

Legal Regulation of the New Type of Unfair Competition on the Internet

Chang Liu

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang
Email: 1282962658@qq.com

Received: Sep. 5th, 2019; accepted: Sep. 18th, 2019; published: Sep. 25th, 2019

Abstract

The newly revised “Anti-Unfair Competition Law” adds Internet articles to alleviate to some extent the plight of the Internet in the practice of anti-unfair competition. However, due to the shortcomings of the Internet articles themselves, there are defects in the listing clauses and the difficulty in effectively carrying out the bottom clauses, it is impossible to completely adjust the complex and changeable interaction in network competition. Therefore, starting from the improvement of legislation and the establishment of a new law enforcement system, new considerations are added to the formulation and identification criteria of Internet articles, which will make it more reasonable to identify Internet unfair competition whether in the law itself or in the law enforcement process. And perfecting legislation and establishing new law enforcement system can coordinate the rights and interests of Internet operators and consumers, embody the principle of appropriate administrative intervention and intervention under anti-unfair competition, so as to maintain the stability of Internet market order and promote its healthy development.

Keywords

Internet, Unfair Competition, Typification, Legal Regulation

互联网新型不正当竞争行为的法律规制

刘 畅

宁波大学法学院, 浙江 宁波
Email: 1282962658@qq.com

收稿日期: 2019年9月5日; 录用日期: 2019年9月18日; 发布日期: 2019年9月25日

摘 要

新修订的《反不正当竞争法》增加了互联网专条在一定程度上缓解了反不正当竞争实践中互联网领域无

法可依的困境，但由于互联网专条自身的不足列举条款存在瑕疵、兜底条款难以有效兜底导致实践上无法完全调整复杂多变互联网竞争。故从完善立法与建立新执法体制出发，对于互联网专条的条文表述和认定标准加入新的考量要素，使得不论是法条本身还是执法过程在认定互联网不正当竞争行为时会更趋向合理性。且完善立法与建立新执法体制能够统筹互联网经营者与用户消费者权益，体现反不正当竞争下的行政干预与干预适度原则，从而维护互联网市场秩序的稳定，促进其健康发展。

关键词

互联网，不正当竞争行为，类型化，法律规制

Copyright © 2019 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2017年11月4日，全国人大常委会审议通过新的《反不正当竞争法》，新法最大的亮点在于增加第12条即互联网专条。该专条出台的立法原意在于回应互联网领域新型不正当竞争行为的出现，协调产业创新与立法落后的矛盾。同时针对过去20年互联网行业的新型不正当竞争行为呈激烈化演变且实务操作中一般化条款泛化适用的现象，力求专业性法律条文能使得实务部门在面对该类不正当竞争时能够具备针对化处理。但是该条出台至今，不论是理论界还是实务界对该条是否能够有效调整互联网不正当竞争行为都持保留态度。

2. 互联网不正当竞争行为概述

2.1. 互联网不正当竞争行为概念

学界对互联网不正当竞争行为的概念认定存在较大的争议，目前学界较为主流观点是从法律的立法目的出发予以认定，一方面新法虽然将互联网不正当竞争行为单列但并不意味着只受互联网专条的规制^[1]，对于该法的传统不正当竞争法律规范仍然适用；另一方面新法的列举式条款是对于目前互联网领域内具有典型性的新型不正当竞争行为予以归纳总结，所以应当与传统不正当竞争予以区分。于是根据上述内容，互联网不正当竞争行为的概念可以分为两类，其一是市场主体进行传统不正当竞争行为损害了经营者和消费者权益，只不过发生该行为的领域是互联网或者是通过互联网手段进行；其二是互联网经营者在提供网络服务时利用技术手段扰乱市场竞争的新型竞争行为。二者最大的区别在于主体进行不正当竞争行为的技术性，前者只是通过互联网技术进行传统的不正当竞争，只是将其作为一个渠道其本质上还是原来的欺诈、混淆手段，而列举的新型不正当竞争行为所含的技术性更为复杂，提供的服务产品本身技术性侵权，侵权行为造成的损害也更为巨大，例如猎豹与优酷的不正当竞争案，猎豹浏览器通过相关技术对优酷的广告播放功能予以过滤破坏，会影响其广告收入并造成其完整性运行功能性问题的出现。

2.2. 互联网新型不正当竞争行为类型化评析

其一网络链接不正当竞争行为，是指未经他人同意擅自对他人的网络产品和服务使用深层链接或是加框链接技术从而进行强制跳转、增加加框网站访问量的行为。深层链接技术是指突破网站原有的浏览

顺序或链接，直接将特定的网站弹出或强制跳转。深层链接会使得其他商业广告无法在网页中弹出，网民无法浏览其他广告注意力几乎被该链接掠夺。加框链接则显得更为高明，加框链接会使得他人网页在框内得以呈现，但是广告则会变成自己的商业广告。加框链接等于空手套白狼，借助他人网页内容增加自己的点击率和收入，同时由于加框链接的存在导致他人网页点击率的下降损失。

其二是软件干扰不正当竞争行为，是指网络经营者开发的网络产品或提供服务的软件会对其他软件的正常使用进行干扰，根据互联网专条的规定，干扰的形式包括但不限于误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载该软件。干扰最为突出的特点在于影响软件基础功能的运行，最明显的就是腾讯诉 360 不正当竞争一案，360 开发的 QQ 保镖会对腾讯的基础功能进行更改，破坏其功能完整性[2]。该类不正当竞争行为突出特性就在于各种技术性干扰，影响了其他软件的正常运行与基础功能完整，但是同类软件或具有利益相对性的软件会有相应的干预这也是无可避免的，也并不是所有的干扰都可以构成不正当竞争行为，这就需要结合软件本身性质与干扰程度予以认定。

其三恶意不兼容不正当竞争行为，相较于上述两种行为恶意不兼容则显得更为恶劣，直接对其他网络服务予以排斥，二者处于有你没我的状态，且主观上已经脱离原本正常竞争的目的，其根本目的在于排除对方的竞争以获得不正当市场竞争优势。根据法条可以分析得出该类型的不正当竞争行为需要满足两个条件，第一是主观上具备恶意，第二是客观上出现网络产品不兼容的现象。此种竞争模式下被大众习惯使用的网络产品、服务在竞争中处于碾压的优势地位。360 安全卫士与金山网盾同属杀毒软件而 360 相较于金山具有较大的用户优势，2010 年 360 通过技术设置与金山网盾不兼容导致大量用户卸载金山网盾属于恶意不兼容。

3. 互联网新型不正当竞争行为法律专条的不足

3.1. 互联网新型不正当竞争行为立法存在的问题

互联网专条的出现是大势所趋，是立法者正视目前互联网领域传统不正当竞争正逐渐淡出而新型不正当竞争日益涌现的现象，提出的具有针对性、建设性条款。能够有效解决互联网领域执法者无法可依而司法者泛化适用一般性条款的问题，推动互联网市场的稳定发展。然而互联网专条因其条款设计及表述引发诸多争论，具体有以下几点问题：

其一列举式条款瑕疵较多，首先列举类型不到位现有三款列举条款都是基于维护经营者权益站在经营者角度出发而设立的专门条款，反不正当竞争法的确是需要调整经营者竞争行为对其予以行政干预，但是其保护的法益还是维护市场竞争秩序稳定，需要兼顾消费者用户和经营者的权益。且目前三项列举都是根据已有著名的互联网不正当竞争案例予以提炼得出，其规定较为明确具体导致在实践适用上会使得许多互联网不正当竞争行为无法纳入此三项列举条款。所以从类型化上也应当具备从消费者和维护市场运行机制角度出发的列举类型，从而包容其他不正当竞争行为以免造成兜底条款或模糊性条款泛化适用。其次是列举条款表述不清，例如第一项影响用户选择的用语就存在较大问题，“影响用户选择”是一个成功的网络产品或服务所必然具备的，这不应当成为判断是否成为不正当竞争的依据。正如反不正当竞争法更多的是规制不正当竞争行为一样，我们应当考虑的是该经营者是如何利用技术手段影响用户选择[3]。其次列举的三项具体情形皆因站在经营者角度都未考虑但书条款的设置，例如“未经经营者同意”是否是唯一性呢，显然根据反不正当竞争法所保护的法益应当考虑其他合理性情况。最后是与反垄断法十七条仍有一定交叉，其原因在于能够以恶意不兼容影响用户二选一势必是具备一定的市场支配地位的，只有在互联网经营者具有市场支配地位时，才可以限制其兼容自由，但这属于反垄断法调整的问题[4]。反垄断法十七条就专门规定了拒绝交易的情形，与上述的恶意不兼容存在一定的交叉。

其二兜底性条款过于笼统，学界对于互联网专条的兜底条款争议颇多，认为该兜底条款难以发挥兜底作用。前三项的表述上都是具备较为明显的否定性用语或消极条件，兜底条款使用的其他妨碍、破坏，从严格意义上来说这样的用语很难体现其作为反不正当竞争法所保护的法益。互联网市场上的竞争体现在争夺网络用户的注意力，那么势必会对其他经营者的网络产品或服务产生至少是妨碍的影响。例如两家作同类型网络服务的经营者他们互联网竞争的常态可能就是不断使用自己的技术性手段来抢夺同一批网络用户的青睐，如果依照兜底条款规定简单粗暴的不允许对其他经营者产生妨碍、破坏，那么互联网市场正常的竞争也不复存在，更谈不上技术革命创新，也就不是反不正当竞争法最初保护市场的法益目的了。

3.2. 互联网新型不正当竞争行为法律适用存在的问题

《反不正当竞争法》修订施行至今已有一年多，在法律适用上仍有一些不可忽视的问题，首先是认定恶意不兼容无明确执法标准，如上文所述恶意不兼容与反垄断仍有一定的交叉且主观上判断是否具有恶意是个难题。执法过程中此类不正当竞争行为的认定需要满足两个必备条件，经营者具备主观恶意并且对其他经营者实施不兼容行为。主观恶意与否需要从客观行为予以判断，应当如何从技术层面根据其行为来判断经营者是否具备恶意这是一个急需解决的问题。因为该条款没有但书或其他合理情形的豁免，总不能因为经营者出现不兼容就认定其具备主观恶意吧。因为根据目前互联网竞争的现状，为抢夺固定领域用户的注意力和持久关注，势必会展开技术互攻实现自己的市场利益最大化。何种情况属于善意的不兼容，对于恶意不兼容发起者予以反击是否也归属该条行为，这些都是需要制定相关使用判断标准予以细化以方便执法人员的理解执行。

然后是较为突出的问题上缺乏专门的执行机构，根据 2018 年凤凰新闻的报道由于“执法主体分别执法，尺度不一，职责不清，严重影响了法律的实效”[5]。报道反映的就是目前互联网领域的不正当竞争行为归属多个行政主体调整规制，各个机关八仙过海各显神通，其原因在于《反不正当竞争法》第五条赋予其他部门的规制权[6]。但是互联网领域的反不正当竞争行为具有极强的专业性和技术性，没有相关专业背景的行政主体无法掌握其不正当竞争的实质。继而会出现不符合行业规定的执法尺度，会打击互联网竞争积极性，并且多个执法主体联合执法会导致经营者选择最低标准。

4. 完善互联网新型不正当竞争行为法律规制的建议

4.1. 完善互联网新型竞争行为专条

4.1.1. 出台相关法律解释对互联网专条予以细化说明

上述互联网专条的问题是在于法律条款的设置和表述上，所以应当由中央机关根据立法原意和实践反馈出台高层次的立法解释或者司法解释对互联网专条各款内容予以说明。首先列举性条款中表述不清的用语予以解释说明，例如“影响用户选择”应当与正常互联网竞争吸引用户注意力继而用户自主选择语义区分，解释说明何种程度的技术行为是属于影响用户选择。同时应当考虑互联网用户意愿，对于网络链接等列举式条款的豁免情况予以说明，在考虑保护经营者权益的同时也给与用户消费者以选择权。其次对兜底性条款予以细化，兜底条款应当是总结列举式条款特性和一般条款的基础性，条款内容既要细致的能够反映正当与不正当竞争的界限，又要较为宏观的具有普遍适用性。但是“其他妨碍、破坏”的表述实在无法给人较为清晰的概念，毕竟互联网竞争尤其是同类网络产品无法丝毫不妨碍竞争对手。所以立法解释或司法解释需要将二者予以区分，可以对于妨碍、破坏的程度设立级别，超过何种级别的算是妨碍、破坏或是以几个典型案例经营者的妨碍、破坏行为来以案释法。最后是明确与反垄断法边界，恶意不兼容这条与反垄断法十七条有一定程度的交叉，不兼容需要经营者具备一定程度的市场支配地位，

但是该经营者利用支配地位实行不兼容则涉及到反垄断反调整范畴[7]，法律解释需要出台详细规定对二者的界限予以区分，说明何种情况归属反不正当竞争法调整。并且对于反抗不兼容经营者的自助救济性行为，也应当在法律解释中予以定性说明，若允许反抗则应规定反抗程度。

4.1.2. 增设互联网专条列举式条款

虽然根据目前的立法模式，前有一般条款总领后有兜底式条款兜底，列举式条款无须穷尽市面上所有互联网不正当竞争行为。但是一般性条款与兜底式条款都难以全面发挥作用的情况下，列举式条款就是互联网专条的重头戏，需要兼顾经营者和用户消费者权益。目前列举三项的不正当竞争行为都是从经营者视角出发，维护的更多是经营者权益，消费者的意愿和选择权在条文中无从体现。并且难以将互联网新型不正当竞争行为大部分归类列举的三项不正当竞争行为，更何况这三款条文自身存在表述不清等问题。增设列举式条款意义在于能兼顾经营者和消费者权益，保障弱势消费者用户对于互联网产品的选择权防止强势经营者动辄使用反不正当竞争来限制消费者选择自由[8]；能更多的涵盖互联网信息不正当竞争行为，具体明确的行为要件使得执法过程的把握不会有较大的误差，可以减轻一线执法人员适用一般性条款或兜底条款的适用压力。

4.2. 建立互联网不正当竞争行政执法体制

4.2.1. 制定行政规制明确认定“恶意”执法标准

对于恶意不兼容此类不正当竞争行为其认定难点在于如何判定经营者主观具有“恶意”，其主观恶意需要通过其客观行为作依据，这就需要有一个客观的判断标准将一个主观概念具象化。之所以通过行政规制明确是因为行政执法人员直接接触不正竞争案件，便于收集整理大量案例并从中摸索行业规律，能够更直观的了解构成恶意的相关技术因素。其次由于行政机关的设置，上级部门的行政规章制度对执法人员而言具备更强的约束力，能够有效避免行政人员对其过度解读引发执法权滥用情形。该行政规制判断“恶意”与否应当考虑三个因素，针对主体、损害利益、影响正向与否。不兼容是针对不特定主体产生的还是针对特定主体产生的；损害的是实施主体自身的经营利益，还是消费者的利益或社会公众利益[9]；产生影响对于互联网竞争的正向性还是反向性。若是大部分因素都是消极性如针对不特定对象肆意不兼容，不仅损害自身利益更多伤害用户权益，且造成互联网竞争反向性影响就可以考虑为主观“恶意”。

4.2.2. 建立专门的不正当竞争执法机构

目前对于互联网不正竞争设立专门机构的呼声日益高涨，市场监督管理部门探索互联网不正当竞争案件执法新机制的尝试也不断推进，例如前往江苏调研互联网领域相关案例，在浙江启动“市场监管互联网执法办案”试点工作。所以总结上述两省实践可以得出应当在市场监督管理部门下设置专门的互联网不正当竞争管理机构，其工作人员应当具备相应的专业素养。确定专门的执法主体并且严格其执法职责，同时由国家市场监督管理总局牵头协调区分之前各部门监管界限，通过此等方式确定执法主体后也能促进执法尺度的统一，从而更好的维护互联网领域正当竞争秩序。同时根据浙江试点经验可以建立互联网执法办案平台，该平台具备所有线上纠纷解决功能，案件全过程都可以在线上处理包括纠纷和解、调解、证据的传送，探索建立一个高智能高效律的平台执法纠纷解决新机制[10]。

5. 结语

此次《反不正当竞争法》的修订使得我国互联网竞争有法可依，推进了我国反不正当竞争制度的大阶段跨进。但是很可惜由于互联网专条自身的不足难以完全调整复杂多变的互联网不正当竞争行为，实践执法过程中存在较大的问题和适用困难。我们可以立足于完善立法规定、出台法律解释和完善行政执

法体制，不断丰富互联网不正当竞争管理机制，推动互联网市场竞争良性发展。

基金项目

宁波大学 2019 年度研究生科研创新基金项目。

参考文献

- [1] 李涵. 互联网不正当竞争行为类型化的立法规制问题研究[D]: [硕士学位论文]. 杭州: 浙江财经大学, 2018.
- [2] 田小军, 朱萸. 新修订“反不正当竞争法”“互联网专条”评述[J]. 电子知识产权, 2018(1): 31-41.
- [3] 李阁霞. 互联网不正当竞争行为分析——兼评“反不正当竞争法”中“互联网不正当竞争行为”条款[J]. 知识产权, 2018(2): 20-30.
- [4] 孔祥俊. 论新修订“反不正当竞争法”的时代精神[J]. 东方法学, 2018(1): 64-80.
- [5] 凤凰新闻. 贯彻新“反不正当竞争法”工作中存在的问题及对策建议[EB/OL]. http://www.360kuai.com/pc/96c0be9a2f929d1c7?cota=4&tj_url=so_rec&sign=360_57c3bbd1&refer_scene=so_12019-07-02, 2018-11-19.
- [6] 侯佳敏. 互联网新型不正当竞争行为法律规制研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中央民族大学, 2017.
- [7] 孔祥俊. 新修订“反不正当竞争法”释评(一) [N]. 中国工商报, 2017.
- [8] 李扬. 互联网领域新型不正当竞争行为类型化之困境及其法律适用[J]. 知识产权, 2017(9): 3-12.
- [9] 陶钧. 竞争法视角下对新型不正当竞争行为的规制与界定[N]. 中国工商报, 2017.
- [10] 邢敏婕. 互联网领域新型不正当竞争行为的法律规制研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2017.