

商业模式涉及的商业道德认定演变——实证解读反不正当竞争法修订系列（二）

1、商业道德立法演变

在2022年3月《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》（下称“《反法司法解释》”）出台之前，“商业道德”主要规定在1993年、2017年以及2019年《反不正当竞争法》（下称“反法”）第二条。但是在前述版本中，反法并未就商业道德的定义进行详细阐释，而是从限定词着手，分别体现为“公认的商业道德”、“法律和商业道德”。

2022年3月出台的《反法司法解释》第一次在立法层面就商业道德定义、适用条件、认定因素予以明确。《反法司法解释》第三条明确，商业道德是指特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范。《反法司法解释》对法院在认定构成“商业道德”时应综合考虑的“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”等因素予以列举。同时，《反法司法解释》亦明确可通过参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等来认定商业道德，为商业道德的认定提供较为清晰的借鉴、证明路径。

2022年11月，《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（下称“《征求意见稿》”）出台。《征求意见稿》亦对商业道德的定义与内涵进行进一步完善。除通过《征求意见稿》第二条第二款在“不正当竞争行为”定义中增加对“社会公共利益”的保护，侧面进一步强调在认定“商业道德”

时应注意对社会公共利益的保护外，《征求意见稿》在后续章节中，亦进一步细化商业道德适用的具体情形，例如以违反诚实信用和商业道德的其他方式不正当获取和使用他人商业数据。

通过回顾上述商业道德立法演变，我们可以看到，商业道德的立法体系经历了从无到有、不断自我修正与完善、实践应用性显著提高的过程。事实上，并不限于立法体系，在近年司法实践中，由于商业道德认定标准存在模糊性、且在个案适用差异较大，法院对于商业道德的理解与适用，也随着立法以及社会实践的发展不断更新迭代。

特别是，近年来随着诸多新兴互联网公司不断因掀起新的“商业模式”而崛起，市场交易主体在不同“特定商业领域”内，意图通过商业道德来保护自身“商业利益”的诉求迅猛增长。就“商业模式”的激烈竞争亦引发诸多争议。

2、商业模式的概念及法律性质

商业模式并非一法律定义。商业模式的具体概念为何以及是否构成法律保护的客体也引发诸多争议。虽然商业界和学术界普遍关注商业模式，但是对于商业模式的概念始终尚未达成普遍共识。总体而言，学术界对于商业模式的概念定义可以梳理为经济类、运营类、战略类和整合类四类。综合上述四类定义的共性，有观点指出，可以将商业模式概括为：包含一系列要素及其关系的概念性工具，

用以实现企业价值创造的商业逻辑。¹

由于反法是行为规制法，主要规定了禁止性的不正当竞争行为，并未就受保护的权益进行明确。因此，若要明确商业模式是否受反法保护，即需要结合反法保护范围进行进一步分析。对于反法保护范围的争议即主要围绕对于应采取“静态竞争观”还是“动态竞争观”的认知。²

传统竞争法“静态竞争观”认为，反法起源于侵权行为法，应强调权益保护。有观点指出，商业模式实际即属于经营者应受保护的权益，应对经营者该竞争成果进行权利维护，将其视为经营者不可侵犯的权益，为经营者提供“权利化”的保护。³

但也有学者明确指出，“动态竞争观”才符合市场竞争的发展。反法虽然“脱胎于”侵权法，但其“受保护的权益”不同于其他著作权、专利权等绝对权权益保护模式。反不正当竞争法立足于竞争行为的正当性，而不是立足于静态的权益。反法的保护范围并不像物权或者知识产权那样具有排他的效果，一旦他人擅自介入即构成侵权。商业模式只是中性的竞争载体或工具，而不具有合法权益属性，⁴应避免将反法所保护的权益“资产”化或者类似知识产权的专有化，防止其不适当扩张而妨碍竞争自由。

3、商业模式涉及的商业道德案例梳理

通过检索与梳理近年来法院对商业道德内涵的认定，我们注意到实践中法院对于商业模式的认定以及在适用《反不正当竞争法》第二条时，以下

述案例为例存在以下演变：

3.1 案例一：“商业模式应受保护”⁵——某聊天软件助手案

在该案中，最高法院认为聊天软件的开发主体通过开发该软件⁶，形成免费平台与广告或增值服务相结合的商业模式是本案争议发生时，互联网行业惯常的经营方式，符合我国互联网市场发展的阶段性特征。最高法院根据国内即时通讯行业的惯例作为认定构成商业道德的基础，并进一步认定“聊天软件开发主体以此谋取商业利益的行为应受保护，他人不得以不正当干扰方式损害其正当权益”，并以一审被告专门针对该聊天软件开发、经营该聊天软件助手，以帮助、诱导等方式破坏聊天软件及其服务的安全性、完整性，减少了聊天软件开发主体的经济收益和增值服务交易机会，干扰其正当经营活动，损害该主体的合法权益，违反了诚实信用原则和公认的商业道德，认定一审被告构成不正当竞争行为。

3.2 案例二：“非公益必要不干扰”⁷——某屏蔽视频广告插件案

在该案中，北京知识产权法院认为在线视频网站“提供在线视频播放服务并以片前广告获取商业利益，这一合法商业模式产生的商业利益依法应予保护”。然而，该院进一步指出，经营者可以通过技术革新和商业创新获取正当竞争优势，但非因公益必要，不得直接干预竞争对手的经营行为。广告视频插件提供者为了获取商业利益，利用“屏蔽视频广告”插件直接干预在线视频网站的经营行为，构成不正当竞争。

¹ 吴莉娟：《互联网不正当竞争案件中商业模式的保护》，载《竞争政策研究》2015年9月号。

² 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理·原论》，法律出版社2019年版，第194页。

³ 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11月第42卷第6期。

⁴ 孔祥俊：《论反不正当竞争的基本范式》，载《法学家》2018年第1期。

⁵ 最高人民法院（2013）民三终字第5号案。

⁶ 此商业模式具体表现为：以该软件为核心搭建一个综合性互联网业务平台，并提供免费的即时通讯服务，吸引相关消费者体验、使用其增值业务，同时亦以该平台为媒介吸引相关广告商投放广告，以此创造商业机会并取得相关广告收入。

⁷ 北京知识产权法院（2014）京知民终字第79号案。

3.3 案例三：竞争者在市场竞争中也需要容忍适度的干扰⁸——某在线购物助手案

在该案中，法院同样认可一审原告网络购物平台此种商业模式⁹因能为其带来经济利益和竞争优势，具有商业价值，应属于受反法保护的合法权益。但是，法院在后续认定中，逐渐注意该行为除对一审原告外的第三方（消费者及市场竞争）的影响，并进一步认为由于一审被告提供的在线购物助手有利于提升消费者福祉、鼓励创新与提高竞争的充分性，只要一审被告行为并未造成过度妨碍原告正常经营活动，并不构成不正当竞争行为。一审原告应对被告这一商业模式有一定容忍义务。

3.4 案例四：反法并不必然保护具体商业模式¹⁰——某游戏模拟器案

在该案中，法院明确指出“在反不正当竞争法上，一种利益应受保护并不构成该利益的受损方获得民事救济的充分条件，受反不正当竞争法所包含的法益本身并非一种法定权利。反不正当竞争法并不保护某一种具体的商业模式，其所保护的是商业模式所带来的商业利益或竞争优势。”同时，法院进一步表示：“只有竞争对手在争夺商业机会时不遵循诚实信用的原则，违反公认的商业道德，通过不正当的手段攫取他人可以合理预期获得的合法权益，实质性替代竞争对手时，方为反不正当竞争法所禁止”。在本案中，法院提出，一审被告虽然确实存在“搭便车”之嫌疑，但并非所有“搭便车”行为都属于不正当竞争，反不正当竞争法所禁止的是一种破坏公平竞争秩序的不正当行为，对于通过正当方式实施的“搭便车”行为理应得到一定的容忍。法院进一步强调，所谓商业机会和用户流量乃是市

场自由竞争的结果，不能只要有人对该商业模式进行干扰就必然将该行为认定为不正当竞争所谓商业机会和用户流量乃是市场自由竞争的结果。

4、商业模式涉及的商业道德演变趋势：

结合前述对于商业模式法律性质、反法保护范围以及相关案例的梳理与分析，我们理解，对商业模式涉及的商业道德的演变，与反法保护范围的演变存在一致性特点，即强调从对“静态竞争观”到“动态竞争观”的保护¹¹。具体而言：

4.1 不再以一方存在损害，即认为对方行为具有不正当性

法院逐渐认识到，市场竞争是不同经营者之间对市场机会或市场利益得失展开的争夺，最终都是为了获得更多的商业机会。因而，市场竞争具有天然的“损人利己”特性、具有强烈的对抗性。认定竞争行为的正当性主要是从客观角度进行衡量。市场竞争的一般逻辑是优胜劣汰，有竞争就必然有损害，绝对不能因为有损害结果就简单推导竞争行为具有非正当性、违反了商业道德。

4.2 对商业模式的保护日趋谨慎，给予市场最宽松的竞争环境

法院更加强调对于市场竞争的尊重，适用商业道德条款时保持谨慎、克制态度，避免对竞争自由的过分抑制。例如，如同案例四与后续案件中均所提及的，反法并不同于专利法、商标法等特别法，并没有给经营者创设一种独占的权利，而是从禁止和救济的消极角度保护相关法益，即通过禁止性条款和一般条款对不正当竞争行为予以规制。商业活动模式属于经营者的合法权益，应当受到法律保护，

⁸ 上海知识产权法院(2017)沪73民终197号案。

⁹ 此商业模式具体表现为：为卖家用户和买家用户提供商品与服务交易平台；向卖家用户收取技术服务费，并就达到一定年销售额的卖家进行费用减免；为卖家及买家用户提供包括即时通讯工具、多种支付手段、售后管理、信用评价体系等与网络购物相关的特色服务；为卖家用户提供直通车广告等收费推广服务。

¹⁰ 杭州互联网法院(2019)浙0192民初8128号案。

¹¹ 陈歌华：《反不正当竞争法自由竞争价值的理论证成与制度调适》，《比较法研究》，2021年第6期。

但这种合法权益并非法定的权利、更非绝对性独占权利，经营者并不享有排他性权利。¹²

4.3 注意审查、促成各要素间的利益平衡

相比于早期，法院仅注意认定原告对具体商业模式是否享有利益、以及被告的行为是否损害原告商业模式而言，法院日趋强调从是否有利于消费者利益、市场竞争、经营者的主观状态如何、原告遭受损害的严重程度等多角度进行综合性审查，并希望能获得整体利益的平衡。例如在案例三以及相关案件中，法院虽然意识到一方行为损害了竞争对手的部分利益，但是若整体未达到对市场的干扰、消费者利益以及该方实质利益的侵害，法院仍可能认为一方行为亦不构成不正当竞争。

5、合规建议

结合上述分析，由于商业模式关系企业生存与发展的“命门”，特别是考虑到实践中立法与司法层

面商业模式涉及的商业道德认定具有复杂性、动态变化的特点，以及一旦被法院认定构成不正当竞争行为，企业前期人力、物力以及整体市场布局即毁灭一旦，并面临着高额的民事责任赔偿、甚至行政处罚。

我们建议公司应防患于未然，在制定商业模式、或进行初步推广后，及时寻求律师建议，对相关商业模式涉及的不正当竞争法项下风险进行评估。若涉及相关不正当竞争法争议/诉讼，应及时寻求律师协助，以制定系统的法律应对/应诉策略。同时，若公司注意到或认为竞争者的相关经营行为已对公司现有商业模式造成破坏或损害了公司的竞争利益等，公司亦可及时寻求律师建议，就竞争者的不正当竞争行为进行及时证据保全、梳理，并制定相应民事起诉、行政投诉方案以保护公司的合法利益。

祁 达 合 伙 人 电 话：86-21 2208 6347 邮 箱 地 址：qid@junhe.com

沈 程 律 师 电 话：86-21 2208 6189 邮 箱 地 址：shencheng@junhe.com

赵怡青 律 师 电 话：86-21 2208 6046 邮 箱 地 址：zhaoyq@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。



¹² 浙江省杭州市中级人民法院，(2018)浙01民终243号案。