

再论“广告屏蔽技术”： 基于比价软件类案件的分析

文 | 龙小宁 厦门大学“长江学者”特聘教授 本刊专栏作者
闫 灵 厦门大学王亚南经济研究院本科生

一、缘起

自2013年起,一系列涉及到广告屏蔽技术和视频网站的商业纠纷走入了中国公众的视野,其中具有代表性的案例包括爱奇艺诉极科极客案、腾讯诉世界星辉案、优酷诉奇果案等,在国内外的学界和业界都引起了广泛关注。¹

虽然在一审中,各地法院针对广告屏蔽技术的使用合法性给出了不同的认定结果,但在终审裁决中,几个中国法院均判定视频广告屏蔽技术侵犯了视频网站正当利益,构成不正当竞争。其中,视频广告屏蔽技术被判不合法的两个最关键理由是法院认定:第一,侵权企业在无偿使用他人流量资源基础上(也即存在一定的依存关系时),将其用户流量转化为自身所有,从而导致原有网站的流量下降,冲击其盈利模式,增加自身的交易机会,属于违反了诚实信用原则的不正当竞争行为;第二,视频网站的生存依赖于广告收入,其获得一定的广告收益是网站运营的必要条件,否则将会陷于入不敷出的境地,并由此推论这种新的商业模式最终会影响到消费者的长期利益。

裁判文书网于2019年公开的爱奇艺公司诉硕文公

司案((2017)京0108民初21422号),成为广告屏蔽技术类案件的新成员。其裁判思路基本沿用上述逻辑,判决书中写到:“爱奇艺公司的免费视频加商业广告的经营模式具有法律保护的正当性,并非纯粹的经济利益,他人在对其网站上的广告进行拦截、干扰时应当意识到该模式具有法益保护基础”。换言之,视频广告屏蔽技术的原罪在于,它通过与视频平台竞争消费者(或者说流量),降低了后者的广告收入,冲击了后者的原有盈利模式。

然而,在位企业(行业中占据主导地位)的经营模式和相应的经济收益一定是神圣不可侵犯的吗?我们认为这一裁判逻辑值得商榷,而且一直以来各界对于这个判决结果的看法也存在一定的争议。²与此相关的,这些案件的裁判逻辑也向我们提出了一个问题:到底应该如何处理新的盈利模式对旧模式的冲击呢?在本文中,笔者将尝试通过对比分析与上述案件相似的后续案件——消费平台和比价软件的商业纠纷案,来重新讨论这些问题,并具体指出以往涉及广告屏蔽技术案件判决中可能存在的瑕疵。

¹关于近年来中外广告屏蔽类案件的讨论,参见龙小宁(2019, 2020)。

²关于反对禁用广告屏蔽技术的观点,参见龙小宁(2019, 2020);关于支持禁用广告屏蔽技术的观点,参见周丹丹(2019)。

表1 天猫、淘宝与聪明狗之间案件信息总结

案件名称	法院	裁决日期	裁决结果（判决书编号）
浙江天猫诉聪明狗	一审：北京市海淀区法院	2016	详见本文分析（（2016）京0108民初5134号） 维持原判（（2019）京73民终1490号）
	二审：北京知识产权法院	2019-12-20	
聪明狗诉浙江天猫	一审：北京市海淀区人民法院	2017-12-11	天猫败诉（（2017）京0108民初3682号） 维持原判（（2018）京73民终333号）
	二审：北京知识产权法院	2018-05-07	
聪明狗诉浙江淘宝	一审：北京市海淀区人民法院	2017-12-11	淘宝败诉（（2017）京0108民初3685号） 维持原判（（2018）京73民终326号）
	二审：北京知识产权法院	2018-05-07	
聪明狗诉天猫	一审：北京市海淀区人民法院	2018-08-30	聪明狗败诉（（2016）京0108民初9422号） 维持原判（（2019）京73民终1105号）
	二审：北京知识产权法院	2019-06-05	
聪明狗诉淘宝	一审：北京市海淀区人民法院	2018-08-30	聪明狗败诉（（2016）京0108民初9423号） 维持原判（（2019）京73民终1128号）
	二审：北京知识产权法院	2019-06-05	

二、比价软件商业纠纷系列案件概述

在这一部分,我们以天猫公司与聪明狗公司之间的纠纷案为例,来简单介绍比价软件类纠纷案件的基本情况、起诉理由和判决结果,第三部分提供笔者的分析。

（一）案件基本情况和起诉理由

涉案双方分别是浙江天猫网络有限公司(简称天猫公司)和聪明狗网络技术有限公司(简称聪明狗公司)。天猫公司是一家综合性电子商务网站,经营增值网络信息服务,提供计算机网络技术开发、成果转让等业务。

聪明狗公司起诉天猫公司滥用垄断地位、恶意屏蔽其插件,而天猫公司则起诉聪明狗公司攫取不正当利益、不符合公认商业道德。

聪明狗公司经营软件技术广告推广等业务,而其旗下的“购物党”插件是涉案插件,具有跟踪商品价格历史数据、跨店铺跨平台价格比较、优惠信息收集等功能。涉案双方分别多次起诉对方,聪明狗公司起诉天猫公司滥用垄断地位、恶意屏蔽其插件,而天猫公司则起诉聪明狗公司攫取不正当利益、不符合公认商业道德,双方互诉对方构成不正当竞争。表1总结了阿里系与聪明狗公司双方互诉的各个案件的相关信息。³

我们这里重点分析2016年天猫公司起诉聪明狗公司不正当竞争一案,在此案中天猫公司起诉聪明狗公司

攫取不正当利益,不符合公认商业道德,构成不正当竞争。其中,天猫公司从以下三个方面对聪明狗公司提起了诉讼:首先,经营行为存在侵权:天猫公司认为聪明狗公司的插件遮挡网站图标,影响其正当生产经营活动;其次,商业模式不符合商业道德:插件在天猫淘宝网站上运行,在没有得到准许的情况下非法获益,没有提供

广告对价,从而影响了天猫平台的获利能力;再次,存在消极的社会效应,不利于消费者权益保护:该插件没有使用公开数据,无法保障数据真实性,并且实际上对于

商品信息展示也存在一定的主观选择,有可能误导消费者,损害公共利益。

（二）判决结果和裁判逻辑

一审中北京市海淀区人民法院作出(2016)京0108民初5134号民事判决,裁定天猫公司胜诉,支持天猫公司第一、三点诉求。判决要求聪明狗公司对其具体的经营行为和信息展示方式进行修改,但并没有支持天猫公司关于比价插件模式违反商业道德这一观点,反而支持了这种新的盈利模式。双方均不满判决,分别上诉,最终北京知识产权法院二审维持原判((2019)京73民终1490

³龙小宁（2019，2020）中的表1提供了近年来中外广告屏蔽类案件的信息概况。

号),支持了一审法院的裁判结果。

二审法院同样认定北京聪明狗公司与南京聪明狗公司开发并经营比价工具并不违反法律规定及公认的商业道德,其只要不影响天猫公司正常的经营活动,天猫公司应予以一定程度的容忍。二审判决书中指出:“购物党比价插件运行时,点击搜索结果中其他电商网站的相关商品时,会从天猫网跳转至其他电商的销售页面。点击悬浮框中“促销”“优惠券”等,跳转至购物党网站“促销活动”“优惠券”等页面……此行为虽然导致天猫公司一定商业利益的丧失,但有利于维护消费者的正当利益,也促使天猫公司进一步提高自身的服务水平,更好地参与竞争,该行为不构成不正当竞争。”(见(2019)京73民终1490号民事判决书。)

虽然判决中认同天猫公司针对聪明狗公司的三点诉求中的两条,但从上述内容不难发现,法院对于新型商业模式给旧商业模式和利益可能带来的冲击保持了宽容的态度。笔者认为,这段论述

与广告屏蔽技术案件中的分析逻辑形成了对照,并将在下文通过对这两类案件的具体比较,来尝试指出广告屏蔽技术类案件判决中存在的矛盾点。

三、广告屏蔽技术和比价软件两类案件的比较分析

笔者分别以爱奇艺公司诉硕文公司案和天猫公司诉聪明狗公司案为例,来比较分析广告屏蔽技术类案件和比价软件类案件的事实与判决。首先可以发现这两类案例在以下方面具有较高的相似度:原被告企业之间的盈利模式冲突存在相似度,都是关于生长于现有平台之上的新商业模式与旧商业利益之间的冲突:爱奇艺公司对其网站上的视频提供了免费观看加视频广告及会员收费去广告两种模式,而硕文公司经营的软件为视频贴片广告提供屏蔽服务,使得爱奇艺公司的商业利益受到影响;与之相似的是,天猫公司在其网站上提供有偿的推介信息展示功能,聪明狗公司经营的插件为跨平台价

格比较软件,其商品推介功能对天猫的信息推介功能形成了利益冲击。

同时,原被告的关系上也存在相似度,被告在一定程度上依赖原告流量和用户群,存在一定的共生关系。视频广告屏蔽技术虽然不针对特定平台,但最终消费者进行使用时,需要基于对视频网站内容的使用,因而广告屏蔽技术软件的客户群和原有的网站流量存在一定的依存关系。类似地,比价插件与之相比也不针对特殊平台,但也需要基于原消费平台的网站信息和客户群体,因此在依存关系上也存在很大程度的相似性。

但对于这两类相似度很高的案件,法院却在判决中给予其中涉及的新商业模式完全不同的评价。法院认可了比价软件的商业模式,认为“比价插件行为虽然导致

天猫公司一定商业利益的丧失,但有利于维护消费者的正当利益,也促使天猫公司进一步提高自身的服务水平参与竞争,该行为不构成不正当竞争”。然而对于广告屏蔽技术,法院最终判定广告

屏蔽是在无偿截取他人优质视频资源的基础上,将用户流量转化为自身所有,增加自身的交易机会,从而导致来源网站的流量下降和竞争对手的交易成本提高,损害了公认的商业道德,属于违反了诚实信用原则的不正当竞争行为。

那么,两类案件之间是否存在决定性的差别因素,可以解释法院对新盈利模式的不同判断呢?我们仍然从裁判文书本身寻找答案。在爱奇艺公司诉硕文公司案的判决书中,法院认为“视频网站的生存依赖于广告收入,其获得一定的广告收益是网站运营的必要条件,否则将会陷入入不敷出的境地”,并由此推论这种行为最终会影响到消费者的长期利益。比照天猫公司诉聪明狗公司一案中二审法院关于新盈利模式的观点,“……,其只要不影响天猫公司正常的经营活动,天猫公司应予以一定程度的容忍”,似乎可以得到以下结论:广告屏蔽技术对视频网站的正常经营活动已经超出了可以容忍的程度。

下文中通过对这两类案件的具体比较,来尝试指出广告屏蔽技术类案件判决中存在的矛盾点。

广告屏蔽技术是否对视频网站的运营带来了毁灭性的打击呢？这种说法在2017年就存在很大的争议⁴，到了2020年再来回首这一论断，便可以找到更清晰的依据。

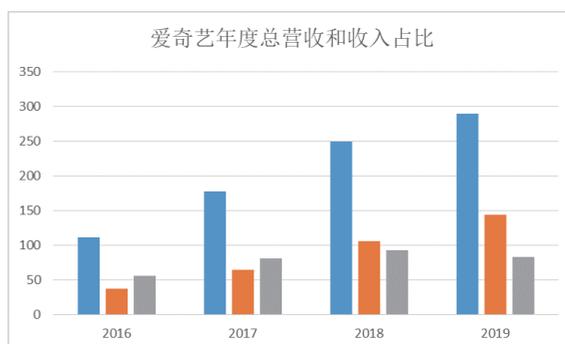
首先，广告屏蔽技术针对的是视频正式播放前的贴片广告，但国内存在完全不依赖贴片广告的视频网站bilibili和一系列流媒体视频网站，其始自2009年的成功运营和快速增长记录表明，视频网站对贴片广告的依赖被过分夸大了。其次，即使我们放弃关注这些竞品视频网站，而仅关注当年以广告利润决定其生存为由起诉并且胜诉的爱奇艺公司本身，也能清晰地发现，随着爱奇艺公司的业务发展，广告收入在其利益模式中的影响越来越小，表现在广告利润在其总体营收中占比的逐年下降（见图1）。可以合理地推知，广告收入并不是一个视频网站生存与否的决定性因素。

我们无意用现在的数据去苛责当初的法院判断，或许在广告屏蔽案件刚被搬

上法庭的十年前，法院和视频网站的经营者都确定地认为广告收益在当时对于视频网站的经营存在性命攸关的影响。但这是一种用静态眼光考量新技术、新模式对于旧商业模式影响的思维方式，很容易造成上文所讨论的情况：所要重点保护的原有商业模式（例如：视频平台依靠广告收入获利）依然被市场逐步淘汰，只是造成模式转型的另有其人（例如：B站的游戏获利模式），或转型速度减缓罢了（如各家视频网站逐步推进的会员收费模式）。但与此同时，中国的互联网使用环境却受到了不可忽视的负面影响。不少读者应该有过下面的尴尬经历：在严肃的工作会议中，讲稿页面上突然弹出令人啼笑皆非的无关广告！

市场是不断发展和变化的，随着竞争的出现，成功的商业模式不可能是一成不变的，而有活力、有竞争力

图1 爱奇艺营收总额与结构变化



注：其中蓝色为总收入，橘色为会员业务收入，灰色为广告业务收入。
数据来源：根据爱奇艺公司网站数据整理

成功的商业模式不可能是一成不变的，而有活力、有竞争力的企业会做出合理的改变来适应新的竞争形势。

的企业会做出合理的改变来适应新的竞争形势。如硕文公司在其诉讼辩称中提到的，为了满足平台盈利的要

求，“全球最大的免费视频网站Youtube，片头广告5秒不可控，5秒之后可以自由关闭，这种措施很好地解决了这个问题。”在消减消费者对过长广告播放的厌恶的同时，这种做法还帮助广告商

更有效地聚焦目标客户人群，从而带来了消费者、广告商和视频平台多方共赢的结果。此外，广告屏蔽技术的应用还可能促使广告商通过改进广告质量来吸引观众、提高广告转化率，同时降低广告费用，同样带来共赢的局面。值得注意的是，这些解决办法都是基于广告屏蔽技术之上的视频平台自身盈利模式的创新，而不是依赖对新技术和盈利模式的打压。

在爱奇艺公司诉硕文公司一案中，法院认为，“除非出于竞争的需要，爱奇艺公司意识到广告加免费视频的模式需要改变，其主动对广告进行了删减处理，而非外力强行对网站资源设置进行扰乱，这种竞争模式是应当鼓励的正当模式，例如其他网站推出了免费视频加免广告的模式。”这表明，广告屏蔽类案件判决中体现出的静态思维方式可能是源于对我国企业在商业竞争中迅速

⁴见爱奇艺诉硕文案中被告的观点（（2017）京0108民初21422号）。

反应、推进创新能力的担忧。但实际上,在面对新技术和新模式的挑战时,我们不应该低估我国企业的应对能力,而应该有信心它们可以创造出比国外企业更好的解决方案和应对办法,既包括商业模式的创新,也可能产生技术的创新。在这些创新武装下的优秀企业,不仅能够面对日新月异的市场变化和挑战,还可以增强自身竞争力,增加消费者的产品和选择范围,帮助进一步提高社会总福利水平。⁵

四、结论与启示

通过上文中针对广告屏蔽技术和比价软件两类案件的分析,我们还可以得出以下更一般性的结论和启示:

首先,应该如何规制新的竞争行为?是一竿子打死,还是允许其在满足若干具体要求的前提下继续实施?广告屏蔽类案件中法院的最终立场是否定广告屏蔽技术的合法性,做出了第一种选择;而比价软件类案件中法院则采用了第二种路线,要求聪明狗公司对其信息展示方式进行修改,并提高其数据透明度和真实性,但并未否定比价插件模式的合法性。

从后果来看,视频平台并没有因为法院的坚定支持而继续它们对广告收入的依赖,而几家网络商城也没有因为法院对比价软件手下留情而遭到灭顶之灾。因此,对于此问题,完全可以更加尊重市场竞争的力量,允许新的商业模式对旧商业模式提出竞争和挑战。如果

出于保护市场消费者的“好意”,法院偏离了其中裁判者的角色,那么反而可能是保护了固化的商业模式,无意中造成在位企业的情性和竞争力低下。

其次,应该如何对待市场竞争和垄断企业?正确的态度应该是:既不要“养虎为患”,也不要“谈虎色变”,不妨称之为“二虎”理论。具体表现为两方面:第一,在新出现的商业模式可能会对当今的重要企业带来挑战时,不要偏袒现有企业,以至于为保护现有经济利益而对新模式采取打压甚至取缔的立场。这种对竞争“谈虎色变”的做法反而可能会造成对垄断的“养虎为患”,在促成在位企业的市场垄断地位的同时,又使其养成懒于创新、依赖政府保护和优惠待遇、歧视竞争者等滥用市场支配地位的恶习。

第二,市场上在出现高效率企业快速成长并获得一定的市场支配地位时,也不要过于紧张,导致对垄断企业动辄“谈虎色变”。当企业的市场垄断地位是源于其技术、管理等方面的优势,而并非依赖于歧视性待遇或来源于市场支配地位的滥用时,在决定相关企业的规制和处罚过程中,需要谨慎选用本身违法原则(illegal per se rule)和合理性原则(rule of reason)。

从更一般性的规律来讲,稳定、可预期的法治规范模式才是高水平营商环境的最有效保障,对于市场竞争和垄断企业的规制也应遵循同样的规律。充满中国智慧的“中庸之道”,在市场竞争和垄断规制中同样值得秉承。

⁵ 详见龙小宁(2019, 2020)中关于短期、长期和更长期的分析。

参考文献

- [1] 龙小宁:“不劳而获的寄生性竞争还是商业模式创新的助推器?——广告屏蔽技术的经济分析(上)”,2019年12月,《中国知识产权CHINA IP》。
- [2] 龙小宁:“不劳而获的寄生性竞争还是商业模式创新的助推器?——广告屏蔽技术的经济分析(下)”,2020年2月,《中国知识产权CHINA IP》。
- [3] 周丹丹:《浏览器屏蔽视频广告行为不正当性分析——代理律师评腾讯诉世界之窗浏览器不正当竞争案》一文,该文由集佳知识产权公众号2019年1月11日推送。
- [4] 浙江天猫网络有限公司、北京聪明狗网络技术有限公司、南京聪明狗网络技术有限公司不正当竞争纠纷:(2016)京0108民初5134号,(2019)京73民终1490号。
- [5] 北京爱奇艺科技有限公司与杭州硕文软件有限公司不正当竞争纠纷:(2017)京0108民初21422号。