

支配权视角下的商标侵权混淆可能性研究

曹佳音

内容提要：以商标权的基本属性、特别是以商标权的支配性为视角，有助于明确商标侵权的本质是对商标权支配效力的损害，进而得出混淆可能性是商标支配性遭受损害的主要表现形式及判断依据的结论。在此基础上，通过对混淆可能性与商标权保护范围及商标支配权的关系进行分析，可以为我国商标法依照商品及商标的不同近似程度适用不同的混淆可能性要求的相关规定提供理论依据，并对实践中存在有关混淆可能性与商标近似性判断的关系等问题做出解答。

关键词：支配性 混淆可能性 商标侵权 商标近似

Abstract: To look at the problem in the perspective of trademark's basic properties, especially the desposition nature of trademark, can help to clarify that the nature of trademark infringement is the damage to the effectiveness of desposition by trademark right, whereby the paper concludes that the possibility of confusion is not only the major manifestation but also the judgment basis in determining damages to trademark's desposition. Based on the conclusion, the paper analyzes the relationships between the possibility of confusion and the protection scope of trademark as well as trademark's desposition, in the hope of providing theoretical basis for China's Trademark Law to stipulate different requirement for possibility of confusion according to different degrees of similarity between commodities and trademarks. Meanwhile, the paper wishes to reply the practical question as how to determine the relationship between the possibility of confusion and the judgment of trademark similarity.

Key Words: desposition; possibility of confusion; trademark infringement; trademark similarity

一、问题的提出

在商标侵权认定中，混淆可能性一直是备受关注和争议的关键问题，古今中外，关于这方面的论著犹如汗牛充栋，从理论发展、认定标准、与商标近似性及商标侵权判断的关系等方面对混淆可能性进行了多角度的深入研究。随着我国新商标法的实施，混淆可能性理论正式在我国法律层面上得以确立，将混淆可能性作为商标侵权认定要件的观点和做法也得到普遍认同。但是，实践中对于混淆可能性在商标侵权中的地位和作用、特别是混淆可能性与商标近似性判断的关系问题仍存在不同的理解；而且，对于混淆可能性的认定，是否要对在相同商品上使用相同商标与在相同商品上使用近似商标、在类似商品上使用相同或近似商标两种情形予以区别对待的问题也还存在争论。究竟混淆可能性理论在商标侵权领

域的具体适用标准如何，我国商标法中相关规定的合理性及理论依据何在，本文认为，上述问题的解释离不开对商标权基本属性、主要是商标权支配性的把握，从商标权的支配性入手，可以帮助我们认清商标侵权的本质，进而明确混淆可能性在商标侵权认定中的地位和作用，为混淆可能性理论的相关规定提供理论支撑，并对实践中存在的问题做出解答。

二、混淆可能性的理论依据——商标权支配性受到损害的表现形式及判断依据

（一）商标权的支配性

1. 关于知识产权支配性的现有观点

商标权的支配性源于知识产权的支配权属性，将知识产权归入支配权是大陆法系民法学界

的普遍做法，其中，德国学者的论述最具影响力。有德国学者将权利分为支配权、请求权、形成权^①，请求权和形成权之外的民事权利均被归入支配权中，这其中也包含无形财产权；另有学者将权利分为支配权和次位权，其中，支配权是指对外部世界中的特定部份进行支配的权利，包括物权、债权、亲属权、无体财产权和人格权^②；又有学者将权利分为支配权、先占权、排除权，这种分类方式着重体现权利的不同功能，指出存在这样一种权利，其“首要功能就在于支配某种客体或某种无体财产，如所有权旨在支配某物，专利权则旨在支配某项发明”^③；还有学者将民事权利分为十一类，在这十一类民事权利中，知识产权被归入无体财产权，并指出，“属于无体财产权的首先是著作权和专利权，这种权利是一种对无体财产的支配权。”^④我国关于知识产权权利属性的理论深受德国民法理论的影响，同样存在将知识产权纳入支配权范畴的论述，比如“民事权利中，他物权、知识产权、人身权也属于支配权。”^⑤“支配权是权利人可以直接支配权利客体，并具有排他的权利，如物权、人身权、知识产权等。”^⑥“知识产权是支配权，权利人得依据自己的意志，对权利的保护对象进行全面支配，并排除他人干涉，如可以进行商业性利用，也可以不利用，可以用法律许可的任何一种方式利用，也可以进行处分。”^⑦等等。

虽然，把知识产权纳入支配权是大陆法系的一般做法，但是也有学者持不同意见，按照支配权是“对权利标的的直接支配”这一核心要素来看，支配权指的是事实上的支配、以事实占有为核心，因此无形财产权不是支配权。^⑧对于这种观点，本文认为，支配权是依权利主体与权利客

体之间作用关系进行划分的权利类型，对于客体本身是有体物还是无体物并无要求。当然，对世人来说，对有体物的直接支配是容易实现的，但是对于无体物而言，其权利表现的固化形式，即权利载体，也可以在客观上为权利人的支配创造条件，而且，知识产权领域还存在登记制度，这类制度的引用也使得权利人在法律上具备了对知识产权进行支配的条件，他人对权利人的支配也能够从外观上得以获知。因此，将知识产权纳入支配权是具有理论基础的。

知识产权系支配权为商标权的支配性提供了制度和理论基础，然而，与著作权及专利权等一般知识产权不同的是，商标权并不存在一个实体的智力成果，因此，上面提到的部分德国民法学者在论述无体财产权的支配性时，仅仅涉及到著作权和专利权，而没有将商标权包含在内^⑨。那么，商标权是否具有支配性呢？如果答案是肯定的，那么该支配权的客体又是什么？这还要从支配权的划分标准上进行分析，具体包括商标权的客体及权利主体对权利客体的作用方式。

2. 商标权的客体

所谓支配权，即直接支配权利客体的权利^⑩，这也是支配权区别于请求权的依据。支配权的权利人能以自己的意志直接支配权利客体，而无需第三人为特定行为，因此，讨论商标权是否具有支配权的属性，首先要明确商标权的客体。对此，理论界和实务界存在多种不同认识，有学者认为，商标权的客体是商标标识^⑪，有观点认为，商标权的客体是对商誉的控制^⑫，有观点认为，为商标权的客体是凝结在商标中的投资，还有观点认为，商标权的客体是商标与商品或服务之间的联系^⑬。

① Enneccerus Jaeger, Lehrbuch, B.I, 1905, 34, S.87: zitiert nach: Biermann, S.107.

② Tuhr, S.61-63, 133-203.

③ [德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第61页。

④ [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第286页。

⑤ 尹田著：《民法教程（第二版）》，法律出版社2006年版，第21页。

⑥ 申卫星著：《民法》，北京大学出版社2003年版，第51页。

⑦ 张玉敏著：《知识产权法》，法律出版社2005年版，第24页。

⑧ 董美根著：《知识产权许可研究》，法律出版社2013年7月版，第81页。

⑨ [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第286页。

⑩ 陈华彬著：《民法总论》，中国法制出版社2011年1月版，第203页。

⑪ 王迁著：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2011年版，第5页。

⑫ See Smith v. Montoro, 648 F. 2d 602, 607 (9th Cir. 1981); Lange v. Retirement Living Pub. Co., 949 F.2d 576, 583 (2d Cir. 1991).

⑬ 浙江省高级人民法院（2007）浙民三终字第74号民事判决书。

所谓权利客体，是指受权利主体支配的各种权利的对象或内容。民法上的权利客体包括物、权利、行为、人格利益、身份利益及智力成果。^⑭据此，知识产权的客体即为智力成果，具体而言，著作权的客体是作品，专利权的客体是技术方案或方法，以此类推，商标权的客体似乎就是商标标识。然而，商标权与专利和著作权不同，单纯的商标标识并不当然受到法律保护。从商标发挥的功能看，商标是用于指示商品或服务来源的标识，商标权人使用商标的目的和商标法的立法本意都是为了保护商标的这种识别作用，单纯的商标标识并不能实现这一目的，只有通过实际的使用，在消费者心目中形成对特定商品或服务的指代，商标的识别功能才能得以发挥。因此，本文认为，应当将商标与商品或服务之间的对应联系作为商标权的权利客体，本文将其称之为商标蕴含的来源意义。只有形成上述对应联系，商标权人对其商标及其来源意义的支配权利才得以产生。而至于商标标识，则构成商标权客体的载体，这与作为精神产物的权利客体不同，是承载精神产物的客观形式^⑮。如在著作权领域，权利的客体是作品，它蕴含着具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果，而书籍则并非著作权的客体，它是承载作品客观形式，只能构成物权的客体；同样，在专利权领域，权利的客体是技术方案或方法，包括发明、实用新型或外观设计，而利用技术方案生产出的产品则并非专利权的客体。可见，无论是著作权还是专利权，都存在“智力成果”与“有形载体”相分离的特征，对于商标权而言，其权利客体——商标蕴含的来源意义与其权利载体——商标标识的分离，也是符合这一特性的。

3. 商标权权利主体对权利客体的作用方式

商标专用权是指在核定商品或服务上使用注册商标的权利，此项权利内容在法律上的效力得对抗权利人以外的任何人，未经权利人同意，任何人都不得在注册商标核定使用的商品或服务上使用该注册商标。既然商标权的客体是商标所蕴含的来源意义，那么，一旦商标与其标注的商品或服务的来源产生对应关系，商标权人即可依法

对其商标上所蕴含的来源意义进行直接支配，而无需第三人的协助，从这个角度讲，商标权符合支配权的本质特征。

但是，需要注意的是，与专利权、著作权等典型知识产权及其他支配权相比，商标权具有其独有的特点，这主要体现在商标权的权利内容上。支配权具有两方面的权利内容，在积极方面，权利人可直接支配其标的物，而无需他人协助；在消极方面，权利人可对任何妨碍支配权行使的行为予以禁止。与此类似，著作权和专利权等典型知识产权也具有上述两方面的权利内容，前者表现为专用权，后者表现为禁用权，只要权利人在专用权范围内享有直接支配的权利，就可在相同的范围内享有禁止他人妨碍的权利，专用权与禁用权的范围是一致的。然而，在商标权领域，情况则有所不同，商标权人所获得的专用权为在核定商品或服务上使用核准注册的商标，而禁用权则不仅包括在专用权范围内排除他人使用的权利，还包括在类似商品或服务上排除他人使用与其相同或近似的商标的权利。可见，在权利范围上，商标权的禁用权要比专用权更广，而且这一特点还呈现出不断扩张的趋势。

商标权之所以呈现出上述特点，本文认为，这与商标权的竞争性存在很大关联。一方面，商标作为市场主体从事经营行为的重要工具，对其权利的保护有助于保障市场竞争秩序的公平稳定；另一方面，在传统商标理论看来，商标构成实施仿冒行为的一种工具，^⑯存在通过反不正当竞争法律规范对商标侵权行为进行规制的制度基础。这一点在美国法上得到了充分发展。美国没有独立的商标法，商标法律制度被视为竞争法的分支和组成部分，有关商标和不正当竞争的规则都统一在《兰哈姆法》中，大量的学术研究也都将商标法与竞争法放在一起进行。发展至今，美国现代反不正当竞争法中仍旧包含了商标和其他商业标记的侵权行为，《美国反不正当竞争法重述》对不正当竞争行为的界定也凸显了反不正当竞争法的开放性^⑰，商标侵权行为在美国只是不正当竞争行为的一种类型。在我国，反不正当竞争法在保护商业标识类权利中也起到了重要作

^⑭ 陈华彬著：《民法总论》，中国法制出版社2010年5月版，第78页。

^⑮ 王泽鉴著：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第204-205页。

^⑯ J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, Fourth Edition, § 25.4-25.8.

^⑰ 《美国反不正当竞争法重述》第1条第1款。

用,规定了类似于美国仿冒之诉的情形,但与美国的商标侵权行为包含于不正当竞争行为的模式不同,我国反不正当竞争法关于商业标识的规定与商标法中关于商标侵权的规定并列存在,共同构成了涉商业标识侵权的法律依据。可见,商标权的竞争性具有坚实的实践和理论基础,这一特性决定了对商标权的保护中也包含了维护市场竞争秩序的目标,为了实现这一目标,市场主体对商标的使用就必须尽量彼此远离,对于任何靠近其他权利主体、可能使消费者产生混淆的行为均应予以禁止,从而在一定程度上扩张了商标权的禁用权范围。

(二) 混淆可能性与商标权的保护范围

商标权的保护范围是认定哪些行为构成商标侵权的基础,与商标侵权的认定是一个问题的正反两个方面。在财产权的角度,商标权的保护范围是商标权人财产利益覆盖的范围,而确定财产利益的覆盖范围仍然离不开商标权的支配性这一根本性视角。商标权的保护范围与支配权的权利内容是一致的,包含了专用权和禁用权所涵盖的范围,具体而言,即在相同商品或服务上使用相同商标、在相同商品或服务上使用近似商标、在类似商品或服务上使用相同商标以及在类似商品或服务上使用近似商标。其中,正如上面所述,在相同商品或服务上使用相同商标构成商标权支配效力的核心区域,未经商标权人同意,他人所进行的进入上述区域的行为当然会构成对商标权的侵害;而对于其他三种情形,则并非商标权支配效力所当然达到的范围,之所以也存在侵权的可能,是因为这类行为存在损害商标权支配效力的危险,为了消除这种危险,保证自身权利不受侵害,权利人有权对于这类行为予以排除。

因此,权利人主张权利及寻求救济的范围并不局限于核定使用的商品或服务以及核准注册的商标,而是有所延伸,不过,这种延伸并非无限扩展,需要以达到一定程度为要件。因为商标与版权不同,商标所有者并没有权利在一切场合下禁止他人使用商标文字,“商标只赋予了商标所有者禁止他人以违反所有者商誉的方式销售贴附商标产品的权利界限,当他人以一种非欺骗公众的方式使用所有者商标时,我们不能禁止这种描述产品真实属性的商标使用行为。该商标文字

上的权利并不是神圣不可侵犯的,我们无法禁止他人的合理使用行为。”^⑮那么,何为“达到一定程度”呢,这也要从商标权的竞争性上寻求答案。正如上面所提到的,商标权禁用权范围比专用权范围更广的原因主要在于商标权所表现出的竞争性,因此,判断某种行为是否进入商标权的禁用权范围,换句话说,也就是判断何种行为符合商标权延伸范围所要求的“达到一定程度”,也需要借助竞争性因素来进行,而最典型、最主要的竞争性因素就是能够反映消费者认知状态的混淆可能性。消费者对商品来源发生混淆,表明商标原来所蕴含的来源意义被破坏,从而损害商标权的支配效力,因此,在与商标权专用权范围相重合的禁用权范围之外,判断某行为是否达到构成侵权的程度,就要以是否造成消费者的混淆误认为依据了。

商标权人的禁用权来自于商标经过使用而产生的商誉以及消费者对商标及其使用者的认知,法律将商品保护的权力范围延伸至可能引起消费者混淆的商品或服务上,一方面为商标权的支配性提供了保护,另一方面也为商标权人保留了向相关产品上进行经营扩张的机会。^⑯因此,商标权的保护范围,特别是专用权范围之外的禁用权范围的确定,混淆可能性起到了决定性的作用。具体而言,商标权的禁用权范围与混淆可能性呈正相关关系,混淆可能性越大,商标权人禁止他人侵权行为的范围就越大,即禁用权范围也就越大。可以说,混淆可能性构成界定商标权保护范围、特别是禁用权范围的标尺。

(三) 混淆可能性与商标权的支配性

在明确商标权支配性以及商标权保护范围的基础上,商标侵权的本质和认定标准也变得清晰起来。所谓商标侵权,其本质特征就是对商标权支配效力的损害,该支配效力即在商标上所蕴含的来源意义以及商标权人对这种来源意义的支配力,具体表现为商标权人通过商标使用行为来标示自己的商品或服务,使消费者将该商标与特定商品或服务对应起来,并保证这种对应关系不受破坏。一旦这种支配效力遭到损害,那么就意味着商标与原商标权人之间的联系被割裂,集中表现为消费者对商品或服务的来源产生混淆。因

^⑮ Restonettes, Inc. v. Coty, 264 U.S. 359, 368, 44 S. Ct. 350 (1924).

^⑯ Dwinell - Wright Co. v. White House Milk Co., 132 F.2d 822, 825, 56 U.S.P.Q. 120, 122 (2d Cir. 1943).

此,混淆可能性的存在是商标支配性遭到损害的主要表现形式及判断依据。这里需要注意的是,商标权作为一种财产权利,其受到保护及受到侵害的客体是商标权的支配性,因此,商标侵权最终的损害结果是该支配性遭到损害,混淆可能性并非损害结果本身,所以,随着商标权支配性效力和表现形式的变化,对混淆可能性的把握标准也会相应出现差异。关于这一点,本文后面将会详细论述。

三、混淆可能性在商标侵权认定中的地位和作用——商标权支配性受到损害的判定标准

探讨混淆可能性在商标侵权中的地位和作用,实际上是讨论混淆可能性是否构成所有商标侵权形式^{②①}的构成要件,这个问题看似答案明确,特别是在我国商标法修改之后,似乎已经不成为问题,但是,在世界范围内,由于注册商标保护制度的历史发展和现实状况存在较大差异,各国在混淆可能性的规定和适用上采取了不同的态度,这些模式的依据何在、具体表现如何,我国目前采用的模式是否具有合理性,是否符合商标权的根本属性,在适用时需要注意哪些等,还需进一步研究。

(一) 混淆可能性在商标侵权认定中的作用模式

1. 美国模式——混淆可能性是商标侵权行为的必备要件

美国的商标侵权源于仿冒之诉,商标被认为是实施仿冒行为的一种工具。正如上所述,早期的美国并没有独立的商标法,有关商标和不正当竞争的规则都统一规定在《兰哈姆法》中,当时,对于商业标识的侵害行为主张救济只有仿冒之诉这一诉讼工具,后来随着商品经济的发展,其他类型侵害商业标识的行为开始大量出现,为

了适应新形势的需求,仿冒之诉的范围开始扩张,并逐渐出现了商标侵权之诉与不正当竞争之诉的分野,商标侵权得以走向固定化和类型化的模式,而在仿冒之诉的基础上,通过引入仿冒情形之外的一般条款,构成了反不正当竞争法体系。

由于与仿冒之诉之间存在的密切联系,美国的商标侵权在根源上蕴含着极强的竞争性,集中表现为对消费者的欺诈,因此,混淆可能性成为商标侵权的必备要件。美国最早在1946年《兰哈姆法》中就规定了对商标的混淆,在此后的《联邦商标反淡化法》和《反域名抢注消费者保护法》中,混淆也被确定为商标侵权行为的重要特征之一。根据《兰哈姆法》第32条第1项规定,“任何人未经商标注册人的同意,在商业中将某一注册商标的复制、伪造、仿冒或逼真的仿制品用于任何商品或服务的推销、经销或广告宣传等方面,可能引起混淆或误认,或可能是欺骗的;任何人未经商标注册人的同意,复制、伪造、抄袭或逼真地仿制某一注册商标,并将其应用于企图在商业中与商品或服务的销售、推销、经销、或广告等有关方面使用的标签、招牌、印刷品、包装、包纸、容器或广告上,可能引起混淆或误认,或可能是欺骗的”,应当在民事诉讼中按照本法规定的救济方式向商标注册人承担责任。^{②②}可见,美国立法体现出的“混淆”是权利人寻求禁令救济的“基石”^{②③},权利人主张侵权的前提就是证明混淆可能性的存在,如果不存在混淆的可能性,商标侵权就无从谈起。因此,在美国,混淆可能性是构成商标侵权的必备要件。

2. 欧洲模式——混淆可能性是商标侵权行为的限定条件

欧共体的商标立法主要为1989年通过的《欧共体商标指令》和1993年通过的《欧共体商标条例》。其中,《欧共体商标指令》包括两类正式条款:成员国直接适用的强制性条款,以及成员

^{②①} 我国商标法律、法规及司法解释规定的商标侵权行为包含直接侵权及间接侵权两类行为,前者即直接侵害商标权支配性、妨碍商标功能发挥的行为,主要表现为造成相关公众的混淆误认,如我国《商标法》第57条第(一)、(二)项、《商标法实施条例》第76条及《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条有相应规定;后者即不直接侵害商标的支配性和妨碍商标功能的发挥,但是能对直接侵权行为起到推动作用的行为,主要表现为直接侵权创造条件或扩大侵权影响等,如《商标法》第57条第(三)至第(六)项及《商标法实施条例》第75条对该行为类型作了相应规定。鉴于间接侵害商标权的行为一般需要有法律的明文规定,而且在认定上一般以直接侵权行为的存在为前提,故本文仅以直接侵权行为为研究对象。

^{②②} See Lanham (Trademark) Act (15U.S.C.), Section 1114.

^{②③} Car Zeiss Stiftung v. VEB Car Zeiss Jena, 433 F.2d 686, 167 U.S.P.Q.641, 2d Cir, 1970. 转引自孔祥俊著:《商标与不正当竞争法原理与判例》,法律出版社2009年版,第299页。

国参照适用的选择性条款，后者对各成员国不具有直接适用效力；《欧共体商标条例》是在《欧共体商标指令》的基础上制定的，该条例完全独立于成员国的法律，依据该条例注册的商标，在欧共体所有成员国均可获得一致保护。^{②③}这两部法律均规定“在相同商品或服务上使用相同商标”的行为直接构成商标侵权，而“在相同商品上使用近似商标或在类似商品上使用相同或类似商标”的行为则需要存在混淆可能性时才构成商标侵权。如《欧共体商标指令》第5条第（1）款规定，注册商标所有人有权禁止任何第三方未经其同意，在商业中在与其注册的商品或服务相同的商品或服务上，使用与其商标相同的标识的行为，以及在与注册的商品或服务相同或类似的商品或服务上使用与其注册商标相同或近似的标识，并且可能会引起公众混淆的行为。这里的混淆包括该标志和注册商标之间可能引起的联想。

《欧共体商标指令》还在前言部分指出，就注册商标所给予的保护而言，特别是就确保商标的识别功能而言，在商标与标识相同和商品或服务相同的情况下，这种功能是绝对的；而在商标与标识近似和商品或服务类似的情况下，也给予保护，但必须以混淆可能性解释类似和近似的概念。^{②④}

由上述规定可知，欧盟在商标侵权的认定中采用了与美国不同的认定标准，将相同商品上使用相同商标的情形与在相同商品上使用近似商标、在类似商品上使用相同或近似商标的情形区别开来，前者具有绝对的排斥力，而后者则需要具有混淆可能性。欧盟的这些规定对其成员国产生了深刻的影响，大多数成员国都制定了与欧盟一致的规定。1999年《英国商标法》第10条第1项规定：“在商业中，在他人核定使用的商品或服务上使用与其商标相同的标识，构成对于注册商标的侵害。”第2项规定：“在商业中使用的标识具有下列情形之一，且存在使公众产生混淆的可能性，包括与该商标产生联系的可能性的，构成侵犯注册商标：a.该标识与该商标相同，且使用在与该商标核定的相同商品或服务上；b.该标识与该商标近似，且使用在与该商标核定的相同或类似商品上。”^{②⑤}《德国商标法》第14条

第2款规定：“未经商标所有人同意，第三人禁止在商业流通中，a为商标和服务使用与受保护的商标相同的标识，并且商品和服务也相同；b使用一种标识，该标识由于其与商标的相同性或近似性并且由于商标和标识所覆盖的商品和服务的相同性或近似性而存在可能引起公众混淆的危险，包括易于令人将该标识与商标加以联想的危险。”^{②⑥}

（二）我国商标侵权认定中混淆可能性作用模式及合理性分析

关于混淆可能性在商标侵权认定中的作用模式，最高人民法院在2009年出台的《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》中指出：“……未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的，除构成正当合理使用的情形外，认定侵权行为时不需要考虑混淆因素。……”，表达了按照商品及商标的相同或近似程度区分对待混淆可能性标准的态度。2013年修改的《商标法》在法律的层面上明确了混淆可能性在商标侵权认定中的作用，该法第57条列举了构成商标侵权的情形，其中，第（一）、（二）项分别对两种商标侵权的基本类型作了规定，即在相同商品上使用相同商标的情形及在相同商品上使用近似商标、或者在类似商品上使用相同或者近似商标的情形。对于上述两种情形，商标法在混淆可能性方面作了不同规定，前者未对是否造成混淆做出要求，后者则明确需要达到“容易导致混淆”的程度。可见，从条文表述来看，我国关于混淆可能性的规定采用了与欧盟国家相一致的做法，按照商标侵权行为的不同表现形式，对混淆可能性采取了不同的要求方式。那么，该种模式的理论依据何在？在适用过程中，对于在相同商品上使用相同商标的情形，在认定侵权时是无需考虑混淆，还是直接推定混淆？如果是推定混淆，是否可以通过提交反证来进行推翻？本文下面将围绕这些问题进行探讨。

首先，我国商标法采用的混淆可能性模式符合商标权的本质属性，存在坚实的理论依据。

^{②③} 文学著：《商标使用和商标保护研究》，法律出版社2008年版，第75-76页。

^{②④} First Council Directive of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade marks,89/104/EEC.

^{②⑤} The UK Trademark Act Section 10.

^{②⑥} 卞耀武主编：《当代外国商标法》，人民法院出版社2003年版，第195页。

本文认为，混淆可能性固然是认定商标侵权的重要法律基础，但是不能将其作用绝对化，如上文所述，商标侵权的判定归根结底是立足于商标权自身的属性，商标权受到侵害的客体是商标权的支配性，混淆可能性是判断支配性遭到损害这一结果是否出现以及有无出现可能的依据，因此，混淆可能性的标准也是随着商标权支配性效力和表现形式的变化而变化的。在与专用权范围重合的禁用权范围内，侵权行为进入商标权的专有范围，损害的是支配权人对客体的圆满支配状态，权利人由此而产生类似于物权请求权的救济权利，只要有侵害发生的事实或发生的可能性，权利人即可请求侵权人停止侵权或消除危险，无需考虑是否造成消费者的混淆；而在专用权范围之外的扩展区域内，则需要达到使相关公众产生混淆的程度，才能认定商标权的支配性受到侵害。正如有学者认为，商标权的两项基本权能，为我们认定商标侵权提供了两条线索或法律基础，由商标权的专用权派生出防止给注册商标专用权造成实质性妨碍或损害的行为；而由商标权的排他权则派生出禁止混淆可能性的损害行为。^{②7}

然而，学界普遍存在这样一种观点，根据《TRIPS协定》第16条第1项的规定，在相同商品或者服务使用相同标识，仍然应考察混淆可能性，只不过在这种情况下，判断混淆采用的是推定方式，因此，如果被控侵权人能够提供证据证明不存在实际混淆，那么可以认定不存在混淆可能性，这是符合《TRIPS协定》精神的。对此，本文不以为然。在来源上，《TRIPS协定》推定混淆的规定是对美国模式和欧洲模式进行妥协的产物。在条文确定的过程中，欧盟对此条的提案贯彻了其商标指令及商标条例的精神，提出“注册所有人有权防止任何第三人在贸易中，未经许可在相同或者近似商品或者服务上使用相同或者近似商标，只要这种使用行为会造成混淆可能。然而，在相同商品或者服务使用相同标识的情况下，无需混淆的可能。”^{②8}美国代表则表示无法理解，认为当混淆不存在时，法律不可能赋予商标权，《TRIPS协定》的最终文本采纳了美国提案的表述，规定在相同商品或服务上使用相同

标识的情形推定具有混淆可能性，但需要明确的是，这里规定的“推定”是一种不可推翻的绝对推定，不承认反证。可见，按照欧盟的建议，对于在相同商品上使用相同商标的情形，是直接认定为侵权；而按照美国的建议，是先将上述情形必然推定为存在混淆可能性，进而再认定侵权。两种建议虽然在形式上存在分歧，但实质上均产生同样的结果。

综上，对在相同商品或服务上使用相同商标的行为直接认定构成商标侵权，而对在相同商品上使用近似商标及在类似商品上使用相同或近似商标的行为构成商标侵权则需考虑混淆可能性，这一模式符合商标权的支配权属性，具有理论上的合理性。

（三）混淆可能性与商标的近似性判断

在明确混淆可能性在商标侵权认定中的作用模式之后，再讨论混淆可能性就是针对在相同商品上使用近似商标及在类似商品上使用相同或近似商标的情形进行了。在这个范围内，还存在一个不容忽视的问题，即混淆可能性与商标近似性判断的关系问题。按照通常的逻辑，混淆可能性应当是商标近似和商品类似的结果。我国修改前的商标法在商标侵权的规定中没有对混淆可能性做出明确，但是鉴于商标权的支配效力及其识别功能，混淆可能性必然构成认定商标侵权的重要判断依据，因此最高人民法院在《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》中将混淆可能性纳入了商标近似判断和商品类似判断的体系中，作为认定商标近似和商品类似的必要条件；在《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》中更进一步将“是否容易导致混淆”上升为商标近似的判断标准。由此，在我国商标侵权司法实践中，商标近似不仅是一个事实概念，而且更是一个法律判断，除了满足在构成要素上相近似的形式要件外，混淆可能性往往也同时被作为认定商标近似或商品类似的标准而予以适用。由此，就造成了在我国商标法律体系下，对混淆可能性与商标近似和商品类似的关系存在不同的理解和适用，特别是在商标法修改后之后，《商标法》第57条明确了混淆可能性在商标

^{②7} 孔祥俊著：《商标与不正当竞争法——原理与判例》，法律出版社2009年7月第1版，第315页。

^{②8} WIPO, Intellectual Property Reading Material, World Intellectual Property Organization press, 1998, p.130.

侵权认定中的地位,从条文的表述上看,混淆可能性与商标近似和商品类似共同构成商标侵权的认定条件,那么,上述司法解释中将混淆可能性作为判断商标近似和商品类似标准的规定是否还依然适用,混淆可能性与商标近似性判断的关系究竟是前者构成后者的判断依据,还是后者是前者的考量因素;抑或如有学者指出的,二者是互相印证的关系,商标标识越近似,混淆可能性就越大,而两商标存在混淆的可能,也就说明了二者构成近似。²⁹以下将做进一步分析。

首先,本文认为,关键是要明确“商标近似”及“商品类似”的内涵。如上所述,最高法院司法解释中的“商标近似”及“商品类似”实际上是包含了混淆可能性的近似和类似,而从《商标法》第57条第(二)项的条文规定看,该条中规定的“在同一种商品上使用与注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与注册商标相同或者近似的商标”与“容易导致混淆”是相分离的,因此这里的“商标近似”及“商品类似”应当是一种事实状态,认定其构成侵权还需要达到“容易导致混淆”的程度。可见,最高人民法院的司法解释与商标法相关规定所针对的对象是不同的,前者是法律意义上的近似,以存在混淆可能性为判断依据;后者则是事实状态下的近似,需要达到混淆的程度才能构成商标侵权所要求的近似,即法律意义上的近似。因此,商标法与最高人民法院司法解释相关规定的表达含义在实质上是一致的,在商标法修改之后,在认定商标近似和商品类似方面,最高人民法院的司法解释仍然具有普遍的适用意义。

其次,要明确混淆可能性在商标侵权认定中的独立地位。在修改后的商标法有关商标侵权的规定中,混淆可能性是独立存在的,它构成对商标权支配性受到侵害的判断依据,而且集中体现了对商标基本功能的损害,因此,在相同商品上使用近似商标及在类似商品上使用相同或近似商标的情形下,判断商标侵权的落脚点就放到了混淆可能性上,虽然混淆可能性对认定法律意义上的商标近似具有重要的作用,但是商标侵权判断的依据是存在混淆可能性,而非商标构成混淆性近似。实践中存在的商标近似情形多种多样,

即使在具有混淆可能性的情况下,商标标识本身的近似也不足以涵盖所有构成商标侵权的商标近似情形,某些行为被商标法律所禁止,并非单纯源于该种行为的表现方式,而是以避免消费者发生混淆为目的,因为只有避免混淆,才能避免商标权的支配性受到侵害。具体来讲,根据商标标识近似和混淆可能性的不同组合形式,实践中主要存在三种商标近似形态:商标标识近似且存在混淆可能性;商标标识近似但不存在混淆可能性;商标标识不近似但存在混淆可能性。对于第一种情形,既具备商标近似的形式要件,又满足实质要件,通常认定构成法律意义上的商标近似争议不大。对于第二种情形,仅具备商标近似的形式,但由于考虑到显著性、历史情况等其他因素,通常认为不会引起市场混淆,因此不构成法律意义上的商标近似。例如,在“CYTS”商标驳回复审行政纠纷案中,法院认为,申请商标“CYTS”和引证商标“CITS”分别是中国青年旅行社和中国国际旅行总社英文名称的缩写,相关公众对于英文缩写名称的认知一般会考虑字母所代表的含义,Y与I所代表的含义明显不同,另外,申请商标是对企业名称英文简称的合理使用,不存在攀附他人商誉的意图。申请商标的申请人和引证商标所有人在相关领域的市场影响力均比较大,经营规模旗鼓相当,两英文名称及其缩写长期共存,再考虑到旅游业相关,公众的关注程度和认知程度,法院认定两商标并存不会产生混淆。对于第三种情形,虽然在形式上不具备近似的表现,但是因为考虑到商标的知名度、主要识别部分的近似程度等因素,认定会造成混淆,构成法律意义上的商标近似。例如,在“嘉裕长城及图”商标侵权案³⁰中,法院认为,虽然“嘉裕长城及图”商标与“长城牌”商标在整体外观上存在区别,但是由于“长城牌”商标市场知名度较高,且被认定为驰名商标,消费者在看到“长城”、“长城牌”文字时,通常会将其与中粮集团的葡萄酒产品联系起来,容易将同样含有“长城”文字的“嘉裕长城及图”商标及标注该商标的葡萄酒产品与中粮集团的“长城牌”商标及葡萄酒产品相混淆。“嘉裕长城及图”商标使用了“长城牌”商标最具显著性的文字构成要

²⁹ 同注释²⁷,第743页。

³⁰ 最高人民法院(2005)民三终字第5号民事判决书。

素,易使相关公众产生混淆误认。可见,在法律意义上的商标近似的认定中,混淆可能性起着决定性的作用,如果不存在混淆可能性,即使商标标识本身构成近似,也无法认定商标近似;而如果存在混淆可能性,即使商标标识本身不近似,也存在认定商标近似的余地。

最后,要明确《商标法》第57条第(二)项规定的“商标近似”及“商品类似”与混淆可能性的判断顺序。本文认为,这要从将混淆可能性理论引入商标法的根本原因方面需求答案。如前所述,在相同商品上使用近似商标及在类似商品上使用相同或近似商标这三种情形,并非商标权支配效力所当然达到的范围,之所以也存在侵权的可能,是因为这类行为存在损害商标权支配效力的危险,借用竞争因素进行分析,这种危险表现为消费者对商品来源发生混淆,从而破坏了商标上原本蕴含的来源意义。因此,混淆可能性对商标权的保护范围,特别是专用权范围之外的禁用权范围的确定起到了决定性的作用,这就是将混淆可能性引入商标法的根本原因。由此,混淆可能性构成认定商标侵权的限定条件,在商标标识及商品类别出现除同时相同之外的其他三种组合情形时,通过对是否存在混淆可能性进行考察来判断是否构成商标侵权。这就意味着“商标近似”及“商品类似”是对混淆可能性进行考察的前提,如果既不存在商标近似,也不存在商品类似,则无考察混淆可能性的必要。

综上,对于相同商品上使用近似商标及在类似商品上使用相同或近似商标的情形,商标侵权所要求的“近似”是法律意义上的概念,其中包含了混淆的内容。单纯事实状态下的“商标近似”及“商品类似”无法满足商标侵权的条件,还需要混淆可能性这一限定要件,在认定顺序上,“商标近似”及“商品类似”的存在构成考察是否存在混淆可能性的前提。

结 论

混淆可能性是商标侵权认定中的关键问题,实践中对于混淆可能性在商标侵权中的地位、作用模式,特别是混淆可能性与商标近似性判断的

关系问题存在不同理解。对于这些问题的解答,离不开对商标权基本属性、主要是商标权支配性的把握,从商标权的支配性入手,可以帮助我们找到商标侵权的本质,进而明确混淆可能性在商标侵权认定中的地位和作用,为混淆可能性理论的相关规定提供理论支撑,并对实践中存在的问题做出解答。

商标权是支配权,权利客体是商标蕴含的来源意义,商标权的支配性体现在商标权人对来源意义的支配力上,商标侵权的本质特征是对这种支配力的损害,具体表现为行为人通过侵权行为使某一商标与原商标权人之间的联系被割裂,使消费者对商品或服务的来源产生混淆,因此,混淆可能性是商标权支配性遭到损害的主要表现形式及判断依据。商标权表现出禁用权范围广于专用权范围的特点,并且随着商标权支配性效力和表现形式的变化,混淆可能性的标准也会产生差异,对于进入商标权专用权范围的侵权行为,商标权的救济权利类似于物权请求权,只要有侵害发生的事实或发生的可能性,权利人即可请求侵权人停止侵权或消除危险,无需考虑是否造成消费者的混淆;而对于专用权范围之外的扩展区域,判断商标权的支配性是否受到侵害,则需要借助混淆可能性来进行。因此,我国商标法将在相同商品上使用相同商标与在相同商品上使用近似商标、或者在类似商品上使用相同或者近似商标的情形区别对待,分别适用不同的混淆可能性标准,符合商标权的支配权属性,具有理论上的合理性。此外,在对相同商品上使用近似商标及在类似商品上使用相同或近似商标的情形进行商标侵权认定时,还要注意对商标近似性判断与混淆可能性关系的把握。商标侵权所要求的“商标近似”和“商品类似”是法律意义上的概念,其中包含了混淆的内容,单纯事实状态下的“商标近似”及“商品类似”无法满足商标侵权的条件,其构成是否进一步考察混淆可能性的前提,认定商标侵权还需存在混淆可能性这一限定要件。■