

论仿冒行为的法律界定

胡小红

摘要：仿冒作为一种重要的不正当竞争行为，是指经营者擅自利用他人知名的商业标识，导致市场混淆的行为。在《反不正当竞争法》中仿冒行为的一般条款可以设计为：经营者不得擅自利用他人知名的商业标识而导致市场混淆。具体的仿冒行为主要包括存在以下情况并导致市场混淆的行为：在同种或者类似商品上擅自使用与他人知名商标相同或者近似的商标；擅自将他人知名商标中的相同文字或者近似文字作为企业名称中的字号登记使用；擅自将与他人知名字号相同或近似的字号或者将他人知名企业名称简称登记为自己企业名称的字号；擅自将他人知名企业名称或者其字号、简称作为商标或者商标一部分；擅自使用他人知名的企业名称及其字号、简称，或者擅自使用他人知名的姓名，等等。

关键词：仿冒 市场混淆 商业标识

仿冒行为是一种重要的不正当竞争行为，在我国《反不正当竞争法》修订中如何设计仿冒行为规制条文，目前还存在很多分歧意见，本文结合我国《反不正当竞争法》的修订，对仿冒行为的法律界定进行探讨。

一、仿冒行为的定义、性质

(一)仿冒行为的定义

仿冒，又称为假冒，其英文是 passing off，英美普通法的仿冒之诉源于欺诈之诉。1980年，Diplock 法官在 Advocaat 一案中确立了 passing off 的五要件，后来这五要件被简化为三要件：(1)原告享有声誉；(2)被告进行虚假表示；(3)原告受到了损害或有损害之虞。简言之，原告需证明下列事项：(1)其标志、商标、式样或其他有关标志享有足够的声誉或商誉；(2)被告的行为可能或者已经造成了欺骗；(3)其业务或商誉由于被告的不正当表示而已经遭受或可能遭受损害或伤害。^①

美国反不正当竞争法起源于侵权责任法，早期反不正当竞争的范围较为狭窄，主要集中在“仿冒”

(passing off 或 palming off)。^②仿冒具有非常广泛的内涵，大体说来，以虚假标示的方式，让消费者误认为自己的商业活动、商品或服务来源于他人，或得到他人认可，或附属于他人，都属于仿冒的范畴。1946年颁布的《兰哈姆法》创立了联邦一级的制止仿冒的规定，《兰哈姆法》第43条第1款禁止虚假来源之标示。^③

笔者认为，仿冒是一种重要的不正当竞争行为，是指经营者擅自利用他人知名的商业标识，导致市场混淆的行为。“商业标识”是指能够识别不同来源的商品或者服务、识别商品或者服务具体来源的标识。“市场混淆”是指：相关公众误认为不同来源的商品或服务具有同一来源，或者相关公众对商品、服务的具体来源产生误认；相关公众误认为不同经营者之间存在特定联系。

(二)仿冒行为的性质

仿冒行为的性质实际上是对他人商业标识上所承载的商誉的盗用，是一种典型的不正当竞争行为。商誉的英文是“goodwill”，商誉是源自英美法系的概念，逐渐被大陆法系采用。早在1620年，英格兰法庭

作者：胡小红，安徽大学法学院教授。

基金项目：安徽省教研项目《法学本科教学中法律方法训练研究》(2015jyxm046)的部分成果。

① 孔祥俊著：《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社1998年版，第107-108页。

② 李明德著：《美国知识产权法》(第2版)，法律出版社2014年版，第619页。

③ 李明德著：《美国知识产权法》(第2版)，法律出版社2014年版，第628页。

对商誉定义为“顾客的友善看法与惠顾”,^④商誉作为一种无形财产,可以分为无载体的商誉和有载体的商誉。无载体的商誉是指商品或服务的商誉以及企业主体的商誉,有载体的商誉即为商业标识的商誉。商业标识一方面具有承载商誉的功能,另一方面还具有创造商誉的功能,商业标识的经济价值主要就是商誉。商业标识能够降低搜索成本,具有识别功能,能够识别不同来源的商品或者服务或者商品、服务的具体来源,商品或服务的商誉以及企业主体的商誉就通过商业标识传递给消费者、用户,认牌购货成为消费者、用户检索商品或服务信息的模式,商业标识传递了商誉,也承载了商誉,商业标识成为了商誉的载体,从而具有了无形资产的价值。此外,商业标识具有广告宣传的功能,商业标识本身也具有独立的价值,在商业标识的广告宣传与营销中,商业标识自身就产生了美誉,这种美誉与商品或服务的品质并没有必然的联系。

商业标识具有无形资产价值,这种无形资产主要就是商业标识的商誉,而仿冒行为就是对商业标识商誉的盗用行为,即盗用他人商业标识的商誉来推销自己的商品或服务,而获取非法利益。仿冒行为既是一种侵权行为,也是一种典型的不正当竞争行为。

二、仿冒行为的一般条款

《保护工业产权巴黎公约》第10条之2不正当竞争(3)下列各项尤其应当予以禁止:“1.具有以任何手段对竞争者的营业所、商品或工商业活动产生混淆性质的一切行为;”世界知识产权组织1996年出版的《反不正当竞争示范法》及其注释第二条(与他人的企业或者其活动引起混淆)(1)[一般原则]在工商业活动中。与他人的企业或者其活动,尤其是该企业提供的产品或服务,产生或者可能产生混淆的任何行为或做法,构成不正当竞争行为。笔者认为,这两个条文分别可以作为《保护工业产权巴黎公约》《反不正当竞争示范法》及其注释关于“禁止市场混淆行为”的一般条款。笔者认为,市场混淆的类型非常复杂,包括正向混淆、反向混淆、双向混淆,善意的市场混淆行为不宜

作为不正当竞争行为,非法的市场混淆行为也可以分为多种类型,如反向混淆是否可以作为不正当竞争行为就可以探讨。仿冒行为属于非法的市场混淆行为,是不正当竞争行为。不正当竞争行为是主客观方面的统一,客观方面的市场混淆行为本身并不构成不正当竞争行为,而仿冒行为包括了主客观各方面的要件,却构成不正当竞争行为。由于仿冒行为变化多端,形态复杂,为了增强反不正当竞争法对仿冒行为的适应性,设计仿冒行为的一般条款就非常必要。笔者认为,仿冒行为的一般条款可以作如下设计:经营者不得擅自利用他人知名的商业标识而导致市场混淆。该仿冒行为的一般条款概括了仿冒行为的以下要件:

第一,他人在先的商业标识具有一定的知名度。仿冒行为的本质是违背诚实信用,利用商业标识造成相关公众的混淆来推销自己的商品或服务,从而盗用他人商业标识的商誉。因此,规制仿冒的实质是保护商业标识的商誉。而商业标识的商誉总是与商业标识正面的知名度密切关联的。作为仿冒对象的商业标识可以是在一定地域范围知名,而非必须在全国或者全国大部分地区知名,一般认为,应采用低度知名标准。在日本、韩国反不正当竞争法以及我国台湾地区《公平交易法》中对商业标识的保护都有知名要求。

第二,在他人商业标识知名的地域范围内利用他人的商业标识,导致市场混淆。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(法释[2007]2号)第一条第二款规定:“在不同地域范围内使用相同或者近似的知名商品特有的名称、包装、装潢,在后使用者能够证明其善意使用的,不构成反不正当竞争法第五条第(二)项规定的不正当竞争行为。因后来的经营活动进入相同地域范围而使其商品来源足以产生混淆,在先使用者请求责令在后使用者附加足以区别商品来源的其他标识的,人民法院应当支持。”原最高人民法院孔祥俊法官指出:即使在他人知名的地域范围之外,倘若恶意使用(擅自使用)他人知名商品特有的名称、包装和装潢,也可以认定构成不正当竞争行为,因为这种行为可能恶意阻碍他人

^④ Broad v. Jollyfe, Cro.Lac.565,79 Eng.Reprint 509(1620), J. Thomas McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, Volume1, pp.2-37.转引自程合红著:《商事人格权论:人格权的经济利益内涵及其实现与保护》,中国人民大学出版社2002年版,第75页。

潜在的市场进入。^⑤但是,这种恶意阻碍他人潜在的市场进入的行为并不属于仿冒行为,而有其自身独特的属性。

第三,行为人主观上存在故意或者过失。仿冒行为的主观状态为故意或者过失,过失也构成仿冒行为。如何证明仿冒行为的过失?笔者认为,只要商业标识的权利人能够证明其商业标识在一定的地域范围内具有一定的知名度,就推定未经许可利用其商业标识的行为人具有仿冒的过失。商业标识权利人也可以运用其他证据证明行为人的故意或者过失。

三、几种典型的仿冒行为

我国《反不正当竞争法》在修订中可以在设计仿冒行为一般条款之后,对几种典型的仿冒行为进行列举。

(一)在同种或者类似商品上擅自使用与他人知名商标相同或者近似的商标,导致市场混淆的

关于商标的定义,世界知识产权组织网站上对商标的定义是:商标是能够将一个企业的商品或者服务与其他企业的商品或者服务区别开来的标识。(世界知识产权组织关于商标定义的英文是:A trademark is a sign capable of distinguishing the goods or services of one enterprise from those of other enterprises.)世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》第15条对商标作了如下定义:“任何一种能够将一个企业的商品或服务区别于其他企业的商品或服务的标记或标记的组合均为商标。”笔者认为,商标是识别不同来源的商品或者服务、或者同时识别同一来源、不同品质的商品或者服务的标识。一些企业对同一来源但具有不同品质的商品或者服务也使用不同的商标,例如,宝洁公司的“潘婷”“海飞丝”“飘柔”等商标,通用汽车公司的“凯迪拉克”“别克”“雪佛兰”等商标,但是,它们同时也具有识别不同来源的商品或者服务的功能。

就商标自身而言,商标的基本属性是显著性,即识别不同来源的商品或者服务的能力。在商标之间而言,商标应当具有区分性,即在相同或者类似商品或

者服务上商标不相同或者不近似。笔者认为,我国现行《反不正当竞争法》第5条第二项所称的“知名商品特有的名称、包装、装潢”实际上主要就是未注册商标。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(法释[2007]2号)第二条规定:具有区别商品来源的显著特征的商品的名称、包装、装潢,应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的“特有的名称、包装、装潢”。具有显著特征的商品的名称、包装、装潢实际上就具有了商标的属性。因此,笔者认为可以在《反不正当竞争法》修订中用“商标”取代“特有的名称、包装、装潢”,而将不具备商标属性的、具有识别意义的商品名称、包装、装潢归入其他类型的商业标识,如商业外观等。

(二)擅自将他人知名商标中的相同文字或者近似文字作为企业名称中的字号登记使用,导致市场混淆的

《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》(法释[2008]3号)第4条规定:被诉企业名称侵犯注册商标专用权或者构成不正当竞争的,人民法院可以根据原告的诉讼请求和案件具体情况,确定被告承担停止使用、规范使用等民事责任。在申请再审人广东伟雄集团有限公司、佛山市高明区正野电器实业有限公司、广东正野电器有限公司与被申请人佛山市顺德区正野电器有限公司、佛山市顺德区光大企业集团有限公司不正当竞争纠纷案中,最高人民法院认为:根据《反不正当竞争法》第二条、第五条第(三)项的规定,将他人注册商标中相同的文字作为企业名称中的字号使用在类似商品上,致使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆,虽不突出使用,仍构成不正当竞争行为。^⑥在再审申请人北京庆丰包子铺与被申请人山东庆丰餐饮管理有限公司侵害商标权与不正当竞争纠纷案中,最高人民法院认为:庆丰餐饮公司在其网站、经营场所使用“庆丰”文字的行为侵害庆丰包子铺涉案注册商标专用权;同时还认为:庆丰餐饮公司将“庆丰”文字作为其企业字号注册并使用的行为构成不正当竞争。^⑦

^⑤ 孔祥俊著:《反不正当竞争法的创新性适用》,中国法制出版社2014年版,第277页。

^⑥ 最高人民法院(2008)民提字第36号民事判决书。

^⑦ 最高人民法院(2016)最高法民再238号民事判决书。

2013年修正的《商标法》第58条规定：“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，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《反不正当竞争法》处理。”实际上，我国现行《反不正当竞争法》并未对此类不正当竞争行为作出具体规定，笔者认为，界定此类仿冒行为，对注册商标、未注册商标应当统一采用“知名”标准。

(三)擅自将与他人知名字号相同或近似的字号或者将他人知名企业名称简称登记为自己企业名称的字号，导致市场混淆的

《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》(法释[2008]3号)第二条规定：原告以他人企业名称与其在先的企业名称相同或者近似，足以使相关公众对其商品的来源产生混淆，违反反不正当竞争法第五条第(三)项的规定为由提起诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。目前，企业名称登记在我国采取分级登记制度，企业名称专用权范围限于登记辖区。在反不正当竞争法上对企业名称的保护不再局限于其登记辖区，而是在其知名范围内。利用企业名称分级登记制度，擅自将与他人知名字号相同或近似的字号或者将他人知名企业名称简称登记为自己企业名称的字号，导致市场混淆的，也是一种典型的仿冒行为。因为企业名称的字号往往同时也是注册商标，权利人很多以其注册商标来主张权利。

(四)擅自将他人知名企业名称或者其字号、简称作为商标或者商标一部分，导致市场混淆的

《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》(法释[2008]3号)第一条规定：原告以他人注册商标使用的文字、图形等侵犯其著作权、外观设计专利权、企业名称权等在先权利为由提起诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。笔者认为，该条中所称的注册商标使用的文字、图形等侵犯企业名称权往往同时也是仿冒行为，符合仿冒行为的构成要件。在申请再审人广东伟雄集团有限公司、佛山市

高明区正野电器实业有限公司、广东正野电器有限公司与被申请人佛山市顺德区正野电器有限公司、佛山市顺德区光大企业集团有限公司不正当竞争纠纷案中，最高人民法院认为：企业名称特别是字号，不同于一般意义上的人身权，是区别不同市场主体的商业标识，本质上属于财产权益。原企业注销后，其债权债务由其后企业承继的，字号所产生的相关权益也由在后企业承继。在民事责任的承担上，在后商标的使用侵犯在先字号权益构成不正当竞争行为的，应当判决停止构成侵权的注册商标的使用。^⑧擅自将他人知名企业名称或者其字号、简称作为未注册商标或者未注册商标一部分，导致市场混淆的，亦构成仿冒行为。

(五)擅自使用他人知名的企业名称及其字号、简称，或者擅自使用他人知名的姓名，导致市场混淆的

我国现行《反不正当竞争法》第五条第三项规定的不正当竞争行为是：“擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；”关于此项规定，全国人大常委会法制工作委员会民法室所作的释义是：因为我国要从事商品经营或营利性服务，其企业名称或姓名都需经工商登记，是否属于擅自使用他人的企业名称或者姓名容易搞清楚。^⑨严格从文义解释，擅自使用他人的企业名称是指没有登记使用自己的企业名称或者登记了自己的企业名称而不使用，未经许可使用他人的企业名称。一方面，侵犯了民法上的名称权，另一方面，在企业名称具有知名度的条件下，则可以构成仿冒行为。这种对企业名称的仿冒往往是和仿冒商标(包括注册商标和未注册商标)结合在一起的，实际上是同一仿冒行为。擅自使用他人知名的企业名称的字号、简称，导致市场混淆的，同样应当认定为仿冒行为。“姓名”在反不正当竞争法上的保护也是以一定的知名度为条件的。

除上述几种具体的仿冒行为外，还有涉及商业外观、商务标语、域名、网站等的仿冒行为，这些仿冒行为有其特殊性，本文不作具体阐述。

责任编辑：邢 淼

⑧ 最高人民法院(2008)民提字第36号民事判决书。

⑨ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《〈中华人民共和国反不正当竞争法〉释义》，法律出版社1994年版，第16-17页。