



LINKS

Law Offices

通力律师事务所

通往繁荣之路：商业道德新说

作者：王展 | 姜哲 | 张婷婷

目 录

一. 问题的提出	2
二. 统一商业道德判断方法与繁荣经济	2
(一) 从县际竞争的奇迹说起	3
(二) 价值高者胜出是商业道德判断的终极标准	5
1. 由合约结构观市场竞争的底层逻辑	5
2. 商业道德的经济解释	7
3. 《解释》第 3 条之商业道德标准	8
(三) 商业道德的织合安排与竞争效应的增进	10
三. 个案适用: 第三方游戏交易平台金币交易服务的正当性评判	13
(一) 案情简介	13
1. 《地下城与勇士》游戏简介	13
2. 第三方游戏交易平台金币交易服务简介	15
(二) 争议焦点	16
(三) 第三方游戏交易平台金币交易服务的正当性评判	16
1. 游戏经营者对金币相关收入有专有权时, 诉争双方与消费者间合约结构总产值分析	17
2. 游戏经营者对金币相关收入无专有权时, 诉争双方与消费者间合约结构总产值分析	19
3. 两种权益界定下诉争双方与消费者间合约结构总产值之比较	24
四. 结语与展望	25

一. 问题的提出

2022年4月10日晚，国务院《关于加快建设全国统一大市场的意见》¹横空出世，在新冠疫情横行肆虐、俄乌冲突动荡不安、逆全球化魅影再现、国内经济增长面临下行压力的魔幻现实之下，以国内大循环推动国内国际双循环的顶层设计，全面拉开创建全球最具潜力的统一大市场之序幕。《意见》统共29次提及“竞争”，其中针对反不正当竞争法相关立法、执法和司法，立破并举：从“立”的角度，维护统一的公平竞争制度，健全公平竞争规则体系，完善公平竞争审查²；从“破”的角度，进一步规范不当市场竞争，着重指出“加强对平台经济、共享经济等新业态领域不正当竞争行为的规制，整治网络黑灰产业链条，治理新型网络不正当竞争行为”。《意见》所强调的恰是反不正当竞争法领域**乱象之所在**，随着互联网等新兴产业蓬勃生长，新型竞争模式层出不穷，然而法律的发展天然滞后于新兴产业快速变迁的竞争互动，新型竞争行为的正当性评判只能诉诸一般条款的**商业道德**；尽管最新颁布的《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》³以第3条共3款细化商业道德的多元考量因素，但互联网等新兴产业尚未来得及形成《解释》第3条第1款“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”，也难以证成是否存在第2款的“行业规则或商业习惯”，争端发生之时往往亦缺乏第3款可供参考的“行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约”，如何在“经营者主观状况”“交易相对人的选择意愿”“消费者权益”“市场竞争秩序”“社会公共利益”等众多考量因素中权衡出新型竞争行为是否违反商业道德，仍将陷于迷雾重重的不确定性之中，由是，**确立**明晰的商业道德判断方法，是**破解**新型竞争行为正当性评判难题之命脉所在，亦是以统一的公平竞争规则充分释放国内统一大市场之能量！

无疑，在全国统一大市场建设的经济叙事中，反不正当竞争法的角色是“置身事内”的，因而，本文所欲深究的是**法律问题亦是经济问题**：何以**统一商业道德判断方法以打破新型竞争行为正当性评判之困境**？何种商业道德判断方法能够**驱动国内经济发展乃至培育国际竞争优势**？在**法律和经济学的交相辉映**中，本文欲往返求索：**第一**，立足于对竞争之经济实质的透彻理解，在反不正当竞争法所能承载的解释空间内，探明商业道德的判断方法，进而寻找一条**以竞争规则铺就的通往繁荣之路**；**第二**，由**宏观的理论架构流转至微观的个案适用**，以第三方游戏交易平台提供金币真实货币交易服务的正当性评判为例，**适用本文融通法律解释与经济解释的商业道德判断方法**，以期本文所阐释的商业道德判断方法在实践中获得生命力，助力互联网等新兴产业有序繁荣。

二. 统一商业道德判断方法与繁荣经济

通常认为，反不正当竞争法旨在维护市场竞争的公平⁴，不正当竞争(unfair competition)即不公平竞争，⁵在规范世界里，“公平”解决的是获取权益的正义性，⁶因此，反不正当竞争法本质是判断经营者是否

¹ 以下简称《意见》。

² 《意见》(六)“维护统一的公平竞争制度。坚持对各类市场主体一视同仁、平等对待。健全公平竞争制度框架和政策实施机制，建立公平竞争政策与产业政策协调保障机制，优化完善产业政策实施方式。健全反垄断法律规则体系，尽快推动修改反垄断法、反不正当竞争法，完善公平竞争审查制度，研究重点领域和行业性审查规则，健全审查机制，统一审查标准，规范审查程序，提高审查效能。”

³ 法释〔2022〕9号，以下简称《解释》。

⁴ 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理：总论》，法律出版社2019年版，第122页注释1。

⁵ 同上注，第122页。

⁶ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 850.

有采取某种竞争行为的权益。但司法实践的疑难之处恰在于，新型竞争行为权益边界不明晰而难以诉诸反不正当竞争法特别条款或其他有关产权的规则，⁷行为的正当性认定只能取决于是否违反商业道德，因此，商业道德是反不正当竞争法对新型竞争行为进行规制的最大可能边界。尽管《解释》总结了商业道德的多元考量因素，但不过是对过往司法实践不同考量因素之杂烩，**商业道德多元考量之方法始终晦暗不明**：诸多考量因素何者为重？消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益是何关系？当考量因素冲突之时作何取舍？困局的根源在于，对商业道德的阐释始终虚浮于法律文辞之表面，看似指引周全，实则怠惰于深挖商业道德所欲约束的“竞争”之底层逻辑，无论商业竞争模式如何变动不居，不变的是竞争之本质，唯有透视万变中的不变，商业道德的判断才能化混沌不清为澄明之境。而竞争底层逻辑之探究，离不开以经济学的视角揭开真实世界竞争的真相，厘清约束竞争的最大可能边界之关键便在于，何以揭示出隐含于反不正当竞争法文义之内、却未透彻阐释的竞争之经济实质？换言之，对商业道德的解释如何融贯法和经济学？尽管学科有别、术语殊异，约束竞争是法和经济学的共同问题，因此，本文有这样的野心，挣脱学科的分野，**打开法和经济学的想象力，从中国 90 年代在市场运作上类同于商业机构的县政府间招商引资的竞争说起，从县际竞争造就的经济奇观中提炼竞争的本质，进而在对竞争的底层逻辑更为透彻的“前理解”之上，摸索出商业道德的最大可能边界。更深一层，贯通具有相互性，经济学可以检视法律，法律亦能影响经济效率，本部分亦欲探寻，选择何种商业道德判断方法能够在全国统一大市场的全面推进中促成富国裕民，培育我国的制度优势，乃至提升国际竞争力？**

（一）从县际竞争的奇迹说起

过去 40 多年，中国的改革开放带动了全国超十亿农业人口脱离温饱线的束缚，争先恐后转移至工业，为了改进生活而加入**国际产出竞争**，这既是中国故事，亦是整个时代的大转变。⁸尤其在我国的 90 年代，大贪腐引致大肃贪，大通胀伴随着大调控，大通缩紧跟着楼价大幅缩水，亚洲金融风暴更是加剧了混乱局面，但中国不仅幸免于经济衰退，而且实现了飞跃——因此，经济制度大转型过程中真正重要的问题是，在一片唱衰之声中，中国做对了什么才超越了时代的局限，造就了前无古人的经济奇迹？⁹与此相关的论著汗牛充栋，其中颇有新意的，是张五常于 2008 年为科斯而作的《中国的经济制度》，张五常亦以此文作为其学术生涯严谨著述之终结。

10

改革开放的星星之火燃起于 1978 年，安徽凤阳小岗村迫于贫困悄然开始分田包产到户，第二年便尝到了粮食产量大幅跃升的硕果，自此，在十三亿人要吃饭的经济压力挤压下，¹¹**土地使用权以承包合约的方式逐步下放**成为不可逆的进程。为了维护土地权利有序地下放，**层层承包、层层分成**的合约安排伸展到政府运作之中：¹²中国的地区从上而下分为七层（国家、省、市、县、镇、村、户），每层由地理界限划分，下一层必在上一层之内，这七层从上到下的**承包合约串联**起来；上下连串，但左右不连，地区竞争于是在有同样承包责任的地区出现，即同层的不同地

⁷ 有关产权的规则是指法律上约束人与人之间权利的规则。

⁸ 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 25 页。

⁹ 参见同上注，第 117 页。

¹⁰ 同上注，第 15 页。

¹¹ 参见同上注，第 143 页。

¹² 同上注，第 114 页。

区相互竞争。¹³而经济权力愈大，地区竞争愈激烈，由于当时人民群众尚在温饱线上挣扎，处理好土地的使用需先解决吃饭问题，经济才会因为有储蓄、投资、科技改进的支持而上升，而决定土地使用的最重要的权力落在县政府之手，因此县的经济权力最大，这层的竞争最为激烈，如火如荼的县际竞争拉高了包括土地在内所有生产要素的使用效率，这被张五常认为是中国在艰难的九十年代还有急速发展的主要原因。¹⁴但是，地区之间的竞争其他国家也有，没什么新奇；¹⁵产权明晰界定，却仍发展平平的国家更不在少数——缘何独有中国九十年代的县际竞争激荡出如此惊人的经济奇观？

张五常对县际竞争的解释真正重大的贡献在于，对制度的研究放弃传统的产权分析，而转为约束竞争的合约安排：¹⁶在 90 年代，各县都有关于土地使用及日常经济决策的高度自主权，¹⁷县干部管理一县之地如同管理一盘生意，¹⁸因此，承包责任合约便扩张至县政府与私人企业之间——县政府对投资项目的选择看重的是对当地的综合收益，不只着眼于增值税的多少、地价的高低，还要考虑投资者的声望，关注企业的招徕力，顾及投资项目与当地其他行业的互补性等，只要引进投资项目长远来看能为当地发展带来足够多的价值，从降低地价到返还增值税，什么合约条件皆可商量，由于县政府所能提供的合约条款具有极高的弹性，高度灵活的优惠补贴可以弥补部分地区资源、位置等固有劣势，各地固有的资源状况与高度灵活的让利条款组合成了各具特色的合约结构，拓宽了投资者的选择范围，愈发为各地招商引资的竞争火上浇油，各地竞相对投资者的需求和问题快速响应，亦降低了投资者的讯息成本，极大地刺激了投资；¹⁹但是，即便合约已经缔结，投资项目能否最终落地始终处于不确定之中，如若投资者不能履行合约给当地带来的是直接的收益损失，如何在争取投资者缔约机会的同时又尽量降低本县的风险？于是，政府权力的刚性与市场合约的灵活性彼此补充，土地使用权的界定与市场合约的织合安排应运而生，投资者除了要支付约定的土地使用款，亦要在合约指定的期间履行指定的项目才能最终获得土地的使用权——此即意涵着，县政府以土地使用权的授予换取投资者履行项目责任，土地使用权最终界定给合约履行的优胜者，促进了投资者间的竞争。²⁰

综上，首先，县政府为投资者提供有关土地使用和日常经济决策的合约条款具有高度灵活性，又与各地固有的资源状况组成各式各样的合约结构，扩大了投资者的选择范围，激励了县政府为吸引投资而竭力改善当地营商环境，加剧了县政府间招商引资的竞争；²¹其次，政府配置土地使用之权力与合约条款之自由选择精妙地织合为一，增加了投资者间的竞争效应，促成了纸面上的投资项目真正化为造福当地之实业。²²从各地县政府到各个投资者，激烈的竞争拉升了所有生产要素的使用效率，驱动了 90 年代中国的经济奇观。

¹³ 同上注。

¹⁴ 同上注，第 114, 115, 158 页。

¹⁵ 参见同上注，第 146 页。

¹⁶ 参见同上注，第 18 页。

¹⁷ 同上注，第 145 页。

¹⁸ 同上注，第 161 页。

¹⁹ 参见同上注，第 157 页。

²⁰ 参见同上注，第 162, 163 页。

²¹ 参见同上注，第 157 页。

²² 参见同上注，第 162, 163 页。

(二) 价值高者胜出是商业道德判断的终极标准

1. 由合约结构观市场竞争的底层逻辑

值得强调的是，欲探讨反不正当竞争法的商业道德难题却从看似不甚相关的县际竞争说起，这是缘于——90年代县与县之间的竞争高度类同于市场上公司与公司之间的竞争，全国同等级别 2858²³个县在市场运作上如同 2858 家公司，2858 个性质相同的公司共同争夺与投资者缔约的机会，是透析竞争底层逻辑的绝佳素材。²⁴而张五常对县际竞争的经济解释，为反不正当竞争法带来的启发之一，是以合约结构的视角观察竞争的经济实质。

任何市场交易皆离不开合约，而商业世界中的复杂交易，往往需要把不同的资源联合起来进行生产，必然涉及到以合约完全转让资源的所有权或部分转让资源的使用权。²⁵在真实的商业交易中，除了出门不换的“卖断”合约只涉及一个价格一个数量，不存在以合约条款约束双方的资源使用和收入分配，几乎所有合约皆具有结构性，即便是街头随手买个苹果这般简单的交易，一口下去若吃出虫子，小贩亦有法律上的义务为之退换，更遑论整合多种生产要素创造价值的工业生产和平台经济，复杂的商事合同动辄几十上百页，交易越复杂，规定各方权利、义务和责任的合约条款越详细，因而，有结构性的合约几乎遍及商业交易，对经济整体的影响重要。²⁶90年代县政府与私人企业间关于投资项目和土地使用权的合约，结构性亦殊为明显：

县政府拥有界定土地使用权的权力，但要拉动起整个县经济的发展离不开投资者投入资金、管理、品牌、技术等，只有把所有资源整合在一起才能够创造远高于分散资源的价值，提升资源配置效率。

在县政府对投资机会的争夺中，由于各县政府对当地的土地资源配置和日常经济决策有非常大的决策空间，因而所能提供的关于地价、税收返还、土地改进、厂房建设、配套设施等合约条款具有很高的自由度，各地固有的地理区位等优势劣势、后天努力所塑造的营商环境、以及各县政府所能给予投资者的优惠补贴共同构成了各地所能提供给投资者的合约结构，而县政府间竞争越激烈，越能够为投资下注提供更广的选择范围，投资者基于利益最大化势必综合考量各个合约条款的组合，最终选择收益最大化的合约结构。

²³ 1999年县级行政区划单位数量：749个市辖区、427个县级市、1510个县、117个自治县、49个旗、3个自治旗、2个特区、1个林区，共2858个县级行政区划单位。参见http://www.gov.cn/test/2007-03/23/content_559228.htm，最后访问日期2022年5月17日。亦参见<http://www.xzqh.org/html/show/cn/1999.html>，最后访问日期2022年5月17日。

²⁴ 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社2017年第2版，第18页。

²⁵ See Steven N. S. Cheung, “The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, p.50. 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社2017年第2版，第x页。

²⁶ 参见张五常：《经济解释卷四：制度的选择》，中信出版社2019年第1版，第160, 163, 164页。

投资者对土地使用权的竞争亦是同理，县政府选择投资项目看重的同样是对当地的**综合收益**，投资者提供的资金和技术等资源、为当地带来的就业和声望、吸引的产业集群等，皆在县政府考虑之列，**不同的投资项目构成不同的合约结构，县政府亦是基于当地利益最大化选择最优的合约结构**，而只要投资项目的引进长远来看能为当地创造足够多的价值，县政府对于自身所能从中得到的税收、地价等收益可无限降低直至等于县政府在次优的投资项目中的回报。²⁷

综上，在以合约进行资源整合的过程中，无论是县政府还是投资者，皆从自身利益出发选择价值最大化的合约结构，县政府在**投资者的竞争中**选取最优的投资项目合约，投资者亦在**县政府的竞争中**挑选最优的土地使用合约，**价值高者胜出始终是市场竞争的支配性规则**，而双方缔结合约即意味着互相选择、彼此成就，县政府和投资者**共同选定**的合约结构对于双方**各自投入的资源**而言都是在局限条件下产值最大化的选择，在此合约结构下，双方的资源都在局限条件下实现了**联合收益最大化**。²⁸在合约缔结的过程中，双方所提供的合约条款皆受市场竞争的约束，而谈判空间的大小取决于哪一方所面临的竞争更为猛烈，在 90 年代投资项目更为稀缺，因而县政府所提供的让利的合约条款更多，只要整个合约结构能为当地带来足够多的好处，关于地价等合约条款甚至可以降到负，但这并不意味着县政府为了某个投资项目会无限让利，其让利的**限度始终会受到次优的投资项目所能带来的收益的约束**，只有为最佳的投资项目提供优惠补贴后不低于次优的投资项目所能获得的收益，县政府才会选择继续让利，否则县政府会转而争取次优的投资项目。²⁹

这给反不正当竞争法的启发是，以合约结构视角观之，无论经营者对合约结构的供给，抑或消费者对合约安排的选择，在市场竞争秩序中，皆受**价值高者胜出的竞争准则支配**。为满足消费者参差不齐的需求，经营者竞相提供多种多样的合约条款，而各个不同的经营者机会成本不同、比较优势有别，不尽一致的合约条款又组合成形形色色的合约结构，竞争——为消费者汇集了经营者关于不同合约安排、不同交易成本的知识，供应了各式各样的合约结构，降低了消费者发现和执行最有价值的合约结构的成本，而对于消费者而言最有价值的合约结构一经选择，经营者所投入的资源亦在消费者对价的支付中最大化实现了价值，这是源于——**经营者的资源配置亦因循产值最大化的支配性规则**，其在竞争中取利的上限受市场竞争约束，而下限则受机会成本约束，当经营者在合约结构的竞争中所获取的收益低于从事其他活动所能赚到的收入时，经营者便会退出竞争而将资源配置于其他机会。

²⁷ 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 157 页。

²⁸ 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 30-33 页。

²⁹ 参见同上注，第 18-19 页。

综上，无论经营者还是消费者，皆在市场竞争等局限条件下追求最大化实现其资源价值的合约结构，这亦是市场竞争能成其为一种“秩序”之缘由所在，尽管所有市场参与者利益取向多元，但却一致以市场价值为圭臬配置资源，任凭商业角逐风云诡谲、变化万千，支配市场竞争成败的准则亘古不移。³⁰

2. 商业道德的经济解释

由上文可知，经营者和消费者皆是在市场竞争等约束条件下选择产值最大化的合约结构，而合约的缔结是双方彼此合意的结果，这便意涵着对消费者而言价值最大化的选择亦是与之缔约的经营者收益最大化的合约安排，也即意味着经营者和消费者所订立的合约结构实现了资源整合的产值最大化。³¹在价值高者胜出的竞争准则支配下，经营者每多尽一份力增加商品或服务的市场价值，从消费者处换取更高的机会愈大，合约结构的总产值愈高，因而——合约结构的总产值既取决于也反映出经营者能够供给的合约结构为消费者带来的价值之高低。³²

但在不同的竞争行为权益界定下，经营者所面临的关于资源使用或收入分配的局限条件有别，所能提供的合约结构不尽相同，而不同的合约结构下经营者和消费者的资源配置效率也可以有很大差别。³³因此，当新型竞争行为权益的边界模糊不清而由法院进行初始界定时，必然引发至少一方经营者调整部分合约条款乃至整个合约结构，为消费者带来的价值随之而变，进而经营者从消费者合约缔结中所能换取的收益亦有所不同，最终对合约结构的总产值造成影响³⁴——唯有因循市场竞争中价值高者胜出的支配性规则，比较不同行为权益界定下经营者与消费者间合约结构之总产值，进而作出产值最大化的选择，³⁵才能避免经营者因法院对行为权益的界定而放弃供给对消费者而言价值最大的合约结构，经营者也能在更高的市场价值创造中换取更多收益，合约结构的总产值亦不会因此而有所损耗，³⁶而以其他任何准则界定竞争行为的权益，都不能促成经营者在市场竞争中以利为利、各自为战的同时又对消费者福利和社会产值的改进尽力而为。³⁷

综上，当新型竞争行为权益的边界在法律上模糊不清，而实践中又并未形成普遍确信的客观行为规则之时，商业道德应以价值高者胜出作为判断经营者能否采取某种竞争行为的最大可能边界。³⁸

³⁰ 参见张五常：《经济解释卷一：科学说需求》，中信出版社 2015 年第 2 版，第 115 页。

³¹ 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 30-32 页。

³² 参见张五常：《新卖桔者言》，中信出版社 2019 年第 1 版，第 79 页。

³³ 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 20-21 页。

³⁴ 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 145-193 页。

³⁵ See R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 851.

³⁶ See R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 877.

³⁷ 参见张五常：《新卖桔者言》，中信出版社 2019 年第 1 版，第 76 页。

³⁸ See R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 877.

3. 《解释》第3条之商业道德标准

立足于上述对竞争底层逻辑的深究，摆脱商业道德沦为修辞之困局的关节点在于，如何将关于商业道德的经济解释融通于《解释》第3条的法律解释之中？

《解释》第3条：“（第1款）特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范，人民法院可以认定为反不正当竞争法第二条规定的‘商业道德’。（第2款）人民法院应当结合具体情况，综合考虑行业规则或商业惯例、经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等因素，依法判断经营者是否违反商业道德。（第3款）人民法院认定经营者是否违反商业道德时，可以参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等。”

由条文可知，只要无法阐明存在《解释》第3条第1款“特定商业普遍遵循和认可的行为规范”，不管是否有可参考的“行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等”，也不管是否存在《解释》第3条第2款的“行业规则或商业惯例”，皆需以“经营者主观状态、交易相对人的交易意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等因素”综合考量，从而判断竞争行为是否有违商业道德。但在新型竞争行为的正当性评判中，通常以上所有客观标准或尚未成型或难以证成，因而判断新型竞争行为是否有违商业道德的重点落于，何以“综合考虑”？多元因素在逻辑上是什么关系？

(1) “综合考虑”之产值最大化意涵

反不正当竞争法本质上是判断经营者是否有采取某种竞争行为的权益，权益具有相对性，³⁹损害具有相互性，把权益界定给A意味着B承担损失，把权益界定给B意味着A承担损失。⁴⁰问题的一般性是每种选择的收益皆有成本，法院需要决定的是：到底允许A损害B，还是允许B损害A？何种选择能避免更重的损害？⁴¹因此，所谓“综合考虑”多元因素实质上是总体分析不同权益界定的利弊得失，通过比较不同权益界定对多方市场参与者方方面面的影响，对所得和所失进行总体权衡，进而作出总体上利大于弊的选择，因此，“综合考虑”所作出的权益界定必然是产值最大化的选择。⁴²

(2) 多元因素的逻辑关系

① “交易相对人的选择意愿”暗含着市场竞争的支配性规则

“交易相对人的选择意愿”与上文以合约结构观竞争的视角相契合，既关注经营者对合约结构的供给意愿，亦重视消费者对合约结构的选择意愿，经营者和消

³⁹ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 877.

⁴⁰ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, pp. 837-838.

⁴¹ R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 838.

高建伟、牛小凡译注：《科斯〈社会成本问题〉句读》，经济科学出版社2019年版，第8页。

⁴² See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 877.

费者皆是在市场竞争等局限条件下选择对各自而言价值最高的合约结构，二者共同决定了对合约结构的投入以及资源整合所带来的总产值。⁴³而当权益界定不同时，经营者所面临的局限条件不同，对资源配置的选择意愿不同，供给的合约结构不同，消费者的选择意愿会随之不同，最终彼此竞争的经营者与消费者所能达成的合约结构的总产值亦会有所不同，⁴⁴因而，“交易相对人的选择意愿”隐含着市场竞争的支配性规则，在不同的权益界定下，“交易相对人的选择意愿”不同，会对“消费者权益”、“市场竞争秩序”、“社会公共利益”产生不同的影响。换言之，不同权益界定“对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响”离不开对“交易相对人的选择意愿”的考量，后者在价值高者胜出的竞争准则支配之下影响前者。

② 对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响

首先，“市场竞争秩序”是一种依循内生机理运作的复杂系统，⁴⁵而“消费者权益、社会公共利益”是反不正当竞争法通过维护公平竞争的市场竞争秩序所要保护的利益，三者并非同一逻辑上的概念。其次，市场竞争成其为一种秩序，端赖于所有“交易相对人”皆在“看不见的手”牵引之下一致遵循价值高者胜出的竞争准则，只要经营者和消费者自愿缔结、共同约束于某个合约结构之下，不仅经营者和消费者各自的资源皆在市场竞争等局限条件下实现最优配置，而且整合双方资源的合约结构亦达致产值最大化⁴⁶——私益与公益在价值高者胜出的竞争准则支配之下自发统合。因此，对“消费者权益”“社会公共利益”的保护深嵌于所有“交易相对人”对支配“市场竞争秩序”运转的竞争准则之遵循，对“消费者权益”“社会公共利益”的保护牵连于对“市场竞争秩序”的维护，三者的逻辑关系具有结构性。因此，对三者不可割裂考量—加总—输出结果，而需抓住三个要素逻辑结构的核心：

考量竞争行为“对消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益的影响”，关键在于判断竞争行为是否有违市场竞争秩序自发生成的价值高者胜出的竞争准则，法院应着眼于被诉经营者有权采取某种竞争行为与无权采取某种竞争行为所引发的诉争双方经营者对合约结构的调整，通过比较两种权益界定下合约结构的总产值，进而做出产值最大化的选择⁴⁷——惟其如此，对消费者而言价值最大化的合约选择在权益的初始界定中得以存续，提供最高价值的商品或服务的经营者也不必因权益的界定而转移资源配置，以合约结构整合资源所带来的社会产

⁴³ 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 30 页。

⁴⁴ 参见张五常：《经济解释卷一：科学说需求》，中信出版社 2015 年第 2 版，第 90-91 页。

⁴⁵ (英)弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》(第一卷)，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 54 页。

⁴⁶ 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 30 页。

⁴⁷ See R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 877.

值亦不会由此而有所损耗⁴⁸——“消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益”作为一个**整体**都在法院对价值高者胜出的竞争准则的依循中得到了维护。

因此，以产值最大化为标准评判竞争行为“对消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益的影响”，既是由三者间彼此牵连的逻辑关系决定，又是考量不同权益界定下“交易相对人选择意愿”的必然选择，也是“综合考虑”的应有之义。

③ 经营者的主观状态

以《解释》第3条第2款判断竞争行为是否有违商业道德，意味着尚未形成“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”，亦即**经营者对于自身行为是否有违商业道德本身在主观上处于不确信的状态**，因此“经营者的主观状态”相较于“交易相对人的选择意愿”“消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益”对于评判竞争行为的正当性远为不重要。

(3) 小结

当客观存在的行为规则晦暗不明，而须以《解释》第3条第2款考量多元因素认定竞争行为是否有违商业道德之时，“综合考虑”是对所有因素之全面考量，所作的权益界定必然是**产值最大化**的选择。而“综合考虑”《解释》第3条第2款的诸多因素：第一，应明晰多元因素间的逻辑关系：应对“交易相对人的选择意愿”“消费者权益”“市场竞争秩序”“社会公共利益”四者进行**整体考量**，通过比较两种行为权益下的争诉双方经营者与消费者间合约结构的总产值，进而作出最优的选择，将四者作为一个整体进行考量既由四者相互牵连的逻辑关系决定，也在“综合考虑”的产值最大化含义之内；第二，应讲究多元因素的次第考量，“经营者主观状态”等其他开放考量因素对于选择产值最大化的行为权益界定影响不大，只是**辅助**判断之。

(三) 商业道德的织合安排与竞争效应的增进

上文从县际竞争造就的经济奇观中提炼出，市场竞争以价值高者胜出为支配性规则，由此推衍，判断新型竞争行为是否有违商业道德，应权衡禁止抑或允许被诉经营者，采取某种行为何者是产值最大化的选择。而县际竞争的经济解释与反不正当竞争法擦出的火花不止于此，本部分将延续法和经济学的想象力，进一步展开上文业已提及的县政府与私人企业间产权界定与市场合约的织合安排，挖掘商业道德判断方法之统一在全面推进全国统一大市场背景之下助推经济增长的潜力。

⁴⁸ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, pp. 850-851.

除了阐明合约结构的弹性调整对地区间激烈竞争局面之促成，张五常解释县际竞争的突破还在于，此文为科斯而作，又衍伸了科斯的⁴⁹——科斯定理的市场运作分“两步走”：第一步，清晰界定产权是市场交换的前提；第二步，资源使用的权利可以通过市场进行交换。⁵⁰如若县政府土地使用权的授予采用的是“两步走”的市场运作，问题在于：首先，若由县政府先将土地使用权授予投资者，在土地使用权界定之初投资项目能否切实落地尚未可知，县政府决定是否授予投资者土地使用权所面临的讯息成本和决策风险极高，如若土地使用权的初始界定所带来的产值不尽如人意，极有可能通过市场进行再次配置。⁵¹其次，单靠市场配置土地使用权利而缺少政府策划，难以冒起长三角一带世界级的工业园区，形成鲜明对比的是，珠三角起步早于长三角十年，但由于珠三角早期缺乏规划而工厂到处乱放，到了 90 年代其土地调整弹性低于长三角，导致珠三角县际之间无法达到长三角的竞争效能，这是 90 年代长三角经济发展超越起步更早的珠三角的原因所在，因而纯粹的市场运作在土地使用的调整上未见得有效率。⁵²而张五常揭示的土地使用权的授予与议定合“一步走”的安排中，县政府仍能通过合约控制投资者最终能否拥有土地使用权，如果承诺的项目没有落地，土地的使用权极可能旁落其他竞争者，如此一来，**织合安排加剧了投资者间对土地使用权的竞争效应**，极大地降低了县政府的交易风险和交易成本，促成了土地资源和投资项目的组合在局限条件下达致最高产值。⁵³

与科斯无产权不交易的思想相对应，**反不正当竞争法特别条款、《民法典》等有关产权的规则**，皆是由立法者划定的经营者行为权益之边界，从而使经营者免于随时遭受突如其来的意外制裁，以保护每个竞争者按自己的选择而自由争取消费者交易机会的“确获保障的领域”。⁵⁴

但立法者永不可能将所有竞争行为权益巨细无靡地详加规定，更难以预见新型商业模式中是否存在新的禁忌，⁵⁵新型竞争行为的正当性认定只能诉诸**反不正当竞争法一般条款的商业道德**，如若以上文业已详加阐释的**价值高者胜出作为商业道德的终极标准**，恰可与张五常的**织合安排相对应——法院在新型竞争行为的权益界定中，实是在裁判——经营者在行为权益的竞争，谁是赢家？**而以价值高者胜出判断竞争行为是否有违商业道德，需比较在不同权益界定之下相互竞争的经营者与消费者间达成的合约结构的总产值，进而作出产值最大化的选择——如此一来，**法院对新型竞争行为是否有违商业道德的判断亦是行为权益界定与合约选择的织合安排**，⁵⁶一旦此种界定竞争行为权益的方法得以**确立和统一**，不仅能够促使经营者在**交易机会的竞争**中奋发努力，亦能推动经营者在**行为权益的竞争**中勉力为之，经营者每多尽一份力增加商品或服务的市场价值，在**交易机会竞争**和**行为权益竞争**皆可更有更大胜算，而这份价值又必定对消费

⁴⁹ 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 162-163 页。

⁵⁰ 参见同上注。

⁵¹ 参见同上注，第 162-163 页。

⁵² 参见同上注，第 147 页。

⁵³ 参见同上注，第 162-163 页。

⁵⁴ “个人是否自由，并不取决于他可选择的范围大小，而取决于他能否期望按其现有的意图形成自己的行动途径，或者取决于他人是否有权力操纵各种条件以使他按照他人的意志而非他本人的意志行事。因此，自由预设了个人具有某种确获保障的私域(some assured private sphere)，亦预设了他的生活环境中存有一系列情势是他人所不能干涉的。”(英)弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》(第一卷)，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 14 页。参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 294 页。

⁵⁵ 参见同上注。

⁵⁶ 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 162-163 页。

者利益和社会公共利益的提升有所贡献，由此，以价值高者胜出作为商业道德的终极准则，法院竞争行为权益界定的逻辑与消费者市场合约选择的逻辑相重合，能够全面刺激经营者在交易机会和行为权益的双重竞争中对消费者利益乃至公共利益的增进尽其所能。

张五常所阐释的土地使用权界定与市场合约的织合安排相较于科斯“两步走”的市场运作，多了一重对投资者间竞争的刺激，促进了投资者以投资项目履行换取土地使用权的最终授予；⁵⁷与之类似，相较于反不正当竞争法特别条款和其他有关产权的规则，反不正当竞争法一般条款若以市场价值为行为权益界定的尺度，经营者只能以增加商品或服务的市场价值换取在行为权益竞争中获胜的机会，亦将多了一重对经营者间竞争的激励，因此，以价值高者胜出作为商业道德的终极标准，其效能不仅在于定分止争，亦是将交易机会竞争之炮火引燃至行为权益的竞争，进一步刺激经营者争先恐后、你追我赶着创造市场价值。

90年代波澜壮阔的县际竞争已成历史，在市场化初期以地区竞争为主引擎带来的经济活力值得认可，然而，时移势易，地区竞争所引发的地方保护等问题已成为时下《关于加快建设全国统一大市场的意见》所欲打通的经济循环之关键堵点，⁵⁸但这并不妨碍我们从过往县际竞争的辉煌中汲取竞争所能爆发的能量，并在时局的变迁中灵活运用：随着以土地、劳动力助推经济进程的红利逐渐退却，⁵⁹科技创新与产业升级成为时下经济发展的轴心，拉动经济发展的主引擎早就从地区竞争真正转为无数个提供商品或服务的经营者间的竞争，尤其是互联网等新兴产业，在疫情和全球经济下行的双重冲击下仍是国内稳定经济增长的关键动力，对于新兴产业的经营者而言，获取某种竞争行为的权益与获取土地使用权相同，是重要的生产要素，⁶⁰经营者是否有权采取某种竞争行为直接决定了资源使用和收入分配，因此，法院对新兴产业经营者竞争行为权益的界定类同于90年代县政府对投资者土地使用权的界定，土地使用权与市场合约的织合安排能够在投资项目履行环节进一步刺激投资者对土地使用权的竞争，⁶¹同理，以不同权益界定下诉争双方经营者与消费者间合约结构的总产值作为行为权益界定之量度，亦能够进一步鼓励经营者创造市场价值以谋取在行为权益争夺中的胜算，⁶²而在全面推进全国统一大市场的背景之下，新兴产业经营者间竞争的加剧更富意义，这种竞争效能的提升能够在更大规模的市场循环中拉动资源的流动、配置、整合之效率，放大统一大市场的影响力和辐射力。

更深一层，将视野从国内统一大市场拉广至国际竞争，以互联网为代表的新兴产业迅猛发展，使得中国第一次有机会紧随工业革命的步伐，目前我国互联网经济总量居世界第二，仅次于美国，成为在网络科技与互联网新经济领域唯一能和美国竞争、甚至对美国在该领域霸主地位构成威胁的国家。⁶³但中国互联网经济在国际竞争中瓶颈亦明显，从电商到外卖，从网约车到短视频，我国头部互联网企业在各个领域的业务创新一直走在世界前列，却鲜少拥有国际领先的核

⁵⁷ 参见同上注。

⁵⁸ 《意见》指导思想“加快建设全国统一的市场制度规则，打破地方保护和市场分割，打通制约经济循环的关键堵点，促进商品要素资源在更大范围内畅通流动”。

⁵⁹ 参见林毅夫：《解读中国经济：聚焦新时代的关键问题》，北京大学出版社2018年版，第117页。

⁶⁰ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 877.

⁶¹ 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社2017年第2版，第162-163页。

⁶² 参见张五常：《新卖桔者言》，中信出版社2017年第2版，第79页。

⁶³ 黄益平：“应加强而不是削弱平台经济创新能力”，“经济学原理”微信公众号，2022年5月4日发布。

心技术⁶⁴——由此，统一反不正当竞争法商业道德的最大可能边界，以商业道德的织合安排加剧新兴产业经营者间的竞争效应，能够进一步促进新兴产业经营者以市场价值为圭臬，不断自发调整与商品或服务相关的合约结构，适应资源禀赋结构的变化，带动整个经济中资源禀赋结构和产业技术结构的升级，提升新兴产业的自生能力，从而为国际竞争不断积蓄实力。⁶⁵尤其在当下，随着中美对抗升级，美国正借助其在资本市场与核心科技上的不对称优势，对中国互联网科技企业进行围剿，而 2021 年国内又迎来了互联网经济“强监管”元年，互联网企业于内外交困之下发展态势急转直下，几乎所有头部互联网企业的市场估值大幅缩水，流入数字经济的投资逐季减少，诸多互联网企业纷纷裁员，从投资者到从业者对行业发展趋势预期悲观⁶⁶——因此，统一竞争行为正当性评判的最大可能边界，以商业道德织合安排刺激新兴产业经营者竞争效应在时下更富意义，唯有因循竞争的经济规律才能减少新型竞争行为正当性评判的恣意性，也唯有以更具科学性的竞争规则紧密配套新兴产业的发展，才能支撑新兴产业稳定有序成长，再深一层，在国际竞争中，进一步以新兴产业持续拉动国家经济增长，进而增强对世界经济的影响力，才能有望达致《意见》所期许的“推动制度型开放”，掌握更多制定和改革国际规则的话语权，将我国引领经济发展的规则向国际推广。

接下来，本文将从宏观理论转向微观个案，以个案适用本文所主张统一的商业道德判断方法，进一步印证本文一以贯之的逻辑，在新型竞争行为的正当性认定中，对一般条款的商业道德所做的是法律解释不可能脱离经济解释，竞争行为的有序抑或无序本就既是法律问题亦是经济问题，法院所输出的不仅是法律评判亦是直接的经济后果。

三. 个案适用：第三方游戏交易平台金币交易服务的正当性评判

本部分将以第三方游戏交易平台提供《地下城与勇士》游戏金币交易服务⁶⁷引发的不正当竞争纠纷为例，适用本文建构且融入《解释》第 3 条的商业道德判断方法，评判第三方游戏交易平台服务行为的正当性。

(一) 案情简介

1. 《地下城与勇士》游戏简介

《地下城与勇士》(简称“DNF”)是一款大型多人在线角色扮演游戏(Massively Multiplayer Online Role-Playing Game)，在这种多人在线游戏中，开放的游戏世界不断更新和拓展，成千上万玩家之间可以进行大规模的互动、协作、组织和竞技，形成虚拟经济系统。

DNF 的基本玩法是玩家打怪升级，游戏经营者从考虑各种类型玩家的可玩性和玩法的丰富性出发，努力设计和运营庞大的游戏系统，并提供丰富的娱乐模式。各类玩家在打怪升级

⁶⁴ 参见同上注。

⁶⁵ 参见林毅夫：《解读中国经济》，北京大学出版社 2018 年第 3 版，第 120 页。

⁶⁶ 黄益平：“应加强而不是削弱平台经济创新能力”，“经济学原理”微信公众号，2022 年 5 月 4 日发布。

⁶⁷ 游戏金币交易指游戏外以人民币换取游戏内金币，又称真实货币交易(Real Money Trade)。

的过程中，不断通过**道具**⁶⁸增强玩家角色能力，完成任务、副本，获取娱乐体验。道具可分为四类(如下表，部分道具可具有多重属性):

1.装备类道具	通常用于提升角色战力，以获得更快更好的通关体验，如武器、服装等。
2.消耗类道具	增强其他道具属性，为角色提供补给或作为参与特定游戏活动的凭证。
3.工具类道具	提升玩家获得其他道具的效率，节约玩家游戏时间。
4.游戏币道具	用于游戏内玩家间道具交易或在游戏内购买其他道具，促进玩家之间的互动。通常玩家在完成游戏任务后，系统会奖励玩家游戏币。

就提升战斗力通关而言，各类玩家都需要获取更高级的道具，而获取更高级的道具需要大量金币。以**金币**⁶⁹为媒介有两种途径提升战力：第一，消耗性使用，如角色装备的强化、增幅、维修、升级，在各类交易中支付手续费等，此种情形下金币属**消耗类道具**；第二，非消耗性使用，如从其他玩家处购买高级道具等，金币主要作为一般等价物发挥作用，此种情形下金币属**游戏币道具**。金币的多少与玩家可获得的道具之强弱直接相关，因此，玩家有**海量的金币需求**。但是 DNF 官方并不直接发售金币，**唯一产出方式是靠玩家在游戏内进行活动**，包括击杀怪物、完成任务、通关副本获取金币奖励等。根据任务难度的高低、怪物的强弱，玩家可获得不同数量的金币。由于获得金币需要耗费时间，而不同玩家时间成本不同，在游戏中生产和获取的金币和道具亦有差别，自然生成彼此**交换的需求**。

根据玩家获取金币所支付的对价，可将玩家大体分为两类：第一，**时间玩家**，主要通过花费时间参与游戏活动获得金币、道具提升角色战力；第二，**付费玩家**，主要通过用人民币以固定比例向游戏经营者充值获得点券(1 元=100 点券)，点券既可用于购买 DNF 游戏商城内出售的礼包、道具、装扮等，也可通过金币寄售系统购买其他玩家出售的金币，以此提升角色战斗力。⁷⁰

金币在两类玩家间的交易和流转主要有两个渠道：

(1) 金币寄售系统

付费玩家可通过直接充值获取**点券**，在金币寄售系统购买其他玩家出售的金币。与此相对，时间玩家可在金币寄售系统向付费玩家出售金币，由此得到的对价是**代币券**，代币券只可在游戏商城内购买时装、装备等道具，而不能逆向兑换为人民币。换言之，**金币寄售系统对金币交易的设计是单向的，金币的价值并不流出游戏。**

⁶⁸ 道具是指玩家以获取游戏娱乐体验为目的，在游戏中通过付费购买或参加游戏活动的时间投入，从游戏中获得的虚拟物品。
⁶⁹ 金币即游戏币，是游戏中生成的、仅限于在游戏中使用的游戏元素，是由代码生成的在特定游戏内的交易媒介，是游戏运营商通过游戏软件提供线上游戏服务的一部分。
⁷⁰ 时间玩家、付费玩家的区分只是相对概念，而非绝对化的分类，当然存在玩家既付出时间又付出金钱来获取游戏体验，但总归为获取金币所投入的资源有所侧重，仍能以玩家为获取金币所支付的主要对价将其划分类别。

在金币交易过程中, 金币的定价可由金币寄售方在一定范围内自行确定, 游戏金币相对于点券的交换价值是浮动的, 游戏经营者不对金币进行定价, 但会从每笔交易中抽取金币寄售方 5% 的金币作为手续费。

(2) 拍卖行

拍卖行是 DNF 游戏提供给玩家快捷贩卖和购买道具的游戏内交易系统, 主要满足玩家间道具的交易需求: **时间玩家**在打副本过程中, 除了掉落金币之外, 还会掉落一些其他道具; 同时, **付费玩家**升级装备不仅需要直接消耗金币, 还需要消耗打副本所掉落的道具, 但游戏官方并不直接出售由副本产生的道具, **付费玩家**可以通过花费金币在拍卖行中进行购买, 而**时间玩家**亦可通过拍卖再获得一定的金币收入。

金币在拍卖行中的功能是: 第一, 作为一般等价物, 衡量道具的价值; 第二, 作为交易的媒介, 通过**一定条件和规则**在游戏内不同玩家账号中流通, 促成道具在玩家间交易。

DNF 仅有部分道具由游戏系统本身提供, 玩家间不能互相交易, 价格完全由官方决定; 除此之外, **其他道具**皆可在玩家间自由交易, 供求关系不断自发调整, 无论是用金币标示的道具价格, 抑或是金币本身的价格, 基本都由游戏内的供求关系决定。

2. 第三方游戏交易平台金币交易服务简介

第三方游戏交易平台, 并非由游戏官方运营, 而是脱离网络游戏本身, 为用户提供游戏账号、游戏内金币、道具等虚拟物品交易服务。其中, 部分第三方游戏交易平台针对 DNF 为用户提供了以人民币换取金币的真实货币交易服务(Real Money Trade), 具体包括 DNF 金币上架、交易流程设计和专门的交易指导等服务。第三方游戏交易平台则从每一笔金币交易中收取手续费。

第三方游戏交易平台内主要的金币**卖方**为打金者。打金者系网络游戏职业之一, 主要通过花时间参与游戏活动, 获得游戏金币、道具或提升角色等级, 然后通过第三方游戏道具交易平台售出金币、道具或账号以赚取收入的团体或个人。⁷¹不只是打金者, 时间玩家也能更便捷地通过第三方游戏交易平台上找到买家, 甚至存在部分时间玩家向打金者转化。第三方游戏交易平台内的主要金币**买方**是付费玩家, 而这些付费玩家原本是在 DNF 游戏内充值点券并通过金币寄售系统买入金币。

⁷¹ “打金者系网络游戏职业之一, 通常指那些以进行电子游戏获取游戏金币或虚拟道具装备谋生, 然后交易售出以赚取收入的团体或个人。在网游虚拟物品交易链条中, 打金者就相当于传统行业中的生产商, 他们主要从事打游戏获得金币和道具装备后, 通过游戏交易平台出售给需要的玩家, 从而获取利润。”

<https://baike.baidu.com/item/%E6%89%93%E9%87%91%E8%80%85/2593908#:~:>

text=%E6%89%93%E9%87%91%E8%80%85%E7%BD%91%E7%BB%9C%E6%B8%B8%E6%88%8F%E5%85%A5%E7%9A%84%E5%9B%A2%E4%BD%93%E6%88%96%E4%B8%AA%E4%BA%BA%E3%80%82, 最后范文日期 2022 年 5 月 17 日。”

(二) 争议焦点

针对金币的真实货币交易, DNF 用户协议第 4.16 条第 1 句规定, “未经许可, 您不得擅自与其他用户进行游戏虚拟道具及其他增值服务的交易, 或从第三方通过购买、接受赠与或者其他方式获得游戏虚拟道具及其他增值服务”,⁷² 不仅如此, 其他主流游戏厂商亦明确禁止道具交易, 如《网易游戏使用许可及服务协议 v1.0.0》第十六条第 10 款规定: “用户只可在游戏内或者通过网易公司认可的交易平台(如有)进行游戏虚拟物品交易。对于用户在任何非网易公司事先认可的充值平台或其他交易平台进行充值或进行其他交易的相关行为(包括但不限于用户通过第三方进行充值或游戏内虚拟物品的购买), 网易公司将予以严厉打击和处罚。一经查证属实, 网易公司有权视具体情况采取各种处理措施, 包括但不限于如下一项或几项: 警告、倒扣数值、冻结或回收游戏虚拟物品、暂时冻结玩法、永久冻结玩法、强制离线、封停账号、删除档案及采取其他技术措施防止用户从事该等行为; 情节严重的, 网易公司保留追究用户法律责任的权利。”⁷³ 再如, 《暴雪战网最终用户许可协议》1.C.vii: “用户只可通过本平台、在游戏内或者通过运营方官方授权的第三方(若有)进行游戏点数、游戏虚拟物品、货币或资源的交易; 用户不应通过任何非运营方或暴雪事先认可的交易平台或其他第三方渠道进行销售、购买、充值、待付款或其他交易相关行为。”⁷⁴

因此, 争议聚焦于, 在 DNF 用户协议明确禁止金币真实货币交易的情况下, 第三方游戏交易平台为用户提供 DNF 金币交易服务是否有违商业道德?

(三) 第三方游戏交易平台金币交易服务的正当性评判

第三方游戏虚拟物品交易由来已久, 国内第一家第三方游戏交易平台“5173”始于 2002 年, 此后魔游游手游交易网、虎游游戏、C5GAME、淘手游、交易猫等同类型平台纷纷入局。各大游戏厂商对虚拟物品游戏外交交易的禁止, 是否构成《解释》第 3 条所罗列的客观行为规范尚需论证, 因此, 第三方游戏交易平台的竞争行为是否违反商业道德, 关键还是在于“综合考虑”《解释》第 2 条第 2 款的多元因素, 而上文业已详述, 对“经营者主观状态”的考量不重要, 下文也将不对此进行赘述, 考量重心将放置于——以价值高者胜出作为商业道德的终极标准, 将“交易相对人的选择意愿”“市场竞争秩序”“消费者权益”“社会公共利益”四者作为一个整体进行考量, 针对与金币相关的一系列玩法设计、运营和服务而产生的收入(以下简称“金币相关收入”), 比较游戏经营者对此有专有权和无专有权两种权益界定下诉争双方与消费者间合约结构的总产值, 进而作出产值最大化的选择。

⁷² <https://game.qq.com/contract.shtml>, 最后访问时间 2022 年 5 月 16 日。

⁷³ http://update.unisdk.163.com/html/latest_v5.html, 最后访问时间 2022 年 5 月 16 日。

⁷⁴ <https://www.blizzardgames.cn/zh-cn/legal/4ac4d7fb-f007-4c62-92ff-886c6a4c127b/%E6%9A%B4%E9%9B%AA%E6%88%98%E7%BD%91%E6%9C%80%E7%BB%88%E7%94%A8%E6%88%B7%E8%AE%B8%E5%8F%AF%E5%8D%8F%E8%AE%AE>, 最后访问时间 2022 年 5 月 16 日。

1. 游戏经营者对金币相关收入有专有权时，诉争双方与消费者间合约结构总产值分析

(1) 游戏经营者与玩家间合约结构总产值分析

当游戏经营者对金币相关收入有专有权时，意味着金币只在 DNF 游戏内流通，所带来的收入皆归 DNF 游戏经营者所有，在金币收入权界定清晰的情况下，游戏经营者必然会在局限条件下争取财富最大化。⁷⁵

① 盈利的结构性

游戏厂商经营游戏，不似种豆种瓜，可凭农夫一己之投入便有所丰收，游戏的总产值不仅取决于游戏经营者对开发和运营的投入，也取决于时间玩家、付费玩家是否愿意在游戏内投入时间、金钱，只有时间玩家投入更多时间、付费玩家投入更多金钱、时间玩家和付费玩家在游戏活动的更新和拓展中有更多互动、更多玩家的数据和信息得以反馈，游戏经营者的所有投入才能在各方资源的整合中创造更大的价值。⁷⁶

② 玩法设计的结构性

实现上述盈利结构的核心在于——与金币产出、交易、流转相关的玩法设计、运营和服务：金币产出的唯一来源是花费时间参与副本等游戏活动，时间玩家通过参与游戏活动可获得丰富的娱乐体验，DNF 游戏内的金币交易可促进时间玩家和付费玩家的交互，保持用户活跃度，通过时间玩家、付费玩家互动形成数据信息，游戏经营者可随时调整与金币产出和消耗相关的游戏策略和运营方案，不断优化游戏服务。因此，与金币相关的玩法设计、运营和服务是 DNF 能够撬动起两类玩家资源的阿基米德支点，保持虚拟经济系统的币值稳定对于 DNF 至关重要。

③ 游戏规则的结构性

基于 DNF 盈利结构和玩法设计的结构性，游戏经营者提供的游戏规则亦具有结构性，游戏规则作为 DNF 游戏经营者、时间玩家和付费玩家共同遵循的合约结构，规定了两项重要内容：(1)游戏经营者、时间玩家、付费玩家之间的收入分配；(2)三者资源的使用条件。⁷⁷为了最大限度地整合资源从而提升整个游戏的收益，游戏

⁷⁵ See Steven N. S. Cheung, "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, p.50.

⁷⁶ “如果一个企业调动多个所有者的生产性资源能提高生产的效率，那么一个组合各类资源的合约就会产生。”张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 77 页。

⁷⁷ See Steven N. S. Cheung, "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, p.50.

经营者对游戏规则的设计必然会**兼顾两类玩家的利益，以维持虚拟经济系统金币总量和玩家结构的平衡**：⁷⁸

如果游戏经营者为**时间玩家**提供的游戏规则过于不利，时间玩家必然离弃 DNF，退而**选择能最大程度地实现其时间价值的游戏或活动**，将时间**配置到更有价值的游戏或其他活动中**，如此一来，DNF 的玩家群体结构、玩法设计结构会面临失衡，两类玩家间的交互减少，亦会影响到付费玩家的娱乐体验，进而直接导致游戏收入减少。⁷⁹

如果游戏经营者为**付费玩家**提供的游戏规则过于不利，必会将原本投入 DNF 的金钱转到其他能够带来最高价值的活动中，DNF 收益直接滑坡。⁸⁰

两类玩家随时可以离开游戏而转移资源配置，对游戏经营者所提供的合约条款形成了约束；同时，市面上游戏不独 DNF 一家，其他游戏所能提供的交易选择亦对 DNF 游戏经营者的合约条款形成了竞争约束。因此，游戏经营者对利益的追逐不会肆无忌惮，而会在竞争约束下**通盘考虑两类玩家的利益**，唯其如此，才能最大可能地在**整个合约结构**中实现自己的**长远利益**。⁸¹

④ 小结

当金币收入有专属于游戏经营者时，游戏经营者选择聚合两类玩家资源意味着这是在局限条件下最优的游戏结构，为了维系游戏结构的运转，游戏经营者不仅会维系两类玩家的利益，而且对金币相关的一系列玩法设计、运营和服务必然围绕着最大化两类玩家的娱乐和互动体验而展开，维持虚拟经济系统的金币总量和玩家结构的平衡，从而将自身投入 DNF 的资源最大限度地转化为游戏产值。⁸²

两类玩家对其时间和金钱亦皆有自由支配权，面对游戏经营者提供的合约条款，无论接受抑或不接受，亦是在约束条件下对资源最有效率的安排，即便拒绝 DNF 游戏规则，市场上对交易机会的竞争决定了玩家始终有诸多备选，资源依然可以配置到其他更有价值的选择之上。⁸³

⁷⁸ 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 31-32 页。

⁷⁹ 参见同上注。

⁸⁰ 参见同上注。

⁸¹ 参见同上注，第 30-32 页。

⁸² 参见同上注。

⁸³ 参见同上注，第 30 页。

综上, DNF 游戏整个合约结构所整合的游戏经营者、时间玩家、付费玩家三方资源皆可在局限条件下实现最优配置, DNF 游戏合约结构总产值在局限条件下亦达致最大化。⁸⁴

(2) 第三方游戏交易平台与用户间合约结构总产值分析

金币相关收益尽入游戏经营者彀中, 第三方游戏交易平台无法在 DNF 金币交易中获益, 必将原本配置于 DNF 金币交易的资源转移至局限条件下最优的投资选择, 资源亦将因此而在局限条件下整合入产值最大化的合约结构。⁸⁵

由于金币无论在游戏内抑或游戏外皆无法兑换为人民币, 打金者没有特别的激励从事专业打金活动, 时间玩家亦无特别的激励转为打金者, 而付费玩家亦没有在游戏外购买金币的通路, 三者的资源皆会转移至局限条件下最大程度实现其资源价值的活动中。

⁸⁶

必须澄清的是, 如若选择保护游戏经营者利益而禁止第三方游戏交易平台提供金币真实货币交易服务, 游戏经营者、时间玩家、付费玩家、第三方游戏交易平台、打金者皆会对资源在约束条件下作出最有价值的合约安排, 但这始终是此种权益界定的各种“约束条件”下的最优选择, 在尚未对比的情况下, 并不意味着此种权益界定相较于另一种权益界定更优, 当游戏经营者无金币收入专有权时, 权益界定不同, 竞争局限不同, 约束条件变化, 必将导致资源运用的不同, 何种权益界定能带来最高的价值, 还须是对比的结果。⁸⁷

2. 游戏经营者对金币相关收入无专有权时, 诉争双方与消费者间合约结构总产值分析

若游戏经营者对金币相关收入不具有排他性, 则金币既可在游戏内亦可在游戏外交易, 第三方游戏交易平台及打金者可对金币相关收入分而食之, 金币收入成为一片公海, 游戏经营者、第三方游戏交易平台及打金者皆会在机会成本等约束条件下最大限度地获取对方尚未获取的收入。⁸⁸而投资是消费在时间上的选择, 游戏经营者对 DNF 的投资, 是牺牲当期的机会收益以换取未来更多的收入,⁸⁹因此, 随着第三方游戏交易平台及打金者对金币相关收入的分流, 游戏经营者的实际收入改变, 对收入的预期发生变化, 对游戏的投资以及游戏合约结构的总产值亦会随之而变。

⁸⁴ 参见同上注。

⁸⁵ See Steven N. S. Cheung, “The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, p.50.

⁸⁶ 参见同上注。

⁸⁷ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 877.

⁸⁸ See Steven N. S. Cheung, “The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, pp.60-61.

⁸⁹ 参见张五常:《佃农理论》, 中信出版社 2017 年第 2 版, 第 44 页。

(1) 前期各方收入变化

① 前期第三方游戏交易平台收入变化

第三方游戏交易平台针对 DNF 游戏为用户提供金币交易撮合、信息发布等服务，极大地降低了金币真实货币交易的成本。第一，专业的第三方游戏交易平台降低了金币游戏外交易的**搜索成本**。没有第三方专门的游戏交易平台，金币真实货币交易市场处于松散的碎片化状态，打金者需要自己去寻找买家，或在社交网站招揽买家等，而不是专营其打金专长。第二，专业的第三方游戏交易平台降低了金币真实货币交易的**讯息成本**，⁹⁰提供了大量交易保险、客服验货等增值服务，以降低用户间交易风险。因此，第三方游戏交易平台的存在，既刺激了打金者的繁衍，又诱使原本准备将多余金币在游戏内进行赠与或寄售的时间玩家到第三方游戏交易平台进行出售，**改变了原本散户式的金币真实货币交易市场格局，促使 DNF 金币市场交易公开化、规模化和产业化，而第三方游戏交易平台能够从每一笔交易中抽取手续费、增值服务费，收入大幅提升。**

此外，第三方游戏交易平台是典型的**双边市场**，平台内供应金币的打金者越集聚，越能够吸引 DNF 游戏内的付费玩家转移至第三方游戏交易平台购买金币，而在第三方游戏交易平台内购买金币的玩家越多，越会吸引更多的打金者在平台内供应金币，在双边市场的**正向交叉网络效应**之下，第三方游戏交易平台及打金者所能分流的 DNF 金币相关收入愈发可观。⁹¹

② 前期玩家收入变化

A. 时间玩家收益变化

第一，由于金币供给大量增加，金币贬值，时间玩家持有的金币购买力下降；第二，由于更多打金活动的干扰，时间玩家获取道具更加困难，单位时间的生产效率变低。因此，时间玩家与大量购进金币的付费玩家相比，战斗力差距越来越大，**游戏体验趋于降低。**

B. 付费玩家收益变化

付费玩家面对一个“**囚徒困境**”：每个玩家皆会**从个体利益出发**，如果别的玩家不去价格更低的第三方游戏交易平台购买更多金币，而自己去买入更多金币，将在游戏内竞技中更具优势；如果别的玩家也去第三方游戏交易平台买入金币，自己便更加需要去购买以避免劣势或争取优势，因此，从第三方

⁹⁰ 参见张五常：《经济解释卷五：国家经济理论》，中信出版社 2019 年第 2 版，第 46-47 页。

⁹¹ See Mark Armstrong, *Competition in Two-sided Markets*, Rand Journal of Economics, 668-691 (Feb. 2006). See Michael Katz, Jonathan Sallet, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, the Yale Law Journal, 2150 (Mar. 2018). 参见侯利阳、李剑：“免费模式下的互联网产业相关产品市场界定”，《现代法学》2014 年第 6 期，第 369 页。

游戏交易平台买入更多金币是付费玩家必然的选择。通过游戏外购买金币的付费玩家，**短时间内战斗力大幅提升。**

C. 打金者收益变化

打金者在第三方游戏交易平台的刺激下大量繁衍，由于熟练操作和外挂等技术加持之下，打金者获取金币比一般玩家更有效率，而第三方游戏交易平台又为打金者寻找买家售卖金币降低了交易成本和交易风险，**打金者收益大幅提升。**

③ 游戏经营者收入变化

A. 金币寄售系统玩法设计被破坏

第三方游戏交易平台的存在降低了金币真实货币交易的交易成本和交易风险，而 DNF 金币又可通过打副本等方式免费获取，必然会刺激以赚取人民币为目的的打金行为，尤其是打金工作室，多使用外挂和脚本，自动打金，只需要一台电脑，便可用极低的成本 24 小时无休止打金；也会诱使原本准备将多余金币在游戏内进行赠与或寄售的时间玩家，移步第三方游戏交易平台出售，甚至促使其向打金者转化，导致 DNF 游戏内打金者大幅增加。而 DNF 金币真实货币交易的公开化、产业化和规模化，促使打金活动激增，对游戏内金币供给量形成巨大冲击，在第三方游戏交易平台内可售卖的金币数量远高于游戏内寄售的金币数量，真实货币交易的金币价格远低于金币寄售系统内的金币价格，吸引了本来在 DNF 内通过金币寄售系统购买金币的付费玩家转向第三方游戏交易平台，造成 DNF 点券收入直接流失，直接损及游戏经营者的商业利益。

B. 拍卖行的玩法设计被破坏

频繁、高产的打金行为使金币供应量飙升，游戏内通货膨胀，道具价格亦随之飙升，金币在拍卖行中的购买力下降，正常的时间玩家参与游戏活动的金币产出效率亦随之下降，正常的时间玩家与通过第三方游戏交易平台大量购买金币的付费玩家间战斗力差距拉大，**形成少数玩家的绝对优势，破坏了游戏内虚拟经济的公平和有效竞争，有损正常玩家的娱乐体验，玩家结构失衡甚至流失，游戏经营者未来可预期收入减少。**

C. 副本生命周期缩短

由于付费玩家在第三方游戏交易平台内大量购买金币，装备升级加快，进而不断通关，导致副本生命周期缩短，游戏经营者不得不投入大量额外成本加快副本的更新迭代。

D. 信息反馈机制被破坏

第三方游戏交易平台的存在，刺激了大量打金者涌入游戏，而这些打金者并非 DNF 游戏的服务对象，其行为数据不能反映 DNF 各种玩法设计真实的受欢迎程度，破坏了游戏内信息反馈机制，影响了游戏经营者根据正常的行为数据调整游戏玩法设计、运营方案，游戏经营者进行商业决策的讯息费用大增。

综上，第三方游戏交易平台促成了金币游戏外交易的公开化、产业化和规模化，极大地刺激了游戏内的打金活动，导致游戏经营者点券收入直接减少，开发运营成本大幅提升，玩家结构失衡乃至流失，未来可预期收入下降。

(2) 前期各方收入变化引发的诉争双方与消费者间合约结构总产值变化

① 游戏经营者与玩家间合约结构总产值分析

A. 玩家在合约结构中的资源配置和收入变化

第一，时间玩家在合约结构中的资源配置和收入变化：通货膨胀使金币购买力下降，时间玩家可获得的装备减少，与付费玩家装备差距加大，**游戏乐趣减少**，部分时间玩家可能减少在 DNF 中的投入的时间**甚至放弃游戏**；部分时间玩家可能在第三方游戏交易平台的刺激下**转为打金者**，进一步增加打金活动对游戏的干扰和破坏。

第二，付费玩家在合约结构中的资源配置和收入变化：虽然付费玩家在短时间内可以大量购入金币而战斗力大增，但随着时间推移，通货膨胀稀释了金币的购买力，而时间玩家又逐渐离开，付费玩家相对于剩下的其他玩家的装备优势逐渐消失，起初通过大量买入金币所获得的竞技优势带来的满足感逐渐消退，**付费玩家游娱乐体验趋于下降，亦会逐渐减少金钱和时间的投入，甚至最终退出游戏。**

B. 游戏经营者在合约结构中的资源配置和收入变化

当金币相关收入非专有时，游戏经营者的收益会被削弱，维系游戏系统运转的成本亦会提升，但投入 DNF 开发和运营的资金、技术、人力等资源的使用权、收入权和转让权皆明确属于游戏经营者，而游戏经营者对资源的配置始终都立基于在局限条件下获得最高产值，因此，随着 DNF 收入的流失，游戏经营者会对资源的配置会进行再安排，其中资源再配置的方式有：

第一，抵消式合约再安排

抵消式(offsetting)合约再安排是指合约的重新修订，在没有交易费用和风险的情况下，这种修订对合约初始的资源配置以及收入分配不会产生任何影响。⁹²游戏经营者可通过多个维度调整或改变有关盈利结构、玩法设计、游戏规则的合约条款，以抵消第三方游戏交易平台及打金者对金币相关收入的租值消散，在局限条件下实现资源配置的最高价值：⁹³如，重要的道具皆以点券充值获取，游戏经营者便可直接从点券充值中获取收益，甚至游戏经营者可以放弃为时间玩家提供免费娱乐体验，而专门服务于充值点券的付费玩家；又如，直接取消金币寄售系统和拍卖行，而进一步设计出其他收益可专有的玩法，并从中直接获取收益；再如，大幅提升完全官方定价的道具的价格和数量，增加付费玩家的金钱投入，直接提升增值收入，以弥补金币游戏外交易引发的收入流失。

第二，转移资源至其他合约安排

减少对 DNF 整个合约结构的投入甚至彻底放弃，而将资源更多地配置于其他收入可专有的游戏或者他投资选择。⁹⁴

然而，在一个充斥着交易费用和风险的复杂世界，无论是抵消式合约再安排还是转移资源至 DNF 外的其他合约安排，抑或采取以上组合式的资源再配置，都将会导致游戏经营者资源投入所实现的价值比之前更低。⁹⁵这是缘于，第一，如果新的安排相较于 DNF 原本的合约结构能带来更高收益，这些合约安排早在之前就会被游戏经营者选择，金币相关收入非专有而转移资源配置不过只是退而求其次的选择；⁹⁶第二，无论是调整合约条款还是转移资源至其他投资选择，皆存在资源再配置的转换成本。因此，无论是游戏经营者

⁹² 张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 110 页。

⁹³ 参见同上注，第 110-113 页。

⁹⁴ 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年第 2 版，第 31-32 页。

⁹⁵ 参见同上注，第 112 页。

⁹⁶ 参见同上注。

调整 DNF 合约条款，还是转移资源至其他合约安排甚至完全放弃对 DNF 的投资，皆会引致游戏经营者与消费者间合约结构总产值下降，进而游戏经营者从所提供合约结构中谋取的收益亦下滑。⁹⁷

② 第三方游戏交易平台与用户间合约结构总产值

由于游戏经营者上述转移资源配置的安排，基于 DNF 金币一系列玩法设计和服务所带来的整个游戏合约结构的总产值直接缩水，金币相关收入的公海逐渐枯竭，时间玩家和付费玩家所能获取的娱乐体验下滑，逐步离开游戏，**第三方游戏交易平台所连接的金币买方逐渐减少**。随着金币买方的流失，**打金者**在游戏内多刷取的金币逐渐失去市场，在第三方游戏交易平台内难以售卖，利润下降，**逐渐转移时间、人力、技术等资源至其他活动**。随着金币买卖双方交易量的减少和资源配置的转移，**第三方游戏交易平台所能获得的手续费等增值收入直接减少乃至完全清零**。

3. 两种权益界定下诉争双方与消费者间合约结构总产值之比较

当游戏经营者对金币收入有专有权时，意味着私有产权支配游戏经营者、时间玩家和付费玩家三方投入 DNF 游戏所有资源的使用，所有资源权利人对财富最大化的追求意味着，合约结构的设计旨在使竞争约束性的所有资源报酬达到极大化，DNF 盈利的结构性决定了玩法设计和游戏规则的结构性质，游戏经营者有动因兼顾时间玩家和付费玩家的乐趣，对游戏的合约结构作出最平衡的安排，以避免玩家结构失衡，维系 DNF 合约结构总产值的最大化，如此一来，**游戏经营者、时间玩家、付费玩家**三方资源皆可在局限条件下实现最优配置。

⁹⁸其次，由于第三方游戏平台无权提供金币真实货币交易服务，打金者由于缺乏稳定的金币销售通路，付费玩家在游戏外难以寻觅安全的金币买入渠道，因而游戏内打金活动和游戏外的金币交易零散且不成规模，因此，**第三方游戏交易平台、打金者和付费玩家**，皆会将资源转移至局限条件下最大限度实现其价值的活动中。⁹⁹

但当**第三方游戏交易平台及打金者可对 DNF 金币相关收入分一杯羹时**，第三方游戏交易平台及打金者皆会**最大限度地获取从 DNF 所能分流的当期收益**，而不会顾及游戏的长远利益：

¹⁰⁰由于第三方游戏交易平台的存在，金币交易的成本和风险大为降低，打金者在游戏内野蛮生长，以专业化的打金活动在第三方游戏交易平台内供给了海量金币，降低了金币交易价格，金币交易得以公开化、产业化、规模化，第三方游戏交易平台及打金者在前期收入大幅跃升。相应地，由于游戏内打金活动激增，金币供应的不正常增加，造成游戏内通货膨胀，

⁹⁷ 参见同上注。

⁹⁸ See Steven N. S. Cheung, "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, p.50.

⁹⁹ 参见同上注。

¹⁰⁰ See Steven N. S. Cheung, "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, pp.60-61.

DNF 虚拟经济系金币总量失衡，游戏经营者需花费大量成本干预和调控，金币相关收入直接滑坡；而道具价格飙升，金币购买力下降，不但降低了时间玩家的游戏体验，促使其逐渐离开游戏，而且从长期来看也损害付费玩家利益，因此**游戏经营者和两类玩家在 DNF 游戏合约结构下的总产值降低，直至整个游戏衰败。而第三方游戏交易平台及打金者，皆寄生于 DNF 游戏，唯有依赖于游戏经营者投入 DNF 的开发、运营资源才能维系 DNF 金币的真实货币交易，二者所能获取的收益与 DNF 合约结构总产值正相关，但第三方游戏交易平台及打金者合力开展的金币游戏外交易干扰和破坏了游戏经营者的市场选择和正常经营，DNF 合约结构总产值逐渐耗竭，第三方游戏交易平台及打金者在金币交易中所能获取的价值亦将大为减少乃至归零，一损俱损，两败俱伤，最终，第三方游戏交易平台及打金者无所依附，只能转移资源配置至其他游戏或活动。**

经由以上比对，当游戏经营者对金币相关收入有专有权时，诉争双方与消费者间合约结构总产值，远高于游戏经营者对金币相关收入无专有权时的总产值，因此，第三方游戏交易平台针对 DNF 为用户提供金币真实货币交易服务**有违商业道德**。

四. 结语与展望

以经济学观照法律，本文欲统一商业道德判断方法，打破新型竞争行为正当性评判之困境：首先，从中国 90 年代县际竞争造就的经济奇观提炼出，竞争的本质是合约结构之争，而合约结构之争依循价值高者胜出的支配性规则——由此推至反不正当竞争法，无论经营者抑或消费者，皆在市场竞争等约束条件下选择最大化实现其资源价值的合约结构，而合约缔结是双方合意的结果，此即意味着双方对各自投入的资源皆作出了最优配置，经营者与消费者所订立的合约结构亦实现了资源整合的产值最大化。¹⁰¹经营者每尽一份力增益消费者，从消费者处换取更高收益的机会越大，合约结构的总产值越高，由此推衍，**合约结构的总产值既取决于也反映出经营者所供给的商品或服务对消费者而言价值之高低。**¹⁰²因此，当新型竞争行为权益边界在法律上晦暗不明，且客观行为规范难成确信之时，**商业道德的判断应以价值高者胜出为终极标准，比较不同行为权益界定下相互竞争的经营者与消费者间合约结构的总产值，进而作出产值最大化的选择**，惟其如此，才能确保反不正当竞争法所欲实现的经营、消费者乃至公共利益的保护同时达致。而上述商业道德终极标准的经济解释完全可以融贯关于《解释》第 3 条对商业道德的权衡之中，当《解释》第 3 条可供考量的客观标准尚未成型时，须“综合考虑”《解释》第 3 条第 2 款的多元因素，所谓“综合考虑”，实质上是在多元因素中权衡出**产值最大化的权益界定**，¹⁰³所有因素中最为首要的是“交易相对人的选择意愿”“消费者权益”“市场竞争秩序”“社会公共利益”四者，由于四者在逻辑上皆受价值高者胜出的竞争准则支配，因而应以产值最大化为标准进行整体考量。此外，本文以第三方游戏交易平台金币交易服务的正当性评判为例，适用本文融贯法和经济学的商业道德判断方法，以期价值高者胜出的终极标准在实践中焕发生机。

¹⁰¹ See Steven N. S. Cheung, “The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, p.50.

¹⁰² 参见张五常：《新卖桔者言》，中信出版社 2019 年第 1 版，第 79 页。

¹⁰³ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 877.

以法律观照经济学，本文亦欲探寻一条以竞争规则铺就的有序繁荣之路。强化商业道德标准适用之统一，以商业道德的织合安排增进经营者间的竞争效应，在当下推进建立全国统一大市场的背景之下，其深意不止于以公平竞争充分挖掘**国内**统一大市场之潜能，身处**国际**力量比对和全球治理体系深刻调整的百年未有之大变局，作为崛起国的中国和作为守成国的美国**战略竞争**色彩日益浓厚，而中美之争**本质是规则之争**，中国能否胜出取决于能否在持续强化**国家力量**的基础上提出和推行比美国主导下**更为公平的规则体系——统一和优化国内公平竞争量度、以商业道德的织合安排进一步激发互联网等新兴产业的活力，进而持续助推经济进程**，直接优化的不只是**国内**的资源配置，**国家力量与制度优势本就相互印证**，“有诸己而后求诸人”，唯有国内竞争规则充分释放统一大市场之能量，才能在**国际规则之争**中掌握主动权，趋向《意见》所深望的“推动制度型开放，增强在全球产业链供应链中的影响力，提升在国际治理中的话语权”！

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



王展
+86 21 3135 8705
james.wang@llinkslaw.com



姜哲
+86 755 3391 7629
denny.jiang@llinkslaw.com



张婷婷

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: LlinksLaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2022