

译 著

Translation Works

马克斯·普朗克创新与竞争研究所就欧盟委员会
“关于构建欧洲数字经济征求意见稿”的立场声明 / P92

马克斯·普朗克创新与竞争研究所 就欧盟委员会“关于构建欧洲数字经济 征求意见稿”的立场声明

文 / Josef Drexl, Reto M. Hilty, Jure Globocnik, Franziska Greiner,
Daria Kim, Heiko Richter, Peter R. Slowinski, Gintarė Surblytė, Axel Walz, Klaus
Wiedemann

译 / 刘维 张嘉莹 校 / 李陶

马克斯·普朗克创新与竞争研究所是一家在马克斯·普朗克学会之下设立的研究机构，自五十一年前设立以来，一直致力于在既已确立的科学原理基础之上对知识产权和竞争法的分析与发展进行研究。马克斯·普朗克创新与竞争研究所承担着该领域内基础问题的研究。基于其卓著的研究贡献，马克斯·普朗克创新与竞争研究所发起并引领着德国、欧洲以及国际层面重要的立法及理论研究。作为德国政府及欧盟机构的智库，本研究所定期向政府机构以及其

他组织提供立法及政策制定建议。本研究所采取国际化的方法，着力于比较法分析、法律发展的经济分析以及科技分析。

2017年1月10日，欧盟委员会向欧盟议会、欧盟理事会、欧盟成员国以及欧洲经济区成员公布了针对《构建欧洲数据经济的通讯》（以下简称“通讯”）。此后，针对该通讯的内容，¹欧盟委员会向各方征求意见，本研究所受邀参与其中并回答了在线征求意见表格中的若干问题。这份立场性声明包含在了本研究所就

作者简介：

Josef Drexl, 博士、教授、所长。

Reto M. Hilty, 博士、教授、所长。

Jure Globocnik, 博士研究生、马克斯·普朗克创新与竞争研究所研究员。

Franziska Greiner, 博士研究生、马克斯·普朗克创新与竞争研究所研究员。

Daria Kim, 博士研究生、马克斯·普朗克创新与竞争研究所研究员。

Heiko Richter, 博士研究生、马克斯·普朗克创新与竞争研究所研究员。

Peter R. Slowinski, 博士研究生、马克斯·普朗克创新与竞争研究所研究员。

Gintarė Surblytė, 博士，马克斯·普朗克创新与竞争研究所高级研究员。

Axel Walz, 博士，马克斯·普朗克创新与竞争研究所高级研究员。

Klaus Wiedemann, 博士研究生、马克斯·普朗克创新与竞争研究所研究员。

刘维，上海交通大学凯原法学院助理研究员。

张嘉莹，上海大学法学院硕士研究生。

李陶，马克斯·普朗克创新与竞争研究所客座研究员、慕尼黑大学法律系博士研究生。

基金项目：本文是孔祥俊教授主持的国家社科基金项目“反不正当竞争法立法问题研究”（17BFX010）的阶段性研究成果。

1. 欧盟委员会通讯——‘Building a European Data Economy’，COM(2017) 9 final.

在线征求意见的回应之中。就本研究所对欧盟委员会通讯的评估而言，这份声明提供了一幅全面的图景。它讨论了一些核心争议，尤其是欧盟委员会通讯中第三部分关于“数据访问和转移（data access and transfer）”的内容，包括数据的所有权以及数据访问权。这份声明同时也涉及欧盟委员会通讯第五章关于进一步发展数据可携性（data portability）这一概念的争议。本声明之撰写，参考了本所2016年8月16日《关于“数据所有权和数据访问”的立场声明》。²

I 引言

1、本研究所欢迎并支持欧盟委员会的倡议，在当下工业生产的数字转型进程中，本所支持并欢迎以提升数据访问作为建设欧洲数据经济体之重点举措的政策目标。研究所赞同欧盟委员会对这一目标的理解——它应当促进创新进而最终促进经济增长和社会福利。这些目标的实现，依赖于商业模型的创新与升级。而商业模型的创新与升级，不但建立在内嵌有传感器的新一代机器、工具和设备的基础之上，同时也建立在对通过传感器收集而来的数据分析，尤其依靠大数据分析的基础之上。

2、本研究所同时认为，与数据访问（data access）有关的制度设计，将成为建设欧洲数据经济的关键。数据访问不仅对其他经营者重要，对于公共团体（部门）公共利益的实现也很重要，其中特别包括公共健康、环境保护、能源

消耗的管控、基础设施建设以及城市规划。³

3、欧盟委员会通讯的引言特别正确地指出，数据不仅能够成为创新型服务的组成元素，对数据的分析和利用，亦能够改良产品，优化生产，并服务于相应主体的理性决策。对此，优化决策甚至可以被描述为描述从新经济体的任何数据处理中得出的优点的总体范式，无论是在机器或技术环境中发生，还是通过数据分析产生新的知识和对人的新见解，数据分析将使政府和经营者能够做出更好的决策。如，在自动驾驶领域，“决定”将由与数控中心相连接的车辆自身作出，基于深度学习的现代算法将不断提高，进而改进所作决定的质量，而那些决定做出的依据，则是通过嵌入汽车内的传感器所收集到的数据，以及汽车通过物联网（IoT）所接收到的其他额外信息。

4、就作为首要目标的“改善决策”而言，确实值得指出的是，“改善决策”本身并非一种公共利益。其社会和经济效果完全取决于决策者所追求的个体目标，或者取决于机器，它作为人工智能的一种表达将逐渐帮助人类做出决策，而这也越来越多的出现在我们的生活中。因此，“数据自由流通”不该被无条件无限制的鼓励。当企业基于数据自由流动，取得数据后，利用这些数据制定损害竞争的决策时，数据自由流动显然就不能成为其违法行为的正当性基础。此外，针对大数据运用——基于数据分析和算法的自动定向定价——所产生的类似卡特尔效应的批判性讨论即将出现，⁴而相关讨论的

2. Max Planck Institute for Innovation and Competition, Position Statement on Data Ownership and Access to Data, available at: http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/positionspaper-data-eng-2016_08_16-def.pdf=https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165. 最后访问日期：2017年6月20日。

3. 数字经济带来的社会福利已经在OECD的研究中被广泛讨论，讨论重心在于数据访问的状态。Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being (2015), available at: <http://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm> (accessed 20 April 2017).

4. See also the recent speech by Competition Commissioner Vestager, Algorithms and Competition, Bundeskartellamt 18th Competition Conference, Berlin, 16 March 2017, available at: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/20142019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march2017_en (accessed 20 April 2017); see also Ariel Ezrachi and Maurice Stucke, Virtual Competition - The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy (2016).

结论和立场应为学者和政策制定者所关注。

5、在基本权利的保护将受到自动决策过程影响的情况下，对“数据自由流通”原则的进一步限制可能会成为必要。基本权利，诸如人类尊严和人格权，包括（个人）数据保护的權利，需要被仔细考量并且需要给予一种高程度的保护。本研究所相信，在这种情况下，一场独立的、深入的涉及法律及伦理原则的探讨具有根本的重要性。因此，本研究所支持欧盟议会发起的相关讨论。⁵

6、此外，就欧盟委员会于2017年1月10日发布的通讯而言，欧盟委员会不应该被指责忽视了数据利用的潜在负面影响。在该通讯第二章，尽管欧盟委员会将数据自由流通定位为一种新的基本自由，但同时也观点鲜明的指出并确认，数据自由流通原则需要被限制，且对其之限制，既存在基于公共利益的基础，也可以基于对合法隐私的考量。对此，就基于数据利用的新型商业模式与数据保护之间的交叉平衡关系而言，欧盟委员会现在的立场发生了积极的改变，从其2017年1月发布的通讯来看，其立场向前中迈出了一大步，因为，在2015年5月6日关于“数据单一市场战略”的通讯中，数据自由流通的倡议被刻意地限定于非个人数据。⁶为了清楚区分数据流通的不同障碍，这一限定在预备阶段至关重要。但本研究所欣赏目前欧盟委员会所做出的拓展数据流通自由覆盖范围的积极改变。数据自由流通的倡议不仅关乎以生产智能机器人和机器人为代表的工业企业，它还涉及在药物反应过程中监测患者身体功能的制药公司，以及可能收集有关个人生活习惯

数据的家用设备的制造商。在建立商业模式时，特别是向终端消费者提供传感器设备产品的公司，必须考虑到数据保护的各种规则。

7、到目前为止，尽管该通讯并没有涉及与欧洲数据经济发展相关的所有问题，但它却非常雄心勃勃。特别是，欧盟委员会没有具体考虑数据访问的潜在负面影响，而是集中精力试图确定市场中阻碍数据自由流通，限制数据访问的障碍，以期今后采取相应的措施克服这些障碍，促进数据的自由流通。这本身是一个有效的方法。在特此对该通讯进行评论的情况下，研究所将通过探讨与数据所有权和数据访问权有关的问题，力图为欧洲数据经济的未来规范框架的设计做出贡献。接下来，本研究所将会更为详细地讨论与数据所有权和数据访问权有关的问题。

II 数据所有权和数据生产者权的潜在立法

8、在欧盟2017年1月发布通讯之前，围绕着数据所有权是否应该被认可以及数据所有权的归属主体问题，在学术界、政界甚至公众中产生了极为密集的辩论。这些辩论的起因，是因为欧盟委员会于2015年就公布了关于“数据单一市场战略”通讯。而数据的权属问题显然就是实施这些战略绕不过的基础性问题。本研究所认可欧盟委员会在2017年的通讯中，将潜在的“数据生产者权利”作为与数据访问相关的法律框架的一部分进行讨论的做法。欧盟委员会的这一关于数据生产者权的立场，也因

5. See the recent study commissioned by the European Parliament's Legal Affairs Committee to evaluate and analyse, from a legal and ethical perspective, a number of future European civil law rules in robotics, available at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (accessed on 20 April 2017). This study refers to the European Parliament's Draft Report of 31 May 2016, 2015/2103(INL), available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML%2BCOMPAREL%2BPE-582.443%2B01%2BD0C%2BPDF%2BV0//EN> (accessed on 20 April 2017). 当欧洲议会在其报告草案中的 rec. 31 lit. f) 提出是否应该为机器人系统创设特殊的法律地位时，很明显需要审慎、全面和深入的讨论这一关键和复杂的问题。

6. See Communication from the Commission – A Digital Single Market Strategy for Europe, p. 15, COM(2015) 192 final.

此区别于其他新近的学术观点，后者主张赋予数据生产者一项专有的财产权，以此可以从下游市场的数据商业化过程产生的收入中获得经济回报。⁷ 这种观点受到了分配正义的影响——尤其在确定谁是数据生产者时，基于既有权利（人格权）——如个人数据权——的推演以及采取教义学的方式，而欧盟委员会则基于经济分析的方法，采取的是一种功能主义的进路。欧盟委员会针对该问题上的分析方法，与本研究所针对此类问题的一贯立场保持了一致。申言之本所认为引入一项新的知识产权，作为干预市场的特别手段需要具有经济上的正当性。⁸ 与分配正义的讨论进路不同，该经济分析的进路必须依赖对可识别的市场失灵进行正确而全面的理解。只有当一项新型财产权利会促进数据经济的功能运行时，这一新型财产权体系才能被允许引入。作为方法论和标准，经济正当性的需求，还应该被用来指导任何一项新财产权制度的设计，包括确定该新型财产权所保护的客体、权利人以及保护的主体。但是，如果欧盟委员会真的意图在数据访问相关制度设计的项下设置这一项数据生产者权，其接下来需要回答的问题是，是否真的存在以数据访问不充分形式存在的，可识别的市场失灵，以致于需要引入这一项如欧盟委员会所考虑的数据生产者权。

9、具体来说，该通讯考虑了将数据生产者权作为对传感器装置设备“所有者或者长期使用者”的权利进行立法的可能性。该立法意向的目的在于，这样一项权利能给数据生产者更多的选择，从而帮助数据生产者使用数据并解锁由制造商持有的基于机器产生而获得的数据。这暗示着机器的所有者或机器的使用者也将具

有访问数据的合法利益，而事实上现阶段控制数据的机器制造商不会乐意准许这一数据访问。

10、本研究所认为以下情形确有可能发生。一个是有关传感器维护的假定情形。传感器经常会被嵌入到现代化的设备中以实现可预测性维护。的确，制造商对提供维修和保养服务拥有利益。如果设备的使用者想换一个维修保养服务的独立供应商，而原本的嵌入传感器的制造商不愿将其控制的信息提供给其他竞争者，则使用者的想法就不能实现。另一个例子是使用者使用多套由不同制造商提供的装有传感器的设备的情形。在这种情况下，使用者对访问不同制造商的数据集有着明显的利益。例如，一个工厂的所有者需要访问由工厂里的所有机器所收集的数据，以此来采用一套基于数据分析的综合性的工厂管理系统。再如，对于建筑的运营者和物业来说，这种需求也同样存在，例如写字楼或酒店为了运营智能设施管理系统，它们需要访问由提供水、电、其他能源、ITC 服务的所有电网运营商以及智能设备的供应商收集来的数据。此外，在农业现代化领域，基于数据分析的优化管理也越来越重要，而农场主使用不同制造商的机器，但是却想要运行一套由一个外部服务商提供的智能农业系统，此时对于不同数据集的访问就成为优化现代农场管理的关键。在上述的某些情形中，制造商会同意准许他人访问其收集掌握的数据。但是，制造商为迫使顾客只能购买他们的产品也会拒绝给予他人数据访问的机会。所以，在所有的这些情形中，从使用者的利益角度来看，促进数据访问可以通过竞争政策的考量来证明其正当性。究竟欧盟委员会在本次征求意见的过程中，是否能为这些问题的存在以及干预这些问题的

7. See, in particular, the proposal by Karl-Heinz Fezer, 'Dateneigentum – Theorie des immaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten', (2017) MultiMedia und Recht 1.

8. See also the Institute's Position Statement of 16 August 2016 (Fn. 2), para. 5-8. See also Josef Drexl, 'Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertization and Access' (2016), p. 30-38, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2862975 (accessed 20 April 2017).

实际需要收集到更好的证据，我们将拭目以待。

11、如果有人认为市场失灵需要立法活动，那么问题来了，数据生产者权的设置是否真的就是处理这一问题最正确方法？事实上，在欧盟委员会线上征求意见的过程中，数据生产者权似乎只是众多方案中的一个选择，且该方案实际上是一个处于干预滑尺的端点的选择。因此，重要的是还要考虑其他替代性方法。以下方案均是欧盟立法者提出的备选方案，本所也将在比较的基础上逐一分析不同方案实施的可能性：(a) 让当事人自主决定谁应该享有许可数据再利用的权利（见下文第13段）；(b) 引入可以结合适用B2B关系中不公平合同条款控制规则和非强制性合同规则（见下文第14段）；(c) 双方当事人共享许可数据再利用的权利（见下文第15段）；(d) 制造商被授予许可数据再利用的排他权（见下文第16段）；以及(e) 使用者被授予许可数据再利用的排他权（即“数据生产者权”）（见下文第17—19段）。

12、事实上，欧盟委员会也在以一种相当中立的方式处理这些备选方案，数据再利用过程中对原始机器制造商潜在的积极利益也是欧盟委员关注的面向之一。特别是，当第三方试图直接访问这些制造商所持有的更大量、更多样的数据集时，将财产权赋予给设备使用者的决定同样对数据访问会产生消极影响。

13、若根据契约自由的原则，把数据再利用的许可权分配交给各方当事人（机器制造商、机器的所有或机器的使用者）通过协商完成，那么这一做法会导致这样的一个结果，即，制造商将保有他的权利。目前，制造商尤其可以对其实际控制的数据行使权利。这种基于技术保护措施而实现的实际控制使制造商能对数据进行进一步的商品化利用，因为第三方根本无法访问数据。这解释了为什么即便法律没有承认数据所有权，但现在的企业同样可以根据

合同法从事数据交易和共享。实际控制可以产生实际的排他权并作为有效的议价和定价基础。相反，设备使用者则很难对数据再利用的许可主张完整的控制权，因为制造商会基于自己的利益使用格式合同条款。甚至在上述使用者对访问数据拥有明确的利益情形下，制造商出于保留其日后利用开发数据的需要，也并不会情愿通过约定向使用者让渡数据访问权。

14、针对上述基于契约自由产生的弊端，欧盟立法者也提供了其他备选方案，即运用非强制性的合同规则与不公平合同条款控制规则相结合的方法，这在实际中可能会提供一些帮助。特别是此类合同规则被特定地限定在上文描述的、使用者对获得访问权存在可确定的利益时。但是，这一方案也有特定的缺点。此类规则非常难以实施，尤其是它要依靠相当分散（diffuse）的公平标准。更重要地是，它们的适用范围会非常有限。此类规则只能保护与制造商达成协议的直接购买者。但是，直接购买者与设备的所有者可以立即将设备出租给未与制造商签订合同的终端使用者。⁹类似地，小农户通常基于经济原因不会购买所有的设备，而是从农用机械的操作者/所有者处“购买”农业服务，这些农用机械在若干农户的场地上工作。然而正是个体农户才需要访问数据，同时却不必成为设备的所有者甚至不必成为使用者。另外，最初的购买者可能在使用一段时间后再卖掉设备。在合同相对性的原则下，关于数据访问权的约定不会随着二手设备的所有权而同时发生转移。

15、最不可取的观点是将设备的制造商与使用者作为数据共同所有人。只有一个论据能够勉强支持这一观点。即，如果有人问是谁在生产数据，纯粹地从事实层面来看，可以认为双方应该被视为数据的共同生产者。首先，制造商的投入是关键。事实上正是制造商开发

9. 通讯第1个脚注（第13页）明确的阐述了这种情况。

了该产品及其业务模式，并且完全地控制了生产数据的技术方法。但是如果不使用设备就不会产生具体的数据，并且所产生的数据类型也取决于谁使用设备以及如何使用设备。然而，如果共有人中只有一人想许可，共有关系的一个明显问题是其会导致一种封锁效果，现行国内法关于所有权的规定要求所有共有人共同管理。特别是，当使用者想为第三方提供数据访问权以便为使用者开启一项服务但却与制造商的利益相悖时，共有关系的存在将阻止这种数据访问。现行国内法也只能通过规定“不能不当地拒绝数据再利用的许可”这样的配合义务来作出补救。然而这样的义务也只能在存在冲突时通过法院加以执行。

16、针对制造商在开发产品以及创新业务模式上的投资能够支持授予他一项排他许可权的观点。这对很多二次使用者来说也有好处，因为他们可以接触到由该制造商从其投入市场的所有设备中所收集而来的整个数据集。但是投资本身并不能正当化一项新的知识产权。如前所述，任何一项新的知识产权只有在其能解决可识别的市场失灵时才具有正当性。但制造商并不需要一项财产权。正如上文所表述的（见第13段），基于对数据的实际控制，制造商可以随时主张许可数据再利用的权利。

17、但是在没有进一步立法的情况下，问题依然是，当设备使用者对访问数据存在重要利益时，赋予制造商对数据的排他控制并不能帮助设备的使用者。这留给我们的问题是，是否应当认可使用者作为“数据生产者”享有一项排他权。然而，本所同样不认为该方案是最优方案。由于这一权利并不能真正解决潜在的市场失灵问题（见下文第18段），因而不会走太远。与此同时，它也可能因为创造了额外的访问问题而走得过远（见下文第19段）。

18、所存在的潜在问题在于，在谈判博弈的过程中，制造商拥有绝对优势的博弈地位和特殊市场力量。但是给予使用者一项排他权不能认为是一种最优的克服超级市场力量的方法。¹⁰排他财产权能够赋予权利人许可权利的充分自主，即使在免许可费的情况下也可以许可该权利。在上文所述情形中，制造商的利益在于阻止权利持有者访问数据，它会在合同中引入一个条文要求购买者或使用者授予其一个排他的、免费的许可。虽然使用者并不直接受到与制造商签订的合同的约束，但制造商可以要求其直接用户与使用者订立合同，授权制造商使用数据的独家第三方许可，从而达到同样的效果。

19、同时，这种排他的所有权也存在一定风险，即限制制造商将其控制的数据集许可给第三方。如果第三方寻求甚至依赖于制造商控制的大容量数据集，很多第三方不会想与作为权利持有者的众多个体使用者逐一签订合同。所以，如果赋予设备使用者一项数据生产者权，那么制造商必定会为了从所有的使用者手中获得数据使用的许可而无所不用其极。由于这些许可明显需要为制造商持有的更全面的数据集创建下游数据交易市场，所以法律不应阻止制造商在与使用者的合同中主张对第三方的许可权。

III 数据访问权作为数据生产者权的潜在替代品

20、与其建立一套新的财产权体系，更好的解决方法是确认一个有针对性的、不可放弃的数据访问权。立法机关最需要解决的就是数据访问的问题。因此，应该将未来的每一个立法限制在这一问题的解决当中。故而，本研究建议，欧盟委员应当考虑就数据访问权进行

10. This argument is also made by Wolfgang Kerber, 'A New (Intellectual) Property Right for NonPersonal Data? An Economic Analysis' (2016) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* 989, 996.

立法来代替数据生产者权。

21、这一方案有多个优点。首先，作为一项法定的不可放弃的权利，没有购买设备者亦可享有该权利。享有权利者应是对数据访问具有合法利益之人。他甚至不必是“设备使用者”，这在第三方服务提供者耕作农户土地的情形下已经显而易见。相关利益源自于人——比如农户——对链接该数据的额外需求。鉴于这种利益，谁购买、谁拥有或者谁使用了该设备都在非所问。为使用设备之目的而创设数据访问权的做法似乎更为合理。其次，访问的利益也决定了保护的範圍。访问权应限于为有资格的主体进行数据分析之目的，而无论此分析是在有权人的公司内组织还是此分析是否外包给独立的数据分析服务供应商。似乎更合理的做法是将权利授予使用设备的受益人。在后者的情形中，数据访问权应该包括要求制造商准予独立服务提供商访问数据的权利。

21、此外，需要注意的是，可以以一种积极的方式对数据访问权的这些限制进行规范，即，它们可以作为权利许可的条件进行规定，以建立在访问数据的具体权益的基础上。从法律技术角度来看，这种方法的优势很明确。当欧盟委员会在讨论设备使用者的“数据生产者权”时，它其实知道这样的权利在实践中可能会走得太远，因而要求设置具体的例外，以此对权利的范围进行限制。严格的讲，一项排他的数据生产者权首先会被界定为是对数据进行一般性使用的对物权，而无关潜在的市场失灵。然后，立法机关将不得不通过制定例外和限制性规定来削弱过度保护。然而，这存在巨大的实施难题，因为立法者必须以一种消极的方式对所有不具有保护正当性的情形进行逐一规定。

另一方面，通过直面其被假定面对的特定市场失灵现象，数据访问权的思路能够事先避免过度的保护。

23、然而还有一些关于数据访问权的子问题需要进一步考虑和探讨。尤其是数据访问权是否应该作为一项适用于所有行业的一般性访问权机制，还是倾向选择适用于特定行业专门立法的思路。实际上，从制度设计和立法方法上看，欧洲立法机构已经采用了行业特定专门立法的访问权设计方式，比如，为了给汽车保养维修服务的独立供应商提供制度保障，这种特定的访问权机制已经建立在该行业不同类型的（数据访问）管控模式基础之上了。¹¹在汽车行业，这种模式对调控制造商持有的数据访问可能是更有效的，对于消费者来说也是更方便的方法。此例表明，在通过一般性立法之前需要更多关于使用情况的信息。综上，最合理的方法可能是，赋予针对使用传感器所采集到数据有利益关系的主体，以一般性的数据访问权，同时该一般性的数据访问权不排斥特定行业中特别法对该一般性访问权的细化和限制。

24、另一个需要进一步考虑和探讨的问题在于数据访问是否应该免费。在汽车行业，独立的服务供应商只有在支付了合理和相称的费用之后才能主张访问制造商的数据（2007年第715号法规第7条）。相比之下，当患者要求访问由一家制药公司在药物反应期间收集的个人数据，情况则可能完全不同。通常来说，向一家独立的服务商因其发生的直接访问数据行为进行收费比向为了接触数据而使用设备的受益人收费更有必要。另一方面，制造商已经在计算设备销售价格和提供与设备直接相关的持续服务的框架中，考虑了生成和处理数据的成本。

11. See Art. 6 and 7 Regulation (EC) No. 715/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 on type approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access to vehicle repair and maintenance information, [2007] OJ L 171/1, as well as Art. 13 Regulation (EC) No. 692/2008 of the European Parliament and of the Council of 18 July 2008 implementing and amending Regulation No. 715/2007, [2008] OJ L 199/1.

所以，费用的问题将主要涉及制造商允许访问所带来的额外成本。但是，如果关于免费访问的立法被接受，制造商可能仍会把未来的访问成本看作潜在的成本来计算设备的价格。在这种情况下，访问权的持有者是直接购买者还是间接购买者并没有关系。直接购买者可以预期将附加费转交给可能有权访问数据的任何第三方。在任何情况下，任何报酬体系都应该基于FRAND原则（公平、合理和无歧视性），并且尽可能提供制度安排，以减少有关合理使用费率的潜在纠纷、避免降低访问权机制的有效性的可能性。

25、虽然本研究所建议考虑行业特定立法的潜在需求，但是欧盟委员会还应致力于精简管控的方法。在这层意义上，数据访问的潜在权利甚至可以被看作是《通用数据保护条例》第20条¹²中已经包含的对数据可携性权利（right of data portability）的概括。实践中，通过嵌入传感器的设备收集个人数据的某些情况可能已被本权利所涵盖。一个例子是制药公司监测患者在用药过程中的身体功能，以防止有害的副作用。这些患者经常需要多种药物和医生，或者医院更愿意开不同制药公司的药品。所以，在这种情况下，责任医生或者医院需要访问所有制药公司的数据以得到更可信及更优质的病人健康状况。《通用数据保护条例》第20条能否适用取决于在这一情形下，即，患者是否“已经”向制药公司“提供”了个人数据。这一实例强调数据可携性立法具有特殊的促进竞争的特点。当多人合作生产数据但只有一个人实际控制数据时，其他更想接触数据的人可以被授予数据访问权的原因并不只是基于它自己的利益，而且为了将数据市场的大门向其他扮演

商业角色的数据服务提供商敞开，否则这些角色原本很难进入该市场。因此，似乎有足够的理由考虑将《通用数据保护条例》第20条数据可携性规则扩张为一般性管控方法的优缺点，使其管控到使用非个人数据情形。

IV . 访问权机制的立法

26、欧盟委员会似乎相信与数据访问相关的问题尤其需要采取某些立法举措。然而，并不清楚何种情况下才需要新的访问权机制，以及欧盟委员会究竟是应该采取普遍适用的一般性数据访问权机制还是以行业特点为导向的特殊数据访问权机制。本研究所认为，讨论访问权机制的设计方式和内容应该成为欧盟委员会接下来开展其目前倡议工作的重点。通过倡议讨论使用传感器设备的受益人的数据访问权，研究所的目标是将讨论重心从针对引入新的产权的讨论转向更为重要的针对访问权的讨论。

27、然而，关于访问权的可能立法仍然存在巨大的挑战，也是在这一意义上，本研究所建议采取解析方法（analytical approach）。这种方法应该首先关注竞争法救济的可能性。在2016年8月的立场声明中，研究所已经论证了仅依靠竞争法是不够的。¹³在上文描述的、设备使用者需要访问数据的情形中也得到了展示。这种情形中，市场支配地位的要求会成为适用竞争法的首要障碍。而且，在公共团体希望接触到私人掌握的数据以完成公共职能这一情形下，竞争法并不是一种非常可行的进路。在这些情形下，公共团体未从事任何经济活动，因此既不能被视作经营者，也不能成为TFEU（《里斯本条约》）第102条意义上排斥行为的受

12. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), [2016] OJ L 119/1.

13. Position Statement of 16 August 2017 (n. 2), para. 32-38. See also the further analysis by Drexler (n. 8), 44-55 (with an analysis on the European case-law on refusals to license).

害者。要证明他人违反了 TFEU 第 102 条的唯一方法是基于掠夺性定价，然而，掠夺性定价对于竞争法实践来说还是一片类型化不充分的土地，在数据市场中更是如此，在数据市场中决定访问的合理价格尤其困难。

28、鉴于公共团体对数据的访问的特别需求和其所承载的特殊职能，很明显，依赖纯粹的经济效率以及市场失灵的分析不能成为立法的唯一指路标。公共利益基础也同样重要。欧盟委员会在征求意见中还询问，利益相关者是否会根据具体的公共利益理由，支持有关非个人数据的访问制度，以支持公共部门机构。这种一般化、不针对具体行业的立法思路确实值得讨论。但是要回答访问是否应该免费或者如何计算使用费的问题，具体的公共利益基础仍然起到了重要的作用。在公共卫生受到威胁的情况下，访问私人持有数据的正当性似乎比国家在促进城市规划方面的利益更容易得到支持。关于公共团体访问私人持有数据的一般性立法在某种意义上构成了欧盟关于公共部门信息立法这枚硬币的另一面，后者采用的是一般性立法与一些特定行业例外的共存的情形形式，并促进了私人企业获取公共数据的再利用。¹⁴

29、公共利益基础还能作为私人主体对竞争者在内的其他私人主体所持有数据的访问基础。促进危险化学品生产者对其他企业在动物

测试方面研究成果的访问以避免不必要测试的 REACH 法规（《关于化学品注册、评估、许可和限制的法规》），就是一个该类访问管控的例子。¹⁵ 这个例子说明，对于私人主体所意图访问的数据，跨行业管控是不容易做到的，因为承认公共利益作为数据访问的基础是一种管控特定行业的例外而不是跨行业的规则。

30、最复杂的一个领域是私人主体仅仅为了改善自身决策试图访问其他行为人的数据。这是竞争政策的原始领域。然而，正如本研究所的建议证明的那样，如果访问权限制度是针对一种可识别的市场失灵，且通过引入该访问权可以促进竞争，那么针对使用嵌入传感器的设备而搜集到的数据，而引入访问权制度，既能克服可能的市场失灵。

31、在很多情形中，即使在竞争者当中的数据共享安排和数据共享平台对数据经济的运转也将是非常重要的，例如汽车制造商的数据共享平台对于自动化驾驶来说是一种基础设施。然而，正如在引言部分提到的，私人主体共享过量数据对竞争也会带来不利影响。这一问题应首先由欧盟竞争总局（DG Competition）解决。然而在数据自由流动原则下，这种风险应始终被关注，因为任何深远的访问权机制在之后都可以被企业所依赖，并作为数据共享的一个正当理由而存在。¹⁶

14. Directive 2003/98/EC of the European Parliament and of the Council of 17 November 2003 on the re-use of public sector information, [2003] OJ L 345/90; as amended by Directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, [2013] OJ L 175/1.

15. Regulation No. 1907/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the registration, evaluation, authorisation and restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency, [2006] OJ L 396/1; consolidated version available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006R190720161011&from=EN> (accessed 20 April 2017).