

关于《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》 “十问十答”

2021年8月17日，国家市场监督管理总局（以下简称“市监总局”）发布了《关于〈禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）〉征求意见的通知》，向社会公开征求意见。从内容来看，《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》（以下简称“《网络不正当竞争规定》”）是针对网络不正当竞争行为的专门规定，其中的条款大多是回应互联网行业和互联网技术的发展给反不正当竞争工作所带来的新的挑战。

2017年修订的《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称“《反不正当竞争法》”）于第12条增设了“互联网专条”，该条被认为具有宣示性意义，是“象征互联网时代的‘标杆条款’”¹。在此基础上，针对网络经济不正当竞争的突出问题，《网络不正当竞争规定》既包括了传统反不正当竞争规定（例如，混淆、虚假宣传、诋毁等）在互联网领域的延伸，也包括了对新型互联网不正当竞争行为的规定（例如，“大数据杀熟”、反向刷单、“二选一”等）。

虽然《网络不正当竞争规定》尚未正式通过和颁布，但是其中的诸多规定可能对于经营者的业务经营产生较大的影响。结合在此领域的长期实践经验，我们总结出下述“十问十答”，以供读者参考及

交流。

一、《网络不正当竞争规定》只管互联网巨头吗？

提示：传统行业或者创业企业同样需要关注《网络不正当竞争规定》。

根据《网络不正当竞争规定》第1条和第2条的规定，该规定的上位法是《反不正当竞争法》、《中华人民共和国电子商务法》（以下简称“《电子商务法》”）等，该规定适用的对象是通过互联网等信息网络从事生产经营活动的经营者。从内容上看，《网络不正当竞争规定》的第7条至第12条主要规制的是传统不正当竞争行为在互联网领域的延伸，而第13条至第22条则主要规制互联网领域的特有不正当竞争行为。

对于传统行业而言，越来越多的企业参与到电子商务的大潮中，许多小微企业（例如，新兴的美妆品牌）的绝大多数销售是通过电子商务渠道实现的，《网络不正当竞争规定》对这些企业的经营行为具有重要的指导意义。

对于创业企业而言，部分创业企业在创业过程中深感“二选一”的痛苦，不得不在互联网大平台之间做出唯一的选择；而在创业发展的过程中又受到种种不合规行为（例如，刷单）的诱惑，对企业

¹ 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理·分论》，2019年3月第1版，第529页。

的价值观产生了挑战。因此,《网络不正当竞争规定》对于创业企业同样具有重要的借鉴和学习价值。

二、平台经营者能对不正当竞争行为“睁一只眼闭一只眼”吗?

提示:平台经营者发现平台内经营者有不正当竞争行为的,应当依法采取必要处置措施,并根据整改情况决定是否报告监管部门。

《网络不正当竞争规定》第6条对于平台经营者的“监督义务”做出了明确规定,主要分为两个层面:

- 1、第一层“监管并采取必要措施”:“平台经营者应当对平台内经营者的竞争行为提供指导、规范,发现平台内经营者有违反本规定的,应当依法采取必要处置措施,保存有关处置信息不少于三年并依法接受监督检查。”
- 2、第二层“及时报告违法线索”:“采取必要处置措施后,平台内经营者仍继续实施违法行为并造成危害后果的,平台经营者应当及时将违法线索报告有管辖权的市场监管部门。”

三、《网络不正当竞争规定》是否对网络不正当竞争行为“一网打尽”?

提示:《网络不正当竞争规定》主要是在总结近

² 《上海市反不正当竞争条例》第8条:经营者不得实施下列混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系:

(一)擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识;

(二)擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等);

(三)擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等;

(四)擅自使用与他人有一定影响的商品独特形状、节目栏目名称、企业标志、网店名称、自媒体名称或者标志、应用软件名称或者图标等相同或者近似的标识;

(五)其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

前款所称有一定影响的标识,是指一定范围内为公众所知悉,能够识别商品或者其来源的显著性标识。前款所称使用行为,包括生产、销售他人有一定影响的标识的行为。经营者在先使用他人有一定影响的标识,可以在原使用范围内继续使用。

经营者不得通过将他人有一定影响的标识与关键词搜索关联等方式,帮助其他经营者实施混淆行为。

年来司法和行政执法经验的基础上作出的规定,互联网快速创新和演进的特征决定了其并未穷尽网络不正当竞争行为。

我们注意到,相比于《网络不正当竞争规定》,在一些地方立法中较早纳入了关于网络不正当竞争行为的具体规定。在2021年1月1日生效的《上海市反不正当竞争条例》中,其第8条²便作出了关于网店名称、应用软件名称或图标、关键词搜索关联等混淆行为的规定,第10条³也作出了针对通过互联网进行虚假宣传行为的规定等。而正在向社会公开征求意见的《网络不正当竞争规定》又增加了有关“直播营销”、“话题营销”、“隐匿差评”等具体规定。

由此可见,随着网络经营活动的不断发展,一些具有不正当竞争本质的经营行为会进一步涌现,这些行为也可能成为《反不正当竞争法》、《网络不正当竞争规定》所打击的对象。

四、只帮助“牵线搭桥”也会涉及网络不正当竞争行为吗?

提示:帮助行为也是《网络不正当竞争规定》重点打击的行为类型。

《网络不正当竞争规定》第2条第2款明确规定:“经营者不得实施或者帮助实施网络不正当竞

³ 《上海市反不正当竞争条例》第10条:经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者或者其他相关公众。

前款所称的商业宣传行为包括:

(一)在经营场所或者展览会、展销会、博览会等其他场所,以及通过互联网等信息网络对商品进行展示、演示、说明、解释、推介或者文字标注等;

(二)通过上门推销或者举办鉴定会、宣传会、推介会等方式,对商品进行展示、演示、说明、解释、推介或者文字标注等;

(三)张贴、散发、邮寄商品的说明、图片或者其他资料等;

(四)其他不构成广告的商业宣传行为。

有下列情形之一的,足以造成相关公众误解的,可以认定为引人误解的商业宣传:

(一)对商品作片面的宣传或者对比的;

(二)忽略前提条件、必要信息使用或者不完全引用第三方数据、结论等内容的;

(三)将科学上未定论的观点、现象作为定论事实的;

(四)使用歧义性语言进行宣传的;

(五)其他足以引人误解的商业宣传。

争行为，扰乱市场竞争秩序，影响市场公平交易，直接或间接损害其他经营者或者消费者的合法权益。”可见，帮助行为与实施行为同样都是《网络不正当竞争规定》规制的行为类型。

不仅如此，《网络不正当竞争规定》第7条第2款、第8条第2款、第9条第2款、第12条第2款也都分别规定了经营者不得帮助其他经营者实施法律禁止的不正当竞争行为。

在2021年8月18日公布的《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）》的起草说明文件中，起草人广东省市场监督管理局也表示：“根据《民法典》第一千一百六十九条⁴的规定，结合我国其他知识产权立法和司法的做法，拟规定：教唆、帮助他人实施不正当竞争行为的，行为人应当承担连带责任和相应的行政处罚措施。”

有鉴于此，教唆和帮助行为都将是反不正当竞争系列法律法规所打击的对象。经营者以自己并未直接参与相关行为为由主张不承担法律责任的，将较难得到监管部门的认可。

五、社交媒体账号下的差评可以删除吗？

提示：社交媒体并未被排除在新规之外，经营者在管理社交媒体时需要谨慎对待新规的要求。

《网络不正当竞争规定》第9条第1款第（5）项规定：“经营者不得采取下列方式，对经营者自身或者其商品的销售状况、交易信息、经营数据、用户评价等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者或者相关公众：……（五）采用误导性展示等方式，**隐匿差评**，或者将好评前置、差评后置，或者不显著区分不同商品或者服务的评价等”。

关于消费者差评的“保护”，《电子商务法》第

39条第2款已作出规定⁵，执法部门据此作出处罚的案例亦不在少数。此次《网络不正当竞争规定》的重要变化在于其将“保护”差评义务人从“电子商务平台经营者”扩大到所有“经营者”。

在实际场景中，这一变化可能带来如下难题：除了电子商务平台之外，经营者通常还有其他社交媒体渠道对商品进行推介，相关推介内容常常附有电子商务平台的商品购买链接等信息。实践中，不乏网友在评论区对相关商品作以差评、甚至进行投诉。在此情形下，如商家对社交媒体渠道发布内容下的评论进行“清理”或者开启评论筛选模式，是否构成对上述规定的违反？

我们认为，尽管从《网络不正当竞争规定》第9条的行为来看其更贴近于与电子商务平台相关，但在社交媒体上删除“差评”是否被认为违反了该条规定尚难以直接从现有法规中找到答案。实践中，执法部门可能通过考察经营者进行相关操作的频率、相关商品的评价情况、是否已经产生争议、平台的性质等因素，对商户主观恶意、行为正当性及实际是否造成损害结果进行综合评判，从而决定经营者是否违规。当然，我们也期待《网络不正当竞争规定》正式发布时能够对这一问题作出进一步的澄清和明确界定。

六、以提供“好处”的方式换取用户互动可以吗？

提示：该类互动行为所带来的用户流量、评价等可能被认为存在虚假或误导性，从而为经营者带来了不正当的竞争优势。

《网络不正当竞争规定》第9条第1款第（8）项规定：“经营者不得采取下列方式，对经营者自身或者其商品的销售状况、交易信息、经营数据、用户评价等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、

费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价。”

⁴ 《民法典》第1169条第1款：教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任

⁵ 《电子商务法》第39条第2款：“电子商务平台经营者不得删除消

误导消费者或者相关公众：……（八）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”。

对于诸如上述规定中以提供“好处”的方式换取用户互动的行为，杭州市中级人民法院曾在一起案件中认定，商家以消费者试用后做出好评为对价退还消费者商品价款，此类赠与性质的试用有别于正常支付对价的交易行为，由此形成的商品流量和试用评价，对于一般消费者而言应当具有可识别性，否则可能损害其他竞争者和消费者的合法权益、破坏公平竞争环境，属于不公平竞争行为⁶。

但是，该规定对被禁止的“互动行为”采用了未穷尽的列举。实际场景下，相关“互动行为”的认定存在多样性和复杂性。例如，常见餐饮商户在某 APP 上公告“福利”，如用户到店后在某 APP 该商户界面“打卡”或“收藏”，即可获得小甜品一份。在该模式中，用户实际到店完成相关行为，并未帮助商户对其提供的服务或商品作出不真实的评价。但是，用户因此登录了该商户界面、进行相关互动，为商户带来了流量。而某 APP 设有“人气榜”，根据规则说明，该榜单系按照流量统计排名。此外，其他用户在一些界面可以看到商户被收藏次数，从而体现了该商户人气。那么，上述通过赠送甜品换取的“打卡”或“收藏”等“互动行为”会违反《网络不正当竞争规定》的规定吗？

我们认为，该商家上述诱导打卡、收藏的行为，有别于消费者自发的互动行为，额外为商家带来了流量或其他好处，有可能与消费者的真实想法存在差异。因此，该类互动行为可能被认为存在虚假或误导性，为经营者带来了不正当的竞争优势。当然，值得思考的是，如果该类互动行为能够单独计数，

即从总流量中单独区分出来，是否可以得到豁免？

七、如何构成流量劫持？必须满足“插入链接”+“强制进行目标跳转”吗？

提示：在其他条件得到满足时，实施了“插入链接”或者“强制进行目标跳转”两行为之一即可构成流量劫持。

2017 年修订的《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第（1）项对“流量劫持”作出了规定：“经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、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：（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，**插入链接、强制进行目标跳转**”。但是，该条规定对于“‘插入链接’和‘强制进行目标跳转’的关系不明晰，如两者为两类独立的行为，还是前者为后者的手段，拟或两种情形兼而有之，并不清楚”⁷。

此后，在一些执法案例中，上述两者的关系逐渐得到厘清。例如，在浙江省杭州市市场监督管理局调查的“某数据公司利用技术手段进行流量劫持案”中，执法者针对“本案的行为仅是插入链接，不存在强制进行目标跳转”的情形认为：“法条中被顿号所分隔的内容应为并列内容，即‘插入链接’和‘强制进行目标转移’这两个结果只需完成一个即构成流量劫持行为。”⁸

《网络不正当竞争规定》第 14 条则进一步明确在其他条件得到满足时，实施了“插入链接”或者“强制进行目标跳转”两者之一即可构成流量劫持行为。

⁶ 援引自杭州市中级人民法院(2018)浙 01 民初 3845 号《民事判决书》。

⁷ 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理·分论》，2019 年 3 月第 1 版，第 533 页。

⁸ 国家市场监督管理总局网站，

http://www.samr.gov.cn/jiji/fbzdzjz/202108/t20210802_333274.html，2021 年 8 月 30 日访问。

八、“不得恶意不兼容”是否意味着强制性互联互通？

提示：“不得恶意不兼容”并不等同于强制性互联互通，为了正当目的所实施的不兼容是法律所允许的。

针对《反不正当竞争法》第12条第2款第(3)项规定的“不得恶意不兼容”规则，立法者曾解释说：“在对经营者是否存在恶意的判断上，可从该经营者实施的不兼容行为是否符合诚信原则和商业道德等要求进行综合考量”⁹。也就是说，恶意与否是判断是否构成违法的重要因素，只有恶意的不兼容才属于《反不正当竞争法》规制的对象。

《网络不正当竞争规定》第16条则进一步将“恶意”的综合判断因素归纳为如下七个方面：

- 1、不兼容行为的主观意图；
- 2、不兼容行为实施的对象范围；
- 3、不兼容行为实施对市场竞争秩序的影响；
- 4、不兼容行为对其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的影响；
- 5、不兼容行为对消费者合法权益以及社会福利的影响；
- 6、不兼容行为是否符合诚信原则、商业道德、特定行业惯例、从业规范、自律公约等；
- 7、不兼容行为是否具有正当理由。

⁹ 王瑞贺主编：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，法律出版社2018年版，第45页。

¹⁰ 《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》第13条：【新业态中的价格违法行为】违反价格法第十四条规定，有下列情形之一的，给予警告，可以并处上一年度销售总额1%以上5%以下的罚款，有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，责令停业整顿，或者吊销营业执照：（一）电子商务平台经营者利用大数据分析、算法等技术手段，根据消费者或者其他经营者的偏好、交易习惯等特征，基于成本或正当营销策略之外的因素，对同一商品或服务在同等交易条件下设置不同价格的；

（二）为了排挤竞争对手或者独占市场，尚不具有市场支配地位的电子商务平台经营者通过补贴等形式以低于成本的价格倾销，扰乱正常

换言之，“不得恶意不兼容”并不等同于强制性互联互通，为了正当目的所实施的不兼容是法律所允许的。

九、向用户提供不同的交易条件违法吗？

提示：经营者不得利用算法等向交易条件相同的用户“不合理”地提供不同的交易信息，而合理与否需要从是否保障了用户的知情权、选择权、公平交易权等方面进行判断。

《网络不正当竞争规定》第21条对“大数据杀熟”的行为作出了规定。同时，2021年7月2日发布的《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》第13条¹⁰以及2021年8月20日发布、即将于2021年11月1日生效的《个人信息保护法》第24条¹¹也对该行为分别从不同的侧重点进行了规定。

《网络不正当竞争规定》并非完全禁止提供不同交易条件的行为，而是限定在“不合理”的程度范畴内。如何界定该等交易行为的合理性，可从《网络不正当竞争规定》第21条提及的“知情权、选择权、公平交易权”以及“市场秩序”进行综合判断，也即经营者须确保交易相对方充分知情，拥有自由的选择权，并在实质结果上能反映交易公平，保障市场秩序。

鉴于大数据“杀熟”行为具有隐蔽性、信息不对称等特点，如何在实践中落实上述法规对经营者行为的规制，尤其是普通消费者如何识别“大数据杀熟”行为以及如何维护自身权利，将是上述规定在未来适用的关注点之一。一方面，鉴于经营者掌

的生产经营秩序，损害国家利益或者其他经营者的合法权益的。

（三）行政法规、部门规章规定的电子商务平台竞争者的其他不正当价格行为。

¹¹ 《个人信息保护法》第24条：个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。

通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。

通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定，个人有权要求个人信息处理者予以说明，并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。

握着大数据的信息与运用情况，可能需要监管部门加强对经营者的主动监管；另一方面，对于消费者维权案件的处理，对于侵权行为的认定、举证责任的分配等内容尚有待司法实践予以进一步探索与明确。

另外，值得注意的是，《个人信息保护法》还明确规定了个人信息处理者在运用算法进行信息推送、商业营销时应向个人同时提供“不针对其个人特征的选项”或“便捷的拒绝方式”，也就是说用户有权拒绝平台利用算法了解、分析自身的个人信息。2021年8月27日发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定（征求意见稿）》也有着类似的规定。

由此可见，从目前立法内容上来看，关于算法在商业交易中的运用，监管的范围与要求不仅仅只是针对算法运用过程中的实质公平，还进一步扩展到在算法运用前对用户选择权的充分保障，反映出监管要求逐步趋严的趋势。

十、小微企业需要关注“二选一”的规定吗？

提示：包括所有平台公司在内的经营者都在“二选一”规定所规制的主体范围之内，并不仅限于互联网巨头。

在《网络不正当竞争规定》公开征求意见之前，对于“二选一”的行为，相关法律法规有《反垄断法》第17条以及《反不正当竞争法》第12条等，主要从滥用市场支配地位行为以及妨碍、破坏其他经营者合法经营行为的角度来进行规制。

典型案例一是2021年4月某集团因“二选一”行为被处罚款182.28亿元的行政处罚案。在该案中，市监局所引用的依据之一就是上述的《反垄断法》第17条“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：……（四）没有正当

理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”，以此认定某集团的滥用市场支配地位行为。另一案件则是2021年2月某网站因“二选一”行为被处罚款300万元的行政处罚案，市监局所引用的依据之一则是《反不正当竞争法》第12条“经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、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：……（四）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”。

《网络不正当竞争规定》第19条在《反不正当竞争法》的基础上，首次明确提及了“二选一”行为这一概念，细化列举了“二选一”行为的具体情形，包括“利用技术手段，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”，以及“利用技术手段，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”，为监管部门的未来执法提供了更为具体的认定依据。

并且，与《反垄断法》相关规则的适用限于“具有市场支配地位的经营者”相比，《网络不正当竞争规定》明确了“二选一”的规制对象为所有经营者，适用范围更广。可见，包括所有平台公司在内的经营者都在“二选一”规定所规制的主体范围之内，并不仅限于互联网巨头。

2021年8月30日，中央全面深化改革委员会第二十一次会议审议通过了《关于强化反垄断深入推进公平竞争政策实施的意见》等文件，并强调“要从构建新发展格局、推动高质量发展、促进共同富裕的战略高度出发，促进形成公平竞争的市场环境，为各类市场主体特别是中小企业创造广阔的发展空间，更好保护消费者权益”¹²。显然，建设公平竞

¹² “学习强国”应用程序：《习近平主持召开中央全面深化改革委员会第二十一次会议》，2021年8月30日访问。

争的市场环境已经上升至国家战略层面。

《网络不正当竞争规定》等立法工作将是促进和保障公平竞争的重要一环，这对经营者的影响将

是长久和深远的。对于经营者而言，尽早关注立法层面的变化，并及时调整市场经营策略，也是保障企业长期稳定运营的关键一步。

何凌云 合伙人 电话：86 10 2208 6283 邮箱地址：hely@junhe.com

沈程 律师 电话：86 10 2208 6189 邮箱地址：shencheng@junhe.com

刘晨昕 律师 电话：86 10 2283 8220 邮箱地址：liuchx@junhe.com

汪雨蕙 律师 电话：86 10 2208 6014 邮箱地址：wangyuhui@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”。

