

数据竞争行为的类型解构与规制路径研究

刘仕贤 李佳薇

摘要：数字经济时代对数据资源与处理技术的争夺已成为平台企业竞争的主要方式，但这也阻滞了数据要素价值的充分释放。我国已围绕新业态开展数字化变革，但数据竞争行为因其复杂性、灵活性和隐蔽性，导致现行法律制度框架难以对其进行有效规制。数据竞争制度是数据基础制度的核心内容，然而，我国数据基础法律体系尚未形成、数据专门性立法缺位、数据竞争行为缺乏类型化方案和体系化建构是数据竞争行为类型解构和规制的三大动因。基于此，将数据竞争行为解构成直接数据竞争行为和间接数据竞争行为，并通过合理衔接竞争法规制机制，以类型解构应对挑战和科学认定数据竞争行为进行法律规制，以实现体系自洽。

关键词：数据竞争行为；竞争法；类型解构

中图分类号：D922.294 **文献标识码：**A **文章编号：**1673-5706 (2024) 04-0106-06

一、问题溯源：数据竞争行为的现实隐忧

在中央全面深化改革委员会第二十六次会议上，习近平总书记指出“数据基础制度建设事关国家发展和安全大局，要维护国家数据安全，加快构建数据基础制度体系”。党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》指出，“建设和运营国家数据基础设施，促进数据共享”，明确了健全劳动、资本、技术、数据等生产要素由市场评价贡献、按贡献决定报酬等机制，充分表明了党和国家对数据基础制度的高度重视。数据竞争是数据基础制度的重要内容，影响着数据基础制度建设的运行逻辑及实施^[1]。数据竞争行为的关键要素是数据要素以及数据处理技术，具体而言，数据要素是数据竞争行为的竞争对象，数据处理技术为竞争工具，数据竞争行为以类型复杂、姿态

新颖呈现，诸如恶意数据互不兼容、平台自我优待、非法数据爬取和算法价格歧视等数据竞争行为，对国家安全和市场竞争造成了不同程度的影响。

2023年，北京知识产权法院发布关于数据竞争行为的十大典型案例，其中包括：一是抖音短视频抓取案；二是在高校毕业生就业数据非法使用案，类似的案例还有游戏账号租赁平台案。上述典型案例可以反映出，目前囿于我国数据基础法律体系尚未形成，数据专门性立法缺位，对数据竞争行为的研究也大多聚焦于具体的数据竞争行为，数据竞争行为缺乏类型化方案及体系化建构，缺乏数据竞争治理方面的专门性立法，数据竞争行为逸出传统竞争法所规定的范围，传统的竞争法框架难以有效涵盖和规制各类新型数据竞争行为并适应相关新兴权利和监管理念的变化。目前对数据竞争行为领域的只是局部性、碎

片化阐释,而非系统性、整全性的透视。囿于此,必须超越传统竞争法的规制并以新的分类为视角,从而推动数据竞争制度体系性、专门性立法的建构,凝练出关于数据竞争行为新的类型解构以推动我国数据竞争法治的规制理路,形成数据基础法律制度运行及实施的逻辑闭环,进而拓展我国数据基础法律制度以辩证施治。

二、理论检视:数据竞争行为的类型解构

数据竞争行为的类型解构是一项复杂的理论工程,因数据竞争行为的流动性、复杂性和新颖性,在实践中往往呈现出形式多样、样态各异的数据竞争行为,传统的规制方式已然无法应对^[2]。因此,对数据竞争行为类型解构有助于推动其实现体系化的建构。

(一) 数据竞争行为的传统划分

在学界中,持广义概念的学者认为,数据竞争涵盖了各类具体的数据竞争行为。根据行为违反了何种法律作为传统的分类方式,将数据竞争行为分为数据垄断行为和不正当竞争行为。

1. 反垄断法视角中的数据垄断行为

数据垄断是指重要数据被少数企业或其他市场主体所控制,并被不合理地使用和分配以达到或可能达到排除、限制竞争的效果,从而影响市场的公平竞争秩序。从反垄断法视角看,数据垄断行为主要涉及由数据引发的滥用市场支配地位和经营者集中。例如,新浪微博因拒绝许可数据被湖南蚁坊软件股份有限公司诉之法院,然学界多认为此案根源在于互联网平台与数据许可博弈的必然结果,当属于全国第一例数据反垄断民事诉讼,对未来反垄断法理论和实践的发展将产生深远影响。

2. 反不正当竞争法视角中的数据不正当竞争行为

数据不正当竞争行为是指经营者根据不正当的数据竞争手段以获得数据资源、扰乱市场秩序等行为。其行为涵盖了非法数据爬取、数据隐私滥用和算法价格歧视等数据竞争行为。2022年11月《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》公布时,已对数字竞争领域的若干问题作出了回应,但并未对此行为进行类型化提炼,且不同条

款间存在内容交叉、语义重复之嫌(见下图)。

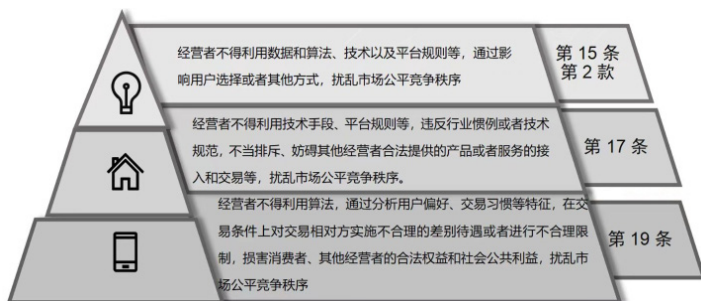


图 《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》

三项条款对比图

由图1可知,第15条第2款中经营者不得实施干扰用户自由选择的行为,第17条中禁止平台封禁行为,不包括“利用数据及算法”的行为及第19条规定的禁止大数据杀熟行为^[3],此三项条文规定的3类行为在手段上和方式上存在意涵相同和内容交叉之嫌,会给适用者带来困惑,应将此三项条款合并,单独列举造成逻辑混乱、内容重复。

(二) 数据竞争行为类型的应然解构

囿于数据禁止行为类型的复杂性难以被现行法律所涵盖,在以数据和数据关系为类型解构的基础上对数据竞争行为的类型化提出新的分类。对数据竞争行为进行类型的应然解构应立足行为本身,依据在竞争行为中数据自身的定位与发挥的作用,对不同的数据竞争行为以具化分类。

1. 直接数据竞争行为

直接数据竞争行为是各数据平台以数据要素为目的和竞争对象并获取、直接控制数据以实现竞争的行为。以直接控制数据要素和抢夺数据资源作为此类竞争行为的核心,从而获取竞争优势。直接数据竞争行为主要包括针对特定平台或人员的访问或接入的拒绝数据开放共享的行为、竞争对手的数据抓取行为以及面对消费者的数据不当收集行为、数据隐私滥用行为。

直接数据竞争行为通常表现为“野蛮的”直接控制数据要素和抢夺数据资源,因此,直接数据竞争行为可以对市场竞争产生直接的影响,通过对直接数据竞争行为的实施方式进行分析,有助于探究此行为的本质,了解直接数据竞争行为的最终目的。两类直接数据竞争行为的最终目的

都是对数据资源的抢夺和控制,以此维护或加强自身在数据竞争中的优势地位^[4]。不可置否这种行为在某些情况下对于激发市场活力、提高竞争率、促进竞争平台创新性发展起着积极作用,虽然直接数据竞争行为本身并不违法,但仍需制定关于不同类型的直接数据竞争行为的违法边界线(见下表)。

表 直接数据竞争行为的主要内容

	实施方式	本质	最终目的
行为实施主体	①横向:竞争者-竞争者之间 ②纵向:经营者-消费者之间	对数据要素的直接控制和争夺	最终都是为获得、巩固自身在数据中的优势地位
行为实施方式	①进攻型数据控制方式:数据抓取行为、用户数据不当收集及滥用 ②防御型数据控制方式:拒绝数据开放共享	倾向于大量获取数据要素,维护自身的数据优势	

第一,数据抓取行为。合法的数据抓取行为有助于刺激中小企业之间进行竞争。不合法数据抓取行为的违法性认定,在实践中通常使用实质性替代原则作为判断标准,其判断核心在于抓取方提供的产品或服务能否对被抓取方的产品或服务造成实质性替代。《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第18条第2款明确规定了“实质性替代”为数据不正当获取和使用商业数据的必备要件。另外,数据抓取行为在很多方面也落入了反垄断法领域,应当受到反垄断法的规制。

第二,用户数据的不当收集和滥用行为。此行为涉及对个人信息的控制以及隐私权滥用的不利后果,但现下反垄断法并未确立对应规则,《平台经济反垄断指南》第16条第1款第5项也仅仅规定了“强制收集非必要用户信息”有可能构成“附加不合理交易条件”的滥用行为。以此为基础尚需由制度回到实践,实践中需要综合既存客观事实以具化考量此种数据竞争行为是否产生了排除、限制竞争的现实效果。倘若并未对其竞争行为加以综合评判、利益衡量^[5],仅仅只是实际造成单方面损害数据隐私的单一后果,就不能片面、直接地将其定性为用户数据的不当收集和滥用行为。

第三,拒绝数据开放共享行为。此行为大多表现为正常的数据互联互通或数据开放共享被拥有市场支配地位的企业所阻止,该行为的客观表象与滥用市场支配地位行为中的“拒绝交易”极其相似,

容易混淆拒绝数据开放共享行为的违法性认定主要围绕“竞争损害理论”及“必需设施理论”展开。前者认为“必需设施理论”不应作为违法性认定之前提,还需结合竞争损害的影响来认定,而后者认为需以此理论为前提并对此进行适度扩张。

2. 间接数据竞争行为

区别于直接数据竞争行为,间接数据竞争行为是以数据为辅助,间接控制数据以实施竞争的行为。在此语境下,间接数据竞争行为可将《中华人民共和国反垄断法》第9条“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”纳入其中^[6]。进一步观察可知,数据技术对底层数据进行解析的角力往往才是数据资源、技术对数据企业的核心价值体现。

理论上,间接数据竞争行为可以分为以下两种类型:市场扭曲型数据竞争行为和市场排挤型数据竞争行为。其中,数据型自我优待行为和“大数据杀熟”行为属于市场扭曲型数据竞争行为,此类行为会导致消费者权益受到极大损害以及市场失衡,其关键是扰乱数据市场固有竞争秩序,扭曲了数据市场的正常运转机制。市场排挤型数据竞争行为具体为数据驱动型并购行为以及基于数据与算法的合谋行为。该行为体现为凭借数据技术优势实施竞争行为,其关键在排除、限制竞争。按此行为的影响标准进行以上划分,能够更加直观剖析数据竞争行为在间接控制这一维度的内容,了解其重要落脚点并以此提出针对性的规制进路。

实践中,间接数据竞争行为有以下几个主要类型:一是数据型自我优待行为。数据平台通常会凭借其自身独特的资源优势抑或是制定平台规则优待自身业务。囿于事物的两面性原理,间接数据竞争行为一方面促进市场积极竞争,另一方面也存在损害市场公平竞争的现象。因此,间接数据竞争行为的违法性认定存在争议。数据型自我优待行为更多涉及反垄断法,在反垄断法语境下与此行为高度契合的行为主要包括差别对待、搭售或附加不合理的交易条件。诸如,此行为与搭售或附加不合理的交易条件之间存在相似性,但搭售或附加不合理的交易条件仅是其中一个数据型自我优待行为,无法涵盖所有。据此,此行为

应独立于传统的反垄断法处理框架，作为一种新型的滥用行为，目光应当不断往返于法理和实际情况之间，作出更具合理性和规范性的规制进路。

《禁止滥用市场支配地位行为规定》第20条规定“其他滥用市场支配地位行为”，然而却未单独列举出自我优待行为。基于此，自我优待行为的认定仍存在争议，需采用竞争损害分析原则来认定数据型自我优待行为的违法性，因其两面性前文已作阐发，可知此行为本身并不违法。据此，可仅仅对那些已然形成或逐步实现数字生态系统的平台以及特指对较小竞争损害风险的其他类型平台予以竞争空间的特定类型平台予以禁止性义务。二是“大数据杀熟”行为。平台经营者通过收集数据和分析算法，对用户的消费习惯、使用频率等信息进行数字画像，对同一商品或服务中依赖度更强的用户收取更高价格的经营行为。从反垄断法视角来看，对大数据杀熟行为的规制可被纳入“差别待遇”条款之中。与此同时，大数据杀熟对消费者权益和市场竞争损害显著，诸如侵害消费者自主选择权、公平交易权等，在促进经济发展和存在法律风险中进行平衡与博弈。此外，在不同的案件中其表现形式、呈现效果各不相同，故针对不同案件应具体区分行为是否剥夺了消费者消费剩余，扰乱了市场的公平竞争秩序，造成社会福利减损。三是数据驱动型并购行为。此行为主要通过市场优势地位和数据规模效应对平台企业经济绩效产生积极影响。虽然并购效应存在一定长期收敛性与时间滞后性，但此行为一定程度上促进了平台企业的经济绩效增长^[7]。然而，其行为在表现形式、审查标准内容和审查方面都极其复杂。其一，相关市场界定困难；其二，对传统营业额审查标准带来挑战；其三，市场竞争效果评估是此行为的关键性内容。四是基于数据与算法的合谋行为。计算机编程领域“祖师爷”尼古拉斯·威茨（Niklaus Wirth）提出了“算法+数据结构=程序”，此举有助于提高自身数据竞争优势，维护数据竞争的优势地位。然而，大规模利用数据资源排除、限制竞争，必然会使数据与算法合谋的风险增加。如若从传统竞争法的角度进行判断，将会认为经营者之间并不存在意思联

络，进而不形成垄断之协议。与之相反的是，在数字经济时代下即使算法设计者、使用者间并没有意思联络，单纯由算法技术来自主运行、制定营销策略，在很大程度上并不能避免产生排除、限制竞争的效果，且形成过程更加隐秘，监管部门更加难以察觉和规制，加大执法难度。

三、范式证成：数据竞争行为的规制进路

前文论述了数据竞争行为进行规制的必要性，也初步呈现规制路径的基本面向。总体上讲，要有效规制数据竞争行为，需要遵循科学、平衡、包容的原则。规制数据竞争行为，平衡“互联网专条”与“一般条款”的适用，推进竞争法规制机制的合理衔接，利用直接数据竞争行为和间接数据竞争行为的科学划分，具体提出针对这两种类型的规制进路以应对新型挑战，并通过科学认定数据竞争行为提出法律规制方案。

（一）平衡“互联网专条”与“一般条款”的适用

我国在2017年《中华人民共和国反不正当竞争法》中增设了第12条“互联网专条”，此条款采用“概括+列举+兜底”的立法模式。第1款明确了法条适用范围；第2款前三项将互联网领域不正当竞争行为划分为三种类型：恶意不兼容、流量劫持和干扰；第2款第4项作为“小兜底”条款，相较第2条“一般条款”的宽泛性而言，给了除前三种类型的行为外开放性的认定空间。该条第2款前三项并没有明确提出不正当数据使用行为的具体情形，但此小兜底条款给予了法院规制不正当的数据竞争行为留下了相应的裁判空间^[8]。使用“互联网专条”规制数据竞争行为在实践和理论上并没有激发大的争议，已存在部分法院在审理一些按照传统应当适用“一般条款”的类似案件时，适用了“互联网专条”来进行审理。这两条的规制宗旨是法条竞合的关系，而非相互排斥、非此即彼的关系。基于此，实践中面临的主要问题是平衡《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条与第12条的关系。例如，微播视界诉六界公司直播数据侵权案，法院认为“一般条款”的适用之前，应优先考虑特殊条款“互联网专条”，在适用“互联网专条”时，应先考虑是否符合该

条第2款前三项的法定情形。

（二）合理衔接竞争法规制机制

竞争法主要由垄断和不正当竞争行为组成，垄断行为主体通常是企业，对经济通常是整体性的破坏，破坏性更强、更宏观抽象和难以察觉。不正当竞争行为主体通常是中小经营者，主要侵害特定主体的经济利益，对经济通常是局部性的破坏，破坏范围有限，但其更灵活多变。鉴于此，当数据竞争领域出现新兴问题时，虽然传统竞争机制难以发挥效果且不被传统竞争机制所涵盖，但是数据竞争行为虽形式逸出但实质内核相通，可由反垄断和反不正当竞争从不同的维度出发做好与数据竞争行为的合理衔接。

在实现数据竞争行为与竞争法规制机制的合理衔接中，可以由相关监管部门通过制定数据竞争行为的事前防治政策并采取相应措施，以阻滞不正当的此类行为。另外，在《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第二十条中明确将数据因素纳入考量标准，反不正当竞争属于私法规制，涉及特定主体的具体利益，实践中案例频发，大多以诉讼来解决问题，可以由法院在缺乏直接引用条文的前提下，借助反不正当竞争法原则予以规制^[9]。反垄断规制目的在于明确数据控制者的行为违法边界，而反不正当竞争规制目的在于明确数据使用者的行为违法边界。在实现数据竞争行为与竞争法规制机制的合理衔接中，达到兼顾数据控制者和数据使用者利益的动态平衡。

（三）明确直接数据竞争行为的违法性认定因素

基于数据竞争行为新型挑战频发，其类型解构前文已作阐发。相较而言，框架式立法要比巨细靡遗地载明数据竞争行为具体情形效果更优。直接数据竞争行为以数据作为直接竞争目的和竞争对象，直接数据竞争行为的法律规制重点在于，此行为的违法性认定考虑因素、充分考察数据控制能力和市场力的相关性。一是需要明确此行为的违法性认定考虑因素。其一，考虑数据是否经过加工。例如数据抓取行为，其衍生数据属于劳动成果具有无形资产的属性，如果数据抓取方自身并未投入劳动，仅将他人的数据资源作为竞争

的工具，且提供的是同质化服务，此举当属违法。其二，考虑数据是否已公开或采取保护措施。经营者有权允许或禁止他人获取、访问采取保密措施或不公开的数据^[10]。因此，公开、获取或储存不公开或采取保密措施的数据，同样具有违法性。其三，考虑数据是否经过用户授权。倘若通过直接数据竞争行为获得的数据，并未获得用户授权，此行为也具有违法性。二是充分考察数据控制能力和市场力的相关性。其一，考虑所控制数据的独特性。平台企业的获取和控制数据独特性越强，排他效果自然越明显，从而能在改进其用户体验等各方面拥有极大优势；其二，考虑所控制数据的价值时间性。所控制数据是否是竞争对手经营的关键要素。当平台企业限制开放共享的数据成为竞争对手经营的关键要素时，可能加速其市场支配地位的形成。

（四）统一间接数据竞争行为的违法性认定标准

具有实施间接数据竞争行为能力的平台企业，通常在其经营领域或相关业务市场拥有相对优势地位。故需重点对间接数据竞争行为进行法律规制的点在于，此行为的违法性认定需要重视间接数据竞争行为中竞争损害的新面向、分析数据竞争领域反垄断法效果的消费者损害标准扩充、利用数据优势与处理能力实施的竞争行为对社会整体秩序造成的影响。另外，还需要客观科学评价数据要素的市场影响力，观察数据要素跨行业的路径方式，考察数据要素在不同市场商品和服务间的传导路径，通过客观评价数据平台经营者对数据的市场支配力及处理数据的能力。

数据竞争行为的违法性认定需要关注间接数据竞争行为中竞争实质损害的新面向。新面向包括但不限于关注垄断杠杆效应将会产生的竞争损害以及市场创新损害。同时，分析数据竞争领域反垄断法效果对消费者损害标准的现实扩充。关注消费者利益并不意味着不注重价格，还应结合传统的消费者福利标准以及相关消费者利益损害的新型标准，才能全面关注间接数据竞争行为中竞争损害的新面向。简言之，数据竞争行为的规制进路通过平衡“互联网专条”与“一般条款”的适用更加明确了条文之间的适用关系，合理衔接

竞争法规制机制以达到数据竞争行为能够被传统竞争法规制框架所涵盖。基于此,还需对其进行科学认定。一是可以通过分类分级考察数据竞争行为在具体场景实践中结合产业阶段分析对竞争的影响力;二是可以通过设置不同环节的市场作用力评价系统并将规制重点从上游的数据收集转向下游的数据使用行为,此举有助于全局性掌握数据运作的生命周期各项处理行为的竞争影响;三是还可通过平衡各方主体利益,保护数据平台企业在数据采集分析和处理过程中投入人力、物力以及时间成本等合法在先利益,平衡数据产出和使用的效率;四是仍可以通过关注跨行业竞争者的利益,达到直接竞争者和跨行业竞争者利益的动态平衡;五是整全性考量包括例外情形,限制他人获取、使用己方数据的行为等可以作为正当抗辩事由,但例外情形都应在必要限度范围内实施。

四、前景展望:从数据竞争迈向数据共生的美好未来

在网络化、工业化、信息化的加持下,我国目前已经进入了数字经济发展的快车道,从社会到个人、从中央到地方、从政府到企业,均与凭借数据要素为基础的数字经济发展息息相关^[11]。数据基础制度的核心是数据竞争行为,涉及数据竞争行为规则建构等方面的内容^[12]。不过,学界已有的成果大多仅是指出数据竞争行为这一现象,或分析其形成的原因,或论证其对市场竞争的影响,或仅是笼统地谈法律层面的治理,尚未从类型解构的角度予以整全性研究。鉴于此,本文拟从数据竞争行为的类型化解构为研究起点,探寻实践困境及规制研究,以期实现数据竞争行为治理的体系化。类型解构建议的提出也旨在实现体系自洽,并以此为逻辑起点,无论是提出合理衔接竞争法规制机制,还是以类型化解构应对挑战,乃至于科学认定数据竞争行为,对数据竞争行为进行法律规制,都必须在制度和实践间反复观照,方能设计出兼顾需要与可能的数据竞争行为规制进路。总而言之,在当下挑战与机遇并存的数据竞争市场,规制数据竞争行为将给我国经济市场带来公平交易、和谐稳定、应用场景,我国数据竞争将迈向数据共生的美好未来。

参考文献:

- [1] 袁嘉.数据商业化利用的反不正当竞争法规制[J].南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2024(2).
- [2] 李园园.数据抓取行为不正当竞争司法认定规则探究[J].黑龙江社会科学,2024(3).
- [3] 马贤茹.数据竞争行为的类型化重构及法律规制[J].法商研究,2024(3).
- [4] 高建成.竞争法视阈下数据抓取行为的合法性——从用户同意到可携带权的思路演进[J].江西财经大学学报,2024(1).
- [5] 储洁强,张璇,亓蕾.数据竞争中平台商业道德的具象意涵与审查规则[J].电子知识产权,2024(2).
- [6] 张生,李捷.数据驱动型并购中数据垄断监管的欧盟模式及启示[J].现代经济探讨,2023(10).
- [7] 李健男,高宁宁.企业公开数据权益保护的复合路径——基于数据形态进化的可能选择[J].北京行政学院学报,2023(2).
- [8] 陈兵.规制数据不正当竞争行为的司法实践检视及改进方向[J].知识产权,2024(3).
- [9] 吕富生.数据不法竞争行为的规制困境与出路[J].信息通信技术与政策,2024(4).
- [10] 周佳颖,吴道霞.竞争法视角下企业数据爬取行为合规研究[J].山西高等学校社会科学学报,2024(3).
- [11] 张惠彬,许蕾.公有领域中大模型开源代码数据训练的惠益分享[J].特区实践与理论,2024(2).
- [12] 贾振宇.论反不正当竞争法视角下数据爬取行为的裁判路径与完善[J].胜利油田党校学报,2023(6).

作者:刘仕贤,广州商学院粤港澳大湾区法治研究院研究员

李佳薇,广东外语外贸大学经济法学硕士研究生

责任编辑:谭博文