

2021年第十九届“理律杯”
全国高校模拟法庭竞赛

被告代理意见书

原告：俊杰公司

被告：伯乐公司

- 被告方 第36号参赛队呈递 -
2021年11月6日

第一部分 当事人信息

原告：俊杰公司

住所地：上海市××市××区××路××号

法定代表人：××，职务：××

联系方式：××××××××××××××

被告：伯乐公司

住所地：浙江省杭州市西泠区××路××号

法定代表人：××，职务：××

联系方式：××××××××××××××

诉讼代理人：XXX，XXX，允执事务所律师

尊敬的审判长、审判员：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十八条及《中华人民共和国律师法》第二十五条的规定，允执律师事务所接受本案当事人伯乐公司的委托，指派我们担任伯乐公司的一审代理人，参与本案的诉讼活动。代理人现就俊杰公司与伯乐公司不正当竞争纠纷一案，作出如下代理意见：

一、本案所涉数据不构成著作权或其他知识产权，伯乐公司未侵犯俊杰公司的绝对权，俊杰公司无权要求伯乐公司停止使用网上公开信息。

二、伯乐公司对公开信息的开发未构成《反不正当竞争法》第二条所规制的反不正当竞争行为，俊杰公司无权要求伯乐公司停止使用网上公开信息。

根据法律规定，结合本案事实，伯乐公司代理人认为，俊杰公司的诉讼请求缺乏事实与法律依据，请求法院依法驳回原告的全部诉讼请求，并判令原告承担本案的全部诉讼费用。

代理人现根据本案事实和有关法律规定发表如下代理意见，供合议庭参考。

第二部分 案件基本事实

一、案件事实

2010年8月10日，俊杰公司在上海成立，建立了名为“俊杰平台”的职业社交平台，主要为职业人员间关于个人及行业信息交流提供服务。俊杰平台的用户在该网站上建立个人档案，并可自由选择其个人信息的开放程度，默认设置下信息仅在平台内可见，而选择“整个公众可见”的信息将在全网公开，可供任何人查看。

俊杰公司在网上向用户发布的《用户协议》中指出：俊杰公司尊重用户对个人信息开放程度的选择，他人可以查看和使用用户分享的信息；用户对其信息享有所有权，仅授予俊杰平台使用、加工等非专属权限，用户可将内容和个人信息提供给第三方；平台禁止用户以任何方式干扰破坏平台运营或从中非法牟利。其中，俊杰平台特别指出，对于用户选择为公开的信息，平台可不经用户同意嵌入第三方服务，并且允许搜索引擎上显示。俊杰平台发布的《隐私政策》中指出：经用户选择俊杰平台可获得用户的通话信息和私人日程；俊杰平台承诺将不对用户数据进行可识别与定位的使用；但俊杰公司无法保证用户信息的安全性。在俊杰平台推出并运营一段时间后，职业市场上逐渐产生了新的需求，俊杰平台的服务已经无法完全满足用户的需求。

2015年5月5日，伯乐公司在杭州市西泠区成立，针对市场需求和产品痛点创新出变革性服务，通过对公开或用户授权的信息深度分析，销售高端定制化的职业数据报告和人力资源信息报告。伯乐公司主要提供离职预测和资历评估两种服务，产品一上市即因迎合社会需求而广为用户欢迎，得到了许多称赞。其中，伯乐公司使用的部分数据来源于搜索引擎上显示的来自于俊杰平台的用户信息。

长期以来，俊杰公司一直知道伯乐公司的服务并默示授权伯乐公司使用其公开信息，俊杰公司和伯乐公司分别针对职业领域的不同细分市场展开服务，满足不同客户细分群体的需要。两公司相处融洽，俊杰公司自2018年上半年至2019年初多次派员参加伯乐公司的会议。但随着伯乐公司的服务越来越受市场欢迎，俊杰公司无法占据充分市场优势地位。

2019年3月6日，俊杰公司突然主张伯乐公司侵犯了俊杰公司的信息权益，伯乐公司停止使用俊杰平台的公开信息，或者按月支付信息使用费用，且采取反爬虫技术限制伯乐公司的任何访问。伯乐公司拒绝，使用升级的爬虫技术。

2020年7月6日，俊杰公司宣布推出新产品“俊杰人才信息库”和“俊杰人才榜”，欲模仿伯乐公司以扩大市场，赢得优势地位。

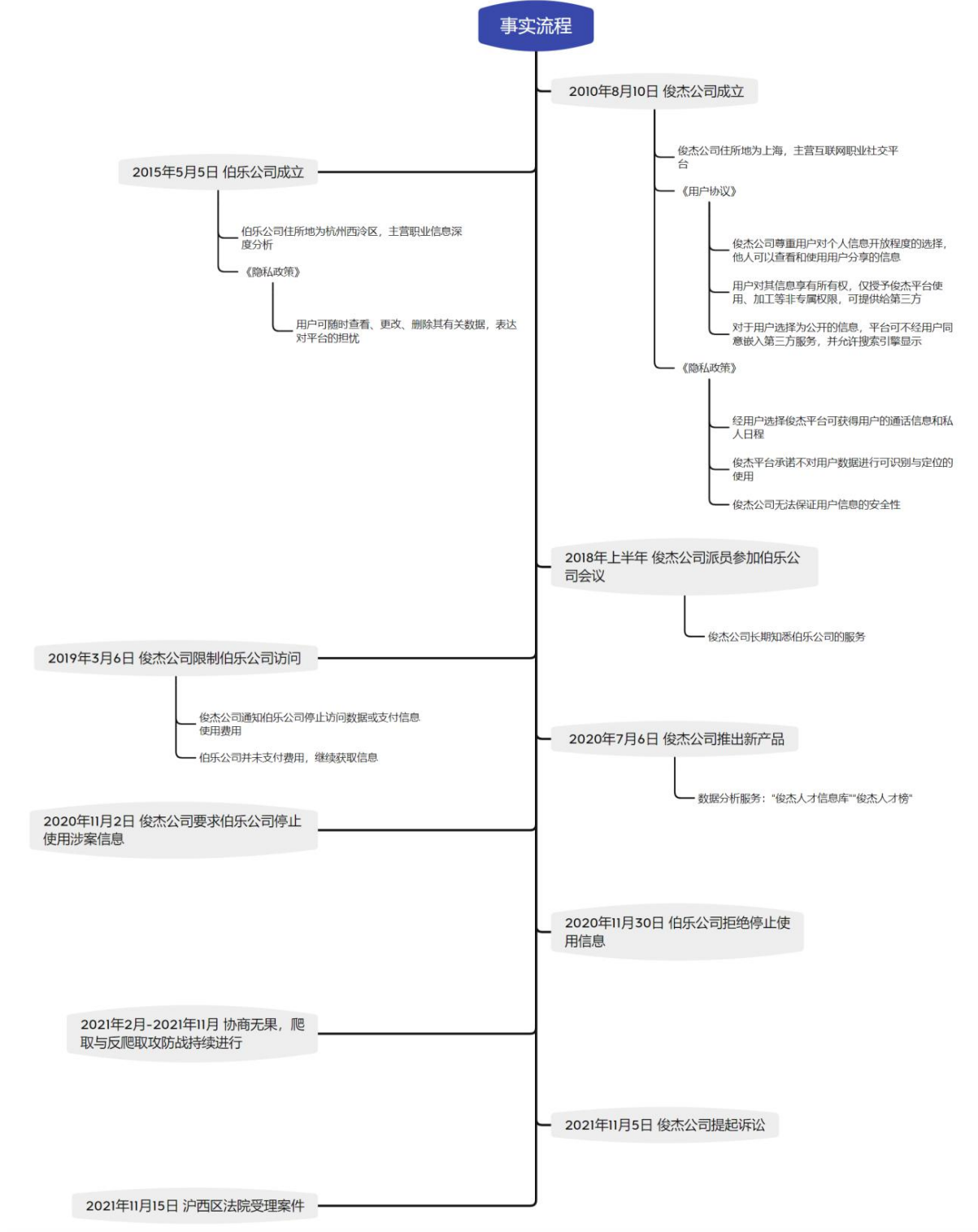
2021年11月2日，俊杰公司发出律师函，以侵犯平台与用户权益和不正当竞争为由要求伯乐公司立即停止使用俊杰公司所有网上信息。伯乐公司于11月30日回复俊杰公司，反驳其理由并拒绝停止使用信息。

2021年2月至11月，伯乐公司与俊杰公司的爬取与反爬取战持续进行。

2021年11月5日，俊杰公司向沪西区人民法院提起诉讼，要求伯乐公司停止对用户和俊杰公司的合法信息权益的侵犯，停止不正当竞争的行为。

2021年11月15日，沪西区人民法院受理该案。

二、本案时间线和案件发展进程



第三部分 法律适用

效力级别	法规名称	发布机关	实施日期	简称
法律	《中华人民共和国民事诉讼法》(2017修正)	全国人大常委会	2017年7月1日	《民事诉讼法》
	《中华人民共和国反不正当竞争法》(2019修正)	全国人大常委会	2019年4月23日	《反不正当竞争法》
	《中华人民共和国民法典》	全国人大	2021年1月1日	《民法典》
	《中华人民共和国著作权法》(2020修正)	全国人大	2021年6月1日	《著作权法》
	《中华人民共和国个人信息保护法》	全国人大	2021年11月1日	《个人信息保护法》
	《中华人民共和国科学技术进步法》(2007修订)	全国人大	2008年7月1日	《科学技术进步法》
司法解释	《中华人民共和国著作权法实施条例》(2013修订)	国务院	2013年3月1日	《著作权法实施条例》
	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》	最高人民法院	2021年1月1日	
	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2020修正)	最高人民法院	2021年1月1日	《民诉法解释》
其他规范性文件	《最高人民法院关于加强著作权和与著作权有关权利保护的若干意见》	最高人民法院	2020年11月16日	
	《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》	最高人民法院	2009年4月21日	
	《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》	最高人民法院	2011年12月16日	《意见》
立法草案	《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)》	最高人民法院	2021年8月18日	

第四部分 程序代理意见

由于本案中原告可能提起侵权之诉或者不正当竞争之诉,因此被告在书状中将分别对原告可能选择的请求权基础作出回应。如果原告提起的是侵权之诉,则不存在程序问题;如果提起的是不正当竞争之诉,则存在程序问题。因此,在程序代理意见部分,被告仅就不正当竞争之诉作出答辩;在实体代理意见部分,被告将按照侵权和不正当竞争两大框架分别展开答辩。

《民事诉讼法》第一百一十九条第一款规定:“起诉必须符合下列条件:(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;(二)有明确的被告;(三)有具体的诉讼请求和事实、理由;(四)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。”根据民事诉讼法和司法解释的相关规定,不正当竞争纠纷案件不宜由原告住所地法院管辖。

我方认为,若原告提起不正当竞争之诉,则原告起诉选择的法院没有对本案的管辖权,原告的起诉应予驳回。本案中,原告俊杰公司以伯乐公司的行为构成不正当竞争为由向沪西区人民法院起诉,不符合管辖的相关法律规定,沪西区人民法院对本案没有管辖权。

第五部分 实体代理意见

针对本案的可能法律适用情况,出于答辩完备性的考虑,我方将就本案可能适用的知识产权法规范与《反不正当竞争法》相关规范进行书面答辩。至于一般民事规范的适用,¹我方暂不进行答辩。倘若原告以其为请求权基础提起诉讼,我方将在法庭辩论环节进行口头答辩。

第一节 被告未侵犯原告的知识产权

关于反不正当竞争法与知识产权法相关规范的关系,学理上存在“补充说”²、“平行保护说”³等诸多主张,最高人民法院采纳了“补充说”⁴:在存在可能法条竞合的情况下,知识产权规范较反不正当竞争法有一定适用优先级,反不正当竞争法对知识产权专门法的补充作用的发挥也具有一定的条件与门槛,并非无限制地兜底适用。⁵因此,我方优先就可能适用的知识产权规范答辩如下:

¹ 如德国侵权法中对权利依据过错责任予以全面保护的“权利侵害式侵权”,违反保护性法规的“违法侵权”以及故意违反善良风俗的“背俗侵权”,除此之外,民事规范中的合同违约与不当得利等规范也可能被应用于本案。

² 参见郑成思:《反不正当竞争——知识产权的附加保护》,载《知识产权》2003年第5期,第3-6页;曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第151-153页。

³ 参见张伟君:《从“金庸诉江南”案看反不正当竞争法与知识产权法的关系》,载《知识产权》2008年第10期,第14-23页;谢晓尧:《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社2010年版,第73页;刘维:《论反不正当竞争法对知识产权补充保护之边界》,载《竞争法律与政策评论》(第3卷),法律出版社2017年版,第75-77页。

⁴ 参见2009年最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发〔2009〕23号)第11条规定:“妥善处理专利、商标、著作权等知识产权专门法与反不正当竞争法的关系,反不正当竞争法补充性保护不能抵触专门法的立法政策,凡专门法已作穷尽规定的,原则上不再以反不正当竞争法作扩展保护。”

⁵ 参见奚晓明:《当前我国知识产权司法保护的政策和理念》,载《知识产权》2012年第3期。

一、被告没有侵犯原告的著作权

（一）案涉数据内容不属于作品

根据《著作权法》第一条、第二条，只有“作品”才是《著作权法》的保护客体。本案中可能构成“作品”的，是俊杰公司的平台用户设置为“公开或类似形式”分享的动态数据。依据俊杰公司《用户协议》第2.5条第2款和《隐私政策》第1.1条，⁶该动态数据具有用户个人信息、个人陈述等内容，单条数据由用户生产，集合数据由俊杰平台储存。

我方认为，案涉数据不属于著作权法上的“作品”，理由如下。

1. 案涉单条数据不受《著作权法》保护

《著作权法实施条例》第二条规定：“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”依据本条，构成作品需要满足“独创性”与“可复制性”两大条件。本案中，伯乐公司爬取的案涉单条数据，主要为用户公开的姓名、职位、技能、工作经历等，这些均属于单纯事实信息，具有客观性和确定性，不具有独创性。因此，案涉单条数据不构成“作品”，不能受到《著作权法》的保护。

2. 案涉集合数据不受《著作权法》保护

《著作权法》第十五条规定：“汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。”

一般认为，汇编作品须满足两个条件：第一，由作者独立选择或编排完成；第二，汇编人对汇编材料、内容的选择付出了创造性劳动。⁷在“中国大法规数据库案”中，上海一中院指出：“原告《数据库》所汇编的内容为法律、法规和其他规范性文件等，如原告对这些内容进行了有独创性的选择或者编排那么经过选择或者编排后所形成的作品作为一个整体可以作为汇编作品获得著作权法保护。”⁸

本案中，储存于俊杰平台的集合数据是各类单条数据的简单集合，俊杰平台对案涉数据仅起到储存作用，数据库中的内容完全是由用户自行上传的。换言之，俊杰公司仅仅为数据收集行为提供条件，但在数据库的形成过程中不存在进行任何独立智力投入的选择与编排行为，不构成汇编作品，不能受到《著作权法》的保护。

（二）即使案涉数据属于作品，原告也没有获得著作权

虽然如上所述，案涉数据内容不属于“作品”，但即使退一步，认为案涉数据可能构成

⁶《用户协议》第2.5条第2款：我们的“服务”提供了多种发送和分享个人信息和其他内容的方式，例如：职业档案、文章、群组动态、新闻链接、职位发布、好友信息。《隐私政策》第1.1条：职业档案条款：您可自行选择在职业档案中提供的信息，例如：教育经历、工作经历、技能专长、档案头像、所在城市或地区以及技能认可。

⁷参见陶舒亚：《汇编作品著作权相关问题探析》，《中国政法大学学报》，2010年第5期

⁸参见丁慧：《“专家论案”网法规数据库被判侵犯著作权需赔偿4万元》，载中国法院网，2004年7月13日，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2004/07/id/124002.shtml>，2021年11月6日访问。

“作品”，原告俊杰公司也没有获得著作权，具体理由如下。

1. 俊杰平台《用户协议》与《隐私政策》均为格式合同

《民法典》第四百九十六条第一款规定：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”本案中，俊杰平台《用户协议》和《隐私政策》的内容完全由原告俊杰公司预先进行拟定，目的是为了重复使用，不允许用户进行协商，用户对协议有异议，便只能停止使用平台服务，因此《用户协议》与《隐私政策》均为格式合同，需要满足《民法典》对格式合同的相关规定方能作为有效合同。

2. 俊杰平台《用户协议》第3.1条为无效条款

《民法典》第四百九十七条规定：“有下列情形之一的，该格式条款无效：（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。”本案中，俊杰平台《用户协议》第3.1条约定，用户授予平台“全球性、可转让、可再授权、无须取得您和他人同意、无需另行通知或为您或他人提供报酬，即可使用、复制、修改、传播、发表、加工您通过我们‘服务’提供的信息和内容的权利”。该条款不合理地限制乃至排除了用户《著作权法》中规定的主要权利。

具体而言，《著作权法》第三十一条规定：“出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台等依照本法有关规定使用他人作品的，不得侵犯作者的署名权、修改权、保护作品完整权和获得报酬的权利。”本案中，俊杰公司没有对用户上传信息的内容是否构成《著作权法》意义上的作品进行区分，而是“一揽子”要求用户无偿转让与著作权相关的部分人身与财产权益，俊杰公司试图通过作者授权或许可获得使用他人作品的著作权转让或许可，显然不得依据《用户协议》第3.1条排除作者的相关权利尤其是获得报酬的权利。

因此，本案用户授权条款中俊杰平台优势地位明显，限制用户主要权利，违背公平原则，属于无效的格式条款，该条款所承载的用户授权也无效。

（三）即使原告获得著作权，被告也没有实施侵权行为

即使再退一步认为案涉数据属于“作品”且原告获得了著作权，被告也没有实施侵犯著作权的行为。具体理由如下：

1. 被告伯乐公司未构成直接或间接侵权

一般认为，著作权法上的直接侵权是指未经许可实施了受专有权利控制的行为，并缺乏特定的法定免责理由；⁹间接侵权是指行为人并未实施直接受专有权利控制的行为，但其行为与他人的直接侵权行为存在特定关系，也可基于公共政策原因被界定为侵权行为。¹⁰我方认为，伯乐公司的爬取与分析处理行为均不构成直接或间接侵权。

⁹ 参见王迁：《网络版权法》，中国人民大学出版社2009年版，第79页。

¹⁰ 参见王迁：《网络版权法》，中国人民大学出版社2009年版，第79页。

（1）被告伯乐公司未构成直接侵权

第一，对案涉单条数据，伯乐公司的爬取与分析行为并未侵犯《著作权法》第十条赋予著作权人的人身权与财产权。与被告抓取行为直接相关的著作权权利为复制权，与分析处理行为相关的权利为信息网络传播权。一方面，被告通过搜索引擎使用爬虫的访问、检索行为，与普通用户的访问与检索行为实质相同，由此产生的临时复制是自动的、广泛的、暂时的，相关数据对于被告职业数据报告的撰写也不过是起到参考作用。更重要的是，在利用完数据的参考功能以后，被告没有在服务器中继续储存相关数据，因此该类临时复制行为不能因爬虫技术的自动化性质而使其具备可责性，不构成对著作权人复制权的侵犯。另一方面，被告伯乐公司的主营业务并非对基础数据的转手或重新发布，而是深度分析后的职业数据报告。基于《著作权法》保护形式内容而不保护思想的原则，既然作品形式在报告中并未体现，被告的行为便不构成对作品的信息网络传播行为，自然没有侵害信息网络传播权。

第二，对于案涉集合数据，伯乐公司的爬取与分析处理行为也并未侵犯俊杰公司依据《著作权法》第十五条享有的汇编作品著作权。对于汇编作品，著作权人所享有的著作权只包括对材料的选择或编排产生的新作品享有的权利，对原作品则不享有权利。¹¹本案中，伯乐公司获取大量单条数据后，并没有模仿俊杰公司的汇编方法，而是创造了新的“汇编作品”——俊杰公司提供的自动化处理服务主要为平台用户个人提供职业建议，伯乐公司提供的职业数据报告、“离职预测”、“资历评估”等服务则主要为有职业调研意向的企业客户提供专业报告，从“用户感知”的角度来看，¹²二者提供的“汇编作品”显然不存在实质相似性，且原告也没有提供相关的鉴定意见来证明二者存在实质相似性，¹³应承担举证不能的不利后果。

（2）被告伯乐公司未构成间接侵权

本案中，伯乐公司可能对俊杰公司构成间接侵权的情形为伯乐公司自行从用户处获取的数据存在用户从俊杰平台获得的俊杰平台享有著作权的信息。但这种情形下我方也并不构成间接侵权：第一，当前案件事实并未表明存在他人对原告的直接侵权行为；第二，当前并无公共政策认为被告该对该类间接侵权行为予以注意，且该类注意义务不具备可欲性；第三，网络著作权侵权领域的间接侵权必须以行为人“明知”或“应知”为要件，¹⁴主观过错的证明一般通过已有的侵权事实与证据来实现。因此，本案原告应承担对侵权结果、侵权行为、行为与结果之间的关系等事实要件的举证责任，否则应承担举证不能的不利后果。

2. 被告伯乐公司的使用行为构成合理使用

根据最高人民法院《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》（下简称《意见》）第8条，在促进技术创新和商业发展确有必要特殊情形下，考虑作品使用行为的性质和目的、被使用作品的性质、被使用部分的数量和质量、使用对作品潜在市场或价值的影响等因素，如果该使用行为既不与作品的正常使用相冲突，也不至于不合理地损害作者的正当利益，可以认定为合理使用。

¹¹ 参见陶舒亚：《汇编作品著作权相关问题探析》，《中国政法大学学报》，2010年第5期

¹² 参见蒋舸：《著作权直接侵权认定中的“用户感知”因素》，载《环球法律评论》2021年第2期，第59页。

¹³ 参见蒋舸：《著作权直接侵权认定中的“用户感知”因素》，载《环球法律评论》2021年第2期，第69页。

¹⁴ 《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》，法释〔2006〕11号；《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第7条（简称《信息网络传播权司法解释》），法释〔2020〕19号；《信息网络传播权保护条例》第22、23条，中华人民共和国国务院令 第634号。

该指导意见拓展了合理使用的自由裁量范围，引入了经济结果分析作为有效的尺度。

从我国如今的立法趋势和司法审判偏好来看，无论立法者还是法院，都主张采取法官“造法”的方式解决实践中出现的新问题。¹⁵学理上也有观点认为，著作权分析框架应“宽进宽出”，允许著作权分析框架在数字经济时代发挥更大的界权作用，用时允许有利于社会福利增长但难以获得许可的分散化与非标准化利用行为免于承担侵权责任，以平衡创新者和利用者利益。¹⁶

本案中，第一，伯乐公司使用的数据是公开数据，属于《意见》第八条“设置在社会公共场所的作品”，其著作权保护强度应因其公开性质应合理克减；第二，伯乐公司仅利用俊杰公司平台用户设置公开的专业人员信息，相较俊杰平台储存的数据总量而言数量有限，并未对俊杰平台造成实质负担，属于《意见》第八条“既不与作品的正常使用相冲突，也不至于不合理地损害作者的正当利益”的情形；第三，伯乐公司的数据使用行为开拓了职业数据分析新的行业领域，存在技术创新性，对案涉数据的使用属于目的与性质的双重转换性使用。

二、被告没有侵犯原告除著作权以外的其它知识产权

我国法上的知识产权制度主要由《专利法》、《商标法》和《著作权法》相关规范构成。伯乐公司没有侵犯原告的著作权，已如前述。同时，原告俊杰公司在本案中显然也不享有专利权或商标权等其他知识产权。

综上所述，伯乐公司没有侵犯原告任何的知识产权。

第二节 被告不构成不正当竞争

原告主张被告涉嫌不正当竞争的请求权基础可能有条，分别为《反不正当竞争法》第二条和第十二条。我方认为，合理的请求权基础应当是第二条，而非第十二条，理由如下：

第一，第二条可以作为请求权基础。最高人民法院在类案中指出，《反不正当竞争法》第二条是开放性适用的一般化条款，当遇到具体条款没有明文规定，却又有规制必要的情形时，法官可以主动援引作出裁决。¹⁷因此，虽然第二条是总则性的条款，但仍然可以作为具体案件的裁判依据。

第二，第十二条不宜作为请求权基础。在第十二条中，只有第二款第四项（“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”）与数据不正当竞争有关。但因“市场竞争本身就是有损害性的市场行为，妨害和破坏往往是常态，其本身不具有什么不正当性”¹⁸，该项规定过于中性，缺乏实质性的构成要件，故必须对本项中的“妨害、破坏”进行限缩解释，而司法实践中常以《反不正当竞争法》第二条为限缩解释的依据，¹⁹且法官使用第十二条单独作为裁判依据的情况相当少见。²⁰

¹⁵ 参见熊琦：《著作权合理使用司法认定标准释疑》，载《法学》，2018年第1期。

¹⁶ 参见蒋舸：《论著作权法的“宽进宽出”结构》，载《中外法学》，2021年第2期。

¹⁷ 参见山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案，最高人民法院民事裁定书（2009）民申字第1065号，载《最高人民法院公报》2011年第10期（总第180期）。

¹⁸ 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理分论》，法律出版社2019年版，第556页。

¹⁹ 参见北京爱奇艺科技有限公司、上海众源网络有限公司与宁波千影网络科技有限公司不正当竞争纠纷案，上海徐汇区人民法院民事判决书（2018）沪0104民初243号。该案中，法院指出：“适用该法律规定应当满足如下条件……上述行为有违自愿、平等、公平、诚实信用的原则，公认的商业道德。”

²⁰ 参见胡迎春等：《论数据不正当竞争的演进和规制》，载《竞争政策研究》2021年第2期。在该文作者检

综上所述,我方认为,本案应当以《反不正当竞争法》第二条为被告是否存在不正当竞争行为的判断依据。我方将在此基础上进行答辩。

一、被告行为不构成《反不正当竞争法》第二条下的不正当竞争行为

《反不正当竞争法》第二条规定:“经营者在生产经营活动中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”

在“山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案”中,最高人民法院明确提出了《反不正当竞争法》第二条的构成要件,包括:①法律对该种竞争行为是否作出特别规定;②其他经营者的合法权益是否因该竞争行为而受到了实际损害;③该种竞争行为是否因违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。²¹在此后的判决中,这三项构成要件为全国各地的法院多次引用,²²且为我国学说普遍认可。

我方认为,本案中被告的行为不符合上述三个构成要件,理由如下:

(一) 我国法律对该种竞争行为未作出特别规定

《反不正当竞争法》第十二条第二款第(一)至(三)项虽对“经营者利用网络从事生产经营活动”中涉嫌不正当竞争的三种行为做了类型化规定,但并未对本案所涉及的爬取数据类竞争行为作出特别规定,本要件成立。

(二) 原告的合法权益并未因被告的行为而受到实际损害

本要件下需考察三项要素:①原告与被告之间是否存在竞争关系②原告在《反不正当竞争法》下是否存在值得保护的合法权益;③若存在合法权益,该合法权益是否因被告的行为而受到实际损害。

根据反不正当竞争法第二条的原则性规定,通常认为,反不正当竞争法所规范的经营者应当具有竞争关系,只有具有竞争关系的经营者的竞争行为才有可能对其他经营者经营活动造成损害。在“北京黄金假日旅行社有限公司诉携程计算机技术(上海)有限公司、上海携程商务有限公司、河北康辉国际航空服务有限公司、北京携程国际旅行社有限公司虚假宣传纠纷案”中,最高人民法院便指出,经营者可以在反不正当竞争法框架下主张民事权利的行

索的 24 例已经作出裁决的数据不正当竞争案中,仅有 3 例单独适用第十二条。

²¹ 参见山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案,最高人民法院民事裁定书(2009)民申字第 1065 号,载《最高人民法院公报》2011 年第 10 期(总第 180 期)。

²² 参见北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司不正当竞争纠纷上诉案,上海知识产权法院民事判决书(2016)沪 73 民终 242 号;北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案,北京知识产权法院民事判决书(2016)京 73 民终 588 号;北京五八信息技术有限公司与青岛韩某快讯网络传媒有限公司侵犯著作权及不正当竞争纠纷上诉案,北京知识产权法院民事判决书(2017)京 73 民终 2102 号;浙江淘宝网络有限公司诉上海载和网络科技有限公司等其他不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院民事判决书(2015)浦民三(知)初字第 1963 号;武汉鱼趣网络科技有限公司等与朱某等侵害著作权及不正当竞争纠纷上诉案,湖北省武汉市中级人民法院民事判决书(2017)鄂 01 民终 4950 号等等。

为，应当符合经营者之间具有竞争关系、被诉者实施了侵害经营者利益的行为、对经营者造成了直接损害这三个基本条件。²³因此，在考察原告是否具有值得保护的合法利益以及该利益是否因被告行为实际受到损害之前，有必要先考察原告与被告之间是否具有竞争关系，以明确被告是否应受反不正当竞争的规制、被告行为是否有可能损害原告利益。

同时，在分别对三要素加以论证前，有必要先对后文将适用的《民法典》与《个人信息保护法》的时效问题作简要说明：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第三款，“民法典施行前的法律事实持续至民法典施行后，该法律事实引起的民事纠纷案件，适用民法典的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。”《个人信息保护法》的时间效力问题虽无明确规定，但根据一般法理，亦应遵循相同规则。

本案中的民事纠纷基于伯乐公司获取、使用俊杰平台所储存的部分用户数据之事实而产生，该法律事实长期存在且持续至今，故2021年1月1日起施行的《民法典》及2021年11月1日生效的《个人信息保护法》均可适用于本案。

1. 原告与被告之间不存在竞争关系

根据《反不正当竞争法》第二条，不正当竞争是指经营者违反反不正当竞争法的规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。一般认为，只有具有竞争关系的经营者的竞争行为才可能会对其他经营者经营活动造成损害，因此竞争关系的判断是援引《反不正当竞争法》调整市场行为的前提要件。²⁴

《反不正当竞争法》第十一条规定：“经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”依据有关部门的解释，本条在“竞争关系”的认定上采取了狭义标准，认为不正当竞争行为所损害的对象必须是“竞争对手”。具体而言，只有存在同业竞争关系，即提供相同或相似的商品或服务的双方，才属于“竞争对手”，进而才能构成《反不正当竞争法》语境下的“竞争关系”。²⁵

本案中，被告伯乐公司是“一家有偿经营相关人力资源信息的专业数据服务提供商”，“通过销售相应高端定制化的职业数据报告和为用人单位提供合适的人力资源信息盈利”，本质上从事加工处理数据的工作；而原告的俊杰平台则是“为职业人员分享个人专业信息、交流学术成果和了解业内发展动态提供便利和服务”的职业社交平台，本质上从事收集、整合数据的工作。依据国家统计局2019年颁布的《国民经济行业分类》，原告属于编号643中类的互联网平台行业，专门为职业信息交流和活动提供第三方服务，而被告属于编号645中类的互联网数据服务行业，主要从事以互联网技术为基础的大数据处理服务，二者并不属于同一行业。因此，原告与被告不从事同一行业，双方提供的服务不同，不是“竞争对手”，相互之间不存在竞争关系。

同时，即使退一步采广义标准来判断竞争关系，上述结论仍然成立。“广义竞争说”所认为的竞争关系，“主要考虑经营者之间的业务范围是否满足重叠性、吸引或争夺的消费群体是否一致、是否能以不正当方式减损其他经营者同性质的市场竞争优势地位”²⁶。

²³ 参见北京黄金假日旅行社有限公司诉携程计算机技术（上海）有限公司、上海携程商务有限公司、河北康辉国际航空服务有限公司、北京携程国际旅行社有限公司虚假宣传纠纷案，最高人民法院民事判决书（2007）民三终字第2号。

²⁴ 参见杭州近湖物业管理有限公司与杭州广汇企业管理咨询服务有限公司不正当竞争纠纷案，最高人民法院民事裁定书（2014）民申字第1461号；北京中创东方教育科技集团有限公司与北京市海淀区启航考试培训学校虚假宣传纠纷案，北京知识产权法院民事判决书（2019）京73民终3643号；张勇、长兴美欣达房地产开发有限公司虚假宣传纠纷案，浙江省高级人民法院民事判决书（2020）浙民终300号。

²⁵ 参见国家市场监督管理总局反垄断与反不正当竞争执法局：《〈反不正当竞争法〉理解与适用》，中国工商出版社2018年版，第165页。

²⁶ 蔡川子：《数据抓取行为的竞争法规制》，载《比较法研究》2021年第4期，第179页。

本案中，第一，原告的业务是提供职业社交平台，被告的业务是提供有关人才的数据分析和离职预测，业务范围没有重叠；第二，原告的用户是职业人员，被告的用户是用人单位，消费群体不一样，被告不可能争夺原告的交易机会；第三，原告的市场竞争优势主要表现为职业人员对职业社交平台的使用，被告搜集并分析“平台用户设置为‘公开’的专业人员信息”，不会影响用户对平台的使用，更不会影响原告的市场竞争优势。因此，原被告之间不存在广义的竞争关系。

综上所述，原告与被告之间不存在任何竞争关系，原告与被告并不属于《反不正当竞争法》所规制的主体，被告的行为也不具有损害原告权益的可能性。

2. 原告不具备值得保护的合法权益

关于《反不正当竞争法》第二条所保护的经营者“合法权益”的具体内涵，司法实践及学理中存在“商业机会”²⁷、“竞争性财产权益”²⁸、“商业利益与竞争优势”²⁹、“竞争利益”³⁰等不同表述，但一致的观点在于，该“合法权益”并非法定的绝对权利，而仅为市场竞争中的相对优势。在数据获取和使用类不正当竞争案件中，判断原告在市场竞争中取得的利益是否合法时，须考察其是否“存在非法收集、控制数据的行为”³¹，具体可从“取得用户同意”、“行为的合法正当性”、“行为必要性”等方面加以考量。³²

就数据的收集而言，俊杰平台《用户协议》对用户数据的收集违反《个人信息保护法》，涉嫌侵害用户合法信息权益。其一，俊杰平台对用户数据的收集违反必要性原则。《个人信息保护法》第五条规定：“处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则”。第六条第（二）款规定：“收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。”俊杰平台《隐私政策》第1.1条要求若用户“注册高级账号，将需要提供支付（例如：信用卡号）和账单信息”。根据《个人信息保护法》第二十八条，“金融账户”及支付信息属“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息”，因而构成“敏感个人信息”。俊杰平台作为服务于“职业人员分享个人专业信息、交流学术成果和了解业内发展动态”的“职业社交平台”³³，并无必要获取和储存用户的支付与账单信息，故其对用户个人信息的收集超过了必要限度，构成对平台用户个人信息权益的侵害。

其二，俊杰平台违反了对用户敏感个人信息的处理规则。《个人信息保护法》第二十九条规定，“处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意”；第三十条规定，“个人信息处理者

²⁷ 参见山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案，最高人民法院民事裁定书（2009）民申字第1065号，载《最高人民法院公报》2011年第10期（总第180期）。

²⁸ 参见淘宝（中国）软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案，杭州市中级人民法院民事判决书（2018）浙01民终7312号（2018年中国法院50件典型知识产权案例、最高人民法院发布依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例之八）。

²⁹ 参见深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，杭州铁路运输法院民事判决书（2019）浙8601民初1987号（最高人民法院发布十起人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例之六）。

³⁰ 参见黄武双，谭宇航：《不正当竞争判断标准研究》，载《知识产权》，2020年第10期。

³¹ 深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，（2019）浙8601民初1987号，最高人民法院发布十起人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例之六：“微信群控”不正当竞争纠纷案——数据权益的不正当竞争保护。

³² 淘宝（中国）软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案，（2018）浙01民终7312号，2018年中国法院50件典型知识产权案例、最高人民法院发布依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例之八，该论证为一审人民法院作出，并得到二审认可。

处理敏感个人信息的，除本法第十七条第一款规定的事项外，还应当向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响”。本案中，俊杰公司仅在《隐私政策》第1.1条笼统告知用户“如果注册高级账号，将需要提供支付（例如：信用卡号）和账单信息”。如前所述，支付和账单信息均构成用户敏感个人信息，但无任何证据表明俊杰公司向用户告知“处理该敏感信息的必要性以及对个人权益的影响”，俊杰公司也未就此条款取得用户的单独同意。因此，俊杰公司对用户数据的收集违反《个人信息保护法》中关于敏感个人信息的特殊规定。

就数据的控制和使用而言，俊杰公司对用户个人信息的使用超出其《用户协议》中告知并取得同意的范围。《个人信息保护法》第十四条规定：“基于个人同意处理个人信息的，该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出……个人信息的处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更的，应当重新取得个人同意。”俊杰平台《隐私政策》第2条“我们如何使用您的数据”中向用户告知的信息处理方式为“使用您的数据来生成和分享不会识别您身份的综合洞察”，但2020年7月6日，俊杰公司宣布将利用平台上的数据为用人单位和用户“专属信息”，并推出新产品“俊杰人才信息库”和“俊杰人才榜”³⁴。从俊杰公司对该新产品的命名与性质描述中可知，该新产品将定位到用户个人、涉及对平台用户身份的识别，而非仅是“综合洞察”。加之，本案没有证据表明俊杰公司就此事重新告知用户并取得同意。因此，俊杰公司对用户个人信息的使用超出了其告知并取得同意的范围，违反《个人信息保护法》。

综上所述，俊杰公司对用户数据的收集和使用过程中均存在违法、不当事项，基于对用户数据的不当获取和加工而获得的商业利润与市场地位不值得《反不正当竞争法》保护，不存在值得保护的合法权益。

3. 即使原告存在值得保护的合法权益，其亦未因被告的行为而受到实际损害

首先，原告俊杰公司主张被告构成不正当竞争，则须就其受到的客观实际损害承担举证责任。《民事诉讼法解释》第九十一条规定，“主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任”。本案中，若伯乐公司的行为确实对俊杰平台造成了服务器延迟、流量减少等损害，则俊杰平台可通过其后台记录证明该损害之存在，但其并未提交相应证据，应当承担证明不能的责任。

其次，即便举证责任由被告承担，伯乐公司的行为仍未对俊杰公司造成实际损害。在判断原告是否遭受实际损害时，一般认为可从“交易机会的减少”和“竞争优势的削弱”两方面加以考察。³⁵对于前者，法院应考察是否存在用户群体的分散、流量的缩减等；对于后者，法院则应考虑被告的行为是否破坏了原告既有的“商业模式”、是否损害原告的“核心竞争力”³⁶。

具体来讲，本案中，**其一，伯乐公司的行为未导致俊杰平台交易机会的减少。**俊杰平台系“为职业人员分享个人专业信息、交流学术成果和了解业内发展动态提供便利和服务”的职业社交平台，而伯乐公司的业务模式则是对用户数据进行深度、专业化的分析与处理，前者侧重于对原始、基础数据的汇集与共享，而后者则侧重于对数据的深度加工、分析，二者经营范围不存在重合，而类似于“上下游”关系，分别面向不同用户群体，回应不同消费

³⁶ 参见淘宝（中国）软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案，杭州市中级人民法院民事判决书（2018）浙01民终7312号（2018年中国法院50件典型知识产权案例、最高人民法院发布依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例之八）。

者的不同需求。因此，伯乐公司获取和使用用户数据的行为，非但不会导致俊杰平台用户群体的分散、流量的减少，反而可能对俊杰平台的经营有推广、“引流”作用。长期以来，俊杰公司一直知道伯乐公司的服务而不加阻止，甚至数次派员参加伯乐公司的会议等事实显示其存在与伯乐公司的合作意向，亦可佐证上述论证。

同时，尽管俊杰公司宣布推出新产品“俊杰人才信息库”和“俊杰人才榜”，但仅将其功能笼统描述为“为用人单位和用户提有利于未来自身发展的专属信息”，无证据表明其与伯乐公司提供的“离职预测”、“资历评估”等产品同质，更不存在对俊杰平台现有交易机会的侵害。

其二，伯乐公司的行为未导致俊杰平台竞争优势的削弱。即使俊杰公司的确通过经营活动积累了市场竞争中的优势，其优势也仅及于职场社交共享领域，而在伯乐公司所从事的数据深度分析领域，原告并未建立起竞争优势。即便俊杰公司推出的新产品与伯乐公司产品功能确有所重叠，俊杰公司具有“核心竞争力”的商业模式也仍然在于职场社交，因此伯乐公司的行为不构成对俊杰公司既有竞争优势的损害或对其“核心竞争力”的打击，不满足“实际损害”要件。

4. 小结

综上所述，俊杰公司不存在值得《反不正当竞争法》保护的合法权益，亦未因伯乐公司的行为而到实际损害，本要件不满足，伯乐公司不构成不正当竞争。但出于论述完整性的考虑，我方仍将围绕第三个要件展开答辩。

（三）本案中被告的行为未违反诚实信用原则和商业道德，不具有不正当性

由于“不正当性”这一概念较为宽泛、难以界定，最高人民法院在审判实践中对本要件做了两方面阐释：其一，在不正当竞争类案件中，“违反诚实信用原则和商业道德”方可谓“具有不正当性或者说可责性”；其二，“在规范市场竞争秩序的反不正当竞争法意义上，诚实信用原则更多的是以公认的商业道德的形式体现出来的”³⁷。据此，商业道德恰为诚实信用原则在反不正当竞争类案件中的具体化，无需具体区分诚信原则与商业道德进行具体讨论。

有基于此，我方将结合司法实践阐释《反不正当竞争法》第二条下“商业道德”的内涵与判断标准，进而论证被告的行为未违反商业道德，不具有不正当性。

1. 商业道德的内涵界定与裁判标准

对于商业道德的内涵，最高法院在司法实践中首次提出“经济人伦理”的解释，并在后续的司法文件与判例中反复提及，³⁸也被地方人民法院的文件所引用。³⁹在“山东省食品

³⁷ 参见山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案，最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书，载《最高人民法院公报》2011年第10期（总第180期）。

³⁸ 在最高法院之后发布的一些司法政策文件中，也反复出现了“经济人伦理”之字样，如《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》中指出，“正确把握诚实信用原则和公认的商业道德的评判标准，以特定商业领域普遍认同和接受的经济人伦理标准为尺度，避免把诚实信用原则和公认的商业道德简单等同于个人道德或者社会公德”。

³⁹ 如在《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》便有规定：33、在涉及网络不正当竞争纠纷中，公认的商业道德是指特定行业的经营者普遍认同的、符合消费者利益和社会公共利益的经营规范和道德准则。在对公认的商业道德进行认定时，应当以特定行业普遍认同和接受的经济人伦理标准为

进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案”中，最高人民法院指出：“在规范市场竞争秩序的反不正当竞争法意义上，……商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判，它既不同于个人品德，也不能等同于一般的社会公德，所体现的是一种商业伦理。经济人追名逐利符合商业道德的基本要求，但不一定合于个人品德的高尚标准；企业勤于慈善和公益合于社会公德，但怠于公益事业也并不违反商业道德。”⁴⁰

此外，“反不正当竞争法所要求的商业道德必须是公认的商业道德，是指特定商业领域普遍认知和接受的行为标准，具有公认性和一般性。”⁴¹在2018年“北京五八信息技术有限公司与青岛韩华快讯网络传媒有限公司再审查与审判监督案”中，最高院再次提及“经济人伦理”这一概念。⁴²据修改该案判决书时亲自加入“经济人伦理”一词的孔祥俊教授指出，其之所以加入该术语，主要是为了“强调其为职业性的道德准则，以示其与日常生活道德的差异”⁴³“商业伦理标准必须以市场效率为基础和目标，商业伦理与日常道德标准是追求效率与追求效率之外的公平目标的重要分界线。反不正当竞争法不是追求一般意义上的公平，而是效率基础上的公平，遵循商业标准，是为了维护和实现效率的需要……市场竞争以自由为原则，不自由为例外……效率需要鼓励交易机会的争夺（竞争），以优化资源的配置。”⁴⁴

由此可见，《反不正当竞争法》意义上的商业道德是一种经济标准，其所维护的并非既有的竞争优势，而是自由竞争的动态秩序与市场效率。依据此标准，若经营者的行为虽对其他市场经营者造成了一定损害，但并未损害公共利益与市场竞争秩序，则不能仅以侵犯其他经营者“合法权益”为理由，否定其正当性。

更具体的讲，在判断竞争行为是否违背商业道德时，应采利益权衡的方式，对经营者利益、消费者利益、公共利益三方予以综合考虑，力求在平衡各方利益的情况下，划定竞争行为的边界。⁴⁵在司法实践中，利益衡量的裁判标准被普遍采用。如上海知识产权法院曾明确指出：“就本案而言，对于擅自使用他人收集的信息的行为是否违反公认的商业道德的判断上，一方面，需要考虑产业发展和互联网环境所具有信息共享、互联互通的特点；另一方面，要兼顾信息获取者、信息使用者和社会公众三方的利益，既要考虑信息获取者的财产投入，还要考虑信息使用者自由竞争的权利，以及公众自由获取信息的利益”⁴⁶；在“北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案”中，北京知识产权法院也曾指出，“认定竞争行为是否违背诚信或者商业道德，往往需要综合考虑经营者、消费者和社会公众的利益，需要在各种利益之间进行平衡。”⁴⁷类似的判例，在数据不正当竞争领域还有许多。⁴⁸

尺度，且应当符合反不正当竞争法第一条所规定的立法目的。

⁴⁰ 参见山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案，最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书，载《最高人民法院公报》2011年第10期（总第180期）。

⁴¹ 参见山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案，最高人民法院民事裁定书（2009）民申字第1065号，载《最高人民法院公报》2011年第10期（总第180期）。

⁴² 参见北京五八信息技术有限公司与青岛韩华快讯网络传媒有限公司申请再审查与审判监督案，最高人民法院民事裁定书（2018）京民申2624号。

⁴³ 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理总论》，法律出版社2019年版，第271页。

⁴⁴ 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理总论》，法律出版社2019年版，第276页。

⁴⁵ 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理总论》，法律出版社2019年版第264页；参见董晓敏：《反不正当竞争法一般条款的适用》，知识产权出版社2019年版，第163页。

⁴⁶ 参见北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司不正当竞争纠纷上诉案，上海知识产权法院民事判决书（2016）沪73民终242号。

⁴⁷ 参见北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院（2016）京73民终588号民事判决书。

⁴⁸ 深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当

进一步的，司法机关在进行利益衡量时应以鼓励市场创新为根本宗旨。有学理观点指出，考虑到竞争利益的相对性与损害的相互性，个案中对网络干扰行为违法性的判断实质上是“对行为背后的竞争利益是否值得保护所做出的权衡取舍”⁴⁹。在互联网领域，鼓励竞争并保护创新是我国全面推行的竞争政策。“竞争是手段，创新才是目标”，“个案中的竞争行为是否有助于促进网络产品创新，将直接影响利益权衡的天平，利益权衡的结果将直接影响竞争行为的违法性判断。”⁵⁰

基于上述分析可知，第一，我国司法实践中倾向于将商业道德界定为一种“经济人伦理”，其判断应结合经营者利益、消费者利益与公共利益予以综合衡量；第二，进行利益权衡时，首先需要考虑的是《反不正当竞争法》所蕴含的鼓励创新、保护市场竞争秩序的基本精神，这也正是“经济人伦理”的价值与意义所在。

因此，我方将从“经营者利益”、“消费者利益”和“公共利益”三个角度论证被告的行为未违反商业道德，进而说明，在本案所涉原被告双方竞争利益的冲突中，法院并没有倾向于保护原告方利益的充分理由。

2. 从经营者利益角度，即便被告对原告造成了实际损害，也不具有不正当性或可责性

市场经济鼓励经营者进行市场竞争，市场竞争总会导致各经营者之间利益的此消彼长。⁵¹“经营者正当的市场竞争导致其他经营者利益受损，法律并不加以干预”⁵²，“利益受损方要获得民事救济，还必须证明竞争对手的行为具有不正当性”。因此本案中，即便被告的行为的确对原告造成了实际损害、与原告之间存在利益冲突，法院仍应衡量相互冲突的利益，并从规范角度评估何种利益处于优先地位、更加值得保护。

由于获取数据行为与使用数据行为技术上相互独立，理论上有所区分，规制时应该分别对待，⁵³因此在本部分，我方将分别从对数据的收集和使用层面论证：即便原告因被告的竞争行为而遭受了损害，基于现有证据也不足以得出原告的利益较被告更值得保护的结论，即：被告不具备不正当性或可责性。具体包括三点：第一，本案所涉数据为公开数据，被告原则上可以自由获取；第二，原告针对被告设置的反爬取措施不正当；第三，被告对数据的使用行为具有正当性。

（1）本案所涉数据为公开数据，被告原则上可以自由收集

根据开放程度的差异，网络数据应被分为三种：第一种，“完全公开数据”，即向广泛的非特定公众免费、自由、不受限制开放的数据；第二种，“相对公开数据”，即只有特定多数人通过身份认证等特殊授权方式方能获取的数据，包括通过 OPEN API 的模式来获取，通过普通注册用户的账号来认证获取等等；第三种，“完全不公开数据”，一般指的便是计算机后台数据等等，数据控制方一般也对数据进行了技术措施保护。⁵⁴

竞争纠纷案，杭州铁路运输法院民事判决书（2019）浙8601民初1987号（最高人民法院发布十起人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例之六）；浙江淘宝网络有限公司诉上海载和网络科技有限公司等其他不正当竞争纠纷案，上海市浦东新区人民法院（2015）浦民三（知）初字第1963号民事判决书；武汉鱼趣网络科技有限公司等与朱某等侵害著作权及不正当竞争纠纷上诉案，湖北省武汉市中级人民法院（2017）鄂01民终4950号民事判决书。此处仅列举几例，类似的判例还有很多。

⁴⁹ 参见宋亚辉：《网络干扰行为的竞争法规制》，载《法商研究》2017年第4期，第98页。

⁵⁰ 参见宋亚辉：《网络干扰行为的竞争法规制》，载《法商研究》2017年第4期，第98页。

⁵¹ 参见董晓敏：《反不正当竞争法一般条款的适用》，知识产权出版社2019年版，第64-65页。

⁵² 参见北京爱奇艺科技有限公司与北京搜狗信息服务有限公司、上海恩度网络科技有限公司其他不正当竞争纠纷上诉案，上海知识产权法院（2018）沪73民终420号。

⁵³ 参见傅显扬：《大数据领域不正当竞争行为的法律规制》，武汉大学出版社2021年版，第149页。

⁵⁴ 参见李安：《人工智能时代数据竞争行为的法律边界》，载《科技与法律》2019年第1期，第64-65页。

一般认为，对于“相对公开数据”与“完全不公开数据”，在未经授权的情况下，他人不得擅自爬取，否则非但可能构成民事侵权，还有可能涉嫌犯罪。⁵⁵但是对“完全公开数据”，基于互联网互联互通的精神，原则上应当允许自由爬取。

在司法实践中，我国已有许多法院对这一观点予以了充分肯定。比如，腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司与浙江搜道网络技术有限公司、杭州聚客通科技有限公司不正当竞争纠纷案（最高人民法院发布2021年人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例之六）中，法院指出，“网络经济是共生经济，其价值既体现在传统经济的‘自愿、信用、公平’上，更体现在‘开放、共享、效率’等新内容上，网络企业所掌握的数据资源更多地具有开放性与共享性，如果其他经营者‘搭便车’式地利用了网络企业所掌握的数据资源开展经营活动，只要不是对他人数据资源破坏性利用或有违法律规定，且能够给消费者带来全新体验的，一般不应被认定为不正当竞争”⁵⁶。由此可见，对于具有开放性的“完全公开数据”，其他经营者原则上可以自由爬取。

这一司法实践中的共识与互联网数据产业的特性密切相关。互联网产业的发展以确保互联网信息通畅为必要前提，“凡是进入互联网的信息原则上都可以自由流动和自由利用，就像或者就是进入了公有领域，凡是不愿意自由流通的信息，需要通过 Robots 协议或者其他技术措施，不让他人自由抓取”⁵⁷。信息共享，数据自由流通，本就是互联网产业得以迅速发展原因，也是互联网作为一种全新业态的生命力所在，作为数据控制者的平台既然作为互联网的一份子，享受了数据共享给全互联网产业带来的发展上的福利，就自然不能反过来破坏这一市场秩序，酿就“数据孤岛”的局面。

本案中，被告所收集的数据系俊杰平台上被用户设置为“公开”的专业人员信息（如姓名、职位、技能、工作经历），即在用户选择主动公开相关动态后，这些数据可以由不特定公众通过搜索引擎免费、无偿、无条件获取，故属于“完全公开数据”、而非“相对公开数据”，因此被告原则上可以自由收集，除非原告采取了正当、有效的管控手段。

（2）原告应用反爬虫技术进行数据管控的行为不具正当性

虽然俊杰平台采取反爬虫技术限制了被告的访问，但该管控措施必须是正当的，才能产生相应的效力。若俊杰公司的管控措施本身具有不正当性，则自然不能因此限制原告的数据爬取。我方将从数据界权，诚信原则及借鉴 robots 协议效力三个层面，论证俊杰公司的反爬虫措施不具有正当性。

第一，原告仅对用户数据享有非排他的有限使用权，因而无权对数据进行管控。

“淘宝（中国）软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案”（最高人民法院依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例之八）指出，“单个网上行为痕迹信息的经济价值十分有限，在无法律规定或合同特别约定的情况下，网络用户对此尚无独立的财产权可言。原始数据的内容未脱离原网络用户信息范围，故网络运营者对于原始数据应受制于网络用户对其所提供的用户信息的控制，不能享有独立的权利，网络运营者只能依其与网络用户的约定享有对网络原始数据的使用权。”⁵⁸

⁵⁵ 参见深圳市谷米科技有限公司与武汉元光科技有限公司等不正当竞争纠纷案，深圳市中级人民法院民事判决书（2017）粤03民初822号（广东省高级人民法院发布2018年度涉互联网十大典型案例之三）。

⁵⁶ 深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，杭州铁路运输法院民事判决书（2019）浙8601民初1987号（最高人民法院发布十起人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例之六）。

⁵⁷ 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理总论》，法律出版社2019年版，第268-270页。

⁵⁸ 参见淘宝（中国）软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案，杭州市中级人民法院民事判决书（2018）浙01民终7312号（2018年中国法院50件典型知识产权案例、最高人民法院发布依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例之八）。

进一步的，司法实践中将平台所收集、储存的用户信息区分为“原始数据”和“衍生数据”，平台对两类数据所享有的权益大小及法律对此的保护程度有所区别。原始数据仅将用户信息转换为电子符号的外在形式，其对于社会的价值贡献仍未脱离用户信息所包含的资讯内容。⁵⁹亦即，数据采集主体在此过程中“虽然付出了一定的劳动，但并未提升用户信息的品质”，因而“数据采集主体只能依附于用户个人信息权益，依其与用户的约定享有原始数据的有限使用权”⁶⁰。因此“对于非原创的、动态的电子数据集”，平台并不享有知识产权和特殊权利的保护方式，企业对该信息“流动和分享过程的干预”须有所弱化。⁶¹

本案中，俊杰平台作为职业社交平台，功能在于对用户数据的汇集、电子化与展示，而未提供用户数据所包含的资讯内容以外的信息，即“并未提供创造性劳动成果”⁶²，故俊杰平台所收集、储存的用户个人信息仅为原始数据。此外，俊杰公司在其《用户协议》中也明确，平台对数据仅享有“非专属权限”。由此可见，从数据权属的角度来看，俊杰平台对用户提供的原始数据并不享有排他性权利。因此，俊杰公司无权对数据进行管控，随意阻止其他经营者获取数据。

第二，原告前期默许被告获取数据、后期采取反爬手段的行为涉嫌违背诚信原则，导致失权。

即使原告对其平台上储存的用户基础数据享有更强的权益，其亦将因为违反诚信原则而导致失权。最高人民法院在其论著中指出，“诚信原则要求民事主体从事民事活动应当讲诚实、守信用，以善意的方式行使权利、履行义务，言行一致，恪守诺言”⁶³。亦即，在民商事活动中，行为人需要合理兼顾他人利益，不通过自相矛盾，言行不一的行为给他人带来错误认知，损害他人合法权益。倘若权利人之前的行为引发他人合理信赖，并与其之后的权利行使行为相互矛盾，或者权利人长期不行使权利已经引发他人合理信赖，再行使权利则自相矛盾，则显然构成违反诚信原则的滥用权利行为，将导致权利失效。⁶⁴

我国司法实践亦不乏案例表明，当相对人对“权利人不会行使相应权利”产生合理预期时，根据诚信原则，将导致失权效果。在“国泰世华商业银行股份有限公司诉盈达电子商务软件系统（上海）有限公司买卖合同纠纷案”中，上海市第一中级人民法院指出：“如果在合同解除权条件成就后，解除权人仍然要求对方继续履行合同，则意味着其用默示的方式放弃解除权”⁶⁵。由于我国现行法对于解除条件成就后，有解除权的一方当事人继续要求对方履行合同后权利是否失效并未作出明确规定，该案中法官所依据的正是诚信原则及由此推出的失权原理。类似的，在“山东海汇生物工程股份有限公司与谢宜豪股权转让合同纠纷上诉案”中，青岛中院同样指出，合同解除权作为一种形成权，在不具约定或法定除斥期间时，当相对人有正当理由信赖解除权人不欲再行使解除权时，则根据禁止滥用权利原则，不得再

⁵⁹ 深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司与浙江搜道网络技术有限公司、杭州聚客通科技有限公司不正当竞争纠纷案（最高人民法院发布 2021 年人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例之六），浙江省杭州铁路运输法院（2019）浙 8601 民初 1987 号民事判决书。

⁶⁰ 深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司与浙江搜道网络技术有限公司、杭州聚客通科技有限公司不正当竞争纠纷案（最高人民法院发布 2021 年人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例之六），浙江省杭州铁路运输法院（2019）浙 8601 民初 1987 号民事判决书。

⁶¹ 梅夏英：《企业数据权益原论：从财产到控制》，载《中外法学》，2021 年第 5 期。

⁶² 深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司与浙江搜道网络技术有限公司、杭州聚客通科技有限公司不正当竞争纠纷案（最高人民法院发布 2021 年人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例之六），浙江省杭州铁路运输法院（2019）浙 8601 民初 1987 号民事判决书。

⁶³ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 65 页。

⁶⁴ 参见何怀文，陈如文：《我国知识产权停止侵害请求权限制的法律原则》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 45 卷第 2 期，第 142 页。

⁶⁵ 参见国泰世华商业银行股份有限公司诉盈达电子商务软件系统（上海）有限公司买卖合同纠纷案，上海市第一中级人民法院民事判决书（2010）沪一中民四（商）终字第 1509 号。

行使解除权。⁶⁶

本案中，原告在明知被告从事的相关业务的情况下，不仅长年放任被告获取数据，甚至数次派员参与被告的会议。原告的行为，已经使被告对原告会继续允许被告获取数据的行为形成了合理预期，且被告基于该合理预期在用户职业数据分析业务领域投入了巨额成本，并构建了自己的商业模式。原告在发现被告的商业模式有利可图、并进而开展类似业务之后，才突然要求被告停止使用相关数据，甚至设立了相关反爬虫措施以管控数据。原告的行为，显然属于自相矛盾的背信行为。即便原告对相关数据享有合法权益，其违反诚信原则的滥用权利行为亦将使得其权利失效。因此，原告无权限制被告爬取数据。

第三，即使原告有权管控数据，该管控措施也因欠缺合理理由而不当、无效。

对于应用反爬虫技术的正当性问题，我国法院鲜见相关判例，学说上也没有对此展开过多的论述，因此不妨适度借鉴关于 Robots 协议的正当性问题的裁判观点。Robots 协议是网站服务商或所有者在网站程序的最开头部分写入的一段网络程序，可以用来标示限制搜索引擎爬虫机器人访问的信息。Robots 协议虽然名为协议，但仅具有单方宣示的效果，并没有与他方实际达成一致，而且，这一程序仅属于一种技术规范，并没有强制禁止爬虫访问的技术功能。⁶⁷据此，所谓“反爬虫技术”，实质上可被视为一种具有强制执行力的 Robots 协议。

针对 Robots 协议的效力问题，我国实证法并无明确规定，因而需要进一步考虑我国的判例，学说，行业惯例等。**第一，从司法判例来看**，北京市高级人民法院曾在判例中明确，“Robots 协议的初衷是为了指引搜索引擎的网络机器人更有效的抓取对网络用户有用的信息，从而更好地促进信息共享，而不应将 Robots 协议作为限制信息流通的工具...通过设置 robots 协议的方式限制通用搜索引擎的抓取，并不是 Robots 协议当然的应有之义，而是应当受到适当的限制。这既是互联网发挥降低信息流动成本、扩大信息扩散范围、拆除信息沟通壁垒、增强信息共享等功能的客观需要”⁶⁸，法院进而指出，在设置 Robots 协议时需要给出合理，正当的理由，不得设置歧视性限制措施，否则，就有可能破坏互联网互联互通，平等协作的基本精神，损害竞争秩序⁶⁹。对于相应的合理，正当理由，北京市第一中级人民法院曾在类案中有所论述，如“网站服务器和带宽、隐私信息保护”，“音乐网站付费下载音乐等特别经营模式保护”等等，⁷⁰而不包括单纯的对公开数据的爬取。**第二，从学说来看**，有学者已有对 Robots 协议的合理性进行尖锐批判，并表明（在没有正当理由情况下的）Robots 协议属于一种“陋习”，没有兼顾到作品传播者与社会公众等多方利益，造成了利益失衡的状态。⁷¹**第三，从行业惯例来看**，允许公开数据自由流通，已然成为互联网领域的商业道德与行业共识的一部分：《互联网搜索引擎服务自律公约》第八条规定，“互联网站所有者设置机器人协议应遵循公平、开放和促进信息自由流动的原则，限制搜索引擎抓取应有行业公认合理的正当理由，不利用机器人协议进行不正当竞争行为，积极营造鼓励创新、公平公正的良性竞争环境”。尽管本案涉及的并非搜索引擎行业，但由于信息流通是全互联网的基本原则，在没有其他理由的情况下，也应当可以进行类比。**第四，从社会效益来看**，在大数据时代，企业之间相互依存，相互合作的现象已成常态，如果允许平台任意管控数据，也

⁶⁶ 参见山东海汇生物工程股份有限公司与谢宜豪股权转让合同纠纷上诉案，山东省青岛市中级人民法院民事判决书（2010）青民二商终字第 562 号。

⁶⁷ 参见北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术（北京）有限公司与北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案，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。

⁶⁸ 参见百度在线网络技术（北京）有限公司等与北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京市高级人民法院民事判决书（2017）京民终 487 号。

⁶⁹ 参见百度在线网络技术（北京）有限公司等与北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京市高级人民法院民事判决书（2017）京民终 487 号。

⁷⁰ 参见北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术（北京）有限公司与北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案，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。

⁷¹ 参见范长军：《行业惯例与不正当竞争》，载《法学家》2015 年第 5 期，第 89-90 页。

同样容易减损消费者福利，破坏良好的商业环境。在先前的“淘宝屏蔽百度”，“顺丰与菜鸟屏蔽数据”事件中，众多消费者因为企业之间相互管控数据的行为而遭受巨大不便的现象便是明证。因此，即使从考虑社会效益的角度，平台也应该只能在具有合理理由的情况下管控数据。⁷²**第五，从法理上而言**，正如上文所言，完全公开数据原则上应当允许自由爬取，在没有正当理由的情况下，采用 Robots 协议限制数据爬取不具有正当性。若允许数据控制者任意设置 Robots 协议或者其他反爬虫技术来管控其公开数据，则公开数据自由流通的原则将形同虚设。

由此可知，平台上的公开数据原则上可以爬取，平台不能仅仅因为他方爬取平台上的公开数据便采用 Robots 协议限制他方获取数据，若想限制，还必须给出额外的合理、正当理由，否则其限制措施将破坏互联网的信息流通，不具有正当性。举重以明轻，若在具体案件中，数据控制方采取 Robots 协议这一柔性手段限制他方访问即属于不正当行为，那么采用“反爬虫技术”这种具有强制力的手段自然更具不正当性。在本案中，俊杰平台显然并无上文中法院所论述的“特别经营模式保护”之类的合理理由。俊杰平台虽然还主张，伯乐公司的行为侵犯了俊杰公司的权益以及该平台上用户的信息权益，但是，这两个理由也不足以成为合理理由。就其前者而言，如上文所述，数据公开流通本身是互联网精神的题中应有之义，伯乐公司爬取公开数据的行为并不足以成为平台采取限制措施的借口，而且，在下文“在数据的使用层面，被告的行为同样具有正当性”部分，我方也将论证伯乐公司并不存在破坏性使用数据，侵害原告权益的行为。而就后者而言，在下文中“被告的行为不构成对消费者隐私权与个人信息权益的侵犯”部分，我方也论证我方的行为并不侵犯用户信息权益与隐私。出于论证顺序的考虑，相关论证将于后文具体列出。在此，我方可暂时得出结论，即俊杰公司没有就其采取反爬虫技术管控数据的行为提出合理理由，因此其对平台储存的用户自行公开的数据的管控措施不具有正当性。

综上所述，无论从数据权属出发，诚信原则出发，还是借鉴实践中对 robots 协议效力的认定，俊杰公司采取反爬虫手段对平台用户设置为公开的数据加以管控的行为均系不当。由于本案的数据属于完全公开数据，且原告未能采取正当、有效的管控措施，故被告获取数据的行为具备正当性。以下将进一步论证，被告对数据的使用行为同样符合正当性要求。

(3) 在数据的使用层面，被告的行为同样具有正当性

第一，被告对案涉数据的使用并不构成对原告的实质性替代。

在数据使用的层面，最常见、也最为公认的不正当竞争行为，是对原数据拥有者进行了“实质性替代”。所谓“替代”，从字面含义而言，必然包含了一者在前，一者在后，且有后者取代前者的意涵。从司法目的上而言，法院之所以强调不可“实质性替代”，亦表达了赞成“原创”，“独创”，“创新”的态度。在竞争法领域，“竞争是手段，创新才是目标”⁷³，如果数据的使用者凭借对数据的分析与处理，成功加工出全新的数据产品，那么这种行为便促进了市场的效率，推动了相关产业的发展。尽管由此可能对原竞争者的利益带来了一定损害，但这也是应当被容忍的。反之，如果数据使用者原封不动地利用原有数据牟利，对数据原有者形成了实质性替代，则其对市场效率并没有带来正面影响，且由于其没有付出足够的劳动，其在利益衡量的层面自然将劣后于原有者进行保护。

由此可见，要判断本案中被告数据使用行为是否正当，关键在于判断被告使用数据的行为是否具有创新性，有无对原告形成实质性替代。

本案中，伯乐公司并未“转售或重新发布基本数据”，相反，其“为客户提供的分析是一种全新的、变革性的、社会需求的和为广大用户所欢迎的社会产品”。因此，伯乐公司开

⁷² 参见傅显扬：《大数据领域不正当竞争行为的法律规制》，武汉大学出版社 2021 年版，第 164-165 页。

⁷³ 参见宋亚辉：《网络干扰行为的竞争法规制》，载《法商研究》2017 年第 4 期，第 98 页。

发并销售的数据产品完全可以独立于用户的原始、基础数据而存在，具有巨大的创新性，对市场竞争的优胜劣汰带来了积极影响。伯乐公司非但没有“实质性替代”原告，反而是原告俊杰公司紧随被告之后，推出了与之类似的产品。因此伯乐公司在职业数据分析业务方面，相较俊杰平台而言属于优先创新的“先行者”，其对用户数据的使用方式不构成对原告业务的实质性替代。

第二，被告对案涉数据的使用满足“最少且必要”的原则。

与在处理个人信息时需要满足“合法、正当、必要”的原则（《个人信息保护法》第五条）相类似，数据的使用者在处理其获取的相关数据时，也需要满足“最少且必要”的原则，在满足其竞争需求的情况下，尽可能地减少对原告造成的损害。正如上海知识产权法院所指出的，“百度公司在使用来自大众点评网的评论信息时，理想状态下应当遵循‘最少、必要’的原则，即采取对汉涛公司损害最小的措施。但是要求百度公司在进行商业决策时，逐一考察各种可能的行为并选择对汉涛公司损害最小的方式，在商业实践中是难以操作的。但如果存在明显有对汉涛公司损害方式更小的方式而未采取，或者其欲实现的积极效果会严重损害汉涛公司利益的情况下，则可认定为使用方式已超过必要的限度”⁷⁴。

但在本案现有的证据材料中，原告并没有任何证据证明被告存在过度利用数据、违反“最少且必要”原则的情形。因此便需要进一步探讨这类情况下的举证责任分配的问题。由于在实务中，并没有法院对此时的举证责任做出明确。从《民法典》第一千一百六十五条第二款“依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任”可知，要适用过错推定原则，需要法律特别规定，但是，我国个人信息保护领域并没有类似的规定，故原则上应当适用过错责任原则⁷⁵。类推可得，在本案中，原告若主张被告在处理数据时违反了“最少且必要”原则，需要自行举证，否则就应当推定为被告并未违反。

3. 被告的行为不构成对消费者隐私权与个人信息权益的侵犯

（1）用户设置为公开的信息不构成个人隐私或个人信息中的私密信息，不适用隐私权相关规定

《民法典》第一千零三十二条规定：“自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”第一千零三十四条第（三）款规定：“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”《个人信息保护法》第四条规定：“个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。”

依据上述规定可知，我国对隐私与个人信息采二元区分立法，并将个人信息中的私密信息纳入隐私权的保护范围。本案中，伯乐公司从网络上获取的俊杰平台用户设置为“公开”的专业人员信息（如姓名、职位、技能、工作经历）属已识别或者可识别的用户个人信息，首先考虑该数据是否进一步构成隐私或私密信息。

第一，伯乐公司获取并使用的、俊杰平台用户设置为“公开”的数据不构成个人隐私。用户隐私与个人信息的主要区别有三：其一，就权利客体而言，隐私强调“私密性”，即“凡是个人不愿意公开披露且不涉及公共利益的部分都可以成为个人隐私”，个人信息则没有这

⁷⁴ 参见北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司不正当竞争纠纷上诉案，上海知识产权法院民事判决书（2016）沪73民终242号。

⁷⁵ 参见杨立新：《侵害公民个人电子信息的侵权行为及其责任》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第3期，第148页

种特征。换言之，“凡是必须在一定范围内为社会特定人或者不特定人所周知的个人信息，都难以归入到隐私权的范畴”⁷⁶。须注意的是，对于“不愿为他人知晓”的“私密性”的判断，尽管强调主观意愿，但是该主观意愿不完全取决于隐私诉求者的个体意志，还应符合社会一般合理认知。⁷⁷其二，就权利属性而言，隐私权作为人格权的一种，具有较强的人格尊严性，相反，个人信息不仅因用于与他人的社会交往而具有相当的公共性，且具有经济维度，“可以成为企业进行商业化利用的对象”⁷⁸。进一步而言，个人信息同时具备“尊严性和资源性的双重价值”，尤其是在当下的大数据时代，关于个人信息保护的有关制度设计体现出“为互联网企业或者大数据产业的发展提供更多的数据原料”的倾向。⁷⁹其三，就保护方式而言，“在侵害隐私权的情况下，主要采用精神损害赔偿的方式加以救济。而对个人信息的保护，除采用精神损害赔偿的方式外，也可以采用财产救济的方法。”⁸⁰

本案中，伯乐公司获取和使用的是俊杰平台用户设置为“公开”的信息，该部分用户自主将其个人信息选择为“整个公众可见”，即允许全网任何人“通过百度等搜索引擎在线查看其个人资料”，表明用户在主观上对该部分信息并不具有不愿其被公开的私密性期待。就社会一般合理认知而言，俊杰平台用户对该职业社交平台的使用目的，即为分享个人专业信息、了解业内发展动态，选择公开自己的“姓名、职位、技能、工作经历”等信息正与该目的相契合，故而在此情境下，社会一般人亦不会对该信息产生私密性期待。因此，伯乐公司获取和使用的数据不涉及用户个人隐私。

第二，伯乐公司获取并使用的、俊杰平台用户设置为“公开”的数据不构成个人信息中的私密信息。个人私密信息是隐私与个人信息的“交叠”部分，⁸¹故与隐私的界定类似，私密信息的主要特征在于“不愿为他人知晓”⁸²。亦即，私密信息是“自然人不愿意为他人知晓”且“与公共利益等无关”的信息，相反，非私密的个人信息“并非自然人不愿意为他人知晓的信息，这些信息有些已经处于公开状态，有些是自然人愿意且往往必须为他人所知才能使得自然人更好地参与社会交往活动”⁸³。有观点在“权利主体保持信息私密的意愿”这一主观要件基础上，进一步提出“信息的私密性”这一客观要件，即考察信息是否事实上处于不为人知的隐秘状态、是否具有不愿为人知的属性。⁸⁴在主客观要件中，权利人主观意愿具有更强的重要性，即“一旦自然人没有了让其保持隐秘的意愿，即使其客观上仍然处于隐秘状态，也不属于私密信息”。⁸⁵

本案中，无论在主观层面还是客观层面，被告获取的用户信息均不构成私密信息：在主观意愿方面，俊杰平台用户自主选择将其姓名、职位等职业信息设置为“全网可见”的行为表明该信息并非用户不愿为他人知晓的信息。且可以推断，用户将该部分信息设置为向社会

⁷⁶ 王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013年7月

⁷⁷ 黄某诉腾讯科技（深圳）有限公司广州分公司、腾讯科技（北京）有限公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案，北京互联网法院民事判决书（2019）京0491民初16142号（中国消费者协会发布2019-2020年全国消费维权十大典型司法案例一）

⁷⁸ 石佳友：《隐私权与个人信息关系的再思考》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》，2021年第5期

⁷⁹ 参见张建文：《在尊严性和资源性之间：〈民法典〉时代个人信息私密性检验难题》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第1期

⁸⁰ 参见上海汉涛信息咨询有限公司与北京百度网讯科技有限公司等不正当竞争纠纷案，上海知识产权法院（2016）沪73民终242号，上海知识产权法院典型案例（2015-2019）之十四、上海知识产权法院12件不正当竞争典型案例（2015-2020）之二

⁸¹ 参见许可，孙铭溪：《个人私密信息的再厘清——从隐私和个人信息的关系切入》，载《中国应用法学》，2021年第1期

⁸² 参见石佳友：《隐私权与个人信息关系的再思考》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》，2021年第5期

⁸³ 参进程啸：《我国〈民法典〉个人信息保护制度的创新与发展》，载《财经法学》2020年第4期

⁸⁴ 参见许可，孙铭溪：《个人私密信息的再厘清——从隐私和个人信息的关系切入》，载《中国应用法学》，2021年第1期

⁸⁵ 参见陈甦、谢鸿飞主编：《民法典评注：人格权编》，中国法制出版社2020年版，第339页

公众公开的意图在于职场社交、求职换岗等需要，即“试图使用个人信息用于社会交往和经济活动，主动地建立‘数字人设’”⁸⁶，这足以表明用户具有使该信息为他人所知的主观意愿。在客观私密属性方面，该部分用户信息可通过第三方搜索引擎被社会上任何人注意到并查看，故在事实上已经处于公开状态，且用户的姓名、职位等信息往往服务于社会交往、经济活动等需要，其功能“系于信息流通”，因而也不具有隐秘属性。故被告所获取的用户自行公开的姓名、职位等信息不构成个人信息中的私密信息。

综上所述，伯乐公司获取并使用的俊杰平台用户数据不属于用户隐私或私密个人信息，因此不适用《民法典》中关于隐私权的规定。以下进一步考察在《个人信息保护法》下，伯乐公司的行为是否侵犯用户个人信息权益。

（2）被告获取的用户信息也不构成《个人信息保护法》中的敏感个人信息

关于个人信息的分类，除《民法典》所规定的私密信息与非私密信息的分类方式外，《个人信息保护法》还区分了敏感个人信息与非敏感个人信息，分别适用不同的处理规则。私密信息与非私密信息区分的侧重点在于民事权益的类型与保护方法的差异，而敏感信息与非敏感信息的区分则是对信息处理者处理个人信息的行为规范提出的不同要求。⁸⁷关于敏感个人信息的概念与特殊处理规则，《个人信息保护法》第28条规定：“敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。”第29条、第30条分别要求，处理敏感个人信息须取得个人的单独同意，并向个人告知处理的必要性与影响。

本案中，被告获取的俊杰平台用户设置为“公开”的“姓名、职位、技能、工作经历”等职业信息属职业社交相关信息，具有公共属性，且用户出于社交、求职、宣传自我职业形象等目的而已经自主选择将该信息向社会公众公开。故该信息并非泄露后容易导致人格尊严、人身或财产损害的敏感个人信息，而仅为一般个人信息。因此，仅需考察被告的行为是否符合《个人信息保护法》关于个人信息处理的一般规定。

（3）“告知—同意”模式并非获取和使用用户个人信息的唯一合法性基础

《民法典》第一千零三十五条规定，处理个人信息应“征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外”。本条确立了“告知—同意”模式，要求个人信息处理者应当“将个人信息处理的目的、范围、方式等事项明确告知个人，并获得其同意”⁸⁸。但我方认为，“告知—同意”模式并非获取和使用用户个人信息的唯一合法性基础。理由如下。

《个人信息保护法》第十三条规定：“符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：（一）取得个人的同意；……（六）依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息。……依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。”

具体来看，**第一，基于文义解释**，第（六）项构成“不适用‘告知—同意’规则的例外情形”（否则就没有在第（一）项之外单独规定的必要），亦即：对于已经合法公开的个人信息，无论是自然人自行公开的还是其他已经合法公开的个人信息，第三方“可以无需告知并

⁸⁶ 参见许可，孙铭溪：《个人私密信息的再厘清——从隐私和个人信息的关系切入》，载《中国应用法学》，2021年第1期

⁸⁷ 程啸：《个人信息保护中的敏感信息与私密信息》，载《人民法院报》2020年11月19日第5版

⁸⁸ 刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021年第5期，第3页。

取得自然人的同意即进行合理处理”⁸⁹。

第二，基于体系解释，《民法典》第一千零三十六条将“合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息”规定为损害他人信息权益的免责事由，而《个人信息保护法》则将该事项与“取得个人同意”相并列，共同作为处理他人信息的肯定条件，从立法的体系性变化亦可推断立法者意图，即提升“在合理的范围内处理个人自行公开的个人信息”的规范地位、扩大其适用。

第三，基于目的解释，数据是数字经济时代重要的生产要素，信息是数据的基础，对个人信息过于绝对化的保护，可能导致个人信息处理和数据利用的成本过高，甚至阻碍信息产业的健康发展。⁹⁰因而近年来司法实践和学理上普遍关注除“告知—同意”模式外处理个人信息的其他合法性基础，有观点进一步认为“同意不是且不应成为个人信息使用的一般规则”⁹¹。

综上所述，“告知—同意”模式并非获取和使用用户个人信息的唯一合法性基础，因此以下重点基于《个人信息保护法》第十三条第（一）款第六项，论证伯乐公司对用户设置为“公开”的个人信息的获取和使用未侵害用户个人信息权益。

（4）伯乐公司属在合理范围内处理用户自行公开的信息，不构成对用户个人信息权益的侵犯

《个人信息保护法》第十三条第（一）款第六项规定的“在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息”，具体包括三项构成要件：①处理的对象是个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；②对该信息的处理在合理范围内；③对信息的处理未侵害信息的主体的重大利益。以下结合本案案情分别考察。

首先，伯乐公司获取并加工的部分俊杰平台用户的姓名、职位、技能、工作经历等个人信息属于用户“自行公开”的信息。所谓“自行公开”的个人信息，即个人通过网络等途径自行将其信息公开，使其“进入公共领域，任何人都可以获得”⁹²。本案中，根据俊杰平台《用户协议》第2.5条，平台用户可对其“个人信息和内容的呈现方式进行设置”、“限制通过搜索引擎查看其职业档案”，且“默认设置下”该信息不会对用户的好友圈及公众公开。但部分用户可以自主选择将其履历档案（包括教育背景、工作经历和技能等个人信息）设置为“整个公众可见”，即允许全网任何人通过百度等搜索引擎查看该个人资料，表明该部分用户出于职场社交、职业发展等需求而自行选择使其个人信息进入公共领域、向社会上任何不特定第三方公开，因此属于个人“自行公开”的信息。

其次，伯乐公司对用户信息的处理属于“在合理范围内”。关于“合理范围”的界定标准，“抖音案”中法院结合《民法典》第一千零三十五条“三原则说”与司法创制“三方面说”建构出个人信息合理使用的“开放评估清单”⁹³。“三原则”，即合法、正当、必要原则；“三方面”，即信息的特点与属性、信息使用的方式和目的及信息的使用对各方利益可能产生的影响。⁹⁴

⁸⁹ 程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021年第3期

⁹⁰ 凌某某诉北京微播视界科技有限公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案，北京互联网法院民事判决书（2019）京0491民初6694号，转引自卢震豪：《我国〈民法典〉个人信息合理使用的情形清单与评估清单——以“抖音案”为例》，载《政治与法律》2020年第11期

⁹¹ 高富平：《个人信息使用的合法性基础》，载《比较法研究》2019年第2期

⁹² 程啸：《我国〈民法典〉个人信息保护制度的创新与发展》，载《财经法学》2020年第4期

⁹³ 卢震豪：《我国〈民法典〉个人信息合理使用的情形清单与评估清单——以“抖音案”为例》，载《政治与法律》2020年第11期

⁹⁴ 卢震豪：《我国〈民法典〉个人信息合理使用的情形清单与评估清单——以“抖音案”为例》，载《政治与法律》2020年第11期

本案中，其一，基于“三方面”的考察，伯乐公司对用户个人数据的处理属于“在合理范围内”。**第一，从信息的特点与属性来看**，俊杰平台上平台分享的教育背景、工作经历、技能等个人信息承载了重要的职业社交功能，加之用户自主将其设置为对全网公开，因而该部分信息的个人属性有所削弱。就立法目的与宗旨而言，《个人信息保护法》对信息主体予以保护的法理基础是对“自然人人格尊严与自由”的保障。⁹⁵本案中，用户已经基于个人自由的行使，选择将部分个人信息向社会公开，并抱有希望更多人了解其职业信息的期待。因此，只有允许其他数据处理者对该信息进行充分浏览、分析、使用，才符合用户的真实意思，才与《个人信息保护法》的规范意旨相符合。**第二，从信息使用的方式和目的来看**，对自行公开的个人信息的合理使用并不排除出于商业目的的使用。⁹⁶伯乐公司对用户数据“进行深度、专业化的分析与处理后，通过销售相应高端定制化的职业数据报告和为用人单位提供合适的人力资源信息盈利”，该使用方式与用户拓展职业选择的目的相符合，不违背用户公开信息时对他人合理利用其信息的期待。并且，伯乐公司没有转售或重新发布用户的基础数据，不存在对用户其他人身和财产利益的潜在侵害可能性。**第三，从信息使用及其方式对各方利益可能产生的影响来看**，用户之所以主动选择将部分个人职业数据设置为公开，往往是出于拓宽职业社交圈、丰富求职机会、拓展职业选择等需求，伯乐公司基于该基础数据为用户提供的高端分析产品满足了用户需求、提升了用户利益，因而广受用户欢迎。从市场层面看，伯乐公司在数据分析和处理技术及经营模式上的创新有助于增强市场活力，有利于促进互联网和数字经济的发展、增进社会整体福祉。

其二，基于“三原则”的考察，伯乐公司对用户数据的处理属于“在合理范围内”。**第一，在“合法性”层面**，伯乐公司对用户数据的获取和使用以《个人信息保护法》第十三条第（一）款第六项为规范依据，具备合法性基础。**第二，在“正当性”层面**，“正当”包括“目的正当”与“手段正当”⁹⁷。前者要求个人信息处理者旨在“增进个人利益或者社会公共利益等正当目的，而非损害他人权益、破坏公共秩序等不正当目的”⁹⁸，但“并不必然排除出于商业目的的使用”⁹⁹；后者则要求处理个人信息所采用的方式“符合社会公众的一般期待以及公序良俗的要求”¹⁰⁰。**一方面，在目的上**，伯乐公司基于服务于个人求职与企业招聘的目的创造性地开发出个人数据分析产品，有助于增进用户利益、推进市场创新，并未以获取的用户信息行有损他人权益或公共利益之事，具有目的上的正当性；**另一方面，在手段上**，伯乐公司对用户原始数据进行了深度、专业化的分析与脱敏处理，进而为求职者和企业提供高端定制化分析服务。伯乐公司对数据的加工手段创新性地迎合了社会需求、为广大用户所欢迎，符合社会公众的一般期待与公序良俗，具有手段上的正当性。**第三，在“必要性”层面**，伯乐公司从网络上获取的俊杰平台用户数据仅限于用户设置为对全网公开的信息，是生成数据分析产品所必要的信息，且除此之外未转售或重新发布用户的基础数据，因此符合必要原则。

最后，伯乐公司对用户数据的获取和使用未侵害用户的重大利益。《民法典》第一千零三十六条规定：“处理个人信息，有下列情形之一的，行为人不承担民事责任……（二）合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理

⁹⁵ 程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021年第3期

⁹⁶ 凌某某诉北京微播视界科技有限公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案，北京互联网法院民事判决书（2019）京0491民初6694号，转引自卢震豪：《我国〈民法典〉个人信息合理使用的情形清单与评估清单——以“抖音案”为例》，载《政治与法律》2020年第11期

⁹⁷ 张新宝：《个人信息处理的基本原则》，载《中国法律评论》2021年第5期

⁹⁸ 张新宝：《个人信息处理的基本原则》，载《中国法律评论》2021年第5期

⁹⁹ 凌某某诉北京微播视界科技有限公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案，北京互联网法院民事判决书（2019）京0491民初6694号，转引自卢震豪：《我国〈民法典〉个人信息合理使用的情形清单与评估清单——以“抖音案”为例》，载《政治与法律》2020年第11期

¹⁰⁰ 张新宝：《个人信息处理的基本原则》，载《中国法律评论》2021年第5期

该信息侵害其重大利益的除外。”《民法典》与《个人信息保护法》中的私法规范构成普通法与特别法的关系，在后者没有规定的时候应适用《民法典》的规则。¹⁰¹因此，在《个人信息保护法》未规定“不侵害重大利益”要件的情况下，应适用《民法典》加以补充。所谓“侵害自然人重大利益”，是指该处理将有害于自然人的生命、身体自由、财产或其他重大利益。

¹⁰²

本案中，伯乐公司对用户信息的处理旨在提供深度、专业化的分析产品，已针对原始、基础数据做了深度加工和处理，而未转售或重新发布原始基础数据，不存在泄露用户基础信息等风险。相反，伯乐公司的数据处理是为了更好地服务于用户的求职、企业的招聘，有助于保护和促进自然人的财产利益。因此，伯乐公司的行为未对用户的重大利益造成侵害。

综上所述，伯乐公司在合理范围内处理俊杰平台用户自行公开的信息，符合《个人信息保护法》第十三条的要求。

小结

综上所述，伯乐公司获取和使用俊杰平台用户设置为公开的信息之行为未侵害用户的隐私权及个人信息权益，即没有损害消费者利益。

4. 被告的行为未损害公共利益与市场秩序

《反不正当竞争法》保护的公共利益应当是公众对不受扭曲的市场竞争本身的利益。¹⁰³在2017年的法律修订中，立法机关对《反不正当竞争法》第二条进行了修改，将“扰乱市场竞争秩序”提到了“经营者的合法权益”之前。这一改动也表明了立法者对市场竞争秩序更强的保护目的。因此，在本案中，还需要从结果上分析的是：允许伯乐公司继续使用数据，与允许俊杰平台过分占有与控制数据、拒绝伯乐公司访问，何者更有利于保护市场竞争秩序不受扭曲？

(1) 就《反不正当竞争法》规范宗旨而言，伯乐公司的创新行为应受更高程度保护

随着互联网经济的发展，大数据产品在人们生活中日渐起到了越来越大的作用，推动着社会的发展与人类福利的不断增长。但这一切的发展与增长，都离不开科技创新本身。正因为科技创新在人类生活中的巨大作用，我国《科学技术进步法》第三条明确指出：“国家保障科学技术研究开发的自由，鼓励科学探索和技术创新，保护科学技术人员的合法权益。全社会都应当尊重劳动、尊重知识、尊重人才、尊重创造”。在互联网司法实务中，也有法院明智地指出，“基于互联网行业中技术形态和市场竞争模式与传统行业存在显著差别，为保障新技术和市场竞争模式的发展空间……对于互联网中利用新技术手段或新商业模式的竞争行为，应首先推定具有正当性，不正当性需要证据加以证明”¹⁰⁴。因此，在数据竞争领域，创新行为应当得到更高程度的保护。

本案中，伯乐公司没有原封不动地利用俊杰平台上的原始数据牟取利益，而是锐意进取，开发出了全新的、完全独立于基础数据存在的新型数据产品，给市场带来了福利，也赢得了广大公众书面和口头的赞许。伯乐公司因创新行为所享有的利益，应当受到法院更高程度的尊重与保护。

¹⁰¹ 石佳友：《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》，载《比较法研究》2021年10月

¹⁰² 程啸：《我国〈民法典〉个人信息保护制度的创新与发展》，载《财经法学》2020年第4期

¹⁰³ 参见董晓敏：《反不正当竞争法一般条款的适用》，知识产权出版社2019年版，第173页。

¹⁰⁴ 参见北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院民事判决书(2016)京73民终588号。

（2）原告过度控制与占有平台数据的行为，可能带来“数据垄断”抑制竞争的不利后果

2021年，我国日渐把“反垄断”工作提上了日程，无论是在立法、司法还是执法层面，都有所强化。¹⁰⁵在大数据时代，数据已然成为不可或缺的生产力要素，通过对海量的原始数据的分析与加工，完全足以创造巨大的财富与社会福利。然而在当下，互联网上的原始数据则主要为少量大型平台所控制，反垄断政策的深化离不开对大数据领域的合规监管与司法引导。俊杰公司虽然未必可称数据垄断者，但合议庭也应当考虑本案判决所带来的社会后果。

正如一些学者所指出的，若要求获取可识别的原生数据需经企业同意，会不可避免地抑制数据获取方创新和产业发展。其原因在于，这实际上将导致数据持有方事实上有权决定以此类数据为基础的各项创新能否展开。¹⁰⁶本案中，倘若法院支持了原告的诉讼请求，便等同于认定只有俊杰平台一方有对其平台上的基础数据享有加工、创新的权利”。不难预见的是，在不久远的未来，各大数据巨头势必纷纷效仿，排斥他人对公开乃至公共数据的合理利用。这不仅将导致严重的“数据垄断”，严重违反我国现如今反对垄断的司法政策，而且会抑制竞争、扼杀我国未来的创新活力。

因此，从裁判可能带来的社会影响上考虑，应当给予伯乐公司的正当竞争行为以司法保护。

（3）被告适当利用原告平台存储的数据非但不会损害市场秩序，反而有助于促进竞争与市场效率的提升及社会整体福利的扩大

在大数据领域，所谓“公地悲剧”¹⁰⁷并不存在，因为作为数据产品创新原材料的原始数据，几乎是无穷尽且非排他的，对其利用的边际成本极低。因此，只要不形成数据垄断，人类就可以不断地利用这些公共数据，以创设新的财富，增加人类的福利，就如文学界在不断对前人遗留下的智识资源进行发掘借鉴的过程中不断进步一样。换言之，在数据领域，应当被警惕的不是“公地悲剧”，而是“数据垄断”。

本案中，被告虽然利用了原告平台的数据，但并没有在利用的过程中使这些原始数据遭到毁灭或是价值受到贬损，原告完全可以继续对其展开利用与创新，从而在职业数据开发领域的合法竞争中打败被告，这不仅无损于原告的合法权益，还有助于促进市场的竞争与优胜劣汰，提高经济效率。相反，若允许原告垄断数据、拒绝他人分享利用，则一切进一步的数据开发将只能由原告独自完成，这不仅无益于健康的市场竞争秩序的形成，还将抑制创新，破坏大数据产业生态。被告的行为无损于市场竞争秩序，反而能推动市场效率的提升与行业的发展，而如果认可了原告请求，才会真的危及市场效率，危及公共利益。

5. 小结

综合以上从经营者利益、消费者利益与公共利益三方面展开的分析，我方认为，在本案中，伯乐公司的行为并未侵犯消费者利益与公共利益，亦未对原告利益造成不当损害。经过

¹⁰⁵ 参见樊瑞：《为什么说2021是反垄断“大年”》，

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1698243941663451488&wfr=spider&for=pc>, 2021年10月19日访问。

¹⁰⁶ 参见徐伟：《企业数据获取“三重授权原则”反思及类型化构建》，载《交大法学》2019年第4期，第28-29页。

¹⁰⁷ 所谓“公地悲剧”，大概是指，当土地在一般意义上为人们共同使用时，出于自私心理，人们可能会非理性地使用这片土地，譬如，任由自己过度放牧，最终导致公地资源耗尽，任何人都遭受不可挽回的损失。“公地悲剧”假说是许多人在为私有产权辩护时采取的关键论据。譬如，法学家施密特就曾声称：圈占公地不仅应当被允许，而且事实上反而是一种道德义务。由于公地悲剧的存在，对原本公有的事物划定私有产权反而会使得每个人的日子都更好过。参见威尔·金里卡：《当代政治哲学》，刘莘译，上海译文出版社2011年版，第147-148页。

利益衡量，相较原告过度占有、控制用户数据的行为，被告正当获取并使用数据的行为更具正当性、更值得保护。因此，不应当认为被告违反了商业道德，本要件并不满足，被告的行为不构成不正当竞争。

第六部分 结论

现就本案中各争议焦点总结如下：

第一，关于本案的管辖问题。

本案为不正当竞争纠纷，不宜由原告住所地法院管辖，沪西区人民法院对本案没有管辖权。原告以被告的行为构成不正当竞争为由向沪西区人民法院起诉，不符合管辖的相关法律规定。

第二，关于被告行为是否侵犯原告知识产权的问题。

就著作权而言，案涉单条数据与集合数据均因缺乏独创性而无法构成《著作权法》意义上的作品；即使案涉数据属于作品，原告也因《用户协议》第3.1条授权条款的无效而无法获得著作权授权或许可；即使原告获得著作权，被告也未实施任何直接或简介侵犯原告著作权的行为，行为完全构成目的与性质上的转换性合理使用。原告在本案中显然也不享有邻接权、专利权或商标权。因此被告未侵犯原告的任何知识产权。

第三，关于被告行为是否构成不正当竞争的问题。

在《反不正当竞争法》第二条与第十二条的法条竞合中，第二条因司法实践解释的需要适用更为合理，最高人民法院就《反不正当竞争法》第二条提出的三项构成要件实质上成为我国司法实践对于不正当竞争行为的认定通说。该三项构成要件在本案中展开如下：

就“法律对该种竞争行为作出特别规定”要件而言，我国《反不正当竞争法》并未对本案所涉及的爬取数据类竞争行为作出特别规定，要件成立；

就“其他经营者的合法权益因该竞争行为而受到了实际损害”要件而言，原告因对用户数据的收集违反必要性原则、使用超出告知同意范围而不具备值得保护的合法权益。即使原告存在值得保护的合法权益，从“交易机会的减少”与“竞争优势的削弱”两方面考察，原告均未遭受实际损害，要件不成立；

就“竞争行为因违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性”要件而言，我国司法实践将商业道德界定为一种维护自由竞争的动态过程与市场效率的经济人伦理，其判断应重点结合经营者利益、消费者利益与公共利益予以综合衡量。被告行为未造成对原告正当经营者利益的不当损害，不构成对消费者隐私权与个人信息权益的侵犯，也未损害以市场竞争秩序内涵为主的公共利益，要件不成立；

因此，第二和第三个构成要件均不成立，因此被告行为不构成不正当竞争行为。

综上所述，原告请求被告停止爬取与加工案涉数据的诉求不具有正当理由。恳请合议庭依法驳回原告全部诉讼请求，并判令由原告依法承担本案全部诉讼费。

此致

敬礼！

代理人：XXX，XXX，允执律师事务所律师

2021年11月6日

第六部分 附件

附件一：民事诉讼代理人授权委托书

民事诉讼代理人授权委托书

沪西区人民法院：

贵院一审的由俊杰公司提起诉讼的不正当竞争纠纷一案，允执律师事务所接受委托人伯乐公司的委托，指派XXX律师、XXX律师担任被告伯乐公司的诉讼代理人。

律师在该案中的代理权限为：特别授权。包括：（1）代为承认部分或全部诉讼请求；（2）代为放弃、变更或增加诉讼请求；（3）代为和解；（4）代为反诉；（5）代为提出或申请撤回上诉。

本委托书有效期自即日起至终审判决宣判时止。

委托人：伯乐公司

受委托人：XXX、XXX

律师事务所（章）：允执律师事务所

2021年11月6日

（委托书一式三份，由委托人、律师事务所各持一份，交人民法院一份。）

附件二：实体代理意见中司法案件援引清单

根据最高人民法院于2020年7月31日发布的《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》，对于缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的，需要进行类案检索。以下为被告方诉讼代理人针对本案所进行的类案检索结果，供合议庭参考：

司法案例	主旨
山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案，最高人民法院民事裁定书（2009）民申字第1065号	《反不正当竞争法》第二条属于可以开放性适用的一般条款，其构成要件为①法律对该种竞争行为是否作出特别规定；②其他经营者的合法权益是否因该竞争行为而受到了实际损害；③该种竞争行为是否因违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性
北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司不正当竞争纠纷上诉案，上海知识产权法院民事判决书（2016）沪73民终242号	最高人民法院就《反不正当竞争法》第二条提出的三个构成要件在实务中被普遍采用
北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉	

案，北京知识产权法院民事判决书(2016)京 73 民终 588 号	
北京五八信息技术有限公司与青岛韩某快讯网络传媒有限公司侵犯著作权及不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院民事判决书(2017)京 73 民终 2102 号	
浙江淘宝网络有限公司诉上海载和网络科技有限公司等其他不正当竞争纠纷案，上海市浦东新区人民法院民事判决书(2015)浦民三(知)初字第 1963 号	
武汉鱼趣网络科技有限公司等与朱某等侵害著作权及不正当竞争纠纷上诉案，湖北省武汉市中级人民法院民事判决书(2017)鄂 01 民终 4950 号	
杭州近湖物业管理有限公司与杭州广汇企业管理咨询有限公司不正当竞争纠纷案，最高人民法院民事裁定书(2014)民申字第 1461 号	一般而言，只有具有竞争关系的经营者的竞争行为才可能会对其他经营者经营活动造成损害。竞争关系的判断是援引《反不正当竞争法》调整市场行为的前提要件
北京中创东方教育科技集团有限公司与北京市海淀区启航考试培训学校虚假宣传纠纷案，北京知识产权法院民事判决书(2019)京 73 民终 3643 号	
张勇、长兴美欣达房地产开发有限公司虚假宣传纠纷案，浙江省高级人民法院民事裁定书(2020)浙民终 300 号	
北京黄金假日旅行社有限公司诉携程计算机技术(上海)有限公司、上海携程商务有限公司、河北康辉国际航空服务有限公司、北京携程国际旅行社有限公司虚假宣传纠纷案，最高人民法院民事判决书(2007)民三终字第 2 号	
北京爱奇艺科技有限公司、上海众源网络科技有限公司与宁波千影网络科技有限公司不正当竞争纠纷案，上海徐汇区人民法院民事判决书(2018)沪 0104 民初 243 号	《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项不宜单独适用，需要结合《反不正当竞争法》第二条进行限缩解释
参见淘宝(中国)软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案，杭州市中级人民法院民事判决书(2018)浙 01 民终 7312 号	在判断原告是否遭受实际损害时，一般认为可从“交易机会的减少”和“竞争优势的削弱”两方面加以考察。尤其是要考虑被告的行为是否破坏了原告既有的“商业模式”、是否损害原告的“核心竞争力”
山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案，最高人民法院民事裁定书(2009)	商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判，它既不同于个人品德，也不能等同于一般的社会公德，所体现的是一种商业伦理

民申字第 1065 号	
北京五八信息技术有限公司与青岛韩华快讯网络传媒有限公司申请再审审查与审判监督案，最高人民法院民事裁定书（2018）京民申 2624 号	
北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院民事判决书（2016）京 73 民终 588 号	在判断竞争行为是否违背商业道德时，应采取利益权衡的方式，对经营者利益、消费者利益、公共利益三方予以综合考虑，力求在平衡各方利益的情况下，划定竞争行为的边界
深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，杭州铁路运输法院民事判决书（2019）浙 8601 民初 1987 号	
浙江淘宝网络有限公司诉上海载和网络科技有限公司等其他不正当竞争纠纷案，上海市浦东新区人民法院民事判决书（2015）浦民三（知）初字第 1963 号	
武汉鱼趣网络科技有限公司等与朱某等侵害著作权及不正当竞争纠纷上诉案，湖北省武汉市中级人民法院民事判决书（2017）鄂 01 民终 4950 号	
深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，杭州铁路运输法院民事判决书（2019）浙 8601 民初 1987 号	网络企业所掌握的数据资源更多地具有开放性与共享性，如果其他经营者‘搭便车’式地利用了网络企业所掌握的数据资源开展经营活动，只要不是对他人数据资源破坏性利用或有违法律规定，且能够给消费者带来全新体验的，一般不应被认定为不正当竞争
淘宝（中国）软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案，杭州市中级人民法院民事判决书（2018）浙 01 民终 7312 号	网络运营者对于原始数据应受制于网络用户对其所提供的用户信息的控制，不能享有独立的权利，网络运营者只能依其与网络用户的约定享有对网络原始数据的使用权
国泰世华商业银行股份有限公司诉盈达电子商务软件系统（上海）有限公司买卖合同纠纷案，上海市第一中级人民法院民事判决书（2010）沪一中民四（商）终字第 1509 号	当相对人因权利人的行为对“权利人不会行使相应权利”产生合理预期时，根据诚信原则，将导致权利人的失权
山东海汇生物工程股份有限公司与谢宜豪股权转让合同纠纷上诉案，山东省青岛市中级人民法院民事判决书（2010）青民二商终字第 562 号	
北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术（北京）有限公司与北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京市第一中级人民法院民事判决书（2013）一中民初字第 2668	平台上的公开数据原则上可以爬取，平台不能仅仅因为他方爬取平台上的公开数据便采用 Robots 协议限制他方获取数据，若想限制，还必须给出额外的合理、正当理由，否则其

号	限制措施将破坏互联网的信息流通，不具有正当性
参见百度在线网络技术（北京）有限公司等与北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京市高级人民法院民事判决书（2017）京民终 487 号	
北京爱奇艺科技有限公司与北京搜狗信息服务有限公司、上海恩度网络科技有限公司其他不正当竞争纠纷上诉案，上海知识产权法院民事判决书（2018）沪 73 民终 420 号	经营者正当的市场竞争导致其他经营者利益受损，法律并不加以干预
北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司不正当竞争纠纷上诉案，上海知识产权法院民事判决书（2016）沪 73 民终 242 号	经营者在使用从其他平台上获取的公开数据时，应该遵循“最少、必要”的原则，采取对原告损害最小的措施
黄某诉腾讯科技（深圳）有限公司广州分公司、腾讯科技（北京）有限公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案，北京互联网法院民事判决书（2019）京 0491 民初 16142 号	对于“不愿为他人知晓”的“私密性”的判断，尽管强调主观意愿，但是该主观意愿不完全取决于隐私诉求者的个体意志，还应符合社会一般合理认知
凌某某诉北京微播视界科技有限公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案，北京互联网法院民事判决书（2019）京 0491 民初 6694 号	对用户自行公开的个人信息的合理使用并不排除出于商业目的的使用
北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院民事判决书（2016）京 73 民终 588 号	互联网行业的新技术与市场竞争模式应该得到更高层次的保护。对于互联网中利用新技术手段或新商业模式的竞争行为，应首先推定具有正当性，不正当性需要证据加以证明