《成大法學》第45期
頁1-50（2023年6月）

數位市場競爭政策與經濟秩序觀點
——以歐盟數位市場法爲思考

陳　明*

摘 要

我國公平交易委員會於2022年12月發布「數位經濟與競爭政策白皮書」，以說明現階段我國認為數位經濟下新興競爭影響，不過對於未來數位市場競爭的政策取向，以及對於國際間管制干預趨勢應採取什麼立場，卻相當不明確。相較於此，歐盟方面自2020年年底提出的數位市場法（Digital Market Act）於2022年7月份經由歐洲理事批准後生效，已於2023年5月2日正式適用。如此迅速的立法進程，當然與歐盟競爭法多元目的背景，及其對市場競爭過程隱含著一公平秩序的想像尤具關係。

基此，本文回顧秩序經濟自由主義（Ordoliberalism）的概念與主張，梳理數位市場法管制手段的設計思維，從而說明歐盟競爭政策對市場選擇自由追求的論述架構。將上述立法背景與脈絡的觀察對應至我國，檢驗我國競爭法政策的憲法解釋空間後，本文認為從憲法增修條文第10條第3項中小企業生存空間的指引，應可作為我國競爭政策與市場管制手段兼容的取徑，故競爭法在政策上仍有選擇事前管制措施

DOI：10.3966/168067192023060045001
投稿日期：2022年10月7日；接受刊登日期：2023年3月16日

* 國立成功大學法律學系博士生。

的可能，以作為促進競爭的手段。最後指出我國數位市場競爭政策，迫切需要為競爭法目的探詢更廣泛的視角，以開啟我國數位市場競爭與管制的立法政策對話基礎。

關鍵詞：競爭政策、數位市場競爭、歐盟數位市場法、秩序經濟自由主義、經濟秩序

目 次

壹、前　言
　一、資料應用所存在的質疑
　二、歐盟數位市場法規範重點
　三、我國數位市場競爭政策的方向？
貳、數位經濟對競爭執法的衝擊
　一、極端規模經濟對經濟分析的難題
　二、強網路效應與範疇經濟的複雜性
　三、非價格競爭與消費者偏誤
參、歐盟競爭法的目的與觀點
　一、歐盟競爭法多元目的與消費者福祉
　二、有效競爭結構與效率
　三、經濟秩序自由與政府干預的界線
肆、我國憲法規範對經濟秩序的知識型
　一、我國憲法基本國策對經濟秩序留下的空間
　二、憲法解釋中的競爭與管制互動
　三、中小型事業自由作為數位市場經濟秩序的路徑
　四、我國數位競爭政策態度的反思
伍、結　論

壹、前　言

數位平台運用資料分析所帶來的創新商品與服務模式、通訊與社群服務，無疑是未來經濟發展的關鍵驅動因素；其中的線上搜尋、數位廣告、線上社交網路服務，更是大幅增加資料流通的效率，並使得許多傳統實體的商品與服務，能透過數位技術的方式為消費者帶來更便利的生活[1]。數位平台在此扮演關鍵的資料傳遞管

[1] JACQUES CRÉMER, YVES-ALEXANDRE DE MONTJOYE & HEIKE SCHWEITZER, COMPETITION POLICY FOR THE DIGITAL ERA 49 (2019); THE FRENCH AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE & THE GERMAN BUNDESKARTELLAMT, COMPETITION LAW AND DATA 14-15 (2016); JAPAN FAIR TRADE COMMISSION, REPORT OF STUDY GROUP ON

道，並衍生出眾多資料經濟對應的法律問題，諸如資料分析技術的倫理、隱私和個人資料保護，又或者是交易中的權利與責任歸屬；競爭法作為法律討論的後進領域，近年來不乏有對新興競爭法制需求的討論。而如何在變遷的市場中維持競爭法制探討的一貫性或說體系，實有必要從問題本身和法制背景中加以梳理。

一、資料應用所存在的質疑

科技巨頭（Big Tech）提供數位服務所生成、累積的巨量資料，得益於演算法與雲端服務對資料分析精準度的提升，不僅在各個數位市場中擴大競爭的機會，亦讓許多中小型企業更容易跨越地理障礙以擴展業務[2]。提供這些數位服務與商品的數位平台業者，以過往無法想像的方式將市場上的資源與消費者聯繫起來，提供相較傳統商業價值鏈更有效率、更個人化的傳遞方式[3]。

然而隱藏在效率與經濟可觀成長的外觀之下，許多數位平台業者在數位市場上的行為，事實上也帶來許多違反公平競爭的質疑。英國「釋放數位競爭研究報告」（Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel）將這些潛在違反競爭的質疑類型化為[4]：數位平台業者蒐集過多的個人資料，侵犯消費者隱私，從而人為增加超出競爭市場合理的廣告數量；數位平台業者的存取收費存在過高的價格，以及對倚賴平台接觸消費者的商業用戶施加不公平的契約條款；刻意提高與移轉資料相關的價格與非價

DATA AND COMPETITION POLICY 2-4 (2017).

2 DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, UNLOCKING DIGITAL COMPETITION: REPORT OF THE DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL 6-7 (2019).

3 *Id*, at 19; Filippo Lancieri & Patricia Morita Sakowski, *Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports*, 26 STAN. J.L. BUS. & FIN. 65, 93 (2020).

4 DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, *supra* note 2, at 42-45.

格成本；利用對排名工具或類似機制的控制，來損害提供相同產品的競爭對手；透過結合併購或其他排他性行為將潛在競爭對手從競爭市場中剔除等四類。歐盟方面亦有認為，少數巨型數位平台業者提供的服務使其有能力鏈結眾多商業用戶與終端用戶，這種能力，會循環並加劇他們瀏覽大量資料與數據的能力，從而將產品與服務的競爭帶向創新領域，使得潛在或新進的競爭無論多麼地創新與高效率，都將面臨結構性的市場進入與退出障礙；這些障礙直接導致市場上已經投入或預計投入的成本難以回收，其結果是市場的可競爭性被降低，最終使得市場逐漸喪失良好運作的活力[5]。此等運用資料所生的經濟行為是否產生限制競爭結果，終其還存在許多對資料技術與應用影響的不確定性，使得短時間內難以在效率與經濟成長的外觀下予以正確判斷。

二、歐盟數位市場法規範重點

對此，歐盟執行委員會（以下簡稱歐盟執委會）於2020年提出數位市場法（Digital Market Act），從經驗上歸結線上中介服務、線上搜尋引擎服務、社交網路服務、影音分享平台服務、非電信號碼之個人社交電子通訊服務、線上作業系統、雲端服務、線上廣告服務為核心平台服務（core platform services），透過數位市場上少數具有非常顯著影響力（significant impact）的「核心平台服務提供商」（provider of core platform services），歸屬其保持可競爭性和避免形成不公平商業行為與條件的事前監管（ex ante）義務[6]。所謂的顯著影響力，指向核心平台服務提供商具備以下量化條件，認定其核心平台服務存在一定影響程度，且在市場活動中享有穩固而持久

5 Reticle 3 of Digital Market Act.
6 *Id*. Reticle 27.

的市場地位，從而推定[7]或指定[8]其「守門人」（gatekeeper）身分，有弱化數位市場競爭性的情況[9]：

- 於歐洲單一市場過去三個年度營業額大於等75億歐元，或事業平均市值或同等市值在上一個財務年度至少達到750億歐元，且至少在3個歐盟成員國提供上述核心平台服務。
- 其核心平台服務為企業端及消費端用戶的重要聯繫樞紐：其前一財務年度，在歐盟的每月活躍用戶數超過4,500萬人次（約歐盟1/10人口），或活躍商業用戶數超過1萬。
- 業務具備牢靠長久的地位，或可預期近期達到該地位。（得另以市場調查、採質化方式個案認定。）

數位市場法第5條、第6條構成守門人的作為與不作為義務，主要可分為[10]：資料使用的限制、資料揭露的要求、系統可操作性的要求、管理核心平台服務的要求。諸如常見的產品或服務排名中

---

7 Article 3(2).

8 Article 3(6). 指定程序係指歐盟執委會有權在平台業者不充分滿足推定標準時，進一步評估平台業者的營業額、市值、商業地位；依賴其核心平台服務的商業與終端用戶數量；源於網路效應的市場進入障礙和資料驅動（Data Driven）優勢；平台業者受益於資料規模和範圍的程度；對商業和終端用戶的鎖定效應（Lock-In）；所處市場結構與特徵，並以上述因素的可預期發展綜合判斷，從而指定平台業者具有守門人身分。

9 數位市場法解釋性備忘錄指出，這種無法忽略管道的特殊地位包含市場界定以及數位服務特殊的結構因素，已經充分回應持反對意見者認為守門人概念過於空泛，且可能違反歐洲聯盟運作條約（TEFU）第102條的疑慮。特別是在優勢地位是否濫用評估時，應從產品是否有替代性或地理面相是否具有大致相同區域，以劃分個案相關市場範圍的前提，並無法明確地處理自我偏好等濫用行為尚存在許多效用上抗辯的問題。*See* Reticle 5 of Digital Market Act.

10 陳明，歐盟數位市場法草案下的中小企業視角與定位，科技法律評析，13期，頁183-185（2021年）。

（Ranking）不得予以差別待遇，以及平台業者應確保商業用戶與終端用戶可實時檢索其在核心平台服務中所生成資料。允許終端用戶在使用核心平台服務時得卸載任何預載的應用軟體，或是不得透過技術障礙限制終端用戶透過守門人操作系統在不同應用軟體和服務間切換訂閱的選擇性。有義務向商業用戶及其授權之第三方，提供免費、有效、即時（real time）訪問其使用核心平台服務，或商業用和終端用戶透過核心平台服務使用商業用戶產品或服務時，蒐集或生成的聚合（aggregated）及非聚合（non-aggregated）資料。管理核心平台服務則著重在與商業用戶的垂直關係，例如不得要求商業用戶或終端用戶以訂閱或註冊平台之其他核心平台服務，作為接取、註冊或登錄任何核心平台服務的條件，以及應允許商業用戶透過第三方中介服務，以不同於守門人線上中介服務之價格、條件，或直接與終端用戶交易。

上述的規範相較於傳統競爭執法體系呈現出擬制和管制的性質，亦即不待限制競爭行為或不公平競爭行為對市場危害的判斷，而呈現出事前管制的色彩。擬制的法律身分與義務，其實對應核心平台業者在數位市場中未必居於優勢地位（dominant position）的執法困境，也就是說對於歐盟競爭政策而言，數位市場需要一個明確可比較、可推翻的量化假設，以便在傳統競爭執法之前解決新興的競爭性問題。

三、我國數位市場競爭政策的方向？

隨著歐盟數位市場法通過，並已於2023年5月開始適用，國內對於數位市場競爭與規範已逐漸加深對法制規劃的討論[11]，並開始意識

[11] 相關法制借鏡和立法展望之論述，有研究認為應著重機關協調，或由數位發展

到對跨國性平台業者是否應付之於管制措施，以及如何在數位經濟發展的同時建構我國數位市場競爭政策[12]。我國公平交易委員會作為競爭法主管機關，已於2022年12月發布「數位經濟與競爭政策白皮書」（以下簡稱白皮書），針對數位經濟下各種商業模式與行為對市場競爭的影響，揭示可能執法的立場與方向[13]，並意味著公平交易委員會對於立法院即各界關注的回應[14]。然而誠如白皮書之標題，有關競爭政策命題下數位市場競爭管制的分工與框架等問題，如我國數位市場競爭政策主體與職掌究竟是否為公平交易委員會？以及是否可能採取類似歐盟數位市場法事前管制的政策立場？則尚無正面論述[15]。即便在白皮書結論與建議部分已點出「對於科技巨擘行為的經營行為，政府是要採形式前管制或事後管制，端賴哪一種方式所產生的社會成本較低」的政策問題，卻只給出「現階段的執法原則是『議題導向』（issue-driven）——從個案出發來解決問題」[16]。並在論述上提及「競爭法主管機關卻可幫助在事前管制政策中容納競

部、公平交易委員會思考如何協調分工，見劉華美，歐盟和德國數位政策與競爭法——兼論對台灣的啟示，收於：第28屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集（2022年）；亦有指出歐盟「科技主權」背景而不單純為競爭法之提醒，見劉徑綸，歐盟數位服務法與數位市場法草案初探，科技法律透析，33卷3期（2021年）。

12 競爭政策或法制的擬定，自當以市場競爭的情況為前提，惟本文旨在就法政策論述的近程提出探討，藉以聚焦我國公平交易委員會現階段的政策表述，即「數位經濟與競爭政策白皮書」進行比較研究。有關我國數位市場的競爭實況，則有賴相關實證研究進一步調查與評估。

13 公平交易委員會，臺灣數位經濟競爭政策白皮書，頁210以降（2022年）。

14 同前註，頁5。

15 事實上，公平交易委員會已在政策白皮書中指出「競爭法主管機關若要擔任事前管制的角色就得審慎評估，如同歐盟數位市場法、數位服務法並非是競爭總署擔任主管機關一樣」，有意提醒我國公平交易委員會在現行競爭法下，存在無法直接承接數位市場法中對數位平台業者進行事前管制的定位。

16 公平交易委員會，同註13，頁224。

爭性的目標，讓管制者認識到競爭的價值」。不難預見公平交易委員會作為我國競爭法主管機關，對於擔任事前管制角色定位的態度有所保留。

而在我國尚為具體共識出數位市場競爭的法制應由產業或競爭主管機關主責前，透過憲法解釋梳理我國競爭政策對立法的選擇的指引，亦及探討我國數位市場的競爭政策，是否容許採取如同歐盟競爭法帶有管制色彩並在競爭秩序脈絡下容納管制手段，無疑為現階段比較研究的重要工作。因此，本文先從數位經濟對競爭執法的問題著手，梳理出數位市場對競爭政策的需求。進而從歐盟競爭法規範背後的經濟政策意識加以觀察，以完整理解歐盟數位市場法在競爭政策下的內在體系與路徑；透過檢視歐盟數位市場立法政策的解釋論，將其論述路徑與背景概念作為研析我國數位市場競爭管制政策詮釋的素材。最後，在避免與我國競爭法體系發生扞格的前提下，同時探析我國數位市場可能的政策取徑[17]，積極開啟此一政策形塑中亟待對話的基礎。

貳、數位經濟對競爭執法的衝擊

許多國家競爭主管機關的調查報告與研究指出，數位平台業者對所處市場帶來的網路效應及以資料為核心的競爭模式與全球範圍特徵[18]，使得數位市場在各國出現集中、傾斜並普遍呈現出平台業者特殊的地位[19]。這種跨國不約而同出現的市場特徵與過往傳統經濟最

17 至於我國經濟體質與數位市場競爭狀況，是否在產業經濟發展脈絡下可順利承受歐盟數位市場法管制措施的影響，則為法政策比較研究容許性後，次一層次的重要課題。本文礙於篇幅，容待另文討論。

18 Lancieri & Sakowski, *supra* note 3, at 75.

19 Fiona Scott Morton, Julia Cage, Joshua Gans, Ellen Goodman, Brian Knight, Andrea

大的差異就在於，由數位平台業者所掌握的資料要素，不僅使其有能力累積市場地位並提供更微觀的競爭優勢，同時還有助於平台運用資料將不同市場加以生態系統化，從而提高其在數位經濟的複雜度進一步鞏固其支配地位[20]。為了更清楚地指出當前競爭執法在對應數位市場特徵時有何不足，以下將從「極端規模經濟對經濟分析的難題」、「強網路效應與範疇經濟的複雜性」、「非價格競爭與消費者偏誤」予以說明。

一、極端規模經濟對經濟分析的難題

傳統競爭法主要借重經濟學的分析，以消費者剩餘（consumer surplus）的概念計算終端消費者所獲得的福利（welfare），也就是以消費者在購買一項產品時願意付出的價格與實際支付價格間的差額，以表現消費者在該產品消費過程中所獲得福利的量化[21]。因此當消費者可以在市場上自由選擇以獲得滿足個人福利的產品時，即表徵該市場存在著可替代的產品與其競爭。然而在此概念下的分析工具，包括「交叉價格彈性」（cross-price elasticities）與「微幅但顯著的非暫時性價格變動」（Small Significant Non-transitory Increase in Price, SSNIP），都將直接面對零價格（zero-price）市場的量化難

Prat & Jamie Morgenstern, *Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*, *in* STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS FINAL REPORT 23, 34-37, 57 (Luigi Zingales et al., eds., 2022).

20 Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (2020), U.S. Congress House of Representatives, 37, https://perma.cc/L63X-LWKF (last visited July 20, 2022), DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, *supra* note 2, at 38, 56.

21 Victoria Daskalova, *Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?*, 11(1) COMPETITION L. REV. 131, 134-36 (2015).

題[22]。

從數位市場的經驗可知，許多數位商品與服務係以零價格的方式向消費者提供，其主要目的是為了蒐集關鍵的終端用戶資料。研究指出數位市場的其中一項特徵是較低的變動成本（variable cost），例如行動設備的應用程式（application）市場在開發初期雖然一樣存在固定成本，但是一旦完成並上架後提供予用戶的變動成本就相當的低。[23]這一特徵使得數位市場中的規模經濟具有極大的擴增性（scalability），亦即不同於傳統市場在規模經濟上仍存在倉儲、物流成本等限制，數位商品與服務上幾乎不受外部因素的限制。英國研究報告即指出平均成本的下降、市場的全球性質，以及積累關於消費者行為的數據所起的關鍵作用，都推動著數位市場的集中[24]；美國芝加哥大學布斯商學院（The University of Chicago Booth School of Business）所提出的數位平台調查報告則認為，數位市場是一個由數位平台業者所代表的廣泛商業環境，其特性包括極端的網路效應、強大的規模經濟、以資料為核心的範疇經濟、趨近於零的邊際成本、遠低於實體經濟的交易成本[25]。平台業者為了將用戶資料貨幣化（monetization）的效益最大化，即需要優先以零價格

---

22 即欠缺參照的價格而發生市場界定過窄的問題。*See* KOEPP HAZAL VIOLA, VIRTUAL COMPETITION: CHALLENGES IN COMPETITION LAW REGARDING ONLINE PLATFORMS 8-9 (2019), University of Lund, Department of Law Faculty of Law, https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=8997593&fileOId=8997594 (last visited Aug. 3, 2022); Francisc Ioanid Toma, *The Challenges of Digital Markets for EU Competition Law: The Case of Android* (December 24, 2017). https://ssrn.com/abstract=3092823.

23 Competition Policy: The challenge of digital markets (2015), Monopolkommission, SPECIAL REPORT NO. 68, para. 46, https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf (last visited Jun. 15, 2022).

24 DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, *supra* note 2, at 37.

25 Morton et al., *supra* note 19, at 34-35.

的方式吸引用戶使用其提供的數位商品與服務，以便換取用戶在網路世界行為的數據，從而驅動平台雙邊／多邊的經營模式。

其中極端規模經濟與零價格的訂價策略互為表裡，凸顯出數位經濟的市場競爭中傾向於優先吸引終端用戶，並確保其在數位平台服務中持續地產出資料。對此，另有學者認為個人資料與隱私在經濟學的觀點下，終端用戶閱讀資料隱私條款所需的時間（或根本無閱讀意願而選擇做其他事情），應視為用戶未顯現的機會成本[26]。亦即，零價格並不代表免費，未向終端用戶收取費用的商業模式長期來看，只是數位平台業者並未向其說明個人資料或相關數據的價值而已。

無論如何，當前在終端消費者一方呈現零價格的交易模式下，在使用價格測試相關市場界定的操作時，無論係交叉價格彈性抑或是SSNIP測試時，都將因為價格基礎為零而無法判斷需求彈性。多數研究嘗試將測試轉向特定產品的品質，改以「顯著但微幅的非暫時性品質下降」（Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality, SSNDQ）將替代分析著重在產品特性[27]。然而上述的修正，在數位經濟極低變動成本的特徵下，高頻率更替的數位商品也會使價格變動與消費者影響的觀察基礎，顯得短暫而不穩固；而透過SSNDQ判斷特定商品與服務可替代性時，產品的哪一特徵足以表徵其功能或品質仍無法確定，且競爭法主管機關是否能就此提出一客

26 ALESSANDRO ACQUISTI, THE ECONOMICS OF PERSONAL DATA AND THE ECONOMICS OF PRIVACY 18 (2010).

27 Daniel Mandrescu, *The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms*, 2(4) EUR. COMPET. LAW REV. 244, 253 (2018); OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, 8-9, 14-15, Oct. 28, 2013, http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf (last visited Mar. 29, 2022).

觀的方法學標準亦存在不確定性[28]。

二、強網路效應與範疇經濟的複雜性

穩定推動零價格商業模式的另一個關鍵則是跨雙邊／多邊用戶的網路效應，肇因於數位商品與服務更強調客製化或個性化使用體驗，因此終端用戶在網路世界中行為所累積的行為偏好與傾向資料，已成為諸如應用程式開發或廣告商等業者獲得交易的必要因素。數位平台業者作為連結雙方的重要中介，一方面有意識地增加各邊用戶的正影響，同時持續利用先占的用戶個人資料與數據進一步延伸至鄰近市場，以便將數位商品或服務往非價格競爭發展，於是形成數位經濟強網路效應與範疇經濟的特徵。

首先，單一面向資料累積並不會直接增加數位平台在市場上的力量，從購物行為、新聞瀏覽、社交習慣等複數資料交互匯聚的數據才有助於事業了解消費者偏好，故可謂數位商品與服務的提供主要都圍繞在資料與數據的蒐集與利用，而成為數位市場中平台業者大多傾向多角化經營的前提。為了穩定且持續地吸引、促進終端用戶留下消費者偏好等數據，平台業者就需要不斷地將相鄰產品交叉投放，以測試、觸發不同商品與服務間相連結的網路效應[29]。當越來越多的消費者將商品、服務和行為偏好的數據放置在同一個平台，

---

28 The World Bank, Approach to market definition in a digital platform environment, Aug. 26, 2020, https://digitalregulation.org/approach-to-market-definition-in-a-digital-platform-environment/ (last visited July 5, 2022); CRÉMER ET AL., *supra* note 1, at 45.

29 OECD, Network Effects and Efficiencies in Multisided Markets, Hearing on Re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets — Note by H. Shelanski, S. Knox & A. Dhilla, DAF/COMP/WD(2017)40/FINAL, 9-11, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)40/FINAL/en/pdf (last visited July 11, 2022).

業者就越有能力在產品組合與銷售上提供創新與個性化交易，消費者也就獲得更有吸引力的商品與服務。而更多個性化的產品只要得以進行連續分析，就可以進一步滿足偏好形成對終端用戶的鎖定效應；相對地，從商品或服務提供商的角度而言，平台所掌握的數據亦能更有效率地協助其改善、調整產品優勢或定價，此為對供應商的鎖定效應[30]。

次者，擁有數據優勢的事業進而得以更低的成本改進其生產效率與成本，而由於單一數據可能作為不同產品的關鍵投入，對此擁有先占優勢的事業將進一步獲得不同市場的競爭優勢，從而跨入新的市場[31]；這種正向的循環又會使上述事業得以在範疇經濟與規模經濟之間加速數據的累積[32]。亦即，事業單位藉由同時營運多個相鄰市場以抓取足夠的需求來匹配數位商品與服務，可以說是數位市場之所以傾向於同時經營多邊市場的另一個原因[33]。

不過對於數位平台業者而言，上述網路效應與範疇經濟的運作事實上都相當重視用戶的使用成本，以便最大程度地競爭有限的活躍用戶。因而強調終端用戶可以隨時離開、使用其他平台服務，反之商業用戶亦可以迅速切換與消費者接觸的平台；同時對照數位競爭環境的迅速變化，主張執法者對市場力量的判斷只是競爭過程時

30 A new competition framework for the digital economy, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 13-14, https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?_blob=publicationFile&v=3 (last visited July 17, 2022).

31 Morton et al., *supra* note 19, at 37.

32 Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, *supra* note 30.

33 VIOLA, *supra* note 22, at 8; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, *supra* note 2, at 38-39.

間線上的快照（snap shot）[34]。然而，相關報告也指出，數位平台業者只要在維持其市場力量行使的最低活躍用戶量後，就具有強烈的動機採取限制用戶多平台使用（multi-homing）的措施，包括綑綁生態系服務、阻礙用戶個人資料流通等限制競爭使用條款，或是探索用戶惰性，以及增加操作性的技術成本[35]；占優勢的平台更可透過資料應用的生態系統，將競爭擴大至鄰近市場，例如數位廣告欄位管理及其競標投放服務，以便使潛在競爭市場加入更多與用戶資料相關的競爭元素[36]。

也就是說，數位經濟的網路效應不同於傳統實體經濟，平台業者對終端消費者購物、交通、通訊與社交生活的全面滲透，代表數位市場中的直接與間接網路效應可以任意增強或擴散[37]，使其根本上超越傳統平台經濟經營雙邊市場的影響力。當中亦不乏數位平台業者有透過多邊市場數據交錯測試或結合，以便為生態系旗下創造新的數位商品與服務，這種多邊市場且複數商品之間的競爭態樣與關係在越來越複雜的情況下，宏觀來看卻又更加集中於單一平台業者的多邊市場營運模式。這一特徵直接挑戰傳統競爭執法以產品或服務的相對規模或顧客數計算市場力量[38]的方法，並凸顯出市場力量顯得不夠全面與準確。總的來看，網路效應與範疇經濟雖然不是新的競爭概念，但由於數位平台業者憑藉資料與數據的先占或優勢，將使得數位市場的市場力量因為極其複雜的網路效應與多邊市場依賴

---

34 Rupprecht Podszun & Stephan Kreifels, *Digital Platforms and Competition Law*, 5(1) EUCML. 33, 37 (2016).

35 DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, *supra* note 2, at 36.

36 *Id*. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, *supra* note 30, at 15-16.

37 Competition policy: The challenge of digital markets, *supra* note 23, para. 37.

38 VIOLA, *supra* note 22, at 9-10.

性，減損傳統競爭執法工具的明確性與操作性[39]。而對於這種數位市場競爭執法的時間與錯誤執法成本，歐盟執委會顯然認為需要透過法定門檻轉換由平台業者承擔。

三、非價格競爭與消費者偏誤

數位市場的市場界定與市場力量判斷在傳統競爭執法雖有上述特殊性與困難之處，然而無論是2017年的Google Shopping案[40]、2018年的Google Android案[41]，歐盟執委會仍嘗試以合理可替代性做出相關市場界定與濫用市場支配地位或排他性行為的判斷。換言之，傳統競爭執法，在數位平台業者的競爭實務操作上，亦非當然被取代。因此，在觀察歐盟數位市場法與競爭政策的關係時，還需要進一步了解競爭法干預的必要性——即可能的途徑應當為何。綜觀各國競爭調查或研究報告，本文認為在歐盟競爭法思維需要進一步介入數位市場的原因，主要有非價格競爭、消費者偏誤兩個部分。

所謂的非價格競爭，係指數位平台業者傾向於零價格的商業策略將導致整個數位市場的競爭向非價格要素靠攏，例如網路導航服務是否能同時提供該地點、該時推薦的旅遊景點與餐廳，抑或是關鍵字搜尋服務提供的資料是否吻合用戶檢索領域、語言等偏好。由於這些非價格因素皆是複雜的質性變數，數位平台業者有相當的誘因去改變資料蒐集、處理及與第三方分享訪問數據的條件[42]，以增加

---

39 MAGDALENA RIETZLER, THE PROPOSED DIGITAL MARKETS ACT 18-19 (2021).

40 Google Inc. and Alphabet, Inc. v. European Commission, Case T-612/17 (Nov. 10, 2021).

41 Google Inc. and Alphabet, Inc. v. European Commission, Case T-604/18 (Sep. 14, 2022).

42 CRÉMER ET AL., *supra* note 1, at 58; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, *supra* note 2, at 41-42.

市場力量運作的不確定性與複雜度。這種刻意維持零價格的數位市場現狀，有助於占據優勢地位的平台業者壓縮潛在競爭者的競爭空間，最顯著的案例即為搜尋引擎在有機排名（organic ranking）上自我偏好的行為。數位平台業者在阻礙競爭或搶奪產品的可替代性時，可以輕易地透過非價格因素對創新產生負面影響[43]。尤其數位產品通常可透過網路效應將用戶資料貨幣化，因此結構較不若傳統產品穩固（仰賴技術與品質成熟度），以至於創新者仍可能使優勢地位平台業者所提供的商品或服務再商品化。對此，有研究將數位平台業者對應的策略再細分為兩類[44]：第一種係對於競爭產生分化的新創公司，由於再商品化的過程相對地容易分散優勢地位平台業者中介的價值，對此，優勢地位平台業者會採用排他性條款以限制潛在競爭的機會；第二種則係新創公司屬於數位市場中的合作夥伴，例如第三方技術服務提供者，藉由提供部分互補的工具或介面，倚靠在價值鏈上不同階段的部分賺取利潤。當優勢地位平台業者認為合作夥伴「分享」過多的利潤時，平台業者仍有極高的動機，憑藉其資料與數據的優勢迅速複製新創公司的產品，又或者是透過複雜的生態系統來包夾潛在競爭商品或服務，以支持自己的版本[45]。其中第二種策略主要歸因於優勢地位事業在資料與數據的壟斷地位，在進入相鄰市場時亦將墊高市場參進的壁壘，同時可能透過缺乏透明度的接取路徑，直接將創新的消費者剩餘打入零定價商業模式。上述防禦型或進攻型的市場力量槓桿（leverage）形同沒收新進競爭者創新回報的競爭手段[46]，正是傳統濫用市場地位行為無法即時捕捉的灰色地帶。

---

43 Lancieri & Sakowski, *supra* note 3, at 79-80.
44 Morton et al., *supra* note 19, at 34-37, 57.
45 Lancieri & Sakowski, *supra* note 3, at 96-97.
46 *Id*.

次者，由於終端用戶數與行為規模是驅動數位市場網路效應的關鍵動力，因此一旦消費者行為偏誤更清晰地被掌握與控制，平台就有能力墊高消費者轉換成本以作為阻礙不同公司有效競爭的關鍵。引起限制數位市場競爭的消費者行為包括：(一)顯著效應（salience effects），即消費者選擇／點擊顯著的內容；(二)確認偏見（confirmation bias）以至於消費者傾向於同意強化他們先前所認同的內容；(三)現狀偏差（biases of the status quo），即消費者幾乎不改變對既存事件的看法（例如應用程式的預設設置）；(四)抑或利用行為人缺乏耐心的天性，在選擇退出反覆強調特定資料或增加複雜的操作流程；這種使消費者陷入非理性的人為操作，在數位平台業者對用戶全面且細微的敏感度分析中達到極大化[47]。相較於用戶可以輕易離開特定平台服務的論點，事實上用戶通常更習慣於單一平台使用（single-homing），頻繁且需要多方比較的消費方式對於消費者而言並不方便；此即數位平台業者通常強調一站式服務可以提供更貼近消費習慣與喜好產品的原因。從英國與澳洲的競爭法主管機關對預設搜尋引擎的調查亦可發現[48]，企業自身也認識到這些偏見的巨大價值，例如Google每年向Apple支付數十億美元以作為Safari瀏覽器的預設搜索引擎[49]。申言之，由網路效應驅動的數位平台競爭並不會糾正此一問題，因為數位平台業者就是透過這些行為缺陷來創造

47 *Id*. at 89.

48 *Id*. at 90.

49 Online Platforms and Digital Advertising Market: Final Report (2020), Competition and Markets Authority, 102, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf (last visited July 27, 2022); Digital Platforms Inquiry – Final Report (2019), Australian Competition and Consumer Commission, 10, https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf (last visited July 21, 2022).

競爭優勢，行為偏差對於理解數位市場的競爭動態至關重要[50]。而這種透過資料利用所引起的行為干擾，消費者甚至無法清晰認知到損害的由來，並與造成該偏誤之平台業者連結在一起[51]，從而壓制需求端影響市場自由運作的可能性。

上述非價格競爭與消費者偏誤的兩個問題，都顯示出數位平台業者的行為無疑在競爭形成之初即帶來威脅，新進競爭者在投資創新商品與服務時就面臨優勢地位平台的監視，而消費者也無法理性控制或拒絕數位商品與服務。總的來看，數位市場中調控供給與需求的外部因素，在數位平台業者握有資料與數據的意義下已變得人為可控，此一差異實為數位經濟形成競爭政策挑戰的關鍵。

參、歐盟競爭法的目的與觀點

不斷變化的市場環境、複雜的網路效應，以及數位平台業者對創新與消費者行為的策略，再再顯示數位市場的競爭圍繞在資料的特殊性。故在觀察競爭政策與之互動的重要前提是，資料與數據是否真的無法由其他途徑蒐集，從而限制數位市場中與數位平台業者競爭的可能性？對此，歐盟執委會的立場是假設市場優勢地位事業控制一個資料庫，且該資料庫是數位市場的關鍵競爭差異時，側重於對資料存在共享的特殊性，監管系統（即管制手段）可能比反壟

50 Alessandro Acquisti, Laura Brandimarte & George Loewenstein, *Privacy and Human Behavior in the Age of Information*, 347 SCIENCE 509, 513 (2015); CRÉMER ET AL., *supra* note 1, at 79.

51 Sebastian Benthall, Filippo Maria Lancieri, Jamie Luguri & Mark Verstraete, *Privacy and Data Protection Subcommittee*, *in* STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS FINAL REPORT 206, 216-17 (Luigi Zingales et al., eds., 2019).

斷干預更有效率、更靈活[52]。透過推定（presumed）[53]與指定（designated）[54]程序，為核心平台服務業者框定「守門人」地位，從而就此類在資料競爭要素具有顯著干預能力者所引起對商業用戶和終端用戶的依賴性、鎖定效應、高轉移成本等問題，提出若干事前的調查與行為規範管制措施。

惟數位市場法既旨在補充歐洲聯盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第101條、第102條有關限制競爭的執法[55]，以保護與當今競爭法規範不同的法律利益。因此理解歐盟競爭法的多元目的，以及秩序經濟自由主義在數位市場法背後的意義，是解釋數位市場法之所以嵌入歐盟競爭法體系不可或缺的思考。

一、歐盟競爭法多元目的與消費者福祉

歐洲聯盟條約（Treaty on European Union, TEU）作為歐盟競爭法政策的源頭，揭示歐洲聯盟的建立是建基於對人的尊嚴、自由、民主、平等、法治等權利與價值之上，發展多元化、不歧視、包容、正義、團結和男女平等普世價值的共通社會；為了實現上述目的需要建立一個區域內部市場、促進歐洲人民的福祉、促進歐洲的可持續發展。其中的基礎是平衡的經濟增長與充分競爭的社會市場經濟，最終以實現充分就業和社會進步[56]，並確保自由競爭的開放市

52 CRÉMER ET AL., *supra* note 1, at 99-100.
53 *See* Article 3(2) of Digital Market Act.
54 *See* Article 3(6) of Digital Market Act.
55 Explanatory Memoranda of Digital Market Act, para. 2.
56 Art 3(3) Consolidated Version of the Treaty on European Union [2016] OJ C 202/13.

場經濟[57]。歐洲聯盟運作條約則進一步指出歐盟的政策與任何具體行動，必須同時與所有目標保持一致[58]，亦即歐盟的政策與立法措施，都需要考量平等、消費者保護、社會保護、公共衛生、環境問題、投資、運輸和區域發展。而當競爭政策與執法是用來促進和實現這些目標的手段之一時，廣泛規範性價值所開展的多元競爭目的，就形塑歐盟競爭政策獨特的解釋觀點。事實上，這些目的之間有時可能無法清楚切割，使得歐盟競爭法也通常被認為不僅保護競爭者或消費者的利益，還同時保護市場結構，進而保護競爭本身[59]。根據歐盟執委會的說法，市場上的競爭是提高消費者福利和確保資源有效配置的一種手段[60]，故促進消費者利益與避免消費者損害被認為是競爭法的首要目標，競爭政策與執法對於商品或服務終端消費者具體經濟利益，有著不可否認的影響[61]。

歐盟競爭法政策從福祉（well-being）概念逐漸轉換為福利（welfare）一詞，從字詞出現於歐盟執委會正式發言的頻率來看，大約發生在2004年前後。「consumer welfare」作為一個後驗的詞彙，在其與「well-being」概念勢必表現出模糊的外觀意義下，呈現出歐盟執委會需要一個更狹義且經濟學判準的事實。此從歐盟競爭

57 ARIEL EZRACHI, EU COMPETITION LAW GOALS AND THE DIGITAL ECONOMY 8 (2018).

58 Art 7 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2016] OJ C 202/47.

59 Case C-501/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission and Others [2009] ECR I-9291, para. 63. *See also* Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and Others [2009] ECR I-4529, paras. 31, 36, 38-39; Council Regulation (EC) 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1, Recital 9.

60 European Commission, 'Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty' [2004] OJ C101/97, para. 13.

61 RIETZLER, *supra* note 39, at 11.

事務委員Mario Monti執掌期間的背景來看，該字詞的轉換無疑是歐盟執委會對實務上期望競爭執法與規範更明確的回應[62]。換言之，歐洲聯盟條約第3條第1項所使用的「well-being」應理解為一種抽象規範的性質，在沒有辦法直觀認知與操作的意義上，歐盟競爭法自然需要進一步以「consumer welfare」的概念當作具體手段[63]，以實現眾多的歐盟價值。也就是說抽象的消費者福祉目標時為消費者福利的解釋基礎，而最狹義的消費者剩餘則作為靜態的衡量基礎，其變動時所反映的只是部分的福利影響[64]。由此可以看出，消費者剩餘或消費者福利也好，其本身作為手段並不當然充分解釋消費者福祉的詞語完整性，也不代表立法者所決定的消費者剩餘基準就完整涵蓋廣泛消費者利益增減的觀察。

正如歐盟執委會對於消費者的概念，係指所涉產品所有的直接或間接使用者，包括使用產品繼續投入生產的製造商、批發商和零售商，以及非為從事事業的終端消費者[65]。因此數位市場中的消費者福利，事實上也應對應到雙邊與多邊的特性，從而廣泛審視圍繞在核心平台服務的第三方技術提供商或零售商的利益是否受到減損。歐盟法院實務闡述消費者福祉時指出，競爭法規範的標的不僅止於

62 EMILY ANDERSEN, THE ROLE OF CONSUMER WELFARE IN EU COMPETITION POLICY: HOW UNDERSTANDING THE PRIORITY CONFERRED UPON COMPETITION POLICY OBJECTIVES MAY SHED LIGHT ON MODERN DAY INCONSISTENCIES 85 (2020), University of Lund, Department of Law Faculty of Law, https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=9030958&fileOId=9030960 (last visited Aug. 3, 2022).

63 EZRACHI, *supra* note 57, at 5; Gregory J. Werden, *Consumer Welfare and Competition Policy*, *in* COMPETITION POLICY AND THE ECONOMIC APPROACH, 1, 13 (Josef Drexl, Wolfgang Kerber & Rupprecht Podszun eds., 2011).

64 EZRACHI, *supra* note 57, at 5-6.

65 Daskalova, *supra* note 21, at 133, 139.

那些直接對消費者造成損害的行為，也包括對競爭本身的影響而間接對消費者造成損害的行為[66]。因此以價格為中心的消費者福利，並不當然箝制歐盟競爭執法對於競爭行為質性的探討，例如是否減損消費者選擇的自由。也就是說，前述運用資料和數據對潛在競爭者的監視或對消費者行為的誘導，所產生限制商業用戶創造新消費者剩餘、限制其他接觸終端消費者管道的行為，既限制終端用戶自由選擇、轉移或退出特定核心平台服務的可能性，亦間接地產生消費者福利的不利影響[67]，而被置於歐盟競爭法促進消費者福祉的觀點之下。

申言之，數位市場法之所以不同於傳統競爭執法政策，在於將同時處理核心平台服務業者對商業用戶以及對終端用戶的問題[68]，然其與市場競爭保持一致並相互融合之處，則在於促進數位市場中多元目的的實現，包括要求守門人不得以預設應用程式的方式，限制消費者選擇能力與可選擇性，以及確保商業用戶與終端用戶能夠有效地訪問原生與其自身生成數據。由於這些對平台業者所附加的事前管制措施，是以間接的消費者福利切入市場競爭議題，因此數位市場法的立法舉措實際上就是歐盟競爭政策的下位概念，藉以補足傳統競爭執法的不足。

二、有效競爭結構與效率

除了上述消費者福祉和消費者福利的競爭法特徵外，歐盟競爭

---

66 Joined Cases T-213/01 and T-214/01 *Österreichische Postsparkasse and Bank für Arbeit und Wirtschaft v Commission* [2006] ECR II-1601, para. 115; EZRACHI, *supra* note 57, at 5.

67 EZRACHI, *supra* note 57, at 6-7.

68 Reticle 54 of Digital Market Act.

法政策還強調維持有效競爭結構的目標，此一目標提供歐盟競爭法在看待間接損害消費者利益行為的另一種視角。歐洲法院長期以來一直認為，競爭法不僅只處理可能直接對消費者造成損害的商業行為，而且也針對因其對有效競爭結構的影響致生消費者造成損害的行為[69]。例如在T-Mobile案中，法院闡明歐洲競爭法不僅旨在保護競爭者競爭利益或消費者的個別利益，同時也保護市場結構從而保護競爭本身[70]。法院強調協調一致的商業行為即便與消費者價格沒有直接關係，仍有可能因此抑制市場上可競爭的環境被視為違反競爭法；該案Kokott檢察長亦指出歐盟競爭法的目標是保護市場結構和競爭本身，而市場結構的保護之所以間接著保護消費者，是因為在競爭本身受到損害的情況下，消費者的不利地位也同樣可能受到損害[71]。相同的論述，在GlaxoSmithKline Services Unlimited案中，法院認為TFEU第101條的目的不僅是保護競爭者或消費者的利益，而且也保護市場結構從而保護競爭本身[72]。申言之，有效競爭結構保護的觀點提供歐盟競爭法超越消費者福利的廣泛視角[73]。

上述競爭結構的概念，將使執法機關在檢驗數位市場競爭狀況時，更完整地注意到平台網路效應、中介角色，以及不同行為人在

---

69 Case 6-72 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission [1973] ECR-215, para. 26; Case C-95/04 British Airways Plc v Commission Court of Justice, [2007] ECR I-2331, para. 106; Case T-340/03 France Telecom SA v Commission [2007] ECR II-107, para. 266; TeliaSonera (n 20) para. 24; Joined Cases C-468 to 478/06 Sot. Lélos kai Sia and Others [2008] ECR I7139, para. 68; and Case C-280/08 P Deutsche Telekom v Commission [2010] ECR I-9555, para. 176.

70 Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and Others [2009] ECR I-4529, para. 38.

71 Case C-8/08 Opinion of AG Kokott, paras. 58, 71.

72 Case C-501/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission and Others [2009] ECR I-9291, para. 6.

73 EZRACHI, *supra* note 57, at 8.

競爭過程中對競爭本身的影響。數位市場法前言指出，在搜尋引擎服務中守門人可以訪問相關排名、查詢、點擊生成的數據，進而堆疊市場參進和擴展的重要障礙，破壞線上搜尋引擎服務的可競爭性（Contestability）[74]。認知到競爭過程的重要性，再檢視數位市場中守門人在個人資料與數據累積的落差，就可以理解歐盟數位市場法之所以禁止守門人對消費者進行超出行業標準的深度剖繪分析，例如該法第6條第1項第a款守門人不得在與商業用戶競爭的環境中使用非公開可得的數據；以及為何歐盟執委會將被賦予調查的執法權限，例如該法第19條第1項歐盟執委會為了持續監測有權要求訪問企業的資料庫與演算法，並可要求企業或組織提供必要解釋或說明，以及守門人在核心平台服務系統、軟體或硬體的可操作性及數據訪問的互通性[75]。事實上，具守門人地位的核心平台服務業者作為影響整個市場秩序的重要角色，歐盟競爭法在觀察市場是否仍存在商品與服務有效替代選擇的競爭空間時，也適時地提醒我們需要將競爭政策視野投放至引起限制競爭行為的根本，也就是帶動極端規模經濟、強大網路效應的數據其經濟效率的問題。

前歐盟競爭事務委員Kroes曾指出，消費者福利是否增進，以及資源是否有效分配是判斷競爭執法的依據，競爭政策也同樣關注是市場上的選擇，並考慮到創新和提高生產力相關動態效率的好處。[76]歐盟競爭法對於經濟效率的理解至少可分為生產效率、分配效率及動態效率。前二者為靜態的概念，指涉企業或任何商業組織，是否透過規模與技術盡可能地削減不必要的成本，以及經濟資源在市場

74 Reticle 37 of Digital Market Act.

75 Recital 52, 55 of Digital Market Act.

76 Neelie Kroes, *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices* (2005), Speech delivered at the European Consumer and Competition Day, Mar. 30, 2018, https://goo.gl/3Fn75o (last visited July 22, 2022).

上是否透過供需雙方的調節充分有效地配置；至於動態效率則廣泛地對應整個經濟或特定市場上商業競爭的潛力，並承接靜態分配所分別代表總體福利與消費者福利可能發生衝突的問題。承此，歐盟執委會在TFEU第101條目的之論述中亦指出，該條對於市場中的競爭保護係作為確保資源有效分配的一種手段，而在TFEU第102條也以效率的作用作為濫用行為的合理理由，但效率的考慮應與促進消費者福祉／福利交織或並重，並以消費者從中受益為條件[77]。因此即便總體經濟效率的提升有其經濟學上理由，但消費者是否受益的觀察點，仍將作為競爭法切入的一個開關。也就是說，歐盟競爭法據此而有能力檢驗效率之上是否存在競爭空間的問題[78]，並以有效競爭結構的知識背景，體系地包容動態效率與創新的解讀。

因此，歐盟執委會在數位市場法前言中指出「任何以經濟為依據試圖解釋平台服務提供商在特定商業行為下存在提高效率的證明都不應考慮[79]」，更正確的理解應該是即便是總體經濟效率提升，亦無法直接透過對消費者福利——包含選擇性在內——間接影響以及市場上受益於資源有效分配而保持動態效率的檢驗。換言之，數位市場法作為歐盟既有競爭法規範的補充，針對數位市場需要競爭法額外處理的問題，還包括市場上消費者選擇自由以及潛在創新的可競爭性。

---

77 Philip Lowe, *Preserving and Promoting Competition: A European Response* (2006), Speech delivered at the St Gallen Competition Law Forum, May 11, 2006, https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_2_1.pdf (last visited July 22, 2022).

78 EZRACHI, *supra* note 57, at 11-12.

79 Recital 23 of Digital Market Act.

三、經濟秩序自由與政府干預的界線

歐盟競爭法的多元目的以及有效競爭結構視角，一方面關注到限制消費者選擇自由可能反向損害競爭；另一方面也理解到競爭本身的損害會間接地損害創新的動態，當具有守門人地位的平台業者運用技術所形成系統性的封閉問題時，守門人如同控制產品替代的創新的動力。因此如何確保數位經濟的自由可競爭性，問題不僅止於解決對消費者福利的損害，還包括有效競爭結構亦即競爭過程本身的自由是否維持在一個公平的秩序之上。事實上，認識到當今數位平台業者對消費者（包括企業）在市場上自由選擇權力的抑制，以及平台業者如何透過資料將競爭圍繞在多邊市場、強網路效應的遊戲規則之上時。市場欠缺自我調節能力的質疑，正好吻合以弗萊堡學派（The Freiburg School）對市場發展的不信任態度，及其一直圍繞在歐盟競爭法概念發展[80]的「秩序經濟自由主義」（Ordoliberalism）的主張。

秩序經濟自由主義是一門可追溯到1930年代至1950年代的經濟倫理學（economic-ethical），其作為第二次世界大戰後歐洲政治經濟學對於市場與社會經濟的重要意識形態，既強調市場自由、私有財產權利、社會保障，也同時關注社會正義、民主與人性尊嚴的經濟秩序[81]，從而競爭的意義與個人經濟行為自由相結合，對競爭的限制概念上即等對市場參與者商業的限制。[82]其對於法學者與經濟學家

---

80 Konstantinos Stylianou & Marios Iacovides, *The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation*, 42 LEGAL STUDIES 620, 632-33, https://ssrn.com/abstract=4060346 (last visited Jun. 26, 2022).

81 Manuel Wörsdörfer, *Individual versus Regulatory Ethics: An Economic-Ethical and Theoretical-Historical Analysis of German Neoliberalism*, 3(4) OECONOMIA 523, 523-57 (2013).

82 楊忠霖，競爭法與經濟管制，公平交易季刊，26卷1期，頁7（2018年）。

的影響大致可以概分為四：首先，市場的動態是私人經濟力量會為了自身利益而操縱市場，這會導致競爭的過程無法自我調適並最終會形成經濟力量的集中；次者，政府因此不僅止作為夜警角色，而是需要透過干預來抵銷這種趨勢，以確保競爭過程與競爭本身的存在；其三，為了避免國家角色的工具化，對於競爭的干預必須受制於憲法；其四，競爭也被認為是分散經濟力量的機制，同時也是分散政治權力與確保民主多元的手段。國家應將自己框定在源自於憲法的法律體制之下，作為確認進行市場交易一般性條件的規則制定者，謹守在經濟秩序建立與監督的立場，而不是直接引導、干預市場的發展，以及任何具體交易的條件本身[83]。

在以私有經濟為前提並對於個人自由、自決的確立而言，經濟秩序自由主義下的競爭秩序形塑必然與憲政國家、法治國家概念疊合。亦即，對於競爭秩序與市場規則制定的概念，理想上係由一個強大且獨立的憲法國家所提出[84]，以嚴格地遵守憲法要求國家與市場間的距離與關係，任何競爭秩序的干預都是中立且不歧視的。這種中立性不只是對私有經濟活動市場准入的維持，同時也包括退場與淘汰，一切的經濟成果仍然交由市場自由運作，因此競爭本身除了應呈現出事業很容易進入市場外，也意味著順利退出市場。秩序經濟自由主義所形塑的自由，是以自由進出市場作為可競爭的市場狀態的註解，如此才能公平地使這個經濟政策兼容競爭與淘汰，一來抑制競爭政策成為權力手段；二來維持競爭對創新的誘因。正如弗萊堡學派核心人物Eucken教授的主張，國家經濟政策應消除來自政

83 Frédéric Marty, *Is Consumer Welfare Obsolete? A European Union Competition Perspective*, 24(47) PROLEGÓMENOS 55, 58-59 (2021).

84 Manuel Wörsdörfer, *Ordoliberalism 2.0: Towards a New Regulatory Policy for the Digital Age*, 19(1) PHIL. MGMT. 191, 201 (2020).

治和社會經濟游說團體的權力[85]，因為經濟力量的集中會增加經濟實體對國家政策干預的能力，間接導致政治權力的集中，最終擾亂價格機制與競爭秩序[86]。自由退場——也就是競爭淘汰——的概念作為經濟政策中立性的拘束，國家應當鼓勵人民以契約自由的方式在市場中競爭，以便維持個人與企業對其經濟決策的結果自我負責，並藉由市場上行為人對私有財產的關心實現更有效率且公平的方式創造利潤、承擔損失。必須強調的是，在符合市場可競爭性的情況下，契約自由的保護並不是絕對的權力，因此歐盟競爭執法之所以關注於競爭本身的另一個面向，即反映著任何形式的國家政策都應當避免分擔淘汰的責任並讓事業自由退場[87]。秩序經濟自由主義不僅深深地影響歐盟競爭執法的總體政策想像，並且在歐盟競爭執法專員的正式發言與歐盟執委會有關競爭法的決定中占有穩定的成長比率[88]。

回顧數位經濟中守門人平台業者所引起的問題，尤其是占據的數位經濟關鍵差異——資料與數據，同時還營運整個生態系及其裙帶的零售業者與第三方技術提供商，都凸顯出其匯集大量的經濟力量與政治權力。正如數位市場法所述，這些擁有巨量活躍用數數量的平台業者得益於資料強大的網路效應，占據與終端用戶接觸的關鍵位置，從而「加劇市場參進的壁壘」[89]，整個市場的商業用戶「嚴

85 *Id*.

86 Isabel Oakes & Anselm Küsters, *Lessons from the Past? How Ordoliberal Competition Theory Can Address Market Power in the Digital Age*, ProMarket Stigler Center, https://www.promarket.org/2021/11/14/ordoliberal-lessons-competition-tech-platforms-antitrust-germany/ (last visited Jun. 21, 2022).

87 Wörsdörfer, *supra* note 84, at 201-03.

88 Stylianou & Iacovides, *supra* note 80, at 633.

89 Explanatory Memoranda of Digital Market Act, para. 1.

重地依賴守門人」的結果是守門人獲得「能夠單方且輕易地設定對商業用戶與終端用戶不利的商業條款與使用條件」[90]的能力。對應至本文第二章的梳理，數位平台業者將市場帶向強網路效應、複雜範疇經濟、非價格競爭，以及對消費行為偏誤的環境，直接限制市場上消費者（包括商業用戶與終端用戶）選擇的自由[91]。因此歐盟執委會在數位市場法前言中宣稱「本法旨在保護與既有競爭規則不同的法律利益」時，一個更完整的理解是數位平台的出現及其不可忽略交易行為的結構，雖然是目前數位經濟、多邊市場模式發展下最適的競爭結果，然而在歐盟競爭法本身即帶有多元目的之情況下，當我們將以企業消費者在市場上自決選擇的自由亦納入觀察，並從經濟力量集中看待守門人有權利設定、修改數位市場的條件時，國家就有責任建立確保競爭過程及其自身的公平秩序[92]，以防止市場競爭逐漸萎縮。這也是為什麼歐盟數位市場法中除了源自於技術上的限制外，制定許多守門人可操作性與互通性的行為規範與義務，以便在維持與私有市場的距離之上，確保競爭可以透過數據的可移植性，對其自身產生產品的替代與創新作用。

90 Recital 12 of Digital Market Act.

91 顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策——以競爭法的觀點出發，公平交易季刊，22卷1期，頁181-182（2014年）。

92 Marty, *supra* note 83, at 59; Luigi Zingales, *Towards a Political Theory of the Firm*, 31(3) J. ECON. PERSPECT. 11, 11-115 (2013).

肆、我國憲法規範對經濟秩序的知識型[93]

由於我國公平交易委員會於2022年3月發布的白皮書，首次揭示我國競爭政策與公平交易法回應與可能發展。不過對於逐漸轉向事前管制的競爭政策趨勢，我國可能採取的立場、政策取徑，乃至於執掌分工，對外界而言仍處於迷霧之中。

如果說歐盟執委會對於數位市場競爭的態度與管制動機，是出自於守門人經濟權力過度集中造成市場競爭損害的意識形態，則數位市場法補足既有競爭法執法存在不穩定與緩慢的定位，即是歐盟競爭政策架構下確保有效競爭結構的手段。由於歐盟數位市場法與競爭政策關係，明顯係秩序經濟自由主義延伸的展現，強調政府出自於確保市場競爭，所建構之管制型競爭法制路徑。此一觀察脈絡帶到我國而論，對於我國「數位市場的競爭政策究竟應採取什麼立場」的問題，就可以再分為我國憲法對經濟秩序概念是否存在發展空間，以及我國市場經濟發展過程中競爭與管制手段協調的可能性進行探討，藉此開啟我國競爭政策對數位經濟秩序的討論前提。

一、我國憲法基本國策對經濟秩序留下的空間

經濟法制與內涵服膺於經濟憲法下，競爭規範作為國家市場經濟政策的一部分，自屬於國家權利作用的一種手段，而應合乎（協

93 本文借用法國哲學家傅科（Michel Foucault）有關知識型（episteme）的概念，亦即是什麼背景與意識形態形成具有價值判斷的知識。正如本文第參部分嘗試說明，多元競爭目的與秩序經濟自由主義形成歐盟數位市場法中管制措施的論述，此處想要進一步推進的則是從我國憲法增修條文與司法院釋字整理中，可能觸及的經濟秩序的操作，藉以思考國內對競爭法概念的意識形態是否有與外國法概念相容的合理性，亦即我國對經濟秩序可能的知識型。當然此處並不當然為法制實務的最適結果。

調於）憲法對經濟生活秩序之指導與規範。我國學者對於經濟憲法的概念大多援引自德國學理中的狹義部分，認為憲法對經濟秩序、組織與決定過程的規範已經原則性的決定框架，亦即以「民生主義經濟體制」開展經濟政策，並在此框架內擬定、確立與檢驗[94]。不過經濟與生活秩序作為規範事物其本質上及具有變化性，因此隨著社會與人民活動的不斷變遷，憲法所為的原則性決定自然存在一系統性步調與變遷的實踐。

我國學者認為經濟秩序的概念，大致是從憲法第十三章基本國策之「國民經濟」一節第144條與第145條第1項，以及中華民國憲法增修條文第10條加以探索[95]。觀察憲法第144條有關具獨占性企業之規範，雖以公營為原則帶有明顯的社會主義意識，但客觀來說「其經法律許可者」也留下的寬廣的空間予私有經濟；在與基本權體系所開展對於財產、自由等規範價值建立起憲法價值，自當從更富抽象性質、調和作用的解釋，而理解為對獨占性企業的憲法旨趣[96]。

而有關憲法第145條第1項規定：國家對於私人財富及私營事業有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之。作為對於私人財富與事業，即私經濟市場活動的規範性指引[97]，首先可以將「公用事

94 詹鎮榮，公經濟法：第二講　經濟憲法，月旦法學教室，80期，頁66-67（2009年）；李東穎，德國經濟憲法爭議的啟發性意義，東吳法律學報，27卷4期，頁71（2016年）。

95 李東穎，同前註，頁95；吳秀明、楊坤樵，憲法與我國經濟部門之基本秩序，收於：蘇永欽編，部門憲法，頁85（2006年）。

96 按基本國策的規範效力，如果無明確規範對象與內容者，參照學者吳庚與陳淳文對國民教育基本國策規定的論證，則認為僅是實施的最低程度，或者土地價值非因勞力增加之課稅僅是指示行政及立法方針的依據。詳參陳新民，憲法導論，5版，頁409-410（2005年）；吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，3版，頁60-62（2014年）。

97 我國法學者對憲法第145條的探討，多數集中在社會國原則的開展，以及財產

業」及「其他獨占性企業」留在憲法第144條處理，而剪裁出第145條第1項規範範疇，亦即鎖定在「妨害國計民生之平衡發展者」，對應到市場中私人事業彼此間經濟活動的層次。據此，對「平衡發展」的進一步理解，基於憲法對經濟基本權的客觀秩序以及對市場經濟體制的前提，由於人民在工作權、財產權乃至推導出的契約自由與營業自由下，私經濟活動亦應當表現出市場自治、經濟自主、競爭自由等秩序[98]。因此「妨害國計民生」作為干預，另一端自然是營業自由、競爭自由，尊重兩者間經濟基本權利累積與行使的自由，則是「平衡發展」的目標；憲法第145條第1項的規範重心在於防止市場競爭破壞國計民生的平衡，而成為我國競爭法制之重要憲法基礎[99]。惟不可否認的是，上述對憲法第145條第1項規範條內涵的推論，至多只能得出以私經濟主體包括事業在內的規範對象，以及應排除危害「平衡發展」之事務[100]，至於其規範內容與基準仍屬於較廣泛的描述，而屬於制憲者對行政及立法部門的指引。

因此回到規範內容的前提，憲法基本權利清單以財產權與自由權所延伸有關人民經濟生活內涵者，包括憲法第11條的商業言論、

權侵害應為社會拘束性或公益補償性的論證。不過從國家手段的對象來看，在侵害私有財產權之前，形成財產本身的過程之自由，則為憲法第145條的另一個面向。亦即前者為處理國家和私人間的關係與評價，後者則為國家面對私人之間關係的評價。是憲法第145條「妨害國計民生之平衡發展者」，亦有節制私營事業有害他人契約自由、營業自由侵害之節制功能，見本文後述。類似見解可參林依仁，政策之憲法變遷與憲法委託，中原財經法學，48期，頁125（2021年）。

98 吳秀明、楊坤樵，同註95，頁208。

99 吳秀明、楊坤樵，同註95，頁190-191。

100 學者廖義男對此曾指出，妨害競爭秩序之限制競爭與不公平競爭行為，即屬有害於國計民生之平衡發展者。參廖義男，憲法與競爭秩序之維護，收於：公平交易法之理論與立法，頁4-9（1995年）。

第15條的職業選擇與從業自由、第22條保障之契約自由，以及由工作權與自由權所推導的競爭自由或企業家自由[101]。這些由古典基本權利所放射而來的客觀價值秩序，都給予私經濟主體更廣泛的自由決定空間，有學者將此統稱為經濟基本權而視為私經濟主體在基本權體系下所處的經濟地位[102]。當市場經濟、社會運作模式變遷之際，憲法已對私有經濟、市場活動留下明確指引（基本權利禁區）或評價意識（國家與市場的關係），勢必會形成一貫的經濟秩序觀念。

也就是說，當市場上——獨占性質之外的——市場經濟活動與社會運作模式，有限制人民經濟自主、競爭自由，甚或是企業家自由等經濟基本權時，立法者仍有必要做出具體的判斷以修正並吻合憲法的方向。透過憲法第145條第1項所謂的「平衡發展」，則可在承認私人財富或事業力量累積的同時[103]，建立起防止私經濟市場運作產生基本權利侵害的機制，亦即國家透過競爭政策維護契約自由與營業自由的經濟秩序。

二、憲法解釋中的競爭與管制互動

司法院大法官作為我國憲法解釋的主體，對市場環境、產業發展或職業活動等經濟決定與發展自由市場的指示，可以從解釋字中援引憲法增修條文第10條的操作，探悉採取或競爭或管制的取向。由於憲法增修條文第10條所羅列之各項國民經濟、社會福利發展理

101 詹鎮榮，同註94，頁69-70；詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138期，頁47-50（2006年）。

102 李建良，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，頁79（2007年）；詹鎮榮，同註94，頁66-67。

103 鍾騏，經濟秩序與國家產業政策，憲政時代，43卷1期，頁39（2017年）。

念與陳述，實屬制憲者因應時代變遷所更新的方向，亦即透過修憲程序所凝聚的社會集體選擇[104]，因此憲法增修條文第10條與經濟基本權，諸如職業選擇與從業自由、契約自由、競爭自由或企業家自由等概念交集的部分，無疑是憲法指引市場經濟的基礎，亦即其對於經濟發展過程中社會、市場、個人相互間互動的目標。

司法院釋字第580號解釋曾指出，耕地三七五減租條例以國家（當時）農業發展與可耕地資源分配正義的目標，以憲法第143條第4項、第153條第1項代強制性質所建立耕地承租人與出租人的關係，而限制農地市場的交易自由自有其重大公益。然憲法增修條文第10條第1項（後來）既揭示發展農業現代化及其科學技術，意旨出租人希望收回農地提高利用效率、追求規模經濟時，增加憲法所無之限制者應屬無效。換言之，特定市場因重大政策背景所採管制手段，在經濟政策變遷後經大法官解釋，確立在該市場上追求耕作規模效率化的地位，而宣告耕地三七五減租條例第19條第3項無效。時序上雖然是先有受管制市場，而後加入市場效率的內涵，但在農業經濟發展的目標前而言，強制建立承租關係的管制手段與確保市場效率對農業現代化的維持競爭手段，兩者已呈現出管制與競爭並存的面貌。

而司法院釋字第649號解釋針對身心障礙者保護法就按摩業專由視障者從業違憲，雖係以平等原則、比例原則對職業自由所操作的論述。然而，大法官於該案中也將視角放在市場本身，應考慮到是否能「形成多元競爭環境裨益消費者選擇」，也就是說對於按摩服務市場的政策即便肩負有特別重要之公共利益（指憲法增修條文第10條第7項），仍應有多元競爭環境為檢驗的可能性。申言之，按摩

104 同前註，頁40。

服務市場應予以管制手段係以身心障礙者自我實現為目的，但此並不必然排除身心障礙者透過其他社會進步所允許的氛圍，透過其他職業實現此一目的。因此在人民自我實現（在此為職業自由與財產權自由）的目標前而言，特定市場是否採取管制手段其實是一種取捨，釋憲者在此宣示的是國家涉入私經濟市場時，仍應注意到市場本身競爭的重要性。這種解釋立場正說明憲法對於私經濟市場承認的前提，政策上對特定市場採取管制手段時，競爭的意涵則未必全然退去。

有關市場經濟發展過程中競爭與管制兩者間的互動，國內曾有學者以公平交易法立法目的指出，競爭與管制兩者僅為手段適切的問題，以合乎我國經濟體制現況[105]。本文在此基礎上，進一步嘗試以司法院釋字觀察憲法解釋對競爭與管制互動的論述，並發現大法官作為憲法解釋的重要角色，或多或少點出政府在介入市場時，亦有呈現出在經濟發展同一特定目標之下，市場應採取管制立場或競爭立場屬於同一位位階的討論。兩者間的關係可能並存、可能相容，並不具有明確的排斥性，特別是隨著經濟與社會的變遷，市場經濟秩序的傾向實際上存在流轉的空間。

三、中小型事業自由作為數位市場經濟秩序的路徑

承上述憲法第145條對於私人財富及私營事業若有妨礙國計民生之平衡發展所留下的國家排除任務，惟其「平衡發展」所設定的指引或趨向，還需要一個論述內容。本文認為憲法增修條文第10條第3項，或許正可以填充市場競爭與經濟秩序互動的橋梁，而當中的關鍵是中小企業在經濟社會發展過程中的自我決定與自我負責。

105 楊忠霖，同註82，頁27以降。

首先，需要釐清的是憲法增修條文第10條第3項稱國家對於人民興辦之中小型經濟事業應扶助並保護其生存與發展，字義上是國家對於中小型私經濟個體應當給予生存上的保護，猶如享有其他經濟個體所無之「生存權」。對此，學者黃銘傑曾撰文明確指出，視中小企業可以自外於市場競爭的選擇與淘汰機制無疑將與競爭政策直接發生牴觸，此處生存權應回歸憲法理論作「營業自由、競爭自由等經濟自由的人權」，目的在避免嚴守契約自由所發展出大企業壓榨中小企業之形式平等與自由。國家介入私經濟領域的依據仍然是經濟權力自由的秩序維持，「確保所有主體於實質上皆能享有憲法保障的經濟自由，（略）現代中小企業保護法律的制定，其目的即在確保中小企業在面對大企業之競爭與交易時，於營業與競爭上所應享有之實質的自由」。申言之，憲法增修條文第10條第3項要求國家對中小企業的扶助及保護即不是以「生存」為終點，而視生存為一過程並著重在競爭對發展的作用，國家的任務在於確保這個過程的開始（創業）、結束（解散與清算）及兩者當中廣泛的競爭與經濟自由。次者，中小企業為何適合作為調和市場競爭與經濟秩序的路徑，若以中小企業群體占市場自由運作角色的量來思考，2022年我國企業總家數為156.5萬家中就有154.8萬家為中小企業，可知企業家數結構98.93%皆為中小型事業（歐盟則為99%），亦即市場上參與或發揮競爭功能以形成經濟上最適分配的要角，自當是為數眾多的中小型事業；反之，若市場上自由交易與競爭的選擇性一旦受到壓制，則影響的層面與廣度將因為98.93%的比例，而呈現出幾乎等同於整個市場的問題。

上述我國小型市場參與者的結構或許正適合用以思考促進數位市場競爭可行路徑，誠如公平交易委員會在白皮書所指：競爭法的基本原則雖不因為大國經驗而有所改變，但仍應注意到我國經濟發

展、產業結構的不同以掌握「在地的連結」[106]。尤其是在當前我國尚未有主管機關就數位市場競爭做出數位平台市場地位、網路效應、資料壟斷調查的情況下，數位廣告市場份額分布的想像上，除了有Google生態與Meta生態之外，對我國而言，應該還有LINE公司的數位服務生態。本文以為，數位經濟無國界特徵下跨國數位平台的發展自然值得思考法制對應上我國是否要跟進國際潮流，而不過尋思是否引進歐盟數位市場法管制模式之立法時，先回到憲法對於市場競爭以及憲法增修條文對於經濟秩序的大致趨向，會是較穩健且符合我國法制對私經濟活動與市場自由競爭一貫性的做法。亦即，在我國提供數位中介服務的數位平台業者在各別市場提供數位服務挖掘用戶資料，進而開發演算法、運用網路效應，甚至跨域發展第三方支付等等的橫向市場競爭策略，既屬於私人對於創新商品與服務的投入，也面臨著市場淘汰的風險；數位平台業者自然也可能在特定市場形成不可忽略交易第三方，或者是平台運用資料與數據，意圖在特定市場形成經濟權力集中的現象。而當競爭政策希望對這些具有主導數位市場運作條件、交易門檻或任意排擠第三者競爭能力的特殊地位平台，以憲法第142條節制資本或第145條平衡國計民生之發展大纛時，維持中小型事業在數位市場上如果面對不可忽略之數位平台業者，乃至於中小型事業在參進數位市場機會時。追求在數位商品與數位服務創造新消費者剩餘，或者是提供相同但具有差異性、互補性之數位商品與服務的中小型事業，都應當如前述數位平台一般享有自由決定自我負責的空間。

此時藉由憲法增修條文第10條第3項生存與發展之意旨，一方面指引出著經濟基本權的行使應當循著生存作為可運作的競爭過程；

106 公平交易委員會，同註13，頁214。

另一方面導引數位市場中所謂參進、創新及自我負責的概念上應當是維持市場及當中經濟事業的發展性。本文以為，制憲者在憲法增修條文第10條第3項中，如同俯視著市場所有的參與者，中小企業在此代表著為數眾多市場參與者的類型化概念，而這種類型化相對於大型企業在經濟秩序中地位的不對等關係，就如同座標一般敦促著國家在市場經濟傾斜的象限中，應注意到是否有危害事業契約自由、競爭自由的角落。申言之，為多數的中小企業群體在此是否仍享有自由選擇、自由參進與競爭的生存空間，將拘束著競爭政策對市場經濟的干預，應與其他產業政策協調且一貫地保持著國家對私經濟市場的距離。

四、我國數位競爭政策態度的反思

公平交易委員會所發布的白皮書，從編排篇幅可知有近八成的內容主要集中在第參章與第肆章，主要按數位經濟對競爭帶來的議題，說明未來執法立場及方向。可見目前公平交易委員會現階段對於數位經濟競爭政策與執法回應，主要集中在數位經活動的執法議題與執法立場，揭示公平交易法適用與執法的發展方向[107]。或許是有意從執法手段起手作為數位經濟競爭策的基礎，真正處理到白皮書「競爭政策」此一命題，一直要到白皮書第伍章結論與建議中「法規規範面」與「執法原則面」才有論述。前者採微觀角度指出

[107] 參照公平交易委員會新聞稿指出，「數位經濟競爭政策白皮書」，探討之競爭議題包含數位經濟對傳統市場界定、市場力衡量分析方法的挑戰；平台業者的自我偏好、搭售、掠奪性定價／低價利誘、差別取價、最惠客戶條款、限制轉售價格、網路銷售管道限制；數據隱私與市場競爭、新聞媒體議價問題、殺手併購、網路不實廣告，以及演算法所衍生的聯合行為與公平交易法的適用關係等。似乎較偏重在各種數位經濟所引起限制競爭行為在公平交易法上適用的關係。

公平交易法操作各別法條判斷因素、分析工具時短期與長期的具體措施；後者進一步以「執法的態度」、「執法能力建構」兩個副標，以宏觀角度對競爭政策的態度或發展進行說明。

由於我國學者對於公平交易法是否具有經濟憲法地位屢有批評[108]，是故公平交易法所承載的競爭法政策研究，尚應分為憲法層次及公平交易法層次的容許性[109]；本文著重在數位市場競爭與競爭法政策互動的觀察，因此以下針對前者，探討憲法競爭政策與白皮書對競爭法目的的不同。首先，白皮書點出當前主要競爭法發展國家數位競爭政策回應各有其不同政策背景，並反應各國經濟發展、產業結構的差異性即「在地的連結」。雖然競爭法的基本原則不會因為小經濟體而有所改變[110]，但在回應數位經濟競爭議題所採取的方式，確實需要注意到小經濟體的市場現況，以避免我國競爭政策過於直觀地照抄外國立法進程，而發生過度類比守門人經驗而出現保護本國數位經濟的謬誤。

在此需要區隔的是「小型經濟體」與「以中小型企業為主的經濟體」兩個概念。不同於本文前一節以中小企業占企業家數的觀點，所強調的是市場活動中獨立採取經濟行為所呈現的結構；小型經濟體概念則有從人口數、匯率波動、國內生產毛額等角度切入的多義性[111]。換言之，除了白皮書在使用「小型經濟體」概念時並不

108 楊忠霖，同註82，頁33。

109 亦即以公平交易法歷次修正所形成的脈絡，以及公平交易委員會歷來發布解釋令所形成的體系，是否適合承載競爭目的的管制手段，實為下一層次的問題。容待本文另文開展。

110 公平交易委員會，同註13，頁214。

111 International Monetary Fund, *A Big Question on Small States*, Sep. 9, 2013, https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2013/09/jahan.htm (last visited Mar. 31, 2023); Richard L. Bernal, *Small Developing Economies in the World Trade*

明確外，本文以為數位市場競爭政策在考量不同國家發展的背景時，值得進一步將重點放置在小經濟體國家是否能相應承接起數位競爭的新興執法政策與措施。亦即歐盟執委會以經濟選擇自由概念形塑歐盟數位市場法及其競爭政策，是否能順利讓部分小經濟體國家在歐盟數位單一市場下受益，確實會是我國值得關注之處[112]。

次者，白皮書在執法的態度中強調競爭法雖然也是一種政府干預的形式，但其功能上並不是要取代市場，而是「**藉由打破限制競爭的方式來恢復或促進市場競爭機制**」，認為「**事前管制則主要是以『政府』來取代『市場』，以解決市場失靈的問題**」[113]。先不論上述對於競爭與管制關係的分界是否毫無疑問[114]，公平交易委員會在此顯然是認為管制措施並不存在促進競爭的功能，因此作為我國競爭法主管機關，若要負擔類似國際間針對數位市場事前管制的執行或有組織定位的問題，故應「**謹慎評估事前管制的必要性及擔任的角色**」。然而，誠如本文第參部分梳理數位市場法（事前管制措施）在歐盟競爭政策（確保市場可競爭性）下的正當性，以事前管制措施處理由數位平台業者所引起的特殊競爭議題，無疑針對數位經濟中資料數據有效分配的問題。也就是說以資料數據為核心的數

Organization, Paper presented at the World Bank Conference on Leveraging Trade, Global markets Integration and the New WTO Negotiations for Development. Washington, DC, July 23-24.

112 由於小型經濟體的市場規模較小，因此有學者提醒競爭政策不宜同時肩負財富分散與保護中小企業的任務，無疑為我國競爭政策討論不得不正視的考量。參顏雅倫，同註91。這樣的考量實為競爭政策形塑過程中必要的本土化調整，而非在前提上就限制競爭政策研究的開放性，是本文在此所探討之目的即在於打開我國競爭法討論的範疇以及可能的取徑。

113 公平交易委員會，同註13，頁216。

114 張玉山、李淳，競爭政策與管制政策之取捨及協調：以公用事業為例，第八屆競爭政策與公平交易法學術研討會，行政院公平交易委員會主辦，頁21（2001年）。

位市場，在已傾向權力過度集中的情況下，事前管制的行為與不行為義務仍然是以干預手段促進競爭。本文以為，至少在理解歐盟立法的背景與制度設計時，數位市場法也並未當然表現出事前管制是要以政府取代市場的意識形態。

然而，對於我國競爭政策是否兼容事前管制的促進市場競爭機制，白皮書現階段的答案是「**與競爭法的原意顯有不同**」[115]，似乎有意強調我國競爭法下並不存在以管制手段達成市場競爭目標的可能性。不過，本文前段從憲法基本國策及憲法解釋經驗中所推敲者，我國憲法對市場經濟的前提，其實仍然存在政策上競爭與管制相協調的法制路徑。事實上，上文透過憲法解釋對國家介入市場管制正當性的肯認，自不當然推導出公平交易委員會應承擔類似數位市場法「事前管制」的責任；惟在論及競爭法主管機關角色時，本文以為不應先強調競爭法原意顯有不同，使競爭政策退居次位而得出「卻可幫助在事前管制政策中容納競爭性的目標」的結論。

或許是白皮書本身作為政策議題共識的揭示，因此在結論與建議中對應到數位經濟競爭政策態度與執法立場，似乎還未見到公平交易委員會評判的論述就先得到「在地的連結」、「致力建構可競爭性」、「謹慎評估事前管制」的立場。然而，正如本文嘗試從憲法增修條文以及司法院解釋探討我國市場經濟的經濟秩序，並得出競爭政策仍可能與管制手段兼容性時，對於我國數位市場競爭議題的立法政策形塑，如何在數位市場管制的潮流走出一條符合我國競爭政策，至少在我國產業法制確實有管制與競爭並行立法的現狀下，都不宜直接將事前管制立法模式等同於取代市場。

---

115 公平交易委員會，同註13，頁216。

伍、結　論

歐盟數位市場法作為近期國際間競爭主管機關對數位市場競爭政策回應的重要指標，關於其如何以補充傳統競爭執法的定位帶出事前管制制度，在觀察上不僅與歐盟競爭法本身即帶有自由、公平與消費者保護等多元目的有關。如果進一步從秩序經濟自由主義的意識形態加以解讀，還可以發現歐盟競爭政策對於消費者福利的理解尚帶有對消費者福祉概念；而在談論競爭效率時，事實還包括對競爭本身的保護，以及對市場有效競爭結構的解讀。

當具備守門人身分的平台業者透過極端規模經濟與消費者偏誤不斷累積經濟實力，並強大到可以任意控制市場選擇自由時，政府就有責任建立一個確保可競爭的法制秩序。因此歐盟數位市場法之所以制定許多以可操作性與互通性為目的的管制措施，其意義就是在確保數位市場競爭過程得以實現，並同時避免直接取代企業進入與退出市場的機制，而達成市場競爭的最終目的。

回顧我國憲法基本國策的規範性指引，並作為市場經濟活動與社會運作的客觀價值評價意識，當契約自由、競爭自由等經濟基本權受到損害時，除力度上係由立法者決定外，本文認為憲法第145條所謂的「平衡發展」應可承載一定的經濟秩序引導功能。而憲法增修條文第10條第3項中，中小型經濟事業的生存與發展詞語，可以藉由中小企業所代表我國多數市場參與者概念，觀察整體經濟環境和市場運作現況下，其經濟地位相較於大型企業是否存在不對等的結構。申言之，某一市場秩序是否讓為數眾多的中小企業群體仍享有自由選擇、自由參進與競爭的生存空間，將會是該憲法增修條文作用的前提與終點。此一憲法指引，在賦予國家干預市場經濟的同時，將一貫地要求其與私經濟市場前提保持一定距離，一旦中小企

業群體在市場上恢復至可競爭的地位時，相關干預的措施就必須退場。

由於我國產業立法的現況，競爭與管制手段的運用並非全然的擇一關係，因此本文故然認同公平交易委員會在白皮書中有關「在地的連結」與「謹慎評估事前管制」的建議，然而我國競爭法原意是否真的無法兼容管制手段，似乎還欠缺論證的過程。透過本文對憲法可持續性的解釋，我國自1991年起一路推動管制開放、市場自由的經濟體制脈絡，仍然可能透過憲法增修條文，保持對國際間數位經濟管制聲浪的政策對話空間。

參考文獻

一、中　文

吳秀明、楊坤樵（2006），憲法與我國經濟部門之基本秩序，收於：蘇永欽編，部門憲法，頁72-86，臺北：元照。

吳庚、陳淳文（2014），憲法理論與政府體制，3版，臺北：三民。

李東穎（2016），德國經濟憲法爭議的啟發性意義，東吳法律學報，27卷4期，頁69-100。

李建良（2007），經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，頁71-157。

林依仁（2021），政策之憲法變遷與憲法委託，中原財經法學，48期，頁69-163。

張玉山、李淳（2001），競爭政策與管制政策之取捨及協調：以公用事業為例，第八屆競爭政策與公平交易法學術研討會，行政院公平交易委員會主辦，2000年4月30日。

陳明（2021），歐盟數位市場法草案下的中小企業視角與定位，科技法律評析，13期，頁183-185。

陳新民（2005），憲法導論，5版，臺北：新學林。

楊忠霖（2018），競爭法與經濟管制，公平交易季刊，26卷1期，頁1-48。

詹鎮榮（2006），競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138期，頁38-54。

詹鎮榮（2009），公經濟法：第二講　經濟憲法，月旦法學教室，80期，頁65-74。

廖義男（1995），憲法與競爭秩序之維護，收於：公平交易法之理論與立法，頁6-8，臺北：三民。

劉徑綸（2021），歐盟數位服務法與數位市場法草案初探，科技法律透析，33卷3期，頁51-58。

劉華美（2022），歐盟和德國數位政策與競爭法——兼論對台灣的啟示，收於：第28屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁29-70，臺北：公平交易法學會。

鍾騏（2017），經濟秩序與國家產業政策，憲政時代，43卷1期，頁21-49。

顏雅倫（2014），臺灣金融產業的競爭政策——以競爭法的觀點出發，公平交易季刊，22卷1期，頁171-240。

二、外　文

Acquisti, A., Brandimarte, L., & Loewenstein, G. (2015). Privacy and Human Behavior in the Age of Information. *Science*, 347, 509-514.

Alessandro, A. (2010). *The Economics of Personal Data and the Economics of Privacy*. OECD Conference Center.

Andersen, E. (2020). The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies [Unpublished master's thesis]. University of Lund.

Benthall, S., Lancieri, F. M., Luguri, J., & Verstraete, M. (2019). Privacy and Data Protection Subcommittee. Zingales, L. *et al.* (Eds.), in *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report* (pp. 206-267). Stigler Center.

Crémer J., de Montjoye, Y.-A., & Schweitzer H. (2019). *Competition Policy for the Digital Era*. Publications Office of the European Union.

Daskalova, V. (2015). Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?. *Competition Law Review*, 11(1), 131-160.

Digital Competition Expert Panel (2019). *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. HM Treasury.

Ezrachi, A. (2018). EU Competition Law Goals and the Digital Economy [Unpublished master's thesis]. University of Oxford.

Japan Fair Trade Commission (2017). *Report of Study Group on Data and Competition Policy*. Japan Fair Trade Commission.

Lancieri, F., & Sakowski, P. M. (2020). Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports. *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, 26, 65.

Mandresou, D. (2018). The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms. *European Competition and Regulatory Law Review*, 2(4), 244-257.

Marty, F. (2021). Is Consumer Welfare Obsolete? A European Union Competition Perspective. *Prolegómenos*, 24(47), 55-78.

Morton, F. S., Cage, J., Gans J., Goodman, E., Knight, B., Prat, A., & Morgenstern, J. (2022). Market Structure and Antitrust Subcommittee Report. Zingales, L. *et al.* (Eds.), in *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report* (pp. 23-138). Stigler Center.

Podszun, R., & Kreifels, S. (2016). Digital Platforms and Competition Law. *Journal of European Consumer and Market Law*, 5(1), 33-39.

Rietzler, M. (2021). The Proposed Digital Markets Act [Unpublished master's thesis] . University of Lund.

Stylianou, K., & Iacovides, M. (2022). The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation. *Legal Studies*, 42, 620-648.

Toma, F. I. (2017). The Challenges of Digital Markets for EU Competition Law: The Case of Android [Unpublished master's thesis] . University of Oxford, Faculty of Law.

The French Autorité de la concurrence & the German Bundeskartellamt (2016). *Competition Law and Data*. Bundeskartellamt.

Viola, K. H. (2019). Virtual Competition: Challenges in Competition Law Regarding Online Platforms. [Unpublished master's thesis] University of Lund.

Werden, G. J. (2011). Consumer Welfare and Competition Policy. Drexl, J. *et al.* (Eds.), in *Competition Policy and the Economic Approach* (pp. 1-34). Edward Elgar.

Wörsdörfer, M. (2013). Individual versus Regulatory Ethics: An Economic-Ethical and Theoretical-Historical Analysis of German Neoliberalism. *OEconomia*, 3(4), 523-557.

Wörsdörfer, M. (2020). Ordoliberalism 2.0: Towards a New Regulatory Policy for the Digital Age. *Philosophy of Management*, 19(1), 191-215.

Zingales, L. (2013). Towards a Political Theory of the Firm. *Journal of Economic Perspectives*, 31(3), 11-130.

Digital Market Competition Policy and Economic Order: Reflections on EU Digital Market Law

Ming Chen[*]

Abstract

The Fair Trade Commission (FTC) of Taiwan has released its draft of the White Paper on Competition Policy in the Digital Economy in March 2022, to illustrate the present stage of FTC think digital economy under the new competition. Meanwhile, the Digital Market Act (DMA), proposed by the EU was approved by the European Council in July 2022 and is expected to come into force in the second quarter of 2023. There is a clear difference between the two policies regarding the trend of control measures and the position under market competition they should take.

In order to fully explore the policy orientation of EU digital market competition above the digital market act, this article reviews the concept and proposition of Ordoliberalism. And illustrates the discourse framework of EU competition policy towards the pursuit of freedom of market choice.

To the observation of the law system corresponding to Taiwan, this article argues that article 10(3) of the Amendment of the Constitution, the direction of small and medium-sized enterprise survival space should be

[*] Doctoral Student of Law, National Cheng Kung University.

as our competition policy compatible with market regulation means,

And competition law within the policy is still likely to handle regulation, as a way to promote competition. As such context of policy may start the legislative policy dialogue foundation for digital market competition and control.

KEYWORDS: Competition Policy, Digital Market Competition, Digital Market Act, Ordoliberalism, Economic Order