

互联网广告屏蔽行为规制的法律适用再思考

杨帆

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2022年10月11日; 录用日期: 2022年12月7日; 发布日期: 2022年12月14日

摘要

当前, 面对互联网广告屏蔽行为, 法院常适用《反不正当竞争法》“一般条款”来判断其正当性和合法性, 却始终避免不了因认定标准不统一而导致的裁判随意化的问题, 导致互联网广告屏蔽技术经营者、互联网经营者、消费者三者之间难达到利益平衡。在反法司法解释出台的背景下, 笔者建议回归到互联网广告屏蔽的行为本质和技术特点, 适用反法第十二条的兜底条款更为合适, 法院在审理时可以从主观故意、商业道德、诚实信用、消费者利益等多视角进行考察认定, 以便更好地规制该行为, 遏制该行为的野性生长。

关键词

互联网广告屏蔽, 一般条款, 互联网专条

Reconsideration on the Application of Law to the Regulation of Internet Advertising Blocking

Fan Yang

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 11th, 2022; accepted: Dec. 7th, 2022; published: Dec. 14th, 2022

Abstract

Currently, in the face of Internet ad blocking behavior, courts often apply the “general provisions” of the Anti-Unfair Competition Law to determine its legitimacy and legality, but always avoid the problem of arbitrary adjudication due to the inconsistent standards, resulting in difficulties between the Internet ad blocking technology operators, Internet operators and consumers. In the background of the judicial interpretation of the Anti-Unfair Competition Law, in the context of the

introduction of the judicial interpretation of the Anti-law, I suggest returning to the Internet AD blocking behavior nature and technical characteristics, the application of the bottom clause of Article 12 of the Anti-law is more appropriate, the court is in the trial from the subjective intention, business ethics, honesty and credit, consumer interests and other perspectives to examine the determination, in order to better regulate the behavior, to curb the wild growth of the behavior.

Keywords

Ad-Blocking, General Clause, Internet Special Article

Copyright © 2022 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. 问题的提出

2021 年艾瑞咨询发布《中国网络广告年度洞察报告——产业篇》，其中 2020 年度中国互联网广告市场规模高达 7600 亿元，在线视频广告企业收入为 1151.9 亿元，搜索广告市场规模为 739 亿元。互联网技术更迭对网络端广告发展起到推波助澜的作用，也使得互联网广告屏蔽技术应运而生，逐渐打破了广告主、在线视频企业、搜索引擎运营商之间的利益平衡。近年来，互联网法律问题层出不穷，但是法官适法逐渐从反法第十二条“逃逸”到反法第二条，以互联网广告屏蔽行为为例子，甚少有法院适用反法第十二条作为审判依据。

2022 年 3 月 17 日，最高人民法院发布《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》(以下简称解释)。该解释主要以修订后的反法为基础，明确了第二条“一般条款”的适用条件，丰富了第十二条“互联网专条”内容，提供了最新司法评价和审判指南，亦帮忙厘清该行为适用《反不正当竞争法》的逻辑思路。

2. 司法认定现状及误区

从屏蔽广告行为分类上来看，主要分为三种形式，分别为浏览器屏蔽、路由器屏蔽和第三方插件。相对应的，广告通常分为贴片广告、页面广告、弹窗广告；从具体适用条款来看，几乎都援引反法第二条“一般条款”，极少数法院例如“优酷与杭州硕文”案援引了第十二条“互联网专条”；从最终裁判结果来看，除了仅有的两件一审判决支持该行为正当性外，例如世界星辉公司与腾讯公司案，其他判决都否定了该行为的正当性。尽管现存在司法判例较少，但是通过分析已有司法判决，发现主要有以下几个认定误区：

2.1. 商业模式保护之辩

在“合一诉金山”案中，首次明确了特定商业模式产生的合法利益可以受到法律保护，法院认为“广告 + 免费视频”的商业模式是视频网站常用的经营模式，普遍被市场所接受，因此有其存在的必要性和正当性，对此产生的合法利益理应受到法律保护的。¹

而在“乐视致新、乐视网与北京爱奇艺不正当竞争纠纷”案中，二审法院认为乐视公司通过浏览器快进贴片广告的行为，给视频网站运行商的固有商业模式造成了严重经济损失，违背了商业道德。²

¹ 参见北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第 13155 号民事判决书。

² 参见北京知识产权法院(2017)京 73 民终 282 号民事判决书。

尽管法院得出了正确的结论，但是在论证中法院还是以预设损害结果为论证起点，混淆了反法保护的客体是合法利益而不是经济利益。竞争利益是从经济学角度加以解释，是优胜劣汰机制下的外在表现，在市场竞争者之间竞争利益的得失是自然结果^[1]。在竞争与损害共存的动态市场环境中，损害本身通常不单独成为认定竞争行为正当性的要件，³它只在评价赔偿多少时发挥作用。由此可见，法院正确且合理的逻辑起点首先应该是判断该商业模式产生的利益是否合法，如果该商业模式本身不具有可保护性，由此产生的利益也当然不能受到保护。在“快乐阳光公司诉唯思软件案”中，一审法院就认为商业模式带来的利益可以受到法律保护，但是并非法定利益，只有在证明竞争对手的行为具有不正当性后，才能受到保护。⁴

2.2. 消费者利益缺位

2019年修订的《反不正当竞争法》第2条明确将“消费者的合法权益”列为保护的权益，与经营者损害行为相提并论。如前文所述，既往案例几乎都援引了第2条作为论证行为正当性与否的理论基础，鲜少有法院将“消费者合法权益”纳入考虑，究其主要原因在于大多数裁判时间早于2019年。然而，在2019年之后，2021年审结的“上海米提财富等与酷溜网不正当竞争纠纷”案中，法官在论述外部插件屏蔽浏览器广告行为时，依旧缺乏消费者权益的视角，⁵只单一着眼于商业利益，这种情况也并非个例。

尽管消费者合法权益已经明确列入“一般条款”中，但是一直以来都是作为“经营者合法权益”的附属考察因素。消费者承担着网络产品使用者和监督者的双重角色，一方面互联网广告屏蔽行为与消费者日常上网行为息息相关，另一方面他们也是网络经营体的目标群体和营销对象。百度公司法务部高级经理李帅曾表示网络广告依旧是视频网络公司的主要收入来源，影响着万千消费者，“免费+广告”的商业模式是为消费者提供的多元选择，顺应时代发展趋势^[2]。因此，有必要将“消费者权益”单独列为考察屏蔽广告行为正当性与否的重要因素。

2.3. 适用“一般条款”裁判随意性

第一，面对互联网广告屏蔽案件，法院常见的裁判思路以原被告双方是否存在竞争观点为起点，再援引“一般条款”论证行为的不正当性，最后整理侵权损害责任。在论证行为不正当性时，法院会重点分析“商业道德”，鉴于“商业道德”是主观性极强的概念，在司法解释空白的前提下，法院往往诉诸基于行业惯例而制定的技术标准或者自律公约。例如在“快乐阳光公司诉唯思软件案”⁶、“合一诉金山”案¹中都提及了《互联网终端软件服务行业自律公约》第19条对“恶意广告”的规定⁷，进而得出行为的非正当性的结论。对此，有学者质疑行业的价值准则难以反映普通消费者的日常利益，惯例常常是占据市场优势地位的企业为了保障自身优势，维持长久的垄断地位而制定的^[3]，用此来判断商业行为的合法性缺乏说服力。法院还会参照2016年颁布的《互联网广告管理暂行办法》第16条第一项中有关“互联网不当行为”条款，但考虑到该法法律效力位阶较低，仅仅是部门规章，同时该条暗藏着广告经营商具有“恶意”的大前提，在引用该条款的同一案件中，缺乏对广告经营者“恶意”的说理和论证，导致不能自洽地运用该条款来说理。法院在认定时能够积极运用各种行业规范或者技术标准等来判断商业道德，若能辅以其他认定因素，那么得出是否违背商业道德将更加简单。

第二，在“海带配额案”中，法院认为适用反不正当竞争法第二条第一款和第二款认定构成不正当

³北京市朝阳区人民法院(2017)京0105民初70786号民事判决书。

⁴参见广东省黄埔区人民法院(2017)粤0112民初737号民事判决书。

⁵参见北京知识产权法院(2021)京73民终511号民事判决书。

⁶参见广东省黄埔区人民法院(2017)粤0112民初737号民事判决书。

⁷《互联网终端软件服务行业自律公约》：十九条除恶意广告外，不得针对特定信息服务提供商拦截、屏蔽其合法信息内容及页面。恶意广告包括频繁弹出的对用户造成干扰的广告类信息以及不提供关闭方式的漂浮广告、弹窗广告、视窗广告等。

竞争应当同时三个条件，简单来说该行为只能适用一般条款，其他条款没有作出明确规定，进而该行为确实违反了诚实信用原则或者商业道德，具有必然的可责性，最后因该行为造成了竞争实际损害。⁸由此可见，在反法有其他条款对互联网广告屏蔽行为提供保护时，就不能适用第二条。回溯到法院适用“一般条款”的初衷，一是“互联网专条”直到2017年才被纳入反法，就笔者检索的案例来看，多数裁判时间早于2017年；二是大多数法院是“迫不得已”才适用第二条，“一般性条款”作为原则性条款，立法机构可以将其认为构成不正当竞争的具体行为纳入立法中，作为司法部门，则只能根据依据立法机关确立的具体行为类别来判断^[4]；三是，司法机关面对层出不穷的互联网法律问题，如上出现的说理任意性和逻辑不自洽使得适用第二条证明力相对较弱，这也解释了为什么从反法第十二条向第二条“逃逸”的原因。

在“优酷诉搜狗”案中，法官大胆适用了第十二条第二款，认为被诉行为所实现的去除优酷网中贴片广告和跳过广告按钮的效果，是需要利用技术手段才能实现的，并且破坏了优酷网络服务的正常运行。¹遗憾的是，在具体论证该浏览器屏蔽广告行为是否破坏了优酷网站的正常运行时，论证稍显草率。

3. 适用互联网专条的可行性

3.1. 对十二条的理解

互联网专条采用“概括 + 列举 + 兜底”的形式，其中第2款第(4)条囊括将来可能出现的互联网不正当竞争行为。浦东法院曾在《关于互联网专条兜底条款适用的调研报告》中就近几年本院出现的典型案例做了总结和归纳，对该条做了详细的司法适用分析。而在立法层面，仍然要回归到第十二条身上。

从文义解释角度来看，该条共分为两款。第一款具有概括性和宣誓性的作用，限制了经营者只能在网络环境下进行商事经营行为，与非网络领域的生产经营活动划清界限。第二款列举了具体行为，并限定了如下几个条件：1) 手段：利用技术手段；2) 方式：影响用户选择或者其他方式；3) 结果：妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行^[3]。由此可见，第二款无论是列举的具体行为还是兜底条款都要符合前述三个条件。

从体系解释角度来看，第二款(1)至(3)是具体行为，第(4)条是兜底条款，(1)至(4)条间没有主次或递进关系，所以应该理解为并列关系；更进一步，从前三种具体行为的用词“强制插入”“误导、欺骗、强迫”和“恶意”中能得出，该款排除了程度较轻的一般性破坏行为，只有达到不正当竞争程度的破坏或者妨碍行为才会被反法明确禁止。虽然十二条没有在字面上纲领性地要求主观故意，但从第二款并列句式的排序方式，可以得出适用第十二条第二款时首先应该考虑主观故意因素。

3.2. 具体适用的认定标准

因互联网广告屏蔽行为不属于第二款详列的三种行为，所以只能适用第四条兜底条款。在解释征求意见稿时曾列出了五项适用兜底条款的条件，但解释最终颁布时并未采纳，究其主要姻缘是原征求意见稿列举的五个条件都是显而易见的，适用兜底条款一方面要满足该条前提条件，又要符合反法的立法精神。因此，在认定互联网广告屏蔽行为时，适用兜底条款时，可以从以下几个方面考虑：

3.2.1. 主观故意作为大前提

在互联网广告屏蔽案件中，屏蔽广告经营者常用技术中立作抗辩，在“合一诉金山”案中二审法院指出技术中立针对的技术本身，而不是技术使用行为，在该案中表现为 URL 地址过滤、使用插件、底层扩展过滤技术等这些技术。¹技术中立不应该绝对化地成为类似侵权问题的挡箭牌，在技术中立问题上应该将主观故意作为大前提。浦东法院在《关于互联网专条兜底条款适用的调研报告》中提出主观故意可

⁸最高人民法院（2009）民申字第 1065 号民事判决书。

以通过直接认定和间接认定两种方式予以判断。司法实践中，法院常常从“网络屏蔽广告经营者宣传程度”“是否针对特定用户”“用户的选择权”三个方面考虑。

首先，以网络用户一般注意力为标准，在提供的产品或服务上标明屏蔽广告的介绍或者进行多渠道宣传推广。例如 Brave 网站在主页上写道：“通过阻挡侵犯他人隐私的广告和浏览器，更快捷地浏览网页”，又在宣传片中介绍浏览器内设广告拦截功能，方便网络用户了解他们的产品[5]。在“快乐阳光公司诉唯思软件”案中唯思公司在其网站上大肆宣传“看视频无广告”“独特的广告屏蔽技术让您欣赏视频快人一步”等诱惑用户下载软件的广告话术，达到了切断与特定浏览器间的用户粘性的目的。⁹在“世界星辉公司与腾讯公司案”案中，二审法院认为浏览器中的“广告过滤”功能处于子菜单位置，很容易被用户注意到，还通过更新官网论坛及产品更新日志向用户进行广泛宣传，提供详细的操作指引，以上行为都能够直接认定被诉行为人具有主观故意，从而否定了一审的判决。¹⁰由此可见，任何直接且明显的、未超越用户一般注意范围的行为都能构成认定被诉行为人主观故意的证据，给予广告主严厉的警示和沉重的打击。

其次，若互联网广告屏蔽行为明确针对特定用户，如在过滤名单中包含特定公司，就可以推定为广告屏蔽行为具有明显针对性。在德国有一款名为 Adblock Plus 的软件，该软件不能独立自动识别并屏蔽网页，软件维护者建立黑白名单，黑名单包含了应该被屏蔽广告的网页和网页内容，白名单是不会被屏蔽的网站，除此之外还赋予用户充分的选择权，可以将白名单中的用户转变成黑名单[6]。就该软件的行为来看，创建黑名单的行为具有明显的针对性，可以认定为故意。

最后，用户选择对判断故意的影响，由用户选择开启屏蔽的行为只是过错大小的差异而非过错有无的标准，⁹若跳过用户选择直接将屏蔽模式设置为默认程序，相对于赋予用户选择权来说，主观恶性更大。

3.2.2. 违背其他经营者意愿，破坏合法提供的网络产品或服务

广告屏蔽技术行为是一个相互匹配的过程。以浏览器广告屏蔽技术为例，在用户访问网站时，网站往往会像其他网页主机服务器发送一个 HTML “获取请求”，主机服务器也会发送一个 HTML 文件作为回复。而网站设计者在最初的 HTML “获取请求”时，嵌入广告的二次请求，用户的浏览器主机对其做出反应，要求提供附属内容例如广告。广告屏蔽行为就发生在二次“获取请求”时，屏蔽软件修改了浏览器的行为，使其首先确认召唤的辅助内容是否是用户所需要的，方法是根据指定的过滤列表检查它，若符合则执行屏蔽行为[5]。从技术原理性来看，广告屏蔽技术修改了原设定好的匹配流程和路径，使得原本不应该屏蔽的广告被屏蔽。尽管没有造成核心产品或者服务瘫痪运行，但广告作为重要附属产品，是广告运营者的收入来源，尤其在“免费 + 视频”商业模式下，在对广告播放获得商业利益的期待下，导致降低播放量和流失用户人数的结果，某种程度上已经破坏了产品或服务的运行。

3.2.3. 有悖诚实信用原则和商业道德

解释第 3 条规定“商业道德”是指在某一商业领域被遵循和认可的行为规范，具有一定代表性。除此之外，人民法院还可以综合考虑特定规则、技术标准、自律公约等。正如前文所述，已有法院将行业行为规范纳入考虑范围，解释还要求若法院能结合经营者的主观恶意、交易相对人的注意程度等因素，对得出结论有利无害。就目前司法实践而言，支持互联网广告屏蔽行为违反了商业道德占多数意见，有法院从商业竞争行为本质出发，认为商业模式最初脱胎于经营者的博弈和消费者的选择，对其保护并非绝对的、一成不变的，例如在“腾讯诉世界星辉案”中一审法院认为“免费 + 广告”的商业模式不是网络视频网站唯一或主要的生存模式，对于频繁的屏蔽软件的应用是市场经营者出于商业利益最大化

⁹ 参见广州知识产权法院(2018)粤 73 民终 1022 号民事判决书。

¹⁰ 参见北京知识产权法院(2018)京 73 民终 558 号民事判决书。

而进行的经营行为，这也是为网络用户提供双向选择的结果。”除了司法观点的不一致，学界亦众说纷纭，支持保护的观点还有“消费者利益观”[7]“市场机制选择观”[8]等，反对的观点和“腾讯诉世界星辉案”一审法院观点几乎一致。笔者认为，商业模式的绝对化保护在我国没有法律规定，在认定时应该持有谨慎的态度，结合多方因素，综合判断。

3.2.4. 损害消费者的合法权益

在认定损害消费者合法权益时，常常从消费者隐私权和知情权入手。美国非常重视网络用户的隐私权，但仍然在网络用户未知的情况下，打着屏蔽广告行为的幌子，搜集用户数据并出卖给他人[9]。美国学者认为在互联网广告屏蔽案件中，鲜少有人关注消费者隐私权，缺乏相应的监管部门，¹¹往往在认定行为不合法前需要更加强有力的证据来证明该行为[9]。因此，得益于互联网技术的不断发展，用户信息逐渐暴露在网络编织的数据网中，由此产生的违反犯罪行为层出不穷。若经营者打着售卖互联网广告屏蔽软件的幌子，有严重的非法搜集、不当出卖用户个人数据的行为，当然损害了消费者正当使用网络的权利。同时，若在消费者不知情的状况下，非自愿地捆绑软件下载或者利用技术强制下载，剥夺了消费者的自由选择权，也可以认为损害了消费者的合法权益。

4. 结语

2018年Axel Springer对Eyeo GmbH发起诉讼，称Adblock Plus干扰了商业行为，后德国最高法院裁定，Adblock Plus和Eyeo GmbH没有违反竞争法。德国和美国更倾向于将该行为交给市场自由调节，案件合法性的基础来源于私法自治的法律理念和内在经济的市场格局，这和他们长久以来的法律精神息息相关。由此可见，在中国存在有效法律能够规制该行为时，不能简单或盲目地横向对比，直接照搬国外立法和司法经验，势必导致本土法律无用武之地，造成“水土不服”的尴尬局面。此外，有学者认为兜底条款和“一般条款”均存在适用范围过大的问题，适用兜底条款并不会矫正司法认定误区。但在解释颁布的大背景下，适用第十二条为规制互联网广告屏蔽行为搭建起了更加丰富且详细的适用空间，也能解决近年来向第二条逃逸的现状。

互联网广告屏蔽行为的相关问题，在司法界和学术届悬而未决的根本原因在于互联网广告屏蔽技术经营者、互联网经营者、消费者三者之间的利益平衡，而利益平衡问题已然超越了法律可控范围，需要靠利益相关方在不断合作和碰撞中达到市场可容许的利益天秤。世界知名视频网站YouTube早早推出True View模式，即视频观众可以在广告播放5秒后选择关闭，广告主也只用为观看超过30秒的广告付费[10]。2015年，在中国首次推出由优酷土豆设计的“享看广告”产品，农夫山泉成为国内第一个运用True View模式的品牌。就目前主流司法实践而言，法院更偏向于互联网经营者，但面对现代社会新旧事物频繁更迭，互联网经营者应该主动寻求自我突破和技术升级，才能在激烈的环境中维持住竞争优势。

参考文献

- [1] 陈晨. 竞争法视域下互联网屏蔽广告行为之辨[J]. 行政与法, 2020(9): 119-129.
- [2] 李帅. 浏览器屏蔽视频网站广告法律争议辨析[J]. 网络信息法学研究, 2020(2): 153-163+314.
- [3] 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.
- [4] 李明德. 关于反不正当竞争法的几点思考[J]. 知识产权, 2015(10): 35-44.
- [5] Miller, R.A. (2018) The Legal Fate of Internet Ad-Blocking. *BUJ Sci. & Tech. L.*, **24**, 299.
- [6] 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.

¹¹参见北京市朝阳区人民法院民事判决书(2017)京0105民初70786号。

-
- [7] 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.
- [8] 曹丽萍. 无法代之, 不可弃之——评浏览器过滤视频广告的不正当竞争认定[J]. 中关村, 2015(1): 100-101.
- [9] Saluke, A. (2008) Ad-Blocking Software as Third-Party Tortious Interference with Advertising Contracts. *Fla. St. U. Bus. Rev.*, 7, 87.
- [10] 柳佳. 对屏蔽网络视频广告行为的定性思考[J]. 人民司法, 2019(19): 86-89.