

论《反不正当竞争法》对未注册商标的保护

——兼论《反不正当竞争法》与《商标法》的体系协调

黄 汇*

摘要:对未注册商标进行保护不仅必要而且具有可行性。虽然《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条和第6条尚因制度缺陷无法为未注册商标提供有效保护,但是通过革新一般条款的适用理念,科学重构“不正当竞争”概念,采用“不正当竞争界定+重点示例”的开放立法,可以增强反不正当竞争法对未注册商标保护的制度涵摄。同时前置性地在商标法中植入未注册商标系当事人财产的观念,强化对抢注行为的规制,可以增强适用反不正当竞争法对未注册商标所有人进行损害赔偿救济的力度,从而提高抢注违法成本,形成对其打击和预防的双重治理效果。结合商标法注册取得制度,合理划定反不正当竞争保护的逻辑边界,在科学化解未注册商标保护与注册效力规则冲突的同时,给予前者以合比例的救济与尊重,从而实现对未注册商标保护的必要性与合理性、全面性与谦抑性、前瞻性与针对性的有机统一。

关键词:反不正当竞争法 商标法 未注册商标 体系协调 制度重塑

因未注册商标不具有注册商标所具备的公示手段,故对未注册商标的保护往往表现出与商标法之间的不兼容。实行成文注册商标法的国家,虽然试图对未注册商标进行合理保护,但这种保护更多限于程序上的设计,即赋予未注册商标所有人以注册时的禁止权以对抗他人以不正当手段抢先注册。^①从规范体系上看,商标法对未注册商标的保护远非充分,既未赋予未注册商标所有人以排他权,也未赋予针对他人“抢注”的损害赔偿请求权,更未提供注册商标权人可享有的惩罚性损害赔偿请求权以及假冒注册商标罪等刑事保护手段。正因为《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)对未注册商标保护不充分,所以有学者将我国商标“抢注”泛滥、注而不用大量商标“圈地”和商标“囤积”现象之成因,归结于“我国立法对未注册商标很少提供保护,商标权

* 西南政法大学民商法学院教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(17ZDA138)

① 参见黄晖:《反不正当竞争法对未注册商标的保护》,《中华商标》2007年第4期。

人意在通过全方位的注册以防止自己的经营成果被他人掠夺”。^①虽然《商标法》不能为未注册商标提供充分救济,但是这丝毫不影响对未注册商标进行保护的正当性。因为商标的商誉不是商标标记设计人设计出来的,也不是依注册制度取得的,由商标体现出来的商誉,是有关厂商通过提供质量一致或稳定的商品或服务创造出来的。^②商标注册“本质上是为商标使用服务的,其目的只是为了确保商标在市场上能够相互区分,从而有效发挥识别商品出处的作用”。^③既然注册原则的目的是促进具体信誉的形成,那么就应对已经积蓄了相当程度信誉的未注册商标也给予充分的保护。^④因现代商标法“将本属于程序性要件的注册,作为了商标利益产生不可动摇的唯一前提”,^⑤故很难为未注册商标提供充分全面的保护。为有效克服注册赋权形式带来的弊端,引导相关理论回归商誉价值保护并鼓励诚信经营才是解决之道。对此,具有不同规范功能的《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)在《商标法》之外,扮演着重要的制度配合与协同功能。既然如此,究竟该如何科学构造反不正当竞争法,使其得以构筑起未注册商标保护的坚固屏障就成了问题的关键。

一、未注册商标保护视野下《反不正当竞争法》一般条款的合理重构

《反不正当竞争法》第2条和第6条的规定可为未注册商标提供保护。有学者将第2条称为一般性禁止“搭便车”条款,将第6条称为“禁止混淆”条款。^⑥虽然按照《反不正当竞争法》价值取向的根本要求,一般条款的适用应保持必要的谦抑性,以维持自由竞争的必要存在;^⑦但是这绝不意味着一般条款对未注册商标保护的“失语”,尤其是在《反不正当竞争法》第6条针对不具有影响力的未注册商标的恶意抢注不敷所用的境况下更应如此。然而,遗憾的是,因《反不正当竞争法》缺乏对一般性条款的科学设计,司法实践中罕有以此条为基础寻求保护者。

(一)一般条款保护未注册商标的必要性解读

构造合理的一般性条款是反不正当竞争法完善的重要标志。一般条款的功能主要有二:(1)确保不正当竞争概念的周延性;(2)为法官补充判断竞争行为正当性的工具。前者为形式功能,后者则为实质功能。^⑧一般条款的设立,系反不正当竞争法定主义与法官自由裁量之间折中的产物。与具体规则不同,一般条款并非对预定事件的固定性反应,其适用应结合具体的场景,由法官评价性地加以补充。^⑨一般条款往往借助其抽象和开放的评价标准,使自身在复杂多样的

① 孙山:《未注册商标法律保护的逻辑基础与规范设计》,《甘肃政法学院学报》2015年第2期。

② 参见李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2003年版,第258~259页。

③ 彭学龙:《寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡》,《法学研究》2010年第3期。

④ 参见[日]田村善之:《日本知识产权法》,周超、李雨峰、李希同译,知识产权出版社2011年版,第105页。

⑤ 刘春田:《民法原则与商标立法》,《知识产权》2010年第1期。

⑥ 参见刘维:《论混淆使用注册商标的反不正当竞争规制》,《知识产权》2020年第7期。

⑦ 参见王艳芳:《论反不正当竞争法的基本价值取向(下)——以反不正当竞争法一般条款为视角》,《中国专利与商标》2020年第3期。

⑧ 参见蒋舸:《反不正当竞争法一般条款的形式功能与实质功能》,《法商研究》2014年第6期。

⑨ 参见董晓敏:《〈反不正当竞争法〉一般条款的适用》,知识产权出版社2019年版,“导言”第16~17页。

市场竞争环境中,具有议价空间与回旋余地,从而迎合市场竞争的需要。^①故而,在法律地位上,一般条款往往具有统帅性、概括性和基础性功能。通常而言,为了维护法的安定性,应防止发生一般条款适用泛司法化的现象。在适用逻辑上,也应按特别法优于普通法的原则,对于可纳入具体条款规范的不正当竞争行为,应先由具体条款进行调整。只有在法律规定的具体事实构成不敷所用时,才有必要在经过审慎的论证后启用一般条款加以保护。

1. 禁止混淆条款对未注册商标保护的不敷所用

对未注册商标之保护,通常应优先考虑适用《反不正当竞争法》第6条之规定。然而,该条的适用需以消费者的“混淆误认”为前提,实践中当抢注者未将商标实际投入使用时,即便抢注的是在先有一定影响的商标,消费者也无从混淆。反之,当抢注的是根本未使用的未注册商标,因在先商标在消费者中未建立任何影响,故混淆更是无处发生。因而,从理论上而言,无论针对何种抢注,均无《反不正当竞争法》第6条适用之余地。当然,也有学者认为,抢注因使所有人的标识无法与消费者建立联系而导致消费者无法识别商品的真实来源,消费者实际上被混淆了。^②笔者认为,该观点值得商榷。

从立法论的视角来看,目前《反不正当竞争法》第6条主要保护在先使用的有一定影响的商标,这是因为抢注前在先使用者已在市场上展示了其商标。当抢注者并未实际使用商标,而只是试图通过抢注后高价兜售、高价许可或者是通过恶意异议、恶意无效导致被抢注的商标处于不稳定状态,或者仅是以此为要挟使在先未注册商标所有人处于不测之境地时,无论属于哪种情况,第6条都无适用余地。事实上,抢注者往往并不使用商标,而是试图滥用注册程序以达到恫吓或挟持真实使用者之目的。只要抢注者未在市场上使用,那么在在先商标通过使用使自身产生了一定影响力和市场饱和度的情况下,消费者是很难产生混淆误认之事实的。此时抢注者只是具备了将在先商标所有人排挤出竞争市场的可能性,在抢注尚未最终成功、商标注册人身份尚未被抢注者最终攫取的情况下,消费者误认在先使用者和抢注者身份的实际混淆行为根本无从发生。那么,试图以反混淆为根本目的的第6条(包括第4项即小兜底条款)来对该情形加以规制,并不具备实质性条件。这时虽然并没有实际的商标混淆发生,但对于在先未注册商标所有人而言,其已处于被抢注者非法逐出市场的边缘或者其正常经营正受到被抢注者非道德行径的严重干扰,无论是哪种情况,抢注者的行为都是一种严重背离商业道德的权利滥用,对他人正常使用商标和因此形塑的法益秩序构成了严重的侵扰和伤害,亟须司法通过反不正当竞争法来予以遏制。

2. 一般条款对禁止混淆条款的效能补充价值

从法理上看,对某些具备保护必要性但尚未纳入知识产权范围的法益,反不正当竞争法往往借助于一般条款对其提供过渡保护。^③此时,一般条款实际上具有将法益上升为权利保护的联系沟通和桥梁转化之功效。在某一法益类型化为知识产权保护之前,通过一般条款对该法益进行事前的价值塑造和法益确认是反不正当竞争保护向知识产权保护变迁的制度发生学前提。就

^① 参见谢晓尧:《一般条款的裁判思维与方法——以广告过滤行为的正当性判断为例》,《知识产权》2018年第4期。

^② 参见王莲峰、康瑞:《法律责任视角下商标恶意抢注的司法规制》,《中华商标》2018年第7期。

^③ 参见曹静敏、周多:《论反不正当竞争法在注册商标保护中的适用逻辑——从新百伦诉纽巴伦反不正当竞争纠纷案说起》,《中华商标》2020年第7期。

像有学者所言,制止不正当竞争的司法实践,往往成为成文知识产权法保护之先驱。^① 一般条款通过对“不正当竞争”概念的形塑,对其酝酿保护之法益进行了首次价值上的衡量。只不过与通常的权利范式不同,反不正当竞争法不是基于利益本身的正当而是基于第三人行为的非正当性即通过对非不正当竞争行为的否定性评价,反射性地保护了某一法益。^② 因此,与其说是反不正当竞争法成就了法益,倒不如说是对公平竞争秩序的价值塑造和对不正当竞争行为的社会矫正与治愈促进了反不正当竞争法的形成,继而促成了包括未注册商标在内的现代法益的形成。

一般条款适用的谦抑性绝不等于排除适用,更多是指在具体知识产权法有规定时,不宜再动用一般条款对某一客体提供保护,否则知识产权法将被实质性架空,将破坏知识产权保护是例外而不保护才是原则的公共领域规则。也即,公共领域才是知识产权法的核心,保护不过是例外,只有恪守该规则,才有利于确保公共领域的稳定存在。换言之,从知识产权保护的一般规律来看,一般条款的适用须遵循谦抑原则,即便如此也绝不意味在其该发挥作用的领域“失语”,尤其是《反不正当竞争法》第6条对在先未注册商标保护不敷所用的情况下更是如此。在竞争法理上,《反不正当竞争法》一般条款的补充功能主要体现在第6条即有关“标识仿冒”的相关领域。另外,从竞争法的适用来看,一般条款既是兜底条款也是竞合规范。作为兜底条款,一般条款具有补充漏洞之功能;作为竞合规范,其与特别规范的适用并非完全相互排斥,也不严格地适用特别法优先于一般法的原则,一般条款中用于评判竞争行为正当与否的“不正当竞争”概念,对适用和解释特别规范有着“支配性”影响。^③ 也就是说,在现有规范体系内,因《反不正当竞争法》第6条针对未注册商标抢注尤其是不具有一定影响的未注册商标的抢注尚欠缺科学的规范依据,故此时应适用一般条款来救济,否则对未注册商标所有人而言是不公平的,在此处易形成不应有的司法盲区。具言之,一般性条款支配着整部反不正当竞争法的适用,在特别条款的具体事实构成不敷用时,通过解释一般条款来提供救济才不失解决问题之正途。从比较法来看,2021年修订后的《德国反不正当竞争法》第4条至第7条虽然列举了多种不正当竞争行为,但此列举并非封闭穷尽式的,在当事人的行为不满足其他专门条款要件的情况下,仍可以回溯适用第3条即一般条款来加以解决。^④ 也就是说,在遏制不正当竞争方面,一般条款才是终局性的,具有托底性价值。

(二)一般条款保护未注册商标的制度性缺失

虽然2017年《反不正当竞争法》第2条进行了实质性修订,被认为具有了现代一般条款之性质,但从立法技术上看,仍有待提高之处:(1)其仍将一些不等价的原则诸如自愿、平等、公平原则与反不正当竞争法最高原则——诚实信用原则——并列,这不易凸显不正当竞争行为违反诚信原则和商业伦理的制度本质。(2)第2条第2款仍将“不正当竞争”行为限定在“本法规定”(第6~12条)的情形下,这使其功能大打折扣。即便从解释上看,“违反本法规定”包含了违反《反不正当竞争法》第2条之情形,但鉴于该条没有明确具体的罚则,导致在适用上并不具有可操作性。民事责任是民事主体违反第一性义务所产生的第二性义务,体现为不法行为与其所引起的规范

^① 参见卢纯昕:《反不正当竞争法一般条款在知识产权保护中的适用定位》,《知识产权》2017年第1期。

^② 参见黄汇:《反不正当竞争法对未注册商标的有效保护及其制度重塑》,《中国法学》2022年第5期。

^③ 参见邵建东:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第37页。

^④ 参见范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第39页。

效果之间有充分且必要的条件关系。^① 当某一不正当行为未被课以民事责任的罚则时,其能否通过法的第二性义务测试,从而具备对不法行为的预防与矫正功能特别值得怀疑。在未注册商标保护问题上,如果依照“本法”之规定,也只有第6条勉强可以派上用场。但正如上文分析那样,该条规定究竟能否用于遏制对有一定影响的未注册商标甚或是不具有任何影响的在先未注册商标的抢注尚存疑问,由此亟须一般条款施以援助,但一般条款又因存在关联封闭及责任虚置的缺陷而不能承受其重。

相关国际公约和其他国家反不正当竞争法则更多以行为为立法规制的中心,对包括普通未注册商标在内的所有商业标识提供了一体化保护。1996年《世界知识产权组织反不正当竞争示范法》(以下简称《示范法》)第2条就明确规定:“在工商业活动中,对他人企业或其活动,特别是对该企业提供的产品或服务,引起或者可能引起混同的任何行为或行径,应构成不正当竞争行为。”《示范法》的相关注释更是进一步明确:“商标是否注册无关紧要,反不正当竞争法的保护对于注册商标和未注册商标应该一视同仁。”《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)第10条之二(2)也规定:“凡在工商业活动中违反诚实经营的竞争行为即构成不正当竞争。”而不论其侵害的究竟是否注册商标,也不论该商标的实际影响力状况如何。《加拿大联邦商标法》第7(e)条被认为是制止不正当竞争行为的一般条款,其明确规定:“任何人都不应从事或采取任何违背加拿大工商业诚信惯例的商业行为。”《匈牙利竞争法》第2条规定:“禁止以不正当方式,以及以侵犯或损害竞争者、商业伙伴或消费者合法权益的方式,或者以违背商业伦理要求的方式从事商业行为。”上述规定在界定“不正当竞争”行为时,都表现出了足够的开放性、包容性和社会调适性,将一切违反诚实信用原则和商业道德的行为,都纳入不正当竞争行为的范畴。它既不会与具体条款相勾连,也不会将不正当竞争行为绑定于“本法”例举的情形下。这样一来,它就得以将所有恶意抢注商标的行为都纳入自己的管辖范围。换言之,只要抢注行为构成了对诚实信用原则和正常商业惯例的违反,就有适用反不正当竞争法一般条款进行规制的可能,不论其是否导致了消费者的混淆误认,也不论其抢注的是在先有一定影响的商标抑或是普通商标。

(三)反不正当竞争法一般条款的科学再造

鉴于“一般条款之于《反不正当竞争法》而言,是对所规制不正当竞争行为构成要件的本源性归纳。其不仅高度抽象了全部已类型化不正当竞争行为的共有特征,亦是对未类型化不正当竞争行为判别的原则性法律指引”,^②一般条款的合理构造素来受到各国的高度重视。《反不正当竞争法》第2条对“不正当竞争”采取“类型法定”的封闭主义立场,导致其不可能涵盖所有不正当竞争行为,从而造成法律适用的不周延和对未注册商标保护的不完整,也增加了《商标法》与《反不正当竞争法》之间的协同难度。

《反不正当竞争法》完全可以借鉴《示范法》第2条和《巴黎公约》第10条之二(2)的规定,对第2条进行全面的实质性修改,即规定“经营者在经营活动中应遵守诚实信用原则和公认的商业道德,凡在工商业活动中违反诚实经营的竞争行为即构成不正当竞争”。从立法模式上,笔者认为宜特别借鉴《巴黎公约》第10条之二的做法,该条款采取的是“广义的一般禁止条款+狭义的

^① 参见余军、朱新力:《法律责任概念的形式构造》,《法学研究》2010年第4期。

^② 于是:《〈反不正当竞争法〉一般条款适用的泛化困局与绕行破解——以重构“二维指征下的三元目标叠加”标准为进路》,《中国应用法学》2020年第1期。

特定禁止条款”相结合的立法模式:第10条之二(2)是广义的一般禁止性条款,即将不正当竞争行为定义为“任何违反工商业领域诚实惯例的行为”;第10条之二(3)则是3种具体“应特别禁止”的情形。^①“应当说,巴黎公约第10条之二(2)设置了一个绝对宽泛的兜底路径,它使该条款可以适用于任何违反诚实惯例的竞争行为,而不考虑其是否落入第10条之二(3)明确列举的某一类的不正当竞争行为。”^②之所以这样改造,理由如下:

首先,一般条款所包含的“不正当”概念才是《反不正当竞争法》的核心,反不正当竞争法无从正面界定何为良好的竞争,但必须有能力回答何为不正当竞争,这也是2004年以后的《德国反不正当竞争法》一般条款取消了“善良风俗”的提法而仅保留了“不正当”这一核心概念的重要原因。^③《反不正当竞争法》第2条将不正当竞争行为界定为“经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为”。笔者认为,该规定更多是对“不正当竞争行为”后果的事实描述,而非对其本质的价值判断。《反不正当竞争法》不仅要从正面倡导诚实不欺的商业道德和惯例,也要从反面指出违反它的法律后果。正面倡导不过是一种行为指引,反面陈述才是价值判断,才属于“义务输出”型规范构造。既然不正当竞争行为泛指一切违反诚信惯例和商业道德的行为,那么无论是“抢注”他人在先有一定影响的未注册商标,还是不具有任何影响的普通商标,抑或是注册商标权人倒过来“仿冒、假冒、反向假冒甚至是淡化”他人的未注册商标以扰乱公平市场秩序的行为,都应受到反不正当竞争法的合理规制。因为反不正当竞争法是行为法,包括注册商标权在内的“知识产权作为承认商品排他权的一种法制,也必然要受到包括消费者在内市场竞争和规定这一竞争的市场结构,以及社会价值观念的制约”。^④因此,如果说《反不正当竞争法》的根本目的是要对一切违反诚信原则和商业道德的行为进行矫正和社会治愈的话,那么对“不正当竞争”行为的科学界定则是其根本前提。

其次,之所以要在一般条款中突出强调“诚实信用”“商业道德”“商业惯例”的重要性,主要原因在于诚实信用在整个法域中的统帅地位和功能,它是每一个市场参与者都应遵守的帝王规则。“禁止恶意抢注的理论基础在于民法上的诚实信用原则。申请人在知晓他人在先使用未注册商标的情形下进行商标注册即不应受到保护,此时在先商标是否具有一定的影响并不重要。”^⑤甚至抢注是否在相同或近似的商品上发生也不重要。因此,不仅仅是在先有一定影响的未注册商标,只要认定抢注违反了公认的商业道德和诚信惯例,哪怕是从未使用的在先未注册商标,其所有人同样有提出禁止注册的权利。

最后,在立法模式上,对一般条款应持更为开放的态度,宜将《反不正当竞争法》第2条“本法规定”的“口袋式”立法模式修改为“特别是指以下情形”的重点示例立法模式。相比“口袋式”的

^① 《保护工业产权巴黎公约》第10条之二(3)列举的3种不正当竞争行为包括制造混淆可能性、以虚假陈述方式贬损竞争者(诋毁商誉)、对他人产品进行误导性表达(虚假指控)。

^② 参见[德]弗诺克·亨宁·博德维希主编:《全球反不正当竞争法指引》,黄武双、刘维、陈雅秋译,法律出版社2015年版,第30~31页。

^③ 参见柴耀田:《反不正当竞争法一般条款的体系化功能——德国2015年〈反不正当竞争法〉改革对中国修法的启示》,《电子知识产权》2016年第10期。

^④ [日]富田彻男:《市场竞争中的知识产权》,廖正衡、张明国、徐书绅等译,商务印书馆2017年版,“序言”第1页。

^⑤ 文学:《商标使用与商标保护研究》,法律出版社2008年版,第219页。

一般条款与僵硬的列举式立法,列举和一般条款相结合的立法模式既能实现法的安定性,又能为法的司法续造留有足够空间,以应对变动不居的事实。目前,《反不正当竞争法》采取一般条款和示例规定严格相互关联的立法模式,将不正当竞争行为严苛地限定于“本法规定”的严格文义之下,导致了原本应持开放式表达的一般条款只能做僵化封闭理解,这显然不符合一般条款的制度本意。从立法技术视角来看,在社会价值变迁较快的法律关系中,或者在特别具有创造性的社会实践法律关系中,开放性的立法规范需求更高,这意味着一般条款和不确定的法律概念需求度更高,而穷尽式列举之方法往往注定失败。^①我国知识产权法治的现代化进程呈现出“跨越式转型”“非均衡性发展”和“超大型崛起”的特性,^②对诸如反不正当竞争法这种具有强烈社会属性、鼓励创新和维护社会公平竞争之法律,不宜采用绝对封闭的循环立法,而宜采用开放包容的立法,如此才能适应实践发展所需,为所有未注册商标所有者提供平等保障的机会。

二、《反不正当竞争法》对未注册商标损害赔偿救济制度的完善

在法律实效上,过去《反不正当竞争法》更多奉行公共管理规则,将商标恶意申请行为作为一种社会问题进行调控,^③即更多通过公共权力的介入来追究抢注者的行政责任,如此一来,在尚未注册商标所有人的财产利益往往被裹挟在商标注册行政程序中,并不能对其实现有效的民事救济。在司法实践中,更值得探讨的是,如果当事人仅有恶意申请注册而无其他侵权行为,针对该恶意申请,在先商标所有人是否有权提出不正当竞争之讼并主张民事损害赔偿?其与恶意申请注册商标的行政授权确权程序之间关系如何?当事人是否在商标的授权确权定论后才能主张民事责任?对这些问题的回答,不但关涉对未注册商标法律地位的科学认知,也攸关如何利用《反不正当竞争法》对当事人的利益进行最充分的救济。

(一)未注册商标民事损害赔偿救济的制度困境

面对大量抢注和注而不用行为,未注册商标所有人往往利用《商标法》通过提起异议、无效宣告请求等方式来维护自己的权益。然而,即使抢注被认定为恶意注册而被驳回或被宣告无效,恶意抢注人损失的仅仅是相关的申请规费(当中可能还包括有关代理费用等),商标所有人为制止抢注所付出的代价则远高于抢注人付出的成本。虽然2019年修订后的《商标法》第68条第4款和2019年《规范商标申请注册行为若干规定》第12条均针对恶意抢注规定了警告、罚款等行政处罚措施,对恶意提起商标诉讼的,由人民法院依法给予处罚;2022年《国家知识产权局知识产权信用管理规定》第6条第2项和第9条规定,国家知识产权局依法依规将恶意商标注册申请列为失信行为,并对失信主体实施管理措施;但是,它们均没有为被抢注者提供民事赔偿救济。这导致抢注者的违法成本过低,带来“劣币驱逐良币”现象的频发,不利于对恶意抢注的有效遏制,也不利于我国一流法治化营商环境的打造和贯彻新发展理念实现高质量发展。

针对恶意抢注行为,如果不局限于行政程序,而是可由当事人提起不正当竞争民事诉讼,那

^① 参见[奥]恩斯特·A.克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第42页。

^② 参见吴汉东:《中国知识产权制度现代化的实践与发展》,《中国法学》2022年第5期。

^③ 参见许明月:《侵权救济、救济成本与法律制度的性质——兼论民法与经济法在控制侵权现象方面的功能分工》,《法学评论》2005年第6期。

么法院认定恶意抢注行为构成不正当竞争并禁止抢注者继续使用商标,同时要求被告甚至是商标注册代理机构承担连带损害赔偿责任,将给在先商标所有人提供制止抢注的新思路,有利于从源头上打击恶意抢注行为。此方面的立法例当推德国,在德国,如果一个在先未注册商标被在后者恶意抢注的话,当事人除可基于《德国商标法》第54条第1款的规定向商标专利局提出撤销申请外,还可基于《德国反不正当竞争法》第1条或《德国民法典》第226条、第826条的撤销权和损害赔偿请求权提出相关诉讼要求。^①也就是说,在保护未注册商标权益和遏制抢注以维护公平竞争的问题上,《德国反不正当竞争法》和《德国商标法》甚至与《德国民法典》之间,都保持着紧密的沟通与协调关系。具体而言,2021年《德国反不正当竞争法》第1条是有关立法宗旨的规定,《德国民法典》第226条是有关“禁止权利滥用”的规定。《德国民法典》第826条则是“善良风俗”之规定,根据该条规定,“违反善良风俗的故意,以违反善良风俗的方式,故意地加损于他人的,负有向该他人赔偿损害的义务”。也就是说,《德国反不正当竞争法》和《德国商标法》并非各自孤立,《德国反不正当竞争法》第1条和《德国民法典》第226条、第826条也可用于在竞争法程序中处理侵犯商标权之争议。^②笔者认为,德国的做法对未注册商标保护具有两个方面的优势:(1)针对抢注的反不正当竞争保护。当事人可以主张撤销权,此时对未注册商标的显著性或知名度不加考虑,有利于为包括普通未注册商标在内的所有未注册商标提供平等保护。(2)未注册商标所有人针对抢注者还可行使损害赔偿请求权。从法理上看,商标获准注册本身并不意味着其使用必然合法,使用恶意抢注的商标,完全可以由司法机关直接认定侵权,甚至无须以其注册商标效力被行政程序撤销或宣告无效为前提。^③

有学者认为,《商标法》第47条第2款“因商标注册人的恶意给他人造成的损失,应当给予赔偿”的规定,实际上就是对恶意注册者的民事处罚规定。^④笔者认为,从该条款所处的体系位置来看,其并非《德国商标法》意义上的恶意注册者须向被抢注商标所有人负赔偿责任的一般性条款。即便认为该条款具有民事处罚的性质,但鉴于《商标法》第4条仅针对“囤积型”恶意注册而不针对“使用型”恶意抢注,因此其功能也将大打折扣。另外,虽然《商标法》规定了恶意抢注者的行政责任,但3万元的最高行政处罚并不足以对当事人形成威胁和震慑之势。《商标法》在这方面的制度缺陷,使得在多起针对恶意抢注的案件中,如“‘武当红’商标抢注案”、^⑤“‘歌力思’案”、^⑥“‘优衣库’案”、^⑦“‘赛克思’案”,^⑧人民法院都依据《商标法》第7条的规定,从诚实信用和禁止权利滥用的角度,对恶意抢注者滥用诉权并对真实在先商标所有人提出的不合理诉请进行消极驳回,以确保在先未注册商标的公平存在。遗憾的是,我国立法并未赋予当事人对恶意抢注

^① 参见[德]玛丽亚娜·格拉布吕克:《德国法中的恶意商标注册申请》,张海晨译,载刘晓海主编:《德国知识产权理论与经典判例研究》,知识产权出版社2013年版,第33~39页。

^② 参见[德]玛丽亚娜·格拉布吕克:《德国法中的恶意商标注册申请》,张海晨译,载刘晓海主编:《德国知识产权理论与经典判例研究》,知识产权出版社2013年版,第33页。

^③ 参见李琛:《中国商标法制四十年观念史述略》,《知识产权》2018年第9期。

^④ 参见王莲峰:《规制商标恶意注册的法律适用问题研究》,《中州学刊》2020年第1期。

^⑤ 参见湖北省高级人民法院(2013)鄂民三终字第132号民事判决书。

^⑥ 参见最高人民法院(2014)民提字第24号民事判决书。

^⑦ 参见最高人民法院(2018)民再396号民事判决书。

^⑧ 参见最高人民法院(2014)民提字第168号民事判决书。

这种“阻碍竞争”的不公平行为进行更为有效回击的权利,不利于对该行为的预防与遏制。正是考虑到该问题的存在,正在进行的《商标法》第五次修改对此予以了高度关注,《〈中华人民共和国商标法〉修订送审稿》第85条对恶意申请者的民事赔偿责任进行了规范。

(二)未注册商标财产权价值救济的比较经验考察

人民法院因将商标注册申请定性为当事人向行政机关提出的行政许可行为,由此产生的争议不属于民事诉讼范围,故认定恶意抢注导致的在先未注册商标所有人的损害无法通过相关行政程序加以解决,当事人因此发生的争议只能另行起诉,即通过民事损害赔偿程序予以救济。该做法实则从理论上否定了商标所有人对其未注册商标享有的财产性权益,其深层逻辑仍以“注册即为财产”^①作为商标权取得的理论基础,忽略了未注册商标保护的真正价值。然而,从比较法视角来看,“未注册商标所有人对其商标享有财产性权益”,业已得到了诸多国家立法的肯定与支持。在大陆法系国家,如《意大利商标法》第55条就明确规定,“商标方面的诉讼应构成个人财产诉讼”。根据该条,在恶意申请者与未注册商标所有人之间,围绕商标在先权之诉讼就成了个人财产诉讼。该法第2编第2章的标题就是“商标的所有权人”,其第22条明确规定:“恶意申请者不得获得商标注册。”结合该章标题,言下之意为恶意申请者不得获得注册商标的所有权,其仍属于在先使用者。因此,针对抢注行为,在先未注册商标所有人完全可以主张对物诉讼,有权要求恶意抢注人及时返还其财产利益。司法实践中,当在先商标所有人的财产权益被他人利用注册程序恶意侵占时,在先商标所有人完全可以通过个人财产诉讼主张返回并要求赔偿损害。英美法系国家亦如此。在英国,原告衡平法上的未注册商标之所以应得到保护,也是因为其负载的财产利益与价值,商标私权救济的基础不在于保护公众不受欺骗而在于对原告的侵害。公众受到欺诈是原始所有者权利受到侵害的事实证据。如果原始所有人根本没有受到侵害,衡平法院不会考虑对公众的欺诈。因此,意图欺诈公众的行为并非商标侵权的必要因素,法律真正需要防止的是原告的财产利益损失。^② 公众被欺诈不是商标权保护的基础,其恰是法院行使管辖权的基础,^③即未注册商标保护的真正基础在于其财产利益。当然,鉴于英美法系国家的普通法传统,其对商标权益之保护往往是“先有救济,后有法律保护的利益”,即只有在救济中才产生相关财产利益。相比“商标是财产,因此应受到保护”的解释,“商标应受保护,因此是财产”的解释更能澄清问题。^④ 但无论如何,视未注册商标为所有人的财产性权益,是两大法系国家保护未注册商标的共同理论基础。

另外,从程序视角来看,对于抢注他人未注册商标者,《法国知识产权法典》第L.712-6条甚至进一步规定:“如果注册申请对第三人的权利构成了欺骗,或者违反了法定或约定的义务,认为对该商标享有权利者可依合法程序追还所有权。”不同于商标法,《中华人民共和国专利法》第6条至第10条赋予了当事人就其科技发明成果以排他的专利申请权,这实际上就是承认了科学技术成果的财产专属价值。从主体上看,除非构成职务发明创造,原则上其属于发明人或设计人享

^① 付继存:《商标法的价值构造研究——以商标权的价值与形式为中心》,中国政法大学出版社2012年版,第221页。

^② 参见[美]弗兰克·I.谢克特:《商标法的历史基础》,朱冬译,知识产权出版社2019年版,第175页。

^③ 参见[美]弗兰克·I.谢克特:《商标法的历史基础》,朱冬译,知识产权出版社2019年版,第174页。

^④ 参见[美]弗兰克·I.谢克特:《商标法的历史基础》,朱冬译,知识产权出版社2019年版,第172页。

有。专利申请权实际上有别于专利权对当事人科技成果权益的初始分配和利益确认制度,以法律对科技发明成果的财产属性及其价值的认同为前提和基础。对于专利申请权进行侵害的,权利人显然可以追夺追诉,因此受到损害的权利人自然可以主张赔偿救济。

在先未注册商标尤其是在先有一定影响的未注册商标,显然是当事人的重要财产。遗憾的是,《商标法》并没有从立法上明确承认这种财产的价值,并赋予其拥有者以所有权人的地位。从规范设计上看,我国也没有构造出诸如《法国知识产权法典》第 L.712-6 条的追夺程序。虽然《商标法》通过第 13 条、第 32 条等规范从程序上赋予了当事人针对抢注以异议和无效宣告的权利,但这些规定从性质上看,不过是注册机关在商标授权确权行政程序中做出特定行政行为的合法性依据,其并不构成当事人私法上行使民事权利并主张特定财产性权益的法律规范。这导致在相关案件中,人民法院针对当事人的民事赔偿请求,往往要求其另行起诉或不予支持。^① 这种做法显然不科学。对在先未注册商标财产性价值的认识不足和理论挖掘不够,导致我国对在先商标的保护只有行政救济程序而无诸如法国、意大利那样前置性的民事救济程序,在先商标所有人的财产利益也只能裹挟在商标授权确权行政程序中,使在先商标所有人从原本具有从民事上积极追诉的所有权人地位降格为行政程序上被动应诉的行政相对人或第三人。而且,在在先未注册商标被抢注后,在先未注册商标所有人可能需要经历商标行政复议、司法一审、司法二审乃至司法再审的冗长诉讼程序,才能使自身的在先权利恢复到完满状态。显然,在先未注册商标所有人承担了不应承担的高昂制度成本。针对在先未注册商标的财产权益保护,从比较法的经验来看,有些国家往往赋予当事人针对抢注的四权制度构造:(1)自己不愿注册时要求注销相关抢注人名义的“注销请求权”;(2)自己愿意注册时以自己的名义取代抢注人的“归还请求权”;(3)被抢注后主张禁令要求国内禁止任何人使用的“禁止使用权”;(4)抢注者因故意或过失导致在先商标所有人损害的“损害赔偿请求权”。这种四权制度构造,实际上就是视在先未注册商标为当事人的财产并赋予其物上请求权。即在先商标所有人享有对人的效力,包括返还请求权、排除妨碍请求权和恢复原状请求权等,同时还享有物权的追及效力,可以追及在先商标之所在行使所有权。因此,针对我国实际情况,实有必要为在先未注册商标所有人构筑起诸如“商标注册请求权”一类的权利并赋予其完整的请求权能,从而使未注册商标所有人得以从商标注册行政程序中相对被动的附属地位中解放出来,成为这一权利的实际主体,并在商标注册行政程序中同时解决其民事权利保护问题,这显然更有利于快速高效地保护其利益。

(三)未注册商标民事损害赔偿救济的体系化建构

我国完全可以借鉴法国、意大利以及《德国反不正当竞争法》与《德国民法典》《德国商标法》之间规范联动、协同保护未注册商标以制止抢注的做法,具体包括以下重要的制度面向。

首先,明确未注册商标的财产性价值,借鉴《法国知识产权法典》第 L.712-6 条、《意大利商标法》第 55 条的做法,在《商标法》总则部分开宗明义规定:“对商标之诉,构成个人财产诉讼”。在商标法上对未注册商标的财产价值进行总括性界定,有利于为在先商标所有人利用商标法或反不正当竞争法遏制抢注,进而为主张损害赔偿提供前置性的规范构造与价值基础。(1)作为现代私法秩序的重要维护者,商标法显然有义务通过主观权利的方式确认未注册商标的财产价值。(2)现代反不正当竞争法系行为法,其主旨在于对不正当竞争行为的规制,而对当事人民事利益

^① 参见北京市高级人民法院(2021)京民终 497 号民事裁定书。

的救济仅是其次要目的。在当事人仅实施抢注而未构成《反不正当竞争法》第6条意义上的混淆侵权时,要求恶意抢注人承担损害赔偿责任并无法律依据。然而,商标法从价值上前提性地宣示未注册商标的财产性法律地位,显然有利于为在先商标所有人面对抢注启动反不正当竞争法来救济自身利益时,提供先行的价值构造和法律理念基础。这也是商标法作为现代财产法与反不正当竞争法作为行为法分工协调、相互补充所包含的应然要义与制度内涵。

其次,为增加《反不正当竞争法》与《商标法》之间的保护联动,有必要在《商标法》第45条的宣告无效程序中再增加一种兜底情形,即“已经注册的商标系以不正当竞争为目的或基于恶意加害他人之目的,以违反善良风俗之方式获得注册者,在先权利或利害关系人自商标注册之日起5年内,可以《反不正当竞争法》第1条的规定或以《民法典》第8条(违反公序良俗)的规定,要求商标评审委员会宣告该注册商标无效。因恶意注册导致他人损失的,应给予赔偿”。类似条款构造的优势在于:(1)它有利于扩大商标无效宣告的情形,可将那些没有任何知名度和影响力的在先未注册商标被抢注的情况也包含进来,使所有以违反不正当竞争为目的或以恶意加害他人之目的获得商标注册的行为都能得到有效遏制。该做法不同于《商标法》第44条针对第4条恶意注册的无效宣告,因为第4条针对的是不以使用为目的的恶意囤积行为,其显然无法涵盖以实际使用为目的的意欲将他人逐出竞争市场的恶意抢注行为。该做法亦不同于《商标法》第45条针对第15条所规定的基于代理等亲缘或合作关系知晓他人商标存在而恶意抢注,应当被宣告无效的情形。尽管《商标法》第15条所规制的抢注也并不需要以在先未注册商标的知名度为前提,但该条款显然针对的是特别关系型抢注行为,它和这里所言的兜底条款之间实际上是一种特殊与普遍的关系。当抢注人与被抢注人存在代理等特殊关系时,不管被抢注的商标是否具有影响力,均适用第15条的规定,启动无效宣告程序。反之,则适用此处的兜底条款规定。这样可以将不具有任何身份关系的针对一般未注册商标的抢注也纳入其中,从而形成遏制商标抢注的天罗地网之势。(2)恶意注册损害赔偿的责任规定显然有利于为《商标法》和《反不正当竞争法》的适用提供前提条件,尤其是在当事人仅通过《反不正当竞争法》第2条对恶意抢注行为提出不正当竞争之诉而不是通过《商标法》主张无效宣告时更是如此。尽管在这两者之间,当事人可以做出选择,但与后者不同,适用《反不正当竞争法》第2条来主张恶意抢注人的不正当竞争责任,其根本优势是可以在不触及商标注册效力的前提下,径直动用司法程序对在先未注册商标所有人提供保护。这种保护的明显优势是可以省却无效宣告行政程序之累,以节约保护的制度成本。其劣势是具有法律上的不确定性。此时,如果《商标法》前置性地规定恶意抢注导致他人损害的,应当承担损害赔偿责任,作为引致性规范适用时,将该种理念引入反不正当竞争法的实施中,显然有利于形成规制恶意抢注的网络化秩序,从而进一步在《反不正当竞争法》与《商标法》之间形成跨部门法的制度协同与规范联动,使两者形成一个“价值判断尽可能一致的体系和意义构造”,^①为当事人在提起反不正当竞争之诉时进一步主张损害赔偿责任提供规范依据。

另外,这里之所以要将违反公序良俗的情形包含进来,是因为公序良俗原则作为《民法典》的重要原则,具有实现对社会秩序的控制以弥补强行法规定之不足,从而实现填补法律漏洞、平衡利益冲突、确保公共利益和维护社会正义之目的。^②总之,立法明确规定抢注他人商标者应承担

^① [奥]恩斯特·A.克萊默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第55~56页。

^② 参见杨立新:《中华人民共和国民法典条文要义》,中国法制出版社2020年版,第7~8页。

损害赔偿责任,有利于从根本上扭转我国对恶意抢注商标行为惩罚不力的情况,并增强《反不正当竞争法》与《商标法》之间的制度协同、规范联动与价值协调。

最后,在肯定未注册商标财产权地位的大前提下,利用反不正当竞争法来遏制抢注时,所有人主张损害赔偿与当事人基于商标法无效宣告程序主张损害赔偿有何差异?笔者认为,这两者之间仅是程序性的差别,其不应因商标法是财产法、反不正当竞争法是行为法而有所不同。即在损害赔偿范围的确认方面,对在先未注册商标所有人的赔偿至少应包括未注册商标的商誉损失(如果有的话)、未注册商标所有人因抢注遭受的市场机会成本损失以及为制止抢注所支付的费用(包括律师费、诉讼费、公证费、保全费、调查取证费以及为使相关权益恢复至完满状态所应支付的其他费用)等。当然,如果在先未注册商标所有人认为抢注人构成主观恶意且存在其他严重情节的,如恶意注册者抢注后频频滥用诉权、对权利人围追堵截、陷在先未注册商标所有人于不测之境地且导致其被逐出市场甚至是停产歇业的,当事人在提起商标或不正当竞争之诉的同时,亦完全可以主张惩罚性损害赔偿。遗憾的是,目前《反不正当竞争法》第17条仅规定在侵害商业秘密的情形下才能主张惩罚性损害赔偿,这显然不科学。《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》(法释〔2021〕4号)第1条对此进行了及时弥补。另外,在在先未注册商标所有人的损失难以计算或抢注人的获利难以确定时,则无论是适用《商标法》还是适用《反不正当竞争法》,都可以利用法定损害赔偿对原告进行救济,因为既然承认未注册商标系当事人的财产性权益,就应当给予其一视同仁的保护。法律如此安排,显然有利于为杜绝一切以不正当竞争为目的的恶意抢注提供条件,使《反不正当竞争法》与《商标法》之间保持高度的体系协调与制度协同,使在先未注册商标所有人的利益得到充分全面的保护,使因抢注而扭曲的市场公平竞争秩序得到根本性的矫正。

总之,针对在先未注册商标的抢注,抢注人即使获得了名义上的合法地位,也不得滥用该地位,在违反社会妥当性和诚信原则取得权利的前提下,利用自身名义上的合法身份对他人进行诉讼威胁和胁迫敲诈;否则,应即时启动反不正当竞争法对其进行规制,使失衡的竞争秩序得到及时矫正,使在先未注册商标所有人因此而遭受的财产损失得到及时的救济与弥补,从而真正体现反不正当竞争法平等保护的基本要求。

三、《反不正当竞争法》对未注册商标保护的逻辑边界

在利用《反不正当竞争法》来遏制抢注时,是否须以当事人的主观过错为前提?认定抢注构成不正当竞争,是否还应以当事人实际损害为条件?若抢注构成不正当竞争,则救济的边界究竟如何,即在先未注册商标所有人得以禁止抢注者使用商品和地域的范围该如何界定才更为科学?对这些问题的回答,不仅关系到反不正当竞争法对在先未注册商标所有人救济的限度,也关系到反不正当竞争法与注册商标法的适用协调,同样值得重视。

(一)未注册商标保护的前提及救济边界

适用反不正当竞争法尤其是适用其一般条款来遏制抢注以保护未注册商标时,是否需要以当事人的主观过错为前提?对此,答案应是否定的。从一般法理来看,一般条款规定的要件并不涉及明知或应知等主观要件,只要当事人的行为违反了公认的商业道德或诚实信用原则,就能直

接认定其行为构成不正当竞争。^①也就是说,行为人违反相关的注意义务而在主观上存有过错(包括故意或过失)并非不正当竞争行为成立的要件,而恰是责任承担的要件。^②抢注他人未注册商标作为典型的违反社会公认商业道德的行为,具有明显的不公平性,将它作为典型的不正当竞争行为来对待,符合社会公众的普遍认知。对于这种“搭便车”式的市场掠夺行为,只要其在客观上产生了不当俘获他人竞争优势之效果,即便此行为系行为人主观善意而为,也应及时打击和遏制。因此,对抢注行为的遏制并不以当事人主观有过错为前提。这也符合现代反不正当竞争法上不正当竞争行为的认定对过错的要求与其保护法益的成熟度呈反比例关系的原理,^③即保护客体的法益越成熟,越不应强调行为人的主观故意或过失。未注册商标作为现代私法最成熟的法益类型之一,放弃对其抢注反不正当竞争规制的主观过错要件,显然更符合现代竞争法的一般观念,也更有利于对相关行为的遏制。当然,在对未注册商标提供具体救济时,鉴于《反不正当竞争法》并没有《德国反不正当竞争法》第8条第1款所规定的停止侵害、排除妨碍和消除危险请求权,可以启动《民法典》第179条的相关规定加以救济,而这些请求权因具有物上请求权的性质,故其适用亦不以当事人的主观过错为前提。不过,此时须注意的就是,抢注人究竟在多大范围内承担责任才更为合理?当前人民法院对此有不同做法。例如,有的人民法院判决须停止使用相关注册商标(如“‘乐蜂’商标案”^④),有的人民法院则判决只须规范使用相关商标即可(如“‘山姆’商品名称不正当竞争案”^⑤)。但不管是哪种情形,大多数判决既未限定抢注人相同或近似商标禁用的地理范围,也未限定其禁用的商品或服务范围。因此,有学者指出:从预防反不正当竞争法实质性架空注册商标法以防止出现所谓“过剩差止”的现象出发,判决实有必要对被告停止侵害、排除妨碍和消除危险的商品和地域范围做出明确之限定,^⑥以有效平衡两者之关系,使反不正当竞争法不致过度降低和侵蚀注册商标法之效力。

笔者赞同该见解,只是在具体救济上,我们仍应区分在先未注册驰名商标与在先具有一定影响力者。因未注册驰名商标要求在国内大部分地区具有较高的知名度,其属于未注册商标中影响力最大者,故其救济的范围不应限于同类商品(服务)之上。实际上,从商品或服务类别来看,因《反不正当竞争法》第6条也仅要求对他人商业标识的使用容易造成“与他人存在特定联系”的效果,而不受商品或服务类别之限制,因此“跨类”使用他人仅具有一定影响的未注册商标的行为,同样可能构成不正当竞争,^⑦理应被禁止。虽然反不正当竞争法旨在维护市场公平竞争秩序,而商品或服务类别的近似实际上是强调当事人之间存在竞争,但“竞争关系”要素显然不应成为反不正当竞争法实现维护公平竞争目标的阻力。^⑧也就是说,现代反不正当竞争法对不正当竞争行为的遏制原本就不再以当事人之间存在竞争关系为前提,即便当事人之间并不存在该关系,只

① 参见曹丽萍、张璇:《网络不正当竞争纠纷相关问题研究——〈反不正当竞争法〉类型化条款与一般条款适用难点探析》,《法律适用》2017年第1期。

② 参见张玉敏:《侵害知识产权民事责任归责原则研究》,《法学论坛》2003年第3期。

③ 参见王文敏:《反不正当竞争法中过错的地位及适用》,《法律科学》(西北政法大学学报)2021年第2期。

④ 参见北京市朝阳区人民法院(2013)朝民初字第1516号民事判决书。

⑤ 参见天津市高级人民法院(2018)津民终242号民事判决书。

⑥ 参见李扬:《反不正当竞争法基本原理》,知识产权出版社2022年版,第108页。

⑦ 参见刘继峰:《反不正当竞争法中“一定影响”的语义澄清与意义验证》,《中国法学》2020年第4期。

⑧ 参见龙俊:《论反不正当竞争法中功能主义解释方法的适用》,《甘肃政法学院学报》2019年第5期。

要第三人的使用行为存在攫取原告竞争优势这一道德上的非正当性,就可以启动反不正当竞争法来加以遏制和打击。对此,笔者认为最值得反思的是《商标法》第 13 条规定,该条同时赋予在先未注册驰名商标所有人以禁止他人注册和使用的效力,这一禁止性规定表明立法者试图将反不正当竞争法精神引入商标法,以构筑起对在先未注册驰名商标保护的坚强堡垒。《商标法》第 13 条第 2 款将驰名商标作了注册与未注册的区分,前者有跨类禁用的权利,而后者仅有在近似商品或服务上禁用的权利,这表明《商标法》并未彻底引入反不正当竞争法的基本精神。不同于单纯的禁止注册,“禁止使用”的规定实质上是反不正当竞争法的旨趣所在,即只要他人对商标的使用行为产生了与商标所有人的特定联系,不正当地攫取了后者的竞争优势,就有启动反不正当竞争法以禁止之必要,而不论其是否在同类商品或服务上使用。从《反不正当竞争法》第 6 条的规定来看,即便是对在先有一定影响的未注册商标的保护,亦是如此。因此,《商标法》第 13 条在引入反不正当竞争理念对未注册驰名商标提供保护时略显保守,从两法价值协调的视角来看,该条规定尚须修改和完善。

如此一来,在限制救济的范围方面实际上最值得区分的,恰恰在于地域方面。从地域性的视角看,实有必要区分《商标法》第 59 条第 3 款与《反不正当竞争法》第 6 条之规定。前者即所谓的“在先使用”制度,该条款只是承认了在先商标所有人对自身商标享有积极的先用权,而并未进一步赋予其排他权,从性质上看其应是“商标侵权的例外,或者可以说是对注册商标专用权的限制”^①规则。也就是说,《商标法》第 59 条第 3 款仅是对在先商标通过使用所形成的既有事实状态或社会关系的尊重,它不过是基于“自然正义”对注册商标权的有限限制,因此不应允许在先商标所有人在地理范围上做无限制的拓展与推广。否则,它将实质性架空注册商标权的效力,使消费者在全国各地遭遇注册商标与在先商标相冲突的情况,最终害及消费者认牌购物的秩序。正如有学者所言,对知识产权可以施加某些限制,但这些限制不能构成对其实质的过分干扰。^② 否则,它将使注册取得商标权制度的秩序价值毁于一旦。与此不同,《反不正当竞争法》第 6 条的使命则在于为未注册商标的排他效力提供规范基础,以限制各种“搭便车”行为,最终为经营者改善商品质量并于标识上凝结信誉价值提供激励性动机。^③ 后者在地理范围上可做适当的拓展,尤其是在先未注册商标系驰名商标的情形下更应如此。在先未注册驰名商标的影响力已覆盖至全国大部分区域的情形下,为其提供全国范围的反不正当竞争保护亦符合比例原则的要求。

(二)未注册商标保护与竞争损害要件之判定

《反不正当竞争法》对未注册商标的保护是否以当事人实际受损害作为条件?此处主要涉及那些在境外使用的具有一定影响力的未注册商标所有人能否主张不正当竞争之诉以阻却我国境内的恶意抢注行为。有学者认为,境外未注册商标在我国没有实际使用、未形成市场规模、不存在具体的市场损害后果,自无反不正当竞争法适用之余地,“反不正当竞争救济应以损害的存在为前提,当国外的商标权人无以证明其商标权在国内受到了损害,此时不能仅因被告使用了原告

① 杜颖:《商标先使用权解读〈商标法〉第 59 条第 3 款的理解与适用》,《中外法学》2014 年第 5 期。

② 参见[英]乔纳森·特纳:《知识产权与欧盟竞争法》,李硕、李京泽译,中国法制出版社 2022 年版,第 6~7 页。

③ 参见张鹏:《我国未注册商标效力的体系化解读》,《法律科学》(西北政法大学学报)2016 年第 5 期。

境外的声誉商标就主张禁用”。^①事实上,损害与不正当竞争行为的认定是一种非充分必要关系,如果某一行为虽然损害了经营者或消费者的利益,但并没有破坏既有的良好竞争秩序,那么该行为只能是一般的侵权行为。^②谋取交易机会和攫取竞争优势才是认定不正当竞争的本质要求,也是将一般侵权行为与不正当竞争行为划分开来的分界线。^③也就是说,反不正当竞争法并不局限于损害本身,而是放眼于良性的市场竞争机制,重在保护不受扭曲的竞争,从而与不以具体损害为转移的行为正当主义相匹配。^④反不正当竞争法遵循的实际上是一种动态竞争观念,在该竞争观念的支配下,即便当事人的行为没有造成他人的实际损害,但带来了市场竞争机制的扭曲和失灵,则应当受到竞争法的严格规制。反不正当竞争法保护的对象并非单个的竞争者而是竞争秩序。^⑤抢注他人在境外有一定影响的商标,破坏了商标权取得的正当秩序,以排除他人合法市场进入为目的来为自身窃取不正当的竞争机会,显然违背了公平竞争的制度目标。更何况,此时也不能认为境外商标所有人没有受到任何损害,如果其计划来进入本国市场,抢注行为事实上提前剥夺了其参与本国市场竞争之机会,而合法竞争机会的丧失原本就是损害的一种。

概言之,反不正当竞争法作为经济法的重要组成部分,它与以维护私人利益为本位的私法有着根本性的不同,其应更加注重行为对社会经济秩序的破坏性和对社会公共利益的危害性。^⑥反不正当竞争法是行为法,行为的正当性才是其关注的重心,不能以权利侵害式的侵权判断思维,即以原告利益的可保护性、被告的主观状态和原告利益所受的损害之判断,来弱化或替代竞争行为正当性的判断。^⑦否则,就易误入反不正当竞争知识产权化的歧途,背离对它的科学认知,不利于对具体不正当竞争行为的规制。当事人可以利用反不正当竞争法来主张损害赔偿与反不正当竞争法保护须以当事人的实际损害为前提是两个问题,不可等同视之。只有坚持该理念,才能为境外未注册商标所有人提供平等保护,使包括反不正当竞争法在内的知识产权制度成为制度性开放的典范,为全面遏制商标抢注、提供内外平等保护,为我国打造一流法治化国际营商环境提供制度条件。

四、结 语

总之,利用反不正当竞争法来保护未注册商标具有法理上的可行性和制度上的必要性,但如何实现对未注册商标的精准保护和科学保护,则须建立在《商标法》和《反不正当竞争法》的体系化协调及对后者的合理重塑与科学解释之上。首先,完善《反不正当竞争法》一般条款,使其在保护未注册商标时更具开放性、包容性和解释力是问题的关键。其次,在《商标法》中前置性地植入

^① 刘丽娟:《确立反假冒为商标保护的第二支柱——〈反不正当竞争法〉第6条之目的解析》,《知识产权》2018年第2期。

^② 参见孙琬钟主编:《反不正当竞争法实用全书》,中国法律年鉴社1993年版,第27页。

^③ 参见孔祥俊:《商标与不正当竞争法:原理和判例》,法律出版社2009年版,第689页。

^④ 参见陈耿华:《我国竞争法竞争观的理论反思与制度调适——以屏蔽视频广告案为例》,《现代法学》2020年第6期。

^⑤ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法新论》,人民法院出版社2001年版,第63页。

^⑥ 参见李金芳:《反不正当竞争法对商标的保护及其完善》,《贵州工业大学学报》(社会科学版)2007年第3期。

^⑦ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理(总论)》,法律出版社2019年版,第46~47页。

未注册商标的财产权观念,同时增强《反不正当竞争法》与《商标法》之间的体系协调,注重商标注册无效宣告制度与《反不正当竞争法》第 1 条的链接,并以此为基础强化恶意抢注人的损害赔偿
责任,这显然有利于加大对恶意抢注行为规制的力度,织密对恶意抢注规制的法律保护网。最
后,科学划定反不正当竞争法适用之边界,使其在保护未注册商标问题上不偏不倚,既注重对商
标注册制度及其既有秩序的维护,也注重通过体系化的解释方法对其法律漏洞进行有效的弥补,
如此才能精准实现对未注册商标实施保护的价值目标,兼顾其保护的必要性与合理性、全面性与
谦抑性、前瞻性与针对性的有机统一。

Abstract: Protecting unregistered trademarks is not only necessary but also feasible. Although Articles 2 and 6 of the Anti-Unfair Competition Law of P.R.C. still cannot provide effective protection for unregistered trademarks due to institutional deficiencies, but through reforming the application concept of general provisions, scientifically reconstructing the concept of “unfair competition”, and adopting open legislation with “definition of unfair competition+key examples”, the institutional compliance of the anti-unfair competition law for the protection of unregistered trademarks can be enhanced. Meanwhile, introducing the concept of commodification of unregistered trademarks as a prerequisite in the trademark law, strengthening the regulation of “unauthorized registration” behavior based on the concept of property rights of the parties involved can enhance the application of the anti-unfair competition law to all unregistered trademarks. The intensity of compensation and relief for damages by individuals can increase the cost of illegal registration, forming a dual governance effect of cracking down on unauthorized registration and prevention. By combining the registration and acquisition system of the trademark law, the logical boundary of anti-unfair competition protection should be reasonably delineated. While scientifically resolving the conflict between unregistered trademark protection and registration effectiveness rules, the former should be given proportional and appropriate respect and relief, thus achieving the organic unity of necessity and rationality, comprehensiveness and restraint, foresight and pertinence of unregistered trademark protection.

Key Words: anti-unfair competition Law, trademark law, unregistered trademark, institutional coordination, system reshaping

责任编辑 何 艳