

凯撒的归凯撒，上帝的归上帝——从“主播跳槽”的多案裁判 看《反不正当竞争法》一般性条款的裁判规则演进

作者：袁玥

一、背景

在《反不正当竞争法》的第二章《不正当竞争行为》中，明确列举了若干属于不正当竞争而应适用《反不正当竞争法》予以规范的行为，例如市场混淆、商业贿赂、虚假宣传、侵犯商业秘密等等。然而，在实际的经营中，涉及不正当竞争的行为形形色色、五花八门，并非仅限于所明确列举的行为种类。

对此，《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》第一条规定，“经营者扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者合法权益，且属于违反反不正当竞争法第二章及专利法、商标法、著作权法等规定之外情形的，人民法院可以适用反不正当竞争法第二条予以认定。”其中提及的“反不正当竞争法第二条”，是指如下规定：

“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。

本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。”

该条款即为反不正当竞争法的一般性条款，用于调整和保护那些无法归入其它专门法保护的市场行为。近年来，随着越来越多的新业态模式跟随新技术一起出现，反不正当竞争法的一般性条款的调整范围逐渐扩展和纵深化，越来越频繁地出现在社会公众的视野中。

在司法实践中，适用该一般性条款规范竞争行为时，公认的是应秉持审慎、谦抑的原则，避让其他专门法，这是一个构成要件；同时，另一个构成要件——确有其它经营者或消费者的合法权益因该竞争行为而受到损害，实践中认定的争议一般也不大；但是对于被诉具体行为是否违反了诚信原则、商业道德，则各案有各案的分析——有时候可能不同法院甚至同一法院在不同历史时

期对于相似的案情，会出现相反的结论。这是正常的现象，因为不同裁判者，甚至相同裁判者在不同时期，可能对于“商业道德”的理解各自不同，从这些不同的裁判中，也可以见到裁判者对此秉持的不同价值观。

在本文中，介绍了三个不同的案例，案情都涉及直播平台的主播跳槽、被挖角，我们以此来管中窥豹，探讨一下反不正当竞争法视角下，自由竞争与不正当竞争的边界位置，以及反不正当竞争法的一般性条款的裁判规则的演进。

二、三个“主播跳槽”案

网络直播在当今是民众喜闻乐见的一种娱乐形式，其兴起在 2014 年，并且在 2016 年达到了顶峰，各大网络直播平台如雨后春笋般地冒出，不少网红主播迅速走红，流量和收入比肩传统艺人明星。因此 2016 年被媒体称为“网络直播元年”。这种模式通常由直播平台、主播、粉丝构成，通常来说，主播并非直播平台的员工，而是由第三方服务公司输送，与平台签约，通过从第三方公司或平台收取固定收益、粉丝打赏分成、广告分成等来获取收入。在这样的模式下，各个平台对主播的竞争成为一种新形态，主播转换平台屡见不鲜，由此也引发了一些平台与主播、其它平台之间的不正当竞争纠纷。以下是三个比较典型的案例：

1. 案例一：【(2017)鄂 01 民终 4950 号】——斗鱼 TV 主播走穴全民 TV 案

本案中，朱某（秋日）是斗鱼 TV 自行培养并捧红的签约游戏主播，随着其粉丝数量不断增加，从 2014 年 10 月到 2015 年 9 月期间，其报酬由每月 2500 元涨至 400 万元年薪。双方合同履行期为 5 年，约定在此期间主播不能擅自在其他直播平台进行直播活动。但朱某在合同存续期间未经斗鱼 TV 允许，自行在全民 TV 进行直播活动，因此斗鱼 TV 在 2016 年将朱某和全民 TV 控股公司一并告上法院，起诉对方侵犯著作权并且不正当竞争。该案经过两审裁判，由湖北省武汉中院于 2017 年做出终审判决。审理过程中查明，全民 TV 是明知朱某为斗鱼 TV 的独家签约主播而仍旧与其合作。判决认为不存在侵犯著作权的行为，但是全民 TV 构成不正当竞争。终审判决适用《反不正当竞争法》一般条款（第二条）的规定，认为全民 TV 的行为违反了直播行业特有的诚实信用原则和公认的商业道德，具有不正当性。主要理由如下：

第一，网络直播行业的有其自身的竞争环境及特点，需要探求该行业公认的商业道德。不同于传统行业中参与市场竞争的是产品，网络直播行业中，主播本

身是获取流量的“产品”。使用他人签约主播，实质上就是直接攫取他人竞争果实——不仅仅是平台花费大量人财物所培养的优质主播资源，也包括了平台通过激烈竞争和长期经营所积累的观众及流量。

第二，全民 TV 所在公司违反了网络直播行业公认的商业道德。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秩竞争，商业伦理标准仍有迹可循。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市场秩序，有损行业发展，则应归于可责性的不正当竞争行列：（1）对行业效率的影响方面，挖角竞争对手的主播，所提供的仍是同质化的服务，并未促进行业效率的提升；（2）在对竞争对手的损害方面，挖角行为跳过了自行培养阶段，不用付出培养代价就直接使用对手的主播资源，取代了对手本应拥有的竞争优势；（3）在对竞争秩序及行业发展的影响方面，网络直播行业资金的投入相当大的比例在于主播的发掘及培养，如果不加节制地允许市场主体任意使用他人通过巨大投入所培养的主播，以及放任主播的随意更换平台，竞争主体将着力于直接攫取主播资源及其所附带的观众和流量，而不再对优质主播资源的培养和产生进行投入，最终导致无序及无效竞争，整个行业的发展放缓；（4）在对消费者福利的影响方面，主播平台的更换并不会增加消费者的选择，反而是若主播的培养者和资源投入者的利益不能得到保护，无序竞争的放任，将可能导致投入的减少和行业发展的减缓，消费者的利益最终将受到损害。

第三，反不正当竞争法介入具有必要性。互联网等新兴市场的新类型竞争行为大量涌现使得反不正当竞争法区别于传统知识产权保护的独立功能日趋重要；从网络直播行业的竞争特点看，合同法律规范由于不能约束第三方（竞争对手）而并不足以制止该类挖角行为。

2. 案例二：【(2020)浙民终 515 号】——触手 TV 主播“圣光”跳槽虎牙直播案

本案中，李某（圣光）是触手 TV 的独家签约主播，其在与触手平台的独家合约期内，违反约定擅自与虎牙公司签约、收取预付款及在虎牙平台上进行直播；且在离开触手平台后仍继续使用原“圣光”昵称、头像进行用户导流。

浙江省高级人民法院认定上述二行为均不构成不正当竞争。理由如下：

第一，对于主播的违约跳槽行为，法院认为：

对于主播个人来说，在市场环境下，虽然应当倡导恪守合同、诚信履约，但主播作为理性经济人，并不能禁止其在充分考量违约代价的预期成本前提下自由作出行为选择。该主播跳槽及收取虎牙平台预付款的行为虽然违反了有关的协议，但主播个人为追求自身利益最大化而违约，并不等同于其行为存在反不正当竞争法意义上的不正当性。虽然触手 TV 会因李某的违约跳槽而遭受一定用户群体的流失和流量的损失，但该公司可以规范和优化相应的合同设计，完善内部管理体系，通过与经纪公司约定高额违约金等方式，避免主播跳槽的违约收益高于成本，实现对此类行为的有效规制。在当事人能够通过合同方式得到有效救济的情况下，反不正当竞争法的适用更应秉持审慎、谦抑的原则，而不应随意干预当事人的行为自由。本案中触手 TV 与主播已经就违约事项进行赔偿协商，并签订了赔偿总额为 366 万元的补充协议，实际上已经通过合同方式弥补了该主播跳槽所可能遭受的经济损失，足以平衡各方利益，故在本案中针对主播的违约跳槽行为，反不正当竞争法没有再行介入的空间和必要。

对于虎牙公司来说，应以特定商业领域普遍认同和接受的经济人伦理为尺度，避免把诚信原则和商业道德简单等同于个人道德或者社会公德。虎牙直播以“高薪”作为吸引人才的方式，在一个竞争充分的市场中当属常态，不应认定有悖于商业道德。

第二，关于主播在离开触手平台后仍继续使用原“圣光”昵称、头像的行为是否构成不正当竞争的问题，法院认为：

对于主播个人来说，昵称、头像具有人身权和财产权的双重属性，其虽然明显包含有商业利益，但亦与主播的人身利益紧密关联。主播开触手平台后仍继续使用原昵称和头像，在人身指向上并无偏差，不存在导致相关公众混淆误认的情况，因此不属于《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第二项所规制的“擅自使用他人有一定影响的艺名”的混淆行为。至于主播违反合同，违规使用昵称和头像，由于其已经承担了违约责任，反不正当竞争法没有再行介入之必要。

对于虎牙公司来说，无证据表明虎牙公司明知主播与前平台关于昵称、头像的约定而主动要求主播使用原昵称和头像针对性地对触手平台的用户及流量进行引流。虎牙公司的行为客观上虽然在一定程度上损害了竞争对手的竞争利益，但竞争本身就意味着对交易机会的争夺，一方竞争获利往往意味着相对方的受损，在案证据不能证明虎牙公司系采取了有违商业道德的恶意诱导手段或其他不当

举措来进行商业竞争。

关于虎牙公司的涉案被诉行为是否扰乱了市场竞争秩序,是否损害了消费者合法权益的问题,法院认为:凭资金优势以较高的薪酬吸引优秀主播加入,形成人才的正常流动,充分调动人才创新创业的积极性,有利于市场充分竞争。游戏直播行业形成自律规范的过程中,司法不宜过度介入。主播的跳槽也不影响消费者自主选择平台和主播的自由。

3. 案例三:【(2021)鄂知民终 568 号】——斗鱼与滕某、虎牙不正当竞争案

本案案情与前两案类似,斗鱼 TV 的多名独家签约的游戏主播集体跳槽至虎牙直播,因此斗鱼将虎牙告上法院,起诉其“恶意集中挖角”、“引诱主播跳槽”等不正当竞争行为。但本案一审法院武汉中院和二审法院湖北高院均判决虎牙的行为不构成不正当竞争。

原因在于,法院认为,基于市场竞争行为方式的多样性和可变性,对不属于反不正当竞争法第二章“不正当竞争行为”规定情形内的被诉竞争行为,人民法院虽仍可适用反不正当竞争法第二条的一般性规定,从反不正当竞争的角度适度介入,引导行业更加秩序化、规范化发展,以免造成行业的过度混乱,但在援引该规定认定法律未列举的不正当竞争行为时,亦应遵循谦抑性原则,防止原则规定适用的随意性,避免妨碍市场自由公平竞争。斗鱼 TV 若认为主播的被诉行为构成违约并导致其基于合同相对性的利益受损,完全可在合同框架范围内依据合同法律规范加以解决,双方之间的争议实质属合同争议,不属反不正当竞争法调整范畴。主播的跳槽、自主择业或被挖走,均是直播平台(企业)所需面临的经营风险。亦即就直播平台(企业)之间的关系而言,其在市场竞争中对交易机会(诸如主播核心资源)的获得或丧失,均会是竞争结果的必然体现,其在市场竞争中出现的利益受损,也并不意味着即应当然地能够获得竞争法的救济,只有当经营者实施了不正当竞争手段攫取他人合理预期的商业利益,违反了诚实信用原则和商业道德时,才应为反不正当竞争法所禁止。市场竞争并不排除直播平台(企业)在不违反商业道德的前提下通过更高薪酬、更优待遇等更优条件去正当地争夺交易机会,在斗鱼公司不能举证证明虎牙公司实施有“恶意挖角”或“恶意引诱”主播跳槽等不正当竞争手段的情形下,不能仅凭其与主播之间存在的独家性授权协议和诉称的合同利益受损,而当然地推定虎牙公司接收跳槽主播或与跳槽主播的签约行为即具有了不正当竞争属性。

三、分析与比较

由以上三案可见，案情大同小异，均是某直播平台的独家签约主播违反约定擅自在另一家直播平台开展直播活动，因此老东家将该主播与新东家一起告上法院。其中，案例一由湖北省武汉市中级人民法院裁判于 2017 年，即网络直播元年的次年，判决被告存在不正当竞争行为；案例二由浙江省高级人民法院裁判于 2020 年，并且被列为该年度浙江法院十大知识产权案件之一，判决被告不存在不正当竞争行为；案例三由湖北省高级人民法院新近裁判于 2022 年，同样判决被告不存在不正当竞争行为，值得一提的是，案例三的一审也由湖北省武汉市中级人民法院裁判，武汉中院一改 2017 年的裁判思路，认为该案中不存在不正当竞争行为。

如果仔细阅读过案例一和案例二的判决书，就会发现，尽管案例一和案例二的结论截然相反，但是它们的分析思路其实是相似的，都将涉案争议分成了几乎相同的几个问题来考量，只是对有些问题的结论持不同观点，导致最终裁判结论不同：

	讨论的问题	案例一： (2017)鄂 01 民终 4950 号	案例二 (2020)浙民终 515 号
1	新平台是否侵犯著作权？	否	否
2	反不正当竞争法的适用应秉持审慎、谦抑的原则？	认可	认可
3	竞争行为是否损害了经营者权益？	是	是
4	竞争行为违反诚实信用原则和公认的商业道德？	违反： (1) 攫取其他平台培养好的主播并未促进行业效率提升； (2) “挖角”与“被挖角”的恶性循环竞争对竞争秩序和行业发展产生不利影	不违反： (1) 高薪吸引人才在一个竞争充分的市场中当属常态，不应认定有悖于商业道德； (2) 高薪吸引主播造成的人才流动有利于市场的充

		响； (3) 主播更换平台不会增加消费者选择，反而如果放任则会导致行业发展减缓并损害消费者利益。	分竞争，司法应尊重行业发展规律； (3) 不同平台能够通过提供更多和更高质量的服务项目以吸引用户。主播的跳槽不影响消费者自主选择平台和主播的自由。故未损害消费者合法权益。
5	反不正当竞争法介入的必要性	必要： 竞争平台非合同方，合同法律法规不足以制止该类行为	不必要： 可以通过与经纪公司约定高额违约金等方式，避免主播跳槽的违约收益高于成本，实现对此类行为的有效规制。当事人能够通过合同方式得到有效救济。

由以上比较分析可见，案例一和案例二中都对反不正当竞争法的适用应秉持审慎、谦抑的原则予以认可、也都查明竞争行为损害了经营者权益，但在“挖角”行为是否违反商业道德，以及反不正当竞争法介入是否有必要方面存在分歧：

在是否违反商业道德方面，案例一中认为，商业伦理是一种在长期商业实践中所形成的公认的行为准则。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秩竞争，商业伦理标准仍有迹可循。反不正当竞争法不是追求一般社会意义上的公平，而是效率基础上的公平，因此，商业伦理标准可以实际的行业背景下的商业惯常做法为依据，它必须以市场效率为基础和目标，并符合行业的竞争环境及特点；

案例二中则认为，商业道德是诚实信用原则在反不正当竞争法中的体现，应正确把握诚实信用原则和商业道德的评判标准，以特定商业领域普遍认同和接受的经济人伦理为尺度，避免把诚信原则和商业道德简单等同于个人道德或者社会公德。同时，游戏直播行业并非事关国计民生，可被给予充分的竞争自由和完全市场化的运营环境，司法应充分尊重相关行业的发展规律。鉴于主播在游戏直播行业中的重要性，相关行业可能会形成一些自律规范，但自律规范的形成过程势必

存在多方利益的充分博弈, 需要市场发展的积淀, 司法不宜过度介入。此外, 随着行业发展, 行业资源向头部企业集聚是一种普遍的经济现象, 从现有证据和市场运行状况判断, 主播跳槽行为并未导致行业陷入无序竞争的混乱局面, 相关企业会根据自身经营策略和经济状况作出经营选择, 经济规律仍在继续发挥有效作用, 并能调整市场竞争者的行为, 使其趋于理性, 进而达到市场的整体平衡。

具体来说, 案例一和案例二在被诉行为是否不利于行业发展、是否损害消费者利益方面都进行了分析但却得到了不同的结论。

在反不正当竞争法介入的必要性方面, 案例一和案例二也是持截然相反的态度: 案例一认为合同法律规范无法约束竞争者而不足以调整此类行为; 案例二则认为在合同中约定高额违约金足以弥补经营者的损失。

总的来说, 我们可以看出案例一和案例二隐约透露出两种不同的价值理念:

案例一主张法律应起到主动引导和规范的作用, 在出现无序竞争苗头的时候司法应及时介入调整;

案例二则认为市场的归市场, 法律的归法律, 要尊重市场经济的规律这只“看不见的手”, 司法没有必要介入行业自律规范的形成。

我们再来看案例三, 案例三中的裁判思路与案例二类似, 认为自由市场上竞争双方有权利正当地争夺交易机会(直播平台高薪吸引主播), 而被挖走主播的平台, 完全可以在合同法律框架下寻求受损利益的补偿, 市场竞争中出现的利益受损不意味着当然地获得竞争法的救济。

这两种价值理念, 其实没有孰对孰错。如果关注其裁判时间, 就更加不难理解裁判思路。如前所述, 案例一裁判于 2017 年, 即网络直播元年的次年, 彼时得益于网络直播行业的监管宽松, 行业短短一两年间爆发式地高速发展, 难免带来很多社会和法律问题, 案例一的判决书仔细分析了网络直播行业这个新兴行业的特点, 得到了该新兴行业特有的商业道德的范畴, 并且依靠司法介入来调整行业的发展, 在当时显然是有进步意义的; 而案例二裁判于 2020 年, 此时直播行业已经发展了四、五年, 行业的市场规律已经逐渐开始形成, 此时充分尊重市场经济规律, 避免司法过度介入则是极其合理的; 案例三最新裁判于 2022 年, 其

一审裁判于 2021 年，此时直播行业发展已经进入有序阶段，主播跳槽、平台挖角已经屡见不鲜，并且遵循着其行业已经日渐成熟的自律规范，因此同一法院与时俱进，更改了 2017 年的裁判思路，是值得赞赏的。

四、结语

应注意的是，本文介绍三个不正当竞争纠纷的裁判案例，并不是为了探讨“网络主播被挖角究竟是不是不正当竞争行为”。事实上，随着主播跳槽引发的纠纷越来越多，从最近两年的司法实践来看，只要挖角平台没有采用不正当的手段，比如胁迫主播等，基本都被认定为是市场行为而不具有竞争法意义上的可责性。

此外，也有地方法院发布了相关裁判指引。例如，在作为网络直播行业发达的广东省，网红、主播群体庞大，广州甚至有“一线城市第一大直播之城”的称号，广东省高级人民法院将网络游戏主播跳槽写进了裁判指引，见《关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）粤高法发〔2020〕3号》：

“第三十一条【游戏主播违约跳槽行为的审查】原告主张被告通过不正当手段引诱游戏主播违约跳槽，不当抢夺相关市场和利益，违反反不正当竞争法第二条规定的，应审查相关行为是否违背了商业道德，是否具备不正当性与可责性。

游戏主播以自身知识和技能优势为其他平台获取市场竞争优势，未违背商业道德，未扰乱市场竞争秩序的，一般不构成不正当竞争行为。主播违反竞业禁止协议或相关独家、排他直播协议的，依照协议约定承担相应违约责任。”

即，主播违约跳槽并不会当然引发反不正当竞争法的救济，主要还是看新平台的行为是否具备不正当性，显然，高薪吸引主播跳槽是算不上不正当的行为的。主播跳槽如果违约那就承担合同法律规范下的违约责任即可。

本文介绍这三个案例，是由于这三个案例裁判于一个新兴行业的不同成长时期，本文希望能通过这样的三个案例，管中窥豹，来观察反不正当竞争法的一般性条款的裁判规则随之演进的现象，以及裁判者价值取向的变迁：裁判的价值观是如何由保姆式呵护新兴行业的稚嫩秩序，发展到最终放手——凯撒的归凯撒，上帝的归上帝，任由市场经济规律去调整其中的关系，这是一种有趣的观察，也是值得我们关注和深思的。