

反不正当竞争法视野下的商业数据 保护模式及其展开

——《反不正当竞争法》修订草案“商业数据条款”评析

刘自钦

(北京工业大学 文法学院, 北京 100124)

摘要:《反不正当竞争法》修订草案增设“商业数据条款”,不仅是为了回应技术进步带来的新利益分配诉求,而且是面临中央和地方双重压力下的立法政策选择。对于如何保护商业数据,学界在“商业数据条款”制定前提出的财产法模式与行为法模式之争,无论是在实施效果层面还是在法理技术层面,都大同小异,表面看似对立,实则殊途同归。我国立法起草者选择通过反不正当竞争法之行为法模式保护商业数据,不仅是权衡各方利益、比对同属信息财产权之各类知识产权保护模式之后的决定,而且考虑了反不正当竞争法历来是权利孵化器的优势,以及我国法院此前适用该法审理商业数据案件积累的丰富经验。适用“商业数据条款”时,应当通盘考虑《反不正当竞争法》修订草案增设的行为不法性考量因素条款,以及“商业数据条款”设立的商业数据权在竞争法视野下面临的内外限制。

关键词:商业数据;保护模式;商业数据权;不正当竞争;竞争法

中图分类号:D912.29

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2023)03-0030-08

最高人民法院 2021 年 8 月发布的《反不正当竞争法司法解释(征求意见稿)》(以下简称《司法解释(征求意见稿)》)总结了相关案件的裁判经验,在第 26 条规定了“数据专门条款”,以适用《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第 4 项“互联网专门条款”之兜底条款,对经营者“依法收集且具有商业价值的数据”予以保护。虽然该“数据专门条款”因为仅禁止数据使用而非数据获取、仅以“实质性替代”作为损害认定标准而存在适用范围的局限,^[1]但也反映出司法机关对商业数据保护的重视。2022 年 11 月 22 日,国家市场监督管理总局发布《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》,在第 18 条新增“商业数据条款”。在 2019 年《反不正当竞争法》施行后短短三年即启动修法工作,对《司法解释(征求意见稿)》“数据专门条款”在改进后重新吸纳,表明立法工作者对商业数据重要性的认识,以及保护商业数据的急迫性。本文围绕“商业数据条款”的制定背景、“商业数据条款”制定前的商业数据保护模式之辩、“商业数据条款”所选择保护模式的合理性证成、“商业数据条款”的具体适用进行论述,以期对“商业数据条款”的理解和适用有所助益。

一、“商业数据条款”的制定背景

互联网、移动通信、人工智能、大数据、量子科技等技术在社会经济各方面的广泛运用,推动了以数据资源为关键生产要素的数字经济蓬勃发展。用户在访问网络平台、使用智能设备等过程中产生了海量的用户数据与机器生成数据,平台与智能设备经营者对这些数据收集或者处理而形成数据集合,据此优化市场营销、改进产品或完善服务、创新商业模式与产品技术。围绕这些具有商业价值的商业数据,持有数

收稿日期:2022-12-14

基金项目:首都知识产权国际交流合作基地项目(40109006202201)

作者简介:刘自钦(1989—),男,湖北潜江人,北京工业大学文法学院讲师,法学博士。

据的经营者与用户、其他经营者等数字经济活动主体之间不可避免地产生了利益冲突。各方都主张自己对这些数据享有正当的权利或权益,意图支配、控制或者自由使用商业数据。大量商业数据都是公开或半公开信息,并不满足专利权、版权、商业秘密等典型知识产权的客体适格条件或者授权确权实质要件,^{[2][3]}故而既有的知识产权制度无法对利益冲突各方的法律关系予以规范和调整。法院多以《反不正当竞争法》一般条款审理商业数据纠纷案件,导致各法院基于自由裁量对同类案件采用不同的判定标准,得出不一致的判决结果与裁判规则,^{①[4]}这难以在利益冲突各方之间形成可预期的稳定法律关系。因此,制定专门法律规范,对各方利益冲突作出有效的规范和调整,是回应技术进步带来的新利益分配需求的必要步骤。

中央顶层设计将数据视为与土地、劳动、资本、知识、技术等并列的新型生产要素,将数据权属界定标准和措施的完善、^②数据资源产权或数据权利保护基础制度和标准规范的建立、^③数据知识产权保护规则的构建研究^④作为重点工作任务,并且规划开展以数据确权试验、数据权属认定试点为主要内容的数据要素市场培育试点工程。^⑤2022年6月,中央全面深化改革委员会第二十六次会议指出,“要建立数据产权制度,推进公共数据、企业数据、个人数据分类分级确权授权使用,建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制,健全数据要素权益保护制度。”^[5]2022年12月发布的《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》指出,要“推动建立企业数据确权授权机制。对各类市场主体在生产经营活动中采集加工的不涉及个人信息和公共利益的数据,市场主体享有依法依规持有、使用、获取收益的权益,保障其投入的劳动和其他要素贡献获得合理回报,加强数据要素供给激励。”在地方立法层面,自贵州省2016年出台《贵州省大数据发展应用促进条例》以来,相继有16个省、自治区、直辖市制定了数据地方性法规,^⑥浙江省2020年出台《浙江省数字经济促进条例》以来,相继有7个省、直辖市制定了数字经济地方性法规,^⑦这些地方性法规多以援引条款的形式,规定自然人、法人和非法人组织在数据处理活动中形成的财产权益受到法律保护,对其合法处理数据形成的数据产品和服务享有法律、法规规定的财产权益或相关权益,但并未明确保护相关数据特别是商业数据的法律。因此,面对中央立法工作任务与地方立法援引上位法空白的双重压力,制定专门的商业数据保护法律规范,具有立法政策上的必要性。

二、“商业数据条款”制定前的商业数据保护模式之辩

“商业数据条款”制定之前,对于如何保护商业数据这个问题,学界提出了两种看似对立的模式:一种是财产法保护模式,即划定受保护商业数据的可识别边界,在受保护的边界范围内赋予数据控制人对抗任意第三人的排他权,对商业数据予以保护。在财产法保护模式下,可分别采用资产权加经营权方案、^[6]

① 例如,在企业享有的数据权益客体方面,各法院普遍认为平台对其合法收集并深度加工的数据享有数据权益,但对于平台对其从用户处收集而未深度加工的数据是否享有数据权益这个问题,不同法院的判定标准与认定思路差别较大;在被告数据获取行为的正当性评判方面,不同法院对于网络爬虫行为是否本身违法、Robots协议是否属于互联网行业商业道德而具有当然正当性等问题的态度不一致;在被告数据使用行为的正当性评判方面,不同法院对于被告对数据的使用达到何种创新程度才构成正当使用的判定标准不一致。

② 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》(2019年10月31日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过)、《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》(2020年3月30日)、《中共中央、国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》(2020年5月11日)。

③ 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》(2020年10月29日中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过)、《中共中央、国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》(2022年3月25日)。

④ 《中共中央、国务院印发〈知识产权强国建设纲要(2021—2035年)〉的通知》(2021年9月22日)。

⑤ 《国务院关于印发〈“十四五”数字经济发展规划〉的通知》(国发〔2021〕29号)。

⑥ 这16个省、自治区、直辖市分别为:贵州省、天津市、海南省、山西省、吉林省、安徽省、山东省、上海市、福建省、浙江省、重庆市、黑龙江、辽宁省、陕西省、广西壮族自治区和四川省。

⑦ 这7个省、直辖市分别为:浙江省、广东省、河南省、河北省、江苏省、北京市、山西省。

所有权归公众而经营权归企业的多层用益权方案、^[7]知识产权方案、^①^{[8][9]}受到个人信息权或者合法收集数据无偿使用规则限制的有限财产权方案、^{[10][11]}受到在先权利(私权、个人信息权、知识产权以及他人在线数据财产权)或者保护期限限制的有限支配权加有限排他权方案、^{[12][13]}以公开传播权或者控制权、复制权为内容的有限排他权方案^{[14][15]}。另一种是行为法保护模式,即以源于公平竞争、商业道德的注意义务为准,划定合法与侵权或者正当与不正当行为的界限,对商业数据予以保护。在行为法保护模式下,可分别采用反不正当竞争法一般条款保护方案(细分为具体竞争法益保护、^②^[16]企业利益保护、^③^[17]不正当竞争类型化、^④^[18]利益权衡^⑤^{[3][19]}这四种子方案)、反不正当竞争法增设“商业数据条款”方案、^{[20][21]}反不正当竞争法保护为主而侵权法保护为辅方案、^[22]侵权法保护方案^[23]。

与知识产权特别是商业秘密权保护模式类似,在商业数据保护模式问题上发生路径之争的诸位论者,并不主张采用绝对的财产法模式或者行为法模式保护商业数据,而是对两种模式所采取的排他策略与管控策略予以组合。^[24]在“商业数据权”与“商业数据权益”这两种名义下,虽然诸位论者分别走上了从财产法模式与行为法模式这两条主干道分叉出的各条支道,但是他们都到达了弱财产权这一终点。“不同学说的制度设计在实施效果上可能趋同,并非如表面上那样相去甚远”。^[20]从法律逻辑构建基础即法律关系的角度看,即便是考察行为法模式中最具典型代表性的反不正当竞争法一般条款保护方案,也可得出商业数据的行为法模式与财产法模式相差无几的结论。

首先,在法律关系主体方面。一般条款保护方案中的具体竞争法益保护方案、企业利益保护方案和不正当竞争类型化方案,禁止任何人从事不正当竞争行为侵害企业数据权益,在义务主体方面具有财产权的对世性。即便是一般条款保护方案中的利益权衡方案,也预先禁止任何人从事经各方利益权衡而被认定为不正当的竞争行为,在义务主体方面具有对世性。表面上看,反不正当竞争法一般条款塑造的商业数据权益只能禁止与企业具有竞争关系的其他经营者从事特定行为,财产法模式所保护的商业数据权则赋予企业禁止任何人从事特定行为的权利;实质上,类似于未注册驰名商标专有权、商业秘密权,与商标数据权人存在竞争关系的经营者,包括争夺交易机会、交易能力的非同业竞争者。

其次,在法律关系内容方面。具体竞争法益保护方案、企业利益保护方案禁止任何人从事不正当数据获取和使用行为,这些行为本属于商业数据权益所控制的数据利用方式。不正当竞争类型化方案通过禁止任何人从事特定不正当数据获取和使用行为,保护了企业控制这些数据获取和使用行为的利益;法院长期、可预期地为企业提供救济和保护,在反不正当竞争法中反复地确认这种企业利益,最终形成稳定

① 知识产权方案可细分为以下子方案:一是对合法收集的原始数据经加工处理后得到的衍生数据,赋予企业以占有、使用、收益、处分为内容的知识产权,该企业数据知识产权与其他知识产权一样在时间范围、内容范围方面受到限制;二是赋予企业对其收集的公开数据集合以有限的财产权,对其收集的非公开数据集合以一定期限内的排他权。赋予企业对其收集的原始数据集合以有限的财产权,对原始数据经加工处理形成的数据产品以财产权。财产权的内容包括以使用、许可、转让为内容的积极权能,以及禁止他人获取与使用商业数据的消极权能;三是对于具有合法性、集合性、管理性、可公开性和商业价值性的数据,遵循投入界权、分层界权、责任界权原则,赋予企业对其合法收集的数据或者经数据处理形成的数据产品以占有、使用和处分的权利;四是借鉴德国的邻接权制度,对于做出实质性投入的非独创性数据集合,企业登记后取得一定期限的以复制权、发行权、向公众传播权为内容的有限排他权。

② 企业合法获取、采用管理措施、具有商业价值的的数据集合,或者对数据集合进行加工处理后形成的衍生性数据即数据产品,属于反不正当竞争法在商业数据保护专门法制定之前予以“孵化性”或过渡性保护的具体法益即竞争财产,在保护思路上接近专有权保护,侧重于特定商业成果的可保护性以及被诉竞争行为是否落入侵害范围。

③ 秉持反不正当竞争法的谦抑性,严格适用一般条款对非类型化权利、具有正当合法性、具有保护必要性的企业数据利益予以保护。按照双方是否存在竞争关系、竞争者是否实施违反诚信原则与商业道德的不正当竞争行为、企业因不正当竞争行为而非市场自由竞争行为遭受严重损害、不正当竞争行为破坏了市场竞争秩序这些步骤,判断企业数据利益是否具有保护必要性。

④ 在恪守一般条款适用谦抑性的同时,将不正当数据竞争行为类型化为避开或破坏技术措施、违反机器人协议、未获得用户授权的不正当数据获取行为,以及对企业营业构成实质性替代、妨碍市场创新的不正当数据使用行为。

⑤ 摒弃“权利侵害式”的不正当竞争判定思路,采用利益权衡方法,将数据获取或使用行为是否有利于维护公平竞争秩序和保护消费者利益,作为该行为是否构成不正当竞争判定标准。在行业共识尚未形成或变动的数据争议案件中,运用一般条款中的诚信原则在个案开展利益权衡,评价竞争行为是否正当。类似的方案还有:不对侵害商业数据行为予以类型化,以免对商业数据予以法益确定而预设商业数据权益前提,采用场景化考量方法对市场竞争秩序、竞争者以及消费者三方利益因素予以综合权衡后,判断商业数据竞争行为的正当性。

的企业商业数据权益。法院采用利益权衡方案认定特定竞争行为不正当的同时,也认定了企业拥有应予保护的特定竞争行为的利益,而行为人负有不得侵害该企业利益的注意义务。换言之,“行为谴责式”竞争行为正当性判断,^[25]内在包含了对企业是否拥有值得保护之利益的评判,二者无法分离割裂。法院在判定特定竞争行为是否正当时持续采用“行为谴责式”方法而作出的裁判,经过类似案件整合、不同案例区分的归纳过程,会呈现出法院长期禁止任何人从事特定行为、保护企业控制这些数据利用方式之利益的规律,最终形成稳定的企业商业数据权益。这必然走向不正当竞争类型化方案、企业利益保护方案乃至具体竞争利益保护方案的道路。有法官基于法院审理数据不正当竞争案件的经验,提出考量诸多因素认定不正当竞争以划定数据权益边界的主张,^[26]恰恰表明了行为不法性评判与企业权益确认之间的内在相容关系。

从反映权利强弱程度的权利内容范围来看,法院适用反不正当竞争法一般条款最终塑造的商业数据权益,赋予了企业禁止任何人从事一些类型化的商业数据获取和使用行为的排他权即专有权。同反不正当竞争法保护的未注册驰名商标专有权、商业秘密权一样,商业数据排他权也可以独占许可、转让、被继承,故而也属于绝对权利,不依赖请求特定相对人之作为或不作为,即可请求不特定第三人停止侵权、排除妨碍、消除危险,从而确保商业数据权益之圆满状态。相比而言,财产法模式中的各种方案,也将商业数据权的内容范围限缩在对一些类型化的数据利用方式的支配上,仅能禁止他人从事这些类型化的数据获取和使用行为。在这些方案中,即便是财产权保护力度排名靠前的经营权和资产权方案、多层用益权方案、知识产权方案,也不过是采用了排他策略为主、管控策略为辅的财产法模式与行为法模式之组合,在所谓占有、使用、收益、处分权能方面远远弱于物权,在排他权所禁止的数据利用行为类型数量方面也与商业数据权益相当。

最后,在法律关系客体方面。在明确法律关系即权利义务关系的内容之后,可以看出,即便是一般条款保护方案中的利益权衡方案,最终也会经过个案累积和类型化塑造出稳定的企业商业数据权益。与对世性财产权一样,这种商业数据权益所指向的对象,不是像债权客体那样的作为或不作为行为,而是商业数据权益人所支配的商业数据。

三、“商业数据条款”采取行为法模式的合理性证成

从权利构建的角度看,在《反不正当竞争法》增设“商业数据条款”,采取行为法模式即管控策略保护商业数据具有合理性。首先,商业数据的内容为典型知识产权所保护信息、知识产权权利限制不予保护信息、公有领域信息之外的商业信息。较之不动产权等绝对排他权而言,会更多地牵涉到其他经营者使用商业信息模仿经营、后续创新的正当竞争利益与公平竞争秩序,还会牵涉到知识扩散、信息传播、消费者需求满足等社会公共利益。其次,较之企业采取保密措施予以专门保护的商业秘密信息,商业数据不仅在企业重视程度即企业主观价值方面低于商业秘密,而且更易于被他人通过正当手段所获取,故而在保护强度方面自然弱于商业秘密。在知识产权谱系里,反不正当竞争法这一行为法对商业秘密的保护力度比其他类型的知识产权的保护力度都低。举重明轻,商业数据的保护力度理应更弱。再次,鉴于商业数据的内容排除了典型知识产权所保护信息、知识产权权利限制不予保护信息、公有领域信息,剩下的只有去识别化的个人信息集合、企业经营信息以及采用大数据分析方式获取的衍生数据。其中,还涉及个人隐私权以及基于人格自决权的个人信息权。商业数据的保护,让位于个人隐私权以及基于个人自决权的个人信息权。

从权利演变史的角度看,“商业数据条款”采取行为法模式保护商业数据也有其合理性。在专门立法出现之前,法官往往基于社会经验、商事交易习惯、社会主流价值观等因素,确认值得保护的利益以及对相应利益主体的行为标准即注意义务,以他人是否违背行为标准从而构成过错行为且造成损害为准,对他人课以一般过错侵权责任来保护相应利益。这时,这些一般过错行为没有专门、独立的名称,更不存

在物权、知识产权等拥有专门名称的权利类型。随着科技进步以及市场经济的发展,市场竞争活动日益丰富,商业经营模式不断推陈出新,有些侵权行为因事实构成特征稳定、被法院反复适用和认可,而被法院创造性适用侵权责任之诉认定为特殊不正当竞争侵权类型,继而在时机成熟时被列入权利保护专门法。如此一来,一般过错侵权责任规则及其衍生的一般不正当竞争侵权规则将知识利益、商事竞争利益或正当竞争利益“冶炼、锻造、孵化”为“成熟、稳定”的知识产权、商事竞争权或正当竞争权。^[27]

回顾我国司法先行的商业数据保护经验,法院在商业秘密权、版权与商业数据保护具有相关性但不贴切的情况下,径直选择将数据权益纳入反不正当竞争法保护。“这一倾向绝不是偶然的”,^[9]而是法院又一次发挥反不正当竞争法对权利的“孵化器”功能,^[16]适用反不正当竞争法一般条款对商业数据不正当竞争予以类型化,通过个案积累归纳出企业可以独占控制的商业数据利用方式,待时机成熟后即可制定专门法保护企业拥有的这种独占控制相应商业数据利用方式的排他权即专有权。如同商业秘密权保护条款一般,以具体条款的形式,纳入法院适用一般条款予以类型化的商业数据不正当竞争行为,不仅能够节省立法论证成本及时间成本,而且能够更好地发挥适用反不正当竞争法审理商业数据案件的法官的经验优势。

四、“商业数据条款”的具体适用

(一)商业数据的界定

“商业数据条款”将商业数据界定为“经营者依法收集、具有商业价值并采取相应技术管理措施的数据”。据此,判定特定数据是否属于商业数据,应当注意以下四点:

第一,收集主体与收集行为场景的限定。“商业数据条款”虽以收集主体为准对“商业数据”作出界定,但收集主体对数据的收集行为仅限于生产经营活动。凡是从事生产经营活动的自然人、法人和非法人组织,都是《反不正当竞争法》第2条所指的“经营者”。此外,自然人、法人和非法人组织都具有多重身份,他们只有在从事生产经营活动时才能被称为“经营者”,而在从事生产经营活动以外的家庭活动、公益义务履行(如纳税)、公务执行等活动时,并不是“经营者”,此时他们收集的数据自然不属于“商业数据”。

第二,经营者收集的数据,还应具有商业价值。经营者请求保护的数据,无论公开与否,因为具有规模性而能够在生产经营活动中被利用,能够为经营者带来竞争优势的,可以认定该数据具有商业价值。至于经营者为数据投入的收集处理成本、利用数据的收益或者可得收益、可保持竞争优势的时间等,仅仅是认定数据商业价值大小的考量因素,而非决定数据有无商业价值的条件。

第三,只有采取相应技术管理措施的数据,才能作为商业数据受到保护。商业数据权作为一种对世性财产权,为降低第三人信息检索成本,保障交易安全,必须像其他财产权一样公示。商业数据权作为无形财产权,不像物权或人格权那样具有可感知的客体,因而必须像同属于信息财产权的专利权、版权、商标权、商业秘密权那样依靠法律之力明确划定边界并公示。即便是商业秘密权,也以法律要求采取的保密措施划定权利客体即商业秘密的边界或范围轮廓。同理,法律要求采取的技术管理措施,能够对受保护的商业数据予以特定化和公示,进而使得商业数据权的设立、变更与消灭得以公示。公示使得商业数据权具有其他财产权或者财产权益一样的社会典型公开性,人们基于社会认识与经验可感知作为数据集整体之商业数据的存在,商业数据权仅由此具有可识别性,这对潜在侵权人具有警告功能,有利于维护社会公众的合理预期,保障其行为自由。^[28]

技术管理措施是一种对外宣示权利和限定权利客体范围的积极措施,经营者所采取的技术管理措施的具体内容和管理程度可因企业形态和规模、数据性质等差异而不同,只要能达到他人依照社会经验、商事惯例能够认识到措施存在的程度即可,并不一定要达到保密措施、网络安全或数据安全技术措施那样的高防护程度。具体而言,技术管理措施包括用户身份认证(如IP地址、“账号+密码”、数字签名、指纹识别、生理信息认证、电子证明书、激活方式、IC卡、特定终端机和令牌、数据暗号等)、反爬虫技术(如检

测 UA 来控制访问、限制 IP 及访问次数、设置验证码或滑动条等)、专用传输线路、IP 访问频率限制、外部控制等。^{[9][21]}此外,“商业数据条款”将违反数据抓取协议型不正当竞争行为的行为要件,限定为违反“合理、正当的数据抓取协议,获取和使用他人商业数据”,这意味着只有合理、正当的数据抓取协议才属于技术管理措施。

第四,公有领域数据不属于受保护的商业数据。“商业数据条款”将“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”行为,排除在该条款禁止的不正当获取或使用商业数据行为的行列之外。这能避免对商业数据赋权产生“过度攫取公有领域中信息的危险”,^[29]在经营者个人利益(商业数据权的保护)与其他经营者正当竞争利益(模仿经营及后续创新自由)、社会公共利益(知识扩散、信息流通及消费者需求满足)之间维持平衡。公有领域的数据,包括不属于知识产权保护对象的数据、知识产权保护期限届满的数据、知识产权限制规则(专利权强制许可制度、版权合理使用及法定许可制度,商标正当使用制度)所允许利用的数据、知识产权权利人抛弃知识产权的数据,企业合法收集却不采取技术管理措施而任由他人获取或使用的数据,公共数据(政务数据、广告服务数据)等。

(二)侵害商业数据权行为的类型

“商业数据条款”总结法院以往司法裁判经验,将侵害商业数据权的不正当竞争行为类型化为以下几种:

其一,不正当获取商业数据。“商业数据条款”规定了四类非法获取商业数据行为:一是破坏技术管理措施获取数据。破坏技术管理措施的方式是盗窃、胁迫、欺诈、电子侵入还是其他方式,在所不论。破坏技术管理措施获取商业数据的行为,必须不合理地增加经营者的运营成本、影响经营者的正常经营活动,从而损害经营者的正当竞争利益,才满足这类行为的结果要件。具体而言,不合理地增加经营者的运营成本,主要表现为实时大量抓取经营者平台数据而给平台服务器的正常运行带来额外负担。^①影响经营者的正常经营活动,主要表现为拉拢或吸引经营者的用户,致使后者潜在用户减少;^②直接替代经营者网站的部分功能,导致后者用户流失;^③削弱经营者软件相对于同类产品的竞争优势,造成经营者软件流量减少;^④对经营者运营平台构成实质替代,分流经营者之潜在用户流量;^⑤减弱经营者利用相关数据进行商业化利用的交易机会与交易空间;影响经营者所运营平台数据安全,破坏后者所提供服务的正常运行;影响经营者与用户之间协议关于数据处理和安全等条款的履行;^⑥使得用户因信息安全危害对经营者平台丧失安全感与基本信任,减损经营者平台对于用户关注度及用户数据流量的吸引力。^⑦二是违反双方约定获取数据。这往往发生在双方事先有交易关系、合作关系的情形,例如,违反数据使用授权许可合同约定的数据范围获取数据、违反双方在交易或合作磋商时订立的数据保护协议等。在行为结果方面,必须造成实质替代经营者提供的产品或服务的后果。如果没有造成实质替代的后果,损害经营者的正当竞争权益,经营者可以追究行为人的违约责任。三是违反数据抓取协议获取数据。数据抓取协议系由经营者单方设置和制定,属于格式合同的范畴,故而对协议制定人施加更多的注意义务以平衡双方当事人之间的利益。而且,对于 Robots 协议是否属于互联网行业商业道德而具有当然正当性这个问题,此前不同法院的态度不一致。因此,只有违反正当、合理的数据抓取协议获取数据,才可能构成不正当竞争。经营者提起诉讼时,仅需提供初步证据证明其设置的数据抓取协议正当、合理即可,提交证据证明协议不正

① 参见“北京微梦创科公司与湖南蚁坊公司不正当竞争纠纷案”,北京知识产权法院(2019)京73民终3789号民事判决书。

② 参见“灯塔财经公司与浙江核新同花顺公司不正当竞争纠纷案”,浙江省高级人民法院(2018)浙民终1072号民事判决书。

③ 参见“杭州阿里巴巴广告公司等与南京码注公司等不正当竞争纠纷案”,浙江省杭州市滨江区人民法院(2019)浙0108民初5049号民事判决书。

④ 参见“深圳市谷米公司与武汉元光公司等不正当竞争纠纷案”,广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民初822号民事判决书。

⑤ 参见“北京微梦创科公司诉上海复娱公司不正当竞争纠纷案”,北京知识产权法院(2019)京73民终2799号民事判决书。

⑥ 参见“北京微梦创科公司与湖南蚁坊公司不正当竞争纠纷案”,北京知识产权法院(2019)京73民终3789号民事判决书。

⑦ 参见“深圳市腾讯公司等诉浙江搜道公司等不正当竞争纠纷案”,杭州铁路运输法院(2019)浙8601民初1987号民事判决书。

当、不合理的举证责任由此转移至被告。四是其他非法获取数据行为。即便行为人没有通过破坏技术管理措施的方式获取数据,如果其数据获得方式可评价为违反诚信原则和商业道德,且会产生扰乱市场公平竞争秩序的后果,其行为仍然构成非法获取商业数据。大体而言,破坏技术管理措施以外的违反诚信原则和商业道德的数据获取方式,包括违反缔约诚信、先合同义务及后合同义务、特定关系人之间信义义务等方式获取他人商业数据。

其二,不正当泄露商业数据。披露、转让非法获取的商业数据,并足以实质性替代经营者提供的产品或者服务,也构成不正当竞争。实质性替代,主要体现为双方产品或者服务的高度同质化,这会将用户从经营者分流到行为人,减少经营者的用户数量、流量、关注度和黏性,损害经营者的可预期交易机会,削弱经营者的竞争优势,对经营者的竞争性利益造成实质性损害。若对不正当泄露商业数据行为造成的实质性替代后果持容忍态度,会严重抑制行业竞争者的创新积极性,他们将不再投入成本和精力进行技术研发、更新商业经营生产资料和商业方法、创新商业模式,这导致的市场无序竞争、行业发展速度减缓、消费者福利降低的弊端,远远大于社会公正因同质化竞争可获得的利益。^①

其三,不正当使用商业数据。包括两类行为:一是使用不正当获取的商业数据,造成实质性替代经营者提供的产品或者服务的后果。二是超出约定范围使用商业数据。经营者基于双方的授权许可协议、转让协议、合作协议等将商业数据披露、传输给行为人,允许后者在约定的时间、内容、地域等范围内使用商业数据从事营业活动。此时,行为人获取商业数据正当合法,但若超出约定范围使用,从而造成实质替代经营者的后果,损害经营者正当竞争利益的,经营者不仅可以追究行为人的违约责任,也可以追求行为人的不正当竞争侵权责任。

需要注意的是,本次修法专门新增第21条,列明了对竞争行为不正当性即不法性予以评判时的诸多考量因素,其中既包括行为方式的不法(“是否采取强制、胁迫、欺诈等手段”),也包括公认行为标准的违反(“是否违背行业惯例、商业伦理、商业道德”,“是否违背公平、合理、无歧视的原则”),还包括行为后果的利益权衡(“对消费者、其他经营者合法权益以及社会公共利益的影响”,“对技术创新、行业发展、网络生态的影响等”)。此外,还应注意的是,适用“商业数据条款”的首要条件是行为人与经营者之间存在竞争关系。从具体经营行为出发,行为人与经营者之间的竞争关系不仅限于同业竞争,还包括争夺交易机会、交易能力的非同业竞争。在用户注意力、用户流量、用户数据已经成为数字经济时代核心竞争力的背景下,对于交易机会、交易能力的争夺,主要表现为对用户、流量及数据的争夺,“在虚拟化的网络空间中已无实体空间的物理区隔,即使业务范围相差甚远的网络经营者之间,也会形成网络数据流量吸引力此消彼长的竞争关系”。^②另一方面,从反不正当竞争法的行为法属性出发,在当前竞争法趋向于保护多元利益的背景下,只要行为人的行为不仅具有对损害经营者利益的可能性,且其同时会基于该行为获得现实或潜在的经济利益,则可以认定双方具有竞争关系。^③

结语

“商业数据条款”在条文表述上的行为规制模式,并不能改变该条款赋予经营者类似于未注册知名商标权、商业秘密权等竞争财产权一样的商业数据财产权的实质。在对商业数据赋权的同时,本次修法新增的禁止利用数据从事不正当竞争条款(第4条)、禁止利用相对优势地位损害公平交易条款(第13条)、禁止利用数据从事网络不正当竞争条款(第15条)、禁止利用数据排斥或妨碍其他经营者产品或服务接入和交易条款(第17条)等条款,也对经营者滥用商业数据权从事不正当竞争行为予以规制。在依据反

^① 参见“北京创锐文化传媒公司与北京微博视界科技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。

^② 参见“深圳市腾讯公司等诉浙江搜道公司等不正当竞争纠纷案”,杭州铁路运输法院(2019)浙8601民初1987号民事判决书。

^③ 参见“北京微梦创科公司与湖南蚁坊公司不正当竞争纠纷案”,北京知识产权法院(2019)京73民终3789号民事判决书。

垄断法难以证明经营者具有市场支配地位,从而滥用商业数据权从事拒绝提供数据接口、自我优待、歧视待遇、搭售等非法垄断行为时,这些新增条款则会构成规制商业数据权滥用行为的有益补充。这些商业数据权的外在限制规则与公有领域、合理使用、在先权利等内在限制规则一道,健全了商业数据权保护的逻辑体系,在行为自由与权利救济之间维系平衡。这有利于促进数据自由流通以及后续创新,维护消费者福利、其他经营者正当竞争利益以及公平竞争秩序,更好地服务于数字经济的繁荣发展。

参考文献:

- [1] 苏志甫. 数据要素时代商业数据保护的路径选择及规则构建[J]. 信息技术与政策, 2022(6): 25.
- [2] 丁晓东. 论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2020(2): 91-95.
- [3] 刘建臣. 企业数据赋权保护的反思与求解[J]. 南大法学, 2021(6): 5-20.
- [4] 王洁. 企业数据权益保护及竞争边界——基于 45 件典型案例的实证分析[EB/OL]. (2021-12-06)[2022-11-26]. https://mp.weixin.qq.com/s/NtqVLWKjyu9-IeYru2kt_w.
- [5] 习近平主持召开中央全面深化改革委员会第二十六次会议[EB/OL]. (2022-06-22)[2022-12-08]. http://www.news.cn/politics/2022-06/22/c_1128766853.htm.
- [6] 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): 74-77.
- [7] 黄细江. 企业数据经营权的多层用益权构造方案[J]. 法学, 2022(10): 106-111.
- [8] 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): 44-45.
- [9] 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.
- [10] 许可. 数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案[J]. 上海大学学报(社会科学版), 2017(6): 22-23.
- [11] 高邴梅. 企业公开数据的法律保护: 模式选择与实现路径[J]. 中国政法大学学报, 2021(3): 145-150.
- [12] 祝艳艳. 大数据时代企业数据保护的困境及路径建构[J]. 征信, 2020(12): 36-38.
- [13] 钱子瑜. 论数据财产权的构建[J]. 法学家, 2021(6): 79-87.
- [14] 崔国斌. 大数据有限排他权的基础理论[J]. 法学研究, 2019(5): 3-24.
- [15] 黄文杰. 论企业数据有限财产权[J]. 宁夏大学学报(人文社会科学版), 2022(5): 165-167.
- [16] 孔祥俊. 论反不正当竞争法的二元法益保护谱系——基于新业态新模式新成果的观察[J]. 政法论丛, 2021(2): 3-18.
- [17] 李扬, 李晓宇. 大数据时代企业数据权益的性质界定及其保护模式建构[J]. 学海, 2019(4): 184-185.
- [18] 刘志鸿. 企业公开数据法律保护范式选择——从赋权论的证成到否定[J]. 中国流通经济, 2022(6): 117-126.
- [19] 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): 122-126.
- [20] 刘瑛, 高正. 数据与信息概念二分之一下商业数据的立法保护[J]. 科技与法律(中英文), 2022(4): 1-9.
- [21] 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, 2022(5): 22-27.
- [22] 刘琳. 大数据时代商业数据财产权理论的勃兴与批判[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2022(2): 104-106.
- [23] 时诚. 企业数据权益保护的行为规制模式研究[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2022(6): 88-91.
- [24] SMITH H E. Intellectual property as property: Delineating entitlements in information[J]. Yale law journal, 2007(8): 1742-1822.
- [25] 孔祥俊. 《民法总则》新视域下的反不正当竞争法[J]. 比较法研究, 2018(2): 104-115.
- [26] 黄钱欣. 企业间数据财产权益的边界划定[J]. 人民司法, 2022(10): 97-100.
- [27] 刘自钦. 商标法编[M]//孙玉荣, 周贺微, 刘自钦, 涂靖. 知识产权法学. 北京: 知识产权出版社, 2022: 136.
- [28] 于飞. 侵权法中权利与利益的区分方法[J]. 法学研究, 2011(4): 107-108, 110-111.
- [29] 李扬. 日本保护数据的反不正当竞争法模式及其检视[J]. 政法论丛, 2021(4): 78.

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)