

分类号 _____
U D C _____

密级 _____ 公开
编号 _____ 10741



硕士学位论文

论文题目 _____ 数据抓取行为的反不正当竞争法规制
_____ 问题研究

研究生姓名: _____ 郑 霄

指导教师姓名、职称: _____ 何立慧 教授

学科、专业名称: _____ 法学 经济法学

研究 方 向: _____ 市场规制法

提 交 日 期: _____ 2022 年 5 月 31 日

独创性声明

本人声明所呈交的论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

学位论文作者签名： 郑霄 签字日期： 2022年5月31日

导师签名： 何立群 签字日期： 2022年5月31日

关于论文使用授权的说明

本人完全了解学校关于保留、使用学位论文的各项规定， 同意（选择“同意” / “不同意”）以下事项：

1. 学校有权保留本论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文；

2. 学校有权将本人的学位论文提交至清华大学“中国学术期刊（光盘版）电子杂志社”用于出版和编入 CNKI《中国知识资源总库》或其他同类数据库，传播本学位论文的全部或部分内容。

学位论文作者签名： 郑霄 签字日期： 2022年5月31日

导师签名： 何立群 签字日期： 2022年5月31日

Study on Anti-unfair Competition Regulations in Data Grasping Behavior

Candidate : Zheng Xiao

Supervisor: He Lihui

摘要

如何有效规制数据抓取行为,已成为大数据时代最重要的法律问题之一。在司法实践中,用反不正当竞争法规制数据抓取行为是最重要的途径之一,但同时也存在许多具体法律问题需要进一步解决。本文将从反不正当竞争法规制的角度,对数据抓取行为的规制问题进行研究和探讨。

本文的基本思路和主要内容是:

首先,界定本文要研究的“数据”范围,进而分析“数据抓取行为”的概念、方式其特殊性,为后文分析奠定一个逻辑基础(明确本文所要研究的“数据抓取行为”的定义,并通过对数据抓取行为实施方式的分析,总结和归纳对其规制有重要影响的特征:模式隐蔽性、技术模糊性、成本低廉性、侵权成本低、影响广泛性)。

其次,结合基础理论(搭便车理论、注意力经济理论、保护消费者权益理论等)来阐述适用反不正当竞争规制数据抓取行为的必要性,着重分析我国适用反不正当竞争法规制数据抓取行为主要存在的法律问题(反不正当竞争行为的“一般条款”问题、“互联网专条”可适性问题、“实质性替代”的认定标准问题、竞争关系的认定思路问题、损害赔偿机制问题、行政法规体系混乱及行政执法专业性不足、行政司法取证困难的问题)。

最后,借鉴域外制度和国内研究成果基础上,对照我国已有立法,提出本文主要建议:构建“一般条款”适用的多重标准;将数据抓取行为纳入“互联网专条”的规制范围;明确“实质性替代”的标准;改变竞争关系认定的思路;引入“诉前禁令机制”;从事前事后完善损害赔偿机制;完善行政监管体系,健全监管主体;培养双料行政和司法人才,监管和司法队伍专业化。

关键词: 数据抓取 数据抓取行为 法律规制 反不正当竞争法 互联网专条 诉前禁令 实质性替代

Abstract

How to effectively regulate data fetching behavior has become one of the most important legal issues in the era of big data. In judicial practice, Unfair competition is one of the most important ways to regulate data grabbing. However, there are also many specific legal issues that need to be further resolved. In this paper, we will study and discuss the regulation of data grabbing from the angle of Unfair competition regulation.

The main ideas and contents of this paper are as follows:

First, define the scope of "data" to be studied in this paper, and then analyze the particularity of the concept and mode of "data grabbing behavior", this paper establishes a logical foundation for the following analysis (the definition of the "data grabbing behavior" to be studied in this paper is made clear, and through the analysis of the implementation mode of the data grabbing behavior, the characteristics that have important influence on its regulation are summarized and summarized: mode concealment, technical fuzziness, low cost, low tort cost and wide influence).

Secondly, combining the basic theories (free rider theory, attention economy theory, consumer protection theory, etc.) , this paper expounds the necessity of applying Unfair competition to regulate data grabbing , this paper focuses on the analysis of the main legal problems existing in

the application of the anti-Unfair Competition Law to regulate the act of data grabbing (the problems of the "general clause" of the anti-Unfair Competition Act, the adaptability of the "Internet Special Article", the identification standard of the "substantial substitution", the identification thinking of the competition relationship, the problems of the damage compensation mechanism, the confusion of the administrative law system and the insufficiency of the specialty of the administrative law enforcement, and the difficulties of the administrative judicial evidence collection).

Finally, on the basis of reference to the extraterritorial system and domestic research results, the main suggestions of this paper are as follows: constructing multiple standards for the application of "General Clause"; The data grabbing behavior should be brought into the regulation scope of "Internet Special Article", the standard of "substantial substitution" should be made clear, the thinking of identifying the competition relationship should be changed, and the "pre-suit injunction mechanism" should be introduced we should perfect the mechanism of compensation for damages, perfect the system of administrative supervision and perfect the main body of supervision, train double-qualified administrative and judicial personnel, and professionalize the supervision and judicial personnel.

Keywords: Data scraping; Data scraping behavior; Legal regulation; Anti Unfair competition law; Internet special article; Pre-trial injunction; Substantial substitution

目 录

| | |
|------------------------------------|----|
| 1 绪论 | 1 |
| 1.1 研究背景..... | 1 |
| 1.2 研究意义..... | 1 |
| 1.3 国内外文献综述..... | 3 |
| 1.3.1 国内文献综述..... | 3 |
| 1.3.2 国外文献综述..... | 6 |
| 1.3.3 综述评析..... | 8 |
| 1.4 研究思路及方法..... | 9 |
| 1.4.1 研究思路..... | 9 |
| 1.4.2 研究方法..... | 9 |
| 1.5 创新及不足..... | 9 |
| 2 数据抓取行为概述 | 11 |
| 2.1 数据..... | 11 |
| 2.2 数据抓取行为的界定..... | 12 |
| 2.3 数据抓取行为的实现方式..... | 12 |
| 2.3.1 网络爬虫技术..... | 13 |
| 2.3.2 开放平台数据集下载..... | 13 |
| 2.3.3 Open API 开放接口抓取..... | 13 |
| 2.4 数据抓取行为的特征..... | 14 |
| 2.4.1 模式的隐蔽性..... | 14 |
| 2.4.2 技术的模糊性..... | 14 |
| 2.4.3 成本的低廉性..... | 15 |
| 2.4.4 侵权的成本低..... | 15 |
| 2.4.5 影响的广泛性..... | 16 |
| 3 反不正当竞争法规制数据抓取行为的必要性 | 17 |
| 3.1 维护市场公平竞争的必要..... | 17 |

| | |
|-----------------------------------------|-----------|
| 3.1.1 防止滥用竞争获取不正当利益 | 17 |
| 3.1.2 解决搭便车的问题 | 18 |
| 3.1.3 解决注意力经济理论新权益问题 | 18 |
| 3.1.4 解决数据赋权难题 | 19 |
| 3.2 保护消费者数据权益的必要 | 20 |
| 4 我国数据抓取行为反不正当竞争法规制的困境 | 21 |
| 4.1 一般条款的滥用风险 | 21 |
| 4.2 互联网专条的可适用性不强 | 22 |
| 4.3 实质性替代的认定标准模糊 | 23 |
| 4.4 竞争关系认定不合理 | 24 |
| 4.5 损害赔偿机制不完善 | 26 |
| 4.6 行政监管体系的缺陷 | 27 |
| 4.6.1 行政法规体系混乱 | 27 |
| 4.6.2 行政执法专业性不足 | 27 |
| 4.6.3 行政司法取证困难 | 28 |
| 5 数据抓取行为的反不正当竞争法规制的域外经验和启示 | 29 |
| 5.1 设置专项法律条款 | 29 |
| 5.1.1 德国 | 29 |
| 5.1.2 日本 | 29 |
| 5.2 建立诉前禁令机制 | 30 |
| 5.3 完善事后惩罚救济制度 | 31 |
| 6 数据抓取行为的反不正当竞争法规制路径的完善 | 32 |
| 6.1 构建竞争法上一般条款适用的多重标准 | 32 |
| 6.2 纳入互联网专条的规制范围 | 33 |
| 6.3 增设实质性替代的标准 | 35 |
| 6.3.1 存在未经许可的提供行为 | 35 |
| 6.3.2 产生用户转移的效果 | 35 |
| 6.3.3 其他竞争者因提供行为而受损 | 35 |

| | |
|------------------------|-----------|
| 6.4 改变竞争关系认定思路 | 36 |
| 6.5 完善损害赔偿机制 | 37 |
| 6.5.1 事前——诉前禁令机制 | 37 |
| 6.5.2 事后——损害赔偿标准 | 38 |
| 6.6 完善行政监管体系 | 39 |
| 6.6.1 监管权限方面 | 39 |
| 6.6.2 监管程序方面 | 40 |
| 6.6.3 监管队伍专业化方面 | 41 |
| 7 结语 | 42 |
| 参考文献 | 43 |
| 1. 著作类 | 43 |
| 2. 期刊类 | 43 |
| 3. 学位论文类 | 45 |
| 4. 外文文献 | 45 |
| 致谢 | 47 |

1 绪论

1.1 研究背景

我国数字经济发展迅速，信息数据展现出不同于其它传统要素的商业效益，成为当今企业创造业务新的增长点、提升运营综合效率、保持可持续发展的重要方式。合理的抓取使用数据有利于为互联网企业增添更好的数据流量，为企业带来更大的综合收益，但一些经营者为了在市场中谋取一定的竞争优势，在未经许可且没有正当理由的情况下，借助先进技术手段抓取其他经营者收集或加工的且具有一定商业价值的信息，削弱了被抓取主体的竞争优势，给其他经营者带来损失，也引发了一系列的法律纠纷案件。

随着对数据抓取行为认识的加深，司法机关逐渐开始用《反不正当竞争法》一般条款裁决数据抓取纠纷。通过对几起典型的数据抓取行为纠纷案件进行分析可以发现，新颁布并施行的《反不正当竞争法》并没有明文规制数据抓取行为，其中旨在规制互联网领域不正当竞争行为的第12条^①“互联网专条”无适用空间，司法实践中多选用第2条^②“一般条款”对数据抓取行为中存在的法律风险进行防范。而且我国《反不正当竞争法》未引入诉前禁令制度，也没有明确利益损害赔偿具体标准，当被抓取主体的原有用户群体慢慢的流失，丧失经营市场时，没法从根本上保障被抓取主体的各项利益。

一方面，数据抓取行为的发生是互联网科技创新的产物，隐蔽性强、成本低廉且抓取精准度高，能促进整体经济快速地发展，倘若利用《反不正当竞争法》进行过多限制，将不利于产业创新。另一方面，如果缺乏对不正当的数据抓取行为合法有效的规制，也不利于保障社会公众利益，容易导致经营者与消费者的合法权益遭受侵害，同时还会损害正常的市场竞争秩序。因此，深入探究数据抓取行为反不正当竞争法规制问题即显得尤为紧迫和必要，具有较强的实践意义与应用价值。

1.2 研究意义

随着互联网行业发展速度的不断加快，人类已经迎来数据时代，该时代背景

^① 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第12条。

^② 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条。

下对于新兴互联网企业而言,数据是其发展的核心要素,在重要性方面不言而喻,数据也为生产生活带来多方面的便利。然而,由于数据抓取行为的低成本性,技术模糊性等特征,导致了数据抓取行为滥用问题,进而出现了一系列有关数据抓取行为的不正当竞争案件。

首先,现阶段学界针对数据抓取行为提出了多种规制路径,然而围绕数据抓取行为的反不正当竞争法规制的研究成果还较少,部分互联网市场经营者恶意实施数据抓取行为,不但导致其他经营者正当权益遭到非法侵害,而且破坏了正常的竞争市场环境。本文将依据经济法理论,从维护市场公平竞争、规避数据赋权难题以及保护消费者合法权益等视角,阐述适用《反不正当竞争法》来对数据抓取行为进行规制的必要性和紧迫性,进而发现问题、解决问题,为数据抓取行为的反不正当竞争法规制提供新的分析思路。可以说,适用《反不正当竞争法》规制数据抓取行为具有非常重要的意义。

其次,在目前的司法实践中,处理不正当竞争纠纷案件时多以《反不正当竞争法》“一般条款”作为法律依据。结合现行《反不正当竞争法》第12条“互联网专条”可了解到,在该法条罗列的三种网络新型不正当竞争行为中,并未包含数据抓取行为,这就使得认定数据抓取行为的不正当性变得困难。如果因为没有明确的规定而无法对经营者数据进行有效保护,将弱化互联网经营者收集及处理数据的积极性,还将制约相关网络产业的健康发展。为此,如何限制“一般条款”的滥用,明确“互联网专条”的适用范围,设立“数据抓取行为”专项条款,以弥补数据抓取行为规制可操作性不足的问题,具有较强的现实意义。

再者,现行行政监管体系在面临数据抓取行为时难以发挥作用。因此,本文就如何从制度层面上赋予行政主体监管权,构建事前预防机制、事后惩戒机制,以及实现监管人才专业化等方面提出相关建议,以期完善损害赔偿机制和行政监管体系,强化司法裁判和行政执法之间的良性互动,为司法机关正确认定数据抓取不正当竞争行为提供有效支持,这也对数据抓取行为的规制具有重要意义。

本文在建议合理限制《反不正当竞争法》一般性条款适用的基础上,探讨颇具经济学色彩的数据分级作为辅助法律规制手段的可行性,从而为适用《反不正当竞争法》规制数据抓取行为存在的困境问题提供新思路,同时还能完善新《反不正当竞争法》提供参考。本研究不仅有助于推动数据抓取竞争领域理论研究趋

于完善，同时还有助于《反不正当竞争法》在司法实践中的应用，具有双重研究意义。

1.3 国内外文献综述

通过梳理和分析国内外学者在数据抓取领域取得的成果，发现国内学者对数据抓取问题的研究并不多。虽然互联网的发展促使理论界加强了对数据规范问题的理论研究，但单就数据抓取行为的《反不正当竞争法》规制方面的研究成果较少，纵向研究不够深入。

1.3.1 国内文献综述

其一，数据与个人信息的概念区分问题

本文研究的数据抓取问题，具体是指数据权利人控制合法持有的数据及获取相关利益的问题。我们要明确的是数据与个人信息是两个不同的概念，梅夏英教授（2016）在深入研究之后指出数据依赖载体而存在，数据只是信息表达的一种方式^①，正确区分这两个概念，对于研究企业数据权益的法律保护具有重要意义。我国民法典第127条和第111条分立的体例编排，实质上已将个人信息与数据作了区分。两者是不同的立法概念，理应归属于不同权利客体^②，区分二者对于数据问题的研究具有重要意义。

其二，数据赋权问题

通过梳理可以发现，在数据赋权方面，学者们不仅提到了物权说、债权说、知识产权说，还提出了新型权利说，并认为可以用数据所有权、知识产权法等规范规制数据抓取行为。在数据规制方面，学者宁立志，傅显扬（2019）提出了立法赋权、行为规制和竞争法规制等模式，并认为立法赋权模式对数字产业的发展具有制约作用，因此不将其作为数据的主要规制路径^③。学者刘继峰，曾晓梅（2018）则认为可以从个人信息保护、侵权法保护、竞争法保护等方面入手对其进行保护，同时两位学者还指出前两种方式都存在一些问题，想要对数据进行有效规制，唯有借助竞争法进行差异化分析。

① 梅夏英. 数据的法律属性及其民法定位[J]. 中国社会科学, 2016(09):164-183+209.

② 参见《中华人民共和国民法典》第111条、第127条。

③ 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.

其三，司法实践过于强调商业道德的问题

蒋舸（2013）在其研究中通过分析一般条款的法律条文和司法实践中的背离现象，指出适用商业道德规制数据抓取行为存在明显的局限性，司法实践过于依赖道德标准的做法不可取。谢兰芳（2018）更赞成具体司法实践中的具体分析，结合个案情况来具体分析是否可以用商业道德来规制数据抓取行为相关的问题。田小静（2017）也选择对此问题进行研究，在其看来，在探究数据使用正当性这方面的问題时，不能只考虑数据抓取是否符合诚实信用原则，是否违反商业道德，还要考虑如何衡量双方利益问题。

其四，数据抓取行为的规制路径问题

规制路径问题上学者们颇有争议。从数据抓取行为涉及到的个人信息保护角度讲，王利民教授认为数据共享同个人信息的收集、利用一样，只有得到信息权利人授权才可进行；而高富平则认为无论是个人还是社会都需要借助个人信息展开社会交往，信息主体不应对个人信息享有绝对的控制。从著作权层面来看，周园，邓宏光（2013）认为搜索引擎分析抓取网页并上传到自己网站数据库的行为属于《中华人民共和国著作权法》（以下简称“《著作权法》”）上的复制行为，可以受到知识产权法的保护^①，但是学者郑一丹（2020）认为数据能否纳入《著作权法》的保护范畴，取决于“数据”是否具有作品属性^②，学者楼晴昊（2019）则认为《著作权法》对“作品”的保护程度高、认定门槛高且著作权法更侧重于对单个“作品”的保护，著作权法对用户数据保护有一定的局限^③。由于数据抓取的信息多为公开信息，也不涉及到商业秘密的范畴。

因此，我国学者多赞成从竞争法角度规制数据抓取行为。陈兵（2018）从所保护的法益、立法目的、适用范围等方面论证了反不正当竞争法规制数据抓取行为的契合性^④。刘继峰在对数据抓取行为进行深一步研究之后，指出了当前反不正当竞争法规制数据抓取行为面临的困境，但就如何进行规制的问题讨论得并不深入。宁立志，傅显扬（2019）在对此领域的问题进行研究时，虽然提出了数据规制的三种模式，但也指出立法赋权模式规制数据抓取行为的不合理之处，二位

① 周园，邓宏光. 析网络服务商的著作权与禁链协议[J]. 法律适用, 2013(05):49-53.

② 郑一丹. ROBOTs 协议下数据抓取行为规制研究——以《反不正当竞争法》为视角[J]. 吉林工商学院学报, 2020, 36(06):89-94.

③ 楼晴昊. 反不正当竞争法对用户数据保护的困境与出路——基于用户数据抓取行为的分析[J]. 河南广播电视大学学报, 2019, 32(04):18-22+39.

④ 陈兵. 大数据的竞争法属性及规制意义[J]. 法学, 2018(08):107-123.

学者认为不能将该模式作为主要规制路径,但是可以从竞争法入手进行数据规制。

其五, 竞争关系认定问题

研究不正当竞争行为的禁止问题时需要先明确什么是竞争关系,部分学者在其研究中提到,法律的适用不应局限于竞争关系,而应结合具体情况来分析,把关注点放在行为正当性认定这方面。《反不正当竞争法》并没有预先设定及限制竞争关系,为此,应依据《反不正当竞争法》来解决认定困境问题。孔祥俊(2019)在对此问题进行研究时强调,不正当竞争行为损害多方面利益是客观事实,受害者并不局限于互联网经营者,为此,没有必要强调存在竞争关系这个前提条件,只要行为不符合法律规定就认定其违法^①,这也是目前学界探讨反不正当竞争法规制数据抓取行为的新思路。

其六, 一般条款和互联网专条的适用问题

前文提到,在处理数据抓取行为引发的不正当纠纷案件时,法官多用一般条款来进行裁判,但一般条款面临被滥用的风险,互联网专条的出现也没能有效规制数据抓取行为。吴太轩(2019)指出新增互联网专条在规避一般条款滥用问题上具有一定的效果,但是该条款所列举的行为类型有限,兜底条款过于笼统,不能有效规制互联网中的新型不正当竞争行为^②。宁立志(2017)也指出,互联网专条所设置的兜底条款在可操作性方面较为弱化,立法初衷难以实现。针对此困境,裴轶,来小鹏(2019)认为可以将一般条款与互联网条款相结合来规制此类行为,充分体现《反不正当竞争法》的司法价值,营造良好的互联网市场公平竞争环境^③。

其七, 事后损害赔偿问题

《反不正当竞争法》第17条设置了补偿性赔偿制度,但是由于数据抓取行为难以认定,无法直接通过该法进行损害赔偿,且该法没有细化赔偿标准,导致不当的数据抓取行为屡屡发生。吴太轩(2019)在其研究中指出,有必要引入惩罚性赔偿机制,同时明确适用条件、严格设定惩罚性赔偿的上限。邓志松(2016)则借助平行推定计算法设计了具体的计算赔偿数额的数学公式^④,该公式复杂难

① 孔祥俊. 反不正当竞争法新原理总论[M]. 北京, 法律出版社, 2019:98.

② 吴太轩. 互联网新型不正当竞争行为法律规制的实证研究[M]. 北京, 法律出版社, 2019:113-115.

③ 裴轶, 来小鹏. 反不正当竞争法中一般条款与“互联网条款”的司法适用[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2019, 46(04):60-67.

④ 邓志松. 基于互联网行业对反不正当竞争案件损害赔偿计算的若干建议[J]. 电子知识产权, 2013(11):34-40.

懂, 还需进一步完善。本文认为, 数据抓取不正当竞争案件中的被抓取主体在收集数据、整理数据的同时都支付了相应的人力成本, 物力成本, 这是其获得《反不正当竞争法》保护的前提, 所以对数据抓取行为的显性成本与隐性成本的研究也十分必要。

其八, 行政监管专业化问题

周樨平(2015)在其研究中指出, 应当赋予工商部门行政监管的权力。工商部门与政府部门加强协调合作, 开展对数据不正当纠纷的专项整治活动, 配合司法部门更好地规制互联网时代的不公平竞争行为。梅夏英教授(2016)在对此问题进行研究时, 着重对数据的本质属性进行论证, 在这基础上提出了利用代码规范网络不正当竞争行为的建议, 这能为构建预防机制提供参考。

此外, 我们并未提到在数据抓取行为的反垄断法规制, 关于此, 时建中教授(2009)在其研究中指出, 反垄断法除了涉及产品、地域、时间等具体相关市场之外, 还包括相关技术市场^①, 他还阐述各相关市场的具体情况, 从理论层面上为适用反垄断法规制数据抓取行为提供支持。

1.3.2 国外文献综述

其一, 国外数据立法规制问题

国外的反不正当竞争法已经较为成熟, 1896年的德国诞生了世界上首部《反不正当竞争法》, 历经屡次修改和补充后, 日益成熟。该法在初期阶段并未设立有一般条款, 1909年对该法进行修订时才增加一般条款^②, 即德国《反不正当竞争法》第1条。在2004年修订的德国《反不正当竞争法》中, 从立法层面上明确规定了什么是竞争者, 同时还明确规定涉及竞争者判断时, 相应标准是竞争关系。

在数据立法方面, 2017年日本政府提出“互联产业(Connected Industries)”的概念^③, 并审议了《将不正当获取数据等行为作为新型的反不正当竞争行为类型》的课题; 2018年, 日本对《反不正当竞争法》进行修订, 在本次修订工作

^① 时建中, 王伟炜. 《反垄断法》中相关市场的含义及其界定[J]. 重庆社会科学, 2009(04): 54-63.

^② 1909年德国《反不正当竞争法》第1条规定: “行为人在商业交易中以竞争为目的的而违背善良风俗, 可向其请求停止行为和损害赔偿”。

^③ 互联产业, 即为了实现虚拟空间与现实空间高度融合的智能化社会, 加强行业和数据之间的联系, 解决社会问题。

中增加“限定提供数据”条款，以此来规制市场竞争中对于数据的不正当利用行为。日本摆脱权利保护式的规制路径，给我国立法带来重要的启示。

此外，美国在不正当竞争行为规制方面，已经形成较为完善的禁令规制机制，如侵权行为符合禁令制度适用条件，此时被侵权人即可向法院提出发布禁令申请，法官经确认后发布禁令，避免被侵权人利益损失出现扩大现象。美国禁令制度除了能有效保障被侵权人利益之外，在维护市场公平竞争秩序方面同样具有重要意义。

其二，数据抓取行为典型案例分析

因数据抓取型不正当竞争行为出现的时间较短，可供参考的司法判例较少，国外学者多是围绕美国 LinkedIn 与 HiQ 不正当竞争纠纷案的研究和论述。学者 Goldfein S (2017) 指出美国地区法院大部分给予爬虫技术以肯定的态度，允许抓取主体抓取公开网站的信息，该抓取行为可以违反被抓取主体的服务条款。国外学者也多认为该行为有利于数据的自由流通，例如学者 Noortje Marres (2012) 在文章中指出数据抓取行为有利于数据的收集，可以为数据分析提供更好的数据基础，保障数据经济的健康有序发展。

其三，数据抓取行为的反不正当竞争法规制问题

在国外数据抓取竞争纠纷问题的研究方面，美国学者 Rosenone Jomthan 对此进行深入研究，其选择从互联网风险来源以及消费者权益救济这两个视角来进行阐述，且就如何完善立法规制提出建议。Daniel L. Rubinfeld 与 Michal S. Gal 教授 (2017) 指出当前鼓励数据流动和使用仍是主流，只要抓取主体不违法，被抓取主体就不应该禁止，但在数据流动过程中应注重数据信息保护。Maurice E. Stucke 与 Allen P. Grunes 教授 (2016) 也提到信息保护问题，他们认为市场经营者收集个人数据存在侵害消费者隐私的可能性。还有学者提到数据抓取可能涉及的商业秘密问题，Zamora A (2019) 指出当抓取主体抓取的内容是具有不被公众所知悉、具有商业价值，而且是经营者用技术手段进行保密的信息时，就有可能构成侵犯商业秘密罪。

1.3.3 综述评析

1.3.3.1 国内文献综述评析

本文通过对现有关于数据抓取行为的文献资料进行归纳整理发现,目前我国学界已经解决的问题有:数据与个人信息的概念区分、数据赋权以及在用《反不正当竞争法》一般条款规制数据抓取行为时过于强调商业道德等问题,这些问题的解决为我们今天研究的数据抓取问题奠定了基础。

学界有争议的问题主要包括数据抓取行为的规制路径选择、竞争关系认定和一般条款及互联网专条的适用问题。当然也有学者提到了个人信息保护、著作权法保护等多种数据保护模式,但是还停留在传统思维层面上,从反不正当竞争法视角来探究数据抓取行为的研究成果还非常少。这些少数支持用竞争法对数据抓取行为进行规制的学者,在竞争关系认定方面的意见也不统一,在一般条款和对互联网专条的适用问题上同样有很大分歧。即使有学者提到了司法实践中一般条款和互联网专条的结合,也只是提出了大概的方向,没有给出具体的实施细则。

此外,还有一些学术界没有考虑到的问题:学界针对数据抓取不正当纠纷案件损害赔偿问题进行研究,但未有法律法规明确详细的损害赔偿标准;有学者提到行政监管体制难以发挥作用,但如何进行监管体制改革,实现监管人才专业化,领域内鲜有研究。

现阶段而言,国内学者对数据抓取问题进行研究时,着重对司法实践中数据抓取行为案例的裁判思路进行评析,对竞争关系认定以及互联网专条的适用方面学界争议颇多。数据抓取行为引发的不正当纠纷案件的具体损害赔偿数额问题还有待落实,监管混乱等问题还没得到妥善的解决,学界正在积极探索。

1.3.3.2 国外文献综述评析

通过梳理国外相应文献资料可发现,德国及日本等国家较早就重视从法律规范层面上规制互联网行业竞争行为,不仅有判例引导,更有成文法的规制。虽然国外单就数据抓取行为的反不正当竞争法规制进行研究的成果较少,但可以看出国外鼓励在竞争法范围内的数据流动,保护竞争的同时又考虑到社会利益最大化,梳理归纳这些规制经验,能为我国调整数据抓取不正当竞争思路提供借鉴。特别

是德国的“黑名单制度”、美国的“诉前禁令制度”都可以为我国的数据抓取行为事前事后的规制带来宝贵的经验。

1.4 研究思路及方法

1.4.1 研究思路

本文在阐述数据及数据抓取行为等概念之后，对数据抓取行为的方式、特征进行了整理，论述了在数字经济的大背景下用反不正当竞争法规制数据抓取行为的必要性及困境。鉴于学者已经对数据和个人信息的概念区分、数据赋权以及一般条款的泛道德化等问题进行了深入研究，本文不再赘述，只是从学术界未解决的一般条款滥用问题、学术界有争议的竞争关系认定问题以及“互联网专条”的适用问题入手，进而对损害赔偿标准及行政监管体系难以发挥作用等问题进行探讨，结合域外启示，提出完善建议，主要包括：一般条款、互联网专条以及实质性替代标准的完善，竞争关系认定的新思路，用经济学工具设计损害赔偿标准以及行政监管的主体、程序、队伍专业化等方面的论述，以求实现反不正当竞争法对数据抓取行为的有效规制。

1.4.2 研究方法

第一，文献研究法。在本文的写作过程中，查阅了大量的书籍，研究了多篇涉及数据抓取行为和《反不正当竞争法》规制的著作、期刊论文等，并就国外相关理论对我国的实际影响作了分析，为论文创作打下了坚实的理论基础。

第二，比较研究法。本文借鉴了美国、日本和德国等国家关于数据抓取行为的立法以及典型的司法判例，和我国现行《反不正当竞争法》规制进行分析对比，取其精华去其糟粕，为有效解决数据抓取行为的规制问题提供参考。

第三，学科交叉研究法。本文研究的数据抓取行为涉及到计算机科学，同时也运用了经济学的分析工具和方法，利用多学科的交叉论证为数据抓取行为的反不正当竞争法规制研究提供了思路。

1.5 创新及不足

国外从法律层面上对数据抓取行为的规制已趋于成熟，但我国在该方面的法律法规较少。本文的创新之处在于通过对目前学者所研究的数据抓取行为问题进

行总结，深入分析我国适用《反不正当竞争法》规制数据抓取行为的必要性，提出竞争关系认定的新思路；同时借助经济学工具设计出具体的数据价值公式，对数据进行分级管理，进而设计不同的损害赔偿标准。不足之处则体现在问题归纳总结缺乏全面性、参考的国外案例相对较少，提出的解决建议还有待于实践检验等。

2 数据抓取行为概述

界定数据抓取行为要从讨论数据入手,界定本文研究的数据范围,接着对数据抓取的流程进行审视,进而得出其定义和概念。在明确数据抓取行为的定义之后,进一步明确其实施方式和显著特征,为后文论述《反不正当竞争法》规制数据抓取行为的必要性作铺垫。

2.1 数据

目前关于“数据”并没有统一的概念。从狭义层面上来说,数据主要指科学实验中的测量结果;从广义层面而言,数据是存储于计算机中的信息的呈现形式。根据信息呈现类型的不同进行划分,可把数据细化为两类,即个人数据和非个人数据。在“淘宝”APP中生成的购物偏好数据等就是个人数据,“车来了”APP中的公交车定位信息则属于非个人数据。本文采取“广义”上的数据,在这基础上还明确以下几个方面:

第一,此处所提到的数据不包括涉及国家安全、公共安全的数据以及被《著作权法》视为“作品”的数据;

前者危害国家安全、公共安全的数据带有明显的不正当性,这种不经数据持有者同意或授权的抓取行为可直接由《中华人民共和国数据安全法》规制;后者涉及的数据可以由《著作权法》进行规制,但是被抓取的数据是否属于“作品”,还需在实践中具体分析。

第二,我们所讨论的数据包括直接重要数据、间接重要数据以及似乎不重要数据。

直接重要数据包括账号密码等涉及个人隐私、威胁个人重要信息的数据;间接重要数据包括个人上网浏览记录、个人上网习惯等;似乎不重要数据是指在将来具有商业价值的这些数据。拿“大众点评诉百度案”^①来说,大众点评吸引用户进行点评,当用户点评数据积累到一定规模后公司才开始实现盈利,这是一段漫长的过程,前期需要大量的资本和时间的投入。这些投入不能在短时间内带来收获,但可以在未来给大众点评带来竞争优势,此时就可认定该用户信息是合理预期商业机会和竞争优势数据,属于似乎不重要数据。

^① 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 7512 号民事判决书。

2.2 数据抓取行为的界定

在技术创新快速发展的大数据时代，数字资源具有很高的市场价值，整合后的数据资源更是具有无限的潜能，但是数据资源的形成需要大量资本和时间的投入，所以部分竞争者就有了“搭便车”^①的想法，为了轻松获取到更多的经济利益，借助技术手段抓取其他经营者长期收集整合的数据资源到自己的网站，进而吸引原有数据控制者的用户，打破了用户和原经营平台之间已经形成的消费粘性，导致了一系列司法实践案例的出现。

本文所研究的数据抓取行为指的是在没有获得许可、也不具有正当理由的情形下，互联网经营主体借助技术手段，有选择的抓取、存储、使用互联网平台已累积的数据资源之行为。对于上述定义需要做如下解释：

第一，此处的数据抓取不包括本企业对本企业数据的抓取；

第二，本文所研究的数据抓取和使用，指的是在没有获得授权、没有得到许可的情形下，对数据予以抓取、进行使用，或者是抓取合理但是使用不当的行为。数据抓取必然走向数据使用，使用是抓取的最终归宿。数据所具备的价值经收集、整合、分析以及利用的过程才得以实现，而在上述四个阶段中，数据的收集行为作为后续环节的基础，是至关重要的，但很多互联网经营者自身并没有足够的的数据资源，也就导致了不正当的数据抓取行为的出现。

数据抓取的行为样态众多，探究互联网数据抓取行为的竞争法属性的先决性条件就是突破对数据抓取行为的“单一性”研究，改变为“整体化”思维，从源头上对互联网数据抓取行为实施的技术原理加以剖析，厘清数据抓取行为的方式及特征，将抓取行为在技术上的表层刺透，对互联网经营主体抓取数据的具体原因进行多维度的分析，充分挖掘其内在机理，构建起《反不正当竞争法》规制数据抓取行为“由表及实”的研究路径。

2.3 数据抓取行为的实现方式

数据抓取行为的实现方式主要有三种：第一种是利用爬虫技术进行数据爬取；第二种是通过开放平台数据集对数据资源的获取；第三种是通过 Open API 协议进行抓取。

^① “搭便车”是经济学中的一个经典理论。是指在利益群体内，某个成员为了本利益集团的利益所作的努力，集团内所有的人都有可能得益，但其成本则由这个人个人承担，这就是搭便车效应。

2.3.1 网络爬虫技术

网络爬虫技术实质上是网络信息检索技术的一种,也是互联网行业通行的一种数据抓取技术。爬虫又称“蜘蛛”,是一种系统自动查找和检索网站地址和链接来获取网页相关信息的程序,像蜘蛛般遍历整个网络,根据预设程序对信息内容的脚本或是程序进行自动抓取,然后将其下载至本地,形成备份。

爬虫行为本质上是对网络信息自动且高效的读取与收集的行为,比如大家所熟知的今日头条,就是用爬虫技术抓取网页内容。我们日常中浏览网页信息的行为不归于爬虫行为,属于人为操作,不具有机器的自动性。

一般情况下源数据网站对特定 IP 的日常访问并不会直接设定技术禁止,但是会借助“爬虫协议”限制“机器人”的自动抓取以及互联网经营者对特定类型数据的抓取。在大数据行业,“爬虫协议”还被称作为“机器人排除协议”,又或是“机器人文本协议”,其具体内容为网站主体借助 Robots.txt 文件,对爬虫所能抓取与检索的内容和范围做出规定,以求限制其抓取路径。但爬虫协议并不是官方制定的规范,不具有强制力,就像是未上锁的大门挂上“禁止入内”的门牌,并不能够保证所有互联网企业都遵守这一协议。

2.3.2 开放平台数据集下载

开放数据集下载,即抓取数据的行为主体于平台上完成注册后,对公开数据进行下载的获取数据的方式之一。数据抓取者在开放的平台上下载的公开数据信息一般可以被划分成两种不同的类型:以支付对应费用为条件才可以下载的公开数据和注册后直接免费下载的公开数据。

数据抓取主体如果于多个目标网站上对开放的数据进行下载,同样会区别化设定所抓取数据的具体格式。该主体可借助 Python 工具对数据进行获取、予以整理,也能使用可视化手段对具备使用价值的相关数据进行整理分析。

2.3.3 Open API 开放接口抓取

Open API,英文全称为 Application Programming Interface,对应的中文表述是开放应用编程接口,即网站运营商借助 API 将网站数据整合,设置开放的接口供互联网经营者抓取该网站的数据资源,使数据资产更快更好的变现,充分发挥数据资源的价值,让不同的互联网经营者在运作中因其实现互利共赢。

Open API 这种抓取手段是在互联网环境下实现数据信息资源共享的新方式。该方式不是一劳永逸的，抓取主体与网站运营商签订开放接口抓取协议，不但对开放接口抓取的内容进行规制，还设置了有效期限以及接口的具体使用频次，所有接口均存在普通、高级的划分，其中的高级接口必需单独申请，牵涉到隐私信息的还要获得用户的授权。对开放接口的有效期限进行协商沟通之后，在有效期内抓取数据是合法的，超出有效期限就侵犯了网站服务商的利益。同时对接口的使用频次设限，也就是限制了抓取主体抓取数据的时间和数量。

此外，考虑到数据的时效性，部分数据在超过一定时间之后就失去了价值，但能够满足一些用户对该类数据的需求，所以有必要将该类数据对外开放。当前为了方便第三方抓取数据，从微博到评论再到用户在内的数十种不同的 API 接口，新浪都对外开放。

2.4 数据抓取行为的特征

由于数据抓取行为是在互联网经济发展过程中产生的，具有一些网络技术特性，也具有和传统法律调整对象截然不同的特征，分析这些特征是研究数据抓取行为的基础。

2.4.1 模式的隐蔽性

传统竞争双方主要是双方之间的直接竞争，其竞争对手是确定且可见的，但是数字经济的高度虚拟性、高度开放性为数据抓取行为带来了便利的发展环境，并且数据形成要历经多个不同的环节，每一环节均可能有不正当竞争行为。特别是在司法实践中，法官在审理案件的过程中，必然要求收集电子证据，尤其是审理评定以技术手段对数据信息进行抓取的行为是否属于不正当竞争时，所涉证据多存储于网络服务器之上，提取难度很大，这就给司法工作者带来了极大的挑战。

2.4.2 技术的模糊性

数据抓取行为以高科技手段、新科技模式作支撑，数据抓取的方式多样且难以确定，抓取方式是否属于“技术手段”，具有一定的模糊性。以爬虫协议为例，该协议无强制效力，也不是高端技术壁垒，仅是单方的通知和公告，更像是君子协定，效力不足。它并不属于我们所说的“技术手段”，这也使数据抓取行为是

否属于不正当竞争的认定变得更加复杂和困难。

在数据抓取行为中,如果抓取主体未经被抓取主体邀请擅自进入“禁止入内”的大门,为谋求商业利益、为在市场上获取到竞争优势,对他人所有的、具备商业价值的相关数据信息进行不正当抓取并予以不正当使用的,必定会产生一定程度的不良后果。考虑到互联网行业所具备的独特经营模式(即通过提供免费业务,实现用户群的积累,针对所积累的用户群展开增值与广告业务,取得对应收益的方式),不当抓取和使用用户数据的行为并非直接给竞争对手造成经济上的损失,而是借助削减对手用户群的深度、广度,谋求到自己交易的机会,实现自身竞争力的增强。此方法可能造成的直接后果是用户浏览量下降、流量也因此而降低,损失的是广告收益以及可能发生的交易机会,这种损害还会给竞争对手的市场竞争力带来打击。

2.4.3 成本的低廉性

数字经济时代,互联网经营者为了谋求到数据资源,必然要投入相关的成本,数据抓取行为可以帮助抓取主体花费较短时间较低成本获得自己所需的、具有经济价值的各种类型的数据。加上法律对数据抓取行为规制的模糊性,抓取主体在风险较小的情况下对数据收集整理,成为自己的资源,迅速建立起自身的竞争优势,只需要耗费少量的成本。和实体市场的运营相比,互联网市场的运营成本无疑是很低的,抓取数据的行为更是运用相同的技术、在相同原理之上展开的重复操作。该行为本身的复杂度不高,仅需投入一次性的智力成本,即能对用户数据进行万亿次的抓取。

值得一提的是,尽管互联网企业收集数据的单次成本较高,但数据被抓取后社会成本^①会降低,就经济学角度来讲,这也是一种节约社会成本的方法。如果具有相似产品的互联网企业一起收集所需要的数据资源,累计起来的社会成本可能会很高,这也是增加社会成本的一种方法。

2.4.4 侵权的成本低

竞争者利用技术手段将数据经营者的劳动成果窃取,可以在瞬间得到用户的浏览痕迹、消费偏好,基于此对用户消费进行引导,所投入的成本有限但是收益

^① 社会成本(Social cost),是指按全社会各个生产部门汇总起来的总成本,也可以指某一种产品的社会平均成本。

却很明显，能较大的影响乃至是彻底的取代被抓取主体，给后者造成较大程度的经济损失。

分析解读侵权过程，侵权方基于所掌握的技术谋求具备经济效益的数据信息，付出的成本相对低廉，很多情况下成本微乎其微，即使被诉讼，违法成本相较于收益也是十分微小的。侵权行为的违法损失和获利完全不成比例，有些企业还会借此来进行诉讼营销，即通过低成本的诉讼为企业争取更大的营销利益。这种特征让数据抓取主体的行为更加猖獗。

2.4.5 影响的广泛性

一方面，平台经济具备显著的“放大效应”，不同市场主体间有着紧密的联系，单一竞争者所采取的竞争举措可能会对其他经营主体产生影响，数据抓取行为极易对被抓取对象所营造的商业环境造成破坏。

另一方面，经营者通过数据收集、处理、整理，对所经营的产品、所提供的服务予以不断的改进，进行持续的创新，数据在企业间的数据活动中不断地“滚雪球”，产生了更大的经济价值。比如大众点评诉百度不正当竞争纠纷案^①中，百度地图依据大众点评的数据将特定地点的吃喝玩乐特色推送给用户；而以抖音为代表的视频网站则基于对用户数据的分析，定制并推送个性化视频给用户。在数据被转化成具备经济价值的信息之后，就担负起了创造经济价值与社会价值的双重功能，给用户带来便捷，进而给社会经济发展带来重要的影响。

^① 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 7512 号民事判决书。

3 反不正当竞争法规制数据抓取行为的必要性

我国正行进在数字经济大踏步向前的发展道路上,对于互联网行业、互联网经营主体的发展来讲,数据已是最为核心的组成要素。与此同时,数据领域的商业竞争已然常态化,当前学界提出了诸多针对数据抓取行为规制路径,不过鲜有学者从反不正当竞争法入手研究和分析数据抓取行为。因此,本文通过对相关理论基础的分析,探究以《反不正当竞争法》规制数据抓取行为的必要性。

3.1 维护市场公平竞争的必要

3.1.1 防止滥用竞争获取不正当利益

随着互联网的高速发展,经营者之间的竞争更加激烈。在这种环境下,互联网经营主体若想追求更大的经济效益,就要在市场上拥有更多的竞争优势,为此,互联网经营者就必须投入大量成本对数据进行收集、处理、分析,基于所得结果对自己的产品和服务进行优化改善,调整已有的经营战略,进而在市场上谋求到竞争优势。从表面上看此过程损害了其他经营主体的相关利益,但从本质上看,却是对市场环境的维护,可以促进社会的发展。自由竞争是市场竞争的重要原则。保障市场竞争环境的基本公平,是自由竞争的重要前提,《反不正当竞争法》的出现就是为了规范滥用竞争自由的行为、过度竞争行为或以不正当手段侵害诚实守信市场主体合法权益的行为。

虽然互联网企业客观上都有共同的利益,但个别互联网企业通过技术手段获取竞争对手数据资源,获得不公平的竞争优势,并滋生了不劳而获的温床。例如,在2016年巴西里约热内卢奥运会的转播过程中,新传在线信息技术有限公司(以下简称“新传在线”)和盛力世家体育文化发展有限公司(以下简称“盛力世家”)抓取央视国际网络有限公司(以下简称“央视国际”)独家的奥运会节目资源,利用央视国际的竞争优势为本公司网站和浏览器吸引用户,增加本平台的观看人数,以此获取不当商业利益^①。新传在线和盛力世家的这种行为直接侵害了央视国际的商业利益与竞争优势,破坏了互联网行业长期筑造的公平有序竞争环境,数据行业的整体发展前行也必将因此而受阻。因此要防止数据抓取行为滥用竞争获取不正当利益的情况发生。

^① 参见北京知识产权法院(2019)京73民终第2989号民事判决书。

3.1.2 解决搭便车的问题

“搭便车”理论为经典的经济学理论，是指经济中某个体消费的资源超出他的公允份额，或承担的生产成本少于他应承担的公允份额。一些人需要某种公共财产，但事先宣称自己并无需要，在别人付出代价去取得后，他们就可不劳而获的享受成果。虽然在互联网社会这个大集体中全体互联网经营者存在着共同的利益，但从社会心理学的角度看，这种社会大环境极易使个别企业产生“搭便车”的心理预期，他们缺乏主动性和积极性，或者直接索性袖手旁观，享受他人创造的利益。

在“杭州执掌、利导诉浙江中服不正当竞争纠纷案^①”中，法院审理后判定谷米所掌握的酷米客软件中记载的实时公交数据可以为谷米公司带来经济利益，这种经济利益在属性上为无形财产，所以杭州执掌、利导公司对数据享有占有、使用、收益和处分的权益。在未经杭州执掌、利导公司许可的情况下，浙江中服仍然非法获取该数据并用于商业应用，非法占用他人财产权益，实为一种“搭便车”的行为。浙江中服的不正当行为破坏他人市场竞争优势，造成杭州执掌公司、杭州利导公司客户群的流失和商业合作机会的减少，这不仅仅是一种牟利性的商业行为，还破坏了正常的竞争秩序，符合不正当竞争行为的构成要求。

当然，我们不能全盘否定数据抓取的搭便车行为。经营者主体通过网络科技谋求他人不被允许抓取的数据资源，即为错误的“搭便车”行为，也是我们要进行规制的。但抓取的数据不在法律保护的范围之内，抓取的是在公开范围内共享的数据，数据抓取行为并不会影响到其他经营者的权利，这并不是我们要规制的“搭便车”行为。一个经营者收集到的数据服务于多个经营主体，可以有效发挥数据价值，降低全社会的数据收集成本，也可以密切联系各大经营者平台，更好的促进数据产业创新，从而更好地为社会服务。

3.1.3 解决注意力经济理论新权益问题

互联网经济的产生、发展从某种程度上看是信息技术助推的结果，网络经济在行业内还有“注意力经济”之称，经济谋求的重要路径之一是吸引用户注意。能将用户注意力留住，也就将用户留下了，进而也就能积累更高的用户流，获取

^① 参见杭州铁路运输法院(2018)浙 8601 民初 956 号民事判决书。

到的用户数据也就会更多，提供的服务也就会随之增多。可以说用户注意力给互联网经营主体带来的不只是交易机会，还有切切实实的经济利益。为利益所驱使，经营主体逾越竞争秩序的行为随处可见，比如对数据施以不正当的抓取与使用。高德哈伯是对“注意力经济”最早予以关注的学者，他将注意力经济视作不可多得的宝贵财富，后人的研究无不是建立在高德哈伯所取得的研究成果之上，并将高德哈伯的研究成果引入经济管理范畴之内，通过理论与实践的密切结合，构建起注意力经济网站。

我们可以发现，在互联网经营领域，吸引了用户注意力即在市场上占据了有利的竞争优势。因为抓取数据所引发的诸多纠纷案件里，不正当抓取主体之所以抓取数据，目的在于通过对数据信息的整合归纳，针对性的设定和推送可以吸引用户注意的信息，进而实现自身用户量的增加，吸引用户关注，造成对方用户量的下降、对方竞争优势的减损，破坏了市场竞争环境。因此，需要借助竞争法规制约束不正当抓取数据的行为，维护市场竞争秩序，保护自由公平竞争，解决注意力经济可能产生的新权益问题。

3.1.4 解决数据赋权难题

总结法官对数据抓取行为相关纠纷案例的审理思路，可以发现在规制数据抓取行为的过程中，最为基础的所在是确定数据之权属。在权属明确的基础上，确定数据价值、数据权益真正归谁所有，基于此探索规制抓取数据行为的具体路径，为互联网经营创设良好的秩序、为交易安全提供更好的保障。但是，学术界和司法界对数据的所有权存在很大分歧。由于部分数据的权益并非全部属于被抓取主体，在认定数据权益的时候，遗漏不能彻底避免，容易导致认定错误，互联网经营者权益不能得到充分的、全面的保护。

若明确数据的财产属性，对经营者的数据以专有权保护，打破了行业内的利益平衡，干预了市场自由竞争，可能会抑制新兴商业模式的出现。但是竞争法的谦抑性能够更恰当地调整数据领域中各方的权益，使其达到平衡的状态。《反不正当竞争法》主要反对经营者以不正当手段攫取他人的竞争优势，保护因不正当竞争而受到损害的善意经营者的利益，目的是维护公平竞争的市场秩序。在不考虑数据是不是法律所明确保护的财产权的情形下，数据只要是企业竞争所涉及到的资源，数据抓取行为危害到社会公平，就应该被《反不正当竞争法》所调整。

此外，在用《反不正当竞争法》对数据抓取行为进行裁判时，首先考量的不再是数据的本质属性，而是采用行为法的评价理念，对涉案竞争主体间是否存在竞争关系、竞争行为是否造成实际损害以及该竞争行为是否具有不正当性等问题进行论证。这既能避免竞争不自由的局面，又能够对明显超出公平竞争界限的数据抓取行为予以必要的规制，适用反不正当竞争法规制数据抓取行为有利于营造健康的市场竞争环境。

3.2 保护消费者数据权益的必要

我国之所以制定颁行《反不正当竞争法》，主要目的就是为消费者权益予以更好的保护，此立法目的被明确写进了法律之中。消费者是市场竞争行为的最终买单人，竞争结果最终将会对消费者的相关权益产生直接而且重大的影响。能不能充分而且有效的保护消费者的权益，是判定市场环境优劣的重要标准。消费者对商品或服务的选择应基于对商品和服务的充分理解，保护消费者的合法权益是市场健康长远发展的重要目标。

我国在多部法律中都有保护消费者权益的相关规定，最具代表性的就是《消费者权益保护法》，该法旨在保护消费者权益，但其规定更为注重直接调整经营主体和消费主体构建起的具体利益关系，强调的是消费购买行为一定是在消费者自愿的基础上，诚信化交易的结果。不正当抓取数据行为之所以会危害到、有损于消费者的合法权益，根本原因是抓取主体对被抓取主体的数据进行的不合理抓取，被抓取主体不是消费者遭受的权益损害的主要的责任人，从某个层面上看被抓取主体也为受害方。因此，为了让互联网经济能够在更为健康、更为有序、更为稳定的环境中向前发展，保护消费者权益理论作为《反不正当竞争法》基础理论之一，对规制数据抓取行为具有不可替代的作用。

互联网市场不当抓取数据的行为频频出现，若不对数据抓取行为进行监管和规范，正常的的数据收集获取方式会被不正当的数据抓取所驱逐。因此，应该将数据抓取行为纳入《反不正当竞争法》的规制之中，以便更好地实现竞争法的价值，保障市场主体的公平竞争。

4 我国数据抓取行为反不正当竞争法规制的困境

本章聚焦现行《反不正当竞争法》对数据抓取行为进行规制时所面临的问题和困境，首先简要论述《反不正当竞争法》中一般条款和互联网条款对不正当抓取数据的行为进行有效规制的局限性；接着分析竞争关系认定思路中的不恰当之处和损害赔偿机制不完善等问题；最后对行政监管制度的缺陷进行阐述。

4.1 一般条款的滥用风险

这里所说的“一般条款”具体指的是2019年修订后颁行的《反不正当竞争法》第2条，这一条款也是司法实践中规制数据抓取行为时援引最多的条款。一般条款通常对具体条款起到说明和补充的作用，当某一类案件出现时，一般条款发挥兜底作用以弥补具体条款的不足，维护法律的完整性。一旦客观环境有变，法律修订同样需要时间、需要遵守设定的流程，一般条款能在法律滞后时提供一些空闲时间对案件进行调整。需要强调的是，过多适用一般性条款容易加大司法审判人员的自由裁量权，可能导致法律滥用，降低法律在人民心中的权威性，甚至会出现司法者在审判裁定过程中选择适用一般条款。具体体现有：

第一，从实质上看以一般条款进行规制其实是依靠法官在主观上所掌握的商业道德、诚信原则进行裁判。

无论是商业道德，还是诚信原则都有明显的不确定性，所以对数据抓取此类互联网不正当竞争纠纷案件进行处理的时候，法官不免给掺杂个人的认知和判断，导致司法裁判中出现不同的裁判尺度和主观标准，出现同案不同判的现象，有损审判的客观性。个人的理性和智慧是有限的，个人对事物的认识不可避免地会有一些偏见和局限，所以互联网行业的竞争秩序必须要有原则性的立法规范，削减自由裁量权的适用空间，避免市场秩序的紊乱。

第二，借助一般条款对案件进行审理时，一般性立法条款的解释空间甚大、抽象性极高。

虽然在司法实践中适用一般条款可以避免论证的困难，但如果我们不充分利用法律规定和法律解释来规制数据抓取行为，一般条款将会在处理数据抓取不正当竞争纠纷案件中不断被滥用，会造成司法审判人员向一般性条款地“避难”现象。这将影响裁判的一致性以及权威性，甚至影响到数据抓取案件的公平，还会

导致互联网经营者在数据竞争时无所适从，出现不敢竞争乃至无序竞争的局面。

第三，商业道德和诚实信用原则的认定存在一定问题。

从各级法院的司法实践来看，认定互联网企业违反商业道德主要有两种思路：一是有违行业规则，二是损及了被抓取主体的合法权益。互联网在我国的发展历史还非常短暂，行业规则依然并不完善，行业标准同样也在变化之中，已经形成了的行业标准究竟能不能成为商业道德尚待观察。数据抓取作为新生技术，在其规制过程中不仅要注重保护互联网企业利益，同时还要兼顾对社会的创新贡献度。因此，对数据抓取行为的规制要更加包容，以一定方式促进其发展，不能简单的认定其违反商业道德。

4.2 互联网专条的可适用性不强

“互联网专条”具体指的是2019年修订后颁行的《反不正当竞争法》第12条，这条立法规定是专门针对互联网行业中新出现的不正当竞争行为所设置的，第12条第2款对三种不同的互联网不正当竞争行为做出了对应的规定，不过并不包括数据抓取行为。司法实践中，法官主要用一般条款对数据抓取行为进行规制，很少适用互联网专条。从裁判文书网检索到的数据抓取相关案例显示，只有新浪微博诉脉脉不正当竞争纠纷案^①中，适用互联网专条第2款第四项进行了判决，但是在该案中，法官也借助了一般条款对涉案数据抓取行为的不正当性进行了辅助论证。

互联网专条采用了“概括+列举+兜底”的立法模式，首先说明经营者利用网络从事生产经营活动严禁借助技术手段对用户选择施加影响，或者有碍于其他经营主体向用户提供商品、服务；其次，归纳总结了互联网模式下所特有的不正当竞争行为并予以从立法上的确认；最后，兜底条款如上文所提到的一般条款一样，维护了法律完整性，赋予了司法机关一定的自由裁量权。但是否可以用《反不正当竞争法》互联网专条中的兜底条款来规制数据抓取行为，最主要的是如何理解“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”。

学者对兜底条款的适用进行了诸多讨论，一些学者认为兜底条款对互联网不正当竞争行为构成特性的描述过于中性，范围宽泛，甚至包含了互联网中正当的竞争行为，缺少实质性的构成要件。我们可以把这条规定理解为一种说明类规定，

^① 参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

也就是说明和告知仍然存在列举性规定以外的互联网不正当竞争行为,在具体适用时要结合该法一般条款来认定这些不正当竞争行为。也有一些学者认为不正当的数据抓取行为不在列举范围之内,但同样可以依据该条兜底条款来进行规制。前文提到的利用网络爬虫技术的数据抓取行为通常是违反了 Robots 协议,利用技术手段非法侵入他人计算机,破坏、妨碍了被抓取主体的网络产品或服务的正常运行,便符合该条的适用条件。

但现实情况中更可能发生的事情是侵权主体模拟普通消费者获得访问权限并进行抓取,同时利用虚拟 IP 访问抓取,这种行为既没有违反 Robots 协议,也没有非法侵入的行为,这种情况从字面就很难解释该条所述的“妨碍、破坏”的具体表现。但事实上抓取主体的行为确实是“不劳而获”的,具有不正当性。从这方面看,互联网专条很难规制所有的不正当数据抓取行为,即使再结合一般条款,也不足以规制所有不正当的数据抓取竞争行为。

4.3 实质性替代的认定标准模糊

经营者不得利用技术手段非法抓取、使用其他经营者的数据,并对其他经营者合法提供的网络产品、服务的主要内容或者部分内容构成实质性替代。如何判定抓取的内容对被抓取主体构成“实质性替代”,法律条文中未作表述。

对于被抓取的数据信息,抓取主体应在法律允许的范围内进行合理使用,这是应有之义。而“实质性替代”的标准应结合实际情况进行具体判断。在“阿里诉南京码注不正当竞争纠纷案”^①中,阿里巴巴认为南京码注通过直接查询和 API 接口两种方式向用户提供数据查询服务,虽然其中部分数据已对大众公开,可以在必要限度内使用涉案数据,但并非可以将原始数据据为己有。法院支持阿里巴巴的诉求,认为码注公司应当坚持诚实信用原则,合理使用数据。但是码注公司的行为几乎对阿里巴巴的原始数据构成了实质性替代,所以行为不具有正当性。

由此可见,互联网经营者未经被抓取主体授权的情况下,擅自不当抓取其他经营者的具有重要竞争价值的的数据,并对对方造成实质性替代,进而使对方的竞争地位下降的行为,就属于不正当的数据抓取行为。但是“实质性替代”作为一种客观事实,需要法官根据具体情况进行主观的判断,对于一些情况复杂且诉讼标的的较大的案件,仅凭法官进行主观的权衡可能会使判决结果出现偏差。两种产

^① 参见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。

品或服务的相似度高并非不能代表实质性替代结果的发生,反之,两种产品或服务的相似度低也不能证明未发生实质性替代的结果。

4.4 竞争关系认定不合理

表 4.1 不正当竞争纠纷案对比

| 案件名称 | 案件概述 | 争议焦点 | 适用法条 |
|-----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|
| 百度诉奇虎不正当竞争纠纷案 ^① | 百度认为奇虎公司以 360 浏览器和自己的网址导航站相捆绑,对搜索结果施以故意仿冒、人为混淆,对百度流量进行了劫持,侵犯原告商标权并且不正当竞争。 | 1、双方竞争关系的认定; 2、行为的正当性认定; 3、是否侵害商标权。 | 《中华人民共和国反不正当竞争法》第 2 条、第 20 条。 |
| 阿里诉南京码注不正当竞争纠纷案 ^② | 阿里巴巴认为南京码注通过直接查询和 API 接口两种方式向用户提供数据查询服务,查询信息包括从阿里巴巴平台获取的信息以及基于该等信息计算的活性值等,同时利用非法获取的上述数据进行商业开发,严重违反诚信原则、商业道德,属于不正当竞争。 | 1、被告不构成不正当竞争; 2、被告是否应承担民事责任。 | 《中华人民共和国反不正当竞争法》第 2 条、第 17 条。 |
| 杭州执掌、利导诉浙江中服不正当竞争纠纷案 ^③ | 杭州执掌公司、杭州利导公司认为浙江中服通过非法访问后台页面,查看和获取经销商数据,经过收集、审核、加工、筛选的经销商数据的无形资产,将杭州执掌公司、杭州利导公司的劳动成果采用不正当手段据作己用,获得商业利益,谋求竞争优势,明显违背商业道德,为不正当竞争。 | 1、杭州利导公司是否是本案适格原告; 2、涉案被控侵权行为是公司行为还是个人行为; 3、涉案被控侵权行为是否构成不正当竞争; 4、民事责任的承担。 | 《中华人民共和国反不正当竞争法》第 2 条、第 17 条等。 |

① 参见北京市高级人民法院(2017)京民终 487 号民事判决书。

② 参见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。

③ 参见杭州铁路运输法院(2018)浙 8601 民初 956 号民事判决书。

接表 4.1 不正当竞争纠纷案对比

| | | | |
|----------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
| <p>大众点评诉 百度不正当 竞争纠纷案^①</p> | <p>在百度地图中对商户信息进行搜索,会检索出部分来自于大众点评的用户点评内容,百度在使用这些内容时虽然标明了信息来源,提供的链接能直接跳转至大众点评网,但是大众点评认为百度地图的这种行构成“搭便车”,减少了用户对大众点评网的访问,是一种不正当竞争的行为。</p> | <p>1、双方竞争关系的认定; 2、行为的正当性认定; 3、市场替代的界定; 4、公共利益和消费者权益保护。</p> | <p>《中华人民共和国反不正当竞争法》第 2 条、第 5 条第 2 项、第 9 条第 1 款、第 20 条。</p> |
|----------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|

资料来源:裁判文书网

在对表 4.1 的总结中发现,“双方竞争关系的认定”是大部分数据抓取案件的争议焦点之一。以往的司法裁判过程中多以损害结果来认定双方是否具有竞争关系,但在新修正的《反不正当竞争法》中删除了“损害竞争对手”的结果要件,竞争关系在立法上已经不构成竞争行为认定的判断因素,司法实践中当事人经常以不存在竞争关系进行抗辩。所以,当前认定数据抓取行为是否构成不正当竞争时,避免不了对抓取主体与被抓取主体之间竞争关系的认定问题。

据互联网行业之独特性对竞争关系进行认定时,不能受限于同种行业之间,更不能局限于单一业务。互联网环境具有显著的复杂性,如果仍坚持传统认定思路,就不能满足新时代背景下的认定需求。所以要依据新的标准对经营者之间的竞争进行认定,广义的认定标准便是互联网背景下新的认定方向。

互联网经济模式在不断调整转变,经营主体间在业务类型上互为交叉、彼此重叠,此时的竞争主要就是对用户群体的争夺。例如百度地图对用户提供服务时,也会将导航地址周边的商户信息显示在页面上,同时提供商户优惠信息,就会刺激用户群体在百度地图的消费,减少了其他网站平台的消费者数量。互联网平台通过多元化的举措,提升综合服务水平,即为用户提供更全面的信息,最终方便客户,吸引更多用户群体,也导致了其他网站平台的用户数量减少的情况的发生。

^① 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 7512 号民事判决书。

虽然随着互联网经济的发展，司法认定过程中已经对竞争关系予以了扩大，从传统的同业竞争扩展至跨行业竞争，在认定经营主体间的竞争关系时，行业关系只是一个要考虑的要素，所提供的服务与产品也是需要考量的对象。在产品或服务出现了重叠的情况下，目标用户就会出现竞合，进而就将双方推向了竞争关系。如淘宝诉美景不正当竞争纠纷案^①中，美景经营的“咕咕互助平台”淘宝的生意参谋产品为对象，并对生意参谋账号进行分享，直接造成淘宝公司生意参谋产品的减少。从表面上看，双方争夺的是交易机会，从本质来讲，淘宝与美景的用户群体存在此消彼长的替代性，两者之间的消费者竞合，使得双方存在竞争关系。

综上所述，从竞争关系认定方面确定是否使用《反不正当竞争法》调整数据抓取行为，将竞争关系作为裁判出发点的认定思路并不合理。

4.5 损害赔偿机制不完善

数据抓取行为不同于传统的竞争行为，我们很难发现这种在数字海洋之中以隐蔽方式非法抓取并使用他人数据成果的行为。它不仅损害了被抓取主体的商业机会和经济利益，削弱了被抓取主体在市场上的竞争力，甚至可能对被抓取主体的市场份额和竞争优势造成不可弥补的损害。数据抓取行为给被抓取主体造成的后果往往是巨大的。

当诉讼持续二、三年时，如果允许不公平竞争对手在诉讼期间继续侵犯经营主体的竞争优势，在诉讼结束时，诉讼结果已无法弥补被抓取主体遭受不法侵害产生的损失。数据抓取案件所采用的诉讼程序中缺乏诉前止损救济的相关规定，也就是说，在诉讼期内数据抓取主体依然能肆意的对经营主体辛苦经营的所得进行抓取，对其市场进行抢占、对其累积的用户进行劫掠，进而谋求更高水平的竞争优势。如果诉讼期间，法院不及时禁止此种抓取行为，持续的数据抓取就会造成被抓取主体所遭受的损失进一步扩大。当下诉前禁令在立法上的空白可能会直接导致原告最终赢了官司，输了市场。

而且目前我国不正当竞争纠纷案件的损害赔偿机制多为补偿性机制，即抓取主体的行为对被抓取主体造成实质性损害之后再对被抓取主体进行赔偿，此机制下赔偿数额较低，纵容了非法数据抓取行为的实施。在不正当数据抓取行为案件

^① 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。

中，维权成本较高，具体损害金额没有明确的标准，诉讼过程较长，最后法院裁定的赔偿金额通常较低，被抓取主体得到的赔偿和遭受的经济损失相比，不值一提。但是抓取主体的侵权行为并不会耗费很高的成本，所得收益远超所付成本，这就从客观上鼓励了非法抓取行为，也导致了非法抓取行为的泛滥。

《反不正当竞争法》第 17 条^①在损害赔偿方面的规定比较笼统，法官的自由裁量权过大，在数据不正当抓取引发的纠纷案件中适用情况较少，可适用性不强。抓取主体的侵权行为却并不耗费很高的成本，法院的判决结果也难以达到震慑侵权者的效果，合法经营主体的正当权益不能得到合理救济。而侵权者却仅以付出极低成本和较低赔偿就能对合法经营主体所有的信息资源进行恣意的掠夺，并基于此在市场上快速获取到竞争优势，谋求到丰厚利润，长此以往，将会扭曲市场竞争机制，市场的公平之秩序也将荡然无存。

4.6 行政监管体系的缺陷

对于数据抓取行为的规制，不能单纯的从《反不正当竞争法》入手，还需要相关部门的配合与辅助，行政法的相关法律法规也对数据抓取行为规制起着重要的作用，但同时存在一些问题，由此整理出以下几点：

4.6.1 行政法规体系混乱

目前，我国有许多部门规章和司法解释对互联网市场经济竞争进行了规范，例如《互联网信息服务管理办法》、《上海市数据条例》、《反不正当竞争法司法解释》等。不同的规定赋予不同的主体执法权，不同规定的立法水平不一，执法主体在实际问题面前，对法律予以适用时就面临很大障碍。目前我国行政法规和部门法规不够系统，制度本身也不健全，很多规定都太过原则化，没有较强的适用性，并没有具体的法律条文约束数据抓取行为，也无具有较高可行性的惩罚性立法，在不正当竞争的分类上也缺乏明晰的标准，难以对市场不正当竞争者形成威慑，使得由数据抓取引发的不正当竞争纠纷不能得以有效的解决。

4.6.2 行政执法专业性不足

科技的发展推动了互联网的进一步开放和创新，淡化了行业界限，不同执法

^① 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第 17 条。

主体的管辖边界也变得模糊。在理解和认识竞争关系时，已不能在受限于行业、受限于服务内容、产品类别。工商部门的工作性质和职能倾向于管理职能，而对于技术和专业要求较高的监管，将暴露出监管不力和工商部门本身专业性欠缺的问题。因为专业水平不够，所以对类似纠纷进行处理时，就会手足无措，判决的准确性也大受影响，执法部门不能不能和司法救济之间构建起有效而又密切的衔接。这种情况下的典型案例有很多，例如由大众点评引发的一系列不正当竞争纠纷案件中，行政机关一直都未做出有效监管举措，也没有展开实质调查。当事人最终只能向法院提起诉讼，并通过法院裁决解决问题。

4.6.3 行政司法取证困难

司法是保障权利、解决纠纷的最后一道屏障，数据抓取不正当竞争纠纷案的裁判职责最终还是要落在司法实践上，但在司法实践中还存在电子证据取证困难的问题。尤其是以爬虫技术对数据进行抓取所引发的纠纷，所涉证据多存储在服务器之上，实践中对电子证据进行提取时困难重重。再加上网络空间极为复杂，极具隐秘性，同时抓取主体也在刻意规避法律风险，这就进一步加大了取证难度。同时受制于执法者自身的素质能力，证据取得极难，取得的证据是否符合电子证据的认定标准也不能得到全面的保证，最终加大了认定不正当竞争的难度。

5 数据抓取行为的反不正当竞争法规制的域外经验和启示

由于国外互联网经济发展迅速,外国学者与司法界很早就对数据抓取之类的不正当竞争行为进行了研究分析,并且有一定的研究成果。本文总结了域外国家在数据抓取行为法律规制、诉前禁令规制机制、事后惩罚赔偿制度等方面的先进经验,希望给我国的数据抓取行为规制带来启示。

5.1 设置专项法律条款

5.1.1 德国

《德国反不正当竞争法》设立了“一般条款”,也就是该法第1条。这部立法还以附件“黑名单”条款的形式对一般性条款的具体适用范围予以了明确化。司法实践领域,案件审理会对“黑名单”条款进行优先适用,在充分利用黑名单所列事项后,才会以一般条款作为兜底条款。“黑名单”条款在附录中明确了具体的不正当竞争行为,使案件在司法实践中的法律适用过程更加清晰,避免了一般条款被滥用的风险。一般条款作为竞合规范,在判断竞争行为的合法性时仍然起到主导作用。该条款是德国对不正当行为规制的主要条款之一,在案件审理中具有重要意义。

除一般规定外,德国还有单独的网络立法,依此对不正当竞争行为进行规制。2004年修订的德国反法第4条第11款:有违市场行为调整立法,损害其他市场参与者的合法权益,即为不正当竞争。在2015年的修订中,该法还规定,凡违反市场行为调整立法,明显损害消费者合法权益,以及其他市场主体的合法权益,应视为不正当行为。

无论是在附录中明确规定具体行为,避免滥用一般条款,还是制定专门的单行法来规范网络侵权行为,都减少了不正当竞争的发生,对于市场秩序的维护、消费者合法权益的保障都发挥了重大作用。德国在反不正当竞争法方面的成就值得我国借鉴。

5.1.2 日本

日本是为数不多的对数据的不正当获取、使用和披露进行正式规制的国家之一。数据具有广泛的适用性,无论是数据的免费共享,还是数据持有主体能够基

于交易的手段将数据提供给第三方的行为,都应该得到法律的规范和限制。为此,日本在新修订的《不正当竞争防止法》中引入了“限定提供数据”条款^①,将不正当获取、使用或者披露数据经营者采取技术措施限定提供的数据的行为,在诉讼过程中,数据经营者有权请求停止侵权、停止侵权风险、放弃侵权工具和产品,以监管数据的不正当竞争,包括对数据抓取行为的监管。考虑到司法实践给数据利用所造成的过度负面影响,可能会影响到数据产业的创新发展,日本并没有设定对应的刑事处罚举措。

日本通过《反不正当竞争法》给数据抓取中的不正当竞争行为提供了更多的指引、评价和强制作用。该法用具体明确的法律条文对不正当的数据抓取行为进行司法裁判,这不仅可以保护互联网经营者的利益,又能体现出法律对数据抓取行为反不正当竞争法规制的重视。日本立法路径的选择以及制定过程中存在的问题和解决方案,对我国数据竞争法律保护体系的建立具有借鉴和启示作用。例如,我国可以在《反不正当竞争法》中增加类似的条款,以规范数据抓取行为。

5.2 建立诉前禁令机制

美国在不正当竞争行为的规制上所设定的禁令规制已经相对成熟化,当案件达到了禁令制度的适用要求时,被侵权主体就能向法院申请发布禁令,经对所涉各项利益的综合考量,法官可决定发布禁令,并借助禁令制度控制侵权损失的程序。在我们所熟悉的领英诉 HiQ 不正当竞争纠纷案中,HiQ 对领英网站的数据抓取行为在受到领英多次反爬虫技术的阻止之后,仍对领英正常的经营活动造成了影响,于是领英向 HiQ 发出“勒令停止侵权函”,并以技术举措禁止 HiQ 对自己的数据进行抓取,收到声明后,抓取并使用数据的行为并没停止,HiQ 反而基于领英的技术举措严重阻碍了 HiQ 的正常经营向法院提出颁布禁令的请求,法院支持了 HiQ 的请求,颁发临时禁止令,禁止领英拒绝 HiQ 的数据抓取行为。在此案中,美国的禁令制度发挥了重要作用。

美国互联网技术发展迅速,处于全球数字经济发展的前沿,对于数字经济中的新型不正当竞争行为的研究较早,在数据规制方面有着比较丰富的经验。其禁

^① “限定提供数据”条款:即日本《不正当竞争防止法》第2条第7款规定,是指以营业为目的向特定人提供的采用电磁方法积累了相当数量以及进行了电磁管理的技术信息或者经营信息(作为商业秘密管理的除外)。

令制度不仅能及时保护被侵权主体的利益，还能维护整个社会的利益平衡，稳定市场竞争秩序，在我国事前防范机制方面具有借鉴意义。

5.3 完善事后惩罚救济制度

此外，美国采取多种法律规范对不正当竞争行为进行了规制。这些法律规范规定了三倍赔偿的绝对处罚和赔偿机制，即侵权行为被认定后，如果双方主体构成不正当竞争，被侵权方有机会获得三倍赔偿。MP3.com 侵害环球音乐案里，被判处的赔偿额就高达 2.5 亿美金。让侵权主体在做出不正当竞争举措前，不得不考虑侵权所得和应支付的赔偿金额的高低，并可能因为高额的损害赔偿金停止实施不正当竞争行为。这种机制间接减少了不正当竞争的发生，具有良好的预警效果，实现了市场竞争环境的有效净化。

美国事后的惩罚救济制度值得我们学习和借鉴，这种机制可以对被侵权人遭受的损失予以有效弥补。尤其是考虑到我国赔偿额远低于所遭受的损失的判赔现状，较低犯错成本易导致不正当竞争的发生。惩罚性赔偿可以减少“诉讼营销”现象的发生，为我国数据抓取行为的法律规制提供一定的保障，有其适用的必要性。

综上所述，各国的立法都对数据抓取行为的规制起到了一定作用，由于各国的数据保护情况因国情不同而具有差异化和多样性的特点，因此并不一定适合我国的国情。我国必须以数据实质作为数据立法、数据价值保护理念和数据经济发展的根本依据。对数据市场的运行秩序、竞争秩序进行有效保护，推动互联网行业朝更好的方向发展。

6 数据抓取行为的反不正当竞争法规制路径的完善

为了有效的规制不正当的数据抓取竞争行为,应当对现有的规制体系进行调整。针对一般条款滥用,互联网专条适用性不强的问题,需要在明确适用条款的基础上,优先对《反不正当竞争法》相关条款进行完善,并厘清“实质性替代”的界定标准,从而加强对数据抓取行为的规制。同时,借助法经济学的内容,对各方权益进行衡量,进而从数据分级分类的角度,明确数据抓取行为的损害判定标准。此外,通过完善行政监管的相关制度规定,组建专业化监管人才队伍,最大限度的保护经营者、消费者利益,从而保障良好的互联网市场竞争秩序。

6.1 构建竞争法上一般条款适用的多重标准

从司法具体情况分析,当前我国《反不正当竞争法》中所提到的一般性条款在审判中存在过于依赖道德标准的问题。以诚实信用和商业道德作为考量标准的行为认定方式亟待改变。数据抓取行为正当性的判定标准不完善,构建一般条款的多重适用标准刻不容缓。

一方面,前文提到德国《反不正当竞争法》一般条款中增加了“黑名单”条款,只有在穷尽黑名单所列各项以及其他相关法律规范之时才可适用一般条款,我们应当借鉴此种法律规制思路。具体来说,在《反不正当竞争法》一般条款之后补充“援引上述条款需要在无法可依的前提下才能实施”的条款。一般条款属于原则性规定,只有当没有法律规范可以对数据抓取行为进行规制的情况下,才能在数据抓取不正当竞争纠纷中被援引,一般条款的使用有严格的前提。在已有明确的适用于数据不正当竞争领域的互联网条款的情况下,一般性条款不应当被优先适用。优先使用互联网条款对数据抓取行为进行规制,是一般性条款谦抑性的体现,也可以规避实践过程中的道德化倾向问题。

从另一方面来说,在对数据抓取行为进行评价的时候,需要认定经营者之间的竞争关系。拿领英诉 HiQ 的不正当竞争纠纷案件来讲,领英作为数据的控制者,在两者之间具有相对强势的地位,因此竞争更具优势,而 HiQ 则是数据的抓取主体,在市场竞争中,处于弱势地位。在这样的情形之下,如果出现不当的数据抓取行为,法官可以适当严格一般条款的适用条件;如果是因为设置技术措施问题,对他人抓取数据的行为进行有效阻止,法官在具体使用过程中,也会对条件进行

适当的放宽。

我国的《民法典》只对数据和虚拟财产进行了开放性的规定，修改后的《反不正当竞争法》也只是设置了互联网条款，并没包含数据抓取行为。因此，在具体的司法案例过程中，一般条款仍然是不可或缺的存在，依旧有现实性的意义。但对于一般条款适用要采取审慎的态度，其适用范围还应受到必要的限制。

6.2 纳入互联网专条的规制范围

互联网条款明确了三种新型不正当竞争行为，这是实践中大量数据纠纷类型化立法的产物。利用《反不正当竞争法》对新型不正当竞争行为的规制，有效缓解了法官审理互联网不正当竞争行为的办案压力。但是兜底条款只将“妨害和破坏其他经营者进行正常经营活动”作为判断的依据，这种规定相对较为简单。一方面在具体案件中需要法官基于案件做出主观衡量，法官的审判难度更大，判决过程复杂且效率低下，面临类似一般条款的滥用风险；另一方面是互联网专条无法将已经出现的所有新型不正当行为纳入到法律的裁判之中。

因此，在面临数据抓取不正当纠纷案件时，互联网专条存在缺位问题，无法将其作用淋漓尽致的展现出来。虽然第2条的规定可以反映法律的预见性，但法律的稳定性和明确指向性也不容忽视。治理互联网行业乱象的应该从法律本身入手，尽可能扩大法律可以预测的情况，加强法律的灵活运用。因此，通过修订《反不正当竞争法》，将数据抓取行为加入到互联网条款中，作为第四种较为明确的互联网领域的新型不正当竞争行为，有助于明确数据抓取不正当竞争行为的法律适用。

除此以外，就主体而言，数据抓取行为的主体涉及消费者、网络平台和网络经营者；从技术角度分析，数据抓取行为必须建立在互联网技术的运用基础之上；就行为空间而言，数据抓取行为存在于互联网空间^①。从不同的角度分析后能够发现，数据抓取行为都属于“互联网专条”所进行制约的范围之内。因而对于数据抓取行为的构成要件可以进行清晰的界定，通过在“互联网专条”当中融入对数据抓取行为有效规制的相关内容，以实现对该行为的制约作用。

具体的举措就是在《反不正当竞争法》第12条的基础之上，增设一项不正当数据抓取的列举式规定。有学者建议，可以在该条中增设：“在没有经过他人

^① 沈贵明, 刘源. 数据抓取行为反不正当竞争法规制困境与对策[J]. 中国流通经济, 2021, 35(01): 89-96.

允许或不具备正当理由的情形之下,通过技术手段对其他经营主体所提供的有价值的数据进行获取和使用,造成被抓取主体的用户和市场被替代的现象。”对于上述内容的增加,需要对相应的内容作重要说明。

首先,该条款的运用必须与没有获得他人同意或者不具备正当的理由作为运用的前提,如果发生在合理范围之内,所形成的数据抓取行为是不需要受到被抓取主体的同意。也就是说,并不是所有的数据抓取行为都要由抓取主体认可后才能进行,如果抓取主体只是进行了少量信息的抓取,此时需要进行提醒义务的履行,并没有造成被抓取主体合法权益的损害,因此,该抓取行为具有一定的正当属性,在这样的环境之下,由数据被抓取主体认可后,数据抓取主体是可以使用相关信息的。

其次,数据抓取行为所针对的对象应当具备一定的商业价值,如果针对于抓取行为都采取相应的规制手段,容易造成数据在传播过程中的问题,还会引起司法资源的浪费。只有在抓取对象符合商业价值的基础之上才会对于被抓取主体的利益产生不利影响,针对于这一类的抓取行为进行有效制约,才符合价值取向。

最后,针对于不正当数据抓取行为必须要求该行为符合造成原经营者的产品或服务已经达到了替代或足以替代的标准,换句话说就是对原经营者产品或服务的“实质性替代”。

在互联网的大环境之下,通过对列举条款的不断完善,以实现互联网专条对所出现的网络新型不正当竞争关系的有效规制。在具体的司法实践过程中,法官在面对这样的竞争行为进行审理的过程中,需要优先考虑具体条款能否适用,避免出现一般条款被滥用的问题。通过这些方法和手段的运用,能够在最大程度上降低司法实践成本,也能限制法官的自由裁量权,解决数据抓取不正当竞争纠纷案件向一般条款逃避的问题。

当然,也有学者认为如果所有新出现的互联网不正当竞争性为表现形式都要进行明确列举,会使得那互联网专条乃至《反不正当竞争法》不堪重负。本文认为互联网专条的出现使得互联网不正当竞争行为有了规制的路径,为公平竞争划定了合理范围,如果该条款无法对某些新型不正当竞争行为加以明文规制,可能导致该新型竞争行为泛滥,威胁经营者的正当利益。法律中有句谚语是:法无禁止皆自由。也就是凡是法律没有明确规定并予以明确禁止的行为,公民均有

权为之而不受限制。侵权主体可能以法律并无明文规定为由主张对自己不正当竞争行为的豁免。面对时代发展、技术革新，法律也要与时俱进、适当调节，以适应社会发展，保护经营者公平竞争。

6.3 增设实质性替代的标准

上文提到，数据抓取行为的认定过程需要解释“实质性替代”的问题。但是我国目前的法律规定中并没有明确“实质性替代”的含义，在具体司法实践的操作过程中，可以采取以下三条标准实现对实质性替代的认定：

6.3.1 存在未经许可的提供行为

“存在未经许可的提供行为”强调的是数据抓取主体在没有获得被抓取主体许可的情况之下，通过技术手段对数据资源进行了整合，并在自己的网站中对这些数据进行了使用。例如在腾讯诉抖音、多闪不正当竞争纠纷案中，抖音、多闪在未经申请人授权或明确授权的情况下使用用户信息，并将用户关系链扩展到用户授权范围之外，损害了腾讯的经济利益和用户的合法权益。

6.3.2 产生用户转移的效果

实质性替代的认定标准之一是用户转移。由于信息时代数据商业化的加速，数据呈现爆炸式增长，用户通常以最少的时间和流量来获取自己所需要的相关数据。用户在进行数据获取的过程中，如果可以在抓取数据的网站获取一定的信息，就不会再到原始网站中进行数据的收集。在这种情形之下，数据抓取主体就会对原始数据网站的相关用户进行截流，从而使原始数据网站所拥有的市场地位被分割。例如，大众点评诉百度不正当竞争纠纷案中，用户在百度地图搜索某一景点时，可以同时在该APP内看到大众点评内其他用户对该地点及周边的点评信息，该用户就不会再专门进入大众点评APP查看景点相关的内容，减少了大众点评可能的交易机会。这个过程中就产生了用户的转移，对大众点评造成了重要影响。

6.3.3 其他竞争者因提供行为而受损

经营者因数据侵权主体所采取的抓取和使用行为受到相应的损失，该损失在进行界定的时候需要依靠市场的替代效果进行判断。数据抓取主体在获取相关数据以后，提供与原始数据所有者相同的数据服务，实现对被抓取主体用户的争夺，

造成被抓取主体的网站流量减少,进而导致该网站的增值性服务锐减,削弱了被抓取主体的网络竞争优势。

虽然现在将数据抓取行为纳入到《反不正当竞争法》中还有着一些问题,但是能够通过运用一些常规性的规定来规制互联网环境下的数据抓取行为,对其他方面的局限性内容也可以通过最高法所颁布的司法解释进行相应的补充。从长远的角度分析,在《反不正当竞争法》当中纳入不正当的数据抓取活动,是法律不断完善过程中的必然选择。

6.4 改变竞争关系认定思路

从经济学角度进行分析,竞争关系并不是0和1的绝对值,而应当属于 $[0, 1]$ 的区间范围的内容^①。为此,对竞争关系探讨的时候不应局限于行业或经营范围等传统关系之中,还需要考虑到当前数字经济的发展。在具体的司法案件审理过程中,法官不能因为存在竞争关系而对数据抓取行为直接判断为不正当行为,也不能因为双方不具有竞争关系而认为数据抓取行为具有合理性,在判断的过程中,必须按照抓取主体所采取的具体手段和造成的损失以及道德标准等内容进行综合的考量。

改变原有的民事审判思路,弃置“有损害发生必然有竞争关系”的观念,才能让《反不正当竞争法》所保护的多元价值目标得到充分的展现。伴随着传统经济逐渐向数字经济的发展,数据抓取行为的规制也应和时代的发展同步,对于传统模式下竞争关系存在的问题,需要从本质属性上进行重新研究;对于新型不正当竞争行为的认定,要从淡化竞争关系的起点地位开始,转变认定思路。目前,调整竞争关系的逻辑起点是顺应数字经济快速发展的应有之义,也是数据抓取规制的前提。

从总体分析,《反不正当竞争法》所规制的是不正当竞争行为。为此,法院在进行案件审理的过程中,应当将重点放在对于抓取主体所实施的抓取行为是否正当进行判断。竞争关系认定的起点地位和《反不正当竞争法》的本质存在着相互背离的问题,对于竞争关系没有形成清醒的认识,无疑会造成案件审理的困难。在数字经济领域,竞争关系的淡化在数据抓取行为认定领域是一个不争的事实,

^① 沈冲. 网络环境下的竞争关系与商业诋毁行为的认定[J]. 电子知识产权, 2011(11):72-79.

为此，在面对数据抓取行为所产生的不正当竞争纠纷时，法官在进行审判的时候需要调整竞争关系的定位，以实现正当性的有效认定。

6.5 完善损害赔偿机制

目前，我国互联网产业的发展变化较快，互联网经营者比传统产业经营者面临更多的风险，被抓取主体可能在短时间内遭受极大的损失，这些实际损失和抓取主体从侵权行为中获得的利润均较难认定，而且当前《反不正当竞争法》第17条^①提到的侵权赔偿规定较为笼统。鉴于此，本文提出以下完善损害赔偿制度的建议：

6.5.1 事前——诉前禁令机制

诉前禁令制度起源于英美法系国家，用来弥补司法救济的缺陷。互联网市场竞争异常激烈，竞争者通过技术手段实现对于相关数据信息的抓取，在很短的一段时间内就会给被抓取主体造成巨大的经济损失，对被抓取主体带来不利的影晌。为了避免被抓取主体经济损失的进一步扩大，最为有效的途径就是引入诉前禁令制度，最大程度地维护互联网经营者所具有的合法权益。

在我国《反不正当竞争法》中引入诉前禁令制度面临很大的困难，不但需要确立明确的适用规则，还要不断完善相关制度。当被抓取主体面临不可挽回的经济损失时，法院可以裁定适用禁令制度，同时要求数据抓取主体提供担保。考虑到互联网环境中数据抓取形容具有极强的特殊属性，在具体禁令制度的运用过程中，需要遵循以下的制度规定：

第一，对申请人的义务进行明确：

被抓取主体进行诉讼禁令的申请时需要对其遭受的损失进行证明，同时，对相关数据提供相应的担保。申请人在法院进行要诉前行为保全裁定以后的30天内还没有进行诉讼或仲裁的申请，法院依法对保全禁令进行解除，避免诉讼禁令制度出现之后的滥用风险。

第二，法院作出诉前禁令裁定要进行综合因素的考量；

法院在颁布诉前禁令的时候，需要对案件的真实情形和客观事实进行全面综合考量，以判断网络经营者在进行诉讼保全时所具有的目的，同时要权衡其受到

^① 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第17条。

损害的程度。要综合考量被抓取主体所遭受的损害是否无法弥补，在案件办理的过程中，这个损害是否还会继续存在，是否需要针对被告人所采取的行为进行立刻制止，此禁令能否对被抓取主体遭受到的损失进行最快程度的补救等问题。此外，法官审理案件时还应考虑到数据抓取行为造成的影响。

第三，完善违反禁令制度的处罚措施。

如果数据抓取主体违反了诉讼禁令的相关规定，没有停止侵权行为，在被抓取主体的损失持续性扩大的情况下，为了减少或弥补抓取主体的侵权行为对被抓取主体造成的损害，应当对被抓取主体违反禁令制度的行为采取罚款的处罚措施。

总而言之，在对禁令制度进行运用的时候，需要对申请人的申请条件进行严格的审查，对双方在市场竞争关系中可能产生的社会影响进行综合的分析。只有通过这样的手段，诉前禁令制度才能对经营者的合法行为进行有效的维护，维护被申请人利益的同时，确保市场秩序的长久健康发展。

6.5.2 事后——损害赔偿标准

《中华人民共和国数据安全法》第 21 条提到建立数据分类分级保护制度，加强对重要数据的保护，可以从经济学的角度分析运营商收集数据过程耗费的人力物力财力时间成本，用明确的金额量化数据价值，进而根据数据价值进行分级，最后设计出不同的损害赔偿标准。

由于数据成本涉及众多因素，同时还要考虑数据的显成本与隐成本，这将是一个庞大的工程，所以最好是总结一个确定的公式来计算其成本，进而对数据进行价值分级。本文提出的公式为“数据价值=（收集数据耗费的）物质成本+机会成本^①”，此处的机会成本即被抓取主体本应利用数据获取的最大的成本，也可以说是数据被抓取造成的损失。考虑不同企业的影响力给数据带来的价值加成不同（例如知名企业在其信誉度加持下，利用相同的数据转化的产品可能会获得更多的流量，会有更高的商业价值，而抓取主体在抓取整合使用数据之后，转化的流量价值可能只有知名企业的一半），此时我们仍要用知名企业损失数据的成本来计算赔偿金额，保证此公式可以客观的反映数据在被侵害造成的损失价值。

此处的“（收集数据耗费的）物质成本”往往是难以衡量的，其中的人力物

^① 将特定的资源用于某种用途而取得的收益是以放弃将该资源用于其他有利可图的用途为代价的，这种代价的最大预期收益就是机会成本。

力价值难以计算。此时可以借助企业年报来帮助运算，以企业中此项数据产生的销售额为基础，得出日销售额。计算从该企业收集该项数据之日起，至数据抓取行为产生之日的天数，乘以企业日销售额，最终得出数据成本。此时实施数据抓取行为的代价比其带来的经济利益更大，那么互联网经营者就会有所收敛，甚至是放弃不正当的数据抓取行为，这样才能真正起到惩前毖后的作用。

计算出数据价值之后，进行数据分级：数据价值 100 万以下为低价值数据，实行三倍赔偿的惩罚机制；100 万至 1000 万为中价值数据，实行五倍赔偿的惩罚机制；1000 万以上为高价值数据，实行十倍赔偿的惩罚机制。严格执行上述赔偿标准，可以遏制不正当竞争行为的发生，也可以给予被侵权的个人或企业一定的补偿，真正发挥赔偿制度的预防及惩罚作用。

此外，通过多层次赔偿制度的构建，避免因不正当竞争行为而造成违法成本的攀升。由于不正当的抓取行为所侵犯的主体不止会涉及到被抓取的经营方，甚至可能影响到消费者的利益。对此，在对相关制度法规进行完善的过程中，需要将侵害消费者合法权益的数据抓取行为进行有效遏制，不仅要对直接受损害的经营方进行相应的赔偿，还要对消费者进行一定的补偿，已实现对消费者进行合理救济和惩罚不当经营者的目的。

6.6 完善行政监管体系

在市场经济体制下，完善行政机关对市场竞争行为的系列监管与执法措施也至关重要。目前，我国对数据抓取行为的行政监管还存在较大问题。行政部门要继续加快专业人才培养进度，加强执法水平和力度，密切配合司法机关的司法活动，认真履行维护市场竞争秩序的重要任务。

6.6.1 监管权限方面

我国已经有多部法律对于不同的行政主体的行政监管权限进行了规定，这就造成了互联网进行监督管理的过程中监管混乱的局面。在互联网的大环境背景之下，经营者所实施的不正当行为的有效规制是通过法律和多个行政法规共同形成的，不同的法律规定所实施的监督权也不尽相同。例如《网络交易管理办法》赋予了工商管理部门对互联网环境中所出现的不正当行为进行监督的权力；《互联网信息服务管理办法》同样也赋予了国务院信息管理部门对信息服务进行监督管

理的权限。这种情况之下,有可能出现同一行为同时被多个部门共同监管的情况,导致法律资源的浪费;各监督执行单位相互推诿还可能产生部分行为缺乏监管的问题,折射出司法资源分配不合理的乱象。

针对多部门交叉监管、部分行为不受监管的现状,国家应从顶层进行调控。在对执法权进行配备的时候,可以给予市场监管主体对具体行政行为的监督权力;在互联网监管中,可以由国务院互联网信息监管主体具体负责;工信部作为互联网行业的主管部门应与各级市场监督管理局联动监管。面对数据抓取过程中存在的反不正当竞争关系,需要共同出台监督制约手段,进一步明确不同职能部门的职责,使各主管部门所具有的专业优势得到淋漓尽致的发挥,提升监督执法效能,避免推诿扯皮问题的产生。当务之急是改革数据抓取行为的监管思路,确保数据抓取技术更好地服务于社会经济,完善互联网执法机制,保证互联网市场竞争的规范与有序,营造良好的互联网生态。各部门要增强责任意识,应管尽管,不让不正当的数据抓取行为成为“漏网之鱼”。

6.6.2 监管程序方面

第一,完善事前预防机制。

工商行政管理部门通过与工信部门等互联网行业主管部门共同执法或开展专项行动的方式,对于不正当的数据抓取行为进行有效遏制。相关职能部门要积极主动的参与到执法调研活动当中,对于企业的自查自纠行为予以指导;与此同时,可以对由数据抓取行为引发的不正当行为的典型案例进行汇总整理归纳,在各大企业中,定期开展组织学习,以案促改,以案促教;还可借助社会监督的方式,对社会公众积极反映的不正当竞争案件进行深入研究,建立舆情监测和预警制度,在跟踪调查的过程中,调解数据抓取行为引起的不正当竞争纠纷,避免竞争双方的矛盾激化,减少双方可能的损失。

第二,强化事后失信惩戒机制。

事后规制行为的主要特点是在行业内部达到一定的惩戒效果,避免侵权主体的再次侵权,也减少不当的数据抓取行为再次发生,确保其他互联网经营者能够在合法合规的范围之内进行正常的数据收集。面对已经被认定为不正当竞争的企业,不仅要对这些企业进行依法查处,要求其限期整改,还需要进行后续的跟踪回访,避免侵权行为的再次产生,以巩固执法效果。

在日本,公平交易委员会会对不正当行为发出警告或进行处罚,并将处罚结果定期向社会公众公布。我们也可以参考这一做法,对于执法行为的处罚措施对社会公布,使阳光执法深入有效地得到推广。一方面,它可以让公众了解政府对不正当竞争行为的规制情况;另一方面,能够使被处罚的企业感受到来自社会的负面评价压力,从而更好地以合法的手段参与到市场竞争活动中。

当前,企业信用在企业经营过程中发挥着重要的意义,和企业所产生的经营收益和社会评价具有紧密的联系。执法部门在对互联网市场主体进行监管的过程中,要充分的发挥失信惩戒机制的运用,寻找出信用监管制度发展的新模式,面对违反法律规定的不正当竞争行为要在企业信息公示栏等重要平台中进行展示,以实现向社会公众公示的目的。通过对失信企业的协同监管和联合处罚,实现“一个违法行为,多个方面受限”的结果,才能更好地规制不正当竞争行为。

6.6.3 监管队伍专业化方面

互联网经济时代数据竞争暗战频发,竞争者使用的技术手段呈专业化、隐蔽化发展,这就对执法人员的执法水平提出了更高的要求。首先要建立专家应聘机制,或者与高校合作,形成智囊团,通过理论与实际的结合,完善互联网执法机制,塑造良好的互联网生态环境;其次要网罗具有法律职业资格证书的专业化人才加入到数据抓取行为的监管队伍中来,不断提高执法人员素质,提升执法能力,科学创新执法手段,维护数据驱动型产业的创新发展,保障市场中公平公正、和谐的竞争环境;最后要高效培养计算机法学双料人才,根据反法和相关行政法规的要求,严厉查处使用技术手段不正当抓取行为。可以根据数据抓取行为对企业、对社会的、对个人的影响程度,依法处不同程度罚款、吊销经营许可证等,实现互联网领域不正当数据抓取行为的全面、彻底清理。

互联网技术的不断应用,使得企业之间不正当竞争的手段更加多样化,给法律制度建设造成了一定的困难。面对纷繁复杂的互联网行业发展状态,政府需要不断地寻求突破,不断地对制度进行完善,将数据产业的竞争行为纳入规范、有序的发展轨道。

7 结语

数据抓取技术已经成为互联网竞争过程中的重要媒介,网络运营商通过这一技术抓取或复制竞争对手的数据资源,将获得的数据整合处理之后,利用自己的服务器提供给特定的用户,以实现对用户群体的转移,这对竞争对手的合法权益造成了严重损害,对网络竞争过程中的公平自由秩序造成破坏。《反不正当竞争法》的开放性和及时性,使其对数据市场竞争秩序的调整具有现实适应性,它可以在不断创新的互联网数据竞争模式下解决新类型纠纷,也可以维护互联网的经营者和消费者所具有的合法权益,保障数据行业公平秩序的有效落实。

本文研究数据抓取行为的反不正当竞争法规制问题,是希望通过规范法律适用和完善相关立法,更好的发挥反不正当竞争法在规制数据抓取行为中的独特作用,维护互联网市场的自由和公平竞争,推动数字经济健康有序发展。受自身学术水平和知识积累的限制,很难把握经济学理论应用的具体边界,没能结合法经济学更加深入地探究竞争关系认定的方式。为此,在日后也会持续关注数据抓取行为的规制情况,努力弥补在数据抓取不正当竞争行为认定方面的知识缺口。

参考文献

1. 著作类

- [1]德国反不正当竞争法研究[M]: 法律出版社, 范长军, 2010.
- [2]法律思维与民法实例[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 王泽鉴, 2001.
- [3]反不正当竞争法的创新性适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 孔祥俊, 2014.
- [4]经济法基础理论文献辑要[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 时建中, 2009.
- [5]竞争法律与政策评论[M]. 北京: 法律出版社, 王先林, 2017.
- [6]竞争法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 刘继峰, 2016.
- [7]竞争法学[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 王晓晔, 2007.

2. 期刊类

- [1]陈兵. 互联网经济下重读“竞争关系”在反不正当竞争法上的意义[J]. 法学, 2019(07): 18-37.
- [2]陈兵, 徐文. 优化《反不正当竞争法》一般条款与互联网专条的司法适用[J]. 天津法学, 2019, 35(03): 34-43.
- [3]曹丽萍, 张璇. 网络不正当竞争纠纷相关问题研究——《反不正当竞争法》类型化条款与一般条款适用难点探析[J]. 法律适用, 2017(1): 16-22.
- [4]陈为. 数据抓取行为的反不正当竞争法规制[J]. 网络信息法学研究, 2021(01): 81-96+237-238.
- [5]邓志松. 基于互联网行业对反不正当竞争案件损害赔偿计算的若干建议[J]. 电子知识产权, 2013(11): 34-40.
- [6]丁晓东. 数据到底属于谁?——从网络爬虫看平台数据权属与数据保护[J]. 华东政法大学学报, 2019, 22(05): 69-83.
- [7]范长军. 行业惯例与不正当竞争[J]. 法学家, 2015(05): 84-94+178.
- [8]冯术杰. “搭便车”的竞争法规制[J]. 清华法学, 2019, 13(01): 175-190.
- [9]孔祥俊. 论反不正当竞争法的现代化[J]. 比较法研究, 2017(3): 37-55.
- [10]刘继峰, 曾晓梅. 论用户数据的竞争法保护路径[J]. 价格理论与实践, 2018(03): 26-30.

- [11]楼晴昊. 反不正当竞争法对用户数据保护的困境与出路——基于用户数据抓取行为的分析[J]. 河南广播电视大学学报, 2019, 32(04):18-22+39.
- [12]刘影, 睦纪刚. 日本大数据立法增设“限定提供数据”条款及其对我国的启示[J]. 知识产权, 2019(04):88-96.
- [13]梅夏英. 数据的法律属性及其民法定位[J]. 中国社会科学, 2016(09):164-183+209.
- [14]宁立志. 继往开来:变迁中的中国反不正当竞争法[J]. 郑州大学学报(哲学社会科学版), 2018, 51(06):17-25.
- [15]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.
- [16]裴轶, 来小鹏. 反不正当竞争法中一般条款与“互联网条款”的司法适用[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2019, 46(04):60-67.
- [17]沈冲. 网络环境下的竞争关系与商业诋毁行为的认定[J]. 电子知识产权, 2011(11):72-79.
- [18]沈贵明, 刘源. 数据抓取行为反不正当竞争法规制困境与对策[J]. 中国流通经济, 2021, 35(01):89-96.
- [19]时建中. 著作权内在利益平衡机制与反垄断法的介入——美国录音制品数字表演权制度的启示[J]. 法学杂志, 2018, 39(02):25-33.
- [20]时建中, 王伟炜. 《反垄断法》中相关市场的含义及其界定[J]. 重庆社会科学, 2009(04):54-63.
- [21]田小静, 大数据时代互联网信息使用行为的竞争法规制——以大众点评诉百度不正当竞争纠纷案为例[J]. 重庆科技学院学报, 2017(2):23-25.
- [22]王红霞, 尹玉涵. 互联网新型不正当竞争行为的司法认定——兼论新修《反不正当竞争法》的适用[J]. 电子知识产权, 2018(11):54-66.
- [23]许新承. 互联网背景下《反不正当竞争法》适用的困境及其对策[J]. 福建警察学院学报, 2019, 33(04):77-85.
- [24]郑友德, 王活涛. 新修订反不正当竞争法的顶层设计与实施中的疑难问题探讨[J]. 知识产权, 2018(01):3-18.

- [25] 翟巍. 数据、算法驱动型不正当竞争行为的规制路径——兼评《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》[J]. 法治研究, 2021(06):115-129.
- [26] 曾雄. 数据不正当竞争纠纷的司法实践——现存问题与解决路径[J]. 信息安全与通信保密, 2018(11):68-76.
- [27] 周樾平. 竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准——兼评“非公益必要不干扰原则”[J]. 法学, 2015(05):92-104.
- [28] 郑一丹. ROBOTS 协议下数据抓取行为规制研究——以《反不正当竞争法》为视角[J]. 吉林工商学院学报, 2020, 36(06):89-94.
- [29] 周园, 邓宏光. 析网络服务商的著作权与禁链协议[J]. 法律适用, 2013(05):49-53.
- [30] 郑友德, 张钦坤, 李薇薇, 伍春艳. 对《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》的修改建议[J]. 知识产权, 2016(06):3-22.

3. 学位论文类

- [1] 郭思雨. 数据抓取行为的竞争法规制实证研究[D]. 郑州大学, 2020.
- [2] 符帮英. 数据抓取行为的反不正当竞争法调整研究[D]. 中国政法大学, 2020.
- [3] 刘欢. 数据抓取不正当竞争行为认定研究[D]. 安徽财经大学, 2021.
- [4] 王梦璇. “爬虫协议”法律问题研究[D]. 北京化工大学, 2016.
- [5] 王雪原. 用户数据抓取不正当竞争行为的法律规制研究[D]. 华东政法大学, 2018.
- [6] 徐菁. 数据抓取行为的竞争法规制[D]. 湘潭大学, 2020.

4. 外文文献

- [1] Daniel L. Rubinfeld, Michal S. Gal. Access Barriers to Big Data[J]. Arizona Law Review, 2017, 59(339):340-381.
- [2] Fabien Terpan. Soft Law in the European Union — The Changing Nature of EU Law[J]. European Law Journal, 2015, 21(1):68-96.
- [3] Goldfein S. Big data, web scraping and competition law: The debate continues[J]. New York Law Journal, 2017, 258(49):1-4.

- [4]Ohly.The Freedom of Imitation and Its Limits — An European Perspective [J].International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2010,(5):506-507.
- [5]Susan Landau. Control Use of Data to Protect Privacy [J]. Science,2015(347):504-506.
- [6]Zamora A.Making room for big data:Web scraping and an affirmative right to access publicly available information online[J].Business Entrepreneurship & Law Journal,2019(12):203-226.

致谢

行文至此，落笔为终。转眼就要离开校园，去迎接全新的挑战，不禁思绪万千。求学十数载，巧遇良师益友无数，深知滴水之恩当涌泉相报，故今日借此机会聊表谢忱。

感谢我的导师何立慧老师。三年来，何老师常指导于案牍术业之上，引领于人情世故之中，启发于思想觉悟之里，体察于衣食住行之间。我是不善言辞之人，但何老师总能看出我的迷茫无措，帮我指点迷津，走出困境。特别是在这篇文章的写作过程中，老师不吝赐教，在百忙之中多次对我的论文进行指导，并提供修改意见，对我的帮助很大。在此期间，我不仅掌握了许多学习方法，学术进步的同时还明白了很多为人处世的道理。所以我要感谢我的导师，本文能够成型多亏了他的帮助，我向他的专业、敬业以及平易近人的待人方式表示深深的敬意。

感谢我的学校及每一位兢兢业业、辛勤工作的老师。从2019年9月至今，1000多个日日夜夜，我在这段时间里不断学习不断成长，感谢学校疫情期间的关怀和各位老师的谆谆教诲，希望老师们工作顺利，健康幸福！

感谢我的每一位同学，感谢我的师兄师姐师弟师妹。我们在夏天相遇，一起生活学习，一起经历过疫情，又要在夏天各自奔赴崭新的人生，我想我们之间的情谊不会随着岁月而流逝，它会在岁月的长河里变成我们彼此之间最最珍贵的回忆。祝我们都保持着一颗最炙热的心奔赴山海，高处相见。

感谢我的家人。二十余载无微不至的照顾与支持，才让我走到今天。在我迷茫无助的时候，家人是我最坚强的后盾，也是我昂首前进的支撑和动力。养育之恩，无以为报，只能不断努力，成为他们的骄傲！

感谢培养护佑我成长的祖国，感谢保家卫国的军人，感谢疫情中无私奉献的医护人员以及千千万万的基层工作者。当我成为一名疫情防控志愿者，穿上防护服与他们并肩战斗的时候，也真正体会到了他们的辛苦与不易，有他们的付出才有我们今天安静平和的生活。真诚希望疫情快些过去，早日看到大家摘下口罩后嘴角泛起的笑容。

走出校门，跃入人海，希望自己不忘初心，坚定年少的信仰，做一朵奔涌的浪花，成为想成为的人。