

《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

蒋 舸*

摘 要 《反不正当竞争法》引入的网络条款旨在评价网络竞争行为的正当性。但该条款在解释论上面临诸多困境,因此难堪重任。困境的根源在于方法论研究之欠缺,即立法者未曾反省类型化原理就盲目选择了案例群类型化的修法进路。类型化的合理性基础在于通过更精细的认知模型来降低决策成本,因此只有当建立精细认知模型的社会收益高于成本时,类型化方为恰当。网络条款并不满足该条件。我们应当对网络条款予以限缩解释,将其适用范围控制在文本无歧义的范围。针对网络条款无法评价的网络竞争行为,首先应当对既有的成熟类型化条款予以功能主义解释;其次应在必要时审慎制定新类型化规则;最后可以承认适用一般条款评价少量行为的合理性。

关键词 不正当竞争 一般条款 网络条款 类型化 认知模型

网络时代的商业版图风靡云蒸,竞争白热化让“不正当竞争”成为中国网络发展史无可回避的关键词。为了应对反不正当竞争法(下称“反法”)一般条款在网络领域缺乏预见性的问题,2018年生效的新《反不正当竞争法》引入了被称为网络条款的第12条。该条款意图在立法层面固定司法判例对某些网络竞争行为的否定评价,属案例群类型化思路的典型体现,据称

* 清华大学法学院副教授。本文系司法部课题“新型不正当竞争行为的去道德化规制”(项目编号:16SFB3036)成果。崔国斌、刘晓春和 Christopher Yoo 等老师针对研究提出了宝贵意见。文责自负。

被“公认为是本次修法的一大亮点”。〔1〕 尽管修法后期有不同意见出现,但这些意见关心的对象是操作层面的网络竞争类型化实现方式,而非方法论层面的类型化正当性基础。〔2〕 即使存在涉及类型化方法的个别文献,其着眼点也在于网络不正当竞争这一具体领域。〔3〕 总之,现有文献并不关心类型化的“元问题”——立法为什么需要类型化?

正因为立法缺乏对元问题的敏感,所以网络条款面临诸多解释论难题。本文致力于在回答元问题的基础上提出解决方案,因此采取了甄别问题、分析原理、提出方案的思路。下文第一部分从网络条款面临的解释论难题入手,指出其在形式逻辑上的不足及其背后的研究盲区。第二部分和第三部分从方法论层面探讨类型化立法技术,分别剖析其合理性与适用思路。这两部分的核心结论是,类型化立法技术的合理性在于类型化条款提供了比一般条款更加精细的认知模型,能够大幅降低决策成本。这一合理性基础意味着,只有当运用精细认知模型的社会成本不超过社会收益时,类型化才值得追求。网络条款作为精细认知模型在“质”与“量”两方面都存在重大缺陷,无法实现立法者通过网络条款评价网络不正当竞争行为的期待,不可避免地会带来解释论难题。第四部分提供了以解释论为中心的解决方案:一方面,网络条款的立法质量决定了法院应当对网络条款进行限缩解释;另一方面,类型化的认知经济性收益意味着法院应当充分利用成熟类型化条款的解释论空间。作为对解释论方案的补充,文章展开了简要的立法论分析:在类型化条款确实已被用尽的前提下,如果理论和实务界存在进一步类型化的冲动,立法者应当考虑最优类型化程度问题。当一般条款能以较小的信息完备性损失换取较大的认知经济性收益时,低类型化反而具备效率正当性,立法者应当抵制类型化冲动。仅当新类型化条款具备实体正义与制度效率的双重正当性时,新类型化条款方为合理。

一、网络条款面临的解释论难题

如果我们回顾制订历史和研究背景,会发现网络条款的产生不过是主流思考方式的自然结果。

(一) 网络条款的缺陷

网络条款出现的根本原因是立法、司法和研究领域中长期存在的不尽完善之处,直接动力则是各方对旧法适用期间的审判实践有所不满。在旧法适用的二十余年间,法院在处理所谓无法用既有类型化规范调整的竞争行为(下称“新型竞争行为”)时严重依赖一般条款。这种依

〔1〕 李德成:“关于反不正当竞争法修订草案议案的几点建议”,《中国律师》2017年第4期,第83页。

〔2〕 参见郑友德、张钦坤、李薇薇、伍春艳:“对《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》的修改建议”,《知识产权》2016年第6期,第15—17页。

〔3〕 参见李扬:“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”,《知识产权》2017年第9期,第3—9页。

赖不仅影响了公众对法律的可预见性期待,而且给部分裁判者造成了压力。^{〔4〕}由此不难理解,早在 2011 年就有 34 名代表联名向全国人大提交了《关于修改〈反不正当竞争法〉规范网络竞争行为》的议案。^{〔5〕}网络不正当竞争行为的类型化自此正式进入立法视野。

网络条款以类型化为构建思路,因此其核心内容体现为描述三种网络不正当竞争行为的第 12 条第 2 款第 1 项至第 3 项。网络条款的其他部分不体现立法者在网络领域推进类型化的初衷,故在此不论,留待后文分析。^{〔6〕}从第 12 条第 2 款第 1 项至第 3 项这部分核心内容中,对近年司法实践稍有关注者很容易发现诸多典型案例的影子。我们不妨按照约定俗成的说法,将这三项分别简称为流量劫持、干扰和恶意不兼容。

产业界认为属于流量劫持的网络竞争行为很多:搜索助手软件在百度搜索结果页面强行插入预置搜索条、^{〔7〕}联通青岛公司与奥商网络在百度搜索页面发布广告页面、^{〔8〕}搜狗通过输入法将用户从百度搜索引导至自己的内容网站^{〔9〕}都可能被视为流量劫持的典型表现。

可以归入干扰的案例也很多:百度软件阻止一搜工具条正常安装、^{〔10〕}奇虎安全卫士将雅虎助手软件标注为“危险”并从默认选项中清除、^{〔11〕}QQ 输入法在安装过程中诱导用户删除搜狗拼音输入法快捷方式^{〔12〕}等案例,都可能被贴上“恶意干扰”标签。最让人记忆犹新的恐怕是“三百”插标案中奇虎在百度搜索结果中添加警示图标的行为,^{〔13〕}以及学界由此关于非公

〔4〕 曲凌刚认为:“由于法律规定的原则性,使法官在处理案件时非常被动,有些判决适用该法第 2 条显得牵强,欠缺说理性,难以使当事人信服,就连法官自己对判决也不自信。”参见曲凌刚:“从北京市司法实践看网络不正当竞争”,《中国电业》2014 年 12 期,第 37 页。

〔5〕 参见许浩:“《反不正当竞争法》修订,剑指网络乱象”,载《中国经营报》2011 年 3 月 14 日,第 B16 版。

〔6〕 网络条款的其他部分或者体现为宣誓性内容(第 12 条第 1 款),或者难以体现规范含义(第 12 条第 2 款前半句),或者属于被草率引入网络条款中的内容(第 12 条第 2 款第 4 项)。文章第三部分将针对其中明显具备规范含义的部分展开相应分析。

〔7〕 北京市第一中级人民法院:北京百度网讯科技有限公司诉北京珠穆朗玛网络技术有限公司等不正当竞争和侵犯著作权纠纷案一审民事判决书,(2005)一中民初字第 5456 号。

〔8〕 山东省高级人民法院:北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案,(2010)鲁民三终字第 5-2 号,载《最高人民法院公报》2010 年第 8 期。

〔9〕 北京知识产权法院:北京百度网讯科技有限公司等与不正当竞争纠纷二审民事判决书,(2015)京知民终字第 557 号。

〔10〕 北京市海淀区人民法院:北京三七二一科技有限公司(以下简称三七二一公司)诉百度在线网络技术(北京)有限公司不正当竞争纠纷案一审民事判决书,(2005)海民初字第 4223 号。

〔11〕 北京市第二中级人民法院:北京阿里巴巴信息技术有限公司诉北京三际无限网络科技有限公司侵犯著作权及不正当竞争纠纷案一审民事判决书,(2006)二中民初字第 16174 号。

〔12〕 北京市第二中级人民法院:北京搜狗信息服务有限公司等诉深圳市腾讯计算机系统有限公司等不正当竞争纠纷一案,(2009)二中民初字第 12482 号。

〔13〕 北京市高级人民法院:百度在线网络技术(北京)有限公司等与北京奇虎科技有限公司等不正当竞争纠纷上诉案,(2013)高民终字第 2352 号。

益必要不干扰标准展开的沸沸扬扬的讨论。^{〔14〕}

提起恶意不兼容,人们可能会联想到金山网盾与360安全卫士的软件冲突,^{〔15〕}或者回忆起乐视网针对猎豹浏览器实施的不兼容。^{〔16〕}至于“3Q大战”中,腾讯在《致广大QQ用户的一封信》中要求用户做出二选一的“艰难的决定”,读者可能更是历历在目。^{〔17〕}

若是我们继续罗列,还有诸多一般条款案件能被分别归入流量劫持、干扰和恶意不兼容的范畴中。但我们无需冗长的清单就能看出,网络条款来源于对既有案例群的归纳。立法者期待网络条款能承担调整网络竞争行为的任务,遗憾的是该条款难当其任。

从立法技术来看,理想类型化条款中的各种类型应当满足互斥并周延的要求。但网络条款中的流量劫持、干扰和恶意不兼容却既不互斥也不周延。不互斥意味着行为可能同时被多个类型覆盖。例如,珠穆朗玛公司的搜索助手软件在百度搜索结果页面插入预置搜索条与广告图片并使百度搜索系统自动关闭,^{〔18〕}就可能同时符合流量劫持和干扰的含义。再如百度超级搜霸阻止一搜工具条安装,^{〔19〕}可能同时落入干扰和恶意不兼容的范畴。我们固然可以通过对每项行为予以限缩解释来缓和互斥的负面影响,但这必然违背立法者通过网络条款规制网络竞争的初衷。如果我们采用宽泛解释,又会挫败立法者通过具体列举来降低决策难度的预期。总之,大量在现实中连贯一体的行为可能同时归于多个类型,这难免令三分法的合理性受到质疑。

比分类不互斥危害更大的是分类不周延,因为它使网络条款在提高可预见性方面的作用大打折扣。网络条款不能覆盖的竞争行为大致分为两类:一类是搭便车,多见于因数据抓取^{〔20〕}和挪用智力成果^{〔21〕}而起的纠纷。另一类是虽非纯粹搭便车,但也无法被第12条第2款覆盖的行为。^{〔22〕}可见,即使将既有网络不正当竞争纠纷中的系争行为作为评价对象,网络

〔14〕 支持观点参见石必胜:“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”,《电子知识产权》2014年第4期,第30—37页。反对观点参见薛军:“质疑‘非公益必要不干扰原则’”,《电子知识产权》2015年第21期,第66—70页;宋亚辉:“网络干扰行为的竞争法规制——‘非公益必要不干扰原则’的检讨与修正”,《法商研究》2017年第4期,第91—100页。

〔15〕 北京市第一中级人民法院:奇虎诉金山不正当竞争纠纷,(2011)一中民初字第136号。

〔16〕 北京市海淀区人民法院:北京金山网络科技有限公司与合一信息技术(北京)有限公司不正当竞争纠纷一审民事判决书,(2013)海民初字第17359号。

〔17〕 最高人民法院:北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司与腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司不正当竞争纠纷案二审民事判决书,(2013)民三终字第5号。

〔18〕 北京市第一中级人民法院:北京百度网讯科技有限公司诉北京珠穆朗玛网络技术有限公司等不正当竞争和侵犯著作权纠纷案一审民事判决书,(2005)一中民初字第5456号。

〔19〕 见前注〔10〕。

〔20〕 北京市第一中级人民法院:上海汉涛公司诉北京爱帮公司不正当竞争,(2011)一中民终字第7512号。

〔21〕 上海市第一中级人民法院:Blizzard Entertainment, Inc.(暴雪娱乐有限公司)等诉上海游易网络科技有限公司不正当竞争纠纷一案一审民事判决书,(2014)沪一中民五(知)初字第22号。

〔22〕 详见后文第三(三)部分。

条款处理起来也力有不逮,指引后续裁判更将捉襟见肘。

网络条款在类型化效果上的缺陷,源于其分类标准的非理性。流量劫持、干扰和恶意不兼容的三分法只是对部分既有网络案件类别的罗列,背后并无理性标准作为支撑,也非与其他分类方法比较得出的优选方案。同样以调整竞争关系为己任的《反垄断法》会关心经营者之间是垂直关系还是水平关系,会关心被告是否具有市场支配地位,会关心是否存在协议,但所有上述潜在的分类方法在网络条款的制订过程中似乎从未被讨论过。本文并非建议用其他分类法来取代网络条款的三分法,而是通过指出未被考虑的分类逻辑来表明网络条款类型化的草率。既然如此,网络条款遭遇解释论难题也就不足为奇了。

(二)学术研究的盲区

网络条款的出现本身就是学术研究盲区的体现。表面上,制订网络条款的冲动源于技术进步和产业发展的冲击;究其根本,反法传统研究专注具体问题而忽略底层思考,以致在面临新型竞争行为时措手不及。“传统研究忽略底层思考”这一论断并非指传统研究缺乏对一般条款的关注,而是指对一般条款的考查欠缺足够的深度。实际上,由于一般条款在司法实践中占据重要地位,^[23]研究者对其给予了大量关注,早就指出:“一般条款的文本规范构建及其具体化将是修法工作的核心。”^[24]可惜因为欠缺方法论指引,既有研究未能及时产生足以提醒立法失败的研究成果。关于一般条款的既有研究大致分为个案研究、^[25]行政执法权研究、^[26]含义研究和具体化研究四类。前两类很好理解。第三类指探求一般条款的规律、立场和解释方法的研究,包括从比例原则、^[27]法律原则适用方式^[28]或者去道德化视角^[29]展开的分析。第四类指意图通过类型化提高一般条款可预见性的研究。在各种研究中,第四类一直是研究焦点。

而在修法的过程中,类型化几乎总是被直接等同为立法层面的案例群类型化。这种立场源于我国学者对德国反法一般条款发展思路的理解。由于我国反法在立法模式上与德国反法最为接近,而案例群类型化在德国反法研究中长期占有一席之地,因此案例群类型化便自然而然地成为我国反法的修改方向。曾琦和方小敏在系统梳理德国一般条款类型化经验后提出:

[23] 谢晓尧对 904 个不正当竞争案件进行分析,发现援引一般条款的案件超过三分之一。参见谢晓尧:《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社 2010 年版,第 89 页。

[24] 吴峻:“反不正当竞争法一般条款的司法适用模式”,《法学研究》2016 年第 2 期,第 153 页。

[25] 参见李国泉、杨馥宇:“反不正当竞争法一般条款对数据信息的保护”,《电子知识产权》2014 年第 4 期,第 97—99 页。

[26] 参见周樾平、何祎:“反不正当竞争法一般条款授权问题研究”,《河北法学》2013 年第 11 期,第 55—63 页。

[27] 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”,《东方法学》2015 年第 3 期,第 68—81 页。

[28] 参见谢晓尧:“未阐明的规则与权利的证成——不正当竞争案件中法律原则的适用”,《知识产权》2014 年第 10 期,第 3—14 页。

[29] 参见蒋舸:“关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思”,《现代法学》2013 年第 6 期,第 85—95 页。

“将抽象的反不正当竞争法一般条款在适用上予以充分具体化,是世界竞争立法的典范,并能为我国正在进行的反不正当竞争法的修订提供参考。”^[30]郑友德和范长军在研究德国类型化经验基础上将一般条款的适用类型归纳为三类:对其他客体的仿冒行为、反向仿冒行为和侵犯他人先权利的行为。^[31]刘维同样借鉴德国法,在介绍了赫费梅尔的五分法之后,提出我国应从四个方向推进一般条款的类型化,即不当利用他人劳动成果、阻碍竞争对手、诱捕顾客和违法行为。^[32]另有部分研究虽未具体提出类型化方案,但也赞同按照德国的案例群类型化思路来发展一般条款。^[33]

案例群类型化的思路由前网络时代延伸至网络时代。在网络不正当竞争纠纷密集爆发的初期,已有学者开始尝试对系争的网络不正当竞争行为进行分类。尽管分类结果因人而异——例如有些注重描述具体行为,^[34]有些试图把握与既有规则之间的联系^[35]——但随着网络不正当竞争吸引的注意力越来越多,增设网络条款逐渐成为主流意见。^[36]类型化倡议对部分法官产生了巨大的吸引力,并且得到了立法者的认同。^[37]即使存在批评之声,批评的对象也限于网络条款三分法的具体形式,而非适用案例群类型化方法本身。^[38]本文无意否定通过案例群类型化发展一般条款的可能性,但从上述分析可以看出:以案例群类型化应对新型竞争行为的观点主要来自有限的比较法经验,属于缺乏全盘底层思考的阶段产物。

甚至单从比较法经验观之,我们也无法得出应该在立法层面对案例群进行类型化的结论。以备受重视的德国经验为例,德国的案例群归纳方式并不统一,而且学术与司法中的案例群类型化与立法上对一般条款的发展并不等同。德国《反不正当竞争法》(1909)引入一般条款,随后发展出数量庞杂的案例,并被归纳为案例群。尽管案例群确实能对司法实践发挥一定的指

[30] 曾琦、方小敏:“德国反不正当竞争法一般条款具体化研究”,《孝感学院学报》2011年第3期,第76页。

[31] 参见郑友德、范长军:“反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论《中华人民共和国反不正当竞争法》的完善”,《法商研究》2005年第5期,第133页。

[32] 参见刘维:“反不正当竞争法一般条款的适用边界”,《湖北社会科学》2011年第12期,第164—165页。

[33] 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”,《知识产权》2015年第3期,第36页。

[34] 侯霞将网络新型不正当竞争性行为分为域名抢注、不当链接、“埋设”技术、软件攻击、强制广告、赖皮软件和更改他人主页七种。参见侯霞:“网络环境中新型不正当竞争行为的法律规制”,《安徽工业大学学报(社会科学版)》2010年第1期,第24—25页。

[35] 方晓霞将新竞争行为分为现有类型化规则可以调整的行为和不能覆盖的行为。参见方晓霞:“网络不正当竞争行为的类型化分析”,《知识产权》2011年第8期,第55—60页。

[36] 参见王永强:“网络不正当竞争的法律规制”,载《光明日报》2013年8月15日,第11版。

[37] 参见王比学:“人大常委会分组审议反不正当竞争法修订草案,呼吁规制网络不正当竞争行为”,载《人民日报》2017年2月25日,第3版。

[38] 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”,《知识产权》2018年第2期,第20页。

导作用,但案例群的具体呈现形式随时间而变化,并且不同学者对案例群的归纳也不一致。例如,克勒采取误导行为与敌对行为二分法;内赫特采取不当影响、不当阻碍和不当利用三分法;赫费梅尔采用诱捕顾客、阻碍竞争对手、不当利用他人劳动成果、违法行为和扰乱市场秩序五分法;〔39〕埃莫里西的经典教科书则一直遵循损害竞争者利益、损害消费者利益和损害公共利益的三分体例。〔40〕即便在2004年、2008年和2015年修法大幅限缩一般条款适用范围之后,不同的法律评注在一般条款案例群的归纳方面仍旧各行其是。索斯尼扎区分出一般性市场干扰、直接绩效保护、非针对性贬损、榨取商誉、销路控制系统、无根据侵权警告函、违背竞争法上的交易义务、无视人类尊严的商业行为和其他零星案例九类;〔41〕科勒则将案例分为有损人类尊严、公共机关干预、违背不正当竞争法设定的交易义务、一般性市场阻碍与其他案例五类。〔42〕2004年和2008年的德国反法修订尽管对一般条款予以类型化发展,但所列类型并未完全遵循司法界和学界对案例群的归纳。2004年修法的立法说明指出,新增的类型化条款既参考了既有的司法案例群,也致力于解决新出现的问题。〔43〕德国联邦宪法法院一再表示案例群并不具有拘束力,至多只能在法院适用一般条款时提供指引。〔44〕法条评注中归纳的案例群更多是作为司法层面的经验总结,而非立法层面的法律文本在发挥作用。这与我国理解的案例群类型化立法存在明显区别。

在德国之外,案例群类型化更非解决新型纠纷的唯一选择。许多国家根本没有反法,即使有也未必包含一般条款,〔45〕因此谈不上通过一般条款类型化来应对新型纠纷。而有些国家尽管存在反法,但在评价新型竞争行为时更乐于运用传统规则。例如美国《兰哈姆法》第43条第1款尽管被称为反不正当竞争规范,实则多在商标类诉讼中被采用。〔46〕针对我国用反法一般条款处理的纠纷,美国倾向于回归到侵权法来解决。例如美国在处理针对与网络爬虫协议相关的纠纷时,适用的就是侵入动产规则。〔47〕

案例群类型化没有获得比较法上的普遍认同,这与该方法的局限性有关。“案例群”概念本身就意味着这一方法存在适用门槛,因而不具普适性。“案例”成“群”,需要案例之间有足够的相似性。社会为把握相似性付出的努力,应该能从相似性给予的启示中获得回报。要满足这一条件,需要新问题有足够的重复度和延续期。转瞬即逝、彼此不同的新问题,并不适合这

〔39〕 邵建东:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第59—60页。

〔40〕 *Emmerich*, *Unlauterer Wettbewerb*, 9. Aufl., 2012, S. 66—321.

〔41〕 *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza*, *UWG*, 7. Aufl., § 3, Rdn. 52—56.

〔42〕 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, *UWG*, 36. Aufl., § 3, Rdn. 2.33—2.39.

〔43〕 *Drucksache 15/1487*, S. 13.

〔44〕 *Emmerich* (Fn. 40), S. 65, Rdn. 48.

〔45〕 *Frauke Henning—Bodewig* (ed.), *International Handbook on Unfair Competition*, Munich: C. H. Beck, 2013, pp.4—5.

〔46〕 *Graeme Dinwoodie*, *Mark Janis*, *Trademarks and Unfair Competition: Law and Policy*, New York: Aspen Publishers, 2004, p.16.

〔47〕 *EBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000).

种依赖回溯的解决模式。即使案例群类型化方法在特定时空领域和法律文化条件下有其合理性,这种附条件的合理性也不意味着我国可以绕开方法论层面的诘问,直接采用该方法。实际上,我国立法者需要求助于网络条款,就是因为理论界和实务界最初面对新型竞争行为时轻方法重结论,养成了在一般条款下解决问题的惯性,最终不得不面对一般条款过度膨胀的后果。如果研究者在新型竞争行为涌现之初就关注到类型化的正当性基础,就不会出现如此众多被挤压到一般条款之下的问题。秉承这一思路,当我们今天对网络条款有所不满时,反思也不应止步于条款在实体层面的是非,还应关心类型化的原理。对原理的探讨既具有方法论层面的意义,也有助于在本体论层面更好地理解一般条款与类型化规则的实质。要指出网络条款遵循的类型化路径不恰当,我们首先有必要澄清何为恰当的类型化。

二、类型化的合理性基础

法律离不开类型化规则,理由不仅在于司法需要克服一般条款的不可预见性,满足民众对秩序的期待,更在于认知模型提供的背景信息对正确决策具有不可或缺的作用。

(一) 决策面临高昂成本

类型化作为至关重要的认知策略,目的在于帮助人更好地决策。为了理解正确决策的来之不易,我们不妨剖析看似简单的色彩认知。面对一个橙色的杯子,大脑只能接受到关于“橙色”的信息,而这一信息是杯子颜色和光源颜色共同作用的结果。观察者眼中的橙色杯子既可能是白光下的橙色杯子,也可能是橙光下的白色杯子,还可能是黄光下的红色杯子或者红光下的黄色杯子。在观察者感受到的同一现象背后,完全可能是截然不同的客观存在。^[48] 决策者做出“杯子是橙色的”判断远不止“看见”那么简单。决策者唯有从接收到的信息(橙色)中去去除噪音(错误的光源颜色),才能正确地理解世界。

即使在色彩认知这一高度简化的例子中,正确决策所要求的反向工程都殊为不易。决策者必须知道光源不是橙色,不是红色,也不是黄色,然后才能在感知到的橙色中“减去”白色,得出杯子为橙色的结论。光源颜色也不是可以直接获得的知识,而是人类在进化过程中大量试错纠错的成果。况且真实认知过程所涉及的变量远远多于两个。我们能瞬间识别出物体颜色的事实,简直是反向工程上的杰作。我们以为“杯子是橙色的”这一判断得来全不费工夫,不过是因为我们少有机会去探究,习以为常的判断背后蕴含着多少分析与计算。把握自然规律尚且如此困难,而人们居然有可能理解并运用包含更多模糊变量的社会规律,这更是令人惊叹的奇迹。

(二) 认知模型能降低决策成本

既然环境信息十分有限,决策如此困难,那么人如何实现足以维持生存的高质量决策呢?

[48] R. Beau Lotto, Richard Clarke, David Corney, Dale Purves, “Seeing in Color”, *Optics & Laser Technology*, Vol. 43, 2011, pp.265-267.

答案很简单:人在决策时不仅依据个案信息,还会调用大量背景信息。背景信息以一个个认知模型的形式,补充了实时信息的不足,降低了信息成本,有助于克服决策失败。

背景信息来源于生物演化与社会互动所提供的决策与效果“大数据”。这些大数据降低了决策与效果之间的多因多果分析难度,让人发现特定决策和特定效果之间的相关性。当我们认识到人进行过的决策数量之庞大,见证过的效果种类之繁多,难免对建立决策与效果映射关系的任务望而生畏。这一艰巨任务往往是借助众多个体,历经漫长岁月,在无意识层面上完成的。而决策与效果之间的联系一经建立,就会进入“资料库”,供人随时弥补实时信息的匮乏。

“资料库”中的背景信息分布于不同层面。决策者不会同时调用全部背景信息,而是会受所处环境与待决问题的启发,调用相关度最高的背景信息。被调用的背景信息构成了解决特定问题的认知模型。这些认知模型是演化过程与社会交往在生理、心理和推理层面刻下的痕迹,为决策提供了宝贵的思维导图,能够起到降低决策难度、提升决策效率的作用,从而使复杂决策从不可能变为可能。^[49]正如卡多佐所言:“普遍真理是很难掌握的,我们大多数人通过努力积累起来的只是一些关于具体事务的知识。”^[50]所幸在绝大多数情况下,这些关于具体事务的框架知识已经足以令我们在信息汪洋中维持正确航向。

(三)类型化的本质是建立认知模型

司法过程也是决策,法官断案同样依赖于认知模型提供的思维导图。要理解认知模型对司法的必要性,最简单的办法就是设想法官在缺乏认知模型的情况下将如何决策。理论上,法官在所有案件中追求的终极目标完全一致。然而,要求法官回答终极问题以裁决所有案件的想法实属荒谬。我们之所以认为这种想法荒谬,并非由于终极问题不存在,而是由于终极问题无法解答。只要是场景化的、缺乏框架的问题,法官便无法回答,因为回答非场景化问题所需要的信息输入量和分析技巧超出了决策者搜集与处理信息的能力范围。

所幸法官无需直接回答终极问题,仅需回答难度较低的类型化问题。只要类型化设置得当,类型化问题的答案便与终极问题的答案十分接近。我们可以将法律视为多层类型化规范堆叠产生的体系,最上方是终极问题,下方是粗略的类型化规范,再下方是更具体的类型化规范。终极问题下方粗略的类型化规范相当于各部门法的立法目标,再下方的具体类型化规范则是部门法的内部规范。特定部门法的目标作为粗略的认知模型,统辖着本部门内层级不等、具体程度不一、背景信息量不同的精细认知模型。这种分而治之的思路,正是认知心理学和行为经济学共同奠基人西蒙所倡导的“满意解代替最优解”策略,^[51]也符合人们对合理社会治理模式的理解。霍布斯曾描述过社会正义终极问题转化为具体制度任务的过程:关于何为正

[49] 关于分类在认知方面的作用,参见(美)理查德·格里格、菲利普·津巴多:《心理学与生活》,王垒、王甦译,人民邮电出版社2003年版,第213—217页;(美)史蒂芬·平克:《心智探奇:人类心智的起源与进化》,郝耀伟译,浙江人民出版社2016年版,第311—313页。

[50] (美)本杰明·卡多佐:《法律的成长》,李红勃、李璐怡译,北京大学出版社2014年版,第35页。

[51] 参见(美)赫伯特·西蒙:《管理行为》,詹正茂译,机械工业出版社2017年版,第70—133页。

义,何为不正义,每天都有层出不穷的新观点。随之而来的是自然状态下反复出现的斗争、谋杀与屠戮。法律规则的任务正是解决形而上“正义”讨论无法解决的问题,通过引入形而下的制度来“驱散迷雾”。〔52〕

反法作为法律体系的一个类型化分支,并不直接以社会福利最大化为己任,而是谦卑地将目标限制在市场经济领域。〔53〕如果被反法宽容的行为可能在公平竞争的考虑范围之外减损社会福利,立法者应该寄希望于其他社会规范,而非一味拓宽反法的适用范围。医生应该救死扶伤而非考虑治病救人的社会福利变化,道理与之相通。病人是道德楷模还是罪大恶极,既不能、也不应在医生的关心范围之内。职业道德管理了医生的注意力,反法则管理了司法的注意力。

不过,即使在反法内部,要求法官用一般条款去评价每个系争行为的正当性仍然不切实际。即使待处理的个案信息局限在竞争效果方面,如果要求法官在每起案件中都凭借自己对正当竞争的理解去搜集和处理信息,这样的要求仍然显得既太严苛(因为裁判难度太大)又太轻信(因为自由裁量权太大)。所以反法内部存在进一步类型化的动力。当抽奖式有奖销售的最高奖超过五万元时,法官将直接认定竞争行为的不正当性,而无需进一步考察该行为是否“损害其他经营者的合法权益、扰乱社会经济秩序”。这种制度适用层面的便捷利益正是反法列举类型化不正当竞争行为的原因。

上述分析说明,类型化的必要性在于降低涵摄难度,提高涵摄正确率。连接法律大前提和事实小前提的纽带不是单次推理,而是层层推理构成的链条。链条越长,推理步骤越多,复杂程度越高,成本越大,同等成本下的正确率越低。无论适用一般条款还是类型化规则,其针对的事实小前提没有差别,但规范大前提却有所不同,从而导致对其展开涵摄时的难度和效果不同:恰当类型化规则的涵摄直接、简单而且正确率高;一般条款的涵摄则间接、复杂而且错误率高。

类型化规则是社会累积知识、传递经验的工具。对于成文法系国家而言,类型化规则将千万次社会互动中积累起来的对错判断以立法形式公诸于众,降低了社会成员判断特定行为之社会效果的决策成本。而普通法系的遵循先例以同案同判为目标,也是类型化决策方式的体现。所以法经济学家将法律定性为信息产品,〔54〕将法律的产生描述为信息的获取与扩散机制。〔55〕毕竟,“解决难题要耗费时间和精力,一旦你解决了一个难题,重新解决一遍就显得非

〔52〕 Thomas Hobbes, *Man and Citizen*, edited by Bernad Gert, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1991, p. 98.

〔53〕 《反不正当竞争法》(2017)第1条:“为了促进社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,制定本法。”

〔54〕 Louis Kaplow, “Rules Versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, Vol.42, 1992, p. 623.

〔55〕 See *ibid.*, p.585.

常愚蠢”。^[56] 类型化的作用正是通过建立认知模型,降低决策成本,提高认知效率,从而保障制度不至于显得愚蠢。

三、类型化的适用思路

尽管类型化是重要的认知策略,但网络条款的缺陷也充分说明,错误的类型化规则不仅无法解决旧问题,反而会制造新问题。如果希望最大程度发挥类型化作为一种问题解决思路的积极作用,而避免其消极后果,我们需要更加深入地探索类型化在制度设计中发挥作用的机理。

(一)理解类型化的制度成本与制度收益

类型化规则是国家提供的信息产品。作为产品,只有其成本不超过收益时才值得追求。与绝大多数产品一样,信息产品的投入与产出是正相关的。无论既有条款已经达到何种具体程度,只要立法者愿意,永远可以加大立法投入、提升类型化程度。但是在边际效益递减效应的作用下,收益增速会逐步减缓,最终导致新增收益不足以抵消额外成本。一旦出现边际上的“人不敷出”,加大投入就不再是明智的决定。因此,立法并不以向公众提供完备信息为诉求,而是需要在考虑边际成本的前提下决定条款具体化的最佳程度。^[57] 当类型化的边际成本小于边际收益时,社会应当进一步提高类型化水平,反之则应当终止对规则的细化。正确的判断要求立法者对类型化的收益与成本有清醒的认识。前文已经指出类型化的收益在于降低裁判难度,节约司法资源。下文将剖析类型化的成本体现。

类型化的第一种成本是立法成本。立法成本不仅源于在复杂社会中寻求重叠共识的难度,而且源于在认知层面进行多因多果分析的障碍。类型化要求从复杂的现实世界中提取若干法律关心的因果关系。但在任何复杂系统中,从现象世界通向因果王国的道路都既长且阻。首先,搜集解释变量和被解释变量的信息便十分困难。其次,探索其相关性同样阻碍重重,因为研究者需要处理统计中的异常值并了解统计时的分类标准。最后,即使提炼出相关性也不意味着找到了因果关系,因为相关性可能是偶然的,也可能是自变量与因变量都受到未察觉因素的影响,还可能是在最初的因果直觉中出现了因果倒置。^[58] 同时,社会领域中的因果关系往往并非一因一果的简单链条,而是多因多果的复杂网络。分析多因多果既需要庞大的样本,也意味着高难度的计算。总之,即使我们不考虑立法者在克服部门诉求和协调集团利益等方面的制度困难,仅关注获取信息和探究因果的技术障碍,也会发现在立法层面推行精细类型化所需要的高昂立法成本。

[56] (美)彼得·德恩里科:《法的门前》,邓子滨编著,北京大学出版社2012年版,第4页。

[57] See Louis Kaplow, *supra* note 54, p.579.

[58] 参见(美)杰弗里·班尼特,威廉·L.布里格斯,马里奥·F.崔奥拉:《妙趣横生的统计学——培养大数据时代的统计思维》,胡晖、徐斌译,人民邮电出版社2016年版,第166—191页。

类型化的第二种成本是司法成本。相较于一般条款,类型化条款可能引发误选和寻租两类特殊的司法成本。

首先,类型化可能增加误选成本。误选原因之一是新增的类型化条款可能引发选择困难,因为法官面临的不再是唯一的一般条款,而是多项类型化规则。如果各项类型化规则之间界限不清,法官误判的几率可能会大大提高。误选的原因之二是决策者可能受到错误的框架信息误导。例如在“恶意不兼容”这一新的类型化规则推出之前,法官可能对不兼容本身并无偏见,因为不具市场支配地位的经营者不兼容其他经营者的产品或服务本属经营自由。但新的类型化规则预设了针对不兼容的警惕态度,这种前见很可能使法官对不兼容更加苛刻。在引入网络条款之后,不兼容策略不仅仍需应付反垄断法的检验,还要面对来自反法的质疑。在针对电商“二选一”的讨论^[59]和微信屏蔽今日头条视频直链的纠纷中,^[60]法律干预市场的基础都不是门槛更高的反垄断法,而是反法上的恶意不兼容规则。立法者是否真的愿意见到这样的低门槛干预,值得怀疑。

其次,类型化会带来寻租成本。因为类型化创造了当事人挑选规则的空间,法院因此不得不付出防治成本。寻租的本质在于它是“分蛋糕”而非“做蛋糕”的行为,是社会希望避免的现象。不同类型化规则对各方当事人的利弊有别,因此各方都会努力说服法官采取更有利于自己的规则。为了实现这一目的,当事人可能会选择性地陈述事实,有意识地呈现证据并且精心挑选论证角度。法官为了避免被误导,需要付出额外努力来甄别哪些诉讼表现属于正常,哪些则以误导法官适用错误规则为目的。法官为此投入的额外注意力同样是类型化引发的成本。

上述类型化的缺陷与施拉格的著名文章有所呼应。施拉格在《规则与标准》一文中提出:人们普遍认为规则比标准更清楚,其实这一命题难以成立。尽管具体规则更清晰,但由于只有当其适用于正确情形中时才能产生积极效果,而筛选正确情形并不比适用抽象标准更容易,所以适用具体规则并不比运用抽象标准更轻松。换言之,适用类型化规则的制度成本并不比适用一般规则的更低。二者各有难易,只是表现不同:一般规则易在不拘情形,难在确定内涵;类型化规则易在确定内涵,难在筛选出应予适用的情形。^[61]施拉格针对具体规则提出的批评并不完全公允,因为在许多情况下筛选具体规则远比适用抽象规则要简单。但这并不妨碍批评中真知灼见的力量:忽略规则的选择过程而直接讨论选定规则的适用,存在严重的片面性。遗憾的是,针对类型化规则优劣的传统分析在很大程度上正是基于上述片面认知。忽略规则的选择过程,导致人们容易被所选规则的背景信息优势所吸引,诱惑人们更多地看到被选定的类型化规则的优势,而无视选择类型化规则过程中可能产生的错选和寻租成本。建立更多的精细模型尽管有可能降低适用模型的成本,但却可能增加选择模型的成本。即使新建认知模

[59] 参见王珂:“电商‘二选一’,伤了谁的心”,载《人民日报》2018年1月7日,第4版。

[60] 参见朱健勇:“今日头条诉腾讯:道歉100天,赔偿9000万”,载《法制晚报》2018年6月3日,第A06版。

[61] Pierre Schlag, “Rules and Standards”, *UCLA Law Review*, Vol. 33, 1985, pp. 400—418.

型质量能满足适用要求,但类型化规则数量太多这一事实本身就可能引发问题。

(二)确定类型化的最优程度

况且,确保新建认知模型的质量本身便殊为不易。优质认知模型必须选取恰当的变量,这要求建立认知模型的立法者高度重视变量的恒常性,因为恒常性是影响模型质量的最重要因素;立法者还需要关心变量的重要性与清晰性,以及它们对认知模型收益率产生的影响。

首先,恒常性是影响变量质量的最重要因素。如前所述,类型化的本质是建立认知模型,而能有效描述既有样本并预测未来情况的模型必然需要重视变量的恒常性。某一变量出现的频率越高,越值得被纳入模型之中,因为研究该变量的成本越能通过反复运用而被有效摊薄。古罗马法学家保罗指出:“立法者并不关注那些只会发生一两次的情形。”^[62]按照科斯的分析,法律调整的社会关系问题都具有“交互性质”。权利也好,责任也罢,都非先定而不容更改。法律是在有交易成本的世界里为了高效协调竞争性使用而产生的知识。^[63]诚然,私人互动也能解决大量的竞争性使用问题,例如牧主和农民对牧区的竞争性使用,^[64]家庭成员对共有财产和闲暇时间的竞争性使用,^[65]以及所有通过合同解决的资源竞争性使用等。但中央化立法并不因为这些去中心化的解决方案而丧失意义。尽管私人合意的单次成本较低,但累计起来的社会成本则可能很高。相比之下,尽管中央化决策的单次成本较高,但分摊之后的社会成本则可能更低。影响中央化决策相对成本的最重要因素就是有效分摊决策成本的可能性,而这种可能性的基础就是法律认知模型所选变量的恒常性。

在休谟看来,能在人们心中引发因果关系型理解的核心要素,就是原因与结果一同出现的恒常性。^[66]立法作为总结原因(行为)与结果(社会效果)之间关系的活动,必然应该关注对特定结果而言高频出现的因素。如果某因素和结果之间连相关性都不具备,因果关系便无从谈起。以反不正当竞争立法为例,每个竞争行为都包括主体能力、主观意志、所用技术、所循约定、行为表现和行为效果等因素。立法者的目标是找出竞争秩序受损的原因,因此需要关注竞争行为中与竞争秩序受损高度相关的因素,竞争行为中与竞争秩序受损不具恒常性联系的因素不适合作为法律认知模型的变量。例如,德国反法曾长期以背俗作为竞争行为正当性评价模型的核心变量。但在逐渐认识到既非所有的背俗都会导致竞争秩序损害,也非所有竞争秩序受损都源于背俗行为之后,德国在2004年修法时去除了—般条款中的背俗要件。^[67]

[62] (美)E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第248页。

[63] Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1-28.

[64] 参见(美)罗伯特·埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第47-77页。

[65] Robert Ellickson, “Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth”, *Yale Law Journal*, Vol. 116, 2006, p.226.

[66] 参见(英)大卫·休谟:《人性论》(上卷),关文运译,商务印书馆2013年版,第186页。

[67] BT.-Drucksache 15/1487, S. 16.

其次,变量的重要性也是建立法律认知模型时需要关注的因素。恒常性是从纵向时间流维度观察多起事件总结的频率,重要性则是从横向时间截面维度观察特定事件时确认的权重。特定变量是否应当被纳入法律认知模型,不仅取决于该变量在纵向维度上的频率高低,还取决于它在横向维度上的权重大小。如果一个变量反复出现,但每次对结果的影响都很小,这样的变量也不适合被纳入认知模型。理论上讲,决策者在考虑所有变量时做出的决定最正确。但实际上决策者既不可能也不需要考虑所有的变量,而会根据完成某件任务所要求的精确度选取部分变量加以关注。模型中的变量越多,模型越完备,与真实世界越接近,预测越准确,但复杂度和成本也越高。因此模型需要在精确与效率之间做出折衷。变量的重要性取决于模型的适用场景和目的,所以某些任务必需的变量完全可能对另一些任务无关紧要。例如同样是行为人主观过错程度这一变量,在确定刑事责任时是重要的考虑因素,在确定民事损害赔偿时原则上却不加考虑,原因就在于刑事体系承载着回应公众情感的功能,而民事损害赔偿则以赔偿和预防为诉求。如果反法要在既有类型化规则之外开辟新的不正当竞争类型,同样需要确保变量对于实现网络正当竞争足够重要。

最后,是否要将一项变量纳入模型,还需考虑该项变量是否清晰。变量的含义越清晰,以之为基础的模型的信息运用成本越低,相应的行动自由边界越明确,各社会成员越可能避免无谓摩擦而通过合作实现共赢。“一条规则能否成功实现自身的目的,很大程度上取决于制定者表达意图时选用的词语。”^[68]如果构建认知模型的变量不具备清晰性,这样的认知模型便不能给决策者提供有效的背景信息,从而丧失类型化的优势。网络条款同样受此要求的拘束。

总之,类型化发挥积极作用的前提是认知模型能够正确反映行为与效果之间的映射关系,而这要求模型选取的变量既具有恒常性,也具有重要性和清晰性。

(三) 正视不当类型化的弊端

类型化的制度成本和收益构成复杂,这意味着对最佳类型化的追求注定不易。如果制度设计者未仔细思考类型化的基础理论,很容易在类型化的道路上误入歧途——或者在“量”上过犹不及,或者在“质”上选错变量,甚至出现“量”和“质”的双重误判。

从类型化“量”的维度来看,我们容易警惕类型化不足而忽视类型化过度。在一般条款和类型化规则这对矛盾中,传统论述往往将一般条款作为次优选择。例如哈特认为使用开放文本是人类“困境”的体现,是“不可避免的事实”,反映了“我们是人,不是神”的无奈。^[69]黄茂荣认为一般条款之所以存在,是因为“人类在规范的设计上尚有力不从心之处”。^[70]这种悲观情有可原,因为一般条款通常意味着确定性的丧失。尤其在大陆法系的传统下,这正是法律要

[68] Colin Diver, “The Optimal Precision of Administrative Rules”, *Yale Law Journal*, Vol.93, 1983, p.67.

[69] (英)H.L.A.哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第117页。

[70] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第384页。

竭力避免的情形。由此不难理解,无论在中国^[71]还是德国,^[72]最初的反立法理念都没有包含一般条款。而即使在确立了一般条款之后,立法者仍然存在借一般条款约束法院的冲动,网络条款正是这一冲动的产物。但是,如果遍寻既有类型化规则仍旧无法为新型竞争行为找到容身之处(这个前提非常重要),那么暂时继续在一般条款下解决问题,也胜过匆忙出台不恰当的新类型化规范。值得一提的是,主张通过案例群类型化发展一般条款的学者几乎都以德国为师。但作为德国的主流评注,费策尔《反不正当竞争法评注》花了大量篇幅论证互联网应当遵循既有规范,而无需自立门户。^[73] 违背这一建议的网络条款很可能不会受到法院持久的信任。在未来,网络条款作为立法活化石的警示作用恐怕将大于其作为决策指引工具的法律评价作用。

从类型化“质”的维度来看,建立在错误变量基础之上的类型化规则,不仅不能减轻决策负担,反而会降低决策质量。太过技术性的术语导致新的网络条款类型化规则选取的变量难以兼顾恒常性、重要性和清晰性。如果对这些带着浓厚技术烙印的变量进行最符合其日常含义的解释,则术语外延十分狭窄,无法应对新问题。而如果进行宽泛解释,又存在牵强附会的嫌疑,使类型化追求的可预见性大打折扣。

以网络条款中的流量劫持为例。在直觉上落入流量劫持的很多行为,细究之下未必符合网络条款的字面要求。该项规定的“未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转”貌似非常具体,实则不然。以百度诉联通案为例,被告联通公司等原告百度公司的搜索结果中插入广告弹窗,弹窗一经点击即转向能为被告带来收益的网页。被告的这种行为很容易引发“插入链接、强制进行目标跳转”的直觉判断。但仔细分析却发现,尽管被告的行为符合“插入链接”的要求,却未必符合“强制跳转”的要求:^[74] 被告插入的弹窗只有在用户点击之后才会跳转,这意味着该跳转对于原告而言固然是强制的,但对于用户而言并不强制,反而是用户真实意愿的体现。数年后,当百度起诉 360 修改其搜索框下拉提示词时,被告行为的定性则更不清晰。^[75] 法院需要付出更多精力才能澄清下拉提示词是不是“链接”,以及用户点击后的跳转算不算“强制跳转”。而随着联网方式从 PC 端过渡到移动端再到将来的物联网,“链接”“跳转”等具有技术色彩的行为描述与法律评价之间的关联可能会越来越弱。如果法院为了得出特定结论而对技术术语采取比通常含义更宽或者更窄的解释,会造成术语的清晰边界日益模糊,提高理解术语的信息成本。

[71] 在国务院法制局协同相关部门编撰的法规释义丛书中,关于《反不正当竞争法》第 2 条的部分明确写道:“凡本法第二章没有列举的行为,不是本法所称的不正当竞争行为。”陈立骅、陈建洋编:《中华人民共和国反不正当竞争法释义》,中国法制出版社 1994 年版,第 20 页。

[72] Vgl. *Emmerich* (Fn. 40), S. 2-4, Rdn. 8-15.

[73] *Mankowski*, in: *Fezer/Büscher/Oberfell*, Lauterkeitsrecht: UWG, Band 1, 3. Aufl., Zweiter Teil, S.12 (Wettbewerbsrecht des Internets), Rdn. 6-22.

[74] 见前注[8]。

[75] 见前注[13]。

立法者并非对具体网络不正当竞争行为条款的局限性缺乏认识,却没有从改善条款作为认知模型所选变量的恒常性、重要性和清晰性入手,而是回到了“用兜底规则弥补类型化规则遗漏”的惯性思维。在较早的修订草案中,网络条款仅仅包括第12条第2款第1项至第3项所指的三种具体网络不正当竞争行为。针对这种情况,“有些常委会组成人员和地方、部门、企业提出,互联网技术及商业模式发展变化很快,很难将可能出现的网络不正当竞争行为列举穷尽”,立法者因此“建议对修订草案的上述规定作以下修改:[……]针对互联网领域特有的不正当竞争行为作出概括性规定[并]增加一项兜底条款”。^[76]结果便是在网络条款中加入第12条第2款第4项。如果将作为整部反法一般条款的第2条称为大一般条款,第12条第2款第4项就是针对网络竞争领域的小一般条款。遗憾的是,这条小一般条款也不能从根本上挽救网络条款的立法质量。

小一般条款禁止的是“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”。从清晰性的角度检测,该项的问题不仅在于“妨碍”“破坏”“合法提供的网络产品或者服务”及“正常运行”等概念具有多义性,而且在于这些概念之间可能存在矛盾。以浏览器屏蔽视频网站广告为例,^[77]被告的浏览器广告屏蔽功能的确有“妨碍、破坏”原告视频网站服务的嫌疑,但被告可以强调原告网站“合法提供的网络服务”仅仅包括视频播放,而不包括被屏蔽的广告,因为广告本身并不体现用户希望从原告处获得的价值,而只是用户为了享受视频服务而支付的成本。实际上,这一抗辩对小一般条款普遍有效:如果被告妨碍、破坏的对象是弹窗广告、贴片广告等用户不希望获得的信息,那么被告可以提出自己的行为不落入小一般条款的适用范围。而如果被告妨碍、破坏的对象属于用户希望获得的对象,又很难想象被告的“妨碍、破坏”行为能为自己赢得用户。除非被告提供了用户更想获得的产品或服务,才可能有胆量“妨碍、破坏”用户希望获得的原告产品或服务。但在这种情况下,被告完全可能宣称妨碍、破坏行为的实施者是用户而非自己。换言之,小一般条款给被告留下了多种抗辩可能。如果严格按照网络条款第2款第4项的字面意思进行解释,该款很可能因为存在内部矛盾而难以适用,从而导致其作为认知模型提供的信息量微乎其微。

诚然,网络条款的上述缺陷能在一定程度上通过合理的法律解释加以克服。但这并不意味着我们可以绕开对立法质量的反省,径直展开文本解释。即使在文意解释、体系解释和目的解释等多重解释方法的约束下,仍然存在文本指向多种解释的可能性。法院唯有对立法文本质量有所反省,方可在众多可能性中找出恰当的解释进路。

[76] 参见《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉修改情况的汇报》, https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/ip/law/pdf/origin/opinion2017090502.pdf, 最后访问日期:2018年2月11日。

[77] 有法院认为屏蔽行为不正当,参见北京市第一中级人民法院:北京金山安全软件有限公司、贝壳网际(北京)安全技术有限公司、北京金山网络科技有限公司与合一信息技术(北京)有限公司不正当竞争纠纷二审民事判决书,(2014)一中民终字第3283号。有法院认为屏蔽行为正当,参见北京市朝阳区人民法院:腾讯公司与世界星辉公司不正当竞争纠纷一案判决书,(2017)京0105民初70786号。

四、网络条款的解释论展开与新型竞争行为的评价

网络条款在立法原理和立法技术层面均存在严重不足。这意味着如果反法尚未引入网络条款,立法论层面的合理选择是避免引入该条款。但是,既然网络条款已经构成立法事实,我们只能通过解释论层面的努力扬长避短,并在遵循类型化原理的前提下适当运用其他手段来评价网络竞争行为。

(一)网络条款的限缩性解释

如果法院意识到网络条款在原则理念和立法技术上的严重局限性,就应该在司法过程中寻求回避瑕疵,对网络条款采取限缩解释。对网络条款而言,限缩解释有两重含义:一是在文义灰区地带避免宽泛解释,二是不能使网络条款无意义。两重含义相辅相成,任缺其一均有违背狭义解释的要求。现行针对网络条款的批评文献均忽略了网络条款的内涵和外延,径直在网络条款之外寻求调整网络竞争行为的法律依据。这种态度值得商榷。尽管大量网络竞争行为的确需要通过网络条款之外的规范加以调整,但这并不意味着网络条款本身无法调整任何网络竞争行为。合理的解释论进路应该在尊重网络条款有意义的前提下,发挥网络条款作为认知模型的价值。即使该价值不高,如果它在有限范围内能够起到降低认知成本的作用,而且不会干扰其他认知模型的运用,那么法院便应当运用网络条款提供的认知模型。这既出于认知经济性的需要,也是法律解释应当尽量使立法文本有意义的结果。

第12条第2款第1项描述的行为是“未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转”。限缩解释的重点在于将“强制”解释为同时违背其他经营者和消费者的意愿,将“跳转”解释为在用户没有点击插入链接的情况下发生的自动跳转行为。如果仅仅考查字面意思,该项可能被解释得非常宽松,包含仅违背其他经营者意愿而没有违背消费者意愿的竞争行为。这种宽松解释将导致如下结论:即便跳转符合消费者的预期,甚至是消费者刻意追求的结果,被告仍需为跳转承担违法责任。该结论显然有违公众对网络便捷性的期待。因此,当跳转系由用户点击触发时,法院应当推定用户认为被点击的链接能够提供有效信息,因此跳转对用户而言并非“强制”。至于当用户受误导而点击链接,引发跳转时,法院可以采用避免混淆的传统类型化条款予以规制,而无需通过网络条款加以解决。^[78]

第12条第2款第2项描述的行为是“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”。法院在解释该项时,应当在文本字面含义范围内从严认定干扰行为。限缩解释将使第2项的调整范围小于人们通常理解的软件冲突行为。按照司法界、产业界和学界多年来在网络不正当竞争纠纷过程中形成的认识,干扰包含了众多技术不同、表现各异的软件冲突行为。有研究认为:“从目前笔者搜集和整理的上百个互联网不正当竞争案件来看,多数涉及到软件或者产品之间的互相干扰问题,而且预计未来产品间的干扰行为,仍将

[78] 法院在百度诉搜狗案中就将被告的违法性判断集中在了混淆可能性上,见前注[9]。

是互联网不正当竞争的主要类型。”〔79〕但在不拓展文义的情况下,一些产业界和司法界认定的干扰行为并不能被干扰条款覆盖。例如,干扰软件安装的行为尽管属于产业界和司法界认定的干扰行为,却不受第12条第2款第2项的调整。在北京三七二一科技有限公司与百度在线网络技术(北京)有限公司等一案中,用户一旦安装了被告百度公司的搜索软件,便无法安装原告三七二一公司的搜索软件。被告会在原告软件的安装过程中“弹出毫无必要的选择对话框进行干扰,选择其中的同时安装选项,仍无法实现在线安装;强行手动下载安装,依旧无法进行安装”,〔80〕法院认定被告行为构成不正当竞争。或有论者认为:如此典型的软件干扰行为,当然属于第12条第2款第2项的调整范围。但是根据对文本的正常解释,用户所能“修改、关闭、卸载”的对象是已经获得的网络产品或服务,而不包括尚未获得的网络产品或服务。因此,如果被告的“干扰”行为发生在用户获得其他经营者提供的产品或服务过程中,则该行为不符合第12条第2款第2项之规定。诚然,就对原告竞争利益的影响程度和对市场竞争秩序的破坏程度而言,干扰安装和干扰运行并无明显区别。但是,鉴于网络条款的理念缺陷、方法缺陷与技术缺陷,扩张解释不应受到鼓励。一旦法院在文本不能给出无异议解释的情况下采取扩张性解释(比如将关闭对象解释为三七二一提供的软件安装服务),就面临着采用不合理认知模型变量获取合理认知结果的难题。第12条第2款第2项与同样致力于规范软件干扰行为的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第5条第1款相比,缺少“恶意”要件。〔81〕而与德国《反不正当竞争法》上相似的阻碍规则相比,该项又缺乏“有针对性地”(gezielt)指向特定竞争者之要求。〔82〕主观与客观要件的缺失很可能令网络条款第2款第2项产生过度干预正常竞争的效果。与其在不完善的网络条款之下进行利益衡量,不如寻求更加完善的规则的指引,例如尽量使用其他更加恰当或成熟的类型化条款,以及在缺乏恰当类型化条款的情况下回归一般条款,接受更加严格的责任认定理念的指引。〔83〕只有当系争行为在文义上确定构成“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”时,才落入第12条第2款第2项的调整范围。

第12条第3款第3项对行为的描述是“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”。狭义解释对该不兼容条款尤其重要,因为宽松解释很容易造成该款与反垄断法的直接冲突。例如网络竞争中日益频发的“二选一”行为,貌似属于“对其他经营者合法提供的网络产品或者服务不兼容”。但从多年前的“3Q大战”,到近年来的美团与滴滴、天猫与京东以

〔79〕 张钦坤,见前注〔33〕,第36页。

〔80〕 见前注〔10〕。

〔81〕 《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》(工业和信息化部令第20号,2011年12月7日中华人民共和国工业和信息化部第22次部务会议审议通过)第5条第1款规定:“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的下载、安装、运行和升级。”

〔82〕 § 4 UWG, Nr. 4. 该项规定:“有针对性地阻碍其他竞争者之主体,构成不正当竞争。”其中“有针对性地”一词,指行为对象是一个或者多个特定的其他竞争者。如果行为对象是非特定的其他竞争者,则不受该条调整,而落入一般条款的调整范围。Köhler (Fn. 42), § 4, Rdn. 4.2.

〔83〕 参见薛军:“互联网不正当竞争的民法视角”,《人民司法》2016年第4期,第12—14页。

及天猫与唯品会“二选一”，网络竞争领域通过“有我无他，有他无我”手段实施的竞争行为主要并未在反法框架下获得评价。例如，“3Q大战”尽管在反法领域引发了长达数年的关注，但相关的反不正当竞争诉讼并未处理“二选一”行为。对“二选一”行为的法律评价是放在反垄断诉讼中完成的。^{〔84〕}而对近年来外卖领域、网购领域“二选一”行为的评价，也主要从反垄断法角度展开。诚然，理论和实务中均存在用反法评价“二选一”行为的现象。例如，杭州工商局就根据反法网络条款认定美团“二选一”行为具有不正当性。但用反法规制“二选一”行为的做法存在明显弊端，很可能造成架空反垄断规范、变相降低垄断认定门槛的结果。在实践中，原告或者执法部门舍反垄断法而采反法的原因，在于原告或执法部门在反垄断法下需要承担沉重的举证责任。具言之，如果原告或执法部门认为“二选一”行为违反了反垄断法，需要或者证明“二选一”行为构成滥用市场支配地位中的限定交易（《反垄断法》第17条），或者证明“二选一”行为构成受禁止的纵向垄断协议（《反垄断法》第14条）。在第一种情况下，原告或执法部门必须证明被告具有市场支配地位，滥用了市场支配地位并缺乏正当理由。如果原告或者执法部门尊重反垄断法框架下的高证明标准，很可能在市场支配地位环节即应终制反垄断审查。在第二种情况下，原告或执法部门必须证明存在垄断协议且该协议属于《反垄断法》第14条第3项兜底条款规制的对象，该途径的证明难度仍然非常巨大。^{〔85〕}反垄断法给原告或执法部门设置的障碍固然很高，但并非不合理，反而体现了严格控制干预竞争冲动的理念，因此必须受到尊重。如果允许原告指称的不兼容行为脱离反垄断法设立的高门槛而适用反法上模糊的“恶意不兼容”规则，极可能对自由竞争产生巨大阻碍。因此，只要系争的不兼容行为在初步形式判断环节落入反垄断法的调控范围，就不应适用反法网络条款，而应适用反垄断法。留给网络条款第2款第3项调整的，是那些并非利用市场优势地位，而是利用技术手段实施的不兼容行为，例如被告通过技术手段阻止用户安装原告的软件。

法院在解释第12条第2款第4项时，同样需要遵循限缩立场。对小一般条款的限缩解释体现在三个方面：第一，小一般条款包含大一般条款的所有要件。这是小一般条款的题中之义。第二，小一般条款的适用以存在具体竞争关系为前提。这意味着小一般条款在竞争关系问题上采取严格解释。司法实践明显呈现出宽泛解释竞争关系的趋势，这既可能对竞争自由造成威胁，也可能不当侵蚀其他部门法的调整范围。因此即使针对大一般条款的适用，放宽竞争关系要件的倾向都值得商榷。^{〔86〕}既然如此，法院在适用存在缺陷却又措辞宽泛的网络条款小一般条款时，自然应当格外谨慎。在不得不适用小一般条款的情况下，法院应当将具体竞争关系作为适用前提。如果原被告之间不存在具体竞争关系，例如双方仅仅构成上下游交易相对方，或者仅仅是具交易关系的经营者，则不应适用小一般条款。这种对反法小一般条款的限制在比较法上存在依据。德国《反不正当竞争法》（2015）第4条第4项规定，“有针对性地

〔84〕 最高人民法院：北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位纠纷案，（2013）民三终字第4号。

〔85〕 参见焦海涛：“‘二选一’行为的反垄断法分析”，《财经法学》2018年第5期，第86页。

〔86〕 参见焦海涛：“不正当竞争行为认定中的实用主义批判”，《中国法学》2017年第1期，第150页。

阻碍其他竞争者之主体,构成不正当竞争”,该项被称为德国反法中关于阻碍行为的小一般条款。虽然德国的小一般条款适用范围不限于网络竞争,但由于其措辞和功能与我国《反不正当竞争法》第12条第2款第4项有明显相通之处,因此可供参考。德国法将小一般条款中的“其他竞争者”限缩性地解释为与被告具有具体竞争关系的竞争者,^{〔87〕}而将针对非竞争者的行为排除在小一般条款的调整范围之外。^{〔88〕}第三,小一般条款调整的对象必须与前三项类型化条款调整的对象在利益平衡方面具有高度相似性。这意味着网络条款中的小兜底条款并不承担兜底评价所有网络竞争行为的任务,而仅仅负责评价与网络条款中的三项类型化规定高度近似之行为。尽管浏览器屏蔽视频广告在直觉上属于“其他妨碍、破坏”的竞争行为,但由于与之最接近的干扰行为(第12条第2款第2项)明确以违背用户意愿为前提,和屏蔽行为恰恰符合用户意愿截然相反,故屏蔽行为不属于小一般条款的评价对象,而应接受大一般条款的规范。这与前文关于屏蔽行为不受小一般条款调整的结论具有一致性。假如被告没有误导、欺骗或者强迫用户,而是在用户不知情的情况下直接修改、关闭或卸载了用户已经安装的原告产品或者正在使用的原告服务,则该修改、关闭或者卸载行为在表现与效果上均与第12条第2款第2项规定的干扰行为异曲同工,可以适用小一般条款。当然,适用小一般条款并不必然得出该种行为不正当的结论,不排除某些不告而为的行为可以被视为取得了用户的默示同意。法院适用小一般条款时最核心的思路,仍然应当是运用大一般条款下的分析框架对原告被告双方以及消费者的利益关系进行客观分析。

对网络条款采取限缩解释的立场具备双重优势,一是确保网络条款有清晰的意义,二是避免其作为低效认知模型引发的负面效果。有人可能认为,对网络条款的限缩解释将使运用类型化手段调整网络竞争行为的意图落空。此言差矣。本文反对依赖网络条款来评价网络竞争行为,并不意味着否认类型化思维在评价网络竞争行为时可能发挥的作用。恰恰相反,既然类型化是不可或缺的认识策略,我们当然有理由相信类型化在评价网络竞争时也会发挥作用,只不过不是通过网络条款这样的低质量认知模型,而是遵循更加符合类型化原理的方式。

(二)正确的类型化思维适用方法

在网络不正当竞争领域,正确的类型化思维适用方法包含三个层次:首先是充分发挥既有的成熟类型化规则的作用,其次是在确有必要的情况下审慎引入新的类型化规则,最后是容忍少量不宜类型化的行为在一般条款下获得评价。

首先,法院应该对既有的成熟类型化规则予以功能主义的弹性解释,以充分发挥其作用。既有类型化规则不仅包括反法中的具体不正当竞争行为规则,而且包括知识产权法、反垄断法、合同法、劳动法和侵权法等其他部门法中的规则。这些领域中的成熟规范建立在对利益相关方长期互动的经验总结之上。它们的分析框架经历了时代发展和技术变迁的考验,是在漫长的立法过程、深入的比较法研究、鲜活的司法实践中提炼出来并不断完善的优质认知模型。它们的变量是在反复考验中筛选出来的,是对恒常性、重要性和清晰性的良好体现。沉淀于成

〔87〕 Köhler (Fn. 42), § 4, Rdn. 4.5.

〔88〕 Emmerich (Fn. 40), S. 67, Rdn. 4.

熟规则中的优质认知模型不仅包含针对具体问题的宝贵经验,而且以结构化的方式将这些经验串联起来,为决策者提供了能够大幅降低认知负担的思维导图。相较于根据有限案例贸然发展出的网络条款,既有规则是更加成熟、更加优质的认知模型,弃而不用将构成对智识资源的巨大浪费。

近年来的司法实践中明显存在着对既有类型化规则的浪费。在明明存在类型化规则的情况下,法院常常逃逸到一般条款之下处理问题。最常见的是对知识产权类型化条款的浪费。在体育赛事节目、^[89]人物角色等作品元素、^[90]游戏赛事直播音像视频^[91]和深度链接^[92]等既包含无形财产利用,也构成网络竞争的问题上,都存在对具体知识产权部门法规则进行狭义解释,而在反法一般条款下处理利益冲突的现象。在法院以不越雷池一步的态度来适用形成于前网络时代的知识产权规则时,只好将非典型问题统统交给反法一般条款处理,结果在一般条款下频频产生相当于逾越雷池的效果。如果我们并不认为逾越雷池有违实体正义,就应当反省如何划定雷池才能更好地推进实体正义。相较于缺乏思维导图约束的一般条款,类型化规则才是推进实体正义的正确工具,因为类型化规则既能提供更多经验,也能大大降低不确定性。而这两项好处,正是案例群类型化所追求的目标。尽量适用类型化规则,要求法院尊重但不局限于文义解释、历史解释和比较法经验,而是更加重视目的解释,深刻理解类型化规则的制度价值。同样是体育赛事节目、^[93]人物名称等作品要素、^[94]游戏赛事直播音像视频^[95]与深度链接^[96]问题,另一些法院就是在知识产权法下处理的。这说明如果法院有意发掘,现有类型化条款能够提供很大的解释空间。假如既有类型化规则得到充分适用,一般条款根本无需承载如今的重负。上述针对知识产权类型化规则的分析也适用于其他部门法的类型化规则。例如网络竞争领域的“二选一”本质上是反垄断问题,所以并不应当用网络条款来解决,而

[89] 深圳市福田区人民法院:央视国际网络有限公司与华夏城视网络电视股份有限公司著作权权属、侵权纠纷一案民事判决书,(2015)深福法知民初字第174号。

[90] 北京市第一中级人民法院:明河社出版有限公司、完美世界(北京)软件有限公司与昆仑万维科技股份有限公司、北京火谷网络科技有限公司、昆仑乐享网络技术有限公司侵害作品改编权、不正当竞争纠纷一案民事判决书,(2014)一中民初字第5146号。

[91] 上海市浦东新区人民法院:上海耀宇文化传媒有限公司与广州斗鱼网络科技有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷一案民事判决书,(2015)浦民三(知)初字第191号。

[92] 北京知识产权法院:北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书,(2016)京73民终143号。本案原告仅提起著作权侵权之诉,但法院在拒绝将深度链接认定为著作权侵权后,阐述了原告可能获得救济的其他途径,包括反法途径。

[93] 北京市朝阳区人民法院:北京新浪互联网信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司不正当竞争纠纷一案民事判决书,(2014)朝民(知)初字第40334号。

[94] 北京市海淀区人民法院:温瑞安与北京玩蟹科技有限公司侵害作品改编权纠纷一案民事判决书,(2015)海民(知)初字第32202号。

[95] 广州知识产权法院:广州网易计算机系统有限公司与广州华多网络科技有限公司著作权纠纷案一审民事判决书,(2015)粤知法著民初字第16号。

[96] 北京市海淀区人民法院:北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司与侵害作品信息网络传播权纠纷一案民事判决书,(2015)海民(知)初字第40920号。

应该回归反垄断规则来评价。类似的还有大量在反法一般条款下处理的竞业禁止相关纠纷,从前网络时代的海带配额案,^[97]到近年多发的网络主播跳槽纠纷,^[98]这些案件中劳动者的行动自由应当依据合同法、劳动法、商业秘密保护等类型化规则来判断,而不是放在反法一般条款下处理。尽量运用既有的成熟类型化规则,是正确适用类型化思路最重要的表现。

其次,立法可以引入新的类型化规则,但前提是某类问题背后的实体利益平衡方案已经成熟,能够提炼出具有恒常性、重要性和清晰性的变量,并将这些变量结构化地组织起来。这样做的另一项前提是立法者已经获得了关于干预市场正当性的足够证据,或者说关于市场失灵的足够证据。证据既可以是立法者为立法而进行的产业调查、比较法研究,也可以来自长期类推适用既有类型化规则的过程中积累的经验。例如,当确有证据表明应当制止某些著作权法无法规制的数据库抓取行为时,构建新的类型化规则比运用一般条款更为恰当。因为在一般条款之下,最多只能以类推适用既有类型化规则的形式运用类型化方法论。这种类推只能起到提醒法官在不同阶段分别应当注意哪些粗略问题的作用,而无法给出更为明确的指引,因此在效率和可预见性方面都有改进空间。欧洲在没有独创性的数据库保护方面,以实质性投资为权利客体门槛建立的一整套规则,就是新建明确类型化规则的例子。和以独创性为客体门槛的著作权法规则相比,以实质性投资作为门槛的数据库保护规则对后续环节的考虑都能更好地匹配数据库不同于作品之处。例如在权能环节,著作权法涵盖了精神权利,数据库保护规则却不会。著作权法细分出复制、发行、出租、表演、放映、广播、信息网络传播和演绎等行为,数据库却根本不存在表演、放映、广播等利用方式,而只关心“实质性的提取和/或再利用”。再如在权利限制环节,两套规则在落入权利限制的行为描述和保护期方面都做出了不同的规定。^[99]围绕无独创性数据库建立的新类型化规则,不仅比类推适用既有类型化规则中的经验更加精确,更具确定性,而且能提供更加适合无独创性数据库的生产者与使用者之间的利益平衡方案。当然,在建立新类型化规则时,必须极端审慎,重视所选变量的恒常性、重要性和清晰性,确保建立新认知模型在制度成本收益衡量层面是合理的,以免重蹈网络条款的类型化不当之覆辙。

最后,我们需要承认:并非所有网络不正当竞争行为都应被归入特定类别,某些行为可以保留在一般条款之下解决。诚然,绝大多数网络竞争行为的正当性可以通过功能性地解释既有类型化规则加以判断,故而需要运用一般条款的情形不多。但既然类型化只是手段,其适用范围以制度成本不超过制度收益为限,自然存在不予类型化反而更恰当的行为。无论是引入新类型化条款还是拓展既有类型化规则的范围,都会带来类型化成本。对既有的成熟类型化成本规则进行功能主义解释,在合目的性约束下拓展其适用范围,能够避免不当类型化增加的

[97] 最高人民法院:山东省食品进出口公司、山东山孚集团有限公司、山东山孚日水有限公司与马达庆、青岛圣克达诚贸易有限公司不正当竞争纠纷案,(2009)民申字第1065号。

[98] 武汉市中级人民法院:武汉鱼趣网络科技有限公司与上海炫魔网络科技有限公司、上海脉森信息科技有限公司等著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书,(2017)鄂01民终4950号。

[99] Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, Artt. 7-10.

误选和寻租成本。立法和司法对待类型化的理想态度不是采取“多多益善”的单向度思维,而是应当意识到,类型化也有其最优程度。特定领域的低类型化未必是缺陷,反而可能是理性无知的效率体现。当进一步类型化的边际成本超过边际收益时,理性的立法者和司法者应当抑制进一步类型化的冲动,容忍在一般条款下解决问题的现实。

五、结 语

反法在网络的冲击下应对不当,这是反法研究长期不关心“规则之规则”的结果。如果立法者一开始就从类型化原理出发全盘思考针对网络竞争秩序的合理方案,网络条款很可能不会出现。不过,既然网络条款已获通过,法院必须在尊重立法现实的基础上,通过适当解释赋予网络条款恰如其分的内涵。在文本存在多义性的灰区地带,法院应当采取限缩解释的立场,将网络条款的适用范围控制在无歧义的范围。这样既能发挥精细认知模型降低决策成本的作用,又能避免由变量缺乏恒常性、重要性和清晰性而造成的决策障碍。限缩解释必然导致大量所谓新型网络竞争行为无法通过网络条款获得评价。这部分行为的评价仍需借助类型化力量,对既有成熟类型化条款予以功能主义解释,并在确有必要时制订符合类型化原理的新类型化规则。

Abstract: An internet clause was introduced into the Anti-Unfair Competition Law in 2017. The legislator wished to provide the courts with more detailed rules regarding online competition. However, the clause bears serious flaws largely because the legislator has overlooked the rationale of categorization. A new category in law is desirable only when the social benefit of building a more concrete cognitive model exceeds its social cost. Legislators should investigate the optimal level of categorization before introducing a new category, and choose modelling variables that are frequent, significant as well as clear. Quite the opposite, the internet clause is based on variables that are transient, insubstantial and vague, representing an inefficient cognitive model. That is why it fails. A more promising approach of categorization would be to fully utilize the existing rules. New rules should be introduced carefully. Compared to inventing troublesome new rules, relying on the general clause could be a better solution.

Key Words: Unfair Competition; General Clause; Internet Clause; Categorization; Cognitive Model

(学术编辑:薛 军)

(技术编辑:林昱睿)