

步细化操作，使《反垄断法》更好地发挥其应有的作用，使相关法律法规形成一个完整体系，让其发挥最大效用。

综上，中国应该选择以自由竞争为基础辅以必要的法律干预的治理模式。诚然，事物的发展变化都要经历循序渐进的过程，著作权集体管理制度的转变也不可能一蹴而就。从极端的垄断到完全的放开，是一个由此及彼的过程，反垄断法的基本原则普适于市场经济，在这种趋势下，相信著作权集体管理市场的竞争会成为一种常态。

知名商品特有包装装潢的竞争法保护

——以最高人民法院 2015 年第 47 号指导案例为例

黄 军

一、问题的提出

根据我国《反不正当竞争法》第 5 条第 2 项之规定，商品经营者在其经营活动中不得擅自使用其他经营者知名商品所特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，擅自使用以致造成和他人知名商品相混淆而使购买者误认为是该知名商品，其将构成仿冒行为（或称欺骗性交易）。然而在侵犯知名商品特有包装装潢的不正当竞争法和司法实践中，囿于这一条文的局限性，相同的案件其处理结果却大相径庭。故国家工商行政管理局在 1995 年发布了《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、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》），最高人民法院也在 2007 年颁布了《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《若干解释》）。《若干规定》和《若干解释》对知名商品特有包装装潢的竞争法保护中的知名认定、包装装潢的特有性以及混淆或者误认认定标准等问题有了进一步细化与补充。

一方面，正如国内有的学者所言，我国“保护知名商品特有的名称、包装、装潢的法律规定，已经初步形成体系”，这些为数不多的法律规定在侵犯知名商品特有包装装潢案件的不正当竞争执法司法实践中尤其是在法院审判中发挥了较为积极的作用。另一方面，法律概念本身具有不确定性的特征，在仿冒行为的法律规制中将不可避免使用到具有不确定性

作者单位：西南政法大学经济法学院

种明钊：《竞争法》，法律出版社 2008 年版，第 128 页。

的法律概念，因此增添了实践中仿冒行为的认定难度。加之我国当前竞争立法仍然较为粗陋，有关知名商品包装装潢竞争法保护问题在现实中逐渐凸显。问题的现实存在，也引发了该领域有关学者、执法者、司法者对此的不断探究，在取得共识之余，争论也未停歇。2015年最高人民法院颁布了第47号指导案例，也即“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”（后简称费列罗案），结合该案的裁判要点以及其他类似案例，不难发现此类案件处理中主要存在的下述共性问题：（1）如何认定知名商品；（2）如何判断商品包装装潢的特有性；（3）如何判定个案中商品包装装潢的仿冒是否构成不正当竞争，也即混淆或者误认的认定问题。本文将通过案例梳理分析之后，对上述问题一一作出回答，进而对我国知名商品特有包装装潢的竞争法保护制度完善路径进行思考。

二、第47号指导案例梳理与评析

最高人民法院2015年第47号指导案例的审理可谓一波三折，一审法院与二审法院对于案件的处理截然不同，最高人民法院的再审审理又在二审法院的基础上对审判结果进行了一定变动，由此也不难看出法院之间在审理此类案件时存在着较大分歧。究其本源，就在于“不正当竞争行为是一种不确定性行为”，法官对于侵犯知名商品特有包装装潢行为的理解与认定存在偏差。在分析此案之前，有必要简单地介绍该案，其审判经过大致如下：意大利费列罗公司（以下简称费列罗公司）是世界上知名的巧克力生产企业之一，其起诉称蒙特莎（张家港）食品有限公司（以下简称蒙特莎公司）生产的“金莎”巧克力擅自使用与其知名商品FERRERO ROCHER巧克力相同或近似的包装、装潢，造成消费者产生混淆。天津市第二中级人民法院于2005年2月7日作出一审判决，判令驳回费列罗公司的诉讼请求。费列罗公司不服提起上诉，天津市高级人民法院于2006年1月9日作出判决变更一审处理结果。蒙特莎公司不服二审判决，向最高人民法院提出再审申请。最高人民法院于2008年3月24日作出再审民事判决，该案最终得以尘埃落定。然而尽管该案审理程序告以终结，但作为最高人民法院的指导案例，其意义并不仅在于一份纸面上的判决书，其蕴含的更深层次价值正如有学者所言：“案例指导制度是对于保障裁判的统一、规范法官自由裁量权、保障法律的准确适用等都具有十分重要的意义”，故最高法院第47号指导案例意义对于今后同类案件的司法审判的作用不可小觑。

（一）国外知名商品在国内的知名性认定问题

毋庸置疑，一种商品是否知名，取决于是否为相关区域或者范围内的一般公众所知悉，但是对于国外已经知名的商品，在国内认定知名性时是否需要考量其在国外已知名的因素，不同法院之间各持己见。在一审中，法院指出，知名商品是在市场上具有一定知名度，为相关公众所知的商品。由于其具有明显的地域性特点，商品在国外的知名程度并不代表在

侵犯知名商品特有包装装潢的案件当中，认定一般均涉及三个方面难题：知名商品；特有性；误认或者混淆。参见邹征优：《侵害特有包装装潢构成不正当竞争》，《人民法院报》2015年10月29日。

邱本：《市场竞争法论》，中国人民大学出版社2004年版，第50页。

最高人民法院（2006）民三提字第3号民事判决书。

王利明：《我国案例指导制度若干问题研究》，《法学》2012年第1期。

中国大陆的知名度，商品是否知名以及知名程度应根据其存在的市场具体情况予以认定。本案中费列罗公司作为国际上知名巧克力生产企业的情况下，如果在国内认定商品知名度时对这一情形视而不见、置之不理，显然并不合乎常理。而按照一审法院的认定思路，费列罗公司的FERRERO ROCHER巧克力在中国大陆是否为知名商品，不应将该商品在国外的知名情况掺入其中，而仅需具体考察其在中国大陆市场的销售经营状况以及国内消费者对该产品的知晓程度。而二审法院刚好持相反立场，正如二审法院认为，在对商品的知名情况进行认定时，应当根据其在国内特定市场的知名度综合判定，不能理解为仅指在中国大陆知名的商品。也即二审法院认为在具体认定某一国外知名商品在国内的知名度时，一方面不能仅仅凭借该商品的国外已知名的情况就仓促作出结论予以认定；另一方面，也不能走向另一个极端，认为商品在国外已经知名就足以认定其在国内知名度。

最高人民法院审理该案件时认为，商品在国际上已经知名的情形下，该商品的特有包装装潢若要获得我国法律的保护，仍需以该商品在国内被相关公众所知悉为必要。最高人民法院进一步认为，某一商品或者服务在国内的知名度一般需要通过其在国内进行一定的经营活动才能取得。似乎最高人民法院的观点与一审法院所持观点相一致，然则事实并非如此。在判决当中，最高人民法院紧接着指出，认定知名商品时，应当进行综合判断。一般情形下，应当藉由考虑商品的销售时间、销售区域、销售对象以及宣传的持续时间、程度和地域范围等因素来认定，但也不排除适当考虑国外已知名的因素。由此看来，最高人民法院对这一争议自身所持之观点，从某种意义上讲，最高人民法院的观点是对一审法院与二审法院观点的综合与平衡；其一方面肯定了一审法院所坚持的以国内相关公众所知悉的原则来认定国外商品的国内知名度，另一方面又吸收了二审法院所提出的根据商品在国内特定市场的知名度进行综合判定的方法。

本文认为，商品在国外已经知名的情况下，认定其国内知名度时，法院之所以出现较大分歧，原因就在于其是否将商品在国外的知名情形纳入考量的范围以及在多大程度上予以考虑的差异。一审法院的观点过于狭隘，其法律依据不外乎《若干解释》第1条第1款的规定，即以在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉来认定，特别注重“中国境内”的知名度。而二审法院则并未囿于法条的字面含义，更加侧重从整体上来把握和认定商品知名度，本文对此持赞同态度。而最高人民法院的观点却值得商榷，理由在于最高人民法院尽管总体上认为应当摒弃片面的“唯国内知名度”，同时不排除适当考虑国外知名度的因素，然而这一观点本身就具有抽象性，何时应当考虑？何谓适当考虑？皆为不确定性的因素，而这种不确定性极有可能使得许多法院重新走向“旧路”，在相关案件中，置商品在国外的知名因素于不顾，最终可能将有违不正当竞争立法的初衷。

（二）通用的包装装潢元素经排列组合后的特有性问题

关于费列罗公司的巧克力包装装潢是否特有性，呈现了较为鲜明的两种观点，这两种对立的观点的背后体现出法院的不同认定路径。一审法院认为，费列罗公司的巧克力包装属通用包装，因而不具有特有性。而二审法院和最高人民法院则认定，费列罗公司的FERRERO ROCHER系列巧克力产品的包装装潢属于特有包装装潢。但两者在说理上却并

天津市第二中级人民法院（2003）二中民三初字第63号民事判决书。

天津市高级人民法院（2005）津高民三终字第36号民事判决书。

最高人民法院（2006）民三提字第3号民事判决书。

不相同。二审法院是从该商品包装装潢的整体设计表达了特定含义的路径来对其特有性予以认定，而最高人民法院则另辟蹊径，试图从包装装潢的设计空间及包装装潢组成元素的排列组合的自由度所体现出来的独特性来认定费列罗公司巧克力商品包装装潢的特有性。

本文认为，一审法院的观点并不可取。理由在于一审法院认定包装装潢特有性的方法较为片面，采取简单的排除法则，即将由通用的包装装潢元素排列组合而成的包装装潢可能具有的特有性直接排除，而未能从整体上把握相关法律规定的涵义。尽管在《若干规定》和《若干解释》有关特有性认定时均涉及将“通用元素”排除的规定，但这些规定并非是绝对将通用包装装潢构成元素经过特殊设计组合所具有的特有性予以排除。二审法院与最高人民法院的结论虽然一致，但采取的认定路径却截然不同。本文更加趋向于认同最高人民法院采取的认定路径，理由就在于，包装装潢其“特有性”相当于商标的“显著性”，主要是指区别商品来源的显著特性。

相较而言，最高人民法院对于费列罗公司 FERRERO ROCHER 系列巧克力产品的包装装潢具有显著性特征的结论进行了更为充分的论证。最高人民法院认为，商品包装装潢的构成元素有较大的排列组合的选择空间，因此不同经营者可以自由设计商品的包装装潢，使其具有区别于其他经营者商品的独特性。而在本案中，费列罗公司的巧克力商品包装装潢排列组合具有独特性，已经形成显著的整体形象，并且经过长期使用和宣传，使得一般消费者将其包装装潢与巧克力商品联系起来，应当认定其商品包装装潢具有特有性。

（三）商品均知名情形下混淆或者误认认定中存在的问题

一审法院认为，在费列罗公司巧克力与蒙特莎公司的金莎巧克力均为知名商品的情况下，应以两者知名时间的先后及知名度的高低作为认定普通消费者是否发生混淆或者误认的考虑因素。同时一审法院指出，金莎巧克力与费列罗巧克力的商标与产地来源均标示于商品包装的显著位置，加之二者巧克力产品的质量、价格、口味及消费层次的不同，因而即便两家公司的巧克力的包装装潢相近似，也不会使造成消费者混淆或者误认。

二审法院推翻了一审法院所作的认定结论，否认蒙特莎公司的金莎巧克力借助使用费列罗公司的包装装潢所取得的知名度。二审法院认为，应当从诚实信用和公认的商业道德准则出发，在认定知名商品时必须考察其知名性的来源，也即要求知名性来源于经营者的诚信经营，而不能是通过不正当竞争手段取得。

在本案中，蒙特莎公司的金莎巧克力擅自使用费列罗公司巧克力的包装装潢行为，属于不正当竞争行为，直接侵犯了费列罗公司的特有包装装潢权。故法院认定，一审法院以蒙特莎公司的金莎巧克力产品在我国知名度高于费列罗公司产品知名度为由驳回费列罗公司诉讼请求的做法是不当的。而最高人民法院的认定不同于二审法院，首先，其肯定了不同经营者之间可以在商品包装装潢上相互借鉴学习。其次，最高人民法院认为应当以识别商品来源作为判断是否造成混淆或者误认的标准。最后，最高人民法院指出，尽管两者商品在价格、质量、口味以及消费层次等方面存在差异，并且商品名称和商标不同，但也容易造成相关公众对金莎巧克力与费列罗巧克力发生混淆，误认为两者之间存在某种经

《若干规定》第3条第2款规定：本规定所称特有，是指商品名称、包装、装潢非为相关商品所通用，并具有显著的区别性特征。而在《若干解释》第2条第1款第1项规定，有下列情形之一的，人民法院不认定为知名商品特有的名称、包装、装潢：商品的通用名称、图形、型号。

吴偕林：《知识产权案例精选 2011-2013》，知识产权出版社 2014 年版，第 158 页。

济联系。

针对上述法院所提出的观点，本文对此有思考：第一，商品的知名度高低不应作为认定两种均已知名商品之间是否发生混淆或者误认的考虑因素。理由在于，反不正当竞争法之所以保护知名商品的包装装潢在内的商业标识，其目的是防止消费者在商品或者服务来源上的发生混淆，从而维护正常的市场竞争秩序。而在两种商品均知名的情形，关键在于确定何者之商品的特有包装装潢使用在先，而不能简单的认为谁的名气大就保护谁，否则就可能出现“以大欺小，以强欺弱”的现象。具体到本案中，费列罗公司与蒙特莎公司的巧克力在国内均具有知名度，认定是否发生混淆或者就应考察何者在先使用特有的包装装潢。第二，在认定是否引起混淆或者误认时，商标、商品名称、产地、价格、质量和口味等其他因素仅应适当考虑，不能因上述其他因素具有较大差异而否认其仿冒他人知名商品特有包装装潢在先的事实。以商标为例，在本案中，费列罗公司与蒙特莎公司的商标差异性尤为明显，但是最高人民法院依旧认定蒙特莎公司的行为属于不正当竞争，在此有必要引入“知名商品要素的可分离性”，正是由于知名商品的特有包装装潢与商标等其他因素可以分离，因而认定混淆或者误认时也需要分别考察，不能将商标与特有包装装潢交织起来。

三、侵犯知名商品特有包装装潢行为之认定

本文接下来有必要从法律层面对我国的侵犯知名商品特有包装装潢行为的认定进行简要阐述。根据我国《反不正当竞争法》第5条第2项以及其他相关规定，一般认为侵犯知名商品特有包装装潢的构成要件包括以下三个方面：

（一）知名商品

何谓知名商品，众说纷纭。根据《若干规定》第3条第1款之规定，知名商品是指市场上具有一定知名度，为相关公众所知悉的商品，这一定义较为含糊。另外根据《若干规定》第4条第1款之规定，如果某商品的包装装潢被他人擅自作相同或者近似使用，造成购买者误认，即可将该商品认定为知名商品。而在我国不正当竞争执法与司法实践中，一般从以下四个方面来认定商品知名性：

一是经过相关部门认定而取得驰名商标或者著名商标的商品；

二是经过国家主管部门认定的名优商品；

三是在国内外或者本地区为消费者所广为知悉的商品；

四是被他人假冒仿冒，也即被他人擅自使用或近似使用名称、包装以及装潢的商品。

《若干解释》在此基础之上，对知名商品有了进一步限定。根据该解释第1条第1款之规定，知名商品的“知名”首先应当在中国境内来考察其市场知名度。其次在具体认定知名商品时，应当结合商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行任何宣传的持续时间、

李明德：《商标、商标权与市场竞争——商标法几个基本理论问题新探》，《甘肃社会科学》2015年第5期。

向波：《“不劳而获”的现实与“公平正义”的神话——原王老吉凉茶特有包装、装潢利益归属法律分析》，《知识产权》2012年第12期。

《若干规定》第4条第1款规定：商品名称、包装、装潢被他人擅自作相同或者近似使用，足以造成购买者误认的，该商品即可认定为知名商品。

倪振峰：《竞争法案例教程》，复旦大学出版社2005年版，第68页。

程度和地域范围等多方面因素进行认定。在涉及知名商品认定的个案中，当前存在两种较为片面的做法。一种是以商品是否获奖即商品是否拥有驰名商标或荣誉称号等作为认定知名商品的主要标准，这样的做法是不可取的。原因在于知名商品并不是一种荣誉称号，正如有的学者所言，“一种商品是否知名，是否为相关大众所知悉，这是一个客观的事实，而不是一个由政府认定的问题”。知名商品也有可能并未获得荣誉称号等。当然这并不否认以商品获奖或者取得名优称号等作为认定商品知名的考量因素，在个案中以是否获奖作为认定的考量因素仍具有一定的合理性，可以在很大程度上简化证明程序、节约司法成本。在实践中另外一种片面做法就是根据《若干规定》第4条第1款之规定即以“商品是否被假冒仿冒”反向推定其为知名商品，这样的做法也是饱受诟病的。原因在于反向推定有失武断，可能容易诱发通过制造诉讼以此来认定知名商品的虚假诉讼行为，从而存在知名商品认定异化的风险。因而，从被假冒仿冒的结果反向推定该商品属于知名商品的做法并不可取。

（二）特有包装装潢

关于特有包装装潢，大致可以从两方面着手进行认定，即包含“特有”与“包装装潢”，其中“特有”的认定尤为关键。根据《若干规定》第3条第2款之规定，所谓特有，是指商品包装、装潢非为相关产品所通用，并具有显著的区别性特征。而根据《若干规定》第3条第4款及第5款之规定，包装是指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。而装潢是指为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。尽管有相关规定，然而在个案中，对于如何认定包装装潢属于“特有包装装潢”，仍具有较大难度，一般可以从包装装潢是否具有以下因素综合考虑：（1）非通用性；（2）显著区别性；（3）在先使用。

在实践中，认定商品的包装装潢是否为“在先使用”相对而言，较为容易。而认定商品的包装装潢是否为相关行业所通用、是否具有显著区别性，则需要结合案件具体情况进行考察。在“浙江喜盈门啤酒有限公司诉百威英博哈尔滨啤酒有限公司等擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷案”中，原告哈尔滨啤酒主张其某系列产品使用的包装装潢具有显著特征，应当认定为特有包装装潢。而被告则以该啤酒包装装潢在市场上为其他经营者所使用为由主张该包装装潢属于通用包装装潢，不具有特有性。最终法院认定该包装装潢属于哈尔滨公司的特有包装装潢，理由在于该系列啤酒包装装潢的构成元素经过组合运用，特色鲜明，能够吸引普通消费者的注意力，且该包装装潢有别于在同类商品的装潢。

而在“济南东风制药厂有限公司诉江苏肤美灵化妆品总厂等侵犯商品名称、包装、装潢不正当竞争纠纷案”中，法院认为，济南东风制药厂的产品内外包装盒是普通、常见的，该商品包装、装潢的形状和颜色并不具有显著的区别特征，这样的包装装潢对于消费者购买该商品不具有识别商品的功能，消费者对该商品的识别注意力主要体现在其已经熟知的“新肤螨灵霜”这一商品名称上。故济南东风制药厂生产的产品虽为知名商品，但其

王晓晔：《竞争法学》，社会科学文献出版社2007年版，第80页。

钱光文、丁文联：《知名商品的司法认定》，《人民司法》2011年第7期。

陶凯元：《掩卷而思 反不正当竞争案例选萃》，法律出版社2006年版，第130页。

上海市高级人民法院（2013）沪高民三（知）终字第110号民事判决书。

北京市高级人民法院（2003）高民终字第120号民事判决书。

包装、装潢缺乏特有性，因此不能作为特有包装、装潢予以保护。通过上述结论相反的案例可以看出，法院在处理类似侵犯商品的特有包装装潢案件时，主要应在判定商品包装装潢的通用性、显著区别性上着力，以准确认定商品包装装潢的特有性。

(三) 擅自使用知名商品特有包装装潢，造成混淆或者误认

1. 擅自使用知名商品特有包装装潢

所谓“擅自使用知名商品特有包装装潢”，是指未经知名商品经营者同意而使用与他人知名商品相同或者近似的特有包装装潢之行为。根据《反不正当竞争法》第5条第2项与《若干规定》第4条第1款之规定，结合我国现行竞争立法以及市场经济中出现的实际案例，可以发现有关“擅自使用”知名商品特有包装装潢的行为的类型其实主要包括两类，即“假冒”和“仿冒”。此处所谓“假冒”，是指经营者使用与知名商品相同的特有包装装潢，这种行为就类似于假冒知名商标，简言之就是对知名商品的特有包装装潢进行原封不动的照搬使用，此种行为极易造成购买者发生混淆或者误认，使得侵权者可以轻易“坐收渔翁之利”。而此处的“仿冒”，是指经营者使用与知名商品类似或者近似的包装装潢之行为。这样一种行为较前述照搬照抄之行为，对于知名商品经营者合法权益之侵害似乎有所减轻，然则并非如此。由于直接假冒他人知名商品特有包装装潢的行为，容易被他人发现，因此更多的侵权者会选择后一种行为来攫取他人知名商品所带来之利益。一方面，仿冒行为与假冒行为相较而言，更具隐蔽性，司法实践中关于如何认定“作相同或者类似之使用”存在较大争议，目前并无较为具体明晰之标准，因此对于此类行为是否构成仿冒的判定主观随意性较大。另一方面的原因则在于成功的包装、装潢也能够给消费者留下深刻的视觉印象，潜移默化地影响消费心理。而仿冒知名商品的特有包装装潢无疑能够吸引消费者的注意，使得仿冒者可以轻易取得原本属于知名商品的竞争优势，从而获取不正当竞争利益。当然，无论是假冒知名商品特有包装装潢，还是仿冒知名商品特有包装装潢，二者除了区别之外，也存在一些共性。构成竞争法所规制假冒、仿冒知名商品特有包装装潢的行为均要求经营者实施此类行为时具有主观故意性；同时二者均借助于非法手段获取了他人知名商品的竞争利益，属于典型的“搭便车”，也都违背了市场竞争中公认之商业道德和诚信原则。

2. 造成混淆或者误认

根据我国《反不正当竞争法》第5条第2项之规定，构成侵犯知名商品特有的包装装潢之行为，必须造成和他人的知名商品相混淆或者发生误认，这一结果要件不可或缺。另外根据《若干规定》第2条之规定，经营者擅自使用与知名商品相同或者近似之特有包装装潢，造成混淆或者误认，应当包括两种情形，即“已经造成混淆或者误认”与“可能造成混淆或者误认”。上述观点，在《若干解释》第4条第1款及第2款中，得到了进一步印证。

当然，在弄清“造成混淆或者误认”的表现形态的基础上，究竟何谓“混淆或者误认”也值得我们进行探讨。尽管理论上仍然存在一定争议，但通过借鉴商标混淆侵权的有关理论，一般认为商标“混淆”有以下两种情况：即来源混淆（直接混淆）和关联关系混淆（间接混淆）。具体到竞争法领域，侵犯知名商品的特有包装装潢，造成混淆或者误认，其中的混淆亦包括来源混淆和关联关系混淆。所谓来源混淆，是指消费者由于他人假冒仿冒知名

张劲春：《如何认定仿冒知名商品特有名称、包装、装潢》，《中国工商报》2015年2月4日。

祝建军：《构成关联关系混淆侵犯商标权的条件》，《人民司法》2014年第12期。

商品特有包装装潢行为将侵权商品误认为是知名商品；而关联关系混淆是指由于他人的假冒仿冒知名商品特有包装装潢行为，使得消费者误认为商品之间存在密切的关系。本文赞同上述对“混淆或者误认”所作的广义上理解，即混淆或者误认不仅包括商品来源的混淆或者误认，也包含对关联关系的混淆或者误认。由此可知，混淆或者误认的本质在于经营者通过仿冒或者假冒行为造成购买者对相关商品产生错误认识进而影响其消费选择。

另外，对于混淆或者误认的认定标准，当前也存在一定的分歧。但依据《若干规定》第5条第1款的规定，在认定是否造成混淆或者误认之时，应当坚持以下两个要求：第一，要根据主要部分与整体印象之标准进行综合判断。第二，要以一般购买者施以普通注意力之标准来分析认定。

四、我国现行知名商品特有包装装潢竞争法保护制度之完善

从本文前述内容可以看出，尽管我国现行的知名商品特有包装装潢竞争法保护制度已经有了较大丰富与发展，但其中仍然存在诸多问题，亟待解决。因此在接下来这一部分，本文将结合知名商品特有包装装潢竞争法保护制度中存在的主要问题，进行有针对性的分析进而提出对问题的思考，以期对今后我国的竞争立法尤其是对未来《反不正当竞争法》的修订有所借鉴。

（一）克服知名商品前置的争议及知名商品认定中存在的现实难题

无论是我国竞争法传统理论，亦或是竞争立法及其实践，均将知名商品作为商品特有包装装潢的前提条件。支持这一主张的人不外乎认为，商品如果不具有一定影响或者知名度，相关公众就不会将其与特定商品联系起来，就不具有实际的识别作用，因而也不会发生混淆或者误认。这一观点似乎颇具说服力，然而是否有必要将知名性认定作为商品特有包装装潢竞争法保护的前置条件予以限制。本文对此持有异议，主要基于以下方面考量：

第一，从简化程序、节约成本来看，将知名商品作为前置条件，无疑增加了执法与司法的难度。当前由于现行竞争法的规定，执法机关或者法院在处理相关纠纷时，面临的首要难题就是对知名商品进行认定，然而由于知名商品认定标准的主观性、模糊性及复杂性，无疑将会大大增加案件处理成本，在个案中甚至可能出现基于一己私利的考量而徇私枉法的情形。

第二，从保护消费者的视角来看，知名商品作为前置程序，不应脱离消费者。但在现实的案件中，更多时候知名商品是由执法者以及法官来认定，这一过程并未将作为竞争法所保护的主体——消费者纳入其中。

第三，从竞争立法目的来看，商品知名前置程序，无疑会将非知名商品的特有包装装潢权利排除在外，使其得不到相应的保护，这样的局面出现既不利于保护非知名商品的合法权益，也是明显违背于竞争立法目的。因此本文认为，在竞争法对商品的特有包装装潢进行保护之时，应当摒弃过去的固化思维——知名商品前置。在《保护工业产权巴黎公约》（1980修订）中的第10条之二中，禁止在竞争中采取任何手段给对方造成混乱的一切行为（此处的“混乱”也可以理解为“混淆”），显然这样的规定并未要求其保护客体必须为知名企

孔祥俊：《反不正当竞争法的司法创新和发展——为反不正当竞争法施行20周年而作》，《知识产权》2013年第12期。

业或者知名商品。我国已经加入该公约，因此上述规定也同样适用于国内相关案件的处理。因此在将来我国的《反不正当竞争法》修订中，在对有关知名商品特有包装装潢保护规定进行修改之时，应当将知名商品认定程序前置是否有必要予以保留纳入考察范围。

但根据我国现行竞争立法的规定，在相关案件处理中知名商品前置程序仍须坚持。因此本文认为，在当前相关法律尚未修改的情况下，更切合实际的做法就是尽可能在“如何认定知名商品”这一问题上达致共识，形成更具操作性的认定标准，减少主观性与不确定性，使得认定程序更加客观，案件处理结果不致大相径庭。当前在这一方面已经有一些有益的探索，有学者提出从以下三个步骤来认定知名商品：第一步，考察是否存在有关商品的名称、包装、装潢被他人假冒或仿冒的事实；第二步，如果认定存在对有关商品的名称、包装、装潢进行假冒或仿冒的事实，则可适用反推规则；第三步，结合积极标准提出的条件，考察这种商品在合理界定的相关市场是否具有较高的知名度。这是学者们对于此问题的探索与思考的结果，首先需予以肯定。但是，本文认为，对知名商品的认定其实包含两个问题——“何为知名”以及“知名限度”。依据本文观点，“何为知名”本身就是一个抽象的概念，在《若干规定》和《若干解释》中不仅有了较为抽象性的定义，而且又进一步对认定中需要参考的因素进行了较为全面的列举。在我国的司法实践中，一些法院对此也进行了有益探索。例如本文提到的费列罗案，就是典型之一。在此案中，是否应当将商品在国外的知名情况纳入对其国内知名的认定之中，法院之间出现了较大分歧。最高法院最终确立将国外知名状况纳入考察范围之中，体现了其对此问题的观点和思考，对今后司法实务中处理同类案件将产生巨大的指导作用。其次，对于“知名限度”的回答，也是摆在我们面前的难题。当前对此问题，呈现出两极化的现象，有人认为知名商品是指在相关公众中具有较高知名度的商品，即对“知名度”提出了较高的要求；而相反的观点则认为，知名商品应当是指在相关公众中具有一定知名度，并不要求知名度较高。结合我国立法宗旨考量，本文更趋向于后一种观点，知名度不宜理解过高，否则将使得权利被侵害者无法得到法律救济。

（二）特有包装装潢性质争议、认定难题及其今后完善

对于特有包装装潢究竟属于何种权利，学界尚有争议，并无统一之意见。目前在学界代表性观点包括：有的学者将商品特有包装装潢纳入“识别性标示”之中，作为对传统知识产权制度的补充，其认为识别性标识囊括了一切在工商活动当中能体现某种个性，能将某一企业或产品与其他企业或产品区别开来的所有符号、徽记、徽标与标语。也有学者根据我国《反不正当竞争法》（送审稿）中引入了商业标示的概念，而将商品特有包装装潢放入“商业标识”之中，并且进一步认为此举可以解决商业标识之间的权利冲突，还能扩大不正当竞争的范围。另外有学者将包装装潢涵盖在“商业外观”之中，认为商业外观是指经营者所提供的商品、服务或者进行商业宣传活动所使用的整体或局部的外观与形象，其范围包括提及的包装、装潢、商品外形、服饰、装修风格以及它们的组合。

无论是“识别性标示”，还是“商业标识”，亦或是“商业外观”，尽管在内涵与外延上

邵建东：《竞争法学》，中国人民大学出版社2009年版，第105页。

谢晓尧：《论反不正当竞争法对知识产权的保护》，《中山大学学报（社会科学版）》2006年第3期。

徐士英：《仿冒混淆行为法律规制的完善——对反不正当竞争法引入商业标识的思考》，《中国工商管理研究》2011年第4期。

李春芳、伦佩明：《试论我国商业外观保护之“知名性”的重构》，《知识产权》2013年第7期。

有所差异，但这三者之间有一个共性的基础，即承认我国竞争立法之所以对知名商品特有包装装潢进行保护的原因在于传统知识产权立法的阙漏，作为对知识产权保护制度的补充，知名商品特有包装装潢保护制度应运而生。当然这一保护制度也存在着局限性，由于现行立法要求为必须知名商品的特有包装装潢，由此可以推知，非知名商品的特有包装装潢就得不到法律保护，知名商品的非特有包装装潢（但实际上仍具有商品来源识别功能）也同样得不到现行竞争立法的保护。这样一种状况的出现，显然也与竞争立法的目的背道而驰。同时，特有包装装潢本身的认定也是一个十分复杂的过程。虽然竞争立法已有一些规定，但在遇到具体案件之时，法官往往不知从何着手对其特有性进行认定。这样一种困境的出现，与现行的知名商品的特有包装装潢制度规定本身有着千丝万缕的关联。由于现行竞争立法要求包装装潢具有“特有性”，而“特有性”的认定一般采用的“非通用性”、“显著区别性”及“在先使用”等标准进行确定，例如在“箭牌糖类有限公司、箭牌糖果（中国）有限公司诉天津市普天童乐食品厂、邓金凤等侵害商标专用权及不正当竞争纠纷案”中，法院就指出，商品的特有包装、装潢，是为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，该装潢非为相关商品所通用，并具有显著的区别性特征。而在“上海华银日用品有限公司诉汕头威可日用化工有限公司仿冒知名商品特有包装装潢案”中，法院认为原告主张的包装和装潢是其在先使用，且其包装装潢具有显著的区别性特征，并非为相关商品所通用，因而认定为知名商品的特有包装和装潢。然而这些概念本身具有不确定性，需要法官结合全案具体情况进行判断。而在第47号指导案例中，最高人民法院在延续以往商品包装装潢特有性认定标准的同时，也有一些新的做法值得为今后知名商品特有包装装潢保护制度的完善所借鉴。

其一，就是最高人民法院并未停留于法律规定的表面涵义，尽管承认费列罗公司巧克力的包装装潢组合包含的各个要素属于食品包装行业中通用的包装、装潢元素，但由于商品包装装潢构成元素排列组合有很大的设计空间，而费列罗巧克力所使用的包装、装潢的构成要素排列组合具有独特性，已经形成了显著的整体形象，因而法院最终认定其包装装潢的特有性，这一点是对以往过度拘泥于“非通用性”的突破。

其二，就是最高人民法院在认定包装装潢特有性上，注重考察仿冒或者假冒行为是否使相关公众将特有包装装潢与费列罗公司的巧克力商品联系起来，也即以包装装潢是否具有“识别商品来源”功能作为最终的认定标准。

关于特有的包装装潢的认定，尽管当前法院仍主要坚持将“显著区别性”、“非通用性”等作为认定包装装潢特有性的标准，但本文认为最终应当落实到分析该包装装潢是否应当具有识别商品来源功能，是否使得购买者在看到特有包装装潢时能将其与所标示的商品联系起来的作用上。理由就在于，知名商品的特有包装装潢之所以能够获得竞争法保护，离不开其具有的识别商品来源的作用。因而有人直接认为，《反不正当竞争法》第5条第2项规定的知名商品包装和装潢的特有性就是指该商品包装和装潢能够起到区别商品来源的作用，本文对此予以认同。

天津市高级人民法院（2011）津高民三终字第53号民事判决书。

广东省汕头市中级人民法院（2005）汕中法知初字第7号民事判决书。

奚晓明：《最高人民法院知识产权审判案例指导 第6辑》，中国法制出版社2014年版，第261页。

（三）现行竞争法关于认定混淆或者误认所存在的局限性及其应对之策

关于现行竞争法中有关“混淆”或者“误认”认定是否具有局限性，答案是肯定的。从造成混淆的具体行为来看，如有的学者指出“我国《反不正当竞争法》只规定了‘擅自使用的行为’，而没有规定其他的行为形态。因此具有同样危害的一些不正当竞争行为便逍遥法外，如单纯擅自制造知名商品的特有包装装潢的行为就是一例。因此在今后《反不正当竞争法》的修订中，应当吸取先前立法之教训和经验，例如针对上述问题，今后立法在坚持完善一般条款的同时，也应当增加此类不正当竞争行为造成混淆的类型，以减少给他人钻法律漏洞的可能性。

当然更大的局限性则发生在认定混淆或者误认上。有学者认为我国对包括商品包装装潢在内的商业外观进行保护，现行立法和司法是采用“混淆的可能性”标准。因而商品包装装潢要得到法律保护，必须得证明经营者的假冒或者仿冒行为可能会给消费者造成混淆。根据我国现行法律规定，在有关的司法实践中，判断是否造成混淆或者误认，一般是从“主要部分和整体印象相近”及“一般购买者施以普通注意力会发生误认等综合分析认定”两个方面进行考虑。这样的观点本身并无多大问题。然而现实中却存在这样的一种观点，即在案件中，虽然经营者对知名商品的包装装潢实际上进行了仿冒或者假冒，但是其认为由于消费者能从商标等其他标示中对不同商品进行区分，因而其行为并不构成不正当竞争。这样的一种观点，在最高法院第47号指导案例中也得到了体现，审理该案的一审法院就认为，由于“FERRERO ROCHER”商标与“金莎”商标均处于各自产品包装的显著位置，消费者能从巧克力的商标及生产厂家等不同之处进行分辨，以购买自己所需要的产品，近似的装潢已经不能成为消费者选择的障碍，因此尽管两者产品装潢近似，亦不足以使消费者产生误认，混淆两者的产品。这样一种观点漏洞百出，最明显的错误在于该法官未能从整体上把握我国有关知名商品特有包装包装的有关规定，而是用肢解的眼光来看待混淆或者误认，甚至也没有真正领会知名商品特有包装装潢竞争保护立法的宗旨。

总之，今后随着我国《反不正当竞争法》修订，有关知名商品特有包装装潢保护中的混淆认定中的具体表述可能会有所变化，但作为判断擅自使用该标识的行为是否构成不正当竞争行为的“试金石”，仍需以消费者为核心的相关公众为依归，作为判断是否产生混淆或者误认根本立足点。

五、结语

本文围绕知名商品特有包装装潢竞争法保护制度，结合最高人民法院第47号指导案例，梳理和分析了我国的知名商品特有包装装潢的现行立法、理论争议以及所存在的问题，尤其是对于我国当前司法实践中凸显的问题重新进行一些新的思考。在本文看来，最高人民法院的第47号指导案例，体现了我国最高司法机关对于知名商品特有包装装潢的竞争法保护制度进行新的有益探索，值得学界和实务界进一步研究。唯有对于这一制度存在的问题进行更深入的分析，才能为将来我国不正当竞争的立法完善提供坚实基础。

种明钊：《竞争法》，法律出版社2008年版，第132页。

景辉：《商业外观的法律保护疏证》，《中国工商管理研究》2013年第9期。

邓宏光：《知名商品特有包装装潢保护的原点在哪里》，《中国知识产权报》2015年7月10日。