

# 数据互操作的竞争法思考

王晓晔\*

为遏制数字巨头基于平台网络效应、规模经济和大数据而拥有的市场势力,欧美国国家近期强化了数字领域的反垄断监管,甚至提出拆分头部企业和实现数据互操作等激进措施。在数据互操作方面,美国联邦贸易委员会(以下简称FTC)在其2020年12月指控脸书<sup>①</sup>的诉状中指出,脸书许可第三方应用软件与其应用程序编程接口API连接的前提条件是,第三方不得开发与其相竞争的功能,不得连接或推广与其相竞争的社交服务,并指出脸书限制第三方应用软件与其API互操作不仅减少了消费者的选择,而且损害了广告商通过竞争可以得到的好处。FTC就此向法院提出的救济措施是,禁止脸书对第三方软件开发商施加反竞争限制。数字领域的反垄断监管是世界各反垄断司法辖区面临的新课题,学术界和实务界对很多问题包括数据互操作存在很大争议。笔者认为,数字经济与传统经济相比虽然有其特殊性,反垄断的程序和实体法应当适应数字经济的发展,但针对数字巨头的反垄断监管包括数据互操作仍然应当依照市场经济的基本原则。

## 一、数据开放和共享是企业经营自主权的重要部分

社会上有种观点认为,随着互联网平台的用户规模、市场份额和影响力的不断提升,超级平台已经成为“自然垄断”,类似反垄断理论中的“基础设施”或者“必需设施”,因此应将它们作为公用设施进行监管,它们掌握的大数据应当无条件向第三方包括向其竞争对手开放。这种观点值得商榷,因为它忽视了数字经济是市场

---

\* 王晓晔,深圳大学特聘教授,中国社会科学院法学所研究员。

① 本文中涉及“脸书”的讨论均发生在其正式改名以前,故用原名称“脸书”。——编者注

经济的重要部分,忽视了数字领域明显存在的竞争和创新。

例如,美国2003年成立的MySpace曾是全球最大的社交平台,但这个地位却在2008年被2004年成立的脸书取代。谷歌也不是与生俱来的垄断者,它在2002年超过了雅虎坐上了全球搜索市场的头把“交椅”。这说明,即便今天的谷歌和脸书在全球数字市场占支配地位,但没人敢肯定它们的市场地位会固若金汤,永远不发生变化。另外,谷歌和脸书之所以在今天的数字市场成为垄断者或者占主导地位,关键的因素是它们的技术创新和竞争力。芝加哥大学IGM论坛不久前邀请80位经济学家对谷歌等科技巨头发表看法。他们中的绝大多数人认为,谷歌今天之所以成为全球搜索市场最成功的企业,一方面基于互联网平台的网络效应,另一方面基于其高质量的算法,后者表现为其搜索内容的准确性、高速度的页面加载和信息报道的实时性。这些事实说明,数字巨头不是“自然垄断”,它们的垄断地位或者市场支配地位是在市场竞争中产生的,它们不应当以市场之外的方式作为公用事业企业进行监管,甚至“国有化”或者“公有化”。

数字巨头如果不应当作为自然垄断或者公用企业进行监管,它们手中的大数据作为其核心生产要素原则上也不应当“公有化”。也就是说,一方面,国家应努力促进信息流动和数据共享,因为这是推动数字经济发展必不可少的前提条件;另一方面,鉴于数据开放和共享是平台企业经营自主权的重要部分,这些数据的配置原则上应由它们自主来进行,它们通过数据库可以获得的商业利益和竞争优势应当依法得到法律保护。

## 二、数据开放应当考虑相关的法律制度

在实践中,数字平台企业相当程度上是愿意开放其数据的,即向第三方应用软件和数字服务开放其API接口。因为它们来说,数据互操作不仅有助于优化和扩大其作为生产要素的数据,而且可以增加新用户,并为老用户提供内容更丰富和更多类型的服务。更重要的是,企业可以由此扩大平台的直接和间接网络效应,吸引更多的广告商,获取更多的广告收入,从而为新产品和新服务的投资和研发创造条件。

因为平台经济领域的数据开放存在不同的场景,数据控制人可能在不同场景对要求进入平台和数据的交易对手提出不同的标准和条件。一般来说,涉及B2B、B2C的中介平台都会要求对方通过合同谈判来订立相互间的合作协议。我国目前尚未对互联网领域的数据权属作出明确规定。考虑到平台经营者手中的大数据是

其投入大量的时间、资金和人力对其平台上规模浩大的用户原始数据进行收集、整理、分析和应用的结果,这些数据的开放和使用一方面应当考虑保护用户的隐私权;另一方面应当考虑数据控制人在开发大数据过程中所付出的劳动,保护其相关的财产权。

2021年5月17日,北京市海淀区人民法院对新浪微博诉字节跳动的不正当竞争案作出一审判决,认定字节跳动通过“复制”“粘贴”等方式对新浪微博的内容进行了大规模移植,这导致新浪微博通过长期合法经营建立的市场竞争优势在短期内被严重削弱甚至彻底消失,字节跳动却以不投入和不付出成本的方式建立起自身的竞争优势。法院认定字节跳动的行为损人利己,违反商业道德,违反《反不正当竞争法》第2条,判处某支付原告损害赔偿2100万元。

另外,鉴于掌握了大数据的平台企业往往占据市场优势或者支配地位,它们应当依据公平、合理和无歧视的原则向第三方开放平台和数据,即在这个方面不得凭借其市场地位而不合理地排除和限制竞争。我国《电子商务法》第5条也规定,“电子商务经营者从事经营活动,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德,公平参与市场竞争,履行消费者权益保护、环境保护、知识产权保护、网络安全与个人信息保护等方面的义务,承担产品和服务质量责任,接受政府和社会的监督”。这里的经营活动应当包括数据开放。

不久前,国家市场监督管理总局对阿里巴巴罚款182亿元,理由是阿里巴巴多年来滥用其在中国境内网络零售平台服务市场的支配地位,禁止平台内经营者在其他竞争性平台开店或者参加促销活动,排除限制了相关市场的竞争,构成《反垄断法》禁止的“没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易”的滥用市场支配地位行为。这个案件说明,即便数据开放是企业经营自主权的重要部分,但这方面的经营活动不能得到反垄断法的豁免。也就是说,平台经营者虽然有权选择其合作伙伴,但在数据开放中如果存在不合理的拒绝交易、差别待遇、限定交易、搭售或者附加其他不合理的交易条件,这可能违反《反垄断法》相关规定。

### 三、适用“必需设施理论”的问题

数据互操作方面的热门问题是竞争者之间的数据共享。可见,如果平台A被强制要求与其存在现实或者潜在竞争的平台B实现数据共享,即许可对方对其用户数据进行连续和实时的访问,这种数据共享毫无疑问会损害平台A继续收集其用户数据的动力,即出现竞争损害。这里不禁让人想到美国FTC指控脸书“向第三

方开放 API 的前提条件是对方不得开发与脸书相竞争的服务,不得连接或推广与脸书相竞争的社交网络。”考虑到脸书开放数据与电力、自来水等公用事业企业提供的普遍服务不同,它的数据开放自然有其自身的经济利益,在这种情况下,它拒绝某个第三方进入平台开发与其相竞争的产品或服务在市场经济体制下可能具有合理性。

我国国务院反垄断委员会发布的《关于平台经济领域反垄断指南》提出了“必需设施”的概念,即“分析是否构成拒绝交易,可以考虑控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易”。但该指南也指出了拒绝交易可能存在的正当理由,包括:因不可抗力等客观原因无法进行交易;因交易相对人原因,影响交易安全;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;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;能够证明行为具有正当性的其他理由。

这里有必要指出的是,反垄断法中的“必需设施”概念来自美国,但是美国反托拉斯法今天几乎不再适用这个理论。美国权威学者阿列达(Areeda)曾对该理论进行过严厉的批判。他说,“‘必需设施理论’一开始就是错误的,它妨碍了企业向重要资产进行投资,而这些投资对消费者来说具有高价值,对所有权人是高成本,否则不会贴上‘必需设施’的标签。不受限制的‘必需设施理论’对现代市场创新有极大损害,一方面会损害权利人的投资动力,另一方面从长远看也会损害消费者的福利。即便存在强制分享的案件,也应当是极例外的情况”。美国联邦最高法院在其2004年Trinko案的判决中还强调,“阿列达教授的观点完全正确,任何法院都不应该对其无法解释或不能充分和合理监管的问题强加一种责任”。

欧盟委员会和法院在几个涉及知识产权的反垄断案件适用过“必需设施理论”,如Magill、微软、IMS和Bronner等案件。根据这些案件,可进入垄断者必需设施的条件包括:(1)它是进入市场不可或缺的投入;(2)在位者拒绝交易会妨碍产生存在潜在消费需求的新产品;(3)在位者的拒绝行为没有客观公正性;(4)拒绝交易排除下游市场竞争。这里的关键因素是在位者掌控一个进入市场不可或缺的投入,该投入不仅现实中没有可替代性,而且由于法律、技术或者经济等条件的限制,任何企业都不可能生产出这个进入市场不可或缺的产品。然而,即便存在上述案例,欧盟迄今没有任何法律依据表明,可以要求一家企业分享其数据,目的是使其竞争对手更好地与其在同一市场开展竞争。欧盟《数字市场法草案》即便对“数字守门人”施加了数据互操作义务,但是没有规定可以与“守门人”的核心服务互操

作,仅是规定了可以与其辅助服务互操作。

最后,还应当从数字经济的发展看问题。即便有人提出,寻求进入数据是企业期望能够提供新的产品或服务,甚至希望提供与在位企业相竞争的产品或服务。但是,这些企业应当表明,在没有进入数据的情况下,它就不可能开发新产品,或者开发新产品在技术或经济上不可行。然而,这个举证责任的难度相当大,因为脸书、谷歌、阿里、腾讯、抖音等大型互联网平台提供其产品或服务之初并没有大规模用户的数据积累,这说明数据不是数字巨头必不可少的投入。其实,成功的互联网大企业虽然拥有了大数据,但其成功的第一要素是其在技术方面的创新。在今天的流行音乐平台领域,Spotify即使没有数据积累也成功地超越了苹果旗下拥有大量用户数据的iTunes。这也说明,数据一般不构成反垄断意义上的“必需设施”,达不到“不可或缺”的程度。

#### 四、结语

数据开放也是我国数字领域涉及反垄断法的一个热点问题,如抖音和腾讯之间的争议。总体上说,数据互操作不是不可能,但是需要在多种利益之间做平衡,特别是“必需设施”理论的适用应当严格限制。竞争者之间强制开放数据的最大问题是,这可能导致竞争者不必在获取数据的初级市场开展竞争,而是可以通过“搭便车”以在位企业失去其竞争优势为代价而进入下游市场。这不仅可能导致产品同质,损害消费者利益,更重要的是损害企业投资和创新的动力,损害市场经济体制。其实,数字经济与传统经济一样,任何案件的判断不能仅仅出于短期利益,还应当考虑国家长远的和可持续发展的经济。