

“搭便车”的竞争法规制

冯术杰*

目 次

- 一、搭便车的过错与损害
- 二、搭便车的行为表现
- 三、搭便车与反不正当竞争法的关系
- 四、搭便车与知识产权法的关系
- 五、结语

摘 要 “搭便车”在很多国家一直是一种存在争议的不正当竞争行为，法国法就搭便车的过错和损害认定、表现形式、适用范围等方面的理论和实践都做了丰富发展。结合法国法的研究揭示：个性化的成果或知名度是认定搭便车的两类权益依据；搭便车的损害表现为对竞争优势的侵害及交易机会的侵占，不应对其设置比混淆等不正当行为更严苛的认定标准；搭便车可以发生于竞争者之间或非竞争者之间，应进一步摒弃竞争关系作为搭便车的认定条件；搭便车的适用范围应扩展到驰名商标保护之外的不当商誉利用行为；公平竞争、保护投入和知名度的理念为制止搭便车提供正当性依据；但凡知识产权法或混淆理论可以规制的行为，就没有必要再适用搭便车理论。

关键词 搭便车 假冒 法国竞争法 不正当竞争 混淆行为

“搭便车 (free riding)”在很多国家是反不正当竞争法所禁止的一类行为。在我国的司法实践中，法院也经常在《反不正当竞争法》一般条款（第2条）以及反假冒条款（原第5条，现第6条）的适用中认定某些行为构成搭便车从而应予禁止。^{〔1〕} 这些案件涉及数据

* 清华大学法学院副教授，法学博士。

作者感谢万勇教授对本文的宝贵意见。

〔1〕 崔国斌 《知识产权法官造法批判》，《中国法学》2006年第1期，第144-164页；周樾平 《不正当竞争法对“商业抄袭行为”的规范》，《法学》2012年第6期，第40-50页；周樾平 《商业标识保护中“搭便车”理论的运用：从关键词不正当竞争案件切入》，《法学》2017年第5期，第126-138页；梁志文 《从“山寨现象”看禁止盗用原则及其应用》，《法学》2009年第7期，第100-109页。



库⁽²⁾、游戏规则⁽³⁾、游戏直播视频⁽⁴⁾、体育赛事节目⁽⁵⁾、知名商业标志⁽⁶⁾等。但就禁止“搭便车”的理论依据以及所禁止行为的范围仍存在不少争论。⁽⁷⁾ 法国法就搭便车的过错和损害认定、表现形式、适用范围等方面的理论和实践都做了丰富发展。在法国法上,搭便车被称为“寄生(parasitisme)”(为符合我国法的语境,本文中将其表述为“搭便车”),它是上世纪五十年代中期由 Yves Saint-Gal 教授提出来的一种不正当竞争行为类型。它指的是跟在他人后面利用其投入或努力所产生的成果或知名度的行为,发生在竞争者之间的被称为搭便车竞争(concurrence parasitaire),发生在非竞争者之间的被称为搭便车行为(agissement parasitaire)。⁽⁸⁾ 搭便车理论一经提出即对法国的司法实践产生了很大影响,在大量的案件中被法院适用。但是,法国学术界和实务界对它的争论也持续了五十多年,一部分人认为该理论为成功规制频发的一类不正当行为提供了依据,另一部分人则认为该理论与自由竞争原则和知识产权法相冲突。⁽⁹⁾ 本文将先从民事侵权责任构成要件和搭便车的表现形式两个方面考察法国法上的搭便车,再结合我国相关立法与司法实践从理论与实证的角度分析搭便车与自由竞争原则及反不正当竞争法的关系、搭便车与知识产权法的关系,在此基础上为完善我国相关法制提供建议。

一、搭便车的过错与损害

搭便车的常见形态就是,当一个经营者获得商业成功之后,另一个经营者以相同或很相似的方式利用其成功的因素来获得竞争优势,后者免去了在经营、创新或推广方面

(2) 北京市第一中级人民法院民事判决书,(2011)一中民终字第 7512 号。

(3) 上海市第一中级人民法院民事判决书,(2014)沪一中民五(知)初字第 23 号;上海市第一中级人民法院民事判决书,(2014)沪一中民五(知)初字第 22 号。

(4) 上海市浦东新区人民法院民事判决书,(2015)浦民三(知)初字第 191 号。

(5) 深圳市福田区人民法院民事判决书,(2015)深福法知民初字第 174 号。

(6) 西安市中级人民法院民事判决书,(2013)西民四初字第 00227 号。

(7) WIPO, *Protection Against Unfair Competition* 55 (1994) [WIPO Pub. No. 725 (E)]. Ouvrage Collectif, *La concurrence parasitaire en droit comparé*, Actes du colloque de Lausanne: Droz, Genève, 1981; Jacques de Werra, *Défis du droit de la concurrence déloyale*, Schulthess, 2014; Jacques Larrieu, «Rapport sur la copie parasitaire en Europe», *Propriété industrielle*, n° 5, Mai 2012, alerte 36; Andrée Puttemans, «Droits intellectuels et concurrence déloyale-Copie de rosaces ou de kayaks: Halte à la dérive!», *Annuaire des Pratiques du commerce & Concurrence 2007*, Kluwer, 2008, pp. 489-501. Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEXAS LAW REVIEW 1031 (2005); Mary LaFrance, *Passing Off and Unfair Competition: Conflict and Convergence in Competition Law*, 102 TRADEMARK LAW 1096 (2012).

(8) Y. Saint-Gal, «Concurrence déloyale et concurrence parasitaire (ou agissements parasitaires)», *RIPIA* 1956, n° 25-26, p. 19.

(9) 代表性支持者 Philippe le Tourneau 教授,著述包括«Retour sur le parasitisme», *D.* 2000, Cah. dr. aff., chron. p. 403; *Le parasitisme*, Litec, coll. Responsabilités, 1998; «Parasitisme. Concurrence parasitaire et agissements parasitaires», *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 227; «Le parasitisme dans tous ses états», *D.* 1993, chron. p. 310. 代表性反对者 Jérôme Passa 教授,著述包括«Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique», *D.* 2000, Cah. dr. aff., chron. p. 297; *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997; *Domaine de l' action en concurrence déloyale*, *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. p. 240.

的投入。⁽¹⁰⁾ 可见, 搭便车的本质在于: 自己不做投入而是跟在其它经营者后面, 利用其经营努力形成的成果来获取客户。搭便车不是一个严格的法律概念, 而是对一类行为的事实性描述, 对于符合该描述的行为还是要进行法律评价以认定其是否不正当。法国没有专门的反不正当竞争立法, 民法典关于侵权责任的一般规定是本领域的立法依据。这涉及民法典的两个条款: 第 1240 条和第 1241 条 (原第 1382 条和第 1383 条)⁽¹¹⁾, 前者规定了过错责任⁽¹²⁾, 后者规定了过失责任。⁽¹³⁾ 法院就是在适用这两个条款处理竞争案件的过程中发展出了反不正当竞争法, 这一做法持续至今。⁽¹⁴⁾ 法国法上的侵权责任认定需要满足三个条件: 过错行为、损害和因果关系。法国法院对因果关系的要求并不高, 如果没有其他因素被认为造成原告的损失, 甚至可以从已经证明的过错行为和原告所受损害中推定因果关系的存在。⁽¹⁵⁾ 尽管我国采用反不正当竞争法单独立法模式而法国采用侵权法立法模式, 但在不正当竞争行为的过错与损害的认定上法国法仍有借鉴意义, 因为其侵权责任一般规则在竞争法领域的适用中发展出专门的经验与理论。

(一) 搭便车的过错

在过错行为的认定方面, 理论上, 民法上的过错就是违反了不得侵害他人的道德规则⁽¹⁶⁾, 但在市场竞争领域, 由于正当竞争而给其它经营者造成损害是合法的。因此, 从自由竞争原则的角度看, 反不正当竞争法上的过错行为就是超过自由竞争界限的行为或者是滥用竞争自由的行为。对不正当竞争行为的这一理论解读, 在传统上就落实到了《保护工业产权巴黎公约》第 10 条之二对于不正当竞争行为的定义上: 不正当竞争行为即违反工商业领域诚实惯例的行为。确实, 违反商业惯例的行为很可能被认定为不正当, 而符合商业惯例的行为被认定不正当的概率较小。⁽¹⁷⁾ Jérôme Passa 教授将不正当竞争行为定义为“背离谨慎的职业者的正常行为标准、打破竞争关系的平衡、破坏竞争对手间机会均等的行为”。⁽¹⁸⁾ 这个定义强调商业领域的经营者作为职业人士的行为准则和不正当竞争行为的损害后果。这个表述与法国民事侵权法上采用“善良家父 (被 2014 年 8 月 4 日第 2014 - 873 号法令修改为“理性人”)”作为过错评价标准的做法保持了一致。实践中, 法官需要采用根据个案事实情形决定的相关行业职业人士的模式作

(10) 巴黎上诉法院在判决中指出, 上诉人通过模仿被上诉人的产品包装侵犯了其个性化的经济价值, 谋得竞争优势, 而这是被上诉人专门的研发和构思工作的成果; 该行为因此属于具有过错的搭便车行为, 它破坏了不同市场主体之间的平等竞争关系, 扭曲了正常的市场竞争规则, 造成竞争紊乱。Voir note M. Malaurie-Vignal, *Propriété industr. 2012*, chron. 8, n°17, obs. J. Larriou. Louis Vogel, *Traité de droit économique: Tome 1: Droit de la concurrence*, Bruylant Edition, 2015, p. 1008.

(11) 法条序号修改请见 2016 年 2 月 10 日的第 2016 - 131 号法令 (Ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)。

(12) 根据该条, 因过错行为给他人造成损害的, 过错行为人应予补救。

(13) 根据该条, 对损害的责任不仅产生于过错行为, 也存在于疏忽或不谨慎的情形。

(14) 虚假宣传行为被规定在《消费法典 (Code de la Consommation)》中, 《欧盟不正当商业行为指令》所涉及的针对消费者的不正当竞争行为也被纳入了《消费法典》。

(15) Philippe le Tourneau, «Parasitisme-Régime juridique», *Juris-classeur Fasc. n° 3*, 27 juin 2017, I. A. p. 571.

(16) Planiol, *Traité de droit civil*, tome II, par Ripert et Noulanger, LGDJ 1957, p. 326.

(17) Michel Toporkoff, *Droit de la concurrence déloyale*, Gualino Editeur, 2010, pp. 27 - 28, 55 - 60; P. Mousseron (direction), *Les usages: l'autre droit de l'entreprise*, Lexis Nexis, 2014, p. 227.

(18) Jérôme Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, note 10, pp. 16 - 17.



为评价的参考标准。在过错的认定方法上,法国最高法院特别指出搭便车与一般不正当竞争行为之间的差别:就后者而言,行为人的过错可以从其所实施的客观行为及造成的损害来推定,而对于前者则需要综合案件各方面的事实情形(被告的动机、行为、商业背景、竞争关系等)来认定行为人具有跟随在原告后面利用其知名度或投入的恶意。⁽¹⁹⁾

(二) 搭便车的损害

在损害认定方面,民事侵权法上要求损失必须是确定的,在不正当竞争领域,被诉行为为很可能带来的损害或者潜在的损害都可以被认为是确定的损害。⁽²⁰⁾比如,巴黎上诉法院在 *Le Kateb* 案中指出,受害人不必证明其已经在经营中使用了涉案竞争元素,不正当竞争行为使其失去了商业发展前景或商业机会这一点就足以构成损害;⁽²¹⁾不正当竞争领域也不再要求竞争损害必须表现为客户的丢失;⁽²²⁾搭便车所造成的损害甚至可以只是精神损害(商誉或商业形象的损害)。⁽²³⁾有学者认为这与民事侵权法上的损害差异很大,因为他们认为不正当竞争行为的认定不需要实际损害的存在,甚至不需要损害的存在。⁽²⁴⁾但主流观点仍认为,这种差别并不存在,不正当竞争领域的损害的内涵和外延与侵权法是一致的,都是要求有直接的和确定的实际损害⁽²⁵⁾,只是损害的表现方式不同。法国的理论和司法实践中都认为不正当竞争行为造成的损害表现为侵权人获取了竞争优势,受害人的竞争优势被减损从而导致平等竞争关系的破坏,并将此称为竞争紊乱(*trouble commercial*)。⁽²⁶⁾法国最高法院在1985年的判决中明确了这一点,并确立了竞争紊乱这一损害的推定认定方式,即一旦认定竞争者有过错行为,就可以不要求原告提供所受损害的证据,而直接由被告的过错行为推定损害的存在。⁽²⁷⁾值得注意的是,作为不正当竞争行为认定条件的损害与确定损害赔偿责任中的损失是不同的,前者发生于审判的第一环节不需要量化证明,后者发生于第二环节需要量化评价。⁽²⁸⁾实际上,对搭便车造成的损害的认定与混淆和虚假宣传行为的损害认定是一致的,后者也不要求具体可量化的损害。不能因为搭

(19) *Cass. com.*, 12 juin 2012, n° 11-19.373; *JurisData* n° 2012-012866; *Propr. industr.* 2012, chron. 8, n° 15, obs. J. Larrieu; *RJDA* 2012, n° 908; *CA Paris*, Pôle 5, ch. 7, 7 oct. 2015, n° 10/11257; *Comm. électr. comm.* 2015, 90, note G. Loiseau; *RLDI* 2015, n° 3864, obs. J. de R.

(20) Philippe le Tourneau, note 16 I. A. n° 2, § 9.

(21) *CA Paris*, 4 juin 2004, n° 01/21562, *Le Kateb*; *JurisData* n° 2004-243680.

(22) Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu: *Rép. Concurrence déloyale*, n° 103. — *Cass. com.*, 12 févr. 2008, n° 06-17.501, *Yoplait*; *Juris Data* n° 2008-042743.

(23) Ph. Le Tourneau, *Le parasitisme*, *Litec*, n° 238. — *Cass. 1re civ.*, 22 oct. 2009, n° 08-19.499; *Sté Midi Libre*; *Juris Data* n° 2009-049963; *Propr. industr.* 2010, comm. 11, J. L.

(24) J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, PUF, Thémis, Paris 2e édition, 1989, p. 169.

(25) Jérôme Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, note 10, pp. 22-24.

(26) Paul Roubier, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Litec, 1952, p. 509; *Cass. Com.* 22 oct. 1985, *Bull.* n° 245, *RDPI* 1985, n° 2, p. 137 obs. Jonquères.

(27) *Cass. Com.*, 22 oct. 1985. *Bull.* n° 245; *RDPI* 1985, n° 2 p. 137, obs. Jonquère; *D.* 1986, *Somm.* 339, obs. Y. Serra. L. Merillod, «Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis», *LGDJ*, 1954, p. 72; *Cass. com.* 10 janv. 1989: *Bull.* n° 12; *D.* 1990, *Somm.* 75, obs. Y. Serra.

(28) 实际上,这种损害的解释方法也适用于商标法领域,商标侵权认定的标准就是混淆可能性:未经授权在相同或类似商品上使用相同或近似标志有可能造成混淆的行为构成商标侵权。

便车理论没有具体的条文依据，就对其适用设置比其它不正当行为更严苛的损害认定条件。这一点对于我国法院认定搭便车甚至适用反不正当竞争一般条款都具有借鉴意义。

二、搭便车的行为表现

Le Tourneau 教授结合司法实践与理论学说对搭便车做了定义：任何人以营利为目的并没有正当理由以相同或很近似的方式使用他人个性化的经济价值（*valeur économique*）从而获得竞争优势，而这种经济价值是他人技术、智力劳动或投资的成果，则该行为构成搭便车的过错行为。⁽²⁹⁾ 尽管该定义很全面，但司法实践中仍需要综合个案的各种情形来认定被告对原告经济价值的利用具有不正当性。法国法将带来竞争优势的“经济价值”分为知名度和创新或投入产生的成果两类，它们基本对应着知识产权法的两类客体：前者对应着商标法和反假冒制度的保护客体，后者基本对应着著作权与邻接权法和专利法的保护客体。“经济价值”的认定在搭便车案件中具有基础重要性，因为它是搭便车认定的权益性条件。⁽³⁰⁾ 这也就决定了其与公共领域以及知识产权法之间的关系需要被谨慎处理。⁽³¹⁾ 知名度与创新或投入的成果是并列的两种经济价值，他人对其中一种的不正当利用就可以构成搭便车。⁽³²⁾

（一）利用他人投入或创新成果

在搭便车竞争方面，法国法院在很多传统领域做过认定。比如，法院认定一家报社转载另一家报社制作的采访而未注明出处构成搭便车竞争；⁽³³⁾ 香水销售者称自己的产品与竞争者的相关产品相对应，构成利用后者为调配和推广该产品的投入成果的搭便车；⁽³⁴⁾ 建筑企业将竞争对手完成的需要一定技术的吊顶工程拍成照片作为自己的工程样品提供给客户的行为构成搭便车。⁽³⁵⁾ 搭便车理论还经常在传统知识产权保护难以奏效的领域被适用，比如软件等。软件的著作权保护与专利权保护模式都存在效果上的局限性，搭便车理论也经常被援用。一家公司开发了一款室内装修与家具设计的3D空间展示软件 HomeByMe，后被达索公司所收购。该软件可以展示装修效果与家具效果，在房屋销售、建筑、设计和家具等领域具有很好的商业前景。该软件的使用包括三个步骤：构思、摆放家具和总结，3D展示中使用了一个可以在不同房间走动的虚拟人物提供观察视角，室内的墙体可以被掩盖以便展示全景图，房间并配有顶光效果。被告

(29) Ph. Le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec 1998, p. 125. 这一定义也被司法实践所采用：CA Paris, 20 sept. 2006, n° 05/10072, Christian Dior Couture c/Victoria Casal: JurisData n° 2006 - 313401.

(30) CA Paris, pôle 5, 4e ch., 12 sept. 2012, n° 11/05622, SAS ALJ Productions: JurisData n° 2012 - 020651. - CA Paris, 20 sept. 2006, n° 05/10072, Christian Dior Couture c/Victoria Casal: JurisData n° 2006 - 313401. - CA Paris, 4e ch., sect. A, 16 avr. 2008, n° 07/09322: JurisData n° 2008 - 363043.

(31) 冯晓青《知识产权法的公共领域理论》，《知识产权》2007年第3期，第3-11页；李顺德《试论反不正当竞争法德客体和法律属性》，《知识产权研究》（第8卷），中国方正出版社1999年，第279-311页；韦之《论不正当竞争法和知识产权法的关系》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1999年第6期，第28页。

(32) T. com. Paris, 15e ch., 28 sept. 2015, Sound Strategy c/Conception.

(33) Cass. 1re civ., 22 oct. 2009: JurisData n° 2009 - 049963, Propr. industr. 2010, comm. 11, J. Larrieu.

(34) Cass. com., 1er juill. 2008: JurisData n° 2008 - 044659.

(35) CA Nîmes, 10 sept. 2009: JurisData n° 2009 - 020199.



根据原告的软件在很短的时间内开发了一款竞争性软件 Wanaplan, 采用了上述所有元素。达索公司证实该软件的开发耗资 219 万欧元, 被告的模仿行为使其得以节约大量资金和研发时间, 并将一个本已表达购买意愿的客户给抢走了。法院认定被告的行为构成搭便车竞争。⁽³⁶⁾

在搭便车行为方面, 在近年的一个典型案件中, 法国最高法院认定 G 银行使用学生毕业论文中的方案构成搭便车。⁽³⁷⁾ 该案中, 图卢兹商校的硕士生在毕业论文中设计了一种针对外国移民的银行服务方案, 内容包括: 法国境内的银行给外国移民在法国开个账户, 并通过在该移民的原属国的分行给该客户指定的亲属免费开立一个账户, 法国境内的客户就可以通过电话或网站从法国账户向该外国账户汇款; 为方便外国移民, 银行应设立专门针对某些移民群体的分行和电话服务中心, 由懂相关国家语言和文化的工作人员提供服务等。G 银行的战略与市场部在未通知该学生也未获得其允许的情况下实施了该方案, 在当年就开立了 4000 到 5000 新账户, 并该项目获得了年度欧洲业务奖。法国最高法院认为, 该学生的银行服务方案设计构成具有经济价值的创新成果, G 银行对其利用构成搭便车。相反, 在经营者之间不存在竞争关系的情况下, 吸收借鉴某些经营成果并开发自己的成果则不构成搭便车。在乐高案中, Lunatic 公司采用了乐高公司的积木方法生产拼装家具, 乐高公司认为后者构成对其积木玩具的搭便车。法国最高法院认为, 使用玩具积木元素生产模块家具本身不构成搭便车; 被告尽管是从原告的产品受到启发, 但是却是创造了自己的不同的产品, 而且从玩具到家具的工艺技术也不是原告的而是被告自己特别的努力与投资的结果, 因为家具的组装有特别的限制, 被告并因此开发了自己的模块连接系统以支撑家具的重量。⁽³⁸⁾

(二) 利用他人的知名度

利用他人知名度的搭便车行为有很多种不同表现形式, 可以涉及商标、商号、公司名称、商品形状或包装、广告语等各种情形。但无论哪种情形中, 知名度是获得搭便车保护的必要条件。⁽³⁹⁾ 利用驰名商标知名度的情形已经被知识产权法典第 L713 - 5 条所规定。根据该条, 在不类似的商品或服务上复制或模仿驰名商标, 如果对商标权人造成损害或对商标构成不当利用, 则行为人承担民事责任; 此种保护也适用于《巴黎公约》第 6 条之二意义上的未注册驰名商标。⁽⁴⁰⁾ 在香槟案中, 某香水公司推出的一款香水取名 Champagne (香槟) 并采用与香槟酒塞很像的香

(36) Cass. 1re civ. , 13 déc. 2005: JurisData n° 2005 031257 , comm. J. Larrieu , Propriété industrielle n° 7 - 8 , Juillet 2018 , comm. 49.

(37) Cass. com. , 31 mars 2015 , n° 14 - 12. 391 , M. X c/Sté Générale: JurisData n° 2015 - 007287; Propriété industrielle n° 6 , Juin 2015 , comm. 49 J. Larrieu.

(38) Cass. com. , 3 mai 2012 , n° 11 - 18. 077 , Sté Lego c/Sté Lunatic Construction: JurisData n° 2012 - 009251.

(39) Philippe Le Tourneau , «Parasitisme. Concurrence parasitaire et agissements parasitaires» , J. -Cl. Concurrence-Consommation , fasc. 570 , § 53.

(40) Its provides that *The countries of the Union undertake , ex officio if their legislation so permits , or at the request of an interested party , to refuse or to cancel the registration , and to prohibit the use , of a trademark which constitutes a reproduction , an imitation , or a translation , liable to create confusion , of a mark considered by the competent authority of the country of registration or use to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this Convention and used for identical or similar goods. These provisions shall also apply when the essential part of the mark constitutes a reproduction of any such well-known mark or an imitation liable to create confusion therewith.*

水瓶盖，由于香槟是知名的起泡酒地理标志，该行为被认定为搭便车。⁽⁴¹⁾ 利用他人知名品牌元素的，比如，在奇迹香水案中，被告使用了奇迹牌香水及其包装的玫瑰色和银色的香水瓶盖等元素，法院认为这引起消费者想到奇迹香水广告中的玫瑰银色，构成搭便车。⁽⁴²⁾ 将他人知名商标、商号或域名⁽⁴³⁾ 作为网站元标签 (meta tag)⁽⁴⁴⁾ 或搜索关键词⁽⁴⁵⁾ 构成搭便车。利用知名电影音乐构成搭便车⁽⁴⁶⁾，利用他人知名作品 (小王子) 的广告语构成搭便车。⁽⁴⁷⁾

对于他人知名度的利用，在方式上也可以是间接的使用他人商业活动中的某些元素，只要足以引起消费者对他人品牌或商品的联想即可，在效果上甚至只需要借以设置或提升自己商品的档次。比如，奢侈品品牌卡地亚很早就在其高档珠宝品牌广告中使用斑点豹的形象和红色元素，因而在消费者中具有很高的知名度，某公司在其为鸦片牌香水的广告中也使用了斑点豹、红色和珠宝的形象，法院认为该行为构成搭便车；⁽⁴⁸⁾ 在 Mariage Frères 案中，原告 Mariage Frères 是法国高档茶品牌，被告是一家眼镜公司，被告在广告中将原告的一款茶盒作为眼镜盒使用，法院认为被告的行为是在借助原告具有很高知名度的茶盒使得相关公众认为其眼镜与原告的茶叶一样属于高档产品，因此，被告不当利用了原告的知名度从而构成搭便车。⁽⁴⁹⁾

在利用他人知名度的搭便车领域，坦克 (Tank) 表案是一个涉及保护到期后的外观设计产品的著名案例。该案中，著名手表企业卡地亚 (Cartier) 公司的坦克手表由 Louis Cartier 1919 年设计问世，在世界范围内取得了巨大成功和很高的知名度，至今仍是卡地亚的主打手表款式。蕾蒙威 (Raymond Weil) 公司是另一著名手表企业，它在坦克手表的外观设计到期之后推出与坦克的款式非常相似的手表，卡地亚对蕾蒙威提起了搭便车之诉。⁽⁵⁰⁾ 巴黎上诉法院认为，该款手表的外观设计已经到期，因此对其模仿本身不构成侵权；但是，该款产品在全世界具有很高知名度，是卡地亚主打品牌并与该品牌存在紧密的关联，卡地亚也一直将其作为广告宣传中的重点产品；蕾蒙威公司销售几乎完全相同的产品，必定是意图利用由卡地亚公司的推广努力而产生的知名度，从而获取竞争优势，而其自己没有为此做创新或投入；这种行为构成搭便车。蕾蒙威公司提出其自身在市场上具有很高的知名度，因此没有必要利用卡地亚的知名度。对此，法院认为这不能成为被告搭便车过错的抗辩理由，作为享有声誉的同行业竞争者，蕾蒙威公司更应当避免跟在竞争对手后面的搭便车行为。因此，法院认为，尽管涉案产品的外观设计到期

(41) CA Paris 15 , décembre 1993.

(42) CA Paris , 25 janvier 2006.

(43) TGI Paris , 30 avril 2009.

(44) TGI Paris , 8 janvier 1999.

(45) CA Paris , 13 mars 2002.

(46) CA Paris , 24 mars 1999 Polygram: JCP E 1999 , pan. p. 745.

(47) CA Paris , 2 avr. 2003 , C & A France: PIBD 2003 , III , p. 477.

(48) CA Paris , 21 octobre 2015.

(49) CA Paris , pôle 5 , ch. 5 , 8 mars 2012 , n° 08/15882 , Mariage: JurisData n° 2012 - 005486.

(50) CA Paris , 4e ch. A , 14 juin 2006 , SA Cartier c/SA Raymond Weil: Juris-Data n° 2006 - 304157 , Comm. com. électr. 2006 , comm. 153 , note C. Caron.



从而处于公共领域，但由于其所承载的知名度，该产品应继续获得搭便车理论的保护。⁽⁵¹⁾ 本案非常典型的反映了搭便车理论与自由竞争原则及其与知识产权法的关系问题。

三、搭便车与反不正当竞争法的关系

不正当竞争行为的评价标准和不正当行为的类型都是在司法评价商业实践的过程中确立的，由于竞争行为的多样性和发展性，评价的标准也会发展。搭便车理论就是在之前的不正当竞争评价标准被认为不足以规制某些商业行为的背景下被提出的，因而是对反不正当竞争法的扩张性发展，但这一新的理论也需要与既有的理论（尤其是混淆理论）相衔接。

（一）搭便车理论对反不正当竞争法的发展

搭便车理论对反不正当竞争法的发展表现在两方面，一是将其适用范围扩展到非竞争关系的情形，二是提出了新的评价标准从而确立了新的不正当行为类型。在总结司法实践经验的基础上，Roubier 教授在 20 世纪 50 年代初期将不正当竞争行为从理论上分为四类：混淆、商业诋毁、瓦解竞争对手（比如“挖人”和侵犯商业秘密）和瓦解市场（比如倾销）。⁽⁵²⁾ 这一分类并不是穷尽性的，因为侵权责任条款具有广阔的适用空间。⁽⁵³⁾ Saint-Gal 教授在 1956 年提出搭便车理论的时候，将搭便车区分为搭便车竞争和搭便车行为，前者发生于竞争对手之间，后者发生在非竞争对手之间。在那个时代的法国司法实践中，不正当行为的认定仍以竞争关系的存在为必要条件，因为传统观念认为不正当竞争就是争夺客户，因此原告与被告必须有共同的客户群。⁽⁵⁴⁾ 搭便车行为的概念很快被法国法院适用于无竞争关系的案件中。⁽⁵⁵⁾ 从这个角度说，搭便车理论推动了法国法将不正当竞争行为的理解从抢夺客户发展到对竞争自由的滥用。

同时，实践中也有很多不存在混淆风险的模仿行为被认为是不正当的，但在理论上没有形成明确的评价标准。搭便车理论在司法适用之初主要用于制止利用他人知名度的行为，这尤其涉及对于知名商标在非类似商品或服务上的保护，但该理论的适用范围要远超过驰名商标的情形。搭便车理论的适用范围逐步被扩展到禁止利用他人的投入或创新或其它努力而产生的成果（经济价值）。于是，搭便车理论为在混淆之外确立一种新的不正当行为评价标准提供了支持，它立足于保护给经营者带来竞争优势的个性化经济价值：知名度与成果，而这些成果都是经营者通过投资、研发、创新等努力而产生的。正如 Passa 教授所指出的，搭便车理论的所有意义就在于，在不存在商品或来源混淆的情况下，它使得可以认定使用他人识别性标志或创新成果的

(51) 对该案判决的反对意见，见 *CA Paris*, 14 juin 2006, *Propriétés intellectuelles*, janv. 2007, p. 124, note J. Passa。

(52) Paul Roubier, note 30, p. 505.

(53) Jérôme Passa, note 10, p. 20; Louis Vogel, note 11, p. 921.

(54) 多数学者认为关于竞争关系不是认定不正当竞争行为的必要条件。J-M Mousseron, « Responsabilité civile et droits intellectuelles », *Mélange A. Chevanne*, Litec, 1990, p. 247. 有学者进一步指出，尽管竞争关系不是必需的，但是竞争关系的存在会便于认定过错和损害后果。Jérôme Passa, note 10, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, p. 15.

(55) 巴黎上诉法院 1959 年即第一次适用该理论于判决中。C. A. Paris, 24 nov. 1959 *The Ritz Hôtel Limited*. 从这个角度说，搭便车理论推动了法国法将不正当竞争行为的理解从抢夺客户发展到对竞争自由的滥用。

行为具有过错，即便这些客体不受私权保护。⁽⁵⁶⁾ 基于这一新的理论构建，加之其适用范围涵盖竞争关系之内和之外的行为，搭便车理论与传统反不正当竞争法保持了一定的距离。在绝大多数著述以及司法实践中，搭便车都是与不正当竞争相提并论的一个概念，尽管理论上将前者视为后者的一种类型是完全可以的。由于侵权者的主观恶意和此类行为的负面影响，也有学者将搭便车视为一种严重的不正当竞争行为。⁽⁵⁷⁾

(二) 搭便车与混淆行为

从竞争法的角度来看，搭便车行为是对竞争者的广义的模仿或成果利用（misappropriation）行为，而原则上经营者之间的模仿是一种竞争自由。因此，对于搭便车的过错认定，实际上是在竞争自由限度之内的模仿和超过自由竞争限度的模仿之间划出界限。对于模仿行为的正当性可以从不同方面或角度进行评价，但从经验和历史的角度看，首要的评价标准就是混淆理论。无论被模仿或利用的对象是产品本身的特征、产品包装、产品名称、商号或企业名称，甚至不需要商业标志的使用，只要各方面的情况表明可能引起消费者就商品或商品提供者等的混淆误认，此种模仿或利用就是不正当的。⁽⁵⁸⁾ 无论是否将搭便车视为不正当竞争行为的一种，其与混淆行为都存在很大关联。由于搭便车竞争（而不是搭便车行为）发生在竞争者之间，因此，侵权人和受害人的商品或服务或经营活动总是存在某些相似性。尽管搭便车竞争的认定不需要混淆可能性这个条件，但在侵权人利用竞争对手的知名度（商标、商号、广告语、广告元素等识别性标志）或投入及创新成果（产品设计、包装设计等）的情况下，产品或来源的混淆可能性是很可能同时存在的。这种情况下，混淆可能性就成为搭便车竞争的一个后果，侵权行为也可以被认定为混淆行为。⁽⁵⁹⁾ 法院在实践中有时也认定被告的行为同时构成混淆和搭便车竞争。⁽⁶⁰⁾ Larrieu 教授指出，法院对同一行为的双重认定并不必要，因为基于混淆行为已经能实现制止侵权行为和赔偿原告的目的，而增加认定搭便车竞争并没有增加更多救济。法国法院的做法在此类案件中的趋势是只认定混淆行为，而将搭便车竞争吸收进去。⁽⁶¹⁾

因此，无论是利用他人知名度的行为还是利用他人投入或创新成果的行为，凡是可能与他人造成混淆的行为都没必要再引入搭便车理论作为评价标准。我国 1993 年《反不正当竞争法》

(56) J. Passa, «Domaine de l' action en concurrence déloyale », J. -Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 240, § 78, 1er Janvier 2014. Cass. com., 9 juin 2015, n° 14 - 11. 242, Sté Auchan: JurisData n° 2015 - 014136.

(57) Louis Vogel, note 11, p. 921.

(58) Michel Toporkoff, note 18, pp. 65 - 66.

(59) Louis Vogel, note 11, pp. 1010 - 1111.

(60) 比如，巴黎上诉法院在一起涉及仿冒药品包装的判决中认定，被告对原告商品包装的模仿会让相关公众认为被告 2007 年投放市场的商品是原告 1982 年投放市场的商品的变种，该行为构成混淆；法院接着指出，被告高度近似的模仿原告的包装是利用了由原告的设计和研发工作成果所构成的具有竞争优势的经济价值，因此也构成搭便车竞争。CA Paris, pôle 5, ch. 4, 14 sept. 2011, n° 09/07975, SA Laboratoires Arkopharma c/SA Pierre Fabre Médicament: JurisData n° 2011 - 018872; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 233, M. Malaurie-Vignal. Voir aussi CA Paris, 12 nov. 1992: PIBD 1993, III, 138. - CA Paris, 18 janv. 2012: JurisData n° 2012 - 000982; CA Paris, 19 sept. 2008: JurisData n° 2008 - 374846; CA Toulouse, 8 mars 2007: JurisData n° 2007 - 345003; Cass. com., 24 janv. 1995: PIBD 1995, III, 258.

(61) Jacques Larrieu, «Un an de droit de la concurrence déloyale », *Propriété industrielle* n° 9, Septembre 2012, chron. 8.



第5条将混淆行为的适用范围限定在涉及使用商业标志的情形; 2017年修订后的《反不正当竞争法》第6条明确将该条款扩展为禁止混淆的一般规则: 以混淆可能性的结果作为主要评价标准, 而对造成混淆的行为持开放性态度, 这也就与《保护工业产权巴黎公约》第10条之二的规定形成一致。我国的司法和行政机关也应开放思路解释和适用好新的反假冒条款, 让这一新的评价标准有效发挥对竞争行为的调整作用。如上文所述, 未使用他人的商业标志但利用某些产品特征元素引起混淆的司法案例在法国法上是很丰富的, 而我国的司法实践中也经常不涉及使用商业标志的混淆行为。比如, 在“百度诉搜狗(下拉搜索关键词)案”中, 搜狗输入法软件设置了下拉搜索提示词, 当网络用户使用该输入法在百度搜索框输入搜索关键词时, 搜狗的下拉搜索提示词会出现; 如果客户点击该提示词则会被转到搜狗预设的搜索结果网站而不是百度的搜索结果网站。⁽⁶²⁾ 法院认为, 尽管搜狗输入法有自身的输入框, 但该输入框是在用户先选择百度搜索的背景下呈现的, 并非一个纯粹在自身产品中进行功能显示设置的问题, 而必须考虑用户在先选择使用百度搜索的意愿、用户对搜索引擎的使用习惯等因素, 以避免与百度公司提供的下拉列表发生混淆; 此外, 搜狗输入法搜索候选功能在设置上应注意与百度搜索下拉列表的显示形式进行区分, 使相关公众在施以一般注意力时便足以分辨。法院认为搜狗公司主观上明知或应知百度搜索引擎下拉提示词的显示方式, 却不加避免, 采取了与之相似的搜索候选呈现形式, 主观上具有过错; 客观上搜狗输入法在用户事先选定百度搜索的情况下, 先于百度公司以类似搜索下拉列表的方式提供搜索候选, 借助用户已经形成的百度搜索使用习惯, 诱导用户在不知情的情况下点击候选词进入搜狗搜索结果页面, 造成用户对搜索服务来源产生混淆的可能, 不当争夺、减少了百度搜索引擎的商业机会, 该行为构成不正当竞争。本案中, 法院即正确的适用了混淆规则认定被告的行为构成不正当竞争。

四、搭便车与知识产权法的关系

在工商业领域, 自由是竞争原则⁽⁶³⁾, 对某些行为的禁止是例外, 这些例外就主要包括法律就创作、发明和商业标志等赋予有关主体的独占权所形成的对自由竞争的限制。反不正当竞争法的目的在于禁止不正当行为, 在这一大制度背景下, 反不正当竞争法就成为公共领域与知识产权私权范围之间的调节器, 它一方面要避免与知识产权法的重复适用, 另一方面还要防止其禁止范围损害知识产权法给公共领域留下的空间。⁽⁶⁴⁾

(一) 搭便车理论自我适用限制

搭便车理论将知名度或其它成果作为评判竞争行为的权益依据, 这间接起到保护财产权益

(62) 参见北京市海淀区人民法院民事判决书, (2015)海民(知)初字第4135号。

(63) 该原则由1791年的Allard法令和Chapelier法所规定, 并在现代被确认为宪法性规则, Décret du 2 et 17 mars 1791, loi le Chapelier des 2 et 17 mars 1791, loi Royer du 27 décembre 1973. *Cons. const.*, 16 janv. 1982: *Gaz. Pal.* 1982, 1, p. 67, note J. Piédelièvre et J. Dupichot. - J.-L. Mestre, *Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété*: D. 1984, chron. p. 1. Jérôme Passa, note 10, p. 13.

(64) 冯晓青 《论知识产权法与竞争法在促进有效竞争方面的平衡与协调》, 《河北法学》2008年第7期, 第40-49页; Gorge Bonnet, *Avant-propos*, in Jérôme Passa, note 10, p. X.

的作用，这就必然牵涉到其与知识产权法之间关系的协调。⁽⁶⁵⁾ 根据法国法的理论和实践，搭便车理论与知识产权法的关系涉及多个方面。首先，如果某种权益或行为已经在知识产权法的适用范围之中，那么搭便车理论就不再适用。因此，如果原告在知识产权之诉中同时提起搭便车之诉，法国法院要求后者必须基于与知识产权侵权相区别的事实。⁽⁶⁶⁾ 其次，如果原告主张的保护对象是已经过了保护期的知识产权的客体，则不能基于知识产权侵权的事实获得搭便车理论的保护。⁽⁶⁷⁾ 但是，如果对过期的知识产权之客体的使用会导致对商誉的不当利用，则搭便车理论仍要对其予以禁止。再次，搭便车理论处于相对于其它法定救济途径的补充适用地位。这意味着，如果法院因为原告主张保护的客体不是知识产权的客体而拒绝提供知识产权法上的保护，则原告针对同一行为的搭便车之诉仍有机会获得支持。⁽⁶⁸⁾ 这里面临的问题就是，如果知识产权法不保护的客体，反不正当竞争法还应不应再保护或者应在什么条件下予以保护？

搭便车理论的本质在于惩罚不劳而获利用他人投资或创新成果获得竞争优势的行为，这种行为注重对行为人恶意和对他人成果利用行为的评价。为了处理这一评价标准与知识产权法之间的关系，由于后者对于专有权的赋予条件做了技术性安排，搭便车理论对于作为被利用对象的经济价值也设置了一定的条件。比如，没有独创性的图书内容⁽⁶⁹⁾ 或广告语⁽⁷⁰⁾ 或电子商务合同格式条款⁽⁷¹⁾ 不构成个性化经济价值；某些类别的电视节目的固有元素不能构成可以带来竞争优势的个性化经济价值；⁽⁷²⁾ 当下流行的时尚或风格不能构成个性化的经济价值；⁽⁷³⁾ 具有功能性的术语不构成个性化经济价值；⁽⁷⁴⁾ 没有独特性的技术工艺不构成个性化经济价值。⁽⁷⁵⁾ 此外，搭便车理论还专门对经济价值的认定设置了一般性排除条件，即技术或功能上所必需的成果或

(65) 尽管理论上反不正当竞争法不应被以权益保护的思路进行适用而应对行为本身进行评价，但行为的评价也经常需要从不同角度或借助多种因素才能进行。比如，混淆是从行为的后果评价，虚假宣传和商业诋毁是从行为的客观性和后果评价，商业秘密从权益客体和行为性质的角度来认定。因此，不能因反不正当竞争法是行为法就否定从权益界定的角度结合其它因素来认定搭便车行为。

(66) *Cass. com.* , 16 déc. 2008: JurisData n° 2008 - 046323.

(67) J. Passa , note 10 , Contrefaçon et concurrence déloyale , p. 21 , Voir aussi *Cass. com.* , 29 janv. 2002 , n° 99 - 21.396. - *CA Paris* , 29 sept. 1999 , *SEREM c/ALTRAD* , préc. - *CA Paris* , 4e ch. , 20 juin 2001 , *Sté Wabco Westinghouse c/Sté Yon Teknik: PIBD 2001* , III , p. 614.

(68) *Cass. com.* , 12 juin 2007 , n° 05 - 17.349 , *Sté Bollé: Bull. civ. IV* , n° 159; *RJDA 2008* , n° 466; Michel Toporkoff note 18 , pp. 73 - 75.

(69) *TGI Lille* , 12 févr. 2015 , n° 14/00062: *LEPI 2015* , comm. 51 , A. Lebois.

(70) *Cass. com.* , 9 juill. 2013: JurisData n° 2013 - 014627; *Contrats , conc. consom. 2013* , comm. 211 , obs. M. Malaurie-Vignal.

(71) *Cass. com.* , 23 sept. 2014 , n° 13 - 20535 , *Vente-privée. com: JurisData n° 2014 - 021817; Contrats , conc. consom. 2014* , comm. 274 , M. Malaurie-Vignal.

(72) *CA Paris* , Pôle 5 , ch. 4 , 12 sept. 2012 , n° 11 - 05.622 , *AJL c/Endemol: Propr. industr. 2013* , comm. 77 , note J. Larrieu (maintenu par *Cass. com.* , 26 nov. 2013 , n° 12 - 27.087) : *RLDI 2013* , n° 3291.

(73) *CA Versailles* , 16 janv. 1997 , *Habitat France*.

(74) *CA Paris* , 5e ch. A , 10 sept. 2003: JurisData n° 2003 - 222622.

(75) *Cass. com.* , 24 sept. 2013: JurisData n° 2013 - 020678; *Contrats , conc. consom. 2013* , comm. 264 , obs. M. Malaurie-Vignal.



者为遵守某种标准而必需的成果不能作为经济价值获得保护。⁽⁷⁶⁾ 这个条件的设置是专门为了协调搭便车理论与知识产权法的关系,并保障经营者的自由竞争,因为保护技术或功能必需性成果会阻止其他经营者参与有关产品或服务领域的竞争,此类成果与商誉以及非技术或功能必需性成果是不同的。比如,法国法院认定,超市模仿药店的商品摆放方式不构成搭便车;⁽⁷⁷⁾ 进口商复制商品上的技术描述不构成搭便车;⁽⁷⁸⁾ 一种装木柴的袋子的形状是技术上所必需的,因而他人的使用不构成搭便车。⁽⁷⁹⁾

(二) 搭便车理论适用范围的界定

就反不正当竞争法与知识产权法的关系而言,前者补充或兜底保护知识产权的角色是由于历史与实用的原因形成的,不应因此就从知识产权保护的角度看待反不正当竞争法的作用,后者不是前者的辅助或从属法。⁽⁸⁰⁾ 知识产权法保护创新成果或商标,通过专有权赋予条件与保护期限的机制激励创新与商誉积累并平衡私权与公共利益的关系;不正当竞争法评价竞争行为的正当性,保护经营者利益、消费者利益、维护竞争秩序。两部法律各有其价值目标和任务。⁽⁸¹⁾ 从另一个角度看,搭便车理论和反不正当竞争法与知识产权法之间的关系,非常典型的反映了自然法与制定法之间的张力和道德与逻辑之间的角力。⁽⁸²⁾ 知识产权是人为构建的社会制度,在效率与公平之间侧重效率,甚至可以在一定程度上损害公平;搭便车理论和反不正当竞争法传统上是一个社会关系确认法,侧重公平与正义,甚至可以在一定程度上放弃效率。前者基于成本效率的计算和逻辑创设社会关系,可以超越社会环境和文化背景,后者基于社会文化中的道德伦理评价社会关系,必定植根于社会环境和文化背景。⁽⁸³⁾ 当两者发生冲突时,追求效率还是遵从伦理,并不总是容易选择。实际上,行为的准则或评价标准,可以依据逻辑划定,也可以依据相关领域的行业惯例或商业道德划定,不同的社会背景催生不同的选择。基于效率计算的规范总是在计算所依据的假设前提的范围内具有合理性,但效率计算的前提条件都是有限和狭窄的。法律允许某些符合效率计算的行为,可能会隐性的对社会道德造成重要损害,而这种损害的后果通常难以被纳入计算。

(76) Cass. civ. , 24 mai 1976: *Ann. propr. ind.* 1977 , p. 245.

(77) CA Paris , 27 nov. 1998: *D. affaires* 1999 , p. 661 , note Fouassier et Fallet.

(78) Cass. com. , 9 avr. 2002 , n° 99 - 15. 428: *Bull. civ.* IV , n° 70; *D.* 2002 , p. 1759 , note J. Daleau; CA Paris , 16 avr. 1986: *PIBD* 1986 , III , p. 349. - V. aussi , CA Paris , 4e ch. , 20 juin 2001 , n° 1999/10423 , 1999/14872: *JurisData* n° 2001 - 152905; *PIBD* 2001 , n° 731 , III , p. 615.

(79) CA Douai , ch. 1 , sect. 2 , 24 janv. 2012 , n° 10/07965 , SARL Idées B Création: *JurisData* n° 2012 - 007951.

(80) 李明德 《关于反不正当竞争法的几点思考》,《知识产权》2015 年第 10 期,第 35 - 44 页; 杨明:《试论反不正当竞争法对知识产权的兜底保护》,《法商研究》2003 年第 3 期,第 119 - 128 页; 张广良 《竞争法对知识产权的保护与限制》,《法学杂志》2015 年第 2 期,第 71 - 78 页; 孔祥俊 《论反不正当竞争法的新定位》,《中外法学》2017 年第 3 期,第 736 - 757 页。

(81) 孔祥俊 《论反不正当竞争的基本范式》,《法学家》2018 年第 1 期,第 50 - 68 页; 刘丽娟 《论知识产权法与反不正当竞争法的适用关系》,《知识产权》2012 年第 1 期,第 27 - 35 页。

(82) 前巴黎商业法院不正当竞争法庭的庭长 Michel Toporkoff 先生也表达了同样的看法。Michel Toporkoff , note 18 , pp. 75 - 76.

(83) 比较广告的反不正当竞争法规制制度的发展就是一个典型例子。参见黄武双 《不正当竞争广告的法律规制》,《中外法学》2017 年第 6 期,第 1624 - 1646 页。

对于搭便车理论所保护的客体范围,不仅需要从反不正当竞争法与知识产权法的关系角度考虑,也需要有基于反不正当竞争法自身价值目标的考虑。在将导致混淆的行为从搭便车理论中剥离出去之后,该理论的适用就主要涉及两种情形,一是在不存在混淆的情况下对于他人投入或创新成果的利用是否应予以禁止;一是在不存在混淆的情况下对于他人知名度的利用是否应予以禁止。前者涉及两类对象的保护:一类是不属于作品、发明、外观设计、植物新品种等知识产权客体的对象,一类是属于知识产权客体但没有经过注册或审查公告程序的对象,这背后的问题就是:根据搭便车理论保护此类对象是否与知识产权法存在冲突?后者涉及禁止利用驰名商标知名度规则的扩展适用,即能否将该保护适用于驰名商标之外的知名标识。

首先,就经济投入产生的成果而言,尽管著作权法和专利法都只保护创新成果,但邻接权制度保护的是投入产生的成果,在立法对录音制品、软件和数据库等进行保护之前,正是反不正当竞争法对这些领域的投入产生的成果进行保护。⁽⁸⁴⁾与知识产权法通过保护创新来激励创新一样,邻接权制度的逻辑也在于通过保护投入来激励投入,两者制度基本原理上是相同的。从这一角度来看,在数据库、体育赛事直播等领域,对于著作权法或邻接权法未明确提供保护的客体,可以基于保护投入激励投入的原理通过搭便车理论进行调整。⁽⁸⁵⁾在此类案件中,可以参考法国的司法实践对原告主张的成果设置一定的认定条件,这包括它必须是个性化的“经济价值(知名度与创新或投入产生其它成果)”并能带来竞争优势。在“丰禾案”中,原告将来源于国家行业标准的产品介绍信息上传到其网站,被告对其设置了深度链接,法院认为,丰禾公司上传信息付出的人力与物力不能说明其享有具体权益;⁽⁸⁶⁾在“大众点评案”中,法院认为,原告通过合法途径吸引用户注册、发布信息,并为维护和整理用户信息付出了巨大的人力、物力、财力和时间等经营成本,由此产生的合法权益受法律保护;⁽⁸⁷⁾在“金融城”中,原告通过自己开发的软件对某银行提供的外汇交易牌价的即时行情处理后,制作出外汇币种走势图并公布于网站上,被告对该数据信息进行了深层链接,法院认为该行为违反行业惯例构成不正当竞争。⁽⁸⁸⁾在这些案件中,尽管法院从不同角度对被告的行为进行了评价,甚至说理都不甚详细,但我们仍可以看到,凡是属于需要通过相当的投入才能产生的个性化成果并能给原告带来竞争优势的,法院都认定被告的使用行为构成不正当竞争,反之则不予保护。这种认定思路值得肯定。就创新产生的成果而言,商业秘密保护制度是反不正当竞争法与专利法并行不悖的一个典型例子。商业信息和不满足专利授予条件的技术信息都不是专利法的保护对象,但反不正当竞争法予以保护,其原理就在于对于他人有用信息的窃取或披露行为是不正当的。这一不同的评价标准可以为保护非专利客体提供合理性基础。

其次,在商誉或知名度的保护方面,混淆理论在反不正当竞争领域的适用本身就是对商标注册制度逻辑的修正:商标注册制度下的商标法不保护未注册商标,但具有知名度的未注册商

(84) 张平 《中美数据库著作权保护的司法比较》,《知识产权》1998年第5期,第5页。

(85) 祝建军、魏巍、陈洋 《擅自网络实时转播体育赛事构成不正当竞争》,《人民司法》2016年第2期,第96-99页。

(86) 江苏省徐州市中级人民法院民事判决书,(2008)徐民三初字第23号。

(87) 同前注(2)民事判决书。

(88) 北京市第二中级人民法院民事判决书,(2000)二中知初字第122号。



标可以得到反不正当竞争法的保护。当然,在知名度的保护方面最主要的搭便车议题还是无混淆情况下的知名度利用问题。我国的法律仅通过反淡化制度对注册驰名商标提供这方面的保护。⁽⁸⁹⁾但事实上和理论上,对于他人知名度的利用并不限于侵害注册驰名商标的情形。法国法以制止搭便车为目的禁止任何方式的对他人知名度的利用,这一点值得我国借鉴。因此,应当把搭便车理论的保护对象也扩展到未注册驰名商标和其它具有高知名度的商号、商品名称、包装和装潢等商业标志,并禁止以其它方式利用他人知名度的行为。⁽⁹⁰⁾在“金庸诉江南”案中,法院认定,原告对作品中的人物名称、人物关系等元素创作付出了较多心血,这些元素具有极高的知名度和影响力,具有较高的商业市场价值;被告利用这些元素创作新的作品,借助原告作品整体已经形成的市场号召力与吸引力提高新作的声誉,可以轻而易举地吸引到大量熟知原告作品的读者,并通过与两出版社的出版发行行为获得经济利益,客观上增强了自己的竞争优势,同时挤占了原告使用其作品元素发展新作品的市场空间,夺取了本该由原告所享有的商业利益,构成不正当竞争。⁽⁹¹⁾可见,本案中法院正是以利用他人知名度的搭便车理论作为反不正当竞争法一般条款的适用依据。在该案中,原告同时以“商品化权”为基础提出了诉讼请求但没有获得法院的支持,由此,我们也可以看到,搭便车理论完全可以从反不正当竞争法的角度对“商品化权”背后的权益保护提供法律依据。

在前述 *Mariage Frères* 等案中,法国法院认为,凡是借助他人知名度使得相关公众会因此认为搭便车者的商品在档次、质量、风格、技术等方面与被侵权人相当的就属于搭便车。在我国的司法实践中也已经有类似案例。比如,在普拉达案中,原告的商标 Prada 是服装、珠宝等商品上的著名奢侈品品牌,被告在报纸上刊登了推介其房产项目和推销店铺的招租广告,广告中的女款手提包使用了“PRADA MILANO”文字和图案商标,广告文字为“全球顶级奢侈品牌进驻,引领国际奢侈生活潮流,PRADA 意大利时尚品牌,创始于 1913 年等”。⁽⁹²⁾法院认定,该行为属于故意利用普拉达公司的商誉,借用“PRADA”的知名度,推介自己房产项目和推销店铺,以此吸引相关公众的视线,提升其店铺的品味和形象,将自己的店铺与时尚、高端商品密切联系,提高自己的商品推广交易机会,不正当的获取了比其他竞争者更为有利的地位和利益。法院在本案中依据《反不正当竞争法》第二条认定了被告对原告知名度和商誉的搭便车行为,并没有以对原告商标的“驰名”认定为条件,值得肯定。

此外,目前实践中争论较多的是将他人商标或商号用作网络搜索关键词的行为,如果不存在消费者可能发生混淆误认的情形,则应充分考虑构成对他人知名度的搭便车行为的可能。⁽⁹³⁾

(89) 驰名商标的反淡化保护包括三个方面的内容:淡化、丑化和不正当利用商誉。但是,搭便车角度的保护仅涉及第三种行为。参见《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释(法释〔2009〕3号)》第9条第2款。

(90) 将搭便车理论适用于不相同不类似商品上并不予驰名商标淡化保护制度相冲突。后者是全国范围的高水平保护,前者仅在局部范围的高水平保护。这与商业实际更相符,有些标志在局部范围的知名度完全可以达到驰名的程度,因此也应在局部享有高水平的保护。

(91) 广州市天河区人民法院民事判决书,(2016)粤0106民初12068号。

(92) 同前注(6)民事判决书。

(93) 同前注(1),周樾平《商业标识保护中“搭便车”理论的运用:从关键词不正当竞争案件切入》,第126-138页。

在“慧鱼”案中，原告慧鱼牌的多种产品锚栓、锚固在市场具有知名度，并获得了多个荣誉证书。⁽⁹⁴⁾ 被告将原告的商标设置为百度推广服务的关键词，从而使网络用户在搜索相关词语时，其设置的链接能出现在搜索结果页面的推广链接栏目中。法院认为，被告将相关文字设置为推广链接的关键词系在计算机系统内部操作，并未直接将该词作为商业标识向公众展示，不会使公众将其识别为区分商品来源的商标，不属于商标性的使用，因此，该行为未侵犯原告的注册商标专用权；虽然被告以与“慧鱼”相关的文字作为推广链接的关键词有借此增加其网站及产品广告出现在搜索结果中的机会的意图，但综合考虑其设置的推广链接的具体情形、关键词广告市场特性以及网络用户的认知水平等因素，其行为尚未达到违反诚实信用原则和公认的商业道德的程度。法院的分析可以说明此种情形下不存在混淆误认的可能，但不能说明为什么没有违反诚信原则。此类案件中，应考虑到品牌得以形成市场知名度所需要的努力与投入、知名度的利用会给原告带来的损害（通过经营积累形成的知名度才赢得消费者的主动搜寻，而被主动搜寻的机会被他人夺走）和被告由此获得的竞争优势（消费者会认为搭便车者的产品与知名商品同一档次、品质、文化，将对知名商品的部分认知转移到竞争者之中）。⁽⁹⁵⁾ 在“畅想软件”案中，最高人民法院指出，原告在外贸管理软件领域具有一定知名度，被告将原告的公司名称和商号设置为百度搜索关键词，明显具有利用原告商誉的主观故意；被告在客观上也利用原告的知名度获取网络用户点击量从而取得了潜在商业交易机会，也使原告失去了潜在的交易机会，该行为有悖于诚实信用原则和公认的商业道德，构成不正当竞争。⁽⁹⁶⁾ 本案中法院即依据搭便车理论对被告利用他人知名度的行为给予了否定性评价，值得肯定。

最后，禁止对他人知名度的搭便车行为还涉及到专利过期的外观设计能否获得反不正当竞争法保护的问题。法国法院在前述“坦克表案”中对于过期的外观设计产品给与了搭便车保护，因为涉案产品具有很高的知名度。我国的司法实践中也有类似案例。在“晨光笔案”中，原告的一款笔曾受外观设计专利保护，该专利终止后，被告生产了与原告外观基本相同的笔，原告诉被告侵害其特有名称、包装、装潢。法院认为，反不正当竞争法在特定条件下于知识产权法之外，对某些民事权益提供有限的、附加的补充保护；外观设计满足知名商品特有包装、装潢的条件时，可受反不正当竞争法保护；不过，外观设计专利权终止后，向社会释放了可以自由使用的信号，原告主张该设计受知名商品特有包装、装潢保护应当提供更加充分的证据来证明该设计受法律保护。⁽⁹⁷⁾ 法院的意见暗示了此种情形下对于外观设计予以保护的依据不是混淆理论，而是搭便车理论，不是对外观设计的来源识别功能的破坏导致反假冒条款的适用，而是对于外观设计所承载的高知名度的搭便车行为引起反不正当竞争法的适用。由于我国反不正当竞

(94) 北京市高级人民法院民事判决书，(2013)高民终字第1620号。

(95) 还有观点认为，允许使用他人商标作为搜索关键词可以增加消费者选择机会从而促进竞争，但消费者利益的增加和竞争的促进并不能成为让商标所有人正当利益受损的理由，也不能成为评价竞争行为正当性的依据。这种观点没有对公平竞争和商誉或知名度的保护给与应有的重视。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》，《知识产权》2017年第1期，第74页。

(96) 最高人民法院民事裁定书，(2015)民申字第3340号。

(97) 最高人民法院民事裁定书，(2010)民提字第16号。韩赤凤《反不正当竞争法的完善与知识产权保护》，《知识产权》2003年第6期，第21页。



争法上的混淆行为本就以知名度为适用条件，因此搭便车理论在混淆情形下的适用就体现在对于更高知名度的要求。从另一个角度来看，这里涉及的问题也表现为，一个法律关系或者权利终止了，另一个法律关系或权益能否存在或产生？外观设计专利基于申请行为而产生，知名商品包装装潢的反不正当竞争权益基于知名度的事实而产生。这两者并不矛盾：即便在前者仍然有效的情况下，也不排除后者的产生和存在；前者终止了，后者仍然可以继续存在。这就好比，著作权到期的 logo 作品，仍然可以依据商标申请获得商标权的保护。只不过商标权是依据申请和注册行为产生的，知名包装装潢的权益是依据知名度这个事实产生的。⁽⁹⁸⁾

五、结 语

法国法对搭便车的理论和实践都做了丰富的发展，我们可以借鉴来理清我国反不正当竞争法中的有关问题。首先，搭便车的过错在于利用他人竞争优势的恶意，对此需要根据案件的综合情形进行认定；搭便车造成的损害是竞争优势的减损和商业机会的减少，我国的实践中对搭便车的损害不应做比混淆等不正当行为更高的要求。其次，个性化成果或知名度是搭便车行为认定的权益基础，依据正当权益来认定不正当行为仍是合理而可靠的法律适用方法。实际上，各种不正当竞争行为的认定基本上是以权益保护为基础的。再次，搭便车可以发生于竞争者之间或非竞争者之间，我国的实践中应进一步摒弃竞争关系作为不正当行为认定条件的做法，这并有利于我们认清反不正当竞争法与“商品化权”等概念之间的理论关联。再者，尽管搭便车理论的适用需要与知识产权法之间进行协调，但该理论具有自身的价值目标，保护投入和知名度或商誉的理念为禁止搭便车提供正当性基础，其作为不正当竞争行为的认定基础具有独立的地位。最后，在搭便车理论的适用上，凡是知识产权法予以保护的客体或者混淆理论可以规制的行为，搭便车理论就没有必要再行适用，只有在存在区别性事实的情况下搭便车理论才需要与知识产权法或其它类型的反不正当竞争行为规范一起适用。

(98) 吴伟光 《商业外观的法律保护：以保护来源标识功能为原则》，《清华法学》2009 年第 6 期，第 45-62 页。