

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2021.02.012

网络不当干扰行为的认定标准： 学理与裁判的双重视角

廖建求¹, 陈锦涛²

(1.中国地质大学 公共管理学院 湖北 武汉 430074; 2.广东华商律师事务所 广东 深圳 518048)

摘要:“非公益必要不干扰原则”与主观恶意标准是网络不当干扰行为认定的两种思路。从学理与裁判双重角度视之,“非公益必要不干扰原则”在适用中遭遇了法律依据乏力、要件间逻辑关系颠倒、要素外延不当限缩、竞争政策精神背离等困境。司法实践长期未严格将主观恶意标准作为不正当竞争行为认定的必要条件,个案考量亦是基于经营者合法利益的认知,有违反不正当竞争法的行为法属性及其所保护的法益——公平竞争秩序。因此,在认定中,经营者“明知”应以行为对竞争秩序的损害为主,兼顾行为是否违背商业道德来推断经营者是否具有恶意。

关键词:网络不当干扰行为;非公益必要不干扰原则;主观恶意标准

中图分类号:D922.294

文献标志码:A

文章编号:1672-7835(2021)02-0094-10

“非公益必要不干扰原则”(以下简称公益必要标准)是法院在缺乏明确法律规范指引的情况下,通过总结互联网市场竞争状态、特性和相关司法裁判经验而创立的针对不当干扰类案件的重要裁判准则。在互联网市场竞争泛滥、缺乏明确竞争规则指引的背景下,该原则的诞生一石激起千层浪,引起了强烈的反响。在支持与质疑声中,该原则的内涵和结构逐渐明晰。伴随着《反不正当竞争法》的修订,学术界对反不正当竞争法回归竞争行为规制法属性的呼声越来越大,同时也暴露出了该原则适用中的理论和实践问题。而随着反不正当竞争法定位越来越准确,在逐步划清与知识产权等专有权保护法的相对界限及确立反不正当竞争法维护市场自由公平竞争地位的进程中,主观恶意标准可以起到优化公益必要标准、完善干扰行为正当性判断标准的作用。

一 公益必要标准的理论解构及适用困境

公益必要标准立足于反不正当竞争法的现代化趋势,抓住了反不正当竞争法法益保护的多重性,尤其是在个案中对消费者利益和公共利益的保护予以倾斜保护。在对待市场竞争的态度上,公益必要标准虽鼓励竞争,但认为互联网经营者“在原则上不允许互相干扰”^①,将公共利益和消费者利益保护提到了最高位阶。采用此标准时的裁判要点是,网络经营者提供的产品或服务原则上不允许相互干扰,即使为了保障用户等社会公众利益的需要,网络经营者在没有经过网络用户知情同意且主动选择以及没有经过其他经营者同意的情况下所采取的干扰措施也必须具有必要性与合理性。反之,该种干扰行为应被认定为违背公共利益优先原则及所应当遵循的基本商业道德规范,据此而造成他人正当权益遭到损害,市场正常运行秩序受到破坏的,必然要承担相应的

收稿日期:2020-10-22

基金项目:国家社科基金重点项目(19AFX021)

作者简介:廖建求(1977—),男,湖南安化人,博士,副教授,主要从事资源经济法、竞争法学研究。

^①石必胜:《互联网竞争的非公益必要不干扰原则——兼评百度诉360插标和修改搜索提示词不正当竞争纠纷案》,《电子知识产权》2014年第4期。

法律责任^①。在最高人民法院的再审裁定书^②中提到并引用了这一原则,这无疑是在为该原则提供强力的背书。

(一) 公益必要标准的法理依据

公益必要标准最直接的法律依据是旧《反不正当竞争法》第二条,作为一般性规范条款,既可以成为认定和规制未被《反不正当竞争法》第二章明示禁止的相关行为类型的依据,同时也有助于抽象和概括不正当竞争行为以及构建不正当竞争行为的一般要件。简言之,无论是否属于第二章中的具体行为类型,认定案涉行为性质均应符合该条所确立的基本原则和精神。而法律原则应当由司法者根据时代背景赋予其新内涵,即对互联网市场竞争的各种新形态,应当积极思量网络市场经营活动特性,并基于此对第二条确立的原则进行符合时代精神的解释。例如,北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术(北京)有限公司诉北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司不正当竞争纠纷案二审判决书^③就采用此种逻辑思维解释和适用法律原则。其一,公平竞争原则。基于维护网络市场领域的公平自由竞争,所有参与竞争的网络产品或服务的市场地位原则上等同并禁止以不正当方式获取竞争优势从而打破市场地位平等的行为。其二,和平共处原则。禁止擅自干扰其他网络经营者提供的产品或服务正常运行及对不同网络经营者提供的用户终端产品或服务的共存产生任何干扰,除非已征得其他网络产品或服务经营者同意。其三,自愿选择原则。首先,是否使用相关网络产品或服务,以及选择哪一个网络经营者,是网络用户自愿选择的基本范畴。其次,经网络用户自由选择,在不损害其他经营者正当权益的情形下,允许网络经营者帮助用户修改其他经营者提供的网络产品或服务,甚至作为非实质性侵权的工具。并且,该干扰行为的后果亦不应超出该知情并同意且主动选择的用户个体。其四,公益优先原则。网络经营者从事经营活动不得损害以网络用户为代表的社会公众权益。在特殊情形之下,以保护社会公众利

益之必要,互联网产品或服务提供者可以在没有取得使用者同意且主动选择以及其他竞争者许可时,针对特定情形径直采取干扰措施。如网络安全软件在发现危害用户计算机系统安全时,为了保护用户网络安全,可以主动实施隔离、阻止运行甚至删除等措施对目标程序进行干扰。其五,诚实信用原则。该原则要求网络经营者所采取的干扰手段必要且合理。必要即为特定情形下别无其他选择,合理即为损害程度未超出一定限度。若有其他方式亦可达致保护公共利益之目的,则网络经营者采取的干扰手段为非必要。若干扰手段在保护公共利益之外,仍有其他影响如借机推广自己的同类产品或服务,则超出了限度,实为滥用。

公益必要标准的一个重要特征是突出公共利益保护,将公共利益与消费者利益保护置于经营者利益之上,坚持“公共利益优先于个人利益”原则。这符合了反不正当竞争法的现代化趋势和我国反不正当竞争法的法益保护目标。反不正当竞争法脱胎于侵权法,本属于私法范畴,随着市场经济的纵深发展,现代反不正当竞争法普遍树立了多重保护目标,由过去单一的保护竞争者利益到现代的“三元叠加的目的,亦即保护竞争者、保护消费者和为一般公众利益而保障竞争”^④。公益必要标准凸显了用户选择权和一般公众利益保护,与反不正当竞争法的叠加保护目的相吻合。

自由的相对性和限制性是公益必要标准所遵循的基本精神。首先,该原则在重申网络经营者市场地位平等及公平自由竞争基础上,将自由与平等视为同等含义,强调自由更倾向于用户选择的自由。其次,该原则基于一般法理学之自由理论推导出经营者有免受侵犯的自由竞争权利。同时,法律为自由经营、自由竞争设定了权利边界。在互联网市场竞争中,这一边界则是公共利益,即在市场竞争中一般公众的利益。

公益必要标准基于对自由的理解,进一步强化了网络反不正当竞争案件中的专有权化保护思路,并对一般的专有权侵权思路进行了改造,即取

①北京市高级人民法院:(2013)高民终字第2352号民事判决书。

②最高人民法院:(2014)民申字第873号裁定书。

③北京市高级人民法院:(2013)高民终字第2352号民事判决书。

④孔祥俊:《论反不正当竞争法的现代化》,《比较法研究》2017年第3期。

消了对经营者主观状态要件。该标准认为是否具有恶意,所有干扰行为都应被禁止,除非能够证明干扰行为是基于保护公共利益所必要的。“如若不具有恶意的干扰行为不被禁止,则会引出一系列的延伸难题,如何为恶意?依和平共处原则只要求,应当由实施干扰行为的经营者证明其干扰行为的正当性,而非由原告来主张并承担证明实施干扰行为的经营者存在恶意。故而,以和平共处之原则而言,即使没有恶意,原则上亦不允许实施干扰行为。”^①

(二) 公益必要标准的裁判实践

公益必要标准源于裁判实践,一经创立即受到裁判实践的广泛推广,尤其是最高人民法院通过(2014)民申字第873号裁定书进一步明确了该原则在司法实践中的适用力后,法院在审理类似案件时多遵循该院确立的裁判模式。

公益必要标准重新确立了网络干扰类案件举证责任分配规则以及干扰措施的合比例原则。在奇虎公司与百度公司等商标权属纠纷案中,双方当事人、原二审法院及再审的最高人民法院均认可“非公益必要不干扰原则”,即采取干扰其他网络产品或服务正常运行的行为必须以保护公共利益之必要为限,同时具备实施干扰手段之必要性与合理性。在此原则主导下,法院确立了双方的举证责任分配原则。在没有经过用户和其他经营者同意的情况下,奇虎公司应承担干扰行为之必要性与合理性的证明责任;申请人北京奇虎科技公司既要证明其添加警示图标行为的合理性,亦须证明该种行为系其实现软件本身的安全防护功能所必须之手段。其次,公益必要标准原则要求在具体案件裁判中充分考虑干扰措施的合比例性,即信息的有害程度以及安全风险之大小。虽然奇虎公司所称尽管安全软件可以识别但无法消除某些病毒,且这种病毒造成计算机崩溃、安全软件完全无法发挥作用应为小概率事件,但是奇虎公司不能以此为理由对搜索结果大范围、普遍性地添加警示图标。总之,在没有经过同意的情况下,对其他经营者提供的搜索结果添加警示图标

的行为是否属于不正当竞争行为的裁判标准是,行为是否符合必要性与合理性^②。

和平共处原则和最小特权原则是公益必要标准的基本构成。和平共处原则经过公益必要标准的初步阐释,得到了诸多司法裁判者的支持,其基本精神是互联网经营者之间应当和平共处,为彼此发展预留空间。在奇虎公司与搜狗公司等不正当竞争纠纷案中,一审法院通过援引旧《反不正当竞争法》第二条,《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第四条、第五条以及《互联网终端软件服务行业自律公约》第十八条的规定,认为“和平共处原则应当为网络服务提供者在从事网络产品或服务市场竞争时普遍遵守,该原则要求:在网络服务经营者从事经营活动中,不允许在没有经过其他网络经营者同意的情况下,擅自实施干扰他人网络产品或服务正常运行的行为,亦不允许对网络产品或服务在用户终端设备中的共存实施干扰”^③。最小特权原则主要用于规制计算机安全软件干扰类案件的审理中认定案涉行为的正当性。其基本精神是鉴于安全软件为实现正常功能拥有较高的计算机权限和用户面临的互联网安全威胁,允许安全类软件为保护用户安全和实现综合功能对其他经营者提供的对用户计算机产生重大影响的产品进行干扰,但这种干扰应秉持必要的克制,保持客观中立的方式,并不得超出合理限度。在奇虎公司等与搜狗公司等不正当竞争纠纷二审民事判决书中,二审法院认为:“以用户知情权与选择权保护之立场而言,安全软件对用户计算机系统内其他网络产品或服务实施合理的警示与必要的干预系安全软件本身性质所要求的,系正当的,属于安全软件正常功能之发挥。然而,该种正常功能之发挥应当以必要且合理的手段实现,不得违背诚实信用原则以及网络行业公认的商业道德之基本要求,特别是安全软件往往在用户计算机系统中拥有较高级别权限,其安全防护与软件辅助管理功能深受用户普遍信赖,与其他软件相比,其发出的任何提示更能够引起用户的关注,用户也会更倾向于采纳其所建议的处置方

^①石必胜:《互联网竞争的非公益必要不干扰原则——兼评百度诉360插标和修改搜索提示词不正当竞争纠纷案》,《电子知识产权》2014年第4期。

^②最高人民法院:(2014)民申字第873号裁定书。

^③北京市西城区人民法院:(2015)西民(知)初字第16836号判决书。

式或内容,因而安全软件既要遵守‘最小特权原则’,在干扰其他网络经营者的软件或服务时应以‘实现其功能所必需’为限,同时应当确保该种干预手段尽量以中立、客观之形式进行,否则即会使其他经营者的用户数量减少,从而损害其他经营者的利益。故而安全软件仍然实施的超出必要限度的干预其他软件正常运行且导致其他网络经营者利益损害的行为,应当属于不正当竞争行为”^①。

受公益必要标准司法实践的主要影响,专有权化保护模式得到了大规模应用。尤其是在修改其他经营者产品和服务类案件中,原告往往采用特殊的商业模式,对法院而言,借此论证原告的合法利益是最直接的。据统计结果,采取该模式的案件达到了60%。在爱奇艺公司与真彩公司其他不正当竞争纠纷案中,一审法院在论证焦点二即“被告的‘千寻影视’软件在抓取原告视频内容时去除其片前广告,是否属于不正当竞争”时,其论证逻辑是“首先,本案中原告享有应受保护的合法利益。其次,被告的‘千寻影视’软件通过技术手段屏蔽原告片前广告而直接播放正片,构成不正当竞争”^②。在对案涉行为构成不正当竞争这一命题进行外部证成的过程中,法院将直接原告存在合法利益作为大前提,这是典型的专有权化保护模式。

(三) 公益必要标准的适用问题

如果单从法律原则的角度来看该原则,其无疑是较为恰当的法律适用原则,但是结合反不正当竞争法的适用要求尤其就互联网市场中的竞争规则而言,该原则却存在较大的误区。

首先,就该原则建立的裁判思路而言,专有权化保护模式并不符合市场竞争精神和反不正当竞争法宗旨。反不正当竞争法和反垄断法作为市场规制法律规范的两大核心支柱,共同目的是维护市场竞争自由。二者不同之处在于,前者以维护竞争公平、防止竞争自由滥用的方式维护竞争自由,后者以防止限制竞争的方式维护竞争自由,所以自由、公平是反不正当竞争法追求的目标,竞争

自由是根本目标。因此,互联网市场中竞争自由是原则,限制竞争自由是例外,即市场经营者均有竞争的自由。竞争是竞争者之间采取的对交易机会等竞争利益的争夺行为,其所谓的竞争利益均是相对于与自己处于同一竞争关系的竞争对手而言的,也就是说竞争利益是相对的,竞争损害亦是相互的,有竞争就会有损害,竞争损害与竞争行为如影相随,“在对竞争利益的争夺战中,参与竞争的双方不可能不对对方竞争利益造成一定影响,若此则不能再称之为竞争”^③。竞争损害应是对竞争利益的损害,甚至有学者认为法律^④保护的是竞争而不是竞争者。公益必要标准主张的“禁止干扰”这一价值立场并不符合市场竞争之内在规律与竞争利益之特有属性。同时,竞争利益的相对性意味着其不像知识产权等专有权那样拥有排他性,而公益必要标准所奉行的裁判思路将经营者的竞争利益——实践中称为合法利益或基于合法商业模式产生的合法利益——不当赋予了专有权的排他性,对损害该利益的行为一律予以禁止,不当地限缩了公益领域范围,违背了反不正当竞争法维护自由竞争宗旨和市场竞争基本精神。

其次,公益必要标准缺乏规范依据。除了前述该原则不当赋予竞争利益排他性的效力缺乏规范依据外,该原则亦是对其最主要的法律依据即旧《反不正当竞争法》第二条的误读。先入为主地“禁止干扰”的立场不符合法律文件中一般性规范条款之要求。鼓励和保护市场自由竞争是竞争法宗旨,而对交易机会的争夺才是竞争之本质。市场竞争中客户资源的流动主要在于竞争者之间因竞争力差异而导致客户在替代性产品与服务之间做出选择,这本属正常的市场现象。同时,竞争者之间的利益格局也会因这种用户资源的流动而不断改变。只要是市场竞争,都会给竞争对手造成影响。特别是在互联网市场竞争中,同一计算机中安装不同经营者的软件为抢占硬件资源和争夺用户点击量,相互发生冲突不可避免,但只要这种冲突没有违反诚实信用原则以及公认商业道德,则不属于不正当竞争,这才是第二条规范的应

①北京市高级人民法院:(2015)高民(知)终字第1071号民事判决书。

②上海市杨浦区人民法院:(2015)杨民三(知)初字第114号民事判决书。

③宋亚辉:《网络干扰行为的竞争法规制——“非公益必要不干扰原则”的检讨与修正》,《法商研究》2017年第4期。

④实质是指反不正当竞争法,文中其他所称法律亦是此指代。

有之义。然而该原则所主张的“不干扰”观点,使得部分具有正当性的行为受到不当禁止,与我国鼓励自由竞争的竞争法基本精神相违背。继而有学者指出,该原则“蕴含了‘和平共处’的主张,然而该原则与竞争法所蕴含的本质精神不相符合”^①。此外,竞争损害个体间的利益决定了反不正当竞争法的私法属性,该原则将公共利益作为有关干扰行为的唯一除外事由,“将原本属于私人间的利益边界争议不当地转变成了对公共利益的确证以及保护问题,然而这并非认定行为性质时应当考虑的主要因素”^②。同时,竞争行为缺乏公益性不意味着其不正当性。我国反不正当竞争法将公共利益纳入法益保护目标之一,但该原则抛弃不正当竞争认定的核心要素而直接以公共利益作为互联网干扰行为唯一的除外事由,显然有本末倒置之嫌。再者,该原则对互联网干扰行为实行“有罪推定”,把竞争行为预定为一种性质可疑的“干扰”行为,而后要求竞争者证明其对他人实施的“干扰”行为是正当的,这也违背了民事诉讼证据规则。

最后,公益必要标准不干扰原则将“公益”表述为一般公众的利益,并不准确。公众利益作为公共利益并没有什么问题,但是在反不正当竞争法中将消费者利益与公共利益并列保护的前提下,对该公共利益具体内涵探讨就不应止步于公众利益。法律作为公共意志的体现,自然要保护公共利益,但公共利益内涵非常丰富,是多层次多领域的,不同法律规范所保护的公共利益并不相同。作为维护竞争自由的反不正当竞争法不是消费者权益保护法,也不是环境保护法,因此其所保护的公共利益为市场竞争领域的公共利益,即整体且宏观的自由、公平之市场竞争秩序^③。换言之,反不正当竞争法“保护公共利益的目的是通过保护‘未受扭曲的竞争’而实现的”,“这是在公共利益保护上反不正当竞争法与其他法律规范区别的界限”^④,“而至于诸如环境保护或健康保护等其他种公共利益,则并非反不正当竞争法的任

务”^⑤。

公益必要标准的阙如在于其偏离了反不正当竞争法的竞争行为规制法属性,将不正当竞争行为认定的必要条件不当地前置为充分条件甚至充分必要条件,曲解了反不正当竞争法一般条款内涵,违背了市场竞争精神和反不正当竞争法宗旨。该原则不当地将“公益”作为互联网干扰行为唯一的除外事由,并不是认定行为性质之时不考虑公共利益,实际上每个具体案件的认定都是利益衡量过程,利益保护为不正当竞争认定的必要条件之一。认定不正当竞争之要点是案涉竞争行为是否违反了诚实信用原则与行业内公认商业道德,这是反不正当竞争法作为行为规制法实现规制目标的基本方式。同时反不正当竞争法作为特殊的侵权法,行为人的主观可责性亦是主体责任承担的必要条件。

二 主观恶意标准的法理阐释与实践不足

公益必要标准并非完全不当,而是在认定中过分强调某个要件而忽视其他要件,不正当竞争行为认定标准向竞争行为规制法属性和侵权法精神回归是修正公益必要标准、完善网络干扰行为认定标准的方向。主观恶意标准是指在认定竞争行为正当性时将经营者的主观状态纳入考量因素,与其他构成要素一道构成反不正当竞争法竞争行为正当性认定的完整构成要件。需要说明的是,主观恶意标准主张将经营者的主观状态纳入考虑因素,并不是主张单纯以主观状态认定行为正当性,更不是“主观定罪”,而是强调在认定行为正当性时不能忽视经营者的主观状态,避免将不具有破坏竞争恶意的正当竞争行为予以禁止,其最终认定依据仍然是需要结合客观事实进行判断。

(一) 主观恶意标准的法理依据

反不正当竞争法属于特殊的侵权法,其认定模式亦有侵权法的印记。“无过错,不担责”的过

①黄勇:《论互联网不正当竞争的“新边界”》,《电子知识产权》2015年第1期。

②薛军:《质疑“非公益必要不干扰原则”》,《电子知识产权》2015年第1期。

③刘大洪,廖建求:《论市场规制法的价值》,《中国法学》2004年第2期。

④孔祥俊:《反不正当竞争法的创新性适用》,中国法制出版社2014年版,第76页。

⑤范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第61页。

错原则是侵权责任认定的重要原则,行为人只有对自己的过错行为担责,具体来说行为人只有对其所从事的行为有预期才会有可责性。主观恶意标准亦是反不正当竞争法的要求。竞争必然引发不正当竞争行为,竞争损害相互是必然的,有竞争即有损害,不可能要求竞争者为所有竞争损害负责,甚至是其无法预料到的竞争损害。根据旧《反不正当竞争法》第 2 条之一般性规范条款中“能够将不正当竞争的构成要件解构为主观过错、行为违法性、竞争利益损害与因果关系”^①,违反诚实信用的经营者不可能不知道其“信”为何。此外,从《反不正当竞争法》第二章分则条款中规制的类型化行为^②而言,采用“引人误认”“擅自”“明知”“谋取”“虚假”“误导”“帮助”“编造”等词语,可以看出不正当竞争行为包含某种法律所禁止的特定不正当目的。

主观恶意要件是现行行业规范的要求。工业和信息化部制定的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第五条所列举的行为均采用“恶意”或者“捏造”等表明主观状态的描述。而在中国互联网协会制定的《互联网终端安全服务自律公约》第四章将所禁止的排斥行为、拦截行为、歧视性对待、软件评分等行为均冠以“恶意”的要旨。相较于之前公布的征求意见稿,该规定加入了“恶意”这一要件,足见“恶意”主观要件在不正当竞争行为认定中的重要性。该自律公约对所有从事互联网终端软件服务的经营者具有普遍适用性,主观恶意要件是否具备是网络竞争行为正当与否的通行规则。

(二)主观恶意标准的实践基础及不足

主观状态的认定不仅是行为规制思路的构成要件,而且是奉行一般侵权式模式的裁判者采用的认定要件。主观恶意标准在实践中主要适用以下几种方式:

第一,将主观恶意作为不正当竞争行为的构成要件。该种方式下,法官一般在论证当事人竞争关系后,首先分析经营者是否具有主观恶意,具

有主观恶意的,则可进一步认定是否构成不正当竞争,反之则认定不构成不正当竞争。在爱奇艺公司与千杉公司、悦观网络技术(上海)公司其他不正当竞争纠纷案中,法院亦将被告的主观恶意纳入考量,认为“两被告的‘电视猫 More TV’软件通过技术手段屏蔽原告所设置的片前广告并链接播放位于原告‘爱奇艺’视频网站中的视频内容的行为会促使部分既不愿意成为付费会员又不愿意观看免费视频片前广告的网络用户离开原告网站转向被告‘电视猫 More TV’软件的结果,应当认为这种行为具有恶意”^③。不同法院对主观恶意在构成要件中的地位认识亦有不同,如部分法院并非将其作为相对独立之构成要素,而是作为违法要素的考量因素之一。在金山公司与合一公司案中,法院认为“和一公司对金山公司运营的猎豹浏览器实施歧视性对待的行为,具有明显主观恶意,与公认的商业道德相违背,属于不正当竞争行为”^④。如果经营者的干扰手段不具有主观恶意,则不构成不正当竞争。在奇虎公司诉金山公司不正当竞争纠纷案中,法院认为“不同安全软件实现其设计目的的运行原理存在不同之处,而这可能导致同一台计算机上运行的不同安全软件因这种运行原理相异而相互冲突,这种情况下若有关经营者不存在主观恶意,则法律不认为相关干扰行为属于不正当竞争行为”,“对于并非网络产品或服务提供者恶意导致的产品冲突,特别是在这种冲突被网络产品或服务提供者发现后及时采取手段并得以消除的情况下,由于该经营者不存在主观恶意,故亦不能认定其行为构成不正当竞争”^⑤。

第二,将主观状态作为责任承担的考量要素之一。即在认定行为是否构成不正当竞争时并未严格依法考察经营者的主观状态,而是根据经营者主观过错程度酌情确定其应承担责任大小。在湖南快乐阳光公司等不正当竞争纠纷案中,法院认为“暴风公司亦是互联网行业的经营者,其理应知晓互联网双边平台的经营方式与盈利模式,

①宋亚辉:《网络干扰行为的竞争法规制——“非公益必要不干扰原则”的检讨与修正》,《法商研究》2017年第4期。

②廖建求,陈锦涛:《网络干扰行为类型化与法律适用——基于〈反不正当竞争法〉第十二条》,《经济法论丛》2020年第1期。

③上海市浦东新区人民法院:(2015)浦民三(知)初字第143号民事判决书。

④北京市海淀区人民法院:(2013)海民初字第17359号民事判决书。

⑤北京市第一中级人民法院:(2011)一中民初字第136号民事判决书。

同时对于湖南快乐阳光公司为案涉影片付出了一定经营成本之事实亦应当知晓。然则本案中暴风公司利用案涉视频内容并却并没有付出经营成本,这明显具有主观过错”,法院最终“综合考量暴风公司采取案涉不正当竞争行为的主观过错程度、行为方式、具体情节以及损害后果等因素确定赔偿数额”^①。

第三,实践中将主观恶意的具体内容阐释为“明知”,但对明知的具体内容限定过严。主观状态有故意和过失之分,但是不正当竞争认定中的主观状态应为故意,更多表述为主观恶意。明显的道德可责性是不正当竞争行为正当性评判标准的重要内容,而其中“故意侵权已经违背了最低限度的道德要求,过失侵害则由于其日益客观化的趋势,其道德可责性趋弱”^②,因此不正当竞争行为的主观要件应为故意或恶意,相比之下恶意更能突出其道德可责性。在司法实际中,大多数认定经营者主观状态的法院都坚持这点。如在上海视畅科技公司与央视国际网络公司其他知识产权权属、侵权纠纷案中,二审法院指出:“上诉人未经许可在其经营的看客影视网站上设置指向被上诉人网站节目的深度链接,还在网站的视频播放区设有 CCTV-1 综合……CCTV-5 体育等频道列表,并替换了网站播放的广告,即使注明链接来源、没有对外广为宣传,本院认为其仍然具有实施不正当竞争行为的主观恶意,上诉人在搜索链接技术方面的探索不能成为其不公平地利用他人商业资源的合法外衣。”^③亦有法院采用“故意”一词,但只是极少数。如在聚网视公司与爱奇艺公司纠纷案中,法院认为“聚网视公司作为案涉技术实施者其应当清楚该技术的实施会造成损人肥己之后果而仍实施这一技术,应当认为其具有主观故意,与诚实信用原则和公认的商业道德相违背,使爱奇艺公司的合法经营活动受到了侵害,该行为是不正当的”^④。

对于主观恶意的具体认定方面,法院都以“明知”为主要考量,但是对明知的内容界定有所

不妥,基本上均将明知的范围界定为明知他人存在的合法利益范围抑或更进一步,明知他人存在的合法利益范围并实施侵权行为。如在迅雷网络公司与北京暴风公司案中,二审法院认为:“暴风公司亦是互联网行业的经营者,其理应知晓互联网双边平台的经营方式与盈利模式,同时对于迅雷公司为案涉影片付出了一定经营成本之事实亦应当知晓。然则本案中暴风公司利用案涉视频内容并却并没有付出经营成本,这明显具有主观过错。”^⑤反不正当竞争法保护的是利益,而不是权利。利益相对于权利而言,其范围和边界是模糊的,需要在个案中认定,不可能要求经营者事前明知其他经营者的所谓合法利益的边界,更不应该以事后划定的利益边界要求经营者做出事前的预期。更何况,该法律并不直接保护利益,而是通过制止不正当竞争行为的方式保护利益,因而其禁止性规范以禁止行为为主,而不是像知识产权等专有权利保护法那样通过界定权利边界的方式来指引行为。换言之,利益边界是不明确的,但是行为边界是相对明确的,即经营者无法准确预判利益的边界,但可以依据相关法律规范和公认的商业道德、行业惯例等对行为正当性做出预期,而反不正当竞争法是评价竞争行为正当性的主要依据。因此,主观恶意要件中经营者明知的内容应是竞争行为是否违反法律明文规范、行业惯例、公认的商业道德以及诚实信用原则,进而对行为正当性做出预判。如在淘友天下公司等与微梦公司不正当竞争纠纷案中,二审法院认为,“至于主观状态,本案中两上诉人明知其能够通过 OpenAPI 获取用户信息是基于与被上诉人之间的《开发者协议》,然而两上诉人却无视《开发者协议》中约定的具体内容对自己获取用户信息的限制并未遵守《开发者协议》的约定,擅自采用技术手段获取用户数据信息,故其主观上存在过错”,“两上诉人应当对自身是否有权获取用户的职业信息与教育信息承担更高的注意义务,在其抓取用户的上述信息时明知或应当知道其需要‘高级接口(需要

①北京知识产权法院:(2015)京知民终字第 02210 号民事判决书。

②叶名怡:《侵权法上故意与过失的区分及意义》,《法律科学》2010 年第 4 期。

③上海知识产权法院:(2015)沪知民终字第 326 号民事判决书。

④上海知识产权法院:(2015)沪知民终字第 728 号民事判决书。

⑤北京知识产权法院:(2015)京知民终字第 2204 号民事判决书。

授权)’的情形下仍然放任所采取技术的抓取能力并获得上述信息,这既破坏了双方《开发者协议》所确立的行为规范,还可能导致类似‘技术霸权’的恶性竞争,即意味着只要技术手段足够强大就不顾行为规范任意而为,这是对互联网竞争秩序的破坏”^①。在一般的案件中,法院对明知内容的认定转换角度,亦是符合上述要求的。如在聚网视公司与爱奇艺公司案中,法院已经将主观恶意作为认定要件,但是其将明知的内容界定于合法利益的范围,其实本案中要遵循上述思路论证主观恶意,核心阐释聚网视公司主动采用技术手段破解爱奇艺公司的保护措施即可。

(三)主观恶意标准的要件解构

主观恶意标准并非是“主观定罪”。首先,主观要件仅是该标准中认定不正当竞争行为的构成要件之一,而非全部。其次,认定主观要件时所依据的仍旧是经营者的客观行为以及案件客观事实。主观恶意标准实质上是弥补公益必要标准的不足,并结合反不正当竞争法的行为规制法属性以及吸收传统侵权行为认定模式而确立的。与公益必要标准等传统标准相比,其增加了主观要件,因此为了强调这一点才以主观恶意命名。由于我国反不正当竞争法理论与实践均遵循竞争关系这一前提,而且竞争损害具有相互性,因此完成了客观违法性与竞争损害的论证,实质上因果关系就不言而喻。因此,主观可责性、客观违法性、竞争损害以及因果关系构成的四要件可以转换为主观可责性、客观违法性与竞争损害构成的三要件。

具体而言,主观可责性主要考察经营者实施案涉竞争行为是否具有主观恶意,主观恶意的具体认定前文已有论述。

客观违法性主要考察经营者案涉竞争行为是否违反了诚实信用原则和公认之商业道德。多数情况下,公认的商业道德需要法院在个案中具体认定,实践中多以发现行业规范、行业惯例、行业公约以及通行的行业行为规则的方式具体认定。在奇虎公司等与腾讯公司等不正当竞争纠纷案中,最高人民法院对人民法院在个案中对发现公认的商业道德和行为规则的方式进行了详细阐释,其二审判决书指出,“有关行业协会出于维护

行业内竞争秩序之目的并结合行业内竞争规律和实际情况制定的自律公约等规范要求具体化了本行业内的商业道德与行为标准,人民法院可以将其作为发现与认定行业惯例以及公认的商业道德的重要渊源之一”。但该种规范同样“应是客观、公正的,不得违反法律原则与规则”,因为某些行业公约可能是少数行业巨头制定或主导,未必能够代表行业的整体利益或行为标准,因此法院以此发掘相关行业公认的商业道德与行为标准之前,必须对该行业公约进行审查,判断其内容合法、客观公正。该判决显露出的具体审查内容有:发起者、制定程序、签署认可范围、相关内容是否公正;是否存在明显偏袒特定从业者的现象等。“本案中的自律公约为互联网协会中一些会员提出草案并受到包含本案当事人在内的互联网企业的普遍认同与签署,从某种程度而言,该事实也表明了该自律公约本身的正当性并受到行业内的普遍认同,公约的有关内容也是互联网行业市场竞争实际与正当竞争需求的体现。在认定其公约有关内容合法、公正且客观的前提下,可以将该种公约作为认定互联网行业惯例与公认的商业道德之参照依据。”^②

竞争损害主要是竞争利益的损害,是对该法律所保护法益的损害,包括经营者利益、消费者利益和公共利益。实践中的不正当竞争行为几乎都会涉及这三种利益,因此个案认定时需要进行利益衡量。需要注意的是,利益衡量不能先入为主地对不同利益厚此薄彼,不仅是上述三种利益之间,也包括同种利益的不同个体之间。如在诸多反不正当竞争案件中,涉及商业模式的保护问题,法院认为涉案商业模式不违反法律规定,该商业模式或依据该商业模式产生的利益应当受到保护。这引起争议的问题是,互联网不正当竞争案件中当事人往往都采用双边平台模式,商业模式本质上具有同质性,而法院往往以原告商业模式的合法性或不违法性来否定被告商业模式的合法性,显然缺乏说服力。如在修改服务内容类案件中,尤其是屏蔽广告类案件,法院认为原告视频网站采取“免费视频+广告”的营业模式具有合法

^①北京知识产权法院:(2016)京73民终588号民事判决书。

^②最高人民法院:(2013)民三终字第5号民事判决书。

性,但没有认识到被告同样采用“免费软件+广告”的类似商业模式。“免费视频+广告”的商业模式并非互联网市场中的行业惯例,其只是市场参与者一方的惯用模式,而未得到其他市场参与者的认可,“依反不正当竞争法所规定之商业道德必然是受到公认之商业道德”,“纵然是在同一市场范围之内,考虑到公认的商业道德乃是作为市场交易活动中之道德准则存在,因而公认之商业道德须是为各方交易参与者共同与普遍认同之行为标准,而不是仅依任何单一角度来认定公认的商业道德。”^①但是,互联网市场中普遍采用的却是“免费+”的商业模式,这才是公认的行业行为规则,而上述案件中双方当事人采用的往往都是该种商业模式,此时就需要对不同利益主体进行利益衡量和取舍,而不是简单的先入为主。

三 公益必要标准与主观恶意标准的取舍与完善

无论从裁判模式还是认定思路上,公益必要标准不契合反不正当竞争法之宗旨和市场竞争精神,主观恶意标准倡导个案中不正当竞争行为的认定标准应回归反不正当竞争法的行为规制法属性,坚持鼓励自由竞争和创新的市场竞争政策,防止“家长式”过度干预市场自由竞争的司法惯性,划清自由与公共的界限,防止专有权化的特定利益侵犯公益领域,为经营者参与市场竞争提供精确的行为指引。

但是现行的主观恶意要件存在对主观恶意的内容认定不准确和利益衡量有失偏颇的不足。主观恶意的内容认定应当坚持反不正当竞争法的行为规制法属性,依据行业惯例规则,以竞争秩序为主要认知内涵,强调对行为正当性的精准识别。利益衡量过程中应当结合反不正当竞争法的现代化趋势,跳出狭隘的竞争者利益束缚。如上所述,互联网市场竞争中“免费+”的商业模式是市场竞争参与者惯用的行为手段,面对同类型的两种商业模式,不能先入为主地以前者的可保护性否定后者的合法性,但是裁决只能有利于争议双方中的一方,最终判断的结果定是利益衡量的结果。

在双方利益处于同等位阶时,反不正当竞争法法益的多元保护目标为最终的利益衡量提供了有效路径,即把消费者利益和公共利益纳入考量。“伴随着竞争行为越来越强的外部性,反不正当竞争法逐渐将消费者与公众纳入需要考量的保护主体范围之内”^②,利益衡量中最终获胜方定是站在消费者利益和公共利益立场的一方。而在具体衡量的实践中,部分法院充分分析了消费者利益的不同类型并予以衡量。如在爱奇艺公司与北京极科极客科技有限公司不正当竞争纠纷案中,法院在驳斥被告的消费者利益抗辩时指出:“推广采用‘屏蔽视频广告’类似插件的行为表面上迎合了消费者的短期利益,但长远来看会使得视频网站经营者采用的‘免费+广告’的经营模式无法维持,而最终将会使得消费者的长远利益受到损害。”^③

在将消费者利益、公共利益纳入考量的同时,对经营者利益的有限保护亦是利益衡量的趋势。营业利益作为未被法律明确的法益,其边界应当受到其他经营者的行为自由和消费者等利益的限制。公益必要标准等传统标准的局限在于将该种权益专有权化,赋予其专有权的排他性效力,欲以司法判决的形式为该种权益划定事前确定的边界而取代成文法规范,不当强化了对经营者利益的保护。消费者利益和公共利益——保护竞争秩序不受扭曲——的引入,是反不正当竞争法现代化的主要特征之一,而其中隐含的一个内涵就是对经营者利益的限缩。具体而言,一方面,对经营者利益的损害应当严格把握程度,由于竞争损害的相互性,经营者之间通过竞争造成其他竞争者利益损失的行为原则上不应认定为不正当;另一方面,应当鼓励各经营者努力创新、增强竞争力以避免这种损失,只有给其他经营者的竞争利益(竞争力或竞争优势)再造成实质、极端严重损害的行为才予以制止。以修改服务内容案为例,该类案件不仅有修改行为,实际上被告往往有自己的服务,在通过链接呈现原告服务内容及被告行为实质上替代了原告的服务时,才能认为是对原告

①最高人民法院:(2009)民申字第1065号民事裁定书。

②孔祥俊:《反不正当竞争法的创新性适用》,中国法制出版社2014年版,第82页。

③北京市海淀区人民法院:(2014)海民(知)初字第21694号。

利益的实质损害。在小蚁互动公司与飞狐公司等案中,二审法院认为:“小蚁公司运营的‘电视粉’软件本身提供下载服务,这实则通过其自带功能替代了两原审原告‘搜狐视频’软件中提供的下载功能,进而小蚁公司以此抢占了两原审原告在相关市场的利益。”^①在飞狐公司等与华录天维公司等不正当竞争纠纷案中,二审法院认为:“在‘免费视频+广告’的经营模式下,两原告的收入主要来源于广告商的收入,然片头和暂停广告被屏蔽后,两原告的广告收入势必会受到实质影响,进而直接影响两原告的经营活动。”^②因此,对竞

争者利益的损害应达到实质损害的程度。在飞狐公司等与视畅信息公司案中,法院最终认为:“被告实施的干扰行为已经实质性地使搜狐视频本身的运营模式受到破坏,扰乱了正常的交易秩序,该行为在使得原告网络用户群体被分流的同时,丧失了部分交易机会,该行为损害了原告的竞争权益。”^③同时评判该损害的前提是原告的利益合法,违法行为不产生法益,利益是否合法应当由个案认定,尤其是商业模式必须经过个案认定,否则即无可损害之合法利益。

Criteria for Identifying Improper Network Interference Behavior: A Dual Perspective of Academics and Referees

LIAO Jian-qiu¹ & CHEN Jin-tao²

(1. School of Public Administration, China University of Geosciences, Wuhan 430074, China;

2. Guangdong Provincial China Commercial Law Firm, Shenzhen 518048, China)

Abstract: The principle of “Non-Interference Unless for Public Interest” and the standard of subjective malice are two ways to identify the improper network interference behavior. From the perspective of theory and judgment, the principle of “Non-Interference Unless for Public Interest” has encountered many difficulties in its application, such as lack of legal basis, reversal of logical relationship between elements, improper restriction of elements extension, and deviation of competition policy spirit. For a long time, the judicial practice has not strictly regarded the subjective elements as the necessary conditions for the identification of unfair competition behavior, and the case consideration is also based on the cognition of the operators’ legitimate interests, which violates the attributes of the behavior law of unfair competition law and the legal interests it protects, i.e. fair competition order. Therefore, in the identification, the Enterprises’ “knowing” should be based on the damage of the behavior to the competition order, taking into account whether the behavior violates business ethics so as to infer whether the operator has malice.

Key words: internet unfair interference behavior; Principle of Non-Interference Unless for Public Interest; standard of subjective malice

(责任校对 游星雅)

①北京知识产权法院:(2017)京73民终25号民事判决书。

②北京市石景山区人民法院:(2014)石民(知)初字第9291号民事判决书。

③上海市徐汇区人民法院:(2014)徐民三(知)初字第852号民事判决书。