

# 论个人信息的反垄断法保护

——以“滴滴案”为例

汪改丽\*

## 目次

- |                       |                   |
|-----------------------|-------------------|
| 一、问题的提出：滴滴案中隐含的反垄断法问题 | 三、反垄断法保护个人信息的必要性  |
| 二、反垄断法保护个人信息的法理逻辑     | 四、反垄断法保护个人信息的实施方案 |
|                       | 五、结语              |

**摘要** 在滴滴案中,我国反垄断执法机构没有考虑通过反垄断法规制个人信息损害行为。但是,滴滴的数据处理行为与其市场力量之间的紧密联系隐含着反垄断法问题。反垄断法对市场力量的形成和运用的关注为其审查具有市场支配地位的滴滴的个人信息处理行为提供了法理基础。反垄断法通过维护个人信息保护条件的竞争促进个人信息保护更加地全面和持续,彰显了其保护个人信息的必要性。反垄断法保护个人信息需要从三个方面展开,一是回归保护竞争范式的反垄断分析方法,二是依循反垄断法的行为规制路径,三是平衡与个人信息保护制度的冲突。

**关键词** 个人信息保护 反垄断法 市场力量 非价格竞争 保护竞争范式

## 一、问题的提出：滴滴案中隐含的反垄断法问题

大型科技企业对用户信息的争夺和损害推动了关于个人信息保护制度与反垄断法关系的讨论。<sup>[1]</sup>

\* 河南大学法学院讲师、法学博士。本文系国家自然科学基金一般项目“数字经济时代个人信息的反垄断法保护研究”(项目编号:21BFX112)的阶段性成果。

[1] 现有反垄断法理论研究和案例都没有明确区分个人信息、个人数据和隐私,其原因是,反垄断法更加关注相关要素在企业的经济活动中如何被具体运用以及在企业的竞争活动中如何产生影响。参见李良:《互联网经济下个人信息的反垄断法保护》,载《人大法律评论》2020年第2期,法律出版社2021年版,第139—140页。本文遵循这一惯例,主要使用“个人信息”的概念,并尊重国内外文献不同用法,在同等意义上使用“个人信息”“个人数据”“隐私”等概念。另外,本文中个人信息保护制度是指专门保护个人信息、个人数据、隐私的法律制度的通称,包括数据保护法、个人信息保护法、消费者权益保护法中的个人信息保护条款等;在滴滴案中,具体指《个人信息保护法》《网络安全法》《数据安全法》。

个人信息保护制度处理信息不对称问题,反垄断法处理垄断(市场力量)问题。当企业在数据保护条件上竞争时,这两个法律领域呈现实质性范围的重叠,数据保护法可以作为反垄断法评估数据保护条件竞争的规范标准。<sup>〔2〕</sup>道格拉斯(Douglas)将这一关系称为整合论,而将与它相对立的将数据隐私置于反垄断法调整范围之外的理论称为分离论。其中,整合论是被广泛接受的观点。在没有这种实质性重叠时,它们是两个完全独立的领域,分别旨在实现数据保护目标和竞争保护目标。当这两个目标不一致时,这两个法律领域可能出现冲突。道格拉斯将这种关系称为非互补关系。<sup>〔3〕</sup>

但实践中,欧盟和美国长期坚持分离论。<sup>〔4〕</sup>自从欧洲法院在 *Asnef-Equifax* 案中指出“任何可能涉及个人数据敏感性的问题都不是竞争法的问题,可以根据数据保护的有关法律予以解决”之后,<sup>〔5〕</sup>这一观点被欧盟委员会运用于 *Google/DoubleClick* 案、*Facebook/WhatsApp* 案、*Sanofi/Google/DMI JV* 案、*Microsoft/LinkedIn* 案等一系列合并案件中。<sup>〔6〕</sup>美国联邦贸易委员会(FTC)也没有对 *Google/DoubleClick* 案、*Facebook/WhatsApp* 案所涉及的隐私问题进行深入调查。<sup>〔7〕</sup>直到德国联邦卡特尔局(BKartA)认定 Facebook 收集、合并和使用用户数据的行为构成滥用市场支配地位(德国 Facebook 案),<sup>〔8〕</sup>该案体现了整合论的思想。

我国理论研究大多接受整合论,<sup>〔9〕</sup>少数坚持分离论。<sup>〔10〕</sup>虽然实践中还没有审查个人信息损害行为的竞争法案件,但这并不表明不存在可用于分析反垄断法是否能够保护个人信息的实例。国家网信办查处的滴滴违法处理个人信息案(滴滴案)或许就是一个合适的研究对象。<sup>〔11〕</sup>虽然该案的处罚依据是个人信息保护制度,从而使该案往往被视为一起个人信息保护案件,但是它与一般的个人信息保护案件不同的是,它隐含着反垄断法问题,因为滴滴的数据处理行为与其市场力量之间存在紧密联系:第一,与德国 Facebook 案中 Facebook 主导个人社交网络市场一样,滴滴在

〔2〕 See Francisco Costa-Cabral & Orla Lynskey, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, 54 *Common Market Law Review* 11, 15, 20 (2017).

〔3〕 See Erika M. Douglas, *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*, 130 *Yale Law Journal Forum* 647, 651-661 (2020-2021).

〔4〕 参见焦海涛:《个人信息的反垄断法保护:从附属保护到独立保护》,载《法学》2021年第4期,第111—112页。

〔5〕 Case C-238/05, *Asnef-Equifax*, ECLI: EU: C: 2006: 734, para. 63.

〔6〕 See Case No COMP/M.4731-*Google/DoubleClick*, C(2008) 927, para. 368; Case M.7217-*Facebook/WhatsApp*, C(2014) 7239, para. 164; Case M.7813-*Sanofi /Google / DMI JV*, C(2016) 1223, para. 70; *Mergers: Commission Approves Acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions*, European Commission (Dec. 6, 2016), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_16\\_4284](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284).

〔7〕 See Statement of the Federal Trade Commission Concerning *Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, p. 2-3, FTC (Dec. 20, 2007), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/418081/071220googlede-commstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googlede-commstmt.pdf); Letter From Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc., p. 1, FTC (April 10, 2014), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf).

〔8〕 See Facebook, *Exploitative Business Terms Pursuant to Section 19(1) GWB for Inadequate Data Processing*, BKartA (Feb. 15, 2019), [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?_blob=publicationFile&v=4).

〔9〕 参见张占江:《个人信息保护的反垄断法视角》,载《中外法学》2022年第3期;杨东:《论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战》,载《中国法学》2020年第3期;前注〔4〕,焦海涛文。

〔10〕 参见李剑:《互联网反垄断能促进数据隐私保护吗?》,载《商业经济与管理》2021年第5期。

〔11〕 参见《国家互联网信息办公室对滴滴全球股份有限公司依法作出网络安全审查相关行政处罚的决定》,载中国网信网 2022年7月21日, [http://www.cac.gov.cn/2022-07/21/c\\_1660021534306352.htm](http://www.cac.gov.cn/2022-07/21/c_1660021534306352.htm).

网约车行业占据支配地位；<sup>〔12〕</sup>第二，滴滴违法处理个人信息的行为可能与其市场支配地位相关。从时间上看，滴滴的违法行为始于2015年6月，正是在它于2015年2月合并快的获得99.8%的市场份额从而占据垄断地位之后不久。与滴滴处理个人信息有关的行为将属于反垄断法的范畴：可能具有降低个人信息保护水平的单边效应的合并行为和利用市场力量降低个人信息保护水平的滥用行为都是典型的垄断行为。正如学者指出，本案以数据安全问题为表征，但其背后体现的，是数据安全与资本垄断逻辑的共生与杂糅。<sup>〔13〕</sup>但是，市场监管总局虽然参与了联合审查，却并未提出对滴滴的行为进行竞争审查。这可能达不到完全制止违法处理数据行为和消除个人信息损害的效果。

本文对滴滴案中的个人信息处理行为展开分析，讨论反垄断法是否可以、是否有必要保护个人信息以及如何保护的问题。本文认为，滴滴的个人信息处理行为可以为从反垄断法视角审视个人信息损害问题提供一个切入点，反垄断法通过维护个人信息保护条件的竞争促进个人信息的更好保护。

## 二、反垄断法保护个人信息的法理逻辑

反垄断法处理市场力量问题。将个人信息保护纳入反垄断法的基础在于，个人信息损害行为与市场力量的形成和运用有关。由此形成了三个理论：个人信息作为市场力量的来源、个人信息保护作为非价格竞争维度、个人信息作为导致价格歧视的因素。<sup>〔14〕</sup>

### （一）个人信息作为市场力量的来源

个人信息成为反垄断问题的第一个原因是，个人信息是市场力量的来源。数据的稀缺性以及规模经济和范围经济的特征出现在网络效应等其他有利于集中化的特征的市场中，在市场力量形成方面发挥重要作用。<sup>〔15〕</sup>过度的数据收集和与网络效应结合的市场倾覆，直接导致了支配地位的产生和滥用的可能性，最终实现“赢家通吃”。<sup>〔16〕</sup>数字市场固有的倾覆效应意味着它不太可能在短期内失去支配地位。<sup>〔17〕</sup>这也是即便滴滴下架长达18个月没有新用户注册，凭借对老用户的锁定效应，其市场份额仅从近90%降至近70%，而没有受到进一步威胁的原因。<sup>〔18〕</sup>滴滴主要通过三种方式获得海量用户数据，在网约车市场获得并巩固垄断地位。

---

〔12〕 截至2021年7月滴滴出行一家独大，市场占有率达84%。参见中信建投证券：《后网约车时代，出行行业数字化将如何演绎？》，第10页，载未来智库网2021年12月9日，<https://www.vzkoo.com/document/84933340da4a6ab1a19ca32158b3b63c.html?keyword=%E5%87%BA%E8%A1%8C%E8%A1%8C%E4%B8%9A>。

〔13〕 参见文化纵横新媒体部：《滴滴到底错哪？它硬生生捅破了一个时代的默契》，载微信公众号“修远基金会”，2021年7月8日。

〔14〕 See Salil K. Mehra, *Data Privacy and Antitrust in Comparative Perspective*, 53 *Cornell International Law Journal* 133, 134-142 (2020); Geoffrey A. Manne & R. Ben Sperry, *The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis*, 2014 TPRC Conference Paper, 2014, p. 2.

〔15〕 See Miriam C. Buiten, *Regulating Data Giants: Between Competition Law and Data Protection Law*, in Klaus Mathis & Avishalom Tor eds., *New Developments in Competition Law and Economics*, Springer, 2019, p. 273-275.

〔16〕 See Marija Stojanovic, *Can Competition Law Protect Consumers in Cases of a Dominant Company Breach of Data Protection Rules?* 16 *European Competition Journal* 531, 537-538, 563 (2020).

〔17〕 See Viktoria H. S. E. Robertson, *Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data*, 57 *Common Market Law Review* 161, 171 (2020).

〔18〕 参见雷科技：《滴滴和“失去的18个月”》，载新浪网2023年2月7日，[http://k.sina.com.cn/article\\_5061312402\\_12dad7f9202001lgr4.html](http://k.sina.com.cn/article_5061312402_12dad7f9202001lgr4.html)。

第一,以补贴策略和并购主要竞争对手获得数据。第一轮“烧钱大战”最终导致滴滴合并快的并获得 99.8% 的市场份额,<sup>[19]</sup>并且双方合并了用户数据。<sup>[20]</sup> 第二轮“烧钱大战”以优步中国的品牌、业务、数据等全部资产并入滴滴结束,合并后滴滴的市场份额为 93.1%。<sup>[21]</sup> 滴滴收购竞争对手及其用户数据,将产生以下影响。其一,消灭了最强劲的竞争对手,始终保持网约车市场垄断地位。其二,更多的用户数据实现自我强化,进一步加强了市场集中化,巩固了滴滴的市场力量。其三,这一不断强化的市场力量使滴滴既消除了竞争对手在个人信息保护方面创新的可能性,又可以拥有更大的隐私条款决定权而不用担心消费者转向竞争对手。

第二,通过跨行业扩张实现数据收集的范围经济,为其算法提供额外的用户和数据。滴滴以网约车的用户数据为核心发展其他业务体系和商业生态。其中,大多数业务都是通过收购、接管或者投资进行扩张:通过投资 ofo 单车、托管小蓝单车并推出青桔单车获得了一个新的极其重要的流量入口,为其更大范围内的智慧交通布局提供更加充足的用户数据;通过收购第三方支付牌照,既将已经积累的用户实名化,又扩展了用户在滴滴生态圈中的使用场景,获取更多数据。

第三,比作为信息中介更重要的是,滴滴已经参与到交通基础设施建设之中。例如,与交通管理部门合作上线滴滴智慧交通大脑出行系统、智慧交通体系建设以及公交大数据平台,<sup>[22]</sup>推出网约车开放平台允许第三方服务商接入,<sup>[23]</sup>小桔充电采用“聚合平台”战略提供基础设施服务。<sup>[24]</sup> 这些措施使滴滴获得更多竞争对手难以获得的稀缺数据和竞争优势:竞争对手在和滴滴竞争的同时,将不得不依赖滴滴;而滴滴在和对手竞争的同时,也享受着它们业务发展带来的好处。此时,滴滴除了是服务提供商,还是事实上的监管者(包括隐私监管)。这种双重角色可能导致大型平台利用政策变化,让其他所有人都变得更糟,同时让自己受益。<sup>[25]</sup>

## (二) 个人信息保护作为非价格竞争维度

个人信息成为反垄断问题的第二个原因是,个人信息保护是非价格竞争的维度。在在线交易中,个人信息作为成本被用来交换商品。在零价交易中,个人信息是消费者的主要成本。例如在社交网络等非交易平台,消费者用个人信息“付费”。<sup>[26]</sup> 在非零价交易中,个人信息是消费者的成本类型之一。例如,在滴滴等交易平台,消费者除了用金钱支付出行服务(交易)费之外,其基础信息和所有行为信息也被收集。在竞争的市场中,竞争应该确保将个人信息成本降至最低的同时,令消费者获得尽可能好的产品。消费者可以依据信息成本的高低做出选择。市场实际需求促使

[19] 参见王林、韩跃飞、李松涛:《滴滴快的合并是否涉嫌垄断》,载《中国青年报》2015年2月15日,第4版。

[20] 参见杨阳:《柳青详解“滴滴”“快的”合并谈判过程》,载经济观察网 2015年2月14日, <http://www.eeo.com.cn/2015/0214/272595.shtml>。

[21] 参见《滴滴并购优步中国 引发市场对网约车行业垄断忧虑》,载中国新闻网 2016年8月4日, <https://www.chinanews.com.cn/cj/2016/08-04/7961680.shtml>。

[22] 参见滴滴出行:《滴滴出行企业公民报告》(2017年),第24、30页,载滴滴官网, [http://img-ys011.didiglobal.com/static/didiglobal/do1\\_p53rQtxhA6BjW6uWpF6t](http://img-ys011.didiglobal.com/static/didiglobal/do1_p53rQtxhA6BjW6uWpF6t)。

[23] 参见《滴滴推出网约车开放平台,一汽、东风、广汽将接入》,载滴滴官网 2019年7月15日, <https://www.didiglobal.com/news/newsDetail?id=714&-type=news>。

[24] 参见《让城市更低碳 小桔充电打造一站式综合能源服务网络》,载环球网 2021年1月8日, <https://tech.huanqiu.com/article/41QsXZr1dzw>。

[25] See Damien Geradin, Dimitrios Katsifis & Theano Karanikioti, *Google as a de facto Privacy Regulator: Analysing the Privacy Sandbox from an Antitrust Perspective*, 17 *European Competition Journal* 617, 654 (2021).

[26] See John M. Newman, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, 164 *University of Pennsylvania Law Review* 149, 166 (2015).

企业以提供满足消费者隐私偏好的产品的方式区别于竞争对手,进而惩罚个人信息保护薄弱的行为。这也正是“隐私可能是市场竞争的关键参数”的实际含义。<sup>[27]</sup> 而一旦形成垄断,市场上关于个人信息保护条件的竞争将受到抑制,垄断者将降低个人信息保护水平而不必担心用户流失。

实践也印证了这一点。滴滴的违法处理数据行为始于2015年6月,正是其在2015年2月合并快的占据垄断地位之后不久。这与Facebook在2014年滥用市场支配地位降低隐私保护水平的行为类似:Facebook进入社交网络市场初期提供隐私承诺获取竞争优势,但在2014年垄断市场之后,它利用市场力量大规模跟踪用户,将隐私保护降低到了早期竞争市场中不可持续的水平。<sup>[28]</sup>

反垄断法学理论构建了将个人信息保护作为非价格竞争要素纳入反垄断分析的损害理论:质量损害理论、消费者选择损害理论和创新损害理论。<sup>[29]</sup> 滴滴垄断市场之后,向消费者强加了他们在竞争情况下可能不会接受的隐私条款,导致个人信息受损的可能性更大,也会造成反垄断法上的其他损害。滴滴的违法事实证明其降低了个人信息保护水平和出行服务的质量。<sup>[30]</sup> 例如,它通过手机连接桔视记录仪定位用户。这种录音录像设备在Amazon推出Alexa和Echo Look时就被批评:人们把连接到网上商店的照相机和麦克风带进卧室,这似乎很荒谬。滥用的可能性是显而易见的。<sup>[31]</sup>

### (三) 个人信息作为导致价格歧视的因素

个人信息成为反垄断问题的第三个原因是,企业利用个人信息实施价格歧视。对导致价格歧视的个人信息处理行为进行反垄断审查是基于这样一种考虑:如果企业能够利用所收集的信息在随后的交易中剥削消费者,企业可能专注于收集消费者信息,并操纵购买环境,以获取最大的消费者剩余,并为比较和向其他竞争对手转移制造障碍,而不是向消费者提供最佳价值。这违背了消费者向企业分享数据的合理预期,降低了消费者选择最高效供应商的可能性,从而削弱了竞争过程。<sup>[32]</sup>

与传统市场相比,互联网企业更加普遍地实施价格歧视,这在很大程度上依赖于数字企业对个人信息的处理使其更容易满足价格歧视的要件:市场力量、区分用户的能力和能够防止转售。<sup>[33]</sup> 首先,前文已对滴滴的市场力量进行了论述。其次,滴滴所提供的出行服务明显是不适宜转售的。最后,互联网企业对个人信息的掌握使其区分用户的能力有了实质性提高:互联网企业记录了用户几乎所有在线信息,然后建立用户的个性化“数字档案”,实时计算和更新每个消费者的需求弹性,并在向不同消费者提供的产品之间进行价格区分。<sup>[34]</sup> 卖方所获得的信息越

[27] See Mark MacCarthy, *Privacy as a Parameter of Competition in Merger Reviews*, 72 Federal Communications Law Journal 1, 42 (2020).

[28] See Dina Srinivasan, *The Antitrust Case against Facebook: A Monopolist's Journey towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy*, 16 Berkeley Business Law Journal 39, 54 - 80 (2019).

[29] See Samson Esayas, *Privacy as a Non-Price Competition Parameter: Theories of Harm in Mergers*, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2018 - 26, 2018, p. 12.

[30] 参见《国家互联网信息办公室有关负责人就对滴滴全球股份有限公司依法作出网络安全审查相关行政处罚的决定答记者问》,载中国网信网 2022年7月21日, [http://www.cac.gov.cn/2022-07/21/c\\_1660021534364976.htm](http://www.cac.gov.cn/2022-07/21/c_1660021534364976.htm).

[31] See Gregory Day & Abbey Stemler, *Infracompetitive Privacy*, 105 Iowa Law Review 61, 69 (2019).

[32] See Katharine Kemp, *Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters*, 16 European Competition Journal 628, 663 (2020).

[33] See Nicholas Economides & Ioannis Lianos, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective*, 17 Journal of Competition Law & Economics 765, 812 (2021).

[34] See Michal Gal, *Algorithmic-facilitated Coordination*, DAF/COMP/WD(2017)26, para. 25, p. 8, 22 June, 2017, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)26/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)26/en/pdf).

全面和准确,价格歧视越成功。对优步的研究显示,手机电量越少价格越高。<sup>[35]</sup> 另一项调查也表明,打车软件平台利用用户大数据提供差异化服务、定价并进行价格歧视:苹果手机和高价位手机都对用户“被舒适”订单产生了正向显著影响,苹果用户比非苹果用户享受到的打车优惠更少。<sup>[36]</sup> 另外,滴滴还会根据用户数据判断其是否为刚需客户以及根据打车频次差异收取不同费用。<sup>[37]</sup>

### 三、反垄断法保护个人信息的必要性

伊科诺米季斯(Economides)和利亚诺斯(Lianos)指出,数据保护法只对平台使用用户数据的行为造成的不同类型的市场失灵提供了部分回应,因为它在设计救济措施时没有考虑到对平台用户的所有可能的长期损害和一些数字市场的市场力量及其可能带来的“特殊责任”。竞争法的剥削理论和排他理论可以在这种情况下为数据保护法提供很好的补充。<sup>[38]</sup> 反垄断法旨在维护竞争,它内含了维护个人信息保护条件的竞争,从而有助于个人信息的更好保护。

#### (一) 维护个人信息保护条件的竞争

我国反垄断执法机构没有对滴滴进行竞争审查的很大一个原因是受到分离论的影响。分离论的逻辑起点是,个人信息损害的真正原因是信息不对称,而不是市场力量。<sup>[39]</sup> 其中一个重要理由是,不占支配地位的企业也可以向消费者强加剥削性的隐私条款。<sup>[40]</sup>

数字市场同时存在多种市场失灵。信息不对称是个人信息损害的一个主要原因,但却不是全部原因,甚至不是大型科技企业损害个人信息的最主要原因。一方面,对信息不对称的过度依赖导致了对同等重要、甚至更重要的市场力量的忽略。事实上,根据原有的理论假设,科技创新会带来更多去中心化的竞争,但新技术公司的发展实践呈现更多的新垄断特征。互联网在经济层面都出现了“头部固化”的趋势。<sup>[41]</sup> 我国互联网领域 10 年来已经发生 8 次大规模的“烧钱大战”:<sup>[42]</sup> 美团经过“千团大战”战胜了 5 000 多家团购平台,最终垄断了团购市场;滴滴通过“烧钱大战”战胜了 40 多家竞争对手。这是引发互联网合并潮的主要原因之一,合并最大的好处是形成事实性的垄断,行业内其他企业再想超越十分困难。<sup>[43]</sup> 这些公司对数据和数据所属的个人拥有相当大的权力。<sup>[44]</sup> 这种权力被称

[35] 参见徐晶卉、张天弛:《破解“大数据杀熟”靠法律还是技术》,载《文汇报》2021 年 12 月 26 日,第 8 版。

[36] 参见孙金云等:《2020 打车软件出行现状调研报告》,2021 年,第 40—41 页。

[37] 参见《16 项违法事实共罚款 80.26 亿元 滴滴数据信息泄漏带来哪些危害?》,载懂车帝网 2022 年 7 月 22 日,<https://www.dongchedi.com/article/7123102194227855885>。

[38] See Nicholas Economides & Ioannis Lianos, *supra* note [33], at 772.

[39] See Van den Bergh & Franziska Weber, *The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse of Competition Law?* 44 *World Competition* 29 (2021).

[40] See Miriam Caroline Buiten, *Exploitative Abuses in Digital Markets: Between Competition Law and Data Protection Law*, 9 *Journal of Antitrust Enforcement* 270, 280 (2021).

[41] 参见樊鹏:《利维坦遭遇独角兽:新技术的政治影响》,载《文化纵横》2018 年第 4 期,第 135 页。

[42] 参见徐霄鹏:《烧钱大战得与失》,载微信公众号“产品遇上运营”,2020 年 5 月 8 日。

[43] 参见《2015 年互联网企业迎合并潮 “老二”创始人出局成惯性》,载人民网 2015 年 12 月 14 日,<http://it.people.com.cn/n1/2015/1214/c1009-27923551.html>。

[44] 参见[荷] 玛农·奥斯特芬:《数据的边界:隐私与个人数据保护》,曹博译,上海人民出版社 2020 年版,第 48 页。

为数据权力，<sup>[45]</sup>使得技术巨头可以随意对待消费者的隐私。<sup>[46]</sup>

另一方面，信息不对称并不独立于市场力量，它们相互交织和加强。滴滴通过补贴和收购，并降低隐私政策的透明度来获取用户数据和扩大市场份额，形成并加强市场力量。继而，其具有更大的财力实施补贴和收购、排除竞争对手并向用户强加隐私政策，如此循环。占支配地位的企业阻碍用户转换并鼓励竞争者效仿它们实施信息不对称的隐私政策，才是“即使不占支配地位的企业也可以以类似的方式行事”这一事实并不会降低反垄断法保护用户的价值的深层原因。<sup>[47]</sup>

反垄断法解决市场力量问题以维护市场竞争秩序。因此，由市场力量的形成和运用导致的个人信息损害应当纳入反垄断框架。此时，反垄断法旨在维护个人信息保护条件的竞争。这意味着，反垄断法保护个人信息并不会改变其维护竞争的宗旨：这不会使反垄断法成为实现数据保护目的的手段，因为涉案行为在不满足反垄断法全部违法构成要件时不会被认为具有竞争违法性；这也不会导致竞争法的目标过于宽泛，因为只要反垄断干预在数据保护的背景下是合理的，就不能仅仅因为这种干预可能会实现其他目标而放弃干预。<sup>[48]</sup> 反垄断法的个人信息保护作用被限制在阻止反垄断法意义上的损害发生的范围内，以市场力量为理论逻辑的核心区别于其他法律。

## （二）促进个人信息的更好保护

反垄断法旨在维护个人信息保护条件的竞争。竞争的增加将从三个方面保护隐私：（1）允许用户惩罚损害隐私的竞争违法行为；（2）传播关于隐私价值和未能保护个人信息的成本的信息，提高用户对隐私问题的关注；（3）为消费者提供旨在保护隐私的产品。<sup>[49]</sup> 这意味着，反垄断法可以补充个人信息保护制度的功能，有助于个人信息的更好保护。在滴滴案中，网信办主要对滴滴施加了“责令整改”和“罚款”两种法律责任：审查初期依据《网络安全法》要求应用商店下架滴滴相关APP，并要求滴滴整改严重违法违规收集使用个人信息的问题。<sup>[50]</sup> 滴滴下架期间，新用户无法注册，但是已经下载和注册的用户依然可以使用。审查结束后，对滴滴及其主管人员进行罚款。在此期间，主管部门还约谈了包括滴滴在内的网约车平台。<sup>[51]</sup> 如前所述，这些措施不能完全消除导致个人信息损害的垄断原因。此时，反垄断法有助于使个人信息保护更加全面和持续。

### 1. 促进个人信息保护更加全面

仅针对信息不对称问题的个人信息保护制度救济措施使个人信息保护的效果形式化而有限，<sup>[52]</sup>既不充分也不全面。事实也证明了这一点。滴滴主要违反了《个人信息保护法》第6、7、13、14、17、29、30条，《网络安全法》第41条和《数据安全法》第32条等条款的“目的限制”和“数据最小化”原则，“公开、透明”原则以及“知情同意”原则。因此相应的整改措施应当也主要集中在这些方面。然而，滴滴不仅在2022年7月被处罚前“未进行全面深入整改”——这是它被网信办处罚的重

[45] 参见王锡锌：《个人信息国家保护义务及展开》，载《中国法学》2021年第1期，第154页。

[46] 参见樊鹏、李妍：《驯服技术巨头：反垄断行动的国家逻辑》，载《文化纵横》2021年第1期，第24页。

[47] See Anne C. Witt, *Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case*, 66 *The Antitrust Bulletin* 276, 296 (2021).

[48] See Francisco Costa-Cabral & Orla Lynskey, *supra* note [2], at 47-48.

[49] See Gregory Day & Abbey Stemler, *supra* note [31], at 91-93.

[50] 参见《关于下架“滴滴出行”App的通报》，载中国网信网2021年7月4日，[http://www.cac.gov.cn/2021-07/04/c\\_1627016782176163.htm](http://www.cac.gov.cn/2021-07/04/c_1627016782176163.htm)；《关于下架“滴滴企业版”等25款App的通报》，载中国网信网2021年7月9日，[http://www.cac.gov.cn/2021-07/09/c\\_1627415870012872.htm](http://www.cac.gov.cn/2021-07/09/c_1627415870012872.htm)。

[51] 参见《五部门联合约谈11家网约车平台公司》，载中国网信网2021年9月2日，[http://www.cac.gov.cn/2021-09/02/c\\_1632170514951189.htm](http://www.cac.gov.cn/2021-09/02/c_1632170514951189.htm)。

[52] 见前注[9]，张占江文，第689—692页。

要原因之一——甚至在被处罚之后的整改期间也没有进行全面整改：滴滴《个人信息保护及隐私政策》(2022年11月18日版本)仍然存在违反上述原则的条款,并且与2021年7月15日版本(滴滴被宣布审查至处罚期间)一致。例如,在“目的限制”和“数据最小化”方面,它仍然采集用户设备信息及日志信息。<sup>[53]</sup> 收集的这些数据的类型和途径已经远远超出了提供出行服务所需要的数据范围。

再如,即便滴滴更加清晰地说明了它是如何收集数据的,表面上在知情同意方面进行了整改,但是用户拒绝同意则不能使用该服务,在滴滴具有市场力量的情况下,他们别无选择,只能自始同意这种数据收集条款及其后续的单方面修改。<sup>[54]</sup> 这种情况也出现在德国 Facebook 案中。BKartA 主席安德里亚斯·蒙特(Andreas Mundt)指出,在用户的选择是要么接受数据的整体合并,要么放弃使用社交网络的情况下,用户的选择不能称为自愿同意。<sup>[55]</sup>

个人信息保护制度的要求不能完全纠正滴滴的违法行为的原因是,滴滴在并购快的之后始终保持着市场垄断地位。2023年1月16日滴滴恢复新用户注册,在它让出市场增长空间后的18个月,市场份额从2021年中的近90%下降到近70%,但也就仅限于此。滴滴重新上架暂未带来太大变化,这再次证明它依然有大量用户群体,行业地位难以被后来的竞争者动摇。<sup>[56]</sup> 这意味着,滴滴主导的出行市场结构并没有实质性改变。在缺乏市场竞争的情况下,用户选择隐私友好商品并惩罚隐私损害行为的机制失效,因而滴滴并没有改变对消费者施加剥削性隐私条款的动机。

反垄断法解决市场力量问题,确保市场是一个自由竞争的环境。有意义的竞争将促使企业以提供更好的个人信息保护条件的方式来争夺用户:既可以扩大现有法律法规框架内已知的个人信息保护维度并提高保护等级,还将激发个人信息保护条件和商业模式创新发展。

## 2. 促进个人信息保护更加持续

滴滴通过形成和滥用市场力量实施了反竞争行为,违反了反垄断法,这也是其违反个人信息保护制度的更深层原因,但却只需承担后者设定的法律责任,较低的违法成本不能阻止行为再次发生。而反垄断法的法律责任形式多样且惩罚力度较大,能够促使个人信息保护行动更加持续。

第一,在法律责任形式方面,网信办施加的整改、罚款等法律责任和约谈手段主要解决信息不对称问题,不仅无法触及滴滴的市场力量,反而掩盖了由市场力量导致的数据处理行为的反竞争性,使其免于反垄断处罚。只要市场力量持续存在,其数据处理能力就不会受太大影响,进而其融资能力、用户锁定能力、流量变现能力仍然能够支撑企业的扩张布局。在这种情况下,很难相信,滴滴不会恢复到被处罚前的市场份额,甚至更高;也很难相信,弥补处罚带来的损失的动机和逐利性本质不会导致其处理数据行为重蹈覆辙,持续通过市场力量在更大程度上损害个人信息。

反垄断法可以对反竞争的个人信息损害行为施加多种形式的救济措施。例如,数据可携带性、数据分离等行为性措施以及禁止集中、拆分和剥离等结构性措施。这些救济措施致力于分散数据权力、阻止数据权力扩大并消除数据权力的影响,以恢复个人信息保护的竞争过程。

第二,在罚款方面,个人信息保护制度的罚款相对较低,威慑力不足。《经济学人》杂志的一项调查显示,迄今为止欧盟针对美国技术巨头的最高罚款额仅为受处罚对象的大型科技公司市

[53] 参见《个人信息保护及隐私政策》, <http://dpubstatic.udache.com/static/dpubimg/d0c029d604724e68f3115b865db97f7f/index.html>, 2023年3月24日访问。

[54] See Katharine Kemp, *supra* note [32], at 639.

[55] See Bundeskartellamt Prohibits Facebook from Combining User Data from Different Sources, BKartA (Feb. 7, 2019), [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).

[56] 见前注[18], 雷科技文。



值的1%。<sup>[57]</sup>我国《个人信息保护法》第66条规定的罚款最高为五千万元或者上一年度营业额的5%。网信办对滴滴施加了5%的顶格罚款。<sup>[58]</sup>而《反垄断法(2008)》第47条规定,对滥用市场支配地位的罚款最高可达上一年度销售额的10%。在违法处理个人信息行为被认定为“情节严重、性质恶劣,应当从严从重予以处罚”的情况下,滴滴极有可能被处以上一年度销售额5%至10%的罚款。不仅如此,《反垄断法(2022)》第63条还明确提高对加重情节的罚款额度:情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的,执法机构可在此罚款数额的2倍以上5倍以下确定具体罚款数额。这意味着,按照《反垄断法(2022)》实施的最高罚款可达上一年度销售额的50%,这是《个人信息保护法》最高罚款的10倍。虽然滴滴的违法行为发生在《反垄断法(2022)》生效以前,反垄断执法机构对其最高只能处以上一年度销售额10%的罚款,但是对于将来在《反垄断法(2022)》生效之后发生的违法处理个人信息的垄断行为,尤其是在认定行为具有加重情节的情况下,反垄断执法机构最高可处以上一年度销售额50%的罚款。如此巨额罚款,将具有更大的震慑力。

反垄断法对个人信息保护的必要性也逐渐得到个人信息保护制度及其执法机构的肯定。在德国 Facebook 案中,BKartA 指出,GDPR 没有明确声称其规定是最终的,因此不能假设其没为其他机构的进一步审查留有余地。BKartA 在调查过程中与数据保护机构保持定期联系,后者也均不认为其拥有专属权限。甚至,德国联邦政府和各州独立数据保护机构会议明确表示,数据保护法的执行不能是对违反数据保护要求的唯一回应,竞争法也可以得到执行。<sup>[59]</sup>我国《个人信息保护法》第60条规定,除了网信部门之外,国务院有关部门在各自职责范围内负责个人信息保护和监督管理工作。在实践中,市场监管总局除了参与对滴滴的联合审查以外,它还作为交通运输新业态协同监管部际联席会议成员约谈了包括滴滴在内的网约车平台,要求后者维护市场公平竞争。这表明我国从立法和执法上都没有排除通过反垄断措施保护个人信息的可能性。

## 四、反垄断法保护个人信息的实施方案

### (一) 回归保护竞争范式的反垄断分析方法

反垄断法保护市场竞争秩序。但是对竞争秩序分析工具的理解和偏好往往反过来影响竞争秩序的准确表达。芝加哥学派在20世纪70年代以来占据反垄断分析的主流地位,其反垄断分析方法是典型的价格范式。<sup>[60]</sup>因此,属于非价格维度的个人信息保护被排除出反垄断法的适用范围。即便反垄断执法机构或者法院意识到反垄断法可以发挥作用,也可能因为缺乏非价格竞争分析工具而避免进行深入分析,或者直接拒绝适用反垄断法。这可能也是市场监管总局在面对滴滴的个人信息处理行为时保持沉默的重要原因之一。对价格范式进行纠偏,准确把握反垄断法处理市场力量问题的核心和保护市场竞争的目标是解决这一问题的必要措施。这正是由大型科技公司力量推动的新布兰代斯学派削弱芝加哥学派反垄断理论主导地位的运动的主要目的。<sup>[61]</sup>

[57] 见前注[46],樊鹏、李妍文,第25页。

[58] 滴滴财报显示,2021年总营收为1738.3亿元,来自中国的出行业务营收为1605.2亿元。参见《滴滴2021年营收1738亿 四季度净亏损同比收窄94.7%》,载《中国经营报》2022年4月25日,第32版。通过计算可知,80.26亿元罚款为国内出行业务营收的5%。

[59] See BKartA, *supra* note [8], at 9.

[60] 参见焦海涛:《反垄断法上的竞争损害与消费者利益标准》,载《南大法学》2022年第2期,第9页。

[61] See Olivia T. Creser, *In Antitrust We Trust?: Big Tech Is Not the Problem — It's Weak Data Privacy Protections*, 72 Federal Communications Law Journal 289, 291 (2020).

新布兰代斯学派代表人物吴修铭(Tim Wu)质疑芝加哥学派狭隘的规范视角,呼吁反垄断法回归保护竞争的目标,认为保护竞争的重点是保护竞争过程,这更符合反垄断法的立法历史和早期先例。<sup>[62]</sup>因此,新布兰代斯学派一再强调反垄断法保护竞争是对美国进步时代反垄断价值的回归,那个时期产生的反垄断法旨在遏制大型商业组织托拉斯的私人权力。新布兰代斯学派和布兰代斯法官一样,相信“我们的市场和经济的结构可以决定个人在日常生活中享有多少真正的自由”。<sup>[63]</sup>20世纪初,布兰代斯的主要反垄断努力在于反对对竞争威胁最大的金融寡头;在数字经济时代,面对平台企业对于竞争的可能损害,新布兰代斯学派讨论的重心主要在于平台垄断。<sup>[64]</sup>数字企业在包括隐私在内的非价格参数上进行竞争,合并或单边行为可以减少在隐私这一参数上进行竞争的动机,<sup>[65]</sup>此时,保护竞争意味着保护企业之间关于个人信息保护条件的竞争。

新布兰代斯学派的观点对美国近来的反垄断政策产生了重大影响。其一,美国政府任命新布兰代斯学派代表人物形成了“反垄断三人组”;<sup>[66]</sup>其二,该学派代表人物莉娜·可汗(Lina Khan)是美国众议院针对科技巨头进行调查并发布的《数字市场竞争状况调查报告》的法学顾问之一。该《报告》认为,美国最高法院将“消费者福利”作为反垄断法的唯一目标,主要关注价格和产出而不是竞争过程的做法限制了对竞争损害的分析,这违背了反垄断立法历史和立法意图。因此,建议国会考虑重新恢复反垄断法的初衷和广泛目标,明确反垄断法的目的不仅是为了保护消费者,而且是为了保护工人、企业家、独立的企业、开放的市场、公平的经济和民主的思想。<sup>[67]</sup>

新布兰代斯学派的观点也引发了较大争议。其中,基于数字经济的网络效应,论者对该学派主张的结构性分离措施的有效性表示担忧:即使横向拆分之后新进入者确实进入了市场,最终的市场结构可能与之前的市场结构并没有太大的不同;<sup>[68]</sup>数字市场中结构性指标与市场力量之间的相关性有所减弱;<sup>[69]</sup>结构性分离可能会破坏数字企业以网络效应和规模经济为特征的商业模式。<sup>[70]</sup>对此,该学派的解释是,它关注市场结构,并不是完全回归哈佛学派的“结构—行为—绩效”范式,而是认为在评估竞争时缺乏对结构的认识,结果将是误入歧途的。<sup>[71]</sup>因此,该学派自身可能不认为他们主张的结构性救济措施(拆分)和平台企业的规模经济效应相矛盾,或者,以大规模企业利益的牺牲换取竞争过程带来的利益是值得的。吴修铭还指出,结构性措施的行政难度往

[62] See Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in The New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018, p. 135 - 137.

[63] Olivia T. Creser, *supra* note [61], at 303, 306.

[64] 参见陈永伟:《从布兰代斯法官到“新布兰代斯主义”》,载经济观察网 2021年7月29日, <http://www.eeo.com.cn/2021/0729/496703.shtml>。

[65] See Samson Esayas, *supra* note [29], at 3.

[66] 莉娜·可汗为美国FTC主席;“谷歌宿敌”乔纳森·坎特(Jonathan Kanter)为美国司法部反垄断部门负责人;吴修铭加入美国国家经济委员会,担任总统的科技与市场竞争政策特别助理。

[67] See Jerrord Nadler & David N. Cicilline, *Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations*, 2020, p. 391 - 392, [https://democrats-judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://democrats-judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf).

[68] See Nicholas Economides & Ioannis Lianos, *supra* note [33], at 838 - 839.

[69] 参见王磊:《数据驱动型并购中隐私损害的反垄断审查》,载《当代法学》2023年第3期,第67页。

[70] 参见侯利阳:《论互联网平台的法律主体地位》,载《中外法学》2022年第2期,第356页。

[71] See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale Law Journal 710, 745 (2017).

往被夸大,而其好处却被低估。<sup>[72]</sup> 格拉丁(Geradin)等人发现,反垄断执法人员一直不愿意在高科技市场采取分离补救措施的情况可能会改变。例如,在2020年末起诉Google的美国各州联盟正在寻求结构性救济,其中包括Google广告技术业务的拆分。<sup>[73]</sup> 我国论者认为,我国的互联网巨头和新布兰代斯学派所关注的“新镀金时代”的美国互联网巨头有着很多不同,因此,在时间维度,新布兰代斯学派的讨论对我国当下有着特别的借鉴价值,但借鉴不等于照搬照抄。<sup>[74]</sup> 具体到滴滴案,可以在一定程度上考虑新布兰代斯学派的结构拆分措施的合理性,也可以采取比拆分措施稍微缓和又能产生相近效果的其他救济措施,例如数据分离。

在欧盟,作为秩序自由主义纲领之核心法律的竞争法的一个核心问题也是私人经济权力,因为这种权力必然威胁竞争过程;因此,欧盟和德国的竞争法的作用是确保企业不会形成垄断权或运用这种权力歪曲竞争系统。<sup>[75]</sup> 与新布兰代斯学派一样,欧盟竞争法也反对芝加哥学派的价格范式,其部分原因是,更为具体的价格限制的目标压倒了这种抽象的和间接的解决问题的办法。<sup>[76]</sup> 德国先后对《反限制竞争法》(GWB)进行了第九次和第十次修订,最终把“获取竞争相关数据的能力”作为衡量普通经营者是否具有市场支配地位的因素,并禁止超级平台滥用其在提供服务的过程中搜集到的用户信息。<sup>[77]</sup> 法国竞争管理局和BKartA认为:隐私问题不能仅因其性质而被排除在竞争法之外……公司的支配地位、其数据收集过程和相关市场上的竞争之间可能存在密切联系,这可能是在竞争诉讼中考虑隐私政策和条款的正当理由。<sup>[78]</sup>

基于对数字经济中反垄断法保护竞争目的的重新认识,欧盟和美国虽然在合并案件的最终决定中仍然坚持分离论,但也在逐渐关注个人信息对市场竞争的可能影响。例如,欧盟委员会在Facebook/WhatsApp案中承认隐私是竞争的重要非价格参数;<sup>[79]</sup> 在Microsoft/LinkedIn案中指出,与隐私相关的问题可以在竞争评估中予以考虑,前提是消费者将其视为质量的重要因素,并且合并各方在这一因素上相互竞争;<sup>[80]</sup> 在TomTom/Tele Atlas案中认为,隐私是合并竞争评估中的一种质量因素;<sup>[81]</sup> 尤其是,BKartA在德国Facebook案中将违反数据保护规则的行为视为剥削性滥用。美国FTC在审查中提醒各方继续有义务遵守各自的合并前隐私政策,并建议他们允许消费者有机会选择退出与这些政策不一致的对WhatsApp用户数据的使用。<sup>[82]</sup>

[72] See Lina M. Khan, *The End of Antitrust History Revisited*, 133 Harvard Law Review 1655, 1663 (2019).

[73] See Damien Geradin, Dimitrios Katsifis & Theano Karanikioti, *supra* note [25], at 680.

[74] 参见沈伟伟:《迈入“新镀金时代”:美国反垄断的三次浪潮及对中国的启示》,载《探索与争鸣》2021年第9期,第74页。

[75] 参见[美]戴维J.格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社2004年版,第310、316页。

[76] 同上注,第520页。

[77] 参见袁嘉:《数字背景下德国滥用市场力量行为反垄断规制的现代化——评〈德国反限制竞争法〉第十次修订》,载《德国研究》2021年第2期,第89、99页。

[78] See *Competition Law and Data*, p. 23 - 24, Bundeskartellamt (May 10, 2016), [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&-v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&-v=2).

[79] See Case M.7217-Facebook/WhatsApp, *supra* note [6], paras. 87, 102 and fn. 79.

[80] See European Commission, *supra* note [6].

[81] See Case No COMP/M.4854-TomTom/ Tele Atlas, C(2008) 1859, paras. 274 - 275.

[82] See Letter From Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc., *supra* note [7], at 1.

我国《关于平台经济领域的反垄断指南》第16条和第20条分别将“强制收集非必要用户信息”和“不恰当使用消费者数据”作为认定附加不合理交易条件和经营者集中审查的考量因素。这表明我国已经逐渐重视非价格维度的竞争评估,也是我国反垄断分析方法由价格范式向保护竞争范式回归的信号。在个人信息保护作为非价格竞争维度的情况下,反垄断法可以通过维护个人信息保护条件的有意义的竞争来发挥保护个人信息的作用,这为反垄断执法机构避免在与滴滴案类似的情形中错失从反垄断法的视角审视个人信息处理行为提供了依据。

## (二) 依循反垄断法的行为规制路径

滴滴的数据收集和处理模式是科技巨头形成的典型代表:以抢占市场的补贴、收购、跨行业扩张和参与基础设施建设为主要手段,获取大量个人信息,占据市场支配地位,然后制定剥削性更强的隐私政策以巩固和加强市场力量。对此,反垄断法可以通过阻止威胁竞争者提供更高个人信息保护水平的垄断行为来维护个人信息保护条件的竞争:具有市场支配地位的企业凭借市场力量损害个人信息的行为作为剥削性滥用行为而被禁止,数据驱动型并购作为市场力量形成的原因而被控制。

### 1. 剥削性滥用行为禁止

滴滴凭借市场力量处理个人信息的行为可能属于直接针对消费者的剥削性滥用市场支配地位行为。德国 Facebook 案为通过反垄断法的剥削性滥用行为禁止制度消除个人信息损害提供了执法经验。该案所涉及的关于剥削性滥用的规制模式及其损害理论也并未超出我国反垄断法的最大范围。

TFEU 第102(a)(b)条和 GWB 第19(2)(2)条禁止纯粹的剥削性滥用行为,欧盟和德国的这些立法规定以及它们的判例法都不要消费者损害是排他或串通的后果。<sup>[83]</sup>我国反垄断法也关注剥削性滥用行为,但理论研究的主流观点是,我国反垄断法并未确立欧盟意义上的剥削性滥用规则,其禁止排他性行为而并不禁止没有造成竞争损害的纯粹的剥削性行为。<sup>[84]</sup>反垄断执法和司法对消费者影响的分析往往附属于排他性竞争效果,并没有将其单独作为违法判断的依据,这与欧盟竞争法的剥削性滥用存在实质区别。在此情况下,适用反垄断法可以有两种途径:(1)附属规制模式,即依赖对排他性滥用的分析来规制导致个人信息损害的剥削性滥用行为;(2)独立规制模式,即将剥削性滥用确立为立法上的一种独立的滥用行为,进而构建导致个人信息损害的剥削性滥用行为的损害理论。

附属规制模式是我国现行反垄断分析方式,就滴滴案来说,反垄断执法机构需要证明滴滴的个人信息处理行为排除、限制了市场竞争,这包括排除、限制了相关市场(网约车市场)竞争,损害了平台内司机的正当利益,损害了消费者个人信息利益,限制了平台经济对个人信息保护条件的创新发展等。但是这一模式只适用于同时也产生竞争损害的剥削性滥用行为,对于竞争损害不明显但由市场力量直接损害消费者个人信息的剥削性滥用行为,适用性就会降低。

独立规制模式指反垄断法直接规制纯粹的剥削性滥用行为。我国反垄断法以欧盟竞争法为蓝本制定,也内含了对纯粹的剥削性滥用行为的规制。理论和实践已经形成了导致个人信息损害的剥削性滥用行为的损害理论:超高定价、不公平交易条件,<sup>[85]</sup>剥削性商业条款,<sup>[86]</sup>以及消费者选择理论。<sup>[87]</sup>我国反垄断法也提供了与这些损害理论相对应的多层次立法框架。第一层级,《反

[83] See Anne C. Witt, *supra* note [47], at 297.

[84] 参见孟雁北:《反垄断法规制平台剥削性滥用的争议与抉择》,载《中外法学》2022年第2期,第333页;韩伟:《数字经济中的隐私保护与支配地位滥用》,载《中国社会科学院研究生院学报》2020年第1期,第43页。

[85] See Viktoria H. S. E. Robertson, *supra* note [17], at 173, 178.

[86] See BKartA, *supra* note [55].

[87] See Anne C. Witt, *supra* note [47], at 298.

垄断法(2022)》第22条第1款第1项、第5项分别与第2款相结合,作为评估超高定价和不合理交易条件的基础。第二层级,第7条是禁止滥用市场支配地位的一般条款,作为禁止导致个人信息损害的剥削性滥用行为的一般条款,发挥与GWB第19(1)条相类似的作用。第三层级,第1条和第9条分别是目的条款和规制对象的一般条款,作为禁止导致个人信息损害的剥削性滥用行为的最一般条款。在个案中对损害理论的选择,可以依据“由具体(第一层级)到抽象(第三层级)”与“由简易到复杂”相结合的原则。第一,如果涉案行为属于反垄断法中明确列举的类型,如符合超高定价、不公平交易条件,那么首先适用与具体行为类型相对应的损害理论(第一层级)。否则将逐级选择第二层级和第三层级的损害理论。第二,如果行为在某一层级的损害较为明显和典型,较为容易证明,那么可以直接适用该层级损害理论。就滴滴来说,过度收集用户信息行为可以适用超高价格理论,违法收集用户信息、未明确告知乘客情况下分析乘客出行意图信息、未准确清晰说明个人信息处理目的、频繁索取无关的“电话权限”等行为可以适用不合理交易条件理论。

在救济措施方面,目前采取较多的有数据可携带性、数据共享、数据互操作、数据分离等行为救济和拆分等结构救济。BKartA在德国Facebook案决定中提出了数据分离要求。它禁止Facebook在未经用户自愿同意的情况下,将其从WhatsApp、Instagram和第三方网站收集的数据与Facebook用户账户合并。<sup>[88]</sup>也有学者建议,对作为事实上的隐私监管者的Google合并旗下所有网站的数据的行为施加数据分离要求。<sup>[89]</sup>数据分离要求是克服不同企业在获取数据方面重大差距的一项干预措施;采取的形式可能是要求具有市场支配地位的企业将内部不同服务及其数据分开运营,形成数据孤岛,以限制它们对数据集的组合和整合能力,进而创造公平竞争的环境。<sup>[90]</sup>同Facebook、Google类似,滴滴也是运营多种业务系统的横向和纵向整合体,具有市场支配地位,符合事实上的隐私监管者的特征,也在未经用户自愿同意的情况下,过度处理用户信息。因此,数据分离可能也适用于滴滴滥用市场支配地位损害个人信息的剥削性行为。

## 2. 数据驱动型并购控制

数据驱动型并购可能导致个人信息保护竞争的显著减少。反垄断审查可以阻止或限制那些会大大削弱合并前市场上存在的隐私竞争的合并,以维护隐私竞争的现有水平。<sup>[91]</sup>但是,欧盟和美国在一系列合并案件中对分离论的坚持可能会削弱经营者集中控制制度的个人信息保护功能。以Facebook/WhatsApp案为例,在Facebook收购WhatsApp两年后,WhatsApp宣布将与Facebook共享其用户数据,<sup>[92]</sup>则显示了真正的竞争问题:Facebook和WhatsApp都获得了个人数据,Facebook不仅获得了一项具有竞争力的相关资产,而且可能还有效地扼杀WhatsApp在更好的数据保护条件方面的创新。<sup>[93]</sup>如果欧盟委员会审查Facebook/WhatsApp合并之后数据保护水平降低的可能性,那么合并要么被禁止,要么附条件通过。另外,BKartA和德国联邦最高法院对Facebook收集与合并来自WhatsApp的个人数据进而降低隐私保护水平的认定也是这项并购案产生竞争法上的实际损害的证据。

[88] See Bundeskartellamt, decision no. B6-22/16 of Feb. 6, 2019, p. 5-6.

[89] See Damien Geradin, Dimitrios Katsifis & Theano Karanikioti, *supra* note [25], at 675.

[90] See Competition & Markets Authority, *Competition and Data Protection in Digital Markets: A Joint Statement between the CMA and the ICO*, 2021, at 14, 22.

[91] See Mark MacCarthy, *supra* note [27], at 7.

[92] See John Ribeiro, *Whatsapp Policy Changes Prompt FTC Complaints from Privacy Groups*, PCWorld (Aug. 30, 2016), <https://www.pcworld.com/article/416218/privacy-groups-complain-to-ftc-about-whatsapp-policy-changes.html>.

[93] See Francisco Costa-Cabral & Orla Lynskey, *supra* note [2], at 38.

Facebook/WhatsApp 案表明,反垄断执法机构需要重视对数据驱动型并购在个人信息保护方面的反竞争效应的评估。滴滴的数据处理行为反映了在滴滴并购时期反垄断法缺位的风险。滴滴的违法数据处理行为始于 2015 年 6 月,这正是在滴滴于 2015 年 2 月与快的合并、以 99.8% 的市场份额占据垄断地位之后不久。而在优步中国市场份额扩大到专车市场第二位时,滴滴又将其收购从而消除了最大的竞争威胁,使其市场份额恢复到 93.1%。滴滴和优步中国合并后不仅占有绝对优势的市场份额,而且有通过垄断大数据取得巨大利益的可能性。<sup>[94]</sup> 此类数据驱动型并购导致的反垄断法上的损害之所以具有共通性,是因为虽然企业的主营业务可能不同,但是通过收购竞争对手获得数据资产和市场力量,进而控制隐私政策和违法处理数据的做法是类似的。用户失去隐私选项以及企业提供的隐私保护水平降低是市场力量的直接结果。滴滴在收购快的、优步中国之前受到后两者和其他竞争者的约束,在合并后则摆脱了这种约束,任其违法处理个人信息也不会导致大量消费者的流失。

这两起并购案的另一个争论点是,是否达到申报标准的问题。滴滴并没有对这两项并购交易进行申报,理由是,合并方均未达到申报标准,同时还在收购优步中国交易中强调两者均未实现盈利。<sup>[95]</sup> 但是,这并不足以成为竞争审查的障碍。第一,以未实现盈利回避向反垄断执法机构提出经营者集中申请,规避反垄断执法机构的合法性审查,滴滴出行的理由显然不够充分。<sup>[96]</sup> 邓峰教授所指出的“亏损的垄断者也是垄断者”正是对这一辩解的回应。<sup>[97]</sup> 第二,即便在是否达到申报标准上存疑,根据当时实施的《国务院关于经营者集中申报标准的规定(2018)》第 4 条,对于有事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,反垄断执法机构应当依法进行调查。《反垄断法(2022)》第 26 条第 3 款和《国务院关于经营者集中申报标准的规定(2024)》第 5 条重申了反垄断执法机构的这一调查权。

对于经营者集中的救济措施类型,有禁止集中和附加限制性条件批准集中。根据我国《关于平台经济领域的反垄断指南》第 21 条,这些限制性条件包括剥离有形资产,剥离数据等无形资产或者剥离相关权益等结构性条件以及开放网络、数据或者平台等基础设施、修改平台规则或者算法、承诺兼容或者不降低互操作性水平等行为性条件。实践中,承诺不改变隐私政策的做法已经在 Facebook/WhatsApp 案中有所体现:美国 FTC 在审查中提醒各方继续有义务遵守各自的合并前隐私政策;Facebook 向欧盟委员会承诺不会在合并后改变 WhatsApp 的隐私政策。<sup>[98]</sup> 具体到滴滴合并快的案和收购优步中国案,在现行营业额申报标准框架下,执法机构当时就可以在合并双方拒绝申报的情况下依法调查,并做出禁止集中或者附加限制性条件的决定。如果是后者,最适宜的措施之一可能是数据分离要求,因为如前所述,这两项交易都明确表示要合并双方数据。

### (三) 平衡与个人信息保护制度的冲突

反垄断法与个人信息保护制度之间可能发生冲突。典型例子如,有关个人信息访问的反垄断

[94] 参见《滴滴收购优步:大数据垄断尤当警惕》,载央视网 2016 年 8 月 3 日, <http://news.cctv.com/2016/08/03/ARTIKYlfeRAiGdSfFKUfE2L2160803.shtml>。

[95] 参见《滴滴快的回应:未达到〈反垄断法〉申报标准》,载中国日报网 2015 年 2 月 16 日, [https://caijing.chinadaily.com.cn/2015-02/16/content\\_19605625.htm](https://caijing.chinadaily.com.cn/2015-02/16/content_19605625.htm);《商务部表示滴滴优步合并交易须申报 滴滴:未达到申报标准》,载央广网 2016 年 8 月 3 日, [http://china.cnr.cn/yaowen/20160803/t20160803\\_522867140.shtml](http://china.cnr.cn/yaowen/20160803/t20160803_522867140.shtml)。

[96] 参见蒋岩波:《滴滴收购优步中国经营者集中案例的反垄断法分析》,载张守文主编:《经济法研究》第 19 卷,北京大学出版社 2017 年版,第 213 页。

[97] 参见黄姝静、熊平平、张珺:《重塑滴滴》,载财经网 2019 年 2 月 15 日, <http://m.caijing.com.cn/api/show?contentid=4563161>。

[98] See John Ribeiro, *supra* note [92].

救济措施可能导致个人信息损害,以及将个人信息保护作为抗辩反竞争指控的商业理由。<sup>[99]</sup>前者如数据可携带性、数据共享、数据互操作等;后者如滴滴同时作为服务提供商和事实上的隐私监管者,存在极大的利用个人信息保护规则排除竞争对手获得具有竞争力的用户数据的风险。

此时,必须在竞争和个人信息保护的目标之间取得平衡。对此,欧盟与美国实行不同的模式。欧盟实行数据保护优先的模式。欧盟委员会必须在竞争法案件决定中履行尊重作为基本权利的数据保护权的义务,并且在接受承诺时的自由裁量权在涉及《欧盟基本权利宪章》时可能受限制。<sup>[100]</sup> 欧盟法院也在德国 Facebook 案中表达了这一观点。它应杜塞尔多夫高等地区法院的请求对竞争主管部门如何审查个人信息处理行为进行了裁定:成员国竞争执法机构负有与数据监管机构真诚合作的义务;在审查 TFEU 第 102 条规定的滥用市场支配地位行为时,如果企业的个人数据处理的(类似)一般条款与 GDPR 不一致,而这对于确定此类滥用的存在是必要的,那么竞争执法机构不能偏离数据主管机构关于这些条款的决定。<sup>[101]</sup> 而美国对数据保护的力度较弱。美国数据保护的法律基础是消费者保护原则,并且除非法律特别规定,默认做法是企业可以收集和使用数据。在数据隐私被认为是一项个人基本权利之前,消费者保护范式可能导致美国在对待反垄断法与个人信息保护冲突时采取与欧盟不一样的做法。因此,美国在竞争与数据隐私保护的冲突中更倾向于选择保护竞争。<sup>[102]</sup>

我国在处理两者冲突时将受到欧美两种模式的影响,但又与它们不同。第一,受到欧盟影响。一方面,我国反垄断法是以欧盟竞争法为蓝本形成,反垄断法及其配套法规都有浓重的欧盟竞争法的影子;<sup>[103]</sup>另一方面,我国个人信息保护法也受到 GDPR 的影响。<sup>[104]</sup> 这两方面的影响势必会传导至对两种制度冲突的处理上。但是,与欧盟不同的是,我国的个人信息保护尚未被纳入基本权利范围,这将导致两种法律制度冲突的程度可能小于欧盟。第二,受到美国的影响。原因是,美国是反垄断法的起源地,并且近年一改芝加哥学派主导的宽松政策,强化对超大型互联网平台的反垄断。<sup>[105]</sup> 我国 2020 年底开始的强化反垄断要求与此有类似之处。但是,在对过去两年强化反垄断和防范资本无序扩张的相关政策和实践进行总结提炼的基础上,党的二十大报告再次强调“加强反垄断”,说明我国在强化反垄断的同时,也重视反垄断执法的法治化、规范化。<sup>[106]</sup> 这又与美国不同。因此,我国应当探索更加合理的平衡方法。一个越来越被支持的方法是,在反垄断审查中出现合法但与竞争目标冲突的个人信息保护目标时,分析的起点应该是这两个法律领域同等重要,在考虑反垄断与数据隐私方面各自利益的重要性的基础上进行权衡。首先,竞争执法机构需要深入研究个案中数据隐私和竞争利益的强度:一方面,在反垄断法框架下评估数据处理行为的反竞争效果;另一方面,考虑与数据隐私相关的潜在抵消性法律因素。然后,采取合理原则和比例原则进行综合平衡:一方面,不能过度扩大个人信息正当利益的范围,否则将会消减数据竞争对

[99] See Erika M. Douglas, *supra* note [3], at 661 - 669; 见前注[9],张占江文,第 702—703 页。

[100] See Francisco Costa-Cabral & Orla Lynskey, *supra* note [2], at 43 - 45.

[101] See Court of Justice of the European Union, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 July 2023 (July 4, 2023), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=276478&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=846098>.

[102] See Erika M. Douglas, *supra* note [3], at 675 - 680.

[103] 参见李剑:《中国反垄断法实施中的体系冲突与化解》,载《中国法学》2014 年第 6 期,第 138 页。

[104] 参见王锡铤:《国家保护视野中的个人信息权利束》,载《中国社会科学》2021 年第 11 期,第 116 页。

[105] 参见刘畅:《连下“猛药”,美国反垄断思路转向?》,载微信公众号“财经 E 法”,2022 年 3 月 8 日。

[106] 参见陈琳:《二十大报告再强调“加强反垄断和反不正当竞争”,透露哪些信号?》,载新京报 2022 年 10 月 18 日, <https://www.bjnews.com.cn/detail/166609177814563.html>。

于企业利益和消费者福利的价值；另一方面，反垄断法也不能超出可理解的范围，以保护竞争的名义迫使合法合理的个人信息保护诉求过多妥协将降低消费者提供个人数据的积极性而阻碍数据的共享和数字红利的释放，损害消费者利益。这种方法将两种目标重新调整到一个对反垄断法和个人信息保护制度给予同等重视的起始位置。它不事先偏向任意一方，而是在个案中在考虑这两个法律领域的利害关系的强度的基础上进行综合、合理分析之后做出裁定。<sup>[107]</sup>

## 五、结 语

数字经济已成为我国经济发展的重要驱动力。根据网信办《数字中国发展报告(2022年)》，2022年我国数字经济规模总量居世界第二，占GDP比重达41.5%。《中共中央、国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》将“做强做优做大数字经济”作为重要目标之一，并要求“打破数据垄断，促进公平竞争”以及“保障使用个人信息数据时的信息安全和个人隐私”。

在个人信息处理行为与市场力量密切相关时，竞争审查无疑是必要的。我国反垄断执法机构没有关注到滴滴市场力量对个人信息处理行为的影响，也没有对作为滴滴市场力量来源的收购竞争对手用户数据行为做出实质的反垄断法审查结论。这可能意味着，我国反垄断执法机构错过了一个通过反垄断法来救济个人信息损害的机会。

总之，发挥反垄断法保护个人信息的作用不仅符合反垄断法的法理逻辑，并且具有必要性，这一必要性得到了滴滴案的实证支撑，更在我国数字经济顶层设计的框架内具有重要意义，符合我国数字经济发展的现实需要。

---

**Abstract** In the Didi case, the anti-monopoly enforcement body didn't consider regulating personal information damage under the anti-monopoly law. However, the close connection between Didi's data processing behavior and its market power implies issues in anti-monopoly law. The focus of anti-monopoly law on the formation and application of market power provides a legal basis for its review of the personal information processing behavior of Didi which has a dominant market position. The anti-monopoly law promotes a more comprehensive and sustainable protection of personal information by maintaining competition for personal information protection conditions, which highlights the necessity of protecting personal information by the anti-monopoly law. The protection of personal information by anti-monopoly law needs to be carried out from three aspects: Firstly, returning to a protection of competition test; secondly, following the path of behavioral regulation of anti-monopoly law; and thirdly, balancing the conflict with the personal information protection system.

**Keywords** Personal Information Protection, Anti-Monopoly Law, Market Power, Non-Price Competition, Protection of Competition Test

---

(责任编辑：侯利阳)

---

[107] See Erika M. Douglas, *supra* note [3], at 681, 683.