

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2024.04.010

必需数据开放的反垄断辩证分析

吕士哲

(中南民族大学 法学院,武汉 430074)

摘要:数据的价值在于流通和利用,企业数据不易于垄断并不意味着数据不能垄断,企业数据垄断的场域界定应当限于必需数据的范畴。必需数据“强制开放说”意识到了开放的重要性及其市场战略意义,但未能就如何开放以及相应的权利义务划分给出具体建议。“拒绝开放说”从现实出发考虑到了立法落地难度,却忽视了现阶段数据垄断问题之急迫性和必要性。在秉持必需数据开放的基础上,设置必需数据开放的合理补偿,同时辅以拒绝开放的正当抗辩事由,可促成数字领域中垄断规制的柔性展开,进而消解“强制开放说”下潜在的过度干预、侵害市场主体合法权益等不利影响。在具体实施层面上,对数据垄断的行为判定可以从必需数据的相关市场、市场支配地位、滥用市场支配地位三重维度予以考量。

关键词:必需数据;数据开放;数据垄断认定;柔性展开;强制开放说;拒绝开放说

中图分类号:D912.29

文献标志码:A

文章编号:1672-626X(2024)04-0115-10

“北京微播视界公司与北京创锐公司不正当竞争纠纷案”被最高人民法院列为2023年规范数据抓取的典型案例。该案从竞争法的视域维度出发,强调非独创性数据集合(即经过二次处理后的数据集)关涉企业竞争资源、竞争优势,不得被随意抓取和利用,否则会破坏市场竞争秩序^①。但是,该案对于企业数据何时应当公开以及在何种程度上公开的问题并未做出深刻、完整的论述。

在我国,数据研究总体上包括三个方面:其一是研究个人数据保护,其二是研究国家数据安全,其三是研究企业数据利用和流转^②。企业数据得益于对前二者的获取和分析,关涉企业的核心竞争力。因此,部分企业选择独享、独占数据,而非公之于众。那么,企业数据究竟应当是开放的还是封闭的?如果企业数据应当开放,那么企业应当公开一手数据还是二手数据抑或是一切数据?有学者强调,处于市场竞争激烈漩涡中的企业不能公开一切数据,否则会消解自身的竞争优势^③。有观点认为,对企业数据控制权提供适当的排他保护,有利于促进数据生产^④。但也有学者指出,在数据成为市场要素的大背景下,倘若企业不分享数据、不许可数据使用权,则有构成垄断之嫌^⑤。那么,应当如何认定一项数据公开是否涉嫌垄断?数据垄断行为、垄断状态的边界如何认定?如何实现企业利益与市场秩序、市场公共利益之间的平衡?以上问题成为新时代反垄断研究亟待解决的问题。有鉴于此,本文拟结合新修订的《反垄断法》的基本规定和数据的主要特征,首先对反垄断场域中数据开放的范畴进行界定,然后深入探讨必需数据开放与否的问题,最后为必需数据开放的具体实施提供相应的制度建议,以期对数据反垄断制度实践有所裨益。

收稿日期:2024-01-18

基金项目:中南民族大学中央高校基本科研业务费专项资金项目“新时代志愿服务参与应急管理的实现机制研究”(CSQ21012)

作者简介:吕士哲(1998-),男,河南郑州人,中南民族大学法学院硕士研究生,研究方向为数据法、经济法。

一、起点:数据开放的反垄断场域界定

(一)数据具有可垄断性

一方面,数据本身并不具备易垄断性。独占性(排他性)和竞争性是形成垄断的重要条件,然而从数据自身来看,其具有流动性和非冲突性等特征^[5],并不完全具备传统民法理论上的物之稀缺性和排他性。此外,数据可以同时被多个主体所控制,且多方使用的同时并不会减少其数量或者损益其价值。可以说,数据不具备易于垄断的特质。但是,数据不易于垄断不代表数据不能垄断。如果企业为了获得某些重要的数据分析或者数据报告,投入了大量人力物力财力,付出了相应的技术代价和保护成本,此时完全有可能将此种“竞争成果”作为企业财产的一部分严加保护^[6]。也正是由于数据承载着重要的经济利益,因此不能仅以数据自身具有流动性和非冲突性等特征便否定数据可能构成垄断的事实。

另一方面,数据可以通过多种方式构成垄断。第一,在获取成本方面,新进入者需就数字平台建设和数据处理的软硬件研发、购买等方面付出高昂的初始成本。现代“规模资本”模式主要是通过补贴用户以积累用户数量、扩大数据规模,即首先以“烧钱”引流方式打开数据市场大门,随后立即抬高后来者的准入门槛,最终掌握市场定价权以攫取垄断利益^[7]。第二,在数据互操作性的限制方面,平台之间会通过技术手段和协议要求用户保密,即拒绝向竞争对手开放数据,从而限制数据在企业之间流动。例如,在淘宝复制粘贴的链接分享到微信后无法点击或复制。这会造成数据自身的可携带性和流动性降低,而锁定效应增强。第三,平台的用户协议也会限制用户向其他平台分享数据的权利。譬如,平台可能采用会员制或者设置不兼容标准等方式锁定用户,增加用户转换平台的成本以削弱数据的流动性。此外,数据的复用性(即可同时被多个主体使用)并不意味着自身分布的均匀,反馈循环效应导致有价值的数据往往向少数平台集中。通常,平台规模越大,用户量和数据量越多,服务质量也就越高,继而又吸引更多用户加入,形成“雪球效应”,数据向头部集中,用户自然倾向于选择功能更丰富的大平台^[8]。

一言以蔽之,数据虽然不易于垄断,但是具有可垄断性,可能实质性地限制或者排除市场竞争。在以上因素的综合作用下,大平台自然而然地成了独享数据成果的“数字守门人”角色。

(二)数据反垄断场域应限于必需数据之范畴

法律意义上的垄断包括垄断行为和垄断状态。从竞争法视角出发,数据垄断行为应定义为在数据产品市场上具有排除、限制竞争效果或可能性的行为或状态。换言之,数据控制者不提供此类数据,其他经营者便无法继续研发相关产品或者提供相应服务。此种数据亦称为“必需数据”^[9]。根据必需设施理论(Essential Facility Doctrine),上述数据如果是企业参与市场竞争的必需数据、必备要素,则不应当为某个企业所独享,否则会对整个市场经营秩序以及消费者权益保护产生不利影响^[10]。

必需设施理论包含在欧盟的典型反垄断法《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union)第101、102条的FRAND条款(又称为“公平、合理、非歧视性”条款)之中^②。《欧盟运行条约》第101条和第102条具体规定了FRAND条款的详细解释和应用情况。其中,FRAND条款要求所有企业以公正合理的方式对外提供关键基础设施,以此来平衡市场各方利益。该条款作为传统反垄断法采用的有效救济手段之一,被广泛地应用于化工、电子通信、公共服务等领域。欧盟于2022年出台的《数字市场法》(Digital Markets Act)吸纳了FRAND条款,并将其视为“数字守门人”的应然义务^[11]。这意味着数据控制者承担着分享、提供维持市场竞争的必需数据的义务。这种义务不是基于私法上的义务而是公法所要求的义务,是私有财产为了社会公共利益、市场公共秩序而肩负的一项社会义务^[12]。

需要特别注意的是,在必需设施理论的框架下,必需数据通常应具有不可替代性。换言之,判断一项数据是否属于必需数据,关键在于它对市场竞争者而言是否无法替代^[13]。而数据具有的独特价值以及数据自

身的获取难度则是不可替代性的核心。通常来说,如果该数据包含独特的信息,其提供的数据产品或服务是不可或缺的,难以再通过其他途径获得,则表明该数据具有不可替代性^[14]。关于必需数据的不可替代性,大致可以从以下三个方面予以考量:

第一,对于竞争者而言,若该数据与其产品服务密切相关,系不可或缺的部分,缺失则会直接导致经营困难,则此数据便可认为是必需数据。必需数据须得具有“公共性”“关键基础设施”的属性,其共享可以提高整个产业链和生态圈的效率。因此,必需数据不仅对竞争者而言不可或缺,对市场经营秩序的维护和市场竞争的正常生发而言亦是不可或缺的产业要素^[15]。“公共性”和“关键基础设施”揭示了必需数据与竞争者的产品、服务以及市场经营环境之间存在着不可分割的内在联系。如果失去这些具有“公共性”“关键基础设施”属性的必需数据,潜在竞争者的产品服务会直接受损,消费者体验下降,甚至导致经营活动难以继,进而使得整个市场经营秩序遭受破坏。

第二,必需数据的获取渠道应当是独特的。尽管数据可以被多方使用,具有非排他性(非冲突性),但获取数据的渠道或平台可能是独特的或者专属的。譬如裁判文书网的一手数据属于国家所有,只有法信等被司法机关授权的企业方可获取、使用,但这也形成了数据的不可替代性。尤其是在数据控制者处于支配地位并控制数据来源时,潜在竞争者的竞业诉求便难以实现。换言之,当数据控制者在相关市场中处于支配地位时,其数据资源的不可替代性愈加突出。因为该数据控制者掌控了该领域的主要甚至唯一的数据来源,竞争者失去了数据场域下与之同台竞技的资格^[16]。

第三,即使技术上可以收集类似数据,但投入成本过高,使数据获取行为不具有经济可行性时亦构成不可替代性。从经济分析角度看,讨论数据的不可替代性时应当综合考量重新收集类似数据的经济成本是否为潜在竞争者可承受。如果该项成本过高,超出了合理的范围,即便认为技术上具有可行性,也难以视为具有可替代性。根据反公地悲剧理论,私有产权划定过多、过细则会导致主体间的相互制衡,造成资源利用不够充分^[17]。换言之,如果数据为行业大多数企业经营所需要,再让各企业单独地、重复地收集势必造成行业以及社会整体资源的浪费。

二、争鸣:必需数据开放的反垄断理论辨析

如前已述,在数据反垄断场域中关于垄断行为或垄断状态的判定应当聚焦必需数据。但是,脱胎于必需设施理论的必需数据适用问题在学界褒贬不一,大致可以分为“强制开放说”和“拒绝开放说”两种学说。

(一)必需数据之“强制开放说”

首先,“强制开放说”认为拒绝必需数据交易的行为违背了经济学的可竞争市场特征。当前数据控制者极力构筑数据技术的防护壁垒,希冀将用户锁定并以此抵御潜在竞争威胁,保护自己的数字生态系统。而拒绝向竞争对手开放必需数据则是构筑防护壁垒的关键手段。通过掌握核心数据,将用户和业务围绕在企业内部系统。但是,这种做法明显违背了经济学上的可竞争市场特征,不是通过效率和创新来正当竞争,反而是对潜在竞争者设置阻碍,致使市场的可竞争性遭到破坏,极大地抬高了数字市场的准入壁垒,让潜在竞争者望而却步。此外,有学者指出,数据在开放和使用的过程中反而具有负竞争性的特征,即认为数据开放是一种“用进废退”的模式,使用越多则其边际收益、边际效用也就越高^[18]。

其次,“强制开放说”强调数据能够顺畅流通和交易是我国由数字大国迈向数字强国的关键举措,不能因噎废食。根据2022年12月2日发布的《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》,数据流通交易服务生态是数据要素市场化配置的切入点。有效的市场化配置需要以数据高质量供给为导向,数据控制者通过提供竞争所必需数据连接上下游及平行市场^[19]。从国家大局出发,需要围绕需

求解决阻碍数据控制者进行数据共享的信任和和处理能力问题。质言之,数据要素流通交易服务生态是数据要素市场乃至一切现代经济市场健康运行的必要前提^[20]。这在客观上要求通过数据流通及相关服务逐步形成产业化、规模化的数据生产要素。简言之,我国国家战略要求数据顺畅流通和利用,企业不能在数据问题上相互“卡脖子”。

复次,“强制开放说”指出基于关键数据垄断下的势力传导致使关联市场产生双轮垄断的风险。数据驱动的网络效应引发了“多米诺骨牌效应”^[21]。一方面,网络效应通过规模化得以巩固对既有市场的支配;另一方面,方便垄断企业踏足其他相关市场、相关领域,从而吸引更多用户、流量以及数据,并使经济利益的雪球越滚越大^[8]。例如虎牙与斗鱼直播公司合并被叫停事件的实质反映的是:腾讯作为两家公司的控股股东,意图通过控制网络直播流量垄断游戏直播与网络游戏的双边市场。一方面,腾讯可通过直播数据流量推送来引导观看者尝试腾讯旗下游戏,逐步吞并游戏市场;另一方面,腾讯可通过旗下众多游戏数据供给旗下直播平台,并通过版权限定的方式“封杀”其他游戏直播公司,逐步控制游戏直播市场。如此,腾讯便可在游戏直播市场与网络游戏市场中形成双轮垄断效应。

最后,“强制开放说”认为拒绝数据开放会严重抑制数据的进一步创新和开发。这可能会以两种方式体现。一方面,拒绝开放必需数据可能会垒高市场进入门槛,摧毁对必需数据控制者具有潜在竞争威胁的新技术、新产品或新服务。在这个过程中一旦出现“赢者通吃”,上位者将有能力且有动机限制潜在竞争者进入既有市场,从而阻隔产业的创新和升级。创新是产业进步的前提,倘若竞争者进入壁垒过高,那么在该产业之中进行创新的必要性就会降低。另一方面,数据可被用于研发新技术、新产品、新服务,甚至创新商业模式。拒绝开放必需数据则会阻碍基于此数据开展的各种研发和创新。在很多情况下,这种创新是逐层累加、递进上升的。即某公司基于数据开发出数据产品和服务后,其他公司可在其基础上进一步开发新的数据产品和服务。而必需数据的封锁对于叠加式或者复利式创新具有较大的危害,不利于我国数字经济的蓬勃发展。

(二)必需数据之“拒绝开放说”

首先,“拒绝开放说”认为,必需数据的界定问题不仅存在法律模糊,而且在实践中难以实施。具言之,认定一项数据类型直接影响市场竞争(即是否排除限制竞争)存在极高的技术难度。可以说,强制公开必需数据在学理上似乎是一个可以解决的难题,但对实践来说可能举步维艰。以互联网搜索引擎为例,2025年全球每天产生的数据量将达到491EB,一年就能产生大约175ZB的数据^③。在各个行业领域,哪些数据影响竞争、哪些数据无涉竞争,在多大程度上影响竞争皆需要经过合理且严密的论证。这不同于传统意义上的反垄断判定。传统意义上的反垄断判定通常只需采取“五步走”的基本路径。然而,在数字时代数据时时更新,其价值会随着时间的推移而贬值,超过特定期限,数据可能就毫无意义。这就为数据的类型分析和价值评估带了极高的现实操作难度。

新修订的《反垄断法》关于数据新增了两处内容。其一,总则部分增加第九条,要求经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为。其二,在“滥用市场支配地位”章节,增加第二十二条第二款,规定具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为。但是,这两条规定过于原则化,并没有回应认定数据垄断行为可执行性不大的问题^[22]。

其次,“拒绝开放说”认为,强制开放会助长“搭便车”行为,不利于数据创新和数据投资,有损我国数字经济的良好运转。数据控制者在技术研发、系统建设、业务运营等方面投入大量成本,这是其创新和投资的回报。如果过度强调数据的共享,其投资动力、创新动力可能会受到严重影响,无疑对市场主体高度依赖创新驱动的数字经济极为不利。在此视角下,强制开放可能加剧市场主体的“搭便车”问题。数据获取方没有

进行适当创新投入便直接获利,不利于市场整体的技术进步和数字经济的技术升级。例如,美国 *Sambree Holdings v. Facebook* 一案折射出适用必需设施原则的确会对市场主体的积极性产生一定的负面影响。该案中,美国法院判定 Facebook 有权控制自己网站内容和数据流向,这应当是 Facebook 最基本的权利。如果过度强制其对外开放数据则会影响 Facebook 通过投入创新获得回报的动力。可以说,法院的判决充分反映了现实的考量。

复次,“拒绝开放说”指出,过度依赖监管干预可能扭曲和减损市场机制的配置功能,单纯依赖强制开放无法实现市场高效配置。上下游及同级市场之间依据“无形的手”进行调控是市场经济的基本原理,过多的行政干预则可能引发市场失灵,过度的市场监管亦会阻碍创新,不利于数据行业的健康发展。

最后,“拒绝开放说”从承认数据控制者对某些数据的所有权角度,强调其在数据交易活动中享有自主权。有学者认为应当在一定范围内承认数据控制者对匿名化数据集的所有权,这意味着在数据交易活动中,其享有数据交易及拒绝数据交易的权利^[23]。也有学者指出,匿名化实际上已经切断了数据与个人的法律联系,并且数据控制者对数据的收集和管理投入了大量的人员、技术及管理成本。若无这些记录和管理行为,数据将无法被记载和存储,数据的商业价值也无法实现。因此,应对数据控制者的投入成本做出平衡,从法律上赋予其所有权,有利于规范数据交易市场^[24]。

(三)必需数据开放之学理启示

数据垄断会使先发企业形成市场支配地位,排除后发企业的公平竞争。这不仅损害消费者选择权,也降低社会资源配置的效率。另外,过分强调数据共享有可能损害数据控制者的创新动力和商业利益,助长潜在的“搭便车”行为。因此,必须在防止数据垄断和保护数据生产者积极性之间找到平衡。

“强制开放说”意识到了必需数据开放的重要性及其战略意义,但是未能就如何开放以及相应的权利义务划分给出具体的建议。也正因如此,强制开放的方式、方法遭受“拒绝开放说”的质疑,认为其强制性有过度干预市场之嫌,不利于市场经济的蓬勃发展。实际上,从两派观点看,“拒绝开放说”更多地从企业利益保护、立法落地难度等现实因素考量,而“强制开放说”则更多从市场竞争秩序、社会公共利益的应然层面考量。这也就意味着,在必需数据开放及其法律适用等问题上,“强制开放说”是竞争法的基本导向,但前提是能够提出可供执行和落地的制度建议。

三、前提:必需数据强制开放的柔性展开

随着数字市场的集中化发展,数据竞争已经向数据垄断发展,尤其是在平台经济领域,市场结构清晰地呈现出“赢者通吃”的局面。电商平台、搜索引擎以及社交网络等市场有高度垄断的可能。这些数据控制者通过拒绝数据交易,能够形成对数据资源的封锁并发挥数据优势,将自己的垄断力量跨界传递至关联市场,形成大范围的双轮垄断,严重制约数据流通,限制数据价值的释放。因而势必要将必需设施原则适用于数据拒绝开放的行为,即开放市场竞争的必需数据。但是,由于“强制开放说”存在过度干预市场运行、侵害市场主体合法权益的可能,因此需要对此进行细致的分析和界定。

(一)给予数据控制者合理补偿

如前所述,数据控制者对既有重要数据贡献颇多,因此,数据控制者同意将行业“关键基础设施”的数据进行交易时理应获得合理补偿。这种补偿是数据控制者放弃部分控制权的“鼓励”而不是进行数据交易的“对价”。数据交易的价格由数据出让人和数据受让人依照契约自由和意思自治等私法的通用规则予以衡量。当然,亦可采取数据许可的方式,通过许可他人使用数据用益权以促进数据的流通和利用^[25]。但是,如何避免数据控制者通过设置不合理的高价来排除竞争者使用数据,最终达成实质性的数据垄断仍有待探讨。

本文认为,具体可以采取三种补偿方式。第一,资金补偿。政府可以设立专项资金池,对开放数据的控制者给予一定的资金补偿,以鼓励他们开放数据。补偿金的数量应当综合具体的数据类别、层级、数量、市场价格予以认定,但是由于补偿具有非对价性和激励性,因而应适当,否则会增加企业“坐地起价”“待价而沽”的可能。第二,政策优惠。政府可以制定相关政策对开放数据的控制者给予一定的政策优惠,例如可以给予其一定的税收减免、补贴等,以降低这些企业的经营成本,鼓励更多的数据控制者积极开放数据,促进整个市场的数据流通和利用。第三,技术支持。政府可以提供技术支持、扶助,帮助数据控制者更好地管理和保护数据,例如提供数据加密、数据备份等技术手段。甚至可以主动联系数据信托公司等第三方机构,提供交易增信或者业务支持。需要注意的是,给予数据控制者的补偿应当合理、适当,不能损害其他市场主体的利益。同时,政府也应当加强对数据控制者的监管,防止其利用数据垄断地位进行不正当竞争。

(二)设置合理正当的抗辩事由

1. 社会维度的个人信息及隐私权保护抗辩

企业天然地负有保护用户个人信息和隐私权的社会义务。随着科学技术的飞速发展,公民的个人信息权益和隐私权却愈显“脆弱”。为此,我国通过《民法典》《个人信息保护法》《数据安全法》等法律对个人信息、隐私权、数据安全从不同角度予以保护。根据我国《个人信息保护法》第五十一条的规定,在个人信息处理过程中,为避免数据泄露,企业需要采取一定的预防措施。此外,企业还需要指定个人信息保护负责人,负责对个人信息处理活动以及采取的保护措施等进行监督,例如制定内部管理制度和操作规程、对个人信息实行分类管理等。如果发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失,依据《个人信息保护法》第五十七条之规定,企业应立即采取补救措施并通知履行个人信息保护职责的部门和个人。由此可见,企业数据若涉及个人信息、个人隐私,则并非可随意共享之物。数据是信息加工处理后的产物,如果经过脱敏处理仍然会面临公民个人信息或者隐私泄露的风险,则应当停止公开数据。换言之,个人信息及隐私权保护可以成为数据公开的正当化抗辩事由。

2. 竞争维度的商业秘密及不正当竞争抗辩

商业秘密乃是对企业的经营和发展具有实质价值的信息^[26]。如今,商业秘密保护已经成为企业数据的一种重要保护方式^[27]。当一项数据被作为商业秘密来保护时,该类数据在性质上就不再适宜开放共享^[28]。换言之,商业秘密确可成为企业拒绝开放数据的正当化事由,若强制将其公开则与商业秘密的秘密性原则相背离。但企业数据并不都受到商业秘密的保护,要获得商业秘密的保护必须满足一定的条件。具体来说,企业数据必须满足非公开、具有商业价值、采取保密措施的要求^④。在这种条件下,企业数据应当符合秘密性的要求,即数据不能为他人轻易知悉或取得。反之,若数据能轻易地从公开途径获取,抑或是轻易获取而无需付出任何代价则不具有秘密性。例如,被企业公开的且能够在企业对外开放的网站中收集到的数据,往往因不能满足该要求而被排除在商业秘密保护的范畴之外^[5]。

但即使是公开的、易获取的数据,如果交易相对人存在不正当竞争行为,数据控制者亦可拒绝与之交易。其基本法理在于,不能强迫数据控制者做出有损自身利益又助长不正当竞争行为。根据《关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄发[2021]1号,以下简称《指南》)第十四条的规定,拒绝交易的正当化事由中包括“与交易相对人交易将使平台经济领域经营者利益发生不当减损”以及“交易相对人明确表示或者实际不遵守公平、合理、无歧视的平台规则”。质言之,交易相对人的不正当竞争行为可成为数据控制者拒绝开放数据的正当抗辩事由。譬如,在我国内首例“拒绝数据许可”的反垄断诉讼中,湖南蚁坊软件股份有限公司(以下简称蚁坊公司)向法院提起诉讼,主张新浪微博运营商标北京微梦创科网络技术有限公司(以下简称微梦公司)拒绝数据许可的行为构成垄断。但案件经过一审、二审以及再审,最终法院裁定驳回蚁坊公司再审申请,原因在于蚁坊公司不正当地获取新浪微博数据并用以提供商业化舆情监测服务,在提高自身竞争

优势的同时减弱微梦公司利用上述数据进行商业化利用的交易机会与交易空间,形成了现实上的此消彼长关系^⑤。

3. 其他数据拒绝开放的正当化抗辩事由

根据《指南》第十四条的规定,因不可抗力等客观原因无法进行交易或者因交易相对人原因而影响交易安全等,亦可成为数据控制者拒绝交易的正当理由。可以说,因数据控制者意志以外的因素而导致交易无法实际发生不能归责于数据控制者。第十四条中指出的“交易安全”应当做扩大解释,既包括因为交易行为而带来的交易双方的网络安全、商业秘密保护、客户信息及隐私,也包括社会方面的国家安全、社会公共利益安全等。

针对交易双方涉及的“交易安全”,应当重视三个要点。其一,需要关注数据供方是否具备安全交付的技术能力。这包括但不限于通过实施有效的身份验证、加密和访问权限控制等措施来确保数据传输的安全性。其二,数据需方的组织和技术措施也是确保交易安全的重要环节。应考察其是否具备完善的措施以防止交易数据发生毁损、泄露、被篡改或未经授权的访问。同时,建立全流程的数据安全管理制度、数据分类分级制度以及数据安全应急响应制度,定期组织开展相关人员的数据安全培训教育等。其三,供需双方在网络及数据安全领域的的能力证明也是保障交易安全的重要因素。这包括通过信息系统的网络安全等级保护测评和ISO27001信息安全管理体系认证等相关证明。为确保交易安全,需要供需双方共同努力并采取严谨的措施,从技术到管理等多个层面共同防范风险。

此外,《指南》第十四条也在最后一款中设置了“能够证明行为具有正当性的其他理由”的兜底条款,总体上为数据开放的柔性实施、合理实施提供了有力的制度依据。

四、展望：必需数据垄断的确认路径

要证明一类数据是否为必需数据,首先需要界定该类数据处于何种市场之中。相关市场的界定通常是对竞争行为进行分析的起点,是反垄断执法工作的重要步骤^[29]。其次,需要对该类数据的“体量”进行考量。质言之,必须厘清企业所占数据的市场份额或者收益高低,如果市场份额较低、收益较少,其所占有的数据影响程度则十分有限,不具有主导市场、支配市场的可能,数据的收益或利用构成垄断便无从谈起。在满足前项要求的情况下,可以对数据控制者的行为予以考察。

(一)关于必需数据相关市场的界定

现行反垄断法律规则体系对相关市场界定作了较为充分和详细的规定,其中以“替代性分析法”为主^[30]。

首先,对必需数据的相关市场界定可以考虑从需求替代的视角出发。主要考虑的因素包括企业数据的用途、数据的具体数量、数据的收集方式及数据的兼容程度等。数据经营者根据客户的实际需求,搜集并分析海量数据以产出符合多样化用户需求的具体数据产品或服务。随着企业数据体量的扩大和数据处理技术的不断提高,数据质量逐渐优化,从而使得相应数据的需求替代性降低。此外,若数据的兼容性越低则用户的选择权就越小,同样也会降低数据的需求替代性^[31]。在评估商品需求的替代性时,价格变动和用户数量也是两个重要的指标。当甲平台和乙平台都可以满足用户的信息搜索需求时,乙平台的用户数量越多,说明它对甲平台所具备的信息搜索需求的替代性就越高。

其次,可以考虑从供给替代视角出发来界定相关市场。在供给替代的独特视角下,精确界定相关市场的关键在于站在生产者的角度考虑数据的可获得性与收集成本两大核心要素。一般来说,数据的收集成本越低,生产者就更容易获取大量数据,数据本身也就更容易被替代。供给替代性理论源自供给弹性理论。供给弹性理论认为处于垄断地位的生产商利用垄断地位涨价时,市场上相同或者类似产品就可能转产进入

该领域。换言之,如果供给弹性较大,表明潜在竞争者进入市场较容易,相应的市场范围也就较大;反之,相关市场的范围则较小^[32]。在数据市场上亦如此,如果数据的开放程度较高则意味着存在更多的可替代数据来源,降低了个别数据提供商垄断市场的可能性^⑥。因此,在相关市场的界定中,可以通过分析数据市场上其他可替代的数据产品或服务来评估供给的弹性程度,从而确定相关市场的范围。

最后,界定相关市场范围需要关注商品的主要功能以及核心价值。只有对商品的主要功能、核心价值进行准确定位才能有效地找出具有需求替代关系的其他商品,以进一步确定相关商品市场的类型范围。数据服务本质上也是一种产品,对于数据服务的功能定位决定了相关市场的范围。因此在实践中,准确界定数据服务的主要功能和核心价值具有重要意义。

(二)关于必需数据控制者市场支配地位的界定

在确定相关市场后,可以通过数据占有份额和市场进入壁垒两个方面对市场支配地位予以综合考量。

数据占有份额之认定。必需数据垄断中支配地位的判定主要针对数据体量较大的互联网平台。而数据本身具有跨界流动性,这使得数据平台所占市场份额也处于动态变动中,加之数据竞争的“零价格”特性,无法根据传统方法确定市场份额^[33]。但界定市场份额对于界定市场支配地位依然是有价值的,具体可以采用“日活跃”“月活跃”乃至“年活跃”的用户量、数据量等指标推定数据平台所占的市场份额。市场份额推定标准的认定需要满足两大核心要素:首先,数据平台必须长期占据显著的市场份额,展现出强大的支配力;其次,相应的竞争者在数据市场中须得较长时间保持少量的份额,方可显示其在相关市场处于弱势地位。

市场进入壁垒之认定。市场进入壁垒主要包括技术壁垒和资本壁垒,技术壁垒能够说明数据控制者对数据的支配力。例如,数据控制者独享行业的关键数据、稀缺数据等数据资源,封锁数据并形成数据壁垒,使得潜在经营者获取数据成本无限拉高,不利于数据产业化、规模化、要素化。就资本壁垒而言,一方面数据平台企业通常具有双边市场,可利用优势市场的数据垄断,以免费或是价格补贴的方式为相关市场提供数据服务。在此情况下,竞争者们无法迅速积累用户、流量和数据,难以与数据行业的领先者展开激烈的竞争。另一方面,不同市场间的网络外部性构筑了一道市场准入壁垒,令潜在竞争者无法与上下游科技平台兼容,进而无法立足。而行业领先者则具有较高的用户黏性和平台依赖性,利用锁定效应减少了用户转向其他企业的数据产品或服务的可能性。下游企业利用消费选择权,出于多种原因更倾向于接受具有支配力的企业。如此,形成了一个数据阻塞的闭环,不利于数据的流通和利用。

实际上,数据控制者的市场支配地位主要是从状态层面予以分析。如果仅仅存在上述状态而没有拒绝开放数据等限制、排除他方获取竞争机会的行为,仍然不为我国《反垄断法》所惩处。原因在于我国《反垄断法》并不直接规制垄断状态^⑦。但是,垄断状态是垄断行为的前提条件和静态表现,没有垄断状态就难有垄断行为^[34]。因此,对于数据控制者是否滥用市场地位的讨论离不开相关市场及市场支配地位界定。

(三)关于必需数据控制者滥用市场支配地位的界定

传统反垄断法视域下,滥用行为通常表现为:不公平高价或不公平低价、掠夺性定价、拒绝交易、限定交易、搭售商品或附加不合理交易条件、差别待遇等行为^[35]。以上行为固然可以适用于数字场域却非本次研究之主题。必需数据场域下的滥用行为表现为独占数据后拒绝必需数据的交易,具体表现为数据控制者拒绝向特定数据购买者销售或许可使用数据的行为。从拒绝交易行为外观角度看,拒绝交易可能包括直接拒绝交易和间接拒绝交易两种形式。直接拒绝交易就是数据控制者直接拒绝给购买者提供数据,而间接拒绝交易则指数据控制者提出购买者不能接受的不合理高价或其他不合理条件,使得购买者自己不愿意购买该产品。后者是一种形式上的许可交易而实质上的拒绝交易。

拒绝数据许可的行为构成垄断与否,可以从行为是否具有实质上的排除限制竞争效果予以考虑。在徐书青与腾讯公司等滥用市场支配地位纠纷中,最高人民法院明确指出:拒绝交易行为违法性的关键在于,被

诉垄断行为人的拒绝交易行为对相关市场上的竞争产生了实质性的排除或者限制效果^⑥。可见,拒绝数据许可是否构成我国《反垄断法》所规制的滥用行为,应当充分考虑其是否产生了实质性的排除或限制相关市场进行竞争的效果。若事实上导致了排除或限制相关市场进行竞争的后果,那么数据平台公司拒绝数据许可的行为应当被认定为拒绝交易行为,进而,应当属于我国《反垄断法》第二十二条所规定的滥用市场支配地位,可被认定为数据垄断。

五、结语

2022年6月22日,习近平总书记在中央全面深化改革委员会第二十六次会议上指出,要“促进数据高效流通使用、赋能实体经济,统筹推进数据产权、流通交易、收益分配、安全治理,加快构建数据基础制度体系”。数据是数据市场竞争的关键要素,数据要素的价值释放事关国之大计。在国家大局观、战略观视角下,数据领域反垄断是我国发展数字经济、建设“数字强国”的应然要求。从历史发展阶段看,我国科技产业起步较晚,经过2010年以来的互联网红利后,第一批垄断性科技公司正在形成,目前处于第一轮垄断形成期,还远没有达到同期海外科技巨头的垄断程度。可以说,随着互联网技术的高速发展和数据、信息的爆炸式诞生,超级平台网络不仅具有垄断数据的现实可能,而且超级平台的数据垄断比传统垄断更为危险。数字经济领域强化反垄断监管是未来的必然趋势,因此,当前应尽最大可能做好数据垄断制度设计的预防和“提前”性的规制,以防止超级网络平台公司垄断行业数据。在理论层面上,应秉持数据开放的正确理念并应用于必需数据的场域;在实践层面上,设置必需数据开放的合理补偿和正当化抗辩事由对于数据强制开放和反垄断执法均能起到“刚性缓冲”的效果;在垄断行为确认路径上,应当依循“相关市场——市场支配地位——滥用行为”的宏观逻辑。如此,可在一定程度上消解数据阻塞的现实难题,进而促进我国数字经济的蓬勃发展。

注 释:

- ① 参见北京知识产权法院(2021)京73民终1011号民事判决书。
- ② 《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)是欧盟的一项基本法律文件。其中,第101条(Article 101)和第102条(Article 102)均与反垄断关系密切。第101条规定,如果企业、行业的行为可能影响到欧盟内部市场的贸易,并且有限制或排除竞争的目的或效果,则禁止企业之间达成此类协议、禁止企业协会作出的决定抑或是其他协同行为。这条规定主要针对协议和行为的影响范围较广,包括价格垄断、市场分割、限制生产和技术发展等方面。第102条则主要是禁止企业滥用其在市场的主导地位。滥用行为可能包括不合理的价格、条件、限制生产或市场等行为。以上两条规定共同构成了欧盟的反垄断法律框架,旨在确保市场的公平竞争,保护消费者利益,促进经济发展。
- ③ 1ZB相当于1.1万亿GB。如果把175ZB全部存在DVD光盘中,那么DVD叠加起来的高度将是地球和月球距离的23倍(月地最近距离约39.3万公里),或者绕地球222圈(一圈约为四万公里)。目前美国的平均网速为25Mb/秒,一个人要下载完这175ZB的数据,需要18亿年。
- ④ World Trade Organization, Agreement on Trade—Related Aspects of Intellectual Property Rights, Section 7: Protection of Undisclosed Information, article 39.
- ⑤ 参见北京市高级人民法院(2021)京民申5573号民事裁定书、北京知识产权法院(2019)京73民辖终34号民事裁定书、北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初28643号民事裁定书。
- ⑥ 供给弹性理论视角下,充分的市场竞争可以促进资源的有效配置,从而提高整体市场效率。而数据开放则可以促进数据的流动和共享,提高数据利用效率,推动数据驱动型经济的发展。
- ⑦ 我国《反垄断法》并不禁止经营者具有市场支配地位,而是禁止经营者滥用市场支配地位,从事排除、限制竞争的行为。
- ⑧ 参见最高人民法院(2017)最高法民申4955号民事裁定书。

参考文献:

- [1] 梅夏英. 在分享和控制之间:数据保护的私法局限和公共秩序构建[J]. 中外法学, 2019(4):845-870.
- [2] 周樾平. 大数据时代企业数据权益保护论[J]. 法学, 2022(5):159-175.
- [3] 宁园. 从数据生产到数据流通:数据财产权益的双层配置方案[J]. 法学研究, 2023(3):73-91.
- [4] 杨东. 论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战[J]. 中国法学, 2020(3):206-222.
- [5] 吴汉东. 数据财产赋权的立法选择[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2023(4):44-57.
- [6] 李爱君. 数据权利属性与法律特征[J]. 东方法学, 2018(3):64-74.
- [7] LOERTSCHER, SIMON, MARX, et al. Digital Monopolies: Privacy Protection or Price Regulation? [J]. International Journal of Industrial Organization, 2020, 71:102623.
- [8] 李勇坚, 夏杰长. 数字经济背景下超级平台双轮垄断的潜在风险与防范策略[J]. 改革, 2020(8):58-67.
- [9] 朱战威. 数据可垄断性:命题证成、实践困境与规制创新[J]. 江苏社会科学, 2022(3):113-122.
- [10] KATHURIA VIKAS, GLOBOCNIK JURE. Exclusionary Conduct in Data-driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy[J]. Journal of Antitrust Enforcement, 2020(3):511-534.
- [11] 李本, 徐欢颜. 中国方案:欧盟对数字平台“守门人”监管革新的启示[J]. 上海大学学报(社会科学版), 2023(5):105-119.
- [12] 张翔. 财产权的社会义务[J]. 中国社会科学, 2012(9):100-119.
- [13] 周珺, 苏成子. “必要数据”原则的构建——从必要设施原则与数字市场的兼容性谈起[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2020(3):73-81.
- [14] 李世佳. 论数据构成必需设施的标准——兼评《关于平台经济领域的反垄断指南》第十四条之修改[J]. 河南财经政法大学学报, 2021(5):75-85.
- [15] 袁波. 走出互联网领域反垄断法分析的七个误区——以“微信封禁飞书”事件为中心[J]. 竞争政策研究, 2020(1):46-58.
- [16] 刘妍, 陈天雨, 陈焯, 等. 互联网平台数据垄断主要表现及治理路径[J]. 情报理论与实践, 2023(11):52-59.
- [17] 阳晓伟, 杨春学. “公地悲剧”与“反公地悲剧”的比较研究[J]. 浙江社会科学, 2019(3):4-13.
- [18] 阳晓伟. “负竞争性”:对新古典经济学物品划分理论的挑战与完善——兼论平台经济的生发逻辑[J]. 浙江社会科学, 2021(1):23-33.
- [19] 王申, 许恒. 数据善用与数据安全共治机制研究[J]. 当代财经, 2022(11):100-112.
- [20] 杨志航. 跨越企业数据财产权的藩篱:数据访问权[J]. 江西财经大学学报, 2023(5):137-148.
- [21] 程恩富, 余晓爽. 数字经济时代的数据垄断与掠夺路径分析[J]. 理论月刊, 2023(9):76-83.
- [22] 袁波. 必需数据反垄断法强制开放的理据与进路[J]. 东方法学, 2023(3):147-161.
- [23] 王融. 关于大数据交易核心法律问题——数据所有权的探讨[J]. 大数据, 2015(2):49-55.
- [24] 杨张博, 王新雷. 大数据交易中的数据所有权研究[J]. 情报理论与实践, 2018(6):52-57.
- [25] 申卫星. 论数据产权制度的层级性:“三三制”数据确权法[J]. 中国法学, 2023(4):26-48.
- [26] 梅夏英. 企业数据权益原论:从财产到控制[J]. 中外法学, 2021(5):1188-1207.
- [27] 丁晓东. 论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2020(2):90-99.
- [28] 李世佳. 数据访问限制行为的拒绝交易认定——以必要设施取代市场支配地位作为规制的前端要件[J]. 科技与法律(中英文), 2021(2):22-31.
- [29] 蒋岩波. 互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路——基于双边市场条件[J]. 法学家, 2012(6):58-74.
- [30] 王晓晔. 反垄断法中的相关市场界定[M]. 北京:社会科学文献出版社, 2014:23.
- [31] 殷继国. 大数据经营者滥用市场支配地位的法律规制[J]. 法商研究, 2020(4):73-87.
- [32] 金福海. 反垄断法疑难问题研究[M]. 北京:知识产权出版社, 2010:62.
- [33] 邹开亮, 王霞. 互联网平台市场支配地位的认定障碍与路径优化[J]. 价格理论与实践, 2021(4):26-32.
- [34] 邱本. 市场竞争法论[M]. 中国人民大学出版社, 2004:145.
- [35] 余颖. “二选一”“大数据杀熟”涉嫌滥用市场支配地位[N]. 经济日报, 2021-02-08(3).

(责任编辑:何 飞)