

反不正当竞争法架构下的区别性原则

吴 峻*

内容提要：区别性原则经中国广告法确立，但其竞争法属性突出。区别性原则的基础法律逻辑是承认内容提供者对其所发布内容进行编辑控制的自主性和独立性，为此，须在编辑控制与区别性原则之间构建必要的法律联系，基于编辑控制实现编辑处理内容与商业信息的区分。同时，应确认互联网用户自主发表言论时对编辑控制的分享，使得区别性原则可以适用于包括互联网信息服务提供者与互联网用户在内的所有编辑控制主体发布的信息，以实现虚假信息的有效规制。应当借鉴区别性原则的二元规制模式，突破广告法的局限，进一步确立编辑控制对包括广告及商业宣传在内的所有商业信息的识别功能，完善一般性的商业信息识别和标示制度，最终在反不正当竞争法层面实现区别性原则的系统制度构建。

关键词：编辑控制 区别性原则 商业信息 编辑处理内容 虚假信息

区别性原则是媒体法的基本原则，要求传统媒体以及进行编辑控制或自主言论的其他内容提供者在发布广告及商业宣传等商业信息时，标示其性质，以与编辑处理内容相区分。^{〔1〕}区别性原则的适用使得媒体法和经济法各取所需：前者保障内容经编辑处理后流动，后者规制商业信息的表达效果；通过识别商业信息并予以明确标示，前者保障编辑处理内容的公共话语功能不被削弱，后者则确保消费者不因信息性质的混同而遭受误导。

作为区别性原则的直接成文法依据，我国广告法第14条借助严格的传统媒体监管体系来落实该原则，将广告与非广告信息予以区分。^{〔2〕}然而，2016年发生的“魏则西事件”表明，^{〔3〕}

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 See Oliver Castendyk, *Comments on Article 1 TWFD*, in: Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International, 2008, para. 131, para. 153.

〔2〕 广告法第14条规定：“广告应当具有可识别性，能够使消费者辨明其为广告。大众传播媒介不得以新闻报道形式变相发布广告（第1款）。通过大众传播媒介发布的广告应当显著标明‘广告’，与其他非广告信息相区别，不得使消费者产生误解（第2款）。广播电台、电视台发布广告，应当遵守国务院有关部门关于时长、方式的规定，并应当对广告时长作出明显提示（第3款）。”

〔3〕 大学生魏则西患滑膜肉瘤，于2016年4月12日去世。生前，魏则西在网络上多次披露求医经历，讲述他通过某网站发现某院推广信息并选择在该院治疗，为此花费20多万元，终未见效。有关事件过程及讨论，参见《青年魏则西之死》，《新京报》2016年5月3日第A08版；《魏则西事件的十大法律问题》，《法制日报》2016年5月6日第6版。

在编辑处理内容与商业信息相互糅杂的互联网情境中,没有明确的信息识别标准,再严格的监管措施也无法有效落实区别性原则。此外,区别性原则的适用限于广告领域,无法延及反不正当竞争法中的商业宣传,因而无法解释掩饰商业性质的宣传为何不当。反不正当竞争法在虚假商业宣传制度中增加了“组织虚假交易”条款,^{〔4〕}实践中主要适用于网络“刷量”及“刷评”行为。但为何将之归入商业宣传,且“虚假”根据为何,都语焉不详。另外,“组织虚假交易”这一概念无法有效涵盖诸如“控评”等随着技术、经济及社会发展而出现的其他掩饰其真实性质的信息操纵行为,使得本该为消费者所信赖的用户评价沦为商业推广工具,法律上却缺少有效的规制,影响了新技术条件下市场机制的健康运作。无视区别性原则的竞争法意义,法律将逐渐沦为技术的“跟班”,不但无法应对技术发展进程中不断涌现的问题,也无助于经营者及消费者群体合理预期的确立和保护,致使市场运行过程中生成的信息要素无法有效发挥作用。

一、区别性原则的基础法律逻辑及意义

基于向用户之外的第三方收取对价呈现商业信息的经营模式,内容提供者获得了经营者的身份,但其对自身提供的编辑处理内容一直保有自主独立的编辑控制。因此,编辑控制成为确立和适用区别性原则的核心概念。

(一) 编辑控制构成区别性原则的基础法律逻辑

编辑控制作为输出编辑处理内容的核心环节,具体表现为内容提供者对内容的选择和呈现方式的控制。“编辑,选题取材,有序组合,构成讯息。根据社会文化需要,按照指导方针,使用物质载体和技术手段,对精神产品进行组织、采集、鉴审、选择和编序加工,并缔构成一定的文化符号模式作为社会传播媒介,即为编辑活动。”^{〔5〕}欧盟《视听媒体服务指令》指出:“视听媒体服务提供者……出于告知、娱乐和教育目的,选择视听媒体服务的视听内容,决定该内容的组织方式,从而向公众提供相关节目。”^{〔6〕}这尤其体现在内容提供者对内容的选择及内容组织方式的有效控制。一般认为,这两方面的“有效控制”实质上就是编辑控制。^{〔7〕}因此,编辑控制是区分编辑处理内容与商业信息的标准,构成区别性原则的基础法律逻辑。

内容提供者从传统媒体向互联网信息服务提供者的演变,^{〔8〕}虽然在很多方面对相关法律制度形成巨大挑战,但并没有削弱编辑控制的价值。编辑控制构成区别性原则的基础法律逻辑,经受了技术飞速发展及商业模式不断更迭的考验。

一方面,互联网信息服务提供者越来越倾向于对信息进行组织乃至编辑后形成内容,再供给用户。互联网最大的特点就是“去中心化”,基于去中心化的结构,任何人在互联网上发出

〔4〕 反不正当竞争法第8条第2款规定:“经营者不得通过组织虚假交易等方式,帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。”

〔5〕 王振铎、赵运通:《编辑学原理》,中国书籍出版社1997年版,第75页以下。

〔6〕 Audiovisual Media Services Directive Art. 1 (1) (a), (d).

〔7〕 See Remy Chavannes/Oliver Castendyk, *Comments on Article 1 AVMSD*, 载前引〔1〕, Castendyk/Dommering/Scheuer书,第65段以下。

〔8〕 “互联网信息服务”系指“通过互联网向上网用户提供信息的服务活动”。参见《互联网信息服务管理办法》第2条第2款。

的声音似乎都能直达公众。就获取信息和表达意见而言,去中心化的互联网比传统媒体对公众更具吸引力。但完全由用户自己提供或选择信息,无法满足其对“相关”信息的需求。面对浩如烟海的信息,用户必须借助某种机制或某个主体对信息进行挑选、组织及判断后,才能获取有效信息。这意味着,用户接触到的信息必然要经过编辑控制主体的组织或过滤。用户自由获取信息的权利表现为获取有意义信息的需要,因此不得不让渡部分权利于编辑,使得后者能独立地帮助自己获取该信息,反之亦然。这样,互联网表面上的去中心化结构实质上演化为编辑控制的中心化:编辑位于中心,通过编辑控制为用户提供其所需信息,以形成编辑处理内容,并为用户表达提供有效的发布渠道。去中心化结构说明了中心化编辑控制存在的合法性,同时表明了互联网信息服务提供者向内容提供者转变的可能及趋势。

另一方面,编辑控制可以帮助互联网信息服务提供者明确自己与用户的法律关系。在互联网去中心化结构中,接入服务提供者与用户已经形成了合同关系,用户通过使用互联网接入服务互相交流,接入服务提供者扮演“通道”角色。但互联网信息服务提供者的角色比较尴尬:如果不能证明其提供服务的独特性,以及其实际是独立于互联网通道的内容提供者,就很难证明用户为其服务支付对价的有效性。这样,所谓互联网去中心化结构只是一种设施条件,而基于此催生的各种服务却不得不突破这种去中心化的限制,提供中心化控制的内容以满足用户的内在需求——获取有意义的信息。因此,无论是从法律意义还是经济意义而言,依托去中心化的结构,互联网信息服务提供者倾向于追求一种中心化的结构和安排,对用户所需信息进行控制和挑选,以满足其对有意义信息的需求。在此过程中,要么传统媒体变身为互联网信息服务提供者,要么互联网信息服务提供者内部建立起某种编辑控制体系,为用户编辑并挑选有效信息。

(二) 编辑控制体现区别性原则的法律意义

从免费电视服务到门户网站乃至个性化信息推送,用户已经习惯了不支付费用获取内容和信息的消费模式。即使其支付一定费用,也远不能弥补内容提供者为此付出的成本。因此,内容提供者通常需要登载商业信息,以从用户之外的第三方获取经济支持,商业信息也一度被视为用户获取内容的成本。^[9]具体到广告而言,内容提供者可以通过广告发布者的身份取得经济收入,而广告商可以借助内容提供者将广告送达尽可能多的潜在消费者。

然而,基于编辑控制之上的编辑处理内容才是形成公共舆论的主导力量,其主导公共话语互动,使得个人超越私人领域与他人共同探寻真相后达成共识。^[10]哈贝马斯将言论和信息总结分类为交往行为和策略行为。如果一方表达的目的是让对方接受自己的理由,以在相互信服的基础上达成共识,不预先设定对方接受或拒绝的结果,该表达就是交往行为。如果一方表达的目的是让对方接受自己的信息,且舍弃相互信服的环节,甚至隐瞒自己的实际目的,则是策略行为。显而易见,交往行为而非策略行为才能有助于形成充分的公共话语互动,而伪装为交往行为的策略行为对公共话语互动更具负面性。^[11]如果策略行为人对自己的目的不加掩饰,

[9] See Rebecca Tushnet & Eric Goldman (eds.), *Advertising & Marketing Law: Cases and Materials*, Independently Published on August 1, 2020, p. 8.

[10] 学者对以杜威和哈贝马斯为首的“话语式”公共舆论所秉持的价值进行了系统性的总结。See Jared Schroeder, *The Press Clause and Digital Technology's Fourth Wave: Media Law and the Symbiotic Web*, New York and Abingdon: Routledge, 2018, pp. 33 - 38.

[11] 参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论:行为合理性与社会合理化》,曹卫东译,上海人民出版社2004年版,第274页以下。

相对人就会警觉地审视相关信息和言论,并基于充足的理由作出反应。因此,虽然策略行为可能误导或操纵公众的认知,但如表明其性质,也可以实质性地避免其可能具有的误导性。

编辑处理内容与商业信息分别对应交往行为和策略行为,虽然两者紧密依存,但内容提供者对编辑处理内容进行独立的编辑控制。如果内容提供者让渡其对内容的编辑控制,基于经济原因发布第三方信息,该信息就是商业信息。这种控制主体的差异使得两种信息能在共存中各自发挥既定功用,实现各自目的。然而,内容提供者对广告商乃至发行人等经营方的依赖日益增强,其编辑控制的独立性不可避免地受到影响。一方面,基于商业信息发展起来的传统媒体的编辑独立性日渐削弱,培育出了取悦大众趣味的消费文化。^[12]另一方面,为了缓解消费者对广告的抵触,广告商试图消除广告与编辑处理内容在形式上的区别,更多地利用产品植入或软文等隐性广告或隐性手段,将商业信息掩饰为编辑处理内容,以确保对消费者的影响力。虽然对传统媒体日渐沦入消费文化趋向的担忧可能是一个社会及政治发展议题,但商业信息与编辑处理内容之间的界限不断消融,使得商业信息可以轻松伪装为交往行为,不但损害和污染对公共舆论而言至关重要的公共话语互动,而且会对消费者产生不当影响,自然成为一个竞争法问题。这样,在法律层面实现编辑处理内容与商业信息的区分,打击将商业信息伪装为编辑处理内容的信息操纵行为,就成为实现编辑处理内容独立性的客观要求。而编辑处理内容的独立性需要区别性原则来保障,这是反不正当竞争法架构下确认及适用区别性原则的起点。

就反不正当竞争法而言,区别性原则反映了用户基于特定身份的合理预期。内容提供者向用户提供的编辑处理内容是其挑选并组织后呈现的,其目的是激发用户进行真正的讨论及信息交流,以就某个议题逐渐形成社会共识。商业信息则是以夸张的内容引起潜在消费者对商品或服务的青睐。如果潜在消费者知晓其商业性质,对于其中的夸张和商业吹嘘具有清醒的预期,就不会被欺骗或误导。然而,如果内容提供者发布信息时接受了第三方支付的对价,让渡了自己对相关信息的编辑控制,且对此不予说明,则破坏了潜在消费者的预期,使其误以为有关商业信息是编辑处理内容。换言之,潜在消费者对编辑处理内容与商业信息存在不同的预期,将商业信息混同于或掩饰为编辑处理内容,会使用户对信息性质产生误解,从而产生不相匹配的预期,作出不“知情”的判断。因此,区别性原则是反不正当竞争法架构下处理消费者群体与经营者之间纵向关系的重要组成部分。

二、我国适用区别性原则的挑战

我国成文法对区别性原则的确有所反映,但尚未承认编辑控制的支撑作用,而且将其不当限缩于广告法领域,导致区别性原则的适用面临重重挑战。

(一) 编辑控制与区别性原则之间的法律联系缺失

我国相关媒体法律规范对于编辑控制的独立性有一定认知。《广播电视管理条例》第13条第2款规定:“广播电台、电视台不得出租、转让播出时段。”《出版管理条例》第21条第1款也有类似表述,且第2款进一步规定:“出版单位及其从业人员不得利用出版活动谋取其他不正当利益。”在媒体与第三方开展广告招商及节目购买等诸多经营活动时,这些规定旨在确保媒体编辑控制相对于经营活动的独立性。但这些法律文件的位阶较低,且编辑控制机制

[12] 参见[德]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版,第218页以下。

及其独立性的维持制度，尚待明确化和体系化。

在实践中，监管部门和法院对以传统媒体为代表的内容提供者编辑控制的独立性也予以一定认可。国家新闻出版总署2005年发布的《报纸出版管理规定》第40条规定：“报纸采编业务和经营业务必须严格分开。新闻采编业务部门及其工作人员不得从事报纸发行、广告等经营活动；经营部门及其工作人员不得介入新闻采编业务。”虽然仅是部门规章，但法院还是基于该规定，一定程度地认可了传统媒体编辑控制的独立性，《民营经济报》社与深圳凤凰生活文化传媒广告有限公司合作协议纠纷上诉案就是一个典型例证。在该案中，法院认为，虽然凤凰公司承包了《民营经济报》的经营，但《民营经济报》依合同享有新闻采编权和稿件终审权，其因为报道失实遭受的损失不能由承包方负担。^[13]令人遗憾的是，虽然承包方凤凰公司援引《报纸出版管理规定》第40条认为报社应为其报道负责，但法院在判决时对其予以回避，仅仅依据承包合同支持了承包方关于责任归属的主张。这样，法院仅差一步就承认存在双方合同也不能改变的、独立于经营行为的编辑控制自主权。在西宁市广播电视台、北京五洲佳世传媒广告有限公司与原审第三人青海五洲传媒有限公司广告合同纠纷案中，最高人民法院认为，相关广告经营权承包安排并不涉及“播出时段、频道、频段等出租或转让行为”，其“管理权和控制权仍属于西宁市广播电视台，故不存在因违反法律、行政法规强制性规定导致合同无效的情形”。就承包合同中为改善收视率而达成的频道包装及节目购置安排，最高人民法院认为，“西宁电视台有权对北京五洲公司所购节目逐带进行政治、内容及技术审查。没有证据证明北京五洲公司实际掌握了上述两个频道的栏目设置、广告定价、时段安排、审查发布等宣传编辑权和经营决策权”。因此，相关承包安排并非无效。^[14]可见，对于以传统媒体为代表的内容提供者编辑控制行为之独立性，中国法院已经形成了初步的司法认知。

广告法第14条规定的区别性原则强调广告的“可识别性”，通过“显著标明”的形式，将广告与其他非广告信息相区别。基于传统媒体的行政许可及严格监管制度，监管部门倾向于通过部门规章或其他行政措施贯彻区别性原则。然而，在互联网语境下，海量信息中糅杂着商业信息，具体信息的性质难于分辨。这导致司法机关和执法机关在判定有关信息是否构成商业信息时态度谨慎，唯恐相关认定对新技术、新业态的发展构成障碍。例如，有的执法机关对有关信息的性质迟迟不予认定，^[15]有的法院就同一事项作出前后不一的判决。^[16]实践中，因为信息识别的困难，许多法院直接将网络搜索服务提供者竞价排名的做法视为信息服务。北京市高级人民法院即明确承认这一点，并强调可以通过反不正当竞争法来矫正竞价排名中出现的问题。^[17]但是，如果不基于编辑控制判定竞价排名的商业性质并适用区别性原则，不要求网络搜索服务提供者标明竞价排名搜索结果的特殊性质，用户就不可能察觉其中夸张性和商业吹嘘

[13] 参见广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法民二终字第1085号民事判决书。

[14] 参见最高人民法院（2005）民二终字第164号民事判决书。

[15] 2013年9月29日，田军伟向北京市工商行政管理局海淀分局举报百度关键词文字链广告违反区别性原则。但直至2015年2月6日北京市海淀区人民法院就田军伟与北京市工商行政管理局海淀分局其他行政行为纠纷案（参见北京市海淀区人民法院（2015）海行初字第46号行政判决书）作出行政判决，该举报事项也未得到认定。

[16] 在田军伟与北京百度网讯科技有限公司虚假宣传纠纷上诉案中（参见北京市第一中级人民法院（2013）一中民终字第9625号民事判决书），法院认定百度推广属于广告。次年，在田军伟与北京百度网讯科技有限公司侵权纠纷上诉案中（参见北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第3208号民事判决书），法院认为，无论相关信息是否广告，因为百度对竞价排名及推广并无控制权，所以并不承担责任。

[17] 参见《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》第39条、第40条。

的内容,从而误认为竞价排名结果满足了自己的搜索预期。^[18]因此,2016年《互联网广告管理暂行办法》(以下简称“互联网广告办法”)第3条第2款第3项直接将“付费搜索”的性质明确为“互联网广告”,并于第7条重申了区别性原则。^[19]然而,如果不能明确编辑控制的作用,就无法形成商业信息的判定标准,构成适用区别性原则的实质性障碍。

通过检索北大法宝,以广告法第14条“法宝联想”条目中的“司法案例”为检索范围,截至2021年6月9日,适用广告法区别性原则的案例主要分为三大类:第一类关注区别性原则的合同法后果,共有13个案例。第二类关注区别性原则的侵权法意义,共有34个案例。其中,根据侵权行为所涉事项又可以将之分为两组:纵向层面作为信息接收方的消费者主张损失的案例及横向层面其他经营者或个人主张损失的案例。第三类涉及相关市场监督管理机构的行政决定。由于第三类案例很少对区别性原则的影响进行论证,故本文不再讨论。通过考察前两类案例,可以发现法院对于区别性原则法律地位和具体功能的一般认知。

一方面,不以编辑控制为基础的区别性原则的法律效力被实质性削弱。在第一类有关合同内容违反区别性原则的案例中,法院仅在4个案例中将之判定为无效合同:或者直接判定当事人之间关于有偿新闻的约定因违反广告法区别性原则而无效;^[20]或者进一步认为,违反区别性原则之约定因违反广告法强制性规定而无效。^[21]在判定合同有效的其他9个案例中,法院或者认为区别性原则体现的仅仅是管理性强制性规定,并不足以否定合同的法律效力;^[22]或者认为违反区别性原则的情形并未违反法律的强制规定;^[23]或者曲解区别性原则,将标注“广告”作为适用该原则的前提,认为未加标“广告”的相关信息是新闻报道,因此合作协议合法有效;^[24]或者干脆撇开区别性原则,以相关合同体现了双方真实意思表示为由,判决“应依约履行”。^[25]对于消费者是否将未标明性质的商业信息误认为新闻报道而被误导进入某项交易,以及由此产生的不正当竞争后果,法院在判决中大都未予考虑,遑论对之进行详细而有说服力的分析。因此,消费者以经营者违反区别性原则直接提起侵权诉讼的,均未获

[18] See Bartosz W. Wojdyski & Nathaniel J. Evans, *Going Native: Effects of Disclosure Position and Language on the Recognition and Evaluation of Online Native Advertising*, 45 (2) *Journal of Advertising* 157 (2016).

[19] “互联网广告办法”第3条第2款第3项规定:互联网广告包括“推销商品或者服务的付费搜索广告”。第7条规定:“互联网广告应当具有可识别性,显著标明‘广告’,使消费者能够辨明其为广告(第1款)。付费搜索广告应当与自然搜索结果明显区分(第2款)。”

[20] 参见欧阳某某与刘某委托合同纠纷上诉案,湖南省郴州市中级人民法院(2013)郴民二终字第46号民事判决书;甘肃国改报业有限公司与甘肃荣鑫达新能源科技开发有限公司广告合同纠纷上诉案,甘肃省武威市中级人民法院(2017)甘06民终740号民事判决书。

[21] 参见北京回声互动科技有限公司与北京网视台文化传媒有限公司合同纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初13011号民事判决书;上海菡谊文化传播有限公司与徐州全景广告有限公司广告合同纠纷案,江苏省徐州市中级人民法院(2020)苏03民终5502号民事判决书。

[22] 参见武汉沧海风行文化传播有限公司、湖北广运地产置业有限公司广告合同纠纷案,湖北省武汉市中级人民法院(2014)鄂武汉中民商终字第01498号民事判决书。

[23] 参见桂林俏天下家居用品有限公司与北京中视华夏广告有限公司承揽合同纠纷上诉案,北京市第一中级人民法院(2008)一中民终字第15576号民事判决书;郑玉钗与中国信息报社合同纠纷案,北京市第二中级人民法院(2018)京02民终6490号民事判决书。

[24] 参见每日商报报社诉杭州智成市场经营管理有限公司其他合同纠纷案,浙江省杭州市上城区人民法院(2007)上民二初字第4号民事判决书。

[25] 参见广州市携发文化传播有限公司与广州市武略媒传信息技术有限公司服务合同纠纷上诉案,广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终1184号民事判决书;云南圣约翰医院、昆明馥商文化传播有限公司广告合同纠纷案,云南省昆明市中级人民法院(2020)云01民终10234号民事判决书。

支持。

另一方面，编辑控制概念的缺失使得法院无法准确识别商业信息。在其他经营者或个人主张内容提供者因违反区别性原则而致侵权的7个案例中，法院在6个案例中通过对区别性原则的解释，确认相关信息的性质，进而对权利人的请求予以支持。例如，有的法院从行为性质的判定出发，认为经营者发布广告时没有尽力避让他人的肖像权，故违反区别性原则。^[26]有的法院从行为的后果出发，认为违反区别性原则的“软文”业务不是传统的广告业务，而是与新闻及信息传送业务相近，从而判定“软文”中所用的名号侵害了他人注册的新闻服务类别商标。^[27]这里，区别性原则仅仅是证明内容提供者将其他经营者或个人的肖像或商标等用于商业信息或广告之外的信息服务从而构成商业使用的依据。换言之，这类案件的主要争议点是其他经营者或个人的权利是否非经许可被商业使用，区别性原则的引入仅是法院确认存在商业使用而最终适用肖像权、商标权等传统法律制度的过渡性环节。而且，由于编辑控制未被作为识别标准，法院只能将商业信息的识别视为一个纯粹的事实问题，或者基于广告与杂志封面图片内容的风格一致，认定封面图片构成广告的一部分；^[28]或者将产品植入本身就视为一种商业信息，而不考虑其是否会对影视作品作者的编辑控制构成不当影响。^[29]编辑控制在区别性原则适用过程中的缺失，导致实践中无法确立识别商业信息的有效法律标准，而且大多数法院将反映区别性原则的法律规范仅仅视为管理性强制性规范，严重弱化了区别性原则的法律地位，也不利于当事人合理预期的保护。

（二）区别性原则的适用范围被不当缩限

在我国，区别性原则的法律依据仅来自于广告法，而广告法对广告的界定不足以涵盖所有商业信息。反不正当竞争法第8条第1款将虚假或引人误解的商业宣传列为不当行为，使用了“商业宣传”这一概念。^[30]在学界为数不多的论述中，大多认为广告是商业宣传的一种形式。^[31]有刑法学者认为，广告之外的商业宣传可以在一定条件下适用虚假广告罪。^[32]但在经济法领域，目前并未有学者作此认定。如果将编辑控制及区别性原则仅限于广告，就无法为“商业宣传”提供认定标准，更无法解释为什么“虚构交易”和“编造用户评价”属于违法商业宣传，进而无法令人信服地说明“虚构”和“编造”的违法性到底为何，无法满足当事人的合理预期及法律安定性的实质要求。

[26] 参见刘翔诉《精品购物指南》报社等侵害肖像权案（以下简称“刘翔案”），北京市第一中级人民法院（2005）一中民终字第8144号民事判决书；深圳市松吉电动自行车有限公司与赵某肖像权纠纷上诉案，广东省深圳市中级人民法院（2016）粤03民终17303号民事判决书。

[27] 参见苏州全媒派网络科技有限公司与腾讯科技（深圳）有限公司、苏州巨火网络科技有限公司侵害商标权纠纷案，江苏省高级人民法院（2019）苏民终1186号民事判决书。

[28] 参见前引[26]，“刘翔案”。

[29] 参见卓美公司等与珂兰公司虚假宣传纠纷上诉案，上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民五（知）终字第212号民事裁定书。

[30] 反不正当竞争法第8条第1款规定：“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。”

[31] 参见马一德：《虚假宣传构成欺诈之认定》，《法律科学》2014年第6期，第142页；于林洋、孙学华：《关于“虚假广告”与“虚假宣传”关系的法律思考》，《山西高等学校社会科学学报》2004年第6期，第62页以下；杨立新、韩煦：《我国虚假广告责任的演进及责任承担》，《法律适用》2016年第11期，第44页以下。

[32] 参见王安异：《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页以下。

区别性原则的适用缩限于广告法的现实,使得修补性立法成为一种无奈的选择。电子商务法第40条规定,电子商务平台经营者对搜索结果中竞价排名的商品或者服务应当“显著标明广告”。这体现了区别性原则,甚至还不自觉地体现了“编辑控制”标准,即对非由电子商务平台经营者自主提供的竞价结果标明“广告”性质。然而,电子商务法第40条将其适用范围局限于搜索结果竞价排名,还是回避在一般意义上确立区别性原则,所以并没有解决修补性立法带来的碎片化问题。电子商务平台首页非经消费者搜索展示有关商品和服务时,如果平台经营者并非依照自身的标准(编辑原则),而是基于商品和服务经营者的竞价排名,就无法适用该规定。如此,平台首页展示内容可能会对潜在消费者造成误导,从而产生不正当竞争后果。

即使考虑将广告作广义解释,鉴于广告法与反不正当竞争法在实践中的割裂局面,也不能保证区别性原则真正得到适用。执法部门虽然认为,广告法与反不正当竞争法是特别法与一般法的关系,并提出广告法优先适用的原则,^[33]但问题是,实践中广告法的适用经常不以相关行为之不当作为前提。例如,广告法第9条第3项规定,广告不得“使用‘国家级’、‘最高级’、‘最佳’等用语”。当广告中出现此类绝对化用语时,执法机关和司法机关基本不考虑其是否构成虚假广告,亦不审查是否造成欺骗或误导消费者的违法后果,而是直接认定出现绝对化用语即为违法。许多判决书因此纠结于经营者自己发布信息的定性,而这种做法实际上是经营者为了避免适用广告法“当然违法”规定的无奈选择。在北京威科亚太信息技术有限公司与北京市朝阳区市场监督管理局行政处罚案以及王建华与郑州市工商行政管理局、郑州市人民政府工商行政管理(工商)案中,^[34]原告均主张适用反不正当竞争法,对其使用所谓绝对化用语的行为进行审查,并对其所发布信息是否对潜在消费者构成误导及欺骗,或其是否构成对其他经营者的不正当竞争行为进行判定,但均归于失败。这表明,法院似乎无意纠正广告法与反不正当竞争法的这种割裂状态。因此,即使扩张解释广告的概念并使之涵盖“商业宣传”,区别性原则在反不正当竞争法上的意义也无从体现。

三、基于编辑控制确认和适用区别性原则

编辑控制明确了内容提供者所发布之信息的性质,成为适用区别性原则的制度前提。以编辑控制作为识别商业信息与编辑处理内容的标准,不仅可以确立区别性原则的法律地位,而且可以实现对商业信息的体系化控制,为建立互联网信息服务规制体系提供坚实的法律基础。

(一) 编辑控制是商业信息的识别标准

区别性原则适用的前提是明确相关信息的性质。但无论广告法还是反不正当竞争法,除了强调商业信息对有关商品和服务的“推销”或者“宣传”作用之外,^[35]并没有为其确认和识别提供其他实质性依据。然而,仅从商业信息的功能出发,远远不能满足信息识别的需要。一

[33] 参见何茂斌:《新〈反不正当竞争法〉背景下虚假宣传条款的理解与适用(下)》,《中国工商报》2017年12月19日第7版;朱有权:《一起广告案件引发的思考》,《中国市场监管报》2020年5月14日第4版。

[34] 参见北京市朝阳区人民法院(2019)京0105行初80号行政判决书;河南省郑州市中原区人民法院(2018)豫0102行初107号行政判决书。

[35] 参见广告法第2条第1款、反不正当竞争法第8条。

方面，仅仅因言论推崇某一商品或详细描述相关购买信息，就将之判定为商业信息，^[36]实际上否定了消费者或评测人员对优秀商品或服务的推崇或详细描述作为编辑处理内容的正当性，势必会大幅压缩言论表达的空间，也不符合区别性原则的初衷。另一方面，尽管“推销”或“宣传”也关乎信息内容，但在具体案件中考察信息内容以判定其是否构成“推销”或“宣传”，是个纯粹的事实问题，不确定性极高，无法为区别性原则提供可靠的法律支撑。

以编辑控制作为商业信息识别的核心标准，内容提供者为了取得他方支付对价等经济原因而放弃独立编辑控制所呈现的信息就是商业信息。一方面，内容提供者之所以让渡自己的独立编辑控制权，发布由第三方主导的信息，是其利益所需。这里的利益有积极利益和消极利益之分。积极利益是内容提供者发布第三方信息所获取的对价或其他经济利益。消极利益是为了遵守法律规定而发布特定信息，如公职候选人的宣传，^[37]或者公益广告，^[38]内容提供者对之均无编辑控制权。另一方面，明确编辑控制的识别功能与现有法律规范文本并不冲突。广告法第2条第1款规定：“在中华人民共和国境内，商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动，适用本法。”表面看来，依编辑控制标准而认定的商业信息的内涵似乎比该款所规定的广告更广泛、更复杂。因为除了针对“推销的商品或者服务”之外，内容提供者收取对价发布第三方主导信息的，更多涉及第三方公众形象的构建及某种特定意识的培养。而在信息不涉及具体商品或者服务的情形下，无论是执法机关还是司法机关，囿于其中推销目的之缺失，就会对这些信息的商业性质犹豫不决。具体就广告而言，在确定广告是否具有“推销”目的时，广告法文本并未限定广告的“媒介”和“形式”，并认为广告可以是“直接”的，也可以是“间接”的。换言之，法律文本所确立的广告范围，要比执法机关和司法机关目前的认知宽广，超出了“直接”的“推销”层面。然而，将编辑控制作为商业信息的识别标准，将赋予“广告”这一概念强烈的可预期性和确定性，最终激活文本规范提供的解决路径。

实际上，1994年广告法将“商品经营者或者服务提供者承担费用”作为广告的构成要件，^[39]这符合内容提供者基于积极利益而放弃对第三方信息编辑控制的情形，是商业信息识别的关键所在。但令人遗憾的是，2015年广告法修订时删去了这一构成要件，使广告性质的判定更加不确定，其原因似乎是为了防止广告主自己进行广告展示以逃避广告法的规制。^[40]但这个理由实际上并不成立，原因在于，在商业信息发布者同时又是受益者的情况下，不存在与商业信

[36] 在广州医药集团有限公司等与广东加多宝饮料食品有限公司不正当竞争纠纷上诉案中（参见湖北省高级人民法院（2016）鄂民终106号民事判决书），法院将《楚天都市报》对有关经营者的溢美之词作为判定相关内容为广告的重要因素。2020年《浙江省广告管理条例》第17条第2款规定，新闻报道中“含有商品经营者或者服务提供者的详细地址、电话号码、电子信箱、网址、二维码、商品条形码、互联网即时通讯工具等信息的，应当认定为以新闻报道形式变相发布广告”。《国家工商行政管理局关于认定利用新闻报道形式发布医疗广告问题的答复》认为：“大众传播媒介利用新闻报道形式介绍医疗机构及其服务，如出现医疗机构的地址、电话号码或其它联系方式等内容的……也应认定为利用新闻报道形式发布医疗广告。”

[37] 虽然美国对媒体发布的内容甚少管制，但还是要求其给予公职候选人免费的广告时间。See 47 USCS § 315; Kennedy for President Committee v. FCC, 636 F.2d 432, 1980 U.S. App. LEXIS 17063, 204 U.S. App. D.C. 160, 6 Media L. Rep. 1705, 47 Rad. Reg. 2d (P & F) 1537.

[38] 参见中共中央宣传部、国家工商行政管理局、广播电影电视部及新闻出版署1997年8月11日发布的《关于做好公益广告宣传的通知》。

[39] 1994年广告法第2条第2款规定：“本法所称广告，是指商品经营者或者服务提供者承担费用，通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告。”

[40] 参见宋亚辉：《商业广告概念的修法争议》，《中国工商报》2015年1月8日第3版。

息相对的编辑处理内容,没有混淆的可能和标注的必要,区别性原则也就失去了意义。从根本上来讲,只要消费者对该信息形成合法依赖,无论是否标明商业信息,信息发布者都要为此负责。^[41]在这个意义上,2015年广告法删去“商品经营者或者服务提供者承担费用”这一构成要件,既不必要,也不正当。

(二) 编辑控制与互联网信息服务的规制

在中国,以互联网为基础的新媒体逐渐成为一般民众获取信息并表达意见的重要渠道,从功能和经济模式方面都对传统媒体形成了极大的冲击——如果还不是彻底替代的话。至少对媒体监管部门而言,“大众传播媒介”这一概念呈演进之势,并逐渐将互联网信息服务提供者涵盖其中。《大众传播媒介广告发布审查规定》第13条第1款规定:“本规定所称大众传播媒介是指广播电视播出机构、报纸期刊出版单位以及互联网信息服务单位。”而“互联网信息服务单位”应指《互联网信息服务管理办法》所界定的“互联网信息服务提供者”。^[42]“互联网广告办法”第7条对之再次予以确认,认为区别性原则适用于互联网广告。这样,区别性原则就适用于通过所有类型的内容提供者所发布的广告。互联网的发展非但没有改变内容提供者的法律地位,还使得编辑控制及区别性原则的适用问题显得更为突出。

1. 互联网信息服务提供者的编辑控制

互联网改变了编辑控制的行使方式,编辑控制的程度又界定了互联网信息服务提供者的法律地位和法律责任。无论是美国还是欧盟,在确定互联网信息服务提供者侵权责任的时候,都将其是否实施编辑控制作为主要指征。在美国,因互联网信息服务提供者发布第三方信息时编辑控制程度的不同,法院将之分为三类主体,并予以不同处理:第一类是公共运营人,其对第三方提供的信息并不进行编辑控制,所以不承担侵权责任。第二类是出版人,其对第三方提供的信息进行完全的编辑控制,应承担侵权责任。第三类是发行人,其对第三方提供的信息施加一定的编辑控制,但程度弱于出版人,所以其因对相关事实的知情而承担责任。^[43]欧盟《电子商务指令》中与互联网信息服务对应的概念是信息社会服务,其按照信息社会服务提供者对信息的不同控制程度,将信息社会服务分为通道、高速缓冲储存及虚拟主机服务三类。其中,通道服务提供者对所传输信息并不承担责任,高速缓冲储存服务提供者在实际知晓缓存信息来源已被移除等情形下,有义务对该信息进行移除和屏蔽,而虚拟主机服务提供者在知晓或察觉违法信息后,有义务对该信息进行移除和屏蔽。^[44]这种依据信息社会服务提供者对信息控制的强度设定不同层次法律义务的模式清楚地表明,互联网信息服务提供者的编辑控制在欧盟也是一个关键的归责指标。

互联网信息服务提供者可能存在的编辑控制行为在中国法院也得到了一定承认。2020年

[41] 实际上,也有学者认为,反不正当竞争法中的虚假宣传、商业诋毁等制度可以解决经营者自己发布信息可能对消费者造成损害的问题。参见李芬莲:《虚假宣传不正当竞争行为判定的新思考——从广药集团诉加多宝虚假宣传案谈起》,《法学杂志》2013年第5期,第48页;孔祥俊:《论反不正当竞争法修订的若干问题——评〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉》,《东方法学》2017年第3期,第2页。关于执法机关对此问题的理解,参见谢旭阳:《再谈企业自建网站中简介内容是否属于广告》,《中国工商报》2018年8月14日第7版。

[42] 参见黄璞琳:《〈广告法〉所称的大众传播媒介应如何理解》,《中国工商报》2018年7月17日第6版。

[43] See Jonathan A. Friedman & Francis M. Buono, *Limiting Tort Liability for Online Third-party Content Under Section 230 of the Communications Act*, 52 Federal Communications Law Journal 647-666 (2000).

[44] See Arno R. Lodder & Nina Lodder, *Chapter 3: Electronic Commerce Directive*, in: Serge Gijrath et al. (ed.), *Concise European Data Protection, E-Commerce and IT Law*, 3rd ed., Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International B. V., 2018, pp. 305-310.

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“网络侵权纠纷司法解释”)第6条第1项将“是否以人工或者自动方式对侵权网络信息以推荐、排名、选择、编辑、整理、修改等方式作出处理”作为认定互联网信息服务提供者对侵权事实是否“知道或者应当知道”的因素之一。这些因素明显是编辑控制的一种体现,说明法院已经将编辑控制作为确定互联网信息服务提供者法律责任的重要依据。

2. 用户与互联网信息服务提供者分享编辑控制

与独立完整的传统媒体编辑控制不同,互联网信息服务提供者编辑控制的碎片化特征明显:用户的言论不可避免地成为其所呈现信息的重要部分,而其不可能对所有用户言论进行编辑控制。因此,用户在发表言论的那一刻实际行使了本该由互联网信息服务提供者掌控的部分编辑控制权。^[45]换言之,互联网信息服务提供者因为不可能对其呈现的信息进行完全的编辑控制,不得不与用户分享编辑控制。如果用户的相关言论并非出自表达的需要,而是为了获得某种对价,该言论也构成“商业信息”。另外,用户对某项信息的点击量也是互联网信息服务提供者所呈现信息的一部分:用户基于其意愿观看相关内容并被记录,也是一种表达。如果点击并非基于用户的兴趣和意愿,而是为了获得对价或以其他方式为第三方所控制,则这种点击因用户缺少自主性而构成商业信息。

法律唯有通过确认用户言论表达或传递信息的自主性,才能够确保互联网信息服务领域编辑控制的完整性及独立性。故此,互联网信息服务提供者进行编辑控制的方式和独立性的要求也必然延及相关用户,相关用户成为编辑控制主体,从而为区别性原则适用于互联网信息打开了大门。在德国反不正当竞争法实践中,法院直接将个人通过互联网发表言论的自主性视为保护对象,认为其接受第三方给付对价而发表的言论就是商业信息,须披露其性质。^[46]美国联邦贸易委员会认为,网络评价属于消费者认可的一种,如非自主作出,就需披露其与经营者的实质联系。^[47]

3. 基于编辑控制的虚假信息规制

基于编辑控制的区别性原则对互联网领域的信息操控问题展现出强大的规则塑造力量。由于网络生成及传播的信息数量巨大,内容提供者不可能对呈现给公众的绝大部分信息予以编辑控制,使得内容提供者之外的第三方有充足的空间对有关信息予以操控。换言之,内容提供者在互联网环境下对信息编辑控制的减弱导致了虚假信息的泛滥。^[48]

在我国,互联网领域中虚假信息的表现形式主要是“控评”及“删帖”行为。但目前无论是媒体法还是反不正当竞争法,均没有基于区别性原则对其进行规制,互联网监管部门不得不依靠强监管来推行相关政策目标。国家互联网信息办公室2019年发布的《网络信息内容生态治理规定》(以下简称“网络信息治理规定”)第22条规定:“网络信息内容服务使用者和网络信息内容生产者、网络信息内容服务平台不得通过发布、删除信息以及其他干预信息呈现

[45] 欧盟的方案则是将媒体服务提供者的概念延及个人,从而使该问题在很大程度上得到了解决。See Audiovisual Media Services Directive Article 1 (1) (d); 前引 [7], Remy Chavannes/Oliver Castendyk 所作评注,第81段。

[46] Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 39. Aufl., § 5a Rn. 7. 70 ff.

[47] See Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 CFR 255.2, 255.5.

[48] 欧盟认为,加强编辑控制可以有效遏制虚假信息的蔓延。See European Commission, *EU Code of Practice on Disinformation Annex II*, 2018, p. 17, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>, 2022年3月11日最后访问。

的手段侵害他人合法权益或者谋取非法利益。”然而，该条中“内容生产者”等诸多指称语焉不详，且所称“发布、删除信息以及其他干预信息呈现的手段”皆属编辑控制的种种外在表现。如果互联网信息服务提供者基于内部的管理规则对相关信息进行干预，要么是其有效提供服务所需的信息组织行为，要么是其独立行使编辑控制权。只有其接受他方的对价，放弃了独立组织及编辑控制的前提下，才有可能“侵害他人合法权益或者谋取非法利益”。然而，“网络信息治理规定”没有区分互联网信息服务提供者“发布、删除信息以及其他干预信息呈现的手段”是否基于独立的编辑控制，就直接将之认定为违法行为。这种强监管的路径粗暴地否定了互联网信息服务提供者提供编辑控制内容的权利，所采取的措施不符合比例原则的要求，也不利于其在自律的基础上积极提供符合公共利益的信息产品。

2020年6月10日，就新浪微博在蒋某舆论事件中干扰网上传播秩序等问题，国家互联网信息办公室指导北京市互联网信息办公室约谈新浪微博负责人，责令其立即整改，暂停更新微博热搜榜和热门话题榜一周，同时依法从严予以罚款（以下简称“新浪微博热搜案”）。^[49]“新浪微博热搜案”是对互联网信息服务提供者“控评”或“删帖”等行为首次公开处罚。但是，互联网信息服务提供者是基于编辑控制还是收取对价而删除或控制某项热搜结果，两者法律性质截然不同：前者是独立行使编辑控制的结果，合法有效，后者是隐藏商业性质的信息操控，具有潜在的不正当竞争后果。“新浪微博热搜案”似乎呼应着“网络信息治理规定”第22条的适用对象，但以该条款为代表的监管制度并没有基于编辑控制以及区别性原则确立违法行为的识别标准，更没有触及到“删帖”或“控评”等损害发表信息的用户或内容提供者编辑控制独立性的法律后果，在底层逻辑上有所缺失，无法为中国互联网信息产业的发展构建可信赖、可预期的法律环境。

编辑控制所支撑的区别性原则在互联网信息服务领域的滞后适用会带来严重的经济后果。国家市场监督管理总局2021年8月发布的《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》（以下简称“网络不正当竞争规定意见稿”）第9条对互联网领域中“虚假或者引人误解的商业宣传”予以具体化，其中，第5项和第8项的规定似乎超越了反不正当竞争法第8条第2款。第5项认定误导性展示评价构成不正当竞争，^[50]实际上对经营者编辑控制的方式提出了一定的要求，本身与区别性原则无关。而根据第8项的规定，经营者“以返现、红包、卡券等方式足以诱导用户做出指定评价、点赞、转发、定向投票等互动行为”构成不正当竞争。巧合的是，这种经营者向用户提供好处诱使其对产品作出好评的行为正是2021年5月亚马逊对部分中国商户的资金和货物予以冻结或封存的理由。^[51]实际上，从2018年开始就有报道称，亚马逊开始调查中国商户购买好评、向亚马逊员工支付资金取得相关用户信息并删除负面评价等行为，并认为这种行为有误导消费者之嫌，与虚假信息性质相同。^[52]“网络不正当

[49] 参见《国家网信办指导北京市网信办依法约谈处罚新浪微博》，http://www.cac.gov.cn/2020-06/10/c_1593350719478753.htm，2020年9月4日最后访问。

[50] “网络不正当竞争规定意见稿”第9条第5项规定，经营者不得“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”。

[51] See *Amazon Was Sued by the Chinese Companies It Banned*, CE Noticias Financieras English, September 30, 2021; *Amazon Bans 600 Chinese Brands For Fake Reviews*, CE Noticias Financieras English, September 20, 2021.

[52] See *How Merchants Use Facebook to Flood Amazon with Fake Reviews*, Chicago Daily Herald, April 29, 2018; *Customer Data “Leaked by Worker” at Amazon*, The Times (London), September 18, 2018.

竞争规定意见稿”第9条第8项对于诱导性评价的规制体现了一种进步，但其对“付费诱导评价”的禁止并不符合区别性原则的要求。区别性原则并不禁止付费诱导评价本身，而是要求展示其“推广”或“收费评价”的性质，以与用户自主性评价相区隔。在此基础上，如确有必要，才对其内容的正当与否予以进一步判定。简单地禁止收取对价发表评价，就会对合法的“鼓励评价”造成误伤，^[53]也不利于新技术条件下商业信息的发展。

四、反不正当竞争法层面区别性原则的制度构建

区别性原则的制度构建模式选择反映着不同法域历史、社会及制度发展的要求。我国应当在反不正当竞争法架构下，基于编辑控制的信息识别功能，系统地构建区别性原则的相关法律制度。

（一）区别性原则的制度构建模式

从域外法经验来看，区别性原则的制度构建模式主要有两种：一种是将区别性原则的相关制度纳入媒体法统一规制的一元模式，以美国为代表；另一种是媒体法和反不正当竞争法分别对区别性原则的相关制度进行规制的二元模式，以欧盟和德国为代表。

美国通讯法第317条规定了赞助公示制度：广播电视台因他方直接或间接支付对价而播放内容的，须将该事实以一定方式向观众或听众予以披露。^[54]这源于美国国会1912年8月24日通过的美国联邦邮政署1913年度拨款法案，该法案允许载有广告的书刊通过邮局发行并享有优惠费率，但须将收费刊载的内容标明为“广告”，否则会对负责编辑和出版人处以罚款。^[55]当然，如果出版人在编辑处理内容、经济支撑及其他方面没有受制于广告商，则其出版物并非广告。^[56]随着美国广播电视业的发展，出现了小众唱片公司向电台音乐主持支付对价而主推其音乐作品的做法，以及智力竞赛节目向赞助商选定的选手倾斜或允许某些选手对其背后的公司进行宣传的做法，^[57]这都破坏了赞助公示制度的实施。最终，通过法律修订，通讯法第317条规定的公示义务延及广播电视台雇员，并对违反赞助公示制度的情形规定了刑罚措施。^[58]有学者认为，赞助公示制度是为了维护竞争，避免消费者遭受误导及保护编辑权独立行使，以促进公共话语互动的健康进行。^[59]正因为美国媒体法兼顾区别性原则的竞争法后果，并辅之以严格的救济措施，所以其反不正当竞争法文本对区别性原则着墨不多。兰姆法案第43条（a）的确适用于“错误或误导性广告”，但它更多针对的是广告主所承担的责任，^[60]鲜有独立案例涉及商业信息与编辑处理内容的区别。更有针对性的是联邦贸易委员会根据联邦

[53] 例如，亚马逊会通过Vine系统向特定用户赠送商品，以供其进行评价。但该评价须以绿色条表明，其系用户无偿使用相关商品后作出。See *The Secret Life of Amazon's Vine Reviewers; Stuff and Things*, *The New York Times - International Edition*, February 3, 2019.

[54] See 47 USCS § 317.

[55] See Act of Aug. 24, 1912, Ch. 389, 37 Stat. 539, 554 (codified at 18 U. S. C. 1734 (2021)).

[56] See *Willamette TV & Cable Guides*, P. S. Docket No. 16/97, February 18, 1985.

[57] See Richard Kielbowicz & Linda Lawson, *Unmasking Hidden Commercials in Broadcasting: Origins of the Sponsorship Identification Regulations, 1927 - 1963*, 56 *Fed. Comm. L. J.* 329, 346 (2004).

[58] See 47 USCS § 508.

[59] See Ellen P. Goodman, *Stealth Marketing and Editorial Integrity*, 85 *Texas Law Review* 83, 99 (2006).

[60] See 1 *Trademark and Unfair Competition Deskbook* § 12.03 (2021).

贸易委员会法第5条授予的权力,针对隐瞒赞助内容或商业信息性质的行为进行纠正或提起诉讼的做法,并在产品植入等影响赞助公示制度的诸多部分强化了相关行政救济渠道。^[61]因此可以说,美国通讯法第317条构建了区别性原则的主要制度,联邦贸易委员会则就新技术条件下违反区别性原则的相关救济措施进行了有益补充。

欧盟《视听媒体服务指令》在三个层次上确立了视听媒体领域的区别性原则,分别是:商业信息须易于识别并不得采用藏匿性质或其他隐性方式进行;赞助内容须予以标示并不得影响媒体编辑权及其独立性;电视广告和电视购物不但需要表明其性质以示区别,还需要通过明显的标示与其他编辑处理内容分开。^[62]欧洲媒体法学者认为,除却其媒体法意义,《视听媒体服务指令》规定的区别性原则也是为了维持媒体在市场竞争中的中立地位,保护消费者利益,使之不会遭受伪装型广告的误导。^[63]由此可见,其竞争法意义十分突出。同时,欧盟《视听媒体服务指令》中编辑控制独立性和编辑处理内容的概念成为识别商业信息及构建相关反不正当竞争法制度的前提。《电子商务指令》规定,商业信息须清楚表明其性质。^[64]源于媒体法的编辑处理内容这一概念,成为界定商业信息时相当重要的区分指标。^[65]另外,依照《不公平商业行为指令》的规定,商业行为的动机或意图应当透明,如果对之进行错误披露或加以隐瞒,就构成误导性商业行为。^[66]这通常指不当产品植入及将商业信息与媒体编辑处理内容相混淆的情形。^[67]该指令还特别强调编辑处理内容所体现的自主编辑控制,坚决否定侵蚀编辑控制独立性的相关行为的合法性,因此将经营者支付费用推广相关产品和服务的编辑处理内容(“软文”)及促使消费者对商业行为性质产生误解的行为列为当然的不公平交易行为。^[68]这样,除了媒体法中区别性原则的有关规定体现出的竞争法意义之外,区别性原则以及作为其逻辑基础的编辑控制概念更是深刻地塑造了欧盟反不正当竞争法的相关制度。

作为欧盟重要成员国,德国媒体法和反不正当竞争法对区别性原则均予以确认。在媒体法方面:首先,德国各州的出版法均将区别性原则作为一项基本原则予以规定。^[69]其次,搭建了联邦视听媒体法律架构的州际媒体协约也对广告和电视购物及新技术形态下的广告和推广行为规定了“识别与分离原则”。^[70]最后,远程媒体法针对互联网广告及推广规定了提示和清楚标明义务。^[71]在反不正当竞争法方面,德国从1909年起就在一般条款的司法实践中发展出了“伪装式广告禁止”制度,后基于真实原则,将之适用于所有形式的广告。^[72]通过2004

[61] See 1 Trademark and Unfair Competition Deskbook § 14.01 (2021).

[62] See Audiovisual Media Services Directive Art. 9 (1) (a), Art. 9 (1) (b), Art. 10 (1), Art. 19 (1).

[63] 参见前引 [1], Castendyk 所作评注,第131段,第153段。

[64] See Electronic Commerce Directive Art. 6 (a), Art. 7 (1).

[65] 参见 [德] 阿尔弗雷德·比勒斯巴赫等编:《简明欧洲信息技术法》,吴峻译,商务印书馆2019年版,第321页以下。

[66] See Unfair Commercial Practices Directive Art. 6 (1) (c), Art. 7 (2).

[67] See Geraint Howells, Hans-W. Micklitz & Thomas Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, Hampshire and Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006, pp. 141 - 142, p. 151.

[68] See Unfair Commercial Practices Directive Annex I Items 11, 22; Bert Keirbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011, pp. 81 - 82, p. 398, p. 417.

[69] Vgl. § 10 BW LPPrG.

[70] Vgl. § 2 II Nr. 7, 11, § 8, MStV.

[71] Vgl. § 5 I Nr. 1, 6 I Nr. 1 TMG.

[72] 参见前引 [46], Köhler/Bornkamm/Feddersen 书,第5a节边码7.1。

年相关条文调整，德国反不正当竞争法将媒体法中的区别性原则先扩展至所有形式的广告，且涵盖“变相竞争行为”，最后在2008年为使《不公平商业行为指令》中的相关制度转换为国内法而将之扩展至“掩饰商业目的之商业行为”。^[73]因此，与媒体法中区别性原则相对应，反不正当竞争法除了将“软文”这种收取对价将广告掩饰成“编辑处理内容”的操作列为当然违法行为外，^[74]对源于区别性原则的“掩饰商业目的之商业行为”，基于其对消费者的误导及影响，将其单列为一类不正当商业行为，^[75]从而将区别性原则扩展至报刊、视听媒体及互联网等所有媒体发布的商业信息并形成了相关案例群，^[76]以保护消费者不被掩饰为编辑处理内容的商业信息所误导。这样，德国的反不正当竞争法体系在媒体法之外单独确立并发展了区别性原则，相关制度构建丰富而完备。

（二）反不正当竞争法层面区别性原则的系统确立

区别性原则要求内容提供者向公众清楚地表明其所呈现的编辑处理内容与商业信息性质的不同。一方面，这是为了确保内容提供者编辑控制行为相对于经营活动的自主性，体现着媒体法的要求，因此具有重大宪法意义，赋予区别性原则极高的法律层级。另一方面，在反不正当竞争法架构下，也要确立并维护内容提供者编辑控制的独立性，否则就无从识别商业信息与编辑处理内容，也就无法有效确立及适用区别性原则。因此，媒体法和反不正当竞争法都可以规定区别性原则。但是，如前所述，媒体法的相关制度并不排斥区别性原则固有的竞争法意义，关于维持编辑控制独立性的规定也成为反不正当竞争法架构下适用区别性原则的前提。

1. 区别性原则确立的路径

为确立“编辑控制”的概念和相关制度，广告法中的区别性原则条款提供了现实的突破口。可以考虑通过法律修订的方式，在该条款下明确“编辑处理内容”概念，将之进一步定义为经独立“编辑控制”处理的内容，并将“第三方经营者支付对价”作为广告的认定标准。另外，将“编辑控制”概念引入反不正当竞争法第8条及其他相关法律所规定的“商业宣传”制度，与用户评价、专业评测等编辑控制主体提供的编辑处理内容区别开来。待时机成熟时，在反不正当竞争法“总则”部分，基于编辑控制确立“商业信息”的概念，使之不但能够涵盖“不正当竞争行为”部分的商业推广，也能够涵盖广告法的广告，在明确识别标准的基础上，为今后商业信息形态的发展留有充足的调整空间。

对于执法及司法实践中不考察不正当竞争效果就认定广告违法的现象，如果不能基于广告法第28条所规定的虚假广告构成要件，对第9条第3项绝对化用语的不正当竞争效果进行审查，也可以基于反不正当竞争法第8条进行审查。现阶段，可以通过司法解释，否定绝对化用语的当然违法性，并在判定广告的违法性时审查其是否对消费者群体构成虚假或误导性商业宣传，从而将广告法纳入反不正当竞争法体系中，实现反不正当竞争法体系内区别性原则的系统适用。这样就能为包括广告在内的商业信息的正当性判断提供理论依据和具体标准，并在区分信息性质的基础上针对商业信息进一步适用虚假广告或虚假商业宣传相关的法律制度。另外，将广告法纳入反不正当竞争法体系，既可以在实践中充分利用市场监督管理部门的行政资源有

[73] 参见前引[46]，Köhler/Bornkamm/Feddersen书，第5a节边码7.2。

[74] Vgl. Nr. 11 Anh. § 3 III UWG.

[75] Vgl. § 5a IV UWG.

[76] 参见前引[46]，Köhler/Bornkamm/Feddersen书，第5a节边码7.17以下。

效落实区别性原则，又可以防止行政权力在执法时无视广告的竞争法效果而损害经营者的合法权利。

2. 区别性原则的适用与消费者群体的救济

区别性原则本身就隐含着内容提供者通过发布商业信息取得收入的经济属性，这使得内容提供者能够作为经营者被反不正当竞争法所规制。在这一架构下适用区别性原则的直接目的是避免商业信息被隐瞒而对消费者造成不当影响，通过保护消费者群体对信息性质的知情而间接保障经营行为的正当性，体现了反不正当竞争法2017年修订后所确立的经营者、消费者及公共利益三重保护目标。^[77]因此，如何在法律实施中体现消费者群体利益的保护，就成了一个重要的现实问题。在美国，囿于消费者个人提起权利主张的成本制约，除了相关经营者提出诉讼之外，联邦贸易委员也会要求经营者停止侵害消费者权益，违反赞助披露制度的经营者应当进行合规披露。^[78]在德国，消费者个人无法基于反不正当竞争法向不正当竞争行为人提出停止侵害请求权和损害赔偿请求权。^[79]在受影响的经营者向掩饰商业目的的行为人提出停止侵害请求权和损害赔偿请求权之外，仅有法律认可的消费者团体才可以在消费者群体利益受到损害时向相关行为人主张停止侵害请求权。^[80]

在我国，市场监督管理总局同时负责消费者权益保护及反不正当竞争法中的行政救济事宜，与美国联邦贸易委员会的职权设置十分相似。就行政救济而言，消费者权益保护法中消费者个人权益保护及反不正当竞争法中消费者群体利益保护集中于同一监管机构，更符合中国现有的行政体制安排，美国路径因此更有现实性。而在民事救济层面，由于消费者群体而非消费者个人的利益才具有竞争法意义，因此，德国反不正当竞争法中合格消费者团体的停止侵害请求权可能更具借鉴意义。需要指出的是，我国消费者权益保护法已经确立了公益诉讼机制，^[81]虽然它主要是为了解决消费者个人维权成本的问题，但将诉权集中于特定机构的安排，客观上也使得经营者免于不当的诉累，且更符合保护消费者群体利益的竞争法逻辑，也有在未来通过成文法的修订而引入反不正当竞争法体系的必要，以通过公益诉讼机制制止经营者侵害消费者群体利益的不当行为。而在该公益诉讼中，法院判定相关行为是否正当的前提就是：经营者隐瞒信息乃至行为的商业性质对相关消费者群体是否构成实质性误导。

（三）区别性原则的本土制度构建

作为商业信息的不同形态，反不正当竞争法中的“商业宣传”与广告法中的“广告”并无实质区别。“宣传”和“广告”都是一种策略行为，而非交往行为。其关注的并不是消费者的判断，而是信息本身想要达到的商业目的。为此，该信息可以夸张，也可以有意忽略自身的漏洞，甚至可以在不违反法律规定的前提下对潜在消费者予以选择性劝导，但必须表明其性质。因此，在反不正当竞争法架构下，应当针对所有形式的商业信息，基于编辑控制来构筑完备的区别性原则适用的制度体系。

[77] 参见孔祥俊：《〈民法总则〉新视域下的反不正当竞争法》，《比较法研究》2018年第2期，第110页以下。

[78] See 16 CFR § 255.1 (d); 1 Trademark and Unfair Competition Deskbook § 14.01 (2021).

[79] Vgl. § 8 III Nr. 1, UWG.

[80] 参见前引〔46〕，Köhler/Bornkamm/Feddersen书，第1节边码39。

[81] 消费者权益保护法第47条规定：“对侵害众多消费者合法权益的行为，中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会，可以向人民法院提起诉讼。”

区别性原则对商业信息的体系化控制体现在两个方面：信息识别和公开展示。信息识别主要基于编辑控制标准来实现。如果经营者通过支付对价或以其他经济影响的方式控制内容提供者发布信息和言论的自主权，该信息和言论就构成商业信息。公开展示的要求也具有塑造反不正当竞争法成文规则的效果，其并不禁止呈现商业信息，而是要求公开展示其性质。就反不正当竞争法第8条第2款规定的“组织虚假交易”而言，只有对收取对价“虚构”或“虚假”发布信息的情形不作说明，不披露其商业信息的性质，导致与真实交易所体现的信息及用户自主评价相混同并产生误导后果的，才在法律意义上构成不当行为。

在互联网领域，用户对商品或服务发表评价有时的确是基于真实交易。即使发表评价并不需要真实交易的，其本身也可能并不“虚假”。但是，如果用户并非基于自己的意愿进行交易或发表评价，而是因为第三方向其支付对价，或者通过其他方式控制了其交易或评价的自主权，该信息或评价就构成商业信息。比如，在电子商务平台成功销售商品或服务的商家向消费者允诺，只要对所购商品或服务给予好评，就可以获得“返券”或“现金退还”一类的优惠。再如，有的商家以免费作诱饵，要求消费者将推荐该商家的意见发布在社交平台上。一言以蔽之，如果基于“编辑控制”的识别标准适用区别性原则，互联网语境下许多信息交流实际上都应该被认定为商业信息。如果对其不予识别并标识，就会产生不正当竞争的后果。基于编辑控制标准的区别性原则一旦获得反不正当竞争法的认可，就可以基于内容提供者编辑控制是否被削弱或损害的情形，对上述行为予以有效规制。

无论是“虚构”还是“编造”，只有通过以编辑控制作为逻辑基础的区别性原则，才能从反不正当竞争法的角度解释隐瞒真实性质的商业信息的违法性。即使交易真实，但交易或评价自主权由第三方控制并且未予披露的，也可以据此确定其违法性。只有依照编辑控制标准而被认定为商业信息的，才可以视其具体表述是否真实或具有误导性等情形，进一步适用反不正当竞争法中的虚假商业宣传制度。在互联网信息服务提供者与用户分享编辑控制的情形下，应将借助网络发表言论或信息的个人视为编辑控制主体，最终将区别性原则扩张适用于互联网信息服务领域内所有编辑控制主体发布的商业信息，从而在反不正当竞争法架构下实现对虚假信息的有效规制。在推动成文法明确区别性原则适用规则的同时，最高人民法院可以考虑对“网络侵权纠纷司法解释”中所体现的“编辑控制”认知及涉及传统媒体编辑权（“采编权”）或编辑控制的案例进行总结，并将之适用于所有形态的内容提供者，通过司法解释或指导案例的形式，在司法层面提供可靠的信息识别和定性标准，为整个媒体及信息服务产业的发展构建一个可信赖、可预期的司法环境。

结 语

区别性原则的核心在于包括媒体在内的内容提供者对其所呈现信息进行编辑控制的独立性。首先，如果编辑控制在法律上得以明确，就可以编辑控制的独立与否来识别是否存在信息被他人“操控”的情形。被他人“操控”的信息如果不能说明其性质，则属于虚假和误导信息。如何在此基础上进一步建构更为有效且符合比例原则的互联网信息服务监管架构，需要深入思考。其次，编辑控制人须对其提供的内容负责。是否可能基于此为民法典第1194条至第1197条确立的网络侵权制度提供一般侵权责任法意义上的概念支撑，从而依据编辑控制程

度更好地界定互联网信息服务提供者的责任范围,甚至可以在此基础上借鉴其他法域的成熟做法,进一步对互联网信息服务提供者必要的信息组织行为及其他基于维护公共利益的信息筛选行为作出豁免规定,^[82]以明确“避风港”的实质内容,需要在司法实践中进一步探索。最后,对于欧盟和德国反不正当竞争法将区别性原则扩张适用于“掩饰商业目的之商业行为”,使其不但可以规制内容提供者的相关行为,也可以涵盖诸如“一元游”等名为旅游服务实为强制广告推销的行为,值得学界进一步研究。

以编辑控制作为识别标准的区别性原则是为了识别并披露信息的性质,使得公众或消费者能基于此建立起对有关信息的信任。在反不正当竞争法领域进行系统的区别性原则的制度构建,就是在信息性质透明化的基础上信任消费者的自主判断及选择,信任其能够铸造市场运作的稳定结构。如何达成这两层信任,是目前中国经济法需要完成的任务。

Abstract: The principle of separation established by Chinese Advertising Law has strong implications for competition law as well. The basic legal logic behind this principle lies in the acknowledgment of autonomous and independent editorial control exercised by content providers over the content offered. A necessary legal connection should therefore be established between editorial control and the principle of separation. Furthermore, editorial content and business communications can be identified and differentiated based on the editorial control concept. Meanwhile, it is also necessary to acknowledge the right of Internet users to take part in editorial control over their own online speeches, so that the principle of separation can be applied to information provided by all entities exercising editorial control, including Internet users and Internet information service providers, and disinformation can be effectively countered in accordance with law. A two-pronged approach should be adopted to the application of the principle of separation. For this purpose, the editorial control concept should be further acknowledged in the identification of any business communication. A general mechanism beyond the range of the Advertising Law should thus be built to effectively identify and label all business communications. By this means, a system for comprehensive application of the principle of separation under the regime of the law against unfair competition can finally be established.

Key Words: editorial control, principle of separation, business communication, editorial content, disinformation

[82] See 47 USCS § 230; 张金玺:《美国网络中介者的诽谤责任与免责规范初探——以〈通讯端正法〉第230条及其司法适用为中心》,《新闻与传播研究》2015年第1期,第70页以下。