不正当竞争行为司法认定的“泛道德化”倾向及其矫正

郭传凯

【摘　　要】在知识产权不正当竞争案件与网络不正当竞争案件中，道德因素较易成为人民法院评价行为正当性的实质依据，继而造成“泛道德化”倾向。受其影响，人民法院可能作出不正当竞争行为的误判，从而妨碍企业的自主经营，妨碍经济资源的充分利用和相关市场的自由竞争。为矫正“泛道德化”倾向，人民法院应主动审查涉案行为是否归属自由竞争的范畴。行为未违反反垄断法、知识产权法，是行为归属自由竞争范畴的必要条件。当违反前述法律时，涉案行为应依据前述法律认定处理。不违反前述法律的行为，很可能被自由竞争秩序容许。同时，不违反前述法律并非行为合法的充分条件，涉案行为在符合特定标准时仍可构成不正当竞争，适用“比例失衡”标准与“严重妨碍正常经营”标准可避免该倾向。

【关 键 词】反不正当竞争法；不正当竞争行为；泛道德化；自由竞争审查；行为认定标准

【作者简介】郭传凯，山东大学法学院副教授，山东大学博士后科研流动站研究人员，法学博士（青岛 266237）。

【原文出处】《现代法学》（重庆），2023.4.142～155

【基金项目】国家社会科学基金青年项目“数字经济时代超级平台企业竞争合规体系的建构研究”(22FXC00635)。

一、引言

在以《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第2条为裁判依据的案件中，道德因素较易成为人民法院评价行为正当性的实质依据，继而造成“泛道德化”倾向，表现为个案裁判中商业道德与普通道德的混同。由于个人品德、社会公德等普通道德对经营者的要求往往高于商业道德，人民法院有可能将违背普通道德要求却有利于自由竞争的行为误判为不正当竞争。为防止前述后果，最高人民法院曾强调“商业道德既不同于个人品德，也不同于社会公德”[①]，但“泛道德化”倾向依旧存在。

“泛道德化”倾向的最终结果，是人民法院偏重保护原告利益而忽视《反不正当竞争法》维护公平竞争的独立价值。以“优酷诉猎豹视频广告过滤案”[②]为例，人民法院判定优酷胜诉的实质理由包含两个方面：其一，视频门户网站“免费观看+付费广告”的商业模式值得保护；其二，猎豹浏览器的做法违背了“非公益必要不干扰”原则，破坏了前述商业模式的正常实施，继而损害了优酷的利益。为突出《反不正当竞争法》维护公平竞争的价值立场，有学者强调私益侵害只是案件处理的“门槛”，损害竞争秩序和消费者利益才是认定不正当竞争行为的核心标准。[③]还有学者主张以动态的“竞争观”、中性的“损害观”以及行为分析条件下的“法益观”等范畴对司法裁判进行改良，以免陷入私益保护的“陷阱”。[④]易言之，人民法院只能在维护竞争秩序和消费者利益的同时，反射性地保护利益受损的经营者。以之审视“优酷诉猎豹视频广告过滤案”，基于用户流量的有限性，身处不同行业的浏览器与

视频门户企业之间必然存在竞争，而竞争难免对企业日常运营造成影响。以“非公益必要不干扰”原则禁止浏览器企业在自身服务中过滤视频广告，无异于夸大前述影响(实际上其并未妨碍优酷提供视频产品)，阻碍企业之间的正常竞争，过度保护原告的利益。

受上述研究影响，裁判范式已出现明显转向。以“鱼趣诉炫魔案”[5]为例，二审判决着重分析了涉案行为对竞争秩序、行业发展以及消费者利益的影响。遗憾的是，人民法院依旧认为“挖角行为”将使游戏直播平台不再对优质主播资源的培养进行投入，转而着力攫取主播资源及其附带的观众和流量，导致“劣币驱逐良币”的“恶性循环式竞争”以及“整个行业的缓慢发展”，并“最终损害消费者利益”。究其根本，人民法院将否定“搭便车”的普通道德视为本案中的商业道德，导致涉案行为被解释成对竞争秩序和消费者利益的侵害。实际上，在游戏直播平台多元化发展、相关市场需求尚未饱和的背景下，激烈的市场竞争使直播平台有培养优秀主播以赢得市场机会的动机，这种动机很难仅因“挖角行为”就遭到削弱。此外，违约责任亦可保障有序解约与资源流通。

由此可见，即便人民法院立足竞争秩序等要素进行裁判，误判问题依旧有可能出现。本文认为，“泛道德化”倾向是引发前述问题的根本原因。在裁判范式转向的基础上，立足商业道德的考量，克服“泛道德化”倾向，避免不正当竞争行为的误判，是本文研究的主要内容。

二、不正当竞争行为司法认定“泛道德化”倾向的主要类型

对以《反不正当竞争法》第2条为裁判依据的案件进行总结，可以发现，“泛道德化”倾向主要发生在知识产权不正当竞争案件与网络不正当竞争案件中。在前一类型案件中，作为一般条款的第2条是认定不正当竞争行为的直接依据；在后一类型案件中，行为正当性的判断需要借助揭示不正当竞争行为本质特征的第2条。[6]

(一)知识产权不正当竞争案件中的“泛道德化”

《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)将反不正当竞争法视为知识产权保护规则的一部分。学界亦有观点认为，反不正当竞争法是知识产权法的“兜底法”，无法通过知识产权法保护的经济利益，应通过反不正当竞争法进行兜底保护。[7]然而，这种兜底保护变相扩大了知识产权法的保护范围，可能导致不受知识产权法保护的经济资源被垄断在特定主体手中，进而阻碍社会公众对经济资源的开发利用。实际上，两法应为基于各自独立价值的有限补充保护关系。例如，《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)出于对商标权的保护而设置了禁止抢注等规则[8]，这些规则在保护商标所有人利益的同时，兼顾了对商标注册与使用秩序(竞争秩序)的维护；为维护公平竞争，《反不正当竞争法》第6条则规制仿冒未注册商标造成混淆的行为，该规则在客观上保障了商标所有人的经济利益。

为纠正“兜底保护论”的缺陷，2009年4月21日印发的《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》(法发[2009]23号)明确指出：“妥善处理专利、商标、著作权等知识产权专门法与反不正当竞争法的关系，反不正当竞争法补充性保护不能抵触专门法的立法政策，凡专门法已作穷尽规定的，原则上不再以反不正当竞争法作扩展保护。”该表述包括以下两层含义：(1)被认定为知识产权侵权的行为，不再被认定为不正当竞争行为；(2)相关行为未违反知识产权法的，人民法院不能在抵触知识产权立法政策的前提下将其认定为不正当竞争行为。

遗憾的是，一些案件裁判并未以上述意见为准。[9]在“明河社诉火谷网等著作权侵权及不正当竞争纠纷案”[10]中，原告通过著作权许可合同获得了金庸先生四部武侠小说的改编权，被告未经金庸先生与原告同意，使用了前述小说中的角色、武功、兵器名称及对应属性等作品元素，游戏人物关系的设定亦与小说存在较高相似度。受案人民法院面临的首要问题，是被告行为是否侵害了原告的改编权。基

于思想与表达二分的“金字塔分析法”，作品内容可被分为以下五个层级：思想；主题、情境；具体情景、人物关系、性格等要素；体现人物性格和情景的细节描述；最终体现在外的表达形式。前三层级对应作品创作的“思想”领域，一般不受《著作权法》保护；后两层级则分别对应受该法保护的“表达内容”与“表达形式”。未经许可使用他人作品“表达形式”的行为，涉嫌侵害著作权人的复制权或汇编权；未经许可使用他人作品“表达内容”的行为，涉嫌侵害改编权。与此同时，只有当被使用的“表达内容”前后关联，形成有机整体，且构成涉案作品的基本表达或核心部分时，使用行为才构成对改编权的侵害。[11]基于上述分析，涉案行为并未侵害原告的改编权。[12]一审人民法院在判定被告未侵犯改编权的前提下，基于以下理由认定涉案行为违反了“商业道德”：(1)原告为获得改编权付出了一定成本，因此，被告行为不当地获得了“成本上的优势”；(2)原告原本可利用金庸作品的美誉度在游戏市场上形成竞争优势，而被告行为破坏了前述优势，“抢占了本应属于原告的相关游戏市场”，对其造成了“现实的、可以预见的损害”；(3)在作品元素构成经济资源的前提下，其利益应归属于对其商业价值的创造有贡献的主体。

实际上，被告使用他人作品元素的行为未对竞争秩序造成破坏。首先，被告未改编他人作品，亦未通过违法行为获得所谓的成本优势。其次，原告获得改编授权后依旧可通过改编作品谋取利益，被告的行为既没有破坏原告已经获得的竞争优势，又无法阻止原告通过努力获得商业成功。最后，在作品元素不受《著作权法》保护的情况下，创作者垄断作品元素的使用无疑与《著作权法》的立法目标相抵触，进而阻碍社会公众充分利用作品元素。

依据普通道德观念，“搭便车”行为的确不值得提倡，但普通道德并不等同于作为个案裁判依据的商业道德。受“泛道德化”倾向影响，人民法院在涉案行为不构成知识产权侵权的前提下，将“搭便车”行为认定为不正当竞争，导致《反不正当竞争法》成为知识产权法的“兜底法”。对不道德行为的过度制裁，使《反不正当竞争法》偏离了维护公平竞争的制度功能，限制了企业的经营自由。

(二)网络不正当竞争案件中的“泛道德化”

在2017年之前，实践中已出现多起典型的网络竞争案件。[13]考虑到一般条款适用的不确定性，立法者增补了第12条“网络条款”以提升法律实施的效率。法条内容的限定性与糅合性表明，“网络条款”很可能是个案经验向一般规则仓促跳跃的产物。[14]例如，该条第2款第1项的规范对象很可能来自第45号指导性案例——“百度诉奥商公司不正当竞争案”[15]。“网络条款”的生成方式与法条内容表明，网络不正当竞争案件的处理一般需要分析被告是否违反《反不正当竞争法》第2条。

依据立法者的解读，“网络条款”第2款第1项的规制对象正是“插入链接+用户点击+目标跳转”行为。[16]然而，前述行为是否构成不正当竞争仍需要审慎认定。一方面，点击链接进行目标跳转有助于消费者获取相关信息，增进消费者福利[17]；另一方面，上述行为对经营者日常运营的影响往往有限，网络链接一般不遮挡原告网页的主体部分，跳转行为亦需要用户点击才可触发。“未经经营者同意”与“强制进行目标跳转”的表述使该项规定偏重维护原告的既得利益，人民法院很可能认定上述行为违反商业道德。例如，针对美团公司通过“美团小白盒”插件进入迪火科技有限公司“二维火”支付系统读取、截获数据，并“强行”将用户支付页面跳转至美团软件的行为，北京知识产权法院认为，对该行为进行认定并不需要考察美团插件为用户提供的可选择性，只要美团未经原告同意而将安装包插入用户可视的网页界面，且安装后的“美团小白盒”可争夺原告本来的交易机会，涉案行为就违反了《反不正当竞争法》第2条规定的商业道德。[18]实际上，未经经营者同意强制进行目标跳转的典型情形，应当是通过设置计算机病毒等方式，在未经用户点击的前提下强行跳转至特定网页。在用户主动点击才能发生跳转的情形，只要插入链接的行为并未影响其他经营者的正常经营，如未恶意篡改他人软件程序，且未对用户(消费

者)利益造成不利影响,涉案行为很可能属于正当竞争的范畴。针对同一纠纷[19],杭州市中级人民法院基于以下理由认定涉案行为合法:首先,软件与硬件一体化的"二维火"系统本身允许用户自主安装其他支付程序,用户安装相应美团支付程序并未影响"二维火"系统的正常运营[20];其次,用户选择使用美团程序进行收款未干扰"二维火"系统的运行,且保障了用户的自主选择权[21];最后,用户选择使用"二维火"系统并不代表该系统对用户的资金结算享有合法垄断地位,"二维火"系统应当通过其他技术手段与美团进行竞争。

北京知识产权法院的裁判暗含如下思维:竞争者应当尽可能独立地提供商品或服务,避免"搭便车"行为。在数字经济时代,前述思维容易造成垄断化的市场格局,难以实现社会公共利益最大化。特别是在网络效应与规模经济背景下,要求后发经营者完全独立地进行经营,只能使其很难与已经形成明显市场力量的在先经营者进行竞争,导致在先经营者获得垄断经营的"保护伞"。允许特定条件下的跳转行为,对实现自由竞争、增进消费者福利而言均有助益,此时,《反不正当竞争法》的适用应当保持谦抑性。[22]

"网络条款"第2款第2项规定的"强迫"行为具备以下三个特征:(1)经营者从事该类行为时可能会寻找相应借口,但不会通过误导、欺骗等方式使用户对软件功能、自身处境等情况产生错误认知,进而基于前述认知"自愿"从事修改、关闭、卸载等行为;(2)经营者从事该类行为时会对用户形成压迫,导致用户违背自身意愿;(3)经营者从事该类行为需要有明确的意思表示,即要求用户对特定产品或服务进行修改、关闭或卸载。滥用市场力量的"强迫"行为很可能构成垄断,而不涉及滥用市场力量的"强迫",只有在符合特定标准时才构成不正当竞争行为。在消费者完全有能力拒绝,或者其他经营者可通过技术手段进行对抗时,"强迫"行为很可能不构成不正当竞争。与之类似,在网络竞争白热化的背景下,产品兼容与否实际上是优胜劣汰的"翻版",在很大程度上应由经营者和消费者自主决定,经营者渴望通过不兼容的方式证明自身实力或赢得市场角逐,往往无可厚非。[23]在不滥用市场力量排除或限制竞争时,人民法院应谨慎认定"恶意不兼容"。[24]

即使适用"网络条款"兜底款项审理"优酷诉猎豹视频广告过滤案",人民法院亦可能在"泛道德化"倾向的影响下作出误判。有学者认为,针对视频广告过滤行为,应从严格规制向包容审慎规制转变。严格规制理念忽略了竞争不断变化、时刻演进的客观现实,落入拘束、低效、传统的静态竞争视野中;包容审慎理念恰如其分地关注了网络竞争的动态特质,以相对温和的目光看待动态竞争条件下的市场变革,对富有创新精神与创造活力的互联网竞争行为不应怀有天然的排斥心理。[25]更重要的是,在适用兜底款项时,前述倾向可能导致案件争议无法在根本上得到解决。2018年,新浪微博运营商微梦公司认为,湖南蚁坊软件股份有限公司违反robots协议抓取其数据的行为构成不正当竞争,并向人民法院提起诉讼。北京知识产权法院以上述兜底款项与《反不正当竞争法》第2条为依据判定蚁坊公司败诉,责令其停止抓取、使用微博数据的行为,并赔偿损失。从程序角度看,数据抓取纠纷已得到解决,但作为数据分析处理和深度挖掘服务提供商的蚁坊公司认为,新浪拒绝数据抓取的行为滥用了市场支配地位,遂向长沙市中级人民法院提起反垄断诉讼。笔者认为,在前一案件的处理过程中,即使被告蚁坊公司未以原告滥用市场支配地位为由进行抗辩,人民法院亦应主动查明相关事实。当拒绝抓取行为构成垄断时,人民法院应允许蚁坊公司进行数据抓取,以实现相关市场范围内的有效竞争。受"泛道德化"倾向的影响,北京知识产权法院重点关注了抓取行为"搭便车"的属性,忽视了对竞争过程的整体把握。

综上所述,在知识产权不正当竞争案件与网络不正当竞争案件中,即使着重分析涉案行为对竞争秩序的影响,人民法院亦会在"泛道德化"倾向的影响下过度保护利益受损的原告经营者。不正当竞争行为的误判,妨碍了被告经营者的自主经营,阻碍了

经济资源的开发利用和相关市场的自由竞争。

三、不正当竞争行为司法认定“泛道德化”倾向的成因

若道德因素发挥作用的空间可以得到严格限制，“泛道德化”倾向自然不会出现。但经过下文分析，笔者得出了相反的结论。

(一)商业道德在不正当竞争行为认定中的实质作用

在1993年《反不正当竞争法》施行前，人民法院曾在“莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争纠纷案”中以《中华人民共和国民法通则》(已废止)第4条规定的诚实信用原则为依据，认定被告的仿冒混淆行为构成不正当竞争。[26]受此影响，《反不正当竞争法》第2条沿袭了前述条文的立法表述，不少学者认为第2条中的“自愿、平等、公平、诚信的原则”是民法诚实信用原则的体现。最高人民法院在司法裁判中亦认可了前述观点，并将“商业道德”视为诚实信用原则的具体表现。[27]

民法的诚实信用原则是适用于全部民事关系的基本原则，可分为客观诚信与主观诚信两个层面，前者要求人们正当地行为，后者则要求人们具有尊重他人权利的意识。[28]虽然在特定领域，诚实信用原则已经突破了对权利行使方式的审查而进入“内容审查”(对行为效力的整体性判断)的范畴[29]，但其依旧以涉案行为发生前当事人存在“特别关联”为适用前提。[30]违反诚实信用原则的典型表现，是在特定法律关系中滥用权利侵害相对方利益或公共利益。[31]在不正当竞争纠纷发生前，当事人之间往往不存在特定的法律关系，导致案件处理无法适用民法中的诚实信用原则。

《巴黎公约》为“自愿、平等、公平、诚信的原则”提供了另一种理解方案，其第10条规定，不正当竞争行为是指“在工商业活动中违背诚实的做法”。由于该条约旨在为成员寻求贸易规则的“最大公约数”，“诚实”只能是一般道德表达而非严谨的法律概念。以之为参照，“自愿、平等、公平、诚信的原则”只能被视为一般道德表达，无法像民法中的诚实信用原则一样被规则化。因此，该公约规定的“自愿、平等、公平、诚信”仅能发挥宣示与规劝功能。

1850年前后，法国法院在适用《法国民法典》第1382条[32]侵权责任的一般条款应对“故意侵害竞争对手以获取竞争优势”的行为时，最早提出了“不正当竞争”的概念。[33]该条规定未体现民法的诚实信用原则。作为世界上第一部反不正当竞争法典，德国1896年《反不正当竞争法》的出台实际上与商标法无法应对知识产权领域的不正当竞争行为密切相关。由于德国《反不正当竞争法》仅通过列举条款规定了特定行为类型，德国法院不得不适用《德国民法典》第826条“善良风俗条款”处理未被该法涵盖的行为。[34]受前述条款影响，德国在1909年《反不正当竞争法》的修订中增设了一般条款，规定“在营业中为竞争目的采取违反善良风俗的行为者，可被要求停止行为或损害赔偿”。尽管德国《反不正当竞争法》后来的修订将一般条款中“善良风俗”的概念替换为“不正当商业行为”[35]，但仍无法否认“善良风俗”对一般条款的影响。

在我国，可作为一般条款予以适用的《反不正当竞争法》第2条，应通过公序良俗原则进行解读。一方面，公序良俗中的“公共秩序”包括“市场竞争秩序”。与民法中公共秩序兼顾社会一般秩序与社会一般利益一致，市场竞争秩序亦包含公平竞争秩序与竞争过程中的公共利益两个维度。保护竞争秩序或公共利益必须明确不正当竞争行为的致害机理：(1)以损害消费者利益等公共利益的方式作出行为，进而侵害特定经营者的利益，如虚假宣传与仿冒混淆；(2)以侵害特定经营者的方式作出行为，进而损害消费者利益等公共利益，如商业诋毁。由于消费者利益是竞争秩序与公共利益的天然代表，法益保护最终形成“竞争秩序/消费者利益——特定经营者利益”的位阶。[36]基于此，侵害特定经营者利益的经营行为只有在妨碍竞争秩序并损害消费者利益时，才能被认定为不正当竞争行为。另一方面，善良风俗是指在一定时空范围内与法律秩序相关，能被大多数人接受的最低限度伦理道德。[37]民法通过引入法

律体系外的善良风俗实现对行为内容的审查和行为效力的制约。[38]商业道德则指被从事同种商业活动的大多数人公认的行为准则，其具备以下基本特征：(1)为大多数人所公认[39]，不需要当事人专门认可，违反商业道德的认定亦不要求行为人意识到自身背离前述道德；(2)经过历史检验，具备传统性；(3)能用于规范具备共性的商事行为；(4)能用于维持一般秩序或保护公共利益。[40]不难发现，商业道德实际上是“善良风俗”在商事活动中的体现。因此，不正当竞争行为实际上以商业道德为认定依据，其本质是经营者以违背商业道德的方式扰乱竞争秩序、损害消费者及特定经营者利益的经营行为。

(二)商业道德的模糊性与“泛道德化”的出现

司法实践中，作为行为认定依据的商业道德可通过以下三种方式予以解释：(1)直接界定。例如，在“海带配额案”中，最高人民法院将商业道德的内涵界定为“商业交易中的经济人伦理”。该方式可用以明确商业诋毁等简单案件中的商业道德。(2)以行业自律规范解释商业道德。在“奇虎公司诉百度公司限制数据抓取不正当竞争纠纷案”中，二审法院明确指出，“《互联网搜索引擎自律公约》……在某种程度上说明了该自律公约具有正当性并为业内所公认，其相关内容反映了互联网行业市场竞争的实际和正当竞争需求。因此，可以将互联网行业协会组织其会员起草并签署的行业自律公约的相关约定作为认定互联网行业惯常行为标准和公认商业道德的参考依据”，搜索引擎针对特定经营者以“白名单”的方式设置robots协议，违背了《互联网搜索引擎自律公约》第8条的规定。[41](3)将商业道德具体化为商业惯例。例如，“转播他人举办的游戏比赛须获得相关授权许可就是视频网站行业的商业惯例”[42]，不遵循惯例的行为违反商业道德。

然而，上述三种方式并不总能明确商业道德的含义。首先，将商业道德界定为“经济人伦理”有“同义反复”之嫌，不能为复杂案件中的利益衡量与行为认定提供明确标准。其次，行业自律规范杂糅了行政干预、舆情应对、公关考虑等多种人为因素[43]，只能作为参考因素发挥作用。一些行业自律规范还存在空洞化问题，例如，《中国互联网行业自律公约》第6条要求互联网企业“大力弘扬中华民族优秀文化传统和社会主义精神文明的道德准则，积极推动互联网行业的职业道德建设”，在具体操作上却缺乏明确指引。最后，按照《元照英美法词典》的解释，惯例是指特定区域中针对特定交易而形成的公认做法。惯例的确是善良风俗或商业道德的重要载体，其历史性与公认性却导致案件审理并不总有可参照的商业惯例。

商业道德的模糊性为普通道德影响裁判提供了机会，导致人民法院即使以竞争秩序和消费者利益为分析重心，亦会将被告的正常行为解释成对竞争秩序和消费者利益的损害，从而错误地保护原告利益。为克服商业道德的模糊性，司法实践中形成了保守与激进两种应对方式：(1)保守的方式是以特定载体塑造商业道德。例如，在“百度公司诉奇虎公司网页插标不正当竞争纠纷案”[44]中，二审法院将培育商业道德解释为“和平共处原则”，即“网络服务提供者未经其他互联网产品或服务提供者的许可，不得擅自干扰其他互联网产品或服务的正常运行，不得干扰互联网产品或服务在网络用户终端的共存”，并以之为基础提出了“非公益必要不干扰”的主张，即只有保障用户知情权并经其他互联网产品或服务提供者同意，才可介入他人互联网产品或服务的经营。(2)激进的方式是以分析涉案行为对行业发展的影响弱化甚至架空商业道德的地位。在上文提及的“鱼趣诉炫魔案”中，二审法院认为，“网络直播行业属于新兴市场领域，其中的各种商业规则整体上还处于探索当中，诸多竞争行为是否违反商业道德在市场共同体中并没有形成共识。但这并不意味着网络直播行业即可无序竞争，商业伦理标准仍有迹可循”；同时，“若竞争行为虽损害了其他竞争者利益，但符合商业实际，促进了商业模式的创新，提升了行业效率，增进了消费者福利，则应摒弃完全诉诸主观的道德判断，认可竞争的正当性；反之，若竞争行为既损害了其他竞争者利益，又无法

促进市场效率,反而扰乱了公平竞争秩序,有损行业发展,则应归于可责性的不正当竞争行列。"[45]人民法院在该案中认为,损害行业发展是违背商业道德的决定性因素。

"和平共处""非公益必要不干扰"等原则本身就是普通道德影响下的产物,而弱化甚至架空商业道德则导致人民法院享有较大的自由裁量权,在分析行为对行业发展造成的影响时,更易受普通道德影响。商业道德的模糊性及其应对措施的局限性为普通道德影响裁判"开了方便之门","泛道德化"倾向得以出现。

四、不正当竞争行为司法认定"泛道德化"倾向的矫正

有学者认为,自由竞争是公平竞争的前提,是增进消费者利益的根本途径。[46]为了实现和维护公平竞争,人民法院不应受"泛道德化"倾向干扰,并以牺牲自由竞争为代价保护利益受损者。道德因素同质性与普通道德的潜移默化性决定了"泛道德化"倾向只能通过道德因素以外的途径予以矫正。反思网络不正当竞争案件可知,当被告经营者未滥用市场力量排除或限制竞争时,其行为很可能是正当竞争,明显有利于自由竞争的行为一般不构成不正当竞争。与之类似,不受《著作权法》保护的作品元素一般可被经营者自由使用。受此启示,人民法院应主动审查涉案行为是否归属自由竞争的范畴。行为不违反反垄断法、知识产权法是行为归属自由竞争范畴的必要条件,当违反前述法律部门时,涉案行为应依照前述法律部门认定处理;不违反前述法律部门的行为很可能(并非一定,下文还将述之)被自由竞争秩序容许,进而不构成不正当竞争。"自由竞争审查"为不正当竞争行为的认定提供了筛选机制,有助于避免普通道德对司法裁判的干扰。

(一)自由竞争审查

作为反垄断法的核心概念,市场力量是指将价格提高到竞争性水平之上并持续获利的能力[47],包括但不限于市场支配地位。理论上讲,经营者滥用市场力量排除或限制竞争的行为均为垄断行为。然而,现行《反垄断法》仅能规制滥用市场支配地位的行为。具体而言,对滥用市场支配地位行为的规制分为以下两个阶段:第一阶段,通过界定相关市场确定经营者是否具备市场支配地位;第二阶段,判断该经营者是否滥用其支配地位排除或限制了竞争。市场支配地位成为反垄断规制的"分割线",不具备市场支配地位的经营者作出的单方行为不受《反垄断法》约束[48],受其损害的经营者只能通过《反不正当竞争法》维护自身权益。[49]

上述制度逻辑反映了静态拼接思维,与行为规制应当运用的动态分析思维有本质区别。后者主张将经营者的市场力量、行为类型及其对市场竞争造成的影响等因素综合起来进行考察。不具备市场支配地位,但具有一定市场力量的经营者,为了谋取市场支配地位而滥用其市场力量的行为,亦属于反垄断法规制的范畴。放任前述行为将造成以下危害:其一,经营者将继续从事不法行为排挤竞争对手,造成排除或限制竞争的特定后果;其二,经营者通过不法行为获取市场力量,直至获得市场支配地位。伴随市场力量的壮大,经营者从事不法行为或掩盖违法事实的能力亦不断增强。在反垄断合规制度阙如、执法能力有待提高的背景下,放任前述行为无异于"养虎为患"。

具备一定市场力量的经营者为抢夺市场机会、排挤竞争对手所从事的,一经放任将导致其获得市场支配地位、造成特定排除或限制竞争后果的行为,应纳入《反垄断法》的规制范畴。规制前述行为可完善滥用市场支配地位制度,形成规制单方滥用行为的完整谱系。基于前述制度谱系,《反垄断法》可有效识别与规制垄断行为。据此审视"奇虎360诉腾讯垄断纠纷案"[50],尽管腾讯公司不具备市场支配地位,但其强迫用户卸载360杀毒软件的做法很可能构成垄断。

通过完善后的《反垄断法》解决"不兼容"或"强迫行为"引发的争议,可避免适用《反不正当竞争法》第2条,从根本上防止"泛道德化"倾向。当行为不构成垄断时,自由竞争审查可作出如下提示:除非有特

定理由，不属于垄断范畴的“不兼容”“强迫卸载”等行为不构成不正当竞争。人民法院应准确把握原被告行为的本质及其对竞争的影响，当涉案行为构成垄断但当事人以不正当竞争为由提起诉讼时，人民法院应当行使释明权，告知当事人变更诉讼请求，以避免出现“新浪诉蚁坊案”中的遗留问题。

与上述逻辑一致，拓展知识产权法的适用范围可为当事人提供恰当救济，避免人民法院过度适用《反不正当竞争法》维护原告利益，造成不正当竞争行为的误判。实践中，一些人民法院对作品独创性的要求过高，导致体育直播画面不能被视为作品[51]；还有人民法院以不具备可复制性为由，拒绝将网络游戏整体画面认定为作品。[52]最高人民法院可通过遴选指导性案例等方式，引导地方各级人民法院认定体育比赛直播画面与网络游戏直播画面构成作品。[53]以此为前提，不受知识产权法保护的经济资源可被自由使用，相关行为一般不构成不正当竞争。

(二)行为认定标准

不违反上述法律规定是行为归属自由竞争范畴的必要而非充分条件，相关行为在符合特定标准时还可能构成不正当竞争。“比例失衡”标准与“严重妨碍正常经营”标准是认定不正当竞争行为的可靠标准。

1.在知识产权不正当竞争案件中适用“比例失衡”标准

未违反知识产权法的行为可能构成不正当竞争。以“原样模仿”为例，该类行为是指对特定产品进行整体模仿以制作仿品，并将其与“被仿品”进行有效区别后予以销售。一方面，该类产品并非将“被仿品”商标替换为其他商标的“反向仿冒”行为，因此无法通过《商标法》加以规制；另一方面，该行为并未造成消费者的混淆，因此，不属于仿冒混淆行为。在当事人未就特定产品申请专利权保护的情况下，该类行为造成的利益冲突只能通过《反不正当竞争法》一般条款予以处理，此时，“比例失衡”标准为行为违法性的判定提供了依据。当被告行为成本与被告所得之间的比例，以及前述成本与原告经营成本之间的比例均明显失衡时，涉案行为可构成不正当竞争。原告产品或服务的创新性或市场价值、仿品相似度、行销数额或所获利润等因素，应成为人民法院考察的主要因素。若经营者以较低的成本模仿了开发成本较高的新产品，并以此获得较多的违法收益，则人民法院可认定其行为构成不正当竞争。以此标准审视“明河社案”，被告行为并不符合“比例失衡”标准。

在“上海钢联公司诉上海纵横今日公司不正当竞争案”[54]中，被告擅自使用了原告网站上向网站会员有偿提供的全国钢铁行业行情信息加工数据产品。在“淘宝公司诉美景公司不正当竞争案”[55]中，被告教唆、引诱已订购淘宝公司“生意参谋”的淘宝用户下载咕咕的客户端，通过该客户端相互分享、共用生意参谋账户，进而获取淘宝“生意参谋”的数据内容并从中牟利。在不构成著作权侵权的前提下，前述行为皆符合“比例失衡”标准，因此应予禁止。在“深圳腾讯公司诉杭州快忆科技公司不正当竞争纠纷案”[56]中，被告以向公众提供名为“后羿采集器”软件的方式，对微信文章进行采集、同义替换、语序转换等操作，生成“新的”文章并出售。尽管其行为构成对文章作者著作权的侵害，但由于作者并未提起侵权之诉，该案无法通过知识产权法加以解决，人民法院可依据“比例失衡”标准认定涉案行为构成不正当竞争。

2.在网络不正当竞争案件中适用“严重妨碍正常经营”标准

在网络竞争中，严重妨碍正常经营的常见情形是导致对方产品正常功能无法实现或服务目的落空。以该标准进行审视，在他人网页中插入链接的行为若不影响网页服务目的的实现，则属合法行为。例如，在“浙江天猫公司诉上海载和公司等不正当竞争纠纷案”中，上海知识产权法院就曾在判决中指出：“就插入横幅的行为而言，该横幅宽度有限且位于页面顶部而非页面中心，同时并未遮挡被上诉人网站页面中的内容，加之该横幅可以进行收缩，插

入横幅的行为总体上并未影响被上诉人网站内容的展示，未对被上诉人正常经营活动的开展造成过度妨碍”[57]，因此不构成不正当竞争。

在不构成垄断的前提下，经营者确有可能出于“意气之争”等因素从事“不兼容”等行为。一般来说，造成特定软件闪退、运行过缓、无法打开，一经运行特定软件则使己方软件闪退或运行缓慢，特定软件生成物无法使用己方软件打开，为特定软件的下载或升级设置障碍，拦截屏蔽特定产品或服务等，均是不兼容的常见手段。除生成物不兼容或者故意使己方软件出现运行故障外[58]，其他手段均有可能对竞争对手的正常经营造成严重妨碍，进而构成不正当竞争。有学者对不兼容行为不正当竞争属性的判断标准进行了归纳，具体包括竞争对手是否从事违法或不正当行为、不兼容行为是否普遍、不兼容行为是否具有针对性、不兼容是否为应对竞争对手的主动“搭便车”行为等方面。[59]这些标准的适用应与“严重妨碍正常经营”标准相协调。首先，在竞争对手从事违法行为的前提下，经营者的应对措施须保持在合理限度内，符合必要性原则。动辄采取不兼容策略严重妨碍对方的正常经营，很可能构成不正当竞争。其次，即使不兼容是行业的普遍现象，或具体案件中的不兼容行为不具有针对性，经营者亦不得在没有正当理由的前提下通过该类行为严重妨碍竞争对手的正常经营。最后，数字经济领域的“搭便车”行为往往有助于竞争的激化，针对“搭便车”的不兼容行为，在严重妨碍对方正常经营时一般构成不正当竞争。

“严重妨碍正常经营”标准的适用还需考察消费者(用户)能否拒绝涉案行为、原告能否应对涉案行为等因素。以“强迫卸载”为例，经营者凭借用户对其产品的“喜爱”而要求用户删除竞品的行为很可能不能奏效。消费者可拒绝该经营者的威胁，原告亦可通过合理手段予以应对。以该标准审视“优酷诉猎豹视频广告过滤案”，猎豹浏览器的广告过滤行为并未直接干扰优酷视频网站及APP的正常经营，优酷完全可通过技术手段应对过滤行为，因此，涉案行为属正当竞争范畴。

除适用上述标准外，实证调研的运用也有助于矫正“泛道德化”倾向。在本文论及的案件中，人民法院往往对涉案行为在消费者福利方面的影响进行“让步式”阐述，即涉案行为虽在短期内增进了消费者福利，但长此以往必将导致经营者投资热情衰退和“劣币驱逐良币”的后果，进而影响消费者的长期福利。实际上，涉案行为究竟对消费者长期福利有何影响，应当通过实证调研的方式予以确定。例如，在“优酷诉猎豹视频广告过滤案”中，人民法院认为放任广告过滤行为将导致广告主不再选择优酷平台投放广告，进而减少优酷的主要收入来源，届时优酷很可能通过向消费者收费的方式获得收入。笔者认为，得出前述结论至少需要进行以下调研：(1)优酷收入来源的比重分布，特别是广告收益占整体收益的比重；(2)视频广告的不同类型(如片头广告和插入式广告)及其收益情况；(3)视频门户网站的发展趋势，特别是自制网剧等知识产权收益、VIP会员费收益在整体收益中的上升趋势；(4)门户网站所在相关市场的竞争状况，向消费者收费后消费者转向其他门户网站的可能性。通过调研，人民法院有可能发现“免费观看+广告付费”模式并非该领域的主要商业模式，广告过滤行为亦不必然导致视频门户网站向消费者收费，从而避免在普通道德的干扰下过度保护原告。

五、结语

普通道德根植于传统社会文化，市场竞争的正当性与商业道德则源于自生自发的现实秩序，两者之间难以消弭的沟壑是普通道德时常与法律正当性相左的根本原因。混同商业道德与普通道德所引发的“泛道德化”倾向，虽不至于阻挡社会发展的整体趋势，但如果总以宣扬普通道德的名义限制自由竞争，可能会导致司法裁判与公共利益背道而驰。矫正“泛道德化”倾向，并非意味着摒除道德直感，而是避免将普遍道德直接作为不正当竞争行为判定的实质依据。由此可见，《反不正当竞争法》的价值目标始终包含正反两个方面：妥善运用商业道德，制止不

正当竞争行为，维护公平竞争；克服“泛道德化”倾向，避免不正当竞争行为的误判，保障自由竞争。

注释：

①最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

②参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。

③参见张占江：《论不正当竞争认定的界限》，载《政法论丛》2021年第2期，第32-34页。

④参见孔祥俊：《论反不正当竞争的基本范式》，载《法学家》2018年第1期，第52-66页。

⑤在该案中，朱浩是斗鱼直播平台发掘并培养的知名游戏主播。2015年9月1日，朱浩与武汉鱼趣网络科技有限公司签订5年期《游戏解说合作协议》，约定游戏解说视频、音频的各项权益归鱼趣公司独家所有。2016年下半年，在合约未到期的情况下，朱浩离开斗鱼，跳槽至全民TV平台(炫魔等公司旗下)。斗鱼随后起诉，认为后者的“挖角行为”属不正当竞争行为。参见武汉市中级人民法院(2017)鄂01民终4950号民事判决书。

⑥这一做法在实践中得到了人民法院的认可。有人民法院明确指出：“《反不正当竞争法》第十二条第二款第(四)项规定的‘其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为’，只有在同时符合《反不正当竞争法》第二条规定的原则和精神时，才能够构成不正当竞争行为。”参见北京知识产权法院(2021)京73民终1092号民事判决书。

⑦参见李小武：《还〈反不正当竞争法〉以应有地位——兼评3721网络实名案》，载《清华法学》2008年第4期，第157-159页。

⑧《商标法》第13条规定：“就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。”第32条规定：“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。”第59条规定：“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。”

⑨例如，“查良镛诉杨治等著作权侵权及不正当竞争纠纷案”中，被告杨治仅使用金庸原著中的同名人物、人物基本性格与对应关系进行文学创作，一审人民法院认定其不构成著作权侵权但属于不正当竞争行为。参见广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书。

⑩参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民初字第5146号民事判决书。

⑪参见李杨：《改编权的保护范围与侵权认定问题：一种二元解释方法的适法性阐释》，载《比较法研究》2018年第1期，第65-66页。

⑫亦有学者认为，当受保护的在先作品能够体现原作者个性特征的独创性表达被挪用至新作品时，原作者的个性特征有可能会被新作品作者的个性特征稀释甚至完全覆盖，以致在先作品被挪用部分的独创性表达在新作品中褪色至难以或无法呈现出原作者个性特征，此时，很难将该使用行为界定为不当挪用或侵权行为。参见李杨：《著作权侵权认定中的转换性使用理论适用阐释》，载《北方法学》2023年第3期，第47页。

⑬这些案件主要涉及流量劫持、广告弹窗、修改或复制他人网页内容等行为。

⑭参见蒋舸：《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心》，载《中外法学》2019年第1期，第184-188页。

⑮在未经许可的情况下，奥商公司利用技术手段，在百度的正常搜索结果显示前，强行弹出奥商公司发布的、与搜索关键词及内容紧密相关的广告弹窗，诱使搜索用户点击该弹窗从而跳转至特定网页，损害了百度的合法权益。参见山东省高级人民法院(2010)鲁民三终字第5-2号民事判决书。

⑯参见王瑞贺等主编：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，法律出版社2018年版，第45页。此外，依据“举轻以明

重”的逻辑，未经其他经营者同意亦不需要用户点击即可直接发生目标跳转的插入链接行为，当然属于“强制进行目标跳转”的行为，且前述行为的违法性比较明显。

⑰在欺骗用户点击而发生目标跳转的情况下，插标行为应当被认定为违法，原因在于，“欺骗+技术性手段”构成了法条中的“强制”。实践中已有如此判决的案例。参见北京市第一中级人民法院(2012)一中民初字第5718号。

⑱参见北京知识产权法院(2018)京73民初960号民事判决书。

⑲本案原告迪火科技有限公司先后就被告三快科技有限公司在浙江省内与浙江省外实施的行为，向杭州市中级人民法院和北京知识产权法院提起诉讼。参见杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3166号民事判决书。

⑳二维火收银机中预装的安卓系统也允许用户自行安装其他应用，只是设置了相应限制(二维火的白名单规则)。本案中，三快公司系基于公开信息获知二维火收银机可接受安装的应用命名规则，使“美团收款”应用符合这一规则，可以安装到二维火收银机的安卓系统中，其行为并不违法。迪火公司开发的“二维火收银”应用本身就允许用户添加新的收款方式，并通过多个渠道提供教程，指导用户如何进行添加操作。“美团收款”应用并非擅自对“二维火收银”应用进行篡改、添加，阻碍或影响其原有功能的实现，而是在“二维火收银”应用允许的范围内，通过自身的设置实现其与“二维火收银”的对接。

㉑据三快公司提供的证据，基于安卓系统本身的功能与特性，其可以允许应用读取屏幕上显示的内容，允许借助系统自带的辅助功能选项代为在触摸屏上进行操作。“美团收款”应用在安装过程中，已经从用户那里获取了包括“获取屏幕内容”“读取手机状态和身份”“关闭其他应用”“在其他应用之上显示内容”等多项权限。其读取屏幕上显示的交易金额数据，代为点击屏幕上显示的“确定结账完毕”按钮，均系基于安卓系统所具备的功能且在用户授权之下的行为，并无不当。

㉒有鉴于此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》(法释[2022]9号)第21条第2款规定：“仅插入链接，目标跳转由用户触发的，人民法院应当综合考虑插入链接的具体方式、是否具有合理理由以及对用户利益和其他经营者利益的影响等因素，认定该行为是否违反反不正当竞争法第十二条第二款第一项的规定。”这一规定有助于避免过度规制。

㉓亦有学者指出，并非所有不兼容行为都是不正当竞争，非恶意的不兼容可由市场自发调节，法律不应予以规制。参见焦海涛：《互联网不兼容行为中“恶意”的解释与认定》，载《法学家》2022年第4期，第116页。

㉔典型的恶意不兼容是软件排斥行为，即通过技术手段破坏对方软件的正常功能，或阻碍对方产品或服务正常运行。

㉕参见吴太轩、闫静：《网络竞争场景下视频广告过滤行为认定反思及思路重构——基于42例司法判决的文本分析》，载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2020年第4期，第55-56页。

㉖参见《中华人民共和国最高人民法院公报》1990年第3期。

㉗最高人民法院曾在“海带配额案”中指出，诚实信用原则更多是以公认的商业道德形式来体现。参见最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

㉘参见徐国栋：《诚实信用原则二题》，载《法学研究》2002年第4期，第78-81页。

㉙参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期，第150-152页。

㉚在这一点上，拉伦茨认为，保护诚实与维护信用塑造了法律交往的基础，尤其塑造了一切法律上的特别关联。这一原理并非仅系对债务关系的限制，依据当今公认的理解，在存在或将要建立法律上特别关联之处，这是普遍有效的一般原则，因此以下领域也符合这一前提，如物权法、诉讼法及公法。与之相反，若既不存在也不试图产生法律上的特别关联，如竞争的多个参与者之间，或对债务人主张同一标的的多数债权人之间(如多重买卖)，其行为就不能再以诚实信用标准衡量，而只能以在人类社会中对一切行为普遍有效的善良风俗标准去衡量。参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期，第153页。

㉛诚实信用的确包括维护社会公共利益的面向，但这一面向不能被误解为可以超越特定的法律关系，其对社会公共利益的维护以当事人之间的特定关联为基础。参见梁慧星：

《诚实信用原则与漏洞补充》,载《法学研究》1994年第2期,第24页。

㉜《法国民法典》第1382条规定:“任何行为致他人受到损害时,因其过错致行为发生之人,应对该他人负赔偿之责任。”

㉝参见张占江:《论不正当竞争认定的界限》,载《政法论丛》2021年第2期,第29页。

㉞《德国民法典》第826条规定:“以违反善良风俗而故意对他人施加损害之人,对他人负有损害赔偿之义务。”

㉟“不得违反善良风俗”的规定较为模糊,造成了一定的司法认定混乱,致使一些不应当加以限制的商业行为被纳入禁止的范围。因此,德国于2004年将该条修改为:“禁止足以损害竞争者、消费者或其他市场参与者,且不仅非显著地妨害竞争的不正当竞争行为。”参见郑友德、万志前:《德国反不正当竞争法的发展与创新》,载《法商研究》2007年第1期,第125-130页。其后,2016年修订后的德国《反不正当竞争法》第3条继续保持了“不正当竞争行为”的表述,并主张借助“谨慎经营”标准对其进行认定。所谓“谨慎经营”标准,是指经营者应当依照自身的专业知识和被公平合理期待的谨慎标准进行经营。

㊱《反不正当竞争法》第2条并未使用“社会公共利益”的概念,究其原因,立法者很可能认为消费者利益是社会公共利益的代名词,因此将之省略。

㊲民法学者认为,公序良俗原则具有将“社会道德”转化为“法律道德”,即最低伦理道德,从而净化法律行为内容,提高法律行为质量的功能。参见施启扬:《民法总则》,中国法制出版社2010年版,第211页。

㊳参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2009年版,第510页。

㊴商业道德自身包含公认属性,基于此原因,2017年修订《反不正当竞争法》时将“公认的商业道德”修改为“商业道德”。

㊵参见[美]亨利·马瑟:《合同法与道德》,戴孟勇、贾林娟译,中国政法大学出版社2005年版,第77页。

㊶该案二审判决指出:“《自律公约》第八条约定,互联网所有者设置机器人协议应遵循公平、开放和促进信息自由流动的原则。同时,百度网讯公司、百度在线公司以设置robots协议白名单的方式限制可以抓取其网站网页的搜索引擎范围,此种方式不是以网络信息本身是否适合被搜索引擎抓取作为区分标准,而是将搜索引擎的经营主体作为区分标准。并且,此种区分并未采取相同的标准,对奇虎公司而言,具有针对性和歧视性,不仅损害了奇虎公司的利益,也损害了相关消费者的利益。”参见北京市高级人民法院(2017)京民终487号民事判决书。

㊷上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第191号判决书。

㊸参见蒋舸:《竞争行为正当性评价中的商业惯例因素》,载《法学评论》2019年第2期,第78-79页。

㊹参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号民事判决书。

㊺武汉市中级人民法院(2017)鄂01民终4950号民事判书。

㊻See Barak Y. Orbach, The Antitrust Consumer Welfare Paradox, 7 Journal of Competition Law & Economics 133, 147 (2011).

㊼See William M. Landes & Richard A. Posner, Market Power in Antitrust Cases, 94 Harvard Law Review 937, 937-938 (1981).

㊽例如,在“北京奇虎公司诉深圳腾讯公司滥用市场支配地位纠纷案”中,腾讯公司未被认定为具备市场支配地位,因此,其行为自然无法构成滥用市场支配地位。参见最高人民法院(2013)民三终字第4号民事判决书。

㊾以《反不正当竞争法》处理上述行为还有功利主义的考量。当事人提起反垄断诉讼的难度往往高于提起反不正当竞争诉讼的难度,两种诉讼机制可提供的损害赔偿数额却可能无差别。因此,当事人更倾向于通过后者维护自身权益。

㊿参见最高人民法院(2013)民三终字第4号民事判决书。

51参见崔国斌:《体育赛事直播画面的独创性标准选择》,载《苏州大学学报(法学版)》2019年第4期,第3页。

52有人民法院曾在判决中作出以下论述:“由于涉案赛事的比赛本身并无剧本之类的事先设计,比赛画面是由参加比赛的双方多位选手按照游戏规则、通过各自操作所形成的动

态画面，系进行中的比赛情况的一种客观、直观的表现形式，比赛过程具有随机性和不可复制性，比赛结果具有不确定性，故比赛画面并不属于著作权法规定的作品，被告使用涉案赛事比赛画面的行为不构成侵害著作权。”参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第191号判决书。

㊸在视听作品与录像制品两分法的背景下，“一刀切”地认为体育比赛直播画面达不到视听作品原创性要求的做法，是不切实际的。体育比赛完全不中断地被机械直播几乎不可能，即使是技术高超的摄影师，也无法对同一场比赛制作出雷同的直播。在直播中，连续的抓拍、慢放、剪切等镜头实则符合独创性的要求，故应受法律保护。网络游戏比赛的确具备随机性，但这并不意味着比赛画面没有固定性。否认其固定性，相当于否定游戏开发者在程序开发上的贡献。特定画面的具体形态难以确定，涉及游戏玩家添加其自身贡献的选择空间，与游戏开发者主张的保护内容并无关系。参见蒋舸：《论著作权法的“宽进宽出”结构》，载《中外法学》2021年第2期，第335-338页。

㊹参见上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民五(知)初字第130号民事判决书。

㊺参见杭州铁路运输法院(2017)浙8601民初4034号民事判决书。

㊻参见杭州市余杭区人民法院(2020)浙0110民初9724号民事判决书。

㊼参见上海知识产权法院(2017)沪73民终197号民事判决书。

㊽生成物不兼容的典型例子，是某音乐软件生成的歌曲无法通过另一音乐软件打开，只有在构成垄断时，该类行为才具备违法性。故意使己方软件运行故障的行为往往与“强迫”行为先后出现，同样在构成垄断时才具备违法性。

㊾参见焦海涛：《互联网不兼容行为中“恶意”的解释与认定》，载《法学家》2022年第4期，第125-126页；孔祥俊：《网络恶意不兼容的法律构造与规制逻辑——基于〈反不正当竞争法〉互联网专条的展开》，载《现代法学》2021年第5期，第131-135页。

The Pan-moralization Tendency of the Judicial Recognition of Unfair Competition and Its Rectification

Guo Chuankai

Abstract: In intellectual property unfair competition cases and network unfair competition cases, moral factors are more likely to become the substantive basis for the people´s courts to evaluate the legitimacy of behavior, which then leads to the tendency of pan-moralization. Under its influence, the people´s court is prone to make a miscarriage of unfair competition, which hinders the independent operation of enterprises, hinders the full use of economic resources and free competition in relevant markets. To rectify the pan-moralization, the people´s court should actively examine whether the involved behavior belongs to the category of free competition. The fact that the behavior does not violate the antimonopoly law and the intellectual property law is a necessary condition for the behavior to belong to the free competition category. When violating these laws, the involved behavior shall be determined and dealt with in accordance with these laws. Acts that do not violate these laws are likely to be allowed by the order of free competition. At the same time, not violating the above-mentioned laws is not a sufficient condition for the legality of the behavior. The behavior involved in the case can still constitute an act of unfair competition when it meets the specific standards. The application of the "proportion imbalance" standard and the "serious disruption of normal operations" standard can avoid this tendency.

Key words: anti-unfair competition law; unfair competition; pan-moralization; free competition review; behavior recognition standards