

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学 号：13620151150942

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论网络非典型不正当竞争行为的法律规制

On the Legal Regulation of Network Atypical Unfair
Competition

郭 爽

指导教师姓名： 丁 丽 璞 教 授

专 业 名 称： 民 商 法 学

论文提交日期： 2 0 1 7 年 3 月

论文答辩时间： 2 0 1 7 年 月

学位授予日期： 2 0 1 7 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2017 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（）课题（组）的研究成果，获得（）课题（组）经费或实验室的资助，在（）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

本文所称之网络非典型不正当竞争，是指未纳入《反不正当竞争法》第二章具体列举，但适用《反不正当竞争法》第2条进行调整，通过网络技术实施的不正当竞争行为。在现今网络产业蓬勃发展的年代，智慧财产日益丰富，市场竞争却愈演愈烈，这种网络非典型不正当竞争行为对网络市场的创新发展和竞争秩序都造成很大伤害，但现有的知识产权法律和反不正当竞争法对此却无明确规定。因此，本文尝试对网络非典型不正当竞争行为进行研究，以期对该行为的规范和《反不正当竞争法》的完善作出些许贡献。

本文除引言和结语外，含三章。第一章为网络非典型不正当竞争行为之辨析，该章辨析行为的含义和特点，并将其类型化为不正当干扰、流量劫持即搭便车和欺诈、误导用户三种类型。第二章为域外相关法律规制之借鉴，该章研究德国和美国两个不同法系典型国家网络不正当竞争领域的规定，提炼出一般条款修改经验，“黑名单”、诉前禁令和惩罚性赔偿等制度供我国参考。第三章为我国网络非典型不正当竞争行为的法律规制，该章首先分析现有法律实践中出现的一般条款性质、行为不正当性、主体和对象、竞争关系以及责任规则的落后局限和审理困境；其次，对现有困境下法院的审理经验、出台的《审理指南》和《〈反不正当竞争法〉修订草案送审稿》相关条款进行评价和方案归纳；最后，在此基础上，就《反不正当竞争法》在一般条款、列举类型和责任救济方面，提出自己对条文的修改意见。

关键词：网络； 不正当竞争； 法律规制

ABSTRACT

The network atypical unfair competition in the article is not included in the specific of the "Anti-Unfair Competition Law" in Chapter II, but applied to the Article 2, which is implemented through the network technology. As the development of intellectual property industry especially the network industry, the market competition has become more and more intense. The network atypical unfair competition harms to the network market innovation and competition order, but the existing intellectual property law and the anti-unfair competition law cannot standards it. Therefore, this paper attempts to study the network atypical unfair competition, and hope to make some contribution to the norms and the improvement of "Anti-Unfair Competition Law".

This paper includes three parts except the Introduction and the Conclusion. The first part is to analyze the meaning and characteristics of the network atypical unfair competition, and divided it into following three categories, "improper interference", "traffic hijacking and free rider" and "fraud and misleading". The second part is to study the network unfair competition laws of Germany and the United States, and extract the modify experience in the general terms, the "blacklist", the permanent injunction and punitive damages system for our reference. The third part is to construct the legal regulation of the atypical unfair competition in China. Firstly, analyze the backwardness and the dilemma of general rules, the behavior improperness, the subject and the object, the competition relation and the liability rules. Secondly, evaluates and summarizes the rules of the trial experience of the court, the "Guidance of Cases Involving Network Intellectual Property Rights" and the revised draft of "the Anti-Unfair Competition Law". Finally, on the base of above, gives amend suggestion of the relevant clause in the general terms, categories and liability and relief items of the "Anti-Unfair Competition Law".

Key words: Network; Anti-unfair competition; Legal construction

目 录

引 言.....	1
第一章 网络非典型不正当竞争行为辨析.....	3
第一节 传统不正当竞争行为与网络不正当竞争行为之区分.....	3
一、传统不正当竞争行为.....	3
二、网络不正当竞争行为.....	4
第二节 网络不正当竞争行为与网络非典型不正当竞争行为之区分.....	4
一、传统的不正当竞争模式.....	4
二、网络非典型不正当竞争行为.....	5
第三节 网络非典型不正当竞争行为的类型化分析.....	6
一、不正当干扰行为.....	6
二、流量劫持及搭便车行为.....	8
三、欺诈、误导用户行为.....	10
第二章 域外相关法律规制之借鉴.....	12
第一节 德国对网络非典型不正当竞争行为的法律规制.....	12
一、《反不正当竞争法》一般条款的适用.....	12
二、互联网相关单行立法的直接调整.....	14
第二节 美国对网络非典型不正当竞争行为的法律规制.....	15
一、判例法为主、成文法为辅的竞争法体系.....	15
二、禁令制度在网络不正当竞争行为救济中的适用.....	17
三、将惩罚性赔偿适用于网络不正当竞争行为.....	18
第三章 我国网络非典型不正当竞争行为的法律规制.....	19
第一节 我国当前相关司法实践法律适用的困境与分歧.....	19
一、关于《反不正当竞争法》第 2 条性质的分歧.....	19
二、关于行为不正当性的评价.....	20
三、行为主体和保护对象的局限.....	22
四、竞争关系的认定困境.....	24

五、责任规则的缺位.....	25
第二节 立法缺失与司法解释先行下的解决方案.....	26
一、一般条款的司法解释.....	26
二、北京高院《涉及网络知识产权案件审理指南》的借鉴意义.....	30
三、2016年《〈反不正当竞争法〉修订草案送审稿》相关条款的分析	32
第三节 完善我国网络不正当竞争行为法律规制的立法建议.....	36
一、完善一般条款.....	36
二、完善列举类型规定.....	38
三、完善责任和救济条款.....	38
结 语.....	41
参考文献.....	42

厦门大学博士论文摘要库

CONTENTS

Introduction.....	1
Chapter 1 Analysis of network atypical unfair competitive	3
Subchapter 1 Differences between traditional unfair competition and network unfair competition.....	3
Section 1 The traditional unfair competition.....	3
Section 2 The network unfair competition.....	4
Subchapter 2 Differences between network unfair competition and network atypical competition.....	4
Section 1 The traditional unfair competition.....	4
Section 2 The network atypical unfair competition.....	5
Subchapter 3 Analyze the categorization of network atypical unfair competition.....	6
Section 1 Improper interference.....	6
Section 2 Traffic hijacking and free rider.....	8
Section 3 Fraud and misleading.....	10
Chapter 2 Reference to the relevant foreign legal regulation.....	12
Subchapter 1 Legal regulation of network atypical unfair competition in Germany.....	12
Section 1 Apply the general items of "Anti-Unfair Competition Law".....	12
Section 2 The direct adjustment of the specific internet legislation.....	14
Subchapter 2 Legal regulation of the network atypical unfair competition in the United States.....	15
Section 1 The competition law system.....	15
Section 2 The application of the injunction system.....	17
Section 3 The application of the punitive damages system.....	18

Chapter 3 The legal construction of network atypical unfair contradiction of China.....	19
Subchapter 1 The difficulties and divergence of the relevant judicial practice in China.....	19
Section 1 The nature divergence of The "Anti-Unfair Competition Law" Article 2.....	19
Section 2 The evaluation of unfair behavior.....	20
Section 3 The limit of the object of behavior and protection.....	22
Section 4 The identification difficulty of the competitive relation.....	24
Section 5 The lack of liability clause.....	25
Subchapter 2 The solution of the absence of legislation and the priority of judicial interpretation.....	26
Section 1 The judicial interpretation of general terms.....	26
Section 2 The significance of Beijing High Court "Trial Guidance of Cases Involving Network Intellectual Property Rights".....	30
Section 3 Analysis the relevant provisions of the revised draft of the "Anti-Unfair Competition Law" in 2016.....	32
Subchapter 3 Suggestions on perfecting legal regulation of network unfair competition in China.....	36
Section 1 Improve the general terms.....	36
Section 2 Improve the categories.....	37
Section 3 Improve the liability and relief clause.....	38
Conclusion.....	41
Bibliography.....	42

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引 言

21 世纪是信息技术的时代，也是创新技术的时代。网络市场的繁荣壮大，使人们的生活愈加倚赖网络世界，网络产品的推陈出新，不仅使竞争愈演愈烈，也使竞争的核心——知识产权，不断受到冲击，侵权案件亦不断涌现。

2007 年底，大众点评网以爱帮网擅自在其网站上大量引用来源于大众点评的网友评论，侵犯著作权为由诉至法院。经一、二审裁判，^①最终法院认为，大众点评网上的餐厅简介和用户评论不具有独创性，不能在整体上构成汇编作品，而某些具有独创性、能够构成作品的文字点评，著作权不独属于大众点评，应为其和用户共有，因此大众点评不属于适格原告，驳回其起诉。2010 年 1 月，大众点评再次起诉爱帮网著作权侵权，^②但仅以其提交的附表内容为限，终得法院支持，获赔 25000 元。

2010 年底，大众点评第三次起诉爱帮网，但此次案由为不正当竞争纠纷。大众点评诉称，其网站上的商户介绍和用户点评系其合法劳动成果，且取得了良好的社会经济效益，爱帮网与大众点评系同业竞争关系，其在自身网站上大规模引用大众点评的用户评论，获取不正当浏览量和竞争优势，侵害大众点评的合法权益，违反商业道德，构成不正当竞争。爱帮网辩称，其作为生活服务型的搜索引擎，在“垂直搜索”结果中显示大众点评网站上的摘要内容，不构成不正当竞争。经一、二审法院审理，最终判决认为，爱帮网的行为构成对大众点评网的实质性替代，属于不正当竞争，应停止侵害，并赔偿大众点评 50 万元。^③无独有偶，2016 年 4 月，大众点评又以其网站评论被盗用为由，起诉百度地图不正当竞争。2016 年 5 月 26 日，上海浦东新区法院判决支持了大众点评的诉求。

可见，虽然在互联网竞争领域，侵犯知识产权的案件层出不穷，但是传统的

^① 详见北京市海淀区人民法院(2008)海民初字第 16204 号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2009)一中民终字第 5031 号民事裁定书。

^② 详见北京市海淀区人民法院(2010)海民初字第 4253 号民事判决书。

^③ 详见北京市海淀区人民法院(2010)海民初字第 24463 号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 7512 号民事判决书。

知识产权法律（《著作权法》、《专利法》和《商标法》）由于类型法定的限制，有时难以起到保护智慧财产的作用，因此，越来越多的权利人开始使用《反不正当竞争法》来保护自身的合法权益。然而，《反不正当竞争法》整体上着重于保护传统行业的竞争秩序，且其制定距今已有 24 年，社会经济发展翻天覆地，该法在适用中存在一般条款的性质争议、行为不正当性的判断标准不明、行为主体和保护对象局限、竞争关系的认定困难以及责任规则缺位等问题。在立法缺失与司法解释先行的情况下，司法实践对以上困难总结了一套暂时应对的方案，如在主体层面有限地扩大解释，对行为不正当性的认定采取现有规则和提炼创新并行，其中北京高院还颁布了《涉及网络知识产权案件审理指南》，是对司法经验的成文化尝试。2017 年 2 月《〈反不正当竞争法〉修订草案送审稿》提请全国人大审议^①，但其中规范网络非典型不正当竞争的相关条款仍存在标准规范不明、类型规定不足、条文逻辑不顺、专业用词不当、改革力度不够等缺陷。时值该法修订之际，本文将从现阶段未被《反不正当竞争法》列举的非典型行为入手，研究其法律规制，以期对该法修订以及司法实务的发展有所贡献。

^① 反不正当竞争法 24 年后首修 委员建议规范网络搜索竞价排名. 新浪科技.[EB/OL].

<http://tech.sina.com.cn/i/2017-02-27/doc-ifyvsh6856951.shtml>. 2017.3.6.

第一章 网络非典型不正当竞争行为辨析

第一节 传统不正当竞争行为与网络不正当竞争行为之区分

一、传统不正当竞争行为

竞争,是市场经济的核心和灵魂。竞争一方面推动着经济的发展,另一方面,过度的竞争又阻碍了市场前行的进程,正如世界知识产权组织所言:“无论何种政治体制,竞争与不正当竞争同在的现象存在于任何国家和任何时代。”^①

然而,由于市场经济的纷繁复杂和竞争形态的不断变化,世界范围内并没有统一而明确的“不正当竞争”的定义。《保护工业产权巴黎公约》将不正当竞争定义为:“凡在工商业事务中违反诚实的习惯做法的竞争行为”;^②德国1909年《反对不正当竞争法》将其定义为:“在营业中为竞争目的采取违反善良风俗的行为”;^③而我国《反不正当竞争法》则定义为:“经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为”。^④

由此可见,在我国现行法律框架下,不正当竞争行为的主体仅局限于经营者;行为是在客观上违反了《反不正当竞争法》的规定,包括第2条第1款“自愿、平等、公平、诚实信用的原则和公认的商业道德”以及第二章列举的11类具体行为;而行为的后果则是损害了其他经营者(不包含消费者)的合法权益并扰乱了社会经济秩序。

^① WIPO. Protection against unfair competition : analysis of the present world situation, International Bureau of WIPO (Geneva 1994), 11.

^② 详见《保护工业产权巴黎公约》第10条第2款。

^③ 详见德国1909年《反对不正当竞争法》第1条。转引自:郭振兰. 网络不正当竞争法律问题研究 [D]. 湖南:中南大学,2014. 17.

^④ 详见《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条第2款。

二、网络不正当竞争行为

网络不正当竞争，顾名思义，就是在网络市场中发生的不正当竞争行为，其行为主体是网络产品的经营者，竞争关系存在于网络市场，行为目的是获取不正当利益，行为手段是利用网络信息技术，行为后果是侵犯了他人受法律保护的权益，并且造成了市场竞争秩序的混乱。

从定义来看，网络不正当竞争在本质上仍与传统不正当竞争相同，但由于网络产业的以下特点，使其具备了不同的个性。首先，网络市场相较于以往的单边市场而言已经扩大成双边、甚至多边市场；其次，网络企业已经从以往的价格之争转变为更重视用户之争；再次，网络市场的盈利方式更依赖于技术的革新，竞争手段多变。^①这使得网络不正当竞争的外延更广，类型更多。如优酷诉金山猎豹浏览器案^②，发生在不同产品（视频和浏览器）的经营者之间，而爱奇艺诉极科极客案^③，甚至发生在不同行业（软件和硬件）的经营者之间。这两个案件所涉及的过滤/屏蔽网页广告行为，更是无法归类到《反不正当竞争法》的 11 类具体行为当中，但又确实在获取了非法利益的同时损害了他人的合法权益。因此，传统的法律条文在日新月异的网络世界面前，无奈地呈现出了滞后性和不周延性。

第二节 网络不正当竞争行为与网络非典型不正当竞争行为之区分

一、传统的不正当竞争模式

我国《反不正当竞争法》第二章规定的 11 种具体行为中，4 种是限制竞争行为^④，7 种是不正当竞争行为，即：市场混淆、商业贿赂、引人误解的虚假宣传、侵犯商业秘密、低价倾销、违反规定的有奖销售和商业诋毁。

^①郭振兰. 网络不正当竞争法律问题研究 [D]. 湖南: 中南大学, 2014. 72.

^② 详见北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第 13155 号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第 3283 号民事判决书。

^③ 详见北京市海淀区人民法院(2014)海民初字第 21694 号民事判决书。

^④ 这 4 种限制竞争行为与《反垄断法》中规定的垄断行为重复，不在本文讨论范围。

如上文所述，网络不正当竞争在本质上与传统不正当竞争相同，因此，网络世界中也存在这些传统不正当竞争行为。如：在网站上对产品或服务进行虚假宣传；利用木马病毒等技术窃取其他经营者的信息、侵犯他人的商业秘密；通过网络平台举办违规有奖销售或散布虚假谣言，诋毁其他经营者的商誉等。在这些行为中，网络平台和信息技术仅是经营者实现竞争目的的媒介，并非行为不可缺少的重要组成部分，所以，这些行为都属于传统的、典型的不正当竞争行为。

二、网络非典型不正当竞争行为

除去上述 7 种具体行为，网络不正当竞争当中，还有许多未被具体化的非典型行为。

有些学者以“网络市场独有”为标准，将竞争分为：软件冲突类、关键词搜索类、网络域名类、网络链接类等。^①对此笔者并不认同。以关键词搜索类为例：这类纠纷是相关主体采取某种方式将自己的关键词与他人的商业标识建立联系产生的。^②如大众搬场物流诉百度商标侵权及不正当竞争案^③，是他人擅自在自己的网页中使用了“上海大众搬场物流有限公司”的字样，使人误以为其是原告公司网站而导致的，本质上属于市场混淆行为；又如乐淘诉好乐买 Google 案^④，是被告以原告商标名称为关键字，并在自身页面中展现“买运动鞋，乐淘不如好乐买”的宣传标语，从而在搜索结果中误导消费者而导致的，本质上属于引人误解的虚假宣传，甚至可能构成商业诋毁，但无论如何，都属于传统不正当竞争。可见，单纯地以软件冲突、关键词搜索、网络域名等行为外在表现形式区分传统与非典型不正当竞争是不恰当的，应当透过现象看本质，分析这些行为的内在目的、事实构成及侵害客体。

综上，笔者认为，网络非典型不正当竞争行为具有以下个性：第一，突破行业壁垒，以流量争夺为核心；第二，竞争手段推陈出新，对信息技术依赖性强，

^① 郭振兰. 网络不正当竞争法律问题研究[D]. 湖南: 中南大学,2014. 27.

^② 方晓霞. 网络不正当竞争行为的类型化分析[J]. 知识产权,2011,(08):55-60.

^③ 详见上海市第二中级人民法院（2007）沪二中民五（知）初字第 147 号民事判决书。

^④ 详见北京市海淀区人民法院（2010）海民初字第 15755 号民事判决书。

甚至技术本身就是不正当竞争行为；第三，与行业市场惯常商业模式高度相关。

第三节 网络非典型不正当竞争行为的类型化分析

网络非典型不正当竞争的表现手法既多且杂，目前都是通过个案分析后适用一般条款进行认定。但经过长久的司法实践，某些“非典型”行为也显现出了自身独有的“典型”特点。对此，笔者通过对相关案例的整理、研究，在参考一些学者观点的基础上，归纳、总结出以下几种网络非典型不正当竞争类型。

一、不正当干扰行为

（一）不正当屏蔽广告

广告，是经营者为了推广自身的商品或服务，以各种方式进行宣传、广而告之的商业行为。^①广告屏蔽，是通过浏览器或软件对广告程序、地址等进行主动拦截或向用户弹窗提示的行为。^②

广告有恶意和正当之分。恶意广告包括那些“频繁弹出，对用户造成干扰的广告类信息和不提供关闭方式的漂浮、弹窗、视窗广告等”，^③这些广告本身就是以不正当、不合法的方式存在，因此对这些广告的屏蔽不属于不正当屏蔽广告。正当广告，则是基于“基础服务免费+增值服务收费+广告服务收费”的网络经营模式存在的，^④其本身是一种正当的、且为网络领域普遍认可的盈利模式，“网络用户花费一定的时间浏览广告或其他推销增值服务的插件和弹窗是其享受经营者提供免费网络服务所应当付出的时间成本”，^⑤对这些广告的屏蔽，会严重影

^① 徐士英. 竞争法论[M]. 上海：世界图书出版公司, 2007. 161.

^② 张今. 互联网新型不正当竞争行为的类型及认定[J]. 北京政法职业学院学报, 2014, (02): 5-9.

^③ 详见中国互联网协会 2011 年《互联网终端软件服务行业自律公约》第十九条。

^④ Jilian Vallade, Adblock Plus and the Legal Implications of Online Commercial-skipping, Rutgers Law Review, Vol. 61, Spring 2009. 823-854.

^⑤ 详见最高人民法院（2013）民三终字第 5 号民事判决书。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库