

# 广告语的反不正当竞争法保护

## 新反不正当竞争法 专家解读

◇ 中国政法大学教授 范明志

有影响力的广告语承载着企业商誉并形成品牌符号,其不仅凝聚了企业的营销投入,而且与产品的核心功能或情感价值高度绑定。作为企业获得竞争优势的一种商业标识,有影响力的广告语如果被他人擅自使用,难免扰乱公平竞争的市场秩序。同时,广告语所使用的语言文字本属公共资源,过度保护可能不当限制公众的表达自由和市场竞争空间。广告语往往因缺乏固有显著性等因素,难以获得商标法框架下的赋权性保护。2025年新修订的反不正当竞争法第七条对于擅自使用他人商业标识引起消费者混淆的行为进行了规定,可以用于对符合条件的广告语进行法律保护,以实现经营者与消费者的合法权益保护与公共领域保留的平衡,但是应限定于经使用产生一定市场影响力和识别功能的广告语,在司法实践中需要仔细甄别。

### 一、未获注册为商标的广告语在反不正当竞争法下可获得保护

广告语的商业标识功能,是指广告语在反复使用和持续宣传中,逐渐与特定商品或服务提供者建立稳定联系,消费者见到或听到该广告语时,能够联想到特定的商品或服务。广告语体现了企业对产品营销的精心策划与价值选择,有一定影响的广告语更是通过高度简洁、朗朗上口、过目难忘的表现形式让人“一听就知道商品”,例如,“(李宁)一切皆有可能”“(鄂尔多斯)温暖全世界”等。从认知心理学角度观察,简洁、独特、易记的广告语更容易在消费者记忆中形成“图式”,当该图式与特定商品或服务形成稳定联结时,广告语便获得了来源识别的功能。从法律经济学角度分析,广告语通过降低消费者的搜索成本而创造价值——消费者无须记忆复杂的商标信息,仅凭熟悉的广告语

即可快速定位心仪的商品。一些广告语经多年高频传播,已与相关产品及其生产形成不可分割的认知关联,其识别功能甚至不亚于注册商标。广告语虽未在反不正当竞争法第七条中被明确列举,但其作为识别来源的符号载体,可以归入反不正当竞争法关于标识混淆行为或者其他混淆行为的调整范围。

反不正当竞争法对于商业标识作出专门规定,与商标法共同承担“标识”保护的功能。商标法通过注册制度创设排他权,为权利人提供强保护;反不正当竞争法则以行为规制为核心,为未注册但经使用产生市场利益的标识提供补充保护。二者的保护逻辑存在本质差异:商标法是积极权利,权利人可以禁止他人在相同或类似商品上使用相同或近似商标,无论行为入是否有混淆故意。反不正当竞争法保护则需以行为的不正当性为前提,不仅要求被告有擅自使用的故意,还要求使用行为导致消费者混淆。换言之,在商标法中,商标标识本身已经被法定化为权利客体,而在反不正当竞争法中,构成法益保护的客体应当是混淆行为中的标识。这一功能分工和保护逻辑差异意味着,未获注册为商标的广告语仍可能通过反不正当竞争法获得保护。在涉及广告语的反不正当竞争纠纷案件中,有观点认为,涉案广告语未获注册为商标,因不具有显著性,不应获得反不正当竞争法的保护。该观点忽视了商标法与反不正当竞争法的功能定位及其保护逻辑上的差异,未注意到后者对商业标识的补充保护作用,也未认识到商业标识是一个开放性概念,其外延随着商业实践的发展而不断扩张。

商标法通过注册要件对商业标识进行类别化保护,而反不正当竞争法则以未注册商业标识为保护对象,体现了对商业实践需求的积极回应。二者在功能定位上的区分和互补具有重要实践意义。对于大量因缺乏显著性而无法注册商标的广告语,若其在长期使用中积累了商誉、产生了识别功能,他人擅自使用导致市场混淆的,权利人可以援引反不正当竞争法寻求救济。

### 二、“获得显著性”与“有一定影响”的辨析

虽然商标法与反不正当竞争法对缺乏固有显著性的标识的识别功能均以“第二含义”为核心,均指向商业标识经使用产生的市场认知,但其制度目的与认定标准存在差异,商标

法上的“获得显著性”与反不正当竞争法上的“有一定影响”存在异同。

1. 规范目的比较:识别来源与防止混淆。从规范目的的角度而言,商标法中的“获得显著性”是商标注册的条件,其规范目的在于判断一个原本缺乏固有显著性的标志是否已经通过使用获得了识别商品或服务来源的能力,从而可以纳入商标权的保护范围。商标审查机关在认定获得显著性时,通常要求权利人提供证据证明该标志在相关公众中已取得较高认知度,且这种认知度足以使该标志发挥相对唯一的来源识别功能,值得法律给予赋权性保护。

反不正当竞争法中的“有一定影响”,则是商业混淆条款的适用条件之一。根据反不正当竞争法第七条的规定,经营者不得擅自使用与他人“有一定影响”的商品名称、包装、装潢等标识,引人误认。此处的“有一定影响”,规范目的在于划定反不正当竞争法保护的客体范围,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。此处的显著性既包含固有显著性,也包含经过使用取得显著特征。他人擅自使用该类标识,可能造成市场混淆、破坏竞争秩序;没有影响力的标识,即使被他人使用,也不足以产生引人误认的后果。标识是否具有市场知名度,还需要在个案中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认定。

可见,“获得显著性”侧重于标识本身的来源识别能力,“有一定影响”则侧重于标识所具有的市场知名度及与之相关的混淆可能性判断。前者是“质”的判断——标识能否成为商标;后者是“量”的衡量——标识在个案中是否达到受反不正当竞争法保护的影响程度。

2. 认定标准的关联与差异。在认定标准上,“获得显著性”与“有一定影响”存在共同之处,亦有明显区别。就共同点而言,二者均需考查相关公众的认知状态,均需通过证据加以证明,均需考虑使用时间、使用地域、宣传投入、市场声誉等因素。

但二者的证明要求存在程度差异。“获得显著性”要求标识能够“单独”识别来源,即消费者看到该标识本身即能联想到特定商品或服务提供者。“有一定影响”的证明要求相对较低,标识只要在相关公众中具有一定知名度、他人擅自使用可能误认即可。混淆误认的范围也较广,就广告语而言,如该广告语经长

期使用已与企业形成特定联系,他人擅自使用相同或近似广告语可能使消费者误认为两者具有商业联合、许可使用等特定联系,反过来即可推定该广告语“有一定影响”。

### 三、适用反不正当竞争法保护广告语的要件

依据反不正当竞争法的相关规定,广告语要获得反不正当竞争法保护,须满足相应的客体条件、行为条件与行为后果等要件。

就客体条件而言,广告语应“有一定影响”。判断广告语是否符合该条件,可参考以下因素:广告语的使用时间、使用范围、使用方式;权利人对广告语的宣传投入;广告语所涉商品的销售范围和规模;广告语受保护的记录情况等。

就行为条件而言,广告语应被“擅自使用”。即双方不存在相应的合作关系,或者被许可方的使用超出约定的使用时间、使用范围、使用方式等。同时,该使用仅指经营者的商业性使用,个人使用、学术研究或新闻报道等非营利性使用并不受反不正当竞争法规制。

就行为后果而言,对方擅自使用他人广告语应“引人误认”。反不正当竞争法规制的是行为而非标识本身。因此,仅有广告语的识别功能尚不足够,还须有他人擅自使用该广告语的行为,且该行为已导致或可能导致市场混淆。混淆误认的范围较广,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。混淆可能性的判断应综合考虑广告语的市场知名度、相同或者近似程度、商品和服务的相同或者类似程度等因素。

此外,作为反不正当竞争法下的不正当竞争行为,“擅自使用”一词本身意味着行为人有主观故意,行为人的过错程度将影响责任承担的具体方式和赔偿数额。

### 四、广告语的反不正当竞争法保护与公共领域保留

反不正当竞争法对广告语的保护并非绝对,须受到正当使用等抗辩事由的限制,其中最为重要的是描述性使用抗辩。

描述性使用是指经营者为描述自己商品或服务的特征、产地、历史等客观事实,在必要范围内使用与他人商业标识相同或近似的标识的行为。此种使用在主观上为善意,客观上未

突出使用他人标识,不会导致相关公众混淆,因而不构成不正当竞争。在广告语的语境下,描述性使用抗辩具有重要意义。广告语所使用的语言文字本属公共资源,任何人不得垄断。若经营者只是在描述自己商品的客观特点,或在说明商品历史沿革等信息,且使用方式合理、未造成混淆,即应认定为描述性使用,不构成不正当竞争。

需要注意的是,在判断是否适用公共领域保留原则时,应当以遵守法律的明确规定为前提条件。反不正当竞争法第七条第一款第四项明确规定了“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”,对于该兜底条款的适用,只要在事实上符合该规定,且双方存在竞争关系,即构成不正当竞争行为,无须再考虑公共领域保留问题。因为该规定中混淆的对象是指特定的“他人商品”或者“特定联系”,指向特定的对象,而非“不特定多个对象互相混淆”。相应广告语由经营者宣传、使用并能与其产生稳定联系,其他经营者的相应行为可能让人误认为与其有特定联系时,该具体的混淆行为依法应予规制。

## 相关法条

**反不正当竞争法第七条** 经营者不得实施下列混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系:

(一)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;

(二)擅自使用他人有一定影响的名称(包括简称、字号等)、姓名(包括笔名、艺名、网名、译名等);

(三)擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页、新媒体账号名称、应用程序名称或者图标等;

(四)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。

擅自将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用,或者将他人商品名称、企业名称(包括简称、字号等)、注册商标、未注册的驰名商标等设置为搜索关键词,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。

经营者不得帮助他人实施混淆行为。

## 劳动争议 前沿观察

◇ 孙健伦

“十五五”规划纲要提出,健全就业支持和公共服务体系,营造公平有序就业环境。完善劳动标准体系和劳动关系协商协调机制,健全灵活就业、新就业形态劳动者权益保障制度,推动平台企业公平制定劳动规则、依法合规用工,构建和谐劳动关系。当前,劳动法律规避行为已成为破坏和谐劳动关系、引发劳动争议的常见诱因,也给司法实践带来了裁判难题。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(二)》(以下简称《劳动争议解释二》)第十条就专门用于解决用人单位规避订立无固定期限劳动合同义务的行为,同时第一条、第二条、第三条、第十九条等也在一定程度上回应了规避劳动关系认定与社保缴纳义务问题。因此,有必要梳理劳动法律规避案件的裁判思路,帮助解决此类案件的裁判难题,减少劳动法律规避行为发生,促进劳动关系和谐。

### 一、聚焦劳动法律规避类案件的必要性

法律规避通常被认为源于国际私法领域,指当事人在涉外民事关系中,通过制造或改变连接点的事实因素,使本不应适用的、对当事人有利的法得到适用,而使本应适用的、对当事人不利的法得不到适用。其实,法律规避在公法私法各域普遍存在,劳动法亦不例外。劳动法律规避通常是指涉及劳动关系的当事人采用一定手段,避免劳动法有关条款适用的行为。之所以劳动法律规避类案件值得专门关注,主要有以下原因:

第一,劳动法律规避行为愈发普遍,已成为劳动争议案件的常见诱因。无法律则无规

避,早期的劳动法律规避主要表现为以承揽或外包规避劳动关系认定与用工责任。随着劳动法律的制度完善与普及,如今劳动法律规避已经扩散至劳动基准、劳动合同、社会保险等劳动法各项主要制度。

第二,劳动法律规避手段层出不穷,案情更为复杂。劳动法律规避不是“简单粗放”的违法行为,而是“精细复杂”的规避行为,当事人往往不直接实施违反劳动法的行为,而是企图通过精心设计方案,在合法形式掩饰下,巧妙规避劳动法适用。例如,劳资双方以“奋斗者协议”规避法定工时制度与加班费用规则;用人单位通过“劳动合同续订间隔期”“交替变更用工主体”等方式规避无固定期限劳动合同签订义务、降低经济补偿金数额等。

第三,劳动法律规避行为往往规避构成要件,增加了法律适用难度。司法实践中,法官通过案件事实与法条构成要件的比对,选择应适用的法律条款,然而,法律规避行为往往为了规避构成要件而采取相应的掩饰行为。例如,为避免被认定为劳动关系,平台将平台工人注册为个体工商户以否认主体要件,让外卖员自行采购电动车等劳动工具规避经济从属性要件。最高人民法院发布的第42批指导性案例提出以“支配性劳动管理”作为新就业形态劳动关系的认定标准,并归纳了若干劳动关系认定要素,要求裁判者对认定要素进行综合考虑。对规避者而言,虽然从属性要素综合认定标准提升了劳动关系的规避难度,但精细复杂的从属性要素也可能成为更精准的“规避指引”,催生更多新型规避手段。

第四,劳动法律规避行为牵扯多方利益平衡,带来了司法价值判断难题。劳动关系包含劳动者、用人单位与公共利益三方利益,劳动法律规避行为是实质不平等的劳资双方围绕劳资三方利益分配所产生的博弈结果,双方的一致行动,既可能是强势方用人单位主导、弱势方劳动者被迫配合,也可能是劳资双方为规避社会利益而达成共谋。例如,为了高薪而“996”、将不缴或少缴例外的社保成本作为“工资补偿”。因此,劳动法律规避类案件的裁判也并非简单的“劳资二选一”,劳方利益、社会利益实际上都会因规避行为而不同程度受损,甚至用人单位

的长远利益也会受到潜在影响。

### 二、劳动法律规避类案件的裁判思路

当前,民法典、劳动法、劳动合同法等有关法律法规没有对劳动法律规避行为给予专门规定,司法实践无法根据相关法律法规就劳动法律规避行为直接裁判,需要通过行为效力认定与行为重新定性两个步骤裁判此类案件,即先对规避行为的效力予以审查,再视情况对经过效力审查的行为重新定性。

1. 劳动法律规避行为的效力认定。劳动法律规避行为的效力认定,应先根据民事法律行为的效力条款及有关强制性规定,审查判断规避行为的效力。包括依据民法典第一百四十六条(通谋虚伪)、第一百五十三条(违反强制性规定、公序良俗)、第一百五十四条(恶意串通)等条款审查是否存在行为无效情形,依据第一百四十七条(重大误解)、第一百四十九条(欺诈)、第一百五十条(胁迫)、第一百五十一条(显失公平)等审查是否存在可撤销情形。

针对为规避劳动法所达成的协议,还需依据劳动合同法第二十六条审查合同效力。其中,劳动合同法第二十六条第一款规定的无效情形仍有较大争议,尤其是第二项“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的”,是否免除任何用人单位责任或排除劳动者权利都应被认定为无效仍存在分歧。对此,指导性案例184号“马筱楠诉北京搜狐新动力信息技术有限公司竞业限制纠纷案”明确了择业自由、司法救济权利应属于第二十六条第一款第二项规定的不可排除的权利范畴;人社部与最高人民法院联合发布的第二批劳动争议典型案例明确了超时加班与放弃加班费协议应属无效;《劳动争议解释二》第十九条也明确了放弃社保协议无效。可见,前述案例、司法解释所确认的权利均属于劳动法第三条规定的法定权利范畴。此外,也有观点认为,该项所指的责任与权利应限于具有较强社会公共利益的关系范畴。

2. 劳动法律规避行为是否重新定性。劳动法律规避行为的重新定性是指,法官否定当事人对规避行为的认识,选择应当适用的法律规范。并非一切劳动法律规避行为都应重新定性,毕竟劳资双方均享有行为自由,当事人的

一系列操作究竟是自治行为还是另有所图仍需谨慎判断。对此,可参考以下标准:

其一,是否违反诚信原则。针对用人单位规避订立无固定期限劳动合同的义务的问题,《劳动争议解释二》第十条列举了应认定为符合劳动合同法第十四条第二款第三项“连续订立二次固定期限劳动合同”的情形,并将“以其他违反诚信原则的规避行为再次订立劳动合同,期限届满的”作为兜底条款。这为重新定性规避行为提供了一种理由,即若规避行为违反诚信原则,那么该规避行为应被重新定性。诚信原则本身就具有限制权利行使的功能,能防止权利人“滥用权利”损害他人或社会公共利益。对违反诚信原则的规避行为重新定性,能有效限制劳动场景中规避行为对劳动者权益和社会公共利益的损害。

其二,是否具备合理商业目的。针对避税行为,企业所得税法第四十七条就以合理商业目的作为避税行为正当与否的标准,若以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的,则不具有合理商业目的,税务机关有权调整应纳税额。劳动法律规避行为的司法裁判可参考税法有关经验,若当事人无法证明其劳动法律规避行为具有合理商业目的,仅以规避劳动法相关法定义务为目的,则可对该规避行为重新定性。

3. 法律条款的选择适用。一方面,应坚持事实优先原则。事实优先原则是国际劳工组织提出的一项劳动关系认定原则,指“确定雇佣关系的存在,应当基于有关提供的服务和劳动者报酬的事实,而不论各方当事人之间可能商定了何种契约性或其他相反安排”。我国在2011年引入事实优先原则,以解决劳动合同法出台后愈演愈烈的劳务派遣、承揽合同等“隐蔽劳动关系”问题。劳动法律规避问题在平台用工领域泛滥后,事实优先原则被重新提及。最高人民法院第42批指导性案例也明确采纳了事实优先原则,将用工事实是否构成支配性劳动管理作为新业态用工劳动关系认定的关键,合意在劳动关系的认定中被视为非必要因素,无论双方签订何种形式合同,采用何种规避手段,裁判者可依据案件事实与劳动关系认定规则构成要件的情况完成劳动关系认定。不仅是劳动关系认定,对于其他劳动法律规避行为,也应坚持事实优先,突破形式外观

认定,适用对应的法律规范。例如,“分批次”经济性裁员人数应累计认定;劳动者仍在原岗位工作,但变换劳动合同签订主体,或劳动合同续订时特意设置间隔期的,劳动合同签订次数与工作年限可连续认定。

另一方面,法官可在自由裁量空间内选择性适用合适的法律规范,以抑制劳动法律规避者的动机,减少规避行为发生。针对为了节约成本获取更多现实收益的劳动法律规避者,可通过法律适用,在裁量范围内适用惩罚性赔偿,以惩罚威慑来降低劳资双方规避动机。例如,有企业与劳动者签订外包、承揽等民事协议,甚至在协议中有意避免劳动合同法第十七条规定的必备条款,以避免被认定为劳动关系,对此,可对劳动合同法的必备条款从严审查,将缺乏必备条款的民事协议认定为“未签订书面劳动合同”,适用劳动合同法第八十二条的“二倍工资”条款,发挥司法裁判的规范指引与威慑功能,减少劳动法律规避行为的发生。

【本文系广东省哲学社会科学规划2025年度习近平法治思想研究专项“新就业群体权益保障机制研究”(GD25XFZ09)的阶段性成果】(作者单位:上海财经大学法学院)

## 关联索引

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(二)》第十条 有下列情形之一的,人民法院应认定为符合劳动合同法第十四条第二款第三项“连续订立二次固定期限劳动合同”的规定:

(一)用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计达到一年以上,延长期限届满的;

(二)用人单位与劳动者约定劳动合同期满后自动续延,续延期限届满的;

(三)劳动者非因本人原因仍在原工作场所、工作岗位工作,用人单位变换劳动合同订立主体,但继续对劳动者进行劳动管理,合同期限届满的;

(四)以其他违反诚信原则的规避行为再次订立劳动合同,期限届满的。