

欧盟数据可携权 在规制数据垄断中的 作用、局限及其启示 ——以数据准入为研究进路*

曾彩霞 朱雪忠

摘 要：由于数据准入已成为新企业进入市场的关键壁垒，数据垄断者会实施技术和市场障碍限制新企业获取数据，进而排除市场竞争。而数据可携性是解决数据准入障碍和促进数据共享的核心要素，政府应围绕数据可携性进行相关制度设计。欧盟率先创设了数据可携权，试图通过赋予数据主体数据控制权和数据控制者数据可携义务发挥规制数据垄断的作用。本文以数据准入为研究进路，认为欧盟在数据可携权制度安排中存在数据种类模糊、权利主体有限以及平台互操作性弱等问题，在规制数据垄断方面所发挥的作用有限，提出我国在数据可携权制度安排时应对数据进行分类，赋予企业附条件的有限可携权，以及强制数据存储的互操作性，并尽快将数据格式标准化以提高平台兼容性。

关键词：欧盟；数据可携权；数据垄断；规制；数据准入

作者简介：同济大学 上海国际知识产权学院 博士研究生 法学院 工程师 上海 200092

同济大学 上海国际知识产权学院 教授 上海 200092

中图分类号：D951.6

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2020)01-0133-15

* 本文受国家重点研发计划资助项目“科技成果与数据资源产权交易技术”(编号:2017YFB1401100)、上海市软科学研究项目“数据准入视角的大数据垄断规制研究”(编号:19692103700)资助。

引言

由于数据在市场认知、消费者偏好、精准广告投放等方面提供的相关性无法通过理论推演获得,易于形成市场高度集中,且大数据技术开发初期固定成本高、后期可变成成本低,以数据为驱动的双边市场具有较强间接网络效应等特点,数据已构成市场准入的关键壁垒。和20世纪90年代Google取代当时的市场龙头Alta-Vista相比,现在新企业所面临的市场环境、技术环境以及法律环境都发生了较大的变化。首先,20世纪90年代网络索引技术还不能分析用户行为痕迹,且数据规模还未成为市场进入的关键要素^①,数据准入未成为新企业与市场占有者抗衡的主要壁垒。其次,当时数据主体的数据素养普遍较低,对个人数据的保护意识不强,数据准入的法律成本较低。但随着数据非法使用和滥用的案例频发以及欧盟《通用数据保护条例》的实施,全球数据主体的数据素养普遍得到提升,个人对数据所有权、国家对数据主权都给予空前的重视,意图进入市场者在数据准入方面面临较高的法律成本。另外,数据市场竞争生态较20世纪90年代也发生了较大改变,无论从国家还是产业来看,都出现了高度集中的现象。数据垄断企业主要集中在以数据为驱动的互联网行业,如搜索引擎、电商平台和社交网络平台,这些行业都出现了高度集中的现象,并呈现不断加强的趋势。从国家来看,数据垄断者主要集中在美国。市场占有者利用数据和资金优势不断开发技术,并占领算法等技术高地,不断加强在服务市场、网络广告市场和数据市场的垄断力。以搜索引擎行业为例,从2007年开始,虽然有不少企业(如Kosmix、Cuil、DuckDuckGo)意图进入通用搜索服务市场,但由于平台双边市场用户反馈圈(Feedback Loop)的网络效应,以及新企业在数据准入和技术开发资金方面存在的劣势,没有一个新企业占据了重要的市场地位,这些新企业要么停止提供通用搜索服务,要么转向提供与Google互补的搜索服务,如专业搜索服务。数据垄断者进而利用数据和算法垄断对新企业实施数据准入封锁,以巩固和加强现有市场支配地位。同时,将其市场支配地位从现有相关市场跨界传导到其他相关市场,从点扩张到整个产业链以及产业圈,并最终改变整个竞争生态,形成巨无霸企业。比如Google宣布进军智能汽车制造就是利用其数据垄断力进行扩张。之后,数据垄断者利用其绝对市场支配地位降低隐私保护、肆无忌惮收集和交易个人数据、对数据主体实施价格歧视、降低服务或产品质量以及实施其他侵害消费者权益的行为。

^① 参见 European Commission, "CASE AT. 39740 Google Search (Shopping) decision", 2017-06-27, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, 访问日期:2018-09-10.

因此,如果不解除数据准入障碍,加强数据的可携性,就难以规制数据垄断现有的和潜在的竞争效应,这将严重阻碍数字经济发展。欧盟在过去二十年没有抓住互联网行业发展的最佳时机,后来充分意识到数据垄断对数字经济发展的消极效应,创设了数据可携权,试图通过保护数据主体的隐私来降低数据垄断者对消费者的侵害,同时通过向数据控制者施加义务来促进数据的自由流动,激活数据市场的活力。欧盟数据可携权实际上发挥着数据保护和竞争规则的双重功能。本文以数据准入为进路,分析欧盟数据可携权对数据垄断规制的策动效应,希望能够对我国数据可携权的制度安排提供一定的启示。

一、数据垄断情景下的数据准入障碍类型

准入障碍是提高新企业进入市场难度的一个因素。虽然成本差异是市场结构最重要的影响因素,但是准入障碍也会对市场有效竞争产生阻碍作用。如果准入门槛很高,一个行业就很少会有新企业,现有企业面临的竞争压力也有限。经济规模、法律限制、市场进入高成本、产品异质性、广告构成了市场进入的主要障碍^①。其中,经济规模、市场准入高成本障碍在数据准入中尤为突出。数据准入障碍可以归纳为技术障碍、法律障碍以及市场障碍三个方面,这三个影响因素很多时候互相作用,此消彼长。比如技术障碍有时会催生新的法律障碍,新的法律规定又会造成新的技术障碍。因此,识别出阻碍数据准入最重要的影响因素对建设充满活力且可持续发展的数字环境至关重要^②。(见表1)

表1 数据准入障碍类型

法律障碍	技术障碍	市场障碍
• 数据保护法:绝大多数阻碍	• 算法技术可用性和质量	• 数据固有特征和网络交互性
• 隐私法:间接阻碍	• 数据存储标准	• 设置技术壁垒
• 网络安全法:赋能+阻碍	• 数据传输设备不兼容	• 提高交易价格和条件
• 知识产权法:阻碍		• 拒绝数据交易和许可
• 竞争法:阻碍+赋能		• 签署排他性协议

来源:作者自制。

(一)数据准入的法律障碍

法律障碍在数据准入障碍中发挥着越来越重要的作用,对数据准入,无论是自

^① 参见保尔·萨缪尔森(Paul A. Samuelson):《经济学》,北京:人民邮电出版社,2016年版,第175页。

^② 参见 European Data Protection Supervisor, “Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection”, 2014-03-26, http://europa.eu/rapid/press-release_EDPS-14-6_en.htm, 访问日期:2018-10-20。