

## 互联网不正当竞争类型化条款 司法适用的反思与纠正

黄 军\*

**内容提要：**互联网不正当竞争类型化条款在制度供给层面顺应了互联网领域竞争行为的规制需求。该类型化条款在司法运行层面主要有“独立适用”“二元并存适用”“三元混合适用”三种模式。司法实践中，现有类型化条款在规范适用结构上面临“泛化”与“虚化”困境，在规范适用逻辑关系上呈现明显对立性，在规范适用构成要件解析上缺乏一致性。寻求互联网不正当竞争类型化条款司法适用的优化可从三方面着手：一是通过明确兜底条文适用解释的同质性、厘清列举条款适用对象的指向性以及凸显宣示条款适用功能的区分性，明晰不同规范适用的具体定位；二是采取“二元协作评价路径”以厘定类型化条款与一般条款的外部逻辑关系；三是构建起“前置的竞争关系+合法的竞争利益+特定的竞争行为+多元的竞争损害+合理的竞争抗辩”的统一规范要件适用程式。

**关键词：**反不正当竞争法 互联网不正当竞争 类型化条款 一般条款

### 一、引 言

近些年随着互联网领域竞争日趋白热化，各类新型不正当竞争行为层出不穷，基于对旧法一般条款在实践中日渐凸显的不确定性问题的内在省思与深入检讨，尤其是及时回应由此引发的“向一般条款逃逸”现象的普遍关切，<sup>〔1〕</sup>在广泛梳理、归纳与总结既有典型案例基础上，立法者通过2017年《反不正当竞争法》修订之机最终确立了互联网不正当竞争类型化条款（即第12

\* 黄军，青岛大学法学院讲师。

〔1〕 参见陈兵：《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》，载《法学》2019年第7期。

条)。在规范构造层面,除了具有浓厚倡导意味的第1款规定(即宣示条款)以外,现有类型化条款采取了“概括+列举+兜底”的复合体例。

从立法初衷与功能指向维度来看,作为修法中的“形象工程”,互联网不正当竞争类型化条款不仅象征着互联网时代的“标杆条款”,<sup>〔2〕</sup>也在制度供给层面顺应了互联网领域竞争行为的规制需求。在条款颁行前后,学界就此展开了广泛讨论,但更多侧重从法解释学进路对条文构造及其意涵加以考察与剖析。问题在于,书本上的法不等于行动中的法,对法律真正科学的描述一般认为,法律殊非书面上的文字所言——“法律即所作为”。<sup>〔3〕</sup>进一步而言,“虽然法提出的主要是一种规范性要求,但法律之治却必须基于坚实的实证基础之上,否则法律之治的目标就可能会落空”<sup>〔4〕</sup>。依此检视,围绕互联网不正当竞争类型化条款的既有研究成果不仅呈现出明显的同质化取向,<sup>〔5〕</sup>而且针对规范的运行效果也未给予必要且足够的理论关照。鉴于此,本文采取实证化分析进路,通过梳理司法案例具体考察现有类型化条款的适用模式,探究其在实践中面临的突出问题,最终提出相应的改进建议。

## 二、互联网不正当竞争类型化条款司法适用的不同模式

### (一) 独立适用模式

独立适用系指法院主要援引第12条规定作为审理互联网不正当竞争案件的实体裁判依据,不涉及反不正当竞争法其他具体规制条款。其可一分为二:

#### 1. 整体适用

整体适用是法院在个案中对互联网不正当竞争类型化条款未加以具体筛选,而选择一体化适用进路以判定涉案行为是否构成不正当竞争。其包括两种形态:一是直接型整体适用,在“奇虎与搜狗不正当竞争纠纷案”<sup>〔6〕</sup>“聪明狗与淘宝不正当竞争纠纷案”<sup>〔7〕</sup>以及“百度与搜狗不正当竞争纠纷案”<sup>〔8〕</sup>中,法院在明确援引第12条基础上分别对竞争行为正当性作出界定;二是间接型整体适用,在由北京知识产权法院审理的“迪火与三快不正当竞争纠纷案”<sup>〔9〕</sup>中,法院基于条文逻辑关系考量后指出,被诉行为已经违反第12条,对于是否违反第2条规定不再评述,故最终主要依据互联网不正当竞争类型化条款作出了相应判决。

#### 2. 局部适用

局部适用是在具体分解第12条规定内部体系构造基础上,结合个案情形仅援引互联网不正

〔2〕 参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理·分论》,法律出版社2019年版,第528-529页。

〔3〕 参见〔美〕萨默斯:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第107页。

〔4〕 罗豪才、宋功德:《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第67页。

〔5〕 涉及互联网不正当竞争类型化条款的代表性文献主要有: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》,载《知识产权》2017年第9期;孔祥俊:《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》,载《东方法学》2018年第1期;郑友德、王活涛:《新修订反不正当竞争法的顶层设计与实施中的疑难问题探讨》,载《知识产权》2018年第1期;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。

〔6〕 参见北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初14003号民事判决书。

〔7〕 参见北京知识产权法院(2019)京73民终1128号民事判决书。

〔8〕 参见北京市海淀区人民法院(2017)京0108民初7967号民事判决书。

〔9〕 参见北京知识产权法院(2018)京73民初960号民事判决书。

当竞争类型化条款中具有指向性的特定条文。其可一分为三：

一是单独适用第 12 条第 2 款第 2 项。在“百度与乐活不正当竞争纠纷案”<sup>〔10〕</sup>中，法院认为，被告针对原告搜索服务的页面图片宣传屏蔽广告和新闻的功能，并屏蔽了原告的产品服务和付费搜索广告结果，因而认定其违反了第 12 条第 2 款第 2 项。

二是独立适用第 12 条第 2 款第 4 项规定。<sup>〔11〕</sup>例如在“优酷与视客不正当竞争纠纷案”中，法院指出，针对通过视客 App 便可免费完整获取优酷公司的视频播放服务的行为，鉴于其在外形上无法被纳入第 12 条第 2 款前三项所明定的互联网不正当竞争之情形，因而最终认定应由第 12 条第 2 款第 4 项调整。

三是共同适用第 12 条第 1 款与第 2 款第 1 项规定，或者共同适用第 12 条第 1 款与第 2 款第 4 项规定。在“百度与搜狗不正当竞争纠纷案”<sup>〔12〕</sup>中，针对被告通过技术手段导致在其浏览器地址栏中输入原告目标网址或者更改浏览器主页设置或者设置标签页均会跳转为被告导航网址的行为，法院同时援引第 12 条第 1 款与第 2 款第 1 项规定作出了判决。在“优酷与徐州百狐网不正当竞争纠纷案”<sup>〔13〕</sup>“爱奇艺与乐播不正当竞争纠纷案”<sup>〔14〕</sup>“腾讯与微源码不正当竞争纠纷案”<sup>〔15〕</sup>“优酷与锋芒不正当竞争纠纷案”<sup>〔16〕</sup>以及“腾讯与湛洪涛等不正当竞争纠纷案”<sup>〔17〕</sup>中，法院认定涉案竞争行为构成第 12 条第 2 款第 4 项之情形，且在裁判依据中一并提及第 12 条第 1 款与第 2 款第 4 项。此种模式中，法院虽述及第 12 条第 1 款，但真正发挥实质性调整作用的仍为列举条款。

## （二）二元并存适用模式

二元并存适用是法院既援引了互联网不正当竞争类型化条款，也适用了反不正当竞争法或者其他法律中的实体规制条款作为共同的审理依据。其大致涉及如下情形：

### 1. 与一般条款的共同适用

一是形式意义上的共同适用，即法院在界定涉案竞争行为正当性时优先参照具体条款，但最终仍于裁判依据中同步列明第 2 条与第 12 条。此种情形下，判定涉案行为是否构成不正当竞争时，发挥独立评价作用的规范依据为第 12 条，第 2 条仅居于辅助性地位。详细而言，前述“辅助性地位”有如下具体表现：（1）合法权益证成。在“优酷与百度不正当竞争纠纷案”<sup>〔18〕</sup>中，法院结合对第 2 条的意涵阐释与个案事实的综合衡量，认可原告享有反不正当竞争法保护之利

〔10〕 参见北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初 38881 号民事判决书。

〔11〕 相关案例参见北京知识产权法院（2020）京 73 民终 49 号民事判决书；北京市海淀区人民法院（2019）京 0108 民初 34763 号民事判决书；北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初 2065 号民事判决书；北京市海淀区人民法院（2019）京 0108 民初 51116 号民事判决书；广东省广州市天河区人民法院（2019）粤 0106 民初 40045 号民事判决书；北京知识产权法院（2020）京 73 民终 1556 号民事判决书；上海市徐汇区人民法院（2018）沪 0104 民初 243 号民事判决书；北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 民初 36596 号民事判决书；北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 民初 24512 号民事判决书；江苏省高级人民法院（2019）苏民终 778 号民事判决书。

〔12〕 参见北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初 42023 号民事判决书。

〔13〕 参见北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 民初 54830 号民事判决书。

〔14〕 参见北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初 48523 号民事判决书。

〔15〕 参见广东省深圳市中级人民法院（2017）粤 03 民初 773 号民事判决书。

〔16〕 参见北京市海淀区人民法院（2019）京 0108 民初 28000 号民事判决书。

〔17〕 参见上海市浦东新区人民法院（2019）沪 0115 民初 73840 号民事判决书。

〔18〕 参见北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 民初 57274 号民事判决书。

益。(2) 竞争关系厘定。在“复娱与微梦不正当竞争纠纷案”<sup>〔19〕</sup>中,法院借助对第2条规定的意涵推衍,确认原被告双方存在竞争关系。(3) 规范关系阐明。在“前锦与逸橙不正当竞争纠纷案”<sup>〔20〕</sup>中,法院重申了最高人民法院在“海带配额案”中所确立的独立适用第2条的基本要件,进而释明了一般条款与具体条款之间的相互关系。

二是实质层面上的共同适用,即裁判依据中同时引用了第2条与第12条,且各自发挥了规制效力。其包括如下类型:(1) 针对同一竞争行为,同时适用第2条与第12条评价。<sup>〔21〕</sup>在“腾讯与通路、云电、罗博特等系列不正当竞争纠纷案”中,法院认为,涉案微信群控系统对微信平台争取到的用户注意力和交易机会造成了破坏和损害,明显不符合诚信原则,有违第2条规定;同时法院提到,前述干扰行为也违反了第12条规定。(2) 针对不同行为,分别适用第2条与第12条评价。在“猎豹、金山与二三四五不正当竞争纠纷案”<sup>〔22〕</sup>中,法院指出,被告擅自变更网络用户浏览器主页的行为属于第12条规定的误导、欺骗、强迫用户修改、关闭原告合法提供的网络产品的情形;至于涉案区别对待行为,法院认为,其违背了第2条规定的自愿、平等、公平、诚信的原则,有悖于法律和商业道德。

## 2. 与其他具体条款的共同适用

在“金豪风机与金河风机不正当竞争纠纷案”<sup>〔23〕</sup>中,法院在分析论证与裁判依据部分依次引用了第6条与第12条,但最终因原告举证不足而驳回了其诉讼请求。在“福州神康医院与平潭精神病防治院不正当竞争纠纷案”<sup>〔24〕</sup>中,一审法院指出,被告在搜索引擎上设置与原告名称相关的信息等作为关键词不仅足以误导公众,也妨碍了原告提供的网络服务正常运行,故根据第6条与第12条规定确认其构成两类不正当竞争行为。在“神马与搜狗不正当竞争纠纷案”<sup>〔25〕</sup>中,法院借助第8条与第12条分别针对搜狗的虚假宣传、遮挡浏览器输入法增强栏和设置搜索候选词误导用户进入搜狗搜索的竞争行为作出了否定性评价。

## 3. 与《商标法》条文的共同适用

在“快手与易智侵害商标权纠纷案”<sup>〔26〕</sup>中,法院援引《商标法》第57条第1项、第2项认定被告涉案软件使用与涉案商标相同或近似的标识,侵害了原告享有的注册商标专用权;针对被告在原告经营的App中强制进行目标跳转的行为,法院结合《反不正当竞争法》第12条第2款第1项规定判定其构成不正当竞争。

## 4. 与《著作权法》条文的共同适用

在“腾讯与点云侵害作品信息网络传播权系列纠纷案”<sup>〔27〕</sup>中,法院认为,点云公司未经授

〔19〕 参见北京知识产权法院(2019)京73民终2799号民事判决书。

〔20〕 参见上海知识产权法院(2019)沪73民终263号民事判决书。

〔21〕 相关案例参见杭州铁路运输法院(2019)浙8601民初1661号民事判决书;重庆市第五中级人民法院(2019)渝05民初3618号民事判决书;天津市第一中级人民法院(2019)津01民初1319号民事判决书;浙江省高级人民法院(2020)浙民终330号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民初1911号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民初1912号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民初1913号民事判决书。

〔22〕 参见上海知识产权法院(2019)沪73民终241号民事判决书。

〔23〕 参见山东省沂源县人民法院(2020)鲁0323民初473号民事判决书。

〔24〕 参见福建省高级人民法院(2020)闽民终554号民事判决书。

〔25〕 参见北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初16044号民事判决书。

〔26〕 参见北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初68074号民事判决书。

〔27〕 参见杭州互联网法院(2020)浙0192民初1329号民事判决书;杭州互联网法院(2020)浙0192民初1330号民事判决书。

权将涉案游戏置于其云服务器中供公众在移动端、web 端以及 PC 端使用“菜鸡”云游戏平台获得其提供的涉案游戏之行为，违反了《著作权法》第 48 条第 1 项规定，侵害了原告享有的信息网络传播权；并进一步判定点云公司限制涉案游戏外部链接跳转功能已妨碍、破坏了原告合法提供的涉案游戏正常运行，违反《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第 4 项规定。

#### 5. 与《合同法》条文的共同适用

在“爱奇艺与龙境不正当竞争纠纷案”<sup>〔28〕</sup>中，法院指出，涉案分时出租 VIP 账号行为有违原被告双方关于 VIP 账号使用权限的约定，且双方约定未违反《合同法》关于格式条款无效之规定，因而该行为不具有正当性；针对被告通过技术手段对涉案爱奇艺 APP 部分功能加以限制的行为，法院认定其违反了《反不正当竞争法》第 12 条规定，并进一步提到，在已适用具体条款情形下，不再支持原告关于同时适用该法第 2 条进行调整的主张。

#### （三）三元混合适用模式

此处的三元混合适用，系指法院在实践中援引了涵括《反不正当竞争法》中的互联网不正当竞争类型化条款在内的三类规制条文作为实质性裁判依据之情形。

##### 1. 与一般条款、误导性宣传规制条款的共同适用

在“腾讯与微时空不正当竞争纠纷案”<sup>〔29〕</sup>中，其裁判依据主要涉及《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款与第 3 款、第 8 条第 2 款、第 12 条第 1 款与第 2 款第 4 项。析言之，法院通过援引第 2 条中有关经营者的规定，指出涉案原被告之间面临着直接的竞争利益冲突，故认定其构成反不正当竞争法意义上的竞争关系；在具体引述第 8 条第 2 款条文前提下，法院基于案件事实判定被告为他人提供微信软件刷量服务行为符合“帮助他人虚假宣传”的行为构成；同时，法院认为，前述有偿刷量服务行为属于第 12 条第 2 款所规制的“妨碍、破坏网络产品或者服务正常运行”的不正当竞争行为。

##### 2. 与一般条款、商业秘密规制条款的共同适用

在由杭州市中级人民法院审理的“迪火与三快不正当竞争纠纷案”<sup>〔30〕</sup>中，最终判决的规则指引主要涉及《反不正当竞争法》第 2 条、第 9 条以及第 12 条。首先，法院基于迪火公司的涉案命名规则不符合商业秘密构成中的秘密性要求，未支持有关被告违反第 9 条的侵权指控；其次，针对原告主张被告实施具有“控制/干扰/中断”原告系统的行为，法院经过分析后认定，其不违反第 12 条；最后，法院认定被告行为未有违反诚实信用原则或公认的商业道德，不损害反不正当竞争法所保护的法益，并不违反第 2 条规定。

##### 3. 与一般条款、商业诋毁规制条款的共同适用

在“金山与二三四五不正当竞争纠纷案”<sup>〔31〕</sup>中，法院采用的裁判依据主要包括第 2 条第 1 款与第 2 款、第 11 条、第 12 条第 2 款第 2 项。首先，法院认定，被告的涉案行为属利用技术手段，通过影响用户选择，误导、欺骗用户修改、关闭其他经营者合法提供的网络产品或者服务，

〔28〕 参见北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初 37522 号民事判决书。

〔29〕 参见广东省深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民初 594 号民事判决书。

〔30〕 参见浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙 01 民初 3166 号民事判决书。

〔31〕 参见上海市浦东新区人民法院（2018）沪 0115 民初 62506 号民事判决书。



构成不正当竞争；其次，法院指出，被告在弹窗中对原告的涉案描述行为构成商业诋毁；最后，法院认为，被告实施的区别对待行为有违诚实信用原则与平等竞争原则，与商业道德背道而驰，扰乱了市场竞争秩序，损害了原告的合法权益，构成不正当竞争。

### 三、互联网不正当竞争类型化条款司法适用中存在的问题

#### （一）规范适用结构面临“泛化”与“虚化”困境

##### 1. 兜底条文的泛化适用

泛化适用系指法院依据互联网不正当竞争类型化条款中的兜底条文来处理相关案件时，因缺乏对现有规范构成要件的清晰厘定与合理限缩，导致出现不当的扩展适用甚至明显的滥用情形。究其缘由，发生泛化适用与兜底条文所固有的不确定性密切相关。在互联网领域竞争形态日新月异背景下，竞争行为无可避免会呈现变异性与多样性，仅借助具有鲜明阶段性与指向性的列举条文无法实现对不正当竞争行为的周延规制，此时引入具有概括性与可解释性的兜底性规定殊为必要。问题在于，既有兜底条文的文本表述显得过于宽泛，规范内涵与外延具有高度不确定性。其主要体现为：如何理解其中的“正常”运行，是采用技术标准，还是法律标准；如何确定认定主体，以及举证责任；何谓作为对立的不正常、失常或者异常情形；等等。<sup>〔32〕</sup>由此导致的后果是，依据互联网不正当竞争类型化条款来评价互联网竞争行为时，兜底条文很可能负担“不可承受之重”，甚至可能将正当竞争行为贴上不正当竞争“标签”。<sup>〔33〕</sup>结合司法实践层面而言，此种泛化适用现象得到了不同维度的具体体现。

从形式上来看，此种泛化最为直观地反映为作为审理依据的兜底条文在相关案件中呈现出的居高不下的引用比重。这某种程度上也反映出法院在处理此类纠纷时存在明显的路径依赖。就实质层面而言，泛化适用突出表现为法院未能科学且准确地把握规范的核心要义，在适用兜底条文时采取过于宽松的解释态度，试图“一兜了之”，使得该类型化条款的规制效力出现不合理的溢出效应，逾越应有的调整界限。在备受关注的视频广告屏蔽领域，尽管学界围绕该行为的法律属性界定存有“不正当性说”<sup>〔34〕</sup>“正当性说”<sup>〔35〕</sup>与“折中说”<sup>〔36〕</sup>等观点，但新法颁行后不少法院在审理相关案件时开始纷纷由一般条款转向适用互联网不正当竞争类型化条款中的兜底条文，进而认定其构成不正当竞争。前述“优酷与视客不正当竞争纠纷案”便为具例。在法理意义上，“法律规则可适用于某一案件事实，意味着该案件事实能够归属于该法律规则构成要件所指陈的事实类型”<sup>〔37〕</sup>。依此审视既有裁判，一个被忽略的基础性问题在于：视频广告屏蔽行为虽在外观

〔32〕 参见前引〔5〕，郑友德、王活涛文。

〔33〕 参见张占江：《论反不正当竞争法的谦抑性》，载《法学》2019年第3期。

〔34〕 参见宋亚辉：《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。

〔35〕 参见王迁：《论规制视频广告屏蔽行为的正当性——与“接触控制措施”的版权法保护相类比》，载《华东政法大学学报》2020年第3期。

〔36〕 参见周樾平：《竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准——兼评“非公益必要不干扰原则”》，载《法学》2015年第5期。

〔37〕 黄泽敏：《法律漏洞填补的司法论证》，载《法学研究》2020年第6期，第64页。

上初步契合了“其他妨碍、破坏”竞争行为的基本构成，但从体系解释维度而言，由于现有类型化条款中与之最为近似的干扰行为（即误导、欺骗、强迫类）须以违背用户意愿作为前置限定，其与视频广告屏蔽行为顺应用户需求之间迥然有别，如此一来，屏蔽行为便不应被直接纳入互联网不正当竞争类型化条款中兜底条文的规制框架之中。<sup>〔38〕</sup>通过以上简要分析，兜底条文在具体实践中的泛化适用情形可见一斑。

## 2. 其他规则的虚化适用

虚化适用是指互联网不正当竞争类型化条款中兜底条文以外的其他规范在个案中无法发挥出实质意义上的法律拘束力，处于虚化运行状态。其主要包括如下两种情形：

一是宣示条款徒具象征意义。在现有判决文书中，虽有部分案件的裁判依据直接述及这一条文，但往往仅是作为一项套路式的附带表述。以前述“腾讯与微时空不正当竞争纠纷案”为例，在认定涉案行为正当性时，法院分别援引第2条、第8条第2款以及第12条第2款，第12条第1款仅是突兀地出现在最终裁判依据之中，该规则适用背后的内在逻辑与理据基础并未得到必要阐释。这样一来，第12条第1款实则陷入“可有可无”的尴尬境地。

二是列举条款面临规制乏力困境。尽管互联网不正当竞争类型化条款中列举条款是立法者通过典型案例归纳，进而抽象与提炼出互联网新型不正当竞争共性行为要素的产物，但缺陷在于，现有规定的行为构成过于具化，而个案情形却十分复杂，仅具一时情景性的具体规则显然难以达致应有的普适性，这势必对其法律适用造成不小的困扰。<sup>〔39〕</sup>

## （二）规范适用逻辑关系呈现明显对立性

### 1. 规范内部适用的形式逻辑矛盾

规范内部适用的形式逻辑矛盾是指不同法院根据互联网不正当竞争类型化条款来认定同一涉案互联网竞争行为时得出不同的法律结论，即“同案不同判”。这可借助前述由两地法院审理的“迪火与三快不正当竞争纠纷案”的相反判决得到直接例证。杭州市中级人民法院指出，三快公司没有主动、强行在二维火收银系统中插入链接，仅是向用户提供了选项，由用户自行进行选择，无证据表明在安装或运行过程中存在“误导、欺骗、强迫”用户的行为，最终认定不构成《反不正当竞争法》第12条规定的不正当竞争行为。与之相反，北京知识产权法院则认为，涉案行为违反了第12条第2款第1项与第4项规定。显然，前述做法不符合法律规范适用应当遵循的一致性规则，也有违用于衡量司法公正的“同案同判”原则。<sup>〔40〕</sup>

### 2. 规范外部适用的形式逻辑矛盾

规范外部适用形式逻辑矛盾是指法院援引互联网不正当竞争类型化条款（主要指向兜底条款）审理案件时，围绕涉案竞争行为是否需要同时引入一般条款的评价机制及其具体作用发挥程度方面存有不小分歧。其具体体现为三种不同意见：

一是单一评价路径，即仅依据互联网不正当竞争类型化条款来判定涉案互联网竞争行为的正当性，排除一般条款具有的调整空间。以“爱奇艺与龙境不正当竞争纠纷案”为例，法院指出，鉴于

〔38〕 参见前引〔5〕，蒋舸文。

〔39〕 参见刘维：《论软件干扰行为的竞争法规制——基于裁判模式的观察》，载《法商研究》2018年第4期。

〔40〕 参见孙海波：《“同案同判”：并非虚构的法治神话》，载《法学家》2019年第5期。

被诉行为已适用《反不正当竞争法》第12条,对于同时适用该法第2条进行调整的主张不再支持。

二是二元协作评价路径,即在适用互联网不正当竞争类型化条款来评价涉案竞争正当性情形时,主张引入一般条款加以共同认定。例如,在“腾讯与点云侵害作品信息网络传播权系列纠纷案”中,法院指出,在适用《反不正当竞争法》第12条第2款第4项时要结合该法一般条款的构成元素和判断范式进行具体认定。

三是二元独立评价路径,即判断涉案互联网竞争行为正当性时,主张独立运用互联网不正当竞争类型化条款与一般条款进行双重评价。例如,在“腾讯与硕文不正当竞争纠纷案”中,法院指出,被告研发并提供具有屏蔽(拦截)视频及贴片广告的涉案软件行为违反了诚实信用原则和公认的商业道德,属于《反不正当竞争法》第2条及第12条规定的的不正当竞争行为。

### (三) 规范适用构成要件解析缺乏一致性

当前不同法院针对互联网不正当竞争类型化条款的规范适用构成要件缺乏相对一致的标准。其主要有如下不同主张:

#### 1. 二要件构造说

法院将互联网不正当竞争类型化条款的适用构成区分为两大部分的观点具体如下:(1)“技术手段”+“妨碍行为”。在“快乐阳光与搜狗不正当竞争纠纷案”中,法院指出,《反不正当竞争法》第12条第2款规定的适用要件包括:利用技术手段实施行为;妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务的正常运行。(2)“妨碍行为”+“主观故意”。在“优酷与千影不正当竞争纠纷案”中,一审法院认为,被诉行为客观上破坏了原告合法提供的网络服务,且主观具有恶意,构成《反不正当竞争法》第12条第2款第4项规定的不正当竞争。(3)“客观行为”+“损害后果”。在“腾讯与数推不正当竞争纠纷案”中,法院指出,被诉行为是否违反《反不正当竞争法》第12条规定可从两方面分析:是否符合该条规定的的不正当竞争行为特征;是否损害社会公共利益,损害互联网经营者、用户和消费者的合法权益。(4)“权益受保护性”+“行为不正当性”。在“爱奇艺与龙境不正当竞争纠纷案”中,一审法院认为,判断被诉行为是否构成《反不正当竞争法》第12条规定的的不正当竞争主要涉及两方面:原告是否享有受反不正当竞争法调整的权益;被诉行为是否属于网络环境下的不当行为。

#### 2. 三要件构造说

该观点将互联网不正当竞争类型化条款的适用构成分解为三项要件,具体解读如下:(1)“技术手段”+“妨碍结果”+“违反诚信原则与商业道德”。在“爱奇艺、众源与千影不正当竞争纠纷案”中,一审法院指出,适用《反不正当竞争法》第12条第2款第4项规定应满足如下条件:使用技术手段影响用户选择或直接替代用户选择;导致其他经营者合法提供的网络产品或服务不能正常运行;有违自愿、平等、公平、诚实信用的原则与公认的商业道德。(2)“经营行为的合法性与正当性”+“技术手段”+“妨碍后果”。在“优酷与百度不正当竞争纠纷案”“优酷与乐播不正当竞争纠纷案”以及“优酷与视客不正当竞争纠纷案”中,法院适用《反不正当竞争法》第12条第2款规定认定涉案竞争行为正当性时,均将其细化为:原告提供的网络服务正当、合法;被诉行为利用技术手段实现;妨碍、破坏了原告网络服务的正常运行。(3)“竞争关系”+“主观过错”+“损害后果”。在“追风与京东不正当竞争纠纷案”中,二审法院阐明了《反不正当



竞争法》第12条第1款的三个适用要件：存在竞争关系；具有主观故意；造成损害后果。

### 3. 四要件构造说

该观点认为互联网不正当竞争类型化条款的适用构成牵涉四项要素，主要表述如下：（1）“经营者合法权益受损”+“损害消费者利益”+“行为不当性”+“市场秩序损害”。在“腾讯关于微信群控系统与通路、云电、罗博特等系列不正当竞争纠纷案”中，法院认为，适用《反不正当竞争法》第12条第2款第4项规定需从四个方面进行分析：其他经营者合法权益受损；采用技术手段损害了消费者利益；违反诚信原则和公认的商业道德；破坏了互联网环境中公平竞争的市场经济秩序。（2）“竞争关系”+“技术手段”+“主观过错”+“行为不正当性”。在“腾讯与点云侵害作品信息网络传播权系列纠纷案”中，法院在论证原被告存有竞争关系（基于业务与用户的交叉重合标准）基础上，进一步阐述了《反不正当竞争法案》第12条第2款第4项规定的适用要件：在技术角度，妨碍、破坏行为针对权利人本身；存在主观过错；涉案竞争行为具有不正当性和可责性。（3）“合法权益”+“主观过错”+“妨碍行为”+“损害后果”。在“猎豹、金山与二三四五不正当竞争纠纷案”中，法院认为《反不正当竞争法》第12条第2款第2项规定的适用要件包括：原告经营产品具有合法性；利用技术手段的故意性；实施了相关妨碍行为；影响了原告提供的合法网络产品。（4）“竞争关系”+“技术手段”+“妨碍行为”+“损害后果”。在“腾讯与微时空不正当竞争纠纷案”中，法院适用《反不正当竞争法》第12条第2款规定时着重考量了如下因素：界定竞争关系（采纳竞争利益冲突标准）；使用技术手段；实施妨碍行为；造成损害后果（包括扰乱市场竞争秩序与损害原告合法权益）。

### 4. 五要件构造说

该说主张互联网不正当竞争类型化条款的适用涉及“竞争关系”“技术手段”“主观过错”“行为可责性”以及“损害后果”五要件。在“爱奇艺与龙境不正当竞争纠纷案”中，二审法院认为，判断涉案行为是否构成不正当竞争，需要分析如下五项因素：是否存在竞争关系（主张在新经济模式下可从双方具体经营行为、最终利益存在竞争关系维度加以广义界定）；采取技术手段；主观过错；行为具有可责性；不当夺取交易机会或损害其他经营者合法利益。

综上所述，法院在个案中针对互联网不正当竞争类型化条款适用构成要件的解析虽有重叠之处，但也呈现出各自的内容侧重与表述差异，缺乏一致性。在此情形下，前述规范适用要件标准的不统一性不仅会引致不正当竞争认定标准的不确定性，也会不同程度地影响其规范指引功能的有效发挥。<sup>〔41〕</sup>

## 四、互联网不正当竞争类型化条款司法适用的改进路径

### （一）明晰不同规范适用的具体定位

#### 1. 明确兜底条文适用解释的同质性

适用解释的同质性，意在要求法院在审理互联网不正当竞争纠纷时应当通过引入与依循规范

〔41〕 参见黄武双、谭宇航：《不正当竞争判断标准研究》，载《知识产权》2020年第10期。

解释层面的同质性规则,实现对具有高度不确定性的兜底条文的适度限制。所谓“同质性解释”,也称“相同类别解释规则”,是“在用特别的词描述一个种类或类别的人或事之后,如果紧接着使用了总括性的词,则该总括性语词只限于与特定的词所表达的同类的人或事”<sup>[42]</sup>。有此主张主要基于如下考量:首先,法律规范文本离不开相应的语境,探求兜底条文的具体意涵不应忽视对现有互联网不正当竞争类型化条款的规范语境进行分析,以尽可能达致对相关规范的语义还原与澄清<sup>[43]</sup>。其次,为了避免对互联网不正当竞争类型化条款的理解出现分歧甚至自相矛盾的局面,有必要运用体系性解释方法,即“先查清在若干法规范有意义的结合中清晰显现出来的类型的‘主导形象’,然后由此出发来解释个别规范”<sup>[44]</sup>。最后,囿于例示规定所能提供信息的有限性,兜底条款的明晰化往往有赖于立法意旨的具体化。<sup>[45]</sup>就互联网不正当竞争类型化条款中的兜底条款而言,其形式上的生成机理虽可归结于弥补列举立法体例难以穷举的固有缺陷,但理解实质意涵则需要借助对规范整体中其他规则的目的揭示来综合把握。

进一步而言,兜底条文适用解释同质性主要涵括两方面内容:一是基于列举条款的同质性解释规则,即在考察现有列举条款中的不正当竞争类型表现后,若认定涉案互联网竞争行为能够彰显前述相关类型的“意义联结”,便可初步将之视为兜底条文的调整对象;反之,便应将之排除在兜底条文的调整范域之外。<sup>[46]</sup>二是基于概括条款的同质性解释,即借助现有概括条款所提供的有关互联网不正当竞争行为定义中的“共通性构成”以指导兜底条文的适用解释。当然,前述两项同质性解释规则之间是相互联系、相辅相成的。析言之,根据列举条款的同质性解释规则来判断涉案情形是否属于兜底条款调整时,应以契合概括条款的本质意涵作为基本出发点与根本落脚点;在按照概括条款的同质性解释规则来界定个案是否适用兜底条款时,列举条款所具有的类型特质无疑可对其提供重要的认知指引。

## 2. 厘清列举条款适用对象的指向性

针对前述“列举条款规制乏力”问题,当前紧迫的任务是在正视既有规范不足基础上借助解释论路径阐明各项类型化规则意涵的具体指向,激活其规制效力。

针对规制插入链接与强制进行目标跳转行为的第12条第2款第1项规定,其明晰重点在于“意愿违背”与“行为表现”。就前者而言,现有规定针对“意愿违背”仅明确“未经其他经营者同意”,而缺少消费者意愿考量,这无疑有待商榷。设想某一跳转行为虽未经其他经营者同意,但顺应了用户的普遍意愿,此时将其认定为不正当竞争明显与互联网时代消费者所享有的主体性地位不符。<sup>[47]</sup>较为科学的解释应当是要求同时违背经营者与消费者的意愿。对此,2022年颁布的《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》第21条第1款作出了明确规定。<sup>[48]</sup>就后者而言,现有条文也未明确界定“插入链接”与“强制进行目标跳

[42] [英] 约翰·格雷:《法律人拉丁语手册(双语版)》,张利宾译,法律出版社2009年版,第58页。

[43] 参见刘继峰:《反不正当竞争法中“一定影响”的语义澄清与意义验证》,载《中国法学》2020年第4期。

[44] [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第587页。

[45] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,第191页。

[46] 参见李军:《兜底条款中同质性解释规则的适用困境与目的解释之补足》,载《环球法律评论》2019年第4期。

[47] 参见李海舰等:《互联网思维与传统企业再造》,载《中国工业经济》2014年第10期。

[48] 该解释第21条第1款规定:“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’。”

转”的逻辑关系，即究竟两者是并列关系，还是递进关系，抑或是重叠关系。在本文看来，结合司法实践采取相对灵活的解释策略可能更契合立法本意。

针对规制误导欺骗与强迫类行为的第12条第2款第2项规定，其解释重点在于“行为方式”与“侵害对象”。就前者而言，现有条款要求相关主体实施有关“误导、欺骗、强迫”行为。三者既可以构成独立关系，也可以形成交叉关系。在实质意涵方面，判定“误导”的关键在于“是否如实反映商品或服务的客观情况，是否造成用户的误解并产生不适当的联想”；“欺骗”则强调对用户采取了虚构事实、隐瞒真相的做法；“强迫”意在揭示通过“野蛮行为”直接侵害消费者的选择自由与决定自由。<sup>〔49〕</sup>就后者而言，修改、关闭、卸载他人提供的网络产品或者服务，其隐含的前提是用户已经安装相关产品或者接受相关服务，因而该条文所规定的行为侵害对象应仅限于已经获得的网络产品或服务。

针对规制恶意不兼容行为的第12条第2款第3项规定，除了需界定主观意味浓重的“恶意”以外，该条文与《反垄断法》相关条款的关系协调问题亦亟厘清。理论而言，恶意不兼容行为既可能构成滥用市场支配地位行为或者垄断协议行为，也可能构成互联网不正当竞争行为，因而针对该行为的规制可能适用反垄断法，也可能适用反不正当竞争法。这就意味着，当涉案不兼容行为经初步形式判定落入反垄断法的适用范围时，便应由反垄断法进行规制，而非由反不正当竞争法调整。<sup>〔50〕</sup>概言之，互联网不正当竞争类型化条款所禁止的不兼容行为指向的是垄断行为以外的行为。

### 3. 凸显宣示条款适用功能的区分性

凸显宣示条款适用功能的区分性旨在充分发挥该条款之于互联网不正当竞争行为所具有的分流规制作用，即互联网不正当竞争类型化条款“仅规定互联网领域的特殊行为，传统不正当竞争行为在互联网领域的延伸部分，适用相应的条款调整”<sup>〔51〕</sup>。事实上，此举也有利于及时纠正实践中出现的不当援引互联网不正当竞争类型化条款来处理传统不正当竞争行为的错误做法。例如，在“福州神康医院与平潭精神病防治院不正当竞争纠纷案”中，尽管该案发生于互联网领域，带有互联网因素，但涉案行为（使用他人企业名称作为关键词进行的网络宣传推广行为）本质上与传统的商业混淆行为并无二致。此时，不能仅凭借助互联网平台实施争议行为所依托的实施环境、发布媒体等背景差异选择转向互联网不正当竞争类型化条款的规制路径。<sup>〔52〕</sup>

#### （二）厘定类型化条款与一般条款的逻辑关系

厘清类型化条款与一般条款之逻辑关系，旨在化解互联网不正当竞争类型化条款适用中出现的规范外部适用的形式逻辑矛盾。本文主张，今后法院在处理互联网不正当竞争类型化条款与一般条款关系时应当采取“二元协作评价路径”，理由在于：一方面，将一般条款与具体条款结合加以适用的做法不仅能够满足人们对于法秩序的确定性需求，也能使法院在未来实践中创制相应的具体规则，确保法律规范具有足够的生命力。<sup>〔53〕</sup>另一方面，这是有效克服互联网不正当竞争

〔49〕 参见谢兰芳：《论互联网不正当竞争中消费者利益的保护》，载《知识产权》2015年第11期。

〔50〕 参见前引〔5〕，蒋舸文。

〔51〕 前引〔2〕，孔祥俊书，第531页。

〔52〕 参见曹丽萍、张璇：《网络不正当竞争纠纷相关问题研究——〈反不正当竞争法〉类型化条款与一般条款适用难点探析》，载《法律适用》2017年第1期。

〔53〕 参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第43页。

类型化条款逻辑缺陷及其解释难题的必然选择。其中现有类型化条款的逻辑缺陷主要体现为规范设置的“非互斥性”与“非周延性”。前者表征的是列举条款所涉的互联网不正当竞争行为类型之间构成交叉重叠关系，而非应然层面的互斥关系，故可能导致同一行为被不同列举条款所共同涵括；后者是指列举条款针对互联网不正当竞争行为的类型归纳有限，无法有效覆盖其他典型的不正当竞争行为形态，诸如“不当抓取他人数据行为”。〔54〕 现有类型化条款的解释困境源于规则本身具有的抽象性与模糊性，这不仅体现在规范构造方面，也反映在具体条文较为含糊的概念表述之中。〔55〕 前述类型化条款中的逻辑缺陷与解释难题不仅会极大降低规则在实践中的适用性与操作性，也会诱发相关互联网不正当竞争案件变成“临界案件”〔56〕 甚至“疑难案件”〔57〕 之风险。在此背景下，通过引入更具涵括性与本质性的一般条款的综合分析，将成为处理此类不正当竞争纠纷的合理选择。

在个案中，根据具体规范选取的不同，此种“二元协作评价路径”实际上将包括“弱二元协作评价”与“强二元协作评价”两种形式。析言之，当对涉案互联网竞争行为表现进行考察后，初步得出结论其应当援引的裁判依据为互联网不正当竞争类型化条款中的列举条款，但由于缺乏对相关规范适用构成要素的清晰界定，为了避免法律适用过程中可能出现的滥用与误用等异化情形，法院虽有必要结合一般条款对涉案行为加以共同评价，但鉴于列举条款所描述的行为类型指向相对明确，故一般条款的引入更多是检验类型化条款的具体适用是否有违其所确立的正当性判定的基本标准。不难看出，此种“弱二元协作评价”得以采纳应当符合如下前提限定：一是个案情形在外观上符合列举条款所规定的行为特征，需纳入列举条款的规制范围；二是法院就涉案情形适用列举条款时对相关规范构成适用要素存疑。而在行为评价的具体作用方面，一般条款所发挥的主要是一种相对较弱的辅助论证功能。相较而言，当法院认定涉案事实可落入互联网不正当竞争类型化条款中的兜底条文时，囿于该规定针对不正当竞争行为的构成要件并不完整，此时便有必要结合一般条款来对涉案行为的法律属性进行界定。采取“强二元协作评价”的原因主要在于个案中所援用的规则指向兜底条文，但其无法提供有效的不正当竞争认定标准。而在评价作用定位层面，一般条款的引入将会在实质层面发挥出较为独立的补充评价效力。

### （三）构建统一的规范要件适用程式

为了避免互联网不正当竞争类型化条款适用中出现前述的内部形式逻辑矛盾，殊有必要构建一套一致性的规范适用程式，以实现互联网不正当竞争认定标准与裁判结果的双重统一。

#### 1. 前置的竞争关系

“前置的竞争关系”旨在肯定竞争关系之于互联网不正当竞争认定所具有的前提限定价值。在个案中，法院应当坚持审查是否存在竞争关系，将其作为适用互联网不正当竞争类型化条款的

〔54〕 相关典型案例可参见由北京市海淀区人民法院审理的“抖音诉刷宝不正当竞争纠纷案”与“新浪微博诉超级星饭团不正当竞争纠纷案”。

〔55〕 参见黄军：《视频网站商业模式竞争法保护的反思与完善》，载《时代法学》2019年第3期。

〔56〕 “临界案件”是就某一案件是否可被纳入相关法律条文的涵摄范围存在争议。参见杨仁寿：《法学方法论》（第二版），中国政法大学出版社2013年版，第113页。

〔57〕 疑难案件是指在法律的理解与适用方面存在争议的案件。参见孙海波：《不存在疑难案件？》，载《法制与社会发展》2017年第4期。



先决条件。当经过初步分析后判定原被告双方有竞争关系时，不正当竞争认定便进入下一环节；反之，则随即终止。理据在于：首先，不正当竞争行为的本质为竞争行为，而竞争行为是一种相对性行为，即行为发生于竞争对手之间，这就意味着不正当竞争只能存在于竞争者之间。<sup>〔58〕</sup> 互联网不正当竞争行为无出其外。其次，基于互联网经济对传统竞争模式的颠覆进而否定竞争关系之于行为正当性的前提要件意义，是对竞争关系相对性的误读。尽管泛诸互联网领域的跨界竞争不同于以往传统行业的直接竞争，但从根本上看，其竞争的目的仍在于努力获得另一个人同时也在努力获得的东西，<sup>〔59〕</sup> 这一过程并未脱离基本的竞争关系框架。最后，梳理域外同类立法安排与司法实践后不难发现，主要国家（德国与美国）在规范经营者之间的竞争秩序时，通常也未放弃考察竞争关系因素。<sup>〔60〕</sup> 当然，在理解互联网领域的竞争关系时，有必要结合这一领域的行业分工日趋细化、业务交叉重合逐渐盛行的既有现实，采取相对宽泛的阐释。

## 2. 合法的竞争利益

一方面，《反不正当竞争法》第12条将互联网不正当竞争行为的侵害客体规定为“其他经营者合法提供的网络产品或者服务”，实则已经蕴含立法者对于“合法的竞争利益要素”的明确要求；另一方面，法院运用互联网不正当竞争类型化条款来处理此类纠纷时，往往也会重视对原告合法竞争利益的具体分析。

当然在个案中分析合法竞争利益要素时，应当避免陷入如下误区：一是泛化合法竞争利益。原告享有的合法竞争利益是有具体指向的，且可被直接证实，不能将整个互联网行业所集聚或者形成的共有利益直接归于个体的竞争利益。例如，将存在于互联网视频领域“免费+广告”商业模式所产生的竞争利益等同于特定经营者享有的竞争利益便有待斟酌。二是固化合法竞争利益。竞争机制是一种优胜劣汰的效能竞争机制，竞争者应当依靠优质优价的产品或者服务（即经营活动业绩与优势）开展有效竞争。<sup>〔61〕</sup> 当互联网领域出现新的竞争业态并逐渐取代旧竞争业态时，新的竞争利益势必会对既有的竞争利益构成根本威胁与挑战，基于前述效能竞争理论考量，此时便不应继续坚持对原有竞争利益的固化保护，而应强调竞争利益的动态性与可更迭性。

## 3. 特定的竞争行为

在现有规范框架下，法院适用互联网不正当竞争类型化条款来判断涉案竞争行为正当性时，需要立足于如下几个方面进行体系化考量。

一是行为手段的技术性，即互联网不正当竞争是“利用技术手段”实施的。在个案中判定是否使用技术手段方面，除了技术特征较为明显的情形以外，本文认为，对于疑难复杂案件可采取“反向推定+举证否定”的分析方法，即原告或者法院基于相关互联网专业人士的分析意见得出“非由技术手段而无法实现”判断时，除非被告通过举证证明未采用技术手段，否则应当作出肯定式结论。

二是行为方式的影响性，即互联网不正当竞争必须是通过“影响用户选择或者其他方式”实

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

〔59〕 参见〔英〕哈耶克：《个人主义与经济秩序》，邓正来译，复旦大学出版社2012年版，第106页。

〔60〕 参见前引〔41〕，黄武双、谭宇航文。

〔61〕 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》，载《法商研究》2005年第5期。

现。其中“影响用户选择”含义相对明晰;“其他方式”则主要指向的是“影响经营者经营”。因为就行为指向而言,某一互联网不正当竞争行为不是针对相关用户,便是针对市场上其他经营者的经营活动。<sup>〔62〕</sup>

三是行为表现的多样性。互联网不正当竞争类型化条款将该语境下不正当竞争行为的表现形式概括为“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”,即网络干扰行为。当然由于兜底条文的设置,也就保留了互联网不正当竞争表现形式的其他可能性。

四是行为过错的明显性。依据现有规范文本,互联网不正当竞争类型化条款所涉的不正当竞争行为的主观过错包含故意与一般过失及以上的形态,两者均具有明显性。因为就保护对象而言,互联网不正当竞争类型化条款保护的并非法定权利,而是成熟度较低的利益。这样一来,只有当明显违反相关领域中需要遵守的注意义务、存在明显过错时,方可认定构成不正当竞争,否则便有可能引致市场行为动辄得咎、过度限制自由竞争的消极后果。<sup>〔63〕</sup>

#### 4. 多元的竞争损害

虽然现有类型化条款将互联网不正当竞争的形式损害表述为“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”,但实质的利益受损形式则可从不同维度进行把握。

一是直接意义上的竞争利益受损。在适用互联网不正当竞争类型化条款时,首要的利益衡量在于考察个案中相关经营者的竞争利益受损情形,尤为需要注意以下方面:在损害对象方面,其既有可能是初始的竞争利益损害,也有可能涉及衍生的利益损害。在损害程度方面,其既涵括相对轻微的损害形式——“妨碍”,也牵涉较为严重的损害后果——“破坏”。前者是指互联网不正当竞争虽然导致他人网络产品或者服务造成阻碍,但仍可运行;后者则是导致他人的网络产品或者服务直接陷于瘫痪或者部分功能受损。<sup>〔64〕</sup>在损害发生状态方面,其既包含现实发生的损害,也涉及可能发生的损害。

二是独立意义上的消费者利益受损。随着反不正当竞争法由传统向现代的转变,消费者利益作为不正当竞争认定的一项独立考量因素的重要性日渐凸显。<sup>〔65〕</sup>事实上,“在用户为王、消费者主导市场经济发展风向标的互联网时代,消费者居于市场竞争法的核心,消费者利益一改既有的依附地位,成为反不正当竞争法的直接保护法益”<sup>〔66〕</sup>。结合2022年《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》来看,这样一种转变也得到了直接体现。<sup>〔67〕</sup>就互联网不正当竞争类型化条款的司法适用而言,在根据消费者利益受损情况来认定涉案行为正当性时,其具体的考量内容虽牵涉消费者的知情权、隐私权以及选择权等不同方面,<sup>〔68〕</sup>

〔62〕 事实上,早先的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》与《反不正当竞争法(送审稿)》中,“影响用户选择”与“干扰其他经营者正常经营”也是并列呈现的。

〔63〕 参见王文敏:《反不正当竞争法中过错的地位及适用》,载《法律科学》2021年第2期。

〔64〕 参见焦海涛:《互联网不兼容行为的规制路径选择》,载《财经法学》2020年第5期。

〔65〕 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。

〔66〕 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。

〔67〕 该解释第21条第2款规定:“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。”

〔68〕 参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

但真正具有决定性意义的当属消费者的自由决策利益。因为互联网不正当竞争行为对消费者利益的损害本质上体现为通过扭曲消费者的消费决策进而改变消费取向。<sup>〔69〕</sup>

三是整体意义上的公共利益受损。具体到互联网不正当竞争认定领域，其是指一种不受扭曲的互联网行业的整体竞争秩序。在个案中分析互联网领域的公共利益受损情形时，需要注意如下几个方面：（1）不应简单地将消费者利益与公共利益混同。两者虽有重合，但并不等同，在某些情形下可能存有明显的抵牾。（2）不应简单地将技术进步或者创新直接视作公共利益，而应以技术进步或者创新是否有利于促进与形塑良好的互联网竞争秩序，是否有助于提升社会公众可获得的总体福利作为最终依据。（3）不应片面以道德分析替代经济分析作为认定是否符合公共利益的标准。道德分析标准本身是一种模糊性的标准，<sup>〔70〕</sup>经济分析的适时引入可弥补道德分析的内在不足，确保公共利益受损认定标准的客观性。

#### 5. 合理的竞争抗辩

此处的抗辩事由专指狭义的抗辩事由，即前述适用要件之外的影响互联网不正当竞争行为认定的有关理由。结合现有规范文本以及司法实践来看，其中可能且合理的竞争抗辩事由主要涉及“技术抗辩”。

在互联网不正当竞争司法实践领域，选择确立技术创新作为抗辩事由背后的理据考量主要在于：其一，顺应了鼓励互联网行业发展的现实需要。以网络技术作为基础支撑的互联网行业，无论是早期的诞生，还是当下的广泛普及，技术创新基本上构成了其发展的原动力。其二，契合了互联网市场竞争的内在属性与市场优先调节理念。互联网领域的市场竞争具有突出的创造性破坏属性，即奉行优胜劣汰和适者生存法则的动态竞争。<sup>〔71〕</sup>一项互联网新技术的运用，难免加剧经营者之间的竞争对抗与利益冲突，造成不同程度上的市场竞争损害，此时司法干预机制不应急于替代居于优先地位的市场调节机制，而应保持必要的审慎与克制，做到“市场的归市场”。因此，技术创新抗辩的存在，不仅能够为互联网领域合理的技术竞争预留必要的竞争空间，也可以进一步促进互联网行业的技术创新与发展。

在具体适用互联网不正当竞争类型化条款时，处理技术抗辩事由有必要把握如下内容：（1）注重技术创新的类型辨识。涉案的技术创新究竟是“真创新”还是“伪创新”？是“颠覆式创新”还是“微创新”？针对不同类型的创新，最终的抗辩事由采纳也将具有差异性。（2）强调技术创新的利益衡量，即技术创新抗辩的适用应当以提升社会总体福利作为宗旨。正如最高人民法院在“360 扣扣保镳案”中所指出的，“是否属于互联网精神鼓励的自由竞争和创新，仍然需要以是否有利于建立平等公平的竞争秩序、是否符合消费者的一般利益和社会公共利益为标准来进行判断”<sup>〔72〕</sup>。（3）重视技术创新与技术中立的区分。技术本身固然是中立的，但技术的不当使用却可以蜕变为不正当竞争的实施工具，因而技术中立并不能直接作为抗辩事由；而技术创新虽是立足于技术中立基础之上，但其进一步要求技术运用之于行业竞争、消费者利益以及公共利益的客观

〔69〕 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 17 页。

〔70〕 参见张占江：《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”》，载《中外法学》2019 年第 1 期。

〔71〕 参见孔祥俊：《论反不正当竞争的基本范式》，载《法学家》2018 年第 1 期。

〔72〕 最高人民法院（2013）民三终字第 5 号民事判决书。

积极效果，故而可以成立相应的抗辩事由。

## 五、结 语

当前随着互联网经济开始步入“促进发展与规范管理相统一”的新发展阶段，通过深入推进与改进该领域尤其是新业态反不正当竞争规制，依法构建规范有序的竞争环境，防止资本无序扩张，进而营造开放、健康、安全的网络生态，已然成为完善我国社会主义市场经济体制、推动高质量发展的题中之义与内在要求。在此背景下，如何充分有效发挥作为判定网络领域竞争行为正当性的基础性条文——互联网不正当竞争类型化条款——自身所具有的规范作用，是横亘在理论界与实务界面前的一道难题。针对该规范所展开的具体研究，显然不能仅停留于法解释学维度的理论探讨，而应当重视结合合法实证分析维度的现实考察。就司法实践层面而言，相关研究除了有必要全面梳理互联网不正当竞争类型化条款的适用形态以外，更为关键的在于深入剖析规则在现实运行中所面临的缺陷与弊端，诸如前述的“规范适用结构上面临‘泛化’与‘虚化’困境”“规范适用逻辑关系上呈现明显对立性”“规范适用构成要件解析上缺乏一致性”等，并最终以此为立足点寻求有针对性的改进对策，才能为互联网行业的良性有序发展提供科学合理且行之有效的规范支撑。

---

**Abstract:** The internet unfair competition typed clause conforms to the regulation demand of competitive behavior in the field of internet at the level of institutional supply. There are three judicial operation modes of internet unfair competition typed clause: independent application, dual application and ternary mixed application. In judicial practice, the existing typed clause is faced with the dilemma of “generalization” and “emptiness” in the structure of the application of norms, showing obvious opposition in the logical relationship of the application of norms, and lacking consistency in the analysis of the constituent elements of the application of norms. There are three ways to optimize the judicial application of the internet unfair competition typed clause. The first is to clarify the specific positioning of the application of different norms by clarifying the homogeneity of the application interpretation of the general clause, clarifying the direction of the application objects of the listed clauses and highlighting the distinction of the application functions of the declaration clause. The second is to adopt the “dual collaborative evaluation path” to clarify the external logical relationship between the typed clause and the general clause. The third is to build a unified application program of “pre-competitive relationship + legal competitive interest + specific competitive behavior + multiple competitive damage + reasonable competitive defense”.

**Key Words:** anti-unfair competition law, internet unfair competition, typed clause, general clause

---

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)