

试论“恶意不兼容”条款的 司法适用及规制路径

陶 钧 韩乔亚*

目次

一、引言	(四)“恶意不兼容”判定路径的确定
二、“恶意不兼容”条款的“探讨框架”	四、“恶意不兼容”条款的适用规则及延伸思考
(一) 价值基准	(一)“恶意不兼容”条款的适用规则
(二) 路径设计	(二) 适用“恶意不兼容”条款的常见抗辩理由
(三) 确定要素	(三)“恶意不兼容”条款适用的问题延伸
三、“恶意不兼容”条款的判定路径	五、结语
(一) 经济运行特点对判定路径的影响	
(二) “一般条款”对判定路径的影响	
(三) “网络”专条设置体系对判定路径的影响	

摘要 随着互联网市场因产品或者服务兼容问题产生的竞争纠纷日益增多,2017年修订的《反不正当竞争法》第12条中新增了“恶意不兼容”条款,该条款从主、客观两方面对该问题的适用做出了直接的规定,但对于司法实践中如何在《反不正当竞争法》的思维逻辑下就此类频发的“竞争”行为进行属性认定以及合理确定判定规则的问题仍存在较大争议,这也直接关系到对此类问题法律适用的准确性。本文将在《反不正当竞争法》的视野及框架下,以“寒蝉效应”借喻,从“探讨框架”“判定路径”“规则确定”“适用延伸”等方面展开分析,就“不兼容”客观技术效果的对象范围、“不兼容”主观意图适用“恶意推定”的排除、“不兼容”实际技术效果的市场影响、“不兼容”与社会福祉总量变化的关系、“不兼容”合理事由的抗辩等五个方面对“恶意不兼容”条款的适用规则进行界定,以期有助于互联网领域不兼容行为规制路径的完善与发展。

关键词 互联网领域 恶意不兼容 技术手段 经营自主权 竞争秩序

* 陶钧,中国政法大学民商经济法学院博士研究生、北京市高级人民法院知识产权庭法官;韩乔亚,北京市高级人民法院知识产权庭法官助理。本文观点仅代表作者目前个人观点,不代表所在单位的观点。

一、引言

“噤若寒蝉”^{〔1〕}比喻因有所顾虑而不敢作声,借用此成语,在适用“恶意不兼容”条款,即《反不正当竞争法》^{〔2〕}第12条第2款第3项时,亦应当避免因技术更替、商业模式迭代、营销策略转变等方面造成的“不兼容”,就以“结论”为终点,对该条款的规制情形进行倒推适用,从而使整个“网络行业”商业秩序发生混乱,失去市场自发的调节与发展能力,甚至引发“坐享其成”的“竞争懈怠”局面的出现,丧失创新的动力。

因此,本文借用“寒蝉效应”,^{〔3〕}比喻因市场经营者无力或惧怕将要承担的预期损耗,而不得不放弃自身经营自主权行使的现象。此种对市场经营者正当权利的干涉与限制,必然会影响网络经济模式与技术的创新和发展,甚至会对市场竞争秩序产生负面影响。由此,在适用“恶意不兼容”条款对网络不正当竞争行为进行规制时,应当避免过于依仗“形式要件”即得出经营者需承担法律责任的判定结论,甚至将本属经营自主权范畴的事项亦纳入司法规制的对象,用“上帝之手介入凯撒之界”。^{〔4〕}以此认知适用,势必导致市场经营主体参与竞争的动力下降,甚至因畏惧所要面临的额外责任承担,而放弃创新以致退出市场,这与当前所要营造的新发展格局不符,也是本文借用“寒蝉效应”的初衷。

基于此,“面对变化万千、种类繁多的数字网络环境下的不正当竞争行为,显然法律对行为‘正当性’的评价绝非单一概念性的界定即可完成”。^{〔5〕}诚然,就“恶意不兼容”条款司法适用与规制路径的设想,需要在论证具体探讨框架的基础上,描绘出符合《反不正当竞争法》解决途径的思维导图,进而发现明确的适用规则——可以说三者之间密不可分,如同楼宇地基、设计风格与装饰方案,浑然一体。

同时,作为2017年修订的《反不正当竞争法》新增设的条款,探寻其具体规制路径不仅有利于提高其在具体行政执法与司法审判中法律适用的准确性与效率性,而且也将会为如“雨后春笋”般蓬勃发展的互联网产业指明方向。与之相应的是,在该条款新增设前,我国司法审判已有适用1993年施行的《反不正当竞争法》第2条就“恶意不兼容”情形予以判定的先例。因此,以司法适用中的判例为启示,发现具体的规制路径,既可确保对“恶意不兼容”情形法律认知的延续性与发展性,也可以增强论证基础数据的稳固性,而且可以再次将提出的规制路径放归于司法适用中去检验。毕竟,法律的生命力与魅力,正是得益于其实用性与适应性。由此,基于前述考量,本文将“司法适用与规制路径”作为研究“恶意不兼容”条款的主线,以期通过“实践—理论—规则—实践”的方式有的放矢地对问题进行研究。

特别需要指出的是,“恶意不兼容”条款的司法适用绝非通过简单的文义分析便可得出符合《反不正当竞争法》框架的具体规则,而是需要以《反不正当竞争法》思维逻辑为基础,在不正当竞争行为属性框架内进行整体考量。

〔1〕 “噤若寒蝉”谓不敢说话。参见许指严:《十叶野闻·孝贞后》,转引自《辞海》,上海辞书出版社1980年版,第705页:“恭王亦畏慈禧之焰,至是,皆噤若寒蝉,草草成丧礼而已。”

〔2〕 2019年4月23日《反不正当竞争法》再次进行了修正,但就该法第12条第2款第3项,即“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”的规定,与2017年修订的《反不正当竞争法》相较而言,并无任何修改,故本文在无特别说明下,均以2019年修正的《反不正当竞争法》为研究对象。

〔3〕 百度百科:“寒蝉效应”,载百度百科网,<http://baike.baidu.com/item/寒蝉效应/5271730?fr=aladdin>,2021年4月26日访问。

〔4〕 借用“凯撒的归凯撒,上帝的归上帝”的谚语,司法只有在市场自我调节失灵时,方可启动干预之手,否则笼统的一概规制,必将对市场主体的经营行为产生负面影响,甚至阻碍创新与发展。

〔5〕 陶钧:《在数字网络环境下“公认的商业道德”判定的考量因素》,载《竞争政策研究》2017年第1期,第25页。

二、“恶意不兼容”条款的“探讨框架”

“只要有竞争,不正当竞争行为就会发生。这种现象在所有国家和任何时代都存在,无论其主导的政治或者社会制度如何。”〔6〕而竞争法学在其研究经济行为违法性判断的过程中,实际上离不开法学与经济学双重学科的认知,所以诸多新类型竞争行为违法性的判断也要回到这两个学科的基础性问题进行分析。

伴随我国互联网经济的持续高速发展,不同行业的融合程度及紧密程度也在不断地加深,而不兼容现象也逐渐成为该领域中的新常态。此种现象的层出不穷,原因在于“注意力经济”已经成为互联网经济重要的增长点,“流量及变现模式是所有互联网平台公司都必不可少的要素,也是决定其盈利的核心”。〔7〕基于此,为了防止其他经营者进入市场参与竞争、破坏固有产品的用户粘性,降低“锁定效应”的经济效益规模,部分互联网公司可能采取不兼容的手段来限制竞争对手的市场竞争行为,实现对既有用户的“锁定”,确保“流量”的稳定,进而导致互联网市场因为上述兼容问题产生的竞争纠纷日益增多。2017年修订的《反不正当竞争法》在新增的“网络”专条中设置了“恶意不兼容”条款,即是从“形态”上对上述情形予以规制。

然而,法律条款与竞争形态可责性的认知,需要从“形似”发展至内在“神似”的一致性,为避免上文所提及“寒蝉效应”的出现,就更需要对该条款“探讨框架”进行科学的搭建,确保论证过程的稳固性和认定结论的准确性。因此,可以从“价值基准”“路径设计”“确定要素”这三个层面进行递进式结构解析。

(一) 价值基准

众所周知,良性的竞争机制是衡量竞争行为是否正当的标准。竞争法学中蕴含着经济学的问题,确定何种价值基准,将决定在后相关法条具体适用的发展方向以及设计蓝图。在此,“恶意不兼容”条款的价值基准可以通过分析《反不正当竞争法》第2条第2款,就何谓“不正当竞争行为”的概括性认知得以确定。因为该法第二章所列举的7类具体不正当竞争行为实则均是围绕前述概括性规定的“具体呈现”,将已经过实践反复确认的具体不正当竞争行为予以类型化,进而降低执法成本、提升执法效率以及有效修正企业的竞争行为,故该法第2条与第二章所列举的具体类型的不正当竞争行为具有抽象与具体、上位与下位的关系,对第2条第2款“一般性不正当竞争行为”价值基准的确定,实则就是对“恶意不兼容”条款价值基准的确定,可以有效确保在具体适用过程中主旨与基准的相对稳定性。

具体而言主要为以下三个方面:

第一,动态“竞争性”。随着互联网行业商业模式和技术水平不断更新,“互联网+”所衍生的各个市场领域的竞争模式亦呈现出时效性、多变性与瞬间性等特点。在此种情形下,不宜以一种静态的模式去分析瞬息万变的网络时代,而是应当从现有的新古典经济学派的“静态均衡”理论,发展到奥地利学派的“动态非均衡”理论——只有以发展的眼光去看待网络时代的竞争问题,才能更加准确地探寻经济现象所折射的法律问题。

第二,必要“损害性”。竞争就是通过提升商品或者服务的质量、品质等,打破固有的市场份额与利益格局,从而形成新的市场生态,使消费者能够通过经营者的“良性竞争”获得更好的消费体验与市场福利,市场最终的优胜者也将获得足额的商业利润,社会总福利亦能得到提升,从而促进经济持续健康发展。在这个维度上,竞争实则是在为每个市场经营者营造一个平等的角逐机会,

〔6〕 International Bureau of WIPO, *Protection Against Unfair Competition*, International Bureau of WIPO (1994), <https://digitallibrary.un.org/record/194808>, p.11.

〔7〕 季境:《互联网新型财产利益形态的法律建构——以流量确权规则的提出为视角》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第3期,第184页。

让每位经营者都拥有平台参与的权利,而不是固守既有的市场份额,保护既得的利润“蛋糕”,否则必将削弱竞争的动力,无法实现产业的升级与技术的进步,从而阻碍经济的良性循环发展。然而,竞争的结果必然会涉及不同市场竞争主体的市场机会和市场利益的得失和变化。为了使新的经营者能够有参与既有市场的竞争机会,确保市场活跃度内生动力主体(即市场经营者)的参与热情,使消费者能够得到更优质的消费体验,通过“正当竞争”手段对既有市场格局与市场利润造成“损害”的现象,是竞争的必然结果,对此应当容忍与接受。

第三,有限“权益性”。《反不正当竞争法》的属性是以规制违法竞争行为为出发点的一部“行为法”,该法亦是通过对制定“负面清单”的形式力求维护良性的市场竞争秩序。在对市场经营中各类违法行为予以纠正的过程中,必然要涉及对受害者权益的保护,从而产生反射利益,但其并非如商标法、专利法和著作权法以“权利”为“源点”,并通过“正面清单”形式划定保护范围。因此,在思考整个竞争法框架下的行为认定时,应当摒弃“权利”思维的保护模式,更多地从市场竞争秩序的维护视角予以考量。同时,“反不正当竞争法将过去第一条立法目的所规定的‘为保障社会主义市场经济健康发展’修改为‘为了促进社会主义市场经济健康发展’,体现了该法从‘守’到‘攻’的观念转变。市场的繁荣与发展根本上倚仗于经营者的参与程度,《反不正当竞争法》的实质不应局限于对既有经营者市场份额、市场利益、竞争优势的‘绝对’保护,如此从市场整体上必然造成‘裹足不前’‘坐吃山空’的局面,应当立足于对不同经营者平等参与竞争机会的保障,从而最大程度地降低市场准入的‘门槛’。参与竞争经营者数量的多少,决定了市场开放与自由化的程度,也影响着市场经济规模的发展。由此从‘保障’跨越到‘促进’,就在一定程度上需要容忍竞争给既有市场利益拥有者所带来的‘损害’,不应过于纠结于‘权利’保护思维的模式,而忽视该法的内在价值”。〔8〕

因此,对“恶意不兼容”所折射的竞争行为进行考量时,应当从经营者利益、消费者利益和社会公共利益的视角,兼顾经营者、消费者和社会公众各自的价值所需,给予相应考量,三者不可偏废,从而真正实现通过消费者的自身“偏好”来决定市场竞争者的优胜者。“法益保护的关键不是‘行’的问题,而是‘禁’的问题。从这一角度出发,《反不正当竞争法》与其说是在保护一种知识产权(财产权意义),还不如说是在倡导一种获取知识产品的道德性。”〔9〕只有当竞争主体不遵循诚实信用原则和违反公认的商业道德,通过不正当的手段攫取其他市场主体可以合理预期获得的商业机会,破坏了正常的市场经济秩序时,才应当由《反不正当竞争法》予以调整及规制。〔10〕具体到互联网环境下的市场竞争行为,因该种市场竞争行为与数字经济具有高度关联性,《反不正当竞争法》需要同时兼顾数字经济概念下的技术创新和经济发展,并在尊重经营者自身经营自主权的基础上进行相应的价值判断,力图避免对市场经营行为的过度干涉,否则将导致“寒蝉效应”的发生。

(二) 路径设计

“法律解释的目标是在法律规范的射程之内或者在法律的涵盖关系中固定法律的流动意义,确定法律语词的确切含义,以解决法条的不完全性。”〔11〕法律适用的过程,实则是司法者和执法者对法律进行“解释”的过程,适用不同的规制“范式”,决定了对被诉行为天然“合法”属性的“结论预判”。

关于该条款的规制“范式”,存在两种路径的选择,即“义务”本位论和“权利”本位论。

所谓“义务”本位论,是指市场经营者所提供的网络产品或者服务具有法定的或者约定的与其他网络产品或者服务进行“兼容”的天然义务,只要存在“不兼容”的情形,除非被控违法者能够证明具有合理免责事由,否则应当承担违法责任。显然,该立论根基在现行的法律、法规等规范性文件中缺少

〔8〕 陶钧:《中国大陆反不正当竞争法修正对智慧财产权保护的影响》,载《智慧财产权》总第246期(2019年),第56—57页。

〔9〕 谢晓尧:《不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社2010年版,第159页。

〔10〕 孔祥俊:《知识产权法律适用的基本问题》,中国法制出版社2013年版,第117页。

〔11〕 见前注〔9〕,谢晓尧书,第10页。

法定义务的具体规定,而约定义务亦不具有普遍性情形,故该模式适用的正当性基础并不稳定。同时,若以该逻辑脉络进行延展思考,实则是赋予了其他网络经营者打开已有网络市场经营者的产品或服务的“万能钥匙”,更是赋予了其“法定权利”;“不开放”即是对新进者的损害,实则是落入了《民法典·侵权责任编》的规制思路中,对此更非《反不正当竞争法》作为行为法的基本之意。试想,如果将“义务”本位论作为“恶意不兼容”条款的“范式”,必然会引发前文所提及的“寒蝉效应”问题,即互联网经营者因为惧怕出现不兼容问题受到责罚,而不得不放弃其正当权利的干涉与限制,因而放弃经营自主权的行使。此种现象导致的结果不仅会削弱互联网经营者更新产品和服务的积极性,阻碍互联网技术的创新和发展,也势必会影响正常的市场竞争秩序,不利于社会总福利。

所谓“权利”本位论,是指市场经营者对所提供的网络产品或者服务具有支配权、控制权和决定权,是否选择兼容、在何种范围内兼容、兼容的程度等,均属该经营者合法权益的正当行使,其他经营者在不具有合法事由的情况下,一般不能随意阻却。考虑到反不正当竞争立法既要禁止经营者从事不正当竞争行为,“也要通过保护经营者的合法权益来保证市场主体的商业自由并进而鼓励创新”,^[12]作为主张存在“恶意不兼容”的主体,除了应当证明客观“不兼容”情形的存在,还应当证明主观“恶意”的要件。诚如本文所借用的“寒蝉效应”,经营者在市场竞争中有自主的决定权,这是确保市场经济竞争活力与动力的基础,也是在自由竞争的外部环境下经营者之间角力进而创新的基石。且从《反不正当竞争法》立法本意而言,判断兼容行为是否具有正当性时不能偏离《反不正当竞争法》的立法目的,需要防止因不适当扩大不正当竞争范围而妨碍自由与公平的竞争。如果任意限制市场经营者的竞争行为,其所带来的负面效应与整体损失将无法预期和估量。

“对法学体系的合理性的检验,有两个基本的世俗经验标准。一是逻辑,法律规则的建立总要符合一定的逻辑规则;二是社会调整效果,例如规则的应用是否最大程度地实现了公平正义,是否符合特定社会的主流价值原则。”^[13]因此,在解释“恶意不兼容”条款时,若以“义务”本位论解释该条款,就会出现逻辑上无法形成有效闭环进而实现自洽的情形;并且从社会调整效果而言,可能会造成更大程度的“消极怠工”,例如其他经营者仅需通过贴附于“在位”经营者的产品或服务实现“流量引入”,进而向用户展示、提供其产品,通过用户数量的扩张获取商业利益,实现自身在“急速行驶”的数字经济列车上“无票占位”,因此,就互联网产业的持续发展而言,并不必然有利于该领域的创新驱动和市场经济的良性进程。由此,以“权利”本位论为视角对竞争主体实施的不兼容行为是否具有正当性进行判断以及对恶意不兼容条款进行相应的理解与适用,更加具有科学性与合理性。

(三) 确定要素

“法律解释的最终目标只能是:探求法律在今日法秩序的标准意义,而只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法,才有可能达成此目标。”^[14]至于在适用“恶意不兼容”条款时,该条款所包含的具体术语所采取的解释方式是否具有同一性,这是值得思索的问题。对此,应当对相关术语进行“静态化”和“动态化”的考量,实则也就是从当下与未来的视角进行“二重审视”,进而对相应条款实现准确的理解和法律适用。

具体而言,对“不兼容”的理解应当作“静态化”的技术判断,避免法律的解释违背该行业相关公众的一般认知,从而与社会生活的基本认知经验与规律相违背。而对“恶意”的解释应当作“动态化”的法律概念的分析,基于不同行为表征、不同竞争场景、不同竞争效果做出“差异化”判定,即具体行为的主观意图与动机在不同竞争模式下,可能会得出并不完全一致的认知结论。

对于“恶意”而言,是做出意思表示的主观意图。按照传统民法理论的观点,可以将意思表示细分为

[12] 孟雁北:《论反不正当竞争立法对经营自主权行使的限制——以〈反不正当竞争法(修订草案送审稿)〉为研究样本》,载《中国政法大学学报》2017年第2期,第138页。

[13] 李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2006年版,第14页。

[14] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印刷馆2016年版,第12页。

五个阶段,即目的意思、效果意思、表示意思、行为意思、表示行为。主观要件,包括了目的意思和效果意思。^[15]因此,就会由于行为主体间关系的差异,对“形似的不兼容”行为的主观意图得出不同的结论。

综上,“不兼容”可以理解为技术概念,亦可为事实问题;而“恶意”则可以被认知为“法律概念”,亦可为法律问题。通过“动与静”的差异化分析和综合判断,最终做出同时符合法律逻辑与社会常识的判定结论,这也是法律工匠司法能力精细化的体现,更加强调对该条款适用时基于个案情况的具体判定,不宜仅凭“表征”上的“雷同”得出结论上的“相同”评价。

三、“恶意不兼容”条款的判定路径

(一) 经济运行特点对判定路径的影响

“恶意不兼容”条款本身的规定形式较为简练,若在具体认定时仅以字面文义作为判定依据,极易造成“形而上”的结论偏差。因此,在确定判断思维模型时,为能更加符合《反不正当竞争法》框架下的本意,可以从“网络”专条整体体例的解读与认知上,对“恶意不兼容”条款做出“体系化”的解释,实现修法过程中设置的真正价值目标,进而确保判定思路的可检验性。

同时,对该条款进行理解时,为避免与现实的经济运行及发展“背道而驰”情形的出现,应当将该市场场景下特有的经济运行特点作为判定思路的背景因素予以考量。当今互联网场景下竞争形态历经“大浪淘沙”,已经从过去相关市场内的具有直接或间接替代关系的产品与产品、服务与服务之间的竞争,演变为对“市场”本身的竞争,该特点将会对此领域诸多新型竞争行为的产生以及相应的法律分析带来深远影响。关于就本文所要探究的“恶意不兼容”条款而言,主要关注以下两方面的特点:

第一,互联网“资源共享、开放互通”的特点。“我国互联网的发展如果追溯起来,可以从20世纪90年代开始,那时多是通过一条64K的国际专线,进入国际互联网。”^[16]因此,如果没有“国际专线”的“互联互通”,我国的互联网发展雏形就不会产生。网络海量资源与信息的共享机制改变了过去通过“管道式”点对点特定的信息传播形式,打破了时空地域的界限,实现了信息的高速传递,不仅改变了我们的生活,也影响了市场竞争的方式与结构。因此,该特点不容忽视。

第二,互联网经济竞争要素的特点。互联网与数字经济密不可分,在一定程度上二者具有高度重合性,故对数字经济的认知也将有助于对互联网经济竞争要素的判断。2016年9月,杭州G20峰会通过了《二十国集团数字经济发展与合作倡议》,首次将“数字经济”列为创新增长蓝图的一项重要议题。依据该倡议,数字经济是指以使用数字化的知识和信息作为关键生产要素、以现代信息网络作为重要载体、以信息通信技术的有效使用作为效率提升和经济结构化的重要推动力的一系列经济活动。^[17]经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development,简称“OECD”)发布的《数字经济》调研报告指出:“数字经济的竞争具有‘赢家通吃’、网络效应、双边市场、快速创新以及高水平投资等特点。”^[18]因此,对于“恶意不兼容”条款的诸多适用规则考量,应当回到具体的经济运行场景进行分析与判断。在当今我国,乃至世界的互联网经济竞争中,应当重点关注“流量的分配”“数据的分享”以及“渠道与产品的关系”,以上内容将会影响对“不兼容”竞争行为可责性的判断。

[15] “目的意思是指民事行为具体内容的意思要素,它是意思表示据以成立的基础;效果意思是指当事人欲使其目的意思发生法律效力的意思要素;表示意思,是指表示意思行为人认识其行为具有某种法律上的意思;行为意思,是指行为人自觉地从事某项行为的意思。……表示行为是指行为人将其内在目的意思和效果意思以一定方式表现于外部,为行为相对人所了解的行为要素。”王利明:《法律行为制度的若干问题探讨》,载《中国法学》2003年第5期,第79页。

[16] 陶钧:《涉网络不正当竞争纠纷的回顾与展望(二)》,载北京法院网2015年9月15日,http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2015/09/id/1706957.shtml。

[17] 参见韩伟:《迈向智能时代的反垄断法演化》,法律出版社2019年版,第1页。

[18] OECD于2012年发布该报告。同上注,第2—3页。

（二）“一般条款”对判定路径的影响

“网络”专条是随着互联网技术的不断发展，结合互联网领域的竞争行为所呈现出的新特点，对新型不正当竞争行为问题做出的类型化规定。该条款有助于互联网企业明晰界定其实施的竞争行为是否正当的边界，有助于司法机关对类型化案件进一步统一裁判标准和尺度，同时也可以避免《反不正当竞争法》第2条被过宽、过度使用。

然而，不容否定的是，“网络”专条正是通过司法实践多年的经验积累，在涉及互联网不正当竞争行为适用“一般条款”的基础上所进行的概括与提炼——二者具有割舍不断的内在联系。因此，在对“网络”专条项下“恶意不兼容”条款的判定路径界定时，可以参考“一般条款”认定的既有路径，至少不应违背《反不正当竞争法》第2条的内在价值。

（三）“网络”专条设置体系对判定路径的影响

纵观“网络”专条的设置体系及价值功能，可以进行如下分析：第1款属于宣示性规定，体现网络不是“法外之地”；第2款属于概括性规定，通过示例性的方式，细化了利用技术手段所实施的三种不正当竞争行为，但第2款前三项均是对司法实践中以往典型案例裁判思路和结论的总结与提炼，具有很强的针对性。目前互联网领域的商业模式及技术手段日新月异，相关市场竞争主体可能会在经营活动中“按图索骥”式地调整竞争模式，通过改头换面，使其采取的不正当竞争行为的表现形式难以被纳入“网络”专条第2款前三项的规制范围内。故而，“网络”专条中为此还增加了兜底性条款的规定，避免在司法及行政执法过程中对不正当竞争行为的规制向《反不正当竞争法》第2条的逃逸。

特别需要注意的是，“恶意不兼容”条款是“网络”专条第2款概括性规定的一种具体情形，在对具体判定路径进行概括时，既要遵循概括性规定的基本认知，又要兼顾到具体情形自身的特殊性，实现“网络”专条整体的协调性。因此，就需要对“网络”专条第2款概括性规定的判定路径有大体认知，为此可以关注以下三方面的内容：

第一，“影响用户的选择和其他方式”的判定。也即，被诉网络产品或者服务在运营过程中，是否通过误导、欺骗、强迫等方式，使网络用户违背其“消费偏好”（即内心的真实意愿）而选择了相关产品或者服务。通过不当行为干涉消费者的自主选择，进而架空竞争结果的实质决定者，会破坏竞争秩序中的消费偏好对竞争效果的影响，极大影响市场其他经营者参与竞争的可能性，增加参与成本，进而造成社会总体经营成本的上升，不利于社会总福祉的增加。

第二，“妨碍与破坏”的判定。在此应当注意在2017年公布的《反不正当竞争法》修订草案中，曾经将行为表述为“干扰”，而最终是以“妨碍与破坏”替代了“干扰”。修订用语的改变体现了对于网络环境下竞争行为后果严重性的考量，因为有竞争则必然对既有利益的分配产生影响，不能据此来认定行为的违法性，否则将构成对市场经营者的想象力与改善市场效果的内生动力的不当限制。

第三，行为结果损害的判定。具体而言，妨碍、破坏的是他人产品的“正常运行”，这里所称的正常运行应当包括和覆盖产品或服务的安装、设置、升级以及相关功能正常、稳定的运转、实现等各个方面，尤其是可以通过比较行为发生前后“他人产品”运行的异同来进行判断。

（四）“恶意不兼容”判定路径的确定

“法律归类最大的意义，就在于同类事物可以适用同样的规范”，^[19]而现实的互联网竞争中，“不兼容”情形呈现出多样性，为了能在多样性研究范例中发现内在判定思路的共同性，本文从司法审判与行政执法出发，对适用“恶意不兼容”条款的案例进行梳理与分析。

统计汇总后可以发现，互联网竞争语境下的“不兼容”主要发生在以下五种场景中：1. 产品与直接替代产品之间，例如各款杀毒软件之间的相互“查杀”；2. 产品与平台之间，例如餐饮经营者无法进驻外卖平台；3. 产品与数据之间，例如依托数据分析的经营者无法抓取相关经营者的数据资源；4. 产品与具有关联关系的其他产品之间，例如视频播放软件无法读取视频内容资源；5. 用户供应平台之间，例如相关经营者的运营模式均是以用户交互为基础，通过创建具有自身特质的产品

[19] 见前注[13]，李琛书，第120页。

赢得用户青睐,而彼此拒绝向对方开放渠道端口。虽然前述均为在网络环境下的“不兼容”场景,但是显然彼此间因经营者之间产品与服务的差异性,外在表现形式并不相同。

此时,为能够在上述样本中发现内在判定路径的“共同性”,就要再次回归到“网络”专条第2款中找寻答案。对于“恶意不兼容”条款的理解和适用,不能脱离“网络”专条第2款概括性规定的内容。在“恶意不兼容”整体的判定路径中,可以从“主观意图的显隐之分,即恶意是否足够明显与确定;客观行为的强弱之分,即被控涉案不正当竞争行为的表现形式,是否具有同他人产品明显的对抗性;竞争结果的繁衰之分,即涉案不正当竞争行为对市场竞争秩序的影响程度,包括现在与行为延续的未来影响程度”这三个方面来判定。此外,判断思路中,应区分故意与重大过失、有损损害与普世影响、个体冲突与社会损耗之间的不同内容和关系(具体判定路径如图1所示)。

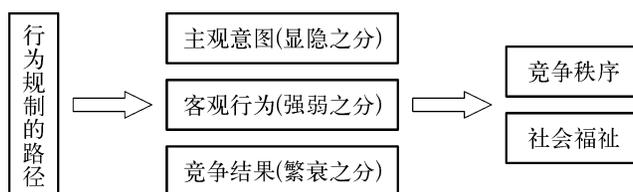


图1

因此,对“恶意不兼容”条款进行判定路径的考量时,应当注重该行为所导致的后果具有严重性的情形,做出有利于竞争秩序建立和社会福祉正向增长的判定结论,避免陷入简单的“权利”保护思维之中,从而避免“绝对保护”所致使的“寒蝉效应”的出现。

四、“恶意不兼容”条款的适用规则及延伸思考

在前文对“恶意不兼容”条款判定路径进行探讨的基础上,如何在司法适用中将“进路”凿实,就是需要应用有效的工具(即具体适用规则)的过程。同时,“恶意不兼容”条款既然是“一般条款”所概括的不正当竞争行为的具体化,则针对“一般条款”以及“网络”专条的抗辩事由亦同样适用于该条款。而且,“恶意不兼容”所展现的具体行为方式,可能与“网络”专条其他条款规定的情形,乃至与《反垄断法》相互关联,这亦可作为对该问题探讨的延伸。

(一)“恶意不兼容”条款的适用规则

恶意不兼容条款对“恶意实施不兼容行为”做出了明确的规定。制定该条的目的在于互联网以互联互通为基础,强调共享、共治、开放、包容。经营者恶意对他人的网络产品或者服务实施不兼容,不仅违反互联网开放、包容的精神,也构成对他人网络产品或者服务的妨碍、破坏,使其不能正常运行,属于不正当竞争行为。^[20]在该条规定中,“恶意”是构成不兼容型不正当竞争行为的要件。这是因为在互联网领域,不同的产品及服务间是否兼容本身属于一个体现“经营自主权”的客观行为。从互联网领域的互联互通的角度,如果将“不兼容”行为认定为不正当行为,将不利于互联网多元化的发展。因此,对“恶意”的界定,是适用本条裁判规则的要点,同时也是判断的难点。

在“网络”专条正式颁布施行之前,司法审判领域对恶意不兼容的不正当竞争行为均是通过适用《反不正当竞争法》第2条“一般条款”予以规制和适用的。从部分典型案例中也可以看到司法对新型互联网竞争行为的判定原则和标准问题进行了诸多有益的尝试,并且许多司法判例也体现了对新兴领域中竞争行为违法性判断的“谦抑性”原则,这也是本文所强调的力图避免的“寒蝉效应”的有力尝试。

最高人民法院在原告腾讯科技(深圳)有限公司等与被告北京奇虎科技有限公司等不正当竞争纠纷案件^[21]中认为:“被诉行为是否构成不正当竞争的关键在于该行为是否违反了诚实信用原

[20] 参见王瑞贺主编:《中华人民共和国反不正当竞争法释义》,中国法制出版社2017年版,第56页。

[21] 参见最高人民法院民事判决书,(2013)民三终字第5号。

则和互联网行业公认的商业道德,并损害了被上诉人的合法权益。”该案为司法实践中就涉及互联网产品不兼容行为性质的认定以及“恶意不兼容”条款的适用提供了有益的参考。

需要注意的是,实践中,不同的互联网公司开发的软件及应用服务分布在互联网生态的不同维度和层次,其需承担的“兼容义务”理应有所不同和区分。例如,互联网公司通常是通过开放的API接口或SDK的方式实现不同软件及程序之间的集成和兼容,但是由于互联网行业中的产品及服务的开发主体不同,且还需考虑到设备不同以及操作系统、软件版本之间存在的巨大差异——部分软件及程序出现运行冲突的情况确实难以避免,因此,不能因市场竞争主体实施了不兼容行为,即一概而论地认定该行为构成不正当竞争,而是需要结合不同的应用场景和具体的案情,综合考量及判断行为是否具有正当性。

通过上述的原因分析,在适用“恶意不兼容”条款时,可以在综合认定以下五个规则的基础上对行为违法性进行判定:

第一,不兼容客观技术效果的对象范围。“不兼容”技术呈现的效果是针对特定竞争对手或者特定产品的,也是针对一般经营者或者一般产品的。应当在一定限度内,允许经营者基于自身产品或者服务的特点,以独立的方式形成于“市”,对于产品或者服务的经营范围以及运行模式给予相应的自主选择权。兼容与否的选择,无论是对该经营者还是对消费者而言,均是一把“双刃剑”。

一方面,“特立独行”的“锁国”模式,固然可以培育出衷心青睐于自身产品的消费者,获得持久的经营回报;但是另一方面,必将会与网络资源的高速流转性、信息的交互性、产品的自由切换性相冲突,降低消费体验与便利,不利于新生消费群体的扩张,特别是丧失了“自带流量”产品为该经营者带来的流量增值。因此,通过分析不兼容对象范围的异同,可以有助于增进对涉诉行为是否具有违法性这一问题的认知。

第二,不兼容主观意图不适用“恶意推定”。诚如上文所述,在适用该条款的“探讨框架”时,既然“义务”本位论缺少必要的立论根基,则应当在“权利”本位论的考量下,严格限定“恶意”的认定标准,特别是对于“恶意推定”的适用应当避免任意性。因为,若从客观技术效果所形成的外在表现进行分析,容易得出不兼容的形式效果,进而推定经营者具有主观恶意,显然就落入了“义务”本位论的规制范式,呈现出论证逻辑上的悖论。故此,对于“恶意”的判定应当尽量根据直接能够证明其主观意图的证据加以判定,限缩“恶意推定”的适用。

例如原告北京金山安全软件有限公司(简称“金山软件公司”)与被告北京三际无限网络科技有限公司(简称“三际无限公司”)、被告北京奇虎科技有限公司(简称“奇虎公司”)不正当竞争纠纷案^[22]中,法院最终能够认定三际无限公司、奇虎公司的行为属于“恶意不兼容”行为的原因在于被诉侵权的阻止安装行为针对金山软件公司的特定产品,而且与此同时实施了破坏金山软件公司的软件、诋毁金山软件公司商誉的行为,主观恶意较为明显。

本案中,法院未针对不兼容行为即推断该行为具有“恶意”,从而认定该行为构成不正当竞争。该行为最终被认定为不正当竞争行为的原因在于被诉侵权人对金山软件公司除了实施不兼容行为外,还进行了具有虚假、误导性的宣传,该行为可能导致竞争对手的商业信誉、商品声誉受到不法侵害,最终不仅侵害了其他经营者的合法权益,亦扰乱了正常的竞争秩序。

第三,不兼容实际技术效果的市场影响。对该方面的认知,应当注重对实施不兼容行为的经营主体在相关市场的份额、市场力量以及市场优势的考量,从是否会足以导致消费者违背自身的消费偏好和内心喜好,而背离自身意愿使用、选择该产品或者服务,以及被迫放弃其他经营者产品或者服务的使用等方面进行考量。

基于互联网经济中“锁定效应”的特点,对于此时消费者移转产品或者服务是否需要付出超出其获取新产品的额外成本的问题,在这里应当特别关注某些产品的“网络效应”。若消费者除要支付额外移转成本,另需考量其他消费者与之的“交互关系”,此时为了维持与其他消费者的联系,必然只能放弃抉择新产品。

[22] 参见北京市第一中级人民法院民事判决书,(2010)一中民初字第10831号。

在具体对市场影响进行判断时,应当重点关注对消费者端所造成的影响。毕竟产品的竞争是依靠品质的优劣由消费者“用脚来投票”,不能将产品竞争结果的成败完全归咎于其他市场经营者的开放程度。只有当消费者不能完全以其“好恶”进行产品抉择时,“上帝方可施以援手”,恢复市场竞争秩序的有序性。

第四,不兼容导致的社会福祉。该方面与前述第三点息息相关,如果被诉不兼容行为导致消费者无从进行选择,市场上如果仅剩一家或者极少经营主体,将会导致消费者选择机会的丧失,降低竞争的效果与竞争效率,进而可能会出现既有的市场份额下,该经营者不会再具有创新与发展的动力,而其他经营者也因无法参与竞争或者因参与竞争成本过高而放弃竞争的现象。上述现象亦将成为分析被诉行为违法性的重要判定因素,当然这其中也涉及与反垄断行为交叉的问题,值得进一步的思考与研究。

“平台主体可以借助自身的技术和商业策略,加固其运营中的合作伙伴与消费者之间的联系,进而获得更高的利润。同时,平台也可以采取其他的手段方法,来限制竞争对手进入市场。”^[23]因此,平台在为了维持其市场力量的情况下,对于具有潜在的或者直接替代性竞争的经营者,会采取拒绝交易的方式使其无法进入平台内,分食其流量。特别是数字经济下的生产资料数据,其是否可以作为“必需设施理论”^[24]中的适用对象,将决定已经拥有庞大数量级的“在位”经营者开放的程度。然而,关于此问题更多是反垄断法的思考,不应将之直接简单套用或移植至《反不正当竞争法》之中。

第五,不兼容是否具有合理事由。虽然行为的客观表现都是“不兼容”,但是被诉侵权行为可能会基于不同的事由所产生,应当给予被诉侵权人抗辩的机会。

例如原告北京奇虎科技有限公司、原告奇智软件(北京)有限公司与被告北京金山安全软件公司、被告珠海金山软件有限公司不正当竞争纠纷案^[25]中,两原告主张两被告陆续采取的不正当竞争行为包括自2009年下半年起两被告公司利用其金山网盾产品恶意阻止两原告的360安全卫士软件的正常运行。法院认为,在被诉侵权人发现存在不兼容情况后于合理时间内采取措施解决了软件冲突的情况下,可以判定该经营者并不具有主观上的恶意,因此该行为不应被认定为不正当竞争行为。

在此案例中,法院确定了“通知+修改”的规则作为被诉主体及时修订自身行为的例外,进而对前述行为的违法性予以否定。也就是说,如果发现不兼容情形,作为不兼容的经营者,在接到其他经营者的投诉后,此时可以认定被诉经营者主观上对不兼容具有“明知”的状态,而继续实施被诉行为的情况下,此时“恶意”就从所谓的“不知”或者所谓的“应知”变化为了“明知”,可以通过上文已经论证的四个要件进行反向判断,从而对被诉行为违法性予以判定。

又如在原告北京金山网络科技有限公司(简称“金山网络公司”)与被告合一信息技术(北京)有限公司(简称“合一公司”)不正当竞争纠纷案中,法院结合案件事实情况及证据,对金山网络公司主张的不兼容行为究竟属于“防御”行为还是“恶意为之”行为的问题展开了评述,法院认定:“优酷网对猎豹浏览器提示不兼容情况,是因猎豹浏览器多次未经合一公司的许可前提下,对优酷网内容及服务进行篡改所致,但前述事件均发生在合一公司在另案中提出金山网络公司通过猎豹浏览器过滤优酷网视频广告等行为的相同时间段,因此合一公司对金山网络公司在实施不正当竞

[23] See George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State of the University of Chicago Booth School of Business, *Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee's Report Draft*, Committee on the Judiciary (May 15, 2019), <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/market-structure-report%20-15-may-2019.pdf>.

[24] “必需设施理论”源自美国判例法,即1912年的U.S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis案,欧盟后将该案所确定的三个构成要件新增了一个要件,四要件为:“1. 必需设施对市场竞争具有必要性;2. 拒绝许可必需设施,将消除下游市场的竞争;3. 拒绝许可没有正当理由;4. 拒绝许可必需设施,将会阻止某种新产品被开发出来。”见前注[17],韩伟书,第118页。

[25] 参见北京市第一中级人民法院民事判决书,(2011)一中民初字第136号。

争行为当时以不兼容措施进行防御并无不妥。此外,本案证据显示,在金山网络公司通过猎豹浏览器过滤优酷网视频广告行为停止的情况下,合一公司未持续对猎豹浏览器的不兼容行为。”^[26]因此,法院最终未支持金山网络公司主张的部分行为构成不正当竞争。

在上述案例中,虽然合一公司对金山网络公司的猎豹浏览器确实存在“不兼容”这一客观行为,但是法院结合案件事实情况及证据,确立了如果被诉侵权人的不兼容行为是出于防御目的的主张成立,在此情况下可以认定被诉不兼容行为不具有违法性的规则。但是还需注意实施的防御行为不应当超出合理的必要限度。

上述两个案件以包容、开放、中立的司法态度接受了因技术等原因所致的“不兼容”情形,并且通过分析主观意图的正当性,确定被诉行为的违法结论,具有借鉴意义。特别是将“通知+修改”作为涉案被告主观意图的判定方式,将归于内心世界不宜确定的主观结论进行客观化的体现,对此类案件的审理与法律的适用具有积极的意义。

此外,关于杀毒软件的不兼容问题,亦应分情况展开具体的分析和讨论。目前互联网技术正在不断发展,安全类软件的功能也已由传统的基础网络安全防护功能,逐渐扩展到对计算机软件进行辅助管理的功能。从保护用户的角度出发,安全类软件对部分存在安全隐患的软件实施不兼容行为是符合安全类软件自身性质的正当行为。但在此过程中,需综合前文关于违法性认定的规则进行综合考量,要区别安全类软件正当的“杀毒”行为和“恶意”不兼容行为。

以上五个方面的适用规则是对不兼容行为是否违法的综合判断过程,不宜以单一要件即得出违法性的结论。

(二) 适用“恶意不兼容”条款的常见抗辩理由

在司法实践中,被诉侵权人通常情况下会从双方不具有竞争关系、技术中立、行业惯例、保护用户个人隐私等角度来抗辩其行为不构成不正当竞争。

第一,关于竞争关系的抗辩。目前在司法实务界,基本已对被诉行为是否构成不正当竞争,不必然以当事人之间存在竞争关系(特别是狭义的竞争关系)为前提达成了共识。目前,无论是互联网服务内容的提供者,还是互联网技术服务的提供者,虽然二者分属于不同行业,所提供的产品和服务亦不相同,但其均是希望通过自身产品或服务的优势来吸引更多注意力,获得更多消费者,从而通过增加用户粘性来提升市场的竞争力,占据市场优势地位。在此过程中,无法避免的是会存在部分互联网企业采取不正当的违法手段获取经营利益的情况。因此,只要经营者在市场经营活动过程中侵害了其他经营者和消费者的合法权益,扰乱了市场正常的竞争秩序,就可以适用《反不正当竞争法》予以调整和规制。在此必须明确的是,尽管竞争关系在涉及网络不正当竞争行为的判断时并非能否适用《反不正当竞争法》的必要条件,但其在判断被诉侵权行为是否构成不正当竞争以及考量损害后果的大小,甚至是判赔数额方面仍具有一定积极意义。

第二,关于技术中立的抗辩。司法实践中,部分被诉侵权人会以技术中立作为行为正当的抗辩理由,甚至主张裁判结果对其行为的最终定性会影响某一技术,甚至是某一行业的发展和存活。需要明确的是,技术本身是中立的,这一点毋庸置疑,但法律规制的并不是技术本身,而是违反法律规定实施的应用某项技术侵害他人合法权益的行为。具体到不兼容行为,在判断该行为是否具有正当性时,法律体系评价的并不是能够实现兼容的技术手段是否违法,而是判断通过技术实现的不兼容行为本身是否具有正当性,以及其通过技术手段实施的不兼容行为是否侵害了其他经营者的合法权益,是否扰乱了正常的市场竞争秩序。即该中立性应当是指为达到不兼容的效果而采用的具体技术手段,而不是指使用该技术手段最终达到不兼容效果的行为。需明确的是,如果不兼容行为确因目前的技术手段和方法无法达到让两个不同产品或服务实现兼容,这可能与经营者是否存在“恶意”及限制竞争的主观意愿无关,此种情形下不能以此来简单地认定为该不兼容行为

[26] 参见北京市海淀区人民法院民事判决书,(2013)海民初字第17359号。

构成不正当竞争。

第三,关于行业惯例的抗辩。行业惯例是指特定行业中经过长期业务活动而形成的一些通用习惯规则。但行业惯例的适用必须从法律的层面进行判断,即审核该行业惯例是否违反法律规定、是否会侵害经营者及消费者的合法权益,以及是否符合社会总福祉。在原告腾讯科技(深圳)有限公司等与被告北京奇虎科技有限公司等不正当竞争纠纷案件中,最高人民法院对行业惯例及互联网自律公约是否可以作为认定被诉行为构成不正当竞争的参考依据的问题进行了评述:“在经营活动中,相关行业协会或者自律组织为规范特定领域的竞争行为和维护竞争秩序,有时会结合其行业特点和竞争需求,在总结归纳其行业内竞争现象的基础上,以自律公约等形式制定行业内的从业规范,以约束行业内的企业行为或者为其提供行为指引。这些行业性规范常常反映和体现了行业内的公认商业道德和行为标准,可以成为人民法院发现和认定行业惯常行为标准和公认商业道德的重要渊源之一。”^[27]但是在具体案件的审理过程中,如果行业惯例作为法院裁判案件时认定事实的依据,其前提应为该行为目前没有法律的具体规定可以适用,且不能与法律的强制性规定和社会总福祉发生冲突。而且并非所有的行业惯例都能够作为认定其符合公认商业道德的渊源,其适用必须要从法律的层面进行判断。

第四,关于不兼容行为与用户个人隐私保护之间的关系。部分经营者在“不兼容”的不正当竞争纠纷案中抗辩称,如果其对其他经营者的产品实施了兼容,可能会存在泄漏用户个人隐私的风险。不可否认,在目前大数据时代的背景下,数据俨然已经成为各大互联网公司争先抢夺的竞争资源。但是数据的利用确实也给用户的个人信息问题带来了挑战。在对“不兼容”行为是否具有正当性进行判断时,需结合产品的特性和个案的具体情况,综合前文所述的五个适用规则标准来评判被诉侵权行为是否构成不正当竞争。

(三)“恶意不兼容”条款适用的问题延伸

关于“恶意不兼容”条款的认知除就其自身适用规则的研究外,对该条款与“网络”专条中其他条款的适用关系,尤其是第2款第2项和第3项的适用关系,以及《反不正当竞争法》与《反垄断法》第17条滥用市场支配地位行为的协调问题,均可作为对“恶意不兼容”适用问题研究的延伸分析。

1. “恶意不兼容”条款与“网络”专条第2项第2款的适用关系

“网络”专条第2款第2项规定的“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载他人合法提供的网络产品或者服务”,其中的“强迫”与“恶意不兼容”中用户被迫放弃其他经营者的产品情形,应当如何进行认定。此时,是否存在法条适用的竞合还是想象的竞合;可否以第2项规定的情形作为第3项“恶意不兼容”的实施手段和实施过程的必然方式进行考量,将决定是以一种不正当竞争行为进行规制,还是同时适用两个条款进行规制。若适用单一“网络”不正当竞争行为进行规制,在选择适用第3项“恶意不兼容”条款时,能否以手段的牵连方式或者损害后果的严重性的吸收方式,将第2项所谓的强迫消费者进行修改、关闭和卸载归于“恶意不兼容”进行一并认定,都是值得详尽研究的问题。

2. “恶意不兼容”条款与《反垄断法》第17条滥用市场支配地位行为的适用关系

“自由竞争(完全竞争)与垄断之间还存在不完全竞争的中间状态,反不正当竞争法与反垄断法的完全切割更多反映了自由竞争与垄断的二分市场思维,但是现实中的市场竞争恰恰是不完全竞争。”^[28]正如“3Q大战”案件中,最高人民法院认为:“现有证据不足以认定腾讯公司具有市场支配地位,且腾讯实施的产品不兼容行为并未导致排除或者限制竞争的明显效果,因此不构成《反垄

[27] 见前注[21]。

[28] 孔祥俊:《继承基础上的创新——新修订反不正当竞争法解读》,载《中国市场监管研究》2017年第12期,第20页。

断法》所禁止的限制交易行为。”^[29]该行为虽然最终未被认定构成滥用市场支配地位中的限制交易行为,但该行为是否可能符合恶意不兼容条款的构成要件,以及最终能否被认定为限制竞争的不兼容行为,也是值得思考的问题。《反垄断法》亦可对互联网领域不兼容行为实现有效规制,甚至是对维护整个互联网市场的公平、自由竞争均有较大的现实意义。

因此,应区分该情形在适用《反不正当竞争法》予以调整规制时与《反垄断法》第 17 条滥用市场支配地位行为的差异与边界,同时协调好《反不正当竞争法》与《反垄断法》的适用关系问题。

五、结 语

伴随着大数据、人工智能、5G、区块链等技术的高速发展,互联网领域的竞争呈现了更为复杂的态势。新增的“恶意不兼容”条款对规制互联网不兼容问题,乃至维护整个互联网的市场竞争秩序,都具有积极的作用。然而,在新兴领域中,适用该条款判断竞争行为是否具有违法性时,还是应当充分遵循“谦抑性”的基本原则,避免“寒蝉效应”的发生,影响经营者参与竞争的积极性,准确把握该条款的判定标准和适用规则,协调好自由与公平、创新与规制的关系。

Abstract The “Malicious Incompatibility” subclause was added into Clause 12 of the Anti-Unfair Competition Law of the People’s Republic of China newly amended in 2017, responding to the increasing competition disputes arising out of or in connection with the compatibility issues of products or services in the Internet market. The applicability to the compatibility issues has been directly provided for by such Malicious Incompatibility subclause from subjective and objective perspectives. However, in judicial practices, it is still highly controversial in terms of how to identify the attributes of such frequent “competition” behaviors under the logic of *Anti-Unfair Competition Law* and determine the rules applicable for reasonable judgment, which are also directly connected with the accuracy of the legal applicability to such issues. This paper, within the vision and framework of *Anti-Unfair Competition Law*, using the analogy of “chilling effect”, carries out the analysis from the aspects of discussion framework, determination pathway, rule determination, and application extension, etc. On this basis, this paper defines the applicable rules for Malicious Incompatibility subclause in terms of the scope of the objects on which the objectively technical effects of incompatibility produce, the circumstances under which the application of subjective intentions of incompatibility is excluded from the presumption of malice, the market impacts of the actual technical effect of incompatibility, the relationship between incompatibility and the changes on the social welfare, and the reasonable-cause defense of incompatibility, with the purpose of contributing to the development and improvement of the regulatory pathways for incompatibility issues in the Internet field.

Keywords Internet Field, Malicious Incompatibility, Technological Means, Operational Autonomy, Competition Order

(责任编辑:徐彦冰)

[29] 参见最高人民法院民事判决书,(2013)民三终字第 4 号。