

我国对违反“爬虫协议”行为的 法律规制研究

曹 阳

内容提要 随着大数据时代来临,一些与“爬虫协议”有关的案件先后宣判,以违反“爬虫协议”为代表的抓取类不正当竞争行为不断进入普通民众视野,并引发了学界和业界的高度关注。违反“爬虫协议”行为具有诸多危害性,但新近颁行的反不正当竞争法并未将该行为的规制问题纳入互联网专条中,因而法院只能依据一般条款对其作出裁判,这显然已不能适应社会的需要。因此,有必要对相关法律条款加以进一步优化和细化,以便更有效地规制违反“爬虫协议”的行为,保障各方合法权益,形成多方共赢局面。

关键词 “爬虫协议” “爬虫程序” 反不正当竞争法一般条款 法律规制

曹 阳,中国人民大学法学院博士研究生 100872

一、“爬虫协议”的界定与对违反“爬虫协议”行为进行法律规制的必要性

1. “爬虫协议”的内涵与外延

根据“爬虫协议”官方网站(<http://www.robotstxt.org>)和《互联网搜索引擎服务自律公约》等的定义,作为搜索引擎运行时不可或缺的检索工具,所谓“爬虫(spider或crawler)程序”,亦称为网络机器人(robots)程序,是指一种在互联网上自动爬行、通过检索文档的方式穿越整个网页超文本结构,且会重复地检索所涉及文档的程序。所谓“爬虫协议”,亦称为robots协议(robots exclusion protocol),是指ICP利用robots.txt文件指导其网站如何应对robots程序的协议。易言之,“爬虫协议”即是指ICP告知搜索引擎是否允许或禁止其抓取某一具体的网站内容或网页并将其作为搜索结果提供给用户的协议。作为“爬虫协议”的实际载体,robots.txt文件通常放置于ICP网站的根目录下,并通过其具体的语法规则以实现其指引与宣示作用。

在内容的具体构成上,“爬虫协议”通常由一个或多个语法单元组成,每个语法单元可进一步分为两部分:一个是User-agent值,用于设置其所允许或禁止的搜索引擎,后接其所针对的爬虫程序的具体命名;另一个是Allow或Disallow值,用于设置特定搜索引擎所能访问或禁止访问的具体内容。由

此这些语法规则的组合分别构成“爬虫协议”针对不同爬虫程序而设置的白名单或黑名单。

为实现“爬虫协议”的指引与宣示功能,“爬虫协议”无论从其学理还是其具体设计上均具有迥异于其它互联网行业规范的多种特质。北京市一中院在百度诉奇虎360违反“爬虫协议”案一审判决中曾将其归纳为技术规范、单方宣示、非技术措施、普遍遵守等四项特征^[1],但笔者更赞同宁立志等学者所作的概括,即“爬虫协议”具有技术性(这对应的是技术规范与单方宣示等前述特征)、非强制性(这对应的是非技术措施与普遍适用等前述特征)与竞争性等三大特质^[2]。

2. “爬虫协议”与一般合同的差异

由上可知,“爬虫协议”与一般合同在基本特征等方面具有明显区别:首先,制定作为 protocol 的“爬虫协议”的往往是 ICP 等数据控制方,该 protocol 具有相当程度的对世性,任何访问该网站的人士都可浏览到该 protocol,并可知悉该协议允许访问及禁止访问的内容范围或对象,该协议约束对象具有不特定性;而签订一般合同往往需要双方形成合意并达成 agreement,合同尽管也具有不被第三方非法干预的特质,但根本来说其主要还是约束签订合同双方的,因而具有相当程度的对人性。其次,由上可知,作为 protocol 的“爬虫协议”仅体现的是 ICP 等数据控制方的单方意志,它不可能也没有必要逐一征得访问该网站的所有不特定主体之同意,甚至常常与部分意图抓取与使用该网站数据的访问者意志相冲突,因此具有较明显的单方宣示特质;而一般合同往往是双方共同意志的体现,藉以约束双方遵守该合同约定,违反者将面临违约风险及其责任追究的私法约束,因此具有较明显的双方合意性。再次,作为 protocol 的“爬虫协议”还具有较明显的非强制性,尽管其也希望访问者普遍遵守,但由于未采用必要的技术措施来防止和应对其所界定的不法访问,目前相关能直接援引的法律规定还较为欠缺,因此其强制性相对而言仍是较弱的;而一般私法合同尽管也具有一定任意性,但一旦违反,即可依循私法追究其违约责任,故相对“爬虫协议”而言,一般合同的强制性较强的。综上可知,“爬虫协议”与一般私法合同具有较显著差异,因此在认定违法及规制时切忌将二者简单地混同起来,而应予具体考量和分析。另一方面也可看出,尽管“爬虫协议”并非一般私法意义上的合同,但其也联系着两方主体,即数据控制方和不特定的访问主体,只有当个别访问者违反该 protocol 规定、恣意抓取数据控制方网站上的数据等内容时,才构成数据控制方与数据非法抓取方间特定的法律关系,进而通过转致等方法适用反不正当竞争法加以规制。

3. 对违反“爬虫协议”行为进行法律规制的必要性

经过对相关案例的考察,笔者认为违反“爬虫协议”行为的危害性主要表现为如下几方面:一是抓取太快或太频繁易导致 ICP 网站拥堵,甚至使服务器瘫痪,影响该网站及服务器正常运行乃至整条网络及其中数据的顺畅流通;二是很可能会重复抓取相同的文件,甚至抓取 ICP 网站的深层目录,耗费服务器资源;三是很可能会抓取 ICP 网站管理后台等内部敏感数据,甚至会窥探到某些人的个人隐私或商业秘密;四是抓取会对网上投票等造成影响,甚至可能出现虚假的投票结果或其它有违公平的后果;五是抓取行为可能会违反《自律公约》,这也是对行业惯例与商业道德乃至行业自律规则等多种业内规范的违背,进而相当于违反了反不正当竞争法第2条所规定的公平、诚信等原则与商业道德。

鉴于上述危害性,因此亟需对该行为通过反不正当竞争法和其他相关法律规范协调配合进行法律规制,防止其对互联网竞争秩序可能造成的破坏及对 ICP 和消费者合法权益的侵害,以保护互联网行业的公平竞争环境。

[1]参见北京市第一中级人民法院民事判决书,(2013)一中民初字第2668号。

[2]参见宁立志、王德夫:《“爬虫协议”的定性及其竞争法分析》,[南昌]《江西社会科学》2016年第1期。

二、对违反“爬虫协议”行为法律规制的相关疑难问题的探讨

1. 有关 ICP 上数据/UGC 等内容的法律属性与权利/法益归属及对数据应采用何种途径保护的探讨

在对数据抓取行为的合法性进行价值判断时,应首先对与网络数据相关的基础理论问题有一个清醒认识。笔者对网络数据特别是 ICP 上的 UGC^[1]等内容的法律属性与权利/法益归属等作一概要解析:

首先,考虑到网络数据等与传统民事权利相异的诸多特质,其既不属于物权、债权等传统财产权,也不属于个人信息权及商业秘密或其他知识产权,因此需要突破既有思维定式,通过新型财产性权利/法益的确立及实践中的适用以实现对其有效保护。

其次,为数据单独设权成本很高且难以因应互联网技术(尤其是在大数据时代)发展趋势,加之个案中数据及其利用或侵权行为表现形态各异,很难通过设权予以周延概括和充分保障,故对数据宜采用通过个案具体分析,结合反不正当竞争法适用从而对其予以保护。

再次,就数据相关法益在相关各方的分配而言,无论是作为数据控制方的 ICP 还是作为数据提供者的网站用户均不应对该数据享有完整的法定财产权,否则会在理论与实践中出现很多不能自洽甚至悖谬之处。鉴于数据技术的快速发展及法律的滞后性,故难以直接通过立法明确不同主体间对该法益清晰而周延的边界,而应通过对大量相关案例的积极探索与总结而形成一套较成熟、稳定的法益划分经验体系,进而将这些经验上升至法律层面。当然这并不意味着在处理相关纠纷时各方主体就束手无策或相互掣肘,而应通过反不正当竞争法一般条款的灵活适用对其加以调整,直至相关法律在各方间分配已有明确规定为止^[2]。

2. 在大数据时代对“爬虫协议”法律属性的探讨

早在大数据时代来临之前,我国法学界针对“爬虫协议”的法律属性就已展开了激烈争论,但至今仍众说纷纭。吴汉东等人认为其系一种集体协议,李明德等人认为其是一种宽泛的契约关系,宁立志等人认为其是网站所有者与搜索引擎间是一种事实上的信息服务合同关系^[3],王晓晔、张平与肖江平等则认为“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^[4]。中国互联网协会接受了上述最后一种观点即行业惯例说,并在前述《自律公约》中将“爬虫协议”明确定性为“国际通行的行业惯例与商业规则”。笔者认为上述理解皆有一定道理,但也有值得商榷之处。随着大数据时代的到来,互联网行业的竞争愈发激烈:一是不同互联网平台为了实现做大做强都普遍通过大额投资、扩张并购等方式进行跨区域经营,甚至有些平台为了拓展其业务范围不惜上演“烧钱”大战,平台所处细分领域的界限日渐模糊;二是大数据产品实现了“聚沙成塔”的聚合效应,并创造出作为其构成元素的所有单条数据信息简单加总起来所不具备的独特价值,因为它还包括了对上述数据信息深度挖掘其内在规律和潜在联系并使之效用最大化而形成的新价值;三是由于相关技术的迅猛发展,数据抓取及后续使用等行为以更高的频率在不同平台间发生,这些行为本身甚至俨然形成一种新业态,而且数据抓取方已从搜索引擎延拓至手机 APP、内容聚合平台 and 数据分析网站等其他主体,数据抓取方式更加复杂多变,手段更趋隐蔽,加之各主体间相关法益边界迄今仍未划清,这些

[1] User Generated Content, 即由终端用户原创而生成的内容。

[2] 其实 ICP 上的 UGC 等内容也与笔者对网络数据的上述探讨相吻合,从而也满足笔者对其作为网络数据的法律定性与法益归属的划分。

[3] 参见宁立志、王德夫:《“爬虫协议”的定性及其竞争法分析》,〔南昌〕《江西社会科学》2016年第1期。

[4] 参见张平:《〈反不正当竞争法〉的一般条款及其适用》,〔北京〕《法律适用》2013年第3期。

行为合法与违法的界限益发模糊,这自然给“爬虫协议”法律属性的认定增添了困难。因此,对“爬虫协议”法律属性有必要加以重新审视与考量。

有学者认为,目前全球对“爬虫协议”法律属性的界定主要有颇具东方特色和法教义学色彩的行业惯例/商业道德说、由美国 *Healthcare Advocates v. Harding* 案^[1]及 DMCA(数字千禧年版权法案)相关规定确立的技术标准/保护措施说及由美国 *Field v. Google* 案^[2]及默示许可原则派生出来的权利声明/单方意思表示说等三大类。但是,即便在欧美国家,不同法域或同一法域在不同时期对违反“爬虫协议”的数据抓取行为的司法裁判尺度也是宽严不一,这是由不同法域或不同时期在权益保护与信息流通之间寻求不同的平衡点决定的,这反过来又对相关司法裁判中一些原则(如默示许可)能否适用产生至关重要的影响,由此直接关系到其对“爬虫协议”的不同定性。相较于欧洲各国重权益保护轻信息流通故而显著抑制技术创新与经济效益的政策设计,笔者认为,在权益保护与信息流通确实难以取舍时,美国适度倾斜于信息流通但也兼顾权益保护、从而激励技术的不断创新的做法更为可取,因为后者与我国注重经济转型升级和高新技术发展的政策取向更加契合。具体到“爬虫协议”的法律定性上,笔者更为认同权利声明或单方意思表示说,即作为一种权利声明,“爬虫协议”是 ICP 等数据控制方的单方意思表示^[3],必须与某种具体的实体权利相结合并以其为依托方可充分发挥其作用,脱离该实体权利的“爬虫协议”将丧失其针对爬虫程序的效力。因为从前文对“爬虫协议”基本特征的分析来看,一是“爬虫协议”作为一种“非技术措施”在技术上欠缺足够的强制性,如同“一扇虚掩的门”,对违反“爬虫协议”强行抓取数据行为毫无防护之力,往往只能作为 ICP 网站曾主张过其相关权利(而非默示许可)的重要证据,从而与密钥、切断数据接口、IP 地址屏蔽等较有力的技术保护措施迥然有别;二是有很多国内学者主张将“爬虫协议”视为行业惯例,这不但与前述《自律公约》接轨,而且更便于适用反不正当竞争法一般条款。但笔者仍然认为,《自律公约》作为软法对“爬虫协议”及其违反行为的指引与调整作用相当有限,而且当前违反“爬虫协议”行为已扩展到搜索引擎以外的其他细分领域,《互联网搜索引擎服务自律公约》对此鞭长莫及,“爬虫协议”在内容聚合平台、比价导购网站等其他细分领域的作用仍不无疑问,即便就搜索引擎的违反“爬虫协议”行为而言,通过下文所述的转致方法即可间接适用反不正当竞争法一般条款及相关规定,而无需再费尽周折探讨其在多大程度上和多大范围内可被视为行业惯例;三是“爬虫协议”的单方宣示特性说明其根本不是以双方合意为基础的基础合同,实践中 ICP 网站设置的“爬虫协议”往往受到作为数据抓取方的搜索引擎等的强烈抵触甚至公然违反即可说明这点。

3. 搜索引擎与 ICP 的竞争关系探讨暨对反不正当竞争法一般条款各要件的反思

在对“爬虫协议”的基本理论探讨中,另一备受争议的焦点就是搜索引擎与 ICP 网站之间是否存在竞争关系,二者间如不存在竞争关系,是否意味着违反“爬虫协议”行为将不受反不正当竞争法羁束,或者将具有竞争关系视为所有不正当竞争行为的先决条件是否已不合时宜? 相比前述定性问题,国内学界对此分歧更为严重,远未形成共识。笔者亦尝试就此问题作一简要探讨。

一方面,随着互联网技术的飞速发展及越来越多互联网平台采取跨域经营以实现自身利益最大化,互联网不同细分领域的界限越来越模糊,加之互联网巨头们通过大额资本投入逐步打入其他细分领域,因此不同细分领域、不同环节的主体(有时甚至未必是经营者)间的竞争行为越来越激烈和频繁,这给如何准确判定同业经营者间的竞争关系带来了很大困难,以致国内相关司法实践中对竞争关

[1] *Healthcare Advocates, Inc. v. Harding, Earley, Follmer & Frailey*, 497 F. Supp. 2d 627 (E. D. Pa. 2007).

[2] *Field v. Google*, 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

[3] 故而其无需数据抓取方允诺即产生效力,但也不构成技术上有效的保护措施。

系的把握尺度放得越来越宽,连固守传统竞争关系分析范式的学者都不得不慨叹,作为一般条款适用先决条件之一的竞争关系逐渐被边缘化、甚至有被虚置之虞。另一方面,那些坚持将竞争关系作为先决条件的学者担心,如降低该认定门槛,会使相关司法裁判中怠于分析涉案行为本身而直接导入对反不正当竞争法一般条款的适用,从而使一般条款被反复滥用,不正当竞争行为的认定范围迅速扩张,这与竞争法所应秉持的谦抑特性相悖,相关司法裁判的负担也会骤增。但笔者认为上述这种担心是不必要的。这是因为旧反不正当竞争法颁行时,不同行业的界限较为明晰,当时的不正当竞争行为也还不像现今的那样复杂多变,因此从竞争关系入手加以分析是一条简捷方便的高效途径,从而被国内各级法院广泛适用,并形成一种司法裁判定式。但如前所述,近年来互联网新型不正当竞争行为频发且花样翻新,新反不正当竞争法中互联网专条对此规定的并不完备,加上行业界限的日趋模糊,数据抓取行为很可能发生在诸如搜索引擎与ICP网站这样的非同业主体间,竞争关系的认定仅是一种路径依赖或惯性使然,而非不正当竞争行为认定时不可或缺的核心要件。一味强调相关主体间的竞争关系是适用反不正当竞争法一般条款的先决条件,将不利于保障相关各方合法权益,不利于全行业健康有序发展。鉴于我国互联网领域非同业主体间的不正当竞争行为频发且有泛滥之势,相较于上述对过度规制的担心,笔者认为当前更亟需关切的是因法律规制不足而可能造成的危害。故基于上述考量,笔者认为对相关主体间竞争关系的考察不应成为不正当竞争行为认定的障碍。因此,在对违反“爬虫协议”的数据抓取不正当竞争行为认定时,该行为是否造成损害或有损害之虞及行为不正当性的认定等其他更重要的先决条件应优先于相关主体间竞争关系的认定,避免因困于搜索引擎与ICP网站等表观上的“非竞争关系”而对相关不正当竞争行为的放纵,以充分实现对此类行为的有效规制。但鉴于竞争关系的认定在司法实践中已成定式,故实际裁判过程中,可采取“广义上的同业竞争关系+为自己或关联方争取交易机会而形成类竞争关系+因破坏对方竞争优势而形成竞争关系+双方争夺用户范围有较大比例的重叠”这一全面考量的判定方式作为替代竞争关系认定的过渡性裁判方法,然后再过渡到不受传统竞争关系羁绊的裁判方法。

由此引发的对反不正当竞争法一般条款各要件间关系及其适用步骤等的反思在国内学界也不无争议,如何在灵活性与稳定性间拿捏权衡以保证裁判宽严适中,已成为国内相关司法实践中颇为棘手的难题。有学者认为,国内法院在适用反法一般条款时往往先入为主、因果倒置,即从原告受到损害的事实反推出该行为违反诚信原则与商业道德的不正当性,甚至为了佐证损害事实系不正当竞争行为所致,而通过抽象揣测,牵强地赋予该行为不正当性。也有学者指出,鉴于相关新型不正当竞争行为表现形式的纷繁多样与隐蔽性强,更应注重考察行为人(在此为数据抓取方)的主观过错,从而可与行为损害结果相互印证。这些观点都有一定道理,但又都失之偏颇。笔者认为应采取主客观紧密结合的方法,在注重考察该行为的客观损害效果的同时,也不能忽视行为人是否具有主观过错这一要件。具体的考察顺序应在认定行为不正当性的基础上再分析其损害效果,此外,还应综合评估裁判结果对信息顺畅流通、权益保护与技术创新等方面可能的影响。在兼顾法律及其适用的可预期性的同时,应通过国内同类裁判的经验积累和域外较成熟经验的借鉴,使此类案件的裁判尺度保持在合理限度内,不得逾越反不正当竞争法适度谦抑的底线,更不得怠于考察该行为的其他要件;以期在定纷止争的同时,为以后同类案件的裁判起到良好的指引作用。

三、我国对违反“爬虫协议”行为法律规制的现状与存在的问题

1. 我国新旧反不正当竞争法与行业自律规则等对违反“爬虫协议”行为的规制现状

由于法律规范的相对滞后和立法语言的不周延,制定于1993年的反不正当竞争法及与之相配套

的司法解释^[1]在规制该行为时显得力不从心,而2017年修订的反不正当竞争法中的互联网专条将其规制范围仅限于具有“妨碍、破坏”特质的不正当竞争行为。此外,与2017年反不正当竞争法相配套的下位法规范至今仍未出台,使对新法一般条款及其适用的理解尚停留于“海带配额”案阶段,这也切断了反不正当竞争法与《自律公约》统合协调、沟通配合的重要渠道。

尽管有学者乐观地认为可通过转致适用《互联网搜索引擎服务自律公约》与2016年刚刚出台的《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》,并结合反不正当竞争法第2条对其施以有效规制。但笔者认为在当前对此类行为规制的法律规范体系尚需完备、数据抓取不正当竞争行为愈演愈烈的情况下,仅凭具有软法性质的《自律公约》通过转致加以调整并不合适。以下笔者对如何间接适用反不正当竞争法第2条及相关规定做一简要分析。

如前所述,《互联网搜索引擎服务自律公约》第7条将“爬虫协议”视为“国际通行的行业惯例与商业规则”并要求予以遵守,但其仅为行业自律规则,有学者认为其仅对参与签署公约的企业生效。而参考前述指南第34条,学界虽对“爬虫协议”(而非具体的robots.txt文件)是否属于行业惯例进而满足其第1项“信息网络行业的特定行业惯例”的要求尚存争议,但《互联网搜索引擎服务自律公约》显然满足其第2项要求,故后者可被认定为反不正当竞争法第2条第1款所规定的“(公认的)商业道德”。进而根据前述指南第35条,可以看出违反“爬虫协议”行为应属于其第1项列出的行为,并结合该条规定的“足以损害原告合法权益、扰乱正常的市场秩序、违背公平竞争原则、且违反诚实信用原则和公认的商业道德”等要件来看,违反“爬虫协议”的行为确实可被认定为反不正当竞争法第2条规定的不正当竞争行为,从而可适用相关规定予以处理。这一方面可避免过去通过对反不正当竞争法第2条第1、2款所含构成要件做文义解释^[2]或通过援引2009年最高人民法院在著名的“海带配额”案^[3]中对诚信原则与商业道德的界定所导致的对不正当竞争行为认定的烦琐与不确定性,另一方面也强化了《互联网搜索引擎服务自律公约》等行业自律规则与“爬虫协议”等作为“国际通行的行业惯例与商业规则”^[4]在具体法律适用中的地位与作用。

2. 当前我国对违反“爬虫协议”行为的法律规制中存在的主要问题

(1) 2017年反不正当竞争法互联网专条(特别是其兜底条款)难以准确适用于对违反“爬虫协议”行为的规制

如前所述,表现为违反“爬虫协议”等形式的数据抓取行为其实质是“分享”被抓取网站既有的商业利益,但是该行为与2017年反不正当竞争法互联网专条第2款列举的那些互联网不正当竞争行为仍有一定差异,也与该款最后的兜底条款并不完全吻合。这其实是由互联网专条的形成路径决定的:因为互联网专条第2款列举的那些不正当竞争行为乃是对一些较典型的互联网不正当竞争行为的总结提炼,而该条第2款前半段所概括的“利用技术手段,通过影响用户选择或其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的行为”,则是对前述列举的典型行为设置的“最大公约数”,而形似“非典型”的违反“爬虫协议”等行为自然被排除在外,因此严格来说,该条文所规制的并非互联网不正当竞争行为的全部。有学者认为,可通过对该条的目的解释及扩张解释将违反“爬虫协议”等不正当竞争行为纳入其规制范围中,因为该行为的终极目的也带有一定的“妨碍、破坏”色彩,这样足以填补互联网专条的周延性不足的问题。笔者对此观点并不认同,因为互联网专

[1]即最高人民法院于2006年颁行的《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》。

[2]参见张平:《〈反不正当竞争法〉的一般条款及其适用》,《北京》《法律适用》2013年第3期。

[3]参见最高人民法院民事裁定书,(2009)民申字第1065号。

[4]基于前述分析,笔者对此并不认同。

条所列举各项虽不周延但其内在逻辑联系,从各列举项的文义来看,它们所指称的“妨碍、破坏”类行为应同时体现于手段与目的上,而且二者具有高度的一致性,且难以割裂。由此不难推知,在竞争法谦抑性理念及法律规范体系解释方法的指引下,对第2款兜底项的适用也应保持必要的适度 and 逻辑上的自洽,即该项所指称的“妨碍、破坏”类互联网不正当竞争行为也应如前列诸列举项一样,限定在手段与目的均具有“妨碍、破坏”特征的竞争行为。上述扩张解释无疑将互联网不正当竞争行为的范围大为泛化了,把那些手段与目的中仅有一项涉嫌“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行”的行为也纳入该条规制范围,这对互联网行业发展和技术创新而言显然是不利的。由此反观2017年反不正当竞争法尤其是其互联网专条,无论是其要件描述、列举条款还是最后的兜底项都难以涵盖违反“爬虫协议”等诸多“非典型”的互联网不正当竞争行为,因而只能适用一般条款,这将会在一定程度上限缩互联网专条的适用范围,并削弱其灵活性。

(2)反不正当竞争法一般条款的具体适用尚无下位法细化,适用商业秘密保护条款不宜扩张至对违反“爬虫协议”行为乃至其它数据抓取不正当竞争行为的规制领域

对违反“爬虫协议”行为加以规制还存在很多亟待解决的问题,笔者认为最大阻碍在于尚无与之对应的责任条款。从国内立法维度来考察,在2007年最高人民法院为弥补旧反不正当竞争法规定的粗疏陈旧而颁行的《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》中,根本未涉及对一般条款如何适用的具体化问题,从而丧失了赋予该条可操作性的机会,进而将后续工作留给2009年的“海带配额”案。但我国不是判例法国家,而且该案确立的分析范式能否适用于互联网领域层出不穷的不正当竞争行为尚存疑问,因此一般条款的适用无论在理论界还是在实务界均存在较大分歧。2017年新的反不正当竞争法修订通过,但其第2条并无与之直接对应的法律责任条款,而且第17条有关民事责任的规定能否完全适用至违反一般条款的不正当竞争行为尚待进一步明确。此外,针对互联网专条的行政责任条款能否移用至互联网不正当竞争行为也存在较大争议,这是因为有学者认为,只有司法机关才能依据反不正当竞争法一般条款认定不正当竞争行为,而相关行政执法机关无此权力。总之,新的反不正当竞争法颁行后,相关配套的下位法规范迟迟未跟进,一般条款的进一步细化尚待时日,这些都为一般条款在相关领域的具体适用增添了一定的不确定性。

(3)国内对互联网等领域的行业自律公约的定性与作用等尚存争议,现有行业自律规则难以因应网络技术新变化

除对数据与“爬虫协议”的定性等存在很大争议外,国内学界对互联网等领域的行业自律公约的定性与作用等的认识也未完全统一,尽管大部分人认同作为软法的行业自律公约是一种该细分领域乃至全互联网行业所普遍遵循的行业惯例^[1],但鉴于其在规制相关违反公约行为(责任追究与惩戒等)、保障相关主体合法权益、维护该领域健康有序发展等方面效力较弱,故也有学者认为其宣示意义大于实质意义。而行业自律公约的作用也备受质疑,这不但因为表现为违反“爬虫协议”等的数据抓取不正当竞争行为并未受到相关行业自律公约的有效约束,而且还因为现在大部分互联网企业均实施了跨域经营战略,违反“爬虫协议”行为也从搜索引擎抓取ICP网站数据扩展到其他细分领域,不同细分领域间界限被日益淡化,而先前制定的行业自律公约对行业的划分太过僵化,实践中其效力受到严重制约,比如《互联网搜索引擎服务自律公约》中对其它细分领域的违反“爬虫协议”行为便无强制约束力,形成较大制度罅隙。更令人担忧的是,由于现有行业自律公约大多未能顺应网络技术的演进趋势而及时更新优化,从而难以准确地因应网络技术发展带来的新变化,这使其自律管理效果大打折扣

[1]该观点已得到前述北京市高院《指南》及百度诉奇虎360违反“爬虫协议”案一审判决等的明示认可。

扣,也与我国正逐步重视政府规制与行业自律协调配合的合作监管理念背道而驰。

四、我国对违反“爬虫协议”行为法律规制的完善对策

1. 我国对违反“爬虫协议”行为法律规制完善的总体思路

(1) 实现各方耦合共治、多种规范间的统合协调与各种利益/价值间的动态平衡

首先,由于反不正当竞争法一般条款及与之对应的责任条款的不确定性和前述《自律公约》的约束力较弱,相关行政执法和司法部门、行业自律组织等各方就违反“爬虫协议”行为的规制问题陷入了困局;由于数据控制、抓取与使用各方存在利益冲突及“爬虫协议”并非各方合意的结果,由此导致的不正当竞争行为屡禁不绝。就此笔者认为,不妨引入西方较成熟的合作监管理念,以实现数据控制、抓取与使用各方及相关行政执法和司法部门、行业自律组织等各方的多元耦合共治。

其次,现在国内对数据抓取与使用及其他和数据处理紧密相关诸领域的不正当竞争行为施以法律规制时,总体上仍面临着该领域网络技术上的快速发展与制度上的相对滞后、竞争政策与产业政策等多方面的矛盾,因此亟需纾缓上述不同价值间的抵牾之处,必要时还需在这些价值间谨慎地加以权衡和协调,以最终实现反不正当竞争法内部各关联条款及相关法律法规、行业自律规则、技术标准与行业惯例等多种规范间的统合协调。

(2) 通过适用最高人民法院对相关典型案例关于反不正当竞争法一般条款的权威解释,逐步确立相应原则与程序规程等重要规范

在当前立法相对滞后的情况下,笔者认为也可以退而求其次,即最高人民法院通过相关典型案例对反不正当竞争法一般条款作出具有可操作性的权威解释,由此确立相应原则与程序规程等重要规范,并与相关行业自律规则和技术标准相衔接,最终形成必要的规制合力。鉴于国内法院对反不正当竞争法一般条款的适用标准宽严不一,故笔者认为应从相关案件裁判时针对一般条款所作的解释中寻找出一条较稳妥的分析范式,而其他与之不完全相符的原则或程序规程等,应在部分或整体上不予适用,以保持裁判体系自身内在的周延和自洽。笔者认为,建立一个解释体系应符合以下标准:该解释体系既要与一般竞争法的法理相符、不得脱离法理而恣意适用,也要保证自身内部的和谐完备,以彰显该体系的权威性和普适性;该解释体系必须可形成具体的操作步骤且行之有效,同时其在程序与实体上都应是无重大瑕疵的。根据上述标准,笔者认为“非公益必要不干扰”原则与“协商—通知”程序并不完全契合上述标准,甚至有简化和逆向突破“海带配额”案所确立诸要件分析范式之嫌,因此不宜作为基础性的分析范式;而“海带配额”案所确立诸要件分析范式尽管有笔者上文所述的一些缺陷,但却同时符合上述标准,因而应将其确定为基准范式,并在此基础上做一定的修补增删,这样才能贯彻最高人民法院通过相关典型案例对反不正当竞争法一般条款所做的权威解释。

2. 我国对违反“爬虫协议”行为法律规制完善的具体对策措施

一是应适用反不正当竞争法一般条款对违反“爬虫协议”行为加以规制,但如何具体适用仍需下位法进一步细化,还需将此类行为在高层级法律规范中加以类型化,同时明确违法主体相应的法律责任,进一步细化与之相关的“协商—通知”程序,并可通过增加违法者成本或缩短诉讼程序所需时间以提高诉讼效率,此外规制该行为时还应恪守公法上的比例原则。具体而言,由于相关下位法规范迟迟未跟进,因此需要加快相关立法进度,从而确保一般条款的可预期与可操作性,克服其可能的恣意性。在针对反不正当竞争法一般条款制定下位法时,需充分考量多重因素,避免顾此失彼。鉴于违反“爬虫协议”等数据抓取不正当竞争行为在国内有愈演愈烈之势,运用一般条款对其规制稍显繁琐,笔者建议立法者也可通过必要的立法技术,适时在互联网专条中增设这方面规定,明确其行为构成诸要

件及责任追究等内容,以更有效地遏制上述不正当竞争行为泛滥之势。首先,我国相关立法应借鉴域外相关立法例与国内较成熟的法律规制经验,将此类行为在反不正当竞争法和相关行业监管法等高层级法律规范中加以类型化,如可采用增加“未经其他经营者许可,通过数据抓取与使用等途径致使被抓取的经营者及其用户遭受被分流、网络阻塞或其他合法权益上损失的”这一列举项,以使对该行为的法律规制无需再转致间接适用反不正当竞争法一般条款,也不必纠缠于对“妨碍、破坏”的不同理解。其次,应在有关法律责任的章节中明确实施该行为的违法主体所应承担的各项具体法律责任,以适度提高违反“爬虫协议”行为的违法成本,同时可消除因缺少对应责任条款而造成的责任追究方面的不确定性。再次,可通过增加违法者成本或缩短诉讼程序所需时间以提升诉讼效率,以避免对起诉方的二次伤害,但要注意对诉讼效率的考量要保持在合理限度内,以与竞争法针对技术创新等特有的谦抑性特质相契合。复次,相关下位法规范应对“协商—通知”程序这一较成功的国内实践经验予以进一步完善和细化,并夯实其法律依据,使之更规范,更具可操作性,以期能发挥更广泛的调整作用。针对违反“爬虫协议”与滥用“爬虫协议”二者间一定条件下的可相互转化的情况,在互联网环境下要妥善处理好反垄断与反不正当竞争间的关系,应大胆地借鉴并采用公法上的比例原则,藉此方可达到维护与“爬虫协议”相关行为的目的与手段间保持适当比例等多重实效,并取得反不正当竞争与反限制竞争两者间的动态平衡。以上这些具体完善措施虽貌似都是些琐碎的细节,但却考验着立法者的智慧。

二是应及时更新优化相关领域的行业自律公约和技术标准等软法规范,以顺应网络技术的发展趋势,并积极推动相关法律规范与行业自律公约等软硬法之间的有机结合与无缝对接。如前文所述,数据抓取所涉及的搜索引擎等领域的行业自律公约已跟不上技术发展的脚步,其对相关不正当竞争行为自律管理的效果大打折扣,而且无法将其适用范围延拓至手机APP、内容聚合平台等领域,因此,为了更好地顺应网络技术的发展趋势,应及时更新优化相关领域的行业自律公约,甚至技术标准等其它软法规范也有必要随之更新,从而使相关行业自律管理效果更持久。应通过推动新反不正当竞争法等相关法律规范与行业自律公约等软硬法间的有机结合与无缝对接,形成一套联动有序的合作监管体系,以实现对与“爬虫协议”相关的前沿领域的善治共赢。值得一提的是,2017年反不正当竞争法第5条对行业自律组织在反不正当竞争领域的职责作了明确宣示,这意味着我国竞争立法在引入行业自律管理、践行合作监管理念等方面迈出了可喜的一步。为实现上述软硬法规范无缝对接、善治共赢等目标,还需要立法者进一步明确行业自律组织的管理范围和责任追究等事项,同时需要对未来的下位法规范加以进一步细化;需要在行政执法与司法过程中通过反不正当竞争法一般条款将作为“硬法”的各级法律规范与行业自律公约等软法紧密连接在一起,“硬法”的规制范围和力度都应符合竞争法谦抑性等旨趣,该范围以外的规制内容通过行业自律管理这一中间渠道加以治理,在后者力所不逮时再转由相关部门介入并适度规制,以收 regulation 与 deregulation 间动态均衡及合作监管之功效。此外,对未加入该公约、但仍属于该行业细分领域的互联网企业(通常是在该公约颁布后新成立的该领域企业)的约束力存在与否及范围宽窄,相关立法也应有明确的规定,以消除行业自律管理的不确定性;同时对行业自律公约的适用应通过法律规范明文规定予以严格把关,以避免其沦为某些具有明显竞争优势的企业实施不正当竞争行为的工具^[1]。

[责任编辑:钱继秋]

[1]如在百度诉奇虎360违反“爬虫协议”案中可以看到,百度在当时国内搜索引擎领域具有明显的竞争优势,它即利用为其ICP设置的“爬虫协议”企图遏制360搜索引擎的发展壮大。