剖析“紅罐”之爭

邵偉、遲少傑

在我國現有社情條件下，審理糾紛案件不僅應以清楚認定事實和恰當適用法律為基礎，還必須考慮裁判結果的社會效應。媒體廣泛報導的“王老吉”紅罐之爭或為一例。

一、如何認識本案爭議客體

審理知識產權侵權案的基本邏輯是，從“權利人方位”出發，先是認定其主張的權利（如商標權），進而認定被控者行為是否侵犯前述權利，最後認定侵權責任。而審理不正當競爭案的基本邏輯是，從“被控者方位”出發，以認定其被控行為是否構成不正當競爭為條件，決定其應否為被控行為承擔法律責任。若從“權利人方位”出發審理不正當競爭案，會因錯位而不能有效解決糾紛。

本文中，雙方當事人皆搬出專家觀點來說服法官。綜觀專家觀點，無不從權利角度出發論證紅罐歸屬，甚至提出“知名商品權”、“包裝裝潢權”的概念，進而論證對方侵權。若一定要從侵犯權利的角度分析不正當競爭案，那麼不正當競爭者侵犯的也不應是知名商品權或包裝裝潢權，而是經營者從事公平市場競爭的權益和消費者公平消費的權益。我國還沒有法律保護知名商品權，而包裝裝潢是版權、外觀設計專利權等的權利客體。

審理“紅罐”之爭，必須注意誠實信用問題。通常“搭便車”的不正當競爭案中，判斷被控方違反誠實信用原則相對容易。因為“搭便車”的主觀動機，必然產生導致消費者誤認的客觀效果。而本案爭議雙方相互指責對方從事不正當競爭時，皆盡全力廣告消費者：“加多寶”涼茶不等於“王老吉”涼茶，或者“王老吉”涼茶從未改名。雙方強大的廣告攻勢，必然在很大程度上弱化消費者誤認的可能性。

二、加多寶方銷售紅罐涼茶不構成對廣藥方不正當競爭

既然“紅罐”之爭的案由是不正當競爭，則其核心爭點不是誰應對“紅罐”享有權利，而是相對方使用“紅罐”銷售涼茶的行為是否構成《反不正當競爭法》第五條第（二）款規定的不正當競爭行為。媒體相關報導觸及以下幾個問題。

1. 什麼是本案爭議中的“知名商品”？

廣藥方將“王老吉”紅罐涼茶是知名商品作為指控對方從事不正當競爭的基點。最高法院發佈的《反不正當競爭法司法解釋》指出，認定知名商品時，“應當考慮該商品的銷售時間、銷售區域、銷售額和銷售對象，進行任何宣傳的持續時間、程度和地域範圍，作為知名商品受保護的情況等因素，進行綜合判斷。原告應當對其商品的市場知名度負舉證責任。”如按前述標準衡量，“王老吉”紅罐涼茶成為知名商品的時間，應當在加多寶方生產“王老吉”紅罐涼茶期間。

商標或知名商品特有包裝裝潢的基本功能是，使消費者明確區分不同產品的不同產源。因此，知名商品對知其名的消費者而言，除商品名稱外，更重要的是知其生產者之名。“王老吉”紅罐涼茶之所以被消費者知名，除產品自身為消費者青睞外，在很大程度上依賴加多寶方對“王老吉”紅罐涼茶的大力宣傳，尤其是多次巨額賑災行為，使不少消費者不僅對商品而且從情感上對加多寶產生好感，並因此接受當時在市場上銷售的“王老吉”紅罐涼茶。

那麼在加多寶方停止生產“王老吉”紅罐涼茶後，廣藥方生產的“王老吉”紅罐涼茶是否為知名商品？我們更傾向於否定的答案。其中最重要的依據是，該知名商品中的商品已發生變化，即現在市場上銷售的“王老吉”紅罐涼茶，無論在配方上還是在口感上，都發生了變化。廣藥方要證明現在的“王老吉”紅罐涼

茶是知名商品，則必須按照司法解釋提交大量與其相關的證據。加多寶方使“王老吉”紅罐涼茶成為知名商品，花費12年時間；而廣藥方說“王老吉”紅罐涼茶從2012年5月之後才面市，要使其成為知名商品，同樣需要時間和大量投入。其核心因素是，使接受加多寶生產的“王老吉”紅罐涼茶的消費者轉而接受廣藥生產的“王老吉”紅罐涼茶。該因素在目前條件下難以被認定為法律事實。

2. 商標與包裝裝潢是否不可分？

商標與包裝裝潢當然可分。因為：

(1) 商標是《商標法》保護的客體；而包裝裝潢是版權、外觀設計專利權等的客體，且可以成為判斷不正當競爭行為的一個事實要素。認為受不同法律規範調整的客體不可分，缺乏理論支持。

(2) 廣藥方認為，在訂立《商標許可協議》時，寫明被許可方只能在紅瓶或紅罐上使用“王老吉”商標；因此，收回“王老吉”商標使用權時，與之相連的紅罐包裝也應回歸。

若雙方訂立商標許可協議時，廣藥方允許加多寶方使用之前業已存在的載有特有包裝裝潢的紅罐，則單純的商標許可變成商標+版權混合許可。如此，商標許可協議終止，加多寶方理應停止使用該裝潢。但如商標許可協議僅寫明在紅罐或紅瓶上使用被許可商標，則僅在法律上構成對被許可商標使用範圍的限定（而非額外權利許可）。在商標許可協議終止後，如此限定不再具有任何法律意義，更不意味着被許可方從此不能使用紅罐或紅瓶生產涼茶。因為，在我國現有法律框架內，任何人對紅罐（紅顏色的罐體）都不享有排他權利。

(3) 商標許可的基本性質是，商標權人授予被許可方使用被許可商標的權利。合同是證明該權利存在的證據。商標許可協議終止對被許可方產生的法律意義是，他不能再基於合同主張商標使用權。除非合同有明確約定，且不違反法律、行政法規的強制性規定，否則商標許可方通過商標許可，獲取超出被許可權利客體以外的權利，得不到法律支持。

(4) 加多寶方獲取“王老吉”商標使用權後，自行設計紅罐裝潢，並曾為之獲取外觀設計專利。外觀設計專利保護期限屆滿，並不影響其對裝潢設計享有的版權。繼續使用自己享有版權的裝潢，不違反誠實信用原則。

3. 加多寶方是否不當獲取被許可商標的商譽？

圖形、文字等形式的商標，只有在與具體產品和服務及其提供者聯繫在一起時，才產生所謂“商譽”；而其價值僅在商標權轉讓時（如企業兼併、單純的商標權轉讓等）才成為實際價值。談“王老吉”商標的商譽，不能拋開商標所附着的商品及其提供者。加多寶方使用“王老吉”商標生產銷售涼茶，使該商標產生的商譽，絕不同於廣藥方使用“王老吉”商標產生的商譽。認為加多寶方就“加多寶”紅罐涼茶大做廣告，剽竊了“王老吉”商標的商譽，不具說服力。因為，既然商標只有在與具體的產品及其生產者聯繫在一起時，才有商譽，那麼任何人都不可能將他人商譽竊為己有。加多寶方就“加多寶”紅罐涼茶大做廣告，由此產生的是與“加多寶”商標相聯繫的商譽。而廣藥方收回“王老吉”商標後，只能靠自身努力建立“王老吉”商標在新時期的商譽。

4. 消費者是否混淆並誤認？

認定不正當競爭行為的一個關鍵要素是，“造成和他人的知名商品相混淆，使購買者誤認為是該知名商品”。加多寶方自停止使用“王老吉”商標生產紅罐涼茶後，斥巨資廣告消費者，“加多寶”紅罐涼茶不是“王老吉”紅罐涼茶，想方設法告訴消費者區分兩種不同商品。如此強大的廣告態勢之下，要認定加多寶方企圖“搭便車”，使消費者混淆二者區別，恐怕難具說服力。從另一方面講，廣藥方也將銷售總額中的相當費用投入廣告宣傳，力圖使消費者知道，廣藥方是現在“王老吉”紅罐涼茶的提供者。消費者在你來我往的廣告交鋒中（更不用說廣泛的媒體報導），應當可以區分兩方提供的不同涼茶。

加多寶方在廣告中反復提及的數字是，全國每賣十罐涼茶，七罐加多寶。據說廣藥今年上半年銷售總額達人民幣75億元，其中的30億用於廣告宣傳。且不論前述報導的客觀性，僅雙方宣稱的數字就足以作為不能認定消費者對二者產品產生誤認的一個依據。

基於上述分析，若要認定加多寶方生產銷售“加多寶”紅罐涼茶對廣藥方構成不正當競爭，缺乏事實及法律依據。

三、廣藥方銷售紅罐涼茶不構成對 加多寶方不正當競爭

基本理由與以上論述相同或近似。

(1) 既然加多寶方不能證明現在對紅色罐體享有受法律保護的排他權利,那麼廣藥方將“王老吉”商標用於紅罐生產涼茶,不為法律所禁止。

(2) 兩個產品的包裝裝潢除顏色和一般說明外,整個版面佈局存在巨大差異。鑒於市場上同時存在其他紅罐飲料,消費者購買飲料時,必須近距離分辨。而二者產品包裝裝潢整體版面佈局的差異,足以使消費者分清想要購買的涼茶產品。

(3) 爭議雙方斥巨資廣告消費者,“加多寶”紅罐涼茶不是

“王老吉”紅罐涼茶,足以使消費者分清二者。

基於上述分析,廣藥方與加多寶方相互指責對方從事不正當競爭,並據此請求法院判決對方停止使用紅罐生產涼茶的訴訟請求,均應予以駁回。還是讓市場和消費者去選擇自己鍾愛的涼茶吧! ■

作者:邵偉,北京市永新智財律師事務所主任;遲少傑,北京市永新智財律師事務所退休律師