

摘 要

数字经济时代，数据成为企业发展的重要资源，然而在激烈的互联网市场竞争中存在一些不正当的商业数据抓取行为，损害了经营者、消费者的合法权益以及公正的市场秩序。当前我国法律关于数据产权权属规定不明确，如何对数据产权进行保护也众说纷纭，国内学者的观点可分为赋权保护和行为规制两大类。赋权保护具体可以细分为知识产权保护说、合同法保护说、侵权法保护说、数据财产权保护说等。行为规制主要是利用《反不正当竞争法》（下文简称《反法》）来保护数据产权。然而，知识产权保护说所提倡的以《著作权法》中有关汇编作品的规定来规制数据抓取行为的保护范围十分有限，而设置邻接权并非现有可行的保护路径，这种保护模式还需要一定时间的探索；数据财产权保护说所提倡的数据的权利化可能会强化大互联网企业对于数据的垄断；合同法保护说无法解决第三人侵权的问题；侵权法保护路径原告的财产损失计算无法确定，因果关系的证明存在难题。而竞争法保护路径保护范围相对较广，能在数据相关立法尚不完善的时候为数据权益受到侵犯的企业提供相应的救济，具有现实可行性。第一，从规制模式来看，《反法》的行为规制模式与当前商业数据的保护现状相契合，行为规制模式无需考虑商业数据的权属问题，可以跳过权属争议来解决现实问题，而赋权保护需要明晰的权利基础状态。第二，从保护法益的范围来看，行为规制比赋权保护的保护范围更广，数据抓取行为因涉及多方利益，更需要平衡各方利益。第三，从既有法律规范来看，《反法》规制路径有现行的法律规范。

通过《反法》来规制商业数据抓取行为仍然存在诸多问题。当前我国尚未出台专门针对“数据抓取”行为的专项立法，只能利用《反法》的第二条“一般条款”和《反法》第十二条“互联网专条”来规制涉公开的商业数据的不正当竞争行为，而涉非公开的商业数据不正当竞争行为，则由《反法》第九条“商业秘密条款”来规制。但由于“互联网专项条款、商业秘密”条款的适用范围有限，司法实践中的案件多援引《反法》的“一般条款”来解决商业数据抓取涉不正当竞争纠纷。值得注意的是，本次《反

不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》第十八条采取封闭式列举的方式规定了不正当获取和使用其他经营者商业数据的行为类型，可有效的解决当前对“一般条款”的裁判依赖。目前通过“一般条款”来规制不正当的数据抓取行为，存在商业数据抓取行为正当性判定的泛道德化；商业数据抓取损害赔偿机制不完善；数据权益考量偏向单一等问题。

商业数据抓取的不正当性认定从行为主体出发，对于《反法》的“经营者”的认定应当更加宽泛，无论是否具有经营资格、是否具有营利性，只要其市场竞争行为影响了市场竞争秩序都应该归于《反法》中经营者的范畴，落入竞争法的调整范围。商业数据抓取不正当竞争行为侵犯的客体可以分为，互联网经营者对其商业数据的权益；互联网平台用户对其个人数据的权益；社会公共利益，在认定商业数据抓取行为具有不正当性时要注重充分考量三方利益平衡。商业数据抓取行为不正当性的分析还应从，数据抓取行为是否经过授权；经营者是否对被抓取的商业数据具有实质性投入；数据抓取者的主观目的；抓取数据的行为是否符合商业道德和行业规范；数据抓取行为的损害结果这五个方面进行衡量。

为关于《反法》在商业数据抓取涉不正当竞争具体司法适用中存在的问题，特提出四个具体建议：一、新增针对数据抓取行为的专项条款；二、构建更明确的赔偿金额评估制度；三、引入利益衡量裁判规则；四、发挥指导案例的作用。随着《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》的出台，《反法》即将面临重大修改，未来还需深入探讨修改后的反法如何发挥其规制数据抓取涉不正当竞争的作用。

关键词：数据抓取；不正当竞争行为；商业数据

ABSTRACT

In the era of digital economy, data has become an important resource for the development of enterprises. However, in the fierce competition in the Internet market, there are some improper commercial data capture behaviors, which damage the legitimate interests of operators and consumers and the fair market order. At present, the provision of the data property right ownership in the law of our country is not clear, how to protect the data property right has been divided into several opinions. The views of domestic scholars can be divided into power protection and behavior regulation. Empowerment protection can be subdivided into intellectual property protection, contract law protection, tort law protection, data property protection and so on. Behavioral regulation mainly uses the Anti-Unfair Competition Law to protect data property rights. However, the scope of protection advocated by the theory of intellectual property protection is very limited to regulate the behavior of data capture by the provisions of compilation works in the Copyright Law, and the setting of adjacent rights is not a feasible protection path, and this protection mode still needs some time to explore. The data property rights advocated by the data property protection theory may strengthen the data monopoly of big Internet enterprises; The protection theory of contract law cannot solve the problem of third party tort; Tort law protects the path of the plaintiff's property loss calculation can not be determined, there is a problem in proving causality. However, the protection path of competition law has a relatively wide range of protection, and can provide corresponding relief for enterprises whose data rights and interests are infringed when the data-related legislation is not perfect, which has practical feasibility. First, from the perspective of regulation mode, the behavioral regulation mode of Anti-Unfair Competition Law is consistent with the current protection status of commercial data. The behavioral regulation mode does not need to consider the ownership issue of commercial data, and can skip the ownership dispute to solve practical problems. The empowerment and protection requires a clear state of rights basis. Second, from the perspective of

the scope of the protection law's interests, behavioral regulation has a wider scope of protection than empowered protection. Since data capture involves multiple interests, it is more necessary to balance the interests of all parties. Thirdly, from the perspective of existing legal norms, the regulation path of Anti-Unfair Competition Law has existing legal norms.

There are still many problems in regulating commercial data grabbing through Anti-Unfair Competition Law. At present, there is no special legislation specifically aimed at "data capture", so we can only use the second "general clause" of Anti-Unfair Competition Law and the twelfth "Internet Article" of Anti-Unfair Competition Law to regulate the unfair competition behavior of publicly-related commercial data, and the unfair competition behavior of non-publicly-related commercial data. It is regulated by Title IX of the Anti-Unfair Competition Law, the Trade Secrets Clause. However, due to the limited scope of application of the "Internet special provisions and trade secrets" provisions, the "general provisions" of the "Anti-Unfair Competition Law" are often invoked in judicial practice to solve the disputes involving unfair competition in commercial data capture. It is worth noting that Article 18 of the Anti-Unfair Competition Law (Draft for Comments) adopts a closed enumeration method to specify the types of behaviors of improperly obtaining and using other operators' business data, which can effectively solve the current reliance on "general provisions". At present, the "general provisions" are used to regulate improper data capture behavior, and there is a pan-moral judgment of the legitimacy of commercial data capture behavior. The damage compensation mechanism of commercial data capture is not perfect; Data equity considerations are biased to single issues.

The identification of the illegitimacy of commercial data capture starts from the subject of behavior, and the identification of the "operator" in Anti-Unfair Competition Law should be broader. No matter whether the operator has business qualification or profit, as long as the market competition behavior affects the market competition order, it should fall into the category of the operator in Anti-Unfair Competition Law and fall into the adjustment scope of competition law. The objects

infringed by unfair competition behavior of commercial data capture can be divided into the rights and interests of Internet operators to their commercial data; The rights and interests of Internet platform users with respect to their personal data; For the public interest, the balance of interests of the three parties should be fully considered when determining the impropriety of commercial data capture. The analysis of the impropriety of commercial data capture should also include whether the data capture is authorized or not; Whether the operator has substantial input in the commercial data captured; The subjective purpose of the data grabber; Whether the behavior of data capture conforms to business ethics and industry norms; The damage result of data capture behavior is measured in these five aspects.

In view of the problems existing in the specific judicial application of Anti-Unfair Competition Law in commercial data grabbing involving unfair competition in theory and judicial practice, the paper tries to put forward four specific suggestions: first, add special provisions for data grabbing behavior ; second, establish a more explicit compensation amount evaluation system; third, Introduce the rule of interest judgment; fourth, Serve as a guide case. With the introduction of the Anti-Unfair Competition Law (Draft for Comments), the Anti-Law is about to be significantly revised. In the future, it is necessary to further explore how the revised Anti-Unfair Competition Law can play its role in regulating data capture related to unfair competition.

Key words: data capture; Acts of unfair competition; Business data

目 录

前 言	1
第 1 章 商业数据抓取行为的制度背景	5
1.1 商业数据抓取行为的产生与界定	5
1.1.1 数据和商业数据	5
1.1.2 商业数据的来源及形成	6
1.1.3 数据抓取行为的界定	7
1.2 商业数据抓取行为的立法梳理	8
1.2.1 我国涉商业数据抓取的立法现状	9
1.2.2 我国涉商业数据抓取立法的现存问题	9
第 2 章 商业数据保护路径及司法保护现状	12
2.1 商业数据保护路径选择	12
2.1.1 商业数据既有知识产权保护路径受限	12
2.1.2 商业数据的财产权保护路径存在不足	13
2.1.3 商业数据的合同法和侵权法保护路径存在缺陷	14
2.1.4 反不正当竞争法规制商业数据爬取行为的解释路径 的可行性	14
2.2 我国商业数据抓取涉不正当竞争的司法现状	16
2.2.1 商业数据抓取行为正当性判定的泛道德化	16
2.2.2 商业数据抓取损害赔偿机制不完善	19
2.2.3 数据权益考量偏向单一	23
第 3 章 反不正当竞争法路径选择的理论诠释	25
3.1. 商业数据抓取涉不正当竞争行为的主体	25
3.1.1 商业数据抓取行为中经营者的界定	25
3.1.2. 竞争关系的界定	25
3.2 商业数据抓取涉不正当竞争行为侵犯的客体	27
3.2.1 互联网经营者对其商业数据的权益	27

目录

3.2.2. 互联网平台用户对其个人数据的权益	28
3.2.3 社会公共利益	29
3.3 商业数据抓取行为的不正当性认定	30
3.3.1 数据抓取行为是否获得授权	30
3.3.2 经营者是否对被抓取的商业数据具有实质性投入	31
3.3.3 数据抓取者的主观目的	32
3.3.4 抓取数据的行为是否符合商业道德和行业规范	32
3.3.5 数据抓取行为的损害结果	35
3.4 商业数据抓取行为中的权益冲突与平衡的域外经验考察	36
3.4.1 美国经验	36
3.4.2 日本经验	37
3.4.3 美日经验总结	38
第4章 规制商业数据抓取行为的规则完善与司法适用	39
4.1 数据抓取不正当竞争行为规制的立法完善	39
4.1.1 新增针对数据抓取行为的专项条款	39
4.1.2 构建更明确的赔偿金额评估制度	40
4.2 数据抓取不正当竞争行为规制的司法适用	41
4.2.1 引入利益衡量裁判规则	41
4.2.2 发挥指导案例的作用	43
结论与展望	44
致 谢	46
参考文献	47

前言

（一）选题背景与研究意义

数字经济时代，数据成为互联网企业生存和发展的重要资源，但在企业争夺数据资源的同时，与数据抓取行为有关的案件也在不断增多。合理、恰当的数据抓取行为可以促进数据要素的流通，推动数据市场的发展，给消费者带来更好的产品，但是不正当的数据抓取行为会使相关经营者、消费者的权益都遭受不同程度的侵害。

当前我国法律关于数据产权权属规定不明确，如何对数据产权进行保护也众说纷纭。^①因此法院大多只能通过援引《反不正当竞争法》（下文简称《反法》）第二条“一般条款”这一兜底条款来解决因不正当的数据抓取行为而产生的纠纷。“一般条款”具有概括性、笼统性，尽管我国法院根据个案中提炼或创设了认定数据抓取不正当竞争的具体原则：如互联网经营者之间进行数据共享要遵循的“三重授权”原则；“非公益必要不干扰原则”等。但是这些裁判原则仍然存在一定的争议，其适用范围小，具有局限性，在类案中也未广泛运用，商业数据权益如何更好的通过《反法》来保护成为难题。

研究为何选择《反法》来保护数据产权，如何更好的通过《反法》来规制不正当的商业数据抓取行为具有一定的理论意义和实践意义。一、将主流数据权益保护路径的优劣进行比较，得出《反法》路径保护的优势和现实可行性，有利于丰富数据权益保护方面的研究；二、将往年涉商业数据抓取相关案例进行归纳分析，得出现存问题并提出相对应的建议，能为司法裁判提供一定的指引作用；三、随着《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》的出台，该研究也能为《反法》能更好的规制商业数据抓取不正当竞争行为提供思路。

（二）研究现状

国内学者基于数据产权归属问题观点不同，对于商业数据保护的法律路径选择也产生的不同的观点，主要可以分为赋权保护和行为规制两大类。赋权保护具体可以细分为知识产权保护说、合同法保护说、侵权法保护说、数据财产

^① 杨志琼. 数据时代网络爬虫的刑法规制[J]. 比较法研究, 2020(04):185-200.

权保护说等。

部分学者主张通过知识产权法来保护数据权益，一是运用《著作权法》进行保护，朱宝丽学者支持通过《著作权法》对数据集合进行保护，但是也承认该保护方式适用范围非常局限；^①二是通过设立新的邻接权的方式保护数据产权。陶乾、崔国斌就是这一观点的支持者。陶乾学者就提出设立“数据处理者权”^②；崔国斌学者提出设立大数据有限排他权。^③部分学者主张运用民法中的合同法和侵权法保护，梅夏英学者就认为数据具有非财产性和非客体性的特点，可以通过合同法和侵权法进行救济。^④而近些年随着数据产权保护的讨论不断深入，主张赋权保护路径的学者基于不同角度提出了许多新型数据财产权。如周秀娟、陈斐提学者出的资产权与数据经营权^⑤、申卫星学者提出的设立数据用益权等^⑥。杨翱宇学者还提出可以在数据之上创建一种独立的财产性权利——准财产权。^⑦

除此之外，还出现了主张以公法为主的保护路径，如李晓宇学者认为对数据的保护应由私权利保护转变为公共利益与市场竞争秩序在内的全面保护。^⑧丁晓东学者也认为数据产权可能造成公共资源私有化、溢出效应丧失等问题。^⑨

行为规制主要是通过竞争法规制，这些学者反对利用民法财产权及知识产权这种强保护路径，他们认为这样会抑制数据的流通增加数据交换流通的成本。刘源、李晓宇等学者就是这种观点的支持者。^⑩支持通过竞争法来保护数据权益的学者也存在以下三个方面的分歧：

第一，关于反不正当竞争法调整的主体适格方面。在认定竞争关系以及经营者这一概念如何定义有一定的争议。孔祥俊教授主张“行为说”来界定经营者，反对片面机械理解经营者的概念。^⑪刘沛昀、沈瞿学者则反对将竞争关系过

^① 朱宝丽. 数据产权界定: 多维视角与体系建构[J]. 法学论坛, 2019, 34(05): 78-86.

^② 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.

^③ 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.

^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 周秀娟, 陈斐. 数据新型财产权的构建路径研究[J]. 电子科技大学学报(社科版), 2020, 22(03): 1-7.

^⑥ 申卫星. 论数据用益权[J]. 中国社会科学, 2020(11): 110-131+207.

^⑦ 杨翱宇. 数据财产权益的私法规范路径[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2020, 38(02): 65-78.

^⑧ 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.

^⑨ 丁晓东: 数据交易如何破局——数据要素市场中的阿罗信息悖论与法律应对, 《东方法学》2022. 2

^⑩ 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.

^⑪ 孔祥俊. 反不正当竞争法的司法创新和发展——为《反不正当竞争法》施行 20 周年而作[J]. 知识产权, 2013(12): 3-16.

于泛化。^①第二，对于 Robots 协议的定性问题，我国学界对爬虫协议的法律属性的观点还存在一定争议，如支持合同说的宁立志、王德夫。^②当然，目前大部分学者都支持采取行业惯例说，持这一观点的学者有孔祥俊、杨华权、曲三强等人。^③目前司法实践也普遍接受了行业惯例说。第三，对于商业道德具体化认定的问题。有些学者赞成将是否违反 Robots 协议纳入商业道德具体化的认定中，如陈兵学者。^④由于数据抓取不正当竞争行为所涉及的利益主体较多，应该综合考量各方因素来对商业道德具体化进行认定。如谢兰芳、黄细江、叶明、陈耿华就是这一观点的支持者。

（三）研究方法

1.案例研究方法。本文以“数据抓取”、“不正当竞争”为关键字，检索、筛选出 11 个典型案例，主要从商业道德论证、赔偿金额这两个关键指标探究数据抓取在司法实践中的现状和问题，为运用《反法》规制商业数据抓取行为的规范具体设计提供导引。

2.比较研究方法。文章选择日本、美国最新立法及案例，为数据抓取路径选择提供证据以及为数据抓取涉反不正当竞争立法和司法适用的完善提供思路。

3.文献研究方法。本文将现有学界的研究成果进行归纳学习，为商业数据抓取行为的不正当性的认定思路提供参考。

（四）文章结构

本文除前言和结论与展望以外，共由四个章节组成。第一章，主要介绍了商业数据抓取行为制度背景，主要阐述了商业数据抓取行为的产生和界定，并对商业数据抓取行为进行了立法梳理。第二章，以数据权益的归属为逻辑起点，数据界权观点不同会导致对于商业数据保护的法律路径选择不同。因此本文依次对不同学说的利弊加以分析，最后明确了本文观点，即通过《反法》来规制商业数据抓取行为是最具有现实可行性的做法。但是当前通过《反法》来规制数据抓取行为同样存在一定的现实问题，通过检索近 10 年的案例，筛选出经典案例进行归纳分析，得出司法实践中存在商业数据抓取行为正当性判定的泛道德化；商业数据抓取损害赔偿机制不完善；数据权益考量偏向单一等问题。第

^① 刘沛昀,沈瞿和.涉数据竞争行为正当性的判定标准分析[J].电子知识产权,2022(01):44-58.

^② 宁立志,王德夫.“爬虫协议”的定性及其竞争法分析[J].江西社会科学,2016,36(01):161-168.

^③ 杨华权,曲三强.论爬虫协议的法律性质[J].法律适用,2013(04):30-34.

^④ 陈兵.保护与竞争:治理数据爬取行为的竞争法功能实现[J].政法论坛,2021,39(06):18-28.

三章，主要内容是对反不正当竞争法路径选择的理论诠释，从商业数据抓取的不正当性认定的行为主体出发，指出对于《反法》的“经营者”的认定应当更加宽泛，无论是否具有经营资格、是否具有营利性，只要其市场竞争行为影响了市场竞争秩序都应该归于《反法》中经营者的范畴，落入竞争法的调整范围。并分析商业数据抓取不正当竞争行为侵犯的客体，指出在认定商业数据抓取行为具有不正当性时要注重充分考量三方利益平衡。此外，商业数据抓取行为不正当性的分析还应从，数据抓取行为是否经过授权；经营者是否对被抓取的商业数据具有实质性投入；数据抓取者的主观目的；抓取数据的行为是否符合商业道德和行业规范；数据抓取行为的损害结果这五个方面进行衡量。第四章，主要是针对第二章中提炼分析出来的问题提出解决建议，针对商业数据抓取行为正当性判定的泛道德化问题，可以通过新增针对数据抓取行为的专项条款、发挥指导案例的作用来解决；针对商业数据抓取损害赔偿机制不完善，可以构建更明确的赔偿金额评估制度；针对数据权益考量偏向单一等问题，可以通过引入利益衡量裁判规则来解决。

第1章 商业数据抓取行为的制度背景

1.1 商业数据抓取行为的产生与界定

1.1.1 数据和商业数据

在国际标准化组织发布的《信息技术术语标准》中，数据是信息的一种形式化的表现，而这种表现用于沟通、解释或者处理。^①可见“数据”和“信息”是两个不同的概念，“数据”是“信息”的载体，而“信息”往往具有实际的现实意义。根据我国的《数据安全法》第三条，数据是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。根据此概念，“数据”并不局限于电子计算机领域，对“信息”进行记录的形式化表现都可以称之为“数据”。“数据”是一个宽泛的上位概念，其下有个人数据、公共数据、商业数据等^②。由于商业数据并非一个严格的学术概念，本文为了精确分析商业数据抓取行为的相关问题，首先需要通过增设范围条件来明确商业数据的定义。

2022年11月我国市场监管总局公布了《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（下文简称《意见稿》），《意见稿》第十八条将商业数据定义为“经营者依法收集、具有商业价值并采取相应技术管理措施的数据”。该定义明确了商业数据的收集主体、财产价值属性和储存管理手段。而本文将在此基础上进一步限缩，以此来定义作为本文的研究对象的商业数据。第一，商业数据是商主体在市场活动中采集、制作和储存的数据，其记录的“信息”与商事活动相关，区别于公共数据。第二，商业数据必须是依托代码技术存在的数据形式，其储存、传播均依赖于现代电子计算机系统，而电子计算机翻译代码后的表现形式则多种多样，文字、图像、视频、声音都是其外在表现形式，这些表现形式并不影响其作为数据的本质，不同于记录在传统媒介（如纸面、声音等）的数据形式。第三，商业数据必须是具有商业价值可进行商业利用的数据，判断

^① Information Technology—Vocabulary, ISO/IEC 2382:2015(en), 2121272 data, at <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:vl:en>, last visited:2022-12-29

^② 常江,张震.论公共数据授权运营的特点、性质及法律规制[J].法治研究,2022(02):126-135.

数据是否具有商业价值并没有确定的标准，只能根据大众的普遍认知和行业惯例等做出判断，但是具有商业价值的数据往往和企业的盈利手段直接相关，比如企业通过对收集的用户数据进行分析其偏好，并精准投放广告，推荐视频以此来进行牟利，这样的数据的商业价值是十分明显的。因此，对于商业价值的认定，可以根据公众普遍认知、行业惯例以及该数据与商主体盈利的关系来进行判断。

综上，本文所指的商业数据是商主体依托计算机代码技术在市场活动中依法收集、储存，具有商业价值可进行商业利用的电子数字化数据，以及对于前述数据进行加工利用的衍生数据。

1.1.2 商业数据的来源及形成

个人数据是商业数据形成的基础，互联网平台往往是通过收集个人收集，将其处理加工形成商业数据。就数据的采集来看，采集方式可以分为以下几类：第一种，用户主动提供的数据，用户在使用互联网平台的服务前，往往会与平台签订一系列协议，以“淘宝”为例，在“淘宝”为用户提供服务前，用户与“淘宝”首先需要签订《软件许可使用协定》，其中就包括相关的《隐私权政策》，用户必须授权“淘宝”收集使用必要的信息，否则将无法使用“淘宝网”的产品和服务。在用户注册并使用“淘宝”的过程中，用户只能主动提供个人数据，如年龄、地址、性别等，授权平台收集这些个人数据是使用平台服务的前提条件。第二种，平台主动收集的数据。平台可以主动向用户收集，还是以“淘宝”为例，在用户与“淘宝”签订的《软件许可使用协定》中还包括更进一步的使用权限相关的条款，该条款表明，一旦用户开启任一权限即代表授权淘宝可以收集和使用相关个人信息，这些权限包括手机中的录音、录像、地理位置权限，平台可以通过相关权限统计用户的地理位置、停留商品的浏览时间甚至可以通过语音识别出用户的相关购买需求，对用户信息进行去标识化处理，进行相应的商业利用。此外，平台还可以主动向其他经营者收集数据，如通过爬虫技术，收集其他经营者的商业数据。第三种，是经营者之间对于商业数据的相互许可授权使用的数据，目前许多互联网平台之间都有信息数据共享协议，而平台间之所以有权进行数据共享同样是由于最初用户与平台签订的一揽子协议，当然，对此平台方会公布出第三方信息共享清单，而第三方平台通

过主平台提供的 Open API 接口就可以获取相应的商业数据。

1.1.3 数据抓取行为的界定

“数据抓取”是指利用运用自动化算法程序设置目标主题，对于互联网大数据库中的数据进行筛选、采集并储存的行为。^①数据抓取的核心技术是“爬虫技术”。“爬虫”有种更便于理解的叫法是“网络机器人”（web bots），爬虫技术即利用大规模的网络机器人来识别并提取数据，将互联网上的大量数据进行聚合储存。技术工作原理是通过计算机脚本预设特定的查询内容的检索请求，以实现特定网站所内含的一系列网页的信息提取或者对该网站信息的大量收集。^②“爬虫技术”虽然是具有“技术中立性”的，但作为法律主体的人在运用爬虫技术的时候将会产生不同的社会效果，这就需要根据技术使用主体的使用目标、使用方式、产生的后果进行考量。合理的“数据抓取”行为可以给人们的生活带来便利，并产生巨大的经济价值。例如，生活中最普遍的数据抓取运用就是各种搜索引擎对不同网页信息的检索、分析、索引，当人们搜索一个“关键词”时，网络爬虫就从各个网页中检索该关键词，并且将相关的网页进行排序关联，提升人们收集信息的效率和信息的利用率。但是，现实中存在数据抓取技术恶意使用的现象，这会造成不良社会影响。

首先，对网络用户的个人信息安全造成了危害，如在“新浪与脉脉不正当竞争抓取纠纷”一案中，脉脉超越权限恶意抓取微博用户的个人信息，对微博用户的个人信息安全造成了一定危害，好在经过这一案件，我国司法实践由此确立了“用户授权+平台授权+用户授权”的经营者获取数据的三重赋权原则，^③一定程度打击了此种恶意数据抓取行为。其次，侵犯一般经营者的利益，例如，“大众点评诉百度不正当竞争纠纷”一案中，汉涛公司利用爬虫技术，将大众点评中的用户的点评抓取到百度地图软件中，用户在使用百度地图搜索餐厅时，就可以直接看到相关评论，无需打开大众点评 app，这会导致大众点评的客户浏览量变少，而像大众点评这种类型的软件，用户浏览量是其获取利润多少的重要指标，汉涛公司这一行为是一种“实质性替代”行为，侵犯了“大众点评”

^① 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.

^② Andrew Sellars, Twenty Years of Web Scraping and the Computer Fraud and Abuse Act, 7 (24) B.U. J. Sci. & Tech. L. 373-374 (2018). 转引自. 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.

^③ 参见北京知识产权法院（2016）京73民终588号民事判决书.

的利益，影响了其经济收益和竞争力。最后，扰乱了公平竞争的秩序。互联网平台收集用户数据并利用这些资源形成其竞争优势，相当一部分的互联网企业的核心竞争力就是依靠这些商业数据建立起来的，其中花费了许多人力，物力，财力，而这些商业数据如果被恶意爬取的话，恶意爬取者通过“搭便车”以最小的代价获取了有巨大商业价值的商业数据，这明显对于公平竞争的市场秩序造成了严重的破坏。

恶意数据抓取行为会带来许多负面社会影响，“爬虫协议”（Robots 协议）也因此应运而生，“爬虫协议”于1994年由科斯特提出，“爬虫协议”是指网络服务商为了防范其他服务商的数据抓取行为而采取的技术手段来防止和应对其所界定的不当访问。“爬虫协议”作为一种被广泛运用的措施，其法律属性还存在一定的争议。主要分为“合同说”和“行业惯例说”。支持合同说的宁立志、王德夫认为“爬虫协议”属于网络爬取者浏览网站的诺成合同的一部分，是网站数据持有者与网络爬取者之间信息服务合同中的格式条款。^①当然，目前大部分学者都支持采取行业惯例说，持这一观点的学者有孔祥俊、杨华权、曲三强等人。杨华权、曲三强认为“爬虫协议”是体现了相关细分领域公认商业道德的行业惯例；^②孔祥俊教授认为以“爬虫协议”等行业惯例性管理措施约束互联网上数据抓取与反抓取，本质上仍是以协议方式调整数据保护关系，更为符合市场经济的本质要求。^③目前司法实践中也接受了行业惯例说。但本文认为“爬虫协议”的内容不应视为行业惯例，仅仅只能将设置“爬虫协议”这一行为认定为行业惯例。因为具体的“爬虫协议”属于网络运营商单方面规定的措施，具有单方面宣示的特质，只有法院对“爬虫协议”的内容进行实质性判断之后才对其效力进行评价。《意见稿》第十八条第二款同样对违反“数据抓取协议”做出了相关规定，其中就要求“数据抓取协议”是合理、正当的。

1.2 商业数据抓取行为的立法梳理

^① 宁立志,王德夫.“爬虫协议”的定性及其竞争法分析[J].江西社会科学,2016,36(01):161-168.

^② 杨华权,曲三强.论爬虫协议的法律性质[J].法律适用,2013(04):30-34.

^③ 孔祥俊.商业数据权:数字时代的新型工业产权——工业产权的归入与权属界定三原则[J].比较法研究,2022(01):83-100.

1.2.1 我国涉商业数据抓取的立法现状

由于我国尚未出台针对“数据抓取”行为的专项立法，因此，目前司法主要利用《反法》的第二条^①“一般条款”和《反法》第十二条^②“互联网专项条款”来规制公开的商业数据不正当竞争行为，而对于非公开的商业数据不正当竞争行为，则由《反法》第九条^③“商业秘密条款”来规制。

2022年11月我国市场监管总局公布的《意见稿》中新增了涉商业数据抓取的相关条款，如专门针对数据抓取相关行为的第十八条^④以及如何判定相关不正当竞争行为的综合考虑因素第二十一条^⑤。

1.2.2 我国涉商业数据抓取立法的现存问题

(1) “一般条款”缺乏细化解释

从当前商业数据抓取涉不正当竞争的司法实践现状来看，《反法》的“一般条款”是法院解决此类案件的主要裁判依据，“一般条款”作为《反法》的兜底性条款，虽然可以暂时应对因当前数字经济发展迅速而出现的新问题，拓宽《反法》对于新型互联网不正当竞争行为的规制范围，但是由于“一般条款”中的诚实信用原则和商业道德有抽象性和概括性的特点，缺乏细化的解释和标准，这意味着给了法官过大的自由裁量权，不同的法官在个人认知和价值取向都有不同，适用如此宽泛的条款容易导致同案不同判的现象。此外，适用“一般条款”来认定商业数据抓取行为的不正当性主要从是否违反“商业道德”或者“诚实信用原则”两个方面来判断，而就数据抓取相关的“商业道德”就比

^① 《中华人民共和国反不正当竞争法(2019 修正)》第二条：“经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。”

^② 《中华人民共和国反不正当竞争法(2019 修正)》第十二条：“经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转……”

^③ 《中华人民共和国反不正当竞争法(2019 修正)》第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；……

^④ 《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》第十八条 经营者不得实施下列行为，不正当获取或者使用其他经营者的商业数据，损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场公平竞争秩序：（一）以盗窃、胁迫、欺诈、电子侵入等方式，破坏技术管理措施，不正当获取其他经营者的商业数据，不合理地增加其他经营者的运营成本、影响其他经营者的正常经营；……

本法所称商业数据，是指经营者依法收集、具有商业价值并采取相应技术管理措施的数据。

^⑤ 《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》第二十一条 判断是否构成本法第十三条至第二十条规定的不正当竞争行为，可以综合考虑以下因素：

（一）对消费者、其他经营者合法权益以及社会公共利益的影响；……

较困难，首先违反“行业惯例”是否违反“商业道德”，上文提到的经营者自己设置的“Robots协议”内容本身并非“行业惯例”，设置“Robots协议”这一行为才属于“行业惯例”，而只有法院对“Robots协议”的内容进行实质性判断之后，该协议才可能成为“商业道德”的认定因素之一，因为“行业惯例”并非是道德的，“行业惯例”只能说是一个行业中存在的一个普遍现象，而普遍存在的就不一定是道德的，^①“行业惯例”也在不断的变动当中，特别是处于不断变动的数字市场，新兴的“行业惯例”能否经得起时间的检验，进而成为“商业道德”的一个评判因素，仍有待商榷。再者，“商业道德”和“诚实信用”的评判也需要法官进行具体评价，“商业道德”和“诚实信用”并没有被法律进行具体化，认定标准较为模糊。当然，目前通过法解释路径来解决“商业道德”未具体化的情况确实可行，近些年的司法实践也提供了新的认定不正当竞争数据抓取具体规则，如前文提到的法院从新浪与脉脉的不正当抓取纠纷案件中归纳出的三重授权原则。但是这一原则会造成数据的流通效率低下，还存在一定的争议，该原则是否合理有效还值得商榷。

（2）“互联网专项条款”适用范围十分有限

目前司法实践利用《反法》来规制数据抓取主要依赖“一般条款”其主要原因是《反法》第十二条“互联网专项条款”所列举的行为无法与现有数据抓取行为进行相应的匹配，该条款虽然是针对互联网的专项条款，但是并非针对“数据抓取”这一行为。因此，法院在适用“互联网专项条款”来规制“数据抓取”行为时也只能援引该条款的第四款，也就是兜底条款，如“腾讯诉北京微梦”不正当竞争一案^②，可见由于“互联网专项条款”的行为列举无法匹配当前的商业数据抓取行为，其适用范围十分有限，当前亟待具有针对性的专项条款来弥补当前法律的滞后性。而本次的《意见稿》新增的第十八条采用了封闭列举式的立法结构明确了商业数据不正当抓取行为类型，设置了针对数据抓取行为的专项条款，反映了试图摆脱对《反法》一般条款的依赖的立法趋势。

（3）“商业秘密”条款的适用局限

非公开的商业数据不正当竞争行为，由《反法》第九条“商业秘密条款”来规制。但是“商业秘密”条款同样存在适用的局限性，商业数据要符合企业数

^① 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(5): 74-82.

^② 参见(2021)浙8601民初309号判决书.

据要符合“秘密性”“有价值性”和“保密性”三个构成要件才能获得商业秘密条款的保护。^①“秘密性”要求商业数据不为公众所知悉，保密性则要求权利人为防止数据信息泄漏采取了保护性措施。但是认定商业数据为商业秘密通常存在困难，特别是商业数据秘密性的认定。^②比如互联网经营者从公共领域获取并的信息，但其在获取后进行了加工、组合并采取了技术性措施进行保护，这种来源于公开信息的商业数据在认定其秘密性时就存在困难。因此，商业秘密条款同样存在适用的局限性，司法实践中法院通常绕开商业秘密条款而采取“一般条款”来规制数据抓取涉不正当竞争行为，如“新浪诉脉脉案”中，脉脉抓取新浪平台中的数据中存在处于公共领域的部分商业数据，而且原告新浪公司提出了通过商业秘密条款进行保护，但是法官最后还是通过《反法》“一般条款”进行救济。

^① 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.

^② 北京市高级人民法院知识产权庭课题组《反不正当竞争法》修改后商业秘密司法审判调研报告[J].电子知识产权, 2019(11):65-85.

第2章 商业数据保护路径及司法保护现状

2.1 商业数据保护路径选择

2.1.1 商业数据既有知识产权保护路径受限

企业数据和知识产权的客体具有共通性，比如都可复制且无形，因此不少学者主张通过知识产权法进行保护。但是对于商业数据的保护，知识产权既有保护路径具有局限性：首先，商业数据很难成为具有独创性的作品，无法成为著作权的客体。企业数据作为一种数据集合，企业构建的数据库往往都追求其数据的精准和全面，其加工过程简单且基础，尽管其数据的加工编排依照了特定的指令，但是仍无法满足著作权法的独创性的要求，因此该路径保护范围非常有限。此外，有学者提出根据《著作权法》第14条有关汇编作品的规定，企业选择所收集的数据进行编排，其内容在选编上具有独创性的企业数据，可以通过《著作权法》进行保护。但是通过汇编作品这一条款来保护商业数据同样存在缺陷，《著作权法》第14条有关汇编作品的规定所保护的法益为编排结构，而非内容，对于企业数据而言的话，仅仅只保护企业数据具有独创性的编排方式，而非具体数据，因此，就算企业对于其企业数据有汇编权，仍然不能保护其尤为重要的商业数据本身。综上，以《著作权法》作为一种保护路径的作用十分有限。

学界不少学者也主张赋权的方式来保护企业数据，他们主张在著作权法上设立一项关于数据的新型邻接权。如陶乾学者就提出在我国《著作权法》上设立一项由产生数据的程序或设备的使用权人享有的对数据成果的“数据处理者权”^①；崔国斌提出在著作权法的框架下设立大数据有限排他权。^②设置邻接权的确是一种可行的保护路径，但是并非既有保护路径，这种保护模式还需要一定时间的探索，此外，知识产权的立法目的与数据保护法律的目的不尽相同，

^① 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.

^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.

前者鼓励创新性贡献，而后者保护各方合理期待、鼓励企业投入以激发市场活力。因此，利用知识产权法来保护商业数据权益存在一定的难度，对于规范数据抓取行为，通过改良现行反不正当竞争法更具有现实可行性。

2.1.2 商业数据的财产权保护路径存在不足

当前我国商业数据财产权保护路径主要是参考了现行法中有关物权的规定，通过法律赋予商业数据财产权从而保护商业数据。第一种赋权方式是在数据上设立一种新的绝对权，但是由于数据信息具有非排他性和非竞争性的特点，不宜在其上设置绝对权，设置绝对权会阻碍市场参与者对于数据之间的共享，不利于数据市场的发展进步。此外，从商业数据的收集和形成过程来看，商业数据涉及的权利主体有个人、企业、甚至是社会公众，设置绝对权无法解决以上权利主体发生争议时的权利顺位问题。

而近些年随着数据产权保护的讨论不断深入，出现了很多学者基于不同角度提出了许多新型数据财产权。根据数据的来源和对商业数据形成所做出的贡献，设置商业数据所有权和用益权的二元权利结构。^①如设立用户的数据资产权与企业的数​​据经营权、数据用益权等，以此保障权利强度的适中，实现信息自由和信息保护之间以及各方利益之间的相对平衡。^②设立以上财产权虽有效解决了各权利主体发生争议时的权利顺位问题，但在如今数据共享为常态的信息时代，第三方数据共享非常常见，企业与企业可能同时拥有对于商业数据的数据经营权，如何对权利认定成了问题，企业之间的利益冲突无法有效解决，最终可能还是需要根据现行的反不正当竞争法来解决纠纷。值得一提的是2022年6月，中央全面深化委员会的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》中提到，要建立数据产权制度，建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制。^③由此看来，尽管数据具有非排他性和非竞争性的特点，商业数据的财产权保护路径可以通过巧妙的立法技术在未来实现。但是，商业数据的财产权化是立足于传统私法的微观视角下对平等主体之间利益平衡的均衡，而缺乏对数据市场发展的宏观考量，商业数据的自由流

^① 申卫星.论数据用益权[J].中国社会科学,2020(11):110-131+207.

^② 杨翱宇.数据财产权益的私法规范路径[J].法律科学(西北政法大学学报),2020,38(02):65-78.

^③ 王洋. 中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见.[EB/OL].(2022-12-19).http://www.gov.cn/zhengce/2022-12/19/content_5732695.htm. last visited:2022-12-29

通是数字市场能繁荣发展的关键，实践当中互联网平台大多抓取的都是公开的商业数据，在合理的限度内抓取并使用，未造成实质性替代或者其他严重后果，这种行为是理应被认同的。数据的权利化可能会强化大互联网企业对于数据的垄断，损害市场的公平、自由的市场竞争秩序。

2.1.3 商业数据的合同法和侵权法保护路径存在缺陷

部分学者主张运用合同法保护商业数据，无须设置新的商业数据财产权。他们认为可以将商业数据视企业的经营生产要素的一种，可以通过订立合同灵活、自由的实现数据的顺利流通，这样更有利于数据市场的发展。但是合同法保护路径同样存在缺陷，基于合同的相对性原理，合同法保护路径无法解决第三人侵权的问题，事实上，现在许多互联网公司就是通过订立合同的方式进行数据共享，上文也提到了这些互联网企业会将第三方数据共享平台进行公示，第三人侵害往往是无法事先预见的，因此通过合同法保护路径来保护商业数据的作用有限。对于第三人侵害无法通过合同法这一保护路径解决这一问题，有学者提出可以通过侵权法来寻求救济。但是运用侵权责任法这一保护路径同样存在局限，一是财产损失计算无法确定，相当多的互联网企业的都是通过用户浏览量盈利的，例如上文提到的，“大众点评诉百度不正当竞争纠纷”一案中，汉涛公司的行为影响了“大众点评”的浏览量，而具体损失了多少浏览量，其中多少浏览量与汉涛公司的行为具有因果关系，这些问题都无法解决。因此采取合同法和侵权法来保护数据产权较为困难。

2.1.4 反不正当竞争法规制商业数据爬取行为的解释路径的可行性

反不正当竞争法保护公平公正的市场秩序，保护范围相对较广，能在数据相关立法尚不完善的时候为数据权益受到侵犯的企业提供相应的救济。现国内与数据抓取行为相关的案件大多都是通过适用反不正当竞争法来解决的。通过反不正当竞争法规制商业数据抓取行为具有以下几点可行性：

第一，从规制模式来看，《反法》的行为规制模式与当前商业数据的保护现状相契合，当前商业数据的权属问题尚不明确，赋权保护模式仍存在争议，行为规制模式无需考虑商业数据的权属问题，而传统私法需要明晰的权利基础状态。例如，上文提到的知识产权保护路径和从财产权保护路径，这两个路径的适用思路首先都需要证明争议对象是否能成为相应的权利客体，再结合具体

的案件情况判断相应权利是否受到侵犯，能寻求何种救济。而采取行为规制模式的《反法》的适用思路则不同。首先行为规制范式无需考虑争议对象是否能成为相应的权利客体，无需遵守权利本位原则，而对竞争行为的经营者身份的认定、竞争关系的界定、竞争行为的正当性与否等行为构成要素进行分析评判。这样的行为规范模式可以跳过了目前理论争议较大的商业数据权属问题，是更加务实的选择。

第二，从法益保护范围来看，《反法》比专有权保护范式的知识产权法等法的保护范围更大，而商业数据权益的保护就需要平衡各方利益。从商业数据的收集和形成过程来看，商业数据涉及的权利主体有个人、企业、甚至是社会公众的权益，《反法》作为维护市场秩序的兜底性法律相比与其他法律有更大的优势，更契合平衡各方利益的需要。根据以往司法实践中的案件，数据抓取相关的案件时通常适用的《反法》的一般条款，其中就包含了对商业道德和行业规范、诚实信用原则等因素方面的考量，司法者根据这些因素进行判决时可以根据行业发展的进行相应的调整，充分考量各方利益对竞争行为进行评价。而对于市场中正当的竞争行为，有较强谦抑性的竞争法则不予以干涉，维持了数据市场的自由竞争，促进了数据市场的繁荣发展。此外，对于消费者和公共利益，《反法》同样做了相应平衡。本次《意见稿》中也体现《反法》对这些利益的考量，如《意见稿》第二十一条对不正当竞争行为的认定所考量的因素有：对消费者、其他经营者合法权益以及社会公共利益的影响。这体现了未来的立法趋势和竞争法的立法精神。总而言之，竞争法对各方利益进行平衡考量，相对于民法和知识产权法的单一权利保护更有利于自由公平的竞争市场的发展。

第三，从既有法律规范来看，《反法》规制路径有现行可行的法律规范。当前通过《反法》解决商业数据不正当抓取问题主要有两种途径：一是对于未公开的商业数据权益被侵犯可以适用《反法》中的商业秘密条款进行救济。二是对于公开的商业数据权益被侵犯可以适用《反法》中的一般条款进行救济，尽管目前通过一般条款来解决商业数据抓取相关的问题仍存在问题，如泛道德化。本文第二章将对于当前适用《反法》存在的问题进行详细论述。但是仍然可以通过法解释路径来解决，近些年的司法实践也提供了新的认定不正当竞争数据抓取具体规则，如法院从新浪与脉脉的不正当抓取纠纷案件中归纳出的三重赋权原则。值得一提的是，本次的《意见稿》新增的第十八条采用了封

闭列举式的立法结构明确了商业数据不正当抓取行为类型，并在第二十一条列举了认定商业数据不正当抓取可以综合考量的因素，摆脱了对《反不正当竞争法》一般条款的依赖，这也充分说明通过《反法》来规制商业数据抓取行为是一条可行路径。

2.2 我国商业数据抓取涉不正当竞争的司法现状

2.2.1 商业数据抓取行为正当性判定的泛道德化

如前文所述，由于我国现有立法对于数据抓取行为没有出台具体的限制性规定，因此只能依靠《反法》来进行规制，实践中大多数情况只能依赖《反法》第二条“一般条款”作为裁判依据，其中“一般条款”中的“诚实信用原则”和“商业道德”评判则是判断商业数据抓取行为是否正当的主要考量因素，笔者对2011年到2021年我国发生的涉商业数据抓取不正当竞争案件中选取了11个典型案例并将法院对于“商业道德”和“诚实信用原则”相关的论证进行了梳理，如表一所示。可以发现法院往往将“搭便车”、“形成实质性替代”、“破坏正常经营活动”等行为作为违反“商业道德”或者“诚实信用原则”的典型行为。

法院在论证“搭便车”行为的论证思路是先肯定一方对数据的收集和整理上的投入，同时指出另一方对于数据未付出劳动、支出成本但获取了相应的商业利益，违反了商业道德，从而构成不正当竞争。在2015年的“大众点评诉百度案”中法院在“搭便车”的论证后还引入了“实质性替代”这一概念，凸显了数据抓取行为的可谴责性，提高了说理力度。表一中的“大众点评诉爱帮案”、“大众点评诉百度案”、“酷米客诉车来了案”、“淘宝诉美景案”、“阿里巴巴诉码注案”都是这种论证思路，这一论证思路在2011到2021年的司法实践中已经逐渐被接受和认可，但是付出劳动、支出成本并不意味着有专有性财产权保护，《反不正当竞争法》不是权益保护法，其鼓励自由公平竞争，如果仅仅依靠投入资源这一条件就为“数据权益”提供类似“著作权”类似的专有性保护，可能会让大互联网公司对于数据形成垄断，甚至破坏健康自由公平的

竞争环境。^①这一论证思路缺乏对“投入资源整理过的数据”这一劳动成果是否应当给予法律上认可的思考，也缺乏对于其他营业者利益、公共利益的综合考量。

法院将“破坏正常经营活动”、“破坏原有的经营模式”、“破坏竞争优势”作为违反“商业道德”或者“诚实信用原则”的典型行为，如表一中的“新浪微博诉脉脉案”、“淘宝诉美景案”、“新浪诉饭友案”、“微信诉聚客案”，这些经典案件都强调原告经营模式、竞争优势应当予以保护，强调被告对原告造成的损害，将商业道德论证简单的程序化，即原告通过合法经营获得竞争优势和固定的商业模式，被告主观上想要通过数据抓取行为获取商业利益，原告遭受损失，因而被告违反“商业道德”，属于不正当竞争行为。这样判断违反商业道德这一论证过程往往流于形式，因数据而起的商业利益为逻辑起点，辅之以投入积累资本和劳动的价值增强原告利益应受保护的合理性，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，实则作为一种“私益优先”的保护模式。^②商业道德没有统一细化的标准，商业道德的评判也只能根据个案进行相应的评判，现在的《反法》已经保护经营者、消费者、社会公共利益和竞争秩序，如果没有结合这一价值位阶进行综合考量，仅仅考虑经营者所受的损失和经营者经营模式的保护性，这样就违背了《反法》的立法目的。

为了让“商业道德”判断的根据更加具体化，法院在“新浪诉脉脉”案中还创造性地提出了三重授权原则，但是该原则的应用场景也局限于第三方平台在 Open API 获取商业数据的情况，此外该原则也存在数据共享效率低下的问题，不利于数据的流通和数据市场的发展，在“新浪诉脉脉”案后司法实践中适用该原则的案件非常少，也反映了该原则的适用范围相对局限。此外，“Robots 协议”这种互联网行业惯例也成为法院论证商业数据抓取行为是否正当的一个因素，如表一中的“阿里巴巴诉码注案”，法院在论证被告违反“商业道德”时就考虑了违反“Robots 协议”，法院认为涉案数据虽公开，但是阿里巴巴的爬虫协议做出了禁止抓取数据的法律声明，因此被告抓取商业数据超出必要限度，违反“商业道德”和“诚实信用原则”，属于不正当竞争行为。但是“Robots 协议”的内容是经营者自行设置的，反映的是经营者自己的利益追求，不宜直接作为评判商业数据抓取行为不正当性的标准。^③这一点在表一中“大众点评诉

^① 仲春.数据不正当竞争案件的裁判规则[J].人民司法,2019(10):16-21.

^② 陈兵.互联网新型不正当竞争行为审裁判路实证研究[J].学术论坛,2019,42(05):26-38.

^③ 范长军.行业惯例与不正当竞争[J].法学家,2015(5):89, 89.

百度案”也有所体现，不能认为只要遵守“Robots 协议”就一定不构成不正当竞争。此外，在表一“字节跳动新浪案”中，二审法院从其他经营者、消费者、竞争秩序等多个因素对于“Robots 协议”的内容进行具体分析其正当性。而一审法院对于“Robots 协议”认定正当性的考虑角度较为单一，主要以原告的利益作为评判因素，忽视了其他多种因素。可见，目前司法实践中对于“Robots 协议”的法律性质、如何进行其正当性的评判以及是否应该作为“商业道德”的评判因素仍不成熟。

综上，当前商业数据抓取行为正当性判定的泛道德化的现象，同时也反映了当前司法对《反法》一般条款的依赖性，对于商业道德的判断需要不断与时俱进的更新结合个案，综合分析其他经营者、消费者、竞争秩序等多个因素。对于现司法实践对《反法》一般条款的依赖，则亟待新的专项条款来替代。

表一 2011 到 2021 年数据抓取涉不正当竞争相关案件中的商业道德论证

裁判年份	案件名称	案号	商业道德论证
2011 年	大众点评诉爱帮	(2011) 一中民终字第 7512 号	被告未付出劳动，直接利用技术手段获取数据，并以此获取商业利益，是“搭便车”的行为，违反商业道德
2015 年	新浪微博诉脉脉	(2016) 京 73 民终 588 号	被告未取得新浪和用户的授权，获取并使用新浪用户的信息，侵犯了竞争优势，破坏了互联网行业的公平竞争秩序
2015 年	大众点评诉百度	(2016) 沪 73 民终 242 号	被告虽未违反爬虫协议，但是未对抓取信息作出贡献，是“搭便车”，违反了商业道德
2017 年	酷米客诉车来了	(2017) 粤 03 民初 822 号	被告利用技术手段无偿获取并使用原告数据的行为，是“不劳而获”的行为，破坏他人市场竞争优势，违反了诚实信用原则。
2017 年	字节跳动诉新浪	(2021) 京 民终 281 号	对于爬虫协议进行绝对化的合法性判断，而应结合经营领域和经营内容、对其他经营者、消费者以及竞争秩序的影响等多种因素进行综合判断

第 2 章 商业数据保护路径及司法保护现状

2017年	淘宝诉美景	(2018)浙01民终7312号	被告以“咕咕互助平台”实质性替代了“生意参谋”数据产品，破坏了原告的商业模式、市场竞争优势、核心竞争力，扰乱了大数据行业的竞争秩序，违反了诚信原则和公认的商业道德
2019年	阿里巴巴诉码注	(2019)浙0108民初5049号	原告为收集数据投入了大量资源，被告显然超过合理限度，损害了原告的利益，违反的商业道德
2019年	新浪诉饭友	(2019)京73民终2799号	被告已对原告产品构成实质性替代，破坏了原告数据的展示规则，构成不正当竞争。
2019年	微信诉聚客	(2019)浙8601民初1987号	被告擅自获取、使用涉案数据，不仅危及用户的数据安全，且对原告基于数据资源整体获得的竞争权益构成了实质性损害。被告的行为有违商业道德
2020年	蚂蚁小微金融诉苏州朗动	(2020)浙01民终4847号	被告利用信息抓取技术，分类整理供某网络平台用户查询损害数据原始主体的商业利益，损害了以信用为基础的市场竞争秩序。
2021年	腾讯诉北京微梦	(2021)浙8601民初309号	被告违背诚实信用原则，干扰其他经营者的运营模式和盈利方式，破坏市场活力，并足以实质性替代。

2.2.2 商业数据抓取损害赔偿机制不完善

目前司法实践中对于商业数据抓取的法律 responsibility 方面适用的是《反法》第十七条^①，该条文规定了赔偿数额由被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，由侵权人因侵权所获得的收益确定。但是商业数据抓取造成的损失以及侵权人所获得收益都难以确定合理的数额，数据的价值和因被“实质性替代”所造成的流量损失都难以进行评估，因此绝大多数情况下，对于数据抓取行为造成的赔偿数额，都由法院评估各方面因素进行酌定。笔者将笔者对 2011 年到

^① 《中华人民共和国反不正当竞争法(2019 修正)》第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。

经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。

因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。……

2021年我国发生的涉商业数据抓取不正当竞争案件中选取了11个典型案例并将这些案例的原告索赔金额，法院判赔金额，法院裁量的因素进行了统计梳理，如表二所示。表二中的十一个案件，都是以法院酌定的方式进行赔偿金额的确定，判赔的方式单一且笼统，赔偿项目基本都由经济损失和合理费用组成。由于大多数互联网公司的盈利点都是来自增值服务和广告收入，通常来说数据抓取所造成的危害结果并不是可计算的经济损失，如表一中的“淘宝诉美景案”“新浪诉饭友案”等案件被告都是通过数据抓取行为，造成的“实质性替代”降低了原告用户对原告产品的忠诚度和依赖程度，进而达到争夺用户、削弱原告的竞争优势的目的。而竞争优势无法通过计算来确定，竞争利益也无法精确评估，互联网中的用户资源也无法进行计算，数据的价值，流量的损失也是如此，这一类的损失都不会表现为直接经济损失，原告也就无法获得公正合理的赔偿。

也正因为上述损失难以进行评估，司法实践中也存在原告举证难，获得赔偿数额较低的问题。从表二中的十一个经典案例中的赔偿数额来看，原告所获得的获赔金额都远远小于其索赔金额，其主要原因是由于原告无法提供充分的证据证明因被告的数据抓取行为所造成的实际损失，至于被告因数据抓取行为所获得的利润则更难证明。具体而言有两个原因，一是数据抓取行为的与损害结果之间的因果关系难以证明。以最常见的流量损失为例，影响流量的因素有很多如原告的运营策略、投入资金、社会舆论走向等等因素，无法将所有流量损失归咎于被告的数据抓取行为。二是原告的举证责任过重，由于数据抓取行为往往较为隐蔽，数据的获取行为和使用行为之间也存在界限，“谁主张谁举证”原则在数据抓取不正当竞争的情况下对于原告来说举证责任过重，前文也论述了损害的诸多方面难以进行评估，更不用说被告因数据抓取所获得的利润，原告难以获取被告的经营材料，因而陷入无从举证的难题。正因为举证难的问题存在，原告所获得损害赔偿数额也较低，这一点在“新浪诉脉脉案”、“大众点评诉百度案”等诸多案件中均有体现，法院通常以原告未被告行为给其造成的具体损失为由对于赔偿金额进行酌定，但是就新浪、大众点评、淘宝这样的拥有上亿用户的互联网企业来说几十、几百万的赔偿必将低于收集数据、使用算法整理数据、获取用户资源的投入资金和消耗的时间，这样的赔偿金额显然过低。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/865322221022011103>