

企业间强制数据共享：理论、挑战及实现路径

陈怡

(澳门城市大学 法学院, 澳门 999078)

摘要:在市场经济中,数据作为一种生产要素与资料,原则上应当以企业自愿、同意作为共享的前提,这是保障民事主体权益与契约自由的要求。然而,在特殊情形下,为了预防和制止垄断,维护市场的竞争性,有必要在企业间实行数据强制共享。强制企业共享数据是数据共享自由的例外,更是重要补充。中国当前的竞争法律制度难以完全应对数字经济领域的垄断问题。为了更好地防范、应对数字经济发展中的数据垄断风险及问题,维护市场竞争秩序,未来有必要借鉴域外经验,构建一个完善的企业间强制数据共享制度框架。

关键词:B2B 强制数据共享; B2B 数据共享; 数据访问权; 数据垄断; 数据法

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2024)03-0083-13

一、问题的提出

在数字时代,数据成为一种重要的生产资源和要素,并且通过共享来实现自身价值。所谓数据共享,是指数据持有人向他人提供其控制或持有的数据,以单独或者共同使用数据的行为。在市场经济中,一般来说,数据共享应当以对数据拥有处分权的数据持有人自愿为前提,这是尊重民事主体权益及意思自治的要求,也是作为市场经济中资源配置基本手段的合同自由的要求与体现。基于此,包括中国在内的许多国家与地区的立法^①均将数据主体知情同意作为个人数据共享的前提与原则。同理,当企业将持有的数据用于共享时,也应当以自愿、同意为前提。

然而,一些国家、地区在近期的立法中不约而同地出现了对企业施加数据共享义务的规定。^②在这些规定中,数据共享是企业必须要履行的一项法定义务,作为数据持有人的企业的真实意愿则在所不问。基于此,理论上一般称之为强制性的企业数据共享(或企业数据强制共享)。从数据共享的对象来看,这种强制性的企业数据共享包括企业向政府的共享、企业向企业的共享以及企业向消费者的共享。笔者仅讨论企业向企业的数据强制共享(简称 B2B 强制数据共享),即根据法律规定,当其他企业提出请求时,数据持有企业负有提供相关数据,或者允许其他企业访问并使用有关数据的义务。本质上, B2B 强制数据共享与契约自由的精神与理念是背道而驰的。在市场经济中,强制企业共享数据是对企业数据交易自由的一种限制和干预,因此,需要具有足够充分且正当的理由。有鉴于此,关于 B2B 强制数据共享的讨论,必须要回答以下问题:为什么要在企业之间强制数据共享?或者说,企业之间强制数据共享的理论依据是什么?在什么情况下需要强制企业共享数据?哪些数据可以在企业间强制共享?哪些企业应当共享数据以及哪些企业有权获得共享的数据?围绕上述问题,笔者将论证 B2B 强制数据共享的理论基础,并据以审视中国法律是否足以应对技术变革带来的数据垄断问题,^③分析中国实行 B2B 强制数据共享的客观需求及挑战,进而探讨未来 B2B

收稿日期:2024-06-28

基金项目:2021 年度澳门特别行政区政府高等教育基金支持项目“粤港澳大湾区数据跨境流通的治理与合规性研究”(HSS-CITYU-2021-01)

作者简介:陈怡,女,法学博士,澳门城市大学法学院助理教授、硕士生导师。

① 如欧盟《通用数据保护条例》、美国《加利福尼亚消费者隐私法案》、新加坡《个人数据保护法》等。

② 如欧盟《数字市场法》第 5 条,《数据法案》第 3 条、第 14 条等。

③ 参见戴艺哈:《国际贸易法视域下的人工智能规制——以 WTO 规则为视角》,载《上海财经大学学报》2023 年第 2 期,第 124 页。

强制数据共享的实现路径,以应对数字经济发展中的垄断问题。

二、B2B 强制数据共享的理论基础

(一) 数据具有一定的排他性

从来源来看,企业持有的数据既有其生产、经营活动中生成的数据,也有其在提供商品或服务过程中向用户收集的各类数据。^① 从自然属性来看,企业持有的数据具有无形性、可复制性等特征。由于数据可以低成本无限复制且不会损耗,多个主体同时使用数据也不会对该数据的效用产生影响,因此,从经济属性来看,数据具有非排他性。^② 然而,从事实及规范的维度来看,数据又具有一定的排他性。理由在于:第一,在事实层面上,虽然数据被复制后极易传播,但是在实践中,数据并不是自动地、必然地可以供任何人使用。基于维护自身商业利益与优势、保护数据主体隐私等诸多因素的考虑,数据持有企业通常不会允许他人任意复制、传播或使用数据,而且还会通过各种技术手段(譬如对硬盘、服务器等物质载体进行封存,对数据进行加密等^③)或者高昂的访问与使用费排除、拒绝他人使用数据。^④ 第二,在法律层面上,基于知识产权法、竞争法等相关法律之规定,企业对其持有的部分数据(如企业在生产、管理活动中自主采集的数据)^⑤具有绝对的支配权与排他权。除此以外,虽然立法上尚未对企业数据确权,但理论上主流观点认为,数据是企业的重要资产,企业对其生产和处理的数据享有的权益属于一种新型的财产权,应当予以保护。^⑥ 基于此,一旦立法对企业数据进行确权,企业对数据享有的权益将具有一定的排他效力。这意味着,如果数据持有企业不同意,其他企业将难以访问、使用由该企业控制或持有的数据。

数据价值的发挥很大程度上依赖于数据的流通与使用。^⑦ 企业对其控制的数据在事实或法律上的排他性占有,一定程度上会妨碍数据的流通与重复使用,在这种情况下,为了促进数据在市场上的流通与重复使用,强制企业共享数据得以成为可能。值得一提的是,为了克服企业数据赋权可能导致的数据流通阻碍问题,有研究借鉴著作权法规定的合理使用制度,提出为了学习、研究或公共利益的需要而使用企业数据应被视为合理使用,不构成对企业数据权利的侵害,企业应当为此开放专门的 API 接口或是提供其他便利措施;^⑧亦有观点认为基于数据信息自由流动的公共利益需要,应当对企业公开数据设立合理使用制度。^⑨ 从效果来看,无论是数据合理使用制度,还是笔者讨论的 B2B 强制数据共享,都是通过立法赋予有关主体获取、使用数据的权利,都是为了促进数据的流通与利用而对数据持有者所享有的数据权利的一种限缩,因此,二者在本质上是相同的。然而,二者的讨论视角有所不同:数据合理使用制度主要以企业对持有的数据具有排他性所有权为前提,旨在平衡企业数据财产权和社会公共利益之间的关系;而笔者所讨论的 B2B 强制数据共享则主要是从预防和纠正数据垄断、维护市场竞争的角度,主张通过立法要求数据持有企业向其他企业提供数据。因此,在这两种制度之下,可以获取、访问数据的主体,可被获取、使用的数据范围以及获取、使用

^① 参见孙莹:《企业数据确权与授权机制研究》,载《比较法研究》2023年第3期,第61-62页;程啸:《企业数据权益论》,载《中国海商法研究》2024年第1期,第50页。

^② Martens Bertin & De Streele Alexandre, et al., *Business-to-Business Data Sharing: An Economic and Legal Analysis*, EU Science Hub (22 July 2020), https://joint-research-centre.ec.europa.eu/reports-and-technical-documentation/business-business-data-sharing-economic-and-legal-analysis_en#authors;周樾平:《大数据时代企业数据权益保护论》,载《法学》2022年第5期,第163页;丁晓东:《数据公平利用的法理反思与制度重构》,载《法学研究》2023年第2期,第29-30页;王利明:《数据何以确权》,载《法学研究》2023年第4期,第57页。

^③ Wolfgang Kerber, *A New (Intellectual) Property Right for Nonpersonal Data? An Economic Analysis*, Philipps-Universität Marburg (September 2016), https://www.uni-marburg.de/en/fb02/research-groups/economics/macroeconomics/research/magks-joint-discussion-papers-in-economics/papers/2016-papers/37-2016_kerber.pdf.

^④ 参见武长海主编:《数据法学》,法律出版社2021年版,第26页;沈健州:《数据财产的排他性:误解与澄清》,载《中外法学》2023年第5期,第1168-1169页。

^⑤ 参见孙莹:《企业数据确权与授权机制研究》,载《比较法研究》2023年第3期,第64页。

^⑥ 参见丁晓东:《论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第2期,第90-99页;许娟:《企业衍生数据的法律保护路径》,载《法学家》2022年第3期,第72-87页;赵新潮:《企业数据财产权利定位及其保护》,载《广东社会科学》2022年第5期,第274-285页;王冬、叶雄彪:《企业数据权益的理论表达及其保护路径》,载《情报理论与实践》2023年第4期,第99-106页;程啸:《企业数据权益论》,载《中国海商法研究》2024年第1期,第54-62页。

^⑦ 参见高富平:《数据流通理论:数据资源权利配置的基础》,载《中外法学》2019年第6期,第1407-1415页。

^⑧ 参见王勤:《企业数据权利的证成及类型化赋权》,载上海市法学会编:《上海法学研究》2022年第22卷,上海人民出版社2022年版,第45页。

^⑨ 参见沈健州:《数据财产的权利架构与规则展开》,载《中国法学》2022年第4期,第106-107页。

数据的条件及目的等方面存在一定的差异。

(二) 预防垄断:风险社会理论

在数字经济时代,数据是企业参与市场竞争的重要资源。根据经济学的杠杆效应及双轮垄断理论,企业经过长期的数据积累和挖掘后,逐渐掌握大量的用户资源,并结合网络效应、锁定效应、马太效应等互联网竞争特性,利用“滚雪球效应”使数据资源渐渐集中到少数企业手中,形成数据垄断。^① 竞争是市场经济的本质特征,而垄断是一种限制、排除竞争的现象,不利于市场的公平竞争及社会经济的安全与稳定,数据垄断自然也不例外。美国竞争法领域知名学者 Maurice Stucke 曾直言不讳地指出,与传统的垄断相比,数据垄断对社会的危害更大。因为其不仅会影响人们的钱包,还会影响人们的隐私、自主性、民主和福祉。^② 对于消费者而言,在市场占主导地位的企业往往收集了大量的用户数据。如果缺乏竞争,数据垄断企业面临的压力就会较小,为了谋取更大的利润,他们在收集与利用用户数据的过程中可能会将对用户信息的保护压低至竞争水平以下,进而使消费者的隐私面临被侵害的危险。除此以外,由于缺乏可替代的竞品,消费者还可能被迫以昂贵的价格接受低质量的产品和服务。对于市场而言,首先,数据垄断会增加参加经济活动的第三方的成本,譬如占市场主导地位的平台企业可以利用各种简单廉价的方式排除竞争对手。^③ 其次,数据垄断会抑制市场创新。在数据垄断的市场中,无论是占主导地位的企业还是其潜在的竞争者,创新的动机都很低。最后,数据垄断会导致财富集中。数据垄断企业可以利用其数据优势,从上游卖家和下游消费者那里攫取大量财富。譬如,在杠杆效应之下,数据垄断企业可以将数据优势扩张到其他关联市场,并形成压倒性优势,压缩其他竞争对手生存空间,^④从而使得垄断利润增加。对于社会而言,数据垄断还会引发社会和道德方面的问题,如数据垄断企业提供的产品会使人上瘾,损害人的自主性;数据垄断企业可以凭借数据优势影响社会公共辩论、人们的思考方式以及对是非的看法等。^⑤

根据风险社会理论,伴随着科技的进步与经济的发展,现代社会充斥着各种具有不确定性和危害性的人为风险。风险的识别、防范与控制成为现代化社会治理的重要议题。^⑥ 从法治的维度来看,法律是社会治理之工具,为有效响应社会风险识别、防范与控制的要求,法律制度的适用有必要从被动、静态不断转向主动、动态。^⑦ 鉴于数字市场自然状态下具有垄断的趋势及垄断存在危害性,有必要根据风险社会理论,在制度上引入积极的预防措施,防止数据驱动市场走向垄断。从逻辑的维度来看,数据共享是防止企业数据垄断的一个重要手段,但如上所述,实践中,出于维护自身竞争力及保护隐私的考虑,企业自主共享数据的意愿并不会太强,并且对持有的数据事实上已经形成了一种排他性的占有。在这种情况下,唯有引入 B2B 强制数据共享制度,要求具有数据优势的企业向其他企业开放必要的的数据资源,才有可能使其他企业获得相关数据,从而避免具有数据优势的企业通过各种排他性占有形成数据垄断。事实上,实践中一些立法已经开始作出这种尝试。如为防止数据垄断,使数字市场更具竞争性和更加公平,欧盟已经率先在《数字市场法》和《数据法案》中通过为用户创设数据访问权(包括数据可携带权)^⑧的方式,强制数据持有者向用户及其授权的第三方提供数据。^⑨ 其中,《数字市场法》第6条规定,提供核心平台服务的企业(即“看门人”)应当根据商业用户、终端用户及其授权的第三方的请求,免费提供商业用户与(或)终端用户使用核心平台服务时提供或生成的

① 参见陈来瑶、马其家:《平台企业数据共享的反垄断法规制》,载《情报杂志》2022年第6期,第100页。

② Maurice E. Stucke, *Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let a Few Tech Companies Monopolize Our Data*, Harvard Business Review (27 March 2018), <https://hbr.org/2018/03/here-are-all-the-reasons-its-a-bad-idea-to-let-a-few-tech-companies-monopolize-our-data>.

③ Maurice E. Stucke, *Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let a Few Tech Companies Monopolize Our Data*, Harvard Business Review (27 March 2018), <https://hbr.org/2018/03/here-are-all-the-reasons-its-a-bad-idea-to-let-a-few-tech-companies-monopolize-our-data>.

④ 参见陈来瑶、马其家:《平台企业数据共享的反垄断法规制》,载《情报杂志》2022年第6期,第100页。

⑤ Maurice E. Stucke, *Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let a Few Tech Companies Monopolize Our Data*, Harvard Business Review (27 March 2018), <https://hbr.org/2018/03/here-are-all-the-reasons-its-a-bad-idea-to-let-a-few-tech-companies-monopolize-our-data>.

⑥ 参见宋友文、郑百灵:《反思现代性的新视角——风险社会理论的兴起及其当代价值》,载《求实》2012年第5期,第33-36页;杨永伟、夏玉珍:《风险社会的理论阐释——兼论风险治理》,载《学习与探索》2016年第5期,第35-40页。

⑦ 参见王明泽:《风险社会视角下反垄断法预防功能的制度实现与理论适配》,载《东北农业大学学报(社会科学版)》2023年第3期,第11页。

⑧ 结合欧盟《数字市场法》和《数据法案》中的相关规定,理论上一般认为,企业数据可携带权的概念可被数据访问权概念所包含。参见王洪亮、叶翔:《数据访问权的构造——数据流通实现路径的再思考》,载《社会科学研究》2023年第1期,第76页。

⑨ *Digital Markets Act*, EUR-Lex (12 October 2022), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925>.

数据,以及应任何第三方在线搜索引擎企业的要求,以公平、合理和非歧视的条件,向其提供终端用户在平台在线搜索引擎上生成的搜索数据。^①《数字法案》第3条至第5条则进一步规定,用户及其授权的第三方有权向提供联网产品和服务的企业请求访问因其使用联网产品或服务而产生的数据,以及解释和使用这些数据所需的元数据。^②

(三) 纠正数据垄断:市场失灵与国家干预理论

如前所述,虽然立法上普遍允许数据交易,鼓励数据流通,但实践中,由于惧怕其他竞争者获得数据后会削弱自身竞争力,企业共享数据的意愿通常不大。数据垄断企业利用数据优势可以更容易纵向一体化到下游市场或进入不相关市场,^③因此往往也不愿意与其他企业交易数据。主流经济学理论认为,完全竞争的市场是不存在的,不完全竞争的市场(如市场存在垄断、不正当竞争等)才是常态。由不完全竞争引致的市场失灵会破坏市场的竞争秩序,减少社会对消费品的选择以及降低社会福利水平。^④为了克服市场的固有及内在缺陷,促进社会福利,必须要依靠政府来纠正市场失灵。^⑤市场失灵是国家干预的前提与逻辑起点。一般来说,在市场中,企业间数据的共享与交易应当按照市场经济活动规律进行。根据市场经济契约自由的精神,企业间数据的共享、交易应当以双方自愿为前提,一方不得强迫另一方共享数据,但是,当在市场占有支配地位的企业持有的数据是其他企业进入相关市场及参与竞争的必要生产要素时,拒绝数据交易则可能会导致垄断、限制竞争。在这种情况下,根据经济学的市场失灵和国家干预理论,有必要借助国家力量强制缔约,促成数据的共享与交易。譬如,为了应对数字经济中的数据垄断问题,德国《反限制竞争法》将传统经济中的“基础设施”理论^⑥延伸适用至数据领域,认为数据也是一种基础设施,并据以强制数据垄断企业共享相关数据。德国《反限制竞争法》第十修正案第19条规定,占市场支配地位的企业无正当理由拒绝授予其他企业访问其数据、网络平台或其他基础设施的权限,如果这种访问权限是其他企业在上游或下游市场上运营的客观必要条件,并且拒绝授予可能会消除这些企业在该市场上的有效竞争,则拒绝授予权限的企业构成滥用市场支配地位。^⑦因此,当企业拒绝提供数据的行为符合上述规定时,德国的执法机构或者司法机关可以强制该企业开放数据的访问。

三、中国实行 B2B 强制数据共享的现实需求与挑战

(一) 中国实行 B2B 强制数据共享的现实需求

1. 培育统一数据市场之客观要求

目前中国的数字经济持续快速发展,数字经济在国民经济中的地位与作用日渐显著。中国信息通信研究院2023年4月发布的《中国数字经济发展研究报告(2023年)》显示,2022年中国的数字经济规模已达50.2万亿元,数字经济占GDP比重超过四成,占比达到41.5%。^⑧与此同时,中国数字经济发展呈现出少数大企业主导的趋势和特点,不少行业的市场结构出现高度集中化现象。譬如,根据近两年有关的数据统计,

^① *Digital Markets Act*, EUR-Lex (12 October 2022), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925>.

^② *Data Act*, EUR-Lex (22 December 2023), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R2854&qid=1704709568425>.

^③ 参见曾彩霞、朱雪忠:《数字经济背景下构建数据强制许可制度的合理性、基本原则和监管思路——基于数据作为关键设施视角》,载《电子政务》2022年第2期,第99-100页。

^④ 参见席涛:《市场监管的理论基础、内在逻辑和整体思路》,载《政法论坛》2021年第4期,第73页。

^⑤ 参见金太军:《市场失灵、政府失灵与政府干预》,载《中共福建省委党校学报》2002年第5期,第54-56页;席涛:《市场监管的理论基础、内在逻辑和整体思路》,载《政法论坛》2021年第4期,第73-74页。

^⑥ “基础设施”理论(又称“必要设施”理论)是工业经济时代西方国家和地区普遍用于证成反垄断规制的一个规则理论。根据该理论,如果一个处于上游市场中的经营者控制了下游市场中生产经营无法复制且必不可少的“必要的”或“瓶颈的”设施,为了消除限制竞争的效果,可强制设施控制者开放设施,让处于下游市场的生产经营者以合理的商业条款使用该设施。Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, *Yale Law Journal*, Vol.131:1483, p.1501(2022);段宏磊、沈斌:《互联网经济领域反垄断中的“必要设施理论”研究》,载《中国应用法学》2020年第4期,第50-51页;孙清白:《论大型平台企业数据交易强制缔约义务》,载《中外法学》2024年第1期,第245-246页。

^⑦ *Competition Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB)*, Bundesministerium der Justiz (16 November 2023), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0027.

^⑧ 参见《中国数字经济发展研究报告(2023年)》,载中国信通院网站2023年4月, <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202304/P020240326636461423455.pdf>.

百度在中国搜索引擎市场长期占有65%以上的市场份额,^①滴滴在网约车市场份额占比62.9%,^②支付宝与微信在移动支付市场份额合计占比95%,^③抖音和快手在短视频市场份额合计占比超过90%,^④美团和饿了么在外卖平台市场占有率合计超过90%,^⑤淘宝和天猫在电商平台市场份额占比46%左右。^⑥高度集中的市场化结构的出现,一方面容易产生较高的市场进入壁垒,排斥新企业的市场进入,^⑦另一方面还容易引发各种限制、排除竞争的现象。近年来,国内一些大型平台企业在经营活动中“二选一、平台自我优待、屏蔽封禁”等涉嫌限制、排除竞争的现象就时有发生,如阿里巴巴、美团曾分别对平台内商户提出“二选一”以及签订独家协议的要求,禁止平台商户在其他竞争性平台开店或参加促销活动等;^⑧腾讯自2018年开始通过微信和QQ限制用户分享来自抖音的内容;^⑨微信曾对飞书关闭分享的API接口^⑩等。此外,随着平台经济网络效应的增强,一些大型平台出于控制数据的目的而拒绝数据访问的现象也逐渐出现,如2021年蚁坊公司对新浪微博提起的“反垄断纠纷案”。^⑪上述这些现象,不仅直接限制了中小商家的选择自由和拓展市场的空间,而且从长远来看,会限制、扭曲市场竞争,限制市场产品和服务创新能力,进而影响消费者的福利——商品和服务选择权变少,难以享受到优质或性价比高的商品和服务。

2022年,《中共中央、国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》中明确提出:“加快培育数据要素市场,建立健全数据安全、权利保护、跨境传输管理、交易流通、开放共享、安全认证等基础制度和标准规范……推动数据资源开发利用。”促进数据要素的流通、共享是建立统一的数据市场的重要前提与基础。然而,中国数字经济发展实践表明,一些行业已经出现了高度集中的市场化结构,且一些大型平台企业在实践中已经显现出了行为意义上的垄断倾向,^⑫极易容易导致数据壁垒与数据孤岛,不利于数据要素的流动与使用,进而损害数字市场的竞争秩序,妨碍统一的数据市场的建立。因此,有必要通过强制数据共享,防范、消解企业数据垄断的现象。

2. 立法回应数字经济发展需求之内在要求

法治是现代国家和社会基本的治理方式及机制,良好的法制是实现法治的前提与基础。因此,作为国家和社会治理工具的法律需要与时俱进,及时回应国家与社会发展中出现的问题。对于数字经济发展中面临的垄断问题,中国目前主要依靠《中华人民共和国反不正当竞争法》和《中华人民共和国反垄断法》(简称《反垄断法》)进行规制与解决。总体来看,当前对数字经济中的垄断进行规制的法律制度存在以下问题。

首先,对数字经济中的垄断以事后规制与救济为主,基于预防垄断的事前规制与监管不足。从成效来看,事后规制及救济往往需要在个案基础上对一系列复杂事实进行调查和经济分析,存在程序慢、^⑬经济成本高、难以解决结构性市场失灵及恢复有效市场竞争等问题。^⑭为确保数字经济有序发展,对于当前中国数

① 最高占有中国搜索引擎服务市场的90%以上市场份额。Tablet Search Engine Market Share China, Statcounter, <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/tablet/china#monthly-202101-202406>.

② 参见《中国网约车的供给结构和竞争格局》,载搜狐网2023年6月19日, https://www.sohu.com/a/687075395_120245260#google_vignette.

③ 参见《我国移动支付市场中,微信和支付宝,占据了多大的市场份额?》,载搜狐网2023年3月30日, https://www.sohu.com/a/660901245_121032007.

④ 参见中国网络视听节目服务协会:《2023年中国网络视听发展研究报告》,载网经社2023年4月10日, <https://www.100ec.cn/detail-6626115.html>.

⑤ 参见李方:《多家互联网企业入局——外卖市场竞争渐趋激烈》,载《经济日报》2023年2月28日,第12版。

⑥ 参见《2024年电商发展报告》,载搜狐网2024年4月13日, https://www.sohu.com/a/771297469_121665362.

⑦ 参见唐要家:《数字平台反垄断的基本导向与体系创新》,载《经济学家》2021年第5期,第85页。

⑧ 参见《市场监管总局对阿里巴巴“二选一”垄断行为作出行政处罚》,载央视网2021年4月10日, <http://m.news.cctv.com/2021/04/10/ARTI900ra0wbA0eTrI7S8Hm2210410.shtml>;《市场监管总局依法对美团“二选一”垄断行为作出行政处罚》,载新浪财经网2021年10月8日, <https://finance.sina.cn/2021-10-08/detail-iktzqtu0279826.d.html>.

⑨ 参见《字节跳动:遭腾讯封禁逾3年 每天4900万人次分享抖音受阻》,载新浪科技网2021年6月4日, <https://finance.sina.cn/tech/2021-06-04/detail-ikqciyzi7728915.d.html?fromtech=1&from=wap>.

⑩ 参见张耀华:《“微信屏蔽飞书”背后实为商业竞争》,载财经网2020年3月14日, https://news.caijingmobile.com/article/detail/413645?source_id=40.

⑪ 参见穆青风:《一家独大的新浪微博因拒绝许可数据被诉垄断》,载《中国贸易报》2021年11月16日,第A6版。

⑫ 参见蓝庆新、史方圆:《我国平台经济发展现状、问题和对策》,载《人文杂志》2023年第7期,第51-52页。

⑬ 参见许获迪、杨恒:《平台经济事前治理的国际经验和中国路径》,载《电子政务》2023年第3期,第55页。

⑭ 参见王明洋:《风险社会视角下反垄断法预防功能的制度实现与理论适配》,载《东北农业大学学报(社会科学版)》2023年第3期,第14页。

字经济发展中出现的各种垄断风险与问题,立法有必要改变传统单一的事后规制模式,从预防垄断的角度出发,加强事前监管。具体而言,可以通过立法对在市场达到一定条件的企业施加数据共享义务,避免其滥用优势地位制造数据壁垒,防止数据垄断及市场倾斜。

其次,数据垄断的事后规制与救济措施不足。相较于工业经济时代,数字经济时代的竞争要素、结构和原理都已经发生了巨大变化,中国当前的竞争法主要是以工业经济为背景制定的,其中的很多反垄断规则已经难以完全适应数字经济时代的发展要求。^①就数据垄断问题而言,尽管在2024年6月24日发布的《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(简称《反垄断民事诉讼司法解释》)中,将具有市场支配地位的企业拒绝开放数据的行为认定为《反垄断法》第22条第1款第3项规定的“拒绝与交易相对人进行交易”的行为,明确了一定条件下企业拒绝开放数据的行为可构成滥用市场支配地位,但就规制结果而言,立法一直未明确将强制交易作为拒绝交易的救济措施。虽然从法解释学的角度,反垄断法禁止具有市场支配地位的企业“无正当理由,拒绝交易”体现的就是强制缔约,^②但是由于缺乏立法的明确授权,实践中,中国的反垄断执法机构和司法机关基本不会直接强制企业交易。就执法层面而言,拒绝交易是一种典型的不作为,在现行法律框架下,如果企业拒绝开放数据构成滥用市场支配地位,反垄断执法机构能采取的措施只有罚款和责令违法企业停止违法行为,难以直接强制违法企业共享数据。因此,如果违法企业不积极作为,反垄断执法机构的“责令停止违法行为”的处罚决定就只有宣示的效果,有数据需求的企业的权利仍无法实现与获得保障。

在司法层面,从过往的司法实践来看,如果法律未对强制交易义务作出具体、明确的规定,法院一般不会轻易认定拒绝交易的行为违法,更不会判令强制交易。^③根据《反垄断民事诉讼司法解释》第43条第2款之规定,在反垄断民事诉讼中,如果判令被告停止被诉垄断行为尚不足以消除排除、限制竞争效果的,人民法院可以根据原告的诉讼请求和具体案情,判令被告承担作出必要行为以恢复竞争的法律义务。虽然这一规定一定程度上解决了法院判令强制交易所面临的法律依据不足的问题,未来法院可以援引该条强制滥用市场支配地位的企业共享数据,但是仍然面临着一些挑战。由于强制数据共享本质上属于强制缔约或强制交易,除了被诉企业提供数据的义务,数据共享还涉及数据的共享费用、条件、使用方式及安全保障措施等诸多内容,这些都需要数据共享双方磋商确定。很显然,在双方难以达成共识而法律又没有具体规定的情况下,法院难以径直强制企业共享数据。退一步讲,即使法院判令强制共享数据,也只能回避掉数据共享条件这些具体问题,要求被诉企业以公平、合理、非歧视的条件向提出数据访问请求的企业共享数据。然而,在这一判决之下,企业双方仍需就数据访问的具体条件进行磋商。在这种情况下,如何确保企业以公平、合理、非歧视的条件进行磋商又成为一个现实问题。在缺乏有效监督的情况下,如果数据持有企业借故拖延磋商,那么有数据需求的企业获取数据的请求与利益也无法真正获得保障与实现。

(二) 中国实行 B2B 强制数据共享面临的挑战

1. B2B 强制数据共享法律规则缺失

为增强数据要素在市场主体之间的共享性、普惠性,《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》(简称“数据二十条”)指出,强化反垄断和反不正当竞争,形成依法规范、共同参与、各取所需、共享红利的发展模式。然而,从立法层面来看,目前中国尚未构建起 B2B 强制数据共享的法律规范体系,无论是国家层面的顶层设计,抑或地方性法规,都缺乏关于 B2B 强制数据共享的规定。如上所述,由于数据蕴含着巨大的经济价值,现实中许多企业为了巩固在商业市场中的竞争地位,往往不愿意将数据与其他市场主体共享,导致数据壁垒现象严重。在这种情况下,由于强制企业共享数据面临着无法可依的困境,实践中一些对数据有需求的企业不得不“曲线救国”,甚至不惜铤而走险,以身试法,利用爬虫技术,通过“网页抓取”“屏幕抓取”等数据爬取方式从其他平台企业抓取数据。如2016年的“北京百度网讯科技有限

^① 参见杨东:《〈平台经济领域反垄断指南〉解读——落实全面监管,防范资本无序扩张》,载中国网2021年2月22日, http://www.china.com.cn/opinion/think/2021-02/22/content_77235509.htm。

^② 参见朱岩:《强制缔约制度研究》,载《清华法学》2011年第1期,第73页。

^③ 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》,载《现代法学》2021年第5期,第171-172页。

公司与上海汉涛信息咨询有限公司不正当竞争纠纷案”^①,2017年的“深圳市谷米科技有限公司与武汉元光科技有限公司等不正当竞争纠纷案”^②和“上海晟品网络科技有限公司、侯某某等非法获取计算机信息系统数据案”^③,2019年的“北京微梦科创网络技术有限公司与上海复娱文化传播股份有限公司不正当竞争纠纷案”^④以及“湖南蚁坊软件股份有限公司与北京微梦科创网络技术有限公司不正当竞争纠纷案”^⑤等。从发挥法律预防功能的角度出发,如果立法上事先对企业有义务共享数据的场景、条件和范围等作出明确规定,则有助于使有数据需求的中小企业通过合法的途径获得相关数据,从而减少各种数据爬取现象及其引发的违法犯罪行为。

2.B2B 强制数据共享互操作性不足

数据标准化对数据共享与使用具有重要影响。企业数据的行业属性明显,不同企业可能会使用不同的数据收集和管理系统,从而导致企业数据在格式、结构、标准等方面各不相同。^⑥目前中国企业之间对数据命名、格式、类型、长度等尚未形成统一的标准,这将导致企业间在对数据进行共享使用时,难以直接进行互操作使用,一定程度会影响企业数据共享使用的效率和效果。

3.B2B 强制数据共享中的数据安全风险

从构成来看,企业持有的数据既包括企业自身在生产、经营活动中生成、积累的数据,也包括其向用户收集的个人数据以及与用户行为有关的数据(如产品浏览记录、购买行为、产品偏好等)。企业共享数据会给企业的商业秘密、用户隐私以及个人信息的保护带来严峻的挑战。数据安全是企业间进行数据共享时不容忽视的一个重要问题。虽然目前中国已经制定了《中华人民共和国数据安全法》(简称《数据安全法》)以及《中华人民共和国个人信息保护法》(简称《个人信息保护法》),但是由于国家顶层设计层面尚未建立起关于企业数据流通的安全规范体系,因此,在 B2B 强制数据共享的过程中,同样面临着企业数据、个人数据和隐私泄露或者有关资料被篡改的风险与可能。另外,数据被共享后,亦有可能被接收数据的企业滥用,从而进一步增加了被共享数据的安全隐患。

四、中国 B2B 强制数据共享的实现路径

(一) 立法赋予企业数据访问权,并明确其适用场景及内容

如前所述,为预防数据垄断,欧盟在立法上以赋予用户数据访问权的方式,实现 B2B 强制数据共享。为避免数据持有企业垄断数据,排斥其他市场主体获取、使用有关数据,形成数据锁定效应,未来中国可以参考欧盟的做法,在对数据进行确权的专门立法中创设数据访问权,在一定条件下使持有数据的企业承担允许其他企业及利益相关者访问、使用有关数据的义务,从而实现 B2B 强制数据共享,理由如下。

首先,虽然理论界目前对数据应如何确权尚未完全达成共识,但“数据二十条”已经在国家政策层面为中国的数字确权作出指引,数据确权势在必行。《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第 127 条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”作为一项宣示性条款和引致条款,该条确立了数据的保护规则。^⑦在数据的确权问题上,未来中国应当以该条为基础与依据,制定专门的立法对数据权益作出保护。企业的数字访问权属于数据权益的重要组成部分,理应在当中一并作出规定。

其次,从来源及构成来看,数据往往是多重主体共同参与、相互作用的结果。^⑧企业数据通常是由用户^⑨

① 参见上海知识产权法院(2016)沪 73 民终 242 号民事判决书。

② 参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤 03 民初 822 号民事判决书。

③ 该案是中国首例爬虫技术侵入计算机系统的刑事案件。在该案中,法院认定被告单位晟品公司及其主管人员采用技术手段抓取字节跳动服务器中存储的视频数据的行为,构成非法获取计算机信息系统数据罪。参见北京市海淀区人民法院(2017)京 0108 刑初 2384 号刑事判决书。

④ 参见北京知识产权法院(2019)京 73 民终 2799 号民事判决书。

⑤ 参见北京知识产权法院(2019)京 73 民终 3789 号民事判决书。

⑥ 参见孙道、王盈盈:《企业数据向政府共享:逻辑因由、实践模式与发展路径》,载《电子政务》2024 年第 3 期,第 89 页。

⑦ 参见王利明:《论数据来源者权利》,载《法制与社会发展》2023 年第 6 期,第 55 页。

⑧ 参见王利明:《论数据来源者权利》,载《法制与社会发展》2023 年第 6 期,第 36 页。

⑨ 这里的用户既有可能是作为消费者的自然人用户,也有可能是企业用户。

与企业相互作用形成的,包括用户提交的网页数据(如用户在互联网平台上上传的信息、数字资源)、平台生产的个人数据(如用户提供的个人信息、系统自动记录的各种用户行为信息等)、机器生产的非个人数据(如联网产品传感器采集的数据)等。^①从数据的形成过程来看,因用户使用产品或服务而提供或生成数据,用户对该数据的产生是有一定贡献的,^②用户未必是这些数据的唯一生产者,但肯定属于生产者。“数据二十条”中提出了“谁投入、谁贡献、谁受益”的数据要素收益分配原则,用户作为数据的来源提供者和共同生产者,在数据生产中的资源贡献构成了数据再利用过程中享有一定数据权益的前提。然而,由于用户从根本上无法直接占有和控制数据,因此直接赋予用户对数据的所有权不具有现实性;而且,一个大数据集如果由无数个用户享有所有权,难免导致权利的碎片化,不利于数据的正常流通与利用。^③从经济属性来看,数据是一种具有非竞争性和非排他性的无形财产,能支持多个主体同时访问与使用,某个用户对数据的访问与使用并不会减少该数据的可用性。因此,可以赋予用户对数据的访问、使用权。如此,既肯定了用户作为数据来源者和生产者对数据生产的贡献与价值,又有利于数据的有效流通与使用。

最后,值得注意的是,对于自然人用户作为数据来源者与生产者的权益,《民法典》与《个人信息保护法》中已经较为系统地作出了规定,^④然而,对于作为数据来源者与生产者的企业用户的权益,目前中国立法还是缺失的。在企业数据的确权问题上,如果法律只确认和保护作为数据处理者的企业的权利,而不对作为数据来源者和生产者的企业用户的权利予以保护,那么,在当前持有数据的企业对数据在事实上已经形成排他性控制的情况下,容易进一步导致数据垄断。许多企业用户,尤其是中小微型企业用户,也会由于缺乏与数据持有企业进行谈判和协商的能力与机会,无法获得、使用相关数据。由于数据访问权是促进数据流通的基础性权利模式,^⑤赋予企业用户数据访问权,不仅有利于防止数据垄断与封锁,还有利于充分保护数据各参与方的合法权益,实现数据生产、流通中的公平。^⑥

1. 企业数据访问权的适用场景及其内容

所谓数据访问权,是指在特定条件下赋予对数据访问有利益的企业及其他利益相关者访问、使用、复制和转移数据的权利,亦即法律上使数据持有者承担允许他人访问、使用有关数据的义务。^⑦虽然赋予企业数据访问权的目的是为了数据访问权为基础的B2B强制数据共享,仍然是国家对私主体数据共享自由的限制与干预。为避免对数据持有企业的权益造成过度干预,企业数据访问权的行使须遵循合理使用原则。因此,立法有必要对企业数据访问权的适用场景及其内容进行严格限制。参考欧盟的作法,并结合目前中国数字经济市场的发展情况,未来可以将企业的数据访问权设定在以下两个适用场景。

第一,企业用户有权访问其使用联网产品与服务时生产的数据。这一场景主要针对的是企业透过物联网提供的产品(即智能互联产品)与数字服务,即当企业用户提出要求时,数据持有企业有义务向企业用户提供其使用联网产品或服务时产生的数据。或者说,企业在制造和设计产品时,应确保生成的数据在默认情况下可供用户直接、开放、即时地访问,并且企业所提供的数据必须是准确、完整且最新的。^⑧

就数据访问权的主体而言,在这一场景中,用户对智能互联产品的使用通常依赖于存储于物联网中的数据,具有访问、使用数据的正当性。^⑨然而,实践中,用户有可能缺乏后续访问和使用数据的能力或兴趣,因

① 参见周樾平:《大数据时代企业数据权益保护论》,载《法学》2022年第5期,第162页。

② Josef Drexl, *Data Access and Control in the Era of Connected Devices—Study on Behalf of the European Consumer Organisation BEUC*, Max Planck Institute for Innovation and Competition (15 January 2019), https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/aktuelles/aus_der_forschung/beuc-x-2018-121_data_access_and_control_in_the_area_of_connected_devices.pdf.

③ 参见周樾平:《大数据时代企业数据权益保护论》,载《法学》2022年第5期,第163页。

④ 参见王利明:《论数据来源者权利》,载《法制与社会发展》2023年第6期,第46页。

⑤ 参见王洪亮、叶翔:《数据访问权的构造——数据流通实现路径的再思考》,载《社会科学研究》2023年第1期,第75页。

⑥ 参见王利明:《论数据来源者权利》,载《法制与社会发展》2023年第6期,第40页。

⑦ 参见王洪亮、叶翔:《数据访问权的构造——数据流通实现路径的再思考》,载《社会科学研究》2023年第1期,第75页。

⑧ 参见杨志航:《跨越企业数据财产权的藩篱:数据访问权》,载《江西财经大学学报》2023年第5期,第145页。

⑨ Josef Drexl, *Data Access and Control in the Era of Connected Devices—Study on Behalf of the European Consumer Organisation BEUC*, Max Planck Institute for Innovation and Competition (15 January 2019), https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/aktuelles/aus_der_forschung/beuc-x-2018-121_data_access_and_control_in_the_area_of_connected_devices.pdf.

此,授权第三方代表其访问和使用相关数据成为数据流通利用的必然选择。^①例如,欧盟《数据法案》中就规定数据持有人有义务应用户要求向其指定的第三方提供相关数据。此举有利于使更多企业获得数据,从而增加竞争力,刺激创新,促进产品与服务的开发。当然,此处的第三方并非真正的权利人,其访问数据的权利主要源于用户授权,因此必须要严格按照用户指定的目的和方式利用数据。与此同时,为了兼顾数据持有人的利益,欧盟还对用户及其授权的第三方对数据的使用目的作了严格的限制,即不得将数据用于开发竞争性产品。此外,考虑到B2B强制数据共享的目的在于帮助中小微型企业以及来自数字化水平不太高的传统行业的公司获得相关数据,而提供核心平台服务的“看门人”往往具有很强的数据获取能力,因此,在这一场景中,欧盟将“看门人”排除在数据访问权人的范畴之外,即“看门人”不能请求或被授权访问通过使用物联网产品或服务而生成的数据。欧盟在B2B强制数据共享中这种利益平衡的理念与做法,也值得中国未来的立法借鉴。

就提供数据访问义务的主体而言,在该场景中,数据持有企业往往要为数据的共享承担一定的技术成本。考虑到微、小型企业在财务、技术方面的能力都非常有限,为了不再额外增加这些企业的发展负担,欧盟把微、小型企业排除在B2B强制数据共享的主体范围之外,即法律豁免了微、小型企业提供数据访问的义务。就中国而言,考虑到中小微型企业是中国社会经济中数量最大的群体,^②且中小微型企业的数字化水平还不高。为了鼓励中小微型企业创新,使其能够为市场提供更多的产品和服务,在要求企业共享其物联网产品和服务产生的数据时,有必要考虑豁免中小微型企业共享数据的义务。

就强制共享数据的类型及范围而言,在这一场景中,企业用户有权访问的数据应当包括其使用互联产品或相关数字服务时提供或生成的数据(如使用智能互联产品时生成的数据),以及解释或使用上述数据所必需的元数据。原因在于:从数据的生产方式及主体来看,用户使用企业的智能互联产品或数字服务时生成的数据既有原始数据(如平台操作记录数据、智能互联产品设备状况数据),也有衍生数据;既有个人数据(如自然人用户的注册信息),也有非个人数据(如智能互联产品的运行数据)。其中,非个人的原始数据通常只是对事实或观察结果的单纯记录,^③在进行聚合、加工之前,往往是杂乱无章的,没有显而易见的价值,其价值取决于后续的技术分析与挖掘。^④基于此,再加上数据的非竞争性经济属性,可以认为,将这些数据共享并不会影响数据持有企业的竞争优势。相反,通过共享可以使更多企业获得这些数据,有利于最大化挖掘数据价值,刺激市场创新。因此,这类数据可以成为B2B强制数据共享的对象。就个人数据来说,由于其内容涉及到个人信息及隐私,因此在这一场景中,除非是作为数据主体的自然人同意,否则不宜将其纳入B2B强制数据共享的范围。另外,由于衍生数据是在原始数据基础上,经过算法加工、计算、聚合而成的系统的、可读取的、有使用价值的数字,同时衍生数据包含了企业的智力创造,因此具有重要的商业价值和财产价值,^⑤理论上一般认为企业对其应当拥有所有权。^⑥基于此,不宜将衍生数据纳入强制共享的数据范围。欧盟《数据法案》中亦表达了类似的观点,认为通过算法从这些数据^⑦中推导或推断出的信息,特别是当结合了智能互联产品中多个传感器的输出时,不应被纳入强制共享的数据范围。^⑧

需要指出的是,在这一场景中,智能互联产品及数字服务产生的一些数据可能会涉及提供数据访问的企业的商业秘密(如智能互联产品设备状况的数据)。考虑到商业秘密具有较大的商业价值,关乎到企业的核心竞争力,实践中对涉及商业秘密的数据是否应当纳入强制共享的数据范围可能会存在争议。对此,为了兼顾数据持有企业的利益,访问数据的企业往往被禁止将共享数据用于开发与数据持有企业有竞争关系的产

① 参见张衡:《“数据二十条”下探析数据资源持有权的内涵及框架构建》,载《信息资源管理学报》2024年第2期,第63页。

② 参见徐佩玉:《中小微企业已超五千两百万户》,载《人民日报海外版》2023年6月20日,第11版。

③ 参见杨立新、陈小江:《衍生数据是数据专有权的客体》,载《中国社会科学报》2016年7月13日,第5版。

④ 参见周樾平:《大数据时代企业数据权益保护论》,载《法学》2022年第5期,第170页。

⑤ 参见杨立新、陈小江:《衍生数据是数据专有权的客体》,载《中国社会科学报》2016年7月13日,第5版。

⑥ 参见丁道勤:《基础数据与增值数据的二元划分》,载《财经法学》2017年第2期,第8-9页;王勤:《企业数据权利的证成及类型化赋权》,载上海市法学会编:《上海法学研究》2022年第22卷,上海人民出版社2022年版,第44-46页。

⑦ 即用户使用产品及相关服务时产生的数据。Data Act, EUR-Lex (22 December 2023), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R2854&qid=1704709568425>.

⑧ Data Act, EUR-Lex (22 December 2023), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R2854&qid=1704709568425>.

品。因此,理论上,将涉及商业秘密的数据纳入强制共享的数据范围,并不会对数据持有企业的利益产生实质性的影响。例如,欧盟在《数据法案》中就明确指出,持有数据的企业不得因某些数据涉及商业秘密而损害用户及第三人访问及使用数据的权利。与此同时,为了保护共享数据的机密性,维护数据持有企业的利益,中国可以参考欧盟的做法,规定数据持有企业可以与数据访问企业或数据接收企业商定保护数据机密性的具体措施,且数据访问企业或数据接收企业只有提前采取了必要的保护措施,才可以要求数据持有企业共享被认为是商业秘密的数据。如果数据访问企业或数据接收企业未执行有关保护措施或者破坏了商业秘密的机密性,则作为数据共享人的数据持有企业有权暂停数据共享。

第二,企业用户有权访问其使用核心平台服务时提供或生成的数据,亦即提供核心平台服务的企业有义务向企业用户提供其使用核心平台服务时提供或生成的数据。

在这一场景中,根据数据来源者及生产者的贡献理论,只要企业使用了大型在线平台企业的服务,无论其是作为商业用户在平台上向消费者提供产品和服务,还是作为终端用户使用平台的核心服务,都应享有数据访问权。当然,考虑到企业不一定都具有处理有关数据的能力,因此,为了进一步促进数据的有效利用,当企业授权时,作为数据实际处理者的第三方也有访问、使用有关数据的权利。就承担提供数据访问义务的主体而言,在这一场景中,考虑到一些占有较大市场份额、对市场具有重大影响的平台企业(如百度、美团、字节跳动、淘宝等)往往掌握着海量的数据资源,因此,对这些企业施加数据共享的义务,有利于打破数据壁垒,防止数据垄断。欧盟在《数字市场法》中为提供核心平台服务的企业设置了三个评判标准:对内部市场有重要影响,即过去三个财政年度每年营业额等于或高于75亿欧元,或其平均市值或同等公允市场价值至少达到上一财政年度750亿欧元,并且在至少三个成员国提供相同的核心平台服务;提供核心平台服务,是企业用户接触终端用户的重要门户,即在上一个财政年度至少拥有4500万月活跃终端用户和10000名年活跃企业用户;已经或即将在市场上拥有根深蒂固且持久的地位,即过去三个财政年度都达到第2点的阈值。在这方面,中国可以借鉴欧盟的做法,从本国数字经济市场实际情况出发,结合年度营业额、用户数量或市场份额等参数,明确大型平台企业的评判标准。从强制共享的数据范围来看,在这一场景中,企业可以访问的数据应当包括企业及其消费者(当企业在平台作为商业用户提供服务时)使用核心平台服务时提供或生成的数据。当然,当涉及消费者的个人数据时,除非是作为数据主体的个人同意,否则有关数据在被访问前应当经过匿名化处理。

要特别指出的是,为了增强搜索引擎市场的可竞争性,欧盟在《数字市场法》中还还为搜索引擎服务商创设了特别的数据访问权,要求提供搜索引擎服务的“看门人”应当根据任何提供在线搜索引擎的第三方的请求,向其提供消费者在“看门人”在线搜索引擎上搜索时产生的数据。考虑到中国搜索引擎市场的集中度较高,数据爬取现象频繁,未来亦可以参考欧盟的做法,在市场集中度较高的领域设立特定的数据访问权,使第三方企业能够合法地从大型平台企业处获取所需数据,促进市场的竞争与创新。

2. 确立企业数据访问的合理补偿原则

虽然通过企业数据访问权实施的强制数据共享有利于增加市场竞争、刺激创新,但是由于数据的收集、处理以及共享都会给数据持有企业带来成本,如果过于强调数据共享义务,忽视数据共享企业的利益,则可能会导致数据共享企业因为担心搭便车行为,不愿再投资于数据的收集工作,从而阻碍创新。因此,为了激励企业在生成和提供数据方面的持续性投资,在出于社会福祉考虑而强制企业共享数据的同时,还应当注意平衡数据持有企业的利益,在必要的时候给予其合理的补偿。在B2B强制数据共享的补偿问题上,欧盟作了区分:“看门人”向商业用户及其指定的第三方共享数据以及企业与用户共享物联网产品产生的数据是免费的;但如果“看门人”向第三方搜索引擎企业共享数据以及企业向用户指定的第三方共享物联网产品产生的数据,则有权获得公平、合理、非歧视的补偿。具体而言,这种补偿除了包括提供数据所需的成本和投资,还可以包括一定的利润。前者无偿共享的正当性理由分别在于需要对“看门人”的市场力量进行干预,以及保障用户的数据访问权和可携带权,加强用户对相关数据的控制权;后者的补偿原则旨在通过明确数据共享谈判的一般条件,解决因数据持有人与数据接收人谈判失衡而导致数据持有人拒绝提供数据的问题,以及维

护数据持有人在数据收集及处理中的付出与努力。^①同时,为了兼顾“弱势”企业的利益,欧盟在《数据法案》中还规定,当数据接收者是中小型企业时,对数据持有人的补偿不得超过其提供数据的直接成本,即数据格式化、通过电子方式传输以及存储数据的成本。欧盟的上述立法较好地兼顾了B2B强制数据共享中各方的利益,尽可能实现了各方利益的平衡,其立法理念与实践也值得中国参考。

(二) 完善企业拒绝共享数据的救济措施

反垄断法禁止具有市场支配地位的企业无正当理由拒绝交易,其主要原因在于拒绝交易会妨碍自由竞争,而这种妨碍有时无法通过损害赔偿或罚款等救济手段完全消除,因此需要对违法企业施加强制交易的义务。^②就纠正垄断而言,强制交易是必不可少的救济措施。实践中,不少国家和地区都赋予执法机构强制交易权。例如,欧盟理事会第1/2003号条例第7条明确规定,对于企业或企业协会限制、扭曲竞争的违法行为,欧盟委员会有权对其采取任何行为或结构性补救措施,只要这些措施与违法行为相称,并且是有效终止违法行为所必需的。^③德国2023年11月生效的《反限制竞争法》第十一修正案第32f条第3款亦规定,为消除或减少竞争扭曲,联邦卡特尔局有权对相关企业施加任何必要的行为补救措施和结构性补救措施。其中,行为补救措施包括授予访问数据、接口、网络或其他设施的权限。^④就数据垄断的规制与救济而言,强制数据共享也是必不可少的。有鉴于此,中国有必要借鉴域外经验,在《反垄断法》或相关法律中赋予反垄断执法机构强制数据共享权,规定当具有市场支配地位的企业拒绝开放数据时,反垄断执法机构可以责令企业双方在指定期限内就提供数据访问的条件进行协商;协商不成的,由反垄断执法机构协调。经协调仍未能达成协议的,反垄断执法机构可以邀请相关领域专家进行论证和提出数据共享方案,并根据有关论证结果和方案作出决定,强制实现数据共享。具有市场支配地位的企业拒不执行协调决定的,反垄断执法机构有权对其进行惩罚性罚款。

在司法层面,尽管理论上以波斯纳为代表的一些学者对于法院在垄断救济中采取强制交易的做法颇有微词,^⑤但无论如何,有规则则应有救济。《反垄断民事诉讼司法解释》第43条第2款为法院在企业拒绝数据共享时采取强制数据共享的救济提供了裁判依据。然而,为了确保法院强制企业共享数据的裁判能得到有效执行,还有必要引入一些外在的配套机制,促使企业达成公平、合理、非歧视的数据共享条件。为此,中国可以参考欧盟的做法,通过制定企业间数据共享示范合同和列举“不公平”条款清单的方式,增强中小微型企业在数据共享中的谈判能力和议价能力,帮助中小微型企业确保数据共享协议的公平性。另外,有些国家会设置专门的监督机制来监督垄断企业遵守和执行法院强制交易的裁判。如在美国“微软反垄断案”中,法院要求微软必须开放其应用编程接口以及通信协议,并在合理和非歧视性条件下对外授权,确保其他软件开发者可以开发与Windows兼容的应用程序。^⑥为了确保该裁判结果能得到遵守与执行,法院设立了一个独立的委员会对微软的行为进行监督。^⑦为了使法院强制数据共享的裁判能得到有效执行,中国也可以考虑在反垄断民事诉讼中引入类似的监督机制。

(三) 建立B2B强制数据共享的监管机制

为确保以数据访问权为依据的强制数据共享政策和法律能得到有效的实施,欧盟在《数字市场法》和《数据法案》中都规定了相应的监管措施和违规惩戒机制,明确监管机构有权对企业共享数据的行为进行监督以及对违规行为进行规制。如果企业违反数据共享义务,则监管机构有权采取包括罚款在内的惩戒措施。

^① Marco Botta, *Shall We Share? The Principle of FRAND in B2B Data Sharing*, Cadmus (13 July 2023), https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/75507/WP%202023_30.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

^② 参见郑鹏程:《论拒绝交易反垄断规制的立法完善——以原料药反垄断法为切入点》,载《现代法学》2021年第5期,第171页。

^③ *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, EUR-Lex (04 January 2003), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32003R0001>.

^④ *Competition Act (GWB)*, Bundesministerium der Justiz (16 November 2023), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0522.

^⑤ 参见[美]理查德·A.波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,法律出版社2003年版,第242页;李剑:《反垄断私人诉讼困境与反垄断执法的管制化发展》,载《法学研究》2011年第5期,第73页。

^⑥ *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

^⑦ Adam Engst, *Final Judgment in Microsoft Antitrust Case*, Tidbits (4 November 2002), <https://tidbits.com/2002/11/04/final-judgment-in-microsoft-antitrust-case>.

欧盟的实践表明,为实现预防垄断的 B2B 强制数据共享,除了需要在立法层面完善制度供给,赋予企业数据访问权并明确数据持有企业的数据共享义务外,还必须建立相应的监管机制,设立专门的监管机构,以监督市场主体遵守、执行数据共享义务。就中国目前的组织架构设置来看,监管职责可以赋予国家市场监督管理总局或是国家数据局之下的专职机构。具体而言,企业数据共享的监管机构的主要职责在于:调查、收集和分析关于数据驱动市场的信息;决定相关市场是否由数据驱动,以及如果是,决定谁必须向谁以何种方式共享哪些数据;建立和管理数据共享所需的技术基础设施;监督 B2B 强制数据共享是否得到适当执行以及对企业违反数据共享义务的行为予以处罚等。

(四) 加强数据互操作性建设与数据安全保障

B2B 强制数据共享的实现,除了需要法律制度的支持以外,还需要技术的支撑与保障。数据互操作性对数据共享与使用具有重要影响。为打破数据共享与流动的技术壁垒,推进数据的开发与利用,欧盟在数据战略框架中提出将持续支持数据技术的发展,投资促进数据共享的基础设施建设,打造欧盟共同数据空间。为增强包括企业数据在内各类数据共享的互操作性,欧盟通过“欧洲地平线”“数字欧洲”等项目,大力支持数据共享工具的开发,研究数据共享接口及其技术标准等。为促进企业数据的访问和使用,《数字市场法》中对“看门人”增加了互操作性的要求;《数据法案》中亦明确规定了企业数据共享的技术标准和互操作性要求,确保企业数据能够以兼容、安全的方式共享及流动。未来中国亦有必要加强企业数据的互操作性建设。一方面,可以依托行业监管部门,推进不同行业企业数据标准的制定与施行;另一方面,加大对企业数据共享技术和基础设施的投入与建设,提升企业在共享数据过程中的各种技术能力。

在强化对企业共享数据的安全保障方面,首先,全国网络安全标准化技术委员会 2024 年 3 月发布的《数据安全技术 数据分类分级规则》已经对数据分类分级的原则、框架、方法和流程等作出了明确的指引,未来行业监管部门可以以此为标准进一步制定本行业、本领域的数据分类分级标准规范,企业在对数据进行共享、使用等处理活动时亦可以此为标准对数据进行分类分级管理。其次,在《中华人民共和国网络安全法》《数据安全法》以及《个人信息保护法》的框架之下,以数据分级分类保护为基础,进一步构建企业间数据流通的安全技术保护规范。最后,还可以借鉴欧盟的做法,在立法上确立数据最小化原则,对接收数据的企业处理共享数据的行为与方式作出限制。譬如,接收数据的企业不得将获得的共享数据再以各种形式提供给第三方等;应企业用户要求,接收数据的第三方企业应当仅在与用户商定的目的和条件下使用共享数据,并且应在不再需要用于约定目的时删除这些数据等。

五、结语

数字技术的发展推动了社会数字化发展,进而影响了法律关系的内容。^① B2B 强制数据共享是对企业数据权益及其数据共享自由的一种限制与干预,但在特定场景中,为了维护市场的竞争性,可以突破数据共享自由原则,强制企业共享数据。在市场经济中,B2B 强制数据共享是数据共享自由的例外,更是一种重要的补充。值得注意的是,虽然 B2B 强制数据共享可以有效解决市场失灵中的一些问题,预防市场倾斜,确保市场的竞争性并促进创新,但也可能带来一些负面的外部效应。例如,企业可能会因为数据被强制共享而降低创新的积极性,不愿过多投资研发新技术,反过来抑制市场创新。实施 B2B 强制数据共享可能成本高昂且复杂,不同系统和行业之间标准化和互操作性的需求可能会增加企业的运营负担,而企业为了追求利润,有可能将这些负担转嫁给消费者。随着数据的广泛共享与流通,企业数据泄露和安全风险也会进一步增加。另外,B2B 强制数据共享涉及企业间利益的平衡,如果处理不当,还会引发公平问题等。有鉴于此,建立一个清晰、规范、全面的 B2B 强制数据共享法律框架至关重要,包括明确 B2B 强制数据共享的场景与条件、共享数据的范围及使用方式,提供相应的保障措施,建立相应的补偿及监管机制,完善救济措施等。唯有如此,才能在保障数据持有企业及利益相关者权益的同时,充分实现 B2B 强制数据共享的潜在价值。

^① 关于法律关系内容的详细讨论,可参见唐晓晴、陈怡:《法律关系理论的传播脉络与争议焦点》,载《国家检察官学院学报》2019 年第 5 期,第 83-98 页。

Mandatory Business-to-Business Data Sharing: Theory, Challenges and Implementation Paths

CHEN Yi

(School of Law, City University of Macau, Macao 999078, China)

Abstract: Data is recognized as a critical production factor and material in the era of digital economy. The maximization of data value relies significantly on its sharing and circulation. In a market economy, the sharing of corporate data should, in principle, be based on the voluntary consent of the enterprises involved, which aligns with the protection of the civil rights of private parties and the principle of contractual freedom. However, exceptions to this principle have emerged, particularly in some international legislative practices where mandatory business-to-business (B2B) data sharing has been instituted. This form of data sharing obligates data-holding businesses, under legal provisions, to provide or allow access to relevant data when requested by other enterprises. Essentially, mandatory B2B data sharing conflicts with the spirit and ideology of contractual freedom. In a market economy, mandating businesses to share data represents a constraint and intervention on the autonomy of business data sharing, necessitating sufficiently robust and legitimate justifications. Given this, this paper seeks to examine the theoretical basis of mandatory B2B data sharing, analyze the objective needs and challenges of implementing mandatory B2B data sharing in China, and propose potential paths for its realization in China to respond to the evolving demands of the digital economy. The paper argues that data sharing is essential for preventing and addressing corporate data monopoly. However, businesses are often reluctant to share data autonomously in order to maintain their market competitive advantages and protect data security and personal privacy, leading to de facto exclusive data possession. In addition, legal provisions may also grant businesses exclusive control over their data. In this case, only by introducing a mandatory data-sharing system and requiring businesses with data advantages to open up necessary data resources can other businesses obtain the relevant data needed to enter the market and prevent businesses with data advantages from forming data monopoly through various exclusive possessions. In cases where data held by dominant businesses are necessary for other businesses to enter the relevant market and participate in competition, the refusal of businesses to trade data may lead to data monopoly, thereby restricting competition. In such scenarios, according to the theory of market failure and state intervention in economics, it is necessary to use state power to mandate businesses to share data. This paper argues that mandatory data sharing is an exception and essential supplement to data sharing freedom, which is crucial for preventing and stopping monopoly and maintaining market competitiveness. China's digital economy practice shows that some industries have highly concentrated market structures, and some large platform companies have demonstrated monopolistic tendencies, which are not conducive to the circulation and sharing of data and hinder the establishment of a unified data market. From the legal system's perspective, China's current competition law system is insufficient to fully address monopoly issues in the digital economy. Therefore, to better prevent and address data monopoly risks and issues in the digital economy and maintain market competition, China must implement mandatory B2B data sharing in specific scenarios. This paper identifies several challenges in implementing mandatory B2B data sharing in China, such as lack of legal provisions, insufficient interoperability, and data security risks. To overcome these challenges, China should draw on international experiences and establish a comprehensive legal framework for mandatory B2B data sharing in the future. This framework should clarify the scenarios and conditions for mandatory B2B data sharing, define the scope and use of shared data, improve remedies for businesses that are refused to access data, establish a regulatory mechanism, and enhance data interoperability and security.

Key words: mandatory B2B data sharing; B2B data sharing; data access rights; data monopoly; data law