

商业标识混淆中“一定影响”的 认定标准

刘继峰 缪 慧

【摘要】2017年修订的《反不正当竞争法》第6条第1项删除了1993年《反不正当竞争法》第5条第2项中的“知名商品”和“特有”要件，代之以“一定影响”。何为“一定影响”，需要结合反不正当竞争法的语境加以解释。借用符号学的原理，判定商业标识是否有“一定影响”，其标准包括：标识本身的显著性、经营者的实际使用性和消费者认识的纯粹指向性及指向的稳定性。

【关键词】符号学 一定影响 纯粹指向性 指向稳定性

【作者简介】刘继峰，中国政法大学民商经济法学院副院长，教授，博士生导师；
缪慧，中国政法大学民商经济法学院2018级硕士研究生。

【中图分类号】D912.29 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000—2952(2020)03—0072—09

2017年修订的《反不正当竞争法》第6条第1项删除了1993年《反不正当竞争法》第5条第2项中的“知名商品”和“特有”，代之以“一定影响”。^①然而，对“一定影响”该如何认定，法律并未予以明确，这导致法院在认定商业标识混淆行为时产生了如何把握这个新法律标准的解释性难题。另由于“一定影响”来自于《商标法》，于是，在实践中形成了概念使用上的路径依赖。这种路径依赖既包括对商标法中认定“一定影响”的语用学依赖，也包括对《反不正当竞争法》旧有的“知名”“特有”的语义学依赖。进而在原有的二元关系基础上，形成了更为复杂的“一定影响”与“知名”“特有”三元概念关系的模糊状态。

从根本上说，商业标识是一种符号，符号的意义是无限的，正是意义的不确定构成了信息的价值所在，才有了交流传递的必要。运用有效手段（信道）去消除意义的模糊性，使不确定的意义逐渐达到相对的确，从而在交流系统中最大限度地产生正反馈回输。^②“他山之石可以攻玉”，本文尝试运用符号学的有关理论，分析传统认定思路存在的问题，回应“一定影响”所面临的解释困境，并在把握商业标识混淆条款立法本义的基础上，确定“一定影响”的认定标准，以指导司法实践。

① 2019年对《中华人民共和国反不正当竞争法》进行了第三次修订，但2019年《反不正当竞争法》对2017年《反不正当竞争法》中的商业标识混淆条款未作任何修改，故本文对比的是2017年与1993年《反不正当竞争法》中的商业标识混淆条款。

② 参见王铭玉、李经纬主编：《符号学研究》，军事谊文出版社2001年版，第48页。

一、传统标准及认定思路存在的问题

依据1993年《反不正当竞争法》第5条第2项以及《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《若干解释》)第1条、第2条^①之规定,认定商品名称、包装、装潢混淆不正当竞争行为的分析思路是:首先认定知名商品,其次认定特有商业标识,即“知名商品+特有商业标识”的二元结构模式。这种分析结构本身存在一定的问题。

(一) 商业标识与商品分置

传统认定思路上的二元结构存在的问题之一,就是商业标识与商品分置。这不仅割裂了商业标识与商品之间的紧密联系,而且存在将《反不正当竞争法》商业标识混淆条款的保护对象错置的问题。

首先,割裂商业标识与商品之间的紧密联系,不当强化商业标识的独立性。商品名称、包装、装潢等商业标识,是商品的外在表征。限于我国成文法及其解释习惯,对法律文本的依赖远高于对原理的信赖,形成了一元论的认定标准。具体表现为两种认识。一种认识是在文本逻辑上——“知名商品的特有名称、包装、装潢”,商业标识是中心概念,特有商业标识是一种独立存在,并且法律保护这种独立存在。在“上海帕弗洛文化用品有限公司诉上海艺想文化用品有限公司擅自使用知名商品特有名称包装装潢纠纷案”^②中,法院在否定原告商品知名的同时,认定原告商品名称和装潢“特有”,认为原告经过数年经营已形成一定规模并有相应的消费群体,被告仿冒原告商品名称与包装装潢的行为构成不正当竞争。另一种认识是将商品名称、包装等视为商标法的扩展。其最大的不足是强化了商业标识的独立性,弱化了其所附着的商品的基础性和根本性。在“中粮集团有限公司诉中山市天悦城商业经营管理有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案”^③中,判决书认为,“《反不正当竞争法》对于知名商品特有名称进行保护的立法原意是对未注册商标予以保护,也即商品名称已经作为商标注册的除外”。

脱离商品的商业标识没有独立的意义和价值,^④这一点不同于注册商标或外观设计专利。尽管为《反不正当竞争法》所保护的商业标识要求有溢出商品本身的独特意义,但独特意义不可能凭空产生,需要以商品为载体。商业标识只有通过经营者成功的市场营销等商业性使用才可能被赋予超越商品本身独立的竞争意义。例如,“LV”成为时尚、品味、社会地位的象征,不是简单的LV这个符号的功效,而是其商品的工艺、历史、材料、社会公益等相关信息的汇总凝成的结果。

对“知名”或“特有”的解释,不能拘泥于法律文本。《反不正当竞争法》的目标是保护消费者和经营者合法权益、维护市场竞争秩序。商业标识混淆条款是为了规制混淆,避免因仿冒行为导致消费者误将A的商品认作B的商品或者误以为A与B之间存在特定联系从而导致消费者误购。因此,反不正当竞争法视域下的商业标识是商品的对外表征,与商品具有紧密联系。通过外部特征表彰独立的实体,将鲜明的信息传达给社会公众,藉此区分商品及其来源是商业标识的核心功能和根本价值。^⑤

其次,商业标识与商品分置存在将商业标识混淆条款的保护对象错置的问题。还有一种对“知名商

^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1条规定:“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,应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的‘知名商品’。人民法院认定知名商品,应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象,进行任何宣传的持续时间、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。”第2条规定:“具有区别商品来源的显著特征的商品的名称、包装、装潢,应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的‘特有的名称、包装、装潢’。”

^② 参见《上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民五(知)初字第20号民事判决书》。

^③ 《广东省中山市第一中级人民法院(2016)粤2071民初26065号民事判决书》。

^④ 这里的意义是符号学上的意义,指“符号通过符形所传达的关于符号对象的讯息”。参见黄华新、陈宗明主编:《符号学导论》,东方出版中心2016年版,第119页。

^⑤ 参见谢晓尧:《竞争秩序的道德解读:反不正当竞争法研究》,法律出版社2005年版,第164页。

品的特有名称、包装、装潢”的理解，即认为商品与商业标识是两个平行的保护对象。“知名”和“特有”是商业标识获得反不正当竞争法保护的两个必不可少的并列要件。^①换言之，认定这种不正当竞争行为将文本中的“的”理解为“和”，进而形成了两个并行的标准：商品知名且标识特有。

尽管这是判断标准上的二元论，但在适用中同样会产生商品和商业标识的割裂，甚至保护对象错位。不具有市场知名度和影响力的商业标识会搭借商品知名度的便车获得反不正当竞争法保护。例如，在“扬州绿叶食品有限公司与扬州雾中花食品工贸有限公司不正当竞争纠纷案”（以下简称“绿叶案”）中，知名商品更换了新标识，新标识刚刚开始使用或尚未投入使用但具有初始的显著特征，此种情形同样符合“商品知名+标识特有”要件，从而受到反不正当竞争法保护。^②这种仅仅具有初始显著性、尚不具有市场知名度和影响力的商业标识搭借商品知名度的便车从而获得反不正当竞争法保护。“以出身论英雄”的现象并不符合商业标识混淆条款的立法本义，是商业标识与商品分置背景下保护对象错置的结果。

（二）“知名”与“特有”概念模糊

传统认定思路中“知名”与“特有”的概念关系也存在模糊之处。除了上述认为两者是并列关系外，也有学者认为，“知名”和“特有”只需保留其一即可。^③这种观念冲突，应该来自于对概念认识的不同，学者常常不解释这两个概念。不解释的理由似乎是《若干解释》中已经进行了权威的解。但《若干解释》中的解释足够权威吗？

依据《若干解释》第1条，所谓“知名”，指的是在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉。显然，这里只进行了结果描述，没有表述因果关系。相关公众知悉商品或商业标识的方式，可以通过经营者单纯的广告宣传，也可以通过购买和使用商品。换言之，“知名”可以来自于单纯的广告宣传，也可以来自于使用。由此，可能产生的问题是，仅仅建立在经营者单纯的广告宣传基础上的知名度是否可以得到《反不正当竞争法》的保护？法律及相关司法解释对此未予明确，这是传统认定思路存在的模糊之一。

依据《若干解释》第2条，所谓“特有”，指的是商业标识具有区别商品来源的显著特征。由于这一规定过于抽象，“特有”的概念界定在理论和实务中仍存在很大争议。有学者认为，“特有”相当于商标法中的“显著性”，主要是指区别商品来源的显著特性或者区别性，包括商业标识自身所固有的显著特征（固有显著性）以及标识本身不具有显著性，但经过使用取得的显著性（获得显著性）。^④有学者认为，“特有”实质上是指固有显著性。^⑤还有学者将“特有”分为识别意义的特有性（即一个标识具有显著特征而能够成为商业标识，而不是通用标识或者描述性标识）和归属意义的特有性（即一个具有特有性的商业标识与该特定的商品之间产生了特定的联系）。^⑥司法实践中还存在将“特有”解读为“新颖性”“美观”“装饰性”“实用性”等，但由于这些解读与立法本义以及司法解释之规定相去甚远，遂不足为道了。在上述关于“特有”含义的争议性观点中，比较有影响力的当属第一种观点，即认为“特有”与商标法中的“显著性”无异，包括固有显著性和获得显著性。问题是，仅仅具有固有显著性的商业标识是否即达到了反不正当竞争法保护的条件？这是传统认定思路存在的另一模糊之处。在前述“绿叶案”中，原告知名商品更换了新包装装潢，法院认定更换商品包装装潢不影响对知名商品的

① 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理：分论》，法律出版社2019年版，第46页。

② 参见《江苏省高级人民法院（2006）苏民三终字第0110号民事判决书》。

③ 参见王太平：《我国未注册商标保护制度的体系化解释》，《法学》2018年第8期，第136页；张伟君：《论“知名商品特有名称包装装潢”条款的修改和完善》，《知识产权》2017年第6期，第26页；杜颖、赵乃馨：《〈反不正当竞争法〉第6条第1项的理解与适用》，《法律适用》2018年第15期，第99页。

④ 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理：分论》，第46页。

⑤ 参见王太平：《我国未注册商标保护制度的体系化解释》，《法学》2018年第8期，第136页。

⑥ 参见张伟君：《论“知名商品特有名称包装装潢”条款的修改和完善》，《知识产权》2017年第6期，第27页。

认定，且新包装装潢具有固有显著性，符合“知名商品+特有标识”要件，最终认定构成不正当竞争。该判决说理有待商榷。如果对于尚未投入市场或刚刚进入市场的新商业标识，仅仅因为其具有区别于其他商业标识的固有显著性，即可予以反不正当竞争法保护，这是否符合《反不正当竞争法》商业标识混淆条款的立法本义？这种带有浓厚的商标法对未注册商标保护制度以及商标专用权注册取得制度之主导性观念在反不正当竞争法中是否仍能达到体系自洽？这是需要深度思考的问题。

这种理论上的争议同样体现在立法者在修法时的徘徊态度之中。《反不正当竞争法修订草案送审稿》^①第5条第1项删除了1993年版法律中“知名商品特有的名称、包装、装潢”，代之以“他人知名的商业标识”。随后《反不正当竞争法修订草案》第6条第1项回归原点。在《反不正当竞争法二次审议稿》第6条第1项中，又将其修订为“他人商品特有的名称、包装、装潢”。最终立法者将“知名”与“特有”统一为“一定影响”，这一方面是出于平息争议考虑，另一方面也是为了与《商标法》中未注册商标保护制度相衔接。真的解决了争议并平息了矛盾吗？

二、统一后“一定影响”的解释困境

“统一”虽然在立法层面解决了传统认定思路中商业标识与商品分置所带来的关系割裂以及保护对象错位问题，一定程度上也回应了“知名”与“特有”概念上的模糊问题，有利于实现与《商标法》对未注册商标保护制度以及商标专用权注册取得制度之间的衔接，但同时也带来了新的问题，尤其是统一后“一定影响”应该如何理解的问题。这不能不回到商标法，因为这个概念来自于那里。

（一）商标法语境中的“一定影响”

很多人认为，商品名称、包装、装潢等区分商品来源的商业标识形似未注册商标，此次修法引入“一定影响”也是为了与商标法中未注册商标保护制度相衔接，借鉴了《商标法》第32条禁止恶意抢注商标条款^②和第59条第3款商标先用权条款^③中“有一定影响的商标”的措辞。^④“一定影响”的商标，是指在一定地域内被一定的人群所知晓的商标，其知名度要求不及驰名商标的知名度高，保护强度也弱于驰名商标。^⑤内容上，“一定影响”与1993年《反不正当竞争法》第5条第2项中的“知名”存在一定的共性：均是指商业标识为相关公众所知悉。

《商标法》保护未注册商标的前提要件是“已经使用并有一定影响”，这是一个不可分割的统一概念。^⑥“有一定影响”与“已经使用”是未注册商标获得保护的两个并列要件。商标法所保护的有一定影响的未注册商标一定是建立在使用的基础上。商标法语境中的“使用”应该如何理解？依据《商标法》第48条之规定，“本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为”。

① 《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》第5条第1款规定，经营者不得利用商业标识实施下列市场混淆行为：（一）擅自使用他人知名的商业标识，或者使用与他人知名商业标识近似的商业标识导致市场混淆的；（二）突出使用自己的商业标识，与他人知名的商业标识相同或者近似，误导公众，导致市场混淆的；（三）将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，导致市场混淆的；（四）将与知名企业和企业集团名称中的字号或其简称，作为商标中的文字标识或者域名主体部分等使用，误导公众，导致市场混淆的。

② 《中华人民共和国商标法》第32条规定，申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。

③ 《中华人民共和国商标法》第59条第3款规定，商标注册人申请注册商标前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。

④ 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理：分论》，第26页。

⑤ 参见中国法制出版社编：《知识产权法（实用法规专辑）》，中国法制出版社2018年版，第200页。

⑥ 参见刘继峰：《竞争法学》（第三版），北京大学出版社2018年版，第287页。

可见,在商标法语境中,对“使用”的理解采用的是一种宽泛解释——用于识别商品来源的一切商业活动。换言之,商标法语境中的“一定影响”可以来源于经营者单纯的广告宣传活动,也可以来自于将商标用于商品之上投入市场销售并经消费者购买使用为消费者所接受和认可。

这种解释可以平移到反不正当竞争法中吗?

(二)“一定影响”的实务认定困境与解困思路

纵观我国司法实践中对反不正当竞争法语境下“一定影响”的认定现状,我们发现,新的用语带来了新的理解和认识,在一定程度上,也制造了新的麻烦。

1. 实务认定困境

《反不正当竞争法》将“一定影响”作为商业标识获得保护的前提要件,并将“一定影响”的适用范围扩展到所有的商业标识。反不正当竞争法对受其保护的商业标识本身的实质性要求相较注册商标、字号、姓名等保护条件更加严格。

当前实务中对于“一定影响”的认定主要有三种不同的认识和做法:一是认为“一定影响”就是“知名”,法律去掉了“特有”,简化了商业标识混淆的认定基础。二是认为“一定影响”=“知名”+“特有”,并在适用中抛开新的用语,依循固有的认定思路,即先认定商品“知名”,后认定商业标识“特有”。如在“奥飞娱乐股份有限公司与汕头市澄海区新力星玩具厂不正当竞争纠纷案”中,法院认为,依据《反不正当竞争法》第6条第1项之规定,反不正当竞争法保护具有一定影响的商品特有包装装潢的商业标识性权益,特有包装装潢相关的商业标识性权益的形成必须具备两个条件:一是其所依附的商品具有一定知名度;二是商品包装装潢具有识别性,能够独立发挥区分商品来源的作用。^①三是认为“一定影响”=“知名”,但仍需要原有的“特有”条件。在“椰树集团有限公司诉海南热带印象植物饮料有限公司不正当竞争纠纷案”中,法官指出:首先认定知名商品,并具有一定影响;其次认定商品装潢为其所特有,即该装潢的排列组合具有独特性,形成了显著的整体形象,并经过长时间使用和大量宣传,具有识别其商品来源的作用。^②

法律修订以来的司法实践似乎正在形塑一种新的认定模式:以“一定影响”替代“知名”(或者以“知名”推定“一定影响”),之后外挂“特有”。这种操作技法是路径依赖中成本最低的。如果是这样,意味着,“一定影响”替代“知名”没有任何语汇意义和标准的带入,只是暗换了一个新词而已。在语言学上,两个词的外延相同并不是他们在同一场合具有引发内涵同一性的充分条件,也不是必要条件。^③

由此可见,新法适用背景下实务界对“一定影响”并没有形成新的解释内容,而且对“一定影响”的理解与认识尚未完全突破传统认定思路的桎梏。立法上的统一不但没有解决传统认定中存在的问题,反而制造了新的认识上的混乱。这种情况下,破除传统认定思路的藩篱并在新法适用背景下统一“一定影响”的司法认定路径具有非常重要的现实意义。

2. 解困思路

在很大程度上,1993年《反不正当竞争法》和修订后的《反不正当竞争法》都只重视建设商业标识配套的上层建筑,而隐去了保障上层建筑稳定的基础设施——商业标识的使用,如同一个信息传输,展现给外人的只有编码(或信源)和译码(或信宿),用以传输编码并能否连接译码的装置——发射装置(或信道)是看不见的,但它又是能否顺利转译的核心设施。之所以将“使用”称之为基础设施,是因为通过使用才能够使商业标识在市场为相关公众所知悉。

① 参见《广东省汕头市中级人民法院(2018)粤05民初28号民事判决书》。

② 在“椰树集团有限公司诉海南热带印象植物饮料有限公司不正当竞争纠纷案”中,原告生产的“椰树”椰汁为知名商品。由此,认定涉案商品的装潢为有一定影响的商品装潢。该案二审法院的认定思路基本同上。参见《浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07民终5103号民事判决书》。

③ 参见[美]蒯因:《语词和对象》,陈启伟、朱锐、张广学译,中国人民大学出版社2005年版,第55页。

以“使用”为基础几乎可以解析上文中的所有问题。例如，“绿叶案”中商品知名且更换的商业标识具有特有性的情况下，知誉度是否中断？再如，单纯进行广告宣传是否可以认定具有“一定影响”？这源于“使用”应如何理解。因此，对作为商业标识品质标准的“一定影响”的认定思路，可以首先从商业标识自身的要求出发，以“使用”为核心展开，尤其需要特别指出对反不正当竞争法语境中“使用”的理解不能完全套用商标法中的“使用”，毕竟反不正当竞争法与商标法是两个不同的语境。依据诠释学和语言学理论，文本的意义取决于语境。^①此外，进一步分析“使用”后的结果及结果的稳定性。

三、“一定影响”的认定标准

修订后的《反不正当竞争法》实施至今，实务中对于“一定影响”并没有形成统一的解释路径。如何统一对“一定影响”的解释路径以破解这一法律适用困境成为当务之急。从符号学的视角看，商业标识本质上是一种语言符号。根据皮尔士的符号学理论，符号是一个三元结构：载体—对象—解释项，分别对应符号的三个特征：物质性（第一性）、纯粹指示性（第二性）和诉诸心灵（第三性）。反不正当竞争法语境中的“一定影响”建立在多重法律关系的基础上，结合符号的复合性原理，认定“一定影响”标准应当如下。

（一）客体上具有显著性

商业标识混淆行为的本质是擅自使用他人的商业标识，盗用他人商业标识上凝结的商业信誉或商品声誉，从而引起消费者认识上的混淆，不仅损害了消费者的利益，而且损害了经营者的合法权益，扰乱了市场竞争秩序。^②《反不正当竞争法》商业标识混淆条款的立法目的主要有三：（1）保护商业标识区分商品来源的作用，防止消费者混淆，保护消费者合法权益；（2）保护商业标识所承载的特定经营者的商业信誉或商品声誉，维持商业标识的独特竞争优势，保护经营者的合法权益；（3）鼓励诚信经营，维护公平的市场竞争秩序。这三者之间是相辅相成、有机统一的。因此，只有承载了特定经营者的商誉、具有区分商品来源作用的商业标识，才值得《反不正当竞争法》予以保护。^③

与其他任何事物一样，符号首先必须具有属于它自身的一些性质。^④商业标识作为一种符号，具有属于符号自身的一些性质，例如文字、色彩、图案、形状等。这是包括商业标识在内的各种符号的自然属性。该种属性也被称为符号的第一性——物质属性。按照皮尔士的观念，所谓物质性，指一个符号拥有的属于它自己的一些特性。

关于商业标识是否具有第一性当无争议，争议之处在于是否仅限于上述第一性。通常，法院认定商业标识混淆不正当竞争行为往往首先通过商业标识的文字、图案、色彩及其排列组合样态来认定商业标识通用与否，是否具有独特性、显著性或识别性。^⑤商业标识本身具有区别于其他商业标识的显著特征，即商业标识的初始显著性。在文本上，本次修法没有显示原法的二元条件之一——“特有”，那么，“特有”被删除了，还是被“一定影响”涵摄了？应当理解为是后者，即不是不要求了，而是纳入“一定影响”之中，但又不是唯一的一个标准。

① 参见李广德：《法律文本理论与法律解释》，《国家检察官学院学报》2016年第4期，第92页。

② 参见国家市场监督管理总局反垄断与反不正当竞争执法局：《〈反不正当竞争法〉理解与适用》，中国工商出版社2018年版，第37页。

③ 参见国家市场监督管理总局反垄断与反不正当竞争执法局：《〈反不正当竞争法〉理解与适用》，第35页。

④ 参见[美]查尔斯·S·皮尔士著，[美]詹姆斯·胡普斯编：《皮尔士论符号》，徐鹏译，上海译文出版社2016年版，第180页。

⑤ 参见《四川省高级人民法院（2018）川民终1128号民事判决书》《广东省清远市中级人民法院（2018）粤18民终209号民事判决书》《广东省汕头市中级人民法院（2018）粤05民初28号民事判决书》《浙江省金华市中级人民法院（2017）浙07民初795号民事判决书》等。

（二）在客观上商业标识的使用性

区别于《商标法》将“一定影响”与“已经使用”作为未注册商标保护的两个并列要件，《反不正当竞争法》条文中并没有单独列出“使用”要件，在理解上必须将这一基础条件补足。

一般而言，商业标识逐渐凝结商誉的过程与该经营者商誉本身的形成过程是同步的。此种情况下，通过广告宣传所传递出来的信息不足以积淀和形成经营者的商誉，更遑论商业标识承载该经营者商誉了。通过单纯的广告宣传向相关公众传递出来的商品信息仅仅是经营者希望传递出来的信息，并不代表商品及其经营者的真实信息，更不代表相关公众心目中所实际接收的信息。经营者与消费者之间存在种种信息传递与沟通的障碍，本质上源于双方之间的信息不对称地位。而商誉，是经营者与顾客之间业已形成的友好关系和极度信任。^①它既体现了经营者的长期投入和诚实劳动，也代表着消费者对该经营者的忠诚度。这种信任关系的基础，是消费者购买使用该经营者所经营的商品之后，在观念里对该经营者形成了肯定性的综合评价。

商业标识的显著性是其作为符号的自身的基本属性，显著性不等于“一定影响”，后者是外在特性。事实上，这里的“使用”反应的是多元法律关系。在法律文本上，只揭示了其中一种法律关系——“（经营者）擅自使用与他人有一定影响的……”。除了经营者“使用”外，还应当有两个主体使用。一是“他人”（权利主体）的使用。“他人”对商业标识的使用是商业标识产生一定影响的充分必要条件，没有销售（使用）不可能产生知名。^②二是引人误认为的“人”（相关公众或一般消费者）的使用。之所以将这个第三人纳入“使用”的范畴，是因为这个主体是“一定影响”的实证主体，是否真的达到了“一定影响”的程度，需要以此类主体的认识来证明。

商业标识是如何完成象征意义生成的符号化过程从而发挥指示和区分功能的呢？理论上，符号意义生成的内在原因是理据性。^③在语用学层面有学者提出符号之所以成为符号是因为符号具有普遍的“理据性”，其认为符号作为人工制造的符号，必然被社群作集体使用。语言如同其他符号一样，在使用语境中被理据化。“不是符号给使用以意义，而是使用给符号以意义，使用本身就是意义。”^④符号的价值是某种意义的外在表达，是社会交往实践的产物，是约定俗成的结果，是一种集体习惯。符号之所以能在主体心目中引发无限遐想，是在先的反复使用所积淀的结果，甚至当符号具有自身含义的时候，通过使用还能够使符号生成有别于其自身含义的第二含义。即不符合第一性的前提下，即商业标识本身不具有初始显著性，仍可以通过使用取得第二含义。由此而言，商业标识能否进入《反不正当竞争法》保护范围，关键不在于商业标识本身通用或独特与否，而在于是否可以通过使用在相关公众内心建立起其与特定出处之间的对应关系或联系。这也是本次修订后不明确强调“特有”的主要原因。

当然，仅具第一性的商业标识，尚未在相关公众心目中建立起其与特定商品或主体之间较为固定的对应关系，也无法在市场中实际发挥指示和区分功能，只是具有一种指示和区分商品来源的潜在可能性，这种潜在可能性可以作为商标申请注册并获准保护的理据，但并非受《反不正当竞争法》保护的充分条件，亦非必要条件。

（三）结果上的纯粹指向性及其稳定性

从符号学的角度而言，符号意义模糊，要么是存在的事物发生了相异；要么是不同的事物发生了相似，它们共同构成了信源的主体。外部世界提供的信息作为信源是无限的，而符号作为信道却是有限的，以有限的符号传递无限的信息，必然造成符号意义的模糊与不确定。^⑤商业标识意义指向

① 参见谢晓尧：《论商誉》，刘春田主编：《中国知识产权评论》第三卷，商务印书馆2008年版，第337页。

② 参见刘继峰：《竞争法学》（第三版），第287页。

③ 参见黄华新、徐慈华：《论意义的“生命”历程》，《哲学研究》2004年第1期，第43页。

④ 赵毅衡：《符号学》，南京大学出版社2012年版，第246页。

⑤ 参见王铭玉、李经纬主编：《符号学研究》，第48页。

的明确，是商业标识的持续使用结果。原理在于，不断的强化使用过程是排除符号意义模糊，清理信宿“噪声”的干扰的过程。

商业标识通过使用之后，在相关公众心目中建立起的其与特定商品及其经营者之间的对应关系。皮尔士符号学理论上所谓纯粹指示性，是指一个符号必须与其意指之物（符号所指称的对象）之间具有某种真实的联系。商业标识的使用结果需达到纯粹指向性。

1. 使用行为的结果——商业标识的纯粹指向性

《反不正当竞争法》保护商业标识，是保护商业标识区分商品来源的功能。这种来源不仅仅是符号自身具有显著性，更重要的是作为商业标识附着物的商品上能够产生皮尔士所谓的符号的“意义”。商业标识作为一种语言符号，可能同时具有多种不同的意义，《反不正当竞争法》着眼的是商业标识与其出处即特定商品及其经营主体之间的对应关系——指向关系。

这种指向关系首先需具备真实性。从形式上看，是相关公众在观念里形成对该商品及其经营者的自主评价，从而在其心中建立起该标识与这种评价之间的对应关系。实质上，商业标识是商品质量及经营者商业特质的内在关联关系基础上的外在指向形式。商品和商业标识之间形成有关该种商品特色等信息纯粹的指向性。商业标识在市场中发挥区分商品来源的功能，是源于相关公众知悉该商品的特性、功能等实体内容使得商业标识可以凝结符号的意义而形成的结果。

其次，指向性是诉诸心灵的指向。按照皮尔士的符号学理论，所谓诉诸心灵，指一个符号要成为一个具有指示和区分功能的真正意义上的符号，必须能够诉诸某个主体心灵，即在某个主体心目中它被视为一个符号，具有指示和象征意义。^① 心灵上的指向是感受被冲击后沉淀的结果。人们认知一个事物，能够用一个结构性的方式把它表达出来之前，是一种信息的堆积，突破记忆的堆积，到一种结构性的把握，一种方法是通过想象，如果没有想象力，就难以构成图像；另一种方法是感受，这是更高一层进入所谓的心灵的指向（intention）。^② 心灵的指向，就是要透过体会，归到一个指向、一个意向上来。^③ 商业标识一旦承载了特定经营者的商誉，具有象征意义，也就意味着该标识已经完成了符号的再符号化过程，即新意义的生成过程，才能诉诸主体心灵。

再次，这种指向关系具备纯粹性（单一性）。对应关系的形成，纯粹指向性来源于商业标识在商品上的使用。由于经营主体和相关公众的“使用”，商品上的特殊信息进一步映射到相关公众的心理。进而由“商业标识在商品上使用”这个中心，向前后分别外扩到相关公众和经营主体之间的心理印象。所谓纯粹指向性是上述心理印象的单一指向性。

2. 指向的稳定性

《反不正当竞争法》保护具有一定影响的商业标识，这种影响力需要建立在使用的基础上，但影响力的产生不可能是一蹴而就的，需要经过一定量的积累。这要求在主体观念里建立再现体与其所指称的对象和所象征的意义之间的较为稳定的联系或者说对应关系。^④

“指向”的稳定性揭示的是商业标识使用的持续时间以及使用的空间范围等因素。商业标识只有经过使用的量的积累，才能发生质的变化。

首先，关于商业标识持续使用的时间。一般而言，商业标识持续使用的时间越长，其为相关公众知悉的可能性也就越大，市场影响力也就越大。所谓中华老字号或驰名商标，包含的核心内容是

① 参见 [美] 查尔斯·S. 皮尔士著，[美] 詹姆斯·胡普斯编：《皮尔士论符号》，徐鹏译，第181~182页。

② 参见林安梧：《人文学方法论：诠释的存有学探源》，上海人民出版社2016年版，第106页。

③ 意向的（Intentional），广义说来，凡是有方向的一切，均可称为意向的，例如存有者之于存有，行动者之于他的行动及其对象等。狭义地说，意向的是意识地指向某一对象。想象、概念、认识与意愿的一应行动都属于这个范畴，它们同样地“意向”着某些事物。参见 [德] 布鲁格编著：《西洋哲学辞典》，项退结编译，（台）国立编译馆1976年版，第220页。

④ 参见 [美] 查尔斯·S. 皮尔士著，[美] 詹姆斯·胡普斯编：《皮尔士论符号》，徐鹏译，第10、180~182页。

时间的延续。持续稳定的经营是经营主体商品质量、盈利能力的重要保证，也是对外形象和信誉的保障。例如，拟上市公司只有在股份有限公司成立后持续经营数年才可以申请公开发行股票。同样，商业标识持续使用的时间侧向反映商品质量、市场竞争能力等。

其次，关于商业标识的使用地域范围。这涉及对《反不正当竞争法》中商业标识知名度和影响力的地域范围的认识。《反不正当竞争法》对商业标识的保护归根结底是为保护竞争。只有当两个以上经营者在相关地域市场从事相同或相近即具有可替代性的经营业务，面向的消费群体存在交叉重叠关系，即具有竞争关系时，才有导致相关公众混淆的可能性。至于这里的“相关地域”涉及的地域范围究竟有多大，并无明确的规定。但可以确定的是，《反不正当竞争法》语境中商业标识的知名度和影响力无须达到驰名商标的驰名程度。否则，因《反不正当竞争法》保护商业标识的门槛设置得过高，将无法充分发挥《反不正当竞争法》的竞争保护功能。当然，有判决认为，同一街道上，擅自模仿他人商业标识，足以造成消费者混淆，则推定在先标识具有知名度。^①这似乎又过于微观了，因为毕竟《反不正当竞争法》保护的是竞争秩序，如果对《反不正当竞争法》保护的门槛设置得过低，无疑会冲淡甚至架空商业标识的前置定语——“一定影响”的制度价值。事实上，不在于县、乡、村等具体的行政区划，而在于是否有特定的相关公众，这是保护公平竞争与市场自由之间近乎合理的平衡的核心。

四、结论

本质上，商业标识混淆是对商业标识上所凝结的经营者商誉的盗用，是对相关公众心目中确立的商业标识与其出处之间纯粹指向关系的不正当利用，相关公众心目中的这种指向关系正是商业标识能够在市场中实际发挥区分商品来源功能的关键所在。《反不正当竞争法》规制混淆，就是要维护相关公众心目中已经确立的这种指向关系。“一定影响”揭示的是商业符号形成的纯粹指向关系，建立的基础是商业标识的实质性使用——经营主体使用和消费者使用。前者展现商业标识的市场知名度和影响力，后者将商业标识凝结的经营主体商誉、承载的象征意义诉诸消费者（相关公众）心灵。

（责任编辑：龚赛红）

The Criteria for “Certain Influence” in Business

Logo Confusion

Liu Jifeng Miao Hui

Abstract: The “well-known commodities” and “uniqueness” elements in Article 5, Item 2 of the Anti-Unfair Competition Law in 1993 were deleted in Article 6, Item 1 of the Anti-Unfair Competition Law amended in 2017, and were replaced by “certain influence”. The definition of “certain influence” needs to be explained in the context of the Anti-Unfair Competition Law. The principles of semiotics can be applied to determine whether a business logo has “certain influence”, and the judging criteria can include: the distinctiveness of the logo, the actual use of the operator, and the pure directionality and the stability of the directionality of consumers’ awareness.

Keywords: semiotics; certain influence; pure directionality; stability of directionality

① 参见《广东省深圳市中级人民法院（2017）粤03民终982号民事判决书》。