

商标法57 | 别人商标加上“我不是”“并非”，就可以作为关键词引流了吗？错！（2022）

日期：2022.06.22 作者：明星楠

当下，互联网已经成为人们生活中必不可少的重要组成。每时每刻都有无数用户使用互联网浏览检索各类信息，这些“检索量”“浏览量”可统称为“流量”，它体现着某份信息在网络空间中的受关注度，进而与经济利益挂钩，已然成为一项蕴含重要价值的商业资源。

在经济利益的驱使下，有些人开始想方设法吸引流量，这一现象尤其在电商平台中相当普遍，最典型的表现：利用平台的检索机制，在自己的商品标题中加入某个具有高知名度的“关键词”，以提高商品被检索到的可能性。一些相关的违法侵权行为也由此产生。

采用正当合理的手段扩大宣传、吸引流量本身无可厚非，但是如果把他人商标、地理标志等用在自己的商品名称中，则很可能侵犯他人的商标权。在(2020)浙8601民初634号判决中，被告在商品标题中擅自加入了“西湖龙井”一词，目的是增加商品的检索率和关注度，法院明确认定该行为构成商标侵权。[1]

法院打击商标侵权的坚决态度让一些企图采用上述方法引流的人有所收敛。但是，问题并未彻底解决，某些人既想利用他人高知名度的商标引流，又想规避可能侵犯商标权的法律风险，由此创造出一种新型使用行为——在使用他人商标作为关键词引流的同时，采取所谓“附加措施”避免消费者对商品来源产生混淆，例如：采用“否定前缀+商标”的使用方式。在阿克苏苹果协会与云南老宝公司侵害商标权与不正当竞争纠纷中，老宝公司在商品标题中使用“并非阿克苏苹果”等表述，正是这种新型使用行为的典型体现。[2]

然而，即便披了一身“羊皮”，仍不会改变这类使用内在的违法性。

一、擅自利用商标作为关键词引流：具有明显的违法性

在商标前添加“否定词前缀”至多只能避免消费者混淆商品的真实来源，并未消除利用商标引流所造成的市场秩序的损害。市场经济鼓励自由竞争，但无序混乱的竞争损人害己，为市场所不能允许，作为一种增强商业竞争力的重要方式，商业宣传也应当遵循市场秩序，做到诚信自主。

“流量”在当下是一种十分重要的商业资源，而商标的商誉中也凝结着很多经济利益。使用他人商标作为关键词的“引流”行为本质上是攀附他人商标知名度的“搭便车”行为，一方面，该类行为即便不会导致消费者对商品来源产生混淆认识，也必然会侵夺、挤占合法使用该商标商品的“流量”，进而损害他人经济利益；另一方面，完全攀附他人知名度为自己牟利，所得利益当属不劳而获的不义

之财，具有明显的不合理性。行为人刻意添加否定词前缀明显是为了掩饰其上述非法目的，更体现出其违法的主观故意。

二、“否定前缀+商标”：试图规避商标法，但明显违反反不正当竞争法

众所周知，包括地理标志在内的各类商标都有一个基本功能——区分商品来源。司法实践中，一些法官据此认为，如果对商标的使用不会使公众对商品的来源（包括生产厂商、原产地等）产生混淆认识，就不属于商标法意义上的使用，不构成侵犯商标权。

例如，在(2020)浙0110民初12452号判决中，法院就认为，老宝公司在标题中使用“并非阿克苏盐源”“并非阿克苏果小云”，明确指明了涉案苹果并非阿克苏苹果，并在商品详情中明确标注其产地为云南昭通等，普通消费者施以一般注意力即能对涉案商品来源予以区分，不会产生混淆。^[3]故该种使用方式不构成商标侵权。本文认为：考虑到该行为具有十分明显的违法性，法律毋庸置疑应当对其加以制裁，即便难以认为其侵犯商标权，该行为也明显违反反不正当竞争法。实践中法院的做法也大致如此：

在(2020)浙0110民初12452号判决中，法院虽然没有认定被告构成商标侵权，但明确表示该行为构成不正当竞争行为：在商品推广经营中，商家有权根据具体情形自行设置搜索关键词及商品标题，但在此过程中，应遵循诚实信用原则和商业道德，对可能侵害他人合法权益的情形加以谨慎审查并合理避让……该种借由他人商标知名度“引流”的行为，损人利己，违反诚信原则和商业道德，对阿克苏苹果协会构成不正当竞争。^[4]

又如，在(2021)闽民终900号判决中，福建高院也认为，谷堆坡公司在商品标题中使用“五常”二字，虽载明“非五常大米”且系与其他20多字共同组合使用，但客观上以“五常”作为关键词搜索时可搜到涉案商品，从而实现“关键词引流”，不合理地获取涉案店铺中商品点击、浏览及交易的机会，实质上是一种搭便车的攀附行为，可以认定谷堆坡公司为竞争目的，造成市场信息的混乱，违反了诚实信用原则和公认的商业道德。谷堆坡公司的上述使用行为虽然并非识别商品来源的商标性使用，未侵害五常市大米协会的涉案注册商标专用权，但应认定构成不正当竞争。^[5]

由此可见，从反不正当竞争法的视角来看，该类行为明显违背商业道德、违反市场秩序，借用“搭便车”等恶性竞争方式攀附商业流量，严重损害合法经营者的正当利益。该类行为在实践中频繁出现，“阿克苏苹果”“五常大米”等人们所熟知的商标都曾遭此毒手，可见其早已不是个别现象，需要提高警惕、加以关注。

其实，实践中还有很多类似的使用商标的行为，把“否定前缀+商标”作为商品名称关键词只是其中一种，然而大多数行为都是“换汤不换药”，需要指出的是，该类行为虽然有可能不属于商标法意义上的使用，但只要其违背了市场秩序和诚信的商业道德，不当攫取了他人合法权益，就应当认定具备明显的违法性，因而需要受到法律的规制。即便在适用商标法时存在障碍，也应由反不正当竞争法对其加以惩处，绝不可纵容姑息。

[1] 杭州铁路运输法院(2020)浙8601民初634号民事判决书。

[2] 浙江省杭州市余杭区人民法院(2020)浙0110民初12452号民事判决书。

[3] 浙江省杭州市余杭区人民法院(2020)浙0110民初12452号民事判决书。

[4] 浙江省杭州市余杭区人民法院(2020)浙0110民初12452号民事判决书。

[5] 福建省高级人民法院(2021)闽民终900号民事判决书。