

中國大陸反不正當競爭法修正 對智慧財產權保護的影響

陶鈞*

壹、反不正當競爭法修訂後的屬性界定

- 一、歷史淵源的定位
- 二、法律屬性的定位
- 三、現實特質的定位
- 四、價值歸屬的定位

貳、反不正當競爭法一般條款的修訂對智慧財產權保護的影響

- 一、一般條款的適用空間
- 二、一般條款的規制要件

參、「仿冒條款」修訂對智慧財產權保護的影響

- 一、「仿冒條款」修訂應當注意的問題
- 二、「仿冒行為」的判定思路
- 三、類型化「仿冒行為」的認定

肆、「商業秘密條款」的修訂對智慧財產權保護的影響

伍、結語

* 作者現為中國政法大學民商經濟法學院經濟法專業2018級博士生，北京市高級人民法院知識產權庭審判長。

作者有幸參與了該法修訂的研討過程，本文將以一名親歷者與司法者的雙重視角就個人的相關認知與讀者進行分享。

本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局及任職單位之意見。

摘要

2017年11月4日反不正當競爭法正式通過修訂，這是該法自1993年12月1日頒布施行24年後，迎來的首次修訂¹。無論是從反不正當競爭法的立法目的、或是第2條「一般條款」²的界定，還是第二章所規定的具體不正當競爭行為類型等，均進行了從形式到實質上的較大變動。本文將圍繞該法具體的修訂內容並結合具體案例對智慧財產權保護所產生的影響進行相關分析，以期能夠全面認知反不正當競爭法的修正給智慧財產權保護所帶來的深遠影響。

關鍵字：行為法、競爭秩序、多元化、一般條款、商業標識、仿冒、有一定影響、秘密性、價值性、保密性、Anti-unfair Competition Law、justificationg、consumers welfare、Trade Secrets

壹、反不正當競爭法修訂後的屬性界定

「卡多佐³將法官的任務定位為『翻譯者』，他閱讀著外部給予他的符號和記號」⁴，法官在面對紛繁複雜、千變萬化的訴訟糾紛時，正是通過運用從文義解釋到目的解釋等不同的法律解釋方法，對「僵化」的法律條文借助個體思維方式與邏輯思辨予以詳盡解讀，最終賦予法律條款在每一起糾紛中「鮮活的表現力」。然而，法官在對具體法律條款進行「翻譯」時，離不開對於該部法整體價值的準確理解。因此，對反不正當競爭法具體條文的「翻譯」，也應源於對該法整體屬性的準確定位。

既要避免司法過度干預市場經營行為，導致經營者因恐懼或無力承擔所要面臨的額外訴訟成本，而被迫放棄市場正當「逐利」行為，即「寒蟬效應」的出現；也要防止因過於固化法律條文本身的理解，導致發生對新型態不正當競爭行為司法規制無所適從情形的出現。綜觀此次反不正當競爭法修訂的內容，其特點可以總體概括為更多體現了對於社會公共利益與消費者權益的保護，不僅將損害特定經營者的權益作為判斷競爭行為正當性的因素，而且也將損害消費者的權益作為判斷因素，更加注重對於市場整體競爭秩序的維護，而該特點可以從以下四個方面進行理解。

一、歷史淵源的定位

「現代反不正當競爭法的演化係由法國判例法於十九世紀中葉創始，作為新類型侵權類型」⁵，可以追溯至1850年法國民法典1382條，該條款開創了對於不公平競爭法制度的研究。隨著社會生產力的發展與商業活動的繁榮，基於市場逐利行為催生了諸多新型態的違背公平、誠信、平等的反不正當競爭行為，造成了對守法、守規經營者的損害。法律的社會職能應當與社會經濟生活的發展需求相匹配，特別是通過法律規範對市場各方主體利益進行劃分與行為合法性進行劃界

¹ 反不正當競爭法1993年9月2日由第八屆全國人民代表大會常務委員會第三次會議通過，自1993年12月1日起施行，本文對該法簡稱為1993年反不正當競爭法。

² 反不正當競爭法第2條作為概括性對「不正當競爭行為」的規定，通常司法審判實踐中將其稱為「一般條款」。

³ 全名本傑明·N.卡多佐，美國歷史上最偉大的法官之一，中文名卡多佐。

⁴ 本傑明·N.卡多佐著，蘇力譯，司法過程的性質，頁109，商務印書館，1998年。

⁵ 孔祥俊，反不正當競爭法（新論），頁10，人民法院出版社，2001年。

時，更應當考量市場客觀環境的變化，故而當市場經營主體於諸多經營過程中所產生的商業標識、形成的商譽等被其他經營者違法利用時，並且以相關違法方式獲得不當利益時，此時即需要法律對所出現的不正當競爭行為予以規制，也就為產生反不正當競爭法營造了所必需的外部經濟環境。因此追根溯源，現代意義上的反不正當競爭法被視為在市場經營活動中的「特殊侵權行為法」，其與生俱來被烙印著「行為法」的特質。

伴隨著工業大革命的發展，當工業產權的「專利、商標」無法對許多新類型「商業標識」⁶進行有效保護，且新型態的不正當市場競爭行為又亟需法律予以規制，同時又面臨著上述商業標識被其他經營者複製、模仿後導致消費者的誤選誤購，從而致使誠信經營者競爭優勢下降、市場交易機會減少，同時複製、模仿相關商業標識所付出的成本又是極低的，甚至趨於「零」等現象時，就更加增強了社會對於建立有序市場經營秩序的期待。

為了解決前述社會所需，「巴黎公約於1900年修訂時加入了反不正當競爭的規定（即第10條第2款），反不正當競爭由此成為智慧財產權保護的內容」⁷得以固定與發揚。然而，這並未改變反不正當競爭法從根源上「行為法」的特性，在判定市場競爭行為違法性時仍應當以行為法的思路予以分析，這也是反不正當競爭法第二章均是通過禁止性規定來確認行為違法的初衷，而非通過正向的「權利」劃定範圍的方式予以界定。

二、法律屬性的定位

經過上文對反不正當競爭法歷史產生的簡介，雖然在該法第二章所規定的具體不正當競爭行為類型上存在對「智力創造成果」為基點的保護規定⁸，但是並不能因此將該法等同於商標法、專利法、著作權法等設權性法律⁹。應當區分行為法在規制違法行為時，因對受害人的保護所反射的「特定利益」，與設權性法律

⁶ 本文所稱商業標識係指市場經營者基於自身經營所需，在實際使用過程中所形成的諸如商標、商品名稱、商品包裝、裝潢、企業名稱、姓名、網路域名等標誌。

⁷ 孔祥俊，商標與不正當競爭法原理和判例，頁643，法律出版社，2009年7月1版。

⁸ 如反不正當競爭法第6條所規制的仿冒行為中所反映出的各類商業標識，又如對於商業秘密的保護等，均外在呈現了「智力創造成果」的保護。

⁹ 本文所稱「設權性法律」係指通過法律明確規定將具體權利類型、取得及滅失方式、積極行使模式等予以固定的立法形式。

以權利為出發點的邏輯思維的差異性，避免在判斷市場競爭行為時固化特定「利益客體」，反而影響市場經營行為的創新動力與活躍程度，造成市場經濟發展的「停滯」，甚至「倒退」。

反不正當競爭法在對違法行為做具體考慮時，具有「動態性」的評判效果，也就是形式上看似相近的被訴行為，可能基於不同實施被控違法行為主觀性等因素的差異，發生完全不同的評判結論。因此，不能基於反不正當競爭法在第6條「仿冒」行為規制中，將諸多商業標識予以界定，就拋卻該法所承載的「行為法」的特質，而將其納入到設權性法律的框架中，並且進而得出反不正當競爭法是商標法、專利法和著作權法的補遺性法律，即彼此之間為「一般法與特別法」的結論。正是因為彼此法律屬性的天然差異性，二者之間不存在所謂「一般法與特別法」的關係，應避免進入補遺性邏輯的認知誤區。

三、現實特質的定位

反不正當競爭法此次修訂呈現的現實特質就是「公私兼顧、市場管理法、凸顯公法效果、釐清與反壟斷法等相關部門法的界限」。具體而言，該法第1條所規定的「保護經營者和消費者的合法權益」可以理解為對經營者的保護，更多體現為對市場競爭直接參與者所依賴的公平外部環境的保障，確保其通過技術進步、模式創新、理念升級、產品反覆運算等所獲得的市場利益與競爭優勢；而對消費者的保護，則是代表著對競爭另一端廣大用戶權益的保障，避免因過度保護既有經營者，發生市場自我調節失靈的現象，從而損害了社會公眾的權益，限縮了市場參與的活躍程度，這也體現了對社會公眾利益的保障，所以將該法定位為「公私兼顧」的法律。

該法通過在第2條第1款中修改了適用客觀外部範圍的規定，將過去的「市場交易中」修改為「生產經營活動中」，同時增加了「遵守法律」¹⁰的規定，從而使該法的定位體現了「市場管理法」的特質。在法律條款字面解釋上對該法適用範圍的界定，從僅限定在「市場交易」環節，發展為整個「生產經營活動」的

¹⁰ 1993年反不正當競爭法第2條第1款規定，經營者在市場交易中，應當遵循自願、平等、公平、誠實信用的原則，遵守公認的商業道德。2017年反不正當競爭法修訂後第2條第1款規定，經營者在生產經營活動中，應當遵循自願、平等、公平、誠信的原則，遵守法律和商業道德。

全過程，即修訂後對不正當競爭行為的規制可以覆蓋生產、運輸、倉儲、銷售、售後維修等全過程，體現了對商品不同運營流程的監管力度。並且所謂「遵守法律」係對反不正當競爭法之外的例如廣告法、消費者權益保障法、勞動合同法等其他部門法的遵守，體現了全面協調、平衡各部門法在市場競爭中的適用關係，力求營造良好的營商環境。

再者，修訂後的反不正當競爭法第2條第2款將「擾亂市場競爭秩序」前移，並且在損害其他經營者的合法權益之外，增加了損害「消費者的合法權益」¹¹可以作為獨立考慮是否構成不正當競爭行為的情形，相關修訂都更加凸顯了該法考量社會公共利益的屬性。關於「擾亂市場競爭秩序」判定要素的前移，展現了對市場競爭行為違法性的判定應當從建立有序市場競爭秩序的視角，進行廣義的理解，並非單一從經營者的競爭優勢、交易機會是否減損為判斷，並且即使被訴不正當競爭行為不能直接造成對其他經營者利益的損害，但只要存在損害消費者利益的情形，並不妨礙該行為違法性的判定。

最後，修訂後的反不正當競爭法在第二章具體不正當競爭行為類型化規定部分，將過去的第6條（公用企業限制交易行為）、第7條（濫用行政權力妨礙自由競爭行為）、第11條（傾銷行為）、第12條（強制搭售行為）等應屬反壟斷法規制的情形以及第15條（串通投標行為）應屬招投標法、政府採購法規制的情形予以刪除，明確了反不正當競爭法在於保障市場公平競爭的現實定位，釐清了與其他具有重疊功效部門法的各自邊界，避免適用過程中的衝突性與交叉性。

四、價值歸屬的定位

反不正當競爭法將過去第1條立法目的所規定的「為保障社會主義市場經濟健康發展」修改為「為了促進社會主義市場經濟健康發展」，體現了該法從「守」到「攻」的觀念轉變。市場的繁榮與發展根本上倚仗於經營者的參與程度，反不正當競爭法的實質不應局限於對既有經營者市場份額、市場利益、競爭優勢的「絕對」保護，如此必然造成市場整體「裹足不前」、「坐吃山空」的局面，應

¹¹ 1993年反不正當競爭法第2條第2款規定，本法所稱的不正當競爭，是指經營者違反本法規定，損害其他經營者的合法權益，擾亂社會經濟秩序的行為。2017年反不正當競爭法修訂後第2條第2款規定，本法所稱的不正當競爭行為，是指經營者在生產經營活動中，違反本法規定，擾亂市場競爭秩序，損害其它經營者或者消費者的合法權益的行為。

當立足於對不同經營者平等參與競爭機會的保障，從而最大程度的降低市場准入的「門檻」。參與競爭經營者數量的多少，決定了市場開放與自由化的程度，也影響著市場經濟規模的發展。由此從「保障」跨越到「促進」，就在一定程度上需要容忍競爭對既有市場利益擁有者所帶來的「損害」，不應過於糾結於「權利」保護思維的模式，而忽視該法的內在價值。

同時，市場競爭並非為一成不變與靜態均衡的，其是隨著生產力的發展、生產要素的增加、經營觀念的變遷、市場環境的創新不斷自我調整與打破均衡的動態過程，例如「火車的出現對馬車的影響」、「行動電話的普及對固定電話設備的衝擊」、「共用運營模式對既有商業模式的挑戰」等等，都是在打破既有市場均衡下不斷創設新的商業利益平衡，而其過程必然也是對市場利益格局的重新劃分。

因此，在市場競爭的視角下去判斷行為的可責性，應當立足於多元化的價值主體考量，即從單一對經營者利益增減的判斷，發展為對經營者利益、消費者利益、社會公眾利益等主體的價值判斷，最終回歸於對市場競爭秩序和社會總體福利的判斷，而避免落入其他智慧財產權部門法對特定智力創造成果保護的思維定式之中，這也是此次反不正當競爭法修訂對智慧財產權保護所帶來的重大影響。

總之，只有從整體上對反不正當競爭法的屬性進行準確的定位，才能確保在適用具體條款時「翻譯」的準確性與穩定性，避免「立足」的搖擺性導致社會預期的不確定性，產生額外社會成本的付出。

貳、反不正當競爭法一般條款的修訂對智慧財產權保護的影響

「一般條款是反不正當競爭法的靈魂，即使在不存在具體規則的情形中，其仍要發揮調節社會的功能，在這一意義上，反不正當競爭保護可以認為就是反不正當競爭法一般條款的保護」¹²，因此反不正當競爭法一般條款係對何為該法所規制的不正當競爭行為所為之概括性規定，既確保了在適用該法第二章所規定的

¹² 謝曉堯，競爭秩序的道德解讀，頁25、29，法律出版社，2005年4月1版。

具體七類¹³不正當競爭行為時，內在判定標準與價值取向的統一性，也為因伴隨經濟發展所呈現的各類新型態不正當競爭行為的規制，預留了適用空間。關於該法一般條款修訂的整體情況，在上文對反不正當競爭法屬性的界定中已經進行了相應分析，而對智慧財產權保護的影響可以從「一般條款」的適用空間和具體規制要件進行認知。

一、一般條款的適用空間

既然反不正當競爭法更加側重於對公平競爭市場環境的維護，則在適用一般條款對被訴競爭行為進行認定時，應當更加審慎與嚴格，不能隨意將新生的、並未充分瞭解的、消費者具有一定偏好的、對行業競爭存在積極影響的競爭行為，僅因其具有對既有經營者利益的損害，即認定必須要由該法予以規制，陷入過度「積極干預市場」的錯位適用定位中；同時，在此次反不正當競爭法的修訂過程中，通過增設第12條的「網路專條」，對新型態網路環境中的不正當競爭行為進行規制，以避免「過度」適用一般條款，均可以體現立法者對一般條款適用空間的限縮之意。然而，反不正當競爭法一般條款並非就此將被束之高閣，其在現實的司法審判中仍然存在一定的適用空間，至少在下述二類情形下可予適用：

其一，基於不同法律規範衝突所導致的競爭行為，例如經營者之間「高價挖人」與「勞動者」自由流動之間的衝突，如何平衡企業對於人才前期投入、產品研發所衍射的其他智力創造成果的保護，與勞動者自由擇業之間權利的平衡，則可能需要「一般條款」予以規制。

一方面，《最高人民法院關於充分發揮智慧財產權審判職能作用推動社會主義文化大發展大繁榮和促進經濟自主協調發展若干問題的意見》第26條規定，妥善處理保護商業秘密與自由擇業、涉密者競業限制和人才合理流動的關係，維護勞動者正當就業、創業的合法權益，依法促進勞動力的合理流動。職工在工作中掌握和積累的知識、經驗和技能，除屬於單位的商業秘密的情形外，構成其人格的組成部分，職工離職後有自主利用的自由。在既沒有違反競業限制義務，又

¹³ 本次修訂的反不正當競爭法第二章包括第6條至第12條，依此對仿冒行為、商業賄賂、虛假宣傳、商業秘密、有獎銷售、商業詆毀以及互聯網環境下的不正當競爭行為等七大類具體不正當競爭行為進行了規定。

沒有侵犯商業秘密的情況下，勞動者運用自己在原用人單位學習的知識、經驗與技能為其他與原單位存在競爭關係的單位服務時，不宜簡單地以反不正當競爭法的原則規定認定構成不正當競爭。另一方面，針對不同行業的特點與運營模式的差異，關於其用工者與單位之間是否必然認定為勞動法律關係，是否存在複合型法律關係的可能，能夠對「高價挖人」的情形在具體案件中予以規制，亦存在一定的探討空間。

在原告魚趣公司訴被告炫魔公司、脈淼公司、朱某及第三人鬥魚公司侵害著作權及不正當競爭案中¹⁴，該案被訴不正當競爭行為所涉的競爭資源為網路遊戲主播，朱某為魚趣公司及鬥魚TV平臺挖掘並培養出的知名主播，炫魔公司、脈淼公司明知朱某係鬥魚TV平臺簽約主播，卻與其達成合作，故被告涉案行為實為明知而擅自使用他人培養並獨家簽約的知名主播資源的行為，最終被法院認定為構成不正當競爭行為。

其二，基於法律自身內在的不周延性與滯後性所導致的對新類型不正當競爭行為的規制。例如對於其他經營者投入大量人力、物力所收集、整理、篩選、編輯的「大數據」的使用，應當如何進行保護與救濟，在從民事權利視角予以分析就其屬性並未達成共識的情況下，可能需要利用反不正當競爭法一般條款對此類市場競爭行為予以判定。然而就「大數據」本身而言，其收集、整理、篩選、編輯的過程必然會基於不同的商業目的追求與演算法選擇，得出不同的智力創造成果，其中亦會涉及到對智慧財產權的保護內容。

在原告上海漢濤公司（即大眾點評網）訴被告愛幫聚信公司（即愛幫網）不正當競爭糾紛案中¹⁵，法院認為對於大眾點評網的商戶簡介和用戶點評，愛幫科技公司未付出勞動、未支出成本、未做出貢獻，卻直接利用技術手段在愛幫網上展示，並以此獲取商業利益，屬於反不正當競爭法理論中典型的「不勞而獲」和「搭便車」的行為。愛幫科技公司的這一經營模式違反公平原則和誠實信用原則，違反公認的商業道德，構成不正當競爭。

¹⁴ 參見湖北省武漢市中級人民法院（2017）鄂01民終4950號民事判決書。

¹⁵ 參見北京市第一中級人民法院（2011）一中民終字第7512號民事判決書。

二、一般條款的規制要件

反不正當競爭法一般條款的規制要件，將對涉及無法納入到該法第二章具體不正當競爭行為和現行設權性法律規範之中智慧財產權的保護，提供有益的指引，對此問題，最高人民法院在「馬達慶反不正當競爭糾紛案」中¹⁶，就適用反不正當競爭法第2條第1款和第2款認定構成不正當競爭的適用條件，歸納為以下三個方面：1、是法律對該種競爭行為未作出特別規定；2、是其他經營者的合法權益確因該競爭行為而受到了實際損害；3、是該種競爭行為因確屬違反誠實信用原則和公認的商業道德而具有不正當性或可責性。

然而，隨著市場競爭環境外部元素的不斷變遷以及結合此次反不正當競爭法一般條款具體的修訂內容，就該條款的適用要素應當從建立公平市場競爭秩序的視角予以考量。「以『誠實信用』、『善良風俗』等一般條款作為評判行為與權利正當與否的標準，提供一個牢固的法律結構，確立了一個概括性的、可普遍接受的行為準則，具有較大的包容性和靈活性，它既是審判實踐發展司法的一種媒體，又是保持法律對追加秩序因素敏感性的一種途徑」¹⁷，就該條款的具體適用可以從以下六個方面進行分析：

- (一) 關於市場競爭秩序的評價。此時應當採取「延伸放大效應評判法」，即不局限於在具體案件中所反映的競爭結果，而是採取模擬其他市場經營者均效仿被訴不正當競爭行為後，對市場所造成的影響後果，最終將會導致新的市場競爭秩序的建立，還是導致誠信經營者迫於無法正常參與市場經營行為，而退出市場競爭，同時後續經營者亦因過高的市場進入成本則「望而卻步」，合理預測評估後得出具體評價結果。
- (二) 商業道德的認定。商業道德並非等同於社會道德，其是在商業社會逐利過程中所形成的既定規制，為了確保在公平、有序的軌道內獲取市場「利益最大化」，故其判斷主體不是一般的社會公眾，而是從事市場經營行為的擬制「理性商人」，在具體認定時應當尤為關注。「在反不正當競爭法的道德標準中據以判斷行為正當性的道德，必須是共同體中多數人的『我者』

¹⁶ 參見最高人民法院（2009）民申字第1065號民事裁定書。

¹⁷（德）羅伯特·霍恩等，德國商法導論，頁149，中國大百科全書出版社，1996年。

的道德，而非按照法官或者其他社會精英、專業人士的觀點強加的『他者』的道德」¹⁸，因此在商業道德的認定上，應當注意接受主體的數量、所占市場規模的比率、適用地域範圍的普及性等情況，從而作出符合市場運行所需的「商業道德」的判定。

- (三) 誠信原則的再解讀。雖然反不正當競爭法的修訂將此前第2條第1款中的「誠實信用原則」簡化為「誠信原則」，但是二者並不存在實質性差異，市場競爭框架下的誠信原則並不同於民法框架下的「帝王條款」，應當在不同的語境下去解讀外在形式相同但內在價值追求具有差異性的文字表達，回歸至該法對於市場中商事行為調整的架構中去解釋，避免「泛道德化」情形的出現。
- (四) 主觀意圖的認定。既然反不正當競爭法具有「行為法」的屬性，行為可責性的構成要件之一就是主觀應當具有惡意，這也是侵權行為「四要件」必不可少的要素。由於主觀意圖深藏於行為主體內心之中，往往難以「發現」，多是通過外在行為予以推定判斷。在此情況下，可以通過要求被控主體說明實施涉案行為的合理性，從而增強判定結論的確定性。
- (五) 實際損害的呈現。原告應當舉證證明其自身或者消費者因涉案不正當競爭行為的實施所發生的損害後果，但損害後果與涉案行為本身應當具有「直接的因果關係」，不宜通過間接的認知而擴大反不正當競爭法一般條款的適用範圍，進而發生向「一般條款」逃逸現象的出現。
- (六) 社會福祉的計量。反不正當競爭法多元利益主體考慮立法目的之確立，更加強調在具體被訴案件中應以經濟學的分析方法，去判定涉案競爭行為所帶來社會福祉的增減，通常而言，若原告／消費者損失＋被告獲益＋市場競爭利益變動 ≥ 0 時，則涉案行為對社會整體經濟體量的增加具有積極效應，除非該效應結論僅為短期結論，否則應當審慎認定該行為的不正當性。

¹⁸ 謝曉堯，同註12，頁15。

「從價值上講，一般條款是一個理性檢驗器，社會規範導入法源與國家規範匯出法源，要經過一般條款的合理性檢驗，以反映社會價值觀念和價值標準的發展變化」¹⁹，因此在適用一般條款時，既要保持審慎、謙抑的態度，又要在準確認定的基礎上，對確屬擾亂市場競爭秩序的不正當競爭行為予以精準打擊，彌補法律自身的滯後性與不周延性同市場經濟發展之間的「脫節」，發揮一般條款對市場經營者競爭行為抉擇的引導功效。

參、「仿冒條款」修訂對智慧財產權保護的影響

反不正當競爭法中仿冒行為的規制與智慧財產權的保護聯繫最為緊密，因為仿冒行為本身就是對市場競爭中，未經許可擅自使用他人商業標識導致混淆的行為的規制。對該類不正當競爭行為的有效制止，可以避免他人「搭便車、傍名牌」不正當競爭行為的擴張。同時，此次反不正當競爭法第6條（簡稱「仿冒條款」）較1993年反不正當競爭法第5條第2款、第3款修改幅度更大，如何正確理解與適用，將直接關係是否能夠對智慧財產權為有效保護。本部分將以「仿冒條款」修訂應當注意的問題、「仿冒行為」的基本判定思路以及類型化仿冒行為的認定展開分析。

一、「仿冒條款」修訂應當注意的問題

「仿冒條款」從條款的整體內容與行文表述上進行了體系與價值的重新設計，有效地適應了市場競爭模式中出現該類行為的新情況。從條款修訂的視角，具體應當注意以下五個方面內容：

- （一）「商品的知名度與名稱、包裝、裝潢的特有性」不再獨立認知。商業標識之所以會成為仿冒行為保護的對象，並非該標識的獨特性或天然的顯著性，反不正當競爭法中所保護的商業標識是對其使用過程中在消費者內心所形成的商業信譽和商品聲譽的保護，避免消費者基於相同或近似商業標識的認知，而誤選誤購。

¹⁹ 宋在友，法律一般條款與正當法律程序，政法評論2002年卷，中國政法大學出版社，2002年。

當消費者在具體商品或服務上對特定商業標識進行識別時，第一反應是認知該標識形式上所記載的文字、字母、圖形所傳遞的感官效果，只有經營者通過自身不斷的商業經營與誠信付出，才能將特定商業標識上添附諸如產品品質、企業信用、商業信譽等額外市場價值，從而有效降低消費者在選購同類商品或服務過程中基於不同商業標識進行識別所付出的交易成本，以「快捷」的方式獲取自身所需的「質優價廉」的商品。同時，特定商業標識的經營者亦會因自身優質的商業運營，而固定市場中的消費者，為其商業利潤的不斷擴大以及產品穩定的市場占有率提供有益的保障。

因此，反不正當競爭法中對仿冒行為規制所反射的「商業標識」的保護並不同於「商標」，必須具有「顯著性」。因為商標是通過註冊制度獲取專用權，其前置審查程序的設置，決定了自身天然條件的相對「嚴苛」，而「仿冒條款」中更側重於商業標識在實際使用過程中所形成的商譽，突出基於「使用」而形成的保護體系。此次「仿冒條款」的修法，通過刪除此前「知名度與特有性」雙重認定要件，改為統一的「有一定影響」商業標識的前置設計，使之對仿冒行為的規制更加合理與科學。

(二) 仿冒行為中「擅自使用」範圍的界定。關於仿冒行為是否僅限規制直接的生產、製造行為，對其他商品運營環節中諸如銷售、倉儲、運輸、提供經營場所以及網路產品交易平臺等能否納入到「仿冒條款」所規制的範疇之中，一直存在不同認知。

有觀點認為按照中國大陸商標法第 57 條所規定的商品侵權行為類型，其將生產與銷售行為作為兩類獨立的侵權情形予以分別規定²⁰，同時中國大陸商標法第 64 條對銷售商的免除賠償亦進行了單獨規定，因此反不正當競爭法中所規定的「擅自使用」範圍界定，應當與同屬商業標識大概念的「商標」侵權中的「使用」相對應，僅限生產、製造行為，而不應將銷售行為納入其中。對此本文認為，上述觀點顯然不當限縮了仿冒行為規制的範圍，也與反不正當競爭法的整體體系相違背。既然該法第 2 條一般條

²⁰ 商標法第 57 條第 1 項、第 2 項係針對生產、製造侵害商標專用權的商品的行為予以規制，第 3 項係針對銷售侵犯註冊商標專用權的商品的行為予以規制。

款係對何為不正當競爭行為的解釋，同時結合一般條款對於具體不正當競爭行為的指引作用，那麼在反不正當競爭法第 2 條第 2 款將不正當競爭行為的適用邊界界定為「生產經營活動中」的情況下，即在對仿冒行為適用範圍的認定進行解釋時，應當採取部門法內部各條款之間內部結構是否能夠完成邏輯自洽的體系解釋，對「擅自使用」不應局限於生產、製造環節本身，而是應當覆蓋商業運營的全過程。同時，若進行不當限縮，也無法實現對仿冒行為的全程規制，無法杜絕該類行為對智慧財產權的損害；並且商標法第 57 條係通過其他條款對具體商業運營中各個環節均予以具體規制，若「仿冒條款」直接移植商標法的具體限定，顯然缺乏對條款設立背景環境的考量。因此，司法審判實踐中不能將「擅自使用」局限於生產、製造行為本身。

在原告帕弗洛公司訴鄒某不正當競爭糾紛案中²¹，法院就認為反不正當競爭法中關於仿冒行為的規定，主要針對的是在經營活動中擅自使用他人商品名稱²²、包裝、裝潢的經營者，但如果銷售涉及上述情況的商品，也會損害他人合法權益，擾亂社會經濟秩序，應予制止，故要判斷鄒某作為銷售者是否構成不正當競爭，首先要審查其銷售的商品是否存在上述法條規定的情形。

(三)「有一定影響」應如何認定。「仿冒條款」在修訂中刪除了過去的「知名商品與特有名稱等」的表述，而是改用「有一定影響」對不同商業標識的保護前提予以限定，就此改變立法者有其相應的考慮。

一方面，在中國大陸商標法第 14 條第 5 款對「馳名商標異化」已經明確予以禁止的前提下，為防止出現基於反不正當競爭法中「仿冒條款」的「知名商業標識」的規定，轉化將知名商標予以異化的情形，故在修訂稿中並未沿用「知名」的表述。另一方面，「仿冒條款」中例如商品名稱、包裝、裝潢、簡稱、筆名、網站名稱等均具有主觀設置的任意性，並不同於商標註冊制度通過國家行政機關進行公示的程序，故若對相關商業標識

²¹ 參見四川省高級人民法院（2015）川知民終字第 80 號民事判決書。

²² 本文所指「商品名稱」係指經營者區別於本類商品通用名稱之外的對其自身產品的「呼叫」，例如：「茅臺白酒」、「五糧液白酒」等。

不設置任何適用限定，將導致不當擴大此類商業標識的保護範圍，反而影響商業社會的正常運行。由此在最終「仿冒條款」的公布稿中，參考了中國大陸商標法第32條後半段中的「有一定影響」的表述方式，亦是考慮到該條款同為對於通過不正當手段搶註他人商標情形的規制，與「仿冒行為」的不正當性具有一定內在的相通性，故最終得以「移用」。

在具體認定「仿冒條款」中的商業標識是否具有「一定影響」時，可以從該商業標識使用持續的時間、地域範圍、銷售規模、消費群體、宣傳情況、受保護紀錄等方面整體進行綜合判斷。在此應當注意，對於「仿冒條款」中商業標識知名度範圍的判斷，並不以達到全國範圍內具有認知為要件，在一定地域內形成消費者認知即可，同時該知名度的影響力足以使被控實施不正當競爭行為的主體「應當知道」，故而推定該主體的主觀惡意性。「仿冒條款」更加注重通過知名度範圍的界定對被控主體實施涉案行為的正當性進行認定，這也是制止不當利用他人商譽進行搭便車、傍名牌行為的實質。

(四) 「仿冒條款」保護對象類別化的認定。此次仿冒條款的修訂擴大了商業標識的外延範圍，整個保護對象是以商業標識具體屬性的差異進行的規定。

「仿冒條款」第1項是對產品類商業標識，例如商品名稱、包裝、裝潢等進行的規定，其更接近於「未註冊商標」，故在保護的過程中與商標專用權為確保商品來源的指向性更加相同；第2項是對商業主體類商業標識，例如企業名稱、社會組織名稱、姓名等進行的規定，在此應當根據不同主體商業運營和生產能力的差異，對「混淆」的認定情形進行細化，對此下文將展開論述；第3項是對商業活動類商業標識，例如域名、網站、網頁名稱等進行的規定，基於該類商業標識更多為經營多種商品或提供多類服務的媒介，其包容性更大、更廣，因此在考量「混淆」時不應僅局限於來源性混淆，所涵蓋的外延範圍更寬；第4項則是對以上3項之外的其他類別商業標識進行的補遺性規定，例如虛擬人物名稱、廣告語、操作介面、運行流程等等，預留出基於市場發展所出現的各類新生現象的認定空間。

同時，該條款第 1 項至第 3 項均係開放式規定，其所限定的「等」均是「等外」情形，在適用過程中只要商業標識的類別符合具體產品類、主體類、活動類等屬性標識的，均可以將其納入其中。

(五) 「混淆」的外延範圍的擴大。「仿冒條款」中所規定的「混淆行為」以及「引人誤認為是他人商品或者與他人存在特定聯繫」，並不同於商標法意義上的「來源混淆」。反不正當競爭法突出的是對市場競爭秩序的維護，「仿冒條款」中的「混淆」除了商標法所謂的來源混淆，還包括了基於特定商業合作、聯營等關係所形成的特定商業關聯關係性混淆，以及通過授權等形式產生的授權性混淆等情形，外延範圍比商標法所規定的「混淆」更大。

例如《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》第 20 條第 1 款規定，當事人主張訴爭商標損害其姓名權，如果相關公眾認為該商標標誌指代了該自然人，容易認為標記有該商標的商品係經過該自然人許可或者與該自然人存在特定聯繫，人民法院應當認定該商標損害了該自然人的姓名權。該規定第 21 條第 1 款規定，當事人主張的商號具有一定的市場知名度，他人未經許可申請註冊與該商號相同或者近似的商標，容易導致相關公眾對商品來源產生混淆，當事人若以此主張構成在先權益，人民法院將予以支持。通過上述司法解釋，可以得出雖然姓名與商號同屬主體類商業標識，但正是基於不同主體商業經營能力與角色的差異，在判斷是否造成「混淆」時，就字面限定內容而言也是通過「存在特定聯繫」和「來源產生混淆」進行行文上的差異，因此「仿冒條款」中的「混淆」不僅限於在市場經營過程中「區分性」的判斷，也考慮了諸如「廣告效應」等商業價值的判斷。

二、「仿冒行為」的判定思路

基於上述對「仿冒條款」修訂中應當注意問題的介紹，在司法審判中對該條款所規制行為的認定，大體可以分為構成要件與抗辯事由二個環節。

(一) 「仿冒行為」的構成要件

「仿冒條款」中構成要件可以從以下七個方面進行判斷：

- 1、被控「仿冒行為」是否發生在生產經營活動中。通常而言，反不正當競爭法係對擾亂市場競爭秩序行為的規制，若該行為並非發生在該法所調整的範疇之內，則實質上對市場競爭秩序並無影響，此時亦不應歸於反不正當競爭法所調整的對象之內，更不宜納入到「仿冒條款」。例如在學術評論中，引述其他經營者的商業標識，此時其適用環境與市場競爭秩序並無影響，則不宜再行歸入反不正當競爭法。
- 2、標識的近似程度。即消費者在隔離比對，整體觀察的視角下，就在先商業標識與被控不正當競爭行為中所涉商業標識從文字的構成、招呼、含義、整體外觀以及表現形式上是否構成相同或近似進行判斷，進而得出相應結論。
- 3、產品、服務的類似程度。即在先商業標識所使用的產品與被控仿冒行為中所涉及的产品在功能、用途、生產部門、消費場所和消費群體等方面是否相同或相近，通常而言，產品之間替代關係越強，其被控主體對該領域其他經營者所使用商業標識的情況知悉可能性越大。
- 4、相關消費者的注意程度。不同產品領域的消費者在選購產品時的注意程度存在較大差異，例如飛機、汽車領域高成本的消費者與服裝、家居日常用品的消費者的注意程度就存在明顯差異，應當區分不同產品領域消費者注意力的差異，對是否容易造成混淆的程度予以合理界定。
- 5、商業標識知名度的差異。因「仿冒條款」中的商業標識不同於註冊商標係通過申請、核准、公告程序所形成絕對權的保護，「仿冒條款」中均是通過使用所獲得的知名度，進而給予該商業標識相應地域範圍與程度的保護，因此不同商業標識知名度的差異決定了其保護範圍的差異性，並且亦影響對於被控主體主觀意圖惡意性的判定。一般情況下，在先商業標識知名度越高，在後主體使用與在先標識相同或近似的主觀惡意可能性越大，反之亦然。
- 6、被控主體主觀惡意和客觀市場經營效果的認定。若被控主體具有明顯的借助他人商譽，進行「搭便車、傍名牌」的主觀惡意時，在此情形下就「仿冒條款」其他構成要件的認定可以適當寬鬆。同時若客觀市

場經營效果已經形成，各方均已形成穩定的市場秩序，此時不宜任意打破已經形成的固定消費群體所認知的商業標識，從維護市場經濟秩序穩定性之目的出發，亦不必再行予以規制。

- 7、「混淆」可能性的綜合判定。被控「仿冒行為」是否會造成「混淆」的結論應屬法律問題，對此屬性問題的認知應與大陸商標法中「混淆」的屬性界定相一致，需要通過在案的具體情況進行整體的判斷，不應依據單一認定要件予以判定，即在考量前述六方面情況下作出認定結論。然而，「混淆」既然是法律問題，其結論的判斷即應適用推定，因為即使通過市場調查報告的形式，亦無法覆蓋相關產品領域中的全部消費者，其仍是作為裁判者認定結論形成內心確認的輔助性因素，但是在產品相同與商業標識相同的情況下，可以直接認定造成「混淆」的後果，而無須再行考慮其他因素的影響，這也與商標法第 57 條第 1 項所規定構成侵權的情形相吻合。

（二）合理抗辯事由的類型

在被訴仿冒行為符合上述七個方面情形時，可以認定構成「仿冒條款」所規制的情形，但是若被控主體具有合理抗辯事由的情況下，則應當對「違法」後果的構成進行多方位的考量。具體而言，就不構成「仿冒行為」的抗辯事由至少可以包括以下四種情形：

- 1、描述性使用。若在先商業標識中含有本產品通用名稱、圖形、型號，或者直接表示產品的品質、主要原料、功能、用途、重量、數量以及其他特點，或者含有其地名等，另三維標誌所形成的商業標識中所含有產品自身的性質產生的形狀、為獲得技術效果而需有的產品形狀或者使產品具有實質性價值的形狀等，此時在先商業標識的經營者無權禁止其他經營者進行正當使用，這也與中國大陸商標法第 59 條第 1、2 款所規定的正當使用情形相吻合。正是考慮到上述情形中的標識元素具有更強的描述產品特點的功能，此時若對其他經營者進行使用加以限定，將損害消費者認知產品特點的方式，影響社會公共利益與正常商業表達，故此不宜認定構成「仿冒行為」。

- 2、指示性使用。關於指示性使用源自美國第九巡迴上訴法院所審理的「NewKids」案，主要指經營者不使用他人商業標識即無法向消費者說明其所經營產品或服務的內涵，例如商場、超市通過張貼、發送廣告海報的形式，告知消費者相關品牌產品的促銷資訊；汽車修理廠通過介紹所能修理汽車品牌類型的情況，告知消費者其服務內涵等。此時，被用於介紹的經營者不能阻卻其他經營者該種正常的商業介紹行為，但是應當考量在商業介紹活動中使用、宣傳在先商業標識的行為是否為合理限度，是否存在暗示與在先商標標識的經營者存在贊助或投資等特定商業合作關係。例如同樣為汽車修理廠，其通過對外張貼修理服務內涵的方式，表述為「某品牌汽車」的專修或指定修理廠，此時消費者容易認為汽車的生產者與該修理服務提供者之間存在聯營等特定的商業合作關係，進而造成混淆，對此亦應當納入到「仿冒行為」所認定的範疇之內。
- 3、絕對禁止作為商業標識情形的排除。中國大陸商標法第10條對標誌不得作為商標使用的情形具體進行了規定，例如排除了與中國、外國國家名稱相同或近似、官方標誌、「紅十字」、「紅新月」、帶有民族歧視性、帶有欺騙性以及具有其他不良影響等情形，基於商標屬於廣義商業標識的考量，借鑒該法中不得作為商標予以使用的相關規定，則在「仿冒條款」中若在先商業標識構成前述情形，即使其使用獲得了一定市場認知，亦不能獲得「違法使用」所形成的後續救濟權利。
- 4、在後使用抗辯的例外。《最高人民法院關於審理不正當競爭民事案件應用法律若干問題的解釋》第1條第2款規定，在不同地域範圍內使用相同或者近似的知名商品特有的名稱、包裝、裝潢，在後使用者能夠證明其為善意使用，不構成1993年反不正當競爭法第5條第2項規定的不正當競爭行為。因後來的經營活動進入相同地域範圍而使其商品來源足以產生混淆，在先使用者請求責令在後使用者附加足以區別商品來源的其他標識者，人民法院應當予以支持。正是基於對「仿冒條款」中商業標識知名度的認定不以全國知名為要件，故即使在後

經營者使用了他人的商業標識，從反不正當競爭法為「行為法」的屬性出發，在被控實施不正當競爭行為的經營者能夠證明其主觀上出於「善意」，即不屬明知與應知的情形下，此時可以認定不構成「仿冒行為」。由於關於經營者主觀意圖的判斷具有極強的隱蔽性與不確定性，因此判斷時存在較大難度，但是若被控實施不正當競爭行為的經營者與在先商業標識經營者之間存在基於地源、血親、僱傭、契約所形成的特定關係時，往往被控「仿冒行為」經營者知悉在先商業標識的可能性較大，此時其以具有善意使用涉案商業標識的抗辯事由，應當不予採納。

三、類型化「仿冒行為」的認定

（一）企業名稱與在先商標之間的衝突

商標是區分不同商品或者服務來源的標誌，其是對客體對象來源的指向，更加偏重「物的屬性」；而企業名稱是區分市場經營中擬制主體的標誌，其是以便於識別不同市場主體為設置目的，更加偏重「人的屬性」。由於二者本質屬性的差異、在市場經營活動中使用方式的差異，因此並不具有天然的衝突性，只有在特定條件均具備的情況下，在後企業名稱才可能對他人在先商標產生侵害。對此，中國大陸商標法第 58 條規定，將他人註冊商標、未註冊的馳名商標作為企業名稱中的商號使用，誤導公眾，構成不正當競爭行為的，依照反不正當競爭法處理。

同時，商標作為廣義的產品類商業標識，在適用反不正當競爭法解決其與企業名稱之間的衝突時，從適用條款上應當依據該法第 6 條第 1 款進行規制。並且此次反不正當競爭法修訂後第 18 條第 2 款也明確規定，經營者登記的企業名稱違反本法第 6 條規定的，應當及時辦理名稱變更登記；名稱變更前，由原企業登記機關以統一社會信用代碼代替其名稱。該條款的增加也為在司法審判中判決後續執行提供了便利與可行空間。

基於司法審判中所歸納的實踐經驗，將在後企業名稱與在先商標之間的衝突適用要件歸納為以下七個方面，即：1、訴爭商標的核准註冊日

早於企業名稱登記日；2、企業名稱中的商號與在先商標相同或者近似；3、在先商標具有較高的市場知名度；4、企業經營商品或服務與商標核定使用的商品或服務構成類似；5、相關公眾的注意程度；6、企業名稱規範使用後仍可能造成消費者對商品或服務來源的混淆；7、其他因素：主觀惡意、歷史淵源、市場格局、競爭秩序等。

在原告晶華寶島（北京）眼鏡有限公司（簡稱晶華寶島公司）訴被告江西寶島眼鏡有限公司（簡稱江西寶島公司）、江西寶島眼鏡有限公司北京朝陽分公司（簡稱江西寶島朝陽分公司）商標侵權及不正當競爭糾紛案中²³，法院認為涉案「寶島」商標、「寶島及圖」商標、「寶島及圖」商標的註冊時間均早於江西寶島公司的成立時間。在案證據能夠證明，在江西寶島公司登記其企業名稱前，上述註冊商標經過使用均已具有了較高的知名度，並且2011年5月27日使用在第44類眼鏡行服務上的「寶島及圖」商標還被商標局認定為馳名商標。而中國眼鏡協會出具的「證明」以及晶華寶島公司提供的其他證據證明，晶華寶島公司在國內擁有數量眾多的直營、連營眼鏡店，「2007年眼鏡產品銷售額為7.4億元；2008年眼鏡產品銷售額為9億元」，成為「中國眼鏡連鎖重點骨幹企業，無論是企業規模、銷售額、納稅額還是企業知名度在全國眼鏡連鎖企業中名列前三」。故作為從事眼鏡銷售服務的同行業經營者，江西寶島公司理應知曉上述具有較高知名度的註冊商標，並對他人在先的合法權利予以尊重和避讓。但在此種情形下，江西寶島公司仍將與上述註冊商標相近似的「寶島」文字作為企業名稱中的商號加以登記，並在其分支機構江西寶島朝陽分公司的企業名稱中使用，江西寶島公司、江西寶島朝陽分公司的上述行為本身即缺乏正當性，容易導致相關公眾的混淆誤認，對註冊商標權利人的合法權利造成損害，江西寶島公司、江西寶島朝陽分公司應當停止在企業名稱中使用含有「寶島」二字的不正當競爭行為。

²³ 參見北京市高級人民法院（2013）高民終字第772號民事判決書。

（二）企業名稱之間的衝突

企業名稱中主要識別不同主體的認知要素為其商號，並且根據地域性登記的情形，在實際的市場經營中允許具有相同或近似商號的企業名稱在不同地域進行登記，但是若在後經營者明知其他經營者的存在，擅自使用他人企業名稱作為「競價排名」搜索關鍵字，造成消費者混淆，應當認定構成不正當競爭行為。

在原告天津青旅訴被告天津國青旅不正當競爭糾紛案中²⁴，法院認為，被告天津國青旅作為從事旅遊服務的經營者，未經原告天津青旅許可，通過在相關搜尋引擎中設置與天津青旅企業名稱有關的關鍵字並在網站原始程式碼中使用等手段，使相關公眾在搜索「天津中國青年旅行社」和「天津青旅」關鍵字時，直接顯示天津國青旅的網站連結，從而達到利用網路使用者的初始混淆爭奪潛在客戶的效果，主觀上具有使相關公眾在網路搜索、查詢中產生誤認的故意，客觀上利用了天津青旅的企業信譽，構成不正當競爭。天津國青旅作為與天津青旅同業的競爭者，在他人企業名稱及簡稱享有較高知名度的情況下，仍擅自使用，主觀惡意明顯。同時，不僅被控侵權網站的頁面上顯示的網站名稱為「天津國青國際旅行社樂出遊網」，網站聲明的版權人為天津國青公司，網站上顯示的聯繫電話、傳真、營業位址以及國青公司的營業執照、稅務登記證、旅行社業務經營許可證等證照，均為天津國青公司的真實資訊，而且網站宣傳的也是天津國青公司的旅遊產品，天津國青公司職員的名片上顯示的公司網址等資訊與被控侵權網站資訊相符，也可以佐證該網站與天津國青公司有密切關係，原審法院據此認定天津國青公司是該網站的控制人，天津國青公司實施了涉案的不正當競爭行為並無不妥。

（三）在先藝名與商標權衝突的處理

藝名屬於具有人身屬性的人格權範疇，特別在「仿冒條款」中更加凸顯了其經過使用所獲得商業價值的保護，體現為一種法律上可以保護

²⁴ 參見最高人民法院（2012）民申字第1184號民事裁定書。

的利益。而註冊商標專用權係通過註冊制度所取得的絕對權利，一般認為其保護強度更大。然而，由於反不正當競爭法是對於市場競爭秩序的維護，並不以保護客體與對抗客體的強弱程度進行差異化的認知，而是強調對公平競爭的保護，因此即使被控「仿冒行為」的經營者在後取得了註冊商標專用權，但是只要造成了與他人在先藝名的衝突，導致混淆，此時仍可以適用「仿冒條款」予以規制。

在原告胡某某訴被告桂某某不正當競爭糾紛案中²⁵，法院認為自2013年以來，桂某某以「胡揚琳」為藝名進行過多種演藝活動，其藝名與胡某某的藝名「胡楊林」唱呼相同，文字構成、整體視覺效果亦基本相同，且二者均使用在演藝服務上，相關公眾難以將二者予以區分，容易導致相關公眾認為二者為同一主體而產生混淆誤認。桂某某與胡某某均是太格印象公司旗下的藝人，桂某某理應知曉胡某某在先使用「胡楊林」藝名且具有一定的知名度，在此種情況下，桂某某仍在相同服務上使用與胡某某藝名極為相近的藝名，顯然具有不當利用胡某某知名度，希望相關公眾混淆的意圖，具有明顯的搭便車惡意。前述行為損害了胡某某的合法權益。雖然案外人太格文化公司將「胡揚琳」商標授權許可給桂某某作為藝名使用，但前述商標於2013年4月14日才被核准註冊，晚於胡某某使用其藝名「胡楊林」並獲得知名度的時間，故即便案外人將該商標授權給桂某某使用，也不能使其不正當利用胡某某藝名在先形成的知名度的行為具有正當性。因此，桂某某的被訴行為構成擅自使用他人姓名的不正當競爭行為。

（四）新型態商業標識的「去功能性元素」保護思路

「仿冒條款」的第4項為新類型商業標識的適用預留了空間，但是若新型態商業標識的技術功能性強於其識別性與認知性，從確保市場充分競爭、降低競爭成本，避免技術功能性標識被不當壟斷，導致市場競爭「凋謝」情形的視角考慮，此時對例如條碼、二維碼、品質標誌、簡單操作流程等是否構成「仿冒行為」的認定，應當採取謙抑、審慎的態度。

²⁵ 參見北京智慧財產權法院（2016）京73民終8號民事判決書。

在原告一笑公司訴被告樂魚公司不正當競爭糾紛案中²⁶，原告一笑公司主張其開發經營的「快手軟體」是一款短視頻製作軟體。被告樂魚公司開發經營的「小看軟體」也是相同類型軟體，該軟體抄襲了快手軟體的18個操作流程、對應介面設計以及大量編輯元素，認為構成不正當競爭。對此法院認為，快手軟體中的哭臉等表情圖案，都是以較為簡單的線條、顏色、圖形等表現，小看軟體中的對應圖案，相同內容主要因為表現主題、對象相同所致，但表達形式與快手軟體的對應圖案不同。網路中，有類似創意的涉案表情及印章圖案早於一笑公司在快手軟體中使用，樂魚公司未在小看軟體中使用與快手軟體中對應圖案相同或近似圖案的情況下，樂魚公司使用涉案編輯元素的行為，不構成模仿、抄襲快手軟體編輯元素的不正當競爭行為。

肆、「商業秘密條款」的修訂對智慧財產權保護的影響

「一個社會中財產權的形成和發展與財產權的收益和成本之間的比率的增長有關」²⁷，伴隨商業秘密外部增益性的不斷擴張，其愈發受到市場經營者的重視，司法審判中對該問題的研究亦不斷深入。此次反不正當競爭法對商業秘密的修訂，主要從其構成要件以及適用主體範圍兩方面進行了相關變動。

反不正當競爭法修訂的第9條第3款規定，本法所稱的商業秘密，是指不為公眾所知悉、具有商業價值並經權利人採取相應保密措施的技術資訊和經營資訊。上述規定與1993年反不正當競爭法第10條第3款²⁸相比，將商業秘密構成要件中應具有「經濟利益」和「實用性」合併為具有「商業價值」，在語言表達上更加精煉與準確。由此，商業秘密的構成要件根據新修訂的反不正當競爭法第9條（簡稱「商業秘密條款」）的具體規定，可以歸納為「秘密性」、「價值性」和「保密性」²⁹。

²⁶ 參見北京市海淀區人民法院（2016）京0108民初35369號民事判決書。

²⁷ 理查.A.波斯納著，蔣兆康譯，法律的經濟分析(上)，頁42，中國大百科全書出版社，1997年。

²⁸ 1993年反不正當競爭法第10條第3款規定，本條所稱的商業秘密，是指不為公眾所知悉、能為權利人帶來經濟利益、具有實用性並經權利人採取保密措施的技術資訊和經營資訊。

²⁹ 陶鈞，商業秘密司法保護的困境與路徑設計，中國專利與商標3期，頁49，2018年。

商業秘密構成要件的「秘密性」、「價值性」和「保密性」三者之間並非獨立判斷的，而是具有內在的交叉性，甚至應綜合進行判定。具體而言，相關領域公眾知悉該資訊的難度越高，其價值性一般越大，而需要採取的保密措施程度也就越高，反之迥然。因為商業秘密構成要件的證明程度在特定情形下，是可以通過日常生活的經驗法則予以認定並進行相關推定，其構成的三個要件之間彼此是相互牽連的，具有內在的認定邏輯關係。不能因形式上的獨立性，而否定彼此之間實質上的關聯性³⁰。

另一方面，就「商業秘密條款」中對違法行為的實施主體限定為「經營者」，同時在新修訂的反不正當競爭法（二次審議稿）中將此前修訂草案第10條³¹予以刪除，並在修訂說明中明確指出：「因《反不正當競爭法》規範的主體是經營者，商業秘密權利人的員工、前員工，不屬於經營者，對於其侵犯商業秘密的行為，權利人可通過其他法律途徑獲得救濟，而且相關法律對國家機關工作人員、律師、註冊會計師等專業人員的商業秘密保密義務已經作了規定，《反不正當競爭法》重複規定沒有必要。」因此，在明確知悉了修訂的反不正當競爭法第9條修訂過程後，顯然在司法審判的適用中，就不應再將「員工、前員工」等主體納入到新修訂的反不正當競爭法所規制的範疇之內。而在該類案件中，諸多情形均是基於「員工跳槽」所引發的商業秘密「洩露」，同時從查明案件事實的角度出發，若不將「員工、前員工」納入到案件的審理之中，勢必造成涉案事實不易查清，因此在日後的司法審判中可以嘗試將「員工、前員工」列為第三人作為訴訟主體，參加訴訟。既可以使案件的事實得以進一步查明，確保各方當事人合法權益，同時也避免因案件認定事實涉及「員工、前員工」等主體，對其日後的合法權益造成不利影響，通過參加訴訟的方式，給予其澄清、說明涉案事實的機會，從而在程序與實體二方面達到有效的統一³²。

³⁰ 同前註，頁51。

³¹ 反不正當競爭法（2017年修訂草案）第10條規定，下列行為視為侵犯商業秘密的行為：（一）商業秘密權利人的員工、前員工實施本法第9條第1款規定的行為；（二）第三人明知或者應知商業秘密來源於本法第9條第1款規定的非法途徑，仍獲取、披露、使用或者允許他人使用。國家機關工作人員，律師、註冊會計師等專業人員對其在履行職責過程中知悉的商業秘密應當予以保密。

³² 依據2019年4月23日修訂的《中華人民共和國反不正當競爭法》第9條第2款的規定，「經營者以外的其他自然人、法人和非法人組織實施前款所列違法行為的，視為侵犯商業秘密」，將本文所列舉的「員工、前員工」等自然人主體納入到該法所規定的侵害商業秘密的行為主體範疇，體現了加大對商業秘密保護的力度。因本文完成於反不正當競爭法修訂之前，故此特別註明，以釋讀者。

總之，「商業秘密條款」整體上關於侵犯商業秘密行為分為三款進行了具體規定，第1款係針對直接侵犯商業秘密行為進行的規制，第2款係針對第三人即非直接侵害主體在明知或者應知情況下實施侵犯商業秘密行為的規制，而第3款則是對何為商業秘密進行具體界定。因此，綜觀該條款的設計體例與結構內容，目前司法審判中對侵犯商業秘密行為的基本審理思路可歸納為以下五個步驟：1、原告應明確其涉案商業秘密的屬性以及具體內容；2、人民法院根據法律規定的商業秘密構成要件進行具體認定；3、被告是否實施了侵犯原告商業秘密的不正當競爭行為；4、被告是否存在合法抗辯的具體事由；5、被告應當承擔何種法律責任，是否需要判定停止侵權行為以及賠償數額應當如何確定³³。

通常情況下，上述審理思路具有內在的邏輯順序與整體的完整性，可以根據每個步驟逐一進行調查與判定，進而作出是否能夠支持原告訴訟主張的裁判結論。

伍、結語

反不正當競爭法在「萬眾矚目」下進行了較大幅度的變動，其中對諸多條款的理解仍然需要通過司法審判經驗不斷的積累進行總結、梳理與提煉。基於篇幅原因，本文僅就該法修訂中涉及智慧財產權保護聯繫較為緊密的條款進行重點分析，但究其內容實質，後續研究工作依舊任重而道遠。

³³ 陶鈞，同註29，頁49。