

新反不正当竞争法司法解释的要点与启示

作者：杨迅 | 杨蕾

2022 年 3 月 17 日，最高人民法院颁布了《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》(以下简称《新反法解释》)，该解释将已于 2022 年 3 月 20 日起施行。《新反法解释》共 29 条，其基于 2019 年修订后的《反不正当竞争法》(以下简称《反法》)，重点细化了反不正当竞争法第二条关于《反法》的适用、商业混淆、虚假宣传、网络不正当竞争等行为认定规则。《新反法解释》并未解释《反法》第九条的侵犯商业秘密行为，关于侵犯商业秘密的不正当行为在 2020 年的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》得以阐释。

本文将结合过往的典型案列，试图解析《新反法解释》的主要规定及其启示。

一. 《反法》第二条的适用

多元化的市场行为及迅猛发展的互联网行业使得市场竞争呈现出多样性和灵活性。当市场主体无法依据著作权法等知识产权法律或其他专门法律保护其权益，且被诉竞争行为不在《反法》第二章列举的具体的不正当竞争行为之列时，则要考虑将反法第二条作为兜底条款来主张权益。

然而实践中，围绕着《反法》第二条中涉及的“经营者”、“商业道德”等概念以及其适用问题产生了诸多争议。《新反法解释》吸收了《反法》的立法目的并将在先的典型案列进行具体化和类型化的整理，明确了《反法》第二条适用的范围和条件。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

(一) 明确适用原则条款的条件

《新反法解释》第一条明确了适用《反法》第二条的三个要件，即(1)扰乱市场竞争秩序;(2)损害其他经营者或者消费者合法权益;(3)法律对该种竞争行为未作出特别规定。这三个要求曾在海带配额案((2009)民申字第 1065 号)中得到明确阐述，该案中，法院认为：“适用反不正当竞争法第二条的原则规定认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件：一是法律对该种竞争行为未作出特别规定，二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害，三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。”该三项条件旨在平衡自由竞争秩序和公平竞争环境，正如法院指出的：“虽然人民法院可以适用反不正当竞争法的一般条款来维护市场公平竞争，但同时应当注意严格把握适用条件，以避免不适当干预而阻碍市场自由竞争。凡是法律已经通过特别规定作出穷尽性保护的行为方式，不宜再适用反不正当竞争法的一般规定予以管制。”

也就是说，《反法》第二条不仅可以作为法律原则来帮助解释《反法》第二章中未列举的不正当竞争行为，在具体规定阙如的情况下，还可以发挥其裁判功能，法院可以直接进行援引和独立适用。

(二) 与具体行为条款和知识产权法竞合的问题

《新反法解释》第一条也厘清了《反法》第二条与第二章具体行为条款、以及知识产权专门法规定之间的适用关系。

如前段所述，《反法》的原则性条款仅在没有具体的法律规定的时候适用。因此，当被评述的不正当竞争行为不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。反过来说，当《反法》第二章或是知识产权等专门法覆盖了被评述的行为时，《反法》第二条只能发挥其法律原则的作用，即补强和解释这些特殊条款和专门法，而非替代。法院将受制于“特殊优于一般”的原则，不能直接援引该条对被评述行为进行评价。

此外，从《新反法解释》第二十四条也可以看出，立法者本质上并不排斥“双保险”的诉讼策略，即当当事人权益受到侵害时，既可以寻求《反法》第二章具体行为条款和知识产权专门法的保护，也可以同时寻求《反法》第二条或《反法》的保护。但是，若法院在先已适用特殊条款或专门法进行判决后，根据一事不二理原则，不能再基于不正当竞争进行重复救济。

(三) 竞争关系的解读

《新反法解释》第二条将竞争关系作了广义的解读，经营者之争不仅仅局限于同行业的市场主体之间的竞争行为。

《新反法解释》将《反法》第二条规定的“其他经营者”认定为任何可能争夺市场交易机会、损害竞争优势的市场主体。也就是说，经营者之争还包括了其他行业的经营者破坏本行业竞争环境的行为。

比如，在优酷诉奇虎 360 安全浏览器屏蔽优酷广告一案((2019)京 0108 民初 42655 号)的一审判决中，法院认为反不正当竞争法的适用并未限制竞争关系的主体必须是同业竞争者或以直接、狭义的竞争关系为前提，只要具体行为损害了其他经营者包括用户、交易机会等市场资源在内的竞争利益，损害了市场竞争秩序和消费者的相关利益，即应受到反不正当竞争法的调整。

《新反法解释》这一广义解读有利于维护新经济生态，尤其是互联网生态的竞争环境。利用互联网换平台攫取不正当利益，威胁互联网竞争生态的行为，都可以被认定为存在竞争关系，而不是从是否属于同一行业来切入判读竞争关系。这就为互联网生态各个维度的经营者制止在其他维度的不正当竞争行为提供了途径。

(四) “商业道德”的判定

《新反法解释》第三条明确了商业道德的定义及认定标准。

《反法》第二条将商业道德纳入保护范围之内。商业道德是法院运用《反法》第二条认定市场竞争行为正当与否的核心。然而，商业道德并不等于商业逻辑，即不能以企业的盈利模式被损害来认定违反商业道德。

商业道德需要有一定普遍性和共识，如北京市高级人民法院《关于涉及网络知识产权案件的审理指南》(2016 年 4 月 13 日颁布)第 33 条将“公知商业道德”定义为：“特定行业的经营者普遍认同的、符合消费者利益和社会公共利益的经营规范和道德准则”，《新反法解释》将商业道德明确为“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”，即交易参与者共同和普遍认可的行为标准。

随着互联网的兴起，作为一种新兴的经营模式，可能尚未形成领域内普遍遵循和认可的行为规范。《新反法解释》第三条的第三款还将行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等纳入商业道德的考量之中，而不必拘泥于“公认”二字。

如，在腾讯与奇虎不正当竞争纠纷案((2011)粤高法民三初字第 1 号)中，一审法院援用工信部发布的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》和互联网协会发布的《互联网终端软件服务行业自律公约》；在优酷诉刀锋案((2021)京 73 民终 3955 号)中，法院参考优酷、爱奇艺、腾讯视频等视频网站的会员服务协议，从中认定刀锋公司违背了视频行业的基本商业道德。

这些商业道德的认定标准在一定程度上减少了法院面对新兴经营模式中商业道德认定中的不确定性。

二. 商业混淆

《反法》第六条“仿冒混淆条款”采用不完全列举的方式，规定了实施混淆并从中谋利的不正当竞争行为。《新反法解释》则进一步拓展了“仿冒混淆条款”的适用范围。

(一) 扩大保护对象的范围

《新反法解释》扩大了商业混淆的保护范围，增加了一些新兴的混淆行为。

《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》(2007年2月1日实施; 2020年12月23日修订, 以下简称《旧反法解释》)将商业混淆的保护对象限于知名商品特有的名称、包装、装潢, 逐渐无法适应一些新型的商业混淆对象。《新反法解释》第十一条新增了企业简称、译名, 以及域名主体部分、网站名称、网页等近似的标识, 响应了在线经济兴起后, 实务中一些新兴的混淆行为。

同时, 《新反法解释》第九条第二款也明确了个体工商户、农民专业合作社(联合社)等法律、行政法规规定的其他不属于“企业”的市场主体的名称也可以作为企业名称予以保护。

此外, 针对现实中一些抄袭经营场所装饰、用具式样、人员服饰, 从而混淆正牌店铺的不正当竞争行为, 如南门涮肉案(沪市监总处〔2021〕322020000553号), 《新反法解释》第十二条第三项将其保护水平从《旧反法解释》中的“可以参照商标相同或者近似的判断原则和方法”提升到了“应当视为足以造成与他人有一定影响的标识相混淆”的水平, 进一步加强对此种“盗图抄店”行为的保护力度。

(二) 保护的外延的扩大

《新反法解释》扩大解释了《反法》中商业混淆的规范范围, 纯销售行为可能在《反法》的规制范围之内。

根据《新反法解释》第十条的规定, 《反法》第六条中规定的“使用”行为的构成要件为:(1)在中国境内将有一定影响的标识用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上, 或者广告宣传、展览以及其他商业活动中;(2)产生了识别来源的效果。销售行为是否属于《反法》第六条中规定的“使用”行为一直在实践中存在着争议。持否定观点的案件中, 比如(2015)民申字第302号, 法院认为, 使用行为应指生产商的生产、制造以及销售被控侵权产品行为, 而不包括仅作为被控侵权产品的销售商的销售行为。支持销售属于使用行为案件中, 比如(2020)黑27行终9号案, 法院则认为, 经营者实施的足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为的其他行为, 当然包括销售行为。

《新反法解释》支持了后一种观点。第十四条明确规定:“经营者销售带有违反反不正当竞争法第六条规定的标识的商品, 引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系, 当事人主张构成

反不正当竞争法第六条规定的情形的，人民法院应予支持。”解决了实务中的争议，将纯销售行为纳入了《反法》的规制范围之内。

《新反法解释》第十二条第二项进一步扩大了商业混淆的保护外延，释明了《反法》第六条规定的“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”既包括来源混淆，也包括关系混淆，新增了“误认为与他人具有商业联合、许可使用、商业冠名、广告代言等特定联系”的情形。

(三) 帮助侵权的责任

此外，《新反法解释》还重申了《民法典》帮助侵权的规定，将“提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所、网络交易平台等便利条件”的商业混淆帮助行为纳入处罚范围，帮助人和行为人将共同承担连带侵权责任。

三. 虚假和引人误解的宣传

《反法》第八条原则性地禁止虚假和引人误解的虚假宣传；《新反法解释》则进一步阐释和列举了构成“虚假和引人误解的宣传”的情形。

(一) 与广告法的竞合

《新反法解释》扩大了“虚假商业宣传”的规制范围，与广告法中的虚假广告相比，虚假宣传的规制范围更大。

《广告法》第二十八条细化了“虚假或者引人误解的内容”的规定，其对于虚假广告欺骗、误导的对象范围仅限于“消费者”。而《新反法解释》第十六条规定：“经营者在商业宣传过程中，提供不真实的商品相关信息，欺骗、误导相关公众的，人民法院应当认定为反不正当竞争法第八条第一款规定的虚假的商业宣传。”也就是说，《新反法解释》将《反法》第八条所规范的虚假宣传的对象界定为“公众”。在竞争市场中，除了消费者外，还有诸如竞争对手、企业方、投资方等其他不可能归为消费者类别的主体存在，而不以仅造成消费者误导后果作为前提条件，更符合未来趋势。

此外，《新反法解释》第十六条和第十七条分别界定的“虚假的商业宣传”、“引人误解的商业宣传”行为的范围比《广告法》下的商业广告的范围更广。《广告》所规范的是“通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动”，即，广告必须通过一定的媒介和形式进行。例如，通过广播、电视、报纸、期刊、印刷品、电话、互联网、户外广告等媒介和形式进行的宣传。因此是否通过媒介和特定形式对于判定属于虚假广告与虚假宣传具有重要的参考意义。从执法实践来看，比如沪市监松处（2021）272021003695号行政处罚决定书，市场监管部门指出：虚假宣传侧重于规制“经营行为”，虚假广告侧重于规制“广告活动”。此外，如（2020）津行申239号判决书指出，虚假宣传和虚假广告之间是包含和被包含之间的关系。也就是

说当《广告法》不能完全涵盖宣传行为时，适用《反法》更为恰当，但当宣传行为既符合《广告法》又符合《反法》的要件时，按照“特殊优于一般”的原则，优先适用《广告法》。

然而，《广告法》和《反法》规制的虚假广告以及虚假宣传行为都是基于“商业宣传”的大背景下。随着短视频平台以及自媒体的蓬勃发展，一些“软广”披着没有商业宣传的外衣，实际进行了商业宣传行为。刺破这些“软广”行为的面纱，浮出背后实际的商业宣传目的，需要相关法律法规进一步地规制。

（二）删除“明显的夸张方式宣传商品”

《新反法解释》第十七条删除了《旧反法解释》第八条中的“以明显的夸张方式宣传商品，不足以造成相关公众误解的，不属于引人误解的虚假宣传行为”。这一删除似乎意味着，“明显夸张方式”的宣传哪怕不是“引人误解”的，仍然可能构成虚假宣传。这显然拓宽了虚假宣传的适用条件，扩大了保护范围。

故企业在进行品牌宣传时，可以考虑慎重构建品宣合规审查标准，与广告公司约定广告和宣传内容合法性责任，适当转嫁风险。

（三）诉权及损失的依据

《新反法解释》第十八条明确了虚假宣传的诉权，当事人是否拥有诉权不应当以身份来判断，而应当依据其是否“因虚假或者引人误解的商业宣传行为受到损失”。

此外，虚假宣传不必然导致其他经营者的利益损失，行为人可能因虚假宣传而获得竞争优势。

《新反法解释》第二十三条也明确了判断虚假宣传损失的依据，即，如果当事人难以证明自身损失或侵权人的获利数额，可以依据《反法》第十七条第四款来确定赔偿数额。

这一解释的出台，回应了在虚假宣传不正当竞争案件中，原告诉权的争议。例如在蓝带曲奇诉皇冠曲奇案((2018)京73民终538号)中，被告抗辩称即便其行为构成虚假宣传，也仅仅是损害不特定的消费者群体的利益，不当由原告提起不正当竞争的诉讼。此外也将虚假宣传扩充进了《反法》第十七条可适用500万法定赔偿的计算方式，解决了一些立法上的困惑。

四. 互联网的不正当竞争行为

《反法》第十二条专门针对互联网环境下的不正当竞争行为，一类型化的方式描述了一些互联网不正当竞争行为。由于我国移动支付、直播带货、共享经济等数字经济新业态发展迅速，实践中，多个案件涉及认定互联网的不正当竞争行为。《反法》第十二条第二款的一至三项由于对互联网不正当竞争行为的类型化并不具体详实，故在实践中，法院常常援引第四项作为判案的依据，使得第一至三项流于形式。《新反法解释》释明了一至三项，有助于加强实践中对这些条款的运用。

(一) 强制跳转

《新反法解释》规定了目标跳转的具体情形，包括未经其他经营者和用户同意的强制目标跳转行为，以及由用户触发的，由人民法院综合考虑和评估而认定的强制目标跳转行为。

《反法》中仅强调“未经其他经营者同意”，并未对目标跳转的具体情形作出规定。《新反法解释》在“淘宝诉易车案”((2020)浙 01 民终 8743 号)中，易车公司通过篡改唤醒协议的技术手段，强制进行应用间跳转，显然符合《新反法解释》第二十一条第一款规定的“强制进行目标跳转”。此外，虽然 App 的跳转是用户点击“打开”后才进行跳转的，但基于《新反法解释》第二十一条第二款的规定，在该案中，即使目标跳转由用户主动触发，也应考虑对淘宝的影响。即，用户的选择并不能成为强制跳转的抗辩理由。当时的法院也同样基于用户的知情权和自由选择权、消费者的合法利益和属于其他经营者的网络流量和商业机会综合考虑和评估，认定易车公司的“强制跳转”构成不正当竞争。

(二) 恶意干扰

《新反法解释》将“明确提示”和“用户同意”作为了干扰行为合法性判断的基础，明确只有“恶意”才能构成干扰或破坏他人网络产品或服务的行为。

《新反法解释》第二十二条将“明确提示”作为构成《反法》第十二条第二款第二项中“误导”和“欺骗”的前提，将“用户同意”作为判断是否“强迫”的标准。体现了《反法》对于消费者知情权和选择权的保障。

此外，相比于《反法》第十二条第二款第二项，本条增加了“恶意”的主观限制。也就是说，如果网络服务经营者可以证明其干扰或破坏他人网络产品或服务的行为是出于保护网络用户等公益目的，法院可以减轻或免除其赔偿责任。这体现了裁判中利益平衡的弹性机制，有助于促进互联网产业的健康发展。

(三) 《新反法解释》对“恶意不兼容”和“数据权益”的规定阙如

对比 2021 年公布的《新反法解释(征求意见稿)》，《新反法解释》删除了有关“恶意不兼容”和认定其他网络不正当竞争行为的相关规定，也未规定网络爬虫等新兴技术，更没有提出数字权益的概念。这一方面是由于上位法缺少对数据等权益的支撑，另一方面也是由于现实情况十分复杂，对于“恶意不兼容”、“网络爬虫”等不正当竞争的判断仍存在不同维度的考量。同样，这也是在为市场的自我调节和技术创新留下一定的空间。

但是，值得注意的是，此类不符合《反法》第二章规定的任何一种具体类型化条款的不正当竞争行为以及《反法》第十二条第二款第四项兜底条款的案件可以采用“《反法》第二条+兜底条款”的裁判范式。也就是说，互联网不正当竞争行为在法律适用上的顺序应该为：优先考虑《反法》第十二条第二款第一至三项，再考量适用第四项，最后适用《反法》第二条。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



杨 迅
+86 21 3135 8799
xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系：master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: LlinksLaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 本篇文章首次发表于律商网。