

未阐明的规则： 数据权益不正当竞争的实证检视、路径重塑与具案证成

广州互联网法院 吴博雅

广东证监局 张峻宇

论文提要：

互联网数据驱动型产业发展背景下，市场主体围绕数据控制与运用的权益争夺愈演愈烈，“数据大战”此起彼伏，新类型数据权益竞争纠纷与日俱增。在数据权益规则供给不足情况下，既有司法实践不合理的竞争介入、权利式的侵权裁判思维和抽象式的道德评判问题突出，“类案不同判”现象显著，数据治理能力与社会整体对数据的价值期待存在较大“鸿沟”。回归《反不正当竞争法》对市场调节的补充性、辅助性地位，以促进数据利用、释放数据价值为目标，以数据类型化、竞争行为场景化为基础，构建数据权益竞争规则谱系及行为边界，是数据竞争规制向精确化迈进的关键。通过个案融贯证成，具化新类型纠纷的裁判思维和技术方法，辅助法官在模糊泛化的法律命题中寻找个案答案，为提升数据竞争张力、破解数据竞争危机、优化数据治理体系提供可供参考的技术框架和机制基准。

以下正文：

随着数字经济的快速崛起，数据已成为新的关键生产要素和基础性、战略性资源，被誉为数字经济时代的“石油”^①。与此同时，以数据占有、使用和控制为目的的“数据大战”与日俱增，催生出一批新型不正当竞争纠纷。但司法实践中，数据权属边界认知模糊、不正当竞争认定泛化、个案裁判标准不一、司法规则续造现象普遍，存在过度干预市场竞争之嫌。是否应为数据创设专有权利？是否应扩张竞争法一般条款适用范围？是否应调整传统竞争行为正当性判断标准？是数据市场对司法理念及审判智慧提出的现实命题。对此，本文以互联网环境下企业数据竞争行为^②的实证分析作为法律评价基础，从类型化的数据竞争中归纳司法裁判的一般要素，以期塑造互联网产业内在有序竞争规则提供有效的路径参考。

一、案例群像：数据权益不正当竞争纠纷的表征分析

当前国内数据竞争规则仍在孕育，涉数据法律法规松散错落，数据竞争边界尚不明晰，由此引发的纠纷大多有赖于司法在个案中以不正当竞争纠纷视角予以调整。本文依托“案例群”归纳法，对 60 个数据权益不正当竞争纠纷进行统计分析和归纳梳理^③，从中窥探该类型纠纷呈现出的特质及其之于《反不正当竞争法》的影响。

（一）曲线递增：案件数量持续增长

^① See The world's Most Valuable Resource is no longer Oil, but Data, The Economist, May 6, 2017.

^② 本文所指数据竞争行为主要限于互联网企业间围绕数据收集、使用、获取、加工等环节开展的市场竞争活动。

^③ 本文所涉案件检索时间截至 2021 年 5 月 31 日，检索对象为中国裁判文书网民事裁判文书（含一、二审），检索方式为以“不正当竞争纠纷”为案由、以“数据”“数据抓取”“数据获取”等为关键词，累计获取 397 份裁判文书，经对本院查明及争议焦点部分是否涉及数据不当抓取、数据撞库、数据妨碍使用等问题进行人工排筛，并手动补充知名典型案例，最终累计采集 60 份有效裁判文书。

受数据红利驱动，自 2015 年起，竞争主体争相通过诉讼方式将数据背后涉及的利益诉求权利化，以巩固自身在“大数据革命”中的市场地位，涉数据权益不正当竞争纠纷数量整体呈逐年增长态势。其中，2019 年、2020 年增长集中，与我国大数据技术发展及数字经济规模趋势一致^①。此外，纠纷集中分布于北京、上海、广东、浙江等地区，与经济区域发展、科技及人才因素呈正相关关系。可以预见，未来数据不正当竞争纠纷数量仍将持续增长。

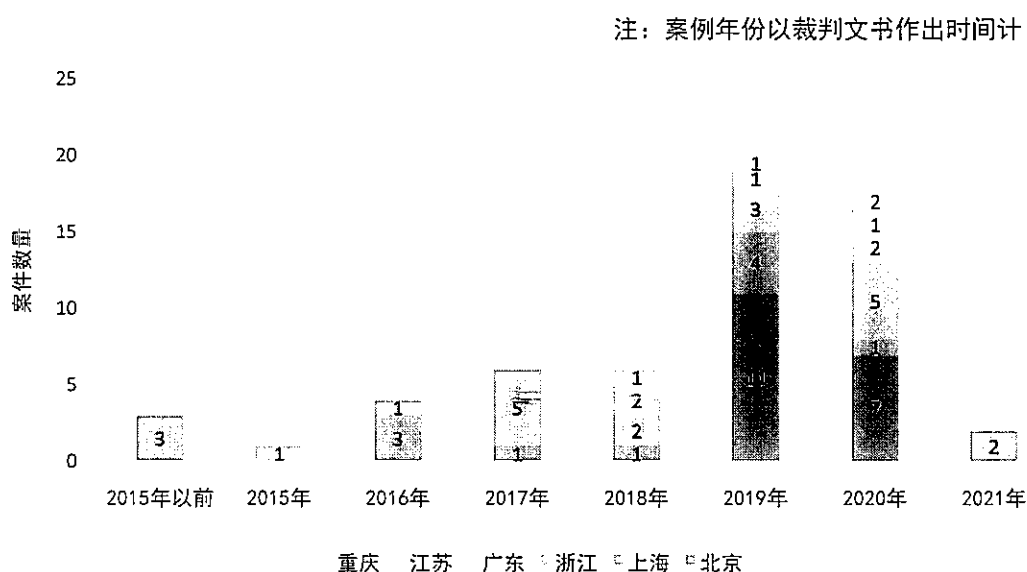


图 1：数据权益不正当竞争案件时间与地域分布情况

（二）多端延伸：数据竞争类型混杂

样本显示，纠纷集中发生于网络社交、影视点播、网上购物等生活 O2O 服务领域，占比达 68.3%，与该等类型企业对数据流量及其衍生利益的核心需求相契合。所涉数据类型主要包括用户发布数据、用户信息数据、经营衍生数据、企业经销数据 4 类，既有直接产生于用户的基础数据，也

^①中国信息通信研究院，《中国数字经济发展白皮书（2021）》，2021 年 4 月。

有经过二次加工挖掘而形成的衍生数据。竞争行为方式上，主要涉及数据不当获取、数据不当使用、数据妨碍使用及数据污染等4类，且4类行为在具体案件中时有交叉。可见，数据权益不正当竞争案件所涉领域、数据客体及竞争类型均趋于新颖化、混合化、复杂化，不断为数据治理提出新问题、新要求。

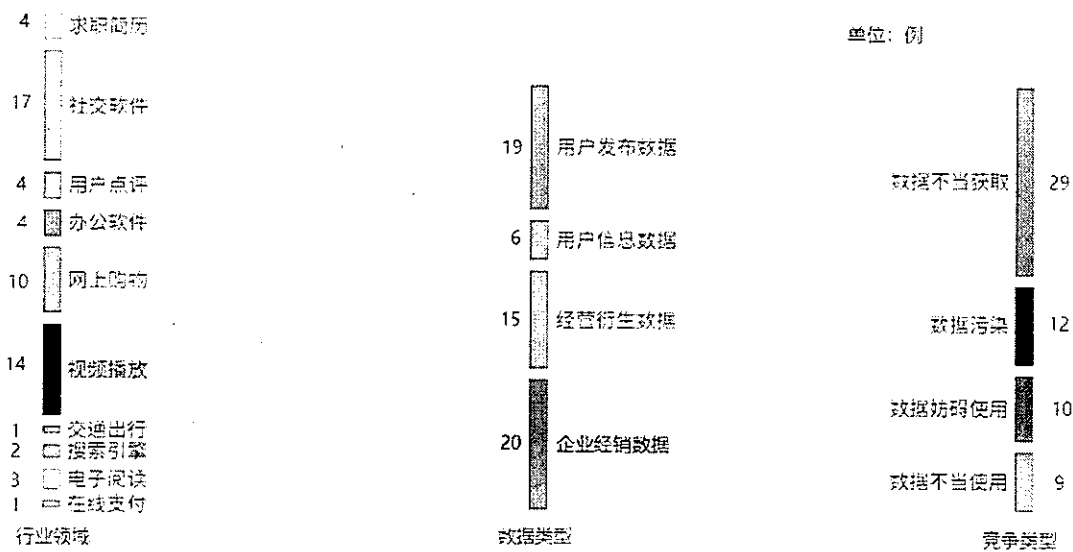


图 2：数据权益不正当竞争案件所涉行业、数据类型、竞争行为类型分布

表 1：数据权益不正当竞争行为类型归纳

行为类型	行为方式	代表案例
数据不当获取	利用网络爬虫技术直接抓取其他竞争者数据资源、程序脚本	酷米客诉车来了案
	通过撞库方式获取其他经营主体的网站用户账号、密码导出数据资源	女装网撞库案
数据不当使用	超出合理限度、约定范围使用其他竞争主体数据	大众点评诉百度地图案
	不当使用政府机关依法采集、制定并开放公示的公共数据	蚂蚁金服诉企查查案
数据妨碍使用	利用技术手段妨碍其他主体合法获取数据，阻碍数据功能实现	字节跳动诉新浪微博案
数据污染	干扰、破坏其他主体数据真实反馈机制，造成其他主体合法获取的数据受到污染、存在瑕疵，影响后续开发利用	腾讯诉企鹅电竞刷量案

（三）趋于笼统：依赖原则性条款裁判

当前，《反不正当竞争法》第2条“一般条款”是数据权益不正当竞争纠纷的主要裁判依据，占比达65%。其中，笼统适用第2条的占比40.4%，单独适用第2条第1款的占比8.5%，与虚假宣传、商业诋毁等类型化条款叠加适用的占比34%。除一般条款外，2017年新《反不正当竞争法》修订实施后，第12条“互联网专条”逐渐引入适用，但仅占25%，且基本均援引第4款“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”的兜底条款。

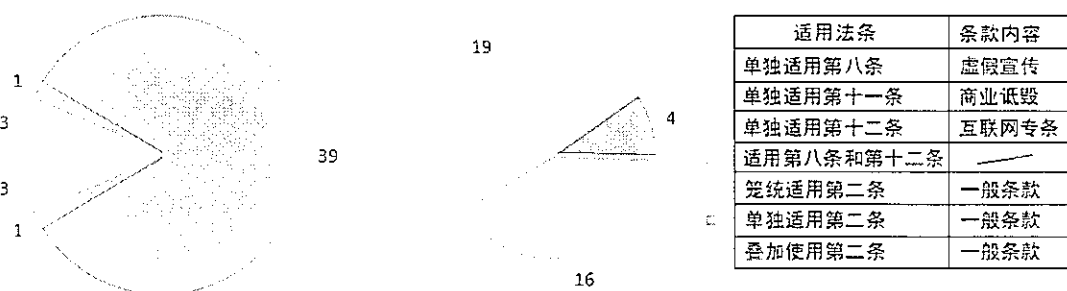


图3：数据权益不正当竞争案件法条适用情况¹

（四）相对离散：竞争认定思路未定型

在竞争行为认定中，个案法官的具体考量因素不统一，且均案所涉及的认定要素达3-4个，而要素间的叠加组合形成了近30种裁判路径，如“竞争关系-未支付成本-行为道德判断”“确定数据法益-行为手段判断-利益受有损害”或“竞争关系-肯定数据价值-未支出成本”等。但绝大部分认定要素

¹仅统计涉《反不正当竞争法》实体性法条适用情况，其他程序性法条未计入；相关条款对照2017年、2019年修改情况进行整合，以新《反不正当竞争法》条款为准。

均在于强调经营者利益保护，仅有 26.4% 的案件将消费者利益、社会公共利益考量在内。不同法官在个案中的规制理念和推理路径各有不同，释法和适法问题争议不断。

表 2：数据权益不正当竞争行为审裁认定要素

审裁认定要素	提及次数	占样本案件比率
案涉数据有价值	12	20.00%
原告享有数据权利	2	3.33%
原告合法权益受损	29	48.33%
双方存在竞争关系	21	35.00%
被告获取非法利益	4	6.67%
被告存在主观恶意	8	13.33%
被告未支出成本	18	30.00%
采用非法技术手段	23	38.33%
行为不符合诚信原则、商业道德	21	35.00%

（五）普遍胜诉：不正当竞争认定率偏高

据统计，数据权益不正当竞争纠纷平均审理时长超 470 天，可以窥见法官对该类案件的审裁似乎尤为谨慎。但从裁判结果上看，法官对新型竞争行为的判断又显得格外大胆且一致，认定案涉行为构成不正当竞争的比率达 88.3%，较同期不正当竞争纠纷胜诉率高出 47.6%、较同期涉互联网不正当竞争纠纷胜诉率高出 13.4%。裁判中对竞争问题的论证多集中于行为“为什么是不正当的”，而不是优先考虑“为什么不是”，体现出一种积极干预的“家长式”思维。

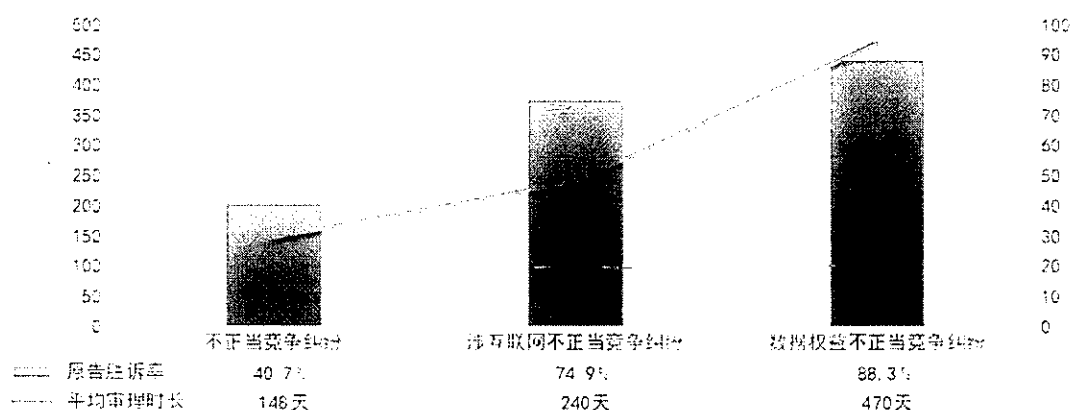


图 4：不正当竞争纠纷案件胜诉率、审理时长对比

二、问题追溯：数据权益不正当竞争判定的现实困境

数据之争所引发的法律关切是新老问题叠加竞合的结果。就老问题而言，如何在《反不正当竞争法》的范畴内对所谓的不正当竞争作出准确的法律评价一直存在法理争议^①，而互联网浪潮带来的数据权属、竞争关系认定等新问题，又加剧了司法裁判困境。可以说，目前的司法实践并没有为数据共享与专享、数据控制与使用等竞争边界给出一个清晰的答案。

（一）认知混沌：数据权属认定边界模糊

1.数据法律性质不明。当前国内关于数据权益的规范散落于《民法典》《网络安全法》《数据安全法》及《个人信息保护法》等法律法规中，且多为原则性、指引性条款，并未明确数据的法律定位和保护方式。在制度供给不足的情况下，司法类案裁判参差不一，竞争利益权利化趋势明显：个别法院以私法自治为基础，根据诉争双方的合同约定确定数据权利边界^②；个别法院则遵循“劳动赋权”模式，直接将数据产品作为“劳动成果”保护

^①丁晓东：《互联网反不正当竞争的法理思考与制度重构——以合同性与财产性权益保护为中心》，载《法学杂志》2021年第2期。

^②北京知识产权法院（2016）京73民终588号民事判决书。

④；个别法院则宽泛的以数据权益、商业模式受到侵害为论证起点，将经营者的竞争优势上升为权利加以保护⑤。

2.数据归属主体不清。数据生成包含数据采集、归集存储、分析处理等多个环节，是个人、企业、组织等多元主体、多重归属的复杂映射。⑥由此，在理论与实务界产生了数据归个人所有、平台所有、个人与平台共用、社会公众共有等多种观点。如欧盟《一般数据保护条例》所确立的数据可携带权⑦被视为数据归个人所有的佐证；“新浪诉脉脉案”中法院提出的“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”的“三重授权”模式，则体现了个人与平台共有的裁判倾向。无论将数据权利配置给哪一方均有质疑。

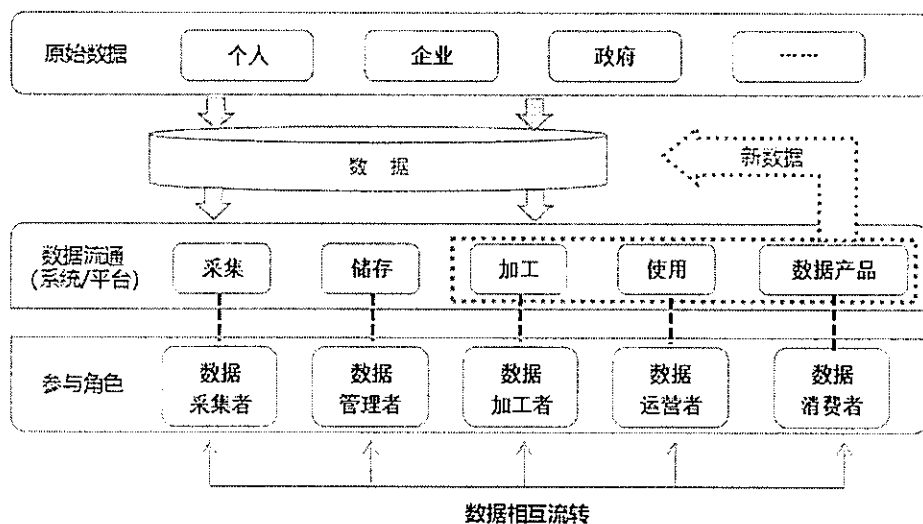


图 5：数据生成、流转所涉环节及主体

3.数据行为规则缺失。数据已然成为市场利益交换的复合型客体，但关于数据收集、使用、抓取等行为秩序仍缺乏基础共识：是否所有的数据

¹杭州铁路运输法院（2017）浙 8601 民初 4034 号民事判决书。

²上海知识产权法院（2016）沪 73 民终 242 号民事判决书。

³梅宏：《数据治理之论》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 65 页。

⁴欧盟《一般数据保护条例》第 20 条规定：数据主体有权获取其提供给控制者的相关个人数据，且其数据格式应当是经过整理的、普遍使用的和机器可读的，数据主体有权从其供给的一方控制者那里无障碍地将此类数据传输给另一个控制者。

抓取行为都先天的应被贴负面标签？是否所有的数据使用行为都需要经过数据控制者的许可？涉数据竞争行为会在哪些领域、在多大程度上影响竞争秩序、增进或削弱市场效率？司法一旦在个案中确立某些权利的优先性，将引发“蝴蝶效应”式的市场结构变更，使司法在市场和数据的不确定性面前显得犹豫不决。

（二）无序扩张：竞争关系认定标准化

1.竞争关系趋于泛化。在数字经济去中心化、去结构化的发展环境下，跨界竞争、多维竞争成为主流，市场主体竞争对象由“经营产品”转变为“连接红利”^①，更加强调对用户群体及其数据资源的直接争夺和占有。这就导致无论市场主体是何种行业、处何种量级，都可能成为特定细分领域的竞争者，传统竞争关系的相对性被消解，也使相对保守的司法陷入了窘境：在缺乏足够经验和共识的前提下，贸然判定特定竞争模式的属性，反而会恶化市场竞争状况、挤占市场在资源配置中的作用空间。

2.竞争关系界定错杂。为应对不断涌现的新型数据竞争行为，司法不得不通过持续扩大竞争关系的认定阈值，但其解释方法莫衷一是，广义竞争关系说、潜在竞争关系说、损害竞争关系说等众说纷纭，甚至在同一案件不同审理阶段，对同一主体间的竞争关系认定标准都无法统一。“一千个案件，就有一千个不同的竞争关系界定”，不仅增加了法官释法、造法的随意性，也降低了司法的公信力，甚至为公权力干预和管制市场的“家长情结”提供寻租空间。

^①罗振、李亮宇：《互联网时代的商业模式创新：价值创造视角》，载《中国工业经济》2015年第1期。

表 3: 数据权益不正当竞争裁判中对“竞争关系”的界定

主要观点	认定标准	典型裁判文书中的论述
广义竞争关系	以商业利益此消彼长认定竞争关系 新浪微博诉鹰击系统案	虽然原被告经营领域不同,但被告行为会减损原告利用该部分数据而可能获得的经营利益,二者之间的经营利益显然存在“此消彼长”的关系,故认定双方构成竞争关系。
潜在竞争关系	以争夺网络用户群体认定竞争关系 新浪微博诉饭友 APP 案	对于竞争关系的判定不应仅限于同业之间的竞争关系。原告经营新浪微博向用户提供创作、分享和查询信息,被告经营饭友 APP 系向明星粉丝提供服务的应用,二者的用户和经营范围高度重叠,故双方具有广义上的竞争关系。
损害竞争关系	以不正当损害他人合法权益认定竞争关系 蚂蚁金服诉企查查案	即使经营者之间不存在直接的竞争关系,经营者也因破坏其他经营者的竞争优势与其产生了竞争关系……数据质量决定了被告与原告在竞争利益损害上的因果关系,因此在本案中原被告双方存在竞争关系。

3.竞争关系要件虚置。事实上,实践中对竞争关系的扩张解释已使其要件地位名存实亡:以不正当损害他人合法权益为标准,混同了竞争关系与损害结果,本质上是对同一竞争行为因果的循环论证;注意力经济模式下,一方优势的确立即意味着另一方劣势的产生,以网络用户群体争夺和“商业上的此消彼长”为认定标准,无疑等同于“全网竞争”,为法官说理论证打开自由闸门。而在部分法官绞尽脑汁释明竞争关系时,已有超6成的法官选择淡化甚至直接否定竞争关系的要件地位^①。个案理念的矛盾与冲突不利于司法裁决的明确性,易导致法官恣意和“类案不同判”现象发生。

(三) 尺度缺失: 竞争行为判断泛道德化

1.一般条款适用随意。适用一般条款调整数字权益竞争行为,逐渐成为司法实务的共识与趋势,但存在被过度依赖甚至滥用的倾向,主要表现

^①杭州铁路运输法院(2018)浙8601民初1020号民事判决书。

为：一是将一般条款与具体条款同时适用，以增加裁判的保险系数；二是适用一般条款调整部分本应由具体条款所规制的竞争行为。如在“酷米客诉车来了案”^①中，法院认定被告采取技术手段破坏或妨碍他人正常运营活动，却仍适用一般条款而非互联网专条予以规制。这既揭示了裁判中对一般条款的具化随意、考量因素不一，也凸显了法官在数据权益竞争规制中缺乏应有自信与熟练，法律适用与思维软化。

2.道德标准诠释泛化。《反不正当竞争法》第2条相当于立法者给予法官的空白令状，为法官对弹性的、演变的生活事实裁判提供一个许可范围。^②但其中关于商业道德、诚实信用等价值词具有天然的主观性、抽象性和不确定性，法官对其认知、判定和分析参差不齐，常常会出现超出法律文本的个案解读。例如，部分案件直接套用“搭便车”“不劳而获”理论，简单地将其与违反商业道德及诚实信用原则画等号，而缺乏对行为本身的实质性考量^③；部分案件则采取损害倒推规则，以行为“破坏其他经营者经营活动”反向推导出“违反诚实信用原则”结论；更有多数案件未对行为为何违反商业道德等进行说理，直接得出行为不正当评价。抽象原则的循环论证使判决充斥各种“道德大词”，市场主体难以探知数据竞争的合理边界。

3.个案规则创设遭受质疑。为将一般条款涵摄到具体数据竞争行为，法官常常主动界定特定市场领域的行为规则，“非公益必要不干扰”“三重

^①深圳市中级人民法院（2017）粤03民初822号民事判决书。

^②[英]尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第150、158页。

^③如上海市浦东新区人民法院（2015）浦民三（知）初字第528号民事判决书。

授权”“最小特权”等各类原则竞相出现，质疑和批判不绝于耳：将竞争行为预设为“干扰”行为与《反不正当竞争法》所倡导的市场竞争原则背道而驰，且何为“公益”、何为“干扰”同样无法明确界定；“三重授权”存在伪隐私保护之嫌^①，对所有数据均设置流通“高标”将抑制技术创新与开发，甚至助长“赢者通吃”的数据垄断格局，等等。可见，一般条款的规则化虽然有利于向社会释放指向性信号，但在瞬息万变的数据竞争领域，恣意“创造”个案数据权益竞争规则的行为，反而加剧了利益分析失衡的混杂局面。

4.竞争损害因果认定困难。在数据权益竞争纠纷中，原告主张的损害主要为流量损失、交易机会减少、广告收入减损、商誉造损坏等非物质形态损失，难以依据某个孤立的“数据”或“数据库”评断竞争损害程度。由于网络生态的复杂性和易变性，原告是否确有损害、所受损害是否源于不正当竞争行为、损害结果受竞争行为影响多深等均无判定标准。而在裁判中，大部分法官均采用罗列方式对损害因素一笔带过，各因素之间的优先序列、对裁判结果的影响程度等不得而知。

三、逻辑纠偏：数据权益不正当竞争认定的路径探究

在互联网领域熊彼特式“创新性毁灭”的竞争模式下^②，司法裁判之于行业规则的意义，更多的在于以法律规范确认和保护某一领域内所应遵循的价值体系。为此，回归《反不正当竞争法》立法定位，根据个案数据属性及竞争行为进行场景化认定，理顺司法判断范式及逻辑进路，将有助于降低法官对数据权益竞争的“知识成本”，从而推动数据竞争规制向精确化

^①许娟：《互联网疑难案件中数据权利保护的风险决策树模型》，载《南京社会科学》2019年第3期。

^②参见熊彼特：《资本主义、社会主义与民主》，吴良健译，商务印书馆1999年版。

迈进。

（一）欲破先立：构建市场优先的不正当竞争规制理念

1.回归竞争法谦抑属性。竞争首先是一个市场问题，自由和不受限制的竞争是优位的，^①在变动不居的数据领域更是如此。因此，应首先破除当前裁判者管制市场的偏好和惯性，坚持竞争行为合法推定原则，不贸然限制或禁止新兴数据技术及其应用模式。尤其应对个案创设具体行为规则保持谨慎，着重考量“规则续造行为”是否会不当地加重行为人的竞争注意义务或不当地介入相关领域的具体竞争行为，以为合理的技术创新和正当的技术中立预留空间。

2.严格一般条款介入必要。在数据使用、流转尚缺乏具体法律规定时，运用一般条款对数据权益不正当竞争行为加以规制，不失为一种可行的路径。但在适用时应做到“两个明确”：一是明确《反不正当竞争法》与其他部门法的调整边界。凡是特定法律规范已作出穷尽性保护的行为方式，原则上不再适用《反不正当竞争法》扩展保护；二是明确一般条款与具体类型化条款的适用顺位。即要求法官在法律适用中积极探寻、发现具体规范，仅在法律确无明文规定，竞争行为确有不正当性或可责性，不制止不足以维护市场公平竞争失序时，方可适用一般条款予以规制。^②

3.关注市场多元动态平衡。社会相关公众已不再是竞争市场的场外人，而是直接以参与和抗衡的角色介入数据竞争，成为评判市场主体间数

^① Anselm Kamperman Sanders, *Unfair competition Law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity*, Clarendon Press, 1997, P8.

^② 参见最高人民法院在（2009）民申字第 1065 号“海带配额案”及《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》（法发[2011]18 号）第 24 条中提出的《反不正当竞争法》第 2 条适用要件。

据行为正当性的“参考法庭”^①。故在个案中，应摒弃“竞争者保护”逻辑，从消费者权益、社会整体利益与竞争者利益平衡的角度规范竞争秩序。这就要求裁判者提升数据市场意识，以发展的眼光审视数据市场需要什么样的竞争秩序，以在最大程度上实现相关利益的兼容。具体考量因素如下：

表 4：数据权益不正当竞争纠纷中的利益考量框架

利益主体	考量因素	代表例证
竞争者利益	基于数据市场自由竞争所享有的利益	数据获取、使用、转让的成本投入和实际收益 数据使用者自由获取数据而产生的竞争优势
消费者利益	基于数据收集、使用、流通等自由决策不受扭曲所享有的利益	用户数据被遗忘权 新型数据应用模式对用户体验的提升、消费选择的丰富
社会公众利益	基于不受扭曲的数据市场竞争秩序所享有的利益	公众当前及未来可自由获取数据的渠道和数量

（二）理性回应：具化分级分类分层的数据规制场景

1.不为数据创设专有权。《反不正当竞争法》的立足点在于通过行为规范以维护竞争秩序，而不是保护具体权利。^②超越现有法律保护体系，创设数据专有权既无理由也无必要：一是权利确实包含某种利益、资格、选择等内容，但不代表其内容要素反过来就一定是权利。^③在对数据属性及发展前景缺乏足够认知和共识的前提下，赋予数据某种新型法定权利，尤其是排他性权利，可能引发权利“乌龙效应”^④，甚至成为阻碍数据流通和技术创新“制度瓶颈”^⑤。二是若以数据专有权强化互联网企业既有

^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》，法律出版社 2019 年版，第 59 页。

^② 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理总论》，法律出版社 2019 年版，第 45 页。

^③ 王方玉：《权利的内在伦理解析——基于新兴权利引发权利泛化现象的反思》，载《法商研究》2018 年第 4 期。

^④ 权利话语中的“乌龙效应”指在权利设置目标与实效、权利的分类与保障、国家与社会、权利与道德等方面造成冲突。参见陈琳《反思中国法治进程中的权利泛化》，载《法学研究》2014 年第 1 期。

^⑤ 本庄智也、横泽诚、木下贵史(2013)「ビッグデータのオーナーシップに関する国際比較分析」、『情報処理学

的数据力量，将催生反竞争性的“数据垄断”或“数据封建主义”风险。因此，应更多的立足于竞争机制考量，纠正数据竞争审判中“保护即要赋权”的思维逻辑^①，避免在个案中续造数据专有权。

2.从数据类型具化规制路径。数据属性对具体场景具有高度依赖性，不同情境所体现出的数据要素、使用范围及价值位阶各有不同。因此，根据数据类型讨论具体数据权限和规制要点，有助于实现数据的“场景性公正”^②。分类、分层规制路径如下：（1）根据数据是否能单独或与其他信息结合识别特定自然人，区分**个人信息数据与非个人信息数据**；（2）根据是否采取技术保护措施及其保护程度，将非个人信息数据分为**企业公开、非公开、半公开数据**；（3）对于企业公开数据应允许数据自由开放流通，对于企业非公开数据可提供商业秘密保护，对于企业半公开数据应区分**原始数据及衍生数据**类型区别对待。同时，根据不同数据分类给予相应的数据流通、使用及规制要点。

会研究報告】。

^①Chisholm, M:What is data ownership? available at www.b-eye-network.com/view/15697,accessed on 6 June 2021.

^②Helen Nissenbaum,Privacy in Context:Technology,Policy,and the Integrity of Social Life,Stanford University Press,2009,p127.

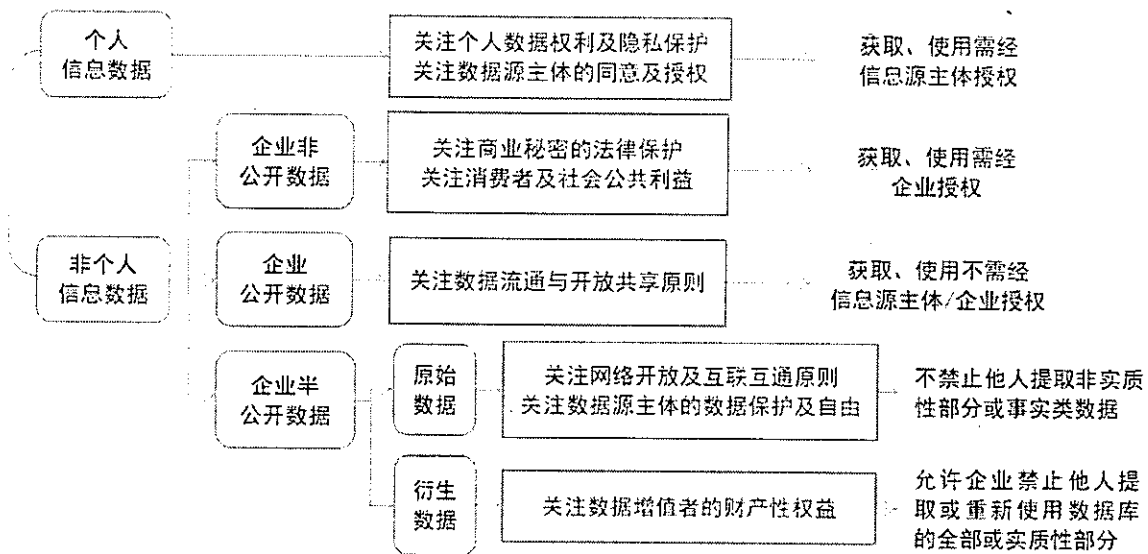


图6：数据类型、使用权限和规制要点分类分层流程图

（三）步骤提炼：厘定行为正当性判定的三级架构

1. 舍弃竞争关系要件地位。首先，我国《反不正当竞争法》第2条对不正当竞争的立法定义并未预设竞争关系要件，国际上《巴黎公约》、英国《仿冒法》、美国《兰哈姆法》^①、德国《反不正当竞争法》^②等亦均未明文规定竞争关系标准。故放弃竞争关系要求恰恰是立法本意的回归。其次，数据环境下竞争关系很大程度上已被竞争行为所吸收，实践中竞争关系要素的持续扩张，也在事实上将该要件推向虚置，再在司法裁判中花费大量时间、精力对该问题加以论证已无实质必要。

2. 从竞争行为细化正当竞争边界。不正当竞争行为认定的关键，在于判断行为方式本身。根据数据权益竞争的行为特征，划定不正当竞争与合理使用边界，可将商业道德标准转化为一个根据竞争效果展开的利益权衡

^① Lisa Logan: The Emperor's New Clothes? The Way Forward: TV Format Protection under Unfair Competition Law in the United States, United Kingdom and France. Thomson Reuters (Legal) Limited and Contributors, 2009 Ent. L.R., ISSUE 3.

^② Germany, Act Against Unfair Competition (version published on 3 March 2010), http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=229700, 2021-07-7.

框架，从而避免抽象道德的不确定性。

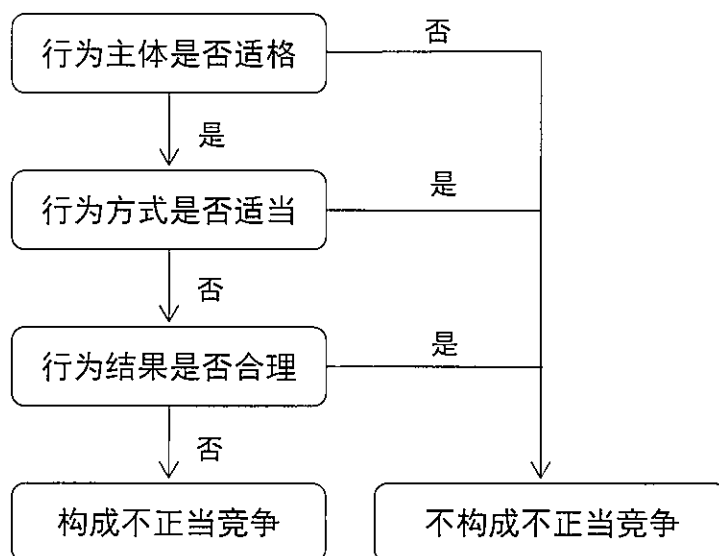


图 7: 数据权益不正当竞争行为判定示意图

(1) 行为主体是否合格。即行为主体是否为参与或影响市场数据获取、使用、流通等竞争活动的市场主体。非市场主体、非市场活动的纯粹私人性质行为以及国家公权行使行为，如个人的数据抓取、行政机关数据采集管理行为等，不属于不正当竞争行为认定范畴。

(2) 行为方式是否适当。主要考虑要素有：①行为是否符合数据市场效益。即以理性经济人视角进行成本-收益分析，双方为数据的收集和聚合的实质性投资和付出，对竞争行为的限制是否有利于降低生产交易成本和市场进入壁垒、是否更能增进市场竞争力。②行为是否违反行业标准或道德公约。即首先查明与系争行为相关的市场习惯或行业规范；其次审查相关标准是否符合法律相关规定、是否有阻碍公平竞争的内容、是否与社会公德存在冲突；最后，只有在行为违反行业规则中的禁止性规定时，才有可能构成违背商业道德。

(3) 行为结果是否合理。即行为是否造成不必要的损害，具体分析步骤如下：①识别各利益位阶及冲突。竞争造成的损害是中立的，损害本身并不具有行为正当与否的判定倾向。如某一行为虽损害了特定竞争者利益，但有利于增进消费者福利和社会福祉、或未严重威胁消费者的长远利益，则不宜简单认定构成不正当竞争；②推定行为未造成损害。对竞争损害的考量以竞争者生存不受威胁为底线^①，允许对既有利益的合理损害才能为新业态提供适当的发展空间。故竞争损害考量关键在于：原告对竞争行为是否具有市场和技术应对能力；消费者自主决策机制是否受到实质扭曲；竞争行为所造成的损害范围及程度等。

四、范式推演：数据权益不正当竞争裁判的具案论证

个案正义是法之价值所在。面对数据权益竞争呈现出的新问题新情况，需要法官通过裁判文书说理开示裁判结的逻辑推演与自由心证过程，具化抽象原则的分析范式，减弱一般条款适用上的模糊性与不确定性，以更好地输出市场可资遵循的裁判规则。

(一) 场景说理：“个案情节”的模型构建

任何案件裁判结果都是情节化的产物。通过对个案构成要素的整体考察与要素提取，有助于让竞争法的普适性价值在差异性实然场景中展现出来。具体可参考如下要素推进：

表 5：数据权益不正当竞争纠纷中个案情节的说理参考

^①张占江：《论反不正当竞争法的谦抑性》，载《法学》2019年第3期。

要素提取	个案情节
(1) 诉争双方经营情况及经营模式	A 成立于 X 年 X 月 X 日, 是 A' (软件、网页或产品) 的经营者/计算机软件著作权人, 经营范围为……A' 平台的经营模式主要是……, 为用户提供……服务等。 B 成立于 X 年 X 月 X 日, 是 B' (软件、网页或产品) 的经营者/计算机软件著作权人, 经营范围为……B' 平台的经营模式主要是……, 为用户提供……服务等。
(2) 诉争双方经营规模	A 提交的行业报告显示, A' 平台用户已超 X 人次, 日点击、浏览量超 X, 在相关领域具有较大影响力、知名度。 据 B' 平台公开信息显示, B' 平台用户 X 人次, 上年度经营收入达 X。
(3) 系争行为所涉领域特点	随着互联网的迅猛发展, 网络用户面对海量信息已不可能再继续沿用原有的方式获取信息, 案涉互联网数据服务模式应运而生。平台通过数据整合、挖掘、分析、二次加工等, 使网络用户能在较短时间内从互联网的海量信息中获取所需信息。在该模式下, 数据获取及其变现成为互联网经营者之间竞争核心, 数据流量越大, 经营者获利越大, 并可依据已建立起的数据模型为后续经营决策提供重要方向指引。案涉双方均围绕该新型商业模式, 获取用户注意力经济。
(4) 案涉竞争行为表现形式	数据不当获取 A 通过信息化数据分析技术, 对 A' 平台上用户发布的基础数据进行分类、比对、挖掘等处理, 并为用户提供数据服务, 由此获取增值收益及交易机会。 B 利用网络爬虫软件获取包括 A 在内的竞争对手公司服务器中的实时数据, 日均 X 万至 X 条次, 用于向 B' 平台提供与 A' 相似的网络服务。
	数据不当使用 B 运用信息技术手段对公共数据领域海量、分散的数据信息进行整合加工, 形成特定领域的数据集, 并通过提供免费和付费查询功能, 向用户开放, 实现经济利益。 B 通过多种渠道抓取公共数据中涉及 A 的企业数据, 经过分类整理供 B' 平台用户查询, 但其发布与国家企业信用信息公示系统公示的信息、A 公司客观实际不相符, 存在数据真实性、准确性瑕疵。
	数据妨碍使用 B 利用 robots 协议或其他技术手段, 针对性限制和阻碍 A 获取互联网上公开发布的数据内容, 产生数据隔离效果, 并从中争夺用户资源和商业利益, 导致 A' 功能无法正常发挥。
数据污染 B 在未获得互联网经营者 A 允许的情况下, 故意躲避 A' 平台监管和数据反馈机制, 采取插入、搭载、链接或者劫持等技术手段, 虚构其在 A' 平台的粉丝、点击率等数据 X 条次, 导致 A' 平台无法获取真实、准确数据。	
(5) 案涉行为持续时间	A 提交的证据显示, B 自 X 年 X 月 X 日起实施诉争行为, 并延续至今/B 提交证据证明, 其已于 X 年 X 月 X 日停止相关行为。
(6) 案涉行为产生的影响范围	A 提交的证据现实, 案涉行为引发了大量媒体报道, 报道内容围绕 A' 平台商业信誉、产品服务内容等, 报道点击阅读量达 X 次/案涉行为造成使用 A' 平台网络用户上网体验降低, 用户投诉反馈率提升, 用户数量流失, 等等。

(二) 论证说理: “本院认为”的逻辑推理

法律论证的功能即在于为裁判提供“法律正当性的标准”^①。鉴于当前大部分数据权益竞争行为仍需通过一般条款调整，且其适用跨度较大、论证成本较高。故本文以一般条款的个案运用为例，运用阿列克西提出的融贯证成理论^②，通过提取次级规范命题（*T*）、由多个“次级要件”（*M*）涵摄多个小前提（*S*）方式，简单阐明其证成过程：

表 6: 数据权益不正当竞争案件中“本院认为”部分的说理参考

判决理由	法律论证的内容与逻辑
<p>本院认为，本案中 B 的涉诉侵权行为集中表现为：未 A 经授权许可，通过侵入服务器、破解或规避技术措施等方式，抓取 A' 平台数据用作 B' 平台的数据内容，从而吸引用户注意力以获取商业利益，客观上属于有竞争目的的市场竞争行为。</p>	<p>论证维度 1： <i>T</i>₁：《反不正当竞争法》所规制的行为对象是经营者在生产经营活动中发生的 <i>S</i>₁：被诉经营者（<i>M</i>₁）为争夺市场竞争优势，实施了参与或影响市场数据获取、使用、流通等市场竞争行为（<i>M</i>₂）。 <i>R</i>₁：案涉行为属竞争行为。</p>
<p>由于互联网经济作为新型市场形态正处在形成与新兴过程中，调整互联网平台经营者之间数据竞争行为的法律规范尚处于探索创立阶段。当《反不正当竞争法》第二章列举的常见不正当竞争行为无法涵盖的多样、可变市场竞争行为，可根据《反不正当竞争法》第二条规定介入行为评价，但应秉持审慎谦抑态度，在充分考虑数据保护与自由利用之间的恰当平衡的基础上，综合考量法律规定、双方间法律关系属性以及有利于社会公共秩序与社会公众利益维护等因素予以评判。综合本案实际，具体考量如下：</p>	<p>论证维度 2： <i>T</i>₂：穷尽具体规则方可适用原则性条款。 <i>S</i>₂：案涉数据权益竞争行为不属于《反不正当竞争法》第二章列举的常见不正当竞争行为（<i>M</i>₁），但不加节制又可能损害健康竞争机制（<i>M</i>₂）。 <i>R</i>₂：案涉行为可适用《反不正当竞争法》第二条予以调整。</p>

^①[荷]菲特丽丝：《法律论证原理——司法裁判之证立理论概览》，张其山等译，商务印书出版社 2005 年版，第 1 页。

^②阿列克西认为，当其他条件不变时，证立的陈述数量越多、证立链条越长、拥有相同初始前提的证立链条越多、拥有相同结论的证立链条越多、理由的权重越大、优先关系越多、相互间的经验性证立越多、分析性证立越多等则论证越融贯。[德]罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊译，中国法制出版社 2012 年版，第 111 页以下。

第一，对特定经营者利益的影响。在自由、开放的市场经济秩序下，数据自由流通利用是原则，特殊保护是例外。经营者的数据权益并非可以获得像法定财产权的高强度保护，数据资源所对应的商业机会并不当然属于经营者，经营者必须将损害作为一种竞争结果予以适当的容忍。但对于他人数据的利用必须控制在合理范围内，避免对他人经营活动造成不当干扰、破坏良性互动市场氛围。本案中，A 为案涉数据的收集、处理投入了必要成本，并由此形成了一定规模的网络用户注意力及相应的交易机会，案涉数据已然成为 A 的核心竞争资源。B 通过抓取 A'平台中数据，并通过 B'平台充分展示与 A'平台高度同质化内容，使一般用户无需进入 A'平台即可获得足够信息，实质性替代了 A'平台的市场功能，削弱了并损害了 A 的市场竞争优势，故其行为具有可责性。

论证维度 3：
T₃：其他经营者因竞争行为受到实际竞争性损害是认定构成不正当竞争行为的最低标准。
S₃：原告为收集、加工、处理案涉数据投入了实质性成本(M₁)，被告超出对他人的数据适当应用的合理范围，造成原告交易机会的丧失和减少。
R₃：案涉行为具备适用《反不正当竞争法》予以调整的条件。

第二，对诚信竞争秩序的影响。市场经济鼓励市场主体在信息的生产、搜集和使用等方面进行各种形式的自由竞争，但在注意力争夺过程中应当充分尊重竞争对手在信息的生产、搜集和使用过程中的辛勤付出，恶意利用他人的诚信付出攫取商业利益的行为，有悖市场诚信竞争秩序。本案中，A 通过对数据的深度分析过滤、提炼整合以及匿名化脱敏处理，形成了区别于原始网络数据的可识别、可管理的衍生数据，并通过 Robot 协议（或其他技术措施）予以保护。B 在靠自身无法获取足够数据信息的情况下，直接利用技术手段突破 A 的管理措施，复制、抄袭、使用 A'平台的数据资源，并由此产生商业利益，具有“不劳而获”“搭便车”的行为特点，有违诚信竞争原则。

论证维度 4：
T₄：法律鼓励竞争者通过劳动付出获取诚信经营，以破坏管理措施等不正当手段获取和利用他人可识别性数据的，可构成不正当竞争。
S₄：被告未经许可或超出许可范围(M₁)，通过技术方式突破他人技术保护或约束措施(M₂)，擅自利用他人的诚信付出而获取的商业利益及交易机会(M₃)。
R₄：案涉行为具有不正当的行为属性，应予以调整。

第三，对互联网领域商业道德的影响。《反不正当竞争法》指特定商业领域中市场交易参与者所普遍认知和接受的行为标准。与本案相关的行业规范主要为《互联网爬虫排除标准》，其是互联网领域内从业者自发形成的行业管理，既要求数据抓取行为应遵守受访网站的 robots 协议，也要求受访网站应合理设置 robots 协议，不得违背“促进信息共享”初衷，反映了互联网行业市场竞争的实际和正当竞争需求。本案中，A 设置 robots 协议以维护数据完整性、安全性。对此，B 既未与 A 协商通过申请授权、开通“白名单”等途径获取数据抓取使用权限，亦未依据行业专门解决机制提出认定 A 设置 robots 协议行为不合理质疑，而在直接跳过该协议开展数据抓取行为，不符合该行业的一般实践和行为方式，属于违反公认的商业道德的行为。

论证维度 5：
T₅：竞争行为违反互联网领域中合法的行业惯例、通行做法或行业公约等的，属于违反公认商业道德的行为表现方式之一。
S₅：案涉行为违反《互联网爬虫排除标准》中的禁止性规定(M₁)，且该等规定系符合法律相关规定、无碍于公平竞争的有效行业约定(M₂)。
R₅：案涉行为具有违反公认商业道德的行为属性，应予以调整。

第四，对行业效率、竞争秩序的影响。市场主体通过对处于粗放状态的原始数据的提炼整合，赋予原本单一且价值有限的碎片化数据信息成倍提升数据的使用价值，可提高社会各方面活动效能。B 作为拥有强大的技术能力及领先的市场地位，本应承担更多激励正当竞争的市场引导效能，却凭借其市场优势地位以极低的成本攫取他人成果，达到排挤竞争对手的目的，可能导致同行业经营者效仿，产生扭曲竞争机制、扰乱数据行业竞争秩序的负面影响。

论证维度 6：

T₅：竞争行为对行业效率产生负面影响的，属于不正当竞争行为的表现方式之一。

S₅：被告破坏了互联网环境中的公平竞争的市场秩序，引发负面市场效应。

R₅：案涉行为损害行业竞争秩序，应予以调整。

第五，对消费者/用户的影响。数据的收集、使用往往涉及数据来源主体/用户、数据采集平台、数据转用平台等多方主体，且数据大都涉及用户个人信息，故对于涉及个人信息流动、易手等数据再利用行为，应给予用户、数据提供方必要的保护及控制空间。本案中，B 未经 A 或 A' 平台用户同意，在用户不知情的情况下将他入数据转入 B' 平台公开展示，未考虑、亦未尊重用户对个人数据是否公开、如何公开的自主意愿，超出了法律所容许的正当边界，侵害了用户的知情权。

论证维度 7：

T₇：消费者的自主决策权、知情权、隐私权不应受到干扰，对有可能损害消费者合法权益、妨碍消费者正常交易的行为应予以禁止。

S₇：被告以侵害消费者知情权的方式非法抓取、使用竞争对手的用户数据。

R₇：案涉行为应予禁止。

综上，案涉行为构成不正当竞争。

结语

随着物联网、大数据、算法等技术和产业生态圈的极速增长，数据竞争模式和竞争格局还将在不断激化和重塑中迭代推进，构建怎样的数据竞争秩序将是数据产业发展亟需解决的问题。透析当前数据权益不正当竞争规制现状可见，个案过分强调数据专有权利，过度扩张不正当竞争调整范围，过多介入新类型数据竞争，不利于数据产权制度构建和数据产业发展。对此，坚持市场优先的不正当竞争规制理念，从数据的多重属性和场景化出发，依托竞争行为主体、行为方式、行为结果三级架构，牟定个案场域下数据保护基准、流通秩序和竞争行为正当性认定边界，是推进数据共同共享、促进数据市场多元动态衡平、防止超级平台利用通过不合理数据竞争诉讼实施数据垄断的有效路径。如此，通过司法裁判者的审慎证成与市

场参与者的利益博弈，为未来“数据话语权”的输出与“数据战争”的准备提供智识上的积累。

