

# 互联网领域不兼容行为中“恶意”的认定

梁远高, 邢 远

(深圳大学法学院, 广东 深圳 518060)

**摘要:**互联网领域不兼容行为是指网络平台无法与其他网络产品或服务接入、共同运行的情况,其典型类型可分为软件冲突或互斥、分享上的不兼容、数据访问上的不兼容。规制互联网领域不兼容行为面临的重大难题是对不兼容行为中“恶意”的认定。对“恶意”的认定体现为一种客观化的过程,其认定逻辑是由客观证据来反推行为人主观上存在恶意。在具体情形上,可分为行为结果和行为表现两个层面。当不兼容行为给特定经营者带来“显著损害”或是对消费者利益等社会公共利益造成较大损害时,可以推定行为人主观上存在“恶意”;当不兼容行为存在针对性、超过必要限度、背离经营者正常经营目的等特征时,亦可以推定行为人主观上存在“恶意”。当然,行为人可以提出反证以证明其主观上不存在“恶意”。常见的不构成不兼容的抗辩理由包括不兼容行为符合技术中立原则、符合行业惯例、为了维护合法利益及在合理时间内消除。

**关键词:**不兼容行为;恶意;行为结果;行为表现;不正当竞争规制

中图分类号:D922.29

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2024)02-0034-11

互联网行业中各大网络平台间相互不兼容的现象时有发生,为了更好地规制网络平台间恶性竞争的乱象,提高网络空间的治理效果,《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第12条创设了“互联网专条”,列举了三种典型的网络不正当竞争行为,“恶意不兼容”即为其一。根据《反不正当竞争法》第12条第2款第三项,<sup>①</sup>不兼容仅在恶意为之时才受到法律约束,然而立法及司法解释均未对“恶意”的含义进行明确。按照全国人大法工委的解释和建议,对“恶意”的认定,可从《反不正当竞争法》的一般条款出发,看该经营者实施的不兼容行为是否违背了诚信原则和公认的商业道德要求,进行多方面的综合考量。<sup>[1]45</sup>这一思路旨在通过客观行为来推定行为人主观上存在“恶意”,符合惯常逻辑,但也存在缺陷:第一,以诚信原则和商业道德来推定“恶意”,实质上是向一般条款逃逸,不符合“互联网专条”的设立初衷;第二,按照该思路进行认定,无法实现对司法实践的有效指引。因为诚信原则和商业道德均是抽象概念,在具体案件中如何适用存在较大的不确定性。学界对“恶意”的认定进行了有益探索,有观点认为,判断不兼容行为的实施者是否有正当的竞争利益是衡量“恶意”的核心标准。<sup>[2]133-134</sup>亦有观点指出,认定“恶意”的过程是一个客观化的过程,其目的并非要真的探求行为人的主观状态,而是采用推定的方式,以不兼容行为的性质、行为表现等种种因素最终推定行为人存在“恶意”。<sup>[3]146</sup>在认定因素方面,有学者列举了判断恶意需考虑是否符合比例原则、是否出于防御目的等因素。<sup>[4]</sup>有学者则是站在了不兼容行为实施者的角度,列举了适用“恶意不兼容”条款的四种抗辩理由,即不构成恶意的具体情形。<sup>[5]</sup>总体而言,既有的四种典型方案中,前两者的缺憾在于并未提出构成或不构成“恶意”的具体情形,无法有效指导实践;后者尽管提出了具体情形,但仅仅是对情形的简单罗列,对于其背后的逻辑缺乏详尽阐释。鉴于

收稿日期:2023-09-01

基金项目:广东省教育厅普通高校青年创新人才项目(2023WQNCX059);深圳市教育科学“十四五”规划2023年度课题人工智能专项(rgzn23022)

作者简介:梁远高(1992—),男,陕西安康人,深圳大学法学院特聘副研究员、硕士生导师,法学博士。

① 《反不正当竞争法》第12条第2款第三项规定:“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”。

此,本文提出互联网领域不兼容行为中“恶意”的认定方案,冀助益于司法实践。

## 一、互联网领域不兼容行为的界定及其规制难题

### (一)互联网领域不兼容行为的界定

以内涵和外延是否明确为标准,法律概念可以划分为“确定的法律概念”和“不确定的法律概念”两种类型。不确定的法律概念,其内涵与外延均不明确,往往给人以语义模糊之感。“不兼容”作为一个描述性和开放性较强的术语,自然落到了“不确定的法律概念”这一范畴当中。<sup>[2]131-137</sup>“不兼容”之所以具有很强的描述性和开放性特征,原因在于其直接源于互联网经济活动,是对互联网领域发生的经济行为的直接、简单描述。<sup>[6]</sup>互联网经济千变万化,故“不兼容”具有不确定性实属难免。对互联网领域的“不兼容”进行界定,需要区分“核心含义”与“边缘含义”。“不兼容”的核心含义应是明确的,须界定清楚,至于其边缘含义,则可视情况把握。对于“不兼容”核心含义的界定,学界基本达成了共识。通常认为,在互联网领域,“不兼容”与“兼容”含义相对,“兼容”一般是指网络平台允许其他平台的产品或服务接入,而作为其反面的“不兼容”,通常指网络平台无法与其他的网络产品或服务接入或共同运行。

如同核心含义,“不兼容”的核心范围,即典型的行为类型,同样也是明确的。至于其边缘范围,则不可避免地会与其他行为产生重叠或交叉。鉴于“不兼容”含义与范围的宽泛性,可以将“屏蔽”“二选一”“封禁”等行为都纳入“不兼容”的范畴中。不过需要注意的是,如果某一行为在法律上已有单独规定,那么仍将其纳入不兼容行为的范畴显然是不合适的。例如,同样规定于“互联网专条”中的“误导卸载行为”,<sup>①</sup>从宽泛意义上来说,未必不能被“不兼容”这一概念所包含,但由于法律已经有了明确的规定,因此不宜纳入“不兼容”的范围当中。就发展现状来看,我国互联网领域典型的“不兼容”有以下三类:一是软件冲突或互斥,如搜狗拼音输入法强迫用户在其与QQ拼音输入法间做出选择、<sup>②</sup>360安全卫士强行卸载金山网盾;<sup>③</sup>二是分享上的不兼容,如微信平台单方面封禁来自飞书旗下产品的会议链接分享;三是数据访问上的不兼容,如Twitter在其服务条款中明确禁止他人以任何方式访问、搜索其网页内容。

需要注意的是,万物互联理论上最有利于消费者,互联网领域的不兼容行为一般是合法的,尽管不兼容会造成消费者利益受损。但是,竞争规制并不以消费者利益作为直接或最主要标准,在目前技术水平下,只有少量不兼容行为才是违法的。

### (二)互联网领域不兼容行为的规制难题:“恶意”之认定

#### 1. “恶意”的认定不清导致类案不同判现象频发

在司法实践中,因不同法院对“恶意”的把握标准不同,类案不同判现象时有发生。以商标侵权案件为例,在对《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)第63条中的“恶意”含义的理解上,有些法院认为“恶意”与“故意”同义,有些法院则认为“恶意”与“故意”并不相同,“恶意”是一种主观恶性程度更高的“故意”,还有些法院则将“过失”纳入“恶意”的范畴。<sup>④</sup>

在认定行为是否具有恶意时,法院的依据各不相同,宽严程度也有所差异。例如在“六个核桃商标侵权案”中,法院认定行为人具有恶意的依据仅仅是其未经允许擅自使用与注册商标相似的标志,<sup>⑤</sup>而在“平衡身体公司与永康一恋公司侵害商标权纠纷案”中,法院则认为被告的全面模仿行为以及私自违反和解协议的行为才足以认定主观上存在恶意。<sup>⑥</sup>另有法院依据的是被侵权人的商标具有较高知名度,侵权

<sup>①</sup> 《反不正当竞争法》第12条第2款第2项规定:“经营者不得误导、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。”

<sup>②</sup> 参见北京市第一中级人民法院(2009)民初字第16849号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见北京市第一中级人民法院(2010)民初字第10831号民事判决书。

<sup>④</sup> 参见北京知识产权法院(2018)京73民终2132号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见枣庄市中级人民法院(2018)鲁04民初字第432号民事判决书。

<sup>⑥</sup> 参见上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115民初53351号民事判决书。

人主观上应当知晓,所以构成恶意。<sup>①</sup>在我国司法实践中,法院在认定商标侵权构成“恶意”的情形尤为复杂、多样。由此,在“恶意”的认定上,法官拥有较大的自由裁量权,这对法律解释的统一性和稳定性均带来了一定的挑战。

## 2. “恶意”要件在司法实践中被简单化处理

由于“恶意”在司法实践中认定较为困难,因此不少法院刻意逃避对“恶意”的认定,对于“恶意”是否存在,往往仅作摆设性、象征性或套路式的论述,寥寥数语即得出结论,并无实质性考察。<sup>[7]45</sup>事实上,这是所有模糊要件在认定时都面临的一个问题。以侵权法中的精神损害赔偿构成要件中的“严重”为例,法院在认定情形是否严重时同样具有极大的自由裁量权,而且对于何为“严重”都缺乏论证,甚至不予论证。再如,金融交易实践中的增信措施,其作为一种“非典型保证”发挥着典型的保证合同的同等功能,<sup>[8]</sup>但是,由于《民法典》引入“实质担保观”后,并无对“实质担保观”的权威释义,加之“非典型”用语的模糊性,故增加了法院对实践中的交易措施有无担保功能的判断难度。总而言之,法院逃避认定“恶意”的原因在于“恶意”等不确定性概念认定和解释存在困难。

## 3. “恶意”要件降低了“恶意不兼容”条款的可适用性

对于“恶意不兼容”条款,有学者坦言,立法者对如何界定和具体认定“恶意”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。<sup>[2]126</sup>然而在具体的司法实践中,如何判断行为人主观上是否存在恶意较为复杂,操作难度极大。<sup>[1]155-168</sup>“恶意”在解释和认定上的困难导致的结果之一便是“恶意不兼容”条款被束之高阁。有学者对《反不正当竞争法》修订以来“互联网专条”的适用现状进行了研究,发现下沉现象十分严重。<sup>[9]</sup>所谓“下沉现象”,是指“互联网专条”中的具体事例条款适用率较低,法院更倾向于援引兜底条款来进行裁判。相比于“互联网专条”第2款中的前两项,“恶意不兼容”条款几乎未被法院直接援引过,下沉现象更为突出。可见,受“恶意”要件的影响,“恶意不兼容”条款已然是宣示意义大于规制意义,极有可能沦为弃之不用的“僵尸条款”。

综上,作为不确定性法律概念的“恶意”,自身认定较有难度,而“恶意不兼容”条款所调整的对象具有特殊性,所涉及的“恶意”之认定的难度更大,其认定方案的构建直接关系到互联网专条的适用。

## 二、不兼容行为中“恶意”认定误区的澄清

在既往的理论研究和审判实践中,对于不兼容行为中“恶意”的认定存在以下误区,在构建新的认定体系之前,有必要予以澄清。

### (一)不兼容行为并非当然具有“主观恶意”

理论界部分学者对不兼容行为先入为主地进行了“有罪推定”。例如在《反不正当竞争法》修订过程中,有学者建议,只有出于技术、安全等合理原因,且为满足兼容要付出不合理的代价时,经营者才可实施不兼容。<sup>[2]131</sup>此观点预设了不兼容行为的不正当性,或者说主观恶性。在持该观点的学者看来,不兼容应以“恶”为原则,以“不恶”为例外,只有在个别情况(例如保护公共利益)下经营者才可以实施。但是,这种观点显然错误解读了不兼容行为的性质。之所以会产生这样的误读,极有可能是受到了“非公益必要不干扰原则”的影响。所谓“非公益必要不干扰原则”,核心观点是指除非是因特定公益的必要,否则互联网经营者之间不得互相干扰。<sup>②</sup>该原则由北京市高级人民法院首次提出,最早见于“百度公司诉奇虎公司不正当竞争纠纷案”的二审判决书当中,后经最高人民法院在再审裁定书中的引用而获得了进一步的支

① 参见北京知识产权法院(2017)京73民终1991号民事判决书。

② 参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号民事判决书。

持,<sup>①</sup>对后续裁判产生了广泛而深远的影响。<sup>②</sup>相较于实务界对“非公益必要不干扰原则”的大力推广,学界对该原则批评居多,认为该原则将正常的竞争行为预设为不正当的行为,赋予网络产品或服务不受干扰的强保护,有违竞争损害中性的理念,更与我国鼓励市场自由竞争的立法和司法政策背道而驰。<sup>[10]</sup>

从广义上而言,互联网领域中的不兼容行为与干扰行为含义相似。不兼容行为本质上是中性的,并不当然具有违法性。基于市场竞争的本性,兼容与不兼容往往都是平台企业趋利避害后的自由选择,属于自主经营权的范畴,通常不需要法律的介入,只有在少数情况下《反不正当竞争法》才有干预的必要。<sup>[3]</sup><sup>133-134</sup>“非公益必要不干扰原则”错误地预设了不兼容行为(或者说干扰行为)的不正当性,恰恰颠倒了对不兼容行为的正当规制逻辑。按照正当的规制逻辑,应当以不兼容行为构成正当为原则,以构成不正当为例外。在“恶意”的认定上,应当以不构成恶意为原则,以构成恶意为例外。《反不正当竞争法》要尽量保持克制与谦抑,从而减少对正常的市场自由竞争行为的干预。

考察域外裁判理念不难发现,以美国、德国为代表的国外法院更倾向于尊重市场本身的竞争规律,更加重视市场这只“看不见的手”的积极作用,对竞争行为也保持更加宽容的司法态度。同样是屏蔽视频广告案件,无论是美国还是德国的法院都认为,应当将技术和竞争问题交还给市场,尽量减少司法对市场的干预,此类司法态度也起到了良好效果。反观我国既往的裁判,秉持“非公益必要不干扰原则”,逾越市场正常竞争边界的判决不在少数,使得不兼容或是干扰这类中性的市场竞争行为动辄得咎,显然不利于市场自由竞争,因此需要及时摒弃“非公益必要不干扰原则”的思维路径,最大限度地维护市场的自由空间。

## (二)相对方权益受损不可直接推定“恶意”的存在

以对方权益受到损害为由直接推定行为人主观上存在“恶意”是一种典型的侵权法思维。诚然,无损害则无侵权,因而不正当竞争之诉便不会被提起,由此认为损害的存在是“恶意”认定的前置性要件,这一逻辑固然有一定的道理。但如果仅以对方权益受到损害为由,径行推定不兼容的实施者主观上存在“恶意”,难免又走向了极端,有失偏颇。

事实上,上述极端化的裁判思维在我国的审判实践中并不少见。在审判中,通常情况下法院会确定原告一个值得保护的竞争利益,例如独特的商业模式,只要该利益受损,即推定被告在主观上存在恶意。在“爱奇艺和四象联创不正当竞争纠纷案”中,法院指出,四象联创公司的桔子浏览器客观上破坏了爱奇艺公司固有的经营模式,严重干预并损害了爱奇艺公司的经营,使得爱奇艺公司的市场占有率降低,损害了爱奇艺公司的经营利益,因而主观恶意严重。<sup>③</sup>同样,在“优酷公司诉深圳乐播公司不正当竞争纠纷案”中,法院认为乐播投屏妨碍和破坏了优酷公司所提供的网络服务的正常运行,从根本上损害了优酷公司本可以获得的经营利益,因此主观恶意明显,构成不正当竞争。<sup>④</sup>

从理论上而言,由于《反不正当竞争法》脱胎于侵权法,导致实践中的大部分不正当竞争纠纷案件都是按照侵权法的思维来审理。因而,在“恶意”的认定中,不兼容行为在客观上是否造成了损害以及损害的大小必然是判断“恶意”存在与否的重要参照,但这并非绝对且唯一的参考因素。如果仅以不兼容在客观上造成了对方利益损害而断然推定行为人主观上存在恶意,这种极端化的侵权法思维至少存在以下两个明显的问题。

第一,与竞争损害的中性色彩相违背。几乎所有良性的竞争无不建构在对抗的基础上,只有在对抗

① 参见最高人民法院(2014)民申字第 873 号民事裁定书。

② 例如后续的“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”以及“极路由视频广告屏蔽不正当竞争案”等遵循“非公益必要不干扰原则”进行审判。参见北京市第一中级人民法院(2014)民终字第 3283 号民事判决书、北京市海淀区人民法院(2014)海民(知)初字第 21694 号民事判决书。

③ 参见北京市海淀区人民法院(2017)京 0108 民初 31800 号民事判决书。

④ 参见北京市海淀区人民法院(2018)京 0108 民初 13867 号民事判决书。

的竞争机制下,市场才能永葆生机与活力,也才能不断激励创新和推动发展。竞争固有的对抗性决定了主体间的损害无法避免,市场竞争先天带有损人利己的色彩。因此,不必因市场竞争产生了损害而担忧,也不能仅因某种行为产生了竞争损害就认为是不正当的,推定行为人主观上是恶意的。

第二,忽略了对客观行为层面的考察。不同于侵权法,《反不正当竞争法》有其独有的“行为法属性”,重在根据行为特征来认定竞争行为的正当性。概言之,判断某一行为是否构成不正当竞争,不仅需要考察该行为客观上造成的损害结果,更重要的是要考虑该行为本身的特性。法院在审理“迪火公司和三快公司纠纷案”时认为,《反不正当竞争法》的属性是竞争法,其出发点就是规制市场竞争中的不正当行为,这就与《商标法》等权利保护法存在根本不同,概因这些法律的出发点是保护公民的私权。在界定某一行为是否属于不正当竞争行为时,应当主要以诚实信用原则及公认的商业道德为标准对行为本身进行评价。<sup>①</sup>因此,如果仅以客观损害来推定主观恶意会导致《反不正当竞争法》对于不兼容行为在评价上的不完整。

### (三)“恶意”的认定不应向一般条款逃逸

既然行为本身是一个重要的考量因素,那么前文中立法者的建议又好似拥有了内在逻辑上的合理性。然而需要指出的是,根据最高人民法院在“海带配额案”中的审理观点,只有当某一行为并未被《反不正当竞争法》所明文列举并需判断行为的正当性时,《反不正当竞争法》一般条款中的诚信原则和公认的商业道德才有适用的空间。<sup>②</sup>“恶意不兼容”被《反不正当竞争法》的“互联网专条”明确列举为互联网领域典型的不正当竞争行为,因而在认定不兼容行为中的“恶意”时,只能结合不兼容行为本身的特点,而不能向一般条款逃逸。

借助《反不正当竞争法》的一般条款来直接认定“恶意”是否存在,必然会大大压缩“恶意不兼容”条款的适用空间,有违“互联网专条”设立的初衷。立法者设立“互联网专条”的目的在于通过类型化的处理,减轻《反不正当竞争法》在规制互联网竞争行为时对一般条款的依赖。<sup>[11]</sup>如果认定“恶意”的依据是违反诚信原则和商业道德,那么“恶意不兼容”条款便失去了存在的意义。

由此可见,直接依据一般条款来认定“恶意”无疑会架空“恶意不兼容”条款的适用。所谓“诚信原则”和“商业道德”充其量是一种形而上的理念指引,在具体认定“恶意”时,仍需回归具体情形来进行。

## 三、推定不兼容行为构成“恶意”的情形

“恶意”的认定过程是一个由客观事实推定主观上存在恶意要素的过程,可称其为“恶意”认定的主线逻辑。在主线逻辑之下,还可以划分出两条副线逻辑,即从客观结果推定和从行为本身推定,这是因为《反不正当竞争法》既脱胎于侵权法,又具有独特的行为法属性。需要注意的是,两种推定逻辑在推定理由上存在着本质差异,而推定理由的不同实际上会对“恶意”的证明标准和证明责任分配产生影响。

### (一)行为结果层面的推定

从行为结果层面推定行为人主观上具有“恶意”,其理由在于不兼容行为对市场竞争造成了“过火”的损害,例如已经威胁到了相对方的正常生存,并且该相对方无论如何都无法摆脱这一负面影响,又如不兼容行为已经严重危及消费者利益等社会公共利益,因而《反不正当竞争法》有介入的必要。为了发挥“恶意不兼容”条款的规制效力,需要推定行为人主观上是恶意的。

#### 1. 不兼容行为对相对方造成了“显著损害”

当市场竞争行为所造成的损害已经威胁到了竞争对手的正常生存,并且竞争对手无论通过何种方式都无法摆脱行为所带来的负面影响时,这种竞争损害即构成“显著损害”。在德国的反不正当竞争法中,

① 参见杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3166号民事判决书。

② 参见最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

一度将“造成显著损害”作为不正当竞争行为认定的门槛。<sup>[7]53</sup> 在“杭州迪火公司诉北京三快公司不正当竞争纠纷案”中,我国法院也认为,这种导致经营者无论通过何种方式均无法摆脱其造成的负面影响,都无法避免其对竞争优势的破坏,也无法获得相应回报的行为,对社会整体而言是没有任何建设意义的,只有破坏作用。<sup>①</sup> 可见,有竞争即有损害,因而竞争损害是中性的。对于正常竞争行为造成的损害,《反不正当竞争法》需要保持谦抑,但这并不意味着对于所有竞争损害,《反不正当竞争法》都坐视不管。当某些竞争行为所带来的竞争损害明显“过火”,即产生“显著损害”时,有必要借助《反不正当竞争法》之手予以规制。对不兼容行为来说,当《反不正当竞争法》有介入必要时,需要推定行为人主观上存在恶意以便发挥“恶意不兼容”条款的规制效力。

对于法院来说,判断不兼容行为造成的损害是否构成“显著损害”,其条件有两点。第一,不兼容行为对相对方的正常生存构成了威胁与压迫。根据德国法院在著名的“白名单案”中的观点,显著损害的前提是,被告施加的压力如此之大,以至于原告无法避开,且被压制得无法生存。<sup>②</sup> 在德国“电视精灵案”中,德国最高法院认为被告的行为不构成不正当竞争,理由之一也是在于被告的广告屏蔽行为并未危及原告的生存。<sup>[7]50-53</sup> 可见,只有达到了危及相对方正常生存的程度,“显著损害”才会成立。第二,行为相对人无论通过何种方式都无法摆脱这种损害。在审判实践中,法院通常以原告仍有其他方式来摆脱困境为由否定原告的竞争利益受到损害。同样在德国的“电视精灵案”中,德国最高法院认为,原告完全可以通过与广告经营者合作或者革新广告技术来解决问题,因而很难说原告的利益受到了损害。<sup>③</sup> 在“白名单案”中,法院也认为,原告完全可以通过其他方式来在市场上获得经济效益,例如技术上的改变或者是对用户做出相应的提示等,并且原告拥有这样的自由。<sup>④</sup> 在我国,部分法院判决也持相类似的观点。例如在“湖南快乐阳光公司诉广州唯思公司不正当竞争纠纷案”中,一审法院认为,原告快乐阳光公司完全可以通过自行技术升级、与被告协商或是通知用户关闭广告插件等方式来阻止屏蔽行为的发生,其正当的竞争权益并未受到实质影响。<sup>⑤</sup> 在“杭州迪火公司诉北京三快公司案”中,法院认为,原告迪火公司完全可以通过进一步优化自身产品与服务体验,为用户提供更物美价廉的选择等方式增加用户粘性,或者用其他收银方式增强对新用户的吸引力,被告三快公司的行为并未实质影响迪火公司的经营利益,很难认定其行为具有违法性。<sup>⑥</sup>

总之,秉持“谦抑性”的理念,只有当不兼容行为对相对方造成了“显著损害”时,《反不正当竞争法》才有介入的必要。此时,需要推定行为人主观上是恶意的以便适用“恶意不兼容”条款,实现互联网专条的立法目的。

## 2. 不兼容行为对社会公共利益造成明显损害

《反不正当竞争法》历经数次修改,价值取向上基本维持了保护经营者、消费者合法权益,其第1条及其他原则性条文对社会公共利益的保护有所体现。但社会公共利益是一个内涵和外延都极为丰富的概念,就不兼容行为来说,其对社会公共利益可能造成的损害主要集中在消费者利益、竞争秩序以及社会创新等方面。当不兼容行为对社会公共利益造成了“过火”的损害因而需要介入规制时,可以推定行为人主观上存在“恶意”。当然,在诸多社会公共利益中,法院最主要考虑的是消费者利益,原因在于:其一,消费者群体往往会更直接受到不兼容行为的影响,因此在众多社会公共利益中,消费者利益更加值得被考量;其二,其他社会公共利益受到损害往往归结于消费者利益的损害,因此对消费者利益的考量即可涵盖对

① 参见杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3166号民事判决书。

② See LG Hamburg 16. Kammer für Handelssachen, Urteil vom 21. 04. 2015, 416 HKO 159/14.

③ See BGG, Urteil v. 24. 06. 2004, Az. IZR 26/02.

④ See LG Hamburg 16. Kammer für Handelssachen, Urteil vom 21. 04. 2015, 416 HKO 159/14.

⑤ 参见广州市黄埔区人民法院(2017)粤0112民初737号民事判决书。

⑥ 参见杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3166号民事判决书。

其他社会公共利益的考量。因而本文以分析不兼容行为对消费者利益的影响为主,至于市场竞争秩序、技术创新等其他社会公共利益,由于分析原理具有相似性,故不作展开讨论。

在具体案件中,消费者利益是否受到影响往往会成为法院认定是否构成不正当竞争的重要考量因素。如有的法院认为,在没有可供参考的商业道德标准时,判断行为是否符合商业道德实质上是一个多方利益衡量的过程,消费者利益应当被纳入考量的范围。有序的竞争会丰富消费者的选择,无序的竞争会减少消费者的选择,最终损害消费者的利益,因而最终损害消费者利益的竞争行为难谓正当。<sup>①</sup> 在另一个案件二审判决中,法院指出,在审查市场竞争是否属于公平竞争时,作为市场中的利益主体之一,消费者利益不应当缺位。同时由于消费者先天地处于弱势地位,在法益衡量和评估上更应该向消费者利益倾斜。如果一项竞争行为有利于消费者的长远利益且并未明显扭曲市场竞争,司法应当保持克制。<sup>②</sup> 由此不难看出,从结果层面来看,当不兼容行为对消费者利益等社会公共利益造成了巨大损害时,需要对此类不兼容行为进行规制,因而推定行为人主观上存在恶意也就成为了必要。

不过,并非所有对于消费者利益的损害都可以推定行为人主观上存在恶意。只有当消费者利益受到严重损害,并且该不兼容行为已经实质影响了消费者的选择自由时,才需要对此进行干预。原因在于,“消费者偏好”往往是市场竞争的决定性因素。如果消费者的选择自由受到了限制,那么可想而知,市场自由竞争的机制早已被扭曲,甚至可能已经出现了垄断行为。因此,此时需要对已经扭曲的市场竞争进行干预以恢复正常。

## (二)行为表现层面的推定

从行为表现层面推定,往往是基于行为本身的特点和社会的一般经验来进行。从经验角度出发,当不兼容行为具有诸如针对性和歧视性、超过了必要限度、背离了经营者正常的经营目的等特征,往往都是恶意为之的,因此可以基于一般经验先行推定行为人主观上具有恶意。

### 1. 不兼容行为具有针对性

在“百度公司诉奇虎公司不正当竞争纠纷案”的一审判决书中,法院将网络平台比喻成一个面向公众开放的博物馆,将 robots 协议比喻成悬挂在博物馆门口处的提示牌。悬挂提示牌的目的在于告知游客哪些区域不对外开放。法院认为,提示牌的内容应对所有游客一视同仁,在缺乏合理理由的情况下禁止某一类人参观并不合理。<sup>③</sup> 同样的道理,当不兼容行为对市场中的经营者并非一视同仁,而是仅仅针对某一特定经营者,在行为人没有正当理由的情况下,此类不兼容行为难言合理。尤其是在不兼容行为还造成了特定经营者(例如竞争对手)利益受损时,从一般经验出发,很难不怀疑行为人目的上的正当性。

在最高人民法院 2021 年 8 月发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释(征求意见稿)》第 24 条中,经营者实施的不兼容行为是否是针对其他特定经营者实施,被列为判断不兼容行为是否存在“恶意”的因素之一。<sup>④</sup> 同样地,市场监管总局 2021 年公布的《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》第 16 条也将不兼容行为的实施对象范围作为认定经营者是否存在恶意的考虑因素。<sup>⑤</sup> 言下之意,针对特定范围经营者实施不兼容,很有可能是恶意为之。

<sup>①</sup> 参见武汉市中级人民法院(2017)鄂 01 民终 4950 号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见广州知识产权法院(2018)粤 73 民终 1022 号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见北京市高级人民法院(2017)京民终 487 号民事判决书。

<sup>④</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释(征求意见稿)》第 24 条规定,经营者实施的不兼容行为同时符合下列条件的,人民法院应当认定为反不正当竞争法第十二条第二款第三项规定的“恶意不兼容”:(一)针对其他特定经营者实施不兼容;(二)妨碍用户正常使用其他经营者合法提供的网络产品或服务;(三)其他经营者不能通过与第三方合作等方式,消除不兼容行为产生的影响;(四)缺乏合理理由。不过遗憾的是,在最终出台的反法司法解释中,该条被删除。

<sup>⑤</sup> 《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》第 16 条第 2 项规定,认定经营者是否恶意对其他经营者合法提供的网络产品或服务实施不兼容,应当综合考虑以下因素:(一)不兼容行为的主观意图;(二)不兼容行为实施的对象范围;(三)不兼容行为实施对市场竞争秩序的影响;(四)不兼容行为对其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的影响;(五)不兼容行为对消费者合法权益以及社会福利的影响;(六)不兼容行为是否符合诚信原则、商业道德、特定行业惯例、从业规范、自律公约等;(七)不兼容行为是否具有正当理由。

此外,在审判实践中,不兼容行为是否具有针对性是法院判断行为人主观上是否存在恶意的重要参照。在“金山公司诉合一公司不正当竞争纠纷案”中,法院认为,在市场上所有浏览器均安装广告屏蔽插件的情况下,被告合一公司仅针对原告金山公司的猎豹浏览器实施不兼容,并限制其视频播放的功能,其主观恶意无疑是较为明显的。<sup>①</sup>在“搜狗诉奇虎不正当竞争纠纷案”中,法院同样认为,被告的360安全卫士软件在对待不同企业的浏览器时未能做到一视同仁,仅仅针对原告的搜狗浏览器在安装、设置方面进行干预,此类行为构成不正当竞争。<sup>②</sup>

因此,无论是从一般经验还是审判实践角度出发,不兼容行为是否具有针对性都是推定行为人主观上具有恶意的重要情形之一。

## 2. 不兼容行为超过了必要限度

在激烈的市场竞争中,不能苛求经营者决策时充分考虑竞争对手的利益,否则将与市场自由竞争的价值理念相违背。但如果存在一种对他人损害明显更小的措施而经营者却并未采取,并且不兼容行为给对方造成了较大损害,从一般经验角度出发,可以认定此时不兼容行为超过了必要的限度。据此推定不兼容是行为人恶意为之的,便具有了合理性。

如何判断是否超过了必要限度呢?作为二审法院的上海知识产权法院在“大众点评案”中的论证提供了有价值的参考。在该案中,上海知识产权法院认为,如果存在明显有对汉涛公司损害更小的方式而未采取,或者其欲实现的积极效果会严重损害汉涛公司利益,则可认定为使用方式已超过必要的限度。<sup>③</sup>同理,对不兼容行为来说,由于其并不当然具有违法性,因此,在判断不兼容行为是否超过了必要限度时,标准需要有所限缩,即只有当两种方式在损害结果上存在较大差距时才可以推定。如果二者差距并不大,经营者并没有义务采取损害较小的方式。

## 3. 不兼容行为背离了经营者正常的经营目的

市场竞争是一个逐利的过程,趋利避害是市场经济中“理性人”的天性,因而经营者并不会轻易地做出背离自身经营目的的选择。如果经营者实施不兼容行为是违背了正常的经营目的,那么一个合理的推测是该经营者可能通过不兼容行为来追求其他目的。结合不兼容行为所导致的损害大小,往往可以推测出经营者主观上是否存在恶意。

例如,在“奇虎公司诉百度公司不正当竞争纠纷案”中,一审法院认为,被告百度公司通过设置 robots 协议的方式限制 360 搜索引擎对其网页的抓取与 robots 协议的初衷背道而驰。从结果来看,百度公司的限制行为客观上会损害奇虎公司的合法权益,也会增强其在搜索引擎市场上的优势地位。并且,不排除百度公司利用 robots 协议本身的漏洞而将其作为垄断的工具,因而百度公司以设置 robots 协议的方式限制 360 搜索引擎抓取的动机难谓正当。<sup>④</sup>

需要强调的是,推定“恶意”存在,一定要从结果层面和行为层面进行多角度、多方位的衡量,不可因不兼容行为仅满足其中某一条件就武断地推定行为人主观上是恶意的。

## 四、不构成“恶意”的常见抗辩理由

从被告的角度来看,抗辩可以分为两个方向:一是针对原告的控告进行反驳,例如抗辩声称自己实施的不兼容行为不具有针对性,并未对原告造成“显著损害”等;二是提出自己实施不兼容行为的合理理由来证明主观上不存在恶意。常见的抗辩理由,列举如下。

<sup>①</sup> 参见北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第13155号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见西安市中级人民法院(2014)陕01民初137号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

<sup>④</sup> 参见北京市高级人民法院(2017)京民终487号民事判决书。



### (一)不兼容符合技术中立原则

在审判实践中,技术中立原则往往成为被告用作证明行为正当或主观上不具有恶意的抗辩理由。例如在“湖南快乐阳光公司诉广州唯思公司不正当竞争纠纷案”中,被告唯思公司在二审答辩中声称,公司开发的带有屏蔽广告功能的插件不会对既有商业模式产生不良影响,是技术中立的表现。<sup>①</sup>在“上海大摩公司与上海聚力公司不正当竞争纠纷案”中,大摩公司辩称,自己运行的“Adsafe”净网大师软件并非针对聚力公司研发,只是为了更好地满足消费者需求的中立性技术工具而已,安装或运行与否都由用户决定,自己未曾实施屏蔽行为,因而主观上并无恶意,不构成不正当竞争。<sup>②</sup>实践中,技术中立抗辩在不正当竞争纠纷案件中出现的频率并不低。

“技术中立原则”,在版权法领域率先出现,本质上是一种豁免原则,又称为“实质性非侵权用途原则”,其含义是指任何一种产品或技术都有可能被用于合法用途或是非法用途,因此不能因为技术成为侵权工具而要求技术的提供者对他人的侵权行为负责。<sup>[12]</sup>正所谓如果一种技术同时拥有合法用途和非法用途两种属性,那么便不可以向其追究侵权责任。诚然,技术本身并不存在价值判断,但对于使用技术的行为,因行为人主观心理的不同,便出现了善恶的区分。法律并无意图干预技术本身,而是只干预那些利用某项技术来侵害他人权益的行为。因此,从法院裁判的角度来说,当面对被告提出的技术中立抗辩时,需要准确识别“技术本身的中立”和“技术使用行为的中立”。通常而言,技术使用行为是不具有中立色彩的,因为技术使用行为会不可避免地带有使用者主观上的意图,而技术本身的中立,是可以反证行为入主观上不存在恶意的。

### (二)不兼容符合行业惯例

提及有关不兼容行为的行业惯例,苹果的IOS系统与谷歌的安卓系统互相之间不兼容是较为典型的例子。所谓行业惯例,是指由众多经营者共同制定并遵循的、形成于商业实践中的规则。在最高人民法院审判的“3Q大战”案件判决中,法官对于行业惯例进行了标准明确,认为这些惯例应当是普遍被行业整体所接受的商业道德和标准,基于此,法院才可以进行发现和认定,并以此作为案件裁判的依据。<sup>③</sup>因而,即使某些不兼容行为客观上符合了某一些推定情形,但如果出于符合行业惯例的目的,就无法当然地推论行为入主观上存在恶意。需要注意的是,行业惯例也不能当然地阻却对行为入主观上的推定。一方面是因为行为入内心动机具有复杂性,行为入可能还存在其他的动机,而这些动机很有可能是恶意的,另一方面,行业惯例也有对错之分,并非所有的行业惯例都具有正当性,因而,仍需从法律层面进行判断和审核。

### (三)不兼容是为了维护合法利益

经营者出于维护合法利益的需要,可能会对第三方实施不兼容。例如,经营者可能出于保护用户隐私安全的原因实施不兼容。在如今的大数据时代,用户隐私泄露的风险急剧增加,保护用户隐私是经营者实施不兼容的一个合理的抗辩理由。又如,经营者可能出于防御目的实施不兼容行为。如果原告实施不兼容行为在先,而后被告才实施反制行为,可见被告的反制行为是出于防御目的,并不具有主动性,也难言其主观上存在恶意。再如,经营者可能是出于维护社会公共利益的目的实施不兼容行为。例如在“聪明狗公司诉淘宝不正当竞争纠纷案”中,被告淘宝公司对原告聪明狗公司的购物比价插件实施不兼容。不过一审法院认为被告淘宝公司的不兼容行为并不构成不正当竞争,原因在于其是为了维护消费者利益。根据法院查证的事实,原告聪明狗公司的购物比价软件运行后,相关标识直接展开并遮挡了天猫网页中的相关内容,不当地过滤搜索结果,阻碍天猫网页相关商品、服务信息的展示,向消费者展示的

① 参见广州市黄埔区人民法院(2017)粤0112民初737号民事判决书。

② 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终34号民事判决书。

③ 参见最高人民法院(2013)民三终字第5号民事判决书。

商品及服务信息不真实,最终法院反而判决原告聪明狗公司的行为构成不正当竞争。<sup>①</sup>

#### (四)不兼容已在合理时间内消除

在“奇虎公司诉金山公司不正当竞争纠纷案”中,被告金山公司答辩声称,在原被告软件冲突只发生了短短几个小时后,被告金山公司很快就调整了代码,消除了两软件之间的不兼容现象。因而对于此次意外的软件冲突,被告主观上并不存在任何恶意。<sup>②</sup> 法院也认可了被告的观点。法官在判决中指出,计算机在互联网时代下有了长足发展,其内载的软件程序随着专业细分也越来越复杂。为了满足用户的个性化需求,软件也在不断优化更新。在这种背景下,由不同主体提供的不同软件服务的冲突时有发生,甚至成为常态。法律如果对于这种非故意或者说非恶意导致的冲突予以否定和禁止,那么对于市场主体而言该要求过于苛刻。特别是在实践过程中,发现冲突存在的软件提供商也在及时优化以减少冲突产生的不良影响,从主观层面而言,难谓该行为是恶意为之的。因此无法将引发冲突产生的行为视为是一种不正当竞争行为。<sup>③</sup> 的确,在互联网行业发展的早期,软件之间发生冲突的现象时有发生。软件冲突,一方面可能是由于技术更迭较快,另一方面,经营者也没有义务去查明所有软件的代码以防止软件冲突。只要在发生冲突后的合理时间内,经营者及时地消除了冲突,就足以证明自己主观上不具有恶意,因而阻却反不正当竞争法的规制。

## 五、结语

互联网领域不兼容行为中“恶意”的认定,应遵循“一大二小”三条逻辑线路。具体而言,主逻辑为“恶意”的认定是一个客观化的过程,是由行为结果、行为表现等诸多客观事实来推定行为人主观上存在“恶意”;两条分逻辑则从两个角度解释了《反不正当竞争法》何以推定行为人具有主观恶意。从结果出发,当不兼容行为给市场竞争带来了“过火”的损害时,无论行为人是否真的是恶意为之,都要推定行为人主观上存在恶意,以便发挥规制效力以扭转由不兼容行为带来的市场竞争扭曲。从行为出发,按照一般经验和常识,如果不兼容行为好似恶意为之,则可以据此推定行为人主观上存在恶意。当然,无论是基于何种原因的推定,行为人都有提出反证的空间。同时需要指出的是,在认定“恶意”时,有三个误区需要避免:其一,不可当然地认定不兼容行为就是恶意的,“不兼容”与“恶意”之间没有当然的推论关系;其二,不能仅依据相对方竞争利益受损就当然地推断行为人主观上存在恶意,二者之间亦无当然的推论关系;其三,“恶意”的认定不可回归《反不正当竞争法》的一般条款中寻找答案,否则将架空“恶意不兼容”条款。既然“恶意”的认定本质上是一种推定,这必然涉及“恶意”的证明问题。如果是基于客观结果的推定,此时应当采用“高度盖然性”的证明标准,甚至可以将证明责任倒置,让被告证明自身不具有恶意,以尽可能地减少《反不正当竞争法》规制该不兼容行为的阻碍。如果是基于行为表现的推定,囿于一般经验的不准确性,此时原告的举证应当达到排除合理怀疑的程度,以尽量减少对“无辜的不兼容行为”的干预。

### 参考文献:

- [1] 王瑞贺. 中华人民共和国反不正当竞争法释义[M]. 北京:法律出版社,2018.
- [2] 孔祥俊. 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[J]. 现代法学,2021(5).
- [3] 焦海涛. 互联网不兼容行为的规制路径选择[J]. 财经法学,2020(5).
- [4] 刘炼箴. “恶意不兼容”行为的竞争法规制研究[J]. 中国物价,2020(8):43.
- [5] 陶钧,韩乔亚. 试论“恶意不兼容”条款的司法适用及规制路径[J]. 交大法学,2021(3):49-50.

① 参见北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初5134号民事判决书。

② 参见北京市第一中级人民法院(2011)民初字第136号民事判决书。

③ 参见北京市第一中级人民法院(2011)民初字第136号民事判决书。

- [6] 李扬. 互联网领域新型不正当竞争行为类型化之困境及其法律适用[J]. 知识产权, 2017(9):4.
- [7] 张占江. 论反不正当竞争法的谦抑性[J]. 法学, 2019(3).
- [8] 梁远高. 实质担保观下差额补足协议的定性及规则适用[J]. 北方法学, 2023(5):85.
- [9] 刘维. 论网络部正当竞争一般条款的价值取向[J]. 交大法学, 2021(3):26.
- [10] 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[J]. 法商研究, 2017(4):97.
- [11] 蒋舸. 《反不正当竞争法》网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心[J]. 中外法学, 2019(1):193-194.
- [12] 张今. 版权法上“技术中立”的反思与评析[J]. 知识产权, 2008(1):76.

## Identification of “Malicious” Incompatible Behaviors in the Internet Field

LIANG Yuangao, XING Yuan

(Law School, Shenzhen University, Shenzhen, Guangdong 518060, China)

**Abstract:** Incompatible behaviors in the Internet field refer to the situation in which the network platform fails to access to or run together with other network products or services. Typically, incompatible behaviors can be divided into software incompatibility or mutual exclusion, incompatible behaviors in sharing, and incompatible behaviors in data access. The biggest challenge to regulate incompatible behaviors in the Internet field is the identification of “malicious intent” in incompatible behaviors. The identification of “malicious intent” is an objective process, and its logic is to deduce, based on objective evidence, whether the actor has “malicious intent” subjectively. In the specific situation, it can be divided into two levels: behavior result and behavior performance. When incompatible behaviors bring “significant damage” to a particular operator or cause great damage to consumer interests, it can be presumed that the actor subjectively has “malicious intent”. When the incompatible behaviors are targeted, exceeding the necessary limit, or deviating from the normal business purpose, it can also be presumed that the actor subjectively has “malicious intent”. Of course, the actor can present counterevidence to prove that there is no subjective “malicious intent”. Common defenses that do not constitute incompatible behaviors include compliance with technology neutrality, compliance with industry practices, the preservation of legitimate interests, and elimination of effects within a reasonable time.

**Key words:** incompatible behaviors; malicious intent; behavior result; behavior performance; unfair competition regulation

(责任编辑:董兴佩)

(上接第 33 页)

## Deconstructing the Dual Legal Relationship of Digital Property Transactions Under the “Emergence” of Virtual World

WANG Fengrui

(School of Law, University of Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 102488, China)

**Abstract:** The debate whether digital property belongs to the object of property rights, creditor's rights, intellectual property or new rights is restricted by the characteristics of decentralization, which neglects its essence, that is “dehumanization”. The virtual world is not affiliated to the real world, and it's an independent world. Digital property is a “thing” in the virtual world. Digital property is possessed by account system rather than the account holder. Digital property transactions cross the “virtual world” and the “real world”, involving four transaction subjects. In the process of digital property transactions, if the irreplaceable objects are real properties or services, the essence of the transaction is real transaction, and its transaction value should be calculated based on the real objects. Otherwise, if the irreplaceable objects are digital properties, its essence is virtual transaction, and its transaction value should be calculated based on the digital property.

**Key words:** digital property; virtual world; emergence; two-tier transaction architecture

(责任编辑:董兴佩)