

数据爬取的规制路径探析

◆ 史玉杰

(燕山大学文法学院, 河北 秦皇岛 066000)

【摘要】数字经济时代的快速发展成就了新的发展新业态,数据作为信息经济时代重要的生产要素资源,成了资源争夺的焦点,在不正当数据爬取行为阻碍了市场经济创新发展时,部门法的竞合规制出现了司法混乱。为解决这种无序的现状,本文在对我国数据抓取行为的法律规制现状进行了归纳和梳理后,总结了当前司法规制存在的不足,并且针对性地提出建议。首先,导入利益权衡机制,构建二元利益衡量方法。其次,完善数据爬取行为的合法性判断标准。最后,构建数据爬取行为的协同治理。

【关键词】数据爬取;司法规制;权益衡量;合法性;协同规制

一、问题的提出

在全球数字化快速发展的背景之下,推动了信息通信技术和数据技术的高度融合和广泛实践。数据一跃成为与劳动、资本、土地、知识、技术、管理并驾齐驱的重要生产要素,更是超越了传统工业经济时代的要素,迎合时代成为创新型元素,并且在转型升级中提升到前所未有的高度。2015年3月23日,我国出台了有关创新驱动发展的指导文件,其中指出要将全面创新放在发展全局的核心位置,推进科技体制和经济体制领域的改革,进而推动经济发展方式的转变形成持续发展的格局。以创新为主要发展特征的数字经济模式也随之成为经济发展中的重要驱动力。随后在2021年3月,我国发布了关于《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》,其中“统筹数据开发利用、隐私保护和公共安全,加快建立数据资源产权、交易流通、跨境传输和安全保护等基础制度和标准规范”成为我国顺应数字时代发展的决策。如果说“数据的价值是其可能所有用途的总和”,那么,为实现数据再使用的流通方式也顺势成为数据要素市场中至关重要的一环。

目前来说,数据流通方式共包含两种路径:一是基于合同设计,经过“开放式端口”进行的资源数据流通;二是需求方通过爬取行为调取固有方数据库资源。这些数据流通方式的运用在市场经济发展中,在市场主体追求自身利益最大化追求下有了新的表现形式。市场主体通过数据爬取以获得所需用户数据信息,再通过数字分析等一些技术分析用户好恶,以此来提供贴合需求的商品,并且在数据爬取技术的支撑下顺势优化自身的优势之处,从而提高市场竞争力。然而,这种数据流通方式在满足企业对数据取用和分析的要求,帮助数据流通与共享,推动数字经济发展的同时,也触发了一系列的法律纠纷,其中既涉及民法领域的权益保护、

财产保护,也触及竞争法领域的不正当竞争纠纷,而且还涉及刑事法领域的非法攫取计算机系统数据行为等。多法益的同时侵犯,很容易引发法律适用的竞合,因而这是一类复杂且形态灵活并隐蔽的法律行为。在实践中,如“新浪微博诉脉脉非法爬取用户信息案”“大众点评网诉百度非法爬取点评信息案”“新浪诉饭友不正当竞争案”等中均有体现。对此,如何在规制数据爬取行为的同时,兼顾数据的安全保护和发展,确保在现有法治框架下均衡多方法益,利用现有法律工具均衡数据保护与数据竞争间的关系,找出一条切合实际的、专门的规制途径业已成为理论界和实务界讨论的焦点。

二、数据爬取的司法规制路径现状与缺陷

(一)数据爬取的司法规制现状

近年来,从数据爬取的众多法律纠纷中得知,数据爬取引发的案例纠纷主要囊括刑事、行政法和竞争法领域,进一步区分当前的司法实践,可在公法、私法等多个领域进行分析,具体从以下几个方面来展开。

1.公法规制现状

在公法规制范围内,主要体现在以下三个部门法中。在刑法规制方面,随着数据流通的快速发展,在这个过程中逐步收集各类数据,其中囊括的个人信息、经济信息、公共安全信息,使之这一行为在数据的流通中更易触发刑事纠纷,数据爬取的规制逐渐倾向于刑事领域,数据爬取其触及的刑事犯罪覆盖数据攫取、数据使用等阶段。在行政法规制方面,近年来,在《个人信息保护法》和《数据安全法》发布之后,条款设计中明显增加了与行政规制相关的法律条款,这一立法进程明确表明之后的数据治理将更多地倾向于行政规制。而在竞争法规制方面,《反不正当竞争法》通过类型化列举和兜底条款对其进行了规制。

2.私法规制现状

数据本身的流通特性、资源共享性和非排他性的特征，数据的立法赋权保护路途坎坷。在成为民事权利的客体的过程中，正是这些特质使其无法进入民事权利客体的范围内，而且在客体之外也难将其视为财产，因而数据的权利化难以实现。从当前司法实践的经验来看，数据爬取的法律规制，在民法上主要还是求助于其中与数据爬取相关的法律板块，比如与之相关的人格权、合同侵权和知识产权的规定。

（二）数据爬取行为法律规制存在的不足

在司法实践中，我国并没有独立的、专门性立法，数据爬取经常性地引起部门法之间的适用竞合，容易导致“同案不同判”现象的发生。由此导致在立法与司法方面，对于数据爬取的法律规制还存在一些不足，展开来说，本文从以下三个视角进行剖析。

1. 私法上权益的保护不够

数据作为数据爬取的对象，其法律性质和权属划定繁杂，使得数据爬取的纠纷解决十分棘手，亟须法律的进一步明确。伴随着《数据安全法》的通过实施，数据安全问题得到了与之相同的立法关注高度，但是在数据的性质方面也许是出于立法环境的问题一直并没有进行明确的法律定性。继而在数据赋权方面，理论界和实践界的呼声愈发高涨。但是在权利划定方面是有成本的，虽然权利划定是市场流通的重要前提，权利确定能够更好地减少交易成本，促进市场的流通。但是高昂的成本使数据的权利划定陷入了窘境，正是这一现实问题导致通过私法赋予权利来规制的路径至今无法得以走通。

2. 合法性界限模糊

无论是在公法领域还是在私法领域，数据爬取的合法性界限都未予以明确。刑法规制实践中存在入罪范围过大的问题。刑法过度进行干预，挤压了民法的适用区间，因而导致数据爬取刑事责任混杂，致使企业在数据爬取中冒着严苛的刑事责任风险，阻碍数字市场经济的发展。行政法规制实践中，同样也面临着同样的问题。但在刑法规制的实践里，行政法规制较为局限，相关的法律规范适用得较少。另外，竞争法规制实践也有同样的问题，缺乏具体可操作的违法性判断标准。同样在私法领域，《民法典》的规制存在立法赋权与数据性质不相容的问题。目前，数据的权利属性尚不明确，因此，通过私法对数据爬取进行规制仍然具有局限性。

3. 协同治理难以为继

在数据爬取中，由于多方主体以及众多方面利益的掺和，自然而然地就触及各个部门法，造成部门法之间在适用上发生了竞合关系。在竞合的各个部门法中，由于对其行为的法律性质以及责任方式规定大相径庭，因而在竞合适用

的实践中如何明确具体责任成为难题，再加上合法性判断标准的缺失，就很难使各个部门法之间进行高效协同实施。

三、数据爬取司法规制路径的优化

（一）平衡数据爬取行为中的多方利益

1. 导入利益权衡的化解体制

究其根本，数据爬取纠纷的根源是因为各方主体之间利益竞争的产物，而如何采用合理的方式去规划利益竞争的秩序，化解因为无序竞争而造成的不稳定，权衡数据利益保护与数据正当使用是其至关重要之处。尝试跳出数据权属的纷繁论争，运用利益权衡的方式，将数据爬取本身作为一项市场经济运行中一项合法权益，探析两者相权取其轻的法律规则。在对数据爬取行为进行规制的过程中，将数据爬取纠纷的利益竞争本质纳入规制意识，导入利益权衡的体制，在进行合理合规的权衡下，进一步析出解决利益冲突的最优解。另外，应当进一步确定数据爬取行为的利益权衡的方法技巧，采用权利位阶、比例原则与科斯定理这种相对稳定的利益权衡方法，适用相对客观的权衡标准，使得利益权衡化解的结果客观稳定。并且导入权利排序、均衡原则和帕累托效率，该方法也不失为一种方法指导和遵循，能够使利益权衡的过程更加清晰客观。

2. 采用二元利益权衡的方法

在数据爬取行为的利益权衡中，我们将数据爬取行为共分为数据攫取与数据使用，在分为两个角度下对数据爬取行为进行利益权衡。在数据攫取的角度下，将数据爬取中的利益纠纷进行剖析得出，纠纷的内容包括数据爬取双方主体的多项权益。对于数据爬取方来说，其在数据攫取中的权益主要是能够公平地参与到市场竞争中。相对来说，对于被爬取方来说，其最有可能被侵害的权益是商业秘密以及知识产权。除此之外，数据爬取还会触及公民的个人信息权、个人数据安全权益等。对上述利益分析，我们利用前面所述的方法进行权利排序，可以很容易地析出上述相关权益的级别次序，得出法定权益高于一般的竞争利益。而在数据使用阶段，由于双方主体涉及的冲突内容一致为市场竞争利益，因而无法适用权利排序进行次序等级的区分，此时就需要适时导入帕累托效率对经济效益进行考虑。

（二）合法性判断标准的逐步完善

在行政法领域，要尽量避免冒失激进或是过于保守的规制定向，注重当前环境背景下的市场发展回应，正确看待数据爬取行为的积极效应与消极反馈，在规制中促使数据的价值实现与风险预防达到均衡关系。并且应当在现有的立法框架的基础上，更进一步详细和明确数据爬取行为的违法性判断准绳。虽然现行的法律规范已经规定了相关的禁止性条款，但在实践中对于行为认定还是缺乏明确具体的详细立法。应该通过一系列的附属规范性文件进一步对相关权益

进行详细划定,从而清楚划定数据爬取的合法性标准,确保行政立法的目标可以在实践中能够得到有效充分的实现。同时,利用管理性行政规制手段,引导数据爬取行为合规合理地进行。另外,应逐步加强智能化服务平台的服务管理能力,强化对数据资源的管理。

在竞争法领域,数据爬取行为的竞争法规制当前主要还是适用《反不正当竞争法》的一般条款,由于一般条款对于不正当竞争行为的构成要件缺乏具体可操作的规定,致使司法人员在适用一般条款进行裁判时,会过度用这一原则性规定对竞争行为的合法性以及正当性进行裁断,空缺的规定使自由裁量权进一步扩大,因而裁判结果的判决也变得不再有可预测性。因此,应当规范《反不正当竞争法》一般条款的适用,导入利益权衡的机制,利用该机制方法进行利益权衡,以谋求利益最大化,进而划定数据爬取行为的合法性界限,降低一般条款和主观判断对裁判结果产生不确定性影响。另外,适用《反不正当竞争法》来调整这一市场竞争行为的首要前提条件是竞争关系的断定,但是互联网的发展突破了传统的市场竞争范式,塑造出了一种全新的综合式竞争模式。这一新业态的背景下,对于如何判断数字网络市场中的竞争关系显得不够。而且,究其不正当竞争的本质来看,如何判断正当性是根据是否违反现有的具体法律规定来认定的,并不是借助是否有竞争关系来断定的。

在刑法领域,罪与非罪的界限模糊,相关的犯罪构成要件也不尽契合当下,数据爬取行为如何认定为非法入侵,可以将身份验证机制作为其判断方法,在故意避开或是绕过验证时,即可以断定非法入侵。如果采用其他技术手段来认定非法入侵性质的话,也应该考虑是否是同等程度的法益侵害性。由此,便完善了罪与非罪的判断标准。

(三)构建多元素协同规制

当前实践中,数据爬取行为的法律规制经常是部门法在适用上各行其是,这种割裂的规制现状不符合现有的法律体系框架的系统性,应该在部门法规制中找出系统的方法,逐步构建贴合市场经济发展规律的数据爬取行为的协同规制。

1.捋顺部门法之间的适用关系

首先,依据刑法谦抑性原则,应该防止在数据爬取纠纷中的过度介入,给其他部门法的适用保持适度的司法空间。其次,在行政处罚与刑事处罚之中建立合理的衔接制度,借此强化行政处罚在数据爬取行为的司法规制中的适用强度,均衡行政处罚与刑事处罚的适用关系。最后,应当捋顺《反不正当竞争法》与私法在适用上的关系。《反不正当竞争法》其性质定位使其作为《知识产权法》的补充性法律,在对数据爬取行为进行规制时,可以参考《知识产权法》等

私法上早已进行规范的侵权行为,也只有在进行兜底时,才可以依据《反不正当竞争法》来规制。

2.捋顺《反不正当竞争法》的法条适用关系

在适用《反不正当竞争法》进行行为规制时,应当首先适用具体的类型化条款,只有在不正当竞争行为无法被具体条款所包容的情况下,才可以适用一般条款的规定进行规制,避免向一般条款逃逸。另外,互联网条款所规定的类型规定并不周延,而且列举的行为类型本身并不能做到独特性。在适用互联网条款对数据爬取行为纠纷进行规制时,不可避免地会出现适用范围狭小的情况,至此互联网条款被置之高阁。对于此等情况,应该将互联网条款进行周延规定,类型化更加符合数据经济发展业态,提高可操作性以及明确性。

四、结束语

数字经济时代的到来,数据的生产要素重要经济特性越发凸显,数据爬取行为作为推动数据流通、实现经济效益的重要手段,为数字经济时代的发展创新提供了强劲的技术保障。但是,数据爬取的具体运行中经常会触发法律纠纷,从而使得在面对这些新情况的时候愈发显得现行法律框架存在不足。数据爬取该法律行为横跨在公私法之上,涉及多权益混杂,由于现行法的滞后性,经常出现多部门法混杂适用的现象,导致“同案不同判”的情况也时有发生。究其原因,不光来源于数据的特殊性以及技术新形态,也来源于在现行法律框架对数据爬取行为相关规定存在模糊设计。为此,如何实现对数据爬取的有效治理,成为在适应数字时代下的重要问题。本文在现有的研究成果基础上,进一步对数据爬取行为的法律规制现状及存在问题进行了分析和归纳,提出在数据抓取行为的法律规制中,导入利益权衡的化解机制,采用二元利益权衡的方法,明确违法性判断准绳。并且通过构建多元素协同机制,进而实现对数据爬取的有效管理。

参考文献:

- [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]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.
- [3]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.

作者简介:

史玉杰(1994—),男,汉族,河北石家庄人,硕士研究生,研究方向:民商法学。