

我国数据交易流通中商业秘密保护 规则的构建*

张晨阳

【摘 要】在推动数据交易流通过程中，法律应保护法定在先的权利或利益。要客观分析我国数据交易流通中商业秘密保护规则的现状和不足，洞悉世界范围内数据立法的新发展，明确欧盟《数据法案》旨在探索数据交易流通领域商业秘密保护的帕累托最优状态，并以三条主要路径协调商业秘密保护与数据资源利用的关系。我国应提炼欧盟在数据交易流通中商业秘密保护规则蕴含的底层逻辑，优化我国的商业秘密保护规则。《反不正当竞争法》应确立数据保护专条与商业秘密条款的双向调适原则，逐步形成专门的商业秘密法，发展数据交易流通中商业秘密保护之中国模式，构建明确且适当的商业秘密保护规则。

【关键词】数据交易流通 商业秘密 帕累托最优状态 欧盟《数据法案》

【作者简介】张晨阳，法学博士，中国社会科学院欧洲研究所助理研究员。

【中图分类号】D93 **【文献标识码】**A

【文章编号】2097-1125（2025）09-0056-19

* 本文系中国社会科学院“青启计划”之“欧盟商业秘密保护立法研究”（2024QQJH175）的阶段性成果。

一、引言

数据作为一种非竞争性准公共产品，其交易流通与保护之间存在内在张力。数据的自由流通虽能够提高资源配置效率、促进技术进步与市场创新，但数据流通可能导致商业秘密泄露，对企业独有的资源优势与竞争力造成某种损害。数据的经济价值在很大程度上依赖其稀缺性、质量和使用场景，这些特征决定了数据交易流通与数据承载的权利或利益保护之间的平衡需求。学界对“数据交易流通”尚无统一的定义，其主要表现为“双方或多方之间对数据控制权的自愿转移与分享”。^① 数据交易流通的核心环节是数据交换的过程，交易平台通过大数据技术，如分布式存储、云计算和人工智能等，推动数据交易流通的有序进行，但在数据的抓取和存储、异构数据的处理、数据质量的修正、数据资产元数据的管理、数据访问的控制与加密、数据访问的跟踪等方面均存在无法预知的安全隐患和侵权风险。有学者认为，“非自然主体性之维系则主要表现为对拟制主体的机体完整和正常运营的保护，特别是要确保与其生产经营活动相关的‘知识产权’和‘商业秘密’等利益不因被数字化利用而减损”。^② 数据作为一种具有高度非排他性的生产要素，是提高市场效率、优化资源配置的重要工具。若市场主体能够通过自愿协商实现资源的最优配置，数据交易流通与商业秘密保护之间的矛盾自然得以解决。但现实可能并非如此，各国应在数据要素市场化配置的内生演化机理下，逐步形成“内部演化+外部规范”的双轮驱动治理模式。在数据交易流通中，如何尊重和保护与数据相关且法定在先的权利或利益，特别是商业秘密？各国应适时从规范层面做出专门的回应，并在商业秘密保护和数据交易流通自由的权利部分发生冲突时，确定权利主体能否行使其权利及权利行使的限度。在世界范围内，欧盟首次对数据交易流通中商业秘密保护规则的构建进行了探索，形成了以动态平衡数据交易流通和商业秘密保护为核心的欧盟模式。

① 许可：《数据交易流通的三元治理：技术、标准与法律》，《吉首大学学报》（社会科学版）2022年第1期，第96页。

② 熊丙万：《论数据权利的标准化》，《中外法学》2023年第5期，第1149页。

我国应理性看待欧盟“特定数据监管模式的全球扩张”，^①进一步探索并形成兼顾数据价值和商业秘密保护的中国模式。

二、我国数据交易流通中商业秘密保护规则的现状和不足

《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)规定了商业秘密的构成要件,^②《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第123条将“商业秘密”定性为知识产权的权利人享有专有权利指向的客体。^③在数据交易流通中,《反不正当竞争法》和《民法典》为识别“商业秘密”提供了重要的法律依据,为商业秘密的保护提出了建设性的法律意涵。但是我国数据交易流通中商业秘密保护规则仍延续商业秘密保护的分散式立法模式,导致专门性和集中性规则缺位。同时,我国商业秘密保护的理论基础存在争议,知识产权等权利或利益与商业秘密的属性存在差异,进一步阻碍了法律规则的灵活适用。

(一) 尚未形成平衡数据交易流通与商业秘密保护的专门性规则

《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》提出“加快培育数据要素市场”,“加强对政务数据、企业商业秘密和个人数据的保护”。^④《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》(以下简称“数据二十条”)进一步提出,“以维护国家数据安全、保护个人信息和商业秘密为前提”,“充分实现数据要素价值、促进全体人民共

① 金晶:《欧盟的规则,全球的标准?——数据跨境流动监管的“逐项竞争”》,《中外法学》2023年第1期,第46页。

② 《反不正当竞争法》第10条第4款规定:“本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”

③ 《民法典》第123条第2款规定:“知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利:(一)作品;(二)发明、实用新型、外观设计;(三)商标;(四)地理标志;(五)商业秘密;(六)集成电路布图设计;(七)植物新品种;(八)法律规定的其他客体。”

④ 《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》,人民出版社2020年版,第8~9页。

享数字经济发展红利”。^①从数据或信息相关的法律规范层面看,《中华人民共和国个人信息保护法》并未涉及商业秘密保护的问题,而《个人信息出境标准合同办法》第9条提出网信部门及其工作人员对商业秘密的保密义务。^②《中华人民共和国数据安全法》(以下简称《数据安全法》)第38条则直接阐明国家机关在履行法定职责过程中对商业秘密的保密义务。^③但《个人信息出境标准合同办法》和《数据安全法》仅规范国家机关行政行为中的保密义务,并未涉及行政行为之外对商业秘密的保密义务。我国虽然相继出台重大战略部署性的政策文件,为平衡数据要素价值和商业秘密保护指明了方向,但是仍需要结合顶层设计和实践经验进一步优化和形成数据交易流通中商业秘密保护的专门规则。

数据交易流通中的商业秘密保护不仅需要立法的不断完善,而且需要司法机关通过案件裁判向社会提供更为明确的裁判规则。浙江省杭州市中级人民法院审理的“生意参谋”数据产品案^④是我国首例将数据产品作为商业秘密予以保护的司法案件。该法院审理认为,数据价值的实现在于流通使用,“生意参谋”数据商业信息并非原始数据或数据集合,而是某软件有限公司从无到有、加工分析而来的衍生数据,是制作者劳动成果的结晶,凝结了开发者人力、物力和财力的付出。将符合特定条件的数据产品作为商业秘密保护,不仅不会导致数据产品被独占或垄断,而且在数据产品的交易和使用过程中,可以促进数

① 《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》(2022年12月2日),《人民日报》2022年12月20日。

② 《个人信息出境标准合同办法》第9条规定:“网信部门及其工作人员对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等应当依法予以保密,不得泄露或者非法向他人提供、非法使用。”

③ 《数据安全法》第38条规定:“国家机关为履行法定职责的需要收集、使用数据,应当在其履行法定职责的范围内依照法律、行政法规规定的条件和程序进行;对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等数据应当依法予以保密,不得泄露或者非法向他人提供。”

④ 在该案中,原告缪某某因违反保密协议,将“生意参谋”数据产品子账号提供给他人使用,被认定侵害商业秘密,受到浙江省杭州市余杭区市场监管局的行政处罚。缪某某对行政处罚不服诉至浙江省杭州市中级人民法院,浙江省杭州市中级人民法院最终判决支持了浙江省杭州市余杭区市场监管局对缪某某的行政处罚决定。浙江省杭州市中级人民法院认为,“生意参谋”数据产品具备商业秘密的非公知性、价值性和保密性,应受到法律保护。

据的有限公开、自由流通和充分利用,从而实现数据的价值。^①在该案中,法院第一次附带性地提出商业秘密保护有助于实现数据交易流通中数据价值最大化。但该案要解决的主要争议点是数据产品是否符合商业秘密的构成要件。该案仍然在论证数据产品是否应该以商业秘密的标准保护,尚未涉及如何平衡商业秘密保护和数据交易流通之间的关系、商业秘密保护的限度为何、数据交易流通中数据的有限公开为何等问题。目前的司法实践虽可以为中国模式的形成提供初步的经验和探索尝试,但可能尚无力为系统性规则的构建提供全面参考。

(二) 我国商业秘密保护正当性的理论论证尚存争议, 阻碍数据交易流通

各国关于商业秘密保护的理论基础存在不同的学说,目前在学术界和实务界被广泛讨论的主要有知识产权理论、合同保护理论、违反保密义务理论、财产理论、不正当竞争理论、侵权理论等。有学者提出,根据《民法典》第123条,我国立法明确承认知识产权说(知识产权理论)。^②有学者进而提出,在我国,商业秘密逐步被确认为知识产权。^③还有学者认为,《民法典》第501条中“‘无论合同是否成立’表明这种保密义务贯穿于合同订立、履行乃至履行完毕之后。因为违反保密义务对商业秘密的侵害不会因合同成立或生效而被避免。究其实质,是因为保密义务指向商业秘密或其他应当保密的信息等固有利益,属于保护义务,可纳入侵权法之中”。^④

我国商业秘密保护理论存在争议可能造成我国企业与域外企业数据交易流通和商业秘密保护的双重困难。例如,当数据在意大利和我国之间进行跨境交易流通时,关于商业秘密的保护,意大利的企业可能主张援引意大利《工业产权法典》。在欧盟成员国中,意大利与众不同之处在于将商业秘密作

① 参见高敏:《以司法之力构建数据商业信息保护新生态:杭州中院审理一起涉数据产品商业秘密保护案件》,《浙江法治报》2024年8月30日。

② 参见黄武双:《商业秘密的理论基础及其属性演变》,《知识产权》2021年第5期,第4页。

③ 参见李林启、张慧丹:《论商业秘密的可质押性》,《行政科学论坛》2022年第4期,第23页。

④ 尚连杰:《〈民法典〉第501条(合同缔结人的保密义务)评注》,《法学家》2021年第2期,第179页。

为知识产权加以保护。^① 意大利倾向于以知识产权理论保护商业秘密，对商业秘密的保护应达到专有权标准，而商业秘密保护理论尚存争议的我国企业可能无法采取相应标准的保密措施。如果对方是支持合同理论的英国企业，不仅无法就相应的保密措施达成一致，而且对是否应该履行合同约定之外的保密义务可能存在分歧。随着我国国内数据多元流通和数据跨境流动的现象剧增，“数据本身具有较强的可复制性和较低的边际成本”，^② 一旦脱离数据持有人和数据使用人被第三方获取，并“在对其进行有效整合与共享后，（第三方）能够快速实现规模效应”，^③ 商业秘密的持有人则逐步丧失竞争优势，甚至遭受重大损害，进而引起数据封闭，数据的潜在价值无法被充分利用，从而阻碍我国企业和域外企业的数据交易与流通。

三、欧盟模式的制度特征与立法实践效果

（一）欧盟模式的形成和制度特征

欧盟认为，商业秘密是知识产权的补充。商业秘密被用于创新和形成知识产权的过程。例如，在一项发明获得专利之前，发明人将其视为秘密，因为如果它成为一般知识，则该发明失去了必要的新颖性要求。因此，商业秘密是专利（如新发明）、版权（如新小说或歌曲）、商标（如新品牌产品）和设计（如新车型设计）的起源。^④ 为了在欧盟内部市场形成统一的商业秘密

① 参见 Francesco Banterle, *The Interface Between Data Protection and IP Law: The Case of Trade Secrets and the Database Sui Generis Right in Marketing Operations, and the Ownership of Raw Data in Big Data Analysis*, in Mor Bakhoun and Beatriz Conde Gallego, eds., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, Berlin, Heidelberg: Springer, 2018, p.418。

② 马晓玥、白延涛：《以数据要素市场化驱动中小企业数智化转型的路径与策略研究》，《价格理论与实践》2024年第6期，第10页。

③ 马晓玥、白延涛：《以数据要素市场化驱动中小企业数智化转型的路径与策略研究》，《价格理论与实践》2024年第6期，第10页。

④ 参见 Protection against the Unlawful Acquisition of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets), https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/strategy/intellectual-property/trade-secrets/faq-protection-against-unlawful-acquisition-undisclosed-know-how-and-business-information-trade_en, 2025年3月21日。

保护和救济规则以及防止商业秘密滥用的保障措施,欧盟以《欧洲联盟运行条约》(TFEU)第114条“法律趋同”条款为基础通过了《商业秘密指令》,并要求成员国必须在2018年6月9日之前制定和实施该指令需要的法律和行政法规。值得关注的是,欧盟《商业秘密指令》^①倾向于采用侵权理论,其第2条规定的“侵权人”(infringer)的概念,指非法获取、使用或披露商业秘密的任何自然人或法人。^②同时,《商业秘密指令》第14条进一步提出商业秘密损害赔偿的范围,即商业秘密的侵权人应向商业秘密持有人支付实际损害的赔偿金。^③虽然该理论未被所有成员国采纳,但是成员国都在欧盟统一立法指导下对其国内立法进行了适度调整。欧盟“出台《数据治理法案》^④与《数据法案》两部支柱性数据法案,锚定挖掘数据潜力、释放数据价值的制度目标,引入一系列数据新规,通过依场景提供数据利用方案、建构数据信任支持体系、打造数据利益平衡机制等方略,以期解决此前长期困扰欧盟的数据赋能障碍和治理困境”。^⑤《数据法案》规定,数据持有人披露数据时应以《商业秘密指令》对商业秘密提供的保护方式进行解释,^⑥并用较大篇幅着重规范

① 参见 European Union, DIRECTIVE (EU) 2016/943 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2016 on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure, L 157/1, 15.6.2016。

② 参见 European Union, DIRECTIVE (EU) 2016/943 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2016 on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure, L 157/1, 15.6.2016。

③ 参见 European Union, DIRECTIVE (EU) 2016/943 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2016 on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure, L 157/1, 15.6.2016。

④ 《数据治理法案》主要规定公共数据的重复使用,该法案第5条主要涉及商业秘密保护。《数据治理法案》第5条规定:“公共部门机构可能有义务仅重复使用预处理的数据,前提是此类预处理旨在匿名或假名化个人数据或删除商业机密信息,包括商业秘密。”

⑤ 林秀芹:《欧盟数据赋能的法律促进路径:挑战、应对与启示》,《世界社会科学》2024年第4期,第40页。

⑥ 参见 European Union, REGULATION (EU) 2023/2854 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2023 on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data and Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act), Brussels, 22.12.2023。

商业秘密保护与数据交易流通自由的协调问题。

数据交易流通中商业秘密保护之欧盟模式主要在《商业秘密指令》的基础上引入数据和商业秘密的衔接机制。《数据法案》第2条沿用《商业秘密指令》的“商业秘密”^①的构成要件和“商业秘密持有人”^②的概念，并规定数据持有人和使用者应该约定保密措施，将对商业秘密的保密义务下的保密措施转化为明示条款，这是数据交易流通中商业秘密保护之欧盟模式的首要特征。首先，《数据法案》将违反保密义务理论融入立法，突破了《商业秘密指令》以侵权理论为主的关于商业秘密保护正当性的阐释模式。其次，《数据法案》突出了欧盟委员会对合同中涉商业秘密条款的事前审查权，以示范合同条款构建统分结合的数据交易流通与商业秘密保护的协调机制。最后，《数据法案》倾向于优化大型互联网企业和中小企业的利益平衡机制。《数据法案》规定，数据持有人有非歧视性提供数据义务，但数据持有人因披露商业秘密而遭受严重经济损失的除外。商业秘密持有人对交易流通中的商业秘密不享有专有权，但商业秘密代表一种竞争优势，数据持有人因向中小企业提供数据导致自身或第三人丧失竞争优势进而造成严重经济损失的情形成为非歧视性提供数据的豁免事由。总之，数据交易流通中商业秘密保护之欧盟模式集中反映了欧盟对商业秘密保护和数据交易流通自由之间的天然矛盾的先行预判，从立法层面形成制度保障和监管措施以实现数据资源相对理想化的配置状态。

（二）欧盟模式的立法实践——探索帕累托最优状态的立法表达

数据交易流通中商业秘密保护之欧盟模式以平衡数据交易流通自由与商业秘密保护的关系进而挖掘数据的经济价值为主要特征，从经济效率的角度研究，可以通过帕累托最优状态理论进行解析。帕累托最优状态是，“在既定的个人偏好、生产技术和要素投入量下，如果重新配置资源的结果不可能在不使

① 《商业秘密指令》第2条规定：“‘商业秘密’指满足以下所有要求的信息：（a）它作为一个整体或其精密的组成部分，并通常不为处理相关信息的人普遍所知或容易获得，因此，它具有秘密性；（b）它具有商业价值；（c）在这种情况下，合法控制人已采取合理措施以保密。”

② 《商业秘密指令》第2条规定：“‘商业秘密持有人’指合法控制商业秘密的任何自然人或法人。”

他人处境变差的同时使任何一个人的处境变好，则此时的社会资源配置处于最佳效率状态中”。^① 在数据交易流通与商业秘密保护的动态博弈中，本身具有经济价值的商业秘密可以带来市场效率的提升与创新收益，这些提升与收益必须与数据交易流通而支出的商业秘密保护成本相互抵消，只有接近这种理想状态，市场主体才能充分且稳定地享有数据的经济价值。如图1所示，实线表示边际收益（MB），随着数据流通过程度的提高，商业秘密保护的边际收益可能递减；虚线表示边际成本（MC），随着数据流通过程度的提高，商业秘密的保密措施成本可能逐渐增加。假设交点P表示数据交易流通领域商业秘密保护的边际收益与边际成本在该处达到平衡，数据交易流通不会造成额外的经济损失或市场效率下降。当 $MB=MC$ 时，数据交易流通中商业秘密带来的市场效率提升与创新收益与数据交易流通中支出的商业秘密保护成本正好相互抵消，达到帕累托最优状态，此时，数据的经济价值才能得到最安全且最大程度的挖掘。

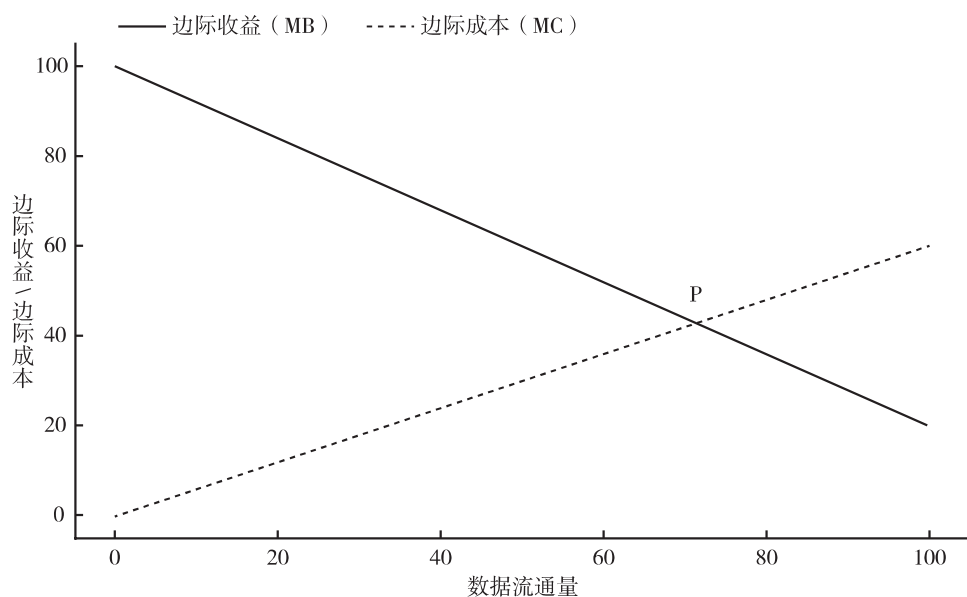


图1 数据流通与商业秘密保护的平衡问题

“欧盟有着巨大的数字经济市场，但其本土没能拥有与之相匹配的企业规模。”^② “欧盟非金融商业经济中的绝大多数（99%）企业是就业人数少于49人

^① 赵建国、吕丹编著：《公共经济学》，清华大学出版社2014年版，第21页。

^② 梅傲：《数据跨境传输规则的新发展与中国因应》，《法商研究》2023年第4期，第60页。

的企业（微型和小型企业），其次是就业人数低于 0.9% 的中型企业（50—249 人）。相比之下，只有 0.2% 的企业雇佣人数是 250 人或 250 人以上，这些则是大型企业。”^① 由于资金和规模的限制，没有足够的能力购买专利技术，导致欧盟中、小企业必须重视和依赖商业秘密。数据交易流通中的商业秘密泄露可能在欧盟引发相对明显的负外部性，即数据使用方在获得经济收益的同时，将泄密风险的社会成本转嫁给数据生产方与整个市场生态。这种负外部性不仅导致欧盟中小企业创新动力可能被削弱，而且会通过市场扩散效应损害整体经济的创新活力与公平竞争格局。因此，单纯依赖市场机制解决数据交易流通与商业秘密保护之间的矛盾并不可行，必须借助完善的法律法规，将探索帕累托最优状态置于立法层面以规范数据市场参与者的行为，降低负外部性的影响与扩散。

（三）欧盟《数据法案》中探索商业秘密保护的帕累托最优状态的主要路径

1. 路径之一：约定义务下商业秘密保密措施内涵的动态扩展

《数据法案》第 4 条规定：“商业秘密应予以保护，只有在数据持有人和用户采取一切必要措施保护其机密性的情况下才能披露，特别是涉及与第三方有关的机密性时。”^② “数据持有人或商业秘密持有人（如果他们不是同一个人）应确定哪些数据作为商业秘密受到保护，包括在相关元数据中，并应与用户商定必要的技术和组织措施，以保护共享数据的机密性，特别是与第三方有关的机密性。这些措施包括示范合同条款、保密协议、严格的访问协议、技术标准和行为准则的应用。”^③ 在数据交易流通背景下，欧盟认为数据持有

① 参见 Eurostat: SMEs Showed Resilience to Effects of Pandemic – Products Eurostat News – Eurostat (europa.eu), <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20221028-3>, 2025 年 3 月 21 日。

② 参见 European Union, REGULATION (EU) 2023/2854 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2023 on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data and Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act), Brussels, 22.12.2023。

③ 参见 European Union, REGULATION (EU) 2023/2854 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2023 on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data and Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act), Brussels, 22.12.2023。

人和使用人应该合意约定保密措施，此处数据持有人和使用人约定的“保密措施”看似不能等同于商业秘密构成要件之一的保密措施，但约定的对商业秘密采取的“保密措施”与商业秘密构成要件之一的保密措施在本质上是一致的，都是为了确保商业秘密的秘密性。商业秘密构成要件之一的保密措施是由商业秘密持有人采取合理的保密措施保护相关信息，这些保密措施可以包括物理措施（如锁、密码等）、技术措施（如加密、数字签名等）和管理措施（如访问控制、保密协议等）。2016 年，奥地利最高法院的一个判例对解释“合理保密措施”有一定参考性。奥地利最高法院认为，根据奥地利法律，即使发生了安全漏洞，商业秘密持有人也已经充分证明其对信息进行保密的意图。他们的工作包括维护一个带有用户名和密码的日志记录系统，并确保有限的人员知道这些信息。^① 这些措施是商业秘密持有人必须采取的，否则这些信息就不构成商业秘密。在数据交易流通背景下，对商业秘密的“保密措施”是数据持有人或数据使用人为商业秘密不被他人轻易得到而采取的措施，这些措施是对商业秘密构成要件之一的保密措施内涵的动态扩展。同时，从微观层面看，双方合意约定“保密措施”是商定探索帕累托最优状态的表现之一，在不使任何一方受损的前提下，通过书面或口头协议最终使双方的收益最大化。具体而言，保护商业秘密的边际成本主要是“保密措施”的支出，而边际收益体现在商业秘密本身创造的经济价值以及商业秘密持有人的竞争优势。如果当事人事前能就这些成本和收益达成一致，则有助于进一步提高数据交易流通领域的合作效率。

2. 路径之二：欧盟委员会的行政性干预措施——以示范合同条款设立预先审查机制

欧盟《数据法案》的示范合同条款（model contractual terms）是一项自愿性和指导性范本，为成员国国内或域外的数据交易流通提供指引。它既要统一满足数据交易流通场景下的需要，又要允许成员国运用差异化的手段使数据通过自由的交易流通实现更大的经济价值。《数据法案（草案）》第 34 条曾

^① 参见 Winston and Strawn, EU Trade Secrets Directive: What Are “Reasonable Steps?”, <https://www.winston.com/en/insights-news/eu-trade-secrets-directive-what-are-reasonable-steps>, 2025 年 8 月 8 日。

规定“欧盟委员会^①应制定和建议关于获取数据的不具约束力的示范合同条款以及用于协助各方起草和谈判具有平衡双方权利和义务的合同”。^②《数据法案》最终具体列举了欧盟委员会对合同条款的预先审查范围，“欧盟委员会应在2025年9月12日之前，制定并建议关于数据使用的不具拘束力的示范合同条款，其包括合理补偿条款和商业秘密保护条款，以及云计算合同的非约束性标准合同条款，以协助各方起草和谈判具有公平、合理和非歧视性权利与义务的合同”。^③《数据法案》的示范合同条款在内容上由欧盟委员会预先规定和非强制性纳入，实际上确立了欧盟委员会主导的事前审查机制，该机制包括欧盟委员会对前述路径之一的总体评估和监督，是进一步优化路径之一的补充措施。如图1所示，当边际收益（MB）等于边际成本（MC）时，企业达到了利润最大化或损失最小化的均衡点。如果边际收益（MB）大于边际成本（MC），则继续增加数据流通量是有利的；如果边际成本（MC）大于边际收益（MB），则应停止增加数据流通量。欧盟委员会通过立法建议控制边际收益（MB）和边际成本（MC）的关系形成相对统一的合同条款，推动数据交易流通的普及，提升数据交易流通的效率，并促进欧盟数据资源的最大化利用。

3. 路径之三：数据持有人不应被强制要求披露商业秘密

欧盟《数字市场法案》^④曾设定一系列针对“守门人”企业的义务和规

-
- ① 欧盟委员会的职权包括制定欧盟的总体战略、提出新的欧盟法律和政策、监督其执行情况和管理欧盟预算。与其相关的还有欧洲议会和欧盟理事会。欧洲议会行使欧盟立法职能，欧洲议会议员由所有成员国的选民直接选举产生，以代表其在欧盟立法方面的利益，并确保其他欧盟机构以民主的方式运作。欧盟理事会与欧洲议会都是欧盟的主要立法机构。欧盟理事会也被非正式地称为理事会，每个欧盟国家的政府部长共同开会讨论、修改和通过法律，并协调政策。
- ② 参见 The European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL On Harmonized Rules on Fair Access to and Use of Data, COM (2022) 68 final, Brussels, 23.2.2022。
- ③ 参见 European Union, REGULATION (EU) 2023/2854 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2023 on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data and Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act), Brussels, 22.12.2023。
- ④ 参见 European Union, REGULATION (EU) 2022/1925 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act)。

则,应对大型互联网企业的数据垄断行为,这些行为可能阻碍数据交易流通,并可能限制中小企业进入市场。当构成“守门人”的企业作为数据持有人时,它们不得进行自我优待,也不得做出限制数据流动和使用的行为,以维护数字市场的公平竞争秩序。《数据法案(草案)》第8条规定,数据持有人应当以公平、合理、无歧视的条件和透明的方式提供数据。在提供数据时,数据持有人不得在不同类别的数据接收者(包括数据持有人的合作企业或关联企业)之间制造歧视。^①《数据法案(草案)》第13条规定,单方面强加给微型、小型或中型企业(中小企业)的不公平合同条款不具有拘束力,即“单方面强加给中小企业的关于数据获取和使用的合同条款,或关于违反或终止数据相关义务后的责任和补救措施,如若这些条款是不公平的,对中小企业就不具有约束力”。^②但生效的《数据法案》将第13条改成“单方面强加给其他企业的不公平合同条款不具有拘束力”,^③并不只限于保护中小企业的利益。值得注意的是,《数据法案》阐明“非歧视性提供数据义务”的同时,第4条第8款又明确提出“在特殊情况下,尽管用户根据本条第6款采取了技术和组织措施,但作为商业秘密持有人的数据持有人能够证明其极有可能因商业秘密的披露而遭受严重经济损失,该数据持有人可根据个别情况拒绝查阅有关特定资料的要求”。^④该条款为数据持有人提供专门的保护,包括构成“守门人”

① 参见 The European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL On Harmonized Rules on Fair Access to and Use of Data, COM (2022) 68 final, Brussels, 23.2.2022; The European Parliament, “European Parliament Legislative Resolution of 9 November 2023 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data”, Brussels, 09.11.2023。

② 参见 The European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL On Harmonized Rules on Fair Access to and Use of Data, COM (2022) 68 final, Brussels, 23.2.2022。

③ 参见 European Union, REGULATION (EU) 2023/2854 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2023 on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data and Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act), Brussels, 22.12.2023。

④ 参见 European Union, REGULATION (EU) 2023/2854 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2023 on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data and Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act), Brussels, 22.12.2023。

标准的大型互联网企业，而任何数据持有人包括“守门人”均不得被强制要求披露自己或他人的商业秘密。欧盟就管理大型科技公司和其他公司如何使用欧洲消费者和企业数据的新规则达成一致。在运营商可能面临“严重且无法弥补的经济损失”的特殊情况下，此类数据共享请求可能会被拒绝，回应了西门子和思爱普曾对与商业秘密相关数据的泄露表示的担忧。^① 在这种情况下，商业秘密保护可被视为数据交易流通领域的特殊条款，如图 1 所示，随着数据流通量的增大，边际成本（MC）可能大于边际收益（MB），MC 和 MB 在 P 点相交后逐渐远离这一平衡点，当边际成本远大于边际收益时，数据的交易流通收益就变得没有必要，因此继续交易或生产会导致额外的成本超过收益，从而无法实现利润最大化。数据持有人不应被强制要求披露商业秘密的规定成为欧盟根据边际成本与边际收益的关系及时更新数据交易流通领域规则的重要措施，是欧盟在立法上探索并维持帕累托最优状态的又一尝试。

四、我国数据交易流通中商业秘密保护规则的优化路径

数据的流动性较强且具有无形性和非排他性特征，而商业秘密又具有独占性或垄断性，它是法律赋予持有者的一种合法的竞争优势，在数据交易流通中不应损害法定在先的商业秘密利益。在平等主体的数据交易流通中每一宗数据均可能包含多种社会关系，多重主体之间的权利主张可能存在重合或冲突。在数据交易流通中，隐私权、知识产权和商业秘密的法律保护显得尤为紧迫。欧盟的《数据法案》以专门的立法——《商业秘密指令》为基础，通过三条主要路径探索数据交易流通领域商业秘密保护的帕累托最优状态，发挥数据的最大经济价值。数据交易流通中商业秘密保护之欧盟模式和我国现阶段数据相关政策、法律法规的目标趋同，双方都致力于最大限度地实现数据资源的经济化利用和进一步维护数据市场的公平竞争。我国之前已经发布“数据二十条”、《“十四五”数字经济发展规划》、《“数据要素 ×”三年行动计划（2024—2026 年）》以及《可信数据空间发展行动计划（2024—2028 年）》

^① 参见 EU Reach Data Rule Deal Targeting Big Tech, <https://www.rte.ie/news/business/2023/0628/1391535-eu-reach-data-rule-deal-targeting-big-tech/>, 2025 年 3 月 21 日。

等政策文件。2024年12月,国家数据局等五部门联合发布了《国家数据局等部门关于促进企业数据资源开发利用的意见》,该意见强调健全企业数据权益保护机制,推动企业数据流通、交易和创新应用,提升企业数字化竞争力。

虽然欧盟模式和我国的政策、法规目标趋同,但是仍应注意欧盟的规则并非全球标准,“数据监管并无放之四海而皆准的‘黄金标准’,因国家、地区的经济、社会、政治、文化、价值观和优先发展事项而异”。^① 欧盟委员会的行政干预措施适用于成员国国内或与成员国相关的域外数据交易流通场景,考虑到欧盟委员会与成员国的特殊关系,欧盟对其他国家的参考价值有限。另外,欧盟模式提出数据持有人和使用人应合意约定保密措施,相当于对企业提出了更高的标准。但由于保密措施种类复杂,我国国内企业就采取何种保密措施可能需要大量时间磋商以实现双方合意,这反而会降低即时性数据交易与流通的效率。还应注意,欧盟模式尝试对《数字市场法案》提出的“守门人”规则进行例外规定以平衡大企业和中小企业的利益,而我国不同于欧盟,我国国内并非以中小企业为主,以兼顾不同规模企业之间商业秘密相关利益为目标的微观监管措施与我国现阶段的实际需求并不完全相符。不同于美国过于宽松的数据监管规则和过度依赖刑事制裁的商业秘密保护模式,欧盟模式在理念上具有一定的前瞻性,但我国应以更符合国情的法律措施平衡数据交易流通与商业秘密保护的关系。我国可分两个阶段更新和完善具体法律措施:第一阶段,在我国已有法律基础上进行规则的动态调整和优化,《反不正当竞争法》应确立数据保护专条与商业秘密条款的双向调适原则;第二阶段,我国应逐步形成专门的商业秘密法并实现商业秘密保护理论的融合,构建数据交易流通中商业秘密保护之中国模式。

(一)《反不正当竞争法》应确立数据保护专条与商业秘密条款的双向调适原则

1. “商业数据”的构成要件和立法目的

《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第18条设置了“商业数

^① 金晶:《欧盟的规则,全球的标准?——数据跨境流动监管的“逐项竞争”》,《中外法学》2023年第1期,第64页。

据”条款，该条第2款规定，商业数据指由经营者依法收集、具有商业价值并采取相应技术管理措施的数据。“商业秘密条款的目的在于保障私主体对特定信息控制状态的静态安定性，而‘商业数据专条’的目的和功能在于推动巨量、不特定的信息，通过交易、流通、分享等方式动态流转，进而实现数据要素社会价值最大化。”^①《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》第18条在抽象的法益结构之上形成了商业数据的具体定义，并有限列举了不正当获取行为可能涉及破坏技术管理措施、违反数据抓取协议、未经授权披露商业数据、以违反诚信和商业道德的方式获取使用商业数据等情形。该列举式的行为模式通常具有一定的封闭性，只涵盖法律文本明确的情形导致法律适用的局限性，但这又意味着通过适当的解释可增强其灵活性和适应性，以负面清单模式保护商业数据防止侵权和危害竞争秩序的风险，根据“法无禁止即自由”的原则，该条款又反映了促进数据自由流通和创新的权益逻辑体系，实际上以释放商业数据的经济价值和充分的可得性为主要目的。

2. 保密性和流通性价值差异的协调

《反不正当竞争法》将商业秘密的特征概括为秘密性、价值性和保密性，《民法典》第123条又明确将商业秘密作为知识产权的客体。但商业秘密保护制度与专利权等制度之权利义务结构和属性存在差异。例如，商业秘密通过保密措施取得，而专利权必须依据法定程序申请；商业秘密的界定以法定构成要件为前提，而专利权的取得必须符合新颖性的特征；商业秘密可无限期占有，专利权则具有法定保护期限，保护期限届满后要回归公共领域。《民法典》虽然未基于商业秘密保护和专利权二者蕴含的法理逻辑对商业秘密与专利进行客体差异化对待，但是我国的专利权法律制度相对独立和完善，专利权与商业秘密保护在知识产权领域引发法律适用冲突的可能性较低，商业秘密的保密性和专利权的公开性的矛盾得以妥善协调。《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》关于商业数据和商业秘密的规定可能引发数据交易流通领域法律适用的冲突和异化，存在更加关切数据的保密性抑或数据的流通性的难题，我国的反不正当竞争规则必须确立商业数据专条和商业秘密条款之间

① 曹新明、叶悦：《论反不正当竞争法“商业数据专条”的构建与完善》，《知识产权》2024年第6期，第106页。

的双向调适原则。例如,在确定允许行为的范围时,商业数据专条和商业秘密条款都不会被推定为优先适用,应考虑二者代表法益的重要性,进行相互权衡,在不同的情形下优先保护不同的法益,实现数据保密性和流通性的动态平衡,而不应依赖事后的法律解释协调数据交易流通自由与商业秘密保护的关系。

(二) 我国应逐步形成专门的商业秘密法并实现商业秘密保护理论的融合,构建数据交易流通中商业秘密保护之中国模式

1. 商业秘密保护理论的融合

国外有的学者直接提出,商业秘密是知识产权的一种形式。^①英国法院最早将合同保护理论作为处理商业秘密纠纷的理论基础,在 *Newbery vs. James and Others* 案中,原告请求法院颁布禁令以阻止被告向任何第三方披露秘密,被告则认为原告的诉请偏离了双方 1755 年签订的合同条款。英国法院先颁布了临时禁令,之后法院认定禁令的依据应是双方 1755 年签订的合同,最终英国法院撤销了禁令,支持被告的主张。^②不同于合同保护理论认为保密义务产生于合同关系,违反保密义务理论认为保密义务的产生不限于合同关系,在缺失明示保密义务的情况下也可以认定双方存在保密关系。^③财产理论认为,商业秘密是一种无体财产权,发明创造人对其享有所有权,并在商业秘密受到侵害时,所有人可以基于所有权的排他性请求侵权行为人排除损害,禁止侵权行为人继续使用商业秘密,并可以要求损害赔偿。^④不正当竞争理论源于美国,它将商业秘密保护纳入反不正当竞争法进行调整。例如,商业

① 参见 Magdalene Eallonardo, *The Secret's out: The Role of Restrictive Covenants in Trade Secret Law*, *American University Business Law Review*, Vol.12(2), 2023, pp. 323-325。

② 参见 Lionel Bently, *Patents and Trade Secrets in England: the Case of Newbery v. James (1817)*, in Rochelle Cooper Dreyfuss and Jane C. Ginsburg, *Intellectual Property at the Edge*, Cambridge, Mass: Cambridge University Press, 2014, pp. 306-308。

③ 参见黄武双:《商业秘密的理论基础及其属性演变》,《知识产权》2021年第5期,第8页。

④ 参见孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社1999年版,第152页;禹芳:《略论我国商业秘密的竞争法规制——从商业秘密立法模式的选择谈起》,《全国商情(经济理论研究)》2007年第11期,第109页。

秘密的定义曾被纳入《第三次反不正当竞争法重述》。关于侵权理论的探讨也最早出现在美国，在 *Peabody vs. Norfolk* 案中，法院就颁布禁令是否影响认定商业秘密侵权发起讨论。^① 1939 年美国《第一次侵权法重述》描述了商业秘密保护的基本原则，^② 将侵害商业秘密认定为侵权行为之一。欧盟立法不承认商业秘密是知识产权，其《商业秘密指令》基本采纳了侵权理论。但欧盟在理论基础问题上并不统一，《数据法案》又进一步推动了商业秘密保护理论在欧盟层面的融合，理论的杂糅旨在更好地在日益复杂的数据交易流通领域全面保护商业秘密。我国目前尚未制定专门的商业秘密法，而是通过《反不正当竞争法》《民法典》《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）等法律法规对商业秘密进行保护。《反不正当竞争法》规定了商业秘密的构成要件，解决了如何判断商业秘密是否适格的问题，但对商业秘密保护的正当性未做明确回应。面对众说纷纭的现状，我国立法实践不应采纳单一理论。我国的商业秘密法应以《反不正当竞争法》《民法典》《刑法》为基础，提炼具备理论融合性的法律规范，在普遍适用的基础上考虑特殊情境，以集中式的单行立法模式实现全方位的商业秘密保护。

2. 构建数据交易流通中商业秘密保护之中国模式

《中华人民共和国科学技术进步法》第 4 条规定，国家要“充分发挥市场配置创新资源的决定性作用，更好发挥政府作用，优化科技资源配置，提高资源利用效率，促进各类创新主体紧密合作、创新要素有序流动、创新生态持续优化”。《中华人民共和国反垄断法》第 1 条将“鼓励创新”作为立法目的之一。首先，我国的商业秘密法应借鉴以上两部法律的立法观，将创新作为系统性规则配置的基本理念，形成以创新为主导的统领类规范。其次，我国的商业秘密法应设专章以形成统一的监管和维权机制，允许涉及商业秘密的数据交易流通，规定商业秘密持有人可以对数据交易流通中可能出现的个案侵权情形进行有效维权，实现数据交易流通的客观需要与保护商业秘密持

① 参见 JOSEPH PEABODY and others, executors, vs. JOHN R. NORFOLK and another, <https://www.courtlistener.com/opinion/6541505/peabody-v-norfolk/pdf/>, 2025 年 3 月 21 日。

② 参见 Robin Feldman, Trade Secrets in Biologic Medicine: The Boundary with Patents, *Columbia Science and Technology Law Review*, Vol.24 (1), 2022, pp. 1-14。

有人利益之间的平衡。最后，数据交易流通中区块链技术、隐私计算技术、量子加密技术、数据沙箱和水印技术不断发展，商业样态也处于迅速演进之中，我国不宜在法律上确立一套相对单一的规则。面对数据交易流通带来的商业秘密保护法律挑战，我国的商业秘密法应在统领类规范的基础上，秉持灵活开放的态度，形成多元类规范，即针对新技术带来的新风险进行预防性规制，以商业秘密法的形成和完善为契机，在数据交易流通背景下逐步构建以“统领类规范+多元类规范”为主要内容的商业秘密保护之中国模式。

五、结论

商业秘密关系企业的核心利益，而商业秘密与专利权、著作权和其他知识产权共同推动企业的创新。商业秘密立法提供了排除第三方滥用有价值知识的手段，增加了竞争优势和创新的回报预期，但由于商业秘密的保密要求与数据流通利用之间存在天然的紧张关系且有可能被无限期保密，这一特征可能阻碍数据资源的充分利用。我国目前对商业秘密保护采取分散式立法模式，当数据交易、数据开放、数据利用、数据跨境流动等多种制度交叉作用时，保护商业秘密的法律体系内部秩序会演变为更加不稳定的状态。因此，形成具有独立界限和自治性体系的中国模式是弥补我国数据交易流通中商业秘密保护规则不足之最佳路径。我国应客观分析欧盟的《商业秘密指令》和《数据法案》，明确立法的基本理念和底层逻辑，分阶段构建体系化的数据交易流通中的商业秘密保护规则。首先在我国已有的法律规则之下确立数据保护专条与商业秘密条款的双向调适原则，然后逐步形成平衡数据交易流通与商业秘密保护的专门性法律，并完善商业秘密保护正当性的理论论证，以集中式立法模式防御跨境数据交易流通场景下域外法律的过度外溢和扩张。在遵守国际规则的前提下，我国应进一步推动数据交易流通自由与商业秘密保护规则的协调与优化，推动高质量法治建设，加速释放数据价值，促进数据产业高质量发展，为构建和完善国际数据交易流通秩序贡献中国模式。

（责任编辑：方 军）