

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2024.03.005

商业混淆反不正当竞争法规制要点分析

黄彦钦

(福州大学法学院, 福州 350108)

摘要: 商业混淆行为的违法性在于破坏商业标识的指引功能, 扰乱消费者在商业标识、商品和商品来源之间建立的联系。认定商业混淆行为需要界定有一定影响的商业标识、该商业标识所附的商品和商品的来源, 可以采用“剥离法”将商业标识和商品的各个要素分解与组合, 找到具有值得法律保护最低限度指引功能的拟制商业标识和商品。考察涉案商业标识是否会构成混淆, 可以从客观上判断商业标识外观的近似度, 也可以直接考察消费者主观上是否对相关商业标识产生误认或误认的可能。对商业标识权益的归属问题可以选择采用权利保护模式和利益保护模式: 权利保护模式将商业标识作为权利客体, 适用在先使用标准确权; 利益保护模式则通过过去的利益结构和未来可能的利益结构对商业标识利益进行再分配。

关键词: 商业标识; 商业混淆; 反不正当竞争法; 红罐之争; 剥离法

中图分类号: D922.294/DF414 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095—8072(2024)03—0060—13

一、问题的提出

商业混淆行为是反不正当竞争法重点规制的对象, 在理论文献和法律文书中有不同的称谓, 较为流行的有市场混同、市场混淆和仿冒等称谓。^①广药集团与加多宝公司红罐包装装潢案是商业混淆的经典案例, 也正是这一案引起了学界对商业混淆不正当竞争的高度关注。2014年12月19日, 广东省高级人民法院判决“红罐”包装装潢权益归广药集团享有, 同时判令加多宝公司停止使用“红罐”包装和其他相关侵权行为, 并赔偿广药集团相关损失1.5亿元及其他费用。^②加多宝公司不服判决, 上诉至最高人民法院。2015年6月16日, 最高人民法院公开审理了两家企业互诉的包装装潢侵权案。2017年, 最高人民法院基于两家企业对“红罐王老吉凉茶”包装装潢权益的形成均做出了重要贡献, 判决两家企业在不损害他人合法利益的前提下, 共同享有涉案知名商品特有包装装潢权益。^③广药集团对二审判决不服, 申请最高人民法院再审, 最高人民法院于2018年7月31日驳回广药集团的再审申请。至此, 双方公司的“红罐之争”以共同享有落幕。然而, 其中涉及的法律问题和裁判方法却值得回味与反思。

① 学界对于该种不正当竞争行为的称谓与定义尚有争议, 本文采用商业混淆这一称谓。狭义的商业混淆指侵权人使用的商业标识与他人商品的特定商业标识相同或者近似, 导致相关公众误认为该知名商品来源于他人。广义的商业混淆还包括使侵权人商品标识与他人商品标识产生联系。

② 参见广东省高级人民法院(2013)粤高法民三初字第1号民事判决书、广东省高级人民法院(2013)粤高法民三初字第2号民事判决书。

③ 参见最高人民法院(2015)民三终字第2号民事判决书、最高人民法院(2015)民三终字第3号民事判决书。

案件发生以来，不断有学者和法律实务人士发表自己的观点，并对如何分析和化解商业混淆这类不正当竞争行为提出灼见。关于该案权益归属的学说理论可以大概总结为“诚实贡献论”和“商标依附论”，前者即是最高人民法院的裁判观点。但不论是这两种理论还是现有的其他理论，都存在某些方面的缺陷（曹新明，2018）。最高人民法院在该案中的司法推理和终审结果均存在值得推敲之处。有学者认为，商业外观的保护应当明确其商业标记属性，应以商业外观的知名度而非商品知名度作为保护要件，并以显著性判断为核心（张广良和张吉豫，2018）。对于显著性，有观点认为，“一定影响”是认定混淆行为的前提，应从限度范围、主观要件、举证责任等三个核心维度进行解析，由于制定法的模糊性，实现制度价值也可以作为具体案件裁判的指引（肖顺武，2018）。

作为中国包装装潢第一案，该案判决提供了一种分析方式，其中不乏可圈可点之处，但仔细研究该案的裁判思路，仍然会发现其中的一些问题。如知名商品的认定方式，特有名称包装装潢的权益界定，商业标识利益的分配，商业标识与专利、著作权等的冲突解决以及法院裁判的激励效果等等。这些问题在反不正当竞争法商业混淆类案件中具有普遍性，关乎司法公平，并通过示范效应和判例作用形成更广泛和深刻的利益再分配机制。因此，探索和建立一种公平的商业混淆类案件裁判方法和分析思路显得格外重要。终审判决“红罐”包装装潢权益由两家企业共同享有，这个判决难觅明确的法律依据，该案判决主要依据道德层面的支持，体现了法官很强的主观性。在最高人民法院再审定案后，对该案的整体进行阐发和反思实有必要。

本文旨在构建对商业混淆具有一定普适性的类案分析方法，而非就案论案。该案可获取的事实信息较多，情况比较复杂，具有代表性、典型性，将该案判决作为素材可以避免理论研究空泛化，使研究更具实践性。商业混淆的法律规制中有几个要点是所有商业混淆案件共同的分析要点，商业混淆分析的关键便是厘清这些要点。

二、对“有一定影响”的认定

2017年和2019年修订后的《反不正当竞争法》第6条规定，“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。擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识。”修订之前，也即1993年版的《反不正当竞争法》表述如下：“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手。擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。”该条将“知名”改为“有一定影响”，法律适用时必然需要对两者进行辨析。相对于“知名”而言，“有一定影响”降低了法律保护门槛，使得更多的特有商业标识能得到《反不正当竞争法》的保护。对这一问题，除了汉语言文字的经验直觉，还需要更理性的分析。一个被遗漏的问题是，“知名”往往带有正面评价的意味，是褒

义词；而“有一定影响”则是一个中性的评价。那么，修改后的《反不正当竞争法》是否对不良声誉和负面影响的包装装潢同样进行保护呢？

（一）对负面评价商业标识的保护

反不正当竞争法对商业标识的保护旨在保护消费者通过商业标识在商品和商品来源之间建立的联系，这种联系不仅是对消费者的保护，也是对经营者的保护。一方面，消费者依赖已建立的能指、所指和对象^①三者的关系选购相关商品，如果这种关系具有稳定性，则消费者可以直接通过商业标识判断商品的质量和其他特征，减少信息成本（彭学龙，2010；兰德斯和波斯纳，2005）。^②如果能指、所指和对象三元联系出现混乱，则短期内消费者会因为信息错误出现意思不自由，购买到非理想的商品；长期而言，消费者会对商业标识丧失信任，引发逐渐升高的信息成本，降低消费意愿。另一方面，当良好的商誉建立起来后，商业标识将成为最好的宣传材料，大大减少经营者的宣传成本。商业标识带来的更低的交易成本也会使经营者的销量得以提升。若存在严重的商业混淆，短期来看，经营者的销售量会因为搭便车者分羹而减少；长期来看，则会使经营者不愿对自身商誉进行投入，使得商品的质量下降，造成销量的进一步下滑。更广泛层面看，商业混淆造成的交易成本和搭便车会严重损害市场秩序。因此，维持消费者通过商业标识在商品和商品来源之间建立的联系是反不正当竞争法规制商业混淆的根本基础，这与反不正当竞争法的立法目的是完全契合的。^③

基于此种分析，如果商业标识的负面评价达到足以使消费者将特定商业标识、特定商品和其来源相联系的程度，便应受到反不正当竞争法的保护。一方面，虽然带有被负面评价商业标识的商品并不会因为其标识而吸引消费者购买，但该商品的存在表明仍然有部分消费者因为某种原因选择该商品，而仿冒该商业标识的商品则会使得这部分消费者不能通过商业标识识别目标商品。另一方面，仿冒商品的性价比往往更差，这使得原本已经被负面评价的商业标识雪上加霜。而如果仿冒商品的性价比更高，那么“被仿冒经营者”没有起诉仿冒者的动机，仿冒者对商业标识的持续使用会让消费者对这两种性价比不同、来源不同而标识相似的商品逐渐形成识别能力，混淆将会淡化；如果“被仿冒经营者”起诉，则仿冒者可以重新设计、使用新的标识，反而更容易建立起良好的商誉。至于负面影响的商标是否违背公序良俗原则的问题则不在商业混淆行为的分析范围中了，可由其他法律部门调整。

（二）对影响程度的把握

新修订的《反不正当竞争法》将“知名”改为“有一定影响”更多是出于法律体系统一性的要求。《商标法》中对具有一定知名度的非注册商标之保护分为两类，一

① “根据符号学原理，商标并不是一个简单的标志，而是由‘能指’（商标标志）、‘所指’（出处或商誉）和‘对象’（特定商品或服务）组成的三元符号。”

② “一个商标传达了这样的信息，能够让消费者对自己说：‘我不需要再去调查我即将购买的商品的特征，因为商标是一个简略的方式，告诉我这个商品的特征与我在先前享用的商品的特质相同’”。

③ 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第1条。

类是驰名商标保护，另一类便是对“有一定影响”商标的保护。《商标法》第32条规定：“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。”第59条规定：“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。”可见，《反不正当竞争法》使用“有一定影响”的表达方式可以与《商标法》更好地衔接。

“知名”与“有一定影响”在认定标准上并没有实质性区别（孔祥俊，2017）。“知名”和“有一定影响”两者都不是可以明确量化的概念，在解释上存在很强的主观性。如果没有足够的惯例作为参考，那么在个案判决中，不同的法官将对反不正当竞争法保护的商业标识之“影响程度”有不同的理解。因此，与其说是对修改前后的用语差异进行解释，不如说是对商品标识的影响程度进行解释，而将这种解释一般化和确定化才应是努力的方向。出于体系的一贯性，对“有一定影响”的商业标识进行认定可以借鉴《商标法》。在《商标法》上，有一定影响的商标的知名度低于驰名商标，是指在中国已经在先使用并为一定范围内相关公众所知晓的未注册商标。如果在先使用的商标被证明有一定的持续使用时间、区域、销售量或者广告宣传，人民法院可以认定为有一定影响。^①实务中，可以依据商业标识最早使用时间和持续使用情况，该商品和服务的销售区域范围、销售量、销售渠道、方式、市场份额，经营者在广播、电影、电视、报纸、期刊、网络、户外等媒体发布的商业广告、宣传资料及上述媒体中所有涉及该商标的评论、报道、宣传，该商标所标示的商品参加展览会、博览会、拍卖等商业活动，该商标的获奖等商誉资料以及能够证明该商标为中国相关公众所知晓的其他证据予以认定（肖顺武，2018）。

对商业标识知名度的限定更多是对执法和司法成本的考量。如果不考虑法律实施成本，那在售商品的商业标识均应受到《反不正当竞争法》的保护，不同层级的执法和司法部门可以在各自管辖范围内确定“有一定影响”的商业标识。这样做虽然可以充分保护商业标识在先使用人的利益，但目前这么做的执法与司法成本是不堪承受的。

（三）对指引功能的判断

商标法是一种产权保护制度，而反不正当竞争法是一种公平竞争维护制度，两者的功能定位和价值取向存在一定差异。商标法对有一定影响的商标之保护侧重该商标作为产权的经济价值，因此重点在于该商标被一定范围内相关公众所知晓。而反不正当竞争法对有一定影响的商品标识的保护则更关注有一定影响的商标是否足以成为消费者联系特定商品和商品来源的纽带，重点在于商业标识的指引功能。因此，反不正当竞争法对有一定影响的商业标识的认定比商标法更进一步，需要在一定知名度的基础上判断商业标识的指引功能，即商业标识、商品和商品来源一一对应的关系。但

^① 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》（法释[2017]2号），2017年1月10日发布。

实务中，反不正当竞争法上有一定影响商品被定义为在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品。人民法院认定有一定影响的商品，主要考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素。^①显然，在商品与商品来源的联系中，商业标识被认为是最关键的因素。在判断对此种联系的混淆行为中，商业标识的知名度是目前立法与法律实施的主要着眼点。

商业标识的指引功能必然需要该种商业标识具有一定的独特性和识别度，这在1993年版《反不正当竞争法》第5条“特有”二字中有所体现。修订后的《反不正当竞争法》虽然省略了“特有”一词，但仍然可以通过对“有一定影响”和“混淆”的解释凸显商业标识的独特性和识别度。反不正当竞争法中，商业标识的指引功能应当采用一般人标准进行判断，即从该商品的普通消费者角度出发，判断在知悉该商品的消费者范围内，在平常购物注意力下，商业标识是否可以让足够大比例的消费者识别出该商品及其来源，即形成明确的商业标识、特定商品和商品来源的联系。

（四）“有一定影响”是对商业标识的要求

1993年版《反不正当竞争法》中，“知名”是商品的限定语，^②而修订后的《反不正当竞争法》中，“有一定影响”是商业标识的限定语。^③《商标法》中，“有一定影响”是商标的限定语，修改后的《反不正当竞争法》与《商标法》是衔接一致的。

除去法律体系化的需要，“有一定影响”也只能限定商业标识。首先，如果知名度是对商品的要求，那么知名商品的各种具有识别性的商业标识都会被保护。例如，凉茶作为一种商品有很多独特的商业标识，但并非每一种商业标识都能被认定为“有一定影响”的商业标识。其次，对于一些不流行、不知名的商品，其中仍不乏一些在该商品消费者中广为流传的商业标识，这种商业标识使得该小众商品的消费者能够准确、快速地识别自己理想的商品。最后，很多商业标识不仅仅用在一种商品上，而是用在同一个企业生产的多种商品上。在任何一种商品销售中，如果大比例的消费者在购买选择中能够通过该种商业标识辨识理想商品，那么这种商业标识就应该在该类商品中获得保护。在考察其他商品范围中这种商业标识的可保护性时，也应考虑该商业标识在前者中的知名度和指引功能。因此，知名度是对商业标识的要求，而不是对商品的要求。

在广药集团与加多宝公司“红罐之争”案件中，一二审法院都用较大篇幅对“知名商品”进行了认定，这是基于修改前的《反不正当竞争法》做出的司法适用。在新版《反不正当竞争法》中，法院应该转向对知名商业标识进行认定，一定程度上，这

① 参见《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释[2007]2号），2007年1月12日发布。

② “擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品”，见《反不正当竞争法》（1993年）第5条。另可见《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释[2007]2号）。

③ “擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识”，见《反不正当竞争法》（2019年修正）第6条。

也更具可操作性。

《反不正当竞争法》中的商业标识与商标关系紧密而且功能相似。因此,《反不正当竞争法》理应与《商标法》衔接一致,各归其位。这种衔接与分工还体现在修订后的《反不正当竞争法》删去了旧法第5条第1项,因为该内容应由《商标法》调整,第5条第4项则因属于虚假宣传也被删除。

三、对“混淆”的判断

“混淆”或“混淆的可能性”是我国商业标识保护的基础,也是认定不正当竞争行为的界限(周樾平,2017)。在认定被仿商业标识具有一定影响后,就需要判断混淆是否成立。对于消费者理性而言,商业标识将商品和商品来源联系起来。混淆行为的违法性在于其破坏了商业标识、商品和商品来源三者的对应关系。根据我国《反不正当竞争法》和《商标法》,“混淆”包括来源混淆和关联关系混淆。^①具体而言,混淆行为是指擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识,足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的行为。因此,认定混淆行为的关键是要用一般人标准识别案件中的商品和商品标识,并考察仿冒标识是否足够相似以致消费者在一般注意力下无法通过各自使用的商业标识的差异区分两者。

(一)对“商品”的界定

商业标识的指引功能使得消费者对商业标识、商品和商品来源形成稳定的三元联系,但是这种三元联系在很多时候并不易界定。商业标识和商品来源本身可以被认为是商品的组成部分。在绝大多数情况下,商品来源也是商业标识的一部分,甚至商品来源本身会成为一种“有一定影响”的商业标识。^②混淆行为的重点在于混淆消费者对商业标识和商品之间的对应联系,因而对目标商品的界定十分重要。

事实上和法律上的商品常常是不同的。日常生活中,商品包括与之相关的一切要素,如材质、功能、效果、质量、价格、外观等各方面,不同人群在不同情境下对其特点有不同的侧重。在反不正当竞争法中,商品各要素是可拆分与组合的,对关于商品的不同法律问题进行分析就是对商品进行不同程度的抽象化与具体化的过程。

在“红罐之争案件中,一审和二审法院将知名商品界定为“王老吉凉茶”,这种做法并不严谨。”其一,“王老吉”是商标,而“凉茶”是商品名称,根据生效仲裁,王老吉商标已经判归一方当事人(广药集团)所有与使用,而另一方当事人并不

^①《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(法释〔2007〕2号)第4条规定,“混淆”包括“足以使相关公众对商品的来源产生误认,包括误认为与知名商品的经营者具有许可使用、关联企业关系等特定联系”。《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》(法释〔2002〕32号)第9条规定,“混淆”包括“易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系”。

^②企业名称代表商品的来源,如果企业名称有“一定影响”,则企业名称受到反不正当竞争法的保护。参见《反不正当竞争法》(2019年修正)第6条。

能使用这一商标。^①因而，如此界定使得判决先天具有一定的偏向性。其二，两方当事人都生产过“王老吉凉茶”，但两者生产的王老吉凉茶配方、口味、产地等都不相同，统一用“王老吉凉茶”指代两者的产品会模糊掉二者的差异。

对该案中的商品进行认定时，可以采用“剥离法”。先去掉诉争对象“包装装潢”和有争议的商标、生产者信息等，保留质量、口感、形态及其他文字介绍信息，判断此时该种抽象程度的商品（拟制商品）是否足以定义本案的商品。如果这些特征已经能够明确消费者的目标商品为何，则该拟制商品便是该案中可能被混淆的商品。

一种可行的方案是将诉争和有争议的要素统一由一般要素或不相关要素替代，观察消费者的判断。如果消费者不能判断出目标商品或“之前的选择”，意味着剥离的商品要素过多，剥离后的拟制商品对消费者而言已经失去了差异性或差异性无意义（如图1）。此时便需要在原拟制商品上逐渐加入有争议的商品特征，直到商品对消费者展现出有意义的新差异性（如图2）。在该案中，去掉或更换广药集团生产的凉茶和加多宝集团生产的凉茶上的包装装潢、商标、生产者信息等争议特征后，消费者往往难以通过其他信息判断两者的区别。对于这种功能效果高度同质化的商品的包装装潢争议，往往需要通过加入经营者信息对商品进行界定。如该案中，最高院便加入了争议要素，将该案商品界定为“加多宝公司生产经营的红罐王老吉凉茶”。^②

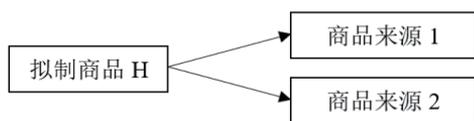


图 1 剥离过度

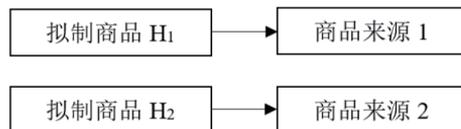


图 2 对剥离过度的矫正

一个值得思考的问题是，一般情况下，商品的价值在于其功能，而非商标、包装装潢等要素。在加多宝与广药之争中，红罐虽然给人强烈的视觉冲击，具备较强识别力，但并不是消费者购买的对象，消费者真正想要购买的是该红罐中的凉茶（李扬，2012）。当然，也有论者认为部分消费者“单纯喜欢王老吉品牌，并不在意配方变化”（崔国斌，2012）。如果两种商品性价比相同，功能相同，那么区分商品来源只对相关经营者有意义，而对一般消费者没有太大意义。因此，对于完全同质化的商品，商业标识的指引功能的价值便会被减弱，此时商业标识只具有经营者财产权意义上的价值，而丧失了对消费者的指引意义。

（二）对“装潢”等的界定

反不正当竞争法中的商品名称是指，商品独有的与通用名称有显著区别的未注册为商标的名称。包装是指，为识别商品以及方便携带、储运而使用在商品上的辅助物

^① 2012年5月9日，中国国际经济贸易仲裁委员会做出（2012）中国贸仲仲裁字第0240号《裁决书》，裁决《“王老吉”商标许可补充协议》和《关于“王老吉”商标使用许可合同的补充协议》无效，鸿道集团停止使用“王老吉”商标。

^② 最高人民法院(2015)民三终字第3号民事判决书。

和容器。装潢是指，为识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。^①

在该案中，凉茶已经成为了一种通用名称，可以认为是一般意义上的商品名称，但因不具有“显著区别”而不具有反不正当竞争法的法律意义。“王老吉”如果成为一种特有的商品（如格瓦斯），也会因已经是注册商标而获得商标法的保护。从字面上看，包装不难理解，在该案中凉茶饮品的合金罐体便是商品的包装。这种合金罐体本身单独不具有显著识别性而不具有反不正当竞争法的法律意义，市场中一些饮品独特形状的包装或能受到反不正当竞争法的保护。商品的装潢往往附于商品包装之上，两者常常一同获得保护，如本案“红罐之争”便是将包装装潢一同作为争讼对象。这也再一次证明，在法律上商品的所有要素之间可以随意拆解和组合，每一种组合都可能具有不同的法律意义。商品的装潢是文字、图案、色彩及其组合，如果一个独特的字、图案或一种醒目的颜色具有显著识别性和指引功能，便具有反不正当竞争法上的法律意义。同时，这些元素的组合达到一定的指引功能也一样值得保护。这就意味着，一种商品上值得反不正当竞争法保护的包装装潢组合往往不止一种。反不正当竞争法需要界定的是能够达到最低限度指引功能的包装装潢，并对其进行保护。

在该案中，法院认为“王老吉”这三个字属于这种最低识别度包装装潢不可或缺的元素。但本文认为，这种认定过于武断，缺乏足够的实验依据。李雅云（2016）指出，在“王老吉”这一个商标下，有两个并行不悖、平行的装潢权，即绿色纸盒装潢归广药集团，红色铁罐装潢归鸿道集团，这恰恰说明，“王老吉”商标无法完全起到法院所称的不同商品间的区别作用。一旦如此认定，则反不正当竞争法中包装装潢就会丧失独立价值，进而导致反不正当竞争法对包装装潢的保护也会失去基础，毕竟商标往往是包装装潢的组成部分。如果按照“剥离法”，“王老吉”三个字作为一方当事人拥有的注册商标应当先从案件审查的包装装潢中隐去，对剩下的要件进行审查。如果剩余全部要素（包括商品来源）都无法达到反不正当竞争法的指引功能，那么包装装潢便不受反不正当竞争法的保护。

在该案中，双方均称“红罐”权益归属于自己，所以双方其实争讼的是居于同一个客体上的权益，而如果认为商标是包装装潢不可分的一部分，则并没有争讼的意义，因为印有“王老吉”的红罐和印有“加多宝”的红罐是两种完全不同的包装装潢，并且消费者能够通过两者完全不同的醒目的三个字而对商品进行区分，故不存在混淆的问题。只有将商标剥离出包装装潢，才可能存在两者包装装潢是否混淆以及权益归属的问题。而法院恰恰没有运用这样的分析方式，反而将所有的外观要素纳入诉争的包装装潢中，保护的是一种“最高限度”指引功能的装潢。^②

^① 参见《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》（中华人民共和国国家工商行政管理局令 第33号），1995年7月6日发布。

^② “具体到本案而言，涉案包装装潢作为一个包含多种构成要素的整体形象，既包括‘王老吉’文字及商标标识，也包括线条、色彩的搭配与选择，以及包含厂商名称等在内的其他文字内容。上述构成要素相互结合，使涉案包装装潢在整体上发挥了指示商品来源的作用。”见最高人民法院(2015)民三终字第2号民事判决书。

因此,商业混淆案件可以分为两类。一类是商业标识高度相似,在消费者一般注意力下两者几无区别,双方当事人对商业标识的近似程度(混淆能力)并无异议,争议在于商业标识的权益归属。另一类是双方当事人默认在先使用原则处理权益问题,而对商业标识的相似度有争议,考察重点在于两种商业标识的使用是否能够被消费者轻易地区分,或消费者对商品的区分是否需要更高的注意力。^①虽然这两种情形侧重点不同,但法院在审理案件时,都应对商品、商业标识、商品来源进行准确认定。

(三) 混淆行为认定中对知识产权的考虑

混淆行为中一个无法逃避的问题是,如果最低限度指引功能的包装装潢中的要素是他人的知识产权,应当如何处理。随着商业竞争的加剧,无形资产已经成为一种重要的资源和竞争优势,商品名称往往都会被注册为商标,包装装潢也常常被注册为专利或涉及著作权。如该案中,陈鸿道^②便向国家知识产权局申请了名称为“罐贴”的外观设计专利,而广药集团拥有“王老吉”注册商标。因此,如何在反不正当竞争法中厘清商业标识保护中的知识产权干扰,非常重要。

“剥离法”在一定程度上可以避免这一问题,因为在商业混淆案件中,需要适用“剥离法”先对涉案包装装潢中的知识产权要素进行剥离。如前所述,包装装潢中的知识产权往往属于当事人一方或第三方,应当尽量避免因为包装装潢中产权归属明晰的要素而导致产权人拥有整个包装装潢这种不公正的审判思路。应当首先按照上文商品认定中剥离形成拟制商品的思路对商业标识中的相关当事方要素进行剥离,当剥离后的拟制商业标识能够作为“有一定影响”的商业标识时,便可以对这种最低限度的商业标识进行反不正当竞争法的保护。由于已将相关方(有关或拥有)的要素进行了剥离,此时的拟制商业标识便不涉及知识产权的影响。而对于剥离出的受知识产权法保护的要素则适用商标法、专利法等其他专门法律进行保护,如禁止使用该要素、添加明显标识对该要素进行区分、保护在先使用、判令支付一定使用费等。

如果最低限度商业标识中含有受知识产权保护的要素,则会涉及运用反不正当竞争法对知识产权的处理。如本案中,法院认定的包装装潢包括“王老吉”商标,且“王老吉”是其重要的组成部分。如果重要要素属于商标,那么可以依据商标法按照侵权处理。但如果重要要素属于专利或著作权,现行法律并未对此作出明确规定,但有关法院对这一问题有可供借鉴的做法,“该装潢申请了外观设计专利,只要该包装装潢是知名商品特有的包装装潢且早于被告使用就应受到保护,被告华力公司拥有的包装罐外观设计专利权是在后权利,不足以抗辩原告在先享有的知名商品特有的包装装潢的权利。”^③可见,法院在面对商业混淆中商业标识与其中包含的专利要素问题

^① “擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识”,根据《反不正当竞争法》第6条的文义,反不正当竞争法似乎已经默认“他人”包装装潢权益归属明确,规制商业混淆行为更偏向于该种情况。但由于其他法律对包装装潢权益的归属并无明确规定,因此反不正当竞争法也适用于第一种情况。

^② 陈鸿道是加多宝公司的母公司香港鸿道集团有限公司的董事长。

^③ 广东省高级人民法院(2003)粤高法民三终字第212号。

时，采用的是在先使用的原则。商标法在这一问题上也持有相同的价值取向，即在先使用的商标在其被他人注册后仍可以继续使用。^①商标权本身就是一种商业标示性权利，注册商标与在先使用的近似非注册商标在很大程度上是存在冲突的，但商标法仍然选择保护在先使用者。专利法保护外观设计的目的不在于追求设计的新颖性、非显而易见性、实用性，而不是显著性和识别性。因此除非功能性的包装与相关专利冲突时，需获得专利许可外，识别性的商业标识与专利并不冲突。而著作权是对表达独创性的保护，商业标识与著作权的冲突往往发生在商业标识的设计阶段，对商业标识创作中的著作权归属依照著作权法即可。

“剥离法”的思路建立在商业标识相似度的连续性上，相似商业标识所含元素的数量不同和元素的相似程度不同使两种商业标识的相似度不同，这种相似度有从弱到强的连续的多种程度。相似度越高，仿冒商业标识的混淆能力越强。即使同一近似程度对不同消费者而言，其混淆性也不同。因此，近似商业标识构成商业混淆的临界点确定也具有一定的主观性。

另外，法官应区别对待不同相似度的商业混淆案件。不同相似度的商业混淆对消费者、竞争者产生影响的机理是，大部分消费者面对相似度低的产品，只需耗费较低注意力对商品进行区分，因此，相似度低的商业标识破坏性较低，产生的交易成本较低。自然地，相似度高的商业标识所需的注意力更高，甚至一般消费者注意力完全无法区分。因此，近似程度高的商业标识破坏性更强。何种近似程度可以触发反不正当竞争法的规制需要结合司法和执法成本、不同近似程度带来的社会成本以及对商业混淆的社会主流价值评判等确定，对构成混淆的不同相似度的商业标识，也应当在执法和司法中区别处理。

四、权益归属判定

任何诉至法院的案件都涉及权益归属的分歧，没有人会因为纯粹思想和观点上的分歧而寻至法院，反不正当竞争法中的商业混淆案件同样如此。在处理权益归属时，绝大多数案件都是依据财产法、产权法的传统思想，对权利进行保护，而经济、社会的发展使得很多问题无法使用清晰的权利—义务—责任分析方式处理，经济法等第三法域的出现使得很多问题需要进行利益平衡和社会效果分析，它们并非是对权利—义务—责任模式的替代，而是作为一种补充为裁量者提供更多选择。在本案中，法官虽然使用了“装潢权”这一用语，但并没有遵照传统的权利保护模式对包装装潢进行保护。这反映出商业标识保护模式处于一种不严格的模糊地带。

（一）权利保护模式

将一种利益作为一种权利清晰地确定下来可以节约法的实施成本，便于司法辖

^① 参见《中华人民共和国商标法》（2019年修正）第59条。

区中公民建立明确预期。但是并非所有的利益都可以成为权利，权利模式的适用前提是比较严格的。德国侵权法理论认为，一种利益必须同时具有“归属效能”“排除效能”和“社会典型公开性”三个教义学标准才能成为权利。归属效能在于将利益归属于特定主体，排除效能在于主体可以排除他人侵犯其权益，社会典型公开性是指社会一般主体识别利益的可能性（于飞，2011）。以此三个标准审视包装装潢等商业标识，商业标识是可以作为权利客体进行保护的。如同商标一样，商业标识可以采用注册的方式，也可按在先使用的原则，实现其归属效能。商业标识在注册后和使用中可以达到社会典型公开性。通过司法、执法和经营者自我实施对商业标识的保护可以实现“排除效能”。因此，商业标识可以作为权利进行保护。实务中，法院也普遍将包装装潢作为“包装装潢权”的客体。

权利保护模式下，依据反不正当竞争法主张对包装装潢的权利须满足几个要件。首先，商业标识需具备一定影响，如上文所述，按反不正当竞争法对“有一定影响”的认定标准识别商业标识的知名度，确定商业标识是否达到法定影响要求。其次，需要考察商业标识的指引功能，识别商业标识在帮助消费者联系商品与商品来源时的作用。最后，确认侵权行为的存在，识别混淆行为，客观方面可从商业标识的相似度，主观方面可从消费者对商品误认的情况或可能性上判断混淆行为的存在事实。

在侵权认定时，往往不需要对行为人的主观方面进行判断。一则，使用中的商业标识高度公开，甚至辅之以宣传的手段，同业经营者推定知道，也应该知道。而且，商业标识近似程度判断采用一般人标准，对于侵权行为人也可以适用该标准，当一般人标准达到时，混淆行为客观方面和侵权行为人的主观故意都可推定成立。二则，反不正当竞争法是对竞争秩序的保护，是对消费者和经营者利益的保护，重在防止和救济混淆行为客观上造成的结果和影响，而非对侵权人主观故意的惩罚。

权利保护模式对权益归属的判断奉行稳定可预期的原则，这种原则来源于财产法，根据财产法，无论对于有形资产还是无形资产都应当适用“先占”理念。在初次分配时，先占者获得权利总是最符合事实与道德观念的做法。曾凤辰（2018）依据物权法第116条第1款，运用类比证成该案红罐包装装潢权益的归属。在没有对商业标识权利进行专门规定的情况下，其归属应当采用使用在先、注册在先的标准。在该案中，红罐包装装潢最初是由加多宝公司一方使用，因此，按照在先者得权的思维，红罐包装装潢权应当属于加多宝公司，广药集团在其生产的凉茶上使用红罐包装装潢构成了对加多宝公司包装装潢权的侵犯。权利保护模式对权益的保护明确而果决，即使广药集团对红罐包装装潢成为有一定影响的包装装潢具有重大贡献，即使目前市场中消费者能够对两者进行区分，即使权利归属判决中不利一方将受到重大损害，只要根据法律的规定这一权利属于加多宝公司，广药集团都将承担侵权的不利后果。

（二）利益保护模式

民法通则第1条和第5条用“民事权益”的概念，而民法总则第126条则明确区分

了民事权利和利益的概念。据此，利益获得法律保护是有据可循的。利益客体上升为权利客体是有上述诸多条件的，在法律没有明文规定的情况下需要严格判断和分析，但利益的保护却不需要如此严格的条件。在可以通过权利认定进行保护的情形下，由于权利保护模式本身的固定性和稳定性，使得很多案件中法官无法发挥自由裁量权，只能实现形式正义而无法实现实质正义。因此，利益保护模式具有不可替代的优势。

利益保护模式也要遵循反不正当竞争法规定的权益保护要件，但在权益归属判定上，它并不似权利保护模式的绝对化，而是依据当事人与利益客体相关情况对现有利益进行再分配。如本案中，虽然法院将包装装潢作为包装装潢权的客体，但却判定包装装潢由两方共同享有使用，很显然是一种利益保护的 mode，将使用包装装潢的利益平分给双方当事人。利益保护模式对权益归属的判定依据两种视角。一种是利益过去式，即依据该利益客体上当事人过去的利益格局判定权益归属。如当事人对该利益形成的贡献大小，当事人过去如何享有此项利益，当事人获得利益的先后顺序、因果联系等。本案中，最高法院便主要依据双方当事人对红罐包装装潢利益的贡献程度及其回报来分配该项利益。另一种是利益未来式，在这一视角下，利益的分配应当从未来此项利益更好地发挥价值和更高效地利用角度出发分配现有利益，采用这一视角需要考察双方当事人使用权利客体的方式、方法、目的、效果等，并考察案外人的利益是否会受到影响，如消费者的利益，以确保利益分配的合理性。

回到该案中，最高法院采用依据当事人贡献度大小及其回报的利益过去式视角，并结合对消费者的影响分配红罐包装装潢利益，值得思考和商榷。首先，关于双方当事人是否对红罐成为有一定影响的商业标识起到了相同的作用，法院认为，广药集团许可加多宝公司使用的“王老吉”商标和加多宝公司的持续使用共同成就了红罐包装装潢的知名度。但是，将包装装潢的知名度归功于王老吉商标的观点比较牵强，如果王老吉商标本身不具有有一定的知名度，加多宝公司何必要付费使用它呢？更重要的是如果商品性价比不高、宣传不力，那么王老吉商标也不能对红罐装潢的知名度起到任何作用。归根到底，不论是红罐包装装潢还是王老吉商标本身都是因为商品受大众欢迎而提升了知名度。因此，谁提供了性价比高的商品、谁做了有力的宣传，谁才对红罐知名度有突出贡献。如此看来加多宝公司对红罐包装装潢和王老吉商标的出名作用更突出。其次，法院认为加多宝公司通过销售商品盈利，已经获得了包装装潢的利益，因此不能对包装装潢要求更多的利益。这种观点并无依据，无法判定加多宝公司是否在案发时便已获得足够的回报，而不是之前或之后。同时，广药集团的王老吉商标因加多宝公司的使用而大幅度升值，这是否也属于获得了足够的回报而不能再享有更多的利益。再次，法院认为加多宝公司在签订商标许可合同时可以预见其在商标许可结束后无法获得包装装潢的利益也是不成立的。商标许可合同只能让当事人预期合同关系终止后会丧失商标使用权，而无法就此认定加多宝公司可以预见关于包装装潢的利益分配，法院不能强求当事人预见超出合同约定之外的结果。最后，法院在作出共同享有时强调了对消费者影响的考虑，然而，这种共享判决其实对消费者造成了更

大的伤害。消费者本来可以通过醒目的红罐对商品来源作出明确的判断,即使判归红罐属于广药集团,消费者也可以在一定时间后判断红罐与金罐的区别,慢慢建立新的三元关系。^①但若两者共享红罐,短期来看,红罐加“王老吉”三个字整体上与之前没有区别,而消费者购买的已经不是加多宝生产的凉茶,而是广药集团生产的凉茶,从某种程度上,这是对消费者最大的误导。长期来看,红罐的指引功能便消失了,消费者只能通过商标,甚至生产商信息对商品进行判断。红罐因为不具有指引功能而丧失反不正当竞争法中“有一定影响”的商业标识资格。这是对商业标识指引功能的毁坏,与反不正当竞争法背道而驰。总之,由不同的生产者共享具有指引功能的商业标识不宜提倡也并不可行。

从利益过去式的角度,加多宝公司对包装装潢的设计、使用、宣传对于商品的成功必不可少,而王老吉商标却不是商品成功的必要条件。同时,在王老吉商标权属清晰的情况下,过去的红罐包装装潢的利益一直为加多宝公司享有,并无争议,也没有造成任何第三方利益受损,因此,加多宝公司应当继续享有红罐包装装潢利益。

从利益未来式角度,加多宝公司使用红罐包装的成功说明其营销能力强,继续让加多宝公司使用红罐包装有利于扩大凉茶的生产销售,进而促进社会福利,同时可以维护消费者建立的三元联系,保护消费者利益。更深层次讲,司法判决为经营者行为提供预期,是一种激励机制。可以预见如果没有按权利保护模式或利益保护模式对加多宝公司的包装装潢利益进行保护,那么市场上的商标许可使用将会减少,这不利于商标这一无形资产的市场配置,也不利于对具有历史意义的商标商业价值的开发和利用。商标许可的交易成本也会加大,当事人会绞尽脑汁对未来可能出现的衍生利益归属问题进行约定,并争取最大利益。市场中使用他人注册商标的经营者将会减少宣传投入,这不利于商品的开发和销售,进而影响经营者利润和消费者福利等。

(三) 法经济学的反思

法经济学将制度纳入经济学的分析框架,把制度作为内生变量,从经济学的角度分析法律演进与功能。反不正当竞争法作为社会主义市场经济的促进法和保障法,应当充分重视市场经济的规律,这需要借助经济学工具,尊重经济学研究成果。商标混淆类案件中,经济学恰恰可以提供一个评判的视角,对权利保护模式和利益保护模式进行进一步的解释和论证。

科斯被认为是法经济学的鼻祖,根据科斯定理,当交易成本为零时,无论权益归属在法律上如何安排,私人谈判都会带来资源的最优配置。在该案中,如果广药集团和加多宝公司交易成本足够低,则无论法院如何判决都会带来包装装潢权益的最优配置(两家企业之间的利益分配可能不同)。然而现实并非如此,双方当事人间的交易成本非常高。交易成本包括搜寻成本、谈判成本和执行成本。双方都不知道对方对包

^① 广东省高级人民法院一审判决加多宝公司停止使用红罐包装装潢后,加多宝公司开始使用金罐包装装潢。

装装潢的估价，也不知道包装装潢权益的明确归属，并且监督对方守约也非易事。双方企业很难就相关问题进行谈判并达成一致意见。因此，包装装潢权益的法律归属便会直接影响经济效率，法律在包装装潢权益纠纷中扮演着非常重要的作用。

虽然很多交易成本外生于法律体系，如法律领域之外的地理距离、关系好坏、信息多少等，但仍然有一些交易成本是法律内生的，法律可以降低这类交易成本，如反不正当竞争法对商业标识的保护便可以降低消费者的搜寻成本。规范的科斯定理指出，一种好的法律应该是降低甚至消除交易成本的法律，权利边界的明晰便是法律降低交易成本的重要手段。因此，权利保护模式的重点在于包装装潢权是否能够被清晰地界定，并具有清楚的归属规则。物权法和知识产权法中许多明确的权利规则便成功地降低了交易成本，从而促进了整个社会的经济效率。

然而，合作和协商并不总是成功。如果权利的边界和利益的预期足够明确且众人皆知，那么就不会有纠纷也就不需要司法了。规范的霍布斯定理提供了一种不合作下的法律最佳做法，即使协商失败的损害最小或效率最大。在本案中，合作失败的广药集团和加多宝公司最终诉至法院，根据霍布斯定理，法院应当将包装装潢判归效率最高的一方，如此可以降低合作破裂的损害。加多宝公司生产凉茶之前，凉茶市场不温不火，而正是加多宝公司的产品性价比、营销策略使得凉茶成为全国畅销的饮品。可见，加多宝公司相较而言更具“效率”，能更好地利用红罐包装装潢，判决加多宝公司享有包装装潢权益更符合霍布斯定理。

五、结语

反不正当竞争法规制商业混淆的目的在于保护商业标识指引功能和消费者对商业标识、商品和商品来源之间形成的三元联系。对这种三元联系的破坏既会损害经营者的合法权益，也会损害消费者利益，并且破坏市场的公平竞争秩序。反不正当竞争法应当基于秩序保护和利益平衡，对商业标识权益进行保护。这就决定了反不正当竞争法的实施应具有宏观视角，而不仅仅局限于商业标识归属方的权益保护法。广药集团与加多宝公司的红罐之争案件中，一审法院并没有从反不正当竞争法目的和价值出发，而是将包装装潢作为注册商标的衍生利益处理，二审法院发现其不足，以双方当事人对商业标识的贡献和消费者利益作为判决依据。但判令共同使用的判决反而使红罐失去了指引功能，消费者只能通过商标和厂商信息判断商品来源。

面对五花八门的商业混淆案件，商业混淆行为分析框架和方法显得非常重要。在商业标识权益归属清晰的情况下，商业混淆案件的重点在于商业标识是否“近似”的判定。在商业标识高度近似，但权益归属不明时，商业混淆的重点在于权益归属的认定。这两种情形都需要通过“剥离法”对相关商业标识和商品进行认定，尤其是第一种情形。权益归属的认定可以根据案件不同情形，如作为权利是否清晰明了、利益关系是否复杂、权利化保护是否违背实质公平等，选择权利保护模式和利益保护模式。

通过分析框架和分析方法的构建,案件的处理将更接近反不正当竞争法的宗旨,更利于实现实质正义,也可以为市场参与者提供明确的行为预期。

参考文献

- [1] 曹新明.知名商品特有包装装潢权益归属理论探析[J].法律科学(西北政法大学学报),2018(6):164-169.
- [2] 曾凤辰.许可使用过程中形成的商业标识的归属——基于“红罐案”的经济分析[J].西部法学评论,2018(3):102-110.
- [3] 崔国斌.商标许可终止后的商誉分配[J].知识产权,2012(12):10-17.
- [4] 孔祥俊.论商品名称包装装潢法益的属性与归属——兼评“红罐凉茶”特有包装装潢案[J].知识产权,2017(12):3-29.
- [5] 兰德斯,波斯纳.知识产权法经济结构[M].金海军,译.北京:北京大学出版社,2005.
- [6] 李雅云.对“广药集团诉加多宝公司包装装潢纠纷案”的民商法解读[J].私法,2016(2):312-319.
- [7] 李扬.究竟谁动了谁的奶酪——加多宝与广药之争案评析[J].知识产权,2012(12):18-25.
- [8] 彭学龙.寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡[J].法学研究,2010(3):149-162.
- [9] 肖顺武.混淆行为法律规制中“一定影响”的认定[J].法学评论,2018(5):176-185.
- [10] 于飞.侵权法中权利与利益的区分方法[J].法学研究,2011(4):104-119.
- [11] 张广良,张吉豫.论商业外观法律保护要件之重构——基于“红罐王老吉凉茶案”的法理分析[J].法制与社会发展,2018(3):212-224.
- [12] 周樨平.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[J].法学,2017(5):126-138.

【作者简介】 黄彦钦:福州大学法学院副教授,福州大学人工智能与法律研究中心执行主任,上海交通大学凯原法学院博士后,法学博士。研究方向:反垄断、反不正当竞争。

Anti-unfair Competition Law Regulation Key Points of Commercial Confusion

HUANG Yan-qin

(Law School, Fuzhou University, Fuzhou 350108, China)

Abstract: The illegality of commercial confusion lies in destroying the guiding function of business marks and disturbing the connection between business marks, commodities and commodity sources. To determine commercial confusion, it is necessary to define the commercial mark and the source of the commodity and the commodity that the commercial mark is attached which has a certain influence. The “stripping method” can be used to decompose and combine the various elements of the commercial mark and the commodity to find the artificial commercial mark and commodity with the minimum guiding function worthy of legal protection. To investigate whether the commercial mark involved in the case will constitute confusion, the similarity of the appearance of the commercial marks need be objectively judged, and the fact or possibility of confusion of consumers by the commercial mark subjectively need be directly investigated. For the ownership of the rights and interests of the commercial mark, the rights protection model or the interest’s protection model can be chosen. The rights protection model takes the commercial mark as the object of rights and applies the first use standard to confirm rights, and the interest’s protection model redistributes the interests of the commercial mark on the basis of the past interests’ structure and the possible future interests’ structure.

Keywords: commercial mark; commercial confusion; anti-unfair competition law; red cans fight; stripping method

(责任编辑: 马莹)