹⁷ *Id.* at 10。

¹⁸ Court of Justice of the European Union, Judgement of the Court (Grand Chamber), at https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=228677&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=18096471 (last visited 04/26/2022).

¹⁹ 雖然隱私盾協議不足以彌補個人資料保護落差，但是參與者仍有義務遵守其協議內容。請參閱 Privacy Shield Framework, Privacy Shield Overview, International Trade Administration, at <https://www.privacyshield.gov/program-overview> (last visited 04/26/2022).

²⁰ 美國聯邦貿易委員會主席 Noah Joshua Phillips 在參議院委員會作證時，除了說明其為隱私權保護的執法機關外，同時亦承認美國有強化資訊隱私保護的必要。請參閱 Federal Trade Commission- Written Statement of Noah Joshua Phillips Commissioner, Federal Trade Commission Before the U.S. Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation Concerning The Invalidation of the EU-U.S. Privacy Shield and the Future of Transatlantic Data Flows, at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1584414/njp_december_9_2020_testimony_final.pdf (last visited 04/26/2022).

私保護框架（Trans-Atlantic Data Privacy Framework）」中²¹，美國承諾除了對於因為國家安全所為符合必要與比例原則的歐盟個人資料侵害監督外，同時亦會強化對於歐盟所屬個人資料的保護。雖然該框架是否能通過歐洲法院的檢視，仍是未定之數，但由此亦可觀察到強化美國個人資料保護的必要性。

參、個人資料保護落差的補救理論建構與競爭秩序介入可能

一、個人資料保護落差的補救理論建構

在說明數位經濟時代中的個人資料保護落差的焦點爭議，以及對於美國在處理落差時的困擾後，本文擬藉由經濟學的漸進創新理論（incremental innovation theory），加以說明在保護落差的政策因應上，與其全盤接受高密度的個人資料保護規範，還不如藉由漸進式的輔助規範對於個人資料保護提供具有一定彈性的中間選項，更能達到所欲強化個人資料保護的法律效果²²。

在管理領域有藉由利用研究商數測度（a research quotient

²¹ The White House, at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/03/25/fact-sheet-united-states-and-european-commission-announce-trans-atlantic-data-privacy-framework/> (last visited 04/25/2022). Also European Commission, at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/FS_22_2100 (last visited 04/26/2022).

²² 以資料可攜的個人資料保護議題而言，即使以歐盟的現況而言，由於其實踐必須仰賴大規模的資料自動化處理技術與標準化規格，而僅要求在技術可行的情況下提供服務，因此有論者認為我國現階段不應以立法方式強制平台業者負擔資料可攜的義務。請參閱葉志良、程致剛、楊東穎（2020），〈5G 與消費者保障：以維護消費者資訊自主權為中心〉，《台灣國際法學刊》，16 卷 1 期，頁 42-43。

measurement)的分析方法指出,漸進式的創新較破壞式(radical innovation)的創新,對於研發成果的產出更具有競爭力²³。本文提出觀察認為不論是研發的創新或是強化個人資料的保護,都是對於現有的成果作進一步的演化,因此若是將研發成果的產出類比為對於個人資料保護的強化,則漸進式的強化個人資料保護亦應較破壞式的強化個人資料保護,更能達成預期的目標。而所謂漸進式強化個人資料保護即是以現有的法規範作個人資料保護補充的基礎,而產生所謂的「協同效應(synergy effects)²⁴」,而非如同破壞式強化個人資料保護,以新的規範加以強化個人資料保護²⁵。

舉例而言,美國在 2016 年的 USTA 案中,聯邦巡迴上訴法院認定寬頻接取業者為電信業者,因此其應受高度的網路中立性管制,而改變以往認定其為資訊服務提供者而為寬鬆管制的傳統政策態度²⁶。在此前提下,傳統美國聯邦貿易委員會(Federal Trade Commission, FTC)對於資訊隱私的低度管制,亦被認定寬頻接取業者改變為電信業者後的美國聯邦通訊傳播委員會所為的

²³ A.M. Knott, The Trillion-Dollar R&D Fix, *Harvard Business Review* (2012), at <https://hbr.org/2012/05/the-trillion-dollar-rd-fix>. (last visited 04/26/2022).

²⁴ Yaninee Songkajorn & Natcha Thawesaengskulthai, *Technology Management of Incremental Innovation: A New Perspective in Medical Innovation Products in Thailand*, 17 (4) *Journal of Quality* 279, 290 (2010).

²⁵ 有論者在 2015 年即提出強制保險或是強制非訴訟爭議解決機制(Alternative Dispute Resolution)可以作為科技與個人資料保護的平衡點。但經過數年的驗證,其新型態的非一般法律責任的強制手段,並未具體實踐在現實世界中。請參閱 Joe Phillips & Se-In Lee, *Litigating Personal Data Disclosures against Information and Telecommunication Service Providers: A Korea-US Comparison*, 15 (1) *J. Korean L.* 191, 234 (2015).

²⁶ 程法彰、葉志良(2020),〈網路中立性的再詮釋:美國在地爭議及其對我國產業管制規範的啟示〉,邱太三、唐淑美等主編,《施茂林教授七秩華誕祝壽論文集(上)》,頁 774-781,台北:五南。

強度管制所取代²⁷。但在美國川普總統上任後所任命的美國聯邦通訊傳播委員會主席 Ajit Pai 宣示下，美國最終在 2017 年底廢除高度的網路中立性管制，回歸到傳統的寬鬆管制政策態度，資訊隱私亦同時回歸到傳統的低度管制²⁸。美國有學者即提出觀察認為戲劇性而非漸進式的增強管制，往往產生強烈的產業後座力並最終導致政策的失敗²⁹。美國網路中立性管制政策的例子，正好可以印證本文所提出的漸進創新理論運用在法規政策上的做法。

二、競爭秩序介入輔助個人資料保護落差的提出與爭議

（一）個人資料保護的法規範基本性質

在提出漸進式的創新理論想法作為個人資料保護落差補救理論後，接下來所要討論的是在現行法制下，作為輔助保護落差的可能選項。而在討論個人資料保護落差的可能彌補選項之前，則必須對於個人資料的性質加以界定，以此作為落差補救方式的初步篩選基準。

若是將個人資料的保護定位為完全主觀的個人意見，則以目前現行的法制來看，似乎無法對於個人資料隱私的保護提供客觀有效的保護。因為在現行法律的救濟制度下，若是完全以個人主觀

²⁷ 例如美國聯邦通訊傳播委員會在其 2016 的隱私權命令中，對於網路的資訊蒐集要求為預設的選擇加入模式（opt-in default），而非以傳統上美國聯邦通訊貿易委員會認為除非是敏感個人資料否則以選擇退出模式（opt-out mechanism）作為個人資料蒐集原則。See Rosemary C. Harold, *The FCC Forgot Something in Piecing Together its Complex Proposal for Broadband Privacy Regulation: Consumers*, 17 (3) Fed. Soc. Rev. 62, 63 (2016).

²⁸ 程法彰、葉志良，同前註 26，頁 781-782。

²⁹ Alison M. Cheperdak, *Double Trouble: Why Two Internet Privacy Enforcement Agencies are not Better than One for Businesses or Consumers*, 70 Fed. Comm. L. J. 261, 296-297 (2018).

意見作為個人資料保護的界定範疇，則法的安定性勢必無法獲得有效的保障。同時若以完全主觀個人資料認知作為規範的對象，則所謂客製化的個人資料保護亦會基於技術與建置費用對於網路業者所造成的負擔，使得現實上無法具體實施個人資料保護³⁰。因此對於個人資料保護落差的法制補救上，個人資料保護理論上應以客觀的判斷基準作為範疇的界定。即使雖然有學者提出觀察認為在個人資料的保護方向上，近年有趨勢朝向原本應由權利人所掌控的資訊自決權改為由資訊利用人的風險控管為主³¹，因而挑戰了目前一般認為個人資料是在保護提供者的資訊自決權的看法³²。但即便是如此，其所謂的「風險控管」是藉由對於個人資料的保護作出一般性的評價，卻也是再次印證了個人資料保護法制上應以客觀合理一般人作為判斷的基準。

（二）反競爭作為個人資料保護輔助選項的正反意見

在個人資料保護為客觀基準的判斷下，面對大數據時代下對於大量個人資料商業利用的現實情況下³³，競爭秩序（unfair

³⁰ Wei Zhou & Selwyn Piramuthu, *Information Relevance Model of Customized Privacy for IoT*, 131 J. Bus. Ethics 19, 29 (2015).

³¹ 劉定基（2017），〈大數據與物聯網時代的個人資料自主權〉，《憲政時代》，42卷3期，頁297。

³² 在近年對於使用個人資料的透明與個人資料保護設計機制的理念，皆是在實踐資訊自決權的具體作法。請參閱 Paula J. Bruening & Mary J. Culnan, *Through a Glass Darkly: From Privacy Notices to Effective Transparency*, 17 (4) N. C. J. L. & Tech. 515, 523, 566-568 (2016).

³³ 本文並無意對於蒐集個人資料後的大數據演算法本身，是否應受競爭法的規範甚或是利用行為經濟學的理论加以討論，有論者提出除非是大規模的利用演算法達到默契式的共謀，法規的介入有可能造成競爭秩序的負面影響，因此必須多方深入考量，對可能的演算法默示共謀的反托拉斯政策處理上應結合各方合作（競爭秩序、消費者保護、個人資料保護以及機器深度學習的專家），並謹慎為之。同時若是要演算法的議題，納入競爭秩序的反托拉斯行為類型中，在現行的法規範架構下，對於合意以及默契式的共謀可能要有更清楚的界定。請

competition) 的提出作為個人資料保護的輔助選項，自有其現實上的意義³⁴。本文所為如此的主張，主要是基於對於大量利用個人資料的商業現況而言，其與市場競爭以及消費者保護所欲規範的競爭秩序行為外觀相近，並且前述理論已經過相當時間的實踐，具有一定程度的可操作性，因此在論述上以此做為討論的選項。同時由於如前所述，雖然競爭秩序在概念上，包含反競爭與消費者保護兩種不同的法益保護切入方式，但是學者間爭議的焦點主要在於反競爭是否得作為個人資料隱私保護的方式³⁵。對此議題反對最力的學者 Cooper 在其為文中主要提出兩方面的說明³⁶。首先，其認為個人資料的保護並非反競爭中所考量的非價格因素。個人資料保護的降低不必然會傷害服務品質而構成市場力量濫用的反競爭效果，同時資訊蒐集者並不當然受有好處。相反的降低對消費者的資料保護，利用大數據技術反而使得消費者得到更好

參閱 Alvarez & Marsal, The antitrust implications of pricing algorithms, at <https://www.alvarezandmarsal.com/insights/antitrust-implications-pricing-algorithms> (last visited 04/26/2022).

³⁴ 曾有論者嘗試提出擴大忠誠義務 (fiduciary duty) 至資訊蒐集、利用與處理者，但筆者認為忠誠義務是基於長久的文化所形成的法律義務，並不適用於個人資料的保護，尤其許多資訊提供者都有給予不正確資訊以換得免費服務的傾向。請參閱 Ariel Dobkin, *Information Fiduciaries in Practice: Data Privacy and User Expectations*, 33 (1) Berk. Tech. L. J. 1, 50-51 (2018).

³⁵ 本文對於個人資料保護與反競爭兩者之間的關係，所討論的方向上是由反競爭的角度看待其對於個人資料保護的輔助，而筆者雖然亦同意強化的個人資料保護，有助於消費者的信心與市場的公平競爭，但是這並不表示違反個人資料保護必定可以反競爭的角度加以解釋。有關強化的個人資料保護，有助於消費者信心與市場公平競爭的論述，請參閱 Alessandro Mantelero, *Competitive Value of Data Protection: the Impact of Data Protection Regulation on Online Behavior*, 4(3) Int'l Data Privacy Law 229, 238 (2013).

³⁶ James C. Cooper, *Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity*, 20 (4) Geo. Mason L. Rev. 1129-1146 (2013).

的服務³⁷。此外 Cooper 更進一步認為禁止個人資料的蒐集等同於直接限制言論自由³⁸，並且美國法院傳統上會避免禁止反競爭與言論自由保護的直接衝突，因此其推論若是禁止個人資料蒐集所為的個人資料保護等同於直接限制言論自由，則個人資料保護應該被排除於反競爭的概念之外³⁹。

對於贊成反競爭可作為資訊隱私保護另一選項的學者而言，資訊隱私保護不足所造成的品質降低是在反競爭議題考量中的非價格因素⁴⁰。有論者認為即使現行法規工具無法加以衡量非價格因素，但是因為個人資料保護的不足其會造成市場的高度參進障礙，因此若不加以管制對於市場創新必定有不利的影响⁴¹。我國亦有學者進一步認為對於資訊提供者的訊息透明，是此種非價格的反競爭考量因素在決定客觀競爭效果的前提要件。因為唯有資訊提供者對於業者所為的個人資料利用能正確的理解，競爭服務品質的客觀評價方能彰顯⁴²。

³⁷ *Id.* at 1135-1136.

³⁸ *Id.* at 1138-1140.

³⁹ *Id.* at 1142-1143. 在 *Sorrell v. IMS Health Inc.* (131 S.Ct. 2653 (2011)) 一案中，美國 Vermont 州的法律規定禁止藥廠利用醫師開處方籤藥的習性，加以推銷高價藥品。本案爭點最主要在於是否 Vermont 州的立法，不當限制了藥廠與資訊探勘者的言論自由。由於美國聯邦最高法院在該案中曾表示，對於商業性言論內容的限制，應以高於中度憲法審查基準（intermediate constitutional scrutiny）作違憲性的審查。因此 Copper 認為商業性言論內容限制應以嚴格的違憲審查基準，而這顯然與美國法院傳統上會避免反競爭與言論自由的直接衝突有所不同。

⁴⁰ Peter P. Swire, Submitted Testimony to the Federal Trade Commission Behavioral Advertising Town Hall, at https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/testimony_peterswire/Testimony_peterswire_en.pdf (last visited 04/26/2022).

⁴¹ 張媛筑（2018），〈競爭法上使用者數據之應有定位與可能造成之衝擊〉，《公平交易季刊》，26卷4期，頁132、138。

⁴² 學者認為對於資訊隱私所為的反競爭，主要是在建構「市場結構面」的效果，而非其使用「方式」是否違反個人資料隱私的保護。請參閱陳志民（2020），〈大數據與市場力濫用行為初探〉，廖義男、黃銘傑主編，《垂直限制競爭與資

三、德國以反競爭角度介入個人資料保護的經驗

歐盟雖然有個人資料保護規則作為其對於個人資料保護的強力後盾，但是近年來對於利用競爭秩序的規範，加以開拓個人資料保護選項的可能性，卻也是不遺餘力。近年引起高度討論的臉書受到德國聯邦卡特爾署（the German Federal Cartel Office）調查的案件⁴³，正好說明了這個現象。在該案件中，德國聯邦卡特爾署啟動調查關於臉書要求使用者同意高度蒐集個人資料所可能產生的濫用市場力。在德國聯邦卡特爾署的最終決定中，其禁止臉書要求使用者同意蒐集臉書以及與臉書相關的社群軟體（Instagram）的個人資料，同時亦禁止對於按讚或是分享的第三方網站甚或是臉書所為的分析服務，使用者都必須同意的做法。臉書的使用者必須享有隨時得撤回其同意的權利，同時亦不應影響其使用臉書的權利。

在市場力的界定上，德國聯邦卡特爾署認為訊息服務者（WhatsApp, Snapchat 等）或是專業的社群軟體（如 LinkedIn）皆非同一市場，有論者即認為其所為是限縮的市場認定⁴⁴。在德國對於市場主導者的認定中，假如市場參與者在該市場中並無競爭者、未受到實質上的競爭或是與競爭者有相同的市場力，則會被認為是市場主導者。同時如果其市場佔有率超過 40%，則會被

訊時代下之競爭議題》，頁 431-432，台北：元照。

⁴³ Peter Stauber, Facebook's Abuse Investigation in Germany and Some Thoughts on Cooperation between Antitrust and Data Protection Authorities, at <https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-abuse-investigation-in-germany-and-some-thoughts-on-cooperation-between-antitrust-and-data-protection-authorities/> (last visited 04/26/2022).

⁴⁴ *Id.* at 4. 作者對於該案中德國聯邦卡特爾辦公室作服務類別甚或是地理區域（限於德國境內）的限縮認定，提出相關的質疑。

推定其為市場主導者。在此原則下，臉書因而被認定其為市場主導者，在德國社群網路的市場中具有市場主導的力量。

在對於濫用行為的討論上，對於按讚或是分享的第三方網站甚或是臉書所為的分析服務，使用者都必須同意的做法，德國聯邦卡特爾署認為其為屬於濫用的行為。因為前述的行為在個人資料保護的原則下觀察，其既不具備履行契約義務的正當性，同時在臉書利益與個人資料保護的法益平衡上，亦無法加以說明其理由，更由於所謂的同意是沒有選擇的空間，無法符合歐盟對於個人資料保護同意的概念，因此其構成濫用的行為。

至於對於濫用行為所產生違反競爭秩序效果的討論上，德國聯邦卡特爾署主要認為具市場力的臉書是剝削臉書使用者，而造成市場競爭的不利益⁴⁵。其認為臉書強迫要求使用者提供過多的個人資料，因此剝削了使用者⁴⁶。至於市場競爭的不利益，主要的論述在於具市場力的臉書所蒐集的個人資料是競爭者所做不到的，因此產生了競爭上的不利益⁴⁷，甚至在極端的情況下，部份個人資料也有可能被視為是競爭秩序概念下的瓶頸設施（bottleneck facility）⁴⁸，

⁴⁵ Justus Haucap, Data Protection and Antitrust: New Types of Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook Decision 2 (2019), available at https://www.researchgate.net/publication/334398813_Data_Protection_and_Antitrust_New_Types_of_Abuse_Cases_An_Economist%27s_View_in_Light_of_the_German_Facebook_Decision (last visited 04/26/2022).

⁴⁶ *Id.* at 2-3. 但是在該篇文章中，論者對此提出質疑認為隱私與一般可耗盡的資源不同，個人資料可重複多次運用，因此很難說臉書的使用者被剝削。但是或許可以解釋為使用者的個人資料價值被減損。在該案法院亦說明使用者失去其控制權，可見一般。同時有實證說明雖然大部分的使用者在公開場合主張個人資料保護的重要性，但是在現實上卻又願意提供個人資料以換取服務。

⁴⁷ *Id.* at 7. 本文論者認為由於個人資料往往有非獨占與非敵對的使用特性，再加上個人資料的蒐集有時並不需高度的投資成本，因此有時第三方的運用有其允許的必要性。

⁴⁸ OECD, Enhancing Access to and Sharing of Data- Reconciling Risks and Benefits for

因而必須對所有競爭者為公平合理的開放。

由前述的案例說明本文觀察認為⁴⁹，德國在處理利用競爭秩序所為的個人資料保護時，其主要是由反競爭的角度出發⁵⁰。雖然本案最後由於進入到訴訟中，德國法院（the Higher Regional Court of Düsseldorf）認為證據不充分而否定德國聯邦卡特爾署的決定，但該法院亦並未否定聯結個人資料保護與競爭秩序中反競爭的可能性⁵¹。本案後續德國聯邦卡特爾署上訴至德國聯邦法庭（German Federal Court of Justice），德國聯邦法庭雖然認同聯邦卡特爾署的結論，但其理由並非如聯邦卡特爾署著重在市場地位的濫用，德國聯邦法庭的論述重點在於不公平契約條款所可能帶來的競爭秩序妨害⁵²。當案件發回下級德國法院重審時，德國法院尋求歐洲法院（European Court of Justice）對於個人資料保護規則中，何謂自由意志下的同意（consent is freely given）意見，亦即是否臉書的作法違反個人資料保護規則的規範。有論者即觀察認為，只有當法院認為該爭議對於案件具有決定性的影響時，才會向歐洲法院尋求法律意見的諮詢⁵³。因此本文認為未來

Data Re-use across Societies, at <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/276aaca8-en/index.html?itemId=/content/publication/276aaca8-en> (last visited 04/26/2022).

⁴⁹ 我國亦有學者在其對於大數據競爭法議題討論中，對德國臉書一案有相當詳細的描述。請參閱宋皇志（2020），〈大數據之競爭法議題－以限制競爭為中心〉，《政大法學評論》，163期，頁96-99。

⁵⁰ Gregory Day & Abbey Stemler, *Infracompetitive Privacy*, 105 Iowa L. Rev. 61, 88 (2019).

⁵¹ B. John Torabi, *Is Privacy an Antitrust Issue? A Growing Movement* (April 1, 2020), at https://news.law.fordham.edu/jcfl/2020/04/01/is-privacy-an-antitrust-issue-a-growing-movement/#_edn30 (last visited 04/26/2022).

⁵² DLA Piper-Germany: Federal Court summary judgment: FCO achieves stage victory against Facebook, at <https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/germany-federal-court-summary-judgment-fco-achieves-stage-victory-against-facebook/> (last visited 04/26/2022).

⁵³ INPLP-German Federal Cartel Office vs. Facebook – the One Who Wins the Battle

在歐盟法院作出解釋後，德國法院是否會將個人資料保護規則的違反直接等同於妨害競爭秩序的效果，仍有待進一步的觀察。

肆、競爭秩序強化個人資料保護做法的檢討 與我國可能回應初探

一、競爭秩序強化個人資料保護做法的檢討

前述的說明除了印證美國以及歐盟對於個人資料的不同憲法定位外，亦有助於接下來進一步說明競爭秩序下的反競爭概念與消費者保護對於強化個人資料保護議題的操作上，有其各自不同的考量與操作可行性。首先就憲法上的定位而言，相較於歐盟認為個人資料保護為核心基本人權，美國至今未曾承認個人資料保護為核心基本人權⁵⁴。在個人資料保護的強度上，基本而言歐盟即遠勝於美國⁵⁵，這也是本文一開始所談的個人資料保護落差的背景原因。因此競爭秩序的介入作為個人資料保護的手段，對於歐盟而言並無急迫性⁵⁶。反而是美國若是為了弭平個人資料保護

Might Not Win the War, at <https://inplp.com/latest-news/article/german-federal-cartel-office-vs-facebook-the-one-who-wins-the-battle-might-not-win-the-war/> (last visited 04/26/2022).

⁵⁴ Fa-Chang Cheng & Su-Man Wang, *supra* note 12, at 3.

⁵⁵ 程法彰（2020），〈我國資通訊產業的個資去識別化運用爭議〉，《萬國法律》，230期，頁73。

⁵⁶ 雖然目前對競爭秩序的介入並無急迫性，但未來對於是否利用競爭秩序概念作管轄權上的擴張，則似仍有討論空間，留待進一步的後續觀察。意即筆者認為即使歐盟對於個人資料已為高強度的保護，但由於其對於管轄權的標靶理論（targeting theory）重視個人資料蒐集者鎖定的意圖，而對於消費者保護的管轄地可選擇消費者的所在地，因此以消費者保護作為個人資料保護的手段，可以實質擴張法院的管轄權。

管制的落差，對於競爭秩序強化個人資料保護有其需求⁵⁷。

然而如本文一開始所述，歐美的競爭秩序概念包含反競爭與消費者保護兩種不同的法益保護。若是採取反競爭的途徑作為管制落差的補強手段，其必須界定市場與證明反競爭秩序效果（*anticompetitive effects*），這對於數位時代下大數據商業利用行為所產生證明上的挑戰，自然是不言可喻⁵⁸。同時雖然有論者認為因為違反個人資料保護所造成的消費者不完美選擇，即可證明該行為在反競爭上的可歸責性，亦即個人資料保護違反本身，即構成非價格因素的違反效果，筆者認為此種類推，將人格權保護與經濟秩序效果兩者之間所為的直接聯結，並非妥適⁵⁹。另外反競爭的管制以保護個人資料的作法，反過來說亦顯示其帶有將個人資料隱私予以商業化與財產化的性質⁶⁰。即使美國因為與歐盟之間的個人資料保護落差，因而對於強化個人資料保護有其需求，但是其近期對於谷歌所為的反競爭訴訟，亦未見其以個人資料的利用作為起訴的主要理由，或許正可以說明美國對於利用反

⁵⁷ 美國聯邦貿易委員會即使目前並未利用消費者保護概念作為個人資料保護的補強工具，但是近年民間與州的部份，已開始尋求運用消費者保護的概念，作為個人資料保護的補強。請參閱 Perkins Coie-Uniform Personal Data Protection Act Gains Approval, at <https://www.privacyquicktipsblog.com/2021/08/uniform-personal-data-protection-act-gains-approval/> (last visited 04/26/2022).

⁵⁸ 我國有學者即說明，利用非價格競爭因素（質化因素）來決定市場範圍的困難。請參閱陳志民，同前註 42，頁 418-420。

⁵⁹ Francisco Costa-Cabral & Orla Lynskey, *Family Ties: the Intersection between Data Protection and Competition in EU Law* (2017), p.16 at <http://eprints.lse.ac.uk/68470/> (last visited 04/26/2022). 有論者亦與本文持相同看法，認為在無法證明競爭的傷害前，不應藉由競爭秩序作為個人資料的保護手段。請參閱 Stefan Scheuerer, *Artificial Intelligence and Unfair Competition – Unveiling an Underestimated Building Block of the AI Regulation Landscape*, 70(9) GRUR International 834, 840 (2021).

⁶⁰ Gregory Day & Abbey Stemler, *supra* note 50, at 61, 88.

競爭手段作為強化個人資料保護選項的猶豫⁶¹，而美國與歐盟對於臉書近期所發起的調查理由中，亦可以看出個人資料保護並非其訴求的主軸⁶²。綜上所述，對於為因應大數據時代下的個人資料利用的商業模式，藉由反競爭的管制逐漸將個人資料隱私的保護由人格權保護朝向財產權的可能保護方向前進，仍有待未來實踐經驗的累積⁶³。

雖然本文認為反競爭途徑的個人資料保護有其前述的困擾，因此其不應作為管制落差補強的首選，但同時本文亦認為其可以作為處理重大案件的備案選項⁶⁴。同時由美國的經驗觀察，對於大數據商業利用下的個人資料保護所因此限制個人資料的自由流

⁶¹ BBC News 網站，<https://www.bbc.com/zhongwen/trad/world-54634411>（最後瀏覽日：04/26/2022）。

⁶² 歐盟在 2021 年中所發起的反托拉斯調查中，主要是針對臉書運用廣告主所蒐集的消費者資訊，進行相同競爭的調查，同時臉書將其分類廣告的服務，綁定於社群平臺，亦是其調查的另一項內容。請參閱 European Commission-Antitrust: Commission Opens Investigation into Possible Anticompetitive Conduct of Facebook, at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2848 (last visited 04/26/2022). 另外美國聯邦貿易委員會則曾嘗試，藉由證明臉書併購競爭對手的行為是掠奪性的獨佔行為進而主張分拆臉書的組織，而目前尚未獲得成功。請參閱 Sue Halpern, Why Facebook Is Suddenly Afraid of the F.T.C., The New Yorker, at <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/why-facebook-is-suddenly-afraid-of-the-ftc> (last visited 04/26/2022).

⁶³ 建議或許未來可以藉由實證的研究，加以說明個人資料商業化與財產化的可能現況。

⁶⁴ 本文所稱「重大案件」，指的是反競爭效果相當明確的行為類型，例如歐盟數位市場法草案中，禁止平臺利用企業用戶所生的非公開資料進行競爭，至於本文所述德國臉書案件，則仍有待進一步的觀察。同時筆者認為禁止個人資料可攜所產生的「鎖定效應（lock-in effect）」，亦是值得討論的議題，雖然我國目前並未在個人資料保護中明訂個人資料可攜的權利。請參閱北美智權報，http://www.naipo.com/Portals/1/web_tw/Knowledge_Center/Laws/IPNC_210106_02_02.htm（最後瀏覽日：04/26/2022）Also See Wei Wang & Mengjiao Zhou, Consumer Privacy Protection based on Data Subject Rights, 3(8) Acad. J. Bus. & Manag. 5, 7 (2021).

動，不應等同對於一般言論內容的直接限制，以避免個人資料的保護非但無法透過競爭秩序的概念予以強化保護，甚至對個人資料保護其本身的合憲性造成挑戰⁶⁵，因為不論是競爭秩序甚或是個人資料的保護，本身規範的目的皆不在於對於言論內容的直接限制。

至於消費者保護的途徑，對於個人資料保護或許相較於反競爭途徑更為適合⁶⁶。本文提出觀察認為經由消費者保護的途徑，不但可以避免前述界定市場與證明非價格因素的反競爭秩序效果難題，同時也可以減少個人資料隱私財產化的潛在爭議。若是以2020年歐盟的數位服務法草案而言，在該草案中開宗明義說明其主要的核心在於消費者保護，並確保消費者對數位經濟的信賴，同時尊重使用者的基本人權，其並在草案中多次提及有助於個人資料的保護⁶⁷。本文觀察認為由於個人資料的保護正是消費者對於數位經濟信賴的核心，因此個人資料的保護與消費者保護

⁶⁵ 雖然本文前述學者 Cooper 認為在 *Sorrell* 一案中 (*Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S.Ct. 2653 (2011))，美國聯邦最高法院在判斷 Vermont 州的法規中禁止買賣、揭露與使用其處方習慣的記錄，其限制資訊流動所為的憲法檢視上，由於其在案件中說明對於商業性的言論內容限制 (content and speaker based restrictions)，有可能值得較中度審查基準更嚴格的憲法檢視。因此該論者認為代表聯邦最高法院，有意對於個人資料保護採取嚴格的憲法檢視基準。但後續有學者實證研究說明美國在 *Sorrell* 一案後，對於商業性的言論內容限制仍然採取中度的憲法審查基準。請參閱 Edward J. Schoen & J.S. Falchek, *Sorrell v. IMS Health Inc.: Sowing Mischief in Commercial Speech Protection*, XXV (Spring) Southern Law Journal 22-23 (2015)。本文認為商業性的言論內容限制其主要目的往往與言論內容本身無關，因此不應採取嚴格的憲法審查基準。

⁶⁶ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*, 80 (1) Antitrust L. J. 121, 151 (2015).

⁶⁷ European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC 2 (2020), available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en> (last visited 04/26/2022).

兩者之間，應可說是息息相關。因此若是以消費者保護途徑作為管制落差補強主要選擇，在美國消費者保護面向的競爭秩序討論上，不公平（*unfair*）或欺騙性（*deceptive*）行為則是討論的選項⁶⁸。以美國目前對於消費者保護面向在個人資料保護的具體實踐上，主要是在於盜竊身分、網路安全的欺騙行為或是違反契約承諾的議題上⁶⁹。或許藉由不公平此一具彈性概念的實踐，一方面既可以強化個人資料保護⁷⁰，另一方面亦可取得歐盟個人資料保護規則與數位經濟時代下大數據利用現實的平衡⁷¹。美國現實上目前由德州參議員 Jerry Moran 所提出的法案中，亦將美國聯邦貿易委員會設定為個人資料保護的全國執法主管機關，由此亦

⁶⁸ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *supra* note 66, at 138.

⁶⁹ *Id.* at 149. FTC 在 2019 年曾針對 Facebook 違反對於用戶的承諾，而將使用者的個人資料交由劍橋數據分析（Cambridge Analytica）處理，並賣給競選團隊作選舉之用，對其開罰 50 億美金的罰金，而其開罰的理由是基於消費者保護面向的欺騙行為。請參閱 Federal Trade Commission- FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook, at <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions> (last visited 04/26/2022).

⁷⁰ 美國聯邦貿易委員會早期對於，「未能適當的告知其資訊行為」可能所為不公平行為的違反，亦有所討論。但是由於對於該隱私的侵害是否符合要件（如該侵害是否「顯著」），容易引起爭議而其轉向處理線上詐欺及欺罔行銷行為。請參閱劉定基（2009），〈欺罔與不公平資訊行為之規範－以美國聯邦交易委員會的管制案例為中心〉，《公平交易季刊》，17 卷 4 期，頁 68-71。

⁷¹ 有論者曾為文說明美國可攜式健康保險責任法案（Health Insurance Portability and Accountability Act, HIPAA）中與歐盟個人資料保護規則，對於去識別化概念兩者之間的落差。本文認為美國競爭秩序主管機關－美國聯邦貿易委員會，可藉由其對於案件的裁量權，強化去識別化的技術要求，例如利用雜數演算法隱私保護（hashing or differential privacy），達成強化個人資料保護的目的。請參閱 Kathleen Benitez, Grigorios Loukides & Bradley Malin, Beyond Safe Harbor: Automatic Discovery of Health Information Deidentification Policy Alternatives, at https://www.researchgate.net/publication/221629821_Beyond_Safe_Harbor_Automat ic_Discovery_of_Health_Information_De-identification_Policy_Alternatives (last visited 04/26/2022).

可以看出消費者保護模式對於個人資料保護的重要性⁷²。

二、我國在面對競爭秩序概念下對於強化個人資料保護的可能回應

（一）我國在個人資料保護的數位落差

我國在個人資料保護法制定之初，即大體參考歐盟的個人資料保護指令（Data Protection Directive）⁷³，而該指令其後又被於 2018 年正式實施的個人資料保護規則（General Data Protection Regulation）所補充取代⁷⁴。雖然我國在個人資料的保護制度上，大體承襲歐盟的做法⁷⁵，但是我國的個人資料保護法，對於個人資料跨境傳輸規定⁷⁶、個人資料保護獨立專責機關⁷⁷、同意的例

⁷² Jerry Moran, Sen. Moran Introduces Bill Creating Clear Federal Standard for Consumer Data Privacy, at <https://www.moran.senate.gov/public/index.cfm/2021/4/sen-moran-introduces-bill-creating-clear-federal-standard-for-consumer-data-privacy> (last visited 04/26/2022).

⁷³ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, O.J.L. 281, 23/11/1995

⁷⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, O.J.L. 119, 04/05/2016

⁷⁵ 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》，264 期，頁 239。

⁷⁶ 我國對於個人資料跨境傳輸採「原則允許，例外限制」，與歐盟個人資料保護規則採「原則限制，例外允許」正好相反。Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), O.J.L. 119, 04/05/2016 Art. 45.

⁷⁷ 我國目前對於個人資料保護獨立專責機關尚無相關規定，與歐盟資料保護規則的要求有所不同。

外規定⁷⁸、資料可攜式權利以及自動化決策限制權⁷⁹，相較於歐盟現行的個人資料保護規則仍有欠缺或有所不同。由前述的說明可以理解在數位經濟的大數據時代下，我國與歐盟在個人資料保護的法規範上，確有相當的落差，例如在歐盟個人資料保護規則第 22 條中規定，對於受到自動化決策處理（如人工智慧）的個人資料提供者，應被資訊通知者充分告知，並有權加以拒絕，而自動化線上申辦信用的拒絕即為一例，而歐盟這樣的規範，並未見於我國的個人資料保護法。我國在政策上積極的想要通過歐盟對於個人資料保護的適足性認定⁸⁰，因此在對於如何弭平兩者之間的數位落差，在我國仍有政策討論現實上的需求⁸¹。

（二）我國公平交易法與消費者保護法對於個人資料保護的數位落差適用

我國在面對競爭秩序的概念上，公平交易法與消費者保護法是兩大重要的法規範主軸。以下即分別針對我國公平交易法與消費者保護法對於個人資料保護的數位落差適用的可能性，加以討論並提出本文的觀察。

⁷⁸ 有學者認為由於我國在 2015 的個人資料保護法修正中，規範非敏感性個人資料的同意，並不需要書面為之，因此其解讀為默示同意亦為我國個人資料保護制度所接受，並藉此以解套我國實務上網站以使用者繼續瀏覽即視為同意的作法。請參閱翁清坤（2016），〈網路上隱私權政策之效力：以美國法為中心〉，《臺大法學論叢》，45 卷 1 期，頁 231、234-235。

⁷⁹ 我國的個人資料保護法目前對於資料可攜式權利以及 AI 自動化決策限制權仍無相關的規範。請參閱李世德（2019），〈面對國際潮流及創新科技衝擊下之台灣個資法〉，數位時代下之隱私權（四），台灣律師學院系列課程，2019 年 5 月 9 日，頁 9。

⁸⁰ iThome 網站，<https://www.ithome.com.tw/news/134492>（最後瀏覽日：04/26/2022）。

⁸¹ 日本為通過歐盟適足性認定而對其個人資料保護所為的補充規則，其將歐盟的個人資料與日本的個人資料分開保護，本文在此對於不同來源國的個人資料保護所為的差別待遇，持否定的看法。請參閱劉靜怡（2019），〈淺談 GDPR 的國際衝擊及其可能因應之道〉，《月旦法學雜誌》，286 期，頁 25、29。

1. 公平交易法對於個人資料保護的數位落差適用

近年來雖然有論者積極想藉由行為經濟學的概念⁸²，擴大公平交易法的適用範圍，甚至作為個人資料保護的手段之一，但是並未獲得學術與實務上的支持⁸³。本文認為以行為經濟學上假定有限理性消費者的行為偏誤作為違法行為的前提設定本身⁸⁴，即與公平交易法中以市場的競爭者行為作為討論主軸有別⁸⁵，事實上行為經濟學本身常是作為政策引導的工具，需要經常對助推力（nudge）作出調整，因此並不適合作為以市場業者為規範對象的常態性執法依據⁸⁶。

若是回歸到目前我國公平交易法相當於競爭秩序的反競爭概念上來看，前述美國與歐盟關於利用反競爭概念，作為個人資料保護落差補強法規工具所可能產生的界定市場與證明反競爭秩序效果爭議，以及個人資料隱私予以商業化與財產化的性質變化，亦同樣會在我國發酵。即便要對於大型業者採取違反公平交易法的相

⁸² 洪財隆（2019），〈行為經濟學與競爭法適用之初探〉，《公平交易通訊》，85期，頁1。

⁸³ 本文試圖搜尋公平交易委員會近五年的相關決定，並未發現有以行為經濟學作為判斷論述的處分案件。

⁸⁴ 或許消費者的行為偏誤類型，可以作為市場界定的參考因素。請參閱 Andreas Heinemann, Behavioural Antitrust- A “More Realistic Approach” to Competition Law, in: Klaus Mathis ed., EUROPEAN PERSPECTIVES ON BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS, 211, 232 (2015).

⁸⁵ Michael Harker & Judith Mehta, Behavioural Remedies and Cost Benefit Analysis: A Cautionary Note, in: Judith Mehta ed., BEHAVIOURAL ECONOMICS IN COMPETITION AND CONSUMER POLICY (2013). See also Amelia Fletcher, Modelling Naïve Consumers, in: Judith Mehta ed., BEHAVIOURAL ECONOMICS IN COMPETITION AND CONSUMER POLICY (2013).

⁸⁶ 目前未見美國以及歐盟實務有實際案件以行為經濟學作為案件判斷的主要依據，相反的美國早期即有學者說明美國並未擁抱此一理論。請參閱 Maurice E. Stuckey, *Money is That What I Want?: Competition Policy and the Role of Behavioral Economic*, 50 Santa Clara L. Rev. 101, 103 (2010).

關後續作為時，亦必須要有相關的長時間與周詳的證據調查⁸⁷。除此之外，我國目前在政策上不論是基於發展金融科技產業⁸⁸，或是為落實網際網路業者的民事侵權或是刑事取證協力義務⁸⁹，都必須個人資訊保護重要規範對象－網際網路平台－的高度配合。筆者雖然亦理解我國公平交易委員會對於數位平臺反競爭議題的關心，但不論是學界將個人資料保護視為非價格因素，甚至是可能藉由行為經濟學或是第 25 條的概括性條款，其將個人資料的保護納入，都有其論理本質上的困難⁹⁰，也因此實務尚未能加以接受⁹¹。所以

⁸⁷ Eversheds Sutherland, Competition Investigations, at <https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/practices/anti-trust-competition-eu-trade/competition-investigations.page> (last visited 04/26/2022).

⁸⁸ 行政院網站，<https://www.cy.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/85206667-5049-4339-abd5-a72da5308689>（最後瀏覽日：04/26/2022）。

⁸⁹ 程法彰，同前註 7，頁 37。

⁹⁰ 雖然我國公平交易法第 25 條有所謂「帝王條款」之稱，但是這並不代表其在適用上毫無限制。依「公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則」第 2 點「適用的基本原則」規定，必須以「足以影響交易秩序」作為判斷要件，同時最高法院在 107 年度台上字第 1967 號民事判決再次確認該要件的重要性。並且在該案中最高法院說明在考量「交易秩序」時，應考量「交易習慣」及「產業特性」。有關最高法院的案件說明，請參閱聖島智慧財產專業團體，https://www.saint-island.com.tw/TW/Knowledge/Knowledge_Info.aspx?IT=Know_1_1&CID=547&ID=1417（最後瀏覽日：04/26/2022）。此外，對於「足以影響交易秩序」的判斷上，雖不以實害已發生之必要，但依二十五條案件之處理原則而言，應以具體危險作為判斷內涵。綜前所述，即使利用該條文，筆者認為原則上仍無法解決本文所提出證明上的困難。請參閱吳秀明（2021），〈從行政法院判決看適用公平交易法第 25 條之共通原則與問題〉，《公平交易季刊》，29 卷 3 期，頁 94-96。

⁹¹ 雖有學者認為我國早期以及德國在 Uber 一案中，對於行業別的違法行為該當第 25 條「違法取得競爭優勢」之違法類型，可類比個人資料保護的違法情況，但筆者認為個人資料保護並非行業別的法律規範內涵，因而兩者之間並無法加以類推適用。請參閱楊宏暉，〈從德國 Facebook 案談競爭與隱私之交會〉，歐美近年競爭法重要案例研析學術研討會，台灣公平交易法學會主辦，2022 年 1 月 22 日，頁 49-50。

本文提出觀察認為，現階段不宜貿然將公平交易法適用在個人資料保護的議題上。

2.消費者保護法對於個人資料保護的數位落差適用

由消費者保護的角度切入個人資料保護的妥適性，近年已有相關學者提出說明。有認為個人資料保護，與現時消費者保護的充分告知後選擇的理念吻合⁹²。亦有認為由於對於可識別的個人資料定義目前仍有許多的討論，為避免不當的規避個人資料保護，蒐集關於個人的資訊以影響消費者的行為，或許未來個人資料保護會融入消費者保護的概念中⁹³。不論是前述個人資料保護與消費者理念的吻合，甚或是個人資料保護融入消費者保護的概念中，都共同說明了消費者保護的實踐有助於個人資料的保護。同時由於如前所述，本文認為公平交易法並不適合作為彌補個人資料保護落差的常態性執法依據，因而本文亦並無意進一步討論公平交易法與消費者保護法的競合⁹⁴。接下來部分所要討論的則是，我國行政院消費者保護會對於個人資料保護議題的可能處理與展望。

⁹² Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *supra* note 66, at 121, 152-156.

⁹³ Tal Z. Zarsky, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, 20 *Theoretical Inquiries L.* 157, 167-168 (2019).

⁹⁴ 未來若是針對特定案件作公平交易法的相關調查，則是否對於公平交易委員會與消費者保護委員會兩者之間的競合，仍留待未來進一步的討論。早期學者提出認為廣告主、廣告媒體業者等，依據規範性質、要件以及救濟的方式，公平交易法與消費者保護法兩者之間關係，有些是互補關係，有些則是競合關係。請參閱廖義男（1996），〈消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示範圍之競合〉，《律師通訊》，199期，頁35-36。若是依目前公平交易委員會的看法，則似乎消保法為特別法，因此有關廣告案件的消費糾紛應先適用消費者保護法，但公平交易委員會對非消費糾紛亦會主動積極介入。請參閱公平交易委員會對於網路廣告之規範與案例說明，<https://www.ftc.gov.tw/upload/9dce1288-78c2-42eab025-63920771f564.pdf>（最後瀏覽日：04/26/2022）。另請參閱 聯合新聞網 <https://udn.com/news/story/7238/4928947>（最後瀏覽日：04/26/2022）。

三、我國行政院消費者保護會的可能處理與展望

我國行政院消費者保護會（以下簡稱消保會），目前對於以消費者保護法作為補強我國個人資料保護似乎仍持相當保留的作法，其現行有關個人資料保護的部分則是零星規範在定型化契約的應記載及不得記載事項中。以定型化契約零星規範的現況而言，即便出現在應記載及不得記載事項中，基本亦僅是要求定型化契約的制定者，必須符合我國個人資料保護法的規範與要求⁹⁵。相較於美國與歐盟關於競爭秩序概念下的消費者保護，雖然一方面於我國的消費者保護法中，並沒有相類似於美國與歐盟對於消費者保護中關於「不公平」的類型化條文。但另一方面，即使美國目前對於如何強化個人資料的保護尚未有定論，但是在面對跨境個人資料的流動以及對於大型平台業者的疑慮⁹⁶，卻是與我國有著相同的誘因。因此在我國並無「不公平」的概括式類型化條文但又需要強化個人資料保護的現實情況下，建議現階段或許可考慮藉由定型化契約的應記載及不得記載事項的規範，作為強化個人資料保護的手段，因為定型化契約的條款，正足以具體實踐對

⁹⁵ 本文過濾近三年關於定型化契約應記載及不得記載事項，除大多數並無針對個資進行規範外，即使有規範基本也以依個人資料保護法作其依據。唯一比較特別的是在「網際網路教學服務定型化契約應記載及不得記載事項」的不得記載事項中，規定企業經營者不得約定對消費者個人資料為契約目的範圍外之公開或利用。此種規定與行政院國家發展委員會，在其國發法字第 1702002136 號函釋中，對於推定同意採取「當事人未表示拒絕」與「當事人已提供其個人資料」兩項要件的作法，亦即要求當事人的同意為明示的同意，有異曲同工之妙。

⁹⁶ Gilad Edelman, The Big Tech Hearing Proved Congress Isn't Messing Around-Partisan antics aside, lawmakers on the antitrust subcommittee dished out some serious, probing questions to the CEOs of Amazon, Google, Facebook, and Apple, at <https://www.wired.com/story/big-tech-hearing-proved-congress-not-messing-around/> (last visited 04/26/2022).

於消費者的公平正義。雖然學者間對於前述記載事項行政機關介入的裁量權，有各自不同的看法。贊成者認為行政機關有權監督不合理的定型化契約，以防止企業濫用，反對者則認為行政機關對於介入契約自由應謹慎為之，不應因個案即介入契約的實質內容⁹⁷。但是針對於個人資料保護議題，基於彌補個人資料保護落差的現實政策需求，本文亦認同行政部門得在必要的情況下，採取積極作為保障人權的看法⁹⁸。同時本文亦理解由於我國消費者保護法在傳統上對於消費者定位在終端的個人消費者，並不包含執行業務的行為。若依前述方式的強化個人資料保護，其所涵蓋的範疇應限於消費意涵的數位經濟個人資料保護。雖然利用消費者保護的作法，或許無法涵蓋所有的網路個人資料的利用行為，但是卻正可以呼應數位經濟下，前述對於大數據行銷所造成個人資料保護的疑慮。此外由於依消費者保護法第 17 條第 5 項規定「應記載事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容」，消費者定型化契約對於企業經營者有相當強的拘束力。因此本文認為，藉由消費者定型化契約應記載事項所為的個人資料保護，應為一有效可行的輔助方法。

至於在應記載事項的具體作法上，建議對於前述我國的個人資料保護法，相較於歐盟現行的個人資料保護規則仍有欠缺或有

⁹⁷ 認為行政機關介入定型化契約的制定，能有效導正企業所為的不公平行為的論者有黃明陽與楊淑文，持反對意見認為行政機關不應介入當事人間的契約自由的論者有蔡宗珍與胡華泰。請參閱邱智偉（2019），〈隱私權政策現況與展望——以美國為中心〉，頁 74，東海大學法律研究所碩士論文。

⁹⁸ 胡博硯、張祐齊（2016），〈論消費者保護法的行政監督與基本權保障〉，《國會月刊》，44 卷 1 期，頁 59。本文認為個人資料保護的重要性，如同前述其在數位經濟大數據時代的重要性。同時對於我國而言，積極推動與歐盟的交流，勢必亦必須面對關於個人資料保護落差的爭議，因此在不特別修法的情況下，行政部門自有其為因應的必要。

所不同的部分（個人資料跨境傳輸規定、個人資料保護獨立專責機關、同意的例外規定、資料可攜式權利以及自動化決策限制權）作出適當的回應⁹⁹。由於個人資料跨境傳輸的政策改變與個人資料保護獨立機關兩者關聯密切，亦即若是我國對於個人資料跨境傳輸由「原則允許，例外限制」，改為與歐盟個人資料保護規則「原則限制，例外允許」相同的作法，勢必須要專責的獨立機關監理，而其無法藉由消費者保護法的補充予以達成其目的。相反的，雖然個人資料保護政策制定者（國發會）對於明示同意的明確表態¹⁰⁰，但是由於個人資料保護法中對於非敏感性個人資料的「推定同意」，僅需得以使當事人知悉或可得知悉的告知即可（個人資料保護法第7條第3項，個人資料保護法施行細則第16條），因而此種解釋上的落差或可藉由定型化契約加以彌補。至於資料可攜式權利執行的最大的障礙在於資料格式標準化，因此透過定型化契約條款要求業者即使在資料格式不相容的情況下，只要是技術客觀上可行其即有義務對資料轉換提供可攜，因此本文提出以下兩項建議：

1.考慮在不增加業者過度負擔的前提下，要求充分告知的明示同意。

2.在技術可行的前提下，使得個人資料提供者得選擇享有資料可攜的權利以及對於自動化決策限制的權利。

本文因此提出認為基於前述的說明在具體實踐上，面對業者

⁹⁹ 個人資料的跨境傳輸事關產業的運作，應由立法機關加以規範。至於個人資料保護獨立專責機關，則更需要對於政府的組織加以改造，方能具體落實。

¹⁰⁰ 我國的個人資料保護政策制定機關－行政院國家發展委員會，在其國發法字第702002136號函釋中，對於推定同意採取「當事人未表示拒絕」與「當事人已提供其個人資料」兩項要件，同時對於第二項要件採取需要當事人的積極行為，使得我國原本的「推定同意」事實上變成歐盟的明示同意。

負擔的考量上，應充分與業者溝通，確認業者在個人資料蒐集的明示告知同意機制設計，並不會產生難以負擔的經濟上困難。同時所謂的技術可行，則指的是客觀技術上資料可攜格式轉換後的相容與拒絕自動化決策機制的近用與實踐¹⁰¹。同時若是在充分溝通與技術可行的前提下，建議可以在定型化契約中加入如下的應記載事項：「對於消費者個人資料的蒐集、處理以及利用，應取得其充分告知後的明確同意，同時應允許消費者對其個人資料相容性的移轉與有權拒絕自動化決策的機制」。

伍、結論

在數位經濟時代下大數據資訊探勘技術的利用，使得個人資料保護議題重要性相較於以往更顯得重要。同時由於網際網路的

¹⁰¹ 對於演算法所為的自動化決策機制，歐盟於 2020 年所提出的數位服務法（Digital Service Act）草案中，其要求超大型平臺業者對於演算法自動化決策機制，必須要有內部的稽核與受主管機關的監督。所謂的超大型平臺指的是平臺在歐盟的接觸者，達到四千五百萬（45 million）以上的規模。而當人口數變動時，該門檻亦隨之調整，使其相當於 10% 的歐盟人口總數。筆者對於我國是否得移植前述對超大型平臺的要求（包含提供無演算法介入的蒐尋排名機制），甚或是就一般平臺業者對於利用演算法投放廣告的強制約束，目前仍持觀望的態度。此外雖然在該草案第 12 條中規範，在其契約條款應予揭露演算法的政策與處置資訊（例如主要參數），並將移除草案第 31 條主管監督機關資訊近用權中關於保護營業秘密的例外規定。但同時在其第 60 點的說明中，超大型平臺的獨立稽核員，對於其執行職務所接觸的營業秘密，必須加以保護，以及第 64 點的說明中，對於資訊近用與營業秘密保護應取得比例上的平衡。因此是否前述資訊的透明會導致營業秘密的傷害，亦仍有待日後的實踐觀察。請參閱 Aurelia Tamò-Larriex, *Decision-Making by Machines: Is the ‘Law of Everything’ Enough?* 28, 32 (2021), available at https://www.alexandria.unisg.ch/262345/1/Decision-Making%20by%20Machines_February%202021.pdf (last visited 04/26/2022). Also See EURACTIV- DSA Parliamentary Agreement Set to Hold in Key Committee Vote, at <https://www.euractiv.com/section/digital/news/dsa-parliamentary-agreement-set-to-hold-in-key-committee-vote/> (last visited 04/26/2022).

跨國資訊流動，亦突顯出個人資料保護資訊落差的議題焦點。本文嘗試提出經濟學漸進創新理論的適用，藉此探討競爭秩序介入個人資料保護的可行性。由競爭秩序的反競爭角度保護個人資料的美國與歐盟經驗來看，在其市場界定、違反的反競爭效果甚至是朝向個人資料保護財產化的議題上，目前仍有待操作的具體成熟與論理的進一步說明，近期美國對於谷歌以及其與歐盟在對於臉書的反競爭調查中，觀察顯示其以個人資料保護作為論述主軸的猶豫，即可見一斑。相反的，競爭秩序下的消費者保護概念，不但可以避免前述界定市場與證明非價格因素反競爭效果的難題，同時也可以減少個人資料隱私財產化的潛在論理爭議。對於我國而言，除了前述的因素外，更加上我國目前政策上鼓勵大型的平台業者落地，因此現階段並不宜以公平交易法作為彌補個人資料保護落差的常態性手段。但是在此同時，我國在政策上欲藉由通過歐盟適足性的認定，積極與歐盟個人資料保護規則接軌，自然亦有彌補保護落差的需求。至於由於我國的消費者保護法並未有如歐美競爭秩序中消費者保護面向上不公平的彈性概念，因此除了個人資料保護獨立機關的建制外，對於充分告知的明示同意、資料可攜的權利以及自動化決策的限制權，或可藉由消費者保護制度下的定型化契約加以實踐。我國可考慮經由定型化契約的應記載及不得記載事項的規範，對於前述權利予以業者要求或是賦予資訊提供者選擇的自由。在充分溝通與技術可行的前提下，建議可以具體在定型化契約中加入如下的應記載事項：「對於消費者個人資料的蒐集、處理以及利用，應取得其充分告知後的明確同意，同時應允許消費者對其個人資料相容性的移轉與有權拒絕自動化決策的機制」。

參考文獻

一、中文部分

- 吳秀明（2021）。〈從行政法院判決看適用公平交易法第 25 條之共通原則與問題〉，《公平交易季刊》，29 卷 3 期，頁 65-118。
- 宋皇志（2020）。〈大數據之競爭法議題－以限制競爭為中心〉，《政大法學評論》，163 期，頁 49-138。
- 李世德（2019）。〈面對國際潮流及創新科技衝擊下之台灣個資法〉，數位時代下之隱私權（四），台灣律師學院系列課程，2019 年 5 月 9 日。
- 邱智偉（2019）。《隱私權政策現況與展望－以美國為中心》，東海大學法律研究所碩士論文。
- 洪財隆（2019）。〈行為經濟學與競爭法適用之初探〉，《公平交易通訊》，85 期，頁 1-7。
- 胡博硯、張祐齊（2016）。〈論消費者保護法的行政監督與基本權保障〉，《國會月刊》，44 卷 1 期，頁 47-72。
- 翁清坤（2016）。〈網路上隱私權政策之效力：以美國法為中心〉，《臺大法學論叢》，45 卷 1 期，頁 151-248。
- 張媛筑（2018）。〈競爭法上使用者數據之應有定位與可能造成之衝擊〉，《公平交易季刊》，26 卷 4 期，頁 125-164。
- 陳志民（2020）。〈大數據與市場力濫用行為初探〉，廖義男、黃銘傑主編，《垂直限制競爭與資訊時代下之競爭議題》，頁 399-444。台北：元照。
- 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》，264 期，頁 229-244。
- 程法彰（2020）。〈我國資通訊產業的個資去識別化運用爭議〉，《萬國法律》，230 期，頁 73-81。

程法彰（2020）。〈數位經濟發展下網際網路服務提供者之責任〉，《台灣法學雜誌》，402期，頁23-41。

程法彰、葉志良（2020）。〈網路中立性的再詮釋：美國在地爭議及其對我國產業管制規範的啟示〉，邱太三、唐淑美等主編，《施茂林教授七秩華誕祝壽論文集（上）》，頁767-799。台北：五南。

楊宏暉（2022）。〈從德國 Facebook 案談競爭與隱私之交會〉，歐美近年競爭法重要案例研析學術研討會，台灣公平交易法學會主辦，2022年1月22日，頁1-51。

葉志良、程致剛、楊東穎（2020）。〈5G 與消費者保障：以維護消費者資訊自主權為中心〉，《台灣國際法學刊》，16卷1期，頁23-51。

廖義男（1996）。〈消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示範圍之競合〉，《律師通訊》，199期，頁16-36。

劉定基（2009）。〈欺罔與不公平資訊行為之規範—以美國聯邦交易委員會的管制案例為中心〉，《公平交易季刊》，17卷4期，頁57-91。

劉定基（2017）。〈大數據與物聯網時代的個人資料自主權〉，《憲政時代》，42卷3期，頁265-308。

劉靜怡（2019）。〈淺談 GDPR 的國際衝擊及其可能因應之道〉，《月旦法學雜誌》，286期，頁5-31。

二、英文部分

Abbamonte, Giuseppe B. (2014). *The protection of computer privacy under EU law*. Columbia Journal of European Law, 21, 71-88.

Albors-Llorens, Albertina (2014). *Competition and Consumer Law in the European Union: Evolution and Convergence*. Yearbook of

- European Law, 33(1), 163-193.
- Allen, Anita L. (2016). *Protecting One's Own Privacy in a Big Data Economy*. Harvard Law Review Forum, 130(2), 71-78.
- Alvarez & Marsal, The antitrust implications of pricing algorithms, at <https://www.alvarezandmarsal.com/insights/antitrust-implications-pricing-algorithms> (last visited 04/26/2022).
- Benitez, Kathleen, Loukides, Grigorios & Malin, Bradley, Beyond Safe Harbor: Automatic Discovery of Health Information Deidentification Policy Alternatives, at https://www.researchgate.net/publication/221629821_Beyond_Safe_Harbor_Automatic_Discovery_of_Health_Information_De-identification_Policy_Alternatives (last visited 04/26/2022).
- Blakesley, Ian R. & Yallop, Anca C. (2015). *Consumer Perceptions about Digital Privacy and Online Data Sharing in the UK Insurance Sector*. Marketing from Information to Decision, 8, 23-37.
- Bruening, Paula J. & Culnan, Mary J. (2016). *Through a Glass Darkly: From Privacy Notices to Effective Transparency*. North Carolina Journal of Law & Technology, 17(4), 515-579.
- Cassidy, Christopher M. & Chae, Bongsug (2006). *Consumer Information use and Misuse in Electronic Business: An Alternative to Privacy Regulation*. Information System Management, 23(3), 75-87.
- Cheng, Fa-Chang & Wang, Su-Man (2020). *Information Privacy Protection under Anti-Money Laundering Legislation: An Empirical Study in Taiwan*. MDPI MATHEMATICS (Special Issue) Mathematical Analysis in Economics and Management (1048), 8(7), 1-12.

- Cheng, Fa-Chang & Wang, Yu Shan (2018). *The do not Track Mechanism for Digital Footprint Privacy Protection in Marketing Applications*. Journal of Business Economics Management, 19(2), 253-267.
- Cheng, Fa-Chang (2020). *The Functionality of Unfair Competition in Privacy Protection in the Era of Big Data Commercial Applications*. IPASJ International Journal of Information Technology, 8(1), 1-11.
- Cheperdak, Alison M. (2018). *Double Trouble: Why Two Internet Privacy Enforcement Agencies are not Better than One for Businesses or Consumers*. Federal Communication Law Journal, 70, 261-302.
- Cooper, James C. (2013). *Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity*. George Mason Law Review, 20(4), 1129-1146.
- Day, Gregory & Stemler, Abbey (2019). *Infracompetitive Privacy*. Iowa Law Review, 105, 61-106.
- DLA Piper-Germany: Federal Court summary judgment: FCO achieves stage victory against Facebook, at <https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/germany-federal-court-summary-judgment-fco-achieves-stage-victory-against-facebook/> (last visited 04/26/2022).
- Dobkin, Ariel (2018). *Information Fiduciaries in Practice: Data Privacy and User Expectations*. Berkeley Technology Law Journal, 33(1), 1-51.
- Edelman, Gilad, The Big Tech Hearing Proved Congress Isn't Messing Around- Partisan antics aside, lawmakers on the antitrust

subcommittee dished out some serious, probing questions to the CEOs of Amazon, Google, Facebook, and Apple, at <https://www.wired.com/story/big-tech-hearing-proved-congress-not-messing-around/> (last visited 04/26/2022).

EURACTIV- DSA Parliamentary Agreement Set to Hold in Key Committee Vote, at <https://www.euractiv.com/section/digital/news/dsa-parliamentary-agreement-set-to-hold-in-key-committee-vote/> (last visited 04/26/2022).

European Commission Directorate- General for Justice and Consumers, Guide to the EU-U.S. Privacy Shield, at https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2016-08-01-ps-citizens-guide_en.pdf (last visited 04/26/2022).

European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC 2 (2020), available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en> (last visited 04/26/2022).

Federal Trade Commission- FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook, at <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions> (last visited 04/26/2022).

Federal Trade Commission- Written Statement of Noah Joshua Phillips Commissioner, Federal Trade Commission Before the U.S. Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation

Concerning The Invalidation of the EU-U.S. Privacy Shield and the Future of Transatlantic Data Flows, at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1584414/njp_december_9_2020_testimony_final.pdf (last visited 04/26/2022)

Federal Trade Commission, Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change-Recommendations for Business and Policymakers, at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf> (last visited 04/26/2022).

Fletcher, Amelia (2013). Modelling Naïve Consumers. In: Judith Mehta ed., BEHAVIOURAL ECONOMICS IN COMPETITION AND CONSUMER POLICY (U.K.: University of East Anglia).

Halpern, Sue, Why Facebook Is Suddenly Afraid of the F.T.C., *The New Yorker*, at <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/why-facebook-is-suddenly-afraid-of-the-ftc> (last visited 04/26/2022).

Harker, Michael & Mehta, Judith (2013). Behavioural Remedies and Cost Benefit Analysis: A Cautionary Note. In: Judith Mehta ed., BEHAVIOURAL ECONOMICS IN COMPETITION AND CONSUMER POLICY (U.K.: University of East Anglia).

Harold, Rosemary C. (2016). *The FCC Forgot Something in Piecing Together its Complex Proposal for Broadband Privacy Regulation: Consumers*. *Federalist Society Review*, 17(3), 62-70.

Haucap, Justus, Data Protection and Antitrust: New Types of Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook

Decision 1-7 (2019), available at https://www.researchgate.net/publication/334398813_Data_Protection_and_Antitrust_New_Types_of_Abuse_Cases_An_Economist%27s_View_in_Light_of_the_German_Facebook_Decision (last visited 04/26/2022).

Heinemann, Andreas (2015). Behavioural Antitrust- A “More Realistic Approach” to Competition Law. In: Klaus Mathis ed., EUROPEAN PERSPECTIVES ON BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS (German: Springer).

Hirsch, Dennis D. (2011). *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?* Seattle University Law Review, 34(2), 439-480.

INPLP-German Federal Cartel Office vs. Facebook – the One Who Wins the Battle Might Not Win the War, at <https://inplp.com/latest-news/article/german-federal-cartel-office-vs-facebook-the-one-who-wins-the-battle-might-not-win-the-war/> (last visited 04/26/2022).

Knott, A.M., The Trillion-Dollar R&D Fix, Harvard Business Review (2012), at <https://hbr.org/2012/05/the-trillion-dollar-rd-fix>. (last visited 04/26/2022).

Mantelero, Alessandro (2013). *Competitive Value of Data Protection: the Impact of Data Protection Regulation on Online Behavior*. International Data Privacy Law, 4(3), 229-238.

McKinnon, Ashton (2014). *Sacrificing Privacy for Convenience: The Need for Stricter FTC Regulations in an Age of Smartphone Surveillance*. Journal of National Association of Administrative Law Judiciary, 34(2), 484-526.

- Moran, Jerry, Sen. Moran Introduces Bill Creating Clear Federal Standard for Consumer Data Privacy, at <https://www.moran.senate.gov/public/index.cfm/2021/4/sen-moran-introduces-bill-creating-clear-federal-standard-for-consumer-data-privacy> (last visited 04/26/2022).
- OECD, Enhancing Access to and Sharing of Data- Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies, at <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/276aaca8-en/index.html?itemId=/content/publication/276aaca8-en> (last visited 04/26/2022).
- Ohlhausen, Maureen K. & Okuliar, Alexander P. (2015). *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*. Antitrust Law Journal, 80(1), 121-156.
- Perkins Coie-Uniform Personal Data Protection Act Gains Approval, at <https://www.privacyquicktipsblog.com/2021/08/uniform-personal-data-protection-act-gains-approval/> (last visited 04/26/2022).
- Phillips, Joe & Lee, Se-In (2015). *Litigating Personal Data Disclosures against Information and Telecommunication Service Providers: A Korea-US Comparison*. Journal of Korean Law, 15(1), 191-235.
- Portilla, Idoia (2018). *Privacy Concerns about Information Sharing as Trade-Off for Personalized News*. El Profesional de la Información, 27(1), 19-26.
- Privacy Shield Framework, Privacy Shield Overview, International Trade Administration, at <https://www.privacyshield.gov/program-overview> (last visited 04/26/2022).
- Rostow, Theodore (2017). *What Happens When an Acquaintance Buys your Data: A New Privacy Harm in the Age of Data*. Yale

- Journal on Regulation, 34(2), 667-707.
- Scheuerer, Stefan (2021). *Artificial Intelligence and Unfair Competition – Unveiling an Underestimated Building Block of the AI Regulation Landscape*. GRUR International, 70(9), 834-845.
- Schoen, E. J. & Falchek, J. S. (2015). *Sorrell v. IMS Health Inc.: Sowing Mischief in Commercial Speech Protection*. Southern Law Journal, XXV (Spring), 1-24.
- Shy, Oz & Stenbacka, Rune (2016). *Customer Privacy and Competition*. Journal of Economics & Management Strategy, 25(3), 539-562.
- Songkajorn, Yaninee & Thawesaengskulthai, Natcha (2010). *Technology Management of Incremental Innovation: A New Perspective in Medical Innovation Products in Thailand*. Journal of Quality, 17(4), 279-295.
- Stauber, Peter, Facebook's Abuse Investigation in Germany and Some Thoughts on Cooperation between Antitrust and Data Protection Authorities, at <https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-abuse-investigation-in-germany-and-some-thoughts-on-cooperation-between-antitrust-and-data-protection-authorities/> (last visited 04/26/2022).
- Stuckey, Maurice E. (2010). *Money is That What I Want?: Competition Policy and the Role of Behavioral Economic*. Santa Clara Law Review, 50, 101-187.
- Swire, Peter P., Submitted Testimony to the Federal Trade Commission Behavioral Advertising Town Hall, at https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/testimony_peterswire_/Testimony_peterswire_en.pdf (last visited 04/26/2022).

- Tamò-Larrieux, Aurelia, Decision-Making by Machines: Is the ‘Law of Everything’ Enough? (2021), available at https://www.alexandria.unisg.ch/262345/1/Decision-Making%20by%20Machines_February%202021.pdf (last visited 04/26/2022).
- Tielemans, Jetty & Choi, Sam Jungyun, Proposal for an EU Data Governance Act — a first analysis, at <https://iapp.org/news/a/proposal-for-an-eu-data-governance-act-a-first-analysis/> (last visited 04/26/2022).
- Torabi, B. John, Is Privacy an Antitrust Issue? A Growing Movement (April 1, 2020), at https://news.law.fordham.edu/jcfl/2020/04/01/is-privacy-an-antitrust-issue-a-growing-movement/#_edn30 (last visited 04/26/2022).
- Tschider, Charlotte A. (2015). *Experimenting with Privacy: Driving Efficiency through a State-Informed Federal Data Breach Notification and Data Protection Law*. Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, 18, 45-81.
- Wang, Wei & Zhou, Mengjiao (2021). *Consumer Privacy Protection based on Data Subject Rights*. Academic Journal of Business & Management, 3(8) 5-9.
- Zarsky, Tal Z. (2019). *Privacy and Manipulation in the Digital Age*. Theoretical Inquiries in Law, 20, 157-188.
- Zhou, Wei & Piramuthu, Selwyn (2015). *Information Relevance Model of Customized Privacy for IoT*. Journal of Business Ethics, 131, 19-30.