

## 海问观察：网络反不正当竞争新规征求意见

2021年8月17日，国家市场监督管理总局（“[市场监管总局](#)”）出台了《禁止网络不正当竞争行为规定（征求意见稿）》（“[《征求意见稿》](#)”），向社会公开征求意见<sup>1</sup>。《征求意见稿》是就其上位法《反不正当竞争法》第12条（“[互联网专条](#)”）的细化。结合近年网络领域反不正当竞争的行政执法和司法裁判实践，《征求意见稿》就传统不正当竞争行为（如混淆、虚假宣传、虚假交易、诋毁）在互联网场景下新的表现形式进行归纳和列举，就互联网领域特有的、利用技术手段实施的不正当竞争行为予以细化或者“类型化”，集中识别和提示近年网络经济快速发展中出现的诸如“刷单炒信”“好评返现”“网络水军带节奏”“反向刷单”“广告屏蔽”“二选一”“数据爬取”“大数据杀熟”等行为，明确纳入反不正当竞争法的规制范畴。此外，《征求意见稿》以专条规定平台经营者对平台内经营者的竞争行为提供指导、规范和处置的义务。

结合实务中的观察，我们提示和建议如下：

- 《征求意见稿》为平台经营者、平台内经营者的经营行为提供了反不正当竞争法领域的合规指引。建议平台经营者、平台内经营者参照《征求意见稿》，更新其合规事项清单，逐一回顾和评估其经营行为。与之相关的，2021年4-5月，市场监管总局和相关平台属地市监局推进多家平台企业的自查与整改工作，初告段落，预计后续“回头看”的事后监管中，《征求意见稿》所列事项亦将成为重要的参考指标。
- 各主要省市将陆续基于2019年新修订的《反不正当竞争法》，就其地方性法规进行修订。2021年1月1日，《上海市反不正当竞争条例》生效实施；2021年8月18日，《广东省实施〈中华人民共和国反不正当竞争法〉办法（草案建议稿）》亦公开征求意见。地方配套法规的制订和出台有助于增强法律的适用性，但客观上亦可能导致地方之间就相同规则存在不同的理解与适用。例如，前述广东省草案建议稿中，将“红包引流”的行为视同“有奖销售”进行规制，而《征求意见稿》和前述上海地方性规则中则未明确提及。建议平台经营者和平台内经营者持续关注各地立法和执法动向，基于各地实践的尺度和侧重规范其在当地的经营行为。
- 根据海问的经验，2021年以来涉及平台经济、电子商务或者互联网其他领域的中国境内外首次公开发行上市、再融资和并购重组项目中，反垄断、反不正当竞争、数据和隐私保护和其他与平台经济紧密相关的问题时常问及，拟上市主体及其专业顾问亦需就平台经济诸多合规方面进行调查和发表意见。可以预见，随着《征求意见稿》正式出台以及其他平台经济领域的措施和执法先例逐步涌现后，前端投融资并购市场中投资人就合规方面的关注，以及上市前上市公司合规自查的力度将会进一步加大。
- 平台治理涉及多重法律的竞合适用。平台经营者或平台内经营者的特定行为外观，可能受制于反垄断法、反不正当竞争法、网络安全法、个人信息保护法（正式生效文本尚待颁布）、电子商务法、广告法、价格法和消费者保护法，不同法律法规项下的适用条件、规制路径和法律责任均有所不同。例如，下文提及的“二选一”、“大数据杀

<sup>1</sup> 市场监管总局关于《禁止网络不正当竞争行为规定（征求意见稿）》公开征求意见的公告，参见[http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202108/t20210817\\_333683.html](http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202108/t20210817_333683.html)

熟”即是较为典型的示例。建议平台经营者或平台内经营者，结合其特定的市场地位、市场行为与市场条件，对经营行为可能涉及的合规风险进行分类和分级，以了解边界，有序竞争。

- 《征求意见稿》确立了一般性的平台经营者责任及相应罚则。作为往往更受关注、更具责任承担能力的平台经营者，在平台内经营者出现合规问题的情况下，可能更容易成为舆论关注的焦点和责任争议的“吸铁石”。在平台内经营者普遍数量巨大、潜在违规可能性上升、合规建设意义凸显的背景下，平台经营者应考虑进一步加速从“应激反馈型合规”到“制度防御型合规”的提升之路，特别紧盯反不正当竞争法、电子商务法、《征求意见稿》、一系列知识产权法律和其他相关监管规则对平台经营者和平台内经营者的要求，针对平台内经营者的活动采取更加强化的合规检视与规则约束。

就《征求意见稿》，我们分析摘取如下看点，与各位分享。

### 1. 传统不正当竞争行为在互联网场景下新形态

结合互联网专条第1款“经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定”以及不正当竞争行为类型，《征求意见稿》对传统不正当竞争行为在数字经济和网络环境下新的表现形式进行归纳和细化。

- **“关键词搜索关联”**：混淆是指采取特定手段引人误认为其经营的商品是他人商品或者与他人存在特定联系。互联网场景下，通过网络擅自使用他人标识或名称或者关键词搜索关联等方式攀附知名品牌，或者淡化小众品牌等混淆行为，将落入规制范畴。关键词搜索关联是较为突出和新颖的网络混淆行为，例如，深圳市精英商标事务所诉一家企业服务平台运营公司、一家搜索引擎公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案<sup>2</sup>中，法院判定利用互联网搜索引擎的关键词搜索推广服务，擅自使用他人商标或企业名称设置为自己的搜索关键词，造成公众混淆误认，可能导致归属于权利人的交易机会和合法权益受到损害的，即构成商标侵权或不正当竞争；
- **“刷单炒信”、“好评返现”**：虚假宣传和虚假交易系传统不正当竞争领域的主要行为。在互联网场景下，以流量变现为驱动，利用网络软文、网络红人、知名博主、直播带货等方式进行“刷单炒信”等行为日益显现，由于竞争激烈，甚至成为不少平台商家的“刚需”。2021年以来，市场监管总局就此开展反不正当竞争执法专项整治，上半年查处全国各级市场监管部门共查办各类不正当竞争案件3,128件，罚没金额2.06亿元。作为典型案例，市场监管总局就两批网络虚假宣传的典型案例，涉及“直播带货”中虚构关注度、流量，雇佣专业团队、“刷手”，虚假交易拍A发B，“寄空包”等方式“刷单炒信”行为进行曝光<sup>3</sup>，以普遍执法为倡导，明确“刷单炒信”等行为的违规性。

<sup>2</sup> 请见广东省高级人民法院的(2018)粤民终2352号判决，具体链接为<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=062ed5036d89410cb08eac4f00af3c14>。

<sup>3</sup> 请见市场监管总局公布的2021年度重点领域反不正当竞争执法典型案例——网络虚假宣传篇第一批和第二批，具体链接为[http://www.gov.cn/xinwen/2021-07/23/content\\_5626744.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-07/23/content_5626744.htm)和[http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/t20210728\\_333120.html](http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/t20210728_333120.html)。

值得一提的是，《征求意见稿》首次在适用规则层面就“好评返现”予以定性，即以返现、红包、卡券等方式足以诱导用户作出指定评价、点赞、转发、定向投票等互动行为。此前，作为2020年江苏省市场监管系统网络交易十大典型案例之一，宿迁市宿城区市场监管局即处理一起天猫网店商家好评返现的行政处罚案件<sup>4</sup>。就此，“好评返现”将成为一项平台经营规范的合规要点；存在疑问的是，就以返现方式引导用户做出“转发”，作为一种拓宽客源而非影响消费者知情权的方式，例如近年兴起的社交电商平台采用的“传播裂变”方式是否也将落入此“好评返现”的范畴，进而受到负面评价，似乎尚待立法和执法实践中进一步澄清。

- **“网络水军”、“恶意投诉举报”**：商业诋毁在互联网场景下演变为自媒体、跟帖评论服务的提供者或使用者、网络水军专业组织“带节奏”，或假借“打假”、“维权”恶意投诉举报，呈现出组织化、职业化、规模化特征。相比线下，网络诋毁具有实时灵活、违法成本低、传播速度快、覆盖范围广、技术深度介入等特点，对被侵权企业合法权益的损害程度和市场竞争环境的破坏程度远大于线下。值得一提的是，就《征求意见稿》点名的“利用网络对竞争对手的商品作出虚假或者误导性的风险提示、告客户书、警告函、律师函或举报信等”这一行为，如何区别正常维权与不正当竞争，将是执法难题。事实上，在传统的知识产权维权领域，发送知识产权律师警告函，是否可能在特定情形下属于不正当竞争或商业诋毁，是否构成滥用知识产权，是否可能进一步触发确认不侵权之诉，亦是一项长久以来的实践热点和难点。

## 2. 利用技术手段实施的网络领域不正当竞争行为

结合互联网专条第二款第（一）、（二）和（三）项规定对经立法“类型化”的不正当竞争行为，即流量劫持、妨碍干扰、恶意不兼容等进行细化完善；同时，结合第二款第（四）项的兜底条款，即“其他妨碍、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”，对于行政执法和司法实践中已经出现的不正当竞争行为予以“类型化”。

- **流量劫持**：《征求意见稿》细化的场景中，列举了“利用关键词联想等功能，设置指向自身产品或者服务的链接，欺骗或者误导用户点击”的行为模式。例如，用户时常遇见的情形，多家搜索引擎公司诉一家输入法公司案<sup>5</sup>中，用户在搜索引擎搜索框中用涉案输入法输入文字，该输入法将给出候选词列表，如用户点击该列表中的候选词，则将跳转至该输入法公司运营的搜索引擎的搜索结果，法院最终认定该输入法公司前述行为属于不正当竞争行为，判决其败诉并承担相应赔偿责任。

<sup>4</sup> 案件详情请见宿迁市市场监管局公告“宿迁市市场监管系统2020年度消费维权十大典型案例”之2.宿迁市创世家具有限公司诱导用户评价案，具体链接为<http://scjgj.suqian.gov.cn/sjsglj/gzdt/202103/70ed6e02db644b2aab159f3759081ceb.shtml>。

<sup>5</sup> 请见北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初7967号判决，具体链接为<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=a6472e6817f14d3faf0facf1000964d6>；以及北京市海淀区人民法院（2016）京0108民初14003号判决，具体链接为<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=f1ac0914fc8a48f5a9e7ab28000bddef>。

- 妨碍干扰**：《征求意见稿》细化的场景中，列举了“诱骗强迫用户删改网络产品或服务”，“违背客户意愿下载、安装、运行应用程序”，“对非基本功能应用程序不提供卸载或对卸载设置障碍”，“无正当理由屏蔽、拦截、修改、关闭、卸载其他网络产品或服务”，“调整搜索排序并恶意锁定”等行为模式。作为示例，在一家游戏运营公司与谌某等不正当竞争纠纷行为保全案<sup>6</sup>中，该游戏运营公司主张由于谌某提供、推广的虚拟定位插件（即“外挂”）通过改变手机操作环境，“欺骗”涉案手机游戏的定位系统，严重破坏了游戏的公平性。因此请求谌某停止提供、推广妨碍网络游戏正常运行的虚拟定位插件的不正当竞争行为。浦东法院认定，由于谌某的行为可能对该游戏运营公司的竞争优势、经营利益以及涉案游戏的市场份额带来难以弥补的损害，因此对该游戏运营公司的诉前行为保全申请予以支持。
- 恶意不兼容**：就何为“恶意”，《征求意见稿》列举了系列考量因素，包括主观意图、实施对象、对竞争秩序的影响、对其他经营者合法提供的网络产品和服务的正常运行的影响、对消费者的影响、是否符合诚信原则、是否有正当理由，为执法机构作出考察以及当事人进行抗辩提供了考量因素。
- 反向刷单**：指短期内与竞争对手发生高频次交易或者给予好评等，触发平台的反刷单惩罚机制，借以减少该竞争对手的交易机会。例如，义乌反刷单案中<sup>7</sup>，经由某电商平台推送线索，从事反向刷单行为的当事人最终被认定构成破坏生产经营罪。
- 屏蔽广告**：指针对特定信息服务提供商，拦截、屏蔽其信息内容及页面，频繁弹出的对用户造成干扰的信息以及不提供关闭方式的漂浮、视窗等信息除外。作为示例，在一家在线视频播放平台公司对一家视频聚合软件公司申请诉前行为保全案<sup>8</sup>中，法院即认为该视频聚合软件公司通过技术手段以屏蔽申请人片前广告、暂停广告的形式向其用户提供申请人视频内容的行为很可能构成不正当竞争，支持了申请人的诉前行为保全请求。
- “二选一”**：“二选一”的实质系限定交易对象的行为，作为网络经济常见的安排，《反垄断法》、《反不正当竞争法》、《电子商务法》、《网络交易监督管理办法》等法律法规均就此安排有所规制，但其适用条件和违法责任有所不同。《征求意见稿》在《反不正当竞争法》的框架之下，就“二选一”行为作出进一步细化，即利用技术手段（这一限定是区别于其他适用法律法规的重要前提），（1）通过影响用户选择、限流、屏蔽、商品下架等方式，减少其他经营者之间的交易机会，实施“二选一”行为；和（2）通过限制交易对象、限制销售区域或时间、限制参与促销等方式，影响其他经营者的经营选择，实施“二选一”行为，妨碍、破

<sup>6</sup> 请见上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115行保1号裁定，具体链接为<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=9049b199c1d04ad18835ab3b0098d423>。

<sup>7</sup> 请见浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终602号裁定，具体链接为<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=440d0d0ac9f44c6d8645a93300e1b92f>。

<sup>8</sup> 案件详情请见微信公众号“上海浦东法院”于7月17日发布的文章“建议收藏！浦东法院发布互联网不正当竞争典型案例”第3起案件，具体链接为<https://mp.weixin.qq.com/s/EINn4rWQkHEGnQpLzyoZJQ>。

坏具有依赖关系的交易相对方合法提供的网络产品或者服务的正常运行。

例如，一家电商平台运营公司不正当竞争行为处罚案<sup>9</sup>中，该电商平台为获取竞争优势及交易机会，开发并使用巡检系统，获取同时在本公司和其他公司上架销售的品牌经营者信息，利用供应商平台系统、智能化组网引擎、运营中台等提供的技术手段，通过影响用户选择及限流、屏蔽、商品下架等方式，减少品牌经营者的消费注意、流量和交易机会，限制品牌经营者的销售渠道，妨碍、破坏了品牌经营者及其他经营者合法提供的网络产品和服务正常运行，被认定为违反了反不正当竞争法的规定，处300万元罚款。

在竞合适用的多重规则下，基于个案不同，“二选一”行为可能面临不同的法律评价（当然不必然是负面评价，具体取决于对于其他经营者、市场和消费者福利影响的综合评估）：（1）如实施“二选一”限制的主体具有市场支配地位，可能构成滥用市场支配地位的行为，即便不具有市场支配地位但市场份额显著，亦可能构成与交易相对人达成的纵向非价格垄断协议，受制于《反垄断法》；（2）如市场份额不显著，但利用技术手段影响用户“二选一”的，可能构成不正当竞争行为，受制于《反不正当竞争法》；（3）《电子商务法》、《网络交易监督管理办法》则不以“利用技术手段”为前提，利用服务协议、交易规则以及技术等手段实施“二选一”亦可能构成前述规则项下的违法违规行为。

- **数据爬取**：即利用技术手段，非法抓取、使用其他经营者的数据，并对其他经营者的产品或服务构成实质性替代，或者不合理增加其他经营者的运营成本，减损其他经营者用户数据的安全性，妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行。例如在一家第三方消费点评平台公司诉一家搜索引擎公司案<sup>10</sup>中，该搜索引擎在向用户提供商户地理信息的同时，还提供了来自该第三方消费点评平台的商户点评信息。法院认为，该搜索引擎不可以任意使用搜索引擎抓取的信息，其仍然应当本着诚实信用的原则和公认的商业道德，合理控制来源于其他网站信息的使用范围和方式；该搜索引擎大量使用涉案点评信息，实质替代该第三方消费点评平台向用户提供信息，对竞争秩序产生了负面影响、可能会损害未来消费者的利益，构成不正当竞争行为。
- **大数据杀熟**：即利用数据、算法等技术手段，通过收集、分析交易相对方的交易信息（包括交易历史、支付意愿、消费习惯、个体偏好、支付能力、依赖程度、信用状况等）、浏览内容及次数、交易时使用的终端设备的品牌及价值等方式，对交易条件相同的交易相对方不合理地提供不同的交易信息，侵害交易相对方的知情权、选择权、公平交易权等，扰乱市场公平交易秩序。对于这一话题，**2020年8月**文化和旅游部出台的《在线旅游经营服务管理暂行规定》中有类似规定，即“在线旅游经营者不得滥用大数据分析等技术手段，基于旅游者消费记录、旅游偏好等设置不公平的交易条件，侵犯旅游者合法权益”，**这一规定只是侧重强调交易条件的公平性方面**。与此相比，《征求意见稿》的条文中，“交易条件相同”和“不

<sup>9</sup> 请见国家市场监督管理总局行政处罚决定书（国市监处〔2021〕3号），具体链接为[http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/jjjzj/202102/t20210210\\_326097.html](http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/jjjzj/202102/t20210210_326097.html)。

<sup>10</sup> 请见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号判决，具体链接为<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=d563ceaad95949c9bb3fa7f90122dbae>。

合理”这两项要件的理解与适用是行政执法和司法裁判中评估是否不正当竞争行为的重要方面（国务院反垄断委员会《关于平台经济领域的反垄断指南》在谈及“大数据杀熟”问题时，亦同时提供这两项评估因素）。例如，“大数据杀熟”的重要表现形式之一即差异化定价，在典型的“拉新”场景中，经营者往往对于全新用户提供特别的价格优惠，这一全新用户和老用户之间的差异化定价，或可通过主张并非“交易条件相同”或者具有合理理由进行抗辩；此外，经营者往往有动力对于长期沉寂的用户给予额外优惠以期“激活”使用习惯，或者对具有异常高投诉率或异常高退单率的用户减少优惠力度，这些行为能否被解读为“交易条件”不同，或者具有商业经营的合理理由，亦有讨论空间。但是，对于“交易条件相同”的用户进行差异化定价，且没有合理理由的，则可能会被认定为违法行为，例如在胡女士诉一家在线旅游平台案<sup>11</sup>中，该在线旅游平台被判承担赔偿责任。“大数据杀熟”的另一重要体现形式是对不同用户呈现差异化的显示搜索结果，即根据用户的具体画像提供个性化搜索结果。这一行为本身的敏感程度低于差异化定价，且也可以从提升用户体验、提高浏览效率等角度寻求论证一定的商业合理性，但需要注意的是，经营者需要同时遵守《电子商务法》以及将要颁布并生效的《个人信息保护法》的规定，向用户告知个人信息收集的用途（例如用于画像并提供个性化展示结果）并取得用户的同意，并向该用户提供不针对其个人特征的决策和展示选项，以保障用户的知情权、选择权和个人信息权益。

除上述类型化的不正当竞争行为之外，《征求意见稿》第22条就互联网专条的兜底条款进行细化，列举了判断某种行为模式是否落入兜底条款的相关考虑因素，包括对其他经营者运营的干扰以及对服务成本和流量的影响，对消费者的体验或其他利益的影响以及行为实施次数、持续时间、影响的地域和时间范围等因素。

兜底条款旨在应对商业实践中各种创新性的经营行为。而就兜底条款的理解和适用，结合行政执法和司法裁判实践，通常需要重点关注新型行为对法益的损害以及该等行为的正当性：就法益损害而言，需要综合考察市场竞争秩序、消费者利益和经营者利益；而就行为的不正当性，则需要考察是否涉及违反自愿、平等、公平、诚信原则以及商业道德，在新型行为对消费者福祉的增益与对竞争者利益减损之间进行衡量、考察行为人对其他经营者影响的合理性和必要性、考虑受影响经营者利用技术手段消除影响的可行性和成本等因素。《征求意见稿》上述对兜底条款的细化，毫无疑问将为行政执法和司法实践提供明确指引，同时为当事人的抗辩提供思路，以增强法律的适用性。

### 3. 其他

- **管辖；投诉：**执法实践中，由于涉及互联网不正当竞争案件的主要行为发生地与行为主体所在地不一致，有的案件管辖权难以确定，导致立案、取证和执行难。《征求意见稿》中，明确与《市场监督管理行政处罚程序规定》衔接，即网络交易平台经营者和通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的网络交易经营者的违法行为由其住所地县级以上市场监管部门管辖；平台内经营者的违法行为由其实际经营地县级以上市场监管部门管辖。网站建立者或者管理者住所地、经营者实际经营地、违法结果发生地的市场监管部门先行发现线索或者收到举报

<sup>11</sup> 请见中国法院网的相关报道，具体链接为：<https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/07/id/6146423.shtml>。

的，也可以进行管辖。值得一提的是，《征求意见稿》中亦明确规定鼓励举报以及市场监管部门受理举报和依法及时处理的要求。结合海问近期的经验和观察，平台经济领域、反垄断法和反不正当竞争领域的投诉举报正在逐步增加，逐渐成为商业谈判、争议解决和合法竞争的工具。

- **第三方专家机构和委派专家观察员：**《征求意见稿》的另一亮点在于授予市场监管部门在调查执法委派第三方机构和专家观察员的权利。在重大的反垄断和反不正当竞争执法过程中，引入第三方专业机构（特别是行业专家和经济学家）是常规动作。《征求意见稿》中，特别提及“专家观察员可以依据自身专业知识、业务技能、实践经验等，对经营者的竞争行为是否有促进创新、提高效率、保护消费者合法权益等正当理由提出意见”，在加强执法力度的同时亦可以提高执法透明度和科学性。

\*\*\*

孙佳雨、俞沁律师就本文亦有贡献。