

论网络不正当竞争 一般条款的价值取向

刘 维*

目次

引言	(三) 竞争秩序利益
一、网络不正当竞争条款的实效及原因	三、网络不正当竞争一般条款的适用机理
(一) 网络不正当竞争条款适用的下沉现象	(一) 三叠利益之间的均衡关系
(二) 网络不正当竞争案件下沉式处理的原因	(二) 具体事例——屏蔽视频广告行为
二、网络不正当竞争一般条款的保护目的	四、网络不正当竞争一般条款的具体化
(一) 经营者利益	(一) 类型化标准的不确定
(二) 消费者利益	(二) 类型化方法的不必要
	结束语

摘要 网络不正当竞争具体事例条款的局限性,导致较高比例的网络不正当竞争纠纷被下沉到网络不正当竞争一般条款中处理。网络不正当竞争一般条款的价值取向模糊,集中体现为保护目的、法律构成和体系定位不清晰。应当考量经营者利益、消费者利益、竞争秩序利益在网络环境中呈现出的变量因素及相互之间的均衡关系,综合评判网络不正当竞争一般条款中“妨碍、破坏”的涵义,谨慎通过行为类型化的方式将特定行为纳入“黑名单”。应当严格限定“利用技术手段”的涵义,以此界定网络不正当竞争一般条款与反不正当竞争法一般条款。

关键词 网络不正当竞争 一般条款 价值取向 适用机理 保护目的

引 言

2017年《反不正当竞争法》(以下简称《反法》)新增第12条,即网络不正当竞争条款。该条款的制定回应了学术界和产业界关于网络不正当竞争行为类型化、提升法律适用可预测性的呼吁。但是,由

*上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。本文系国家自然科学基金重大项目“数字网络空间的知识产权治理体系研究”(项目编号:19ZDA164)以及国家自然科学基金一般项目“新技术时代反不正当竞争法对知识产权法的抵触适用研究”(项目编号:20BFX150)的阶段性研究成果。

于网络不正当竞争具体事例条款(第12条第2款第1、2、3项)过于具体,实践中大量的网络不正当竞争纠纷被下沉^{〔1〕}到网络不正当竞争一般条款(第12条第2款第4项)中处理。而网络不正当竞争一般条款的保护目的、构成要件、体系定位等均较为模糊,集中反映了该条款价值取向的不清晰,影响其法律适用及未来完善。鉴于此,本文在整理网络不正当竞争条款施行以来的司法案件基础上,通过揭示网络不正当竞争一般条款的价值取向,对网络不正当竞争一般条款的完善提出建议。

本文第一部分将提出问题并尝试对问题出现的原因进行初步分析。笔者通过整理2018年以来的网络不正当竞争案件,发现网络不正当竞争具体事例条款的适用比例极低,其原因在于网络不正当竞争具体事例条款存在诸多技术缺陷。因此,在理论上阐述网络不正当竞争一般条款的价值取向、从解释论角度完善该条款、提升其安定性成为法律施行的重心所在。第二部分将对网络不正当竞争一般条款所蕴含的利益进行分析,指出网络不正当竞争一般条款的适用不应局限于考量经营者的损害,而应尊重网络竞争的特质,全面考察消费者利益和竞争秩序利益。第三部分将揭示网络不正当竞争一般条款的适用机理,对网络竞争环境中的经营者利益、消费者利益、竞争秩序利益的相互作用关系进行分析,并以屏蔽视频广告案件为例对网络不正当竞争一般条款的特点进行阐释。第四部分对网络不正当竞争一般条款的具体化提出了建议,认为不应陷入网络不正当竞争一般条款类型化的“泥沼”之中,而应通过揭示网络不正当竞争一般条款的适用机理、分解影响利益平衡的具体变量因素,提升其适用的可预测性。笔者认为应当以阐述价值取向为基础,在相关司法解释中^{〔2〕}进一步明确网络不正当竞争一般条款的核心构成,即严格限定“利用技术手段”的法律内涵,明确采取经营者利益、消费者利益、竞争秩序利益的三叠利益平衡模式,澄清网络不正当竞争一般条款中“妨碍、破坏”的内涵。

一、网络不正当竞争条款的实效及原因

(一) 网络不正当竞争条款适用的下沉现象

2017年《反法》修订后,一些观点指出网络不正当竞争具体事例条款过于技术,难以操作。如“大多都是基于对已有典型个案裁判的归纳提炼”,“能否具有普遍性、普适性和稳定性,仍值得研究”。^{〔3〕}这一担忧逐渐被实证数据所印证。上海市有关执法机构表明:“新《反法》……由于缺少更为细化的规定,办案机关难以直接适用,致使截至2018年5月底全市仅有1件针对网络不正当竞争行为的立案案件。”^{〔4〕}2018年以来司法实践的数据则体现了网络不正当竞争纠纷处理的“下沉”现象,即大量网络不正当竞争纠纷以网络不正当竞争一般条款为处理依据。

在北大法宝数据库中,以2018.1.1—2020.7.31为周期,按照《反法》第12条的既有规定类型整理案件,可以统计出《反法》第12条的司法适用情况。选择“《反不正当竞争法》第十二条”“其他知

〔1〕 具体条款与一般条款在法律适用上的关系遵循“先具体、再一般”的顺序,即一般条款具有“兜底功能”。为便于讨论,本文将适用网络不正当竞争一般条款的现象称为“下沉适用”。

〔2〕 2020年3月,最高人民法院就修改《关于审理不正当竞争民事案件适用法律若干问题的解释》正式立项。2020年12月,全国人大常委会在《关于检查反不正当竞争法实施情况的报告》中指出:“第12条关于网络不正当竞争行为规定的适用空间大,适用标准有时也存在不一致的情况,亟须及时制定和完善相关司法解释。在全国人大常委会执法检查组于2020年开展法律评估问卷调查时,82.2%的受访者认为需要尽快制定配套规定和司法解释。”

〔3〕 孔祥俊:《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》,载《东方法学》2018年第1期,第78—79页。

〔4〕 李菁(上海市市场监督管理局调研员、市消费者投诉举报中心常务副主任):《〈十五届二次〉关于修改〈上海市反不正当竞争条例〉的议案》,载上海人大网,http://www.spccs.sh.cn/n1939/n1948/n1951/n1959/n2023/n6667/index.html,2021年5月5日访问。

识产权与竞争纠纷”为关键词，共检索到案件数量计 65 件，经过人工筛选出有效案件 26 件，其中单独引用《反法》第 2 条作为裁判依据的案件有 2 件，^{〔5〕}其余 24 件都以第 12 条或第 2+12 条为法律依据。在这 26 件案件中，2 件（关联案）涉及第 12 条第 2 款第 3 项，因原告未能完成举证责任而被法院驳回；适用第 12 条第 2 款第 2 项的案件有 2 件；适用第 12 条第 2 款第 1 项的案件有 2 件；其余 20 件均为适用网络不正当竞争一般条款的“其他”类型案件，占有被统计案件的比例为 77%。

网络不正当竞争条款类型化的初衷是提高法律适用的确定性，降低一般条款适用的抽象性，“类型化的必要性在于降低涵摄难度，提高涵摄正确率”。^{〔6〕}由于网络不正当竞争行为的样态呈现出全新又复杂的特点，且部分规则空缺，执法者和裁判者不能遵循既有的具体事例规则进行裁决，因此抽象的一般条款具有特别的重要性。在网络不正当竞争条款出台之前，《反法》一般条款是处理所有网络不正当竞争纠纷的实质条款，该条款的核心构成是“诚实信用”“商业道德”。有实证研究指出，适用《反法》第 2 条对互联网不正当竞争案件进行判决的有效百分比为 68.5%，其中只有 33% 的有效案件在判决中对行为为何违反了商业道德或诚实信用原则予以详细说明；对为何违反商业道德进行说理时，主要考量因素为其他经营者利益。^{〔7〕}网络不正当竞争条款的制定在一定程度上提高了法律适用的确定性，分流了适用《反法》一般条款的部分案件。但是，网络不正当竞争具体事例条款的适用比例不足 25%，大量案件仍然需要在网络不正当竞争一般条款中处理，这与网络不正当竞争条款制定之前的法律适用情况相比没有发生实质变化，表明网络不正当竞争条款类型化的实效不佳。

（二）网络不正当竞争案件下沉式处理的原因

网络不正当竞争条款类型化的实效不佳，主要原因在于网络不正当竞争具体事例条款的技术缺陷，以及一般条款价值取向的模糊，具体体现为保护目的、构成要件和体系定位的不清晰。

1. 第 1 项具体事例

《反法》第 12 条第 2 款第 1 项禁止“未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转”（“插入链接强制跳转的劫持流量”），^{〔8〕}立法者意图规制不正当劫持流量的行为，但严格限定了技术手段。本项规制的行为需满足两个要件：未经经营者同意，以及通过插入链接强制进行目标跳转。由于经营者的竞争行为通常不会事先经过“其他经营者同意”，且本项不考虑竞争行为是否误导相关公众，因此本项的核心是“插入链接强制跳转”这一技术特征。

一些流量劫持案件的违法性与本项相当，但囿于本项存在技术手段的限制而无法适用本项，而是

〔5〕 其中一起案件的事实为：灯塔公司复制使用同花顺公司用户评论数据信息，“灯塔表哥”的搜索引擎功能将用户搜索请求链接到同花顺公司数据库并作为自己的运行结果提供给用户，隐瞒数据来源（跳链）。参见浙江核新同花顺网络信息股份有限公司诉灯塔财经信息有限公司不正当竞争纠纷案，杭州市中级人民法院（2017）浙 01 民初 703 号民事判决书、浙江省高级人民法院（2018）浙民终 1072 号民事判决书。另一起案件的事实：手机应用软件“电视控”可以访问“爱奇艺”网视频资源，去除“爱奇艺”网视频广告，投屏到电视机端播放“爱奇艺”网所有的视频内容。参见北京爱奇艺科技有限公司诉深圳市万凯达科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初 16935 号民事判决书。

〔6〕 蒋舸：《反不正当竞争法网络条款的反思与解释》，载《中外法学》2019 年第 1 期，第 189 页。

〔7〕 参见叶明、吴太轩：《互联网新型不正当竞争行为司法规制的实证研究》，厦门大学出版社 2019 年版，第 57—58 页。

〔8〕 其支撑性案例可能是最高人民法院公布的第 45 号指导案例“百度诉奥商等不正当竞争纠纷案”。参见北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司诉中国联合网络通信有限公司青岛市分公司等不正当竞争纠纷案，载《最高人民法院公报》2010 年第 8 期。立法者在条文释义中指出“实践中曾出现过这方面的案例”：“其他经营者在搜索引擎的关键词搜索结果出现前插入广告页面，用户点击该页面即可跳转至广告宣传网的新窗口。”参见王瑞贺主编：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，法律出版社 2018 年版，第 45 页。“百度诉奥商案”就是立法者描述的这种案件事实。

需要以网络不正当竞争一般条款作为法律依据。比如经营者以混淆误导用户的方式实施流量劫持,由于不符合本项规定的技术特征,法院只能适用网络不正当竞争一般条款。^{〔9〕}相反,一些以尊重用户意愿的方式实施的劫持流量的行为,在文义上仍违反“经营者意愿”,满足“插入链接、强制跳转”的技术构成,因而可以进入本项的规制范畴,^{〔10〕}进而产生用户利益与经营者利益的冲突。

2. 第2项具体事例

《反法》第12条第2款第2项禁止“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务”(“通过侵害用户权益干扰营业”)的行为。^{〔11〕}干扰他人营业的方式有多种,立法者在本项中只评价“侵害用户权益”的方式。如果某种行为没有侵害用户权益,即使干扰其他经营者的手段和后果非常严重,也不能适用本项。大量屏蔽视频广告案件都落在本项之外。如有法院指出,“尽管屏蔽视频广告行为在表现形式上与……有所不同,但在本质上同属利用技术手段妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行……应属第十二条第二款第四项所规制的不正当竞争行为”。^{〔12〕}

3. 第3项具体事例

《反法》第12条第2款第3项禁止“恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容”(“恶意不兼容”),该被禁止行为以“恶意”和“产品不兼容”为要素。^{〔13〕}有观点认为网络不正当竞争可以发生在竞争过程的不同环节(竞争进入—竞争能力—竞争结果),本项规定是为了限制竞争对手进入特定领域展开竞争的行为,^{〔14〕}即禁止恶意阻碍竞争对手。但由于其构成要素具有高度不确定性,“恶意”“不兼容”的判断标准较为抽象;其规制的理论基础不清晰,经营者的经营自主

〔9〕 参见北京奇虎科技有限公司诉北京搜狗信息服务有限公司不正当竞争纠纷案,北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初14003号民事判决书:“通过安卓手机在360搜索等奇虎公司产品中使用搜狗输入法输入关键词时,搜狗输入法诱导用户点击相应的候选词,使用户发生混淆,从而进入搜狗搜索结果页面。”

〔10〕 如被告在百度搜索框下方的专题中插入“微信”专题,且在页面右下方增加了“实时热点”版块链接,用户点击链接后进入被告网站,即脱离了百度网的控制。法院认为:“被告”更改百度网页面设置,在未投入相应对价的情况下,获取了百度公司的流量资源,掠夺了百度公司的经营成果,损害了百度公司的合法权益,此种行为是通过技术手段插入链接、进行目标跳转所致,并妨碍了百度公司百度网的正常运行。参见百度公司诉政凯公司行为保全案,北京市海淀区人民法院(2020)京0108民初24338号民事裁定书。

〔11〕 其支撑性案例可能是最高人民法院的审判案例“腾讯诉奇虎不正当竞争纠纷案”。参见北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2013)民三终字第5号民事判决书。立法者在条文释义中指出“实践中曾出现过这方面的案例”:某安全软件自动对某社交软件进行体检,以红色字体警示用户该软件存在严重的健康问题(实际上并不存在),并提供一键修复功能,用户点击“一键修复”后,该安全软件即禁用该社交软件的部分插件,并将该社交软件的安全沟通界面替换成自己的相应界面。参见前注〔9〕,王瑞贺书,第45页。“腾讯诉奇虎案”就是立法者描述的这种案件事实。

〔12〕 参见优酷信息技术(北京)有限公司诉深圳乐播科技有限公司不正当竞争纠纷案,北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初13867号民事判决书;百度在线网络技术(北京)有限公司等诉保定乐活网络科技有限公司不正当竞争纠纷案,北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初38881号民事判决书。

〔13〕 立法者在条文释义中没有明确指出相应的案例,从案件事实的吻合度和案件影响力角度看,本项的支撑性案例可能是“奇虎诉腾讯滥用市场支配地位纠纷案”(最高人民法院第78号指导案例)。奇虎主张腾讯违法的行为有:明示禁止其用户使用奇虎公司的360软件,否则停止QQ软件服务;拒绝向安装有360软件的用户提供相关的软件服务,强制用户删除360软件;采取技术手段,阻止安装了360浏览器的用户访问QQ空间。法院在《反垄断法》的框架中评价了涉案行为,驳回了原告的诉请。

〔14〕 参见前注〔7〕,叶明等书,第67页。

权、用户的兼容要求与本项之间的关系较难把握；其与《反垄断法》规定的拒绝交易条款、限定交易条款^{〔15〕}具有体系上的交叠，适用难度较高。

4. 第4项的一般条款

尽管网络不正当竞争一般条款肩负重任，但其价值取向颇具迷惑性，在实践中难以把握。第一，在法律构成上，如何理解网络不正当竞争一般条款中的“利用技术手段”？这是否排除经营者“利用合同手段”“利用管理手段”？如网络平台要求商户签订“独家协议”的“二选一”现象，或者将他人商标中的文字部分设置为自己商品的搜索关键词等行为，是属于通过利用技术手段的方式实施的竞争行为（第12条），还是属于网络环境中一般性的竞争行为（第2条）？^{〔16〕}第二，在保护目的上，本款规定的落脚点是“经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”，那么是否表明网络竞争行为的正当性判断只需考察经营者利益的损害？^{〔17〕}如通过“网络爬虫”实施数据抓取和使用的行为，可能已经取得个人信息主体的事先同意，如果《反法》第12条仅仅关注经营者利益而不论消费者利益，是否会得出不合理的评价结论？本条的适用是否需要评价个人信息主体已经做出的同意？第三，在体系边界上，网络不正当竞争一般条款是否应当进一步类型化？如何处理本条与《反法》第2条之间的关系？如数据抓取利用行为、屏蔽视频广告等行为是否可以在《反法》第12条的框架下予以类型化，还是只能以《反法》第2条为法律依据？^{〔18〕}下文拟以这些问题为切入点，对网络不正当竞争一般条款的价值取向展开研究。

二、网络不正当竞争一般条款的保护目的

网络不正当竞争一般条款旨在保护“其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”，其确定了“利用技术手段”和“妨碍、破坏”的法律构成，在“作用媒介”上则限定了“通过影响用户选择或其他方式”。“其他方式”与“影响用户选择”并列，要求竞争手段在程度上至少与“影响用户选择”相当，并为开放解读网络不正当竞争一般条款的保护利益提供了空间。因而应当同时从法律理念和法律规范角度准确把握该条款的保护目的，使其充分适应数字网络时代竞争的新特点。虽然网络不正当竞争一般条款在文义上的落脚点是经营者利益，但其还蕴含了竞争秩序利益和消费者利益。这些利益以非价格参数的形式成为竞争的重要关切，数字网络时代的经营者就非价格参数展开竞争，在这些参数中，质量（消费者利益的重要关切）和创新（竞争秩序的重要关切）是根本性的竞争方面。^{〔19〕}

〔15〕 参见《反垄断法》第17条第3项、第4项。

〔16〕 针对前一情形，有法院以《反法》一般条款为依据。参见上海拉扎斯信息科技有限公司诉北京三快科技有限公司不正当竞争纠纷案，金华市中级人民法院（2019）浙07民初402号民事判决书。针对后一情形，有法院以网络不正当竞争一般条款为依据。参见广州多益网络股份有限公司诉深圳市天穹网络科技有限公司等侵害商标权纠纷案，深圳市宝安区人民法院（2018）粤0306民初第1861号民事判决书。

〔17〕 如杭州余杭区法院评价“后裔采集器”提供“伪原创”功能的行为时，只在文意上分析该行为是否构成“破坏、妨碍”，从而得出该行为不违反《反法》第12条的结论；但认为该行为破坏了文化创意产业创新激励机制，违背了公认的商业道德，因而违反《反法》第2条。参见深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司诉杭州快忆科技有限公司案，杭州市余杭区人民法院（2020）浙0110民初9724号民事判决书。

〔18〕 司法实践中一些法院将《反法》第2条和第12条并列作为处理这种行为的法律依据。如北京微梦创科网络技术有限公司诉上海复娱文化传播股份有限公司不正当竞争纠纷案，参见北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初24510号民事判决书、北京知识产权法院（2019）京73民终2799号民事判决书（该案涉及通过绕开或破坏微梦公司技术保护措施的手段，实施抓取和展示新浪微博数据的行为）。

〔19〕 参见[美]莫里斯·E.斯图克、[美]艾伦·P.格鲁内斯：《大数据与竞争政策》，兰磊译，法律出版社2019年版，第299页。

（一）经营者利益

网络环境中的经营者利益通常体现为经营者在网络环境中的特定劳动成果,或者正常营业的利益。前者如特定数据信息的存储、整理和加工利益,后者则可体现为产品或服务的展示机会和展示的完整性、^[20]产品或服务的交易规则、^[21]为产品或服务交易所营造的交易环境^[22]等,竞争行为对经营者利益产生的损害则相应地体现为产品或服务被阻止展示给消费者、产品或服务展示的过程受到干扰或妨碍、产品或服务的交易规则被破坏、经营者为产品或服务苦心经营的交易环境被破坏等,这些行为通常伴随着经营者产品或服务的流量被劫持。

经营者利益在网络环境中的上述呈现形式,与实体环境中的呈现无本质区别。经营者利益在实体环境中也多呈现为特定类型的劳动成果或其公平开展营业的利益,经营者在其劳动成果或营业利益上的投入程度与其受保护的成比例。但是,网络竞争具有无界性、隐蔽性和动态性,竞争者对他人劳动成果的访问或者利用,或者对他人营业开展过程的接触、干扰、妨碍等,往往构成互联网竞争和创新的基础。加之,营业权在性质上并非一项支配权,经营者不能基于营业权为他人设定不得干扰营业的义务。因此,经营者利益的损害应当被严格限定,必须以行为构成损害竞争秩序为前提。如果网络竞争行为乃基于真实的交易信息且以尊重用户意愿的方式实施,正如竞争者可以更优惠的价格条件或更好的售后服务来吸引正在竞争对手门店外排队的消费者,竞争者也可以更具竞争力的交易条件招揽正在与网络经营者接触的用户。如果网络竞争行为乃基于真实的交易信息且以尊重用户意愿的方式实施,那么即便经营者利益受到损害,也属于公平竞争的范畴。总之,一般意义上的干扰,属于动态的竞争过程,不会阻碍或破坏经营者的营业,不应被认定为对经营者的“妨碍、破坏”。

（二）消费者利益

在竞争性市场上,消费者是市场的主宰者。^[23]无论是在实体竞争环境还是网络竞争环境中,《反法》对竞争过程的核心关切均是市场信息的真实和交易过程的自由,以保障消费者不受误导和强制。换言之,只要消费者根据真实的市场信息,自由地做出交易决策,则竞争过程通常具有正当性。随着互联网领域双边甚至多边市场的形成和竞争关系的淡化,以及消费者具有注意力经济的特点,网络竞争的战场主要集中于消费者的注意力、隐私和安全。消费者利益这一要点在网络竞争行为正当性评价过程中不可或缺。

在网络竞争环境下,经营者之间不必通过提供同质化的商品或服务展开竞争,只需通过提升用户体验以吸引其注意力,进而提高商品或服务的市场份额。用户的隐私等非价格参数成为重要的竞争要素,用户利益的损害或提升成为竞争的直接关切。经营者竞争利益的得失可能直

^[20] 参见腾讯科技(深圳)有限公司诉北京搜狗科技发展有限公司等不正当竞争案,北京市第一中级人民法院(2009)一中民初字第16849号民事判决书。其中认定:“被告在其输入法软件中的设置阻碍了用户使用QQ拼音输入法。”

^[21] 参见上海陆家嘴国际金融资产交易市场股份有限公司、上海陆金所互联网金融信息服务有限公司诉西安陆智投软件科技有限公司不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115民初11133号民事判决书:“用户通过被告运营的‘陆金所代购工具’软件、‘陆智投’手机应用、‘陆智投’微信公众号、‘掌上陆智投’微信小程序和‘陆智投’微信小程序等渠道,无须关注两原告平台发布的债权转让产品信息即可根据预设条件实现自动抢购,并先于手动抢购的会员完成交易。”

^[22] 参见深圳微源码软件开发有限公司诉商圈(深圳)联合发展有限公司不正当竞争案,深圳市中级人民法院(2017)粤03民初773号民事判决书:“被告方数据精灵软件包的这13项功能,最主要是为了满足用户快速和超大范围发布信息的需求,从而极易诱使用户群发商品或服务广告,如此一来,被告的行为会导致原告微信服务充斥数据精灵用户发布的各类商业广告,这会降低原告微信用户的用户体验。”

^[23] 参见前注[19],斯图克等书,第6页。

接体现为用户流量的得失——经营者常以牺牲其他经营者利益为代价提升用户利益从而获取用户流量，消费者利益提升和经营者利益受损同为竞争后果之体现。而且，竞争行为的实施会导致消费者利益与经营者利益之间发生冲突。例如，经营者抓取其他经营者平台上的个人信息并加以利用，倘若已经经过该个人信息主体的同意，则会出现个人信息主体利益与信息存储平台利益之间的冲突。欧盟为个人信息主体设置数据可携带权，即是为用户创设一种可对抗平台控制数据的权利，以强化个人信息主体的数据利益，避免平台对数据形成垄断。^[24]这说明在分析爬取和利用个人信息行为的正当性时，个人信息主体的利益优位于经营者利益。我国《反法》第12条第2款第1项也蕴含着消费者利益与经营者利益之间的冲突，按照该条文义解读，消费者自主选择的利益应当让位于经营者的利益，实践中有些观点照搬了该条文义，但也有法院在解读本条过程中更尊重消费者利益，这体现了不同裁判者对相同竞争行为在裁判理念上的偏差。^[25]鉴于消费者利益成为数字网络竞争的直接关切，是其直接的作用对象，是故，竞争行为正当性评价应直接考虑消费者利益。

（三）竞争秩序利益

网络竞争行为的不正当性在根本上体现为竞争行为对竞争秩序的损害。从《反法》第1条看，本法以保护公平的竞争秩序为首要目标。如果竞争行为只是损害竞争者的私益，而不足以显著影响竞争秩序，则不构成不正当竞争。无论是破坏平台交易规则，还是屏蔽“正片+广告”的商业模式，或是破坏平台生态，或是破坏平台存储的用户数据，这些被侵害的利益均不是一种绝对权，不能仅仅因为经营者利用了这些商业利益就被认定为不正当。因此，论述网络竞争行为的不正当性，不能以经营者的损害为中心，而应当尝试论证网络竞争行为与竞争秩序损害之间的链条，或者经营者利益受损与竞争秩序受损之间的关系。

网络竞争以网络技术的方式实施，网络技术的发展催生竞争手段的多样。网络竞争的行业惯例不易形成，一些所谓公认的行业规则或惯例的内容并不必然是合法与公正的，有些甚至是潜规则或恶俗，^[26]需要市场干预者容留更大空间的谦抑和包容，维护新兴市场的创新机制。如果一种竞争行为能够带来更大的创新利益且消费者利益能够得到保障，则不应扼杀这种竞争行为，否则可能为这种商业利益提供超出其贡献的市场杠杆，与其内在价值不成比例，阻碍市场竞争和创新。同样，如果一种竞争行为看似对消费者有利，如高额的有奖销售行为或为作品“创作”提供“洗稿”软件，^[27]但却可能阻碍竞争者、扭曲竞争秩序，使消费者将来无从选择或挫败开发者的创新热情。

^[24] Article 20 of General Data Protection Regulation (95/46/EC).

^[25] 美团推出的“美团小白盒”插件，通过影响用户选择，非法侵入原告的“二维火系统”，读取、截取二维火系统数据，中断、控制二维火系统的收款程序并强行跳转到美团收款的行为，构成不正当竞争的行为。即便“美团收款”程序系经用户自主授权而运行，但法院指出，判断是否适用《反法》第12条第2款第1项时不需要考量这一因素，被告的行为仍具有不法性。参见杭州迪火科技有限公司诉北京三快科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京知识产权法院(2018)京73民初960号民事判决书。而杭州中院查实，二维火软件系统为基于安卓系统底层技术的开放系统，不仅允许接入美团的“小白盒”，也允许商户自行安装其他应用。“小白盒”及“美团收款”应用并未主动、强行在二维火收银系统中插入链接，“其只是向用户提供了选项，由有相应需求的用户自行进行选择”。商铺经营者在经营过程中享有选择收银方式的自由，“迪火公司(二维火)不因其提供了一种收银机，或一款收银应用就享有了垄断用户支付方式、要求用户交易流水必须经其之手的权利”。参见杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3166号民事判决书。

^[26] 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86页。

^[27] 使用“后羿采集器”可实现对微信文章的采集、反屏蔽、洗稿及自动导出等功能，经“后羿采集器”“洗稿”后的文章，与原文相比，仅在内容上进行了同义词替换、语序转换等操作，文章的主题、观点、逻辑、结构等均高度相似。参见杭州市余杭区人民法院民事判决书，(2020)浙0110民初9724号。

是故,竞争秩序具有终局性,对于竞争秩序利益的考量很大程度上体现为竞争和创新的利益。^[28]这意味着,市场力量、技术限制以及其他自力救济手段往往能够减缓竞争可能带来的损害,网络竞争环境中更应当容忍技术上的干扰甚至对抗,从而对经营者改善产品或服务形成正向激励。

“互联互通”是互联网的本质属性,互联网竞争承载着“竞争和创新”所带来的公共利益,网络环境中的数据资源甚至可能在一些场景中具有“必需设施”特征。^[29]因此,即便网络竞争具有更猛烈的对抗性,一些竞争行为可能直接以其他经营者的产品或服务为载体,经营者相互之间还可能开展技术保护与技术反制的竞争,但这些网络竞争行为也可能带来更好的产品或服务,在提升消费者福利的同时对竞争秩序不产生显著的损害。

可见,在网络不正当竞争一般条款的评价过程中,不应局限于经营者利益的考量,而应开放地考量消费者利益和竞争秩序利益。

三、网络不正当竞争一般条款的适用机理

(一) 三叠利益之间的均衡关系

经营者利益、消费者利益和竞争秩序利益这三者之间,从长远来看是相互协调、互为印证的关系。一方面,健康的竞争秩序要求竞争者展开业绩竞争,在市场上以较有利的价格、数量、品质、服务或其他条件争取交易机会。经营者推出优质商品或服务,从中享受投资的回报,这是业绩竞争的组成部分。尊重经营者的营业在一定程度上是尊重竞争秩序的体现。另一方面,竞争秩序的不受扭曲,还要求竞争要素被真实地呈现给消费者,供消费者自由地做出交易决策。在传统的的市场竞争环境下,竞争者通过散播不真实信息等方式扭曲消费者的决策过程,使消费者做出其本不会做出的决策,进而损害其他经营者利益,从中获取不正当的竞争优势。因此,保障消费者的自由理性决策是维护竞争秩序的体现。

但是,网络不正当竞争行为涉及的三种利益并非总是一致,而可能相互冲突。由于所涉及的利益具有三叠性,且表征每种利益的变量因素具有多样性和动态性,网络不正当竞争一般条款应当具有多元的价值取向,对网络竞争行为的评价应采取综合评估模式,^[30]要对三叠利益之间的均衡关系做出判断。即便面对同一行为,不同的案情因素也可能影响三叠利益的架构平衡,进而导致不同的评价结论。任何一个变量因素都不具有决定性,如“损害”“恶意”等因素,在不正当竞争判断过程中就不应被绝对化。如果仅仅因为经营者具有可保护的利益以及该利益因竞争行为受到损害,就得出竞争行为为不正当的结论,则会变相导致经营者通过该利益控制后续的竞争和创新

^[28] 参见张占江:《论反不正当竞争法的谦抑性》,载《法学》2019年第3期,第50页。我国司法实践中有法院指出:“市场机制存在自我净化、调节能力的情况下,反不正当竞争法对于市场竞争行为的干预应当保持谦抑性。”参见杭州开迅科技有限公司诉广州虎牙信息科技有限公司、李勇不正当竞争纠纷案,浙江省高级人民法院(2020)浙民终515号民事判决书。

^[29] 认定相关数据是否构成必需设施,一般需要综合考虑数据对于参与市场竞争是否不可或缺,数据是否存在其他获取渠道,数据开放的技术可行性,以及开放数据对占有数据的经营者可能造成的影响等因素。参见国家市场监督管理总局《关于平台经济领域的反垄断指南(2020年11月10日征求意见稿)》第14条第3款。

^[30] 参见刘维:《论软件干扰行为的竞争法规制——基于裁判模式的观察》,载《法商研究》2018年第4期,第190页。越来越多的法院在适用《反法》第2条和第12条时采取这种分析范式,参见北京爱奇艺科技有限公司诉北京搜狗信息服务有限公司等其他不正当竞争纠纷案,上海市杨浦区人民法院(2017)沪0110民初12555号民事判决书、上海知识产权法院(2018)沪73民终420号民事判决书;玫琳凯公司与马顺仙侵害商标权及不正当竞争纠纷案,浙江省高级人民法院(2020)浙民终字第479号民事判决书。

市场；再如“恶意”本身不足以使一种竞争行为成为不正当，即使行为人出于恶意，在没有使用不法方式的情况下，其无须就致经营者损害的行为担责。^{〔31〕}

这些不同变量因素相互之间的作用就像一个支架上的移动滑尺，随着不同变量因素的权重变化而倾斜，可能使三叠利益之间的均衡被打破。比如，经营者对其具有核心战略意义的劳动成果采取了技术保护措施，竞争者通过破坏技术保护措施的方式从事竞争并且给经营者的营业产生了实质替代后果，同时对消费者福利和创新的贡献微弱，经营者采取技术对抗的成本更大，那么评价结论就可能倾向经营者；反之，经营者的劳动成果在网络中处于公开状态，竞争行为给消费者带来的效益较大、对经营者产生的损害显著轻微，经营者采取技术对抗的成本较低，则评价结论可能倾向竞争者。由于需要对三叠利益之间关系的均衡性进行判断，故不宜简单将网络不正当竞争行为纳入“黑名单”进行类型化。

（二）具体事例——屏蔽视频广告行为

一些新型的网络不正当竞争行为的正当性评价因为应体现三叠利益之间的均衡关系，导致评价结论充满不确定性。例如，在数据抓取行为的正当性判断过程中，由于涉及的法益具有多重性，行为样态存在复杂性，案情因素的差异可能导致评价结论的不同。^{〔32〕}再如，有观点认为应当类比版权法，基于破坏“接触控制措施”的违法性原理评价屏蔽视频广告行为的正当性，进而将其纳入黑名单。这种观点认为，两者都是为了确保他人从对作品的使用中获得报酬，^{〔33〕}既然破坏技术保护措施的行为已经被规定为违法行为，那么屏蔽视频广告的行为也具有同样的违法性。

取决于网络不正当竞争一般条款的多元价值取向，屏蔽视频广告行为的正当性判断不可类推破坏技术措施行为的违法性思路。第一，两者涉及利益的性质不同。20世纪90年代，随着数字网络技术的发展，版权人普遍通过技术措施保护网络传播的作品，而美国《千禧年数字版权法》(DMCA)也首次规定了破坏技术措施行为构成违法。这种做法是为了保护版权人的作品利益。屏蔽广告案件本质上是对一种竞争利益(盈利模式)的评价。屏蔽行为不仅涉及经营者利益，还涉及用户利益、竞争秩序利益，不仅仅需要考虑经营者的产品或服务所受到的损害，还需要考虑行为人的主观状态、用户知情和选择权是否得到了尊重、经营者采取反制措施的空间等，这些变量因素综合体现出屏蔽视频广告行为是否具有正当性。第二，两者评价的范围不同。我国《著作权法》不仅禁止“破坏技术措施”的行为，还禁止“故意避开技术措施”和“制造、进口或者向公众提供有关装置或者部件”的行为，^{〔34〕}这些禁止规定都是为了确保版权人从作品传播中收益。如果可以将“破坏技术措施”的违法性类推于屏蔽视频广告行为的评价，那么也可以将“故意避开技术措施”和“制造、进口或者向公众提供有关装置或者部件”的违法性进行类推，换言之，经营者向公众提供屏蔽软件(而不安装)的行为，以及最终用户安装屏蔽软件的行为都构成不正当，这是不合理的。第三，两者的利益平衡机制不同。为了避免对接触作品的人产生寒蝉效应，DMCA规定了合理使用的例外，^{〔35〕}我国《著作权法》也规定了破坏技术保护措施的例外情形。^{〔36〕}但是，《反法》的利益平衡机制主要体现在一般条款中，而没有独立的合理使用条款。如果将屏蔽广告行为的正当性评价类推破坏技术措施行为的违法性判断思路，但却不为《反法》提供

〔31〕 Hazel Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford University Press, 2010, p.7.

〔32〕 参见刘维：《数据抓取正当性判断中的用户利益保护》，载微信公众号“检察风云”2021年1月13日，<https://mp.weixin.qq.com/s/nspHpJVk1hPw3gctPtEvDA>。

〔33〕 参见王迁：《论规制视频广告屏蔽行为的正当性——与“接触控制措施”的版权法保护相类比》，载《华东政法大学学报》2020年第3期，第59—80页。

〔34〕 参见《著作权法》(2020年修正)第49条第2款。

〔35〕 Robert P. Merges, Peter S. Menell & Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age*, Clause 8 Publishing, 2019, p.313.

〔36〕 参见《著作权法》(2020年修正)第50条第1款。

额外的利益平衡机制,则会导致这种评价过于刚性,从而破坏一般条款中蕴含的利益平衡机制。

屏蔽视频广告行为的正当性评价在司法实践中的争议很大,^[37]除了不同裁判者存在裁判理念的差异之外,还有一个重要原因在于网络不正当竞争判断过程中的均衡性特征。屏蔽视频广告行为仅仅指代一种行为,却不能全面体现案件中的变量因素,同样属于屏蔽视频广告的行为,却完全可能存在诸多不同变量因素。由于互联网不正当竞争行为采取三叠利益衡量的综合评估模式,所以不同案情因素对这种综合评估模式会形成不同的影响,导致屏蔽视频广告行为的正当性判断可能有多种结论。这些不同的变量因素至少有三个方面:第一,用户利益是否得到尊重。在当前普遍采取会员制的商业模式情形下,缴纳会员费的用户本就可以不必观看广告,这部分用户可能因广告屏蔽给非会员用户带来“福利”而受到间接损失。对于非会员用户而言,其将来利益受损(经营者因广告屏蔽而取消“免费+广告”模式并将经营成本转移至所有用户)的不确定性较大。由于经营者存在多种应对的可能性,广告屏蔽不一定会导致“免费+广告”的盈利模式难以为继,不能以这种“不确定损失”为基础论证广告屏蔽的不当;且《反法》仅仅关注用户在真实交易信息基础上做出自由选择,该种利益并未因屏蔽行为而受到损害。第二,经营者利益受损害的程度。屏蔽软件的功能多种多样,如果屏蔽软件只是导致广告时间被缩短而不是广告被彻底屏蔽,这未从根本上损及经营者的收费模式,则其受到的损害有限。即便广告被彻底屏蔽,经营者仍然存在多种方式可以较低成本地规避这种屏蔽行为,如提升广告体验、采取技术反制或提升广告质量。一些经济学研究成果指出,屏蔽广告技术的出现反而可能导致消费者更多地观看广告,它不必然构成对广告产业的威胁,当广告本身能够预示产品质量时,这一技术可使所有的相关方受益。^[38]因此,经营者利益受损指标其实也具有很大的不确定性。第三,竞争和创新的影响。如果认为屏蔽视频广告行为绝对违法,则经营者可以坐享这一盈利模式的“利益”,甚至拉长广告时间以争取更多用户加入收费模式,进而收取更高的会员费,这对网络产品的创新和竞争无益。相反,如果允许用户选择视频广告屏蔽行为,则可能促使经营者降低会员费、缩短广告观看时间,从而为网络环境中的动态竞争留下更充分的空间。更长远地看,正如有经济学家所指出的,如果将来在广告屏蔽技术领域出现颠覆性创新,而我国过早地阻止相关技术的应用,会不会使得这种过强的保护成为技术进步的绊脚石?^[39]在国外,屏蔽广告技术的运用已经成为数字经济时代用户隐私保护的重要象征,苹果公司早在2015年就开始允许用户在移动设备和个人计算机设备下载安装广告拦截工具。^[40]在强化用户隐私保护的潮流和竞争全球化的背景中,我国对广告屏蔽技术的绝对禁止立场应当反思。

因此,屏蔽行为的“严重程度”并非一个绝对值,而是需要根据案件中的变量因素进行综合判

[37] 如一审和二审法院针对屏蔽广告行为的正当性存在不同评价,参见湖南快乐阳光互动娱乐传媒有限公司诉广州唯思软件股份有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷案。一审法院认为,“视频广告拦截技术在互联网中已经长期广泛存在,其既具有满足用户(消费者)权益的功能,有助于用户实现自主选择的权利,又迫使广告提供者设法改善用户体验,提高广告产品的服务与质量,从而降低用户的注意力成本,实现用户福利的不断提高”。参见广州市黄埔区人民法院民事判决书,(2017)粤0112民初737号。二审法院却认为:“从法律性质而言唯思公司干扰和影响的是快乐阳光公司对于其网站内容合法经营的广告播放内容的处分权,属于对他人处分权的侵害行为……唯思公司应当以质优价低、效能竞争等方式施以公平竞争集聚用户资源以经营发展其浏览器。”参见广州知识产权法院民事判决书,(2018)粤73民终1022号。

[38] See Chen Yuxin & Liu Qihong, *Signaling Through Advertising When Ad Can be Blocked*, Forthcoming, *Marketing Science* 7-8 (2021).

[39] 参见龙小宁:《广告屏蔽技术的经济分析(下)——不劳而获的寄生性竞争 or 商业模式创新的助推器》,载微信公众号“中国知识产权杂志”2020年2月21日, <https://mp.weixin.qq.com/s/clPst2ExIRRbZnyAEMiqKQ>。

[40] [英]阿里尔·扎拉奇、[美]莫里斯·E.斯图克:《算法的陷阱——超级平台、算法垄断与场景欺骗》,余潇译,中信出版集团2018年版,第243页。

断,避免简单、低门槛地、字面地将其纳入黑名单。一些地方的《反法》条例将这种行为予以类型化,尽管留出了弹性的抗辩空间,^[41]但在实践中可能仍会导致绝对化。

四、网络不正当竞争一般条款的具体化

由于网络不正当竞争一般条款的多元化价值取向,其适用采取综合评估模式,因此立法者不宜将网络不正当竞争的具体事例进行简单列举。网络不正当竞争一般条款的具体化路径,应当舍弃类型化思路,通过揭示网络不正当竞争行为的适用机理及变量因素,提升法律适用的安定性。

(一) 类型化标准的不确定

对于网络不正当竞争具体化,学术界大多倡议类型化的思路,但是对类型化的标准未形成共识。有观点提出以竞争载体为类型化标准,^[42]也有观点认为互联网的不正当竞争行为大致有三类:流量劫持、妨碍破坏其他经营者的产品或者服务、数据掠夺。^[43]我国台湾地区行政机构对“公平交易法”第25条中的“影响交易秩序之显失公平”规定分为三类,即不符合商业竞争伦理、不符合社会伦理、滥用市场相对优势地位,并将第一类细分为“榨取劳动成果、恶意阻碍公平竞争”。^[44]我国较多学者主张借鉴德国的案例群类型化方法,^[45]但案例群的归纳方式并不统一。近来有观点指出应当引入恒常性、重要性、清晰性的标准进行案件类型化,^[46]笔者认为仍然不具有合理性。

基于我国司法案件的整理发现,插入链接强制跳转的流量劫持、其他类型的流量劫持案件、^[47]侵害用户权益类的干扰营业、屏蔽视频广告、阻碍他人商品或服务的展示、虚假刷量、^[48]破坏产品或服务的交易规则、破坏平台生态等行为持续发生在我国商业实践中,这些行为具有恒常性。而这些行为所导致的纠纷之持续发生性,则表明处理这些行为对指引网络竞争具有重要性;这些行为在当前实践中常被认定为不正当,表明其背后的处理规则具有一定程度的清晰性。如果

[41] 参见《上海市反不正当竞争条例》第16条。本条的制定者指出,“无正当理由”应当理解为“未经用户同意,且并非增加消费者福祉、提升效率的唯一途径”。参见陈学军、丁伟主编:《上海市反不正当竞争条例释义》,中国工商出版社2021年版,第66页。

[42] 参见张钦坤:《中国互联网不正当竞争案件发展实证分析》,载《电子知识产权》2015年第1期,第28页。

[43] 参见陶钧:《新〈反不正当竞争法〉对新型不正当竞争行为的规制与界定》,载搜狐网2018年1月3日,https://www.sohu.com/a/214404987_455313。

[44] 参见廖义男:《公平交易法之释论与实务》,元照出版公司2017年版,第213页。

[45] 参见郑友德、范长军:《反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论〈中华人民共和国反不正当竞争法〉的完善》,载《法商研究》2005年第5期,第124—134页。该文作者认为对《反不正当竞争法》一般条款的具体化应当归纳为三类:对其他客体的仿冒、反向仿冒和侵犯在先权利。笔者则曾经认为应当类型化为四类:不当利用他人劳动成果、阻碍竞争对手、诱捕顾客和违法行为。参见刘维:《反不正当竞争法一般条款的适用边界》,载《湖北社会科学》2011年第12期,第161—165页。

[46] 参见前注[6],蒋舸文,第186、199、201页。

[47] 如利用主流搜索引擎、热门网页或视频的流量,通过误导用户的方式导引流量,常体现为抄袭网站信息、恶意插标、强制插入弹出广告等。参见前注[30],刘维文,第183—192页。

[48] 参见北京爱奇艺科技有限公司诉上海七牛信息技术有限公司等不正当竞争纠纷案,常州市中级人民法院(2018)苏04民初51号民事判决书:飞流公司利用其柠檬挂机软件所具备的技术手段,对原告网站所提供的视频进行所谓“刷量”,反复、机械地制造相关视频的点播量,但并不具有正常观看视频的实际需求,纯粹追求点击数值上升,其实质是以从事数据造假行为直接获取经济利益,虚增视频受青睐度,使得部分案外人因视频热播攫取额外的不当利益。

按照恒常性、重要性和清晰性标准,则这些行为均满足了类型化的条件。然而,现行网络不正当竞争具体事例条款的实效性已经为这种类型化尝试验证了可能的效果,类型化尝试的适用情况可能会面临如前述相同的问题。

它们不应该被类型化的原因还体现在如下三个方面:

第一,竞争手段不应成为类型化的标准。“立法以及法律发现的成功或失败,端赖能否正确地掌握类型”,但是,“类型”意指规范类型而非平均类型或频率类型,它是法律理念与生活事实的中间点,^[49]而不是个别现象,也不是一种法律理念或原则。上述列举的行为只是技术手段或作用载体的不同,如有些行为针对产品或服务本身,有些行为则针对产品或服务的交易规则或平台的交易环境,但本质上都属于严重干扰他人营业或者劫持流量的行为,违法性程度及判断思路实质相同,应当指向同一类型,不能单纯因为技术手段或作用载体的不同,影响到行为的类型化结论。如果只考虑竞争手段的技术特征,则可能导致网络一般条款类型化事例的“无穷尽”,需要不断因应技术创新而催生的网络竞争行为样态,使类型化成为一项不可能完成的任务。

第二,“重要性”标准过于抽象,其无法起到行为类型的过滤和筛选功能。但凡已经发生的不正当竞争行为,其裁判都对网络竞争的商业实践有指引作用;反复发生的行为,其重要性更能得到经验验证。然而,少量发生的竞争行为,即便其具有被解决的重要性,但未必需要类型化。网络不正当竞争具体事例条款就属于这种情形,它们在个案中的裁判价值很高,但规则的普遍指引价值却有限。

第三,网络不正当竞争纠纷处理规则的“清晰性”具有相对性。正如屏蔽视频广告行为的正当性评价,不同案情因素是影响该类行为评价的变量,影响三叠利益之间的均衡。再如数据抓取的不正当竞争纠纷中,数据是公开状态还是采取了技术保护措施,数据是否构成了被抓取方的核心竞争资源,抓取数量的多少以及对被抓取方产生的效果,抓取目的是为了深度创新还是“止步于”替代原告的产品或模式,抓取的数据为个人信息还是非个人信息,是原始数据还是衍生数据等因素,都会影响到行为正当性的判断。总之,形成于传统竞争环境的禁止搭便车理念和规则在数字网络环境中的适用空间有限,网络用户利益在网络竞争生态中更具独特性,数据(尤其是公开的原始数据)在数据要素市场中的基础价值、技术保护与技术反制措施的便利和效率等增加了网络不正当竞争一般条款类型化的难度。

(二) 类型化方法的不必要

回到“初心”,类型化只是帮助网络不正当竞争一般条款实现具体化的一种方法,最终目的是提高法律适用的安定性。《反法》中具体条款的历史发展确实呈现了不正当竞争具体事例的类型化路径,但这些具体事例条款的次级类型化却极为少见,司法的中心在于发现这些条款“拟规范的生活事实的本质”,即通过法律概念的具体化以提升法律的安定性。

具体不正当竞争行为的类型在《反法》的历史发展过程中不断增多和丰富,类型化的路径具有明显的功能主义色彩,而不以技术特征的发展和分类为脉络。一百多年前的《巴黎公约》只是规定了三种较为成熟的不正当竞争行为:混淆行为、商业诋毁和虚假宣传,其出发点是维护诚实的习惯和善良的风俗。^[50]基于打击商业秘密的需要,盗用商业秘密行为在《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)协议中被规定为一种不正当竞争行为。我国《反法》在1994年制定之初吸收了国际上具有共识的上述四种不正当竞争

[49] 参见[德]亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安校,学林文化事业有限公司2003年版,第113、115页。

[50] 参见曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第161—166页。

行为,并结合我国的实际情况纳入了商业贿赂、有奖销售等行为类型。2017年修法过程中立法者删除低价倾销、相对优势地位条款、经营者限购、行政垄断条款,从而廓清与《反垄断法》之间的界限,同时新增了网络不正当竞争行为、优化混淆仿冒条款的类型。可见,《反法》对于具体不正当竞争事例类型化的历史过程并无技术特征色彩。尽管这些不正当竞争事例已经完成类型化,但其构成仍然具有一定程度的抽象性,“引人误认”“引人误解”“误导性信息”等法律概念揭示了“生活事实的本质”,又留出了法律适用的裁量空间。可见,只要明确行为条款的核心内涵,则既不至于使其涵摄范围过于宽泛,又能处理一类具有相当违法性的竞争行为。

同理,通过准确揭示价值取向以明确法律概念的内涵,应当是实现网络不正当竞争一般条款具体化的恰当路径。网络不正当竞争条款的价值取向决定其适用范式,进而又决定着有关变量因素的展开,即分别围绕经营者利益、消费者利益和竞争秩序利益提取相关变量因素,最后综合评估这些不同变量因素对三叠利益的均衡架构所产生的影响。应当用这种范式解释分析该款中“妨碍、破坏”的涵义,对经营者利益造成显著轻微的损害则不应予以关注,从而正确认识该款的法律定位。基于上文分析,这些变量因素可以在网络环境中做如下展开。第一,衡量经营者利益的变量因素:经营者投入的程度、是否采取了技术保护措施、经营者受到的损害程度等;第二,衡量消费者利益的变量因素:消费者的信息隐私利益是否得到保护、消费者的选择和自由是否得到尊重、消费者的知情利益是否得到保障等;第三,衡量竞争秩序利益的变量因素:竞争者的恶意、采取技术保护措施与技术反制措施的成本、实施竞争行为的必要性及对后续创新的影响等。

针对网络不正当竞争一般条款中的另一构成要素“利用技术手段”,则应当综合立法目的、历史和体系等三方面解释,对其涵义做出严格限定。首先,从网络不正当竞争条款的立法目的看,立法者是为了借助本条处理“网络领域特有的、利用技术手段实施的不正当竞争行为”,这类行为不同于传统的经济法领域内的不正当竞争行为,^[51]不是传统不正当竞争行为的“网络版”。立法者还认为网络条款中的“本法各项规定”,包括“本法第二章”“本法第二条”和“本条第二款”,^[52]因此网络领域发生的不正当竞争行为还可以适用《反法》一般条款的规定,网络不正当竞争一般条款并非处理所有网络不正当竞争行为的唯一条款。其次,从《反法》的修订过程看,在《反法》修订草案征求意见的过程中,有的单位还建议增加“搜索引擎的竞价排名”“非法使用他人合法提供的网络产品或者服务的内容或者数据”^[53]等,但立法者并未吸收此等建议,可能也表明了立法者无意通过本条解决所有的网络不正当竞争行为。再次,从网络不正当竞争条款的体系看,网络不正当竞争具体事例条款所规定的“技术手段”非常明确,其是对网络不正当竞争一般条款的例示。立法者例示性地描述类型,可以明白地指示法官可使用类推的法律发现,^[54]使不法行为的内涵与列入类型的行为相当。因此,应当对本条中的“利用技术手段”作狭义解释,在性质和程度上与“插入链接、强制跳转”“修改、关闭、卸载”“不兼容”等保持相同或实质相同的比例,^[55]并将此作为区分网络不正当竞争一般条款与《反法》一般条款的标准。换言之,利用一般的合同手段(如签订含有限定交易条款的合同等)或者管理手段(如平台内降权搜索、拉低信用值等),尽管可能也具有技术的

[51] 参见前注[8],王瑞贺书,第42—43页。

[52] 见前注[8],王瑞贺书,第44页。

[53] 见前注[8],王瑞贺书,第133页。

[54] 参见前注[49],考夫曼书,第119页。

[55] 有观点建议,当实践中针对经营者是否利用了技术手段存在争议时,可以由互联网行业的相关从业人员来判断,笔者对此表示赞同。参见焦海涛:《互联网不兼容行为的规制路径选择》,载《财经法学》2020年第5期,第132—148页。

表象(如通过电子形式签订合同,借助网络技术实现上述管理目的),但不应通过本条处理。

结 束 语

网络不正当竞争条款的立法和适用一直备受关注和争议,结合这些案件的法律适用情况,回顾和反思网络不正当竞争条款类型化的立法效果,揭示网络不正当竞争一般条款的价值取向,并基于该价值取向明确法律概念的内涵,确立分析范式,摒弃类型化思路,是完善网络不正当竞争条款的恰当路径。

对于网络不正当竞争一般条款构成中的“利用技术手段”,不应做扩大解释以涵盖平台“二选一”等通过合同安排实施的行为。笔者建议在司法解释中用一款规定加以明确,同时采取开放式列举的方式提升条文适用的确定性:《反法》第12条中的“利用技术手段”,是指与该条第2款前三项中的技术手段在性质和程度上相当的、具有技术特征的行为,包括但不限于破坏他人设定的产品或服务参数、技术措施或交易规则,利用刷单刷量虚构销售额和声誉,屏蔽他人的产品或服务,在他人产品或服务中强行插入广告等推广信息,误导、欺骗、强迫用户下载、安装、登录或使用产品或服务,通过技术手段干扰搜索结果。

网络不正当竞争一般条款构成中的“妨碍、破坏”,则应当通过揭示三叠利益衡量的分析范式以及明确相应变量因素的方式予以具体化,在司法解释中用一款规定加以明确:人民法院应当综合考量如下因素以及因素之间的相互影响,通过分析经营者利益、消费者利益和竞争秩序利益之间的关系判断涉案竞争行为的正当性:第一,请求保护利益的强度、是否采取了技术保护措施、经营者受到的损害等;第二,消费者的信息隐私利益是否得到保护、消费者的选择和自由是否得到尊重、消费者的知情利益是否得到保障等;第三,竞争者的恶意、采取技术保护措施与技术反制措施的成本、实施竞争行为的必要性及对后续创新的影响。

Abstract Due to the limitation of the specialized clauses of Internet Unfair Competition, a high proportion of Internet unfair competition disputes are still dealt with under the general clause. The value orientation of the general clause is obscure, embodied especially in the unclear aim of protection, the obscure legal constitution and the systematic boundary. The meaning of “interference or destroy” under the general clause of Internet Unfair Competition should be decided by considering the variables and the interaction among the interest of competitor, consumer and competition order. The categorization method that puts the particular business behavior into the “black list” should be avoided. The meaning of “using technic measure” should be strictly defined, so as to draw a line between the general clause of Internet Unfair Competition and that of Anti-Unfair Competition Law.

Keywords Internet Unfair Competition, General Clause, Value Orientation, Application Philosophy, Aim of Protection

(责任编辑:徐彦冰)