

《反不正当竞争法》混淆条款在互联网领域的适用研究

作者：王展 | 姜哲 | 龙柏兵

摘要

在互联网领域，混淆条款的适用仍以被仿冒对象的知名度与显著性为前提，以混淆结果的发生为核心要件。然而，条款的保护范围已突破传统的对象类型和性质限制，影响力、相似性和混淆度评价标准也融入了网络数字和技术等因素，并基于来源和关联关系混淆构建起更多元的混淆认定标准，从而更有效应对互联网环境中复杂的混淆问题。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

目录

引言	3
一、“混淆条款”保护对象在网络领域的扩展	3
(一)受保护“商业标识”的类型延伸: 新兴虚拟标识被纳入范围	3
(二)保护对象在网络生态的演进: 突破仅限“商业标识”的边界	5
二、互联网语境中“有一定影响的标识”之认定标准	6
(一)数字经济视域下“知名度”的多元衡量指标	6
(二)信息爆炸视野下“显著性(特有性)”的重要定位	7
三、用户注意力稀缺背景下“相似性”要求的放宽与限制	8
四、数字技术驱动下“混淆结果”的类型扩充与认定标准	9
(一)“关联关系混淆”的引入强化了对网络混淆的规制	9
(二)关于电商领域“质量认可关系混淆”之评析	11
(三)关键词不当使用的“混淆”认定争议	11
(四)基于用户有限认知视角的混淆认定之“多因素整体判断”	12
(五)通过市场反馈客观衡量相关公众的认知状态	13
总结	13

引言

仿冒混淆行为是传统不正当竞争行为的一种典型分类，在我国受《反不正当竞争法》第六条“混淆条款”（以下简称混淆条款）的专门规制。在互联网领域，混淆条款的适用仍以被仿冒对象的知名度与显著性为前提，以混淆结果的发生为核心要件。然而，条款的保护范围已突破传统的对象类型和性质限制，影响力、相似性和混淆度评价标准也融入了网络数字和技术等因素，并基于来源和关联关系混淆构建起更多元的混淆认定标准，从而更有效应对互联网环境中复杂的混淆问题。

2017年修法后，混淆条款由封闭式转变为开放式，扩展了商业标识的保护范围及混淆行为的认定情形，使其更能适应不断变化的市场环境。随着互联网的迅猛发展，混淆行为从线下向线上迁移，传统的商品仿冒手段在网络空间中演变为页面混淆、域名混淆、链接混淆等新型表现。这些行为不仅在形式上多样化，更在技术实现上复杂化，对法律的适用提出了新的挑战。

在此背景下，国家市场监督管理总局发布的《网络反不正当竞争暂行规定》（以下简称“《暂行规定》”）于2024年9月1日起正式施行。暂行规定进一步细化了《反不正当竞争法》（以下简称“反法”）在互联网环境中的适用路径，为应对网络混淆行为提供了法律支持。然而，如何在互联网语境下有效识别和规制这些混淆行为，如何确保法律适用的精准性和一致性，仍是亟待解决的问题。

本文立足于互联网领域，结合团队丰富的办案经验，通过实务分析探讨《反不正当竞争法》第六条“混淆条款”在网络环境中的具体适用问题。

一. “混淆条款”保护对象在网络领域的扩展

（一）受保护“商业标识”的类型延伸：新兴虚拟标识被纳入范围

商业标识是一种能够将不同经营者所提供的商品或服务区别开来的标志，在商业活动中起到标明来源、彰显个性、宣传推广等作用。^[1]商业标识的保护不仅关乎企业自身的利益，更是维护市场秩序、保护消费者权益、促进经济发展的重要支撑。商标法与反不正当竞争法在商业标识保护上的分工与协调，在法律演变的过程中得到了进一步明确。这一点在新反法中尤为突出。“假冒他人的注册商标”条款从第六条混淆行为的保护范围中被删除，这一修改明确了两部法律的边界与衔接关系。商标法的保护基于注册制，以确权为核心，为注册商标提供排他性的专用权。这种制度具有高度的法定性和稳定性，通过明确的注册程序划定标识的权利范围，确保权利人在限定的商品或服务类别中享有独占权。商标法的保护对象仅限于注册标识，对于未注册标识或不符合商标性使用要求的行为，往往难以适用。相较于商标法的严格法定主义，反法在商业标识的保护上展现出高度的灵活性与包容性，其保护不仅涵盖未注册商标，还包含企业名称、包装、装潢等标识形式，甚至对互联网环境中的域名、链接和页面设计等新型标识仿冒行为提供救济。这种灵活性使其在应对新兴市场行为和复杂的竞争环境时具有独特优势。

^[1] 参见吴汉东：《知识产权法学》，北京大学出版社2019年版，第273-275页。

然而，混淆条款的适用需要以明确的法律规定为前提。司法实践表明，在互联网环境中，商业标识的形式日益多样且不断演变，新兴标识是否能够产生受到法律保护的合法权益对象往往成为纠纷解决中的难点问题。因此，有必要进一步分析混淆条款所规制的标识范围及其适用边界，以明确其在不同类型标识保护中的具体适用标准。

《反不正当竞争法(2019年修正)》第六条	《网络反不正当竞争暂行规定》第七条
1. 商品名称、包装、装潢等 2. 企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等) 3. 域名主体部分、网站名称、网页等 4. 其他混淆行为(第四项兜底条款)	进一步规定以下客体: 1. 应用软件、网店、客户端、小程序、公众号、游戏界面等的页面设计、名称、图标、形状等 2. 网络代称、网络符号、网络简称等 3. 特殊情形: 设置为搜索关键词

混淆条款主要是按照所涉商业标识的属性进行了行为的类型化，^[1]列举了受保护的标识。第一项为商品(包括服务)标志，第二项为市场主体标识，第三项则为互联网领域识别其他经营活动的标志，如域名主体部分、网站名称、网页等。通过第四项兜底条款的设置，混淆条款更是具备了应对未来市场变化和复杂情境的适应性。因互联网发展而纷繁复杂、形式新颖的网络标识，也随着司法实践的发展，被更大限度地纳入到了保护范围之内。

一方面，混淆条款前三项的规定具有示范性作用，旨在保持法律适用的灵活性与全面性。其立法逻辑并非遵循“法律赋权→主体享有权利”的路径，因此，某类商业标识即便未被明确列举，也不应因此被当然排除在法律保护范围之外。^[2]基于此种特性，新兴的网络标识或被认定为前三项中被明确列举的标识的新形式，或被纳入“等”字所涵盖的未穷尽范围之内，从而实现对这些新型标识的有效保护。如 APP 标识装潢纠纷第一案中，二审法院均将“装潢”概念由传统领域延伸至网络领域，将附着在移动应用软件程序上的图形标识认定为装潢。^[4]

另一方面，在虚拟经济与“互联网+”经济迅猛发展的背景下，虚拟商业标识被他人模仿或者抄袭，在两个网络经营内容相同或近似的情况下，便会导致消费者混淆或者误认，从而损害被假冒者和消费者的利益，^[5]这些新兴虚拟网络标识通过兜底条款的适用得以保护。如上海熵云网络科技有限公司商业混淆案中，当事人开发运营名称为“Chat GPT 在线”的微信公众号，使用高度类似 Open AI 公司官方图像的图案作为头像，吸引用户注册付费注册，最终行政机关依据《反不正当竞争法》第六条第四项兜底条款(以下简称“兜底条款”)予以处罚，平台名称和头像被视为保护对象。^[6]《暂行规定》第七条将应用软件、网店、自媒体(如客户端、小程序、公众号)和游

^[2] 参见孔祥俊：《论反不正当竞争法修订的若干问题——评〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉》，载《东方法学》2017年第3期，第2-17页。

^[3] 参见谭宇航：《〈反不正当竞争法〉第六条适用研究》，载《西部法学评论》2022年第5期，第76-90页。

^[4] 参见北京知识产权法院(2021)京73民终2349号民事判决书。

^[5] 参见严永和、杨鸣明：《商业标识的演进逻辑与我国商业标识法完善的路径》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第3期，第137-146页。

^[6] 参见《市市场监管局公布一批反不正当竞争“守护”专项执法行动典型案例》，载上海市市场监督管理局官网2024年1月9日，<http://scjgj.sh.gov.cn/1073/20240109/2c984a728cd3f55d018cebea9be362ed.html>。

戏界面等的页面设计、名称、图标、形状等标识，以及网络代称、网络符号、网络简称等标识明确列举为保护对象，为遏制高仿账号不当牟利等新行为提供了依据。

(二) 保护对象在网络生态的演进：突破仅限“商业标识”的边界

在互联网迅猛发展的背景下，传统以“商业标识”为保护对象的法律体系逐渐暴露出其局限性，尤其是在应对互联网领域复杂的新兴问题时力不从心。传统的“商业标识”保护框架主要依赖于商标、企业名称等明确的标志。然而，随着网络环境中的商业要素形式日益多样化和虚拟化，许多非商业标识的被仿冒对象，例如网站设计、游戏界面、APP图标及社交媒体头像，往往无法通过传统的商标法和反法机制得到充分的保护，这导致了在实践中大量经营者通过抄袭他人的上述被仿冒对象进行不正当竞争，受害者却难以寻求有效的法律救济。因此，混淆条款的规制应当回归竞争法作为行为法的本质特征。竞争法的根本目标在于维护市场竞争的秩序与公平，其规制重点并非在于被仿冒对象的具体形式，而是对侵害竞争者正当利益、误导消费者的行为本身进行规制。从这一行为法的视角出发，混淆条款的适用应当突破传统商业标识的范围，不再局限于商标、名称等明确的标志性要素，而是应根据行为是否具备仿冒、混淆的特征进行判断。无论这些被仿冒的对象是否具备商业标识的属性，只要其利用导致市场主体、商品或服务来源的误认，就应当被纳入混淆行为的规制范围。这样的立法与司法取向，不仅更好地契合了现代商业环境的多样化特征，尤其是互联网经济中的虚拟标识和非标识对象，更充分体现了竞争法作为行为规制法的实质性目的，确保市场竞争的公平性与秩序稳定。

这一法律保护机制的优越性在多个司法案例中得到了有力的验证。在全国首例抄袭服装款式构成混淆类不正当竞争案中，针对被告提出的兜底条款“系调整对商业标识的混淆行为，原告爱帛公司不存在拥有商业标识的权利基础”的主张，广州互联网法院认为：混淆条款来源于我国加入的《保护工业产权巴黎公约》第10条之二，禁止“以任何手段对竞争者的营业主体、商品或者工商业活动造成混淆的一切行为”。意味着，并不限于模仿商业标识在内的任何方式，只要对其他经营者的营业主体、商品或者工商业活动造成混淆即可以纳入第六条的评价范围。我国混淆条款前三项规定主要针对有一定影响的未注册商标、企业名称、字号等商业标识的混淆，因此，对于仿冒商业标识以外的混淆行为，整体上的仿冒混淆行为完全可以纳入第四项兜底条款之中，且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》（以下简称“反法解释”）第十三条亦未明确排斥整体性混淆行为的认定。^[7]同样的，在“小度”语音指令不正当竞争纠纷中，“xiaodu xiaodu”语音指令并不属于商业标识，但针对被告在杜丫丫学习机中同样使用与原告公司在AI电子产品中所在先使用的“xiaodu xiaodu”语音指令进行唤醒和操作，法院仍根据兜底条款认定其构成混淆行为。类似观点在《传奇》剧本杀侵害同名网游商标权及不正当竞争纠纷案中亦有体现。^[8]而在最新施行的《暂行规定》中，第七条第一款第五项明确将“生产销售足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的商品”认定为混淆行为，跳脱出商业标识的限制，正是在立法上验证了这一观点的成立。

^[7] 参见广州互联网法院(2021)粤0192民初11888号民事判决书。

^[8] 参见上海市浦东新区人民法院(2022)沪0115民初37414号民事判决书。

二. 互联网语境中“有一定影响的标识”之认定标准

我国反法在界定行为是否构成混淆时，以标识具有“一定影响”作为限定条件，但却并无对“有一定影响的标识”的具体认定标准。^[9]如何合理地认定反法中的有一定影响的标识需要进行精细化的研究，同时为标识化的被仿冒对象之保护提供参照。

业界对反法中“有一定影响”的含义存在较大争议，有观点认为其与1993年旧反法的“知名”含义相同，有观点认为其与商标法上同样表述的含义相同，也有观点主张独立判断其程度，**在司法实践中关于“有一定影响的标识”的认定已经形成了较为统一的标准，即“具有一定的市场知名度并具有区别商品来源的显著特征的标识”^[10]**，意即，“有一定影响的标识”之内涵包含了知名度与显著性这两个方面。

(一) 数字经济视域下“知名度”的多元衡量指标

在认定被仿冒对象是否具有一定的市场知名度时，人民法院通常会综合考虑中国境内相关公众的知悉程度、商品销售的时间、区域、数量、对象，宣传的持续时间、程度和地域范围，标识受保护的情况等多种因素。^[11]随着数字经济的迅猛发展，传统认定“知名度”的标准在网络环境中日益显得局限。数字经济依托技术的创新与大规模数据分析，通过平台将消费者与生产者、服务提供者相互连接，重塑了商业环境中的知名度认定体系。在这一背景下，知名度的认定应充分吸纳互联网平台特有的评价标准，形成更为动态的认定体系。

一是要重点关注“流量”等互联网语境下的新兴评价指标。数字经济以数据驱动为特性，流量数据能够成为被仿冒对象在特定行业中影响力的证明。对于原告来说，用户数量与规模、用户活跃度、页面浏览量、点击量、下载量、粉丝量、点赞或转发量乃至专业平台的热度监测数据等等，均可作为互联网语境下独有的评价指标进行举证，具有较高的说服力。在实际操作中，可以关注微信指数、新榜等大数据分析工具，以及自身后台的可见数据，证明其被仿冒对象已在市场中广泛传播。在图透公司与前锦公司、百度公司不正当竞争纠纷一案中，一审法院即考虑了涉案行业、产品特点，结合原告提交的域名查询信息、官方微博信息截屏和获奖新闻等证据，认定原告运营的网站名称具有一定影响。^[12]对于网络游戏的案件，广东省高级人民法院《关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引(试行)》提供了参考：原告提交其网络游戏的运营时间、运营规模、下载数量、获奖情况或者广告宣传等证据，证明相关游戏被仿冒对象为一定范围的相关公众所知晓并实际起到商业标识作用的，可认定为“有一定影响”。

^[9] 参见肖顺武：《混淆行为法律规制中“一定影响”的认定》，载《法学评论》2018年第5期，第176-185页。

^[10] 参见最高人民法院关于适用《中华人民共和国反不正当竞争法》若干问题的解释(2022年)第四条第一款：“具有一定的市场知名度并具有区别商品来源的显著特征的标识，人民法院可以认定为反不正当竞争法第六条规定的‘有一定影响的标识’。”

^[11] 参见最高人民法院关于适用《中华人民共和国反不正当竞争法》若干问题的解释(2022年)第四条第二款：“人民法院认定反不正当竞争法第六条规定的标识是否具有一定的市场知名度，应当综合考虑中国境内相关公众的知悉程度，商品销售的时间、区域、数额和对象，宣传的持续时间、程度和地域范围，标识受保护的情况等因素。”

^[12] 参见北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初45918号民事判决书。

二是要注意“网络效应”对知名度形成的加速驱动。传统线下市场往往需要较长时间的广告宣传和积累，而在数字经济中，借助网络传播的高效性和社交媒体的快速扩散，商业标识等可以在短时间内积累知名度。“长安大牌档”案中，陕西高院即认为“古今长安公司对‘长安大牌档’名称的使用宣传借助了互联网传播的方式，互联网传播的优势与具有一定特点的商品或服务结合，可以在较短的时间内以较快的速度形成有广泛影响力的商誉，让商业标识充分发挥了区分来源的作用。”^[13]此外，数字经济具有**全球化传播**和无国界特性，企业和网站可以通过网络触达全球用户，打破地域限制，迅速扩大市场影响力，这意味着知名度认定不仅限于某一地域市场。在“耳光馄饨”案中，上海知产法院也表明了类似观点：“由于互联网等媒介的介入，使得‘耳光馄饨’的知名度不再囿于因馄饨商品及服务客观属性所制约的地域局限，得以大范围地传播开来，形成了一定的影响力和知名度。”^[14]除此之外，原告还可以借助各大搜索引擎，在其中检索自身被仿冒对象，以证明其与原告之间所建立的指向性关系，这也是一种间接证明自身影响力的有效途径。

三是要理解“有一定影响”是对被仿冒对象而非商品或经营者本身的要求^[15]。商品或经营者本身无论多么知名，若其被仿冒对象未能发挥相应的区分作用，则仍然难以得到法律的保护。^[16]如上海徐汇区法院认为喜马拉雅公司提供的相关获奖报道虽涉及公司本身，但该奖项所蕴含的荣誉无法必然及于喜马拉雅公司网站，故无法据此推断该网站达到“有一定影响”的程度，进而难以认定喜马拉雅公司网站具有指称服务来源的功能和意义且与原告提供的服务建立了稳定的指向关系。^[17]然而，在平台经济中，商业要素的影响力往往受到其关联性和辐射效应的加持。例如，商标、域名或其他标识可以通过与平台上的知名产品、服务的联动，借助平台的推广、用户评价以及平台算法的推送，进一步扩大影响力。这种辐射效应在数字化平台上尤为显著。在永泉阀门案中，广东高院考虑到广东永泉公司域名“yq.com.cn”注册于2000年1月26日，广东永泉公司在该域名网站向公众发布公司的产品信息，展示公司的业绩和荣誉；经过广东永泉公司对该域名的长期、持续使用，并受到广东永泉公司涉案商标及其产品知名度的辐射作用，最终依法认定该域名为具有一定影响的域名。^[18]因此，通过证明不同标识之间的联动作用，原告可以进一步巩固其网络标识的知名度主张，确保其在平台经济中的合法权益能够获得法律的保护。

(二) 信息爆炸视野下“显著性(特有性)”的重要定位

信息爆炸时代的显著特征之一是信息过载。每天数以亿计的信息通过诸如社交媒体等各种渠道传递给用户，用户注意力成为稀缺资源，显著性不足的标识可能会被海量信息所淹没。故而与知名度要求一样，被仿冒对象须具备一定的显著性，才能在高度分散的市场中具备影响力，成为混淆条款保护对象。对显著性的认定可以参照商标法中的认定方法。

^[13] 参见陕西省高级人民法院(2019)陕民终 284 号民事判决书。

^[14] 参见上海知识产权法院(2020)沪 73 民终 444 号民事判决书。

^[15] 参见黄彦钦：《商业混淆反不正当竞争法规制要点分析》，载《上海对外经贸大学学报》2024 年第 3 期，第 60-74 页。

^[16] 参见董新中：《试论〈反不正当竞争法〉中的“有一定影响”》，载《中国市场监管研究》2018 年第 9 期，第 77-81 页。

^[17] 参见上海市徐汇区人民法院(2021)沪 0104 民初 33870 号民事判决书。

^[18] 参见广东省高级人民法院(2020)粤民终 1588 号民事判决书。

反法混淆条款没有关于保护对象名称和形式的明确禁止性条款，仅在《反法解释》中规定国家标识不得作为被保护对象，也体现了数字经济对标识形式的包容性和多样性。在数字化市场中，被仿冒对象的显著性不仅仅来源于本身的表面意义，还包括通过持续在线使用和数字平台的数据沉淀所产生的指引性功能。例如，即使某一对象起初并不具备显著性，如通用名称或常见符号，随着在数字平台中的广泛使用，通过大规模的用户交互和数据积累，它仍然可以逐步获得识别服务来源的能力，从而在动态的数字环境中形成显著性(特有性)。在“高佣联盟 APP”案中，法院即指出：虽然“高佣”固有显著性不强，APP 图标的设计空间有限，但经持续推广宣传，加之该款 APP 的社交电商属性，逐步积累客户群体，该款 APP 的名称及图标装潢已经与知买公司形成稳定对应关系而产生识别功能，产生足以识别服务来源的第二含义，应当受到保护。^[19]

三. 用户注意力稀缺背景下“相似性”要求的放宽与限制

被仿冒对象和被诉对象间的“相似性”判断通常作为法院认定是否构成混淆的客观依据。一般而言，**相似度越高，仿冒行为的混淆能力越强**。区分相似度低的两个对象仅需要消费者花费较少的注意力，因此对市场竞争的破坏性较低，而二者间的高相似度则可能导致消费者完全无法区分商品来源，加大混淆风险和交易成本。

然而，在当今信息资源多元化的环境中，网络要素的设计空间较为受限，而用户又往往凭借快速的视觉接触识别某一对象的来源，而不会对细节进行剖析。注意力的稀缺和认知能力的有限使得**即便被仿冒对象和被诉对象之间仅存在少量的相似性，亦足以引发混淆结果**。修正后的兜底条款，只有第一项明确了对商品标识“相同或近似”使用可能构成混淆。相比之下，第二项和第三项针对企业名称等主体标识、域名等网络标识的混淆利用，并未提及“近似”，实践中认为这些条款仅规制相同使用的观点普遍存在。为应对执法实践中的困境，2022 年《反法解释》明确了对第二、第三项的标识近似使用也可以构成混淆行为。2024 年《暂行规定》第七条第一款第三项规定，应用软件、网店、客户端、小程序、公众号、游戏界面等若存在近似设计，同样可以构成混淆。**新规不仅涵盖了互联网生态下的新兴标识类型，还突破了相同使用的限制，确认了近似性在这些领域中的重要性**。从规制“相同”到兼顾“近似”，从传统标识到网络新兴标识，法律的适用范围更加广泛，能够涵盖对应用程序、网店页面、小程序等新兴标识的保护，防止企业通过标识的细微修改逃避攀附他人商誉的责任，避免用户因注意力分散而误选竞争对手的产品。

然而，即便司法实践因用户注意力稀缺放宽了对“相似性”的要求，权益保护仍须有合理界限，**要允许适度的模仿**。既要防止仿冒者攀附他人商誉，也要避免权益保护随意挤压自由竞争空间。正如“今日头条”诉“今日油条”案中法院所强调的，虽然“今日油条”对“今日头条”的标识存在一定程度的模仿，但模仿是表达自由的体现，是创新和市场竞争的基础，合理的模仿不应构成法律上的侵权。允许适度的模仿和利用他人成果，有助于推动技术和经济的进步。^[20]如果仅因被诉对象与被仿冒对象的相似性而被认定为混淆，将赋予权利人比知识产权法更强的保护，权利人对相关元素可以不经知识产权赋权程序即可永久排除他人利用。当被模仿的元素属于公有领域或取材于广泛使用的表

^[19] 参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2020)浙 0110 民初 19778 号民事判决书。

^[20] 参见广州知识产权法院(2020)粤 73 民初 2332 号民事判决书。

达形式时，法院更要注意保护权益保护与维护市场竞争公平之间的平衡。在“羊了个羊”诉“麻了个麻”案中，法院承认二者在名称结构上存在一定相似之处，但指出该“A了个A”的名称结构并非原告独有，但就该结构而言，未与原告形成相对稳定的指向；^[21]同样的，在前述APP标识装潢纠纷一案中，原被告APP图形标识中的装潢相同，法院认为其由蓝绿渐变色和粉色组合而成，二者颜色的组合，系色彩搭配中的常见形式，不具有特有性和显著性，^[22]最终法院都认定被告行为不构成不正当竞争，为更广泛的市场参与者提供创新空间，形成健康有活力的市场生态。

进一步而言，相同或近似部分的利用是否构成混淆，关键在于被仿冒对象是否具有显著的指引性功能。这与著作权侵权中的“实质性相似”认定法类似，即需要考察被利用的相同或近似部分能否与原告建立起明确的市场指向，使得即使设计中的其他元素有所变动，消费者仍会因这些核心部分的存在而产生混淆误认。在《传奇》剧本杀案中，《传奇》剧本杀在剧情简介中使用“比奇”“玛法大陆”“新的传奇”“致以传奇友情之恩”等相关表述，使用《传奇》游戏中具有高知名度的地图、怪物，尽管被告在剧本杀中对部分游戏元素进行了微调，法院依然认为，因被仿冒对象在玩家群体中具有市场影响力，且被诉对象与原告游戏的知名元素存在相似性，构成了整体混淆。^[22F23]需要注意，即便网页和图标与作品元素的利用高度相关，**市场指向性与被仿冒对象是否具有独创性也并无必然联系**。如“麻了个麻”案中，被告虽然利用了16个图案构成著作权侵权，但上述图案所使用的元素均为日常生活常见元素，法院最终也因为利用对象不具有指向性而认定不构成混淆。相反，在硕力公司网页仿冒案中，硕力公司的网页与佩纳公司的网页在网页布局、配色、栏目设置等方面近似，即使这些功能性元素并不具有版权意义上的独创性，也并不妨碍法院基于涉案网页作为整体能发挥识别商品或服务来源的功能认定抄袭行为构成混淆。^[24]

四. 数字技术驱动下“混淆结果”的类型扩充与认定标准

“混淆”或“混淆的可能性”是我国适用混淆条款的核心要素，也是认定行为是否构成商标侵权或不正当竞争行为的界限。^[25]仿冒行为是否构成混淆，关键在于其是否导致了混淆结果的产生。对于混淆结果的认定，我国采取广义混淆标准，即引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。也就是说，混淆的结果包括两种，一种是商品或服务来源混淆，即将经营者的商品或服务误认为来自他人，另一种是关联关系混淆，即误认为该经营者或者其商品与被混淆对象存在许可使用、品牌代理、厂家赞助等特定关系。混淆的界定对兜底条款的适用限定了边界。随着数字技术的发展，混淆结果的类型和认定标准发生了显著扩充和调适。

(一) “关联关系混淆”的引入强化了对网络混淆的规制

2017年反法修订时将兜底条款“损害竞争对手”修订为“其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为”，2022年反法解释第十二条进一步丰富了兜底条款“引人误

^[21] 参见北京互联网法院(2023)京0491民初7027号民事判决书。

^[22] 同前注4。

^[23] 参见上海市浦东新区(2022)沪0115民初37414号民事判决书。

^[24] 参见上海知识产权法院(2021)沪73民终240号民事判决书。

^[25] 参见周樾平：《商业标识保护中“搭便车”理论的运用——从关键词不正当竞争案件切入》，载《法学》2017年第5期，第126-138页。

认为是他人商品或者与他人存在特定联系”的内容——“包括误认为与他人具有商业联合、许可使用、商业冠名、广告代言等特定联系”。这种不以直接竞争关系为内容的混淆，被称为关联关系混淆。关联关系混淆的引入，打破了传统的竞争关系基础，扩大了规制不正当竞争行为的范围。^[26]

首先，关联关系混淆的引入适应了数字经济发展引起的竞争关系在反法中的定位变化。随着数字经济对传统竞争模式的颠覆，流量竞争成为关键，一些看似不相关的服务或平台可能因为争夺用户流量或关注度等原因而产生竞争关系，“竞争关系”在新型不正当竞争案件审理中呈现出适用的复杂性。对“竞争关系”意义的辨识构成了认定互联网新型不正当竞争行为的关键，理论与实践甚至发展出“竞争关系”不再是认定不正当竞争行为发生之前提的观点。^[27]众多法院在判决中认定竞争关系的构成不取决于经营者之间是否属于同业竞争，亦不取决于是否属于现实存在的竞争，而应取决于经营者的经营行为是否具有损人利己的可能性。^[28]即有无竞争关系的判断应着眼于经营者的具体行为，分析其行为是否损害其他经营者的竞争利益。^[29]这一点在关联关系混淆的引入中亦可以窥见。修订前该项强调的是标识混淆的基础关系是竞争者关系，修订后则将非竞争者间的其他关联关系也涵盖其中。这一变化适应了平台经济的特点，在不断涌现的互联网不正当竞争案件具有较强的可适性。

其次，关联关系混淆的引入为新兴文化资源商品化权益的保护提供了保护依据。数字技术使得文化资源的数字化变得更加便捷和广泛，推动了各类新兴文化资源(如知名人物或角色、影视作品元素、游戏名称等)的商业化运用与“再生产”，被用于衍生品、广告、游戏角色或社交媒体的热门表情包中，形成一种文化符号，并通过数字平台进行传播和销售。但这些资源未必都能通过传统的商标注册或著作权制度获得全面保护，关联关系混淆的适用为此类新兴资源的保护提供了补充路径。被不正当攀附利用的一方通过证明行为足以让消费者误认其与原权利人有关联来寻求竞争法的保护，在实践中被逐渐广泛运用。在《全民大富豪》网游商标侵权及不正当竞争纠纷案中，被告盗用原告的企业名称和《全民大富豪》的游戏版权信息(含版本号)，并向软件公司提交通过平台审核，误导用户以为是原告出版运营的涉案游戏，向用户收取充值费用最终被认定为混淆行为。^[30]再如典型案例电视剧《延禧攻略》诉微信小程序游戏“璎珞攻略”案，虽然原告主张保护的元素如影视作品名称、角色名称、形象特征等并不落入著作权保护范围，但因被告大量使用相似元素用于同题材游戏中，最终法院认定此种行为是凭借涉案作品游戏改编权在移动端游戏市场的竞争优势，抢占了本应属于原告的相关游戏市场，对原告运营相关游戏造成了损害，构成不正当竞争，^[31]通过适用兜底条款为网络作品等元素商品化权益提供保护。**此外，其为由生成式人工智能发展引发的新型法律问题提供了解决思路。**如伴随着 AI“深度伪造”技

[26] 参见刘继峰：《关联性混淆不正当竞争行为认定中的相关市场限制》，载《学术论坛》2022年第45卷第6期，第63-73页。

[27] 参见陈兵：《互联网经济下重读“竞争关系”在反不正当竞争法上的意义——以京、沪、粤法院2000~2018年的相关案件为引证》，载《法学》2019年第7期，第18-37页。

[28] 参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第3283号民事判决书。

[29] 参见北京知识产权法院(2014)京知民终字第79号民事判决书。

[30] 参见江苏省南京市中级人民法院(2019)苏01民初2672号民事判决书。

[31] 参见北京知识产权法院(2021)京73民终2498号民事判决书。

术的发展，对于不正当地利用人格商品化权益来“搭便车”的行为，^[32]当无法满足民法典人格权内容要求时，如企业在商业宣传中使用 AI 生成的形象或语音与某知名人物的风格高度相似，但未直接使用其姓名或肖像，该行为即便未必构成《民法典》上的人格侵权，这种模仿也可能使消费者误以为虚拟内容与真实人物有关，从而产生关联混淆，混淆条款或许在未来会发挥其相应作用。

(二) 关于电商领域“质量认可关系混淆”之评析

乐町服装款式和款号被抄袭案中，法院基于涉案淘宝网销售的相关 164 款服装款式对原告设计的全面模仿与抄袭，同时使用了原告特有的商品编码(即款号)，结合消费者的评论而认定行为会引起消费者产生涉案店铺与原告存在某种特定联系，如服装设计、贴牌代工、许可使用、广告代言等误认，进而认定被诉行为构成混淆。^[33]与之不同的是，在前述全国首例抄袭服装款式构成混淆类不正当竞争案中，被告并未直接在生产销售服装过程中使用原告的商业标识，消费者能够清楚地知道产品来源于哪个商家，也没有产生原被告或者其商品之间存在关联关系的认识，即不存在来源混淆也不存在关系混淆。但是法院认为，我国法律所规定的混淆关系不仅包括商品及商品来源的混淆，也可以将关联关系、认可关系等指示商业联系在内的混淆囊入其中。并基于消费者在线购买时通过识图“搜同款”这一新技术创造的功能能够搜索到被告的同款衣服，被告的仿冒行为会使消费者误认为被告的同款衣服可能具有与原告基本相同的质量保障，提升对被告的认可度，最终造成质量认可关系上的混淆，判定被告抄袭服装行为构成兜底条款的混淆行为。^[34]

然而，法院将“质量认可关系混淆”纳入不正当竞争的判定标准，虽然在一定程度上反映了电商环境的复杂性，但这种扩展可能导致法律适用的过度宽泛和法律体系的混乱。消费者的购买决策往往基于多种因素，包括品牌认知、产品质量、价格等，尤其是在电商平台上，通常会依赖于其他信息源，如评论、评分和推荐等，而不仅仅是通过图像搜索“搜同款”。法院在此案中所认为的消费者误认并未充分考虑这一点，低估了消费者的认知能力。并且，即使因“搭便车”造成消费者对质量的误解，而不涉及对来源或特定关系的混淆，也应通过《反不正当竞争法》第二条的“一般条款”寻求救济，而非借助“混淆”的框架，否则可能导致法律适用的混乱。

(三) 关键词不当使用的“混淆”认定争议

随着大数据算法技术的优化，搜索引擎竞价排名策略的普及，关键词推广成为经营者普遍使用的推广策略。推广者在搜索引擎投放网页时先确定关键词，消费者在使用搜索引擎时输入关键词进行搜索，当网络用户检索的关键词与推广者设置的关键词相关联时，推广者的网页就会出现在搜索引擎界面中。为吸引流量与关注，经营者可能会将他人的知名标识设为关键词。对此，

^[32] 概念界定参照韩学强：《刍议人格商品化权的概念》，载杨遂全主编：《民商法争鸣》第 5 辑，法律出版社 2012 年版，第 33-39 页。

^[33] 参见江苏省常熟市人民法院(2023)苏 0581 民初 16764 号民事判决书。

^[34] 同前注 7。

《暂行规定》第七条第二款规定，“擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，属于前款规定的混淆行为”。但却并未能完全适应关键词使用的复杂情境。一方面，**关键词显性使用引起“初始兴趣混淆”是否属于混淆一直悬而未决**。被告如果在搜索结果列表的网页标题中使用了原告标识作误导性陈述，引诱用户点击该链接，但在所链接的网站中又未使用原告标识，用户在进入后即会发现此非自己所要搜寻的网站，该种情况就是初始兴趣混淆。对此学界和司法实践并无统一认识，实践中倾向于认为如此设置关键词行为亦会造成相关公众初始混淆，误认随后链接的网站与原告存在关联，^{[34F^{35]}}此种行为减少了消费者了解并购买被利用方的交易机会，使他人损失了潜在客户，造成了相应的经济损失，构成混淆。^[36]另一方面，**理论和实务均未就隐性使用关键词是否侵权达成一致**。隐性使用则指企业在竞价排名推广中，未在广告内容中直接显示他人商业标识，但将该标识作为搜索关键词设置，使用户在搜索相关标识时广告得以触发。这种方式较为隐蔽，且通常并不会导致混淆，故而司法实践中一般不将其认定为混淆行为，只是通过一般条款加以规制，^[37]或者认定不侵权。^[38]**我们认为**，隐性使用的关键词并不会直接显示在页面上，也便无混淆误认之根源。且就竞争损害而言，此种行为与爱奇艺诉搜狗不正当竞争案中的“搜索候选”功能跳转类似，由于被控行为的介入，可能导致部分交易机会或搜索流量从原告转移至被告，但在网络环境中，消费者选择重新返回原告交易场所的成本很小，市场选择功能并未被真正破坏。被控行为并未过度妨碍原告的正常运营，尚未达到扰乱市场竞争秩序的程度。^[39]依据比例原则，**关键词隐性使用行为总体上仍然是一种效能竞争，不构成侵权**。

(四) 基于用户有限认知视角的混淆认定之“多因素整体判断”

如前所述，互联网环境中信息传播速度极快，用户往往在短时间内通过标识的整体印象快速识别出产品或服务的来源，而非精细比对、逐字分析。故对仿冒行为是否会导致混淆应当着眼于整体，结合多种因素整体性考量，而不仅是单一元素的比较。多因素整体判断强调从消费者的视角出发，考虑内容、宣传方式、视觉符号等多方面因素判断是否在市场上产生了误导。即便单个元素不具备知识产权法中的保护条件，当它们组合使用造成消费者对商品来源或关联关系的误解时，仍会构成混淆行为。法院在这一类案件中不仅考量主观攀附意图，还参考用户体验和市场反馈。在好省 APP 图标案中，涉案图标和被仿冒图标二者呈现的“省”字字体存在差异，但图标要素的选择、构成、搭配等基本一致，法院考虑到二者均是手机软件图标，在手机页面上显示标识面积有限，构成要素更容易对公众视觉效果产生影响，又结合了标识知名度和被告的主观恶意判断被诉行为构成混淆。^[40]在“仿冒微信团队”案中，法院指出，被告公众号在字体、排版、颜色等方面有诸多选择，但却刻意采用与微信官方界面极为近似的设计，并在投诉页面重复使用“微信团队”字样。这种多元素的组合导致普通用户难以分辨真假，加深了混淆程度，构成了

^[35] 参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第 141 号民事判决书。

^[36] 参见山东省济宁市中级人民法院(2023)鲁 08 民初 39 号民事判决书。

^[37] 参见最高人民法院(2022)最高法民再 131 号民事判决书。

^[38] 参见上海市浦东新区人民法院(2020)沪 0115 民初 3814 号民事判决书。

^[39] 参见上海知识产权法院(2018)沪 73 民终 420 号民事判决书。

^[40] 参见浙江省杭州铁路运输法院(2020)浙 8601 民初 1841 号民事判决书。

兜底条款规定的混淆行为。^[41]通过综合考量各要素的相似性与消费者实际认知的效果，才能确保互联网经济在创新与秩序之间实现有效平衡。

(五) 通过市场反馈客观衡量相关公众的认知状态

在结合多因素进行整体判断时，市场反馈作为一种客观反映消费者认知状态的有效手段，愈发受到司法实践的重视。随着互联网经济的迅速发展和电商平台的普及，专业化的手段加剧了信息不对称，消费者的购物习惯和认知方式也发生了显著变化，传统的混淆认定方法已难以应对网络环境中的复杂情境。针对网络不正当竞争行为，在认定其是否侵害消费者利益时，可以通过技术调查，进行消费者测试，^[42]以帮助厘清合理使用、戏谑模仿与仿冒行为之间的界限，促进市场竞争的开放，为品牌创新提供空间，同时避免滥用知识产权和竞争利益打击创意表达。如广东深圳前海合作区人民法院在认定是否造成相关公众混淆时采取了“公众评议活动”的创新方式，以在潮玩类行业展会现场向业内人士或消费者发放不记名调查问卷的形式，根据数据结果认定被控行为在潮玩商品领域的消费者和其他经营者中造成了混淆。^[43]在前述 APP 标识装潢纠纷第一案中，法院根据被告在公证中在 4 个城市开展的采取现场拦截访问和读录式问卷形式获得的调查报告认定不构成混淆。^[44]在互联网领域，可以被收集记录的用户评论更是天然具有证据优势，法院即可据此进行混淆认定。相比于传统的文字论证、说明，在视觉为王、数据为王的互联网时代，直观的图像对比与清晰的数据结果显然更加具有冲击力和说服力。在未来处理此类诉讼的过程中，原被告可以参考上述消费者测试或用户评论的流程并进行全程公证，将收集到的数据作为对己方有利的证据提交。

总结

本文通过对《反不正当竞争法》第六条的混淆条款在互联网领域中的适用进行详细的讨论和分析，探讨了混淆条款在互联网时代背景下的独特作用与适用问题。近年来，立法和司法活动扩展了商业标识的保护范围，特别是新增了对应用软件、网店、小程序等网络标识的保护，甚至突破了混淆条款限于商业标识的限制，增强了法律的适应性。

受保护的商业标识需要“有一定影响”，“有一定影响”需体现市场知名度和区别商品来源的显著性。在数字经济时代，知名度认定应结合互联网传播的特点，如网络流量、点击率等现代传播指标，表明被仿冒对象的市场影响力。同时，显著性(特有性)的判断是关键，要求其能够使消费者将商品与特定来源联系起来。

此外，在用户注意力稀缺的互联网环境中，相似性与混淆可能性之间的关系变得复杂。混淆的认定关注涉案被诉对象和被仿冒对象间的相似性，相似度越高，混淆的可能性通常随之上升。但高度相似并不必然导

^[41] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2019)浙 01 民终 9556 号民事判决书。

^[42] 参见谢兰芳：《互联网环境下不正当竞争行为的法律规制研究》，西南政法大学 2018 年博士学位论文。

^[43] 参见广东省深圳市前海合作区人民法院(2022)粤 0391 民初 7842 号民事判决书。

^[44] 同前注 4。

致混淆，如果被仿冒对象未形成显著的市场指向，就难以认定被诉行为导致混淆。相似性是否构成混淆的关键在于被仿冒对象是否具备显著的指引功能，能够与原告形成明确的市场联系，此种指引功能与被仿冒对象的独创性无关。

“混淆结果”的认定是混淆条款的核心，随着互联网市场的快速发展，混淆的判断标准不断演变，涵盖了更广泛的商业标识和行为类型。除了传统的商品来源混淆，兜底条款所确定的关联关系混淆为新兴文化资源商品化权益提供了保护基础，实践中还在电商领域中发展出了“认可关系混淆”，关键词不当使用的“混淆”认定仍存在未决难题。

可以预见，随着互联网环境的持续演变，混淆形式的认定将更加多样化。深入理解并灵活适用混淆条款，将为复杂商业环境中的问题解决提供有效的法律路径，有效识别潜在的法律风险，进一步强化商主体在数字经济中的品牌保护和市场竞争力。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



王展
+86 21 3135 8705
james.wang@llinkslaw.com



姜哲
+86 755 3391 7629
denny.jiang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系：master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2024