

## 互联网不当阻碍竞争行为认定模式的构建\*

程子薇

(深圳大学法学院,广东深圳 518060)

**摘要:**近年来,互联网不当阻碍竞争纠纷频繁发生。由于缺乏清晰的认定模式,法院认定阻碍行为是否正当的过程与结果均存在诸多不合理之处。既有研究关注到这一问题,但尚未提出有效解决方案,有必要梳理并提炼物理环境下不当阻碍行为的认定经验,从中提取不当阻碍行为的认定模式,分析互联网技术给该认定模式带来的挑战及其原因,在此基础上构造适合界定互联网不当阻碍行为的双层认定模式。其第一层次的认定模式是构造以经营者的技术控制力为基础的排他性空间,侵入此空间的竞争行为原则上构成不当阻碍。该排他性空间不能随技术能力的提升而无限扩张。当阻碍竞争行为不涉及排他性空间时,转向第二层次的认定模式,即在先经营者“生存利益”与行为自由之间的利益衡量。为克服异质利益平衡难题,可以以物理环境中类似情形下不同市场主体间的利益格局为参考系。此双层认定模式能够在我国《反不正当竞争法》互联网专条和一般条款的解释论框架下获得规范支持。

**关键词:**互联网;不当阻碍;不正当竞争;消费者权益

**中图分类号:**DF414 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-9512(2023)07-0145-17

**DOI:**10.15984/j.cnki.1005-9512.2023.07.005

当下互联网经济蓬勃发展,以一方网络经营者声称另一方经营者阻碍其以合适的方式提供产品或服务,另一方经营者认为自己有权如此行事的互联网不当阻碍纠纷频繁发生。<sup>[1]</sup>典型如以二维火与美团纠纷案为代表的流量劫持纠纷;<sup>[2]</sup>以“屏蔽广告软件”纠纷为代表的损害商业模式纠纷;<sup>[3]</sup>以“头腾大战”为代表的平台封禁纠纷;<sup>[4]</sup>以头条与微博纠纷为代表的爬虫数据爬取纠纷,等等。<sup>[5]</sup>由于竞争

**作者简介:**程子薇,深圳大学法学院副教授、法学博士。

\*此文系国家社科基金项目“互联网不当阻碍行为的竞争法规制研究”(项目编号:20CFX058)的阶段性研究成果。

[1] 德国《反不正当竞争法》第4条第4款规定,有针对性地阻碍竞争对手是不正当的。且德国学界将不当阻碍竞争行为定义为,经营者阻碍其竞争对手在市场中以适当的方式提供其产品或服务。Vgl. *Only/Sosnitza*, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl., 2016, § 4.4 Rn 4/10. 需要指出的是,国内法院和学者做类似主题的讨论时,交叉使用“不当干扰”“妨碍破坏”等词语,但并未对这些用语做抽象界定。因此本文所称“不当阻碍”,主要借鉴德国概念。

[2] 参见(2018)浙01民初3166号民事判决书,(2018)京73民初960号民事判决书。

[3] 屏蔽广告软件纠纷数量众多,具有代表性的可参见(2017)粤0112民初737号民事判决书,(2018)粤73民终1022号民事判决书,(2017)京0105民初第70786号民事判决书,(2018)京73民终第558号民事判决书。

[4] 参见(2019)闽01民初2098号之一民事判决书。

[5] 参见(2017)京民初2020号民事判决书,(2021)京民终281号民事判决书。

行为几乎总是伴随着对竞争对手的阻碍效果,“互联网不当阻碍”囊括了无法被具体行为类型涵摄的所有互联网竞争冲突。因此,互联网不当阻碍纠纷不仅包括我国《反不正当竞争法》第 12 条(以下简称:反法互联网条款)所列举的“网络干扰”行为,也包括需要援引该法第 2 条(以下简称:一般条款)处理的互联网纠纷。换言之,网络不当阻碍并非对某种特定互联网不正当竞争行为的命名,而是起到兜底作用,对于无法通过反不正当竞争法类型化条款予以直接规制的新型互联网不正当竞争行为,均可纳入互联网不当阻碍。然而由于缺乏一个介于理论与实践之间,弥合抽象与具体间鸿沟的认定模式,高度倚赖抽象条款来认定互联网阻碍竞争行为是否具有正当性面临挑战。

过去的经验蕴藏着智慧。学界与实务界将不当阻碍纠纷视为互联网领域专有,这切断了眼下难题与过往智慧的联系。事实上,互联网领域不当阻碍纠纷在物理环境下皆有其“前身”,只是学界对物理环境下不当阻碍纠纷的处理方式关注不足,限制了解决问题的视野。那么,物理环境下的不当阻碍行为是如何被界定的?是否能够在洞悉传统经验的原理的基础上,构造恰当的互联网不当阻碍行为认定模式?这是本文的问题意识。

## 一、进路冲突——互联网不当阻碍竞争行为认定的困境与原因

### (一) 互联网不当阻碍行为认定的进路冲突

目前我国法院从两种进路界定互联网不当阻碍。一种可称为“权益保护”进路,即法院从经营者利益出发,将在先经营者既有经营方式和依附在该经营方式上的经济利益视为保护对象。若竞争行为导致在先经营者既有经营方式受到挑战,或遭受经济上的不利益,便构成对在先经营活动的“不当阻碍”。另一种可称为“行为自由”进路,表现为法院将消费者自由选择作为评价标准,如果消费者自愿接受在后经营者的产品或服务,即便因此对在先经营者的经营模式或经济利益造成负面影响,也不能认为在后经营者的行为构成“不当阻碍”。<sup>[6]</sup>

本质上,这两种进路都是在“权益保护”与“行为自由”之间寻求平衡,有所区别的只是前者实现平衡的进路是将行为自由作为一项扣减权,后者将经营者利益作为扣减权。在反不正当竞争法制度框架下,这两种进路都有合理性。但问题是,当缺乏明确的保护边界时,受到积极保护的对象容易过度扩张,使得权益保护进路下在先经营者权益得到类似于绝对权的保护,<sup>[7]</sup>而行为自由进路下的在先

[6] 法院认定的形式与实质并不一致。形式上,法院采纳规范分析的方法,综合考量包括商业道德、经营者主观过错、经营者利益、消费者利益在内多种规范要素。实质上,“经营者利益”和“行为自由”何者优先具有决定意义。这表现为,法院对各个规范要素的论证形式化,且对各规范要素的论证与所选定的优先利益高度相关,论证不具有独立性。国内学者在梳理法院处理网络不正当竞争纠纷案时,便已表达此类观点。参见孔祥俊:《〈民法总则〉新视域下的反不正当竞争法》,载《比较法研究》2018 年第 2 期;张占江:《反不正当竞争法属性的新定位——一个结构性的视角》,载《中外法学》2020 年第 1 期;高富平、冉高菁:《数据生产理论下爬虫技术的法律规制路径》,载《江淮论坛》2022 年第 5 期。

[7] 这一点在屏蔽广告纠纷系列案件中表现尤为明显。目前除湖南快乐阳光与广州唯思公司纠纷案一审判决,腾讯与星辉科技纠纷案一审判决认定屏蔽行为合法外,其余数十起类似案件均认定屏蔽行为违法。且认定屏蔽行为合法的两份一审判决均已被二审法院改判。除此之外,近年来出现的多起颇具影响力的新型互联网不当阻碍纠纷,如腾讯生态系统保护纠纷,分时出租视频网站会员账号纠纷,微信抢红包软件纠纷,游戏外挂软件纠纷,微信群控软件纠纷等,法院均做出有利于原告(在先经营者)的判决。参见北京知识产权法院(2014)京知民终字第 79 号民事判决书;上海杨浦区人民法院(2015)杨民三(知)初字第 1 号民事判决书;北京朝阳区人民法院(2017)京 0105 民初第 70786 号民事判决书;北京知识产权法院(2018)京民 73 民终第 558 号民事判决书;上海知识产权法院(2016)沪 73 民终第 33 号民事判决书;宁波鄞州区人民法院(2017)浙 0212 民初第 579 号民事判决书;北京海淀区法院(2018)京 0108 民初第 37522 号民事判决书;杭州中级人民法院(2019)浙 01 民终第 9556 号民事判决书。

经营者权益几乎被弃之不顾。于是,不同的认定进路常常对应截然相反的判决结果,由此不仅带来“同案不同判”的问题,更无法在权益与自由之间实现妥当平衡,从而动摇任何一种进路下判决的正当性基础。对此,本文特选取六例典型案件的判决书,对其核心论证与判决矛盾予以分析(见表1)。

表1 六例典型案件判决书中核心论证与判决的矛盾

案件简称	案号	核心论点	判决结果
二维火与美团流量劫持纠纷	(2018)浙01民初3166号	原告采取的技术防护措施没有实际防护功能。在原被告各自提供的产品与服务间,消费者可自由选择,被告竞争行为丰富了消费者的选择。	原告败诉
	(2018)京73民初960号	虽然原告采取的防护措施缺乏防护力,但足以表明不愿他人在其系统中安装软件的意愿。被告程序经用户授权且自主选择而运行,但未经原告授权,行为不正当。	原告胜诉
快乐阳光与唯思公司屏蔽广告纠纷	(2017)粤0112民初737号	广告拦截有助用户实现自主选择权,迫使广告提供者改善用户体验。	原告败诉
	(2018)粤73民终1022号	被告积极推广涉争软件,故具有主观恶性。“免费+广告”模式虽非绝对权,但仍受到保护。	原告胜诉
今日头条与微博爬虫协议纠纷	(2017)京民初2020	微博禁止头条抓取其数据,“今日头条”用户须从其他平台获取相关信息,损害了用户选择权。	原告胜诉
	(2021)京民终281号	如何设置爬虫协议属微博经营自主权范畴。消费者仍可从微博页面获取信息,选择权减损有限。	原告败诉

## (二) 互联网不当阻碍认定进路冲突的原因

### 1. 反法互联网条款无法提供明确的界定标准

我国2017年修订《反不正当竞争法》(以下简称:反法)时增设互联网专条,希望为界定互联网竞争行为的正当性提供具体标准。但事与愿违,这一条款存在严重缺陷,既未能揭示界定行为正当性的核心标准,也未能正确类型化。

首先,反法互联网条款未能提供更具指引性的核心标准。反法第12条第2款规定:“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……”从表述来看,这一条款将受规制行为的核心特征提炼为“技术手段”“影响用户选择或其他方式”和“妨碍、破坏”。但是,“技术手段”只是互联网竞争的表面属性,而非影响法律规制的本质特征。“通过影响用户选择或其他方式”是含混的表达。“妨碍”“破坏”并非法学概念,作为日常用语则有宽泛的解释可能,缺乏具有指引性的核心评价标准。

其次,反法互联网条款同样未能恰当地勾勒受规制行为类型。一方面,反法互联网条款第2款第1项至第3项相互间既不排他,也不周延。<sup>[8]</sup>另一方面,反法互联网条款第2款第1项至第3项充斥

[8] 参见蒋舸:《〈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》,载《中外法学》2019年第1期。

着含混的表达,并存多种解释可能。比如第 1 项将“未经同意”“网络产品或服务”“插入链接、强制进行目标跳转”等多种要素规定为不当阻碍行为的构成要件。然而仅“未经同意”便可做三种不同解释——可将经营者沉默推定为“不同意插入链接或跳转”,也可在经营者表明禁止态度时认定“未经同意”要件成立,还可解释为只有当经营者实际采取技术措施阻止网页跳转时,方认为经营者真正表明其“不同意”的态度。<sup>[9]</sup>除了规范层面过于模糊外,第 3 项“恶意不兼容”更在价值层面饱受争议。<sup>[10]</sup>这些都严重阻碍了互联网条款为界定行为正当性提供指引。

由此,学者主张尽量限缩反法互联网条款的适用范围是合理的。<sup>[11]</sup>事实上,法院确实避免适用互联网专条,以致反法修订后绝大多数的互联网纠纷的审判仍然适用反法一般条款。

## 2. 一般条款的解释论分歧

反法一般条款充斥着不确定概念,如何解释其中规定的“商业道德”“诚实信用”“竞争秩序”等抽象概念很大程度取决于反法的基础理论。然而当下反法的基础理论难以为解决互联网阻碍纠纷问题提供指引。

反不正当竞争法在传统上被认为是侵权法的“特别法”——背俗侵权。背俗侵权理论认为,违背公序良俗的行为即使导致他人绝对权以外的利益受损,亦构成侵权。我国反法中没有规定“公序良俗”,却规定了外观相似的“诚实信用”“商业道德”概念,它们为背俗侵权成为我国反法的基础理论提供了规范接口。在实践中,“诚实信用”与“商业道德”又进一步被等同于传统伦理,于是“利他”“毋害他人”等成为评价竞争行为正当性的决定性标准。<sup>[12]</sup>竞争常常伴随着对竞争对手的伤害,于是在传统伦理的判断标准下,互联网领域的涉争议行为很容易被界定为不正当。这正是实践中“权益保护”进路的现实做法。

虽然传统理论仍发挥重要影响,但近年来却出现新的解释方向,即从维护自由竞争的角度解释反法的基础理论。世界范围内,德国自本世纪初兴起“反法自由化”运动,学者开始强调反法应当从维护自由竞争的角度考虑问题。<sup>[13]</sup>美国联邦贸易委员会亦于 2015 年发布声明,将按照反垄断分析原则解读《联邦贸易委员会法》中的公平竞争条款,从而结束了长期关于该条款分析范式的争议。<sup>[14]</sup>在我国,学者多主张回应市场经济的发展要求,认为应当弱化政府对市场的干预,增强市场自主调节能力,继而强调反法的“竞争法”属性。<sup>[15]</sup>这隐含将自由竞争作为判断竞争行为正当性标准的要求,与互联网纠纷中“行为自由”进路相吻合。

反法一般条款的解释论同时受上述两种理论的影响,导致了互联网不当阻碍认定的重重困难。一方面,这两种理论提示了不同的立场,背俗侵权理论影响下的权益保护进路立足于经营者既得利

[9] 美国法院在处理网络爬虫问题时便对何谓“同意”做出了不同的解释。具体参见杨志琼:《数据时代网络爬虫的刑法规制》,载《比较法研究》2020 年第 4 期。

[10] 经营者是否有义务去兼容他人的网络产品存在争议。参见陶钧、韩乔亚:《试论“恶意不兼容”条款的司法适用及规制路径》,载《交大法学》2021 年第 3 期;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》,载《现代法学》2021 年第 5 期。

[11] 参见蒋舸:《〈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》,载《中外法学》2019 年第 1 期。

[12] 对此做法的批判参见蒋舸:《关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思》,载《现代法学》2013 年第 6 期;杨芳:《商业社会与普通人的美德——亚当·斯密的人性科学解析》,载《学海》2021 年第 5 期。

[13] GRUR 2018, 255.

[14] 参见 Joshua D. Wright《反垄断与反不正当竞争的关系》,载《竞争政策研究》2016 年 5 月。

[15] 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的现代化》,载《比较法研究》2017 年第 3 期;张占江:《反不正当竞争法属性的新定位——一个结构性的视角》,载《中外法学》2020 年第 1 期;程子薇:《诋毁商誉行为的反不正当竞争法规制研究》,载《江淮论坛》2019 年第 3 期。

益,而自由竞争理论影响下的行为自由进路则立足于市场挑战者的竞争自由。另一方面,这两种理论均缺乏成熟精细的内部结构,只能提供宏观视角与大致方向,无法阻止“真理向前一步成为谬误”,使得不同进路无法“殊途同归”,而总是导向不同的结果。学者关注到这一问题,在讨论实践中的具体问题时尝试用利益平衡统合两种不同的进路,并引入比例原则、创新等因素为利益平衡提供指引,<sup>[16]</sup>但这些因素同样过于抽象,助益有限。

可以看到,当下对互联网阻碍纠纷的讨论多具有“向上追问”的特征,即尝试通过抽象理论来指导解决具体问题,却忽视了“向下追问”的可能,即从过往的具体经验中寻求智慧。然而诚如学者所言,反法的发展更多受到历史传统与实用主义的驱动,而非理论设计的产物,<sup>[17]</sup>过去的经验对于在反法框架下寻求解决方案具有重要价值。如果我们像欧美多数国家一样,把互联网阻碍纠纷视为物理环境下的不当阻碍在虚拟世界的延伸,过去丰富的经验便呈现眼前。

## 二、权益保护进路——物理环境下不当阻碍行为认定模式的提炼

不当阻碍行为并非互联网空间的“专利”,普遍存在于物理环境中。但是目前学界对物理环境下不当阻碍行为的认定方式缺乏关注,使得现实世界中阻碍竞争纠纷的处理方式模糊不清,这限制了解决互联网难题的智慧来源。梳理并提炼物理环境下界定不当阻碍行为的既有经验,是讨论将其类推适用于互联网空间的必要前提。

### (一) 依附物理边界构造“排他性空间”

在物理环境中,制度尊重由边界合围而成的场所,当纠纷涉及将竞争延伸到他人的物理场所时,制度对该行为的合法性判断通常简洁明了。这减少了发生疑难案件的可能性。

以互联网领域的流量劫持案件为例。法院需要在否认数据所有权的背景下判断他人竞争流量的行为是否构成不正当竞争,这并不容易。因此,流量劫持也常被认为是互联网“新型”纠纷。但事实上流量劫持并非“全新”,它在物理环境下有前身,最贴近的便是“拉客”纠纷。不难想象,从经营者与潜在顾客发生接触到完成交易,该经营者的竞争对手有动力“拉走”该潜在客户,致使在先经营者失去商业机会。那么竞争对手是否允许,或在什么情况下拉客经营者被允许劝诱该潜在客户,便涉及系列法律问题。为应对该问题,德国法院甚至在该国《反不正当竞争法》第4条第4项的解释论框架下形成了案例群,依据“拉客”行为发生的时间和地点区分四种情形,即劝诱身在公共空间的消费者、劝诱已产生与其他特定经营者交易意向的消费者、劝诱已到达其他特定经营者店铺门前正要推门而入的消费者,以及劝诱处于其他经营者店铺内的消费者。在最早时候,经营者只被允许招徕已站立在自己摊位前的顾客,但随着时间推移,制度对“拉客”行为趋向宽容。如今,德国法院对上述第二种与第三种情形的合法性认定出现摇摆,<sup>[18]</sup>但是前述第四种情形,即劝诱处于其他经营者店铺内的消费者,始终被认定为构成不当阻碍。“拉客”纠纷的实质是在先经营者对于获得特定顾客的合理期待利益与其他经营者的自由竞争利益相冲突。为解决冲突,需要明确各利益受保护的“边界”。由钢筋混凝土

[16] 参见兰磊:《比例原则视角下的〈反不正当竞争法〉一般条款解释——以视频网站上广告拦截和快进是否构成不正当竞争为例》,载《东方法学》2015年第3期;陈耿华:《我国竞争法竞争观的理论反思与制度调适——以屏蔽视频广告案为例》,载《现代法学》2020年第6期;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》,载《法商研究》2017年第4期。

[17] 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的现代化》,载《比较法研究》2017年第3期。

[18] Otto Teplitzky, Karl-Nikolaus Peifer, UWG, 2. Aufl., Band 2, Rn.367.

建成的物理边界,为经营者提供了一个稳定且合法的、拒绝他人竞争的“排他性空间”。<sup>[19]</sup>

再以互联网领域的商业模式纠纷为例。商业模式纠纷确实在互联网领域非常常见,但它却同样不是互联网领域独有。在物理环境下,原告因为被告破坏其商业模式而提起诉讼时有发生。比较有代表性的是“*Our Dogs*”案。该案中原告从某犬类展会主办方处取得“独家摄影权”,计划为报社提供照片并获取回报。被告在未获得摄影授权的情形下拍摄了展会照片,使原告的获利计划受到威胁。原告遂要求法院下达禁令,禁止被告公开发表照片。法院以“展会主办方并未公开禁止访客拍摄照片”为由驳回了原告的诉求,并进一步指出,不管展会主办方提出何种要求,只要被告能够避免物理性侵入(比如从屋顶或者场地外的其他角度)地完成拍摄,原告便无权阻止被告。<sup>[20]</sup>在此案件中,“独家供应”本质上是原告希望实现的一种商业模式,而被告的拍摄行为阻碍了原告垄断展会的图片供应并获取经济回报的经营目的。法院论证虽然肯定了经营者通过“独家供应”排斥他人竞争的正当性,但却强调这种“排斥竞争”行为不能溢出“物理场所”。换言之,原告权益受保护的范 围,并非他所期待的“商业模式”,而是特定物理经营场所,即由物理边界定义的排他性空间。

## (二) 保护在先经营者的“生存利益”

“排他性空间”具有私权属性,是通过界定经营者受保护权益的范围来认定他人竞争行为的正当性。这种方式与反法传统上作为特别侵权法的基本定位相一致,亦契合人们的朴素认知,是一种简洁方便操作的不当阻碍认定方式。但是由物理边界勾勒的排他性空间并不足以解决所有纠纷,总有一些不涉及物理实体的竞争行为因对他人利益造成重大影响而必须受到关注。这时在先经营者的“生存利益”便成为判断阻碍行为合法性的重要考量因素。制度实践表明,在多数情况下,如果来自竞争对手的阻碍行为威胁了在先经营者的生存利益,该行为更容易遭到制度体系的否定性评价。当然,在先经营者的生存利益受到的保护不是绝对的,它还受到自由竞争理念的制约。

“先来后到”是一种传统的商业伦理,意味着市场后进者有义务考虑自己的行为对在先者造成的影响。虽然在不同历史时期,不同地域,市场后进者对在先者承担的义务内涵不同,但关注在先经营者“生存利益”却属于一般性要求。历史上,这一道德主要来源于维系共同体,抵御外部竞争者的需要,并在手工业行会制度中表现得淋漓尽致。<sup>[21]</sup>虽然现代化进程中自由主义高速发展,伦理道德对制度的影响力被削弱,但却远远没有消失。时至今日,制度要求在后经营者关注在先经营者的生存利益的事例随处可见。

以商业模式纠纷为例。美国广播电视和有线电视旷日持久的制度博弈全面展示了在前互联网时代,当在先经营者面临在后经营者带来的激烈竞争时,如何运用制度维系自身利益。美国广播电视通过无线电波传播电视节目,任何人都可以自由收看。插播广告是广播电视公司获取收益的主要方式。有线电视公司出现在广播电视公司之后,最开始被视为后者的补充,但广播电视公司很快感受到了威胁。<sup>[22]</sup>于是广播电视公司求助美国联邦通讯委员会,说服对方相信自己因为有线电视的竞争陷入生

[19] 这也类似于德国一种解释“体育赛事转播权”的理论。参见郑家红、尹鹏旭:《我国体育赛事转播权的保护模式及其完善路径》,载《学海》2023 年第 1 期。

[20] *Sports and General Press Agency v. “Our Dogs” Publishing Co., Ltd.* (1916)2k.b.880.

[21] 参见[美]戴维·J. 格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社 2004 年版第 39 页、第 45 页、第 227 页。

[22] 因为有线电视能够提供客户原本无法收看的远地节目,迫使小型本地广播电视台与大型电视台的直接竞争。另外,有线电视公司控制了到达客户的“最后一公里”,拥有客户接收信息的决定权,这令全美大型广播电视公司感到不安。参见[美]托马斯·P. 索斯威克:《走向信息网络社会:美国有线电视 50 年》,吴贤论译,中国广播电视出版社 2000 年版,第 24 页。

存危机。联邦通讯委员会于是出台了一系列明显为帮助广播电视公司维系其经济生存能力的规制措施。<sup>[23]</sup>广播电视公司以保护自身“生存利益”作为要求全面监管有线电视的正式理由,取得了显而易见的成功。

商业模式纠纷的另一代表性案件是德国电视精灵案。近年来国内屏蔽广告软件案件受到关注,国内法院几乎不讳言对网站经营者既得利益的维护。对此学者常援引德国电视精灵案,质疑法院“偏袒”在先经营者。但事实上,虽然电视精灵案中被告胜诉,但德国联邦最高法院其实也考虑了被告屏蔽行为对在先经营者利益的影响。判决书强调,电视精灵屏蔽广告的行为正当,因为电视精灵向消费者收取不菲的使用费,使其用户数量有限,因此电视公司只遭受有限的广告收入减损,不会遭受生存挑战。<sup>[24]</sup>

爬虫问题是不当阻碍纠纷的另一典型情形,它在物理世界同样有先例,最富有影响力的当数 INS 案<sup>[25]</sup>与摩托罗拉与 NBA 纠纷案。<sup>[26]</sup>本质上,爬虫纠纷和上述两纠纷案都是未经授权使用他人不受版权保护的公开信息,并可能伤害在先经营者利益。在美国, NBA 纠纷案搭建了影响至今的判断行为合法性的五要件分析框架,其中一个核心要件便是“在先经营者的权益因为被告行为受到了根本性侵害,以致其没有能力继续从事原有经营活动”。<sup>[27]</sup>

当然,在上述各个具有代表性的事例和案件中,制度对在位经营者生存利益的保护受到自由竞争,以及自由竞争思想影响下的系列规则的限制。比如在德国,对在先经营者生存利益的保护受到“绩效竞争”概念的限制。绩效竞争是指通过提高产品和服务的质量开展竞争。当竞争者通过开展绩效竞争令其竞争对手陷入生存危机时,该竞争行为不因侵犯竞争对手的“生存权益”构成不正当竞争。<sup>[28]</sup>而在美国广播电视与有线电视制度纠纷中,面对广播电视关于其“生存利益遭受挑战”的指控,有线电视行业以“任何人都可以自由地接收无线电信号并按照自己的意愿使用”作为抗辩。当然从双方制度博弈的结果可以看到,在先经营者的“生存利益”在制度层面具有明确积极的保护价值,而有线电视行业所仰仗的行为自由利益主要作为消极扣减权。广播电视公司的生存利益与有线电视公司的行为自由之间的平衡,主要以“生存利益”作为基准。

### 三、权益保护进路在互联网不当阻碍行为认定中的局限

互联网空间“边界”模糊,动摇了依附边界构造“排他性空间”的基石。自由竞争(消费者自由选择)的价值在新兴的互联网产业中备受推崇。加上互联网企业存续时间普遍不长,外界对互联网企业的生存模式缺乏理解,这冲击了保护在位经营者“生存利益”的正当性。

#### (一) 互联网技术模糊“排他性空间”的边界

信息技术创建了虚拟世界。虚拟世界的独特性不仅促使先锋人物巴洛发表震惊世界的《互联网

[23] 比如规定有线电视公司必须无遗漏地转播当地广播电台节目,不得转播任何外地广播电视节目,禁止有线电视公司在自办节目中做广告等等。参见[美]托马斯·P.索斯威克:《走向信息网络社会:美国有线电视50年》,吴贤纶译,中国广播电视出版社2000年版,第52页。

[24] Vgl. GRUR 2004, 877.

[25] See *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918).

[26] See *The National Basketball Association and NBA Properties v. Motorola, Inc.*, 105 F. 3D 841.

[27] See *The National Basketball Association and NBA Properties v. Motorola, Inc.*, 105 F. 3D 841.

[28] Only/Sosnitzka, *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 7. Aufl., 2016, EinfA Rn. 23.

独立宣言》<sup>[29]</sup>也令是否需要为互联网全面制定新规则的讨论变得热烈。与此同时,现实空间中的规则以人作为媒介自然地虚拟空间延伸,一些微妙的转化和投射悄然进行,使得现实世界的经验对互联网空间的影响变得错综复杂。这主要表现在“排他性空间”与界定不当阻碍的关系上。

### 1. 物理边界与秩序构建

互联网空间中物理边界不再,但人的大脑会自动将其对物理世界的理解投射至虚拟空间,用某种虚拟边界替代物理边界,构建互联网世界中的“排他性空间”。学者有时通过类比“肯德基跑到麦当劳里卖鸡翅”这一显而易见的不合理行径,来论证互联网平台之间的屏蔽或排斥行为具有正当性,<sup>[30]</sup>这其实就是把“(某)互联网平台”这一抽象概念,视作可以据此排斥他人竞争的虚拟边界。虽然大脑联想的发生是自然而然的,但是制度是否应当认可却须经过理性分析。制度偏好秩序,“持续性被视为一种善”。<sup>[31]</sup>物理边界成为构造“排他性空间”的基石,正与它具有一些帮助建立并维系秩序的基本特征相关。虚拟边界能否替代物理边界,取决于这些“秩序属性”。

首先,物理边界易于被人类感知,具有强彰显性。人们通过视觉、触觉可以轻松且直观地感受到物理边界。人类本能地敬畏显而易见的边界,所以物理边界具备威慑他人,避免冲突的功能。

其次,构造物理边界,特别是钢筋混凝土这样的边界需要消耗大量的物质资源,经过漫长的施工周期,并且建造边界的边际成本不会随着规模的扩张大幅降低,这限制了“排他性空间”的范围,间接保护了他人自由行动的空间,也降低了他人逾越边界、挑起冲突的动力。

再次,物理边界还蕴含事实上的控制力,能够抵御来自边界以外的进犯。虽然不同的物理边界控制力强弱有别,但反法认可的通常是钢筋混凝土之类的强控制力边界。实际控制力使得物理边界具备应对挑衅、自我防卫的能力。

最后,一个易被忽视却重要的特征是,物理边界与其控制力被天然地绑定,因此制度设计只需调整具体、可视的物理边界即可,无需再专门考虑无形、抽象的控制力。这使得制度能够被设计得简洁且易于理解。

### 2. 虚拟边界与秩序建构

上述特征为以物理边界为基础构造一个稳定、不易受到干扰,且最大限度避免冲突的排他性空间提供了基础与保障。但虚拟边界并不完全具备物理边界的上述特征。

第一,虚拟边界的彰显性弱。虚拟边界主要通过人们的抽象思维,而非直观感受来表达存在,这使得虚拟边界作为解决具体问题的标准可能“分辨率”不够。比如人们在点击特定应用程序软件(APP)图标后,便默认自己进入了该程序软件“之中”,在使用软件过程中遇到问题,用户会认为该 APP 运营商需要对此负责。特定程序软件便是人们默认的虚拟边界。但是,这个虚拟边界无法提供高精度的区分标准。人们认为自己很清楚“微信”指的是什么,但是面对更进一步的问题,比如“微信平台”究竟起止何处、范围如何却很难做出回答。微信一级目录下的即时通讯功能属于“微信”,但其数量庞大的二、三级栏目(如城市服务、理财通等)究竟只是一个转介端口,还是仍然属于微信王国的核心疆域则很难简单说清。因此,抽象的虚拟边界在面对具体问题时往往过于模糊。另外,虚拟边界“看不见、

[29] A Declaration of the Independence of Cyberspace | Electronic Frontier Foundation (eff.org), 2022 年 2 月 10 日访问。

[30] 比如经济学者曲创即在其公众号专文评论平台排他违法性时做此比喻。https://mp.weixin.qq.com/s/skUAUithwlcM8OztmZPpZg, 2021 年 4 月 24 日访问。

[31] 这一点在占有制度上表现无疑。参见[美]詹姆斯·戈德雷:《私法的基础——财产、侵权、合同和不当得利》,张家勇译,法律出版社 2007 年版第 80 页、第 88 页。



摸不着”的特性使人们难以对其产生敬畏,这弱化了它避免冲突的功能。

第二,虚拟边界的扩张不受经济成本的约束。建设虚拟边界无需垒砌砖瓦,而是操纵人们本就模糊的认知,因此,扩张虚拟边界的边际成本极低。扩建以墙壁为边界的营业场所,需要获得更多土地的使用权,耗费资金拆除墙壁重新建设。而“微信”的边界便已经从最开始“提供即时通讯功能的软件”,扩展到包含微信平台相关市场主体间的交互关系,更进一步扩展到包含腾讯公司期待利益在内的、包罗万象的“微信生态系统”。<sup>[32]</sup>过度扩张的“排他性空间”会压缩其他经营主体的自由行动空间,反过来进一步削弱“边界”避免冲突的能力。

第三,虚拟边界不再与特定控制力绑定。在现实世界中,物理边界与特定控制力的组合简单明了——如果依仗山体岩石为界,人们只能期待通过艰苦攀爬越过障碍;如果依仗湍急河流为界,人们不会认为可以靠点燃大火到达对岸;以反法中最常见的营业场所为界,自然意味着人们必须从预定路线进出,人们不能破窗而入或从天而降。但是公众认知中不同种类的虚拟边界却尚未与不同种类的控制力形成固定搭配。比如网站经营者总是认为自己在网站范围内享有排他性权利,<sup>[33]</sup>但不同网站的实际控制力的差别却很大。低控制力网站不仅允许任意访客通过各种链接访问,还鼓励访客编写、修改网站内容,典型如维基百科。中等控制程度的网站要求用户登录后访问,比如我国大型平台购物网站淘宝。高控制程度网站可能仅允许经过实名认证身份的用户访问,且不允许普通用户对网站内容作任何修改,绝大多数的公共部门内部网站均如此。除此以外,操作系统软件运营者与普通软件运营者之间亦频繁发生冲突,这大多是因为前者希望后者遵照自己制定的规则行事,却缺乏足够的私人力量达成愿望。<sup>[34]</sup>虚拟边界与控制力关系的不确定性,动摇了“虚拟边界”维系秩序的私力基础,减损了通过虚拟边界直接厘定经营者权益受保护范围的合理性。

## (二) 互联网技术引起各方利益的复杂变化

互联网技术给传统界定模式带来的挑战不止于“排他性空间”。互联网技术缔造了高度繁荣的新兴产业,打破了经营者与消费者利益之间的固有平衡,使得自由竞争的价值受到瞩目。互联网技术还具有快速迭代的特征,意味着目前互联网企业存续时间多短于工业企业。这些都冲击了保护在先经营者“生存利益”的正当性基础,使得类推适用物理环境下的不当阻碍认定模式面临挑战。

第一,互联网技术带来了举世瞩目的经济繁荣。学者们认为,是互联网自由的“代码”层孕育了自由与竞争,从而激发了互联网经济的奇迹。具体来说,现代通讯学将通信系统分为三层,用于传递信息的“物理”层,让硬件运行的“代码”层和通信系统传输的“内容”层。每一层都既可能是被控制的,也可能是自由的。互联网赖以运转的计算机和网线通常是政府或私人财产,是受控的,网络上的内容也未必都可以自由获取。但是,互联网的代码层是自由的,只要符合 TCP/IP 协议的要求,任何人都可以基于用户的需求自由开发软件,无需向网络提供商申请许可。<sup>[35]</sup>网络提供商无法审查经过网络的数据包,不能控制去中心化的软件开发,无法控制基于端对端原则的网络创新,由此产生的自由空间

[32] 比如在微信生态系统不正当竞争纠纷案中,法院事实上将整个庞杂且模糊不清的“微信生态系统”作为保护对象。参见(2019)浙01民终第9556号民事判决书。

[33] 多数网络爬虫纠纷皆由此引发。网站经营者认为自己有权禁止他人获取自己网站的数据,哪怕是没有采取技术防护措施保护的公开数据。其他经营者则认为公开数据可以被自由获取。典型如今日头条与微博爬虫纠纷。参见(2021)京民终第281号民事判决书。

[34] 典型如二维火案与美国小白盒纠纷案,OPPO手机屏幕劫持案等。参见(2018)浙01民初第3166号民事判决书,(2018)京73民初第960号民事判决书,(2020)浙8601民初第798号之一民事裁定书。

[35] 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《思想的未来》,李旭译,中信出版社2004年版,第23-25页。

促成了互联网软件行业的蓬勃发展。<sup>[36]</sup>在自由被认为许诺了这样空前的繁荣之后,继续强调保护在先经营者“生存利益”面临质疑。

第二,保护“企业生存权益”一个重要的正当性来源是保护在位经营者的合理期待,期待的“合理性”与该企业通过特定经营方式稳定存续的时间正相关。在位企业存续的时间越长,所采取的经营方式越广为人知,该企业期待其继续存续就越合理。<sup>[37]</sup>相比历史悠久的工业企业,互联网企业的存续时间往往不长,这弱化了其继续生存的正当性基础。除此之外,与工业企业固定地通过产品来分摊成本、获取收益不同,新兴互联网企业的经营模式更为多样,更加不稳定,也更难被普通民众真正理解。比如互联网产业言必称流量,但流量需要转化才能形成收益,这使得互联网企业的交易与获利在时间和空间上分离。又比如资本市场常常对互联网企业青睐有加,这弱化了后者的经营亏损与继续生存之间的因果联系。这些都使得判断特定竞争行为是否令“经营者生存权益”遭到严重威胁变得困难。

第三,互联网企业对消费者自由选择的干预能力变强,使得仅着眼于在先经营者生存权益,可能导致经营者与消费者权益陷入失衡。消费者自由选择以理性思考为前提,即消费者应该免受过多打扰,冷静、独立地做出商业决策。<sup>[38]</sup>但经营者为了获得商业机会,却有动力反复骚扰消费者。常见手段是,经营者将推广产品的商业信息与消费者希望获取的内容信息捆绑,使消费者在接受后者的同时被动接受前者。在物理环境中,商业信息强制掠夺消费者注意力受到时空限制——只有当消费者决定走进商业街区,密集的广告栏、巨幅电子显示屏才可能映入眼帘,若消费者选择伏案工作或选择僻静小路外出,便可有效“隔断”商业宣传。互联网技术打破了这一时空局限。随着智能手机的普及,互联网深入渗透人们的生活。无论工作或娱乐,都市中生活的人们几乎都无法脱离线上环境。当线上线下被打通,工作与生活亦失去边界,于是线上商业宣传便能够在工作、娱乐、通勤等各个场景“触达”消费者。虽然理论上消费者有权利选择对随手可得商业宣传置若罔闻,但这须以人的无限意志力为前提。事实上,意志力是稀缺资源,人们无法随时调用意志力来对抗无所不在且深谙人性的商业劝诱。电子邮箱边框广告栏闪烁定向投放的广告,使本欲处理工作事项的用户在网店流连,这本质上是对消费者自由选择权益的侵害。

第四,互联网企业越来越倾向于将其“生存利益”寄托于获取消费者的注意力,后者很多时候是建立在剥夺消费者自由选择权益基础上的。互联网经济被称为流量经济,广告是流量变现的重要手段,也是各互联网公司的核心利益所在,比如 2021 年第二季度谷歌母公司 Alphabet 广告营收 562.88 亿美元,占总营收 81%;<sup>[39]</sup>2021 年第一季度阿里巴巴广告营销收入 1722.26 亿元人民币,占总营收的 71%;<sup>[40]</sup>爱奇艺起诉刷量网站是因为刷量行为导致其无法正确计算广告费用;<sup>[41]</sup>屏蔽广告软件纠纷的本质是广告是否能够实现既定的注意力攫取目标,等等。互联网企业对消费者注意力的攫取自然引起消费者获取对抗性软件的需求,而回应这种需求的产品(比如屏蔽广告软件),则可能在面临其他经营者“切断了其赖以生存的收入来源”的指责乃至诉讼的同时,得到“行为自由”理念的支持。

[36] 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码 2.0》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社 2018 年版第 124 页。

[37] 参见熊秉元:《正义的效益——一场法学与经济学的思辨之旅》,东方出版社 2018 年版,第 24 页。

[38] 参见马辉:《消费决策机制变迁视角下的直播营销法律规制》,载《当代法学》2022 年第 2 期。

[39] 参见《谷歌母公司 Q2 营收 697 亿美元 广告业务占比超八成》,http://m.eeo.com.cn/2022/0727/545423.shtml,2023 年 3 月 18 日访问。

[40] 参见《阿里巴巴广告收入增速下滑,释放重要信号》,https://m.163.com/dy/article/H1PH12VR05118KL0.html,2023 年 3 月 18 日访问。

[41] 参见上海知识产权法院(2019)沪 73 民终第 4 号民事判决书。

### (三)行为自由进路的重要性凸显

如前所述,无论权益保护进路抑或行为自由进路,本质都是为了平衡在先经营者既得利益和以消费者自由选择为核心的经营者行为自由,区别在于权益保护进路将经营者行为自由作为扣减权,而行为自由进路则积极保护经营者行为自由,将在先经营者既得利益作为扣减权。在物理环境下,制度青睐权益保护进路。在互联网世界,积极保护行为自由,不再仅仅将其作为一项扣减权变得必要。

第一,在互联网世界中,模糊的虚拟边界无法约束权益的膨胀倾向,导致行为自由作为扣减权不断缩减。权利人总有动力推动权利扩张,当权利人如果是组织结构完善、经济资源雄厚的经营者,其权利的扩张倾向尤其显著。物理边界有形、具体,可以明确受保护的范同,同时也可以避免受保护范围过度扩张。事实上,这正是知识产权倾向于将权利客体限制为有形物的重要原因。虚拟边界与其不同,很多时候它只是一个抽象模糊的概念,经营者容易推动虚拟边界无限扩张。权益扩张自然导致作为扣减权的行为自由缩减。当被保护的权益挤占了整个公共空间,行为人动辄得咎。

第二,相比传统经济,行为自由对于互联网经济繁荣更加重要。这主要表现在两个方面。一方面,互联网经济的繁荣被归功于互联网在代码层的自由,即人们可以直接面向市场提供产品,无需向其他经营者申请“许可”。<sup>[42]</sup>另一方面,互联网技术的发展潜力巨大,发展方向难以被预期,尽量减少制度对市场行为的干预,被认为更有利于促进创新和发掘互联网经济的潜力。

第三,互联网技术强化了经营者侵入消费者自由选择权益的能力。经营者行为自由与消费者自由选择并不相同,但是在互联网不当阻碍纠纷中,两者几乎共同进退。原因是受到“在先经营者利益”的制约,不能与消费者利益保持一致的在后经营者利益无法获得法院支持。然而,一方面,互联网技术全方位侵入消费者的时间与空间,使得消费者几乎无法不受打扰地做出选择,这侵蚀了消费者自由选择所需的理性基石;另一方面,互联网技术的快速商业化发展,使得其用户群体的专业化程度大大下降。在对用户硬件和软件设备控制权的争夺中,经营者逐渐占据上风,消费者对于其硬件和软件设备日益失去控制力。这时,鼓励面向消费者利益的自由竞争具有矫正这一失衡的重要意义。

## 四、行为自由进路融入——互联网不当阻碍行为认定模式的构建

虽然物理环境下的不当阻碍认定模式受到挑战,但其理性基础与基本构造并未过时,在重新厘定边界与权益保护之间的关系,并将“行为自由”妥善纳入分析框架后,物理环境下的经验可以类推适用于互联网领域,并可在此基础上构造一个协调“权益保护”与“行为自由”两种进路的互联网不当阻碍双层认定模式。

### (一)第一层认定模式:权益保护进路的沿用与调整

#### 1. 权益保护进路的沿用

传统不当阻碍认定模式具有浓厚的保护私权特征。无论是依附物理边界构造“排他性空间”,还是保护在先经营者“生存权益”,均从经营者权益出发判断他人阻碍行为的正当性。这种分析模式契合反不正当竞争法作为背俗侵权法的传统定位。

如果做进一步分析,便会发现保护“排他性空间”与保护“生存权益”在保护强度上不同,如果将“排

[42] 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2018年版,第124页。

他性空间”视为高度确定的“强”保护,那么“生存权益”提供的则是不太确定的“弱”保护。<sup>[43]</sup>在实践中,法律对“排他性空间”的保护鲜有例外,也很少被质疑,甚至可以说涉及物理边界的不当阻碍竞争纠纷通常不会进入司法层面,这是因为尊重物理边界是得到广泛遵守的行为准则。而保护在先经营者的“生存权益”则不同。首先,被告的阻碍行为是否影响在先经营者的“生存利益”既取决于部分事实,也取决于法官的认知。其次,传统上“生存利益”需要与“绩效竞争”等概念协调。最后,在先经营者的“生存权益”在 21 世纪越来越多地受到“行为自由”的挑战。法院越来越多地面临慎重考虑被告方关于其“行为自由”的相关抗辩的压力。以上均会给判决带来不确定性。

传统界定不当阻碍行为的认定模式区别对待“排他性空间”与在先经营者“生存权益”,有效地协调了解决纠纷的合理性与可预见性:先保护由物理边界确定的“排他性空间”,这与人们的朴素认知契合,能够提供可预见性;只有当此“简单”的分析不能界定阻碍行为的正当性时,才需转入关于“生存利益”的判断。关于“生存利益”的考量具有开放性,有整合更多考量因素的潜力。

这一传统认定模式受到了互联网技术的冲击,但受到挑战的多是一些具体的操作方式,其理性基础与基本构造并未过时。一方面,“区别对待”本就是平衡解决问题的效率与合理性的一般性方法,正如反垄断法区分本身违法与合理原则两种分析范式。区别对待较为明确的受保护权益与需要综合评价的权益,给前者匹配简单明了的分析方式,而为后者匹配更为灵活的分析方式,这同样应当成为互联网不当阻碍认定模式的选择。另一方面,传统认定模式保护依附物理边界构造的“排他性空间”,其建立在尊重既有社会秩序的基础之上,具有合理性。人们认识互联网世界时日尚短,互联网技术的未来有无限可能,这时互联网自发秩序甚至比在物理空间中更重要。而自发秩序常常与边界息息相关,因此互联网世界也应当存在赖以建立排他性空间的“虚拟边界”,<sup>[44]</sup>需要思考的是如何澄清、建构这种边界。

## 2. 权益保护进路的调适

在现实世界中,维护既有秩序为构造“排他性空间”提供了正当性基础。在互联网世界,人们对新兴产业的认识尚有局限,规制者经验亦不足,这强化了在处理互联网不当阻碍纠纷过程中尊重自发社会秩序的正当性。于是需要考虑的是,虚拟边界的何种属性与维系这种秩序密切相关。边界与秩序的关系有两种可能,一种是边界自身蕴含的力量塑造了秩序,比如营业场所的墙壁与加固的门窗赋予店主控制客流的权力;另一种则是制度赋予边界塑造秩序的力量,比如警察用没有实际防护能力的简易塑料警戒线拦住案发现场。在自发秩序占据主导地位的互联网世界,虚拟边界蕴含的实际控制力应当主导秩序的塑造。虚拟边界的实际控制力由代码决定,常以技术防护措施的形式出现。这就是说,经营者是否能够主张自己对一定范围的虚拟空间享有排斥他人竞争的权益,应当与他是否采取了切实有效的技术防护措施密切相关,这可以被简要地描述为“制度应尽量与技术保持协调”,具体表现在以下三个方面。

首先,制度原则上应尊重有效技术防护措施保护的“排他性空间”,即突破有效技术防护措施的阻碍行为通常不正当。技术防护措施是一种私力,对于通过合法私力形成的可持续状态,制度在无理

[43] 学者对权益保护的“强”“弱”有诸多讨论,形成不同的区分方式。以“确定性”作为区分两者的核心标准是主流观点之一。See Dan L. Burk, Muddy Rules for Cyberspace, 21 Cardozo Law Review 121(1999).

[44] 江小涓:《网络与数字技术对公共服务与市场关系的影响——边界变化和秩序重构》, [https://www.sohu.com/a/311205382\\_455313](https://www.sohu.com/a/311205382_455313), 2023 年 3 月 10 日最后访问;张文显:《构建智能社会的法律秩序》,载《东方法学》2020 年第 5 期;王迁:《著作权法中认定传播行为的“新公众标准”批判——兼论“新传播源标准”》,载《当代法学》2022 年第 1 期。

由时不应随意改变。这不仅是对法学理论抽象演绎后的结论,也符合欧美国家处理类似案件的经验。比如在德国在线音乐服务提供商与 N.DirectCut 软件不当阻碍纠纷案中,被告经营的 N.DirectCut 软件能够突破原告音乐产品采用的 DRM-Technik 保护技术,向用户提供未加密的数字音乐信息,使用户免费获得原本应当付费的音乐内容。该行为被法兰克福地方法院依据反不正当竞争法判决构成不当阻碍。<sup>[45]</sup>类似地,在暴雪公司与外挂软件 BuddyBots 纠纷案中,暴雪公司采取了监视、阻止外挂软件运行的技术措施,是德国联邦最高法院认定外挂软件构成不当阻碍的重要依据。<sup>[46]</sup>美国没有统一的反不正当竞争法,但它较宽泛的知识产权制度承担了解决部分互联网不当阻碍纠纷的功能。暴雪公司与外挂软件公司同样在美国对簿公堂,法院便是适用《数字千禧年版权法》中的反技术规避条款认定被告违法。<sup>[47]</sup>

其次,当经营者并未通过有效技术手段保护其自身利益时,应谨慎单独依据制度权威禁止他人竞争。简单来说,制度应谨慎在原告未采取有效技术防护措施时,认定被告行为不正当。比如在德国 Flugvermittlung im Internet 纠纷案中,原告是一家廉价航空公司经营者,消费者可在其官网预定机票。被告经营一家汇总了多家航空公司航班信息的线上机票预订平台。当消费者通过被告网页预定航班时,被告系统会自动访问原告页面并调取其航班信息,于是消费者无需访问原告官网便可预定其航班。原告认为被告行为构成不当阻碍,因为该行为阻碍自己接触潜在消费者,导致其页面访问量下降,广告收入降低。汉堡高级地方法院在判决中论证道,原告本可以设置类似于验证访客身份的技术防护来阻止被告的网络机器人抓取网站信息,但它却没有这么做,这时原告要求制度去禁止被告爬取数据不能获得法院支持。<sup>[48]</sup>类似的互联网不当阻碍判决在德国已形成类案。<sup>[49]</sup>

最后,上述原则同时受到互联网开放性特征的制约。“互联互通”是互联网的“底层逻辑”,它与经营者通过技术力量圈定私人领域存在紧张关系。这决定了由技术控制力形成的“排他性空间”只能够局部存在,不能过度扩张。若大型平台或互联网企业凭借技术优势封闭其所有产品或服务信息,拒绝其他经营者获取,可能导致互联网中的公共资源枯竭,给社会与经济发展造成不利后果。因此,制度应对互联网领域过于激进的“圈地运动”保持警惕,谨慎追认由大型平台企业的技术控制力形成的“排他性空间”。但是,技术博弈并不总是能很快达成某种稳定状态,如果双方持续处于胶着的技术摩擦中,则很难说形成了某种值得保护的秩序。另外,互联网信奉流量为王,技术防护措施可能提高消费者的访问成本,从而给经营者带来不利影响。因此若某类冲突频繁进入诉讼,则利益平衡将起决定性作用。

## (二) 第二层认定模式:权益保护与行为自由的平衡

根据传统不当阻碍行为认定模式,在明确纠纷不涉及“排他性空间”之后,应考虑在先经营者“生存利益”是否应当受到保护。但是互联网技术使得在位经营者对消费者自由选择权益的干预不断强化,这促使人们更积极地保护行为自由,其直接结果便是与行为自由高度重合的“消费者自由选择利益”被纳入考量范围。这意味着在互联网世界中,第二层次的认定模式不仅需要积极地考虑在先经营者的“生存利益”,还要主动考虑消费者自由选择利益,后者不再是寄生于“行为自由”中的一项扣

[45] vgl.MMR 2006, 766.

[46] vgl.GRUR 2017, 397.

[47] MDY Indus., LLC v. Blizzard Ent' t., Inc., 629 F. 3d 928, 935-37(9th Cir. 2010), amended, 2011 WL 538748(9th Cir. 2011).

[48] WRP 2014, 839.

[49] WRP 2003,1341; BGH GRUR 2011,1018; WRP 2011, 1469; GRUR 2009, 1027.

减权。平行考虑这两种权益,将面临异质利益冲突难题。这时,传统类似情形下的利益格局具有参照价值。

### 1. 利益平衡的参照系

寻求权益保护与行为自由之间的平衡使异质利益冲突问题浮出水面,即决定在经营者利益与消费者自由选择利益发生冲突时,何者应当胜出,何者应当做出让步。异质利益缺乏可公度性,不能通过直接比较大小得出结论。但是,异质利益平衡可能通过寻求共识来实现。<sup>[50]</sup>共识可能表达为利益团体间相互妥协的明确方案,也可能暗含于人们对某种现状的接受。前者以明确的规范条款为依托,后者则多表现为长期存在的利益格局。在互联网不当阻碍纠纷案中,规范不能给出明确的答案,长期存在的利益格局则为法院从物理环境类似的经验中推演共识提供了可能。

首先,以物理环境类似情形下的特定利益格局作为再平衡的参照系,其所面临的挑战是,物理世界中的不当阻碍纠纷没有单独考量消费者自主选择利益。然而,名义上的变化未必会影响最终的结果。如前所述,反不正当竞争法始终避免扩大不正当竞争行为的范围,本质就是在维护作为“扣减权”的自由。消费者自由选择利益与经营者行为自由在意识形态上接近,多数时候指向相同的结果,因此对消费者自由选择利益的考量天然地蕴含在协调经营者权益与行为自由之间冲突的结果中。

其次,以过去类似情形下的利益格局作为参照系是可能的,更是必要的,互联网技术发展打破了原有的利益平衡,但人们对“公平”的感知却没有改变。具体来说,现实世界的利益格局不只由制度决定,而是被多种力量塑造。<sup>[51]</sup>实体物的天然控制力属性便是其中之一,它和制度一起维系着既有的利益平衡。在虚拟世界中,实体物不复存在,塑造平衡的力量发生改变。这时如果制度不做任何调整,过去的利益格局便无法在虚拟世界中得到维系。然而无论是现实世界还是虚拟空间,人都具有主体性。当人们的交易与生活从线下转移到线上,会很自然地将线下的公平感延伸到线上,从而可能无法认同互联网世界中被改变了的利益格局。这时,物理环境下的利益格局隐藏着的人们的期待,正是网络空间实现利益再平衡的关键。

最后,以物理环境下类似情形的利益格局作为参照系,并非纯粹的学术想象。欧美国家便很大程度地采取这种“保守主义”策略。比如无论是德国还是美国,均很少专门就互联网不当阻碍纠纷设置规则,这意味着原先对物理环境的共识,同样适用于互联网领域,如德国反法中的不当阻碍条款便同时适用于线上线下的,法院在互联网不当阻碍判决书中也会援引发生在物理环境中的判决来帮助论证。比如德国反法不当阻碍司法实践形成了名为“补充性产品”的子案例群,其核心裁判规则是,当在后经营者提供的产品或服务能够对在先经营者的产品或服务形成辅助和补充时,后者提供产品或服务的行为即使违背前者意愿,并使前者遭受不利益,亦不构成对前者的“不当阻碍”。<sup>[52]</sup>在暴雪公司与 BuddyBots 纠纷案中, Buddybots 以其开发的外挂软件构成对魔兽游戏的“补充性产品”为由提出抗辩。德国联邦最高法院驳斥这一抗辩理由,援引的典型“补充性产品”案件均发生在线下。<sup>[53]</sup>

### 2. 对变化利益格局的反思

经过对比,互联网技术促使利益格局发生变化的方向应当已经明了。但传统利益格局的正当性

[50] 参见梁上上:《利益衡量论》,法律出版社 2016 年版,第 85 页。

[51] 莱斯格将塑造利益平衡的力量概括为四种,本文对此不做过多展开,只讨论其中两种高度相关的因素。参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码 2.0》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社 2018 年版,第 135 页。

[52] vgl. BGH GRUR 1984, 282; BGH GRUR 2013, 951; WRP 2013, 1339.

[53] vgl. GRUR 2017, 397.

却并不绝对——世事变化,利益格局并非必须一成不变。所以接下来的问题是,制度是否应当回应变化,即是否应当把引起变化的行为界定为不正当竞争。在反法框架下,这一分析过程既需要考虑不同市场主体的利益变化情况,还需要特别关注不同市场主体的特征。这些考量可以从利益的分配变化与总量变化两个角度进行。

从利益的分配变化角度来看,若技术导致在位经营者利益减损,制度应当予以关注。“完全放任自由竞争对在位经营者带来的所有影响”既不符合反法的传统,亦无视社会现实,更忽视了一些关键的社会价值。<sup>[54]</sup>当然,制度体系本来就倾向于对经营者利益受损情形实施积极的干预,美国有线电视的发展历程、其千禧年版权法的出台、我国屏蔽广告软件纠纷原告多获得胜诉均表明了这一点。然而,当消费者利益遭到减损时,制度尤其应当给予关注。这并不是因为消费者利益在价值上优于经营者利益,而是消费者数量庞大却缺乏组织,无法积极追求特定目标,在情势变化不利时,需要漫长的时间来凝结共识,扭转局势。<sup>[55]</sup>因此,制度应当谨慎保护消费者既有自由选择利益。制度应当积极对消费者既得利益减损情形做出回应,这是在变革时代维护经营者与消费者之间利益平衡的必要举措。

从利益总量变化的角度来看,技术提升了效率,必然带来利益增量。通常情况下,利益增量在短时间内多被经营者占据。但随着市场竞争,增量利益应当逐渐向消费者一端转移。因此对于促使利益向消费者处转移的竞争行为,制度体系应当尤其避免仅仅因为它“阻碍”了某种在先商业模式,或减损了某些在先经营者利益而将它界定为不正当。当增量利益长时间停留在经营者一端时尤其如此。比如互联网技术提高了经营者获取消费者有效注意力的效率:程序化购买技术提升了广告与广告位的匹配速度,降低了广告主获得合适广告位的搜寻成本;Cookie技术使得精准投放广告成为可能,消费者当然更容易被“投其所好”的广告吸引;劝诱行为与消费行为之间的距离被大大缩短,在互联网世界,消费者接受广告信息后只需轻点鼠标即可完成消费,这有助于提升“流量转化率”,等等。效率提升意味着在互联网空间,消费者只需观看较少的广告即可“支付”给经营者与前互联网时代同样的有效注意力。<sup>[56]</sup>但现实是互联网世界的广告非但没有减少,反而更加铺天盖地。这既说明消费者受到了过度的打扰,也意味着技术带来的增量利益停留在经营者处,并未向消费者端传导。这样,屏蔽广告软件既充当了保护消费者免于过度暴露于广告宣传的技术手段,也是促使增量利益由经营者端向消费者端转移的“竞争动力”。因此,屏蔽广告软件可以在多大程度上屏蔽广告是值得讨论的,只是因为“破坏”了在先经营者的商业模式而一概界定为不正当竞争则不恰当。

## 五、结 论

本文所构建的互联网不当阻碍认定模式是在继承传统基础上做出的针对性调整。就继承性而言,本文构建的认定模式延续了实践中长期区别对待“排他性空间”与在先经营者“生存利益”的基本结构,其基本理念是区分可以简单做出判断的情形和需要复杂分析的情形,从而提高效率、增加判断结

[54]比如避免经济短时间内过于急速地变化引起社会问题,以及保护多样性等。参见[英]罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联书店2017年版,第48-49页。

[55][美]曼瑟尔·奥尔森:《集体行动的逻辑》,格致出版社等2014年版,第154页。

[56] See Randal C. Pickert, *The Digital Video Recorder: Unbundling Advertising and Content*, 页码 The University of Chicago Review 页码 (2004). 国内学者也有持类似观点的,参见龙小宁:《广告屏蔽技术的经济分析(下)——不劳而获的寄生性竞争 or 商业模式创新的助推器?》,载微信公众号“知识产权家”2020年2月21日。

果的可预测性。本文构建的认定模式在很大程度上继承了权益保护进路,基于尊重私人秩序而构造“排他性空间”的方法仍然适用,经营者生存权益持续得到关注。

就针对性调整而言,主要表现在“排他性空间”的构造方式上。物理边界无法在互联网世界勾勒受保护范围,但以技术控制力为内核的虚拟边界是物理边界的恰当替代。除此之外,当“排他性空间”不能够解决问题时,其后的正当性认定由物理环境下单纯的权益保护进路,转变为权益保护进路与行为自由进路的融合,具体而言是对经营者经济利益与消费者自由选择权益进行平衡。

依据本文构造的互联网不当阻碍行为认定模式,在二维火与美团诉讼为代表的流量劫持纠纷案中,原告是否采取有效技术防护措施保护自己主张的利益至关重要,仅仅采取“虽然没有实际效用,但足以表明原告抗拒的主观态度”的防护措施,不足以证明被告的竞争行为构成不当阻碍,特别是在消费者主动选择被告提供的产品或服务的情况下。

在以今日头条和微博为代表的网络爬虫纠纷中,应当如何应对消费者自主选择权益成为争议焦点。这里需要衡量在先经营者利益与行为自由。如果以传统利益格局为参照系,这一平衡过程或许并不困难。传统上,将其他媒体获得的、虽然不受版权保护,但是具有时间敏感性的新闻事件摘录在自己的媒体上,被认为构成对在先经营者的不正当竞争。<sup>[57]</sup>但是如果爬取的对象并非热点新闻事实,则原告固然有权利采取措施阻止他人爬取信息,但被告亦有权利爬取其能够获取的信息。

在屏蔽广告软件类纠纷中,如果不涉及技术防护措施,则在先经营者利益与行为自由的冲突同样是争议焦点。如前文所论述,互联网世界中经营者对消费者自主选择权益的干预加深,这既不符合技术变革推动利益总量变化角度下的公平,也不符合利益分配角度的公平。屏蔽广告软件整体上有利于恢复消费者被过度剥夺的自由选择权益,原则上不应当被界定为针对网站经营者的不当阻碍行为。除非网站经营者有证据证明屏蔽行为严重威胁其生存,并且自己无法通过技术措施维护其权益。

本文构造的不当阻碍认定模式亦能够在规范层面得到反法的支持。反法互联网条款禁止行为人“妨碍、破坏”其他经营者的合法产品或服务。其中“妨碍、破坏”概念能够容纳本文所构建的不当阻碍认定模式,为规制互联网条款具体列举之外的情形提供分析框架。反法一般条款将商业道德作为核心判断标准,商业道德在反法框架下的恰当的解释是一定范围内的商业习俗与共识;本文构建的认定模式与经验、传统联系紧密,因此亦能够被纳入作为习俗与共识的商业道德概念,进而融入反不正当竞争法的分析框架之中。

(责任编辑:徐澜波)

[57] International News Service v. Associated Press, 248 U.S.215(918).



## **On the Construction of the Determination Model for the Unfair Interference in Competition on the Internet**

CHENG Ziwei

**Abstract:** In recent years, disputes over unfair interference in competition have been emerging frequently. Due to the lack of a clear determination model, the process and result of determining the legitimacy of interfering conducts by the courts are unreasonable in many aspects. Existing research has noticed this issue, but has not proposed an effective solution. It is necessary to sort out and summarize the experience of determining the conduct of unfair interference in the physical environment, extract the model of determining the conduct of unfair interference, analyze the challenges and reasons that internet technology has brought to such determination model, and construct a two-layer model suitable for determining online conduct of unfair interference on this basis. The first layer of such model is to construct an exclusive space based on the technical control power of the operator. The conducts that invade this space are in principle unfair interference. However, such exclusive space cannot be expanded indefinitely with the improvement of technical capabilities. When the conducts of interference in competition does not involve the exclusive space, it is necessary to turn to the second layer of the determination model, i.e. the interest balance between the "survival interest" of the prior operators and the freedom of conduct. To overcome the predicament of balancing heterogeneous interests, the interest pattern among different market participants in similar situations of the physical environment can be used as a reference system. This two-layer determination model can obtain normative support under the interpretive framework of the special clause on the internet and general clause of the Anti-Unfair Competition Law.

**Keywords:** Internet; Unfair Interference; Unfair Competition; Consumers' Rights