

分类号 \_\_\_\_\_  
U D C \_\_\_\_\_

密级 \_\_\_\_\_  
编号 \_\_\_\_\_

兰州财经大学

LANZHOU UNIVERSITY OF FINANCE AND ECONOMICS

## 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研究

研究生姓名: 赵翔

指导教师姓名、职称: 包哲钰 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: 2023年6月10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： 赵翔 签字日期： 2023年6月13日

导师签名： 毛书华 签字日期： 2023年6月13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： 赵翔 签字日期： 2023年6月13日

导师签名： 毛书华 签字日期： 2023年6月13日

# **Study on the Legal System of Financial Investment Regulation for the Coordinated Development of Regional Economy**

**Candidate : Zhao Xiang**

**Supervisor: Bao Zheyu**

## 摘 要

信息通信技术和数字化技术的持续深化和革新,带动了互联网相关行业的蓬勃发展。近几年来,平台经济已逐步形成一股新的发展动能,数据在其中起到了关键作用,日益成为互联网平台获取市场竞争力的重要要素。在平台企业围绕数据展开激烈竞争的过程中,出现了诸如“爬虫”行为之类的新型竞争现象,相比于传统竞争行为,该行为的技术手段及竞争效果等都发生了一定改变。然而,囿于现行法律制度尚未及时跟进,这种市场竞争行为无法受到有效规范,且因互联网平台市场为多边结构,其竞争行为产生的影响会同时及于多方主体,行为涉及的法益相对于传统竞争行为也更加复杂,同案不同判的情况时有发生。由此,理论界和实务界都对该问题进行了大量的探讨,主要集中于数据抓取行为的违法性认定以及损害赔偿。因此,应加快完善《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》)以及相关司法裁判标准,助推数字经济蓬勃发展。除绪论和结语外,全文共分为四个部分。

第一部分交代数据抓取行为的基本问题,从运行机制的角度阐释数据抓取行为的概念,分析数据抓取行为的构成要件、基本类型与不正当地使用数据抓取技术的危害,指明数据抓取行为反不正当竞争法规制具有的独特优势;第二部分论述数据抓取行为的不正当竞争的规制现状。在法律规范层面,《反不正当竞争法》的“一般条款”和“互联网专条”是不正当数据抓取行为的规制路径;在司法实践层面,选取典型数据抓取竞争案件,从法律适用、行为不正当性认定等方面进行分析;第三部分阐明规制困境。基于法律规定相对滞后性的特点目前尚无具体的条款能对该行为予以明确的规制,在实践中,“一般条款”成为法官处理数据抓取纠纷的抓手,但效果不佳,这体现在:竞争关系的认定模式不统一;判定行为正当性时,“一般条款”适用道德泛化、竞争利益考量单向化、竞争利益保护“权利化”。诉前止损与补损救济方面的问题体现在诉前止损救济制度缺失和损害赔偿制度过于简化;第四部分提出完善数据抓取不正当竞争行为规制体系的建议。结合域外的相关经验,增加列举数据抓取不正当竞争行为,在广义竞争关系下对数据竞争关系进行一定的限缩,引入利益衡量机制,明确利益衡量方法,化解数据抓取行为的利益冲突,重塑数据抓取行为不正当性的认定标准,实现认定

理念转型；在诉前止损与补损救济方面建议构建诉讼禁令制度，从可操作性角度设计损害赔偿的参照因素和参照标准体系，应对损害赔偿效果不理想的现状，最终实现配套相关法律制度的完善。

**关键词：**数据抓取行为 不正当竞争 反不正当竞争法 法律规制 利益衡量

## Abstract

With the deep integration and innovative digital data technology, the penetration rate of the Internet continues to rise, which has promoted the vigorous growth of Internet related industries. The platform economy has gradually become a new driving force for economic development. Data, as the underlying support, is increasingly becoming a key factor for Internet platform enterprises to grasp market competitive advantages. In the process of fierce competition among platform enterprises around data, new types of unfair competition behaviors such as data capture have emerged. However, due to the fact that the current legal system has not yet been followed up in a timely manner, this type of competitive behavior cannot be effectively regulated. Due to the multilateral structure of the Internet platform market, the impact of its competitive behavior will be extended to multiple subjects at the same time, and the legal interests involved in the behavior are also more complex compared to traditional competitive behavior, which also leads to the possibility of different judgments in the same case. This has led to extensive discussions in both theoretical and practical circles, mainly focusing on the determination of the illegality of data capture and the issue of compensation for damages. Therefore, we should accelerate the improvement of the "Anti Unfair Competition Law of the People's Republic of China" and relevant judicial standards, maintain the

competitive order of the Internet, and promote the vigorous development of the digital economy.

The first part explains the basic issues of data capture behavior, analyzes the constituent elements of data capture behavior, the basic types, and the harm of improper use of data capture technology, and points out the unique advantages of data capture behavior in anti unfair competition law regulation; The second part discusses the regulatory status of unfair competition in data capture behavior. In terms of legal norms, the "General Provisions" and "Internet Specific Provisions" of the Anti Unfair Competition Law are the regulatory paths for unfair data capture behavior; The third part clarifies the regulatory dilemma. Due to the relatively lagging nature of legal provisions, there is currently no specific provision that can clearly regulate this behavior. In practice, "general provisions" have become the starting point for judges to handle data capture disputes, but the effect is not satisfactory. This is reflected in the following aspects: the identification model of competitive relationships is not uniform; When determining the legitimacy of an act, the "general provisions" apply to moral generalization, one-way consideration of competitive interests, and "rightization" of the protection of competitive interests. The problems of pre-litigation stop loss and compensation are reflected in the lack of pre-litigation stop loss relief system and the oversimplification of damage compensation system; The fourth part

combining relevant experience from outside the country, increase the list of unfair competition behaviors in data capture, limit data competition relationships in a broad sense, introduce a benefit measurement mechanism, clarify benefit measurement methods, resolve conflicts of interest in data capture behaviors, reshape the criteria for determining the unfairness of data capture behaviors, and achieve the transformation of recognition concepts; In terms of pre-litigation stop loss and compensation relief, it is recommended to establish a litigation injunction system, design reference factors and reference standard systems for damage compensation from the perspective of operability, address the current situation where the effect of damage compensation is not ideal, and ultimately achieve the perfection of relevant supporting legal systems.

**Keywords:**Data scraping; Data scraping behavior; Legal regulation; Anti Unfair competition law; Internet special article; General provisions; Benefit measurement



# 目 录

<b>1 绪论</b> .....	<b>1</b>
1.1 研究背景 .....	1
1.2 研究意义 .....	2
1.2.1 理论意义 .....	2
1.2.2 实践意义 .....	2
1.3 国内外文献综述 .....	3
1.3.1 国内研究现状 .....	3
1.3.2 国外研究现状 .....	7
1.4 研究思路和方法 .....	8
1.4.1 研究思路 .....	8
1.4.2 研究方法 .....	8
<b>2 数据抓取行为的概述</b> .....	<b>10</b>
2.1 数据抓取行为的概念 .....	10
2.2 数据抓取行为的构成要件 .....	10
2.2.1 数据抓取行为的主体 .....	10
2.2.2 数据抓取行为的行为手段 .....	11
2.2.3 数据抓取行为的客体 .....	11
2.3 数据抓取行为的基本类型 .....	12
2.4 数据抓取行为的危害性 .....	13
2.4.1 损害被抓取一方经营者的数据权益 .....	14
2.4.2 侵害互联网消费者的利益 .....	14
2.4.3 破坏互联网市场竞争秩序 .....	15
2.5 数据违法抓取行为的性质界定：新型不正当竞争行为 .....	15
<b>3 数据抓取行为反不正当竞争法规制的现状</b> .....	<b>19</b>
3.1 规则现状 .....	19
3.2 司法实践现状 .....	20

3.2.1 竞争关系的认定方面：认定模式不一，认定基准多元化 .....	23
3.2.2 法律适用方面：以一般条款为法律适用的基础 .....	24
3.2.3 行为的不正当性认定理由方面：依靠商业道德为兜底标准 .....	24
3.2.4 诉前禁令的适用与赔偿数额的确定方面 .....	26
<b>4 数据抓取行为反不正当竞争法规制的困境 .....</b>	<b>27</b>
4.1 法律适用困境 .....	27
4.1.1 “互联网专条”规定笼统，可操作性不强 .....	27
4.1.2 “一般条款”适用标准模糊 .....	28
4.2 损害救济制度不完善 .....	33
4.2.1 诉前止损救济制度缺失 .....	33
4.2.2 损害赔偿数额确定的标准欠缺 .....	34
<b>5 数据抓取行为反不正当竞争法规制的完善建议 .....</b>	<b>36</b>
5.1 促进数据抓取不正当竞争行为的法律适用 .....	36
5.1.1 在“互联网专条”中增设“数据抓取”类型化条款 .....	36
5.1.2 明确“一般条款”的适用标准 .....	38
5.2 完善数据抓取不正当竞争行为的损害救济制度 .....	45
5.2.1 构建事前诉讼禁令“止损”机制 .....	46
5.2.2 完善事后损害赔偿标准 .....	48
<b>6 结语 .....</b>	<b>50</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>51</b>
<b>致谢 .....</b>	<b>54</b>

# 1 绪论

## 1.1 研究背景

21 世纪是数字经济时代，在这个时代，数据已然超过传统数据所承载的内涵和外延，成为平台经济产业内最重要的竞争资源与生产要素，位列下一个创新、竞争、生产力提高的前沿。大公司，尤其是将数据作为新型商业模式基石的互联网公司，已经越来越多的将视线转向收集和利用数据，其收集的数据越多，用户的粘性就越大。对互联网经营者而言，数据俨然已经成为一种重要的商业资本，具有重要的战略经济意义。

因行业边界模糊和竞争利益同质化，互联网经营者之间关于数据抓取行为产生的摩擦和争议不断，经营者利用网络爬虫技术抓取数据的行为并不鲜见。本为中立的数据抓取技术，在这种情况下，越来越多地变成了攫取竞争优势的一种技术手段。如果经营者以不合法的方式获得并使用了这些数据，那么就有很大的可能性会对其他经营者、用户的利益，乃至社会公众的利益产生影响，因此需要法律的规制。

不过，我国并未对数据赋权，互联网经营者在数据上凝结的财产性利益无法享受对世的支配效力，并且关于数据抓取行为的立法也处于空白状态。因此在争议出现之时，经营者往往从有关数据抓取行为是否正当角度出发，诉诸《反不正当竞争法》这一行为法以求救济。然而，2017 年新修订的《反不正当竞争法》虽新增了互联网不正当竞争条款，对涉及互联网的不正当竞争行为进行了列举表述，但是并没有关于数据抓取方面的内容，在司法实践中，法院多依照该法第二条即一般条款进行裁判。2022 年颁布的《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》（以下简称《司法解释》）删除了《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）》（以下简称《征求意见稿》）中规制数据抓取不正当竞争行为的条款。该稿中对“商业道德”的说明，虽在一定程度上辐射到数据抓取行为不正当性的认定，但仍存在诸多不足。

加之，数据保护与数据流动之间，竞争权益与共享权益之间天然的具有张力，《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）也要求在保障数据安全的前提下，更好地推进数据的开发和使用，因此在以促进数据为关键要素的

数字经济发展的今天，协调数据权益方、数据利用方和社会公众等各方主体之间的利益，找到它们之间的平衡点才是有效的数据保护路径。

## 1.2 研究意义

### 1.2.1 理论意义

研究数据抓取行为的反不正当竞争法规制，理论意义体现于以下两个方面：本文从反不正当竞争法的角度看数据抓取行为，把握反不正当竞争法行为法、竞争法的定位与该法保护客体多元性的特点，在市场竞争的背景下，对数据抓取行为进行考虑，对经营者、消费者利益和公众利益进行综合衡量，从而让其与反不正当竞争法的立法目的最大限度地一致，具有理论意义。

为了建立一个更加公正、合理的竞争环境，对法律条款和认定标准作进一步的修改完善，明确其适用范围，已是一种必然。本文以数据抓取行为为研究对象，阐述《反不正当竞争法》中的“一般条款”和“互联网专条兜底条款”被用以规制数据抓取不正当竞争行为时存在的问题，并基于数据的特点在理论上提出这一竞争行为的不正当性认定可采用的认定思路及可考量的因素，增加法律规制的适用性和可操作性，具有理论意义。

### 1.2.2 实践意义

《反不正当竞争法》行为法的属性提示，权益受损方受到保护、得到救济并不能只因为其权益授权，证明其竞争者的行为不正当也是非常重要的。所以，从《反不正当竞争法》的视角来考察数据的获取和利用，关键不在于对数据的收集、管理和利用所获得的经济效益造成了什么损失，而是要看竞争对手是否采用不正当的手段进行数据抓取与使用。然而，在司法实践中，法院在审理数据抓取案件时，通常首先认定数据控制者享有的竞争利益，再确认侵犯该利益的抓取行为违法属性。因此，在把握反法行为法的特性、竞争法定位的基础上，为司法实践中裁判思路的转变提供思路，具有实践意义。

第二，鉴于数据权属尚未明确，我国司法实践多用《反不正当竞争法》予以规制，借助“一般条款”判断数据抓取行为的正当性。原则性的规定给予法官较大的自由裁量空间，随之而来的是，统一的认定尺度的缺乏给案件的裁判带来的不确定性。进一步讲，司法实践中尚缺乏对数据抓取行为正当性分析的竞争法模

式。因此,从数据抓取行为发生的实践逻辑出发,把握界定行为正当性边界的关键——诚实信用和遵守商业道德,主张在法官在审理案件时,需识别数据抓取所涉及的多元利益,遵循“竞争效率观”构建多层次的商业道德判断标准,实现社会伤害最小,对实践中由数据抓取所导致的不公平竞争问题,提出更加清晰的指导意见,为互联网经营者提供可供选择的行为指引,明确其行为预期,维护经营者之间的竞争秩序,具有实践意义。

第三,在提高数据保护的水平和能力的同时,中央政府把发展的重心放在了数据共享上,从而开启了数据保护与数据共享同步融合的新局面。因此,在促进数据流通、开发利用的情况下,兼顾对竞争者和消费者权益的保护,为网络商业数据市场的形成和完善提供行之有效的建议,具有实践意义。

## 1.3 国内外文献综述

### 1.3.1 国内研究现状

#### 1.3.1.1 数据法律属性研究

对于数据的法律属性,学术界主要有以下三种观点:第一种观点主张数据等同于“民法上的物”,数据收集及整理者相当于数据的所有者,并在法律上对该数据拥有专属权。如李爱君(2018)认为,由于数据需要特定的存储空间,因此,它拥有着可支配的、排他的性质,并且因为它可以进行交易,所以它还拥有着一定的经济价值,所以它是一种特殊的物。第二种观点认为数据是知识产权的客体。<sup>①</sup>如杨立新(2017)认为,从“自然法”的思维出发,数据的创造是一项智力投资的结果,所以民事立法应该创造出一种既具有非实体性、专有性和可复制性,又不具有地域和时间特征的新的知识产权,并以该权为基础对数据经营者进行法律上的保护。<sup>②</sup>第三种观点则是将数据定位为一类新型财产关系的客体并在其基础上建立财产权利。如程啸(2018)认为,数据权利是一种新型的财产权,要作为绝对权给予更系统的保护;<sup>③</sup>再如郑佳宁(2021)认为,基于先占理论、劳动报酬理论及功利主义理论,应将数据信息作为一类全新的财产对待。<sup>④</sup>

#### 1.3.1.2 数据的保护路径研究

① 李爱君. 数据权利属性与法律特征. [J]. 东方法学, 2018(03):64-74.

② 杨立新. 民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值[J]. 东方法学, 2017(03):64-72.

③ 程啸. 论大数据时代的个人数据权利[J]. 中国社会科学, 2018(03):102-122+207-208.

④ 郑佳宁. 数据信息财产法律属性探究[J]. 东方法学, 2021(05):43-56.

学界对于数据的法律属性认知不一,并因此对数据的保护路径也存在不同看法,包括赋权保护模式及行为规制模式两种数据保护路径。而在赋权保护路径之下,学者亦提出了不同的观点。第一种观点认可数据财产权客体属性,认为应将数据上升为财产权进行保护。钱子瑜(2021)认为,为与现有的法律体系相适应,应当赋予数据资产独立的物权,建立一套全新的数据财产权体系,赋予数据经营者相应的权利。<sup>①</sup>第二种意见认为应该以知识产权法来保护数据,其中又分为几条具体的保护途径:一种是将整理、采集的数据集、数据库等视为汇编,并以版权方式加以保护。崔国斌(2019)指出,数据处理者通过挖掘和分析大量数据,形成了一个有原创性的数据库,或是一个数据报告,为了对其创造性工作进行保护,应当授予汇编者版权;<sup>②</sup>二是设立关于数据的新型的邻接权,对数据控制者提供保护。仲春、王政宇(2022)认为,目前,我国立法对于数据的性质和使用规定尚不明确,因此,《反不正当竞争法》是解决同等市场主体间涉及数据的争议的支柱。<sup>③</sup>

### 1.3.1.3 规制数据抓取不正当竞争行为的条文依据

在规制数据抓取不正当竞争行为的条文依据方面,由于数据抓取不正当竞争行为未被类型化并于具体条文中明示,因此,学者多就能否适用反法中的“一般条款”、“互联网专条”对数据权益进行保护开展研究,并对二者的关系进行讨论。第一,关于能否适用“一般条款”,李雨峰(2016)提出,对网络上的不正当竞争行为,应当以违背客观标准为出发点,并以《反不正当竞争法》中的一般性条款为判决基础,如果没有明文规定,则应当以此为基础进行判决。<sup>④</sup>许可(2017)则认为,一般条款应该是一种被逼无奈的次等选择,这种保护方式会使司法的合法性受到损害,因此,以该条款为基础来对与数据有关的竞争行为进行保护并不适合。<sup>⑤</sup>第二,能否适用“互联网专门条款”,蒋舸(2019)认为,“互联网专条”才是大数据保护的直接制度依据,“列举+兜底”的模式,使得认定更具有相当性,立法更为周延,尤其是兜底条款的设立,可以有效弥补列举条款的滞后

① 钱子瑜.论数据财产权的构建[J].法学家,2021(06):75-91+193.

② 崔国斌.大数据有限排他权的基础理论[J].法学研究,2019,41(05):3-24.

③ 仲春,王政宇.数据不正当竞争纠纷的司法实践与反思[J].北京航空航天大学学报(社会科学版),2022,35(01):22-33.

④ 李雨峰.互联网领域不正当竞争行为的判定[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2016,28(01):25-30.

⑤ 许可.数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案[J].上海大学学报(社会科学版),2017,34(06):15-27.

性缺陷。李阁霞（2018）则认为，对于兜底条款应当谨慎使用。<sup>①</sup>第三，关于“一般条款”与“互联网专条”之间的关系，张璇、曹丽萍（2017）认为“互联网专条”将有效弥补规制互联网不正当竞争行为缺乏法律依据的困境，也能在规范层面上缓解法律适用向一般条款“逃逸”的现象。<sup>②</sup>

#### 1.3.1.4 数据抓取不正当竞争行为违法性认定标准

在针对数据抓取不正当竞争行为违法性认定标准的问题上，我国学者主要以分析具体案例的一般条款适用进行研究，但不少学者针对互联网不正当竞争行为认定的研究也有很大的参考价值。其一，对数据抓取不正当竞争违法性判定应遵循竞争法而非侵权法的判定思路。陈兵（2019）指出，为了应对互联网市场上竞争纠纷案件提出一种新的分析框架，即判断竞争行为正当性并且结合动态的多元利益平衡分析框架。我们要打破传统私法逻辑下的“行为-法益”的侵权法审判思路，构建竞争法逻辑下的“竞争损害的中性”与“竞争行为正当性”的分析框架和仲裁思路<sup>③</sup>。其二，关于违法性认定的具体考量因素。张心瑜、王翰（2019）认为，对市场竞争行为进行不正当性认定时，行为对竞争者、消费者利益和公共利益的影响是必须关注的对象。<sup>④</sup>刘继峰、张雅（2021）认为，在规则运用过程中，明确数据抓取行为违法性判定因素十分必要。抓取数据的目的是获取更大的竞争优势，提升产品或服务的质量或类型，故竞争关系、行为正当性是两个核心要素，另外，也应给予抓取人以一定的抗辩机会。

#### 1.3.1.5 国内研究现状评述

从我国学界对数据属性和数据保护路径的研究现状可以看出，第一，数据本身即具有相当程度的复杂性，承载的信息涵射范围很广，数据的性质又与具体场景紧密关联，所以从单一的角度对数据进行定位是一件很困难的事。因此，针对数据的保护应该从多个角度展开，形成一个较为全面的保护范式。第二，当前，学术界关于数据法律属性的探讨，集中在了个人数据权、数据财产权等人权属性和物权属性的私法领域，对于竞争法视角下数据属性的探究关注较少，但事实上，关于数据在竞争法上的意义不可忽略。一方面，我国的法律制度尚未确定数据权

<sup>①</sup> 李阁霞. 互联网不正当竞争行为分析——兼评《反不正当竞争法》中“互联网不正当竞争行为”条款[J]. 知识产权, 2018(02): 20-30.

<sup>②</sup> 张璇, 曹丽萍. “互联网专条”存废之争与规范模式的思考[J]. 法学杂志, 2017, 38(12): 59-68.

<sup>③</sup> 陈兵. 大数据的竞争法属性及规制意义[J]. 法学, 2018(08): 107-123.

<sup>④</sup> 张心瑜, 王翰. 数据抓取类非不正当竞争行为的司法认定[J]. 区域治理, 2019(42): 156-158.

利，数据尚不具备专有权的请求权基础，学界及实务界对于数据法律性质与权属还没有统一结论，因此，无论是传统民法保护路径还是知识产权保护路径，将数据视为权利客体进行保护都缺少相应的法理基础；另一方面，这两种保护路径均为强保护路径，实施起来在很大程度上会抑制数据的流通，阻碍数字经济的发展。因此，在这样的背景下，更适宜从《反不正当竞争法》这样一部以市场经济关系作为调整对象，并将行为的正当性作为认定要旨的行为规制法出发，关注抓取行为的特性而不是数据权利，对数据抓取行为进行甄别，衡量市场各方主体利益，树立市场竞争规制，更有利于对数据的保护。而只有明确了数据所涵盖的竞争法属性，才能更加清晰地探索以数据为核心展开的一系列关于竞争法框架下的认定路径。

从学界对规制数据抓取不正当竞争行为的条文依据的研究现状可以看出，使用《反不正当竞争法》的“一般条款”对数据抓取行为的不正当性予以认定，虽已得到许多学者的认可，但是“一般条款”的内涵丰富又兼具开放性，因此，在进行认定时，往往需要借助法官的自由裁量权，继而削弱司法的正当性。因此，应当构建一般条款的多重判断标准，以更好的运用一般条款对数据抓取行为进行规制。虽然“互联网专条”的出现有着很好的现实意义，也能在某种程度上减少法官对“一般条款”的引用所带来的不确定性，但这一条款的设置还是有很多不足之处的，特别是兜底条款中的“妨碍”、“破坏”，以及对数据抓取不正当竞争行为如何适用，都必须要根据市场经济的特点来进行深入的了解和分析。

“对创新的市场行为具有更大的宽容度才是数据保护的应取之道”，考虑到数据的流动与共享价值以及数据抓取技术的中立性，应采取谨慎的态度看待数据抓取行为。对数据抓取行为进行规制之时，应建立消极干预思想，不能先入为主的认为数据抓取使得竞争者权利受损就一定构成不正当竞争，因为毕竟竞争才是常态，而竞争往往伴随着竞争者权利受损。在目前没有明确的法条对数据抓取行为进行规制的情况下，应当以开放的目光对其进行综合性的考虑，运用灵活的构成要件对其做出个案判断。我们可以看到，在应用一般条款来判断数据抓取行为的合法性时，商业道德标准和对经营者利益、消费者利益和公共利益进行综合衡量的方法是被依赖的。但目前行为不正当性的判定理念仍未清晰，对于标准和方法的适用也未达成一致结论，面对互联网相关行业各种商业规则整体还处于探索



中的现实情况,学界和实务界判断竞争行为是否违反商业道德,时而转向竞争损害、竞争优势的评估,时而化身主观过错、注意义务,时而考察行业规则和行业惯例,人们普遍认可的商业道德到底内涵是什么,经营者利益、消费者利益和公众利益之间的关系是怎样的,三者之间在权衡时应该遵循怎样的思想,这些问题都没有得到深入的探讨。这就要求我们进一步探索企业在竞争中所体现出的商业伦理理念,以及各种考量因素的相互影响。此外,许多学者都着重于商业道德中的效率性标准,但是对于如何体现在市场竞争中,效率性标准究竟是怎样的,还没有进行讨论。

### 1.3.2 国外研究现状

#### 1.3.2.1 数据保护模式的研究

Graham Pearce 和 Nicholas Platten (1998) 赞成将公民的数据作为一种与人格权相似的权利来加以保护,并认为这种做法可以对网络行业的运营商实施更为严格的约束,从而对他们对数据的获得和使用进行规范。<sup>①</sup>Jerry Kang (2014) 教授认为,基于 Lessig 的研究,也提出了应该赋予数据主体(用户等)的数据财产权,从法律和经济角度来说,更有利于数据的高效流动。Christina Etteldorf (2019) 指出,数据保护应当着眼于竞争法角度,从规制数据竞争行为的角度来对数据保护。<sup>②</sup>

#### 1.3.2.2 解决数据抓取竞争纠纷问题的考量因素方面

D. Daniel Sokol 和 Roisin Comerford (2016) 提出,特定的情境是进行数据分享的必要条件,同时,人们对数据的评估也会因为获得方式的不同而存在着不同的差别,因此,在确定数据抓取行为是否合法的时候,需要考虑的是方式的本质以及两个人之间的利益衡量。<sup>③</sup>Ginger Zhe Jin (2020) 提及,在数据竞争中,针对竞争秩序的保护及针对消费者利益的保护被人为的割裂,数据竞争的规制应当考虑到二者之间的互补交叉,以充分的保护各方利益。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> Graham Pearce & Nicholas Platten, Achieving Personal Data Protection in the European Union[J]. Journal of common Market Studies, 1998, Vol. 36(4), 532-548.

<sup>②</sup> Christina Etteldorf. Germany Data Protection from a Different Perspective: German Competition Authority Targets Facebook's Data Usage[J]. European Data Protection Law Review, 2019, Vol. 5(2): 2695-2740.

<sup>③</sup> D. Daniel Sokol & Roisin Comerford. Antitrust and Regulating Big Data[J]. 23 Geo. Mason L. Rev., 2016, Vol. 23(5): 1129-1161.

<sup>④</sup> Ginger Zhe Jin & Liad Wagman. Big data at the crossroads of antitrust and consumer protection[J]. Information Economics and Policy, 2020.

### 1.3.2.3 国外研究现状评述

在对规制进行判断的标准方面,外国学者以行为正当性作为依据,对其做出了个人利益优先与利益均衡之间的抉择。大部分的学者都表示,不能只对经营者利益进行考量,而应该对经营者利益、消费者利益和公共利益进行全面的考量。值得指出的是,虽然数据抓取不正当竞争是一种新兴的东西,目前国内外对它的研究都处于探讨的状态,在一些地方还会有不同之处,但是它的核心仍然应该遵守反不正当竞争法的基本原理和思想,在对大数据竞争行为的合法性进行分析的时候,应该与我们国家的反不正当竞争法体系相结合。

## 1.4 研究思路和方法

### 1.4.1 研究思路

《反不正当竞争法》虽然增加了互联网不正当竞争的条款,并对互联网上的不正当竞争行为进行了列举,但是仍然没有数据抓取行为作出具体规定。目前,我国法院主要依据该法第2条,也就是“一般条款”作出判决,但是,该条款也有其自身的限制,使得对不正当行为的判断只能依赖于法庭的主观判断。同时,在反不正当竞争法中,由于缺乏有效的止损机制和损害赔偿体系,造成了数据被抓取一方的经营者所蒙受的损失不断增大,甚至是赢得了诉讼,也丢掉了市场,这就不能达到保护网络经营者合法权益的立法目标。

本文拟从“认定”和“制度设计”两个层面展开。在第一层面中,一方面增设对数据抓取的列举式规定,另一方面进一步明确认定起点、认定标准、认定依据,包括在广义竞争关系下对数据竞争进行一定限缩,按照自由和效率的价值取向对商业伦理进行认定,通过比例原则对认定需考察的因素进行评估评价,并抓住数据的特殊性,让评判商业道德的“多因素评估之形”与“自由竞争基本政策之神”兼具,完成理念上、体系上和法经济学上的突破来解决不正当竞争行为的认定问题。在第二层面中,通过进行允许防御性救济与架构诉讼禁令制度及适用规则的双重补强,解决止损机制缺失问题;从可操作性角度设计损害赔偿的参照因素和参照标准体系,来应对损害赔偿效果不理想的现状,最终实现配套相关法律制度的完善。

### 1.4.2 研究方法

第一，文献研究法。收集、整理、阅读相关著作、论文，查询相关法条，建立初步认知，了解研究背景、研究现状以及规制重难点。

第二，案例研究法。本文从中国裁判文书网、北大法宝等网站收集了近几年来我国法院受理的数据抓取型案件，并对其进行分析。

第三，比较研究法。“他山之石，可以攻玉”，比较研究国内外有关数据及数据抓取的相关制度，吸收国外的先进经验，结合我国具体国情，完善我国数据抓取的规制体系。

## 2 数据抓取行为的概述

对数据抓取的流程进行审视,在对数据抓取行为进行了界定以后,还要对其具体的实现方法以及突出的特点进行分析,阐明其主客体及行为手段,为下文论述《反不正当竞争法》规制数据抓取行为的必要性与可行性作铺垫。

### 2.1 数据抓取行为的概念

数据抓取,通常也称“数据获取”或“数据提取”,指网络上的数据经营者利用诸如自动算法等技术,对互联网数据信息服务商的数据资源进行检索、分析、利用并进行整合的过程。具体表现为对互联网资源的 DNS 进行解析,提取并下载相关网页资源,并最终整合形成具有一定商业价值的数据资源。<sup>①</sup>

通常认为,数据收集、整理、分析和使用四个步骤形成了数据的生命周期。数据抓取发生在数据收集阶段,在这个阶段,数据收集对象的来源可以分为两个方向:一个是从用户处直接收集到的原始的数据,另一个方向是经营者从其他数据经营者处获得的数据信息,其中包含了其他数据经营者对原始用户数据进行了整合处理后产生的衍生数据,也包含了其他数据经营者尚未对其进行处理的原始用户数据。第一种抓取行为是从用户那里获取的数据,法律关系来源于经营者与用户之间,二者不存在竞争关系,故不在本文的研究范围之内。第二类数据抓取行为涉及到的经营者与其他经营者之间存在竞争关系,经营者抓取利用其他经营者在先收集或整理数据的不正当竞争行为频繁出现,是本文的研究重点。

### 2.2 数据抓取行为的构成要件

#### 2.2.1 数据抓取行为的主体

本文所研究的数据抓取行为是指基于数据抓取技术而产生的数据竞争行为,其中包含了对数据的获取和利用。在数据抓取关系中,主要有三方主体,即数据抓取方、数据被抓取方和用户。较之于其他行业,互联网行业对于数据具有更强的商业需求,且数据抓取技术本身就是一项公开的、成熟的,并为大多数互联网企业经营者所熟知的网络信息检索技术,故数据抓取的抓取方和被抓取方通常为网络运营者,既可能包括传统的网络服务提供者 BAIDU、Google 等搜索引擎,还可能包括新兴的第三方聚合网络服务提供者如今日头条、腾讯新闻等。

<sup>①</sup> 参见熊畅,基于 Python 爬虫技术的网页数据抓取与分析研究[J].数字技术与应用,2017(09):35-36.

## 2.2.2 数据抓取行为的行为手段

人们往往采用一种基于“网络爬虫”的技术方法来获取信息。“网络爬虫”是通过对网络中的信息进行遍历,然后根据指定规则,自动提取所需的网页数据,并下载到本地形成互联网网页镜像备份。从应用的角度来观察,这一技术最早是搜索引擎获取数据来源的一项支持技术,它依靠的是自动地对互联网上的第三方网站网页进行抓取,之后将抓取到的网页进行备份、建立索引,并将其储存到自身服务器缓存中,以便精准、高效地为用户提供其所检索的信息,可以说,如果没有网络爬虫技术,就没有搜索引擎。<sup>①</sup>

可以认为,作为一项可以提升网络检索体验的中立技术,数据抓取技术本身并未包含明确的价值判断因素。信息网络的高速发展带来了数据资源的海量化,面对日益庞大的数据量,数据抓取技术肩负着数据高速、大量流通的作用,它是一项非常基本但却非常重要的技术,在新闻媒体领域、信息聚合类的应用、甚至在学术研究领域中,都能见到其身影。<sup>②</sup>但是,如果不当地使用该项技术,将对数据经营者和用户产生不利影响,甚至会损害公众的利益。因此,对于技术本身,立法与司法应秉持中立原则,要找到具体数据抓取行为中的“癌细胞”,并用“手术刀”精准切除。

## 2.2.3 数据抓取行为的客体

数据抓取行为的客体是指在互联网平台上产生,通过对一定的计算技术进行分析,可以产生诸如决策力和程序优化能力之类的具有商业竞争力的数据集合,其中包含了原始数据和对这些原始数据进行处理后产生的衍生数据。数据集合依托于大数据相关的数据处理技术而生,是大数据环境下具有高处理速度、广泛传播效率、可预测潜力的海量数字信息,互联网经营者付出大量成本取得,蕴含着商业经营理念和创新思想,能为经营者带来交易机会,具有很高的商业价值。

根据生成过程的差异,数据可以被划分为用户的信息数据、用户发布的数据、平台自采的数据和衍生的数据信息。<sup>③</sup>用户的信息数据指的是,用户在使用有关的网络产品或者服务的时候,主动上传的包含有用户姓名、性别、头像、名称、

① 参见郭玮. 网络数据爬取行为的刑法规制研究——以非法获取计算机信息系统数据罪为视角[J]. 新疆社会科学, 2020(03):91-97+151.

② 参见黄细江. 涉企业数据竞争行为的法律规制[J]. 知识产权, 2021(02):49-60.

③ 参见刁云芸. 涉数据不正当竞争行为的法律规制[J]. 知识产权, 2019(12):36-44.

职业等个人信息生成的数据；用户发布的数据指的是，用户在使用相关网络产品或者服务的过程中，所留下的评论信息、浏览记录、搜索记录等痕迹信息所形成的数据；平台自采的数据指的是，网络平台通过特殊设备或者技术，自行收集的搜索记录、出行记录、地理位置等数据信息；衍生的数据信息指的是，数据收集者对数据二次加工后得到的成果。

在当前互联互通、资源共享的网络化背景下，公开可见性是数据的重要特征之一。数据的公开属性和其产生经济价值的商业逻辑密不可分。互联网经济的运作模式需要大量吸引用户的注意力，以换取点击量，社交类及平台类互联网企业及其产品的存活依赖于用户日常对平台及产品的浏览使用，“活跃用户量”是衡量此类企业及其产品运营状况的重要考虑因素。运营企业之所以将数据公开，是想将对相关话题有兴趣的潜在受众吸引过来，将潜在用户转化为真实用户，为平台和产品带来可观的用户流量，并通过不断扩大数据公开范围来增加用户粘性，以便其在后期投放收费的附加增值服务或招徕广告商间接为其服务和应用的投入买单。<sup>①</sup>因此，虽然数据的获取需要互联网经营者花费大量的成本，但基于互联网的信息共享性，数据往往不具有秘密性而不能受到“垄断性保护”。值得注意的是，司法实践中常常把登录后才能获取的数据视作半开放数据或非公开数据，有学者也赞同此种观点，但本文认为这是对网络平台管理方式的误读：目前大部分的网络平台并未对用户的登录与注册加以特别的限制、设定特别的条件，需要登录仅仅是平台管理用户、控制和提高用户的忠诚度的一种方式，而非限制数据对社会公众开放的手段。<sup>②</sup>

除此之外，数据“非损耗”的物理属性使其成为再利用的天然“富矿”。数据拥有独特的占有方式和流转规则，一方使用数据不会直接影响到其他方的生产、使用、流转。<sup>③</sup>毋庸讳言，如果数据的使用权、收益权、处分权等都已经完成了转让，因此，即使数据依旧归属于原权利人，但其自身也可以作为“获取财产的资格和方式”，可以给权能受让者创造财富。

## 2.3 数据抓取行为的基本类型

数据抓取行为是由数据抓取技术引发的数据竞争行为。作为一项提升检索速

① 付新华. 企业数据财产权保护论批判——从数据财产权到数据使用权[J]. 东方法学, 2022(02): 132-143.

② 龙卫球. 再论企业数据保护的财产权化路径[J]. 东方法学, 2018(03): 50-63.

③ 参见程建华, 王珂珂. 再论数据的法律属性——兼评《民法典》第127条规定[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2020, 32(05): 67-74.

度与用户体验的技术手段，数据抓取技术本身并未包含明确的价值判断因素。因此，在运用数据抓取技术，引发数据竞争之时，会因为形式、抓取对象、主观动机等不同产生不同的行为结果。按照不同的分类标准，可以将数据抓取行为分成以下几类：

1. 如果按照数据获取是否经过许可为标准来划分，可以将数据获取的过程划分为：未经授权的和已经获得授权的。

2. 如果按照抓取行为的性质进行划分，可以将数据抓取行为划分为：对已采用防护手段的数据实施破解、绕过或者违反协议的抓取，属于破坏性数据抓取；在数据没有被采取任何保护措施的情况下进行抓取，属于非破坏性抓取行为。

3. 如果按照抓取行为违法与否进行划分，可以将数据抓取行为划分为：违法抓取和合法抓取。违法抓取是指违反了有关法律的精神，对相关主体利益的损害达到了违法的程度；合法抓取是指在获取数据的过程中，抓取人的行为本身并未违反法律的精神，对有关当事人权益没有损害或者损害没有达到违法程度。

基于互联网技术的变动性和对未来的不可知性，上述划分的数据抓取行为的类型，只是对一个简单的概括。然而，必须清楚的认识到的，在本质上，数据抓取技术是一种中立技术，并非一切使用抓取技术进行的抓取都属于违法。因此，在对数据抓取行为进行规制时，应当首先确立“不是所有的抓取行为都是违法的”的思想，只对违法的、不正当的数据抓取行为进行规制，而在认定“违法性”、“不正当性”的时候，也应当有一个基本的判定标准。

## 2.4 数据抓取行为的危害性

作为一项提升检索速度与用户体验的技术手段，数据抓取技术本身并未包含明确的价值判断因素。基于数据的可复用性和价值的非减损性，通过这项技术，不但能够提高数据资源的使用效率，完成对数据性能的传导，提高数据因流动而产生的价值，还有利于公众对信息的高效共享，消费者能通过自主选择从中体验技术的进步与竞争的成果。但随着数据资源背后蕴含的巨大经济价值被发掘，在互联网时代，数据竞争已经蜕变为一种全新的竞争方式。在这种情况下，数据抓取这种原本的中立技术手段逐渐变成一种由经营者来获取与其存在竞争关系的经营者的核心数据资源，代替其向用户提供同质的信息服务，并攫取其竞争优势

的一种技术手段，它对互联网产业的发展产生了巨大的影响。<sup>①</sup>

### 2.4.1 损害被抓取一方经营者的数据权益

在新兴的互联网领域下，经营者往往采用双边市场的经营模式。体现在数据领域，一方面，在数据利益的驱动下，经营者会对相关的数据进行持续的开发和改善，从而尽可能地利用更高质量的数据资源，吸引更多的用户；另一方面，经营者还会在另外一端市场中，对有特殊需要的消费者进行增值服务，或是为广告主提供广告服务，以获取利润。从收集、储存到深度的开发、应用，可以认为，数据的整个生命周期都凝结着被抓取一方经营者的智慧与劳动。经营者花费了大量的人力和金钱，利用技术手段加工、整合了大量的数据，并产生新的数据，是为了培养其与网络用户群体之间的消费黏性，为之后的盈利模式——广告与增值服务奠定基础。

如果其他互联网经营者肆意抓取相关的数据信息，在抓取数据后所提供的服务形成对被抓取方合法提供的网络产品或服务主要内容或者部分内容的“实质性替代”，就很有可能降低被抓取一方经营者与网络用户之间的消费黏性，减少其可获得的用户流量，降低其对广告商的吸引力，削减其可获得的创新回报。<sup>②</sup>尤其是，互联网用户的可选范围很广，如果商家的吸引力降低，进而丧失了顾客的粘性，其效果不会随着“爬虫”活动的停止而立即消失，交易机会的损失将需要一段很长时间的积累，才能最终恢复到原来的市场认可度，广告商才重燃投资意向，或者永远无法挽回。<sup>③</sup>

### 2.4.2 侵害互联网消费者的利益

首次，数据抓取方实施数据抓取后，不创新产品或服务功能，而是给互联网用户提供的是同质性、甚至是完全一致的产品或服务，这在一定程度上会让消费者对此有一种误解，认为数据抓取的实施方与被抓取方之间存在着一种商业合作关系，从而引导其对自己的消费选择做出相应的调整，从本质上来说，这对消费者的知情权和自主选择交易的权利造成了损害；<sup>④</sup>其次，鉴于数据抓取的隐蔽性，

① 参见翟巍，刘一诺. 反不正当竞争法视角下公开数据爬取行为的合法性边界[J]. 价格理论与实践, 2021(08):69-73+149.

② 参见刘继峰，张雅. 反不正当竞争法视角下数据抓取行为违法性的认定[J]. 西北工业大学学报(社会科学版), 2021(04):102-111.

③ 郝倩. 网络广告过滤行为不正当竞争认定问题研究[D]. 华中师范大学, 2018.

④ 参见胡迎春，廖怀学. 论数据不正当竞争的演进与规制[J]. 竞争政策研究, 2021(02):85-98.



如果以不经用户许可、侵犯用户知情权的方式去抓取并使用竞争对手掌握的用户信息和用户关系,将很有可能涉及侵害用户的隐私与数据安全;最后,互联网市场的不充分竞争,势必会造成网络用户为同样的互联网信息服务支付异常高昂的价格,从而对他们的消费福利造成不利的影响,最终对社会公众的利益造成危害。

### 2.4.3 破坏互联网市场竞争秩序

在数据抓取纠纷中,数据抓取一方经营者夺取了被抓取一方经营者的竞争优势与竞争利益,原因不在于其具有更高的生产效率或是提供了创新服务,而在于该经营者采取技术手段,越过成本投入,抢夺别人的成果,并大量、完整地替代其他经营者提供相同的数据信息。如果这种自己不进行必要的投入却利用其他经营者劳动成果来获取消费者、排挤竞争对手的行为不受规制,将会让数据抓取一方经营者不断累积扭曲的“竞争优势”,滋养肆意、滥用数据抓取的温床;<sup>①</sup>将在无形中抑制企业管理者的创造性的热情,使他们不愿在创造性的、基础的工作上花费大量的人力、物力和财力。

综上所述,在技术中立的视角下,数据抓取技术及数据应用的创新对促进社会和经济的发展有着重要的作用。市场经济鼓励竞争,运用数据抓取技术创新数据行业发展,可以提升数据活力,促进优胜劣汰。但当数据抓取技术的运用打破了技术中立的自由、公平、效率竞争的价值取向,违背技术中立原则的初衷与商业道德,给其他经营者造成损害,进而扰乱市场竞争秩序,此时,对数据抓取行为的法律规制及干预就具有了相当重要的意义。

## 2.5 数据违法抓取行为的性质界定:新型不正当竞争行为

在司法实践中,虽然多数互联网企业以不正当竞争为由对擅自抓取其数据的竞争企业提起诉讼,但是,理论界对违法的数据抓取行为的性质却莫衷一是,主要有侵犯新型财产权说、侵犯知识产权以及不正当竞争行为说。本文认为,应当将数据违法抓取行为的性质界定为新型不正当竞争行为。

所谓新型财产权,是该学说认为数据不属于传统财产权的保护范畴,应该建立一种新型的民事权利来解决数据问题,从而将数据流转的权利基础进行清晰化,如“数据资产权”概念的提出,包含为初始数据的主体提供以个人数据为基础的

<sup>①</sup> 参见周新军,彭泽南,许秀雯.论擅自抓取数据信息构成不正当竞争的认定[J].当代经济,2018(15):140-141.

人格权和财产权,同时给数据经营者提供具有排他性的数据经营权和数据资产权。<sup>①</sup>也有人建议采取“自我产权与他人产权”的分离方式,建立数据所有权归数据原发者,数据用益权归数据处理者的“二元权利”架构。<sup>②</sup>然而,数据的共同生产性、交互性和流动性使得法律制定者很难明确各主体间的数据所有权,因此很难将数据上升为一项财产性权利。在多边网络化的产业链中,数据不仅栖息于一个载体,而是存在于多个载体,要想数据被全部掌握在一方手里是不可能的。此外,因为数据的多元归属性、可复制性和非竞争性,多个主体可以对相同的数据提出不同的主张,这就导致了难以为某一种数据确立某一特定主体的专有权。数据财产化还会增加数据的交易成本,削弱数据的公共属性,不利于数据的流通与交换。从数据的虚拟性和零边际成本性出发,其内在价值不会因为使用者的增多而损耗,相反,随着使用者数量的增加,数据的潜力和价值也会被更多地挖掘出来,对整个社会都有好处。因此,促进数据的流通和交换,才能使数据的价值发挥到最大。因此,不宜赋予互联网经营者数据权利这项排他的专有权。

侵犯知识产权说的主要依据在于,经过分析加工的数据,可能具有一定的选择和编排的方式,其内容或呈现效果可能具有一定的独创性,可以对应《著作权法》第15条规定的“有独创性的汇编作品”。也有学者提出将数据作为广义著作权中的邻接权的客体予以保护,认为许多国家也都规定了邻接权来保护通过实质性投资而建成的大型数据库。然而,对于侵犯新型财产权说,本文认为,如果对数据的选择和编排均无任何独创性,那么无论收集和编排数据的过程多么艰苦、投资多么巨大,所形成的数据库也不能作为汇编作品受到保护。<sup>③</sup>因此,汇编作品不能成为保护企业数据的主要方式。而且,以邻接权作为一种灵活的手段来对数据库进行保护的方法,其重点在于对数据库的实际投资的保护而不是对其创造性的维护,而邻接权自身应该将重点放在对其传播和使用价值的维护上,因此,这里的邻接权并不属于真正意义上的邻接权。综上,将侵犯知识产权作为数据抓取行为的定性依据亦不够恰当。

不正当竞争行为说主要依据在于与数据保护相契合的行为法规制模式以及社会法本位。第一,采用行为谴责式评价的立法范式,以制止行为作为基本规定

① 龙卫球. 数据新型财产权构建及其体系研究[J]. 政法论坛, 2017, 35(04):63-77.

② 参见申卫星. 论数据用益权[J]. 中国社会科学, 2020(11):110-131+207.

③ 参见李晓宇. 大数据时代互联网平台公开数据赋权保护的反思与法律救济进路[J]. 知识产权, 2021(02):33-48.

性，反不正当竞争法的规制思路更加贴合数据作为媒介的工具性特征。法院在将反不正当竞争法作为裁判依据时，不再考量权利基础，而是着重于行为方式的价值判断，对涉案行为是否具有不正当性进行论证。具体到数据抓取问题上，反不正当竞争法对其进行规制，是通过调整数据竞争者的抓取行为本身，即通过制止不正当竞争行为以保护数据法益。这样的保护范式，一方面可以规避数据法律属性不明的问题，在权利条件不成熟的情况下，是一种极佳的过渡保护途径；另一方面降低了保护门槛，将达不到独创性标准的数据纳入可能的保护范围，更具灵活性和包容性，是一种极佳的补充保护途径。第二，反不正当竞争法持社会利益本位观，关注参与市场的各关联方增量利益的实现，与数据问题“牵一发而动全身”的特性相契合。大数据时代，数据信息的价值体现在共享与复制，网络用户与不同的数据平台从业者之间不再是一种“零和博弈”，他们逐渐发展到相互满意的“帕累托最优”。如果对数据的保护以控制和私有为主基调，由某一主体独占性地享有数据，数据控制者有权拒绝进行数据交易与合作，会导致“信息闭塞”。<sup>①</sup>基于对数据享有的控制权与处分权，数据控制者为了保持市场优势地位往往倾向于“垄断性”地使用数据，不仅会产生数据巨头赢者通吃的局面，还会加剧整个产业“数据孤岛”的现象。因此，如果让数据从业者完全将数据共享，则可能会面临创新热情减退的局面。由此看来，虽然数据亟需法律保护，但数据的多元价值和交叠的各方利益不允许对其进行简单的权利构造和对其所涉利益的片面考量，即不能仅仅考虑一方的利益，应将私益和公益的分配进行协调与权衡，不然不仅数据信息的价值无法完全实现，处在探索创立阶段的数据产业也会遭受重创。

上述理论尝试及局限性的分析，一定程度上揭示了对数据赋权保护的困难。这主要是因为将数据作为一种权利客体对待，是通过强保护方式来保护相对局部的数据利益，忽视了数据非竞争性和非排他性的公共属性、以及数据信息本身的价值是由社群共享来体现的客观事实。故而，整个私法化过程常常会受到数据共享的干扰。事实上，在现实生活中，数据赋权模式确实可以让网络运营商获得利润，然而，破窗理论也表明，在这方面，社会将会支付更多的机会成本，从而失去另外一部分的公共利益。从另一个角度来说，有价值并不等于必须要有权利，

<sup>①</sup> 参见张占江. 论反不正当竞争法的谦抑性[J]. 法学, 2019(03): 45-59.

在网络时代，认识到数据的价值只是一个思考问题的起点，而这个问题的核心却是这个价值的具体表现和具体的实施方式，目前的情况下，如果仅仅以劳动或价值来为数据赋予权，那么难免会陷入到一个概念法学的框架当中。数据隐含着一定的价值，应当将其视为一种财产性权益加以保护。<sup>①</sup>

因而，有必要对数据的性质与运行规则进行反思，考察其超越私人法视域之外的公众层面，并对其进行更为合理的保障。这时，有一个办法，即具有实用性，能够给权利人产生现实或潜在的经济利益，并且已经具备了无形财产的特性的数据，都被列入了反不正当竞争法保护的范围之内。据此，利用抓取技术损害他人的市场竞争优势，有并为自己谋取竞争优势的主观故意，违背了诚实信用原则，扰乱了竞争秩序，均应被认定为不正当竞争行为。

---

<sup>①</sup> 参见丁晓东. 论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2020, 38(02): 90-99.

### 3 数据抓取行为反不正当竞争法规制的现状

依据我国《反不正当竞争法》的立法模式,认定数据抓取构成不正当竞争有两条路径,分别是数据抓取为该法明确列举的不正当竞争行为类型以及数据抓取是“一般条款”规定的违反诚实信用原则和公认商业道德、破坏市场竞争秩序的可责行为。而从数据抓取的司法实践来看,认定竞争关系的模式不一,在以一般条款为法律适用的基础之时,依靠商业道德为兜底标准认定行为的不正当性。

#### 3.1 规则现状

我国《反不正当竞争法》“一般条款+具体列举”的立法模式决定了认定数据抓取行为的不正当性分析路径有两条:一是数据抓取行为是该法明文列举的不正当竞争行为类型;二是通过该法“一般条款”的诚实信用原则以及商业道德或者损害市场市场竞争秩序来认定数据抓取行为非正当性和可责性。

与数据抓取行为有关的不正当竞争行为类型的具体列举主要体现在《反不正当竞争法》第12条即“互联网专条”中。“互联网专条”通过“概括+列举+兜底”的方式,就管制网络环境下的不正当竞争行为问题作出规定:第一,“概括性条款”宣示了“互联网专条”适用于互联网领域内发生的不正当竞争行为;第二,根据近几年的实践,对互联网环境下特定的不公平竞争行为做出概括性的规定,并具体列举了三种互联网环境下的不正当竞争行为;第三,做出兜底性条款,以应对互联网领域将来可能出现的新型不正当竞争行为。数据抓取不正当竞争多发生于互联网领域,因此虽然数据抓取行为并未被包含在该条具体列举的三项互联网不正当竞争行为的类型中,但从理论上而言,可以通过该条的兜底性条款予以规制。<sup>①</sup>具体而言,在数据抓取不正当竞争中,在数据抓取不正当竞争中,不管是数据的获取或使用,都必须借助网络技术来检索和分发数据。而使用数据的最大效果就是,它可以对用户的选择产生影响,实现用户争夺的目标,从而对其他经营者的竞争优势造成不利影响。在互联网领域,对用户争夺的不公平竞争必然会影响到其他运营商的正常运作。故而,从兜底条款的适用要件分析,涉数据抓取的不正当竞争行为,完全符合其适用要件。伴随着新的经营模式的兴起,《反不正当竞争法》中没有列出但却有着显著的不正当竞争特征的行为在实践中逐步产生,而一般条款由于其抽象性、开放性、兼容性等特点,在新的市场和各类新

<sup>①</sup> 邓社民,侯燕玲.企业数据竞争法保护的现实困境及其出路[J].科技与法律(中英文),2021(05):1-10.

的不正当竞争特征上持续扩展和应用,成为了法律未列举行为的开放性依据,以没有罗列的规则作为其适用的先决条件,可以保证法律对新的发展和要求的适应能力,保证了法律对新的发展和要求的调节的灵活和及时。<sup>①</sup>相较于“互联网专条”,一般条款的保护路径大大地扩展了对数据的保护,法院可鉴于一般条款内在的概括性和抽象性,根据“诚实信用原则”和“商业道德”将所有的数据抓取不正当竞争行为都囊括其中。

2017年新修订的《反不正当竞争法》在总则上做出了突破性的改动,除了增加了“消费者的合法权益”之外,还把“破坏竞争秩序”放在了权利保障的前面,并在此基础上提出了“三元叠加”的法律保护目标,强调了对竞争秩序与公众利益的维护,并重新构建了不正当竞争的判断模式。<sup>②</sup>因此,在运用《反不正当竞争法》一般性条款对不正当竞争进行判定的过程中,应根据本次修订所产生的改变,凸显市场竞争秩序的价值,在保护竞争的前提下促进创新,保护消费者与竞争者的合法权益,并充分考虑到网络环境下企业伦理的变迁。除此之外,一般条款作为总则条款,是整部《反不正当竞争法》的基本规定,对于第2章的规定仍有拘束和指导功能。“互联网专条”的兜底条款是高度抽象的,在具体适用中除依该规定内含的实质要素外,还需要依据一般条款的相关规定,认定相关行为的正当性。

### 3.2 司法实践现状

司法实践中已经涌现了一系列涉及数据抓取行为的不正当竞争案件,法院对于该类案件的审裁仍处于探索的过程中。本文选取了2011年到2022年我国发生的涉及抓取行为的典型数据竞争案件作为分析案例,从法律适用、裁判思路(认定思路)两个方面进行分析。

表 4.1 2011-2022 年期间我国的涉数据抓取竞争热点案件

案件名称及案号	竞争关系认定理由	不正当竞争认定的法律适用	行为不正当性的认定理由(标准)	是否适用诉前禁令	赔偿数额	实际获赔
---------	----------	--------------	-----------------	----------	------	------

<sup>①</sup> 参见陈兵,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.

<sup>②</sup> 参见孙晋,闵佳凤.论互联网不正当竞争中消费者权益的保护——基于新修《反不正当竞争法》的思考[J].湖南社会科学,2018(01):75-85.

大众点评诉爱帮聚信案 (2011)一中民终第 7512 号	爱帮网和大众点评网都是提供分类信息查询服务的网站,爱帮科技公司和汉涛公司存在直接竞争关系	1993 年《反不正当竞争法》第 2 条	爱帮网未付出实质性投资,利用技术手段获取商业利益,属于不劳而获和搭便车,违反公平原则和诚信原则,违反公认商业道德	否	400 万	50 万
大众点评诉百度案 (2015)浦民三(知)初字第 528 号	百度地图的主要服务和大众点评的主要服务并不存在狭义上的同行业范围内,但二者就提供商户信息和消费评价信息的服务模式上争夺相同的交易对象,应当认定百度公司和汉涛公司存在因争取交易机会而产生的广义上的竞争关系	1993 年《反不正当竞争法》第 2 条、第 5 条第 2 项	百度通过技术手段,从大众点评获取点评信息充实百度地图和百度知道的内容,实质代替了大众点评的功能、削减了竞争优势,具有明显的“不劳而获”、“搭便车”特点,违反了公认的商业道德和诚实信用原则	否	9000 万	323 万
新浪微博诉脉脉案 (2015)海民(知)初字第 12602 号	双方实质上提供网络社交服务,在用户群体、业务模式和经营范围上存在交叉重叠,在相关用户社交信息的使用等方面存在竞争利益,不受外在形式的不同的影响,具有竞争关系	1993 年《反不正当竞争法》第 2 条、第 14 条	被告违反开发者协议、违反“三重授权”惯例,行为不符合互联网企业在利用用户信息时应遵守的一般商业道德	否	1030 万	220 万
谷米诉元光案 (2017)粤 03 民初 822 号	原被告各自开发的 App“酷米客”和“车来了”用途相同,在提供实时公交信息查询服务软件的领域存在竞争关系	1993 年《反不正当竞争法》第 2 条、第 14 条	元光公司获取谷米的公开数据的方式不当,系未经许可利用技术的非法获取,属于“不劳而获”“食人而肥”,违反诚实信用原则	否	50 万	50 万
淘宝诉美景案 (2017)浙 8601 民初 4034 号	反不正当竞争法规制的对象不仅局限于同业间的竞争行为,也包括跨行业间的竞争行为。在网络经济环境下,只要双方吸引争取的网	2019 年《反不正当竞争法》第 2 条	美景公司并没有投入任何的人力物力,只是利用“生意参谋”的数据	否	500 万	200 万

	络用户群体存在此长彼消的或然性对应关系,即可认定为双方存在竞争关系		来为自己提供同类的互联网服务。将别人的市场成果,直接为自己所用,从而获得商业利益与竞争优势的行为,这种行为与公认的商业道德明显相悖。			
微梦诉复娱 (2019)京73民终2799号	微梦和复娱公司无论开展的业务或其功能具体如何,都是为了吸引流量和留存用户数据,以便进一步提供网络服务,因而从这一事实出发两者是存在竞争关系的	2019年《反不正当竞争法》第2条、第12条第2款第4项	复娱在其App中嵌套新浪微博界面,完整展示了微博包括明星账号界面和内容在内的全部数据,还擅自添加自由功能,违反了诚信原则和商业道德	否	210万	210万
阿里巴巴诉码注案 (2019)浙0108民初5049号	未直接讨论竞争关系,而是认定原被告提供的数据产品存在“替代关系”	2019年《反不正当竞争法》第2条	从被告行为对市场效率、社会利益、行业竞争秩序的影响及抓取行为是否在合理限度之内两方面认定行为违反商业道德	否	4000万	500万
腾讯诉搜道和聚客通案 (2020)浙01民终5889号	行为规制法更应关注被诉行为的本身和该行为对市场的破坏程度,从而确定竞争行为正当与否。不正当竞争的认定并不取决于原被告间存在竞争关系,只要该行为违反了诚实信用原则和商业道德,并且还对市场竞争秩序造成了严重影响,就应受到规制	2019年《反不正当竞争法》第2条	两被告通过被控侵权软件擅自收集微信用户数据,存储于自己所控制的服务器内的行为,不仅危及微信用户的数据安全,且对腾讯公司基于数据资源整体获得的竞争权益构成了实质性损害,有违商业道德	否	500万	200万



### 3.2.1 竞争关系的认定方面：认定模式不一，认定基准多元化

#### 3.2.1.1 竞争关系的界定模式不同

在所研究的热点案件中，原告与被告之间的竞争关系都得到了认定。然而，在具体案例中，法院对竞争关系认定的方式不尽相同，可将其归纳为四种类型：

第一，从狭义上界定竞争关系。狭义竞争关系限于同业竞争者之间的关系，它需要不正当竞争的行为主体与被侵犯的经营者具有同样或近似的经营范围、商业模式和客户群。如法庭认为爱帮网和大众点评网同为提供分类咨询搜索的网站，两者之间存在着一定的竞争；再如“谷米诉元光”案中，法院认为，原被告均为提供公共交通信息，因此双方在公共交通信息的即时服务方面，存在着一定的竞争。

第二，从广义上界定竞争关系。这样的界定方法，可以从更广阔的视角来对竞争关系进行认识，只要经营者之间有着损害与被损害的关系，就可以将其认定为是一种竞争关系。如法庭并没有仅限于大众点评与百度地图业务模式的差异，而是从他们各自的经营行为的角度来看，认定两家公司都有共同的客户群体目标，因此，存在竞争关系；再如“淘宝诉美景”案中，法院并没有采纳美景公司“其为社交平台运营商，淘宝公司为电商平台运营商，二者不存在竞争关系”的辩护，而是指出《反不正当竞争法》所规范的范围并不限于同业之间的竞争，它还适用于不同行业之间的竞争，在互联网行业中，如果两家公司所招揽的用户之间存在此消彼长的或然性对应关系，那么就可以认定两家公司之间有一定的竞争关系。

第三，对竞争关系回避或模糊界定。在法院认定的内容中，不直接或间接界定双方当事人属于何种竞争关系，而是套用“替代关系”、“存在交叉”、“竞争利益”等边缘词汇进行模糊论证，但是从案件整体情况看，法院是认可原告与被告之间的竞争关系的。例如，“阿里巴巴诉码注”案中，法院就隐化了竞争关系的认定，通过阐明原被告双方具体业务在网站经营和用户流量领域存在交叉或替代关系，并在此基础上对案件进行审理。

第四，不以具有竞争关系作为行为不正当性的认定前提。例如在“腾讯诉搜道和聚客通”案中，法院就没有对竞争关系进行确定，认为原被告之间存在竞争关系不是问题的关键，主张与诚信、商业伦理相抵触的竞争行为，都应当加以规范。

### 3.2.1.2 竞争关系的认定基准多元化

司法机关在进行竞争关系认定时,一方面,常把经营范围作为着手点,并逐步扩张,涵盖了目标用户群体、产品受众、业务模式、相互争夺的数据利益、行为违反《反不正当竞争法》第2条、业务上的利用与被利用关系和其他能够影响竞争优势的数不尽的行为,只要商品或服务存在替代的可能,或是面向相同的客户群,抑或是促进了其他竞争现象的发生,都能被归入竞争关系之中;另一方面,更偏向于综合认定,即综合两个以上基准要素进行考察,只要诉争双方在基准要素的任何一点上存在交叉,就可认定存在竞争关系。<sup>①</sup>例如在“新浪微博诉脉脉”案中,法院就从业务模式、用户群体、经营范围、竞争资源争夺方面存在利益冲突等方面进行考察,综合认定原被告双方具有竞争关系。

### 3.2.2 法律适用:以一般条款为法律适用的基础

现阶段主要引用《反不正当竞争法》的第二条即一般条款作为判定涉案行为正当性的法律依据,但针对个案而言,司法机关所适用的法律又并不完全相同。在2018年《反不正当竞争法》修改生效,“互联网专条”出台之前,司法机关对于数据抓取行为的不正当竞争的认定大多是将一般条款作为基础依据并结合具体的案件事实、行为特性来做进一步把握,但也存在独立适用一般条款作出的裁决。在2018年《反不正当竞争法》修改生效,“互联网专条”出台之后,司法机关规制的数据抓取不正当竞争案件,一部分由于法不溯及既往,依然适用1993年《反不正当竞争法》,例如“谷米诉元光”案,法官最终是适用该法第2条进行裁判;其余适用生效后的2018年《反不正当竞争法》判决的案件,大多是适用一般条款和第12条第2款第4项这一“互联网专条”的兜底条款,再结合案件进行具体评价。<sup>②</sup>由此可见,在整个适用过程中,实际上《反不正当竞争法》的一般条款适用是居多的,“互联网专条”的适用是较少的,即便是适用“互联网专条”的兜底条款也是依附于一般条款,这就造成了“互联网专条”兜底条款与一般条款之间“混搭适用”的情况。

### 3.2.3 行为的不正当性认定理由方面:依靠商业道德为兜底标准

<sup>①</sup> 参见陈兵. 互联网经济下重读“竞争关系”在反不正当竞争法上的意义——以京、沪、粤法院2000~2018年的相关案件为引证[J]. 法学, 2019(07):18-37.

<sup>②</sup> 参见陈兵, 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.

将一般条款作为适用的依据即将数据抓取行为的不正当性认定置于商业道德和诚实信用原则的评价标准之下。现阶段，法院在实践中大多是以违反公认的商业道德和诚实信用原则与否作为判定行为是否正当的标准。与此同时，法院在对商业道德、诚信原则的具体理解和适用上呈现出标准不一的情况，大体可总结为两种不同的认定思路与方式：

少数法官从市场效果这一维度入手，通过分析数据抓取行为中各部分要素，如数据的权益归属、抓取行为的技术限度、行为的市场效果等，结合数据抓取行为的技术特性和个案特点对道德和诚信的内涵进行具体化阐明。例如在“阿里巴巴诉码注”案中，法院就提出，数据具有公共性特征，信息的流动和共享有利于提高社会利益，故在对数据的控制与分享之间，还需要考虑私人利益和公共利益的平衡，并从是否有利于市场效率和是否在合理限度之内两个方面对码注公司数据抓取与使用行为是否违反公认的商业道德进行分析。

而大多数法院则是结合案情判断被告的主观动机和被诉行为客观情形是否违背了商业道德和诚实信用原则，在这个过程中重复如下审判逻辑：首先，在事实和理由部分承认数据是能够为原告带来经济价值的竞争权益，普遍认为这部分利益来之不易；随后，进一步肯定原告在获取、积累这一过程付出的人力和智力劳动，而被告的行为罔顾原告的在先投入或是无视原告的声明及其他禁止搬运用户数据的协议，实施了对前两步骤造成负面影响的行为；最后，将被告所作所为定性为没有遵守互联网平台企业利用信息时应当遵守的一般商业道德以及损害了原告的利益，涵盖了诸如形成替代、搭便车、未经许可擅自利用或是破坏其他经营正常经营等行为。例如在“大众点评诉爱帮聚信”案中，法庭首先对汉涛公司的投入予以确认，认为其为了收集数据付出了大量的人力、物力、财力和时间等运营成本，应当对其收益予以保障，其次认定爱帮网通过大众点评网收集整理的商家信息和网友评论，未付出任何劳动，未付出任何成本，也未作出任何贡献，就通过技术方式将其收集整理的商家信息和网友评论进行宣传，从而获取收益，这是一种“不劳而获”、“搭便车”的做法，也是一种“有悖于诚信和社会普遍认可的商业伦理，是一种不公平的竞争”的典型做法。<sup>①</sup>

本案中更是首次提出了“实质性替代”的概念，认为用户在爱帮网能够阅读

<sup>①</sup> 参见韩旭至. 数据确权的困境及破解之道[J]. 东方法学, 2020(01): 97-107.

从大众点评中转载的数据，便鲜少会前往原网站阅读，因此，爱帮网对大众点评的主要业务形成了实质性替代。再如在“新浪微博诉脉脉”案中，法院亦认可新浪微博在经营活动中挖掘积累数据的付出，用商业道德指代对于 Open API 规则和“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”三重授权原则的遵守行为，认为脉脉方获取并使用新浪微博方用户数据的行为，反映了其主观过错，具有不正当性，新浪微博有权主张权益。可以说，前述审判路径的逻辑在数据抓取不正当竞争案件频频再现，逐渐成为类案的参照。

需要注意的是，公开与否、属于衍生数据与否以及获取数据的行为破坏了技术措施与否，是判断数据是否具有可保护的权益的考量因素，而非认定是否构成不正当竞争行为的直接标准。即便数据是公开的，或者获取数据的行为并未破坏技术措施，若在对数据的使用过程中，构成对其他互联网经营者产品或者服务的实质性替代，仍然被认定是不正当竞争行为。如在“大众点评诉百度”一案中，法院认为，虽然百度的抓取行为并未违反大众点评网设定的“robots”规则，但是百度公司大量原文展示大众点评公司的信息，已经超过必要的限度，构成不正当竞争行为。

### 3.2.4 诉前禁令的适用与赔偿数额的确定方面

首先，诉前禁令在数据抓取不正当竞争行为的适用是远远不够的。诉前禁令的适用可以在一定程度上保障数据权益得以实现，但从案例中可以看出，在目前数据抓取行为的认定过程中，几乎没有案件适用诉前禁令。

其次，从赔偿数额角度来看，上述提及的案例表明原告最终获赔数额与其计算其应该获赔的数额之间往往存在巨大差距，没有专门针对数据抓取不正当竞争行为的赔偿标准，且在赔偿数额的认定上，法官有着较大的自由裁量权，赔偿力度明显不够。

## 4 数据抓取行为反不正当竞争法规制的困境

结合《反不正当竞争法》的立法现状和修改趋势和有关的司法实践,发现其对“数据爬取”的规定出现了“具体列举”的缺失和“一般条款”应用限制等问题。导致在数据抓取构成不正当竞争这一最基本违法性问题的认定上困难重重。损害救济制度的不完善,包括损害赔偿金额不足、诉前止损救济制度的缺失,也让不正当数据抓取的救济困难重重。

### 4.1 法律适用困境

#### 4.1.1 互联网专条规定笼统,可操作性不强

为了应对新兴的互联网不正当竞争,我国在2017年修订的《反不正当竞争法》中增设了“互联网专条”。“互联网专条”作为具体条款,在审裁互联网新型不正当竞争案件时应优先适用,由行为主体、空间、所用技术均与互联网息息相关的数据抓取行为所产生的不正当竞争纠纷理应属于该条的调整范围,但由于该条的“列举式”规定既不周延也不互斥,“兜底式”规定要件又过于宽泛,其适用范围严重受限。

首先,“互联网专条”虽列举了三类具有代表性的互联网不正当竞争行为,但这三类代表性行为在互联网平台竞争环境下不具有互斥性,同一竞争行为通常同时符合多个类型条款表达,且其所做的类型化处理并不周延,没有参考科学的分类依据。“互联网专条”列举式规定的不周延,导致很多其他类型的行为不能得到完全覆盖,数据抓取行为也因此无法受到规制。

其次,“互联网专条”虽还对互联网领域出现的其他不正当竞争行为进行了兜底性规定,但该兜底性规定的适用空间仍然很小,无法起到很好的补足作用。一是,兜底条款同一般条款一样具有模糊性、抽象性,因此在适用兜底条款的时候,需要对其进行解释说明。一方面,法院在实践中需要对“技术”本身以及相关具体行为的认定要件如“破坏”和“妨碍”等进行进一步细化,这对法官提出了很高的要求,并且法官所持解释理念的不一致会导致法律适用上的偏差,这对互联网经营者对自身行为合法性的预见产生了极大挑战;<sup>①</sup>另一方面,从立法技术上看,位于列举性规定之后的兜底性规定是对应列举项相同类型之事物的“一

<sup>①</sup> 参见裴轶,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.

揽子”规定，而不是用于涵摄与列举事项完全不同之类型的事项。故有学者指出，“互联网专条”所规定的三类不正当竞争行为并不满足互斥并周延的立法技术要求，而兜底条款也只能仅仅评价与这三类行为高度近似的行为，因此在行为外观与这三类行为并非高度相似的情况下，不应将数据抓取行为盲目地囊括到兜底条款的规定之中。从数据抓取的技术特性上来看，如果被告利用网络“爬虫”等自动化技术手段对原告目标页面上的数据进行合理限度的抓取，或仅仅是违反爬虫协议的规定和权限进行数据抓取，并不存在所谓“妨碍、破坏正常运行”的影响，那么兜底条款就不能被用于评价此类行为。有学者认为，可以采用目的解释或者扩张解释的方法将数据抓取等互联网新型竞争关系纳入兜底条款的范围之内，<sup>①</sup>但本文认为不妥，因为这会在很大程度上导致互联网经营者无法对自身行为的合法性进行预期，最终影响互联网经济的技术进步与整体发展。二是，兜底条款侧重于网络技术，但对行为是否合法以及是否构成不正当竞争的判断标准缺乏足够的重视。要认定新类型的不正当竞争，就只能依靠“一般条款”，而法庭在审理数据抓取案件时，就会出现对“互联网专条”兜底条款与一般条款进行“混搭适用”的情况。

综上，“互联网专条”并未总结出互联网领域不正当竞争的本质，难以覆盖数据、算法等前沿问题。因此，司法机关在处理数据抓取竞争问题时，常常会越过“互联网专条”，而“逃逸”到“一般条款”，从而导致“互联网专条”和“一般条款”的错位，对法律适用的谦抑性造成不良影响。<sup>②</sup>

#### 4.1.2 一般条款适用标准模糊

如前文所述，“互联网专条”的适用空间很小，因此，在处理数据抓取案件时，法庭仅能根据《反不正当竞争法》第二条，即“一般条款”来处理。但是，该规定过于笼统，没有明确的判断准则，使得基于该规定的不正当竞争行为判断上遇到了困难，提出体现在竞争关系的法律地位和行为正当性的认定标准问题。

##### 4.1.2.1 竞争关系的法律地位不明

不同法院对竞争关系的地位和确定方式的理解并不一致：一是关于竞争关系是否系行为不正当性的认定起点，二是若将竞争关系作为行为不正当性的认定起点，又将以何种方式去界定竞争关系。

<sup>①</sup> 参见田小军，朱莼，新修订《反不正当竞争法》“互联网专条”评述[J]. 电子知识产权，2018(01):31-41.

<sup>②</sup> 参见蒋舸，《反不正当竞争法》一般条款在互联网领域的适用[J]. 电子知识产权，2014(10):44-50.

第一，是否将竞争关系作为认定不正当性的出发点，司法实践认识不一。《反不正当竞争法》及其司法解释并未对竞争关系是否作为认定起点进行确定。在过往的司法实践中，它总是被用作不正当竞争行为的一个构成元素，诉讼中竞争关系时常成为争议焦点，且裁判通常在竞争关系上下足笔墨。而在近年的司法实践中，竞争关系在互联网新型不正当竞争案件中的认定有消减之势，法官更关注被诉行为本身而非竞争关系的认定，但总体上仍未完全脱离这一前提，在个案审理中往往对竞争关系作泛化或隐性理解。可以说，数据抓取不正当竞争案件能否不把竞争关系作为行为不正当性的认定起点，目前司法实践缺乏足够实例来说明，学界对此也存在较大分歧。而这种司法实践中的不统一暗含了极大的风险即一种行为是否系不正当竞争行为，一种行为的不正当性，已经不仅仅是从法律规范的角度来看，更多地依赖于审判人员的主观判断。法官可以根据自己的认识，定位竞争关系，决定是否将其作为行为不正当性的认定起点，定位的随意，使得法庭对行为进行定性时存在着一定的不确定性，给市场主体带来困惑，也与其在法律上的应用背道而驰。综上，应明确在竞争关系在数据抓取行为不正当性认定中的地位。

第二，互联网环境下，竞争关系的认定标准成为理论界及司法实践界争相讨论的关键问题。跨界经营是互联网经济的重要特点之一，近年来互联网行业呈现出经营分工细化、业务重合交叉的发展态势，体现在数据竞争方面，行业关系这一因素的现实意义也急速降低，随之而来的则是经营界限的模糊化和逐渐增多的非同业不正当竞争行为，这为司法机关审裁相关案件带来了一定的困扰：是继续从狭义上界定竞争关系，认为不正当竞争仅限于同业竞争者之间，还是从广义上对竞争关系进行解读。<sup>①</sup>并且，在司法机关采用“广义竞争关系说”，根据个案的不同情况对竞争关系解读时，会有不同的具体考量因素，并据此给出完全不同的解释。有学者把这种现象看作是对竞争关系表层理解的一种突破，使得更趋向于本质，并逐渐回归到了经济学中的理解。<sup>②</sup>但本文认为，这使得竞争关系的认定标准缺乏内在逻辑性，难以统一。

#### 4.1.2.2 行为正当性的认定标准方面的问题

<sup>①</sup> 参见吴伟光. 对《反不正当竞争法》中竞争关系的批判与重构——以立法目的、商业道德与竞争关系之间的体系性理解为视角[J]. 当代法学, 2019, 33(01):132-139.

<sup>②</sup> 参见焦海涛. 不正当竞争行为认定中的实用主义批判[J]. 中国法学, 2017(01):150-169.

一般条款只是将诚实信用原则和商业道德当做了原则性的参考,它并没有对不正当竞争行为的构成要件进行认定的界定与明确。然而,“诚实信用和商业道德”的道德标准比较主观,它不仅缺少法律法规的明确规定和承认,而且还没有一个被社会或业界一致接受的标准。所以,当前归于数据抓取竞争行为的法律适用所采取的分析范式,仍然存在着私益优先与权利绝对化等缺陷,这就有可能造成一些行为被不当地规制,从而对市场造成了过度的影响。

第一,商业道德:行为不正当性的认定标准存在适用误区。商业道德的表述很模糊且很难界定它的边界,也无法承载任何实质性内容,比如权利和义务,互联网领域下的商业活动尚未形成统一、稳定的商业道德,尤其在面对复杂的数据竞争业态时,商业道德更是凸显极强的模糊性和不确定性,由于时间和空间的差异,它所蕴含的特定因子会有各自的侧重点,而且对各个因子权重的重视程度的差异,会造成评判结果的差异。<sup>①</sup>首先,对商业道德的认识和把握存在偏差。一些裁判往往简单地将特定的技术应用模式(robots 协议、Open API 数据开发模式等)、商业模式等视作商业道德,认为爬虫机器人忽视 robots.txt 的内容而违规抓取网站内容的行为系恶意行为。这种做法赋予了该技术应用模式或商业模式的主导者即数据控制方“道德高地”,使其自动具备了“道德正当性”。<sup>②</sup>例如在“百度诉奇虎”案中,一审法院就认为遵守 robots 协议符合互联网行业的商业道德之要求,百度公司网站中设置的 robots 协议具有商业道德之属性,故奇虎不遵循百度公司网站的 robots 协议的行为违反了商业道德,存在明显的不正当性。但事实上,数据控制方所设置的 robots 协议并不一定带有商业道德属性,该协议只有在符合 robots 协议技术目的和设置标准的情况下才能成为商业道德的判断依据,商业道德标准并非固定的商业模式和技术应用模式,在司法实践当中应结合互联网行业发展情况和技术实践具体分析。

其次,商业道德有被泛化理解之趋向。通过表 4.1 可以看出,在数据抓取不正当竞争案件中,法院的裁判要点往往与反不正当竞争法中的原则性内容挂靠,没有与涉案行为直接对应的法律术语时便寻求诚信原则和商业道德进行兜底说明,无论实际情况如何,商业道德总能被用来解释各种各样的行为。换言之,法

<sup>①</sup> 参见叶明,陈耿华.反不正当竞争法视野下商业道德认定的困局及破解[J].西南政法大学学报,2017,19(05):74-82.

<sup>②</sup> 参见刘继峰,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.



院并未结合数据行业的特性来援引“商业道德”对行为的不正当性进行评价，被告的行为在被类型化和明晰化之前就已经先行落入商业道德的评价体系。“商业道德”这一过程中已经趋于论为一种修辞，通过描述性评价来辅助确认原告对数据所享有的不容破坏，甚至分流的正当权益。并且，整个论证过程也十分简单抽象，缺乏充分的说理论证，一般是通过重复陈述案件事由，否认行为自身，从而直接认定被诉行为违反了商业道德，系不正当的。把商业道德当成一个筐，什么都往里面装，这种过度依赖商业道德对竞争行为进行正当性评价的裁判思路，很有可能会导致司法滥权。<sup>①</sup>

再次，竞争行为评价“泛道德化”。司法实践中，有的法院对商业道德的理解过于片面，甚至出现一种“泛道德化”的倾向，常常导致行为正当性的认定标准偏移。例如，“搭便车”、“不劳而获”、“榨取劳动成果”等主观道德色彩浓厚的词语就频繁出现在裁判文书之中，以形容数据抓取行为如何具有不正当性。即法院简单地将“禁止搭便车、不劳而获、榨取劳动成果”等口号式语言当作法律标准，并将此与违反诚实信用原则、商业道德和构成不正当竞争划等号。在“阿里巴巴诉码注”案中，法院便认为被告即数据抓取方“搭便车”的行为违反了商业道德，本身就具有不正当性。这种裁判观点，实际上是将数据当作数据控制方的专属资源，将数据控制方以数据为基础形成的商业模式和因数据可能获得的商业机会当作一种静态法益进行保护，立足于维护静态和谐，将“占便宜”视为不正当行为，倾向于适用不能损人利己之类的一般社会道德观念。<sup>②</sup>但实际上，这种一般社会道德标准的适用对象广泛，并不针对市场竞争行为，并非从市场经济和市场竞争的特性和要求上对竞争行为进行分析，也并不考虑行为是否会对竞争秩序产生影响。如果裁判者以这种有悖于竞争自由价值取向、不符合市场要求的标准判断竞争行为的正当性，会不当地扩张不正当竞争的范围，变相地扩展专有权的范围，从而压缩公共空间，有害于市场竞争自由和市场效率。

透过表面看到实质，出现这一问题的根本在于商业道德这一伦理性词汇概念的不确定性。一方面，商业道德表达空泛，边界也不明晰，那么以道德标准作为判断依据就很大程度上实现了司法操作的简便迅捷。尽管数据抓取不正当竞争呈现出各种各样的“疑难杂症”，但是通过直观的道德判断，法院无需复杂说理与

<sup>①</sup> 参见王艳芳. 商业道德在反不正当竞争法中的价值与标准二重构造[J]. 知识产权, 2020(06):3-17.

<sup>②</sup> 同<sup>①</sup>

深入论证,便能凭借主观好恶进行裁判得出结论,并帮助法官在论述时形成逻辑自洽。且将“搭便车”、“食人而肥”这种一般社会道德标准中的负面评价运用于竞争行为的正当性判断,更多地与现实生活中的社会情感相契合,满足了人们朴素的公正意识,它有着很强的道德魅力,所以它更容易被大众所接受,也更容易混淆大众。另一方面,向数据控制方经营者利益倾斜,也借助了商业道德概念的不确定性。因为商业道德本就没有什么实质意义,为了更好地保护经营者利益,就会往商业道德上面靠。对于数据经营者利益的过度重视致使商业道德在内涵不明的情况下,被法官视为形容词,辅助确定原告对数据享有的正当权益。如果过度依靠“商业道德”来评判竞争是否合法,而没有对其的应用加以约束,会过度扩张司法裁量权,造成司法实践中的误用。

第二,经营者利益:行为不正当性的认定理念错位。首先,数据控制方数据利益保护“权利化”。法院在对行为进行合法性判定的时候,法庭通常会将数据控制方(原告)从数据中获取的商业利润,当作是其出发点,同时,还会通过投入的资本与劳动的价值加以补充,以增强对原告权益的保护。这种做法的核心是与数据有关的那部分利益是否受到减损或者潜在威胁,实则是一种“私益优先”的保护模式,并据其受到损害而认定构成不正当竞争。行为正当性的界定全程围绕着经营者利益展开,以“竞争利益遭受侵害”作为“行为正当与否”的论证核心,甚至出现了“以损害存在”来反向推定“数据抓取竞争行为具有不正当性”的情况,带有明显的“权利侵害式”侵权认定迹象。这种类似于“权利遭受侵害即违法”的思路,一方面,其实就是把商业模式、竞争优势等普通竞争利益提升到了一种“商业财产专用权”的级别。不当地扩张了合法权益的范围,变相地在法外设置专有权;另一方面,混淆了反不正当竞争法和侵权责任法的保护思路与方式。如果一种竞争行为属于不正当竞争法调整的范畴,应当是由于其在客观上对市场机制和竞争秩序造成了一定程度的破坏,所以才应当对其进行调整,而不应当对其侵犯了特定的权利进行保护。反不正当竞争法在所保护的利益这个层面较传统侵权法更为包容,具体到数据领域,数据市场竞争具有很强的对抗性,造成他人数据利益损害并不直接构成侵权,也不存在所谓的“竞争侵权行为”。<sup>①</sup>因此,对数据抓取竞争行为正当性的认定,应关注竞争行为本身,以对行为的利益

<sup>①</sup> 参见叶明,郭江兰. 误区与纠偏:数据不正当竞争行为认定研究[J]. 西北民族大学学报(哲学社会科学版), 2019(06):87-94.

衡量和价值判断为核心。

其次，竞争利益考量单向化。在司法实践中，对原告数据控制方利益合法性和保护必要性的论证是裁判文书说理部分的核心内容。经过这两部分论证，法院就已经完成了数据抓取竞争行为正当性的实质性分析，对于消费者利益、数据抓取方等其他市场参与者的利益及社会公共利益往往不予考量或一笔带过，仅作摆设性和套路性的论证，附从于前两部分的论证结论。看似用户数据隐私保护的说理，实则是在以“数据安全”为名展开的数据控制权争夺的拉锯战。<sup>①</sup>这种缺乏对于竞争双方以及其他市场参与者利益的综合考量和全面评估，单向度静态倾斜考量特定经营者竞争利益的裁判理念，实质上是竞争利益保护“权利化”的延伸，是用数据控制方的合法性否定数据抓取方的正当性，必然会限制另一方同质性的竞争利益。

## 4.2 损害救济制度不完善

作为数据持有者的一方，其在获取第一手数据的过程中，经过了长期大量的收集、整理以及汇总，与此同时，在运行期间，数据的维护仍然需要花费巨大的费用，以保证产品和服务的质量，增加自己的用户粘性并形成一定的竞争优势。当其数据内容遭到不正当的抓取后，产生的损害效果并不一定会直接表现为表面上的部分经济损失，还包括由此造成的用户粘性降低，以及部分竞争优势的丧失。而反不正当竞争法的理念与其搭便车以及不劳而获等行为自然是不符的，尤其是使用技术手段以极低成本抓取他人投入巨大的数据成果，导致受抓取方的利益或优势明显受到损害时，引入救济制度是及其有必要的。

### 4.2.1 诉前止损救济制度缺失

在大数据时代，数据抓取不正当竞争行为产生的不良影响具有传播速度快、影响范围广、危害性大的特点。如果在诉讼之前不采取相应的止损救济措施，即使受害方最终胜诉，其所获得的赔偿也无法完全弥补原告在诉讼过程中所遭受的损失。

诉前保全制度作为一种临时性的救济措施，能够及时制止“即发侵权”和“已发侵权”，有效防止权利人损失的扩大，有益于保护其权益。然而，在我国数据

<sup>①</sup> 参见李兆阳.《反不正当竞争法》视角下对数据抓取行为规制的反思与修正[J].暨南学报(哲学社会科学版),2021,43(06):65-76.

抓取不正当竞争案件中，诉前保全措施的适用是相当不充分的。究其原因，首先在于法院对诉前保全的适用审查存在困难。尽管2012年《民事诉讼法》规定了诉前保全制度，2018年的最高人民法院的司法解释中，也规定审查要素具体包括案件事实、适用法律依据以及衡量是否会造成难以弥补的损害，但是上诉要素界定的边界和标准并未被明确，这导致法院在对诉前保全的适用进行审查时出现困难。其次，程序的不完善也在一定程度上限制了诉前保全的适用。在适用诉前保全之前应当询问当事人，但目前对诉前保全听证程序规定的缺失，导致法官只能根据当事人的申请作出是否适用的裁决；审查复议的机关、审查的方式不明，是复议程序规定不完善的缩影。程序的不完善让法官在对是否适用诉前保全持相当谨慎态度，在一定程度上限制了诉前保全的适用，关上了受害人申请诉前保全的大门。最后，受害人在申请诉前保全时需要提供相应的担保，但不正当数据抓取行为造成的损害数额较大，那么受害人的担保责任也较重。因为担负不起高额的担保金，受害人往往不得不放弃诉前保全。<sup>①</sup>

#### 4.2.2 损害赔偿数额确定的标准欠缺

对相关案例进行分析，我国《反不正当竞争法》第17条对损害赔偿制度进行了规定。计算损害赔偿金额有两种路径：一是以侵害行为所遭受的实际损害为依据；二是对于实际损失无法判定的损害，应根据侵害人从侵害行为中得到的收益来进行认定。然而，由于数据抓取具有高度的隐蔽性和技术性，权利人发现侵权事实的时间可能距离侵权行为发生已经过去很久，并且数据这种无形财产的损失以及数据未来可能产生的收益往往很难被衡量与计算，上述两种路径不仅原被告的举证不易，法官往往也只能简单罗列赔偿因素，酌定赔偿数额，最终确定的数额较权利人请求的数额相差较大，且明显偏低。尽管新出台的《司法解释》第23条明确了可以适用《反不正当竞争法》第17条第4款的规定计算互联网不正当竞争行为的损害赔偿数额，但是简单的“人民法院可以根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿”的表述仍没有起到扭转以往计算赔偿数额不利的局面——对于数据抓取不正当竞争行为的特殊性没有加以考量，司法实践中法官的自由裁量权仍然过大，损害的赔偿力度仍然不足，损害赔偿计算所面临的

<sup>①</sup> 参见吴太轩，王思思. 互联网新型不正当竞争案件诉前禁令制度的适用研究——以162份司法文书为视角[J]. 竞争政策研究, 2017(04):74-81.

根本性困难并未解决。总而言之，数据抓取不正当竞争行为赔偿数额确定的标准仍然欠缺。

## 5 数据抓取行为反不正当竞争法规制的完善建议

对于反不正当竞争法规制数据抓取中存在的法律规范不健全及止损与补损制度设计上的不足,本文对应如下完善建议:增设数据列举数据抓取不正当竞争行为,在广义竞争关系下对数据竞争关系进行一定的限缩,引入利益衡量机制,明确利益衡量方法,化解数据抓取行为的利益冲突,重塑数据抓取行为不正当性的认定标准,实现认定理念转型;在诉前止损与补损救济方面建议构建诉讼禁令制度,从可操作性角度设计损害赔偿的参照因素和参照标准体系,应对损害赔偿效果不理想的现状,最终实现配套相关法律制度的完善。在数据市场方兴未艾的当下,在数据行业如日方升的今天,回归司法谦抑性,摒弃对市场对抗的天然恐惧和对数据抓取的有罪推定,给予数据行业乃至互联网行业相对宽松的市场环境,才更应该是进行市场干预时多加考虑的方向。

### 5.1 促进数据抓取不正当竞争行为的法律适用

#### 5.1.1 在“互联网专条”中增设“数据抓取”类型化条款

当前,数据竞争方兴未艾,数据抓取不正当竞争如影随形。为了达到最好的规制效果,有法可依,提高司法和行政执法效率,将数据抓取型不正当竞争类型化后纳入“互联网专条”是《反不正当竞争法》发展的必然趋势。早在《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》中就曾出现过“数据条款”,<sup>①</sup>该建议对于数据抓取行为的规制具有重要的参考和借鉴意义,但令人遗憾的是,这一条款并未被修订后的《反不正当竞争法》所采纳。

反观日本,为应对数据浪潮,保障数字经济竞争力,2018年5月,日本《不正当竞争防止法》修正案经内阁审议予以通过,专门的使用手册也被制定以辅助该法律的后续实施。在修正案中,首先增设了“限定提供数据”条款,确定了数据的保护的范 围,要求受保护数据具有限定提供性、相当积累性、电磁管理性、属于技术信息或经营信息、作为秘密管理的数据除外和公众可以无偿利用信息相同的数据以外等六个要件。其次,对《不正当竞争防止法》所规定的不正当的数据竞争行为进行了详尽的阐述。将新增加的六种侵害数据信息的不正当竞争行为进行归类,可以归纳为两种:一是以不适当的方式获得了本来是被限制提供的数

<sup>①</sup> “在没有获得授权或者不存在合理正当理由的前提下,使用其他经营者通过合法途径获取的产品或服务来替代其自身消费和访问内容或服务网站”。

据,或者对数据信息的获得是合法的,但在获得以后,对该数据信息的不适当利用;二是这些资料都是通过非正规途径或者非正规途径得到的,也有可能这些资料在非正规渠道得到,在非正规途径的情况下,却被非正规途径利用,或者是非正规途径获得。<sup>①</sup>日本关于数据竞争的法律对于我国立法规制的完善具有很强的借鉴意义:一方面,我们必须清楚,并非全部数据都应得到《反不正当竞争法》的保护。日本在立法时并未将全部的数据类型都纳入竞争法中,而是,但提出“限定提供数据”的概念,将限定提供数据纳入竞争法保护范围。另一方面,在日本新修订的竞争法中,还对侵害数据信息的不正当竞争做了具体的阐述,还对六类与侵害个人资料相关的不公平竞争问题作了具体的阐述。日本的“新反法”突破了传统的权利保障方式,以构建一个有利于数据行业发展的公平竞争环境为出发点,为我国修订《反不正当竞争法》提供了有益的启示。

据此,笔者认为,可将增设的具体类型表述为:“在未经授权或缺乏正当事由的前提下,使用其他经营者通过合法途径获得的、具有一定商业价值的产品或服务,并已对或足以对其他经营者提供的商品或服务构成实质性替代”,并明晰该条款的适用要件:

1、限定“未经授权或缺乏正当事由”的范围——数据流通和数据保护界限。作为经营者,保护自己的数据利益不受侵害,采取限制抓取的措施无可厚非,但数据作为促使互联网市场不断革新的重要因素,其能够得到充分流动是实现互联网市场繁荣的关键。若任由经营者对数据抓取进行过分限制,表面上看数据经营者的利益受到了保护,但是长此以往,数据市场流动性的减弱带来的是消费者用户体验的无法提升,市场活力的降低以及竞争环境的薄弱,最终受害的还会是数据经营者<sup>②</sup>。故而,即便是“未经授权”,也需要对授权背后的合理性以及双方主体情况进行深层次的考察,尤其当被抓取方在市场中处于优势地位时更应审慎。如在“奇虎诉百度”案中,法院就认为,百度设置 robots 协议保护自己的数据权益须具有正当合理的动机,百度公司在明知 360 引擎抓取的信息并非敏感信息且对其利益不会造成损害的情况下,仍对其抓取行为进行限制,阻碍了信息共享,是不正当的。

<sup>①</sup> 参见刘影, 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.

<sup>②</sup> 陈兵. 平台经济数据治理的法治基调与未来走向——以“竞争与保护”的平衡为中心[J]. 人民论坛·学术前沿, 2021(21): 85-97.

2、被抓取的数据及其后续产出应具有商业价值。在流通环境下被用于特定产品、服务的开发、创新，数据从而形成了其商业价值。因此，将保密管理的数据及类似于免费使用的数据从《反不正当竞争法》中剔除，要求其具有限制提供性、相当累积性、电磁管理性等特征，并将其归类为技术信息或业务资料。虽然数据没有清晰的权利界定，但是可以根据经营者的贡献和数据的开放程度，来判断经营者在数据上的权利，从而将与竞争有关的商业数据也纳入到竞争法的保护范围之内。在互联网行业和商业活动的快速发展，以及数据信息的生成和更新的速度越来越快的情况下，一方面，对于数据的商业价值的判断和认定很难拥有一个理论或者是一个可以长期应用的标准。因此，这些判断和认定应该建立在大量的商业实践、行业惯例的基础上。当某种数据种类在当前或者将来可以预测到的一个时期内广泛应用于业务活动时，它就可以被认为是具有业务价值的；另外，数据的价值体现在了更多的时效性上，而非持久性，一个公司所发掘出来的某一种数据的商业价值，会随著时间的推移而逐渐减少，最后，它的价值会被新生成的数据完全取代。因此，数据的价值只能依据创新性、规模大小和交易机会增加来间接反映。

3、对被抓取方经营者构成了“实质性替代”。首先要顾及到经营者利益，如果不能保障数据运营商的正当利益，势必影响其对相关行业的发展和投资。但是，“优先”来看，并不等于对其进行侵权法意义上的“权益保护”，而是要将其纳入全部市场参与者的整体框架中予以考虑，保持对不会造成实际损害或者损害及其轻微的行为的克制。<sup>①</sup>而在一个数据行为是否会对平台经营者原来的数据运营模式形成实质性的取代时，可以从两个方面来考虑：一方面，要充分考虑到平台经营者对数据的加工投入和保护。若平台运营商仅仅利用平台的用户优势来收集数据，而不进行有价值的投资与开发，则很难判断他人的数据抓取会给平台运营商造成怎样的损失。另一方面，与原始的数据运用模型相比，我们也应该考虑到数据运用的创造性。重大的技术革新往往会产生大量的外溢效果，技术革新的激励因素就在于此。当数据的抓取活动丰富了数据的使用方式，扩大了数据的流通范围时，就应当对其进行某种程度的正面评价。相反，如果抓取者仅仅是对其使用的数据进行了简单的模仿和复制，其创新程度不足，则该抓取者很有可能

<sup>①</sup> 参见仲春,王政宇.数据不正当竞争纠纷的司法实践与反思[J].北京航空航天大学学报(社会科学版),2022,35(01):22-33.



对原有的平台运营者的业务模式形成实质上的取代。

## 5.1.2 明确“一般条款”的适用标准

### 5.1.2.1 坚持以竞争关系作为逻辑起点，并对广义竞争关系进行限缩

第一，将竞争关系作为逻辑起点。一些学者提出，在反不正当竞争法中，已经出现了利益的多元化以及对公共利益（竞争秩序）的优先保护的巨大变化，在此过程中，由于加入了消费者权益与市场秩序两个考量因素，因此，反不正当竞争法所体现出的对公众的保护或者是公法色彩明显加强，因此，应当将经营者之间的竞争关系相应地削弱，或者根本不将其纳入考量范围。<sup>①</sup>这种观点在司法实践中也被法官认可，实质上系主张竞争关系并非不正当竞争行为的认定前提。但本文认为，虽然数据抓取不正当竞争案件中的竞争关系的认定比较复杂，强行识别竞争关系确实会给案件审理带来一定的困难，但是对竞争关系的考察仍有其存在的意义。

尽管消费者的合法权益是反不正当竞争法所保护的一个重要法益，但是，反不正当竞争法对消费者的合法权益的保护并非是没有界限的，它所保护的对象，只能是在市场竞争中的消费者权益，而且还必须以竞争行为的存在为条件。究其原因，是因为我国网络安全法、消费者权益保护法、刑法等都对消费者个人信息的保护做出了相应的规定，如果在数据抓取案件中完全不对竞争关系进行考量的话，将会导致一些只会给消费者个人信息权益带来损害，不会对经营者的利益和竞争秩序产生影响的数据抓取行为，也被错误地列入到反不正当竞争法的规制范围之内，进而导致反不正当竞争法与上述法律的矛盾与对立。而且，尽管《反不正当竞争法》承担着维护消费者的合法利益的使命，但是在某些不正当竞争的案例中，在短期内，被告的行为可能会对消费者有利。<sup>②</sup>以“大众点评诉百度”为例，百度地图将大众点评网站上的评论内容捕捉到后，并将其粘贴到百度地图上，使得用户不需要下载大众点评 APP 就能在搜索到的地方看到相关评论内容。百度利用自己的技术优势为用户带来了方便，从用户的观点来看，这种行为无可厚非，但是，它仍然被认为是不正当竞争，这是由于，在判定一种行为是否属于不正当竞争时，仍然应该把经营者的利益作为直接考虑的目标，而把消费者的权益

<sup>①</sup> 参见王艳芳. 反不正当竞争法中竞争关系的解构与重塑[J]. 政法论丛, 2021(02):19-27.

<sup>②</sup> 参见陈兵. 互联网经济下重读“竞争关系”在反不正当竞争法上的意义——以京、沪、粤法院 2000~2018 年的相关案件为引证[J]. 法学, 2019(07):18-37.

作为一个间接考虑的因素，从而对消费者进行间接的保护。因而，不能对每一种数据获取方式都加以规范，而对其进行法律规制的先决条件是，对其进行法律规范。

第二，对广义竞争关系进行限缩。传统意义上，竞争发生于同业竞争者之间对于交易对象及交易机会的争夺之时，故此，法律中对于竞争关系的界定方式是“基于商品功能、效用”来认定是否存在竞争关系，即商品间具有替代关系的经营者之间具有竞争关系，商品不相同，不具有较强可替代性经营者之间不具有竞争关系。然而在互联网时代，消费者的市场经济地位相较以往发生质的变化，用户成为开发创新的主体。企业以平台的搭建作为“流量入口”吸引用户，运用大数据对用户数据进行分析，以用户为中心开展研发和决策，在与用户的价值互动中实现盈利。企业收集用户数据、生产产品、吸引用户群体、追逐“连接红利”俨然已经成为一种新型商业逻辑。<sup>①</sup>在此过程中，经营者对数据资源的多样化创新运用，打破了“行业界限”和“空间范围”，使得竞争关系纵横交错。这客观上使得即使经营内容不属于同类商品（服务）或者替代商品（服务），由于在数据领域实质竞争关系的存在，经营者之间也可以具有竞争关系。从对这些案例的分析中，我们可以看出，尽管许多数据抓取一方经营者与被抓取一方经营者在所提供的产品（服务）的具体形式和内容上都不相同，但是他们在争夺互联网上的用户数量以及有关的信息（数据）时，他们的经营目标却是相同的，因此他们形成了一种实质上的竞争关系。因此，在大数据环境下，“行业关系”的实际价值被削弱，而“替代”的“用户群”的价值被提升。所以，在这种情况下，如果采用传统的定义标准来界定数据抓取不正当竞争行为的竞争关系，会让许多不正当竞争行为离开法律的调整范围，所以，对竞争关系进行广义化的解释是必要的。

但是在明确应从广义判断竞争关系之后，需注意的是如果过分扩大竞争关系的范围，竞争关系本身存在的意义也变得不那么重要，甚至在司法实践中成为一个可以被忽略的因素，变相地无视竞争关系这个认定前提。另外，数据的特殊性也要求司法实践中要审慎地把握竞争关系这个帮助判断损害的信息中介。因此，需要结合数据的特殊性，对广义竞争关系进行一定的限缩。

### 5.1.2.2 细化数据抓取竞争行为不正当性判定标准

<sup>①</sup> 参见李胜利. 论《反不正当竞争法》中的竞争关系和经营者[J]. 法治研究, 2013(08): 49-54.

### 5.1.2.2.1 确立合理的商业道德评价模式

2022年3月施行的《司法解释》第2条明确了商业道德的内涵及认定时的参考因素,提出应当兼顾消费者权益、市场竞争秩序和公共利益,并可参照从业规范、技术规范、自律公约等对商业道德进行认定,为商业道德在司法实践中的具体适用指明了方向。

这一解释也提示裁判者:首先,厘清商业道德的内涵。一方面,将商业道德与公序良俗、社会公德、个人道德等传统的一般道德相区分,“在商言商”。在数据抓取领域,少受传统“不劳而获”、“食人而肥”等道德内涵的影响,以商业领域市场参与者的视角和标准进行审视追名逐利、趋利避害、利益最大化的数据抓取竞争行为。<sup>①</sup>另一方面,严格区分数据经营行为的道德要求与经营行为本身。由于网络商业模式的差异,运营行为会有很大的变化,具有一定的不确定性。但是,商业道德的要求是网络运营商在长时间的实际运营中养成的,它不是一种凭空而来的规律,也不是一种自然而然产生的规律。<sup>②</sup>

其次,结合数据领域本身的竞争特性,明确商业道德的适用底线。众所周知,区别于传统商业领域中的“封闭性”商业道德,数字经济背景下的商业道德具有很强的开放性和包容性,我们不可脱离具体时代和行业领域空谈商业道德,而应结合数据市场的特性,贯彻市场优位和竞争优先理念。不可仅聚焦于被抓取方的数据利益,使商业道德成为偏袒原经营者利益的工具。若对于商业道德的认定固守保守理念,忽视自由且充满活力的竞争秩序,极可能对数据的共享和流通造成阻碍。

最后,援引前审查。从业规范、技术规范、自律公约等是法院参照的重要依据,然而,并非所有的行业惯例和自律公约都能作为商业道德的细化内容。行业发展良莠不齐,难免充斥着不合理的“惯常做法”。<sup>③</sup>如前文所述,爬虫协议是企业普遍接受的行业惯例,在相关案件中,是否遵守爬虫协议通常是判断被诉行为正当与否的关键。与其他数据抓取不正当竞争案件相比,涉及爬虫协议的被诉行为的正当性,需要了解爬虫协议这一行业惯例发展演变的过程,准确地把握行业惯例内涵,通过权衡各方利益就被诉行为是否违反商业道德作出评判。其一,

① 参见何敏,马诗雅.互联网企业数据不正当竞争一般条款适用逻辑之辨[J].科技与法律(中英文),2022(02):54-62.

② 参见王艳芳.商业道德在反不正当竞争法中的价值与标准二重构造[J].知识产权,2020(06):3-17.

③ 孔祥俊.反不正当竞争法新原理·原论[M].北京:法律出版社,2019年.

具体内涵维度。<sup>①</sup>一方面，爬虫协议是互联网发展初期经过搜索引擎行业相关人员公开讨论后达成的规范，对爬虫协议的设置应遵循公平、开放和促进自由流动原则。如在“奇虎诉百度案”中，法院之所以认定百度设置爬虫协议的行为具有不正当性，是因为百度设置爬虫协议限制抓取的是搜索引擎爬虫软件需要抓取的信息。在互联网时代，搜索引擎服务对网络用户及时、全面地获取信息有着重要的促进作用，应尽量少地在搜索引擎服务提供者网络信息获取方面设置障碍，如此而来。搜索引擎的爬虫软件有助于实现互联网信息的自由流动，使用该搜索引擎的用户可以实现快速准确地查询所需要的信息。利用爬虫协议来阻止搜索引擎爬虫软件对有关的信息进行抓取，这不仅会降低被限制搜索引擎向互联网用户及时地提供更多的信息，从而削弱其竞争优势，而且在某种意义上也会提高用户的自主选择成本，从而对用户的权益造成损害。从本案中可以发现，尽管爬虫协议本身赋予了网站运营商决定设置允许抓取或不允许抓取的权利，但也应该“遵循公平、开放和促进信息自由流动的原则”。另一方面，爬虫软件的运用范围越来越广，在非搜索引擎的应用场景下也很多地被使用。在“字节跳动诉微梦创科案”中，后者通过爬虫协议限制爬虫软件的应用场景是“微头条”等非搜索引擎应用场景。在本案中，法院没有支持字节跳动的诉讼请求，是因为对设置爬虫协议有具体要求的行业惯例不可当然作为商业道德用于被诉行为正当性的评判当中。

其二，利益平衡维度。反不正当竞争法保护的利益多元化，有关互联网经营者的经营行为与多方利益产生关联——有直接竞争关系的经营者、不存在直接竞争关系但有着关联关系的经营者以及互联网用户。因此，在判断被诉行为是否不当时，要重点关注这几方之间的利益关系。在“字节跳动诉微梦创科案”中，前者认为后者对其针对性地设置爬虫协议，因此后者设置爬虫协议限制其抓取的行为是不正当的。但是，其对微博内容进行抓取，目的并非为网络用户提供高效方便的互联网咨询服务，而只是在搬运内容，同质化地提供服务。如此一来，不会提高使用者的服务体验、不能增加用户的选择机会，也不能提升整个社会的整体福利水平。故而无法推定微梦公司设置爬虫协议的行为会损害消费者、公共利益。因此，综合衡量各方权益，应当对经营者设定的限制爬取的爬虫协议予以等多的宽容，认定这种爬虫协议的设定并不违反网络竞争中的商业道德。

<sup>①</sup> 曹丽萍. 爬虫协议作为商业道德评判行为正当性的考量维度——评北京字节跳动科技有限公司与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案[J]. 法律适用, 2023(05):95-104.

除此之外,技术规范存在着被先进技术所淘汰的部分,自律公约也可能出现与法律规范向冲突的部分。因此法官在援引行业规则、技术规范、自律公约等作为评价商业道德的标准时,应当对行业规则进行深层次的考察,只有良好的、正当的行业惯例才可作为商业道德的评价依据;应当以与时俱进的开放眼光面对商业道德中的技术因素,关注产业政策、经济效率、科技创新等因素,剔除过时的技术规范;应当考虑自律公约与法律法规的目的是否一致以及其是否与现行的法律法规相违背,严格防止引用不适当的行业规则或惯例来扰乱市场竞争秩序。<sup>①</sup>

### 5.1.2.2 构建多元利益权衡分析范式,实现不正当性认定理念转型

过往法院在适用《反不正当竞争法》一般条款认定数据抓取行为的正当性中,普遍倾向于遵循一种带有传统侵权法色彩且偏重于对平台经营者利益保护的裁判路径。不仅在我国有这种情况,美国对数据抓取行为的规制也经过了一个变更过程。《联邦计算机欺诈和滥用法》(CFAA)是美国解决“数据抓取”问题的法律基础,明确了“越权访问”一词:即对非法或超出被允许的权限进行抓取的做法,对被判定“越权”的人员或公司,依法追究其法律和法律责任。但是,对于“未经授权”与“损害”的含义,该法并没有清楚地界定。根据美国的法律实践,对于“授权”的理解不断在变化,最终演变为“只有当数据主体撤销数据访问许可后的继续访问,且撤销理由合法且充分时才能认定为未经授权。”在“损害”标准的理解上,更多地关注于情景的解读,并将数据开放的需要、数据抓取的效果和公众的谨慎权衡等因素与案件的实际情形相联系。“从最初“事前声明”就可以引用“未经授权”,到需要通过书面通知或者采取技术手段,再到后来公开爬取公开数据信息不再是不正当竞争,反而不合理的限制措施可能触犯美国反不正当竞争法。CFAA颁布后,美国法院对“授权”和“损害”的理解一直在限缩细化,这也体现了美国数据保护的价值观发生了变化:从片面严厉地维护数据权利,到关注数据的合理有序流动。

紧跟数字时代的变化,美国给我国以提示与警示:要实现不正当性认定的理念转型,即不应单独以当事人利益损害为由论证涉案行为的不正当性,而应在全面考察竞争后果的基础上,综合衡量各方利益后作出审慎评价。这一点,同样体现在《反不正当竞争法司法解释(征求意见稿)》第1条第2款中。作为一种重

<sup>①</sup> 参见黄武双,谭宇航.不正当竞争判断标准研究[J].知识产权,2020(10):23-40.

视实质判断的法律解释方法论，利益衡量在对数据抓取行为进行考量的同时，亦更加重视对数据抓取行为实际竞争效果的分析，以此确定对数据抓取行为的司法态度，能够最大程度上平衡裁判所涉多方之间的利益。鉴于此，本文提出引入利益衡量的解释优化对策。

第一，发现与识别三元利益。1、平台经营者利益：考量实质性替代因素。数据抓取方抓取数据后，往往替代被抓取方向大众提供相同或者相似的商品或服务，导致被抓取方访问量降低、用户粘性降低，进而导致竞争优势丧失。因此认为“造成实质性替代”是数据抓取行为对经营者利益受到损害的客观结果。至于从何种角度对“实质性替代”进行解释，前文已有论述，此处不再赘述。

2、互联网消费者利益：消费者信息权益的考量。数据抓取行为对互联网消费者个人信息权益造成的影响极大。知情权益和信息受保护权益是互联网消费者信息权益的基本类型，认定数据抓取行为的正当性，应当同时对二者进行考量。<sup>①</sup>一方面，正当的数据抓取能够为用户提供更多的可供选择的机会，有助于缓和信息不充分、不对称和错误等问题。另一方面，数据抓取行为不仅提高了数据流动性，而且对用户的隐私带来威胁。所以法庭在注意到数据抓取行为对于消费者获取信息权益的促进效果的同时，也应当在个案中关注到消费者个人信息权益的保护问题，若所抓取数据涉及消费者的个人信息，法院应当依据《个人信息保护法》《网络安全法》以及《数据安全法》等法律规定，结合个案当中的具体场景，综合考量数据抓取行为对消费者个人信息权益的影响。

3、社会公共利益：数据流通与数据保护。要建立合理的数据规则，明确数据保护的边界，就要在防止以“数据流通”为名的数据寄生的同时警惕以“数据保护”为幌子的数据垄断。一方面，充分认识到数据抓取行为在促进数据要素市场流通方面的公共利益方面发挥的作用，完善反不正当竞争与反垄断之间的衔接，建立一个和谐的、统一的、有组织的、有纪律的市场环境；另一方面，也要认识到不能用“维护数据资源的公众利益”来对抗所有数据抓取行为。在对数据抓取行为在推动数据自由流通方面的公共利益进行度量的时候，还应该将特定数据要素市场的壁垒、竞争者对数据的依赖性和数据的直接获得的难度等因素进行考量，

<sup>①</sup> 参见卢代富，张煜琦. 从权益保护到利益衡量：数据抓取行为正当性认定的路径优化[J]. 河南财经政法大学学报, 2022, 37(06): 59-70.

同时,还应该对数据共享与数据专享、数据保护与数据创新、数据效率与数据正义三对关系进行权衡。<sup>①</sup>

第二,利益冲突在个案中的平衡与协调。揭示了数据抓取行为所涉及到的多元利益,接下来,如何对相互冲突的利益进行权衡与取舍便至关重要。此时,需要明确的是,对三方利益的评价不能割裂,应当最大程度地兼顾三方利益。比例原则主张评估不同行为模式对各方利益的损害,突破了传统认知中优先保护一种利益的做法,能够避免社会成本较大的竞争干预以及减少裁判者对市场竞争行为的过度干预,间接地实现对社会利益的整体促进。<sup>②</sup>故而,本文认为,应当以比例原则为进路构建多元利益权衡分析范式,结合具体个案进行判断。妥当性、必要性和相称性是比例原则的三项子原则,对数据抓取不正当竞争行为的分析应以此为研究对象。

1、竞争行为的妥当性:行为与目的是否一致。竞争者想要通过竞争来达到自己的目标,就必须要与抓取数据所产生的真实效果相联系。如果一种行为自身不能帮助达到合法目的,或者一种行为所造成的效果与竞争者的主观商业目标和良性循环存在着很大差异,那么这种竞争行为就不具备正当性。如果数据抓取或者限制抓取的行为影响市场秩序的稳定,不利于提升消费者的整体福利,对互联网经营者的竞争利益等造成明显、持续的伤害时,就应当被认定是不合理的。

2、竞争行为的必要性:目的实现方式具有优越性。在极其复杂的竞争环境下,若要求竞争者采取最低限度的竞争侵犯来应对市场竞争,这无疑是一种异想天开的做法。因此,抓取行为虽可能对他人的利益造成损害,但是更能给多方利益带来好处,就可以认为其满足了必要性的要求。面对复杂多变的市场环境以及动态变化的市场环境,裁判者能够综合考量企业运营模式的最优选择和最优选择的选择,从而判断企业对大数据的捕捉与使用是否有改进的余地。

3、竞争行为的相称性:行为所带来的收益与损害成比例。在利益位阶大致相同的情境下,当一项利益不得被放弃时,审查官就应当检查实施侵损此种利益的行为是否都超过该行为目的之必要的限度。需要注意的是,这里所讲的利益损害,是判断整个市场秩序是否失衡,因此需要结合三元利益进行考察。如在“腾

<sup>①</sup> 参见殷继国. 大数据市场反垄断规制的理论逻辑与基本路径[J]. 政治与法律, 2019(10):134-148.

<sup>②</sup> 参见张敏, 杨宇昕. 比例原则视角下商业道德的认定——以互联网新型不正当竞争案件为对象[J]. 上海商学院学报, 2016, 17(06):19-25.

讯诉搜道案”中，在判定数据抓取行为正当性时，法院并没有以被抓取方的数据利益损害为标准，而是从被抓取方的市场竞争利益、用户的信息权、利用所抓取的数据所产生的价值等方面进行了分析，从而得出数据抓取后的利用行为所产生的竞争效益远大于对其进行限制的结论。

#### 5.1.2.2.2 补充对数据抓取行为不正性的认定细则

对数据抓取行为不正当性的认定通常会在数据的公开性、原始性以及授权情况方面产生争议，本文认为应当始终把对多元利益的保护、对数据自由流通的推动作为判断标准，对数据抓取的不正当性进行认定。

首先，在数据是否公开方面。对于通常涉及个人隐私、商业秘密以及国家机密的非公开数据，未经允许或者授权的抓取行为自然是不正当的；而对于公开数据的抓取，本文认为可以借鉴美国对于数据抓取行为的态度，宽松公开数据的抓取规则，从而实现数据高效流通和数据市场高效竞争的目标。其次，在数据是否经过加工方面。原始数据的收集者往往会根据经营模式、用户需求等对收集来的数据进行加工和整理，从而实现实现产品和服务的最优。尽管法律对此类劳动成果并未明确其权属，但是对数据分析、加工、处理所付出的劳动不应被忽视。所以，可以将经营者是否对数据进行加工作为判定数据抓取行为合法与否的一个依据。最后，在数据抓取是否得到授权方面。在“新浪诉脉脉案”中，“用户授权+平台授权+用户授权”的三重授权原则被确立。这一原则的确立虽然极大地体现了对数据持有方和用户的尊重，保护了二者的合法权益，但也在很大程度上限制了数据潜在价值的挖掘。因此，在此基础上，本文提出，一方面，尊重用户的意志是必要的，得到用户的授权才能收集个人信息，这一点是毋庸置疑的；另一方面，应对经营者限制权利的使用严格化。需明示限制抓取的数据，并对其采取一定的技术保护措施，否则便视为其同意对数据进行共享，也可以将第三重用户授权的意图在第一次授权时就进行明确，以防止数据持有者为了自己的竞争利益，在授权抓取方面设定诸多壁垒，提升数据抓取的难度。

## 5.2 完善数据抓取不正当竞争行为的损害救济制度

### 5.2.1 构建事前诉讼禁令“止损”机制

诉讼禁令制度是一种保全措施。受侵权者提出请求，经法庭审查后，发出责令侵权者终止其持续侵犯的指令，以避免在实质争议得到解决前出现反复侵权或



预期侵权，使权利人持续遭受损害，在国内通常称之为“诉讼禁令”。目前，关于禁止起诉的规定多见于海洋、知识产权等方面，而在竞争法方面尚无相应的适用基础。因此，当数据抓取行为给某方经营者带来了损害时，经营者尚无向法院申请对方停止侵害行为的法律依据。即便提起了诉讼，由于此类案件的审理周期一般较长，数据抓取方也有足够的时间在诉讼程序进行期间掠夺竞争对手的劳动成果，争夺网络用户，从而形成自己的竞争优势，改变现有的市场格局。

美国对此规定比较完善，如果一个案例符合禁令制度的条件，那么被侵权人可以向法庭申请发布禁令，在考虑到各种利益之后，法官可以决定发布禁令，从而减少侵权人的损失。在“hiQ诉领英”一案中，领英公司认为hiQ公司非法获取其用户数据，向其发送“立即终止侵害通知”，要求其停止抓取行为，并采取一系列技术措施禁止其对公司的网页进行访问。然而，hiQ非但没有停止抓取行为，甚至还认为领英的技术措施已经影响到了自己的运营，故而转而起诉领英公司，要求法庭采取措施。法院支持了hiQ的请求，并颁发临时禁止令，对领英的数据抓取拒绝行为表示不赞同。美国是判例法国家，其典型案例对中国的数据竞争法律保护具有很好的启发作用。从该案中，我们可以看出预先禁令的颁布降低了负面影响，我国可以借鉴美国“hiQ诉领英”案，将诉讼禁令制度引入数据竞争纠纷的具体适用中，在诉讼之间禁止或许可以减少可能发生的竞争损害，极大地提高维权效率。

首先，明确诉前保全制度的适用条件。在适用诉前禁令时需要考虑以下的因素：1. 申请方必须有证据证明对涉案数据享有合法权益，以及抓取方使用了不正当的方式；2. 如果不适用诉前保全，是否会使被抓取方的利益的损失会进一步扩大化；3. 采取诉前保全是否会对被申请人造成损失，要尽可能地保证诉前禁令不影响双方的正常经营活动。将诉前保全制度运用于《反不正当竞争法》调整的数据抓取不正当竞争行为时，应当明确的内容有：第一，申请人的相关义务。即诉前保全申请人的义务，申请人要承担数据抓取造成的损害的证明责任，提供相应的担保物以及请求禁止抓取的范围。如果在法院裁定诉前行为保全之后的30天内申请人未提起诉讼或者申请仲裁，人民法院应当及时解除禁令，以避免诉讼禁令制度的滥用。第二，法官需要考量是否具有实施诉前保全的必要性以及目前的一个现实情况。应结合案件的实际情况和客观条件，谨慎地判定经营者的利益受

损状况,分析其是否受到了不可挽回的损失,在案件审理过程中,损害是否持续存在,是否有必要立即禁止抓取行为,以及是否需要采取相应的措施予以补救,另外法院在审理过程中还需要考虑数据抓取者的市场地位、实施抓取行为对市场的影响。第三,赋予法院对违反禁令访问的数据抓取者采取措施的权利,可以对违反者采取罚款、停止侵害等惩戒措施。<sup>①</sup>

其次,降低对受害人的担保要求。我国民事诉讼法中明确规定了受害人提起诉讼保全时,应当提供相应的担保。规定诉讼保全的数额不超过要求保全财产的30%,同时也规定了可以免于担保的情形,但是在司法实践中经济类案件适用诉前保全都要求提供相应的担保。对于数据抓取不正当竞争造成的损害来说,由于其速度快且具有隐蔽性,常常会导致损害数额较大,如果还是以民诉法的相关规定要求受害人提供担保,高额的保证金会使得受害人不得不放弃这项权利。在数据抓取不正当竞争诉前保全适用时,应当降低受害人的担保数额,甚至对于一些中小企业或处在初步发展或有特殊困难的受害人可以免于提供担保,这样使得受害人能够积极行使权利,不会由于提供不了担保而放弃申请诉前保全的权利。

### 5.2.2 细化事后损害赔偿的认定条件

缺少相应的损害赔偿机制,法律的惩罚和预防功能便很难实现,法律实施便很难得到保障。为了保障数据抓取不正当竞争行为能被有效规制,应当将建立健全损害赔偿责任制度作为优先考虑的问题。由于数据抓取行为造成的损害可能是具有持续性的,在对其所受损害进行救济时,赔偿标准难免会出现争议。因此在审判过程中,需要对损害赔偿的参照因素进行多方位、多层次的考量。

首先,在对被侵权方的损害进行界定之时,不能仅仅局限于已经造成的损失。经营者的核心用户流失所带来的影响往往具有持续性。对于抓取数据等不正当竞争行为对经营者数据利益的损害认定,曾有过这样的论述:究其实质,投资者的投资会带来“溢出效应”,即由投资者做出的各类生产性投资会让其他社会成员收益。回到对知识产权损害赔偿的范畴,本文认为,侵权赔偿并不能将由此产生的“溢出效应”计算在内,投资者在知识产权方面受到的损害不能通过事后视角而应采用事前视角以此防止过度激励。<sup>②</sup>数据信息在经过加工收集之后,会产生极高的商业价值,“溢出效应”同样会在这个过程中产生,让他们对这种溢出

<sup>①</sup> 参见许秋鸣. 互联网不正当竞争中的诉前禁令适用研究[D]. 上海财经大学, 2020.

<sup>②</sup> [美]博翰楠, 霍温坎普. 创造无羁限: 促进创新中的自由与竞争[M]. 兰磊译, 北京: 法律出版社, 2016: 87.

效应进行补偿同样是不合理的,因为这是数据行业在技术创新下发展的必然结果,其他经营者无需为此买单。除此之外,还应考虑反不正当竞争法立法定位对损害赔偿额造成的影响。反不正当竞争法的立法定位要求在确定赔偿额的时候,应当考虑抓取行为或者限制抓取行为是否阻碍了数据在市场中的正常流通以及是否违背了用户意愿等。

其次,明确损害赔偿的参照因素,设计更为具体且操作性更强的损害赔偿计算标准。第一,经营者在初期为积累用户数据信息付出的大量劳动、资金成本。用户群基础的积累与稳定并非“一日之寒”,从通过免费模式吸引用户构建用户基础,再到变用户数量为稳定的用户流量开展各种经营业务赚取利润,时间、金钱、劳动力等等,在这个过程中,经营者需要长期投入各项成本。因此,经营者如果有充足的证据证明该成本确实存在,就应当将其纳入到损害赔偿金额的范围之内。第二,经营者以营利为目的合法向第三方提供特定数据所获取的经济利益。在经过长期的投入,经营者会通过各种营利业务获取经济利益以实现自己的经济目的。例如在“大众点评诉百度”案中,大众点评便是与其他经营者合作,赚取数据使用的许可费用,因此,大众点评方可以用获得的收益来计算百度方对其造成的经济损失。另外,也学者提出日本反不正当竞争法推定损害赔偿金额的做法,可以为我国带来经验借鉴。<sup>①</sup>采取多层次的认定方法,确定损害赔偿金额:“不正当行为为侵害方带来的利润—侵害方少支付的许可费用—法院根据当事人申请聘请专家评估—实在无法证明时,法院通过审查证据与口头讨论的方式对赔偿额进行确定。”在实际工作中,对于举证难度大的难以解决的案件,通过对其进行鉴定,并通过举证,辩论来确定数额,是一种很好的可供参考的方法。

最后,亦可以借鉴美国采取“三倍赔偿”的绝对处罚和赔偿机制。被侵犯的一方,可以得到三倍的补偿,以达到对侵权者的惩戒和震慑。如在“MP3.com 侵害环球音乐”案中,原告获得了两亿五千万美元的赔偿,这也提醒了侵权者,他们在犯下这一错误时,必须要掂量掂量自己的后果。考虑到我国我国赔偿额远低于所遭受的损失判赔现状,引入“惩罚性赔偿”,在确定侵害方应付的许可费用的基础上增加一定的惩罚性赔偿金额,有助于实现竞争环境的净化。

<sup>①</sup> 参见曹悦子. 信息抓取的反不正当竞争法规制研究[D]. 重庆:西南政法大学, 2017:29.

## 6 结语

在互联网公司中，数据是重要的竞争资源。互联网经营者为了不断提高自身竞争优势，获取更多利益，创新了竞争形式，数据竞争便是其中一种。数据竞争在产生巨大的经济效益的同时，也产生了一系列的不公平的数据竞争现象。纠纷层出不穷，扰乱数据市场的公平，损害互联网市场的健康运行，对《反不正当竞争法》的法律规范及司法适用皆提出了巨大挑战。

本文通过对目前关于数据抓取行为的规范现状和司法实践的观察，总结归纳出当前对于不正当数据抓取行为的法律规制过程中所面临的主要困境所在，并挖掘问题存在的根本原因提出针对性的建议。首先，只有将数据抓取行为落实于法律，才能真正实现有法可依，因此在法律规范层面，应当在“互联网专条”中增设不正当数据抓取行为的具体类型；其次，进一步明确“一般条款”的适用标准，包括在广义竞争关系下对数据竞争进行一定限缩，按照自由和效率价值取向对商业道德进行认定，并且以利益衡量为指引，通过比例原则对认定需考量的因素进行评价评估；最后，构建诉讼禁令制度，解决止损机制缺失问题，从可操作性角度设计损害赔偿的参照因素和参照标准体系，应对损害赔偿效果不理想的现状，最终实现配套相关法律制度的完善。

诚然，由于法律的滞后性，无论立法如何完善，都无法跟上数据产业的飞速发展，也无法及时应对各种新型互联网不正当竞争行为，并给予完善的规制。但在数据市场方兴未艾的当下，在数据行业如日方升的今天，回归司法谦抑性，摒弃对市场对抗的天然恐惧和对数据抓取的有罪推定，给予数据行业乃至互联网行业相对宽松的市场环境，才更应该是进行市场干预时多加考虑的方向。同时，笔者也相信，在理论界与实务界的共同努力下，《反不正当竞争法》将为规制互联网竞争和不正当的数据抓取发挥更加有效的作用。

## 参考文献

### 1. 著作类

- [1]梁慧星. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社. 2011.
- [2]梁慧星、陈华彬. 物权法[M]. 北京: 法律出版社. 2003.
- [3]王迁. 知识产权法教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社. 2007.
- [4]孔祥俊. 反不正当竞争法新原理·总论[M]. 北京: 法律出版社. 2019.
- [5]孔祥俊. 反不正当竞争法新原理·原论[M]. 北京: 法律出版社. 2019.
- [6]孔祥俊. 反不正当竞争法新原理·分论[M]. 北京: 法律出版社. 2019.

### 2. 期刊类

- [1]程啸. 论大数据时代的个人数据权利[J]. 中国社会科学, 2018(03):102-122+207-208.
- [2]郑佳宁. 数据信息财产法律属性探究[J]. 东方法学, 2021(05):43-56.
- [3]申卫星. 论数据用益权[J]. 中国社会科学, 2020(11):110-131+207.
- [4]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.
- [5]杨立新. 民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值[J]. 东方法学, 2017(03):64-72.
- [6]祝艳艳. 大数据时代企业数据保护的困境及路径建构[J]. 征信, 2020, 38(12):29-38.
- [7]钱子瑜. 论数据财产权的构建[J]. 法学家, 2021(06):75-91+193.
- [8]崔国斌. 大数据有限排他权的基础理论[J]. 法学研究, 2019, 41(05):3-24.
- [9]林华. 大数据的法律保护[J]. 电子知识产权, 2014(08):80-85.
- [10]陶乾. 论著作权法对人工智能生成成果的保护——作为邻接权的数据处理者权之证立[J]. 法学, 2018(04):3-15.
- [11]刘琳. 大数据时代商业数据财产权理论的勃兴与批判[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2022, 36(02):99-107.
- [12]仲春, 王政宇. 数据不正当竞争纠纷的司法实践与反思[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2022, 35(01):22-33.
- [13]李雨峰. 互联网领域不正当竞争行为的判定[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学)

学版), 2016, 28(01):25-30.

[14] 许可. 数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案[J]. 上海大学学报(社会科学版), 2017, 34(06):15-27.

[15] 李阁霞. 互联网不正当竞争行为分析——兼评《反不正当竞争法》中“互联网不正当竞争行为”条款[J]. 知识产权, 2018(02):20-30.

[16] 张璇, 曹丽萍. “互联网专条”存废之争与规范模式的思考[J]. 法学杂志, 2017, 38(12):59-68.

[17] 孔祥俊. 论反不正当竞争法的竞争法取向[J]. 法学评论, 2017, 35(05):18-31.

[18] 陈兵, 张宇轩. 互联网新型不正当竞争行为审裁模式检视[J]. 江南大学学报(人文社会科学版), 2021, 20(05):97-105.

[19] 刘文琦. 《反不正当竞争法》互联网条款下商业行为正当性判别[J]. 电子知识产权, 2018(08):41-49.

[20] 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(社会科学版), 2017(02):23-25.

[21] 谢兰芳, 黄细江. 互联网不正当竞争行为的认定理念[J]. 知识产权, 2018(05):15-28.

[22] 刘继峰, 张雅. 反不正当竞争法视角下数据抓取行为违法性的认定[J]. 西北工业大学学报(社会科学版), 2021(04):102-111.

[23] 孙晋, 闵佳凤. 论互联网不正当竞争中消费者权益的保护——基于新修《反不正当竞争法》的思考[J]. 湖南社会科学, 2018(01):75-85.

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

[25] 宁度, 张昕. 论竞争行为不正当性的“经济性”评判标准[J]. 电子知识产权, 2017(06):32-40.

[26] 刘维. 论“商业道德”裁判的理念和范式变迁——基于互联网标杆案例的观察[J]. 科技与法律, 2018(02):15-20+69.

[27] 李兆阳. 《反不正当竞争法》视角下对数据抓取行为规制的反思与修正[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2021, 43(06):65-76.

[28] 黄细江. 涉企业数据竞争行为的法律规制[J]. 知识产权, 2021(02):49-60.

### 3. 学位论文类

- [1]梁晓阳. 数据抓取构成不正当竞争行为的认定[D]. 中国社会科学院研究生院, 2019.
- [2]张奉祥. 论商业数据抓取行为的竞争法规制[D]. 中国政法大学, 2020.
- [3]张辉. 数据抓取的竞争法规制研究[D]. 山东财经大学, 2021.
- [4]王晓晴. 数据抓取行为的反不正当竞争法规制[D]. 中南财经政法大学, 2019.

### 4、外文文献

- [1]Christina Etteldorf.Germany Data Protection from a Different Perspective:German Competition Authority Targets Facebook’s Data Usage[J]. European Data Protection Law Review,2019,Vol.5(2): 2695-2740.
- [2]Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes .Introduction: Big Data and Competition Policy[M],Oxford University Press,2016.
- [3]Lawrence Lessig.Code and other laws of cyberspace[M],Basic Books, New York, 1999.
- [4]Graham Pearce & Nicholas Platten,Achieving Personal Data Protection in the European Union[J].Journal of common Market Studies,1998,Vol.36 (4) ,532-548.
- [5]David S. Evans. Attention Rivalry Among Online Platforms[M], University of Chicago Institute for Law,2013.
- [6]Ginger Zhe Jin & Liad Wagman.Big data at the crossroads of antitrust and consumer protection[J].Information Economics and Policy,2020.

## 致谢

这三年的学习生涯注定会对我今后的人生影响深远。我的导师、同门师兄师姐与各位任课老师是我前进道路上的推动力，你们无私的帮助与鼓励，无微不至的关怀，不仅教会我如何做事，也教会我如何做人，在这里，我发自内心的对所有帮助过、关怀过我的人致以诚挚的谢意与真心的祝福！