

从司法案例看反不正当竞争法中

“互联网专条”兜底条款的适用规则

祁竹轩

近年来，我国互联网技术发展迅猛，互联网产业规模逐年扩大，其在国民经济中的地位也与日俱增，成为推动国民经济高质量增长的关键动力。互联网领域内的创新非常活跃，新技术和新商业模式层出不穷，行业内的竞争也异常激烈，这自然带来了诸多新的竞争法问题。2017 年修订后的《反不正当竞争法》第十二条专门就规制网络环境下的不正当竞争行为问题作出规定，俗称“互联网专条”。

一、对“互联网专条”兜底条款适用的理解

“互联网专条”宣示《反不正当竞争法》适用于互联网领域的不正当竞争行为，同时申明互联网领域的不正当竞争行为不限于本条规定，本条仅规定经营者在网络环境下利用技术手段实施的不正当竞争行为，突出了互联网领域实施不正当竞争行为的“技术手段”，传统不正当竞争行为在互联网领域的其他延伸部分，适用相应条款调整。

“互联网专条”在第二款前三项中列举了互联网领域中典型的不正当竞争行为，即插入链接和强制进行目标跳转的行为，误导、欺骗、强迫类行为，恶意不兼容行为，这大多是对过去互联网领域多发行为的总结。随着市场环境的发展变化，这些行为可能不再多发，而随着互联网技术和商业模式创新发展，新类型的不正当竞争行为却在不断出现。在 2017 年《反不正当竞争法》修改之前，诸多无法适用该法具体条款的不正当竞争行为，当然也包括涉及互联网的不正当竞争行为多是通过第二条原则性条款进行规制，修订之后第十二条第二款第四项的兜底条款则会在规制涉及互联网的不正当竞争行为方面发挥日益重要的作用。但该条“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”所涵盖的

范围较大，且目前尚缺乏更具体的实质性构成要件，给法律适用带来了困扰和不确定性。同时，存在竞争行为本身并不意味着该行为当然具有不正当性。因此，宜将该条款规定理解为一种指示类概括性规定，即告知和指示仍存在第十二条第二款第一至三项所列举情形以外的互联网不正当竞争行为。但因其构成要件的规定不完整且其亦应符合《反不正当竞争法》的立法精神和一般性规定，故应当结合该法第二条原则性规定的内容，具体认定涉及互联网的不正当竞争行为。¹

二、对“互联网专条”兜底条款适用的司法观察

《反不正当竞争法》在 2017 年修订后增加的“互联网专条”于 2018 年 1 月 1 日生效实施至今已有三年，各地法院有关适用该“互联网专条”兜底条款的判例逐年增加，对这类判决进行研究的必要性和价值也越来越凸显，笔者对最近一年各地法院的有关判决进行了梳理，具体裁判规则如下表所述：

案例	裁判规则
案例一：腾讯公司与微时空公司不正当竞争纠纷案 ²	经营者接受他人委托，利用 技术手段 提供针对微信公众号等平台的刷量服务，致使微信软件的权利人无法正常收集、统计用户真实行为数据， 妨碍了 对微信软件的正常运营管理和服务，构成《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项所规制的不正当竞争行为。
案例二：爱奇艺公司与龙境公司等不正当竞争纠纷案 ³	《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项旨在规范利用“技术手段”妨碍、破坏经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的不正当竞争行为。经营者通过 技术手段 对其他经营者提供的网络产品功能或服务进行 限制或破坏 ， 干扰 其他经营者的运营模式和盈利方式，主观上具有过错，长远看也将逐步降低市场活力， 破坏竞争秩序和机制 ，阻碍该网络产

¹ 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理—分论》，法律出版社 2019 年版，第 545 页。

² 参见广东省深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民初 594 号判决书。

³ 参见北京知识产权法院（2019）京 73 民终 3263 号判决书。

	品市场的正常、有序发展， 减损消费者福祉 ，该不正当竞争行为应当适用《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项的规定予以规制。
案例三：腾讯公司与通路公司等不正当竞争纠纷案 ⁴	适用《反不正当竞争法》第十二条第二款中的兜底条款，需要结合该法第二条一般性条款的构成元素和判断范式进行。基于此，《反不正当竞争法》第十二条第二款中兜底条款所规制的不正当竞争行为应当符合 四个要素 ：一、属于经营者在生产经营活动中发生的行为， 其他经营者的合法权益因该竞争行为受到了实际损害 ；二、该竞争行为所采用的 技术手段损害了消费者的利益 ，如自主选择权、知情权、隐私权等；三、该竞争行为 违反了诚信原则和商业道德 而具有不正当性；四、该竞争行为属于 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， 破坏了互联网环境中的公平竞争的市场秩序 。
案例四：百度公司与梦西游公司不正当竞争纠纷案 ⁵	经营者利用 技术手段 向公众提供针对在线文库文档的下载服务， 破坏了 在线文库经营者所提供的网络产品及所提供服务的正常运行， 损害了 在线文库经营者基于其用户流量可获得的 增值收益和竞争优势 ，构成《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项所规制的情形，构成不正当竞争。
案例五：陆金服公司等与陆智投公司不正当竞争纠纷案 ⁶	网络抢购服务提供者利用 技术手段 ，通过为他人所运营平台的用户提供不正当抢购优势的方式， 妨碍 该平台金融产品抢购业务的正常开展，对平台运营者及平台用户的 整体利益造成了损害 ， 破坏了公平竞争的营商环境 ，构成不正当竞争。

⁴ 参见广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民初1912号判决书。

⁵ 参见北京市海淀区人民法院（2019）京0108民初51116号判决书。

⁶ 参见上海市浦东新区人民法院（2019）沪0115民初11133号判决书。

案例六：腾讯公司与幻电公司等不正当竞争纠纷案⁷	在适用《反不正当竞争法》第十二条“互联网专条”的兜底性条款认定不正当竞争行为时，应评判被诉行为是否符合以下四项条件：（1）被诉行为系利用技术手段干扰他人网络产品或服务正常运行的行为；（2）被诉行为不属于该条明确列举的互联网不正当竞争行为；（3）反不正当竞争法保护的法益因被诉行为受到实际损害；（4）被诉行为基于互联网商业伦理而具有不正当性。 被诉产品或技术不具有实质性非侵权用途，行为人具有实施不正当竞争行为的故意，违反了互联网产业的商业道德，且权利人不能通过适当技术手段消除被诉行为所带来影响的，应当认定该行为人实施的互联网领域的竞争行为具有不正当性。
案例七：腾讯公司与广州点云公司著作权侵权及不正当竞争案⁸	经营者未经许可，采用技术手段对他人提供的互联网游戏产品和服务进行干预和限制，影响他人的游戏运营模式和盈利方式，挤压他人商业机会和盈利空间，构成《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项所规制的不正当竞争行为。
案例八：微源码公司等与腾讯公司不正当竞争纠纷案⁹	适用《反不正当竞争法》第十二条第二款中的兜底条款，需要结合该法第二条一般性条款的构成元素和判断范式进行。基于此，《反不正当竞争法》第十二条第二款中兜底条款所规制的不正当竞争行为应当符合四个要素：一、经营者利用网络从事生产经营活动，与其他经营者存在竞争关系；二、经营者利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施了妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正

⁷ 参见上海市浦东新区人民法院（2019）沪 0115 民初 73840 号判决书。

⁸ 参见杭州互联网法院（2020）浙 0192 民初 1329 号判决书。

⁹ 参见广东省高级人民法院（2019）粤民终 2093 号判决书。

	常运行的行为；三、该行为 扰乱了市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益 ；四、经营者有违自愿、平等、公平、 诚信原则以及商业道德 。
--	---

从以上案例可以看出各级法院在适用“互联网专条”兜底条款认定构成不正当竞争时，还未形成统一的裁判规则。虽然适用该兜底条款可以规制互联网领域内出现的各类新型的不正当竞争行为，但缺乏具体的实质性构成要件还是会给法院及行为人带来困扰。以上案例虽然都会审理查明经营者的竞争行为是否使用了“技术手段”，是否属于“妨碍、破坏”行为，但在结合《反不正当竞争法》第二条原则性规定的内容以具体认定互联网领域内的不正当竞争行为时还缺少清晰统一地实质性构成要件。尽管还未形成一个统一的甚至是占多数的裁判规则，但法院在案例三腾讯公司与通路公司等不正当竞争纠纷案与案例八微源码公司等与腾讯公司不正当竞争纠纷案的裁判规则中对“互联网专条”兜底条款的适用规则已经在尝试进行适用规则的探索并概括出了具体实质性构成要件，且二案的裁判思路也很相似，对后续类案具有很强的借鉴意义，故笔者将二案作为本文研究重点。

（一）微源码公司等与腾讯公司不正当竞争纠纷案

腾讯科技（深圳）有限公司（以下简称腾讯科技公司）开发、腾讯科技公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称腾讯计算机公司）共同运营微信软件。深圳微源码软件开发有限公司（以下简称微源码公司）、商圈（深圳）联合发展有限公司（以下简称商圈公司）、侯团增共同实施数据精灵软件（以下简称涉案软件）的宣传、运营等经营行为。涉案软件在安装后可以对微信软件植入13项新功能，如“暴力加粉”是向设置距离范围内附近运行微信软件的人群同时批量发送招呼信息；“微信群好友一键添加”是同时批量向百人大群里的微信用户发送添加验证消息；“一键点赞和评论”是对所有朋友圈发布内容进行一键式点赞和一键式评论等等，从而利用微信软件进行规模化、自动化营销活动。腾讯公司以三被告共同运营涉案软件构成不正当竞争为由向深圳市中级人民法院（以下简称深圳中院）提起诉讼，请求判令三被告停止不正当竞争行为、消除影

响并赔偿经济损失及合理支出共计 500 万元。深圳中院经审理认为涉案软件的 13 项特殊功能大量增加了微信服务的数据量和数据流，进而导致微信服务器的运营负担加大，涉案软件极易诱使其用户群发商品或服务广告，从而降低普通微信用户体验，导致普通用户对微信服务产生不满，损害微信服务商誉，根据《反不正当竞争法》第十二条第一款、第二款第四项认为三被告共同运营涉案软件的行为构成不正当竞争，判决三被告停止不正当竞争行为、消除影响并赔偿腾讯公司经济损失及合理支出 500 万元。¹⁰从中可以看出该判决是基于行为本身的正当性来认定不正当竞争行为。

而后，三被告不服深圳中院一审判决，向广东省高级人民法院（以下简称广东高院）提起上诉。广东高院经审理认为，三上诉人的经营领域与腾讯公司相同，具有市场竞争关系；三上诉人利用了网络和技术手段对微信软件正常运行造成影响；涉案软件损害了腾讯公司的商业模式、市场利益和竞争利益，其通过涉案软件实施的网络干扰行为对网络秩序和公众生活秩序造成影响，损害消费者的利益，且通过技术手段“搭便车”窃夺了腾讯公司的商业机会和竞争优势，破坏了竞争机制，扰乱了市场秩序；三上诉人运营涉案软件针对微信软件植入特定功能进行批量营销，不尊重其他经营者和消费合法权益，也不尊重社会公共利益，违背了诚信原则和商业道德。因此，三上诉人共同运营涉案软件的行为构成不正当竞争，广东高院据此判决驳回上诉，维持原判。¹¹该判决也是基于行为本身的正当性认定不正当竞争行为，虽然认定了腾讯公司商业模式应受保护，但不是简单地按一般侵权行为判断范式即以商业模式的可保护性及其受到损害和存在主观过错而认定构成不正当竞争行为。

该判决进一步指出适用“互联网专条”兜底条款，既要在法律一般性规定的框架下分析认定，也要遵循特别条文的规定，既要体现法律精神，也要适用具体规定。基于此，“互联网专条”兜底条款所规制的不正当竞争行为应当符合四个要素：一、经营者利用网络从事生产经营活动，与其他经营者存在竞争关系；二、经营者利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施了妨碍、破坏其他

¹⁰ 广东省深圳市中级人民法院（2017）粤 03 民初 773 号判决书。

¹¹ 广东省高级人民法院（2019）粤民终 2093 号判决书。

经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为；三、该行为扰乱了市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益；四、经营者有违自愿、平等、公平、诚信原则以及商业道德。

（二）腾讯公司与通路公司等不正当竞争纠纷案

腾讯科技公司开发、腾讯科技公司与腾讯计算机公司共同运营微信软件。烟台通路网络科技有限公司（以下简称通路公司）、烟台通六路软件技术有限公司（以下简称通六路公司）共同研发、销售、运营通路云手机群控系统（以下简称涉案系统），涉案系统利用技术手段，开发专门针对微信软件的功能模块，实现定时批量在微信朋友圈发表推广内容，自动朋友圈点赞，通过手机号等方式批量查找联系人、查找附件的人并自动发送好友申请，自动化批量扫描二维码进微信群等特殊功能，在微信软件上进行规模化、自动化营销活动。腾讯公司以被告开发运营的涉案系统构成不正当竞争为由向深圳中院提起诉讼，请求判令其停止不正当竞争行为、消除影响并赔偿经济损失、商誉损失、合理支出共计 5000 万元。深圳中院审理认为，涉案系统使原告丧失了可能获得的增值收益的机会和竞争优势，严重损害了原告基于微信社交生态享有的竞争性权益；涉案系统使得微信用户处于群发信息轰炸中，降低微信用户的用户体验，对微信用户个人数据权利也会造成严重威胁，严重损害微信用户自主选择权、知情权、隐私权等消费者权益；涉案系统违反微信使用协议，未经原告同意为获取自身商业利益，规模化批量操作，制造虚假流量，损害微信平台竞争利益和微信用户权益，危害互联网流量经济的商业模式，最终导致微信本身难以维持经营，既有违诚信原则也不符合商业道德；涉案系统对微信软件正常功能进行干扰、修改，属于妨碍、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。因此，通路公司、通六路公司共同开发运营的涉案系统构成不正当竞争。据此，深圳中院判令通路公司、通六路公司停止不正当竞争行为、消除影响并赔偿经济损失 3 千万余元。¹²该判决也主要是基于行为本身的正当性认定不正当竞争行为。

该判决进一步指出适用“互联网专条”兜底条款，需要结合该法第二条一般

¹² 广东省深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民初 1912 号判决书。

性条款的构成元素和判断范式进行，这与前文引述的孔祥俊在《反不正当竞争法新原理-分论》中的观点一致。基于此，“互联网专条”兜底条款所规制的不正当竞争行为应当符合四个要素：一、属于经营者在生产经营活动中发生的行为，其他经营者的合法权益因该竞争行为受到了实际损害；二、该竞争行为所采用的技术手段损害了消费者的利益，如自主选择权、知情权、隐私权等；三、该竞争行为违反了诚信原则和商业道德而具有不正当性；四、该竞争行为属于妨碍、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，破坏了互联网环境中的公平竞争的市场秩序。¹³

三、“互联网专条”兜底条款的适用规则

如前对“互联网专条”兜底条款的理解以及从近一年来重点案件的裁判规则中可以看出，适用“互联网专条”兜底条款除了需要符合其特别规定外，还需要结合该法第二条一般条款的构成元素和判断范式。而依据《反不正当竞争法》第二条认定不正当竞争行为，应该首先回归到行为法的范式上来，即首先立足于竞争秩序的分析——实际上是什么样的市场竞争秩序，以及不正当竞争行为对市场竞争秩序的损害性，在此基础上平衡经营者和消费者多元利益，而不是简单地按一般侵权行为判断范式即确定一个特定合法利益及其受到损害和存在主观过错而认定构成不正当竞争行为。从以上梳理的案例观察，最高人民法院还没有适用该兜底条款的判例，但在2013年“互联网专条”没有制定，没有专门规制误导、欺骗、强迫用户修改其他经营者合法提供的网络产品行为的条款，最高人民法院在腾讯与360公司关于扣扣保镖不正当竞争案¹⁴中通过重点分析360公司竞争行为本身的正当性，同时也认定了腾讯公司的商业模式应受保护，最终依据2013年《反不正当竞争法》第二条认定360公司的行为构成不正当竞争行为。虽然在具体案例中由于竞争行为正当性的判断标准和元素不好把握和难以确定导致认定构成要件的顺序可能因便于案件分析而有所变化¹⁵，但从最高人民法院的裁判规则可以看出认定构成不正当竞争行为不能仅仅以经营者的静态利益受损为主

¹³ 在广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民初1911、1913号判决书中有同样的总结。

¹⁴ 最高人民法院（2013）民三终字第5号判决书。

¹⁵ 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理-分论》，法律出版社2019年版，第564页。

要依据，竞争行为对竞争秩序的影响才是首要的考量因素，同时还要综合考虑其他各种利益因素，以最终判断经营者的生产经营行为是否构成不正当竞争行为。

再结合“互联网专条”中竞争行为是否使用了“技术手段”，是否属于“妨碍、破坏”行为的具体规定，笔者认为适用“互联网专条”兜底条款规制不正当竞争行为的构成要件按照从特殊到一般，从首要到次要应当满足以下四个要素：一、经营者利用网络从事生产经营活动时利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施了妨碍、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；二、该行为扰乱了市场竞争秩序而具有不正当性；三、该行为损害了其他经营者或者消费者的合法权益；四、经营者实施该行为有违自愿、平等、公平、诚信原则以及商业道德。



祁竹轩 北京隆诺律师事务所 律师助理

如欲了解更多资讯

请联系：

北京隆诺律师事务所 韩雪女士

邮箱：lnbj@lungtin.com