

商业数据保护的竞争之维： 理论证成、实践面向与进路设想

郭子詠

(中国政法大学数据法治研究院,北京 100088)

摘要:关于商业数据的保护模式,理论上既有部门法权利保护、新设权利保护和竞争法权益保护等多种路径,实践中多以竞争法规制具体侵权行为以回应个案的权益诉求。我国《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》“商业数据专条”延续了既往的司法理路,但存在保护范围较窄、制度创新不足等问题,对商业数据的统一定义也无法满足具体类型数据的差异化利益诉求。现有的商业数据保护模式有权利法和竞争法两种路径,但未根据商业数据的形成过程对其进行类型化界分。有必要为公开与未公开商业数据分别创设符合其利益的保护路径,以加快数据市场化流通,完善数据要素市场。

关键词:商业数据;数据要素市场;反不正当竞争法;公开商业数据;数据中介

中图分类号:D912.2

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2023)03-0038-11

一、问题的提出

2022年11月22日,国家市场监督管理总局发布了关于公开征求《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(以下简称《反法草案》)意见的公告。《反法草案》第十八条规定了涉及商业数据不正当竞争行为的“数据专条”,^[1]对市场主体有关商业数据的竞争秩序作了原则性规定,以回应司法实践中大量出现的数据不正当竞争纠纷。然而,第十八条第三款定义了公开商业数据的例外情形,规定“获取、使用或者披露与公众可以无偿利用的信息相同的数据,不属于本条第一款所称不正当获取或者使用其他经营者商业数据”,将公开数据排除于保护范围之外,这不符合实践中广泛存在的针对公开商业数据实施的不正当竞争之事实。如“大众点评诉百度不当使用用户点评内容案”^①和“新浪诉脉脉违反合作协议使用用户信息案”^②,无论是用户于大众点评网站上发布的点评数据,还是微博用户发布的博文内容或公开的个人资料,在访问和获取上均无限制,可被大众无偿浏览使用。从行为目的和收益来看,此类不正当竞争尽管针对公开数据而产生,但经营者仍可依此创造自身的竞争性商业利益,足以改变数据要素市场的公平竞争环境,因此不宜被排除在商业数据的保护与规制范畴之处。对于商业数据的意涵,《反法草案》未考虑实践中具体商业数据类型的细分需求,以统一定义笼统划定范围,缺乏对不同类别商业数据法益诉求的具体规定。

作为数据要素市场中最有活力的客体,商业数据是市场竞争主体进行争夺的重要资源,其流动与共享是竞争的基础,但由于资本的天然逐利性和立法的相对滞后性,数据被非法收集、使用、披露、转让等不正当竞争行为屡禁不止,裁判者对竞争关系、商业道德、竞争利益的认定也难以统一。关于商业数据的内

收稿日期:2023-01-14

作者简介:郭子詠(1996—),女,陕西西安人,中国政法大学数据法治研究院博士研究生。

① 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

② 参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

涵和类别需在司法实践的基础上重新予以厘定,并探索相应的保护方式和规制手段,以最大限度激发市场主体活力并构建公平竞争秩序。

二、理论探幽:商业数据的意涵与竞争法保护模式的创设

《反法草案》第十八条借鉴了商业秘密的立法技术,以构成要件的方式对“商业数据”进行了定义,对于实践中的数据集合、衍生数据、数据产品等具体类型,在满足依法收集、商业价值和采取相应技术管理措施的基础上,均可获得保护;并在第一款列举了三种典型的数据不正当竞争行为和兜底规定,未采用绝对化与排他性的财产权设计,从而,确认了对商业数据的法益保护模式。

(一)商业数据的概念与范畴

在《反法草案》出台之前,商业数据的概念在立法、学界和司法实践中尚未得到统一,“企业数据”“工业数据”^①“数据集合”等与“商业数据”高度类似的称谓在域内外文献中广为出现。2022年6月22日,中央全面深化改革委员会第二十六次会议将“企业数据”与“公共数据”“个人数据”相对称;12月19日中共中央、国务院对外发布的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》(以下简称《数据二十条》)中亦延续了此分类方法,将“企业数据”限定于企业收集、处理并被其控制和利用的数据,作为确权授权规则列出的单独一类数据,确定由市场主体享有数据资产依法持有、使用和收益的权利,保障其投入的劳动和其他要素贡献获得合理回报。^[2]实际上,“商业数据”与“企业数据”的意涵较为近似,但前者因强调商业价值和市场竞争因而更适用于竞争法语境,既表现为数据本身的价值和为经营者带来的竞争优势,也隐含在经营者生产、搜集和管理数据所付出的辛勤努力中;后者包含于前者概念的内涵之中,因为商业数据的持有人不仅限于企业,还可能是自然人、法人或非法人组织。^[3]

“商业数据”的概念明显有别于强调识别个人身份的“个人数据”以及强调行政机关履职的“政府数据”,但作为“商业数据”的构成部分,前文所提到的“公开商业数据”在法律体系中的定位不明晰,与“公共数据”的意涵有一定的重合性。2021年11月国家互联网信息办公室发布的《网络安全管理条例(征求意见稿)》将各类组织在提供公共服务中收集、产生的涉及公共利益的数据和政务数据都纳入公共数据的范畴,但《数据二十条》又将“公共数据”限于“各级党政机关、企事业单位依法履职或提供公共服务过程中产生的公共数据”,明确其实质为政务数据基础上的扩张。在《数据二十条》和《反法草案》的语境下,“商业公开数据”的归属尤为矛盾。一方面,其符合公共数据的公开性特点,但不符合公共数据收集和使用的公共利益属性;另一方面,其商业价值可满足市场主体的竞争目的,却因缺乏独创性又未采用技术措施限制爬取而可被公众可无偿利用。^[4]事实上,此矛盾并非源于概念的措辞差异,而是由于当前的商业数据保护范畴尚无定论,需要追溯商业数据的产生过程,以探析不同技术和商业利益所对应的商业数据类别。

(二)商业数据的形成、类别与利益内核

商业数据源于用户产生的原始数据,包括用户授权平台收集的个人信息、用户发布于平台的数据、用户通过使用平台产生的数据等,经营者对其中具有商业价值的部分进行收集、存储,形成平台商业数据集合。此时的商业数据只是客观意义上海量数据的集合体,无法直接进入数据要素市场进行流通,需要经营者通过数据分析技术对原始数据进行处理,其中使用普遍适用的简单数据分析技术所形成的结构化数据即为可商业化利用的基础数据,属于公开商业数据资源,平台默认其可共享性,非排他进入数据要素市场;基于特定商业利益而使用深度数据分析、挖掘和加工技术而形成的深度衍生数据和数据衍生产品,属于经营者特有的未公开商业数据资源,平台可在数据要素市场中对其排他使用。上述商业数据的形成过

^① 工业数据的概念为欧盟所广泛讨论,但定义并不明晰,如“机器生成的非个人数据”(欧盟委员会《迈向共同的欧洲数据空间》,2018年4月25日)“工业环境中机器生成的物联网数据”(欧盟委员会《欧洲数据战略》,2020年2月19日),大多数情况下意指以结构化方式收集的企业私有数据集,包括商业秘密、专利技术、个人数据等异质性信息(欧洲议会《欧盟数据挑战》简报,2021年7月27日)。

程如图 1 所示。一言以蔽之,商业数据的类型包括经营者根据不特定需求分析产生的公开商业数据,以及基于特定商业需求分析和加工产生的未公开商业数据,前者旨在促进企业间数据流通和开放,后者则重在维护独立竞争主体的特定利益,两者所涉及的法益有显著区别。

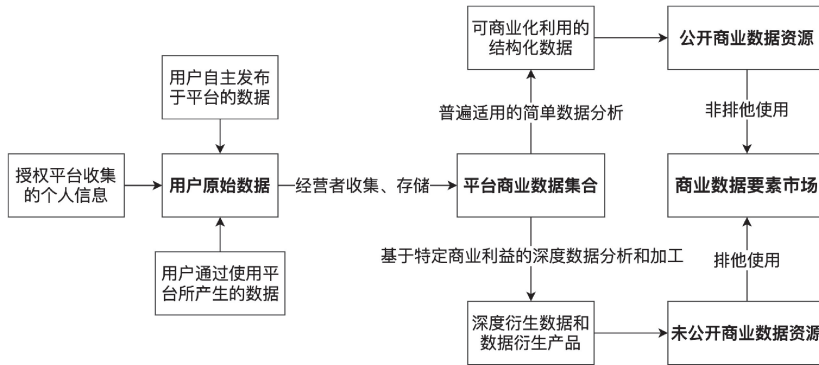


图 1 商业数据的形成过程

追溯商业数据的形成过程,从原始数据产生到经营者收集、分析,再到进入数据市场流通、交易,整个流程直接关乎用户和经营者的利益,并间接牵涉国家和政府作为监管者的利益。于用户而言,个人商业数据权是用户的自主控制权^[5]与对商业数据的处置权和收益权^[6]结合的权利束。于经营者而言,商业数据的动态利益主要体现为排他性财产权益,经营者可以对其合法收集的商业数据自主行使权能或转让、授权给其他主体进行使用。^[7]于政府而言,商业数据权利与关键信息领域安全等国家公共利益密切相关,因其可能直接或间接承载着国家重要数据。^[8]在此维度下,公开商业数据和未公开商业数据所蕴含的利益内核明显相异。出于流通共享的目的,公开商业数据进入市场后,主要体现为行业经济利益和社会公共利益;未公开商业数据由于凝聚了经营者的大量实质性投资,其利益内核主要体现为企业的商业数据财产权,同时仍承载部分个人商业数据权能。

(三)商业数据的保护:竞争法保护模式的必然性

面对如此复杂的多元主体的利益诉求,商业数据的保护模式呈现出不同的立法价值取向。我国《民法典》对数据仅在“总则”中“民事权利”一章作出了指引性规定,但对于商业数据并未在统摄性立法中明确规定,直到《反法草案》“商业数据专条”的出台,才确立了对商业数据的竞争法保护路径。立法者综合考虑理论界诸学说与域外立法经验,并结合商业数据市场的竞争性质,将行为规制与权益保护相结合,创设出我国的商业数据保护模式。

1. 商业数据保护模式的理论之辩

在《反法草案》出台之前,学界曾对商业数据的保护提出财产权论、债权论、知识产权论、商业数据权论、控制论等多种理论进路设想。其中,“商业数据财产权论”认为,应当基于数据经济的本质,建立新的数据产权制度,平衡用户、数据从业人员和其他利益相关者的利益。^[9]“商业数据债权论”认为,包含商业数据在内的所有类型数据皆是中立的工具,价值依内容而产生,有关的数据权利是债权,可以作为数据服务合同的约定。^[10]“商业数据知识产权论”认为,基于商业数据的无形性、创造性、价值性和秘密性以及有限排他性保护需求,可将其纳入“新型知识产权客体”^[11]或通过知识产权维度下各单行法的协同治理达至保护目的。^[12]“商业数据权论”认为,商业数据以可公开性数据信息为保护对象,属于新类型信息保护类工业产权,可参考商业秘密权的立法构造,在知识产权体系内构建新型商业数据权。^[13]“商业数据控制论”认为,经济学中的责任归属理论更有利于促进数据要素在市场上的自由流动和交易,应适度限制权利人对数据(集合)的绝对排他要求,聚焦于数据的使用权而非所有权。^[14]

纵观上述保护模式,除了控制论,其余诸学说皆将各类商业数据视为保护整体并予以赋权,但忽略了商业数据包括商业秘密、深度衍生数据、衍生数据产品、公开数据集合等在内的具体类型,更难以契合不同类型商业数据的利益诉求。因此,在控制论的基础之上,对商业数据适用反不正当竞争法“行为谴责式”的判断范式,无疑更契合市场竞争的逐利目的,这也是《反法草案》设立商业数据专条的根本原因。

2. 域外商业数据保护模式与我国之鉴

在域外立法中,美国和欧盟都尚未对商业数据进行专门性赋权。美国对商业数据的保护经历了“事先声明禁止”“事后禁止令”“最大程度的信息开放共享”三个阶段,在前两个阶段,由于访问者可以随意攫取公开的数据,禁令并不能实际控制信息访问者的行为,所以后来直接采取开放数据的立法倾向,最大限度保证数据的自由流通和合理使用。^[15] 欧盟则比较关注数字市场中的个人隐私保护问题,力图探索竞争法、消费者法和数据保护法三种立法结合的一体化监管方法,通过设立新机制以消除商业合作的不信任。欧洲理事会于2022年5月16日正式通过《数据治理法案》(Data Governance Act, DGA),为企业间数据共享提出了“数据中介服务(Data Intermediate Services, DIS)^①”及相应的业务规则设计,通过在数据提供者以及对数据使用者之间设置第三方中介组织,对商业数据进行透明和可计算的数据处理,以确保数据仅由适当对象共享且数据中的商业秘密也能得到遵守。^[16] 在此之后,欧盟理事会又正式通过《数字服务法案》(Digital Service Act, DSA),为数字中介服务制定了欧盟范围内的统一监管标准。^[17]

相比之下,东亚国家的商业数据立法更倾向于规制市场竞争中屡发的数据侵权行为,与我国的立法模式较为类似。日本于2018年2月27日修订《不正当竞争防止法》,立足财产属性,将“不正当获取、使用和公开限定提供数据”的行为纳入不正当竞争的范围,与商业秘密的概念进行严格划分。^[18]¹¹³⁻¹¹⁸ 该法第二条第七款将竞争法意义上“受保护的数据”定义为“通过电磁手段(指电子形式、磁形式或任何其他人类感觉不到的形式)管理并积累到合理数量的技术或商业信息(商业秘密除外)”,其中技术信息如地图数据、机器操作数据、AI学习数据集和预训练模型,商业信息如消费趋势数据和市场研究数据,两种信息皆需要满足定期提供给特定人员、大规模积累、电磁管理之条件。^② 韩国亦于2021年11月11日通过《防止不正当竞争和保护商业秘密法》,新增“数据滥用”为不正当竞争的一种类型,规定了和日本类似的受保护数据之条件。^[19] 日韩竞争法的专门化法条模式也为我国《反法草案》所借鉴,拟定“商业数据专条”以保护经营者合法收集数据的相关权益,并将可以无条件免费提供给广大人群的公开商业数据排除于保护范畴以外。

三、实践评析:现有商业数据保护路径之得失

随着《反法草案》商业数据专条的出台,商业数据保护的竞争法路径业已明晰,这也是基于我国司法实践的立法成果。在《反法草案》之前,商业数据保护的司法实践已经积累了相对丰富的经验,包括权利法保护和反不正当竞争法保护两类路径,其中,以反不正当竞争法保护为主。

(一) 权利法保护路径

具体权利保护方式主要以知识产权保护数据权益,包括著作权、商业秘密、专利权等,前两者在实践中较为常见。其中,著作权路径往往通过汇编作品方式保护选择、编排过程中体现独创性的商业数据,如“白兔信息诉鼎容软件侵犯著作权纠纷案”^③,法院认为原告对商标局《商标公告》里面的每条公告信息进行拆分和人工识别、按照48个不同项目排序后再人工编排和录入之行为直接体现了加工者的智力投入,故可以认定其开发的《数据库》中对商标信息的编排方式、分类方式具有一定的独创性,属于受著作权法保护的汇编作品。但著作权只保护作品中具有独创性的部分,而非保护与作品有关的全部内容;商业

① See Art. 23 Data Governance Act.

② 参见日本经济产业省(METI)于2019年1月23日发布的《受保护数据指南》。

③ 参见广东省佛山市中级人民法院(2016)粤06民终9055号民事判决书。

数据集合的组成单元包含大量事实内容,分桶测试法、协同过滤算法等被广泛使用的选择和编排方法又呈现出一定的共性,所以著作权对商业数据的保护仅限于具有独创性的数据结构,不延伸至商业数据本身,此类有限的保护被称为“弱保护”。^[20]

实践中还有一种将商业数据认定为商业秘密的具体权利保护路径,按照《反不正当竞争法》(以下简称《反法》)第九条第四款之规定,将某些“经营者采取保密措施的、不为公众所知悉的、有商业价值的”商业数据视为商业秘密,如“大连倍通数据平台管理中心诉崔某某侵害技术秘密纠纷案”^①,法院从涉案“爬虫技术数据”具有秘密性、商业价值、已采取保密措施的角度认为其符合商业秘密保护的法定要件;又如“杭州嗨狗网络科技有限公司诉汪某侵害商业秘密纠纷案”^②,法院认定涉案“直播打赏中奖数据”符合保密性、秘密性、商业价值的特点,构成商业秘密,经营者由此可获得相应竞争优势。但此类保护路径主要针对采取了保密措施、知晓人群限定在较小范围内的“深度经营信息”^③,而商业数据的频繁流通和公开正是创造价值之源泉,无论是参与数据交易还是直接面向终端用户的商业数据或产品,均无法满足商业秘密保护的保密要件。

(二)反不正当竞争法保护路径

近年来,司法实践对市场主体的商业数据保护诉求较多以行为法(反不正当竞争法)规制而非权利法赋权的方式进行回应,一般援引《反法》第二条的原则性条款(下称“一般条款”)以及第十二条第四款“互联网专条”的兜底条款(下称“互联网兜底条款”),对数据不当获取、不当使用、妨碍使用及数据污染等不正当竞争行为加以规制。实践中大多适用一般条款以保护被侵权者的数据权益,在确认损害结果确实存在的前提下,以违反商业道德与诚实信用原则认定经营者不正当竞争。一般条款较之著作权或商业秘密的保护路径极大延展了商业数据的保护范围,涉及的商业数据类型涵盖公开与未公开数据。其中,公开商业数据包括平台合法收集的用户个人信息^④、用户通过使用平台所产生数据的资源整体^⑤、用户自主发布于平台的数据^⑥;未公开商业数据包括平台自主采集以谋取特定商业利益的数据^⑦、平台根据数据开发的衍生数据产品^⑧等。

2017年《反法》修订后新增“互联网专条”,于第二款前三项列举了三种典型的互联网不正当竞争行为,并于第四项设置兜底条款以应对新兴不正当竞争行为。在近年来的商业数据保护司法实践中,互联网兜底条款的应用有所增加,主要针对利用技术手段造成了妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行效果的行为,如“饭友 App 抓取微博数据案”^⑨“超级星饭团抓取微博数据案”^⑩“小葫芦网抓取抖音数据案”^⑪等,均是行为人未经许可爬取对方公开商业数据,此类案件中所涉商业数据也主要是互联网平台收集用户自愿上传的个人数据后分析处理后形成的公开商业数据集合。但对于仅对抓取网站服务器造成流量压力、未利用该数据形成竞争优势的数据抓取行为,司法实践中一般持较为宽容的态度,不认定其构成不正当竞争。

① 参见最高人民法院(2021)最高法知民终 1687 号民事判决书。

② 参见杭州铁路运输法院(2021)浙 8601 民初 609 号民事判决书。

③ 典型如“衢州万联网络技术有限公司诉周某某等侵害商业秘密纠纷案”,涉案网站长期经营形成的 50 多万个注册用户名、注册密码和注册时间海量用户信息不易被“普遍知悉和容易获得”,既体现创作者有较大投入,信息本身的价值也较高,所以可以被认定为“深度经营信息”。参见上海市高级人民法院(2011)沪高民三(知)终字第 100 号民事判决书。

④ “新浪微博诉脉脉案”,参见北京知识产权法院(2016)京 73 民终 588 号民事判决书。

⑤ “微信诉聚客通群控软件案”,参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙 01 民终 5889 号民事判决书。

⑥ “大众点评诉百度地图案”,参见上海浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第 528 号民事判决书。

⑦ “酷米客诉车来了案”,参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤 03 民初 822 号民事判决书。

⑧ “淘宝诉美景案”,参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙 01 民终 7312 号民事判决书。

⑨ 参见北京市海淀区人民法院(2017)京 0108 民初 24510 号民事判决书。

⑩ 参见北京市海淀区人民法院(2017)京 0108 民初 24512 号民事判决书。

⑪ 参见杭州市余杭区人民法院(2021)浙 0110 民初 2914 号民事判决书。

(三) 现有保护路径的缺憾

不难看出,对于高度灵活的商业数据保护问题,我国的司法实践已根据数据类型形成了两种保护路径,即对特殊商业数据赋予权利法保护,将符合汇编作品或商业秘密条件的商业数据纳入现有的权利客体范围内;对一般商业数据适用行为规制前提下的反不正当竞争法保护,以个案裁量和行为判断为范式。然而,两种路径都体现出一定的局限性。

1. 权利法路径:权利泛化的风险

尽管商业数据的经济价值理念与知识产权制度兼具激励创新、维护公平与正当竞争、促进效率最大化的共性,^[21]但以著作权和商业秘密为核心的知识产权专门法并不能最大限度保护商业数据。一方面,著作权保护的目的在于促进科技与艺术的进步,而非奖励创作者对作品所投入的劳动,以汇编作品定性商业数据易导致著作权法适用门槛的降低。同时,商业数据的价值来源于内容而非收集方式,编排方式的独创与否不影响对庞大数据集合的挖掘利用,^[22]实践中许多商业数据收集活动系算法自动运行的结果,不应强行归入汇编作品著作权保护的客体范畴。另一方面,商业秘密保护中对“秘密性”的认定标准在个案中难以统一,商业秘密之诉可能隐藏不正当竞争之目的,经营者完全可能主观地认为其商业数据“不为本行业内专业人士所普遍知悉”且“采取保密措施”,并以此为由提起侵权之诉,导致被诉者在诉讼期间内都无法继续先行为,影响其相应的经济效益。此外,推行商业秘密的保护方式将间接鼓励企业自我封锁商业数据,从而加剧数据垄断,无法催生数据要素市场的活力。因此,宜适度减少适用此类具体权利的保护路径,回归数据要素市场的竞争本质,关注具体的商业数据侵权行为。

2. 现有反不正当竞争法路径:一般条款的滥用

反不正当竞争法的“行为谴责+权益保护”模式显然更契合商业数据的属性,通过对商业数据获取和使用行为的规制,以侵权救济方式间接实现对数据权益的保护,符合数据市场“重引导、弱约束”的理念。但应当注意到,实践中互联网专条的援引频率仍远低于一般条款,对一般条款便宜性过度依赖。法院在解释适用互联网兜底条款时无不诉诸一般条款,从而出现了“以互联网专条之名,行一般条款之实”的倾向,甚至直接向一般条款逃逸。^[23]而一般条款的规定在行为构成要件、客体保护范围、侵权行为例外等各方面均缺乏明确指引,其高度抽象性和概括性导致行为的法律评价可预测性被削弱,司法对其惯性依赖后产生“轻方法重结论”的审判思路,最终造成该原则性条款过度膨胀。^[24]实践中,司法决策者一般会留存合理边界交由法官自由衡量,^[25]而商业道德本身具有较强的主观色彩,个案中适用场景的差异性迫使法官借助不同的解释来认定行为是否违反商业道德,法官的自由裁量权过大导致同类案件审判上的分歧进一步加深,严重影响了商业数据市场竞争法体系的可预期性。

3. 《反法草案》拟定的竞争法路径:保护范围的偏狭

《反法草案》第十八条的出台,为涉及商业数据的侵权问题提供了可援引的统一选择,有效化解了商业数据专门条则空缺的尴尬境地。但未公开和公开商业数据在实践中体现出不同权利和权益诉求,商业数据专条看似覆盖面极广实则未区分具体类型,存在一定的适用模糊性。该条第三款又将公开商业数据排除在外,因而只能依据互联网兜底条款对依托于公开商业数据的竞争行为进行规制,有违同属商业数据法律条款适用的统一性。从文义解释的角度看,互联网兜底条款强调的是网络技术手段,缺乏不正当竞争行为认定的要件,因此本身对基于公开商业数据的不正当行为并无适用空间,无法作为数据专条的有效补充。

事实上,公开商业数据与未公开商业数据的区别在于经营者共享意愿的程度差异,但两者对行为的可谴责性认定存在一定的重合性,包括是否符合商业道德和行业惯例、是否经过数据控制企业和用户授权、投入产出比例是否合理等。无论是针对公开数据还是未公开数据,只要是足以影响用户选择、进而影响到其他经营者的竞争优势的,均应属不正当竞争。在既往的司法实践中,法院对于未采用规定不正当手段获取和使用商业公开数据的行为,一般会综合衡量行为实施的目的、行为手段的创新性、被侵权数据

所承载的经营者投入、行为对社会整体福利的影响、是否有替代性方案等因素来判断被诉行为的竞争后果,最终认定如果侵权者使用公开商业数据对被侵权经营者产生了“实质性替代”,则构成不正当竞争。所以在严格意义上,不应把商业公开数据完全排除出本条款的保护范围,而是应该在“商业数据”统一定义的基础上,进一步细化子词条的含义,为公开与未公开数据分别明确意涵并设立相应的保护路径。

四、保护进路:公开与未公开商业数据的二元分野

如何根据当前的司法实践改进商业数据的保护模式,应立足于经营者对公平竞争和经济效益的期待。在数据要素市场不断扩张、数字经济蓬勃发展的时代语境下,商业数据走向开放和共享是应然的命题,商业数据的保护也始终应以促进数据流通、激发市场活力为价值导向,充分考虑到公开与未公开数据所涉法益的区别,分别赋予二者有针对性的保护策略。在现有的行业和司法实践中,公开商业数据的流通已然被广泛认可。但对于未公开商业数据,权利法的保护模式较大程度限制了其在市场中的自由流通,出于经济利益的考量,权利持有人倾向于将此类数据封闭而非共享,其作为商业数据的活性未能得到充分激发。因此,有必要创设一种新的保护路径,在不影响权利主体核心竞争力的基础上,将未公开商业数据经第三方机构处理后进入商业市场流通,改善数据垄断导致的不平等格局。

(一)公开商业数据:鼓励流通和共享

1. 公开商业数据的流通必然性

为充分释放商业数据的要素价值、激发其对于经济社会的叠加和倍增作用,公开商业数据应当作为市场主体可以合理利用的良性资源,鼓励其流通和共享。何谓“公开商业数据”?《反法草案》对公开商业数据的定义为“与公众可以无偿利用的信息相同的数据”,此概念稍显笼统且措辞混淆。互联网上绝大多数资源皆可被用户无偿浏览、下载、使用,但商业数据本身需要体现经营者的投入,若以此定义界分商业数据的公开与否,有稍显武断之嫌。应追溯商业数据的形成过程,按照经营者对其所收集数据的处理程度,将“经营者仅通过普遍适用的简单数据分析而形成的有价值的结构化数据”划入公开商业数据的范畴。此类数据由于缺乏独创性和秘密性,在行业乃至社会中均能自由流通,市场中的其他竞争者和公众均可以在不侵害经营者所申明利益的前提下合理利用,以此激发各主体对于最大限度数据资源的分析和再创造的积极性。

2. 对爬取公开商业数据行为的有限规制

当前,市场竞争主体对公开商业数据的利用主要体现为开放数据集下载、API读取^①和爬取^②,其中爬取以其高效性、精准性和低成本性成为了竞争中最常用的技术措施。出于对核心数据竞争资源的维护,经营者往往通过 Robots 协议^③或技术手段^④对爬取加以限制,前者通常被认为是体现经营者意思自治的行业惯例,早已被司法实践认可;后者由于根本性拒绝爬取从而可能加剧数据垄断,其正当性在司法实践中通常不被认可。实际上,作为国际通行的行业基本准则,Robots 协议足以表达经营者的数据权益保护意愿,应充分基于此协议判定数据爬取行为的合法性。未被纳入经营者设定的 Robots 协议中禁止爬取范围的商业数据,应认定其具有公开性,经营者对其不具备保密意愿并默认数据的可共享性。

对于未采取技术措施的公开商业数据,美国法院认为不应限制对此类数据的爬取,因其内容皆基于

^① API(Application Programming Interface,应用程序编程接口)就是封装有特定功能的函数,可以方便他人直接调用且无需了解功能的具体实现过程。如果某网站提供有 API,就意味着它会向用户提供可获取数据的公开通道,用户通过描述信息就能从中得到所需数据。

^② 网络爬虫(web crawler)是一种按照一定的规则,自动地抓取互联网信息的程序或者脚本,通过模拟人(网络用户)的行为,自动、高效地浏览互联网并抓取所需数据。

^③ Robots 协议是行业自发形成的用于限制数据爬取的一种沟通机制,网站可建立一个 robots.txt 文件来告诉搜索引擎哪些页面可以抓取、哪些页面不能抓取,而搜索引擎则通过读取 robots.txt 文件来识别这个页面是否允许被抓取。

^④ 技术反爬虫手段包括 IP 限制、验证码限制、登陆限制、数据伪装限制等。

用户而产生,经营者对此缺乏实质性贡献。^①我国亦可参考此判决思路,引导经营者认识到此类商业数据由于公开性而导致的被爬取的必然性,允许对公开商业数据一定程度的爬取,并将规制重点立足于界定其限度,避免过度爬取行为造成对数据要素市场生态的威胁。目前规制不正当爬取行为主要依靠互联网专条兜底条款,该款存在构成要件过于简略、适用标准不明晰、与其他条款之间内部逻辑不合理等问题,宜将公开商业数据纳入《反法草案》“商业数据专条”的保护范围,修改第三款为“经营者仅通过普遍适用的简单数据分析而形成的有价值的结构化数据,属于公开商业数据,除非数据抓取协议特别规定,应认定经营者默许此类数据允许共享。”并为此款增添限制爬取的规则延伸,以实质性标准为判定要件,规定“获取、使用或者披露公开商业数据,足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务的,亦属于本条第一款所称不正当获取或者使用其他经营者商业数据。”

(二)未公开商业数据:依托数据中介进入市场竞争

1. 未公开数据的共享困难性

较之公开商业数据,未公开商业数据明显包含了经营者更为深厚的实质性投资。作为经营者的核心竞争要素,未公开商业数据由企业根据实际需求而收集、编辑、处理、分析,有效集成并作用于研发、生产、物流、营销等运营活动,协助企业作出科学经营管理决策以构建竞争优势。^[26]因此,即便数据在共享整合后将发挥更大的价值,经营者仍期待通过独享数据资产以占据商业竞争优势,一刀切式拒绝数据访问和共享,形成“数据孤岛”;而此类拒绝共享的数据,实际上并非完全属于足以影响该企业竞争的商业机密,只是为了防止市场上其他竞争主体获取相关数据资源而为之。

此外,既有的商业秘密和著作权保护途径对侵权行为的威慑力相当有限,无法有效保护未开放商业数据。一方面,侵权救济的事后保护态度往往无法避免即时发生的不正当竞争,更无法预防未来的侵权行为;另一方面,司法实践中对此类行为的判罚力度较轻,侵权者通过违法行为产生的价值远大于被判决的赔偿数额,导致类似的“铤而走险”屡禁不止,持有未开放数据的经营者只能进一步提高数据流通壁垒,通过技术手段限制访问。一言以蔽之,经营者选择将大量数据封闭甚至形成垄断,归根结底来源于对数据共享的深刻不信任。在数据基础设施仍不完善的情况下,共享则意味着经营者失去对核心利益的控制权能,从而丧失竞争优势。如何在不影响企业核心利益的情况下最大限度地激发经营者的数据共享意愿,需要为数据要素市场的竞争主体搭建彼此之间的信任机制。

2. 数据第三方工具的域外实践

引入数据中介(data intermediary)等第三方工具或可为解决信任问题提供有益尝试。对于不透明的数据实践、监控实践以及当前数据处理生态系统固有的系统权力和信息不对称,^[27]数据第三方工具可以提供数据处理的替代方法以平衡数据权益持有者和寻求数据使用者之间的关系,确保重新利用的数据只能以尊重数据主体权益的方式使用。

按照英国开放数据研究所(Open Data Institute)等组织研究确定的结果,数据第三方工具包括数据信托(data trust)、数据交换(data exchange)、个人信息管理系统(personal information management systems)、工业数据平台(industrial data platforms)、数据托管人(data custodians)、数据合作者(data cooperatives)、第三方信用者(trusted third parties)等七种模式,^[28]以数据信托为主。2018年以来,该所已开启多项数据信托试点项目,分别在数据信托是否有助于打击非法野生动物贸易、是否支持城市数据共享、是否可衡量全球粮食浪费情况等领域进行探索,^[29]结合行业和社会的特定领域研究开放数据的针对性作用,^[30]并总结出数据信托的情境化特质,即无法从试点项目中归纳总结出一个可以通行的数据信托模式,必须结合行业、面向群体、具体应用场景、潜在利益相关方等多方面因素来确定其复杂的法律结构。

相比之下,欧盟《数据治理法案》(DGA)提出的数据中介服务(DIS)则具有更强的普适性。在DGA之

^① See hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., (N.D. Cal. Aug. 14, 2017).

前,数据中介已经被应用于公共数据共享^[31]和医学研究数据汇集^[32]等领域,具备了一定的实践可行性。2022年该法案正式通过,确立了数据中介之于数字经济的重要地位。所谓数据中介服务,意即“旨在通过技术、法律或其他手段,在不特定数据主体和数据持有人一方与数据使用者一方之间建立商业关系以实现数据共享的服务”^①,中介平台提供数据处理措施以确保数据仅在适当的情况下被访问和使用,为数据利益相关方的权利或权益得到适当的尊重和维护提供一定程度的保证。与2020年草案版DGA要求“建立直接关系”相比,2022年最终版DGA明确了供需方之间建立“商业关系”是数据中介服务的主要判断依据,体现了对商业数据共享需求的响应,旨在支持和促进企业之间的自愿数据共享,推动建立欧洲共同数据空间。DGA同时规定,欲提供符合标准的数据中介服务,运营商必须向欧盟国家主管当局提交申请以获取服务资格;经认可的中介服务主体将被允许展示统一标志,以证明它们是经欧盟认证的独立、公开、中立、可信的数据中介平台。

3. 我国商业数据共享中介的制度设计

为消除竞争主体之间对共享数据的不信任,我国可参考域外数据第三方工具的设计思路,搭建商业数据流通共享的中介平台,为经营者的未开放商业数据提供以治理为基础的排他性安排。出于对同类型客体的保护统一性,宜在《反法》“商业数据专条”之后增设有商业数据共享中介的条文,允许经营者自愿选择通过中介共享其商业数据,并参考《信托法》的受托责任,对中介的信义义务、安全保障义务等作出规定。

商业数据共享中介应当具有专业知识和技术设备,且与数据供需双方不存在隶属或其他利益关系,由主管机关评估后颁发行政许可,准许其进入数据市场。在尊重经营者共享意愿的基础上,共享中介为持有未开放数据的经营者提供数据透明化处理服务,确保影响经营者竞争的核心利益得以保留后,按照三方提前签订的有关数据获取范围的协议,将处理后的商业数据有限提供给希望访问和获取数据的其他主体。数据共享的格式、标准、接口等均可由持有未开放商业数据的经营者与期待访问方约定或协商选择,但数据共享中介应当对此负有兜底式审查义务,谨防超出协议签订目的之外的任何应用,尤其需要防止未开放数据的知识产权被侵权或负面利用,并确保访问方从其处获取数据的行为既符合商业伦理道德和国家竞争政策,也不会恶意攫取数据原持有者的竞争优势。^[33]

五、结 论

《反法草案》“数据专条”为商业数据保护问题带来了全新的解决思路,既往司法实践中权利泛化、兜底条款滥用等困局得以纾解。但同时也应当注意到,数据专条的保护范围相对偏狭,无法满足对实践中爬取公开商业数据行为的规制需求;现有的竞争法保护路径始终停留于事后救济模式,缺乏对事前预防机制的制度构建。追溯商业数据的形成过程,可以发现,经营者对收集数据的处理程度明显不同,其中部分未经过深度加工的数据集合属公开商业数据之范畴,应鼓励其参与数据市场的流通共享,允许对其进行未产生实质性替代结果的爬取行为,以激发数据的要素价值;由经营者根据特定利益而深度处理、承载商业机密的数据集合或衍生品则无法直接进入市场竞争,可通过经由主管部门批准的数据中介对其进行再处理,剥离其中涉及经营者核心利益的相关数据,将可流通的数据进行透明化、可视化、结构化加工,按需提供给数据共享的相对方。在即将到来的“用户共建共享”的Web3.0时代,加密算法和分布式存储等手段将进一步保护数据隐私,促进数字价值,进行更合理的权益分配。在竞争法的宏观范围内,以公开和未公开为界,分别为商业数据提供不同的保护路径,无疑有利于最大限度地挖掘数据价值、激发创造活力,营造良性循环、有序发展、公平竞争的数据要素市场。

① See Art. 2(11) Data Governance Act.

参考文献:

- [1] 市场监管总局关于公开征求《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》意见的公告[EB/OL]. (2022-11-27) [2022-12-20]. http://www.gov.cn/hudong/2022-11/27/content_5729081.htm.
- [2] 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[EB/OL]. (2022-12-19) [2022-12-20]. http://www.gov.cn/xinwen/2022-12/21/content_5732906.htm.
- [3] 孔祥俊. 论反不正当竞争法“商业数据专条”的建构——落实中央关于数据产权制度顶层设计的一种方案[J]. 东方法学, 2020(5):15-29.
- [4] 任浏玉. 公开商业数据爬取行为的规制路径[J]. 知识产权, 2022(7):110-126.
- [5] 肖冬梅, 文禹衡. 数据权谱系论纲[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2015(6):69-75.
- [6] 申卫星. 论数据用益权[J]. 中国社会科学, 2020(11):110-131+207.
- [7] CHENG X. Personal data rights in the era of big data[J]. Social sciences in China, 2019(3):174-188.
- [8] 冯晓青. 大数据时代企业数据的财产权保护与制度构建[J]. 当代法学, 2022(6):104-120.
- [9] 龙卫球. 数据新型财产权构建及其体系研究[J]. 政法论坛, 2017(4):63-77.
- [10] 梅夏英. 数据的法律属性及其民法定位[J]. 中国社会科学, 2016(9):164-183+209.
- [11] 高阳. 衍生数据作为新型知识产权客体的学理证成[J]. 社会科学, 2022(2):106-115.
- [12] 吴桂德. 商业数据作为知识产权客体的考察与保护[J]. 知识产权, 2022(7):91-109.
- [13] 孔祥俊. 商业数据权:数字时代的新型工业产权——工业产权的归入与权属界定三原则[J]. 比较法研究, 2022(1):83-100.
- [14] PERTOT T, SCHMIDT-KESSEL M, PADOVINI F. Rechte an daten[M]. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- [15] BOYNE, S. M. Data protection in the United States[J]. The American Journal of Comparative Law, 2018(1):299-343.
- [16] JANSSEN H, SINGH J. The data intermediary[J]. Internet policy review, 2022(1):1.
- [17] 吴沈括, 胡然. 平台治理的欧洲路径:欧盟《数字服务法案》《数字市场法案》两项提案分析[J]. 中国信息安全, 2021(1):71-74.
- [18] SANDEEN S K, RADEMACHER C, OHLY A. Research handbook on information law and governance[M]. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2021.
- [19] 특허청. 데이터 거래질서 확립을 위한 개정 부정경쟁방지법 시행[EB/OL]. (2022-4-19) [2023-1-13]. <https://www.kipo.go.kr/ko/kpoBultnDetail.do?menuCd=SCD0200618&parntMenuCd2=SCD0200052&aprchId=BUT0000029&pgmSeq=19463&ntatcSeq=19463>.
- [20] MATTIOLI M. Disclosing big data[J]. Minnesota law review, 2014, 99:535.
- [21] 冯晓青. 知识产权视野下商业数据保护研究[J]. 比较法研究, 2022(5):31-45.
- [22] 徐实. 企业数据保护的知识产权路径及其突破[J]. 东方法学, 2018(5):55-62.
- [23] 刁芸芸. 商事领域中反不正当竞争法互联网专条的适用困境及出路[J]. 法学杂志, 2021(1):132-140.
- [24] 张占江. 论反不正当竞争法的谦抑性[J]. 法学, 2019(3):45-59.
- [25] 姬蕾蕾. 企业数据保护的司法困境与破局之维:类型化确权之路[J]. 法学论坛, 2022(3):109-121.
- [26] VAN KNIPPENBERG D, DAHLANDER L, HAAS M R, et al. Information, attention, and decision making[J]. Academy of management journal, 2015(3):649-657.
- [27] Edelman. Edelman trust barometer 2018-UK findings[EB/OL]. (2018-1-22) [2023-1-13]. <https://www.edelman.co.uk/research/edelman-trust-barometer-2018-uk-findings>.
- [28] Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), Enhancing access to and sharing of data; Reconciling risks and benefits for data re-use across societies[EB/OL]. (2019-11) [2023-1-13]. <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/276aaca8-en/index.html?itemId=/content/publication/276aaca8-en>.
- [29] Open Data Institute. Data trusts: legal and governance considerations[EB/OL]. (2019-4) [2023-1-13]. <https://www.theodi.org/wp-content/uploads/2019/04/General-legal-report-on-data-trust.pdf>.
- [30] Open Data Institute. Our focus[EB/OL]. (2021-8-13) [2023-1-13]. <https://oldsite.theodi.org/our-focus>.
- [31] SCASSA T. Designing data governance for data sharing: Lessons from sidewalk Toronto[J]. Technology and regulation, 2020(special issue):44-56.
- [32] Centre for Data Ethics and Innovation. Unlocking the value of data [EB/OL]. (2021-7-22) [2023-1-13]. <https://assets.pu>

blishing. service. gov. uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1004925/Data_intermediaries_accessible_version.pdf.

[33] 席月民. 数据安全:数据信托目的及其实现机制[J]. 法学杂志, 2021, (9):29-41+52.

Competitive Dimension of Business Data Protection: Theoretical Proof, Practical Orientation and Tentative Approach

GUO Zihe

(*Institute of Data Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China*)

Abstract: Regarding the protection mode of business data, theoretically, there are various paths such as protection of rights under existing sectoral laws, protection of new rights and protection of rights and interests under competition law, etc. In practice, competition law is mostly used to regulate specific infringement acts in response to the rights and interests of individual cases. The “Business Data Article” in the *Anti-Unfair Competition Law (Revised Draft)* continues the previous judicial approach, but there are problems such as narrow protection scope and insufficient institutional innovation, and the uniform definition of business data cannot meet the differentiated interests of specific types of data. The existing business data protection modes are based on two approaches: right law and competition law, but they are not classified according to the formation process of business data. On the basis of the analysis of the theory and the demand of judicial practice, it is necessary to analyze the existing protection mode of business data and propose to create a protection path in line with their interests for public and undisclosed business data, so as to speed up the market circulation of data and improve the data factor market.

Key words: business data; data factor market; anti-unfair competition law; publicize business data; data intermediary

(责任编辑:董兴佩)

(上接第 37 页)

Business Data Protection Model and Its Realization Under Anti-Unfair Competition Law: A Comment on “Business Data Article” in the *Anti-Unfair Competition Law of People’s Republic of China (Revised Draft)*

LIU Ziqin

(*Faculty of Humanities and Social Sciences, Beijing University of Technology, Beijing 100124, China*)

Abstract: The addition of “Business Data Article” in the *Anti-Unfair Competition Law of People’s Republic of China (Revised Draft)* not only responds to new interest distribution need caused by technology development, but also is a choice made under double pressure both from central government and local authorities. Regarding to issues about how to protect business data, the debate between the property law model and the behavior law model proposed by the scholars before the formulation of “Business Data Article”, whether at the level of implementation effect or at the level of legal theory and technology, is essentially the same. The choice to protect business data via the behavior law model in accordance with *Anti-Unfair Competition Law* is a result of balancing various parties’ interests and making reference to the protection models of intellectual property rights which belong to information property rights. It also takes into account the history of the anti-unfair competition law as an incubator of rights and the rich experience of China’s courts in applying the law to business data cases. When applying “Business Data Article”, it should take into consideration the provisions on the factors of wrongfulness added in the *Anti-Unfair Competition Law (Revised Draft)* as well as the internal and external limitations of the business data right established by “Business Data Article” under the competition law.

Key words: business data; protection model; business data right; unfair competition; competition law

(责任编辑:董兴佩)