

数据竞争行为的类型化重构及法律规制

马贤茹*

摘要:步入数字时代,对数据要素与数据处理技术的争夺成为数字平台竞争的主要方式,从而使数据竞争行为不断出现新的形式。数据竞争行为因其复杂性、多样性和隐蔽性,难以全面适用现行法律分析框架。数据(要素)竞争制度是数据基础制度的核心内容,然而目前关于数据竞争行为法律问题的研究呈现零散化、碎片化的情形,立足数据竞争行为的类型化梳理及体系化方案尚付阙如。以“数据在具体竞争行为中的定位和功能”为标准重构数据竞争行为类型十分必要。重构后的数据竞争行为类型分为直接数据竞争行为和间接数据竞争行为。对数据竞争行为的法律规制须从以下几个方面入手:明确数据要素权益分配方式;厘清直接数据竞争行为与间接数据竞争行为的规制要点;搭建多元主体治理与多法协调机制。

关键词:数据竞争行为 直接数据竞争行为 间接数据竞争行为

一、问题的提出

数据竞争行为是基于数字数据技术,以数据要素为竞争对象或以数据处理技术为竞争工具实施的竞争行为。当下,诸如大数据杀熟、数据封锁、平台自我优待、基于数据与算法的共谋、数据隐私滥用、非法数据抓取等各类排除限制竞争行为的涌现,导致消费者利益、市场竞争秩序、社会公共利益甚至国家安全遭受不同程度的危害。2022年12月19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》(以下简称“数据二十条”)指出,“构建适应数据特征、符合数字经济发展规律、保障国家数据安全、彰显创新引领的数据基础制度”,确立了数据基础制度构建的必要性和价值目标。数据竞争制度是数据基础制度的核心内容,关涉数据权益分配、数据竞争行为的边界与法律适用等数字市场运行的逻辑规则及其实施。囿于当前我国数据专门性立法缺位,数据基础法律体系尚未形成,关于数据竞争治理的理论研究主要聚焦基于数据收集、存储、处理、使用、消除等数字信息技术进程的具体竞争行为,而立足数据竞争行为本身的类型化方案及体系化构建相对匮乏,呈现出对单一数据竞争行为法律问题的分散式、碎片

* 东北财经大学法学院讲师

式研究现状。

从法律制定方面看,国内关于数据竞争的规则仍在孕育和发展之中,尚无数据竞争治理的专门性立法,而基于工业经济时代的竞争法框架尚难以有效涵盖和规制各类新型数据竞争行为,从而引发竞争法制度“变或不变”的争论。^①例如,诸多新型竞争行为类型已然兼具垄断和不正当竞争的双重属性,^②超越现有竞争法分析框架和规制视野,^③在特定法律框架内认定违法性具有局限性。同时,传统竞争法律制度未能充分回应数据要素及其技术的本质特征,并适应相关新兴权利和监管理念的变化。故亟待开展超越传统竞争法规制思路的统合性、引领性、系统性研究,并以此为基点推动我国数据竞争规则的体系性、专门性立法模式构建。有必要深入剖析不同类型数据竞争行为的本质和特征,抽象凝练数据与竞争行为的关系,阐发数据竞争行为的类型化重构思路和逻辑理路,进而提出数据竞争行为法律规制路径,以进一步丰富拓展我国数据竞争法治的理论研究,推动数据基础法律制度及配套措施的出台。

二、数据竞争行为类型化重构的逻辑理路

不同类型的数据竞争行为呈现出不同的规制需求和规制方式,对数据竞争行为的分类研究有助于完成数据竞争行为法律规制的体系化构建。

(一)数据竞争行为的传统类别

学术界和实务界一般是从广义的概念层面理解“数据竞争”,认为其包含数据封锁与数据获取、数据保护与数据使用的各类竞争,但并未开展专门性的类型化研究,主要基于行为违反何种法律而自然划分为数据不正当竞争行为和数据垄断行为。

1.数据不正当竞争行为

数据不正当竞争行为是指经营者通过不正当竞争手段获取他人数据,损害其他经营者和消费者的合法权益,严重扰乱数据市场公平竞争秩序的行为。^④《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)对数据竞争行为的规制提供了3条路径:(1)适用“互联网专条”并采取“概括+列举+兜底”的方式对妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为予以规定。(2)适用《反不正当竞争法》商业秘密条款进行规制,由于数据要素须符合秘密性、保密性、价值性3个构成要件,加之数据形态、体量和价值多变性使得数据权利人主张特定范围数据为商业秘密,故对其采取保护措施具有一定难度。^⑤(3)适用一般条款。而一般条款存在被过度适用甚至滥用的窘境。多数人民法院在审理数据领域不正当竞争案件时,并不会优先考虑适用“互联网专条”,而是选择向一般条款“逃逸”,原告也倾向于选择将原则条款作为兜

^① 参见陈兵、马贤茹、胡珍:《从监管科技到科技监管与法治监管的统合——〈数字经济下竞争法实施重点与难点〉研讨会综述》,《中国价格监管与反垄断》2020年第11期;殷继国:《人工智能时代算法垄断行为的反垄断法规制》,《比较法研究》2022年第5期。

^② 参见刘继峰、张佳红:《平台封禁行为的竞争法分析》,《当代经济科学》2023年第1期。

^③ 参见刘晓春:《数字平台自我优待的法律规制》,《法律科学》(西北政法大学学报)2023年第1期。

^④ 参见武长海:《数据法学》,法律出版社2022年版,第182页。

^⑤ 参见仲春、王政宇:《数据不正当竞争纠纷的司法实践与反思》,《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2022年第1期。

底条款,与其他条款主张共同适用。^①

事实上,2022年11月《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》[以下简称《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》]公布,重点回应了数字经济领域不正当竞争的若干问题,值得肯定。但其中对数据不正当竞争行为的类型化提炼不足,不同条款之间有内容交叉和语义重复之嫌,须进一步完善。例如,第15条第2款规定“经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等”实施影响用户选择的行为,第17条则禁止“利用技术手段、平台规则”实施的“平台封禁行为”,但不包括“利用数据和算法”的行为,第19条规定禁止“大数据杀熟”行为。平台封禁、“大数据杀熟”行为与数据、算法密切相关,第15条第2款和第17条、第19条规定的3类行为具有手段和方式上的共通性,违法性认定方式亦相似,可以考虑将这3个条款合并,而非单独列举,造成逻辑和层次混乱。

2. 数据垄断行为

数据垄断行为一般是指少数经营者对数据资源及其收益的独占与控制,进而实施拒绝开放共享等阻碍数据流动的垄断行为。关于数据垄断行为的理论研究和实践探索,一般立足于传统反垄断法律制度的3大支柱,分别就数据竞争与垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中行为的交织进行详细分析。^②其中,涉数据滥用市场支配地位行为的违法性认定,与为了获得目标企业的数据或数据技术引发的经营者集中行为受到广泛热议。例如,“蚁坊公司起诉新浪微博数据垄断案”^③,作为国内首例因互联网平台拒绝数据许可引发的反垄断民事诉讼案件,于2021年11月被湖南省长沙市中级人民法院正式受理,至今仍无审裁结论。由于我国目前还没有出现与数据垄断协议直接相关的现实案例,学术界主要基于域外与数据、算法相关的垄断协议案例展开学理性分析。

(二) 数据竞争行为类型化重构的应然安排

数据竞争行为类型的复杂性使得现行法律规则难以全面适用,亟待以数据与数据主体的关系为原点,建立新型分类方式和规制框架以应对上述挑战。基于此,应该回归数据竞争行为本身,围绕数据在具体竞争行为中的定位与功能,考察数据运用的具体模式,将数据竞争行为划分为直接数据竞争行为和间接数据竞争行为两大类,并以此为基础构建数据竞争行为的类型化和整体化法治方案。

1. 直接数据竞争行为

直接数据竞争行为是指数据平台企业之间以数据要素为竞争对象和竞争目的,通过对数据的获取、存储和直接控制来实施竞争的行为。这类竞争行为主要涉及对数据资源的争夺及对数据要素的控制,旨在获取对数据的独占权或优势地位,主要体现数字平台企业的数据持有和控制能力及其对市场的影响。直接数据竞争行为包括面向数据竞争对手的数据抓取行为,对作为消费者的用户的数据不当收集和滥用行为,以及因争夺平台用户、数据和流量通道而排斥、限制其他平台或者平台内部特定用户数据访问和接入的拒绝数据开放共享行为。

^① 参见北京市海淀区人民法院课题组:《涉网络不正当竞争纠纷的法律适用问题研究——以知识产权司法保护推动营商环境优化为视角》,《中国应用法学》2020年第2期。

^② 参见袁波:《大数据领域的反垄断问题研究》,博士学位论文,上海交通大学,2019年,第10页。

^③ 参见《全国首例! 新浪被诉数据垄断》, <http://ilawchina.com/html/detail/427.html>, 2022-09-07。

由于直接数据竞争行为表现为通过获取和控制更多数据以在竞争中维持数据优势,因而数据控制对市场力量带来的颠覆性影响不容小觑。从行为实施主体上看,无论是发生在横向维度的“竞争者—竞争者”之间还是纵向维度的“经营者—消费者”之间,数据竞争的本质都是对数据要素的直接争夺与控制。从行为实施方式上看,数据抓取行为和用户数据不当收集与滥用行为属于主动获取、存储数据的“进攻型数据控制”方式,拒绝数据开放共享属于被动限制的“防御型数据控制”方式,两类行为最终都是为了巩固或强化自身对数据的控制优势。需要说明的是,因直接数据竞争行为本身并不违法,甚至在某些情况下对市场竞争效率提升、平台创新发展、数据高效配置具有积极作用,故需要合理分析和界定不同类型直接数据竞争行为的违法性边界。

2. 间接数据竞争行为

间接数据竞争行为是指以数据作为辅助工具实施数据竞争的行为。《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第9条规定的“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”,可以被归入本文所称的间接数据竞争行为。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《平台经济反垄断指南》)第11条第1款第3项、第20条第1款第2项对市场支配地位认定和评估经营者集中竞争影响的考察因素中,均提及“经营者掌握和处理数据的能力”,亦映射出对间接数据竞争行为予以规制的必要与可能,即数据竞争不仅体现在对数据要素的直接夺取,更体现在运用数据挖掘技术对底层数据的解析能力的角力上,而后者往往才是数据资源和数据技术对于数字平台企业的核心价值体现。

依照对市场竞争的影响标准,间接数据竞争行为可以划分为市场扭曲型和市场排挤型数据竞争行为。前者包括数据型自我优待行为和“大数据杀熟”行为,该类行为体现为利用数据技术优势实施竞争行为,阻碍其他参与者的公平竞争,导致市场失衡和消费者福利受损的效果,重点在于扭曲市场整体的正常运行机制。后者包括基于数据与算法的合谋行为、数据驱动型并购行为,旨在利用数据及数据技术优势,重点在于排除竞争对手或限制其在市场上的竞争能力。

3. 两类数据竞争行为的关系

一般而言,直接数据竞争行为是间接数据竞争行为的前一阶段,处于数据活动全周期的前端,即通过获取和控制数据提升数字平台企业的竞争能力,重点在于对数据要素的直接争夺;间接数据竞争行为是获取和控制数据后对数据处理和分析的关注,关键在于对数据的使用。换言之:直接数据竞争行为强调对数据的获取、存储、限制获取等控制能力,是一种对数据要素本身进行控制的相对静态状态,所获取数据的规模和种类对其形成数据竞争优势甚至市场支配力的关系是需要着重探讨的;间接数据竞争行为是以数据为工具,利用数据处理和分析能力对数据价值进行挖掘,使其服务于竞争行为的实施。实施间接数据竞争行为的数字平台企业大多已经在数据规模和数据类型方面具有优势,在具备相对较强的数据控制能力的基础上,就有可能利用数据、算法、杠杆效应等实施协同一致的“共谋行为”或排除、限制竞争的“排他性行为”。

三、数据竞争行为类型化重构的具体展开

基于对数据竞争行为的类型化重构,有必要深度解析直接数据竞争行为所涉及的数据抓取、用户数据不当收集与滥用、拒绝数据开放共享,间接数据竞争行为所涉及的数据型自我优待、“大数据杀熟”、基于数据与算法的合谋、数据驱动型并购等行为的特征、法律适用原则和方法,并全

面、系统地分析数据竞争行为产生的治理困境,进而设计有针对性的法律规制路径。

(一)直接数据竞争行为的具体类型

1.数据抓取行为

数据抓取行为是获取数据资源、实现数据流动的一种方式。正当合法的数据抓取行为有助于激发数据市场上各类企业的竞争动能,特别是激发中小企业的创新动能,但不正当的数据抓取行为需要警惕和防范。对数据抓取行为的违法性认定,人民法院依据《反不正当竞争法》衍生出了“三重授权原则”和“实质性替代原则”两类仲裁规则。“三重授权原则”脱胎于“北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争上诉案”,^①指开放应用编程接口(Open API)开发合作模式中数据提供者向第三方开放数据的前提是遵循“用户授权+平台授权+用户授权”原则,否则可能被视为不正当竞争行为。然而该原则因其较为严苛和复杂的授权要求,在具体实践中的可操作性往往受到限制,被认为不利于数据要素的高效流通。相较而言,实质性替代原则因其对竞争效果的判断更具合理性而成为实践中认定数据竞争行为构成不正当竞争的重要标准,其重点在于判断抓取方数据使用行为衍生的产品和服务是否对被抓取方的产品和服务形成实质性替代。《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第18条第2款以造成“实质性替代”的后果作为不正当获取和使用商业数据、扰乱市场公平竞争秩序的要件。司法实践中,“北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司不正当竞争纠纷案”^②“北京微梦创科网络技术有限公司诉云智联网络科技(北京)有限公司不正当竞争纠纷案”^③等均采用了实质性替代原则。然而,采用实质性替代原则还须进一步综合考虑被抓取数据的规模效应,在数据分类的基础上设定不同数据的权益属性及其构成不正当竞争的要件,并判断是否造成了实质性损害,^④以不断优化数据抓取行为的法律适用。

此外,数据抓取行为也应当落入反垄断法的规制范畴。一方面,数据抓取行为可能损害市场公平竞争秩序或引发消费者利益的剥削性滥用,抑或对关联或不相关市场产生影响;另一方面,对数据抓取行为的违法性认定也须考虑限制数据抓取行为的正当与否,限制数据抓取也可能产生排除、限制竞争的效果,须厘清数据抓取和限制数据抓取行为的合法性边界。^⑤概言之,数据抓取行为的治理应在遵循数据要素市场基本法治规律的前提下引入多元法律制度协同治理。

2.用户数据的不当收集和滥用行为

对用户数据的收集和使用涉及私法问题,从用户角度来看,主要是对个人信息权和隐私权的侵害。然而,若数据收集和使用行为违背了公平公正原则,对市场秩序和消费者整体福利带来损害,则可能演变为一个反垄断问题。2019年2月,德国联邦卡特尔局裁定脸书公司滥用其市场支配地位非法收集并使用与其关联的第三方平台上的用户数据,构成德国反限制竞争法上的剥削性滥用行为。德国联邦最高法院支持了联邦卡特尔局对脸书公司滥用市场支配地位的裁定,并采取了“用户选择权”的裁判标准,强调脸书公司的市场支配地位使用户无法自主决定他们来

① 参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

② 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

③ 参见北京市海淀区人民法院(2017)京0108民初24512号民事判决书。

④ 参见周樾平:《数据爬取的不正当竞争认定规则研究》,《南大法学》2023年第2期。

⑤ 参见蔡川子:《数据抓取行为的竞争法规制》,《比较法研究》2021年第4期。

自多个渠道的数据如何被处理,认为用户选择权的缺失与竞争法密切相关。^①

事实上,传统竞争法关注的重点是市场自由公平竞争秩序的维护与消费者公平交易权和自主选择权的实现,从这个层面而言,竞争法并非主要用来解决隐私损害问题的法律框架。然而,从类似脸书公司不当收集和滥用用户数据等案件可以看出,同一行为可能同时产生隐私与竞争关切,隐私法与竞争法的相关问题彼此交织,呈现出复杂的市场竞争样态。反垄断法能否成为(数据)隐私的直接保护工具,介入隐私保护的限度和效度应当如何,引发广泛争议和关注。^②

我国反垄断法尚未确立剥削性滥用适用规则,《平台经济反垄断指南》第16条第1款第5项也仅仅规定“强制收集非必要用户信息”可能构成“附加不合理交易条件”的滥用行为。事实上,即便有上述规定,对过度收集和使用用户数据的行为仍需要结合是否产生排除、限制竞争效果对其公平性和合理性予以评估,若具有市场支配力的平台企业仅造成数据隐私损害的单一后果,则不能直接推定滥用行为的存在。

3. 拒绝数据开放共享行为

拒绝数据开放共享并非严格的法律概念,而是一系列数据竞争现象的总称,通常表现为具有数据资源控制权的数字平台企业之间滥用市场支配力而拒绝数据开放或共享,或者滥用数据接口控制权而阻止正常的互联互通。拒绝数据开放共享与“平台封禁”或“平台屏蔽”概念具有相似性,但三者限制对象、表现形式和实施方式上仍存在差别。拒绝数据开放共享包括采取关闭数据开放接口(API接口)、不予直链、限制他人抓取数据等技术措施,以及发布拒绝访问的声明、函件等非技术措施,主要体现为数据互操作层面的拒绝访问和共享。“平台封禁”的范畴则更大,包括“二选一”、不予直链、自我优待、关闭应用程序接口4大类,^③“平台屏蔽”则还包括封禁账号、屏蔽内容等手段。故而,“平台封禁”和“平台屏蔽”相较拒绝数据开放共享,还包括与数据关联性不大的其他阻止和限制访问的屏蔽隔离技术手段。

探讨拒绝数据开放共享行为的违法性时,可以发现其行为外观与滥用市场支配地位行为中的“拒绝交易”高度相似。考察国际经验,对拒绝交易行为的认定存在适用“必需设施理论”和“竞争损害理论”的分野。前者主张以适用“必需设施理论”为前提认定拒绝交易行为,提倡对“必需设施理论”的适度扩张适用;^④后者主张“必需设施理论”并不必然构成认定拒绝交易行为的前提,需结合竞争损害或者竞争影响进行违法性认定。^⑤对此,我国立法对拒绝交易的行为进行了明确规定,主要采用竞争损害标准进行反竞争效果认定。^⑥正如最高人民法院在对“徐书青与深

^① See Courtesy Translation of Decision KVR 69/19 Rendered by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020 provided by the Bundeskartellamt.

^② 参见韩伟:《数字经济中的隐私保护与支配地位滥用》,《中国社会科学院研究生院学报》2020年第1期;焦海涛:《个人信息的反垄断法保护:从附属保护到独立保护》,《法学》2021年第4期;周围、黄唯一:《反垄断法与隐私保护法的矛盾与纾解》,《华中科技大学学报》(社会科学版)2023年第1期。

^③ 参见张江莉、张镭:《互联网“平台封禁”的反垄断法规制》,《竞争政策研究》2020年第5期。

^④ 参见郑鹏程:《论拒绝交易反垄断规制的立法完善——以原料药反垄断执法为切入点》,《现代法学》2021年第5期。

^⑤ 参见宁度:《拒绝交易的反垄断法规制——兼评〈关于平台经济领域的反垄断指南〉拒绝交易条款》,《法治研究》2021年第4期。

^⑥ 《中华人民共和国反垄断法》第22条第1款列举了具有市场支配地位的经营者滥用市场支配地位的禁止事项,其中第3项规定:“没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易”。

圳市腾讯计算机系统有限公司等滥用市场支配地位纠纷再审案”^①的再审意见中明确指出的，“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，并因此损害了消费者的利益。仅仅排除某个具体经营者的特定交易的行为，通常不会对相关市场上的竞争造成实质性不利影响”。最高人民法院提出了司法实践中拒绝交易违法性认定应当遵守的竞争损害原则，为拒绝数据开放共享的违法性认定指明了适用方向，但关于数据是否构成必需设施及拒绝交易是否适用必需设施理论的争议仍未终结。

（二）间接数据竞争行为的具体类型

1. 数据型自我优待行为

数据型自我优待行为是以获取并使用平台内商家的数据为目的和工具，操纵平台搜索结果、用户产品和服务推荐界面以及相关算法的变化，以使自营业务更具竞争优势，而对使用该平台的其他实体提供的产品和服务进行限制的行为，其中包含对平台内商家获取数据、分析数据、优待自营业务的全过程。^② 自我优待行为具有促进市场竞争的潜力和损害市场公平的双重特征，故认定其违反竞争法富有争议。^③ 在反垄断法语境下与数据型自我优待行为具有高度相关性的违法行为类型包括差别待遇、拒绝交易、搭售或附加不合理的交易条件 3 种。然而，适用这 3 类条款均存在难点。例如，如果适用“差别待遇”条款，则实施自我优待行为的平台主体本身与第三方经营者之间难以构成“条件相同”的交易相对人，且如果平台仅对自身业务予以优待而未在第三方经营者之间实施差别待遇，实际难言存在“交易相对人”。又如，数据型自我优待行为与“搭售或附加不合理的交易条件”存在一定相似性。从行为外观来看，市场支配力拥有者可以利用杠杆效应将其在 A 市场的优势传导到搭售商品的 B 市场，从而排除与其在 B 市场具有竞争关系且同时在 A 市场具有交易相对关系的经营者，并进一步减少消费者的选择空间。然而，搭售或附加不合理的交易条件只是平台实施自我优待的一种表现形式，并不能涵盖自我优待的所有类型，而且适用“搭售或附加不合理的交易条件”条款需要证明没有正当理由，在现实中认定较为困难。基于此，将数据型自我优待行为作为一种独立于传统反垄断法分析框架的新型滥用行为予以规制，更具合理性和可行性。

目前一些国家的立法创造性地对自我优待行为采取事前规制方式。对自我优待行为的实施主体要求比较严格，只有具备必需设施属性，或者是对市场有重大影响，在相关市场和未来市场中长期具有市场支配地位、强大数据规模、经济体量和限制能力的超大型平台才能实施自我优待行为。例如，《欧盟数字市场法》第 6 条规定：“不得对守门人自身提供的或属于同一企业所提供的服务和产品给予比第三方提供的类似服务或产品更有优势的排名”。^④ 《美国创新与选择在线法案》明确禁止超大型线上平台企业在制定和实施平台政策时对其产品和服务给予自我优待。^⑤

我国 2023 年 4 月实施的《禁止滥用市场支配地位行为规定》第 20 条规定了“其他滥用市场支配地位行为”的情形，与先前的征求意见稿不同，其并未单独列举出自我优待行为，可见对该条

^① 参见最高人民法院(2017)最高法民申 4955 号民事裁定书。

^② 参见吴楷文、王承堂：《利用平台内经营者数据优待自营业务的竞争法规制》，《行政与法》2021 年第 6 期。

^③ See Caro de Sousa, Pedro, What Shall We Do About Self-preferencing? Competition Policy International, June Chronicle (2020).

^④ Digital Markets Act Regulation 2022 (EU).

^⑤ See GONGRESS.GOV: American Innovation and Choice Online Act.

款的制定仍存在诸多争议,需要谨慎对待。^①故目前在我国反垄断视阈下,认定数据型自我优待行为的违法性仍需要采用竞争损害分析原则。自我优待行为本身并不违法,甚至可能具有促进市场竞争的效果,因此可以考虑在对数字平台予以分级分类的基础上,仅对特定类型的具有跨市场影响力和显著扩张性、已经或正在形成数字生态系统的平台课予禁止性义务,对可能带来较小市场竞争损害风险的其他类型平台给予相应的竞争空间。

2.“大数据杀熟”行为

“大数据杀熟”是数字平台企业以消费者数据作为原料借助算法技术对新老交易相对人实行差异性交易价格、标准、规则、算法或者其他交易条件的行为,属于经济学意义上的价格歧视行为。在不同竞争程度和经济环境的市场中,价格歧视对消费者福利、社会总福利有增加或减少的可能,因而其违法性一直存在争议。^②从反垄断法滥用市场支配地位制度的视角看,“大数据杀熟”的规制可落入《反垄断法》“差别待遇”条款。从该条款的适用条件来看:(1)适用该条款须以经营者具有市场支配地位为前提,这无形中给不具有市场支配地位的平台企业实施“大数据杀熟”行为提供了空间,可能进一步加剧经营者与消费者之间的不对等。(2)适用该条款需满足“条件相同的交易相对人”这一条件。“条件相同”一度成为适用该条款的争议核心,因为对具有不同购买能力和消费意愿的消费者来说,难以被认定为交易条件相同。但是,《平台经济反垄断指南》对这一问题作出了及时、充分的回应,^③表明平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响对交易相对人条件相同的认定。(3)判断实施“大数据杀熟”是否对市场竞争效果带来损害。从经济效率层面来看,从统一定价到个性化定价的转变可能产生提升平台经济效率、改善竞争结构、提升消费者福利和(或)社会总福利等经济效果。但“大数据杀熟”对消费者权益和市场公平竞争的损害也是比较显著的,如侵害消费者知情权、公平交易权、自主选择权等,剥削性滥用特征显著,影响公平竞争的市场秩序等法律风险,在积极经济效果与法律风险之间存在着动态细微的平衡与博弈。故“大数据杀熟”在不同个案中呈现出不同的限制竞争效果,应当在具体案件中细化区分行为对消费者剩余抑或社会总福利的具体影响。

3.基于数据与算法的合谋行为

“算法+数据”的组合有助于数字平台企业分析市场趋势和用户反馈,提供有关市场竞争、产品服务改进和战略决策的经营信息。然而,在更大规模的数据资源和更复杂的定价算法得到广泛使用的同时,也增加了合谋的风险。^④在传统领域,如果经营者之间不存在意思联络,而是表现为偶然对市场状况反应的一种契合行为,则不构成垄断协议。在数字时代,算法设计者、算法使用者之间在无意意思联络的前提下,由算法自主根据市场动态变化制定最优策略,促进算法相关

^① 2022年6月国家市场监督管理总局发布《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》,其中新增的第20条对平台经营者实施“自我优待”进行了明确规定。然而,2023年3月公布的《禁止滥用市场支配地位行为规定》(国家市场监督管理总局令第66号)正式稿删除了该条款。

^② 参见喻玲:《算法消费者价格歧视反垄断法属性的误读及辨明》,《法学》2020年第9期。

^③ 参见《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第17条第2款。

^④ See Competition and Markets Authority, Algorithms: How They Can Reduce Competition and Harm Consumers, <https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers>, 2022-08-31.

主体的串通合谋以维持更高的价格,很大可能具有排除、限制相关市场竞争的效果,且形成过程更隐蔽、形成结果更加稳固,使得反垄断执法部门难以识别和处理。

基于数据与算法的合谋行为可以分为3类:“预测代理型合谋”^①“中心轴辐型合谋”^②“自主学习型合谋”。^③其中,前两类属于基于数据和算法的辅助型合谋,是参与合谋主体通过数据整合和算法协作以达到共同的商业目标,如合作开发或共享高度复杂的算法用于自动化价格调整、市场分割或用户定制服务,以达到市场垄断或获得不正当竞争优势的目的。这时的算法合谋,因其主要是对人为预设合谋行为的辅助,其违法性识别标准依据现行反垄断法及相关规定可以基本涵盖。而在自主学习型合谋中,由机器深度学习达成的合谋结果往往已经脱离了人为控制,数据控制者、算法开发者和使用者对数据和算法的控制力与可知性均有所减弱,适用传统垄断协议的主体认定、主观认定方式力不能及,同时因其涉及高度技术性和复杂性,执法机构需要投入大量资源来识别该类行为。

4. 数据驱动型并购行为

数据驱动型并购的目的主要是取得数据资源和数据处理能力,同时数据的收集、分析和应用在平台企业决策和战略制定中起到关键作用。相较传统经营者集中行为的审查,数据驱动型并购审查尽管仍然遵循申报标准、竞争损害评估、救济措施的步骤,但在交易表现形式、具体审查内容和审查标准方面都更加复杂,从而对监管提出了挑战。

其一,数据驱动型并购中的相关市场界定困难。数字平台所具有的双边或多边市场构造的特征及数字市场竞争的高度动态性和频繁跨界性给相关市场界定的静态性和单一性分析框架带来冲击,时间因素、场景因素、数据因素、算法因素等都可能作为考量因素纳入分析框架。

其二,数据驱动型并购对传统营业额审查标准带来挑战。特别是对数据密集型初创企业的并购,在发展初期更注重通过平台补贴的商业模式吸引用户、获取流量,并不考虑短期内的利润提升,经过长期的用户积累和网络效应的加持,这些平台企业的价值才可能逐渐通过营业额体现出来。故在并购之前,被并购方往往营业额较低,但其数据处理能力和创新增长潜力巨大,仅以当前的单一营业额标准判断竞争影响,很可能因营业额不达标甚或存在营业额为负数的情形而未实施申报。对此,可以考虑在此基础上,引入交易额标准和用户数据标准以更加准确地反映被

^① 预测代理型合谋是经营者直接通过共同使用算法程序实施的合谋行为,且通常发生在具有竞争关系或交易关系的经营者之间。由于在该类行为中,经营者在先前已经达成合谋意向,具备比较显著的预设意图,算法在此类合谋中只是被作为一种代理工具。参见孟雁北等:《大数据竞争:产业、法律与经济学视角》,法律出版社2020年版,第311~314页。

^② 中心轴辐型合谋是由数据分析与算法设计者(或提供者)间接实施的合谋行为,表现为平台(中心)通过与每个边缘经营者(辐条)单独互动,在上游或下游边缘经营者中组织合谋,以防止其市场份额减少或维持较高的利润。这种形式的共谋不仅涉及平台(中心)和边缘企业之间的纵向协议,也涉及边缘企业之间的横向协议。See Nicholas Andrew Passaro, *How Meyer v. Uber Could Demonstrate That Uber and the Sharing Economy Fit into Antitrust Law*, 7 *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 259 (2017).

^③ 自主学习型合谋是指平台企业在不需要任何明确的沟通或互动前提下,通过数据采集、供给、使用及挖掘行为在客观上形成相互参照、相互认可、相互依赖的自主学习型算法合谋,导致更高的价格水平,在客观结果上出现反竞争性合作。See Mark, Robert Van De, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, by Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, 55 *Osgoode Hall Law Journal*, 614 (2018).

并购方的真实价值。^①

其三,市场竞争效果评估是审查数据驱动型并购行为的关键内容。评估数据在市场竞争中的作用变得至关重要,然而数据的影响往往比较复杂,难以量化和预测。为此,须重点考察数据集中是否提高相关市场或关联市场的进入壁垒,以及数据规模和数据种类对提高市场进入壁垒的影响。

四、类型化重构下数据竞争行为的法律规制路径

无论是直接数据竞争行为还是间接数据竞争行为,其共性都在于数据及其技术的深度融合导致竞争行为的法律关系和法律适用发生变化。这一变化正在撼动以工业时代经济发展特征为基础构建的现代竞争法治的理念、原则、逻辑及方法。因此,亟待以“数据在具体竞争行为中的定位和功能”的类型化重构思路为基点,为数据竞争行为提供系统科学的法律规制路径,消解当前法律适用的竞合与冲突,平衡多元利益与价值。

(一)明确数据要素权益分配方式

数据要素权益归属的确认和保护机制是构建数据要素竞争法治体系乃至数据基础制度的基本逻辑前提。首先,数据要素权益分配机制建立在肯认“数据共有”理念的基础上。^② 数据要素具有区别于传统生产要素的非竞争性、非(有限)排他性的特点,^③多个数据主体对同一数据的权益和内容可能具有客观上的共有关系,多个数据主体享有的权利不得对他人的权利和自由产生不利影响。在该前提下,对数据之上的占有、使用、收益、处分中的某一项或某几项权利的共有和分配,取决于不同环节相关主体在具体数据行为中的实际贡献和功能实现程度,如根据数据主体的成本投入、创造性贡献、技术能力、经济资源等方面进行评估,以确保公平和合理的权益分配。其次,明晰数据权益归属主体。“数据二十条”第7条采用二元主体的权益分配模式,将数据活动中的主体划分为数据来源者和数据处理者。这种分类方式不仅契合数据动态流转的经济规律,亦有利于后续区分不同主体享有权益的内容和优先顺位。最后,确认在数据要素动态流转过程中需要保护的权益内容。数据来源者享有获取、复制、转移、共享由其促成产生数据的相关权益。具体来说,对于自然人而言,其可以自主决定将数据用于任何合法目的,包括知情同意权、数据访问权、数据使用和共享权(向用户选择的第三方提供数据)、数据可移植权等。对于企业法人而言,其享有的权益应当基于与数据处理者之间的合同规定,包括对数据使用、共享、竞争的公平性和透明性的要求。当企业法人作为数据来源者时,如电商平台内的中小型商家,其往往会在交易过程中收集和管理个人用户的数据,具备“数据控制者”和“数据来源者”双重角色,其享有的对个人数据的访问权和使用权要以遵守民法典、个人信息保护法、数据安全法相关规定为前提。

相较于数据来源者的权益,数据处理者的权益具有次位性,需要在确保数据来源者权益优先保护的情况下实现。需要注意,虽然数据产权分置思路能够确保厘清各方的权利和责任,但仍可能带来垄断和不公平竞争的问题,特别是不同数据处理者在不同阶段对数据的定义、格式、标准

^① 参见叶明、梁静:《我国移动互联网领域经营者集中申报标准问题研究》,《竞争政策研究》2019年第6期。

^② 参见王益民:《关于建立中国特色社会主义数据共有制的研究》,《行政管理改革》2022年第5期。

^③ 参见唐要家:《数据产权的经济分析》,《社会科学辑刊》2021年第1期。

等方式存在差异,导致数据资源互通性和整合性被削弱,因而建立数据来源者与数据处理者权益之间的衔接和协调,同时引入反垄断法规制数据处理者的行为尤为重要。

(二)直接数据竞争行为的法律规制

直接数据竞争行为表现为以数据作为直接竞争对象和竞争目的,因而对直接数据竞争行为的违法性评价重点及法律规制主要关注数字平台企业对竞争者、上下游市场经营者、消费者实施数据获取和控制行为的合法性。

1.明确直接数据竞争行为违法性认定的考虑因素

抽象地讨论对数据的获取、竞争、访问等问题是徒劳的,须考虑到数据的法律定位、功能、使用场景、所需访问条件等因素以判断直接数据竞争行为的违法性。

(1)考察数据是否经过加工。以数据抓取行为为例,对增值数据或者衍生数据而言,其属于一定意义上的“劳动成果”,具备无形资产的属性,^①数据抓取方应当充分尊重被抓取方在信息的分析、加工过程中的辛勤付出。但未经自己的劳动创造,仅是将他人的数据或数据产品直接作为自己获取商业利益的工具,且提供的是同质化的服务,这种据他人市场成果直接为己所用的行为具有当然违法性。

(2)考察数据是否公开或采取保护措施。不公开的数据既包括因涉及个人隐私、商业机密、国家安全机密等本就不对外公开的数据,也包括数字平台企业对其掌握和加工的用户数据采取管控措施的数据,这是对平台经营者经营自主权的维护和尊重,经营者有权同意或禁止他人访问和获取数据。故获取和存储未经他人授权或协议约定而公开的数据,不具有正当性。

(3)考察数据是否经过用户授权。对于数据抓取行为、用户数据的不当收集和滥用行为等直接数据竞争行为,是否获得用户授权是该类竞争行为违法性评价的重要考量因素。当然,并非所有数据竞争行为的违法性评价都要求用户授权,主要针对未经深度加工的用户原始数据或者经过加工但仍保留个人可识别性的数据的处理和使用行为。对于已经进行去标识化或匿名化处理的数据,无法与具体个人关联起来,可能不再需要用户的明确授权,或仅凭用户授权无法产生阻却行为违法性的效力。

2.充分考察数据控制能力与市场力量的相关性

数据(或大数据)对平台企业市场力量的强化分析非常复杂,无法一概而论。^②对直接数据竞争行为而言,数据控制能力并不等同于市场支配地位,更不等于“数据垄断”,部分情况下小数据集可能比大数据集更具价值,须结合多维因素对个案进行分析。

(1)所控制数据的独特性

数字平台企业所控制数据的独特性与市场支配地位之间具有密切关系。掌握大量过时数据或共有性数据并不会在数据优势方和数据劣势方之间形成显著的数据鸿沟,因为只有那些具有独特价值和独特信息的辨识度较强的数据才是能在短期内快速提升竞争优势的关键。进而言之,数字平台企业所获取和控制数据集的独特性和不可模仿性越强,其排他效果就越显著,故而

^① 参见刘继峰、张雅:《反不正当竞争法视角下数据抓取行为违法性的认定》,《西北工业大学学报》(社会科学版)2021年第4期。

^② 参见丁晓东:《论数据垄断:大数据视野下反垄断的法理思考》,《东方法学》2021年第3期。

能够在改进其用户体验和业务流程方面具有更显著和更持续的竞争优势。^①

(2)所控制数据的价值时间性

数据的价值并非恒定不变的,往往只能在特定短期内发挥作用,因此认定数字平台企业的市场支配地位还需要考虑时间因素,评估数据在多长时间能够维持价值。以搜索引擎为例,当用户在搜索栏输入想搜索的内容时,重要的是用户在这一时刻的即时偏好,而不是该用户在几天前甚至几个小时前做了什么。换言之,用户在某一数字平台上留下的数据轨迹仅能代表当时的某些偏好。对市场支配地位的评估而言,数字平台拥有接收新用户数据的能力比拥有过时的大型数据池更有助于市场支配力的形成,这与数据竞争的动态性密切相关。

(3)所控制数据是否是竞争对手商业经营的关键原料

数据作为生产要素是维持数字平台企业稳定运行的关键投入品,数字平台企业可能以“拒绝开放共享数据”的方式封锁竞争对手获取关键数据以形成市场支配地位,抑或本身就具有市场支配地位的数字平台企业对具有竞争关系的交易相对人采取拒绝开放共享数据,导致下游市场竞争因为交易相对人无法访问这些关键数据而受到实质性竞争限制,从而因数据封锁导致反竞争效应。故此,当数字平台企业限制开放共享的数据构成竞争对手商业经营的关键要素或者参与竞争不可缺少的要素时,其可能加速数字平台企业市场支配地位的形成,也可能强化那些已经具有市场支配地位的数字平台企业的市场力量。

(三)间接数据竞争行为的法律规制

实施间接数据竞争行为的数字平台企业往往已经在相关市场及其关联市场具有数据控制优势,故其利用数据分析能力和数据处理能力实施竞争行为产生的反竞争效果可能更为显著。因此,间接数据竞争行为法律规制的重点在于考量利用数据优势与数据处理能力实施的竞争行为对公平竞争、创新效率、消费者福利等市场整体秩序的影响。

1.重视间接数据竞争行为中竞争损害的新面向

(1)关注垄断杠杆效应引发的竞争损害。数据优势不仅能对数字平台企业本身所在市场的竞争结构和竞争状态产生影响,也可能对关联市场甚至不相关市场的竞争状态带来损害,即“垄断杠杆效应”显著。^②例如,在数据驱动型自我优待行为中,数据控制和处理优势能够赋予该数字平台企业对数据的优先访问权,进而以数据为工具实施跨市场力量的“杠杆传导”,将某一相关市场上的数据竞争优势传导至另一市场,甚至跨业务、跨市场的整合使得数字平台企业能够控制竞争对手所依赖的必需基础设施。^③故此,数字经济中平台双边市场、跨界竞争、零定价模式等新特点,使评估竞争损害不同于传统领域对“共谋效应和排他效应”的反竞争效果判断,需要重点关注超大型数字平台企业能否将市场力量进行杠杆传导,并横跨不同领域利用交叉竞争优势产生长期排他和封锁效应等。

(2)关注市场创新损害。充分有效的市场竞争往往会增加创新动力,反之则会抑制创新水

^① See Iansiti, Marco, The Value of Data and Its Impact on Competition, Harvard Business School NOM Unit Working Paper 22-002 (2021).

^② “垄断杠杆效应”是指利用在一个市场的垄断力量来加强另一个市场的垄断份额。See Clarke-Smith, Jennifer M., The Development of the Monopolistic Leveraging Theory and Its Appropriate Role in Antitrust Law, 52 Catholic University Law Review, 179 (2002).

^③ See Lina Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal, 710 (2017).

平。美国经济学家肯尼斯·J.阿罗认为垄断者因已经在特定市场上实现利润最大化而创新动力有限,只能从扩大市场的创新中获益,市场份额较小的公司则可以采取创新策略以夺取竞争对手的市场份额。^① 间接数据竞争行为的创新损害风险更为显著,如对于数据驱动型并购行为,执法机构会重点评估并购后平台企业开发吸引消费者的新功能和创新能力;数据型自我优待行为可能导致其他竞争者难以进入市场或获得同等的曝光机会,进而降低市场上产品和服务的多样性与创新性。因此,需要处理好创新与竞争之间的关系,在鼓励技术和模式创新与预防和查处垄断之间寻求平衡。

2.数据领域反垄断法效果分析中消费者损害标准的扩围

数据竞争领域消费者利益损害的标准已经形成了从以价格为中心的损害到以质量为中心的损害的转变。消费者利益损害中的“消费者”不仅仅包括作为普通用户的个体消费者,还包括当前研究中较为忽视的作为商户用户或灵活用工的个体或其他组织经营者,可统称为“用户”。例如,在打车软件中连接平台与消费者之间的司机可以被视为用户,在房屋出租平台上的房屋所有者也可以被视为用户。^② 总之,在具有“零定价”特性、跨市场竞争的数字经济领域,消费者利益的内涵已经有所更新,涵摄用户隐私权、自主选择权、公平交易权、知情权等在内的用户合法权益需要得到保障,用户选择的多样性、公平性以及商品质量、交易安全、操作流畅等非竞争性价值成为消费者利益损害的重点考量因素。

但是,对消费者利益损害质量的关注并不等于忽视价格,以价格为中心的传统消费者福利标准,与用户选择权、用户隐私权、公平交易权等关于消费者利益损害的新型标准仍要相互结合,如此才能更加全面、精准地反映数据领域消费者利益损害的全部内容。若在相关市场界定中用非价格标准直接替换价格标准,可能存在非价格标准难以被客观量化且各类变量数据差异较大易影响分析结果的困境,因而亟待持续探索非价格竞争因素的具体量化标准。同时,为防止数字经济领域反垄断法被滥用,保护反垄断法的权威性,需要明确只有当用户隐私权、自主选择权、公平交易权等非价格因素受损归因于市场竞争损害时,才能够将消费者利益保护问题纳入反垄断法进行分析,与竞争无关的消费者利益受损可援用私法领域相关法律进行规制。

(四)构建数据竞争行为的多元法治协调机制

首先,需要建立数据竞争行为的多法协调机制。个别直接数据竞争行为存在同一行为触发不同的法律评价从而可能适用不同的调整依据的情况,产生法律适用的竞合性冲突。例如,数据抓取行为、拒绝数据开放共享行为等直接数据竞争行为,均可以落入反垄断法或者反不正当竞争法的规制范畴,在特殊情况下也可以适用电子商务法,这种适用法律交叠的情形在间接数据竞争行为中也存在。不同法律对法益保护有所倾斜和侧重,故需要在多部法律之间建立充分有效的法律协调和衔接机制。从反垄断法和反不正当竞争法的相互关系来看,两者虽然都有保护市场竞争和维护竞争秩序的共同立法目的,但是侧重点不同,反垄断法保护“自由竞争”而反不正当竞争法保护“公平竞争”,从功能上来讲两者起到相互补充的作用。这是否意味着同一数据竞争行

^① See Terrell McSweeney, Brian O’Dea, Data, Innovation, and Potential Competition in Digital Markets – Looking Beyond Short-Term Price Effects in Merger Analysis, CPI Antitrust Chronicle February(2018).

^② See European Commission; Competition Policy for the Digital, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, 2022-08-15.

为未能纳入反垄断法的调整范围或者不完全符合违法行为构成要件,就需要直接适用反不正当竞争法?从竞争法立法理念来看,反垄断法具有优位性,其居于维护市场竞争的核心地位,以维护市场主体的竞争自由为目的,适当限制具有较强市场势力的经营者竞争自由。因反垄断法适用于规制具有市场支配地位的经营者而非所有经营者,导致其适用门槛较高。然而,无法适用反垄断法也不代表就要简单地落入反不正当竞争法的规制范畴,在两法之间留出较大的自由竞争的空白地带是必要的,以给数据竞争行为的创新发展留下“自由呼吸”的空间。例如,若根据行为表征可以初步将拒绝数据共享行为纳入反垄断法调整范围,但经分析后经营者不具有市场支配地位而反垄断法不予禁止的,则原则上属于自由竞争的范畴。特别是拒绝数据开放共享行为有其特殊性,难以进行反垄断法上的违法性认定,就需要给予其经营自主权的维护和尊重。需要说明的是,如果数据竞争行为未能适用反垄断法,但确实对竞争对手、市场竞争秩序和消费者利益造成负面影响的,那么可以考虑适用反不正当竞争法,但这里的适用要求较为严格。^①

其次,需处理好市场监管与行业监管的关系。数字经济催生了“行业不等于市场”的新命题,行业监管与市场监管经历了从混同、分工分化到协同配合的过程。^②在数字市场,除了市场监管部门的介入,同时有数据安全与保护、消费者权益保护、互联网行业、金融行业等领域相关行业监管部门的交叉监管和信息共享共治。例如,超大型数字平台企业在资本逐利性的驱动下极力追求平台流量和数据变现,使超级数字平台企业泛金融化的趋势越发明显,可能引发金融系统性风险。因此,有必要协同推进金融监管部门、数字平台行业监管部门等与竞争监管部门的合作,强化各部门在证据获取、数据收集和利用、证据与鉴定结果互认、联合执法等方面的协同配合,形成监管合力。

最后,应当引入动态数据监管工具辅助市场监管与行业监管协同共治的实现。数据竞争行为具有的隐蔽性和复杂性亟须引入更加科学精准、动态实时的科技监管工具。例如,对于数据型自我优待、基于数据与算法的合谋等行为,用户不易察觉,且在具体执法司法实践中也难以发现其具有违法性特征的直接证据,故须引入科技监管工具,联动监管部门和平台经营者建立实时、自动化、全周期的监管机制,回应数据竞争行为全周期、全空域、全场景、全链条、全价值的竞争新范式和反垄断监管新要求。此外,还应建立行业监管机构与市场监管机构之间的“科技监管大脑”,实时汇聚各类数据信息,动态监测市场竞争行为;通过虚拟现实和增强现实技术,监管机构得以模拟具体的数据竞争样态和市场环境,实现对数字领域市场竞争动态和行业发展的穿透式的掌握,以有助于提前预测并评估数据市场竞争行为可能带来的影响。

五、结 语

数据竞争制度是数据基础制度的核心内容,关涉数据权益分配、数据竞争行为规则构建、法律适用、法律实施等多个方面。然而,当前理论界和实务界对数字经济领域频现的数据竞争行为的研究呈现零散化、碎片化特征,缺乏对各类数据竞争行为的体系化和类型化梳理。为此,笔者

^① 参见孔祥俊:《网络恶意不兼容的法律构造与规制逻辑——基于〈反不正当竞争法〉互联网专条的展开》,《现代法学》2021年第5期。

^② 参见冯博、于晓淳:《数字平台行业监管与市场监管的分工与协调》,《理论学刊》2023年第2期。

提出数据竞争行为的类型化重构新思路,围绕数据与竞争行为的关系,依照“以数据在具体竞争行为中的定位和功能”标准,将数据竞争行为划分为直接数据竞争行为和间接数据竞争行为两大类。类型化本身不是目的,而是通过搭建更符合数据要素及其技术发展的解释性框架。本文旨在为数据竞争制度的构建提供一个类型化方案,以此为逻辑起点,建议我国数据基础制度的立法单独设立“数据(要素)竞争法律制度”,并考虑采纳“以数据在具体竞争行为中的定位和功能为核心”的数据竞争行为法律规制方案。应当打破传统分类思路,以更具开放性、包容性和整体性的思路梳理数据竞争行为面临的纷繁复杂的争议问题,帮助澄清不同类型数据竞争行为的规范重点,纾解传统部门法和规制工具对新型竞争行为规制的困顿,消除不同法律规范适用之间的矛盾,确保公平合理分配数据要素价值。未来,数据竞争行为的法律规则优化与治理完善,应围绕数据与竞争行为的逻辑关系,在规范与发展、法治与创新的平衡中寻找答案。

Abstract: With the advent of the digital age, the competition for data elements and data processing technology has become the main way for digital platforms to compete, leading to new forms of data competition behaviors. Due to the complexity, diversity and concealment of data competition behaviors, it is difficult to fully apply the existing legal analysis framework. The data (element) competition system is the core content of the data foundation system. However, current research on legal issues related to data competition behavior is fragmented and lacks a systematic approach, particularly in terms of typifying and systematizing data competition behaviors. Therefore, a method of typological reconstruction of data competition behaviors is proposed based on the positioning and function of data in specific competitive behaviors. This method categorizes data competition behaviors into direct data competition behaviors and indirect data competition behaviors, referring to the types and phenomena of competitive behaviors in the digital economy domain that focus on data as either the object or tool of competition. Building upon this foundation, the proposal aims to clarify the distribution of data element rights, clarify the regulatory focal points of direct and indirect data competition behaviors, and establish schemes for multi—entity governance and multi—law coordination mechanisms, with the hope of providing theoretical references for the legislation of China’s data foundation system.

Key Words: data competition behaviors, direct data competition behaviors, indirect data competition behaviors

责任编辑 翟中鞠