

细化合规要素，提供竞争利器——新反法司法解释解读

作者：傅鹏 张宇识 林熙翔

互联网、大数据、人工智能等新经济领域行业快速发展、日渐主流；同时，传统行业数字化转型和线上化延伸的需求凸显。因此，诸多行业的竞争模式高速迭代，新型竞争样态层出不穷，竞争维度呈现“由实入虚”的特点，从早年的品牌之争、标识之争，过渡到入口之争、流量之争，再衍化到数据之争、“关系链”之争。这给竞争“正当”与否的边界判定、某种新形态竞争形式是否应当被鼓励或被禁止等问题，带来额外的变量与挑战。

为应对这些变化，《反不正当竞争法》（“《反法》”）的司法解释意见稿文本再次进行修订，为应对层出不穷的竞争形态，提供了更广阔的法律适用基础，确立了与时俱进的新型竞争关系，重述了对“商业道德”的灵活界定。这些修订反映了司法判决对新模式、新业态的关切，强化了企业竞争合规工作需要掌握的细节要素，为企业反击新形态不正当竞争行为提供了更有利的武器。

互联网领域的竞争模式具有高度创新性，这一领域的不正当竞争行为既包括传统不正当竞争行为在互联网领域的体现，也包括花样翻新的新型不正当竞争行为，例如不当数据爬取、不当拒绝收录、强制流量劫持等各类形态。对新型不正当竞争行为的规制，主要依赖于《反法》第二条一般条款（即经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德……）[1]。《反法》在2017年修订时，在总结司法实践的基础上增加了第十二条“互联网专条”[2]，用于规制流量劫持、妨碍干扰和恶意不兼容等互联网不正当竞争行为。

但是司法实践中，互联网专条仍然难以规制其他新型互联网不正当竞争行为，对于其他新型互联网不正当竞争行为，仍需适用《反法》第二条规制。

最高人民法院曾于2007年1月12日发布了《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释〔2007〕第2号，于2007年2月1日起实施，“《旧反法解释》”），其中未就《反法》第二条作出解释，而且当时的《反法》尚未增加互联网专条，因此《旧反法解释》中亦不涉及与互联网不正当竞争行为直接相关的条文。

最高人民法院于2022年3月16日发布了《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》（法释〔2022〕9号，于2022年3月20日起实施，“《新反法解释》”），《旧反法解释》同时废止。《新反法解释》出台前，最高法院曾于2021年8月18日发布过《新反法解释》的征求意见稿（“《意见稿》”）。

本文将关注《新反法解释》对《反法》第二条、第十二条的解释，以观察《新反法解释》对互联网不正当竞争行为的规制新动向。《新反法解释》就前述话题的主要修改包括：

- 确认《反法》第二条可以作为一般条款予以适用，即在《反法》第二章（不正当竞争行为）及其他知识产权部门法规制之外的其他不正当竞争行为可以适用《反法》第二条；
- 明确经营者之间竞争关系的认定标准，不限于同业竞争，还包括争夺交易机会、损害竞争优势等关系；
- 对经营者应当遵守的“商业道德”的认定作出指引，将行业规范纳入商业道德体系，同时也为法官自由裁量认定商业道德留出空间；
- 就《反法》互联网专条而言，细化关于流量劫持和妨碍干扰的具体适用规则，强调用户的知情权和选择权；以及删除了《意见稿》关于恶意不兼容、互联网专条兜底条款的解释以及关于数据爬取的条款。

就《新反法解释》对《反法》第二条、第十二条的解释的具体观察如下：

确认《反法》第二条可以作为一般条款予以适用，明确该条与《反法》第二章及其他知识产权部门法之间的适用关系

《反法》施行之初，曾有观点认为，《反法》第二条不能作为一般条款予以适用，该条所称的“违反本法规定”仅指《反法》第二章的规定，对于不属于《反法》第二章规定的行为，不能适用《反法》予以调整。但由于市场竞争行为日益开放与创新，《反法》第二章规定的有限类型的不正当竞争行为难以应对实践中产生的各种新型竞争行为，因此，在司法实践中，法院确有援引《反法》第二条以规制新型不正当竞争行为的实际需求。

事实上，在司法实践中，《反法》第二条可以作为一般条款适用、用于规制《反法》第二章之外的其他不正当竞争行为，应当鲜有争议。例如在最高院“海带配额案”（（2009）民申字第1065号），最高院即持此观点，并对适用《反法》第二条应当具备的条件作出分析。《反法》第二条也是规制互联网不正当竞争行为的常用条款^[3]。

本次《新反法解释》第一条进一步明确确认了《反法》第二条可以作为一般条款予以适用，用于规制《反法》第二章没有明确规定的新型不正当竞争行为；但为避免向一般条款逃逸，该条亦明确规定，适用《反法》第二条的前提条件是涉案情形需要属于违反《反法》第二章及专利法、商标法、著作权法等规定之外扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者合法权益的情形。

与《意见稿》相比，除一些文字调整以及补充明确《反法》第二条与其他知识产权部门法之间的关系外，《新反法解释》还删除了《意见稿》第一条第二款关于“当事人仅以利益受到损害为由主张适用反不正当竞争法第二条，但不能举证证明损害经营者利益的行为扰乱市场竞争秩序的，人民法院依法不予支持”的规定。我们理解，尽管《意见稿》第一条第二款被删除，但这一条款仍然是适用《反法》第二条的应有之意，在论证一个新型竞争行为是否属于不正当竞争行为时，仍然要关注市场竞争秩序、消费者权益和其他经营者权益的“三元权益保护”，而非局限于分析和论证相关竞争行为对其他经营者权益是否造成损害。

2

明确认定竞争关系的宽松化标准，不限于同业竞争

在不正当竞争纠纷中，与原告没有竞争关系是被告常用的抗辩理由之一，司法实践中通常都会将是否存在竞争关系作为判断是否存在不正当竞争行为、是否能够适用《反法》的前提条件。在早先的司法实践中，法院往往对“竞争关系”进行较为狭义的解释，即限于同业竞争，例如北京市第二中级人民法院作出的（2006）二中民初字第00467号。但是，随着市场竞争的日益激烈，经营者的经营手段日益多样和复杂，盈利方式亦日趋多元和立体。此外，《反法》保护的法益也向市场竞争秩序和消费者权益的拓展。司法实践中对于竞争关系的认定逐渐呈现宽松的趋势。这一点在互联网竞争领域尤为明显。随着互联网技术的不断深化，流量等资源在不同行业间实现交互融合，互联网经营者之间跨领域竞争属于常态，只要经营者之间存在争夺交易机会或破坏他人竞争优势的可能性，即可以被认定为存在竞争关系，竞争关系不再局限于同业竞争，例如上海知识产权法院作出的（2016）沪73民终242号中即持此观点。

《新反法解释》第二条将司法实践的上述主流观点落实在司法解释层面，明确了认定竞争关系的宽松化标准，在适用《反法》时，竞争关系不再限于同业竞争，存在可能的争夺交易机会、损害竞争优势等关系即属于存在竞争关系。我们理解，前述认定标准，相比于早年的司法实践而言，确实较为宽松，以至于可以认为市场上的经营者之间在类似或可比领域的活动普遍存在竞争关系，在不正当竞争纠纷中，不具有竞争关系越来越不容易成为一个实质的焦点，当事人应将更多精力放在对竞争行为的正当性的论证上。

3

对商业道德的认定作出指引

适用《反法》第二条的核心要点是论证涉诉竞争行为是否违反商业道德，这也往往是相关案件中的重要争议焦点。《新反法解释》第三条对于商业道德的认定作出了一些指引。

根据《新反法解释》第三条第一款，“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”可以被认定为商业道德，但对于商业道德的界定并未如《意见稿》作出封闭式的定义，即“商业道德”是指“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”，这可以理解为法官在必要的时候“创造”商业道德留有空间。

这一点在互联网领域尤为必要，因为在互联网领域存在很多新兴市场，这些市场中，相关的行为模式尚在探索当中，尚未形成“普遍遵循和认可”的行为规范，但不意味着在这些市场的竞争是没有任何界限的，法官仍然可以基于对市场竞争秩序、消费者权益和其他经营者权益的三元权益保护以及对公平和效率的权衡来认定相关竞争行为是否违反商业道德（例如，湖北省武汉市中级人民法院作出的（2017）鄂01民终4950号）。《新反法解释》第三条第二款提供了法官判断经营者是否违反商业道德的具体考量因素，包括行业规则或者商业惯例、经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响。

《新反法解释》第三条进一步规定，法院在认定是否违反商业道德时，可以“参考”行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等，当事人在论证是否违反商业道德时，可以尝试搜集前述“参考文件”，使相关商业道德在文件层面得到具体支持。以较新的“数据不正当竞争”这一领域为例，由于竞争形态及滥用、滥收集数据的不正当竞争形态不断花样翻新，事发场景各异，要求维权人论证诸多场景或形态属于传统意义上的“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”可能确实将背负过重的义务。但是，数据领域（特别是其中的个人信息保护和数据安全领域）的国家推荐性标准、团体标准甚至行业自律公约的更新较为与时俱进，不断根据业界最新发展态势有所更新，将此类规范、公约作为奠定或证明“商业道德”的重要参考，对于合理调整维权人的证明难度，具有非常积极的现实意义。尽管如此，需要注意的是，法官仍然可以基于《新反法解释》第二条对于该等“参考文件”进行司法审查，当事人仍然有机会基于《新反法解释》第二条对于该等“参考文件”的适用提出挑战。

在早年的司法实践中，在适用《反法》第二条的时候，常见的分析模式是类似于绝对权侵权的模式，侧重于分析原告是否有可供保护的法益、该等法益是否因被告的竞争行为受到损害、被告是否有主观过错，而对于被告竞争行为的正当性分析也多集中于是否侵犯了原告的合法权益（例如广东省广州市中级人民法院作出的（2013）穗中法知民初字第619号，北京知识产权法院作出的（2015）京知民初字第2204号）。但在近年来的司法实践中，对《反法》第二条的适用逐渐从权益保护的分析模式过度到了竞争行为正当性的分析模式，从侧重关注经营者权益保护过度到了注重市场竞争秩序、消费者权益和其他经营者权益的三元权益保护（例如北京知识产权法院作出的（2016）京73民终588号、上海知识产权法院作出的（2016）沪73民终242号）。

基于《新反法解释》对于“商业道德”的界定以及司法实践中分析模式的转变，我们理解，经营者在援引《反法》第二条寻求救济或针对相关主张进行抗辩时，需要更多地侧重于分析相关竞争行为对于市场竞争秩序、消费者权益和其他经营者权益（尤其是前两者）的影响，论证相关竞争行为对市场效率和消费者福利是否有所提升；而不能仅强调经营者权益因涉诉竞争行为而受到损害——同业中个别经营者受损似是竞争行为导致的必然结果，损害本身并不足以证明竞争行为的不正当性。

此外，相较于《意见稿》，《新反法解释》第三条第二款在谈及判断是否违反商业道德的考量因素时，将“消费者知情权、选择权”修改为“消费者权益”，并且增加了“社会公共利益”。就此，我们理解：（1）消费者“知情权、选择权”仍然是判断竞争行为正当性时需要考量的重要因素，即如果消费者的“知情权、选择权”被侵犯，则构成不正当竞争行为的风险将显著提升；（2）“社会公共利益”表述的具体含义尚待在司法实践中进一步观察，根据我们的观察，相关竞争行为是否有创新性、是否有助于提高市场效率可能被作为“社会公共利益”的考量因素之一予以考虑。

4

细化互联网专条关于流量劫持和妨碍干扰的具体适用规则

针对《反法》第十二条互联网专条，《意见稿》曾有五个条文，但最终《新反法解释》仅保留了其中两个条文，即关于流量劫持和妨碍干扰的具体适用规则，而删除了关于恶意不兼容、互联网专条兜底条款的解释以及关于数据爬取的条款。

关于流量劫持，根据《反法》第十二条第二款第（一）项规定，是指“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”，从前述文字表述来看，似乎需要同时满足“插入链接”和“强制跳转”两个条件才构成该条款规定的流量劫持。但司法实践中对于仅“插入链接”而未“强制跳转”的情形，亦存在依据此条款认定构成不正当竞争行为的案例（例如北京市海淀区人民法院作出的（2017）京0108民初7967号）。

《新反法解释》第二十一条规定根据是否直接发生跳转区分两种情形：对于直接发生跳转的，如未经其他经营者和用户双重同意，则属于《反法》第十二条第二款第一项规定的“强制进行目标跳转”；而对于仅插入链接，目标跳转由用户触发的情形，并不必然构成不正当竞争行为，需要综合考虑插入链接的具体方式、是否具有合理理由、对用户利益和其他经营者利益的影响等因素进行认定。我们理解，就前述第二种情形，消费者的知情权和选择权是否得到充分尊重亦将成为重要的考量因素。

关于妨碍干扰，根据《反法》第十二条第二款第（二）项规定，是指“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”。《新反法解释》第二十二條通过在误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载之后加上了“等”字的方式拟就前述规定作扩张性解释，将通过其他形式（例如下载、安装、运行、屏蔽等）恶意干扰或者破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的行为也纳入到该条的规制范围，并且强调经营者对其相关行为需要事前明确提示并经用户同意（即强调消费者的知情权和选择权）。

5

《意见稿》中关于恶意不兼容、互联网专条兜底条款的解释以及关于数据爬取的条款未予保留

《意见稿》中曾对《反法》第十二条第二款第（三）项“**恶意不兼容**”和第（四）项互联网专条兜底条款作出进一步解释，但最终实施的《新反法解释》中未予保留。

关于《反法》第十二条第二款第（三）项规定的“恶意不兼容”如何理解，实践中素有争议，其中的“恶意”具体系指“故意”或另有所指、如何认定亦不清楚。在实务中，可操作性以及衡量可操作性的边界，仍稍显模糊。例如，《意见稿》规定“恶意不兼容”行为需要同时满足一些要件才可以成立；这些要件之一是“针对其他特定经营者实施不兼容”，这一条件在实务中可能会较难把握。或许这一条款指向多年之前某PC软件刻意限制用户使用另一PC软件的事例（这一事例当时引起市场广泛讨论）；但是，在当今以平台效应和汇聚流量为主的竞争策略主导下，这种情况相对不频繁，更频繁的可能是，某些用户量巨大的平台，对某一类其他企业（而非某一家其他企业）进行特别的兼容性限定或访问限定。此种情形是否可以归入“针对其他特定经营者实施不兼容”，就不甚清晰。此外，《意见稿》中规定构成“恶意不兼容”的要件之一是“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”，这一要件在实务中产生的额外区分度非常有限，因为在许多的限定和禁止兼容的场景中，其他经营者确实一般而言本来就难以通过与第三方合作的方式来消除影响。其他一些要件，亦存在类似的实务困惑。这些实务困惑整体评估下来，可能造成了《意见稿》第二十四条的实践可操作性相对很有限。因此，对是否构成恶意不兼容，通常需要溯及《反法》第二条的规定进行认定。而关于《反法》第十二条第（四）款，《意见稿》总结的实质性适用条件与《反法》第二条高度重合，似乎亦没有单独解释的必要。

《意见稿》第二十六条就“**数据爬取**”行为作出规定，系《意见稿》的亮点，其总结了相关司法实践经验，尝试界定“数据爬取”行为在何种情况下构成不正当竞争，包括被使用的数据需要是经营者“征得用户同意、依法收集且具有商业价值”的数据、使用达到了“足以实质性替代”的程度等。其中，根据该条第二款，经营者使用其他经营者控制的数据在满足一定条件的情况下即便未经其他经营者同意也并不构成不正当竞争。这一条款最终没有在《新反法解释》中得以保留。

最高法民三庭负责人就反不正当竞争法司法解释答记者问中提到，“考虑到互联网行业技术和商业模式更新发展快的特点，《解释》第二十一条、第二十二条未进一步列举新的行为方式，而是严格把握立法精神和竞争政策，及时总结司法实践经验，对法律适用条件作出适当细化，为司法裁判提供必要规则指引，同时为市场的自我调节和技术创新留出空间”。由此可见，就“数据爬取”行为的解释最终未能保留，可能是最高院认为相关司法实践尚不成熟，且需要为市场留出自我调解和创新的空间。

有鉴于此，实践中对于数据相关的不正当竞争行为以及其他新型不正当竞争行为仍然需要依赖于《反法》第二条进行规制，需要进一步跟踪和总结相关司法和实践动态，以便为经营者合规经营和权益维护提供支持和指引

《新反法解释》的修订，进一步顺应了新时代下的不正当竞争形态规制需求，为企业竞争合规提供了更加精确的指引和更加丰富的素材。我们充分结合在竞争法、数据合规、TMT行业垂直领域等多个维度的丰富项目经验和争议解决经验，为公司主体在涉及复杂形态的竞争纠纷中提供全面及深刻关切垂直行业要点的服务。

《旧反法解释》	《意见稿》	《新反法解释》
无对应条款	第一条 对于反不正当竞争法第二章有关法律明确列举的行为,当事人主张适用反不正当竞争法第二条的,人民法院不予支持;对于反不正当竞争法第二章等有关法律没有明确列举,但违反诚实信用原则和商业道德,并扰乱市场竞争秩序、损害其他经营者或者消费者合法权益的行为,人民法院可以适用反不正当竞争法第二条予以认定。 当事人仅以利益受到损害为由主张适用反不正当竞争法第二条,但不能举证证明损害经营者利益的行为扰乱市场竞争秩序的,人民法院依法不予支持。	第一条 经营者扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者合法权益,且属于违反反不正当竞争法第二章及专利法、商标法、著作权法等规定之外情形的,人民法院可以适用反不正当竞争法第二条予以认定。
无对应条款	同《新反法解释》	第二条 与经营者在生产经营活动中存在可能的争夺交易机会、损害竞争优势等关系的市场主体,人民法院可以认定为反不正当竞争法第二条规定的“其他经营者”。
无对应条款	第三条 反不正当竞争法第二条规定的“商业道德”,是指特定商业领域普遍认可和遵循的行为规范。 人民法院应当结合案件具体情况,综合考虑行业规则或者商业惯例、经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿、对市场竞争秩序和消费者知情权、选择权的影响等因素,依法判断经营者是否违反商业道德。 人民法院认定经营者是否违反商业道德时,还可以参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、自律公约、技术规范等。	第三条 特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范,人民法院可以认定为反不正当竞争法第二条规定的“商业道德”。 人民法院应当结合案件具体情况,综合考虑行业规则或者商业惯例、经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等因素,依法判断经营者是否违反商业道德。 人民法院认定经营者是否违反商业道德时,可以参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等。
无对应条款	第二十二条 未经其他经营者和用户同意而直接发生的目标跳转,人民法院应当认定为反不正当竞争法第十二条第二款第一项规定的“强制进行目标跳转”。 仅插入链接,目标跳转由用户主动触发的,人民法院应当综合考虑插入链接的具体方式、是否具有合理理由以及对用户利益和其他经营者利益的影响等因素,认定该行为是否违反反不正当竞争法第十二条第二款第一项规定。	第二十一条 未经其他经营者和用户同意而直接发生的目标跳转,人民法院应当认定为反不正当竞争法第十二条第二款第一项规定的“强制进行目标跳转”。 仅插入链接,目标跳转由用户触发的,人民法院应当综合考虑插入链接的具体方式、是否具有合理理由以及对用户利益和其他经营者利益的影响等因素,认定该行为是否违反反不正当竞争法第十二条第二款第一项规定。
无对应条款	同《新反法解释》	第二十二条 经营者事前未明确提示并经用户同意,以误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载等方式,恶意干扰或者破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务,人民法院应当依照反不正当竞争法第十二条第二款第二项予以认定。
无对应条款	第二十四条 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三款第三项规定的“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。	删除
无对应条款	第三十五条 经营者利用网络从事生产经营活动,同时符合下列条件的,人民法院可以依照反不正当竞争法第十三条第二款第四项予以认定: (一) 利用网络技术手段实施; (二) 违背其他经营者意愿并导致其合法提供的网络产品或服务无法正常运行; (三) 有悖诚实信用原则和商业道德; (四) 扰乱市场竞争秩序并损害消费者的合法权益; (五) 缺乏合理理由。	删除
无对应条款	第三十六条 经营者违背诚实信用原则和商业道德,擅自使用其他经营者征得用户同意、依法收集且具有商业价值的数据,并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或服务,损害公平竞争的市场秩序的,人民法院可以依照反不正当竞争法第十二条第三款第四项予以认定。 经营者征得用户同意,合法、适度使用其他经营者控制的数据,且无证据证明使用行为可能损害公平竞争的市场秩序和消费者合法权益,控制该数据的经营者主张属于反不正当竞争法第十二条第三款第四项规定的行为的,人民法院一般不予支持。	删除

1.第二条 经营者在生产经营活动中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。本法所称的经营者,是指从事商品生产、经营或者提供服务(以下所称商品包括服务)的自然人、法人和非法人组织。

2.第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动,应当遵守本法的各项规定。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:(一)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;(二)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;(三)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;(四)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。

3.《反法》第二条可以作为一般条款予以适用，在此前的司法解释中也有所体现。例如，在《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2001〕24号）中即规定，人民法院在审理域名纠纷案件中，构成不正当竞争的，可以适用《反法》第二条第一款的规定。在《旧反法解释》制定时，最高院即有意对《反法》第二条作为一般条款的适用进行规定，但最终未能成行。

2022-05-07