

网络广告屏蔽行为的反不正当竞争法规制研究

胡荟华

贵州民族大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年3月11日; 录用日期: 2023年3月24日; 发布日期: 2023年5月24日

摘要

当前很多网络视频行业都采取了“免费 + 广告”的模式, 因而广告屏蔽行为也应运而生。若对广告屏蔽行为采取放任态度, 也许会导致网页经营者或网络视频经营者遭受根本性损害, 进而摒弃“免费 + 广告”的商业模式, 最终使消费者利益严重受损。但是当前, 《反不正当竞争法》虽然也中增加了互联网内容的相关条款, 内容却并不完整。所以国内对广告屏蔽行为在判决时大多依据一般条款, 而显然这并不足以涵盖所有的行为。因此, 本文根据几个典型案例, 探究当前背景下广告屏蔽行为为不正当竞争的司法规制途径。

关键词

网络广告屏蔽, 不正当竞争, 竞争关系, 正当性

Research on the Regulation of Anti-Unfair Competition Law on the Network Advertising Shielding

Huihua Hu

Law School of Guizhou Minzu University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 11th, 2023; accepted: Mar. 24th, 2023; published: May 24th, 2023

Abstract

At present, many online video industries have adopted the mode of “free + advertising”, so advertising screening behavior has also emerged as the times require. If we take a laissez-faire attitude to advertising screening, it may cause fundamental damage to web operators or online video operators, and then abandon the business model of “free + advertising”, and ultimately cause serious damage to consumer interests. However, at present, although the Anti-Unfair Competition Law al-

so adds relevant provisions on Internet content, the content is not complete. Therefore, most of the domestic judgments on advertising blocking acts are based on general terms, which is obviously not enough to cover all acts. Therefore, based on several typical cases, this paper explores the judicial regulation channels of unfair competition in the current context.

Keywords

Network Advertisement Shielding, Unfair Competition, Competitive Relationship, 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

我国对网络广告屏蔽行为相关案件中行为人行为的正当与否，一般是根据竞争法中的一般条款来进行判定。《反不正当竞争法》中虽然增加了互联网内容有关的条款，但是在内容上涵盖性也有诸多不足，同时还有较为模糊的兜底性条款，因而在适用时也存在困难。当前国内对于广告屏蔽行为的正当性与否的判定标准并没有法律规定，在理论上的争议主要是在以下几个方面：一是《反不正当竞争法》中被称之为“一般条款”的第二条的规定的适用。二是“免费视频 + 广告”的模式是否应当予以立法保护。三是广告屏蔽行为的性质。四是广告屏蔽行为是否正当的认定标准。

2. 网络广告屏蔽行为不正当竞争认定国内外典型案例分析

2.1. 网络广告屏蔽行为不正当竞争两个典型案例分析

湖南快乐阳光公司诉广州唯思公司不正当竞争纠纷案¹中，一审法院查清相关事实后认定其并没有构成不正竞争，二审法院查清相关事实后认定其构成不正当竞争行为。

在北京奇虎科技有限公司与优酷信息技术有限公司不正当竞争纠纷案²中，一审法院查清相关事实后认定奇虎公司提供涉案插件的行为构成不正当竞争。二审法院查清相关事实后认定奇虎公司的行为是不正当竞争的行为，维持原判。

2.2. 网络广告屏蔽行为不正当竞争认定国内类似案例综合分析

以 2013 年“优酷诉金山猎豹不正当竞争纠纷案”³为开端，正式拉开了我国网络广告屏蔽案件不正当竞争纠纷的序幕。在这个案件中，不论是一审还是二审，法院均认定金山公司行为，损害了优酷的利益，构成不正当竞争。至此，该案件在一定程度上也奠定了广告屏蔽行为类案件在互联网不正当竞争当中的裁判基调。典型的在“爱奇艺诉极客广告屏蔽案”⁴中，二审法院也认定极路由公司的行为构成不正当竞争。“酷溜网(北京)信息技术有限公司、青岛软媒网络科技有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷案”⁵中，不论是山东省高级人民法院还是中华人民共和国最高人民法院均认为广告屏蔽的行为构成了不正当竞争的行为。至此，国内有关广告屏蔽行为的案件裁判结果大多与上面几个案例类似，都认为广告屏蔽

¹广州知识产权法院(2018)粤 73 民终 1022 号民事判决书。

²北京知识产权法院(2021)京 73 民终 683 号民事判决书。

³北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第 17,359 号民事判决书。

⁴北京知识产权法院(2014)京知民终字第 79 号民事判决书。

⁵中华人民共和国最高人民法院(2018)最高法民申 732 号民事裁定书。

的行为构成了不正当竞争。而 2018 年，在“腾讯诉世界星辉不正当竞争案”⁶中，一审法院依据《反不正当竞争法》第二条规定，首次将广告屏蔽的行为认定为不构成不正当竞争的行为，但是与上文“快乐阳光诉唯思不正当竞争案”类似，在一审法院认定不构成不正当竞争的行为以后，二审法院均没有受到一审法院判决的影响，最后都认定广告屏蔽的行为构成不正当竞争。但后来的案例判决大多都没有受到这两个案例的影响。如与典型案例 2 相似的几个案例，如“优酷诉国际傲游公司不正当竞争案”⁷、“优酷诉福芳公司不正当竞争案”⁸等几个案例，法院均认定广告屏蔽行为构成不正当竞争。由此也可以看出，国内对广告屏蔽行为的正当与否的观念都已经发生了很大的变化。

2.3. 网络广告屏蔽行为不正当竞争认定国外类似案例综合分析

美国相对于国内将广告屏蔽的行为认定为不正当竞争的行为的做法，较多的是倾向于不将广告屏蔽的行为认定为是不正当竞争的行为。其中典型的案件如“Zango 诉 Kaspersky Lab 案”⁹，法院并没有将 Kaspersky 的拦截行为认定为是不正当竞争的行为，该判决极大地保护用户个人的选择权。再如 2012 年“Fox Broadcasting Co.诉 Dish Network 案”，最终法院的判决也认为跳过广告的行为并没有构成不正当竞争。

德国的法院在裁判广告屏蔽类案件时，倾向于从人权保护的角度出发，认定其为非不正当竞争的行为。典型的如“AdBlock Plus 案”¹⁰，在该案件中，德国联邦最高法院最终并没有支持 Axel Springer 的诉求，法院也认定 Eyeo 公司所推出的“Adblock Plus”程序不符合构成不正当竞争的标准。其实早在 2004 年，德国的广告屏蔽案件“电视精灵案”中，与美国“Fox Broadcasting Co.诉 Dish Network 案”类似，最终德国的这起案件也没有被认定为是不正当竞争。

3. 网络广告屏蔽行为的不正当竞争认定的实证分析——基于案件争议焦点

3.1. “广告 + 免费视频”的原告所采取的商业模式是否应当受到法律的保护

“广告 + 免费视频”作为以上案例中各个原告所使用的一种商业模式，案例一中，法院倾向于商业模式因为没有法律的明文规定，因此并不适合作为一种具体的权利或者权益而赋予商业模式的实施者。案例二中，法院认为商业模式的实施者在自己网页所提供的视频中，或者在视频前设置一些广告，是视频提供的经营者下追求自己利益的条件下，合法经营的结果，不应该认为经营者这些行为有超出法律的规定，也不应该认为这些经营行为有侵犯到消费者的利益。故一审法院确认优酷公司在该案中通过正当经营、合法竞争所获得的利益，其利益应当受到法律的保护。

3.2. 原告与被告之间是否存在竞争关系

在案例一和案例二中，不论是一审法院还是二审法院，均没有因为原告网络视频经营者与被告广告屏蔽技术的开发者之间所处于不同的行业而判定两者之间不存在竞争关系。相反的，均认为两者虽然不在一个行业之中，但是反不正当竞争法并没有明确的住处规定，认为具有竞争关系的主体之间必须存在着直接的或者是狭义的竞争关系，如果说一个市场的竞争者的行为损害了其他经营者的利益，减少了其他经营者的竞争机会，损害了市场竞争秩序，又或者是有损害消费者的相关利益，那么这个经营者就应当受到反不正当竞争法的调整。

⁶北京知识产权法院(2018)京 73 民终 558 号民事判决书。

⁷北京知识产权法院(2020)京 73 民终 2702 号民事判决书。

⁸北京知识产权法院(2021)京 73 民终 452 号民事判决书。

⁹Zango, Inc. v. Kaspersky Lab, Inc., 568F. 3d 1169, 2009, 9th Cir.

¹⁰Anthonia Ghalamkarizadeh. Ad-blocking reloaded: No unfair competition, says German Supreme Court. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f223b754-c200-49d5-b4cf-7761c28efe02>, 2023-02-18.

孔祥俊在其《反不正当竞争法新原理总论》一书中对竞争关系做出如下定义“竞争关系是取得经营资格的平等市场主体之间在竞争过程中形成的社会关系”[1]。对于竞争关系,当前主要有两种主流学说,一种学说是广义狭义说,支持这种学说的代表学者如孔祥俊[2]、谢晓尧[3] [4],另外一种观点是直接间接说,郑友德[5]、宋旭东[6]都是这种学说的簇拥者。在当今社会,随着技术的发展与创新,新型的竞争关系也不断涌现,如果单从狭义的竞争关系角度即认为竞争关系就仅仅指同业竞争者在竞争中产生的竞争关系恐怕难以为继。因此广义的竞争关系概念更适应当今社会的发展。而且在实务中,上文所列举的几个案例中,高级法院乃至最高人民法院判定原告被告之间受存在竞争关系都是倾向于采纳广义的竞争关系观念,即竞争关系受存在,取决于经营者的当前这个行为会不会使得其他的经营者的利益受到损失。

一般来说,竞争关系认定需要考虑的因素:首先,需要考虑主体是否为市场经营者。只有主体符合要求,才能用相关的规定去加以调整。《反不正当竞争法》第二条明确规定,不正当竞争的行为的实施者,是市场的经营者,非经营者不能成为被该法律调整的主体。其次,考虑经营者是否根据其实施的行为取得了额外的竞争优势。最后要看经营者所实施的行为损害其他经营者的利益之可能性。以上文案例一为例,根据裁判文书,湖南快乐阳光公司和广州唯思公司是市场经营者,因此满足《反不正当竞争法》中的调整主体需求。唯思公司所开发的720浏览器,在使用了广告屏蔽技术后确实获得了在同等条件下的更多的用户使用率,获得了额外的竞争优势。最后快乐阳光公司以广告作为其主要收入来源,而唯思公司的广告屏蔽技术无疑减少了快乐阳光公司的经济利益。综上所述,笔者认为快乐阳光公司与唯思公司之间存在着竞争关系。同理,案例二中原被告之间同样也存在竞争关系。

3.3. 广告屏蔽的行为是否构成不正当竞争

在本文快乐阳光诉唯思公司案中,法院认为原告的商业模式不应该受到法律保护,因而判定被告唯思没有构成不正当竞争,是根据《反不正当竞争法》的第二条,也就是人们通常所称的“一般条款”的规定。之所以会存在一审二审法院判决不同的情况,是因为在认定被告公司的行为构不构成不正当竞争,一审二审法院之间存在着争议,一审法院之所以没有支持原告的诉求,将被告的行为定性为不正当竞争,是因为一审法院的裁判思路中认为商业模式不应当受到法律保护,而且技术手段本身是没有价值取向的。但是,也是根据这一一般条款,二审的法院却支持了原告申请认定被告公司所实施的行为构成不正当竞争的诉求。所以在二审中,法院依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条和第二十条的规定,认定了被告公司所实施的广告屏蔽的行为构成不正当竞争。在本文的案例二当中,一审二审的均法院依据《反不正当竞争法》第十二条第二款和第四项的规定,认定广告屏蔽技术行为构成不正当竞争。

市场是不断变化的,但是《反不正当竞争法》中的行为却是有限的,因此不可能囊括所有的不正当竞争的行为。而当前,法院判断行为是否是不正当竞争的行为所主要依据的便是《反不正当竞争法》第二条的规定,这一条也被成为是《反不正当竞争法》中的一般条款。但是现实往往千变万化,每个案件都具有不同的特性,用一般的条款来进行判定往往不会照顾到每一个案件的特殊性。

认定涉案行为构成不正当竞争,探究认定的考虑因素,首先是一般条款的适用。当前我国《反不正当竞争法》并没有对广告屏蔽的行为做出明确的规定,因此利用好一般条款显得尤为重要,虽然一般条款无法囊括所有的涉案行为,但就目前来说,一般条款无疑是最好的解决方式。其次是经营者和消费者利益保护[7]。在市场交易秩序中,一方面需要保护经营者的合法利益。另一方面,消费者作为经营者各种竞争手段的承受着,其利益也更需要的到合理的保障。最后,要考虑市场的竞争秩序。以本文案例一为例,适用《反不正当竞争法》第二款进行判定,但是笔者认为,广告屏蔽行为并非单独针对优酷网而实施,虽然优酷网是使用“广告+免费视频”的商业模式,虽然国内在实务中是普遍承认该商业模式,但是在学界,孔祥俊等学者均不承认这种商业模式。再者,衡量消费者利益保护,在广告屏蔽模式下,

消费者获得了更加舒适、更加便捷的观看视频的体验，并没有侵害消费者的利益，而且从消费者自主选择的视角下看，选择屏蔽广告是消费者出于自主选择的结果，也符合保障消费者的自主权的预期。从市场竞争秩序来看，广告屏蔽的行为并不是针对原告公司而进行的，而是为了提升自己的竞争优势，并不至于损害市场的竞争秩序。综上，笔者认为广告屏蔽的行为并没有构成不正当竞争的行为。

4. 关于如何规制网络广告屏蔽行为的启示

在科学技术急速发展的时代背景下，市场经营主体为了追求更高的利益，往往会推出各种新的技术手段，演化出各种新的运营的商业模式，如文中的广告屏蔽技术一样，我国实务中往往依据《反不正当竞争法》第二条，有的也会根据第十二条的规定，来对广告屏蔽的行为进行裁定。但是作为一种一般性的笼统规定，《反不正当竞争法》第二条的规定具有很强的模糊性，而《反不正当竞争法》第十二条的规定，在用来评判广告屏蔽行为的正当性与否时，也只能使用第四款的兜底性规定来进行裁决。面对复杂多变的现实案件，往往裁量的自由度就会过大，而没有有一个统一的标准。因此笔者认为，可以结合国外的一些做法，在裁判该类案件时，既不要过分地强调经营者的利益而不顾消费者的选择，也不能过分的依赖市场的解决能力，完全将这些行为认定为是合理的。

4.1. 以加强现有广告屏蔽行为的法律适用取代专门的立法保护

首先，制定具体的条款来规定网络广告屏蔽行为的正当性与否。虽然我国《反不正当竞争法》新增的第十二条的规定，其内容涉及互联网不正当竞争的很多内容，是当前的一大进步。但是这一条款的规定并不完善。就拿本论文中所讨论的广告屏蔽行为来说，法官在进行判决的时候，只能使用法条中的兜底性条款来进行裁判。兜底性条款自然存在其自身的缺陷，例如笼统性、模糊性等，现实的案件往往又是多种多样的。而且时代是在不断发展的，也许随着时代的继续发展，广告屏蔽这样的技术也随最终消亡。所以笔者认为，指定具体的条款来对网络广告屏蔽行为的正当性与否进行规制虽然存在其优势，是的相关案件在裁判时可以有法可依，但网络广告屏蔽行为毕竟是一重科技手段，是时代发展的产物，最终可能也会因为时代的发展，科技的创新而发生转变或者是最终走向消亡，当该科技手段不复存在以后，用以规制该行为的专门法律规定最终也会面临着成为“死法”的局面。虽然《反不正当竞争法》在适用上存在其不足之处，但是在适用的事后，充分考虑相关因素，同样可以达到对其进行规制的效果。因此在没有可以适用于广告屏蔽行为的具体条款的时候，使用《反不正当竞争法》来进行裁定案件，笔者认为应当考虑以下因素：首先，应当考虑原告与被告之间存不存在竞争关系。对于如何来认定原告与被告之间是否存在竞争关系，上文已有论述，在此，笔者不再赘述。其次，涉案行为是否具有不正当性。认定行为人为具有不正当性，结合上文一般需要考虑行为人的主观意图、是否具有针对性、以及是否违反商业道德等因素来综合认定。

其次从司法层面来说，在对这类案件进行裁定时，笔者认为应当首先从《反不正当竞争法》第十二条的兜底性条款来进行解释。因为现实的案件往往是各不相同。因此司法机关在裁判案件时，一方面要考虑到法律的现实规定，另一方面又要结合案件的特殊情况，将两者在司法裁判的过程种融合起来。首先要加强对《反不正当竞争法》的解释，尽量照顾到多种的案件情况。其次通过发布指导案等来对相关行为的判决进行指导，类似案件可以类似处理。最后再考虑适用“一般条款”来进行兜底裁判。

4.2. 适当的广告“屏蔽”行为不认为是不正当竞争行为

广告屏蔽行为并非单独针对某一个视频提供网站而实施，虽然本文的案例中，各个视频提供者是使用“广告 + 免费视频”的商业模式，也让上文论述中所展示的那样，该种商业模式虽然时在实务中受到

不变的承认,但是在学界中对其的观点确难以达成共识。从消费者权益保护的角度来看,广告屏蔽行为也并没有侵犯到消费者的权益,符合保障消费者的自主权的预期。从市场竞争秩序来看,广告屏蔽的行为并不是针对原告公司而进行的,而是为了提升自己的竞争优势,并不至于损害市场的竞争秩序。因此,笔者认为适当的广告可以得到相关管理机关的接受,对那些超长,冗杂,毫无营养的广告、那些不经过允许就跳出的广告等进行限制。对其他的广告,可以适当学习国外的做法[8],从充分尊重消费者的权利的角度出发,在网络视频提供者也页面适当跳过或者暂停广告等对经营者影响不大的广告屏蔽行为,不将其认定为是不正当竞争的行为。这就需要相关管理机关建立起相应的广告管理模式,充分地考虑广告屏蔽提供者、网络视频提供者以及消费者三者之间的关系。

4.3. 美德两国的广告屏蔽行为的认定的经验借鉴

美国和德国在广告屏蔽案件中,虽然两个国家在裁判方面略有不同,但是裁判的结果却相差无几。美国和德国两个国家在裁判这类案件时,考虑的都是保护消费者的利益以及保护消费者的自主选择权,用市场去问题,发挥市场的作用促进技术的进步[9][10]。而我国针对广告屏蔽案件,几乎一致性的将其认定为是不正当竞争的行为,虽然让网络视频提供者在广告收入的层面上得到了救济,但是其判决却缺乏依据。同时,消费者的利益保护也未得到充分的体现,却常常只过分的强调了经营者的利益。因此笔者认为,在裁判网络广告屏蔽行为的相关案件时,可以适当引入国外的做法,网络广告屏蔽作为一种科技手段,其本身并不具有价值取向性,是人的使用使其有了不同的取向,因此可以从尊重消费者权益的角度出发,尊重消费者对该科技手段的自主选择权。同时引进“广告白名单”制度。

5. 结语

当前众多的网络视频提供者所采取的运营模式都是“广告+免费视频”的这种商业模式,而且在我国实务中这种商业模式虽然得到了广泛的保护,但是,这样的保护不论是从理论还是法律规定的角度来寻求其支撑,都难以完全地令人信服。结合国外的典型案例,分析国内的法律规定,针对广告屏蔽行为从立法、司法、行政几个层面提出一些建议,希望能促进互联网行业的发展。同时互联网行业也可以从消费者角度,引入国外的做法,建立“广告白名单”制度等,既维护了自己的利益,也充分地尊重了消费者。

参考文献

- [1] 孔祥俊. 反不正当竞争法新原理总论[M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [2] 孔祥俊. 论反不正当竞争的基本范式[J]. 法学家, 2018(1): 50-67+193.
- [3] 谢晓尧. 在经验与制度之间: 不正当竞争司法案例类型化研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [4] 谢晓尧. 一般条款的裁判思维与方法——以广告过滤行为的正当性判断为例[J]. 知识产权, 2018(4): 39-57.
- [5] 郑友德, 杨国云. 现代反不正当竞争法中“竞争关系”之界定[J]. 法商研究, 2002, 19(6): 64-69.
- [6] 宋旭东. 论竞争关系在审理不正当竞争案件中的地位和作用[J]. 知识产权, 2011(8): 43-48.
- [7] 覃腾英. 《反不正当竞争法》视阈下屏蔽广告行为的定性——以消费者利益保护为视角[J]. 电子知识产权, 2018(6): 62-71.
- [8] 杨乐, 蒙向东. 比较法视野下的互联网广告屏蔽问题研究[J]. 经济法论丛, 2017(1): 358-376.
- [9] 张飞虎. 《德国反不正当竞争法》视角下广告屏蔽软件的合法性问题[J]. 电子知识产权, 2018(7): 56-64.
- [10] 周围. 德国数字广告拦截行为的竞争法规制[J]. 出版科学, 2019, 27(2): 112-119.