中外法学 Peking University Law Journal
Vol. 36, No. 1(2024)pp. 241－260

论大型平台企业数据交易强制缔约义务

孙清白*

摘 要 在数字经济发展过程中,大型平台企业积累了海量数据资源,与中小市场主体之间形成“数据鸿沟”,一些中小市场主体需要大型平台的数据支持方能持续经营。但大型平台为了维护竞争优势,会拒绝中小市场主体合理的数据交易请求,而数据爬取又因受到法律约束,无法满足中小市场主体的数据获取需求。由于适用反垄断法框架下的“必要设施原则”和“拒绝交易责任”无法有效破解“数据鸿沟”问题,为平衡大型平台的数据权益及中小市场主体的发展权益,应回归民商法路径推动大型平台开放数据,建立大型平台数据交易强制缔约义务制度。在构建大型平台数据交易强制缔约义务制度时,应当谨慎设置适用条件并明确制度内涵,防止该制度过度适用造成负面效果。

关键词 大型平台 数据鸿沟 数据交易 强制缔约义务

引 言

数据作为新型生产要素,是数字经济生态圈中最重要的战略资产。尽管数据确权仍存在诸多争议,但数据具有可交易性已成为共识。随着数字经济的深入发展,大型平台企业(以下简称“大型平台”)〔1〕的数据优势地位逐渐确立,数字经济领域为数众多的中小市场主体需要

* 南京航空航天大学人文与社会科学学院法律系副教授。本文系国家社科基金青年项目“数字经济发展视野下商业数据交易规则体系建构研究”(项目编号:22CFX078)的阶段性研究成果。

〔1〕 国家市场监督管理总局2021年10月发布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》将互联网平台分为超级平台、大型平台和中小平台。其中,大型平台指同时具备较大用户规模、较广业务种类、较多业务范围、较高经济体量和较强限制能力的平台。从举轻以明重的角度,“超级平台”也被包括在本文所称的“大型平台”范围内。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

倚仗大型平台的数据支持方能生存和发展。一旦大型平台拒绝向特定市场主体提供数据,就会影响该市场主体的生存和发展。近年来,国内代表性数据资源纠纷,如“大众点评诉爱帮网系列案件”“新浪微博诉脉脉不正当竞争纠纷案”“新浪微博诉今日头条不正当竞争纠纷案”等,背后体现的都是互联网企业对数据的争夺。在当前智改数转的大环境下,不唯互联网企业,传统企业也存在海量的数据需求。

2022年12月,中共中央、国务院《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》提出:“合理降低市场主体获取数据的门槛,增强数据要素共享性、普惠性,激励创新创业创造,强化反垄断和反不正当竞争,形成依法规范、共同参与、各取所需、共享红利的发展模式。”虽然数据具有非竞争性,但特定市场的生成依赖于大型平台所控制的数据,该领域市场主体的经营离不开此类数据。大型平台通过技术和法律手段对数据要素的控制,严重威胁到数字经济市场的公平竞争和创新环境。大型平台作为某种意义上的“新型公用设施”,〔2〕其过度控制数据并拒绝中小市场主体提出的合理数据交易请求的行为,恐与中共中央、国务院关于“增强数据要素共享性、普惠性,激励创新创业创造”的指示精神不符。因此,需要通过制度手段推动大型平台与中小市场主体交易数据。当然,考虑到大型平台所控制的数据并不都适宜交易,有些市场主体获取数据可能具有不正当目的,不加区分地要求大型平台与一切有需求的市场主体交易数据必然会给大型平台带来繁重的负担。那么,在何种情况下,相对人有权要求大型平台与其交易数据?换言之,大型平台是否需要在特定情况下承担数据交易的强制缔约义务?

一、大型平台与中小市场主体之间的“数据鸿沟”

过去二十多年来,我国互联网行业取得了跨越式发展,一批优秀的互联网企业在激烈的竞争中脱颖而出并成长为各细分领域乃至跨界经营的大型平台,在我国数字经济的发展过程中扮演着愈发重要的角色。随着市场优势地位的确立,大型平台在一些方面表现出日趋明显的排斥竞争现象,对数据资源的控制就是典型表现。

数据资源和数据产品具有资本密集、技术密集的特点,具有特殊竞争意义的数据往往难以获得。在数字经济时代,企业的竞争力越来越依赖于对数据资源的及时获取以及利用数据的能力。但数据具有非竞争性并不意味着市场主体可以自由获取数据,多数市场主体在数据获取渠道、数据获取成本、数据获取数量等方面均面临极大障碍。大型平台由于采取了“先开放后关闭”(open first-closed later, OFCL)的数据积累策略,在数据获取方面具有得天独厚的优势。在“先开放后关闭”模式下,平台在发展的早期会通过各种方式吸引商家入驻或培养用户粘性,不断积累数据。在这一发展阶段,平台通常允许第三方利用平台数据从事相关业务,以提升平台本身的知名度和影响力,从而汇聚更多用户和数据。但当平台达到一定用户数量并积累起庞大的数据资源后,出于商业、合规等各种考虑,平台即不再允许第三方在未经平台同

〔2〕 参见高薇:“平台监管的新公用事业理论”,《法学研究》2021年第3期,第89—93页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

意的情况下获取数据。[3] 多数情况下,平台拒绝第三方获取数据是选择性的而非普遍性的。平台拒绝的对象通常是对平台市场份额构成潜在威胁的竞争对手,其最终目的是维持竞争优势。但有些情况下平台拒绝的对象则是与平台业务没有直接竞争关系的市场主体,这些市场主体因大型平台对数据的控制无法获取足够支撑其经营的有效数据,也就无法进行产品和技术创新。

OFCL 模式使得数据要素市场两级分化,数据资源越来越多地向大型平台集中。大型平台掌握大量数据资源,能够获得更多的信息来改进产品,反过来又能吸引更多用户并生成更多数据。技术加持和网络效应所汇集的海量数据给大型平台带来了巨额的附加值,大型平台能够借此充分开拓市场。数据虹吸效应所产生的市场进入壁垒赋予大型平台以天然的竞争优势,使其能够获取跨市场领域的垄断性收益,丰富的数据资源在大型平台和中小市场主体之间形成了"数据鸿沟"(digital divide)。[4] 正因"数据鸿沟"的存在,数据要素已经成为互联网企业发展的瓶颈资源,大型平台利用其在市场上的优势地位对数据资源的控制大大提高了新公司进入市场的门槛。中小市场主体依附于大型平台,需要大型平台的数据开展经营活动。通过技术手段限制甚至排除其他市场主体使用其数据,大型平台能够将这些市场主体排除在竞争之外。可见,对数据资源的控制本身就是一种市场力量,甚至可以称为"数据权力"。[5] 由于大型平台对数据资源形成有效控制,其可对相关市场的发展进行实时监控,能够及时发现市场中出现的新的竞争对手,切断竞争对手获取资源的途径,或在竞争对手成为威胁之前复制其商业模式、收购该竞争对手。如此一来,大型平台利用平台优势来争夺流量的行为不仅会损害平台内经营者和消费者的利益,也会限制市场竞争,导致"数据鸿沟"进一步扩大。当这种现象越发普遍时,市场的公平性就会受到根本破坏,潜在创新和社会公益也会受到侵害。

二、破解"数据鸿沟"的传统路径:数据爬取及其"原罪"

横亘在大型平台与中小市场主体之间的"数据鸿沟"让大型平台获得了更多竞争优势,也在一定程度上妨碍了中小市场主体的经营自由。[6] 面对数字经济业态发展的客观需求以及中小市场主体数据获取能力的不足,"数据爬取"成为了众多互联网企业跨越"数据鸿沟"的主要渠道。然而,在未经大型平台同意的情况下借助爬虫技术大量抓取数据并进行商业利用,其合法性备受质疑。在我国数据爬取第一案——2010 年"大众点评诉爱帮网案"中,法院认为,

---

[3] See Joshua Nelson, "Tech Platforms Are Essential Facilities," *Nevada Law Journal*, Vol. 22, No. 1, 2021, p. 398.

[4] See Victoria Conrad, "Digital Gold: Cybersecurity Regulations and Establishing the Free Trade of Big Data," *William and Mary Business Law Review*, Vol. 10, No. 1, 2018, p. 301.

[5] 参见解正山:"约束数字守门人:超大型数字平台加重义务研究",《比较法研究》2023 年第 4 期,第 168 页。

[6] 参见王茜:"商法意义上的数据交易基本原则",《政法论丛》2022 年第 3 期,第 125 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

数据爬取不能超过必要的限度,数据爬取者对被爬取一方数据的使用,不能造成对被爬取方相应数据内容市场替代的效果,否则就会对被爬取方的合法利益产生实质性损害,扰乱网络环境下的经济秩序,构成《反不正当竞争法》所禁止的不正当竞争行为。[7] 该案开启了从反不正当竞争法层面探讨数据爬取合法性的先河,各地各级法院对于其后发生的数据抓取纠纷也基本上都是在反不正当竞争法的框架下作出评判。这些裁判在保障数据持有人合法权益、维护数据市场的竞争秩序方面无疑发挥了重要作用,但也给数据爬取行为套上了"紧箍咒",导致爬取作为获取数据的方式一开始就带有"原罪"。一些裁判者也逐渐意识到,不加区分地对所有数据爬取行为采取统一的评价尺度有失偏颇,故在处理相关案件时尝试从抓取数据的不同类型(如在2021年"微梦公司诉蚁坊公司案"中,区分公开数据与非公开数据)对数据抓取行为的合法性予以区分。[8]

当前司法实践对数据爬取纠纷的处理使大型平台的数据权益得到了比较充分的保护,同时也导致中小市场主体通过爬取方式获取数据面临更高的合规成本。虽然有些判决敏锐地意识到,面对大型平台对数据资源的"独霸",应在合理的范围照顾中小市场主体对数据的需求,以契合数字经济开放共享的价值理念,但以公开数据和非公开数据为代表的数据类型区分来划定数据合理使用的边界尚显粗疏,无法为中小市场主体合理获取非公开数据的难题提供有效疏解。尤其值得注意的是,法院对于互联网公司之间竞争关系的认定,采取了更加灵活开放的立场,将争夺相同的网络用户群体、同一经营资源或交易机会纳入到竞争范畴,[9]这会让跨界经营的大型平台在数据资源方面的竞争优势得到更加充分的发挥。随着互联网平台的加速整合,数据资源越来越多地汇聚到大型平台,中小市场主体数据来源的渠道也越来越集中于这些大型平台。只要大型平台拒绝中小市场主体的数据交易请求,就可以将竞争对手甚至连竞争对手都算不上的市场主体排除在市场之外,这显然违背了互联网时代数据共享、互联互通的价值追求。如果数据需求者没有合适的方式获取其经营所必需的数据,就难免转向网络攻击、数据窃取、地下数据交易等违法数据获取渠道。这样一来,不仅大型平台的数据权益会被肆意侵害,数据市场的正常秩序也会被扰乱。因此,单纯强调大型平台对数据的控制利益,固然可以激励大型平台对数据资产的投入,但会让中小市场主体的发展陷入困境。

三、破解"数据鸿沟"的理论探索:反垄断法路径及其不足

数字经济时代是一个以数据为生产要素、注重数据开放共享的时代,实现数据流通对数字

〔7〕 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第7512号民事判决书。

〔8〕 参见北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初28643号民事判决书、北京知识产权法院(2019)京73民终3789号民事判决书。

〔9〕 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书、浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号民事判决书、北京市高级人民法院(2021)京民申5573号民事裁定书。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

经济发展具有重要意义。就如何从制度层面推动大型平台向中小市场主体开放数据,学界一直在进行理论探索。在一些学者看来,美国反垄断法中的“必要设施原则”和“拒绝交易责任”可为解决大型平台控制数据所产生的“数据鸿沟”问题提供路径。[10]

(一)“必要设施原则”路径

“必要设施原则”(Essential Facility Doctrine)源于美国 1912 年 United States v. Terminal Railroad Ass'n 案。[11] 在该案中,美国最高法院要求一些铁路公司向竞争者开放其控制的某些铁路桥梁。在美国最高法院看来,如果没有这种强制的设施共享渠道,就会限制消费者对竞争服务的选择,从而损害消费者的利益。美国最高法院在该案中确立的裁判规则被称为“必要设施原则”。根据必要设施原则,一旦某个设施被认定为“必要设施”,且必要设施的控制者拒绝其他市场主体合理使用该设施的请求,使得其他市场主体无法与必要设施的控制者展开市场竞争,即可强制必要设施的控制者开放该设施。[12] 依照传统理论,必要设施主要是指铁路、港口、桥梁、电讯设备等有形基础设施,数据能否纳入“必要设施”的范畴存在争议。肯定说认为,适用必要设施原则强制开放数据,有利于竞争和创新。但将数据界定为“必要设施”须遵循严格限定的基本思路,需要在不同的交易环节结合数据所起到的作用以及对市场竞争的影响作出判断。[13] 否定说认为,真正能够让数据产生价值的是大数据分析技术和设备,数据本身并不应当被视为必要设施。[14] 从前述讨论来看,学界对于把数据纳入必要设施的态度是十分谨慎的,就算是持肯定说的观点也认为,要对适用必要设施原则开放数据做出极为严格的限制。

美国司法实践对于把数据作为必要设施的适用则更为谨慎,一些在学界看来应当适用必要设施原则处理的数据纠纷均回避了数据是否构成必要设施的认定问题。有关数据纠纷的经典案例首推历时五年多的 hiQ v. LinkedIn(领英)案。该案的争议焦点在于,作为全球知名职场社交巨头的领英禁止人力资源数据分析公司 hiQ 未经其授权爬取用户公开数据是否构成对市场支配地位的滥用。该案经历了地方法院、巡回法院、最高法院以及最终又回到地方法院的多轮裁判,过程一波三折。最初地方法院认定领英禁止 hiQ 抓取数据妨碍了数据资源的自由流动,要求领英不得采取任何法律或技术手段阻止 hiQ 公司获取公开数据。[15] 领英上诉

---

[10] “必要设施原则”和“拒绝交易理论”均来源于美国《谢尔曼法》(Sherman Antitrust Act)。由于《谢尔曼法》第 2 条对于“垄断”的规制非常笼统,判例法上存在不同的理解,并逐渐形成“必要设施原则”和“拒绝交易责任”两个路径的创造性应用。

[11] See United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912).

[12] See Erik Hovenkamp, “The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech,” *Yale Law Journal*, Vol. 131, No. 5, 2022, p. 1487.

[13] See Zachary Abrahamson, “Essential Data,” *Yale Law Journal*, Vol. 124, No. 3, 2014, p. 867; 参见邓辉:“数字广告平台的自我优待:场景、行为与反垄断执法的约束性条件”,《政法论坛》2022 年第 3 期,第 112—113 页;苏宇:“平台数据垄断的监管限度”,《国家检察官学院学报》2022 年第 6 期,第 138、143 页。

[14] See Giuseppe Colangelo and Mariateresa Maggiolino, “Big Data as Misleading Facilities,” *European Competition Journal*, Vol. 131, No. 2-3, 2017, pp. 249-281.

[15] See hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn, Corp., 273 F. Supp. 3d 1099 (N.D. Cal. 2017).

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

后，第九巡回法院以领英选择性地禁止潜在竞争者获取并使用其公开数据，会带来公共利益受损的信息垄断风险，应被视为不公平竞争的理由维持了一审对 hiQ 的有利裁决。[16] 后来，美国最高法院撤销原判并要求第九巡回法院重新审理，但第九巡回法院发布的重审判决仍维持原判。[17] 最终，地方法院认为，由于领英的用户协议明确禁止抓取数据，hiQ 明知其行为违反用户协议而通过虚假账户抓取数据，构成违法，裁定立即和永久地禁止 hiQ 未经领英许可抓取数据。[18] 至此，这场旷日持久的诉讼以领英在地方法院实现翻盘而告终。虽然理论界和实务界对该案最终裁判结果有诸多质疑，但该案的裁判自始至终都没有涉及数据能否构成必要设施的问题。除领英案外，在涉及 Facebook、Twitter 以及 Microsoft 等巨头的数据纠纷案件中，原告方认为 Facebook、Twitter 和 Microsoft 等科技巨头垄断数据，要求参照必要设施原则开放数据的请求均没有得到法院支持。[19] 在 Daisy Mountain Fire Dist. v. Microsoft Corp. 一案中，马里兰州地方法院直接指出，必要设施原则仅适用于有形资产。[20] 从以上典型案件的裁判中，我们可以清晰地看到，美国法院对于数据能否构成必要设施的问题并未予以明确回应，因而必要设施原则实际上并未用于数据纠纷案件的裁判。既然美国数字经济领域迄今也无一个案件适用过该原则作出裁判，将数据作为必要设施纳入我国法律规制应当极为慎重。[21]

即便单纯从理论上来看，将数据作为必要设施也会带来一些困境。首先，与铁路、港口、桥梁、电讯设备等传统基础设施能够被完全控制不同，没有任何一家互联网企业能够对数据实现真正意义上的独占，只是其他企业获得同类数据会面临更高的经济和合规成本，因而将数据视为一种必要设施并不符合必要设施的本质属性。其次，必要设施原则的适用一般不考虑市场主体要求开放必要设施是否具备正当的商业理由，适用该规则迫使大型平台对竞争者开放数据可能会损害大型平台的利益，影响其对数据资源的开发与投入。最后，必要设施的界定具有普遍适用意义而非个案性质，一旦将大型平台控制的数据资源认定为必要设施，则意味着大型平台负有普遍开放的义务，这可能是一种后果不确定的极端措施。总而言之，引入必要设施原则推动大型平台的数据开放还存在诸多理论上的问题。

（二）“拒绝交易责任”路径

为满足中小市场主体的数据需求，同时又能实现对大型平台的经济激励，学界日益认识

---

〔16〕 See hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn, Corp., 938 F. 3d 985 (9th Cir. 2019).

〔17〕 See hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn, Corp., 31 F. 4th 1180 (9th Cir. 2022).

〔18〕 See hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn, Corp., 3:17-cv-03301, No. 405 (N. D. Cal. Dec. 6, 2022), http://ocr.docketalarm.com/cases/California_Northern_District_Court/3--17-cv-03301/hiQ_Labs_Inc._v._Linkedin_Corporation/405/, last visited on 29 December 2023.

〔19〕 See Reveal Chat Holdco, L. L. C. v. Facebook, Inc., 471 F. Supp. 3d 981 (N. D. Cal. 2020); PeopleBrowsr, Inc. v. Twitter, Inc., No. C-12-6120 EMC, 2013 WL 843032 (N. D. Cal. Mar. 6, 2013); Novell, Inc. v. Microsoft Corp., 731 F. 3d 1064 (10th Cir. 2013).

〔20〕 See Daisy Mountain Fire Dist. v. Microsoft Corp., 547 F. Supp. 2d 475 (D. Md. 2008).

〔21〕 参见王晓晔：“数字经济反垄断监管的几点思考”，《法律科学》2021 年第 4 期，第 62 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

到，通过交易方式实现数据流通，更有利于破解“数据鸿沟”。但由于中小市场主体与大型平台之间存在经济实力和技术条件方面的巨大差距，双方缺乏平等交易的可能。对此，一些学者认为可参酌美国《谢尔曼法》第 2 条衍生而来的“拒绝交易责任”，强制大型平台与中小市场主体交易数据。

美国最高法院认为，合同自由要受到反垄断法的限制。根据《谢尔曼法》第 2 条，当一家处于市场支配地位的公司通过排他性手段“垄断”市场时，该公司拒绝与竞争对手交易即构成违法。在这种情况下，救济措施就是强制交易。1973 年，美国最高法院在 Otter Tail Power Co. v. United States 案首次承认垄断者以一种有害竞争的方式拒绝交易负有《谢尔曼法》第 2 条项下的责任。[22] 在 Otter 案后，美国最高法院裁决了两起典型案件，逐渐限缩了拒绝交易责任的适用范围。第一个案件是 Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing Corp.。在该案中，美国最高法院认为虽然垄断者没有义务与竞争者合作，但这种自由并非毫无限制，如果垄断者拒绝与竞争者的交易意在维护垄断，就会排除竞争对手并损害消费者的利益，垄断者需要负担《谢尔曼法》第 2 条下的拒绝交易责任。[23] 第二个案件是 Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.。美国最高法院在本案中进一步限制了拒绝交易责任的适用。在该案中，最高法院重新肯定了垄断者不存在与竞争对手交易的一般义务，通过拒绝交易责任强制垄断者分享资源会因阻碍竞争而损害消费者福利。[24] Trinko 案的裁判向下级法院发出了明确信号，即拒绝交易责任应严格适用。Trinko 案的裁判作出后，下级法院普遍遵循最高法院的路径，限制拒绝交易责任的适用范围。根据 Trinko 案的思路，联邦巡回法院对于拒绝交易责任的适用施加了严格的举证要求，包括证明垄断者和竞争者必须存在有利可图的交易习惯、证明垄断者以牺牲短期利润为代价从排除竞争中获取长期利润且其行为缺乏正当商业理由、垄断者拒绝向竞争对手提供的产品或服务是消费者在市场上可以获得的。[25] 总的来看，最高法院通过 Trinko 案的裁决限缩了拒绝交易责任的适用，下级法院又通过设置更加严苛的适用条件提高了拒绝交易责任的门槛。

随着大型平台的崛起，尤其是大型平台滥用优势地位拒绝交易所导致的竞争扭曲引发了普遍担忧，一些学者提出应将拒绝交易责任适用于大型平台拒绝开放数据的行为。[26] 虽然数据对于数字经济领域的竞争非常重要，数据的自由流动可以创造更有活力和更具创新动力

---

〔22〕 See Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U. S. 366 (1973).

〔23〕 See Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U. S. 585 (1985).

〔24〕 See Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U. S. 398 (2004).

〔25〕 See Aerotec Int'l, Inc. v. Honeywell Int'l, Inc., 836 F. 3d 1171 (9th Cir. 2016); Novell, Inc. v. Microsoft Corp, 731 F. 3d 1064 (10th Cir. 2013); Covad Comm. Co. v. Bell Atlantic Corp., 398 F. 3d 666 (D. C. Cir. 2005); Metronet Services Corp. v. Qwest Corp., 383 F. 3d 1124 (9th Cir. 2004).

〔26〕 See William P. Rogerson and Howard Shelanski, “Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 168, No. 7, 2020, p. 1913.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

的数字经济,但大型平台拒绝向中小市场主体提供数据会触发《谢尔曼法》第2条项下的法律责任仍颇具争议。[27] 原因在于反垄断法的目的在于推动竞争而非合作,强制垄断者与竞争者交易违背了合同自由原则,反垄断法并不认可垄断者具有与竞争对手缔约的一般义务,垄断者拒绝与竞争对手交易的选择也不应当被谴责。因此,虽然拒绝交易责任有利于短期竞争和创新,但从长远来看,对拒绝交易责任的随意适用会扭曲市场、破坏大型平台的投资预期并最终阻碍创新。为平衡拒绝交易责任对大型平台合同自由的干预,有观点提出拒绝交易责任只能适用于大型平台与数据需求方存在数据交易习惯的情况。[28] 换言之,只有当数据需求方与大型平台存在数据交易关系的情况下,大型平台没有正当理由终止这种交易关系,才会产生拒绝交易责任。但这不仅会给拒绝交易责任的适用造成障碍,也会将那些与大型平台不存在交易习惯的数据需求者排除在拒绝交易责任制度的保护之外,导致拒绝交易责任制度的适用范围过于狭窄。因此,将拒绝交易责任适用于大型平台拒绝开放数据的行为也面临一系列理论困境。

四、破解"数据鸿沟"的出路:建立大型平台数据交易强制缔约义务制度

(一)反垄断法并不适宜解决"数据鸿沟"问题

必要设施原则和拒绝交易责任均由《谢尔曼法》第2条衍生而来,就美国的司法实践而言,无论是必要设施原则还是拒绝交易责任,都有严苛的适用条件,而且美国法院都回避了大型平台是否存在数据垄断的问题,最多只是承认大型平台独占性的数据控制会带来不合理的竞争优势,可能抑制科技创新。因此,虽然学者们一再呼吁运用《谢尔曼法》第2条解决大型平台的数据控制问题,但建立在反垄断法框架下的必要设施原则和拒绝交易责任迄今并未用于数据纠纷的处理实践。

前已述及,我国亦有不少学者主张引入必要设施原则和拒绝交易责任解决大型平台的数据控制问题,这同样需要在反垄断法的框架下才能实现。而数字经济领域反垄断法的实施还面临着诸多悬而未决的问题。从规范层面而言,虽然我国《反垄断法》第18条给出了认定经营者是否具有市场支配地位的考量因素,但当前无论是学界还是实务界,对反垄断法的一些基本范畴(如相关市场、市场份额的确定)在数字经济领域的界定尚未形成共识,对数字经济领域经

[27] See John Vickers, "Competition Policy and Property Rights," *The Economic Journal*, Vol. 168, No. 7, 2010, p. 375.

[28] See Ioannis Drivas, "Liability for Data Scraping Prohibitions under the Refusal to Deal Doctrine: An Incremental Step toward More Robust Sherman Act Enforcement," *The University of Chicago Law Review*, Vol. 86, No. 7, 2019, p. 1931.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

营者是否具有市场支配地位的认定也难以达成统一。[29] 而《反垄断法》第 19 条对经营者具有市场支配地位的推定,除了同样面临如何界定相关市场的困境,还要面临海量数据这个特定场景下,如何认定经营者对数据的控制已达到特定比例的问题。事实上,一个未被认定为具备市场支配地位的数字经济经营者,却很可能是支配整个商业生态系统的大型平台甚至超级平台。[30] 换言之,大型平台对数据的控制不一定要达到市场支配地位的高度,才会形成"数据鸿沟",才能让中小市场主体对大型平台的数据产生依赖,并进而形成"数据垄断"。虽然有人认为《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 14 条"拒绝交易"制度项下引入的"必需设施"[31]规则可以适用于数据,但该条适用对象是平台本身而非平台控制的数据,不能随意扩张适用范围。此外,从理论层面而言,"数据垄断"一词可以有多维度的理解,法学界在探讨数据垄断问题时通常是站在数据控制者独占数据的角度来理解,但数据独占并不一定能够带来市场支配地位,更不能与滥用市场支配地位划等号,因此大型平台拒绝开放数据实际上也不构成反垄断法意义上的垄断,其独占数据的行为游离于反垄断法规制的体系之外。经济学界甚至有人认为"数据垄断"是伪命题。[32] 即便大型平台的数据独占以及在此基础上生成的排除竞争行为构成垄断,通过反垄断法强制公开数据的适用条件也应当非常严格,因而在反垄断法层面能够推动开放共享的数据资源十分有限。[33] 因此,在探讨如何解决大型平台与中小市场主体之间的"数据鸿沟"问题时,不应拘泥于反垄断法的框架。

(二)破解"数据鸿沟"的转向:基于强制缔约义务的分析

1.大型平台数据交易强制缔约义务的引入

虽然适用反垄断法对大型平台控制数据的行为进行规制存在诸多理论障碍,但大型平台对数据的控制和拒绝开放已经实质性地影响到了市场竞争,在这一点上不管是理论界还是产业界都已形成共识。因而即便大型平台对数据的控制没有达到垄断程度,只要大型平台拒绝开放数据的行为足以影响公平竞争和社会公共利益,即有规制的必要。[34] 既然反垄断法并不适合解决大型平台与中小市场主体之间的"数据鸿沟"问题,为了更加有效、在更大范围内促进数据开放共享,还是应当回到作为市场经济基本规则的民商法基础上思考破解"数据鸿沟"的治本之策。

在数字经济时代,秉持数据开放共享的价值理念,推进数据的流通和充分利用,符合数据

---

〔29〕 关于数字经济领域相关市场和市场支配地位的界定,学者们提出了不同的观点。参见杨东、臧俊恒:"数据生产要素的竞争规制困境与突破",《国家检察官学院学报》2020 年第 6 期,第 151 页;郭传凯:"超级平台企业滥用市场力量行为的法律规制——一种专门性规制的路径",《法商研究》2022 年第 6 期,第 48—49 页;周汉华:"论平台经济反垄断与监管的二元分治",《中国法学》2023 年第 1 期,第 232—233 页。

〔30〕 参见郭传凯,同上注,第 49 页。

〔31〕 等同于域外立法例和学者们所探讨的"必要设施"。

〔32〕 参见曲创:"数据垄断的伪命题和真问题",载《科技日报》2019 年 8 月 21 日,第 8 版。

〔33〕 参见梅夏英:"企业数据权益原论:从财产到控制",《中外法学》2021 年第 5 期,第 1205 页。

〔34〕 参见杨东等,见前注〔29〕,第 156 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

市场的发展规律。[35] 数据要素市场公平秩序的营造并不在于否定大型平台的数据优势地位,而在于找到鼓励数字经济发展与保障中小市场主体竞争利益之间的平衡点。在不损害大型平台利益的情况下,数据可为了增进公益的目的提供给第三方。前已述及,学界已经意识到通过交易方式实现数据流通更有利于破解"数据鸿沟",因而大型平台数据开放共享数据的最佳方式无疑是等价有偿的交易方式。[36] 不过,数据交易的缔约自由仅存在于具有同等实力的市场主体之间。面对大型平台对数据的排他性控制,中小市场主体看似有交易数据的缔约权利,但能否缔约往往取决于大型平台的单方意志,基于中小市场主体意愿的数据交易很难达成。因此,为了防止大型互联网平台滥用数据优势,仅仅建立自愿交易数据的激励制度是不够的,还需要通过强制数据交易机制来促进数据共享。虽然建立在反垄断法框架下的必要设施原则和拒绝交易责任两种理论在破解"数据鸿沟"问题方面存在诸多不足,但两种理论背后所蕴含的价值取向和制度构建的逻辑对于解决我国法律框架下大型平台与中小市场主体之间的"数据鸿沟"问题仍具有重要的参考意义。在跳出反垄断法分析框架的前提下,我们可以适当借鉴必要设施原则和拒绝交易责任制度逻辑,在民商法基础上构建大型平台数据交易强制缔约义务制度。

2.大型平台数据交易强制缔约义务之证成

在近代资本主义蓬勃发展所带来的市场主体地位分化的时代背景下,基于维护社会公共利益、稳定社会经济秩序的考虑,立法上引入强制缔约制度以实现对契约自由的限制。[37] 传统意义上的强制缔约制度主要干预的是向普通消费者提供生活必需品和服务的公用事业,企业赋予公用事业企业强制缔约义务,是为了防止他们选择服务对象,影响消费者取得生活必需品。[38] 依据我国《民法典》《邮政法》《电力法》《电信条例》等法律法规的相关规定,[39]从事公共运输、邮政、电信、供电、供水、供气、供热等公用事业的企业负有强制缔约义务,没有正当理由,不得拒绝相对人合理的缔约要求。随着人类社会由IT(Internet Technology)时代走向DT(Data Technology)时代,数据作为生产要素的作用日益凸显,数据在数字经济时代发挥的作用已不亚于公共运输、邮政、电信、电、水、气、热力等传统要素和服务,因而强制缔约义务的适用范围也应当与时俱进地进行扩张。数字经济的发展让大型平台呈现出极强的公共性,已然成为数字经济领域的"公共基础设施"。[40] 大型平台在数字经济中扮演的角色与传统行业的公用事业企业别无二致。大型平台虽然并不像传统公用事业企业那样系由国家通过法律法

〔35〕 参见王利明:"论数据权益:以'权利束'为视角",《政治与法律》2022年第7期,第111页。

〔36〕 参见付新华:"企业数据财产权保护论批判——从数据财产权到数据使用权",《东方法学》2022年第2期,第140页。

〔37〕 参见翟艳:"强制缔约制度与经济法的契合性解读",《政治与法律》2013年第7期,第130页。

〔38〕 参见易军、宁红丽:"强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新",《法学家》2003年第3期,第78页。

〔39〕 参见《民法典》第648、656、810条,《邮政法》第2条,《电力法》第26条,《电信条例》第40、43条。

〔40〕 参见(意)卢西亚诺·弗洛里迪:《第四次革命——人工智能如何重塑人类现实》,王文革译,浙江人民出版社2016年版,第220页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

规赋予其独占经营资格,但其对数据资源的控制足以让数量可观的中小市场主体对大型平台形成依赖。如果中小市场主体在一定范围内无法找到数据资源的合适替代品,只能与大型平台缔结契约以保障正常经营,此时,这些市场主体在数字经济市场中的地位就类似于传统公用事业市场中的“消费者”。因此,大型平台向中小市场主体提供数据与公用事业企业为用户提供公共服务没有本质区别。既然在公用事业领域,为推动社会整体利益的分配公平,可以建立强制缔约制度,作为数字经济领域的“公共基础设施”,在大型平台与中小市场主体之间存在力量不平等时,基于数据市场公平正义的考虑,大型平台也应当承担数据交易的强制缔约义务。只不过在数据交易领域,大型平台的数据交易对象主要是数字经济业态的经营者,而不包括一般意义上的消费者。数据交易强制缔约义务就是在当事人之间的地位均衡性发生动摇的情况下,为兼顾数据资源控制者的利益与其他市场主体合理利用数据资源的机会,保障中小市场主体数据交易缔约权利的实现,从立法上进行强制性干预的结果。[41] 即对于那些由大型平台掌握,关乎中小市场主体竞争利益和生存发展权利并能够推动科技创新、提升社会福祉的重要数据,应当通过交易的方式向中小市场主体开放,大型平台不得拒绝中小市场主体合理的数据交易请求。

在反垄断法框架下弥合大型平台与中小市场主体之间“数据鸿沟”所遇到的障碍,在强制缔约义务制度之下都能迎刃而解。首先,大型平台数据交易强制缔约义务制度的建立并不以大型平台“垄断数据”为前提。强制缔约义务的核心要义在于维护市场开放和良性竞争秩序,促进社会利益的公平分配。虽然强制缔约义务能够与反垄断法进行衔接,但绝非只有在反垄断法框架下才有适用强制缔约义务的空间,反不正当竞争法、宏观调控法、消费者权益保护法、民商法中都存在强制缔约义务。[42] 因此,引入强制缔约义务制度破解“数据鸿沟”问题,就摆脱了反垄断法框架下判断大型平台是否存在“数据垄断”以及由此引发的一系列复杂法律概念在数据市场中如何界定的问题。只要大型平台对数据的控制和拒绝开放已经实质性地影响到了市场竞争,妨碍数据资源的公平分配,就应当适用强制缔约制度要求大型平台以合理的条件与中小市场主体交易数据。其次,大型平台数据交易强制缔约义务制度有助于推动更大范围的数据开放,满足数据市场发展的需求。大数据海量存在,能够在数据控制层面达到垄断地位的企业少之又少,适用反垄断法很难满足大量开放数据的需求。而且适用反垄断法监管数据市场属于典型的事后监管,不能及时反馈中小市场主体的数据需求。适用强制缔约义务制度要求大型平台开放数据的条件显然要比通过反垄断法强制大型平台开放数据的条件更为宽松,这就容易让更多的数据资源流向市场,在满足中小市场主体需求方面也会更加及时。最后,数字经济经营者之间的数据交易的特性决定了数据交易强制缔约义务制度在适用方面更有针对性且对大型平台的影响更小。中小市场主体对大型平台的数据依赖主要是针对用户数据、流量数据、消费数据、经营数据、行业数据等原始数据,而非成熟的数据产品,这从当前我国

〔41〕 参见崔建远:“强制缔约及其中国化”,《社会科学战线》2006 年第 5 期,第 214 页。

〔42〕 参见贾玉平、吕中行:“公共政策视域下的强制缔约”,《吉林大学社会科学学报》2007 年第 5 期,第 113—114 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

数据纠纷主要以数据爬取形式呈现就能窥见一斑。[43] 数据显示,大型平台所控制约七成到八成的数据资源是自动收集和存储的数据结构不规则或不完整的非结构化数据。[44] 这些非结构化的原始数据已经足够满足数字经济经营者的大多数需要。也就是说,对于数字经济经营者之间的数据交易而言,多数情况下中小市场主体只需要大型平台开放原始数据、提供数据导入即可。事实上,国内外很多数字经济经营者就是单纯以分析、挖掘大型平台的原始数据为业。因此,适用强制缔约义务要求大型平台向中小市场主体开放数据更有针对性,对大型平台不会造成太大负担。而从反垄断法角度切入"数据鸿沟"的破解问题,假设能够认定大型平台存在"数据垄断",依据我国现行《反垄断法》第57条的规定,大型平台需要停止违法行为,这就意味着大型平台可能需要承担平台内数据普遍开放的法律责任,而普遍开放数据的范围显然比大型平台还有掌控余地的数据交易的范围要更大。此外,大型平台还会受到没收违法所得以及可能高达上一年度销售额10%以下的处罚,对比数据交易所带来的经济利益流入,这种纯粹经济利益的流出大型平台显然是无法接受的。如果再考虑到未来我国可能会参酌欧美在数字经济领域针对垄断企业进行强制分拆的处罚,对比之下,大型平台肯定宁愿接受强制数据交易。

有人可能会担心,适用强制缔约义务要求大型平台开放数据,在为数众多的中小市场主体提出相同交易请求的情况下,会出现大型平台边际收益小于边际成本的情况,从而导致大型平台的负担呈现几何级数增长。这种担心在传统强制缔约交易中可能确实存在,因为传统强制缔约交易所涉及的要素和服务是有总量限制的,比如在不改变其他因素的情况下,从事供电、供水、供气、供热等公用事业的企业在一定时间段内能够提供的要素总量是一定的,此时如果超过这些企业的负担范围要求其提供额外的供给,企业就必须增加产能,而增加产能(伴随着升级设备、增加原料或者更新技术等)一定意味着成本的增加,当产能增加带来的收益增加与成本支出不相匹配时,就会出现边际收益低于边际成本的情况。但数据交易强制缔约针对的主要是原始数据,原始数据是可以无限复制的,不存在总量限制的问题,而且随着同类数据交易频次的增加,其边际成本只会越来越低。因此强制数据交易不太可能会出现随着数据交易量的增多,大型平台的边际成本高于边际收益的情形。即便特定情况下强制数据交易落入了传统强制缔约总量限制的窠臼(比如因为人力、技术或成本限制导致数据复制次数存在上限),作为理性经济人的大型平台也必然会通过对交易价格等因素的调整保障自身权益,只要这种调整建立在公平合理的基础之上,那就不会违背大型平台应当负担的数据交易强制缔约义务。

---

〔43〕 除本文前述案件外,国内还有大量数据纠纷案件,涉及到的都是最为简单的原始数据收集和爬取纠纷。如深圳市腾讯计算机系统有限公司诉杭州祺韵网络技术有限公司著作权侵权、不正当竞争纠纷案,广州互联网法院(2020)粤0192民初20405号民事判决书;北京微播视界科技有限公司与北京创锐文化传媒有限公司不正当竞争纠纷案,北京知识产权法院(2021)京73民终1011号民事判决书;观澜网络(杭州)有限公司与上海医米信息技术有限公司不正当竞争纠纷案,上海市杨浦区人民法院(2021)沪0110民初3349号民事判决书等。

〔44〕 参见张玉宏:《品味大数据》,北京大学出版社2016年版,第94页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

五、大型平台数据交易强制缔约义务制度的构建

大型平台数据交易的强制缔约义务，正当性源于维护以竞争、开放和创新为基础的数字经济市场的正常运行。通过交易方式向中小市场主体开放数据，可以较好地平衡大型平台的数据权益及中小市场主体的发展权益。不过，强制缔约义务毕竟干预了大型平台的缔约自由，不加区分地要求大型平台向中小市场主体开放数据也会抑制大型平台对数据资源的投资与开发。因此，在构建大型平台数据交易的强制缔约义务制度时，应当严格设置适用条件并明确制度内涵，防止过度适用所造成的负面效果。

（一）大型平台数据交易强制缔约义务的适用条件

构建大型平台数据交易强制缔约义务制度，必须首先明确适用条件。大型平台拒绝开放数据是否会引发强制缔约义务，取决于大型平台控制的数据是否为中小市场主体维持经营所必须、是否具有不可替代性，强制交易数据是否会损害大型平台的正当权益，大型平台拒绝数据交易是否有正当理由。只要大型平台控制的数据对于中小市场主体的经营是必要的，且其数据具有不可替代性，而且开放数据不会损害大型平台的正当权益，大型平台拒绝交易没有正当理由，就应当强制大型平台与中小市场主体交易数据。

1. 大型平台控制的数据是相对人维持经营所必须

在数字经济时代，数据是数字经济领域企业发展的瓶颈资源，企业的竞争力依赖于对数据资源的获取以及利用数据进行创新的能力。由于数据要素市场存在两级分化，大型平台凭借网络效应和虹吸效应积累了大量基础性数据资源，依附于大型平台的中小市场主体在数据资源的获取方面与大型平台实际上处于上下游市场的关系。只有当大型平台控制的数据资源是相对人开展经营活动所必须，但大型平台却拒绝相对人以合理条件提出的数据交易请求，导致相对人因无法获得大型平台的数据而会被排挤出下游市场时，才有必要适用强制缔约义务制度。以领英的职场数据之于 hiQ 的经营为例，截止到 2021 年 6 月，世界已有七分之一的人口成为领英网站上的注册会员，[45]美国 80％以上的 B2B 的潜在客户来自领英，而美国 95％以上的招聘人员依赖领英寻找理想的候选人。hiQ 业务的开展深度依赖领英的公开用户数据，通过挖掘领英的公开用户数据，hiQ 为传统人力资源问题的解决提供方案。如果领英不向 hiQ 开放数据，hiQ 的业务就无法开展。可见，领英所控制的公开用户数据是 hiQ 所提供产品和服务的基础，对于 hiQ 而言，这些数据就是 hiQ 维持经营所必须的数据。概言之，能够纳入强制缔约范畴的数据必须是大型平台所控制的能够维持相对人经营的数据，对于相对人而言是“必不可少的”，相对人对大型平台控制的数据具有极强的依赖性，只有在大型平台的数据支持之下才能维持经营和发展。

---

〔45〕 See Aslam Salman, “Linkedin by the Numbers: Stats, Demographics & Fun Facts,” https://www.omnicoreagency.com/linkedin-statistics/, last visited on 29 December 2023.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

2.大型平台控制的数据具有不可替代性

网络世界存在海量数据,有些数据相互之间具有可替代性。只有拒绝交易的数据具有不可替代性,才会剥夺相对人参与市场竞争的权利。如果相对人需要的数据在其他互联网平台也能获取,则不宜适用强制缔约。

数据是否具有可替代性并不取决于数据是否被排他性控制,而在于是否在可期待的范围内无法寻找到其他替代品,即综合考虑另行获取数据的可行性以及自行开发数据的成本。对于互联网公司而言,不存在传统基础设施那样的物理限制问题。然而,诸如知识产权保护和用户基础等因素阻止了一些平台数据的复制。一方面,数据获取的可行性要考虑版权代码和专有技术的存在。大型平台握有重要的版权代码或专有技术,这使得该平台的数据很难被合法复制。另一方面,即便不考虑版权代码和专有技术因素,用户基础也是一个不可复制的因素。用户的路径依赖会导致用户锁定效应,由于用户及用户数据转移至其他互联网平台的转换成本高昂,即使大型平台在技术上能够被成功突破,但该平台的用户需要长期积累,这在无形中进一步巩固了大型平台的数据优势。比如,Facebook主导了个人社交网络市场,如果一个社交媒体平台要复制Facebook,就必须要吸引到庞大的用户群体,但这显然难以实现。

此外,数据是否具有可替代性还要考察数据由需求方自行开发的成本,包括经济和时间成本。就自行开发数据的经济成本而言,如果相对人自行开发数据的花费过高,以致于自行开发的数据给相对人带来的收益无法弥补数据开发的成本,就属于经济上不可行。就开发数据在时间上的成本而言,考虑到数据具有时效性,即使相对人通过自身技术条件获取数据在经济上是可行的,但如果耗费时间过长,数据也会失去时效性,导致相对人无法及时获得有价值的数据。[46] 因此,对相对人而言,无论是另行获取数据不具有可行性,或是自行开发数据在成本上不可承受,都表明数据具有不可替代性。

3.数据交易不会损害大型平台的正当权益

虽然数据是一种不可耗尽的资源,多数情况下数据的利用并不会造成数据价值的减损,但强制数据交易并不意味着不会侵害大型平台的数据权益。有学者认为,大型平台的数据是否应当向第三方开放,需要区分不同情形:如果请求交易的是不同市场上的非竞争者,且数据交易不会侵害大型平台的利益,原则上可以强制进行数据交易;如果请求交易的是大型平台的竞争者,交易数据会导致大型平台丧失竞争优势,则不能强制大型平台向竞争对手提供竞争资源。[47] 以是否存在竞争关系来判断数据交易会否损害大型平台的正当权益固然思路清晰,但并不足以囊括损害大型平台正当权益的所有情形,因为即便数据需求方与大型平台不存在竞争关系,在特定情况下数据交易仍有可能侵害大型平台的合法权益,毕竟数字经济领域的损害形式更为多样。例如,从事地图服务的企业为了增强比较优势和用户粘性,向从事在线旅游

〔46〕 参见孙晋、钟原:"大数据时代下数据构成必要设施的反垄断法分析",《电子知识产权》2018年第5期,第47页。

〔47〕 参见周樨平:"大数据时代企业数据权益保护论",《法学》2022年第5期,第174—175页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

服务的大型平台提出交易该平台所控制的酒店、门票、餐饮等数据的请求，此类数据交易极有可能造成大型平台用户流失、影响力下降以及收入损失，故也属于损害大型平台正当权益的情形，不宜纳入强制缔约范畴。因此，虽然强制缔约的适用是以弱化大型平台对数据的控制来保障中小市场主体的生存和发展权益，但是不能以减损大型平台的正当权益为代价。毕竟，强制大型平台交易数据是为了照顾中小市场主体在数据获取上的弱势地位，使中小市场主体不因关键数据的缺乏而丧失经营能力，但大型平台开发数据的首要目的是满足自身业务的开展而不是满足中小市场主体的交易需求。如果强制数据交易会损害大型平台的正当权益，就会形成经济上的负激励，这对于大型平台而言显然是不公平的。

对于数据交易本身不侵害大型平台正当权益但中小市场主体获取数据后转而利用数据损害大型平台正当权益的情况，可由大型平台自行通过在数据交易合同中嵌入责任追究条款的形式予以约束。当然，从公法层面对中小市场主体的数据利用行为进行控制也有必要性，不过由于涉及数据利用的一般规制问题，该问题有待专文论述。

4.大型平台拒绝相对人合理的交易请求

适用数据交易强制缔约义务应要求相对人事先向大型平台提出过合理的数据交易请求，但遭到大型平台拒绝，否则就没有适用强制缔约义务之必要。大型平台拒绝相对人合理的交易请求包括两方面内涵：一方面，相对人在向法院起诉要求大型平台承担强制缔约义务前，必须先向大型平台发出数据交易的缔约请求，以避免对大型平台数据交易缔约自由的过度干预。如果相对人未经正常的缔约磋商直接向法院提起诉讼，不仅会给法院带来司法审查上的负担，也会造成司法资源的极大浪费。另一方面，数据需求方提出的数据交易请求应当合理。缔约义务人虽负有强制缔约的义务，但缔约义务人的缔约能力总是有限的，相对人一方不能滥用权利向义务人提出不合理的要求，相对人提出的缔约要求必须在缔约义务人的缔约能力范围之内。[48] 评判数据交易请求是否合理可考虑诸多因素，如交易数据的目的是否正当、交易数据的类型是否涉密、数据交易对价是否公允、交易数据是否超过必要限度、履行期限和履行方式是否适当等。如果数据需求方提出的交易请求不合理，大型平台自然可以拒绝交易请求，更无强制缔约义务适用的必要。

在数据需求方提出合理交易请求的情况下，大型平台直接拒绝交易较容易判断。需要关注的是大型平台以不合理的条件变相拒绝交易的评判，变相拒绝有排除市场竞争的嫌疑。[49] 变相拒绝通常有两种表现：其一，大型平台针对特定主体的数据交易要求不公平的高价和差别待遇；其二，大型平台拒绝相对人提出的数据交易请求，却以相同条件与其他市场主体（特别是与数据需求方有竞争关系的市场主体）进行同类数据交易。

---

〔48〕 参见胡家强、刘巧娟："强制缔约制度新论"，《东岳论丛》2013年第12期，第162页。

〔49〕 参见刘辉："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年第7期，第123页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

5.大型平台拒绝交易没有正当理由

从域外立法以及我国反垄断法制度来看,在具备正当理由的情况下,即便垄断者也可以拒绝与交易相对人进行交易。举重以明轻,尚不具备垄断地位的大型平台,自然也可以基于正当理由拒绝交易相对人提出的交易请求。依据《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第14条的规定,具有市场支配地位的平台经济领域经营者,在具备以下正当理由时,可以拒绝交易:(1)因不可抗力等客观原因无法进行交易;(2)因交易相对人原因,影响交易安全;(3)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;(4)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;(5)能够证明行为具有正当性的其他理由。既然这些理由能够用于垄断平台的拒绝交易,对于尚未达到垄断程度的大型平台而言,这些理由显然也可以为大型平台拒绝数据交易注入合法性。除此之外,基于强制缔约义务制度的本旨以及数据交易本身的特性,拒绝数据交易的正当理由还包括:

其一,相对人交易数据的目的并非是进行产品或服务创新。强制缔约义务制度的根本目的在于维护市场开放和增进社会整体福祉,在数字经济领域的适用主要是为了推动技术进步和创新。我国互联网行业过去二十多年的发展带有浓厚的“抄袭”色彩,一旦某种商业模式成为风口,很快就会迎来大量模仿者,实现从营销方式到网站、APP建设等的全方位模仿。数据交易也面临同样问题。假设相对人获取数据的目的并非进行产品或服务创新,而只是简单地对大型平台的功能进行全部或部分模仿,或者是以营利为目的获取大型平台的数据直接进行再交易,大型平台完全可以拒绝此类数据交易请求。

其二,相对人请求交易的数据涉及个人信息、个人隐私、商业秘密以及国家秘密。数据承载各种信息,其中可能包括个人信息、个人隐私、商业秘密和国家秘密。大型平台的用户很难预期其留存于平台内的个人信息和个人隐私会被用于交易,商业秘密在未经权利人同意的情况下也不能用于交易,国家秘密更是绝对禁止交易。因此,对于数据需求方提出交易的数据包含个人信息、个人隐私、商业秘密和国家秘密的情况,交易行为本身即具有不正当性,大型平台可以拒绝相应的数据交易请求。换言之,涉及个人信息、个人隐私、商业秘密和国家秘密的数据不属于强制交易的对象。当然,经过个人同意以及经过商业秘密权利人同意的情况除外。

其三,相对人与大型平台之间的数据交易在技术上不可行。数据交易强制缔约必须解决数据交易的技术标准问题。由于各平台的数据有不同的类型、内容、存储标准和呈现方式,数据交易必须在有关数据的技术标准方面满足兼容性。除了一次性的数据交易外,多数情况下的数据交易都是持续地、实时地展开,这就要求数据的技术标准必要充分兼容,如此才能确保数据交易正常进行。由于大型平台无法预估所有潜在的数据交易对象,因而只宜由相对人自行对接大型平台的数据标准。如果相对人的数据标准与大型平台不兼容导致数据交易不可行,大型平台即可拒绝交易,也无需承担强制缔约义务。

(二)数据交易强制缔约的合意空间

数据交易强制缔约义务在数字经济领域的适用弥合了大型平台与中小市场主体之间的

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

“数据鸿沟”,能够有效消除因大型平台控制数据对市场竞争的潜在危害。不过,强制缔约只是解决了大型平台在特定条件下负有与数据需求方交易数据的义务的问题,数据交易的具体内容还应由大型平台与相对人之间协商确定,而非由大型平台或相对人单方决定。换言之,强制缔约仍包含合同所必须的要约和承诺,即便在适用强制缔约的情况下,也必须通过交易相对人的具体请求内容确定数据交易合同的内容,因而强制缔约仍未超出当事人合意的范畴。如果由大型平台单方面提出缔约条件,则大型平台为了规避强制缔约义务,可能设置极为苛刻的条款,导致相对人难以接受,强制缔约制度将失去意义。[50] 而径行按照相对人的请求订立契约,也难免会损害大型平台的正当权益。因此,在数据交易强制缔约之下,缔约双方仍应有权对交易数据的类型、数量、品质、对价、履行期限和履行方式等交易要素进行磋商。只有在大型平台采用不公平的合同条款或相对人的请求有不当之处时,合同的内容才应由法官在法律规定基础上依据正常交易情况下所发生的对待履行情况加以确定。

有学者虽然认可通过强制缔约制度实现大型平台与中小市场主体之间公平交易在理论和逻辑上的可行性,但认为操作上面临着较大困难。依据本文的讨论,大型平台数据交易强制缔约义务的适用条件无疑是明确的,相对于其他交易要素,定价问题对于数据交易而言极为重要。因为在明确大型平台的强制缔约义务时,必须同时明确交易数据的对价,否则无法实现强制缔约制度的目的。但由于数据资源是非标准化的,当前尚无广为接受的数据定价标准,因而适用强制缔约制度要求大型平台开放数据,在数据定价层面也会面临很大的现实困难。[51] 前已述及,中小市场主体对大型平台的数据依赖主要是针对大型平台控制的原始数据或非结构化数据,因而大型平台所承担的数据交易强制缔约义务在多数情况下涉及的都是简单的数据传输,而不涉及要求大型平台进行复杂的数据加工,此种情况下大型平台与相对人交易数据的对价只需考虑合理的数据收集和存储成本。即便传输的数据不能用简单的数据收集和存储成本来衡量,需要有一定的商业溢价,那也可以参照我国《专利法》司法解释以及法院对标准必要专利制度适用的司法实践经验予以确定。[52] 申言之,对于未进入司法程序的强制数据交易,可由大型平台和数据需求方之间协商确定数据交易价格;双方不能达成协议的,由数据交易监管部门裁决。对于进入司法程序的强制数据交易案件,则由法院根据情况确定数据交易的价格。无论交易监管部门裁决还是法院裁决,都应当围绕数据定价的影响因子合理确定强制数据交易的定价。[53] 质言之,需要区分不同数据类型,确定合理的数据定价指标,如数据

〔50〕 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社 2004 年版,第 75 页;王泽鉴:《债法原理》(2022 年重排版),北京大学出版社 2022 年版,第 82 页。

〔51〕 参见武腾:“数据资源的合理利用与财产构造”,《清华法学》2023 年第 1 期,第 168 页。

〔52〕 参见《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第 24 条、2017 年北京市高级人民法院《专利侵权判定指南》第 149—153 条、2018 年广东省高级人民法院《关于审理标准必要专利纠纷案件的工作指引(试行)》第 15—24 条。

〔53〕 参见包晓丽、齐延平:“论数据权益定价规则”,《华东政法大学学报》2022 年第 3 期,第 68—69 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

量、数据开发成本、数据稀缺性、数据功能、数据深度、数据完整性和数据时效性等，构建多维价值评估体系，以此确定交易数据的合理价格。[54] 即便当前人们对于数据定价仍有争议，但随着技术的进步和认识的深入，强制缔约义务之下的数据交易定价等争议问题就像标准必要专利许可费的确定一样总会解决，是可以通过商业和司法实践逐渐明确的，因而数据定价问题不应成为否定大型平台承担数据交易强制缔约义务的理由。

（三）大型平台违反数据交易强制缔约义务的法律责任

数据交易强制缔约义务旨在限制大型平台对数据资源的控制并约束其数据交易的缔约自由，一旦大型平台违反数据交易强制缔约义务，就涉及如何对相对人进行法律救济的问题。在满足强制数据交易构成要件的情况下，实际履行对于相对人而言应当是最基本的救济方式。不过，相对人要求大型平台与之订立数据交易合同的诉求能否得到支持，需根据数据交易能否实现合同目的予以区别对待。此外，在实际履行无法实现或迟延履行的情况下，还要考虑大型平台潜在的损害赔偿责任。

一方面，在大型平台拒绝与相对人订立的数据交易合同属于非继续性合同的情况下，如果大型平台与相对人订立数据交易合同已无法实现合同目的（如事后提供的数据已失去时效性），相对人自无要求与大型平台交易数据之必要，法院就没有必要再强制大型平台与相对人订立数据交易合同。此时，依据强制缔约义务理论的通说观点，大型平台应当承担缔约过失责任，法院可根据相对人的请求要求大型平台对相对人进行损害赔偿。由于数字经济具有爆发式增长的潜质，为平衡数字经济领域各类市场主体的权益，避免大型平台承担过重的损害赔偿责任，损害赔偿的范围应以大型平台所能预期的相对人经济损失为限。另一方面，如果大型平台拒绝与数据需求方订立的合同属于继续性合同，大型平台与数据需求方交易数据仍能实现合同目的，为充分贯彻数据交易强制缔约的制度本旨，法院自应强制大型平台与相对人订立数据交易合同。若大型平台的迟延缔约行为已经给相对人造成损失，且相对人的损失未能因强制缔约而得到填补的，大型平台也应当承担损害赔偿责任。[55] 因此，在数据交易能够实现合同目的的情况下，仍存在损害赔偿的适用空间。同样，为了限缩大型平台的责任范围，此时损害赔偿的金额应为大型平台所能预期的相对人在正常数据交易情况下能够获得的经济收益与相对人在迟延交易情况下实际取得的收益之间的差额。

六、结　语

2023 年 2 月中共中央、国务院印发的《数字中国建设整体布局规划》提出，要“畅通数据资

〔54〕 参见黄倩倩等：“超大规模数据要素市场体系下数据价格生成机制研究”，《电子政务》2022 年第 2 期，第 25 页。

〔55〕 参见崔建远，见前注〔41〕，第 220 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

源大循环”“释放商业数据价值潜能”。“畅通数据资源大循环”必然要打破市场主体之间的数据壁垒,尤其是大型平台对数据资源的“独霸”。在大型平台对数据资源的排他性控制之下,数字经济的市场竞争和创新必然受到不利影响,进而损害社会公共利益。“释放商业数据价值潜能”的最佳方式无疑是通过交易实现数据流通。数据交易强制缔约义务制度为中小市场主体通过付费方式获取大型平台的数据资源提供了途径,强制数据交易也为大型平台开放数据提供了补偿以及适当的投资回报。通过数据交易强制缔约义务制度引导数字经济市场的健康发展,应当成为未来数据立法的重要内容。

大型平台数据交易强制缔约义务规范形成的最佳路径无疑是通过立法的形式明确大型平台需要承担强制缔约义务,并在具体法律规范中阐明大型平台数据交易强制缔约义务的适用条件、数据交易强制缔约的合同要素以及违反数据交易强制缔约义务的法律责任。在此基础上,可结合本文有关大型平台数据交易强制缔约义务制度构建的讨论,在数据交易相关司法解释中针对大型平台数据交易强制缔约义务的具体适用以及交易双方之间就交易数据的对价等最容易产生分歧的交易要素形成更加细化的规则。为避免数据交易强制缔约义务制度适用的泛化,数据交易的强制缔约应基于个案裁判,在决定大型平台是否应当与中小市场主体交易数据时,必须严格对照数据交易强制缔约义务的适用条件。即便认定大型平台有义务与中小市场主体交易数据,也应当优先尊重双方对于交易的合意以便达成对双方而言均为合理的交易。在交易双方就合同要素无法达成一致意见的情况下,应由法院根据法律和司法解释的规定合理裁量。从我国法院相关司法实践所积累的丰富经验来看,数据交易强制缔约义务的司法适用不会遇到太大障碍。一方面,前已述及,数据交易强制缔约与从事公共运输、邮政、电信、供电、供水、供气、供热等行业的公用事业企业为用户提供普遍意义上的服务没有本质区别,我国法院处理公用事业领域强制缔约纠纷的经验已经非常成熟,虽然数据交易强制缔约与公用事业领域强制缔约并不完全相同,但在涉及交易数据的类型、数量、品质、履行期限和履行方式等交易要素的认定层面,公用事业领域强制缔约纠纷处理的思路还是可以移植到数据交易强制缔约纠纷的处理中,当然前提是要照顾到数据交易的技术特点。另一方面,我国法院在标准必要专利纠纷的处理中积累了丰富经验,可以为大型平台数据交易强制缔约的适用提供有益借鉴。数据交易强制缔约制度与标准必要专利制度有一定相似性,本旨均在于推动市场的开放与创新、强化对市场竞争弱者的保护,在适用方面均要求处于优势地位一方通过缔约或谈判的方式满足弱势地位一方的合理诉求,都存在一些需要由法院具体确定的交易要素。北京、上海、浙江、广东等地正是我国大型平台集中所在地,这些地区的法院从标准必要专利纠纷处理中形成的丰富实践,无疑为大型平台数据交易强制缔约义务的适用提供了理想的样板,尤其是在最为核心的标准必要专利许可使用费的确定问题上摸索出的经验,更是能够为强制交易数据的定价明确思路。我国法院既然能够在司法解释以及不断司法实践的基础上解决复杂的标准必要专利许可问题,对于具有相似性的大型平台数据交易强制缔约问题,应当也有能力基于法律和司法解释的规定通过具体个案的裁判逐渐明确强制数据交易的司法适用,进而不断完

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

善大型平台数据交易强制缔约义务制度。

Abstract: In the process of digital economic development, large platform enterprises have accumulated a large amount of data resources, creating a "digital divide" between large platforms and small and medium market players. Some small and medium market players need the data support of large platforms to continue their business. However, in order to maintain competitive advantages, large platforms tend to refuse reasonable data transaction requests of small and medium market players, and data crawling cannot meet the data acquisition needs of small and medium market players due to the great constraints of law. Since the application of the "essential facility doctrine" and "refusal to deal" under the framework of antimonopoly law cannot effectively solve the problem of "digital divide", in order to balance the data rights and interests of large platforms and the development rights and interests of small and medium market players, it should return to the path of civil and commercial law to promote the data opening of large platforms and establish the compulsory contracting obligations of large platform in data transactions. When constructing the compulsory contracting obligation system of large platform in data transactions, caution should be exercised to set the applicable conditions and to clarify the system connotation to prevent the negative effects caused by the excessive application of the system.

Key Words: Large Platform; Digital Divide; Data Transaction; Compulsory Contracting Obligation

(责任编辑:彭　錞)

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/