

《禁止网络不正当竞争行为规定》（征求意见稿）要点解读

作者：解石坡 | 仕达 | 郭潇 | 付业斯

2021年8月17日，国家市场监督管理总局发布通知，就《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》（“《规定》”）公开征求意见，反馈截止日期为2021年9月15日。该征求意见稿承接互联网领域的反垄断、反不正当竞争与数据合规等热点领域的动态，进一步凸显了中国加强互联网领域合规监管的决心。

该征求意见稿是《中华人民共和国反不正当竞争法》（“《反不正当竞争法》”）在互联网领域具体适用的细化，既可以明确规制路径和监管尺度、为互联网领域企业的竞争合规工作提供指引和预期，又为面临网络不正当竞争行为侵害的企业和消费者寻求救济提供了参考和依据。我们将在下文对征求意见稿的亮点进行分析解读，供互联网领域经营者参考借鉴。

一、紧跟实践 — 多样的网络不正当竞争行为

与此前引起广泛关注的《关于平台经济领域的反垄断指南》类似，《规定》是《反不正当竞争法》在互联网领域具体适用的细化，就经营者通过互联网等信息网络从事生产经营活动可能涉及的不正当竞争行为作出了具体规定。其中，既包括传统不正当竞争行为在网络领域的延伸，也归纳列举了网络领域特有的、利用技术手段实施的不正当竞争行为。

具体而言，首先，2017年修订的《反不正当竞争法》第十二条明确指出：“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。”可见，传统的不正当竞争行为，例如混淆、虚假宣传、商业贿赂、欺骗误导、损害商誉等，可能延伸至互联网领域，通过域名、标识、应用软件、搜索关键词、网络宣传、虚构评价或点击量等方式表现出来。为了明确这些行为在网络环境中的具体表现，《规定》第二章对其进行了归纳和列举。

特别是，传统的虚假宣传行为，在互联网领域的常常表现为虚构交易量、虚构评价、隐匿差评、“好评返现”和刷单等。对此，《规定》第九条予以了明确的列举和禁止。

其次，《反不正当竞争法》第十二条也对经营者利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，可能实施的妨碍、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网络不正当竞争行为进行了原则性禁止。但是该条款规定的比较原则，部分概念的内涵和外延并不清晰。《规定》重点对一些概念进行明确，对一些条款的适用予以细化，以增强法律的适用性，为经营者依法合规经营提供指引和预期。

例如,《规定》第十四条明确指出“利用关键词联想功能”欺骗或诱导用户点击链接构成流量劫持的违法行为,并另设兜底条款为治理其他新型流量劫持行为提供了法律依据。此外,第十五条细化了“搜索降权”、“不提供卸载预装的非基本功能应用程序”、“屏蔽、拦截、修改、关闭、卸载,妨碍其下载、安装、运行、升级、转发、传播”其他网络产品或服务等行为构成不正当竞争。同时,《规定》第十六条罗列了认定实施恶意不兼容行为的参考因素,涉及行为的主观意图、对象范围、市场竞争秩序、对其他经营者合法运营的影响、消费者合法权益以及社会福利、诚信原则、抗辩理由等,这些考量因素遵循了《反不正当竞争法》认定违法行为的基本思路框架,对互联网企业的合规具有较大的指导意义。

再次,《规定》第四章对《反不正当竞争法》第十二条兜底条款中所述的“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”予以细化,特别明确了对互联网领域可能存在的“反向刷单”、选择性屏蔽、“二选一”、非法数据抓取、“大数据杀熟”等行为,从反不正当竞争角度的规制路径。同时,也明确了对“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”行为的整体评价标准和考量因素。

因此,从涉及的具体行为来看,《规定》对《反不正当竞争法》第十二条规定的各项网络环境中可能涉及的不正当竞争行为进行了完整和详细的归纳和列举,不仅包括传统的不正当竞争行为在网络环境的具体表现,也包括网络环境中特有的利用技术手段从事的网络不正当竞争行为,紧跟市场实践的同时,与当前的热点问题平台经济领域的反垄断执法形成呼应和互补,共同构成了多层次的竞争规制体系。

二、不止垄断 — 明确“二选一”、“大数据杀熟”的《反不正当竞争法》规制

近期,对互联网领域的“二选一”、“大数据杀熟”等行为的反垄断规制一直是一个执法热点。2021年4月,市场监管总局在其网站上发布了对两家互联网公司“二选一”行为的反垄断处罚决定,其中一个案例的处罚金额高达182亿元人民币,可能是中国各类企业遭受的最大金额的行政处罚。这显著提高了互联网企业对反垄断合规的认识和重视程度。

但是,由于反垄断执法的特殊性,部分互联网企业可能存在误解,认为只有互联网巨头企业,或者细分赛道的隐形冠军,才需要关注“二选一”、“大数据杀熟”等行为带来的合规风险。

事实上,从竞争监管的角度来看,“二选一”、“大数据杀熟”等行为不仅受《反垄断法》的规制,还会受到《反不正当竞争法》的规制。而基于《反不正当竞争法》规制的最大特点,就在于相关企业并不需要具备市场支配地位,因此与所有的互联网企业均密切相关。

《规定》的推出对这个问题进行了进一步的明确,即无论市场力量如何,经营者利用技术手段,通过影响用户选择、限流、屏蔽、商品下架等方式,或通过限制交易对象、限制销售区域或时间、限制参与促销等方式,实施“二选一”行为,或者利用数据、算法等技术手段,通过收集、分析交易相对方的交易信息、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,实施“大数据杀熟”的行为,均会受到《反不正当竞争法》的限制。

此外,根据近期《个人信息保护法》草案的立法动态,“大数据杀熟”的行为在未来也将同时受到数据合规法律法规的规制。

三、平台责任 — 采取必要处置措施，特定情况下应当报告违法线索

在不从事不正当竞争行为之外，《规定》对于平台经营者如何维护平台内的公平竞争秩序提出了更进一步的要求，可以分为三个层面：

- 首先，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；
- 其次，发现平台内经营者违反《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；
- 最后，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。

该《规定》一方面明确了对平台经营者维护平台内竞争秩序的合规要求，另一方面，也为平台经营者依法采取必要处置措施、要求平台内经营者合规经营提供了可援引的依据。

但是，平台经营者、特别是市场份额较高的平台经营者应当注意采取的必要处置措施与《反垄断法》和《反不正当竞争法》规定可能的竞合，例如，具有支配地位的平台经营者如果对违反《规定》的平台内竞争者采取停止交易的处置措施，是否可能构成《反垄断法》所禁止的拒绝交易，或者《反不正当竞争法》所禁止的“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”。其间的标准与界限，仍有待进一步明确。

四、惩前毖后 — 特定情形下公开承诺整改书

《规定》第二十五条明确，经营者的不正当竞争行为情节严重或造成重大影响的，在接受行政处罚后，应当通过网络向社会公开承诺整改书，承诺采取消除行为后果的措施。可见，市场监管和社会舆论监督正在成为治理互联网不正当竞争的重要支持，是对行政机关反垄断和反不正当竞争执法的有益补充。

今年4月，国家市场监管总局会同中央网信办、税务总局召开了互联网平台企业行政指导会，要求各互联网平台企业就“二选一”等突出问题进行全面自检自查、逐项整改，并集中公布了34家互联网平台企业的《依法合规经营承诺》。各省市也相继开展了针对当地互联网平台企业的自查整改活动。此外，市场监管总局对某互联网头部企业的反垄断处罚决定，也随附了一份《行政指导书》，对其今后的反垄断合规提出了具体要求。可以合理预见，互联网企业的竞争合规将逐步形成企业自治和政府监管的联动网络，进一步加强企业的自主合规要求。

五、积极创新 — 可以委托第三方专业机构、委派专家观察员协助调查

《规定》第二十六条和第二十七条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。

具体而言，市场监管部门在调查执法时可以委派第三方机构取证和固定与案件相关的电子证据，对财务数据进行审计，并且可以委派专家观察员参与协助调查新型、疑难的案件。由于商业模式不断创新、快速发展，互联网领域的反不正当竞争执法面临着较多挑战，这一规定有利于提高调查执法能力，突破当下调查执法的难点。

六、结语

自 2020 年末以来，互联网企业的反垄断执法一直是一个热点问题，企业和公众对于《反垄断法》下具有市场支配地位的平台企业从事“二选一”、“大数据杀熟”等垄断行为面临的法律后果已经有较为清晰的认识。但是，可能存在竞争合规仅仅与大型互联网企业或细分赛道的隐形冠军有关的错误理解。《规定》的推出，明确了《反不正当竞争法》在互联网领域的具体适用，从而进一步完善了互联网领域《反垄断法》加《反不正当竞争法》的双重竞争规制体系，有助于打破误解，提示所有的互联网经营者都应当更加重视竞争合规。

此外，在行政执法之外，《规定》还设定了平台企业在维护平台内的公平竞争秩序方面的积极义务，同时明确了重大案件中的公开承诺整改书制度，从而引入了对企业竞争合规的社会监督。这些措施的结合，总体上使得互联网领域形成合理、更为有效的竞争规制体系。

总体而言，随着反垄断、数据合规、行业监管等领域执法的不断深入，互联网企业的合规正变得日益重要。《规定》的推出，为互联网企业的合规提出了新的要求和指引。互联网企业需要顺应趋势，不断加强自身的合规经营，避免相关法律风险。

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：

解石坡

电话： +86 10 8524 5866

Email: angus.xie@hankunlaw.com

仕达

电话： +86 10 8525 5549

Email: da.shi@hankunlaw.com