

商业数据保护的复合型规制探究

——结合反不正当竞争法与知识产权法保护规制思路

史欣楠

南京理工大学知识产权学院, 江苏 南京

收稿日期: 2024年12月4日; 录用日期: 2025年1月3日; 发布日期: 2025年1月10日

摘要

在关于商业数据保护的探讨环境下, 立法赋权模式与行为规制模式成为两大主流学说, 而在行为规制论内部, 反不正当竞争法规制与知识产权法规制的构想在目前呈现出互不相容的态势, 然而, 反不正当竞争法规制与知识产权法规制并非根本对立, 并且, 将反不正当竞争法与知识产权法规制复合适用于商业数据的保护才兼具理论协调性与实践必要性。应当根据商业数据的不同类别, 渐进式地适用知识产权法规制与反不正当竞争法规制, 按照顺序依次考虑商业秘密保护路径、著作权法保护路径或反不正当竞争法兜底保护路径, 并在这一规制思路下, 在现行《反不正当竞争法》的基础上补充具有针对性的法律条款, 结合反不正当竞争法与知识产权法保护对商业数据进行复合型规制。

关键词

商业数据, 行为规制, 反不正当竞争法, 知识产权法, 复合型规制

An Investigation into the Composite Regulation of Commercial Data Protection

—Combining the Protection Regulation Thinking of Anti-Unfair Competition Law and Intellectual Property Law

Xinnan Shi

School of Intellectual Property, Nanjing University of Science and Technology, Nanjing Jiangsu

Received: Dec. 4th, 2024; accepted: Jan. 3rd, 2025; published: Jan. 10th, 2025

Abstract

In the context of discussions on the protection of commercial data, the legislative empowerment model and the behavior regulation model have become the two mainstream theories. Within the behavior regulation theory, the idea of regulating commercial data through anti-unfair competition laws and

intellectual property laws has emerged as a conflicting trend at present. However, the regulation of commercial data through anti-unfair competition laws and intellectual property laws is not fundamentally opposed, and it is necessary to apply the combination of these two regulations to the protection of commercial data, which is both theoretically coordinated and practically necessary. It is advisable to gradually apply intellectual property law regulation and anti-unfair competition law regulation to different categories of commercial data, considering the protection path of trade secrets first, the protection path of copyright law second, or the catch-all protection path of anti-unfair competition law last. Under this regulatory framework, supplementary targeted legal provisions should be added to the current Anti-Unfair Competition Law, and the protection of commercial data should be regulated through a composite regulation combining anti-unfair competition law and intellectual property law.

Keywords

Commercial Data, Behavior Regulation, Anti-Unfair Competition Law, Intellectual Property Law, Composite Regulation

Copyright © 2025 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

在互联网高度发达的数字经济时代，商业数据的价值越来越受到企业的重视，商业数据已成为重要的企业资产，也成为改变现代商业模式的重要因素。近年来，中央和地方相继出台的各种相关政策和法律文件，更是将商业数据提升到了事关数字发展战略和智慧管理体系建设的新高度。然而反观现有的法律法规，针对商业数据保护的条文却存在诸多空白，在这样的时代背景下，商业数据的权属问题与保护问题就成为了理论与实践界热议的话题。目前理论界关于商业数据的法律保护提出了不同的制度构想，主要的学说分为两种，即立法赋权模式与行为规制模式。立法赋权模式提出了“数权”或“数据权”这一新概念，主张通过立法创设新型数据权利，要求在确定的可保护利益上设定名称与内容确定的绝对权利。而主张行为规制模式的学者则反对为数据立法赋权，他们认为对数据创设一项新型权利不仅从现实层面可行性不高，且会制约数据产业的良性发展，因而倡导“设定数据治理的基本原则和相关主体的行为规范以实现数据规制目的”[1]，借助于对特定行为的禁止达到对法益的保护。

在行为规制模式的学说内部，学者提出了合同法规制、侵权责任法规制、知识产权法规制和反不正当竞争法等规制思路，其中又以知识产权法规制与反不正当竞争法规制两种规制思路最为突出，持这两种观点的学者都提出了较为具体的构想。然而，对其分别深入分析则会发现，这两种思路的适用均有其自身的不足之处：反不正当竞争法的适用虽在实践中最为普遍，但其立法目的与商业数据保护的宗旨并不完全相符，且过于宽泛的条款也无法充分论证法官所作出的判决；而商业数据虽从其特征上与知识产权客体最为贴近，但现有的知识产权法保护路径却又不能完全覆盖所需保护的所有商业数据。实际上，反不正当竞争法与知识产权法的保护并非像其表面所看的那样互相冲突，本文即尝试从理论与实践两方面分析这两种思路的共通之处，以在商业数据保护中寻求一种融合二者之长的复合型规制思路。

2. 现有观点的对立

2.1. 反不正当竞争法的规制思路

一部分学者主张在反不正当竞争法的框架下对商业数据进行规制，他们认为反不正当竞争法是在现

行法律中最适合为商业数据提供保护的部门法，其主要原因在于，一方面，商业数据在数字经济时代潜藏着巨大的竞争利益，能够为市场主体带来隐性与显性的优势，与市场竞争密切相关，因此与反不正当竞争法有紧密联系；另一方面，在当前的法律实践中，大多数商主体在寻求对商业数据的法律保护时都会诉诸于反不正当竞争法的保护路径，这一不容忽视的现实也在一定程度上反映了反不正当竞争法与商业数据保护的适配性。

持这一观点的学者提出的具体规制思路较为集中，大部分认同仅运用当前《反不正当竞争法》中的现存条款对商业数据进行规制存在局限性，因此其提出的主要构想就是在反不正当竞争法的框架下增设新的条款，即设立“商业数据专条”，在反法的现有框架下，在新增条文中通过设定受保护商业数据的构成要件、列举具体的侵权行为等方式，运用内容更为具体、更有针对性的条款打击涉及商业数据的不正当竞争行为，为商业数据及其持有者提供更为具体的保护。

主张反不正当竞争法在商业数据保护中具有优越性的学者往往认为知识产权法的规制路径存在缺陷，更有甚者从根本上否认了商业数据能够通过知识产权法进行保护的合理性。其提出的主要论据包括：数据集合是算法与人工智能的产物，不具备著作权法意义上的“作者”，其生成的过程也无法体现独创性，因而数据不是著作权法的保护对象；商业秘密、专利法和著作权法对于商业数据的保护都存在较为严苛的前提条件，因此知识产权法无法像反不正当竞争法那样对更大范围的商业数据提供全面而广泛的法律保护。在这两种观点中，前者对于知识产权及著作权的“独创性”存在理解上的片面性，算法与人工智能作为一种新兴产物，其本质还是人的智慧产物，在不考虑算法与人工智能超越了既定运算程序能够进行独立创作的情况时，其本质只是人的工具，因此运用算法对数据资料进行筛选编译的过程实际上也是人的创作，当这种选择与编排能够体现出独创性时，就应当将其作为汇编作品对其基于著作权法的保护。而後者的观点确实体现了目前知识产权法对于商业数据保护的一定困境，但现行法律要对于新事物进行规制时，其滞后性几乎是必然，指出这种缺陷与不足并不能直接推论出通过知识产权法对商业数据的保护就是不可行的，因此这一批驳也存在牵强之处。

2.2. 知识产权法的规制思路

主张运用知识产权法为商业数据提供保护的学者则认为，商业数据的性质与知识产权法的客体存在天然的亲和性，二者均具有无形性与价值性，这种属性上的相似使之认为将知识产权法的规制手段比照适用于商业数据具有合理性与可行性。

而持这一观点的学者在提出具体的法律构想时则体现出更为分散化的特征。在现有的知识产权法保护范式中，商业秘密保护与著作权法保护均各有其用处，也不乏学者提出要单独将数据作为一种新的知识产权客体在法律中予以认定，并在此基础上构建一部新的“数据法”，将其与著作权法、专利法与商标法并列[2]。更有学者提出设立商业数据权，纳入工业产权的范畴，将其法律定位比照商业秘密设置为“保护可公开性数据信息的新类型信息保护类工业产权”[3]。

而与支持反不正当竞争法规制思路学者相似的是，主张知识产权保护的学者在论证知识产权法保护路径的合理性时也对反不正当竞争法保护路径进行了抨击。该学派学者指出的最为主要的一点即在当前的司法实务中，法官在审理互联网企业之间涉及商业数据的竞争行为案件时，广泛地直接援引《反不正当竞争法》第2条的一般条款作为裁决依据，这种做法在学理上存在严重漏洞，其审判虽然能达到保护数据持有人权益的最终结果，但论证过程存在严重的恣意性。这一弊病确实是在实践中存在的，而这种法官的“无奈之举”恰恰也反映了目前司法指引的缺失与对于商业数据保护理论的混乱。

3. 双方观点对立的非必要性

总结以上两种观点可以看出，双方均呈“自成一派”之势，对于另一方的观点互不相容，两方学者

在论证己方观点时往往采用了一种“正面肯定己方观点 + 反面批驳对方观点”的思路,这种方法不免有先入为主之嫌,往往是为了论证己方观点的合理性而一味强调、甚至夸大其他学说的缺陷,但忽视了另一学说存在的合理性,不仅存在逻辑上的欠缺,也无法对商业数据的保护提供更完备的规制思路。

实际上,反不正当竞争法与知识产权法并非根本对立,反不正当竞争法在实践中往往能为知识产权法起到良好的兜底保护与补充作用,尤其是在商业数据保护这一新兴问题上,非此即彼的观点是非必要的,复合适用反不正当竞争法与知识产权法对其进行保护无论是在理论还是实践上都更具有正当性。

4. 复合适用反不正当竞争法与知识产权法的正当性

4.1. 反不正当竞争法与知识产权法在理论上的协调性

《建立世界知识产权组织公约》第2条第8款中列举了知识产权所包括的权利,其中最后一项即为“制止不正当竞争”,可见反不正当竞争权本身就是知识产权人所拥有的一项重要权利。表面上来看,知识产权法与反不正当竞争法似乎是互相冲突的法律规范,但二者有着共同的立法目的,即保护权利人的合法权益以及推动技术创新、促进社会进步发展,二者只是在规制手段上体现出较大的差别。知识产权法授予权利人相应的权利,允许权利人在一定范围内排他地行使该权利,可以说知识产权的取得就意味着权利人获得了一种法定的垄断地位,只要权利人在合法范围内行使权利,知识产权法就保护权利人的这种垄断地位。而反不正当竞争法则是从维护竞争的角度出发,当权利人超出限度滥用权利以至于导致了扰乱市场竞争秩序、损害其他经营者或消费者合法权益的结果时,就需要由反不正当竞争法来规制这种行为。知识产权法与反不正当竞争法一个通过授予和保护权利的方式正面激励创新,维持市场活力,一个则通过打击限制竞争的行为,从反面维护市场竞争秩序,但实际上,对权力滥用方的限制即是对其他市场主体权利的保护,二者只是在追求相同的目标时分别选择了不同的路径,并且,“只有两者能够相互协调,才能在市场竞争中使得技术开发和创新活动真正实现推动技术进步、促进社会财富增加的目标”[4]。而这二者在特定情形下就能调整同一特定类型的法律关系,即在当权利人滥用权利时,“对知识产权滥用的限制成为知识产权法与反不正当竞争法之间的连接点”[4]。

而进一步具体到商业数据的保护问题上,当我们分析商业数据的特征时,即可发现,一方面,它既与知识产权的客体存在诸多相似性,因此存在着类比于知识产权客体对其进行保护的现实可能性,另一方面,商业数据的定位是数据所有者用于商业目的的一种工具,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释(征求意见稿)》曾将其相关概念表述为“经营者征得用户同意、依法收集且具有商业价值的数据”,学者孔祥俊则将其定义为“用于商业目的或者市场竞争的数据集合”[5],可见其与市场交易和竞争密切相关,因此运用反不正当竞争法对市场主体利用商业数据的行为进行规制也是具有合理性的。商业数据作为近年来进入大众与学界视野的新产物,横跨各领域、兼具复杂属性是对其进行规制的难点之一,因此针对这种特性,采用综合的、跨部门法的眼光对其进行分析研判才能对其产生更为全面的认知。

4.2. 反不正当竞争法与知识产权法在实践中结合的必要性

反不正当竞争法与知识产权法在理论上的密切联系,意味着将二者结合适用具有合理性,而在实践中,如若孤立适用其中任何一个部门法来对商业数据进行保护,都有着不可避免的弊端,这即为结合使用二者来保护商业数据的必要性。

4.2.1. 孤立适用反不正当竞争法的弊端

在当前关于商业数据权益保护的法律实践中,运用知识产权法路径保护的较少,大多数均采用了反不正当竞争法路径进行保护。我国现行的《反不正当竞争法》中尚无针对商业数据保护的具体条款,因

而在已有的案例中,仅有少数涉及破坏技术措施的案件适用了采用具体列举方式的第12条,在大部分案例中,法官基本均援引了《反不正当竞争法》第2条一般条款来保护商业数据权益,这种做法带有明显的实用主义色彩,虽然通过裁判可以实现保护市场主体对于所享有的商业数据的合法权益的效果,但第2条的内容过于宽泛,并不是专门针对商业数据或数据的立法,而是针对不正当竞争行为的定义以及经营者在经营过程中所应遵循的原则性规定,这就留给了法官较大的自由裁量权,法官往往需要运用利益衡量的方法以及其他的法律原则来综合判断涉案行为是否违反了第2条的规定,是否符合“商业道德”的要求等,这种极具不确定性的个案保护过于依赖法官自身的法律素质以及对涉案行为的理解,而缺少明确的、类型化的、能够反复适用的标准作为参考,因此只能作为一种过渡性的选择,长期来看无法适应大量的商业数据保护需求,且也可能会模糊应当受保护的商业数据范围与能够自由使用的公共领域的界限,存在着不当扩张解释、滥用一般条款的风险。

另外,反不正当竞争法的制定立足于维护市场竞争的目的而非专门针对数据的产权保护,这一基本立法目的意味着反不正当竞争法主要打击不正当竞争行为,这就意味着:一方面,适用反不正当竞争法的前提是数据所有者与使用者之间构成了一种竞争关系,而当商业数据的所有者与使用者之间不存在竞争关系时,不当的数据使用行为就无法进入反不正当竞争法的打击范围;另一方面,只有市场主体侵犯他人商业数据权益的行为损害了市场竞争秩序时,反不正当竞争法才能介入,因此这种规制手段只能提供一种消极的事后保护,如若单一地适用这一保护路径,显然无法在当前的数字经济时代满足越来越多的市场主体亟需保护自身商业数据权益的现实需求,因此仍需要建立一种事前的系统性的保护标准,明确商业数据的法律属性与不同类型,为之提供更全面的法律保护。

4.2.2. 孤立适用知识产权法的弊端

目前适用知识产权法来保护商业数据的主要路径是著作权法与商业秘密保护,专利权与商标权保护的适用范围极小,而著作权法与商业秘密的保护也各有其无法避免的局限性。

首先,采用著作权法的保护路径面临着一些现实困境。其一,著作权法能够保护的商业数据范围有限。根据著作权法的基本原理,独创性是成为受著作权法保护的作品的必备前提,因此商业数据也只有满足独创性的要件时才能寻求著作权法的保护。在现行《著作权法》所规定的作品类型中,与商业数据较为贴近的即为第15条所规定的汇编作品,即“汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品”,而商业数据的独创性认定存在着较大难度,这是因为汇编作品的独创性主要体现于作者对所汇编内容的选择或编排,而商业数据的价值往往体现于其收集数据的来源广泛与数量庞大,越是全面完整的商业数据集合越能为市场主体带来商业价值,因此其样本越多、价值就越高、也越需要受保护,但这在著作权法的角度来说却越无法体现其独创性。其二,著作权法无法保护商业数据的具体内容。著作权法所保护的是一种表达,在汇编作品中即体现为对于内容的选择或编排,这种选择编排因为其蕴含的智力创作体现出独创性而受到保护,这种保护并不能延及数据的内容本身,因而,即使特定的商业数据满足了独创性的条件,能够作为汇编作品受到著作权法的保护,但这种保护也无法阻止他人对于商业数据内容本身的使用,侵权者只要在非法使用商业数据时改变原有的编排结构,便可以规避著作权法意义上的侵权责任。

其次,商业秘密保护路径对于商业数据的保护也十分有限。一方面,商业秘密保护同样存在着适用范围有限的问题。根据《反不正当竞争法》第9条、第32条等规定,受法律保护的商业秘密需要具备不为公众所知悉、具有商业价值和经权利人采取相应保密措施这几大要件,因而法律仅可以为未公开且商业数据所有者已采取保密措施的商业数据提供保护,但对于互联网企业平台所收集的半公开数据或公开数据以及数据所有者并未采取专门保密措施的商业数据,商业秘密并不能提供有效保护。另一方面,在大数据时代,商业数据本身就具有公共性、共享性与流通性的特点,且商业数据的价值并非仅在于其内

容本身，而是要在对数据动态、多次、深层的挖掘、更新与共享过程中将其商业价值不断深化。而商业秘密的保护模式要求商业数据的所有者对其数据进行保密化处理，因而，如若对于商业数据大规模地采用商业秘密保护模式就有可能造成数据垄断的现象，不仅在个体层面不利于市场主体经营模式的升级，不利于其在大数据时代的长期发展，且在市场层面也不利于促进数据的流转和交易，不能将商业数据的价值开发到最大化。

简言之，在现行的法律框架下，孤立地适用反不正当竞争法保护路径或是知识产权法保护路径都存在着不可避免的局限性，且也不利于数据市场的长期健康发展，而复合适用这两种规制路径则能够起到取长补短的效果，从而摒弃非此即彼的思想桎梏，结合二者之长，探寻一条复合型的法律适用道路是具有充分的合理性与必要性的。

5. 复合适用反不正当竞争法与知识产权法的具体路径

在复合适用反不正当竞争法与知识产权法时，知识产权法在法理上与商业数据更为贴合，且作为一种确定的事前保护更为稳定，但存在保护范围不周延的问题，而反不正当竞争法的保护在学理上与商业数据的联系相较而言是间接的，但能够在实践中为难以受到知识产权法保护的商业数据提供兜底与补充保护。因此，可以按照顺序渐进式地适用知识产权法与反不正当竞争法，就能够在兼具实务中的效率的同时，又更为符合法理，具体而言，即在现行法律框架下，依次考虑适用商业秘密保护、著作权法保护以及反不正当竞争法的兜底保护。

5.1. 商业秘密保护路径

首先，对于需保护的商业数据，鉴别其是否属于商业秘密的范围，即是否满足不为公众所知悉、具有商业价值和经权利人采取相应保密措施三个要件，如果满足这些要件，则该商业数据就落入了商业秘密的保护范围。

优先考虑商业秘密保护路径一方面是因为在这三种规制方式中，商业秘密的保护范围是最小的，因此对于满足条件的小部分特定商业数据，就应首先考虑运用最符合其特性的商业秘密保护；另一方面是因为商业秘密是一种特殊的知识产权，与其他知识产权相比，它的秘密性与封闭性尤为显著，因此将其控制在复合型规制流程的前端也能够控制其适用范围不被不合理地扩大，从而在保护权利人利益的同时，在整体上保护数据市场的健康交易与流通，保障大数据能够得到充分的开发利用，符合利益平衡的原则。

5.2. 著作权法保护路径

其次，对于不符合商业秘密特征的半公开、公开或未专门采取保密措施的商业数据，即可考虑其是否能适用著作权法的保护。在现行的《著作权法》中，能为商业数据提供保护的即第15条所规定的汇编作品，这一保护思路在我国的实务审判中也得到了一些法院的支持。相较于能够应用商业秘密保护路径的商业数据，符合著作权法保护要求的商业数据范围要略大一些，由于企业的数据集合资料往往是用于对用户的偏好进行分析并研判用户的未来动向以及某行业领域的发展方向，因此企业对于某一商业数据集合的选择与编排往往蕴含着某一特定思路，这种选择与编排就是商业数据的独创性所在，法官在分析涉案的商业数据时，不宜片面、滞后地理解汇编作品的独创性，也不能仅因数据集合的全面和广泛否定商业数据的独创性，而要结合新技术发展的特征客观判断某一特定商业数据是否能落入著作权法的保护。

5.3. 反不正当竞争法兜底保护路径

对于其他的一些不适合运用知识产权法保护或属性不明晰、难以运用知识产权保护的商业数据，以及通过著作权法无法对数据内容本身进行保护的情形，则可在最后适用反不正当竞争法的兜底保护。商

业数据这一庞大集合本身就在随着数字网络技术的发展而不断发展演化,在新兴技术发展迅猛的背景下,必将出现许多具有新兴属性的商业数据,以及随之而来的关于此类新客体的认定需求,同时,新兴产物往往伴随着巨大的潜在经济利益,因此围绕其发生的不正当竞争行为也会越来越突出、越来越激烈,因而,反不正当竞争法的补充和兜底作用在当前的时代背景下必将愈发重要,在实务中,就有法官以市场主体之间的互联网竞争为切入点,运用《反不正当竞争法》对于涉及商业数据的行为进行规制的广泛案例。

当然,现行的《反不正当竞争法》中尚无专门针对商业数据保护的条款,而实务中直接引用《反不正当竞争法》第2条的一般条款对商业数据进行的大包大揽式的保护也多为学界所诟病,因而有必要在现有法律的基础上增设新的条款来使立法更为科学规范。具体的路径可以为在《反不正当竞争法》第9条关于商业秘密的规定之后新增一条“商业数据”条款,在该条款中首先确认反不正当竞争法维度上受保护的商业数据范围,对其构成要件进行分解与定义,再将实务中较为典型以及可能发生的侵权行为进行类型化的列举,最后规定出不构成数据侵权行为的例外情形,平衡数据持有者与数据利用者之间的利益,明晰私有领域与公共领域之间的界限,从而体现出弱保护的立法精神,保障数据市场的良好运行。与此同时,保留运用《反不正当竞争法》第2条一般条款在个别案件中发挥的终极说理作用,对于极少数的新型案件,运用反不正当竞争法的一般原则进行认定。通过这一举措,能够为商业数据提供在学理上更为严谨规范的保护,克服现行反不正当竞争法的缺陷,强化反不正当竞争法在知识产权保护方面的兜底和补充作用。

运用这一依次保护商业数据的复合型法律规制思路,能够便于法律的有序和准确适用,避免重叠保护的同时,既弥补了知识产权法在为商业数据提供保护时的局限性,也规避了目前实务中法官在适用法律时可能出现的恣意裁决、扩大适用法律的问题,避免直接引用《反不正当竞争法》一般条款的随意性,能够为今后的实务审判提供有效指引。

6. 结语

知识产权法与反不正当竞争法之间存在着密切联系,二者之间在理论与实践上的对立统一正是我们将其结合适用于商业数据的法律保护中的坚实基础。在数字经济时代,新兴事物和随之而产生的新兴法律问题层出不穷,一类法律问题横跨多个部门法的趋势将愈演愈烈,因而应当打破旧有的思维定势,运用复合型的法律规制思路建构对于商业数据保护等新兴法律问题的理论构想。

参考文献

- [1] 宁立志,傅显扬.论数据的法律规制模式选择[J].知识产权,2019(12):27-35.
- [2] 来小鹏,贺文奕.数据财产权益知识产权法保护的难题与对策[J].中国市场监管研究,2022(7):41-45.
- [3] 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.
- [4] 杨明.试论反不正当竞争法对知识产权的兜底保护[J].法商研究,2003,20(3):119-128.
- [5] 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):15-29.