



公司及并购法律评述
2019年1月

上海
上海市银城中路68号
时代金融中心16楼和19楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街8号
华润大厦4楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中5号
衡怡大厦27楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

伦敦
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

LONDON
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

master@llinkslaw.com

我国司法实践对屏蔽视频广告行为的正当性认定

作者: 杨迅 | 吴晓雨

2018年12月28日,北京知产法院就腾讯诉星辉“世界之窗”浏览器屏蔽腾讯视频网站广告一案作出二审判决。¹在该案中,原告腾讯诉称:被告星辉所开发经营的“世界之窗”浏览器设置有广告过滤功能,用户使用该功能后可以有效屏蔽腾讯视频网站播放视频时的片头广告和暂停广告。腾讯认为,星辉的前述行为违反了诚实信用原则和公认的商业道德,构成不正当竞争行为。星辉对前述事实没有否认,但认为其行为有利于增加消费者福利和公众利益,并不违法。一审法院朝阳法院支持了星辉的抗辩;二审法院北京知产法院推翻了一审判决,认定星辉的行为构成不正当竞争行为。

腾讯诉星辉案并非我国首例因屏蔽软件或浏览器等经营者(“屏蔽商”)提供技术工具屏蔽视频网站经营者(“视频主”)设置的视频广告所引发的纠纷。就目前司法实践而言,大部分法院均认为屏蔽商的行为已构成不正当竞争,即使在少数一审认定不构成不正当竞争的案例中,二审也推翻了该种认定。

如您需要了解我们的出版物,
请与下列人员联系:

郭建良: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明: 本出版物仅代表作者本人观点,不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

我国司法实践对屏蔽视频广告行为的正当性认定

在该类纠纷²中，由于屏蔽视频广告的行为并非《反不正当竞争法》明列的不正当行为，法院通常援引其第二条得原则性规定，作为判定不正当竞争的依据。该条规定的适用需要满足以下条件：一是法律对涉案竞争行为未作出特别规定；二是主张权利一方的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；三是涉案竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性。前两者是显而易见的，本文着重于分析第三条标准在司法实践中的认定。

一. 屏蔽商是否有义务尊重视频主的商业模式/经营活动

在腾讯诉星辉案中，朝阳法院认为，任何经营者均不负有尊重他人商业模式、维护其他经营者利益的义务，这是市场经济竞争法则的体现。商业模式本身作为市场经济条件下自由竞争的产物，就是要将其留在自由竞争的领域，让优胜劣汰的市场机制决定其命运。由此，“免费+广告”的商业模式不应是不变的，而应顺应技术、社会、网络用户的需要进行调整。含有屏蔽软件的制作、使用是经营者出于市场利益最大化而进行的经营行为，同时也是为网络用户自愿选择提供的合理机会。

然而，持前述观点的裁判为少数。我国目前司法实践主流观点仍旧认为，除非有显而易见的特殊合法理由，如杀毒等，互联网经营者自身业务的开发拓展不应破坏其他互联网经营者的商业模式及其经营活动，具体理据主要有以下三点：

1. 商业模式的优劣及发展不应由其他经营者评判

在“合一”诉“金山”案和“爱奇艺”诉“大摩”案中，上海闵行法院和北京海淀法院均认为，商业模式的优劣理应由市场选择决定，而非由其他经营者以破坏性的竞争方式进行评判。不能认为经营者的经营活动以及其所采用的“免费+广告”的商业模式不得受到任何冲击或影响，但其发展变化不应受制于其他经营者的破坏行为。

2. 经营活动本身正当合法性的要求

“合一”诉“金山”案中，北京一中院还认为，市场竞争秩序的有序依赖于每个经营者经营活动的正当合法，每个经营者不以自己的行为破坏其他经营者的经营活动是对于经营活动正当合法性的起码要求。如果合法的经营经营活动可以被其他经营者随意破坏，却无法得到救济，则必将使得经营者对自己的经营活动无法预期，进而导致无法形成合法有序的市场竞争秩序。

我国司法实践对屏蔽视频广告行为的正当性认定

3. 不得破坏他人合法经营活动是最为基本且无需论证的商业道德

在“腾讯”诉“星辉”案中，北京知产法院认为，“经营者的合法经营行为不受他人干涉，他人不得直接插手经营者的合法经营行为”是最为基本且无需论证的商业道德。所有经营者不会对此持否定态度，因为如果该商业道德不被接受，则意味着每个经营者的经营行为可能时刻面临风险且无法得到保护。此外，北京知产法院还强调此种商业道德与是否符合用户需求无关。

除此之外，部分法院还提出，屏蔽商除不能破坏视频主的经营行为外，也不得不正当地利用其经营利益。在大摩系列案³中，上海知产法院认为，无论是视频主，还是屏蔽商，在互联网领域内开展经营活动，均要通过吸引互联网用户注意力提高其商业价值，进而实现营利。屏蔽商若想取得更好的直接或间接经营利益，获得更多的用户量是其经营活动的重要目标。因此屏蔽商利用用户不愿支付时间成本及金钱成本的消费心理，吸引视频主的用户成为屏蔽商的用户，进而增加其用户量。上海知产法院最终认定该行为属于不正当竞争行为。

二. 屏蔽行为是否有利于保护消费者，增加社会福祉

在相关案件中，屏蔽商通常以他们的屏蔽行为增加消费者福祉作为其抗辩理由。对于这一抗辩，广州黄埔法院在“快乐阳光”诉“唯思”案中认为，在互联网领域内，视频广告屏蔽技术已经长期广泛存在，其既能满足用户权益，有助于用户实现自主选择权，又能迫使广告提供者改善用户体验，提高广告产品的服务与质量，降低用户的注意力成本，实现用户福利的提高。

然而，在更多的案例中，尽管被告可能主张屏蔽广告能够为用户带来更加便捷、优质的观看体验，但法院更倾向于从长远考量，认定屏蔽视频广告的行为不会增加整体社会福祉，其负面影响主要体现在：

1. 用户获得视频内容的机会可能减少或者可获得视频质量可能降低

“合一”诉“金山”案中，北京一中院认为，在市场经济中，经营者对于其商业模式的选择不能脱离消费者的接受程度，消费者难以接受的商业模式很难使得经营者的经营活动得以维系。从实践看，用户对于收费模式的接受程度有限，若“免费+广告”模式消失，视频网站行业可能难以维系，用户在互联网上获得视频内容的机会大大减少，或者只能观看低质量的视频，从而客观上导致用户的利益受到损害。

我国司法实践对屏蔽视频广告行为的正当性认定

2. 用户可能失去自主选择权，其观看视频的经济成本可能增加

在“优酷”诉“硕文”案中，杭州铁路运输法院认为，视频主主要采取的商业模式包括“免费+广告”模式和购买会员免广告模式，用户可以自主选择付出时间成本(观看广告)或经济成本(购买会员)。若认可屏蔽行为的合法性，视频主将无法从广告主处获得足额收入以抵消其经营成本，其可能将“免费+广告”的商业模式变更为收费模式。介于此，一方面，用户将无法选择支付时间成本以观看视频；另一方面，视频主经营转型的成本都可能由终端用户承担。

3. 行业分析报告显示视频广告屏蔽行为并不有利于社会总福利

在“腾讯”诉“星辉”案中，腾讯提交了一份《中国网络视频行业中广告拦截行为的经济学分析》，其中载明，若“立即放开”广告过滤功能，消费者利益仅仅会在第一年上涨 5%，但自第二年开始一直处于下降趋势，在第七年会降至最低点 20%，直至第十年；而视频平台将一直处于亏损状态。换言之，经济学分析表明，社会总福利并不能因屏蔽广告而得以提高。

三. 屏蔽行为是否违反公认的商业道德

现有案例表明：对不正当竞争行为的一个特点在于违反商业道德。然而，商业道德的概念较为模糊，判定难度较大。为此，司法实践中当事人和法院都试图以现有规则为基础，将商业道德具体化，进而判断屏蔽行为是否违反商业道德。

在腾讯诉星辉案中，北京知产法院认为，对于公认的商业道德的确认，最为直接的依据是相关的法律、法规或者规范性文件。2016年9月1日国家工商行政管理总局公布的《互联网广告管理暂行办法》(“《暂行办法》”)第十六条规定，“互联网广告中不得有以下行为：(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”。“互联网广告”是指通过网站、网页、互联网应用程序等互联网媒介，以文字、图片、音频、视频或者其他形式，直接或者间接地推销商品或者服务的商业广告。北京知产法院认为这种禁止性规定足以说明主管机关已经将此类行为认定为违反公认商业道德的行为。但此种适用仍有斟酌的余地，因为《暂行办法》仅是行政规章，不能创设权利义务，也不是法院裁判的依据。

在不少案例中，屏蔽商主张其屏蔽行为符合行业惯例，而该惯例可以作为商业道德的认定依据。他们指出的商业管理的例子主要是浏览器具有屏蔽弹出式广告的功能。但在“合一”诉“金山”案，“爱奇艺”诉极“路由”案以及“腾讯”诉“星辉”案等案例中，北京海淀法院和上海知产法院均认为，一方面，屏蔽

我国司法实践对屏蔽视频广告行为的正当性认定

视频广告不属于行业惯例，虽然一些浏览器确实具备过滤广告的功能，但仍存在其他不具备这一功能的浏览器，比如 Chrome, Safari, Firefox, IE, sougou, KSbrowser 等。另一方面，法院否认了以符合行业惯例作为违反商业道德的抗辩。具体而言，对于行为合法性的判断应以其是否违反了法律的相关规定为依据，若某行为被判定非法，该行为的普遍存在只能证明违法现象严重，而不能以“行业惯例”为由推论该非法行为因此合法。

四. 屏蔽商是否具有主观过错

在有关案件中，屏蔽商主张：屏蔽广告是用户的自主选择，其没有主观过错。朝阳法院在“腾讯”诉“星辉”案指出：世界之窗浏览器页面没有任何过滤广告的提示，用户需要一定的操作才能看到“广告过滤”选项；点击选项后，排列在第一选择的是“不过滤任何广告”选项，最大限度地考虑了在其浏览器上播放的内容的利益，默认选项是“仅拦截弹出窗口”，而用户需要勾选“强力拦截页面广告”选项才能实现广告过滤功能，因此星辉主观上不存在损害他人利益的故意。而在“快乐阳光”诉“暴风”案中，石景山法院认为，暴风提供了多种播放途径，包括“去源网站”观看模式，已经尽到了合理注意义务，不存在主观过错。

但是，二审法院普遍持相反观点。北京知产法院认为，其将“广告过滤”选项设置于用户设置必然会进入的第一级子目录中，同时“强力拦截页面广告”选项“添加规则”按钮所对应的亦是官方论坛中的相关功能介绍，视频广告被过滤的结果是星辉的行为导致的。更明确地，在“优酷”诉“硕文”案中，杭州铁路运输法院认为，虽然屏蔽(拦截)视频广告仅为乐网软件的功能之一，但硕文对其“有效拦截优酷视频广告”功能进行了突出宣传，并以此吸引用户下载使用乐网软件，该行为充分表明硕文明知合一的正当利益受到损害而放任损害后果的发生，存在损害他人合法权益的主观过错。

值得注意的是，这种主观过错排除了技术中立原则的抗辩。在“爱奇艺”诉“大摩”案中，上海闵行法院认为，技术有别于一般的自然物，它是人类利用自然规律的成果，不可避免地体现了技术开发者或技术提供者的意图。技术开发者或技术提供者在开发时或提供时知道或者应当知道其产品可能被用于侵权，但不会因为该技术可能或实际上被用作侵权工具而直接被要求承担侵权责任；但若能够证明其为了自身的利益，教唆他人并为他人实施侵权行为提供便利的，就应承担侵权责任。

五. 总结

随着我国互联网行业的高速发展，新型竞争纠纷层出不穷，由屏蔽视频广告所引发的纠纷就是其中的典型代表。虽然目前司法实践对此未形成统一裁判规则，但根据前述案例的总结和分析中我们可

我国司法实践对屏蔽视频广告行为的正当性认定

以看到虽然基层法院可能较为严格按照法律的文字裁判，而中级以上法院则倾向于从经济和科技的总体发展出发，从宏观层面上评估商业模式的社会效应，更加注重于保障现有的互联网经营模式的稳定性和可持续发展。

总体而言，我国法院对屏蔽广告之类新型竞争案件的裁判较为谨慎，不轻易撼动现有互联网经营模式。这对于互联网媒体提供商，尤其是掌握大量媒体资源的经营者当然是一个利好消息，对他们而言，利用广告获取利益的权利似乎是不可侵犯的。

对于互联网软件、浏览器等技术提供商而言，则需要谨慎地平衡用户需求(比如屏蔽广告)和第三方合法经营的商业利益，从产品设计、推广和功能限定等角度，降低法律风险。

我国司法实践对屏蔽视频广告行为的正当性认定

如需进一步信息，请联系：

| | |
|---|--|
| 作者 | |
| 杨迅 电话: +86 21 3135 8799 xun.yang@llinkslaw.com | |
| 上海 | |
| 俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com | 刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com |
| 余铭 电话: +86 21 3135 8770 selenashe@llinkslaw.com | 娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com |
| 钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com | 孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com |
| 吴炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@llinkslaw.com | 潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com |
| 姜琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@llinkslaw.com | |
| 北京 | |
| 俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com | 刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com |
| 杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com | |
| 香港(与方緯谷律师事务所联营) | |
| 俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com | 吕红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com |
| 伦敦 | |
| 杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@llinkslaw.com | |

© 本篇文章首次发表于中国法律透视电子版第 100 期(总第 135 期)。

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

我国司法实践对屏蔽视频广告行为的正当性认定

¹ 参见北京知识产权法院(2018)京 73 民终 588 号民事判决书。

² 笔者经过检索和筛选,整理出以下案例,案号分别为:

(2014)京知民终字第 79 号; (2014)一中民终字第 3283 号; (2015)沪知民终字第 728 号; (2015)京知民终字第 02210 号; (2016)沪 73 民终 33 号; (2016)沪 73 民终 34 号; (2016)沪 73 民终 75 号; (2016)沪 73 民终 54 号; (2017)京 73 民终 282 号; (2017)京 73 民终 1809 号; (2017)京 73 民终 25 号; (2017)鲁民终 1877 号; (2017)鲁民终 1878 号; (2017)粤 0112 民初 737 号(二审中); (2018)浙 01 民终 231 号; (2018)浙 01 民终 232 号; (2018)京 73 民终 588 号。

³ 包括聚力诉大摩案((2016)沪 73 民终 34 号)、爱奇艺诉大摩案((2016)沪 73 民终 33 号)、乐视诉大摩案((2016)沪 73 民终 75 号)。