

《反不正当竞争法》修订背景下 数据专条的规范构造及其适用前瞻

王博

(东北财经大学 法学院,辽宁 大连 116025)

摘要:为了应对数据不正当竞争行为,《反不正当竞争法》(2025年修订)新设数据专条,并采取简洁型立法体例。简洁型数据专条表征了循序渐进的立法思维,是在总结司法经验的前提下确立的底线性规则。数据专条将保护对象表述为“其他经营者合法持有的数据”。在实践适用中,应保持数据内涵的相对开放性,并以技术管理措施作为持有的解释坐标。数据专条规定的行为方式涉及手段行为与目的行为之二元结构,解释过程中需注意二者的关联性,并在体系逻辑及规范保护目的指引下作出类型化区分。同时,还应处理好数据专条与商业秘密专条的逻辑关系,并合理对待数据专条之行为规制进路与数据开发利用约定之私法自治进路之间的功能差异。

关键词:数据不正当竞争行为;《反不正当竞争法》;数据专条;规范构造

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2025)04-0051-09

由数据具有的重要作用催生出的数据驱动型社会已经如期而至。^① 数据集合因蕴含着难以估量的潜力而逐渐成为企业努力积累、市场竞相争夺的对象。数据被视为一种新型生产要素,并被写入官方文件。^② 不过,在新技术、新业态及新型权益的交织作用下,数据要素引发的权益纷争也对固有的法律思维与制度体系提出了挑战。面对学界、业界及法律实务界对于数据治理领域制度输出的期待与诉求,2025年6月27日,第十四届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议对《中华人民共和国反不正当竞争法》(简称《反不正当竞争法》)作出修订,并于第13条第3款规定“经营者不得以欺诈、胁迫、避开或者破坏技术管理措施等不正当方式,获取、使用其他经营者合法持有的数据,损害其他经营者的合法权益,扰乱市场竞争秩序”,首次在法律层面设置数据不正当竞争专门条款(简称数据专条),映射出由“基于一般条款的司法实践摸索”到“顶层设计的宏观布局”再到“具体法律规则的立法确立”之法治理演进过程。相较于《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(简称《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》)的具体列举型条文表述模式,^③《反不正当竞争法》(2025年修订)最终选择了完全不同的简洁型条文表述模式。

目前,学界已开始围绕《反不正当竞争法》(2025年修订)展开初步研讨,但研究多是围绕数字经济时代的修法背景展开,强调在反不正当竞争立法中引入数据专条的积极意义,而并未将学理研究与数据专条之立

基金项目:2020年度国家社科基金青年项目“在线消费者评价法律问题研究”(20CFX060),2022年度辽宁省教育厅基
本科研项目“企业数据权益的竞争法保护问题研究”(LJKMR20221581)

作者简介:王博,女,东北财经大学法学院副教授。

^① [日]前田健「データの集積・加工の促進と知的財産法によるデータの保護」パテント73巻8号(2020年)201頁。

^② 2020年3月30日发布的《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》明确了“土地、劳动力、资本、技术、数据”五个要素领域改革的方向;2022年12月2日发布的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》(简称“数据二十条”)明确提出“增强数据要素共享性、普惠性,激励创新创业创造,强化反垄断和反不正当竞争”。

^③ 《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第18条第1款规定:“经营者不得实施下列行为,不正当获取或者使用其他经营者的商业数据,损害其他经营者和消费者的合法权益,扰乱市场公平竞争秩序:(一)以盗窃、胁迫、欺诈、电子侵入等方式,破坏技术管理措施,不正当获取其他经营者的商业数据,不合理地增加其他经营者的运营成本、影响其他经营者的正常经营;(二)违反约定或者合理、正当的数据抓取协议,获取和使用他人商业数据,并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务;(三)披露、转让或者使用以不正当手段获取的其他经营者的商业数据,并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务;(四)以违反诚实信用和商业道德的其他方式不正当获取和使用他人商业数据,严重损害其他经营者和消费者的合法权益,扰乱市场公平竞争秩序。”第2款规定:“本法所称商业数据,是指经营者依法收集、具有商业价值并采取相应技术管理措施的数据。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。”

法体例选择及具体条文设计充分融合,难以为接下来的法律适用提供前瞻性思考。《反不正当竞争法》(2025年修订)设置数据专条的目的是为数据反不正当竞争法治实践提供裁判依据。既然如此,立法上为何采取简洁型数据专条立法体例?这种立法体例是否契合数据产业发展的业界需求及司法实践的规范诉求?研究中需要从立法技术与规范构造层面入手揭示简洁型数据专条的相对合理性。此外,考虑到简洁型数据专条所能容纳的内容较为有限,只有妥当解释条文中的核心要素,才能为未来司法实践中的法律适用问题的前瞻式研究奠定基础。

一、《反不正当竞争法》数据专条的规范构造解读

针对《反不正当竞争法》(2025年修订)首次引入的简洁型数据专条,需要对其规范构造进行阐释,以证明立法技术上的合理性。具体而言:其一,需要说明新设的数据专条与司法实践中曾经依赖的同法第2条一般条款之间的差异;其二,需要说明简洁型立法体例所具有的阶段性意义。

(一)数据专条相对于一般条款的比较优势

虽然《反不正当竞争法》(2025年修订)简洁型数据专条的设置已成为事实,但这并不意味着此种立法体例选择能够获得学界的一致认同。事实上,在《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》尝试引入数据专条之际,学界便存在不同声音。有学者不无担忧地指出,如果“两害相权取其轻”的话,那么不如规定较为宽泛的一般条款,从而让司法者能够比较谨慎地在个案中进行探索。^①也有学者支持在《反不正当竞争法》中引入数据专条,认为“我国数据保护实践与数字经济发展的契合性及其凝聚的诸多共识足以表明,在反不正当竞争法框架内构建数据权利是一种比较理性和理想的选择,在当前的法律修订中设立‘数据保护专条’是明智之举”。^②客观而言,司法机关所发布的数据保护报告和典型案例均表明数据权益司法保护已形成一定规模,同时展现了数据开发利用的多种场景及权益纠纷的复杂样态。^③不过,数据内涵认知的相对模糊性、开发利用的多场景性及权益纠纷的复杂性并不能构成推进数据专条立法的阻碍。相反,相较于运用《反不正当竞争法》第2条一般条款来维护数据权益而言,新设数据专条有助于以明确的法律规则回应实践难题,具有立法技术上的相对优势。

首先,从一般条款到数据专条的更迭,契合了立法演进的基本规律。面对数据不正当竞争行为引发的争议问题,司法机关运用《反不正当竞争法》第2条一般条款予以回应,体现出依据原则性条款弥补法律规则供给不足的法治逻辑,展现了一般性法律原则的补充性作用。^④不过,一般条款具有相对抽象性,为司法裁判说理带来了较大的负担。并且,补充性作用也意味着一般条款虽然可以满足法律规则供给不足的一时之需,但长期以法律原则来填补法律规则上的完全空白,在法治效果与数据权益保护之社会效果等方面都存在局限。数据权益纷争并不是偶发案件,在案件多发、类型日趋多样化的演进过程中,问题的复杂化必然需要裁判规则的逐步明确化。因此,归纳一般条款适用于具体个案的裁判经验并将之提炼为法律规则,最终在立法上形成数据专条,契合了立法演进的基本规律。

其次,《反不正当竞争法》一般条款在适用中表现出覆盖面大、可适用场景类型多的特征,这成为一般条款被广泛运用于司法实践甚至演化为“万能钥匙”的关键因素。司法机关已逐步形成了对《反不正当竞争法》一般条款的依赖,由此呈现出对商业道德过度保护的倾向,造成经营者与竞争者之间的利益失衡。因此,一般条款对竞争利益的保护应加以克制。^⑤并且,一般条款适用于数据不正当竞争案件,是以商业道德标准推动法律原则的实践适用,但由于法官对商业道德的理解必然存在一定差异,即便肯定自由裁量权,也

^① 此为北京大学法学院薛军教授在“数字经济发展与竞争法适用”研讨会上发表的观点。参见兰江华:《评〈反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉——“数字经济发展与竞争法适用”会议综述》,载《竞争政策研究》2023年第3期,第79页。

^② 参见孔祥俊:《反不正当竞争法框架内的数据权利构建——“数据保护专条”的具体设计方案》,载《比较法研究》2025年第1期,第50页。

^③ 参见北京互联网法院课题组:《数据权益知识产权司法保护的体系协调与规则创新》,载《法律适用》2024年第2期,第102-103页。

^④ 《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》(法释〔2022〕9号)第1条也明确规定:“经营者扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者合法权益,且属于违反反不正当竞争法第二章及专利法、商标法、著作权法等规定之外情形的,人民法院可以适用反不正当竞争法第二条予以认定。”

^⑤ 参见刘建臣:《反不正当竞争法一般条款的保护限度——以市场区分为视角》,载《法学研究》2024年第6期,第40页。

无法避免类案裁判的差异性。显然,立法上引入数据专条是克制一般条款在司法实践中泛化运用的有效方案。

最后,在本次《反不正当竞争法》修订之前,司法实务部门运用一般条款对数据不正当竞争行为进行规制,仅为数据产业发展提供了一种不确定的、变动不居的个案保护进路,可谓是被迫选择和应急之策。面对数据权益保护的法治需求,出台数据专条不仅可以给司法裁判者认定涉数据不正当竞争行为提供更好的判断准则,也可以在一定程度上减少对涉数据不正当竞争行为认定中“泛商业道德化”的担忧。^①并且,立法上设置数据专条具有政策导向性和行为规范作用,传递出以明确立法条文治理数据反不正当竞争行为的积极意愿。

(二)现阶段数据专条采取简洁型立法体例的必要性

以数据集合为基础在赛博空间中塑造出某种围绕“架构”组织起来的新型财产利益,^②已经成为一种普遍业态。如果立法不能通过明确的法律规则对这种基于劳动投入所创造出的新型业态进行保护,必然会影响创新的积极性。与此同时,数据权益保护的司法实践正在积极展开,并已积累了数种类型与规模,确实可以进入总结经验教训和提升裁判依据的立法考量阶段。^③因此,在《反不正当竞争法》中明确设置数据专条具有必要性。并且,立法机关在立法体例上采用简洁型规范构造可谓是一种务实选择,值得肯定。

也有观点认为,《反不正当竞争法》应当充分总结司法实践经验,以界定商业数据的内涵并将侵害商业数据权益的不正当竞争行为类型化的方式,详细展开数据专条的立法设计。^④事实上,即便数据不正当竞争案件中确实存在着裁判模式不统一、标准不确定及考量因素多样化等现实挑战,亟需进行立法层面的改造升级,以增强行为预期的确定性和规则的透明度,但这并不意味着目前的立法需要呈现出一种复杂的规范构造。要推动司法裁判超越表层的直觉判断,摆脱对劳动价值、公平正义、诚实信用等朴素的正当性观念和思维惯性的依赖,一条现实可行的路径是:对实践中形成的共识性、底线性规则进行有效总结与提炼。因此,《反不正当竞争法》(2025年修订)中的数据专条采取简洁型条文设计,更契合现阶段的立法需求。

首先,简洁型数据专条彰显出一种排他性较弱的保护路径,可以满足数据权益保护的阶段性、过渡性需求。当前,由于数据的业态发展与权益保护仍处于探索阶段,故数据专条的设计不宜过于细致复杂,而应契合产业发展的阶段性特征,不能追求一步到位的立法业绩。现阶段数据反不正当竞争立法旨在通过明确和健全网络竞争行为的“红绿灯”规则,为各类经营主体明晰指引、划清底线。^⑤事实上,划清底线之立法目标定位,是对《反不正当竞争法》(2025年修订)选择简洁型数据专条的最好诠释,这将避免因司法过度介入数据产业发展之中而产生负面影响,是契合数据产业发展现状的务实选择。

其次,简洁型数据专条本质上是在总结既有裁判经验基础上确立的具有引领性的共识性、底线性规则。近年来,通过“大众点评诉百度案”^⑥、“新浪微博诉脉脉案”^⑦、“淘宝诉美景案”^⑧及“谷米诉元光案”^⑨等具有代表性的数据不正当竞争案例,司法实务部门在事实认定与裁判理念上达成基本共识,这为立法上共识性、底线性规则的确立奠定了基础。进而言之,一方面,作为企业重要资产的数据必然是数据持有者投入大量成本积累或合作开发的成果,他人非法获取数据并经营同类业务实为一种“不劳而获”的不正当竞争行为,因而需要在一定范围内赋予数据权利人排他性。另一方面,数据不正当竞争行为呈现数据剽窃色彩,必然导致特定市场被分割,给数据持有者带来竞争利益上的损失,进而引发营业收入或交易机会上的损失,最终扰乱市场竞争秩序。综上,从司法实践中总结出的共识性、底线性规则体现了反对数据被非法获取利用的态度,

① 参见孟雁北:《〈反不正当竞争法〉修订视野下涉数据不正当竞争条款探析》,载《数字法治》2024年第3期,第78页。

② 参见胡凌:《数字经济中的两种财产权:从要素到架构》,载《中外法学》2021年第6期,第1582页。

③ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法框架内的数据权利构建——“数据保护专条”的具体设计方案》,载《比较法研究》2025年第1期,第51页。

④ 参见刘自钦:《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》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2023年第3期,第35页。

⑤ 参见市场监管总局价格监督检查和反不正当竞争局:《保障市场竞争机制在法治轨道上高效有序运行——关于〈网络反不正当竞争暂行规定〉的解读》,载《中国市场监管报》2024年6月19日,第3版。

⑥ 参见上海市知识产权法院民事判决书,(2016)沪73民终242号。

⑦ 参见北京市知识产权法院民事判决书,(2016)京73民终588号。

⑧ 参见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2018)浙01民终7312号。

⑨ 参见广东省深圳市中级人民法院民事判决书,(2017)粤03民初822号。

为简洁型数据专条提供了立法素材。

最后,“数据二十条”所确立的数据资源持有权、数据加工使用权和数据产品经营权之“三权分置”具体方案未必能在短期内实现制度化落地。这在一定程度上决定了就数据内涵、开放利用方式及免责规定等问题难以形成正向的统一方案。因此,当前反不正当竞争立法的重心在于确立一种反向规制的要旨,并以之作为确立行为边界的底线性要求,同时为司法裁判处理新型案件保留必要的裁量空间。一方面,即便现阶段基于类型化思路逐一列举违法行为,仍难以细化、穷尽现有的不法情形,并且所列举情形之间也可能存在交错重叠,甚至与有必要通过合同条款进行约束的合作行为相混淆。另一方面,如果对违法行为类型作出过于细致的规定,很可能会限制司法上的裁判空间,甚至会对数据自由流动产生阻碍。进而言之,具体列举式立法体例需要在全面准确把握各类数据权益纷争案件类型的基础上展开,也需要明确私法机制与反不正当竞争机制之间的功能划分。概言之,当前的数据反不正当竞争立法不宜将一些过于细致又难以把握的规定纳入其中,更不能期待通过《反不正当竞争法》来完成数据“三权分置”的具体方案。

二、《反不正当竞争法》数据专条中保护对象的解释方案

《反不正当竞争法》(2025年修订)采取简洁型数据专条立法体例具有合理性,但条文的适用有待进一步探讨。从保护对象的维度来看,数据专条将所要保护的数据表述为“其他经营者合法持有的数据”,适用的要点涉及两个方面,一是对数据内涵的合理把握,二是对“合法持有”的妥当解释。

(一)数据内涵的相对开放性

数据专条将保护对象表述为“其他经营者合法持有的数据”,但并未在立法上对数据这一保护对象的内涵作出明确界定。《反不正当竞争法》对“商业秘密”等基本范畴采取的是明确界定体例,为司法实践提供了明确指引。基于此,如果数据专条对数据内涵作出明确界定,似乎也具有参考依据。《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第18条第2款就明确界定了商业数据的内涵——“本法所称商业数据,是指经营者依法收集、具有商业价值并采取相应技术管理措施的数据”。

不过,在当前业界与学界仍未能全面认识并清晰解构数据要素的背景下,以具体条款对数据作出明确界定,固然表达出以界定核心范畴来提升规范明确性的良好意愿,但也确实存在限制数据内涵导致保护范围过窄的风险。有学者指出,对于商业数据的立法表述应当进一步斟酌或删除,而涉数据不正当竞争的行为手段也不适合采用与商业秘密条款类似的不正当竞争行为表现形式的立法表达。^①从立法技术上讲,在尚未充分把握数据的事实形态与发展规律的情况下,在数据专条中对数据内涵直接作出明确界定,仍然是不合时宜的。通过语言文字来描述数据内涵,会因语义的有限性与表述对象的复杂性,给法律适用带来难题,可能暴露出文义解释与规范目的及社会发展之间的紧张关系。因此,数据专条选择不对数据进行具体界定的做法值得肯定。并且,在数据专条的解释适用中,也应当确保数据内涵的开放性。

一方面,在数据专条的解释适用过程中,不能先入为主地对数据作出内涵上的限定。事实上,数据如何被收集、是否具有商业价值及具有何种商业价值,现阶段都无须从规范层面作出规定,甚至将来也难以通过具体条文直接加以规定。因此,不仅应当在立法上保持数据内涵的开放性,在解释上也需要避免“画地为牢”,着力于弥合文字表意与客观的事物本质之间的跨度。何种数据值得保护,与其说取决于数据内涵,不如说取决于围绕特定数据所形成的业态及数据的利用方式。数据内涵与类型的纷争即便在当前实践中可能存在,也可交由司法机关结合个案作出具体判断,也即通过司法自由裁量来回应保护对象本身的复杂性。

另一方面,从功能定位来讲,《反不正当竞争法》的行为规制法特点及其确立商业行为底线规则的功能目标,契合了数据市场发展初期的规制需求,从而成为当前解决数据纷争的重要法律规制路径。^②并且,《反不正当竞争法》对于数据权益的保护是一种基于事实上的支配状态对由此获取的权益所进行的保护,目标在于维护基本的竞争秩序。在对数据要素内涵及开发利用业态尚未准确把握的前提下,以竞争秩序维护为根本目标的反不正当竞争立法,不宜首先成为对数据内涵或类型作出规定的领域型立法。同时,数据专条解

^① 参见孟雁北:《〈反不正当竞争法〉修订视野下涉数据不正当竞争条款探析》,载《数字法治》2024年第3期,第79页。

^② 参见孟雁北:《〈反不正当竞争法〉修订视野下涉数据不正当竞争条款探析》,载《数字法治》2024年第3期,第76页。

释适用中不应追求从限定数据内涵入手来确立规制边界,而应当构建一种既赋予一定排他性又兼顾数据流通利用的弱权利保护机制。^①弱权利保护机制意味着反不正当竞争法对数据权益的保护也是相对克制的,绝非是一种全方位的封闭式保护。综上,数据专条的保护对象应跳出数据内涵的框架,在保护范围上保留开放空间,并交由司法实务部门进行具体判断。

(二)“合法持有”的规范意涵

数据专条将保护对象表述为“其他经营者合法持有的数据”,“持有”一词虽表明了经营者对数据本身的实际支配,但不同业态下经营者对数据的具体管理方式可能存在差异,控制程度也会有所不同,甚至不排除以完全公开的数据作为运营基础。因此,如果不对“持有”这一表述进行规范性诠释,便难以充分体现经营者对于数据的控制程度与具体意愿,也无法表明权利外观,容易引发更多的实践纷争。

从学理层面来看,对于是否有必要将技术管理措施^②作为持有数据的基本标准,学界存在一定的争议。有观点认为,应将事先的保护措施规定为受保护数据的构成要件。^③《日本不正当竞争防止法》将保护对象设置为“限定提供数据制度”,便是此种立法思路的体现。^④也有观点认为,没有必要将“采取技术管理措施”作为构成要件,否则可能导致一部分数据无法获得保护,也会增加平台的负担。^⑤此外,从规范演进层面来看,《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》将保护对象限定为“采取相应技术管理措施的数据”,而《反不正当竞争法》(2025年修订)的数据专条将保护对象表述为“持有的数据”,条文表述的更替及文字差异是否意味着“持有”不等同于“采取相应技术管理措施”?需要注意的是,数据专条中不正当竞争的行为方式被表述为“以欺诈、胁迫、避开或者破坏技术管理措施等不正当方式”,给人留下了区分对待的直观印象,也即以避开或者破坏技术管理措施的不正当方式非法获取的数据自然以设置技术管理措施的数据为对象,而以欺诈、胁迫等不正当方式非法获取的数据并不涉及设置技术管理措施的数据。

《反不正当竞争法》以行为规制为特征,对于保护对象本身不宜作出过多限定。然而,行为规制进路又与数据的权利外观存在关联,因为数据权利外观本身可以在一定程度上表达出权利人对数据的支配程度。数据如果无法在权利外观上被有效识别,将其纳入行为规制之保护进路,则可能约束行动自由,反而增加法治成本,引发规制边界模糊及实践滥用风险。因此,从立法目的及保护必要性层面来看,对于“持有的数据”这一保护对象应当采取一体化解释,将之限定为设置技术管理措施的数据,理由如下。

首先,这一解释的核心功能在于宣示数据权利,从而明确行为规制进路必须以明确的权利外观为前提。技术管理措施要件具有一种宣示意义,足以让行为人识别出经营者对于数据的支配意愿,但不要求达到绝对的技术性预防效果,本质在于反映出规避或破坏技术管理措施而获取数据的可谴责性。事实上,即便经营者所积累的特定数据(如消费评价数据)需要向用户公开提供,只要设置“登录后可见”,就可以对开放范围加以限定。因此,设置技术管理措施的数据,既不会影响数据被公开利用的业态,也不会混淆数据与商业秘密的界限。并且,对于保护管理措施的程度要求不宜过高,达到宣示数据权利状态且易于识别的程度即可。

其次,这一解释本质上更有助于促进数据的自由流动。以技术管理措施作为持有的解释坐标意味着,如果对数据不采取任何技术管理措施,则自然可以认为此类数据向公众开放并可以被获取利用。只要他人在利用过程中不违背诚信原则或公序良俗,即便发生争议,司法机关也应当认可获取利用行为的合法性,避免仅依据危害性标准进行事后判断而得出构成不正当竞争行为的结论。相反,如果不以技术管理措施作为持有的解释坐标,便不利于对数据权益状态的有效识别,而且可能导致司法机关难以判断数据权利人对于数据的支配意愿,由此造成行为边界难以被预期,在整体上影响了数据的自由流动。

^① 参见孔祥俊:《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》,载《东方法学》2022年第5期,第15页。

^② 数据的技术管理措施是一种对外宣示数据权利和限定利用范围的措施。用户身份认证是最基本的技术管理措施,如账号+密码、IP地址等。除此之外,较为严格的身份识别还涉及数字签名、指纹识别、生理信息认证、电子证明书、激活方式、特定终端机和令牌等。

^③ 参见孔祥俊:《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》,载《东方法学》2022年第5期,第15页。

^④ 参见邓韬:《日本商业数据保护模式中促进数据流通的机制及启示——以限定提供数据制度为例》,载《现代日本经济》2024年第1期,第82页。

^⑤ 此为元蕾法官在“数字经济发展与竞争法适用”研讨会上发表的观点。参见兰江华:《评〈反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉——“数字经济发展与竞争法适用”会议综述》,载《竞争政策研究》2023年第3期,第85页。

最后,即便这一解释可能增加数据权利人的经营成本,这种成本在经济分析视野下也微乎其微,不足以构成实质性顾虑。不可否认,以技术管理措施作为权利外观的表征确实会为数据权利人带来一些额外投入,但与数据获取及后续开发利用过程中所投入的成本相比,技术管理措施并非是一种过高的投入。设置技术管理措施并不意味着对经营者提出过高的技术要求,其核心在于主观层面的宣示权利,而非实现客观意义上的技术对抗效果。技术管理措施的设置要求是让他人意识到数据非随意供人抓取即可。并且,分析数据权益保护的投入成本时,不能仅考虑数据权利人的投入成本,而忽视司法保护的投入成本。如果忽视技术管理措施本身所具有的划定行为边界的色彩,则会引发更多的权益纠纷及诉讼行为,反而增加司法机关的负担,整体来看并未减少成本支出。由此而言,因设置技术保护措施所增加的些许经济负担并非关键考量因素,应当从数据权益保护的整体架构中去评判以技术保护措施为坐标来解释数据持有的必要性。

三、《反不正当竞争法》数据专条中违法行为与损害结果的适用分析

数据专条将数据不正当竞争的行为方式表述为“不得以欺诈、胁迫、避开或者破坏技术管理措施等不正当方式,获取、使用”(其他经营者持有的数据),整体上也是采取了“手段行为+目的行为”的规范构造。对此,有必要展开体系化思考,明确解释适用的基本坐标。此外,对于“损害其他经营者的合法权益,扰乱市场竞争秩序”这一关于损害结果的惯常表述,也需要作出简要说明。

(一)行为方式的解释要点

数据作为新型生产要素,具有无形性、非消耗性等特点,可以接近零成本无限复制,不仅对产权确立、流通及利用分配等制度体系提出新挑战,也为立法上准确表述不正当竞争中的违法行为手段带来了挑战。易言之,违法的手段行为在实践中可能是多样的,立法难点在于应对其采取抽象式表述(如仅表述为“不正当方式”)还是列举式表述。直观来看,数据专条将数据不正当竞争的手段行为表述为“欺诈、胁迫、避开或者破坏技术管理措施等不正当方式”,也即采取“列举+兜底”的条文表述方式,这一表述面临着体系逻辑上的解释挑战,有必要加以说明。

首先,对于“欺诈、胁迫”等部分手段行为而言,《反不正当竞争法》第10条(即商业秘密专条)第1款第1项同样规定了“以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段”,数据专条中的部分手段行为(欺诈、胁迫)与商业秘密专条的行为方式表述具有一致性。考虑到商业秘密专条已经适用多年,积累了一定经验,在解释数据专条的欺诈、胁迫时可以整体参考商业秘密专条,并寻求体系上的一致性。欺诈可以被解释为,通过虚构事实或隐瞒真相使数据权利人陷入错误意思表示进而获取数据的行为;胁迫可以被解释为,以施加人身伤害或披露隐私等方式相威胁,迫使数据权利人向其提供数据的行为。此外,数据专条并未列举盗窃数据的行为,此举究竟是立法者有意为之,还是意味着盗窃不属于数据专条中的手段行为?从商业秘密专条的立法考量来看,其选择具体列举型条文表述模式是基于法治实践经验,将现阶段较为多发的手段行为方式明确列举。同时,该模式具备开放性,可在后续法律修订中动态调整。

由此而言,某一行为类型虽未在条文中被具体列举,也不必然被排除于规制范围之外。理论上可预见的其他行为手段仍可涵摄于条文的概括性规定之中。例如,商业秘密专条规定的“其他不正当手段”,也可以包括抢夺了载有商业秘密信息的资料。只不过此类行为方式在实践中较为少见,基于条文表述简洁性的要求而未具体列举。因此,对于数据专条未具体列举的手段行为方式,只要行为本身与欺诈、胁迫在违法程度上具有相当性,便可以将其纳入该条的“等”字的解释范围。

其次,数据专条中的“避开或者破坏技术管理措施等不正当方式”是专门针对数据不正当竞争新设的手段行为类型,对此需要作进一步说明。针对技术管理措施,避开与破坏并无实质区别,目的均是使技术管理措施失效。尤其是对于相对开放的数据,其技术管理措施旨在对竞争对手而非普通用户形成技术限制。一旦该措施被避开或破坏,则意味着对竞争对手的限制失效,数据可能被其非法获取。以实践中最为典型的反爬虫措施为例,一方面,反爬虫措施^①的技术本质在于区分普通用户和爬虫,实现有效筛选,从而在保证用户正常访问的前提下阻止爬虫获取数据,实现面向机器访问的数据流动性(流量)控制。另一方面,规避或破

^① 常见的反爬虫措施包括请求头设置、登陆限制、流量限制、AJAX 动态加载数据、Cookie 限制、验证码限制等。

坏反爬虫措施意味着数据持有者无法通过技术手段实现访问限制,其所带来的效果是竞争对手亦可以获得向普通用户开放的访问权限及数据。^①因此,在对数据专条中“避开或者破坏技术管理措施”要件进行解释时,应着眼于避开或破坏行为的后果,即导致对访问及获取数据权限进行限制的目的落空,而非着眼于对技术管理措施及规避、破坏行为作出技术性阐释。

最后,数据专条将目的行为表述为“获取、使用”,扩展了行为规制的范围。从条文表述及体系逻辑上来讲,“获取、使用”可以被解释为如下行为构造。一是非法获取数据后使用数据。在数据不正当竞争中,行为的最终目的并非获取数据本身,而是在非法获取数据的基础上使用数据获得利益。而损害其他经营者的合法权益之损害结果的发生,也多是源于开发利用数据的行为。可以说,非法获取并使用才是规制的重点对象。二是以合法获取为前提但违背约定的非法使用行为。从数据产业来看,基于数据开发利用合同合法获取数据后,违背约定利用数据的行为也会损害数据权利人的合法权益,可以被认定为非法使用行为。值得注意的是,违约使用作为被法律否定的行为方式,更易被纳入私法调整的框架。三是非法获取数据尚未使用的行为。如果获取数据后未将其投入开发利用,此类行为往往难以直接产生经济收益或造成数据权利人的利益损失,将其类型化为违法行为,目的在于事前预防,即通过宣告行为违法以要求行为人停止侵害。

(二) 损害结果的认定标准

数据专条在损害结果方面采取了一种惯常表述方式,即“损害其他经营者的合法权益,扰乱市场竞争秩序”。从司法实践来看,实务部门在衡量不正当竞争行为造成的损害时,通常需要评估受损方的经济损失等。但对于数据不正当竞争行为而言,不同场景下数据经营收益所遭受的影响很难准确评估,因不正当竞争行为导致的数据价值减损也不容易判断。^②因此,关于损害其他经营者的合法权益的认定,需要结合既有司法实践经验逐步展开。

在对涉嫌数据不正当竞争行为的损害结果进行判断的过程中,最受司法部门关注的问题是,获取并使用他人数据的行为究竟是照搬照抄,还是在他人数据基础上实现了创新。若是简单照抄,往往会产生实质性替代后果,进而构成不正当竞争;若是具有创新性,则需要综合考虑被告使用行为的创新程度、对原告利益的影响及其在促进社会福利提升方面的贡献、是否有更好的替代方案等因素,来判断被诉行为的竞争后果。^③由此而言,可以围绕以下两个维度认定数据专条中的损害后果。

第一,判断数据不正当竞争行为是否产生了实质性替代后果。例如,在“淘宝诉美景案”^④中,法院认为,被告的商业模式实质性替代了原告的商业模式,损害了原告的合法权益。实际上,非法获取数据后的利用模式是决定其他经营者市场竞争权益是否受损的关键。若行为后果构成实质性替代,则必然会损害其他经营者的合法权益,即便损害后果尚未直接显现,也可以作出同质性认定。

第二,如果非法获取数据后的行为后果尚未构成实质性替代,则需要对是否存在损害结果作出实质判断。实质判断维度一般包括是否导致权利人预期利益减少或流量减少、是否导致权益维护的投入成本增加(如需要提升技术措施、增加技术人员)、是否妨碍产品服务的正常运行或危害系统安全等。由此,可将后果划分为三种类型:其一是“减损型”,即造成数据权益人经济或其他方面的损失;其二是“增加成本型”,即不合理地增加了数据权益人的经营成本;其三是“破坏型”,即妨碍产品服务的正常运行或是对数据安全或平台系统造成危害。当然,如果行为人仅仅是非法获取(抓取)数据,在一定程度上影响了其他经营者对于特定数据的掌控,但尚不能证明造成了实质的经济损失,那么应要求其停止侵害。

四、《反不正当竞争法》数据专条适用中的关系协同

数据专条的设置是数据不正当竞争行为规制法治建设的关键一步,在数据权益保护规范体系中处于重要地位。但数据专条也仅是各类数据保护机制中的一环,处于复杂的关系结构之中。因此,适用中要妥当处

^① 参见姜瀛:《论刑法介入网络数据爬取行为的类型与限度》,载《浙江社会科学》2021年第10期,第37页。

^② 参见王先林:《数字经济领域反不正当竞争法的制度完善与适用协调——以我国〈反不正当竞争法〉第三次修改为视角》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2025年第7期,第5页。

^③ 参见浙江省高级人民法院联合课题组:《关于企业数据权益知识产权保护的调研报告》,载《人民司法》2022年第6期,第10页。

^④ 参见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2018)浙01民终7312号。

理好数据专条与其他规范或机制之间的关系,其中主要涉及数据专条与商业秘密专条、相关部门规章及数据利用约定之间的关系协同。

(一)《反不正当竞争法》数据专条与商业秘密专条的适用逻辑

商业秘密的价值往往源于其相对不公开的性质,因此,非权利人获取商业秘密或者使他人获知商业秘密的行为,将导致商业秘密知悉范围扩张,侵害商业秘密权利人的权益。但数据本身并不必然构成商业秘密,并且很多业务场景下的数据——即使是设置特定的技术管理措施——是向用户完全公开的,难以将数据资源本身作为商业秘密进行管理。由于数据与商业秘密存在差异,故在《反不正当竞争法》(2025年修订)中专门设置数据专条有其必要性。当然,如果数据处于不为公众所知悉的状态,具有商业价值,并且属于经权利人采取相应保密措施的技术信息或经营信息,则应当认定其为商业秘密。由此而言,数据专条与商业秘密专条可以在一定程度上互为补充。

一方面,从基本原理来讲,之所以不宜从条件、标准或类型边界等方面对数据作出过多过细的规定,是因为商业秘密条款可以对非公开性数据或数据集合及衍生产品进行有效保护。^①在商业秘密保护标准相对成熟、裁判可预期性较高的背景下,对于构成商业秘密的数据集合及其衍生的数据分析产品,即便数据专条在理论上亦可适用,现阶段也更倾向于优先适用商业秘密专条,以为其提供更为直接的保护。简言之,数据专条与商业秘密专条发生竞合时,应优先适用明确程度更高、司法裁判经验更为丰富的商业秘密专条。

另一方面,虽然向普通用户完全开放的数据不构成商业秘密,但这并不能改变数据经营者在积累数据过程中投入人力物力的事实。实践中,将数据向用户免费公开以获取流量已成为互联网运营与数据开发利用的方式之一。当经营者为此投入成本,他人获取数据并使用数据经营同类业务的行为,便会导致经营者市场占有率下降并遭受经济损失。对于此种不正当竞争行为,显然只能通过数据专条予以规制。

(二)《反不正当竞争法》数据专条与《网络反不正当竞争暂行规定》之间的关系

整体来看,《反不正当竞争法》(2025年修订)围绕新型网络不正当竞争行为对各条款进行了梳理整合,使法律规范逻辑更周延,更具体系性,避免了细化规定导致的法条冲突,适应了数字经济行为的快速变化。^②不过,由于相关部门规章中同样存在数据专条,因此,在《反不正当竞争法》数据专条的解释适用过程中,需要同步关注其与下位法之间的关系。

市场监管总局2024年发布的《网络反不正当竞争暂行规定》第19条规定:“经营者不得利用技术手段,非法获取、使用其他经营者合法持有的数据,妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行,扰乱市场公平竞争秩序。”这亦是数据保护条款。《网络反不正当竞争暂行规定》第19条侧重于规制网络产品或者服务,相较于《反不正当竞争法》(2025年修订)而言出台在先,但在效力位阶上低于数据专条。因此,只要该规定本身与数据专条不存在实质性冲突,便应肯定其效力。

比较《网络反不正当竞争暂行规定》第19条与《反不正当竞争法》数据专条,前者的保护对象也是持有的数据,目的行为也是获取、使用,与后者的条文表述整体一致。或者可以认为,《反不正当竞争法》数据专条在制定时适度参考了《网络反不正当竞争暂行规定》第19条。二者在条文表述上的差异主要体现于手段行为方式与损害后果。一方面,《网络反不正当竞争暂行规定》第19条规定的行为方式以技术手段为中心,而《反不正当竞争法》数据专条在一定程度上借鉴了商业秘密专条的表述,未将手段行为局限于利用技术手段,还纳入了欺诈、胁迫等常规的不正当方式。同时,《反不正当竞争法》数据专条所规定的技术手段为“避开或者破坏技术管理措施等不正当方式”,而《网络反不正当竞争暂行规定》第19条作为下位法,不能超出上位法的规定,因此,该条中的“利用技术手段”应被限定为“避开或者破坏技术管理措施”。另一方面,在损害后果要件方面,《网络反不正当竞争暂行规定》第19条规定的“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行”,实际上是其作为下位法对《反不正当竞争法》互联网专条中损害结果的简单重复,本身并不具有特别明确的规范性意义,因此,《网络反不正当竞争暂行规定》第19条规定的损害结果要件与《反不正当竞争法》数据专条也并不存在实质冲突。综上,《网络反不正当竞争暂行规定》第19条与《反不正

^① 参见崔国斌:《新酒入旧瓶:企业数据保护的商业秘密路径》,载《政治与法律》2023年第11期,第11页。

^② 此为杨东教授接受访谈时表达的观点。参见荆龙:《平台经济塑形:“内卷”的公平竞争——反不正当竞争法修订聚焦数字经济健康发展》,载《人民法院报》2025年6月25日,第4版。

当竞争法》数据专条未产生实质冲突,该条可以继续适用。

(三)《反不正当竞争法》数据专条与数据利用约定的功能界分

从功能定位来讲,《反不正当竞争法》所确立的行为规制进路,重心在于对缺乏合作关系的经营者之间的不正当竞争行为作出规定,由此而言,行为规制进路不宜介入数据权利人之间因合同关系或者基于网络规约所形成的数据合作开发与利用的纠纷之中。因此,数据专条应当表现出一定的谦抑性,避免适用于由数据开发利用合同及网络规约引发的数据权益纠纷,从而为意思自治保留必要空间。

一方面,在双方事先有合作关系的情况下,行为人确实可能违反约定获取或使用数据,侵犯相对方权利。此类行为应当被置于私法架构下进行评判,即遵循约定优先原则处理纠纷,不应盲目适用数据专条。《反不正当竞争法》是不得已地强制介入到市场经济活动之中,这种介入的程度与范围应当被有效控制,尤其要与私法自治之间实现功能协调。因此,如果存在数据使用约定,数据专条就没有必要直接介入。

另一方面,数据权利人为了支持数据流动、实现数据利用最大化,可能会在确保数据开放性的前提下同时设置“robots 协议”等数据抓取规则。此类规则与格式合同具有一定的相似性,但数据抓取行为人可能会违背数据权利人所设置的“robots 协议”等数据抓取规则。如果“robots 协议”等数据抓取规则本身存在限制竞争、背离商业道德等问题,则应当基于反不正当竞争法或反垄断法对“robots 协议”本身作出评价,但这并非针对数据抓取行为本身。相反,若是数据抓取行为违背正当的“robots 协议”等数据抓取规则,则应当将此行为纳入“robots 协议”的架构中,展开私法层面的裁判,数据专条亦不应介入,以免过度干预意思自治。

五、结语

《反不正当竞争法》(2025 年修订)中的简洁型数据专条侧重于行为规制进路,但这并不意味着完全排斥数据确权进路。不过,在一段时期内,数据权属仍会处于不确定的状态。不确定意味着很难通过一种预先确定好的制度体系为数据获取、开发与利用提供指引,这是法律面对新兴事物时必然花费的时间成本。即便认为数据确权是数据法治的高端形态或终极目标,行为规制进路依然充分表明数据的产业发展与创新应以不侵犯其他经营者的合法权益为前提,由此可确立维护数据竞争秩序的最低标准。

Normative Construction and Application Prospects of the Data Clause Under the Background of the Revision of the *Anti-Unfair Competition Law*

WANG Bo

(Law School, Dongbei University of Finance and Economics, Dalian 116025, China)

Abstract: In order to deal with unfair competition in data, the *Anti-Unfair Competition Law (2025 Revision)* has introduced the data clause, adopting a concise legislative approach. The concise data clause represents a progressive legislative thinking, which is a bottom line rule established on the premise of summarizing judicial experience. The data clause describes the protected object as “data lawfully held by other operators”. In practical application, the relative openness of data content should be maintained, and technical management measures should be used as the explanatory coordinates for holding. The behavior of data clause adopts a binary structure of means behavior and purpose behavior. In the process of interpretation, attention should still be paid to the correlation between the two, and typological differentiation should be sought under the guidance of system logic and normative protection purposes. In addition, attention should also be paid to grasping the application logic of data clause and the specific trade secret clause, and reasonably grasping the functional distinction between the behavior regulation approach of data clause and the private law autonomy approach of data development and utilization agreements.

Key words: unfair competition in data; *Anti-Unfair Competition Law*; data clause; normative construction