

网络竞争行为的是与非——评《网络反不正当竞争暂行规定》

作者：杨迅 | 夏雨薇 | 杨蕾 | 黄欣荣

2024年5月11日，国家市场监督管理总局正式发布了《网络反不正当竞争暂行规定》(以下简称“《暂行规定》”)，并于2024年9月1日正式施行。作为我国首部专门针对互联网生态的不正当竞争方面的法律规定，《暂行规定》在现有立法基础上，针对互联网不正当竞争中不断演变的老问题以及层出不穷的新问题，进行了全面系统的规制。

本文将简要介绍《暂行规定》的立法脉络，并着重分析不正当宣传手段、数据的爬取和使用、平台规则三类网络常见的竞争法问题。

一. 新规概览

《网络反不正当竞争暂行规定》是在《反不正当竞争法》修订后提出的立法任务，旨在细化和补充互联网领域不正当竞争行为的法律规则，以应对数字经济时代下新型不正当竞争行为的挑战。这一规定自2024年9月1日起施行，它明确了仿冒混淆、虚假宣传等传统不正当竞争行为在网络环境下的新表现形式，并列出了反向刷单、非法数据获取等新型网络不正当竞争行为，同时强化了平台责任，优化了执法办案程序，并明确了法律责任，以促进我国数字经济的规范健康发展。

.....
For more Llinks publications,
please contact:

Publication@llinkslaw.com

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

1. 立法背景与立法过程

在我国，互联网领域的反不正当竞争法律框架主要围绕《反不正当竞争法》第12条展开，该条款在2017年的修订中首次明确了流量劫持、恶意干扰和恶意不兼容等三类互联网不正当竞争行为，并设立了一项兜底性规定。然而，面对日益复杂和多变的商业行为，现行法律体系在某些情况下显得力不从心，往往需要依赖兜底条款来应对层出不穷的挑战。

全国人大常委会法制工作委员会的调研显示，互联网领域的不正当竞争行为不断演变，既有诸如虚假宣传、商业诋毁等传统问题在互联网应用的体现，也涌现出诸如大数据杀熟、滥用后台数据、平台垄断等利用新技术手段的恶意竞争行为。为了有效应对这些挑战，法律法规的更新和调整变得尤为迫切，以确保其能够适应快速变化的市场环境和技术进步。

《暂行规定》正是在这样的背景下应运而生，它对网络不正当竞争行为进行了细致的分类和梳理，明确了行为的构成要素和认定标准。该规定不仅进一步细化了传统不正当竞争行为在网络环境下的新表现，还针对反向刷单、恶意屏蔽、数据不当获取等新型不正当竞争行为作出了明确回应。更为重要的是，《暂行规定》第 22 条通过设立兜底条款，为未来可能出现的新型不正当竞争行为预留了监管空间，从而确保法律的前瞻性和适应性。

2. 《暂行规定》与《反不正当竞争法》的关系

《暂行规定》是在《反不正当竞争法》的框架下，为适应网络时代发展需求而制定的专项法规。《暂行规定》与《反法》的关系主要体现在以下三个方面。

首先，《暂行规定》重述和加强了《反不正当竞争法》的原则和规定。《暂行规定》遵循了《反不正当竞争法》的基本原则和规定，确保了与上位法的一致性和协调性。它重申了网络领域的不正当竞争规则，即自愿、平等、公平、诚信等。进一步地，它加强和细化了《反不正当竞争法》已对流量劫持、恶意干扰、恶意不兼容等不正当行为的规定。

其次，《暂行规定》细化了《反不正当竞争法》的一些原则性规定。尤其是，在网络不正当竞争行为的认定上，《暂行规定》提供了更为明确的指导。例如，《反不正当竞争法》第 12 条提到了利用技术手段进行的不正当竞争行为，《规定》则进一步明确了数据抓取、算法歧视、平台垄断等新型网络不正当竞争行为，使其不再依赖《反不正当竞争法》第 12 条的原则规定。

最后，《暂行规定》在《反不正当竞争法》的基础上，对网络不正当竞争行为的法律责任进行了补充和强化。它不仅明确了违法所得的没收规则，还根据网络不正当竞争行为的特点，设定了具体的处罚措施。例如，《暂行规定》第三十七条至第三十九条对违反网络不正当竞争行为的处罚进行具体规定。同时，《暂行规定》还创设了专家观察员制度，以提高对新型、疑难案件的调查和处理能力。

3. 《暂行规定》与《反垄断法》的关系

《暂行规定》中的部分条款也衔接了《反垄断法》。《暂行规定》第四十条明确指出，如果经营者利用网络排除、限制竞争，构成垄断行为的，将依照《反垄断法》处理。这表明，《暂行规定》在规范网络不正当竞争的同时，也考虑到了与《反垄断法》的衔接，确保了在网络领域的竞争行为不仅遵守反不正当竞争的规则，也符合反垄断的法律要求。

此外,《暂行规定》在明确网络不正当竞争行为的构成要件和认定因素时,列举了一些可能同时触及《反垄断法》的行为,如利用技术手段进行的限定交易、差别待遇等。这些行为在特定条件下可能既构成不正当竞争,也可能构成垄断行为。因此,《暂行规定》与《反垄断法》在规制网络竞争行为方面形成了互补和协同,共同为维护网络市场的公平竞争提供了法律保障。

4. 《暂行规定》的主要内容

《暂行规定》的核心目的在于保障市场的公平竞争,激发创新活力,维护经营者与消费者的合法权益,并推动数字经济的有序和健康发展。该规定涵盖了对多种网络不正当竞争行为的规范,主要包括:

- (1) **不正当推广行为的规范:** 《暂行规定》严禁经营者通过技术手段误导、欺骗或强迫用户更改、关闭或卸载其他经营者合法提供的网络产品或服务。这一规定保障了用户的自主选择权和充分知情权,确保网络空间的用户决策不受不当影响。
- (2) **搭便车行为的界定与禁止:** 《暂行规定》对仿冒混淆行为进行了具体化,禁止经营者未经授权使用他人有影响力的域名、网站名称、网页设计等,以及将他人商业标识作为搜索关键词,从而防止通过互联网进行的混淆行为,保护消费者和经营者不受误导。
- (3) **规制滥用市场优势地位的行为:** 《暂行规定》特别强调了平台经营者的职责,对于拥有市场优势的平台经营者,禁止其无正当理由地利用技术手段,滥用数据、流量等资源和管理规则,妨碍其他经营者的网络产品或服务的正常运作。

在接下来的讨论中,我们将深入分析如何合法地进行商业推广,如何规范数据的获取与运用,以及如何界定平台的合规管理职责,以确保网络市场的公正与透明。

二. 不正当宣传推广

《暂行规定》针对互联网特有的行为特征,规范了不正当和误导性宣传推广行为,这些规范是对《广告法》和《互联网广告管理暂行办法》的有益补充和发展。《暂行规定》明确禁止了利用技术手段误导用户的行为,如通过虚假交易、虚假排名、虚构数据等方式进行商业宣传,以及通过恶意评价、散布虚假信息等手段损害竞争对手的商业信誉或商品声誉。

1. 互联网的虚假宣传推广行为

合法的商业宣传应恪守真实性和完整性原则,向消费者提供关于商品或服务的准确信息。与之相对的,误导性宣传手段指的是经营者通过发布不实信息或其他不当方式,欺骗或误导消费者,从而侵害消费者的合法权益。

虚假或误导性商业宣传的表现形式多样。传统地,这可能包括过度夸大产品效果、使用违禁词汇等。而在互联网领域,虚假的宣传内容往往通过社交媒体、短视频平台等渠道迅速蔓延,其传播速度之快令人瞩目。常见的基于互联网特征的虚假宣传手段包括刷单、刷量、捏造数据、操

纵用户评价等。企业可能通过刷单、刷好评、虚构用户数据等手段，快速制造出产品或服务受欢迎的假象。此外，通过操纵用户评论的显示顺序、筛选隐藏负面评价等手法，企业可以人为地提升产品声誉。这些行为不仅严重侵犯了消费者的知情权，也对市场的公平竞争环境造成了破坏。

《暂行规定》的出台，正是为了遏制这些不正当行为，保护消费者权益，维护网络市场的诚信和秩序。

2. 《暂行规定》相较于现有规范的补充与发展

《暂行规定》在《广告法》和《互联网广告管理办法》的基础上，对网络环境下的宣传推广行为进行了更为细致的规范与发展，主要体现在：

- (1) **细化网络不正当竞争行为：**《暂行规定》对网络特有的仿冒混淆、虚假宣传等行为(如虚假交易、虚构交易额、编造用户评价等)进行了明确界定，并设立了兜底条款，以应对未来可能出现的新问题。
- (2) **强化平台责任：**《暂行规定》特别强调了平台经营者的责任，要求其加强对平台内不正当竞争行为的规范管理，其对平台内的竞争行为加强规范管理，并及时采取必要措施制作虚假宣传行为；同时《暂行规定》首次提出对滥用数据算法等行为进行规制。
- (3) **回应网络不正当竞争行为的新变化：**《暂行规定》针对网络环境中出现的新问题，如擅自使用他人有影响力的网络标识、通过刷单、刷量、虚假热搜、热评等方式进行虚假宣传等，增补了相应的法律规制。
- (4) **维护市场公平竞争：**《暂行规定》明确规制了利用技术手段实施的流量劫持、干扰、恶意不兼容等行为，这些在《广告法》和《互联网广告管理办法》中未有涉及。

3. 区别合法宣传推广与虚假宣传

《暂行规定》禁止刷单、刷量和虚假评价，但是并不禁止基于用户真实体验的数据和评价。比如，商家也可通过鼓励用户下载软件、使用服务，创造真实的下载量和交易量，通过鼓励用户免费试用，分享体验，获得用户真实评价。但是，在相关宣传推广中，应当避免出现“看图说话”、“好评返现”等引导用户虚假交易、虚假评价的用语。

三. 数据的采集和使用规范

《暂行规定》在数据爬取和使用方面的完善了现有立法，体现了对数字经济时代下数据利用行为的规范和指导。《暂行规定》明确了经营者在利用网络技术获取、使用数据时的行为边界，强化了数据合规性要求，特别是在未经授权非法获取、使用其他经营者数据的行为上设定了明确的禁止性规定。这些规定不仅对现有的《反不正当竞争法》中关于数据使用的原则进行了具体化，还针对互联网环境下的数据爬取行为提出了新的规范，为数据的合法、合规使用提供了更为明确的法律指引。

1. 《暂行规定》对数据使用权的概念界定

数据作为数字经济的核心资源，其合法合规的使用对于确保市场竞争的公平性和合理性至关重要。企业通过技术手段抓取公开或半公开的网页数据，用于分析用户行为、优化服务、进行精准营销，甚至开发新的商业模式，这种数据抓取行为因其技术实现的简便性而被广泛采用。

然而，在司法实践中，对于未经授权的数据抓取行为，法院通常依据《反不正当竞争法》的基本原则进行规制，尽管《反不正当竞争法》第 12 条对互联网环境下的不正当竞争行为有所涉及，但并未对其进行详尽的类型化描述。《暂行规定》首次对数据抓取及相关不正当竞争行为进行了明确规范。《暂行规定》指出，经营者不得利用技术手段非法获取、使用其他经营者合法持有的数据，以妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务的正常运行，从而扰乱市场公平竞争秩序。

值得注意的是，《暂行规定》虽然对数据抓取行为设定了严格的限制，但这并不意味着所有数据抓取行为均被认定为违法。《暂行规定》的出台，旨在明确网络竞争行为的合法边界，为各类经营主体提供明确的行为预期，促进数字经济的规范健康发展。

2. 数据抓取构成不正当竞争的判断要件

根据《暂行规定》，评估数据抓取行为是否构成不正当竞争，需综合考量以下要素：

- (1) **数据的性质与来源**：若抓取的数据为公开信息，且未违反网站的服务条款或 robots.txt 文件中的爬虫协议，则通常视为合法行为。然而，若非法获取未公开或敏感数据，例如个人隐私信息或商业秘密，此类行为则构成违法。
- (2) **技术手段的合法性**：数据抓取所使用的技术手段是否合理，是否突破了网站的安全防护或访问限制，是判断的关键。例如，采用暴力破解、频繁请求等技术手段强行抓取数据，很可能被认定为违法行为。
- (3) **商业目的的正当性**：数据抓取的目的是否影响法律评价。如果数据用于学术研究、教育或其他公共利益，且符合合法合理使用原则，一般不视为不正当竞争。但若抓取数据的目的是为了商业竞争，特别是意图损害竞争对手或不正当地获取市场优势，尤其是对原数据持有人依据该数据提供的服务具有实质替代性，则这种行为应受到法律的制约。

《暂行规定》的出台，为数据抓取行为提供了明确的法律框架，确保了数据使用的合法性、合规性，同时维护了网络空间的公平竞争环境。

3. 有关数据使用权的合规建议

在当下的数字经济环境中，数据的价值与日俱增，企业在利用数据资源时应充分考虑合法性与合规性。合规的数据抓取既要尊重数据持有者的合法权益，也要避免触碰市场竞争的法律底线。

- (1) 从数据性质方面，可以考虑抓取原始数据，而非直接使用他人加工获得的衍生数据；

- (2) 技术手段方面，企业应避免通过非法手段绕过平台的技术防护；
- (3) 即便抓取的对象是公开数据，抓取的频次和规模也应控制在合理范围内，避免对目标平台造成运营负担；
- (4) 数据抓取后的使用目的应该能够为互联网生态创造价值，而非简单替代原数据持有人的服务；和
- (5) 不应侵犯与数据有关的权益，如著作权、个人信息权利等。

四. 平台经营者竞争边界

平台经营者固然有维护平台生态健康的职责，但是滥用该权力，则可能构成不正当竞争行为。对平台经营者进行约束，并对其所进行的若干竞争行为的性质进行明确，是《暂行规定》的一大亮点。

《暂行规定》重点规范了：平台恶意不兼容、平台二选一和平台自我优待行为。

(一) 平台恶意不兼容行为

1. 平台恶意不兼容行为与合法不兼容的界定

在全球视野中，确保产品和服务之间的兼容并非新议题。例如，欧盟在 2022 年推出的《数字市场法案》中就特别强调了“互操作性”的重要性，并对市场中的守门人企业提出了明确的互操作性要求。在我国，现行的《反不正当竞争法》第 12 条亦明确禁止了“恶意不兼容”的行为，这指的是经营者通过技术手段，故意对其他经营者合法提供的网络产品或服务制造不兼容，以影响用户选择或其他方式进行不正当竞争。

《暂行规定》在《反不正当竞争法》的基础上进一步细化，明确了恶意不兼容行为的具体表现。尤其是对于已经建立自身生态系统的平台经营者，天然地在其生态中具有支配地位，他们往往会持续维护并强化自身的平台优势。从用户的角度来看，由于不同生态系统间可能存在的不同规则和运营设置，用户在切换不同平台的产品和服务时可能会遇到障碍，这种设计上的不便利有时会使用户感到不便甚至放弃切换，这正是恶意不兼容行为的典型表现之一。

界定恶意不兼容与合法不兼容的关键在于评估行为的主观意图和客观后果。合法的不兼容情况通常包括：

- (1) **正当竞争利益保护**：如果某项不兼容行为是为了维护自身的合法权益，例如知识产权或商业秘密，并且符合诚实信用原则和公认的商业道德，那么这种不兼容可以不被视为恶意。
- (2) **技术和安全考量**：出于技术和安全的需求，比如保护用户隐私或网络安全，采取的不兼容措施通常被认为是合理的。

- (3) **市场自主调节**: 在市场经济中, 经营者基于成本和收益的考量, 有权自主决定其产品和服务是否与其他经营者的产品和服务兼容。

《暂行规定》的出台, 为识别和处理恶意不兼容行为提供了更清晰的指导, 有助于促进市场的公平竞争和消费者利益的保护。

2. 平台恶意不兼容行为的构成要件

在《暂行规定》的语境下, 并不存在互相兼容相关的高要求, 而更多是禁止不同生态间恶意不兼容的行为, 这种不正当竞争的行为不但包括了客观上影响其他经营者的产品或服务正常运行的事实, 还需考虑主观上“知道”或“应当知道”的恶意。具体包括:

- (1) 是否知道或者应当知道不兼容行为会妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行;
- (2) 不兼容行为是否影响其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行, 是否影响网络生态开放共享;
- (3) 不兼容行为是否针对特定对象, 是否违反公平、合理、无歧视原则;
- (4) 不兼容行为对消费者、使用该网络产品或者服务的第三方经营者合法权益以及社会公共利益的影响;
- (5) 不兼容行为是否符合行业惯例、从业规范、自律公约等;
- (6) 不兼容行为是否导致其他经营者合法提供的网络产品或者服务成本不合理增加;
- (7) 是否有正当理由。

(二) 平台“二选一”行为

1. “二选一”行为的概念界定

“二选一”行为, 指的是经营者通过各种不当的技术“干扰”手段, 迫使其他经营者仅可以与该经营者进行交易的行为。根据《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 15 条的规定, 具有市场支配地位的平台经济领域经营者, 要求平台内经营者进行“二选一”的, 属于一种限制交易行为¹。同时, 《电子商务法》第 35 条也有类似的规定, 认为电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段, 对平台内经营者与其他经营者的交易进行不合理的限制。

以上针对“二选一”行为的限制均有其适用的前提, 在反垄断语境下, 主要规制的是“具有市场支配地位”的平台经济领域经营者的限制交易行为, 而电子商务法主要是针对电子商

¹ 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 15 条 限定交易 具有市场支配地位的平台经济领域经营者, 可能滥用市场支配地位, 无正当理由对交易相对人进行限定交易, 排除、限制市场竞争。分析是否构成限定交易行为, 可以考虑以下因素: (一) 要求平台内经营者在竞争性平台间进行“二选一”, 或者限定交易相对人与其进行独家交易的其他行为;

务平台经营者的约束。在《暂行规定》之前，涉及平台间“二选一”的限制交易行为，主要通过《反不正当竞争法》第十二条第二款第(四)项的兜底条款进行约束。

2. 《暂行规定》对限制竞争行为的规定

《暂行规定》第 18 条和第 20 条禁止了利用优势地位，妨碍竞争的行为：

- (1) **第 18 条(一般经营者的妨碍竞争行为)**，包括：(A)利用技术手段，通过影响用户选择、限流、屏蔽、搜索降权、商品下架等方式，干扰其他经营者之间的正常交易；以及(B)限制交易对象、销售区域或者时间、参与促销推广活动等，影响其他经营者的经营选择；
- (2) **第 24 条(平台经营者的妨碍竞争行为)**，包括：(A) 强制平台内经营者签订排他性协议；(B) 对商品的价格、销售对象、销售区域或者销售时间进行不合理的限制；(C)不合理设定扣取保证金，削减补贴、优惠和流量资源等限制；和(D)利用服务协议、交易规则对平台内经营者的交易进行其他不合理限制或者附加不合理条件。

3. 《暂行规定》在“二选一”行为规制方面的发展与补充

《网络反不正当竞争暂行规定》对“二选一”行为的禁止性规定主要见于第 24 条，该条款明确禁止平台经营者“强制平台内经营者签订排他性协议”。这一规定对于维护公平竞争的市场环境具有重要意义。

值得注意的是，2022 年发布的《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》中，虽然也有与《暂行规定》第 18 条和第 24 条相似的内容，但其适用范围限定于“具有相对优势地位”的经营者。相比之下，《暂行规定》第 23 条，尽管同样针对平台经营者，但其适用对象为“具有竞争优势”的平台经营者。而第 24 条并未明确限定“具有竞争优势”或“具有相对优势地位”，这可能是考虑到平台经营者在其生态系统中固有的优势地位，从而使得第 24 条可能适用于所有平台经营者。

《暂行规定》中对“二选一”行为的约束，是对司法实践和行政处罚中发现的类似行为的总结和整合。例如，在国市监处〔2021〕3 号处罚决定中，市场监管总局认定唯品会针对多平台销售的品牌经营者采取的“限流、屏蔽、商品下架”等措施，限制了品牌经营者的消费关注、流量和交易机会，构成了不正当竞争²。在美团“二选一”案件中，法院也认定美团外卖通过“取消优惠活动、屏蔽店铺信息、减少活动补贴订单”等行为，限制了品牌经营者的销售渠道，同样构成不正当竞争³。

²https://www.samr.gov.cn/zw/zfxxgk/fdzdgknr/jls/art/2023/art_6ad4abb57e98446d9fed9880d23060bd.html

³ (2020)鲁 02 民初 580 号

(三) 平台自我优待行为

1. 平台自我优待行为的概念界定

平台自我优待行为指的是具备平台经营者和经营者双重身份的经营者，利用其在市场中的优势或主导地位，在己方平台通过“操纵算法、流量分配”等方式优先推广自身产品或服务，或通过平台所掌握的所有商家的交易数据优化自身产品决策，从而使得自身产品能在平台上脱颖而出。例如谷歌，就曾经遭到欧盟委员会的调查，认为其通过操纵搜索算法的方式意降低竞争者相关搜索结果的排序⁴。

2. 《暂行规定》在平台自我优待行为规制方面的发展与补充

《暂行规定》第 23 条要求具有竞争优势的平台经营者在没有正当理由时，不得利用技术手段，滥用后台交易数据、流量等信息优势以及管理规则，通过屏蔽第三方经营信息、不正当干扰商品展示顺序等方式，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，扰乱市场公平竞争秩序。《反垄断法》第 22 条第 2 款有原则性规定，认为“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为”，但并未明确将自我优待行为认定为“滥用市场支配地位行为”。

相较之，《暂行规定》第 23 条主要适用于具有竞争优势的平台经营者，但暂未明确认定何为“具有竞争优势的平台经营者”；此外，《反不正当竞争法征求意见稿(2022)》第 47 条定义了类似概念“相对优势地位”，认为“相对优势地位”包括经营者在技术、资本、用户数量、行业影响力等方面的优势，以及其他经营者对该经营者在交易上的依赖等。这个概念对“具有竞争优势”有一定的参考意义。

⁴ 谷歌比较购物案 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516198535804&uri=CELEX:52018XC0112\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516198535804&uri=CELEX:52018XC0112(01))

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



杨 迅

+86 21 3135 8799

xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2024