

数字经济中的隐私保护与 支配地位滥用^{*}

韩 伟

【摘要】数据驱动型业务的发展，使得涉及个人数据的隐私保护成为反垄断法的关注对象。对于如何将隐私保护纳入滥用市场支配地位的规制框架，通过剥削性滥用规则还是排他性滥用规则去规范隐私侵犯行为，目前仍存在争议。现阶段我国应坚持以反竞争效果作为支配地位滥用的认定基础，在《反垄断法》修订过程中可以研究剥削性滥用规则的合理性。为提升消费者的隐私保护意识，促进企业围绕隐私保护度展开竞争，执法部门可以通过竞争倡导、培育隐私保护竞争文化。

【关键词】数据 隐私 剥削性滥用 排他性滥用 竞争

【作者简介】韩伟，法学博士，中国社会科学院大学副教授。

〔中图分类号〕 D922.29 **〔文献标识码〕** A **〔文章编号〕** 1000-2952 (2020) 01-0037-9

一、基本背景

现今越来越多的产品或服务依赖于对各类数据的处理，数据驱动型业务成为数字经济的一大特点。由于企业处理的数据经常涉及个人数据，这些数据往往体现不同层面的个人信息，因此与隐私密切相关。相应地，近年来国际反垄断理论界与实务界对隐私问题日益关注，不过隐私保护是否应纳入反垄断执法仍是一个充满争议的问题。目前支持隐私保护纳入反垄断分析框架的主要理论基础是：隐私保护是一种重要的非价格竞争维度，由一项并购（或其他反竞争行为）导致的非价格竞争程度的降低属于反垄断法的规制范围。^①也有很多观点认为不适宜将隐私问题纳入反垄断分析框架，这类观点的理由主要包括：不符合反垄断法宗旨^②、隐私难以评估量化^③、反垄断救济无法

* 本文系国家社会科学基金重大项目“互联网经济的法治保障研究”(18ZDA150)的阶段性成果。

- ① Nathan Newman, Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 31 (2), 2014, pp. 401—454; Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 259—263.
- ② Alfonso Lamadrid & Sam Villiers, Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities Know How to Do It? *CPI Antitrust Chronicle*, January 2017, p. 4, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/01/CPI-Lamadrid-Villiers.pdf>, 2019年8月15日。
- ③ Darren S. Tucker, The Proper Role of Privacy in Merger Review, *CPI Antitrust Chronicle*, May 2015 (2), p. 3, <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-proper-role-of-privacy-in-merger-review/>, 2019年8月15日。

处理隐私问题^①、其他部门法可以处理隐私问题^②、反垄断执法考虑隐私问题容易降低执法确定性^③等。尽管存在诸多争议，但近年来全球反垄断执法中部分案例已经开始对隐私问题予以回应，比如欧盟2016年附条件批准的微软收购领英案，^④以及德国联邦卡特尔局2019年作出最终决定的Facebook滥用市场支配地位案。^⑤

隐私的内涵非常丰富，反垄断法语境下探讨隐私问题往往与个人数据问题交织在一起，^⑥且一般将隐私作为质量的一个下位概念。依据2018年OECD“数字化零价市场中的质量考量”竞争政策论坛背景报告，作为质量维度的隐私大致指的是：消费者对其个人数据能否被收集以及被收集的数量（数据范围及其被收集的频率）能够进行控制；对数据如何被收集方及授予访问权的第三方使用能够进行控制；对如何防止未经授权的或不当的数据使用能够进行控制。^⑦从理论上来看，隐私保护纳入反垄断分析框架，涉及垄断协议、滥用市场支配地位以及并购这三大制度类型，目前国际上出现的案例主要涉及并购案件。德国对Facebook的调查是该领域迄今涉及滥用市场支配地位规则最为重要的案件，2019年初该案最终决定作出后，进一步引发了全球反垄断理论界与实务界对反垄断法与隐私保护、数据保护关系的热议。

依据欧盟竞争法理论，滥用市场支配地位可以进一步区分为剥削性滥用与排他性滥用等子类型，这一划分对我国反垄断法理论与实践也产生了一定的影响。^⑧剥削性滥用，指的是拥有支配地位的企业利用其市场力量剥削交易对象（包括客户或供应商）的行为。排他性滥用，则是指拥有支配地位的企业防止或阻碍市场竞争的行为。欧洲法院通过Post Denmark I案对排他性滥用作出的解释是，“通过对竞争产生的影响给消费者带来损害的行为”。^⑨本文拟基于剥削性滥用与排他性滥用这一类型划分，结合国际理论文献以及实际案例（德国Facebook案）梳理如何通过市场支配地位规则去规范隐私保护问题，最后结合实际国情提出我国反垄断立法与执法的完善建议。

二、隐私保护与剥削性滥用

依据《欧盟运行条约》第102条，剥削性滥用不仅体现为不公平的价格（过高或过低），还涉及附加不公平的交易条款。隐私保护组织Privacy International指出，数字经济中一些拥有市场支配地

① Geoffrey A. Manne & R. Ben Sperry, The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework, *CPI Antitrust Chronicle*, May 2015 (2), p. 11, <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-problems-and-perils-of-bootstrapping-privacy-and-data-into-an-antitrust-framework/>, 2019年8月15日。

② D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? Roger D. Blair & D. Daniel Sokol ed., *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, Cambridge University Press, 2017, pp. 293–316.

③ Alfonso Lamadrid & Sam Villiers, Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities Know How to Do It? *CPI Antitrust Chronicle*, January 2017, p. 4, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/01/CPI-Lamadrid-Villiers.pdf>, 2019年8月15日。

④ 韩伟：《数据驱动型并购的反垄断审查——以欧盟微软收购领英案为例》，《竞争法律与政策评论》第3卷，法律出版社2017年版，第143~170页。

⑤ Bundeskartellamt, Press Release: Bundeskartellamt Prohibits Facebook From Combining User Data From Different Sources, 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html, 2019年8月15日。

⑥ 从国际现有反垄断文献看，有的文献直接从隐私角度进行研究，有些文献则从数据、个人信息等角度梳理隐私问题。

⑦ OECD, Quality Considerations in Digital Zero—price Markets, Background Note by the Secretariat, 2018, p. 7, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf), 2019年8月7日。

⑧ 参见王晓晔：《剥削性滥用行为的反垄断管制》，《价格理论与实践》2008年第10期，第21~22页。

⑨ Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases, and Materials*, 6th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 351.

位的企业经常对消费者施加不公平条款。由于用户数据是一种有价值的商品，这些不公平条款往往涉及过度以及剥削性地收集和处理用户的个人数据。当一家拥有支配地位的企业要求用户同意其服务条款和隐私政策时，用户往往只能接受而无其他真正的选择。这类对隐私的侵犯往往由拥有市场支配地位企业的商业模式直接造成，这些企业日益依赖用户数据，且因用户缺乏真正的选择，对那些已成为它们服务的“被俘获用户”，往往可以过多地收集数据。^① 美联社的一项调查发现，Android设备和iPhone上的许多谷歌服务都储存了用户的定位数据，即使用户已对手机设置不允许跟踪这些数据。^② 实际上，利用个人数据的企业常常将隐私与数据保护相关立法视作对它们商业模式的威胁。Facebook在2016年的年报中，指出其业务可能受到隐私、数据、消费者保护及竞争法的负面影响。^③ Alphabet公司向美国证交所提交的2017年年报中提及了类似担忧，且特别强调了数据保护相关内容：“如果这些立法与监管建议被采纳，除可能被罚款外，还可能使得客户要求我们改变数据处理方式，这可能对我们的业务与运营产生不利影响。遵守这些不同的法律，会让我们产生大量成本，或要求我们以不利于我们业务的方式去改变我们的运营。”^④ 芝加哥大学布斯商学院2019年发布的一份调研报告则指出，在美国，消费者数据没有受到有效监管，因此无法确保消费者对其数据能有效控制或者保护其隐私。此外，大多数消费者并不清楚他们被收集了哪些信息，又有哪些信息被重新出售。数字平台利用其市场势力并提升其利润的一种常见方式是，要求消费者同意那些不清晰、难以理解以及不断变化的交易条款与条件，这些条款往往让平台可以自由地利用消费者的个人数据实现盈利。^⑤

如果拥有市场支配地位的企业收集数据的行为明显违反数据保护法，且该行为与其市场地位之间存在很强的相互关系，则隐私保护度的削弱可能涉及市场支配地位的滥用。^⑥ 欧洲消费者组织(BEUC)强调，在处理数字市场问题时，竞争执法部门应该牢记消费者损害的三种具体形式：较差的质量、较少的选择以及创新减少。就较差的质量而言，这可能会影响数字服务和消费者体验的不同方面，尤其是在隐私被视为零价市场中的一项竞争参数时，较差的质量可能体现为企业降低隐私保护的标准以实现更多的个人数据收集。^⑦

从技术上来看，剥削性滥用并不涉及对竞争过程的限制，但其仍然是那些不受有效竞争约束的市场势力造成的结果。^⑧ 不同国家对剥削性滥用规则持不同的态度，即使在欧盟，剥削性滥用的案例

^① Privacy International, Privacy International's Submission to the European Commission Consultation on 'Shaping Competition Policy in the Era of Digitalisation', 2018, p. 3, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/privacy_international.pdf, 2019年8月8日。

^② Privacy International, Privacy International's Submission to the European Commission Consultation on 'Shaping Competition Policy in the Era of Digitalisation', 2018, p. 3, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/privacy_international.pdf, 2019年8月8日。

^③ Facebook, Annual Report, 2016, p. 12, http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/f/NASDAQ_FB_2016.pdf, 2019年8月10日。

^④ Alphabet Inc., Form 10-K, p. 11, https://abc.xyz/investor/pdf/20171231_alphabet_10K.pdf, 2019年8月10日。

^⑤ George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, Market Structure and Antitrust Subcommittee's Report, 2019, pp. 23–138, <https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/antitrust-competition-conference>, 2019年9月5日。

^⑥ 韩伟、李正、沈罗怡：《法德〈竞争法与数据〉调研报告介评》，韩伟主编：《数字市场竞争政策研究》，法律出版社2017年版，第203页。

^⑦ BEUC, Shaping Competition Policy in the Era of Digitalisation: Response to Public Consultation, 2018, p. 5, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/beuc.pdf, 2019年8月8日。

^⑧ Renato Nazzini, Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of Competition Law in the EU After the German Facebook Decision, CPI EU News, March, 2019, p. 4, <https://www.competitionpolicyinternational.com/cpi-eu-news-fco-facebook-quadruplych/>, 2019年8月10日。

也不多见。不过有学者认为，尽管欧盟竞争法近年整体上忽略了剥削性滥用规则，但德国 Facebook 案可能改变这一趋势。^① 德国联邦卡特尔局 2016 年开始对 Facebook 展开正式调查，主要关注其对用户数据的收集与使用行为。2017 年底，卡特尔局发布初步评估意见，确定 Facebook 在德国社交网络服务市场拥有市场支配地位，初步认定 Facebook 过度从第三方网站收集各种用户数据并将其与用户的 Facebook 账号相关联的行为，构成滥用市场支配地位。^② 2019 年 2 月，卡特尔局发布最终决定，确定 Facebook 利用不公平交易条款收集与使用用户数据的行为构成剥削性滥用。^③ 也有观点认为，为了应对知识产权、数据保护、垄断性平台等现代问题，剥削性滥用规则正在重新焕发活力。^④ 欧委会近年日益重视“公平”问题，这在一定程度上也为执法部门适用《欧盟运行条约》第 102 条规范侵犯隐私的行为创造了积极条件。欧盟竞争政策似乎正在转向更为积极主动、更关注消费者利益的执法风格，将侵犯数据隐私的行为认定为滥用市场支配地位，也契合这一发展趋势。^⑤

就侵犯隐私的剥削性滥用行为的认定而言，数据保护规则可成为评估剥削性滥用的一项有效标准，尤其是在大多数消费者并不了解服务条款和不同服务提供商的隐私政策的情况下。^⑥ 也有专家主张，在没有价格信号的情况下，数据保护法可以帮助评估是否发生了剥削性滥用，特别是通过评估数据保护法是否被违反，或者占支配地位的企业是否滥用其市场势力去降低个人对其数据的控制水平或者加深支配地位企业对个人数据的处理程度。^⑦ 不过值得注意的是，收集数据也可能会增强至少部分消费者从服务中获得的价值。有专家便警告不要自动将企业的数据收集行为视为负面因素，因为许多情况下，企业会投资数据收集以提高服务质量。^⑧ 因此，了解特定类型的行为对消费者的影响，需要先了解消费者的偏好，包括他们对隐私的重视程度。^⑨ 针对德国 Facebook 案，有观点便认为，在评估 Facebook 的数据收集与使用行为的合理性时，还应分析用户是否获得足够的回报。在这方面，德国卡特尔局似乎没有充分考虑 Facebook 收集的数据对 Facebook 的目标广告业务以及私人用户带来的利益，卡特尔局低估了 Facebook 平台广告商与私人用户之间的积极间接网络效应。^⑩

-
- ① Viktoria H. S. E. Robertson, The Theory of Harm in the Bundeskartellamt's Facebook Decision, *CPI EU News*, March, 2019, p. 3, <https://www.competitionpolicyinternational.com/cpi—eu—news—fco—facebook—quadriptych/>, 2019 年 8 月 10 日。
- ② Bundeskartellamt, Preliminary Assessment in Facebook Proceeding: Facebook's Collection and Use of Data From Third-party Sources is Abusive, 2017, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html, 2019 年 8 月 11 日。
- ③ Bundeskartellamt, Facebook, Exploitative Business Terms Pursuant to Section 19 (1) GWB for Inadequate Data Processing, 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6—22—16.pdf?__blob=publicationFile&v=3, 2019 年 8 月 15 日。
- ④ Tadashi SHIRAISSI, The Exploitative Abuse Prohibition: Activated by Modern Issues, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 62 (4), 2017, pp. 737—751.
- ⑤ Maximilian N. Volmar & Katharina O. Helmdac, Protecting Consumers and Their Data Through Competition Law? Rethinking Abuse of Dominance in Light of the Federal Cartel Office's Facebook Investigation, *European Competition Journal*, Vol. 14, 2018, pp. 195—215.
- ⑥ 韩伟、李正、沈罗怡：《法德〈竞争法与数据〉调研报告介评》，韩伟主编：《数字市场竞争政策研究》，法律出版社 2017 年版，第 203 页。
- ⑦ Costa-Cabral, F. & O. Lynskey, Family Ties: The Intersection Between Data Protection and Competition in EU Law, *Common Market Law Review*, Vol. 54 (1), 2017, pp. 11—50.
- ⑧ Waehrer, K., Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protections and Other Quality Dimensions, 2016, p. 22, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2701927>, 2019 年 8 月 10 日。
- ⑨ OECD, Quality Considerations in Digital Zero—price Markets, Background Note by the Secretariat, 2018, p. 8, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf), 2019 年 8 月 7 日。
- ⑩ Thomas Höppner, Data Exploiting as an Abuse of Dominance: the German Facebook Decision, *Hausfeld Bulletin*, Winter 2018/2019, p. 3, <https://www.hausfeld.com/news—press/data—exploiting—as—an—abuse—of—dominance—the—german—facebook—decision>, 2019 年 8 月 12 日。

三、隐私保护与排他性滥用

隐私规则以及用户的信任，在很大程度上影响着数据驱动型市场的竞争格局。^① 排他性滥用主要关注占市场支配地位的企业通过排除或迫使竞争对手退出市场以维持或增强其市场地位的反竞争行为。^② 依据 2016 年 OECD “大数据” 竞争论坛背景报告，隐私问题是否应该在反垄断法框架下进行考量可能要基于滥用行为的具体属性。需要竞争执法部门注意的是：首先，侵犯隐私能够帮助企业获得或维持其垄断力量，特别是在具有强大网络效应的市场中。其次，通过获取其他竞争对手无法获得的私人数据并使用这些数据去排除竞争对手或提高市场进入壁垒，侵犯隐私的行为可能构成排他性滥用行为。^③

现今企业正收集越来越多的消费者数据，这些数据往往基于消费者与企业提供的免费产品之间的互动以及这些产品的内置辅助功能而产生。^④ 实际上一些企业还在继续寻找更多获取数据的方法，以维持和扩大它们对市场的控制。例如 2018 年谷歌与万事达卡达成一项协议，允许谷歌访问万事达卡的交易信息，从而增强谷歌在数字广告领域的市场力量，并排除潜在竞争对手。^⑤ 澳大利亚竞争与消费者委员会（ACCC）在 2017 年启动了一项针对数字平台的调研，ACCC 的初步调查显示，消费者往往并不知晓数字平台具体获取数据的规模以及如何收集、使用并分享这些数据。如果消费者无法获取数字平台是如何收集并使用其数据的充分信息，或者并不具备根据不同数字平台数据相关行为做出选择的能力，那么消费者就无法做出基于充分信息的选择。这不仅可能损害不同数字平台在隐私和数据保护方面的潜在竞争，还可能抑制使用其他商业模式的竞争性服务供应商进入市场。^⑥

尽管德国 Facebook 案决定书涉及 Facebook 的行为对竞争对手所造成的负面影响的分析，比如决定书指出 Facebook 不恰当的数据处理行为导致社交网络市场中潜在竞争对手进入市场的门槛被提升，但该案最终决定（包括相关新闻稿）整体上突出了行为的剥削性滥用性质。^⑦ 针对该案，有观点便认为将 Facebook 的行为整体上确定为排他性滥用比剥削性滥用可能更具说服力。比如，有专家认为，将过度的数据使用行为描述为类似过高定价那样的剥削性滥用，面临很大的困难。^⑧ 也有专家指出，可能源于数据保护与消费者权益组织带来的政治压力，德国卡特尔局才将 Facebook 的行为确定为剥削性滥用。如果卡特尔局的分析专注于 Facebook 阻碍在线广告市场上的竞争对手，会更有说服

^① GSMA, The Data Value Chain, 2018, p4, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/gsma_gsma_datavaluechain.pdf, 2019 年 8 月 7 日。

^② OECD, Excessive Prices, Executive Summary, 2011, pp. 9—14, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>, 2019 年 8 月 10 日。

^③ OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, Background Note by the Secretariat, 2016, p. 21, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf), 2019 年 8 月 10 日。

^④ OECD, Quality Considerations in Digital Zero—price Markets, Background Note by the Secretariat, 2018, p. 7, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf), 2019 年 8 月 7 日。

^⑤ Mark Bergen & Jennifer Surane, Google and Mastercard Cut a Secret Ad Deal to Track Retail Sales (Google Found the Perfect Way to Link Online Ads to Store Purchases: Credit Card Data), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-30/google-and-mastercard-cut-a-secret-ad-deal-to-track-retail-sales>, 2019 年 8 月 11 日。

^⑥ ACCC, Digital Platforms Inquiry: Preliminary Report, 2018, p. 8, <https://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Preliminary%20Report.pdf>, 2019 年 7 月 30 日。

^⑦ Bundeskartellamt, Facebook Case Decision, 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5, 2019 年 9 月 15 日。

^⑧ Justus Haucap, Data Protection and Antitrust: New Types of Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook Decision, *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 2 (2), 2019, pp. 24—29, <https://www.competitionpolicyinternational.com/category/antitrust-chronicle/antitrust-chronicle-2019/winter-2019-volume-2-number-2/>, 2019 年 8 月 15 日。

力。卡特尔局可以通过分析 Facebook 对应用程序开发商、潜在竞争对手等主体造成负面影响，而非关注 Facebook 与其私人用户之间的关系，从而去确定真正的竞争问题。^① 还有学者认为，从排他性滥用角度对 Facebook 的行为进行整体定性可能与欧盟竞争法的思路更为一致，其理由有五点：第一，Facebook 的行为符合 Post Danmark I 案中欧洲法院所确定的排他性滥用的定义；第二，原则上来说，加强或保护支配地位的非法行为，可能对消费者造成损害；第三，根据其他法律构成违法的行为，也可能构成排他性滥用；第四，非法获得实际或潜在竞争对手无法获得的数据，可能使市场进入不可能发生或者更为困难；第五，这种排他性损害理论的优点是，它不会侵犯数据保护监管机构的权力，也不会将竞争法整合进数据保护法，从而保持两类法律工具与执法机制的独立性和互补性。^② 有学者还系统研究了 Facebook 的潜在反竞争行为，指出侵犯数据隐私以及欺诈行为是 Facebook 为获取数据驱动型竞争优势以及巩固其市场支配地位的两项主要武器，这些非法行为应该属于滥用市场支配地位。特别是，强加不公平的交易条件使得 Facebook 获得了大量额外的个人数据用于改善其社交及目标广告算法，从而实现其内部的良性循环。Facebook 实施的违反数据保护与消费者保护法的行为，大大提升了社交网络和展示广告市场的进入障碍，降低了市场的竞争水平。^③

四、我国反垄断规则的适用与完善

(一) 坚持以反竞争效果作为支配地位滥用的认定基础

我国《反垄断法》第 17 条明确了原则禁止的滥用市场支配地位行为的类型，其中第 17 条第 1 款第 1 项，即“以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品”与《欧盟运行条约》第 102 条的剥削性滥用条款内容类似。不过，由于我国《反垄断法》第 6 条规定“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争”，在适用《反垄断法》第 17 条所列各类滥用市场支配地位行为时，执法部门往往会对排除、限制竞争效果的评估，比如适用第 1 款第 1 项的高通案。^④ 因此，从我国《反垄断法》的规则设计以及实际适用情况看，可以认为，我国并未确定欧盟意义上的剥削性滥用规则。如果要通过我国《反垄断法》的滥用市场支配地位规则去规范侵犯隐私的行为，第 17 条第 1 款第 5 项的规定，即“没有正当理由，在交易时附加其他不合理的交易条件”可能是最直接的法律依据。迄今我国反垄断执法已经有不少案件涉及该项内容的适用，不过大多涉及公用企业，比如 2016 年的内蒙古自治区阿拉善左旗城市给排水公司滥用市场支配地位案。^⑤

从 2016 年 OECD “大数据”竞争政策圆桌论坛的讨论情况来看，虽然质量可能是竞争政策的一个重要方面，但并非产品所有的特性都受竞争过程的影响。如果有证据表明，消费者重视隐私，且在隐私维度上的确存在竞争，则大数据给隐私保护水平等产品特性带来的潜在影响，可能只会触发

^① Thomas Höppner, Data Exploiting as an Abuse of Dominance: the German Facebook Decision, *Hausfeld Bulletin*, Winter 2018/2019, p. 3, <https://www.hausfeld.com/news-press/data-exploiting-as-an-abuse-of-dominance-the-german-facebook-decision>, 2019 年 8 月 12 日。

^② Renato Nazzini, Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of Competition Law in the EU After the German Facebook Decision, *CPI EU News Presents*, March, 2019, pp. 5—7, <https://www.competitionpolicyinternational.com/category/columns/europe-column/>, 2019 年 8 月 11 日。

^③ Liza LovdahlGormsen & Jose Tomas Llanos, Facebook's Anticompetitive Lean in Strategies, 2019, p. 52, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3400204>, 2019 年 8 月 20 日。

^④ 国家发改委：发改办价监处罚〔2015〕1 号, http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201503/t20150302_666209.html, 2019 年 8 月 21 日。

^⑤ 国家工商总局：竞争执法公告 2016 年第 4 号, <http://finance.sina.com.cn/roll/2016-07-06/doc-ifxtrwtu9996756.shtml>, 2019 年 8 月 21 日。

反垄断执法。^①有专家在评价德国 Facebook 案时也指出，隐私问题确实可以与单边行为的竞争性评估产生关联，但竞争法所能处理的损害问题，仅仅是对竞争造成的损害。^②基于下述两方面的主要理由，本文认为尽管隐私保护可能构成重要的非价格竞争维度，但纯粹的隐私问题应该由数据保护等相关法律处理，现阶段我国反垄断执法仍应围绕具体行为的反竞争效果展开。^③首先，除了法律依据不足，脱离反竞争效果的认定，会导致反垄断法适用标准不清晰，容易造成对市场的过度干预。德国卡特尔局认定 Facebook 构成剥削性滥用的重要判断标准是 Facebook 的数据收集与使用行为违反欧盟《一般数据保护条例》(GDPR) 的规定。就我国而言，目前还未出台类似 GDPR 那样的基础性数据保护规则，《个人信息保护法》等相关法律仍处于研究、起草阶段。如果我国反垄断执法部门要基于滥用市场支配地位规则去规范隐私保护问题，仍应重点评估具体行为导致的排除、限制竞争效果，即仍遵循排他性滥用规制的路径，避免因规则适用标准的不清晰导致不当干预。其次，以支配地位企业的隐私侵犯行为导致反竞争效果作为反垄断执法的基础，可以避免反垄断执法与其他部门执法之间出现冲突，减少不必要的干预及协调成本。具体而言，要处理数字经济领域的隐私保护问题，除了传统的私法，《消费者权益保护法》《反不正当竞争法》《网络安全法》以及正在研究起草的《个人信息保护法》《数据安全管理办办法》《App 违法违规收集使用个人信息行为认定方法》等法律、法规、规范性文件均有适用的空间，不同规则的实施除涉及国家市场监督管理总局的内部不同司局，还涉及其他部委的职能。如果特定支配地位企业实施的侵犯隐私的行为没有产生排除、限制竞争的效果，则相关问题由《反垄断法》之外的其他法律进行规范以及由相应执法部门进行处理便更具合理性。

就侵犯隐私行为是否产生排除、限制竞争效果的认定而言，以下几方面值得反垄断执法部门重视：第一，隐私侵犯行为可能直接涉及对隐私保护度竞争这类非价格竞争机制的损害，也可能间接涉及对传统价格竞争机制的损害；第二，如果关注隐私保护度竞争机制是否受损，需要充分调研相关市场中的主体是否已经或可能围绕隐私保护度展开竞争，消费者的隐私偏好也需要予以重视；第三，执法部门可重点关注拥有市场支配地位的平台型企业，是否通过设置侵犯消费者隐私的个人数据相关不合理交易条件，在获得竞争优势的同时显著提升市场进入壁垒，导致了排除或限制既有及潜在竞争的效果。

(二) 结合《反垄断法》修订深入研究剥削性滥用规则的合理性

德国执法部门在 Facebook 案中探索了反垄断法在个人数据领域的适用，将对个人数据的不当收集与使用行为认定为剥削性滥用，有专家便认为该案具有开创性意义，对于竞争政策有效回应数字经济的发展非常必要。^④如前所述，由于我国《反垄断法》第 6 条的约束，欧盟意义上的剥削性滥用规则在我国并未确立。值得关注的是，近年美、欧反垄断法理论与实务界围绕数字经济时代的反垄断法适用，展开了系列探讨。比如美国近年兴起的“新布兰代斯”运动，对芝加哥学派反垄断理论以及消费者福利标准便展开了反思与批判。^⑤公平问题在反垄断法语境下近年也开始被强调与重视，

^① OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, Executive Summary, 2016, p. 4, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf), 2019 年 7 月 22 日。

^② Renato Nazzini, Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of Competition Law in the EU after the German Facebook Decision, *CPI EU News*, March, 2019, p. 7, <https://www.competitionpolicyinternational.com/cpi-eu-news-fco-facebook-quadrptych/>, 2019 年 8 月 11 日。

^③ 韩伟、李正：《反垄断法框架下的数据隐私保护》，《中国物价》2017 年第 7 期，第 34~37 页。

^④ Rupprecht Podszun, After Facebook: What to Expect From Germany, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10 (2), 2019, pp. 69–70.

^⑤ Lina Khan, The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9 (3), 2018, pp. 131–132.

OECD在2018年11月便组织论坛集中讨论“竞争如何促进更公平的社会”。^①在这种大环境下，是否如某些专家所观察，剥削性滥用规则拥有更大的适用空间，^②的确值得我们深思。实际上，我国《反垄断法》第1条所确立的多元宗旨，为今后《反垄断法》修订中正式确立剥削性滥用规则预留了空间。是否有必要对我国《反垄断法》中的滥用市场支配地位规则进行拓展，确立不强调排除、限制竞争效果的剥削性滥用规则，从而提升我国《反垄断法》应对数字经济发展的适用弹性，这一问题的研究在《反垄断法》的修订过程中我们可以持开放的态度。^③

（三）通过竞争倡导培育隐私保护竞争文化

在一个竞争性市场中，向个人提供的数据保护水平应受到真正的竞争的约束，即企业应围绕提供隐私友好型服务展开竞争。为确保市场的有效竞争，隐私标准（包括对个人数据及数据安全的保护）应成为评价数字服务质量的标准之一。^④有观点认为，现今企业可能已经在运用它们的市场力量让消费者对数据保护缺乏兴趣：即围绕隐私保护这一维度展开的竞争可能被抑制，结果是当前提供的数据保护条件并未反映竞争性水平。^⑤英国竞争与市场管理局（CMA）2015年发布的一份调研报告指出，该机构确认了一些很可能导致竞争关注的市场信号，其中便包括：在某些市场中，企业之间并没有就它们使用消费者数据相关的数据隐私与透明度政策展开公开竞争。如果企业之间并不针对消费者隐私保护展开竞争，很可能意味着该数据市场无法为消费者供其所需。当企业使用消费者数据的隐含价格不明，以及当消费者不能或者不愿去促进竞争、激励企业提升它们的消费者隐私保护水平时，这种情况就会出现。CMA认为，监管可以帮助创设出积极的市场环境，这种环境下企业之间有动机为满足消费者需求，不仅在价格方面，也在隐私等非价格因素方面展开竞争。^⑥近年我国政府日益重视对个人信息的保护，用户隐私被侵犯问题也成为社会各界的关注点。2016年11月，中国青年政治学院“互联网法治研究中心”与“封面智库”联合发布了中国首份基于百万问卷调研的《中国个人信息安全和隐私保护报告》，揭示了中国在个人信息安全和隐私保护方面面临的严峻形势。该报告显示，超七成参与调研者认为个人信息泄露问题严重；26%的人每天收到2~3条甚至更多的垃圾短信；20%的人每天收到2~3个甚至更多的骚扰电话；多达81%的参与调研者经历过对方知道自己的姓名或单位等个人信息的陌生来电；53%的人因网页搜索、浏览后泄露个人信息，被某类广告持续骚扰；租房、购房、购车、车险、升学等信息泄露后被营销骚扰或诈骗的比例则高达36%。^⑦竞争倡导有助于竞争文化的培育。我国反垄断执法部门可以考虑从隐私这一数字经济时代日益重要的非价格竞争维度出发，在今后的竞争倡导工作中突出“隐私保护度竞争倡导”，引导消费者意识到，除了传统的价格竞争，企业还应该围绕隐私保护度展开竞争，特别是那些表面上免费的服务类型。通过隐私保护度竞争倡导，可以提升消费者的隐私保护意识，也对企业在隐私保护度竞争方面

① OECD, How can Competition Contribute to Fairer Societies? <http://www.oecd.org/daf/competition/how-can-competition-contribute-to-fairer-societies.htm>, 2019年9月22日。

② Tadashi SHIRAI SHI, The Exploitative Abuse Prohibition: Activated by Modern Issues, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 62 (4), 2017, pp. 737—751.

③ 韩伟：《数字经济时代中国〈反垄断法〉的修订与完善》，《竞争政策研究》2018年第4期，第51~62页。

④ Privacy International, Privacy International's submission to the European Commission consultation on "shaping competition policy in the era of digitalisation", 2018, p. 5, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/privacy_international.pdf, 2019年8月8日。

⑤ Costa-Cabral & Lynskey, Family Ties: the Intersection Between Data Protection and Competition in EU Law, *Common Market Law Review*, Vol. 54 (1), 2017, pp. 11—50.

⑥ CMA, The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA's Call for Information, 2015, p. 10, <https://www.gov.uk/government/consultations/commercial-use-of-consumer-data>, 2019年9月5日。

⑦ 中国青年政治学院法学院：《我校发布国内首部个人信息安全和隐私保护报告》，http://news.cyu.edu.cn/xyyw/hzjl/201611/t20161123_78640.html, 2019年8月10日。

形成压力与激励，使得数字市场中的企业能够在隐私保护水平方面展开有效竞争，形成隐私保护竞争文化。

五、结论

本文简要梳理了数字经济环境下滥用市场支配地位规则对隐私保护问题的适用，具体从剥削性滥用和排他性滥用展开分析。整体而言，如何将隐私保护纳入滥用市场支配地位规则，通过剥削性滥用规则还是排他性滥用规则去规范隐私侵犯行为，目前仍存在争议。比如针对德国 Facebook 案的认定结果，仍存在质疑的声音，部分专家便认为较之剥削性滥用，从排他性滥用角度对 Facebook 的行为进行分析可能更有说服力。就我国而言，受限于排除、限制竞争效果的分析要求，《反垄断法》并未确立欧盟意义上的剥削性滥用规则。我国数字经济发展迅猛，隐私保护问题近年更是受到各界的高度关注。针对未来可能出现的支配地位企业侵犯隐私行为的反垄断法适用问题，《反垄断法》第 17 条规定的“没有正当理由，在交易时附加其他不合理的交易条件”，可能是最为直接的法律依据。基于避免过度干预市场以及协调不同部门法的关系等原因，本文建议我国运用滥用市场支配地位规则规范隐私保护问题时，应以具体行为的排除、限制竞争效果为基础，即从排他性滥用角度展开分析。考虑到数字经济的演进以及国际反垄断理论与实务的发展，我国在《反垄断法》修订过程中可以深入研究确立不强调反竞争效果的剥削性滥用规则的必要性。此外，考虑到我国隐私保护的严峻形势，为了在数字市场中确保隐私保护与有效竞争，我国反垄断执法部门在今后的竞争倡导活动中可以增加隐私保护度竞争倡导的内容，提升消费者的隐私保护意识，培育非价格维度的竞争文化，促进企业围绕隐私保护度展开更为有效的竞争。

(责任编辑：龚赛红)

The Privacy Protection and the Abuse of Dominance in the Digital Economy

Han Wei

Abstract: The development of data-driven services has made the privacy protection involving personal data a target of anti-monopoly law. How to incorporate privacy protection into the regulatory framework of the abuse of market dominance, and whether should privacy violations be regulated through exploitative abuse or exclusive abuse rules are still controversial issues. At this stage, China should adhere to the anti-competitive effect as the basis for the determination of the abuse of dominance. Moreover, the rationality of the rules of exploitative abuse can be studied in the revision process of the Anti-Monopoly Law of China. In order to enhance consumers' awareness of privacy protection and promote the competition among enterprises for privacy protection, law enforcement agencies can foster a culture of privacy protection competition through competition advocacy.

Keywords: data; privacy; exploitative abuse; exclusive abuse; competition