

人工智慧與公平交易法議題之初探

蕭富庭*

壹、前言

今年因為ChatGPT引發全球性人工智慧（Artificial intelligence, AI）潮流與探討，除了產業界熱烈討論ChatGPT與人工智慧運用外，法律學界亦關注ChatGPT與人工智慧之法律議題¹。

ChatGPT是什麼？有什麼功能？於ChatGPT輸入：「請簡單介紹ChatGPT」，ChatGPT回答：「ChatGPT是一個基於GPT-3.5架構的大型語言模型，由OpenAI開發。它是一種對話式人工智慧助手，旨在回答使用者的問題、提供資訊和進行對話。ChatGPT能夠理解和生成自然語言，並且通過學習大量的文字資料來獲得知識和理解能力。ChatGPT可以應對各種主題，包括一般知識問答、科學、歷史、文化、技術等等。它的訓練數據來自網路上的眾多來源，並且能夠在各種情境中提供有用的回答和解釋。無論是提供事實性的答案還是提供專業建議，ChatGPT都能夠嘗試回答

用戶的問題。然而，需要注意的是，ChatGPT是一個自動生成的模型，它並不具備真正的理解和意識能力。它僅僅是根據以前看到的數據來生成回答，因此在某些情況下可能會給出不正確或有誤導性的答案。此外，ChatGPT沒有情感或道德判斷能力，並且可能會重複或強調具有潛在風險或不適當的內容。總體而言，ChatGPT是一個功能強大的語言模型，能夠回答問題、提供資訊和進行對話，但在使用時需要謹慎並保持批判思考。」

上述ChatGPT回答，提及ChatGPT可以「生成」自然語言、是自動「生成」的模型，即指ChatGPT屬於「生成式人工智慧」（Generative Artificial Intelligence）。所謂人工智慧，依照教育部國語辭典之釋義，係指電腦模擬人類智慧及行為的科技。而所謂「生成式人工智慧」，一般是指試圖模仿人類學習與創造力，進而生成內容之人工智慧²。

為因應人工智慧對於競爭法的衝擊，美國聯邦貿易委員會³（Federal Trade Commission,

* 本文作者係拓威法律事務所合夥律師、國立臺北大學法律學系財經法組博士生。

註1：近期相關文獻如：黃絮（2023），〈人工智慧生成作品與著作權保護之初探——以美國法原創性與作者身分要件之釐清為中心〉，《月旦法學雜誌》，333期，第139-160頁；陳起行（2023），〈初探大數據與人工智慧對未來立法影響〉，《月旦法學雜誌》，333期，第75-88頁。

註2：Gia Jung, “Do Androids Dream of Copyright? Examining AI Copyright Ownership,” *35 Berkeley Tech. L.J.* 1151, 1155 (2020).

註3：關於美國聯邦貿易委員會之權限與分工，請參照蘇敏煌（1998），〈美國聯邦貿易委員會之行政權限與中央及地方之協調分工〉，《公平交易季刊》，6卷4期，第79-86頁。

FTC) 已關注人工智慧與競爭法相關議題與如何執法。美國聯邦貿易委員會主席Lina M. Khan於2023年5月3日紐約時報評論寫到：「隨著事業競相布局人工智慧並從中獲利，美國聯邦貿易委員會正密切關注如何才能最好地實現其雙重使命，以促進公平競爭並保護美國人免受不公平或欺罔行為之侵害。…儘管這些很新穎，但它們並不能免受現有規定規範，美國聯邦貿易委員會將大力執行我們主管之法律，即使在該新市場中，亦是如此⁴。」

隨著人工智慧使用越來越頻繁與廣泛，人工智慧對人類生活與事業運作勢必造成重大影響，亦可能挑戰競爭法之執法。人工智慧將會產生哪些競爭法議題？競爭法主管機關能否以過去執法立場檢驗相關問題？人工智慧必然成為競爭法主管機關必須面對與處理之議題。

因此，本文回顧美國聯邦貿易委員會近年關於人工智慧的執法說明、我國公平交易委員會關於人工智慧之內部與委託研究、美國與我國關於競爭法與人工智慧相關議題的學術文獻與案例。本文目的乃期待在此議題上略盡棉薄之力，試圖從人工智慧與公平交易法出現的各種問題中摘選重要問題，初步提出目前主管機關之執法立場、牽涉規定與

可能產生問題，提供未來思考與研究方向。

貳、聯合行為

根據美國聯邦貿易委員會於2018年11月舉行「演算法、人工智慧和預測分析的競爭與消費者保護問題」(The Competition and Consumer Protection Issues of Algorithms, Artificial Intelligence, and Predictive Analytics)聽證會討論議題，其中，競爭法議題之第1個議題(全部為第17個議題)為：演算法、人工智慧與預測分析之使用目前是否引起了特定反托拉斯的擔憂⁵(包括但不限於演算法聯合行為之擔憂)?須留意者，美國聯邦貿易委員於聽證會上提出第1個競爭法議題之例示乃演算法與聯合行為，可知演算法可能促成聯合行為已不僅是想像，而是相當具體。

事實上，不僅美國聯邦貿易委員關注到演算法、人工智慧可能促成聯合行為，我國公平交易委員會亦關切演算法可能促成事業之聯合行為。參照我國公平交易委員會的「數位經濟競爭政策白皮書」，將演算法與聯合行為列為數位經濟下的競爭議題之一，並說明執法立場⁶。

依公平交易法第14條第1項與第2項規定，公平交易法所稱聯合行為，是指具競爭關係

註4：Lina Khan, "We Must Regulate A.I. Here's How.,"

[hhttps://www.nytimes.com/2023/05/03/opinion/ai-lina-khan-ftc-technology.html](https://www.nytimes.com/2023/05/03/opinion/ai-lina-khan-ftc-technology.html), last visited on date: 2023/05/13.

註5：Federal Trade Commission, "FTC Hearing #7: The Competition and Consumer Protection Issues of Algorithms, Artificial Intelligence, and Predictive Analytics,"

<https://www.ftc.gov/news-events/events/2018/11/ftc-hearing-7-competition-consumer-protection-issues-algorithms-artificial-intelligence-predictive>, last visited on date: 2023/05/13.

註6：公平交易委員會(2023)，《數位經濟競爭政策白皮書》，第126-134、201-203頁。

之同一產銷階段事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者。前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。

檢視我國近幾年聯合行為案例，往往經由公協會⁷、協議書⁸、通訊軟體⁹等達成合意的機制。在人工智慧與演算法發展下，演算法即可能成為合意工具，促成聯合行為。

根據文獻回顧，目前事業透過演算法促成聯合行為的方式，可能有四種：監控演算法（monitoring algorithms）、平行演算法

（parallel algorithms）、信號演算法（signalling algorithms）和自學演算法¹⁰（self-learning algorithms）。而根據我國公平交易委員會「數位經濟競爭政策白皮書」指出，目前研究多關注監控演算法與平行演算法。

監控演算法與平行演算法之定義為何？參照我國公平交易委員會「數位經濟競爭政策白皮書」之定義¹¹，所謂「監控演算法」，是指：「使用演算法來蒐集競爭對手的決策資訊，監控可能的悖離數據，以及設計出快速懲罰的方法，如此一來可避免不必要的價格戰，讓勾結更為穩固，促進合謀協議的維持」。而所謂「平行演算法」，乃「由於有些促進機制有易於被發現的可能，聯合行為成

註7：公處字第112025號主文：「一、被處分人藉由理事會決議，訂定鑑定收費統一標準，約束事業活動且足以影響相關市場之供需功能，違反公平交易法第15條第1項聯合行為禁制規定。二、處新臺幣50萬元罰鍰。」。

註8：公處字第112015號主文：「一、被處分人等於111年11月起聯合調漲豬血食品價格之行為，足以影響北部地區豬血食品市場之供需功能，違反公平交易法第15條第1項本文聯合行為之禁制規定。二、被處分人等自本處分書送達之次日起，應立即停止前項違法行為。三、處彭勝食品有限公司、得意畜禽有限公司各新臺幣10萬元罰鍰。」。

註9：公處字第112008號主文：「一、被處分人等於107年11月起合意共同分配桃園市預拌混凝土交易對象及避免相互競爭，足以影響桃園市預拌混凝土供需之市場功能，違反公平交易法第15條第1項本文聯合行為之禁制規定。二、被處分人等自本處分書送達之次日起，應立即停止前項違法行為。三、處臺灣水泥股份有限公司新臺幣5,000萬元罰鍰。處國產建材實業股份有限公司新臺幣5,000萬元罰鍰。處亞東預拌混凝土股份有限公司新臺幣3,000萬元罰鍰。處永炬企業股份有限公司新臺幣1,000萬元罰鍰。處武雄實業股份有限公司新臺幣1,000萬元罰鍰。（以下略）」。

註10：Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, "Artificial Intelligence and Collusion: When Computers Inhibit Competition," *2017 U. Ill. L. Rev.* 1775, 1782-1796 (2017); OECD (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm, last visited on date: 2023/05/13; 陳和全、陳志民（2019），《演算法與聯合行為等重大限制競爭議題之研究》，公平交易委員會108年度委託研究報告，67-80；劉致慶、蘇弘綸（2021），〈演算法定價對聯合行為法制的挑戰〉，《期貨與選擇權學刊》，14卷3期，第9-10頁；王素鸞、王立達、鄭睿合、蕭富庭（2022），〈石化產業數位化發展現況與競爭規範探討〉，《公平交易季刊》，30卷3期，第167-168頁；公平交易委員會，前揭註6，第127-133頁。

註11：公平交易委員會，前揭註6，第127頁。

員因而改以其他的方案替代，例如事業共同使用同一個由第三方所提供之訂價演算法程式或數據資料，來規避被查處的風險。如此，將是以第三方供應商為『軸』，引導原本彼此競爭之『輻』形成所謂的軸輻式卡特爾。」。

觀察我國公平交易委員會關於來聯合行為處分之案件，如前所述，往往是經由公協會、協議書、通訊軟體促成聯合行為，尚未有事業經營演算法進行聯合行為或監控之案例。倘若我國出現事業以「監控演算法」或「平行演算法」達一致性行為。就前者而言，若能證明事業存在事前溝通或協議，利用演算法來監控與穩固遵守協議，仍得以違反公平交易法第15條規定處分之；若屬後者，如果第三方於受多家具競爭關係之事業委託後，有意引導進行合謀，亦須承擔違反公平交易法第15條規定之法律責任。

當有演算法存在時，我國公平交易委員會執法之最大難題在於如何舉證以及更難舉證事業間存有合意。我國應如何面對演算法對聯合行為的挑戰，我國公平交易委員會於「數位經濟競爭政策白皮書」提出以下執法立場：一、綜合評估個案相關事證，並視需求適時委託外部技術專家協助檢視演算法相關程式或指令。二、利用演算法所涉及的聯合行為，並未逸脫既有的法律規範。執法方向則為：一、強化市場研究及產業調查輔助個案審理。二、修法強化本會市場調查權¹²。

參、差別取價

經濟學家將差別取價分為三種形態，即第一級、第二級與第三級差別取價。所謂第一級差別取價，是事業對每個消費者購買的每個商品收取願付之最高價格；第二級差別取價，是指事業依據消費量來決定收取的價格；第三級差別取價，則指事業依據消費者不同的特性收取不同的價格，例如學生與普通票¹³。

經濟學家認為，因為事業通常不會向每個消費者收取不同價格，以及事業無法知道每個消費者之願付價格，故第一級差別取價幾乎是不可能發生。實務上可能出現的，是非常了解客戶的專業性事業，例如醫師、律師等。因為此時專業性事業了解客戶的個案情況、能力、地位與意願等，可以依據不同客戶收取不同價格¹⁴。

不過，隨著科技進展，過去第一級差別取價幾乎是不可能發生的情況，現在則可能發生。當事業蒐集越來越多消費者資料，並學習運用越來越科技與細緻方法分析這些資料，事業可以將消費者分成越來越小的群組，可以更細緻區分消費者。學者認為，達到完美的第一級差別取價仍是不可能的，但近乎完美的第一級差別取價則是可能的¹⁵。

須留意者，當存在近乎完美的第一級差別

註12：公平交易委員會，前揭註6，第201-203頁。

註13：陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發（2003），《產業經濟學：理論與實際（一版）》，第296-303頁。

註14：陳正倉、林惠玲、陳忠榮、莊春發，同前註，第298頁。

註15：Terrell McSweeney & Brian O' Dea, "The Implications of Algorithmic Pricing for Coordinated Effects Analysis and Price Discrimination Markets in Antitrust Enforcement," 32-FALL Antitrust 75, 76-78 (2017)；陳和全、陳志民，前揭註10，第135-139頁。

取價，事業對特定消費者收取高價，看起來似乎不應該。可是相對的，事業也對某部分消費者收取低價。因此，無法直接評斷事業進行近乎完美的第一級差別取價，就當然違反公平交易法。參照我國公平交易委員會「數位經濟競爭政策白皮書」說明¹⁶：「個人化定價行為是否違反競爭法相關規定，仍應視該事業是否濫用市場力而定。當事業濫用其市場力實施個人化定價時，其可能產生之狀況通常有兩種：一方面是以低於競爭對手售價之定價策略來針對其顧客進行銷售，形成類似掠奪性定價之手段，達到排除市場競爭的目的，此即『排除濫用』（exclusionary abuse）；另一方面是事業以其強勢之議價能力，榨取交易相對人之消費者剩餘及福利，使交易相對人之經濟利益蒙受損害，此即『榨取濫用』（exploitative abuse）。」

如果事業使用人工智慧達到近乎完美的第一級差別取價，倘若事業屬我國公平交易法第7條與第8條規範之獨占事業，則可能屬公平交易法第9條第1款「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」或第2款「對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更」之規定。至於能否適用公平交易法第20條第3款規定，我國公平交易委員會認為若事業對消費者為個人化取價行為，因非屬

事業對事業間之限制競爭行為，則尚難有第20條適用之餘地¹⁷。

肆、欺罔行為

美國聯邦貿易委員會主席Lina M. Khan於前述紐約時報評論提到：「生成式人工智慧增加了欺罔（fraud）風險。生成式人工智慧可能尚未準備好取代專業作家，但它已比一般欺罔者更會製作看似真實的資訊—讓欺罔者能夠快速、便宜地生成內容。聊天機器人已被用來生成欺騙人之釣魚電子郵件、虛假網站和虛偽不實消費者評論—甚至指示機器人使用針對特定族群和社群之單詞或說法¹⁸。」

美國聯邦貿易委員會於2020年4月發表關於「使用人工智慧與演算法」文章時，提及事業不要使用自動化工具欺罔消費者或虛偽不實表示¹⁹。即事業使用人工智慧工具與交易相對人互動時（例如聊天機器人），勿誤導消費者關於互動的性質。如果約會網站使用人工智慧生成虛偽不實約會資料、不實追蹤者、或以聊天機器人欺罔消費者，可能會面臨美國聯邦貿易委員會之執法。

後來，美國聯邦貿易委員會於2023年3月發表關於「AI欺罔銷售中」文章，則討論人工智慧虛假問題（AI fake problem）²⁰：「已有

註16：公平交易委員會，前揭註6，第64頁。

註17：公平交易委員會，前揭註6，第172頁。

註18：Supra note 4.

註19：Andrew Smith, "Using Artificial Intelligence and Algorithms," <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2020/04/using-artificial-intelligence-and-algorithms>, last visited on date: 2023/05/13.

註20：Michael Atleson, "Chatbots, deepfakes, and voice clones: AI deception for sale,"

證據顯示，欺罔者可以使用人工智慧快速便宜地生成看似真實但虛假的內容，將其傳播予族群或特定社群、個人。…當一個廣告商（advertiser），經由分身誤導消費者，例如不實約會資料、不實追蹤者、深度造假等，可能會（事實上已導致）面臨美國聯邦貿易委員會執法。」

該篇文章之所以寫到「事實上已有導致」美國聯邦貿易委員會的執法案例，是美國過去確有銷售不實追蹤者之案例，為Devumi, LLC案。根據美國聯邦貿易委員會起訴，現已解散Devumi公司使用其網站出售社交媒體影響力之虛假指標，如社交媒體平台（包括LinkedIn、Twitter、YouTube等）用戶之不實追蹤者、訂閱者和按讚，美國聯邦貿易委員會認為Devumi公司違反15 U.S. Code § 45不公平競爭方法或欺罔行為規定²¹。

另一案例則為Sunday Riley案，是因撰寫虛偽評論而被美國聯邦貿易委員會認為違反不公平競爭方法或欺罔行為規定。根據美國聯邦貿易委員會公布之行政文件，Sunday Riley公司要求員工創設虛假帳號進而撰寫評論，Sunday Riley明確在信件中要求員工在Sephora.com創設三個帳號，每隔一天對不同產品發表

評論。因此，美國聯邦貿易委員會認為Sunday Riley公司如此行為屬不公平競爭方法或欺罔行為²²。

其實，我國過去亦有類似撰寫虛偽評論的案例，即公處字第102184號²³（俗稱三星寫手門案件）。該案緣自Taiwansamsungleaks.org網站及報章媒體報導，有事業聘請素人於Mobile 01等討論平台網路分享，並隱匿事業身分攻擊具有競爭關係之他事業，其行銷手法涉有違反公平交易法規定，爰進行調查瞭解。另有檢舉人陸續以電子郵件反映被處分人台灣三星電子股份有限公司委託被處分人鵬泰顧問有限公司於網站論壇買通寫手發布競爭對手之新產品瑕疵，進行不當行銷，涉違反公平交易法。

我國公平交易委員會於該處分書主文寫到：「被處分人隱匿事業身分，佯裝一般大眾行銷自身商品，對競爭關係之他事業商品為比較和評論之網路行銷手法，為足以影響交易秩序之欺罔行為，違反公平交易法第24條規定（現行第25條規定）。」其中處分書提及：「被處分人佯裝網路消費者意見，不當博取觀者對相關意見之信賴度，從而直接或間接干預潛在多數消費者在被處分人與競爭同

<https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2023/03/chatbots-deepfakes-voice-clones-ai-deception-sale>, last visited on date: 2023/05/13.

註21：David A. Smith & Jason Gordon, “Website and Its Operator Settle FTC Charges They Sold Fake Indicators of Social Media Influence,” *25 No. 1 Cyberspace Lawyer NL 6* (2020).

註22：In re Sunday Riley Skincare, LLC, F.T.C. [Complaint], 2019 WL 5419394.

註23：公處字第102184號主文：「一、被處分人隱匿事業身分，佯裝一般大眾行銷自身商品，對競爭關係之他事業商品為比較和評論之網路行銷手法，為足以影響交易秩序之欺罔行為，違反公平交易法第24條規定（現行第25條規定）。二、被處分人自本處分書送達之次日起，應立即停止前項違法行為。三、處台灣三星電子股份有限公司新臺幣1000萬元罰鍰。處鵬泰顧問有限公司新臺幣300萬元罰鍰。處商多利國際有限公司新臺幣5萬元罰鍰。」。

業商品間之交易抉擇，以助益其商品銷售業績，此觀諸被處分人在採取此種行銷手法期間，於手機、電視、數位相機等產品銷售額均呈巨幅甚且倍數正向成長，尚難認與議題操作之病毒行銷所生影響完全無關。故被處分人隱匿事業身分，佯裝一般大眾博取信賴，以行銷自身商品，對競爭關係之他事業商品為比較和評論之方式，直接或間接干預潛在多數消費者在被處分人與競爭同業商品間之交易抉擇，進而不當影響同業競爭，核屬足以影響交易秩序之欺罔行為，違反公平交易法第24條規定（現行第25條規定）。」。

由前開案例可知，倘若有事業利用生成式人工智慧便宜地生成內容，用來生成欺騙人之釣魚電子郵件、虛假網站和虛偽不實消費者評論—甚至指示機器人使用針對特定族群和社群之單詞或說法。如此行為，在美國可能違反15 U.S. Code § 45不公平競爭方法或欺罔行為規定；在我國，則可能屬公平交易法

第25條規定之其他欺罔或顯失公平行為。

伍、結論

在人工智慧時代下，各國競爭法主管機關均面臨人工智慧與競爭法的議題。對於競爭法主管機關來說，首先必須發現問題、思考問題與研擬如何解決問題或執法。本文回顧近年關於人工智慧與公平交易法之文獻，討論了人工智慧可能產生之聯合行為、差別取價與欺罔行為議題。至於我國公平交易委員會，應研擬如何解決問題或執法，是否需要建立與運用自有的訂價演算法進行偵測反競爭行為或提升結合效應的經濟模型運算²⁴？或致力於新的調查研究方法與進行更廣泛研究²⁵？甚至針對人工智慧發布新的指導原則²⁶？這些問題攸關我國公平交易法之適用與公平交易委員會對於人工智慧執法，值得重視，待我國公平交易委員會進一步研究與說明。

註24：陳和全、陳志民，前揭註10，第189-190頁。

註25：Ginger Zhe Jin, D. Daniel Sokol, Liad Wagman, “Towards a Technological Overhaul of American Antitrust,” *37-FALL Antitrust* 34 (2022).

註26：Ifeoma Ajunwa, “Automated Governance,” *101 N.C. L. Rev.* 355, 394 (2023).