商业外观侵权判定研究

□ 袁峥嵘, 陶敏

(兰州理工大学 法学院,甘肃 兰州 730050)

摘 要:近年来,国内商业外观侵权案件频频出现,相关案件裁判结果常常有很大分歧,甚至发生“相同或近似案件差别判决”的状况。本文主要通过梳理我国商业外观侵权判定法律适用及相关司法判例,以判定商业外观是否受法律保护为基准,为我国商业外观侵权判定标准提供一些思路和借鉴。

关键词:商业外观;显著性;非功能性;混淆可能性

中图分类号:DF523.9 **文献标识码**:A **文章编号**:1004-0714(2021)10-0117-04

Research on Judgment of Trade Dress Infringement

YUAN Zheng-rong,TAO Min

(Law School, Lanzhou University of Technology, 730050, Lanzhou, Gansu, China)

Abstract: In recent years, domestic trade dress infringement cases have frequently appeared, and the results of relevant cases often have very different judgments, and even“different judgments in the same or similar cases”have occurred. This article mainly analyzes the application of the law in the judgment of trade dress infringement in my country and related judicial precedents, and takes the judgment of whether the trade dress is protected by law as the basis, and provides some ideas and references for the judgment standard of trade dress infringement in my country.

Keywords: trade dress;significance;non-functionality;the possibility of confusion

一、问题的提出

近些年,国内与商业外观侵权有关的案件经常发生,例如2005年意大利费列罗诉蒙特莎(张家港)案、正元行销公司不正当竞争纠纷案;2010年“晨光笔特有装潢”不正当竞争案;2012年加多宝“红罐凉茶”特有包装、装潢纠纷案;2019年“内蒙古西贝餐饮店铺装潢不正当竞争”案。纵观类似侵权案件,争议焦点大多围绕在产品的包装、装潢和企业的内外部建筑装潢、环境布置等方面,在具体的司法文书中并没有使用“商业外观”一词,而理论研究成果中已经频频出现“商业外观”一词,除商标外,这种具有识别作用、可以用来标识商品或者商业服务来源的商业标记在法律上应该如何定位、受保护的条件以及侵权的判定标准需要进一步探究。

二、我国商业外观侵权判定法律适用梳理

1.商业外观的法律定义

根据我国现行法律法规,对于一些不属于著作权法、专利法及商标法等特别知识产权法保护的商业外观,适用反不正当竞争法进行保护,并且在我国现行法律条文中未见“商业外观”一词,现行立法及司法判例大多适用的是“商品的包装、装潢”或“企业的整体形象”概念。

《反不正当竞争法》第六条第(一)项规定,擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识,使人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的,属于不正当竞争行为。

1995年发布的《关于禁止仿冒知名商品名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》(以下简称《若干规定》)中将包装解释为“为识别商品以及方便携带、储运而使用在商品上的辅助物和容器”;将装潢解释为“为了识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。”

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

《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》(以下简称《若干问题的解释》)第三条有关整体营业形象权的规定，将商业外观的范围扩大到了营业场所的装饰、营业职员的衣饰等具备独特风格的整体形象①。

由于我国现行立法中并没有规定商业外观的概念，司法判决书中相应地使用与此相类似的概念——“包装、装潢”，比如，2005年意大利费列罗诉蒙特莎(张家港)案、正元行销公司不正当竞争纠纷案②中，法院认为，蒙特丽莎在其金沙巧克力产品上，没有经过对方允许，使用与费列罗巧克力相近似的包装、装潢，足以引起相关公众对产品来源的混淆和误解，构成不正当竞争。

《若干规定》对“装潢”的范围限制过于狭窄，仅仅将装潢作为“附加的文字、图案、色彩及其排列组合”[1]。但是，从我国相关司法判例来看，商品或包装上所附的“颜色、文字、图案及其排列组合”等形状类型的商业外观以及店铺装潢风格，都被纳入了《反不正当竞争法》保护范围。如2010年“晨光笔特有装潢”案③中，最高人民法院进一步确认如果知名产品的形状构造取得了区别商品来源的作用，并且获得了第二含义，除了其功能性外，还具有很强的装饰性，起到美化产品的作用，可作为知名产品的独特装饰加以保护。2019年内蒙古西贝餐饮店铺装潢不正当竞争案④中，法院认定西贝公司及其旗下西贝莜面村餐厅具有一定的市场知名度，相关公众知悉店铺装修与西贝公司及西贝莜面村餐厅之间已经产生特定联系，可以确定服务来源，判定被告采用的近似店面装修风格侵犯了原告的商业外观权。

2.商业外观受保护的条件

商业外观可以是商品或服务总体形象和整体外观的统称，不是所有的商业外观都可以获得法律保护，其受保护的条件仍然以《反不正当竞争法》为依据[2]。

①“知名商品”之规定。我国1993年《反不正当竞争法》第五条规定，擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的行为，构成不正当竞争。该法将“知名商品”作为商业外观获得法律保护的条件，依据该法《若干问题的解释》第一条规定，“知名商品”是指“在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品”，法院认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素，进行综合判断⑤。

现行《反不正当竞争法》对商业外观法律保护要件进行了修订，该法第六条第(一)项，用“有一定影响”来修饰“商品名称、包装、装潢等”⑥。在雀巢产品有限公司与施普乐科贸(北京)有限公司知识产权纠纷案⑦中，关于“有一定影响”的理解，法院认为虽然现行的《反不正当竞争法》第六条第一项已将“知名商品的特有名称、包装、装潢”修改为“有一定影响的商品名称、包装、装潢”，但从立法本意和严格保护的角度出发，法律概念的修订并非意味着司法认定标准的降低，确定某类商品的包装是否可以纳入《反不正当竞争法》的保护范围，应始终以该类商品的知名度高低和包装的独特性为依据。

在司法实践中，涉案商业外观能否受到法律保护的问题，以该产品是否为“知名商品”为前提，“知名”的举证责任由原告承担，这无疑加重了原告的诉讼成本和难度。《若干问题的解释》虽然规定了知名商品的定义和判断标准，但该标准过于笼统，不利于司法实践中的认定。

另外，“知名商品”的要求会阻碍刚刚起步的中小企业发展，这些企业如果仅仅是因为还没有达到允许其他人随意模仿的知名商品标准，那么对这些商家就是不公平的。因此，在商业外观的保护要件中摒弃知名要求的限制，符合《反不正当竞争法》竞争自由与公平的理念。同时，权利人的权利可以得到更好的保护。

②“非功能性”限定性条件。反不正当竞争法没有明确规定，保护商业外观具有功能性要求的限制性条件，只是在该法《若干问题的解释》第二条中表达了对于商业外观“实质性价值”条件的要求，也即要求受保护的商品包装、装潢不能具有对实现商品的用途不可或缺或者影响商品的成本或质量的形状⑧。所谓实现技术效果所需的产品形状和赋予产品实质价值的形状，分别称为美学功能性形状和技术性功能形状。[3]尽管《若干问题的解释》对“名称、包装和装潢”施加了非功能性的限制，但它不包括“商品形状”，这是最受非功能性要求限制的商业外观，这显然是不合理的。但在司法实践中，最高人民法院进一步厘清了产品形状构造在反不正当竞争法下得到保护的标准。例如，在“晨光笔特有装潢”案⑨中，法院主张，K-35按动式中性笔的设计特点还具备功能特性(防滑、节省材料等)，还体现了独特的装饰效果，增加了笔的外观美貌。所以装饰环和笔套夹也是K-35按动式中性笔的装潢设计的一部分。

③混淆可能性判定标准。在美国，“混淆的可能性”是判断商标侵权的标准[4]。我国《反不正当竞争法》第六条规定，对于有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识提供保护的条件是造成实际混淆。《若干问题的解释》第四条对混淆的规定是“足以使相关公众对商品的来源产生误认”⑩，这里的“足以”一词表明目前还没有造成混淆的事实，而只是具有这种潜在的可能。在司法实践中，法官认为只要造成消费者混淆的可能性就可以认定是侵权了。例如，在《最高人民法院知识产权判例评述》中，最高人民法院法官认为，如果被控仿冒产品的包装、装潢与知名商品特有的包装、装潢，达到足以使消费者混淆的程度可以确定为侵

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

权成立,原告无需承担以及有消费者混淆的举证责任[5]。在蓝火焰影视动漫有限公司诉迪士尼企业公司不正当竞争纠纷案中[11],法院认为,混淆可能性的判断应结合产品或服务的种类及相关公众的消费习惯进行认定。司法实践虽然不同于法律的明文规定,但更符合商业外观保护的规则。

三、商业外观侵权判定的完善建议

1.确立商业外观的法律地位

我国具有保护商业外观的现实意义和法律适用依据,保护商业外观是必要且可行的。我们应准确界定商业外观的定义,适当扩大商业外观的保护范围。商业外观可分为商品外观和具有独特风格的企业整体形象, 商品外观是指产品具有独特的外部包装、形状和外观设计风格,如产品的图案布局、色彩布局、形状样式或独特的声音标识等;具有独特风格的企业整体形象包括企业具有独特风格的外部建筑、室内装潢、室内环境布置甚至特殊营销策略、网站外观等。

在 2012 年加多宝“红罐凉茶”特有包装、装潢纠纷案中[12],双方企业虽然已经签订了《商标使用许可合同》,约定双方生产的产品包装图案样式、颜色不得与对方相同。由于双方当事人没有商业外观的概念,不重视包装、装潢的权益,所以未约定包装、装潢的权益归属,导致后续诉讼的发生。只有在法律上明确商业外观的法律地位,对市场主体进行相关法律行为的明确指引,才能更好地保障后续权益的归属。采用商业外观概念,将更有利于商业外观的平等保护。

2.完善商业外观的法律保护要件

①摒弃知名认定标准。根据《反不正当竞争法》第六条及其相关司法解释,可以看出我国目前立法现状,将商业外观的保护范围局限于知名商品。这种制度设置存在问题,知名商品的认定标准起到了决定性作用,增加了争议解决成本并增加了权利救济的可预见性困难,另外,中小企业举证责任过重,不利于本地企业的发展。通过研究美国和德国等立法较先进的国家,发现他们保护商业外观并没有“知名”的要求。虽然其他国家也有关于知名商品的认定, 但多是将知名度高低作为享有优先保护的判断标准,而非前提条件[6]。

笔者认为,对商业外观的保护应摒弃“知名”标准。废除“知名”判断标准,不会导致商业外观保护的条件过于宽松,也不会影响商品的自由竞争。对于商业外观的法律保护要件中,存在独特性和非功能性的要求,另外,在商业外观侵权行为的构成要件中,包含混淆可能性的要求限制。这些限制不会导致对于商业外观保护门槛过低的后果。

② 增加商业外观非功能性考量因素。笔者认为将非功能性条件纳入商业外观的考量因素是十分必要的,《反不正当竞争法》第六条第(一)项对商业外观的保护是基于其标识性的特点。例如,果汁必须用某种容器进行盛装,盛装果汁的容器,是出于其功能性的要求;用于容器外观的颜色或其他装饰不再是功能性的要求,而是涉及诸如美学或标识之类的功能以外的要求[7]。

美国判例法将商业外观的功能性分为事实上的功能性和法律上的功能性。事实功能性是指产品的外观或结构的实用性。如果产品的某些功能不是实现其目的所必需的,则实际上具有事实功能性。法律功能性是指产品在该设计下能更好地服务于功能,如果商品的某个特征可以影响商品的成本或者产品质量,该特征就具有法律上的功能性。在我国,具有功能性的创新是归专利等特别知识产权保护,不受《反不正当竞争法》保护。

在非功能性的认定方面,美国创造了非功能性判断的三种标准:实用标准、竞争性需要标准以及美学功能性标准。结合《若干问题的解释》第二条所表达的对于商业外观“实质性价值”条件的要求,参考美国长期发展形成的关于非功能性的判断标准,笔者认为我国商业外观非功能性条件的考量要素有:第一,商品的商业外观其某种设计所体现的美学价值不具备可替代性,则具备美学功能性。第二,商业外观具备影响商品的成本或质量的特性,则具备实用功能性。第三,某类商品因其自身的形状、结构拥有实现商品的用途所必要的特征而天然具备实用功能性。

以“红罐凉茶”案为例,红底之上三个竖排黄色字体的包装装潢首先与凉茶商品自身的性质、形状无关,对于凉茶商品的质量、生产便利亦无任何影响,也并未垄断任何的技术、美学设计而使其他竞争者处于导致不公平或者利益失衡,红底黄字的目的是为了包装装潢的识别性而非无功能性表现,同时其未曾获得任何实用新型专利。综合以上分析,红底黄字的包装装潢符合非功能性的要求。

③ 明晰商业外观混淆可能性的判定标准。商业外观保护的核心是防止消费者对商品或服务的来源产生混淆,在没有合法理由的情况下,擅自使用他人的商业外观造成消费者混淆的行为就构成对商业外观的侵权,我国司法实践采用了“混淆的可能性”标准。为了获得法律保护,商业外观不仅必须具有显著性且非功能性, 而且还必须证明所指控的侵权行为可能引起消费者的混淆。由此可以看出,商业外观的独特性和非功能性是获得商业外观法律保护的条件,而混淆的可能性是商业外观权利人实现胜诉权的基础。

在确定类似的商业外观是否侵权时,必须将其与前述的显著性和非功能性标准相结合。即使此商品外观归属于原告,也不能得出被告的行为侵犯了原告商品外观的结论。判定侵权的过程中还应考虑商品外观的来源识别功能,以及是否会对消费者造成混淆。如果被告通过其他表明来源的因素使公众澄清,不会引起消

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

费者的混淆，且该商业外观因具备功能性而不受法律保护，此时不能认定被告的行为构成侵权，如果使用他人的商业外观不会引起公众的混淆，则不应追究用户的法律责任。在“红罐凉茶”案中，加多宝通过广告和红罐上标有“加多宝”商标的方式向公众说明了该案与该案涉及的知名商品之间的区别，并未造成公众的混淆，没有对“王老吉”知名商品构成侵权。

关于混淆可能性的判定标准，可以参考美国的立法及司法实践，即以一般消费者的注意力为前提，对存在侵权纠纷的商业外观进行比较。从整体观察原理出发，把握整体与细节之间的差别，并分析二者之间的相似性。

四、结语

本文以商业外观保护的法律要件理论基础入手，结合国内相关商业外观案例的侵权判定进行分析，总结出我国商业外观侵权判定存在商业外观法律地位不明、商业外观保护要件存在争议及混淆可能性判定标准不统一的困境。最后提出三点完善建议，即确立商业外观的法律地位、摒弃知名认定标准、明晰商业外观混淆可能性的判定标准。期望本文能有利于中国对商业外观侵权判定的理解。

基金项目：“专利政策有效融入陇药产业路径优化研究”（批准号：18ZC1LA009）。

注释：

①《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》第三条，由经营者营业场所的装饰、营业用具的式样、营业人员的服饰等构成的具有独特风格的整体营业形象，可以认定为反不正当竞争法第五条第（二）项规定的“装潢”。

②意大利费列罗公司诉蒙特莎（张家港）食品有限公司、天津经济技术开发区正元行销有限公司不正当竞争纠纷案，最高人民法院指导案例47号，（2006）民三提字第3号。

③“宁波微亚达制笔有限公司与上海中韩晨光文具制造有限公司、原审被告宁波微亚达文具有限公司、原审被告上海成硕工贸有限公司擅自使用知名商品特有装潢纠纷案”，最高人民法院，（2010）民提字第16号。

④北京国泰平安百货有限公司等与内蒙古西贝餐饮连锁有限责任公司不正当竞争纠纷案，北京知识产权法院，（2019）京73民终3003号。

⑤《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》第一条。

⑥《反不正当竞争法》第六条：经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系，第（一）项：擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识。

⑦雀巢产品有限公司与施普乐科贸（北京）有限公司等知识产权纠纷案，北京知识产权法院，（2020）京73民终1554号。

⑧《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》第二条第（三）项：“仅由商品自身的性质产生的形状，为获得技术效果而需有的商品形状以及使商品具有实质性价值的形状，人民法院不认定为知名商品特有的名称、包装、装潢。”

⑨“宁波微亚达制笔有限公司与上海中韩晨光文具制造有限公司、原审被告宁波微亚达文具有限公司、原审被告上海成硕工贸有限公司擅自使用知名商品特有装潢纠纷案”，最高人民法院，（2010）民提字第16号。

⑩《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》第四条：“足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为与知名商品的经营者具有许可使用、关联企业关系等特定联系的，应当认定为反不正当竞争法第五条第（二）项规定的“造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品”。在相同商品上使用相同或者视觉上基本无差别的商品名称、包装、装潢，应当视为足以造成和他人知名商品相混淆。

⑪厦门蓝火焰影视动漫有限公司等诉迪士尼企业公司（DisneyEnterprises）等著作权侵权、不正当竞争纠纷案，上海知识产权法院，（2017）沪73民终54号。

⑫王老吉与加多宝之间的“红罐凉茶”特有包装、装潢案，最高人民法院，（2015）民三终字第2号。

参考文献：

[1]孔祥俊.反不正当竞争法新原理（原论）[M].北京：法律出版社，2019:350.

[2]张广良，张吉豫.论商业外观法律保护要件之重构——基于“红罐王老吉凉茶案”的法理分析[J].法制与社会发展，2018，24(03):212-224.

[3]吴伟光.商业外观的法律保护——以保护来源标识功能为原则[J].清华法学，2009，3(06):45-62.

[4](美)阿瑟·R·米勒，迈克尔·H·戴维斯.知识产权法概念[M].周林，孙建红，张灏译.北京：中国社会科学出版社，1998:169.

[5]蒋志培.最高人民法院知识产权判例评解[M].北京：知识产权出版社，2001:544.

[6]林曦.商业外观的法律保护初探[J].当代法学，2004(06):123-126.

[7]叶若思.商业外观权研究[M].北京：法律出版社，2010:167.

作者简介：

袁峥嵘（1967-），女，汉族，江苏泰州人，兰州理工大学法学院副教授、硕导。研究方向：民商法、知识产权法。

陶敏（1992-），女，汉族，江苏南京人，兰州理工大学法学院硕士研究生。研究方向：知识产权法。

收稿日期：2021-07-16

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net