

对浏览器过滤视频广告功能构成不正当竞争的质疑

董慧娟 周杰 / 厦门大学知识产权研究院

摘要：近期，视频网站的商业模式受到一定冲击，具有广告拦截或快进功能的浏览器引发了若干纠纷。浏览器对视频广告的拦截、快进等行为应当如何定性，在我国现有法律框架内有一定的现实困难。在分析判断相关行为的性质时，理应重点从是否构成对视频网站的侵权行为、不正当竞争、用户体验和需求、技术中立等几个方面进行考虑，特别要重视用户利益的维护。视频网站的商业模式本身并不当然受法律保护。因此，既不构成侵权也不构成不正当竞争。

关键词：商业模式；竞争；用户利益

一、我国浏览器广告拦截、快进行为引发的纠纷

在现今网络视频等媒体运营商的推动下，网络视频等媒体内容和产业蓬勃发展，消费者也多由传统媒体收视转向了更富有生机与活力的网络媒体。网络视频和媒体成为炙手可热、竞相争夺的热门领域，商业利益十分可观。在视频网络运营商追逐商业利益、争夺海量用户群的过程中，视频网站运营商在自创的商业模式经营中遭遇到了挫折和摩擦，包括因部分软件开发商开发的具有广告屏蔽、拦截或快进功能的浏览器所导致的纠纷，我国近期就发生了两起类似纠纷，引起社会各界的广泛

关注。

（一）优酷视频诉金山“猎豹”浏览器案

2013年12月20日，北京市海淀区人民法院就“优酷视频诉金山猎豹浏览器不正当竞争”一案作出一审判决，优酷胜诉，金山猎豹浏览器的权利方北京金山网络科技有限公司¹应当向优酷赔偿损失30万人民币。法院认为，猎豹浏览器“非法”拦截视频网站广告的行为侵犯了优酷的合法权益，已构成不正当竞争，金山应承担优酷的经济损失、合理费用和全部诉讼费用，并在金山猎豹浏览器首页对优酷进行公开致歉，消除影响²。

在该案中，优酷主张，金山旗下猎豹浏览器通过技术手段恶意拦截视频网站的贴片广告，侵害了视频网

注释

1. 以下简称“金山”。该公司已于2014年3月25日更名为“猎豹移动公司”，并于2014年5月8日在纽约证券交易所挂牌上市，是一家以安全为核心，为互联网用户提供基础应用服务的互联网公司。

2. 法院在一审判决书中指出：“虽然本院认定本案原告合一公司（优酷网的经营者）的商业模式具有正当性，并不意味着确认该商业模式已经对消费者权益保护做了充分考量。二被告对猎豹浏览器开发设置过滤视频广告软件，一定程度上是为了迎合目前部分网络用户改变对优酷网视频广告过多、过长不良体验的需求。在现行法律法规及司法实践对某项市场行为尚无明确法律评价的情况下，要求市场经营者对其就某项用户需求进行开发经营从决策到实施过程中能完全明晰其行为的法律定性，存在一定的现实困难。”

站及其广告客户的正当权益,对优酷视频造成了极为恶劣的影响和巨大的经济损失。而金山认为,视频网站过多、过长的广告不断遭到用户诟病,猎豹浏览器过滤优酷体验不佳的过多、过长的视频广告,是符合用户需求的举措;这种为了优化用户体验而触及优酷视频商业模式的做法,目前在法律定性上存在一定的现实困难^[1]。金山还表示,任何商业模式都是市场的选择,而非企业强加给用户的存在。当然,在一审判决作出后,金山也发表声明,称“对话好过对抗”,并表示,希望与优酷展开对话与合作,在优酷的商业价值和用户体验中找到平衡点。

同时,具有戏剧性的一幕是,另一相关案件——金山猎豹浏览器诉优酷网不正当竞争一案³也于2013年12月27日由北京市海淀区人民法院作出一审判决:金山猎豹浏览器胜诉。法院认为,优酷网歧视性对待猎豹浏览器的行为,主观故意明显,违背了公认的商业道德,构成不正当竞争。因此,优酷被判判决应承担猎豹浏览器的经济损失、合理费用和全部的诉讼费用20万元。伴随着原被告角色调换后的这一案件判决结果的产生,猎豹浏览器与优酷网的“屏蔽”大战宣告结束,目前猎豹浏览器访问优酷的各项功能均已恢复正常。

2014年9月12日,优酷视频诉猎豹浏览器不正当竞争案的二审判决作出,北京市第一中级人民法院驳回上诉,维持原判。该二审法院认为,金山构成不正当竞争;还认为,优酷的视频广告并非恶意广告,其商业模式可受法律保护。

(二)“傲游”浏览器引发的纠纷

2014年2月20日,“傲游”浏览器正式上线新版本“马上看”浏览器,主打功能是广告快进功能。用户在使用该版本的浏览器观看视频时,可通过点击快进按钮实现广告快进的效果。但随后,各主要视频网站开始采取技术措施对“傲游”进行回击^[2]。随后,用户发现该新版浏览器的“马上看”功能对部分视频网站失效。比如,在使用其观看搜狐视频、优酷视频、PPS、乐视等网站的视频时,若不使用广告快进功能

时可以正常观看,但在点击“快进”后,PPS、乐视、优酷等网站均不能正常播放,提示“不支持该浏览器”。

针对“马上看”浏览器,国内各主要视频网站纷纷表达不满:乐视网方面公开表示,这是明显的不正当竞争行为,恶意破坏了行业的良性发展和商业模式;优酷视频方面表示,对“傲游”拦截视频广告的行为,公司将采取一些技术反制措施,并保留提起法律诉讼的权利;搜狐视频方面也表示反对“傲游”的做法,称其违反了视频网站的游戏规则,是典型的不正当竞争行为。面对视频网站的上述反应,“傲游”方面却表示,根据工信部20号令和其他相关法律,任何针对“傲游”用户的拦截行为,都是违法行为,必要时“傲游”不排除通过法律手段维护自身合法权益。“傲游”CEO陈明杰称,“傲游”快进功能是一个通用的中立技术功能,并不针对任何网站进行技术开发,也并非专门针对视频网站的贴片广告而开发。用户有权操作其电脑并控制其浏览器中展示的内容。任何人都没有权利强迫用户接受其强加的任何信息和服务,否则将严重侵犯用户的公平交易权和选择权。

二、浏览器拦截、快进广告行为定性上的分歧

从上述两个纠纷来看,所涉及的浏览器均具有拦截或快进视频网站的广告等类似功能,从而引发了各主要视频网站的不满。作为相关浏览器的开发商,其开发行为是否构成对视频网站的不正当竞争或侵权行为呢?

我国现行法律对该问题的规定和态度似乎比较模糊,理论界与实务界的看法也存在一定的分歧^{4[3]}。从优酷视频诉金山猎豹浏览器一案来看,法院认定金山的行为构成不正当竞争,主要是从以优酷为代表的视频网站运营商的商业利益角度出发的。但是针对该案,也有部分学者表达了不同于审判法院的看法。

笔者认为,在解决相关纠纷、进行定性分析时,我们应当具体问题具体分析,且决不能单纯地从维护视

注释

3. 该案主要案情:虽然市场上有多家浏览器均安装了第三方广告屏蔽插件,但2013年3-4月优酷网只针对猎豹浏览器一家进行了限制视频播放的技术处理,而对其他浏览器在优酷网视频片头广告被屏蔽的情况或行为,并未采取限制视频播放的技术处理。同时,优酷网在后来已经确认猎豹浏览器停止过滤优酷网视频广告的情况下,仍然对猎豹浏览器进行歧视性对待。

4. 在优酷视频诉金山猎豹浏览器拦截广告一案中,北京市海淀区人民法院认定猎豹浏览器的行为构成不正当竞争,从而判定猎豹浏览器道歉并赔偿优酷30万元。但在理论界,不少学者认为猎豹浏览器的行为并不构成不正当竞争。

频网络运营商的既有利益及维护其商业模式的角度来考虑或判定,而必须充分考虑维护互联网市场的竞争秩序、尤其是维护广大网络用户的利益和需求、提升用户体验等方面,同时兼顾技术中立原则,作出判定。

三、浏览器拦截、快进广告行为是否构成对视频网站的侵权

在判定是否构成侵权行为时,需要分析的首要问题在于,视频网站享有什么权利,什么权利受到了侵害;其中当然也包括一个问题——视频网站对其“免费视频+广告”的商业模式本身是否享有权利。

(一) 商业模式本身是否受法律保护

视频网站的“免费视频+广告”的商业模式本质上是一种商业营利的思路,属于思想范畴的内容⁵。根据版权法传统的“思想与表达二分”原则,商业模式并不具备当然获得法律保护的资格或条件。一旦某种商业模式获得法律保护,那么,当其他经营者的竞争行为触及或冲击该商业模式时,就有涉嫌侵权的风险。如此一来,不仅破坏市场竞争规则,也不利于商业模式创新。所以,法律不应随意介入、阻碍或限制商业活动,除非出现了违反法律、商业道德或者损害公共利益商业模式。因此,商业模式本身并不受法律保护。视频网站对其商业模式也不享有任何法定权利。

(二) 是否涉嫌对视频网站相关软件的修改

从浏览器对视频网站的贴片广告等广告予以拦截或快进的实现途径和作用机制看,主要是通过改变浏览器与视频网站软件之间的调用条件、通过浏览器改变一定的数据参数信息,从而实现改变视频网站软件贴片广告的功能的。而在我国业已出现的浏览器拦截、快进广告的例子中,浏览器的运行过程均没有改变视频网站的软件本身,而仅仅改变了视频播放的环境。

可见,一般情况下,浏览器的相关行为并不涉及对软件(程序)的直接修改,仅仅是改变软件之间的调用与被调用的约定条件,在软件运行中来拦截、修改、增加或屏蔽本地客户端和远程服务器之间的数据交换信

息,从而达到改变软件功能的目的。按照我国现行的《著作权法》和《计算机软件保护条例》等法律法规的规定,此种运行方式尽管本质上也改变了软件的功能,但并未修改软件的程序,故应认定为没有侵犯相关软件权利人的权利^[4]。

因此一般而言,浏览器拦截、快进广告的行为并不构成对视频网站相关软件权利的侵犯。

(三) 是否符合技术中立原则

美国最高法院在索尼案(Universal v. Sony)中引入的技术中立原则被公认为是技术和用户的胜利^[5]。该案判决认为,若相关设备“广泛应用于合法的、不被反对的目的”,则对此后的侵权行为不应承担责任。此即所谓的“实质性非侵权用途”标准,又称“索尼”原则。该原则的基本含义是,技术本身是中立的,无善恶之分;一项技术被用于合法或非法用途,并非技术提供者能够预料或控制的,而是取决于技术的实际应用者;因此,不能也不宜因新技术的出现而令技术提供者承担责任。

实际上,猎豹和傲游浏览器拦截、快进视频网站贴片广告的技术应被视为中立的技术。猎豹和傲游浏览器的运营商并未主动将该技术用于非法用途,而是将是否使用拦截或快进功能的选择权交给了广大网络用户。基于技术中立原则,猎豹和傲游浏览器拦截、快进视频网站贴片广告的行为并不构成侵权。况且,网络用户使用此中立技术以提高自身的观看体验当然无可厚非、并未侵犯谁的权益,浏览器的开发商或提供者在向用户提供浏览器软件或服务时也都是免费的。

技术的发展历史表明,技术的发展往往具有超前性。当一项技术诞生之时,我们完全没有必要急于对其作出评价或是非判断。尤其是当某项技术的发展前景尚不十分明朗时,更是不宜贸然禁止或限制,反而应当留有余地,循序渐进,为创新和发展留下一定的空间^[6]。作为一项新技术,浏览器拦截、快进广告的功能,法律也无需急于阻碍其步伐,而应缓行一步,交由市场判断。

可见,商业模式本身并不受保护,“免费视频+广告”的经营模式被破坏并不意味着视频网站运营商的

注释

5. 作为能够以某种有形形式复制的智力创作成果,作品是其作者一定构思的表达。版权法规只保护作者一定构思的独创性表达,这种保护不能延及构思本身。这是界定版权保护范围的一项基本原则。参见 Raymond T. Nimmer, *The Law of Computer Technology*, Warren, Gorham, & Lamont, 1985, Chap. 1, part. A, & 1.02.

某项法定权益受到了侵害；由浏览器开发商免费提供给网络用户供其自由选择使用的广告拦截或快进功能，属于技术中立的范畴，该运行过程也并未改变相关软件或程序从而引发对软件权利的侵权嫌疑，归结起来，相关行为并不构成对视频网站的侵权行为。

四、浏览器拦截、快进广告行为是否构成不正当竞争

从竞争法的发展历史来看，竞争行为的“正当性”判断绝非易事，且随着时代、环境、习俗以及制度的变迁而越来越困难，因此有学者将其形象地比喻成外形千变万化的“海神”或“模糊而变幻不定的云彩”^[7]。

■ 视频网站对商业模式不享有任何法定权利，浏览器开发商免费提供给网络用户供其自由选择使用的广告拦截或快进功能属于技术中立范畴，不构成侵权；这种做法也不违反互联网行业公认的商业道德，不宜认定为不正当竞争。

（一）《反不正当竞争法》一般性规定的适用

我国《反不正当竞争法》对不正当竞争行为的规定框架为：第2条是关于不正当竞争行为的一般规定，第5至15条对11种不正当竞争行为进行了列举，属于特别规定⁶。

在法律适用方面，仅当竞争行为不在第5至15条规定的11种行为方式的范围内时，才能适用第2条的一般规定⁷。对此，最高人民法院明确承认，虽然该条第2款可用于维护市场公平竞争，但也应注意严格把握适用条件，以避免不当干预阻碍市场自由竞争⁸。凡是《反不正当竞争法》已通过特别规定作出穷尽性保护

的行为方式，不宜再适用一般规定予以规制。

可见，对于一般规定的适用，需同时具备三个条件：一是法律对某种竞争行为未作特别规定；二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到实际损害；三是该竞争行为因确属违反诚实信用原则或公认的商业道德而具有不正当性或可责难性。第三个条件是适用时的关键和判断重点⁹。

（二）浏览器拦截、快进广告是否构成不正当竞争

浏览器拦截、快进广告的行为方式并不属于特别规定所列举的范围，只能适用一般规定予以判定。需要逐一判断：是否实际损害了其他经营者的合法权益，是否违反诚实信用原则或公认的商业道德而具有不正当性或可责难性。笔者认为，该行为并不构成不正当竞争，主要理由如下。

1、未损害视频网站运营商的合法权益

拦截或快进广告的行为，对各大视频网站既有商业模式的冲击是无疑的，且对其商业利益可能造成一定的消极影响。但不能就此推定该行为具有可责难性。

首先，用户并无观看视频所插广告的义务。网络用户在观看网络视频时，已支付了上网等费用。除非有特别约定，否则对视频网站经营商无需承担任何义务^[8]。这个道理或权利义务关系，与电视观众观看电视节目时没有义务观看插播广告是一样的。因此，在无特别约定的前提下，用户通过选择使用具有拦截、快进功能的浏览器观看视频时，也并未侵犯视频网站经营商的任何法定权益。

其次，广告的被拦截或快进也不必然导致视频网站的商业收益的减损。实际上，视频网站的贴片广告收入并非其唯一收入来源。除贴片广告外，还有“对联”广告、“弹窗”广告、“外链”广告、播放中的“暂停”广告等。因此，不能武断地推定，拦截、快进广告行为切断了视频网站的所有或主要收入来源。况且，值得注

注释

6. 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第5-15条。

7. 我国《反不正当竞争法》第2条规定：经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。

8. 参见最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书，涉及山东食品进口公司等诉马达庆等不正当竞争纠纷案。而且，最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》（2009年4月21日发布，法发[2009]23号）第11点也明确指出，“凡反不正当竞争法已在特别规定中作穷尽性保护的行为，一般不再按照原则规定扩展其保护范围；对于其未作特别规定的竞争行为，只有按照公认的商业标准和普遍认知能够认定违反原则规定时，才可以认定构成不正当竞争行为，防止因不适当地扩大不正当竞争范围而妨碍自由、公平竞争。”

9. 参见最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书，涉及山东食品进口公司等诉马达庆等不正当竞争纠纷案。

意的是,即使广告得以正常播放,也不能确保用户完整地观看了广告;在这一点上,传统电视和网络环境下的视频观看毫无区别。在传统的电视播放模式中,观众并不能改变电视节目或栏目的播放方式,但其有权选择收看自己真正想看的对象或内容,也有权视而不见广告或关掉电视机;即使广告本身在流畅地播放,观众也许已暂时性离开、任其自行播放,而不能保证观众真正地、完整地观看了广告。这种情况在网络视频播放中同样存在:即使用户并未使用拦截或快进功能,用户同样可以任广告自行播放而自己并未观看,这种情况下同样不能确保在无快进功能的浏览器存在时广告的有效观看性。很显然,广告点击率或者正常播放率并不是与广告的有效收看率成正比的,不能仅凭广告的正常播放被终止或减少而推断视频网站的利益受损,实际上只是一定程度上减少了广告被观看的机会或可能性。但这种可能性的大小或多少很难被量化。

再次,即使对视频网站的利益有影响或造成了减损,也是互联网行业正常商业竞争的结果,是商业竞争所需要的。退一步讲,即使拦截、快进行为确实令视频网站的广告赞助费减少,也是正常商业竞争的必然结果。在互联网领域,新技术的出现必然会使某些既得利益者受损。具有中立性的广告拦截、快进技术的出现必然会冲击既有的商业利益格局。客观上讲,是广大网络用户在饱受冗长广告的折磨后对无广告、少广告的观看体验需求催生了具有拦截、快进功能的浏览器的诞生。因此,这是用户市场催生和选择的结果。浏览器开发商并未强迫用户在观看视频时必须使用拦截或快进功能,而是赋予其选择权。

可见,在判断是否损害他人合法权益时,不能单纯地从表面上、客观上判定,而必须综合考虑各种因素,至少要具备可责难性,才构成“不正当”性。为此,不能认定浏览器本身损害了视频网站的合法权益。

2、不违反诚实信用原则或公认的商业道德

关于竞争行为“正当性”的认定,应以是否违反

诚实信用原则或公认的商业道德为基准。在《反不正当竞争法》的层面,诚实信用原则更多地是以公认商业道德的形式体现出来的^[9]。

(1) 符合“理性经济人”的道德水平要求

商业道德是按照特定商业领域中市场交易参与者即“经济人”的伦理标准来加以评判的,既不同于个人品德,也不能等同于一般的社会公德,体现的是一种商业伦理^[9]。也就是说,要以“理性经济人”¹⁰的道德水平来要求市场交易参与者,理性经济人追逐利益的行为是符合商业道德的基本要求的。浏览器的开发运营商为获得商业利益而争夺网络用户,开发出能为用户带来更好体验的浏览器,其行为符合理性经济人的道德水平,法律没有任何理由对其责难。

(2) 不违反互联网行业公认的商业道德

《反不正当竞争法》所要求的商业道德必须是公认的,是特定商业领域普遍认知和接受的行为标准,具有公认性和一般性¹¹。具体到个案,公认的商业道德应结合案件具体情形来分析判定。在互联网领域,《互联网终端软件服务行业自律公约》所确立的规则应可作为互联网企业在市场竞争中须遵守的公认的商业道德。该公约第19条规定,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。而猎豹和傲游浏览器拦截、快进贴片广告的行为并未屏蔽或拦截视频网站提供的合法信息内容和页面;用户观看视频的体验不仅未受影响,还得以提升和改善。因此不违反互联网行业的诚实信用原则和公认的商业道德。

综上,猎豹和傲游浏览器拦截、快进视频网站贴片广告的行为既未真正损害视频网站运营商的合法权益,也未违反诚实信用原则或互联网行业公认的商业道德。因此不构成不正当竞争行为¹²。

五、反思与建议

无论是我国视频网站“免费视频+广告”的通用

注释

10. 最高人民法院在山东食品公司与马达庆等不正当竞争案件中引入了“理性经济人”的伦理标准,以特定商业领域普遍认识和接受的伦理标准,认定是否违反公认的商业道德,防止将商业道德简单等同于个人道德或者社会公德。

11. 最高人民法院在《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》中指出:“正确把握诚实信用原则和公认的商业道德的评判标准,以特定商业领域普遍认同和接受的理性人伦理标准为尺度,避免把诚实信用原则和公认的商业道德简单等同于个人道德或者社会公德。”

12. 由此看来,相关法院关于优酷视频诉金山猎豹浏览器案的一审和二审判决结果尚值得商榷和反思。

性商业模式中,还是在立法和司法实践中,网络用户(消费者)的利益和需求似乎往往是最易被忽视的。在浏览器拦截或快进广告的典型事例中,在考察行为“正当性”的过程中,较少考虑网络用户的选择权问题,用户的利益或需求即使偶尔被提及,也仅具有十分有限的作用或影响,且被视为次要因素。笔者认为,在互联网领域我国应更突出强调并切实体现对用户利益的关注和保护,提升用户选择权的地位。具体而言,笔者提出以下几点建议。

■ 在浏览器拦截或快进广告的典型事例中,考察行为“正当性”之时,较少考虑网络用户的选择权问题,用户的利益被视为次要因素。与其将矛头对准视频网站运营商,不如创新出更符合用户需求的商业模式。

(一) 改进我国视频网站既有的主流商业模式

与其将矛头对准具有拦截、快进功能的浏览器,我国的视频网站运营商不如反思不合时宜的商业模式,创新出更符合用户需求的新的商业模式。在这一方面,美国的经验不妨作为有益参考。

美国互联网视频运营商十分重视用户选择、观看体验和需求,是其重要考虑因素。早在几年前,美国主要视频网站就对“免费视频+广告”的商业模式进行了改造。目前的做法大致可分为两类:一种是可以自行跳过广告的模式,即 YouTube 模式,另一种是用户自己选择观看广告的模式,即 Hulu 模式。

1、YouTube 模式

2010 年 12 月,YouTube 正式推出了推新的广告格式“True View”,这种格式不仅能让用户跳过不感兴趣的广告,还赢得了广告商的认可。True View 与以往使用的格式的差别在于:当 True View 格式的广告开始播放时,用户会在视频画面中看到一个“五秒钟”的倒计时器,同时还会出现一个箭头,用户若不想观看,顺着箭头点击即可跳过广告,重新回到之前浏览的内容。

YouTube 可直接令用户自行选择是否跳过视频广告,其配套的营利方式在于,YouTube 的广告商是以

用户在 YouTube 视频网站上的广告点击量为付费标准的。广告商只有在用户点击了广告的情况下才会支付广告费,若用户选择跳过而不点击广告,广告商就无须支付费用。这样,赋予了用户很大的选择权。YouTube 采用这种广告策略不但改进了用户的观看体验和服务质量,还提高了广告的有效性和效率。因为,用户当然会倾向于对自己选择的广告有兴趣。如此,实现了广告商、视频网站运营商和用户三者的共赢。

2、Hulu 模式

2010 年 8 月,为增强在线视频广告业务的盈利能力,视频网站 Hulu 计划让用户自己选择观看的在线广告。出于降低用户对广告的抵触情绪的目的,Hulu 开发了多样性技术来提升用户观看视频时的体验。用户可根据喜好选择观看相应的广告,或者选择观看一段电影预告片以替代观看广告。让用户自行选择观看广告的方式使得 Hulu 为广告商提供了更具针对性、更有效的宣传。通过实现用户的自主选择,Hulu 能帮助广告商将广告更有效、更精准地送至目标用户手中,同时,也让用户更容易接受广告。

与 YouTube 的相似之处在于,Hulu 采取这一广告模式也是以广告收费模式为基础的。Hulu 并不以固定价格向广告商出售广告位置,也不以固定价格向内容提供商支付内容成本,而是按照每个月、每个广告(或节目)的观看次数来与广告商和内容供应商进行结算。可见,Hulu 让用户自己选择接受的广告信息这一模式对多方利益而言效果更好。

美国的上述两种商业模式及其重视用户选择和用户需求的精神值得我国相关运营商参考或借鉴。在互联网市场的发展中,用户的地位十分重要。如何迎合用户需求、获得用户青睐,是各视频网站未来发展须考虑的重要问题。在观看广告方面,视频网站运营商可考虑赋予用户更多自主权或选择权,尊重并迎合用户需求,如此一来,不但不会丧失利益或市场,反而会赢得用户认可、获得更大的竞争优势和丰厚回报。

(二)《反不正当竞争法》应强调并切实体现对用户利益的关注和保护

我国《反不正当竞争法》虽然将保护用户的合法

注释

13. 参见我国《反不正当竞争法》第 1 条。

权益作为立法目的之一¹³，但似乎并未在具体规定中明确指出达成此目标的具体途径或方法。在判定经营者的行为是否构成不正当竞争行为时，法院也未将用户利益或需求作为重要考量因素。这既是我国立法的缺憾，也是司法不成熟的表现。

■ 我国网络领域内消费者保护问题尚未引起足够重视，反不正当竞争法也仅从规范经营者之间的竞争行为以实现间接保护用户的目的，其中的宣示性条款的可操作性和可实现性较弱，应强调并切实体现对用户利益的关注和保护。

有学者指出，现代的反不正当竞争法应当服务于三重目的，即保护竞争者、保护用户以及维护代表公共利益竞争的¹⁰¹。可见，不正当竞争行为必须进行功能上的界定，要特别保护有关各方的利益，即市场运作中的相关当事人的利益¹⁴。应当承认，我国《反不正当竞争法》第1条的规定体现了这一精神；因为，该条款将立法目的规定为“为保障社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益”，“消费者的合法权益”即对用户利益的体现。然而，该法的具体条文却未涉及有关用户（消费者）权益保护或救济的规定，《消费者权益保护法》虽是专门性法律、但极少涉及竞争行为中的消费者保护问题。可以说，目前我国《反不正当竞争法》对用户利益的保护尚停留在间接保护层面，即通过规范经营者之间的竞争行为以实现间接保护用户（消费者）利益的目的。

虽然有学者认为，竞争法对用户的保护是一种深层次的保护，即通过维护竞争机制（the competitive process）和提高经济效率，从整体上导致产品、服务质量的提高和价格的降低，使用户获得福利即实现所谓

的用户福利最大化^{101 82}；但笔者认为，具体规定远比宣示性条款更具可操作性和可实现性。无论是对用户权益的“间接”保护还是“深层次”的保护，最终都离不开具体规定的实施和落实。况且目前，我国网络领域内的消费者保护问题更是尚未引起足够重视，这种用户利益的保护需求更为突出和迫切。

因此，我国《反不正当竞争法》应当在创设具体规定以确保对用户权益、需求或选择权的维护和救济等方面予以完善。例如，有学者提出，针对经营者的不正当竞争行为设立用户公益诉讼制度¹¹¹；也不失为一个好建议。

（三）我国司法机关应当调整对竞争行为“正当性”的认定规则

在认定竞争行为的正当性时，我国法院应当更多、更充分地考虑用户利益、需求或选择权。

从美国的相关司法经验来看，用户利益是法院在判断是否构成不正当竞争行为时一个十分重要的标准，并在类似案件中表明了支持类似于金山的广告屏蔽工具开发商的态度¹⁵。用户利益标准的确立有利于法院在经营者之间发生纠纷时准确、合理地对相关行为进行定性，有效规范互联网市场。德国也有类似案例，结果也是类似的。2004年，德国联邦法院在“Fernsehfee”案中认定电视广告屏蔽工具（TV adblocker）的销售者不构成任何形式的市场阻碍；在德国汉堡法院受理的一起案件中，原告针对一个具有广告屏蔽功能的浏览器（Adblock Plus）提起诉讼，但于2013年9月26日主动撤回了临时禁令申请^{16 [8] 11}。

反观我国，法院在类似案件中似乎更偏重甚至仅着眼于相关经营者（运营商）的利益是否在客观上受到了影响，而用户利益或需求往往处于易被忽略的地位¹⁷。因此，我国法院在认定互联网领域中的不正当竞争行为时，也应将用户（消费者）利益、需求或选择权纳入重点考虑因素的范围。

注释

14. 参见“Protect against Unfair Competition”，presented by the International Bureau of WIPO, pp24-25.

15. 2012年11月，美国加州法院驳回了Fox禁止卫星运营商Dish Network销售拦截广告的视频录制设备Hopper的请求。2013年11月，YouTube推出了一项新功能In-stream，用户可在5秒后跳过YouTube近半数的视频广告，只有当用户观看广告超过30秒或观看完整部广告，才向广告商收取费用；谷歌Chrome浏览器也推出了一个名为“Adblock Plus”的去广告插件，屏蔽YouTube上的视频广告和Facebook上的广告。

16. 参见Dr. Pietro Graf Fringuelli, et, Distribution of online pop-up blocker Adblock Plus can continue, available at: http://www.cms-hs.com/PR_AdblockPlus_01_10_2013_en.

17. 这一点从我国之前的“3Q大战”等案例中可明显看出，而优酷诉金山猎豹浏览器不正当竞争一案则是又一典型体现。

六、结语

综上所述,我国业已发生的猎豹、傲游等浏览器拦截或快进视频网站广告的行为:浏览器的开发运营商既未修改视频网站的相关软件(程序),也非视频网站的直接竞争者,且不属于收费的商业行为,因此不构成侵权、也不构成不正当竞争,而是正当行为;广大网络用户利用类似工具提升视频观看体验、自主选择是否观

看相关广告的行为也是正当的自助行为,属于行使自主选择权的范围。由于未充分考虑到广大网络用户的利益、需求和选择权,我国部分法院在某些类似行为的性质认定方面尚有值得商榷之处,也欠周全。无论是对互联网行业还是对立法、司法界而言,互联网领域中的用户利益都是极其重要的,理应引起更突出、充分的重视。我国各主要视频网站的既有商业模式有待改进,惟有重视用户利益与需求、实现用户与运营商的双赢,才是长久之计。^[11]

参考文献 • REFERENCE DOCUMENTATION

- 【1】猎豹关于优酷官司的声明:法官认可猎豹满足用户需求【EB/OL】【2014-04-20】. <http://www.donews.com/net/201312/2675652.shtm>.
- 【2】优酷“威胁”“傲游”浏览器引争议,贴片广告有多不堪【EB/OL】【2014-04-18】. <http://www.newhua.com/2014/0222/250685.shtml>.
- 【3】浏览器拦截或快进广告侵权吗【EB/OL】【2014-05-03】. <http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?Articleid=30974>.
- 【4】魏士麋.网络插件的运行方式和商业模式对法律责任的影响分析【EB/OL】【2014-05-12】. http://blog.sina.com.cn/s/blog_5a81db850100b87i.html.
- 【5】LitalHelman. Pull too Hard and the Ope may Break: on the Secondary Liability of Technology Providers Copyright Infringement【J】. Texas Intellectual Property Law Journal, 2010.
- 【6】孔祥俊.知识产权保护的新思维——知识产权司法前沿问题【M】.北京:中国法制出版社,2013:238-239.
- 【7】曾陈明汝.专利商标法选论【M】.台大法学丛书(第13辑):161.
- 【8】张广良.具有广告过滤功能浏览器开发者竞争法责任解析【J】.知识产权,2014(1):9.
- 【9】孔祥俊.知识产权法律适用的基本问题——司法哲学、司法政策与裁判方法【M】.北京:中国法制出版社,2013:120-121.
- 【10】孔祥俊.反不正当竞争法新论【M】.北京:人民法院出版社,2001:81.
- 【11】曹宇辰.谁来为3Q之争买单——法律视野下的3Q之争【EB/OL】【2014-04-10】. <http://www.law.ruc.edu.cn/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=30350>.