



# 《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》解析——企业如何在数字化转型中把握网络竞争合规要点

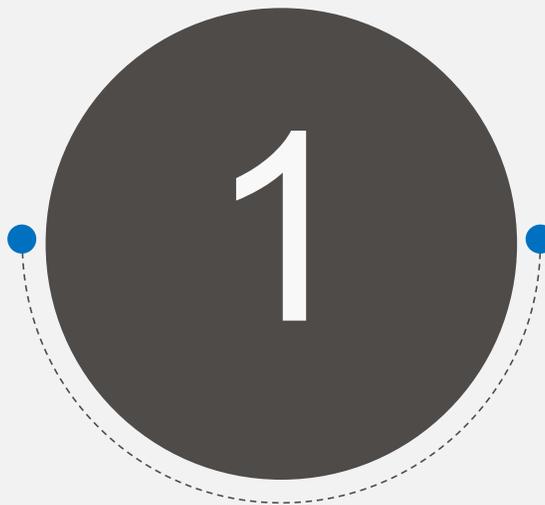
主讲人 | 王晨光 律师 / 注册会计师

2021年10月12日



# 目录

- 1 网络诋毁的合规与维权要点
- 2 如何避免落入“虚假宣传”泥潭
- 3 新型网络不正当竞争的合规应对



---

## 网络诋毁的合规与维权要点

◎竞争关系 ◎行为方式 ◎典型案例 ◎风控与维权

《反不正当竞争法》第11条规定，“**经营者**不得编造、传播虚假信息或者**误导性信息**，**损害竞争对手的商业信誉、商品声誉**”。

《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第11条末款明确，“前款所称‘**损害竞争对手的商业信誉、商品声誉**’，是指使其他经营者的网络流量、商业广告收益、融资能力等显著减少或者下降，以及交易机会、可预期商业收益、议价能力、品牌价值等潜在竞争力受到损害”。

侵害名誉权

VS

商业诋毁

人格利益

竞争利益

竞争关系的认定：主营产品、经营范围相同或类似？

- (2021)京73民终603号案件：反不正当竞争法的适用并未限制竞争关系的主体必须是同业竞争者或以直接、狭义的竞争关系为前提，只要具体行为损害了其他经营者包括用户、交易机会等市场资源在内的竞争利益，损害了市场竞争秩序和消费者的相关利益，即应受到反不正当竞争法的调整。
- (2020)京0105民初49639号案件：在互联网行业，将网络用户吸引到自己的网站是经营者开展经营互动的基础，在双方存在争夺相同网络用户群体的情况下，可以认定二者构成同业竞争关系。

——动态认定标准，以竞争要素、竞争手段和目的综合评判

《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第12条规定，经营者不得实施下列行为，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉：

- （一）**组织、指使他人**以消费者名义对竞争对手的商品进行**恶意评价**；
- （二）利用或者组织、指使他人通过网络恶意散布虚假或者误导性信息；
- （三）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；
- （四）其他编造、传播虚假或误导性信息，损害竞争对手商业信誉、商品声誉的行为。

**自媒体、跟帖评论服务的提供者或使用者、网络水军等组织或个人，不得帮助其他经营者实施前款行为。**

## 玩微信竟成被告！——“怪兽”诉“来电” 共享充电宝不正当竞争纠纷案

- 两原告系智能共享设备“怪兽充电宝”的共同经营者，被告来电公司系“来电”共享充电宝的经营者，被告王某某系其销售人员。原被告均处行业第一梯队。
- 某日，原告发现，王某某在朋友圈中发布一条配图信息，部分图片内容为有关第三方出具原告的产品存在较大安全隐患的检测报告，剩余内容为原告充电宝烧毁的照片。
- 王某某朋友圈中，除发布其个人生活信息外，还发布了大量与来电公司相关的宣传内容。

## 玩微信竟成被告！——“怪兽”诉“来电” 共享充电宝不正当竞争纠纷案

被诉内容会使受众认为原告的怪兽充电宝存在质量问题及安全隐患，所依据的检测报告等文件真实性存疑，亦无法证明系经有资质的机构所作的检测。王某某作为同业竞争者的销售人员，在缺乏证据和依据也未经任何调查核实的情况下，发布对原告产品质量进行负面评价的被诉内容，构成商业诋毁。涉案信息中的部分内容还会使公众认为来电公司的充电宝质量优于原告及其他业内竞争者的产品，构成虚假宣传。

- **私域 or 公域**：微信朋友圈具有个人社交和市场经营的双重属性
- **职务行为 or 个人行为**：综合审查行为发生场所的属性、被诉信息的具体内容、行为受益人及行为是否与单位意志相关等因素进行综合认定。
- **言论自由 or 商业诋毁**：法律不禁止经营者对他人的产品进行评论或批评，但行为人必须客观、真实、公允和中立，不能误导公众和损害他人的商誉。当经营者出于竞争目的对他人产品进行评价或批评时，更应善尽谨慎注意义务，其言论自由应受到相比普通消费者和新闻媒体而言更多的限制。

**虚假信息：**信息内容不真实，无中生有

**误导性信息：**信息虽然真实，但存在部分隐瞒、片面信息，因而易引发错误联想

- 向招标方披露其他投标人的片面信息
- 竞品有害物质披露，但隐瞒与绝对含量相关的信息
- 披露产品质量纠纷案件信息，断章取义等

**风险提示、告客户书、警告函、律师函或举报信**

- 真实、客观；审慎注意义务
- 缺乏事实依据的情况下，不应以风险提示方式误导用户对竞品产生恐慌或负面评价
- “可能” “以最终调查结果为准” 等不确定性用语或免责声明并不必然豁免

## 某鱼与某牙商业诋毁案件——基本事实

A公司与B公司共同确认，双方均是国内网络直播领域最主要的两家竞争对手。

2018年6月27日，暨南大学传播大数据实验室发布了《网络“黑公关”研究报告》，报告中记载A直播平台遭到了网络“黑公关”攻击，同时A直播平台指称幕后推手为B直播平台。B公司随即向暨南大学提出投诉，暨南大学接到投诉后，将报告中“指称的幕后推手”一栏中的“B”改为“不明”，并发布了澄清公告。

A公司2018年8月3日在其微博以形式片段性援引暨南大学更正前的研究报告；2018年8月4日，发布微博称上述更正为“诡异的变动”；2018年8月4日，A公司微信公众号发布文章，称B直播平台利用“黑公关”攻击A直播平台。B公司认为，A公司上述行为已经构成商业诋毁的不正当竞争行为，遂诉至法院。

A公司辩称：

- **无诋毁行为**：A公司援引的涉案《研究报告》截图仅是呈现《研究报告》中涉及“虎牙”的所有成果，并未进行任何**片段式的编辑或援引**，不存在编造、传播虚假信息、误导性信息。并且，公司**无责任和义务对研究主体的更新信息予以注意**。
- **无主观故意**：A公司微信公众号刊载的《向黑公关sayno》不属于传播误导性信息，**其主要目的仅体现A公司为维护自身合法权益的立场**。而且该微信公众号涉及B公司标题文章早就真实存在于第三方网站。
- **不属于竞争行为，未造成损害后果**：故A公司该新浪微博言论仅是一般公众行使言论权的表现，不属于基于市场竞争获利目的所进行的**竞争行为**。并且，早在A公司转发或刊载文章之前，就已有其他传播力和影响力巨大的媒体或机构发布或转发信息或文章，**一般的社会公众已得知相关报告信息或文章信息**，那么A公司的评论或转发行为不会必然引起B公司的评价降低，更不会损害B公司的商业信誉。

## 某鱼与某牙商业诋毁案件——裁判意见

商业诋毁的构成要件主要包括以下四方面：1.当事人之间存在竞争关系；2.行为人具有编造、传播虚假信息或者误导性信息的行为；3.行为人的行为已经或者可能造成相对人商业商誉或商品声誉的损害；4.行为人具有主观故意。

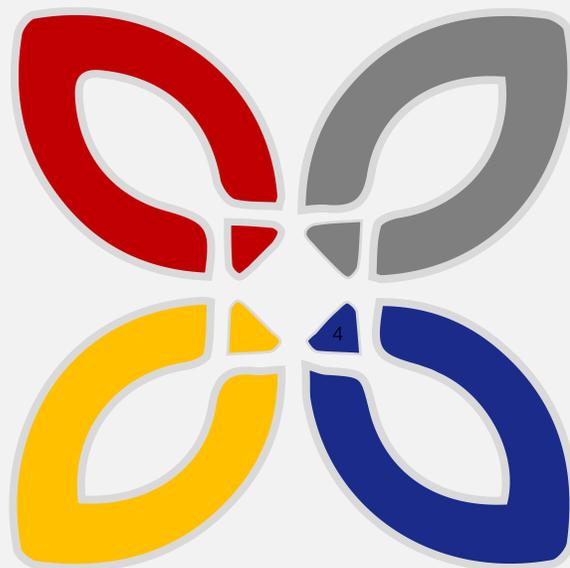
- A公司发布的涉案文章存在一定的误导性，A公司在未对上述评价存在事实的真实性进行核查的前提下，便在“A直播平台”微博发布博文、转发他人文章，在“A直播平台”微信公众号上发布文章，将上述文章内容及信息向不特定公众实施了传播行为。
- 涉案相关微博文章的评论区的内容包括：“‘有点皮的王先生’：在这里说句B晦气应该有人点赞吧。‘犬屋敖’：A强在造星，B强在抹黑。A水军一般都是只捧人，B的水军是黑人。‘左梓轩就是个弟弟’：B直播就是那个挖人捡破烂的平台？？？”从上述评论可以看出，A公司发布的被控侵权信息已造成相关公众对B公司的负面评价，对B公司的商业信誉、商品声誉造成一定损害。
- A公司作为专业的网络直播服务提供者，应当对其发布的信息负有高于一般公众的注意义务，在其明知发布的涉案文章有可能会侵害他人商誉的后果时，希望或者放任该种后果的发生，符合主观上故意的构成要件。

## 商业文案

评论对象匿名化  
不可通过暗示等方式体现指向性  
避免出现竞争对手或竞品元素

## 电子取证

网络领域易删除易修改  
民事证据新规  
及时、高效的电子取证技术  
主动性取证思路（损害结果）



## 网络通告或公开回应

客观、真实，审慎注意  
充分查明事实，言之有据  
避免主观评价与引导

## 维权路径

行政举报  
民事诉讼  
赔礼道歉、消除影响，赔偿损失



---

如何避免落入“虚假宣传”泥潭

网络竞争环境下，虚假宣传的行为媒介与载体，以及相关的表现方式均更为丰富，不仅限于传统意义上的文字宣传信息的虚假或误导性。

- 自媒体、直播营销、话题营销、平台推荐、网络文案等，作为网络媒介和载体，均处于反不正当竞争管制范畴内。
- 流量和数据作为网络竞争的关键要素，与之相关的诸多不当行为受到反不正当竞争法律规制。
- 虚假排名或组织虚假排名、以经济利益诱导用户作出定向互动行为将来也可能构成不正当竞争。

## 网络虚假宣传——行为方式

### 8.17 《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第9条规定

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**：

- （一）虚假交易或者组织虚假交易；
- （二）**虚假排名或者组织虚假排名**；
- （三）虚构交易额、成交量、预约量等与经营有关的**数据信息**；
- （四）虚构用户评价、收藏量、点赞量、投票量、关注量、订阅量、转发量等**流量数据**；
- （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；
- （六）虚构点击量、关注度、阅读量、收听量、观看量、播放量等**互动数据**；
- （七）采用谎称现货、虚构预订、虚假抢购等方式进行**虚假营销**；
- （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；
- （九）其他虚假或者引人误解的商业宣传行为。

经营者不得帮助其他经营者实施前款虚假或者引人误解的商业宣传行为。

### 《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第8条规定

经营者不得采取下列方式，对经营者自身或者其商品的性能、功能、质量、曾获荣誉、资格资质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：

- （一）通过网站、自媒体等网络手段进行展示、演示、说明、解释、推介或者文字标注；
- （二）通过直播营销、话题营销、平台推荐、网络文案等方式，实施商业营销活动；
- （三）其他网络宣传方式。

经营者不得帮助其他经营者实施前款虚假或者引人误解的商业宣传行为。

- 关注政策更新与执法动态，重视宣传方式与内容合规
- 转变对虚假流量红利的依赖，拓宽网络宣传渠道及产品受众面
- 加强自媒体、直播等新型营销方式中的合规管控
- 注意法律交叉适用问题，以及特别领域（如三品一械、化妆品等）的宣传推广合规问题



---

## 新型网络不正当竞争的合规应对

◎反向刷单 ◎大数据杀熟 ◎二选一

《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第17条规定，“经营者不得直接、组织或者通过第三方，在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，减少该竞争对手的交易机会”。

《最高人民法院公报》江苏省南京市雨花台区人民检察院诉董志超、谢文浩破坏生产经营案：网络交易平台的搜索排序属于互联网经济的运营方式，应认定为生产要素。在刑法解释上，可以比照实体经济的信誉、商誉予以解释。反向刷单炒信既损害对方的商业信誉，同时也破坏生产经营，二者竞合的，应择一重处。

- 异常交易识别：交易行为的相对方、频次、区间、数额等；
- 经济损失举证：日常收入数据、触发惩罚机制后的收入情况、退货退款运费等相关支出。

## “大数据杀熟”——自动化决策

《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第21条规定，经营者不得利用数据、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。

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。

《价格违法行为行政处罚规定》（修订征求意见稿）第13条禁止，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。

《个人信息保护法》（2021.11.1生效）第24条规定，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。

## “二选一” —— 现有规定

《反垄断法》第17条规定，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。

《电子商务法》第35条规定，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，**对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件**，或者向平台内经营者收取不合理费用。

《反不正当竞争法》第12条规定，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：（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。

## “二选一” ——未来规制范围更广

《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第19条规定，经营者不得利用技术手段，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，实施“二选一”行为，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，扰乱市场公平竞争秩序。

经营者不得利用技术手段，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，实施“二选一”行为，妨碍、破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，扰乱市场公平交易秩序。

### 国市监处〔2021〕3号《行政处罚决定书》——以上口径在执法实践中已有体现

2020年8月至12月，当事人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，违背了自愿、平等、公平、诚信原则，扰乱了公平竞争市场秩序。

## L-Council简介

L-Council为理购（上海）企业服务有限公司旗下服务品牌。秉承“专业分享、价值创造”的企业使命，致力于成为国内优质的汇聚知名跨国企业及本土大型企业法务人员的会员制服务机构。L-Council以专业人群为依托，结合特定行业，精准聚焦法务经理人，旨在提供最佳实战经验分享及法律信息服务。在中国已有超过2000家会员企业，30,000多位企业法务同行使用和体验L-Council的超值分享服务。



**CHINA LEGAL**  
Executive Council

L-Council 电话：021-33269582  
邮箱：cs@lcouncil.cn



**感谢！**



星瀚微信公众号



王晨光律师

**主讲人** | 王晨光 律师 / 注册会计师

2021年10月12日