

网络法读书会第九期

李铭轩：

各位老师、各位同学，大家晚上好！

今天非常荣幸能够参加读书会，和大家分享一下这两个有关数据的法律保护案例。一个是中国的新浪微博诉脉脉案，另一个是美国的 hiQ 诉领英案。今天我主要围绕这两个案例，比较两个案例的案情和判决结果，引申出一些值得去关注的有关数据的法律保护的问题，供大家去讨论。

首先介绍一下这两个案例的案情和判决结果，先说一下 hiQ 诉领英案。案件的双方当事人分别是领英公司和 hiQ 公司。领英公司是全球最大的职业社交网站，在它的网站上有非常海量的注册用户的职业相关信息，判决里提到领英在那个时候已经拥有了 5 亿的用户。hiQ 公司是一个提供人力资源信息服务的公司，它主要基于领英网站上的公开的信息，对其进行统计分析，从而为客户提供人力资源管理方面的信息。它主要有两款产品，一款叫作 keeper，主要是告诉雇主哪些雇员有很大风险离职，从而做好应对工作；还有一款叫作 skill mapper，顾名思义，它就是对雇员的工作技能做一些分析，提供相应的信息。hiQ 自身不是一个社交网站，它并不拥有大量的用户职业信息，因此它是完全地依赖于领英上公开的用户职业信息，才得以去推行其商业模式。所以它就要去大量地抓取领英上的数据。领英一开始也容忍了 hiQ 的数据获取和使用行为，其中的原因并不清楚。但是，就在这个案件发生前不久，领英正好宣布要提供与 hiQ 类似的服务。所以这个判决里也推断，领英很有可能是准备进军到另外一个市场时，出于排除竞争对手的目的，突然对 hiQ 采取了这样一个措施。于是，领英在 2017 年 5 月 23 日向 hiQ 发出警告函，要求它停止抓取数据。领英在警告函里表明，如果 hiQ 不停止抓取行为，将违反一系列联邦法和州法，主要是美国的 CFAA 也就是计算机欺诈和滥用法，同时领英也已经采取了技术手段制止 hiQ 的抓取行为。但是 hiQ 反而主动出击，先向联邦地区法院提起了诉讼，要求联邦法院判发临时禁制令，也就是要求领英不得阻止它去获取其网站上公开的信息。

本案的法官最终支持了 hiQ 的诉求。其判决中的分析主要是围绕着临时禁制令的框架展开。在美国，是否颁发临时禁制令，主要考虑四个因素：胜诉的可能性、是否有难以弥补的损害、对双方利益的权衡和公共利益。判决书里也提到了这四个因素。判决书还指出其在分析中用了一种叫作“sliding scale”的方法，直译过来叫作滑动算法。意思就是在考虑这四个因素时，如果某一个因素特别明显地有利于一方，那么它可以弥补在另外一个因素方面的不足。所以法官认为，在是否有难以弥补的损害、对双方利益的权衡和公共利益这三个因素考量上，对 hiQ 是非常有利的，在这种情况下，对胜诉的可能性这一因素的要求，就可以相对较低。如果说之前对胜诉的可能性的要求是“likely to succeed on the merits”，那现在只要证明有“there are ‘serious questions going to the merits’”就可以了。

首先，从损害以及双方困难的权衡来看，hiQ 的商业模式完全基于领英的数据，如果不颁发禁制令，任由领英禁止 hiQ 抓取数据，那很可能 hiQ 就完了，会造成难以弥补的损害。从双方困难的权衡来看，hiQ 的困难也可能更大。同时，法官也反驳了领英关于损害用户隐私的主张，他主要认为 hiQ 抓取的是用户公开的数据，不涉及到隐私的问题，另外，领英其实上并不禁止其他的第三方去抓取这些公开的数据，所以损害隐私这个理由是不成立的。而且经过了那么长的时间，领英容许 hiQ 去抓取这些数据，它也没有提出足够的证据去证明在这么长的时间里产生了什么样的损害。这是判决在损害以及双方困难的权衡方面的主要论证。

其次，在接下来的部分，判决从胜诉可能性的角度进行论证，主要是针对几个法律的适用问题。第一，领英主张 hiQ 继续访问会违反 CFAA 的规定，就是说未经授权侵入了受保护的计算机系统。法官认为，这里的关键问题是，在领英通过发警告函明确禁止访问后，hiQ 继续抓取领英的公共数据是否构成 CFAA 规定的“未经授权访问计算机”。领英提出了两个案例（Power Ventures 案和 Nosal II 案）来支持其观点，但法官认为，这两个案例与本案不同的地方在于，其数据不是公开的，而是受密码验证系统保护的。法官认为，CFAA 中的“未经授权”需要在历史背景下解释。从历史背景看，国会立法的目的是为了处理非法侵入私人计算机、尤其是受密码保护的计算机的问题。法官认为，将本案的情形认定为“未经授权”事实上超出了立法目的，扩大解释了“未经授权”的范围。判决还引用了 Orin Kerr 教授的观点，认为网络一般被认为是内在的公开的（inherently open），如果要构成 CFAA 语境下的“未经授权访问计算机”，必须要有类似密码保护的验证系统。因此，法官认为，领英要求 hiQ 停止访问其网站的公开部分，并不会使 hiQ 的继续访问落入 CFAA 的规制范围。第二，hiQ 主张领英的行为违反了加州宪法规定的言论自由。HiQ 之所以引用加州宪法而非美国宪法第一修正案，是因为加州宪法规定的言论自由范围更加广泛，不只可以用来限制公权力机关，还可以用来针对私主体。在加州最高法院判决的 *Robins v. Pruneyard Shopping Ctr.* 案中，法院强调大商场作为公共论坛的重要性，大商场不能阻止个人在其中进行政治演说等活动，也即言论自由优先于私人所有权。但本案的法官指出，目前还没有法院将 *Pruneyard* 这一判例扩张到互联网领域，一旦扩张到互联网领域，可能会带来无法估量的后果，因此法官秉承较为谨慎的态度，没有支持 hiQ 的这一主张。第三，hiQ 主张领英的行为违反加州不正当竞争法。加州不正当竞争法规制的不正当竞争行为不仅包括实际违反反垄断法的行为，也包括违反了反垄断法的政策或精神（the policy or spirit of the Sherman Act）的行为。HiQ 主张领英的行为从两方面违反了反垄断法的精神：一，领英不正当地利用其在职业社交市场的权力来获得在数据分析市场上的限制竞争的优势；二，领英的行为违反了“必要设施原则”。判决认可了 hiQ 的主张，认为 hiQ 证明了领英在职业社交市场占有主导地位，并且试图在数据分析市场与 hiQ 开展竞争，而且领英发布竞品与禁止 hiQ 抓取数据的时间大体一致。因此，法官认为领英禁止 hiQ 抓取其数据的目的是为了消除 hiQ 这一数据分析市场的竞争对手，其行为很可能违反了反垄断法的精神，从而违反了加州不正当竞争法。第四，hiQ 主张领英违反了普通法上的禁反言原则。但判决中没有支持 hiQ 的这一主张，法官认为，用户将自己的资料公开并不意味着他允许第三方以任何目的收集和使用其数据，领

英也没有向用户承诺他们的数据会被如此使用。综合上述对各种法律适用的分析，判决认为对胜诉可能性这一因素的分析对 hiQ 更加有利。

最后，判决从公共利益的角度进行了分析。案件双方都认为对自己有利的裁决更有利于公共利益，因为更有利于信息的自由流动。HiQ 认为，私主体不应当有权力限制他人获取公开的信息，否则它将有权决定谁可以参加互联网上的思想市场（marketplace of ideas）。领英认为，引起严重的宪法（言论自由）问题。领英则认为，如果用户知道他们的数据可以被第三方不受限制地收集和分析，他们将更加不愿意在网上公开这些信息，法院如果颁布禁制令会产生“寒蝉效应”。判决认为，从公共利益的角度分析更加支持 hiQ 的主张，一方面，领英用户对公开数据的隐私保护诉求是不确定的，另一方面如果适用 CFAA 来阻止第三方获取网络上的公开信息，会对互联网上的公共讨论和信息流通造成威胁。综合四个因素方面的考虑，判决最终支持了 hiQ 的主张，要求领英取消对 hiQ 的技术措施，撤回警告函，并不得以同样理由发出警告函。

接下来看微博诉脉脉案。当事人双方是北京微梦创科网络技术有限公司也即新浪微博和北京淘友天下技术有限公司也即脉脉。微博大家都比较熟悉，是一个社交网站。脉脉实际上也是一款社交软件，它主要是一款人脉社交应用，通过分析用户的新浪微博和通讯录数据，帮助用户发现新的朋友，并且可以使他们建立联系。比如，用户注册脉脉后，里面有所谓的“一度人脉”和“二度人脉”，“一度人脉”来自其手机通讯录联系人和新浪微博好友，“二度人脉”为一度人脉的手机通讯录联系人和微博好友。这是脉脉的基本功能和特点。微博和脉脉两家一开始是有合作的，脉脉通过新浪微博的 OpenAPI 接口，可以从微博获取相关数据。但是根据《开发者协议》，脉脉被授权获取的数据范围是有限的，不包括职业信息和教育信息；而且，脉脉要获取用户数据，必须事先获得用户的同意。但是，在双方合作期间，脉脉不仅超出授权获取了用户的职业信息和教育信息，还未经用户同意获取了非脉脉用户的个人信息。微博发现后停止了与脉脉的合作，但脉脉仍然继续使用这些信息，于是微博提起了诉讼。在诉讼中，微博主张脉脉实施了四项不正当竞争行为：一是获取、使用新浪微博用户信息；二是获取、使用脉脉用户手机通讯录联系人与新浪微博用户对应关系；三是模仿新浪微博加 V 认证机制及展现方式；四是实施了商业诋毁。这四项中前两项与我们今天的主题相关，因此在判决结果部分主要介绍法院对这两项的观点。

该案一审法院为海淀法院，二审法院为北京知识产权法院，一审和二审判决均认为脉脉构成了微博提出的前两项不正当竞争行为。先简单介绍一下一审法院的观点。一审法院首先分析脉脉获取、使用新浪微博用户信息的合法性，认为脉脉在合作期间获取用户的职业信息、教育信息，在合作结束后仍使用相关用户信息违反了《开发者协议》的约定，脉脉获取并适用非脉脉用户的相关新浪微博信息未取得用户许可，不具有合法性；同时，脉脉的上述行为不属于为实现应用程序运行及功能目的之必要需求而收集相关用户数据，缺乏正当性。其次分析脉脉获取、使用脉脉用户手机通讯录联系人与新浪微博用户对应关系的合法性，认为其获取及使用行为没有合同依据，也缺乏正当理由。然后综合对两项行为的分析，法院认为，用户信息是微博开展经营活动的基础，也是其向不同第三方应用软件提供平台资源的重要内容，脉脉的行为违

反了诚实信用的原则，违背了公认的商业道德，危害到新浪微博平台用户信息安全，损害了微博的合法竞争利益，构成不正当竞争。

一审判决作了许多分析，但是没有给出其分析的框架、基础和法律依据，也没有为数据的保护和利用建立具体的规则，在这一点上，二审判决作了相应的弥补。首先，二审法院明确其法律依据是反法第二条的一般条款，并对适用该条款的条件作了分析。法院先引用了最高院在“海带配额案”中确立的适用反法一般条款的条件：“1、法律对该种竞争行为未作出特别规定；2、其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；3、该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性。”接着提出互联网行业与传统行业存在差别，为保障新技术和市场竞争模式的发展空间，还需满足另外三个条件：“4、该竞争行为所采用的技术手段确实损害了消费者的利益，例如：限制消费者的自主选择权、未保障消费者的知情权、损害消费者的隐私权等；5、该竞争行为破坏了互联网环境中的公开、公平、公正的市场竞争秩序，从而引发恶性竞争或者具备这样的可能性；6、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。”

其次，法院分析脉脉获取并使用新浪微博用户信息的行为是否构成不正当竞争行为。法院认为，脉脉获取并使用微博用户的职业信息和教育信息、非脉脉用户的微博信息违反了《开发者协议》，获取并使用非脉脉用户微博信息的行为还不符合诚实信用原则和商业道德。在这里，法院提出，在 OpenAPI 开发合作模式中，第三方通过 OpenAPI 获取用户信息时应坚持“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”的三重授权原则。因此，脉脉的行为没有充分尊重《开发者协议》的内容，未能尊重用户的知情权及自由选择权，一定程度上破坏了 OpenAPI 合作开发模式。法院还分析了微博是否可以就第三方应用使用其用户数据的不正当行为主张权益的问题，认为用户信息是微博开展经营活动的基础，也是其向不同第三方应用软件提供平台资源的重要内容，脉脉未经用户同意，获取并使用非脉脉用户的微博信息，节省了大量的经济投入，无正当理由的截取了微博的竞争优势，一定程度上侵害了微博的商业资源，微博基于其 OpenAPI 合作开发提供数据方的市场主体地位，可以就脉脉未按照《开发者协议》约定内容、未取得用户同意、无正当理由使用其平台相关数据资源的行为主张自己的合法权益。综上，法院认为脉脉获取新浪微博信息的行为存在主观过错，违背了在 OpenAPI 开发合作模式中，第三方通过 OpenAPI 获取用户信息时应坚持的三重授权原则，违反了诚实信用原则和互联网中的商业道德，不具有正当性。

再者，法院分析脉脉获取、使用脉脉用户手机通讯录联系人与新浪微博用户对对应关系的行为是否构成不正当竞争行为。法院认为，在认定不正当竞争行为时，是否取得用户同意以及是否保障用户的自由选择是公认的商业道德，脉脉的行为损害了非脉脉用户的知情权和选择权，违反了诚实信用原则和公认的商业道德；另外，将对应关系进行展示也不属于行业惯例；脉脉获取并展示对应关系的行为还损害了公平的市场竞争秩序，同时一定程度上损害了微博的竞争利益。综上，该行为违反了诚实信用原则及公认的商业道德，破坏了 OpenAPI 的运行规则，损害了互联网行业合理有序公平的市场竞争秩序，一定

程度上损害了被上诉人微梦公司的竞争优势及商业资源，构成不正当竞争行为。

上面介绍了这两个案例各自的案情和判决结果外，接下来我想主要从以下几个方面，再对它们做一个比较。第一个方面是数据的属性。这两个案例某种程度上已经体现出数据的多重属性：首先，它们都涉及到用户的个人信息，涉及到隐私，属于人格权的问题；其次，它们都涉及到竞争法的问题，在竞争法的框架下，数据更多地被看作是一种有价值的资产。这两个案例都涉及到用户的个人信息或者隐私问题，但是观点有所不同。hiQ案的判决认为，如果抓取的是公开的、任何人都能获得的信息，并不会损害到用户的个人信息或者隐私权。而微博诉脉脉案的判决认为，用户选择对公众公开个人信息，并不意味着可以未经用户同意获取和使用其个人信息，相反，商业化利用个人信息必须取得用户的同意，并确立了第三方通过 OpenAPI 获取用户个人信息的三重授权原则。因此，两个案例都承认数据的个人信息或隐私属性，但在对其保护的态度上有所不同。

第二个方面是数据的主体。这两个案例同样都涉及到一个拥有大量数据的主体，但法院对待其态度明显不同。在 hiQ 案中，法院把领英看作职业社交市场的主导玩家，具有竞争上的优势，当它利用这种竞争上的优势，来建立自己在数据分析市场来的竞争优势时，法院认为这种行为是反竞争的、不正当的，而且违反了“必要设施原则”，因此领英的行为可能构成不正当竞争。而在微博诉脉脉案中，法院从商业模式的角度出发，认为数据是微博开展经营活动的基础和重要商业资源，更加强调数据主体对数据的权属。我个人认为，这很有可能跟数据抓取方这一主体的性质不同有关。在微博诉脉脉案中，脉脉也是一个社交网站，它和微博构成了非常直接的竞争关系。而且，它可以抓取的来源其实不只有新浪微博，还可以包括许多其他社交软件。但在 hiQ 案中，hiQ 并不是一个社交网站，虽然领英后来准备开始做和 hiQ 相同的业务，但是原先领英只是做职业社交，并没有进入数据分析市场。而且 hiQ 的数据来源很大程度上只有领英上的公开数据。在这种情况下，如果领英不允许 hiQ 抓取它的数据，那对于 hiQ 来说是非常致命的。我觉得这是这两个案例之所以得出不同结论的非常重要的原因。

基于对两个案例的比较，在这里我还想提出一些问题。第一个问题是数据的属性到底是什么。从这两个案例中可以看出，数据具有多重属性，对数据收集者和利用者来说，数据是一种资产，对个人用户来说，数据是他的个人信息或者隐私。而且数据还可能还有许多其它形态，比如可能会构成著作权，比如如果公司将数据作为商业秘密进行保护，还可能会构成商业秘密。其实我们目前也没有对数据的概念和范围进行严格的界定，它在法律意义上可以呈现出多种不同的形态。那现阶段我们所运用的数据的概念，到底是一个法律上的概念，还是说只是一个用来涵盖许多法律概念的事实性的概念？只有先明确数据的概念，我们才能够去讨论，是要为数据保护建立一种独立的模式，设立一个所谓的数据财产权，还是用现有的框架去交叉保护数据。第二个问题是数据的权属应当归于哪些主体。关于数据的权属，涉及到的主体包括用户、收集数据的平台（数据收集者）、想要利用数据的平台（数据利用者）等等，那这三者对数据分别享有什么样的权利？如果发生了权利之间冲突应当如何解决？此

外，领英案也提出了这样一个问题，对那些公开的数据，用户和平台能享有权利吗？还是说公开的数据应当具有一定的公共性？这些都是数据的权属可以讨论的问题。第三个问题是应当如何进行数据的利用。数据是一种非常有价值的资产，如果不加以利用是一种极大的浪费。但是滥用数据也会造成极大风险和问题。那我们应当如何去规范数据的利用呢？比如微博诉脉脉案中提出了三重授权原则，其实就是给数据的利用模式（OpenAPI 合作模式）确立了一个法律规制的框架。第四个问题是应当采取何种数据保护模式。像美国和欧盟对数据的保护模式就大不相同，那我们究竟要采取何种模式，是对数据保护进行独立立法，确立个人数据保护权，还是通过分散立法，运用不同的法律来保护数据。目前，在我国司法实践中主要是用反法来保护数据，比如在微博诉脉脉案中，法院就是适用的反不正当竞争法的一般条款。由于目前我们尚未有数据保护的具体立法，用反不正当竞争法来保护也是一种选择。但是这仍然存在着问题，因为反法一般条款的适用是非常谨慎的，它不能成为一种常态，最终需要被类型化成为具体条款。那究竟是要将其作为一种不正当竞争行为加以规制，还是明确设立数据财产权，抑或像有的学者提出在合同法框架下进行保护，仍有待进一步讨论。以上就是我就这两个案例的介绍和想法，请大家多多指正，然后大家可以相关问题展开更细致的讨论。

丁晓东老师：

谢谢铭轩同学，大家也可以看到，就是说关于数据的问题，它其实涉及的问题非常多，它可能涉及到了关于隐私的问题，包括：关于隐私问题这个两案子有什么不同，隐私意味着什么，是不是意味着都要获取用户的同意，还是在公共空间的数据，可以假设它其实已经不是一个个人性的东西，只要进入了公共空间，它就已经变成了公共信息。还有其它的包括竞争法的问题、合同法的问题，这个里面还涉及到了 CFAA，它很大程度上就是说，什么情况下算是侵权，是不是有个验证码就算侵权。里面特别多问题。那么今天其实来了特别多各个领域的、对这个问题都有很深研究的专家，比如说京东的同事，然后还有刘明老师，然后还有丙万老师。所以我们要不把时间留给各位老师，或者同学们要发表意见也没什么问题，因为是读书会，我们还是尽量做的就是实质性地做一个交流，就是这里面到底核心问题是什么。要不请刘明老师发表意见，我觉得这个问题刘明老师是做了很久的研究，应该说是非常的专业。

刘明老师：

之前来的时候跟丁老师说了我是来学习的，赶鸭子上架。hiQ 诉领英这个案件其实已经有一段时间了，然后咱们看的是它的一审判决。现在领英已经上诉了，它上诉已经做了回应，然后还在第九巡回上诉法院审。美国这个诉讼时间就是很不确定，所以现在其实大家也在等这个案件的判决结果。这个案件出来之后，我看到美国的很多博主、专家也写很多文章，确实很明显两派观点分得很明确。这个案件之所以引起很大争议，是这样的。首先抓取数据这个事，就是这种类型在美国反正不是什么新鲜事，就我自己看到的最早是 01 年的一个 ebay 的案件，是抓取 ebay 上的数据，所以这个案件本身不是新鲜事。hiQ 这个案件之所以引起很大争议，有一点首先可能要注意，就是它不是被抓取方诉抓取方，它是抓取方诉被抓取方，而且在判决的时候，法院不是判抓取行为合法

或者不侵权，它是判领英不能再采取技术保护措施去阻止对方抓取。这是这个案件之所以引起很大争议的一个重点，也就是它区分以前的案件的一个很大的区别。有一些人说，法官手伸太长了。人家采取技术保护措施都不行，实际上对市场竞争的调节过了，你也不是在维护一个正常竞争秩序，或者说你是在故意地调整市场结构，相当于你是在故意地帮 hiQ 在开拓市场。所以这是这个案件的一个特殊性。但它的不特殊的地方，或者说长期以往存在的背景，我也稍微跟大家说一下。我觉得大家如果做过背景调查、看过一些案例就都知道，因为美国没有欧盟的这种数据库权的概念，所以对于网站上的数据，它不是从著作权保护。我记得是 94 年有个案件，美国最高法院判的，就是说它对于没有一定独创性的汇编作品就不保护了。其实从这个案件之后，美国国会也做过几次努力，想引进欧盟的数据库权，但都失败了，它的一个原因就是，怕数据库权的范围太广了，导致公共利益受到影响。所以美国法上从出现这种案件开始，它的思路就是不走知识产权的思路，走的是保护信息载体是思路。最早的时候就是说，反正我的信息存在电脑上，你只要访问我的信息，你肯定要访问我的电脑，所以最早走的是侵害动产的思路，就是把我的电脑当作一个动产看，你访问我的电脑，我不是不让你访问吗，你偏要访问，那你侵犯我的动产了。因为美国法上的侵害动产和不动产的规则，跟咱们中国不太一样的，这个我就不说了，大家可以自己去看。后来就开始转向用这个 CFAA，CFAA 实际上关键核心在于“未授权的访问”，“unauthorized access”，就是未授权的访问和超越授权的访问。CFAA 有意思的地方在哪儿呢？它首先是个刑法，但是其中有一条，应该是 90 年代修正的，在里面加了一条，说针对 CFAA 中所规定的未经授权的访问的行为也能提起民事诉讼了，所以就有很多的案件都拿这条去提起民事诉讼。但这个法案问题在哪儿呢？就是它对超出授权的访问作了明确规定，但是它对未经授权的访问——什么叫未经授权的访问——它没说。后来很多案例，包括刑法上的案例，就判什么叫未经授权的访问。HiQ 对领英这个案件，其实我个人觉得关键也是在这儿，就是说领英给你发了要求停止访问的信，然后也做了 ip 地址的屏蔽，它就认为足够了，你如果再违反这两点，就认为你是侵害计算机信息系统了。那它为什么要发这个信呢？实际也是有先例可循的。在之前的这个几个案例，包括 Facebook 的一个案例，都是这样，就是法院已经在先例中已经认可了，你发了这种明确的禁止访问的信函，再加上采取一个 ip 地址屏蔽措施，就认为你给自己的计算机信息系统设置了一个明确的访问权限。那如果你这种情况下对方违反了权限再去访问，就构成侵权。那这里领英其实还是走的这个传统的路线。只不过这个法官受 Kerr 教授的影响非常深，他在判决里直接就引了 Kerr 教授的观点。Kerr 教授的文章很长，但我感觉总结起来就是说，你要想设置计算机信息系统的访问权限，简简单单说句话是不行的，你必须要用一个验证措施。比如说你要设置密码，这算一种验证措施。这个法官就是比较尊重这个观点，在现在这种情况下，为了保证信息流通，你光发封信，你光采取了 ip 地址屏蔽，对不起，这个不行了，那现在你除非采取密码级的验证措施，我才视为你对自己的计算机信息系统设置了一个有效的权限，他基本就是这么一个逻辑。那这个逻辑能不能被上诉法院所承认，实际是我们下面要进一步考察的。所以这就是在美国法上对于数据抓取的一个整体的逻辑思路，我自己看到的基本就是这样。当然一会儿可能其他老师会说的，欧盟就是完全另外一幅图景。美国基本上是走了这条路。领英这个案件的法官先迈出一步，如果上诉法院同意了 this 判决，可以说就是在计算机信息系

统的权限设置方面又变成一个新的规则，就是 Kerr 教授的观点，就有机会成为一个判例规则。我想就给大家补充这一点背景知识吧。

熊丙万老师：

我想问一下，刚才我就上 hiQ 的网站，上网站之后，它下面有个自己的广告，这个广告就给自己贴了个标签，提到它是 Harvard Business Review 的案例，然后我就打开 Harvard Business Review 的这篇文章，就是 Why people quit their jobs，第一段话就是说，有一天想象一下，你通过单位的一台电脑去访问领英，然后领英发布了有个公司要招聘人的信息，你去浏览了。虽然你也没有特别明显的想法要离职或者更换工作，但是很快你可能电脑还没来得及关，你的 boss 就来到办公室说：“诶，最近工作怎么样啊？我们谈一谈。”我一想这个场景，我关心一个事实问题，虽然经常有朋友邀请我去加入领英，但是我从来没加入过，就是加入领英之后，我去浏览了一下领英上面的一个信息，领英上说最近中国人民大学未来法治研究院招一个人，然后我去看了，那我去看这个消息怎么就一下被 hiQ 抓取？

京东代表（男）：

用户的动态，领英上都能显示。比如说你给这个人点赞，或者你看了他，都有显示。浏览留痕。

熊丙万老师：

然后我去用这个网站，推定我是知道浏览留痕的？

刘明老师：

它有个显示，就跟咱们以前用的人人类似，就是说会显示谁看过谁了。

京东代表（男）：

就是说熊老师你看刘明老师的信息，如果我们三位是好友的话，我就能够收到系统推送给我的他看过他的这个消息。

熊丙万老师：

这里面还有一个问题，比如说我去加入领英的时候，用户协议条款是说只要我不做任何选择，就默认我同意被人看到我的浏览信息，还是说反过来，只要没有征得我同意，我的浏览信息是不能公开的？根据刚才那个 Harvard Business Review，我推测，只要你登录了，你没有特别的声明或者特别的权限设置，就推定同意去公开你的所有痕迹和各种东西，是这么一个事实吗？

刘明老师：

领英其实和 Facebook 有点类似，它就是相当于某一个领域（就是找工作）的 Facebook。所以反正就我个人使用的经验，它实际上大部分信息还是属于能公开访问的。

京东代表（男）：

你可以设置有些信息是否公开，像 hiQ 案里面涉及的是公开的信息。

李铭轩：

判决书里面其实没有讲 hiQ 是怎样抓取这些数据的。但是领英肯定是可以根据用户的点击、浏览，很直接地分析出来这些数据。hiQ 抓取的话也只说它抓取的是用户选择公开的那部分数据。

熊丙万老师：

这里面就涉及到一个进一步的问题，跟之前我们讨论的有个东西——cookie 技术相关。我们主动选择说你要没做特别声明，那么浏览的信息都是公开的。cookie 非常类似。一般来说，大家也都不知不觉地就同意了 cookie 技术。那你下次上网的时候它会向你推送，比如说我今天上京东买了一本《国富论》，然后我明天上网的时候它就向我推送一本亚当·斯密的《道德情操论》。但是今天也可能有人去浏览了堕胎的信息，或者浏览了三里屯或者石景山某一个屯的信息，然后你下一次浏览的时候，同样会推送出来类似的信息。

京东代表（女一）：

不会的，这个是涉及隐私的，一般在广告上是不允许推送的。

熊丙万老师：

那就是说你有限制。那刚才这个 hiQ 的问题非常类似，我是不是有离职的动向，比如说美丽的郑法官，谁都想要的，每个公司抢着要。那法院里的领导或者现在新的领导，特别关心你的动向，但是你一定不希望任何的内心的轨迹随时能够被公开。这对一个人的职业选择或事业选择来说，是非常重要的东西。所以从这个意义上说（我只是表达我个人对隐私的一个朴素的理解），的确是涉及到一个非常重大的隐私的问题。

李铭轩：

hiQ 案的判决书里面其实也涉及到这个问题。其实上领英上可以选择四种信息公开程度的方式，最后一种程度是完全公开。判决认为说，你选择了完全公开之后，其实上就已经默认说你的动态都能被追寻到，那就不会再涉及隐私的问题。

熊丙万老师：

就是还保有一个比较大的选择权，是吧？

李铭轩：

对，就是给用户自己一个选择权。

熊丙万老师：

然后还有一点，我觉得你给我一个特别大的启发，就是刚才你的一个评论，也是大家争论不断的问题，到底我们怎么看待《民法总则》第 127 条的数据和虚拟财产，到底数据是一种什么权利？你刚才提出几个问题，其中有个问题提到说，数据可能不是一个法律概念，就是一个事实陈述（描述），类似于我们说发生了交通事故，这只是一个中性的描述。发生交通事故，可能是你完全没有违反交通规则的前提下，导致了一些伤害；也可能是闯了红灯撞了一个人，那它既有民事侵权的问题，同时又有行政处罚的问题；也可能是撞死了两个人，或者撞死一个人或三人重伤，可能还涉及到刑事责任的问题。所以我觉得刚才你那个描述还是挺有启发，很多法律会用数据这个词，包括《民法总则》第 127 条，但是可能用数据这个词的时候，用你刚才那个理解的方式说，是一个对事实的描述，而不是一个法律的概念。那么基于这样一个事实，可能在不同的语境、不同的场景里面，它可能会涉及到不同的法律问题。就类似于我刚才说的交通事故，可能在不同的情境里面涉及到民事的问题、监管的问题、刑事责任的问题。在 hiQ 案这个例子里，如果我们就数据这个词来说的话，也会在不同的场景里面（涉及到不同的法律问题）。也包括刚才我们说的 cookie 技术，我相信各大网站不是一开始用 cookie 技术的时候，就区分不同的数据，一定是一个发展的过程。同样地在 hiQ 案这个例子里，同样一个事实描述的词汇，取决于具体的理解。在这个意义上说，数据到底是不是一种财产权，这个问题可能问得有点怪，是不是应该换一种提问的方式。按照你那个思路下来，我们换一种思维方式，会不会能够就这个问题获取一个更开放的理解。我接着会继续再想这个问题。

丁晓东老师：

这两个案子里面，我觉得比较有意思的至少有两类关系。一个是平台和个人之间的关系，然后这个案子是两个平台之间的关系。那么平台和消费者或者个人之间，如果要收集数据的话，一般都认为是需要获取消费者的同意的。在这个案子里面有一个争议点，就是当个人信息在一个平台公开之后，它的性质有没有变，是不是这些信息就变成了公共性的信息，就可以直接拿过来用？还是说要重新获取用户的授权？这是一个问题。

熊丙万老师：

就打一个简单的比方，就是晓东先发了一个朋友圈，然后我截个屏，再转发到我的朋友圈。

丁晓东老师：

对。或者说我们在这里开会，有的人可能就是把我们开会的信息记下来了，然后再应用在另外一个场景下。还有我觉得是这两个案子判的不一样的很

重要的一点，就是如果说数据不属于个人，而某种程度上是属于平台，或者说平台对它有一定的支配的权利的话，那么在平台和平台之间是用什么样的法律规则去保护它？这里面的话有不同的保护类型，第一种就是非常严格的财产权保护，也就是卡拉布雷西说的财产规则，就是说都要征求我的同意然后才能够利用。从这个意义上来说，我觉得新浪那个案子其实是比较主张财产权保护的。但是在 hiQ 这个案子里面，它其实采取的是责任规则，就是它允许你先侵权，允许你去抓取。如果另外一个平台没有说什么的话，你就可以进去。hiQ 案甚至走的更远，像刚刚刘明老师说的，即使另一平台不同意，你也可以去抓取。就是说不允许你不同意，或者说你不同意，就要像 Kerr 的文章里所写的那样，一定要非常高度的不同意，简单地说一下不同意是不行的。

刘明老师：

它对意思表示的方式做了一个限定。

丁晓东老师：

这样的话，其实平台对数据的权利就被大大地限缩。如果用它类比线下的物理世界，就有点像你开了一家书店，你在上面挂个牌子说闲人勿进，这个没有用。或者你开了一个商店，如果说门是关着的或是虚掩着的，别人是可以推门进去的，不算侵权，因为大家一般假设商店就是可以让别人进去的。所以它的一个很重要的假设就是说整个互联网就是一个公共领域，从这个意义上来说，互联网上的数据是应该是以共享为原则、以侵权为例外的。所以我觉得这两对关系其实是非常有意思的，一个是平台和个人之间的关系，涉及到隐私问题，还有一个就是平台和平台之间的关系。

熊丙万老师：

我想请教一下大家，从财产权分配的角度来说，财产权分配的考虑的核心问题是激励效应问题，就是对投资积极性的影响，会不会采取过度的保障措施。其实我不知道像微博、领英这样的情况，对它的投资积极性有什么影响。其实你去抓取和利用它的数据是稀释了它未来的商业化机会。虽然它现在不用这些数据，但是未来要用的时候商业上的价值就比较大，但是你现在随时都可以用，实际上从一开始就稀释了这个机会。我不知道从商业实践的角度，这对创造的激励有什么影响？

丁晓东老师：

现在应该有这样的案例。比如说很多价格比较的网站，不知道中国有没有……

京东代表（男）：

中国也有。

丁晓东老师：

但现在可能在美国更发达一点。

京东代表（男）：

在中国有一些诉讼，就是一些网站不愿意他们来抓取。它主要从著作权的角度，比如侵犯整体页面的著作权、破坏技术措施，或者从违反 Robots 协议的角度来起诉。

刘明老师：

现在我们国家的有关反不正当竞争法的判决，基本形成一个共识，就是说 Robots 协议还是构成商业道德的组成部分，你违反 Robots 协议的话，是违反商业道德的。

京东代表（男）：

我也谈一下自己的感想。我觉得每次来人大都有非常大的收获。其实我去年做了一点粗浅的研究，从数据竞争或者说数据战的角度来考虑，梳理了一下主要的案例。最早的是垂直搜索之间的竞争，比如大众点评和爱帮网的案例；然后还有搜索引擎，比如大众点评和百度的案例；还有就是微博诉脉脉的案例；另外就是操作系统的抓取，比如菜鸟和顺丰、华为和微信的案例；还有领英这个案例，有点像基础设施的形式。从这些案例来看，我个人觉得数据竞争或者数据战可能主要有两种形式，现在我们所讨论的这几个数据抓取的案例中，数据还只是一种静态的分布，它其实还只是作为数据储备。其实我觉得抓取也好，自己生产也好，这里的数据还只是静态的储备，包括去并购、收购各个领域的数据，把它放进来。第二种形式就是数据的算法，这是一个动态的竞争。比如说数据的算法共谋，像美国的 Uber 的案子，还有算法歧视、经营者集中的问题。就是它在弄来数据之后，还要做一个算法，来充分地发挥最大的效用。回到我们讨论这几个案子来看，有这么几个问题。一个就是数据权属问题，我们刚才谈到了财产规则和责任规则。我觉得，如果说谁投资谁所有，或者谁产生谁所有，这种方式是企业非常欢迎的，我们概括称之为血汗原则，我付出了血汗，我就享有授权。但这个原则就是比较简单粗暴，你所享有的商业利益有可能跟用户的个人利益会发生冲突，那么我们觉得问题就是，既要保护用户的权利，又要促进数据的利用，那应该怎么来构筑数据的权属？我觉得，个人享有数据的所有权，这是一个原则，你不能否认用户对他产生的数据的权属。但在用户授权后，或者是采取了一定的脱敏化或者匿名化处理之后，企业付出了增值的服务，形成了商业数据，企业是享有这种商业数据的所有权。那为什么大家都觉得侵犯了用户的权益？其实说白了就是没有让用户在企业进行数据增值或者数据处理等后续利用的过程中享有收益，没有随着企业的不断利用给用户对产生的收益进行合理的分配、分享。如果企业给他很大程度的分享，他可能还会调和这方面的利益。第二个的问题就是数据利用授权规则。我在一个平台产生的数据是不是都可以公开？其他的平台是不是可以利用？其实还是回到我们前面说的，一方面是保护用户的权益，另一方面还要保证商业投入的激励作用。在大众点评和百度的案例里，判决认为企业付出劳动了，一定程度上要保护它的权益，所以海淀法院就确定了双重授权的原则，不光要用户授权，在平台付出劳动的基础上，还要平台的授权。这其实也一定程度上提出

了一种解决方案。我不知道领英案后续的进展，之前判决的禁止令只是一个程序性的结果，它还没有涉及到实体上的判决。所以领英案能不能对国内的案件有所借鉴或者颠覆原来的方案，还有待观察。另外还有一个问题就是数据控制的边界问题。比如在数据战的攻防中，我觉得 Robots 协议还是一个比较被承认的商业惯例。其实它是源自反不正当竞争法的诚实信用原则或者合理利用原则。最早在大众点评和爱帮网还有百度和大众点评的案例里，认为（抓取的行为）已经构成实质性替代。在抓取数据之后，用户不用去访问被抓取的网站，而直接访问抓取的网站，那抓取的网站对被抓取的网站已经构成实质性替代的话，这种情况下法院认为是违背了商业上的合理利用的原则，所以认为构成不正当竞争。我认为这种竞争的边界也是值得思考的问题。我就从这几个案子出发谈这三个问题，提供一些背景信息。

熊丙万老师：

我觉得背后的道理，在网络环境下和非网络环境下是相似的。就是说有正的外部效应，只要你不影响我红杏出墙，在外头看就好了，但你不能把人看跑了。这是个简单朴素的道理。因为如果说你可以给人看跑的话，像新浪诉脉脉案的情形，那意味着新浪微博或者这样的企业，需要采取进一步的保障措施。包括刚才领英案里说的，你需要采取特别强的措施，让你偷不走。但事实上也很难，在网络环境下一般都会公开，对吧？所以我觉得这里面还是有问题。

刘明老师：

我觉得其实跟领英案更相似的是大众点评诉百度案。因为新浪微博诉脉脉案不太一样的地方是，脉脉是从新浪微博的 API 接口里面获取的数据，美国这个案件里的数据是从网页上抓取的，来源不一样，它的原理其实还是不太一样的。这还是有区别的。实际上这个案件涉及到什么呢？就是说当我把我的大门打开的时候，我做到什么样的行为，做到什么样的标准，才能禁止特定的人不能进来。比如我开赌场的，我就不让那几个爱出老千的人进来，这个没问题。那现在领英就是这样，就是我的网站是公开的、开放的，我怎么才能做到让我不想或者潜在有竞争关系的那几个人不能仿冒我的网站？按 Kerr 教授的观点就是做不到。因为他的观点就是，除非你让所有的用户都得注册、登录才能看里面的内容，而你不让特定的人注册，那你可以做到。但这显然又和领英的商业模式又是相违背的。Facebook 也面临同样的案件，但 Facebook 那个案件就是他发了信之后就赢了。但如果按照 Kerr 教授的观点的话，Facebook 就不要做生意了。因为 Facebook 本来就是大家公开，你不登陆也能看到。所以 Kerr 教授的观点好是好，就是标准相对清晰，但我就觉得不是特别的现实，他的那个观点，我倒是觉得有点反互联网。

京东代表（男）：

领英它自己后来开发也出来一个东西，跟 hiQ 的产品一样，这个时候它才开始跳出来反对。其实以前好让它抓好多年了。所以等到对自己的产品有了竞争关系，才出来反对。

张吉豫老师：

这挺有意思，刚刚丙万也说要考虑到是不是会把人看跑了，那如果开始看不跑，后来我发现你在做这个业务的时候，我就也做这个业务，那就相当于你又能把我这个业务看跑了。在互联网时代，互联网公司经常增加新的业务也是很正常。这个要做一个动态的判断吗？

刘明老师：

张老师说的就是我们是用反不正当竞争法还是用财产法保护的区分。反不正当竞争法的问题在哪？反不正当竞争法的第一步，法官先判断俩人有没有竞争关系，这就是难题，有好多争议就在这儿。

京东代表（男）：

互联网情况下跨界也有可能竞争。

刘明老师：

对，百度和大众点评争议就在这儿，就是百度说我跟你没竞争关系，我就是一搜索引擎，你是生活类网站，我跟你有什么竞争关系？但是如果按财产规则来说，我甭管你是什么，是干什么的，你拿走就不行。

熊丙万老师：

百度和大众点评的竞争关系还是比较明显的，比如像我有大众点评但基本不用，然后百度我经常用，但有时候我真的是希望从百度上看到附近有没有什么地方，对它的评价。对我这样比较懒的人，这个竞争关系是非常明显的。

京东代表（男）：

现在跨界的情况下，还是很容易证明存在竞争关系。

李铭轩：

其实数据跟知识产权的对象也很像，它某种意义上也是一种无体物，如果公开在网上，其实谁都可以去获取。知识产权的对象以前也是这样的。刚开始没有知识产权制度的时候，你写一篇文章大家去复制，或者我把你的技术反向破解了之后去利用，都是允许的，但后来开始先给了一定的保护，最后成为了一种产权。虽然这一结果的产生一方面有利益驱动的原因，由于利益集团的推动游说最终导致了相关的立法，但是从理性的角度看，也给知识产权保护找了很多的正当性理由。比如，因为创造者付出了劳动，所以要赋予产权；或者是从激励的角度赋予创造者以产权。那反过来看数据，尤其是这种公开的数据，从事实的状态来看，和知识产权的对象一样，就是谁都可以获取，谁都可以抓。在这种情况下，要给某一主体赋予一个比较强的财产权，除了利益诉求外，有没有什么理性的理由可以去论证应该赋予数据以产权。比如说就从对数据收集和利用的激励的角度，能不能证明赋予数据收集者以一个比较强的财产权，可以更好地激励数据收集和利用或者促进整个社会的福利？

刘明老师：

你说的这个问题应该说是世界性难题。欧盟其实做过类似的事情，欧盟 96 年就有数据库权。但你看数据库权的发展过程，其实它也是备受争议的，就它的权利范围一直在变化，实际上现在看趋势是在缩窄的。一开始数据库权的核心是实质性投资，跟你说的激励其实是一样的。从理性的角度去判断，经济利益就是最理性，李白写诗，他也是一定程度为了名还是官，它就有这个激励。所以对数据库权欧盟是有尝试的。但是它一直纠结于数据库权的范围很难确定。我们要拿数据库权和知识产权作对比，欧盟数据库权是遵循知识产权的一套原则的，但是它们两个权利的区别在哪里呢？拿著作权来说，它是做信息的增量，就是你不写之前这个信息压根就没有，你写出来才有这个东西。但数据库权是对存量的整理，就是你不收集确实也没法成为数据库，但是你不收集这东西它还在这儿。这就是他们从根本上为什么保护的力度不一样，一个是做增量，一个是做存量整理，那显然它们对社会的贡献程度就不同，所以它们保护的范围也不同。而且著作权的话，你写完之后那个数据就在那儿了，你再修改基本也就那样。数据库的范围可是在不断地膨胀，那这样如果你保护它的话，它的范围会越来越大，说不定就和其他人的利益就交叉了，那交叉之后怎么解决，问题就来了。其实知识产权一直就有这个问题。你可以使用法定许可，但是怎么弄？法定许可看上去是个很好的制度，但实际上使用来说不是很好使，理论很好，但是实践中的成本其实还蛮高的。所以就是当我们对这种非竞争性的财产——就是信息——设定权利一直是世界性的难题。再多说两句，信息其实只有两种保护方式，一种就是知识产权这种方式，这个信息是我创造的，你们谁都不能动，你们谁也不能复制出来。信息还有一种价值，就是说我能看见就行，我能用就行，我不怕你们用，我能用就行。比如我有一本善本书，我对善本书是没有任何著作权的。但是善本书对我来说，这个信息其实是很珍贵的。我可以通过另外一种方式，不让你们知道这个信息，我把书收起来就完了。其实对于信息的保护，除了那种强保护，就是说信息本身你们都不能复制，还有一种保护方案，就是你们不知道或者我不让你以特定的方式知道。就领英案来说，拿笔抄和拿爬虫软件爬差太多了，量变是产生质变的，你试试拿笔抄能不能抄下来。举例子说，就是说到书店看书，你在那看都没问题，书店不会赶你，你拿个手机在那拍试试，我都是看对不对，那为什么不让拿手机拍呢？就是你对信息的固定方式和获取方式不一样，其实对于信息的主体的影响是很大，所以就是你看网络抓取的案件，谁也不会在乎你点进去拿笔开始抄，他就在乎你别拿爬虫给我爬。所以我觉得获取信息的方式，对于信息主体来说还是有很大的差别的。

京东代表（男）：

裁判文书网就这样。看看可以，你要批量地爬，他是崩溃的，所以经常掉线，会验证一下。

熊丙万老师：

所以它只把数据释放给部分企业，说你可以批量拿去用。

京东代表（男）：

但是开会的时候，也有很多人说人工智能大数据的时候，说裁判文书网如果被美帝全部分析一遍的话，对中国的经济政治文化安全还是有非常大的影响，它能够分析这个地方的人口、争议之类的东西，只要你的算法足够优秀，你这些数据给一个普通人没有什么用，但给谷歌就不一样。

张吉豫老师：

我个人感觉那个是裁判文书网给自己找的借口。

京东代表（男）：

这个理由也有道理。

张吉豫老师：

不然这样的话互联网都应该封闭掉。

熊丙万老师：

估计考虑还是最高院下属的数据公司也有明显的权属上的主张。

丁晓东老师：

同样是数据的商业化应用，最高院和最高检的思路不一样，最高院是希望数据库能够给事业单位创收的。

张吉豫老师：

其实很多那种大的数据公司，他们的案例你只要买一个用户就可以看。这对于美帝来说，买个用户应该不成问题。

京东代表（男）：

现在反正就是知产这块是相对于人畜无害一些。

熊丙万老师：

我们假设一个案子，中国裁判文书网是一个企业运作的，对吧？中国裁判文书网的老板是肯定不是最高院，肯定不是国家机关，应该是最高院下属的某个什么机关，我猜啊。假设是一个事业单位的话，我去爬十条，你不让我爬，我就告他。

京东代表（男）：

公共数据资源开发利用。

熊丙万老师：

对啊，假设发生这个案件，我去告他一次，如果到法院会有什么后果。比如说我们让学生发起公益诉讼，学生说我自己设计个软件，我爬了十个。

张吉豫老师：

就说运载能力不够，就是用此来匹配运载能力。民营网站有义务给你提供吗？

熊丙万老师：

就说到底是他客观上运载能力不足，还是说因为他不想开放，这是一个前提的判断问题（事实问题），到底是提供不了这种服务，还是你不想提供这种服务。

张吉豫老师：

比如说奢侈品店，它就是限制客流量，你也没办法知道。

熊丙万老师：

那意思就是说我是私人网站，不是公共产品，那你就没办法强制，对吧？

张吉豫老师：

这个你可以去买个付费账号获得数据。

熊丙万老师：

但是法律规定裁判文书是公开的。

张吉豫老师：

但没有规定一定要通过民营网站公开，可以通过其他途径公开。

熊丙万老师：

那这可能就不是一个民事诉讼，而是行政法的问题。

京东代表（男）：

其实新浪微博也不是说那个端口就是公开。新浪微博的信息价值非常高，而且都是原创性的动态，更新非常快。那么你从公开的信息出发，可以做很多的商业化利用。

刘明老师：

其实新浪微博之前有一段时间引起争议，就是它改了用户协议，很重要的一点，它是要求新浪微博的用户授予它著作权的独家声明。这其实就是它要解

决权属空缺的问题。这样的话别人抓了数据的话就是侵犯著作权。这还是为了解决这个问题。

丁晓东老师：

所以这里的核心问题还是，比如微博或者领英上的数据，它到底是属于谁的？涉及到隐私的这种信息先不管，不涉及到隐私的这些信息，当其他的网站去爬的时候，适用什么样的法律规则？它这里面好像有两种类型，一种是初始赋权给比如新浪微博，用财产规则的话来说，就是说这个东西就是我的，你要拿这个东西的话，就必须获取我的同意。还有一种法律规则，是法律允许你把我的这个东西拿过去，然后国家来判断这个拿过去的行为对不对。那么其实在知识产权里面很多就是这样，允许侵权，但是侵权要给个对价。那么，hiQ这个案件比较有意思，它最重要的是说你不允许别人拿还不对了，你得允许别人拿。

刘明老师：

所以为什么在数据抓取案件里我更喜欢大众点评和百度那个案件，因为那个案件相对来说比较简单，就是它的焦点很集中，就是抓取行不行。脉脉和hiQ这两个案件的问题在于，它们叠加了个人信息或者隐私的问题，叠加了竞争的问题，实际把一个问题搞复杂化了。hiQ案的判决实际就是把问题搞复杂化了。所以他为什么做出这种我们感觉很奇葩的判决，就是为什么我想加道锁你还不让，我个人觉得，就是他除了考虑到信息系统授权的问题，还考虑到竞争的问题，觉得你加了锁之后hiQ就死了。

丁晓东老师：

我倒不一定觉得他对，但是可能因为我有公法背景，某种程度上我能理解他为什么会这么判。他的一个很强的假设就是信息是公共，信息公共是一个原则，不是个例外。就是这个东西你微博或者领英事实上是花了很大的力气去收集，但是他觉得你收集的这些东西都是大家可以看的，就是信息是一个公共产品。比如说在美国，价格比较网站很发达，肯定是能够看到不同企业不同网站的数据，它能够进行比较。研究第一修正案的Laurence Tribe也在这个案子里面，我们一般会认为言论自由好像是一种个人性的权利，但是其实言论自由背后的这套理论，它最核心的一个东西是说信息必须要流通，信息是公共的，虽然是你搜集的，但是其实还是应该假设是公共的，所以这个时候不是说别人来拿你的东西，对他来说是公共产品，只不过是现在你拥有一部分的权利或者只是在你手里而已，所以别人来拿的时候，你首先应该允许别人去拿，这是一个原则。所以为什么会说它走得这么远，其实跟这个观念有一定的关系。

刘明老师：

这个就是不同法律背景对这个问题的理解不一样。（笑）

熊丙万老师：

学民法的可能听完会觉得这是强盗逻辑。（笑）

刘明老师：

信息是公共的，这一点我是认可的，但是信息的记录不是公共的。就是说一个作品，过了 50 年（应当是作者终身及死后 50 年）的版权保护期，它就变成公共的，进入公有领域。这本书的内容是公有领域，但是这本书不是公共的。比如说这本书只有我一个人有这一本了，你可以说这本书里的内容是公共的。但是你不能因为这本书的内容是公共的，就强制我把这本书搁到图书馆去让大家看，让大家去复印，这个还是有区别的。

王莹老师：

我觉得这个类比还不是特别合适，因为你只有一本，而且所有权是排他的，你不能拿去复制，但是这个数据是可以复制，不是排他的。

刘明老师：

我觉得，比如说我找大家收集这个信息，你也可以找大家收集这个信息，咱俩信息是一样的，没问题，这叫公共的。但是我收集完一遍信息之后，你现在过来跟我说，你把你收集的信息告诉我，我就不需要去收集了。这个我就觉得是由私法来调整了。

熊丙万老师：

这里面还有一个逻辑，通常我们说裁判文书网要公开，公共产品不能锁住，这背后其实有一个税收和转移支付的逻辑。政府说很多信息是公开的，背后一定是有生产机制的。你说这个信息通过政府来生产，它为什么一定是公开的，谁都可以用，就是推定全民都纳税了，纳税之后去支付了政府生产的行动。但是对于企业来说，我生产这个信息，没有谁给我纳税，没有纳税的话就没有这样一个转移支付逻辑。那为什么说很多公共产品要公开，特别是一些基础信息，那就是因为你如果不公开，让每个人去付费，你只要一定价，很多人就会用不了这些信息，用不了这些信息会导致价值被大大地贬损。所以它背后有这样一套逻辑。

京东代表（男）：

丙万老师说对，你现在查身份证好几块钱一次。身份证信息其实也是公安部下面的。

熊丙万老师：

这是一个重大的问题，这实际上是双重征税了。每个人只要是个大众老百姓，就推定我们纳税了，我们可以享受这种基本公共服务。但查身份证还要收我几块钱。当然你可以说一个人要老频繁地去查身份证，基于公平考虑，像老总们交税交得多的，给你们一年查十次，像我们交得比较少的，给一年查五次，没有交税的，一年查三次，这样可以。但是你说凡是去查都要收费，就涉及双重征税的问题。

京东代表（男）：

现在也有业界的人认为，权属争论不明，这个争来争去也没有间断，不如抛开这个问题先让数据动起来，这也是一种观点。如果按财产权保护每次都要同意，确实也很难做到，但是要否认用户对他产生的数据享有权利，这也说不过去。所以现在就有这个矛盾冲突。

熊丙万老师：

就是先适用丛林法则，法律先不管，你爱怎么搞怎么搞，只要不搞其他的事。

京东代表（男）：

另外关于数据怎么用还有很多问题，我不知道在座的有没有滴滴的，像在算法里面其实有一个（在美国是叫）共谋的，因为它对专车和出租车的收益是不一样的。你打出租车的话，平台是不收取费用的，可能收个信息费，五毛钱一单。但是你如果打专车快车的话，它是收 26% 的费用的。那么平台有内在的冲动，就是说你打出租车的时候，我可能算法调整了一下，出租车这块看不到需求，你等不到车肯定就对快车专车有需求。那么这一块算法的公平性就有问题。为什么现在交通部出了一个数据保护相关的管理规定，关键是希望把出行的数据都接入他们交通部所指定的这个平台，其实也是一个事业单位，它来看你在加价的时候到底有没有问题。所以为什么杀熟也成了一个算法歧视的典型，在这里面其实也有这个问题。

张吉豫老师：

杀熟在法经济学上有没有正当性的基础？

京东代表（男）：

比如说熊老师看《国富论》，经常搜索《国富论》，我就知道这个人特别爱读，本来你不看的话 58 块钱，你看了的话 500 块钱，就这样。

熊丙万老师：

或者给我加到 80 块钱，肯定是没有什么事。

丁晓东老师：

杀熟现在之所以成为问题，是因为大家觉得有欺诈行为，如果没有欺诈，其实很普遍，比如说我们常说的有种现象叫窝里横，其实就是一种典型的杀熟现象，就是有些人对陌生人特别好，跟你熟了之后，尤其是特别熟了之后，他就会窝里横，就是会对你发脾气之类的，这就是杀熟的典型。

熊丙万老师：

如果杀熟这个事情，它的信息永远不会被披露，不会让大众消费者知道，挺好没事。因为消费者也无所谓。但是一旦被大众消费者知道，你可能会面临被杀熟的困境的时候，你就会想方设法去防止被杀熟。但是你要去防止的时候，这个成本是很高的，所以如果说永远被欺骗是一种好事，你不知道被欺骗其实挺好的。（笑）但是你一旦知道被欺骗了，不管是当事人自己，还是潜在可能面临被欺骗的人，会采取各种防范措施，这种防范措施是没必要的，是一种浪费。所以欺诈的逻辑大概在这个地方。

张吉豫老师：

咱们国家刑法上非法侵入计算机系统的具体标准是什么？

王莹老师：

我们有非法侵入计算机信息系统罪，你要突破一定的技术保护措施，或者是进入到一个不开放的系统里去获取一些数据，或者是一些诈骗的手段，或者是虚拟财产的盗窃（在早期，都是按照盗窃处理，但是后来转向了非法侵入计算机信息系统）。它有两种类型，一种是突破了一些密码，还有一种是员工用密码进入公司系统后偷数据卖给竞争对手，也按照非法侵入处理，虽然它是用合法的密码，没有突破技术手段或者解密，但是它是无权使用的，无权去利用的，是用职权之外的方式来去使用的。

刘明老师：

这涉及到一个问题，这个案件在美国也有，他们有一个词叫密码分享，就是我内部人有密码，我把密码告诉外面的人，外面人就立马进来了。一开始的时候是黑客，就是你必须有防火墙，并把墙弄倒了才行。现在这门我给你打开了，这算不算非法侵入？因为如果这个算的话，那像领英案中我给你发封信，就有可能也算。就是发封信也是我明确告诉你，你不能访问了，我也不是说要求你说把墙倒了才算。美国的案件是有这种类型的，就是说通过密码分享，没破墙就进来了的，也给判了。现在大家在担心，你要是发封信就有可能涉及到非法侵入计算机信息系统，会不会把犯罪扩大化。但是现在法官也不傻，检察官不傻。所以他的逻辑本身还是自洽的，就是计算机信息系统就像一个不动产，设置一个框架，你们谁都别进来，进来的构成侵权，基本就是这样，那现在问题就是这个框架怎么设置，我说扎个篱笆就行，你说建堵墙才行，这个一直在被讨论。

熊丙万老师：

我预测这个案件二审可能会改判。

丁晓东老师：

因为在美国有很重要的一个氛围，就是大家对第一修正案都很相信，美国人总是会有觉得言论应该是自由的。当然我们会觉得数据库属于言论很难理解，但在美国语境下大家会觉得它也是一种言论，甚至现在拓展到竞选，给钱也是言论，捐款也是言论，言论的范围非常广。那么他支持言论的一个很重要

的方面就是说，言论不应该去进行私有化的保护。就是我刚才前面讲的，信息还是公共的。为什么数据库在欧盟受到保护，但是在美国他一直保护不了，因为他觉得信息流通是一个特别好的事情，他觉得市场经济的一个前提条件就是信息流通，而且他特别支持初创企业，他觉得大企业都把信息收集了，这个时候应该允许小企业各种去爬。

京东代表（男）：

这个时候信息成了基础设施了。

丁晓东老师：

有这么一点感觉，就是说大家觉得这个东西是公共的、大家都可以利用的。他觉得一种言论如果说保护得过强，你就没有办法利用。这个时候提倡言论自由，其实最重要的一个心态，就是让个人提出异议，可以去和权利人竞争。所以这里面其实是这样一种心态或者逻辑。就是信息这个东西是公共的，你就让这些企业去爬，这样的话能形成一个比较好的竞争氛围。

京东代表（女二）：

有个问题想请教一下各位老师，就是个人信息和隐私是不是同一个概念？比如说领英案，它可能涉及职业等比较偏个人信息方面的内容，但隐私的话我理解可能更加敏感，比如像健康信息、宗教信仰等。如果说这个案子不是涉及职业方面的信息，而是一种宗教信仰或者是健康信息，会不会判决结果不太一样？

京东代表（女一）：

在美国的话，如果是涉及到这些隐私信息的，其实是不允许给第三方分享的，但发布的时候就会有一些用户自己公开。其实我比较关心的是，比如头条跟微博的案件，头条实际上是得到用户授权去抓取微博用户公开发布的信息，那这种情况下，头条有没有权利去抓取微博的信息呢？而且这种信息其实是微博用户发布的内容，感觉也不像是个人信息，而是他发布的一些内容，这个是不是个人信息，我觉得也是个问题。但一般的网站都会有一条，就是说你只要在我这儿发布这些信息，那么我就有权利去进行处理，同时任何第三方也无权未经我授权去使用或转载这些信息。我不知道这点能不能站得住脚，当时也是因为微博有了这条用户协议以后，引起大家的公愤了。

刘明老师：

您说的这个案件，美国也有一个类似的案例，一个公司和 Facebook 的案件。那个公司是做社交平台的信息聚合的，比如我有 Facebook，还有其他的社交平台，然后我想用一个平台把我所有的社交信息都聚合在一起。那个公司就得到用户授权，会从 Facebook 上抓，会从 Instagram 上抓，然后 Facebook 就起诉了。Facebook 认为，第三方可以来抓我的数据，但是我跟你之间有特殊的一套合同安排，这是可以的，现在这个公司就跳过了这种合同安排直接去抓。然后这个案件的法官就判了一个双重授权，就是说用户授权公司去抓 Facebook

是第一重授权，你没这授权就不能去抓用户的信息。第二重授权就是说 Facebook 还得授权。他举了一个例子，你把自己的财产搁在银行的保险箱里面，然后你可以授权另外一个人去银行的保险箱拿这个东西，这个没问题。但是那个人进银行门的时候，还得让银行同意进他的门，就是银行可以说不让那个人进。但是你不能说，因为银行的客户授权了，所以银行必须让那个人进，银行可以不让那个人进。所以他相当于把 Facebook 的服务器当作一道门。

熊丙万老师：

这跟法学杂志社其实有点类似，通常我们发文章的时候，杂志社和我们之间有一个著作权转让协议，其他杂志要转载的时候，必须要经过法学杂志社的同意。但这里面有一个区别是作者跟首发的杂志社之间的合同安排，和用户跟首发的平台的合同安排，可能不太一样。

刘明老师：

我觉得这是两种权利。比如杂志社这个例子，两层关系涉及的都是著作权。但是像 Facebook 或者今日头条的案件，新浪微博的用户授权今日头条的是信息网传播权（一种著作权），然后微博授权今日头条去抓，授权的是访问计算机信息系统的权利，它还是两个不同的权利，所以它要设双重授权。如果就是一个著作权，那我觉得可能无所谓。它应该涉及到两个主体的两个权利，所以它有两种授权。海淀法院也是这样，认为一个是财产权，一个是个人信息权。

李铭轩：

那就是如果今日头条直接手动去复制微博上的内容就没问题了

刘明老师：

那没有问题。QQ 音乐就出了这么一个挺逗的方案，以前它跟网易云音乐打，就是你把网易云音乐的歌单复制下来，只要到腾讯的 QQ 音乐上粘贴，马上就可以生成 QQ 音乐的歌单，它就这样规避了风险。就是 QQ 音乐不去网易云音乐上面抓，让用户自己去抓，但我给你一个特别简单的方法，让用户转过来的成本降低，这样的话网易云音乐就吃暗亏，那没办法，你不能控制用户的复制。

熊丙万老师：

这是一个很好的对比例子。

丁晓东老师：

现在微博去起诉今日头条，但是它又不好去起诉用户。

刘明老师：

没有人会起诉用户，不要得罪用户。

熊丙万老师：

这个案子到什么程度了？

丁晓东老师：

上次今日头条过来调研的时候，他们觉得新浪微博的协议本身就无效。

刘明老师：

协议无效不能由他们说，这得用户诉无效。

丁晓东老师：

当然他们也是这么说的。而且他们觉得你要去告的话就是去找用户，我们这边也是有授权的了。

熊丙万老师：

对于新浪微博来说，其实在用户协议中设置这个条款也很容易。但你说这个条款是无效的也不大容易。

丁晓东老师：

因为很明确，也没有什么欺诈，对吧？

熊丙万老师：

对，你愿意来就在微博上发，你不愿意在微博发，也不是说你在别的地方就发不了，对吧？你还有很多别的可以发的渠道。

刘明老师：

但是其实对用户的影响也很大。比如咱们发微博，说把著作权独家授予微博，一点问题也没有。但换一个大 V，人家可能还想出书，这就有问题了，现在他连书都出不了。如果条款有效的话，微博还可以出一本新浪微博千万大 V 微博言论集，而且不用花一分钱。那这会不会涉及到消费者权益的问题？而且在微博取消 140 个字限制之后，有的微博还挺具有可读性。

熊丙万老师：

用户在用新浪微博的时候，跟新浪微博之间有个条款，对吧？在条款里面肯定是会有涉及的。

张吉豫老师：

一般用户不会关注吧，除非有新闻的话才会关注。

熊丙万老师：

那是另外一个问题，就是这个条款有没有被显著提示。

京东代表（女一）：

它就是因为那时候显著提示了，然后被发现了，之前没有被发现。（笑）

丁晓东老师：

如果从法律原理上来说，就是是不是应该允许当事人之间自由地约定合同，还是说要设置一定的权利，比如说把携带权放到这一情形下，前面的这个合同条款就是无效的，因为携带权是一种基本权利，我发在微博上的内容，我还能携带到其他地方去。

熊丙万老师：

但你这个是一个简单的循环论证，这两个问题是一个问题，凭什么你有携带权跟凭什么这个合同条款无效是一样的，你举携带权的例子，只是用一种形式化的学说来掩盖另一个真实的问题。

刘明老师：

我觉得这俩问题，有没有携带权和合同有没有效，归根到底都是政策判断问题。

丁晓东老师：

所以就是从原理层面上来说，这个背后的原理哪个更正当？我觉得我们肯定是探讨这个问题。

熊丙万老师：

就是说法官的政策考虑到底考虑什么东西？

李铭轩：

是不是因为微博在同类产品当中具有一定的垄断性，

熊丙万老师：

但这个社会除了微博还有很多方式可以去发表意见吧。

李铭轩：

这个案子里主要涉及到的是那些大V们，大V主要考虑哪个平台人多去哪里，这是很重要的一个资源。而且每个社交平台的垂直类型还不一样。比如现在头条做的微头条，跟微博就是属于基本同一个类型的社交产品。

熊丙万老师：

我们在屋里举个手，认为在现在的社交网络环境中，新浪微博构成垄断支配地位的，举个手。反过来认为不构成，举个手。说明分歧也比较大。

京东代表（女一）：

但是我觉得可以再举一个手，就是说到底用户有没有权利把他的信息搬到头条上，或者说头条这么做是不是 OK。

熊丙万老师：

这个倒没有问题，还是取决于用户在上新浪微博的时候有没有放弃相应的权利。如果认为条款有效，相当于用户放弃了权利，当然不能搬过去。

京东代表（女一）：

但确实用户对这个条款的争议还是蛮大的。

丁晓东老师：

如果从另外一个角度看，我跟微博签的时候是骗他的，但我后面的授权是真实的意思表示。如果新浪微博现在不爽了，你可以诉用户前期的欺诈，但是你不能诉今日头条。

刘明老师：

不，它不会诉用户欺诈的。

丁晓东老师：

从实际上来说肯定是不可能，但是从原理上来分析，你也不能假定第一个意思表示就是真实的，第二个意思表示就是不真实的。何况前一个是假的，后一个是真的，对吧？

刘明老师：

你举得这个例子叫真意隐藏，你不能以真意隐藏去撤销合同，你只能以表达错误等撤销合同。内心隐藏起来，这个是你自己的问题。虚假表示是可以撤销的，但是真意隐藏是不行的。

熊丙万老师：

对这个我们可以模拟谈判一下，就是用哈特这一套来试一下，哈特说背后可能有很多条款没有谈判。那我们假设有一个谈判的场景，让新浪微博和大 V 谈判，说你可以在新浪微博上发，如果未来有其他平台，给你伸出橄榄枝，比如未来今日头条给任何一方提出一个 offer，该怎么来分配权属，结果会怎么样？

刘明老师：

我觉得新浪微博是顶不住大V的，大V肯定是要把著作权留下来的。我甚至觉得现在微博与大V之间是有特殊条款的，它不适用咱们和新浪微博之间的条款，我觉得肯定是这样。现在实际上是“内容为王”，谁产出内容谁是老大。平台并不是老大的，可能对咱们来说挺强势的，但是对这种有几千万粉丝的大V并不是。

熊丙万老师：

对，这倒是一个问题，就是说你有没有办法对用户进行区分。你没有办法分级，你不能说在合同上给新浪大V一个特别条款，给普通人另外一个条款，你不可能这样干，这是一个很好的问题。

刘明老师：

所以这个条款不是冲着用户去的，是冲着要抓用户信息的那个人去的。它手里拿着这个著作权，它可以用可以不用，对用户它是不用的，它没必要得罪用户，但是对侵害他利益的人是要用的。没这权利。现在除了反不正当竞争法外，民法上没有任何权利可以支持它的不抓用户数据的诉求，所以它一定要冒天下之大不韪也要加在里头。

丁晓东老师：

金海军老师前段时间做的新闻聚合，和这个也挺像的。有没有同学要发表看法的？

某同学：

其实我之前研究过 Facebook、Twitter 和 Instagram 的用户协议，关于上传的数字内容，他们是按照知识产权的方式保护，认为知识产权完全归属用户，但是会给予平台一个排他的、全球性的、免费的、永久的许可。这个目的其实跟新浪微博是一样的，因为担心在权属上会有争议，直接承认所有权归属用户，但是你给我的是独家许可。所以其实他等于又给自己设置了一层类似数据库权的权利，因为美国没有数据库权，这个就按独家许可的方式处理。像新浪跟今日头条这个案子，用户在微博上发过的东西，又原封不动地复制到今日头条上再发一遍，其实按理来说新浪是很难去追究今日头条的侵权责任的，因为这是用户自愿的。如果这个时候它主张说著作权属于它的，去诉今日头条的话，是很难取胜的，因为用户自己主动复制的。但是现在的情况是，今日头条是直接从微博上去抓的，这其实就违反了当初微博诉脉脉案的三重授权原则，就是除了用户分别在两个平台授权外，两个平台之间必须有合作协议，就平台之间进行授权。所以目前的状态就是，一方面用户对个人信息肯定是有最大的控制权，就是不管是自己在这个平台使用，还是说这个平台要把用户的个人信息分享给其他平台，都需要征得用户的同意。另一方面平台跟平台之间，也有一个第三重授权，就是你必须跟我是一种合作关系，比如 open，API 或者

你是我的服务商，你是我的第三方合作伙伴，等等。你必须通过我的授权才能获取这部分信息。

熊丙万老师：

这里面很有意思的一个问题，刚才你说的设置一个独家授权的协议，或者说著作权的转让，其实在效果上都一样，效果就是没经过新浪微博的允许，今日头条或者别的平台也不能用。

刘明老师：

肯定要实现这个效果，就是我的内容要独家，所有平台都要这样。

京东代表（男）：

但有一个问题，就是用户在平台上产生的信息，它可能不一定能构成知识产权保护的信息。

熊丙万老师：

我们假设一下，大众点评网和用户签订一个协议说，你的评论是首发。

刘明老师：

有这协议。新浪微博也一样，说如果你的评论有著作权全是我的著作权。但不太现实的地方在于，大V他有好多账号，他不是发完以后再复制过去，他有些工具，它可以一键就发到多个平台。

京东代表（男）：

以前微博有一个功能，可以把新浪腾讯人人网打勾，然后全发了。

熊丙万老师：

就像刘明说那个 Facebook 诉的企业，是一样的。

刘明老师：

就是我一点击在各个平台都发了同样的内容，你说我跟谁签了独家授权？那有本事你们都诉我用户欺诈。（笑）

熊丙万老师：

中国现在有这样的平台吗？

京东代表（男）：

以前多得是。现在没有意义了。