

論我國“有一定影響”商業標識 認定標準之統一

— 以阿明工具案為切入點

張韜略、劉燁

一、引言

我國現行《商標法》與《反不正當競爭法》兩部法律之中，共有三處規定涉及“有一定影響”的商業標識：根據《商標法》第32條後半句的規定（下文簡稱“阻却註冊條款”），“有一定影響”商業標識的權利人，得以在法定期限內，針對他人不正當搶註其未註冊商標的行為，行使異議請求權和宣告無效請求權；《商標法》第59條第3款（下文簡稱“先用抗辯條款”）則授權“有一定影響”商業標識的權利人在他人已就同一商業標識獲得商標專用權的情況下主張不侵權之抗辯，“在原有範圍內”繼續使用該標識；而根據《反不正當競爭法》第6條第1款第1-3項（下文簡稱“混淆條款”），“有一定影響”商業標識的權利人有權禁止市場經營者擅自使用其商業標識，實施引人誤認存在特定聯繫的混淆行為，並追究相應責任。這三處法律規定的目的和功能雖然不同，但彼此之間形成某種補充關係，¹給“有一定影響”的商業標識使用者提供了從阻却不當註冊、不侵權抗辯到混淆追責的系統救濟，構成了我國“普通未註冊商標保護制度”²。然而，由於我國兩部立法及相關司法解釋和行政規章均未對這幾處“有一定影響”的關係作進一步解釋，當不同的救濟程序出現相互影響或交集時，如果對這三處“有一定影響”適用不同的認定標準，難免就會出現法律適用的衝突，引發法律解釋的難題。

在2021年6月18日由安徽省高級人民法院審結的合肥億起說網絡技術有限公司訴杭州灰豚科技有限公司不正當競爭案³（以下簡稱“阿明工具”案）中，兩審法院就對“有一定影

響”在兩部法律之中的認定出現了不同的理解。該案雙方當事人有在先的商標註冊異議的爭訟，原告億起說公司曾根據《商標法》第32條的規定，以自己使用的商業標識“阿明工具”有一定影響為由，對被告灰豚公司申請註冊的同名商標“阿明工具”提起異議，國家知識產權局最後認定億起說公司的“阿明工具”商品名稱不具有一定影響。⁴億起說公司轉而尋求《反不正當競爭法》第6條的救濟，主張被告灰豚公司擅自使用其“有一定影響”的商業標識“阿明工具”，構成《反不正當競爭法》所禁止的混淆行為。

一審法院認為，在認定互聯網環境下使用的軟件商品是否具有“有一定影響”時，應採取不同於傳統領域或傳統條件的標準，“對其持續使用時間、區域、銷售量或廣告宣傳的標準要求均不應過高，最終認定“阿明工具”是億起說公司有一定影響的指數轉化軟件的商品名稱。但在二審中，灰豚公司提交了億起說公司的商標異議申請書及國家知識產權局的行政決定書，證明億起說公司曾在商標異議程序中向國家知識產權局提交了與本案相同的證據，且國家知識產權局認定億起說公司“阿明工具”不具有一定影響。二審法院採納了灰豚公司的上訴理由，認為《商標法》第32條的“有一定影響”與《反不正當競爭法》第6條第1項的“有一定影響”含義相同，且認為根據公定力原理，行政行為的合法性只有通過行政訴訟進行審查，法院在民事訴訟中不得輕易否定包括准予註冊決定在內的具體行政行為。最終，在灰豚公司申請註冊的“阿明工具”商標與億起說公司的相應標識“完全一致”的情況下，二審法院認定億起說公司的“阿明工具”不屬於有一定影響的商品名稱，不適用混淆

條款。

在上述案件中，億起說公司的商業標識“阿明工具”最終因不符合普通未註冊商標的“有一定影響”構成要件，無法藉助《商標法》的阻却註冊條款和《反不正當競爭法》的混淆條款獲得救濟。爲了本文討論的方便，我們還可以進一步假設，隨後灰豚公司對億起說公司提起商標侵權訴訟，而億起說公司則以《商標法》的先用抗辯條款主張不侵權抗辯。那麼，億起說公司會否在“有一定影響”的認定上，再次遭遇滑鐵盧呢？法院是否應該採納“區別說”，即先用抗辯條款之中的“有一定影響”的認定標準應當低於“阻却註冊條款”的要求⁵，從而給億起說公司在原有範圍之中繼續使用“阿明工具”的機會？

本文認爲，從我國立法的現狀出發，應當對《商標法》與《反不正當競爭法》三處規定的“有一定影響”的商業標識採取統一的認定標準，避免法律適用的衝突。接下來，本文首先分析我國立法資源在協調兩法“有一定影響”的法律適用衝突方面的現狀和不足，接着在分析“區別說”的觀點、依據以及局限性的基礎上，證成我國應當統一“有一定影響”在兩法三處規定的認定標準，最後嘗試構建“有一定影響”的統一認定規則。

二、協調“有一定影響”認定標準的立法資源及其不足

我國《商標法》和《反不正當競爭法》並沒有進一步闡釋“有一定影響”的內涵，這雖給司法、執法機關留下了較大的解釋空間，却也直接埋下了“有一定影響”認定標準不一致的隱患。相比之下，我國最高司法機關的司法解釋雖有涉及三個條款如何適用的規則，但相關規定並不具有協調兩法三條款適用標準的目標和功能。

首先，《商標法》司法解釋都是在商標授權確權行政案件的語境下分析“有一定影響”的內涵和認定標準，並不涉及《商標法》的先用抗辯條款，更不涉及《反不正當競爭法》的混淆條款。例如，最高人民法院 2010 年公佈實施的《關於審理商標授權確權行政案件若干問題的意見》（以下簡稱“《意見》”）第 18 條指出，“在中國境內實際使用並爲一定範圍的相關公眾所知曉的商標，即應認定屬於已經使用並有一定影響的商標。有證據證

明在先商標有一定的持續使用時間、區域、銷售量或者廣告宣傳等的，可以認定其有一定影響”。⁶ 2017 年實施至今的《最高人民法院關於審理商標授權確權行政案件若干問題的規定》（以下簡稱“《規定》”）似乎降低了“有一定影響”的認定標準，其第 23 條直接刪除了《意見》第 18 條上述規定的第一句，僅保留了第二句，即“在先商標有一定的持續使用時間、區域、銷售量或者廣告宣傳的”，可以認定爲有一定影響。⁷

其次，《反不正當競爭法》司法解釋僅針對混淆條款，並不牽連到《商標法》的確權條款和抗辯條款。以 2022 年通過並施行的反不正當競爭法司法解釋爲例，其第 4 條在規範混淆不正當競爭行爲時明確規定，“具有一定的市場知名度並具有區別商品來源的顯著特徵的標識”，人民法院可以認定爲“有一定影響的”標識，而標識是否具有一定的“市場知名度”，應當“綜合考慮中國境內相關公眾的知悉程度，商品銷售的時間、區域、數額和對象，宣傳的持續時間、程度和地域範圍，標識受保護的情況等因素”。⁸ 雖然該認定標準在表述上與《商標法》上述司法解釋的認定標準非常相似，但其實質內涵和證明標準是否完全一致，並不明確。⁹

相比之下，我國商標行政執法機關的部門規章雖然同樣不涉及認定標準的協調問題，但新近立法在界定商標法兩處“有一定影響”的概念時，採取了一致的表述。例如，根據國家知識產權局 2021 年公佈的《商標審查審理指南》，《商標法》阻却註冊條款規定的“已經使用並有一定影響”是指“在先未註冊商標通過商業宣傳和生產經營活動，發揮了識別商品或者服務來源的作用，並爲中國一定範圍的相關公眾所知曉”，具體證明材料包括該商標最早使用時間或持續使用情況，相關商品或服務的合同、發票等交易單據或記錄，相關商品或服務的銷售區域範圍、銷售量、銷售渠道、方式、市場份額等，商標使用人在各類媒體的廣告及宣傳，相關商品或服務參與展覽、拍賣等商業活動或獲獎等情況。¹⁰ 而國家知識產權局同時期公佈的《商標侵權判斷標準》也採用了“一定範圍內相關公眾所知曉”的表述。根據該標準第 33 條，《商標法》先用抗辯條款規定的“有一定影響的商標”是指在“國內在先使用並爲一定範圍內相關公眾所知曉的未註冊商標”，且其認定“應當考慮該商標的持續使用時間、銷售量、經營額、廣告宣傳等因素進行綜合判斷”。¹¹

雖然國家知識產權局上述行政規章並不涉及《反不正當競爭法》的混淆條款,但《商標審查審理指南》特別指出,《商標法》阻却註冊條款規定的“申請商標註冊不得損害他人現有的在先權利”,包括了將與他人“有一定影響”的商品或者服務名稱、包裝、裝潢相同或近似的文字、圖形等申請註冊為商標,“容易導致相關公眾混淆”的情況,而“有一定影響”的商品或者服務名稱、包裝、裝潢是指“並非僅由功能性形狀構成,具有顯著性,並且在係爭商標註冊之前已經具有一定知名度,相關公眾能夠以之區分商品或者服務來源的標誌”。¹²這一判斷標準與現行的反不正當競爭法司法解釋第4條的規定基本一致。顯而易見,在這種情況下,《商標法》阻却註冊條款的適用將與《反不正當競爭法》混淆條款建立起直接的聯繫,並可能引發這樣的追問:法官在適用《反不正當競爭法》混淆條款認定“有一定影響”的商業標識時,能否將反不正當競爭法司法解釋的標準與《商標審查審理指南》的認定標準等同起來?

綜上所述,我國現有立法、司法解釋缺乏協調兩法三處“有一定影響”認定標準的規範資源。商標行政執法機關新近通過的行政規章似乎暗含了統一“有一定影響”認定標準的某種傾向,但這種傾向並不明顯,而且法律位階較低,難以充分發揮協調功能。在個案之中,我國司法機關面臨着規範缺失的困境,法律適用標準的不一致和衝突在所難免,阿明工具案就是這類情況。

三、對“有一定影響”採取不同認定標準的批判

(一)區別說的觀點和依據

是否應對《商標法》阻却註冊條款和先用抗辯條款中的同一表達——“有一定影響”做同一解釋,我國學界一直有不同的聲音。主張區別說的學者認為,兩處條文的“有一定影響”應具有各自不同的含義,阻却他人註冊商標的“有一定影響”要強於先用抗辯的“有一定影響”。¹³區別說主要通過商業標識在先使用地域範圍大小來區分影響力的強弱,並提出了不同程度的地域範圍的表述。例如,當在先使用的影響範圍限於“特定區域”、“一定地域”時,就達到《商標法》先用抗辯條款的程度要

求;而當影響範圍擴大到“很大區域”時,才可以適用《商標法》的阻却註冊條款。¹⁴從法律效果來看,根據區別說的觀點,如果商業標識持有人根據阻却註冊條款針對他人不當搶註其未註冊商標提起異議請求和宣告無效請求的,比起根據先用抗辯條款主張不侵權抗辯的情況,在證明其商業標識達到的“有一定影響”方面將承擔更重的舉證責任和更高的舉證不能風險。

持區別說的法院通常認為,先用抗辯條款與阻却註冊條款的證明要求之所以不同,在於構成要件的差異:前者只有“在先使用並有一定影響”一項要求,只需達到最低認定標準,而後者在此基礎上還要考慮主觀要件(“不正當手段”)。例如,在“豫泉”案中,法院適當放低了先用抗辯條款的影響力標準,以區別阻却註冊條款的嚴格認定標準¹⁵。在“启航”案中,北京知識產權法院認為,先用抗辯條款對標識影響力的要求旨在證明法益已經產生,原則上不需要該標識具有較高影響力,不要求影響力已延及較大的地域範圍。¹⁶廣州知識產權法院在“牧馬人”案中亦認為,先用抗辯條款的立法目的是保護未註冊商標在先使用人的合法權益,認定標準不應過高,否則可能擠壓未註冊商標合法行使和保護的空間¹⁷。

比較法的研究似乎為區別說提供了較強的支撐。根據我國學者的考證,德國、英國和日本商標法的阻却註冊條款對在先使用商標的客觀方面的要求更高:一般要求先使用商標具有“全國流通效果”(德國)、“在大的區域範圍內建立商譽”(英國)和“被需要者廣為認識”,相比之下,先用抗辯條款對在先使用商標客觀方面的要求較低,只需要“特定區域有流通效果”(德國)、“在特定區域建立商譽”(英國)。¹⁸儘管日本商標法中禁止註冊條款和繼續使用條款同樣規定了“為需要者所廣泛認識”(well known among consumers),但日本學界多認為先用抗辯條款對在先使用商標的知名度要求“影響範圍小於阻却事由”。司法實踐也有持這種態度的。例如在“Kotan”案中,法院在適用繼續使用條款時,有意降低了地域範圍的要求,從而區別於禁止註冊條款。¹⁹而之所以要區分不同程度的“有一定影響”,區別說的主要論據是註冊商標的效力及於全國,而在在先使用抗辯的“先用”具有鮮明的地域性特徵,因此作為阻却註冊事由的在先使用商標,應該比在先使用抗辯中的在先使用商標具有更强的影響,包括地域範圍或者滲透程度。

持區別說的學者還認為，《商標法》阻却註冊條款和先用抗辯條款的“有一定影響”，與《反不正當競爭法》混淆條款的“有一定影響”的認定不應採取相同的標準。這種觀點主要從反不正當競爭法的立法目的以及該法與商標法的關係定位出發，認為需要利用《反不正當競爭法》的混淆條款打擊市場經濟活動中出現的大量搭便車行為，為商標法提供兜底的補充性保護，所以《反不正當競爭法》混淆條款的“有一定影響”的判斷標準，應當低於《商標法》的“有一定影響”的判斷要求。²⁰

（二）區別說的局限

但是，區別說存在難以克服的局限。

首先，根據體系解釋的思路，阻却註冊條款和先用抗辯條款均存在於《商標法》中，都使用了“有一定影響”的概念，除非有特別情形或“但書”條款，否則相同概念應作相同的解釋。如果採取區別說，在司法實踐中對不同法條的“有一定影響”進行不同內涵的解釋，很容易造成法律適用的衝突。儘管在絕大多數情況下，法院可能只需要單獨適用一個條款，不存在阿明工具案的多條款交叉適用的情況，但是阿明工具案和類似案件的存在，已經足以說明“有一定影響”的未註冊商標權人可能會同時尋求三個條款的法律救濟，在這種情況下，如果對其影響力和知名度進行標準不同的認定，就會出現難以解釋的法律適用問題。

其次，區別說認為不同條款的“有一定影響”應採取不同判斷標準，實際是認為該概念在法律體系的不同位置承載了不同的價值。這種價值判斷預設了這樣一種觀念：《商標法》《反不正當競爭法》的三處法律規定對在先使用的“有一定影響”未註冊商標提供了程度不同的保護，且對商標註冊秩序造成程度不同的衝擊，因此其“有一定影響”的知名度要求也應該有所區別。具體而言，《商標法》阻却註冊條款的保護程度和衝擊力最強，先用抗辯條款次之，而《反不正當競爭法》的程度最弱，因此，三個條款的“有一定影響”的影響力也要依次進行高低排序。但是，這種保護程度、衝擊力存在高低的預設並無實证的根據，本身就值得商榷。例如，從商標取得路徑的多元化和利益衡平視角看，保護善意在先使用獲得法律保護地位的商標將出現某種程度的“商標共存”，會提高已註冊商標和善意在先使用商標在特定地域、消費群的混淆可能性。相比之下，如果撤

銷不當搶註但尚未真正使用或僅短期使用的註冊商標，由於相關消費者心中尚未建立該商業標識與特定產品或服務的關聯，也不會造成對商標註冊制度的破壞。²¹因此，當同一權利人分別從要求商標共存和阻却惡意搶註這兩個角度進行維權時，商標註冊秩序受到的衝突在程度上往往是難以量化比較的，未註冊商標受到的保護力度也難以區分高度，此時對其請求權基礎的事實——“有一定影響”的商業標識進行判斷，也不應該厚此薄彼。

再次，區別說面臨的最大難題是如何將影響力和知名度進行不同程度的劃分。衡量影響力和知名度的最重要因素之一，即地域範圍為例，為了區分不同程度的“有一定影響”，區別說提出了“很大區域”、“一定地域”、“比較狹小的地域”或者“比較廣大的地域”等概念²²，但較之“有一定影響”的法定概念而言，這些新概念並沒有成功將其具象化，還是停留於抽象概念的論述。²³區別說還特別藉助行政轄區、經濟圈等概念來具化影響力的不同程度，例如，先用抗辯條款的“有一定影響”只需要具有鮮明的地域性特徵，而阻却註冊條款的“有一定影響”則需要達到相鄰數省或較重要經濟圈的程度，²⁴甚至有觀點提出，阻却註冊條款指向的“有一定影響”的未註冊商標需要達到“全國知名”的程度。²⁵但是，就如同劃定通用名稱的相關公眾地域範圍所面臨的困境一樣²⁶，無論是“鮮明的地域性特徵”，還是“相鄰數省或較重要經濟圈”的表述，依然是邊界模糊且合理性值得推敲的概念。與此同時，“全國知名”的標準雖然清晰了很多（畢竟國家的邊界相對是確定的），但是，如果要求阻却註冊條款的“有一定影響”的程度已經達到“全國知名”的程度，那麼這種情況下的未註冊商標實際已經構成未註冊馳名商標，當事人應該可以直接根據《商標法》第13條第2款規定進行保護了。因此，這種解釋突破了未註冊普通商標的知名度上限（低於馳名），破壞了未註冊馳名商標制度和未註冊普通商標制度各自的體系定位。

最後，比較法的分析也不盡然支持區別說。以日本為例，日本學者已經指出，從日本商標法沿革角度看，其商標法的先用權抗辯條款設立的原因是為了讓錯過了異議期除斥期間但標識達到“週知程度”的商標先用人獲得一定程度保護，即可以主張不侵權的抗辯，因此“被需要者廣為認識”的內容理應是統

一的。²⁷這應該也是日本司法實踐在判決書中一般認為先用抗辯條款的“廣為認識”和阻却註冊條款的“廣為認識”具有相同範圍的理由。例如，在廣島 DCC 商標爭議案中，由於訴訟兩造在前後兩個有關聯的商標爭議案件之中，分別尋求阻却註冊和先用權抗辯的救濟，因此出現了與阿明工具案一樣的法條交叉適用的情況：在第一個案件中，daiwa 咖啡請求註銷上島咖啡註冊的 DCC 商標；在第二個案件中，上島咖啡請求 daiwa 咖啡停止使用 DCC 而後者主張先用抗辯。在該案中，日本法院並沒有採用區別說，而是對兩條款的“廣為認識”做出了統一的解釋。²⁸

比較法的分析還從另一個角度提醒我們必須充分注意中外立法例的差異性所導致的法條功能定位的微妙區別。例如，無論德國還是英國商標法的阻却註冊條款都對註冊人主觀方面不規定要求，而我國則明確了不正當手段搶先註冊的要件；與此同時，德國法和英國法對惡意搶註的撤銷權存在不受法定期間限制的例外規定，而我國對該撤銷權行使的 5 年時限並且無例外規定。上述區別顯然在一定程度上影響到了德國法、英國法的註冊條款的影響力和知名度的解釋，也即從德國法、英國法的角度，以較高標準要求對抗註冊商標的影響力是相對合理的，因為其可能用來針對善意註冊人。但是，切換到我國商標法針對不當搶註行為的阻却註冊條款，這種較高的影響力認定標準反而可能妨礙其抑制不當搶註行為的功能和定位。

四、統一“有一定影響”認定標準的理論證成與具體適用

（一）同一說的理論證成

與區別說相反，同一說一般從體系解釋的角度出發，認為普通未註冊商標的構成要件均為“使用+有一定影響”，所以應將“有一定影響”做統一解釋。根據統一解釋的範圍是否僅限於《商標法》抑或同時包括《反不正當競爭法》，可以將同一說進一步區分為狹義和廣義的同一說。

根據狹義同一說，阻却註冊條款和先用抗辯條款均位於《商標法》中，都使用了“有一定影響”的概念，而且兩款規定之間具有“補充和進一步發展”的關係，從法律性質和功能角度看

也是相同的，因此相同概念應作相同的解釋，除非有特別情形或“但書”條款。²⁹實踐中，支持狹義同一說的司法裁判中外都有。前述的日本廣島 DCC 商標爭議案即是例子之一。國內裁判在兩條款之間進行互動的努力也體現了同一說的精神。首先，對先用抗辯條款的解釋，“Ambitmicro”案³⁰中，法院同時援引了《規定》中針對阻却註冊條款“有一定影響”的認定；在“華牧感康”案³¹、“王星記”案³²和“NFHIFI”案³³中，法院均遵循與阻却註冊條款相一致的審查標準。其次，在阻却註冊條款的適用上，有的法院認為，主觀要件可以補正影響力要件，兩要件之間呈此消彼長關係，因此“有一定影響”標準是可以調整的，倘若行為人的主觀惡意明顯（如大量搶註公共資源、不當利用他人市場聲譽、大量提交註冊申請且超過正常經營活動需要），此時可以放鬆對“有一定影響”的證據要求（如“正譽”案³⁴），甚至不要求在中國境內實際銷售（如“AESOP”案³⁵拋棄了“在中國境內使用”的嚴格要求）。

狹義同一說從體系解釋的角度分析了《商標法》兩條款的關係，但有疑問的是，這種體系解釋思路能否擴展到《商標法》之外以涵攝《反不正當競爭法》的“有一定影響”條款。廣義同一說則進一步延伸體系解釋論，認為兩法三處條款的標識本質上均屬於未註冊商標，有必要保持一致。據之，將兩法三處“有一定影響”做統一解釋，不僅符合我國未註冊商標保護制度的立法精神，實踐中確定性、可操作性也更強，並且《反不正當競爭法》的“有一定影響”和《商標法》的“有一定影響”之間至少是一種“大於或等於”的關係。³⁶有觀點指出，《意見》第 18 條對阻却註冊條款“有一定影響”的界定，實際參照了當時《反不正當競爭法》“知名商品”標準，“有一定影響”與“知名商品”的標準在解釋上並無實質區別。³⁷不少法院也在具體案件中對兩法的協調性做了說明。除了“阿明工具”案的二審裁判，“蚂蚁搬家”案³⁸的審理法院也將先用抗辯條款與混淆條款的“有一定影響”作相同理解。

本文支持廣義同一說，即無論是在《商標法》內部，抑或《商標法》與《反不正當競爭法》之間，兩法三處的“有一定影響”都應該採取同樣的認定標準。除了前述反駁區別說的理由之外，還包括如下幾點：

第一，從語境分析角度，每一部法律均可以視之為一個特

定的語境。根據法治統一性基本原則和法律解釋整體性原則，同一概念、同一規則在法律體系中應保持語義一致。³⁹在體系解釋之下，一個法律概念的內涵既受制於其所處的上下文的制約，也受法律宗旨、價值、原則等總目標的制約。⁴⁰具體到“有一定影響”的商業標識，其本質是我國的未註冊商標保護制度，而這類商業標識的保護勢必牽涉到商標法中關於未註冊商標的諸多規則，乃至反不正當競爭法的混淆規制。這些規則理應在同一個語境之下進行分析，並保持語義的一致。基於這種考量，商標法和反不正當競爭法語境下的“有一定影響”應予以體系化的統一解讀，除非具體條文對統一解釋做了明確的相反的限定。

第二，從法律具體適用的角度看，兩法三條款的分析語境也經常是一致的。例如，法院在適用《商標法》保護有一定知名度的未註冊商標時，除援引阻却註冊條款、先用抗辯條款之外，還經常同時援引第7條的“應當遵循誠實信用原則”（如“耳光馄饨”案⁴¹）、第9條的“不得與他人在先取得的合法權利相衝突”（如“金色華聯”案⁴²）以及第58條的“適用反不正當競爭法”（如“華潤”案⁴³）。這說明阻却註冊條款、先用抗辯條款在具體適用時，經常處在相同的語境之下。

第三，從歷史分析角度，《商標法》與《反不正當競爭法》在反假冒方面具有相同的目標和密切的歷史關聯。在嚴格的商標註冊取得制度之下，僅馳名商標得以不經註冊而產生商標權，普通未註冊商標不受商標法保護。商標註冊取得制度的這種價值取向促使反不正當競爭法承擔起保護有一定知名度，也即“有一定影響”的未註冊商標的功能，並與商標法之中規制惡意搶註的誠實信用原則一起，構建起未註冊商標的完整保護制度。⁴⁴這也是為何在一些國家（諸如美國），無論當事人訴之以“商標侵權”還是“不正當競爭”，二者並沒有實質區別。⁴⁵因此，我國《商標法》與《反不正當競爭法》對“有一定影響”的商業標識的保護也理應是連貫和一致的。

第四，“有一定影響”更多是對未註冊商標的一種事實評價，或至少是主要以事實為基礎的法律認定，不應承載不同的價值評價。恰如“鬼吹燈”系列案⁴⁶中，二審法院所指出的，“‘鬼吹燈’涉案系列作品具有較高市場知名度是客觀事實”。而就知名度認定來看，目前我國法院在具體適用兩法三條款

時，對影響力因子的選擇與相關證據的採信方面也基本相同，大抵都參考了下述因素：（1）銷售範圍、銷售額度、銷售時間、市場佔有率甚至納稅額；（2）廣告宣傳、網絡媒體評論、用戶選擇和認可度；（3）獲得榮譽、知名企業合作；（4）商標局的決定；（5）案涉標識使用時間。因此，若是僅僅因為當事人主張依據的請求權基礎不同，就將事實層面的認定標準割裂開來，反而混淆了事實認定和價值判斷的邊界。在這種情況下，如果我們採取不同的事實認定標準，强行劃分某些未註冊商標只能獲得反不正當競爭法的保護，並將其歸咎於兩法救濟力度的差別，歸根到底還是在討論立法價值的固有差異，而完全脫離了未註冊商標影響力的事實認定。

綜上所述，本文堅持同一說，不對兩法三處規定的“有一定影響”再做影響力和知名度的層次劃分。這樣不僅符合我國普通未註冊商標制度的立法旨趣，而且操作簡便，還能夠避免在具體案件出現法條交叉時法律適用標準的牴牾和衝突。

（二）影響力的標準高低和認定方法

在明確了應當統一“有一定影響”的法律適用標準之後，仍有必要進一步探討兩個問題：第一，統一的影响力標準應該採取怎樣的標準，應該就高還是就低；第二，影響力是一個變化的因素，如何理解和應對這種變化對法律統一適用的潛在負面影響。

1. 影響力高低的標準劃定

在同一說之下應秉持哪種程度的認定標準，目前鮮有討論。國內有觀點認為，應將其設定為作為商標形成標準的獲得顯著性或“第二含義”標準，⁴⁷或者是具備了能夠發揮商標標識受到法律保護的前提和基礎的“識別性”。⁴⁸本文認為，在統一“有一定影響”認定標準的情況下，可以提取獲得顯著性、識別性或“第二含義”等表述的相同內涵，並結合我國商標法和反不正當競爭法實踐中長期使用的“相關公眾”概念⁴⁹，構建相對低標準的影响力認定標準，即使用獲得顯著性標準。

首先，“有一定影響”的未註冊商業標識是通過商標性使用而獲得顯著性、識別性或“第二含義”的商業標識。將使用獲得顯著性作為“有一定影響”的認定標準，完全契合商標權保護的取得理論，因為通過使用獲得顯著性，本身就是取得商標權保護的主要方式之一。例如，根據《德國商標法》的明確規定，商

標權的取得包含了註冊、使用獲得第二含義和商標馳名等三種方式,而使用獲得第二含義是指“將商業標識在商業交易中使用,且其在參與商業交易的群體範圍內作為商標,獲得了第二含義”。⁵⁰

其次,認定“有一定影響”所需要的獲得顯著性、識別性或者第二含義,只需要在相關公眾之中具有知名度即可,不需要在所有或眾多市場內或者所有人群或大部分人群中都達到知名的程度,否則會與馳名商標的知名度標準產生衝突。而且,認定“有一定影響”只需要一部分相關公眾知悉該商業標識即可,並不需要相關公眾中的全部相關經營者或者消費者都知悉。⁵¹至於如何把控“一部分”相關公眾的範圍和數量,法官可以在個案之中,結合具體商品(服務)的屬性和特點以及具體的地域範圍加以量化,並在面臨兩法三法條的法律適用協調時保持該量化標準的一致。

再次,“有一定影響”即便在時間因素上有“持續使用”之內涵,也並非指絕對意義上的不中斷使用,⁵²不能簡單依據標識使用或宣傳時間短而否定“有一定影響”。影響力的強化與時間因素確有關聯,但需靈活認定(如“头孢西林”案⁵³),應綜合考量當事人使用商業標識的完整歷史淵源,而不宜僅單純依據各自使用時間節點作出判定(如“太奇”案⁵⁴)。

2. 影響力的動態認定

統一影響力認定標準並不意味着法院在個案之中根據兩法三條款所做出的“有一定影響”的認定結果必須是完全一樣的。一定影響之有無,必須遵循個案、動態的認定方法。

首先,由於未註冊商標保護路徑的多元化,當事人可以根據具體情況,在《商標法》與《反不正當競爭法》中選擇相應的請求權,而在不同救濟路徑中,影響力所對應的時段可能存在偏差。例如,阻却註冊條款的“有一定影響”對應的是係爭商標註冊之前的時段,先用抗辯條款的“有一定影響”可能需特別關注對方商標使用之前的時段,而混淆條款的“有一定影響”針對的是侵權行為發生的期間。在這種情況下,當事人提交證據所涵蓋的時間段可能有重合,但又不完全一致。這會導致法院在不同的訴訟程序,諸如商標確權程序和針對混淆假冒的不正當競爭之訴中,不得不根據不同時段的事實,對商業標識的影響力高低做出先後的認定。不同的保護路徑,不完全一致的影響

力時間段,再加上可能不完全相同的證據,即便法院對影響力適用相同的認定標準,仍可能得出不一樣的認定結論。

其次,商標使用是動態的,商業標識的影響力也是動態的,勢必會隨著時間發生程度的變化。通過持續的使用和經營,商業標識的影響力可以從無到有,從低到高;相反,影響力也可能由於使用不力而逐漸消亡。這意味着,如果法院曾經在某一種救濟路徑之下對某商業標識的影響力做出過審查結論,其結論也僅具有參考價值,不能不加區分地予以採納。比如,即使在商標確權程序中原告能夠舉証案涉標識在被告註冊時的影響力,也不必然說明在不正當競爭的混淆訴訟中就當然可以認為案涉標識在被告使用時同樣具有影響力。

再次,由於救濟路徑的不同和商業標識影響力的動態變化,即便在當事人相同的關聯案件之中,法院認定影響力的事實基礎也可能是不同的,因此,“有一定影響”的審查必須遵循個案動態認定的思路,就如同目前馳名商標的個案認定思路一樣。特別是,如果出現了不同救濟路徑之下的認定結論時,法院必須謹慎對待在先的司法審查或行政結論的影響。在這種情況下,取決於個案的不同事實,法院必須考慮,應該完全接受還是拒絕在先具體行政行為的事實認定(如“阿明工具”案),或者將在先行政裁決作為“其他因素”加以考量(如“瑪氏”案⁵⁵),或者依據“個案原則”重新作出認定(如“金駿眉”案、“華美”案⁵⁶)。

五、結論

我國《商標法》與《反不正當競爭法》的三處法律規定為“有一定影響”的商業標識提供了阻却不當註冊、先用抗辯和反混淆等不同角度的系統性保護。立足於我國普通未註冊商標制度的立法旨趣,我國不應對兩法三處規定的影響力再做標準高低和層次的劃分,以避免法條交叉競合時標準適用的衝突,從而提高法律適用的確定性和可操作性。在堅持統一的影响力標準的思路下,我國法院在司法實踐中應該採取個案動態認定的方法,依次考察未註冊商業標識“有一定影響”的三方面要求:標識經過商標性使用;因實際使用而獲得顯著性或“第二含義”,具備了識別商品來源的功能;在相關公眾之中積累了市場

知名度和商譽。■

作者：張韜略，同濟大學法學院副教授、博士生導師；劉燁，同濟大學法學院碩士研究生

¹ 有關我國《商標法》兩處規定向商標在先使用者提供了不同角度保護的分析，參見杜穎：“商標先使用權解讀——《商標法》第59條第3款的理解與適用”，載《中外法學》，2014年第5期，第1359、1368頁。有學者還指出，相較確權條款所提供的“阻却惡意搶註”救濟，抗辯條款使在先使用人得以對抗他人的善意註冊，且不受異議權法定期限的限制，在法律效果上又進了一步。參見王太平：“我國未註冊商標保護制度的體系化解釋”，載《法學》，2018年第8期，第138、147頁；曹新明：“商標先用權研究——兼論我國《商標法》第三修正案”，載《法治研究》，2014年第9期，第16-24頁。

² 參見王太平：“我國未註冊商標保護制度的體系化解釋”，載《法學》，2018年第8期，第138頁。

³ 參見(2019)皖01民初1714號民事判決書，(2021)皖民終325號民事判決書。

⁴ 國家知識產權局(2021)商標異字第0000002675號決定書。在反不正當競爭案一審訴訟中，商標異議的行政決定尚未作出。

⁵ 參見杜穎：“商標先使用權解讀——《商標法》第59條第3款的理解與適用”，載《中外法學》，2014年第5期，第1359、1368頁。

⁶ 《最高人民法院關於審理商標授權確權行政案件若干問題的意見》(法發〔2010〕12號)，第18條第2款。

⁷ 《最高人民法院關於審理商標授權確權行政案件若干問題的規定》(2016年通過，法釋〔2017〕2號；2020年修正，法釋〔2020〕19號)，第23條。

⁸ 《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國反不正當競爭法〉若干問題的解釋》(法釋〔2022〕9號)，第4條。

⁹ 反不正當競爭的某些地方立法也存在類似情況。例如《上海市反不正當競爭條例》(1995年通過，2020年修訂，上海市人民代表大會常務委員會公告第49號)第8條規定，“有一定影響的標識”是指“一定範圍內為公眾所知曉，能夠識別商品或者其來源的顯著性標識”。

¹⁰ 《商標審查審理指南》(國家知識產權局公告第462號，2021年)，下編，第15章，“4已經使用並有一定影響商標的判定”。

¹¹ 《商標侵權判斷標準》(國知發保字〔2020〕23號)，第33條。

¹² 同註10，第14章，“3.7有一定影響的商品或者服務名稱、包裝、裝潢”。值得注意的是，《商標侵權判斷標準》第33條在解釋《商標法》第59條第3款規定的“在原使用範圍內繼續使用”時，僅明確了增加商品或服務，改變商標圖形、文字、色彩、結構、書寫方式等內容這兩種不視為在原使用範圍內繼續使用的情況，並不涉及地域範圍的擴張。

¹³ 參見註5，第1372-1373頁；李揚：“商標法中在先權利的知識產權法解釋”，載《法律科學(西北政法學院學報)》，2006年第5期，第49頁；張鵬：“規制商標惡意搶註規範的體系化解讀”，載《知識產權》，2018年第7期，第21頁。

¹⁴ 參見李揚：“商標法中在先權利的知識產權法解釋”，載《法律科學(西北政法學院學報)》，2006年第5期，第49頁。

¹⁵ (2014)新中民三初字第96號民事判決書。

¹⁶ (2015)京知民終字第588號民事判決書。

¹⁷ (2022)粵73民終1702號民事判決書。

¹⁸ 同註5，第1372頁。

¹⁹ 參見平成9年12月9日大阪地裁平7(ワ)13225號商標權侵害行為差止等請求(大阪地方法院平成9年(1997年)12月9日判決)，判決全文詳見<https://ipforce.jp/Hanketsu/jiken/no/9605>。

²⁰ 黃暉：“專家釋法：從商業標識的視角解讀《反不正當競爭法》”，轉引自郭帆：“商標法與競爭法中關於‘有一定影響’的商業標識的認定”，<https://www.jiemian.com/article/3843844.html>。

²¹ 參見本文註2，第147頁，註38。

²² 一些日本學者認為，得以主張不侵權抗辯的在先使用商標並不要求在全國範圍內知名，只要在“比較廣大的地域”即可，甚至在“比較狹小的地域”範圍內週知即可，參見[日]網野誠：《商標(第6版)》，有斐閣2002年版，第351頁；[日]田村善之：《知的財產法(第3版)》，有斐閣2004年版，第116頁，轉引自註14，第47頁。

²³ 同註14。

²⁴ 參見張鵬：“我國未註冊商標效力的體系化解讀”，載《法律科學(西北政法大學學報)》，2016年第5期，第142頁。

²⁵ 同註14。

²⁶ (2009)高行終字第330號行政判決書。

²⁷ [日]網野誠：《商標(第6版)》，有斐閣2002年版，第778頁，轉引自註5，第1370頁。

²⁸ 同註5，第1370頁。

²⁹ 參見註2；劉繼峰：《競爭法學》（第三版），北京大學出版社，2018年版，第287頁；馮曉青、應江楠：“尋求商標註冊與使用的平衡：商標在先使用抗辯制度研究”，載《邵陽學院學報（社會科學版）》，2023年第1期，第27頁；劉期家：“商標權概念的反思與重構”，載《知識產權》，2009年4期，第67頁；曹新明：“商標先用權研究——兼論我國《商標法》第三修正案”，載《法治研究》，2014年第9期，第23頁。

³⁰ (2018)滬0115民初46794號民事判決書。

³¹ (2015)長民三初字第82號民事判決書。

³² (2020)浙8601民初1746號民事判決書。

³³ (2021)粵0306民初12922號民事判決書。

³⁴ (2020)粵民再257號民事判決書。

³⁵ (2018)行再18號行政判決書。

³⁶ 參見註2，第147-148頁；王蓮峰、劉潤濤：“新反法第六條‘有一定影響’的理解與適用”，載“知產力”微信公眾號，2017年11月29日。

³⁷ 參見孔祥俊：“論新修訂《反不正當競爭法》的時代精神”，載《東方法學》，2018年第1期，第74-75頁。

³⁸ (2015)長中民五初字第757號民事判決書。

³⁹ 參見《法理學》編寫組：《法理學》，人民出版社、高等教育出版社，2010年版，第44、177頁。

⁴⁰ 參見劉繼峰：“反不正當競爭法中‘一定影響’的語義澄清與意義驗證”，載《中國法學》，2020年第4期，第188頁。

⁴¹ (2018)滬0104民初18665號民事判決書、(2020)滬73民終444號民事判決書。

⁴² (2020)皖16民初341號民事判決書。

⁴³ (2021)陝01知民初215號民事判決書、(2022)陝知民終232號民事判決書。

⁴⁴ 參見馮術傑：“未註冊商標的權利產生機制與保護模式”，載《法學》，2013年第7期，第39頁。

⁴⁵ 《美國蘭哈姆法》第43條(a)，即《美國法典》第1125條(a)（制止虛假指示來源、虛假描述）規定：“任何人在商業活動中，使用文字、術語、名稱、符號、圖案或它們的組合為虛假來源表示，虛假或引人誤解地描述事實，虛假或誤導性地表示事實——(A)從而可能在與他人的關係或聯繫上，在商品或服務的來源與他人的商業活動關係、贊助人情況或許可方面引起混淆、產生錯誤或發生誤解；或者(B)在商業廣告或促銷活動中錯誤表示自己或他人商品、服務或商業活動的性質、特徵、質量或產地來源，均可提起民事訴訟”。

⁴⁶ (2017)蘇03民初27號民事判決書。

⁴⁷ 參見註2，第148頁；劉繼峰、繆慧：“商業標識混淆中‘有一定影響’的認定標準”，載《中國社會科學院研究生院學報》，2020年第3期，第74頁。

⁴⁸ 但主要從反不正當競爭法的角度出發，參見王蓮峰、劉潤濤：“新反法第六條‘有一定影響’的理解與適用”，載“知產力”微信公眾號，2017年11月29日。

⁴⁹ 根據我國商標法司法解釋，相關公眾是指與商標所標識的某類商品或者服務有關的消費者和與前述商品或者服務的營銷有密切關係的其他經營者。參見《最高人民法院關於審理商標民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》（法釋[2002]32號）。

⁵⁰ 《德國商標法》第4條。

⁵¹ 孔祥俊：《反不正當競爭法新原理：分論》，法律出版社，2019年版，第29頁。

⁵² 參見 *Hanover Star Milling Co. v. Metcalf*, 240 U.S.403, 407(1916)。

⁵³ (2007)行提字第2號行政判決書。該案為2007年最高人民法院公報案例。

⁵⁴ (2015)蘇知民終字第98號民事判決書。

⁵⁵ (2017)粵73民初3370號民事判決書、(2019)粵民終2677號民事判決書。

⁵⁶ 關於個案審查原則在司法實踐中的具體運用，商標確權程序參見：商評字〔2012〕第53057號《關於第5936208號“金駿眉”商標異議複審裁定書》；不正當競爭之訴參見：(2022)粵06民終15358號民事判決書。

我國將首次舉辦AIPPI 世界知識產權大會

2024年AIPPI世界知識產權大會將於10月19日至22日在浙江省杭州市舉辦，這是國際保護知識產權協會（AIPPI）成立127年來首次在中國舉辦世界知識產權大會。

中國貿促會新聞發言人趙萍在5月30日舉行的例行記者會上介紹，2024年AIPPI世界知識產權大會將由中國貿促會和AIPPI主辦，杭州市人民政府和AIPPI中國分會承辦，主題為“知識產權的平衡保護與創新發展”。

（來源：新華社）