

互联网新型不正当竞争行为仲裁模式检视

陈兵, 张宇轩

(南开大学法学院, 天津 300350)

[摘要] 互联网技术在为我国经济发展带来利好的同时,也诱发了各式各样的基于新技术、新业态、新模式而出现的新型不正当竞争行为。互联网新型不正当竞争行为较传统不正当竞争行为具有特殊性,主要表现在技术性、场景化及识别度等方面。基于此,应清晰地认识到互联网新型不正当竞争纠纷仲裁中存在的观念老旧、依据不当、模式固化等弊端,坚持以问题为导向,以场景为基准,活用现有法律法规,优化仲裁模式。从互联网市场竞争的特征出发,妥善处理好反不正当竞争立法与其他法律法规之间的关系,加强对“互联网专条”的解释与适用,优化其与一般条款之间的衔接。优化仲裁模式,强化“行为正当性”认定,弱化“竞争关系”在行为不正当性认定中的结构性地位,引入多元利益平衡的分析框架。

[关键词] 互联网经济; 新型不正当竞争行为; 私益优先; 行为正当性; 竞争关系

[中图分类号] D922.29

[文献标识码] A

[文章编号] 1671-6973(2021)05-0097-09

随着信息通信技术和数字数据技术的深度融合与创新发展,以互联网、物联网、万维网为基础和媒质的“互联网+”行动计划得以蓬勃发展,推动了互联网经济与各类产业的急速增长,在激励我国市场经济高质量发展,助推市场竞争高水平展开的同时,互联网经济领域不断涌现的各类新型不正当竞争行为正引发社会各界的广泛关注,何去何从不仅仅是一个经济问题,更关乎国家政策与法律的制定与实施,已经从日常生产生活的经济层面延申至国家与社会诸多的治理领域。规制互联网新型不正当竞争行为需要多部门协同,司法监管作为其中的重要一环,在面对互联网新型不正当竞争行为时,显现出种种不适应性。故此,亟须对互联网新型不正当竞争行为进行全面分析,辨别其与传统不正当竞争行为之间的差异,解读当前互联网新型不正当竞争行为的仲裁路径,爬梳其中涌现的各类问题。以问题为导向,有效应对互联网新型不正当竞争行为,构建良好的互联网市场竞争环境。

一、互联网领域不正当竞争行为频发引发思考

2015年国务院颁布《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》,指出要进一步深化互联网与经济社会各领域的融合发展,使基于互联网的新业态成为新的经济增长动力。在“互联网+”政策的推动下,我国互联网产业迅速崛起,互联网市场日渐庞大。第47次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截止至2020年12月,我国网民人数已达到9.89亿,互联网普及率达70.4%,网民使用手机上网的比例高达99.7%。^①平台经济、数字经济等一系列依托于互联网技术的新型经济模式正在加速引

[收稿日期] 2021-06-30

[基金项目] 本文系国家社科基金后期资助项目“数字经济与竞争法治研究”(19FFXB028);教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“全球数据竞争中人权基准的考量与促进研究”(19JJD820009)的阶段性成果。

[作者简介] 陈兵(1980—),男,湖北荆州人,教授,博士生导师,主要研究方向为竞争法学、数据法学和人工智能法学。

^① 参见中国互联网络信息中心:第47次《中国互联网络发展状况统计报告》。

领我国经济社会步入新的奇点时代。但在我国互联网经济发展一片向好的同时,一系列以争夺流量和数据为目的的互联网新型不正当竞争行为也应运而生,扰乱了我国互联网市场秩序,引发社会热议。从早期的“3Q大战”到近期的“淘宝诉安徽美景公司大数据产品不正当竞争案”,从国内的“新浪诉脉脉非法抓取微博用户数据案”到国外的“hiQ与LinkedIn数据争议案”,层出不穷的互联网新型不正当竞争纠纷表明加强对互联网新型不正当竞争行为的监管力度已刻不容缓。

互联网新型不正当竞争行为涉及多方主体、多种利益,需要各部门的通力合作。司法机关作为监管市场不正当竞争行为的重要力量,在应对互联网新型不正当竞争行为时却显得捉襟见肘。首先,当前我国日益增多的互联网新型不正当竞争纠纷给司法审判工作带来了巨大压力。由于缺乏成熟的司法案例群,且互联网纠纷中需要平衡多元价值,司法机关审理互联网新型不正当竞争纠纷的流程很繁琐,审理时间较一般案件更长,司法资源被大量浪费。^①其次,对于互联网新型不正当竞争行为,我国《反不正当竞争法》专设了第12条(以下简称“互联网专条”)予以规制,但由于该条文本身的固有缺陷,在现实审判中的使用频率并不高。由于无法诉诸“互联网专条”,司法机关转向适用《反不正当竞争法》的第2条(以下简称一般条款),但将案件裁决归宗于概括的一般条款,赋予了法官过大的自由裁量空间,无法保障司法审判的稳定性和确定性,导致互联网新型不正当竞争纠纷中同案不同判的现象普遍。以数据抓取为例,2020年7月,北京市高级人民法院认定百度通过robots协议限制360搜索引擎抓取网页内容构成不正当竞争;^②而2021年5月,北京市海淀区人民法院则认为字节跳动对新浪实施的数据抓取行为构成不正当竞争行为。^③

技术和商业模式不断创新迭代,新型的经济形态持续迸发,出现了各种新型案件,也引发了各种新问题。面对日益复杂多变的新局面,司法机关如何应对?互联网新型不正当竞争行为涉及知识产权法、反垄断法等多个法律部门,司法机关如何协调各个部分法之间的适用关系?互联网产业汇聚多方利益,司法机关如何进行价值衡量和利益判断,如何认定竞争行为的正当性?面对新的挑战,迫切需要传统反不正当竞争审判观念和模式的反思与转型。

二、互联网新型不正当竞争的本质与特征

互联网新型不正当竞争行为是发生在互联网领域,行为人借助网络技术、信息技术、数字技术等技术手段,对其他经营者合法提供的基于网络运行的商品或服务的正常使用产生妨碍、破坏效果,影响用户知情权、公平交易权、自由选择权等合法权益的破坏互联网领域市场竞争秩序的不正当竞争行为。据2021年8月17日,国家市场监督管理总局发布的《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》中的规定,互联网不正当竞争行为可分为三类:传统不正当竞争行为在互联网领域的延伸形态(利用网络手段实施的诋毁商誉等)、利用技术手段实施妨碍干扰等不正当竞争行为(恶意不兼容、流量劫持等)以及利用技术手段实施其他网络不正当竞争行为(刷单炒信、平台二选一等),这里研究的互联网新型不正当竞争行为主要是指后两类行为。2021年8月19日,最高人民法院公布的《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)》(以下简称《征求意见稿》)其中第25条对《反不正当竞争法》第12条“互联网专条”的兜底条款进行了补充和细化,对互联网新型不正当竞争行为进行了更深层的阐释。据第25条的规定,互联网新型不正当竞争行为是利用网络技

① 以海淀区为例,海淀区法院在2017年所做的网络不正当竞争调研中发现,审理互联网不正当竞争纠纷的平均审理期限是153天,是一般知识产权案件的三倍。参见北京市海淀区人民法院课题组:《关于网络不正当竞争纠纷案件的调研报告(2012—2016)》。

② 参见北京市第一中级人民法院民事判决书(2012)一中民初字第5718号。

③ 参见北京市海淀区人民法院民事判决书(2017)京0108民初24530号。

术,违背其他经营者意愿,违反商业道德和诚实信用原则,扰乱市场秩序并损害消费者权益的行为。概言之,互联网新型不正当竞争行为以各类新技术应用为依托,行为与结果均与网络密切相联,通常呈现出技术创新的外观,实际上以不正当损害其他经营者合法利益或(和)消费者合法利益为目的,具有隐蔽性强、技术性高、识别度低、损害性广等特征,严重扰乱互联网市场秩序,给司法仲裁工作带来挑战。^[1]

为推进推进仲裁实践,许多学者尝试对互联网新型不正当竞争行为进行分类。有学者根据行为的特点,将其分为不当评价行为、不当拦截行为、商业抄袭行为等。^[2]又有学者根据行为目的和应用技术不同将其划分为损害商誉、仿冒创意、利用网络技术搭他人便车等类型。^[3]笔者认为,互联网新型不正当竞争行为形态各异,变化频率快,在对其进行类型化处理时应同时考虑分类的具体性和概括性,过于概括的分类实用性不强,而过于具体的分类又无法涵盖各类不正当竞争行为。笔者比较赞同依据行为侵害的法益将互联网新型不正当竞争行为分为侵害其他经营者利益的行为、侵害消费者利益的行为及侵害公共利益的行为。^[4]首先,侵害其他经营者利益的行为是指侵害他人商誉、窃取他人成果等行为,但若是为了维护公共利益而减损了其他经营者利益,不应被认定为互联网新型不正当竞争行为。其次,侵害消费者利益的行为,表现为误导消费者的行为和侵害消费者选择的行为。需要注意的是干扰消费者选择的行为本身是一个中性的,并不会直接影响消费者利益,并不必然等于侵害消费者利益。最后,侵害公共利益的行为,主要是指违法或者影响市场发展的行为。

相较于传统不正当竞争行为,互联网新型不正当竞争行为更具特殊性。

第一,依托于互联网技术,技术性强。互联网技术的发展催生出了数字化产业,也助推互联网新型不正当竞争行为的更新迭代。互联网新型不正当竞争行为的表现形式由早期简单的域名抢注、刷流量、刷评论演变为数据爬取、流量劫持、数据引导、覆盖网页等一系列带有显著数字色彩的行为,竞争目的由抢夺客源演变为争夺数据、流量,司法机关的仲裁工作需围绕数据、算法展开。作为底层技术的爬虫程序、协同过滤算法等代码程序算法逐渐成为了案件的主导,而传统竞争理念和评价体系在这一场域下面临现实的应用困境。

第二,发源于互联网市场,场景复杂多变。互联网技术实现了互联网产业与传统产业对接,使得不同市场之间的关联度不断增加,彼此间的进入门槛不断降低。许多互联网公司开始向衣食住行等传统行业渗透,亦或是开发互联网产业与传统产业的交叉领域,拓展商业版图。互联网市场逐步呈现多元经营、跨界竞争的特点,市场竞争行为由相关市场资源的争夺向不相关市场乃至未来市场过渡。互联网新型不正当竞争行为开始向教育、医疗、交通等领域蔓延,样态也变得多种多样,对反不正当竞争立法调整对象的广度和宽度都提出了挑战。

第三,藏匿于技术创新之下,不易识别。互联网经济是创新经济,创新是其发展的源头活水,而创新常会对原有行业产生冲击。因此,互联网新型不正当竞争行为常裹挟创新之名,行不正当竞争之实,隐秘性极强。^[5]互联网市场多表现为双边或多边市场,集合多方利益,竞争行为对各主体的影响,对市场竞争的影响都需要重新评估和分析。区分技术创新和不正当竞争行为的评判需要综合其他经营者、消费者、公众的利益、考量效能、秩序、公平等诸多价值,创新和不正当竞争行为往往一线之隔,司法机关稍有偏差便会得出错误判断。

三、互联网新型不正当竞争行为仲裁面临的困境

基于对互联网新型不正当竞争行为的梳理,应清晰认识到传统仲裁路径在应对互联网新型不正当竞争行为时的不适应性。为改进互联网新型不正当竞争纠纷的仲裁工作,应从仲裁理念到法律适用再到仲裁模式,系统梳理传统仲裁路径反映出的种种问题。

(一)以私法逻辑为基础的传统仲裁理念根深蒂固

反不正当竞争立法以维护市场秩序,鼓励市场竞争为目的,其首要保护的是正当的市场竞争利益,是市场的自由公平竞争秩序和消费者的权益,亦是大多数经营者的公平交易机会。实务中,互联网新型不正当竞争纠纷的仲裁理念常以私法逻辑为基础,表现出浓厚的民事色彩,其将竞争利益限定为经营者利益,并且将这一利益进行权利化处理。^[6]然而,面对动态的市场竞争,灵活多变的互联网新型不正当竞争行为,传统仲裁理念显得十分落后。

首先,权利化的仲裁理念不适于强调自由竞争的互联网产业。传统仲裁理念将竞争利益提升至权利层面,采用强保护模式。但互联网产业的发展得益于自由的市场竞争,只有依靠自由的竞争,创新、效率等价值才能实现,而权利化的仲裁理念给市场竞争施加了过重的制度负担,束缚互联网市场的竞争,也违背《反不正当竞争法》鼓励自由竞争的立法目的。且“竞争权”的概念本就值得商榷。在理论上,有观点认为竞争利益广泛性、分散性的特点,使其权利化并不具有可行性。^[7]在立法上,竞争权益并未被我国法律明文规定为“竞争权”,在比较法上也鲜有规定,其更多时候体现为一种法益,域外许多国家,如德国的竞争法实际上采用的是法益保护模式,是一种弱保护模式。^①其次,特定利益化的仲裁理念不适于多元利益聚合的互联网产业。传统仲裁理念轻视消费者利益和公众利益。互联网产业线上线下交互式反应的跨界模式通常是以双边市场、多边市场为载体,以“平台”为核心,通过实现多种类型消费者之间的博弈获取利润。这一过程中,生产者、销售者、消费者还有平台经营者都会参与其中。互联网经济作为眼球经济,各类竞争行为集中在屏幕的方寸之间,不正当竞争行为的开展均需以消费者为中介,消费者才是整个竞争活动中的弱势群体。^[8]且扭曲的竞争环境在影响经营者和消费者的同时,也必然会影响公众利益。因此,互联网新型不正当竞争行为会波及生产者、经营者、消费者等多主体,而上述众多主体的利益都值得被保护。最高院的《征求意见稿》中第1条第2款也规定,若当事人仅以利益受到损害为由主张权益,但不能举证证明被诉行为扰乱市场竞争秩序的,人民法院依法不予支持。

(二)现行法律法规体系适用逻辑有待厘清

当前,我国不乏有关规制互联网新型不正当竞争行为的立法,且已经形成了以《反不正当竞争法》为主、《反垄断法》《电子商务法》以及《著作权法》《商标权法》等知识产权立法为辅的法律法规体系。2017年《反不正当竞争法》也新增“互联网专条”用以规制互联网新型不正当竞争行为。但司法实践中的常用条款却仍以《反不正当竞争法》的一般条款为主,这主要是由于整体法律法规体系适用逻辑不清,司法机关未能理顺各部门法之间的关系,加之未能协调适用《反不正当竞争法》的“互联网专条”与一般条款所导致。

第一,未能理顺部门法间的适用关系。互联网产业显现出跨界经营、多元经营的倾向,涉及多领域、多部门。这也意味着面对互联网新型不正当竞争行为,司法机关单纯依靠《反不正当竞争法》是不够的,还必须以场景为基准,灵活调用《反垄断法》、知识产权立法等,实现多部门法之间的协调联动。然而,由于司法机关协同能力不足,未能理顺各部门法之间的适用关系,只是简单将形态各异的互联网新型不正当竞争行为放置在《反不正当竞争法》的框架下进行分析,很难应对互联网新型不正当竞争行为在多重场景显现出的多种形态。如,经营者为了把持流量入口,常会开展恶意干扰,恶意不兼容等行为,在掌握流量优势后,其又可依靠其优势地位继续挤压其他经营者。再如,互联网新型不

^① 德国1896年德国反不正当竞争法也采用权利保护模式,为竞争者提供侵权法的保护。但在1930年帝国法院开始强调保护社会公众利益之后,反不正当竞争法开始转向保护竞争者、消费者和公众在内的多种利益主体,而且认为不需要对这些利益的进行权利化处理。参见范长军.德国反不正当竞争法研究[M].北京:法律出版社2010:59-60.

正当竞争行为往往也与知识产权侵权行为相互连接,被诉行为可能既构成知识产权侵权,也构成不正当竞争行为。

第二,未能协调适用一般条款和“互联网专条”。2017年《反不正当竞争法》新增“互联网专条”以回应互联网新型不正当竞争行为。“互联网专条”作为具体条款,在仲裁互联网新型不正当竞争纠纷时应被优先适用,但现实情况却恰恰相反。由于“互联网专条”前3款规定的情形既不周延也不互斥,第4款作为兜底条款,要件又过于宽泛,无法起到很好的补足作用。上述问题导致“互联网专条”可操作性不强,司法机关在审理互联网新型不正当竞争纠纷时,往往跳过“互联网专条”,直接将案件诉诸于一般条款,颠倒了其和一般条款之间的适用顺序,导致一般条款被滥用,影响了法律适用谦抑性。实践中甚至还会出现法官借用“互联网专条”之名,实则适用一般条款的现象。^[9]

(三)现有“私益优先”的仲裁模式亟待改良

当前,司法机关在审理互联网新型不正当竞争纠纷时多遵循“私益优先”的仲裁模式。“私益优先”模式以当事人之间存在竞争关系为前提,着重分析其他经营者的利益是否被侵害,并以公认的商业秘密和诚实信用原则为裁判依据。^[10]这一以“民事审判思维”为逻辑的模式显然不可适用于互联网新型不正当竞争纠纷的仲裁。

首先,“私益优先”模式聚焦于特定利益是否受损。然而市场竞争有得必有失,并非造成利益受损的行为都应被认定为不正当竞争行为,合理竞争带来的损失应被接受。且《反不正当竞争法》是行为法,规制对象是竞争行为,仲裁关注的重点应是行为本身。其次,“私益优先”模式聚焦于诉讼双方相对的竞争关系,而在互联网经济的场域下,经营者频繁进行跨界和线上线下的联动,彼此之间的竞争关系变得宽泛和分散,认定困难。若在审理互联网新型不正当竞争纠纷时,仍强调竞争关系的结构作用,将导致许多应被规制的行为逃脱法律制裁。再次,“私益优先”模式依赖的仲裁依据呈现泛道德化趋势。公认的商业道德是认定互联网新型不正当竞争行为的重要依据,然而不少法院在审理时直接援引社会公德作为裁判依据,简单地将“不劳而获”“搭便车”等行为划归为不正当竞争行为。仲裁过程依赖于法官的自由心证,主观色彩浓厚。最后,“私益优先”模式仅强调分析其他经营者权益的减损情况,对消费者权益,甚至是公众利益置若罔闻。但互联网新型不正当行为的证成应是一个平衡多元利益的过程,单纯考虑行为对经营者利益的影响并不足以支撑起整个认定过程。

四、互联网新型不正当行为仲裁路径优化

新问题呼吁新模式。以私法逻辑为基础的仲裁理念、适用逻辑不清的法律法规体系、“私益优先”的仲裁模式已无法应对技术强、应用场景复杂、难以识别的互联网新型不正当竞争行为,传统仲裁路径面临现实转换的需要。因应这一需求,有必要以问题为导向,以场景为基准,形塑全新的仲裁理念、优化条文适用、升级仲裁模式。

(一)强化维护市场公平自由竞争秩序的仲裁理念

互联网经济形态更迭迅速,技术创新频繁,展现出蓬勃朝气,这些都得益于互联网市场充分且自由的竞争。司法机关必须意识到互联网市场自由、开放的特征,及时更新固化的仲裁理念,从维护特定权益转向维护市场自由公平的竞争秩序。

首先,以公平自由竞争为核心,恪守谦抑审慎的仲裁理念。创新是互联网经济发展的立命之本,创新的质量和竞争的强度呈正相关性,越激烈充分的市场竞争越能激发企业的创新活力。但新技术、新模式、新生态的出现必然会影响现有市场,分割既得利益者的利益,进而引发既得利益者的不满,互联网不正当竞争之诉很容易成为既得利益者维护自身利益,拒绝市场更迭的工具。先前权利化的审

裁理念是一种“家长式”的监管理念,实际上助长了恶意诉讼的不正之风,借用《反不正当竞争法》不合理地限制了互联网产业的竞争,是司法过度干预市场运行的表现。先前在百度诉360一案中,法院总结的“非公益必要不干扰”原则,^①实际上就是利用司法手段强行降低竞争强度、减少动态竞争,维持静态竞争的表现。创新带来的损害应被允许,不能因为新兴事物的出现造成了利益损害就对其责难。互联网经济需要在法治的道路上进行,但“强监管”不等于“滥监管”,司法机关不应应对新兴的互联网产业施加过多的制度窠臼,“市场的事应交由市场去做”,市场自身的调节功能就可解决大部分的竞争纠纷。司法机关应意识到竞争纠纷的市场可调节性,树立有限干预和鼓励竞争的观念。法官在处理互联网不正当竞争纠纷应当恪守谦抑审慎的仲裁理念,切勿以利益损害直接推定不正当行为的存在,而是应当通过评价竞争行为带来的正负效应,平衡多方利益,综合多种价值,判断行为是否正当,杜绝人为的错误判断,力求在不过度规制市场竞争的情况下,充分释放互联网经济的创新活力,为互联网经济留存适当的发展空间。^[11]

其次,以应用场景为基准,引入开放动态平衡的仲裁理念。市场竞争是一个动态的过程,《反不正当竞争法》所规制的竞争现象始终处于变化中,经济活动的规范要求也必然随之改变,不确定性或许才是《反不正当竞争法》最为确定的特点。互联网市场中经营者涉足的领域众多,不正当竞争行为作用的场景也越来越多,在规制复杂多变的互联网新型不正当竞争行为时,必须充分发挥司法的灵活性和前瞻性。互联网市场是多种资源要素的组合,竞争方式、竞争关系、市场地位无时无刻不在变化,每一个相似的案件都会存在细微的差别,而细微差别就可能会导致案件的审判结果截然不同,先前不区分应用场景,简单固化的仲裁理念很难适应互联网市场竞争。司法机关应当充分考量互联网技术的革新性,互联网竞争的动态性和跨界性,对互联网新型不正当竞争行为持开放态度。坚持以应用场景为依据,不断精细化《反不正当竞争法》的适用模式,形成一套能够适用于跨界且复杂场景的反不正当竞争行为的仲裁机制。坚持个案分析原则,特别是在应用一般条款审理案件时,切勿陷入先入为主的误区,将复杂问题简单化,依靠直觉推定不正当竞争行为的存在。

(二)优化反不正当竞争法规体系与其他相关法规的联动

第一,实现部门法之间的协调联动。互联网产业的经营范围日益扩张,涉及多个部门法,这要求司法机关要活用各部门法,依据具体场景,将《反不正当竞争法》与其他部门法进行搭配组合,厘清各部门法之间的适用关系,形成跨部门协同的法律合力。一方面,司法机关应当积极发挥其他部门法的补充作用。如,当反垄断之诉和反不正当竞争之诉交织进行时,应充分发挥《反垄断法》的补充作用,被诉行为不构成不正当竞争行为的,不影响其是否构成垄断行为,两者需在独立框架内进行判断。另一方面,司法机关应理顺《反不正当竞争法》与其他部门法之间的适用顺位。若法律规定针对某些不正当竞争行为应优先适用的其他部门法,则此时《反不正当竞争法》应保持谦抑性。例如,针对不正当竞争行为与知识产权侵权交叉的情况应当优先适用《著作权法》《商标权法》等知识产权立法。^②当出现知识产权立法上的解释困难时,还应借助于知识产权客体、权能、救济和主体等规范提供的法律评价信息,尽量将纠纷的解决思路纳入知识产权法的认知图式中。^[12]若查明确属法律漏洞,则应进一步考察适用《反不正当竞争法》是否与知识产权的立法目的冲突。只有在两者不冲突时,司法机关才可扩展适用《反不正当竞争法》。

^① 在百度诉360一案中,审理法院确立了“非公益必要不干扰”原则,这一原则重在保护竞争者的商业模式等利益,维护互不干扰的竞争模式,只有符合“公益”条件才能实施干扰行为。参见北京第一中级人民法院(2012)一中民初字第5718号民事判决书。

^② 根据2009年最高人民法院颁布的《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第11条明确,反不正当竞争立法与知识产权立法之间属于补充适用关系。

第二,优化《反不正当竞争法》内部的条文适用。为扭转一般条款被滥用,“互联网专条”被束之高阁的局面,必须加强“互联网专条”的可操作性。在立法为做出回应前,应通过解释的方式,对第4款进行相应的补充,增加限定性要素以及更加具体的描述,提升实用性和可操作性,此次《征求意见稿》第25条便对第4条进行了相应的补充。在面对法无明文规定的互联网新型不正当竞争纠纷时,更应严格遵循一般条款和“互联网专条”之间的适用顺序,避免法官随意向一般条款逃逸,应先依照“大前提——小前提——结论”的三段论的方式判断被诉行为是否可被第4款所涵摄。即使在第4款无法提供具体指引时,也应当仔细分析具体行为的构成要件,尽量找到可类比的规范和指导性案例。^[13]

(三)完善互联网领域新型不正当竞争案件的仲裁模式

“私益优先”的仲裁模式无法满足《反不正当竞争法》鼓励竞争的立法目的。因此,有必要更新传统的仲裁模式,采用“行为正当性”的仲裁模式,将仲裁重心转移至行为正当性的识别上,强化对行为的观察,坚持法律评价的客观性,并采用多元利益平衡的分析框架。

第一,仲裁的核心思路——围绕行为正当性的识别。实务中,法官常依照审理民事侵权的思路来分析不正当竞争行为,只考量损害结果和侵权行为,而不讲求利益平衡。但《反不正当竞争法》维护的是动态的市场竞争,而非静态的市场利益。因此“私益优先”的仲裁方式过度强调保护一方的特定权益,必定会导致另一方的同质利益受限,实际上并不适配于互联网新型不正当竞争纠纷。互联网新型不正当竞争纠纷的仲裁思路应充分体现竞争法思维,以竞争行为为主导,围绕行为正当性的识别展开。以行为正当性作为仲裁标准,并不意味着仲裁中不再需要考量客观损害。竞争所引发的客观损害本身是中性的,不能成为直接证明行为不正当性的倾向性要件,但经营者的损害结果可以证明其是否具备原告资格,且通过对比损害结果与技术创新、效能提升之间的比例关系也可辅助行为正当性的证成。

第二,仲裁的逻辑前提——强化对竞争行为的观察。在先前的不正当竞争纠纷中,是否存在竞争关系是判定不正当竞争行为的前置条件。传统的竞争关系聚焦于经营者之间的身份关系,要求双方经营相同或相似的产品或服务或相互之间存在替代性,若一方的不正当竞争行为会直接侵害到另一方的利益,则认定双方存在竞争关系。^[14]但不同于传统工业时代“板块碰撞式”的竞争关系,互联网时代,市场竞争犬牙交错,非同业竞争增多,竞争关系变得越来越宽泛,呈现网状融合型的样态,^[15]不同的司法机关对非同业竞争者之间的竞争关系会得出不同的结论,导致竞争关系的认定缺乏内在逻辑性。且侵害消费者利益和侵害公众利益的行为本身就不要求竞争关系的存在,更无需受到同业竞争关系的限制。是否还应当将竞争关系作为案件仲裁的前提要件是值得反思的问题。实践中,不少司法机关已经认识到狭义竞争关系的局限性,开始对竞争关系进行广义解释。但笔者认为我国《反不正当竞争法》并未明确规定存在竞争关系是认定不正当竞争行为的前提,在域外,日本《不正当竞争防止法》、德国《反不正当竞争法》等国家立法也均未将“竞争关系”作为认定不正当竞争行为的前置条件,对竞争关系的推崇不过是以同业竞争为主的传统工业时代的产物。在互联网经济时代,与其拘泥于究竟是广义还是狭义的竞争关系,直接消除竞争关系的结构性地位也未尝不可。在审理互联网新型不正当竞争纠纷时,应当以是否存在竞争行为作为审判的逻辑起点,先确认被告是否实施了竞争行为,再判断其行为是否具有正当性。受先前狭义竞争关系的影响,竞争行为被限定为相对主体之间的市场利益或市场机会的争夺。因应现实情况的变化,瑞士、丹麦等国家已扩张了竞争行为的范围,我国也应对竞争行为做更广义的理解,将竞争行为认定为一切谋求市场优势或者争取市场交易机会的行为,不限于与特定竞争对手争夺特定的交易机会,而是泛泛的谋取竞争优势或者破坏竞争优势的行为。^[15]

第三,仲裁的基本主线——坚持行为正当性客观评价。法律评价应当是客观的,这不仅要求论证

过程是客观的,还要求仲裁依据也应是客观的。不正当竞争行为是违反商业道德和诚实信用原则的行为,实践中,司法机关常将商业道德视为诚实信用原则的具体化,作为认定互联网新型不正当竞争行为的重要依据。当前,商业道德泛道德化的倾向是对商业道德做简单文意解释的结果。应当明确商业道德与社会公德不可等同,商业道德是商业领域的伦理,其以经济人理性为基石,讲求的是利己与利他的统一,允许主体通过合理的损他的手段实现利己,在道德水平上要低于社会公德。^[16]在互联网新型不正当竞争纠纷中可以被作为审判依据的应当是理性具体的经济性分析,当事人的主观动机、行为本身的道德性等道德评价只能作为辅助性要素。北京市高级人民法院于2016年出台了《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》,其对公认的商业道德进行了定性和以及认定商业道德时应考量的要素进行了说明,^①对法院在实践中认定商业道德、运用商业道德提供了指引。在审理互联网新型不正当竞争纠纷时,司法机关应先总体把握互联网行业的行业惯例、自律公约、技术规范等,再根据具体场景,选取竞争领域相关的规范和准则等作为依据,坚持在个案中将商业道德予以具体化,保证商业道德的客观性。^[17]

第四,仲裁的关键进路——引入多元利益平衡框架。由于互联网经济的多元复杂化、新型业态化,《反不正当竞争法》的保护对象不仅仅是针对经营者,还应辐射到消费者和公共秩序。例如,“新浪微博诉脉脉一案”^②表面上看似是一件不正当竞争案件,但本质上不仅涉及竞争利益,还涉及消费者的个人信息保护,因此仅单纯考虑其他经营者的利益根本无法实现公平审判,互联网新型不正当竞争行为的认定过程应是利益衡量和价值判断的过程。虽然现实中已有法院开始采用“多益平衡”的仲裁框架,但还多只是象征性地提及,并未真正落实。应落实多元利益权衡框架的运用,平衡好自由、公平、效率等价值之间的关系。秉持三元利益叠加的理念,综合评估行为对其他经营者、消费者以及社会公众带来的影响,通过保障经营者和消费者的利益,维护正常的竞争环境,并在此基础上保障公众利益。还要善用比例原则,将竞争行为带来的技术创新、效能提升等积极影响与其带来的损害结果进行对比,以考察被诉行为的适当性和必要性。互联网竞争的动态性要求利益衡量和价值判断也应当是动态的,个案中的影响因素及权重应当根据具体场景进行重新配置。在具体个案中,消费者、竞争者和公众三方利益可能会同时兼顾,但大多数情况可能会有所侧重。在进行利益取舍时,要认识到消费者在整个竞争行为中的弱势地位,优先保护消费者利益。

五、结语

互联网新型不正当竞争行为的不断涌现是互联网经济发展的必然结果。要更好地规制互联网新型不正当竞争行为,肃清互联网市场竞争中的不正之风,还应当集结多方力量,建立共建共享共治机制。规制的权力也应该从政府独享,发展为政府主导下的多元共享。必须以法治为框架,引入多元主体的元素,调动多方力量,以社会共治的方式,从而构建全周期、智能化的规制框架,平衡并合法规制多元主体之间的合法利益。从司法这一微观角度来看,面对新型不正当竞争行为,司法应当保持审慎开放的态度,在精准打击的同时,为互联网发展留有适当的发展空间。

① 《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》第33条:在涉及网络不正当竞争纠纷中,公认的商业道德是指特定行业的经营者普遍认同的、符合消费者利益和社会公众利益的经营规范和道德准则。在对公认的商业道德进行认定时,应当以特定行业普遍认同和接受的经济人伦理标准为尺度,且应当符合反不正当竞争法第一条所规定的立法目的。

② 参见北京知识产权法院民事判决书(2016)京73民终588号。

[参 考 文 献]

- [1] 陈兵,徐文. 优化《反不正当竞争法》一般条款与互联网专条的司法适用[J]. 天津法学,2019,35(03):34—43.
- [2] 吴莉娟. 互联网新型不正当竞争行为的类型化研究——兼论《反不正当竞争法》类型化条款之完善[J]. 竞争政策研究,2019(06):29—58.
- [3] 张冬梅. 互联网领域不正当竞争行为及法律监督问题研究[J]. 电子知识产权,2014(12):34—40.
- [4] 毕文轩. 互联网不正当竞争行为规制的类型化分析[J]. 广西社会科学,2020(06):117—124.
- [5] 谭俊. 论互联网行业不正当竞争的新特征及其法律规制[J]. 电子知识产权,2014(10):38—43.
- [6] 张占江. 不正当竞争行为认定范式的嬗变从“保护竞争者”到“保护竞争”[J]. 中外法学,2019,31(01):203—223.
- [7] 王红霞,李国海. “竞争权”驳论——兼论竞争法的利益保护观[J]. 法学评论,2012,30(04):92—99.
- [8] MICHAEL L KATZ, CARL SHAPIRO. Network externalities, competition, and compatibility[J]. The American Economic Review, 1985,75(03):424—440.
- [9] 刁芸芸. 商事领域中反不正当竞争法互联网专条的适用困境及出路[J]. 法学杂志,2021,42(01):132—140.
- [10] 陈兵. 互联网新型不正当竞争行为仲裁理路实证研究[J]. 学术论坛,2019,42(05):26—38.
- [11] 张占江. 论反不正当竞争法的谦抑性[J]. 法学,2019(03):45—59.
- [12] 卢纯昕. 反不正当竞争法在知识产权保护中适用边界的确定[J]. 法学,2019(09):30—42.
- [13] 裴轶,来小鹏. 反不正当竞争法中一般条款与“互联网条款”的司法适用[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版),2019,46(04):60—67.
- [14] 陈兵. 互联网经济下重读“竞争关系”在反不正当竞争法上的意义——以京、沪、粤法院2000~2018年的相关案件为引证[J]. 法学,2019(07):18—37.
- [15] 孔祥俊. 论反不正当竞争法的新定位[J]. 中外法学,2017,29(03):736—757.
- [16] 黄武双. 经济理性、商业道德与商业秘密保护[J]. 电子知识产权,2009(05):37—42.
- [17] 徐清霜. 反不正当竞争领域公认商业道德的认定与验证[J]. 法律适用,2019(10):112—119.

(责任编辑:闫卫平)

A Review of the Judicial Model of the New Unfair Internet Competition Behaviors

CHEH Bing, ZHANG Yu-xuan

(School of law, Nankai University Tianjin 300350)

Abstract: Internet technology not only brings benefits to economic development, but also induces a variety of new unfair Internet competitions. Compared with traditional unfair competitions, the new unfair competitions have certain particularity, mainly in terms of technology, scene and recognition. Based on this, we should clearly recognize the problems existing in the arbitration of new unfair Internet competition, such as outdated ideas, improper judgment basis and solidification of trial mode, and we should adhere to problem-oriented principle, take the scene as the benchmark, make flexible use of existing laws and regulations and optimize the judicial mode. Starting from the characteristics of Internet market competition, we should properly handle the applicable relationship between the anti-unfair competition law and other laws and regulations, strengthen the interpretation and application of special articles on the Internet, and optimize the connection between them and general articles. We should optimize the current mode of adjudication, strengthen the determination of “behavior legitimacy”, weaken the structural status of “competitive relationship”, pay attention to the objective identification of the legitimacy of competitive behavior, and introduce the analytical framework of multi-interest balance.

Key words: Internet economy; new unfair competition; priority of private interests; behavior legitimacy; competitive relationship