

反不正当竞争法对未注册商标的有效保护及其制度重塑

黄 汇^{*}

内容提要 商标法以注册取得机制为基石,对未注册商标的保护却并不完备。反不正当竞争法和商标法之间既联系又分工,只有坚持“平行保护”的基本理念,方可厘清二者的逻辑关系与本质,也才能给予未注册商标所有人以充分有效的救济。当前,我国《反不正当竞争法》对未注册商标的保护无论是在规范建构技术、制度完备性抑或价值坚守方面都尚有不足。为更好保护未注册商标,宜以“平行保护”理念为统领,兼采商标法内循环和反不正当竞争法外循环之双循环系统,并从重构“反混淆”条款、引入“阻碍竞争”条款和创新中国特色“反仿冒”条款三个维度进行制度重塑,最终实现《反不正当竞争法》和《商标法》对未注册商标最有效的协同保护。

关键词 未注册商标 平行保护理论 反不正当竞争法 商标法 协同保护

目 次

- 一、引言
- 二、反不正当竞争法与商标法的逻辑关系厘清
- 三、“平行保护论”对未注册商标保护的意义
- 四、未注册商标保护的制度困境与规范阙如
- 五、《反不正当竞争法》的制度重塑与立法完善
- 六、结语

^{*} 西南政法大学新科技法治创新研究中心、“互联网知识产权治理体系创新研究团队”教授。本文系2017年度国家社科基金重大项目“创新驱动发展战略下知识产权公共领域问题研究”(项目批准号:17ZDA138)和2021年度重庆市社会科学规划英才计划项目“新时代知识产权理论创新与制度变革”(项目批准号:2021YC062)的阶段性成果。

一、引言

注册取得商标权制度是我国商标法之基石。现代施行成文商标法的其他国家,也均以注册机制为立法原点,以现代私法(财产法)的基本精神为核心要义^①,以权利法为制度构造,以侵权行为法为模式借鉴,对注册商标权提供了标准化和程式化的保护。然而,遗憾的是,在该模式下,对未形成标准化财产内容、以防止混淆为中心和以行为规制为重点的未注册商标之保护不仅缺乏完整的理论体系,相关规范建构也并不完善。这不仅带来了商标法“公共领域”圈地和大量未注册商标被恶意抢注的情况,甚至在未注册商标已建立起市场声誉之领地,也有注册者频频滥用注册身份对未注册商标商誉进行寄生性掠夺和反向挟持侵害,^②进而导致对公平竞争秩序的背离。

虽然现代成文商标法均以注册为规范起点和中心,但从数量和形态上看,未注册商标绝非少数。根据相关学理以及我国2019年《商标法》的规定,其至少可包括以下情形:(1)符合我国《商标法》第11条有关相对禁止注册条件的未注册商标;(2)注册商标依据《商标法》第56条在核准注册之外的商品和服务上使用;(3)依据《商标法》第40条注册商标续展未获通过和依据第44、45条被宣告无效但仍具有“剩余商誉”之商标继续作为未注册商标使用;(4)注册商标所有人于注册期间放弃注册身份转而寻求未注册商标保护;以及(5)他人注册后依据《商标法》第59条享有先用权的在先未注册商标和境外使用产生一定影响但尚未在我国境内注册者;等等。

如何保护未注册商标,不仅关涉我国商标法制的科学架构,也攸关反不正当竞争法进入商标保护的秩序模式和进路方式,以及反不正当竞争法和商标法二者之间的价值耦合和规范协同。本文将从两者一般关系的逻辑理路出发,在充分揭示二者系“平行保护”关系的基础上,重点对我国《反不正当竞争法》在未注册商标保护方面的逻辑基础和规范构造进行检视与反思,以期在对其进行制度重构的基础上,充分发挥其在打击恶意竞争、遏制过度竞争和维护合法竞争方面的制度潜能和优势,最终实现反不正当竞争法与商标法对未注册商标最优化的协同保护。

二、反不正当竞争法与商标法的逻辑关系厘清

作为市场经济发展的重要基石,商标法和反不正当竞争法二者既要促进竞争,也要防止和限制不正当竞争;既要加强自由竞争,也要实现公平竞争。^③概言之,二者在维持

① 参见[美]弗兰克·I.谢克特:《商标法的历史基础》,朱冬译,知识产权出版社2019年版,第134-157页。

② 参见李晓秋:《论商标挟持行为的司法控制》,载《现代法学》2017年第4期,第82-83页。

③ 参见黄汇:《商标法中的公共利益及其保护——以“微信”商标案为对象的逻辑分析与法理展开》,载《法学》2015年第10期,第76页。

公平竞争和“促进效能竞争”的基本目标上是一致的。^④ 尽管如此,两法的关系究竟如何?立法及法律解释究竟应如何架构二者的逻辑关系并明晰其适用结构?这不但关系对它们本质的科学认知,也攸关运用反不正当竞争法为未注册商标提供保护的逻辑基础与正当前提,以及两法的价值整合和规范整合。在传统知识产权理论框架中,对于两法关系素有“补充说”^⑤、“一般与特别关系说”^⑥和“平行保护说”^⑦之分。在诸种理论中,笔者赞同平行保护学说。在笔者看来,商标法和反不正当竞争法无论在规范旨趣、规范目标、规制手段、遏制重点等方面均存有重要差异,二者既非补充或兜底适用关系,也非一般与特殊适用关系,而恰为平行保护关系。具体而言,该种平行适用关系体现在以下方面:

第一,从保护重心上看,现代商标法注重对注册秩序的维持与调整,反不正当竞争法则侧重于对商标使用秩序的规范与保护。现代商标法以注册为起点,通过对注册商标的假冒、仿冒和淡化行为的标准化遏制,来达致保护公平竞争秩序目的。反不正当竞争法则以使用为起点,通过对以不正当竞争为目的的不规范、不诚信商标使用行为的规制,来实现维持公平竞争秩序目标。当某一使用行为不合法时,不管其是注册商标还是未注册商标,也不论其曾经是否有过受注册保护的历史记录,只要使用人的行为违反了诚信的商业惯例和公认的商业道德,违反了合法竞争的正当原则,反不正当竞争法都具有介入调整的可能。现代商标法以注册为原点,视商标为静态的财产,从注册确权出发,通过赋予注册人以商标专用权的方式,来实现对商标权事前的样态化和标准化保护。现代商标法虽然具有竞争法的某些特性,但其更多通过注册取得商标专用权排除一般性的侵害行为,以形成商品交易上的竞争秩序。^⑧ 而反不正当竞争法不关注商标注册与否,以使用主义为中心,通过对各种损害他人法益行为的有效管控和干扰排除,来实现对商标权益的动态保护。换言之,以竞争秩序为保护中心,建立不正当竞争认定的标准和方法,才是反不正当竞争法在竞争法体系中具有独立价值的关键所在^⑨和规范的坐标系原点。总之,“反不正当竞争法首先是市场竞争秩序维护法,是否扰乱市场竞争秩序应成为不正当竞争行为的首要判断标准,甚至高于特定经营者和消费者的具体权益”^⑩。

第二,从行为违反的性质来看,商标法对商标权之保护系基于成果本身形成的劳动努力,因此,商标法为当事人提供的是一种绝对排他的主观权利保护。现代商标法以积极的授权性规范为起点,通过赋予注册商标权人以主观权利方式,为其商誉创造和品牌培育努力提供激励性动机;反不正当竞争法保护并非基于成果本身的价值,而恰是基于竞争者进入市场方式的不正当性。因此,对商标法的违反往往体现为“结果上的不正

④ 参见[德]弗诺克·亨宁·博德维希主编:《全球反不正当竞争法指引》,黄武双等译,法律出版社2015年版,第10页。

⑤ 参见郑成思:《反不正当竞争——知识产权的附加保护》,载《知识产权》2003年第5期,第4页。

⑥ 参见邵建东:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第30、36页。

⑦ 参见郑友德、万志前:《论商标法和反不正当竞争法对商标权益的平行保护》,载《法商研究》2009年第6期,第95页。

⑧ 参见张玉敏主编:《商标保护法律实务》,中国检察出版社2004年版,第11页。

⑨ 参见张占江:《反不正当竞争法属性的新定位——一个结构性的视角》,载《中外法学》2020年第1期,第193页。

⑩ 王艳芳:《论反不正当竞争法的基本价值取向(上)——以反不正当竞争法一般条款为视角》,载《中国专利与商标》2020年第2期,第79页。

义”,而对反不正当竞争法的违反则表现为“行为上的不正义”。^⑪尤其是20世纪晚近以降,反不正当竞争法以竞争者的绝对权利为保护对象的做法开始让位于对竞争秩序的社会规范和社会矫正,反不正当竞争法的保护也不再以权利违反为规范起点,而是着眼于行为的正当性。当竞争者的行为违反了竞争法的基本价值约束和秩序塑造功能时,即便当事人所追求保护的法益尚不具备普遍的价值认同以使其具有足以上升为“权利化”保护之可能,基于人们对公平竞争秩序所带来共享法益的维护与渴望,反不正当竞争法仍有介入调整的必要。

第三,从制度规范目的上看,现代商标法是权利授予法,商标法的首要目的在于保护商人的财产利益,商标侵权之诉的核心在于制止贸易被转移,从而避免对商人造成不当损害。而反不正当竞争法则偏重集体利益和公共利益的保护,其保护的主要法益是健康的竞争秩序,即市场的效能竞争价值。^⑫也就是说,反不正当竞争法是社会秩序法,其最高目标在于维护一个有效竞争的体制,“该体制将以最低成本向消费者提供最佳质量的商品与服务,并确保提供者的市场准入自由和有关选择自由的需求”^⑬。反不正当竞争法的终极目的在于保护竞争本身以及确保自由市场的运转,而通过规制特定类型的不正当行为来保护竞争者的个体权利只是其次要目的。^⑭总之,商标法更多以商人的私法利益为目标追求和价值依归,^⑮而反不正当竞争法的最重要使命在于“在强者面前保护弱者,在个人的自私自利面前保护集体的福祉”^⑯。也就是说,反不正当竞争法以竞争机制所蕴含的公共利益为依归,而“公共利益意味的是在分配和行使个人权利时决不可以超越的外部界限,否则全体国民就会蒙受严重损害”^⑰。

第四,从是否采取法定主义的立场上看,现代商标法以注册为起点,注册商标权具有高度排他性和典型的“准物权”性质,因此现代商标制度往往实行严格的权利法定原则。作为典型的设权模式立法,包括商标法在内的知识产权法须遵循自身的对价机理和价值范式,包括权利保护的合理期限、权利的排他强度、权利的保护范围和限制程度以及客体公开与否等。总之,只有实行权利法定才能为商标权清晰划界,从而为他人的自由竞争和公平竞争留下合理的制度空间。但反不正当竞争法关注的重心是市场竞争机制,这意味着特定权益受到侵扰并不足以引起反不正当竞争法的关注,唯有竞争机制才能获得真实关切。因此,作为行为规制法的反不正当竞争法并不推崇法定主义。^⑱这使得反不正当竞争法在商业标识保护方面呈现出高度的灵活性和自治性,

⑪ 参见范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第143-144页。

⑫ 参见刘维:《商标权的救济基础研究》,法律出版社2016年版,第33-34页。

⑬ [美]弗雷德里克·M.阿伯特、[瑞士]托马斯·科蒂尔、[澳]费朗西斯·高锐:《世界经济一体化进程中的国际知识产权法》(第2版下册),王清译,商务印书馆2014年版,第905页。

⑭ 参见前注④,弗诺克·亨宁·博德维希主编书,第178页。

⑮ 参见吴汉东:《民法法典化运动中的知识产权法》,载《中国法学》2016年第4期,第28-33页。

⑯ [德]奥托·基尔克:《私法的社会任务:基尔克法学文选》,刘志阳、张小丹译,中国法制出版社2017年版,第43页。

⑰ [美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第324页。

⑱ 参见陈耿华:《我国竞争法竞争观的理论反思与制度调适——以屏蔽视频广告案为例》,载《现代法学》2020年第6期,第174页。

使其可以不受注册的形式约束,对各种不正当竞争行为提供救济。^{①⑨} 具体而言,反不正当竞争法可以不受商标法关于商标或商品近似、侵权行为的商标性使用以及原被告之间是否存在直接竞争关系^{②⑩}等要件的制约,既可以启动专门的禁止性条款对商业标识加以保护,也可以动用一般条款进行保护。维护商业诚信行为一般条款的存在,充分显示了反不正当竞争法保护的开放性、包容性和社会调适性,使其足以制止包括欺骗、误导和混淆在内的所有不正当竞争行为提供可能性前提和条件。

第五,从具体保护模式上看,现代商标法对商标权人提供的是积极的支配性保护,反不正当竞争法提供的则是消极的禁止性保护。商标法采行的是“先有权利,后有救济”的模式,先验性注册商标权利的存在,是商标法救济启动的根本前提。而反不正当竞争法采取的则是“先有救济,后有利益”的模式,即反不正当竞争法只在矫正被扭曲的竞争秩序中产生受保护的“法益”(如果这种利益存在的话)。因此,如果说商标法保护体现的是一种对商标权益事前的“分配正义”的话,^{②⑪}反不正当竞争法体现的则是一种事后的“矫正正义”。另外,从利益平衡的视角来看,商标权作为一种无形产品的独占权,以绝对权或财产权的方式进行保护。反不正当竞争法则为市场经济确立规则,因此对不正当竞争行为的判断应以利益平衡的方式进行。^{②⑫}虽然包括商标法在内的知识产权法亦高度重视“利益平衡”的价值取向,^{②⑬}但其首先应考虑的是商标权人与公共利益之间的平衡;而反不正当竞争法则首先考虑竞争者之间的利益平衡^{②⑭}。总之,权利来自于不义,^{②⑮}“现代社会中很多新类型的权利均来自对人类不义历史的反思”^{②⑯}。反不正当竞争法义务的设定,更多源自人们对市场上巧取豪夺、投机取巧、背信弃义等不义行为的道德反思与历史反思。正是这些商业道德义务的开放存在,形塑着反不正当竞争法的“不正当竞争”行为概念,推动着其自身的价值塑造和观念演进,并得以规制一切违反时代经济结构和商业道德的不正当竞争行为,从而为社会经济秩序的整体演进,树立起价值范式和行为边界范式。

具言之,虽然商标法历史上脱胎于反不正当竞争法,但演化至今,二者在规范重点、规制手段以及价值侧重上均存有较大区别。“反不正当竞争法和知识产权法的保护范畴和保护方式不尽相同,两者交叉重叠,在许多领域是平行保护,并不存在此优先于彼的问题。从历史的视角看,近代知识产权法体系亦是在反不正当竞争法的大框架下逐步发展确立……是反不正当竞争法的伸缩决定了知识产权体系的建构与方向”^{②⑰},而绝非相反。

^{①⑨} See Ketevan Uridia, *Trademark Law as Protection from Acts of Unfair Competition: Possible Solutions for Georgia*, LL.M.Short Thesis of Center Europe University, 2014, p.25.

^{②⑩} 参见前注^{①③},弗雷德里克·M.阿伯特等书,第910页。

^{②⑪} 参见[美]罗伯特·P.莫杰思:《知识产权正当性解释》,金海军等译,商务印书馆2019年版,第205-270页。

^{②⑫} 参见前注^{①④},弗诺克·亨宁·博德维希主编书,第137页。

^{②⑬} 参见冯晓青:《知识产权法利益平衡理论》,中国政法大学出版社2006年版,第62页以下。

^{②⑭} 参见李晓武:《〈反不正当竞争法〉以应有地位——兼评3721网络实名案》,载《清华法学》2008年第4期,第157页。

^{②⑮} 参见[美]艾伦·德肖维茨:《你的权利从哪里来?》,黄煜文译,北京大学出版社2014年版,第5-7页。

^{②⑯} 方新军:《侵权责任利益保护的解释论》,法律出版社2021年版,第182页。

^{②⑰} 前注^{②④},李晓武文,第159页。

总之,商标法和反不正当竞争法二者既联系又分工,正是二者紧密的规范协同和价值耦合关系,决定着二者在制度构建中的差序格局和命运关系,并以各自的制度优势和制度潜能推动着社会整体竞争秩序组织化地演进和拓展,最终在全社会形成一个良法善治的竞争格局和法益秩序保护格局。

三、“平行保护论”对未注册商标保护的意义

根据“平行保护论”,反不正当竞争法和知识产权法实际上是一种并列或同位关系,^{②8}二者并无适用上的主从或一般与特殊、优先与补充之别,而恰是基于各自特有的规范功能和规范手段,平行地对商标权益提供保护。该种理念,从世界知识产权组织1996年颁布的《反不正当竞争示范法》即可得到证明。该法第1条第2款明确了反不正当竞争法在知识产权专门法之外独立保护之地位,知识产权专门法保护之赋予,并不会成为反不正当竞争法适用的障碍。从比较法视角来看,英国、德国和美国均采用“平行保护”的理念。在英国,商标注册获得的权利只是用来阻止别人在相同商品上使用该商标,以免引起混淆。商标法与仿冒法处于平行地位。如果原告在先使用商标并获得商誉,其即具有仿冒法上的权利,被告则不能以商标已注册为由,对仿冒法上的权利进行抗辩。^{②9}美国同样如此,“美国《兰哈姆法》的立法历程表明,该法律只是一部对普通法规则进行成文化的注册法,而非创设新权利的法律”^{③0}。《兰哈姆法》所遵循的对注册商标的保护理念,实际上正来自普通法上制止欺诈的一般性观念。虽然《兰哈姆法》业已高度成熟,但其也不过是美国反不正当竞争法最为核心的组成部分,并有力推动着其进化发展。^{③1}总之,“商标法属于反不正当竞争法之一部分,业已成了一种教义化的原则”^{③2}。反不正当竞争法与商标法之间并非二元对立和互为排斥的关系,也非兜底适用与补充保护关系,而恰是一种平行保护关系。该种“平行保护”理论,在未注册商标保护问题上具有重要的理论意义和应用价值。具体而言,主要体现在以下方面:

首先,根据“平行保护论”的基本理念,反不正当竞争法不仅对未注册商标进行保护,也对注册商标的恰当使用起着重要规范作用,当注册商标使用方式不当,通过混淆等行为构成对未注册商标商誉的反向掠夺侵害时,同样可能构成不正当竞争。从理论上而言,尽管现代商标法通过遏制假冒、仿冒和反向假冒等行为,业已将反不正当竞争法的诸多议题内部化了,体现了对公平竞争秩序的维护,然而需注意的是,这一系列规则更多指

^{②8} Vgl. H. Köhler, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums, GRUR 2007, S. 554.

^{②9} 参见李艳:《论英国商标法与反不正当竞争法的关系》,载《知识产权》2011年第1期,第110页。

^{③0} [美]谢尔登·W. 哈尔彭、克雷格·艾伦·纳德、肯尼思·L. 波特:《美国知识产权法原理》(第3版),宋慧献译,商务印书馆2013年版,第307页。

^{③1} See Nabisco Brands, Inc. v. The Quaker Oats Co., 547F. Supp. 692, 697 (D.N.J. 1992).

^{③2} 孙瑜晨:《优先论抑或竞合论:商标法和反不正当竞争法关系考论——兼评〈反不正当竞争法(修订草案)〉第6条》,载史际春主编:《经济法学评论》(第17卷),中国法制出版社2017年版,第88页。

向的是对注册商标权这一主观权利本身之保护。由于现代注册取得商标权机制只是一种人为的制度设计和安排,它并不能彻底解决所有的市场公平竞争问题。尤其是当注册机制本身被滥用,在后的注册人构成对在先未注册商标的恶意抢注和恶意混淆等商誉反向掠夺侵害时,反而可能会恶化市场竞争,成为不正当竞争行为,此时,仍需要反不正当竞争法对之予以再平衡。

在反不正当竞争法的广阔视域下,相对未注册商标而言,注册商标实际上并不具有优势地位。对作为行为法的反不正当竞争法而言,即使是注册商标权的行使也应以其为界限,注册商标权利人不得以注册商标身份规避和逃逸反不正当竞争法之规制。^{③③}正如学者所言,“商标法并非自外于一般之竞争法,而是归属于整体竞争秩序的范畴之中……所以,即使是取得注册的商标,亦不得虚伪不实及引人错误”^{③④},即权利人不得以注册商标之身份选择排除反不正当竞争法之适用。换言之,尽管知识产权因为能促进创新,通常能得到反不正当竞争法的“优待”,但当知识产权人的行为符合主观权利法(知识产权法)要求却违反了反不正当竞争法的规定时,权利人并不能通过援引知识产权法得到反不正当竞争法的豁免,相反,反不正当竞争法还应保留在极端情况下进行市场干预之权力。^{③⑤}正是基于此,吴汉东教授认为“与传统民法不同,反不正当竞争法反映了现代民法私法社会化的变革趋势”^{③⑥};日本学者田富彻男先生甚至把反不正当竞争法视为真正意义上的“产业民法”,^{③⑦}从而为整个产业秩序树立价值范式和行为范式。总之,遏制对包括未注册商标在内的商业标识的恶意抢注、恶意混淆、恶意仿冒等不正当竞争行为,只靠商标法的内循环显然不够,还需兼顾反不正当竞争法作为行为法的价值取向,只有实现商标法内循环和反不正当竞争法外循环的辩证统一,通过这一内外结合的双循环体系,方能真正实现该目标。因为,在维护公平竞争秩序问题上,商标法不过是第一道工序,而反不正当竞争法才是另一道更重要的平行工序。

其次,根据“平行保护论”的观点,当注册商标被宣告无效、撤销或因到期续展未获通过再次沦为未注册商标时,只要该商标存有剩余商誉,反不正当竞争法就仍得以启动为之提供保护。其根本理由在于,“商标权作为一种财产权主要来自商标的使用,而非商标的注册。撤销商标注册,仅仅让商标所有人丧失了一些程序上的权利,例如推定使用、不可争议以及全国范围内的排他性使用等。但是,商标所有人依据使用而获得的财产权利,并不会因商标注册的撤销而丧失”^{③⑧}。换言之,现代注册商标法不过是一套确权规则,注册机制的存在使商标法更多体现出一种产业促进法之功能;反不正当竞争法则是一套行权规则,以行为规制为中心,其对不正当竞争行为之调控并不以当事人注册身

^{③③} 参见上海市徐汇区人民法院(2018)沪0104民初18665号民事判决书。

^{③④} 刘孔中:《解构知识产权法及其与竞争法的冲突与调和》,中国法制出版社2015年版,第271页。

^{③⑤} 参见[英]史蒂文·D.安德曼编:《知识产权与市场竞争策略》,梁思思、何侃译,电子工业出版社2012年版,第37页。

^{③⑥} 吴汉东:《知识产权法》,法律出版社2021年版,第70页。

^{③⑦} 参见[日]田富彻男:《市场竞争中的知识产权》,廖正衡等译,商务印书馆2017年版,第25页。

^{③⑧} 李明德:《美国知识产权法》(第2版),法律出版社2014年版,第599页。

份的存续为前提,也不以其历史上是否存在为转移。只要第三人的行为触犯了反不正当竞争法所认同的价值边界和行为边界,其即有介入调整之可能,这既不会随当事人的注册身份被宣告无效或撤销而有所改变,也不会随其注册续展是否通过而有所改变。具言之,商标法保护基于注册,而反不正当竞争法保护基于市场本身。故此,那种认为注册商标一旦被撤销或被宣告无效即不能再获得任何保护的观点,恰是一种典型的“排斥保护论”或者说是商标法保护“优位主义”的观点,实属对两法平行保护理念的错误摒弃与不当背离。

最后,根据“平行保护论”的观点,一个商标即便是注册商标,其所有人亦完全可于注册期间放弃注册身份,而以在实践中通过使用而建立起来的商誉事实,主张被告行为构成不正当竞争。比如在“哈利克(Halicki)商标侵权案”中,美国第九巡回法院就持该立场,^{③⑨}根本理由在于“一个本身就能够享有《反不正当竞争法》保护的在先商业标识,并不会因为其后来获准注册为商标,而失去《反不正当竞争法》的保护。如果结论是相反的话,无疑是荒唐的”^{④①}。从立法例来看,《德国商标和其他标志保护法》第2条就明确规定,该法对商标、商业标志和地理来源标志的保护不应该排除适用其他规定保护这些标志。也就是说,在德国,即便商标业已注册,也不排斥其可放弃注册身份、回归未注册商标立场,以寻求反不正当竞争法“行为主义”之保护。个中理由仍在于反不正当竞争法和商标法系平行保护关系,反不正当竞争法对当事人的救济并非基于其主观的注册身份,而在于第三人进入市场的方式。当第三人的行为明显地违反了公平竞争的市场规则时,商标所有人的注册身份自然不会也不应成为其主张不正当竞争之诉的障碍。

更何况,从“平行保护论”的视角观之,商标侵权和反不正当竞争之诉之间无论在举证责任、保护时效、赔偿范围还是救济途径、禁令措施适用等方面,均存在较大的差异。对此,正如英国著名商标法学者菲利普斯(Jeremy Philips)教授所言,对于当事人而言,就某一行为究竟是提起商标侵权之诉还是不正当竞争之诉,“就类似于在骑自行车与推着自行车之间作出选择,骑车虽更快,但有时有些目的地却只能下车走才能到达”^{④②}。该比喻无比生动地表明,反不正当竞争法和商标法虽具有相近的制度目标,却系不同性质的制度范畴。其适用并非非此即彼的二元对立关系,而恰是一种平行保护关系。当一行为同时触及两种不同的规则系统时,应赋予当事人以选择权。然而,遗憾的是,我国却有法院基于二者“二元排斥”的保护立场,机械地认为注册商标只能用商标法保护,未注册商标也只能基于反不正当竞争法进行保护。比如,在“贵州青酒厂侵害商标权及不正当竞争纠纷案”^{④③}中,法院就认为,在当事人享有注册商标权的情形下,不宜另行主张知名商品特有名称或企业字号权益。如果仅是从程序法“诉”的视角,即从避免当事人重复起诉以重复获利的视角,该结论倒是可以成立。但从实体法角度,如果认为当事人业已获

^{③⑨} See *Halicki Films LLC. v. Sanderson Sales and Marketing*, 547F.3d 1219 (9th, Cir, 2008).

^{④①} 张伟君、庄雨晴:《〈商标法〉优先适用论”辨析》,载《知识产权》2020年第6期,第57页。

^{④②} 沈达明编著:《知识产权法》,对外经济贸易大学出版社2015年版,第211页。

^{④③} 参见贵州省高级人民法院(2016)黔民终201号民事判决书。

得了注册商标权保护,就当然不能再选择主张反不正当竞争法意义上的行为权保护,就实属对商标法和反不正当竞争法逻辑关系的严重误读,不当背离了二者“二元分治、平行发展”的制度理念和发展格局。

总之,“平行保护论”认为“反不正当竞争法既不是各知识产权部门具体法兜底法律,也不是解决所有问题的‘口袋’规则,而是具有独立价值观和价值导向的市场规范守则”^{④③}。商标法与反不正当竞争法并非特别法与一般法之关系,也非补充保护关系,而是一种复合保护关系,^{④④}违背该种复合关系,将造成未注册商标得不到保护或保护不周延的后果。因此,只有坚持“平行保护”理念,才能正确厘清二者之本质,也才能给予未注册商标所有人以恰如其分的尊重与救济。

四、未注册商标的制度困境与规范阙如

我国《反不正当竞争法》历经2017年、2019年两度修订,实现了与时俱进的革新。^{④⑤}但因立法技术方面存在的缺陷,我国反不正当竞争法在商标保护方面的基础性作用并未完全展现出来。^{④⑥}两法之间的协同不足,使得反不正当竞争法未针对未注册商标“抢注”之遏制以及注册商标和未注册商标商誉价值间冲突之协调给出很好的回答。具体而言,我国反不正当竞争法的制度不足表现在以下方面:

(一) 未注册商标保护的规范阙如与技术失当

首先,无论是从理论还是规范的视角来看,《反不正当竞争法》都应当将侵害未注册商标作为重要的调整对象之一。遗憾的是,经两度修订后的《反不正当竞争法》和原法一样,都无具体的条文明确规定未注册商标。有学者分析,反不正当竞争法之所以不直接作此规定是为了防止人们不去注册,进而导致注册商标法被虚置的现象。^{④⑦}如此一来,为了弥补立法缺陷,实务界只能通过频繁的法律解释将其纳入。但立法上,从1993年《反不正当竞争法》颁布至2019年修法后,都未得到实质性改观。尽管2017《反不正当竞争法》第6条第1项将原法第5条第2项下的“知名”改为“有一定影响”,与《商标法》第32条对未注册商标的保护标准保持了一致,但反不正当竞争法未明确规定未注册商标的保护,导致实践中知名的未注册商标往往需要借助有一定影响的商品名称、包装、装潢来寻求保护,这不得不说是个缺陷。^{④⑧}虽然2019年《反不正当竞争法》第6条第4项还保有兜底规定,即“其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联

^{④③} 前注⑩,王艳芳文,第78页。

^{④④} 参见刘继峰:《竞争法学》(第2版),北京大学出版社2016年版,第399页。

^{④⑤} 参见孔祥俊:《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》,载《东方法学》2018年第1期,第64-68页。

^{④⑥} 参见文学:《商标使用与商标保护研究》,法律出版社2008年版,第185页。

^{④⑦} 参见世界知识产权组织编:《知识产权指南——政策、法律与应用》,北京大学国际知识产权研究中心译,知识产权出版社2012年版,第112页。

^{④⑧} 参见田晓玲:《我国商业标识法律保护制度的协调与完善》,载《现代法学》2020年第4期,第207页。

系的混淆行为,也构成不正当竞争”,可认为该条款包含了对未注册商标的保护,但鉴于侵犯未注册商标系司法实践中极为常见的一种侵权行为,仅“依靠兜底条款来保护,并不适合”^{④⑨}。因此,不得不说,未注册商标保护的字面缺失是我国反不正当竞争法的重要制度缺陷。这导致相关案件的当事人只能通过曲折的法律解释来获取保护,^{⑤⑩}极大增加了法律的适用成本并导致了其不确定性。而“法的安定性受损,将使开展社会交往的市场主体在互动时失却预期,从而引发巨大的信息成本”^{⑤⑪},显然不利于为当事人营造一个可预期的公平竞争市场环境,不利于我国新发展格局之构建,也不利于我国法治国家和法治社会建设之推进。

其次,作为一般性的反混淆条款,我国《反不正当竞争法》第6条的另一弊端在于其并未采用“行为主义”的立法模式,而是采用区分不同商业标识的“类型主义”立法模式,这在很大程度上使其无以对所有未注册商标进行科学规范。诚如有学者批评道:“我国《反不正当竞争法》第6条以商业标识的形式分项列举方式规定仿冒行为,这既不利于明确仿冒行为的规范基础,也不能揭示不同商业标识之间冲突的根源,同时无法涵盖各种类型的商业标识,导致对现有商业标识类型的大量类推适用。”^{⑤⑫}而类推适用,无论在针对性还是准确性方面都值得推敲,可能导致保护对象无法类推的适用真空或者因不当类推导致客体的保护范围过宽或过窄。不管何者,都不利于对未注册商标的精准保护和科学保护。一言蔽之,从法理上看,“分类固然重要,但类型化才是从类型概念向分类概念转变这一逻辑运算的重要前提和基础”^{⑤⑬}。否则,在没有进行严格的类型化之前即进行所谓的分类,根本无以揭示反不正当竞争法所规制的混淆行为的本质特征,该种分类显然毫无意义。这也是我国《反不正当竞争法》第6条需要进行制度性重构的根本原因。

(二) 缺乏保护一般未注册商标的阻碍竞争条款

在遏制“抢注”和保护未注册商标方面,反不正当竞争法的另一重要不足还在于其缺乏保护一般未注册商标的阻碍竞争条款。这方面的立法例当推《德国反不正当竞争法》,根据该法第4条第4项之规定,当在先未注册商标因被恶意抢注,无以获得《德国商标法》以及《德国反不正当竞争法》第4条第4项以外其他具体条款的规制时,当事人仍可启动该条第4项,以“阻碍竞争”为理由要求撤销注册,并主张停止相关侵害行为。^{⑤⑭}德国阻碍竞争条款的重要特点在于,其保护并不以在先商标使用产生一定影响为前提。换言之,“在德国,一竞争者在先使用的未注册商标,若其被竞争对手抢先注册,只要该竞争者能够证明,他已经利用这种未注册商标或商号在交易市场上获得了重要的竞争地位,法院就可依《反不正当竞争法》判定该‘抢注’是不正当和违法的,而不问

④⑨ 宁立志:《〈反不正当竞争法〉修订的得与失》,载《法商研究》2018年第4期,第122页。

⑤⑩ 参见前注③②,孙瑜晨文,第93页。

⑤⑪ 曾凤辰:《反不正当竞争法与知识产权法关系的司法政策的教义学展开》,载《交大法学》2021年第2期,第166页。

⑤⑫ 刘海虹:《普通法仿冒之诉研究——以商业标识利用竞争关系的规范为视角》,法律出版社2017年版,第247页。

⑤⑬ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆2019年版,第198页。

⑤⑭ 参见王莲峰:《规制商标恶意注册的法律适用问题研究》,载《中州学刊》2020年第1期,第53页。

该未注册商标是否在交易市场上获得次要含义或显著性”^{⑤⑤}。

众所周知,原本反不正当竞争法对未注册商标之保护应以其使用且产生一定商誉影响为前提,即对不正当竞争行为的界定应从质和量两个维度展开,只有不正当竞争行为达致自由竞争所不能容忍的程度时,才有反不正当竞争法规制之必要^{⑤⑥}。否则,势必对市场的自由竞争造成过度的抑制。毕竟,自由竞争才是社会创新和市场进步的基石。而19世纪以来,竞争法“遭受的一个重要而完全成立的批评是,它从来没有发展出一套良好的技术性规则将创新纳入反竞争行为的分析过程”^{⑤⑦}。

然而,反不正当竞争法之所以应将未产生任何影响的未注册商标一并纳入为自身的调整对象,概因“公平竞争行为,就是依据市场的自然条件通过建设性努力,按照‘比赛规则’进行竞争的行为”^{⑤⑧}。一个合法的竞争行为,必然包含着竞争者平行性的努力——与尽力去消灭竞争对手不同,合法的竞争者总是努力去超越竞争对手,其代表的是对他人同样觊觎之商业机会或竞争优势的和平努力尝试。^{⑤⑨}但“抢注”他人未注册商标者本质上系一种非效能竞争行为,旨在阻碍竞争对手将其商品或服务在市场上展示,最终必然带来市场萎缩和封闭的结果。它以阻碍竞争对手开展竞争活动从而为自己获得不当交易机会为目的,而谋取交易机会和获取竞争优势是认定不正当竞争的本质要求,也是将一般侵权行为与不正当竞争行为划分开来的分界线。^{⑥⑩}总之,反不正当竞争法所关注者是当事人行为本身的正当性,而非所有人的商标是否通过使用产生了商誉影响,也非该使用行为是否导致了消费者的混淆误认。此外,法律规范的目的往往决定了不同制度的保护方式。因“抢注”行为既涉及未注册商标也涉及商标权取得的正当秩序,如果法律保护的是前者,自然应以商标通过使用产生一定影响为前提;反之,如果保护的是后者,则以其存在排除竞争的恶意为前提。^{⑥⑪}概言之,只要当事人存在阻碍竞争的恶意,反不正当竞争法就得以启动而无需以商标使用在先且产生一定影响为前提。

实际上,除了德国外,英、美等国的反不正当竞争法也对以阻碍竞争为目的的“恶意抢注”进行了规制。只不过与德国不同的是,他们采取的是“禁止盗用”规则。对盗用行为的禁止,被认为是美国反不正当竞争制度的重要诉由之一。^{⑥⑫}而在英国,除了误导性侵权外,盗用他人商誉或声誉的行为,同样应受到法律的制止,^{⑥⑬}而且盗用之诉,并不以消

^{⑤⑤} 郑友德:《知识产权与公平竞争的博弈:以多维创新为坐标》,法律出版社2011年版,第393页。

^{⑤⑥} Vgl. Köhler Helmut, Neujustierung des UWG am Beispiel der Verkaufsförderungsmaßnahmen, GRUR 2010, S. 773.

^{⑤⑦} [美] 克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普:《创造无羁限:促进创新中的自由与竞争》,兰磊译,法律出版社2016年版,第7页。

^{⑤⑧} 前注⑤②,刘海虹书,第59页。

^{⑤⑨} 参见李彬:《竞争法的基本范畴研究》,知识产权出版社2016年版,第83页。

^{⑥⑩} 参见孔祥俊:《商标与不正当竞争法:原理和判例》,法律出版社2009年版,第689页。

^{⑥⑪} 参见戴文骐:《认真对待商标权:恶意抢注商标行为规制体系的修正》,载《知识产权》2019年第7期,第37页。

^{⑥⑫} See Dale P. Olson, Common Law Misappropriation in the Digital Era, Missouri Law Review, Vol.64:837, p.840-841, 854 (1999).

^{⑥⑬} See Ruth E. Annand, Lookalikes Under the New United Kingdom Trade Marks Act 1994, Trademark Rep., Vol.86:142, p.172-173 (1996).

费者的实际混淆为要件^{⑥4}。遗憾的是,我国无论是《商标法》第13、32条抑或是《反不正当竞争法》第6条均需以商标在先使用且产生一定影响为前提,单纯的“抢注”行为并不能获得相应规制。虽然2022年3月20日开始实施的《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》(法释〔2022〕9号,以下简称《反不正当竞争法司法解释》)第4条明确了《反不正当竞争法》第6条有关混淆条款中“有一定影响”标识的内涵,但是其也并非放弃了对一定影响的追求。原本对该行为尚可通过我国《商标法》第44条(以“其他不正当手段”取得注册的注册商标无效)来加以规制,但最高人民法院在2017年颁布的《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第24条却明确该条款只适用于规制欺骗手段以外的扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者以其他方式谋取不正当利益的行为。换言之,“其他不正当手段”条款不得用于保护与公共利益无关的未注册商标法益。^{⑥5}这使得针对一般未注册商标的抢注失去了商标法规制之机会。不过,即便商标法得对其进行调整,相较而言,因反不正当竞争法系行为法,其完全可在不触及注册效力的前提下对抢注及其随后的恶意使用、恶意异议、恶意追诉等行为进行遏制和打击,这显然是商标法无可比拟的。总之,我国反不正当竞争法阻碍竞争条款的制度性缺失,导致了其无以对所有的未注册商标加以保护,使其难以针对一般未注册商标的“抢注”行为进行有效的预防和矫治。

对此,可能有观点认为,虽然我国《反不正当竞争法》第6条未能对其加以规制,但是当事人完全可以通过《反不正当竞争法》第2条(即一般条款)来调整,因为该条才被认为是第6条的兜底条款(即“搭便车”条款^{⑥6}),何况刚刚颁布的《反不正当竞争法司法解释》第1条貌似为该情形开了口子。对此,笔者不敢苟同。因为,当前我国《反不正当竞争法》第2条仍采取和具体条款相勾连的做法,因此其是否属于真正意义上的一般条款,在理论上仍备受争议。再者,针对典型的“抢注”行为,动辄适用一般条款难免有违其适用谦抑性要求,^{⑥7}而一般条款的谦抑性原则遭破坏,被认为是20世纪以来反不正当竞争法适用的最大历史困境之一,因为一般条款的被滥用可能比具体条文的规范不足对市场公平竞争的危害更巨。这也是20世纪以来,世界各国对反不正当竞争法一般条款之适用保持高度警惕的重要原因。总之,不管从何种视角来看,动用具有高度不确定性的一般条款来遏制阻碍竞争的“抢注”行为实不可取。而反不正当竞争法对一般未注册商标保护的防线失守,显然不利于为所有企业营造一个公平竞争的市场环境,尤其是不利于中小企业获得平等保护的机会乃至发展壮大。

^{⑥4} See Joseph P. Bauer, *A Federal Law of Unfair Competition: What Should Be the Reach of Section 43(a) of the Lanham Act?*, UCLA L. Rev., Vol.31:671, p.735 (1983-1984).

^{⑥6} 参见李琛:《中国商标法制四十年观念史述略》,载《知识产权》2018年第9期,第62页。

^{⑥6} 参见刘维:《论混淆使用注册商标的反不正当竞争规制》,载《知识产权》2020年第7期,第44页。

^{⑥7} 参见蒋舸:《知识产权法与反不正当竞争法一般条款的关系——以图式的认知经济性为分析视角》,载《法学研究》2019年第2期,第131-136页。

（三）缺乏保护未注册商标的价值冲突解决规则

反不正当竞争法对未注册商标保护及公平竞争市场维护之水平如何的另一重要观察面相就是,当在后注册商标和在先使用未注册商标发生商誉价值冲突时,法律究竟如何选择。当前,我国《商标法》从注册保护的优位立场出发,只是在非常有限的意义上通过第 59 条赋予了在先善意未注册商标所有人以不侵权之抗辩权,使之得以保有其自身商标的存在。然而,针对在后注册商标所有人尤其是恶意抢注者的不正当竞争行为,当事人得否通过《反不正当竞争法》第 6 条加以反制与遏制,立法上并未明确。但从学理上看,如果不允许在先未注册商标所有人提起反不正当竞争之诉,“注册商标权人最终会以汪洋大海之势淹没在先使用人所坚守的那座孤岛——原有的经营区域,在先使用人在一直使用的商标之上所建立起来的商誉,最终也会被拱手让给注册商标专用权人”^{⑥8},这不但关涉商标法上先用权存在之意义,也攸关该区域内的公平竞争和消费者不被混淆的公共福祉问题。因此,对其的解决殊值重视。

当然,从商标法的一般理论来看,鉴于注册仅仅是获得对注册商标将来使用的优先权,商标权的产生、存在及其范围,应始终和商标的使用及其产生的商誉紧密联系在一起,当通过注册获得的对注册商标的优先权与商标通过使用实际获得的商标权发生冲突时,注册商标优先权应让位于通过使用获得的商标权,^{⑥9}即使用获得的商标权具有保护上的优先性。因为,“商标实际使用产生的利益是商标实体权利产生的事实前提”^{⑦0},商标注册制度的目的只是要求商标申请人通过注册保护自己的商标权益,“而不是利用商标专用权派生出来的禁止权或排他权抢先注册商标,阻止和妨碍他人对商标的正常使用,以谋取不当的竞争优势或其他商业利益”^{⑦1}。总之,“任何忽视甚至无视商标实际使用情形的商标制度都不可能有效维护商标秩序,最终必然会损害商标权人的利益”^{⑦2}。

然而遗憾的是,在相当长的时间内,我国理论界和实务界过于强调注册的形式正义并赋予其效力上的绝对价值,其结果便是“商标被当作一种行政资源,纳入行政授权或准行政授权的范畴,从而使商标权变成了通过注册行政程序授予的商标专用权”^{⑦3}。正是基于此,有法院在裁判中就认为,在后注册商标所有人对自己的注册商标的使用具有形式上的合法性基础,因此不会也不应构成对他人在先未注册商标(包括注册商标)的不正当竞争。例如,在“克东腐乳公司诉福龙食品厂不正当竞争案”中,法院就认为,被告对自己“哈克东”注册商标的使用,不会构成对他人在先未注册商标(知名商品特有名称)的不正当竞争。^{⑦4}在“正野商标和不正当竞争纠纷案”中,广东省高级人民法院也持

⑥8 杜颖:《商标法》(第2版),北京大学出版社2014年版,第72页。

⑥9 参见吴伟光:《信息、制度与产权:信息社会与制度规治》,法律出版社2015年版,第270-272页。

⑦0 刘春田:《民法原则与商标立法》,载《知识产权》2010年第1期,第7页。

⑦1 高光伟:《走进商标,走进商标法》,人民出版社2004年版,第101页。

⑦2 彭学龙:《寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡》,载《法学研究》2010年第3期,第155页。

⑦3 唐广良:《知识产权:反观、妄议与臆测》,知识产权出版社2013年版,第18页。

⑦4 参见黑龙江省高级人民法院(2017)黑民终55号民事判决。

同样立场。^{⑦⑤}然而,根据前述有关“平行保护论”的观点,现代注册取得机制不过是一种人为的制度设计和制度安排,当事人合法的注册身份不应成为其从事不正当竞争行为的“护身符”与“挡箭牌”。商标注册程序只是为诚信的经营者保有自己将来创建之品牌“商誉”提供法律上的期待,其本身不应被滥用更不应被作为从事不正当竞争之工具。因为反不正当竞争法超越了商标法对经营者这种私人利益保护之逻辑,进入到更高级的维护社会公平竞争秩序之状态,所以,当在后注册者恶意抢注或滥用注册程序不当掠夺他人的竞争优势时,诚信的在先未注册商标所有人应有权“刺破”注册取得的合法面纱,动用反不正当竞争法反诉在后注册者尤其是在后恶意抢注者巧取豪夺、食人而肥的不公平行为,使狭义的注册这种程序公平和形式正义接受反不正当竞争法意义上更广义的实体公平和实质正义之检验。而这正是反不正当竞争法和商标法平行保护基本理念的应有之义。

一言蔽之,注册身份并非从事不正当竞争行为的“守护神”与“挡箭牌”,在未注册商标所有人建立起商誉影响之领地,决不允许注册商标所有人胡作非为。基于对不正当竞争行为的矫正正义,在该领地内,反不正当竞争法就如同高悬于注册者(尤其是抢注者)头上的达摩克利斯之剑,使其不得不恪守自己的行为边界而不得越雷池半步。否则,反不正当竞争法将适时启动,以使失衡的竞争秩序再度得到平衡与矫正,使注册取得秩序重归公平竞争价值之清澈。

五、《反不正当竞争法》的制度重塑与立法完善

如前文所述,在未注册商标保护问题上,我国反不正当竞争法还存在诸多的欠缺和不足,亟须在实现与商标法价值耦合之同时不断完善。具体而言,应从以下方面进行完善与制度创新:

(一)《反不正当竞争法》第6条有关反混淆条款之重构

如前文所述,我国《反不正当竞争法》第6条的不足之一就在于未明确规定未注册商标之保护,所以如此主要是为了防止人们怠于注册、进而消解现代注册制度之价值。然而,实际情形却并非如此,诚如李扬教授所言:“只在已知名即具体信用已经形成的限度内给予商业标识保护,防止相关公众对商品或服务来源发生混淆的可能性,从一开始就不存在注册公示的必要,也不会导致商标注册制度的激励功能丧失”^{⑦⑥}。因此,立法者的担心实属多余。既然如此,应进一步思考的问题就是:《反不正当竞争法》第6条究竟如何改造才更为科学?对此,理论上有两种思路,一种是借鉴美国《兰哈姆法》第43(a)(1)(A)的规定,将《反不正当竞争法》第6条统一在“未注册商标”的概念下保护。这种模式对各种标识之间的混用并不作区分,只要造成混淆即可认定为构成侵权。^{⑦⑦}另一种

^{⑦⑤} 参见广东省高级人民法院(2003)粤高法民三终17号民事判决书。

^{⑦⑥} 李扬:《反不正当竞争法基本原理》,知识产权出版社2022年版,第67页。

^{⑦⑦} 参见前注^{⑦⑥},刘海虹书,第248页。

思路是用统一的“商业标识”概念来涵摄各种具体的标识类型,即将《反不正当竞争法》第6条修改为“提供的商品或服务,擅自使用与他人有一定影响的商业标识相同或近似之标识,容易导致相关公众混淆或误认为与他人存在特定联系者,为反不正当竞争法所禁止之商业混淆行为。对前述标识所标示之商品或服务予以转让、交付或者为转让、交付目的而展览、进口或出口,从而产生与他人商品服务或经营混同者,亦同。”笔者同意第二种见解,理由在于:

首先,“商业标识”才是我国《反不正当竞争法》第6条所列各种具体标识的上位概念,而任何一种具体的商业标识都不能涵盖其他的标识类型。通过“商业标识”这一上位概念来进行制度统摄,有利于将仿冒未注册商标、注册商标和其他商业标识的行为一并纳入,从而防止当下反复的解释操作可能带来的对未注册商标保护的不确定性问题,避免当事人对法律适用失去预期,徒增法律适用的成本。

其次,从比较法的视角看,无论是《德国反不正当竞争法》第4条所列举的构成不正当竞争的“模仿行为”,还是《日本不正当竞争防止法》第2条第1款第1项所列举的“商业混淆”行为,都没有像我国《反不正当竞争法》第6条那样针对具体的商业标识展开,而恰是以行为为出发点对包括未注册商标在内的所有商业标志提供保护。因为,反不正当竞争法作为行为法,其“应以‘保护竞争而不是竞争者’为出发点”进行制度设计,而“围绕市场自身的运行规则、竞争行为与市场规则的契合性等客观要素,考察竞争行为是否具有破坏竞争的反向效果”才是反不正当竞争法衡量某一行为正当与否的根本立足点和出发点。^⑧也就是说,反不正当竞争法规制之重心不应围绕活动之客体展开,而应针对活动所使用的手段而展开。只要提供商品或服务者擅自使用了与他人有一定影响的商业标识相同或近似之标识,存在导致相关公众混淆误认之可能性,就可以认定构成《反不正当竞争法》第6条意义上的不正当竞争行为,而不论其究竟针对何种商业标识进行。具言之,只有采取“行为主义”的立法模式,对《反不正当竞争法》第6条所规制的“混淆行为”进行高度的提取公因式化的本质概括,才能使其克服客体保护的选择偏见和反复适用兜底条款所带来的不确定性问题,从而平等地对包括未注册商标在内的所有商业标识提供救济。

最后,这样立法的好处还在于它有利于反不正当竞争法更好地贯彻“平行保护”的基本理念。因为,根据“平行保护论”,反不正当竞争法作为行为法不仅保护未注册商标,实际上也保护注册商标。其中,最典型者莫过于仿冒者并非在商标意义上使用原告的注册商标,使其难以划入商标法规制之范围,因为是否在“商标性意义上”使用他人注册商标系商标侵权判定的一个前见式条件。对此,国内多起判例均在商标法外通过启动反不正当竞争法模式为当事人提供救济。比如,在罗浮宫公司诉连天红家具公司将与自己的注册商标“罗浮宫”相同的文字“罗浮宫家具”设置为网络关键词的案件中,法院就

^⑧ 参见傅显扬:《反不正当竞争法一般条款的“定位转型之困”与适用转型的变革方向》,载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2019年第5期,第99页。

认为,虽然被告不构成商标性使用,不宜认定为商标侵权,但该行为不正当地利用了他人商标的知名度,使用户产生了不恰当的联想,不合理地窃取了他人的商业机会,属于违背诚信原则和商业伦理的不正当竞争行为。^{⑦⑨}类似案件还有很多,诸如“PRADA 注册商标侵权案”^{⑧⑩}以及“非五常大米商标侵权与不正当纠纷案”^⑪,都可谓其适例。

然而,遗憾的是,基于对两法历史逻辑的认知偏差,我国反不正当竞争法 2017 年修订时删除了第 6 条“假冒他人注册商标”的规定。这不仅背离了“平行保护”的基本理念,也使两法之间产生了严重的协同困难。因为,原本我国《商标法》第 58 条规定,将他人注册商标、未注册驰名商标作为企业字号使用误导公众的,构成不正当竞争。该做法一度被认为有利于两法的适用衔接。然而,因我国《反不正当竞争法》第 6 条根本不存在未注册商标的字样,更不存在未注册驰名商标的表达,在删除了“假冒注册商标”规定的情况下,无论是对注册商标还是对未注册驰名商标的保护实际都出现了两法严重脱轨的现象。对此,正如有学者评价的那样,“我国《反不正当竞争法》系按侵权法构建,保护诚实商人的财产权益(法益)……更有甚者 2016 年《反不正当竞争法(草案)》删除‘假冒他人注册商标’的规定,而只由商标法调整,足见我国反不正当竞争法对二者的切割关系”^⑫。然而,正是这种错误切割使我国商标法陷入了一种封闭的自我循环,从而造成了部分注册商标和未注册商标得不到有效保护的情况。正是考虑到该问题的存在,《反不正当竞争法司法解释》第 13 条不得不将前述情形再次解释入《反不正当竞争法》第 6 条第 4 项的范畴,即通过反混淆条款的兜底情形来对之加以规范。

总之,反不正当竞争法系行为法,它和商标法并非绝对排斥的二元对立关系,而恰是平行保护关系。《反不正当竞争法》第 6 条只有“从行为主义”的立场出发,牢牢抓住混淆不正当竞争行为的本质特征,从更上位的“商业标识”概念出发,坚持平行保护的理念,对仿冒未注册商标、注册商标和其他商业标识的行为进行一体化保护,方能抓住问题的牛鼻子。反之,那种妄图割裂两法的做法只会带来商标法的自我封闭且不利于反不正当竞争法作为行为法的开放适用。其结果必然导致在现代商标法不敷所用之处反不正当竞争法也无以积极介入,二者无以形成有机耦合、协同保护之态势,最终致使包括注册商标和未注册商标在内的商业标识都得不到最佳的救济。

(二) 我国反不正当竞争法阻碍竞争条款之引入

针对反不正当竞争法对一般未注册商标的保护不足问题,笔者建议借鉴 2016 年《德国反不正当竞争法》第 4 条第 4 项之规定,在我国反不正当竞争法所列举的具体不正当竞争行为中再增加一种情形,即“有目的的阻碍竞争行为”,以弥补其他情形规范不足所可能带来的保护真空,进而增强我国反不正当竞争法的体系整合和规范整合,促进其适用的准确性和针对性。因为从理论上而言,“阻碍竞争对手(的行为)涵盖一系列旨在

^{⑦⑨} 参见福建省高级人民法院(2015)闽民终 1266 号民事判决书。

^{⑧⑩} 参见陕西省西安市中级人民法院(2013)西民初字第 0027 号民事判决书。

^⑪ 参见福建省高级人民法院(2021)闽民终 900 号民事判决书。

^⑫ 董美根:《英国商誉保护对我国商标专用权保护之借鉴》,载《知识产权》2017 年第 5 期,第 88 页。

使竞争者不能以正常方式向消费者展示商品或服务的竞争行为。竞争不仅不能为垄断、歧视等扭曲,同样不能为误导……不当占有以及其他类似不正当行为扭曲,因为这些商业行为对竞争的负面影响,对所有市场参与者实际上都是有害的”^{⑧3}。之所以要将“抢注”一般未注册商标也纳入阻碍竞争条款中加以规制,概因商标影响力之形成并非一蹴而就,其须经过企业长期的经营努力方可达成。而若在商标具有一定影响之前完全忽视其相关权益的保护,显然不利于调动成长性企业对商誉打造和品牌培育的积极性,不利于其发展壮大。更何况,根据《保护工业产权巴黎公约》第10条之二第2项规定:“凡在工商业活动中违反诚实经营的竞争行为,均构成不正当竞争”。因此,为更好地保护未注册商标,为所有的经营者缔造一个公平竞争环境,我国反不正当竞争法实有必要构造类似于德国法上的阻碍竞争条款,对所有企业(无论其大小强弱)均给予平等保护。这也是当下我国政府提出的建立国内统一市场和所有企业平等发展之必然要求和应有之义。

此外,还有个值得探讨的问题就是,对那些虽未在我国使用但通过在境外使用产生一定影响的未注册商标,其所有人能否基于阻碍竞争条款主张不正当竞争之诉从而要求我国境内的“抢注”者停用相关商标。对此,学界有不同观点,有学者认为反不正当竞争救济应以损害的存在为前提,当国外的商标权人无以证明其商标权在国内受到了损害时,不能仅因被告使用了原告境外的声誉商标就主张禁用。^{⑧4}对此,笔者认为尚有商榷余地。因为从法理上来看,反不正当竞争法实际上应科学区分“商誉”和“声誉”这两个概念,商誉是一个法律概念,声誉则是一个事实概念,“商誉不能独立存在,而必须依附于某一商业活动;相反,声誉可以并且经常在任何商业活动支持的情况下存在”^{⑧5}。也即是说,“声誉可以脱离营业而存在,商誉则须以具有当地营业为前提”^{⑧6}。声誉本身不构成法律保护的财产,但它却可以成为反不正当竞争之诉保护的对象。^{⑧7}特别是,当下随着现代跨境电商以及数字传播技术的不断发展,企业之声誉完全可以在极短的时间迅速在全球范围内获得传播与扩散。因此,从商标法和反不正当竞争法二者协同的视角看,如果法律仅仅允许境外使用产生一定影响的未注册商标所有人在我国《商标法》第32条意义上禁止他人注册,却不允许其主张反不正当竞争法意义上的禁止使用,容易导致法律规范之间的价值冲突,显然并不科学。反之,如果允许境外使用产生影响的在先未注册商标所有人通过阻碍竞争条款提起不正当竞争之诉从而禁止相关仿冒者使用商标,则不但有利于避免我国境内消费者的混淆误认;也有利于倒逼我国企业守正创新,走出一条独具中国特色的自主创新道路;并最终有利于促使我国打造一流的法治化、国际化和公平竞争的营商环境,为吸引更多国际资本到我国境内投资兴业创造条件。故此,该做

⑧3 前注④,弗诺克·亨宁·博德维希主编书,第6、153页。

⑧4 参见刘丽娟:《确立反假冒为商标保护的支柱——〈反不正当竞争法〉第6条之目的解析》,载《知识产权》2018年第2期,第60页。

⑧5 [南非]路易斯·哈姆斯:《世界知识产权组织知识产权保护——案例研究》(第2版),北京大学国际知识产权研究中心译,知识产权出版社2018年版,第274页。

⑧6 Anheuser-Busch Inc. v. Budejovicky Budvar, PN(1984) F.S. R.413.

⑧7 参见前注⑤,刘海虹书,第122-123页。

法可谓一石多鸟,殊值采用。

不过,这里需特别注意的是,运用阻碍竞争条款对境外有一定影响的商标提供保护,即便在德国,也只有在境内注册者滥用注册申请、特别是申请人了解到境外知名标志的所有人即将在德国境内使用该标志而抢先在德国申请商标注册时,才构成不正当的阻碍竞争行为^⑧;而一般的注册行为并不构成不正当竞争。因为,简单的过错并不构成权利滥用,只有以恶意为目的的权利滥用行为才命定了其注册将“无法获得持久的和平与安全”^⑨,应受到反不正当竞争法的持续规制与适时制裁。

(三) 反不正当竞争法保护未注册商标反仿冒规则之创新

就我国反不正当竞争法对在后注册者尤其是在后抢注者通过混淆等不正当竞争手段对在先未注册商标所有人建立起的商誉价值进行反向掠夺的规制不足现况,有学者提出要借鉴德国和英美等国家的做法,以我国《反不正当竞争法》第6条为基础构建中国特色的反仿(假)冒制度,以作为注册取得制度的补充。而且,相对于注册授权制度,反仿冒制度不但具有独立性,且应具有更高的价值位阶。因为反仿冒救济的是市场上真实的努力者,其是对真实市场利益的维护,而且还直接涉及消费者不受欺骗、不受误导等社会公共利益。而注册商标权不过是一种脱离市场的抽象授权。这使得二者发生冲突时,反仿冒救济具有了超越注册商标权救济的优先地位。^⑩笔者赞同该见解。因为,我国商标法对注册商标的保护已十分周全,但对以未注册商标为代表的市场公平竞争之救济仍存在不足,以《反不正当竞争法》第6条为中心构建我国特色的反仿冒制度实属必要。只是在具体制度构造上,笔者认为,为避免对《反不正当竞争法》第6条适用定位不清,需要根据前述商标法和反不正当竞争法平行保护的理论,从源头上明确二者的平行适用关系。故此,可以借鉴世界知识产权组织《反不正当竞争示范法》第1条第2款、《德国商标法和其他标志保护法》第2条和《英国商标法》第2条第2款之做法,在我国商标法的开篇即明确规定“本法对于商标、地理标志和其他商业标识的保护,不应当排除适用其他规定保护这些标志。本法的规定不影响反不正当竞争法对未注册商标的适用”,从而从源头贯彻两法平行保护的基本理念,凸显反不正当竞争法对社会公平竞争秩序救济的终极价值性。这样做的好处在于,它有利于遏制“抢注”,并可为注册商标续展未通过、注册商标被撤销或被宣告无效后仍具有剩余商誉价值者,或者注册商标所有人在保护期内放弃注册身份、转而寻求反不正当竞争法意义上的行为保护等提供前提条件。

另外,为避免司法实践中不断产生的理论争议,在完善《反不正当竞争法》第6条的基础上,还有必要再增加一款,规定“注册商标专用权的行使,不应成为本条款适用豁免之例外”。这样,当在后注册者对在先未注册商标所有人已建立起市场声誉之领地进行商誉反向掠夺侵害时,在后注册者,尤其是在后恶意抢注者,不仅无以滥用其注册身份不当限制在先未注册者对自己商标的正常使用;其自身还可能因恶意抢注、恶意混淆和

^⑧ 参见前注^⑪,范长军书,第182页。

^⑨ [英]杰里米·菲利普斯:《商标法:实证性分析》,中国人民大学出版社2014年版,第395页。

^⑩ 参见前注^⑫,刘丽娟文,第56-66页。

滥用诉权等行为而陷入被反不正当竞争法规制的泥淖,并承担停止不正当竞争、消除影响甚至是赔偿损失的民事责任。依此,可为在先未注册商标所有人搭起一道严密的护城河,使其因在先使用获得的市场声誉和竞争优势不被不正当地剥夺和肆意践踏。而且,在二者发生商誉价值冲突和竞争优势博弈时,通过确立《反不正当竞争法》第6条的优先适用原则,还可以利用反不正当竞争法之行为法特征,在不触及商标注册效力的前提下,对有关不正当竞争行为进行及时的规范与矫正,使失衡的竞争秩序得到及时规治。

近年来,虽然我国有法院在这方面进行了有益的尝试,如在“红日商标权及不正当竞争纠纷案”^{⑨1}、“耳光馄饨不正当竞争和虚假宣传案”^{⑨2}以及“新百伦贸易(中国)有限公司诉纽巴伦(中国)有限公司‘New Balance’商标与不正当竞争案”^{⑨3}等案件中,法院都试图对在后注册者的恶意抢注和嗣后各种商誉的反向劫持和寄生行为进行打击和遏制。但遗憾的是,对于该做法,理论界仍存在不同的声音。有学者从传统反不正当竞争法“补充保护”的理论立场出发,认为商标法相对于反不正当竞争法具有优势地位,当二者发生冲突时,对未注册商标的保护显然不能过强,否则会损害商标法的价值。^{⑨4}而在具体规则适用方面,因我国尚无成熟的反仿冒规则,法院也更多是从《反不正当竞争法》第2条即一般条款和“诚实信用”原则出发解决,或者依据最高人民法院《〈关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定〉的理解与适用》(法释〔2008〕3号)的相关解释精神(即“即使相关权利都有合法的形式,但是在权利行使过程中产生冲突,就要透过形式看本质,依据冲突本质对是否构成侵权作出认定,不能使形式合法成为侵权行为可以产生或者继续的依据”^{⑨5})来加以解决。然而,该解释规定无论是从其理论基础还是从其法律位阶抑或是从其适用的体系性方面看,都难免过于粗放且存在捉襟见肘之处,尤值从理论构造、制度完善和体系化构建之视角对其加以全面改进和完善。

六、结 语

中国特色社会主义进入了新时代,创新驱动经济高质量发展,我国需要在治理创新中,不断优化具有中国特色的知识产权治理体系。^{⑨6}在未注册商标的保护问题上,“因我国一直实行商标注册取得制度,商标法律制度的通盘设计难以向使用取得商标权模式立即倾斜,并迅速作出牵一发而动全身的反应”^{⑨7}。因此,“为不破坏商标法之基本体系假

⑨1 参见广东省高级人民法院(2019)粤民终477号民事判决书。

⑨2 参见上海市知识产权法院(2020)沪73民终444号民事判决书。

⑨3 参见上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115民初1798号民事判决书。

⑨4 参见王太平:《我国普通未注册商标与注册商标冲突之处理》,载《知识产权》2020年第6期,第37、45页。

⑨5 最高人民法院研究室编:《知识产权司法解释理解与适用》,法律出版社2009年版,第139页。

⑨6 参见马一德:《中国知识产权治理四十年》,载《法学评论》2019年第6期,第10页。

⑨7 杜颖:《在先使用的未注册商标保护论纲——兼评商标法第三次修订》,载《法学家》2009年第3期,第126页。

设,在公平法另辟战场”^⑨往往成了立法者的重要选择。所以,对未注册商标的保护,科学的做法是在我国继续采用商标注册取得制度的前提下,坚持“平行保护”的理念,在厘清《反不正当竞争法》和《商标法》制度关系的基础上,最大程度地发挥前者的制度协同功能。对内,使反不正当竞争法及其制度观念对注册取得制度保持的必要张力,在商标法内部强调权利取得的正当性前提,从而将公平竞争的观念内化为商标权注册取得的一种制度自觉和行为自觉。对外,则需进一步强化对抢注等注册机制滥用行为的遏制,使现代商标注册机制重归公平竞争之清澈,使注册商标权这种“主观主义”的权利更好地接受反不正当竞争法作为客观“行为规则”的道德批判与价值评判,使注册商标权的取得、保护与行使接受反不正当竞争法更广泛意义上的外部规制,进而使反不正当竞争法和商标法有机耦合、协同共治、平行发展,在共同营造一个公平竞争的市场环境和经营秩序之同时,最终实现对未注册商标的最优化保护。

Abstract: The *Trademark Law* is based on the registration acquisition mechanism, but the protection of unregistered trademarks is not complete. The *Anti-Unfair Competition Law* and the *Trademark Law* are related and divided. Only by adhering to the basic concept of ‘parallel protection’ can we clarify the logical relationship and essence of the two and provide sufficient and effective relief to the owner of the unregistered trademark. At present, China’s *Anti-Unfair Competition Law* still has some deficiencies in the protection of unregistered trademarks, whether in standardizing construction technology, system integrity or value adherence. In order to better protect unregistered trademarks, it is advisable to take the concept of ‘parallel protection’ as the guide, adopt the dual circulation system of the internal circulation of the *Trademark Law* and the extra-circulation of the *Anti-Unfair Competition Law*, and reshape the system from the three dimensions of reconstructing the ‘anti-confusion’ clause, introducing the ‘anti-competition’ clause and the ‘anti-counterfeiting’ clause with innovative Chinese characteristics, so as to finally realize the most effective collaborative protection of unregistered trademarks under the *Anti-Unfair Competition Law* and the *Trademark Law*.

(责任编辑:任彦)

^⑨ 前注^③,刘孔中书,第273页。