

网络广告屏蔽行为的正当性判定

——以反不正当竞争法修订草案第16条为视角

李智鲲

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年8月3日; 录用日期: 2023年8月11日; 发布日期: 2023年10月31日

摘要

反不正当竞争法的互联网专条具有高度概括性, 未明确指出网络广告屏蔽行为正当性。司法实践和理论界评判广告屏蔽行为视角不同, 大都对网络广告屏蔽行为作出全然肯定或者全然否定的判断。反不正当竞争法修订草案出台, 在屏蔽行为正当性判断中引入“无正当理由”要件。这就要求广告屏蔽行为正当性要在个案中衡量, 进而提升社会整体效益。广告屏蔽行为通过反不正当竞争法进行规制需要满足无正当理由这一要件。对无正当理由要件从行为主体、行为客体、行为效果三方面进行细化, 于个案中对广告屏蔽行为的正当性判断衡量。

关键词

广告屏蔽, 正当性, 无正当理由

The Legitimacy Judgment of the Online Advertising Shielding Behavior

—From the Perspective of Article 16 of the Draft Amendment to the Anti-Unfair Competition Law

Zhikun Li

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communications, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Aug. 3rd, 2023; accepted: Aug. 11th, 2023; published: Oct. 31st, 2023

Abstract

The general provisions of the Anti-Unfair Competition Law on the internet are highly general, and

do not clearly point out the legitimacy of online ad blocking. Judicial practice and theoretical circles have different perspectives on advertising blocking behavior, and most of them make completely positive or completely negative judgments on online advertising blocking behavior. The draft amendment to the Anti-Unfair Competition Law was promulgated, introducing the requirement of “no justifiable reason” in the judgment of the legitimacy of shielding behavior. This requires that the legitimacy of ad blocking behavior be measured on a case-by-case basis, thereby improving the overall benefits of society. At present, the requirement that ad blocking behavior be regulated through the Anti-Unfair Competition Law needs to meet the requirement of no justifiable reason. The elements of unjustifiable reason are refined from the three aspects of the subject of the act, the object of the act, and the effect of the act, and the legitimacy of the ad blocking behavior is judged and measured in each case.

Keywords

Ad Blocking, Legitimate, No Justification

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

网络广告屏蔽行为是广告屏蔽技术研发者通过用户使用的方式处理各种网络广告信息的行为。在传统媒体时代，人们面对繁杂的广告毫无抵御能力。如今，人们面对以网页、视频、文章、音乐为载体的广告、甚至包括精准推送的广告，通过网络广告屏蔽技术对广告进行屏蔽，节省了时间成本，获得更好的消费体验。在网络用户快速增长的背景下，网络广告屏蔽工具的市场也在扩大。根据火狐浏览器公布的浏览器插件数据，广告屏蔽软件 AdblockPlus 为最受欢迎的插件之一，拥有四百多万的使用者¹。

与网络广告屏蔽软件市场的蓬勃发展相比，广告屏蔽行为在司法实践和法学理论层面引起了诸多争议。有论著从流量损害、竞争自由、消费者信息自由等角度处罚，论述屏蔽行为正当性。“流量损害是平台竞争行为受到竞争法规制的前提，而部分网络广告屏蔽行为，不仅没有损害流量，甚至消费者体验也得到了提升。”^[1]我国法院将广告屏蔽行为认定为不正当竞争行为忽视了屏蔽广告业的竞争空间，限制了经营者职业自由，不利于消费免于负面信息自由的保护，扭曲了市场竞争^[2]。亦有论著从著作权、商业模式角度论述广告屏蔽行为的不正当性。“提供视频广告屏蔽软件，以使视频网站的免费用户跳过视频网站在播放影视剧之前播放的视频广告的行为，类似于提供规避手段，以规避为防止未付费者‘接触’作品而采用的‘接触控制措施’”^[3]。“免费服务 + 互联网广告”的商业模式具有法律应当保护的法益，且互联网广告屏蔽行为不属于“技术中立”，而是“非法”搭便车行为，而消费者利益不能成为互联网广告屏蔽行为的合法性基础^[4]。

目前学者对于网络广告屏蔽行为正当性的判断标准较为宏观且争论不休，难以对司法实践形成明确指引。秉持着传统侵权思维方式的学者认为广告屏蔽行为具有不正当性。然而由竞争行为给其他竞争者造成损害是常态，损害本身通常不构成评价竞争行为正当性的倾向性要件，只有特定的损害才成为不正当竞争的评价因素^[5]。在竞争法视角下，行为不正当性的判断标准应当是经济性——损害到竞争效率的竞争行为，才为不正当竞争行为。如果竞争行为损害的经济效率达到必须由公权力干预的程度，则该行为应当被认定为具有“不正当性”^[6]。

¹<https://addons.mozilla.org/en-US/firefox/addon/adblock-plus/>, 访问时间 2023 年 2 月 27 日。

与学者的争论不休情况相反,在我国司法实践中,法院侧重保护网站经营者和广告投资商的利益,忽视了网络用户的消费体验和隐私保护,一般判定广告屏蔽行为具有不正当性。在优酷视频诉 360 浏览器案中²,被告提供广告屏蔽插件的行为最终导致破坏优酷网“免费视频+广告”视频服务经营模式的正常运行,干扰了视频网站的运营模式和盈利方式,破坏竞争秩序和机制,并最终造成消费者福祉的减损,属于不正当竞争行为。该法院具体论证逻辑为 360 浏览器提供广告屏蔽插件的行为将使得优酷公司在提供免费视频的同时获得广告收益以及增加付费用户的商业目的无法实现,从根本上损害了优酷公司本可获得的经营利益。从长远来看,此类看似有利于消费者的行为,或将导致在线视频网站的经营者因损失难以弥补而无法提供更加丰富的内容和更好的服务,甚至难以维持正常经营;或将迫使这些经营者不再向公众提供免费视频,转而采取一律付费的方式,从而进一步增加消费者获取服务的成本,并减少消费者原本可以得到的选择机会,最终造成消费者的利益受到损害。

2. 广告屏蔽行为正当性在司法实践中的考量因素

2022 年 11 月 22 日公布的《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(以下简称“修订草案”)16 条第 5 项规定,无正当理由对其他经营者合法提供的产品或者服务内容、页面实施拦截、屏蔽等为不正当竞争行为。修订草案虽明确判定广告屏蔽行为的不正当性时,应在具体案件中进行正当理由考量,但从目前司法实践中,广告屏蔽行为基本被定性为不正当竞争行为。

近几年的广告屏蔽行为的 26 个³相关判决,全部将广告屏蔽行为看作不正当竞争行为。部分法院从商业道德和诚实信用原则角度出发,论证广告屏蔽行为是不正当竞争行为。法院认为在使用中立的技术时仍然应当尊重他人的合法权益,在法律允许的边界内应用新技术,故技术的使用,应当采取必要而合理的形式加以实现,应当符合诚实信用原则和互联网行业公认的商业道德的基本要求⁴。亦有法院从商业模式角度切入,将广告屏蔽行为列为不正当竞争行为。该商业模式并不违反反不正当竞争法的原则精神和禁止性规定,不会损害社会公众的合法权益,且逐步形成了正常的市场竞争秩序,应受保护,他人不得以不正当干扰方式损害上述经营模式下形成了竞争秩序和正当权益⁵。亦有法院从利益损害角度出发,论证广告屏蔽行为是不正当竞争行为。法院认定爱奇艺以其自主经营方式获利,在满足企业生存和发展需要、不断改善和丰富视频内容服务的同时,也为消费者提供了不同选择,使消费者可根据自身的意愿、偏好等,选择观看广告后免费观赏影视剧等视频,或支付费用后免除广告直接播放免费视频和 VIP 会员视频,其通过正当经营所获得的相关合法权益,属于受反不正当竞争法可保护之利益⁶。

对于案件裁判论证逻辑中涉及到商业道德、商业模式、利益考量等因素。既有案件裁判思维存在侵权式救济思维,行为评价标准泛道德化,不正当竞争行为判定应当以竞争者自由竞争利益、消费者自由决策利益、竞争秩序作为评价要素。泛化的道德评价标准,鲁莽的将某些行为认定为不正当竞争行为,实际上是在保护原有竞争者。另外,反不正当竞争法所保护之利益为正当竞争利益,非为侵权法意义上的合法权益,与正当经营所得的相关合法权益并非一致。《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款虽然有“损害其他经营者合法权益”的规定,该措辞更多是一种习惯性表达,不妨碍按照反不正当竞争法的特性对其损害属性的探讨和理论上的精确界定^[7]。最高人民法院在“马达庆案”裁定中指出:“在反不正当竞

²(2021)京 73 民终 683 号。

³(2020)京 0108 民初 43218 号; (2021)京 73 民终 683 号; (2020)京 0108 民初 3444 号; (2021)京 73 民终 451 号; (2021)京 73 民终 449 号; (2021)京 73 民终 452 号; (2021)京 73 民终 312 号; (2019)京 0108 民初 59143 号; (2019)京 0108 民初 54083 号; (2019)京 0108 民初 59228 号; (2021)京 0108 民初 69095 号; (2021)京 0108 民初 53414 号; (2021)京 0108 民初 51888 号; (2021)京 73 民终 2967 号; (2021)湘 0121 民初 7121 号; (2020)沪 73 民终 578 号; (2021)京 0105 民初 33631 号; (2020)京 0108 民初 43218 号; (2021)京 73 民终 2826 号; (2021)京 73 民终 683 号; (2021)京 73 民终 603 号; (2020)沪 0115 民初 6406 号; (2019)京 0108 民初 44150 号; (2020)京 0108 民初 3444 号; (2022)京 0108 民初 17222 号; (2022)京 0108 民初 20536 号。

⁴(2020)京 0108 民初 3444 号。

⁵(2021)京 73 民终 452 号。

⁶(2022)京 0108 民初 20536 号。

争法上,一种利益应受保护并不构成该利益的受损方获得民事救济的充分条件。”⁷竞争天然就是一种对商业机会的争夺,在大多数情况下,一方得到交易机会,就意味着另外一方丧失交易机会。

3. “无正当理由”引入的可行性

法学理论与司法实践、立法层面和司法层面对广告屏蔽行为认识之间的偏差,在于从不同角度考量广告屏蔽行为涉及的各方利益。由于传统侵权法经济思维影响,司法实践判断竞争行为的不正当性大都将先在的经营者利益为重要衡量因素。行为对既有利益格局的触碰似乎天然就带有一种不正当性,但是竞争天然就会对既有利益格局产生影响。竞争法领域学者的观点则是对于广告屏蔽行为应当通过多角度利益衡量来进行正当性判断。屏蔽视频广告行为的存在其实具有合法合理的正当性基础,这一正当性本质上是源自正当的用户权利,这也是在反不正当竞争法征求意见中的“无正当理由”条件的利益基础和鲜明导向[9]。在竞争自由原则指引下,通过多种利益衡量方式来判断竞争行为正当性,这使得判断标准具有相对性。修订草案将无正当理由引入对广告屏蔽行为正当性判断之中,对正当理由进行细化,增强在司法实践的操作性。

在判断广告屏蔽行为考虑正当理由,便于综合考量多元利益,契合反不正当竞争法内在要求。《反不正当竞争法》第2条第2款规定了多元化利益考量的不正当竞争行为一般性判断范式,但因适用法益的不同在其适用中考量的重点要素有所差异[8]。“微梦诉淘友”⁸不正当竞争案二审判决认为在判断商业交易中的诚信需要综合考虑经营者、消费者和社会公众的不同利益,判断一种行为是否构成不正当竞争需要进行利益平衡,在认定一种行为是正当或者不正当时候对经营者、消费者和社会公众三者利益的不同强调将直接影响着对行为的定性。网络广告屏蔽行为主要涉及到网络用户、广告投放者、广告播放平台、广告屏蔽技术提供者四方主体利益。广告播放平台通过提供优质的服务,一方面来获取网络用户,另一方面吸引广告商投放广告。以腾讯视频为例,其通过购买大量视听作品,向网络用户提供视频资源,进而吸引到庞大的用户群体。同时,借助吸引到的用户群体,平台通过播放广告,向广告投放者收取费用。不经营视频网站的广告屏蔽技术提供者,瞄准视频网站已经聚集的网络用户,向其提供服务,增进网络用户的体验,进而增加自身对网络用户流量的占有。合理原则分析方式,便于司法衡量各方主体利益,进而断定竞争行为正当性,维护竞争自由和竞争秩序。

网络广告屏蔽行为表现形式不尽相同,无正当理由要件具有灵活性,便于个案中处理网络广告屏蔽行为正当性。部分提供广告屏蔽技术的网络浏览器主要目标是为了增进用户体验,提高消费者剩余。平台通过识别广告屏蔽技术使用者与未使用者进而提供不同的广告强度,有利于广告投放者、同时又增加了消费者剩余。对于广告屏蔽行为正当性不能一概而论,要综合广告屏蔽行为所涉及到的各种因素进行分析判断。综合考量的各种因素包括行为主体、行为方式、行为后果等因素。相比泛道德化的评判标准而言,更为细致的判定行为正当性标准会使得裁判更具说服力。

反不正当竞争法围绕竞争公平核心价值,对竞争行为进行约束,进而实现有效、有序竞争。在评判网络广告屏蔽行为正当性,考虑正当理由要件,于个案中衡量各方利益,更符合反不正当竞争法价值定位。

4. “无正当理由”视角下广告屏蔽行为正当性再思考

法学理论不能仅仅是空中楼阁,需要细致且可操作性的规则才能落实。司法实践奉行传统侵权法思维,原因之一在于传统侵权法在断案方式具有较强的可操作性。反不正当竞争法是通过多元利益主体衡量,进而鼓励和促进公平竞争,实现社会整体利益增长。这就要求反不正当竞争法不能特别侧重保

⁷最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

⁸(2016)京73民终588号。

护某一部分主体利益，应当立足行为对竞争秩序的危害。通过利益衡量，进而判断行为正当性的方式强化了竞争法适用的不确定性，引入无正当理由要件来增强反不正当竞争法可操作性。无正当理由应当从行为主体、行为方式、行为后果等方面进行细致考量，强化反不正当竞争法在广告屏蔽行为判断标砖的可操作性。

4.1. 行为主体

网络广告屏蔽行为所涉及主体主要是网络用户、广告投放者、广告播放平台、广告屏蔽技术提供者。该行为的行为主体通常是网络用户、广告屏蔽技术提供者。广告屏蔽技术提供者通常也是屏蔽技术经营者。若屏蔽技术经营者直接实施网络广告屏蔽行为，是决定屏蔽广告功能是否开启的唯一主体或者是提供屏蔽广告功能开启或者关闭功能，但屏蔽工具默示开启状态为常态。该情况下，网络用户也即消费者选择权受到了影响，消费者的自由选择权利往往会因技术行为的实施而遭到实质性的扭曲，用户沦为经营者获取竞争优势的“工具”。典型情形即是“互联网专条”第2款前三项所列举的，以强迫、误导、欺骗等为代表的行为不当影响用户选择方式，用户在知情或不知情的情况下被剥夺了选择自由，只能被动接受经营者所提供的产品或服务，抑或是“互联网专条”中未规定，但经营者以技术行为实现对用户选择的诱导行为^[9]。而将使用广告屏蔽技术的选择交由消费者，对广告投放者、广告播放平台产生影响较小，合理性较强。

屏蔽广告行为对广告播放平台营收带来一定冲击。然而，广告屏蔽技术提供者想网络用户提供屏蔽工具，是一种探索新商业模式的行为。知名广告屏蔽软件 AdGuard 超过七千万下载量，为用户提供了简洁的浏览页面、保护了用户隐私，节约了用户流量。广告屏蔽提供者提升了消费者整体、长期福利，甚至可倒逼广告播放平台改变传统商业模式。作为互联网领域经营者，广告屏蔽技术提供者和广告播放平台享有同等的竞争自由，不能简单选择一方提供优先保护。广告屏蔽技术提供者将广告屏蔽与否的选择权交由用户，是判断广告屏蔽行为正当性的重要考量因素。

网络用户群体又可以进一步划分为无义务容忍视频广告的群体和负有容忍视频广告的义务群体。在网络用户与广告播放平台就广告事宜未达成相同意思表示情形下，用户选择广告屏蔽工具自然具有合理性。

网络用户与网络广告播放平台就广告事宜达成相同意思表示情形下，用户一般负有接受视频广告的义务。用户安装并使用广告屏蔽工具行为，违反了合同义务，有违诚实信用原则，危害了交易秩序。网络广告播放平台，由于网络用户具有数量多、分布广等特点基本不会对网络用户采取诉讼手段。一般来讲，广告播放平台首选诉讼对象时广告屏蔽技术提供者。

有学者认为广告屏蔽技术提供者提供广告屏蔽技术是引诱违约行为，主张适用第三方侵害债权学说^[10]。广告屏蔽技术提供者在明知合同存在情况下，引诱他人违反约定，为第三方侵害债权行为。但我国尚未建立完整的第三方侵权制度，因此对于引诱违约行为探讨多集中在学理层面。浏览器引诱广告用户违约，虽难以适用第三人侵害债权理论进行规制，但有可能构成修订草案中“无正当理由”情形，被认定为不正当竞争行为。

4.2. 行为客体

网络广告屏蔽行为客体方面为互联网广告。广告播放平台通过在平台上发布广告方式，获取收益。部分广告也确实可以满足网络用户需要。发布网络广告是平台重要的营收方式，这部分经营者利益当然具有合法性和合理性。

屏蔽不同类型的广告合理性各不相同。从广告发布方式上将网络广告划分为弹窗广告和贴片广告。

屏蔽弹窗广告具有较强合理性。《广告法》规定了弹窗广告应当显著表明关闭标志,确保一键关闭。互联网中存在大量的弹窗广告,部分弹窗广告不仅不设置一键关闭选项,还降低用户的体验感,影响了用户对网络的正常使用。贴片广告分为前贴片广告、中贴片广告、后贴片广告。从广告屏蔽行为合理性角度来看,对中贴片广告实施屏蔽行为,具有较强合理性。在浏览内容中间出现广告,影响用户体验,打断内容呈现的完整性,因此对其进行屏蔽具有较强合理性。对于前贴片广告而言,对于前贴片广告而言,屏蔽行为合理性在三者间居中。屏蔽后贴片广告的行为合理性最低。另外,从广告内容合法性区分可以将广告分为合法广告和非法广告。对于携带病毒、侵犯用户隐私或者广告内容不具有合法性的非法广告,网络用户利用广告屏蔽工具,具有合理性。

被屏蔽广告可以由用户选择关闭或快进也是合理原则分析模式考量的重要因素。广告屏蔽工具使用者数量增多,广告播放平台也在不断优化广告播放模式和提升用户体验感。YouTube 平台相较于我国的腾讯视频、优酷、爱奇艺等视频播放平台,尊重消费者选择权。一般广告会设置 10 秒左右的预先播放,由网络用户自由选择关闭或者观看。广告商也在与时俱进甚至推出了互动广告。广告并非一无是处,消费者只是讨厌无孔不入、与自己毫不相关的广告。拥有选择权的网络用户,自由选择观看广告与否。广告播放平台可以根据广告播放情况,选择目标客户,提高广告转化效率。另外,用户浏览广告要付出时间成本、流量成本。对于毫无作用,占据用户较大流量的广告,用户使用屏蔽工具的合理性就较大。

4.3. 行为效果

广告屏蔽行为会对经营者利益、消费者利益、竞争秩序等方面产生影响。屏蔽广告行为无疑会对经营者利益产生冲击,通过综合多方利益考量,以竞争秩序是否受到扭曲为判断行为正当性重要标准,同时兼顾创新、安全等价值追求。

竞争行为正当性评价标准应当聚焦于竞争秩序,单纯的以损害其他经营者利益的为判断竞争行为正当性标准,不会真正保护竞争,而是保护竞争者。屏蔽广告行为正当性基础来自于用户选择权利,这是修订草案中“正当理由”条件的核心基础。在网络广告屏蔽行为中,需要考察损害竞争行为对竞争秩序的影响,是否破坏了正常行业生态,导致市场竞争不平等、不公正的现象。

网络广告屏蔽行为也会涉及到安全、创新等价值的实现。对于能促进创新,提升技术进步的广告屏蔽行为应当持宽容态度。广告屏蔽行为也会涉及到用户个人信息安全、个人隐私等方面。因而,在判断广告屏蔽行为正当性时,应以保护竞争秩序为价值追求,兼顾考量安全、创新。

5. 结语

互联网技术不断进步,我国司法判断广告屏蔽行为正当性时,应当以促进竞争、维护竞争秩序为出发点,不可片面保护行业既得者利益。反不正当竞争法修订也应为行业发展,良性竞争留下空间。

参考文献

- [1] 汪赛飞,桂栗丽. 平台经济下竞争关系的司法认定与立法改进——反不正当竞争法第 12 条之检视[J]. 上海法学研究, 2021(2): 36-52.
- [2] 张占江. 论不正当竞争认定的界限[J]. 政法论丛, 2021(2): 28-38.
- [3] 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(3): 59-80.
- [4] 张钦坤,刘娜. 浅析屏蔽视频网站广告行为的违法性[J]. 中国版权, 2015(4): 41-45.
- [5] 孔祥俊. 论反不正当竞争的基本范式[J]. 法学家, 2018(4): 50-67.
- [6] 宁度,张昕. 论竞争行为不正当性的“经济性”评判标准[J]. 电子知识产权, 2017(6): 32-40.
- [7] 孙晋,张松. 反不正当竞争法视阈下屏蔽视频广告行为的正当性之辩[J]. 贵州师范大学学报(社会科学版),

- 2023(2): 113-126.
- [8] 孔祥俊. 论反不正当竞争法的二元法益保护谱系——基于新业态新模式新成果的观察[J]. 政法论丛, 2021(2): 3-18.
- [9] 陈兵. 互联网屏蔽行为的反不正当竞争法规制[J]. 法学, 2021(6): 123-142.
- [10] Saluke, A. (2008) Ad-Blocking Software as Third-Party Tortious Interference with Advertising Contracts. *Florida State University Business Review*, 7, 87-120.