

数字市场反不正当竞争新规则的理解与适用

新反不正当竞争法

专家解读

◇ 中国应用法学研究所互联网司法研究中心主任、研究员 宋建宝

数字市场的蓬勃发展在重塑市场竞争格局的同时，新类型不正当竞争行为也开始不断出现，给反不正当竞争法带来前所未有的冲击与挑战。为此，我国反不正当竞争法于今年6月及时完成第二次修订，专门新增数字市场反不正当竞争规则。本文旨在分析这些新规则在审判实践中的具体适用，以期推动新反不正当竞争法（以下简称新反法）在数字市场更精准、更有效地维护公平竞争秩序。

一、擅自设置搜索引擎广告关键词

搜索引擎作为互联网信息入口，利用关键词的搜索引擎广告成为经营者精准触及目标客户的重要网络化、数字化营销手段。然而，有的经营者却将他人具有市场知名度的标识设置为自已搜索引擎广告的触发关键词。当用户使用包含这些标识的关键词进行网络搜索时，触发后显示的是行为人的广告链接，点击进入的是行为人的网站。这是数字经济衍生出的一种新类型不正当竞争行为，侵蚀标识持有人的利益，损害消费者的知情权与选择权，破坏诚信公平的市场竞争秩序。修订后的反不正当竞争法第七条第二款将这种新类型不正当竞争行为界定为混淆行为并明确予以禁止。

从行为要件看，须擅自将他人标识设置为搜索引擎广告的关键词。此处的“他人标识”应作广义理解，不仅包括第七条第二款明确列举的标识，还包括其他可以用作搜索引擎广告关键词的标识。但需注意，第七条第一款对各种混淆行为所使用的各种标识都要求“有一定影响”，例如有一定影响的商品名称、包装、装潢等，有一定影响的名称、姓名，有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页、新媒体账号名称、应用程序名称或者图标等。第七条第二款对设置为搜索关键词的标识均未要求“有一定影响”。其实，无论何种类型的混淆行为，本质上都是行为人利用其他经营者已建立的市场声誉和消费者信赖，将正在寻找该经营者或其商品的潜在客户“引流”给自己。因此，新反法虽然对设置为搜索关键词的标识未明确要求“有一定影响”，但审判实践仍应考虑案涉标识是否有一定影响。因为只有案涉标识具有一定影响，行为人为该标识设置为搜索引擎广告关键词才具有实际意义和可责性。认定案涉标识是否有一定影响，可以综合考虑该

标识的持续使用时间、区域、销售额、宣传投入、受保护记录以及市场声誉等因素。

从结果要件看，须案涉行为足以产生混淆的现实可能性。这是认定混淆行为成立的核心与难点。在个案中，认定是否足以产生混淆，应当结合案情审查案涉标识的知名度、关键词使用方式与广告内容、相关公众的注意力、实际混淆证据等因素。关键词使用方式与广告内容是判断这一新类型混淆行为是否具有混淆可能性的关键，可以重点审查广告标题与内容、有无声明及其明确性、网站着陆页内容等。对于广告标题与内容来说,如果行为人在广告标题或内容中使用原告标识或近似标识,造成混淆的可能性较大。对于有无声明及其明确性来说,行为人在广告链接的标题或内容中以清晰、显著的方式标明自己商品或服务的品牌,声明其与关键词所用标识无关联,可以降低甚至消除混淆可能性。就网站着陆页内容来说,用户点击广告链接后网站着陆页呈现的内容至关重要。如果被告在网站着陆页内容继续使用原告标识或近似标识,构成混淆可能性较大。

二、不正当获取、使用他人数据

随着数字经济发展，数据成为一种新型生产要素，并且同其他生产要素一样在流通中实现其价值。市场经济体制下的数据要素流通，主要是通过市场交易实现市场化配置的。但是，有的经营者采取不正当方式获取、使用其他经营者合法持有的数据，不仅损害其他经营者利益，还侵害消费者利益、扰乱市场竞争秩序。为此，新反法第十三条第三款规定，经营者不得以欺诈、胁迫、避开或者破坏技术管理措施等不正当方式，获取或使用其他经营者合法持有的数据，损害其他经营者的合法权益，扰乱市场竞争秩序。由此可见，获取或使用数据方式的正当性是判断案涉数据行为是否构成不正当竞争的关键，而获取数据是使用数据的前提，因此行为人获取他人数据的方式是判断案涉数据行为是否构成不正当竞争的关键之关键。

关于不正当方式，修訂草案曾规定“欺诈、胁迫、电子侵入等不正当方式”，新反法调整为“欺诈、胁迫、避开或者破坏技术管理措施等不正当方式”。因此要特别注意“电子侵入”与“避开或者破坏技术管理措施”之间的关系。电子侵入是指未经授权或超越授权，通过技术手段非法访问、控制计算机信息系统或数据的行为，核心是未经许可的技术性访问。避开或者破坏技术管理措施是指故意绕过、破坏数据持有人设置的技术保护措施以获取数据的行为，核心是对保护措施的攻击。在实践中，“避开或者破坏技术管理措施”是实施“电子侵入”比较常见的手段。如果行为人为破坏技术措施但未进一步实施侵入行为的，则不构成电子入侵。如果通过破坏技术措施而实施侵入后获取数据的，则构成“破坏技术措施”和“电子侵入”，可能会面临法律责任竞合。

另外，在此前的涉数据不正当竞争案件中，有的判决以实质性替代作为认定案涉数据行为是否构成不正当竞争的一项构成要件。市场竞争归根到底是竞争市场交易机会，从而替代竞争对手与他人进行市场交易。因此，实质性替代是认定不正当竞争行为的一个核心要素，只不过在不同类型不正当竞争行为中实质性替代的表现形式不尽相同。虽然新反法未规定涉数据不正当竞争行为必须构成实质性替代，但实质性替代可以作为损害赔偿的裁量因素。如果被告的产品或服务实质性替代原告的产品或服务的，可以酌定适当加大赔偿额度；如果被告的产品或服务未实质性替代原告的产品或服务的，则可以酌定适当减少赔偿额度。

三、滥用平台规则恶意交易

在实践中，有的经营者利用平台机制缺陷或平台规则漏洞，利用平台规则实施恶意交易，严重损害其他经营者、消费者权益、扰乱市场秩序。为制止经营者滥用平台规则实施恶意交易，新反法第十三条第四款规定，经营者不得滥用平台规则，直接或者指使他人对其他经营者实施虚假交易、虚假评价或者恶意退货等行为，损害其他经营者的合法权益，扰乱市场竞争秩序。可见，新反法将滥用平台规则恶意交易规定为一种独立类型的不正当竞争行为。

认定案涉行为是否构成反不正当竞争法所禁止的恶意交易时，应当全面审查行为入主观方面、客观行为、行为后果等因素并综合考虑。行为入主观方面应当主要审查行为入是否明知其行为违反诚信原则或平台规则，并且以损害其他经营者利益为主要目的。客观方面应当主要审查行为入是否利用平台规则漏洞、技术缺陷或管理盲区等实施案涉交易行为。行为后果方面应当主要审查案涉行为是否实际或可能造成其他经营者、消费者受损或破坏公平竞争的市场秩序。

滥用平台规则恶意交易的核心在于利用平台规则漏洞或平台管理缺陷，以虚构交易、套利、干扰他人经营等非诚信手段牟取利益或损害其他经营者利益，其违法性源于对平台规则公平性的破坏，而非直接的技术性干扰。修訂草案曾将“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”作为恶意交易的构成要件之一。新反法则将“恶意交易”作为一种独立类型的不正当竞争行为，构成要件聚焦于“滥用平台规则”与“恶意性”，不再要求案涉行为“妨碍、破坏其他经营者提供的网络产品或服务运行”。

滥用平台规则恶意交易不以“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”为构成要件。但是，在个案中，滥用平台规则恶意交易会采用技术手段破坏网络产品或服务运行，这可能同时构成滥用平台规则恶意交易与第十三条第一款规定的“妨碍、破坏其他经营者提供的网络产品或服务运行”。对

于这种情形，可以视案情情况合并适用。

四、平台经营者强制低于成本价销售

基于市场策略、竞争需求或规则设计等，平台经营者会要求平台内经营者低价销售商品，甚至低于成本价格销售商品，此类行为容易引发平台内经营者与平台经营者之间的法律纠纷。例如，平台经营者强制平台内经营者参与低价促销，平台内经营者认为平台经营者强迫让利，平台经营者则辩称此为自愿参与的促销规则。再如，平台经营者通过算法推荐低价商品，平台内经营者认为算法规则构成隐性强制，平台经营者则辩称这是算法基于用户偏好形成的客观排序。

平台经营者强制低价销售，本质是将其市场竞争压力传导给平台内经营者，滥用因平台地位形成的市场优势来挤压平台内经营者的利润空间。新反法第十四条规定，平台经营者不得强制或者变相强制平台内经营者按照其定价规则，以低于成本的价格销售商品，扰乱市场竞争秩序。可见，该条侧重规制平台经营者滥用因平台地位形成的市场优势，旨在维护公平竞争的市场秩序。

电子商务法第三十五条规定电子商务平台经营者不得对平台内经营者进行不合理限制或者附加不合理条件。该条核心目的也在于防止电子商务平台经营者滥用因平台地位形成的市场优势，干预平台内经营者自主定价权，维护平台内经营者的交易自由。其中，“不合理限制或者附加不合理条件”，不仅包括强制以低于成本的价格销售商品，还包括固定价格、限制涨价幅度、设定最高价或者最低价等价格干预行为。电子商务平台经营者强制平台内经营者以低于成本价格销售商品的情形显然属于新反法第十四条的规制范围。由此可见，电子商务平台经营者强制平台内经营者以低于成本的价格销售商品的情形，将同时违反电子商务法第三十五条和新反法第十四条，这涉及优先适用哪部法律的问题。

电子商务法第三十五条禁止电子商务平台经营者对平台内经营者销售商品附加不合理限制，包含但不限于强制低于成本价销售商品，应当属于一般规定。新反法第十四条针对平台经营者强制低于成本价销售商品这一特定行为，应当属于特别规定。因此，对于电子商务平台经营者强制平台内经营者以低于成本价格销售商品的情形，应当优先适用新反法第十四条。当然，电子商务平台经营者对平台内经营者进行其他不合理限制或者附加其他不合理条件的，只能适用电子商务法第三十五条。

五、平台经营者制止不正当竞争的守门人义务

平台经营者的守门人义务是数字经济发展的必然要求，旨在通过法律手段促使平台经营

者利用技术和管理优势，积极采取必要的合理措施，主动参与社会治理。平台经营者守门人义务的范围和标准随着技术创新和商业实践的发展而不断发展。目前，电子商务法、网络安全法、个人信息保护法、民法典都分别规定了平台经营者相应的守门人义务。

新反法将制止不正当竞争规定为平台经营者的一项守门人义务，要求平台经营者加强竞争管理责任，推动反不正当竞争的社会共治。依据新反法第二十一条的规定，平台经营者制止不正当竞争的守门人义务具体包括明确平台内公平竞争规则、建立举报投诉处置机制、及时依法采取必要措施处置平台内不正当竞争行为、保存有关记录、向监督检查部门报告等。明确平台内公平竞争规则、建立举报投诉处置机制、保存有关记录、向监督检查部门报告等义务，既不针对具体不正当竞争行为，也不针对平台内外的特定经营者，属于平台经营者的普遍性义务，主要由市场监管部门监督平台经营者实际履行。及时依法采取必要措施处置平台内不正当竞争行为的义务，涉及平台内实际发生的具体不正当竞争行为和特定经营者。针对平台内发生的不正当竞争行为，利益受损的特定经营者以平台经营者未履行或未适当履行制止不正当竞争的义务为由，要求平台经营者承担责任的，需要审查平台经营者是否及时依法采取必要措施处置平台内不正当竞争行为。但是，目前反不正当竞争法对平台经营者这项守门人义务的履行程序、履行标准及法律责任均未作规定，需要适用其他相关法律进行审查和认定。

电子商务法第二章“电子商务经营者”之“电子商务平台经营者”一节明确规定了电子商务平台经营者的多项守门人义务。其中，第四十一条和第四十二条明确规定电子商务平台经营者就平台内经营者侵犯知识产权行为负有守门人义务。《巴黎公约》、世界贸易组织的TRIPS协议等有关国际条约均将制止不正当竞争明确规定为一种知识产权保护措施。因此，在个案中审查电子商务平台经营者是否及时依法采取必要措施处置平台内不正当竞争行为时，有关该项守门人义务的履行程序、履行标准及法律责任的判定，可以适用电子商务法有关电子商务平台经营者保护知识产权守门人义务的上述规定。

民法典作为基础性民事法律，其侵权责任编就网络服务提供者的侵权责任作了一般性规定。因此，平台经营者作为重要的一类网络服务提供者，未履行或未适当履行制止不正当竞争守门人义务而导致的侵权责任，可以适用民法典有关网络服务提供者侵权责任的相关规定。在个案中，审查平台经营者是否及时依法采取必要措施处置平台内不正当竞争行为时，可以适用民法典有关网络服务提供者侵权责任的相关条款，尤其是第一千一百九十五条、第一千一百九十六条以“通知—删除”为核心的避风港机制和第一千一百九十七条确立的“红旗标准”规则，不仅提供了法律分析框架，还提供了相应的裁判标准。

彩礼纠纷案件法律适用的优化

问题探讨

◇ 魏晨晨

近年来，在某些地区，彩礼逐渐从原本的“民间礼数”异化为“婚姻枷锁”，引发的矛盾纠纷日益增多。司法实践中，逐渐形成了多规范并行的裁判路径，存在法律适用标准不统一、事实认定困难、“情理”与“法理”失衡等问题。在此背景下，笔者认为，应当构建体系化、系统性的法律适用框架，以保障彩礼纠纷案件统一正确适用法律。

一、彩礼纠纷案件的裁判规范

《礼记》有云：“男女无媒不交，无帛不相见”。彩礼源于我国古代婚姻习俗中的“六礼”中的“纳征”，是男女双方婚姻缔结的重要象征，也承载着家庭对新人“琴瑟在御，莫不静好”的美好祝福。然而，近些年来，随着婚恋观念等方面的变化，部分地区彩礼数额水涨船高，攀比之风蔓延，引发了大量的矛盾纠纷。该类案件的裁判规范，也呈现多层次、渐进式发展的特点。

民法典第一千零四十二条以原则性条款，为实践中打击借婚姻敛财等行为提供了法律依据。同时，民法典第十条规定了法官在处理民事纠纷案件时“可以适用习惯”，但“不得违背公序良俗”。由于各地风俗习惯有一定的差

异，法院通常会结合当地民间习惯来判断彩礼是否存在，彩礼给付的种类、时间等。如在某案件中，关于“上下车封子钱是否属于彩礼”的问题，法院根据当地的风俗认定其属于彩礼，符合当地习惯。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称《婚姻家庭编解释（一）》）第五条规定了“双方未办理结婚登记手续”“双方办理结婚登记手续但确未共同生活的”“婚前给付并导致给付人生活困难的”三种可返还彩礼的情形。但这三种情形尚不足以囊括司法实践中可能遇到的所有情形，比如，“已经办理结婚登记手续且已共同生活，但是共同生活时间较短”“双方未办理结婚登记手续但共同生活乃至生育子女”，就超出了该解释的规制范畴。实践中，需要法官行使自由裁量权，根据具体情形作出裁判，平衡各方权益。

《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）为彩礼纠纷案件提供了更为明确的法律适用指引。《规定》重申了借婚姻索取财物的，应当返还；明确了彩礼与恋爱期间一般赠与的区别，法官在判案时可以根据给付的时间是否处于双方谈婚论嫁阶段、是否有双方父母或介绍人商谈、财物价值大小等来认定某一项给付是否属于彩礼，并以反向排除的方式明确了几类不属于彩礼的财物。《规定》明确了涉彩礼纠纷的诉讼主体资格，在婚约财产纠纷案中，将实际给付或接收彩礼的父母纳入当事人范围。《规定》还完善了彩礼返还规则，增加

了“共同生活时间较短且彩礼数额过高”的情形。这些规定与《婚姻家庭编解释（一）》结合，为该类案件提供了裁判指引。

二、彩礼纠纷法律适用的实际问题

1. 法律适用标准不够统一。尽管《规定》将共同生活时间作为判决彩礼返还的重要考虑因素，但“共同生活”缺乏较为统一的认识，不同法院对同类案件的裁判尺度存在差异。例如，针对夫妻因外出打工而分居的生活状态是否属于“共同生活”，有的法院认为农村夫妻为了扶持家庭常年外出打工属于常态，但双方已经形成了一个完整的家庭形态，有的法院则认为夫妻一方因扶持家庭长年在在外所造成的分居不应被视为“共同生活”。又如，《规定》虽然指出了彩礼返还还需要考虑到孕育情况、双方过错等各种因素，但是描述得比较笼统，各种因素重要性大小不清，实践中因法官理解不同而得出不同结论。

2. 涉案事实认定存在困难。现实中，彩礼大多以现金交付，给付往往缺乏明确的书面证据，见证人（多为亲属）的证言效力也比较低，导致举证较为困难。《规定》明确了认定彩礼范围时要考虑双方当地习俗、财物价值等，但由于“给付目的”具有很强的主观性，某些情况下难以从客观上推断出一方给予另一方财物时是出于何种心理。《规定》提到了“价值不大的礼物、礼金”不属于彩礼，但现实生活中，不同地区、不同家庭的收入水准和消费水平不一，对于同样价值的财物存在不同

的认识，进而影响裁判结果。

3. 情理与法理存在失衡风险。彩礼纠纷不仅涉及法律问题，还涉及道德、习惯和情感等方面的考虑。《规定》第三条通过正向肯定和反向列举的方式，进一步厘清了彩礼的范围。但我国幅员辽阔，不同地区的地方风俗各有差异，实践中有时很难准确认定当地习俗在给付彩礼的过程中占到多大比重，给案件裁判带来如何妥善平衡情理与法理的难题。

三、彩礼纠纷法律适用的优化路径

彩礼问题是一个复杂的社会问题，需要在尊重传统的前提下，细化法律适用标准、精细事实认定以及合理平衡情理与法理，做到定分止争、案结事了，妥善保护当事人的合法权益。

1. 法律适用标准化。为破解该类案件的法律适用标准不够统一导致的“类案不同判”问题，提高裁判的一致性，可推进裁判标准的标准化建设。比如，针对“共同生活”的认定标准，可通过指导性案例或司法解释进一步明确，在定义“共同生活”时考虑双方是否主观上想建立长期稳定的家庭、客观上特别是经济上是否相互扶持。对于“共同生活”的起算，比如已经结婚登记的，可以推定登记当日为起点。对于长期在外打工的夫妻，可以考虑同居时间、生活紧密程度、经济混同程度等因素采取片段式累加的方式计算。又如，在彩礼返还比例方面，法院可以对本地区典型彩礼纠纷案例进行实证

分析，结合本地实际情况，列举式划分各种情形的返还比例，形成地区性彩礼返还比例的标准体系。

2. 事实认定精细化。为解决该类案件中的事实认定难题，可推进证据规则的精细化建设。法院在受理案件时，应向当事人提供详细的举证指导，明确证据类型和形式要求。特别是对现金交付的彩礼，可通过证人证言、录音录像、聊天记录等间接证据形成证据链，证明彩礼给付的数额。针对彩礼范围认定的主观性难题，可将“价值不大”的认定标准与当地居民人均可支配收入或日常人情往来消费水平相挂钩，明确更具操作性的参考比例或金额范围，为司法裁判提供统一的尺度。

3. 平衡情理与法理。每个彩礼纠纷案件都有其独特性，处理纠纷既需要明辨法理，亦要兼顾习俗。在确定彩礼的范围时，应充分考虑不同地区的文化差异，建议各地高级人民法院结合本地区实际情况、风俗习惯，在遵循公序良俗原则的前提下，建立切实贴合本地实际的彩礼范围参考指引，为法官处理该类案件提供更加明确的指引，更好满足当地居民的司法需求，也可以起到良好的社会风气导向作用，实现情理与法理的平衡。再者，解决彩礼纠纷案件，既关乎社会公平正义，也是新时代弘扬社会主义核心价值观的必然要求。对于部分地区存在的扭曲的“彩礼观”现象，可以通过法治与德治的融合，以“田间法庭”、村规民约等方式，引导公众树立正确的“彩礼观”，实现“让彩礼归于礼”的社会治理愿景。

（作者单位：山东大学）