



# 网络不正当竞争犯罪立法:反思与应答

孙道萃

**摘要:**网络基本法与专门法相继颁行,显著增厚不正当竞争法律的规范体系。回顾网络不正当竞争立法的旨趣,兼顾竞争者利益、消费者利益、市场秩序的新型不正当竞争本质之界定范式,更吻合刑法保护的需求与立法修正的逻辑。有必要对损害商业信誉、商品声誉罪,虚假广告罪,非法经营罪,强迫交易罪,破坏生产经营罪作出网络化修正,增设网络不正当竞争罪、破坏网络市场信用评价罪、网络经济市场垄断罪,但不宜只简单讨论增设涉业务犯罪立法问题。

**关键词:**网络不正当竞争犯罪;规范供给;保护客体;网络化修正

**DOI:** 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.0311

**收稿日期:**2022-08-06

**基金项目:**本文系中国政法大学“青年拔尖人才”资助项目(2023—2025)、中国政法大学2021年校级科研创新项目“网络不正当竞争犯罪的刑法应对研究”(21ZFQ82004)的阶段性研究成果。

**作者简介:**孙道萃,男,江西泰和人,法学博士,中国政法大学国家法律援助研究院副教授,主要研究方向为刑法学, E-mail: sundaocui2012@126.com。

根据《反不正当竞争法》(1993年)的规定,1997年《刑法》在分则第三章第八节“扰乱市场秩序罪”中规定了传统不正当竞争犯罪,但在实践中存在保护不周、适用标准不齐等问题。当前,互联网经济取得跨越式发展,互联网经济时代的违法犯罪行为不断滋生,网络刷单、网络恶意评价、网络流量劫持等新型网络不正当竞争行为泛滥不止,严重破坏正当的网络竞争利益、消费者合法权益、网络市场公平竞争及管理秩序。然而,传统罪名通过扩张解释提供的司法入罪通道面临制度张力有限、刑事处罚明显不足等短板,使网络不正当竞争行为的刑事制裁边界模糊。《网络安全法》(2016年)、《反不正当竞争法》(2017年修订、2019年第二次修订)<sup>①</sup>、《电子商务法》(2018年)等相继颁布<sup>②</sup>,整体上提升了我国网络不正当竞争立法的质量与水平,也为规制新型网络不正当竞争行为提供了规范依据。但是,现行不正当竞争犯罪罪名体系的立法背景与立法原意是“过去式”,并不必然直接适应于规制网络不正当竞争违法犯罪行为。在互联网经济时代,针对行刑衔接脱节等问题,应当廓清网络不正当竞争犯罪的本质特征,阐明刑法保护的客体内容。特别是鉴于网络不正当竞争立法的倒逼效应,应加快调试刑法规定,建构具有专属性的网络不正当竞争犯罪规定以及罪名体系。

## 一 网络不正当竞争犯罪立法的检视

1997年《刑法》的相关规定明显不足,导致对传统不正当竞争犯罪的司法规制效果欠佳。网络经济时代的不正当竞争立法加速前行,更加暴露出网络不正当竞争犯罪立法的迟滞。这种刑法规范供给不足的结构矛盾,不利于规制新型网络不正当竞争行为和保护互联网经济安全与秩序。有效破解网络不正当竞争犯罪的专属立法迟滞不前的关键,就是准确阐明这类犯罪应当保护的客体及其内容。

<sup>①</sup>如无特别说明,以下《反不正当竞争法》是指2017年修订后的版本。

<sup>②</sup>2021年8月17日,国家市场监督管理总局发布《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》;2021年8月19日,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释(征求意见稿)》对外公布。另外,立法机关正在修订《反不正当竞争法》,酝酿修订《电子商务法》。

### (一)网络不正当竞争立法的刑法衔接

互联网经济背景下对网络不正当竞争行为的一般立法、专属立法、特别立法以及关联立法不断强化与升级,在内容、形式以及危害性等方面都正在发生重大变动。在多法衔接的新背景下,必然会触发刑法应当如何及时跟进与有效策动的立法课题。

#### 1.一般立法:《网络安全法》

《网络安全法》是基本法<sup>①</sup>。尽管《网络安全法》并未明确规定网络不正当竞争行为,但规定网络参与主体的法定义务以及设置罪责条款,为依法规制网络不正当竞争犯罪提供基本依据。这些立法规定也是规制互联网经济市场竞争的重要依据。其对互联网市场竞争制度的影响主要表现为三个方面。(1)明确依法保护的基本精神。《网络安全法》第一条、第二条明确建设、运营、维护和使用网络以及网络安全的监督管理主体,依法参与网络活动的基本精神。(2)确立“强监管”的基本制度,针对不同的互联网参与主体,建立并规定较为完整的网络安全管理义务。其第九条规定,网络运营者开展经营和服务活动,必须遵守法律、行政法规,尊重社会公德,遵守商业道德,诚实信用,履行网络安全保护义务。(3)设置不同类型的法律责任。其第七十四条规定民事责任、行政责任以及刑事责任。

#### 2.专属立法:《反不正当竞争法》

《反不正当竞争法》是理解与治理不正当竞争犯罪的主要行政法规依据。增设“互联网专门条款”具有划时代意义,不仅从根本上推动网络不正当竞争行为的专属立法,也必然倒逼《刑法》从理论、立法以及司法等方面作出全面回应。《反不正当竞争法》对互联网经济领域的市场竞争秩序起着非常直接和关键的作用,其所引起的变化主要表现为三个方面。(1)保护正当竞争的基本规定。修改内容包括:第一条规定立法背景与内容,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益;第二条规定正当竞争原则与“不正当竞争行为”,后者是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为,在第三十一条规定了刑事责任条款。(2)立法理念与保护范围的网络化延展。其第二条体现商业竞争制度的现代化转变,确立竞争秩序、消费者利益、经营者利益三者统一的利益层次结构,将消费者权益作为判断竞争行为合法性的因素。消费者在互联网经营模式中的主体地位强化,也可能使反不正当竞争法出现私法化问题,不利于真正舒缓消费者在互联网不正当竞争下的弱势地位。(3)互联网条款及其立法不足。其第十二条规定网络不正当竞争行为类型是立法亮点,承载调整网络不正当竞争行为的立法预期并提供规制的法律依据,也有助于协调该法与相关法律之间的关系。理想的类型化条款应当是以各种行为类型之间互斥并且周延为基本要求,其第十二条列举的行为类型在适应性与预见性方面尚有待检验,为了避免挂一漏万,立法者又设置兜底条款,但也遭到质疑。

#### 3.特别立法:《电子商务法》

相比于《反不正当竞争法》,《电子商务法》是特别立法,是对数字化经济、互联网经济以及电子商务时代的最新回应。它对一些新型网络不正当竞争行为的特殊规定,不仅与《反不正当竞争法》的规定互补,也提出了新的立法需求。《电子商务法》以电子商务活动为调整对象,必然涉及互联网经济下不正当竞争行为的立法规制问题,主要包括以下几个方面。(1)第二条规定电子商务的基本概念与要素。《电子商务法》的调整对象和适用范围是《电子商务法》的核心问题。信息网络技术是电子商务活动的独有存在基础,信息网络使电子商务活动演变成独特的法律事实,新的法律事实或问题催生立法需求,《电子商务法》由此成为独立的法律部门。(2)第五条规定电子商务的公平竞争精神。市场主体应当公平参与市场竞争,履行法定的义务。(3)依法经营电子商务的义务体系。第十七条规定禁止虚构交易、虚假刷单;第十八条、第四十条规定搜索广告的正当合法;第二十二条规定不得滥用技术形成的市场垄断支配地位。(4)电子商务信用的立法保护。我国电商生态型组织彻底改变传统商业模式。电子商务信用风险与商务信用问题日益凸显,法律保障机制尚不健全。第三条规定国家推进电子商务诚信体系建设;第三十九条规定电子商务平台经营者应当建立健全信用评价制度;第七十条规定国家支持依法设立的信用评价机构开展电子商务信用评价。(5)法律责任。第八

<sup>①</sup>《数据安全法》、《个人信息保护法》是专门性的基本法,也涉及相关宏观内容。特此说明。

十七条、第八十八条规定法律责任。上述规定也为《刑法》作出修正提供了法律依据。

## (二)网络不正当竞争犯罪立法的供给不足

### 1.传统不正当竞争犯罪立法原意的脱节

传统不正当竞争犯罪立法首先源自早期的不正当竞争法律规定。当前,立法原意的历史滞后性问题日益突出。(1)《反不正当竞争法》(1993年)列举了我国经济生活中的11种不正当竞争行为。但是,“法律责任”一章只概括规定刑事责任,对其他不正当竞争行为,仅规定行政处罚措施。从立法科学性上看,无法满足规制社会危害性已经达到应受刑罚惩罚程度的不正当竞争违法犯罪行为的客观需要。(2)《反不正当竞争法》(1993年)主要规定行政责任,以民事责任为辅,以刑事责任为补充。在综合性的法律责任体系中,刑事责任规定得明显薄弱,使打击日益增长的不正当竞争犯罪的力度不足。(3)随着《商标法》、《专利法》、《著作权法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《广告法》等法律相继通过,宣告我国竞争法律体系基本建成。但是,有关不正当竞争的刑事责任的规定却与之极不相称,只在刑法典、个别单行刑事法规以及其他法律中存在一些相关的罪名或原则性规定。鉴于不正当竞争违法犯罪行为日益增加,在《刑法》修订期间,学者们先后提出过一些立法修改的建议<sup>①</sup>。虽然相比1979年《刑法》的毫无规定状态,1997年《刑法》已经将部分不正当竞争行为予以犯罪化,但是,1997年《刑法》中有关不正当竞争犯罪的规定,存在严重的立法原意的脱节问题,引发理念滞后、内容分散、罪名单一、主旨不明、难以操作等缺陷,也未对其他一些不正当竞争行为规定刑事责任。

### 2.网络不正当竞争犯罪立法的空缺渐显

1997年《刑法》对不正当竞争犯罪规定的不足,已经使网络不正当竞争犯罪的立法供给出现结构性失衡。当前,这种新旧交替下的规范失衡问题突出地表现为三个方面。(1)传统不正当竞争犯罪的立法原意与互联网经济时代严重脱节。1979年《刑法》对此是立法空白,《反不正当竞争法》(1993年)的出台,倒逼《刑法》修订时加入不正当竞争犯罪的规定。1997年《刑法》主要在分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”之第八节“扰乱市场秩序罪”中,部分地确认传统不正当竞争犯罪。然而,《反不正当竞争法》(1993年)未能对互联网经济中的不正当竞争行为予以规定,导致1997年《刑法》规定的不正当竞争犯罪在立法原意上同样存在明显的代际脱节问题。(2)传统不正当竞争犯罪的网络化扩张适用存在风险。在立法原意阙如的前提下,针对新型网络不正当竞争犯罪,只能通过扩大解释传统的不正当竞争犯罪规定,甚至主要表现为通过扩张解释来实现网络化的适用,在结果上一般表现为“入罪”<sup>②</sup>。这是刑法规范供给不足之下的无奈之举,也是激活传统不正当竞争犯罪的网络化适用潜质的必然选择。尽管在互联网经济时代,对新型网络不正当竞争犯罪进行扩张解释的意义和作用显著的,但其内在的瓶颈与缺陷也相当明显。(3)加速放大传统不正当竞争犯罪的体系欠合理性。1997年《刑法》只是将《反不正当竞争法》(1993年)中的部分行为予以犯罪化,存在行刑衔接不相称问题。在立法体例上,只是分散而非专门规定“不正当竞争犯罪”。加之对不正当竞争犯罪的理论体系、立法依据、保护内容等缺乏充分、全面的认识,1997年《刑法》对不正当竞争犯罪的规定缺乏体系的合理性,包括罪名的不完整、体系的不独立等。更为重要的是,《电子商务法》使1997年《刑法》中不正当竞争犯罪的规范供给失衡问题显得更加凸显,专门启动《刑法》网络化的立法修正势在必行。

## (三)网络不正当竞争犯罪的立法内容

网络不正当竞争犯罪的专门立法滞后的直接原因是未能及时准确界定网络不正当竞争犯罪的本质属性与内在特征,以及这类犯罪应当保护的客体及其内容,导致立法缺乏最基本的指引和基准。

网络不正当竞争犯罪的保护客体与内容范围是科学立法的根本前提题。只有从规范层面确定网络不正当竞争的内涵,才能澄清这一类新型犯罪的本质特征、刑法性质,进而设定最精准的立法原意和保障策略。在界定新型网络不正当竞争犯罪的保护客体及其内容,应当综合参与主体、利益关系等要素,进行实质的设定。(1)竞争内容的实体扩充。《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(2015年工商总局)第二条第二款将不

<sup>①</sup>舒慧明、万选才《增设不正当竞争罪的立法探讨》,《法学家》1996年第4期,第85—86页。

<sup>②</sup>高铭暄、孙道萃《网络时代刑法解释的理论置评与体系进阶》,《法治研究》2021年第1期,第22页。



正当竞争界定为“损害经营者或者消费者的合法权益”的行为。但是,《反不正当竞争法(修订草案)》(2016年)在一般条款中删除“消费者权益”的表述。《电子商务法》第一条对消费者利益的规定是不明确的。这种反复与权衡折射出立法者的纠结与权衡。《反不正当竞争法》第二条第二款最后还是将不正当竞争行为界定为“扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(市场监管总局2022年)第二条第二款也保留了上述规定。这反映出对不正当竞争行为的认定范式在构造和规制观念上有新变化,也即重视对消费者的保护。传统的“保护竞争者”范式直接保护竞争者的利益,对消费者的保护只是竞争改善的间接结果,不是独立的判断标准。立法者选择新的“保护竞争”范式,以保护竞争为目标,突破竞争关系的束缚,将市场参与者基于竞争享有的利益纳入考量范围,消费者利益受到损害也可以单独作为认定不正当竞争的标准。基于“保护竞争”范式及立法规定,应当基于竞争享有的利益,整体权衡竞争者、消费者和社会公众利益,判断是否通过损害其他市场参与者竞争利益的方式并不合理地获得竞争优势。(2)消费者合法利益的独立摄入。《反不正当竞争法》第二条第二款作为一般条款,突破传统竞争关系的桎梏,确立从“保护竞争者”到“保护竞争”的行为模式与保护理念的深度转变,回归并扩充传统竞争的本质内涵。“扰乱市场竞争秩序”置于经营者和消费者权益之前,不是重新排定价值序位,而是强调行为只有构成对经营者竞争自由的“显著损害”,或对消费者决策自由的“实质扭曲”,导致不合理地获得竞争优势才具有“不正当性”。这也厘清了与《消费者权益保护法》的界限。在认定行为的不正当性时,消费者利益虽是独立标准,但也应当综合考虑竞争的结构、功能、特性等。(3)从《反不正当竞争法》、《电子商务法》等看,网络不正当竞争犯罪所侵犯的客体,已不限于竞争利益,还包括消费者权益以及息息相关的竞争政策、竞争秩序。网络经济时代的竞争概念正在发生质变,涉及保护要素、保护场域、保护理念、价值权衡等,为科学锁定网络不正当竞争犯罪的罪质内容、立法范围等基本问题提供依据。更重要的是,在竞争关系以及保护内容得以澄清的前提下,网络不正当竞争犯罪的理论研究将迎来新的契机,有助于明确法定犯的特质、经济犯罪的性质归属、理论学说的取舍标准等基本问题。在此情况下,可以指导并解决规范供需失衡下网络不正当竞争犯罪的立法修正等问题。

面对层出不穷的新型网络不正当竞争的违法犯罪行为,现行《刑法》应当作出结构性、前瞻性的调试与回应。立法修正是最直接的反应方式,特别是《网络安全法》、《反不正当竞争法》、《电子商务法》等法律,已经提供了最基本的立法修正逻辑与索引,同时必须明确网络不正当竞争犯罪立法的保护客体与范围。

## 二 网络不正当竞争犯罪立法的修正方略

前瞻性的刑法立法是解决传统刑法立法供给不足并有效规制新型网络不正当竞争犯罪的首选。在现阶段,包括对传统罪名的网络化修正与直接增设新的专属罪名等方式<sup>①</sup>。今后应当考虑创设独立、专属的网络不正当竞争犯罪规范体系,在《刑法》分则中统合为单独的“(网络)不正当竞争犯罪”一节,优化罪名结构。

### (一)传统不正当竞争犯罪的网络化修正

在现行《刑法》中,以“扰乱市场秩序罪”一节中的相关罪名为规范基础,初步建立传统的不正当竞争犯罪规范体系,这是讨论网络化修正的逻辑前提之一。在此基础上,针对现有不正当竞争犯罪罪名,可以尝试作出相应的修改。

#### 1. 损害商业信誉、商品声誉罪的网络化修正

《刑法》第二百二十一条规定的损害商业信誉、商品声誉罪司法适用率长期不高。在理论与立法上,对损害商业信誉、商品声誉罪的客体内容不够明确,司法实践中的争议也不断出现。晚近以来,司法实践中出现积极扩张的裁判倾向,这既是因为商业信誉、商品声誉在现代市场竞争中处于更重要地位,尤其是消费者关注的市场因素,也是因为网络经济时代中的商业信誉、商品声誉变成不正当竞争的主要对象,出现了新的保护需求。但是,传统理论上对该罪的保护内容、捏造并散布虚伪事实的行为结构特征以及构成要素、其他造成重大损失和其他严重情节等问题存在不同的认识,包括“未经核实”是否可以作为认定故意的事实依据、构成要件行为是“散布”还是“捏造”、如何理解“散布”、“虚伪事实”、“严重情节”等。在互联网经济背景下,由于

<sup>①</sup>限于篇幅与主旨所在,本文无法逐一详细讨论立法修正的理由等内容,将在另文分别具体阐述。

商业模式、商品形态、消费者的关注点、市场主体间的评价标准与方式、市场运营等都注入互联网要素,导致“商业信誉”、“商品声誉”的内涵与形式正在经历蜕变,对其进行“损害”的规范评价对象、要素以及标准也出现新情况,不能再继续完全套用传统经济形态的一般认识和理解。对损害商业信誉、商品声誉罪进行网络化的修正时,应当注意以下几点。(1)在网络社会空间,虚假信息更容易滋长并成为商业诋毁的主要手段,对市场竞争秩序产生极其不良的影响。在互联网经济背景下,虚构信息等方式是损害其他竞争主体商业信誉、商品声誉的主要手段。在信息网络环境下,对于虚构、伪造、传播虚假信息等行为的恶性性进行确认的技术难度陡增。此外,虚假信息的使用行为,也可能涉及虚假信息犯罪等网络犯罪,需要在犯罪竞合上预先做好处理,防止出现立法交错问题。(2)要准确界定互联网经济背景下的商业信誉、商品声誉的实体内容。理论上对传统刑法中的商业信誉、商品声誉存在不同认识。在理解网络语境下该罪的犯罪客体时,首先仍应回归“不正当竞争”的行为本质,即违反国家规定的诋毁竞争对手信誉或声誉的恶意行为,也要兼顾消费者权益的评价权利,真正的商业诋毁行为最终会实质性侵害消费者权益,但消费者对使用的评价行为不必然是“诋毁”。(3)在网络经济时代,关于互联网商业信誉、商品声誉的评价主体及其标准设立,首先应当考虑竞争主体(对手)的竞争利益及其受损情况,将其作为规范评价的基本要素。同时,网络经济具有鲜明的消费者注意力经济的特质,也要考虑消费者的利益。通过“竞争者+消费者”组成的市场评价,更客观、中立地评价与判断危害结果。(4)对损害商业信誉、商品声誉罪进行网络化修正时,要防止与其他相关的不正当竞争犯罪之间出现立法重合。例如,网络语境下的商业信誉、商品声誉与电子商务信用存在较为密切的关系,究竟是合一立法还是区分立法以及如何区分立法等,尚需要解决好这些问题。在适用上,关键是区分好相似或相同的不正当竞争行为直接或主要侵犯的客体内容。(5)在立法建言上,可以在《刑法》增设第二百二十一条第二款,其立法表述为:“互联网生产经营者,以刷单、虚构交易、虚假信息等不正当手段,损害他人的商业信誉、商品声誉,给他人造成重大损失或者有其他严重情节的,依照前款的规定处罚。”

## 2. 虚假广告罪的网络化修正

《反不正当竞争法》、《电子商务法》将虚假宣传作为典型的不正当竞争行为,并强化对网络虚假宣传行为的打击力度。在互联网经济迅猛发展的背景下,新型网络虚假广告犯罪日益增多,使规范供给不足的问题也开始暴露。目前,主要依靠扩张解释来激活传统罪名的网络化适用潜质。应当启动网络化修正,将网络广告市场管理秩序与网络信息数据安全作为新增的具体保护内容,扩大“违反国家规定”的网络立法语境,逐一调整犯罪构成要件要素的内容以及定量因素、标准,使其契合网络虚假广告犯罪的趋势和本质特征。同时,也要调整法定刑,提高罚金刑的处罚力度,增设网络职业禁止等预防性刑罚处罚措施<sup>①</sup>。上述立法建议立足于网络虚假广告犯罪的新情况,具有一定的参考意义。结合网络不正当竞争犯罪的客体内容以及立法需求,还应明确以下三个问题。(1)网络虚假广告犯罪的主体。《广告法》(2021年第二次修正)第四十四条对利用互联网发布广告的行为作出了规定。在互联网经济背景下,实施虚假广告的主体,既可能是竞争主体,也可能是其他的网络平台、网络技术帮助者等。(2)确定“虚假广告”的网络评价与判断体系。不能继续沿用传统的判别标准来审查网络广告的“虚假”,应当建立相适应的网络判断标准体系,核心是以网络正当竞争的基本要求作为基础标准,侧重以消费者的第三视角进行判断,可以更全面地判断是否为“虚假广告”。(3)厘清虚假广告罪与其他犯罪的界限。根据《电子商务法》第十七条的规定,信用评价系统具有广告功能,损害信用评价系统是对广告管理制度的侵害。虚构网络交易行为破坏电子商务平台的信用评价系统;虚增网络交易量,对商品、服务进行虚假的及引人误解的商业宣传时,即符合虚假广告罪的行为要件<sup>②</sup>。这混淆了网络虚假广告与侵犯网络电子商务信用两种不同的不正当竞争行为之间的界限。在互联网经济背景下,电子商务信用具有独立性和专属性,是维持网络市场竞争的基础性电子依据和信用凭证,是具有官方性、行业性、自治性等特征的内容。以《电子商务法》的特殊规定为前提,应当考虑对电子商务信用制度予以独立保护和规定。如果将其纳入传统虚假广告犯罪中,可能无法实现类型化与专门化的有效保护。在立法建言上,可以考虑在《刑

<sup>①</sup>孙道萃《虚假广告犯罪的网络化演变与立法修正思路》,《法治研究》2018年第2期,第111—123页。

<sup>②</sup>王安异《虚构网络交易行为入罪新论——以〈中华人民共和国电子商务法〉第17条规定为依据的分析》,《法商研究》2019年第5期,第54页。

法》增设第二百二十二条第二款,其立法表述为:“互联网生产经营者,通过虚增网络交易量等行为,对商品、服务进行虚假的及引人误解的商业宣传等,扰乱广告管理秩序,情节严重的,依照前款的规定处罚。”

### 3.非法经营罪的网络化修正

在互联网经济背景下,经营的合规合法是维持和保障有序、正当竞争的基本前提。非法的网络经营也很可能是不正当竞争行为,决定对非法经营罪作网络化修正非常必要。(1)在互联网经济背景下,“经营”的主体、要素、规则、方式以及场域等都发生了显著的改变,决定规范意义上的“经营”已经出现质变,包括但不限于网络平台成为主要的经营主体、信息网络平台运行安全及消费者的数据信息等是主要的经营要素、电子商务规则等成为新的经营规则、互联网经济法律法规是“违法性”的前提等,而经营的方式与场域开始由线下逐步迁移至线上等。在此情况下,《刑法》第二百二十五条规定的几种传统行为方式都可能逐渐“失效”,需要重新置换为符合网络经济时代的“非法经营”行为。(2)传统经济下的非法经营罪,在罪质与性质等方面尚存有争议,包括“经营”的内容、“非法经营”的违法性判断、是否以营利目的为必要、经营者的判断等<sup>①</sup>。据此,在对互联网经济时代“经营”的理解上,“违反国家规定”仍是首要难题。既有待于网络法律体系的持续完善,以提供“规范依据”,也需要对庞大的互联网经济行为做“减法”,锁定真正的网络非法经营行为。因此,在立法技术上做好新旧交替的知识更迭尤为重要。同时,在立法技术上,是否继续沿用“兜底条款”表述,以确保能够容纳新出现的非法网络经营行为,不仅涉及网络时代的口袋罪问题,也涉及到立法规制的价值取向。新行为类型不断出现,设置“兜底条款”有助于提升立法的包容性。在立法建言上,可以考虑在《刑法》增设第二百二十五条第四款,原第四款改为第五款,法条表述为,“(四)违反网络法律法规的规定,非法从事网络生产经营活动的”。

### 4.强迫交易罪的网络化修正

在互联网经济背景下,消费者的主体地位得以提升,交易的平等性、自愿性变得更加重要,也是网络消费者更注重的权益。这不仅提升打击网络强迫交易的迫切性,也使对强迫交易罪的网络化修正势在必行。(1)对网络经济时代的“暴力、威胁等手段”,需要进行重新理解。网络环境下的“暴力”、“威胁”行为,逐渐不再主要以语言或身体动作等方式呈现,而可能主要是利用市场地位优势,强制捆绑交易、强制搭售、技术破坏等行为,表现为日常网购中的“强制配单”、“返利不当”等情形。应当对“强迫”这一核心关键词的内容予以置换,弱化物理上的可视化暴力等,强化网络空间的技术滥用等情形,并将侵犯消费者自主权以及由此引发的不正当竞争效应作为评判的实质依据。在网络经济时代,“交易”在内容和形式上也有大变,不再是现货的物物交换等,而是由电子商城、电子下单、电子交付等要素组成的。网络交易行为由实施到完成,在时间节点与行动标志上,表现出瞬间性、电子确认等特征。根据上述变化,网络经济时代的强迫交易,已经在行为构造、危害形态以及定罪体系等构成要件层面出现显著的变化,应当通过立法进行确认。(2)在修正思路上,主要应当就《刑法》第二百二十六条规定的“强迫”、“交易”这两个核心规范要素,对其在网络经济时代的新变化与新内涵进行及时的确认。对于网络经济时代的“强迫”,应当做“软化”或“软性”的处理。它不再是物理意义上的有形威胁等,而是利用信息网络技术等,违反网络经济秩序的基本规则,尤其是电子商务规则,强行要求竞争者或消费者进行网络交易,从而牟取非法利益。对于“交易”,必须全面按照线上交易的形式与要求进行判断,突出网络交易的电子性之本质特征,将已经出现和可能演变的网络交易形态纳入到刑法规制序列。在立法建言上,可以考虑在《刑法》增设第二百二十六条第二款,其法条表述为:“在互联网经济活动中,违背他人意愿,强制进行交易的,依照前款的规定处罚。”

### 5.破坏生产经营罪的网络化修正

在互联网经济时代,生产经营的要素和方式发生了重大的变化。破坏网络生产经营的违法犯罪行为不断出现。然而,遵循现有刑法规定及其立法原意,并不足以有效规制。当前,对破坏生产经营罪进行扩张解释是主要做法。例如,有观点认为,破坏生产经营罪是针对全体财产的犯罪,而非针对个别财产的犯罪。生

<sup>①</sup>王飞跃《论刑法中的“经营”》,《政治与法律》2019年第10期,第51页。



产经营的范围可以扩充到业务,破坏可以是造成他人的业务无法开展并导致整体财产损失<sup>①</sup>。这是典型的网络化扩张解释,通过对传统罪名的关键词等要素进行网络理解,从而激活传统罪名的立法原意与规制边界。但是,这种扩张解释容易陷入类推解释之实,甚至变相地“创制立法”。而且,如此解释并不足以反映破坏生产经营罪应当是不正当竞争犯罪的本质特征,也不利于处理好此罪与彼罪的竞合问题。譬如,现行《刑法》并无直接规定,对刷单炒信行为按照破坏生产经营罪论处,是典型的司法犯罪化<sup>②</sup>。对破坏生产经营罪进行扩张理解,尽管可以在一些新型网络个案中实现有效的司法规制效果,但相比于立法完善,显然是次优选择。在互联网经济背景下,应当对破坏生产经营罪进行网络化修正。(1)犯罪客体的修正。生产经营形式经历由传统到网络的演化,其内容出现了新情况。在网络时代,生产经营由线下转入线上,电子数据、电子信用、信息以及数据等成为新的生产资料,网络参与者、网络平台等成为新的经营方式,迫使重新认识网络时代的“破坏”行为及其对象不再仅限于物理空间与物理形态,而是电子化或虚拟化之标的。应当确认破坏市场秩序与网络经济的正常生产经营作为犯罪客体的内容<sup>③</sup>,充分反映破坏生产经营罪在网络经济时代的司法动向与客观需求。在此犯罪客体的前提下,也便于通过网络化的立法实现更精准的司法规制。(2)立法体例的辨识。在网络经济时代,宜将原置于侵犯财产罪中的破坏生产经营罪移入经济犯罪体系内,并作为一个具体的(网络)不正当竞争犯罪罪名。即使在传统现实物理社会及其经济社会生活中,“生产经营”是典型的经济行为或经济活动,虽然一般涉及“财产因素”,但是,无论从语义范围还是国民的一般认识以及“生产经营”内部结构等方面看,可以确认“生产经营”的经济属性明显重于财产属性,1997年《刑法》规定为经济犯罪是“美丽的误会”。特别是在互联网时代,传统生产经营所附着的财产利益被不断弱化或变得次要,网络生产经营中的经济利益或产业价值等属性变得重要且更容易遭受侵犯,是网络不正当竞争行为的主要泛滥区域。如若暂不考虑由财产犯罪调整为不正当竞争犯罪,在立法建言上,可以考虑在《刑法》增设第二百七十六条第二款,其法条表述为:“在互联网经济活动中,故意破坏生产经营活动及正常秩序,情节严重的,依照前款的规定处罚。”

## (二)新型网络不正当竞争犯罪的专属增设

### 1.增设网络不正当竞争罪

不正当竞争犯罪是类罪,网络不正当竞争罪也应当是类罪,而且是保持发展与变化的类罪,罪名体系应当作适时的调整。对于严重破坏正当的网络竞争利益、消费者合法权益、网络市场公平竞争及管理秩序的不正当竞争行为,应当确立网络市场正当竞争管理秩序的新型刑法法益的地位,并作为立法完善与司法应对的基础依据。在现阶段,为了更好地兼顾立法的预见性与包容性,降低立法修正的反复性与变动性,可以增设一个相对概括性的总领罪名,类似于“生产、销售伪劣产品罪”,以更好地兼顾一般规制以及特定情况下的个别规制效果。“网络不正当竞争罪”应当是一般性与基础性的罪名,具有显著的基本规制功能,在一定程度上发挥司法兜底的特定作用。有观点认为,根据《反不正当竞争法》、《电子商务法》的相关规定,可以在《刑法》“扰乱市场秩序罪”一节中,增设第二百三十一条之一(网络不正当竞争罪),采取总括的方式,尽量集中规定一般性的网络不正当竞争行为,作为网络不正当竞争犯罪罪名体系中的基本罪名以及特定情况下的专门罪名,发挥一般的基本规制作用<sup>④</sup>。应该说,这一立法建议及其条文表述具有前瞻性,也比较及时和客观地反映了当前网络不正当竞争犯罪的立法需求及其首要任务。当然,尚需讨论的问题还包括下述几个方面。(1)网络不正当竞争罪必须具有立法的统领性与总刚性。这对本罪的立法技术提出极高的要求。不仅要确保本罪可以发挥一般性的立法规制,也不会与其他不正当竞争犯罪规定重合或冲突,还能在网络不正当竞争犯罪不断发展与演变的情况下,提供必要的补充性规制效果。同时,在立法技术上,为了防止本罪成为“口袋罪”,在条文表述上应当尽量明确、具体;同时,应严格限制“司法兜底”作用,在司法适用上对扩张解释予以严格的

①李世阳《互联网时代破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材》,《华东政法大学学报》2018年第1期,第50—57页。

②叶良芳《刷单炒信行为的规范分析及其治理路径》,《法学》2018年第3期,第177页。

③孙道萃《破坏生产经营罪的网络化动向与应对》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2016年第1期,第85页。

④孙道萃《网络不正当竞争犯罪的司法巡思与立法应对》,《华南师范大学学报(社会科学版)》2019年第5期,第152页。

适用。(2)在立法体例上,为了与增设的独立网络不正当竞争犯罪相衔接,有必要在时机成熟之际,在《刑法》分则第三章的第八节之外,另行设置新的一节即第九节——“(网络)不正当竞争犯罪”,以便更好地统合传统不正当竞争犯罪修正后的罪名体系,同时兼容不断递补的新型网络不正当竞争犯罪罪名,使网络不正当竞争犯罪的规范体系与罪名结构趋于科学。基于此,在《刑法》第二百三十一条之一的条文表述可以为:“违反国家规定,经营者利用技术手段,妨碍、干扰、破坏互联网经济活动,损害其他经营者的合法权益,影响用户选择,扰乱网络市场竞争秩序与管理秩序,情节严重的,处五年以下有期徒刑或拘役,并处罚金;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或没收财产。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚,并根据本法的从业禁止规定处罚。”

### 2. 增设破坏网络市场信用评价罪

在互联网经济背景下,网络商务信用与传统商务信用不同。电子商务信用是互联网经济的“通行证”与“名片”,具有极高的商业价值,是竞争利益的重要载体,是竞争实力的重要表现,更是竞争者争相追逐的“资源”。网络商务信用评价有其相对的独立性与特殊性,不当的商务信用评价,不仅无法客观显示竞争者的电子信用,也极易限制与妨害正当竞争。因此,网络商务信用评价领域中的不正当竞争行为具有特殊性,是新型且相对独立的网络不正当竞争行为。根据《电子商务法》的规定,应当单独考虑增设特殊罪名,发挥专门的规制作用,优化网络不正当竞争犯罪的罪名体系结构,更好地协同一般法条与特殊法条的关系。有观点认为,根据《反不正当竞争法》、《电子商务法》的规定,可以考虑在《刑法》第二百三十一条之一后,增设第二百三十一条之二(破坏网络市场信用评价罪)<sup>①</sup>。该看法以《电子商务法》的规定为前提。为了保护电子商务信用,以及有效打击侵犯电子商务信用的不正当竞争行为,有必要设置单独的罪名。这既反映在网络时代保护电子商务信用制度这一新型法益的必要性,也与传统不正当竞争犯罪形成合理的分流,还契合网络不正当竞争犯罪的独特性与增量趋势。而且,增设本罪不会与已有的损害商业信誉、商品声誉罪出现竞合问题。二者都是对网络不正当竞争犯罪的立法规制。但是,网络环境下的商业诋毁,与破坏电子商务信用的行为相比,前者更侧重于对信息网络实施商业诋毁的行为进行论处,主要以网络经济语境下的商业信誉和商品声誉为对象;后者则更侧重于保护电子商务时代的信用制度、信用体系及其商业价值,电子商务信用制度具有独立性,在内容上是全新且不断发展的,所保护的主体和范围明显超出商业信誉、商品声誉。《电子商务法》直接确立保护电子商务信用制度的独立化立场,在数字经济时代,保护电子商务信用是维护网络经济有序进行的基石。如果按照传统的商业信誉、商品信誉对待,则可能会限制电子商务信用制度在应然层面的保护范围与力度。基于此,在《刑法》第二百三十一条之二的法条表述可以为:“违反国家规定,在互联网经济活动中,以不正当手段损害其他经营者的电子商务信用记录、电子商务信用评价制度,扰乱网络市场信用管理制度,影响用户选择,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚,并根据本法的从业禁止规定处罚。”

### 3. 增设网络经济市场垄断罪

1997年《刑法》对具有不正当竞争性质的部分垄断行为,缺乏直接的规制。《反垄断法》(2022年修订)第一条明确规定预防和制止垄断行为以及保护市场公平竞争之立法目的,第六条、第七条分别规定公平竞争、自愿联合,以及具有市场支配地位的经营者不得滥用市场支配地位排除、限制竞争等。长期以来,由于没有充分认识到垄断行为的社会危害性,致使规制垄断行为的刑法规定不够健全,是否应将垄断行为入罪化的争议不止,且不乏否定观点。但是,为了更好地保护合法经营者和消费者的权益,遏制垄断对公平竞争秩序的破坏,运用刑法规制垄断经营行为成为国家干预市场经济的必然选择。从社会危害性、刑罚必要性、国外立法例以及现实需求看,滥用行政权力排除、限制竞争行为,情节严重或社会危害性大的,应归属于不正当竞争犯罪,并基于独立的犯罪构成设计罪状与法定刑。关于涉垄断犯罪应当是“不正当竞争犯罪”的定位,较多观点认为,根据强迫交易罪的罪质,部分垄断行为特别是滥用市场支配地位和垄断协议等行为,迫使相对方被迫

<sup>①</sup>孙道萃《网络刑法学初论》,中国政法大学出版社2020年版,第250页。



接受其不公平、不合理的交易,属于利用威胁等手段迫使被害人非自愿接受交易的行为,可能涉嫌构成强迫交易罪<sup>①</sup>。尽管部分市场垄断行为破坏市场公平竞争,也具有一定的“强迫性”,但不是刑法意义上的“强迫交易”行为,实质上是基于市场支配地位和垄断优势等的“强制性”交易,是滥用市场垄断优势的行为,应当作为独立的不正当竞争行为。随着我国社会主义市场经济制度的日益发展,部分垄断行为严重破坏(网络)不正当竞争秩序的,应当考虑通过立法予以规制。《电子商务法》第三十五条规定,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。这就属于电子商务平台经营者滥用市场地位实施垄断经营的行为。《刑法》对此新情况暂无相关规定。2020年1月,对外公布《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》中,新增互联网经营者市场支配地位认定的相关规定:“认定互联网领域经营者具有市场支配地位还应当考虑网络效应、规模经济、锁定效应、掌握和处理相关数据的能力等因素。”这反映出对互联网新业态的积极介入姿态。竞争政策是我国基本经济政策,应当强化竞争政策的地位<sup>②</sup>。从互联网经济发展的趋势看,结合《反不正当竞争法》、《电子商务法》的规定,为了营造平等的竞争环境,维护竞争者的利益与优势,强化对消费者合法权益的保护,有必要将部分网络经济市场中(不正当)的“垄断行为”入罪。同时,《反垄断法》第七章“法律责任”应当增加“违反本法规定的行为,构成犯罪的应当追究刑事责任”的内容,实现行刑之间的衔接。目前,《反垄断法》(2022年修订)第二十二条第二款和第六十七条均作了相应规定。基于此,在立法建议上,可以考虑在《刑法》增设第二百三十一条之三,罪名暂定为“网络经济市场垄断罪”,建议法条表述为:“违反国家规定,在互联网经济活动中,非法利用垄断地位或垄断优势等,限制或排除他人竞争,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯罪前款罪的,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚,并根据本法的从业禁止规定处罚。”

#### 4. 审慎增设妨害网络业务犯罪

在日本,刑法规定妨害业务罪,被认为是当前解决和应对一些新型网络犯罪的“良方”,并实质性地作为反不正当竞争犯罪规定,可以填补我国刑法中缺乏业务犯罪的立法空白。例如,有观点认为,以威力、诡计妨害业务或者利用计算机妨害业务的行为,严重侵害业务者从事正当业务活动的自由,妨碍了经济发展。借鉴日本关于妨害业务罪的规定,我国可以增设妨害业务罪,是规制妨害业务行为、保护正当业务的理想路径<sup>③</sup>。刑法中的“业务”是相对宽泛的概念。而且,中日两国的刑法典在分则的布局与安排不尽相同,对刑法中的涉业务犯罪,在立法上也各有特色,引入“业务犯罪”未必周全。另有观点更具体地指出,当前对利用计算机信息系统妨害业务的行为,主要按照破坏生产经营罪、破坏计算机信息系统罪、非法经营罪处理。这种扩张解释过于牵强。特别是对其他妨害正常网络业务的危害行为,司法上目前通过导入政策考虑与“软性解释”,以实现扩张处罚之功能预期<sup>④</sup>。这与罪刑法定原则的关系颇为紧张。不得不说,妨害网络业务犯罪的侵害客体主要是网络经营活动,具有破坏经济秩序的性质,目前主要是立法论的问题,扩张解释存在较为突出的隐忧<sup>⑤</sup>。应当增设《刑法》第二百七十六条之二(广义的妨害业务罪)或第二百八十六条之二(利用信息网络妨害业务罪或狭义的妨害业务罪),规制利用信息网络实施新型妨害业务的行为,全面保护该类法益,填补立法所处的“意图性的法律空白”<sup>⑥</sup>。对于简单借鉴域外并增设一般的妨害业务罪或利用信息网络妨害业务罪的立法建议,有其合理性。但是,从我国互联网经济迅猛发展、打击网络不正当竞争犯罪的现实需求以及《刑法》对涉业务犯罪的规定情形等方面看,其不足在于下述几个方面。(1)仅增设妨害业务罪只能发挥一般性的立法规制,立法效果无异于增设一个传统罪名。而且,简单引入域外妨害业务犯罪的立法思路,将冲击我

①徐铭勋《论强迫交易罪对垄断行为的规制》,《法学杂志》2018年第4期,第88页。

②王晓晔《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》,《法学评论》2020年第2期,第11页。

③张明楷《妨害业务行为的刑法规制》,《法学杂志》2014年第7期,第8—10页。

④周光权《有必要增设利用计算机妨害业务罪》,《人民检察》2020年第12期,第41页。

⑤陈兴良《网络犯罪的类型及其司法认定》,《法治研究》2021年第3期,第14页。

⑥周光权《刑法软性解释的限制与增设妨害业务罪》,《中外法学》2019年第4期,第951—966页。

国不正当竞争犯罪的罪名体系,打乱网络不正当竞争犯罪的精细化修正的规划,不符合我国的立法传统与实际需要,更不符合我国网络不正当竞争犯罪的迅猛演变态势。此外,在不深究另行增设妨害业务罪与我国现有罪名之间是否重合等问题的前提下,寄希望于增设妨害业务罪可以直接规制网络环境下的各类妨害业务行为,其立法逻辑是紊乱且不经济的。相较于增设专属的网络妨害业务罪,也显然是次优的选择。(2)增设利用信息网络妨害业务罪,必然与《刑法修正案(九)》增设的第二百八十七条之一或之二之间发生高度交错、重合。不仅容易引发无端的犯罪竞合问题,也降低增设网络犯罪罪名的立法必要性与司法意义。在实践中,《刑法》第二百八十七条之一或之二,也可以(部分)解决“利用信息网络”实施妨害业务的危害行为<sup>①</sup>。既然如此,另行增设利用信息网络妨害业务罪的必要性骤降。(3)简单借鉴域外立法的“应对”路径,容易在我国互联网经济与新型不正当竞争犯罪演化的双重挤压下,阻碍通过立法来有效规制新型不正当竞争犯罪的规制目标。当然,对于域外刑法中的妨碍业务罪之合理部分,可以吸收到具体的不正当竞争犯罪中,并在传统罪名的网络化修正或新增独立罪名时,予以充分考虑。

### 三 结语

互联网经济日益繁荣,传统不正当竞争犯罪规定的有效性与规范供给不足等结构性矛盾日益加剧。我国网络立法在近些年发展迅猛,逐步建立起成熟的网络法律体系。日渐独立的网络法学也倒逼传统法律体系整体迈向网络化的转型,由传统刑法学到网络刑法学的知识转型正在启程。针对新型网络不正当竞争犯罪的立法调试是当务之急。然而,对网络不正当竞争犯罪缺乏足够的深入研究,刑法教义学的制度供给能力非常薄弱,严重迟滞刑法的主动因应与适宜能力。为此,对网络不正当竞争犯罪的整体性反思与结构性重塑的意义是显著的,旨在澄清规范供给的困境、传统不正当竞争犯罪如何修正、如何增设专属的网络不正当竞争犯罪规定。尽管通过立法修正来解决专门性刑法规范供给失衡的问题十分迫切,但也要优化网络不正当竞争犯罪的理论体系。不能忽视理论体系更新与司法规制会对立法产生“反哺”效应,还应防止“头重脚轻”的单一化、非结构性问题。

## Legislation on Crimes of Unfair Competition in the Online Environment: Reflection and Response

Sun Daocui

National Institute of Legal Aid, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China

**Abstract:** With the promulgation of basic laws and special laws related to the internet, the legal framework for unfair competition has been significantly strengthened. In retrospect, the purpose of online unfair competition legislation is to define a new paradigm for determining the nature of unfair competition that takes into account the interests of competitors, consumers, and market order. This is more in line with the needs of criminal law protection and legislative revision. It is necessary to revise and adapt the crimes of damaging commercial reputation, false advertising, illegal business, forced transactions, and disrupting production and operation in the online environment, and to add crimes of network unfair competition, disrupting the credit evaluation of the online market, and monopolizing the online economic market. However, it is not advisable to simply discuss legislation related to business-related crimes.

**Key words:** crimes of network unfair competition; regulatory supply; object of protections; online adaptation.

[责任编辑:苏雪梅]

<sup>①</sup>孙道萃《从传统犯罪到网络犯罪:业务犯罪的法理与立法反思》,《环球法律评论》2023年第1期,第38页。