

知识产权视角下反不正当竞争法商业混淆条款的修订与适用

陶 乾

2025 年修订的反不正当竞争法对商业混淆条款进行了完善。该条与商标法具有规范对象上的关联性和类似性。一方面，该条所规制的是对有一定影响的商业标识的擅自使用，商业标识与注册商标一样均为区分商品或服务来源的标志，均属于知识产权的客体；另一方面，该条所规制的行为以混淆为要件，这与商标混淆所致侵权具有行为要件上的相似性。因此，从知识产权视角阐释商业混淆条款的功能定位，对于本条的依法适用至关重要。

商业混淆条款与商标法在国际公约层面的同源性

19 世纪，伴随着国家间的贸易开展，一国希望本国企业的商标与技术在他国注册和申请专利时能够享受国民待遇。《保护工业产权的巴黎公约》（简称《巴黎公约》）在此背景下诞生，1883 年文本规定了商标注册与平等保护、企业名称保护以及未注册驰名商标的保护，但并没有反不正当竞争条款，商品名称、装潢等未注册为商标的商业标识无法获得国民待遇。

在商业经营活动中，企业名称、自然人姓名、商品名称和装潢等，均能够产生识别商品或服务来源的功能，经过使用产生显著性，在广义上属于商业标识的范畴，这些未被申请注册的商业标记，可统称为“未注册商标”。19 世纪末，一些欧洲国家陆续出台反不正当竞争法或者通过民法典来制止不正当竞争，在商标保护问题上形成了商标注册保护法与反不正当竞争法并行的局面。反不正当竞争法通过规制商业混淆行为，保护市场中的未注册商标。成员国认为公约中不能没有对未注册商标的保护，出于保护自身国际贸易利益的实用主义需要，在公约 1900 年文本中，同意提供有效的保护以反对不正当竞争行为。公约 1911 年文本第 1（2）条规定，工业产权的保护对象包括专利、实用新型、工业品外观设计、商标、服务标记、商号、产地标记或原产地名称以及制止不正当竞争。公约 1925 年文本第 10 条之二对不正当竞争进行了定义，并将各国反不正当竞争法规定的商业混淆、商业诋毁写入公约，这两种行为的共性是均对经营者商誉有所损害。

综上，反不正当竞争法商业混淆条款与商标法均在巴黎公约的统筹范围内，归属于工业产权保护制度。商标法侧重于对注册商标和未注册驰名商标以保护，商业混淆条款则与商标法并列，侧重于保护未注册为商标的商业标识，二者共同形成了商业标识法律保护体系的核心组成部分。

商业混淆条款与注册商标混淆条款的异同

商标法与反不正当竞争法均发挥着维护市场秩序的内在功能，在注册商标

- 商标法侧重于对注册商标和未注册驰名商标以保护，商业混淆条款则是与商标法并列，侧重于保护未注册为商标的普通商业标识，二者共同形成了商业标识法律保护体系的核心组成部分。
- 如果涉诉行为在商标法的高水准保护之下被评价为不构成侵权，那么不应通过商业混淆条款的适用转而将其认定为侵权。否则，商标法通过商标核准注册制度、权利限制制度所设定的专有权边界将被打破，造成通过反不正当竞争法变相扩张知识产权的范畴或提高其强度的后果。
- 商业混淆条款作为商业标识保护制度的组成部分，混淆要件是商业标识侵权的核心要件。对于因商业标识擅自使用引发的纠纷，用商业混淆条款进行评价之后，不宜再适用一般条款。

上体现为保护经营者注册在指定商品上的特定标识的专有权；在未注册商标上，体现为对于经营者通过使用特定标识获得一定影响后所形成的商誉的保护。前者采取权利法保护模式，通过公示限定特定标识核准使用的商品服务范围，注册商标专用权是一项商标法所保护的法定权利；后者则基于名称、装潢等图文符号本身的公共属性，仅在经过使用获得一定影响之后，方成为一种受法律所保护的利益，对其通过反不正当竞争法行为规制模式予以间接保护。

商业标识保护法具有维护市场竞争秩序的功能。无论是商标法还是商业混淆条款，都将引起消费者对商品或服务来源的混淆作为侵权行为判定的核心。然而，任何知识产权的保护都需要受到一定限制，以避免权利的过分膨胀对公共利益造成损害。对于商业标识权益的保护更不能过度，否则会不恰当地限缩其他经营者的使用自由。因此，商标法将商标混淆侵权限定在“商品或服务相同或类似”“商标相同或近似”；反不正当竞争法则对受保护的未注册商标限定为“有一定影响”；商标法下的注册商标专用权侵权是“容易导致混淆”，反不正当竞争法要求被诉行为“足以导致混淆”。无论立法者有意还是无意，立法语言的差异使得反不正当竞争法对混淆要件的要求更高。这种差别也体现于 Trips 协议商标条款（result in a likelihood of confusion）和巴黎公约不正当竞争条款（create confusion）的表述中。商标侵权的认定并不要求行为人主观有过错，而商业混淆条款规定的“擅自使用”以及反不正当竞争法本身均暗含着对行为人主观故意的要求。由此可见，商业混淆条款对商业标识的保护力度弱于商标法。这种保护力度的差异，亦是利益保护与权利保护的应然之差。

当同一个商业标识既是标识使用者的注册商标，也是其企业名称的一部分时，对于被告的同一个使用行为，原告既可依据商标法又可依据反不正当竞争法来提起诉讼。此时，需要明确的是，商业混淆条款不应成为对注册商标的补充性或者兜底式保护。在个案中，如果原告主张权利的商业标识是其注册商标或者与注册商标近似的标识，且涉诉行为是一种商标法意义上的使用行为，那么，该行为应该在商标法下评判其是否构成侵权。如果涉诉行为在商标法的高水准保护之下被评价为不构成侵权，那

么不应通过商业混淆条款的适用转而将其认定为侵权。否则，商标法通过商标核准注册制度、权利限制制度所设定的专有权边界将被打破，造成通过反不正当竞争法变相扩张知识产权的范畴或提高其强度的后果。

我国商业混淆条款的产生、变迁与最新修改

新中国第一部与不正当竞争有关的法规是 1980 年《国务院关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，其中并没有商业混淆条款。1983 年开始实施的商标法保护注册商标专用权。1985 年我国加入巴黎公约。1992 年，中美两国签署《关于保护知识产权的谅解备忘录》，我国承诺将履行巴黎公约关于制止不正当竞争的义务。1993 年我国出台反不正当竞争法，第 5 条规定经营者不得假冒他人的注册商标，不得擅自使用与知名商品相同或近似的名称、包装、装潢造成混淆，不得对商品质量作引人误解的虚假表示。该法的出台既有着为加入世界贸易组织、履行国际公约义务的外在动因，也源于当时经济体制改革和商品经济发展的内生动力。2017 年修法时，第 5 条变成了第 6 条。为避免与商标法规定的重复，删除了假冒注册商标条款，将虚假宣传条款单列，使得第 6 条成为商业混淆专款。在具体规则上，将知名商品特有标识修改为有一定影响的标识，增加了对于商业标识的列举，并且以“等”字进行例示性规定，并就商业混淆行为增加了兜底条款。

2025 年修法对商业混淆条款有三处修改。第一，将网名、新媒体账号名称、应用程序名称或者图标新增入商业标识的范畴；将企业名称和社会组织名称合并统称为名称；第二，增加第二款，即“擅自将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，或者将他人商品名称、企业名称（包括简称、字号等）、注册商标、未注册的驰名商标等设置为搜索关键词，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，属于前款规定的混淆行为。”本款的前半部分回应了商标法第 58 条，该行为本身不属于商标性使用，故不落入商标法的规制范畴；后半部分则对应的是司法实务中关键词广告混淆性使用商业标识的行为。这两项行为，均以导致混淆作为涉诉行为不正当性的构成要

件。第三，对帮助侵权进行规定，即“经营者不得帮助他人实施混淆行为”，该规定与商标法第 57 条（六）的立法语言类似。从反不正当竞争法的出台和商业混淆条款的沿革可以看出，反法商业混淆条款与商标法的关系可谓密不可分。

反不正当竞争法商业混淆条款与一般条款的关系

商业混淆条款与商标法共筑商业标识保护制度。商业标识是一种表达符号，若保护超出法定要件，会侵蚀公有领域，阻碍竞争自由，影响其他经营者的正当使用和正常商业经营活动造成影响。正因如此，除特殊情形，混淆要件为商业标识权益保护的必备条件，这亦是司法对于标识使用类侵权纠纷进行干预的前提。为避免个案对标识使用者权益的扩张保护，反不正当竞争法司法解释用了 12 个条文对商业混淆条款中的各要素予以详细规定。

商业混淆条款设定了禁止行为范式，就未经许可使用他人商业标识的行为，必须在满足第 7 条规定的所有要件时才属于不正当竞争，即行为实施主体是经营者、行为实施的客体是他人的标识且该标识有一定影响、行为实施方式是擅自使用、行为实施结果足以导致混淆。商业混淆条款不仅是对商业标识使用所导致的不正当竞争的判定要件的规定，也是对商业标识权益保护边界的限定。在个案中，如果涉诉行为不满足上述要件，不得再适用反不正当竞争法第 2 条对行为作否定性评价，否则会产生错误地扩大商业标识权益保护范围后果。第 2 条是原则性条款，仅能够对于未被列入具体条款的行为提供兜底式适用，但却不能在具体条款之上叠加适用。这是反不正当竞争法立法的应然逻辑，应为司法实践所遵循。

竞争本身意味着有得有失，市场和交易机会的争夺是竞争常态，反不正当竞争法需要把握竞争自由与法律介入的界限，避免过多介入竞争而影响市场自由与商业创新。新法第 3 条规定“健全统一、开放、竞争、有序的市场体系”，这要求法律对于不正当竞争行为的构成要件的规定应当具体而明确、对市场竞争的介入有所谦抑。就商业混淆条款而言，其本质上是知识产权保护条款，通过行为规制模式，为未注册商标提供一种附条件的反射性保护。作为商业标识保护制度的组成部分，混淆要件是商业标识侵权的核心要件。对于因商业标识擅自使用引发的纠纷，用商业混淆条款进行评价之后，不宜再适用一般条款。（作者系中国政法大学教授、博士生导师、知识产权创新与竞争研究中心主任）



扫描左侧二维码关注