

关键词推广使用他人商标的反不正当竞争法 竞争法规制

刘润涛

(华东政法大学 研究生教育院, 上海 200042)

摘要: 仅将他人商标用作关键词进行搜索引擎推广, 是商标侵权行为、不正当竞争行为抑或侵权行为, 争议较大, 司法实践很多判决出现截然不同的结果。文章从关键词推广是否构成商标使用的理论与实践梳理入手, 分析仅将他人的商标用作搜索关键词不属于商标使用, 不会导致相关公众混淆。关键词推广虽不构成商标侵权, 但若明显有悖诚信原则和公认的商业道德、采用不正当手段实施, 应运用反不正当竞争法进行调整。若未明显违背公认的商业道德, 则慎用法律干预, 交由市场选择, 避免过于扩大适用反不正当竞争法而妨碍自由竞争, 充分体现促进创新和鼓励自由竞争的法律政策。

关键词: 关键词推广; 商标使用; 不正当竞争; 规制

中图分类号: DF523.3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2016)04-0119-10

一、引言

关键词推广, 也称关键词广告、竞价排名等, 1994年由美国搜索引擎服务提供商 Overture 公司最先开发使用的一种通过人工干预影响搜索结果的技术手段,^①是目前应用极为广泛的一种推广模式。搜索引擎关键词使用他人注册商标是一种较为普遍的现象, 甚至成为搜索引擎公司主营业务之一, 非常容易引发商标侵权及不正当竞争纠纷。根据关键词推广使用他人商标方式的不同, 关键词推广可分为单纯将商标用作关键词, 将商标与商品名称连用作为关键词, 将商标用于搜索结果网页链接的标题、描述, 网页内容广告宣传中使用他人商标, 以及以上方式的组合等多种类型。随着商标使用立法规定的明确和理论研究的深入, 在搜索结果链接标题、网页描述以及网页内容中使用他人商标, 与特定的商品或服务相联系, 构成商标使用, 已没有太大的争议。若建立特定联系的商品与注册商标核定使用的商品相同或类似, 容易导致相关公众混淆, 无正当理由就可能构成侵犯他人商标权。但目前理论界很少研究将他人商标仅用作关键词推广的情形, 实践中将他人商标仅用作关键词作出专门分析认定的司法判决也不多, 理论上对这种情形是否构成商标使用的研究不够充分, 司法实践中很多判决附带性地涉及该问题时存在截然不同的认定, 有些法院甚至根本未关注或有意回避该问题直接做出商标侵权的判决。^②将他人商标用作关键词包含单纯将

收稿日期: 2016-03-11

基金项目: 国家社科基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”(14ZDC020)。

作者简介: 刘润涛(1981-), 男, 江苏灌云人, 华东政法大学研究生教育院博士生。

^①Regina Nelson Eng. A Likelihood of Infringement the Purchase and Sale of Trademark as Keywords. Albany Law Journal of Science and Technology, 2008, (18).

^②参见上海市第二中级人民法院(2007)沪二中民五(知)初字第147号民事判决书。

商标作为关键词使用和将商标与该商标核定使用商品连用作为关键词两种类型。本文研究的仅将他人商标用作关键词特指单纯将他人商标用作关键词,不包含将他人商标与特定的商品连用作为关键词的情形。目前理论与司法实践未对关键词推广使用他人商标的具体形态进行深入的分析,对仅将他人商标用作关键词缺少关注。而仅将他人商标用作关键词是否属于商标使用的定性是逻辑起点,并直接影响将他人商标用作关键词推广纠纷商标侵权抑或不正当竞争的法律适用和处理结果。因此,对仅将他人商标用作关键词的商标侵权及不正当竞争属性进行审视,具有重要的理论价值和实践指导作用。

二、关键词推广的商标使用理论与实践

理论与司法实践中,在关键词推广中将他人商标用作关键词是否构成商标使用,是个基础而关键的问题,围绕该问题争议不断,理论研究和司法裁判试图从不同角度论证关键词推广商标使用属性。

(一) 理论研究

在关键词推广是否构成侵权,以及是商标侵权还是不正当竞争行为的理论研究中,将他人商标用作关键词是否属于商标使用的定性是基础,并基于这一基本问题的不同认识,对关键词推广商标纠纷理论研究的思路迥异。若认定作为关键词的商标发挥了识别商品或服务来源的功能,构成商标使用,在此基础上运用商标权保护的继续展开研究,即分析是否在相同商品或服务上使用与他人注册商标相同的商标,或在相同的商品或服务上使用与他人注册商标近似的商标,在类似的商品或服务上使用与他人注册商标相同或近似的商标,容易导致混淆,及使用他人注册商标的行为是否存在正当理由等。推广主混淆性商标使用构成商标侵权,搜索服务提供者知道推广主实施侵犯他人注册商标专用权的行为,客观上为其提供搜索服务帮助或便利条件,可能构成共同侵权。若认为关键词并没有起到识别商品或服务来源的作用,不构成商标使用,商标的基本功能未受损害,一般情况下不构成商标侵权,无法纳入商标保护的范畴加以规范。但并不意味着不侵犯其他权益,还有运用反不正当竞争理论研究的空间和必要。所以,对关键词推广商标纠纷的理论研究,首先要厘清使用他人商标作为关键词用于搜索推广是否构成商标使用的定性。由于相关纠纷的出现,关键词推广商标使用问题的研究曾经引起国内外学术界的关注,研究成果颇多,但这些理论研究大多停留在对关键词推广感性认识的层面,未对关键词推广使用他人商标的具体模式和方法进行深入细致的探究,仅是笼统地讨论关键词推广使用他人商标的定性,并认为尽管没有将商标直接贴附在商品上或应用于服务,但使用在推广媒介上,属于商业活动中使用,也构成商标使用,至少是商标侵权语境下的商标使用。^①当然,理论界也有关键词中使用他人商标是作为信息交流工作、不是用于识别商品或服务的来源、不构成商标使用的观点。^②总体而言,不管是商标使用“肯定说”还是“否定说”,都是在笼统地讨论关键词推广的商标使用性质,很少有基于对关键词推广使用他人商标的不同类型,就关键词推广的模

^①参见黄武双:《搜索引擎服务商商标侵权责任的法理基础——兼评“大众搬场”诉“百度网络”商标侵权案》,《知识产权》2008年第5期;王宇飞、雷艳珍、曹新明:《“关键词检索”中的商标侵权问题》,《天津师范大学学报(社会科学版)》2012年第4期;刘孔中:《关键词广告之商标法与竞争法争议》,《月旦法学杂志》2014年第12期;等。

^②参见邓宏光、易健雄:《竞价排名的关键词何以侵害商标权——兼评我国竞价排名商标侵权案》,《电子知识产权》2008年第8期;凌宗亮:《仅将他人商标用作搜索关键词行为的性质分析》,《中华商标》2015年第9期。

式和使用他人商标的方式进行有针对性的研究,尤其是没有专门研究仅将他人商标用作关键词推广这种特殊情形。当然,由于目前的理论研究未对关键词推广使用他人商标的具体类型进行区分,也可理解为理论界在讨论关键词推广是否构成商标使用的观点和分析包含了仅将他人商标用作关键词推广的情形。

(二) 司法实践

司法实践方面,发生在美国的较为典型的关键词推广商标纠纷,如Rescuecom Corp. v. Google Inc.案、Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.案、Tiffany Inc. v. eBay Inc.案等,法院审理过程中围绕关键词推广是否构成商标使用展开讨论并作出了不同的认定。1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com, Inc.^①案是最早分析“商业中使用”的经典案例,审理该案的联邦第二巡回上诉法院在分析“商业中使用”及“混淆可能性”时将“商标性使用”作为前提进行了重点阐述。虽然该案涉及弹窗广告的商标纠纷,但法院对“商业性使用”的阐释在关键词推广商标侵权及不正当竞争纠纷中频繁被援引及讨论,以至于少数学者错误地认为1-800案就是关键词推广商标纠纷。在Rescuecom案中,地方法院认为原告未能证明Google将其商标使用于商业活动,Google在其关键词推广中建议推广主使用原告商标为其关键词,不构成商标使用,故驳回了原告诉讼请求。^②Rescuecom不服,提起上诉。联邦第二巡回上诉法院在上诉审中基于该案与1-800案的不同,认定Google关键词推广建议工具建议推广主使用原告商标的行为并非内部使用,属于商业活动中的使用,遂撤销原判发回重审。^③此案被学术界解读为美国司法界对关键词推广是否构成商标使用态度发生转变的标志。在Rosetta Stone案中,地方法院认为Google提供关键词广告并非商标之使用,不构成商标侵权。但联邦第四巡回上诉法院认为,Google提供的链接,使消费者无法区分哪一个链接是真正的Rosetta Stone商标使用人,容易使消费者产生混淆,因此撤销原审判决发回重审。^④在Tiffany案中,法院认定,将他人商标作为关键词使用属于“商标性使用”,但为指示性合理使用。^⑤在欧洲,知名商标权人针对他人未经许可在关键词推广使用其商标也提起了系列诉讼,其中影响较大的是Louis Vuitton Malletier, SA v. Google Inc.案。在该案中,巴黎地方法院判决Google公司未经商标权人许可在关键词推广中使用LV商标侵害LV商标权。法国最高法院为厘清相关问题将该案提交欧盟法院裁决,欧盟法院认为关键词推广虽不属于欧洲商标指令中的“商标使用”行为,但若广告主使用购买的商标作为关键词推广,使消费者误认该网站系商标权人或授权商提供的商品,事实上损害了商标的识别来源、广告等功能,故构成商标侵权。^⑥

关键词推广商标纠纷频现于我国台湾地区,但司法实践中对关键词推广商标使用的认定较为谨慎,相关法院在“出一张嘴”、“叶全真”、“幸福空间”^⑦等很多案件中都明确否定了关键词推广的商标使用性质。在“出一张嘴”关键词推广商标纠纷案中,法院认为,判断关键词推广是否构成商标侵权,首先必须确认推广主设置或购买关键词的行为是否属于商标使用。且认为,并非只要将商标标示在商品包装或使用在商品广告中,就当然构成商标使用。

①1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com, Inc., 414 F.3d 400(2d Cir. 2005).

②Rescuecom Corp. v. Google Inc., 456 F. Supp. 2d 393(N.D.N.Y. 2006).

③Rescuecom Corp. v. Google Inc., 562 F.3d 123(2d Cir. 2009).

④Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc., 676 F.3d 144(4th Cir. 2012).

⑤Tiffany Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93(2d Cir. 2010).

⑥Google France and Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier, SA(C-236/08).

⑦参见台湾地区智慧财产法院101年度民商诉字第22号民事判决书。

具体到该案,由于被告仅将“出一张嘴”作为关键词索引,链接标题、网页描述、网页内容中都没有使用原告商标,同时消费者输入关键词搜索不会产生误认,故不构成商标使用,未侵犯商标权。^①在“叶全真”案中,台湾地区智慧财产法院更是明确指出,将商标使用于网络广告,是否属于商标使用,应视是否为了行销之目的和相关消费者是否会认为其作为商标使用。虽然被告使用“叶全真”是为行销目的,但被告使用“叶全真”作为关键词尚不足以使消费者认为其是商标,不构成商标使用。^②

我国大陆地区将他人商标用作关键词推广现象非常普遍,但受法律规定不明确、司法裁判标准不确定、维权成本比较高等众多因素的影响,并没有大量纠纷诉诸法院。尽管如此,近年来,各地法院还是审理了不少关键词推广商标纠纷案件。在“汤姆叔叔”关键词推广商标侵权及不正当竞争纠纷中,推广主使用“汤姆叔叔修鞋”作为关键词,法院指出,商标使用是识别商品来源的使用,关键词推广是商业活动,用他人商标作为关键词宣传推广商品,构成商标使用。^③当然,“汤姆叔叔”案不是严格意义的仅将他人商标用作关键词,而是将他人商标“汤姆叔叔”与该商标核定使用的商品“修鞋”连用作为关键词,而且还在关键词推广链接标题中将他人商标与核定使用商品连用。在“绿岛风”关键词商标纠纷中,法院也认为,商标用作关键词属于商标使用。^④但在“慧鱼”关键词推广商标纠纷中,法院则认为,将商标用作关键词是在计算机系统内部使用,没有识别商品来源,所以不属于商标使用。^⑤更为值得关注的是,“卢浮宫”关键词推广纠纷中,被告将他人“卢浮宫”商标与特定商品连用作为关键词,一、二审法院作出了截然不同的认定。一审法院基于将他人商标用作关键词属于商标使用的认定,进一步认为将与他人商标相同文字设置为关键词,导致相关公众对商品来源产生混淆和误认,故作出构成商标侵权的判决。^⑥但二审法院认为,涉案行为并不属于商标性使用,不宜认定为商标侵权。^⑦

可见,目前国内的理论研究倾向于,将他人商标用于关键词推广构成商标使用。由于理论上未对关键词推广使用商标的方式进行深入细致的区分,没有触及仅将他人商标用作关键词的性质,当然也可认为,既然未作区分,仅将他人的商标作为关键词推广也属于商标使用。司法实践中该类型纠纷不同案件案情各不相同,不过涉及的核心法律问题都是关键词推广商标使用的定性,但裁判标准不尽统一。国外对关键词推广使用他人商标性质的认识也存在明显的分歧,由于关键词推广中使用他人商标的方式、形态多样,往往需要结合个案环境与效果具体分析,不能一概而论。而且美国商标侵权与商标使用之间的关系本身就存在很大的理论争议,主流观点认为商标使用不是一个独立的因素,而是隐含在商标侵权混淆可能性判断之中,司法实践中基本也是将商标使用作为判断是否产生混淆可能性考虑的因素之一,并综合多方面的因素整体判断是否容易导致相关公众混淆。由于我国台湾地区

① 参见台湾地区智慧财产法院98年度民商上字第11号民事判决书。

② 参见台湾地区智慧财产法院100年度民商诉字第1号民事判决书。

③ 参见重庆市第一中级人民法院(2012)渝一中法民初字第00430号民事判决书,重庆市高级人民法院(2013)渝法高民终字第00241号民事判决书。

④ 参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法民三终字第119号民事判决书。

⑤ 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第9416号民事判决书、北京市高级人民法院(2013)高民终字第1620号民事判决书。

⑥ 参见福建省莆田市中级人民法院(2014)莆民初字第406号民事判决书。

⑦ 参见福建省高级人民法院(2015)闽民终字第1266号民事判决书。

对商标使用立法规定明确“行销之目的”，司法实践对仅将他人商标用作关键词推广的商标使用认定持非常审慎的态度。我国大陆地区多份司法判决认定将他人商标用作关键词，用于相同或类似商品的宣传推广，发挥了商标识别商品来源的功能，容易导致相关公众产生混淆，构成商标侵权。即使很多法院未对关键词是否构成商标使用详细论证，也是基于构成商标使用的前提作出侵权判决。

三、仅将商标用作关键词推广的商标使用属性分析

商标使用的定义，既揭示了商标识别商品或服务来源的本质属性，也是对商标使用范围的限定。^①商标使用是联系商品或服务而发挥识别功能的使用，游离于商品或服务之外的标志不仅不能称之为商标，更谈不上商标使用。司法裁判中，很多案件裁判文书中都明确表达，商标未与特定商品建立联系，仅有注册商标声明、商标转让或许可、单纯的广告宣传等象征性的使用，未发挥在商业活动中识别商品来源功能，都不构成商标法意义上的商标使用。^②当然，商标使用不仅指将标志用作商标的形式，更是识别商品来源的实质，将他人的商标用作企业名称等商业标识并突出使用，虽不符合作为商标的形式，但具备了识别商品来源的功能，仍然构成商标使用。

网络领域商标使用表现形式不断变化和发展，相关国际组织密切关注并积极应对，世界知识产权组织就曾发布《因特网上保护商标权联合建议》，为各国和地区完善相关立法提供了有益的参考。我国台湾地区商标法积极回应，专门增加数字与网络等媒介方式商标使用的相关规定。^③虽然我国大陆地区2014年《商标法》未对数字与网络等媒介上商标使用进行明确界定，但根据商标基本理论与成熟的司法实践，商标使用的属性并不受载体和媒介的影响。网络交易中的商标使用仍然是识别商品来源的使用。将他人商标用作关键词，是否构成商标使用的判断，同样也须从商标的功能和商标保护的目出发，既要合理保护商标权人的禁用权，又不能过度扩张商标权保护范围而损害其他经营者和消费者的合法权益。商标作为一种符号标识，本身是一种公共资源，不能为个别经营者所垄断，任何人都可以基于言论自由的宪法权利正当使用商标符号的信息传递。且非用于识别商品来源的信息传递功能对商标功能没有任何影响和损害，即使是在商业活动中使用，也不属于商标使用。所以，仅将他人商标用作关键词不构成商标使用。

第一，关键词推广搜索引擎提供了一种信息检索服务，^④是从技术上通过用户接口建立

^①《中华人民共和国商标法》第48条规定：“本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。”

^②如商标确权纠纷案件审理中，法院认为，广告宣传中商标未指定商品，不构成注册商标的使用。参见北京市第一中级人民法院（2009）一中行初字第917号行政判决书。

^③我国台湾地区《商标法》第5条规定：“本法所称商标之使用，指为行销之目的，而有下列情形之一，并足以使相关消费者认识其为商标：（1）将商标用于商品或其包装容器；（2）持有、陈列、贩卖、输出或输入前款之商品；（3）将商标用于与提供服务有关之物品；（4）将商标用于与商品或服务有关之商业文书或广告。前项各款情况，以数字影音、电子媒体、网络或其他媒介物方式为之者，亦同。”

^④本文无意讨论关键词推广的性质是信息检索还是广告。百度推广中创意标题和创意描述的信息存储在百度推广服务器，当网络用户搜索触发推广结果时展现的推广内容，广告属性无疑，但未使用创意的情况下关键词推广的属性主要是信息检索服务。

关键词与信息搜索结果内在对应关系的系统。关键词推广的工作原理是：首先推广主将特定文字如商标标识设置为关键词，并将该关键词与特定的网站建立对应关系，然后网络用户在搜索引擎的搜索框中输入关键词时，关键词触发搜索引擎搜索结果。从广告主角度来看，仅将他人商标用作关键词，此时的商标是一种为实现技术效果的“内部使用”，^①是在标识的意义上使用符号信息传递功能的技术性使用，未发挥商标的识别商品或服务来源功能，不构成商标使用。

第二，提供关键词推广服务的搜索引擎和购买关键词的推广主，都未必将关键词用于识别商品来源。关键词推广中，关键词是由推广主自行选择设定并向搜索引擎服务提供者购买关键词服务，搜索引擎服务提供者一般不主动推荐提供关键词，这与被经常援引的Rescuecom案中Google公司主动提供并建议推广主使用与他人商标相同的关键词在性质上存在明显的差异。仅将他人商标用作关键词推广中，购买关键词的推广主将他人商标相同文字设定为关键词，当网络用户在搜索框中键入该关键词时，触发搜索结果，并按照一定顺序显示相应的网络链接，但搜索结果中链接标题、描述和网页内容中都不出现商标标识，整个搜索过程中关键词仅在搜索引擎服务器上发挥作用，且未与特定的商品直接联系。搜索引擎服务提供者作为网络技术服务提供者，关键词并非其设置，也未向推广主主动推荐关键词，推广主自行选择设置的关键词也不是用于识别搜索引擎服务提供者的搜索服务。正因为如此，很多的判决中也认定搜索引擎公司提供的是信息检索技术服务，既不是内容服务提供者，也不属于广告发布的媒介。^②所以，不直接与特定商品或服务相联系，未用于识别商品或服务来源，在传统混淆理论下不会导致相关公众混淆，商标的识别功能没有因关键词的使用而受到损害。

第三，用户接口展现的链接标题、网页描述和内容中没有使用商标标识，仅在关键词索引中使用，搜索结果链接标题标注“推广”字样的区别标志，或者在专门的推广区域设置不同颜色的背景单独展现，与自然搜索结果存在显著区别，有些推广网页内容中还明确标注了推广主的商标，未攀附商标权人的商誉。搜索结果链接标题、网页描述不会导致网络用户误认，网络用户自主选择点击进入推广主网站后，更不会对网页内容提供的商品或服务来源产生混淆，根据我国现行法律规定的混淆原则，相关公众不易产生混淆，商标权不会因此受到实质性的损害。

第四，司法实践中将仅把他人商标用作关键词作为给商标权造成其他损害的商标侵权处理，追求法律效果与社会效果相统一，解决问题的思路值得肯定。但这种扩张性司法适用不仅法律依据不足，也不符合商标功能、商标使用、混淆可能性等商标法基本原理。而且，商标法实施条例和司法解释对其他商标侵权行为的解释都有特定条件和语境的限制，将他人商标作为商品名称装潢、企业名称或域名等，只有使用在相同或类似的商品上或突出使用且容易使相关公众产生误认的情况下才可能构成商标侵权。可见，商标法实施条例和司法解释列举的其他商标侵权行为出发点都是为了保护具有一定影响的注册商标、防止混淆的

^①张今、郭斯伦：《电子商务中的商标使用及侵权责任研究》，知识产权出版社2014年版，第93页。

^②如上海市第二中级人民法院(2007)沪二中民五(知)初字第147号民事判决书，北京市海淀区人民法院(2009)海民初字第26988号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2010)一中民终字第2779号民事判决书，深圳市福田区人民法院(2010)深福法知初字第685号民事判决书等。

特殊需要,不是商标保护的基本规定和通用规则。对于尚不具有一定影响力的普通注册商标,先是抛开商标使用的原理与规定,然后运用“初始兴趣混淆”等理论扩张我国商标法上的混淆可能性,最后又在无明确法律依据的情况下扩大解释“给注册商标专用权造成其他损害的商标侵权行为”,以达到将仅将他人商标用作关键词推广纳入商标法“强保护”的结果,颠覆了商标侵权与不正当竞争行为的区分传统,与商标法基本理论不符,也与商标法的现行规定相冲突。而且,抛开商标使用问题,直接通过对混淆可能性和商标侵权兜底条款扩大解释来解决关键词推广商标纠纷,逻辑上有本末倒置之嫌。

第五,商标使用贯穿商标权产生、维持、保护等整个过程,虽然在商标权确权和侵权认定阶段商标使用的具体认定略有不同,^①但商标法体系中的商标使用的含义、标准是统一的,不同生命周期里商标使用没有本质的区别。如果商标仅用作关键词构成商标使用,在连续三年无正当理由停止使用的撤销程序中,一旦商标权人能证明其曾将注册商标设置为搜索关键词,就不存在连续三年停止使用的情形,维持注册商标将变得非常容易,连续三年不使用撤销制度将形同虚设,对现行商标注册制度也会形成挑战,这显然是有悖商标法精神的。

综上,无论是关键词使用他人商标的形式、未发挥商标识别商品来源的功能,还是现行商标法框架下的混淆理论和商标侵权行为的规定,仅将他人商标用作关键词都不宜认定为商标使用。当然,目前的理论研究和司法实践中未对仅将他人商标用作关键词、将他人商标及核定使用商品连用作为关键词两种情形进行精细化区分。本文研究的仅将他人商标用作关键词特指单纯将他人商标用作关键词,若将他人商标与该商标核定使用的商品连用作为关键词,商标与特定商品之间的联系在关键词推广中得以建立,该关键词发挥了商标识别商品来源的基本功能,应属于商标使用。而且,与仅将他人商标用作关键词相比,将他人商标与该商标核定使用的商品连用作为关键词,从商标功能角度而言该关键词直接识别商品的来源,从技术上来看这种使用方式避免了关键词的高重复率,提高了关键词搜索的关联程度,降低关键词的竞争强度和搜索成本,对商标权人的实质性损害更为明显。

四、关键词推广的反不正当竞争法规制

商标权在网络环境下得以延伸,但商标保护不能成为符号垄断。商标权是一种禁止权,商标权保护不在于对标识商标的商品或服务的控制,而在于防止商标识别商品或服务来源的混淆。商标法有其固有的理论体系,确定商标权保护范围应建立在坚实商标法理论根基之上。网络环境下的商标权保护仍然要遵循商标保护基本原理和商标法规定,商标的功能没变,商标使用含义、混淆可能性以及侵权判断方法和标准,并没有因为商标使用环境的变化而发生改变。仅将他人商标用作关键词推广,由于不构成商标使用而不属于商标法调整范围。但作为商业标识法律体系的重要组成部分,《反不正当竞争法》对商业标识混淆行为在《商标法》之外提供补充保护。

(一) 商标法与反不正当竞争法调整界限

作为商业标识法律体系的重要组成部分,《商标法》与《反不正当竞争法》都有维护竞争秩序的共同目标,但又有明显区别的职能分工,即《商标法》主要从保护私权宗旨出发对注册商标和特定的未注册商标实施“强保护”,而《反不正当竞争法》主要从维护公平竞争秩序宗旨出发对商号、域名等未注册商标进行“补充保护”。《商标法》已经明确规定的商标侵权

^①王太平:《商标法原理与判例》,北京大学出版社2015年版,第248页。

行为,一般无需《反不正当竞争法》再进行重复,已经落入《商标法》规定的商标侵权救济范围商标使用行为,无需再援引《反不正当竞争法》的规定。当然,为防止保护落空和立法衔接技术问题,《商标法》的“强保护”与《反不正当竞争法》的“补充保护”的衔接上可能存在一定的交叉,《商标法》规定在相同或类似商品上的商标仿冒行为属于商标侵权,《反不正当竞争法》将擅自使用他人商业标识容易导致公众误认的仿冒行为作为不正当竞争行为进行规制,两法同时禁止误导公众的商标仿冒行为。正因如此,《反不正当竞争法(修改草案送审稿)》(以下简称《送审稿》)商业标识类不正当竞争行为条款中删除假冒他人注册商标的规定,避免《商标法》与《反不正当竞争法》的重叠保护,实现《商标法》与《反不正当竞争法》的协调,并试图在立法层面将商标、字号、域名冲突作为不正当竞争行为进行明确规定。^①

将他人商标使用在搜索结果链接标题、描述、网页内容等,或者将商标与商标核定使用的商品连用作为关键词,关键词事实上起到了识别商品来源的作用,构成商标使用,容易导致相关公众混淆的,没有正当理由时构成商标侵权。同时,通过擅自使用他人商标的手段实施的商标仿冒行为也可能构成不正当竞争行为。当商标侵权与反不正当竞争发生竞合时,权利人往往同时主张商标侵权及不正当竞争,此时《商标法》与《反不正当竞争法》之间发生了多重关系,即《商标法》的优先性、两者可以兼容的可选择性以及《反不正当竞争法》的补充性。^②但司法实践中大多情况下“在按《商标法》的规定对被诉侵权行为作出了商标侵权认定后,无须再援引《反不正当竞争法》的规定”^③。

(二) 关键词推广不正当竞争行为

仅将他人商标用作关键词,不属于商标使用,在我国商标法规定及司法实践坚持的混淆理论体系中不会导致相关公众混淆,因而不构成商标侵权。但不侵犯商标权是否等同于这种行为就合法?在商业标识法律保护体系中,《反不正当竞争法》有着独立的价值和特殊的功能。明显违背公认的商业道德或诚实的商业惯例,将他人有一定知名度的注册商标用作关键词实施关键词推广行为,具有明显的攀附他人商誉的恶意,不正当地损害竞争对手的利益,运用反不正当竞争法进行保护,维护公平竞争秩序,保护商标权人和消费者合法权益。

《反不正当竞争法》保护经营者合法利益,维护消费者乃至社会公众的利益,以确立一个更加全面的市场竞争秩序。公认的商业道德作为衡量不正当竞争行为的标尺,其与相关行业发展水平、公平竞争秩序、消费者合法权益保护息息相关。首先,商业道德不同于市民社会弘扬的个人美德或社会公德,是市场经济中特定商业领域诚实的商事交易参与者以逐利为目标的行为准则,是诚信原则在竞争法领域的具体要求和体现。其次,公认的商业道德不是市场参与者个体的、暂时的、主观上的内心确信,而是特定商事交易领域成熟的商业实践、通行的惯例和客观的行为标准。司法实践中,最高人民法院也明确,“以特定商业领域普遍认识和接受的伦理标准认定是否违反公认的商业道德”。^④当然,商业道德的公认性并不否定其带有鲜明的时代特征和地域特色,不同的时代、不同的国家和地区有不同的判断标准,受到来自特定时期、地域的政治、经济、社会、文化等众多因素的影响,公认的商业道德正是在各种因素的共同作用下不断发展的。

①《中华人民共和国反不正当竞争法》(修改草案送审稿)第5条。

②孔祥俊:《商标与不正当竞争法原理和判例》,法律出版社2009年版,第665页。

③参见上海市高级人民法院(2013)沪高民三(知)终字第59号民事判决书。

④《最高人民法院公报》2009年第9期。

反不正当竞争相关法律法规的修改和完善也正是紧跟公认的商业道德发展的步伐的体现。如正在制定的《互联网广告监督管理暂行办法》规定,将他人商标用作付费搜索广告的关键词、加入网站源代码提高搜索度,诱骗消费者进入错误网站,构成不正当竞争行为。^①《送审稿》也将经营者利用网络技术或者应用服务实施影响用户选择、干扰其他经营者正常经营的行为作为不正当竞争行为进行规制,^②这是《送审稿》争议的焦点之一,法律对互联网不正当竞争行为介入干预的必要性、正当性毋庸置疑,但在相关领域是否已经发展到形成公认的商业道德需要法律制度积极干预的地步,需要慎重和冷静的观察。关键词推广问题由来已久,且矛盾突出,该领域公认的商业道德业已形成,但《送审稿》没有将使用他人商标作为关键词、误导相关公众的关键词推广作为不正当竞争行为进行明确的规定,相反规定的却是网络干扰等尚未形成公认的商业道德的行为,建议修改《送审稿》的相关规定,将他人有一定知名度的注册商标用作关键词推广属于一种不正当竞争行为,通过《反不正当竞争法》进行调整。

(三) 促进创新与鼓励自由竞争

网络领域的市场竞争日新月异,自由竞争有利于促进创新和消费者整体福利的提高,竞争法应以保护公平、自由竞争秩序为首要目标。对于明显违背公认的商业道德的行为,应尽早修改完善法律。对于尚未形成公认的商业道德的市场竞争领域,立法不宜过早介入,行政执法与司法也不应在没有明确法律规定前就过早否定这种市场竞争行为的正当性。要严格适用公认的商业道德作为不正当竞争行为的判断标尺,不仅要慎用一般的个人美德或社会公德标准代替法律评价来限制互联网商业交易和自由竞争,而且要防止反不正当竞争法一般条款的滥用。市场经济是自由竞争的经济,模仿、自由竞争应是一种常态,自由的商业竞争行为一般应交由市场选择,《反不正当竞争法》不应成为保护商业模式和限制竞争的工具,不当扩大不正当竞争行为范围恰恰有害于自由与公平的竞争秩序。所以,尽管仅将他人商标用作关键词推广可能构成不正当竞争行为,但不能将所有仅将他人商标用作关键词推广的行为都认定为不正当竞争行为,必须要基于不正当竞争行为法定构成要件的具体分析。仅将他人商标用作关键词推广,且推广结果界面与正常搜索界面明确分割,搜索结果标题中也显著标注“推广”字样的区别标志,网页内容中还明确标注自己的商标,或者经商标权人许可销售商品、指示商品来源等正当理由的情形下,不宜作为不正当竞争行为处理,应允许正当使用他人商标作为关键词推广,为新兴市场发展留下足够的自由竞争空间。

就商标保护而言,商标法与反不正当竞争法的功能不同,既有明确分工,又相互配合,共同构建了商业标识法律保护的体系。未经商标权人许可将他人商标用作关键词推广,发挥商标识别商品来源功能的商标使用,容易导致相关公众混淆的,构成商标侵权,适用商标法有关商标侵权纠纷的规定处理。仅将他人商标用作关键词,未发挥商标识别商品来源的基本功能,不构成商标法意义上的商标使用,不容易引起相关公众混淆,不应认定为商标侵权。但将他人有一定知名度的商标用作关键词、用于相关商品或服务的宣传推广、容易误导相关公众,是一种较为典型的不正当竞争行为,应在《反不正当竞争法》中进行明确规定。同时,也应允许正当使用他人商标的标识用于关键词推广,不宜笼统地把包括仅将他人商标用作关键词推广都作为不正当竞争行为规制。

^①《互联网广告监督管理暂行办法》(征求意见稿)第15条第2款第(五)项规定:使用他人商标、企业名称作为文字链接广告、付费搜索广告的关键词,加入网站页面或源代码提高搜索度,诱使消费者进入错误网站。

^②《中华人民共和国反不正当竞争法》(修改草案送审稿)第13条。

五、结 论

仅将他人商标用作关键词推广,关键词作为信息检索工具,没有将商标与特定的商品或服务建立联系,未发挥商标标识的识别商品或服务来源的基本功能,不属于商标使用,不会导致相关公众混淆,一般情况下不应运用《商标法》进行调整。经营者明显违反公认的商业道德,将他人有一定知名度的注册商标用于关键词推广,故意误导公众,损害其他经营者合法权益,扰乱市场竞争秩序,正在修改的《反不正当竞争法》应给予积极回应,明确将其作为不正当竞争行为进行规定,纳入《反不正当竞争法》的调整范围。尽管仅将他人商标用作关键词推广可能构成不正当竞争行为,但不是所有仅将他人商标用作关键词推广的行为都是不正当竞争行为,必须基于违反公认的商业道德原则和结合修改完善后的法律规定的构成要件进行认定,慎用市民社会一般的个人美德或社会公德标准替代法律评价来限制互联网商业模式和自由竞争,同时也要严格适用《反不正当竞争法》不正当竞争行为一般规定的条款,防止不正当竞争行为一般条款的滥用。尚未形成公认的商业道德的竞争领域,自然无从谈及明显违背公认商业道德,应属于鼓励自由竞争的公共领域,法律不应过多干预,应为新兴市场发展留下足够的自由竞争空间,防止因不当扩大不正当竞争行为范围造成对自由竞争秩序的妨碍,体现维护网络商业道德、促进创新和鼓励自由竞争的法律政策。

The Regulation on Anti-unfair Competition of Using Others' Trademarks as Keyword Promotion

Liu Runtao

(Graduate School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: There is an ongoing debate on the attributes of trademarks that only be used as keywords of search engine promotion, namely trademark infringement, unfair competition or legitimate use. There are many different judgments in judicial practice. This paper begins from the theory and practice of trademark use in keyword promotion, and argues that the behavior that trademarks are used only as keywords does not belong to trademark use in trademark law, and it is not easy to confuse the public. Although trademark use as keyword promotion does not constitute trademark infringement in trademark law, it may be adjusted by anti-unfair competition law if it is achieved by unfair means and clearly violates the principle of honesty and credit and the generally recognized business ethics. Otherwise, the law should not intervene and leave the market to choose. We should prevent improperly expanding the application of anti-unfair competition to hinder the free competition, and carry out the legal policy of promoting innovation and encouraging free competition.

Key words: keyword promotion; trademark use; unfair competition; regulation

(责任编辑:海林)