

# 数据竞争行为的类型化重构及其规制因应

李 佐

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

**摘 要:** 面对数据市场的竞争失序, 竞争法律欲实现辩证施治, 需以数据竞争行为的类型化归纳为前提。传统“不正当竞争与垄断”的二分法既难以适应数据竞争行为的复杂性, 也不足以回应数据治理的现实需要。基于数据生产流程, 可将数据竞争行为划分为获取阶段的竞争行为与使用阶段的竞争行为两类。前者包括获取经营者数据、用户数据及拒绝数据获取; 后者涵盖数据排他性使用、数据驱动型自我优待和大数据杀熟。据此, 应确立包容审慎的规制理念, 并在获取阶段强调数据流通, 以包容促发展; 在使用阶段注重权益保护, 以审慎防风险。

**关键词:** 数据竞争行为; 商业数据条款; 《反不正当竞争法》; 《反垄断法》

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

DOI: 10.19358/j.issn.2097-1788.2025.12.010

**引用格式:** 李佐. 数据竞争行为的类型化重构及其规制因应 [J]. 网络安全与数据治理, 2025, 44(12): 69-74, 82.

## The typological reconstruction of data competition behaviors and the regulatory responses

Li Zuo

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

**Abstract:** Confronting the disorder in the data market, competition law must establish a typology of data competition behaviors as a prerequisite for implementing differentiated and targeted governance. The traditional dichotomy of "unfair competition and monopoly" is ill-suited to the complexity of data competition behaviors and fails to meet the practical needs of data governance. Based on the data production process, data competition behaviors can be categorized into two stages: acquisition and use. The acquisition stage includes obtaining data from businesses, collecting user data, and refusing data access. The use stage encompasses exclusive data use, data-driven self-preferencing, and algorithmic price discrimination. Accordingly, a regulatory philosophy of tolerance and prudence should be established; emphasizing data circulation during the acquisition stage to foster development through tolerance, and prioritizing rights protection during the use stage to mitigate risks through prudence.

**Key words:** data competition behavior; commercial data terms; Anti-Unfair Competition Law; Anti-Monopoly Law

### 0 引言

当前, 我国数据要素市场竞争失序现象突出, 主要表现为非法获取和使用数据、拒绝数据开放、大数据杀熟、数据驱动型自我优待等行为。在数据权属尚未明确、专门立法缺失的背景下, 相关争议多诉诸竞争法解决。然而, 传统竞争法发源于工业社会, 面对数据竞争的新形态已显滞后, 亟待更新规则。在此过程中, 类型化梳理是构建有效规制体系的理论前提<sup>[1]</sup>。当前学界多聚焦于具体行为的个案分析, 缺乏系统性归类; 立法实践则仍沿用“不正当竞争—垄断”的二分框架, 难以适应数据行为的复杂性。为此, 本文尝试提出“获取—使用”二分的数据竞争类型化方案, 将获取阶段行为细分为获

取经营者数据、获取用户数据与拒绝数据获取; 使用阶段行为则涵盖数据排他性使用、自我优待与大数据杀熟, 并据此提出阶段性、差异化的规制思路, 以期为我国数据竞争规则的体系化构建提供参考。

### 1 数据竞争行为的传统类型化及其缺漏

#### 1.1 “不正当竞争与垄断”的传统类型化

当前, 我国将数据竞争行为依据违法类型划分为数据不正当竞争行为与数据垄断行为。其中, 数据不正当竞争行为指经营者违反《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》), 以不正当手段获取或使用他人数据, 损害其他经营者、消费者权益以及扰乱市场秩序的行为。实践中, 数据不正当竞争行为可

进一步归纳为两类:数据不正当获取,主要包括破坏技术措施、违反协议约定或 Robots 协议等方式获取数据,易导致隐私泄露、干扰数据持有者正常运营、增加其成本等负面影响;数据不正当使用,指在获取他人数据后,通过加工利用形成对原数据产品或服务的“实质性替代”,侵蚀其市场份额。

数据垄断行为,是指经营者违反《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》),利用对数据资源的控制实施排除、限制竞争,或独占数据以阻碍他人获取的行为。学界通常将数据垄断行为置于《反垄断法》的三大制度中,即垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中,来探讨其合法性边界。实践中,此类行为多与滥用市场支配地位相关联。从文义上,数据垄断行为包括针对数据的垄断行为和基于数据实施的垄断行为两类<sup>[2]</sup>。前者将数据视为竞争资源,通过独占数据、设置流通壁垒以巩固自身市场地位;后者则将数据作为实施垄断的工具,滥用数据优势谋取超额收益。

## 1.2 “不正当竞争与垄断”类型化的缺漏

数据竞争行为沿袭不正当竞争与垄断的传统类型化方案,由此对应的是数据反不正当竞争规则和数据反垄断规则二元并立的局面。理论上,该类型化方案是出于制度惯性的考虑,但并未充分考虑数据竞争行为的复杂性,存在诸多缺漏。

其一,部分数据竞争行为兼具不正当竞争和垄断的双重属性<sup>[3]</sup>,难以明确定性为不正当竞争行为或是垄断行为,“不正当竞争与垄断”二分的类型化方案会给数据竞争规则立法带来困境。以大数据杀熟行为为例,其既可能违反《网络反不正当竞争暂行规定》第20条第1款规定被认定为不正当竞争行为,亦可能构成《反垄断法》滥用市场支配地位条款下的价格歧视行为。又比如,数据持有者通过平台封禁实施的拒绝数据获取行为,既可能构成《反不正当竞争法》“互联网专条”中的恶意不兼容行为,也可能构成《反垄断法》下的滥用市场支配地位行为。因此,对于兼具两种违法可能的数据竞争行为,无论将其直接规定在哪一个法律中都是不合时宜的做法。其二,数据竞争行为的双重违法属性可能会进一步引发竞争法律适用竞合的问题。对于同时兼顾不正当竞争和垄断属性的数据竞争行为,在法律适用上是择一适用还是共同适用,也是困扰竞争法学的疑难问题。一般认为,《反不正当竞争法》作为《反垄断法》的兜底法,可以用来规制尚未达到《反垄断法》规制条件的反竞争行为。从这一点来看,对于兼顾双重违法属性的数据竞争行为的规制适用可能会向《反不正当竞争法》倾斜,进而架空《反垄断法》。其三,该类型化方案会割裂《反不

正当竞争法》和《反垄断法》的有机联系。在企业间的数据竞争纠纷中,大型平台对中小型平台实施的数据垄断行为和中小型平台对大型平台采取的数据不正当竞争行为,二者实际为一体两面,应当联系起来考量。实际上,中小型平台之所以采取非法手段获取数据,一部分原因在于数据持有者实施了数据垄断行为。其四,该划分方案不利于数据竞争规则的体系化发展。我国的数据竞争规则正处于完善阶段,固守传统的竞争法划分视角,对数据竞争行为缺乏整体化、系统化的透视不利于数据基础法律制度的构建。

## 2 数据竞争行为的类型化重构及其典型样态

固于“不正当竞争与垄断”类型化的缺憾,有必要重新审视数据竞争行为,提炼不同数据竞争行为之间的共性,并采用不同的类型化依据,探寻数据竞争行为类型化的新方案。

### 2.1 “获取阶段与使用阶段”的类型化重构

为实现数据竞争规则的体系化构建,达到辩证施治的规制效果,数据竞争行为的类型划分除需考虑现行竞争法律框架外,更应回归数据的本质属性,即数据作为新质生产力参与市场经济活动的角色定位。基于此,可将数据要素置于经济活动全流程中加以考察,根据数据竞争行为在生产流程中所处阶段的不同,将其划分为数据获取阶段的竞争行为和数据使用阶段的竞争行为两类。数据获取阶段的竞争行为着眼于数据资源的初始配置,是指经营者为取得数据要素所实施的一系列竞争行为。根据行为对象差异,该阶段行为主要包括获取经营者数据、获取用户数据以及拒绝数据获取三种典型情形。数据使用阶段的竞争行为聚焦于数据资源的价值转化,是指数据持有者在数据加工利用过程中实施的一系列竞争行为。根据行为产生的效果差异,该阶段行为主要包括数据排他性使用、数据驱动型自我优待和大数据杀熟三种典型表现。

对于数据竞争行为采取“获取阶段与使用阶段”的类型化方法,其合理性主要体现在两个方面:一方面,该类型化能够有效弥补传统分类的不足。具体而言,它避免了对兼具不正当竞争与垄断双重属性的行为进行僵化的事前定性,转而关注行为对市场竞争和利益相关者的实际影响,从而灵活适用相应法律,缓解因双重属性带来的立法与司法困境。同时,这一分类也有衔接了《反不正当竞争法》与《反垄断法》。以数据获取阶段为例,该方法将主动获取数据与拒绝开放数据置于同一框架下综合考量,在判断获取行为正当性时,同步考察数据持有者是否存在不当拒绝行为,既体现了竞争法认定

的谦抑性，也弥补了传统裁判中两法割裂适用的局限。在使用阶段，该分类既涵盖可能构成“实质性替代”的不正当竞争行为，也包含数据驱动型自我优待、大数据杀熟等传统垄断行为，打破了不正当竞争与垄断二元对立的思维定式。另一方面，该类型化契合数据“流通与保护并重”的治理理念。当前，无论是《反不正当竞争法》中较低的不正当竞争认定门槛，还是《反垄断法》中数据垄断规则的缺失，都反映出我国现有规则偏重保护数据持有人权益的倾向。通过将数据竞争行为划分为获取与使用两个阶段，在获取阶段强调促进数据流通与利用，在使用阶段则强化数据权益保护，实现在利益均衡基础上的更优制度安排，有助于推动数据要素在有效保护的前提下实现更高效、广泛的流通利用。

当然，也有学者认为，数据的获取与使用是连贯的行为组合，不应将其拆分开来讨论<sup>[4]</sup>。但实际上，数据获取与使用具备一定的独立性，应当分属不同的法律评价系统。原因在于，获取、使用作为数据要素价值发挥的不同阶段，具有不同的价值面向。获取本质是数据的收集过程，是数据在物理意义上的流通，使数据从原来的控制者流向另一个控制者（但并不意味着原来的控制者对该部分数据失去相关权益），所产生的行为效果局限于行为主体双方，不具有外部性。使用本质是数据的价值增值过程，是数据在市场意义上的流通，能够产生市场效应。此外，从立法规范看，立法者也有意将数据获取和使用行为区分开来规制。相较于2024年《反不正当竞争法（修订草案）》第13条第2款第4项将数据获取和使用合并规定，新版《反不正当竞争法》中的数据保护条款并未沿用其表述，而是代之以“获取、使用其他经营者合法持有的数据”的规定。按文义理解，数据保护条款删去“并”的表述，意味着数据获取和使用属于并列关系，且二者具有相互独立性。亦即，司法裁判可以单独认定数据获取和使用的正当性。于数据获取而言，只要其损害其他经营者权益，扰乱市场竞争秩序，即可构成不正当竞争行为，不再需要达到“获取并使用”的条件。同样，对于直接使用他人数据，造成其他经营者权益和市场竞争秩序受损的行为，亦可直接构成不正当使用行为。

## 2.2 “获取阶段与使用阶段”类型化的典型样态

### 2.2.1 数据获取阶段的竞争行为

其一，获取经营者数据的行为。经营者在长期生产经营中积累的数据，不仅体现其自身竞争优势，也常构成其他市场主体参与竞争的“基础设施”。为进入相关市场，数据需求方通常采取网络爬虫抓取，或通过向数据持有人达成协议的方式获取数据。然而，数据爬取行为

往往未经授权，可能损害数据持有者的合法权益；而以协议方式获取数据的过程中，也存在超出约定范围或时限等违规情形。针对此类违法获取行为，我国司法实践倾向于将其认定为不正当竞争行为。例如，在“新浪微博诉脉脉案”“大众点评诉百度地图案”等典型案件中，法院均以损害数据持有人利益为由，对相关数据获取行为作出不正当竞争定性。需要指出的是，司法裁判对数据获取行为正当性的认定，实质上引导着法律层面的利益分配方向<sup>[5]</sup>。当前裁判中对数据持有人利益的倾斜保护，虽在一定程度上维护了其权益，但也可能忽视数据需求方的合理诉求，长远来看不利于数据要素的有效流通与充分利用。

其二，获取用户数据的行为。这主要指平台经营者收集其用户（包括平台内经营者与消费者）数据的行为。作为交易市场的组织者，平台往往兼具经营者与准监管者的双重身份，具备收集并利用用户数据的能力与动机。一方面，平台可凭借其枢纽地位掌握平台内经营者的运营信息与消费者的交易数据；另一方面，又能借助这些数据优化经营决策，巩固自身市场竞争优势。理论上，此类行为潜藏反竞争风险：平台可能通过对用户数据的独占与运用，实施价格操控、“杀熟”或自我优待等行为，进而排除、限制竞争，谋求垄断地位，损害市场公平。因此，对平台获取用户数据的行为施以规制确有必要。然而需注意的是，平台身份具有特殊性，兼具管理职能与盈利目标。在对获取用户数据行为进行竞争法律评价时，应充分考虑其双重角色，避免采取“一刀切”的否定态度，而应在促进数据合理利用与防范竞争损害之间寻求平衡。

其三，拒绝数据获取行为。为维持数据优势带来的竞争地位，数据持有者常通过构建“围墙花园”实现对数据资源的独占，从而限制其他经营者获取数据。此类行为在内涵上与狭义的数据垄断相近，通常表现为拒绝数据交易、关闭数据接口、设置严格的爬虫协议等方式阻碍数据的开放与互联。例如，谷歌凭借其先发优势积累了大量数据资源，曾因拒绝向微软提供必要数据，导致后者市场进入计划受阻；同样，百度通过构筑数据壁垒，使360搜索、搜狗等竞争者因难以获取充分数据支持而无法有效参与市场竞争<sup>[6]</sup>。在我国，拒绝数据获取行为主要依据《反垄断法》第22条中关于滥用市场支配地位的规定进行规制，可能被认定为拒绝交易或平台封禁等排除、限制竞争的行为。然而司法实践显示，与数量庞大的数据不正当竞争诉讼相比，针对拒绝数据获取提起的垄断诉讼寥寥无几，反映出此类行为在现实追责中仍面临适用难题<sup>[7]</sup>。

## 2.2.2 数据使用阶段的竞争行为

其一,数据排他性使用行为。与具有剥削性质的数据驱动型自我优待和大数据杀熟不同,此类行为表现为经营者通过使用他人数据开发商品或服务,分流了原数据持有者的市场份额,形成“实质性替代”效果。在司法实践中,我国法院通过对《反不正当竞争法》一般条款及“互联网专条”的扩张解释,普遍将“实质性替代”作为判断数据使用行为正当性的关键标准。例如,在“大众点评诉百度地图案”中,法院认定百度对用户点评数据的使用已对大众点评服务形成实质性替代,构成不正当竞争;在“淘宝诉美景公司案”中,法院也指出美景使用“生意参谋”数据运营自身平台,实质性替代了淘宝的核心业务,属于不正当竞争行为。在立法层面,2022年《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》与《禁止网络不正当竞争行为规定(征求意见稿)》曾明确将“实质性替代”作为数据不正当使用的认定要件。然而,这一标准在2024年《反不正当竞争法(修订草案)》及已正式施行的《反不正当竞争法》中未被延续,反映出立法态度在此问题上的调整与保留。

其二,数据驱动型自我优待行为。此类行为指平台经营者通过分析平台用户数据,制定有利于自营业务的经营策略,从而在与平台内其他经营者的竞争中获取优势。其核心特征在于数据在行为实施中起到关键驱动作用。凭借兼具“裁判员”与“运动员”的双重身份,平台能够利用所掌握的用户数据,使自营业务在定价、品类、供应链及售后服务等方面建立竞争优势。例如,通过分析某类商品的销量与价格趋势,平台可预测市场走向,对潜力商品采取低价策略,或及时削减滞销商品供应以控制损失。在司法实践中,欧盟委员会曾在针对亚马逊的反垄断审查中指出,亚马逊利用平台职能获取并使用平台内经营者数据为其自营业务谋利,损害了其他经营者权益<sup>[8]</sup>。我国电商平台中类似行为亦不少见,但由于该行为在竞争法上定性尚不明确,目前规制仍秉持包容审慎态度。立法层面,2023年正式施行的《禁止滥用市场支配地位行为规定》也未延续此前征求意见稿中的做法,未将其单独列为新型垄断行为。

其三,大数据杀熟行为。该行为亦称个性化定价,指平台经营者利用消费者数据构建用户画像,对处于相同交易条件的消费者实施差异化定价。其最初在网约车平台引发关注,表现为平台通过分析用户数据向常驻用户收取更高费用。随着实践发展,此类行为形式日趋多样与隐蔽,例如向苹果手机用户普遍标定更高价格,或随用户浏览频次提升而动态调高定价等。由于该行为普遍存在且直接损害消费者权益,其规制问题持续受到竞

争法关注。然而,由于行为定性尚存争议,司法实践中存在法律适用不统一的现象。当前我国主要依据《反垄断法》中的“差别待遇”条款进行规制,有学者指出其符合价格歧视的特征,不仅侵犯消费者公平交易权与选择权,更扭曲了市场竞争机制。此外,部分司法裁判亦尝试援引《反不正当竞争法》的一般条款对大数据杀熟行为作出认定,反映出法律适用层面的探索与分歧<sup>[9]</sup>。

## 3 类型化重构下数据竞争行为的规制因应

在数据竞争行为“获取—使用”二分框架下,应确立包容审慎的规制理念:对获取阶段行为以包容为主,促进数据流通;对使用阶段行为则须审慎规制,强化权益保护。

### 3.1 包容审慎规制的理论面向

在我国,包容审慎规制理念最早应用于数字经济领域,旨在维护市场秩序的同时促进新业态发展<sup>[10]</sup>。数据作为新质生产力的典型代表,对其竞争行为的规制同样适用该理念。从文义来看,包容审慎规制包含包容性规制与审慎性规制两个维度:包容性规制侧重于采取柔性手段,为市场主体营造宽松环境,避免过度干预;审慎性规制则强调根据具体风险匹配相应措施,以防范发展过程中的潜在问题<sup>[11]</sup>。具体到数据竞争领域,获取阶段的竞争行为聚焦于数据的取得与控制,其规制应秉持流通优先原则,以最大限度的包容态度支持数据要素市场化配置;而使用阶段的竞争行为涉及数据的实际利用,规制时应突出权益保护导向,注重数据相关主体之间的利益平衡。

一方面,应秉持包容理念规制数据获取阶段的竞争行为,构建促进数据自由流通的制度环境。其一,适用宽松的评价标准,审慎认定数据获取行为的不正当性,避免数据需求者动辄得咎。对部分违法获取行为可予例外豁免或减轻责任,例如在数据垄断情形下为打破壁垒而实施的获取行为。以“HiQ诉Linkd In”一案为例,由于Linkd In事先存在垄断行为,故美国法院认为HiQ的数据爬取行为合法。但需注意,强调数据流通不等于放任“数据寄生”,对造成主体权益损害的获取行为,即使未构成不正当竞争,也应通过侵权法、合同法等私法规则予以救济<sup>[12]</sup>。其二,强化对拒绝数据获取行为的反垄断审查,防止数据持有者借保护之名行垄断之实。执法机构应将平台通过拒绝交易、关闭接口、设置严格爬取协议等手段阻碍数据互联互通的行为纳入日常监管,并在相关不正当竞争诉讼中附带审查是否存在此类行为。同时,规制应保持适度,对不具明显排除、限制竞争效果的个别拒绝行为(如因获取方自身原因所致),反垄断

法应给予合理豁免,以兼顾数据持有者的合法权益。

另一方面,应审慎规制数据使用阶段的竞争行为,在维护市场秩序的同时兼顾各方主体权益保护。具体而言,需区分排他性使用行为与剥削性使用行为,并采取差异化规制路径。对于排他性数据使用行为,应以“实质性替代”作为核心认定标准。未对数据持有者的产品或服务形成实质性替代的,原则上不适用竞争法规制;即便构成替代,也应根据其程度匹配相应的规制强度。同时,若该行为虽产生替代效果,但有助于推动科技创新、提升消费者福利或社会公共利益,则应进行成本效益综合权衡,并可在法律责任上适当予以减免。对于剥削性数据使用行为(如数据驱动型自我优待和大数据杀熟),则应同时关注数据使用者与相对方的权益平衡。此类行为的实质是经营者将数据优势传导至相关市场,通过削弱弱势竞争者或消费者获取不正当竞争优势。规制时需重点防范其对弱势群体权益的损害,强化对市场竞争公平性与消费者利益的保护。

### 3.2 包容审慎规制的实践展开

#### 3.2.1 包容规制数据获取阶段的竞争行为

第一,包容规制获取经营者数据的行为。在对此类行为进行法律评价时,首先应区分获取方式:一是以数据爬取方式获取,二是基于双方合意获取。其次,应遵循“两步走”分析思路:第一步判断行为是否违法;第二步评估违法的获取行为是否产生反竞争效果。正如学者所指出的:“竞争法律具有其独立的法理根基,其核心在于维护市场竞争秩序。”<sup>[13]</sup>因此,对获取经营者数据行为是否构成不正当竞争的认定,应重点考察其是否对市场竞争秩序产生负外部效应。对于仅造成数据持有者私益损害的行为,例如通过破坏技术管理措施增加其运营成本,此类行为主要导致特定经营者经济利益受损,应优先适用私法规则,通过侵权法或合同法予以救济,为意思自治保留空间。只有那些扰乱整体竞争秩序、削弱数据持有者市场竞争优势的获取行为,才应被认定为违反竞争法的数据获取行为<sup>[14]</sup>。

第二,包容规制获取用户数据的行为。在评价此类行为的合法性时,首先应依据是否取得用户同意、是否损害用户隐私与权益等标准。若依此标准对行为作出负面评价,应允许平台经营者提出抗辩。若其以管理监督、维护秩序、优化用户体验或改善交易环境等为由进行说明,且符合比例原则,则可推定该行为合法;若抗辩不成立,则推定其违法。其次,对非法获取用户数据行为是否构成不正当竞争,应依损害结果作区分处理。我国司法实践常援引《反不正当竞争法》一般条款中“违背商业道德”进行认定,以侵害用户隐私权与同意权为由

将此类行为判定为不正当竞争。例如,有判决指出:“在互联网环境中,获取并使用用户信息是否取得同意、是否保障用户选择自由,属于公认的商业道德。”然而需明确,《反不正当竞争法》并非专门保护用户数据的法律,其适用应以行为扰乱市场竞争秩序并导致用户权益受损为前提。对于仅造成用户隐私损害的数据获取行为,应优先适用《中华人民共和国个人信息保护法》《中华人民共和国消费者权益保护法》等专门法律予以规范与救济<sup>[15]</sup>。是否适用竞争法,应理性考察该行为是否实际产生排除、限制竞争的效果。

第三,包容规制拒绝数据获取行为。在对拒绝数据获取行为进行竞争法评价时,需在数据共享利用与数据持有者合法权益之间作出审慎平衡。一方面,数据已成为经营者进入相关市场的重要壁垒。市场先行者通过积累数据资源形成“赢者通吃”格局,进而通过构筑数据壁垒实施“圈地运动”,阻碍其他经营者获取必要数据,限制其竞争能力与发展空间。为应对这一问题,各国普遍通过设定“必要设施”开放义务,结合事前监管、事中审查与事后诉讼,构建全流程规制体系。然而,“必要设施原则”在实践中存在明显局限:一是域外经验表明该原则在数据领域的适用极为有限,缺乏成熟实践支撑;二是其认定标准严格,申请方往往难以完成举证责任<sup>[16]</sup>。因此,对拒绝数据获取行为的反垄断分析,仍需回归其是否实际产生排除、限制竞争的效果。特别是针对个别经营者实施的拒绝行为,通常难以推定其具有反竞争性。另一方面,从利益衡量角度看,数据优势往往是经营者通过长期投入与合法经营形成的成果,符合“额头汗水”理论所保护的劳动价值<sup>[17]</sup>。法律应当对此类合法权益给予必要保护,以避免挫伤市场主体投资创新的积极性。此外,市场竞争的本质在于优胜劣汰,经营者并无义务主动协助竞争对手获得成功。因此,在对拒绝数据获取行为进行反竞争性评估时,应充分保障数据持有者的抗辩权利。若其行为符合《平台经济反垄断指南》第14条第3款所列的抗辩事由,或存在其他合理正当的理由,即可初步推定该行为不具有反竞争性。

#### 3.2.2 审慎规制数据使用阶段的竞争行为

第一,审慎规制数据排他性使用行为。当前学界普遍认为,数据排他性使用行为是数据市场失灵的重要表现。若《反不正当竞争法》不对此类行为进行必要规制,数据持有者通过长期投入积累的数据优势可能被其他经营者不当侵蚀,从而削弱市场主体对数据投资和创新的积极性。在规制路径上,竞争法需要根据数据使用行为产生“实质性替代”的程度采取相应的处罚措施。根据“法无禁止即可为”的原则,对于未达到“实质性替代”

标准的数据使用行为,《反不正当竞争法》的适用空间确实有限。然而有学者指出,若仅因未产生“实质性替代”效果,就对违反合约或以不正当手段使用数据的行为不予规制,这种做法可能显失公平,既不利于数据保护,也不利于建立健康的数据共享生态。本文认为,对于尚未达到“实质性替代”程度的违法使用行为,并非处于法律规制的真空地带。根据《中华人民共和国民法典》第186条关于责任竞合的规定,“因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择依照合同法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”。因此,当数据使用行为虽未产生实质性替代效果,但确实违反合同约定或侵害合法权益时,受害者完全可以通过侵权之诉或违约之诉寻求司法救济。这种公私法协同的规制路径既尊重了竞争法的谦抑性,又为数据权益提供了全方位保护。一方面,竞争法专注于规制对市场竞争秩序造成实质性损害的行为;另一方面,私法规则为尚未达到竞争法门槛但仍属违法的数据使用行为提供了救济渠道,实现了数据保护与数据共享的有机平衡。

第二,审慎规制数据驱动型自我优待行为。该行为的本质在于平台经营者将其在数据资源上的优势转化为市场竞争中的有利地位。对其违法性的认定,应当基于竞争损害原则进行全面分析:既要认识到其可能破坏市场公平竞争的负面效应,也要客观评估其对资源配置效率的积极影响。一方面,平台经营者通过杠杆效应将数据优势延伸至相关市场,可能直接削弱同业竞争者的竞争能力,扭曲正常的市场竞争秩序。正如“德国电信诉欧盟委员会案”判决所强调的:只有保障所有经营者获得公平的竞争机会,市场竞争秩序才能得到有效维护。数据驱动型自我优待行为若超出合理限度,可能剥夺其他经营者的公平竞争机会,形成市场壁垒。另一方面,这种自我优待行为作为平台商业模式的重要组成部分,具有一定的合理性与正当性。平台通过数据整合与分析优化自营业务,能够发挥纵向一体化优势,降低交易成本,提升运营效率。这不仅有助于平台构建更加完善的“业务生态圈”,还能通过提供更具性价比的商品与服务惠及消费者,推动“生态圈经济”的健康发展,最终促进市场竞争的良性循环。考虑到数据驱动型自我优待行为为表现形式的多样性,对其规制应当遵循合理原则,重点考察行为对市场竞争的实际扭曲程度。如果自我优待的影响范围尚在同业竞争者可承受范围之内,未对市场竞争格局造成实质性损害,竞争法应当保持必要的谦抑,避免过度干预市场正常的竞争活动。

第三,审慎规制大数据杀熟行为。要对此类行为进行准确的法律评价,首先需要厘清其本质属性。本文认

为,大数据杀熟本质上应归属于滥用市场支配地位表现中的过高定价行为,而非传统意义上的价格歧视。其一,从构成要件来看,《反垄断法》对价格歧视行为的规制以损害市场竞争秩序为前提,而大数据杀熟通常并不产生排除、限制竞争的效果。若将其简单归入价格歧视范畴,将难以满足《反垄断法》的适用条件,导致规制落空<sup>[18]</sup>。其二,从行为目的分析,平台经营者实施大数据杀熟的核心意图并非对不同消费者进行差别对待,而是通过数据画像精准掌握消费者的价格承受能力,从而最大限度地提取消费者剩余。具体而言,平台通过分析消费者的行为数据,洞察其对特定商品或服务的保留价格,进而“量身定制”一个接近其承受上限的交易价格,形成“千人千价”的定价模式。这种以消费者数据为工具,通过市场支配地位实施差别定价以获取超额利润的行为,更符合过高定价的本质特征。因此,对大数据杀熟行为的反垄断规制应当遵循过高定价的分析路径。需要特别强调的是,规制过程中必须审慎评估行为主体的市场地位:对于不具备市场支配地位的经营者实施的定价行为,可交由市场机制调节,消费者完全可以选择其他供应商;而对于具有市场支配地位的经营者实施的杀熟行为,由于消费者缺乏有效的替代选择,竞争法应当适时介入,以保护消费者权益免受滥用市场优势地位的侵害。

#### 4 结束语

步入数字时代,数据作为关键生产要素已成为市场竞争的核心资源。面对数据市场的竞争失序,传统的确权路径在理论与实践均面临挑战,而竞争法则以其灵活的规制逻辑,为构建数据治理新秩序开辟了可行之路。值此《反不正当竞争法》修订之际,我们应超越既有框架与学理局限,以数据在生产流程中的动态运动为依据,将数据竞争行为重新划分为获取与使用两大阶段。这一类型化方案不仅是认识工具,更是构建系统性规制体系的逻辑起点。类型化的最终目的,在于推动形成与数字时代相适应的数据竞争规则,实现对数据竞争行为的精准施治。在获取阶段,应秉持包容理念,促进数据要素的自由流动与优化配置;在使用阶段,则应坚持审慎原则,强化数据主体的权益保障与利益平衡。如此,竞争法才能在激励创新与规范秩序之间找到最佳平衡点,为数字经济的健康发展构筑坚实而灵活的法治基底。

#### 参考文献

- [1] 侯利阳. 商品与销售方式二分视角下不正当竞争行为的类型化[J]. 现代法学, 2024, 46(4): 38-52.
- [2] 梅夏英, 王剑. “数据垄断”命题真伪争议的理论回应[J]. 法学论坛, 2021, 36(5): 94-103.

(下转第82页)

- [19] European Union. Artificial Intelligence Act; Regulation (EU) 2024/1689 [EB/OL]. (2024-07-12) [2025-07-08]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689>.
- [20] CLAASSEN R. Externalities as a basis for regulation; a philosophical view [J]. Journal of Institutional Economics, 2016, 12 (3): 541-563.
- [21] ZHANG A H. High wire: How China regulates big tech and governs its economy [M]. Oxford: Oxford University Press, 2024: 232-238.
- [22] 程啸. 论侵害个人信息的民事责任 [J]. 暨南学报 (哲学社会科学版), 2020, 42 (2): 39-47.
- [23] 阿瑟·塞西尔·庇古. 福利经济学 [M]. 朱泱, 张胜纪, 吴良健, 译. 北京: 商务印书馆, 2017.
- [24] 凌斌. 法律救济的规则选择: 财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构 [J]. 中国法学, 2012 (6): 5-25.
- [25] 崔国斌. 知识产权法官造法批判 [J]. 中国法学, 2006 (1): 144-164.
- [26] 崔国斌. 网络服务商共同侵权制度之重塑 [J]. 法学研究, 2013, 35 (4): 138-159.
- [27] United States Congress. S. 146-Take It Down Act; 119th Congress (2025-2026) [EB/OL]. (2025-05-19) [2025-07-08]. <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/146>.

(收稿日期: 2025-07-08)

#### 作者简介:

徐榕岭 (2000-), 女, 硕士, 助理研究员, 主要研究方向: 知识产权法、网络法。

(上接第74页)

- [3] 刘继峰, 张佳红. 平台封禁行为的竞争法分析 [J]. 当代经济科学, 2023, 45 (1): 17-28.
- [4] 魏远山. 我国反不正当竞争法商业数据专条的制度构建——兼评《反不正当竞争法 (修订草案征求意见稿)》第18条 [J]. 环球法律评论, 2023, 45 (6): 80-96.
- [5] 王永强, 邓淑元. 企业数据保护反不正当竞争法路径的展开 [J]. 中南民族大学学报 (人文社会科学版), 2024, 44 (8): 134-141, 186-187.
- [6] 丁晓东. 论数据垄断: 大数据视野下反垄断的法理思考 [J]. 东方法学, 2021 (3): 108-123.
- [7] 冯博, 张家琛. 数字平台领域《反垄断法》与《反不正当竞争法》的经济逻辑和司法衔接 [J]. 法治研究, 2023 (3): 83-94.
- [8] 李鑫. 平台数据型自我优待的反垄断法分析 [J]. 广东财经大学学报, 2023, 38 (1): 101-111.
- [9] 杨东, 李子硕. 论反不正当竞争法重构: 以数据要素规制体系为核心 [J]. 法律适用, 2022 (11): 15-25.
- [10] 王永强. 包容审慎监管视角下平台经济竞争失序的法治应对 [J]. 法学评论, 2024, 42 (2): 77-87.
- [11] 黄镔. 论我国人工智能领域包容审慎监管的法治维度 [J]. 财经法学, 2025 (2): 94-109.
- [12] 王永强, 李佐. 商业数据法际协同治理的规范路径及其展开 [J]. 湖北经济学院学报, 2025, 23 (2): 80-90.
- [13] 宋亚辉. 论反不正当竞争法的一般分析框架 [J]. 中外法学, 2023, 35 (4): 963-982.
- [14] 曹汇. 涉数据不正当竞争行为规制研究 [J]. 大连理工大学学报 (社会科学版), 2024, 45 (3): 87-96.
- [15] 周围, 黄唯一. 反垄断法与隐私保护法的矛盾与纾解 [J]. 华中科技大学学报 (社会科学版), 2023, 37 (1): 97-107.
- [16] 王延川. 数据法人: 超级平台数据垄断的治理路径 [J]. 国家检察官学院学报, 2022, 30 (6): 145-159.
- [17] 孔祥俊. 商业数据保护的实践反思与立法展望——基于数据信息财产属性的保护路径构想 [J]. 比较法研究, 2024 (3): 72-92.
- [18] 许光耀. 大数据杀熟行为的反垄断法调整方法 [J]. 政治与法律, 2024 (4): 17-29.

(收稿日期: 2025-06-20)

#### 作者简介:

李佐 (2000-), 男, 硕士研究生, 主要研究方向: 经济法、数字法学。