

分类号 DF4/168
U D C

密级
编号 10741



硕士学位论文

论文题目 互联网不正当竞争行为法律规制研究

研究生姓名: 徐娜娜

指导教师姓名、职称: 张桂芝 教授

学科、专业名称: 法学 经济法学

研究方向: 市场规制法

提交日期: 2022年5月19日

独创性声明

本人声明所呈交的论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

学位论文作者签名：陈娜娜 签字日期：2022年5月31日

导师签名：张桂芝 签字日期：2022年5月31日

关于论文使用授权的说明

本人完全了解学校关于保留、使用学位论文的各项规定，同意（选择“同意”/“不同意”）以下事项：

- 1.学校有权保留本论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文；
- 2.学校有权将本人的学位论文提交至清华大学“中国学术期刊（光盘版）电子杂志社”用于出版和编入CNKI《中国知识资源总库》或其他同类数据库，传播本学位论文的全部或部分内容。

学位论文作者签名：陈娜娜 签字日期：2022年5月31日

导师签名：张桂芝 签字日期：2022年5月31日

Research on legal Regulation of Internet Unfair Competition

Candidate : Xu Nana

Supervisor: Zhang Guizhi

摘要

互联网技术给我国经济发展带来了好处的同时，也引发了各种新问题。互联网作为一种新兴媒体，其具有开放性以及自由性等特征，因此也为市场竞争提供了有利契机。众所周知，哪里有市场，哪里就有竞争，互联网市场也不例外。在互联网市场上，互联网技术企业为了利润而竞争，把技术作为一种独特的手段。但是，竞争并不总是良性的，一些特殊的竞争手段，如流量劫持，强制插入链接等，也会对互联网竞争产生不利影响。对此，我国《反不正当竞争法》增加一条专门针对互联网领域的特殊条款，该条的加入对于规制未来互联网领域的不正当竞争有着指导意义。

然而，随着社会的不断进步以及互联网技术手段的更新换代，该条在司法适用过程中已渐渐变得“不合时宜”。虽然该法条中对互联网中的不正当竞争行为作出了新的规定，但是仍然不能涵盖所有的互联网不正当竞争行为，以至于对司法活动中如何认定互联网不正当竞争行为造成阻碍。这使得我国竞争法在实际应用时显得捉襟见肘，难以应对当前日益复杂的市场竞争环境。同时，现有的相关立法还不足以全面保护互联网经营者、消费者的合法权益。也就是说，我国现行的竞争法还不能完全适用于所有基于互联网平台的不正当竞争行为，因此，为适应社会发展，促进互联网市场的公平竞争，本文将互联网不正当竞争行为作为研究课题，以期对未来的互联网环境下的市场发展给出一些建议。

本文在分析相关数据的基础上，梳理归纳互联网不正当竞争的典型案件，深入分析互联网行业存在的不正当竞争行为，发现在消费者权益保护、赔偿机制、法律适用等诸多方面均存在问题。围绕上述问题，本文拟借鉴德国、日本、法国等国家在互联网不正当竞争领域的立法经验，并结合我国发展现状提出完善建议，例如，赋予消费者集体诉权，加强与其他部门法的衔接，将可期待利益损失与商誉损失纳入赔偿范围内，采用证据披露、证据妨碍排除规则以及优势证据规则规制法官的自由裁量，从而保护经营者、消费者的合法权益，净化互联网市场环境，维护公平正义。

关键词：互联网 不正当竞争 反不正当竞争法 法律规制

Abstract

Internet technology has brought benefits to China's economic development, but also caused a variety of new problems. As a new media, the Internet has the characteristics of openness and freedom, so it also provides a favorable opportunity for market competition. As we all know, where there is a market, there is competition, and the Internet market is no exception. In the Internet market, Internet technology enterprises compete for profit and regard technology as a unique means. However, competition is not always benign, some special means of competition, such as traffic hijacking, forced insertion of links, etc., will also have adverse effects on Internet competition. In this regard, China's Anti-Unfair Competition Law adds a special clause specifically for the Internet field, which has guiding significance for regulating the future unfair competition in the Internet field.

However, with the continuous progress of society and the updating of Internet technology means, this article has gradually become "inappropriate" in the judicial application process. Although the article has made new provisions on unfair competition on the Internet, it still cannot cover all acts of unfair competition on the Internet, so as to hinder how to identify acts of unfair competition on the Internet in the judicial activities. This makes China's competition law in the actual use appears to be inadequate, difficult to cope with the current increasingly complex

market competition environment. At the same time, the existing legislation is not enough to fully protect the legitimate interests of Internet operators and consumers. That is to say, the current competition law can not fully apply to all the ACTS of unfair competition based on Internet platform, therefore, in order to adapt to social development, promote fair competition in the Internet market, the Internet ACTS of unfair competition as the research in this paper Investigate subject, in order to the future of the Internet environment offers some Suggestions for market development.

Based on the analysis of relevant data, this paper combs and summarizes typical cases of unfair competition on the Internet, deeply analyzes the unfair competition behaviors in the Internet industry, and finds that there are problems in consumer protection, compensation mechanism, law application and many other aspects. Around these problems, this article intends to draw lessons from Germany, Japan, France and other countries in the Internet legislation experience in the field of unfair competition, improving Suggestions combined with our country development present situation, for example, give consumers the collective litigation right, strengthen the connection with other sectors, will expect interest losses and reputation losses into the compensation scope, In order to protect the legitimate rights and interests of operators and consumers, purify the Internet market environment, and maintain

fairness and justice, it adopts the rules of disclosure of evidence, exclusion of evidence obstruction and preponderance of evidence to regulate judges' discretion.

Key words: Internet unfair competition Anti-unfair Competition

Law legal regulation

目录

1 绪论	1
1.1 研究背景	1
1.2 研究目的和意义	1
1.2.1 研究目的	1
1.2.2 研究意义	1
1.3 国内外研究现状	2
1.3.1 国内研究现状	2
1.3.2 国外研究现状	5
1.3.3 国内外研究述评	7
1.4 研究思路和方法	8
1.4.1 研究思路	8
1.4.2 研究方法	8
1.5 研究创新点与不足	9
1.5.1 研究的创新点	9
1.5.2 研究的不足	9
2 互联网不正当竞争行为的理论概述	10
2.1 互联网不正当竞争行为的概念和特征	10
2.1.1 互联网不正当竞争行为的概念界定	10
2.1.2 互联网不正当竞争行为的特征	10
2.2 互联网不正当竞争行为的类型划分	11
2.2.1 传统互联网不正当竞争行为类型化分析	11
2.2.2 新型互联网不正当竞争行为类型化分析	13
2.3 规制互联网不正当竞争行为的理论依据	16
2.3.1 搭便车理论	16
2.3.2 保护消费者权益理论	16
3 互联网不正当竞争行为法律规制的必要性	18
3.1 互联网不正当竞争案件梳理	18

3.2 互联网不正当竞争纠纷频发的原因	20
3.2.1 谋求利益最大化	20
3.2.2 相关法律规范滞后	21
3.2.3 治理机制不完善	21
4 互联网不正当竞争行为法律规制存在的问题	22
4.1 消费者权益保护制度不健全	22
4.1.1 消费者权益保护救济方式过于单一	22
4.1.2 与其他部门法衔接不足	23
4.2 互联网不正当竞争行为赔偿机制不完善	23
4.2.1 赔偿范围不明确	23
4.2.2 酌定赔偿标准不明确	24
4.3 “互联网专条”法律适用存在困境	25
4.3.1 “兜底条款”有扩大适用之虞	25
4.3.2 “互联网专条”与“一般条款”界限模糊	26
5 域外互联网不正当竞争法律规制及对我国的借鉴	28
5.1 域外竞争法中的赔偿制度借鉴	28
5.1.1 德国的赔偿制度借鉴	28
5.1.2 日本的赔偿制度借鉴	28
5.2 域外竞争法中的消费者权益保护制度借鉴	29
5.2.1 德国消费者权益保护制度借鉴	29
5.2.2 法国消费者权益保护制度借鉴	29
5.3 对我国的启示与借鉴	30
5.3.1 赋予消费者诉权	30
5.3.2 赔偿范围的确定	31
6 完善互联网不正当竞争行为法律规制的对策建议	32
6.1 健全互联网消费者权益保护制度	32
6.1.1 构建多元化的消费者权益保护救济机制	32
6.1.2 加强与其他部门法的衔接	33

6.2 完善互联网不正当竞争行为赔偿机制	33
6.2.1 调整赔偿范围	33
6.2.2 以裁量性方式确定赔偿数额	34
6.3 完善“互联网专条”的法律适用	35
6.3.1 对“互联网专条”予以限缩解释	35
6.3.2 协调好“互联网专条”与一般条款的关系	36
7 结语	37
参考文献	38
后记	43

1 绪论

1.1 研究背景

如今，以互联网为基础的新型虚拟市场方兴未艾。然而，市场是不正当竞争的载体，不正当竞争以市场为依托。互联网的发展给互联网市场经济秩序维护提出了难题。近现代《反不正当竞争法》已有 150 多年左右的历史，经历了产生和发展的历程，并具有发展过程中的阶段性标志。竞争法中新增了专门规制互联网领域的不正当竞争行为，该条俗称“互联网专条”。该条在一定意义上也是此次法律修订志在必设的“形象工程”，是象征互联网时代的“标杆条款”。但是，随着互联网技术的不断创新，法律的滞后性也不断显现，“互联网”专条似乎与现实情况有所出入，例如一般条款模糊性、执法主体不明确，存在多头执法问题等等，已经不能很好地解决如今互联网中出现的不正当竞争问题，因此为了应对各种互联网新型的不正当技术手段，应不断完善相关法律法规，以此来对新型的互联网技术手段进行规制。

1.2 研究目的和意义

1.2.1 研究目的

互联网技术的发展使得世界各国的联系不再处于封闭的状态。现如今，各个实体市场出现的竞争已经蔓延到了互联网上面，和传统实体市场相比竞争更加激烈。由于互联网市场环境具有成本低廉，方式简单、容易操作的特性，导致个别经营者违背市场发展过程中的诚实信用的原则，以各种手段谋取利益。

不正当竞争行为的发生没有平台以及市场环境的限制，无论在实体市场还是互联网领域中都频繁发生，例如虚假宣传、捏造事实等。现有的法律体系的滞后性与互联网技术的发展而引发的法律问题已已经适配。所以，规制互联网环境下的不正当竞争行为势在必行。本文的研究目的在于：通过对互联网不正当竞争频发的原因以及由这些原因引发的问题进行分析，为我国的立法和制度设计提供一些可行的建议。

1.2.2 研究意义

互联网技术的不断进步和相关法律法规的完善应该是同时推进、同时发展的关系，互联网经济活动需要政府、法律、以及市场主体共同维护、规范。如果法律没有发挥其应有的作用，规制经济活动中的不安定因素，就可能会损害互联网经济的发展，甚至影响互联网技术的应用和进步，因此对这一问题的研究不仅有助于解决现实中的复杂诉讼问题，而且对于未来的法律发展具有理论意义。

1.2.2.1 理论意义

互联网的发展是一把双刃剑。互联网的发展使人们的娱乐生活更加丰富，使人与人之间的沟通方式更加多元化。但是也引发了很多行业恶性竞争的问题，例如虚假宣传，不当销售奖品，利用数据、算法影响用户选择方式，实施流量劫持行为等。本文研究的理论意义在于，以互联网不正当竞争的理论概念为切入点，通过研究互联网领域的不正当竞争行为类型与传统不正当竞争行为类型的区别，探究互联网不正当竞争的法律适用、法律救济、法律制度建设的理论依据。

1.2.2.2 现实意义

互联网技术的发展和相关规律的完善，是辩证统一的关系。经济活动需要法律来验证、维护和监管。当前的互联网经济活动不仅是技术和经济问题也是与制度、文化和道德等问题密切相关的社会问题。对现行法律的不当修改会阻碍互联网经济的发展。因此，研究这个问题对解决现实生活中的复杂问题，保障市场经济公平稳定发展具有重大意义。

1.3 国内外研究现状

1.3.1 国内研究现状

1.3.1.1 互联网不正当竞争行为认定方面的问题研究

万文成(2021)在判断某种行为是否是互联网不正当竞争时，提出四个条件作为考量的因素：第一，有无违反法律的立法目的；第二，看某一行为是否偏离了道德标准，与市场经营者之间竞争的一般道德标准相违背；第三，考虑该互联网不正当行为的行为的侵害后果，如损害了市场经济秩序、使得本来公平稳定的秩序变得混乱不堪，是否侵犯市场中其他合法经营者的流量、市场资源、利益；将案件中的具体情况作为考量因素，例如时间、地点、双方的损失和得利，从而对不正当竞争行为进行区别、认定。

周樾平(2015)研究的侧重点跟其他部分学者的观点一样,以竞争关系作为主要识别基础,其侧重点是以主体作为一切研究的基础,分析互联网不正当竞争主体如何认定的问题。依照他的观点,应该将互联网条件下的不正当竞争行为作出一个更广义的界定,而不是仅仅以双方是否有竞争关系进行识别,就算经营者之间是属于不同的行业领域,在经营者之间仍然会发生不正当竞争的问题。^①

张占江(2013)所主张的观点是在现行的制度条件下,如果没有相应的法律制度可以去作为依据的情况下,可以将有无商业道德作为经营者之间识别是否有不正当竞争的方法,以此方法来认定不正当竞争行为。^②

1.3.1.2 规制互联网不正当竞争行为的问题

秦健、陈晶晶(2013)的观点认为应当对这些不正当竞争行为的具体表现形式进行剖析,进行分类后认为:应当将三类制度归入法律中,第一就是以禁令制度纳入法律之中,第二就是引入惩罚性赔偿,第三中制度就是行政执法制度。^③

依照商登晖(2013)的观点,现如今,各式各样的新型不正当竞争行为不断变幻存在形式,实则是技术手段变得更加高深莫测。他的理论中的互联网不正当竞争行为分类的标准与之前理论有不同之处,第一就是从立法层面进行完善,第二就是从司法制度层面进行规范,第三就是完善执法过程中所面临的问题。^④

史欣媛(2017)的观点是将互联网市场中的市场效果与商业道德结合起来对竞争行为进行分析识别。同时,其个人认为法官在对某一不正当竞争行为进行识别时,没有经过一个理性思考以及缜密的逻辑判断之下就很轻率地将一些行业规制进行判案是不合理的。^⑤

1.3.1.3 互联网不正当竞争行为的类型研究

竞争法对于互联网市场的监管还是存在漏洞。虽然“互联网专条”出台对于规制互联网市场具有重要意义,但是由于该条所列举出来的不正当竞争行为的类型太少,而互联网领域内的不正当竞争行为又层出不穷,加上兜底条款也不太明确,致使在实际适用过程中出现法官无法明确认定某一行为是否属于互联网不正

^① 周樾平.竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准——兼评“非公益必要不干扰原则”[J].法学杂志, 2015年第5期:92-104

^② 张占江.不正当竞争行为的认定的逻辑与标准[J].电子知识产权, 2013年第11期:22-27

^③ 秦健,陈晶晶.互联网新型不正当竞争行为分析与规制建议[N].中国工商报.2013年第3期:17-18

^④ 商登晖.互联网新型不正当竞争行为研究[J].云南社会主义学院学报, 2013年第6期:162-164

^⑤ 史欣媛.互联网新型不正当竞争案件中的行为正当性判定标准研究[J].安徽大学学报, 2017年第1期:122-130

当竞争行为的困境。对于此问题，国内的规制研究还处于一个探索研究的阶段，只有一些竞争法学的专著对此进行研究。

孔祥俊的（2014）^①，王晓晔（2007）以及徐美玲都在不正当竞争方面有很深的研究。但是，三人对于互联网不正当竞争的研究的侧重点仍然会有不同。例如前两人探讨的内容是互联网不正当竞争行为的实质，但是后者更侧重于研究知识产权中关于链接跳转的问题。并且，三人都存在缺少对互联网不正当竞争行为的系统性研究问题。对于反不正当竞争行为进行研究，并对于互联网中新型不正当竞争的实质进行探讨，但存在缺失的是没有对互联网新型不正当竞争的法律规制进行系统性的研究。^②

方晓霞（2011）^③是以互联网信息服务业不正当竞争作为研究的重点，其观点是：对于不正当竞争行为类型规定的过于狭窄致使与法律规定的内容相分离的问题，以类型化的方式作为认定的一般方法。她与之前将主体作为研究侧重点的专家不同的是，其将侵害客体作为侧重点，并与我国不正当竞争行为方式相联系，进行类型化研究。

张钦坤（2015）更倾向于研究司法适用过程中如何划分类别的问题。互联网不正当竞争行为中以搭便车以及软件干扰作为特定的行为，发生于互联网领域。关于这方面的研究上，我国还是缺少了这种类型划分方法。^④

周樾平（2015）的观点认为，划分互联网不正当竞争行为主要应该看主体是否使用各种新型的技术手段侵犯其他合法的经营者。如果经营者不当使用，扰乱其他经营者的正常经营活动的，将构成不正当竞争。随着互联网的发展，拥有先进技术的经营者会利用本企业的优势来不合理的抢占市场资源，这种行为应当被抵制，从而保护互联网市场的平稳发展。^⑤

1.3.1.4 关于消费者保护在互联网不正当竞争中的问题研究

陈强（2012）在其发表的文章当中，虽然有在深刻探讨互联网不正当竞争的特征，但是唯一缺失的一个问题就是对于消费者权益的保护问题却并没有在其文

① 孔祥俊.反不正当竞争法的创新性适用[M].北京:中国法制出版社, 2014.

② 王晓晔.经济法学[M].北京:社会科学文献出版社, 2007.

③ 方晓霞.互联网不正当竞争行为的类型化分析[J].知识产权,2011(8)

④ 张钦坤反不正当竞争法一般条款适用的逻辑分析—以新型互联网不正当竞争案件为例[J].知识产权, 2015 (3):30-36

⑤ 周樾平.竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准—兼评“非公益必要不干扰原则”[J].法学, 2015 (5):92-04

章之中提及。在消费者权益救济方面,有哪些途径,并没有详细说明。^①与其相反的是,谢兰芳(2015)在其文章中对于互联网不正当竞争行为侵害消费者合法权益的问题进行了详细的说明与探讨,但是对于如何认定互联网不正当竞争行为却并没有提及。二人在消费者权益保护方面形成了互补,若能互相取长补短,会使得该问题的研究更加深入和全面。^②

林家宝(2014)研究的领域和上文的学者有所不同,其考虑的是电子商务中的一些问题。比如我们在淘宝购买商品的时候,对于电子支付的支付宝软件以及微信软件方面,是否对这些软件进行规制。因为互联网数据容易被盗取的特性,当消费者在交易的过程中受到财产损失的时候,消费者是向交易平台寻求救济,还是以其他形式救济自己的权利成为一个难题。这就说明互联网领域的蓬勃发展需要相关部门进行监管,即使社会再怎么变化,只要我们的监管与执法到位,那消费者的合法权益在受到侵害时,就有了保障。

1.3.2 国外研究现状

1.3.2.1 互联网不正当竞争的概念发展研究

互联网信息服务产业的不正当竞争概念最早出现在19世纪的欧美,主要体现在竞争概念的法律规定中,最早的实证性不正当竞争概念出现在1883年的《保护工业所有权巴黎公约》中。而随着经济发展和社会进步,不正当竞争法已成为国际通行的商业惯例,并逐渐被各国所接受,成为维护市场公平竞争秩序、保障消费者权益的重要手段之一。根据该条约,“不正当竞争是指交易中违反公平交易原则的竞争行为”,是理解英国、意大利、美国等海外国家不正当竞争的基础。在此基础上,Howells(2009)基于对英国、德国和北欧法律的比较,认为不正当竞争是指在竞争者之间使用不正当的做法来对竞争者和消费者施加骚扰、强迫或其他不正当的行为。^③

Arnold(2013)认为不正当竞争是一种“经济犯罪”,包括违约、恐吓、非法干预商业、共谋和故意侵权。在我国,不公平竞争的定义主要是基于反不正当竞争法,即“不公平竞争意味着经济经营者的行为违反本法规定,侵犯其他经济

^① 陈强.互联网不正当竞争中的消费者权益保护研究, [硕士学位论文], 武汉;中南民族大学, 2012

^② 谢兰芳.论互联网不正当竞争中消费者利益的保护, 知识产权, 2015 (11): 89

^③ HOWELLS G, MICKLITZ H, WILHELMSSON T. Towards a better understanding of unfair commercial practices [J]. International Journal of Law and Management, 2009 (2): 69-90.

经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序”。当然，也有一些学术界的学者根据第一条的规定，将公平和诚信的原则以及公认的商业道德作为界定不正当竞争的标准。^①

1.3.2.2 互联网不正当竞争行为的法律规制制度构建研究

美国有提出：一些人使用互联网的信息，互联网信息的提供和交换的平台等各种各样的信息作为信息交换的条件，想要通过合作促进互联网经济的发展和进步。1995年，美国的《知识产权白皮书》中主要由法律、技术、教育、协议四部分组成，该书中将多种形式的 unfair competition 行为纳入知识产权法律制度的监管范围。而在美国，《数字千禧年著作权法》中提到了很多规章制度：如技术保护手段和电子版权管理信息的被完整性的保护、互联网经营者对侵犯著作权的限制、利用在线剽窃、使用不适当的链接等互联网上的不正当竞争的制度等内容。

2004年，德国制定的竞争法在立法目的、一般规定、列举规定，特别是对不正当竞争的特别规定、对受损当事人的救济措施等领域引入了革新、修正和完善。扩大了《反不正当竞争法》的适用条件和保护范围，为规范互联网不正当竞争提供了法律依据，同时优化了救济手段和途径，增强了法律的作用和影响。

1.3.2.3 规制互联网不正当竞争行为的视角

David S. Evans 与 John L. Hemmer 以及 Andrew Saluke 认为，在互联网上的不公平的竞争，从竞争方的利益方面来说，不仅要考虑到用户的利益，同时也应当考虑到社会整体的利益。其主要是在著作权的观点出发，对互联网上的不公平的竞争如何限制进行了考察。安德鲁·萨吕克从非法行为法的角度审视了这一问题。论述了美国实务中存在的潜在危险和具体的补救措施，并根据研究对象提出了适当的法律建议来限制互联网上的不正当竞争。他希望站在著作权法的层面上就怎样对互联网条件下所出现的各种不正当竞争行为进行规制予以分析^②。

^③Rosenoen Jomthan 考虑根据美国实务中遇到的潜在风险和具体的救济措施以及调查对象制定适当的立法方案，以适当的限制互联网上的不正当竞争。^④

^① ARNOLD R. English Unfair Competition Law [J]. IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2013 (1) :63 -78.

^②David S. Evans. Attention Rivalry Institute for Law, 2013:627-628 ong Online Platforms[J]. University of Chicago

^③Rosenoen Jonathan. 互联网法(关于因特网的法律) [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003年:15-40

^④ 范长军.德国反不正当竞争法研究 [M].北京:法律出版社, 2010年:39-60

在德国,根据当地情况开发并实施了《多媒体法》,明确了互联网行动的诸多方面法律法规内容,有力地支持了德国互联网经济的进一步发展。以内务部为首的各部门和相关人员在讨论中,开发了名为 R3 的安全互联网协议,并在国家层面上将其引入。为英国互联网安全保护和内容监管方面给予参考。在实施该协议时,互联网观察基金会承担着监视和监督的重要职责。经济活动是根据 R3 安全互联网协议和“面向业务人员的行为规范”进行的,该规范规定了互联网用户行为的主要义务和责任。互联网技术的飞速发展在为用户提供诸多便利的同时,也需要确认其使用是否符合合法性这一重要要求。

通过分析,外国学者 Matthias W. Stecher 提出的互联网不正当竞争的主要领域问题成为本文理论探讨的参考, Bodewing. F. H 提倡的应对不正当竞争行为造成的互联网不正当竞争进行法律规制,德国的多媒体互联网行动的法律限制以及在英国引入了《R3 安全互联网协议》也充分反映了本论文的参考价值。此外,赫尔穆特·科西奥尔提出的适用惩罚性损害赔偿制度来惩罚不正当竞争的加害者的建议,对于探索互联网不正当竞争问题的解决方案,也有参考价值。

1.3.2.4 域外对于互联网消费者权益保护研究

国内和国外的互联网产业发展有很大的不同,其产生的互联网不正当竞争的种类也有很大的不同。知识产权保护制度比较发达的先进国家和欧美地区,一般情况下对于用户付费是比较能接受的,而中国的互联网企业的收费会员模式收益中用户付费所占的比重很少,一般是低收益模式,因此,中国对于互联网和通信量等内容反响很强烈。而在国外关于互联网消费者保护的研究主要集中在互联网购物和消费上。^①

美国有明确保护消费者权利和利益的网上消费者法,欧盟也有同样的法律法规,对支付、购买、退换货、顾客服务等方面都有详细的规定。美国学者菲利普·科特勒(2012)在其著作《营销规范》中,就互联网环境下市场竞争的本质以及如何保护消费者的权利和利益进行了论述。日本学者田岛义博指出,互联网增加了消费者的风险,使保护消费者权利变得更加困难。^②

1.3.3 国内外研究述评

^① 王展. 互联网不正当竞争中的消费者权益保护[D]. 天津大学, 2017.

^② 菲利普·科特勒, 营销管理, 北京:格致出版社, 2012, 5~15.

域外国家对于互联网不正当竞争行为法律规制方面更多的是一种监管。例如，对于互联网经营者平台的监管与规制。在规制过程中更加倾向于知识产权与消费者权益的保护。在监管方面来说，域外国家在立法方面比较成熟，但是对于互联网不正当竞争行为的类型认定方面的研究较少。

对相关的国内文献进行了研究，结果表明，互联网上对不正当竞争的国内法律规制是以不正当竞争的类型开始，将传统的不正当竞争和互联网技术的发展带来的新的不正当竞争进行比较分析，对消费者的权益保护、救济机制、司法执行的角度提出问题，并提出建议和对策。

综上所述，笔者认为应当在对我国互联网不正当竞争行为规制现状分析之后，再结合学术上的研究结论，整理归纳出我国互联网不正当竞争行为法律规制制度存在的问题，继而提出相应的建议。

1.4 研究思路和方法

1.4.1 研究思路

首先，针对本文涉及的相关概念如互联网市场，互联网不正当竞争行为的理论分析，对该竞争法的理论与实践成果进行剖析。其次，将我国的法律与域外的相关法律制度进行比较，借鉴域外先进的思想制度，总结我国互联网不正当竞争行为规制过程中存在的问题。最后，通过前文三个部分的论述，针对互联网不正当竞争过程中的消费者权益保护制度、赔偿机制、司法适用等方面存在的问题提出完善的对策建议。

1.4.2 研究方法

1.4.2.1 文献分析法

使用当前中国期刊全文数据库（cnki）、中国互联网数据咨询中心（dcci）、google 等网站搜索相关文献，收集、分析国内外互联网不正当竞争行为的相关研究成果，并进一步了解相关文献进行收集，识别互联网不正当竞争行为问题，更全面、深刻地分析互联网不正当竞争行为。

1.4.2.2 案例研究方式

理论来源于实务，具体案例反映现实，案例可以验证法律的适用性，反馈法律问题。通过对相关案例的分析，可以归纳分析互联网不正当竞争的相关内容以

及问题，揭示司法实践中存在的客观困难和法律适用中的不足，为理论提供强有力的依据。

1.4.2.3 规范分析法

规范分析法着眼于法律规范，分析法律规范的内部构成、法学依据和法律逻辑。本文所采用的规范分析方法主要针对我国界定互联网不正当竞争的法律法规，揭示了相关法律的配套问题和法规存在的问题，并提出了改进的建议。

1.5 研究创新点与不足

1.5.1 研究的创新点

本文的创新点在于：依据案例以及国家统计局的相关数据，通过对近五年的不正当竞争案件进行梳理，分析互联网不正当竞争案件频发的原因，借鉴域外规制经验，针对互联网中不正当竞争行为还未解决的问题再次提出问题并提出完善建议。从消费者权益保护制度、不正当竞争赔偿机制问题以及法律适用入手，提出完善建议，以期更好的规制互联网环境下的不正当竞争，从而维护市场的稳定。

1.5.2 研究的不足

本文的不足在于：对互联网不正当竞争行为的法律规制的研究需要深厚的法学知识和其他学科的知识支撑，由于作者的知识储备和写作能力有限，对互联网上互联网不正当竞争行为的规制的研究还不够全面，存在的问题和对策还需要进一步完善，实证分析资料还不够充分。

2 互联网不正当竞争行为的理论概述

互联网领域的发展不仅推动了市场经济的高速运行,也加速了技术手段的创新发展,技术手段与互联网的融合使得产业不断升级。伴随着互联网技术手段的更迭,互联网市场上的经营者开始利用各自优势,以损害商业道德为代价换取利益。因此,本文首先对互联网不正当竞争的概念、特征、类型、以及基本理论进行研究,以此为后文所研究的问题以及完善对策提供理论依据。

2.1 互联网不正当竞争行为的概念和特征

2.1.1 互联网不正当竞争行为的概念界定

市场经济的复杂性特征以及市场竞争机制随着时代发展衍生出自己独有特点。在不同时期以及不同国家中对不正当竞争的界定并不完全相同。例如,《巴黎工业产权保护公约》中认为,在产业或商业活动中,违反公平交易的行为就应视为不正当竞争。目前,我国对不正当竞争的概念界定为:“经营者在其生产活动和经营活动中应当遵循自愿、平等、正义和公正的原则,遵守法律和企业道德。”而互联网不正当竞争是以互联网为依托而存在的,竞争行为更具有技术性。因此笔者将互联网不正当竞争行为定义概括为:“在互联网市场竞争中,经营者利用技术手段以不正当的方式获取用户资源,谋取不正当利益,违背诚实信用原则,损害其他经营者和消费者及公众利益,扰乱社会经济秩序的行为”。^①

2.1.2 互联网不正当竞争行为的特征

近几年来,我国互联网技术和产业的迅猛发展,使得互联网环境下的市场竞争已经与传统行业的竞争有了本质性的变化。互联网领域的技术革新和新经济带来了新的竞争规则,与此同时,新的竞争问题必然应运而生。基于互联网即时性,可跨国性等特性,使得互联网行业的竞争具有更强的活跃性和跨界性特征。在互联网不正当竞争中,利益的牺牲者必然是消费者群体,因此,消费者成为更为激烈的竞争中的砝码,其权益极其容易受到侵害,与传统的市场竞争相比,互联网中的不正当竞争主要体现在以下几个方面:

^① 郭振兰. 互联网不正当竞争法律问题研究[D].中南大学,2014.

2.1.2.1 跨国性

在国内直播商务走上“王道”之后，这场革命也很快波及了跨境电商。在长期的影响下，进一步促进了直播，也创造了大量跨境电商的用户群。因此，各个平台以及商家跨境直播带货，抢占市场份额，一些“新秀”不断弯道超车。从平台端来看，亚马逊以及速买通等平台开始疯狂抢占市场。不仅仅是电商，一些外国企业争抢域名，以低价购买中国一些知名企业域名，再高价卖出的方式，进行不正当竞争。因此，当发生一些跨国类的案件时，难以依据一个统一的法律适用标准打击这些不法行为。

2.1.2.2 隐蔽性

互联网中的不正当竞争行为是在一个充满大数据的环境下完成的，在消费者的利益受到侵害时，侵权的证据很难获得。消费者与商家的都是通过线上互联网进行交易。这种交易实际上就是一个数字信号式的交易模式。一旦一方受有损失，交易的另一方可以通过篡改信息的方式，湮灭证据，侵害消费者的合法权益。互联网为不正当竞争提供了一个肆意妄为的空间，在虚拟外衣的保护下，更为隐蔽，难以取证。

2.1.2.3 技术性

互联网中的不正当竞争需要技术的加持。很多司法工作者其实并没有很高的互联网技术技能，一旦在案件中发现抢注域名，恶意的软件捆绑，插入链接等形式进行不正当竞争，法官无法对此行为进行判定。因为有很高的技术含量，在处理此等案件时难免感觉棘手。

2.2 互联网不正当竞争行为的类型划分

《反不正当竞争法》第十二条弥补了互联网发展以来立法上的空白，一定程度上缓解了法官面对互联网不正当竞争行为时的裁判尴尬，但这个领域的发展日新月异，现有的法律规定能否从容应对形势发展，《反不正当竞争法》在互联网时代应当做出怎样的改变，是本文探讨规制互联网不正当竞争行为路径的必经环节。

2.2.1 传统互联网不正当竞争行为类型化分析

2.2.1.1 互联网商业混淆行为

互联网商业混淆是指：在传统的商业混淆的基础上利用技术手段欺骗对方的行为，是在传统的基础上披上了“互联网”的外衣。该混淆行为可以分为三种：第一，利用互联网网站进行的混淆行为，建立一个跟其他合法经营者相似的网站，诱骗消费者进入该网站的行为，侵犯了消费者自主选择权。第二种，域名混淆行为，主要是利用计算机 IP 地址，在合法经营者还未注册域名的时候，抢先一步注册域名的行为，主观上具有恶意，使得消费者误解，最终得到利益。第三种，互联网广告混淆行为。以案例说明：^①在知名电商主播薇娅起诉薇娅严选公司不正当竞争一案，被告将“薇娅”这个艺名长期、持续的使用及推广，进行营利行为。使得消费者认为薇娅严选公司就是薇娅主播本人的公司，让消费者混淆，利用他人的艺名进行不正当的营利行为。该案中，利用知名电商主播艺名在抖音软件上直播宣传行为构成不正当竞争，应对此行为严格监管。

2.2.1.2 互联网虚假宣传行为

互联网虚假宣传行为通常是指^②利用互联网对产品或服务进行虚假宣传，误导消费者的行为。互联网虚假宣传的内容常常与实际情况不符，通过互联网这个平台大肆宣传，引来互联网用户的关注，增加流量。如在^③《甘丹科技河北有限公司利用互联网进行虚假宣传》一案中甘丹科技河北有限公司在疫情防控期间，涉嫌利用互联网进行虚假宣传。以各种成功案例吸引消费者，实则是虚假的行为。但是经调查核实，当事人只是负责生产和销售其他公司的产品。所表明广告内容实则是虚假广告。从这个案例可以看出，互联网中的虚假宣传信息让人防不胜防，尤其在国家处于疫情防控期间，消费者大多属于网上购物，更加滋生了经营者的不法行为。

2.2.1.3 互联网诋毁行为

网络诋毁^④是经营者利用互联网的在线平台，在互联网平台上进行商业性的诽谤中伤行为，对其他竞争对手发起攻击，影响其他经营者的信誉评价，在捏造了相关的消极的内容后，在互联网上扩散，该不利影响以数千英里的速度和规模传播，给经营者信誉造成不利影响。例如，腾讯对360不正当竞争案件

^① “薇娅”诉“薇娅严选”不正当竞争案一审宣判。

<https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309404629917290856815>

^② 陈文文. 互联网环境下不正当竞争行为的法律规制研究[D].华东政法大学,2016.

^③ 河北省公布十起反不正当竞争典型案例[J].中国价格监管与反垄断,2021(02):59-61.

^④ 陈文文. 互联网环境下不正当竞争行为的法律规制研究[D].华东政法大学,2016.

中，最高法院以一个行为是否对商业名誉造成损害作为判断的标准，认为案件中的经营者捏造、散布虚假信息，破坏了其他竞争对手的营业权，成立互联网不正当竞争。运营商有时还会对其他竞争对手的产品进行批评，如果这种批评超越了正当的商业判断和评论的范围，超越了法律的边界，就属于交易上的互联网诋毁行为。

2.2.2 新型互联网不正当竞争行为类型化分析

2.2.2.1 利用数据、算法技术手段进行不正当竞争行为

《反不正当竞争法》^①对互联网不正当竞争行为的类型进行了划分，包括插入连接、恶意不兼容、卸载合法提供的互联网产品等行为。但是，随着互联网技术的升级以及互联网的活跃性，利用数据、算法驱动型不正当竞争行为应运而生。经营者利用技术手段将用户的购买商品的信息进行大数据分析，最后总结出用户的喜好，从而推送相关产品。或者根据用户点击某一商品或者视频的次數，推送相同的视频，这样的技术手段侵犯了用户的知情权。用户在不知不觉中被大数据监测，从而成为经营者谋利的潜在客户群。例如，小红书软件中运营商的大数据监测十分明显。一旦你在该软件中点击任意一个你比较感兴趣的短视频或者笔记，再次更新以后，该软件将不断给你推荐同类型的短视频或者笔记。这种赤裸裸监测用户的喜好的行为，侵犯了用户的知情权、选择权、公平交易权。与此同时，不仅仅是小红书软件平台，包括淘宝、抖音、拼多多、B站、京东等购物娱乐平台都会大量使用大数据监测手段，这无疑造成市场中的隐性不正当竞争频繁发生。在悄无声息中侵犯消费者的合法权益。

2.2.2.2 软件相互冲突的不正当竞争行为

随着互联网技术的进化，互联网运营商的竞争手段已经不仅仅是被动的产品竞争，系统、网站、数据库等的恶意攻击以及黑客利用先进的技术手段进行不正当竞争。经营者利用技术手段破坏竞争对手软件的正常功能，或偷取信息和资金，损害竞争公司的经济利益，强制消费者从中作出选择。这种结果不仅损害竞争对手的经济利益，还会严重损害消费者的选择自由，侵害消费者的合法权益，强迫消费者作出其他选择。

当两个或多个软件同时运行时，其中一个因软件之间的相互影响而无法正

运行时,就会发生软件冲突。这可能是程序设计上的意外冲突,也可能是为了妨碍竞争对手而故意进行的尝试。在与竞争对手的战争中,以软件的不兼容性为借口,从用户的电脑中删除竞争对手的软件,这种行为模式称为互联网上的不正当竞争。一般表现为两种形式:

(1) 恶意软件不兼容行为

互联网市场中的经营者为谋求高额利润,恶意破坏其他经营者合法提供的互联网产品,这种行为就是软件不兼容行为^①。这是《反不正当竞争法》中针对利用技术手段实施不正当竞争行为作出的专门规定。这个规定是基于互联网链接的性质,为了维持互联网领域的连通性而设置的。但是,互联网链接并不是绝对的,为了合法的目的而进行的不兼容行为也是被允许的。不是禁止所有的兼容行为,而是对其他经营者的软件始终“恶意的”禁止。这种行为就是不合法的行为。经营者带着具有恶意软件性质的其他互联网产品、服务的非兼容性,实现互联网的笼统性和开放性的精神,不仅对其他互联网产品及服务造成损失,还引发了不正当竞争。最轰动一时的典型案例就是^②搜狗与奇虎之间的不正当竞争案件,两个企业之间利用技术手段,干扰他人合法运行的软件。捏造不实信息,破坏竞争对手的商业信誉,以兼容性为借口,使得用户不得以卸载软件,造成金山软件公司损失了巨额资金。这个案件成为恶意软件不兼容的典型案件。

(2) 恶意软件捆绑行为

软件捆绑和安装是指互联网运营商向用户提供同时下载和安装两个以上应用(包括两个)的服务。主要的区别在于捆绑软件的性质,以及是否给予用户完全的选择自由。所谓优势捆绑,是指软件开发者在互联网用户下载时,将有利于提高功能和优化用户体验的软件组合在一起。例如,迅雷下载提供下载加速器选项,提高下载速度,为互联网用户带来极大的便利。恶意软件捆绑是指强制整合软件开发者下载的两个以上(甚至包括两个)无关的软件包。这些程序中,既有互联网用户想要下载的初级软件,也有互联网用户不需要的、无法满足需求的次级捆绑软件。软件开发者为了扩大自己公司产品的适用范围,试图通过这个主软件普及不需要的软件。

^① 《反不正当竞争法》第十二条第2款第3项规定了“恶意对其他经营者合法提供的互联网产品或者服务实施不兼容”。

^② 搜狗诉奇虎阻碍浏览器安装设置不正当竞争纠纷案-法言法语网[z].
https://www.fayanfayu.com.cn/knowledge/2_2278.html

捆绑和安装恶意软件的问题在中国是非常普遍的,因为中国的开发者经常向互联网用户提供免费下载。下载的过程中,强制追加软件下载,这样就使得用户在没有允许下载的前提下,自动下载另外一个用户并不需要的软件,如果用户卸载其中一个软件,就会导致另外一个软件失去作用,逼迫用户不得不同时下载两个软件。还有一种情形就是将提示信息做得不明显,在用户,没有注意到的情况下,下载两个软件。只要用户在这几种情形下下载捆绑软件,都可能会给经营者营利的机会。比如,在软件下载 APP 里,用户搜索某个软件,将首先把下载量最多的软件放在首位,这就会给捆绑软件的公司带来利益。

软件开发商的竞争对手和软件使用者双方,都有可能被软件捆绑和安装的恶性行为所困扰,严重影响市场的正常秩序。在健康的市场中,应该进行健康且有效的竞争。软件开发者利用技术手段恶意攻击其他经营者的合法软件的行为应该得到很好的规制。从长远来看,这些小规模软件开发人员因竞争压力,使得相关合法软件逐渐退出互联网市场。这种不公平竞争导致的市场环境变化,将对该业务领域产生严重的负面影响,不利于该业务领域的长期发展。恶意软件安装者的目的通常是推广缺乏创新和竞争力的捆绑软件。互联网的原动力是技术革新。如果软件开发人员真的想引发创新,让自己的企业在互联网市场上的竞争力增强,就不断进行创新,提高自己产品的质量。互联网市场的发展使得行业竞争更加激烈,整个线上市场如果因技术问题不能得到突破而停滞不前,有可能使得市场缺乏创新的动力。

2.2.2.3 刷单、实施“二选一”式不正当竞争行为

近年来,很多互联网平台的经营者以奖励购买者 1 块钱的形式,让用户给予好评。这种将用户刷单评价的行为给经营者带来了巨大的收益,似乎拉动了经济的发展。但是这种靠着刷单增加流量的行为会造成交易信息的欺诈性。以往买方会通过查看商家的评价作为是否购买该商品的前提,保护消费者的合法权益。但是刷单行为的出现,会使得消费者花费很多钱购买某经营者的商品,反而收到的商品不值这个价格。这其实就是在欺骗、误导消费者做出与现实相悖的主观评判,损害了广大消费者的合法权益。快手关联公司北京晨钟科技有限公司就因直播发布了虚假战报,把 912 万余元的直播销售金额,夸大成过亿元销售,而吃到 20 万元罚单。无独有偶,李佳琦所属公司美腕(上海)互联网科技有限公司,同样

因直播中涉嫌虚假宣传,而遭到上海市长宁区市场监督管理局的行政处罚的决定,并罚款 30 万元。2020 年至今,全国针对直播带货领域的政策多达 20 多部。《互联网直播营销行为规范》、《视频直播购物运营和服务基本规范》均对商业广告提出了“应严格遵守广告法规定”等诸多要求。从而通过更加严格的监管手段使得互联网市场更加诚信。保护广大消费者的合法权益,净化互联网市场的环境。

2.3 规制互联网不正当竞争行为的理论依据

2.3.1 搭便车理论

“经济内某个人消费的资源超出了他公允的份额数值,或其实际承担的生产成本少于他应承担的公允份额”^①,该理论的提出者是曼柯·奥尔逊,他来自美国,是一个经济学家。该书中所说的搭便车理论其实就是所谓的:“以社会成员不必作出贡献就能享受公共财产为前提,在社会活动中就会有个人不去为增加社会财产而努力,而是期待不劳而获。”

市场是通过自我调节进行平稳发展的,但是搭便车的行为使得市场的秩序变得混乱。给市场的自我调节机制带来了阻碍,若该意识形态可以去化解搭便车行为的困境,那么就可以使公共财产的分配更加公平,集体行为变得更加有序性。当今社会鼓励的竞争是以改善技术、降低成本以及提高产品与服务质量为基础的^②,《反不正当竞争法》是为调整社会经济活动而制定的部门法之一,将搭便车的理论归入了自身的学科内,并为将阻止搭便车作为首要目的终极目标就是为了鼓励市场中的经营者以通过提升技术和提高产品质量以及服务来开展竞争,同时也是为了规制不正当的经营者或者以损害其他经营者为目的的人。从长远来看,如果每个人都想通过不劳而获的方式就可以谋取到利益,那建立一个公平且高效的市场竞争机制的目标将会变得虚无缥缈。只要建立良好的市场竞争秩序,经济市场必然可以变得有活力,社会就能不断进步。

2.3.2 保护消费者权益理论

《反不正当竞争法》一方面应当保护全社会的经济权益;另一方面,在更细微的层面上来说这是为了保护企业家的商业权利和商业秘密,使得权利不受侵害

^① 胡耘通.税收制度促进循环经济发展的机理与变革[J].西南政法大学学报,2015,17(06):5-12.

^② 孔祥俊.反不正当竞争法新论[M].北京:人民法院出版社,2001:2

时。《反不正当竞争法》的立法目的变得多样化，但是保护权利和利益终将是法律的重要目的之一。德国在规制不正当竞争方面作出的贡献就是建立了消费者权益保护制度，并赋予消费者团体诉权，如果往更深层次来说，对于消费者权益保护的问题当中其实涉及了很多部门法，与专门为消费者立法相比，《反不正当竞争法》对消费者的权益的保护是间接的、深层次的，较为抽象。消费者权益的保护问题其实牵涉到很多部门法的相关内容，而《反垄断法》中主要考虑的是限制竞争对消费者选择权的损害。

《消费者权益保护法》主要从对消费者权益的救济条款入手，赋予消费者为了保护自身的合法权益，在自身权利受到伤害的时候向相关部门起诉或者向主管当局提出申诉，并获得救济的权利。市场经营者通过保护消费者权益，保护消费者对经营者提供的产品和服务的权利。维护互联网市场的稳定。在现代社会，互联网用户已经成长为大规模的互联网用户群体，为了保护这一群体的正当权益，需要制定能够规制不正当竞争行为的反不正当竞争法，并对此进行限制。这可能会导致在线市场的良性竞争，从而让在线消费者享受到最佳的消费体验。

3 互联网不正当竞争行为法律规制的必要性

在不正当竞争的随着网民的增加以及互联网技术的发展,互联网不正当竞争成为热点话题。很多互联网企业,尤其是一些知名度比较高的企业容易遭受不正当竞争的侵害,同时,也会伤害到消费者的合法权益。无论是国内还是国外,对互联网领域的监管也是尤为必要的。结合统计局的数据(如图 3.1 所示)^①,2017 年—2021 年之间,互联网上网人数已经达到了 1000 多万人。面对如此庞大的用户群体,规制互联网不正当竞争领域,保障广大互联网消费者的合法权益,维护经营者之间的公平竞争显得尤为紧迫。



图 3.1 近五年我国互联网上网人数

3.1 互联网不正当竞争案件梳理

本文梳理的案例当中,从时间方面来看,自 2019 年开始至今案件数在逐年增长。其中,近 5 年的案件数达到了 77 件,最近 3 年的案件数为 71 件,而最近一年的案件数已经达到了 64 件。从 2019 年开始,互联网环境下不正当竞争行为引发的竞争案件呈现出不断上升的态势,尤其在 2021 年达到 64 件,展现出突增的走势。由此可以看出,随着我国互联网的技术发展以及网民数量的急剧增加,互联网已然是各个经营者竞争的“摇篮”,随之而来便是不正当竞争行为频繁发生,并在整体上呈现突增的态势。^②如图 3.2 所示:

^① 国家统计局数据官网

^② https://www.baidu.com/s?ie=utf-8&f=8&rsv_bp=1&tn=68018901_9_oem_dg&wd=威科先行法律数据库&oq=%25E6%25AF%2595%25E4%25B8%259A%25E6%2584%259F%25E8%25B0%25A2&rsv_pq=8443066100037483&rsv_t=2b591fb7t3UNPMBFCnj1HxBZMZVERGi2LmeR0TfCJSKWAc9c8%2FZE6HvDGG75v1IAKFV7WtIOci&rqla ng=cn&rsv_enter=1&rsv_dl=tb&rsv_btype=t&inputT=5986&rsv_sug3=145&rsv_sug1=97&rsv_sug7=100&rsv_sug2=0&rsv_sug4=6598

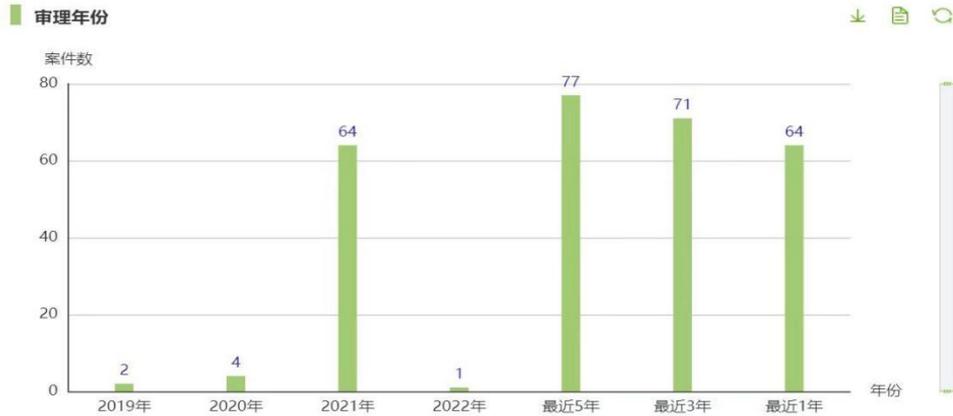


图 3.2 互联网不正当竞争案件年份分布

从地域分布情况来看（如图 3.3 所示），互联网不正当竞争案件大多数发生于山东，北京排名第二、从图表中可以看出互联网不正当竞争行为发生很频繁的区域大多是经济发展水平处于高位的地区。一方面可能因为经济发达的地区人口数量较多，企业数量也增长迅速。企业之间为了争夺很小范围的市场都要铆足力量去竞争。在利益分布不均匀时，一些企业为了谋取更多的利益就会使用各种技术手段侵害其他合法经营者，从而造成互联网不正当竞争的案件较其他地区更多。

地域	案件数	占比
山东	43	55.13%
北京	13	16.67%
上海	6	7.69%
广东	4	5.13%
重庆	4	5.13%
江苏	2	2.56%
福建	2	2.56%
河南	1	1.28%
安徽	1	1.28%
辽宁	1	1.28%

图 3.3 互联网不正当竞争案件地域分布

从案件类型来看，可以分为两大类，一是传统不正当竞争行为，二是新出现的互联网不正当竞争行为，且随着时间的发展新型行为的种类越来越多，其所具备的互联网特性更加明显。商业诋毁类、虚假宣传类无论是在线上还是线下都是频发的不正当竞争行为，这些行为的本质并未发生变化，在此之中互联网作为工具或者依托平台存在，互联网的普及为经营者利用散布诋毁性质和虚假信息等行为进行不正当竞争凭添了便利，信息在互联网中的迅速和广泛传播使这些传统

不正当手段所造成的负面效应相较于在线下实体市场更加强烈。随着互联网市场的发展，许多不能依照分类标准纳入传统不正当竞争行为范畴的行为逐渐显现。这些案件背后各自显现出互联网领域中各类主体的竞争动机和竞争手段。比如为了抢占市场，诋毁他人商誉、虚假宣传等传统不正当竞争手段，以及网站竞价服务、同类产品之间互相干扰等新兴技术手段。随着互联网的发展日趋成熟和多元化，更多可能性被挖掘，竞争手段也趋于复杂和多样化，这对法律规制提出了更高的要求。

在竞争法领域，法律的保护机制并非先确定哪些权利可以行使继而保护行为主体被授予的权利，而在于对主体行为的规制，《反不正当竞争法》通过控制行为人的行为来规范市场。现如今，新的竞争行为和手段层出不穷，相关领域的法律如何去规制这些行为更是一个不小的挑战。

3.2 互联网不正当竞争纠纷频发的原因

互联网不正当竞争纠纷愈演愈烈，层出不穷。抖音、微信、小红书等各种软件不断上新，让人们的生活丰富多彩的同时，也给消费者与经营者带来了风险。

在互联网行业，《支付宝与斑马公司不正当竞争纠纷行为保全案》成为典型案例。该案中侵权人使用流量劫持等技术手段，侵犯支付宝公司的合法权益。斑马公司为了可以窃取支付宝访问量数据，设计了一款可以与支付宝争夺用户流量的软件，该软件恶意获取用户的访问数据。因此，该行为很明显地可以认定为互联网不正当竞争。而且，此时正是“双十一”的促销阶段，大量的用户访问量成为巨额的无形利益。侵权人斑马公司主观上具有不正当竞争的主观目的，客观上也是实施了流量窃取行为。致使支付宝公司遭受了巨额的经济损失。同时因为这种流量劫持、链接跳转的行为会使得支付宝的用户群体对支付宝公司的信用度降低，这种恶意获取流量，致使其他合法经营者的可得利益损失的行为应当予以制止。这个案例其实也折射出国内互联网企业正普遍遭遇的困扰，比如，北京知识产权法院审理的百度公司诉搜狗公司浏览器劫持流量不正当竞争纠纷二审案件。因此，规制互联网不正当竞争行为具有深远的现实意义。

3.2.1 谋求利益最大化

市场参与者追求利益最大化是正当需求,追求利益是市场经济主体的终极目标。在竞争性的市场环境中,通常是运用自由竞争来维持市场经济。但是,在高收益的诱惑下,企业有时一旦投机心理加深,为了实现自身利益的最大化,就会有损害其他合法经营者利益的危险。如果投机过度,为了实现自身利益的最大化,可能会导致互联网上的不公平竞争。

3.2.2 相关法律规范滞后

互联网的正因为它与时俱进的互联网技术发展特性,以及在线平台上交易和信息传递的高效率和便利性使得用户使用该技术变得更加普遍化。法律的更改需要一层一层地批准,不可能因为社会一两年的发展就将法律立刻进行更改。因此,法律始终会滞后于社会的发展。因此,现代化的科技和互联网的创新服务模式与现有的法律的些许僵硬化最终会使法律对某些行为规定得较为模糊。正因为法律的特殊性与社会发展不能同步进行,使得经营者的行为不能得到很好的规制,在利益的驱使下,企业就会更加强烈地想要追求利益的更大化,所以互联网上的利润高,不正当竞争的行为也越来越猖獗。

3.2.3 治理机制不完善

随着互联网经济的不断加强,由于其互联网的特性,没有行业治理机制、信用等级制度、行业自律机制,互联网的缺点就凸显出来,治理机制跟不上互联网的发展。最后必然导致互联网上的不公平竞争越来越激烈。

互联网上的不正当竞争对于经营者还有消费者都会带来一定的危害。当相关权利和利害关系人为了维护自己的权利,选择诉讼时,即使最终企业胜诉,也有可能最后导致失去市场份额的悲剧。与此同时,权利人的维权成本很高,如果没有有效的补偿措施,生意很难维持下去。追求正义的结果就是损失市场份额以及可得利益。同时,由于消费者权益受到侵害时,诉讼时间过长,维权成本高使得不正当竞争行为更加猖獗,个别企业因维权太过于繁琐,选择隐忍,导致互联网不正当竞争行为频繁发生。

4 互联网不正当竞争行为法律规制存在的问题

我国《反不正当竞争法》第十二条对于互联网中近几年出现的新型不正当竞争行为并未进行细致划分,在法律适用上也是困难重重。在互联网技术手段的高速发展进程中,我国陆续出台了一系列的法律法规,以适应时代需求,最大程度地保障市场主体的利益。互联网领域下,经营者为谋取不正当利益的手段更加复杂、隐蔽。本应是传统不正当竞争市场中的行为,披上“技术手段”的外衣就转移到互联网平台之上,因此,便衍生出各种形式的互联网不正当竞争行为。虽然市场监管总局为解决互联网领域的不正当竞争也在努力进行立法规制,但是法律的滞后性始终是一个不能改变的问题。同时,互联网环境比较多变,列举不正当竞争行为的方式跟不上现实生活中的立法技术更新。因此,为经营者依法合规经营提供法律上的指引和预期成为重中之重。

4.1 消费者权益保护制度不健全

4.1.1 消费者权益保护救济方式过于单一

互联网环境下不正当竞争行为最终的受害者不仅仅只有经营者,消费者同样会成为经营者之间争斗之后的牺牲品。在救济途径方面,还是需要我国立法的加强来保护消费者合法权益。这一部分的缺失终将会造成严重的影响。

一方面,法条内容缺失对消费者受侵害时如何救济的明确条款。在反不正当竞争法中出现消费者字眼的法条屈指可数,在法律责任这一章内容中,除了涉及民事赔偿责任,其余条款就是行政处罚。以十七条为例,第一款中经营者“给他人造成损害的”中的“他人”是否明确是包含消费者,第二款中经营者可以向人民法院起诉,那消费者可否按照该法作为依据向人民法院起诉?该法在这方面并没有明确,对于消费者的权益无法可依。

另一方面,司法案例同案不同判,存在模糊性。如黄金假日与携程案中,对于消费者合法权益受到侵害适用哪个法律法规,法院并不会去审查,只是认为消费者的合法权益受到损害应该由其他法律法规调整。^①但在淘友与微梦案中,淘友公司认为微梦公司不能代表用户主张其侵犯非脉脉用户相关信息,但是,出

^① 中国裁判文书网 <https://wenshu.court.gov.cn/>

乎意料的是,法院的看法却是支持微梦公司的主张。即不可以代表用户主张权利。法院认为不正当性还应该包括侵犯了消费者的合法权益,这种行为也应该被当作行为不具有正当性判定。在此部分,法院对侵犯消费者的行为进行了认定。不过,法院并没有因此说明是否可以以反不正当竞争法作为法律依据主张权利。

因此,保护消费者的合法权益势在必行,也是反不正当竞争法应该完善的地方,这不仅是立法的进步,也是对于反不正当竞争法中受到侵害的消费者给予救济举措,从而稳定社会,促进发展。

4.1.2 与其他部门法衔接不足

反不正当竞争法对于消费者权益保护的问题在反不正当竞争法中也有规定,但是却并不明确,只是一笔带过的提示要保护经营者与消费者的权益。法条过于模糊,没有具体说明。在该法的其他部门对于消费者的规定也极少。同时,在《消费者权益保护法》以及《电子商务法》中也没有很明确、全面地进行规制。

总结三部法律对于互联网不正当竞争下消费者权益保护只是涉及只言片语,行为类型也规制的很少,但是互联网不正当竞争涉及的不正当竞争行为类型不仅仅只有以上几种,其余的互联网不正当竞争行为都没有在《消费者权益保护法》和《电子商务保护法》中列举。例如,《电子商务法》中规制的更多的倾向于电子商务活动,保护的是个人的信息数据安全。即使有争议也是在其特定的范围内去规制相关的问题,对于互联网不正当竞争行为损害的消费者权益却是只字未提。对于商业诋毁、流量劫持等互联网不正当竞争行为,是无法适用《电子商务法》进行规制,这就体现出反不正当竞争法对于消费者权益的保护处在一个空白区域。这就会使得经营者在侵犯消费者权益的时候更加毫无顾忌。

因此,《反不正当竞争法》与《消费者权益保护法》、《电子商务法》直接的衔接仍存在不足之处,在这部分空白区域还是需要立法机关对此进行法律规制,从而保护消费者合法权益,促进社会稳定发展。营造一个公平的互联网竞争环境。

4.2 互联网不正当竞争行为赔偿机制不完善

4.2.1 赔偿范围不明确

赔偿范围不明确其实指的是被侵权的人的实际损失与所获得的收益没有证据证明具体的数额。我国《反不正当竞争法》第十七条的规定并没有很好区分出来传统与互联网，立法还是具有模糊性。同时，二者在赔偿计算方面是否一致也并没有说明。

首先，在传统不公平竞争行为案件中，受害者的实际损失主要表现为产品销售数量的下降，侵权人得到的利益主要表现为销售侵权产品获得的利润、市场份额增加；^①但是通过对 2015-2021 年间 70 多个关于互联网不公平竞争行为的赔偿案件的统计与分析，可以得知经营者因这一违法行为受到的损害，表现为关注度降低导致的损失、软件功能丧失导致的损失、增值服务收入的损失等，侵权者因侵权获得的利益主要表现为关注度上升、软件进一步推广、广告收入等。因此，传统不正当竞争与互联网不正当竞争的赔偿范围有明显差异，不是仅仅在传统不正当竞争赔偿范围方面披上一层“互联网”的外衣就能解决民事赔偿问题。

其次，第十七条仅规定了合理的支出由侵权人承担，但规定比较模糊。合理开支中是否包括了专家评估费、公证费等，并没有在法条中列举。在法官判案的过程中，合理开支的标准就会由法官依据得到的证据自由裁量。没有规定具体的范围和标准，很难使案件结果更加公正。而且，第十七条仅规定经营者所遭受的损害，依照其实际损失确定，实际损失是否包含可得利益损失和商誉损失并没有明确规定。

最后，互联网用户在网上进行活动时，不能实名制，导致受害人被侵权时，找不到侵权者，比如，微博评论下面的评论者在不明晰事情的真相的时候就随意对博主进行人身攻击，而当博主想要维权时，该评论者只是一个网名，找不到互联网虚拟世界背后真实的操控者。如果法律没有加以明确赔偿的范围，想必原告举证难的困境仍会存在。

4.2.2 酌定赔偿标准不明确

酌定赔偿的使用使得赔偿数额最后并不十分贴合实际情况，原因是：一方面由于互联网的弊端，很多证据不能被很快的保留下来，直至自己的合法权益受到损失的时候才幡然醒悟，但是，此时证据已经流失，不能使用证据证明自己的损

^① 张路. 我国互联网不正当竞争行为赔偿机制研究[D]. 山东大学, 2020. DOI:10.27272/d.cnki.gshdu.2020.004817.

失。另一方面被侵权者也不能很准确的说明自己受到的损失程度，没有相应的证据来证明自己的主张。因此，在司法适用的过程中，酌定赔偿的适用比较普遍，在法庭的举证与质证环节就不会很复杂。法官在简单的庭审过程中就可以依据自由裁量权对数额进行认定。然而，必须要注意到的是，酌定赔偿应该需要考虑哪些因素法官并没有给予明确解释，最后的赔偿数额还是由法官来自由裁量的做法是不合理的，加之我国并不是适用判例法的国家，因此，从一方面来讲，很有可能出现“同案不同判”的情况，从另一方面来讲，不容易让当事人信服，可能会导致频繁上诉，不利于提高司法公信力。

结合 2015-2020 年间 70 多个关于互联网不公平竞争行为的赔偿案件中酌定赔偿的考虑因素进行了汇总整理，结果显示，法官在适用酌定赔偿方式判决以互联网为平台的不公平的竞争行为案件的赔偿额主要考虑以下因素：市场影响力、侵权行为的持续时间、行业经营特点、主观过错程度、涉案产品的利润、经营规模、企业的声誉、合理费用、侵权行为发生的范围、市场价值及性质等等。案情不同，酌定赔偿的考虑因素也不尽相同。在很多互联网赔偿案件中，法官仅仅对酌定赔偿的考虑因素进行罗列，通常以一句话带过，关于每一个酌定因素的采纳理由，判决书中并没有详尽合理的说明。例如在^①《维多利亚的秘密商店品牌管理公司诉上海麦司投资管理有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案》中法官认定赔偿数额是根据侵权行为的情节酌定确定赔偿数额的。在实践中，绝大多数法官忽略了对酌定赔偿的考虑因素与判赔结果之间的关联程度以及影响程度大小的说明。这样模糊的酌定赔偿方式没有统一的标准可言，难以强化司法的权威性。

4.3 “互联网专条”法律适用存在困境

4.3.1 “兜底条款”有扩大适用之虞

竞争法在对不正当竞争行为类型的规定尚有不足之处，因此，当新的互联网竞争行为随之出现的时候，“兜底条款”的作用就尤为突出，当出现因新型不正

^① 聚法案例_维多利亚的秘密商店品牌管理公司诉上海麦司投资管理有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案
https://www.jufaanli.com/detail/8847f4ecf7a011e8a19d00163e10149a/?q=%E4%BA%92%E8%81%94%E7%BD%91%E4%B8%8D%E6%AD%A3%E5%BD%93%E7%AB%9E%E4%BA%89%E8%99%9A%E5%81%87%E5%AE%A3%E4%BC%A0&src=search&k=&last_search_uid=4cba81d3b86cdc6b76bd063b433fa406&level_id=1&p=&search_uid=

当竞争行为导致的纠纷时，法官就可以使用“兜底条款”作为判决案件的依据。今天，互联网上的竞争逐渐衍变成了数据之间的竞争。企业利用自己的产品或服务，通过各种技术手段干扰、扰乱其他企业的产品，这已经成为一种普遍现象。例如，通信运营商和路由器经营者，利用技术等渠道的优势性，妨碍下游企业的产品生产、经营。但是，在竞争的环境下，市场相关者为了在市场上获得竞争优势，不断创新自己的技术，提升产品性能，使得自身的产品更加具有竞争性，从而占据更大的市场竞争份额的行为不应该是正当竞争，如果一味地禁止所有的不正当竞争行为，那么市场就失去了创新性。因此，应该辩证地看待竞争行为。如果是通过自己的技术手段破坏他人的正常经营行为就应判定为不正当竞争行为。但是。如果是依赖的自身强有力的技术使得其他经营者的产品不具有吸引力的行为，就应该去鼓励。只有这样，自由竞争才得以实现。

因此，兜底条款的适用应当是严谨的。法官在司法适用中如何使用兜底条款仍具有模糊性。哪种行为是创新行为，哪种行为是不正当竞争行为，仍需要细致规制。兜底条款中所认为的“合法提供”或者“正常运行”的规定太过于笼统，使得司法适用过程中，只要法官对某个行为无法认定的时候就适用兜底条款作为判案依据。因此，对于兜底条款的扩大适用可能在现如今的社会中是不可避免的，在未来的立法中，如何使得兜底条款既可以规制新出现的互联网不正当竞争行为，又可以限制法官自由裁量，避免兜底行为被滥用。

4.3.2 “互联网专条”与“一般条款”界限模糊

在“互联网专条”出现之前，在司法实践过程中，遇到在《反不正当竞争法》中并未列举的不正当竞争行为时，法官更多会去适用一般条款作为依据。因为一般条款适用更加广泛，可以更加灵活的适用。但是，一般条款对于不同类型的案子都用同一个法条，就不能形成一个统一的标准，也可能会出现同案不同判的结果，对法律适用的结果带来了些许的不确定性。直到“互联网专条”写进《反不正当竞争法》以后，在司法适用过程中对一般条款的适用起到一定的抑制作用，毕竟该条是源于司法机关几十年的经验反馈得来。但是，随着社会不断地发展，各项技术的不断衍变，该“互联网专条”也慢慢展现出了法律的滞后性。互联网领域的不正当竞争行为的出现，使得该条类型涵盖不全，仍需要在司法实践过程

中予以解决。

因此,需要注意的是互联网不正当竞争行为应该选取哪条来进行适用显得尤为重要。针对“互联网专条”和“一般条款”的界限模糊的问题,需要法律来进一步细化。因为法律本来就是可以起到定分止争的作用,程序的正义只是作为辅助。一般条款与“互联网专条”的界限的明确性对于消费者、经营者,甚至是国家、社会都可以发挥巨大的作用。

5 域外互联网不正当竞争法律规制及对我国的借鉴

我国竞争法中的赔偿制度在赔偿范围以及酌定赔偿数额方面一直以来没有得到很好的规制，随着互联网的不断普及，互联网用户的急剧增加，赔偿制度的完善显得尤为紧迫。域外关于竞争法中的赔偿制度具有很全面的研究，因此了解域外制度对于完善我国相关制度具有很好的借鉴意义。

5.1 域外竞争法中的赔偿制度借鉴

5.1.1 德国的赔偿制度借鉴

德国的《反不正当竞争法》是在 1896 年颁布的，与世界上众多国家不太相同的是，该法的责任体系制定模式是双轨制模式，主要特点就是以民事惩处作为主要手段，刑事处罚作为辅助作用。针对不公平的竞争行为，主要依据民法典中规定的民事责任。^①德国的相关法律中认为：第一，可得利益应该是损害赔偿义务人应该赔付的义务范围内。在事情正常的发展过程中，经营者根据该事态发展，在没有其他因素影响的情况下，应该可以得到的预期利益；第二，主观目的存在以不正当手段损害他人的产品信誉，使得他人的企业信誉受损害因而受到的损失应该予以赔偿，例如，散播一些不实的信息以及捏造谣言诋毁他人，从而赢得市场竞争的机会。第三，主观目的是没有侵害他人信誉的恶意，而且对此事情也并不知道，但是最后的结果是所捏造的信息与实际情况不相符合，最终还是要承担损害赔偿 responsibility。德国的赔偿机制应该更在意的是行为人的主观目的性。

5.1.2 日本的赔偿制度借鉴

日本在判定是否应该承担赔偿 responsibility 的问题上与德国有类似之处，即主观目的是存在故意或者过失心态，只要实施了让对方混淆、误认、误解等不公平的竞争行为时，导致经营者营业信用降低，都应对损害的结果承担赔偿 responsibility；若行为人实施不正当竞争行为最后使他人产品混淆、侵害了他人的商标权，因而损害了其营业上的信用的人，以及捏造了事实意图使得他人营业信用造成伤害的人，经被侵害人请求，应当判决赔偿被侵害人的损失，或者既赔偿受害者的损失，又设法

^① 杨帆：《商业抄袭行为的法律规制》，西南政法大学 2014 年法律硕士论文。

使其商业信用变回受害前的状态的赔偿机制。

日本的《不正当竞争防止法》还规定，损害赔偿数额的判定规则为：实施不正当竞争行为的人以侵犯对方的合法权益而因此盈利的数额作为赔偿数额，这就等于将可得利益作为赔偿数额的判定，只不过主体是侵权者。但是如果被侵权人可以证明自己所受到的损失，那就按照被侵权人所证明的数额作为赔偿依据。^①如此，这其实就是将举证责任的问题更多的放在侵权人的身上，这就变相给予侵权人一个严厉的警告，警醒侵权者不要做出不正当竞争行为。

5.2 域外竞争法中的消费者权益保护制度借鉴

5.2.1 德国消费者权益保护制度借鉴

十九世纪末，德国正为因不正当竞争行为致使市场混乱而使得经济不断萎靡的状况而感到担忧时，德国的反不正当竞争法问世。反不正当竞争法（1909UWG）在1909年颁布取代了之前的法律。1909UWG的问世使得德国反不正当竞争法更加坚实。该法经过多次修订之后，完善了反不正当竞争法立法体系，对于世界上反不正当竞争法的制定具有引导作用。推动世界各国反不正当竞争法的制定与完善。2016年，德国最新修订的反不正当竞争法在保护消费者权益方面有诸多可借鉴的经验。首先是立法目的将消费者和公共利益加入进来，对消费者权益的保护成为了该法的保护对象；其次将消费者利益引入了一般条款当中。也就是说是否侵犯消费者的利益成为认定不正当竞争行为的考量因素。同时如果消费者的利益因不正当竞争行为受有损害，经营者就应当承担赔偿责任。

5.2.2 法国消费者权益保护制度借鉴

与德国不同的是，法国并没有制定专门的反不正当竞争法，而是主要是依据《法国民法典》、《消费者法》等在内的法律的相关条款。20世纪以后，《消费者法》最终得到了确立以后，消费者的权益才得到了真正意义上的维护。法国的消费者权益的法律制度值得我国借鉴。

在法国的不正当竞争法中，法国起初更倾向于保护经营者的权益，在规定不

^① 张路. 我国互联网不正当竞争行为赔偿机制研究[D]. 山东大学, 2020. DOI:10.27272/d.cnki.gshdu.2020.004817.

正当竞争行为的具体类型时，基本上有所涉及的行为就是误导广告、比较广告、等类型都是以经营者的角度来设定，但是在消费者保护方面也给予消费者特定的保护。

一是规定了经营者的信息披露义务。经营者在进行产品售卖的过程中，或者在广告直播过程中所介绍的产品应该如实告知消费者产品的信息，尤其在质量方面，或者风险方面，都是消费者比较关心的内容。例如，在家用电器的售卖过程中，微波炉、小太阳取暖灯等产品，商家一定要向消费者告知其风险以及注意、禁止事项。因为，这类产品经常出现产品在使用过程中爆炸，导致消费者被炸伤的情况，对于这种危险的家用电器，经营者应如实披露产品信息。如果经营者没有如实向消费者告知产品的各项性能以及注意事项，使得消费者因此受到伤害的行为就要承担惩罚性赔偿责任。

二是保护消费者免受压迫性商业行为的侵害。这就表现为经营者使用心理压力或者身体影响消费者的判断作出违背消费者意愿的行为。例如，风靡全国的屈臣氏行业就有类似的现象发生。消费者只要进入门店内，店员就不停地向消费者推销各种产品，并进行试用，消费者碍于颜面，在店员的极力推销下不得以购买该产品。这种受压迫性的消费应该予以制止。若消费者的合法权益在受到侵害时，其可以依据民事诉讼来请求对方停止侵害，并请求损害性赔偿。更严厉的方式就是提出刑事诉讼。^①随着国内相关法律法规的不断完善与发展，在对消费者权益的保护上，仍有许多值得我国借鉴的地方。

5.3 对我国的启示与借鉴

5.3.1 赋予消费者诉权

在反不正当竞争法中，各国在立法过程中，不是仅仅只看到经营者的权益，而是更全面的考虑到消费者的合法权益。尤其与传统的市场不同的是，由于互联网领域违法成本较低，对消费者的合法权益的侵害更加容易。因此，赋予消费者诉权，给予消费者最直接的保护，才是必经之道。各国为此也付出了努力。我国《反不正当竞争法》对于消费者权益的保护的条款并未在该法中列举出来，并且更多的是保护个体消费者，而没有考虑到集体诉权的问题。因而可借鉴域外的做

^① 杨唯超. 互联网不正当竞争下的消费者权益保护研究[D]. 云南大学, 2019.

法，考虑在反法中赋予消费者诉权以维护消费者整体、长远的利益，完善我国的消费者保护制度。

5.3.2 赔偿范围的确定

综合对各个国家关于互联网不公平的竞争行为赔偿机制的比较得出，在赔偿范围方面，将可得利益、营业信用、加害人所得利润，受害人损失纳入赔偿范围内。将行为动机、商业信用的损害程度、加害人的主观心态等因素作为酌定因素。对此可看出，各国基本上都会将可得利益和实际损失作为赔偿的范围。而相对于我国针对互联网不正当竞争赔偿机制来说，赔偿范围并未在反不正当竞争法中给予明确的定位，对于赔偿的算法机制，也是基于法官的自由裁量，酌定给与几万到几十万的惩罚数额，带有很强的不确定性。因而，可借鉴域外的做法，考虑在反不正当竞争法中给与赔偿机制更明确的赔偿范围，完善我国的赔偿机制制度。

6 完善互联网不正当竞争行为法律规制的对策建议

由于互联网不正当竞争法律体系存在不完善之处,导致现实生活中很多互联网不正当竞争行为不能得到很好的规制,各种问题频繁出现,不仅损害社会的平稳发展,还使得经营者以及消费者的合法权益受到不同程度的损害,因此,为了实现互联网领域内的经济不受破坏,本文对互联网不正当竞争行为法律规制提出一些可行性的建议,从而阻止互联网行业内的不正当竞争。

6.1 健全互联网消费者权益保护制度

6.1.1 构建多元化的消费者权益保护救济机制

在互联网领域,消费者的群体很庞大,而且呈现分散化的特征。如果经营者在互联网领域内实施不正当竞争行为会导致不计其数的消费者利益受到损害。若每一位消费者都向法院主张自己的合法权益受到损害要求侵权者承担赔偿责任的话,可能最终导致司法资源的浪费,为避免滥诉,可以赋予消费者集体诉权的权利。形成团体诉讼。这不仅有利于节省司法资源,还给各个消费者提供便利,不受诉累的困扰。基本做法如下:

第一,由消费者协会享有消费者集体诉权的权利。作为一个代表向法院起诉。或者,对于其他可以满足相应条件的社会组织、社会团体,也可以依法、依规赋予其集体诉讼的权利,这样的做法可以为广大消费者群体撑起一个防护伞,为消费者保驾护航。例如,意大利规定享有诉权的社会团体的性质不应是营利性团体,这与我国消费者协会具有相似性,并且要有三年以上的经济活动业绩,全国每一千人中必须有0.5个人作为其会员,才有资格享有集体诉讼。这其实部分借鉴了德国保护消费者合法权益的制度。

第二,对集体诉权的诉讼权利范不能限制的太死板,如果范围太小,就只能提起损害赔偿的诉讼,如果可以对其做扩大解释,将诉权的范围扩大到对一些主观恶性比较大的不正当经营者作出一些措施,给与其一部分的惩罚权利,从而使经营者不敢在进行不正当竞争,净化互联网领域的环境切实保障消费者的合法权益不受恶意侵害。

6.1.2 加强与其他部门法的衔接

互联网不正当竞争行为主要是由《反不正当竞争法》进行规制，虽然在该法中并没有很具体的规定消费者的救济权利，但是该法的立法目的当中还是有明确指出保护消费者的合法权益，只不过更加侧重于经营者的利益。但是归根结底，该法是对互联网领域内的消费者权益起到一定的保护作用。这其实跟其他部门法中保护消费者权益的目的具有相似之处，例如《消费者权益保护法》、《电子商务法》。但是，不同的地方是《电子商务法》更侧重于保护交易过程中的消费者合法权益，而《消费者权益保护法》是将消费者权益看做一个整体进行保护，对于互联网领域内的消费者合法权益的保护没有一个具体的规定。因此，三部法律的缺陷就是没有一个条款在中间做一个衔接。

为了更好地保护消费者的合法权益，建议在竞争法中增加一款，即“本法重点保护不正当竞争行为下消费者的权益，但在保护消费者的整体权益方面，可以参考《消费者权益保护法》、《电子商务法》等法律”，加强三部法律的衔接。此外，还应该考虑消费者权利救济途径的多元化和完善相关配套制度的构建。最后，笔者认为，应当尽快出台专门针对不正当价格行为的惩罚性赔偿规则。如果随着社会的发展，还可以制定司法解释，对消费者权益保护的的问题做出更详细的规定。

6.2 完善互联网不正当竞争行为赔偿机制

6.2.1 调整赔偿范围

在中国，判断非法行为的责任时，适用“填平规则”，即不法行为者必须对给受害者造成的损害承担责任，损害多少利益，就填补多少利益。在互联网行业的不正当竞争中，间接损害远比直接损害大，对商业信用的损害比预期利益的损失更大。互联网行业的损害赔偿的侧重点更多的是间接损害领域。

第一，可期待利益的损失。可期待利益的损失是指：在没有其他因素干扰的情况下，经营者主观上具有故意、过失，行为上对其他经营者实施不正当竞争行为，所破坏的财产性利益原本可以升值，但最终结果导致其他经营者原本可以得到的利益因侵权行为人而无法取得，从而减少受害人本来可以获得的利益。可期

待利益数额一般以企业没有遭受不正当竞争行为影响时的利润为基础进行计算。

第二，商誉损失。无论是传统市场中的企业还是互联网领域下的企业对商誉都是非常重视的，这是一个企业的生存之本，若企业没有信誉，就没有利润可言。尤其在互联网环境下，信息传播非常快，对经营者商誉的影响会更加直接，例如评论者在主播直播期间，连续发表不实言论，损害了主播的形象与商誉，造成极大损失。因此，互联网不正当竞争的赔偿范围内应将商誉损失纳入其中，使得赔偿机制更加完善，从而保护广大合法经营者。

由于双边行市场的特性，很多互联网企业在创业初期或之后的一段时间内，都尝试通过创新性的免费服务来吸引用户或以此来吸引他人进行风险投资。企业不是慈善事业，最终目的是提高利润。但是，在互联网业界，也有不少企业从以前开始就处于赤字状态，他们希望用户增加后可以进行商业化模式（广告、游戏等附加价值服务）。如果只以利润来计算预期利润的损失额，很有可能为零，但不正当的竞争行为会对这些企业赖以生存的营业权产生巨大的负面影响。

在德国和日本，损害赔偿范围中明确规定了商誉损失，但在中国没有明确规定。考虑到互联网上的竞争的特性，应当将免费服务的损失与收费服务的损失赔偿范围都纳入损害赔偿范围内，不能因为商誉损失存在不可计算的情况，就不将商誉损失纳入进来。因此有必要在企业的商业模式下，将免费服务和收费服务结合起来进行探讨。

6.2.2 以裁量性方式确定赔偿数额

现如今，各种互联网平台平地而起，一些视频博主为了赢得流量，使用不正当竞争行为控刷流量，这给互联网市场造成了很强的不确定性，使得不正当竞争行为人会以各种方式逃脱法律的制裁，以至于法院在确定损害赔偿金额的时候很难做出决策。在此情形下，可以基于案情因素以裁量性方式确定赔偿数额。

首先，采用证据披露、证据妨碍排除规则。在认定经营者采取不正当竞争行为赢得的利益时，以经营者在售卖的过程中所表明价格、数量作为一个标准，当经营者不能用证据证明到底售卖了多少产品，以及获利多少金额的时候，法院可以依据经营者在其售卖广告中宣传的数量和金额作为计算赔偿金额的基准。这种做法比法官自由裁量赔偿数额更加具备公正性。

其次，采用优势证据规则。在案件审理的过程中，在证明责任方面，如果原告可以证明与其具有相同经营范围的企业，提交的财务报告利润率的，法官就可以侧重于原告一方的主张认定损害赔偿数额，相比于被告而言，原告主张的证据更具有优势，参考同行企业的财务账目更具有更直接的价值。

最后，互联网领域内某起不正当竞争行为所造成的损失，覆盖范围更大，侵犯了更多消费者权益，并造成了极其恶劣的影响，违反了竞争法中的公平竞争原则，违背了诚实信用原则，其应当承担的损害赔偿数额应与被侵权人所遭受的实际损失相匹配，这就是“填平原则”。弥补受害人的损失，制止不正当竞争的经营者在做出不正当竞争行为时要再三斟酌。

6.3 完善“互联网专条”的法律适用

6.3.1 对“互联网专条”予以限缩解释

上文提到，“互联网专条”条款过于宽泛，在适用过程中难以认定何种行为是互联网不正当竞争行为，因此，为了能在司法适用过程中更好地发挥该条款的作用，回避该条款的立法瑕疵，建议对该条款进行限缩解释。

一方面，对该条中的一些专有词语进行限缩性解释。制定机关在对法律条文进行制定的过程中，应该会仔细斟酌每一句话的意思。然而，中国汉字文化博大精深，某个词在句子中的含义将会影响结果。例如，该条中关于不正当竞争行为的认定条款中“强制跳转”一次就应当进行限缩解释。因为假如严格根据该项的字面含义去理解，“强制”应当包括只与经营者意思相悖而符合用户自愿选择的竞争行为。但是如此将导致，消费者自愿选择或积极追求的“跳转”行为被认定为不正当竞争行为，而经营者也需得为此“跳转”行为承担不法责任。因此，制定机关应当对该条款的每一句话自己斟酌，并对模糊界定的词语进行限缩解释，保证该条款的作用能够更好地发挥。

另一方面，对该条的兜底条款规定也应做限缩解释。兜底条款的最终目的是要以一般条款作为基准，应当囊括一般条款的所有要件，在类型化的规定方面要有所调整的客观对象是同类型。对超出该条款的不正当竞争行为不能适用兜底条款的规定，即兜底条款不具有对所有新型互联网不正当竞争行为进行兜底评价的功能。

6.3.2 协调好“互联网专条”与一般条款的关系

在上文中提到，司法适用过程中有过度使用一般条款的嫌疑，因为“互联网专条”随着社会的发展不能涵盖所有的互联网不正当竞争行为，因此，法官在认定互联网不正当竞争行为时都会以一般条款作为评判的基础。因此，协调好二者在司法适用过程的关系有利于司法公正。

在反不正当竞争法中，一般条款的作用应该是补充完善。也就是说，即使上述专条作了限制性解释，在无法解决复杂的案例群时，一般条款也有必要发挥补充作用，即在不正当竞争的新案例中提供正确的价值引导。值得强调的是，本条的一般规定和禁止性规定不能混为一谈。在法条适用过程中，一般条款的功能更多的应该是指引作用，帮助法官进行价值判断。作为一个原则性的条款，使认定结果更加贴合不正当竞争法的立法意图。而兜底条款应该比一般条款更加具体。建议将兜底条款中划分行为类型，比如是否是利用技术手段的行为等作为构成要件。可能存在的问题是，构成要件的表述还是比较模糊，但是在一定程度上起到了一个限制条文含义的作用。

因此，在法官适用该法条的过程中，既要发挥一般条款的引导作用，又要考量某一个行为是否是互联网不正当竞争行为，如果不能作为参考，也需要做到要更加贴合反不正当竞争法的立法本意。

7 结语

互联网领域发展其实给我们的生活带来了许多趣味性。与之前没有互联网的时代相比较,过去的生活中,每天娱乐活动一般就是看电视,或者进行户外活动,生活还是比较单一的。但是随着互联网的不断推进,语音电话、视频功能、各种游戏软件、形形色色的电视节目,以及近几年不断盛行的直播带货,使得人们的娱乐活动更加丰富多彩。互联网在高速发展的过程中,各种欺诈行为、互联网主播刷礼物致使财产损失、以及熬夜沉浸在互联网的世界里引发的身体健康问题不断出现。现如今,互联网市场已经成为市场经济发展的重要增长点,很多互联网经营者为谋取高额利益,抢占市场资源,不断的干扰其他经营者合法经营行为,技术手段的不断更新给互联网市场带来了更多的不稳定性,给消费者群体带来了巨大的隐患。因此,以公平竞争作为互联网领域经济市场发展的基准,各个经营者在互联网市场中的经济活动应秉持商业道德,遵循诚实信用原则,从而为消费者营造一个公开、公平、公正的消费环境。而对于我国的法律方面,立法制定机关应不断完善相关法律制度,从根源上解决互联网不正当竞争行为,促使我国互联网市场更加繁荣昌盛。

参考文献

1 外文类

- [1]Crime Data, the Internet, and Free Speech: An Evolving Legal Consciousness[J]. Sarah Esther Lageson.Law & Society Review , 2017 (1)
- [2]In vitro Developmental Competence of Adult Sheep Oocytes Treated with Roscovitine[J].LF Crocomo,F Ariu,L Bogliolo,D Bebbere,S Ledda,SD Bicudo. Reproduction in Domestic Animals, 2016 (2)
- [3] Rethinking cyberlaw: a new vision for Internet law[J].Joanna Kulesza.Law, Innovation and Technology, 2016 (1)
- [4]The Rule of Law and Economic Growth: Where are We?[J].Stephan Haggard.World Development, 2010(5)
- [5]Harmonisation by Example:European Laws against Unfair Commercial Practices[J] .HughCollins.The Modern Law Review,2010 (1)
- [6]Competition in two-sided markets[J].MarkArmstrong.The rand Journal of Economics, 2010(3)
- [7]David S. Evans. Attention Rivalry Institute for Law,on Online Platforms[J]. University of Chicago,2013:627-628

2 中文类

2.1 著作类

- [1]李昌麒著：《经济法学》，法律出版社 2016 年版。
- [2]张守文著：《经济法学》，高等教育出版社 2016 年版。
- [3]史际春著：《经济法总论》，法律出版社 2008 年版。
- [4]孔祥俊.反不正当竞争法新原理 [M].北京：法律出版社，2019.
- [5]邵建东.竞争法教程 [M].北京：知识产权出版社，2003.
- [6]李双元，王海浪.电子商务法若干问题研究 [M].北京：北京大学出版社，2003.
- [7]谢晓尧.竞争秩序的道德解读 [M].北京：法律出版社，2005.
- [8]陈婉玲.经济法概论 [M].北京：中国检察出版社，2005.

- [9]蒋强. 反不正当竞争纠纷新型典型案例与专题指导 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2009.
- [10]谢晓尧. 在经验与制度之间 [M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [11]沈志先. 知识产权审判精要 [M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [12]袁达松. 中外竞争法经典案例评析 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.

2.2 期刊类

- [1]金潇, 常茂林. 互联网环境中不正当竞争行为法律问题探析 [J]. 中国商贸, 2012 (10) .
- [2]王永强. 互联网商业环境中竞争关系的司法界定——基于互联网不正当竞争案件的考察 [J].
- [3]翟巍. 数据、算法驱动型不正当竞争行为的规制路径——兼评《禁止互联网不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》 [J]. 法治研究, 2021 (06) :115-129. DOI: 10.16224/j.cnki.cn33-1343/d.20211022.013.
- [4]卞巍鹏. 互联网平台不正当竞争行为的法律规制与经营者权益保护 [J]. 法制与社会. 2021 (01)
- [5]俞钟行. 新型不正当竞争行为如何监管质量方法破解互联网刷票“玄机” [J]. 上海质量. 2021 (03)
- [6]张彤. 互联网环境下不正当竞争行为的类型化探讨 [J]. 老字号品牌营销. 2021 (04)
- [7]李伟民, 董越佳. 互联网不正当竞争行为类型及裁判思路研究 [J]. 西北工业大学学报 (社会科学版). 2021 (02)
- [8]文波. 互联网经济中的不正当竞争行为及其法律适用 [J]. 营销界. 2021 (22)
- [9]佟岩. 法律视角下的互联网新型不正当竞争行为分析研究——评《互联网新型不正当竞争行为法律规制的实证研究》 [J]. 新闻与写作. 2021 (11)
- [10]陈兵, 张宇轩. 互联网新型不正当竞争行为审裁模式检视 [J]. 江南大学学报 (人文社会科学版). 2021 (05)
- [11]吴太轩, 冉隆宇. 数据不正当竞争行为正当性认定研究——基于对 66 份司法判决的分析 [J]. 科技与法律 (中英文). 2021 (05)

- [12]何卿豪. 互联网平台不正当竞争行为的法律规制研究[J]. 互联网天地. 2021(11)
- [13]周芳. 高校不正当竞争行为法律规制研究[J]. 河南社会科学. 2017(09)
- [14]罗子爱. 互联网领域不正当竞争行为法律规制研究[J]. 佳木斯职业学院学报. 2018(10)
- [15]商登琿. 互联网新型不正当竞争行为的反不正当竞争法律规制研究[J]. 商场现代化. 2013(28)
- [16]秦璐璐. 浅谈我国互联网不正当竞争行为[J]. 知识文库. 2020(06)
- [17]俞钟行. 新型不正当竞争行为如何监管 质量方法破解互联网刷票“玄机”[J]. 上海质量. 2021(03)
- [18]孔祥俊. 互联网恶意不兼容的法律构造与规制逻辑——基于《反不正当竞争法》互联网专条的展开[J]. 现代法学, 2021, 43(05):124-144.
- [19]刘维. 论互联网不正当竞争一般条款的价值取向[J]. 交大法学, 2021(03):25-38. DOI:10.19375/j.cnki.31-2075/d.2021.03.002.
- [20]焦海涛. 互联网不兼容行为的规制路径选择[J]. 财经法学. 2020(05)
- [21]王迁. 论规制视频广告屏蔽行为的正当性——与“接触控制措施”的版权法保护相类比[J]. 华东政法大学学报. 2020(03)
- [22]张占江. 论反不正当竞争法的谦抑性[J]. 法学. 2019(03)
- [23]蒋舸. 《反不正当竞争法》互联网条款的反思与解释以类型化原理为中心[J]. 中外法学. 2019(01)
- [24]刘维. 论软件干扰行为的竞争法规制——基于裁判模式的观察[J]. 法商研究. 2018(04)
- [25]张钦坤. 中国互联网不正当竞争案件发展实证分析[J]. 电子知识产权. 2014(10)
- [26]刘维. 反不正当竞争法一般条款的适用边界[J]. 湖北社会科学. 2011(12)
- [27]郑友德, 范长军. 反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论《中华人民共和国反不正当竞争法》的完善[J]. 法商研究. 2005(05)
- [28]杨贺寨. 互联网不正当竞争行为的法律规制研究[J]. 保定: 河北大学, 2019:45-46.

[29]逢晓霞. 互联网环境下不正当竞争行为的类型化分析[J]. 山西省政法管理干部学院学报, 2019, 32(3):1-4.

[30]俞钟行. 新型不正当竞争行为如何监管质量方法破解互联网刷票“玄机”[J]. 上海质量, 2021(03):62-64.

2.3 学位论文类

[1]蔡竣. 互联网直播中不正当竞争行为法律规制研究[D]. 西南科技大学, 2019

[2]桂栗丽. 经济法视域下互联网直播平台的监管问题研究[D]. 天津商业大学, 2018

[3]张钦坤:《互联网不正当竞争法律规制研究》[D], 中南财经政法大学 2015 年博士学位论文。

[4]郭振兰:《互联网不正当竞争法律问题研究》[D], 中南大学 2014 年博士学位论

[5]汪涌:《互联网环境下不正当竞争行为的法律规制研究》[D], 中国人民大学 2012 年博士学位论文。

[6]白先亮:《论互联网不正当竞争行为及其法律规制——兼论腾讯公司与奇虎 360 公司之争的是非曲直》[D], 广西民族大学 2012 年硕士学位论文。

[7]陈文文. 互联网环境下不正当竞争行为的法律规制研究[D]. 华东政法大学, 2016.

[8]吴晨雪. 互联网环境中不正当竞争行为的法律规制[D]. 郑州大学, 2016.

2.4 政策法规类

[1]国家市场监督管理总局. 市场监管总局等部门关于印发 2019 互联网市场监管专项行动(网剑行动)方案的通知[L]. 2019-06-17.

[2]全国人民代表大会常务委员会. 中华人民共和国反不正当竞争法[L]. 2019-04-23.

2.5 报纸类

[1]赵丽, 孔惠. 业内人士揭互联网“水军”产业链运作内情[N]. 法制日报, 2018

(005)

- [2] 许春明. 网播“刷量”产业链的透析及对策[N]. 上海法治报, 2018 (B06)
- [3] 黄璞琳. 新《反不正当竞争法》与《广告法》在虚假宣传方面的衔接问题浅析[N]. 中国工商报, 2017(007)
- [4] 鲍键, 沈佩颖. 网店“代运营”虚假交易可能触及四项罪名[N]. 检察日报, 2017 (003)
- [5] 罗春玉. 互联网视频秀场暗战涌动加码 UGC 需避免低俗竞争[N]. 通信信息报, 2014 (B14)

2.6 网站类

- [1] 北京法院: 互联网不正当竞争案件审理难点的调查研究(全) [EB/OL], 2019-03-09
<http://www.sohu.com> 最后访问时间: 2021-6-6.
- [2] 孙磊. 互联网直播产业的知识产权问题分析(一)、(二)、(三) [EB/OL], 2018-2-19
http://www.zhi_chanli.cn. 最后访问时间: 2021-6-6.
- [3] 苏志甫. “虚假宣传行为”判定的变与不变[EB/OL], 2018-01-19
<http://www.zhiclli.cn>. 最后访问时间: 2021-6-6.

后记

凡是过往，皆为序章。论文值此搁笔之际，掩卷长思，时间流逝，三年的学习生活即将结束，马上就要进入社会，心中难免有些低落。回想一路走来的路程，在辛苦的同时，也从中有所收获。

论文完成之际，首先感谢恩师张桂芝老师。感谢老师收我入门，在学习、生活中给予我各方面的指导、关心与鼓励。张老师低调谦和、温文尔雅的处世心态，孜孜不倦、治学严谨的学术境界，永远都是我学习前进的楷模。

其次，感谢我的家人，感谢在兰财求学过程中为我传授知识的老师们，感谢你们耐心地教导；感谢我的同门尉宇航，刘志恒师妹和于天彤师妹给与我的理解与帮助；感谢与我朝夕相处的可爱室友，一直督促我考试、学习；感谢我的同班同学对我的帮助与鼓励。三年的求学生活匆匆而过，转念之间，就要毕业了，这也许是我最后一次拥有校园生活，难免不舍。但是，天下没有不散的宴席，愿我们大家在未来的生活中平安喜乐，在各自的工作岗位中发光发热。

山水一程，三生有幸，韶光易逝，终有别时！天高海阔，万事如意。