

## 互联网竞争纠纷制胜先机 —— 比较法视角下行为保全申请指南

作者：金立宇 | 赵宇先 | 马浩洋<sup>1</sup>

互联网行业中，激烈的竞争围绕着用户及其注意力展开。竞争手段层出不穷。其中亦不乏一些涉嫌不正当竞争的手段：例如利用“爬虫”、“盗链”不劳而获地使用他人收集、维护的内容、数据，或利用群控系统刷量破坏社区生态等等。反不正当竞争法等法律法规固然为经营者提供了“防御机制”。但此等“防御机制”往往需要经由较长的诉讼程序才能最终完成并生效。互联网行业的竞争瞬息万变，在经营者通过诉讼维权期间，竞争对手可能已经通过不正当竞争行为夺取大量用户、抢占市场份额并彻底改变了竞争格局，导致经营者即使赢得胜诉亦于事无补。

有鉴于此，竞争者之间在诉讼程序下的竞争和对抗将会提前 —— 双方在进行实体请求和答辩前以及法院作出判决前，将有必要着力利用诉讼程序尽快改变或维持现状，以防自身竞争利益快速灭失。类似于普通法系的“临时禁令”，民事诉讼法第一百条、第一百零一条确立的行为保全制度允许当事人在法院作出生效裁判、甚至是起诉前申请法院责令对方停止侵害行为。本文梳理了相关法律、司法解释规定及各地法院在互联网竞争纠纷中裁定行为保全的实践，以期为读者提供具有可操作性的行为保全申请和抗辩指引。

### 一、审查行为保全申请的一般考量因素

在中国，行为保全实践发轫于知识产权领域的“诉前责令停止侵犯知识产权行为”，并由2012年修订的民事诉讼法推广至所有民事案件<sup>2</sup>。2019年1月1日生效的《关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定（法释〔2018〕21号）》（“《知识产权纠纷行为保全规定》”）进一步细化了审查知识产权纠纷行为保全申请的准则。该规定亦适用于在反垄断和反不正当竞争纠纷中申请行为保全<sup>3</sup>。其中第七条明确了法院的总体考量因素：

- （一）申请人的请求是否具有事实基础和法律依据，包括请求保护的知识产权效力是否稳定；
- （二）不采取行为保全措施是否会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害或者造成案件裁决难以执行等损害；

<sup>1</sup> 韩奕新对本文的写作亦有贡献。

<sup>2</sup> 参见宋晓明等：《〈关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2019年第7期。

<sup>3</sup> 根据该规定第一条，“本规定中的知识产权纠纷是指《民事案件案由规定》中的知识产权与竞争纠纷。”《民事案件案由规定》中的知识产权与竞争纠纷一节包括“十五、不正当竞争纠纷”和“十六、垄断纠纷”。

- (三) 不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害；
- (四) 采取行为保全措施是否损害社会公共利益；
- (五) 其他应当考量的因素。

上述考量因素或借鉴了域外的类似制度，如英美法系的临时禁令和大陆法系的“假处分<sup>4</sup>”。以美国为例<sup>5</sup>，美国最高法院在 *Winter v. NRDC* 一案中重申了批准临时禁令的四个条件<sup>6</sup>：

1. 申请人在实体问题上有胜诉的可能性；
2. 如果不批准禁令，申请人可能遭受不可弥补的损害；
3. 权衡双方的损害和利益，批准禁令对申请人更有利；
4. 批准禁令有利于公共利益。

由此可见，在中美两国申请行为保全/临时禁令的实质考量因素十分相似。因此，在中国法下主张和抗辩行为保全申请时，美国相关在先判例中的证明和论证思路可以提供有意义的参考。

## 二、各项考量因素之间的权重关系

首先应当注意的是，除第（二）[申请人受到损害]项因素实际上是民事诉讼法第一百条和第一百零一条法定申请行为保全的前提条件，《知产纠纷行为保全规定》第七条中列举的其余四项均系考量因素而非要件。其中区别在于，法律要件的证明相对更为机械。取决于要件之间的逻辑联结词（如“和”、“或”），申请人需要证明所有或者某些要件成就，法院方可支持其申请主张。相比之下，考量因素则更具弹性，各项因素权重是否一致、在证明上彼此的逻辑关系等问题并不十分明确。不同法院往往也有不同的理解和操作方式。

在国内现有的案例中，多数法院逐一分析了（一）至（四）项因素，尤其着重分析第（一）[实体请求权基础]、（二）[申请人受到损害]项因素。有个别法院在裁定书中没有对第（四）[公共利益]项因素进行分析<sup>7</sup>。总体而言，过往裁判显示，不同的考量因素之间可能具有不同的权重，这意味在证明和论证的意义上，某些因素上的优势或可弥补其它因素上的劣势。

在美国，不同巡回法院甚至同一法院在不同案件中对不同考量因素之间的关系及其证明的理解适用并不统一：相关实践大概可归纳为三种标准——逐次检验标准（*sequential test*）、滑块式标准（*sliding scale*）以及门槛标准（*threshold test*）<sup>8</sup>。其中最严格的是逐次检验标准——申请人必须证明每一个条件成立<sup>9</sup>。在滑块式标准下，某一个条件的充分证明可以抵销其他条件的证明不足。比如第九巡回法院认为，当利益权衡的天平大幅倾向于申请人时，申请人只需再证明“存在重要的实体问题（*serious questions going to the merits*）”，

<sup>4</sup> 同前注 2，宋晓明等文。

<sup>5</sup> 美国法下的临时禁令包括临时限制令（*Temporary Restraining Order, TRO*）和初步禁令（*Preliminary Injunction*）。二者的构成条件是相同的。See *Moore v. Kempthorne*, 464 F. Supp. 2d 519 (E.D. Va. 2006)。

<sup>6</sup> See *Winter v. NRDC, Inc.*, 555 U.S. 7, 129 S. Ct. 365 (2008). A plaintiff seeking a preliminary injunction must establish (1) that he is likely to succeed on the merits, (2) that he is likely to suffer irreparable harm in the absence of preliminary relief, (3) that the balance of equities tips in his favor, and (4) that an injunction is in the public interest.

<sup>7</sup> 例如：（2020）浙 8601 民初 798 号之一、（2019）津 0116 民初 2091 号。

<sup>8</sup> See Rachel A. Weisshaar, *Hazy Shades of Winter: Resolving the Circuit Split over Preliminary Injunctions*, 65 *Vanderbilt Law Review* 1011, 1032 (2019); M D. Moore, *The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor*, 117 *MICH. L. REV.* 939, 946 (2019)。

<sup>9</sup> *Ibid.*

而不用证明在实体问题上有胜诉的可能性（假定其他条件已被满足）<sup>10</sup>。采用门槛标准的第三巡回法院认为“实体问题上胜诉可能性”和“遭受不可弥补的损害”是最关键的两个条件，只有这两个条件均被满足，法院才会继续审查另外两个条件，并最终综合权衡四个条件决定是否批准禁令<sup>11</sup>。

### 三、如何证明行为保全申请中的各项考量因素

#### （一）申请人的请求是否具有事实基础和法律依据

司法实践中，这一考量因素的核心在于判断申请人的请求是否具有胜诉可能性<sup>12</sup>。其首要难点在于如何把握“可能性”的高低。在申请行为保全阶段，双方当事人尚未就案件实体问题充分辩论，法官也尚未充分审查案件，难依与实体裁判相同的证明标准认定申请人请求是否具有事实基础和法律依据。相应地，也不应苛求申请人举证达到“高度盖然性”的标准。

最高人民法院法官在《〈关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》一文中指出：“适用《知产纠纷行为保全规定》审查行为保全申请时，对于胜诉可能性的程度把握达到优势可能性即可<sup>13</sup>”。实践中，一些法院运用的表述为“可能性较高<sup>14</sup>”。换言之，申请人需要证明其胜诉可能性大于败诉的可能性。

对比之下，美国最高法院在 *Winter v. NRDC* 案中给出的证明标准是“likelihood”，仅有“possibility”则不能满足该条件<sup>15</sup>。各巡回法院在实践中对于这一抽象标准的阐释各不相同。第九巡回法院认为通常情况下，申请人要证明其“多半可能（more likely than not）”胜诉<sup>16</sup>。有的法院则认为该可能性要远高于可以忽略的程度（significantly better than negligible），但不一定需要达到“多半可能”的程度<sup>17</sup>。

申请人的胜诉可能性可进一步分别从权益基础和被诉行为两个层面考虑。

#### 1. 权益基础

首先，申请人需要享有受法律所保护的权益或利益。不同于知识产权纠纷所涉专利权、著作权等绝对权，竞争纠纷涉及的权益无法也无须考量其“知识产权效力是否稳定<sup>18</sup>”，且大多没有被类型化为法定权利，而需要法院在个案中具体分析界定权益的内容和边界。除知识产权外，互联网竞争纠纷中涉及的常见权益类型有：产品或服务正常运行不受干扰的权利[例如：（2020）浙 8601 民初 1624 号]、竞争优势[体现为用户量、访问量、平台累积的用户内容等，例如：（2020）沪 0115 行保 1 号、（2020）浙 0106 民初 4335 号]、商业模式[例如：（2020）浙 0106 民初 4335 号]等。

对此，申请人首先需证明其系相关产品或服务的经营者或权利人，还可以进一步举出 APP 下载量、

<sup>10</sup> See *HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019); *Alliance for the Wild Rockies v. Cottrell*, 632 F.3d 1127, 1131, 1135 (9th Cir. 2011); *Shell Offshore, Inc. v. Greenpeace, Inc.*, 709 F.3d 1281, 1291 (9th Cir. 2013). 但在另一案中，第九巡回法院又采取了“逐次检验”的立场。See *Dish Network Corp. v. FCC*, 653 F.3d 771, 776.

<sup>11</sup> See *Reilly v. City of Harrisburg*, 858 F.3d 173, 179.

<sup>12</sup> 同前注 2，宋晓明等文。

<sup>13</sup> 同前注 2，宋晓明等文。

<sup>14</sup> 例如：（2020）浙 8601 民初 1624 号、（2020）浙 8601 民初 798 号之一。

<sup>15</sup> *Winter v. NRDC*。

<sup>16</sup> *SEC v. Banc de Binary, Ltd.*, 964 F. Supp. 2d 1229, 1232 (D. Nev. 2013)。

<sup>17</sup> See *Reilly v. City of Harrisburg*, 858 F.3d 173, 179.

<sup>18</sup> 同前注 2，宋晓明等文。

活跃用户数、成交总额（GMV）等运营数据证明其享有的应受保护的竞争优势等。此外，申请人可以借助服务条款（Terms of Use）、用户协议等阐明运营方和用户的权利边界，以此辅助证明被申请人行为不正当性。例如，在（2019）粤 03 民初 1914 号案中，案涉 App 的软件许可及服务协议、个人账号使用规范均禁止用户批量注册账号、滥用多个账号、删减应用功能、干扰应用模块及数据等行为。法院以被申请人违反该等软件许可及服务协议和使用规范作为分析利用群控技术批量控制账号之不正当性的前提之一<sup>19</sup>。

## 2. 被诉行为

其次，申请人需要证明被诉行为具有不正当性的可能性较高。这要结合反不正当竞争法、反垄断法等法律具体规定判断。

以不正当竞争为例，如果被诉行为可能构成反不正当竞争法类型化的不正当竞争行为，则其不正当性易于说明。互联网竞争中常见的类型化不正当竞争行为有反不正当竞争法第六条规制的混淆行为、第十一条规制的商业诋毁以及第十二条“互联网专条”规制的利用技术手段妨碍、破坏网络产品或者服务正常运行的行为等。实践中，群控软件[例如：（2020）浙 0106 民初 4335 号]、强制弹窗广告[例如：（2020）浙 8601 民初 798 号之一]、URL（Uniform Resource Locator，又称“统一资源定位系统”）机制劫持[例如：（2020）沪 0115 行保 1 号]等曾被认定构成互联网专条下不正当竞争行为。

如果被诉行为无法落入类型化的范畴，则申请人需要论证该行为构成反不正当竞争法第二条下的一般不正当竞争行为。以享有反不正当竞争法所保护权益为基础，参考法院相关案例，申请人通常可从以下三个方面论证一般不正当竞争行为成立的可能性<sup>20</sup>：

其一，申请人和被申请人之间存在竞争关系。鉴于互联网领域的弹性和模糊性，有法院认为竞争关系应作较宽泛理解，即“应当根据具体行为属性、商业利益上是否存在此消彼长等方面，而非经营者的主营业务或所处行业出发来界定经营性和竞争性<sup>21</sup>”。如双方具体行为指向重合的产品功能<sup>22</sup>，或争夺相同用户群体<sup>23</sup>，即可认定二者存在竞争关系。当下亦有更进一步观点认为不正当竞争行为认定不需要以经营者之间的竞争关系为要件<sup>24</sup>。如在（2019）浙 01 民终 9556 号案中，杭州中院认为：“判断一项行为是否构成不正当竞争，并不以损害特定竞争者且其相互之间具有竞争关系为必要，而应根据其是否违反竞争原则或者其他具体法律标准而进行认定。”尽管如此，考虑到不同法院的不同实践，我们仍建议当事人对“竞争关系”的存在与否进行充分论证。

其二，被诉行为可能损害申请人利益。申请人所受损害可能表现为商誉损失、竞争优势减弱、流量下降、为防止被诉行为所需经营开支增加等<sup>25</sup>。这一方面与《知产纠纷行为保全规定》第七条第（二）[申请人受到损害]项考量因素有所重合。我们将在下文详细阐述如何就申请人所受损害举证。

其三，被诉行为可能因违反法律、诚实信用原则和商业道德、扰乱市场竞争秩序而具有不正当性。

<sup>19</sup> 参见：（2019）粤 03 民初 1914 号之二。其他法院借助申请人用户协议等认定被诉行为不正当性的案例如：（2020）浙 0106 民初 4335 号。

<sup>20</sup> 参见：（2019）浙 8601 民初 1079 号。

<sup>21</sup> （2018）浙 01 民终 231 号。

<sup>22</sup> 参见：（2019）津 0116 民初 2091 号。

<sup>23</sup> 参见：（2019）浙 8601 民初 1079 号。

<sup>24</sup> 参见孔祥俊：《论反不正当竞争法的新定位》，载《中外法学》2017 年第 3 期。

<sup>25</sup> 例如：（2019）浙 8601 民初 1079 号、（2020）沪 0110 民初 5283 号。

仅仅造成申请人损害不能说明被诉行为必然具有不正当性。正如（2016）沪 73 民终 242 号民事判决书论述：“在自由、开放的市场经济秩序中，经营资源和商业机会具有稀缺性，经营者的权益并非可以获得像法定财产权那样的保护强度，经营者必须将损害作为一种竞争结果予以适当的容忍。”由于互联网等新兴经济领域的商业规则尚未稳定形成，识别出有共识的“商业道德”内容存在一定难度，不少法院也会综合衡量消费者（对于 To B 产品而言包括作为需求方的经营者）利益来判断不正当性，即考量消费者的自由选择是否受到干扰；自由决策是否因误导性或骚扰性的行为而扭曲；隐私权、个人信息权益是否受到侵犯等等<sup>26</sup>。因为消费者其实是竞争过程中的裁判者，他们如何“投票”是竞争的核心<sup>27</sup>。如果被诉行为造成申请人损害的同时“绑架”了消费者的选择，那么其不正当性相对容易成立。

### 3. 主体界定

除上述两方面之外，因为侵害行为发生于匿名化的网络空间，申请人有时还会在界定被诉行为主体上遇到困难。对此，申请人可尝试通过相关互联网平台、应用商店、域名注册商等服务商或借助技术手段灵活地识别行为人的身份。

例如，在（2019）京 0108 民初 35902 号案中，在发现其 App 中视频文件被某 IP 地址以爬虫爬取后，申请人在后台未公开展示的视频内加入暗记。随后带有暗记的视频被抓取并展示于另一 App 中。且该 App 中视频下有大量评论的内容、标点符号、前后顺序均与申请人 App 内相同视频下的评论一致。结合应用商店内显示的该 App 开发者信息，申请人成功协助法院认定被申请人确系被诉行为的实施主体，并得以有力反驳被申请人称其 App 内视频系用户自行上传而非以爬虫爬取的说法。

#### （二）不采取行为保全措施是否会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害或者造成案件裁决难以执行等损害

这一考量因素是民事诉讼法规定申请行为保全的“必要性”条件。民事诉讼法第一百零一条规定的诉前保全和第一百条规定的诉中保全的必要性条件在字面上有所不同：申请诉前保全的条件是申请人合法权益会“受到难以弥补的损害”，而申请诉中保全仅需具备“使判决难以执行或者造成当事人其他损害”之条件。这是因为起诉前法院往往不具备深入审查双方当事人意见和证据的机会，为诉前保全设置更严格必要性条件有助于减少错误保全的发生。

不过，由于《知产纠纷行为保全规定》第七条第（二）项一并概括了申请诉前和诉中保全的前提条件，不少法院在审查诉前和诉中行为保全申请时会适用相同标准，即在审查诉中保全申请时同样考量申请人是否会受到“难以弥补的损害<sup>28</sup>”。申请人可尝试援引民事诉讼法第一百条来点明诉中保全实则并不要求损害“难以弥补”以降低己方论证义务。申请人亦可参照《知产纠纷行为保全规定》第十条对“难以弥补的损害”的阐释证明有“造成案件裁决难以执行等损害”之情形<sup>29</sup>。

根据《知产纠纷行为保全规定》第十条，“难以弥补的损害”主要有两层含义。一是申请人所受损害依其性质难以通过金钱补偿予以弥补，例如商誉等人身性质的权利受损<sup>30</sup>。二是所受损害虽然从性质

<sup>26</sup> 例如：（2019）津 0116 民初 2091 号（“该行为既违反了其与平台之间的约定及有关法律对网络经营者所规定的保护个人信息的义务，也侵害了用户的选择权、知情权和隐私权等合法权益，不具有正当性”）；（2019）粤 03 民初 1914 号之二（法院将“该竞争行为损害了消费者的利益”作为认定被申请人不正当竞争行为成立可能性较高的四个理由之一）。

<sup>27</sup> 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。

<sup>28</sup> 同前注 2，宋晓明等文。如此做的案例如：（2019）沪 0115 行保 1 号、（2019）京 0108 民初 45659 号。

<sup>29</sup> 同前注 2，宋晓明等文。

<sup>30</sup> 《知产纠纷行为保全规定》第十条：“在知识产权与不正当竞争纠纷行为保全案件中，有下列情形之一的，应当认定属于民事诉讼法第一百零一条规定的‘难以弥补的损害’：（一）被申请人的行为将会侵害申请人享有的商誉或者发表权、隐私

上有可能通过金钱赔偿予以弥补，如申请人竞争优势减弱（具体又可表现为市场份额下降<sup>31</sup>、用户流失、访问流量减少等<sup>32</sup>）和商业机会丧失——理论上有可能被“货币化”（按申请人营业收入下降的数额计算）。但该等损害或是会因被申请人行为持续而显著增加、数额巨大<sup>33</sup>，或是实践中难以准确计算，因而也应当属于“难以弥补的损害”。

在证明损害的性质和程度时，申请人可以从己方和对方两个方面着手准备证据。从己方角度，申请人可收集其产品或服务经营数据、财务数据、用户评价、合作伙伴反馈、第三方报导等来说明商誉和竞争优势的损失<sup>34</sup>。从对方角度，申请人可着重收集能证明被申请人产品或服务覆盖用户数广大、使用频次较高的证据，例如被申请人自身的宣传广告，以说明被诉行为的持续会显著扩大申请人所受损害<sup>35</sup>。

由于行为保全措施/临时禁令属于“非同寻常的救济”，中美两国法院在审查司法措施必要性时均会考量申请人是否有其他替代方式防止损害<sup>36</sup>。申请人可举出其已采取合理措施的证据。例如，在（2015）浦禁字第 1 号案中，申请人向法院提交了其及时采取安全技术升级、向行政部门举报等措施但仍难以遏止侵害行为的证据，以此印证禁令的必要性<sup>37</sup>。

值得一提的是，即使被申请人已经暂停侵害行为，申请人依然有可能申请行为保全向其施加更大压力。例如，在（2019）浙 8601 民初 2435 号案中，虽然被申请人在审查行为保全听证前已经删除了被诉服务模块，但杭州铁路运输法院认为被诉产品仍在保全被申请人控制之中，被申请人未举证证明其无法重新上架该产品，则仍有可能再次侵权，因此仍有必要采取行为保全措施<sup>38</sup>。

### （三）不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害

这一考量因素要求法院在采取行为保全措施时平衡双方当事人的利益。这也是美国法院颁发临时禁令的考量因素之一<sup>39</sup>。在前两个因素已被证明的情况下，只要申请人请求具体、适当且不超过不正当行为的范围，中国法院通常较难采信被申请人关于行为保全措施对其造成损害更大的观点，而是多半认为采取行为保全措施并不影响被申请人其他合法业务的正常经营，对被申请人损害有限<sup>40</sup>。

此外，申请人可主张采取行为保全措施对被申请人可能造成的损害可通过其他途径得以减小或弥补。例如，在（2019）浙 0110 行保 1 号案中，申请人请求被申请人停止向电商平台恶意投诉申请人网店侵犯著作权，杭州市余杭区法院认为：虽然支持申请人请求将导致被申请人在行为保全期间内无法向电商平台投诉制止申请人真实的侵权行为，但这并不影响其起诉维权，未能及时制止侵权导致的损失也

权等人身性质的权利且造成无法挽回的损害……”认定被申请人商誉受损属“难以弥补的损害”的案例如：（2020）浙 8601 民初 798 号之一。

<sup>31</sup> 《知产纠纷行为保全规定》第十条第（三）项：“被申请人的侵权行为将会导致申请人的相关市场份额明显减少”。

<sup>32</sup> 认定申请人产品用户流失、流量减少属“难以弥补的损害”的案例如：（2020）浙 8601 民初 798 号之一、（2020）浙 8601 民初 1624 号。

<sup>33</sup> 《知产纠纷行为保全规定》第十条第（二）项：“被申请人的行为将会导致侵权行为难以控制且显著增加申请人损害”。

<sup>34</sup> 采信此类证据的案例如：（2020）沪 0115 行保 1 号、（2020）浙 0106 民初 4335 号。

<sup>35</sup> 采信此类证据的案例如：（2020）沪 0110 民初 5283 号、（2020）京 0108 民初 24338 号。

<sup>36</sup> 参见：（2020）浙 8601 民初 798 号之一（“两申请人尚无法有效向第三方平台申诉以及通过 OPPO 预装应用分发平台快速采取措施”）；*QVC, Inc. v. Resultly, LLC*, 99 F. Supp. 3d 525, 542。

<sup>37</sup> 参见惠翔：《某宝申请不正当竞争诉前禁令复议案——行为保全的司法审查原则》，载东方律师网 2018 年 3 月 21 日，<http://www.lawyers.org.cn/info/c5f196382efa4fe1873724ac2e5f7025>。

<sup>38</sup> 参见：（2019）浙 8601 民初 2435 号之三。

<sup>39</sup> *De Vico v. United States Bank*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 155622, 22 (C.D. Cal. Oct. 29, 2012)。

<sup>40</sup> 例如：（2020）浙 8601 民初 798 号之一、（2020）浙 8601 民初 1624 号、（2020）沪 0115 行保 1 号。

可以借助侵权商品链接在此期间的销量被具体量化。在申请人提供充足担保的情况下，法院亦会认为即使被申请人因行为保全措施遭受损害，该等损害可以担保金额弥补，相比之下更应采取行为保全措施防止申请人造成的“难以弥补的损害<sup>41</sup>”。有鉴于此，被申请人抗辩时不仅要加强论证被申请停止的业务与其他业务具有紧密的牵连关系，保全措施会令其遭受的损害较大，还要说明该等损害同样“难以弥补”。

#### （四）采取行为保全措施是否损害社会公共利益

参考美国有关案例，这一考量因素主要顾及司法措施对非当事人的影响<sup>42</sup>。如果申请人请求责令或禁止被申请人作出的行为涉及到广泛的消费者等非当事人，则法院可能会更慎重审查“公共利益”因素<sup>43</sup>。

我们目前暂未注意到中国法院支持被申请人公共利益抗辩而驳回行为保全申请的先例。法院倾向于严格审查被申请人提出的公共利益抗辩。例如，在（2019）沪0115行保1号案中，上海市浦东新区法院认为只有在涉及公众健康、环保及其它重大社会利益的情况下方可考虑此类抗辩<sup>44</sup>。案涉游戏虚拟定位插件系市场化产品，不具有社会公共产品的属性，被申请人亦系完全市场化的经营主体，故采取行为保全措施不会损害社会公共利益<sup>45</sup>。不过，在正面分析采取行为保全措施是否及如何影响公共利益时，有些法院又会采取更宽广的视角，关注到消费者利益（具体表现为用户体验、用户选择权等方面）和竞争秩序<sup>46</sup>。因此，申请人亦可积极论证采取行为保全措施具有提升消费者福利、规范竞争秩序等社会效益以加强己方立场。

在美国法下，*Winter v. NRDC* 案要求临时禁令需有利于公共利益，但也有法院将其理解为不对公共利益造成损害即可<sup>47</sup>。不同法院对公共利益的外延及价值位阶也有不同理解，往往会基于个案案情做出权衡<sup>48</sup>。在 *hiQ v. LinkedIn* 案中，第九巡回法院认为禁止爬取公司收集和用户使用用户公开信息可能会助长信息垄断从而有损公共利益<sup>49</sup>。而在 *Stackla v. Facebook* 案中，考虑到国会和联邦贸易委员会当时对 Facebook 用户数据泄露问题的关注，加州北区法院却认为维持 Facebook 监管平台并保护用户隐私的能力是更紧迫的公共利益，而一项要求其允许可能滥用数据的申请人继续爬取用户数据的临时限制令可能损害这种能力继而有损公共利益<sup>50</sup>。

<sup>41</sup> 参见：（2019）浙0110行保1号、（2020）沪0115行保1号。

<sup>42</sup> See *HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019)。

<sup>43</sup> M D. Moore, *The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor*, 117 MICH. L. REV. 939, 959-960 (2019)。

<sup>44</sup> 这一观点沿袭了最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见（法发〔2009〕23号）》：“人民法院应当严格审查被申请人的社会公共利益抗辩，一般只有在涉及公众健康、环保以及其他重大社会利益的情况下才予考虑。”

<sup>45</sup> 另见：（2020）渝01行保1号。

<sup>46</sup> 例如：（2020）沪0115行保1号（“因此，对[被申请人]就涉案行为采取诉前行为保全措施，不仅不会损害社会公共利益，而且有利于保障用户利益并增进整体社会福祉”）、（2020）浙0106民初4335号（“[被申请人]未提供初步证据证明涉案群控系统对[某软件]的正当合理使用，优化了用户的使用体验。现无证据证明采取行为保全措施会损害社会公共利益，反而有利于维护公平竞争的市场秩序，提升社会的整体利益”）。

<sup>47</sup> See *Jysk Bed 'N Linen v. Dutta-Roy*, 810 F.3d 767, 774 (11th Cir. 2015)。

<sup>48</sup> M D. Moore, *The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor*, 117 MICH. L. REV. 939, 949-952 (2019)。

<sup>49</sup> *HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019)。

<sup>50</sup> *Stackla, Inc. v. Facebook Inc.*, 2019 U.S. Dist. LEXIS 167324。

### （五）其他考量因素：情况紧急

根据民事诉讼法第一百零一条第一款，申请诉前行为保全需同时具备“情况紧急”的情形。根据民事诉讼法第一百条第三款，申请诉中行为保全时若“情况紧急”，法院则应在 48 小时内作出裁定。参考《知产纠纷行为保全规定》第六条，竞争纠纷中可能涉及的“情况紧急”典型情形有：申请人的商业秘密即将被非法披露；商誉等人身权利即将受到侵害；权益在时效性较强的场合正在或者即将受到侵害等。

例如，在（2020）沪 0115 行保 1 号案中，申请人于 2020 年 11 月 9 日申请诉前行为保全，请求责令被申请人立即停止以设置相同 URL 机制的方式干扰申请人 App 正常跳转的行为。上海市浦东新区法院认为：申请人 App 在历年“双十一”大促活动期间均产生极为可观的订单数量，在这一特定期间内，被申请人干扰申请人 App 造成的损害也将被放大。故法院在 2020 年 11 月 11 日当天紧急裁定被申请人停止干扰申请人 App 正常跳转的行为。此外，情况是否紧急与申请人是否可能遭受不可弥补的损害之间存在紧密联系。法院通常会将两个因素同时考虑，从而判断是否需要及时作出行为保全裁定，以防止申请人因未能获得及时救济而遭受不可弥补的损害。



## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 金立宇

电话： +86 21 6080 0968

Email: [denning.jin@hankunlaw.com](mailto:denning.jin@hankunlaw.com)