

《反不正当竞争法》视域下广告屏蔽行为的定性研究

孙华建

贵州民族大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年3月21日; 录用日期: 2023年5月4日; 发布日期: 2023年5月11日

摘要

在网络大环境下, 尤其是短视频流量的兴起, 视频、短视频流量的娱乐输送已经成为现在大众文化娱乐的主流方式。如今的视频、短视频流量的营业模式, 大致为“免费 + 广告”的营业模式, 在司法环境下, 重点问题则突出在该模式中的“广告”中, 主要体现在许多与视频软件营业商相关联的互联网企业为视频、短视频用户提供使用视频、短视频软件的屏蔽广告插件。而用户对关联互联网企业提供的屏蔽广告插件的使用则打破了视频输出软件营业模式在“免费 + 广告”的盈利模式。在此环境下, 视频营业商和互联网企业的竞争行为往往引起争议, 司法视域下, 视频营业商往往以不正当竞争为由起诉与关联的互联网企业, 控告其提供屏蔽广告插件存在不正当竞争行为。本文则从该视角出发, 深度理解视频软件营业商与其关联互联网企业为用户提供屏蔽广告插件的竞争行是否触及不正当竞争。

关键词

互联网企业, 视频流量, 屏蔽广告插件, 反不正当竞争

Qualitative Research on Advertising Blocking Behavior from the Perspective of Anti-Unfair Competition Law

Huajian Sun

Law School of Guizhou Minzu University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 21st, 2023; accepted: May 4th, 2023; published: May 11th, 2023

Abstract

In the network environment, especially the rise of short video traffic, video, short video traffic en-

entertainment transportation has become the mainstream way of popular culture entertainment. Nowadays, the business mode of video and short video traffic is roughly “free + advertisement”. In the judicial environment, the key problem is highlighted in the “advertisement” in this mode, which is mainly reflected in many Internet enterprises related to video software operators to provide video and short video users with the use of video and short video software advertising plug-in. However, users’ use of ad-blocking plug-ins provided by affiliated Internet enterprises breaks the business model of video output software in the “free + advertisement” profit model. In this environment, the competition between video operators and Internet enterprises is often controversial. From the judicial perspective, video operators often sue related Internet enterprises on the grounds of unfair competition, accusing them of providing AD shielding plug-ins for unfair competition. From this perspective, this paper deeply understands whether the competition line of video software business and its associated Internet enterprises providing users with AD shielding plug-ins touches on unfair competition.

Keywords

Internet Enterprise, Video Traffic, Block AD Plug-In, Anti-Unfair Competition

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

竞争法的产生与发展离不开经济社会因素的发展，竞争法的本质一直是为经济发展服务，为生产关系服务。在新兴的互联网竞争纠纷中，企业之间的广告屏蔽不正当竞争纠纷案件尤为突出。竞争法竞争观的确定微观上关乎具体竞争行为正当性的认定结果^[1]。因此，对于广告屏蔽行为的定性问题无论在理论与司法实践上都是应有的课题。

2. 国内广告屏蔽纠纷案件的判决困境

笔者从典型案例中引出法律问题的思考，“腾讯视频”是腾讯公司提供“免费视频 + 广告”和会员制的视频播放平台，“世界之窗浏览器”是 360 子公司世界星辉公司开发运营的浏览器，提供“广告过滤”服务，用户使用“世界之窗”浏览器观看腾讯视频可以有效地跳过片头广告和暂停广告。原告认为被告为用户提供的屏蔽广告软件的适用违背商业道德，同时也违背诚实守信的原则，构成不正当竞争，故将“世界之窗”浏览器诉至法院¹。

一审法院认为，商业主体的反不正当竞争法是行为法范畴，应当是有行为法属性，同时，不能只因有损害行为就定性为不正当竞争行为，因为“世界之窗”浏览器为用户提供的屏蔽广告软件为用户提供了便捷，节约了用户的使用成本，对社会使用群体，社会本位产生收益。考虑到世界星辉旗下的子公司“世界之窗”浏览器为用户提供的屏蔽广告软件对全社会产生收益，提升了社会公众的福利，消费者有权享受，所以不构成不正当竞争行为。

二审法院认为，一方面，被诉行为不符合公认的商业道德。对于公认商业道德的确认，最为直接的依据是相关的法律、法规或规范性文件。

¹ 详见一审(2017)京 0105 民初 70786 号，二审(2018)京 73 民终 558 号。

《互联网广告管理暂行办法》中第十六条即规定,“互联网广告活动中不得有下列行为:(一)提供或者利用应用程序、硬件等对他人正当经营的广告采取拦截、过滤、覆盖、快进等限制措施”。以此为被告存在反不正当竞争的重要依据。

本案中,一审法院和二审法院的审判路径和部分司法观点并不相同。虽然该案件现在已经结案,做出了最终的二审判决。但是,对于屏蔽广告软件使用是否构成不正当竞争则一直存在很大的争议,在司法实践中,对于类似商事主体之间的不正当竞争行为纠纷往往对市场的经济发展起到导向作用。

3. 产生广告屏蔽纠纷案件裁判困境之因素

3.1. 国内司法实践对屏蔽广告插件及其软件无统一定性标准

相关联互联网企业及其同行业竞争者为用户提供屏蔽广告插件及其软件,应被定义为技术福利还是不正当竞争?我国立法对视频广告屏蔽行为没有做出明确规定[2]。这一点是探索解决路径的出发点,一方面,相关联的互联网厂商为用户提供的屏蔽广告插件及其软件为全社会的使用者提供了新的技术手段,节省了用户使用时间,为全社会带来技术福利。但是,另一方面,被屏蔽广告插件所限制的视频软件所属的经营者的正常“免费+广告”营业模式受到妨碍。市场竞争具有创造性破坏的属性,其过程是一种创造性破坏的过程[3]。但是我国司法实践在认定是否为屏蔽广告插件上并无统一判断标准。例如,在“爱奇艺诉极科极客不正当竞争纠纷案”中,一审法院认为极科极客提供的过滤插件旨在防御软件病毒,而被屏蔽的广告内容存在较大的携带软件恶意病毒危险,顾被过滤插件屏蔽,不当认定为屏蔽广告插件。二审法院认定极科极客旗下的极路由通过下载插件和软件的方式对爱奇艺视频所投放的商业广告进行了精准的屏蔽,并且对于“爱奇艺”视频的广告屏蔽率远超其他同行业视频软件,一定程度上减少了用户流量,破坏了原告公司的部分用户的“免费+广告”的营业模式,能够看出,法院对于是否将引起纠纷的插件定性为屏蔽广告插件的司法立场有所不同。笔者认为从实际的关联性和实际的影响上作出判断更为合理。判断是否为不正当竞争行为,从直观的角度出发,寻找受影响的客体,判断相关联互联网企业进行的提供屏蔽广告插件行为是属于不正当竞争行为范畴,并对受影响的客体进行相应的评估,从而初步判断是否符合不正当竞争的行为范畴。从多个典型案例判决要旨中能够发现,我国司法对于此类案件纠纷在屏蔽广告插件的定性问题上缺乏统一的认定标准。

3.2. 司法裁判的解决路径缺乏体系

在前文引出的案例中,一审与二审法院在判决路径上是存在较大不同。一审法院的判决要旨体现了其在审理案件中更重视社会利益,认为浏览器为用户提供的广告屏蔽插件能够为社会本位产生收益,提升了社会公众福利,偏向于“结果导向”。二审法院的判决要旨更偏向于“行为导向”,在二审法院的判决要旨上,着重强调市场竞争主体的商业道德和市场竞争主体的竞争行为。通过一审法院与二审法院的判决要旨不同能够发现,我国司法实践在此类案件纠纷的解决路径上没有统一的体系,查阅德国对于此类案件的司法裁判,则会发现德国法院对此类案件的判决要旨以及判决路径具有较强的统一性,在探索我国对于诸类司法案件纠纷解决路径时,可以参考德国法院的解决路径。德国法院对于此类案件,也有认为相关联的互联网企业或者同行业的竞争者的屏蔽广告属于不正当竞争,但是大多数还是支持屏蔽广告一方。倾向交由市场竞争机制自身来解决[4]。

德国法院的司法解决路径是:首先,应该区分屏蔽广告和不正当竞争的界线,明确屏蔽广告行为的合法性,德国法院认为,互联网关联企业或则第三方企业提供的屏蔽广告插件或则软件的目的并不只是在于屏蔽广告,究其本质,互联网关联企业、同行竞争营业者或则第三方企业提供的屏蔽广告插件的本质是商业行为,为使用户提供合法有效的便利服务,提供屏蔽广告的企业是在追求正当的商业利益。

其次，因屏蔽广告而受影响的社会利益而言，尤其是消费者利益，利大于弊。并且，屏蔽广告并不是其提供的互联网相关企业及同行业竞争经营者直接导致的，而是由用户使用而造成的广告屏蔽，用户有权利采用新技术去减少使用成本，其为市场竞争所致，应与互联网相关企业等行为做区分。

3.3. 司法实践面对社会总体利益与个人利益割裂时难以把握均衡点

在引出的案例中，二审法院的审判要旨引出了《互联网广告管理暂行办法》，这一规定说明，主管机关已经将上述该类行为规定为不正当竞争行为并加以限制，指出了经营要求。认为该行为是违反公认商业道德的行为。此外，站在常识的角度上，经营者正常的经营营业行为都不应该受到他人及其第三方的干涉，影响其正常的经营营业行为，此为基本的且不用论证的商业道德。

另一方面，我国的反不正当竞争法维护的是社会的总利益，那么从法律保护客体上，从保护社会总体利益角度上依然可以论证分析是否有反不正当竞争行为。

首先是社会总利益，社会总利益不仅包括消费者利益，也包括经营者利益，为保护消费者利益而损害经营者利益同样是对社会总体利益的损害。那么对于经营者，不仅包括案件的当事人，同时也包括于此相关的商业主体，如合作伙伴，同业的相关经营者。

4. 探索规范屏蔽广告是否为不正当竞争的定性因素

4.1. 反对一味的“后果取向型”裁判

以后果为取向在一定程度上或则在某些司法纠纷上存在合理的解决方向，但是在互联网案件纠纷当中则需要更多的甄别，尤其是在如今社会的互联网行业飞速发展，各个互联网企业合作竞争关系错综复杂，一味的以“后果取向型”为导向裁判，则很大概率会导致司法不平衡，尤其是在相关联的互联网企业，合作与竞争关系复杂，利益网络关系错综复杂，在取证中，可以将背屏蔽广告的互联网企业在屏蔽前后的流量点击量、活跃用户体量、同期流量收益的变化等作为因被屏蔽广告而带来的损失，以及因此而被损害的企业利益的参考因素。只有视频广告屏蔽行为违背了公认商业道德，且不存在抗辩理由时，方具备不正当性[5]。在此类司法纠纷当中，应当理清各个互联网厂商的合作竞争关系，梳理相关联的互联网企业以及同行业企业的利益枢纽关系，考虑提供屏蔽广告互联网企业的动机及其实际产生的影响。

4.2. 立足本土法治环境，适当进行国家干预

19世纪末期欧洲各国的市场交易中出现了大量的违反市场诚信道德和商业道德的竞争行为，如盗用他人良好信誉、以虚假广告进行欺骗消费者和同行业竞争者等等，德国于1896年颁布了《反不正当竞争法》，以国家干预的方式规范市场竞争行为，保护市场竞争秩序。反观目前德国的司法裁判，大多数支持屏蔽广告方的出发点的其中之一则为屏蔽广告是市场行为所致，是市场内部交易活动的内容，应当由市场自主消化，减少甚至反对国家干预。提供广告屏蔽软件的行为是一种符合《德国反不正当竞争法》规范的合法行为[6]。从技术发展来看，网络广告与广告屏蔽是相辅相成的一对技术[7]。从国家立法干预到市场自主消化协调。西方发达国家反对国家干预一部分原因源于制度设计，同时，经过长时间发展而形成的高度发达的资本主义市场环境也是反对国家干预的重要原因。而在我国现阶段的社会主义市场经济环境下，经济发展的维护依然需要国家干预市场竞争，《反不正当竞争法》从类别上讲为行为法范畴，判断商事主体的市场行为是否属于不正当竞争也应重点甄别其参与其中的市场主体的行为性质及其手段。我国著名经济法教授李昌麒则主张国家干预论，认为我国市场在发展中是具有盲目性、无序性的，如果任其发展不加以干预，那么则会导致市场竞争无序竞争甚至是破坏市场环境，

国家干预论在一定程度上克服市场本身的盲目性以及无序性。面对我国发展时间相对短暂的互联网企业广告屏蔽的复杂环境,互联网企业的广告投放市场应该受到国家更多法律法规的规范与指导,在现有的法律法规下,出台相关法律法规以适应更加复杂多变的互联网广告投放市场环境,提升互联网广告投放市场的安全性与稳定性。

4.3. 将对经营者商业模式的影响作为参考因素之一

大多数的视频软件互联网企业的营业模式为“免费+广告”的营业模式,同时这也是流量视频互联网厂商的主要利润收取来源,相关性的互联网企业、同行业的互联网参与者或则第三方互联网企业的不正当竞争则会对视频软件互联网企业的营业模式和收入产生显著的影响。竞争行为正当性的判断首先以竞争观为基础[8]。在判断市场主体是否有不正当竞争行为时,将营业收入的异常变化、营业模式的推行成本使用变化、一定时间段内客户流量的变化、财务收支的倾斜等因素对商业模式的影响作为判断是否为不正当竞争行为的参考因素。在“爱奇艺诉极科极客”等视频广告屏蔽案中,视频网站经营者曾普遍主张的观点是:“免费+收费”的商业模式将因广告屏蔽行为而遭受重大打击,甚至危及整个视频网站行业。面对这些主张,法院或予以明确支持,或在默认其为“潜在事实”的基础上,得出消费者通过广告屏蔽行为获利的状态将在长期上难以持续的结论;而学术界则以此为依据对消费者“当前短期利益”与“未来长期利益”进行利益衡量,以期获取广告屏蔽行为构成不正当竞争的相关证据。以爱奇艺为例,根据爱奇艺于2018年2月28日向美国SEC递交的《招股说明书》显示,其营收构成大致可分为:1)广告服务;2)会员服务;3)内容分发;4)其他(包括直播、在线游戏、IP授权、网络文学和电子商务等)。所以,在判断市场主体行为是否具有不正当竞争行为时,可以将上述的广告服务、会员服务等内容的营业收入作为判断因素,根据财务营收的周期性起伏判断提供屏蔽广告的相关联的互联网厂商因提供屏蔽广告插件或则软件造成影响的周期时长。通过参考上述因素的变化对商业模式的影响,以其为因素之一判断相关联的互联网企业提供的屏蔽广告插件及其软件行为是否为不正当竞争行为。

5. 结语

在市场经济高速发展的今天,尤其在互联网经济领域流量区域被广泛使用的市场环境下,不能对相关性的互联网企业提供屏蔽广告插件就一概认定为市场竞争中的不正当竞争行为,面对互联网领域的屏蔽广告纠纷时,无论是市场经营还是司法实践,都需要以发展的、全面的、综合的角度去看待互联网领域的屏蔽广告行为。技术没有善恶,但是技术的使用却可能带有不同的目的性[9]。在司法实践的帮助下,市场主体的的利润追求模式和经营模式尝试变通,社会的市场发展条件不会是一层不变的,未来市场竞争的发展会有更多的问题,在互联网领域,屏蔽广告就是一种新技术打破原有的竞争市场竞争循环,市场竞争环境孕育出的新技术手段在带来社会福利的同时,也会反向促进社会市场竞争秩序的改良,以适应新的市场竞争环境,关键在于,在保护市场竞争秩序和规制不正当竞争之间找到平衡点。

参考文献

- [1] 陈耿华. 我国竞争法竞争观的理论反思与制度调适——以屏蔽视频广告案为例[J]. 现代法学, 2020, 42(6): 166-178.
- [2] 龙俊. 视频广告屏蔽类案件中不正当竞争行为认定的再思考[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021(4): 118-130.
- [3] 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(18): 86-89.
- [4] 黄军. 视频网站商业模式竞争法保护的反思与完善[J]. 时代法学, 2019, 17(3): 55-67.
- [5] 郭王癸. 互联网视频广告屏蔽行为的竞争法规则研究[J]. 电子知识产权, 2018(8): 50-59.

- [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.
- [7] 梁志文. 论《反不正当竞争法》下广告屏蔽软件的合法性判断[J]. 电子知识产权, 2018(1): 12-20.
- [8] 孔祥俊. 论反不正当竞争的基本范式[J]. 法学家, 2018(1): 50-69.
- [9] 陈兵. 互联网屏蔽行为的反不正当竞争法规则[J]. 法学, 2021(6): 123-142.