

商标侵权之混淆理论再思考

韩续峰

(西北政法大学 经济法学院,陕西 西安 710063)

摘要:鉴于国内外商标侵权的判断标准是混淆理论,且学术界和实践界对混淆理论有不同看法,通过梳理国内外相关理论和法律实践,解读混淆理论。分析认为,国内相关立法应当将反向混淆包括在混淆理论之内;判定是否存在混淆有以相关公众一般注意力的主观标准,以及商品或服务类似程度和商标相似程度的客观标准。

关键词:混淆;混淆之可能性;商标近似;反向混淆

中图分类号:D922.29

文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2015)03-0082-05

众所周知,对于知识产权的法律保护主要是通过侵权法的保护而实现的。在商标侵权案件中,商标权人或商标持有人所获的损害赔偿也是建立在对方是否侵权的基础之上,确定是否侵权的判断标准,是司法实践中最为关注的法律问题。

保护商标权的根本目的在于保护商标的基本功能,即区别功能,商标存在的价值在于能够让消费者区分所附的商品和服务来源,当消费者已经或可能对商品或服务的来源或有关方面产生错误认识的时候,商标侵权由此产生,故而商标权当以混淆理论为基础,以是否存在混淆可能性作为商标侵权的认定标准。无论是使用原则还是注册原则,商标保护的立足点都是制止混淆^[1]。各国商标法以及国际组织文件无不以此作为商标立法的基本宗旨。

一、混淆理论的法律解读

(一)“混淆”的理解

混淆即“使界限不分明”,商标领域中混淆亦为此意。但根据不同分类标准,混淆的含义也有所区

别,在此就几个概念作一区分。

根据混淆是否实际发生,可以分为实际混淆和可能混淆。实际混淆是指消费者误将侵权产品当作正品购买或使用;可能混淆是指未经授权的他人对商标的使用可能导致消费者对产品或服务的来源发生混淆^[2]。根据混淆的内容,可以分为来源混淆和关联混淆。也有学者将其称为直接混淆和间接混淆^[3],前者是指公众可能对商品或服务的出处或产地产生错误认识,将假冒商品或服务误认为商标权人的商品或服务,这种一般发生在同种商品之间;后者是指除了来源、出处的混淆以外,对商品或服务其他方面产生相同性的误认,如错误地认为两个经营者之间存在某种关系——隶属、合作、赞助或许可等关系,这种误认可以发生在不同种商品或服务之间。商标联想是消费者购物行为的基础^[4],商标法所要制止的,不是消费者在购物过程中纯粹的“联想”,而是经营者之间经济“联系”的混淆,笔者深以为然。从混淆发生的时间来说,混淆可以分为售前混淆、售中混淆和售后混淆。售前混淆(最初兴趣混淆)是指消费者最初对商品或服务的来源产生了

收稿日期:2015-03-15

基金项目:西北政法大学青年学术创新团队项目

作者简介:韩续峰(1979-),女,陕西西安人,讲师,法学硕士。

混淆,但在实际作出购买的决定时却没有发生混淆^[5];售中混淆即实际购买者在购买商品时发生的混淆;售后混淆是指消费者在购买商品时没有发生混淆,而在使用过程中,其令其他人对该商品的出处产生了错误认识从而所导致的其他人的混淆^[6]。从相关法律的规定不难看出售中混淆一直是中国法律规定和理论研究的着力点。从混淆产生的方向来区分,混淆有正向混淆和反向混淆之别。正向混淆指在后商标与在先商标发生混淆,在在后的商标使用者让消费者产生一种虚假印象,自己的商品和服务来源于在先的商标所有人,在后商标通过混淆不当利用在先商标的知名度和声誉;反向混淆是指在先商标与在后商标发生混淆,在后的商标使用者可能让消费者产生一种印象,认为在先商标所有人的商品或服务来源于在后商标使用者,这种情形往往由于在先商标所有人在市场上处于弱势地位,在后商标使用者则处于强势地位,从而使得在先商标可能丧失独立性。在反向混淆中,在后商标使用者通常并未利用在先商标所有人的商誉,但却侵害了在先商标所有人自由使用商标的权利及财产权益,同时给消费者造成混淆。

(二) 混淆理论的内涵

制止混淆是各国商标法的核心,是否存在混淆成为商标侵权最重要的构成要件,而是否存在混淆无须实际混淆,只须存在混淆可能性足矣。故而吴汉东在书中陈述,商标法上的混淆,是指已经或可能对商品或服务的来源及有关方面发生误认^[7]。这种可能性是真实且合理的,并非理论上的假设。只要存在混淆的可能性,注册商标所有人则有权阻止任何人未经其许可在相同或类似商品或服务上使用相同标记,这样的标准为商标权保护设定了最低的门槛,又对商标权的扩张予以限制,而商标权的权利范围也得以确定即以是否存在混淆可能性为界限。

(三) 域外混淆立法例之考察

第一,美国《兰哈姆法》和德国《商标和其他标志保护法》中关于混淆理论的理解。1944 年混淆理论正式被写入美国联邦商标法。美国联邦商标法——《兰哈姆法》中将其称之为混淆之可能性原则,具体含义为:在市场上出现两种相似或相同的商标时,消费者对两种产品的来源或关系所产生的混

淆、误认或欺诈的可能性。经过两次修改,美国联邦商标法中对混淆理论的完善堪称经典。

德国《商标和其他标志保护法》(即《商标法》)中第 8 条第 2 款第 4 项规定:“如果商标包含对上述标志的模仿……即使其可能和上述另外一个标志相混淆……此外所申请的商标实质上没有使公众误认为在此商标和国际政府间组织间存在某种联系,则第(2)款第 8 项不予适用。”第 9 条第 1 款第 2 项规定:“如果由于该商标与在先申请的或注册的商标相同或近似,并且该商标使用的商品或服务的相同或近似在相关公众中存在混淆的可能,包括与其他商标产生联系的可能……”除此之外《英国商标法》第 5 条、第 10 条也对混淆理论作为商标侵权判定依据作了规定,对于商标侵权的判定标准在德国和英国法律上由此可见一斑。

第二,相关国际公约和区域性国际组织条约中关于混淆理论的确立。以是否可能导致消费者的混淆作为侵权判断标准的商标混淆理论,同样也得到了知识产权国际公约的认可。“Likelihood of Confusion”(混淆的可能性)起初只是英美商标法中的术语,后来逐渐被国际公约接纳,最终演变为国际商标法律体系中的一个基本范畴。

《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)第 16 条第 1 款规定:“注册商标的所有权人享有专有权,以阻止所有第三方未经该所有权人同意在贸易过程中对已注册商标的货物或服务的相同或类似货物或服务使用相同或类似标记,如此类使用会导致混淆的可能性。在对相同货物或服务使用相同标记的情况下,应推定存在混淆的可能性。”《保护工业产权巴黎公约》第 10 条之 2(3)要求成员国特别禁止以任何方式与竞争对手的营业场所、商品或者工商业活动中造成混淆的一切行为。此处规定的混淆不限于商业来源的混淆,还包括商业关联的混淆。《欧共体商标条例》引言第 7 段:“鉴于保护欧共体商标尤其在保障上做作为来源的指示……商标混淆的可能性构成了商标获得保护的特别条件。”从以上的条文中,读者可以清晰解读出 TRIPS 协议和巴黎公约以及欧共体商标条例中对于混淆理论在商标侵权中的适用是相当明确的。

二、商标混淆理论的理论价值

混淆理论是中国商标法判定商标侵权的基本理

论依据,对于商标法的理论和实践具有多重意义。就混淆理论之于商标法的理论价值而言,至少包括了科学圈定商标权权利之范围以及彰显商标法之立法宗旨这两个方面。理论价值是一项理论存在的根据。混淆理论的理论价值有力说明了该理论存在的逻辑合理性。

(一) 商标混淆理论能够科学划定商标权的权利范围

混淆理论是围绕“混淆可能性”展开的基本理论,是从实践中得出的侵权判断规则。从消极权利范围的视角看,由于在对商标侵权行为的认定和审查时,商标混淆理论发挥着关键性的作用,由此可以认为,混淆理论涉及商标权的权利范围。商标混淆可能性的判断涉及个人利益、公共政策,除了是商标侵权、企业名称、商标外观侵权等判断的基本规则外,它还是判断是否给予商标注册、撤销商标的标准。作为侵权判断规则和权利授予标准之一,混淆可能性不仅是保护消费者具有区分不同商标的能力,同时还保护商标所有人善意使用商标的行为。由于商标混淆行为会对商标所有人享有的控制商品质量并让消费者商标和商品质量的联系保持一致性的基础权利造成侵犯,所以商标混淆将对商标所有人造成如下3种损害:影响销售渠道的增加、对善意行为造成伤害、影响商品的进一步扩张。商标混淆可能性将侵权行为确定在此范围之内,从而确定了商标的权利保护范围。

(二) 商标混淆理论彰显商标法的立法宗旨

法律的立法目的即立法宗旨宣示或隐含于每一部法律之中。立法宗旨是法律的精神所在。商标法的立法宗旨是商标法立法活动的起点,贯穿整部商标法的始终。从立法技术和现代立法例来看,以明确的权利形式保护利益是利益保护的核心手段^[8]。商标权从最初的“仿冒之诉”发展而来,现已成为一项独立的财产权,其侵权规则集中体现了权利要保护的利益。在权利本位的民法中,保护民事权益是民法的立法宗旨,因此,在制度设计上也主要围绕着权利这一概念展开,保障权利人行使权利的自由及其利益不受侵害,其中侵权规则发挥着重要作用,在权利人权利和他人自由之间划定了界限,体现了民法的立法宗旨。商标法与之类似,商标权侵权规则

也是对商标法立法宗旨的反映,而商标混淆理论作为商标侵权判断的基础理论,无疑也体现了商标法的立法宗旨。

从商标法的起源看,它脱胎于反不正当竞争法,以假冒之诉为诉由,集中体现了商标法对消费者的保护。学者认为,商标法的运行机制就是通过赋予商标权人权利,让商标权人自己的权益得以维护进而实现对消费者的保护,维持正常的市场竞争秩序。商标混淆理论围绕消费者是否会产生混淆可能性,在实践中发展出了多要素原则,无论是相关公众及其他自由人的义务、在先商标的强度、争议商标的相关性还是在后商标使用人的意图,都围绕着商标权人这一核心主体和消费者这一参考主体展开。这种以消费者认知为判断标准的侵权规则有效地评估了商标功能是否能够成功发挥,同时反映了消费者的利益和商标权人利益是否受损,体现了商标法的立法宗旨。

三、混淆理论在中国的适用和分析

英美法系和大陆法系乃至国际公约中对于混淆理论在商标侵权判断中的标准性作用已经得到认可,在中国,混淆理论的应用也散见于各个条文和司法解释中。如《商标法》第57条第2款、《商标法实施条例》第76条、《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》第1条在对“商品类似”和“商标近似”认定的解释中引入了混淆的因素,《中华人民共和国反不正当竞争法》第5条也有相关规定。此处涉及的最高人民法院相关解释引用的商标法条文为2013年之前的条文。

(一) 中国司法实践对于混淆理论的应用

在2010年中国法院知识产权司法保护十大案件之“鳄鱼”商标案中(参见最高人民法院(2009)民三终字第3号判决,笔者注),最高人民法院确定了一个原则,侵犯注册商标专用权意义上的商标近似应当是指混淆性近似,即足以造成市场混淆的近似,而认定商标近似除了通常要考虑其构成要素的近似程度外,还需要根据案件的具体情况,综合考虑被诉侵权人的主观意图、注册商标与诉争标识使用的历史和现状等其他相关因素,在

此基础上认定诉争商标是否构成混淆性近似,这对各级人民法院裁判此类案件具有重要指导意义。根据相关资料显示,目前在司法实践中,一般是将混淆作为判断是否构成侵犯商标权的要素,在判决书中一般都要对被控侵权行为是否可能造成混淆进行专门阐述,并以此作为判决的依据。混淆理论的确立是一次理性的回归,它将中国司法实践以商标近似性判断作为商标侵权标准回归到混淆的可能性标准上。

(二)中国商标混淆制度之思辨

1. 中国存在混淆理论的商标侵权判定标准

对于中国是否存在混淆的判断标准,笔者以为从以上条文的外在含义来分析,中国是以混淆理论作为侵权判定标准,这与国际公约和其他国家商标法的规定是一致的,甚至相关司法解释明确规定对驰名商标的保护采用的仍是同一理论;从商标存在的价值分析,混淆是否直接导致商品或服务来源的混同,而这种混同使得商标的指示性区别作用变得微乎其微,这违背了商标法的根本宗旨,因此混淆之可能性的判断标准是寻求商标价值意义之所在。

2. 对于混淆认定标准的分析

如何认定混淆有两个标准,即以相关公众的一般注意力为标准的主观标准,商品或服务的类似程度和商标的相似程度的客观标准。

就主观标准而言,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》第8条规定:商标法所称相关公众,是指与商标所标识的某类似商品或者服务有关的消费者和上述商品或服务的营销有密切关系的其他经营者。消费者的混淆、误认是判断是否构成侵犯商标权的主要标准,而所谓一般注意力的判断似乎掌握在法官和相关专业人士的手中,他们以评析、批判或审查之目光,施以特殊关注进行比对,此非普通消费者之注意力。

在司法实践中,对于商品或服务类似的判定上还有相当数量的法院以《商标注册用商品和服务国际分类表》或《类似商品和服务区分表》作为商品类似的初步证据,这是不合理的,因为根据商品分类认定的类似商品并不一定是相关公众眼中的类似商品,所以在判断商品是否类似时,不能以此作为依据,仅可以作为判断商品类似的参考。判定商标近似以往要考虑注册商标的显著性和知名度,一般采用整体比对和主要部分比对的原则,在商标混淆的

司法判定中,更应当采用“比同不比异”的原则,这样才符合消费者的购买习惯。

判定商品或服务类似和商标近似是因,混淆是果,亦即混淆是一种事实判断的存在。有学者提出,应在类似商品判断时也引入混淆概念,从以上的最高人民法院解释中似乎可以得出“商品类似”应指“混淆性类似”,“商标近似”应指“混淆性近似”,但笔者以为混淆标准的应用前提是商品或服务的类似,这种类似是消费者感知的客观存在,是否混淆应在所不论,而是在判定商标的近似性时才需要考虑这种近似是否会造成消费者认知的混乱。

但需要明确的是,关于相似性的判断仅仅是判定混淆时的一个至关重要的要素,但绝不是唯一要素,这在近年的法院判决中得到了充分的体现。除此之外,判断混淆的要素之一应包含侵权人的主观意图,即善意或恶意,美国《兰哈姆法》第43条(a)款列举的8项认定商标混淆的参考因素中,包括了被控侵权人的主观意图。若被控侵权人故意使用与他人类似的标志时,法院就推定被告能够实现其欺骗消费者的目的。但是,在认定混淆可能性时,善意并不是有力的抗辩证据,即法院不会因为被告主观上的善意直接否认被告的标志与原告的商标之间存在混淆的可能性。不过,善意却是法院确定救济形式的重要因素^[9]。

3. 混淆之反向混淆的问题

反向混淆在各国法律规定混淆内容时皆有所涉及,但是在中国法律立法中却难见真容,虽说并非外国法律规定都对国内立法皆有借鉴意义,但是在中国商标混淆理论中反向混淆的缺失确实值得重视。国内商标反向混淆第一案“重庆冰点案”和2007年“蓝色风暴案”^①两大经典案例引发了学界对于反向混淆的探讨:“传统的商标混淆理论的逻辑预设是原告商标相对被告商标为强势商标,制止混淆的目的是防止他人利用商标权人的商誉进行不正当竞争,并保护消费者能够购买到符合自己预期的商品……因此,依据传统商标混淆理论,反向混淆实际上并不包含在‘混淆’概念的外延之中。”^[10]笔者以为反向混淆并没有超出混淆的概念范围,一般商标侵权案件多为被告假冒原告产品造成消费者对于被告

① 参见2007年浙江省高级人民法院(2007)浙民三终字第74号民事判决。

产品的误认,反向混淆恰恰反其道而行之,后者由于强大的投入,使得原本存在的商标弱化,导致消费者对于前者商标与后者商标存在某种联系和混淆,但此为混淆的方向问题,并不涉及混淆的实质判断。反向混淆的危害性也未必低于正向混淆,而在立法中明确规定反向混淆构成侵权对于学界和实务界认识反向混淆,处理其纠纷,从而增强对于反向混淆案件的可预测性,更可震慑某些意图通过大量的饱和性投入而湮灭前商标人对其商标控制权的强势企业^[10]。

四、结语

商标的侵权标准是商标法的精髓和核心。混淆理论作为传统的商标权保护理论,其理论基础在于他人非法使用商标或使用与他人相同或近似的商标,导致消费者对商标所标识的商品或服务来源产生误认、混淆,使商标的识别功能丧失,最终侵犯了权利人的商标专用权(最高人民法院相关解释引用的商标法条文为2013年之前的条文,笔者注)。由于中国对混淆理论的理解仍存在很多不足,因此笔者认为应在立法过程中借鉴世界各国成熟的商标法尤其美国商标法的相关规定,指导中国商标法与世

界知识产权保护相接轨,才能更好地为中国经济发展服务。

参考文献:

- [1] 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007.
- [2] 周家贵. 商标侵权原理与实务[M]. 北京:法律出版社,2010.
- [3] 张玉敏. 知识产权法学[M]. 北京:中国人民大学出版社,2010.
- [4] 刘明江. 商标权效力及其限制研究[M]. 北京:知识产权出版社,2010.
- [5] 王迁. 知识产权法教程[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007.
- [6] 彭学龙. 商标混淆类型分析与我国商标侵权制度的完善[J]. 法学,2008(5):107-116.
- [7] 吴汉东. 知识产权基本问题研究[M]. 2版. 北京:中国人民大学出版社,2009.
- [8] 李琛. 论知识产权法的体系化[M]. 2版. 北京:北京大学出版社,2005.
- [9] 墨杰斯. 新技术时代的知识产权法[M]. 齐筠,译. 北京:中国政法大学出版社,2003.
- [10] 冯晓青. 商标侵权专题判解与学理研究[M]. 北京:中国大百科全书出版社,2010.

Reconsideration on the confusion doctrine of the trademark infringement

HAN Xu-feng

(School of Economic Law, Northwest University of Political Science and Law,
Xi'an 710063, Shaanxi, China)

Abstract: Since the criteria for judging the trademark infringement are confusion doctrine at home and abroad and there are different opinions on the criteria, the paper analyzes the confusion doctrine based on the relevant theories and law suits. It is found that the relevant legislation at home should include the reverse confusion into the confusion doctrine and the criteria for judging confusion comprise the general attention of the public as the subjective criteria and the degree to which the commodity or service, and the trademarks are similar to each other, as the objective criteria.

Key words: confusion; confusion probability; similar trademark; reverse confusion