

# 不当商业宣传认定标准亟待完善

叶 明

最高法院今年出台的《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》（下称新《反法司法解释》）释明了“引人误解”商业宣传的表现形式与考量因素，但当前我国不当商业宣传行为的司法规制仍然捉襟见肘。主要体现在：不当商业宣传认定标准存在分歧，以致裁判结果不一；“引人误解”标准仍具模糊性，法官难以把握考量因素。下文拟针对上述问题，结合新《反法司法解释》，提出相应的对策建议。

### 明确不当商业宣传认定标准

《反不正当竞争法》第八条规定：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。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。由此可见，立法者认为判断经营者是否实施不当商业宣传，应根据“虚假”或“引人误解”标准。但上述规定在我国司法实践中的适用存在以下问题：其一，若法官选择“引人误解”标准，需要结合日常生活经验、相关公众一般注意力等因素，然而这些因素的判断具有不确定性，因此“引人误解”的认定弹性较大，部分法官唯恐认定有误以致司法矫枉过正，倾向于适用“虚假”标准，弱化甚至无视“引人误解”标准。其二，根植于侵权理论的扩张，部分法官认为构成不当商业宣传行为，还需满足原告受损要件。针对上述不当商业宣传的认定标准不一的问题，应当刺破不当商业宣传的“普罗透斯之脸”，把握行为本质——引人误解，并以此作为认定不当商业宣传行为的唯一标准。原因如下：

首先，不当商业宣传行为本质并非内容虚假与否，而在于结果引人误解。我国立法上将“虚假”和“引人误解”定位于选择关系，然而，“虚假”对应的是内容虚假性问题，“引人误解”对应的是结果误导性问题，二者并不具有选择关系的理论基础。关

- 当前我国不当商业宣传的认定标准不一，建议应明确将“引人误解”作为不当商业宣传行为认定的唯一标准。引人误解的判断具有不确定性，但法官不得藉以法律规定模糊而逃避科学标准的适用。
- 我国法院确需对“引人误解”标准予以进一步厘清，但并非需要司法解释对此进行毫分缕析的规定，如此反而会忽视个案特殊性，应把握好自由裁量和司法解释规定之间的界限。

诸现实，内容虚假的商业宣传并不一定引人误解，譬如，化妆品经营者使用“永葆青春”广告语即属于内容虚假、过度夸张的宣传，但结果并未引人误解。因此，认定不当商业宣传应以是否引人误解为标准，司法实践倾向于适用“虚假”标准的做法有误，立法对不当商业宣传行为的规定欠妥，但考虑到《反不正当竞争法》2019 年方才修订，为保持法律的严肃性，建议最高法院通过司法解释或指导性案例明确引人误解系认定不当商业宣传行为的唯一标准，以缓解司法实践中裁判不一的问题。

其次，“损害结果”系承担侵权责任的要件，并非不当商业宣传行为认定的要件。从规范层面观之，《反不正当竞争法》第二条明确构成不正当竞争行为，须满足经营者或消费者权益受损的要件，但是，此损害并不要求实然损害，有损害的危险或者现实可能性也算。此外，《反不正当竞争法》第八条有关不当商业宣传的规定并未要求“损害结果”作为其构成要件。

因此，建议应明确将“引人误解”作为不当商业宣传行为认定的唯一标准。诚然，引人误解的判断具有不确定性，但法官不得藉以法律规定模糊而逃避科学标准的适用。

### “引人误解”标准尚难廓明及厘清

2022 年《反法司法解释》延续了以往司法解释对“引人误解”考量因素的规定，

即日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等。但是，如何进一步对这些因素予以界定，仍属司法实践难题。

首先，将相关公众界定为可能购买涉案产品的群体。原因如下：其一，可能购买涉案产品的群体对涉案产品具有基础认知，若将相关公众解释为一切社会公众，那么其他公众可能因为对该产品毫无了解而轻易陷入误解，引人误解的认定标准也会因此降低，以致司法过度干预市场经济；其二，该群体是可能受到不当商业宣传行为损害的群体，将其以外的群体纳入相关公众进行判断也无意义。

其次，从时空条件对一般注意力予以限定。原因如下：其一，若相关公众刻意对涉案行为进行鉴别，则涉案行为易落入不当商业宣传的范畴，以致司法矫枉过正；其二，同一购买主体在不同的时空条件下，可能对不当商业宣传行为产生不同的理解，以致一般注意力的认定缺乏统一标准，因此，应要求相关公众在同一时空条件内对涉案宣传行为作出判断。

再次，对发生误解的事实采取整体考量与主要部分标准。原因如下：其一，相关公众购买决策心理的多样性决定其对涉案产品侧重考量的因素不同，部分公众可能侧重考量涉案产品的性能、功能、质量等，其他人可能倾向于考虑销售状况、用户评价、曾获荣誉等，因此，对误解事实予以整体考量，更利于全面考虑影响购买决策的因素；其二，主要部分标准着眼于考察涉案产品的核心卖点是否引人误

解，能够防止过度强调细枝末节的购买因素。

最后，由法官结合日常生活经验，确定据以认定不当商业宣传行为违法的误解范围。德国法院认为误解范围指数总体上处于 10%到 15%，具体数值由个案法官确定，超过具体数值即认定宣传内容引人误解。相反，美国司法判例认为没有必要在总体上限定误解范围指数，而是由个案法官自由裁量引人误解的范围。

笔者较为赞成美国法院的做法，因为计算误解率所依据的因素仍是不确定的，没有必要通过不确定的数值去代替不确定的裁量。

需指出的是，虽然德国法院将“可能购买涉案产品的群体”界定为“具有与情形相当的注意力的理智的普通消费者”，欧盟《不正当商业行为指令》将其界定为“理性知情和合理谨慎的消费者”，界定因素包含消费者受教育水平、智商、对环境 and 事物敏感度、对事项的兴趣等。但是，上述做法的合理性有待商榷。

我国法院不应可能对购买涉案产品的群体予以进一步界分，限定群体形象。理由如下：其一，如何知悉相关公众的智商、对环境和事物敏感度、对事项的兴趣等因素，即便知悉，又如何确定予以界分的某一数值；其二，对不当商业宣传行为的识别能力并非与受教育水平、智商有直接关联性；其三，假设可能购买涉案产品的部分消费群体由于智商与受教育水平较低以致其识别能力较差，但是，其仍属于涉案宣传行为可能危害的受众，具有陷入误解的可能性。因此，将此类消费群体从相关受众中划定出去的做法，缺乏必要性与可行性。

综上，我国法院确需对“引人误解”标准予以进一步厘清，但并非需要司法解释对此进行毫分缕析的规定，如此反而会忽视个案特殊性，应把握好自由裁量和司法解释规定之间的界限。

诚然，新《反法司法解释》的出台一定程度上缓解了不当商业宣传的司法规制难题，但是，不当商业宣传的认定仍然如过荆丛、摸索难行，如何探求其认定标准，尚力行远。

（作者系西南政法大学经济法学院教授、博导）

# 公开 IP 属地的隐私与个人信息法律分析

杨 鸿

4 月 28 日，微博管理员发布“IP 属地功能升级公告”，实施了在发评环节和个人主页展示 IP 属地的新功能。此后，今日头条、抖音、小红书等重要互联网平台也都上线类似功能。

值得一提的是，2021 年 10 月，网信办发布《互联网用户账号名称信息管理规定（征求意见稿）》（以下简称《账号信息规定》），其第 12 条明确要求互联网平台应以显著方式在用户账号信息页面展示 IP 地址属地信息。境内账号 IP 属地信息需标注到省（区、市），境外则需标注到国家（地区）。目前，该规定尚未生效。新功能上线后引发巨大反响乃至争论，问题焦点实际涉及隐私与个人信息保护这一前沿法律部门的规则适用，只有通过相关法律分析才可更准确判断这一新功能究竟是否侵权。以下以最早上线该功能的微博为例对其分析。

### 事件中关键法律概念的区分

1.IP 地址与 IP 属地。IP 地址是纯技术概念，它通过 IP 协议为互联网上每一个网络和主机分配一个统一格式的逻辑地址，通过这个唯一地址，保证用户计算机在联网时得以被准确识别。与之不同，IP 属地是指 IP 地址对应的行政区划，其具体区划的层级范围在不同背景下可能有所不同。据微博公告，IP 属地的显示规则是：国内显示到省份/地区，国外显示到国家。可见，新功能涉及的是 IP 属地而非 IP 地址，且 IP 属地在地理范围上远大于 IP 地址。

2.公开行为与其他行为。互联网服务商对个人信息处理行为纷繁复杂，根据相关法律包括收集、存储、加工、公开等多种类型。在服务商的隐私政策等文件中，也会针对各类个人信息及其不同处理方式做出分别而具体的规定。该事件中，对 IP 属地的行为种类至关重要，关键点是对属地的“公开”这一行为。基于同城服务等功能，微博早就在《个人信息收集清单》中申请了对位置、IP 地址的收集使用等权限，但此类行为仍属为提供服务而非公开进行，且用户可选择关闭掉对足够具体的位置等信息的授权。而此次引起争议的一大原因，正是由于对 IP 属地信息并非内部使用而是予以公开，且用户不可选择是否开放该功能。

在对关键法律概念及相关事实区分后，新功能引发的争议点就可进一步在法律意义上明确：对范围为省或国家一级的用户 IP 属地信息，服务商未经用户同意而为公共利益目的自主公开，且用户无法选择关闭，此类行为是否侵犯隐私权或个人信息权益？

### 隐私权视角下侵权可能性极小

根据《民法典》，隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。就 IP 地址而言，由于其实质的技术目的及技术考虑下随机分配的属性，若要将其认定为隐私都可能存在争议。而新功能涉及的 IP 属地为省级（境外为国家），范围上比 IP 地址大出数个层级，在使用互联网传播服务且前台可非实名的条

件下，一个人所处的国家或在国内的省份，都难以解释为是涉及私人生活安宁或有必要保密的私密信息。结合举重以明轻的法解释原则，IP 属地被认定为隐私缺乏依据，可能性极小。

### 基于个人信息保护视角的分析

1.IP 属地是否属于个人信息？《信息安全技术——个人信息安全规范》附录中明确将 IP 地址界定为“个人信息”，而并未提及 IP 属地。但该列举是非穷尽的。根据《民法典》，个人信息是能单独或与其他信息结合而识别自然人的各种信息。理论上说，自然人的任何属地信息都可归于个人信息范畴。当然，若属地范围层级较大且前台非实名，则其识别自然人的实际意义可能很弱，但从严格保护个人信息角度而言，IP 属地信息应可归入个人信息。

2.服务商对 IP 归属地的公开行为如何判定？作为前提，需梳理《民法典》与《个人信息保护法》（“个保法”）对个人信息处理规定的整套制度。据《个保法》规定，处理个人信息应遵循合法、正当、必要和诚信原则；处理行为原则上应取得个人同意，除非该法或其他法律、行政法规另行规定。该法中与微博新功能相关的“同意例外”主要是两类：“履行法定职责或者法定义务所必需”及“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理”。此外，《民法典》还规定了一个更宽泛的例外，为维护公共利益，个人信息处理人不经同意而合理实施行为为不承担民事责任。《个保法》则对“公开”行为做了特别强调，提出“个人单独同意”的更高要求。

可见，相关法律形成了三层结构的递进要求：其一，要公开 IP 属地，原则上应取得“单独同意”；其二，若无同意，应符合前述三种例外情形；其三，无论哪类情形，都应符合“合法、正当、必要和诚信”的总原则。

结合微博新功能的事实背景来看：首先，此次新功能并非基于同意。目前微博的《个人信息收集清单》等文件中并未对 IP 属地征求单独同意。其次，从不需同意的例外情形看，《账号信息规定》生效后，可作为“法定义务”直接为相关行为提供合法性依据。但在其尚未生效时，则需回到舆论监督情形及前述《民法典》中的公共利益例外。两类例外都施加了范围或实施要“合理”的重要条件。最后，“合法、正当、必要和诚信”是一以贯之的总原则，尤其是“必要”和“诚信”，对非经同意而处理个人信息的限度提出了要求。

综上，尽管目前微博等平台新功能不经用户同意而直接公布属地，但在隐私权上通常难以被认定为侵权。在个人信息权益方面，若《账号信息规定》生效，则可提供较明确的法规依据。而在其尚未生效的过渡期间，基于前述宽泛的例外规定，仍可倾向于支持相关行为总体上的合法性，但平台也应注意确保具体实施方式妥当。因此，相关平台也可完善一些具体措施，如明示新功能的法律依据与对应目的、在隐私政策等文件中事先规定这种特殊公开的具体方式、权益侵害救济等方面的处理规则，并做出平台不会对其滥用的保证等。

（作者系同济大学上海国际知识产权学院副教授，同济大学中欧创新政策与法律研究中心副主任）