

· 理论纵横 ·

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

张广良 张吉豫*

摘要:“红罐王老吉凉茶案”是我国商业外观法律问题的典型案例。该案经最高人民法院二审,形成了终审判决。这是一件似是而非的判决,裁判文书所显示的司法推理过程及终审结果均存在值得商榷之处。此案显现了我国商业外观法律保护要件存在的突出问题以及重构商业外观法律保护要件的迫切性。在对本案进行法理分析和对域外相关法律比较研究的基础上,应当对我国商业外观法律保护的要件进行重构,一应明确商业外观的商业标记属性,二应以商业外观的知名而非商品的知名作为保护要件,三应突出显著性之判断规则及其在侵权判定中的核心作用。

关键词:王老吉案;商业外观;显著性;特有包装装潢

引言

迄今,我国还没有形成关于商业外观的法律定义或司法解释。在学理及实践中,商业外观用来指代知名商品的特有包装、装潢,以及包装、装潢所形成的整体形象^①,包括由营业场所的装饰、营业用具等构成的具有独特风格的整体营业形象。广东加多宝饮料食品有限公司(下称“加多宝公司”)诉广州王老吉大健康产业有限公司(下称“大健康公司”)^②广州

* 张广良,中国人民大学法学院副教授;张吉豫,中国人民大学法学院副教授。

文章的主题与整体框架由张广良提出和制定,分论点细化由张吉豫完成,双方共同完成文章的撰写与修订。

本文系国家自然科学基金青年项目“标准必要专利的FRAND许可规则研究”(15CFX045)的阶段性成果。

- ① 我国《反不正当竞争法》仅规定了知名商品的特有名称、包装及装潢的保护问题。最高人民法院在判决中确立了包装、装潢所形成的整体形象,若其具有区分商品或服务来源的功能,亦应受到保护。参见最高人民法院(2006)民三提字第3号“蒙特莎(张家港)食品有限公司与意大利费列罗公司(FERRERO S.p.A)、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”民事判决书。
- ② 此案一、二审的判决书分别为:广东省高级人民法院(2013)粤高法民三初字第1号“广东加多宝饮料食品有限公司诉广州王老吉大健康产业有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷案”民事判决书、最高人民法院(2015)民三终字第2号“广东加多宝饮料食品有限公司与广州王老吉大健康产业有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷上诉案”二审民事判决书。

医药集团有限公司（下称“广药集团”）诉广东加多宝饮料食品有限公司^③擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷案（下称“红罐王老吉凉茶案”或“本案”）自成诉以来，广为学界、业界所关注，被称为新中国包装装潢或商业外观“第一案”。2017年8月16日，最高人民法院（下称“二审法院”）对本案进行了公开宣判。二审法院认为，广药集团与加多宝公司对涉案“红罐王老吉凉茶”包装装潢权益的形成均作出了重要贡献，双方可在不损害他人合法利益的前提下，共同享有“红罐王老吉凉茶”的包装装潢权益。^④二审判决虽然得到了当事人的认可，^⑤但学界、业界对其褒贬不一。^⑥二审判决亦即终审判决虽为这起被网络舆论称为“中国影响最大、最具代表性、争议最大的‘颜色官司’”划上了句号，但其司法推理过程及判决结果存在诸多瑕疵，引发了一系列的商榷和质疑。

“法律的生命不是逻辑，而是经验。”^⑦这是霍姆斯的一句名言，经常被人们引用。“也许霍姆斯这句话有其具体语境，但不管怎么说，它还是会引人误解。难道逻辑与经验是相互冲突不可兼容的？难道逻辑中没有经验？经验不讲逻辑？显然不是如此，逻辑中有经验，经验也讲逻辑。准确说来，法律是一种经验逻辑，或者是逻辑化的经验。也正因其是逻辑化的经验，所以进而才是法律化的经验。”^⑧事实上，惟有合乎逻辑的法律和司法裁判方能具有生命力与公信力。结合商业外观保护的普遍法理及国内外丰富实践，本文认为，我国商业外观法律保护要件在逻辑上不甚缜密，“红罐王老吉凉茶案”凸显了这一问题。在构建现代市场经济体系和加强企业权利保护的改革进程中，我们必须以现代知识产权理念重新审视商业外观法律保护要件，加快推进商标法律制度和反不正当竞争机制创新。本文以“红罐王老吉凉茶案”为样本，深入分析商业外观保护领域的问题，提出并论证重构其法律保护要件的建议。文章第一部分是对“红罐王老吉凉茶案”的概括性介绍，第二部分对本案终审判决的司法推理及结果提出了法理上的质疑，第三部分透视我国商业外观法律保护要件所存在的问题，第四部分则探索性地提出了重构商业外观法律保护要件的对策及建议。

③ 此案一、二审的判决书分别为：广东省高级人民法院（2013）粤高法民三初字第2号“广州医药集团有限公司诉广东加多宝饮料食品有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷案”民事判决书、最高人民法院（2015）民三终字第3号“广东加多宝饮料食品有限公司与广州医药集团有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷上诉案”二审民事判决书。

④ 参见最高人民法院（2015）民三终字第2号“广东加多宝饮料食品有限公司与广州王老吉大健康产业有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷上诉案”二审民事判决书、最高人民法院（2015）民三终字第3号“广东加多宝饮料食品有限公司与广州医药集团有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷上诉案”二审民事判决书。

⑤ 最高人民法院宣判后不久，加多宝公司随即在官网上表示“衷心感谢、热烈欢迎最高人民法院就加多宝与广药集团红罐凉茶包装装潢案作出公平公正终审裁决。”而大健康公司随后在官网上称其“尊重最高人民法院的判决结果”。

⑥ 对于最高人民法院的判决，有学者称之为“定分止争、利益平衡”的判决，将被“计入史册、成为司法判决的经典”；有学者称此判决为“最好的判决，出乎意料，却在情理之中”；也有学者质疑最高人民法院判令双方“共享红罐”缺少法律依据，未能解决消费者混淆的问题，诉讼是场“没有赢家的角逐”。

⑦ [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯《普通法》，冉昊、姚中秋译，中国政法大学出版社2006年版，第1页。

⑧ 邱本《如何提炼法理》，《法制与社会发展》2018年第1期，第10页。

一、“红罐王老吉凉茶案”概述

(一) 王老吉牌凉茶及“王老吉”商标许可情况

王老吉牌凉茶，始创于公元1828年（清道光八年），创始人是王泽邦。经过1956年公私合营，以及相关公司的重组、改制，第626155号“王老吉”商标等无形资产划归广药集团持有。^⑨

1995年3月28日，羊城药业（广药集团前身）与鸿道集团（加多宝公司关联公司）签订《商标使用许可合同》，约定羊城药业许可鸿道集团独家使用第626155号注册商标，限于红色纸包装清凉茶饮料，双方在各自生产的清凉茶商品上的所有包装图案和颜色均不得与另一方相同。此后，签约双方或其关联公司签署了新的《商标许可协议》及补充协议，其中2002年签署的补充协议约定商标许可期限从2000年5月2日起至2020年5月1日。

经广药集团申请，中国国际经济贸易仲裁委员会（下称“贸仲”）以2002年双方签署的商标许可补充协议属于“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”为由，于2012年5月9日裁决该补充协议无效，鸿道集团停止使用“王老吉”商标。

(二) 案件诉争焦点问题

贸仲裁决作出之后，广药集团与加多宝公司均认为己方享有“红罐凉茶”包装装潢权益，而对方行为构成侵权，故分别向法院提起了诉讼。两案争议焦点为：涉案知名商品及其特有包装装潢的内容是什么；涉案知名商品特有包装装潢权益的归属应如何认定；在双方商标许可合同终止后，加多宝公司、大健康公司各自生产、销售的红罐包装装潢凉茶是否构成不正当竞争。

(三) 法院裁判理由

1. 一审法院裁判理由

一审法院认为，综合考虑涉案“王老吉凉茶”商品的销售时间、销售区域、销售额以及作为知名商品受保护的情况等因素，应当认定“王老吉凉茶”是知名商品。本案知名商品特有包装装潢的内容是指标明在红罐王老吉凉茶产品的罐体上包括黄色字体“王老吉”等文字，包括红色底色等色彩、图案及其排列组合等组成部分在内的整体内容。

广药集团的“王老吉”商标和该包装装潢的其它构成要素，一并构成了本案的包装装潢。加多宝公司及其关联公司确实对红罐王老吉凉茶知名度的提升作出了贡献，但在广药集团收回王老吉商标时，附属于涉案知名商品的特有包装装潢亦应一并归还给作为商标权人的广药集团。

大健康公司生产、销售红罐王老吉凉茶有其合法授权，具有正当性，其行为不构成不正当竞争。加多宝公司生产、销售一边标注“王老吉”、一边标注“加多宝”的红罐凉茶以及两边均标注“加多宝”的红罐凉茶，足以使相关公众对商品的来源产生误认，其行为构成侵权，故判令其停止侵权行为，刊登声明消除影响，并赔偿广药集团经济损失1.5亿元及合理维权费。

^⑨ 此部分对案件的概述依据本案一、二审判决所提炼。

2. 二审法院裁判理由

二审法院认为，一审法院所作出的“在红罐王老吉凉茶产品的罐体上包括黄色王老吉文字、红色底色等色彩、图案及其排列组合等组成部分在内的整体内容”为涉案特有包装装潢内容的认定，并无不妥之处。

关于涉案知名商品特有包装装潢权益归属的确定，二审法院认为，与底色形成强烈视觉对比效果的“王老吉”三个大字，应当是包装装潢中最为引人注目的设计要素。结合红罐王老吉凉茶的历史发展过程、双方的合作背景、消费者的认知及公平原则的考量，因广药集团及其前身、加多宝公司及其关联企业，均对涉案包装装潢权益的形成、发展和商誉建树发挥了各自积极的作用，将涉案包装装潢权益完全判归一方所有，将会导致显失公平的结果，并可能损及社会公众利益。因此，涉案知名商品特有包装的装潢权益，应当在遵循诚实信用原则和尊重消费者认知且不损害他人合法权益的前提下，由广药集团与加多宝公司共同享有。

基于以上认定，二审法院判决大健康公司以及加多宝公司的行为均不构成不正当竞争。

二、关于“红罐王老吉凉茶案”二审判决的法理质疑

对于二审判决亦即终审判决，诉讼双方均表达了尊重之意。从定分止争、服务经济发展大局的角度，此判决似乎无可非议。然而，若从法理的角度加以审视，二审判决的司法推理及其结果均有值得商榷之处，现分析如下。

（一）质疑之一：双方如何共享涉案包装装潢权益？

1. 加多宝公司无法真正共享涉案包装装潢权益

共享包装装潢权益者，依据民法及知识产权法的一般原理，应享有自己使用或许可他人使用该包装装潢，以及对侵犯该包装装潢权益的行为寻求救济的权利。

涉案包装装潢的内容为“在红罐王老吉凉茶产品的罐体上包括黄色王老吉文字、红色底色等色彩、图案及其排列组合等组成部分在内的整体内容”，而“王老吉”文字受广药集团注册商标的保护。在“王老吉”商标许可协议终止后，加多宝公司无权继续使用包含“王老吉”文字的包装装潢，否则便违反了二审判决所确定的双方共享的条件。正如二审判决所确认，在贸仲裁决确定广药集团收回“王老吉”商标使用权后，加多宝公司无权继续使用“王老吉”商标，即由加多宝公司生产的红罐王老吉凉茶实际上已经退出了市场。基于二审判决所明确的双方共享包装装潢权益的条件，二审判决生效后，加多宝公司同样无权继续使用或者许可他人使用包含“王老吉”文字的涉案包装装潢。在他人擅自使用了涉案包装装潢的情形下，加多宝公司可与广药集团一起寻求救济，这或许是其作为包装装潢权益共享者仅有的能够行使权利的行为。^⑩ 故从此角度解读，加多宝公司对涉案包装装潢权益并不能够真正“共享”。^⑪

2. 广药集团能够真正享有涉案包装装潢权益

^⑩ 若日后真的发生了涉案包装装潢被案外人侵犯的情形，而加多宝公司欲参与维权，不排除其与广药集团再起纷争。

^⑪ 本文仅是依据终审判决推导出加多宝公司不能真正共享涉案包装装潢权益。至于加多宝公司、广药集团是否应当真正共享有关权益，本文对此不持任何立场。

广药集团在行使共享包装装潢权益时，根据二审判决，亦应受到不得侵害他人包括加多宝公司合法权益的限制。然而，就涉案包装装潢本身而言，加多宝公司能对该包装装潢的一部分单独享有权益从而对广药集团予以限制吗？

二审法院认定，涉案包装装潢中的“王老吉”文字及王老吉注册商标为加多宝公司经广药集团许可使用的內容，包括红色底色、图案及排列组合在内的其他部分，为加多宝公司自行创设完成的部分。对其自行创设完成的部分，能否产生独立于涉案包装装潢之外的权益？若能产生，加多宝公司可否单独享有此种权益呢？这并非案件诉争的焦点，二审法院间接地回答了这些问题。

在加多宝公司指控大健康公司擅自使用知名商品特有包装装潢案中，二审判决认定广药集团在有权共同享有涉案包装装潢权益的前提下，授权大健康公司使用“王老吉”商标生产、销售红罐凉茶，不构成擅自使用他人知名商品的特有包装装潢。依此判决，加多宝公司自行设计完成的部分不能独立于涉案包装装潢的整体内容之外，广药集团有权使用，包括有权许可他人使用，且在他人涉嫌侵犯该包装装潢权益的情形下，有权寻求救济。

基于对此案现有证据的考量，加多宝公司似乎并无其他合法权益，进而能够对广药集团行使涉案包装装潢权利的行为予以限制。故从权利行使的角度而言，广药集团真正享有涉案包装装潢权益。

3. 涉案包装装潢权益的共享是否会造成诉讼双方利益的失衡问题

二审法院判决涉案包装装潢权益为广药集团、加多宝公司共享的理由是，双方均对涉案包装装潢权益的形成、发展和商誉建树发挥了积极的作用。广药集团的作用主要是发挥了王老吉品牌的优势及许可加多宝公司使用“王老吉”商标，而加多宝公司的主要作用为其对涉案包装装潢中部分内容进行了自行设计及其卓有成效的营销。然而，基于前文的分析，加多宝公司对涉案包装装潢权益难以真正共享，而广药集团则不然。在本案中，广药集团的商标投入比加多宝公司的包装装潢设计、营销等投入更重要吗？对涉案包装装潢权益的共享，是否会造成双方利益的失衡？这些均为值得深思的问题。

(二) 质疑之二：如何界定涉案知名商品？

1. 涉案知名商品界定存在的分歧

双方当事人及一、二审法院之间对涉案知名商品的界定存在分歧。加多宝公司主张本案的知名商品是由加多宝公司生产的、“使用王泽邦后人的正宗独家配方”的红色罐装凉茶，而大健康公司则称本案知名商品为“王老吉凉茶”。一审法院认可“王老吉凉茶”为本案的知名商品；二审法院则认为，在纠纷发生前，加多宝公司生产经营的红罐王老吉凉茶为涉案知名商品。

2. 知名商品指代是否需要具有唯一性

商品知名的成因较多，如经营者使用商标的知名度、广告宣传的强度等。知名商品如何称谓或界定，应结合相关公众的认知能力，具体考察其在相关公众中知名的因素，即依此因素称谓或指代该商品。二审法院将加多宝公司生产经营的红罐王老吉凉茶，而非一审法院认

定的、指代关系并不唯一的“王老吉凉茶”^⑫ 认定为涉案知名商品。

本文认为，知名商品特有包装装潢之法律保护的基础在于该包装装潢的可识别性，即其对于商品来源的指代性。作为特有包装装潢载体的商品之知名，仅为现行法下此种包装装潢受到保护的要件而已。因此，要求知名商品必须“指代关系唯一”的观点有待商榷。现举一例予以说明：某酒厂生产的二锅头酒知名，而其产品具有“青花瓷”、“黄花瓷”及“红花瓷”等不同的包装装潢。假定二锅头酒不同的包装均具有特有性或者可识别性，则即使该厂出品的二锅头酒不具有唯一的指代关系，即其并未指向特定包装的二锅头酒，但该厂不同类型的包装装潢仍应分别作为知名商品的特有包装装潢而受到保护。本案情形亦然。在“王老吉凉茶”构成知名商品的情形下，若其红罐包装或绿纸盒包装均符合特有包装装潢的构成要件，则不论“红罐”还是“绿盒”，均应作为特有包装装潢予以保护。

在我国商业外观法律保护要件尚不够缜密的情形下，对于知名商品的界定，应从相关公众而非对案件事实、相关法律了然于胸的法律人的角度进行。对本案所涉产品的相关公众而言，或许仅知道其所经销、消费的是红罐上标注“王老吉”三个黄色大字，以及为“怕上火，喝王老吉”广告密集轰炸下的凉茶，至于广药集团与加多宝公司的商标许可关系、产品具体为哪家所生产，相关公众则毫不在意或者漠不关心。此外，在知名商品特有包装装潢权益归属产生争议的情形下，将知名商品限定得特别具体，如本案中的“加多宝公司生产经营的红罐王老吉凉茶”，客观上属于以特有名称、包装、装潢反向界定知名商品。此种界定将产生另外一个问题，即大健康公司生产、销售的红罐王老吉凉茶算是知名商品吗？大健康公司在日后的维权行动中，可以将加多宝公司生产经营的红罐王老吉凉茶维权胜诉的判决作为其受保护记录的证据而提交给法院吗？按照二审判决的逻辑，答案应否。因此，二审法院关于知名商品认定的司法推理过程值得探讨。

（三）质疑之三：注册商标使用方式如何影响包装装潢权益归属？

1. “王老吉”商标的使用方式是确定涉案包装装潢权益的重要依据

二审判决正确指出了注册商标制度与知名商品特有包装装潢权益保护制度均属于对商业标识性权益提供保护的法律制度，二者可各自发挥其独立的识别作用，并分属于不同的权利主体。二审法院认定，红罐王老吉凉茶退出市场后，经过加多宝公司及其关联企业有效的营销活动，红罐王老吉凉茶使用的包装装潢因其知名度和独特性，已经形成了独立的商业标识性权益。但由于本案所具有的特殊性，即加多宝公司始终将作为广药集团注册商标的“王老吉”文字在包装装潢中进行了突出使用，且从未着意阻断和清晰区分包装装潢与其中所包含的注册商标之间的关系，客观上使包装装潢同时指向了加多宝公司与广药集团。二审法院以此作为广药集团与加多宝公司应当共享涉案包装装潢权益的一个重要理由。

2. 阻断包装装潢与授权使用的注册商标之间关系的合理性及可行性

本案双方当事人广药集团与加多宝公司存在商标许可关系。作为被许可人，加多宝公司理应在产品的显著位置标注被许可使用的商标，以充分发挥该商标的功能。本案所涉产品为

^⑫ 二审法院认定“王老吉凉茶”指代关系不唯一的理由为“王老吉凉茶”作为一种商品名称，在双方纠纷发生之时，至少可以指代由广药集团生产的绿色纸盒及加多宝公司生产的红色罐装等不同包装装潢形式的凉茶商品。参见最高人民法院（2015）民三终字第2号“广东加多宝饮料食品有限公司与广州王老吉大健康产业有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷上诉案”二审民事判决书。

灌装凉茶，被许可商标只能印制在凉茶的包装上，在此情形下，要求被许可人“着意阻断和清晰区分包装装潢与其中包含的注册商标之间的关系”不具有可行性。对于包装装潢权益的保护，强调的是包装装潢的整体性，要求阻断二者的联系，也不具有合理性。

三、我国商业外观保护要件及存在的问题

“红罐王老吉凉茶案”二审判决是依照我国1993年《反不正当竞争法》中的商业外观保护条款所作出的，司法推理及结果的存疑之处，凸显了《反不正当竞争法》有关商业外观保护规定所存在的不足。虽然我国《反不正当竞争法》于2017年11月得到了修订，但仍未能彻底解决商业外观保护所存在的问题。^⑬

（一）商业外观保护要件的法律规定

《反不正当竞争法》以行为规范为基础，即通过制裁不正当竞争行为的方式来保护智力成果或者工商业标记持有人的合法利益。^⑭商品的特有包装、装潢等商业外观属于工商业标记。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。

依据上述规定，商业外观的保护要件如下：（1）主张权益的包装、装潢等商业外观是特有的，即其具有区别商品来源的显著性；^⑮（2）使用该特有包装、装潢的商品为知名商品；^⑯（3）他人擅自使用与该知名商品特有包装、装潢相同或近似的商业标记，造成了购买者的混淆或者误认。

2017年《反不正当竞争法》对商业外观的法律保护要件进行了修订。该法第六条第（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。依此规定，商业外观的法律保护包含如下要件：（1）主张权益的商品包装、装潢等商业外观需具有一定影响；（2）擅自使用的商业外观与权益主张者的商业外观构成相同或近似；（3）擅自使用行为造成了混淆。

关于商业外观的法律保护，国内研究成果多侧重于对相关法条的解释、适用及对商业外观保护的法理分析。例如，有学者就探讨了《反不正当竞争法》所保护的包装、装潢等商业外观的内涵及产品设计本身（如产品形状、设计）能否作为商业外观予以保护的问题。^⑰有学者以《反不正当竞争法》相关条款的适用为中心，分析了其在商业外观案件中法院对涉案问题的审查顺序。^⑱有学者提出，《反不正当竞争法》所要保护的商业外观的价值是来源

^⑬ 对于2017年11月4日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订的《反不正当竞争法》，本文将其简称为2017年《反不正当竞争法》。

^⑭ 参见张广良《竞争法对知识产权的保护与限制》，《法学杂志》2015年第2期，第72页。

^⑮ 参见《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。

^⑯ 参见注⑮，第一条。

^⑰ 参见孔祥俊《论商业外观的法律保护》，《人民司法》2005年第3期，第49-50页。

^⑱ 参见钱光文、孙巾淋《我国商业外观的法律保护问题探析——以〈反不正当竞争法〉的适用为中心》，《知识产权》2009年第1期，第50-54页。

识别利益，并对《反不正当竞争法》将商业外观的保护限定于知名商品的立法模式提出了批判。^① 上述学术研究成果对于厘清商业外观的法律属性、准确把握法律规定内涵以及促进相关法条的修订均具有积极意义。不过，系统分析我国商业外观法律保护要件存在的问题并提出重构建议的著述，笔者尚未见到。

（二）我国现行商业外观法律保护要件问题之症结

商业外观，本质上属于具有来源指示功能的商业标记。^② 我国商业外观法律保护要件存在实质性缺陷，主要体现在以下两个方面。

1. 以知名商品作为商业外观法律保护要件有悖于法理

自我国1993年《反不正当竞争法》施行以来，知名商品长期作为商业外观法律保护的要件之一，即商业外观持有人只有证明作为商业外观载体的商品为知名商品，且该商业外观为知名商品所特有时，才能够受到保护。所谓知名商品，依据司法解释的规定，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。^③ 作为商业外观法律保护要件的知名商品，在实践中常会引起涉案知名商品指向对象的争议。^④

1993年《反不正当竞争法》所使用的知名商品的概念及将其作为商业外观法律保护的核心要件，均值得商榷。商业外观集中于其对来源标识功能的保护是正确的，但是对知名商品的限定却有明显缺陷。^⑤ “商品”一词所指向的是种类物，如电视机、矿泉水、方便面等。从逻辑上讲，种类物只有和特定的经营者或者品牌相结合方可成为知名商品。如在“费列罗巧克力包装装潢案”中，受诉法院认定原告的法ERRERO ROCHER巧克力为知名商品。^⑥ 所谓知名商品，是指该商品所使用的商标或者商品生产者的企业名称或者字号知名。作为商业外观的商业外观，其得以受到保护的要件是另一商业标志（无论是生产者的商标、企业名称或者字号）具有知名度，此种立法逻辑违背了商业标记法原理。一方面，某一商品或服务上可以使用一件或者数件商业标记，而数件商业标记在保护上具有独立性，即一件商业标记是否应受保护，不应以其他商业标记是否知名为要件。正如美国联邦第二巡回上诉法院在判例中所指出的，产品设计^⑦和其他标志一起使用的，若该设计能够独立于其他标志而在消费者中产生可识别的自身印象，则其有权获得单独保护。^⑧ 另一方面，某一商品或服务上使用的

^① 参见吴伟光《商业外观的法律保护——以保护来源标识功能为原则》，《清华法学》2009年第6期，第55-58页。

^② See Signe H. Naeve, Trade Dress and Toshiko Takenaka (ed.), *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, Edward Elgar, 2013, p. 228.

^③ 参见注^①，第一条。

^④ 例如，在本文讨论的“红罐王老吉凉茶案”中，双方当事人以及一、二审法院之间便对何为“涉案知名商品”这一问题存在分歧。

^⑤ 参见注^①，第55页。

^⑥ “FERRERO ROCHER”为费列罗公司1986年在中国核准注册的商标。参见最高人民法院（2006）民三提字第3号“蒙特莎（张家港）食品有限公司与意大利费列罗公司（FERRERO S. p. A）、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”民事判决书。

^⑦ 在美国法中，产品设计指产品的外形或其形状构造，属于商业外观的一种。

^⑧ See *Star Indus., Inc. v. Bacardi & Co. Ltd.* 412 F.3d 373 (2d Cir. 2005).

数件商业标记中，一项商业标记知名也不能推导出另一项商业标记知名的结论。假设使用某商标的商品为知名商品，其在很小的范围内使用了一种独特的商品包装，并不为广大公众所知，则难以说明在该包装上也凝结了商誉及其他生产者应该知道此种包装的存在，因此，以商品知名作为商业外观受《反不正当竞争法》保护的要件，这一理由并不充分。

在实践中，我国法院认可商业外观可作为一种独立于注册商标的权益而单独受到保护。在“红罐王老吉凉茶案”中，二审法院指出，注册商标与包装装潢可以各自发挥其独立的识别作用，并分属于不同的权利主体，即商标权与包装装潢权益可独立存在。

2. 现行法律保护要件严重忽略“显著性”的核心价值与作用

从法理上讲，《反不正当竞争法》应基于商业外观所具有的显著性（即区别商品或服务来源的功能）而给予其相应保护，并以避免消费者对商品或者服务来源的混淆及维护持有人商业信誉为核心目标。

能够产生来源混淆的前提是主张法律保护的商业外观具有显著性。而我国1993年《反不正当竞争法》对商业外观的法律保护要件，并非是从显著性而是从知名商品、特有包装装潢的角度所作的设定。将知名商品作为商业外观法律保护要件的不合理性前文已有阐述，在此不复赘言。至于何谓“特有”，《反不正当竞争法》并未作出解释。2017年《反不正当竞争法》删除了关于商业外观“特有”的规定，代之以“有一定影响”。

本文认为，显著性不仅是商业外观受到《反不正当竞争法》保护的要件，而且还是判定两项商业外观是否相同或近似应考量的重要因素。^{②7}由于我国《反不正当竞争法》有关商业外观法律保护的条款并未对显著性作出规定，加之对商业外观显著性的判断较为复杂，从而使得商业外观近似性判断的结果存在较大的不确定性。^{②8}

在“红罐王老吉凉茶案”中，一、二审判决均认定，位于罐体中心部位、并与红色底色形成强烈视觉对比效果的“王老吉”三个大字，应当是该包装装潢中最为引人注目的设计要素，即该包装装潢能够被显著识别的部分，此部分使得涉案包装装潢具备了受到《反不正当竞争法》保护的條件。然而，一、二审法院在确定涉案包装装潢权益归属以及加多宝公司使用“红罐加多宝”包装装潢是否侵权时，并未充分考虑作为显著识别部分的“王老吉”三个字所应起到的作用。对包装装潢的近似性进行判断时，不仅应作整体比较，而且应遵循显著特征部分比较的原则，在判断加多宝公司使用红罐“加多宝”包装装潢是否侵犯“王老吉红罐凉茶”时，受诉法院应当比较“加多宝”与“王老吉”文字是否构成近似。一审法院显然忽略了此点。

^{②7} 《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）第四条规定，商业外观是否相同或者近似，可以参照商标是否相同或者近似的判断原则和方法，而商标是否相同或近似的判断则需要考虑商标所具有的显著性。因此，显著性也是两项商业外观相同或近似性判定时的考量因素。

^{②8} 例如，在王老吉与加多宝“红罐之争”的案件中，加多宝在与王老吉终止商标许可合同之后所使用的红罐，是否构成对王老吉“红罐”商业外观的侵犯，虽然一审法院作出了判决，但该判决的论理部分值得商榷，作者将在下文论及此问题。

四、重构商业外观法律保护要件的理据与对策

我国商业外观法律保护要件的重构，涉及明确商业外观的商业标记属性，明确以商业外观的知名而非作为其载体的商品的知名作为保护要件，突出显著性的判断规则及其在侵权判定中的核心作用等内容。

（一）明确商业外观的商业标记属性

商业外观的商业标记属性已为相关国际公约及其它法域普遍认可。《与贸易有关的知识产权协定》（下称“《Trips 协定》”）是目前对各法域知识产权立法影响最大的国际公约。《Trips 协定》第十五条规定，任何能够区分商品或者服务来源的标记，均可构成商标，并进而指出，人名、字母、数字、图形要素、颜色的组合以及任何此类标记的组合，均可作为商标注册。依此条界定，能够构成商标的标记范围非常宽泛，其中涵盖了商业外观。²⁹

明确商业外观的商业标记属性具有重要意义。《Trips 协定》及美欧立法例表明，商业外观为商业标记的一种类型，其保护要件为显著性和非功能性。在我国，符合《商标法》规定条件的商业外观，可以申请商标注册，或者获得该法所提供的其他保护。而我国 1993 年《反不正当竞争法》是从知名商品的特有包装、装潢的角度保护商业外观，并未在法律上明确其商业标记的属性。虽然在《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》中，最高人民法院对商业外观的保护条件、商业外观的正当使用甚至对侵犯商业外观的赔偿计算方法所作的解释，参照甚至完全照搬了《商标法》的有关规定，但仅此毕竟不能弥补立法上的不足。解决此问题的路径应是借鉴《Trips 协定》及其他法域的立法经验，在《反不正当竞争法》中明确商业外观的商业标记属性。

明确商业外观的商业标记属性，是对经营者以商业外观区分商品来源的商业需求或商业实践的立法回应。在“红罐王老吉凉茶案”中，诉讼双方的关联企业羊城药业与鸿道集团在 1995 年 3 月 28 日签订《商标使用许可合同》时，便认识到了商业外观的价值及重要性，约定双方在各自生产的清凉茶商品上的所有包装图案和颜色均不得与另一方相同。但遗憾的是，双方并未对红罐王老吉凉茶包装装潢权益的归属作出约定，从而埋下了争议的种子。商业外观的商业标记属性在法律上明确得到确认，这将提升经营者对商业外观价值及其权益归属的意识，有助于商业外观的推陈出新及争议防范。

确定商业外观的商业标记属性，则其保护要件应依商业标记之法理予以重构，包括以商业外观的知名而非其所依附的商品的知名作为其保护要件，明确商业外观显著性判断的规则及其在侵权判定中的核心作用。2017 年《反不正当竞争法》第六条明确将有一定影响的商品包装、装潢界定为“标识”，这是立法上的进步，亦为我国商业外观法律保护要件重构的重要一环。

（二）明确以“商业外观的知名”而非其所依附的“商品的知名”作为商业外观的保护要件

明确商业外观的商业标记属性，则应在《反不正当竞争法》中规定其受保护的要件应

²⁹ 参见注²⁰，第 227 页。

为商业外观具有知名度，而非商品知名，以消除我国《反不正当竞争法》有关商业外观法律保护制度所存在的弊端。基于此，明确商业外观的商业标记属性，则侵害该商业外观持有人权益的判断标准应为是否造成了商品来源的混淆，而非《反不正当竞争法》所规定的“使购买者误认为是该知名商品”或“引人误认为是他人商品”，即商品本身的混淆。^⑩

我国《反不正当竞争法》对知名商品特有包装、装潢等商业外观的法律保护，在本质上亦属于对未注册商标的保护。依据我国《商标法》的规定，未注册商标只有在具有一定影响或者构成驰名商标^⑪即本身已具有一定商业信誉时，才能受到保护。所谓具有一定影响的商标，是指“在中国已经在先使用并为一定范围内相关公众所知晓的未注册商标”。^⑫驰名商标是“为相关公众所熟知的商标”。无论是具有一定影响的商标还是驰名商标，均是依据该商标在相关公众中的知名度予以界定的。对于未注册的商业外观而言，只有当其在相关公众中具有一定知名度时，方能说明他人应当知道该商业外观的存在，进而使其具有得以限制他人行为自由的正当性基础。因此，借鉴《商标法》中关于具有一定影响商标及驰名商标的定义，本文认为，只有商业外观在相关公众中具有一定的知名度时，才具备《反不正当竞争法》所规定的保护要件。2017年《反不正当竞争法》第六条已将“有一定影响”作为商业外观法律保护的要件，其和《商标法》关于“有一定影响”的未注册商标的保护实现了对接。至于何谓“有一定影响”的商业外观，建议最高人民法院在日后制定司法解释时应作和“有一定影响”的商标相同的解释，即主张保护的商业外观在中国已经在先使用并为一定范围内的相关公众所知晓。

（三）明确商业外观显著性判断的规则及其在侵权判定中的核心作用

1. 明确商业外观显著性判断的规则

在“红罐王老吉凉茶案”中，虽然诉讼双方对涉案包装装潢的特有性即显著性未予质疑，但除“王老吉”三个黄色字体之外，涉案包装装潢是否仍具有显著性，或者以红色底色、黄色字体为主要设计特征的包装装潢是否具有显著性，均是争议较大的问题。

显著性是商业标记保护中最为重要的概念。唯具有显著性的商业外观才能获得法律的保护。显著性可分为两类：一为标志本身具有显著性，此种显著性被称为“固有显著性”或“内在显著性”；二为标志本身不具有显著性，但经过使用具有了“第二含义”，即通过使用获得了显著性。^⑬和文字、数字或者图形商标不同，商业外观的显著性判断较为复杂，因此，在对我国商业外观法律保护制度的重构中，应总结司法实践中的有益经验，借鉴其他法域作法，明晰商业外观显著性判断的规则。

本文认为，产品的标贴等装潢，与图形标志无异，因此具有固有显著性，此点在实践中不存在争议。^⑭商品的包装等商业外观是否具有固有显著性，在其他法域如美国已形成一定

^⑩ “商品来源的混淆”与“商品本身的混淆”是有一定关联性但含义有别的不同概念。在现代商业社会，商标授权时常发生。商品来源实则指代为其质量背书的商标所有者。实质相同的商品可能被贴上不同商标，进而可能出现商品本身虽不混淆，但商品来源发生混淆的情况。

^⑪ 参照《中华人民共和国商标法》第三十二条、十三条。

^⑫ 国家工商行政管理总局商标局、商标评审委员会2016年12月发布的《商标审查及审理标准》，第175页。

^⑬ See Nuno Pires de Carvalho, *The Trips Regime of Trademarks and Designs*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 204-205.

^⑭ 在个别法域如美国，标贴被视作产品的包装，因此具有固有显著性。See *The Yankee Candle Company Inc. v. The Bridge-water Candle Company, LLC*, 259 F.3d 25, 31 (1st Cir. 2001) .

规则³⁵ 而我国的有关规则尚不清晰。

对于商品的包装，最高人民法院在商标案件中认为，其一般不具有固有显著性。在再审申请人雀巢产品有限公司与被申请人开平味事达调味品有限公司、国家工商行政管理总局商标评审委员会商标争议行政纠纷案中（下称“雀巢案”），涉案争议商标为使用于调味品的包装瓶，焦点问题为该争议商标是否具有作为商标注册的固有显著性。对此，最高人民法院认为：作为商品包装的三维标志，由于其具有实用因素，因此，其在设计上具有一定的独特性并不能当然表明其具有作为商标所需的显著性。在该争议商标申请领土延伸保护之前，市场上已经存在与争议商标瓶形近似的同类商品的包装，且由于2001年修改的《商标法》并无关于三维标志可以作为注册商标的规定，故相关公众不会将其作为区分商品来源的标志，争议商标不具有固有显著性。³⁶ 最高人民法院在“雀巢案”（商标案件）中所确立的产品包装显著性判断规则，同样适用于不正当竞争案件。

2. 明确显著性是商业外观近似性判断中的重要考量因素

最高人民法院司法解释所规定的商标近似认定的原则之一，要求既要进行商标的整体比对，又要进行商标主要部分的比对。³⁷ 商标的主要部分，是指使商标具有识别性的部分。同样是作为商业标记的商业外观，在进行近似性比对时，应遵循同样的原则。例如，在“红罐王老吉案”中，一审法院认为包装装潢相同或近似的判断应坚持与商标近似性判断相类似的原则，并进而认定，涉案知名商品的特有包装装潢是指标明在红罐王老吉凉茶产品的罐体上包括黄色字体“王老吉”等文字、红色底色等色彩、图案及其排列组合等组成部分在内的整体内容，并强调涉案包装装潢主视图中心是突出、引人注目的三个竖排黄色装饰的楷书大字“王老吉”，³⁸ 而涉嫌侵权的包装装潢也是采用红色为底色，主视图中心是突出、引人注目的三个竖排黄色楷书大字“加多宝”。³⁹ 一审法院对二者进行了整体比较，并得出了无实质性差异的结论。⁴⁰ 本文认为，鉴于一审法院认定主张权利的包装装潢中竖排黄色楷书大字“王老吉”为其突出、醒目部分，相关公众有理由认为，相对于红色底色等色彩而言，黄色楷书大字“王老吉”为该包装装潢的主要部分，故针对罐体双边均使用黄色楷书大字“加多宝”的被控侵权的包装装潢是否与“王老吉”的包装装潢构成近似的问题，若一审法院在整体比较的基础上，进行主要部分的比较，将可能得出不同的结论。

我国2017年《反不正当竞争法》第六条第（一）项在字面上并未将显著性作为商业外观法律保护的要件，但从商业外观持有人有权制止他人擅自使用该商业外观并导致混淆的法

³⁵ 美国联邦最高法院通过对一系列案件的裁决，确立了产品包装可具有固有显著性的规则，故对该包装的使用者无需提供经过使用获得显著性方面的证据。See *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana*, 505 U.S. 763 (1992), *Wal-Mart Store, Inc. v. Samara Brothers, Inc.*, 529 U.S. 205 (2000) .

³⁶ 参见最高人民法院（2014）知行字第21号“再审申请人雀巢公司与被申请人味事达公司、商标评审委员会商标争议行政纠纷案”行政裁定书。

³⁷ 参见《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2002〕32号）第十条。

³⁸ 参见广东省高级人民法院（2013）粤高法民三初字第2号“广州医药集团有限公司诉广东加多宝饮料食品有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷案”民事判决书。

³⁹ 而被告在涉嫌侵权产品中将红罐王老吉凉茶包装装潢中两边竖排的、黄色的“王老吉”三个大字的一边修改为“加多宝”，另一边仍保留“王老吉”，或者将两边均改为“加多宝”。

⁴⁰ 参见注³⁹。

条表述上看,此类商业外观应具有显著性,这是此项规定的隐性要求。为了确保司法尺度的统一,最高人民法院在其司法解释或指导案例中应对商业外观的显著性保护要件,包括显著性的判断规则以及其在侵权判断中的作用,作出明确规定或指引。

结 语

随着我国市场经济的发展,企业竞争加剧,权益冲突泛化,商业外观大案要案时有发生。^④ 作为一起典型的、具有标志性意义的案件,“红罐王老吉凉茶案”一方面凸显了商业外观在市场竞争中的作用,另一方面也暴露出了我国商业外观法律保护要件所存在的法律缺陷和司法认知误区。明确商业外观的商业标记属性,摒弃知名商品作为商业外观法律保护的要件,突出“显著性”在商业外观法律保护要件及侵权比对中的核心要素作用,是重构商业外观法律保护要件的重要内容。通过法律的立、改、废、释以重构商业外观的法律保护要件,完善商业外观的法律保护制度,使之更加合理有效,一方面将极大提升经营者商业外观的权益意识,防范“红罐王老吉凉茶案”所折射出来的侵权现象的发生;另一方面也将激发经营者加大对商业外观方面的投入,提升产品竞争力,在企业获取超值利益的同时满足消费者的需求。

Abstract “Red-Can Wang Lao Ji Hebal Tea” case is a typical decision of China’s trade dress protection. The judicial reasoning and result of the decision of the second instance are all debatable. This case ,to some extent ,shows the problems of elements of protection for trade dress of China. China should reconstruct the elements of the protection for trade dress. China’s trade dress protection elements should be reconstructed as the following: First ,trade dress be clarified as a kind of commercial marks; Secondly ,being well-known of the trade dress itself ,rather than that of the carrier of such dress ,i. e. ,the goods ,be one of elements of protection; Finally ,the assessment rule for distinctiveness and core role in determination of infringement be emphasized.

Key Words: *Wang Lao Ji Case*; Trade Dress; Distinctiveness; Peculiar Packaging and Decoration

[责任编辑:孟 融]

^④ 例如,“胡同游装饰案”,参见北京市高级人民法院(2002)高民终字第84号“北京四方博通旅游文化发展有限公司与北京胡同文化游览有限公司不正当竞争纠纷上诉案”民事判决书。“中韩晨光中性笔外观案”,参见最高人民法院(2010)民提字第16号“上海中韩晨光文具制造有限公司诉宁波微亚达制笔有限公司宁波微亚达文具有限公司、上海成硕工贸有限公司擅自使用知名商品特有装潢纠纷再审案”民事裁定书。“伊利‘QQ星’与蒙牛‘未来星’乳品包装装潢案”,参见北京知识产权法院(2017)京73民终203号“内蒙古蒙牛乳业(集团)股份有限公司与内蒙古伊利实业集团股份有限公司等不正当竞争纠纷上诉案”民事判决书。