

# 混淆行为规制中“有一定影响”的认定

崔寅荻

天津师范大学法学院, 天津

收稿日期: 2023年9月7日; 录用日期: 2023年9月26日; 发布日期: 2023年11月29日

## 摘要

新反不正当竞争法于2018年1月1日生效施行, 其中第六条规制混淆行为专条成为此次修改的亮点之一, 被广泛关注和讨论。而“有一定影响”作为认定混淆行为的限定条件, 其认定条件模糊给司法实践带来了难题。本文将探讨“有一定影响”进行认定时含义和认定条件不明的问题, 分析问题的成因, 最后构建出认定“有一定影响”的具体标准。并且考虑引入市场调查的方法, 以使混淆行为规制专条真正发挥其积极作用。

## 关键词

一定影响, 混淆行为, 认定条件

## Determination of “Some Influence” in the Regulation of Confusing Acts

Yindi Cui

Law School, Tianjin Normal University, Tianjin

Received: Sep. 7<sup>th</sup>, 2023; accepted: Sep. 26<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 29<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

The new Anti-Unfair Competition Law came into effect on January 1, 2018. The article 6 of the law on confusing behavior has become one of the highlights of the amendment, which has been widely noticed and discussed. “Certain influence” is the limiting condition for the identification of confusion, and the ambiguity of the determination condition has brought difficulties to the judicial practice. This article will discuss the problem of unclear meaning and conditions for the determination of “certain influence”, analyze the causes of the problem, and finally construct specific criteria for the determination of “certain influence”. It will also consider introducing the method of market survey, so that the special article on regulation of confusing behavior can really play its positive role.

## Keywords

### Certain Influence, Confusion Behavior, Conditions for Determination

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

2018年1月1日,新的反不正当竞争法生效施行。作为本次修订的一大亮点,第六条关于混淆行为法律规制的条款自新法生效起就备受关注。修改后的第六条删除了原《反法》第五条假冒注册商标行为以及虚假宣传行为,使之成为规制混淆行为的专条。在限定条件方面,第六条对于所需要保护的商业标识、企业名称以及域名等等的限定条件统一表述为“有一定影响”。立法初衷是为了打击某些企业“搭便车”、“傍名牌”等不正当竞争行为,而降低了被混淆主体的资质要求,扩大了法律的打击范围。以“一定影响”、“混淆”和“知识产权与竞争纠纷”为关键词在中国裁判文书网上进行检索,自从2018年1月1日新的反不正当竞争法实施以后,截至2022年5月,共有5605份判决书,而司法实践中需要清晰认定一定影响的案件只多不少。然而,如何对“有一定影响”进行准确认定?“一定影响”中的“一定”有无具体的标准?这些问题成为新反法生效后在混淆行为认定时必须跨越的难题。

## 2. 对“有一定影响”进行认定时存在的问题

### 2.1. “有一定影响”的含义不明

理解词汇和短语应当将其置于一定的语境之下,要理解“有一定影响”必须对其所在的法律条文有大概的理解。混淆行为,也称商业混淆行为,即经营者使用与他人商业标识相同或近似的商业标识,致使与他人的商品或者营业活动产生混淆,减损他人商业标识的市场价值的行为[1]。在修改后的第六条中,混淆对象已经不仅是商标,还包括企业名称、域名主体部分、网站名称等等,加上第4款的兜底条款,保护范围逐渐扩大。再看“有一定影响”对保护对象的限定条件,用“有一定影响”替换了原第五条的“知名”和“特有”,这个用语最早在2001年版的《商标法》第31条上使用,在现行《商标法》中体现在第32条上。但由于没有其他辅助用语,因此在实务中给法官的判定造成困难。

一方面,“一定影响”的日常概念的属性会导致在司法实践中对于它的理解向生活世界逃逸,造成含义不明。日常生活中,一定影响可以理解为直接或间接产生某种程度的效果。这种理解大多依靠个人的感官因素和对世界的认知,将这种概念置于法律之中会产生理解将向规范以外的生活世界逃逸的问题。此时,对于“一定影响”的理解,应当按照普通大众的日常认知还是按照法律体系下单独的认知便成为一个冲突。

另一方面,含义不明也体现在学界对“一定影响”的意义理解存在分歧。有学者认为在解释上,应与此前的“知名商品”没有实质性区别[2]。按照这个理解,则认为修改后的“一定影响”在实质上并没有与之前的“知名”有实质差异,只是在表述上进行了统一,在含义理解方面仍然按照原反法来理解。也有学者认为与《商标法》第32条的“有一定影响”相比,反法的规定范围更广、程度更深,应相当于《商标法》第13条规定的“为相关公众所熟知”[3]。由此可见,因为“一定影响”这种说法本身模棱两可,留给我们的理解空间也比较广阔,所以在其意义理解上不同学者的看法差异性也较大。这是语言

的模糊性留下的空白，也是不可避免的难题。

## 2.2. “有一定影响”认定条件不明

### 2.2.1. 构成要件不明

认定一个被混淆的主体具有一定影响需要几个构成要件？需要将这个问题厘清。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第四条认同具有一定市场知名度并且有显著特征标识即可以认定为“有一定影响”。<sup>1</sup>因此司法实践中法官多是行使自由裁量权，从上述情况自主判断。而这些要件是同时具备还是满足其一即可，以及不同地区的法官认定要件是否有所不同等疑问，都体现出构成要件不明的问题。

例如在华润(集团)有限公司、华润知识产权管理有限公司等侵害商标权纠纷一案中<sup>2</sup>，一审法院和二审法院都认为华润商店的被告侵权行为不构成商标侵权及不正当竞争，再审中最高院认为“华润”字号具有独创性和显著性，经过50多年的使用和广泛宣传，已具有较高知名度。华润商店构成擅自使用他人有一定影响的企业名称行为。在此判决中，最高院是根据宣传情况加上知名度综合认定华润字号具有一定影响。而在东莞市欧帕涂料科技有限公司、福建文邦建材有限公司等不正当竞争纠纷一案中<sup>3</sup>，一审法院根据知名度认定“欧帕”墙面漆产品包装装潢有一定影响，二审法院认为欧帕公司没有举证证明2017年1月9日该外观设计专利权终止后欧帕公司通过大量宣传使用，由此认为一审法院适用法律不当，应予纠正。在最高院的再审中，最高院根据欧帕公司提供的证据认定该包装装潢的图形、颜色、文字的排列组合整体视觉效果具有显著特征，加上文邦公司、杨文聪明知欧帕公司的字号、产品，但是对欧帕公司在先使用且有一定影响的商品包装、装潢等未予避让，难言善意。此案中，最高院没有具体论述认定一定影响的构成，认同了一审法院根据知名度认定欧帕公司的包装装潢具有一定影响。此外，二审法院是以专利权终止后宣传度不足认定不具有影响。由以上案例就足以窥见“一定影响”构成要件的不清晰，各法院对一定影响的认定具有一定差异，而这种差异就足以导致判决结果的不同，对当事人产生不同影响。

一定影响的法律解释缺失导致审判机关裁判案件需要依赖自由裁量权，裁判结果公正不能保证；对案件的原告而言，一定影响认定的构成要件不明确，导致原告的举证可能达不到法官的裁量标准而败诉。企业长期积累的知名度和累积的商誉则可能被不正当竞争者“搭便车”，市场份额被挤占，不利于原告的正常发展。

### 2.2.2. 忽视反不正当竞争法语境

“一定影响”最早出现在《商标法》，新的《反不正当竞争法》将“一定影响”运用到混淆行为规制中，使商业标识混淆的认定回归到了本位。但基于上述两部法律的语境差异，对“一定影响”的理解需要跨越语词表达本身，提升至命题的高度来解释其包含的意义[2]。在实践中对“有一定影响”进行认同时，往往会忽视语境特点，可能会引发一些问题。

首先，不同的法律和语境下一定影响辐射范围存在差异。商标法更多地关注权利人和侵权人之间的法律关系，而反不正当竞争法的社会法属性决定了其更多关注公共利益，关注竞争行为带来的各种效应，关注不正当竞争行为给市场竞争秩序带来的危害。虽然表达方式相同，但商标法中一定影响的地域性服务于先用权，先用权一旦生成便具有效力上的跨地域对抗性。地域关系结构是“生成地域性—效果跨地域性”[2]。反法中一定影响的辐射范围达不到商标法的标准，对于一个混淆行为的争议点常常是分属于

<sup>1</sup>根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第四条，知名度的衡量可以根据相关公众的知悉程度，商品销售的时间、区域、数额和对象，宣传的持续时间、程度和地域范围，标识受保护的情况等因素综合判断。

<sup>2</sup>参见(2021)最高法民再338号判决书。

<sup>3</sup>参见(2021)最高法民再29号判决书。

不同地区的商业标识，相关公众是否会产生混淆。最高司法解释中只提到了商品销售地域可以作为知名度的参考因素。司法审判中假若忽视一定影响的语境，会扩大反法适用范围，偏离反不正当竞争法引人误认的标准。

其次，语境不同导致认定方法、认定思路不同，如果忽视反法的语境易导致结论不合理。判断涉及使用他人近似商标的商标侵权行为时，采取的方法主要是归纳法。《商标审查与审理标准》中规定的关于商标近似判断，即整体观察和部分对比等一整套分析、推理方法。而反不正当竞争法的判断标准多是一般公众的一般注意力，其中一般公众包括实际的购买者也包括潜在的购买者，但不管如何认定，都是大众的一般注意和感知。认定方法的差异决定了在一定影响的认定上不能忽视语境差异，否则推演出的结论有偏离反不正当竞争法本意的风险。

### 3. 问题成因的分析

#### 3.1. “有一定影响”的表达本身存在模糊性

“一定”作为形容词时本身就带有不确定性，类似于“某种程度的”“适当的”，本次修法是为了扩大保护范围，统一资质标准。可是因为表达本身有模糊性，所以在实践中造成了影响程度到底认定在什么样的范围的困扰，可以说是法律的局限性导致的必然结果，毕竟以语言表述出的内容本身就会带有歧义。加之信息网络时代的信息传播速度非常快，我国各地经济水平和现实情况存在差异，在这种现实背景下，如果法律规定出一个非常明确的标准可能实际意义也不大，并且会产生更多后续问题。

#### 3.2. “一定影响”与“知名”“特有”混同

最高人民法院关于适用反不正当竞争法的解释中第四条规定具有一定的市场知名度并具有区别商品来源的显著特征的标识，人民法院可以认定为反不正当竞争法第六条规定的“有一定影响的”标识。让人怀疑“一定影响”这个修改是否有新瓶装旧酒的嫌疑之外，一定影响与知名、特有更容易混同了。表达的改变体现在认定标准上的差异很难厘清，这也是导致有一定影响认定不清的原因之一。

### 4. 认定“一定影响”中存在问题的解决路径

从根本上讲，任何法典化的制度安排都会有需要填补的空白，也会有需要澄清的疑问和含混，还会有需要淡化的难点和错误<sup>[4]</sup>。反不正当竞争法第六条中的“有一定影响”给司法实践带来了一些问题。我们不能苛求立法者的立法完美无缺，因此在法律的框架下逐渐完善衡量标准才是解决之道。

#### 4.1. 具体衡量“一定”的“度”

“一定”本身带有模糊性，因此明确一定影响的具体标准首先的衡量清楚一定的“度”。这些被混淆的对象的影响力达到什么样的程度就能认定行为人的行为构成混淆行为？是否需要构建一个类似门槛的最低标准？

总体上来说，新的反法扩大了混淆行为的打击范围。对于原告来说，举证证明“一定影响”比证明“知名”难度低。相比我国《反不正当竞争法》第六条将混淆行为分为的商品标识混淆、主体名称混淆与网络域名、网站名称、网页混淆等情况；日本防止混淆行为的规定，散落分布在第二条第一款第一至三项中，主要分为商品等主体混同行为、著名标识仿冒行为以及商品外形混淆行为。第一项要求是“众所周知”，第二项要求“著名”，第三项商品外形混淆行为对商品没有做特殊规定。由此可见，日本的《不正当竞争防止法》对于保护对象的限定条件也只是提供了一个知名度相关的梯度，并没有具体衡量尺度。美国防止他人擅自适用商品外观的限定条件是商品外观具有显著性，与原反不正当竞争法的“知

名商品”相似。从域外相关法律可以得出,这种“度”很难给出确切解释,需要我们思考从侧面因素来衡量“一定”的程度。(1) 大众知晓该商品。大众的知晓和商品声望是混淆行为发生的基础因素,采取行动的经营者的目的往往是不劳而获,用极为相似的商业标识等意图使消费者产生混淆和误认的潜在可能性,从而“借用”被有知名度的企业的商誉和宣传成果。此外,考虑到产品的消费或者使用对象,应特别注意这里的“相关大众”不是泛指任何社会公众[5]。应当是在商品主要销售所在地的购买者和潜在消费者。(2) 宣传量和销售量的大小作为一定的参考,具体来说多方考察投放的广告量和商品的销售量,衡量商品是否足以使相关公众产生印象。在华润(集团)有限公司、华润知识产权管理有限公司等侵害商标权纠纷一案中最高院的判决可以给出启发,华润字号经过 50 多年的宣传,商品销售量也很大,因此足以认定产生一定影响。现实市场情况复杂,我国各地区经济发展水平也不一,这种综合考量对法官的要求较高,但这些参考因素能够使不甚清晰的“一定”稍微明晰一些。(3) “一定影响”具有地域性即可。这包含两个方面的意思:一方面,举轻明重,具有全国性影响的商品自然可认定为具有“一定影响”;另一方面,一般说来,在某一个地区(一般是指行政区域)具有影响,即可以认定为本法所指的具有“一定影响”[5]。上文中提到的相关公众应当是某一地域内的公众,反法的影响范围也没有商标法那么大,因此地域性在“一定”的“度”的衡量中也十分重要。全国性影响自然符合要求,而对于下限的行政区域的范围需要进一步思考。在物流畅通,网络发达的时代背景下,有学者认为将县级作为此处最小的行政区划正合适,县域内的商品信息流通应当说是非常迅捷和充分的,如果商品信息甚至不能覆盖到一个县的区域那么很难认定影响力达到了一定程度。并且中国裁判文书网上可以搜索到许多县或者市辖区之间因混淆行为产生的不正当竞争纠纷,划到县一级符合当下保护竞争环境的需求。关于影响是否真的需要覆盖全域才可以,这点因为实际情况的复杂性需要依靠法官的自由裁量和综合判断。

#### 4.2. 具体设定“一定影响”的构成要件

认定“一定影响”的构成要件这方面与“一定”的“度”的考量有交叉部分,比如构成要件中其实也需要衡量地域性以及商品被相关公众的知悉程度,所以构成要件角度具体探讨一下行为人的主观构成,从市场竞争的角度看,主动行为和被动行为的分类是有其意义和价值的[6]。行为人构成明知那么必定可以认定,而如果行为人确实对于一定影响不知情那么也很难确定其有不正当竞争“搭便车”的恶意。而如何判断行为人明知或者应当知道混淆产品具有一定影响是此时必须解决的问题。

每个人的主观意识难以被外界观察,对于明知的情形,行为人即使处于明知商业标识有一定影响力的情况,但是因为每个人趋利避害的本性,行为人在法庭上不会如实陈述;对于应知的情形,如何判断应当知晓需要根据现实情况加以推定。在其他部门法中对于明知或者应知这种主观要件的判断都会采取法律推定的方式,即通过行为人的外在行为推定其主观意图,此种推定在“一定影响”的主观要件中可以适用。对于认定“一定影响”的主观要件考量的因素可以总结为以下几点:(1) 结合商品对于相关公众的影响力判断。被混淆商品的影响力和经营者主观上是否明知或者应知成正比。因为被混淆的商品影响力越大,说明该商品被明知或者应知的可能性也就越大,那么,该经营者从事混淆行为的可能性也就越大[6]。混淆行为的目的之一便是利用他人已经积累起的声誉和知名度不正当地获得竞争优势,因此只有被混淆的商品有相应影响力了行为人才能获得想达到的效果,否则行为人完全可以进行创新。在影响力程度上的标准应当参考销售量,公众知晓程度,宣传力度等因素。(2) 被混淆对象的独特性与显著性。如果一个商业标识具有非常鲜明的特征,不仅能与其他商业标识区分,更多的是会让公众以及同行业从业者印象深刻,产生较大的影响,比如椰树椰汁的独特风格包装、苹果手机的外观等等,具有鲜明特征的标识让行为人很难举证自己不知情。所以被混淆对象的独特性与显著性可以作为推断主观要件的考量因素。

### 4.3. 引入市场调查的方法

在认定“一定影响”时对公众知晓程度、宣传力度、销售区域等进行量化分析具有相当的专业性，加上我国司法资源一直处于匮乏状态，所以在实证研究时很少引入市场调查的方法。市场调查是一个系统工程，至少涉及调查主体、被调查主体的范围、调查方式、数据的获取及证据效力等诸多方面，尚未形成基本的制度框架。恰因如此，这个制度实施中空白才需要补足。在诉讼中，通过市场调查让公众参与可以比各种推定更直观地体现“一定影响”。在“内蒙古伊利实业集团股份有限公司诉内蒙古蒙牛乳业(集团)股份有限公司等不正当竞争纠纷案”，<sup>4</sup>当事人委托公证机构做出地市场调查证明了相关公众在面对蒙牛的“草莓味未来星营养果汁酸奶饮品”会认为与伊利的“草莓味 QQ 星营养果汁酸奶饮品”有一定联系。而运用市场调查时要注意调查对象是否是案件争议对象、调查主体的选取是否合适、调查所在地域的选取是否符合一定影响所需范围等等。在“中山市奥普电器有限公司、中山市阪神电器有限公司侵害商标权纠纷”一案中，奥普公司、阪神公司同样进行了市场调查，但是提交的市场调查报并非针对本案被诉侵权标识及涉案商标且不符合商标近似比对规则，因此并未被当成证据。

## 5. 小结

德沃金曾经说过，法律是一种不断完善的实践。此次新的反不正当竞争法中第六条的“有一定影响”认定模糊的问题是法律完善过程中必然经历的一道坎，这个过程中应当找出问题所在，分析问题的成因以及最后构建具体的认定标准。

在规制混淆行为中，对于一定影响的认定过程中存在的问题主要是一定影响的含义不明和认定条件不明，认定过程的混乱和模糊会导致裁决结果不公正，而在竞争法中，不同结果的裁决对企业影响较大。因此，就需要从衡量“一定”的度，构建“一定影响”的具体要件和运用市场调查的几个思路来尽力使“一定影响”的认定更具体，更客观，更具逻辑性。认定过程中需要将目光往返于相关公众的知悉程度，商品销售的区域、数额和对象，宣传的持续时间、程度和地域范围，标识受保护的情况等因素，进行综合考量，公平判断。在司法实践中，一定影响的认定既是争议焦点，也是裁判难点。一些法院在面对这个问题常常选择回避或者简单说理，面对这种现实需要，更需要对于此问题进行解决，对认定进行明确，让混淆行为规制条款真正发挥其在反法中的作用。

## 参考文献

- [1] 孔祥俊. 反不正当竞争法原理[M]. 北京: 知识产权出版社, 2005: 107.
- [2] 刘继峰. 反不正当竞争法中“一定影响”的语义澄清与意义验证[J]. 中国法学, 2022(4): 186-200.
- [3] 黄璞琳. 新<反不正当竞争法>与<商标法>在仿冒混淆方面的衔接问题浅析[N]. 中国工商报, 2022-11-07(007).
- [4] 卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力, 译. 上海: 商务印书馆, 1988: 4.
- [5] 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.
- [6] 肖江平. 滥用市场支配地位行为认定中的“正当理由”[J]. 法商研究, 2009(5): 88-96.

<sup>4</sup>参见北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初08861号民事判决书。