

论隐性使用搜索关键词的 反不正当竞争法规制

刘 维

【摘 要】竞价排名关键词隐性使用行为的反不正当竞争法规制原理模糊,学理研究不充分。《反不正当竞争法》第二条和第六条之间不会发生抵触,应分别适用“三叠利益”评估法和混淆可能性判断的多因素分析法。售前混淆理论和交易机会丧失论均具有局限性,不可采用。在适用多因素分析法的过程中,应当围绕相关公众的注意力对隐性使用搜索关键词的相关因素展开分析,分析各个因素之间的协调作用。如果隐性使用搜索关键词的行为能够确保商标的信息传递功能,使消费者可以理性自由地对不同商品或服务做出比较和选择,则这种隐性使用行为不违反《反不正当竞争法》第二条。

【关键词】隐性使用;售前混淆;相关公众认知;“三叠利益”;请求权竞合

【作者简介】刘维,法学博士,上海交通大学凯原法学院副教授,研究方向为知识产权法学。

【原文出处】《南大法学》(南京),2023.6.15~27

【基金项目】本文系2020年国家社会科学基金项目“新技术时代反不正当竞争法对知识产权法的抵触适用研究”(项目编号:20BFX150)的阶段性研究成果。

一、问题的提出

我国法院审理的关键词付费搜索案件(又称竞价排名案件)最早发生在21世纪初的搜索引擎平台,随后拓展至电商平台和社交网络平台。关键词付费搜索案件的常见技术场景如下:广告主购买竞价排名服务后,自行选定搜索关键词,自行设定相应网站或商品的链接,使网络用户在搜索框输入该关键词时能够在搜索结果页面的固定位置显示广告主网站或其商品的链接,广告主以约定方式向竞价排名服务提供平台支付推广费。这个过程中,广告主自行设定广告投放策略、投放内容,平台主要提供“消费者搜索关键词时触发的展现机会”。^①广告主使用关键词的方式有多种,其中广告主将他人商业标识作为搜索关键词,但不在搜索结果的推广链接标题和描述中使用该关键词,搜索关键词的这种使用方式被称为隐性使用。时至今日隐性使用关键词行为的

反不正当竞争规制原理始终存在歧见,司法评价不一,主要问题如下:

第一,隐性使用行为的规范基础模糊,是否仅限于混淆条款(《反不正当竞争法》第六条)?如果不限于混淆条款,则可否基于《反不正当竞争法》第二条做出评价?对此,有观点认为应当仅仅以第六条为规范基础。如《上海市反不正当竞争法条例》第八条第三款规定:“经营者不得通过将他人有一定影响的标识与关键字搜索关联等方式,帮助其他经营者实施混淆行为。”立法者指出本款的理论基础就是混淆理论:构成混淆的不正当竞争行为本身仍是其他经营者擅自使用他人具有一定影响的商业标识并达到了引人误认的程度,其他经营者是该类不正当竞争行为的直接实施者。^②但是,也有观点认为可基于《反不正当竞争法》第二条以“交易机会的丧失”(“交易机会丧失论”)作为评价理由。如最高人民法院在宁

波畅想软件股份有限公司诉宁波中源信息科技有限公司、宁波中晟信息科技有限公司案(简称“畅想案”)中认为:位列搜索结果首行的“富通天下”广告推送极可能吸引客户一定的注意力,客观上会增加该两公司网站的点击量,亦极可能影响到客户的选择,给该两公司带来潜在的商业交易机会……即使百度搜索行为人最终未对产品的来源产生混淆误认,该两公司利用此类后台设置的关键词搜索模式,进行广告推送,显属不当使用他人的企业名称或字号,有悖于诚实信用原则和公认的商业道德。^③此外,在中粮集团有限公司诉北京寺库商贸有限公司东城第一分公司、北京寺库商贸有限公司案(简称“大悦城案”)中,北京知识产权法院虽然认定了被诉行为属于《反不正当竞争法》第二条所规定的不正当竞争行为,却同时在售前混淆的结论基础上进一步剑指商标权侵权。^④

第二,隐性使用行为的混淆可能性分析之路径模糊。在适用《反不正当竞争法》第六条的过程中,混淆可能性的多因素分析法是关键。^⑤我国有观点认为应当基于售前混淆理论做出评价,如北京知识产权法院在“大悦城案”中指出:这种行为系发生在用户进入寺库公司网站之前(亦即发生在寺库公司实际提供服务之前),而用户点击被诉内容后进入的寺库网站中并未使用“大悦城”,故虽然被诉行为会使部分相关公众误认为寺库商城为北京朝阳大悦城自行开设或与寺库共同开设的购物网站,从而具有混淆可能性,但该情形属于售前混淆。^⑥与此同时,我国也有法院在售中混淆的框架中做出评价,如在北京奇虎科技有限公司诉北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术(北京)有限公司案中,二审法院虽推翻一审判决中对商业混淆的否定性结论,但在混淆的证成上仅称被告“在百度杀毒推广链接标题中包含‘360杀毒’,该行为侵犯了奇虎公司所拥有的知名商品特有名称”,并未展开细致的混淆因素分析过程。^⑦无论何种路径,法院鲜有对商业标识的知名度和显著性、商品的类似程度、相关公众认知、实际混淆等因素作综合判断,多因素分析法的运用痕迹并不明显。

本文尝试对上述问题展开研究。学术界此前的

研究多集中于对商标使用行为、互联网平台注意义务的判断,^⑧有研究试图引入商标功能理论,^⑨但未能现行法框架中揭示既有规则的底层原理,理论和实践中的分歧长期存在。本文认为应当按照请求权竞合的处理思路分析《反不正当竞争法》第二条与第六条之间的关系,基于混淆条款的多因素分析法和“三叠利益”评估法对隐性使用行为的正当性做出评价。

二、隐性使用行为的混淆可能性分析

由于混淆可能性的分析因素具有开放性,因而混淆可能性的结论具有情景特征,随着个案具体情景的不同而有不同结论。通过对混淆可能性分析因素的明确列举,可以约束法官的自由裁量权,混淆可能性分析结论的可预期性能得到保障。因此,在依照《反不正当竞争法》第六条对隐性使用行为进行分析时,一方面需要回归混淆可能性判断的多因素分析法,提升法律适用的稳定性;一方面需要结合具体行为类型的特征,在个性化场景中分析不同因素的作用强度,按照动态系统评估模式提升法律适用的可预见性。

(一)混淆可能性分析中传统因素的作用

互联网经济被称为“注意力经济”“流量经济”或者“眼球”经济。“互联网”与“广告”因素的叠加,使得消费者(用户)的注意力成为经营者获取竞争优势的关键因素。相应地,吸引用户注意力成为网络经营者获得交易机会的重要方式。材料显示,将数据用于预测、改变或者修改用户行为所产生的利润构成了科技公司最大的收入来源,而来自广告产业——购买和销售用户注意力——的利润在这一类型收入中占据最主要的部分。^⑩因此,以吸引用户注意力为中心设计广告模式、推出广告业务,成为互联网公司的重要商业策略。按照商标法理论和实践,混淆可能性的分析因素主要有:商标知名度和显著性、商标近似程度、商品类似程度、相关公众的认知、使用商标的主观意图、实际混淆等。^⑪互联网环境与实体购物环境之间最为重要的差异在于,相关公众的认知更容易受到各种购物情景的影响,这导致上述因素在混淆可能性分析中具有不同的作用强度。具言之,相关公众的认知在隐性使用案件中具有决定意

义,其他因素的作用强度较弱。

首先,“商标近似”“商品类似”是测试“混淆可能性”的两个传统且必备因素,但在付费搜索案件中的作用强度一般。美国有实证研究发现:混淆可能性的是否成立与商标近似、商品类似结果之间的一致性达到96%,以至于一些地方法院采取了“选择最重要而忽略其余因素”的策略。^⑩“商标近似”“商品类似”在付费搜索案件中成立的盖然性较大。此类案件中,广告主往往直接使用他人商标作为关键词,广告主需要考虑商标权利人的具体业务,竞争关系的存在更能吸引用户的注意力,因此,成功的关键词选用模式应该就是在相同或类似商品或服务上选用相同或近似商标。比如耐克公司使用阿迪达斯商标推广运动鞋商品,属于在相同商品上使用相同商标的行为。如果认为这种行为构成混淆可能性,则可能否定付费搜索模式的正当性。因此,在解释《商标法》第五十七条第一项所规定的“双同”侵权行为时,应当坚持以来源识别功能受损作为侵权判定的根本标准,多因素分析法的目标是认定混淆可能性,各个因素只是分析混淆可能性的手段,不能本末倒置,使“商标相同或近似”“商品相同或类似”成为侵权判断的根本标准。

其次,商标的显著性和知名度、实际混淆、使用他人商标的主观意图等因素也影响混淆可能性的分析,但它们在付费搜索案件中的作用强度应该较小。商标不是“禁忌”,即便商标具有较高知名度,他人也没有抽象的避让义务。无论在《反不正当竞争法》第二条还是在《反不正当竞争法》第六条的框架中,作为搜索关键词的注册商标只是以一种法益的形式被评价,注册商标的较高知名度只是评价他人使用意图的因素,而不是催生避让义务的原因。在付费搜索模式中,他人通常选用知名度较高的关键词,其目的是吸引用户注意,但只要没有损害商标的来源识别功能和信息传递功能,该行为原则应处于自由竞争领域。

(二)相关公众认知因素的情景性

在混淆可能性的分析过程中,相关公众认知因素缝合了静态、抽象、规范的混淆可能性分析与动态、具体、实际的使用样态之间的距离。^⑪个性化的

使用样态影响相关公众的注意力,使相关公众能够注意到广告主的商品或服务,从而实现付费搜索的目的,这也导致隐性使用案件的裁判结论呈现出情景特征。基于对现有裁判的观察,可对影响相关公众认知的因素作出类型化整理,从而提升类案判断结论的稳定性。

1. 用户习惯和广告监管

互联网用户已经养成使用关键词搜索服务的习惯,随着广告监管的强化,用户对付费搜索的认识已经发生改变。一方面,付费搜索模式进入中国市场20余年,用户已经不再陌生,对搜索结果中混杂自然搜索结果和付费搜索结果的情形已经有期待。另一方面,随着广告监管的强化,服务平台被要求对付费搜索结果(推广链接)作出明确标注。如我国《电子商务法》第四十条规定:对于竞价排名的商品或者服务,应当显著标明“广告”。《互联网信息服务管理规定》第十一条规定,互联网信息服务提供者提供付费搜索信息服务,应当……醒目区分自然搜索结果与付费搜索信息,对付费搜索信息逐条加注显著标识。在这种强监管的背景下,应该没有理性消费者在看到“广告”标记之后还会误以为付费搜索链接是商标权利人的链接。

2. 推广链接的位置

用户对不同搜索结果的“坑位”通常持不同期待,不同“坑位”在付费搜索服务中具有不同的市场价值,“坑位”越靠前,其与权利链接(指权利人的商品链接)之间的相关性理应越高,用户的关注度和市场价值也越高。在推广链接缺乏清晰的“广告”标记时,如果推广链接出现在搜索结果的顶部位置(置顶),则用户通常会误以为推广链接是更为相关的搜索结果。如江苏省高院指出,由于精卓公司将“书谱尔”设置为关键词内容等,故搜索结果排在第一位的是精卓公司的网站及其产品,客观上会使搜索用户认为精卓公司与“书谱尔”存在某种联系,进而产生误解,引起混淆。^⑫需要注意的是,既然付费搜索是一种商业行为,那么广告商通常都具有置顶推广链接的“冲动”,从而获得消费者的更多关注。在消费者的认知能力已经得到提升的背景下,不应高估或绝对化“置顶”带来的混淆可能。

3. 搜索平台的开放性程度

不同类型平台具有不同程度的开放性,后续服务链条(从输入关键词到搜索目的实现之间的链路)的长短相应不同,用户的注意力程度也会不同。服务链条越长,搜索环境越开放,则用户思考的时间越长,其以追求性价比为优先目标,用户的注意力程度通常越高。服务链条越短,搜索环境封闭,则用户的思考时间越短,其以追求迅捷和效率为优先目标,用户的注意力程度通常越低。具体而言,信息检索平台的全网搜索特征较强,其后续服务链条因具体商业模式的不同而存在较大差别,比如信息检索结果页面可能是购物页面,可能是信息展示页或APP下载页。电商平台因载有海量的同类商品而具有与全网搜索特征相同或接近的消费体验,而且基于撮合交易的目的,用户需要在后续支付页面完成最终的交易,需要耗用户较多的时间进行同类比较并完成支付。网络用户在信息检索平台和电商平台中对搜索结果的预期不会太高,在后续下载或支付程序中会施加较高的注意力。相比较而言,社交网络平台或IOS系统的全网搜索特征最弱、后续服务链条最短,用户对搜索结果相关性的期待更高,且由于后续交易链条短,用户思考时间少、决策速度更为迅捷,其搜索过程中的注意力更低、更容易受到搜索结果排序的影响,因此推广链接更容易在封闭搜索场景中给消费者带来混淆。

混淆可能性的多因素分析法遵循动态系统模式。动态系统论的基本观点是:调整特定领域法律关系的法律规范包含诸多构成因素,但在具体的法律关系中,相应规范所需的数量和强度有所不同,应当在具体法律关系中通过对动态的因素考量认定责任;通过与要素的数量和强度相对应的协同作用来说明、正当化法律规范或者法律效果。^⑤在隐性使用行为的混淆可能性判断中,需要综合分析以上参考因素及其相互之间的协同作用。当这些因素影响混淆可能性的作用力方向一致时,容易得出混淆可能与否的结论;当作用力方向不一致时,则需要权衡不同因素的作用力大小之后得出混淆与否的结论。比如,在全网检索最强的信息检索平台中,如果推广链接在权利链接的前序“坑位”,但推广链接的描述清

晰且标注了“广告”字样,则相关公众不容易对其链接的商品“来源”产生混淆可能性;相反,如果推广链接在权利链接的后续“坑位”,但推广链接描述不清晰且未标注“广告”字样,则相关公众容易对其链接商品的“来源”产生混淆可能性。

三、售前混淆和交易机会丧失论的局限性

在适用《反不正当竞争法》第六条的过程中,理论和实践中针对售前混淆的适用存在争议;除《反不正当竞争法》第六条之外,可否根据《反不正当竞争法》第二条适用交易机会丧失论也存在较大争议。

(一)售前混淆理论的局限性

第一,发生售前混淆的传统场景区别于付费搜索场景,用户在互联网搜索场景中的转换成本低,因售前混淆而最终购买商品或服务的概率具有较大的不确定性。在售前混淆场景中,广告主使用误导性的商业标识(诱饵),使消费者选择其他商品的机会成本过高,导致商标权利人的市场份额被转移。美国法官将此过程归纳为:直接使用竞争对手的商标进行展示,使消费者产生混淆并陷入代价高、持续且不容易回逆的境地……被控违法者已经通过误导,侵占了体现在受保护商标中的商誉,并提高了消费者的搜索成本。^⑥但在付费搜索场景中,搜索结果页面同时存在推广链接和权利链接,消费者得到了更多的商品或服务提供机会,可以理性比较这些具有不同来源但可能具有类似风格的商品或服务。即便消费者没有注意“广告”标记而进入推广链接的官网中,他/她仍然可以在消除售前的混淆之后低成本地退出推广链接,再次通过自由选择、点击进入权利链接,这给消费者带来的成本仅仅是“点击几下鼠标”而已,相对于消费者选择机会的增加而言是微不足道的。^⑦因此,付费搜索模式没有增加消费者的选择成本,没有显著提升消费者的搜索成本,其所可能带来的混淆过于短暂、容易被消除。这种差异决定了售前混淆理论在竞价排名场景中的适用空间比较有限。正如美国法官指出:互联网消费者能够轻易逆转这一过程的事实,不支持我们过分扩张商标保护,因为任何混淆都是非常短暂并且可以很快补救的。^⑧

第二,我国法院认为售前混淆行为“降低商标与权利人之间的唯一对应联系”,^⑨这种理由值得商榷。(1)商标法保护的商标来源识别功能,是一种匿名来源的指示,即商标只是确保了其与商品或服务来源之间的稳定联系,而并非唯一联系,商标许可模式因此产生。最高人民法院在《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二十条和第二十一条中均指出,须以自然人姓名或企业名称与特定主体之间建立了稳定的对应联系作为保护姓名或企业名称的前提。换言之,“商标与权利人之间的唯一联系”并非商标法的保护对象。(2)“降低对应联系”指弱化商标显著性的行为,这不是商标法为普通注册商标提供救济的理由。普通注册商标专用权不能禁止“弱化商标显著性”的行为,而只禁止“破坏”这种联系,即破坏了商标的来源识别功能的行为。只有驰名商标权利人才有权控制他人弱化商标显著性的行为,如最高人民法院在《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第九条第二款规定:足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系,而减弱驰名商标的显著性……的,属于商标法第十三条第三款规定的“误导公众,致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”。(3)售前混淆行为阻碍了相关公众接触权利人的商标,引起这一接触障碍的事由必须是一种稳定的、持久的混淆,但凡相关公众还能选择权利人的商品且选择成本不高,则“售前的混淆”不会转移权利人的贸易,启动商标权救济的正当性基础将丧失。“降低商标与权利人之间的唯一对应联系”的表述,过于抽象,未能具体观察付费搜索场景中混淆发生的概率、短暂性和消除成本。

第三,售前混淆属于混淆可能性的一种,应当按照混淆可能性的判断方法分析,只有贸易转移而不存在混淆可能性的情形中,不能适用售前混淆;“中等消费者”的确定(即相关公众的注意力程度)对混淆可能性的判断具有重要价值。美国法官指出:原告仍然应该证明“相当数量的合理谨慎的消费者”在售前阶段的某个时刻,有可能对营销之产品或者服务的来源产生混淆。^⑩售前混淆理论将这些因素的测试场景限定在“售前阶段”,售前产生混淆与最终购

买之间不具有高度盖然性,尤其在互联网搜索场景中,用户极有可能在售前某个阶段消除混淆,不会产生购买行为,不会转移权利人的市场份额。正如美国法官指出:原告初始兴趣混淆(initial interest confusion)的主张若要胜诉,该混淆不应仅是暂时的并且不应“仅是一个可能性”……原告必须证明真实并且“实质的”混淆可能性……对消费者而言,混淆必须具有真正高的代价。^⑪在互联网环境中成长的用户,对网络购物具有较为丰富的经验,适当提高用户的认知能力符合网络时代的客观实际和发展方向。对用户而言,选用某个关键词进行搜索的目的可能只是寻找类似风格的商品或服务,他们一般不会看到某个搜索结果就当最终目标,换言之,被混淆而作出购买决策的消费者可能只是小部分,且不能代表网络时代的中等消费者。

(二)交易机会丧失论的局限性

“交易机会丧失论”的基本观点是,广告主通过实施隐性使用行为攀附原告的商誉,从而导致原告交易机会的丧失。然而,正如售前混淆的盖然性分析一样,这种交易机会的损失也具有很大的不确定性。我国法院指出:“具有一定概率性的交易机会的损害并不当然获得法律保护。原告是否获得该交易机会,其关键还在于自身产品质量、价格、售后服务等相较于被告是否更具有竞争力。”^⑫除此之外,“交易机会丧失论”的理论基础实质是“禁止搭便车”,对此可作如下分析。

首先,“禁止搭便车理论”的实质是为商誉提供保护。我国法律没有创设一项宽泛的商誉权,只有当法律存在特别规定时才能保护商誉。如《商标法》和《反不正当竞争法》多个条文规定了保护商誉的特别条款并设定了特定要件,实质上是为了矫正市场失灵,为创新活动提供增强的激励机制,试举三个例子加以说明。(1)《反不正当竞争法》第六条以“混淆”“误认”作为法律干预的特别条件,实现禁止攀附商业标识商誉的目的。(2)《反不正当竞争法》第十二条第二款第一项规制劫持流量的行为,但特别设定了“插入链接、强制进行目标跳转”的条件。(3)《商标法》第十三条保护驰名商标的商誉。基于以上三个条文的字面解读和反面解读可以得出,不满足条文

规定的构成要件的损害商誉之行为,不能适用各自条文,属于正当竞争的范畴。有观点认为:“不劳而获的搭便车行为在市场失灵理论中属于典型的外部性问题,权利人因不知情、不掌握技术、无法阻止等原因,难以通过自治手段防控此类行为”,^②因而具备了法律规制的必要性。这种观点值得商榷,付费搜索链接并未替代自然搜索链接,权利人仍然可以不受阻碍地展示其链接,不能认为搭便车一定将导致市场失灵。比如德国法院在适用《德国反不正当竞争法》一般条款时,以系争行为具有市场替代效果为前提,^③是以此作为市场失灵的判断标准。因此,对于一般意义上的搭便车行为而言,虽然他人商誉可能因搭便车行为而减损,但《反不正当竞争法》并无具体条文对该行为予以规制。

其次,《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》(简称《反法司法解释》)没有为禁止搭便车原则的适用留出空间。《反法司法解释》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。该条中的“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”规定,表明裁判者需要首先判断《反不正当竞争法》具体条款和知识产权法相关规定是否已经在个案中作出了“穷尽”性评价,换言之,如果《反不正当竞争法》具体条款和知识产权法的规定已经穷尽了特定行为的规范意旨,则《反不正当竞争法》第二条不应再提供保护。《反法司法解释》第一条的这种解读立场与我国司法实践此前的观点一脉相承,^④最高人民法院曾经在政策文件中指出:“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。凡反不正当竞争法已在特别规定中作穷尽性保护的行为,一般不再按照原则规定扩展其保护范围。”^⑤然而,最高人民法院的这种观点过于抽象和模糊,没有进一步揭示“何为抵触”之内涵以及“为何抵触”之理由。《反法司法解释》第一条规定中的“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”,应当作为一个前提条件,即本条中的“反不正当竞争法第二条”实际上是指“第二条第二款”,而不是泛泛的“禁止搭便车原则”。因此,本条没有为“禁止搭便车原则”的特别适用留下空间。

四、一般条款适用的正当性及合理路径

在适用《反不正当竞争法》第二条处理付费搜索案件的过程中,“交易机会丧失论”实质上体现了裁判者将本条作为兜底保护的观点,上文已对该种观点展开反驳。但不能因此否定法院在付费搜索案件中适用《反不正当竞争法》第二条的可能性。如最高人民法院在“海亮案”再审判决中认为:从现有法律规定来看,反不正当竞争法所规制的不正当竞争行为并不以导致混淆、误认为构成要件,对于扰乱市场秩序,有悖诚实信用原则、商业道德准则的行为,即使未导致消费者混淆、误认,同样也构成不正当竞争。^⑥换言之,在判断隐形使用行为是否满足《反不正当竞争法》第六条之后,法院应当继续分析《反不正当竞争法》第二条,只是不应选择“禁止搭便车”的分析路径。这里首先需要讨论为何在分析《反不正当竞争法》第六条之后,仍应继续分析《反不正当竞争法》第二条;其次讨论如何在付费搜索场景中适用《反不正当竞争法》第二条。

(一)作为规则的《反不正当竞争法》第二条第二款

《反不正当竞争法》第二条具有一般条款和规则条款的双重功能,既可以作为法律原则(第一款)发挥功能,又可以作为法律规则发挥功能。^⑦在法律理论中,常有规范与原则之区分,原则又被称为一般条款,规范则往往与规则互换使用。^⑧原则没有规定构成要件和法律效果,不能产生独立的请求权。如《反不正当竞争法》第二条第一款是一个原则条款,不能作为一个独立的请求权基础: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。反法第二款是一个规则条款,具有明确的构成要件,可以作为一个独立的请求权基础: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。因此,当讨论《反不正当竞争法》第二条和第六条之间

的重叠关系时,必然是以《反不正当竞争法》第二条第二款的规则条款为基础,而不应是《反不正当竞争法》第二条第一款。具言之,隐形使用行为引发了两个规则条款的适用,产生两个独立的请求权,可依照请求权竞合处理这一现象。在具体案件的思考过程中,应当逐一根据相关法律规范的请求权进行分析,即当《反不正当竞争法》第六条的构成要件不能被满足时,则进一步检索《反不正当竞争法》第二条第二款的规定;当《反不正当竞争法》第六条的构成要件得以满足时,也需要进一步检索《反不正当竞争法》第二条第二款的规定,按照请求权竞合的处理方法,由权利人选择其中一个请求权。

依照特殊规定优于一般规定的原则,第二条第一款不能作为第六条的兜底条款,即不能出于保护商誉的目的击穿第六条的构成要件,否则第二条第一款的适用就会发生与第六条相抵触的效果;在法律规则层面,第二条第二款有其特殊的适用机制,即出于维护竞争伦理的初衷和适用范式的特殊性,与第六条的立法政策不产生抵触。换言之,第六条只是在禁止混淆可能性的层面上穷尽其规范的内涵,当隐性使用关键词的行为不会导致相关公众混淆可能性时,仍然可以从维护竞争伦理的角度,基于该行为对经营者利益、消费者利益和竞争秩序利益的影响,对该行为的正当性予以判断。因此,第二条作为法律规则进行适用时,应当综合评估经营者利益、消费者利益和竞争秩序利益,通过“三叠利益”评估的方式对相关竞争行为的正当性加以判断。以上分析可以得出知识产权侵权请求权与反不正当竞争请求权之间构成请求权竞合的关系,我国最高人民法院在“海亮案”再审判决中体现了这种观点,德国最高法院在一个判决中的观点也体现了这种立场。2013年德国最高法院认为商标法与反不正当竞争法可平行适用,根据《德国反不正当竞争法》第五条第一款第一项的来源欺骗的商业行为规定所提出的请求权不与《德国商标法》的优先适用相冲突,原告仍可以基于被告对涉案标识的误导性使用,根据《德国反不正当竞争法》第五条提出不作为请求;即便被告的行为不侵犯商标权,也依然构成不正当竞争。^⑧这种观点改变了德国法院的长期立场,即所谓“额外考

量因素”标准,后者要求反不正当竞争法的保护不与知识产权法相抵触,^⑨这种观点的转变是比较合理的。我国有学者指出:“商标法和反不正当竞争法无论在规范旨趣、规范目标、规制手段、遏制重点等方面均存有重要差异,二者既非补充或兜底适用关系,也非一般与特殊适用关系。”^⑩笔者赞同。

知识产权法与反不正当竞争法之间在根本意义上具有共通的基础,不必担忧两者之间的“内在抵触”。我国传统的主流观点认为:“《反不正当竞争法》只是在有限的范围内提供知识产权的附加保护,所提供的保护不能与《专利法》等知识产权专门法的立法政策相抵触,凡知识产权专门法已作穷尽性保护的,不能再在《反不正当竞争法》中寻求额外的保护,否则就会对本来属于公有领域的技术或信息给予专有性保护,妨碍创新和竞争自由。”^⑪这种观点不能成立。无论反不正当竞争法还是知识产权法,都旨在矫正市场失灵。如无特别必要,则应当主要依赖于市场所天然具备的激励机制调控竞争资源的分配,而不必要法律的介入,多数情形中创新者依据市场先占利益的激励机制即可保持其在竞争中的领先优势,所以现行法对大量搭便车或者模仿他人新产品的行为均不加干预。但是,当有特别事由出现时,立法者通过法律干预的形式对市场先占利益的激励机制予以支援,使创新者的市场领先时间得以延长,这是多数反不正当竞争事例得以创设的理由所在。比如,当开发者在成果开发过程中付出巨大投资、模仿行为导致开发者无法在市场中展示其成果或者市场信号发生混淆导致消费者无从理性选择等,属于典型的市场失灵情形。而知识产权法之所以作为一种法律创制的激励机制,是因为市场上既存的激励机制在对研制开发新产品、新商业方法上存在激励不足。^⑫因此,从激励创新的功能角度,反不正当竞争法与知识产权法具有更为底层的相通之处,而不存在“内在的抵触”,从而可以解释在我国《反不正当竞争法》第二条第二款中评价隐性使用行为的正当性,进而适用请求权竞合理论。日本学者认为反不正当竞争法(规制行为)和知识产权(物权)之间存在很大差距,但知识产权制度对特定法律行为的禁止与反不正当竞争法的行为规制模式并无根本区别,^⑬这

是反不正当竞争法对成果提供直接保护的根本原因,在《反不正当竞争法》第六条或者知识产权侵权条款的基础上,平行适用《反不正当竞争法》第二条第二款并无理论上的障碍。

(二)“三叠利益”评估过程的因素展开

排除平行适用《反不正当竞争法》第二条的理论障碍之后,则需要基于该条对隐性使用行为的正当性加以评价。隐性使用行为属于识别目标消费者群体并试图说服消费者改变购买选择的行为,属于一种商业竞争手段。由于隐性使用行为具有情景性,因此不能绝对地评价这种行为,应结合具体使用场景进行“三叠利益”的判断。然而,由于“三叠利益”的内涵及相互之间作用机制的不明确,不同法院针对相同行为可能得出不同的结论。如“海亮案”二审法院和再审法院针对同一行为、运用“三叠利益评估法”得出了截然相反的裁判结论。再审法院认为,“利用他人商业标识的知名度,将原属于他人品牌的流量引至自身网站,该行为损害了他人的竞争利益”,“对网络用户造成了信息干扰,增加了搜索成本,同时亦妨碍了搜索引擎基本功能的正常发挥”,“如果不加以规制,不仅使得经营者长期积累的市场成果无法获得保护,也必然会挫伤市场主体诚信经营积极性,从而抑制了市场活力”。^⑤笔者认为,再审法院对“三叠利益”的具体内涵的理解存在偏差。

反不正当竞争法所保护的绩效竞争,应当是指竞争过程意义上的竞争,不是竞争结果意义上的竞争。市场机制可以自发地对竞争资源完成分配,经营者通过价格、质量、用户体验等竞争因素实现对市场份额的争夺。虽然“引流”或者搭便车行为节省了行为人的研究开发成本,但并未从根本上损害市场竞争机制,消费者仍然得以自由理性地根据商品价格和质量作出交易决策,进而影响市场份额的变动,且可能带来市场交易量的整体提升。经营者市场份额下降的根本原因并非搭便车行为,而是其产品的价格或质量缺乏竞争力。可见,对搭便车行为的正当性判断最终应回归“三叠利益”评估,以确保该行为对绩效竞争的扭曲过程能得到客观分析,避免基于经营者利益受损这一单极因素得出武断的结论。

竞价排名商业模式发展至今超过20年,降低了消费者的选购成本,有其合理正当的商业逻辑,这种商业模式本身不具有“违法性”。如果能够恰当地规范隐性使用的具体场景,确保权利商标所具有的来源识别功能和信息传递功能,使消费者可以理性自由地对不同商品或服务做出比较和选择,则这种隐性使用行为不应违反《反不正当竞争法》第二条。

第一,对于隐性使用场景中的消费者而言,其可能借助特定关键词搜索特定品牌,也可能为了搜索具有类似风格标签的品牌,扩大可选范围,最终对这些搜索结果进行综合比较后得到最优购买选择。无论消费者最终选择了广告主抑或商标权利人的商品,只要其在选择过程中没有被市场信息(如商标)误导,没有受到非市场力量的强制,则都属于消费者理性选择的结果。可见,最终决定消费者选择商品或服务的因素,应该是商品或服务的价格或质量等竞争因素,而不是扭曲的市场信息或其他强制性力量。仅将他人商标用作关键词并未增加消费者的购物成本,而是增加选择商品的机会,总体上有利于增进消费者的福利。^⑥在确保权利人商标准确传递信息和来源识别的前提下,消费者仍然在真实自由不受压迫的环境中做出购买决策。

第二,对于广告主而言,其购买类似风格标签的标识作为关键词,希望被更多的消费者搜寻,旨在提高其广告排序的竞争力,得到更多被比较和选择的机会,这种行为不具有当然的违法性。这种行为在本质上是一种营销手段,并未阻止展示权利人的商品或服务(即商标的信息传递功能),对权利人未必造成损害。权利人不能垄断相关公众的注意力,即便广告主因使用了权利人的商标而最终获取了部分消费者的注意力,但这可能只是权利人商标知名度的外溢效果,商标权不禁止市场份额的转移,而只是救济因商标使用产生消费者混淆可能性所带来的市场份额被转移的损害。与其将关键词竞价比喻为“令人误导的广告牌”,还不如将其比作一份菜单:提供了各种不同的食物,并且所有食物对消费者的初始搜索都是重要的……当这些卖家之间的差别清晰的时候,消费者只需简单在产品之间做出选择,并且每个产品与其他产品一样,都很容易获取到。^⑧

第三,对于竞争秩序而言,付费搜索在尊重资源分配的市场规律基础上,增加了财富创造的机会。提供付费搜索服务的平台不仅可获得服务收入,而且尽可能地撮合了交易,促使交易双方形成最合适的交易,与此同时能够确保权利人和广告主之间展开绩效竞争。此外,广告主使用权利商标具有比较广告色彩,其对竞争秩序的价值可以参照比较广告的分析思路。欧美学术界一致认为比较广告具有促进竞争的积极价值。如美国联邦贸易委员会(FTC)鼓励在比较广告中使用竞争者的名称,真实而不具误导性地使用竞争者的名称对消费者是高度有利的,能够传递有价值的信息,因而促进竞争。^⑨欧洲《关于误导广告和比较广告指令》序言6指出:广告是为共同体内所有商品和服务创造真实销路(genuine outlets)的重要方式,比较广告能客观展示各种可供比较产品的价值,能为消费者利益提升不同商品和服务提供者之间的竞争。该指令序言8进一步肯定比较广告的竞争价值:当重要、相关、可验证和代表性的特征用于比较且不产生误导性时,比较广告是一种告知消费者产品优势的合法方式。

因此,隐性使用行为符合绩效竞争的原理,提升了整体竞争机会和消费者福利。

五、结语

针对隐性使用行为的反不正当竞争法评价,应当依照请求权竞合的思路逐次检索《反不正当竞争法》第六条和第二条第二款的规范构成。第六条侧重于评价行为的混淆可能性,应当舍弃售前混淆的分析思路,回归传统商标法中多因素测试法,可考虑在《反法司法解释》中设计如下条文:将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词,应当结合如下因素判断是否误导相关公众:(1)是否在推广链接描述中使用了商业标识;(2)推广链接是否显著标明“广告”,是否与自然搜索结果明显区分;(3)权利链接的排序位置是否合理;(4)搜索平台的开放性程度以及后续服务链条的长度;(5)其他。

《反不正当竞争法》第二条具有一般条款和规则条款的双重功能。在不构成混淆可能性的情况下,不能在原则条款意义上适用《反不正当竞争法》第二条第一款,但第二条第二款可以在规则条款意义上

成为规范基础。应当对隐性使用行为展开“三叠利益”分析,不能仅仅因为经营者的交易机会可能受到损失就否定隐性使用行为的正当性。隐性使用行为在本质上是一种营销手段,即便广告主存在借用他人商标商誉的意图,但其并未阻止展示权利人的商品或服务,也未扭曲消费者的决策机制,恰恰提升了整体竞争机会和消费者福利。在具体适用《反不正当竞争法》第二条第二款的过程中,可考虑在《反法司法解释》中设计如下条文:将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词,可综合考虑以下因素判断是否适用《反不正当竞争法》第二条第二款:(1)商业标识的信息传递功能是否受到损害;(2)消费者的决策机制是否受到扭曲;(3)竞争秩序是否受到损害。

注释:

①Edible IP, LLC v. Google, LLC, 854 S. E. 2d 565, 358 Ga. App. 218(Ga. Ct. App. 2021).

②参见陈学军、丁伟主编:《上海市反不正当竞争条例释义》,中国工商出版社2021年版,第32-33页。浙江高院在海亮教育管理集团有限公司等诉浙江荣怀教育集团有限公司案(简称“海亮案”)中以混淆理论作为规制基础:被上诉人所称的交易机会,虽然是一种可能受到反不正当竞争法保护的利益,但并非一种法定权利。本案上诉人虽然通过竞价排名使自身网站易于为用户关注到的靠前位置,但并未妨碍被上诉人信息的展示,也未导致相关公众混淆误认等损害后果[参见浙江高院(2020)浙民终463号民事判决书]。该案二审判决被最高人民法院推翻,最高人民法院认为:……不正当地利用了“海亮”商标和企业名称在消费者心目中的知名度和市场影响力[参见最高人民法院(2022)最高法民再131号民事判决书]。

③参见浙江省高级人民法院(2015)浙知终字第71号民事判决书,最高人民法院(2015)民申字第3340号民事裁定书。再如上海知识产权法院的分析:妙克公司的被诉行为显然具有利用未来橙公司商誉,不正当获取竞争利益的主观故意。……在搜索结果的前列中显示妙克公司,极有可能吸引相关公众的注意力,诱导相关公众去点击妙克公司的网站,增加该网站的点击量,从而给其带来潜在的商业交易机会,也会使未来橙公司失去潜在的商业交易机会,损害未来橙公司的利益[参见上海知识产权法院(2020)沪73民终137号民

事判决书]。还如北京法院认为被告将原告企业名称、字号、商标文字等设置为搜索关键词的行为,缺乏正当性,被告具有利用原告商誉、抢夺原告潜在交易对象、挤占原告市场利益的主观恶意,该等行为系违反商业道德、违反诚实信用原则的不当竞争手段[参见北京市海淀区人民法院(2020)京0108民初8654号民事判决书,北京知识产权法院(2019)京73民终2991号民事判决书,北京市高级人民法院(2018)京民再177号民事裁定书]。

④参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第1828号民事判决书。该案并非典型的隐性使用关键词案件,但该案适用售前混淆理论的做法在隐性使用关键词案件中同样适用,因而本文以其作为典型案件进行分析。

⑤《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十二条。

⑥参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第1828号民事判决书。

⑦参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民(知)终字第08599号民事判决书。

⑧参见杜颖:《搜索引擎服务提供商关键词广告商标侵权责任之认定》,载《法学》2015年第6期,第34-43页;张韬略、张倩瑶:《后台竞价排名的商标侵权及不正当竞争认定》,载《同济大学学报(社会科学版)》2017年第6期,第114-124页。

⑨参见陶乾:《隐性使用竞争者商标作为付费搜索广告关键词的正当性分析》,载《知识产权》2017年第1期,第73-81页。

⑩Salomé Viljoen, "A Relational Theory of Data Governance", 131 Yale L. J. 573, 587-588(2021). 2019年,谷歌的收入为1607.4亿美元,其中广告收入为1348.1亿美元;2020年第一季度,脸书的广告收入为174.4亿美元,而其他渠道的收入仅为2.97亿美元。See Annual Revenue of Google from 2002 to 2020, STATISTA, <https://www.statista.com/statistics/266206/googles-annualglobal-revenue>[<https://perma.cc/T3JL-RHFY>]; Advertising Revenue of Google from 2001 to 2020, STATISTA, <https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google>[<https://perma.cc/29L6-AZJQ>]. Facebook's Global Revenue as of 2nd Quarter 2021, by Segment, STATISTA, <https://www.statista.com/statistics/277963/facebook-quarterly-global-revenue-by-segment>[<https://perma.cc/BEL9-V4Y8>].

⑪参见《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十二条,《最高人民法院关于审理商标民

事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条。

⑫Barton Beebe, "An Empirical Study of the Multi-factor Tests for Trademark Infringement", 94 CALR 1581, 1603-1604 (1006).

⑬Annette Kur, Martin Senftleben, European Trade Mark Law: A Commentary, Oxford University Press(2017), p. 380.

⑭参见江苏省高级人民法院(2018)苏民终字第982号民事判决书。

⑮参见王利明:《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》,载《法学家》2020年第4期,第1-2页;解亘、班天可:《被误解和高估的动态系统论》,载《法学研究》2017年第2期,第47页。

⑯Hearts on Fire Company, LLC v. Blue Nile, Inc., United States District Court for the District of Massachusetts, 603 F. Supp. 2d 274(D. Mass. 2009). 见[美]马克莱姆利等:《软件与互联网法》,张韬略译,商务印书馆,第258页。

⑰参见凌宗亮:《仅将他人商标用作搜索关键词行为的性质分析》,载《中华商标》2015年第9期,第69页;黄汇:《售前混淆之批判和售后混淆之证成——兼谈我国〈商标法〉的第三次修改》,载《电子知识产权》2008年第6期,第12页。

⑱Hearts on Fire Company, LLC v. Blue Nile, Inc., 见前注⑯, 马克莱姆利等书,第260页。

⑲参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第1828号民事判决书。

⑳Hearts on Fire Company, LLC v. Blue Nile, Inc., 见前注⑯, 马克莱姆利等书,第256页。

㉑Hearts on Fire Company, LLC v. Blue Nile, Inc., 见前注⑯, 马克莱姆利等书,第261页。

㉒参见上海浦东新区法院(2020)沪0115民初3814号民事判决书。

㉓宋亚辉:《旧法律如何回应新事物——竞价排名的规则经验与教训》,载《社会科学辑刊》2022年第4期,第61页。

㉔参见蒋舸:《知识产权法与反不正当竞争法一般条款的关系——以图式的认知经济性为分析视角》,载《法学研究》2019年第2期,第132页。

㉕学术界对本条的含义存在不同理解,有学者指出本条试图明确一个原则,即对于违反《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,依然可以适用《反不正当竞争法》第二条予以认定。笔者认为这种解读不符合《反法司法解释》第一条的文义和历史。

⑳2009年4月21日颁布的《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)第24条。

㉑参见最高人民法院(2022)最高法民再131号民事判决书。

㉒参见孔祥俊:《知识产权强国建设下的反不正当竞争法适用完善——基于行政规章和司法解释征求意见稿的展开》,载《知识产权》2021年第10期,第83-84页。

㉓参见朱庆育:《民法总论(第二版)》,北京大学出版社2016年,第44页。

㉔Vgl. BGH GRUR 1161, 1165-1166: Rn. 60-62. 转引自张伟君、庄雨晴:《“〈商标法〉优先适用论”辨析》,载《知识产权》2020年第6期,第53页。

㉕参见前注㉔,蒋阿文,第132页。

㉖黄汇:《反不正当竞争法对未注册商标的有效保护及其制度重塑》,载《中国法学》2022年第5期,第85页。

㉗曹建明:《全面加强知识产权审判工作 为建设创新型

国家和构建和谐社会提供强有力的司法保障——在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话》。

㉘参见(日)田村善之:《日本知识产权法》,周超、李雨峰、李希同译,张玉敏审校,知识产权出版社2011年版,第17页。

㉙参见前注㉘,田村善之书,第19页。

㉚参见最高人民法院(2022)最高法民再131号民事判决书。

㉛参见凌宗亮:《仅将他人商标用作搜索关键词行为的性质分析》,载《中华商标》2015年第9期,第69页。

㉜Hearst on Fire Company, LLC v. Blue Nile, Inc., 前注㉔,马克莱姆利等书,第258页。

㉝Statement of Policy Regarding Comparative Advertising, 16 C. F. R. §14. 15(b)-(c)(“在比较广告的政策上,商标委员会鼓励使用竞争对手的名称或提及竞争对手,但要求清晰明了,且必要时披露信息,以避免欺骗消费者。……比较广告能够激励产品改进和创新,并能降低市场价格。”)。

Regulation of Implicit Use of Search Keywords under the Anti-Unfair Competition Law

Liu Wei

Abstract: The principle underlying implicit use of keywords under Anti-Unfair Competition Law(AUCL)are still vague. The academic research on the issue is inadequate. There will be no conflict between Article 2 and Article 6 of the AUCL, based on which, the triple interest assessment method and the multi-factor analysis method of likelihood of confusing shall be applied respectively. The initial interest confusion and the loss of chance doctrine should be abandoned. In the process of applying the multi-factor analysis method, relevant factors of implicit use of search keywords should be analyzed around the attention of the relevant public, and the synergy between various factors should be analyzed. If the implicit use of search keywords can ensure the information transmission function of the trademark and enable consumers to rationally, freely compare and choose different goods or services, then such implicit use does not violate Article 2 of the AUCL.

Key words: Implicit Use; Initial Interest Confusion; Cognition of Relevant Public; Triple Interest; Concurrence of Claims