

【经济法学】

网络恶意不兼容的法律构造与规制逻辑

——基于《反不正当竞争法》互联网专条的展开

孔祥俊

【摘要】互联网专条中的“恶意不兼容”，具有经济现象的描述性、内涵外延的伸缩性和边界的模糊性，与反垄断法和电子商务法的相关法条形成交叠，涉及反不正当竞争法与反垄断法不同的调整定位和规制逻辑。“恶意不兼容”由主客观要素所构造，但具有规范文本的不完全性和语义学上的判断余地。“恶意”由“故意+恶性”构成，“恶性”应基于市场竞争的本性，以是否具有正当竞争利益为判断核心。“不兼容”具有网络语境下的特殊含义，但又有类型化和行为涵摄上的不确定等难题。与反垄断法的规制逻辑不同，反不正当竞争法意义上的“网络不兼容”，以竞争自由和正当竞争为原则，以“恶意不兼容”为例外。对于“恶意不兼容”所涉及的法条竞合问题，应基于原则、政策与规则的差序关系，根据竞争法理念和适用规则，区分优位性吸收、有限补充与排斥等不同选项，以此厘清竞合性法条的选择适用。

【关键词】互联网专条；恶意；不兼容；二选一；法条竞合

【作者简介】孔祥俊(1965-)，男，山东菏泽人，法学博士，上海交通大学讲席教授、博士生导师，凯原法学院院长，知识产权与竞争法研究院院长(上海 200030)。

【原文出处】《现代法学》(重庆)，2021.5.124~144

【基金项目】国家社科基金重大项目“数字网络空间的知识产权治理体系研究”(19ZDA164)。

网络环境下的兼容和不兼容，本质上属于开放与封闭的选择问题。无论是在国内还是国外，互联网平台为维护平台秩序和用户利益，往往通过平台协议选择开放或者封闭，以构建符合自身需求的平台生态环境。我国互联网底层创新相对缺乏，互联网平台同质化严重，导致应用层面的市场竞争异常激烈，以至于“屏蔽”“封禁”“封杀”“封锁”“二选一”等涉网络不兼容现象持续成为我国互联网产业竞争的讨论热点。鉴于此，本文主要讨论《反不正当竞争法》中的“恶意不兼容”规制问题，兼及其他法律相关规定的关联性适用。

一、“恶意不兼容”的规范结构

2017年修订的《反不正当竞争法》增设第12条，对网络不正当竞争行为作出专门规定，此即网络不正当竞争的专门条款，俗称“互联网专条”^①。互联网

专条对网络不正当竞争行为作出列举加概括的规定，该条第2款前三项列举了三种类型化的网络不正当竞争行为，其中第3项规定了“恶意不兼容”行为，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”。该条第2款前两项规定的两类行为2具有更强的确定性，其明显来源于对此前特定案例的归纳提炼，对行为特征的表述具有封闭性和准确性，适用对象和适用条件明确，相较而言，恶意不兼容条款在行为特征表述上相对模糊，适用范围具有不确定性。

“恶意不兼容”条款自《反不正当竞争法(修订草案)》(2017年2月22日全国人大常委会第二十六次审议)首次写入互联网专条^③后，即未再变动。从该条款的规定及其规范语境(上下文)来看，可以对其规范结构作如下分析：

(一) 构成“恶意不兼容”的背景因素

根据《反不正当竞争法》第12条第2款“序言”的规定,“恶意不兼容”是经营者“利用技术手段”,“通过影响用户选择或者其他方式”,实施的一种“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”。据此,“利用技术手段”“通过影响用户选择或者其他方式”及“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”,均属于界定和解释某一行为是否构成“恶意不兼容”的背景因素。

(二) “恶意不兼容”行为的构成

对于“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”,法条规定的构成要素为:(1)恶意;(2)针对的是“其他经营者合法提供的网络产品或者服务”;(3)“不兼容”。第二项要素显然易于判断,因而第一、三项要素成为判断的核心。“恶意”是主观因素,“不兼容”是客观因素或行为特征。

结合《反不正当竞争法》第12条第2款“序言”的规定,“恶意不兼容”是经营者“利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式”,“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”。其中,“利用技术手段”是为了表达和彰显互联网不正当竞争行为的独特性,立法者的本意是将其作为与其他不正当竞争行为的区别性特征。^④但是,这一规定实际上未必能够十分准确地达到此目的,因为在法律适用中通常不需要特别关注和考量“技术手段”。“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”,本身就是“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”的一种具体形式,通常也就不再需要单独判断是否“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”。

尽管如此,《反不正当竞争法》第12条第2款“序言”的规定仍构成恶意不兼容条款的体系基础和解释背景,界定了其基本调整方向,构成其体系解释的有机组成部分。

二、“恶意”的构成和判断

(一) “恶意”的事实与价值二重性

“恶意”是一种主观状态和主观定性。^⑤“恶意”既是一种主观要件,也是事实要件,体现的是主观性

事实。同时,“恶意”还是一种评价性要件,体现是非标准和价值取向。“恶意不兼容”规定中的“恶意”兼有两重属性,但以价值性为主导。或者说,“恶意”由“故意”和“主观上的恶性”所构成。故意属于事实范畴,即希望或者放任不兼容行为发生的主观状态,性质上属于中性的事实。“主观上的恶性”则是对故意的进一步评价和限定,即除具有故意外,还具有不正当的主观意图或者目的,而这属于价值评价的范畴。当然,不正当性的评价仍需要基于一定的事实。

就互联网专条中的“恶意不兼容”而言,由于不兼容本身未必不正当,但以一个确切的词语限定其禁止范围并非易事,于是立法者选定了“恶意”这一带有主观性和评价性的限定词。“恶意”自带否定性色彩,且有足够灵活的解释余地,以其限定此类行为确实比较保险。但是,究竟如何界定和具体认定“恶意”,立法者在当时亦未必有清晰认识,大概率只是想选择一个大而化之,且又不会出差错的词语完成条文的表达。至于将来如何界定和认定,就交由执行者去解决。这种解读既符合立法的惯常逻辑,也不悖立法与司法的分工。既然立法者对“恶意”未作明确的预想,那么对其解读无非是既要考察“恶意”的一般法律含义,又要结合网络不正当竞争的特殊之处,在一般与特殊相结合的基础上求得妥当的解释。鉴于此,有必要先探讨“恶意”的一般界定,然后再寻求其特殊含义。

(二) “恶意”的一般界定

大体上,“恶意”的界定有两种情形:一种仅指故意,即为故意的同义词,如民法上恶意串通中的“恶意”^⑥,达到故意即可;另一种则指除“故意”外,还有进一步的恶性。恶意“指知道某种事实,是善意的对称,不是道德上所谓恶的意思。但作为例外来说,也有指有侵害他人的意思的场合”^⑦。就涉及恶意的法条结构而言,相关行为的界定为“主观要素+客观行为”,其中主观要素为故意即可。

通常而言,“恶意”是一种否定性或者负面性的主观状态和意图。按照《布莱克法律词典》的界定,恶意是“善意”的反义词,它并不简单的是坏的判断或者过失,而是指出于不诚实目的或者道德不正当(moral obliquity),而有意做不当之事(the conscious

doing of a wrong)。^⑧恶意还经常被与不诚实联系起来,以“不诚实(dishonesty)为特征”,^⑨是“用于描述行为不诚实者心理状态的一个术语,即其明知缺乏权利,或者相反,不相信他的行为具有合法正当性”。

民法和知识产权法对“恶意”有不同的理解和界定,有些属于理论上的界定分歧,有些则是由于法条语境的差异所导致。例如,2013年修订的《商标法》增加了一倍以上三倍以下惩罚性损害赔偿的规定,2019年修订为“一倍以上五倍以下”,在此,“恶意”和“情节严重”被作为确定惩罚性赔偿的要素。为“显著提高侵犯知识产权的违法成本,把法律的威慑作用充分发挥出来”^⑩,《民法典》第1185条^⑪虽未采用“恶意”的表达,但以“故意”作为主观因素,加上“情节严重”要素。此后,新修订的《专利法》《著作权法》均采取如此表达,具体体现在2020年修订的《专利法》第71条第1款^⑫以及2020年修订的《著作权法》第54条第1款^⑬。上述法律规定经历了由“恶意”到“故意”的转变,但立法者显然并无改变惩罚性损害赔偿主观要件含义的意图,“恶意”与后来的“故意”并无实质性差别,即《商标法》第71条第1款的“恶意”本来也是作故意理解,法律惩罚的是故意实施情节严重的侵权行为,不再额外要求主观上的恶性。^⑭换言之,故意实施情节严重的侵权行为,足以引发惩罚性赔偿,无须再以额外的主观恶性限缩其适用范围。^⑮

但是,在《商标法》中其他使用“恶意”的场合,其解读则可能超出了故意的范畴。例如,根据《商标法》第45条的规定,已经注册的商标,“对恶意注册的,驰名商标所有人不受五年的时间限制”。该“恶意注册”在故意的基础上另有主观上的恶性要求。该规定源于《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》),有关权威性解读认为,《巴黎公约》规定的恶意具有两因素或者两个要件,不仅要求知道,而且要有侵占商誉的意图。如原保护知识产权联合国际局(世界知识产权组织的前身)局长博登浩森在《保护工业产权巴黎公约指南》中对《巴黎公约》中有关恶意抢注驰名商标的规定作出了如下解读:“在申请注册或使用和驰名商标相抵触(冲突)的商标的人知悉有驰名商标,并且可能是有意从驰名商标和他所注册或使用的商标之间可能的混淆获得利益,则通

常就有恶意存在。”^⑯

综上,“恶意”总体上具有两种基本含义,在具体法条中可能有不同的界定和解读,确定其具体含义的关键在于分析“恶意”条款的相关语境和相关行为的法律特性。总之,“恶意不兼容”中的“恶意”,要根据法条语境及反不正当竞争法的特质进行界定。

(三)“恶意不兼容”中“恶意”构成的两要素

就法律规定的语境和行为本身的性质而言,“恶意不兼容”中的“恶意”不应当与“故意”画等号。首先,“恶意”包含故意,故意是“恶意”的首要含义,无故意即无“恶意”。其次,“恶意”还包括故意以外的恶性,即反不正当竞争法意义上的可谴责性。当然,这种恶性不是世俗道德(日常生活道德)意义上的善恶中的“恶”,而是竞争法(反不正当竞争法)意义上的非正当性或者可谴责性。例如,非为正当竞争目的或者正当竞争利益,专为损害他人利益而实施不兼容行为,就具有恶意。再次,故意和恶性构成“恶意”中的事实要素和价值评价因素。因此,“恶意”是指“故意+恶性(意图或者目的的不正当性)”。之所以将“恶意不兼容”中的“恶意”界定为故意+恶性,而不是将其等同于故意,至少有以下三个核心原因:

首先,这是竞争法理念的必然产物。无论是反垄断法还是反不正当竞争法,都是以维护竞争自由为根本原则,以禁止特定竞争行为为例外,法律未禁止的竞争活动则属于自由竞争的空间。但是,两者的定位和理念各不相同,反垄断法之所以有市场支配地位的要求,是因为具有市场支配地位的经营者负有更大的责任,其竞争自由应受到必要的限制。换言之,竞争行为的反竞争性与其特定主体相关联,一些行为并不必然有反竞争性,只是因为由特定的具有市场支配地位的企业实施才具有了反竞争性。非支配企业实施同样的行为,反而属于正当的竞争行为。^⑰而反不正当竞争法只是禁止特定范围内的市场竞争行为,且以维护商业伦理为目标,原则上允许经营者自由竞争。两部法律在调整上应保持必要的和足够的间隔性空间,以便容纳更多更充分的竞争自由,而不是进行密不透风的递进式调整。就网络产品或者服务的兼容而言,无论是兼容还是不兼容,原则上都属于竞争自由的范畴,法律只是在特殊条

件下和特定范围内禁止不兼容行为。兼容和不兼容通常都是故意实施的,如果将故意作为禁止不兼容的判断标准,显然会使禁止的范围太宽,有悖竞争自由原则。因此,有必要以“恶意”对不兼容的禁止范围进行限定。

其次,这是由市场竞争的损害中性决定的。市场竞争具有独特的损害观,即市场竞争是一种“损人利己”的行为,竞争与损害相伴而生。一般而言,市场竞争产生的损害也即竞争性损害是中性的,不具有是非色彩,即竞争行为的损害或者说竞争行为给其他竞争者造成损害是常态,损害本身通常不属于评价竞争行为正当性的倾向性要件,只有特定的损害才是判定不正当竞争的考量因素。^⑩

例如,美国《反不正当竞争法重述(第三版)》第1条(一般原则)^⑪对不正当竞争行为采取“负面清单”或者“负面列表”的立法模式,行为人仅需对其实施的清单内的行为所造成的损害承担责任。这种竞争性损害观念派生于自由竞争原则,且竞争性损害还被归结为竞争“特权”。^⑫在美国法院的判例中,这种竞争性损害的观念是被普遍接受的竞争法理念。如在 *Roton Barrier, Inc. v. Stanley Works* 案^⑬中,美国联邦巡回上诉法院认为,如果出于竞争,即使竞争的行为具有进攻性(*aggressive*)和残酷性(*ruthless*),也并非是不正当行为(*not improper conduct*)。在 *Composite Marine Propellers, Inc. v. Van Der Woude* 案中,美国联邦第七巡回上诉法院指出,就其本性而言,竞争“是残酷的(*ruthless*)、无原则的(*unprinciples*)、无情的(*uncharitable*)和不宽恕的(*unforgiving*)。这对于社会有益。”这些属性决定了竞争必然损害其他经营者。类似地,市场竞争的损害中性观念在英国也获得了广泛的认同。^⑭

我国司法实践同样承认竞争性损害的正当性。例如,在迪火公司诉三快公司不正当竞争案中,迪火公司在诉讼请求中称,三快公司“非法侵入”其运营的二维火智能收银一体机系统,“劫持”该系统和商户的第三方支付流量,构成不正当竞争。但该请求未获支持,法院认为,“竞争的天性决定有竞争必有损害,但不是有损害就必然是不正当竞争”,“不正当竞争行为的成立需考虑市场竞争秩序是否受到破

坏,或其他经营者或消费者的合法权益是否受到侵害”。“在迪火公司(二维火)与三快公司(美团小白盒)提供的产品与服务之间,消费者(即商铺经营者)可以自由作出选择。”“从长远来看,通过竞争,也敦促迪火公司和三快公司分别进一步优化自身提供的产品和服务,以更加贴合消费者的需求”,“本案中三快公司与迪火公司之间的竞争使得消费者的选择更加丰富,消费者利益并未受到损害”。^⑮在 *马顺仙与玫琳凯公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案*中,法院认为,“市场竞争是在市场引导下动态进行的,因竞争产生竞争性损害是市场经济的常态,创新更多地来自经营者技术或商业模式之间的激烈竞争,竞争者在市场竞争中需要容忍适度的干扰和损害,实现消费者福利最大化,以此实现公共利益。”“在市场竞争过程中,经营者不负有维护其他经营者商业模式的义务,不同的商业主体为了争夺商业机会势必会产生摩擦和损害,从而影响到其他竞争者的利益,故不能因为经营者商业模式受到影响或利益受损就推断竞争行为具有非正当性。需运用比例原则,权衡经营者、消费者和其他市场竞争者的利益后对经营者竞争利益受损进行正确认定。同时,基于商业机会的开放性和不确定性,只有当竞争对手不遵循诚实信用原则和违反公认的商业道德,通过不正当手段攫取他人可以合理预期获得的商业机会时,才为反不正当竞争法所禁止。”^⑯在 *网易与多益著作权侵权及不正当竞争案*中,法院认为,竞争自由是一项最基本的竞争政策,市场竞争中的相互争夺性损害是被允许的和常态的,对于竞争行为的干预是例外。而《反不正当竞争法》一般条款的适用,更应当秉持谦抑的司法态度,对竞争行为坚持有限干预和司法克制理念,严格把握一般条款的适用条件,以避免不适当干预而阻碍市场的自由竞争。“造成损害是不正当竞争构成中的基本要素,无损害即无不正当性。市场竞争是一种争夺市场资源、抢夺商业机会的行为,市场竞争行为具有天然的对抗性,必然会导致某一方市场参与主体交易机会的丧失和利益受损。但构成不正当竞争的市场损害不是简单的竞争优势、商业机会等竞争利益的损害,而必须是与反不正当竞争法的立法目的相协调,构成竞争性损害,特

别是构成对于市场竞争机制的损害。”^⑤正是由于竞争性损害的中性,即便是故意实施不兼容并给第三方造成损害,也并不当然具有不正当性,也即故意不兼容不属于一概禁止的范围,因而需要以“恶意”作为限制性的主观要素。

最后,这是基于商业伦理的特殊考量。在世俗道德意义上,损人利己为应受到道德谴责和非难的“恶”或者“恶性”。但是,“恶意不兼容”中的“恶性”不是世俗意义上的“恶”,而是商业伦理意义上的“恶性”。反不正当竞争法上的“损人利己”是常态,这也是市场竞争的特殊商业伦理的产物,而商业伦理是竞争性损害正当性的伦理支撑。

诚实信用和商业道德是不正当竞争行为的核心判断标准。例如,在山东食品公司与马达庆不正当竞争案中,最高人民法院认为,对于竞争行为的正当性,应以其是否违反了诚实信用原则和公认的商业道德作为基本判断标准。“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。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。”“公认的商业道德需要根据特定商业领域和个案情形具体确定,特定行业的一般实践、行为后果、交易双方的主观状态和交易相对人的自愿选择等都可能成为考虑因素。”^⑥在网络环境下,兼容与不兼容均属于网络市场竞争的常态,故意不兼容虽然会损人或者损人利己,但符合网络市场竞争的基本逻辑和商业伦理,不悖于诚实信用和商业道德,因而不具有不正当性。只有特殊的网络不兼容才有悖正当性,应当对其作出否定性评价,其构成违背商业伦理的“恶意”。因此,是否具有正当竞争利益是衡量不兼容是否符合商业伦理的判断标准,不具有正当竞争利益的不兼容有悖于商业伦理,构成“恶意”。

总之,由竞争所产生的竞争性损害是市场经济的常态,在例外的情况下才会将一些“过火”的竞争

行为定性为不正当竞争。鉴于竞争性损害的普遍性,且竞争是有意为之,以故意作为“恶意不兼容”行为的构成要素,会使得此类行为的涵盖范围太宽,不符合市场竞争的天性和反不正当竞争法的本意,故应额外要求“恶性”以限缩其适用范围,提高其适用门槛。

(四)“恶意”的具体认定

学界和实务界对于不兼容中“恶意”的具体认定进行了初步的探索。例如,有学者认为判断经营者实施不兼容行为是否存在恶意,需要考虑以下四个方面的因素:综合考量各方当事人及消费者利益,以及被控行为对市场竞争秩序所产生的影响,看是否符合比例原则;实施不兼容行为者是否于合理时间内采取措施解决了不兼容情形;实施不兼容行为是否出于防御(自力救济)目的;实施不兼容行为是否偏离了行为者提供网络产品或服务的技术目的和经营目的。^⑦也有学者认为,“恶意”的认定要考虑不兼容行为的具体属性和行为人及其竞争对手的行为表现,以客观证据来证明行为人存在“恶意”。^⑧可见,“恶意”的判断涉及诸多因素,具有较大的不确定性。但是,如何以确定的方式解决不确定的问题,或者使不确定变得尽可能确定,值得研究和尝试。

“恶意不兼容”中“恶意”的判断,关键是恶性的判断。恶性是指意图或者目的的不正当性,即主观意图和目的具有反不正当竞争法意义上的可谴责性或者反秩序性。经营者是否具有正当竞争利益,是认定行为人是否具有“恶意”的核心要素。其具体认定可以考虑如下因素:

1. 不兼容的行为与“恶意”不具有当然的推论关系

基于市场竞争的本性,兼容与不兼容都是网络经营者基于趋利避害以及成本与收益比较之后的自由选择,通常不应当且不需要由法律干预和强制。比如,平台的开放策略可以吸引第三方开发者入驻,向用户提供丰富多样的服务,从而增加用户体验。因此,越来越多的互联网平台选择开放平台模式,向第三方提供接口,供其为平台用户开发产品和应用,以打造平台、用户及第三方合作共赢的平台生态。根据相关报道显示,彼此相互封闭系统多年的腾讯

与阿里甚至也极有可能于最近陆续将自己的平台系统开放给对方使用,^⑨这是竞争自由和市场机制的作用。因此,不兼容原则上是被允许的,大多数不兼容行为具有正当性,其与恶意之间不具有盖然性的推论关系。不兼容只是一个客观中立的事实,“恶意”则是另外的独立的主观事实,主观事实虽然需要客观事实的支撑,但却不能从不兼容的行为中推论而出。

例如,有学者在关于互联网专条的规范性文件建议稿中写道:“经营者不得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。由于技术、安全等合理原因,经营者为了满足兼容要付出不合理的代价和成本的除外。”这种观点显然存在逻辑问题,即将正当的不兼容作为一种除外情形,且认为其与禁止恶意不兼容不具有逻辑上的对应关系。也即,如果将正当的不兼容行为限定为“经营者为了满足兼容要付出不合理的代价和成本”的情形,并作为恶意不兼容的例外,就会使得恶意不兼容的范围过于宽泛,也使得正当不兼容的范围过于狭窄。不兼容是上位概念,且原则上具有正当性;恶意不兼容是下位概念,是例外。因此,恶意与不兼容相互独立,没有推论关系。

再如,在奇虎诉百度案中,北京市高级人民法院判决认为,基于互联网领域公平、开放、共享和促进信息自由交流的原则,在百度使用 robots 协议允许国内外主流搜索引擎抓取内容的情况下,其针对性和歧视性地对 360 搜索引擎采取阻断及阻断后的跳转行为,客观上增加或者维持了百度的市场优势,减少了 360 搜索引擎的市场优势并使其无法正常增长,构成不正当竞争。^⑩在 360 诉百度案中,一审法院认为,出于获取更多浏览量及潜在用户的考虑,绝大多数网站不会使用 robots 协议禁止通用搜索引擎抓取内容,反而希望能够更快地被搜索出来并被展示于搜索结果前列(由此促成竞价排名等商业模式),百度公司限制 360 搜索引擎抓取内容的行为,有悖于主流做法和 robots 协议的初衷。而且,百度搜索引擎在市场份额上占据绝对优势,360 搜索引擎的市场份额较小,百度公司限制其搜索引擎抓取内容,客观上增加了自己的市场优势地位,从而导致 360 搜索引擎

的用户满意度降低,损害其合法权益。据此,以设置 robots 协议的方式限制通用搜索引擎抓取内容应当具有合理、正当的理由,如涉及的受访信息为内部和敏感信息或出于维护受访网站正常运行及维护公共利益等目的,否则就构成不正当竞争。百度公司的限制抓取行为没有正当理由,因而构成不正当竞争。^⑪二审法院认为,涉案被诉行为是否构成不正当竞争,可以综合参考信息网络行业惯例、从业规范、自律公约及技术规范等因素,以是否违反特定行业普遍认同的经济人伦理标准进行判断。《互联网搜索引擎服务自律公约》要求限制搜索引擎抓取需符合行业公认的合理的正当理由,百度公司针对通用搜索引擎采取限制抓取措施应当具有合理、正当的理由,不能针对特定对象采取歧视性措施。百度公司的限制抓取没有正当理由,构成不正当竞争。^⑫在上述案件中,限制搜索引擎的抓取属于网络不兼容的范畴。通常而言,是否允许搜索引擎抓取内容属于网络经营者的选择自由,且 robots 协议只是一种中立的限制抓取工具,不具有当然的价值评判性。事实上,绝大多数网站允许搜索引擎进行内容抓取,本身就是基于赚取流量和获取潜在用户市场利益的考量,显然不能以此作为认定拒绝抓取行为具有不正当性的判断依据。因此,通常情况下,拒绝抓取不需要正当理由,因拒绝抓取而导致相关经营者竞争优势的此消彼长,也属于竞争性损害的范畴。但是,对于拒绝通用性搜索引擎的抓取,上述判决却采取了以构成不正当竞争为原则,以有正当理由为例外的态度,这与常规的网络不兼容正当性的判断逻辑不符。不过,其实质性判断依据则是被限制搜索引擎的通用性特征、自律公约和行业惯例的特殊要求,实质上是针对通用性搜索引擎的特殊性而采取了特别的政策。也即,此类判断标准是基于行业和被限制对象的特殊性而采取的政策,并非持原则上否定拒绝抓取的态度。而且,此种原则与例外的判断方式类似于反垄断法中滥用市场支配地位的违法性判断,但其深层次的具体判断依据实不相同。

2.“恶性”主要是意图或者目的的不正当性

“恶性”必然不具有谋求正当竞争利益的意图和目的。在民事诉讼中,鉴于不兼容的正当性是原则,

不正当性属于例外,应由原告承担实施不兼容行为的意图或者目的的不正当性的举证责任。原告完成相应的举证责任之后,举证责任转换给被告,被告可以提出实施不兼容行为的正当理由。

例如,在美国贸易委员会(以下简称FTC)及46个州诉Facebook反垄断案中,FTC指控Facebook对第三方开发商提供了API(应用程序接口),允许它们接入并使用自己的部分功能和数据,但拒绝对竞争对手开放API,并且禁止第三方利用Facebook的API去推广竞争对手的产品。哥伦比亚特区联邦法院未支持该项指控,认为Facebook的行为在任何层面上都没有违法嫌疑。法官指出,即使Facebook的确是一个垄断者,它仍然有权参与市场竞争,它没有任何义务帮助竞争对手。如果竞争对手开发了一个与Facebook功能类似的APP,而Facebook愿意对它开放数据,无疑会大大加快这个APP的成长,可是Facebook为什么要这样做呢?FTC在起诉状中称,内容社交平台Path的用户增速一度很快,可是一旦Facebook禁止它使用自己的API(主要是账户登录和寻找好友功能),增速就一下子掉到了零。对于这个“证据”,法官评论道:任何公司不都会做出这样的决定吗?哪怕Facebook是垄断者,它就不能保护自己的核心地位吗?^③按照该判决,为保护自身的核心竞争利益而实施软件不兼容排斥竞争对手具有正当性。

反不正当竞争法中的网络不兼容亦是同样的道理。互联网平台毕竟是私人产品,是否开放平台是平台的经营自主权,不是法定义务,如在微博诉脉脉案中,法院承认网络平台对其API接入具有控制权,即平台有权阻止他人使用其API接口或者不对其开放API接口。^④我国存在特定大型互联网平台之间的相互不兼容,当拒绝兼容的互联网平台有需要保护的正当利益时,就不构成恶意不兼容。比如,当被拒绝的互联网平台进入拒绝兼容的平台可能会损害其可保护的竞争利益时,如破坏平台生态系统、显著增加平台运行成本、降低用户体验等,平台为保护正当利益进行的不兼容就不具有不正当性。再如,平台禁止竞争对手利用自己的平台获取流量,是对自己正当竞争利益的保护,由此给竞争对手造成损害

的,不构成“恶意”。通常情况下,互联网平台没有向他人开放的义务,只要有可资维护的正当利益,就可以对他人网络产品和服务的接入予以拒绝或者限制,此时并不构成恶意不兼容。只有具有市场支配地位的平台没有正当理由限制或者禁止他人接入,才可能为反垄断法所禁止。非为保护正当竞争利益,而主要以损害他人正当利益为目的实施不兼容,才可能构成反不正当竞争法所禁止的恶意不兼容。

3. 是否有正当竞争利益是衡量目的和意图正当性的核心标准

目的和意图是主观的,而竞争利益是客观的。主观的要素有客观的呈现方式,需要依据客观的要素进行判断,客观因素是确保“恶意”认定标准可操作的保障。不正当意图和目的通常根据是否缺乏正当的竞争利益进行判断,因此,不是为追求或者保护正当竞争利益,而是专以损害他人正当竞争利益为目的的,即可以认定为具有“恶意”。易言之,经营者本来具有自由竞争的权利(竞争特权),但若行使该权利不是为了追求正当的竞争利益,而主要是为了损害他人的正当竞争利益,则可以认定其具有“恶意”。这类类似于民法上规定的权利滥用。^⑤这类情形的范围应当非常狭窄,而不是非常宽泛。

认定不兼容中的“恶意”,可以从多个方面考量行为人是否具有正当竞争利益。例如,不兼容是否背离了经营者提供网络产品或服务的技术目的和经营目的;是否出于正当的防御目的;是否针对他人提供的违法或者不正当的网络产品或者服务,如针对他人非法收集信息;是否损害社会公共利益、有违公序良俗。^⑥

4. 考量与反垄断法精神的协调性

反垄断法以维护竞争自由为目的,而适当限制具有支配地位(市场势力)的经营者的竞争自由。反垄断法与反不正当竞争法的调整之间应当具有较大的自由竞争的间隔空间,即可以纳入反垄断法调整范围的行为,因行为人不具有市场支配地位而不予禁止的,原则上属于自由竞争的范畴,即便再依据反不正当竞争法认定为不正当竞争,通常也不宜再将是否具有市场势力作为认定“恶意不兼容”的考量因素。而且,需要严格限定其构成要件,压缩反不正当

竞争中“恶意不兼容”的范围,以更好地保持自由竞争的空间。

5.“恶性”与诚实信用原则和商业道德

以是否具有正当竞争利益为“恶意”的判断标准,是诚实信用原则和商业道德在禁止“恶意不兼容”行为中的具体化。如立法者所说,经营者是否具有“恶意”,可以从经营者实施的不兼容行为是否符合诚实信用原则和商业道德等要求进行综合考量。^⑤诚实信用原则和商业道德毕竟都是抽象的原则和标准,在具体情况下需要落实为可操作的标准。以是否具有正当竞争利益来衡量行为人是否具有恶意,就是判断“恶意不兼容”的具体操作标准,换言之,为保护正当竞争利益实施的不兼容,即使损害其他经营者,也不违反商业道德和诚实信用原则,不具有“恶意”。

市场竞争的商业伦理不同于追求政治价值的政治伦理以及日常生活的世俗道德(日常生活道德)。市场竞争和经营活动具有更高的自由度,商业伦理也更为宽松;而非经营性领域可能追求特别的价值和权益,对互联网企业的行为有更多更强的约束。比如,为保护表达自由和公众日常生活利益,可以对网络平台的不兼容有特别的限制和要求,但市场竞争中的“不兼容”则更多考量成本收益和市场效率等价值,应由市场主体自由决策或由市场自主调节。维护公平竞争建立于商业伦理之上,“恶性”需要根据商业伦理进行判断。

当然,商业伦理又与行业惯例密切相关。违反行业惯例经常被解读为违反商业道德。如在360诉百度案中,法院认为,《互联网搜索引擎服务自律公约》要求限制搜索引擎抓取需符合行业公认合理的正当理由,使用robots协议限制抓取有相应的行业惯例,360搜索引擎属于通用搜索引擎,而百度搜索引擎在市场份额上占据绝对优势,在百度使用robots协议允许国内外主流搜索引擎抓取内容的情况下,针对性地对360搜索引擎采取阻断及阻断后的跳转行为,违反诚实信用和商业道德,构成不正当竞争。^⑥在此,行业惯例的要求和被限制搜索引擎的通用性等因素,成为法院判断是否构成不正当竞争的核心依据。

6. 抵消能力和平台转换难易的考量

大平台之间不兼容的正当性判断,应当考虑相互之间的抵消能力。借鉴反垄断经济学上的抵消力量理论^⑦,大平台之间的不兼容有利于加剧平台之间的竞争,且因被拒绝兼容的平台自身具有巨大的流量,故不至于因被拒绝而陷于极为不利的竞争地位。况且,大平台都有庞大的消费者群体,相互之间的依赖性不强,消费者在不同平台之间的转换比较便利,转换成本低,相互不兼容不会实质性影响消费者利益。消费者转换平台的便利性,或许又是另一种意义上的互联网兼容,也是更广范围内的竞争性互联互通。如果网络平台的消费者在不同平台之间的转换本来是便利的,为什么要强制要求平台内的兼容?无论是从市场竞争机制、竞争生态还是消费者利益的角度进行考虑,大平台之间的不兼容通常都有利于促进竞争。因此,此类不兼容更适宜被认定为不具有不正当性。但是,如果经营者具有市场支配地位,其实施不兼容就需要另行严格限制,因为此时缺乏平台转换的充分替代性。这恰恰与反不正当竞争法限制“恶意不兼容”的前提和基础不同,两者形成鲜明的对比。

三、“兼容”和“不兼容”的行为构成

(一)“兼容”和“不兼容”的一般界定

“兼容”和“不兼容”的提法直接来源于互联网经济活动,“不兼容”显然与“屏蔽”“封禁”“封杀”“封锁”“二选一”等日常用语具有重叠、交叉或者关联关系。互联网专条采用“兼容”和“不兼容”的表述,则是将描述互联网特定经济活动的术语法律化,上升为法律语言,但其界定首先应当考虑经济活动的实际情况,即经济活动中的认识和情形。而且,随着技术和经济的发展变化,“兼容”和“不兼容”的范围和方式必然随之变化。

前些年的网络不兼容更多涉及单纯的网络产品和服务,而随着平台经济的发展,网络不兼容又涉及复杂的平台生态系统。国内外的主流互联网平台通过各类服务协议,处理其与竞品及相关方的关系,维护平台系统。涉及平台不兼容的做法主要有如下情形:(1)屏蔽爬虫,即禁止搜索引擎等第三方的网络爬虫抓取平台内容,包括页面、网页、图文等。

如2008年淘宝在robots协议中屏蔽百度蜘蛛,禁止其抓取网页信息,淘宝认为此次屏蔽的主要是用户、成交记录等敏感信息。^④国外的互联网平台经常禁止搜索引擎等第三方抓取网页内容。例如,“Twitter服务条款”规定,访问或使用服务时,非经Twitter提供的当前可用的已发布界面(并且仅根据适用的条款和条件),不得以任何方式(自动或其他方式)访问、搜索或尝试访问其网页内容,除非在与Twitter的单独协议中被特别允许这样做。^⑤再如,根据Linked In用户协议,未经Linked In同意,禁止直接或通过第三方(如搜索引擎)复制、使用、披露或分发从服务中获得的任何信息。^⑥(2)开放或不开放平台选择权的行使,包括禁止第三方与平台直接竞争。即使平台选择开放,也并非必须向任何第三方开放。对于不遵守平台开放协议的第三方,平台可以予以拒绝或屏蔽。例如,平台协议约定平台上的第三方开发者不得与平台直接竞争,不得复制平台的核心功能、外观,不得分流平台用户等,^⑦否则将对恶意开发者予以拒绝或屏蔽。(3)拒绝非法内容和不良内容。国内外互联网平台的服务协议、平台规则等一般都会对平台内容提出要求,并对非法内容和不良内容采取删除、屏蔽等措施。

网络环境下的不兼容,无非是对网络产品或者服务实施的屏蔽、封禁、拒绝等排斥性行为。“不兼容”的描述源于并反映网络生活,对其界定不能脱离网络生活,应根据法律调整需求进行再加工和再过滤。

(二)“兼容”和“不兼容”的法律含义

大体上说,互联网领域兼容和不兼容的用语和规范肇始于经济生活,后来被行业协会规范和部门规章所接受,再后来由互联网专条加以规定。《反不正当竞争法》互联网专条中的“恶意不兼容”条款,与此前的行业自律公约和部门规章的规定具有直接的渊源关系。中国互联网协会2011年8月1日发布的《互联网终端软件服务行业自律公约》第17条规定了终端软件的恶意排斥,即“恶意排斥是指某款终端软件在设计、安装、运行过程中无正当理由故意给其他合法终端软件设置障碍,妨碍用户安装或者使用其他合法终端软件”,该“恶意排斥”显然是“恶意不兼

容”的前身。法律规范意义上的“恶意不兼容”规定首见于部门规章,即《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》^⑧第5条关于“互联网信息服务提供者不得实施下列侵犯其他互联网信息服务提供者合法权益的行为”的规定,其第3项规定即为“恶意对其他互联网信息服务提供者的服务或者产品实施不兼容”。该规定中“恶意不兼容”和“不兼容”的措辞和规定,^⑨是互联网专条“恶意不兼容”规定的直接由来。而且,“不兼容”的提法与2010年“3Q大战”涉及的“二选一”等软件排斥行为有关,该案曾引起各方对网络不兼容的空前关注,也提升了对规制不兼容行为的重视程度。了解网络“不兼容”的来源和规制背景,显然有利于准确把握其含义。

“不兼容”是一个描述性和开放性很强的术语,具有规范文本的不完全性和模糊性,存在“语义学上的判断余地”^⑩,对其界定应当紧密结合网络社会实际和发展需要。

首先,应区分核心含义与边缘含义。“不兼容”的核心含义是清晰的,边缘含义不清晰则难以避免,其界定应视情况而定。法律用语的不确定性并不必然是其缺点,在不确定的同时,又带来了调整的灵活性和涵盖力。就目前的互联网发展现状而言,兼容的基本含义是互联网平台允许其他经营者进行产品或者服务的接入或者交易。相反,不兼容则是互联网平台拒绝其他经营者进行产品或服务的接入,即拒绝与交易相对人进行网络产品和服务的接入或者交易,包括有选择地阻断、屏蔽信息流通和网络链接等。核心范围内的“不兼容”属于其典型情形,如互联网平台竞争中封禁链接、封闭API接口等行为属于典型的“不兼容”。但此类不兼容是否正当,则是另一个问题。

鉴于“不兼容”含义的宽泛性,实践中完全可以视法律调整的需求进行灵活把握。比如,“屏蔽”“封禁”“封杀”“封锁”“二选一”等现象大多可以归入不兼容的范围。互联网服务通常以相关软件作为支撑平台或者服务的载体,网络产品或者服务的不兼容通常表现为软件之间的不兼容和冲突,如终端软件拒绝其他终端软件在其设计、安装和运行过程中接入其平台或者系统。一家大型即时通讯平台对另一

家大型电子商务平台在即时通讯平台上的展示方式进行一定的限制,不一定构成不兼容,更可能构成差别待遇,但若对不兼容作宽泛理解,也并非不可以将其纳入其中。

其次,应注意法条之间的体系界限。《反不正当竞争法》互联网专条列举的各类不正当竞争行为,本身就形成各自的边界及对其他行为的限制。比如,对于互联网专条规定的“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”,关闭、卸载其他经营者的网络产品或者服务,未必不可以为“不兼容”的语义所包括,但因另有单独的规定,其自然应被排除于“不兼容”的范围之外。而且,同一部法律之内也存在法条之间的特别规定与一般规定的适用关系,已为特别规定包含的选项,优先于一般规定适用。“不兼容”一词有很大的开放性,凡是能够被纳入“不兼容”文义范围的行为,应尽可能不再援引《反不正当竞争法》互联网专条的兜底规定及一般条款(第2条)的规定,以此确保对号入座的穷尽性、准确性和法律适用的确定性。

再次,围绕立法目的确定“不兼容”的含义和边界。“不兼容”条款主要以维护“互联网开放、包容的精神”为根本目的,^④对其边界的界定要符合立法宗旨。当然,“开放、包容”作为一种总体上的精神是正确的,但落实到具体情形,网络的开放和包容又受到种种限制,仍需要具体分析,不应简单地将这种原则性精神作为判断行为正当性的标准。

(三)平台“二选一”与“恶意不兼容”

近年来,互联网平台“二选一”问题一直是社会关注和官方治理的热点。^⑤网络平台“二选一”是一种独家排他性交易行为,即只能选择其指定的平台进行交易,不能同时选择其他平台,是对平台经营者实施要求平台内经营者不得在其他竞争性平台经营等不合理限制行为的概括性说法。^⑥从其特征看,“二选一”式的排他性交易符合不兼容的特征,至少与不兼容有交叉或者类似之处,因不接受排他条件而被排除的网络产品或者服务,也可以被认为是不被兼容的网络产品或者服务。因此,此类“二选一”至少属于广义的对其他经营者提供的网络产品或者服务实施“不兼容”行为。而且,无论是在前述规章

还是在互联网专条中,“不兼容”的词源与“3Q大战”涉及的“二选一”式的软件排斥有关。关于互联网平台实施的“二选一”行为在法律上究竟应如何归类 and 定性,目前已出现了《反不正当竞争法》《反垄断法》和《电子商务法》均有调整或者交叠调整的局面。

首先,以《反垄断法》调整“二选一”行为,看似已成为规制此类行为的主要渠道,“二选一”可能构成滥用市场支配地位限定交易的行为。例如,腾讯禁止用户使用360软件,即属于“二选一”的情形。^⑦2020年以来,随着强化反垄断的顶层推进,互联网平台“二选一”成为反垄断的重要规制目标。例如,国家市场监督管理总局对阿里巴巴实施的“二选一”垄断行为进行行政处罚,^⑧上海市市场监督管理局查处食派士公司对平台内合作餐厅商户实施的“二选一”行为。^⑨《反垄断法》禁止经营者滥用市场支配地位,没有正当理由限定交易相对人只能与其进行交易或只能与其指定的经营者进行交易。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第15条将经营者“要求平台内经营者在竞争性平台间进行二选一,或者限定交易相对人与其进行独家交易的其他行为”,作为“限定交易”的一类行为。^⑩

其次,以《反不正当竞争法》互联网专条和《电子商务法》第35条进行调整。例如,对于美团在外卖平台领域实施的“二选一”行为,有关法院依据《反不正当竞争法》第12条,判决美团构成不正当竞争。^⑪外卖平台由于二选一问题(即要求商家只能入驻一家平台,不能跟其他平台合作)被多个地方的市场监督管理机构依据《反不正当竞争法》或者《电子商务法》进行处罚。^⑫当然,这些判决和行政处罚决定有时亦援引互联网专条“不兼容”条款以外的其他款项。^⑬

综上,“二选一”性质上属于网络不兼容行为,但可以同时落入多部法律的调整范围,并可以按照不同的法律进行评价和定性,因而同一客观行为具有了不同的法律属性,由此导致法条竞合,这必然使得法律适用关系复杂化。如果没有不同法律之间适用的优位关系,必然直接导致法律适用的门槛标准和行为违法性构成有重大差异,使得同类问题不能得到同等对待,最终导致法律选择适用的任意化,损害相关的立法政策和法律的调整效果。例如,依据反

垄断法的理念,对于具有市场支配地位的企业,其行为为有更多的约束。也即,垄断行为的构成以具有市场支配地位为条件,因此“二选一”构成垄断行为的门槛相对较高,相应地,留给竞争自由的空间较大。而《反不正当竞争法》互联网专条和《电子商务法》第35条的适用门槛相对较低且标准相对模糊,如果两者对于“二选一”构成竞争性而不是排斥性适用,必然严重压缩自由竞争的空间。可见,厘清这些规定的覆盖范围和适用关系将直接关系到竞争自由的范围。

四、法律规制中三部法律的吸收、补充与排斥关系

(一)三部法律在调整恶意不兼容上的交叠性

“二选一”等网络不兼容的法律调整之所以涉及多部法律,出现事实上的竞合性和适用上的任意选择性,根本原因在于同样的行为被纳入不同的法律调整,而相关法律规定边界模糊且高度概括,在解释上难免交叉重合。具体而言,《反不正当竞争法》第12条第2款第3项规定的恶意不兼容行为,《反垄断法》第17条第1款第4项规定的限定交易行为,^⑤以及《电子商务法》第35条规定的对交易等进行的不合理限制行为,^⑥存在文义解释和适用范围上的交叉。^⑦对他人提供的网络产品或者服务实施“不兼容”,限定他人“只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”,以及对交易等“进行不合理限制或者附加不合理条件”,可以看做是对同类行为在不同法律语境下的不同界定、表达和定性,并未改变行为的本质。对进入网络平台的网络产品或者服务实施“二选一”,在《反不正当竞争法》上可以构成对被排斥网络产品或者服务的“不兼容”,在《反垄断法》上构成“限定交易”,在《电子商务法》上则构成“不合理限制”。正是由于法律规范在语义上的交叉,导致实践中出现针对同样的行为以不同的法律路径加以处理的问题。

仅从既有的法律状态看,这些法律之间的重合交叉的确带来了如上问题和担忧。但是,法律适用具有较大的裁量性和选择性,在法律既定的情况下,执法者应当运用必要的智慧和办法,使法律适用恰当化,实现良好的法律效果。上述担忧和问题,恰恰可以通过法律适用予以弥补和解决。但是,对于《反

不正当竞争法》《反垄断法》和《电子商务法》交叉重合的领域,显然不应任由当事人和执法者任意选择适用,而是需要建立相互之间的适用秩序。

(二)三部法律的冲突性竞合与非冲突性竞合

对于如何处理三者之间的适用关系,学者进行了探索。例如,有学者认为,可以基于特定行为的损害性大小确定法律适用,即尽管从理论上,反垄断法与反不正当竞争法都可调整不兼容行为,但特定的不兼容行为要么构成垄断,要么构成不正当竞争,两种定性不应同时存在,两部法律也不应同时适用。实践中,应当基于不兼容行为的损害大小来确定法律适用:严重损害竞争秩序的不兼容行为可以被认定为垄断;对于竞争损害尚未达到垄断程度的不兼容行为,则可以适用《反不正当竞争法》第12条的“互联网专款”。^⑧

需要注意的是,反垄断法与反不正当竞争法不是简单的轻重关系,也不是简单的吸收排斥和自由选择的关系,二者立足于不同的适用基础,涉及不同的调整理念以及适用规则。解决这些法律之间的适用关系,首先应当确定其竞合的具体属性。而且,厘清这些法律之间的适用关系不能靠感觉,必须遵循一定的法理和规则,实现法秩序的协调。“恶意不兼容”可以同时落入三部法律的调整范围,产生了法律调整的竞合,同时,还可以进一步区分是冲突性竞合还是非冲突性竞合。前者是指调整同一行为的法律之间具有相互排斥性,不能同时并用;后者是指不同法律虽然调整相同的行为,但因调整目的和功能的差异,可以并用和互补。当然,由于法律竞合的复杂性,还可能存在一些介于两者之间的中间状态或者模糊情形。在“恶意不兼容”行为的调整上,《反不正当竞争法》第12条、《反垄断法》第17条和《电子商务法》第35条存在文义上的交叉重叠,需要运用法律方法厘清其适用关系,但法律方法的适用取决于法律精神和立法政策,并需要寻求法条适用背后的实质正当性,据此形成恰当的法律适用秩序。

三部法律涉及“恶意不兼容”的相关规定存在多重交叉关系。首先,要分清三部法律的相关规定是冲突性竞合还是非冲突性竞合。就“恶意不兼容”涉及的竞争法而言,《反垄断法》与《反不正当竞争法》

所保护的上位法益均为市场竞争秩序,从上位法益保护的相同性层面定性,两者对于“恶意不兼容”的调整可以构成法条竞合,即同一行为触犯的法益为该两种法律所调整。但是,在具体法益保护上,反不正当竞争法保护的法益与反垄断法保护的法益又不相同,且《反垄断法》第17条与《反不正当竞争法》第12条在调整定位和评价标准上也不相同,虽然二者都可以调整“恶意不兼容”行为,但却是基于不同的标准和目的进行评价,因而从“不兼容”触犯的具体法益来看,两者的上述规定又可以构成法条的想象竞合。^④《电子商务法》第22条和第35条分别规定了禁止滥用市场支配地位和禁止不公平交易,因而《反垄断法》第17条与《电子商务法》第35条的关系类似于《反垄断法》第17条与《反不正当竞争法》第12条的关系。因此,《反垄断法》第17条与《反不正当竞争法》第12条和《电子商务法》第35条构成独特的竞合关系,类似于法律聚合,即各自调整同样的行为,但调整的目的和标准各不相同。其次,《反不正当竞争法》第12条与《电子商务法》第35条构成冲突性的法条竞合。就《电子商务法》第35条的法条演化过程及调整对象来看,^⑤它实质上是一个反不正当竞争条款。^⑥因调整对象、评价标准与功能定位相同,《反不正当竞争法》第12条与《电子商务法》第35条构成冲突性竞合。上述法条之间的关系错综复杂,其选择适用固然需要考量法条竞合和想象竞合的适用规则,但更要考虑竞争法的理念和精神。

(三)三部法律吸收、补充与排斥的交织适用关系

三部法律之间特殊的交叠性三角关系,显然不能简单地以一般法与特别法及前法与后法等惯常的冲突法规范确定其适用顺序,^⑦而需要首先基于法律精神和立法政策进行整体把握,再运用法律技术和方法加以解决。具体而言,法律都是由政策(policy)、原则(principles)和规则(rules)三个层次所构成。政策代表着目标,原则有助于落实政策,规则用来执行原则。^⑧法律的适用及法条竞合的处理,同样需要兼顾法律的政策、原则和规则三个层面,首先应基于法律精神、立法政策和适用效果进行深层考量,其次再考量法条竞合的属性,以此选择恰当的适用方法,最终形成恰当的法律适用秩序。总之,解决法条的竞合

性冲突,竞争法的理念、政策和原则是灵魂,方法是工具性路径。

第一,反垄断法与反不正当竞争法之间的优位性吸收、有限补充及反向吸收关系。鉴于《反垄断法》第17条与《反不正当竞争法》第12条存在法条竞合和想象竞合关系,涉及不兼容的法律适用比较复杂,其具体适用可以划分为如下三个基本层次:

首先,反垄断法的优位性。基于竞争法的立法政策和基本理念,《反垄断法》具有优位性。竞争法以维护竞争自由为根本目标,竞争自由是法律调整的基础前提。《反垄断法》是维护竞争自由的基本法,其较高的适用门槛可以防止对竞争自由的过度干预。比如,《反垄断法》只限制具有市场支配地位者的竞争自由,达不到限制门槛的竞争行为原则上都属于自由竞争的领域。未纳入《反垄断法》调整范围内的竞争行为,并不应简单地递进式适用《反不正当竞争法》和《电子商务法》等法律中的不正当竞争条款,后者只是对极为特殊的不公平竞争行为进行规制。易言之,反垄断法与反不正当竞争法之间必须有较大的间隔性竞争自由空间,而不是构成一个高度衔接的和密不透风的法律调整之网。不具有市场支配地位的网络经营者即便实施不兼容行为,通常也难以对竞争产生消极影响。对于不构成垄断的不兼容行为,在认定是否构成不正当竞争时需要节制和谦抑,避免不适当压缩竞争自由的空间。因此,虽然反垄断法与反不正当竞争法有不同的调整依据,但事实上被调整的行为是同一个,是同一行为引发的不同法律评价,很难基于不同的功能和目的加以区分,因而可以考虑反垄断法的优先适用,即通常以反垄断法的判断标准进行判断,属于反垄断法调整范围的行为,应当优先按照反垄断法进行衡量,构成垄断行为的,一般不再适用其他法律进行调整。

其次,反不正当竞争法具有有限的补充色彩。不构成垄断的行为,在价值取向上一般被认为属于竞争自由领域的正当竞争,但确实对市场竞争秩序和消费者利益造成不公平影响的,可以适用反不正当竞争法进行调整。例如,不构成垄断的不兼容行为,通常应留给竞争自由领域,尽可能不再认定为不正当竞争;但仅以损害竞争对手为目的,并无实质性

竞争利益的故意不兼容,可以纳入反不正当竞争法的调整范围。因此,反垄断法的调整具有优位性和吸收性,反不正当竞争法的调整则具有适当的补充性。

再次,反不正当竞争法先行时的有限反向吸收。如果垄断行为与不正当竞争行为相交织,对于同一“恶意不兼容”行为已按照《反不正当竞争法》或者《电子商务法》的有关规定加以处罚,也可以不再另行启动反垄断程序。这可以解读为贯彻一事不再理原则,但更多出于是执法上的便宜和为当事人减负的目的。因为执法机关是专业机关,有识别法律的能力和职责,因识别不当导致的法律后果不应由当事人承受。

需要指出的是,反不正当竞争法与反垄断法的吸收和补充关系,只能发生于其调整的行为产生重合的场合,而不具有普适性。在其他调整领域,两部法律是各行其道的。

第二,《反不正当竞争法》第12条与《电子商务法》第35条是一种排斥性的平行关系。从竞争政策的角度分析,《反不正当竞争法》第12条和《电子商务法》第35条的适用门槛相对较低,如过于宽泛地适用,对于竞争的干预度相对较大。理顺这些法律的适用关系不仅是法律适用的技术问题,更涉及如何不破坏竞争自由以及市场发展的空间。因此,对于“恶意不兼容”行为的调整二者只能选择其一,不能同时并用。从冲突规范的选择适用角度分析,鉴于《反不正当竞争法》互联网专条对于“恶意不兼容”的规定是针对性更强的特别规定,《电子商务法》第35条是更为笼统的规定,而且,就互联网专条与《电子商务法》第35条的交叠领域来看,法律已对“恶意不兼容”行为进行了特别调整,相对于《电子商务法》第35条而言可以构成反不正当竞争意义上的特别规定,依照特别法优于一般法的冲突法规则,优先适用互联网专条更加妥当。因此,针对相同行为,互联网专条与《电子商务法》第35条构成排斥性法条竞合,选择适用其一即排斥适用其他,适用特别规定优于一般规定的规则更为适宜。^⑥

第三,《反垄断法》第17条与《电子商务法》第35条不具有适用上的交叉关系。《电子商务法》第22条和第35条对电子商务领域的反垄断与反不正当竞争

进行分立调整,第35条对应于反不正当竞争,且《反不正当竞争法》互联网专条应优先适用。鉴于此,对于“恶意不兼容”行为,无须依照第35条进行处理,而按照反垄断法与反不正当竞争法的上述法律适用关系进行处理。

综上,三部法律的竞争法条款的适用存在优位性吸收、有限补充与排斥的多重关系。同样的行为构成垄断的,原则上不再纳入反不正当竞争法的适用范围;不构成垄断,但确实符合不正当竞争条件的,可以纳入反不正当竞争法调整范围。基于竞争法立法政策及反垄断法和反不正当竞争法之间的特殊适用关系,“恶意不兼容”之类的不正当竞争行为不再适用《电子商务法》第35条调整。

五、结语

互联互通是互联网的基本理念、基本准则和生命线。网络效应和规模优势与网络的互联互通息息相关。诚如立法者所说,“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。”^⑦但是,互联互通、开放包容毕竟是一种宏观原则和总体精神,具体到市场领域,互联互通应首先基于市场调节,尊重经营者趋利避害及成本与收益比较之后的自主选择。网络环境下的互联互通总体上符合经营者利益,经营者出于逐利的天性,必然在大多数情况下选择广泛的网络兼容。经营者权衡利弊得失之后实施的个别不兼容,同样是自由选择的结果,仍是互联互通的应有之义,总体上也利于促进竞争。法律对于网络恶意不兼容的干预和强制,乃是对市场失灵的补救和替代,应当限定于特定范围内和特定条件下。禁止“恶意不兼容”以“恶意”为限定条件,就是为了抬高干预和限制不兼容行为的门槛。因此,允许网络不兼容是原则,禁止“恶意不兼容”为例外。

《反不正当竞争法》互联网专条规定的“恶意不兼容”是一种由主客观要件构成的网络不正当竞争行为。其中,“恶意”是由“故意+恶性”所构成,“恶性”以是否具有正当竞争利益为标准进行认定。

不兼容具有描述性和不确定性,其核心含义清晰,非核心含义模糊,具有外延和边界的模糊性,可以在具体适用中灵活把握。不兼容行为可以同时落入《反不正当竞争法》互联网专条、《反垄断法》第17条和《电子商务法》第35条的覆盖范围,存在法律规范的竞合性冲突,相关法律的选择适用既需要考虑竞争法的立法政策,又需要考虑法律冲突的解决方法,据此形成吸收、补充与排斥的交织适用关系。

注释:

①“根据互联网领域反不正当竞争的客观需要,增加互联网不正当竞争行为条款,规定经营者不得利用技术手段在互联网领域从事影响用户选择、干扰其他经营者正常经营的行为,并具体规定应予禁止的行为(第十四条)。”参见张茅:《关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉的说明——2017年2月22日在第十二届全国人民代表大会常务委员第二十六次会议上》,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-11/07/content_2031329.htm, 2021年7月14日访问。

②即“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”和“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”。

③国务院法制办公室公开征求意见的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(2016年2月25日)第13条即为互联网专条,但无恶意不兼容的规定。国务院报请全国人大常委会审议的《反不正当竞争法(修订草案)》将《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》第13条修订为第14条,增加恶意不兼容行为,即将第4项修改为“(四)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”。

④国务院法制办公室公开征求意见的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(2016年2月25日)第13条“序言”的表述是“经营者不得利用网络技术或者应用服务实施下列影响用户选择、干扰其他经营者正常经营的行为”,采用的限定词为“不得利用网络技术或者应用服务”。《反不正当竞争法(修订草案)》第14条则限定为“不得利用技术手段”。采用该限定词的原因是,网络领域的不正当竞争行为既有传统不正当竞争行为在网络领域的延伸,又有“网络领域特有的、利用技术手段实施的不正当竞争行为”,前者适用其他相关规定,而后者属于《反不正当竞争法》互联网专条第2款规定的行为,这些行为“不同于传统经济领域内的不正

当竞争行为,属于随着网络技术发展出现的新情况”。参见王瑞贺:《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42-43页。

⑤[英]L.B.科尔森:《朗文法律词典》(第6版),法律出版社2003年版,第36页。

⑥《民法典》第154条规定:“行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

⑦[日]我妻荣:《新法律学词典》,董璠译校,中国政法大学出版社1991年版,第2页。

⑧ MA Henry Cambell Black, Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1979, p.331.

⑨[英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1989年版,第578页。

⑩黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第66-67页。

⑪《民法典》第1185条规定:“故意侵害他人知识产权,情节严重的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”

⑫《专利法》(2020年修订)第71条第1款规定:“对故意侵犯专利权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿。”

⑬《著作权法》(2020年修订)第54条第1款规定:“对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。”

⑭这种理解在司法解释中也有印证。例如,《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》(法释[2021]4号)第1条第2款规定:“本解释所称故意,包括商标法第六十三条第一款和反不正当竞争法第十七条第三款规定的恶意。”

⑮这大概是立法习惯所致。我国立法习惯于单独使用“情节严重”的表述,将“恶意”中的恶性涵盖于“情节严重”之中,“恶意”也就与故意别无二致。美国的惩罚性赔偿习惯于将“故意”与“恶意”并列,在“故意”之外又另外要求“恶意”。如《美国统一商业秘密法》(1979年)、《美国商业秘密保护法》(2016年)以及州商业秘密法均规定,对于“故意(willful)和恶意(malicious)侵占”的情形,可以在不超过补偿性损失两倍的数额内,给予惩罚性赔偿。在 Roton Barrier, Inc. v. Stanley Works 案中,法院认为,“故意”(willful)和“恶意”(malicious)首先包括知道不当行为(badacts),但仅此还不够,还需要证明更多的内容。鉴于侵犯商业秘密大多发生于竞争的背景之下,可以区分为“恶意驱动”(motivation by malice)与“竞争驱动”(motivation by competition)。要获得惩罚性赔偿的支持,必须表明(证明)行为人具有实际恶意(actual malice)。参见 Elizabeth A. Rowe & Sharon K. Sandeen, Trade Secret Law:

Cases and Materials, West Academic Publishing, 2020, p.262-263。

⑬[奥]博登浩森:《保护工业产权巴黎公约指南》,汤宗舜、段瑞林译,中国人民大学出版社2003年版,第61页。

⑭孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第538页。

⑮参见孔祥俊:《论反不正当竞争的基本范式》,载《法学家》2018年第1期,第50-67页;孔祥俊:《反不正当竞争法新原理·原论》,法律出版社2019年版,第198-204页。

⑯该条明文规定,除非符合特别的规定,“凡从事商业或者贸易在商业关系中造成他人损害的,不需要对该损害承担责任”。

⑰即“本条所体现的原则常常被泛称为竞争‘特权’(a ‘privilege’ to compete)……主张因竞争而遭受损害的人必须确定按照本条列举的情形有足以使行为人承担责任的事实”。该规定开篇即申明反不正当竞争法奉行自由竞争原则,维护自由竞争是其基本原则。如其注释所说,“自由从事商业活动以及自由竞争预期客户的惠顾,是自由企业制度的根本前提”。“竞争自由必然意味着损害市场上的其他参与者的商业关系的可能性。”本条旨在开宗明义地“表达促进竞争的根本规则,以确保无论是新的进入者还是已有竞争者均不仅因参与市场的行为所造成的损害而承担责任”。“竞争自由默示一种可以诱使潜在客户与其本人而不与其竞争对手从事交易的权利。本条不仅允许销售商寻求一般性地分走竞争对手的业务,而且允许其分走特定竞争对手的业务。本条适用于因与竞争对手直接竞争所造成的损害,也适用于因行为人为人决定进入或者继续其业务而遭受影响的其他人的损害。因此,行为人为人对于间接竞争对手所受的损害,以及对于行为人的市场活动而给其他人的雇员或者供应商造成的损害不负责任。依据本条以及本重述所承担的责任仅适用于因被认定为不正当(unfair)的特定竞争方式所造成的损害。”参见 Restatement of the Law, Third, Unfair Competition §1, American Law Institute, 1995。

⑱ Roton Barrier, Inc. v. Stanley Works, 79 F.3d 1112, 1120 (Fed. Cir. 1996)。

⑲例如,英国法官 Robin Jacob 的如下说辞被广泛援引:“夺取他人的市场或者客户不构成侵权。无论是市场还是客户都不是原告自己的。……不存在竞争侵权行为。”参见 Hodgkinson Corby Ltd. v. Wards Mobility Services Ltd [1995] F.S.R. 169; Christopher Wadlow, The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation, Sweet & Maxwell, 2011, p.5-6。

⑳杭州迪火科技有限公司与北京三快科技有限公司不正当竞争纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3166号民事判决书。

㉑马顺仙与玫琳凯公司侵害商标权纠纷案,浙江省高级人民法院(2020)浙民终479号民事判决书。

㉒广州网易计算机系统有限公司与广州多益网络股份有限公司、徐波著作权侵权及不正当竞争纠纷案,广州知识产权法院(2018)粤73民初684号民事判决书。

㉓山东省食品进出口公司、山东山孚集团有限公司、山东山孚日水有限公司与青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

㉔刘炼箴:《“恶意不兼容”行为的竞争法规制研究》,载《中国物价》2020年第8期,第41-44页。

㉕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。

㉖《阿里巴巴和腾讯考虑互相开放生态系统》,载中国经济导报网2021年7月15日, <https://www.ceh.com.cn/syzz/1392642.shtml>。

㉗奇虎公司诉百度网讯公司、百度在线公司不正当竞争案,北京市高级人民法院(2013)高民初字第3755号民事判决书。

㉘百度在线网络技术(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,北京市第一中级人民法院(2013)一中民初字第13657号民事判决书。

㉙百度在线网络技术(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(2017)京民终487号民事判决书。

㉚ Federal Trade Commission v. Facebook, Inc., 1:20-cv-03590。

㉛在新浪微博诉脉脉案中,一、二审法院均以违背诚实信用原则和违反公认的商业道德为由,裁判被告擅自抓取微博用户信息的行为构成不正当竞争,并确立了三重授权原则。参见北京微梦创科网络技术有限公司诉北京淘友天下技术有限公司、北京淘友天下科技发展有限公司案,北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第12602号民事判决书;北京知识产权法院(2016)京知民终字第588号民事判决书。

㉜我国《民法典》第132条作出了禁止权利滥用的规定,滥用权利可以作广义解释,既包括没有其他目的而仅为加害他人的权利行使行为,又包括其他违反公序良俗和诚实信用原则行使权利的行为。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第306-309页。如果将网络经营者从事市场竞争的权利(所谓的竞争权)作为一种泛称的权利,则其仅以损害他人为目的的网络不兼容,以及其他违反诚实信用原则和商业道德的不兼容,均可以认定为具有恶意。

③⑥《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第14条第3款规定了平台经济领域经营者可以拒绝交易的正当理由,这些豁免事由是基于经营者具有市场支配地位的前提,其范围相对狭窄。而不正当竞争中的“不兼容”是以经营者竞争自由为前提,不应当采取特定豁免事由的范式,构成正当竞争的情形应居于主导。

③⑦王瑞贺:《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。

③⑧百度在线网络技术(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(2017)京民终487号民事判决书。

③⑨[美]克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普:《创造无界限——促进创新中的自由和竞争》,兰磊译,法律出版社2016年版,第30-31页。

④⑩曹敏洁:《淘宝宣布屏蔽百度搜索自称防卫网络诈骗》,载中国新闻网, <http://www.chinanews.com/it/hlwxw/news/2008/09-09/137335.shtml>。

④⑪ Twitter Terms of Service, Twitter(Aug.19,2021), <http://hf-gga49dbca5e4f0942cbswu0fw6o9p9x6qnw.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/en/tos#update>。

④⑫ User Agreement, LinkedIn(Aug. 11, 2020), http://hf-gga685fe4142c154d41swu0fw6o9p9x6qnw.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/legal/user-agreement?trk=hb_ft_userag。

④⑬例如,《Pinterest 开发者指南》要求开发者不得创建再现Pinterest的核心功能、外观和使用感受的内容,以及会误导他人认为开发者与平台有联系的内容,通常仅能使用API数据帮助用户在Pinterest上取得成功,等等。参见《Pinterest 开发者指南》, <http://hf-gga6c2193b74bf44a6swu0fw6o9p9x6qnw.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/zh-hans/developer-guidelines>;《Facebook 开放平台条款》要求开发者不得构建将分流Facebook用户作为主要目的的应用,不得抄袭Facebook已经提供的核心功能。参见《Facebook 开放平台条款》, <https://developers.facebook.com/policy/>, <https://www.instagram.com/about/legal/terms/api/>;《微博平台公约》第9条规定,微博将专注于微博核心功能、平台基础服务及重点产品(包括但不限于账号、关系、消息流、搜索、支付、广告系统、应用框架、地理位置、相册、微吧、微刊),将不对外部第三方开放。参见《微博平台公约》, <https://open.weibo.com/wiki/>。

④⑭2011年12月7日中华人民共和国工业和信息化部第22次常务会议审议通过(第20号令),自2012年3月15日起施行。

④⑮据笔者所知,2017年《反不正当竞争法》修订过程中,中华人民共和国工业和信息化部是互联网专条的重要设计者。

④⑯[奥]恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第3页。

④⑰王瑞贺:《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。

④⑱例如,2021年4月13日,市场监督管理总局会同中央网信办、税务总局召开互联网平台企业行政指导会,会议指出,强迫实施“二选一”问题尤为突出,这是平台经济领域资本任性、无序扩张的突出反映,是对市场竞争秩序的公然践踏和破坏。强迫实施“二选一”行为限制市场竞争,遏制创新发展,损害平台内经营者和消费者利益,危害极大,必须坚决根治。参见《三部门联合召开互联网平台企业行政指导会》,载《人民日报》2021年4月14日,第2版。再如,“大型互联网平台‘二选一’‘大数据杀熟’‘封禁’为反垄断执法重点”。参见《广东省市场监督管理局关于广东省十三届人大四次会议第1040号代表建议答复的函》(粤市监反垄断函[2021]725号), http://amr.gd.gov.cn/gkmlpt/content/3/3329/post_3329588.html#2966, 2021年8月3日访问。

④⑲《国务院反垄断委员会办公室负责同志就〈国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南〉答记者问》,载国家市场监督管理总局官网, http://hf-gga2f80b83d7b67456fhwu0fw6o9p9x6qnw.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/nsjg/xwxs/202/02/t20210207_325971.html#。

④⑳北京奇虎科技有限公司与腾讯科技(深圳)有限公司等滥用市场支配地位纠纷上诉案,最高人民法院(2013)民三终字第4号民事判决书。

④㉑国家市场监督管理总局国市监处[2021]28号行政处罚决定书。

④㉒上海市市场监督管理局沪市监反垄处[2020]06201901001号行政处罚决定书。

④㉓《指南》明确了构成限定交易行为可以考虑的因素,其中包括平台经营者要求平台内经营者在竞争性平台间进行“二选一”或者其他具有相同效果的行为。同时,《指南》从惩罚性措施和激励性措施两个角度,进一步细化了判断“二选一”等行为是否构成限定交易的标准:平台经营者通过屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制,因对市场竞争和消费者利益产生直接损害,一般可以认定构成限定交易行为;平台经营者通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式实施的限制,如果有证据证明对市场竞争产生明显的排除、限制影响,也可能被认定构成限定交易行为。参见《国务院反垄断委员会办公室负责同志就〈国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南〉答记者问》,载国家市场监督管理总局官网, <http://hf-gga2f80b83d7b67456fhwu0fw6o9p9x6qnw.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/>。

edu.cn/nsjg/xwxsc/202102/t20210207_325971.html#。

④据报道,江苏省淮安市中级人民法院就美团不正当竞争行为作出判决,该案是法院首次适用《反不正当竞争法》第12条认定的外卖领域不正当竞争侵权案件。该民事判决指出,美团淮安分公司利用其优势地位,强制商户“二选一”,主要通过高佣金、缩小配送范围、流量限制等手段强制餐饮商户与美团签署“独家合作”,以一系列不正当手段限制、阻碍大量参与商户与其竞争对手正常交易。参见电子商务研究中心:《因不正当竞争双双败诉美团、饿了么纷争不止不休》,载凤凰新闻2021年4月16日, https://ishare.ifeng.com/c/s/v002-_jcinQ2bykom-_Y-_tm-_6iyeNDaOZGZ37-_tpEmaN86tN8_。

⑤相关案例可参见浙江省温州市中级人民法院(2015)浙温民终字第2244号民事判决书;饿了么“二选一”案,黑龙江省加格达奇区市场监督管理局加市监处[2019]3号行政处罚决定书;美团“二选一”不正当竞争案,四川省通江县市场监督管理局通市监罚字[2019]3037号行政处罚决定书;浦江县五牛网络科技有限公司其他不正当竞争行为案,浙江省浦江县市场监督管理局浦市监案字[2018]151号行政处罚决定书。

⑥例如,2021年2月10日,国家市场监督管理总局依据《反不正当竞争法》第12条第2款第4项和第24条的规定,对唯品会(中国)有限公司实施“二选一”等行为进行处罚。参见国家市场监督管理总局国市监处[2021]3号行政处罚决定书。

⑦即“没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”,甚至还包括该条款规定的拒绝交易行为。

⑧即“电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段,对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件,或者向平台内经营者收取不合理费用”。

⑨实际上交叉调整的条款还不限于这些,比如,《反不正当竞争法》第12条第2款第4项规定的“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”同样与《反垄断法》第17条第2款和《电子商务法》第35条规定的行为有交叉重合。

⑩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。

⑪一个行为侵害两个以上的法益,可以由不同的法律进行调整,但其调整的基础和保护的法益各不相同。也即受保护的法益不具有重合或者交叉关系。

⑫《电子商务法》第35条虽然为公平交易条款,但本质上是禁止不正当竞争,从相关法律的立法史可以看出其形成轨迹。1993年《反不正当竞争法》第12条规定:“经营者销售商

品,不得违背购买者意愿搭售商品或者附加不合理的条件。”国务院法制办公室公开征求意见的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(2016年2月25日)第6条规定了经营者不得滥用相对优势地位的行为,该规定一度引起较大争议。2017年国务院提请审议的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》第11条又恢复到搭售的原规定,即修订为“经营者销售商品,不得违背购买者意愿搭售商品,不得附加其他不合理的条件”。全国人大常委会修订二稿时,刚开始删除该规定,删除的理由是:“有的常委组成人员和地方、部门、企业、单位提出,对搭售行为的规范,应以经营者具有市场支配地位为前提,《反垄断法》对此已经作了明确规定,本法可不必再作重复规定。”但是,《电子商务法》第35条又在很大程度上恢复了《反不正当竞争法》修订过程中争论的滥用相对优势地位的规定,至少有很强的关联性。因此,《电子商务法》第35条实质上是反不正当竞争条款。

⑬从法条语义看,《电子商务法》第35条旨在规范电子商务平台对平台内经营者实施的不公平交易行为。对于该条款与不正当竞争的关系,有不同的解读。例如,有学者认为,电子商务平台经营者和平台内经营者是非竞争关系,不能理解为上下游关系,所以不能归属为不正当竞争,只能理解为平台内经营者不得利用其特殊地位、状态或优势损害平台经营者的利益。参见电子商务法起草组编著:《中华人民共和国电子商务法条文释义》,法律出版社2018年版,第112页。也有学者认为,《电子商务法》第35条与不正当竞争和垄断具有重合性,参见郭峰等编著:《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》,人民法院出版社2018年版,第222页。其实,公平交易与反不正当竞争从来都不是矛盾的,立法过程能够说明这一点。《电子商务法(草案)》(初次审议稿)第四章第二节标题为“市场秩序与公平竞争”,其中第55条“从事电子商务活动,不得有下列不正当竞争行为”的第5项即为“利用服务协议等手段,限制交易、滥收费用或者附加不合理交易条件”。二次审议稿将草案第55条第5项修改为“电子商务平台经营者不得利用服务协议和交易规则等手段,对平台内经营者的交易、交易价格等进行不合理限制或者附加不合理交易条件,或者向平台内经营者收取不合理费用”,并将其作为第30条。见《全国人大常委会关于〈中华人民共和国电子商务法(草案)〉修改情况的汇报》(2017年10月31日)第5条。三次审议稿将第30条修改为,电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段,对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件,或者向平台内经营者收取不合理费用。参见《全国人大宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国电子商务法(草案)〉审议结果的报告》第6

条,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201808/7541e6486e8b414ca4b15fa99d0ecdd0.shtml>, 2021年8月12日访问。此即《电子商务法》第35条的由来。该条款起始于不正当竞争条款,后来屡经修改,但只是在条文内容、表达方式和立法技术上发生改变,并未改变其属性和初衷。即便将其称为公平交易条款,但其核心内容仍是反不正当竞争。而且,我国司法实践对于反不正当竞争法中的竞争关系普遍进行宽泛的理解,不排除将电子商务平台经营者和平台内经营者之间的关系理解为竞争关系。

④例如,《立法法》第92条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定

与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”

⑤[美]莱曼·雷·帕特森、斯坦利·W.林德伯格:《版权的本质:保护使用者权利的法律》,郑重译,法律出版社2015年版,第48页。

⑥《立法法》第92条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”

⑦王瑞贺:《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。

The Legal Structure and Regulatory Logic of Internet Malicious Incompatibility: Based on the Internet Provisions of Anti-unfair Competition Law

Kong Xiangjun

Abstract: The phrase “malicious incompatibility” in the Internet provisions has the following natures: the descriptive of economic phenomena, the flexibility of connotation and extension, and the ambiguity of boundaries, which overlap with the relevant provisions of Anti-Monopoly Law and E-Commerce Law, and in Volve the different adjustment positioning and regulatory logic of Anti-Unfair Competition Law and AntiMonopoly Law. “Malicious incompatibility” consists of subjective and objective elements, however, it also has the incompleteness of the normative text and the judgment room for semantic. “Malicious” consists of “deliberate” and “malignancy”. “Malignancy” should be based on the nature of market competition, and it is based on whether there are legitimate competitive interests as the core of judgment. “Incompatibility” has the special meaning in the context of the Internet, but it also has problems such as typification and uncertainty in behavioral connotation. Different from the regulatory logic of the Anti-Monopoly Law, the “Internet incompatibility” in the sense of Anti-Unfair Competition Law is based on the principles of free and fair competition, with the exception of “malicious incompatibility”. Regarding the overlap issue of “malicious incompatibility”, it should be based on the hierarchy of principles, policies and rules, and in accordance with the legal concept of overlap and applicable rules, to distinguish different options such as preferential absorption, limited supplementation, and exclusion, and hereby, to clarifying the application of overlap of legal provisions.

Key words: internet provisions; malicious; incompatibility; either-or; overlap of legal provisions