

利益衡量方法在屏蔽视频广告行为正当性判定中的适用

史欣媛

(厦门大学法学院, 福建厦门, 361005)

摘要: 在屏蔽视频广告行为的正当性判定中, 商业道德具体化的裁判路径始终无法给以透彻的说理, 而利益衡量方法强调对案件事实的实质性判断, 可有效弥补法律漏洞, 并且其在适用中更具可操作性, 故可作为行为正当性判定的新路径。在利益衡量方法的司法适用中, 法官所秉持的“经营者利益至上”的利益衡量评判理念存在偏失, 同时缺少具体方法来规范与指引利益衡量。对此, 应确立实现社会整体利益最大化的利益衡量评判理念, 同时引入比例原则。经利益衡量, “优酷诉猎豹不正当竞争纠纷案”中涉及的屏蔽视频广告行为构成不正当竞争。

关键词: 屏蔽视频广告行为; 不正当竞争; 利益衡量; 比例原则

中图分类号: D912.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)01-0026-08

一、问题的提出

2016年4月13日, 北京市高级人民法院召开新闻发布会, 发布了年度知识产权司法保护“十大创新性案例”。其中, 作为屏蔽视频广告的经典案例——“‘极路由’屏蔽视频广告不正当竞争纠纷案”被纳入其中。^①近两年, 屏蔽视频广告纠纷频发, 引起社会广泛关注。对于屏蔽视频广告行为的正当性判定, 绝大多数法官试图从《反不正当竞争法》第2条第1款^②寻找裁判法律依据。然而, 迄今为止, 何为互联网领域“公认的商业道德”尚无定论, 既有的商业道德具体化裁判路径亦饱受争议, 单纯的逻辑推演和文本分析的形式主义法学方法之局限性已日渐凸显。而“利益衡量作为法学思考方法”^{[1][4]}, 具有较为成熟的理论与评判逻辑, 故而与商业道德具体化的裁判路径相比, 利益衡量可使裁判更加简单化与规范化, 乃判定屏蔽视频广告行为正当性的一种更为优越之路径。屏蔽视频广告案件中的利益关系错综复杂, 经营者与竞争者、经营者与消费者间的利益冲突亟待法律规制。但是, 屏蔽视频广告案件中的利益冲突生成于法律无明文规定之地带, 此即德沃金所言之“在法规典籍中没有清晰的法规加以确凿判决的案件(Hard Cases)”^[2], 拉伦茨称之为“规整漏洞”(Gesetzlücke)^{[3][251]}, 这就需要法官妥当适用利益衡量方法, 平衡利益冲突。囿于法

官过去的经验和思维定式, 利益衡量方法在屏蔽视频广告纠纷案件的司法适用中存在评判理念偏失等问题。若不给予这些问题足够的重视, 法官所作的努力与创新将变成徒劳, 甚至可能扭曲视频行业的竞争机制。因此, 探讨如何在屏蔽视频广告行为的正当性判定中正确适用利益衡量方法尤为必要。

近几年, 互联网不正当竞争案件司法裁判中利益衡量方法的适用引起了部分学者的关注, 将抽象的商业道德标准转化为利益平衡这种客观分析框架的观点得到了一些学者的支持。^[4-7]然而, 既有研究更多集中在利益衡量的理论层面, 专门针对屏蔽视频广告行为正当性判定中的利益衡量方法之适用进行反思与审视的著述尚付阙如。鉴于此, 本文拟将研究视角置于屏蔽视频广告行为正当性判定的司法过程, 剖析利益衡量方法在适用中存在的问题, 并结合互联网竞争特性, 试图探寻利益衡量方法在此类纠纷中适用的优化路径, 以期能为司法审判实践提供可能的参考。

二、一种路径: 屏蔽视频广告行为正当性判定中的利益衡量方法

(一) 商业道德具体化裁判路径的反思

为避免法律的滞后性, 立法者有时会刻意制定带有模糊色彩的兜底条款来增加法律适用的广度, 《反不正当竞争法》第2条第1款便是典型例证。此条款中,

收稿日期: 2016-09-16; 修回日期: 2016-10-12

基金项目: 2015年国家社科基金年度项目“互联网新型不正当竞争行为法律规制的实证研究”(15BFX125)

作者简介: 史欣媛(1991-), 女, 辽宁沈阳人, 厦门大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 经济法

“公认的商业道德”具有高度的模糊性与抽象性，为法官创新留有余地，“为法律不断地向社会生活开放提供了契机”。^[8]因此，目前绝大多数法官依循此规定，以互联网领域竞争行为是否违反公认的商业道德来判定该行为是否正当。然而，在互联网领域，究竟何为“公认的商业道德”？如何将其具体化？尽管当前已有部分法官和学者探索出认定公认的商业道德之具体规则，但质疑声也此起彼伏。总结起来，当前司法裁判形成了两类规则以认定公认的商业道德。

第一类规则为参考行业惯例。如在“百度诉奇虎违反 Robots 协议案”中，北京市第一中级人民法院指出，“《搜索引擎行业自律公约》反映了行业内商业道德和行为标准，本院对该公约所体现的精神予以充分考虑。”^⑨对此，有学者指出，部分法官在未评判行业规则是否“良好”的前提下，径直援引至案件中认定商业道德，未免过于草率。^[5,9]德国亦有学者认为“行业规则在大多情况下会促进行业的良性发展，但有时也会阻碍竞争，故参考行业规则判定行为的正当性应十分谨慎”^[10]。可见，行业惯例并非天生符合公认的商业道德，若参考行业惯例，前置要件是先判断该行业惯例是否是“善”的，是否阻碍竞争，而这样的价值判断无疑令法官认定公认的商业道德“雪上加霜”。另外，互联网技术发展日新月异，很多公认的商业道德之形成尚待实践与时间之检验，这也决定了可参考的行业惯例资源极为有限。由此观之，参考行业惯例非但无益于认定公认的商业道德，反而使问题更加复杂，加剧了法官说理的“原则化”。

第二类规则为判断行为人是否具有主观过错。如在“优酷诉猎豹不正当竞争纠纷案”中，北京市海淀区人民法院在考察被告技术是否具有价值中立性时，指出“认定某项技术符合价值中立性要求，需要考察技术提供者不存在损害他人合法权益的主观过错”，从而把问题归结为对于主观过错的评判。^⑩在“猎豹诉优酷不正当竞争纠纷案”中，法官同样以行为人是否具有主观过错认定商业道德，“合一公司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，金山网络公司主张该行为对其构成不正当竞争。”^⑪事实上，上述案件中法官的说理欠缺妥当性，具体存在如下两个问题：其一，行为人是否具有主观过错不易评判。若采取绝对主观的考察，探求行为人的主观心理状态，既不现实，又违背侵权法追求客观化的现代发展趋势。若采取客观评价方法，即通过考察行为人的客观行为来推断主观状态，则法官没必要使用一个主观词语来进行论证，而可以直接对客观行为进行考察。其二，法官在尚未对主观过错与违反公

认的商业道德之间的因果关系进行充分论证的前提下，径直推出结论，其逻辑严密性有待商榷。

综上，目前形成的认定公认的商业道德之具体规则，并未给司法裁判提供实质性的帮助，反而使问题更为复杂化。商业道德与生俱来的高度抽象性，注定了商业道德具体化的裁判路径将行进行得异常艰难。

（二）适用利益衡量方法的功能优势

商业道德具体化的司法裁判路径难以为法官判定屏蔽视频广告行为的正当性提供明确而富有逻辑的思路，法官亟待寻找一条新的裁判路径来解决争议，肃清互联网领域竞争秩序。笔者认为，利益衡量作为一种法学研究范式，抑或说一种思维方法^[11]，可作为屏蔽视频广告案件司法裁判的一种更为优越之路径，能有效弥补法律漏洞，克服机械适用法律所带来的实质不合理问题。利益衡量理论滥觞于 20 世纪初在欧陆国家兴起的“自由法运动”^⑫，是以德国赫克为代表的利益法学派最先倡立的，又历经了英美实用主义法学思想的影响与发展。其后，日本借鉴德国法学，在反思自身的法律移植和当时社会民情的契合情况的基础上，由民法学者加藤一郎和星野英一探索出了适合于本国的利益衡量理论。20 世纪 90 年代，我国梁慧星教授把利益衡量理论引入中国，在我国民法理论界和实务界引起较大反响。“单纯的演绎推理不足以摆脱法律的缺陷，无法获得案件的可接受答案，而利益衡量依托的实质性判断则可有效弥补法律漏洞。”^[12]

与将高度抽象的商业道德具体化的裁判路径相比，适用利益衡量方法具有明显的功能优势。一方面，利益衡量方法强调对案件事实的实质性判断，有助于弥补法律漏洞，更能彰显公平与正义。商业道德具体化的裁判路径秉承概念法学思想，从既有的法条出发，通过采用多种解释方法对条文加以阐释，以和案件事实相匹配。然而，“那种认为仅从法律条文就可以得出唯一的正确结论的说法，只是一种幻想，而真正起决定作用的是实质判断。”^{[13](323)}至少在目前看来，商业道德具体化的裁判路径不仅没有为涉案行为正当性的判定提供一个清晰明确的思路，反而成为了部分法官掩饰说理论证不足的挡箭牌，其裁判结果的正义性引人质疑。而利益衡量方法强调对于案件事实的实质性判断，对于具体情况予以具体分析，在此意义上，适用利益衡量方法更能将屏蔽视频广告行为的正当性判定活动引向公平正义的结果。另一方面，利益衡量方法为涉案行为正当性的判定提供了一个更具可操作性的框架与思路。作为一种结果导向的思考方法，利益衡量依托一定的逻辑步骤进行。并且在优先保护的利益作出选择后，最后还须寻找合适的法律规范加以

论证,以使结论正当化。可见,利益衡量可使裁判更加具体化与规范化。故而,屏蔽视频广告行为的正当性判定应当跳出既有的概念法学思维,不再纠结于论证何为公认的商业道德,转而采用利益衡量方法作为一种新的路径,使裁判结果更具正义性与合理性。应当指出的是,笔者提出利益衡量方法绝不意味着否定商业道德在判定涉案行为正当性中的作用,在根据相关法律法规、自律规则能够明确认定商业道德的领域,依然可将商业道德作为行为正当性的判定标准。本文旨在强调在大多数尚未形成商业道德的领域,法官切忌滥用商业道德标准阻碍市场竞争,而应另行寻求利益衡量路径以科学合理地解决纠纷。

从法社会学的角度来讲,利益冲突是“利益主体基于利益差别和利益矛盾而产生的利益纠纷和利益争夺”^{[14](250)}。屏蔽视频广告案件中的利益关系错综复杂,利益冲突不仅仅局限于原告与被告之间,用户利益也被纠葛其中,为法官判定行为正当性制造了新的瓶颈。具言之,此类案件中主要存在如下两种当事人的利益冲突:其一,经营者与竞争者的利益冲突。在屏蔽视频广告案件的司法审判实践中,经营者与竞争者的利益矛盾点即在于,竞争者通过破坏经营者“免费+增值”的商业模式以获取商业利益的行为,在某种程度上损害了经营者依托此种商业模式可能获得的商业利益,利益冲突由此产生。其二,经营者与消费者的利益冲突。在屏蔽视频广告案件中,竞争者通常以其干扰行为提升了消费者观看体验为由对经营者的指控进行抗辩。经营者与消费者之间的利益冲突,亦为法官判定涉案行为正当性提出了不小的挑战。对此,法官应妥当适用利益衡量方法,衡平当事人间的利益冲突,并由此判定屏蔽视频广告行为的正当性。

三、利益衡量方法在屏蔽视频广告行为正当性判定的适用中存在的问题

法官并非是在有了利益衡量理论后才开始进行利益衡量,恰恰相反,面对屏蔽视频广告案件中复杂的利益关系格局,已有部分法官凭借朴素道德观选择了优先保护的利益,从而判定涉案行为的正当与否。但是,利益衡量方法在屏蔽视频广告行为正当性判定的司法适用中,亦存在诸多问题亟待正视与解决。

(一) 利益衡量评判理念存在偏失

仔细斟酌法院判决书不难发现,当前我国法官对屏蔽视频广告案件中经营者与竞争者、经营者与消费

者间的利益衡量昭示出一种经营者利益至上的评判理念。这主要体现在法官对于经营者“免费+增值”的商业模式是否应得到法律保护的态度之上。如在“‘极路由’屏蔽视频广告不正当竞争纠纷案”中,北京市海淀区人民法院将正义的天平向经营者利益倾斜,其在判决书中用大量篇幅强调了对经营者利益的绝对保护,“经营者向网络用户所提供的服务应当遵守相应的规则,不应当以影响其他经营者正当合法的经营模式为代价获取自身利益”^⑤;在“爱奇艺诉 Adsaf 不正当竞争纠纷案”中,上海市闵行区人民法院指出“爱奇艺公司的视频广告时间长或广告质量不高,应由优胜劣汰的市场竞争机制来调节,但大摩公司无权干涉爱奇艺公司正当的经营行为和商业模式”^⑥。可见,在司法实践中,法官逐步确立了“免费+增值”所产生的商业利益应受法律保护的理念,这也透漏出法官对经营者利益的“偏爱”与“关怀”。这意味着,竞争者只要破坏了经营者既有的商业模式,就应视为对正当利益的侵犯。姑且不论竞争者屏蔽视频广告行为是否有“搭便车”之嫌,法官选择保护既有的商业模式而忽视技术创新的做法,难以使竞争者与社会公众信服。至于消费者观看体验得到提升是否对利益衡量产生影响,法官在上述案件的说理中亦未明确表态,仅以消费者的长远利益将受到损害为由进一步强调了经营者利益的重要性与优越性。经营者利益至上的利益衡量评判理念昭然若揭。

利益衡量评判理念出现偏失,究其原委,在于法官普遍形成的“损失规避”思维定式。目前诉至法院的屏蔽视频广告纠纷中的互联网公司皆在相关市场上具有一定的优势地位,法官的裁判可能对整个相关市场产生极大影响。然而,理论和先例的缺失导致法官无法准确判断其所作的判决能带来的积极后果有多大。对此,法官所能做的只是退而求其次,避免产生更严重的消极后果,这便是行为经济学上的“损失规避”原则。^[15]换言之,法官若不能做出最妥当正确的判决,至少应避免做出错误的判决。具体到屏蔽视频广告案件中,站在法官的立场,可供选择的裁判方式有如下三种:其一,法官判决商业模式受到损害的经营者败诉。此种裁判可能面临的后果为,要么冲击视频业的发展,要么促使经营者改进技术,获得更大利润。其二,法官判决实施屏蔽视频广告行为的竞争者败诉,且科以较大的赔偿数额。但此种裁判可能会固化原有利益格局,引发行业垄断。其三,法官判决实施屏蔽视频广告行为的竞争者败诉,但科以较小的赔偿数额。此种裁判意味着将权利配置交给市场解决,

既不会冲击视频业,又未对竞争者利益造成过多损害。相比较而言,裁判后果最为稳妥与保守的方式为最后一种,即选择轻判实施屏蔽视频广告行为的竞争者。事实上,在司法实践中,“优酷诉猎豹不正当竞争纠纷案”“爱奇艺诉 Adsafe 不正当竞争纠纷案”“‘极路由’屏蔽视频广告不正当竞争纠纷案”等典型屏蔽视频广告案件的最终判决正是遵循上述第三种裁判方式,判决实施屏蔽视频广告行为的竞争者败诉,赔偿数额皆在 50 万元以下。故而,在“损失规避”原则的指引下,法官自然会更倾向于经营者利益至上的利益衡量评判理念。

“损失规避”原则固然可以将决策成本和错误成本最小化,但是,法官在屏蔽视频广告案件的司法裁判中不能忽视第三人的利益,即消费者利益。毕竟,屏蔽视频广告行为的确提升了观看体验,有助于增进消费者福利,消费者利益维护也应当成为法官利益衡量的重要考量因素。但法官似乎有意忽略判决对广大消费者的影响,因而当前判决并非达到规制资源优化配置的理想效果。^[16]因此,经营者利益至上的评判理念过于片面,利益衡量结果有失公允。

(二) 指导利益衡量的分析方法缺失

诚然,利益衡量方法可使法官跳出认定抽象的“公认的商业道德”的思维框架,克服法律的机械性,为法官提供了判定涉案行为正当性的新路径。但是,利益衡量需要法官在法律存在漏洞的前提下,运用创新思维和自由裁量权,对纠葛复杂的利益关系作出具有创造性的价值判断和取舍。“利益衡量论中,有不少过分任意的或可能过分任意的判断。”^{[13](338)}无疑,利益衡量是一种主观性极强的活动,存在着恣意运用的可能性。这就需要智慧的法官寻找一种可以指导利益衡量的可操作性方法,将利益衡量限定在富有逻辑的分析框架中,妥当地约束法官的自由裁量。经梳理,目前指导法官在个案中进行利益衡量的方法主要有两种,一是参考利益位阶,二是诉诸比例原则。^[17]参考利益位阶方法的适用前提即冲突的利益位阶具有高低之分,然而在屏蔽视频广告案件中,经营者、竞争者、消费者的利益属于同一位阶,其不像身体权和健康权优于财产权一样容易比较。因此,参考利益位阶的方法在此类案件中并没有太大的适用价值。而比例原则具有具体的规范构成和判断方法,其教义学功能在于使利益衡量活动更加客观化与规范化,以使相互冲突的利益和谐均衡。^[18]故而,比例原则在屏蔽视频广告行为的正当性判定中便有了适用空间。

比例原则(Grundsatz der Verhältnismässigkeit)本身并非单一性的原则,而是由三个子原则构成的复杂的规范结构,具体包括适当性原则(Geeignetheit)、必要性原则(Erforderlichkeit)和均衡性原则(Proportionalität)。^[19]其中,适当性原则要求为干扰某种利益所采取的手段必须有助于所欲获得利益的达成。此原则以目的为导向,强调目的一手段在关系上的适当性。必要性原则要求在数个可达成目的的手段中,必须选择对利益干扰最小的手段。“在无法明确立法者的价值取向时,法官应尽可能适用两权相害取其轻的思考方式。”^[20]此原则凸显了比例原则的内核,即强调利益干扰的适度性。均衡性原则,又称狭义比例原则,要求干预利益所造成的损害不能超过其所获得的利益。换言之,手段和目的在效果上要成比例。应当注意的是,比例原则的三个子原则的适用应遵循适当性—必要性—均衡性的逻辑顺序,唯有上一子原则的要求得到满足后,方能继续适用下一子原则,此即“三阶理论(Dreistufentheorie)”。可见,比例原则经过三个子原则的严格检验,可妥当约束法官的自由裁量,乃将利益衡量客观化的有效方法。^[21]需要指出的是,比例原则虽然作为一项公法原则,主要作用于国家公权力可能对私人权利产生影响的活动领域,但其他法律领域同样也强调保护私人权利不被过度干预和滥用的思想,比例原则适用于公法之外的其他领域并不存在不可逾越的法律障碍。事实上,比例原则在其他法律领域早有广泛应用。^[22]对此,目前也有学者指出,比例原则作为处理利益冲突的方法,具有适用的普遍性,屏蔽视频广告行为的正当性判定同样可以适用比例原则以使分析更加客观化。^[22]

遗憾的是,在判定屏蔽视频广告行为正当性的司法实践中,我国法官尚未认识到比例原则的重要功用,未见法官系统地采用比例原则来衡量与解决利益冲突。尽管在个别案件中法官已运用了比例原则思想,如在“优酷诉猎豹不正当竞争纠纷案”二审中,北京市第一中级人民法院指出,“为了满足网络用户的正当需要,可以采取一定的技术措施阻止恶意广告。”^[23]该案法官承认了满足用户需求可以成为限制其他经营者利益的一种正当目的,但这只是适当性原则考察的步骤之一,法官并没有进一步说明猎豹公司屏蔽视频广告的手段是否有助于达成这种正当目的,而对行为是否符合必要性原则、均衡性原则更是只字未提。缺少比例原则的约束与指引,利益衡量将同商业道德具体化裁判路径一样,陷入无尽的彷徨与质疑中。

四、利益衡量方法在屏蔽视频广告行为正当性判定中适用的优化路径

(一) 实现社会整体利益的最大化：利益衡量评判理念的重塑

依学界通说，经济法乃社会本位法。作为一种区别于国家本位和个人本位的新型本位观，经济法的社会本位品格决定了经济法以实现社会整体利益的最大化为核心理念。^[23]不正当竞争案件属于经济法规制范畴，法官在衡量当事人的利益关系时，兼顾绝大多数主体的利益，秉承实现社会整体利益的最大化理念也是应有之义。“社会公共利益为利益衡量的支点与根基，离开了社会公共利益，就谈不上妥当的利益衡量。”^[24]实现社会整体利益的最大化乃协调利益冲突与价值冲突的平衡点。

“社会作为一个抽象的实体，其利益欲求的表达有赖于个体利益需求的实现。”^[25]在屏蔽视频广告案件中，社会整体利益所涵盖的个体利益应当包括与诉讼行为相关的经营者利益、竞争者利益以及消费者利益。这也意味着，屏蔽视频广告案件的裁判应旨在实现经营者、竞争者以及消费者利益的共赢，而非仅仅追求经营者利益得到满足。其中，经营者与竞争者的范围应以存在竞争关系为限。应当注意的是，由于互联网行业的商业模式与传统模式有所区别，互联网领域竞争关系的认定已不再局限于同业竞争者之间，而是以是否具有损害的可能性为依据。如在“‘极路由’屏蔽视频广告不正当竞争纠纷案”中，极科极客公司所经营的是路由器硬件的生产和销售及后续网络服务领域，爱奇艺公司所经营的是视频分享网站领域，二者看似并非同业。但是，二者经营成败的核心利益都在于网络用户的数量，当其中一方以使用影响他人经营模式等不正当手段来增加自身网络用户时，该行为必然会使他人网络用户减少，从而损害对方的经营利益。因此，极科极客公司和爱奇艺公司仍存在竞争关系。

随着互联网经济的兴起，消费者利益保护在外国互联网不正当竞争案件裁判中已逐渐成为行为正当性判定的重要标准。互联网经济，也被称之为“注意力经济”(The Economics of Attention)。相对于互联网世界过剩的信息，人们的注意力是稀缺的，因此众多互联网企业普遍采用“免费+增值”的商业模式来吸引消费者注意力，以期获取商业利益。概言之，互联网市场的追逐夺力是以消费者的深层选择作为中介的。目前国外很多法官从消费者利益的维度出发判定涉案

行为的正当性，如美国加州法院法官 Dolly M.Gee 在屏蔽视频广告案件“Fox 诉 Dish Network 案”的审理中指出：“消费者利益是判定涉案行为是否正当的最重要因素，鉴于被告屏蔽广告的行为迎合了消费者需求，故判决驳回原告禁止被告屏蔽广告行为的请求。”^[26]在“Zango 诉卡巴斯基案”审理中法官认为，“卡巴斯基软件具有屏蔽广告功能，但是否使用该软件是用户个人选择问题，不应做过多干预。”^[27]该案法院选择了消极不作为立场来默认消费者利益在判定行为正当性中的重要作用。除了美国，德国近年来也愈加重视消费者利益维护在互联网不正当竞争案件司法裁判中的重要性。如在德国各大媒体公司起诉 AdBlock Plus 屏蔽广告的一系列案件中，德国地方法院都一致认为 AdBlock Plus 屏蔽广告本身并不违法，因为网民的自由选择权得到了充分维护。在互联网时代，若我国法官不进行利益衡量理念的革新，依然坚持经营者利益至上的观念，势必会压缩互联网技术创新空间，影响我国互联网行业的发展。

需要注意的是，在互联网领域，一方利益的实现总是不可避免对其他利益造成不同程度的干扰。这就意味着，互联网领域允许损害的存在，但应以最小损害实现整体的最大利益。几种方案若能实现大体相当的收益与效果，依照实现社会整体利益最大化的理念，则应选择对另一方当事人损害更小的方案，这也与法经济学中的“成本—收益”理论具有内核一致性。

总之，在屏蔽视频广告案件司法裁判中适用利益衡量方法时，既不能继续坚持经营者利益至上的理念，更不能矫枉过正，直接移植国外司法观念，过分强调消费者利益，而是应将经营者利益、竞争者利益和消费者利益置于社会整体利益的视阈中予以综合权衡，使得各方利益以最小损害实现总体利益的最大化。有学者就此告诫道：“若出现了利益冲突，不能草率地进行‘利益权衡’，以牺牲某种法益为代价来实现另外的法益。”^{[26](50)}

(二) 比例原则的引入——以“优酷诉猎豹不正当竞争纠纷案”为例

“比例原则具有较为具体的规范构成以及判断方法，因而为权利之间的冲突之解决提供了方法与指南。”^[21]如前所述，比例原则因其三个子原则的适用具有一定的逻辑顺序，且每个子原则皆有自己的构成与判断，因此可作为屏蔽视频广告案件审理中利益衡量的参考框架与方法。在屏蔽视频广告行为的正当性判定中，法官应引入比例原则，结合案情逐步分析涉案行为是否符合适当性原则、必要性原则以及均衡性原则，以使利益衡量更加客观化，妥当约束法官的自

由裁量。

为具体呈现比例原则的适用逻辑，本文以“优酷诉猎豹不正当竞争纠纷案”为例证，在实现社会整体利益最大化理念的指引下，严格遵循比例原则，对猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告行为的正当与否予以判定。

第一步，适当性审查。猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告的行为确实有助于提升用户的观看体验，而提升用户观看体验乃正当目的，因此，涉案行为符合比例原则之适当性原则要求。

第二步，必要性审查。从必要性角度出发，为保护消费者利益的手段必须不存在对经营者利益损害“明显更小”且能同等实现改进用户体验的替代方式。^[25]具体到本案中，猎豹浏览器内置默认关闭屏蔽广告功能的行为，可能破坏优酷网“免费+增值”商业模式的完整性，减少优酷网的广告利润，对视频业的发展造成一定的冲击。尽管互联网领域商业模式的发展日新月异，未来可能出现对用户利益损害更小的新的商业模式。但是，新模式的形成时间与实践效果尚不确定，消费者却可能因优酷网改为收费观看视频模式而不再享受免费观看视频的权利。可见，猎豹浏览器内置默认关闭屏蔽广告功能的行为在效果上严重损害了经营者利益和消费者利益。事实上，尚有另一种对优酷网损害更小，却能达到提升用户体验同等效果的方式，即浏览器内置广告手动快进功能。手动快进广告的步骤明显比一键开启浏览器屏蔽视频广告功能更为复杂，如果不是令人难以忍受的广告，用户通常不会选择快进。因此，同浏览器内置屏蔽广告功能的方式相比，此种方式对优酷网的损害更小，而消费者的观看体验依然可以得到提升。故而，在本案中，猎豹浏览器内置默认关闭屏蔽广告功能的行为不符合必要性原则之要求，该行为不具有正当性。

第三步，均衡性审查。由于猎豹浏览器内置默认关闭屏蔽广告功能的行为不符合必要性原则，根据“三阶理论”，法官无需对均衡性原则进行审查。但是，为验证涉案行为确实不具有正当性，本文尝试对涉案行为是否符合均衡性原则作进一步剖析。和必要性原则同理，为避免对行为人过于苛刻，只有在行为所造成的损害明显大于收益时，才构成对均衡性原则的违反。^[27]如前所述，猎豹浏览器内置默认关闭屏蔽广告功能的行为，会对视频行业的发展造成一定的冲击，从长远上看消费者的利益亦会因无法享受免费观看视频而受损。和消费者短期内观看体验得到提升相比，该行为造成的损害明显更为广泛而严重。因此，猎豹浏览器内置默认关闭屏蔽广告功能的行为亦不符合均

衡性原则之要求，印证了该行为不具有正当性的结论。

当然，司法的目标从来不应只是做出从科学上来看是正确的判决，其判决还必须具有权威性，通过援引法律以降低判决被接受和执行的成本。在这一点上，我们赞同日本利益衡量理论有关附随理由的结论。^[28]正是由于法律漏洞的存在，才有利益衡量的适用空间，因此，欲直接在法律规范中找寻到恰好符合案件事实的法律规范并不现实。法官应在法律规范与法律事实之间不断地穿梭与斟酌，在体系化的思考中检索出最为妥当的法律条文。纵观《反不正当竞争法》全文，第2条^[29]规定了经营者的活动准则，界定了不正当竞争，因此该条款最有可能成为利益衡量结果的法律依据。至于具体与条文中的哪项规定匹配，以及如何运用法解释学方法论论证该规定与事实连接的合理性，应当是需要进一步研究的题域。

五、结束语

“概念主义法理学是从这样一个假设出发，即实在法律制度是‘无缺陷’的，因此只要通过‘三段论’式的逻辑分析，便能从现存的实在法律制度中得出正确的结论。”^{[29](144)}《反不正当竞争法》中规定的“公认的商业道德”之内涵具有高度抽象性，尝试将商业道德具体化的裁判路径，将使屏蔽视频广告行为的正当性判定活动更为复杂。而“利益衡量作为弥补法律漏洞之法学研究方法”^[30]，其将行为正当性判定置于富有逻辑的分析框架之中，可作为司法裁判的新路径。

利益衡量方法在屏蔽视频广告行为正当性判定中的适用尚处于起步阶段，很多问题亟待解决。一方面，法官所秉持的“经营者利益至上”的利益衡量评判理念存在偏失，导致司法裁判偏离了规制资源优化配置之效果；另一方面，法官未能适用规范的方法来约束与指导利益衡量活动，由此得出的裁判结果将同商业道德具体化裁判路径一样，缺乏科学性与合理性。对此，法官应树立实现社会整体利益最大化的利益衡量评判理念，将经营者利益、竞争者利益和消费者利益放置于社会整体利益的视阈中予以综合权衡，确保各方利益以最小损害实现总体利益的最大化。在此理念指引下，引入比例原则作为利益衡量的具体分析方法，结合案情逐步分析涉案行为是否符合适当性原则、必要性原则以及均衡性原则，以使利益衡量更加客观化与规范化，妥当约束法官的自由裁量。

总之，“利益衡量能够缓解法的稳定性与社会情势变更之间的矛盾，满足个案的实质合理性要求。”^[31]

唯有正确适用利益衡量方法判定屏蔽视频广告行为的正当性,方能真正发挥出《反不正当竞争法》的制度价值。

注释:

- ① 本案是首例硬件厂商屏蔽视频广告引发的不正当竞争纠纷,判决书在竞争行为正当性的分析上颇具创新意义。参见北京市海淀区人民法院(2014)海民初字第 21694 号民事判决书、北京市知识产权法院(2014)京知民初字第 79 号民事判决书。
- ② 《反不正当竞争法》第 2 条第 1 款:“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。”对于互联网新型不正当竞争案件中行为的正当性判定,目前绝大多数法官以该条款作为裁判依据,试图通过解释涉案行为是否违反“公认的商业道德”来判定行为的正当与否。
- ③ 参见北京市第一中级人民法院(2013)民初字第 2668 号民事判决书。
- ④ 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。
- ⑤ 参见北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第 17359 号民事判决书。
- ⑥ “自由法运动”揭开了法律形式主义的外衣,将视线投向真实的司法过程,承认司法的过程需要衡量、需要为价值判断,揭示了在法的解释适用中利益衡量的存在,并认为衡量应忠于法律条文。
- ⑦ 参见北京市海淀区人民法院(2014)海民(知)初字第 21694 号民事判决书。
- ⑧ 参见上海市闵行区人民法院(2015)闵民三(知)初字第 271 号民事判决书。
- ⑨ 关于比例原则在反托拉斯法、美国刑法、美国民事法、美国以及各国宪法上的应用介绍,参见 E. Thomas Sullivan & Richard S. Frase. *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. Oxford University Press: 2009.
- ⑩ 参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第 3283 号民事判决书。
- ⑪ Fox. v. Dish Network, [2012] 905 F. Supp. 2d 1088. (CC).
- ⑫ Zango. v. Kaspersky Lab, [2007]No.C07-0807-JCC(WL).
- ⑬ 应当注意的是,要求被告在实施可能损害他人合法权益的行为的过程中,考察每种可达到目的行为对他方利益的损害程度并加以对比,无疑是一种苛求。因此,在审查涉案行为的必要性时,只需不存在“明显更小”的替代方式即可。
- ⑭ 《反不正当竞争法》第 2 条第 1 款:“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。”《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款:“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。”

参考文献:

- [1] 梁上上. 民商法的转向——以利益衡量为中心展开[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [2] Ronald Dworkin. Hard cases [J]. *Harvard Law Review*, 1975(88): 1057-1109.
- [3] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥译. 北京: 商务印书馆, 2005.

- [4] 周辉平. 竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准[J]. *法学*, 2015(5): 92-104.
- [5] 范长军. 行业惯例与不正当竞争[J]. *法学家*, 2015(5): 84-94.
- [6] 兰磊. 比例原则视角下的《反不正当竞争法》一般条款解释[J]. *东方法学*, 2015(3): 68-81.
- [7] 刘建臣. 浏览器屏蔽网页广告行为的不正当竞争行为认定[J]. *上海政法学院学报(法治论丛)*, 2015(3): 88-98.
- [8] 刘风景. 例示规定的法理与创制[J]. *中国社会科学*, 2009(4): 93-105.
- [9] 吴太轩, 史欣媛. 互联网新型不正当竞争案件审理中商业道德的认定规则研究[J]. *现代财经*, 2016(1): 22-30.
- [10] Jeffrey Rosen. *The naked crowd: Reclaiming security and freedom in an anxious age* [M]. New York: Random House, 2008: 33.
- [11] 常怡, 常娟. 司法裁判供给中的利益衡量: 一种诉的利益观[J]. *中国法学*, 2013(4): 79-88.
- [12] 张伟强. 利益衡量及理论的反思——一个经济分析的视角[J]. *法学论坛*, 2012(4): 71-76.
- [13] 梁慧星. *民法解释学*[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [14] 赵震江. *法律社会学*[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998.
- [15] Daniel Kahneman, Amos Tversky. Prospect theory: An analysis of decisions under risk [J]. *Econometrica*, 1979(47): 263-291.
- [16] 侯猛. 不确定状况下的法官决策——从“3Q”案切入[J]. *法学*, 2015(12): 15-22.
- [17] 梁迎修. 权利冲突的司法化解[J]. *法学研究*, 2014(2): 61-72.
- [18] Vgl. Hans Hanau. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht* [M]. Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2004: 95.
- [19] Vgl. Michael Stürmer. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht* [M]. Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2010: 23.
- [20] 王利明. 民法上的利益位阶及其考量[J]. *法学家*, 2014(1): 84
- [21] 郑晓剑. 比例原则在民法上的适用及展开[J]. *中国法学*, 2016(2): 143-165.
- [22] 兰磊. 比例原则视角下的《反不正当竞争法》一般条款解释[J]. *东方法学*, 2015(3): 68-81.
- [23] 卢代富. 经济法对社会整体利益的维护[J]. *现代法学*, 2013(4): 24-31.
- [24] 梁上上. 利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论[J]. *法学研究*, 2002(1): 52-65.
- [25] 蒋悟真, 李晟. 社会整体利益的法律维度——经济法基石范畴解读[J]. *法律科学*, 2004(2): 45-53.
- [26] 康拉德·黑塞. *联邦德国宪法纲要*[M]. 李辉译. 北京: 商务印书馆, 2007.
- [27] 刘权. 目的正当性与比例原则的适用[J]. *中国法学*, 2014(4): 133-150.

- [28] 张利春. 关于利益衡量的两种知识——兼行比较德国、日本的民法解释学[J]. 法制与社会发展, 2006(3): 110-117.
- [29] E. 博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [30] 章剑生. 论利益衡量方法在行政诉讼确认违法判决中的适用[J]. 法学, 2004(6): 48-57.
- [31] 任彦君. 论利益衡量方法在我国刑事裁判中的运用[J]. 法学评论, 2013(5): 40-47.

Application of interest balancing method in judging the legitimacy of video ad-blocking behavior

SHI Xinyuan

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: In judging the legitimacy of video ad-blocking behavior, the judicial path which tries to determine business ethics has never given detailed argument. The method of interest balancing may be the new path to judge the legitimacy of video ad-blocking behavior, because it emphasizes the substantive judgment of the facts of the case, which may effectively make up the legal loopholes, and it is more operable in the application. In the judicial application of interest balancing, there exist errors in the concept of interest balancing that operator interests are considered first, and there lack specific methods to regulate the activities of interest balancing. Focusing on these issues, judges shall establish the ideal devoted to maximizing the overall interests of society. Besides, judges can introduce the principle of proportion to constrain judges' discretion. Through interest balancing, the behavior of video ad-blocking in "Youku v cheetahs" constitutes unfair competition.

Key Words: the behavior of video ad-blocking; unfair competition; balancing of interests; principle of proportion

[编辑: 苏慧]