

反垄断视野下数据开放与隐私保护的冲突与协调

孙 晋 马姗姗

摘 要 数据是数字经济发展的重要驱动力,数字平台之间的竞争大多围绕数据展开。为释放数据要素价值、规范数字市场竞争,数据开放与隐私保护几乎同时进入反垄断法的视野。数据开放试图以恢复性救济化解数据垄断难题,隐私保护作为竞争考量因素也被纳入反垄断法的规制框架,然而二者在反垄断实践中常难两全。作为反垄断救济措施的数据开放可能因权利保障不足、责任缺位等造成隐私泄露与侵犯;隐私保护也可被头部平台企业作为拒绝数据开放的竞争抗辩理由。这实质上是数据双重属性、数据主体价值取向差异以及数据竞争行为规制局限性等多重因素共同作用的结果。反垄断法的多维调整目标与数据开放隐私保护二者协调的底层逻辑具有共通性,兼顾市场竞争与规模经济的有效竞争理论可作为冲突调和的基本向导。在此基础上,进行适度的数据开放和合理的隐私保护,方能寻求并实现二者之间的最佳平衡。

关键词 数据要素市场;数据开放;隐私保护;有效竞争;数据互操作;数据垄断;数字竞争规则

中图分类号 D912.29 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2024)06-0154-13

基金项目 国家社会科学基金重点项目(19AFX019)

2024年7月,中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》明确指出,要培育全国一体化技术和数据市场,建设和运营国家数据基础设施,促进数据共享。数据是数字时代的基础性资源和战略性资源,也是市场主体争夺的关键生产要素。随着数据要素在企业竞争策略中的作用日渐凸显,市场主体围绕数据开放与封锁、流通与保护的垄断纠纷也愈演愈烈。既有研究已经认识到,在竞争秩序维护中,数据具有保护、利用、流通等多元价值,但整体来看,研究视角较为分散,部分侧重于分析数据开放措施可能造成的竞争隐忧,部分重点关注数据隐私保护在竞争价值考量中的地位,却较少关注到二者在市场化竞争中的协调问题。当前,如何在维护市场公平竞争秩序的基础之上,寻求数据多元价值多重属性的最佳平衡点,已成为数据市场竞争中亟待解决的现实问题。

一、问题的提出

人类社会进入数字时代,数据作为与土地、劳动力、资本、技术并列的重要生产要素,关涉平台和个人双方^[1] (P176),是影响数字市场竞争格局的关键力量^[2] (P106),也是反垄断事前监管和事后救济考量的主要因素。

一方面,为打破“野蛮生长”态势下的数据垄断、完善平台经济竞争治理体系,强制数据开放^①等恢复性救济措施应运而生。2021年《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《平台

① 本文所称的“数据开放”是指为破除数据垄断,法律要求企业主动采取的打破数据壁垒、促进数据流动及增强数据互操作性的竞争救济措施。

反垄断指南》)明确规定“开放网络、数据或者平台等基础设施”“承诺兼容或者不降低互操作性水平”可以作为救济措施。数据开放可以理解为广义互操作义务的一种,旨在维持市场现状的基础上,通过决策权的有效分配引导多个经营者之间展开竞争。广义互操作义务并非新近出现的概念,而是很早就运用于铁路、电信等具有自然垄断属性的行业。譬如,《中华人民共和国电信条例》中便规定了电信运营商之间的互操作义务。且在涉及标准必要专利的经营者集中案件中,商务部原反垄断局有过多起附加开放救济措施的先例,避免先进入企业阻碍新技术成为标准^[3](P64)。数据开放逐渐受到各国反垄断执法机构的重视^①,其原因在于,相较于经济性惩罚,促进数据开放更有利于恢复数字市场的竞争;相较于结构性救济,数据开放更为谦抑温和,对市场自身机制的干预和限制较少。头部平台企业资金实力过于雄厚,传统经济性惩罚措施难以起到阻却垄断行为的威慑作用,通过数据垄断形成的强大市场势力也无法消解。适用拆分、重组等较为激进的结构救济措施,可能会使网络效应和规模经济产生的价值不复存在,造成经营成本增加、用户使用成本上升等消极影响^[4](P111-112)。与之相反,数据开放能够将内部网络效应外部化,在不改变现有市场结构的前提下,巧妙地避免了内部网络效应限制相关市场上的竞争。如此一来,经营者能够基于网络效应和规模经济获得更为公平的待遇,这既能够防止其他市场竞争者被不合理排斥,也为潜在市场竞争者进入市场并平等参与竞争提供可能。

另一方面,隐私保护逐渐进入反垄断法的视野。数字经济具有零价经济的特性,价格竞争在平台扩张中的作用逐渐弱化,数据隐私等非价格维度竞争因素的价值日益凸显^[5](P629-633)。在数字市场,数据隐私保护程度与用户的使用体验密切关联。如果头部平台企业要求用户接受不合理的隐私条款、滥用个人数据或侵害消费者的隐私权,消费者迫于平台垄断地位以及较高的转移成本,而不得不接受其肆意控制、收集和滥用个人数据隐私,则可认定为平台产品质量的下降。在具体的表现形式上,涉数据隐私的反竞争行为主要分为滥用市场支配地位侵犯用户隐私和数据驱动型并购两类^[6](P5-8)。当数据隐私作为扩展竞争优势的资源 and 手段时,头部平台企业可利用其市场支配地位强制收集用户数据隐私,进一步增强自身的市场势力,如德国联邦卡特尔局(FCO)对脸书公司(Facebook,现为Meta)因其通过旗下即时通信软件“瓦次普”(WhatsApp)和社交软件“照片墙”(Instagram)等第三方工具收集用户数据的处罚,在执法层面明确了侵犯数据隐私构成反垄断法意义上的滥用(The use of abusive business terms pursuant to Section 19 (1) GWB)。而当数据隐私作为竞争因素考量时,往往是在数据驱动型经营者集中案件中,被认定为竞争评估中质量参数的重要指标。

当数据开放和隐私保护同时进入反垄断法的视阈时,二者之间因保护的法益不同而存在较为明显的冲突关系。其法益冲突在“史诗游戏公司(Epic Games)诉苹果公司(Apple)案”中得以充分体现:Epic Games 绕过 App Store 支付机制,Apple 将其研发的《堡垒之夜》游戏下架。Epic Games 据此指控 Apple 拒绝开放支付系统的行为违反了反垄断法;Apple 则以维护服务质量和安全作为抗辩理由,指出拒绝开放支付系统是考虑到第三方支付渠道可能会泄漏用户隐私(Epic Games, Inc. v. Apple Inc., Case No.4:20-cv-05640-YGR)。可见,数据开放等反垄断救济措施可能带来数据泄漏、网络攻击等隐私保护难题;以隐私保护为由进行的竞争抗辩也可能造成新的数据垄断、阻碍数据开放。面对数据开放与隐私保护的法益冲突,应检视传统反垄断法治理范式存在的局限及原因,对数据竞争规则进行体系性的完善。因此,本文拟从反垄断法的视角剖析数据开放和隐私保护的制度基础、价值功能以及作用机理,梳理二者之间法益冲突的表现形式,进而分析冲突形成与化解的内在逻辑,并在前述分析基础上提出可能的治理路径。

① 欧盟委员会2022年通过的《数字市场法》、美国众议院司法委员会2021年通过的《启用服务交换增强兼容性和竞争性法案》、德国2021年1月生效的《反对限制竞争法》(第十修正案)都规定了大型数字平台的数据互操作义务。

二、反垄断视野下数据开放与隐私保护的冲突

数据开放与隐私保护在竞争法领域仍是新兴议题,是近年来国内外为应对头部平台企业垄断问题提出的新思路。当前政策制定机关未准确把握数据、信息与隐私之间的差序格局^[7](P27),也未认识到数字市场动态竞争的复杂性,从而陷入了一定的思维定式,加剧了数据开放与隐私保护之间的冲突。

(一) 数据开放与隐私保护冲突的表现形式

数据开放与隐私保护分属不同立场。数据开放体现为对信息自由、无成本流动的商业驱动力;隐私保护则侧重保护个人空间和信息的私密状态。在反垄断法视野下,前者属于竞争救济措施,而后者则作为竞争抗辩事由,彼此之间并不相容,进而表现为愈演愈烈的现实冲突。

1. 作为竞争救济措施的数据开放威胁隐私安全

为实现数据获取的公平性而实施的数据开放救济,必然涉及数据在大小平台之间的流通,容易招致隐私安全质疑。各平台的隐私保护能力参差不齐,特别是小平台受制于安全技术投入不足、风险发现与理解能力有限等因素,隐私安全体系建设不够完善,消费者在使用过程中面临着更为严峻的数据泄漏、网络攻击、内部威胁等隐私安全风险^[8](P117)。进一步讲,数据开放作为行为性救济措施,通常具有强制性,导致隐私权主体知情权和信息自决权保护不足。其一,由于强制数据开放的效率追求和封闭特性,隐私权主体容易陷入知情不足的窘境。如前所述,数据的互通和共享是在平台与平台之间进行的,如果在反垄断救济措施实施之前逐一告知隐私权主体,将严重影响救济措施实施的时效性,无端增加反垄断救济的制度成本。强制数据开放天然地排除了隐私权主体的参与,相关主体难以知悉数据隐私共享的具体方式和程度。其二,数据因包含消费者的个人信息而不同于一般的财产权或者公共设施,数据开放需考虑到消费者的信息自决权。反垄断救济措施中的数据开放机制具有一定的强制性,开放过程中隐私权主体无法选择是否同意开放其数据、哪些数据可以被开放,甚至在数据开放后也无法进一步控制这些信息的使用。一言以蔽之,信息自决权本质上强调个体对自身信息的主动控制,但数据开放的强制性特征一定程度上破坏了消费者自主决策的基础。

而且,传统的反垄断规制措施重行为规制而轻救济,相关制度规则的不完备也导致隐私保护的主体责任缺位。在数据开放的场景下,数据流通更为频繁,传输路径也更加复杂。当发生数据隐私泄露事件时,因数据是分散于全网络的、去中心化的,即便通过技术手段也难以发现泄漏的具体源头,隐私泄露的主体识别与责任分配较为困难。此外,现行法律法规和现有裁判案例仅明确头部平台企业需承担数据开放义务,却未划分此后的隐私泄漏责任。比如,《平台反垄断指南》中仅规定数据开放可作为救济措施,“某瓜诉某讯不正当竞争纠纷案”中法院也仅判决腾讯解除技术限制,并未明确后续开放过程中数据隐私安全维护的责任承担和保障措施([2021]闽0203民初3135号)。在缺乏相应法律后果的情况下,平台维护数据隐私安全的积极性也会随之降低。

不恰当的数据开放政策还可能阻碍创新,挤压中小型平台通过隐私保护等质量竞争占领市场份额的空间,导致数据隐私保护总体水准的降低和数据隐私侵犯概率的提升。通常而言,头部平台企业在与消费者的博弈中占据优势地位,素来对消费者的数据隐私保护关注较少,中小型平台则希望通过提升隐私保护水平获取更多的用户数量。例如,社交软件“信号”(Signal)因采取了比WhatsApp更为友好的隐私政策而受到消费者青睐。而在数据开放场景下,用户可以在多平台之间自由流动,社交、电商、支付等平台间的用户界限逐渐模糊,单一平台拥有的用户数量已不再是重要竞争指标。头部平台企业因其规模经济和范围经济的特性,通过强制数据开放也可能形成新的用户黏性,巩固甚至强化竞争优势地位。中小型平台通过破坏性创新和提升产品质量占领市场份额的可能性却在这一竞争过程中变得微乎其微,其通过提升隐私保护水平进行竞争的动力也可能随之降低。

2. 作为竞争抗辩理由的隐私保护阻碍数据开放

数据隐私的竞争法规制旨在促进数字市场的隐私保护技术创新及质量竞争,其理论预设的初衷是合理的,但过于严苛的隐私保护往往会产生适得其反的效果。实践中,头部平台企业常以数据隐私合规为由排斥第三方的数据收集使用行为,合理化实施的差别待遇、拒绝交易等数据封锁行为,变相阻碍数据开放。具体而言,有以下表现形式。

首先,以防止隐私泄漏为由拒绝交易。《平台反垄断指南》明确规定,拒绝交易是指平台经济领域经营者无正当理由拒绝与交易相对人进行交易的行为。谷歌公司禁止第三方平台进行数据映射与共享的行为曾引发第三方平台的强烈反对。谷歌公司要求第三方平台必须使用谷歌提供的云服务,将自有云平台作为广告交易数据存储、处理的唯一中心,而不能与其他交易方的数据直接融合,交易双方处于“黑箱”状态。谷歌公司声称,其拒绝数据映射与共享是在欧盟《通用数据保护条例》生效后所采取的措施,旨在加强隐私合规。事实上,分析其背后的运作机理则不难发现,此类隐私保护机制的设计可能符合拒绝交易的构成要件:首先,头部平台企业的行为具有反竞争目的,该行为实施的前提是平台主观上明确自身掌握着关键设施,利用技术条件便可实现对数据的独断控制;其次,头部平台企业实施了反竞争行为,强制切断了交易各方的数据链接,并强制将自有平台作为交易的唯一渠道;最后,头部平台企业的行为变相实现了自身对交易机制以及数据流向的独家控制,可造成相应反竞争效果。

其次,以升级数据隐私安全政策为由实施差别待遇。差别待遇是指在同等交易条件下,对交易相对方设置有差别的交易条件,该行为的目的是使交易相对方处于竞争劣势。此前,Apple在其第十四代移动操作系统(IOS14)中更新了隐私政策。当用户使用第三方APP,将自动弹窗询问用户是否允许该应用程序追踪其他应用和网站上的用户数据。与第三方APP的隐私政策全然不同,此次系统更新对IOS系统自身则是添加了“隐私关心”选项,并默认设置为开启。Apple此举遭到了Facebook的指控。此类隐私保护机制看似是为提升用户隐私保护水平而设计,实际上,严格且敏感的隐私政策仅针对第三方经营者,头部平台企业自身却被排除在外。从消费者的角度看,隐私保护政策也许能够更好地保障其隐私权。但从第三方经营者的角度看,隐私保护政策给其造成了较为严重的数据开放障碍,而头部平台企业自身作为关键设施的掌控者,其数据访问权限并未受到影响,头部平台企业与第三方经营者在数据访问与隐私保护政策上的差别可见一斑。该类行为本质上是头部平台企业以隐私保护政策为掩护,利用自身掌握的技术节点以及用户对其提供服务的默认和依赖,通过区别性的隐私政策,强化自身的数据内生性垄断并削弱第三方经营者的竞争力,实质上构成数据访问上的差别待遇。

从表象上看,上述拒绝交易、差别待遇行为加强了对个人数据隐私的保护,提升了消费者所获取的产品服务质量,似乎有利于促进数字市场的良性竞争。然而,对其竞争优势的传导过程进行剖析可知,借由数据隐私保护所达成的数据封锁状态掣肘了数据开放,削弱了其他经营者尤其是处于竞争弱势地位的中小型平台获取数据的能力。头部平台企业为谋求规模化发展,以优势业务或者核心业务为基础,将其在平台市场的竞争优势传导至上下游市场,成为横跨多个细分市场的载体。特别是与传统业态相比,数据要素的传导能够突破时间、空间限制,传导更具便捷性和可行性。上述以隐私保护等正当理由为据拒绝数据开放的行为本质上是头部平台企业利用数据实现的竞争优势传导。

(二) 数据开放与隐私保护冲突的成因分析

数据开放与隐私保护二者间关系的核心始终绕不开数据本身。以此为基,从客体属性、主体价值以及行为规制三个方面来探讨冲突成因,能够精准揭示数据开放与隐私保护之间的复杂关系。

1. 数据兼具信息载体和生产要素的双重属性

作为现代经济的重要驱动力,数据既是传统意义上的信息载体,也具有生产要素的核心作用^[9](P27)。数据的双重属性赋予了其在市场竞争中的独特地位,数据开放与隐私保护之间的冲突也因此愈加复杂。

数据最初是作为新型信息载体出现的,数据包含着个人行为、偏好和社交关系等信息,与个人隐私具有天然的密切关联。随着数字技术的进步,原始数据经过处理后生成大量增量信息,极大地提高了数据的经济价值。如今,数据不仅作为信息的载体,也逐渐成为推动生产力、创新和决策优化的核心工具。简言之,数据一方面作为信息载体,承载着个人隐私和社会信任,另一方面,作为生产要素,推动着经济效益增长和创新能力提升。数据作为生产要素的属性日益凸显,也推动企业间从传统产品市场竞争向以数据为基础的纵向竞争转变,供应链上下游通过数据流通、共享和高效利用来优化决策、提高效率,从而形成新的竞争优势。

在数字市场,平台企业更关注如何通过数据驱动业务增长,难以在数据信息载体与生产要素双重属性之间取得平衡。平台具有双边市场的特性,面向平台内经营者和普通用户两组主体,且这两组主体对平台的服务需求具有互补性。在双边市场中,平台通过数据分析来优化资源配置,利用对用户行为的深度挖掘增强用户黏性,促进商户与消费者之间的互动。基于数据的精细化运营显著提升了企业的效率和盈利能力,强化了数据作为生产要素的属性。数据已成为企业创新、市场预测及商业模式转型的核心驱动力,平台企业更倾向于将数据视为一种可无限开采和利用的资源,以实现商业利益最大化。在这种导向下,数据的获取与分析对平台竞争优势的影响远大于对用户隐私保护的考虑,隐私保护难以成为优先策略。换言之,在数据控制与利用中,平台企业更关注数据作为生产要素对商业决策和市场竞争的影响,相对忽视了数据作为信息载体与隐私之间的天然关联,个人信息保护与数据商业利用的天平有所倾斜^[10](P79)。

2. 数据主体价值取向不一

数据既作为信息载体又作为生产要素的双重属性,影响了数据开放和隐私保护冲突过程中的价值权衡。在数据开放与隐私保护动态平衡的场合,通常包含个人数据主体、数据持有企业和数据获取企业三方主体,三者在数字市场竞争中的价值取向各有侧重^[11](P125-126)。

首先,数据持有企业作为占据市场优势地位的一方,其在中获取多大的竞争优势取决于对自身的数据控制能力^[12](P663-668)。因此,数据持有企业的本位价值是数据权益保护。当面临数据开放反垄断救济时,为保持自身的市场优势地位,数据持有企业便可能将隐私保护作为阻止数据流通和共享的理由。相对应地,数据获取企业通常是市场中的新进者或小规模竞争者,其需求主要是获取足够的市场信息来打破现有竞争格局,在市场中占据一席之地,因而最关注数据的流通价值。消费者则通常期望自己的敏感信息如健康数据、个人交易记录等能得到充分的保护,不被未经授权地使用或公开。可见,个人数据主体更关注所获取隐私服务的质量,最根本的取向是数据安全价值。

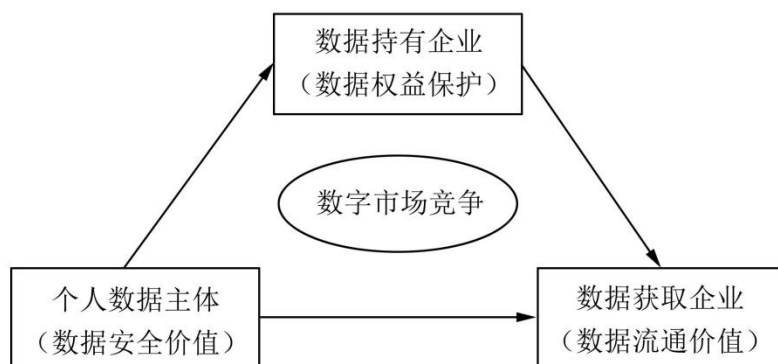


图1 数字市场主体价值取向示意图

从私益层面考虑,维护企业数据权益和数据主体隐私安全具备相应的合理性。一方面,数据涉及个人信息^[13](P45),保护数据是确保个人隐私不受侵犯的基础;另一方面,数据持有企业获取、整理和存储

数据需要负担一定的技术和人力成本,因而数据持有企业在一定限度内享有对数据的控制权和使用权。但若综合社会公共利益方面的考量,当这种控制超出经济效率的合理范围,变成限制市场竞争和创新的工具时,其正当性便受到质疑。合理限度内的数据开放将起到维护公平的竞争环境、提升消费者福利,乃至化解头部平台企业垄断风险的作用。

综上所述,在数字市场竞争中,三方主体的价值取向各不相同,数据持有企业通常希望维持数据独占状态,而数据获取企业则更为关注数据在市场中的自由流动和可访问性,作为个人数据主体的消费者则更加关注与自身最为密切的隐私保护水平。从主体的角度剖析,上述利益导向和价值目标的差异是数据开放与隐私保护冲突形成的主要原因之一。

3. 数据竞争行为规制的局限性

言及数据竞争行为规制,主体利益诉求相左的背后是不同的经济效率考量:数据持有企业的数据保护诉求着眼于数据资源的产出效率,数据获取企业的数据共享诉求则着眼于数据资源的配置效率。相关法律制度如何均衡数据的产出效率和配置效率,实现数据持有企业、数据获取企业、个人数据主体各方利益的公允安排,是贯穿其中的核心问题。然而,当前数据竞争行为规制的法律规则存在碎片化、滞后性的问题,全面的、多利益相关者参与的治理框架尚未形成。

如前所述,在数字市场双边市场跨界竞争等特性影响下,作为数据持有企业的头部平台为了实现营利的目的提高经济效率,更关注数据的生产要素属性,而相对忽视了数据作为信息载体的属性,这是数据开放与隐私保护冲突的关键原因之一。双边市场和跨界竞争等复杂的竞争模式脱离了传统分析工具的应用范围,单边市场假定垄断者测试面临理论困境,相关市场界定的标准难以确立。同一数字平台企业可能从事多种行业、横跨多个市场,双边市场的网络效应和规模效应,以及技术创新和产品差异化等混合型市场力量促使数字平台生态系统不断构筑,市场边界进一步被打破,传统的相关市场界定往往不能充分反映超大型数字平台企业不同市场之间的竞争关系和影响。《平台反垄断指南》第4条虽然提出了以综合因素进行个案判断,但仍旧较为模糊,难以将数字市场复杂的竞争结构完全纳入分析之中。

此外,当前数据竞争行为规制缺乏体系化的制度安排,《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)与《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)之间的兼容性与适配度不高,在化解数据开放与隐私保护冲突中适用性不强。《中华人民共和国民法典》和《个人信息保护法》均规定对个人信息“处理”行为包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等活动。在数字经济领域,适当的数据开放是破除数据竞争壁垒、给予市场主体公平竞争机会的有效方式,而如果开放的数据中含有个人信息,便可视为对个人信息的“提供”行为,也即对个人信息的“处理”,属于《个人信息保护法》的规制范围。《个人信息保护法》第13条第1款第1项针对私人主体和法定履职行为进行了不同规定,根据该条款,私人主体处理个人信息的合法性基础是“取得个人同意”,但为履行法定职责而为的个人信息处理行为则无须征求个人同意^[14](P72)。作为反垄断救济措施的数据开放是属于私人主体的信息公开行为还是履行法定职责的行为尚较为模糊,这一情景下可能会与《个人信息保护法》产生适用冲突。如果将其判定为私人主体的信息公开行为,即便平台企业甘愿放弃数据竞争优势,在《个人信息保护法》的规则框架下,数据开放仍会面临需取得用户授权的问题。数据因包含消费者个人的隐私信息而不同于一般的财产权或者公共设施,当前的法律规则却未能充分考虑这一本质差别,数据竞争行为规制陷入两难境地。

三、反垄断视野下数据开放与隐私保护的协调

前述分析揭示了数据开放与隐私保护冲突的具体表现及成因,然而在现代法治社会中,由于冲突所涉及的许多利益具有异质性,难以作泾渭分明的权利义务界分或者断出其是非曲直,故大量冲突不能简单归结为权利义务关系的冲突,其根源更多在于内在价值差异^[15](P125)。要想解决数据开放与隐私保

护的冲突,则必须理解其内生的逻辑基础。在此基础之上,寻求可行的调适进路。

(一) 数据开放与隐私保护协调的理论基础

数据开放旨在促进信息共享,而隐私保护则侧重于数据的安全使用。反垄断法关注竞争、消费者利益和社会福祉等多维度的调整目标,与数据开放和隐私保护的协调需求高度契合。反垄断法能够在打破数据垄断的同时,规范数据竞争行为,为实现数据开放与隐私保护的协调提供了重要的法律基础和理论支持。

1. 反垄断法协调数据开放与隐私保护的可行性

反垄断法涉及多种调整目标,能够用于协调数据开放与隐私保护中的多元价值。《反垄断法》第1条规定了其立法宗旨,决定了反垄断规制应从竞争、消费者、社会三个维度为出发点,在保护市场竞争、提高经济运行效率、维护消费者利益和社会公共利益之间寻求平衡^[16](P4)。展开来讲,反垄断法的基本目标是通过促进和保障自由竞争,确保竞争机会公平,使竞争机制或整体的市场机制充分发挥作用,从而提高经济效率,维护市场秩序,进而保护消费者利益和社会公共利益^[17](P11)。一方面,反垄断法的调整目标包含了自由、公平、秩序等多元价值,各种价值并不分散,而是通过竞争机制协调贯穿反垄断法实施的各个环节。另一方面,反垄断法通过驱动竞争机制来实现其他价值目标,如通过自由竞争实现效率价值,或通过公平竞争实现秩序价值。概言之,竞争是反垄断法的工具性价值,连通了自由、公平、秩序等目的性价值^[18](P138-140)。

从主体的角度,多元属性能够拓宽反垄断法的调整范围,将数据开放与隐私保护动态平衡场景的不同主体利益涵盖其中,予以综合考量。数据持有企业和数据获取企业所关注的合法数据权益保护和数据流通本质上属于自由和公平的价值衡量问题,而数据主体为自身隐私保护所关注的安全价值也能采用秩序价值的解释方法,三类主体不同的利益诉求与反垄断法所保护的多元价值相符。反垄断法通过维护一个竞争性市场结构,既保护了消费者福利,也保障了市场主体的自由竞争和公平竞争,能够囊括数据开放与隐私保护情境中的多元主体利益。

从功能的角度,竞争是反垄断法的首要价值和工具性价值,这也与数据开放与隐私保护动态平衡的场合,与市场运行内嵌竞争价值的底层逻辑相吻合。数据持有企业和数据获取企业关于数据开放和隐私保护的争议本质上是一种市场竞争行为,竞争价值贯穿始终。反垄断法作为经济法的子部门法,以政府与市场关系的法律调整为重点,在规范企业竞争行为的过程中保障市场自由竞争、力求实质的公平正义,能够以市场化的方式促进数据流通。展开来讲,第一,反垄断法保障各类经营者包括垄断企业的经营自主权,原则上尊重经营者自由进入、退出市场、自由经营^[19](P228-229)。例如,在“某宝二选一”案中,执法机构将企业的经营自主权作为重要考量因素(国市监处[2021]28号)。第二,反垄断法适度控制经济过度集中,在规制限制竞争行为的同时,也为经营者留有一定的正当性抗辩空间。基于此,反垄断法既能够以禁止性的规定规范数据持有企业的垄断行为,促进数据开放,也能以相应的竞争抗辩和豁免规则为数据持有企业和数据获取企业划定隐私保护的合理范围,数据持有企业拒绝开放数据是否属于经营自主权和以隐私合规为由的数据垄断是否有碍竞争能够在这两个层面得以同时考量。

再者,反垄断法的社会本位属性有助于平衡公益与私益。如前所述,在数据开放与隐私保护的互动关系中,法律规则需回应公共竞争秩序、消费者权益、经营者利益等公益私益交织造成的冲突悖论。如果过于强调监管机构的职权和功能,偏重公共秩序维护,则很难协调公益与私益之间的张力。而如果单纯以私益作为规则的出发点,例如,《个人信息保护法》的“知情—同意”规则,仅强调消费者的个人隐私权,而忽略数据获取企业的公平竞争利益,难以消解保护个人隐私权对竞争秩序造成侵害的风险。故传统私法所提供的权利保护模式偏重于私主体利益,无法实现多元主体利益的平衡。反垄断法作为具有社会本位品格的规范体系,以调整社会整体发展与个人经济权利实现的关系为核心,有助于在数据开放与隐私保护动态平衡的场景下协调公私利益。

2. 以有效竞争为数据开放与隐私保护协调的基本导向

竞争秩序的界定经历了从古典经济学的自由竞争理论到新自由主义学派的完全竞争理论再到有效竞争理论的变迁^[20](P56-60)。亚当·斯密提出的自由竞争理论认为,自由竞争下的市场机制是最佳的经济调节机制,竞争机制依靠市场这只“看不见的手”发挥作用。然而,自由竞争在形成规模经济的同时,又不可避免地造成市场垄断,而垄断发展到一定程度又必然破坏竞争机制,扼杀企业活力。完全竞争理论则勾勒了“乌托邦”式的市场图景,在完全竞争市场中,同类经营者以相同的方式提供标准化的产品和服务,任何经营者都不能单独影响市场价格。从市场现实情况分析,完全竞争理论过于理想化,对竞争激烈程度的判定依赖经营者数量,忽视了与理解竞争过程相关的其他因素,在高集中度市场容易形成规模效应下的垄断。综上,自由竞争和完全竞争的理论框架面临一种共同的难题:如何求得市场竞争和规模经济之间的有效、合理的均衡,获得最大的生产效率。

有鉴于此,英国经济学家克拉克经过长期探索,首次提出了“有效竞争”的概念,将适度规模与适度竞争结合起来,在维护自由、公平的竞争秩序和实现规模经济效益之间达成平衡^[21](P193)。具体而言,有效的竞争需满足以下三个要件:第一,竞争收益大于竞争成本;第二,介于竞争不足与竞争过度之间的适度竞争;第三,竞争企业生产规模处于适度规模的范围,兼顾市场竞争活力与规模经济。从静态效率转向动态效率,引入促进有效竞争之准则,并构建“价格分析+有效竞争衡量”的多元分析框架,是在反垄断个案中实现自由与公平、效率与安全等多元价值平衡的可行路径,与化解数据开放与隐私保护中多元价值冲突的需求相匹配。市场竞争从本质上讲是不同的竞争主体为了获得最大的经济效益而相互竞争的一个动态过程。几乎所有好的竞争概念无不建构在对抗的基础上。只有在这种对抗性的竞争中,市场才能够保持活力,持续地激发创新,促进发展。特别是在数据开放与隐私保护的个案中,数据获取与分析对平台企业间的竞争优势影响远大于用户隐私保护,隐私保护难以成为平台企业竞争策略的优先考虑,竞争的格局错综复杂,除了平行竞争之外,更多的是对隐私的逐底竞争和跨界竞争,竞争的强度更大,对抗更为激烈。例如,Apple更新的隐私政策,通过差别性的隐私政策粉饰自身的跨界竞争行为,将自身在应用服务市场的竞争优势传导至数字广告市场。市场动态竞争的性质决定了应该注重动态效率,对损害进行合理且周密的评估,如此才能最大程度地满足消费者的需求,实现经营者的竞争自由,并促进整个社会的发展。如果继续采取静态效率标准,将注意力集中在损害结果上,不仅会对经营者的行为自由造成不合理限制,还将削减社会整体福利^[22](P171)。实践中,市场监管总局在对“某宝二选一案”进行行政处罚时,既遵循了传统的反垄断分析框架,通过对相关市场进行划分,判定该行为对平台经营者及消费者造成的损失;但与此同时,在分析阿里巴巴公司是否存在反竞争行为时,也将“遏制平台经济的创新发展”作为判定因素之一(国市监处[2021]28号)。

(二) 数据开放与隐私保护协调的具体路径

诚如所述,僵化地进行数据开放或隐私保护,将掣肘数字经济的良性发展。面对数据开放与隐私保护之间的冲突,应当进行体系化的法律价值评估与抉择,用动态的视角看待各方冲突,在可能涉及的多方法益之间达成平衡^[23](P68)。在具体调适进路上,则可有以下选择。

1. 数据流通与保护规则的分类分级适用

数据开放与隐私保护中法益目标的平衡需要设定相应的标准。结合市场的实际情况,可以考虑采取宽严相济分类分级的模式^[24](P119-120),以此兼顾数据流通与保护,实现有效竞争之目的。

首先,以数据是否构成必需设施作为分类的标准。必需数据开放与否和市场竞争的有效性息息相关^[25](P246-255)。必需设施理论最早由美国最高法院于1912年在“铁路终端案”判决中提出。根据该案判决,如果上游市场中的一个主导企业控制了下游生产不可缺少且不可复制的必需设施,其就有义务让下游厂商以适当的商业条款使用该设施(United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 [1912])。此前有观点认为数据具有非排他性、非竞争性等特点,能够在多个主体间共享和被

反复使用,难以构成必需设施,更遑论影响市场的有效竞争。实际上,数据的可垄断性容易形成数据独占的效果,这是因为头部平台对相关市场的控制力较强,往往对数据具有独占性的经营权,当其拒绝向数据获取企业开放数据时,已然在事实上消弭了数据的非排他性。同时,必需数据通常是不可替代的,当数据持有企业拒绝开放相关数据时,数据获取企业无法从其他渠道自主获取数据,被排除在市场竞争之外,这又在事实上改变了数据的非竞争性^[26](P15-20)。囿于数据持有企业构筑的“数据孤岛”和数据获取企业自身较弱的市场控制力,当数据持有企业拒绝开放必需数据时,将形成强者恒强者恒弱的市场格局,有损市场的有效竞争。

由是,当数据构成必需设施时,应当以市场竞争秩序为优先考量,其开放是为维护公共竞争秩序,且作为反垄断救济措施,一般由反垄断执法司法机关决定,可以认定为《个人信息保护法》第13条中规定的“履行法定职责”的行为,从而突破“知情—同意”规则的限制,无需征求数据主体的个人同意。欧盟已在其《通用数据保护条例》中规定了类似的规则,即将公司“遵守法律义务所必须的”个人数据处理排除在侵害个人信息权益之外。依照欧盟的做法,平台在反垄断执法机构要求的数据范围内开放数据属于法律义务,没有侵害个人信息权益之可能性。而在数据不构成必需设施的场景下,其对市场有效竞争和公共利益的影响较为有限,此时更应重视保护数据主体的隐私利益以及数据持有企业的商业自主权。此时,数据开放应以数据持有企业的自愿以及数据主体的“知情—同意”为前提。如前所述,逐一征求每位客户的同意将影响开放的效率,因而可采取“选择退出”模式,在告知数据主体后,如未得到明确拒绝,则视为其同意开放数据。在“GDF Suez 垄断案”中,法国的竞争执法机构和数据保护机构便共同决定采取了“选择退出”模式,这为寻求市场竞争和保护个人信息之间的平衡提供了典型示范(Autorité de la concurrence, Décision n°14-MC-02 du 9 septembre 2014)

关于数据是否构成必需设施的具体认定,参照国内外的实践经验,应当同时满足以下三个条件:(1)数据对于竞争是不可或缺的;(2)数据是不可复制的;(3)数据开放是可行的。具体分析如下:第一,证明“数据对于竞争是不可缺少的”,通常需要从数据获取企业的角度出发,分析数据是否为开展正常经营活动所必不可少的。第二,对“数据能否复制”可以从两个角度进行分析。既关注当前市场上有无其他可替代的数据,又需考察数据复制经济方面的可行性和时间方面的合理性。第三,从技术角度出发分析“数据开放的可行性”,回答数据开放是否存在技术标准的兼容性问题。平台建立的初衷是连接更多的开发者以实现增值,一般情况下平台会尽可能保证接口的兼容性。因此,技术不可行不应成为拒绝数据开放的理由。如在“谷歌公司(Google)收购乐活公司(Fitbit)案”中,欧盟委员会(以下简称欧委会)就将Fitbit在数字医疗市场的数据认定为必需设施,认为Google的收购行为可能会限制数字医疗市场的竞争者获得Fitbit的健康数据从而损害竞争。欧委会认为数字医疗市场仍是新兴领域,拥有大量活跃的初创企业,初创企业需依靠Fitbit获取开发服务所需要的用户健康数据。此类数据对于初创企业进入市场而言是不可或缺的,且Fitbit在下游并无足够强大的竞争对手,其数据也因此具有了不可替代性,一旦封锁将提高初创企业的市场进入壁垒,严重阻碍有效竞争。因而,欧委会将Fitbit所掌握的用户健康数据认定为必需设施,并要求Google做出“承诺开放API接口”的承诺(Google/Fitbit, Case M9660, Commission decision of November 4, 2020)。总之,将数据认定为必需设施进行强制开放与共享必须慎之又慎^[27](P208),个案审理时应严格认定事实和证据,避免轻易将头部平台所掌握的数据认定为必需设施,反而最终损害竞争。

其次,以数据的内容和来源为分级标准。是否属于必需设施属于分类标准,为实现合理的数据隐私保护还应该结合数据内容和来源进行分级,设置必需数据强制开放的例外情形。如果是民用数据服务、可实施非歧视交易的增值数据产品、有关市场繁荣和技术迭代的脱敏数据等,这些并未涉及个人敏感信息,往往处于隐私权保护的边缘,即使发生数据泄漏,对个人隐私的不利影响也相对偏小,可设置较为宽松的标准,允许其作为必需数据开放^[28](P137)。其余涉及个人资信、金融账户、生物识别的个人敏感信

息,一旦泄漏,将损害数据主体的人格权、隐私权、财产权等,应当以数据隐私保护为优先考量,排除必需设施强制开放的适用。类似的,在依据数据来源分类的自愿数据、服务数据、衍生数据中,自愿数据和服务数据作为原始数据,不包含数据持有企业的创新研发和资金投入,可以优位考量竞争价值而予以开放,而衍生数据是数据持有企业对自愿数据和服务数据进行算法分析、组合开发所得出的,包含了数据持有企业的产权,应当优位保护其合法数据权益,将其作为必需数据开放的例外。

2. 遵循竞争损害原理的平衡性分析范式

反垄断法意义上的竞争损害关注垄断行为对竞争的影响,科学的竞争损害评估是在排除了若干因素在抽象分析的基础上所得出的逻辑性结论。它回答了什么是有效竞争、从哪些角度着手促进有效竞争等基本问题,解释了在什么情况下以及为什么特定的行为会阻碍竞争从而被反垄断法所禁止^[29](P149),是判断竞争有效性的的重要标准。不同法域对有效竞争的界定不同,竞争损害的表现形式也不完全一致。举例而言,《欧盟运行条约》第102条规定认定滥用市场支配地位行为时,需对“欧盟内部市场上真正的、未受扭曲的竞争”造成损害。相似的,美国《谢尔曼法》第2条明文规定“图谋垄断州际或国际商业和贸易的任何部分”均属非法。我国《反垄断法》则着重关注排除、限制竞争效果。前文述及,反垄断法中的有效竞争理论有助于实现自由、公平等市场竞争价值与规模经济间的平衡,对于化解数据开放与隐私保护中的多元价值冲突多有裨益。由此,竞争损害作为判断有效竞争的重要标准应当成为数据开放与隐私保护平衡范式的核心考量之一,在数据开放和隐私保护的过程中进行严谨周密的竞争效果评估。

一方面,竞争损害作为采取数据开放措施及其限度的基准。数据开放等恢复性救济措施并非完美无缺,相反,其可能带来诸多负面效果,如造成新的隐私侵犯、削减创新激励从而导致产品服务质量的整体下降等。为使反垄断救济措施更好地协调上述冲突、尽可能避免数据开放的负外部性,需以竞争损害分析为核心,明确数据开放义务的适用情形和具体限度,以确保数据开放与隐私保护的边界明晰。

作为事后救济措施的数据开放,其适用应以竞争损害判定为前提。如前所述,竞争是反垄断法保护的首要法益,也是反垄断法的重要工具性价值,具体到特定案件或特定行为中,只有当竞争秩序受到侵害时,数据开放才具有必要性。换言之,数据开放应当是在竞争损害发生后进行事后救济的手段,对平台克以强制开放义务应先判定竞争损害。在竞争损害的具体认定上,需关注数据垄断下竞争优势的跨界传导,即横跨多个市场的杠杆效应。双边市场下的逐底竞争和传导效应下的跨界竞争是数据开放与隐私保护冲突产生的动因之一,这些复杂的竞争模式脱离了传统分析工具的应用范围^[30](P377),同一数字平台企业可能横跨多个市场,运用数据垄断的杠杆效应在新的市场形成第二轮垄断。当拒绝数据开放作为竞争策略使用时,杠杆在市场竞争机制中发挥的作用可以是防御性或者进攻性的:当数据持有企业利用数据垄断将其市场支配地位主动从一个市场延伸至另一个市场时,杠杆发挥进攻性作用;而当数据持有企业构筑数据壁垒的目的是抵御潜在竞争对手可能造成的竞争威胁时,杠杆发挥防御性作用^[31](P157-158)。基于进攻性和防御性杠杆的作用机理,杠杆效应的竞争损害判定取决于以下两个因素:一是针对进攻性杠杆,判定数据持有企业的拒绝开放行为是否提高了数据获取企业的市场进入成本;二是针对防御性杠杆,根据数据垄断前后的市场竞争状态,判断实质竞争现状的维持情况。

数据开放反垄断救济措施的限度也应当围绕竞争损害分析展开。不能轻易忽视数据开放所带来的隐私侵犯等潜在损害,因为这可能对数据持有企业和数据获取企业的商业模式和策略产生影响,甚至扰乱市场机制的正常运作。故在设计数据开放义务时,应该充分考虑这些因素,避免简单地将其视为调节和控制市场进入的工具。在实践中,数据开放义务的设置必须与竞争损害成正比,当程度较轻的数据开放义务足以救济全部竞争损害时,便应该避免设置更为严格的开放义务。这样才能确保反垄断救济措施的实施不会带来更多的负面效应,同时仍然能够有效地促进竞争和市场创新。

另一方面,竞争损害作为判定隐私保护抗辩正当性的标准。反垄断法和隐私保护法的核心关切虽

有所区别,但在保护消费者利益这一法益目标上能够达成一致。特别是在数字经济时代,二者间更具耦合性。如二者都注重增加消费者的选择、促进消费者对市场的信任。此前也有学者从隐私悖论的角度进行论证,对反垄断法规制数据隐私保护持反对态度,认为用户难以判断不同程度隐私保护的价值,竞争法的规制并不必要^[32](P94-95)。然而,用户并非毫不在意个人隐私以及其受保护的程度,只是受到信息不对称因素以及平台企业主导地位的影响,不得不接受平台的条款,否则无法使用其服务。由此观之,该反对意见的论证存在一定的逻辑断裂。目前,关于反垄断法应当如何保护消费者利益有直接保护和间接保护两种路径的争论。直接保护模式主张反垄断法可直接保障消费者利益而无需考虑竞争损害,但这可能偏离反垄断法的立法目的和基本定位。间接保护模式认为消费者利益保护需通过保障竞争秩序间接实现,坚持了反垄断法行为规制法的价值取向和确保市场竞争机制正常运行的目标,同时也避免了因消费者利益涉及多个部门法而造成的制度重叠。基于此,框定隐私保护的合理范围仍需以竞争损益分析为价值导向。

进言之,仅以隐私保护作为拒绝数据开放的竞争抗辩是无法成立的,只有在隐私关涉市场力量和竞争损害的情况下,其作为竞争抗辩才具备正当性^[33](P15-22)。具体可遵循如下两个分析步骤。首先,数据持有企业以隐私保护为由拒绝开放数据时,需明确其拒绝数据开放的真实意图以及行为效果,判定数据持有企业究竟是为不当获取数据竞争优势还是保护数据隐私的必要手段。例如,在“海趣实验室(Hiq)诉领英公司(LinkedIn)案”中,LinkedIn曾提出Hiq的数据获取行为是对用户隐私的侵犯,法院则认为LinkedIn的隐私政策中对于用户尽量不放个人敏感信息的明显提示证明用户可能不会对这些在LinkedIn网站上公开的信息报以隐私的期待。据此,法院指出LinkedIn明显是为了进入下游市场而拒绝原告的访问请求,而非基于前述隐私保护目的(HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., Case No.17-cv-03301-EMC)。其次,数据持有企业需证明隐私保护与竞争的关联性才可作为拒绝开放的正当理由,反之,数据隐私保护本身无法作为正当理由抗辩。即数据持有企业需证明其拒绝必需数据开放的行为可以促进隐私保护维度的竞争,提升相关市场隐私保护服务水平。如在前述“史诗游戏公司(Epic Games)诉Apple案”中,Apple给出的理由是,其行为能够提升App Store的数据隐私安全服务水平,诸如此类的提升能够激励其他移动操作系统作出同样的改进。地区法院认可了Apple所作出的隐私正当性抗辩,认为其限制能够提升移动操作系统市场的整体隐私服务水平。该案作为数据隐私正当性抗辩的典型案,详细论证了数据隐私保护与数字市场竞争状况的关联性,明确了市场竞争目的是隐私正当性抗辩中的核心考量因素及其具体分析路径,为反垄断法领域数据开放与隐私保护的调适提供了范例(Epic Games, Inc. v. Apple Inc., Case No.4:20-cv-05640-YGR)。

3. 法律与技术融合的竞争监管革新

有效竞争理论打破了自由与垄断非此即彼的固有观念^[34](P176),其制度设计要求将监管的逻辑起点前移。现行反垄断法的规制模式主要以事后救济为主,然而,在数据开放与隐私保护冲突的个案场景中,一方面,数据开放中主体的去中心化导致隐私泄露追责困难,另一方面以隐私保护为由形成的数据封锁状态下,市场竞争状况瞬息万变,恪守事后执法的监管模式不仅会增加反垄断法实施的制度成本,而且由于监管的滞后性和效率的低下无法及时回应有效竞争的要求。因此,应通过事前法律与技术融合的设计规避风险,平衡数据开放与隐私保护的关系。

本文建议可考虑在数据开放的标准化建设中嵌入“隐私设计”机制。“隐私设计”(Privacy by Design)的概念最早由安卡沃基提出,该概念强调在产品设计的初级阶段,通过技术与法律的结合,内置隐私保护需求,增强隐私保护实效。欧委会2019年颁布的关于隐私设计的指导文件中便蕴含着“竞争设计”理念,该文件详细列举了隐私设计需考量的公平、保密、准确性等因素。如前所述,数据开放过程中更多的第三方通过API访问数据,应当警惕数据安全和用户隐私风险。标准(如特定API)可以实现数据开放中不同经营者的服务的连接和互通,其使用是数据开放的重要机制。然而,数据接口标准化的成本往往较

高,且仅在竞争层面的标准化仍无法改变隐私保护事后追责困难的规制窘境。基于此,可考虑在数据开放的技术标准中嵌入“隐私设计”机制,将数据持有企业和数据获取企业作为隐私保护的重心,形成“设计驱动”下技术标准与法律的互融互促^[35](P35-38),最大限度降低数据开放中隐私侵犯的可能性,真正实现预防性监管目的。

与此同时,鉴于隐私与竞争的内在关联,参照隐私设计制度也可进行事前的竞争设计,将竞争合规要求嵌入算法和代码语言中,避免数据持有企业以隐私保护为由强化数据垄断状态损害竞争。欧盟委员会竞争专员玛格丽特·维斯塔格也曾经提到,类似于隐私设计的“设计原则”实际上可以运用到许多其他的行业,尤其适应于竞争政策,因为公司不仅仅要从一开始就考虑不能侵犯公民的隐私,也要从一开始就考虑使用数据时不损害消费者和市场竞争环境,如何规制可能出现的垄断行为。不过,在这一过程中,仍需依靠法治化的路径对算法进行第二重监管,包括界定法律需求、评估竞争风险、建立相关的竞争管理清单、进行合理责任分配等,以避免算法的异化。

在数字时代,数据开放与隐私保护的平衡已成为一项迫切的挑战。通常情况下将数据开放视为打破市场壁垒的手段,而将隐私保护视为消费者权益的组成部分,二者在竞争法下似乎不存在交叉重叠。然而,随着数据在市场竞争中重要性的凸显,二者在反垄断法视野下产生了新的实质性冲突。数据开放作为一种反垄断救济措施,过分强调其强制作用而忽视了消费者对隐私的积极追求,相反,隐私保护则被视为竞争抗辩的手段,偏重强调其质量竞争效果而助长了头部平台企业的竞争优势积累。由是,有必要综合考虑数据持有企业、数据获取企业和个人数据主体三方关于自由与公平、效率与安全、公益与私益等多重价值,以反垄断法涉及的多元调整目标调和上述冲突,确立有效竞争的基本导向。基于此,应在规则层面实现数据流通与保护的分级分类适用,在分析范式上遵循竞争损害的基本原理,在监管手段上确立法律与技术融合的革新思路。通过这些措施,可以有效调和数据开放和隐私保护在反垄断法下的僵化关系,通过二者的协调完善数字竞争规则,促进数字市场要素自由流动。必须承认,数据开放与隐私保护涉及市场体系和法律制度的方方面面,本文重点从反垄断法的视角探索了可能的协调路径。未来,围绕着数据要素立法整体协调这一命题,制度的建构、机制的完善仍任重道远,值得深入探讨。

参考文献

- [1] 武西锋,杜宴林.经济正义视角下数据确权原则的建构性阐释.武汉大学学报(哲学社会科学版),2022,(2).
- [2] 孙晋.数字平台的反垄断监管.中国社会科学,2021,(5).
- [3] 王先林.涉及专利的标准制定和实施中的反垄断问题.法学家,2015,(4).
- [4] 时建中,吴宗泽.作为反垄断救济措施的数字平台互操作义务.海南大学学报(人文社会科学版),2024,(1).
- [5] Katharine Kemp. Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters. *European Competition Journal*, 2020, 16(2-3).
- [6] 孙晋,万召宗.滥用市场支配地位侵犯隐私行为的反垄断法规制.财经法学,2021,(5).
- [7] 申卫星.论数据产权制度的层级性:“三三制”数据确权法.中国法学,2023,(4).
- [8] 李希梁.平台互联互通的法理问题与监管限度.知识产权,2023,(6).
- [9] 时建中.数据概念的解构与数据法律制度的构建 兼论数据法学的学科内涵与体系.中外法学,2023,(1).
- [10] 彭诚信.论个人信息的双重法律属性.清华法学,2021,(6).
- [11] 刘辉.个人数据携带权与企业数据获取“三重授权原则”的冲突与调适.政治与法律,2022,(7).
- [12] Jiawei Zhang. The Paradox of Data Portability and Lock-in Effects. *Harvard Journal of Law & Technology*, 2023, 36(2).
- [13] 王利明.数据共享与个人信息保护.现代法学,2019,(1).
- [14] 邢会强.政务数据共享与个人信息保护.行政法学研究,2023,(2).
- [15] 北京市高级人民法院民三庭课题组.论数据市场竞争秩序的司法规制路径——保护数据权益与促进数据流通并重.法律适用,2024,(2).

- [16] 叶明,李鑫.大数据领域反垄断规制的理论证成与制度构建.科技与法律(中英文),2021,(1).
- [17] 张守文.反垄断法的完善:定位、定向与定则.华东政法大学学报,2020,(2).
- [18] 叶卫平.反垄断法的价值构造.中国法学,2012,(3).
- [19] 漆多俊.经济法基础理论.北京:法律出版社,2017.
- [20] 陈秀山.现代竞争理论与竞争政策.北京:商务印书馆,1997.
- [21] 黄进喜.反垄断法适用除外制度的法理分析与制度完善.东南学术,2011,(1).
- [22] 陈耿华.我国竞争法竞争观的理论反思与制度调适——以屏蔽视频广告案为例.现代法学,2020,(6).
- [23] 杨东,白银.数据“利益束”:数据权益制度新论.武汉大学学报(哲学社会科学版),2024,(1).
- [24] 李雷.论数字时代个人信息保护与利用平衡的展开路径.行政法学研究,2024,(1).
- [25] Giuseppe Colangelo, Mariateresa Maggolino. Big Data as Misleading Facilities. *European Competition Journal*, 2017, 13 (2-3).
- [26] 孟雁北等.大数据竞争:产业、法律与经济学视角.北京:法律出版社,2020.
- [27] 杨东.论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战.中国法学,2020,(3).
- [28] 孙海涛,周奇锜.平台数据垄断的监管困境与共享机制探析.江苏社会科学,2023,(3).
- [29] 胥智仁.平台跨界竞争中的传导式排他性策略——以杠杆作用的竞争损害为中心.经贸法律评论,2024,(1).
- [30] 杨明.平台经济反垄断的二元分析框架.中外法学,2022,(2).
- [31] 袁波.必需数据反垄断法强制开放的理据与进路.东方法学,2023,(3).
- [32] 李剑.互联网反垄断能促进数据隐私保护吗?商业经济与管理,2021,(5).
- [33] Francisco Costa-Cabral, Orla Lynskey. Family Ties: The Intersection Between Data Protection and Competition in EU Law. *Common Market Law Review*, 2017, (1).
- [34] 徐则林.垄断协议安全港规则的中国应用:从立法到实施.武汉大学学报(哲学社会科学版),2023,(3).
- [35] 张继红.经设计的个人信息保护机制研究.法律科学(西北政法大学学报),2022,(3).

On Conflict and Adaptation of Data Sharing and Privacy Protection from Antitrust Perspective

Sun Jin, Ma Shanshan (Wuhan University)

Abstract Data is a critical driver for digital economy and competitions between digital platforms often revolve around it. Both data sharing and privacy protection have become the key issues in antitrust law to activate the value of data elements and regulate data market competition, with data sharing being an antitrust remedy and privacy protection a competition factor taken into consideration. However, antitrust practices find it difficult to balance the two: data sharing may lead to privacy threats due to insufficient protection of rights or any absence of regulation, while leading platforms may cite privacy concerns to resist data sharing. This tension arises from the combination of various factors such as the dual nature of data, differing approaches by data entities, and regulatory limitations of data competitions. The commonality between antitrust goals for multi-dimension adjustments and the need to balance data sharing with privacy protection suggests that a theory of workable competition, which harmonizes market competition with economies of scale, can ease the tension. Achieving an optimal balance requires moderate data sharing alongside appropriate privacy protection.

Key words data factor market; data sharing; privacy protection; workable competition; data interoperability; data monopoly; digital competition rules

- 作者简介 孙 晋,武汉大学法学院教授,湖北 武汉 430072;
马姗姗,武汉大学法学院博士研究生。
- 责任编辑 李 媛