

专门立法缺位背景下的数据治理观察

孟雁北

资源要素数据化已成为数字经济时代的趋势，作为基础性资源、重要生产力和关键生产要素，数据在市場中的应用已经构造起包括数据采集、建模分析、效果评估到反馈修正等完整的“数据闭环”，甚至可以实现经营管理决策由机器根据数据自下而上地数据驱动，数据的重要性，甚至关键性作用早已毋庸置疑。

中共中央、国务院 2020 年 4 月发布的《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》也明确将数据要素与土地要素、劳动力要素、资本要素、技术要素正式列为五大要素市场。但与此同时，数据在获取、交易、使用过程中可能会产生侵害个人隐私、影响国家安全、损害市场公平竞争等风险，上述数据风险的复合性决定了数据治理路径选择的多元化以及系统建构数据治理体系的必要性。

我国数据专门立法供给不足，赋权方案仍不确定

数据的无形性、非消耗性、多栖性、可复制性等特点对传统产权、流通、分配、治理等制度均提出了挑战，力图为激活数据要素价值创造和价值实现提供基础性制度保障的数据赋权问题成为了数据权益保护、数据登记和交易的基础性问题。基于数据主体与客体的多重性、动态性，学界目前存在着诸如“权利束说”“用益权说”“场景化界定说”“知识产权说”“企业数据有限产权制度说”“国家所有说”“商业秘密说”等多种数据赋权方案，短时间较难取得基本共识。

2022 年 12 月 2 日，中共中央、国务院印发的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（即“数据二十条”）主张在国家数据分类分级保护制度下，推进公共数据、企业数据、个人数据的分类分级确权授权使用和市场化流通交易，推进非公共数据按市场化方式“共同使用、共享收益”的新模式，健全数据要素权益保护制度，逐步形成具有中国特色的数据产权制度体系，为数据赋权提供了顶层设计。在数据赋权的问题上，所有权思维在我国正渐渐被放弃，数据赋权的重点已聚焦在数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权的分置运行规则的构建上，但数据如何赋权仍面临争议呈现出不确定性。

事实上，大多数司法辖区的数据赋权也具有不确定性，其数据治理制度主要规范的是数据行为。例如，欧盟在推出《数字市场法》《数字服务法》之后，欧洲议会于 2023 年 11 月 9 日以 481 票赞成、31 票反对、71 票弃权通过了《数据法案》（Data Act），该法案旨在明确数据访问、共享和使用的规则，规定获取数据的主体和条件，使更多私营和公共实体将

- 当前，我国正在探索构建全国一体化数据要素登记体系，通过登记方式赋予数据处理者一定的权益，以加强对他人不正当获取和使用数据行为的规制，但是，我国数据赋权方案仍不确定，是否制定专门的“数字市场法”或“数据法”尚不明朗。
- 尽管数据是非竞争性的，但数据抓取行为在一定程度上损害了其他经营者对于特定数据的掌控，特别是某些数据中蕴含着其他经营者的劳动成果，这将损害其他经营者合法参与市场竞争的权益，也可能损害消费者的个人信息权利。
- 在位平台为稳定和强化已有生态竞争优势而实施的诸多经营策略，会引发竞争问题和竞争担忧，如数据优势可能导致领先平台以“先发制人”的并购策略来抑制潜在竞争等，从而引发反垄断法规制的必要性。

能够共享数据。当然，该法案还需要欧洲理事会正式批准才能成为法律。

当前，我国正在探索构建全国一体化数据要素登记体系，通过登记方式赋予数据处理者一定的权益，以加强对他人不正当获取和使用数据行为的规制，北京、浙江、江苏、山东、福建及广东深圳已纷纷探索开展数据知识产权登记试点工作，这些经过行政机关形式审查并登记的数据，具有生产要素最基础的产权边界形式，可以为数据的安全高效流通提供依据。但是，我国数据赋权方案仍不确定，是否制定专门的“数字市场法”或“数据法”尚不明朗，因此，我国数据治理领域主要是依据《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》《关键信息基础设施安全保护条例》《网络数据安全条例》，以及省、自治区、直辖市人大及其常委会制定和公布的地方性数据法规、规章等来进行数据治理工作，聚焦的也是数据行为的治理。

反不正当竞争法成为解决数据争议的重要抓手

商业数据作为市场主体的关键生产要素，已成为各大企业获取竞争优势的战略资源。

实践中，围绕数据的爬取与反爬取，爬取后数据的合理使用，以及 OpenAPI 开发合作模式中的授权使用原则等问题已发生了大量纠纷。面对我国数据赋权审慎、数据专门立法尚未启动的客观现实，法院并未拒绝裁判与数据有关的争议，而是通过个案基本形成了较为一致的裁判思路，即在涉案数据系原告付出成本和劳动所获取的情形下，结合对被告行为正当性的认定，综合消费者利益和竞争秩序的考量，以反不正当竞争法为依据对涉数据的争议从是否构成不正当竞争行为的视角对数据争议予以解决。

反不正当竞争法之所以在处理数据争议中具有重要作用，主要的原因在于反不正当竞争法的行为规制法属性，即数据行为不正当性与否的认定，并不要求原告据以提出主张的权利基础必须达到法定权利的要求，而

是以我国《反不正当竞争法》第二条原则条款作为判断标准和法律依据，以公认的商业道德和诚实信用原则为价值判断，关注竞争秩序的损害，从经营者利益、消费者利益和社会公共利益三个维度进行利益权衡，同时在具体个案中考虑技术本身、商业模式、竞争秩序、自律规范以及消费者利益等综合因素开予以认定，秉持的是商业伦理与实现商业价值的有机统一。

当下，数据和流量都是互联网平台企业核心竞争要素，经营者对于其他经营者的数据抓取行为在实践中较为常见。尽管数据是非竞争性的，但数据抓取行为在一定程度上损害了其他经营者对于特定数据的掌控，特别是某些数据中蕴含着其他经营者的劳动成果，这将损害其他经营者合法参与市场竞争的权益，也可能损害消费者的个人信息权利。

但同时，数据抓取行为并非一概违法，数据抓取作为数据流通的重要手段，能够极大地降低数据流通成本、活跃市场开发、提高数据的公共属性。在判断数据抓取行为合法与否时，数据可以被类型化为“公开数据与非公开数据”“提供的数据、观察的数据和衍生的数据”等，结合我国《反不正当竞争法》的规定进行合法性认定。因此，我国《反不正当竞争法》正在进行的第三次修订中如何设计涉数据不正当竞争行为条款就显得至关重要。

为应对数字经济的挑战，韩国于 2021 年 12 月 7 日颁布了《反不正当竞争及保护商业秘密的相关法律》的修订法，该修订法主要禁止以下四种行为：

- (1) 无访问权限者通过窃取、欺骗、不当链接或通过其他不正当手段获取数据，或者使用、公开其获取数据的行为；
- (2) 与数据所有者的合同关系等，有数据访问权限的人以获取不当利益或损害数据所有者利益为目的，使用数据、公开其数据或者提供给第三者的行为；
- (3) 明知通过以上两种行为获取的数据，但还是取得其数据，或者使用、公开其取得的数据的行为；
- (4) 在没有正当权限的情况下，以对保护数据而适用的技术性措施进行逃避、清除或变更为主要目的，将对其

技术、服务、装置或其装置的零部件，进行提供、进口、出口、制造、转让、出借或传送或为转让、出借而展示的行为。韩国上述关于涉数据不正当竞争行为条款的规定，可供我国《反不正当竞争法》第三次修订时参考。

激烈的平台数据竞争亟需反垄断规制

进入数字经济时代，谁掌握的数据越多、维度越丰富，谁就能越全面地了解用户偏好，提供更贴合用户的产品或服务，数字市场竞争的一个重要特征就体现为平台竞争、数据竞争。平台在发展壮大的过程中逐渐形成生态系统，依托强大的数据获取、控制和处理能力，不断巩固竞争优势，而在位平台为稳定和强化已有生态竞争优势而实施的诸多经营策略，会引发竞争问题和竞争担忧，如数据优势可能导致领先平台以“先发制人”的并购策略来抑制潜在竞争等，从而引发反垄断法规制的必要性。

平台可能会利用自身“规则制定者”的身份优势，通过制定平台规则或者获取平台内经营者的数据，进而借助算法为自营产品提供最优化的经营策略，使得其自身的业务相比于在其平台上运营的其他经营者的业务受到更多的优待；平台可能会利用大数据收集用户信息，通过算法分析出消费者的消费习惯、偏好与收入水平，从而针对每一个用户或者每一类用户进行个性化定价的行为。上述的平台自我优待行为、以及被称为“大数据杀熟”的平台个性化定价行为，如果排除、限制了竞争，影响了用户选择，则会受到反垄断法禁止。当然，反垄断法也会通过禁止垄断协议制度来规制算法合谋，通过经营者集中反垄断审查制度规制数据驱动型并购等。

需要关注的是，反垄断法是维护市场竞争的法律，如果数据利用过程中产生了排除、限制竞争的后果，反垄断法会对造成竞争损害的数据滥用行为予以制止。但是，如果数据利用行为产生的是侵犯个人隐私风险、国家安全风险等风险时，则需要依据其他法律制度予以有效规制。

总之，数据可能产生的风险是复合性的多重风险，因此，数据治理是一项系统工程，需要与数据赋权、数据专门规制、平台治理、反不正当竞争规制、反垄断规制等制度交织在一起协同共治。

（作者系中国人民大学法学院教授、博导，国务院反垄断委员会专家咨询组成员，中国商业法研究会常务理事。）

