

分类号 _____

密级 _____

UDC _____

编号 10741

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: 辛甜甜

指导教师姓名、职称: 吕春娟教授

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: 2024年6月1日

独创性声明

本人声明所提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： 辛甜甜 签字日期： 2024年6月1日

导师签名： 吴春娟 签字日期： 2024年6月1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， 不同意（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內容。

学位论文作者签名： 辛甜甜 签字日期： 2024年6月1日

导师签名： 吴春娟 签字日期： 2024年6月1日

Research on Anti-unfair Competition Law Regulation of Data Capture Behavior

Candidate :Xin Tiantian

Supervisor:Lv Chunjuan

摘要

随着数字化进程的不断深入推进，互联网领域的经济竞争活动也日趋激烈，同时该行业的不公平竞争现象展现出多元化和错综复杂的局面，不断涌现出各种新的不正当竞争行为。这一环境下，互联网数据的经济意义愈发显著，已经演变成互联网经营者之间竞争的关键要素。

作为一项中立的数字技术，正当的数据抓取可以提高数据在经营者之间流通的效率。但不可否认的是，部分互联网经营者为了获取竞争利益，占据市场地位，往往铤而走险以不正当的数据抓取手段来破坏健康有序的市场竞争秩序和竞争机制。加之《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》）在规制不正当的数据抓取行为时，存在着一般条款的过度依赖、专门条款的缺失以及竞争关系的认定存在偏差等问题，因此我们亟须对于数据抓取行为的反不正当竞争法规制问题进行分析和研究，并针对相应地问题从立法、司法层面提供完善建议，进而保证互联网市场经济发展的行稳致远。

本文首先对于数据抓取行为的概念、特征以及类型进行了阐述，以理论基础为出发点，提出了目前数据抓取行为反不正当竞争法的理论基础，具体包括数字财产化理论、注意力经济理论以及搭便车理论。随后指出规制不正当的数据抓取行为必须遵循最低损害和利益平衡这两项基本原则。本文在梳理经典司法案例的基础上，指出了当前我国在该行为的规制方面仍然存在着专门条款缺失、不正当认定偏差以及救济制度滞后等问题。结合国内外对于不正当数据抓取行为的研究经验和研究成果，分析了《反不正当竞争法（征求意见稿）》有关数字经济的最新内容，并针对现存问题提出了四个方面的完善建议，以期能有力规范不正当的数据抓取行为，从而保障互联网行业的持续健康发展。

关键词：数据抓取 竞争关系 反不正当竞争法 一般条款 实质性替代

Abstract

With the deepening of the digitization process, the economic competition activities in the Internet field are becoming increasingly fierce, and the unfair competition phenomenon in the industry shows a diversified and complicated situation, and various new unfair competition behaviors continue to emerge. In this environment, the economic significance of Internet data has become increasingly significant and has evolved into a key element of competition among Internet operators.

As a neutral digital technology, proper data capture can improve the efficiency of data flow between operators. However, it is undeniable that some Internet operators, in order to obtain competitive benefits and occupy market position, often take risks to destroy the healthy and orderly market competition order and competition mechanism by improper data capture means. In addition, when regulating unfair data capture, the Anti-Unfair Competition Law has some problems, such as over-reliance on general provisions, absence of special provisions, and deviation in the identification of competition relations. Therefore, it is urgent for us to analyze and study the anti-unfair competition law regulation of data capture behaviors, and provide suggestions for improving the corresponding problems from the legislative and judicial levels. So as to ensure the steady and long-term development of the Internet market economy.

Firstly, this paper expounds the concept, characteristics and types of data grabbing behavior. Based on the theoretical basis, it puts forward the theoretical basis of the current anti-unfair competition law of data grabbing behavior, including the theory of digital property, the attention economy theory and the free rider theory. Then it is pointed out that the regulation of improper data capture must follow the two basic principles of minimum damage and interest balance. On the basis of reviewing the classic judicial cases, this paper points out that there are still some problems in the regulation of this behavior, such as the lack of special provisions, the deviation of improper identification and the lag of the relief system. Based on the domestic and foreign research experience and research results on unfair data grabbing behavior, this paper analyzes the latest content of the Anti-Unfair Competition Law (Draft for Comment) on the digital economy, and puts forward four suggestions to improve the existing problems, in order to effectively regulate the unfair data grabbing behavior, so as to ensure the sustainable and healthy development of the Internet industry.

Keywords: Data capture; Competitive relation; Anti-unfair competition law; General clause; Substantial substitution

目 录

1 绪 论	1
1.1 研究背景和研究意义.....	1
1.1.1 研究背景.....	1
1.1.2 研究意义.....	1
1.2 国内外研究综述.....	2
1.2.1 国内研究综述.....	2
1.2.2 国外研究综述.....	4
1.3 研究思路与研究方法.....	6
1.3.1 研究思路.....	6
1.3.2 研究方法.....	6
1.4 研究的创新性与不足.....	7
1.4.1 研究的创新性.....	7
1.4.2 研究的不足之处.....	8
2 数据抓取行为的概述	9
2.1 数据抓取行为的概念及特征.....	9
2.1.1 数据抓取行为的概念.....	9
2.1.2 数据抓取行为的特征.....	10
2.2 数据抓取行为的类型.....	12
2.2.1 通过开放平台直接抓取数据.....	12
2.2.2 通过 Open API 协议抓取数据.....	12
2.2.3 通过网络爬虫技术抓取数据.....	13
3 数据抓取行为反不正当竞争法规制的理论基础及基本原则	15
3.1 数据抓取行为反不正当竞争法规制的理论基础.....	15
3.1.1 数据财产化理论.....	15
3.1.2 注意力经济理论.....	15
3.1.3 搭便车理论.....	16
3.2 数据抓取行为反不正当竞争法规制的基本原则.....	17
3.2.1 最低损害原则.....	17
3.2.2 利益平衡原则.....	18
4 数据抓取行为反不正当竞争法规制的现状及困境分析	21
4.1 数据抓取行为《反不正当竞争法》规制的立法现状.....	21
4.1.1 互联网专条.....	21
4.1.2 一般条款.....	22
4.2 数据抓取行为反不正当竞争法规制的困境.....	22
4.2.1 缺少专门条款.....	22
4.2.2 实质性替代的认定标准模糊.....	25
4.2.3 数据抓取行为的不正当性认定存在偏差.....	26

4.2.4 数据抓取不正当竞争的救济制度不完善	27
5 数据抓取行为反不正当竞争法规制的完善建议.....	29
5.1 增设数据抓取专门条款.....	29
5.2 明确实质性替代的认定标准.....	30
5.3 明确数据抓取行为不正当性的认定标准.....	31
5.3.1 细化互联网领域的商业道德	31
5.3.2 明确竞争损害的范围	33
5.4 完善数据抓取不正当竞争的救济制度.....	34
5.4.1 增加诉前禁令制度	34
5.4.2 明确损害赔偿的标准	35
6 结语.....	37
参考文献	38

1 绪 论

1.1 研究背景和研究意义

1.1.1 研究背景

互联网已经深入应用于众多领域之中，其极大程度上提高了人们生活的便利性，使得当前社会进入到了数字经济时代。然而，互联网经济蓬勃发展的同时，也导致该行业乱象丛生的问题较为突出。数据抓取行为具有隐蔽性、竞争性以及技术中立的特点。就数据抓取行为而言，其所应用的技术本身是中立的，但部分互联网经营者为了谋求自身在市场竞争中的优势地位，不惜铤而走险，利用网络爬虫或者其他技术，抓取其他经营者的数据信息和资源。随着互联网行业经济属性的不断加深，数据抓取越来越成为常见资源争夺标的和冲突焦点。2017年《反不正当竞争法》修订，新增“互联网专条”的内容，用以规制互联网领域的不正当竞争行为。然而，由于互联网不正当竞争行为多具有阶段性等特点，“互联网专条”的列举性条款的有限性以及兜底性条款的模糊性，导致其早已无法适应互联网行业日新月异的发展需求。因此，国家市场监督管理总局于2021年12月启动了《反不正当竞争法》的第三次修订工作，并于2022年11月22日发布了关于公开征求《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》），该意见稿重点突出了本法第三次修订工作的主要内容，即完善对于数字经济领域不正当竞争行为的规制。据此可以看出，《反不正当竞争法（征求意见稿）》重点在于完善互联网领域不正当竞争行为的规定，对于数字经济领域的新生问题予以重点关注。

1.1.2 研究意义

首先，为数据抓取不正当竞争行为的反不正当竞争法规制提供了思路和借鉴。当前学术界以及司法实务界对于不正当数据抓取行为进行研究时，大多数学者都从民商法的角度出发，试图通过侵权保护思路维护当事人的合法权益。但其忽视了数据抓取行为是广泛存在于互联网经济的发展过程之中的，我们需要从经

济法的角度,通过《反不正当竞争法》的立法规定和司法实践对于该问题进行研究。本文从市场规制的角度出发,遵循多元利益平衡的原则和最低损害原则,对于互联网经营者、消费者以及社会公众的多方利益予以平衡,这与《反不正当竞争法》的立法目标具有一致性。因此,本论文具有较强的理论研究意义。

其次,完善《反不正当竞争法》的法律体系。文章梳理了近年来数据抓取不正当竞争行为法律规制研究的相关文献,并结合《反不正当竞争法(征求意见稿)》中有关数据权益保护的相关规定,指出了《反不正当竞争法》在规制数据抓取行为时过度依赖“互联网专条”和一般条款的不足之处,进而结合《反不正当竞争法(征求意见稿)》的最新规定为我国在数据抓取不正当竞争行为的规制方面提出了立法层面的完善建议,这对于我国《反不正当竞争法》法律体系的完善具有积极意义。

最后,积极回应司法实践活动的需求。司法实践中存在着普遍依赖一般条款以及互联网专条的兜底条款认定数据抓取行为是否具有正当性。当前,在互联网经济领域对于商业道德的理解并未形成统一的共识,也没有形成完整的认定框架,这使得司法判决中应用商业道德准则时缺乏有力的理论支持,从而导致裁判文书在论证过程中显得说服力不够强。本文在对于数据抓取不正当竞争行为的数据范围、行为模式以及损害标准梳理分析的基础上,提出了当前司法裁判领域在认定数据抓取不正当竞争行为时尚存在的问题,并针对这些问题提出了完善建议,积极回应了司法实践的需求。

1.2 国内外研究综述

1.2.1 国内研究综述

第一,数据抓取行为研究。李慧敏、孙佳亮(2018)认为在认定数据抓取行为是否正当时要综合考虑多方主体的权益,防止原本中立的技术手段被加以恶意应用,同时还主张结合商业的模式和互联网行业的特征,认定数据竞争行为是否具有合理性。^①刁云芸(2019)指出数据对于互联网领域的市场竞争而言具有至关重要的作用,其是核心竞争力,互联网企业对于数据信息的掌握程度决定了其

^① 李慧敏,孙佳亮.论爬虫抓取数据行为的法律边界[J].电子知识产权,2018(12):58-67.

在市场竞争中能够占据优势地位,因此,必须以立法为切入点对数据信息加以保护。^①楼晴昊(2019)认为海量的用户数据中包含着丰富的产品信息和企业信息,因而该类型的数据具有较高的商业价值,法律在对于该类数据的抓取行为进行规制时,应该根据用户数量的不同,对单个用户数据和多个用户数据的规制内容加以区分。^②

第二,数据抓取行为正当性认定标准的研究。孙晋、闵佳凤(2018)认为消费者作为互联网经济活动中的重要主体,在认定不正当的数据抓取行为时应该突出消费者的主体权益,将其权益保护纳入规制的范围。^③梁晓阳(2019)提出在分析数据抓取行为是否符合正当性要求时,考虑到商业道德的抽象性和不确定性,首要任务就是对于商业道德进行细化分析,通过多方利益衡量的方式判断其是否具有正当性。^④刘继峰、张雅(2021)则认为对于数据抓取行为是否具有正当性应该从被抓取的数据是否属于公开数据、原始数据以及被抓取者的授权情况、数据来源的合法性等方面进行综合性的认定和判断。^⑤

第三,数据抓取行为的反不正当竞争法规制研究。宁立志、傅显扬(2019)认为对于数据抓取行为的规制应该结合该行为的基础特性,通过立法赋权、行为规制以及竞争法规制这三种模式构建起不正当数据抓取行为规范的法律框架。^⑥裴轶、来小鹏(2019)认为对于互联网专条中未明确列举的包括不正当数据抓取行为在内的互联网新型不正当竞争行为的规制,应该结合《反不正当竞争法》的一般条款和专条进行法律适用。^⑦陈兵(2019)认为应当改变当下从侵权保护路径对于数据抓取行为进行法律规范思路,以多元利益平衡的模式为互联网领域

^① 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.

^② 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.

^③ 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.

^④ 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.

^⑤ 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.

^⑥ 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.

^⑦ 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.

的数据竞争行为的正当性提供规制路径。^①蔡川子（2021）认为应该改变传统的规制思维，针对数据抓取行为不正当性的认定要摆脱传统的侵权法保护思维，进而转向由竞争法对该行为进行规制的思路。^②

综上所述，国内学者对于数据抓取行为的研究强调了该行为所依据的技术具有中立性的特点，在运用《反不正当竞争法》对于该行为进行规制时要从动态化、多元化利益平衡的角度出发，充分考量用户权益保护、互联网经营者权益、互联网行业健康发展等多重要素，进而结合被抓取性质的性质及类型，被抓取数据者是否运用了 Robots 协议等反爬虫技术对于其具有商业价值的的数据进行了反爬虫保护等定义数据抓取行为的双方是否构成竞争关系以及抓取行为是否具有不正当性。此外，国内学者还认为应当改变当前运用民法侵权保护路径规制不正当数据抓取行为的现状，从竞争法的角度出发，对于该行为进行规制，从而为整个互联网业态经济的健康发展保驾护航。

1.2.2 国外研究综述

第一，数据抓取行为正当性的研究。D.Daniel Sokol 与 Roisin Comerford（2016）认为互联网领域的不同经营者所拥有的数据资源具有不同的价值属性，应当结合具体的语境判定数据是否应当共享或者将其归属于数据权益保护的范畴，在对于数据抓取是否属于不正当竞争行为认定时，除了以数据抓取者获取数据的手段是否正当作为衡量标准，还应该遵循利益均衡原则，并在此基础上考虑数据抓取行为是否正当。^③学者 Orin S. Kerr（2016）则采用类比思维，将网络空间与实体空间进行类比，认为数据抓取者在实施抓取行为时，若无视被抓取者设置的例如 Robots 协议等一些反爬虫技术，而突破权限获取不正当的数据权益，属于非法行为，此举归属于违反爬虫协议的不正当数据抓取行为。^④Daniel L.Rubinfeld 与 MichalS.Gal（2017）认为互联网经营者通过自身平台经过用户的

^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——以京、沪、粤法院 2000~2018 年的相关案件为引证[J]. 法学, 2019(07):18-37.

^② 蔡川子. 数据抓取行为的竞争法规制[J]. 比较法研究, 2021(04):174-186.

^③ D. Daniel Sokol, Roisin Comerford. Antitrust and Regulating Big Data[J]. Geo. Mason L. Review, 2016, 23(5):1129-1161.

^④ Orin S. Kerr. Norms of Computer Trespass[J]. Columbia Law Review, 2016, (116):1143-1183.

允许所获得的数据信息，其并不天然的享有对于该部分数据的排他性权利，为了保障互联网行业信息交互作用的发挥，对于处在合理适用范围内的抓取数据行为，若其没有对被抓取数据者的权益造成实质性损害，则应该对于此行为予以认可并提供法律支持。^①

第二，数据抓取行为规制的研究。在数据利益保护的路径选择方面，Beresford（2010）主张，现有的竞争法律规范现状使得传统分析手段在此情境下显得力不从心，且现行的竞争策略亦不足以应对数据约束导致的市场竞争失衡及其对用户权益的潜在威胁。在所谓免费的网络服务领域，用户其实并非真正享受无代价的服务，而是以牺牲个人隐私等敏感数据为代价换取了这些便利。消费者在使用平台服务时，不经意间泄露了大量的个人信息和浏览记录，使得他们的消费模式和喜好一览无遗地展现在网络平台上。David S.Evans（2013）认为，在数字经济领域的不正当竞争纠纷案件中，要综合考量多元因素，将互联网经营者利益保护、消费者及用户的利益保护以及社会公共利益保护作为该项权利保护的客体。^②Maurice E.Stucke 与 Allen P.Grunes（2016）认为针对搜索引擎中涉及用户个人信息以及隐私方面的数据资源不应当称为竞争法规制的中心，数字经济时代的发展导致数字经济属性和流通价值凸显最终仍是市场竞争中所存在的现状问题，应该通过市场的自发性以及互联网经营者的市场竞争行为对于其进行解决和完善。Christina Etteldorf（2019）认为应当从竞争法市场规制的角度出发，通过法律规范对于不正当数据竞争行为的禁止和打击，确保互联网领域的的数据资源得到有效保护。Ginger Zhe Jin（2020）认为本国对于数字经济领域的竞争行为规制方法打破了行为规制和权益保护之间的动态平衡，其二者应该是互补关系，因此在研究不正当数据抓取行为时应该考量多重因素，体现对于多方利益的均衡化保护。

综上所述，国外学者对于数据抓取行为的正当性以及规制数据抓取行为的研究较多。部分学者认为应该对于被抓取数据者采用的 Robots 协议进行的反爬虫行为予以支持，从而保障互联网平台经营者的数据权益。还有学者对此持反对观点，认为互联网经营者对于其平台的数据资源并不天然的享有排他性权利，对于

^① Daniel L. Rubinfeld, Michal S. Gal. Access Barriers to Big Data [J]. Arizona Law Review, 2017, 59(339):340-381.

^② David S. Evans. Attention Rivalry Among Online Platforms [J]. University of Chicago Institute for Law, 2013:627.

其他经营者实施的处于正当、合理限度内的抓取行为应予以支持。与国内研究相同的是，国外学者也强调从多元利益平衡的角度出发，对于用户权益、经营者权益以及社会公共利益进行综合考量。

1.3 研究思路与研究方法

1.3.1 研究思路

本文以“数据抓取行为的反不正当竞争法规制”为研究核心，首先分析了数据抓取行为的概念，指出本文的研究对象主要是不正当的数据抓取行为，随后分析了数据抓取行为的类型以及其技术中立性、隐蔽性以及竞争性的特征，为后文写作奠定了坚实的理论基础。随后，本文客观分析了数据抓取行为反不正当竞争法规制的三个理论基础和两个基本原则，并在此基础上指出当前我国《反不正当竞争法》对于数据抓取行为规制的立法现状及困境问题。最后，结合《征求意见稿》的最新内容提出了不正当的数据抓取行为规制的五个方面的完善建议，以期为我国《反不正当竞争法》在数字经济领域的规则完善提供有益的思考和借鉴。

1.3.2 研究方法

1.3.2.1 文献分析法

笔者借助兰州财经大学图书馆馆藏资源以及电子数据资源库等多元化的文献资料来源，对于有关数据抓取行为规制的国内外文献资料进行了整合和梳理，并结合本文的主要研究对象，以反不正当竞争为主要出发点，整理筛选出了与本文内容相关的要点内容，并在此基础上展开本文的研究和论证。通过文献资料的梳理，笔者明确了本文的研究思路和路径。

1.3.2.2 案例分析法

笔者在中国裁判文书网以及北大法宝中搜索并整理了当前我国有关不正当数据抓取行为的典型司法裁判，深入剖析了当前司法实务对于该类不正当竞争行为的裁判逻辑，将具体案例融入理论探讨，以验证研究论点的可靠性。同时，在立法现状以及司法实践的探讨中，针对数据抓取行为的不正当竞争属性，揭示了其背后的利益关系本质，为论文的实证研究打下了坚实的基础。

1.3.2.3 比较分析法

数据抓取行为引发的不正当竞争问题源自于科技进步和经济的发展,起始于技术经济发达先进的国家,这些国家对于数据抓取行为的研究已经形成了相对成熟的法律体系。因此,笔者采用比较分析法,研究了部分国外的国家在规制此类行为上的法律实践和立法经验,旨在为我国该类行为的反不正当竞争法规制提供有益的参考。

1.4 研究的创新性与不足

1.4.1 研究的创新性

1.4.1.1 研究角度的创新

学界目前对于数据抓取行为中的不正当竞争现象研究较多的关注理论基础研究,并在其中对于商业道德的评判标准提出了挑战性观点,然而,这些理论的探讨未能充分解决司法实践中数据抓取行为定性的实际难题。现行反不正当竞争法规在处理这类问题时,显然存在许多亟待填补的空白。遗憾的是,现有的文献并未深入剖析这些问题的症结所在。因此,本研究选择了一个较新的视角,即聚焦于数据抓取不正当竞争行为的具体司法判决案例,旨在深入剖析相关法律规制的困境,并在此基础上提出具有实践意义的完善策略。

1.4.1.2 应用对策的创新

2022年11月,国家市场监管总局公布了《反不正当竞争法(征求意见稿)》,该征求意见稿的公布积极回应了司法实践活动的需求,关注到了一般条款和互联网专条对于互联网领域的不正当竞争行为在规制层面的不足和问题,并予以了完善和改进。由于该征求意见稿的规定较新,结合征求意见稿的规定对于数据抓取不正当竞争行为的研究成果较少。因此,本文着重分析了《反不正当竞争法(征求意见稿)》有关数据抓取行为部分的规定,以此对我国目前数据抓取行为的反不正当竞争法规制存在的问题进行归纳和总结,以问题意识为导向,为我国数据抓取行为法律规制的完善提供了新的思路。

1.4.2 研究的不足之处

鉴于本研究涉及的数据抓取技术具有较高的专业特性,其有关的众多理论和实际问题仍有待更深层次的探究与理解,尽管笔者对此有所涉猎,但受限于个人专业背景,主要集中在非计算机科学领域,故而在针对该问题的具体规则设定上仍然存在一定的不足之处,期待未来能在跨学科的合作中弥补这些专业知识的欠缺问题。

2 数据抓取行为的概述

2.1 数据抓取行为的概念及特征

2.1.1 数据抓取行为的概念

在互联网、人工智能以及大数据技术快速迭代更新的当下，人类社会俨然已经进入数字经济时代。在数字经济时代，只有让互联网经营者在合理、正当使用的前提下对开放平台的数据资源进行共享，方便互联网经营者与用户以及互联网企业之间的信息交流，发挥出数据潜在的经济价值，才能更大程度上激发互联网经济的活力，使得有限的的数据资源得到合理的配置和利用，推动互联网经济的繁荣发展。

数据抓取行为即互联网经营者借助网络爬虫等技术手段，收集用户使用搜索引擎所留存下来的痕迹，并对其数据信息进行整合和分析，而后分门别类的将数据信息予以呈现的行为。通常而言，数据从诞生到被利用一共经历着四个不同的阶段，分别为：收集、整合、分析和利用。就数据抓取行为而言，其通常发生在数据的收集阶段。根据互联网经营者所抓取数据对象的不同，可以将数据抓取行为分为两种类型：一种是互联网经营者对于散落在搜索引擎中的用户使用痕迹所产生的数据进行抓取，该种类型的抓取行为所针对的对象是原始数据和公开数据。比如，经营者收集用户对于商品的评价信息、用户的浏览习惯、消费喜好信息等。此类情境下互联网经营者收集的信息数据所针对的对象是在互联网平台开展日常活动的用户，而经营者与用户的关系不属于竞争法的调整范围，因此，针对该类型的数据收集纠纷，相关主体可以通过民事权益保护和救济的方式来维护自身利益。由于其不属于竞争法领域的不正当竞争行为，因此该类行为不属于本文所研究的数据抓取行为的对象。另一种是互联网经营者抓取其他经营者收集或者整合的数据资源。该类型的数据抓取行为发生于互联网经营者之间，即部分经营者为了在日益激烈的互联网竞争环境中获取不合理的数据利益，通过坐享其成的“搭便车”行为抓取和使用其他经营者的数据，进而使得本来中立的数据抓取技术产生了潜在的不正当竞争风险。该类不正当的数据抓取行为是本文分析和研究的基本对象。

2.1.2 数据抓取行为的特征

随着互联网经济日新月异的发展,部分互联网经营者不惜破坏本身中立的数据抓取技术而获取不正当的竞争利益,谋求自身发展的竞争优势。由于数据抓取行为是以互联网平台为载体的,因此它与传统的不正当竞争行为相较而言,有着其自身所特有的网络技术特性。为了更好地探析不正当数据抓取行为的反不正当竞争法规制内容,就必须从数据抓取行为所特有的基本特征出发,分析数据抓取行为所具备的技术特性。具体而言,数据抓取行为具备如下三个方面的特征:

2.1.2.1 技术中立性

数据抓取行为产生于互联网技术的应用过程中,技术的支持为不正当的数据抓取行为的发生提供了可能性,因此,数据抓取行为具有显著地高技术性特点。在分析数据抓取行为的技术性特点时,首先要讨论的便是“技术中立”的问题。

“技术中立”强调数据抓取行为所应用的技术本身是中立且客观的,本身并无对错之分。^①针对数据抓取方在进行数据抓取过程中所应用的技术,^②若对于该项技术进行正确的、积极的应用,则能够帮助互联网经营者实现数据资源的开放共享,促进互联网经济的繁荣发展;若对该项技术进行不正当、不合理的应用,则容易导致该项技术成为互联网领域不正当竞争行为频发的导火索。因此,无论是立法还是司法,都应该对于数据抓取技术本身持有中立的态度。但需要注意的是,技术中立并不意味着立法及司法对于技术的不正当使用采取中立的态度,不正当的使用该项技术所造成的不利后果正是《反不正当竞争法》在不正当数据抓取行为的规制问题上所必须要予以重视的。具体到个案裁判,技术中立原则的认定,主要看互联网经营者对于技术的使用是否突破了合理、正当的范围,这要求司法裁判者具体问题具体分析。坚持数据抓取的中立技术本质与防止过度的数据抓取,对于数据竞争的规制而言则是一场挑战。

2.1.2.2 隐蔽性

数据抓取行为具有较强的隐蔽性,其主要体现为如下两个方面的内容。一方面,相较于侵犯商业秘密、商业贿赂以及虚假宣传等传统领域的不正当竞争行为,数据抓取行为以互联网平台为载体,使得实施不正当数据抓取行为的主体隐蔽于

^① 苏青. 网络爬虫的演变及其合法性限定[J]. 比较法研究, 2021(03):89-104.

^② 蔡川子. 数据抓取行为的竞争法规制[J]. 比较法研究, 2021(04):174-186.

纷繁复杂的网络环境中。互联网经济又称“注意力经济”，部分互联网经营者为抢占竞争优势，获取用户注意力，试图利用数据抓取技术对于大企业或者大平台的数据资源进行不正当抓取，进而抓取与用户消费喜好和消费习惯相关的数据，随后通过同款模式或者使用相同工具吸引用户，导致大平台的用户流失，达到不正当竞争的目的。此外，互联网经济具有天然的去中心属性，它使得不正当竞争的经营者主体能够更加便利的隐形自身的行为轨迹，从而使得抓取行为的实施主体难以被定位。另一方面，数据抓取行为的效果具有隐蔽性。实施不正当数据抓取行为的主体能够通过浅层的无差别化抓取数据而隐藏自身实施抓取行为的真正目的，即通过对数据资源进行抓取、筛选、分析、整合，进而实现“搭便车”的竞争效果。因此，无论是立法层面还是司法层面，对于数据抓取行为的正当性界定都应该抽丝剥茧，清晰定位行为的实施主体，从实质层面分析该抓取行为是否在合理使用的范围内。

2.1.2.3 竞争性

数据抓取行为的竞争性体现在不正当的数据抓取行为所针对的对象多为具有商业价值的数据。数据的商业价值体现为数据能够带给使用者一定的经济效益和竞争优势。具有商业价值的数据资源不仅能够给经营者带来经济效益，更是经营者的重要资本。拥有海量数据资源的经营者能够通过对于数据资源的整合、分析及利用为自身的企业发展、平台运行创造更高的价值。在当前司法裁判案例中，许多互联网经营者就是看重数据所蕴藏的经济效益和潜在价值，铤而走险通过不正当的数据抓取方式为自身谋求竞争优势。实践中，也有部分互联网经营者为了维护自身的竞争优势，对于自身的数据资本通过反爬虫技术的应用来阻止其他经营者的不正当数据抓取行为。但同时，由于互联网平台信息承载能力的有限性，部分企图通过不正当的抓取行为获得数据权益的经营者在某一平台进行次数过多的访问以及抓取信息行为时，有可能会该平台的承载能力突破限制进而导致该平台出现系统瘫痪的情形。基于此，《反不正当竞争法》要明确数据保护与数据合理使用的范畴，防止不正当数据抓取行为对于互联网经济发展产生不利影响。

2.2 数据抓取行为的类型

通过抓取数据时使用工具的不同,可以将数据抓取行为划分为如下三种类型。只有明确数据抓取行为的类型,才能够深度剖析数据抓取行为正当性的界限,进而区分正当的数据抓取行为和不正当的数据抓取行为,这对于《反不正当竞争法》规制不正当数据抓取行为而言具有重要意义。

2.2.1 通过开放平台直接抓取数据

数字经济时代,互联网平台的数据资源要在合理的范围内进行开放共享,只有处理好数据保护与数字合理利用的问题,才能够释放互联网经济的发展活力。因此,为了保证数据资源的合理利用,一些平台针对特定数据资源向一般用户提供下载服务,即允许任意主体对于网站的数据进行下载和使用。该行为属于通过开放平台直接抓取数据,其主要包含两种方式:一种是付费下载,即用户需要支付一定的费用才能够对于数据资源进行下载和使用;另一种是免费下载,即用户只需要在数据平台完成账号注册,便能够免费使用和下载平台的相关数据资源。这种在开放平台实施的数据抓取行为,所抓取到的数据资源往往是分散且凌乱的原始数据,需要使用者对于数据资源进行进一步的整合、处理才能够为己所用。因此,任意主体通过开放平台抓取数据一般不构成不正当竞争行为,其并非本文所研究的不正当数据抓取行为的范畴。

2.2.2 通过 Open API 协议抓取数据

Open API 即开放应用编程接口,通过 Open API 协议抓取数据的前提是数据的提供方和数据的抓取方事先达成协议,数据的提供方在 API 技术的帮助下将服务封装,抓取方通过对方开放的接口来获取数据资源。Open API 协议抓取数据属于民事领域的双务合同,提供方和抓取方基于诚实信用、平等互利的原则达成协议,数据抓取方按照协议内容抓取数据,数据提供方则对其提供服务。通过 Open API 协议抓取数据的合法性问题涉及到如下几个方面:一是数据抓取开放的接口有时间限制,即数据抓取方在双方协议约定的时间内抓取数据的行为是合法的,受到法律保护的;二是接口调用的频次受协议限制,即对于数据抓取方的

数据抓取次数以及规模进行一定的限制,进而达到保护数据提供方的隐私以及商业秘密的目的;三是抓取方使用的具体接口权限受到双方协议约定内容的限制,即双方协议中需对抓取者抓取数据使用何种接口予以明确规定,并通过高级接口和普通接口加以区分,当数据抓取者实施的抓取行为涉及平台用户的个人信息以及隐私内容时,必须经抓取方单独申请且经用户允许才可以达到数据抓取的目的。通过 Open API 协议抓取数据能够使得互联网领域的的数据资源加速变现,体现出了数据资源的经济属性,有利于充分发挥数据资源的经济效益和价值,让互联网平台中的经营者能够互利共赢。

2.2.3 通过网络爬虫技术抓取数据

目前,互联网经营者在实施数据抓取时主要借助的是网络爬虫技术,该技术的运作机制在于设定特定的算法程序,赋予爬虫明确的搜索目标,使爬虫在数据信息的收集过程中能够快速的探寻符合要求的信息。这些海量的爬虫高效地捕获并储存数据,将其置于数据收集者的掌控之中,极大地提高了数据获取的速度,其效率远远超越了传统的下载方式。另外,网络爬虫技术的不当应用在使得数据抓取方不劳而获的同时,数据被抓取方也开始普遍采用 Robots 协议等应用较为广泛的反爬虫技术来维护自身的数据权益和数据安全。Robots 协议又称为爬虫协议,该协议在实践中的应用主要体现在以下几个方面:首先,它设定了爬虫抓取数据的界限,明确规定了在特定网站内,网络爬虫能够活动的领域。互联网平台所有者会清晰表明哪些数据允许被爬取,而哪些则是禁止访问的。其次,设定数据抓取行为的主体限制。此做法明确指出,不允许哪些运营商控制的爬虫程序访问网站进行数据抓取。以微梦公司诉字节跳动不正当竞争纠纷一案为例,微梦在其网站的 Robots 协议中明确规定,禁止字节跳动使用任何技术工具进行数据抓取。尽管 Robots 协议被视为一种协议,但它通常由被爬取数据的经营者单方面公布于网站,具有鲜明的单方面宣示作用。

就我国目前的司法裁判而言,对于互联网企业单方面通过 Robots 协议限制其他经营者进行数据抓取的行为并没有形成统一的司法实务观点,即被抓取方能够通过单方面宣示的方式限制他人的数据抓取行为尚无定论。在《反不正当竞争法(征求意见稿)》中,虽然提到了“技术管理措施”,但这一条款的主要目的仍

然在于唤醒被抓取方的数据权益保护意识,而并未详细界定哪些措施可被视为技术管理措施。

3 数据抓取行为反不正当竞争法规制的理论基础及基本原则

3.1 数据抓取行为反不正当竞争法规制的理论基础

3.1.1 数据财产化理论

数据财产化理论充分体现了数据资源的经济属性,其是数据成为法律权利客体的重要理论基础。^①随着数字经济时代的到来,有学者根据数据的经济属性提出了新型数据财产权制度,即对于合法的数据,用户和互联网平台的经营者享有对于该数据的财产权益,即用户享有对于该数据的财产权和人格权,互联网经营者享有对于该数据的资产权和经营权。

互联网经营者在实施数据抓取行为的过程中,所抓取的数据大多是具有经济价值的商业数据,其可以被视为一种数据财产,据此,根据学者的新型数据财产理论,应当赋予互联网经营者与其数据相关的资产权和经营权。赋予互联网经营者这两项权利有助于维护互联网领域数据竞争活动的公平竞争,进而推动数字经济的进步。然而,享受数据权益的同时,互联网经营者也需承担起促进数据流通和保护个人隐私的责任。^②因此,数据财产化的理念为数据市场改革指明了路径,是开展数据交易的基础。

3.1.2 注意力经济理论

互联网经济又称“注意力经济”,据此,不难看出注意力经济在互联网领域的竞争活动中所发挥的关键作用。注意力经济理论的运作模式为:互联网经营者以向平台中的任意用户提供服务活动为前提,进而产生吸引用户注意力的作用,随后借助广告植入或者商品交易来获取一定的经济效益。这一理论基础为数据抓取行为是如何导致市场竞争问题提供了解释思路和理解框架。鉴于互联网经济的核心本质是争夺用户的注意力,因此数据抓取者对用户注意力的争夺可被视为对具有潜在竞争关系的互联网经营者竞争优势的削弱。

^① 冯晓青. 数据财产化及其法律规制的理论阐释与构建[J]. 政法论丛, 2021(04):81-97.

^② 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.

注意力经济的理论基础架构包括如下三个方面的内容：首先，其基础在于注意力劳动的创新驱动。在数字化环境中，企业通过分析用户在线行为，如搜索历史和评价，精准推送相关广告，借此实现盈利模式。其次，注意力时间的有限性决定了注意力经济价值的有限性。数字经济时代使得信息呈现出指数型爆炸增长的趋势，这种纷繁复杂的海量数据信息使得用户在互联网平台进行信息浏览时的注意力越来越碎片化。最后，注意力经济的权利机制来源于互联网经营者对于平台用户的注意力所实施的数据化管控。^①注意力经济是互联网市场运营模式的必要前提，明确注意力经济的架构可以更好地规制数字经济领域的竞争行为。

3.1.3 搭便车理论

在互联网领域的市场经济活动中，搭便车被理解为典型的不劳而获、坐享其成行为。其理论是指某个市场主体为了获得自身的竞争优势，所消耗的社会资源超出了公允范围，而后以较少付出或者不付出成本来享受他人利益的行为。在互联网领域的竞争活动中，搭便车行为常常表现为：一个市场主体在看到他人商业成就后，选择以相同的或近似的模式利用他人的成功要素，以此来降低自身的运营成本。^②数据抓取行为可以被视为这种行为的鲜明例证。以“新浪诉脉脉案”为例，新浪积累了海量的用户数据，然而脉脉公司未投入相应成本，直接抓取新浪的用户信息，借此获取了更多的商业机遇，实质上是通过搭便车的手段来实现的。

《反不正当竞争法》的核心目标在于保障市场竞争的公正性，因此对待搭便车现象须持谨慎态度。在数据抓取行为实施过程中，若抓取者所抓取的数据信息未侵犯法定的保护范畴，并且不对其他市场参与者产生负面影响，那么搭便车策略能够降低数据获取成本，高效利用了数据资源；然而，一旦此类行为超越了合理界限，就可能破坏市场运行规则，形成不公平竞争，此时便需借助《反不正当竞争法》对于不正当的抓取行为予以规制。

^① 马俊峰,王斌. 数字时代注意力经济的逻辑运演及其批判[J]. 社会科学, 2020(11): 111-120.

^② 冯术杰. “搭便车”的竞争法规制[J]. 清华法学, 2019, 13(01): 175-190.

3.2 数据抓取行为反不正当竞争法规制的基本原则

3.2.1 最低损害原则

在互联网领域的市场竞争活动中,竞争行为导致损害结果的发生已然成为常态。最低损害原则主要体现为如下三方面的内容:首先,互联网经营者的行为并未侵犯其他经营者的计算机系统运行安全,未对于涉及其他经营者商业秘密的信息数据进行抓取;其次,网络经营者的行为也没从中观层面对于整个行业经济的平稳发展以及竞争秩序的正常维护产生不利影响;最后,互联网经营者的抓取行为并未对被抓取方所享有的数据权益或者提供的产品服务达到足以替代的程度。^①

首先,互联网经营者实施数据抓取行为所依赖的技术本身具有中立性,并不涉及侵犯其他经营者权益以及违法问题。但如果突破合理使用的界限,运用该项技术实施不正当的数据抓取行为以及其他受到法律保护的数据,则会造成损害,最终导致违法行为的发生。该种类型的数据抓取行为突破了目标网站的技术防护手段,对于对方经营者的计算机系统安全构成了侵害。考虑到计算机服务器承载能力的有限性,若对于网页的数据进行多次的数据抓取或者抓取的信息过多,都可能对于对方经营者的信息系统安全构成威胁,甚至导致对方计算机系统的崩溃。^②同时,若互联网经营者在对数据进行抓取的过程中,越过技术防护手段,对于涉及对方商业秘密的数据进行抓取,那么数据抓取方的行为不仅破坏了对方的防御保护机制,而且也在一定程度上侵犯了对方的商业秘密。此时,法院会结合多方面因素综合确定数据抓取方的行为是否构成侵权。当数据抓取方的抓取行为导致任何上述任意结果的发生,其都应该被认定为是对于数据抓取技术中立性的破坏,进而违反最低损害原则。

其次,一方面,数据抓取行为虽然在一定程度上对于互联网领域经济的开放共享发挥了积极的效用,促进了该领域在市场竞争过程中数据资源有效配置作用的发挥,但是并不能以发挥数据资源的经济效益为借口而无视该领域不正当的竞

^① 许可. 数据爬取的正当性及其边界[J]. 中国法学, 2021 (02):166-188.

^② 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.

争行为对于市场秩序的破坏。实际上,数据在流通过程中的价值以及其对于数字经济、产业转型的影响力不容忽视,它是互联网行业进步的基石。正当、合理的数据抓取行为不仅能够提高数据资源的利用率,还能够帮助互联网经营者降低数据收集方面的经济成本,进而提升数据价值。因此,各国在制定相关政策时,应持谨慎且平衡的立场,进而维护市场的公平竞争环境。另一方面,互联网企业为了保障自身权益,在其应用平台中,往往会针对不正当的数据抓取行为采取一系列的反爬虫技术防护,如字节跳动诉新浪一案。新浪利用 Robots 协议阻止第三方获取其数据,一审法院经审理认为,新浪以此方式阻止其他互联网经营者的数据抓取,表面上是维护自主经营,实则可能破坏公平竞争的市场环境,故在判决中对于该行为不予支持。然而,二审法院给出了不同的审理意见,并对于该案件进行了改判,二审法院指出:尽管 Robots 协议确实限制了某些互联网经营者的数据访问请求,但在如今的互联网环境中,此类协议几乎成为行业常态,包括原告字节跳动也实施了相似的协议,这证明了原告方也支持该类数据保护行为。同时,这种限制访问的方式并未对消费者利益、公共利益或市场竞争秩序造成侵害,而应该将该类行为归属于企业自主权的范畴,并不应该被视为不正当的竞争行为。由此可见,发挥互联网市场在其领域竞争活动中的决定性作用,不仅意味着数据抓取方可以通过抓取行为获取部分数据信息,同时也准许被抓取方设置一系列的反抓取措施来保证自身数据权益的独享性。但是,双方的行为都应该有限度要求,都必须在合理的限度内行使自身的权利,具体而言,被抓取数据方对于自身具有价值的信息有自主决定采取反爬虫技术予以保护的权利,数据抓取方则有权利在合理限度内实施数据抓取行为,进而有效降低自身的运营成本。

最后,在互联网领域的市场竞争环境中,为了充分发挥出数据的流通价值,应该使数据能够在更深层次中加以竞争利用,而不是仅从浅层对于原有的产品和服务进行简单替换,进而对其他互联网经营者的数据产生实质性替代。互联网领域的良性竞争行为应该以提高消费者的综合性体验为驱动力,以促进市场环境的创新为目标导向,避免停滞不前,而是鼓励跳出常规,寻求长久、持续发展。

3.2.2 利益平衡原则

利益平衡原则是指无论是立法活动还是司法实践都必须综合考量多元主体

的利益维护问题,当不同主体间的权益保护出现冲突是,能够寻找最优解让各方主体的利益共存相容。该原则可以作为《反不正当竞争法》规制不正当数据抓取行为的基本原则,该原则针对数据抓取这一涉及多方权益、价值平衡的行为规制具有重要作用,能够化解数据抓取行为中出现的利益冲突问题,最终使得既定的利益框架内所有群体的利益能够达到和谐共存的程度。就法律层面的利益、价值平衡而言,数据抓取行为中需要平衡的则是市场的自由竞争和主体的公平竞争之间的矛盾冲突以及互联网经营者和消费者之间的利益冲突与调适问题。^①

自由竞争与公平竞争是《反不正当竞争法》所倡导的核心理念,同时也是市场竞争的基本价值。然而,当两者出现冲突时,自由竞争被视为首要原则,而公平竞争则扮演着调适者的角色。德国在解决不正当竞争问题时,侧重于维护市场竞争环境的动态平衡,保护消费者权益以及促进创新。^②德国法律对于不正当竞争行为的规制重点在于平衡不同竞争者、消费者权益以及市场创新需求等各方面的利益,主张对于市场具有自发性的行为尽量减少干预,为市场留出必要的自我完善空间,从而释放市场竞争的活力。自由竞争是市场活力发展的重要指标,尤其针对数据抓取这一类新型的不正当竞争行为而言,为了避免过度的干预给技术的发展带来不利的影响,就必须释放市场的活力,对于新技术的成长和发展予以宽容的姿态,让市场决定技术的优胜劣汰。但同时需要强调的是,自由竞争绝不能被滥用,需要公平竞争对其予以规制,进而使得公平竞争成为自由竞争的有效保障和必要手段。互联网经济领域中的自由竞争和公平竞争原则应用于数据抓取行为的规制层面上,则体现为抓取行为并不能绝对自由,也应该受到一定的约束,并当二者在数据抓取行为中出现对立冲突现象时,能够通过价值位阶、利益平衡对于市场规制目标的实现予以保障。其中,需要明确的是,自由竞争是数据抓取行为实施的根本目标,公平竞争则为其提供保障,从而找到最佳利益平衡点。

总而言之,《反不正当竞争法》应该从规制法的角度对不正当的数据抓取行为规制提供相应地法律规范支撑,但由于目前数据权利的模糊性,在规制不正当的数据抓取行为时,仍然要以结合个案的具体情况为出发点,通过利益衡量原则保障各方的合法权益得以维护。这种权益衡量并非追求平等分配,也不是随意牺

^① 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]. 法律出版社, 2019.

^② 周围. 德国数字广告拦截行为的竞争法规制[J]. 出版科学, 2019, 27(02): 112-119.

性次要考虑的利益。在多重利益冲突的情境下，应选择一项优先保障，而这项优先保障的利益应当有助于维系社会秩序及增进整体福祉。^①

^① 张倩雯, 吴少华. 企业数据爬取的反不正当竞争法规制——基于中美案例的比较研究[J]. 科技与法律(中英文), 2022(01):80-90.

4 数据抓取行为反不正当竞争法规制的现状及困境分析

4.1 数据抓取行为《反不正当竞争法》规制的立法现状

4.1.1 互联网专条

《反不正当竞争法》在 2017 年修订时，为了回应司法实践的需求，使得立法与数字经济时代的发展趋势同向而行，便针对互联网领域层出不穷的新型不正当竞争行为出台了第十二条“互联网专条”的相关规定，该法条内容梳理归纳互联网领域不正当竞争纠纷案件的基础上，将司法实务中的通用做法上升为了法律规范，形成了专条用以规制数字经济领域的不正当竞争行为。^①

“互联网专条”首先通过概括的方式强调了该条款所针对的对象为“利用网络从事生产经营活动的经营者”；而后通过列举式条款的方式，列举了三类司法实践中经常发生的不正当竞争行为；最后通过兜底条款的方式，对于其他类型妨碍、破坏互联网领域市场经济活动的行为进行规制。

然而，互联网专条的出台更多只是体现立法对于互联网领域不正当竞争行为的持严格规范态度，其宣示性效果大于实际的法律适用效果。该条在列举性条款中，仅列举了流量劫持、网络产品干扰和服务恶意不兼容等特定类型的互联网不正当竞争，未能涵盖数据抓取等其他不正当竞争行为，使得此类问题无法得到有效规制。第二款的第四项作为兜底性条款，理论上在网络领域应有更广泛的适用性。然而，考虑到数据的非竞争性——即同一数据可被多人同时使用而无损耗——它并未触犯互联网专条中定义的违法标准，因此在处理数据抓取引发的争议时，这一兜底性条款显得力不从心。^②因此，由于列举的行为类型过于局限，且兜底条款的适用条件模糊，互联网专条的实际效用大打折扣，导致其在司法实践中难以实施，几乎沦为空洞的法律规则。

^① 李扬. 互联网领域新型不正当竞争行为类型化之困境及其法律适用[J]. 知识产权, 2017(09):3-12.

^② 蒋舸. 《反不正当竞争法》网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心[J]. 中外法学, 2019, 31(01):180-202.

4.1.2 一般条款

鉴于互联网专条规定未能实现预设目标,当前司法案例裁判倾向于利用《反不正当竞争法》的第二条来规制数据抓取行为。2017年《反不正当竞争法》修订时,对于一般条款的具体内容也进行了调整,强化了不正当竞争行为中扰乱市场公平这一根本准则,且新增加了消费者合法利益的保护规定。^①这体现出我国《反不正当竞争法》的根本宗旨是保障市场运行的有序性,且在立法思路逐步凸显出对多方面权益保障的关注。因此,当利用一般性条款解决数据抓取所引发的不正当竞争纠纷时,需兼顾互联网市场的稳定性、网络服务提供者、数据抓取者以及用户的权益考量,全面分析各种影响因素。

4.2 数据抓取行为反不正当竞争法规制的困境

4.2.1 缺少专门条款

笔者在北大法宝中以“数据抓取”、“不正当竞争”为关键词对于数据抓取相关的司法裁判案例进行了搜索,分析发现,当前法院在进行司法裁判时,其主要通过单独适用一般条款或者一般条款和互联网专条结合适用的裁判依据。这种现象表明目前我国在对于不正当数据抓取行为进行裁判时,过于依赖一般条款中较为原则化的规定以及互联网专条中的兜底条款规定,而缺少数据抓取的专门条款对于该类型的竞争行为予以细化其法律规定。以亿度慧达教育科技有限公司不正当竞争纠纷一案为例,法院在一审过程中,仅适用了一般条款的规定,并阐述了其适用的三项标准:一是不存在特别法的例外规定;二是其他经营者的实际权益确实因此类竞争行为受损;三是这种行为确实背离了诚信原则和商业伦理,具有不当或可谴责性。法院将第二个和第三个条件相互结合,从主观和客观两个层面论证了原告因被指控的行为遭受的实际损失,论证了被告行为的不正当性。而新浪诉脉脉一案,在二审判决中,法院在适用其他条款进行行为认定时,也适用了一般条款的规定,指出一般条款的适用需要附加三项条件:第一,该竞争行为所应用的技术方法和手段确实对消费者的权益保护造成了负面影响;第

^① 刁芸芸. 涉数据不正当竞争行为的法律规制[J]. 知识产权, 2019(12):36-44.

二, 这种行为会扰乱互联网环境中公正、公平、开放的竞争格局, 可能导致恶性竞争或将引发此类情况频发; 第三, 对于互联网领域出现的新技术或新商业模式, 应初步假定其具有合理性, 除非有确凿证据能够证明其的不正当性。字节跳动诉新浪一案, 一审法院在裁判中指出, 一般条款的适用范围应限于法律无特别规定, 但该竞争行为却违背了公正竞争、诚信原则和商业伦理等基本原则和行业惯例, 构成了实质性的损害, 同时干扰正常市场运行秩序的行为。由于缺乏统一的适用标准, 原告常常借助这一条款提起诉讼, 要求法院通过适用一般条款认定被告的行为是具有不正当性的抓取数据行为, 其动机和目的在于利用这一条款作为自我保护的最后手段。最高人民法院在(2009)民申字第 1065 号“山东省食品进出口公司等与青岛圣克达诚贸易有限公司等不正当竞争纠纷再审案”中曾提出了适用《反不正当竞争法》第二条的条件, 随后的司法实践中, 法官在对于该类型的不正当竞争行为进行裁判时, 多以此案例作为指导案例, 以其中提出的一般条款的适用条件作为判断竞争行为是否受到法律保护的依据。同时, 在此基础上, 还发展了其他有关第二条法律适用的附加条件, 这种现象导致了一般条款在该类型竞争行为的认定中适用的频率较高。

针对一般条款, 首先, 该条款的规定体现了法律原则普遍性的特点, 因此在司法实践中要灵活适用该类法律条文, 其适用过程既要保障法律的灵活应用, 又要防止滥用, 如何在一般条款的适用体现出多方利益均衡原则是当前司法实践所必须要考虑的现实问题。许多学者提倡在一般条款中融入多元考量标准, 司法实践也体现了这一观念, 但是司法解释对于这一问题的考量始终保持审慎的态度。2017 年, 《反不正当竞争法》通过新增第十二条“互联网专条”来应对网络环境中的不正当竞争, 但由于列举的特定情况有限, 列举性条款无法涵盖当前日益复杂、多元的不正当互联网竞争行为, 再加之兜底条款的适用边界不清, 使得许多法院在司法实践中选择回归一般条款, 以此作为判决的法律条文支撑。因此, 有学者主张对一般条款进行深入剖析, 结合主观与客观因素分析抓取者的行为是否具有正当性; 还有部分学者则建议建议运用利益权衡原则, 遵循不同利益的价值位阶, 例如以社会公共利益和集体利益为出发点, 强调促进经营者的创新和发挥数据资源的流通价值。

其次, 第二条作为概括性条款, 其应用具有显著的弹性和灵活性, 与详尽的

法律规则相比,该条的法律条文表述较为模糊,对判定数据抓取行为尤其是互联网技术催生的新类型不正当竞争行为显得尤为捉襟见肘,这无疑加大了法官裁判的难度。在德意志联邦共和国的《反不正当竞争法》里,一般条款实际上是立法部门授予司法部门的权力,让法院能在总原则下具体界定各类行为,其已经构建出一套严密的法规框架。因此,德国法官倾向于引用特定的法规而非一般条款来对应个案。^①然而,我国的司法环境与德国相异,无法直接赋予法院如此大的裁量权,此类方法并不适用于我国的立法和司法现状。

笔者则赞同司法实践中对于一般条款的适用应该加以严格限制,以此来符合立法的本意和立法的宗旨,即推动市场竞争的公平自由。立法者在1993年制定一般条款时,已将《反不正当竞争法》中对不正当竞争行为的界定与第二章的具体行为规定一体化,明确指出不正当竞争行为需要依法制裁的只有第二章列举的各项行为,这体现除了立法者对于该法的实施保持严谨的态度。2009年最高人民法院在审理“海带配额”案件时提出了适用一般条款的三个标准,其目的是为了严格限制一般条款的使用,避免对市场的自由竞争产生妨碍。

针对互联网专条而言,尽管数据抓取行为被视为互联网技术的一部分,但第十二条中“干扰、破坏”的表述过于模糊,未能明确涵盖此类行为,这也是导致更多案件依赖一般条款裁决的关键原因。以腾讯诉今日看点为例,被告方针对微信公众号中的特定推送内容实施抓取行为并将抓取后的数据信息呈现在自己所运营的互联网平台上,使得搜索引擎中的用户无需关注微信公众号也能对其中的内容进行无障碍化的搜索和阅读。今日看点的这一行为对于追求高效、便捷搜索数据的用户群体而言,无疑发挥了便利用户的作用。在该种情境下,原告方的用户流量丧失在一定程度上是市场竞争过程中用户自由选择的结果,该行为并没有对侵害原告方平台的正常运营活动且未造成实际的损害后果。然而,一审法院在案件审理过程中,则简单的适用原则性较强的一般条款认定被告方的行为构成流量劫持,属于不正当的竞争行为。这样的数据抓取行为无法准确适用互联网专项条款,且由于法律没有直接针对数据抓取的行为规制加以制定明确、具体的法律规则,进而导致诉讼方倾向于求助于一般条款,而不愿单独引用互联网专条之规定。

^① 邵建东. 德国反不正当竞争法研究[M]. 中国人民大学出版社, 2001.

最后，2022 年最高人民法院对《反不正当竞争法》的司法解释征求意见稿在第二十六条中涉及数据抓取行为的规定，在正式稿中被剔除。这可能是因为考虑到互联网行业的技术与商业模式发展具有更新迭代快的特性，因此留给一般性条款来解决该类问题。然而，当前《反不正当竞争法》的征求意见稿再次提出了针对“数据抓取行为”的专项条款，这使得是否有必要通过数据抓取专项条款对于不正当的数据抓取行为进行规制成为当下的热点话题。

综上，依赖一般条款来解决数据抓取问题并非长久之计。尤其是考虑到技术具有进步快、更新迭代快的特点，以明确、细化的法律条款针对数据抓取领域的不正当竞争行为进行规制已然势在必行。从 2022 年征求意见稿中可以看出，增设专门的法律条款已经成为一个明显的趋向，旨在为当事人提供明确的法律支持以寻求救济。

4.2.2 实质性替代的认定标准模糊

在《征求意见稿》的第十八条第二、三款中，规定了网络经营者不得运用技术手段对于其他经营者禁止抓取的数据实施抓取行为，且属于合理限度内的数据抓取行为也不能够对于被抓取方的产品或内容产生实质性替代的效果。然而，该草案并未具体阐明如何判断所抓取的内容是否已对被抓取者的原数据构成了“实质性替代”。

针对被抓取的数据信息，数据抓取者必须运用正当手段，在不侵犯其他经营者商业秘密和数据权益的基础上实施抓取行为。“实质性替代”的概念需依据个案的实际情况来具体评估。在阿里巴巴诉南京码注公司一案中，^①阿里巴巴指出，南京码注利用直接检索和 API 接口为用户提供数据查询，尽管部分数据已对公众开放，允许一定程度的使用，但这并不授权其完全占有原始数据。法院支持了阿里巴巴公司的诉讼请求，强调码注公司需恪守诚信原则，妥善使用其他经营者的数据信息。然而，码注公司的做法几乎完全替代了阿里巴巴的原始数据，因此，其行为是不正当的、能够对原数据产生实质性替代的抓取行为。

由此可见，网络经营者在未取得被抓取方许可的前提下，擅自获取并利用其他运营商具有重大市场价值的信息，导致对后者产生实质性的替代效应，从而削

^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。

弱其市场地位，此类行为可被视为不正当的数据抓取。然而，“实质性替代”的认定依赖于法官对具体案例的主观评估，这在处理复杂且涉诉金额高的案件时，可能造成判决的主观性误差。产品的相似度高并不必然等同于实际的替代发生，相反，即使相似度低，也不能直接排除实质性替代的可能性。据此，有关《征求意见稿》第十八条中“实质性替代”的认定标准仍然需要立法予以回应和明确。

4.2.3 数据抓取行为的不正当性认定存在偏差

数据抓取行为的正当性在侵权保护视角下的探讨主要涉及法院在评估此类行为是否构成不正当竞争时所采用的侵权法分析框架。这主要涉及对行为者的主观状态、行为的客观公正性、造成的损害事实以及因果关系的考量。以蚂蚁集团起诉苏州朗动公司的案例为例，一审法院根据《反不正当竞争法》的第二条规定，关注了以下几个方面的内容：第一，确认原告的权利基础；第二，审查被告行为在客观要件方面是否具有不正当性；第三，考察行为人的主观意图；第四，判定双方是否存在竞争关系；第五，判断被告的行为是否确实导致了原告的损失。^①该案的案例分析思路与民商法视域下传统案件的侵权保护路径毫无二致。在谷米对元光的诉讼中，法院评估相关行为时，指出其对商业运营者的权益构成了侵害，并且不符合诚信原则和互联网行业市场活动的商业道德。法院强调数据具备无形资产的特性，同时指出被告显示出明显恶意的的主观意图，客观上实施了侵犯他人无形财产权益的行为。亿度慧达教育科技有限公司的不正当竞争纠纷一案中，一审法院在审理该行为是否构成不正当竞争时，主要考虑了两点内容：实际造成的损害和被告的恶意意图。被告无代价地利用他人的努力成果，显而易见地违反了诚信原则和商业道德，该行为具有不正当性，同时，法院进一步指出该类行为不利于大数据行业的长期繁荣。相反，二审法院在讨论被告行为的不当性时，则侧重于主观过错和损害后果两个层面进行分析论证。

从侵权保护视角分析数据抓取行为中被抓取数据者的合法权益保护问题，与《反不正当竞争法》作为行为规制法的本质有所背离。当前司法实践中大多数法官从侵权保护的路径对于互联网领域的不正当竞争行为进行主体和客体，主观要件和客观要件的角度予以分析和认定，其本质上体现了司法实践中权益保护的现

^① 参见杭州铁路运输法院(2019)浙 8601 民初 1594 号民事判决书。

状，而当不正当的数据抓取问题已经成为互联网领域的广泛问题时，仅仅采用侵权保护路径认定不正当竞争行为，则难免显得避重就轻。因此，无论是立法还是司法都应当注重数字经济领域不正当竞争行为的规制，从竞争法着重行为规制的角度为互联网行业的发展提供动力支持。例如，腾讯与广州合聚公司不正当竞争纠纷案件，法院更是在裁判中指出《反不正当竞争法》具有权益保护和行为规制双重效用，此举的原因正是为了改变当前司法裁判重权益保护而轻行为规制的现象。按照此种裁判思路，法院认为在分析竞争权益问题时，应采用权益保护的逻辑；而在裁判扰乱市场竞争的行为时，则需遵循行为规制的裁判思路。该案正是当前数据抓取案件司法裁判过于侧重权益保护而轻行为规制的典型体现。

4.2.4 数据抓取不正当竞争的救济制度不完善

在数字经济的浪潮中，可以说，哪一互联网经营者享有了数据权益，其在激烈的市场竞争活动中获得优势地位的可能性则越大。为了杜绝“搭便车”行为在数字经济领域泛滥而行，必须针对不正当的数据抓取行为建立起相应完善的救济制度，不然其所造成的巨大损害后果，不仅会侵蚀数据被抓取方的经济效益，还会进一步制约数字行业的进步。具体而言，现行法律对于不正当数据抓取行为的规制在救济制度层面，存在着如下两个方面的不足。

4.2.4.1 缺乏诉前禁令制度

由于数据抓取行为具有较强的隐蔽性，被抓取数据者往往很难在较短时间内发现自身合法权益被侵害的现实，因此导致了该类案件在进行不正当竞争纠纷的裁判时，通常要持续较长的时间。在此类案件的诉讼过程中，现行法律对于诉前停止损害的救济措施缺乏明确规定，这使得数据抓取行为在诉讼期间仍可照常进行，对网络经营者的数据资源持续侵扰，加剧对经营者利益的侵害。诉前保护制度的不完善，容易导致的后果便是即使最后原告得以胜诉，也可能因长时间的诉讼过程丧失用户基础和市场份额，难以挽回实际损失。因此，建立诉前禁令机制显得尤为必要。

4.2.4.2 损害赔偿金额缺乏明确标准

当前，我国对于数据抓取领域的不正当竞争纠纷，在法律过程裁判中仍普遍采用事后赔偿性机制，通常在不正当的竞争行为造成损害结果后才对于相关互联网

经营者承担的损失予以赔偿。现行法律条款中的第十七条有关损害赔偿金额的规定在金额确定方面的规定较为笼统和模糊,这使得司法实践中的案例裁判缺乏明确、可行的法律依据,进而使得赔偿金的认定问题存在着较大的裁量空间。需要明确的是,法律条文的模糊规定不仅不利于司法实践活动的顺利开展,还会降低行为人从事相关市场经济活动的可期待性,长此以往,不利于我国法治文明的进步与发展。这种状况下,数据抓取者的维权成本高昂,而获取的赔偿微薄,反而促使他们倾向于采取不正当手段,以相对低廉的代价获取高额利益和竞争优势。这种情况长期持续,将严重冲击市场公平竞争秩序,阻碍行业的创新与发展。因此,通过立法细化损害赔偿的金额标准刻不容缓。

5 数据抓取行为反不正当竞争法规制的完善建议

5.1 增设数据抓取专门条款

互联网专条和一般条款在规制互联网领域层出不穷的不正当竞争行为时显得捉襟见肘，因此，国家市场监督管理总局结合数字经济发展的现状之所需，积极回应法律规范所存在的问题，在《征求意见稿》中增设了规制数据抓取行为的专项条款，也即第十八条，但该条款中对保护的数据范围、行为模式以及损害标准的认定问题仍然需要加以完善。

第一，新增数据抓取条款应该将数据保护的予以扩大，将经营者依法加工、整合后形成的具有商业价值的的数据纳入法律保护范围，同时还应该在条款中根据数据类型的不同，明确对于包括公开数据和非公开数据在内的不同类型数据的具体保护。《征求意见稿》中虽然提出了“商业数据”的界定概念，但并未将经营者加工形成的具有价值的的数据纳入法律的保护范围，使得这部分数据的保护仍然存在立法的空白和漏洞，且该条款将公开数据的保护排除在反不正当竞争法的规制范围之外也仍不可取。公开数据虽然分散于各个搜索引擎或互联网平台中，不设访问权限，但并不能将公开数据等同于没有商业经济价值的的数据。部分互联网平台基于其自身所提供的服务以及自身的运行模式，必须将部分数据予以公开，以便用户进行数据筛选和适用，可以说，部分公开数据甚至决定了特定互联网平台的交易机会和成交量。例如，大众点评作为一个收集用户评价信息的平台，任意主体都可以对该平台上的商家所提供的产品或服务进行评价，这些信息是面向所有平台用户公开的，其中，商家资料来源于商家自身的提交，同时也允许消费者参与提供。评论信息则完全由消费者生成，他们通过发表评论以赚取积分，而大众点评则制定各种策略鼓励消费者发布更多评论。平台在收集到商家以及用户反馈的信息之后，会对于该部分公开数据信息进行系统性的整合和处理，从而创造出独特的运营模式。这些公开的数据有助于吸引用户安装应用，并通过广告等多种途径获取商业收益。因而，《征求意见稿》将公开数据完全排除在不正当数据抓取行为的规制范畴之外是不合理的。

第二，新增数据抓取专项条款包含了不正当获取、使用和披露三个阶段的具体行为。这三个阶段的行为构成递进的关系，体现出在行为认定的顺序上应该遵

从获取、使用、披露这一顺序。其中，不正当获取是指互联网经营者在实施数据抓取行为时未经被抓取者的同意或者超越权限以不正当的手段抓取具有价值的信息；不正当使用则是指互联网经营者对于以抓取手段获得的数据信息，在使用过程中不按照约定加以使用或使用所获得的数据产出的成果与所获得的数据实质性相同，达到可以实质性替代的标准；不正当披露则是指经营者未遵守协议约定或者因其他不正当原因，将所抓取的数据披露给第三人的行为。在数据抓取过程中，必须确保被抓取方平台的正常运营工作。而在数据抓取结束后的使用以及披露阶段，经营者在利用和公开抓取的数据时，必须遵循诚信原则，无论是依据合同约定的方式进行，还是在合理使用界限内操作，其最终对于抓取数据的利用都不能对原数据产生实质性替代的效果。

《反不正当竞争法（征求意见稿）》强化了对数据的全面保障，其定义的数据涵盖经营者合法采集或处理的、具有商业价值且已实施技术管理措施的商业数据，并在第十八条中明确区分了公开数据和非公开数据，两者均受到不同的法律保护。在规定的行为模式上，它强调了不正当获取、使用和披露这三个连续阶段，首先界定获取行为，继而规范使用和披露行为，以此构建起一个严谨的法律框架，规制不正当的数据抓取行为。

5.2 明确实质性替代的认定标准

由于《征求意见稿》对于实质性替代的认定标准尚未做出明确的规定，因此这便容易导致司法实践中，由于缺乏明确的法律条文规定，而使得裁判过于依赖法官主观的价值判断和价值选择，进而使得“同案不同判”现象更加凸显，进而对于互联网市场经济的正常运行产生消极的影响。据此，必须从立法层面明确“实质性替代”的标准和含义，具体而言，可以通过以下两个方面的内容完善立法。

一方面，在法律条文中明确实质性替代的判断标准之一为是否产生了用户转移的效果。随着信息化时代数据商业化步伐的加快，数据呈现出指数增长的趋势，用户倾向于以高效、简便的方式获取所需信息。在检索数据的过程中，一旦用户能在抓取数据的平台找到所需内容，他们往往不再访问原始数据源。因此，数据抓取方可能会吸引原本属于原数据网站的用户，导致原网站的市场份额受损，其市场地位受到分化。将用户转移效应视为判断是否构成不正当竞争的实质性标准

之一，此举不仅有助于法官依据清晰的法律条文规定迅速评估数据抓取行为的合法性；同时，它还能够发挥法律的指引作用，使得那些意图通过不正当数据抓取手段获取用户和流量的互联网企业能更准确地认识到其行为是否超出界限，从而有利于塑造健康的网络市场竞争环境，推动互联网经济秩序的建设。

另一方面，可将其他经营者是否遭受因互联网平台数据采集活动产生的利益损失，视为确定实质性替代的另一种标准。其他经营者是否因为数据的抓取和利用行为遭受到具体损害，这种损害的评估需借助市场替代效应来衡量。一旦数据抓取方在抓取到平台的数据资源后，提供与原始数据所有者相似的服务，吸引原本属于被抓取方的用户，致使被抓取方的网络流量下降，进而产生用户争夺现象时，被抓取方的行为则可以被认定为构成实质性替代。将其他经营者的利益损害纳入实质性替代的考量，有助于法律条款更为清晰地定义和解释这一抽象且模糊的概念，进而提升法律规范的实用性和可操作性。

5.3 明确数据抓取行为不正当性的认定标准

2022年，最高人民法院对《反不正当竞争法》第二条一般条款做了深度解读，提出了针对互联网领域的不正当竞争行为，在适用一般条款进行裁判时，应当符合两个核心条件：第一，相关市场竞争行为须因违反了诚实信用原则和商业道德而具有不正当性；第二，该行为对于市场秩序的平稳运行产生了一定的冲击力，从而侵犯了其他经营者、消费者的合法权益。因此，对于数据抓取行为的法律规制，应当依据这些准则来衡量其是否正当。首要步骤是考察数据抓取是否符合诚信原则以及互联网行业的普遍商业道德规范。其次，要确认数据抓取是否造成实际的市场竞争危害，并明确这种危害的范围。最后，应引入利益均衡的考量，以防止数据垄断的情况出现。

5.3.1 细化互联网领域的商业道德

无论是从事商业经营活动还是民事主体实施民事法律行为，都必须遵守诚实信用原则，其作为帝王条款，在企业间的商事活动中被细化为商业道德。要使得互联网领域的竞争活动能够在法律规范的框架下释放发展活力，就必须将公认的商业道德作为认定竞争行为正当与否的重要评价指标。而如何细化“商业道德”，

则需要立法者以多元利益动态平衡的理念对于互联网领域的市场活动主体进行综合考虑。《审理指南》通过第三十四条对此进行了深入阐释,指出可以借鉴“行业自我约束公约、信息技术网络领域的技术准则以及其他相关考虑因素”。因此,依据《审理指南》的规定,我们可以逐一探讨哪些规则能够构成互联网行业中被广泛接受的商业道德基础。

5.3.1.1 行业自律规范

行业自律规范体现在互联网领域则是指行业自发形成的,目的在于维护整个行业内部竞争的秩序化,结合互联网领域的特性所形成的自我行为管理和自我行为约束的行业标准,其具有整肃行业内部经营活动的效用,且对成员企业具有普遍约束力,能够从广义上保护互联网领域的具体从业者,并助力行业的稳定发展。这类自律规范的形成能够以最大公约数的形式保护行业成员的合法、合理诉求,有利于推动特定行业的从业者在平等对话的基础上,为行业的繁荣发展出谋划策。目前,在中国的互联网行业中,已存在多种这样的自我约束准则,如《中国互联网行业协会自律公约》等,它们在行业自我管理中扮演着关键角色。在法律实践中,法院通常将行业自我约束准则视为公认的商业道德来源之一。

司法实践中,数据抓取行为是否符合行业自律规范往往成为认定竞争行为正当与否的关键因素。笔者认为,行业自律规范要上升为具有公认性的商业道德,必须符合如下三个方面的要求:首先,该规范需获得行业内所有参与者的共识,具有结果认可性。其次,它的形成应基于签约主体的理性权衡和深思熟虑,无欺诈或误解,确保过程的公正合理性,具有过程认可性。最后,该规范能推动行业内各主体间的和谐互动,并有利于行业的持续进步。只有满足这些标准的行业自律规范,才能被法院在司法裁判过程中认定为具有公认性的商业道德。

5.3.1.2 行业技术规范

行业技术规范界定产品或服务需遵循的技术条件的标准文件,在互联网领域的市场经济运行过程中,当法律规范与自我约束机制不足时,行业技术规范便成为确保网络市场有序运作的关键,例如前文阐述的 Robots 协议,其就是运用反爬虫技术所形成的行业技术规范。数据抓取主要通过爬虫技术实施,因此,在处理关于数据抓取的不公平竞争纠纷时,确定爬虫协议的本质属性是司法审判中的必经环节。

在司法实践中，首次对网络爬虫协议法律地位的探讨可追溯至百度诉奇虎案。该案件在审理期间，专家证人出庭作证，指出爬虫协议被视为互联网行业的普遍规则，整个行业都自发地接受并执行，纠纷发生的情况相对稀少。此外，奇虎公司自身也曾在其网站上实施爬虫协议，这表明奇虎公司同样承认爬虫协议的效力。基于这些事实，法院在该案例的裁判中，将爬虫协议视为一种行业内广泛认同的商业道德。就数据抓取行为而言，爬虫协议作为一项成熟的行业技术规范，能够演进为普遍接受的商业道德，从而推动互联网行业的蓬勃进步。

5.3.2 明确竞争损害的范围

在确定竞争行为不当性时，其核心前提是存在不良影响，特别是针对数据抓取行为，其所触及的利益损失呈现多样化的特性。2017年修订的《反不正当竞争法》第二条揭示了两个关键转变：首先，它强调“破坏市场竞争秩序”优于权益保障，这意味着在评估行为不当性时，首要关注的是市场竞争的健康性，因为不正当竞争可能导致竞争机制和公共利益受损。其次，加入了消费者利益的考量因素，从而使法律所保护的利益体系更为全面。由此，《反不正当竞争法》确立了“三元叠加”的保护原则，即行为不当性的判断标准是基于这三个方面的损失。因此，评价数据抓取行为的不当性，需考量如下三个要素：是否扰乱了互联网市场的竞争环境，是否侵害了网络经营者的商业利益，以及是否损害了网络用户的合法权利。

首先，数据抓取行为是否对互联网市场竞争环境造成了干扰。这一干扰体现在两个层面：其一，通过技术手段获取他人数据的行为，破坏了市场的公平竞争环境；其二，拥有市场主导地位的网络运营商可能采取排他性措施，妨碍市场的自由竞争。大部分案例中，市场公平竞争秩序受损的情况属于前者，而“百度诉奇虎案”则为后者提供了实例。同时，反不正当竞争法侧重于维护市场导向，对于三种权益的保障有侧重，首要考虑的是保护市场竞争秩序。因此，认定数据抓取行为对竞争的影响时，首要判断标准应是该行为是否破坏了数据市场的竞争秩序。其次，数据抓取行为损害了其他网络经营者的商业利益。这主要反映在对合法商业模式的破坏以及降低网络经营者的数据收益上。在评估数据抓取是否导致实质性替代时，需关注两个关键点：首要考虑的是所采集的数据量规模是否足够

庞大；其次，这种数据采集的授权是否能积极推动互联网经济领域的创新活动。以“大众点评诉百度地图案”为例，大众点评网作为领先的本地生活信息平台，其用户评价数据构成了核心竞争力，并积累了大量的数据。百度在未做任何转化的情况下，直接在其网站上展示这些用户评价，提供的服务与大众点评网高度相似，未能刺激市场创新。因此，可以认为百度的行为实际上取代了大众点评网的部分功能，对后者产生了实质性的商业损失。再者，关键在于该行为是否损害了平台用户的合法权利。数据抓取可能侵犯用户的基本权益，包括知情权、自主选择权以及个人隐私，这些是尤为值得关注的问题。确认用户权益遭受侵害时，关键点有三个维度：首先，受害的权益应具备普遍性，涉及到的是群体而非单一用户的私权，如果只是个别案例，可以依据民法中的保护机制寻求补救。其次，评估影响的全面性，即使短期内可能看似有利，但如果长远来看，任何导致实质性损失的情况都应被视为权益受损。最后，审视损害的方式，它可能是直接且显而易见的，如通过消费数据的不当处理实行差别定价，也可能是间接且隐性的，例如数据收集干扰了市场竞争，降低了其他运营商的存在，无形中增加了用户选择的负担。

5.4 完善数据抓取不正当竞争的救济制度

5.4.1 增加诉前禁令制度

诉前禁令制度是一种保全措施。在我国的竞争法框架内，关于诉前禁令的明确规定尚未完备，这就导致在法律程序进行中，数据抓取行为可能仍在不受约束地持续进行。鉴于数据抓取行为会在短时间内对网络运营者带来显著的经济损失，同时案件调查复杂、司法进程漫长，这无疑为数据采集者提供了可能趁机积累用户和数据资产。因此，对于涉及数据抓取不正当竞争的纠纷，诉前禁令制度的引入具有重要作用且势在必行。

作为诉前保全制度的一种表现形式，法院在做出是否准许诉前禁令的决定时一定要对于案件中相关主体的权益保护进行综合平衡。同时，立法也要对该制度的适用条件加以严格限制，以明确性的法律规则建立起数字经济领域不正当竞争行为规制的诉前保全机制。具体而言，该制度的构建需要综合考虑如下几个方面

的内容：首先，诉前禁令制度的启动一定要坚持依申请而进行的原则，明确法院不得主动启动该制度的适用。同时，申请人在提交申请时，应当有证据证明其正在面临着其他经营者不当的抓取数据行为的侵害，该行为已经足以构成不正当竞争行为，若法院不及时采取诉前保全措施，则产生的损害后果无法估量、无以弥补。其次，由于诉前禁令制度有可能对合理抓取数据者的权益造成损失，因此，在申请提出申请时，法院应该要求其提供担保，且限定担保的形式只能是保证金担保，而不能是保证人担保。因为互联网经济领域常涉及大额的资金交易，只要足额的保证金担保才能尽量减小因错误保全而对被申请人的利益造成的损害。同时，此举还能够有效规避申请人的恶意保全行为。最后，应当为诉前禁令制度设置一定的合理期限，在申请人向法院提出保全申请后，应该及时行使提起诉讼或者申请仲裁的权利，若保全后未能及时行权，则法院有权利撤销针对于被申请人的禁令制度。此举也能够在一定程度上督促行为人及时行权，避免造成对被申请人不利的经济损害后果。鉴于诉前禁令常见于知识产权案件，因此对于反不正当竞争法有关诉前禁令制度的构建可借鉴该领域的立法现状及法律适用情况，细化法院决定禁令时的考量因素。法院应根据个案具体情况，评估申请人是否有恶意，并预测损失是否具有不可逆性。同时，法院需全面权衡双方市场地位和竞争状态，以实现公正的权益平衡。一旦法院决定采取诉前禁令，应赋予其监管权力，如数据采集方违反禁令，法院可以依职权要求实施不当数据抓取行为的行为人立即停止侵权抓取数据行为，并及时删除其通过不正当数据抓取所获得的数据资源信息。

5.4.2 明确损害赔偿的标准

现行《反不正当竞争法》在涉及数据抓取领域的不当行为规制时，其损害赔偿条款显得过于宽泛，导致在实际操作中产生了许多问题。由于损害赔偿标准机制的不健全，这使得同类型的不同案件在认定损害赔偿金额时导致认定标准各有差异，进而容易使得同类型案件在判决结果上出现不一致性，即同类案件的损害赔偿金可能千差万别。此外，这种法律规范的不确定性，也容易导致司法实践中法官个人的自由裁量权被放大化，而对于赔偿金额的确定很大程度上取决于法官的主观判断，这种主观性往往难以精确地衡量出实际遭受的经济损失，从而无法

达到应有的补偿效果。

鉴于此，有必要对赔偿计算的标准进行更细化的规定，不仅要涵盖网络运营商的直接经济损失，还应包含其潜在经济损失。直接经济损失主要指网络运营商在人力、物力和时间等资源上的投入所蒙受的损失。数据积累对于网络运营者的投入并非一蹴而就，而需要一个漫长积累的过程。网络服务供应商若能出示证据加以证明，则其累积的成本便可成为衡量赔偿额度的关键因素。这涉及分析互联网公司的年度财务报告以评估资本成本，以及对互联网经营者开始使用爬虫技术等手段带有不正当竞争的目的开始实施行动之日为参照而作为时间成本多寡的参考依据。网络平台经营者的潜在收益是指本应由其占据的市场份额，因为数据抓取者不正当的利用技术手段实施抓取行为而导致原平台的用户浏览量、潜在交易机会的减少，进而导致原平台的数据收益和产品交易量下滑。在大众点评与百度地图双方不正当竞争纠纷的案件中，最早大众点评平台主要时依靠其向用户提供免费的服务而达到吸引客户群的效果，后期该平台的经济效益则主要来源于商家等群体的广告投放行为，其因为具有竞争关系的互联网经营者所实施的不当数据抓取行为造成的经济损失便可以归属为潜在利益的损失。若在具体的损失衡量中，被抓取数据方所产生的机会成本损失难以估算，则可以以实施抓取行为的主体所获的收益作为损害赔偿金额认定的参照物。计算数据抓取者的利润时，需量化分析被采集数据在新服务或产品中的占比，据此评估其获利。法官在决定赔偿数额时，应基于运营商的直接损失和潜在损失。此外，法官还需结合具体案例，综合考虑以下几点：首先，考察数据抓取者的主观恶意程度，行为手段恶劣者，应予更高的酌定赔偿；其次，比较双方的市场地位，网络运营商市场地位越高，其数据价值越大，酌定赔偿可能增加；最后，考虑数据抓取行为的持续时间，持续时间越长，市场实质替代的效果越强，则数据抓取方所需要承担的损害赔偿金额越大。

6 结语

数字经济时代的到来使得互联网经营者越来越关注数据资源的经济效益问题,为了在市场竞争中占领优势地位,各个市场主体都竞相争夺数据资源所带来的庞大利润,各个国家纷纷通过立法保障数据作为关键资源的地位,以期释放其潜在的价值。然而,伴随着数据经济的迅速崛起和数据抓取技术的日新月异,与此相关的不公平竞争的现象也日益凸显,这使得数据抓取行为成为了备受关注的争议点。为了对不正当的数据抓取行为加以严格的规范限制,应基于《反不正当竞争法》的核心理念即强调市场自由竞争的同时,引入公正竞争机制作为其必要补充。以解决实际问题为导向,明确数据抓取技术的中立性原则,在对这类行为进行规制时,需遵循最低损害和利益平衡的理念,从长远角度出发,兼顾数据市场稳健成长的驱动力,以及经营者权益、消费者福祉与市场公平竞争的动态和谐。通过对现有《反不正当竞争法》中涉及数据抓取行为法律规定的深入剖析,结合最新的《征求意见稿》,笔者建议增设专门规制数据抓取行为的条款,对互联网经营者合法获取并经加密保护具有经济价值的商业数据予以法律保护。同时,该条款还应该区别公开数据与非公开数据,实施差异化的法律保护,而不能将公开数据排除于反不正当竞争法的保护范围之外。同时,还应该健全诉前禁令制度以及细化损害赔偿的标准。只有如此,才能更有效地规范数据抓取的不正当竞争行为,让数据发挥其最大价值,推动社会技术的进步和创新。

参考文献

1.1 中文类

- [1]傅显扬. 大数据领域不正当竞争行为的法律规制[M]. 湖北: 武汉大学出版社, 2021.
- [2]周昀, 赵婧. 中国反不正当竞争法律制度[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2019.
- [3]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.
- [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]刘继峰, 赵军. 互联网新型不正当竞争行为研究[M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [6]王瑞贺主编. 中华人民共和国反不正当竞争法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [7]王先林. 竞争法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018.
- [8]孔祥俊. 反不正当竞争法的创新性适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014.
- [9]范长军. 德国反不正当竞争法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [10]邵建东. 德国反不正当竞争法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001.
- [11]孙晋. 数字经济时代反不正当竞争规则的守正与创新——以《反不正当竞争法》第三次修订为中心[J]. 中国法律评论, 2023(03): 33-45.
- [12]邱福恩. 商业数据的反不正当竞争保护规则构建[J]. 知识产权, 2023(03): 77-100.
- [13]张喆锐. 非法爬取著作权作品犯罪认定标准类型化研究[J]. 东南学术, 2022(06): 126-134.
- [14]孔祥俊. 论反不正当竞争法“商业数据专条”的建构——落实中央关于数据产权制度顶层设计的一种方案[J]. 东方法学, 2022(05): 15-29.
- [15]姬蕾蕾. 企业数据保护的司法困境与破局之维: 类型化确权之路[J]. 法学论坛, 2022, 37(03): 109-121.
- [16]孙晋, 冯涛. 数字时代数据抓取类不正当竞争纠纷的司法裁判检视[J]. 法律适用, 2022(06): 112-120.
- [17]张倩雯, 吴少华. 企业数据爬取的反不正当竞争法规制——基于中美案例的比较研究[J]. 科技与法律(中英文), 2022(01): 80-90.
- [18]刘德民, 随力瑞, 卢颖. 电商平台反“搭便车”三方演化博弈研究[J]. 价格理论与实践, 2022(12): 137-140+202.
- [19]杨东, 李子硕. 论反不正当竞争法的重构: 以数据要素规制体系为核心[J]. 法律适用, 2022, 488(11): 15-25.

- [20]李超.论消费者评价数据利益的合理分配[J].知识产权,2022,257(07):70-90.
- [21]刘志鸿.企业公开数据法律保护范式选择——从赋权论的证成到否定[J].中国流通经济,2022,36(06):117-126.
- [22]高建成.限制数据抓取行为的正当性及其价值衡量[J].中国流通经济,2022,36(08):117-127.
- [23]高建成.限制数据抓取行为的违法性认定——以美国干扰侵权理论为视角[J].财经法学,2022,48(06):81-95.
- [24]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.
- [25]许可.数据爬取的正当性及其边界[J].中国法学,2021(02):166-188.
- [26]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.
- [27]蔡川子.数据抓取行为的竞争法规制[J].比较法研究,2021(04):174-186.
- [28]苏青.网络爬虫的演变及其合法性限定[J].比较法研究,2021(03):89-104.
- [29]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.
- [30]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.
- [31]冯晓青.数据财产化及其法律规制的理论阐释与构建[J].政法论丛,2021(04):81-97.
- [32]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.
- [33]李扬.日本保护数据的不正当竞争法模式及其检视[J].政法论丛,2021(04):69-80.
- [34]刘源.数据爬取行为规控的法解释路径[J].法律方法,2021,36(04):209-222.
- [35]蒋巍.恶意数据爬取行为的刑法规制研究[J].学术论坛,2020,43(03):48-54.
- [36]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.
- [37]李谦.美国场景化司法规制数据爬取的经验与启示[J].电子政务,2020(11):86-98.
- [38]马俊峰,王斌.数字时代注意力经济的逻辑运演及其批判[J].社会科学,2020(11):111-120.
- [39]徐志,金伟.Python 爬虫技术的网页数据抓取与分析[J].数字技术与应

- 用, 2020, 38(10):30-32.
- [40]王燃. 论网络开放平台数据利益分配规则[J]. 电子知识产权, 2020, 345(08):45-55.
- [41]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.
- [42]梅夏英. 在分享和控制之间数据保护的私法局限和公共秩序构建[J]. 中外法学, 2019, 31(04):845-870.
- [43]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.
- [44]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.
- [45]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.
- [46]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.
- [47]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.
- [48]张占江. 不正当竞争行为认定范式的嬗变从“保护竞争者”到“保护竞争”[J]. 中外法学, 2019, 31(01):203-223.
- [49]曹阳. 我国对违反“爬虫协议”行为的法律规制研究[J]. 江苏社会科学, 2019(03):159-167.
- [50]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.
- [51]周围. 德国数字广告拦截行为的竞争法规制[J]. 出版科学, 2019, 27(02):112-119.
- [52]冯术杰. “搭便车”的竞争法规制[J]. 清华法学, 2019, 13(01):175-190.
- [53]蒋舸. 《反不正当竞争法》网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心[J]. 中外法学, 2019, 31(01):180-202.
- [54]李慧敏, 孙佳亮. 论爬虫抓取数据行为的法律边界[J]. 电子知识产权, 2018(12):58-67.
- [55]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.
- [56]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.
- [57]陈耿华. 互联网时代消费者在中国竞争法中的角色重塑与功能再造——兼论《反不

正当竞争法》的修改[J]. 江西财经大学学报, 2018(2):118-130.

[58]李扬. 互联网领域新型不正当竞争行为类型化之困境及其法律适用[J]. 知识产权, 2017(09):3-12.

[59]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.

[60]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.

[61]黄志雄, 刘碧琦. 德国互联网监管: 立法、机构设置及启示[J]. 德国研究, 2015, 30(03):54-71+126-127.

[62]宋旭东. 论竞争关系在审理不正当竞争案件中的地位和作用[J]. 知识产权, 2011(8):43-48.

[63]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.

1.2 外文类

[64]Maurice E.Stucke,Allen P.Grunes.Introduction:Big Data and Competition Policy[M].Oxford University Press,2016:9-11.

[65]Daniel L. Rubinfeld, Michal S. Gal.Access Barriers to Big Data [J].Arizona LawReview,2017,59(339):340-381.

[66]Orin S. Kerr. Norms of Computer Trespass[J].Columbia LawReview,2016,(116):1143-1183.

[67]D.Daniel Sokol, Roisin Comerford.Antitrust and Regulating Big Data[J].Geo.MasonL.Review,2016,23(5):1129-1161.

[68]David S. Evans.Attention Rivalry Among Online Platforms[J]. University of Chicago Institute for Law,2013:627.

[69]Beresford,A.R.,Kubler,D.,Preibusch,S.Unwillingness to Pay for Privacy:A Field Experiment[J].IZA Discussion Papers,2010,117(1):25-27.

[70]Harmonisation by Example:European Laws against Unfair Commercial Practices[J].HughCollins.The Modern Law Review,2010(1).

[71]Competition in two-sided markets[J].MarkArmstrong.The Journal of Economics, 2010(3).

[72]The Rule of Law and Economic Growth: Where are We?[J].Stephan Haggard.World Development, 2010(5).

[73] Jilian Vallade.Adblock Plus and the Legal Implications of Onl ine Commercial Skipping[J].Rutgers Law Review,2009:60.

[74] Marike Vermeer.Unfair Competition Online the European Electr onic Commerce Detective[J].Annual Survey of Internationaland Compara tive Law,2001:96.

致 谢

始于 2021 年初秋，终于 2024 年盛夏。提笔写下致谢，意味着我二十载的求学历程将在此刻画上一个句号。回忆起求学的过程，从陕西的一个三线小城出发，一路向北，到西安，再到兰州，目光所及，皆是回忆。

首先，我想对我的导师吕春娟教授表达深刻的谢意。在 21 年准备考研调剂时，便从师兄、师姐那里得知您是一个十分温柔且教学有方的老师。正所谓，师者传道授业解惑也。正是因为您的关怀，让我在这三年异地求学的过程中感受到了温暖，也正是因为您的教导，让我顺利完成了学业。同时，十分感谢在兰州财经大学所遇到的每一位老师，感谢老师们的倾囊相授。此外，感谢在百忙之中前来参加学位论文答辩的答辩主席和教授们，感谢您们为我的论文提出的宝贵意见，您们辛苦了。

其次，我要感谢我的爷爷奶奶和父母。感谢奶奶无论在什么时候都能够站在我的立场上保护我、支持我，您是最亲最爱的人，还有我记忆中的那个傻老头。感谢父母，你们一直用自己的方式表达着对我的关爱，让我能够站在你们的肩膀上，看到大千世界更为广阔的风光。感谢我相爱相杀的弟弟，你也总是能理解我、包容我。

最后，感谢我人生每一个求学阶段所遇到的益友。感谢我的好朋友张越，感谢我研究生阶段遇到的舍友：王晴晴、谢瑞婷、王玉莹。我们一起见证了彼此的蜕变和成长，我想我会永远记得夏日的傍晚，我们宿舍一行人在黄河边散步的画面，我也会记得我们在遇到挫折时彼此相互的陪伴和鼓励，谢谢你们。祝愿我们保持热爱，奔赴山海，成为更好的自己。

千言万语终觉词不达意，很多的感恩和祝福未能言表。未来之路，我将继续怀揣感恩之心，踔厉奋发，勇毅前行。