

数据不正当竞争行为特征类型研究

鞠金琪

(青岛大学法学院, 山东 青岛 266000)

摘要:互联网时代,数据成为企业重要的竞争资源,数据不正当竞争纠纷层出不穷。对于数据不正当竞争行为基本理论的界定具有长足意义,本文从概念、特征类型三个方面对数据不正当竞争行为的基本理论进行了界定、梳理。

关键词:数据;反不正当竞争法;不正当竞争行为

中图分类号:D9

文献标识码:A

doi:10.19311/j.cnki.1672-3198.2023.05.052

0 引言

在数据权属和数据行为规则尚未明晰的背景下,《反不正当竞争法》对数据纠纷的解决发挥了重要作用。囿于《反不正当竞争法》亦没有对数据不正当竞争行为进行具体规定,对数据不正当竞争行为概念、特征、类型等基本理念的厘清有利于立法对数据不正当竞争行为进行类型化规制,从而为司法裁判和企业竞争提供明确的法律指引。

1 数据不正当竞争行为的概念厘清

《数据安全法》将数据定义为“任何以电子或者其他方式对信息的记录。”从这个定义可以看出,数据是信息的一种表现形式和载体,信息依赖于数据的表达,数据的功能和目的就是在于表达信息。数据作为信息的一种记录形式,数据载体与其承载的信息内容很难分离讨论。以数据形式记录的信息和以非数据形式记录的信息在储存、流通和主体对于信息的控制能力等方面都具有很大不同。在互联网环境下,数据主体对数据在事实状态上的控制能力相对减弱甚至丧失,数据可以被轻易、快速的获取和使用,特别是对于公开数据来说。另外,数据的非竞争性、非排他性仅仅是针对未夹杂其他权益的数据相对而言的。数据权益往往与个人信息、隐私等人格权益以及劳动成果权益相联系,而这些权益很难说不具有竞争性和排他性。学界和立法基本承认了对于数据中人格权益的保护,但在保护方式、保护程度等方面还未形成共识以及统一的法律体系。而对于数据中的劳动成果权益,司法实践虽然基本否定了以法定财产权的方式对其进行保护,但无论是基于权利侵害范式还是行

为正当性范式的判断,从较为单一的裁判结果上来看都基本承认了对于此种权益保护的必要。对于数据的性质和权属,学界目前有新型财产权说、新型人格权说、知识产权说等不同理论观点。王利明教授则认为应当突破传统物权特性,以权利束理论来阐释数据权益和构建数据体系。可见数据权益之复杂。

我国现行的《反不正当竞争法》并没有对数据不正当竞争行为的具体概念进行界定。除了《反不正当竞争法》第二条对不正当竞争行为进行的概括性描述,2021年8月发布的《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(征求意见稿)》第二十六条曾规定了数据抓取类的不正当竞争行为,但此项规定在之后发布的正式司法解释中被删除。此意见稿明确否定了同业竞争中经营者构成实质性替代标准的、对其他经营者数据擅自使用行为的正当性,即使第二款之例外也是以获得用户同意且适度使用为前提。

与其他不正当竞争行为相比,数据不正当竞争行为并不直接的对消费者或者其他交易相关人产生误导,也并不像商业秘密、商誉一样是一项由法律明确规定的权益客体。因为数据的性质、权属以及相应的数据规则还未明晰、统一,将某一数据行为认定为不正当竞争行为在立法、司法方面还需要采取审慎的态度和进一步的探索。对于数据不正当竞争行为概念的界定相较于如何认定数据不正当竞争行为而言,更侧重于对某一数据行为的类型化研究。因此,笔者将数据不正当竞争行为界定为:发生在数据使用者、数据主体之间的,经营者违背诚实信用原则和商业道德在获取、利用数据时扰乱市场竞争秩序、损害其他经

作者简介:鞠金琪(1997-),女,山东潍坊人,青岛大学法学院硕士研究生在读,研究方向:法律(法学)。

营者或者消费者合法权益的行为。

2 数据不正当竞争行为的特征归纳

数据不正当竞争行为相较于其他不正当竞争行为有其独立性。在一些案件中,被告的不正当竞争行为虽然涉及数据相关,但其并未脱离《反不正当竞争法》具体条款的规定。例如,经营者通过推广和销售“刷粉”“刷人气”等产品与服务,帮助他人虚构网络热度、关注度,其行为的不正当性在于对消费者进行了误导,破坏了注意力经济下产品和服务的正常评价机制,这与虚假宣传条款的条文含义和立法目的相一致。适用一般条款或者互联网专条兜底条款规制的涉数据不正当竞争行为,并非散乱和缺乏共性,相反其在行为方式、行为后果和涉及权益等方面有许多共通之处。因此,笔者对数据不正当竞争行为的特征进行了如下归纳。

2.1 竞争关系的扩大和消解

立法并没有对竞争关系与不正当竞争行为的关系进行规定。在理论和实践中,竞争关系往往作为不正当竞争行为的构成要件、不正当竞争行为损害的构成要件或者诉讼主体资格要件被提及。关于对经营者之间是否存在竞争关系,目前大致有两种界定标准。一是以产品和服务的有可替代性来判断竞争者之间是否具有竞争关系。存在可替代性即具有竞争关系,不存在可替代性即不具有竞争关系。二是以行为是否损害其他经营者的竞争利益来判断是否存在竞争关系。这是一种更为广义的竞争关系的界定,甚至在一定程度上是对反不正当竞争法中竞争关系的消解。在某些数据不正当竞争案件中,法院对是否存在竞争关系这一争议焦点进行说理突破了直接竞争关系的认定,将当事人之间认定为存在间接竞争关系或者直接认为竞争关系不是不正当竞争行为的构成要件。这主要是基于对反不正当竞争法“行为法”的法律定位,即《反不正当竞争法》相较于对被侵害的保护更侧重于对行为不正当性的认定。另外,现代社会《反不正当竞争法》从私法领域的权益保护逐步转向对消费者权益、公共利益等多元法益的考虑,这进一步促进了反不正当竞争中竞争关系概念的扩大、淡化。数字和互联网经济背景下,欲将不断发展变化的竞争行为纳入反不正当竞争领域规制,就必将扩大竞争关系的范围或者对不正当竞争行为进行新的阐述,例如,德国的《反不正当竞争法》肇始于特殊侵权法,随后在其法律中又以“不正当商行为”替代“不正当竞争行为”使用。

2.2 司法适用的不确定性

所谓不确定性是指在数据不正当竞争纠纷中不正当竞争行为的认定上往往存在着争议。这主要表现在,在未有相关司法判决和立法规范出现之前,经营者往往不认为或者没有意识到其行为构成对《反不正当竞争法》的违反。另外,同案、类案中法官的观点、判决也会存在不同,即法官如何适用法律具有不确定性。这一方面是因为《反不正当竞争法》一般条款的抽象性和具体条款的封闭性,另一方面是因为对于数据权属和数据行为规则,无论是立法规范还是学界理论都没有统一且清晰的认识。

2.3 行为的技术性和隐蔽性

一方面,数字经济本身依赖于互联网和计算机技术的发展,数据的存储、转移和利用都离不开对技术的应用,数据不正当竞争行为的实施也主要是依托互联网技术进行。另一方面,因为技术的发展,数据不正当竞争行为的实施主体和损害后果都具有一定的隐蔽性,原告在取证、举证以及事实的认定等方面具有一定的难度。

2.4 涉及权益的复杂性

数据权益的多重性决定了数据不正当竞争行为涉及权益的复杂性。除了其他不正当竞争纠纷涉及的消费者知情权、选择权外,数据不正当竞争纠纷往往还涉及用户的隐私、个人信息以及著作权等。此外,企业收集处理的数据还是经营者劳动成果和经营成果的体现,为企业竞争提升竞争优势。因此,数据不正当竞争行为的认定往往需要对其他经营者权益、消费者权益以及公共利益等进行综合考量。

3 数据不正当竞争行为的类型梳理

3.1 不当设置爬虫协议的不正当竞争行为

爬虫协议是一种网络爬虫排除标准,网站以 robots.txt 机器语言的形式告知爬虫机器人其网站是否可以被抓取和哪些内容不允许被抓取。尤其是对搜索引擎类爬虫而言,爬虫协议是国际互联网通行的道德规范,是尊重数据提供者意愿的体现,其目的是为了保护网站数据和敏感信息以及保护用户个人信息和隐私。爬虫协议仅仅表示了网站的单方意愿,对数据爬取不具有技术上的障碍,是一种君子协议。违反爬虫协议并不意味着一定构成不正当竞争,相反不当设置爬虫协议拒绝爬取的行为可能会被认定为不正当竞争行为,特别是针对搜索引擎的爬虫协议而言。经营者通过设置爬虫协议无正当理由对个别网络搜

搜索引擎经营主体拒绝爬取、设置黑名单或者限制抓取相关内容,进行区别对待和歧视,一方面违背了互联网开放共享互联互通之精神,另一方面可能会使爬虫协议成为企业限制竞争、排除竞争的工具。

3.2 不当获取他人的数据的不正当竞争行为

(1)违反《开发者协议》,通过 Open API 接口的方式不当获取他人数据的行为。企业把网站对外服务封装成数据接口开放出去供第三方使用,与其他企业进行数据交互合作。基于 Open API 的互联网应用开发模式,代表了互联网企业开放交互、合作交流的良好意愿,功能上具有开放性、灵活性等特点,在实现企业业务开发、应用对接等方面具有独特优势,对促进数据流通交互、打破数据壁垒具有重要意义。数据开放平台与数据开发者通过签订《开发者协议》来约定彼此的权利义务,主要包括开发者的开发权限和对用户权益的相关规定。合同违约是否构成不正当竞争行为的关键在于违约行为是否对竞争秩序造成损害,如果违约行为本身并不会影响竞争秩序,则就不能通过《反不正当竞争法》予以规制。如果数据开发者超越权限、突破技术限制获取数据或者未按约定取得用户同意获取用户信息的违约行为,同时违反了商业道德、破坏竞争秩序和侵害消费者权益,那么就站在反不正当竞争的角度对此行为进行规制。

(2)利用爬虫技术不当爬取他人数据的行为。利用爬虫技术爬取他人数据主要包括对企业公开数据的爬取和非公开数据的爬取。公开数据和非公开数据通常是以企业是否设置访问权限或者保密措施来进行区分。在平台经济中,公开数据一般是指未设置访问权限的数据,包括用户未注册、登录平台即可以访问的数据以及未被其他用户设置访问权限的数据等。非公开数据一般是指设置了访问权限的数据,包括设置了登录权限或其他访问限制的数据等,即企业或用户对自己控制的数据不进行公开或仅对特定的人公开。在数据权属未明的情况下,非公开数据与公开数据相比处于一种不被轻易知悉的事实状态,企业对非公开数据具有一定的基于协议或者基于技术的事实上的控制能力。对于公开数据的爬取,有观点认为在网站以爬虫协议或者其他方式公开声明拒绝数据爬取的情况下,Open API 是正当获取数据的唯一途径。亦有观点认为,企业对公开数据的爬取需负有一定的容忍义务。而对于非公开数据,企业超越访问权限或者突破技术措施不当访问、获取、利用数据的行为可能会构成不正当竞争行为。情节严重的,甚

至可能会构成非法获取计算机信息系统数据罪。

3.3 数据利用不当的行为

(1)不当使用他人数据、数据产品的不正当竞争行为。在通常情况下,当事人会有获取数据和对数据进行利用前后两个行为,一般认为,如果前行为获取行为其具有不正当性,作为后行为的利用行为一般也具有不正当性。但是,即使前行为难以被认定为违背商业道德和诚实信用原则,后来的利用行为也不被当然的认定为具有正当性。在这方面,获取和利用前后两行为有时是对商业道德和诚实信用原则不同方面违反和破坏,故应当将获取行为和利用行为进行分开评价。

(2)未尽到合理注意义务损害原始数据主体利益的不正当竞争行为。在数据利用过程中,数据使用者未尽合理的注意义务使数据产品未能如实反映和表征数据原始主体的真实情况,损害数据原始主体的商誉的行为可能会构成不正当竞争行为,尤其是对公共数据的利用而言。企业对公共数据价值的挖掘利用有利于促进经济发展,但需要在不损害国家、利益和他人合法权益的前提下进行,特别是不能损害数据原始主体的合法权益。因此,互联网企业对公共数据进行收集、处理、使用时,应当以合法、正当、适度为前提,保证数据来源合法、时效和质量过关以及对敏感信息的校验。

参考文献

- [1] 博维希. 全球反不正当竞争法指引[J]. 法律出版社, 2015.
- [2] 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, (1).
- [3] 王利明. 论数据权益:以“权利束”为视角[J]. 政治与法律, 2022, (7).
- [4] 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, (7).
- [5] 陈兵. 加快推进数据保护与数据共享的融合发展[J]. 探索与争鸣, 2021, (2).
- [6] 孔祥俊. 论反不正当竞争法修订的若干问题——评《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)》[J]. 东方法学, 2017, (3).
- [7] 孙晋. 完善裁判规则规范数据抓取行为[J]. 法治日报, 2022-01-26.
- [8] 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, (5).
- [9] 丁晓东. 论企业数据权益的法律保护[J]. 法律科学(西北政法大學學報), 2020, (2).
- [10] 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).