

游戏规则不正当竞争法保护模式之反思

应严庆

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2022年11月26日; 录用日期: 2022年12月23日; 发布日期: 2022年12月30日

摘要

针对游戏规则的保护问题, 我国司法实践发展出版权保护和反不正当竞争法保护两种模式。后者保护模式是否合理并未引起学界的足够重视。本文通过对知识产权法和反不正当竞争法的关系出发, 利用额外因素法和比例原则明晰反不正当竞争法对知识产权法扩展保护的合理限度, 从而分析依赖于反不正当竞争法保护游戏规则所造成的逻辑困境和法律后果。

关键词

游戏规则, 知识产权法, 反不正当竞争法, 额外因素法

Reflection on the Protection Model of the Unfair Competition Law of Game Rules

Yanqing Ying

School of Intellectual Property, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 26th, 2022; accepted: Dec. 23rd, 2022; published: Dec. 30th, 2022

Abstract

For the protection of game rules, China's judicial practice has developed two models of copyright protection and anti-unfair competition law protection. Whether the latter protection model is reasonable has not attracted sufficient attention from the academic community. In this paper, by starting from the relationship between intellectual property law and anti-unfair competition law, we clarify the reasonable limits of the extended protection of intellectual property law by anti-unfair competition law using the law of additional factors and the principle of proportionality, so as to analyze the logical dilemma and legal consequences caused by relying on anti-unfair competition law to protect game rules.

Keywords

Rules of the Game, Intellectual Property Law, Anti-Unfair Competition Law, Additional Elements

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

在游戏行业中，游戏“换皮”现象并非新鲜事。“换皮”意指保留原游戏的游戏规则，而改变对原游戏的外观(通常是指角色的外观)。毫无疑问，游戏要在市场中获得成功，无论是“外观”还是游戏规则都需发者投入大量成本。但相较于游戏中的角色形象、音乐、画面等外观元素，理论界和司法实践对于游戏规则是否应该保护以及如何保护都存在争议。近些年的司法实践对于“游戏规则”的态度主要分为两类，一种试图将游戏规则解释为著作权法的客体以认定著作权侵权¹；另一种则试图通过《反不正当竞争法》的一般条款予以保护。²对于前者，笔者认为游戏规则作为一种规则应当被归属于“思想”而不构成具体的表达，不应受我国《著作权法》保护，但此观点并非本文的讨论内容，不予以详细阐述。对于后者，法院的观点基本将“抄袭”游戏规则的行为视为一种“搭便车”行为，认为其会破坏正常的市场竞争秩序，不利于游戏行业的创新，可以通过《反不正当竞争法》的一般条款规制。³但有学者指出通过《反不正当竞争法》保护已经被《著作权法》排除的思想会造成两法的冲突[1]。一方面学界和司法实践中都承认反不正当竞争法能对知识产权法进行有限的补充保护，另一方面这种补充保护的边界如何确定尚无定论。在游戏规则的相关案件中，法院利用《反不正当竞争法》的一般条款来保护游戏规则是否会引起反不正当竞争法和知识产权法之间的冲突，以及如何认定利用他人游戏规则这一行为的不正当性，下文将详细讨论。

2. 目前司法实践存在套路式说理

在“炉石传说”案中，法院认为游戏规则尚不能获得著作权法的保护，并不表示这种智力创作成果法律不应给予保护。游戏的开发和设计要满足娱乐性并获得市场竞争的优势，其实现方式并不是众所周知的事实，而需要极大的创造性劳动。同时，现代的大型网络游戏，通常需要投入大量的人力、物力、财力进行研发，如果将游戏规则作为抽象思想一概不予保护，将不利于激励创新，为游戏产业营造公平合理的竞争环境。⁴无独有偶，“天津益趣诉北京天赐之恒”案中，法院认为在游戏角色属性设置上存在明显抄袭行为，原告投入了大量的人力物力开发游戏，并将游戏的人物参数反复调试保证游戏的平衡性，以达到让玩家参与游玩的客观效果，并取得较大的市场影响力，在此情形下，被告将原告游戏的人物设置参数窃取使用，并将涉案游戏的安卓端开发并投入市场，这一搭便车行为有损于原告的智力劳动成果，同时在游戏中容易造成不良影响，导致原告的相关市场受损，产生较大的经济损失，违背了商业道德和诚实信用原则。⁵

¹ 参见浙江省高级人民法院(2019)民终709号民事判决书；江苏省高级人民法院(2018)民终1054号民事判决书。

² 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第22号民事判决书；北京市海淀区人民法院(2017)京0108民初29139号民事判决书。

³ 同脚注2。

⁴ 上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第22号民事判决书。

⁵ 北京市海淀区人民法院(2017)京0108民初29139号民事判决书。

2.1. 套路式地说理带来的潜在扩张

对此类观点予以梳理可以发现，鉴于目前《反不正当竞争法》中明确列举的行为类型中并未涉及游戏规则，法院均采用一般条款来判断被告的行为是否构成不正当竞争。在此过程中，法院普遍遵循了一个相似的套路，即游戏规则的设计需要游戏开发者的投入，并能够为游戏开发者带来竞争优势，因此游戏规则属于可保护的利益。而对游戏规则的模仿或挪用是一种不道德的“搭便车”行为，并且可能会对在先的游戏开发者的市场利益造成损害。但是此种套路并非证成不正当竞争行为的充分条件，其缺陷在于始终围绕原告的利益是否受损作为论证的中心，从而事实上将不正当竞争法的保护模式套用为“设权”的保护模式。在此基础上，不正当竞争法的一般条款的适用范围几乎可以无限扩张。例如，经营者基于长期市场调研构思出的新的商业模式，是否也能排除其他竞争者的模仿？假设阿里巴巴是第一个“发明”出在线购物的商业模式，其开发商业模式时的投入和带来的竞争优势能否成为受不正当竞争法保护的利益？竞争对手对其商业模式的模仿是否同样构成不正当竞争行为？这种泛泛地将“搭便车”行为与违反诚信信用原则和不正当竞争划上等号，将导致不正当竞争行为的范围无限扩张[2]。

2.2. 反法的保护将带来更大的不平衡

上述法院既然认为游戏规则属于不受《著作权法》保护的思想，那么按照《著作权法》的精神，这种思想本应该留在公有领域作为新作品创作的材料和基石。虽然之前学界有观点将反不正当竞争法与知识产权法的关系比喻为海水与冰山，将反不正当竞争法作为知识产权专门法的“兜底保护”[3]，但是近年来学界和司法界对该观点进行了批判。学者孔祥俊教授指出，反不正当竞争法对知识产权专门法有兜底功能，但是这种兜底保护是有限的，需要具体判断是否与专门法和专有权利的保护政策相抵触[4]。对于不属于知识产权专有权利范围的客体，例如已经超过保护期的作品或者根本不受保护的思想，那么就应当处于公有领域，社会公众可以自由使用，以反不正当竞争法进行变相保护会侵占公有领域，也违反了知识产权的公共政策。更为危险的是，著作权法和专利法的公共政策属性并非给予权利人垄断的权利，而是促进智力成果为社会公众所利用，因此对于智力成果的保护都设置了保护期。而反不正当竞争法是对违反诚实信用、商业道德的行为予以规则，并没有保护期的限制。这就导致受到专利法保护的方法发明中的流程、参数、配方会因为专利期限届满而成为技术进步的基石，甚至将电子游戏作为视听作品予以整体保护都有保护期的限制，而游戏规则的“发明者”却似乎可以永久地排除市场上其他竞争对手对该游戏规则的利用。

2.3. 对商业道德标准的忽视

近年来部分学者对认定不正当竞争行为时司法实践采用“泛道德化”评价的现象进行了批判。正如学者王艳芳指出，不能基于生活的道德标准对“搭便车”的行为予以评价，而要基于商业道德标准，后者具有自由利用市场成果、竞争自由下的模仿自由等多重面向，而并非单纯地静态地对竞争利益的保护[5]。学者蒋舸教授更是指出，道德往往是既定的人群对于过去的既有认识而形成的总结，限于现有规则已经固化的领域。而反不正当竞争法在其适用的疑难地带，尤其是其一般条款面对的问题，往往恰恰是市场进化过程中碰到的新问题。在完善市场经济的过程中，不排除会出现竞争规律与当时人们的朴素正义感相左的情况[6]。

总而言之，道德标准在不正当竞争行为的认定时应当更为严格，不能作为判断的终极标准。但反过来说，道德标准在否定不正当竞争行为上具有相当强的证明效力，即如果某行为都不违反该行业中的商业惯例或商业道德，那么自然不应当构成不正当竞争行为。可惜的是，上述法院的判决均未对游戏行业的商业惯例或道德进行论证，而仅仅依赖于日常道德对“搭便车”行为做出了否定评价。

对于游戏产业而言，不少行业评论者指出模仿本身也是游戏创作的重要组成部分，甚至游戏产业本身就“构建于稍加修改的‘克隆游戏’之上”[7]。“复制和重组游戏机制通常被认为是在不同平台之间传播想法的一种方式，从而促进整个游戏领域的创新。”行业中主要的游戏设计手册，明确鼓励游戏设计师们通过分析不同类型的游戏来获得灵感。然而如何界定“致敬”和“不受欢迎地‘换皮’”之间的分界线，即便是专业的游戏设计师们也表示这是模糊的灰色地带，而且并不愿意提供一个一般性的规范，尤其是考虑到市面上几乎所有的新游戏总会“借鉴”过去游戏中的规则[8]。不少游戏行业者一方面开发者反感“全盘抄袭者”，另一方面也排斥更严格的法律监管，尤其是众多独立游戏开发者难以承受为了获得游戏机制的许可而支付昂贵的费用。相反，建立市场规范或行业规范是一个更受欢迎的选择[8]。在这种行业背景下，法院应当保持审慎，如果贸然地将与原告的游戏规则相同认定为违反商业道德或商业惯例，对游戏行业的发展可能并非有利。

3. 反不正当竞争法补充保护边界的明晰

3.1. 额外因素法的适用

鉴于上述法院思路中潜在的弊端，厘清反不正当竞争法对知识产权法补充保护的边界显得尤为关键。在此问题上，德国司法实践中适用的“额外因素法”，对于我国的司法实践有所帮助[9]。

额外因素法的本质在于反不正当竞争法的判断逻辑应当区别于知识产权法的判断逻辑，这能够避免反不正当竞争法与知识产权法对于某一客体产生同质性的重复评价。例如“作品名称”系列的案件中，法院通常会认为作品名称过于简短而不能构成著作权法意义上的作品，从独创性的层面这本应当属于公有领域可以供公众自由使用，但是当作品名称具有识别来源的显著特征时，不正当竞争法就具有了适用的空间。二者对同一客体的判断逻辑并不相同，著作权法是判断其独创性的程度，而反不正当竞争法则基于维护防止公众受到误导。

在德国的“乐高”案中，被告模仿了乐高公司的基础积木，但是以不同的商标进行销售。乐高公司主张这种行为构成不正当竞争。德国联邦最高法院认为虽然模仿本身是合法的，但是由于模仿者对乐高整个产品系列的模仿，有可能在没有投资的前提下侵占乐高公司建立的市场。法院并没有赋予乐高公司的积木以排他权，而是指出被告的行为尤其是对原告声誉的不公平利用，构成了额外的考虑因素以作为不正当竞争的基础。⁶但在后续的一则“乐高”案中，德国联邦最高法院却允许被告销售与乐高积木相兼容的积木。法院认为即使新来者受益于原始产品的积极声誉，但如果新来者通过给其产品贴上明确的标签来避免混淆，那么进入该市场并不构成不公平竞争。⁷虽然法院在不同的案件中态度不一，但是其评判的依据都是基于具体的案件事实，分离出知识产权保护之外的因素，再根据该因素将认定的重点落于被告的行为是否会对消费者构成混淆的判断之上[9]。

3.2. 额外因素的确定

额外因素法的提出肯定了反不正当竞争法的独立价值，但是要确定反不正当竞争法的适用范围还需要确定额外因素的类型，即何种因素能够被认定为不正当竞争行为的构成因素。学者卢纯晰将额外因素划分为两类：规制目标因素和市场供给因素[9][10][11]。

3.2.1. 规制目标因素

规制目标因素是指反不正当竞争法与知识产权法在规制目标上的差异性可以构成不正当竞争法扩展保护的额外因素知识产权所保护的客体可以主要分为两类：智力成果和商业标记。知识产权法对于两类

⁶BGH GRUR 2005, 349 -Klemmbausteine III.

⁷GRUR 2007, 795 -Handtaschen.

客体的保护逻辑并不相同。对于智力成果而言，无论是作品还是发明，对于人类社会的发展都有着重要的意义，知识产权对此类客体的保护逻辑在于赋予权利人有限的垄断权以鼓励创作和发明，最终是为了让在前的作品和发明创造进入公有领域成为在后的作品和发明的基础和材料。而商业标记的保护并非关注于商业标记本身的智力创造性，而在于“保护消费者能够根据商标的识别来源功能选择商品或服务而免受商业欺诈，其次是保护经营者因投资提高产品和服务质量而获得的良好商业信誉”[12]。因而，商业标记的保护重心在于商业标记识别来源的稳定性和确定性，而不需要将其回归给社会公众，因此理论上商业标记可以得到永久性地保护。反不正当竞争法在对“模仿行为”的规制上也是保护商业标记的逻辑。反不正当竞争法与商标法对商业标记的保护以商标法的适用为优先，在需要保护的商业标记不满足于商标法的条件而又事实上起到识别来源的作用时，则由反不正当竞争法予以保护。我国《商标法》和相关司法解释的规定恰恰体现了两部法律保护逻辑上的一致性。⁸

3.2.2. 市场供给因素

市场供给因素是指对于市场中新出现的客体，在知识产权无法保护的情况下可能会出现供给不足的问题，此时需要反不正当竞争法对此进行扩展保护。利用反不正当竞争法对市场中的新客体予以保护在司法实践中已经有迹可循。学者孔祥俊教授将其称为反不正当竞争法的“孵化作用”，即“在特定的智力成果或者商业成果将来可能成为权利之前，先纳入反不正当竞争法进行常识性、试验性或过渡性的保护，一旦具备权利的保护条件或者纳入权利保护形成共识，即脱离反不正当竞争法的保护轨道而进入权利保护之中”[13]。对大数据的保护就是较为典型的例子。对于大数据是否需要额外的保护，逻辑起点在于避免市场失灵，即现有的法律体系下，数据收集者因为他人的“搭便车”行为难以获得足够的回报。[13]司法实践中通过一般条款对数据库进行保护时通常采用了这种论证逻辑。⁹

4. 利用他人游戏规则行为的不正当性分析

4.1. 游戏规则不符合反法的规制因素

正如前文所述，知识产权法将保护的客体分为智力成果和商业标记，反法进行补充保护时不应与知识产权法的保护构成重复。当《著作权法》与《专利法》从智力成果方面对游戏规则作出否定评价时，反法就不能再次从智力成果方面予以补充保护。因此在判断此类额外因素时，需要判断利用游戏规则这一行为的性质，究竟是利用其内在的智力因素，抑或是利用其识别来源的功能。此过程与判断某一标志是否具有显著性的方法类似，首先要判断相关公众是否会凭借游戏规则以区分游戏产品的来源。然而，游戏规则本身的性质难以将其认定为起到识别来源的作用。

首先，游戏规则包含显性规则和隐性规则两类。游戏设计行业往往用游戏机制(game mechanics)来代替游戏规则(game rules)，因为游戏规则通常被看作玩家应明确知晓的、能够印刷成册的那种说明和指南，而电子游戏的机制实际上是对玩家隐藏的，它们以软件的形式实现，并不存在一个直观的用户界面供玩家了解它们[14]。本文所讨论的游戏规则包含了玩家可明确知晓的规则，也包括玩家在正常游戏中难以察

⁸《商标法》第五十八条：将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。《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》第十二条：人民法院认定与反不正当竞争法第六条规定的“有一定影响的”标识相同或者近似，可以参照商标相同或者近似的判断原则和方法。第十四条：经营者实施下列混淆行为之一，足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，人民法院可以依照反不正当竞争法第六条第四项予以认定：（一）擅自使用反不正当竞争法第六条第一项、第二项、第三项规定以外“有一定影响的”标识；（二）将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众。

⁹例如淘宝(中国)软件有限公司与安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案中，法院认为“美景公司未经授权，亦未付出新的劳动创造，直接将涉案数据产品作为自己获取商业利益的工具，明显有悖公认的商业道德，如不加禁止，将挫伤数据产品开发者的创造积极性，阻碍数据产业的发展，进而会影响到广大消费者的福祉。”参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号民事判决书。

觉的规则，例如在游戏中宝箱开启后获得稀有材料的概率。通常而言，如果某一规则都难以被游戏玩家所感知，自然就无法起到识别来源的作用。

其次，游戏规则的设计具有功能性。游戏规则本身的目的是支撑起网络游戏的运行，使游戏能够按照开发者的意愿和游戏玩家产生互动。游戏设计师 Jesper Juul 从正反两方面的功能来描述游戏规则：游戏规则限制了玩家的行为，同时赋予了玩家行为的意义，从而形成了游戏的结构[15]。例如棋牌游戏禁止玩家任意移动棋子，但也使玩家每次移动棋子产生了预设的效果。而游戏开发者开发新颖的玩法，设计新的游戏规则是为了让网络游戏更具有可玩性。目前一个复杂的网络游戏中往往是多种游戏规则的组合，其中的“核心规则”通常是指网络游戏中不可缺少的，最重要的规则，例如俄罗斯方块中方块镶嵌和消除的规则。同时为了丰富“核心规则”的玩法，游戏开发者还会设计一系列辅助性的规则，例如在射击类游戏中，增加瞄准镜的功能使得不同的枪支产生不同的效果，抑或是为了增加游戏的难度而增加“陷阱机制”[16]。诸如上述的游戏规则，都是围绕游戏的可玩性而设计，而非作为指示某款游戏的提供商而存在。玩家对游戏中要素的认知，依赖于玩家记忆系统中所保存的已有信息进行识别[17]，对于游戏界面中的游戏名称、游戏公司的名称、图案等元素，玩家通常能够意识到这是用于识别该款游戏的来源。而对于隐藏在游戏中的规则，在游戏玩家的认知体系中，这些与传统的商业标识差距极大，难以想象游戏玩家会将其作为某种商业标识存在。更何况，游戏规则的功能属性，决定了其本身就是纯粹由实用功能所决定。正如前文所述，新颖的玩法或规则设计本质是让游戏更具有可玩性从而对玩家产生更强的吸引力，从一开始的构思规划到具体的数值的设置均是围绕这一目的而展开。虽然对于三维标志以外的其他标识性元素的实用功能对识别作用的影响，我国法律并没有明确规定，但是商业标识的保护逻辑与技术方案的保护逻辑不同这一内在的原理依然适用。正如为了提高剃须效率的三刀头外形不能作为商标注册[18]，为了提高可玩性而设计的游戏规则同样不能作为标识性元素进行保护。

4.2. 比例原则对市场供给因素的限制

支持反不正当竞争法对游戏规则予以补充保护的主要理由在于一旦游戏开发者在游戏规则上的投入得不到回报，会极大地挫败开发者的热情，不利于游戏市场的创新。但是市场竞争本身就是一个动态的过程，先行获得竞争优势的经营者可以在他人“搭便车”之前的窗口期获得回报、建立口碑。任何优秀的产品的生命周期都是有限的，模仿者的出现加快了产品的更新迭代，对于在先的经营者的竞争优势受到损害，但对于消费者和行业发展的影响并非定论。竞争行为本身就是争夺竞争优势的过程，“此消彼长”的情形时市场竞争的客观结果，因此，经营者竞争优势的丧失或受到损害是一个中性的结果[19]，法律在市场发挥作用的范围内不应当过多的进行干涉，更不应该将某个经营者的利益置于优先性地位。

因此，依据市场供给因素来适用不正当竞争法应足够慎重，本文认为可以通过比例原则来认定是否在个案中需要对游戏规则的“模仿行为”予以规制：

首先进行适当性审查。审查该行为的实施是否有利于或者确保立法意图的实现。“通说认为，即使相关行为只是部分有助于目的之达成，也不违反适当性原则，并且这个最低标准不以客观结果为依据，而以行为作出时行为人是否考虑到相关目的为准。在行政和商业实践中，任何一个行为都多多少少会有助于达成目的，因此本原则实际很少起作用”[20]。正如前文所说，游戏行业的发展建立在对先前优秀的游戏机制的模仿，这种对之前创意的“挪用”和“混合”促使了当前游戏市场规模的繁荣。对于消费者而言，市面上不再只有一种消除类游戏、一种射击类游戏，而是同一游戏品类中也有多个游戏产品可供选择。因此，对游戏规则的“模仿”对行业 and 消费者群体总是能有一定的效益，从而满足适当性要求。

其次进行必要性审查，又称为最小侵害原则，是指在前述适当性原则已获肯定后，在能达成目的的多个方式中，应该选择对第一种利益最小侵害的方式。实践中，不会苛求行为人寻找到侵害最小的行为，

而是会给予被告较大的自由裁量空间。《欧共体条约》第 81 条还允许行为人适用效率作为正当理由，欧盟委员会在适用该条款时，只要求协议方证明“表面上现实且限制性明显更小的替代方案效率上会明显更低”即可[20]。

从游戏的分类上来看，游戏的玩法模式是有限的，虽然各种游戏的分类方法并不周延，但是每一个游戏总能归入到其中某一类或者某几类，例如是否是动作游戏、是否为在线实时对抗游戏等等。而在具体规则的构建上，例如在 MOBA 游戏中，应当设置 5v5 模式还是 3v3 模式亦或是其他模式，在这类游戏的发展史上，不乏其他多种尝试，但是最终 5v5 模式成为了市场上认可度最高的模式，其中涉及游戏厂商开发的成本、玩家的游戏体验等多种因素。再具体到数值的设定，游戏制作者往往会考虑不同技能之间的平衡性、玩家之间的平衡性、玩法的自由程度等多方面因素，如前文所述，在一定程度上具有“功能性”，因此游戏行业内优秀的数值设定的函数或公式、功能按键的布局会被总结、借鉴、模仿。如果要求被告必须刻意地避开优秀的玩法设计，有可能会使游戏整体的可玩性受到巨大影响，即替代方案的效率会明显更低。

此外，游戏规则仅仅是游戏的一个因素，玩家能直接感受到的还有游戏的整体画面的美术设计、游戏内的剧情、音乐等等。规则的相似或雷同能否给在先的经营者造成损害并不能确定，更不能认为在先经营者的市场有可能会受到影响就认为其利益受到了严重损害以至于阻碍其正常的经营。此处，可以参考“电视节目模板”的判决。“电视节目模板”是对一个节目中音乐、角色、动作等各种元素一种选择和编排并以一定顺序呈现，以形成一个有机的整体[21]。“电视节目模板”可以看成一种节目的规则，其同样需要制作人的投入，但也不属于著作权法所保护的客体。与游戏行业的开放性不同，世界范围内已经形成了电视节目模板的交易市场[22]，但是德国和法国的法院通常都拒绝将模仿节目模板的行为认定为不正当竞争行为[22]。慕尼黑法院认为一家电视台不能禁止有竞争关系的电视台播放与原节目具有相同主持人、标题音乐、舞台布景和采访形式的节目，因为该节目的独特特征与特定主持人的个性密不可分，而与节目形式本身无关[23]。游戏产品同样如此，游戏对消费者的吸引力有多个方面，游戏规则的雷同并不一定给在先的经营者造成损害，或者在在的经营者市场受到冲击也并非缘于游戏规则，而是模仿者有自身的竞争优势。

最后从平衡性的角度审查，即把追求的公共利益与给在先的经营者造成的损害相比较。从游戏市场来看，正是因为游戏规则不能被垄断性地保护，才给了游戏创作者们足够的空间，使其能够借鉴市场上成熟的玩法，在其基础上可以不断优化、推陈出新，而对于游戏规则同质化的游戏产品，则会面临更为激烈的竞争。正因为如此，游戏市场才会如此地丰富多样，消费者能够成为最终的受益者。

比例原则依然给反不正当竞争法的适用留下了空间，只是在很大程度上防止一般条款适用的任意性。如果在后的模仿者在有竞争关系的游戏开发者的游戏产品刚刚发布不久就对其游戏规则进行了“奴隶般地模仿”，并且这种模仿的程度远远越过了“模糊的分界线”，而二者游戏整体体验上具有高度的同质性，那么这种模仿行为给游戏行业 and 玩家带来的受益恐怕难以平衡给在先的游戏开发者造成的损害。

5. 结论

《反不正当竞争法》一般条款适用的模糊性一直是备受争议的话题。为保护游戏开发者的利益而部分法院试图通过《反不正当竞争法》的一般条款来对游戏规则进行补充保护。然而这一做法既没有充分论述补充保护的正当性，在结果上也造成了比著作权法更强大垄断的“荒谬结果”。

通过反法对知识产权进行有限的补充保护不应当与知识产权的立法目的相违背，其关键在于保护的理由是否是基于独立于知识产权法的额外因素。其中知识产权法保护的客体是智力成果和商业标识，而因为保护目的的不同从而产生了不同的保护模式：针对智力成果的保护是有期限的保护，而针对商业标

识的保护理论上不存在保护期限。行业中对游戏规则的“模仿”也并非将游戏规则作为商业标识使用以利用其识别来源的功能，而是将其作为一种智力成果加以利用。然而游戏规则并不满足于《著作权法》和《专利法》的保护要求，这意味着如果再从智力成果方面来利用《反不正当竞争法》保护游戏规则会和知识产权法的评价机制重复并且与之直接冲突。

当然这并不意味着游戏规则的利用就完全不能受到保护，基于市场供给的因素似乎给《反不正当竞争法》的适用留下了空间。但如果对游戏规则的保护过强，反而会使得游戏规则的开发者垄断该游戏规则，阻止其他竞争对手开发同类型的游戏，反而不利于游戏市场的繁荣发展，因此应当保证一般条款适用的谦抑性。为此，本文认为可以借用比例原则的分析工具加以限制。比例原则通过适当性、必要性和平衡性三方面对游戏规则的“模仿行为”进行审查，给在后的模仿者借鉴在先的游戏规则留下了空间，但也能阻止在后的模仿者对在先的游戏规则“照搬照抄”。额外因素法加比例原则的适用，使得《反不正当竞争法》与《知识产权法》之间的边界更加明晰，也为游戏行业留下了充分的市场竞争空间。

参考文献

- [1] 朱艺浩. 论网络游戏规则的著作权法保护[J]. 知识产权, 2018(2): 67-76.
- [2] 孔祥俊. 《民法总则》新视域下的反不正当竞争法[J]. 比较法研究, 2018(2): 92-116.
- [3] 郑成思. 反不正当竞争与知识产权[J]. 法学, 1997(6): 55-60.
- [4] 孔祥俊. 反不正当竞争法新原理·总论[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 59.
- [5] 王艳芳. 商业道德在反不正当竞争法中的价值与标准二重构造[J]. 知识产权, 2020(6): 3-17.
- [6] 蒋舸. 关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思[J]. 现代法学, 2013, 35(6): 85-95.
- [7] Katzenbach, C., et al. (2016) Copies, Clones, and Genre Building: Discourses on Imitation and Innovation in Digital Games. *International Journal of Communication*, **10**, 838-859.
- [8] Van Roessel, L. and Katzenbach, C. (2020) Navigating the Grey Area: Game Production between Inspiration and Imitation. *Convergence*, **26**, 402-420. <https://doi.org/10.1177/1354856518786593>
- [9] See Kur, A. (2014) What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis. In: Lee, N., et al., Eds., *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity: Convergences and Development*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 11-32. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2268585>
- [10] 卢纯昕. 反不正当竞争法在知识产权保护中适用边界的确定[J]. 法学, 2019(9): 30-42.
- [11] 刘维. 论反不正当竞争法对知识产权补充保护之边界[J]. 竞争法律与政策评论, 2017, 3(1): 64-78.
- [12] 王迁. 知识产权法教程[M]. 第七版. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 499.
- [13] 孔祥俊. 论反不正当竞争法的二元法益保护谱系——基于新业态新模式新成果的观察[J]. 政法论丛, 2021(2): 3-18.
- [14] Ernest Adams, Joris Dormans. 游戏机制——高级游戏设计技术[M]. 石曦, 译. 北京: 人民邮电出版社, 2014.
- [15] Juul, J. (2005) *Half-Real: Video Games between Real Rules and Fictional Worlds*. The MIT Press, Cambridge, 58.
- [16] Fabricatore, C. (2007) Gameplay and Game Mechanics Design *Gameplay and Game Mechanics Design: A Key to Quality in Videogames. Oecdceri Expert Meeting on Videogames & Education*, **2007**, 4-10.
- [17] 胡骋. 论非传统商标的显著性认定: 价值立场与论证框架[J]. 知识产权, 2020(1): 39-50.
- [18] Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd., Court of Justice, Case C-299/99, Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer's, paras. 16, 28, 30, 31, 35.
- [19] 孔祥俊. 论反不正当竞争的基本范式[J]. 法学家, 2018(1): 50-67.
- [20] 兰磊. 比例原则视角下的《反不正当竞争法》一般条款解释——以视频网站上广告拦截和快进是否构成不正当竞争为例[J]. 东方法学, 2015(3): 68-81.
- [21] von Grafenstein, M. (2012) Copyright Protection of Formats in the European Single Market. European Legal Informatics Study Program, 7.

-
- [22] Bechtold, S. (2013) The Fashion of TV Show Formats. *Michigan State Law Review*, **451**, 451-512.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.2191664>
- [23] Oberlandesgericht MOnchen [OLG Mfinchen] [Munich Court of Appeals] Sept. 10, 1992, Case No. 6 U 2761/92, 8 Rechtsprechungs-Report 619, 1993 (Ger.).