

“嫁接”他人带货短视频？只能诉侵犯著作权吗？（2022）

日期：2022.08.04 作者：明星楠

随着互联网技术的发展，“网络带货”已经成为消费市场中的热潮，而短视频作为网络视听行业的典型代表，因其强大的社交传播力和内容表现力成为“网络带货”的主要窗口。越来越多的人加入到“带货”的热潮之中，甚至还有一些生产厂商、服务提供者自己提枪上阵，自产自销，通过独特的个人魅力与精彩的视频内容吸引了大量的观众的同时，也提升了自家产品的销量。然而在巨大的经济诱惑下，部分不法企业或主播试图借助短视频主播的名义，通过嫁接信息等方式引流拓客，获取不法利益，例如：（1）将自己的背景信息或是厂商信息直接嫁接在他人的带货短视频中，或是与他人的带货短视频中的背景信息或是厂商信息进行替换；（2）大量传播他人的带货短视频，并同时使用近似账号昵称、头像，以此暗示其与该主播及其厂商有关联关系，以便后续通过自制视频或是其他信息进行引流带货。

这类未经带货短视频制作者或是相关权利人的许可，擅自使用带货短视频的行为，其最终目的是通过“搭便车”的方式，增加自己“账号”的知名度，然后推广其他厂商商品/服务进行“流量变现”。北京互联网法院在其今年4月20日举行的涉短视频案件审理情况新闻通报会上，列举了一个通过将自己的厂商信息与他人的带货短视频进行“嫁接”的案例，为如何应对该种情况提供了一定的解决思路。

典型案例介绍：

无臂残障人士原告杨某系甲平台的带货主播，因其曲折的身世背景和独特的人格魅力，在甲平台拥有近千万粉丝，并已经发布了数百个原创视频，而被告未经原告允许，擅自将原告发布于甲平台上的带货短视频进行修改——将自己的售卖商品信息嫁接在杨某的带货视频中，然后将相关视频发布在被告A公司运营的乙平台上。原告认为覃某侵犯其著作权与肖像权，并构成不正当竞争行为，A公司构成共同侵权。原告要求被告A公司停止侵权视频的播放，并封禁被告覃某的涉案账号，赔礼道歉；被告覃某赔偿经济损失10万元和合理开支2万元。

北京互联网法院针对该案的审理与裁判主要聚焦于“著作权”及相关法律问题之上，具体而言本案的裁判焦点主要有二：一是涉案短视频是否构成作品，二是被告行为是否构成侵权。

在判断带货短视频的独创性问题上，法院认为“对于新形式视频的可版权性标准，应结合其本身特点、所处的社会环境和行业情况等背景综合予以考察。基于鼓励短视频创作和促进公众多元化表达和文化繁荣的价值取向，对于短视频独创性高度的要求不宜苛求，只要能体现出一定的个性化表达和选取，即可认定其具备独创性”[1]。而在对涉案视频脚本设计、场景选取、运镜和剪辑过程中，视频制作者围绕相关主题进行独立思考创作，上述元素的有机融合足以体现制作者的个性化表达，因而具备构成我国著作权法意义上的作品所应有的“独创性”要求[2]。

在判断被告是否侵权以及具体侵权行为定性方面，由于被告所发布的视频内容与原告的作品内容基本一致，因此法院认为被告

修改视频并擅自发布在其他网络平台的行为构成对原告信息网络传播权的侵犯，作为提供信息存储服务的网络服务提供者A公司，因其不存在不存在应知或明知的过错，不承担赔偿责任。最终一审判决判令被告覃某赔偿原告杨某经济损失8万元及合理支出律师费1万元、公证费4540元。一审宣判后，双方当事人均未上诉，一审判决已生效。

可以说，北京互联网法院通过典型案例，明确了可将具有“独创性”的带货短视频作为视听作品进行保护。并且介于短视频的自身特点和网络带货的行业特点，法院对于带货视频的独创性要求并不高，只要视频内容或素材的选取等方面能够体现出“一定程度”地个性化表达，就足以认定该视频具有独创性。因此，对于未经制作者许可，传播该带货短视频的行为可能会构成侵犯著作权人的信息网络传播权。

本案例中，原告也提出被告覃某“嫁接”原告带货视频非法引流拓客的行为构成不正当竞争的诉讼主张，但北京互联网法院则认为反不正当竞争法是对知识产权专门法起到有限的补充保护作用，在知识产权专门法对某一类行为已作出明确规定的情况下，应当通过知识产权专门法进行调整，而不应再适用反不正当竞争法的原则条款进行调整，原告杨某的利益通过著作权法设置的补充机制予以充分补偿，因此法院对其不正当竞争部分的诉讼请求不予支持。

但是，通过“嫁接”的方式使用他人的带货短视频进行引流拓客仅仅侵犯了著作权吗？或者说，仅仅通过著作权法设置的补充机制就足以充分补偿带货主播被损害的利益了吗？

一、著作权法与反不正当竞争法的补偿机制对比与选择

2020年，北京高院发布《北京高院关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准（2020年）》，对著作权法及反不正当竞争法的损害赔偿考量因素及审判标准提出了指导性的意见，将该指导意见中与“带货类短视频”相关的审查标准进行比较，我们能窥见对于著作权法与反不正当竞争法的补偿机制之差异，从而确定只通过著作权法弥补因“嫁接”带货短视频被引流拓客的被侵权人之利益是否足够。

	视频类作品、制品法定赔偿的裁判标准	不正当竞争
特别考量因素	视频的类型、时长、点击率、原告获得授权的具体范围及类型、原告提供涉案视频的商业模式、被诉侵权视频的清晰程度、被诉侵权视频的影响力等	不正当竞争行为对原告实际损失的影响、原告因不正当竞争行为造成的投资回报及交易机会的减少或丧失、竞争优势的降低、客户的流失、市场份额的下降及商业信誉的贬损、被告可能获得的利润或者其他潜在利益、行业特点、商业模式
基本赔偿标准	作品：每条赔偿数额一般不少于 2500 元；录像制品：每部赔偿数额一般不少于 500 元。	混淆类行为：被告实施反不正当竞争法第六条规定的行为，赔偿数额一般不低于 10 万元；同一案件中，被告实施多项“仿冒”行为，造成不同损害后果的，赔偿数额应当分别计算。网络不正当竞争：被告主要利用技术手段，通过网络实施被诉行为的，可以参考流量损失酌情确定赔偿数额。流量损失可以根据原告因流量减少导致的利润损失、因广告点击量减少导致的利润损失、会员费损失、流量基础数据和数据产品的销售许可损失、流量变现能力的降低等因素确定。
酌加标准	(1) 未经许可在线播放涉案视频类作品、制品并提供下载的，可以比照前述在线播放的基本赔偿标准，酌情提高 1-2 倍确定赔偿数额；(2) 涉案视频具有点击率较高等情形的，可以比照前述基本赔偿标准，酌情提高 1-5 倍确定赔偿数额。(3) 将涉案视频用于广告或截取画面制作成广告、将涉案视频推荐至首页、热门栏目等用户关注度较高的页面等情形的侵权行为，属于侵权情节严重，可以比照前述基本赔偿标准，酌情提高 1-5 倍确定赔偿数额	
惩罚性赔偿考量因素及数额	考量因素：权利人或者权利客体的知名度和影响力、权利客体涉及的商业模式、收费标准等、侵害同一著作权或者与著作权有关的权利的权项数量、实施侵权行为的手段、方式、侵权人从侵权内容中的获利情况、侵权平台的规模，侵权持续传播时间，侵权内容的数量及点击、下载、浏览量情况等	综合考虑侵权人的主观过错程度、侵权行为持续时间、侵权获利及给被侵权人造成的损害等因素等

从上述表格不难看出，著作权的损害赔偿判断完全是以“作品或制品”本身为核心，而在具体衡量损害赔偿标准时，也围绕视频的点击量、下载量、浏览量等等，即使指南中明确“将涉案视频用于广告或截取画面制作成广告、将涉案视频推荐至首页、热门栏目等用户关注度较高的页面等情形的侵权行为”认定为情节严重的侵权行为，“可以比照前述基本赔偿标准，酌情提高 1-5 倍确定赔偿数额”，但实际上其赔偿基数也是围绕视频本身，被侵权人所损失的“直接利益”，被侵权人因“带货视频”被使用而带来的相关产品销售量的减少等因素无法被纳入考量。这是因为通过著作权法对带货短视频进行保护，主要是基于这部分短视频因其创作而具备的文化价值，也正如互联网法院在报告中所述，法院是“秉持鼓励短视频创作和促进公众多元化表达的价值取向，对带货视频在著作权法意义上的创新予以保护”。然而作为“流量变现”的主要媒体形式之一，带货短视频的核心在于其上的商业价值。而著作权法主要保护的是带货短视频的美学、观赏等文化性的价值，无法越过带货短视频的“壳”，触及不正当使用所影响的“核心”部分。

而反不正当竞争法在进行损害赔偿数额确定时，则是越过“视频”这个客体，直击行为与主体。正如指南中提到的，过网络实施被诉行为的，可以参考流量损失酌情确定赔偿数额。流量损失可以根据原告因流量减少导致的利润损失、因广告点击量减少导致的利润损失、会员费损失、流量基础数据和数据产品的销售许可损失、流量变现能力的降低等因素确定。可以说，反不正当竞争法的补偿机制是绕过视频而对带货主播作为“市场竞争主体”这一身份，因不正当竞争行为而产生的损失进行补偿。此外，由于反不正当竞争法损害赔偿的参考因素涉及面广，且可以以商品销量、流量损失等因素为赔偿基准，因此最终获得的损害赔偿往往要比单纯主张著作权侵害的损害赔偿更高。

从以上角度来看，对于“嫁接”他人“带货短视频”进行非法引流拓客的行为，著作权法的补偿和反不正当竞争的补偿实质上是并列的，行为人不单单是“使用了”带货短视频，其还将带货短视频用于广告宣传进行营销从而抢占相关市场。所以说相关行为人所承担的责任实际上应当是“复合型责任”。即使退一步讲，单单就非法引流拓客行为本身来说，著作权法所规制的行为与反不正当竞争法所规制的行为所处的阶段与所损害的利益皆有不同。著作权法所规制的行为——利用带货短视频属于手段行为，造成了“视频作品”及其经济利益损失。而反不正当竞争法所规制的行为——通过不正当营销行为，获得非法利益的行为则属于目的行为，造成了带货主播市场优势被削弱减损的结果。尽管二行为具有一定的牵连性且在时间维度上没有明确分界线，但是该目的行为不是该原因行为的必然结果或是具有高度可能性的结果，因为也存在很多仅仅针对作品本身的侵权行为。

综上所述，单就本文所探讨的非法引流拓客行为来说，著作权法救济和反不正当竞争法救济不是天然排斥的。但是现行立法对于知识产权专门法与反不正当竞争法的法律地位关系并未给出明确指引，因此在司法实务中，可以考虑选择反不正当竞争法的救济机制，一来避免陷入脱离现实，与法官进行法理争论之虞，二来可以将非法引流拓客行为的核心目的行为纳入规制对象，三来有更高的几率获得更高额的损害赔偿。

因此，本文笔者选择采用反不正当竞争法的救济机制来构建针对非法引流拓客行为的诉讼策略。

二、利用带货短视频引流拓客不正当竞争行为性质分析

利用带货短视频引流拓客行为实际上是通过使用带货短视频，让相关公众误以为行为人与带货主播及制作团队具有特定联系，从而利用该主播团队的知名度和传播力为自己的账号引流，或是宣传其他厂商的商品/服务。和一般的“使用”他人视听作品的行为相比，利用带货短视频引流拓客行为所影响的主体至少有两类，一类是带货短视频的原作者团队，一类是有相关消费需求的消费者以及潜在消费者。因此在具体分析利用带货短视频引流拓客行为性质之前，应当先厘清所涉及主体的具体身份及利益关系。

自产自销型带货短视频制作者的身份认定，应当从其“短视频带货”行为进行分析。无论是否具备独创性或是其他文化价值，带货短视频产生的目的是制作人借助视频的传播，向相关受众介绍自产产品，从而获取商业利益。因此，“带货短视频”具备广告特征，即具有传播性、介绍行为、商业性，其属于广告的范畴。根据我国广告法规定：“广告经营者，是指接受委托提供广告设计、制作、代理服务的自然人、法人或者其他组织。”广告代言人是指“广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织”。不同于传统媒体中，广告代言人直接将商业形象租售于广告主或广告经营者，带货短视频制作者通常自己出演相关视频，并且对带货短视频的产生、内容、发布方式等等都具有支配性作用，因此其身份应当被认定为广告经营者，其广告代言人的身份也被其主要身份——广告经营者所吸收^[3]。即使不是最终商品生产商或是服务提供者，但仅仅在营销环节来讲，利用带货短视频引流拓客行为实施者与原视频制作者同属于广告行业的经营者，具有明显的相关市场的竞争关系。从结果的危害性上来看，利用带货短视频引流拓客行为会对原自产自销型视频主播带来“争夺交易机会、损害竞争优势”的结果，直接影响了其现实利益及潜在利益。

而对于有相关消费需求的消费者以及潜在消费者来讲，利用带货短视频引流拓客行为会使其误以为行为人或行为人所提供的厂商信息与原自产自销带货主播存在一定的联系，即构成事前混淆。也就是说从行为危害性上来讲，这种行为侵犯了消费者的知情权。但因消费者权益应当按照消费者权益保护法的规定进行保护，对于相关消费者来说可以采取消费者权益保护路径维护自己的权益。

综上所述，利用带货短视频引流拓客行为的行为主体、侵害对象、行为的违法性、结果危害性等皆符合“不正当竞争行为”的构成要件，因此，可以确定此种行为属于反不正当竞争法所规制的不正当竞争行为。

三、“嫁接式”广告宣传的不正当竞争行为规制思路

在确定了利用带货短视频引流拓客行为的不正当竞争性后，应当进一步对其进行类型化分析来确定该种行为违法性之外延，即该种行为属于我国反不正当竞争法中所规定的哪一种不正当竞争行为。

正如上文所述，利用带货短视频引流拓客行为是在广告营销环节引发相关消费者的混淆，而针对自产自销型带货短视频主播来说，由于身份的重合问题，相关公众的混淆对象实际上是利用带货短视频引流拓客行为的行为人及其背后的厂商与原带货主播。因此根据《反不正当竞争法》第六条第四项及其司法解释第十二条第二项的相关规定，该种行为可能构成“其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为”[4]，即误以为利用带货短视频引流拓客行为人与原视频主播之间存在联系。但是行为人背后的具体厂商与自产自销型的带货主播之间的利益关系并不直接、明确，但倘若行为人所替换的商品或服务与原商品或服务具有一定的相似度，则可以将商品销售量额作为实际损失裁判因素来确定损害赔偿数额，从而获取客观的赔偿金额。例如，2019年上海杨浦法院审理的“大熊制药点斑笔”仿冒案件中，原告A公司为扩大产品知名度，A公司邀请了邓紫棋、李佳琦等明星，和一些网络美妆达人，在小红书、抖音、微博、淘宝等平台以直播、录制视频等方式对产品进行宣传，积累了大量曝光度和获赞数。而被告则在抖音平台视频推广时使用了知名带货主播李佳琦为A公司产品进行宣传的内容及“李佳琦推荐”的字样，以此非法获利。尽管此案中，被告公司非法利用了带货主播李佳琦的带货视频，但法院的争议焦点不在于原告被告是否因“同一支李佳琦的带货广告”而被混淆，这是因为所替换的产品，即被告公司生产的“幽爽臻白祛斑乳霜”的产品，产品瓶体颜色、形状及按压式的笔头出口与A公司经销的产品相似，且使用了与A公司产品一样的韩文内容。因此，依据反不正当竞争法第六条第一项的规定，被告公司明显属于“商品装潢混淆型”不正当竞争行为，最终法院判赔300万元[5]。虽然案件事实中有提及被告利用带货短视频非法引流拓客的行为，但比较可惜的是法院及相关当事人并没有就这一点进行争议、探讨。

而针对所营销商品或服务不类似的情况，在最高人民法院审理的张某、张某岳、北京泥人张艺术开发有限责任公司与张某成、北京泥人张博古陶艺厂、北京泥人张艺术品有限公司不正当竞争纠纷一案中，法院认为即使双方产品并不相类似吗，但是根据申请人所列证据证明二者在宣传以及出售地点方面具有一定关联性，且申请人的品牌“泥人张”具有较高知名度，对未经权利人许可作各种形式的商业使用，一般均足以导致相关公众的混淆、误认。此外，在案证据中还陈列了第三方媒体混淆申请人与被申请人的事实，进一步说明相关公众对双方产生了混淆、误认（案号：(2010)民提字第113号）。也就是说，如果所营销商品或服务不类似，则需要通过其他证据来证明行为人与被侵权人之间存在特定联系与混淆事实，且被侵权人的涉案品牌具有较高知名度。

在所营销产品无特定联系的情况下，也可以主张该种“嫁接式”营销宣传构成“虚假宣传”型不正当竞争行为。金火把（泉州）工艺礼品有限公司与泉州富晨轻工有限公司不正当竞争纠纷一案中（案号：(2020)闽民终1995号），被告金火把公司将拍摄于原告富晨公司的车间近景及正在生产的产品等相关细节的照片和视频，未经充分授权许可即上传至金火把在阿里巴巴网站、阿里巴巴国际网站开设的三家网店，宣称是金火把公司所有。金火把公司使用并非实际属于自身的车间场景和产品加工流程的视频和照片，在阿里巴巴、阿里巴巴国际网站进行商业宣传和展示，客观上将他人实际情况嫁接在自己身上。福建省高级人民法院认为，金火把公司2020年1月后无正当理由继续使用富晨公司生产车间、产品的视频，可能使相关公众产生误认，损害富晨公司利益，并据此获取不正当竞争优势。原审认定金火把公司构成不正当竞争行为，并无不当，并最终认定上诉人即原审被告构成“虚假宣传型”不正当竞争，维持原审判决，驳回上诉。

通过“嫁接”使用他人带货短视频引流拓客的行为与上述“嫁接式”广告宣传的不正当竞争行为具有相同的本质，考虑其动因，都是行为通过不法行为损害同业经营者的“竞争优势”，抢夺相关竞争市场的交易机会，因此理应从反不正当竞争法的角度对之进行评判，而对于具体的行为类型的判断可以依据个案情节，灵活适用相关条款，亦或是原则性条款。但不可否认的是，“嫁接型”使用他人带货短视频引流拓客的行为所影响的利益绝不应局限于视频本身，更应该放眼“带货视频”背后的市场竞争。

[1] 详见北京知识产权司法保护研究会【4.26专题】北京互联网法院：涉短视频著作权十大典型案例（附案件审理情况报

告) .[https://mp.weixin.qq.com/s?](https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzUzMTk4MTk2Nw==&mid=2247531525&idx=2&sn=3805c9df405354ec453a3e1ce72ef332&chksm=fab80fe5cdcf86f3efd88ac36a289b)

[__biz=MzUzMTk4MTk2Nw==&mid=2247531525&idx=2&sn=3805c9df405354ec453a3e1ce72ef332&chksm=fab80fe5cdcf86f3efd88ac36a289b](https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzUzMTk4MTk2Nw==&mid=2247531525&idx=2&sn=3805c9df405354ec453a3e1ce72ef332&chksm=fab80fe5cdcf86f3efd88ac36a289b)

最后访问时间：2022年6月13日；

[2] 参见北京互联网法院关于杨莉与陈虹坡等侵害作品信息网络传播权纠纷一审民事判决书，案号：（2021）京0491民初9831号。

[3] 参见民主与法制时报，主播“直播带货”虚假宣传是否构成虚假广告罪 | 法学院，http://m.thepaper.cn/baijiahao_5081250?sdkver=2f036b0f，最后访问时间：2022年6月17日。

[4] 详见《反不正当竞争法》第六条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。第十二条 人民法院认定与反不正当竞争法第六条规定的“有一定影响的”标识相同或者近似，可以参照商标相同或者近似的判断原则和方法。反不正当竞争法第六条规定的“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”，包括误认为与他人具有商业联合、许可使用、商业冠名、广告代言等特定联系。[5] 详见沈敬杰 柯思婷，理财周刊，仿冒假借“李佳琦带货”有何后果，<http://money.jrj.com.cn/2020/05/19145029711863.shtml>，最后访问时间：2022年6月17日。