

上海交通大学

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY

学士学位论文

THESIS OF BACHELOR



论文题目：恶意不兼容行为的竞争法分析——兼评我国《反不正当竞争法》新增相关条款

学生姓名： 王子皓

学生学号： 5141919005

专 业： 法学

指导教师： 王先林

学院(系)： 凯原法学院

恶意不兼容行为的竞争法分析

——兼评我国《反不正当竞争法》新增相关条款

摘要

2017年11月新修订的《反不正当竞争法》第十二条是我国反法首次出现的专门针对互联网不正当竞争的条款，学界称之为“互联网专条”。在该条出现前，法院针对互联网不正当竞争纠纷案件普遍采取适用反法一般条款的方式进行审判。互联网专条的前身为3Q大战平息后工信部出台的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》，其所列举的类型化不正当竞争行为全部来源于我国司法实践中的典型案例。其中第二款第三项“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”，简称“恶意不兼容”条款，学界普遍认为源于3Q垄断纠纷案。该条款的特殊性引发了学界对其含义和适应性的讨论。首先，通过对我国相关立法和司法实践的梳理可以发现，恶意不兼容行为的内涵并不仅限于3Q案中出现的“二选一”形式，也包含其他具有强烈互相排斥性的情形，如网页拒绝特定浏览器的访问等。其次，从技术和产业角度深入解析了“不兼容”的含义，认为兼容是一个技术性概念，需要从技术层面结合产业现实进行解释。从计算机技术角度来说，相关纠纷集中于软件系统不兼容的情形，并在计算机系统的三个层级上都可能发生互相之间不兼容的情况。由于不同层级上发生的不兼容各有特点，因此需要在司法层面进行不同的考虑。从互联网产业生态链的角度来说，相关纠纷若表现为上游经营者不兼容下游经营者，则可能产生不正当竞争的问题，因此经营者在生态链上的相对位置也应当成为司法审判中必须纳入考虑的现实因素。对于“恶意”的判断，除了已被司法实践确定的标准之外，还需要综合考察互联网企业的竞争策略和涉案产品的产品特性。除此之外，若实施不兼容行为的经营者具备一定的市场力量，则恶意不兼容行为也可能受到反垄断法的规制。有学者主张，恶意不兼容条款在实施中会发生和反垄断法的交叉。通过对比限制交易、拒绝交易两种反垄断法规定的滥用市场支配地位行为与恶意不兼容行为之间的异同可以发现，恶意不兼容行为并不能完全被这两种类型行为的内涵所囊括，因而直接适用反垄断法相关条款存在一定的问题。在具体适用方面，如采用传统分析范式“相关市场-市场支配力-竞争效应”，很可能会遇到相关市场界定、判断市场支配地位等环节的困难。因此，司法实践中应当考虑适用“市场支配力-竞争效应”或“行为-竞争效应”的新分析范式以适应互联网产业的特点。最后，通过对反不正当竞争法和反垄断法的立法价值取向分析，明确了不同情况下恶意不兼容行为受竞争法规制的归属问题，以及实施中可能出现的问题和应当注意的侧重点；并提出了在互联网领域，竞争法的实施应当妥善处理与商业、技术创新之间的关系，以免司法扼杀创造力。

关键词：不兼容，互联网，反不正当竞争法，反垄断法，不正当竞争，滥用市场支配地位

COMPETITION LAW ANALYSIS ON UNFAITHFUL INCOMPATIBILITY

-- COMMENTS ON THE NEW CLAUSES OF ANTI-UNFAIR COMPETITION LAW

ABSTRACT

The twelfth article of the “Anti-Unfair Competition Law” newly revised in November 2017 is the first article of anti-unfair competition specifically targeted at the Internet, which the academic community calls “the Internet Article”. Before the article appeared, the court conducted a general trial against the Internet unfair competition dispute cases by applying the general provision of anti-unfair competition law. The predecessor of Internet Article is the “Regulations Governing the Order of the Internet Information Service Market” issued by the Ministry of Industry and Information Technology after the quelling of the dispute between two technology giants, Qihoo and Tencent. The enumerated types of unfair competition in the Internet Article are all derived from the typical cases in China’s judicial practice. The third paragraph, “unfaithfully incompatible with the network products or services legally provided by other operators”, referred to as “unfaithful incompatibility” clause, is generally believed to be originated from the antitrust case between Qihoo and Tencent. The particularity of this clause has triggered academic discussion about its meaning and adaptability. First of all, through the combing of relevant legislation and judicial practice in our country, we can find that the content of unfaithful incompatibility behavior is not limited to the “asking consumers to pick one from the two” occurred in the case between Qihoo and Tencent, but also includes other situations with strong mutual exclusion, such as rejection of web pages. Specific browser access, etc. Second, from the perspective of technology and industry, the meaning of “incompatibility” is analyzed in depth, and compatibility is considered as a technical concept. It needs to be interpreted from the technical perspective in the context of the industrial reality. From a computer technology perspective, related disputes are concentrated on the incompatibility of software systems, and incompatibility between the three levels of the computer system may occur. Because of the incompatibility of different levels, different considerations need to be taken at the judicial level. From the point of view of the Internet industry ecosystem, if related disputes are manifested in the fact that upstream operators are incompatible with downstream operators, they may create unfair competition. Therefore, the relative position of operators in the ecological chain should also be a must in judicial proceedings. Judgment of “unfaithful”, in addition to the standards that have been determined by judicial practice, it is also necessary to comprehensively examine the competition strategies of Internet

companies and the product characteristics of the products involved. In addition, if operators who implement incompatible behavior have market power, unfaithful incompatible behavior may also be regulated by the antitrust law. Some scholars have advocated that the incompatibility of unfaithful terms will occur during the implementation of antitrust laws. By comparing the similarities and differences between abuse of market dominance and unfaithful incompatibility in the two antitrust regulations, it is found that unfaithful incompatibility cannot be completely covered by the connotations of these two types of behaviors. Direct application of the relevant provisions of the antitrust law has certain problems. In terms of specific application, if the traditional analysis paradigm of “relevant market-market power-competitive effect” is adopted, it is likely to encounter difficulties in the definition and judgment of market dominance of related markets. Therefore, judicial practice should consider applying the new analysis paradigm of “market power-competitive effect” or “behavior-competitive effect” to adapt to the characteristics of the Internet industry. Finally, through the analysis of the legislative value orientation of anti-unfair competition law and anti-monopoly law, the issue of attribution of unfaithful incompatibility behavior under competition laws and regulations, as well as problems that may arise during implementation and the focus should be noted; It also proposed that in the field of Internet, the implementation of competition law should properly handle the relationship with business and technological innovation so as to avoid judicial slaughter of creativity.

Key words: incompatibility, Internet, anti-unfair competition law, antitrust law, unfair competition, abuse of market dominance

目 录

引言	1
一、从竞争法对互联网竞争的回应看立法存在的问题	2
(一) 司法实践	2
(二) 立法修订	2
二、对反不正当竞争法新增“恶意不兼容”相关条款的解读	5
(一) “恶意不兼容”行为的界定	5
1. 相似概念辨析	5
2. “不兼容”的内涵界定	6
3. “恶意”的内涵界定	12
4. 基于“公益目的”的抗辩	16
(二) “恶意不兼容”条款与相关条款的关系	17
1. “恶意不兼容”条款与互联网专条的概括与兜底条款	17
2. “恶意不兼容”条款与反法一般条款	18
3. 互联网行业的商业道德	18
三、对“恶意不兼容”行为的反垄断法分析	21
(一) 反垄断法视角下的“恶意不兼容”行为	21
1. “恶意不兼容”条款的立法背景与反垄断法的关系	21
2. 不兼容行为与反垄断法规制的滥用市场支配地位行为的关系	21
(二) “恶意不兼容”行为与类型化滥用行为的交叉	22
1. “恶意不兼容”与限制交易的异同	22
2. “恶意不兼容”与拒绝交易的异同	24
四、“恶意不兼容”及相关条款的竞争法归属	26
(一) 恶意不兼容行为的竞争法归属	26
(二) 反不正当竞争法对恶意不兼容行为的规制	26
1. 价值取向	26
2. 对恶意不兼容条款适用前提的回应	27
(三) 反垄断法对恶意不兼容行为的规制	28
1. 价值取向	28
2. 范式选择	28
(四) 创新与竞争法的边界	29
结语	31
参考文献	32

引言

随着互联网经济的快速发展，互联网领域的经济纠纷案件数量也在不断上升。2017年11月4日，新修订《反不正当竞争法》正式出台，其新增的第十二条针对互联网不正当竞争行为的条款受到了广泛的关注。从立法上来说，这是一条全新的条款；但是从司法实践来说，这是一条脱胎于此前十数年针对该领域案件的审判经验的条款。此前，互联网领域的竞争法问题通常需要法院基于既存的法律条款进行充分解释之后进行适用。然而，不可否认的是，互联网竞争与传统领域的竞争相比，具有一定程度上的特殊性，加上近年来互联网竞争纠纷日益频繁，在这样的背景下，“互联网专条”应运而生。但是，该条款自修订以来便伴随着不少争议。其第二款第三项规定的“恶意不兼容”行为，受到了内涵不明确、行为类型过于狭窄、不具有广泛适应性、甚至不应置于反不正当竞争法框架中进行规定等质疑。因此，本文将针对该条第二款第三项规定的“恶意不兼容”行为尝试进行研究。

一、从竞争法对互联网竞争的回应看立法存在的问题

（一）司法实践

从2002年至今,我国已发生了上百起互联网不正当竞争纠纷和垄断纠纷案件。案件类型大致可以分为两类:一类是传统不正当竞争行为在互联网领域的延伸,如借助互联网技术进行商业诋毁、虚假宣传等;另一类是无法被完全归入传统不正当竞争行为中的新型不正当竞争行为,如涉及搜索引擎的竞价排名、robots协议、软件之间的干扰和冲突以及广告屏蔽、利用爬虫抓取数据的行为等等。

受到学界最多关注的是第二类互联网新型不正当竞争行为。在《反不正当竞争法》修订之前的司法实践中,对此类不正当竞争行为的认定,由于没有具体的认定标准作为参考,法院普遍根据《反不正当竞争法》一般条款对此类案件中的行为性质进行认定。就软件干扰冲突这一类案件来说,司法实践经历了三个阶段:第一阶段内的软件干扰冲突案件案情较为简单,侵权行为明显,法院在适用一般条款时可以较为容易地判定行为的不正当性,无需考虑行业惯例和商业道德,而且一般不涉及到消费者权利和社会公共利益的考量。¹第二阶段的软件干扰冲突案件主要包括了两种:一种是安全评测软件对其他软件安装、运行等方面的干预,另一种是以3Q为代表的复合型不正当竞争案件。第三阶段中,软件之间不得非法干扰得到了司法的明确认定。法院也在相关案件的审判中树立了非公益必要不干扰原则。²

（二）立法修订

2011年7月,工信部发布了《互联网信息服务管理规定(征求意见稿)》,随后12月发布了正式的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》。该《规定》第五条可以说是新反法互联网专条的雏形,基本上囊括了后者列举的所有情形,另外将一些传统不正当竞争行为在互联网领域的延伸也纳入了进来。

正式出台的《规定》第五条较之《征求意见稿》有很大的改动。对于不兼容行为,《征求意见稿》规定了恶意不兼容、合理不兼容但采用不正当手段两条,³而《规定》删除了合理不兼容但采用不正当手段的条款,并将其中“欺骗、误导、强迫用户做出不使用其他互联网信息服务提供者的服务或者相关产品的选择”独立出来作为第四项“欺骗、误导或者强迫用户使用或者不使用其他互联网信息服务提供者的服务或者产品”。⁴《规定》第五条将“合理不兼容但未主动向用户进行客观提示”的行为类型归入了恶意不兼容行为的内涵中,并且将欺骗、误导、强迫用户使用或不使用其他经营者产品或服务的行为独立了出来,作为一个

¹ 参见百度在线网络技术(北京)有限公司诉北京三七二一科技有限公司侵犯著作权及不正当竞争纠纷案判决书,北京市第二中级人民法院(2004)二中民终字第02387号。

² 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》2014年第10期。

³ 参见《互联网信息服务管理规定(征求意见稿)》第五条:“互联网信息服务提供者不得有下列侵犯其他互联网信息服务提供者合法权益的行为:……(二)恶意对其他互联网信息服务提供者提供的服务或者相关产品实施不兼容;(三)因正当理由与其他互联网信息服务提供者的服务或者相关产品不兼容的,未主动向用户进行客观提示,或者欺骗、误导、强迫用户做出不使用其他互联网信息服务提供者的服务或者相关产品的选择;……”

⁴ 参见《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第五条:“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:……(三)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;(四)欺骗、误导或者强迫用户使用或者不使用其他互联网信息服务提供者的服务或者产品;……”

单独的行为类型。

从行为性质上来看，“欺骗、误导、强迫用户使用或不使用其他经营者产品或服务”的行为和“未主动向用户提示”一样，也可以被视作是一种侵犯用户选择权的行为。然而，工信部在正式规定中将这一项独立出来，其原因可能在于：《规定》较《征求意见稿》对这一条有微小的修改，即在原先只规定了用不正当手段让用户“不使用”其他经营者产品服务的基础上增加了利用不正当手段让用户“使用”其他经营者的产品服务。这就使得侵犯消费者选择权的行为更为完整。而“未主动向用户进行客观提示”的行为很难单独作为一种不正当的行为类型进行规制，更多是和不相容的行为一起，作为认定“恶意”的一个标准。但是存在的问题是，这两种行为类型仍然可能发生重叠，因为一个是消极不作为（不主动提示），一个是积极作为（主动欺骗误导强迫），两者极有可能结合在一起出现。

2016年，《反不正当竞争法（修订草案）》开始公开征求意见，历经三审后，于2017年11月正式发布。纵观整个修法过程中互联网专条的变化，可以总结为如下几点：

（1）概括条款的变化。第一，将“利用网络技术或应用服务”改为“利用技术手段在互联网领域”。第二，增加了第一款，明确该条文的适用范围为“经营者利用网络从事生产经营活动”。

（2）列举条款的变化。第一，删除了初稿中第一项“未经用户同意，通过技术手段阻止用户正常使用其他经营者的网络应用服务”。原因或在于此项太过于笼统，并不能起到列举条款明晰行为方式的作用。但是这一项在判定互联网不正当竞争的价值取向、探究立法意图时仍有很大的意义。第二，从第二稿开始增加了恶意不兼容条款。将恶意不兼容行为界定为“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”，并且直到最终版本，该条的表述都未再发生过变化。第三，在第二稿中曾加入“干扰或者破坏他人合法提供的网络产品或者服务的运行”这一种类型的行为，但是这一类型在最终稿中被删除。原因是，有学者认为“干扰”一词的内涵具有太大的不确定性，⁵且并非所有“干扰”行为都应当受到规制。⁶值得注意的一点是，软件干扰行为在工信部《规定》第五条中也出现了：“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：（一）恶意干扰用户终端上其他互联网信息服务提供者的服务，或者恶意干扰与互联网信息服务相关的软件等产品（“与互联网信息服务相关的软件等产品”以下简称“产品”）的下载、安装、运行和升级；……”第四，将插入链接强制跳转行为的构成从“未经用户同意”改为“未经其他经营者同意”。

（3）兜底条款的变化。兜底条款在初稿和第二稿中都未出现，直到最终稿才出现。

对比工信部2011年发布的《规定》第五条和互联网专条修订的过程可以发现，虽然前者和后者的适用范围上有微妙的差异，但是从行为类型方面看，前者毫无疑问是后者的雏形或说“前身”，后者本质上是前者在不正当竞争立法领域的延续。在对互联网专条中恶意不兼容行为的解释方面，《规定》中的相关表述应可作为后者在进行法律解释时的参考依据。另外，值得注意的是，由于二者都采取列举方式进行规定，而列举的类型划分又显而易见地直接源于我国的司法实践案例，因而在界定每一种行为类型的时候，都需要注意以下几点：

（1）实际案例中出现的行为的具体细节、法院在判断时关注的行为侧重点是重要的参考依据；（2）行为类型之间的划分并非泾渭分明，在界定某一种行为时，不仅需要从本身出发，

⁵ 参见薛军：《良善的互联网竞争秩序向何处寻？——〈反不正当竞争法（修订草案）互联网专条的反思〉》，载《中国知识产权》2016年总第112期：“该条款中多次出现的‘干扰’一词，内涵具有太大的不确定性，……诸多网络应用服务提供者在提供其服务的时候，不影响其他网络应用服务，这几乎是不可能的，至少会遮挡其他应用服务的显示和用户体验。可以预料，这样的影响会被认为构成了某种程度的‘干扰’。……”

⁶ 参见陶钧：《反法中“互联网”条款的“破茧与化蝶”》，载微信公众号“知产力”，2017年8月30日：“‘干扰’一词的使用，就是并未对竞争行为能够准确认知，所有竞争行为都存在对既有模式‘干扰’的情形，由此现行“互联网”条款第一款中使用“干扰”未免规定过宽，可能存在限制自由竞争的情形；……”

也要关注其与其他类型行为之间的界限在何处；（3）由于互联网产业快速发展更迭的特性，为了使互联网专条能对未来可能出现的新型互联网不正当竞争行为也有适用的余地，必须从理论上提炼出具有广泛适用性的分析判断模型。

二、对反不正当竞争法新增“恶意不兼容”相关条款的解读

（一）“恶意不兼容”行为的界定

新反法第十二条所列举的不正当竞争行为都有鲜明的典型个案痕迹。“恶意不兼容”条款也不例外，明显来自于奇虎诉腾讯垄断纠纷案中腾讯公司强迫用户“二选一”的行为。有学者指出，由于互联网产业的技术和商业模式更新很快，在法律层面对其作出规定需要慎重。将行为类型化并非不可，但是必须要有稳定性、有代表意义以及明确性，能归纳出准确的构成要件。⁷

针对恶意不兼容条款，有学者认为，“恶意不兼容”的内涵非常难以界定，“兼容”又属一个技术性很强的词汇，可能会对将来的司法实践产生很大的困难。因此，笔者就“不兼容”与类似行为的区别、其本身的外观表现、技术特征进行分析，并根据我国司法实践中出现的“不兼容”类型的软件干扰行为进行了分类。对于“恶意”的含义，笔者总结了当前司法实践经验，并探讨了一些未在实践中被考虑过的因素对于判断“恶意”的作用。

1. 相似概念辨析

（1）恶意不兼容与“恶意软件”的辨析

根据中国互联网协会给出的定义，恶意软件是指在未明确提示用户或未经用户许可的情况下，在用户计算机或其他终端上安装运行，侵犯用户合法权益的软件，但不包含我国法律法规规定的计算机病毒。恶意软件具备以下某一项或某几项特征：强制安装、难以卸载、浏览器劫持、广告弹出、恶意收集用户信息、恶意卸载、恶意捆绑、其他侵犯用户知情权、选择权的行为。⁸

恶意软件和恶意不兼容行为有诸多相似之处，例如：

（1）从“恶意”的含义而言。从中国互联网协会对恶意软件具体形态和特征的详细解释中可以看出，协会对于“恶意”的界定主要集中在软件的安装、运行、获取权限、卸载等方面是否侵犯了用户的知情权和选择权。而在奇虎与腾讯垄断纠纷案中，最高法院在判断腾讯的行为是否正当时同样也考虑了被诉行为是否侵犯了消费者的知情权和选择权、对消费者的强制性是否明显等因素。

（2）从二者的手段而言。恶意软件采用的手段有强制用户安装软件、设置障碍妨碍用户卸载软件、恶意卸载用户安装的其他软件、恶意捆绑软件等，可以看出，这些行为方式并不能完全被不兼容行为所囊括。但是，二者在特定情况下也有可能发生交叉，例如恶意不兼容软件在并未明确告知用户安装或对此软件进行其他某些操作会产生自动卸载其他软件的效果时，则可能既构成恶意软件，也构成恶意不兼容行为。

（3）从二者造成的效果而言。恶意软件和恶意不兼容行为造成的消极影响针对的对象都是软件的终端用户，都会损害消费者的利益，在这一点上二者是很相似的。

但是，恶意软件和恶意不兼容行为在本质上依然有很大区别。原因有以下几点：

（1）从“恶意”的判断标准而言。恶意软件的“恶意”是针对软件本身的定性，判断标准

⁷ 参见孔祥俊：《论反不正当竞争法修订的若干问题——评〈中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）〉》，载《东方法学》2017年第3期。

⁸ 参见中国互联网协会：《中国互联网协会今日向社会正式公布“恶意软件定义”》，载 <http://www.isc.org.cn/zxzx/xhdt/listinfo-1390.html>，最后访问时间 2018-6-4。

具有完全的客观性；而恶意不兼容行为的“恶意”是针对行为实施者的行为、动机等方面的定性，判断标准在具备客观性的同时也有很强的主观性。

(2) 从软件的主要目的而言。恶意软件是如今互联网行业力争防御的对象。根据艾瑞咨询公司在2017年出具的一份报告，目前市场上的恶意软件主要是通过各种不正当手段导致用户经济损失、不正当获取用户隐私信息、恶意传播以及其他不正当目的。⁹虽然恶意不兼容行为的直接后果也是导致用户利益受损，但该行为目的并非在于通过不正当手段从用户身上获得不正当利益，而是为了对竞争对手产生消极影响。

(3) 从法律规范而言。目前出台的针对恶意软件的法律规范有：《移动互联网应用程序信息服务管理规定》、《关于促进移动互联网健康有序发展的意见》、《中华人民共和国网络安全法》等；而恶意不兼容行为属于新修订的《反不正当竞争法》中的新增内容。可见对前者的规制主要是在行业管理法律领域，而对后者的规制主要在竞争法律领域。

因此，在讨论软件恶意不兼容行为时，应当注意排除那些本身即为恶意软件，只是采取不兼容方式达成目的的软件。

(2) 恶意不兼容与“计算机病毒”的辨析

《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》规定了我国的计算机病毒的法律含义，是指编制或者在计算机程序中插入的破坏计算机功能或者毁坏数据，影响计算机使用，并能自我复制的一组计算机指令或者程序代码。¹⁰计算机病毒的感染是一个“入侵-潜伏-激活-传染”的过程。病毒首先会通过各种手段依附于存储介质如软盘、硬盘等位置，构成传染源。绝大多数病毒都会有一段潜伏期，病毒编写者往往会为病毒设定一些触发条件，如系统时钟、日期、用户标识符、通信等，待这些条件达成后病毒就被激活，进而开始自我复制到传染对象中，进行各种破坏活动。¹¹

计算机病毒和恶意不兼容行为有本质上的差别。计算机病毒是对于某些特定程序的性质的概括，其本质是一段计算机代码；而恶意不兼容行为是对某一类特定行为的概括，其本质是一种行为。然而，即便将创造、运用计算机病毒的行为也纳入讨论中来，这些以计算机病毒为客体的行为仍然不能被恶意不兼容行为的内涵所囊括，原因有如下几点：

(1) 从二者的破坏对象而言。计算机病毒和恶意不兼容同具有破坏性，但是计算机病毒针对的是计算机系统、计算机硬件、硬盘中存储的数据本身的破坏。而恶意不兼容行为破坏的是应用软件在同一运行环境下的运行稳定性，造成的客观结果是在同一运行环境中无法同时运行互不兼容的软件。

(2) 从二者的特点而言。计算机病毒最突出的特点在于可以自我复制，这也是界定一段程序是否是计算机病毒的首要条件。¹²而恶意不兼容行为采取的技术手段仅仅只有互斥这一种手段，达到破坏性结果的方式中并不包含自我复制的要素。另外计算机病毒特有的传染性、潜伏性等特征也是恶意不兼容行为所采取的技术手段没有的。

因此，恶意不兼容行为和创造、传播、扩散计算机病毒的行为有本质上的区别。互联网专条对恶意不兼容行为的规制对象不包括上述采用计算机病毒实施的行为。采用计算机病毒实施的恶意破坏软件运行稳定性的行为，应当适用《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》进行规范。

2.“不兼容”的内涵界定

⁹ 参见艾瑞咨询公司：《2017 中国移动应用安全服务行业白皮书》。

¹⁰ 参见《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》第二十八条：“本条例下列用语的含义：计算机病毒，是指编制或者在计算机程序中插入的破坏计算机功能或者毁坏数据，影响计算机使用，并能自我复制的一组计算机指令或者程序代码。”

¹¹ 参见韩胜胜著：《计算机病毒原理与防治技术》，华中科技大学出版社 2010 年版，第 11 页。

¹² 参见秦志光著：《计算机病毒原理与防范》，人民邮电出版社 2007 年版，第 13 页。

(1) “不兼容”在我国的法律含义

在新《反不正当竞争法》出台之前，“兼容”这个词从未得到过法学界过多的关注。通过对我国目前的法律法规、行政规章、行业标准等文件的系统梳理，可以发现“兼容”这个词更多地被用作一个政治概念，以表达“兼容并包、和谐共处”的内涵，然而这显然并非《反不正当竞争法》的立法意图和本篇文章想要讨论的内容。除此之外，其他出现“兼容”概念的法律文件在使用这一概念的时候往往都有如下这些特征：（1）所指的是不同专业领域同业内、行业间技术标准的兼容；（2）并未对“兼容”进行进一步的阐释；（3）所见之处零散，并且在对应的规定中也并非是以核心重点概念的地位出现。

由此，我们可以得出以下这些结论：（1）从其产生的源头及应用的范围来看，“兼容”并不是一个法学概念，不单独从属于任何一门特殊的部门法；换言之，理论上在任何法律法规中都有可能出现这个词语；（2）作为一个法律规范中的核心概念出现的“兼容”在我国立法中是首次；（3）“兼容”被默认为是一个根据常识即可理解其所指代的状态的概念，因而在相关法律文件中才找不到对它进行解释的段落；（4）若要更进一步，给出评定“兼容”与否的细化指标，却难以在法律法规的层面给出一个广泛适用的统一标准，需留待不同行业根据自身的行业具体情况进行进一步解释；换言之，即便是在法律语境中，对“兼容”一词的解释也是具备高度技术性的。

在我国的司法实践中，对不兼容行为的含义也并没有确定一个统一、明确的边界。奇虎诉腾讯垄断纠纷案中，“不兼容”的含义是“腾讯QQ软件无法在安装有360软件的计算机上运行”。¹³金山诉合一不正当竞争纠纷案中，“不兼容”的含义被认为是“相关网站的视频无法在特定浏览器上播放”或“总是中断播放”。¹⁴百度诉奇虎不正当竞争纠纷案中，法院虽未提到“兼容”二字，但是提出的和平共处原则中包含了这样的含义：“不得干扰互联网产品或服务在网络用户终端的共存”。¹⁵可以看出，“不兼容”在我国司法实践中的含义大致可以被描述为这样一种状态：无法共存，或无法同时运行；互相之间的排斥性非常明显。

我国的司法实践也未对不兼容行为进行进一步的细分。其实，纵观所有的互联网竞争相关案件和研究可以发现，我国法学界在针对互联网不正当竞争行为进行分类时有这样一个特点：以行为内容为分类标准，每一个类别的内涵和指向都非常具体明确。有的学者将相关行为分为网络第三方商业诋毁行为、网络商业标识混同行为、网络软件恶意滋扰行为、网络恶意公关行为四种；¹⁶有的学者仅针对新型不正当竞争行为分为软件干扰和搭便车两种；¹⁷有的学者则分为阻碍软件安装运行、修改他人互联网产品或服务、屏蔽互联网广告三类。¹⁸

笔者认为，这样的划分固然有其清晰、易理解、易适用的优势，但是其劣势也很明显。由于这种分类过于具体，不能很好地体现不同互联网竞争行为的本质。每一种行为一旦被类型化，也就被严格地固定化。这也造成了，当这种分类方法一旦被法律所采纳时，就会让法律的适用性不佳，尤其在互联网这个商业模式快速推陈出新的领域，这样的缺陷变得更加明显。毕竟，互联网领域的技术和商业模式都在不断的飞速发展，有的商业模式可能会在几年内被更好的模式完全消灭，有的不正当行为可能在技术上变一个花样，以另外一种完全不

¹³ 参见奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷上诉案判决书，最高人民法院（2013）民三终字第4号。

¹⁴ 参见北京金山网络科技有限公司诉合一信息技术（北京）有限公司不正当竞争纠纷案判决书，北京市海淀区人民法院（2013）海民初字第17359号。

¹⁵ 参见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，北京市高级人民法院（2013）高民终字第2352号。

¹⁶ 参见晁金典、周君丽：《网络不正当竞争法律规制再考量》，载《法律适用》2014年第7期。

¹⁷ 参见张钦坤：《反不正当竞争法一般条款适用的逻辑分析——以新型互联网不正当竞争案件为例》，载《知识产权》2015年第3期。

¹⁸ 参见周辉平：《竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准——兼评“非公益必要不干扰原则”》，载《法学》2015年第5期。

同的方式呈现，但本质上仍然相同。因此，笔者认为，对于互联网领域的不正当竞争行为，需要在司法实践之外找到一些新的、更贴近行业本质的观察视角，对相关行为进行更有效的分类和理解。

在下文中，笔者将站在互联网技术和行业生态链两个视角，就不兼容这一行为方式进行一些分析。

(2) “不兼容”的技术语境

由于兼容一词具有较高的技术性，笔者认为，要探究新《反不正当竞争法》第十二条中“兼容”的含义，必须严格限定此处“兼容”一词的技术语境。

新《反不正当竞争法》第十二条第一款规定了该条适用的大前提，即“经营者利用网络从事生产经营活动”的情形。该条第二款规定了该条适用的行为要件，即经营者“利用技术手段妨碍、破坏”产品或服务的正常运行，行为的客体则是“其他经营者合法提供的网络产品或者服务”。由此，笔者认为，首先将解释范围限定在互联网商业经营范围内较为妥当。

其次，要进一步厘清“兼容”的概念，笔者认为需要对互联网及互联网基础技术有一个宏观层面的把握。互联网是将无数个计算机网络以一组通用的协议相连而成的覆盖全球的庞大网络，因此谈论互联网离不开计算机。通常意义上的计算机是指电脑，然而在技术层面上，计算机不仅包括电脑，也包括手机等能接入互联网的小型电子设备。计算机系统分为硬件系统和软件系统。软件系统又分为应用软件、系统软件。系统软件负责沟通、协调和控制应用软件和硬件之间的关系，进一步分为操作系统、语音处理程序、数据库管理系统三部分。可见，互联网是以计算机为基础而产生的一个不同层面的概念，而计算机系统本身又分为三个层级。三个层级之间都有可能发生不兼容的情况。

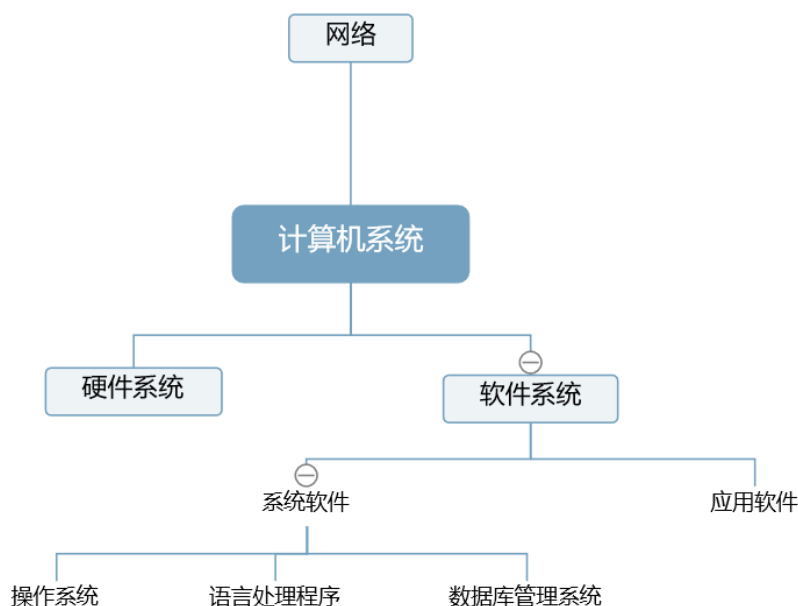


图1 计算机系统层级

对计算机系统有了一个比较清晰的认识后，就能对目前互联网商业经营范围内出现的不兼容案例作出一个分类。可以发现，目前出现的不兼容纠纷集中在软件系统中，有发生在同一层级间的，也有发生在不同层级间的。基于这一结构，可以将涉及到的主要的兼容问题大致分为以下几种情形：

第一类是操作系统和应用软件之间的不兼容。系统软件与应用程序不兼容可能会造成很严重的排除、限制竞争的后果，因此在法律上需要对系统软件经营者采取较为严格的限制。产生这样的情况有两个原因：一是系统软件经营者较应用软件经营者有强大的技术优势，而在互联网产业，技术是一个企业的核心生产力和竞争力。例如，对于微软或者苹果来说，研发一款应用软件易如反掌，但是对于360、百度、腾讯这种企业来说，要研发一款系统软件，恐怕不是那么容易的事情；二是由于系统软件的研发、维护成本均高于一般情况下的应用软件，市场的进入门槛高，因而系统软件市场呈现寡头垄断局面。若系统软件经营者同时经营应用软件，很有可能产生市场力量的传导效应。如果系统软件不兼容其他应用软件生产商的产品，这样的行为很可能会限制相关应用市场的竞争，产生反垄断法上滥用市场支配地位的问题，典型的是美国的微软案。微软的操作系统现在已经具有了更好的开放性和兼容性，很多同类型软件厂商基于自己开发的产品参与市场竞争，已经取得不错的业绩，如WPS办公软件。

但是，系统软件不兼容应用软件并不必然会产生竞争法需要规制的问题。在某种程度上，这已经成为一种行业惯例。例如，苹果的Mac OS系统和IOS系统就不兼容目前主流的软件格式，而根据自身操作系统设计了一套全新的软件格式，只有这些格式的软件才能在苹果的操作系统上安装、使用。苹果严格控制着应用软件进入操作系统安装的入口，只有在苹果官方应用软件商城中才能下载、安装相关软件，并且苹果也有下架应用软件、要求开发者修改应用软件的权力，这些做法已经被市场所接受，并没有据此产生的垄断或不正当竞争的纠纷。

第二类不兼容是应用软件之间的不兼容。应用软件的经营者在技术上属于同一层级内的经营者，他们的产品、服务的运行并不依赖于某一方是否兼容对方，也不存在着某一方有直接干扰对方的权利。因此，经营者之间并不存在天然的优劣势，在正常且理想的情况下，应用程序的经营者产品和服务应当是各自正常运行，不发生冲突。在这种情况下不兼容具有天然的不合理性，需要对行为进行合理化分析。最典型的案例是奇虎与腾讯垄断纠纷案，腾讯为进行“自力救济”，让自己的即时通信软件QQ不与360系产品兼容。此外，安全软件与其他应用软件之间的冲突也属于一种多发情况。

第三类不兼容是网站与计算机浏览器（应用软件）之间不兼容。这类情况下的不兼容是指，浏览器无法将网站的内容、功能或设计完整地呈现于浏览器窗口。司法实践中出现过不止一例网站不兼容浏览器的情况，基本都属于网站经营者对浏览器经营者进行有针对性的“打击报复”。其他互联网领域比较典型此类不兼容有，苹果系统自带的Safari浏览器不支持国内某些银行的安全控件，在这些银行的网页进行登陆或其他网银操作时会提示用户切换到谷歌的Chrome浏览器或者微软的IE浏览器，不要使用Safari。又比如暗网（也叫深层网络），目前主流的浏览器是无法进入的，只有通过某一种特殊的浏览器和特殊的手段才能进入。

以上三类不兼容不正当竞争将技术层面的三个层级全部囊括了进来。简而言之，就是系统软件和应用软件不兼容、应用软件互相不兼容和网络与应用软件不兼容。虽然软硬件不兼容也是一种常见的不兼容类别，但是由于计算机硬件产业和互联网产业有显著的区别，因而软硬件不兼容的情形不应属于恶意不兼容条款的规制范围。因此，笔者认为，互联网领域不兼容不正当竞争行为的技术语境限定在前述三种情况是比较合理的。

（3）互联网生态链视角下的“不兼容”行为

理解互联网生态链对于解释恶意不兼容条款，甚至对于解释整个互联网专条都有很大的帮助。这是因为互联网生态链代表着互联网产业的产业结构，而理解产业结构无疑是正确适用竞争法的基石。

互联网生态链主要由移动运营商、内容供应商、应用开发商、服务提供商和用户这几个主体构成。移动运营商是指提供基础网络服务的经营者，如中国移动、中国电信等。内容提

供商是指互联网上生产内容的经营者，如各大门户网站、视频网站、资讯网站等。服务提供商是指直接向用户提供各种服务和应用的经营者。用户是互联网生态链的最终环节，位于整个生态链的终端，是互联网产品和服务最终的消费者。

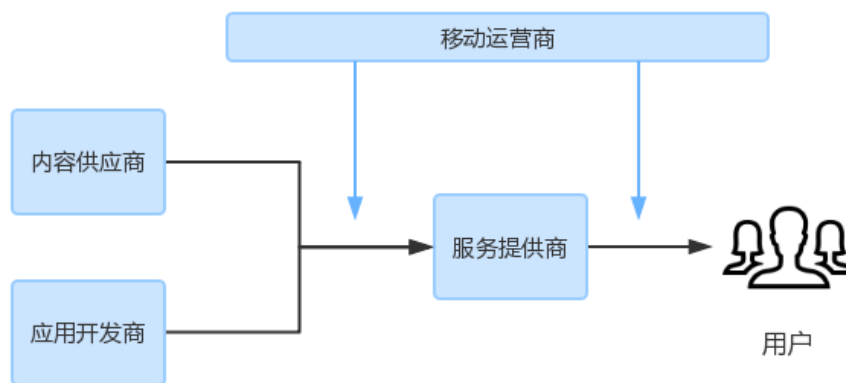


图2 互联网生态链示意图

上图从左到右也代表了互联网市场上游到下游的结构。总体而言，互联网市场中各经营者对移动运营商的依赖性是最强的，其次是下游行业对上游行业的依赖度。互联网服务提供商在整个生态链中处于一个非常关键的位置，因为直接接触用户并影响用户的体验。当服务提供商所提供的服务依赖于内容提供商所生产的内容时，若上游的内容提供商或应用开发商对下游的服务提供商实施恶意不兼容行为，则会对服务提供商产生巨大甚至毁灭性的打击，直接影响到终端的消费者，产生竞争法上的问题。

我国司法实践中出现的一个比较接近的例子是金山诉合一不正当竞争纠纷案。该案中，优酷网对金山公司的猎豹浏览器实施不兼容，导致使用猎豹浏览器的用户无法在该浏览器上观看优酷网视频。当然，在这个案子中，由于浏览器市场的替代性很强，对用户不会造成很大的利益损失。对于猎豹浏览器来说，优酷网的内容也并非其赖以生存的唯一基础（虽然是比较重要的一部份）。因此，也不会对金山公司的利益产生动摇其生存基础的影响。

一个比较有意思的例子来源于美国司法实践中出现的案例。2012年，美国出现了一起因互联网产品经营者拒绝提供数据接口而产生的法律纠纷。在这起案件中，被告Twitter公司于2012年11月底关闭其数据库对第三方软件的接口，而PeopleBrowsr网站的主要业务是基于对Twitter这个平台的数据分析上产生。在这个案件中，PeopleBrowsr是Twitter的下游服务提供商，Twitter则是上游的内容生产商。¹⁹在商业实践中往往会出现这样一种情形：当一个上游产业的大企业想要试探下游产业的市场，决定是否要进入时，其采取的手段通常是先和一个下游企业合作，将自己的接口提供给他们，以视成效。当上游大企业发现下游产业的市场具有吸引力，决定进入时，往往就会采取将接口关闭的行为。有学者在对该案的分析中认为，当上游企业所生产的数据成为下游市场生存所必不可少的因素时，其拒绝提供数据——或者说，拒绝提供数据接口的兼容时，就会构成不正当的商业行为。²⁰

虽然我国尚未发生类似的案件，但是笔者认为这一案件对我国非常有借鉴意义。我国互联网行业已经诞生了不少集中了大量流量和用户数据的应用巨头，在如今“大数据”的浪潮下，互联网行业的创新对于数据和内容的依赖程度非常高；而且对于一些新进企业、创新企业来说，如果这样一些流量巨头型平台针对自己的软件采取不兼容措施，将会是致命的打击。

¹⁹ PeopleBrowsr, Inc. v. Twitter, Inc., 2013 U.S. Dist. LEXIS 31786, 2013 WL 843032

²⁰ Abrahamson, Zachary. "Essential Data," Yale Law Journal vol. 124, no. 3 (December 2014): p. 867-[vii].

实际上,虽然这一现象尚未在法学界引起关注,但腾讯研究院的相关研究表明,互联网行业中“上游企业欺负下游企业”的现象已经越来越普遍,或成为将来互联网不正当竞争的一个重要源头。²¹在这样的情况下,在判定不兼容行为是否具有正当性时,将相关经营者互联网生态链上的相对位置也纳入考虑中无疑是更贴近产业现实的一种做法。近期互联网行业一起备受关注的“头腾之争”就将下游企业的这一隐忧暴露了出来。

“头腾之争”是指今日头条系产品“抖音”与腾讯系产品之间近期发生的一系列纠纷。今日头条创始人张一鸣运营的短视频产品“抖音”通过创造性的流量池筛选模式在短短不到一年的时间内吸引了大量用户,流量增长之迅猛、流量变现之迅速在同类产品中无可匹敌。而腾讯虽也非常重视这一市场,其砸重金运营的产品“微视”却在短视频市场上毫无竞争力可言。在两家因某些其他原因发生口水战之后不久,有用户反映抖音的短视频无法再被分享到微信朋友圈,随后“微信封杀抖音”的新闻在各大科技媒体甚嚣尘上。此举无疑是对抖音流量增长势头的一个巨大打击。近日,抖音方面已向法院提起对腾讯的不正当竞争诉讼,目前尚未开始审理。²²

这一案件反映出互联网行业的一个产业现实:控制流量入口的经营者,当具备了一定程度的覆盖率之后,其不兼容行为就可能对那些依赖于这些流量入口的经营者造成很大的冲击。相关行业研究报告显示,我国互联网行业经过一段粗放式平台式发展时期,目前已经形成了由BAT三巨头为首的基本稳定格局,进入市场细分阶段。在2016年,我国移动互联网头部应用覆盖率先优势明显,而微信作为行业第一应用,已经覆盖了68.04%的移动智能终端。在人口红利已经饱和的当下,这些头部应用的覆盖率优势难以被超越,流量分发的价值将会愈发凸显。²³在这样的行业现实下,经营者之间的上下游关系、相对依赖度、相对优劣势,都应作为现实因素在分析的过程中多加考虑。

(4) 恶意不兼容与其他互联网不正当竞争行为方式的关系

在互联网专条列举的类型化行为中,第二类“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”行为类型与恶意不兼容行为之间可能会发生重叠。因为这两种行为类型不存在相互排斥的情况,所以可能会在一起出现;甚至有学者认为,恶意不兼容行为和第二类行为的关系本质上就是手段与结果的关系。²⁴

然而,仔细考察相关案例,还是能发现二者之间的区别。比如,在针对360旗下安全软件提起的一系列诉讼中,360的安全软件在多个案件中采取的都是复合型的不正当竞争行为:不仅对相关软件进行误报,声称相关软件带有病毒,诱导用户卸载;而且还实施了一些排斥性非常明显的行为。例如,在奇虎与搜狗不正当竞争纠纷上诉案中,在用户根据360的提示对搜狗浏览器作出不允许其设置为默认浏览器的选择后,再试图通过其他方式将搜狗浏览器设置为默认浏览器时,360安全卫士软件会存在不做任何提示的情况下,直接通过阻止用户的默认浏览器设置的方式使其操作无效。²⁵又如,在金山诉奇虎不正当竞争纠纷案中,用户在安装金山新毒霸时,360杀毒软件多次弹出提示框,提示“捆绑软件拦截”,并默认选择“取消安装”按钮。当用户点击“继续安装”按钮后,360杀毒软件弹出“捆绑软件净化提醒”提示框,

²¹ 参见张钦坤、廖怀学:《互联网专条的是与非——多角度评议〈反不正当竞争法(修订草案送审稿)〉》,载《中国知识产权》杂志总第112期。

²² 参见《今日头条先屏蔽了微信却成了受害者?三大争论点还原腾讯头条大战》,载 http://www.sohu.com/a/234003377_104421,最后访问日期2018-6-4。

²³ 参见TalkingData移动数据研究中心《告别野蛮生长,迎接存量掘金时代——2016年移动互联网行业发展报告》2017年2月发布。

²⁴ 参见遼彩平:《〈反不正当竞争法〉修订下互联网不正当竞争新发展》,载《湖北省法学会经济法研究会2017年年会摘要集》2017年第1期。

²⁵ 参见北京奇虎科技有限公司等与北京搜狗信息服务有限公司等不正当竞争纠纷上诉案判决书,北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第1071号。

显示“源文件已删除，无法继续安装，建议您重新下载”。²⁶

从这些案例中可以看出，不兼容行为是一种外观上表现为完全排斥共存或完全排斥共同运行的行为，其强制性比不正当诱导卸载更加明显，对消费者选择权的侵害更严重，对相对方的利益损害更大。在相关案例中，很有可能出现恶意不兼容与其他类型的互联网不正当竞争纠纷共同出现的情况。因此，在判断的时候要注意区分。

（5）判定不兼容行为中潜在的隐患

互联网产品，本质上是一串指示计算机如何运作的代码，代码是计算机的语言。经营者具体实施了什么样的行为，最可靠的证据就是代码本身，因为这是经营者去“告诉”计算机如何运行的语言，是经营者最真实的表达。从理论上来说，一个令人有些不安的隐患是，经营者口头主张的、甚至表现出来的，都有可能和实际所实施的行为不符。毕竟，兼容与否也只是表现出来的一种效果，而效果永远都可能存在多个原因导致，因此兼容与否并不是事情的本质。经营者大可主张是别的因素造成了不兼容的情况，而继续行不兼容之实。

例如，在北京金山网络科技有限公司诉合一信息技术（北京）有限公司不正当竞争纠纷案中，被起诉旗下网站优酷网针对猎豹浏览器实施不兼容行为的合一公司辩称，产生不兼容效果是因为猎豹浏览器自身存在兼容性问题，而不是合一公司主动采取了不兼容措施。对于这一问题，法院并未作出判断，而是在预设了不兼容效果是源于合一公司的行为的前提条件下展开了论证。又如，在目前正在进行的“头腾之争”中，对于“微信封杀抖音”这一现象，抖音方面认为是腾讯针对抖音作出的不兼容措施，而微信产品经理则声称这是因为微信一直有防刷屏机制，若一天内发朋友圈过多，则会启动程序中的自动屏蔽机制，“主动封杀”之说纯属谬论，双方各执一词。目前我国法院对“不兼容”的认定基本都是表面判断，这样的方式是存在很大缺陷的。笔者认为，在这样的情况下，最直接、最可靠的办法就是查相关产品和网站的源代码，若有针对性的特殊识别并采取屏蔽等不兼容操作的代码语言，则可认定确实实施了不兼容行为。在美国的微软案中，法院就采取了类似的做法。通过对微软程序文件的调查，发现其将浏览器的程序代码和操作系统代码放在同一文件夹中，据此认定微软存在搭售行为。²⁷这是最科学的一种做法。当然，这种方式在执行层面上会存在很多问题，比如法院是否具备相关专业人员，如何进行证据保全等。由于并非本篇讨论的重点，因此暂且不展开讨论。

3. “恶意”的内涵界定

反不正当竞争法的适用是否要以主观过错为要件一直存在理论争议。有学者认为，我国《反不正当竞争法》第二条规定的商业道德即是对主观过错的要求。

恶意不兼容条款中的“恶意”的内涵是否等同于商业道德，是一个值得商榷的问题。在反法修订前，一切有关行为正当性的价值判断都通过解释第二款规定的原则来解决。即便是在新增的条款中，也仅有恶意不兼容条款出现了一个全新的非客观标准。有学者认为，“恶意”作为一种主观的判断要件，缺乏稳定的判断标准，并不是严格意义的法律术语，并不能简单地等同于商业道德。²⁸但其实，对于商业道德的判断也并不存在一个绝对稳定的判断标准。尤其在互联网行业，对这两个原则的解释非常难以得到一个统一的意见。法院在审判中采取的价值取向，不少也会受到学界的质疑。

笔者认为，恶意与商业道德的关系应当从不同的视角进行分析。恶意是一个非常具有日

²⁶ 参见北京金山安全软件有限公司诉北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案判决书，北京市西城区人民法院(2014)西民初字第00146号。

²⁷ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

²⁸ 参见田小军、朱英：《新修订〈反不正当竞争法〉“互联网专条”评述》，载《电子知识产权》2018年第1期。

常经验色彩的词汇，从广义上说，它能包括商业道德的一切内容。但从狭义上来说，恶意的判断标准更加侧重考察行为人的主观意思、内心意思；而商业道德的判断则更加倚赖于已经客观存在的标准。根据最高院的相关意见，²⁹商业道德应当是一种“不同于日常生活道德标准的经济伦理标准”。³⁰这证明，商业道德确实不能被等同于“恶意”。总体来说，“恶意”的内涵是比商业道德更广的，因为前者还包含了日常经验中的一些属于恶意的因素。

这一点对于解释恶意不兼容条款中“恶意”的启示在于，也许对于不兼容行为的正当与否，需要考虑的因素会较一般不正当竞争行为更多。因而，笔者在此处采取广义上的“恶意”，总结相关司法审判经验，并对一些或可成为评判标准的新的因素进行分析。

（1）行为动机和目的

在相关案件中，法院一般考察实施行为的经营者是否具有不正当利用他人竞争优势的动机。由反不正当竞争法的相关规定可以看出，反不正当竞争法所保护的是经营者通过自身诚实经营而获得的经营利益，这也就意味着，不当利用其他经营者经营利益的行为应属于反不正当竞争法所禁止的行为。在合一与金山不正当纠正纠纷上诉案中，经营猎豹浏览器的金山公司采取技术手段，让使用猎豹浏览器进入优酷网浏览视频的用户可以跳过片头广告进行观看。法院认为，金山公司具有不正当利用他人竞争优势的动机，理由是：“鉴于网络用户显然更希望其所观看的视频不附着任何广告，故被诉猎豹浏览器所具有的视频广告过滤功能会使得相当比例的优酷网用户选择使用被诉猎豹浏览器，这一选择意味着相当比例的优酷网用户会同时成为猎豹浏览器的用户，从而使得猎豹浏览器的用户量相应增加。金山公司作为互联网从业者对这一情形显然知晓，在此情况下，其仍向用户提供具有视频广告过滤功能的猎豹浏览器，显然具有利用合一公司经营利益的主观意图。”

（2）用户知情权和选择权

实施不兼容行为是否侵犯了用户的知情权和选择权，在立法和司法实践中都是着重考量行为正当性的因素。网络用户有自愿选择是否使用互联网产品或服务的自由，也有自愿选择使用哪一种互联网产品或服务的自由。互联网经营者不得强制网络用户使用其提供的或放弃使用其他经营者提供的互联网产品或者服务。在确有正当理由需要采取不兼容等手段时，需要对用户进行告知。否则，将被认为行为不具有正当性。

（3）在先过错

如果一方的不兼容行为的起因是另一方的在先过错，是否能排除实施不兼容方的主观恶意？虽然立法中并未明确对此进行规定，但是在相关案件的司法实践中，法院侧面认可了相对方的过错作为实施方的一项违法阻却事由。

在北京金山网络科技有限公司诉合一信息技术（北京）有限公司不正当竞争纠纷案中，合一公司经营的优酷视频网站针对猎豹浏览器实施不兼容行为，要求用户使用其他浏览器，在用户坚持使用猎豹浏览器浏览优酷网视频时，合一公司拒绝向用户提供视频播放服务。在此前，合一公司曾起诉金山公司不正当竞争，金山公司研发的猎豹浏览器修改并诱导用户修改优酷网视频服务及参数，过滤优酷网视频广告，破坏了合一公司的商业模式。在这一案件中，法院支持了原告合一公司。在金山公司起诉合一公司不兼容行为构成不正当竞争的案件中，法院认为：“考虑到合一公司在第13155号案中提出金山网络公司等相同时间段通过

²⁹ 参见《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第24条：“……正确把握诚实信用原则和公认的商业道德的评判标准，以特定商业领域普遍认同和接受的经济人伦理标准为尺度，避免把诚实信用原则和公认的商业道德简单等同于个人道德或者社会公德。……”

³⁰ 参见孔祥俊著：《反不正当竞争法的创新性适用》，中国法制出版社2014年版，第60-61页。

猎豹浏览器过滤优酷网视频广告，对合一公司构成不正当竞争的主张被本院支持，本院在本案中认为，合一公司对金山网络公司在实施不正当竞争行为当时以不兼容措施进行防御并无不妥。”

在奇虎诉腾讯垄断纠纷案中，腾讯提出了相同的抗辩，认为“QQ软件对360安全卫士采取不兼容措施是源于奇虎公司实施侵权行为所致。为了保证QQ的正常运作，腾讯公司和腾讯计算机公司不得已采取不兼容技术措施来阻止和排除奇虎公司产品对自身产品的破坏，是一种正当的自力救济行为。”然而，这一抗辩却未得到法院的支持。法院的理由是：第一，采取自力救济的直接反击对象必须是不法侵害人而不应是用户本身，因此腾讯的自力救济行为已经超出了民法规定的必要限度。第二，法院认为腾讯应当通过知识产权侵权诉讼的诉前禁令制度进行救济，而不应采取不兼容的方式进行自力救济。虽然法院没有支持腾讯的这一主张，其论证过程的合理性也值得再加讨论，但是从法院在对腾讯这一“自力救济”的合理性进行考察这件事上，已经表明了法院的态度：在满足了一定的条件下，对方存在在先过错确实有可能成为阻却行为违法性事由。

就奇虎诉腾讯垄断纠纷案看来，法院认为至少应当满足的要件有：实施自力救济的对象只能是直接不法侵害人，而不能是用户。但是若深究法院的论证过程，会发现存在一定的问题。法院认为腾讯的行为是针对用户实施的，原因可能在于腾讯采取的方式是提示用户将采取不兼容的措施，并要求用户择一卸载。虽然表面上看来，腾讯公司实施的行为的直接对象是用户，行为内容是要求用户进行选择，但这正是腾讯公司保护用户知情权和选择权的体现。并且，腾讯公司实际上实施的行为必然包括对QQ软件的源代码进行改写，加入识别360软件并且针对其不兼容的代码，这显然是针对“直接不法侵害人”实施的行为。换句话说，腾讯不可能在不针对360采取一定行为的情况下就能做到让原本互相兼容的软件变为不兼容状态。而这一事实却被法院忽略了。

而金山公司诉合一公司不正当竞争纠纷案中法院的判决也对将来类似的案件审判提出了新的问题。首先，如何认定对方的“在先过错”？在第一个案例中，法院是基于在先的生效判决认定被告方合一公司的抗辩的合理性。如果不存在在先判决，实施不兼容一方主张对方存在不正当竞争因此免除自身行为的违法性，法院要如何应对？是否需要先行认定对方的行为是否构成不正当竞争？又或者，实施不兼容的一方不主张对方行为构成不正当竞争，仅主张对方行为存在过错，或者不论对方的主观因素，仅主张对方的行为客观上给自己的利益造成了不正当的消极影响，法院又应该如何考量？这些恐怕是未来需要在实践中进一步细化、完善的问题。

(4) 互联网企业竞争策略选择

在百度诉奇虎不正当竞争纠纷案中，法院认为，互联网企业竞争应当遵循和平共处原则。网络服务提供者未经其他互联网产品或服务提供者的许可，不得干扰互联网产品或服务在网络用户终端的共存。也就是说，法院认为，互联网企业的产品和服务原则上应当做到互相兼容。

然而，这是一个过于理想化的想法。互联网产业是一个网络效应突出的产业。根据经济学家的相关研究，在具有网络效应的产业中，企业的关键竞争要素是网络规模，而不是产品或服务的质量。³¹针对电信产业中企业互联互通问题的研究表明，网络规模对产品的兼容选择有重要的影响。³²因此，如何将产品的网络规模扩大是网络效应相关的产业中企业首要的考虑因素，而兼容选择、技术标准则是扩大网络规模最主要的竞争策略。

³¹ 参见鲁文龙、陈宏民：《新兴产业中的中小企业发展战略分析》，载《上海管理科学》2003年第01期。

³² 参见鲁文龙、陈宏民：《产品差异化与企业兼容性选择》，载《华中科技大学学报(自然科学版)》2003年第12期。

一般来说,互联网企业在兼容策略的选择上遵循这样一种规律:小企业倾向于选择兼容战略,大企业倾向于选择不兼容战略。³³对小企业而言,如果选择与市场上已有的产品兼容,则可利用已有产品的网络效应快速获得安装基础,达到网络规模临界值形成正反馈;但同时也放弃了自身产品与市场上已有产品的差异性,失去后动优势。对大企业而言,也存在兼容后带来的整个产业市场份额的扩大和自身在产业中市场份额占比减少的得失权衡。当在位企业网络效益强或者知名度高、声誉好时,一般偏好采取不兼容战略,例如微软正是采用了技术不兼容策略得以迅速发展并最终垄断操作系统市场。而小企业的决策正好与之相反,当大企业网络效益强时,小企业选择兼容所失去的差异化优势可以通过大企业强大的网络效益得到补偿,所以偏好兼容策略。

由此可见,兼容与否本身属于互联网企业竞争策略的核心手段之一,所以要对不兼容行为进行规制时,必须要考虑到市场本身的规律、企业所处的生命周期和企业通常的竞争策略选择。对于小企业来说,实施不兼容行为很难为其带来不正当借助他人竞争优势获得利益的可能性,因此应当采取较为宽松的认定标准。而对于大企业来说,实施不兼容行为则很有可能产生通过自身的市场优势排挤竞争对手的效果,需要更密切的关注。

(5) 互联网产品特性

对于不同类型的互联网产品,其不兼容的正当性与否也会有不同的考虑因素。如本节“‘不兼容’的内涵界定”中基于互联网技术与产业生态链角度进行的分析中所述,在这两种不同的维度下,针对不同类型的经营者都会有一些不同的因素需要考虑。例如系统软件不兼容应用软件和应用软件互不兼容两种情况就不能混为一谈地讨论;上游内容供应商不兼容下游产品或服务 and 同一生态位的产品或服务互不兼容这两种情况也不能毫无差别地对待。除此之外,还有一种特殊的软件产品需要单独进行讨论,就是安全软件。

安全软件虽属于应用软件的下位概念,但是其兼容性具有特殊性,有专门讨论的必要性。安全软件互相之间的兼容性很差,多个安全软件在统一系统中并存时经常会发生相互误报对方包含病毒的情况。《安全软件兼容性问题白皮书》指出,这一特点源于其本身的技术特征,往往具有一定的不可避免性。³⁴为避免这种情况的发生,在安装安全软件时,大多数经营者都会设置提示,提醒用户卸载在先软件再进行安装。³⁵相关技术人员普遍认为,造成这些不兼容现象的本质是技术问题而不是商业竞争问题,因此此类不兼容不应当被纳入法律规制的范围。

这一点也得到了我国司法实践的承认。但同时,针对安全软件冲突相关的案件,法院的态度也非常谨慎。由于安全软件在计算机系统中拥有的优先权限和用户对安全软件的信赖,使安全软件对其他软件的安全性进行提示、引导用户进行相关操作的行为极易被滥用。例如多起针对360旗下安全软件的诉讼案件中,360都采取了明显超出安全软件必要职能范围内的措施诱导用户对相关软件进行卸载,或主动越过用户进行卸载、不兼容等行为。在这样的一些行为中,并非所有的都属于恶意不兼容行为。例如,诱导卸载的手段应属于互联网专条所列举的第二种行为模式,而只有实施强制性的排斥行为,才属于不兼容的范畴。

在我国法院的实践中,对安全软件的不兼容行为是否具有正当性也发展出了一些特殊的标准。例如在奇虎与搜狗不正当竞争纠纷上诉案中,法院提出了安全软件应当遵循“最小特权原则”,即在对其他计算机软件进行干预时必须以“实现其功能所必需”为前提,而且这种干预也更应当以客观、中立的方式加以实施。在该案中,法院也提出,安全软件在对同类行为采取相应措施时,不应根据行为主体的异同而采取差别化的应对措施,否则即有违平等、

³³ 参见傅瑜:《中国互联网平台企业竞争策略与市场结构研究》,暨南大学,2013年,博士学位论文,第11-15页。

³⁴ 参见肖新光:《杀毒软件江湖:排斥与兼容的战争(上)》,载《中国教育网络》2010年第10期。

³⁵ 参见肖新光:《杀毒软件江湖:排斥与兼容的战争(下)》,载《中国教育网络》2010年第11期。

公平的竞争原则。³⁶

(6) 其他因素

除了上面这些因素之外,笔者认为有一些未在司法实践中被考虑过的因素或许也能成为帮助判断“恶意”与否的指标,例如“对消费者合理期待的破坏”。3Q案之所社会关注度如此之高,一个很重要的原因在于,腾讯的QQ软件和360安全软件都是具有较广泛用户基础的软件,各自的用户群体存在很大的重叠;而且在腾讯实施不兼容行为之前,QQ和360安全软件长期兼容共存,这使得用户对这两个软件具有了能长期互相兼容的合理期待。腾讯实施不兼容的行为非常突然,使得用户必须在短时间内作出取舍的选择,几乎没有备份、转移、缓冲的时间。这件事在当时引起了网民中很大的骚动,给用户带来了不小的麻烦。也正是在这样极为广泛的社会关注度和对两个软件再次兼容的呼声中,才惊动了工信部出面平息这场纠纷。

新修订的反法将损害消费者利益明确写进了不正当竞争行为的定义中,表明保护消费者利益正式成为反法的目标之一,经营者不仅要考虑到自己的竞争行为是否损害了其他经营者的利益,也要考虑到是否会损害用户的利益。因而在未来的司法实践中,或许这一点也能作为判断经营者主观恶意的因素之一。

4. 基于“公益目的”的抗辩

在百度公司诉奇虎公司插标案中,北京高院认为:“虽然确实出于保护网络用户等社会公众的利益的需要,网络服务经营者在特定情况下不经网络用户知情并主动选择以及其他互联网产品或服务提供者同意,也可干扰他人互联网产品或服务的运行,但是,应当确保干扰手段的必要性和合理性。否则,应当认定其违反了自愿、平等、公平、诚实信用和公共利益优先原则,违反了互联网产品或服务竞争应当遵守的基本商业道德,由此损害其他经营者合法权益,扰乱社会经济秩序,应当承担相应的法律责任。”³⁷此为我国司法机关在审理互联网软件干扰相关案件中首次提出了“非公益必要不干扰原则”。这一原则的含义可以界定为,只要不是为了保护公共利益之必须,互联网经营者就不得干扰他人互联网产品或服务的正常运行。³⁸从该案之后的互联网不正当竞争案件审判中可以看出,该原则已经成为实践中得到遵循和普遍认同的一项原则。³⁹

实际上,在很多相关的纠纷中,实施不兼容等干扰行为的经营者都会主张自己是为了用户利益考虑才实施相关行为;但是从现有的相关案例中可以发现,法院从未支持过这一主张。这一原则设立的目的似乎只被用来否认干扰行为的合理性,而并非为了肯定行为的合理性。例如在合一与金山不正当纠正纠纷上诉案中,金山公司主张,因用户对于优酷网片头广告难以接受,而被诉猎豹浏览器的视频广告过滤功能有利于用户需求,故该行为系基于公共利益,具有合法性。法院认为,被诉猎豹浏览器的提供行为在相当程度上满足了用户的需求,似乎有利于该部分用户的利益。但法院同时指出,这一使用行为在短期内对视频网站“免费+广告收入”的商业模式产生了冲击,可能让视频网站不得不采取单纯收费的模式进行营利,对用户的利益可能产生消极影响;从长期来看,可能导致视频网站丧失生存空间,导致用户的利益受到损害。因此,视频广告过滤功能客观上并未有利于社会公共利益,金山公司的行为

³⁶ 参见北京奇虎科技有限公司等与北京搜狗信息服务有限公司等不正当竞争纠纷上诉案判决书,北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第1071号。

³⁷ 参见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,北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号判决书。

³⁸ 参见石必胜:《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》,载《电子知识产权》2014年第4期。

³⁹ 参见海淀法院课题组:《北京市海淀区人民法院关于网络不正当竞争纠纷案件的调研报告(三)》,载微信公众号“知产力”<http://news.zhichanli.cn/article/3282.html>,最后访问日期2018年6月4日。

亦并非基于公益目的。⁴⁰

笔者认为，这一原则并不能解决互联网竞争的本质问题。原则在适用的过程中都依赖于解释，而在解释的过程中必然也要动用其他的价值判断、以及对事实的预测。例如在上面这个案件中，法院就显然预设了这样的一些前提：商业模式需要得到反不正当竞争法的保护、视频网站经营者在商业模式受到冲击后只能选择某一种不利于消费者利益的模式，等等。有学者针对这一原则提出，“公益”标准会导致不正当竞争案件司法裁判过程中价值判断和利益衡量方向的明显错误。⁴¹“非公益必要不干扰”原则旨在维护一种静态竞争，更多地落入了一般侵权行为的套路，与动态竞争的市场竞争规律背道而驰。⁴²在一个充分竞争的市场中，相互“干扰”是常态，法律应当只禁止极端的干扰行为，而不应奉行“非公益必要不干扰”。

43

因此，笔者认为，“公益目的”不仅不应当作为抗辩事由，且不应作为判断互联网不正当竞争行为的一般原则来适用。

（二）“恶意不兼容”条款与相关条款的关系

1.“恶意不兼容”条款与互联网专条的概括与兜底条款

新修订反法的互联网专条采用了概括+列举+兜底的形式。在第二章第一节“‘不兼容’的内涵界定”中，笔者已经对恶意不兼容行为与其他列举的互联网不正当竞争行为的关系进行了分析，不再赘述。此处仅就不兼容条款与概括条款和兜底条款的关系进行浅析。

第十二条第一款是概括条款，将互联网专条的适用范围限定在了“经营者利用网络从事生产经营活动”的情形下。第二款第一句规定了列举条款的总前提：“经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、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：……”

从法理上说，列举条款的总前提应是恶意不兼容条款的适用前提。有学者提出，“影响用户选择”规定得非常不恰当，因为无论是正当竞争还是不正当竞争，无论是不是互联网企业，其竞争的手段都是在影响用户或消费者的选择。笔者认为，这种观点具备合理性。不过，综合整个条文来看，由于列举条款中规定的都是行为的更加具体的形式，因而在第一句总前提中的这个表述，更有可能是立法者想要强调互联网经营者必须尊重用户的选择权，而并非意在列举一种行为形式。

“正常运行”的表述也遭到了部分学者的疑议，原因在于其内涵的不确定性。对于恶意不兼容条款来说，这里存在的问题是：如何界定一种不兼容的状态。在第二章中着重对不兼容的内涵进行了辨析，但是司法中出现过的类型并不能代表全部。例如，如果有经营者采取措施，使得产品之间虽然能兼容，但是兼容性非常差（如频繁闪退），是否能算不兼容？如果兼容之后，对产品的部分功能进行了限制，或者部分功能遭到破坏，是否能算不兼容？这些情况目前仅停留在笔者的想象层面，在实践中尚未出现这样的案例，但是在未来不排除要基于现实中出现的不兼容行为的“变异体”，结合列举条款的总前提条件以及兜底条款进行深入的解释。

⁴⁰ 参见合一信息技术（北京）有限公司与北京金山网络科技有限公司等不正当纠正纠纷上诉案判决书，北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第3283号。

⁴¹ 参见薛军：《质疑“非公益必要不干扰原则”》，载《电子知识产权》2015年第Z1期。

⁴² 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。

⁴³ 参见孔祥俊：《论反不正当竞争法修订的若干问题——评〈中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）〉》，载《东方法学》2017年第3期。

2. “恶意不兼容”条款与反法一般条款

在反法修订前,相关案件纠纷基本都采取适用一般条款的方式解决。因而在互联网不正当竞争纠纷领域,司法机关适用一般条款的频率非常高,以至于产生了一般条款被过度使用之虞,造成了一定的负面影响。很多学者认为,正是因为这个原因,所以才让立法者希望针对互联网不正当竞争制定专门条款进行规制,以避免法律适用向一般条款“逃逸”的现象。

44

然而,也有不少学者对互联网专条提出了“治标不治本”的质疑。互联网专条中设立了一条专门针对互联网不正当竞争的兜底条款:“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”。这一条“小兜底条款”是在修法过程中最后一个阶段才迟被加入的。或许立法者确实不希望再增加一条兜底条款,造成和之前滥用一般条款相似的结果;但是受限于采用列举方法实在难以囊括未来可能出现的新型互联网不正当竞争行为,所以权衡之下才设立这样一条条款。

这就产生了一些法律适用上的问题。从法律适用的原则上来说,若能适用列举的典型类型的,就要适用典型类型的规定;不能适用典型类型的,优先适用特殊的兜底条款;不能适用特殊的兜底条款的,再适用反法的一般条款。但是,“小兜底条款”只规定了行为要件和部分效果要件(损害了经营者的合法权益),而并没有规定损害消费者利益的客观效果要件,也没有关于互联网行业的诚实信用原则与商业惯例的规定。

这就产生了两种适用的方法。第一种,针对互联网不正当竞争,只适用互联网专条的兜底条款,不适用第二条一般条款。关于缺少的部分,从互联网专条列举条款规定的要件和概括条款中通过解释得出。例如,对消费者权益的损害已经被规定在了列举条款的总前提中;违反诚实信用、商业道德也可以通过对“恶意”的解释得出。这种方法自然能达成立法者希望一般条款不再被过度使用的希望,但是也存在适应性可能不够全面的问题。第二种适用方法是小兜底条款和一般条款共同适用。这种方法的好处是有更强的适应性,坏处是可能将来又不免陷入频繁向一般条款逃逸的困局。

3. 互联网行业的商业道德

在互联网竞争纠纷案件的审判中,是否违反诚信原则和商业道德是法院关注的重点。但是法院却很少对商业道德的内涵深入展开进行阐释。

从相关案例来看,法院对于互联网行业商业道德的内涵的界定总体上来说还是非常模糊的。有的法院认为,不正当利用他人竞争优势是违反商业道德的;有的法院认为,安全软件要对所有相同功能的软件一视同仁,以此作为相关软件市场中的“商业道德”;有的法院将对消费者权益保护的内容也纳入了商业道德的含义;更多的法院并没有说明商业道德的内涵,仅仅作为论证的结尾。

如果进一步深入探讨法院认定的这些商业道德的内涵,可以发现很多问题:

(1) 如何界定“不正当利用他人竞争优势”。并非所有依赖于他人既有商业模式和商业成果而产生的产品服务都是不正当利用他人竞争优势。

(2) 安全软件经营者是否一定需要承担比普通应用软件经营者更多的反不正当竞争法上的责任。在针对奇虎公司的360安全软件提起的一系列诉讼中,奇虎被指控的原因往往是360软件采取各种方式诱导用户使用360系的其他应用软件,而阻碍用户使用其他公司的相关应用软件。在这些案例中,奇虎公司的行为基本都被法院认定为构成了不正当竞争行为。但是,从整个安全软件市场发展的历史来看,这个结论或许值得再加讨论。

安全软件市场本不是一个免费软件市场,奇虎公司是第一个以免费杀毒模式进入该市场

⁴⁴ 参见郑友德、王活涛:《新修订反不正当竞争法的顶层设计与实施中的疑难问题探讨》,载《知识产权》2018年第1期。

的经营者。奇虎公司用免费的方式颠覆了原有杀毒领域靠出卖杀毒软件本身获取商业利润的商业模式，在短时间内获得了极高的市场占有率。⁴⁵“世上没有免费的午餐”，免费软件经营者必然也要通过种种其他手段进行营利。而实际上，这种互联网行业特有的“附条件免费”的商业模式也在其他案件中得到了法院的认可。因此，奇虎公司的免费安全软件歧视性对待其他应用软件、对其他软件进行干扰的行为是否应当受到不正当竞争法的规制，应当在什么样的范围内受到规制，理应得到更深入的讨论。

(3) 保护消费者权益不适合被归入商业道德的内涵。

也有极少数法院试图对互联网行业的商业道德作出较为具体的解释和范围的限定。百度在线网络技术(北京)有限公司等与北京搜狗信息服务有限公司等不正当竞争纠纷上诉案中，法院认为：“对互联网行业公认的商业道德进行认定时，一般综合考虑特定行业惯例、从业规范或者自律公约以及被诉行为的表现形式、造成的后果以及行为人的主观状态等因素。”给出了一个相对比较详细的解释。在奇虎诉腾讯不正当竞争纠纷案中，法院也采用了互联网行业公约作为商业道德的判断标准。

由此可见，在互联网行业，对于行业规则和行业普遍实践可以作为商业道德的判断标准这一点，法院已经基本达成了共识。但即便是这样的解释也受到了学界诸多的质疑。主要的批评意见有以下几种：

(1) 互联网行业的商业道德不应完全以已发展成熟的普遍实践、已受到广泛认同的商业道德为准。现在学界和实践普遍认为，商业道德标准应当以特定商业领域普遍认同和接受的行为标准作为评判尺度。公认的商业道德，应当具有普遍性、公认性和抽象性。⁴⁶但是这样的观点忽视了互联网行业本身的特性：

第一，互联网行业缺乏受到统一认同的“商业道德”标准，这也是此类纠纷不断涌现的基础因素。⁴⁷我国互联网发展的时间相对较短，但是发展速度又相对较快，必然导致了该行业中经营者共识性的“经济道德”认知与现实行业发展的不对称性，甚至是“脱节”。

第二，商业道德的内涵是随着商业社会的实践不断发展的，而互联网行业的商业实践呈现出快速变化、迅速发展的样态，公认的商业道德正在形成和发展中。⁴⁸换句话说，即便不存在普遍的实践，某一种行为仍然可能是不违反商业道德的。

除此之外，行业规则本身也可能包含了限制竞争的内容，无法对社会不同利益进行平衡。德国联邦最高法院认为：“众多的行业自律组织本身就是为了保护成员的利益而设定，而较少考虑到非成员的利益，甚至有时与非成员之间的利益对立。……只有法律才是在社会不同利益之间进行平衡的产物。”⁴⁹有学者采此观点，认为行业规则本身若要作为评价依据，必须经过利益平衡的审查。⁵⁰

(2) 应淡化对商业道德标准的侧重，更加重视经济效果等客观效果的标准。在互联网不正当竞争案件中，我国法院普遍偏重商业道德分析，而未对市场效果分析给予足够的重视。商业道德作为一个伦理范畴的标准，其内涵具有极大的不确定性。在反法发源之初，不正当竞争行为仅限于搭便车、诋毁和欺骗等传统上认为是不正当的行为。而如今，反法需要调节的对象距离这些初始行为越来越远。尤其在现代经济社会，随着交易关系越来越复杂，商业道德不再像传统社会中的概念那么明晰。至此，如果法院依然凭借一般经验简单判断商业道

⁴⁵ 参见软坤、廖怀学：《互联网专条的是与非——多角度评议〈反不正当竞争法（修订草案送审稿）〉》，载《中国知识产权》杂志总第112期。

⁴⁶ 参见百度在线网络技术（北京）有限公司等与北京搜狗信息服务有限公司等不正当竞争纠纷上诉案。

⁴⁷ 参见陶钧：《反法中“互联网”条款的“破茧与化蝶”》，载微信公众号“知产力”，2017年8月30日。

⁴⁸ 参见朱理：《互联网领域竞争行为的法律边界：挑战与司法回应》，载《竞争政策研究》，2015年第1期。

⁴⁹ 参见德国联邦最高法院：《工业产权与著作权保护杂志》，2011年合刊，第431页。

⁵⁰ 参见范长军：《行业惯例与不正当竞争》，载《法学家》2015年第5期。

德的内涵，而不厘清商业道德标准背后的经济理性，这样的审判很难让人信服。⁵¹因此，不少学者主张，在判断不正当竞争行为时，应当淡化对商业道德标准的判断，采用更为客观的经济判断标准，也就是对市场的实际影响。而另外一些支持商业道德标准的学者也在主张商业道德应当客观化。⁵²

⁵¹ 参见蒋舸：《〈反不正当竞争法〉一般条款在互联网领域的适用——以 robots 协议案一审判决为视角》，载《电子知识产权》2014 年第 10 期。

⁵² 参见张钦坤：《反不正当竞争法一般条款适用的逻辑分析——以新型互联网不正当竞争案件为例》，载《知识产权》2015 年第 3 期。

三、对“恶意不兼容”行为的反垄断法分析

（一）反垄断法视角下的“恶意不兼容”行为

1. “恶意不兼容”条款的立法背景与反垄断法的关系

“恶意不兼容”条款出现之初，有学者认为，该条就是源于3Q案这个特定的案件。虽然通过对相关案件的梳理可以发现“不兼容”的内涵比想象的更加广泛，但这也从侧面说明了，奇虎诉腾讯垄断纠纷案是互联网产品服务不兼容纠纷中一个最受瞩目的案件。实际上，也正是在这个案件中，“兼容”这个词第一次被法院正式用以概括一种行为模式，软件不兼容行为的正当性与否也第一次得到了最高人民法院的详尽论证。

3Q案的特殊性不仅在于其影响力之深远，也在于它在不兼容类型的互联网纠纷中，是唯一一个以垄断纠纷案由而不是不正当竞争案由起诉的案件。这一点值得思考。在对于新反法恶意不兼容条款的评论中，不少学者认为该条的一个很大的缺陷在于没有限定实施主体的市场力量。⁵³原因在于，是否兼容应属于企业经营自由的范畴，只有在实施不兼容的主体具有相当的市场力量时，才有可能产生限制、排除竞争的效果，其不兼容行为才有被竞争法规范的必要性。因此，有一部分学者认为，恶意不兼容行为更应当被反垄断法而非反不正当竞争法加以规制。

2. 不兼容行为与反垄断法规制的滥用市场支配地位行为的关系

传统反垄断法实践普遍采用“相关市场-市场支配力-竞争效应”的分析范式：首先确定相关市场，其次确定行为主体在相关市场中是否具备市场支配地位，最后确定主体实施的行为是否是滥用市场支配地位的行为。然而，在互联网行业中，这一分析范式遇到了很大的挑战。

最大的挑战来源于两个方面：如何界定相关市场以及市场支配地位。由于互联网产业具有双边市场、网络效应、锁定效应等特征，⁵⁴相关市场的界定变得非常困难；市场支配地位形成过程也变得非常复杂，即便形成也具有不稳定性。因此，以市场份额为标准对市场支配地位进行判断的做法逐渐被抛弃。这一点在最高人民法院判断3Q案中腾讯是否具有市场支配地位的过程中已经有所体现。

⁵³ 参见李阁霞：《互联网不正当竞争行为分析——兼评《反不正当竞争法》中“互联网不正当竞争行为”条款》，载《知识产权》2018年第2期。

⁵⁴ 参见张江莉：《互联网平台竞争与反垄断规制——以3Q反垄断诉讼为视角》，载《中外法学》2015年第1期。

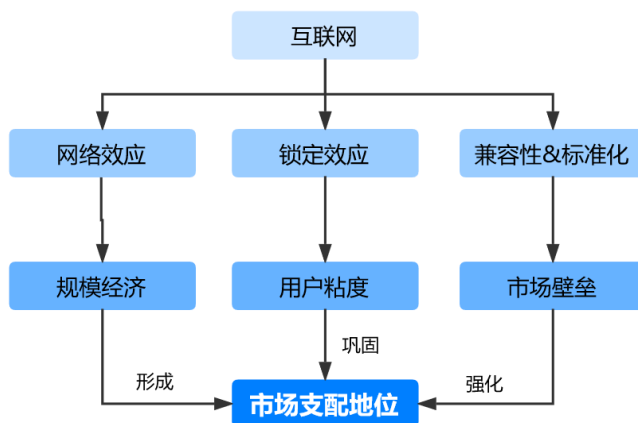


图3 影响互联网企业市场支配地位的因素

对滥用市场支配地位行为的判断也受到了很大的影响。在传统的实体经济中，滥用行为不难判断。而到了一个完全虚拟的市场中，传统的类型化滥用行为就有了需要被解释的迫切需求。有学者认为，互联网市场中滥用市场支配地位行为可以分为两类：一类是妨碍型滥用，指危害竞争的行为；一类是剥削型滥用，指损害消费者利益的行为。⁵⁵对于妨碍型滥用行为，可以进一步分为拒绝交易、免费捆绑、拒绝兼容、交叉补贴四种类型。⁵⁶而有的学者认为，新反法规定的恶意不兼容行为与反垄断法中的限制交易、拒绝交易等行为在行为方式上具有很大的相似性，在适用上会产生交叉。下文中，笔者就恶意不兼容行为与类型化滥用行为之间的关系进行浅析。

（二）“恶意不兼容”行为与类型化滥用行为的交叉

1.“恶意不兼容”与限制交易的异同

（1）理论分析

不兼容行为的模式可以被描述为是“经营者限制用户（消费者）不得使用其他经营者的产品或服务”的行为。而限制交易是指，具有市场支配地位的经营者利用其优势，限定他人按照自己的意愿进行交易，排斥其他经营者公平竞争的行为。二者的行为模式在关键的特征上非常相似，因而不少学者认为，不兼容行为会与限制交易行为产生交叉，甚至完全可以被限制交易的内涵所包含。⁵⁷

然而，对于限制交易的内涵是否包括限制他人不得与特定人进行交易，学界的观点并不统一。有学者认为，广义的限制交易行为包括了限制他人不与特定人进行交易的内涵。⁵⁸也有学者认为，限制交易的对象必须特定化，不能采取排除的方法。⁵⁹

虽然很难从这一角度分析得出不兼容行为是否能以反垄断法上的限制交易行为进行规

⁵⁵ 参见于瞳：《网络产业中滥用市场支配地位行为的法律规制》，郑州大学，2010，硕士学位论文，第43-48页。

⁵⁶ 参见寿步：《互联网市场竞争中滥用市场支配地位行为的认定》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第34期。

⁵⁷ 参见田小军、朱英：《新修订〈反不正当竞争法〉“互联网专条”评述》，载《电子知识产权》2018年第1期。

⁵⁸ 参见王先林著：《竞争法学（第二版）》，中国人民大学出版社2015年版，第226页。

⁵⁹ 参见蒋岩波、王胜伟：《互联网产业的竞争与排他性交易行为的反垄断规制——以“3Q”案为例》，载《河南社会科学》2016年第7期。

制，但是分析二者的行为特征，还是能发现一些根本的区别：

第一，行为性质。限制交易行为的本质是一种双方协议，必然要达成双方间的合意。即便是“限制他人不得与特定人进行交易”，也必须是与交易相对人达成了一定的合意才产生的结果。而恶意不兼容行为是否能算实施恶意不兼容的经营者与互联网用户之间达成了某种合意，恐怕非常勉强。

第二，行为在交易过程中出现的时间点。实践中出现的不兼容相关的案件中，不兼容的现象并非在经营者与用户交易之初就存在，而是在已兼容了一段时间之后才发生的问题。若在交易之初便不兼容，由于互联网市场产品相互替代性极高，用户完全可以选择不再交易，利益并不会受到不兼容行为的损害。而往往就是在已经使用了一段时间，产生了一定的用户粘性之后出现的不兼容现象，才会存在侵害消费者权益的问题。而限制交易行为是在交易开始前订立协议阶段中出现的问题，并非交易之中出现的问题。

第三，行为的主体与客体。限制交易行为的双方主体主要为企业，虽然也有企业与最终用户（消费者）之间达成协议的情况，但是这样的情况主要出现在公用企业中。⁶⁰

从理论分析来看，笔者认为，恶意不兼容行为与限制交易行为虽然在外观上极其相似，但是两者之间依然存在着本质上的差异。反垄断法在对恶意不兼容行为进行规制时，并不能适用限制交易的相关条款。

（2）实践分析

在奇虎诉腾讯滥用市场支配地位一案中，奇虎公司主张腾讯构成限制交易行为的主要事实依据为：（一）腾讯告知QQ用户，必须在360软件与QQ软件之间“二选一”；（三）对于360为让受影响用户继续顺畅使用QQ而推出的WEBQQ客户端，腾讯选择关闭了该客户端的入口；（四）腾讯与百度、金山等互联网行业颇具影响力的公司联名发表《反对360不正当竞争及加强行业自律的联合声明》，呼吁全行业“不与360发生任何形式的业务合作”。

对于腾讯实施使其旗下产品不与360产品兼容的行为是否构成反垄断法禁止的限制交易行为的问题，两审法院得出了截然相反的结论。一审法院支持了奇虎公司的主张；而最高法院则推翻了一审法院的判断，认为腾讯的不兼容行为不构成限制交易行为。

在这个问题上，一审法院的论证显得并不能令人信服，主要原因在于得出结论的过程过分依赖主观自由心证而缺乏客观事实支撑。首先，一审法院未经详细论证即武断地判定腾讯实施不兼容的动机是为了限制用户只能与自己进行交易。其次，在判断腾讯的不兼容行为对竞争造成的影响时，法院运用了一个假设，即假设“腾讯公司和腾讯计算机公司是一个具有市场支配地位的经营者”，基于这种假设的背景基础，法院认为腾讯的不兼容行为会造成迫使用户放弃360而选择QQ的结果，损害竞争，由此得出结论：腾讯的不兼容行为“实质上仍然属于限制交易行为”。此处，一审法院不仅没有对不兼容行为对竞争造成的实际影响提供客观证据支持，甚至连得出这个结论所基于的假设的前提条件也与该法院在同一份判决中“腾讯是否具备相关市场的市场支配地位”的争议焦点中得出的结论背道而驰。

二审法院采取的做法是绕开了这个问题，仅从该行为的动机、对消费者的影响、对竞争的实际影响三个方面进行论证，得出该行为不属于反垄断法规制的行为的结论。二审法院的做法比较巧妙；但是就不兼容行为和限制交易行为之间的关系这个问题而言，并没有给出有参考意义的回答。若基于笔者在上述理论分析中得出的结论，在该案中，法院还有“偷换概念”之嫌。恐怕在将来出现类似案件时，这一问题迟早会受到更多的讨论和关注。

⁶⁰ 参见蒋岩波、王胜伟：《互联网产业的竞争与排他性交易行为的反垄断规制——以“3Q”案为例》，载《河南社会科学》2016年第7期。

2. “恶意不兼容”与拒绝交易的异同

(1) 实践分析

在奇虎诉腾讯滥用市场支配地位一案中，一审法院在针对“腾讯实施产品不兼容的行为是否构成反垄断法禁止的限制交易行为”这个争议焦点的论述中写道：“腾讯采取“二选一”的目的不是要拒绝与用户交易，而在于逼迫用户只能与其进行交易而不与360进行交易。”从而否认了腾讯的行为构成拒绝交易行为。但是这一论证过程未免过于粗糙。笔者认为，不兼容行为是否构成拒绝交易并不能因此论述而被全盘否认，而依然有深入讨论的空间。

法院认为，因为腾讯的不兼容行为不构成对用户的拒绝交易行为，因而不构成拒绝交易行为。根据我国《反垄断法》第十七条第三款的规定，反垄断法禁止的拒绝交易行为是指具有支配地位的经营者没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易的行为。分析该行为的构成要件，从客体而言，这里的交易相对人并没有限定于终端的消费者群体；并且在商业社会中，交易双方都属于经营者的情况甚至是比前一种情况更广泛存在的，因而这里拒绝交易的客体应当包含经营者。因此，一审法院仅从用户角度出发，认为由于腾讯的产品不兼容行为不构成拒绝与用户交易，因而不构成拒绝交易的论述显得并不充分。在这起案件中，由于腾讯对用户不构成拒绝交易是并无太大争议的，因此从腾讯的另一个“交易相对人”，即奇虎公司的立场出发进行探讨显得更有意义。

(2) 理论分析

不兼容行为是否能构成拒绝交易行为？换言之，在目前的立法中，拒绝交易行为的内涵是否与不兼容行为的内涵有所重叠，甚至能囊括后者？关于拒绝交易行为的具体内涵，《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位的规定》第四条进一步进行了规定，明确拒绝交易行为包括以下五种类型：（一）削减与交易相对人的现有交易数量；（二）拖延、中断与交易相对人的现有交易；（三）拒绝与交易相对人进行新的交易；（四）设置限制性条件，使交易相对人难以继续与其进行交易；（五）拒绝交易相对人在生产经营活动中以合理条件使用其必需设施。但是可以发现，这一条解释并未能完全将“拒绝交易”这个概念解释清楚，因为立法者显然将重点几乎全放在了解释“拒绝”的内涵上，而对于何为“交易”，依然没有逃离“用概念本身解释概念”的循环解释缺陷。而对于产品不兼容这个特定情形，界定何为“交易”却是一个更为重要的问题。

那么“兼容”是否能被界定为“交易”？在传统的商业社会，“交易”几乎是“买卖”的同义词，必然涉及到一个双方磋商、达成合意、对待给付的过程。从这个角度来看，将“兼容”解释为“交易”是非常牵强的，因为兼容与否仅仅是一个单方行为，且是一个事实行为，而并非法律行为。可能唯一相似的一点在于，交易者有选择交易对象、选择交易与否的自由；互联网的产品服务经营者也有决定对其他经营者的产品兼容与否的自由。由此看来，似乎兼容并不能被纳入交易的内涵中。

但是若考虑到互联网行业的特性，这一点却并不那么肯定。互联网行业是典型的流量经济。在这一经济模式下，互联网经营者的合作方式往往呈现为一种分享流量、流量互通的方式。例如，大流量微信公众号为试图打开市场的小公众号放置二维码，诱导用户跳转并关注后者；平台软件中集合了其他互联网软件的接入口，方便用户快捷使用后者的软件；更广泛的软件兼容度，以吸引更多其他软件的用户到自己的软件上来。如果兼容做得好的话，对前者 and 后者来说都是有益的。对平台软件的经营者来说，选择用户配合使用频率高的软件进行兼容，其便捷性能吸引更多的用户到自己的平台上来，并增加原有用户的用户粘性。比如，微信推出小程序（即将其他各类互联网经营者的产品，如饿了么、美团外卖、大众点评等整合进微信中）之后，就有不少互联网从业人士和用户对此给予了相当积极的评价，也有不少用户开始在微信小程序中尝试原先并未下载使用的app，这表明一个兼容性好的、集合度高

的互联网产品对用户的吸引力是很大的。对于被兼容软件的经营者来说，如果互联网的流量巨头能兼容自己的产品，毫无疑问也是令人欣喜的。因为这代表对方的流量有机会转化为自己的流量，对自己是毫无疑问有益处的。以上种种实践表明，兼容与否确实是互联网经济交易的一种形式。

四、“恶意不兼容”及相关条款的竞争法归属

（一）恶意不兼容行为的竞争法归属

我国常将反不正当竞争法和反垄断法统称为竞争法，这是由于我国采取了分别立法的立法体例。而在西方国家和国际组织中，竞争法通常指反垄断法。从国外的立法来看，英美法国家将“不劳而获”作为认定其反不正当竞争的基石，大陆法国家则将商业道德作为反不正当竞争法最基本的原则。无论是“不劳而获”还是商业道德，都具有浓厚的道德色彩。而反垄断法相较之下更重视客观和宏观的竞争效果，重视经济理性，涉及大量经济学分析。⁶¹

具体而言，二者的主要区别在于：

（1）规制的目的和侧重点不同。反不正当竞争法侧重于保障特定当事人之间的利益平衡，维护微观的竞争秩序，保障静态的财产权和人身权，有学者也称之为“经济领域的侵权法”。反垄断法侧重于保护宏观竞争秩序，追求整体效率，保障动态的交易安全。前者维护公平竞争，后者维护自由竞争。

（2）规制对象的性质和违法的构成不同。反不正当竞争法规制的行为本身是违反商业道德或诚实信用的。而反垄断法规制的滥用市场支配地位的行为必须有行为实施者的市场地位作为前提条件，在分析时要根据不同情形采取本身违法原则和合理原则，大量运用经济分析方法。

从前三章的分析来看，恶意不兼容行为在竞争法上的归属是随着实施行为的经营者的市场力量的变化而变化的。笼统地说，当实施不兼容的经营者不具备很强的市场力量时，该行为更有可能出现的效果是损害特定相对人的竞争利益，而难以对整个市场的竞争秩序产生消极影响，对消费者的利益损害也并不明显。此时，用不正当竞争法进行规制是适当的。当实施不兼容的经营者具备了一定程度的市场力量时，其行为产生的排除、限制竞争的影响则有可能波及到整个市场，对消费者的利益损害会变得非常突出。此时，用反垄断法进行规制可能更加合理。

（二）反不正当竞争法对恶意不兼容行为的规制

1. 价值取向

（1）公平竞争

反不正当竞争法侧重于保护特定当事人之间的利益平衡，维护微观的竞争秩序，保障静态的财产权和人身权。反不正当竞争法对于公平的认定来自于诚信、正义等一些伦理道德的概念，而非纯经济学范畴。这些理念具有较大的主观性，因此如何准确界定就给执法带来了极大的挑战。

经济学上对公平有两种解释：事前公平和事后公平。事前公平，是指市场参与者有公平的机会参与竞争；事后公平，是指以竞争的结果来判断行为的公平。事前公平旨在将消费者福利最大化，而事后公平往往背离了增加消费者福利的宗旨。⁶²著名竞争法学者、前美国联

⁶¹ 参见孔祥俊著：《反垄断法原理》，中国法制出版社2001年第1版，第3-4页。

⁶² 参见 Robert G.Harris、王晓茹：《从经济学视角解读数字平台的反不正当竞争法适用》，载《竞争政策研究》2017年第5期。

邦贸易委员会委员 Joshua Wright 认为,美国联邦贸易委员会的经验教训告诉我们:“美国联邦贸易委员会早先的反不正当竞争执法依赖于非经济因素和事后不正当的原则,大家普遍认为这是失败的,也是与反垄断的目标相违背的。”⁶³因此,从经济学角度来看,公平竞争的公平采用事前公平的标准更符合反不正当竞争法本意。

(2) 经营者与消费者的合法权益

反不正当竞争法在其设立之初主要是从同行业竞争者的利益出发,规范其行为的正当性,防止恶意竞争和“损人肥私”行为的出现,重点是在保护其他经营者的合法权益。由于技术的特殊性,导致互联网领域的技术竞争容易产生权利边界不清的问题。⁶⁴因此,对经营者的“合法权益”的界定是判断互联网领域不正当竞争的基础要件。

新修订反法将消费者权益保护也纳入了反法的目标中。有学者认为,在对竞争行为进行合法性评价时,首先应当对该行为是否损害了其他经营者合法权益进行认定,然后才能辐射至消费者利益本身。原因在于,经营者是消费者的供给方;如果以经营者利益受损的代价来保护消费者权益,那么长此以往,必然对经营者产生打击,使消费者的长期有益体验下降。⁶⁵例如,德语系国家的反不正当竞争法普遍偏重保护消费者利益。立法者并未将消费者、竞争者(经营者)、其他市场参与者的权益置于同等受保护地位,而是将消费者权益置于绝对优先受保护地位。司法实践中,由于这样的反不正当竞争法过度加重了竞争企业负担,导致一些竞争企业丧失创新与发展动力,甚至被迫退出市场。⁶⁶

2.对恶意不兼容条款适用前提的回应

有学者指出,规制恶意不兼容行为应当将经营者是否具有市场支配地位作为前提要件。这一建议虽然有其理论上的科学性,但是在实施过程中,如果遵循这种做法则有可能产生很多问题。

首先,恶意不兼容条款属于《反不正当竞争法》的法律条文,理应在适用上遵循反法的立法价值取向,受到反法规定的原则的限制。反法和反垄断法的一个重要区别就在于前者规定的违法行为不以经营者的市场支配地位为前提。如果在不兼容行为中加入一个市场地位的要件,则会让修法之后两部法律之间本已明晰的界限再次变得模糊。

其次,即便将经营者具有市场支配地位作为恶意不兼容的前提要件之一,该要件本身采取的标准也存在问题。互联网产业有以下几个突出的特征:

(1) 跨界竞争是常态,大量经营者都在同时经营数个不同市场上的产品。产生这一现象的原因是互联网产业的市场进入门槛普遍较低。互联网企业通常会采取这样的策略:在某一市场上先建立、积累起大量的用户资源,再进入其他市场时,就会较容易地将原市场上的用户转化为新市场上的用户。例如,百度旗下就有搜索引擎、社区、地图软件、云存储等上百个产品;同为中国互联网企业前三巨头的腾讯、阿里也都踏足近百产业。⁶⁷因此,在互联网领域,提供不同产品或者服务的经营者也会将彼此视为竞争对手,⁶⁸互联网行业的竞争也

⁶³ 参见 Wright, Joshua D, Koren W. Wong-Ervin, et al., "Comment of the Global Antitrust Institute, George Mason University School of Law, on the Japan Fair Trade Commission's Consultation on the Administrative Surcharge System".

⁶⁴ 参见国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局局长杨红灿就新修订《反不正当竞争法》答记者问,载《中国工商报》2017-11-09。

⁶⁵ 参见陶钧:《论反不正当竞争法在“互联网+”经济模式下适用的正当性分析》,载《竞争政策研究》2016年第3期。

⁶⁶ 参见翟巍:《我国〈反不正当竞争法〉修订的宗旨设定与内容设计——以德语系国家反不正当竞争法律制定与修订为借镜》,载《法治研究》2016年第6期。

⁶⁷ 参见张钦坤、廖怀学:《互联网专条的是与非——多角度评议〈反不正当竞争法(修订草案送审稿)〉》,载《中国知识产权》杂志总第112期。

⁶⁸ 参见朱理:《互联网领域竞争行为的法律边界:挑战与司法回应》,载《竞争政策研究》2015年第1期。

远比传统行业的竞争更加错综复杂。

(2) 即便是某一市场中具备垄断地位的企业, 在其他市场中依然有可能无法战胜其他企业, 甚至一些规模差距悬殊的企业。这意味着, 在同一产品市场中, 经营者互相之间的竞争方式未必就是相同功能产品之间的直接竞争, 而很有可能通过其他市场中的产品对该市场中竞争对手的产品采取一些灰色手段, 达到排挤竞争对手的目的。

因此, 笔者认为, 在使用反不正当竞争法对相关不兼容行为进行规制时, 不应当将实施该行为的经营者本身的市场地位作为前提要件。

(三) 反垄断法对恶意不兼容行为的规制

1. 价值取向

与反不正当竞争法侧重公平竞争、静态平衡的理念不同, 反垄断法所保护的是市场宏观层面的自由竞争、动态交易平衡。反垄断法本身“并没有任何道德内容, 也没有被很好地设计以提供商业道德法则”,⁶⁹因此在反垄断案件的处理中, 必须重视经济理性, 而不应将重点放在经营者的行为道德性判断上。对于不兼容行为, 反垄断法应当着重判断其对市场竞争产生的效果。

2. 范式选择

反垄断法对滥用市场支配地位行为的分析凡是主要有三种: 第一种是“相关市场-市场支配力-竞争效应”范式, 第二种是“市场支配力-竞争效应”范式, 第三种是“行为-竞争效应”范式。最广泛使用的是第一种, 第二种使用较少, 第三种尚未出现运用实例。有学者认为, 司法实践须对“相关市场-市场支配力-竞争效应”的分析范式保持必要警惕, 转而适用后两种分析方法,⁷⁰原因在于互联网企业即便占据了市场支配地位, 也很容易被后来企业取而代之。互联网竞争呈现出一种“对垄断权的争夺”的情形, 因而拥有市场支配地位不再表明一个经营者的滥用行为必然会导致严重限制竞争的结果。这一点正如美国联邦上诉法院法官理查德·A·波斯纳在其著作《反托拉斯法》中对互联网“新经济”所述: “新经济的这些特征, ……都把新经济推向垄断; 然而奇怪的是, 它们也把新经济推向竞争。如果记得争夺垄断的竞争也是一种重要的竞争形式, 这个悖论就消解了。”⁷¹实际上, 在奇虎诉腾讯垄断纠纷案中, 法院已经意识到了传统范式的局限性, 从多方面考察了腾讯的不兼容行为在反垄断法上的正当性。这一点是司法回应行业现时的一个鲜明例子。

相关市场界定方面的困难也在呼吁互联网垄断纠纷案件转变传统审判思路。原因如前所述, 互联网企业普遍在相当多元的行业中进行布局, 由此产生了非常特别的竞争手段, 就是通过某一市场中建立的优势地位, 影响另一市场中的竞争对手的产品或服务。在这样的情况下, 采取“确定相关市场-确定是否具备市场支配地位-确定行为是否构成滥用”的分析框架的弊端就非常明显。采取不兼容手段的经营者很可能在相关市场上并没有很强的市场力量, 然而, 其在其他产品市场的市场力量很有可能会传导到相关市场上来。例如, 360作为同时经营安全软件与浏览器软件的经营者, 曾经因对搜狗浏览器采取不兼容手段而被告不正当竞争。该案中法院认为: “互联网环境下的商业道德要求混业经营的经营者在双重身份下应保持更高的克制, 特别是在自己直接参与的竞争领域, 尽量将安全服务与浏览器业务区分, 使二者最大程度的保持独立。”可以看到, 在反不正当竞争法框架下, 实践中可以采用商业

⁶⁹ 参见[美]赫伯特·霍温坎普著:《反垄断事业:原理与执行》,吴绪亮等译,东北财经大学出版社,2011年6月第1版,第48页。

⁷⁰ 参见朱理:《互联网领域竞争行为的法律边界:挑战与司法回应》,载《竞争政策研究》2015年第1期。

⁷¹ 参见[美]理查德·A·波斯纳著:《反托拉斯法》中国政法大学出版社2003年第1版,第293页。

道德标准来解决这个问题。而若要采用经营者市场支配地位这个要件,会造成证明过程非常困难的情况。

(四) 创新与竞争法的边界

竞争法如何正确把握对互联网行业的干预程度以不损害科技创新是一个历久弥新的问题。在这个问题上,我国法院的态度是相对保守和谨慎的。在腾讯诉奇虎不正当竞争纠纷案中,最高人民法院认为:“竞争自由和创新自由必须以不侵犯他人合法权益为边界,互联网的健康发展需要有序的市场环境和明确的市场竞争规则作为保障。是否属于互联网精神鼓励的自由竞争和创新,仍然需要以是否有利于建立平等公平的竞争秩序、是否符合消费者的一般利益和社会公共利益为标准来进行判断,而不是仅有某些技术上的进步即应认为属于自由竞争和创新。否则,任何人均可以技术进步为借口,对他人的技术产品或者服务进行任意干涉,就将导致借技术进步、创新之名,而行‘丛林法则’之实。技术革新应当成为公平自由竞争的工具,而非干涉他人正当商业模式的借口。”

类似的案件却在美、德法院得到了截然相反的判决。⁷²对比中外裁判的基本理念可以发现,美国、德国的法院有更强的市场意识,更重视市场的作用,对竞争行为更加宽容。⁷³我国裁判对市场行为具有更多的干预意识和管制意识,更多着眼于原告既有商业模式受到的静态损害,缺乏对于技术和市场的相关因素进行全方位的深入分析和评估,对市场竞争的宽容度较低,有强烈的“家长”式情怀。

学界也分为了两个派别。一派主张“市场的交给市场”,反对法院频繁干预市场竞争;另一派支持最高院对“丛林法则”的否定态度,认为市场竞争应当有序,法院的干预属于必要。质疑最高院的学者认为最高院的做法是一种对市场的过度干预。⁷⁴支持司法干预的学者认为,互联网行业中应当得到保护的、不被司法干预的创新应当满足两个条件:一是创新程度必须较高,“创造出了市场上从未有过的产品”;二是不得侵犯到既有财产权的行使;无法满足其中任何一个条件的创新都不是市场需要的创新。⁷⁵但在另一派学者眼中,这显然是一种过于严苛的要求。有学者指出,应当承认商业模式上的微创新、累积性创新,⁷⁶因为互联网行业发展到如今,已经衍生出不少寄生于已有商业模式生存的次级行业。实际上,最高院及此后的实践和研究中也未明晰“丛林法则”到底是何内涵,为何互联网市场竞争不能遵守“丛林法则”,这其中的主观预断色彩非常明显。

笔者认为,创新与法律的争端之本质来源于根本立场的不同:保护市场的静态秩序还是动态秩序,对市场的自我修复、自我更新机制是否有足够的信任。对于互联网这个高速发展的新兴行业,笔者更同意反对司法过度干预派的学者。对于竞争法来说,其正确的立场应当是作为市场秩序的守护者,而非主角。当市场中出现大量类似实践时,说明其背后必然存在一定的经济理性。商业模式并不属于财产,而属于竞争策略的一种;而策略理应在现实激烈的竞争环境中不断作出调整。就像有的学者说的那样,对于最终会促进技术发展和进步的各市场主体之间激烈的技术层面上的攻防措施,不应该看成是什么“丛林法则”,反而应该乐观其成,予以最大限度的容忍,而不是贸然介入,因为这很可能会扼杀新技术的发展。只有载极为特殊的情况下,才有司法介入的必要。⁷⁷不过,在目前看来,想要在短时间内扭转我国

⁷² 如德国著名的“电视精灵案”,参见联邦德国最高法院判决书BGH, Urteil v. 24. 06. 2004, Az. I ZR 26/02.

⁷³ 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。

⁷⁴ 参见薛军:《良善的互联网竞争秩序向何处寻?——〈反不正当竞争法(修订草案)互联网专条的反思〉》,载《中国知识产权》2016年总第112期。

⁷⁵ 参见侯利阳:《如何应对新型互联网经济带来的挑战》,载《检察风云》2017年第14期。

⁷⁶ 参见黄勇:《论互联网不正当竞争的“新边界”》,载《电子知识产权》2015年第Z1期。

⁷⁷ 参见孔祥俊:《新修订〈反不正当竞争法〉释评》,载《中国工商报》2017-11-16。

司法机关对相关案件的保守态度是比较困难的。在未来，互联网技术具有无限的发展可能性。立法者、法官和法学家都不是严格意义上的技术专家，在相关市场竞争中会越来越面临“隔行如隔山”的困境。因此，笔者认为，保持司法的谦抑性是尤其必要的。

结语

本文对 2017 年底新修订的《反不正当竞争法》新增“互联网专条”中的“恶意不兼容”条款进行了全面的竞争法分析。

本文的第一部分对司法实践中出现的互联网纠纷案件进行了梳理,并对相关的立法回应进行了简要的分析,发现新修订反法中的“恶意不兼容”条款来源于工信部在 3Q 大战平息后出台的相关规定。基于此,以及反法修订过程中相关条款的三次变化,本文探究了目前反法中“恶意不兼容”及相关条款的立法目的及价值取向,对“恶意不兼容”条款进行了立法上的体系解释。

本文的第二部分考察了反不正当竞争法视角下的恶意不兼容行为。

首先,本文分别探究了“不兼容”及“恶意”的内涵。对于“不兼容”,本文在梳理了相关案例,总结出我国司法实践中对“不兼容”的内涵理解的基础上,引入了互联网技术层面和互联网产业生态链两种新颖的视角,对实践中出现的不兼容情形进行了分类,为理解相关行为的本质提供了更多元化的视角。通过对不兼容行为与其他互联网不正当行为的区别,更好地明晰了不同类型的互联网不正当竞争行为之间的差别。对于“恶意”,本文总结了司法实践中法院重点审查行为正当性的一些标准,并基于互联网行业的特殊性,提出了一些可能帮助判断的新因素。

其次,本文研究了恶意不兼容条款与相关条款之间的关系,明确了在适用中,恶意不兼容条款应当放在互联网专条的大框架下,并结合反法一般条款进行分析。对于一般条款规定的商业道德,需要基于互联网行业的特殊性进行谨慎的判断。

本文的第三部分考察了反垄断法视角下的恶意不兼容行为。

首先,本文分析了恶意不兼容条款产生的背景和反垄断法的关系,发现恶意不兼容行为实际上源于一个反垄断法案件。通过分析恶意不兼容行为与滥用市场支配地位行为之间的关系,发现恶意不兼容行为与反垄断法规制的滥用市场支配地位行为之间存在很大的联系。

其次,本文分别从实践与理论两个层面,对恶意不兼容行为与拒绝交易和限制交易行为之间的关系进行了分析,得出结论:限制交易行为并不能完全包含恶意不兼容行为的内涵;而拒绝交易行为若要适用于恶意不兼容的情形,需要进行大量的分析论证。

本文的第四部分在竞争法的总体框架中探讨了恶意不兼容条款的归属问题。虽然,恶意不兼容行为被规定于《反不正当竞争法》中,但是,在一定的条件下,恶意不兼容行为应当受到反垄断法的规制。并就何种条件下,该行为应受哪一部法律的规制进行了分析。本文的最后一部分是对规制恶意不兼容行为的价值取向的分析。由于互联网行业创新性较强,交易关系复杂,牵涉面广,因此在实践中,存在各种利益互相博弈、各种价值相互竞争的现象。笔者就相关利益与价值之间的衡量进行了分析。

虽然笔者的学术能力尚且疏浅,但也希望能为新修订的《反不正当竞争法》的实施提供一些可能的帮助。由于互联网专条是一个全新的条款,而恶意不兼容条款在解释又存在诸多困难,因此可以预见在今后的实践中必然不会一帆风顺。但是,这一条款的出现要求我国立法司法和执法必须对新兴技术作出回应,表明了在未来,法律人也需要在法律的话语体系之外,寻找更多领域的实践经验,法律的实践和研究也必然会呈现出一种多学科交叉的状态。也许,《反不正当竞争法》这一条款的出现,正是我国法律人在迈向多元化人才的路上的第一声号角。

参考文献

- [1] 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》2014年第10期。
- [2] 张钦坤：《反不正当竞争法一般条款适用的逻辑分析——以新型互联网不正当竞争案件为例》，载《知识产权》2015年第3期。
- [3] 张钦坤、廖怀学：《互联网专条的是与非——多角度评议〈反不正当竞争法（修订草案送审稿）〉》，载《中国知识产权》杂志总第112期。
- [4] 陶钧：《反法中“互联网”条款的“破茧与化蝶”》，载微信公众号“知产力”，2017年8月30日
- [5] 陶钧：《论反不正当竞争法在“互联网+”经济模式下适用的正当性分析》，载《竞争政策研究》2016年第3期。
- [6] 孔祥俊：《新修订〈反不正当竞争法〉释评》，载中国工商报，2017-11-16。
- [7] 孔祥俊：《论反不正当竞争法修订的若干问题——评〈中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）〉》，载《东方法学》2017年第3期。
- [8] 孔祥俊：《论反不正当竞争的基本范式》，载《法学家》2018年第1期。
- [9] 田小军、朱莜：《新修订〈反不正当竞争法〉“互联网专条”评述》，载《电子知识产权》2018年第1期。
- [10] 晁金典、周君丽：《网络不正当竞争法律规制再考量》，载《法律适用》2014年第7期。
- [11] 周榭平：《竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准——兼评“非公益必要不干扰原则”》，载《法学》2015年第5期。
- [12] Abrahamson, Zachary. "Essential Data," Yale Law Journal vol. 124, no. 3 (December 2014): p. 867-[vii].
- [13] 逯彩平：《〈反不正当竞争法〉修订下互联网不正当竞争新发展》，载《湖北省法学会经济法研究会2017年年会摘要集》2017年第1期。
- [14] 鲁文龙、陈宏民：《新兴产业中的中小企业发展战略分析》，载《上海管理科学》2003年第1期。
- [15] 鲁文龙、陈宏民：《产品差异化与企业兼容性选择》，载《华中科技大学学报(自然科学版)》2003年第12期。
- [16] 傅瑜：《中国互联网平台企业竞争策略与市场结构研究》，暨南大学，2013年，博士学位论文，第11-15页。
- [17] 肖新光：《杀毒软件江湖：排斥与兼容的战争(上)》，载《中国教育网络》2010年第10期。
- [18] 肖新光：《杀毒软件江湖：排斥与兼容的战争(下)》，载《中国教育网络》2010年第11期。
- [19] 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》，载《电子知识产权》2014年第4期。
- [20] 薛军：《质疑“非公益必要不干扰原则”》，载《电子知识产权》2015年第Z1期。
- [21] 朱理：《互联网领域竞争行为的法律边界：挑战与司法回应》，载《竞争政策研究》，2015年第1期。
- [22] 李阁霞：《互联网不正当竞争行为分析——兼评〈反不正当竞争法〉中“互联网不正当竞争行为”条款》，载《知识产权》2018年第2期。
- [23] 于瞳：《网络产业中滥用市场支配地位行为的法律规制》，郑州大学，2010年，硕士学位论文，第43-48页。
- [24] 寿步：《互联网市场竞争中滥用市场支配地位行为的认定》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第34期。

- [25] 蒋岩波、王胜伟：《互联网产业的竞争与排他性交易行为的反垄断规制——以“3Q”案为例》，载《河南社会科学》2016年第24期。
- [26] Robert G.Harris、王晓茹：《从经济学视角解读数字平台的反不正当竞争法适用》，载《竞争政策研究》2017年第5期。
- [27] Wright, Joshua D, Koren W. Wong-Ervin, et al., "Comment of the Global Antitrust Institute, George Mason University School of Law, on the Japan Fair Trade Commission's Consultation on the Administrative Surcharge System"
- [28] 翟巍：《我国〈反不正当竞争法〉修订的宗旨设定与内容设计——以德语系国家反不正当竞争法律制定与修订为借镜》，载《法治研究》2016年第6期。
- [29] 薛军：《良善的互联网竞争秩序向何处寻？——〈反不正当竞争法（修订草案）互联网专条的反思〉》，载《中国知识产权》2016年总第112期。
- [30] 侯利阳：《如何应对新型互联网经济带来的挑战》，载《检察风云》2017年第14期。
- [31] 郑友德、王活涛：《新修订反不正当竞争法的顶层设计与实施中的疑难问题探讨》，载《知识产权》2018年第1期。
- [32] 范长军：《行业惯例与不正当竞争》，载《法学家》2015年第5期。
- [33] 蒋舸：《〈反不正当竞争法〉一般条款在互联网领域的适用——以 robots 协议案一审判决为视角》，载《电子知识产权》2014年第10期。
- [34] 张江莉：《互联网平台竞争与反垄断规制——以 3Q 反垄断诉讼为视角》，载《中外法学》2015年第1期。
- [35] 黄勇：《论互联网不正当竞争的“新边界”》，载《电子知识产权》2015年第 Z1 期。
- [36] 德国联邦最高法院：《工业产权与著作权保护杂志》，2011年合刊，第431页。
- [37] 王先林著：《竞争法学（第二版）》，中国人民大学出版社2015年版，第226页。
- [38] 孔祥俊著：《反不正当竞争法的创新性适用》，中国法制出版社2014年版，第60-61页。
- [39] 孔祥俊著：《反垄断法原理》，中国法制出版社2001年第1版，第3-4页。
- [40] 韩兰胜著：《计算机病毒原理与防治技术》，华中科技大学出版社，出版年份2010年。
- [41] 秦志光著：《计算机病毒原理与防范》，人民邮电出版社，出版年份2007年。
- [42] [美]赫伯特·霍温坎普著：《反垄断事业：原理与执行》，吴绪亮等译，东北财经大学出版社，2011年6月第1版，第48页。
- [43] [美]理查德·A·波斯纳著：《反托拉斯法》中国政法大学出版社2003年第1版，第293页。
- [44] TalkingData 移动数据研究中心《告别野蛮生长，迎接存量掘金时代——2016年移动互联网行业发展报告》2017年2月发布。
- [45] 艾瑞咨询公司：《2017 中国移动应用安全服务行业白皮书》。
- [46] 国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局局长杨红灿就新修订《反不正当竞争法》答记者问，载《中国工商报》2017-11-09。
- [47] 海淀法院课题组：《北京市海淀区人民法院关于网络不正当竞争纠纷案件的调研报告（三）》，载微信公众号“知产力”<http://news.zhichanli.cn/article/3282.html>，最后访问日期2018年6月4日。
- [48] 中国互联网协会：《中国互联网协会今日向社会正式公布“恶意软件定义”》，载<http://www.isc.org.cn/zxzx/xhdt/listinfo-1390.html>，最后访问时间2018-6-4。
- [49] 《今日头条先屏蔽了微信却成了受害者？三大争论点还原腾讯头条大战》，载http://www.sohu.com/a/234003377_104421，最后访问日期2018-6-4。
- [50] 《互联网信息服务管理规定（征求意见稿）》
- [51] 《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》

- [52] 《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》
- [53] 《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》
- [54] 百度在线网络技术(北京)有限公司诉北京三七二一科技有限公司侵犯著作权及不正当竞争纠纷案判决书, 北京市第二中级人民法院(2004)二中民终字第 02387 号。
- [55] 奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷上诉案判决书, 最高人民法院(2013)民三终字第 4 号。
- [56] 北京金山网络科技有限公司诉合一信息技术(北京)有限公司不正当竞争纠纷案判决书, 北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第 17359 号。
- [57] 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, 北京市高级人民法院(2013)高民终字第 2352 号。
- [58] 北京奇虎科技有限公司等与北京搜狗信息服务有限公司等不正当竞争纠纷上诉案判决书, 北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第 1071 号。
- [59] 北京金山安全软件有限公司诉北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案判决书, 北京市西城区人民法院(2014)西民初字第 00146 号。
- [60] 北京奇虎科技有限公司等与北京搜狗信息服务有限公司等不正当竞争纠纷上诉案判决书, 北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第 1071 号。
- [61] United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)
- [62] PeopleBrowsr, Inc. v. Twitter, Inc., 2013 U.S. Dist. LEXIS 31786, 2013 WL 843032
- [63] BGH, Urteil v. 24. 06. 2004, Az. I ZR 26/02.

ABSTRACT

This article has conducted a comprehensive competition law analysis of the "Unfaithful Incompatibility" clause in the "Internet Article" newly amended in the "Anti-Unfair Competition Law" at the end of 2017.

The first part of the paper sorts out the cases of Internet disputes arising in the judicial practice, and briefly analyzes the relevant legislative responses. It is found that the "Unfaithful Incompatibility" clause comes from the promulgated regulations of Ministry of Industry and Information Technology after the 3Q war settled. Based on this regulation and the changes occurred during the three phases in the revision process, this paper explores the current legislative aims and value orientation of the "unfaithful incompatibility" and related provisions in the anti-unfair competition law.

The second part of this article examines the behavior of unfaithful incompatibility from the perspective of unfair competition law.

First, this article explores the implications of "incompatibility" and "unfaithfulness." As for the word "incompatibility", this article has combed relevant cases and summed up the understanding of the "incompatibility" in China's judicial practice, and introduced two novel perspectives, the perspective of the Internet technology and the Internet industry ecological chain, into the analysis process. The incompatibility situations that have emerged are classified and provide a more diversified perspective for understanding the nature of related behaviors. Through close analysis of the difference between incompatible behavior and other Internet misconduct, the difference between different types of Internet unfair competition behavior is better clarified. As for the phrasing "unfaithful", this article sums up some criteria from the court's review of the fair competition behavior in judicial practice, and based on the particularity of the Internet industry, put forward some new factors that may help to judge.

Secondly, this article studies the relationship between unfaithful incompatibility clauses and related clauses, and clarifies that, in application, unfaithful incompatibility clauses should be placed under the framework of the Internet monograph, and combined with the general provisions of anti-law analysis. For the business ethics stipulated in the general terms, it is necessary to make a cautious judgment based on the particularity of the Internet industry.

The third part of this article examines the behavior of unfaithful incompatibility from the perspective of antitrust law.

First, this paper analyzes the relationship between the background of unfaithful incompatibility clauses and the antitrust law, and finds that unfaithful incompatibility behavior actually originated from an antitrust law case. By analyzing the relationship between unfaithful incompatibility and abuse of market dominance, it is found that there is a strong link between unfaithful incompatibility and abuse of market dominance in antitrust regulations.

Second, this article analyzes the relationship between unfaithful incompatibility behavior, refusal trading, and restricted trading behavior from the two aspects of practice and theory, and draws the conclusion that restricting transaction behavior cannot completely contain the connotation of unfaithful incompatible behavior. However, if the behavior of rejecting a transaction is to be applied to a unfaithful incompatibility, a lot of analysis and argumentation is needed.

The fourth part of the paper discusses the ownership of unfaithful incompatibilities in the overall framework of competition law. Although unfaithful incompatibility behavior is stipulated in the Anti-Unfair Competition Law, under certain conditions, unfaithful incompatibility behavior should be regulated by the anti-monopoly law. The last part of this paper is an analysis of the value orientation of the regulation of unfaithful incompatibility. Because the Internet industry is highly innovative, and the transaction relationship is complex and involves a wide range of aspects, therefore, in practice, there are various interests that compete with one another and various values compete with each other. The author analyzes the measurement of the relevant benefits and values.

The author hopes to provide some possible help for the implementation of the newly revised "Unfair Competition Law." Since the Internet clause is a completely new clause, and there are many difficulties in the interpretation of the unfaithful incompatibility clause, it can be foreseen that it will not be easy for the practice of the clause in the future. However, the emergence of this provision requires that our country's legislative, judicial, and law enforcement must respond to emerging technologies, and that in the future, legal people also need to find practical experience in more fields outside the legal discourse system. Legal practice and research It is also bound to present a multi-disciplinary state. Perhaps, the emergence of the "Anti-Unfair Competition Law" clause is the first clarion call of the Chinese legal person on the road to diversity.