

数字经济领域数据要素优化配置的法治进路

——以推进平台互联互通为抓手

陈兵, 林思宇

(南开大学法学院, 天津 300350)

摘要:随着互联网信息通信技术和数字数据技术的创新发展与深度融合,数据要素成为了一种重要的创新型生产要素,是推动数字经济下全要素创新的关键。然而,超大型平台企业为获取或维持数据优势,通过封锁、屏蔽等行为以建立“围墙花园”,致使大量存储于平台的数据要素无法实现优化配置。为了实现数据要素市场化配置的优化,平台互联互通已成为打破平台间数据壁垒的关键策略及行动方向。通过对平台互联互通实现数据资源配置状态的效率考察,可以发现数据安全保护机制不健全、数据权属多元待定、数据利益分配机制缺失等问题,已成为阻碍平台互联互通下有效优化资源配置的现实因素。故此,亟须推动数据分类分级体系的确立,以数据运行全周期为基准,建立健全数据安全保障机制,并基于正当合理且公开公平的数据权属安排以完善数据多元利益分配制度。同时,健全数据权益实现的多法协同的竞争法治系统,科学有序推进平台互联互通。

关键词:数字经济;平台互联互通;数据要素;帕累托改进;多法协同

中图分类号: D912.294 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2022)03-0123-16

一、问题的提出

互联网信息通信技术与数字数据技术的出现与融合,以互联网平台为介质和形态的数字经济新业态、新产业、新模式已成为推动我国经济高质量发展的新动能^①。在此过程中,数据的价值得到了凸显,然而,一些拥有大量数据的平台为追求经济效益的最大化,通过封锁屏蔽、“二选一”等手段限制流量和数据分流至其他平台。譬如,阿里巴巴集团曾禁止平台内商家在其他竞争性平台开店或参加促销活动,^②微信封锁字节跳动旗下社交软件“飞聊”相关分享链接^③等。虽然,平台企业所实施的封锁、屏蔽等行为看似是经营者行使自主经营权的表现,但是这些行为实际上导致了“围墙花园”的形成。

收稿日期: 2022-01-26

基金项目: 国家社科基金后期资助项目“数字经济与竞争法治研究”(19FFXB028);教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“全球数据竞争中人权基准的考量与促进研究”(19JJD820009)。

作者简介: 陈兵(1980—),男,湖北荆州人,南开大学法学院教授、博士生导师;
林思宇(1993—),男,广西南宁人,南开大学法学院博士研究生。

^①胡仙芝、刘海军:《包容审慎监管:论新基建监管框架构建的过渡性和开放性》,《管理世界》2022年第2期。

^②国家市场监督管理总局:《市场监管总局依法对阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出行政处罚》, http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210410_327702.html, 2021年11月24日访问。

^③中新经纬客户端:《社交软件飞聊凌晨上线便遭微信屏蔽,腾讯方面暂未对此回应》, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_3488441, 2021年3月10日访问。

所谓“围墙花园”，即平台创造的一个控制用户对应用、网页和服务进行访问的环境，把用户限制在一个特定范围内，只允许用户访问或享受指定的内容、应用或服务。^①“围墙花园”实际上限制了数据要素在市场内的有效流通，而数据要素作为一种新型生产要素，其市场化配置事关数字经济发展以及多方主体的切身利益。

2020年4月，中共中央、国务院发布《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》，提出“加快数据要素市场化”问题，并将数据作为与土地、劳动力、资本、技术并列的生产要素。同年5月，中共中央、国务院发布《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》，再次强调“加快培育发展数据要素市场，建立数据资源清单管理机制，完善数据权限界定、开放共享、交易流通等标准和措施，发挥社会数据资源价值”。2022年1月，国务院印发《“十四五”数字经济发展规划》，明确提出要“充分发挥数据要素作用，加快数据要素市场化流通”。

为进一步推动数据要素市场化配置，有关部门采取了一些推进平台互联互通的政策和措施，以打破平台间的数据壁垒。例如，2021年4月，国家市场监督管理总局通过向阿里巴巴集团发出的行政指导书表明了其反对封禁、鼓励开放的态度，即“依法加大平台内数据和支付、应用等资源端口开放力度，充分尊重用户选择权，不得没有正当理由拒绝交易，促进跨平台互联互通和互操作”^②。

在此背景下，平台互联互通成为了社会各界关注的热点与推动数据要素优化配置的重点及难点。然而，从现有研究来看，目前对平台互联互通的态度仍存在一定分歧，部分学者、经营者以及监管者对平台互联互通的推进表示认可，认为互联网平台之间无选择、无歧视、无差别、无条件的开放与互联，本来就应该是互联网业界的常态。^③但也有部分学者、经营者及监管者对此保持谨慎的态度，他们指出，推动平台互联互通，既有一定的必要性，也存在有待克服的障碍。^④亦有部分学者认为，互联互通制度和措施在推动创新发展的同时，也存在不小的安全风险，其能否成功取决于对多元利益的平衡。^⑤

根据现有研究成果可知，平台互联互通仍存在一定的障碍或带来一定的消极影响，这些因素都将可能阻碍平台互联互通实现其积极效果。为消除平台互联互通推进过程中可能面临的障碍，首先，需明晰平台互联互通的内涵，明确平台互联互通的法律定位；其次，结合法律经济学分析视角，考察推进平台互联互通在数据要素优化配置过程中面临的障碍，从中找出妨碍平台互联互通实现效率的症结所在；最后，针对存在的问题，建立健全推进平台互联互通有效实现的相关配套机制，促使平台互联互通能有效发挥其应有作用，实现数据要素市场配置的最优化，充分激发数字经济的发展动能。

二、平台互联互通的内涵及在现行法律上的定位

“互联互通”并不是一个法律术语，目前尚未有相对统一的定义，其在不同领域中的内涵存在一定差异。若要更准确地预估平台“互联互通”可能对市场各方主体产生的影响，就需要正确把握其在数字经济领域的法律属性和具体内涵，并基于目前政府及有关部门在推进平台互联互通过程中所采取的具体措施，找准平台互联互通的法律定位。

①钟祥铭、方兴东：《“围墙花园”破拆：互联网平台治理的一个关键问题》，《现代出版》2021年第5期。

②《国家市场监督管理总局行政指导书》（国市监行指反垄（2021）1号），http://www.samr.gov.cn/xw/zj/20210410_327702.html，2021年11月24日访问。

③方兴东、钟祥铭：《互联网平台反垄断的本质与对策》，《现代出版》2021年第2期。

④解石坡、郭家昊、刘继炎：《互联互通的反垄断对策与潜在困难》，《行政管理改革》2022年第3期。

⑤许可：《许可 | 互联互通有助于反垄断吗？》，<https://mp.weixin.qq.com/s/yPoMFHKhg9dAy0Qu7jH2gQ>，2022年2月6日访问。

(一)“互联互通”之于数字经济领域的意义

我国“互联互通”概念在法律层面的引入最早出现在电信领域中,国务院于2000年颁布《中华人民共和国电信条例》,其中第17条明确规定电信网之间应当实现互联互通,且主导的电信业务经营者不得拒绝其他电信业务经营者和专用网运营单位提出的互联互通要求。2001年《公用电信网间互联管理规定》对“互联”下了定义,其是指建立电信网间的有效通信连接,即不同电信业务经营者的用户能够相互通信或能够使用其他电信业务经营者的业务。可见,在电信领域,“互联互通”不仅是指电信业务经营者之间相互连通的状态,同时也是电信业务经营者的法定义务。除电信领域之外,“互联互通”概念在数字经济领域亦有出现。在2019年8月发布的《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(下文简称《指导意见》)指出,“平台尊重消费者选择权,确保跨平台互联互通和互操作”。2022年1月,国家发展改革委等部门联合印发《关于推动平台经济规范健康持续发展的若干意见》(下文简称《若干意见》)也提出“加快业务和数据互联互通”。但是,《指导意见》和《若干意见》中并没有对“平台互联互通”下定义。因此,须在文义解释的基础上,结合数字经济与平台经济的特征,解析数字经济领域“平台互联互通”的内涵。

首先,从“互联互通”的文义上理解,“互”可以解释为“相互”或“交互”,“联”可以理解“联结”或“联合”,“通”则表示“没有障碍”,即表示两个或两个以上的主体相互直接进行没有障碍的联合。^①

其次,结合互联网本身的特性进一步明确其内涵,互联网存在五层架构,即物理层、数据链路层、网络层、传输层和应用层。^②其中,应用层是网络体系架构中的最高层,同时也是平台和用户进行直接交互的层次。平台封锁、屏蔽等行为以及“围墙花园”的形成也主要发生在应用层,而非其他层次。因此,须在应用层面实现互联互通才能有效破除平台封锁屏蔽等问题。

故此,当前数字经济领域的“互联互通”可描述为,在应用层建立平台间无障碍的连接,实现互操作,^③具体而言,是两个或两个以上的平台间建立连接,实现数据的安全流动与合理共享,以及业务的有效互通与便利操作,使不同平台的用户可以进行安全无障碍的便利切换和贯通使用。^④

(二)平台互联互通在现行法律上的定位

明确平台互联互通的法律定位,直接关系到该举措应通过何种法律和方式实现。为进一步明确数字经济领域“互联互通”的法律定位,就需要结合平台互联互通的背景,以及目前政府及有关部门采取的举措进行判断。

如今,平台封锁屏蔽等行为严重阻碍了数据要素自由流通,若放任平台继续实施此类行为将可能导致市场失灵。^⑤即便平台是基于自身利益所实施的经营行为,该行为也可能会对平台内外的多方主体产生负外部性影响,^⑥导致其他经营者可获取的流量和数据受限,并对数据要素在市场内的自由流通产生阻碍,以致于数据要素难以实现市场的最优配置。

^①参见陈兵:《推动平台竞争从“围墙”走向“联通”》,《第一财经日报》2021年9月15日第A11版。

^②何永清、卜振兴、潘杰义:《服务业平台创新的驱动因素与实现路径——一个探索性纵向案例研究》,《贵州师范大学学报》(社会科学版)2021年第5期;方兴东:《中国应成为全球互联网互联互通的样板》, <https://fxd.blogchina.com/660296372.html>, 2021年11月24日访问。

^③Inge Graef, *Mandating portability and interoperability in online social networks: Regulatory and competition law issues in the European Union*. Telecommunications Policy, Vol.39, Iss.6, 2015, pp.502-514.

^④陈兵:《推动平台竞争从“围墙”走向“联通”》,《第一财经日报》2021年9月15日第A11版。

^⑤曼昆:《经济学原理》(微观经济学分册),梁小民等译,北京大学出版社2012版,第12页。

^⑥外部性可分为正外部性和负外部性,相关理论参见高志文、朱晓东:《微观经济学》,东南大学出版社2014年版,第310页。

实践中,为消除平台间的数据壁垒,目前政府及有关部门皆以推进平台互联互通为导向,主要依据《反垄断法》《反不正当竞争法》等竞争法对违法行为进行规制的行动。例如,2021年7月工信部基于竞争法有关规定,开展互联网行业专项整治行动,重点整治恶意屏蔽网址链接和干扰其他企业产品或服务运行等问题。^①

此外,根据《若干意见》提出的“推动制定云平台间系统迁移和互联互通标准,加快业务和数据互联互通”,可以发现数字经济领域的“互联互通”还包含数据可携带以及数据互操作两个层面。而数据可携带以及数据互操作在现已施行的《个人信息保护法》中有所体现。虽然《个人信息保护法》仅对数据可携带权作出了原则性规定,未提供数据可携带权适用数据的范围、传输格式等进行明确规范,但是数据可携带的实现为平台之间实现数据的互联互通提供了法律基础,有助于消除平台间数据传输的障碍,相较于《反垄断法》中规制拒绝开放数据行为需要经过滥用市场支配地位行为的认定过程,数据可携带可能是一种较为便捷可行的实现数据互操作的制度工具。^②

数据互操作的建立,不仅能够为消费者用户带来便利,同时也有助于解决数字经济领域中平台间存在的诸多竞争问题,并激发平台间业务层面的互联互通。然而,数据互操作也可能成为阻碍创新的一个因素,甚至引发劣币驱逐良币的负面经济效果。如何规范数据互操作,既防止恶意垄断,又避免对先发企业的创新抑制,如何平衡好平台经营者的正当利益与平台内经营者、消费者及其他平台经营者的正当利益,以及整个市场创新发展利益之间的关系,是推进数据要素优化配置亟待解决的重点与难点。^③

综上,平台互联互通的法律定位不仅仅局限于竞争法律规范,还涉及《个人信息保护法》,这些法律的落实与协同将有助于弥补市场机制缺陷,消除市场失灵,推动数据的可携带性与互联互通,从而实现数据要素市场化配置^④。然而,平台互联互通是否能够基于上述法律有效推动数据要素优化配置,提升经济效率,还需结合法律经济学进行检验,考察在平台互联互通状态下是否能够实现数据要素资源配置的最优化。

三、法律经济学视角下平台互联互通面临的阻碍

平台互联互通作为解决数字经济领域平台封锁屏蔽乱象的对策,其是否能够有效打破当前封锁屏蔽行为以及“围墙花园”状态下数据流通受限和市场失灵的状态,实现数据要素的优化配置,需结合法律经济学分析视角进行考察。若在现有条件下,平台互联互通不能满足法律经济学中的效率标准,则说明在当前状态下推进平台互联互通仍然面临一定的阻碍,这些阻碍将会影响平台互联互通实现其应有的积极效果。

在法律经济学中考察效率的标准主要有两种:其一是帕累托最优标准,可以对资源配置状态的任意变化做出“好”与“坏”的判断;^⑤其二是“卡尔多-希克斯效率”标准,即若采取某项措施会导致有人受益而某些人受害,但只要总社会利益(或边际利益)高于总社会成本(或边际成本),就是有效率的。^⑥

^①工业和信息化部:《工业和信息化发展取得历史性成就、发生历史性变革 为全面建成小康社会作出重要贡献》, https://www.miit.gov.cn/gzcy/zbft/art/2021/art_2c3a8ad0b43640e598ae646f809c6ab2.html, 2021年11月24日访问。

^②参见陈兵:《行业和市场监督有机配合推动平台互联互通走实走稳》,《第一财经日报》2021年12月8日第A11版。

^③进一步论述,参见陈兵、杨晨:《破除数据型垄断 推进平台互联互通》,《中国市场监管研究》2021年第12期。

^④陈兵:《平台经济下数据治理的法治基调与未来走向——以“竞争与保护”的平衡为中心》,《人民论坛·学术前沿》2021年第21期。

^⑤高志文、朱晓东:《微观经济学》,东南大学出版社2014年版,第287页。

^⑥许可:《数据爬取的正当性及其边界》,《中国法学》2021年第2期。

对于两种考察效率标准的选择,可结合激励相容原则进行判断。“激励”是引起主体作出某种行为的因素。政策的制定者必须考虑政策如何影响激励,否则可能影响政策的实施效果。^①因此,若要更好地推进平台互联互通,需使其与激励相容,即让多方主体追求利益的行为与平台互联互通的目标相一致,从而使多方主体都能趋向效用的最大化。^②然而,“卡尔多-希克斯效率”是建立在措施必定使某些主体受损的前提下,这可能出现激励不相容而增加平台互联互通有效推进的阻力。相比之下,虽然帕累托最优标准更为苛刻,但其能够与激励相容,且提出了更高的标准和要求,将有助于更清晰地审视阻碍平台互联互通实现效率的潜在问题。

(一)假设模型:“围墙花园”与“平台互联互通”的比较

为判定平台互联互通作为一种假设的数字经济产业发展目标是否能够有效优化数据要素的资源配置,可建立一个假设的简单模型,即把数字经济市场的数据资源配置状态区分为状态A和状态B。其中,“围墙花园”(状态A)是指在平台频繁实施封锁屏蔽行为的情况下,数据要素资源自由流通受限的状态。“平台互联互通”(状态B)是指假定在其他条件不变的情况下,在应用层实现互联互通,使市场数据要素流通处于相对自由的状态。假设模型所考察的对象限定为平台在进行市场活动中直接作用的对象,即消费者用户、平台内经营者和平台经营者。

考虑到不同主体对数据资源配置的好坏判定标准难以量化,将主要采用定性分析方法对状态A和状态B进行比较分析。虽然定性分析方法具有一定的主观性,但其目的并不是要据此认定平台互联互通的可行性与必要性,而是借助经济学理论的分析思路,找出其中可能影响平台互联互通实现数据资源优化配置的因素。

对于不同主体对数据资源配置状态A至状态B的优劣判断,可以通过对该主体产生的积极和消极影响,预估不同主体可能对此变化的优劣作出的判断(见表1)。如果至少有一方主体认为状态B优于状态A,而没有主体认为状态B劣于状态A,则认为从社会的观点看也是状态B优于状态A,那么就说明状态B符合帕累托最优状态标准。^③

表1 状态A至状态B对多方主体影响梳理表

考察对象	状态A→状态B的好处	状态A→状态B的风险	状态B是否优于状态A	
消费者	能够自由转移数据,可在平台之间自由切换(状态A<状态B)	对用户数据掌控力度下降,隐私泄露风险增加(状态A≤状态B)	否(是) ^⑤	
平台内经营者	能够多归属,获得更多交易机会,约束减少(状态A<状态B)	地位相对劣势,在数据资源分配上处于被动状态(状态A≈状态B)	是	
平台经营者	大型平台	开放合作发展实现共赢,激发创新动力(状态A≥状态B)	面临搭便车的风险,平台生态系统循环受阻(状态A<状态B)	否
	中小型平台	有更多机会获取流量和数据,有助于创新研发(状态A<状态B)	面临数据流量反向大型平台流失的风险(状态A≥状态B)	是

1.消费者。与状态A相比,状态B会在一定程度上会提升消费者福利。一方面,互联互通机制的建立会增加消费者可选择的空间。因为状态B中的数据可携带,将有利于消费者用户转移其在不同平台的数据,减少数据转换成本,从而使其能够在一定程度上摆脱数据锁定效应的束缚,在不同平台中自由切换或多归属。另一方面,状态B有助于提升消费者用户可享受数字服务的质量。在传统数字市场中,不同平台所采集数据的范围以及数据的种类都存在一定的局限性,由此限制了数据分析和使用环节的可用数据量。而状态B中数据互操作的建立,将能够推

①参见曼昆:《经济学原理(微观经济学分册)》,梁小民等译,北京大学出版社2012年版,第7页。

②周汉华:《探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》,《法学研究》2018年第2期。

③高志文、朱晓东:《微观经济学》,东南大学出版社2014年版,第288页。

④由于消费者群体对隐私权的重视程度不同,此时存在两种情况:对于更重视隐私权的消费者群体而言,状态B不优于状态A;对于不重视隐私权的消费者群体,状态B优于状态A。

动数据要素的有效流通,使不同平台可使用的数据范围和总类进一步扩大,从而提升算法分析和预测的准确性,为消费者提供更优质的个性化服务。

然而,状态B也可能会对消费者用户带来风险甚至损害。虽然在状态A中,用户数据在存储和传输过程中,也可能出现数据泄露的风险。但是在状态B中,随着数据互操作的实现,在涉及用户数据的资源配置和流转过程中,用户数据所持有的主体增多,从而导致隐私数据泄露的风险增加。可见,与状态A相比,状态B的数据资源配置状态在一定程度上增进了消费者主体的福利,但也可能因此增加消费者个人隐私安全的风险。考虑到消费者群体对隐私权的重视程度存在一定的差异,因此,需要根据对隐私的重视程度区分两种消费者群体,对更重视隐私权的消费者群体而言,状态B可能不优于状态A;对于不重视隐私权的消费者群体,状态B可能优于状态A。

2.平台内经营者。在状态A中,虽然平台内经营者能够与其所在的平台建立数据互操作,并能够获得平台所配置的部分数据资源,但平台为构筑“围墙花园”,往往会通过强制“二选一”等方式,限制平台内经营者的多归属,^①使其失去更多的交易机会。

与状态A不同的是,状态B中平台内经营者可进行多归属,从而打破平台经营者施加的“枷锁”,自由选择与多个平台建立互联互通关系。因此,对平台内经营者而言,状态B将能够为其带来更多的交易机会,且由于可接触的消费者用户数量更多,其能够获取的用户数据也随之增加,从而能够基于大量用户数据的采集和分析,提升商品或服务的质量,更好满足消费者用户的个性化和差异化需求。然而,虽然多归属能够减少平台内经营者被平台压迫的风险,但状态B并没有实质改变平台与平台内经营者在地位上的差距,不论其与哪一个平台进行联通,皆处于被管理者的地位。而平台基于其管理者身份,拥有分配数据资源的主导权甚至决定权,双方的数据权益分配也仍然可能处于一种不对等的状态。^②

总之,对于平台内经营者而言,状态B与状态A相比,状态B能够使其更自由地选择多归属,由此获得更多的交易机会和数据资源。虽然状态B并没有彻底改变因其附属于平台而处于相对劣势的地位,但由于该情况在状态A也同样存在。因此,对于平台内经营者而言,状态B优于状态A。

3.平台经营者。对于平台经营者,需要根据相关市场的具体情况,基于平台经营者的经济实力和数据资源规模等要素,按照相对标准划分大型平台和中小型平台,因为状态A到状态B的变化,对不同规模平台所产生的影响可能存在实质性差别。

(1)对中小型平台而言,相对于状态A,状态B对于经营者利益的影响主要体现在有助于中小型平台的发展,推动创新研发。

首先,状态B有助于促进中小型平台的发展。在状态A中,中小型平台往往会因“围墙花园”构筑的数据壁垒,难以与大型平台进行有效竞争。而在状态B下,中小型平台能够在一定程度上打破少数平台对数据要素的封锁,使其能够摆脱原有束缚自由获取和大型平台用户的交易机会,并获取流量和数据。

其次,状态B有利于中小型平台创新。数据是企业创新的重要来源,蕴含着显著的创新价值和效率价值。通过获取大量数据信息,中小型平台可在大数据和算法技术分析的帮助下,推动“数据驱动型创新”,即利用大数据改善生产或分销,更好地匹配用户偏好,^③有助于其改良并开

①王晓晖:《论电商平台“二选一”行为的法律规制》,《现代法学》2020年第3期。

②陈兵、林思宇:《互联网平台垄断治理机制——基于平台双轮垄断发生机理的考察》,《中国流通经济》,2021年第6期。

③保罗·尼豪尔、彼得·范·克莱恩布吕格尔:《创新在竞争法分析中的角色》,韩伟等译,法律出版社2020年版,第75页。

发新的产品,甚或可以基于大数据分析对消费者潜在需求进行预测或干预,开发新的消费商品或服务内容,引导新的消费行为,布局新的消费市场结构。

虽然在状态B中,中小型平台理论上能够获得在状态A中难以获得的大量数据资源,但并不意味着中小型平台必然能够获取更多的交易机会,因为平台间数据流动是双向的,互联互通机制并没有彻底消除数字经济市场所特有的网络效应、规模效应等影响。因此,中小型平台也可能面临流量和数据反向大型平台流失的风险。即便如此,上述问题在状态A中也同样存在,相比之下,状态B还赋予了中小型平台更多与大平台同台竞技的机会。总之,对于中小型平台而言,状态B优于状态A。

(2)对大型平台而言,其在状态A中持有并独享大量数据资源,数据的积累有助于获得竞争优势和市场力量,^①一方面可以通过分析和使用这些数据掌握市场先机,另一方面通过构筑生态型垄断,实现数据资源的持续产出,不断扩张生态版图,获取范围更广、种类更多的数据资源。不仅如此,在状态A中,其还可以通过封锁屏蔽、“二选一”等行为,限制其他对其可能产生威胁的平台经营者获取数据资源,由此排除限制竞争,维持自己的垄断地位。

然而,在状态B中,由于大型平台也需要向其他平台经营者开放应用层面的接入权限,意味着其用户资源和流量资源可能会被分享甚至流失。如此一来则可能会出现搭便车的问题,即其他平台无需耗费资本即可获得大型平台花费大量成本积累的用户和流量端口。

不仅如此,其他平台的接入还可能会破坏其平台生态系统的运作与循环,因为一旦“围墙花园”被打破,用户可以自由选择搭配使用不同的产品服务,不再局限于使用平台相应的配套服务。此时,平台生态系统中的组成部分很可能被其他平台的服务所取代,由此失去部分种类数据的持续输入,进而对其生态系统的循环产生实质性影响。

与此同时,应用层面的接入也加大了大型平台的数据安全风险,因为在状态B中,大型平台在短期内仍然拥有大量的用户群体和流量上的优势,因此会有很多经营者选择接入该平台,但是在大量开放应用接口的过程中,也在很大程度上增加了数据漏洞出现和数据泄露的风险。

当然,状态B对大型平台而言并非百害而无一利。因为开放合作的环境下,尤其是在充分的竞争市场中,大型平台可能也同样能够实现合作共赢并从中获利。而且,促进创新的效果不仅仅作用于中小型平台,也同样作用于大型平台。因为平台间的联通能够打破大型平台生态系统的封锁,使市场竞争机制恢复正常,在激烈的市场竞争中,在中小型创新平台异军突起的过程中,大型平台若要维持优势,也必须加大对创新的投入,否则将被市场淘汰。

对中小型平台而言,状态B优于状态A,因为状态B能够增加中小型平台可获取的数据资源,从而使其能够更充分的发展并促进创新。但对大型平台而言,状态B劣于状态A,因为状态B在一定程度上打破了其在状态A中享有的独占数据资源的利益,使其难以实现效益最大化。

综上所述,经过分析平台互联互通可能对不同主体带来的积极影响和消极影响,可以发现,虽然对于平台内经营者和中小型平台经营者而言,状态B优于状态A,但对大型平台经营者和部分消费者用户群体而言,则可能会认为状态B不优于甚至劣于状态A。虽然上述分析仅是一种预测,并非一种绝对性的结论,但其结果仍能够在一定程度上表明,状态A到状态B的变化存在不满足帕累托最优标准的可能性,并且其中可能影响主体对状态B好坏判定的关键因素,就是潜在的问题所在。

(二)阻碍平台互联互通与影响帕累托改进的因素

基于帕累托最优的假设模型,分析“围墙花园”和平台互联互通两种数据资源分配状态对

^①许获迪:《数字经济背景下广告支持型平台的反垄断治理》,《西南金融》2020年第6期。

多方主体产生的影响可知,虽然平台互联互通状态确实能够给市场内的多方主体带来一定利益,但也会给部分主体带来风险,而这些风险的存在可能会导致这些主体因此遭受损失,甚至可能超过其可能从中所获得的利益,进而使平台互联互通无法实现帕累托改进。^①

然而,这并不意味着平台互联互通无法实现数据要素的优化配置,理论上只要能够健全相应的配套机制,消除平台互联互通状态下部分主体面临的风险或补偿损失,也能够使平台互联互通同时实现帕累托改进和激励相容。实际上,基于帕累托最优标准进行考察,不仅是判定一项政策措施是否能够实现其促进经济效率目的的一种分析思路,同时也有助于找出影响平台互联互通效果的潜在问题。

当然,除了效率之外,公平也是竞争法所追求的基本价值目标。虽然效率与公平存在一定的矛盾,但也应尽量做到二者兼顾,既不能过分追求效率,忽视公平,也不能过分追求公平,忽略效率的根本作用。^②虽然帕累托最优主要以效率为目标,但从对不同主体面临的风险中也可以找出潜在的不公平问题。因此,为使平台互联互通在实现效率的同时兼顾公平,须在识别阻碍经济效率实现因素的基础上,对数据要素分配公平状态适当予以考量,从中找出影响资源分配有效性的因素,以建立和完善推进平台互联互通的配套机制。

1. 数据安全保护机制不健全

从消费者用户以及平台经营者面临的风险可知,在平台间数据传输的过程中,数据的频繁流通会在一定程度上增加数据暴露的可能性,进而引发数据被盗或者泄露等风险。由于不同主体在现有的数据权利表现形式甚至的权利属性上存在区别,需要对不同主体的数据安全问题进行分析。

(1) 消费者数据安全保护机制亟待完善。由于平台互联互通会使得用户数据的传输与使用更加频繁且复杂,并会增加用户数据暴露甚至泄露的可能性,因此消费者用户面临更加严峻的数据安全风险。为此,需要基于引发消费者用户数据安全背后所存在的问题,找出引发问题的根源所在。

一方面,数据采集使用等环节不透明。当前,平台在采集、使用用户数据主要基于其与消费者用户在注册时所签订的隐私服务协议。在数据的采集和流通过程中,用户数据的采集和使用是动态变化的,而隐私服务协议是相对静态的,且描述存在一定的模糊性,消费者用户往往并不清楚自己的信息被采集的范围和程度,以及将会被哪些主体使用以及如何使用等情况,这使得消费者在数据安全方面往往处于相对被动的不利地位。另一方面,平台存储过量的用户数据也是引发数据安全风险的因素。用户数据具有极大的商业价值,平台往往会最大限度地采集不同种类和范围的用户数据,以致于其所积累的数据远远超过了向消费者用户提供服务所需数据的必要限度。而大量用户数据存储于平台服务器内会产生诸多隐患,因为一旦数据泄露,其所影响的消费者用户群体范围,以及对消费者用户个人产生的影响程度都将是无法估量的。这一问题在平台互联互通状态下也会被进一步放大,因为该状态下,单个平台可获取用户数据的范围和种类增加,持有大量用户数据的平台数量增多,使得数据泄露的风险也会成比例增加。

(2) 经营者数据安全保护机制有待补充。《数据安全法》和《个人信息保护法》的出台,在一定程度上加强了对国家数据安全以及对个人信息数据安全的法律保护,相比之下,经营者数据安全相关的法律规定仍相对匮乏。虽然经营者数据包含用户个人信息、商业秘密等多种类型数据,但对平台而言,这些数据都是一种财产性利益,因此,经营者数据安全更多涉及财产性数

^①高志文、朱晓东:《微观经济学》,东南大学出版社2014年版,第289页。

^②高志文、朱晓东:《微观经济学》,东南大学出版社2014年版,第300页。

据权益的保护。

然而,目前只有《民法典》对网络虚拟财产有初步规定,但如何认定与操作还未得到法律明确。在当前实践中,平台因数据爬取或者黑客攻击等导致数据泄露,更多是通过不正当竞争或者刑法方式寻求救济,而此类方式存在的弊端在于,其保护机制局限于事后救济,且主要关注的是不正当竞争行为或者侵权行为本身,而缺少对数据本身价值的事中救济机制以及配套补偿机制。

诚然,平台经营者相较于其他主体,其对数据有更强的控制力度,客观上面临的数据安全风险也相对较小。然而,上述问题所反映的相关法律与机制的缺失,将可能使得平台互联互通状态下经营者所面临的数据安全风险被进一步放大,因为随着平台交互接口的开放,会在一定程度上增加数据暴露的风险,并对经营者的财产性数据产生威胁。因此,为避免经营者因平台互联互通而遭受损失,从而影响其利益以及进一步开放和合作的动力,针对经营者财产性数据的法律保护体系的建立不容忽视。

2.数据权属多元待定导致利益分配不平衡。目前,虽然《民法典》《数据安全法》《个人信息保护法》都涉及“与数据有关的权益”,但是并未对数据权益类型、体系及权属关系等予以明确规定,数据权属的制度设计仍不完善,难以确定数据权益的归属。由于数据本身具有可复制性和非竞争性的特征,使得相同数据可能同时被消费者、经营者等多元主体持有,但难以明确数据权益究竟归属于哪一主体,从而导致数据权属多元待定的局面。由于平台互联互通的实现需要平台耗费一定的成本,且不同主体在此过程中所付出的成本以及可获得的利益并不相同,在数据权属多元待定的情况下,难免会出现成本与利益分配不平衡的现象,由此反映出的数据利益分配机制缺失问题主要存在两种情况。

其一是平台之间的数据利益分配。在数字经济的市场竞争中,平台之间处于直接或者间接的竞争关系,若实现平台互联互通,则可能导致部分平台丧失其原本在数据方面或者用户数量方面具有的相对优势,因为第三方平台可以通过API接口获取流量并直接采集该平台的用户数据。虽然,理论上数据具有非竞争性和复用性,平台共享数据并不会直接导致其数据方面的减损,^①但是,具有价值的数据主要源于用户流量和投入时间,在消费者用户使用时长有限的情况下,第三方平台的加入可能会导致该平台可获取的流量和注意力相对减少。因此,在平台互联互通状态下,可能会出现平台利益分配不平衡的问题,第三方平台在获取大量流量与数据时,缺少相应的利益分配机制,对共享数据的平台因此丧失的运营成本和机会成本进行补偿。

其二是平台经营者与消费者用户的利益分配。消费者用户是用户数据的直接生产者,但在实践中,对于用户数据的权益归属问题存在分歧。虽然消费者的用户数据被视为一种“货币”,可用于交换平台经营者的服务,^②但是与传统货币不同的是,消费者用户所换取的服务无“明码标价”,而且数据交易并不透明,消费者用户可能会支付远超预期的数据去换取使用的服务,由此可能会出现数据利益交换不平衡的问题。不仅如此,在平台互联互通的状态下,用户信息的生产与流通将更加频繁,若无法解决经营者与消费者用户的利益权属冲突,将可能导致消费者用户对于平台的不信任,甚至拒绝提供数据,而经营者也可能因此拒绝为消费者用户提供服务,由此对双方利益皆产生一定的减损。

3.数据竞争治理体系尚未成型。在平台企业围绕数据和流量展开激烈竞争的过程中,出现了譬如数据爬取、强制“二选一”、虚假刷量、封锁屏蔽等围绕数据展开的新型竞争行为。这些

^①李安:《人工智能时代数据竞争行为的法律边界》,《科技与法律》2019年第1期,第61-70页。

^②Thomas Hoppner, Philipp Westerhoff, Abrupt End to 'Hipster Antitrust'? Tackling Facebook's Expansion Following the First Court Ruling in Germany(December.9,2019), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3491648, 2021年4月8日访问。

行为相比于传统线下竞争行为,其竞争形态、目的以及产生的效果都发生了一定变化。然而,由于法律治理工具尚未更新,难以准确评估新型竞争行为的合法性,致使一些反竞争行为未得到有效地规制,可能会导致平台互联互通进程受阻。而且,由于平台为多边结构,其竞争行为产生的影响会同时及于经营者、消费者等多方主体,因此行为涉及的法益相对于传统竞争行为更加复杂,这使得在判定竞争行为是否正当存在困难,也由此导致同类新型竞争行为出现同案不同判的情况。

结合实践情况,当前规制反竞争行为面临的主要问题主要体现在两方面:一方面是《反不正当竞争法》第12条的法律文本存在局限性,第2款前3项的类型化规定过于具体,许多新型不正当竞争行为难以归入其中。由于兜底条款描述中“妨碍、破坏”的描述本身具有一定的模糊性和抽象性,且无明确的构成要件,可操作性较弱,导致法院向一般条款逃逸,而仅基于一般条款难以准确识别新型竞争行为的违法性。^①另一方面是反垄断法现有的认定市场支配地位以及反竞争效果的方法存在局限性。在反垄断法实践中,通常需要界定相关市场以明确经营者竞争的市场范围,并根据经营者的市场份额判断经营者的市场地位,相关市场界定的范围大小往往直接影响着裁判结果。由于数字经济市场具有网络效应、多边市场结构以及传导效应等特性,极大改变了传统经济的竞争行为和发展模式,界定相关市场的诸多环节也因此面临挑战。譬如与传统经济时期相对单一化的商品不同,数字经济下的商品可通过更新或升级的方式在原有功能基础上添加新的功能,进而形成多种功能聚合而成复合性商品。跨界竞争的复合型商品会使单个商品与多个领域的商品存在替代性,进而模糊了市场竞争的边界并提高了替代性分析的难度,导致相关市场界定面临困境。

不仅如此,在数字经济领域中,单纯依靠竞争法治理仍然存在较大的局限性。虽然竞争法是维护市场竞争秩序的重要工具,但竞争法以事后规制为主,存在一定的被动性和局限性。因此,在完善竞争法的基础上,还应当进一步扩充数据相关行为的治理工具。尤其是在数字经济领域中,涉及数据算法等具有高技术性以及动态性,若不设定相应的事前和事中的法律和机制,将可能导致难以挽回的严重后果。目前,围绕数据安全已有《数据安全法》和《个人信息保护法》等,在一定程度上从事前事中层面弥补了当前数据治理体系的不足,但是,这些法律之间的衔接机制尚未健全,尤其是在竞争法与其他部门法之间的衔接方面还有待进一步提升。因此,在竞争法工具的基础上,仍需多种工具协同,防止数据相关行为对市场竞争机制产生不利影响。

四、推动平台互联互通实现数据要素优化配置

结合法律经济学对平台互联互通有效性的考察,可以发现,由于相关配套机制不健全,使得平台互联互通难以实现数据要素市场配置的最优化。若要使平台互联互通的推进能够有效实现数据要素优化配置,不仅需要应用层面打破平台间的数据壁垒,还需在注重效率的基础上,兼顾公平,建立健全能够消除风险和权衡多方利益的保障机制和补偿机制。与此同时,需重视推进平台互联互通的方式,以充分激发市场“无形的手”的引导作用,实现激励相容,促使不同主体能够在利益的引导下选择最有利于社会的用途,自觉走向数据的开放与共享,真正激发数字经济活力。

(一) 基于数据运行周期搭建数据安全保护机制

目前,建立健全数据全周期保护以及确立数据分类分级体系已经成为数据安全保护的共识,这一点在新出台的《数据安全法》也有所体现,其中第3条对“数据处理”下定义,包含了数据从采集到公开的全周期过程,在第8条将数据全周期纳入法律监管之中,在第21条明确建立

^①陈兵:《互联网新型不正当竞争行为法律适用疑难问题及完善》,《法治研究》2021年第6期。

数据安全的分类分级保护制度。可以预见,随着有关部门和行业对《数据安全法》的落实,将会有更多行业出台数据安全细则,但针对不同主体的数据安全,仍需从数据安全与流通的权衡角度进行细化。

1.建立全周期个人信息安全保护机制。如今,数据安全已成为社会各界共同关注的问题,世界各国为应对数据安全风险,也出现了许多不同的用于保障数据安全的工具,譬如数据最小化原则、个人信息去标识化、数据可转移权等,这些工具对于用户数据安全皆能起到一定的防护作用,能够减少数据安全风险。

虽然有不少学者都将数据去标识化作为数据流通过程中保障数据安全的对策,^①在新出台的《个人信息保护法》第51条中也将“去标识化”明确列为个人信息处理者的义务。但问题在于,即便去标识化的技术能够有效消除个人信息中的隐私数据,其也只发生在数据分析处理环节,而平台互联互通贯通着数据从生产到消失的整个生命周期,这意味着,在数据去标识化之前,必然会有含有个人信息的数据在平台之间进行流通。因此,在推进平台互联互通过程中,仅依靠数据去标识化保障数据安全是不充分的,还须基于数据分类分级和数据生命全周期,建立事前、事中、事后的全周期数据安全保障体系。

在事前层面,一方面需要合理控制平台用户数据总量,以降低数据风险,减少风险可能带来的损失。譬如,可对特定类型的数据实施最小化原则,要求平台仅收集存储其向消费者用户提供服务所最低限度所需的隐私数据,并控制涉及敏感隐私数据的存储时间,由此减少在平台互联互通过程中暴露在数据安全风险之中的个人信息的总量,形成一种事前的风险预防和损害最小化的机制。另一方面,须基于互联互通与保护数据安全的权衡,提高通知许可制度的灵活性。因为个人信息对于多方主体包括其本人都有一定价值,不宜为实现隐私安全风险的最小化,而一味要求在数据处理过程中剔除所有个人标识。

在事中层面,即在个人信息存储、处理和使用等过程中,要加大消费者用户对自身信息数据的掌控,可通过“通知-删除”与数据可携带权实现,即消费者用户对不希望在平台公开或者处理的数据,有权通知平台进行删除;对于包含个人信息的数据,消费者用户可以要求转移。除此之外,还须赋予消费者用户算法可解释权,这一权利在欧盟《通用数据保护条例》中被明确下来,成为了一项实证化的权利,在欧盟范围内得到了广泛认可,并在各国通过政策标准予以具体化。通过算法解释权加大平台数据处理使用流程的透明化程度,有助于使消费者用户充分知晓数据使用情况,提高对平台的信任。

在事后层面,则需要基于《个人信息保护法》《数据安全保护法》等规定,明确平台经营者的义务,基于数据分类分级体系,以数据运行全周期为基准,建立健全数据安全追责机制,根据数据安全事故的实际发生环节,具体按照谁主管、谁负责,谁使用、谁负责,谁运营、谁负责的原则,根据数据的类型和级别,追究负责人的法律责任。虽然,这种事后救济不能完全消除数据安全风险,但是,通过责任追究机制找出承担数据安全事故的责任企业,并施加相应的处罚,不仅能够一定程度上提高消费者用户对数据安全环境的信任,并且能够对平台经营者起到警示作用,督促其自觉遵守法律规定,履行义务。

2.建立事中事后经营者数据安全保护机制。在保护经营者数据安全时,由于其权利性质以及数据持有者对数据的控制能力存在区别,因此,与消费者的全周期个人信息安全保护机制相比,经营者数据安全保护机制会存在一定差异。

^①相似观点参见丁晓东:《论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析》,《法律科学(西北政法学报)》2020年第2期;王鹏鹏:《论个人数据的静态与动态融合的私法保护》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2019年第5期。

一方面,针对经营者数据安全应重点集中于事中和事后环节的被动式保护。由于经营者的数据存储于服务器内,直接受其控制,因此,其在数据生产和存储环节面临的风险相对较小。结合实践情况,经营者所面临的数据安全风险主要来源于数据传输环节和数据使用环节的数据漏洞,或者不当的数据爬取等侵权行为。故此,与用户数据不同,法律无需向经营者提供全方位保障,而仅需建立健全事中和事后环节的救济机制。对于事中环节,需要提升对停止侵害请求权的响应效率,当经营者请求第三方平台停止窃取或公开传播数据的行为时,有关部门应及时根据实际情况,采取必要的应急措施,避免数据安全的损害结果因数据传播进一步扩大。对于事后环节,需要完善数据价值评估的机制,在经营者因第三方平台的侵权行为受到数据损失时,应向其提供便捷的维权渠道并提供评估损失的合理标准,以便其向第三方平台请求补偿损失。由于经营者数据安全所涉及的利益主要为财产性利益,其相对于作为基本人权的隐私权以及国家安全的位阶相对较低,因此,对此类权利的保护力度相对较弱,法律无需主动干预,而仅需提供维权的工具或者机制。

另一方面,须基于具体的数据类型以及数据加工处理的程度,确定数据保护的模式。由于平台所存储的数据除知识产权、商业秘密等财产性数据外,还涉及消费者数据、国家安全数据等其他类型。因此,在为平台数据提供安全保障时,需要根据数据的具体类型提供不同的保护机制,例如,对于平台所持有的消费者数据,应当基于消费者数据安全保障体系进行保护。而对于财产性数据,则需基于个案及具体的数据类型,明确相应的保护机制。

此外,经加工处理的数据在价值叠加的过程中,所涉及的利益也因此变得多样化。譬如消费者个人信息经过平台算法的提炼,还被赋予了商业价值,由此产生的数据同时涉及消费者用户的隐私权益和平台企业的财产性权益。因此,在考察数据所包含信息类型的基础上,还应当根据数据加工的主体、加工的方式以及程度等要素,兼顾数据涉及的利益主体,例如对于同时包含隐私信息和商业价值的信息,不仅要保护隐私数据的安全,还要保护平台经营者利益。

(二) 基于数据权属建立数据多元利益分配制度

在平台互联互通状态下,由于当前数据权益分配机制尚未健全,同样可能会出现“围墙花园”状态中的负外部性问题,因为平台在获取消费者用户数据或者其他平台数据时,可能会使数据的真正所有者承担额外的成本而无法获得相应的补偿,由此可能会对数据要素的持续产出与市场化配置产生不利影响。对此,可结合经济学家科斯提出的产权明确化来解决外部性问题的理论,通过建立产权机制,通过市场交易来解决外部性问题。^①因此,明确数据权属并建立配套的多元利益分配制度可作为解决负外部性的有效方法。

1. 平台与消费者用户的数据利益分配。对于平台与消费者用户的情形,需要根据数据的产生以及数据价值生成的具体情况确定数据权属,以建立与数据要素价值和贡献相适应的收入分配机制。由于个人信息数据在其生命周期不同阶段所蕴含的信息以及价值存在差异,数据权属也会因阶段变化而发生移转。在数据生产阶段,消费者用户是用户数据的直接生产者,因此也是用户数据利益的享有者,其可以选择使用个人信息支付平台提供商品的对价。

在消费者用户与平台进行“数据交易”后,平台可通过数据采集获得用户数据,但并不能因此获得用户数据的所有权。因为平台的采集行为并没有改变用户数据的原始状态,且消费者用户用数据交换商品的行为并未让渡数据的所有权。然而,在数据的加工环节,用户数据经过平台的加工和处理,其价值相较于信息的原始状态得到了提升,此时,若经加工数据已成为衍生数据甚至创生数据,其价值已远大于原始数据。

^①高志文、朱晓东:《微观经济学》,东南大学出版社2014年版,第316页。

根据国家发展改革委2022年3月发布的《数据基础制度若干观点》中提出的“建议推动数据生产要素由市场评价贡献、按贡献决定报酬,按照‘谁投入、谁贡献、谁受益’的原则”,与消费者用户相比,平台对数据价值的提升贡献更大。因此,若按照数据价值生成的贡献大小分配数据利益,这些经过加工后的数据的利益应根据加工过程中原始提供者、采集者、加工者等各方主体所起到的作用及付出的成本,按照比例原则合理分配。

2.平台之间的数据利益分配。对于平台与平台之间的情形,数据权属同样可根据数据的生产者以及数据价值提升的贡献度进行分配,由市场评价贡献、按贡献决定数据利益的分配,强化基于数据价值创造的激励导向,从而平衡平台之间数据流通过程中产生的利益冲突。

不过,与平台和消费者的数据利益分配机制不同的是,平台经营者之间的数据利益分配还需注重数据权益的属性,因为在平台间数据流通与共享过程中,所涉及的数据不仅仅是消费者的用户数据,还包括非用户数据。这些数据类型多样,可能会涉及平台的著作权、商标权、商业利益等多种数据。因此,在对数据权益进行分配时,不仅需要关注数据流动过程中各方平台的贡献,还要具体根据数据的权利属性明确权益的归属,譬如对于涉及著作权的数据,其利益归属须根据著作的版权归属进行判断,当其他平台在获取已有版权的平台数据时,需要获得许可并支付相应的费用,从而实现利益的平衡。

除此之外,平台与平台之间的数据利益分配还可通过数据交易机制实现。譬如,建立全国性统一的大数据交易中心,基于数据权属的分配机制,制定相对规范的数据交易流程,为平台企业提供进行数据交易的集中场所。虽然数据本身的价值难以进行定价,但仍可以通过数据量以及数据处理成本等方面的材料,或设立第三方数据服务商和专业服务机构,对数据价值进行评估。总之,数据交易机制的建立,使得平台可以在交易过程中获得因处理分析数据所耗费的成本,有助于多元主体的数据利益平衡。

(三)建立健全多法协同的数据竞争法治体系

若要消除平台互联互通状态下数据竞争行为可能对市场竞争机制带来的风险,需要建立健全多法协同的数据竞争法治体系。具体而言,应当以竞争法为基础,与涉及数据相关行为的法律搭建衔接机制,构建覆盖多领域、全周期、多场域的数据治理体系。

1.更新竞争法的识别机制和方法。首先,需要更新反不正当竞争法中有关数据竞争行为的规定。由于当前影响司法机关判定的主要问题在于,仅通过规范一般条款和互联网专条的适用并不能有效应对互联网新型竞争行为带来的挑战,对此,应当基于互联网市场竞争特性,结合一定的技术标准,明确构成“妨碍、破坏”对产品或服务正常运行的具体条件,以提高兜底条款的明确性和可操作性。譬如,在平台互联互通过程中,若要识别某一平台用技术手段实施封锁屏蔽的行为是否构成互联网专条的“妨碍、破坏”,应当根据网络相关的技术标准,详细考察行为所采用的手段是否构成技术,并对网络产品或服务的运行状态进行具体认定。

在规范现有条款适用的基础上,还须通过立法增加新型不正当竞争行为的类型化条款,这将在一定程度上增加法律的可预测性,同时也有助于提升法条适用的明确性和规范性。但需要注意的是,在新增类型化条款时,应避免将新型技术的具体应用直接作为判定标准,因为技术本身是中立的,只有当技术被经营者不当使用时才构成违法。^①

其次,需要优化反垄断法对滥用市场支配地位行为的认定方法。现行以商品价格和市场份额为分析框架的市场力量评价模式,在数字经济下并不足以反映平台经营者的真实的综合竞争力,故在判定数据相关行为是否滥用市场支配地位时,应基于数字市场竞争的特性,优化识

^①参见陈兵:《互联网新型不正当竞争行为法律适用疑难问题及完善》,《法治研究》2021年第6期。

别市场支配地位的方法。譬如,在确定平台经营者市场份额时,可考虑活跃用户数、点击量、使用时长等可量化指标。同时,也要结合平台的跨市场构造,普遍存在的网络效应、规模经济效应、锁定效应等,将平台所拥有的数据,以及收集、处理和使用相关数据的能力,视为判定其市场地位的重要动态标准,因为这类动态标准是不断变化的,故对这类标准的评估和使用需要结合个案分析,特别是要区分不同类型平台的不同应用场景并对其予以评估。

在判定市场支配地位的基础上,还须对行为产生的竞争效果进行分析,进而对该行为的正当性与合法性做出判断。在判定竞争效果的过程中,应当适当扩宽竞争行为效果的考察对象,具体到平台互联互通的场景中,由于平台行为所影响的对象不仅仅是其竞争对手,还包括多方主体,因此,在考察行为是否排除限制竞争时,不仅需要考察行为对其他平台的影响,同时还需要适当考察行为对平台消费者用户、平台内经营者带来的积极影响和消极影响,综合评估行为对市场竞争产生的实际效果。

2. 搭建数据竞争治理的多法衔接机制。由平台互联互通的法律定位可知,数据竞争的治理不仅仅需要依靠竞争法,还需结合包括《个人信息保护法》在内相关的法律进行协同治理,对此,可通过建立法律文本上的衔接机制以及实务上的协同机制实现数据竞争治理的多法衔接。

首先,在法律文本层面的衔接,需要通过法律明文规定,明确不同法律之间的可参照适用的条款。具体可通过两种方式实现:其一,可通过法律修订或者司法解释的方式,在不同部门法间建立衔接机制,加入适用某一条款过程中可参照适用其他部门法的规定。例如,在考察竞争行为是否构成不正当竞争行为时,需要对行为是否损害消费者利益进行判断,此时法律可规定参照《个人信息保护法》和《数据安全法》中涉及消费者权益的条款。尤其在判定行为在损害市场竞争时是否同时损害了消费者利益,可以基于《个人信息保护法》第13条、第51条等规定,判断行为是否危害消费者的用户数据权益。其二,可在制定新的法律或者司法解释中,针对具体的情景或者行为明确可选择适用的法律范围。

其次,在实务层面,可通过监管部门的衔接机制,在监管和执法的过程中实现多法衔接的效果。虽然,不同监管部门的职能范围有限,使得单一监管部门的执法范围也具有一定的局限性,但是监管部门衔接机制的建立能够有效突破这种局限。具体而言,在监管过程中需要根据个案中所具体涉及的行业,以该行业的主管部门作为牵头跨部门协同监管的主管部门,并由该部门统一协调其他利益相关部门的职责。这一点在2022年1月发布的《国家发展改革委等部门关于推动平台经济规范健康持续发展的若干意见》(下文简称《若干意见》)中有所体现,《若干意见》提出,要坚持“线上线下一体化监管”原则,负有监管职能的各行业主管部门在负责线下监管的同时,承担相应线上监管的职责,实现审批、主管与监管权责统一。

最后,在明确协同监管的行业主管部门后,可通过多部门的会商制度,协调监管部门之间的权限职责,健全信息共享、共商共研、重点舆情联合应对等联动机制,建立跨部门的协同监管。同时,要将以个案监管执法合作为主的协调机制向深层次制度连接方式转向,打破条块分割,打通准入、生产、流通、消费等监管环节。此外,还可在多部门之间建立健全跨部门、跨区域监管执法联动响应和协作机制,形成以深层次制度合作为基础和保障的跨部门协调的监管合力,推动各监管部门间抽查检验鉴定结果互认,避免重复抽查、检测,探索建立案件会商和联合执法、联合惩戒机制,实现事前事中事后全链条监管。譬如,若经过初步调查发现,某违规行为涉及竞争法违法行为,则需搭建数据保护部门与竞争执法部门之间的桥梁,共享或移交已有的案件相关材料。这不仅能够提高数据竞争的执法力度,同时也能够实现多法益保护的效果。

五、结 语

随着数字经济在我国的不进阶发展,数据作为一种创新型生产要素的价值不断凸显,甚至正在成为数字经济下全要素创新的关键,其在市场内的有效配置直接决定着经济发展的效率。为了打破平台构筑的“围墙花园”,推进平台互联互通,须对症下药,才能有效实现数据要素的优化配置。基于法律经济学运用经济学相关理论对平台互联互通有效性的考察,可帮助识别平台互联互通推进面临的阻碍,并制定相应的对策,为平台互联互通实现数据要素优化配置扫清障碍。由于目前平台互联互通面临的障碍尚未消除,尤其是相关制度尚未健全,若强行推进互联互通,不仅可能会影响平台互联互通积极效果的实现,亦可能带来潜在的风险,使得互联互通无法实现社会总体效益的提升,甚至还可能会破坏市场竞争机制。因此,不宜贸然采用“一刀切”式的做法,强制要求所有平台进行互联互通;而应当采取循序渐进的方式,与激励相容,逐步推进平台互联互通的开放领域和层次,积极协调其中的利益冲突与矛盾,从而在最小化损害的情况下,充分激发平台互联互通的积极效能。

The Rule of Law Approach to the Optimal Allocation of Data Element in the Field of Digital Economy:By Means of Platform Interconnection

Chen Bing, Lin Siyu

(Law School, Nankai University, Tianjin 300350, China)

Summary: With the innovative development and in-depth integration of Internet information and communication technology and digital data technology, the new business form, new industry and new model of digital economy with Internet platform as the medium and form has become a new driving force to promote the high-quality development of China's economy. Data elements have also become an important innovative factor of production and the key to promoting all factor innovation under the digital economy. However, in order to obtain or maintain data advantages, super large platform enterprises establish a “fence garden” through blocking, shielding and other behaviors, so that a large number of data elements stored on the platform cannot be optimized. In order to fully stimulate the development of digital economy and optimize the market-oriented allocation of data elements, platform interconnection has become the key strategy and action direction to break the data barrier between platforms.

In order to find out the potential problems that may affect the optimal allocation of data elements in platform interconnection, the Pareto optimal in legal economics can be used to test whether platform interconnection can realize the optimal allocation of data elements. Through comparative analysis, it can be found that platform interconnection will not only bring benefits to many subjects in the market, but also bring risks to some subjects, because the current data security protection mechanism is not perfect, and platform interconnection may bring data security risks to consumers and operators. Moreover, due to the diversity of data ownership to be determined and the imperfect benefit distribution mechanism, it is difficult to compensate the costs paid by some subjects for interconnection.

The potential risk caused by the lack of mechanism has become a realistic factor that hinders platform interconnection to achieve its due effect. In order to eliminate these obstacles, it is urgent to establish a corresponding data security protection mechanism based on the data operation cycle and according to the actual situation and needs of consumers and operators. Based on proper, reasonable, open and fair data ownership arrangements, we should establish an income distribution mechanism suitable for the value and contribution of data elements, so as to improve the multi-benefit distribution system of data. At the same time, on the basis of improving the current competition law, it is necessary to clarify the applicable provisions between different laws through explicit provisions of the law, and realize the effect of multi-law connection in the process of supervision and law enforcement by constructing a cross-departmental collaborative supervision mechanism. Eliminating the obstacles of platform interconnection through the rule of law will help to promote platform interconnection in a scientific and orderly manner, so as to realize the optimal allocation of data elements in the field of digital economy.

Key words: digital economy; platform interconnection; data elements; Pareto improvement; multi-law collaboration

(责任编辑: 倪建文)

(上接第30页)

necessary to grasp the three major trends of the development of MCN new business formats in the world, and make them serve the national policies and integrate into the mainstream culture based on China's national conditions.

According to the dynamic law of MCN relying on 4I (IT、IP、Idea、Idol), it is necessary to cultivate intensive industrial clusters by combining excellent business environment, intelligent infrastructure and rich resource supply. Its focus is to give full play to the characteristics of MCN, combine people, goods, fields and things, and create good economic and social benefits.

It is necessary to promote the innovation of MCN's whole industrial chain, including institutions, platforms, third-party services, bases and other key links, give full play to the positive force of transferring the market to dynamic equilibrium in the survival of the fittest and seeking advantages and avoiding disadvantages, empower and help the overall situation of dual circulation, make new enterprises rise competitively, and make quality consumption benefit the people.

It is necessary to grasp the new growth point of MCN, adapt to the general trend of China's economic and social development, focus on tapping new kinetic energy, promoting new consumption and embracing the new economy, and step into the "second curve" of sustained growth. It is necessary to encourage state-owned radio and television institutions to develop MCN new business formats, combine digital transformation with deepening system reform, adopt a stable and effective way of industrial upgrading, and create a new comprehensive network communication platform.

Key words: MCN new business formats; basic characteristics; advantageous clusters; full-chain innovation; transformation and upgrading

(责任编辑: 倪建文)