

商标侵权的判断标准： 相似性与混淆可能性之关系

王太平^{*}

内容提要：2013年商标法的重大修改之一是对商标侵权判断标准的修改。然而，规定商标侵权判断标准的商标法第57条第2项中的相似性与混淆可能性概念及两者之间的关系均是不清楚的。混淆可能性吸收相似性、混淆可能性内化于相似性以及以相似性为基础、以混淆可能性为限定条件成为世界各国或地区商标侵权判断标准的三种代表性立法例。从法理上看，商标的通信本质决定了混淆性商标使用会影响商标功能的发挥，商标法立法目的决定了混淆可能性是商标侵权判断的基本标准，商标权的基本权能决定了混淆可能性主要适用于商标和商品有一者不相同但近似或者类似的商标使用情形，维持公平竞争和自由竞争平衡的商标保护基本政策决定了混淆的程度是混淆可能性，相似性本身的重要性与历史传统的影响决定了相似性可以是商标侵权判断标准的重要内容。从我国商标侵权判断标准引入混淆可能性的基本动因来看，商标法第57条第2项所确立的商标侵权判断标准可以解释为以相似性为基础和前提、以混淆可能性为限定条件，而传统上内含于商标近似、类似商品、类似服务、商品与服务类似等概念的混淆可能性应该从这些概念中剥离。

关键词：商标法 商标侵权 相似性 混淆可能性

一、问题的提出

2013年8月30日，商标法进行了第三次修正，其重大修改之一是对商标侵权的判断标准作了调整。1982年、1993年和2001年商标法均规定：未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的，属于侵犯注册商标专用

^{*} 湘潭大学知识产权学院教授。

本文受湖南省“图书情报与档案管理重点学科”资助。

权的行爲。^{〔1〕}从这一规定来看，要构成商标侵权，只需要在相同或类似商品或服务上使用相同或近似商标，“商标相同或近似+商品或服务相同或类似”（以下简称“相似性”）标准成为我国商标法规定的商标侵权的判断标准。2013年商标法第57条将2001年商标法第52条第1项一分为二，其第1项规定，“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的”，构成侵犯注册商标专用权的行爲；第2项规定，“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的”，构成侵犯注册商标专用权的行爲。根据该规定，2013年商标法第57条第1项仅适用于商标相同、商品也相同的商标侵权行为，无需混淆可能性要件，而第57条第2项的规定则除了原有的相似性要件之外，增加了混淆可能性要件。

对于2013年商标法对商标侵权判断标准的这一修改，有学者指出：“修正案第57条将混淆确立为商标侵权的判断标准，理清了相似性与混淆可能性的关系，使商标权的保护更加符合商标立法的本意，也更加符合商标司法中侵权认定的实际情况，具有重大的进步意义”。^{〔2〕}的确，2013年商标法在商标侵权的判断标准中明确规定了混淆可能性要件，不仅切实反映了我国自1988年《商标法实施细则》以来商标实践的相关成果，也顺应了相关国际公约和世界各国或地区商标立法与司法发展的潮流，具有重大的进步意义。

但遗憾的是，2013年商标法虽然在2001年商标法规定的相似性标准的基础上增加了混淆可能性标准，从而使得在我国商标司法实践中原本内化于相似性标准的混淆可能性标准成为商标侵权判断标准的独立内容，却并未明确规定相似性与混淆可能性之间的关系。不管是全面采用混淆可能性标准的美国商标法，还是在商标侵权判断标准的法律规定上与我国2013年商标法基本相同的欧盟商标法，相似性均是混淆可能性判断中的核心要素，而我国2013年商标法在规定了混淆可能性标准的同时还保留了相似性标准，那么这里的相似性是否具有独立的法律意义？在进行商标侵权判断时相似性判断与混淆可能性判断之间究竟是什么关系？相似性程度的高低又如何？这些问题的回答不仅决定了我国商标侵权判断标准的逻辑自洽性，还会实质性地影响商标侵权的构成。以“白人”牙膏商标争议案为例，^{〔3〕}如果采用单纯的较高的相似性标准，则因“白人”与“黑人”不近似，“黑人”牙膏商标并不影响“白人”牙膏商标的注册。在相似性程度不变的情况下，如果采用“相似性+混淆可能性”且二者有先后顺序的标准，则因“白人”与“黑人”不近似，无需进一步考虑混淆可能性，“黑人”牙膏商标也不影响“白人”牙膏商标的注册。在相似性程度不

〔1〕 参见1982年商标法第38条第1项、1993年商标法第38条第1项和2001年商标法第52条第1项。1993年商标法和2001年商标法在用语上完全相同，而1982年商标法的用语则略有差别，这里采用的是2001年商标法第52条第1项的用语。

〔2〕 张今：《商标法第三次修改的几个重大问题解读》，《中华商标》2013年第11期，第17页。

〔3〕 参见《关于第1164601号“白人WHITEMAN”商标复审裁定书》（商评字（2001）第2692号）。“黑人”牙膏商标和“白人”牙膏商标在中国大陆和台湾发生过多次争议，现大陆“黑人”和“白人”牙膏商标均属好维股份有限公司一方所有，而在我国台湾，“黑人”牙膏商标归好维股份有限公司所有，“白人”牙膏商标则归嘉联实业股份有限公司所有。嘉联实业股份有限公司曾在大陆申请“白人”牙膏商标，最后被裁定无效。但在我国台湾，“黑人”牙膏商标和“白人”牙膏商标可以并行不悖地使用。下文的各种情况为本文假设。

变的情况下,如果采用相似性与混淆可能性综合衡量的标准,尽管“白人”与“黑人”不近似,但因“黑人”牙膏商标已经过相当时间的使用,具有了较高的知名度,“白人”牙膏商标与“黑人”牙膏商标具有混淆的可能性,从而不能注册。因此,相似性与混淆可能性之间关系的不同理解对于商标侵权判断具有重大影响。不仅如此,我国商标法实践中原本的商标近似、商品或者服务类似等基本概念的内涵也必须重新界定,判断规则也必须重新确立。^[4]本文围绕上述问题展开讨论,希望为新法解释取得共识贡献一点力量。

二、商标侵权判断标准的主要立法例

尽管在商标法第三次修正过程中,商标法学界对世界各国或地区的商标侵权判断标准的主要立法例已经进行了相当的研究,^[5]但仍然存在以下两点不足:一是对有些立法例缺乏基本的了解。日本商标法是商标侵权判断标准的代表性法例,但我国商标法学界对日本商标侵权判断标准的了解却仅限于其商标法的规定。事实上,其商标法颁行后不到十年,日本的商标侵权判断和商标审查的实践就已经发生了根本性的变化。日本最高法院在1968年的水山印案件中引入了混淆可能性标准,从而不仅改变了日本商标侵权的判断标准,也改变了日本特许厅的商标审查基准。^[6]二是对某些商标侵权判断标准立法例存在严重误解。一般认为,《欧洲共同体理事会协调成员国商标立法1988年12月21日第一号指令(89/104/EEC)》(以下简称《商标指令》)之立法理由第10条澄清了《商标指令》第5条第1款(b)项所提供的保护。^[7]但对欧盟《商标指令》立法理由第10条第3段的翻译错误严重影响了对欧盟商标侵权判断标准的认识和理解。欧盟《商标指令》立法理由第10条

[4] 遗憾的是,权威机构编写的商标法释义书却对“商品类似”与“商标的近似”采用了修法之前的解释,比如将“商品类似”解释为“是指在商品的功能、用途、原料、销售渠道、消费对象、生产经营者等方面具有大致相像的特征,易使消费者难于辨别其来源而产生误认、误购现象的商品”,将“近似的商标”解释为“是指对商标进行整体比较,不易辨别,使消费者产生混同的商标”(郎胜:《中华人民共和国商标法释义》,法律出版社2013年版,第108页)。对“商品类似”和“商标的近似”的这种解释在法理上显然是错误的,因为既然这里的“商品类似”和“商标的近似”已经包含了混淆可能性,商标法第57条第2项后半段规定的“容易导致混淆”岂不是同义反复,多此一举?同时,尽管有学者已经认识到了“商标近似和商品类似的判断不再考虑混淆因素,更多地考虑其构成要素等的自然属性或者客观性上的近似或者类似”,但其对相似性与混淆可能性之间关系的认识却并不清楚。该学者指出:“实践中未必需要截然区分”相似性与混淆可能性,“不排除在考量和认定上相互参照,实际适用效果应该不会与司法解释的规定有根本性差异。况且,商标法第30条规定的商标近似,有时也不可能一概不考虑混淆可能性而仅作商标构成要素上的比对,尤其是在涉及实际使用商标的情况下,更是如此。一概不考虑混淆可能性,也与商标审查实践不相符合”。见孔祥俊:《新修订商标法适用的几个问题(下)》,《人民法院报》2014年6月25日第7版。

[5] 参见魏森:《欧盟商标法对混淆的认定标准探析》,《电子知识产权》2006年第8期,第53页以下;彭学龙:《论“混淆可能性”——兼评〈中华人民共和国商标法修改草案〉(征求意见稿)》,《法律科学》2008年第1期,第130页以下;邓宏光:《论商标侵权判断标准——兼论我国〈商标法〉第52条的修改》,《法商研究》2010年第2期,第46页以下;姜鹏:《美国的商标侵权判断标准辨析》,《中华商标》2012年第3期,第38页以下。

[6] 牧野利秋「商標の類否判断の要件事実」パテント13号71页(2009)。

[7] Tobias Cohen Fehoram, Constant van Nispen & Toon Huydecoper, *European Trademark Law: Community Trademark Law and Harmonized National Trademark Law*, Kluwer Law International, 2010, § 8.7.1. 需要说明的是,该书所述法律条文是2005年《比荷卢知识产权公约》第2.20条第1款,不过其内容和欧盟《商标指令》第5条第1款的规定基本相同,可以说就是欧盟《商标指令》第5条第1款在比荷卢联盟的落实。因此,该书对《商标指令》立法理由第10条的解释同样适用于欧盟《商标指令》第5条第1款。

第3段的流行翻译是：“必须结合混淆的可能来解释相似的概念”。〔8〕但这种流行的翻译是错误的。其一是欧洲法院在评估相似性时并未考虑混淆可能性；〔9〕其二是这种翻译会导致循环论证。从《商标指令》立法理由第10条第3段的上下文来看，该段的前一句重申了欧盟商标保护同样适用于商标和商品近似的情况，后一句规定了混淆可能性构成对注册商标提供保护的特定条件。混淆可能性的评估取决于多个因素，特别是取决于商标在市场上的知名度、商标同使用或注册的标识可能产生的联系、商标与标识以及商标与标识所识别的商品或者服务的相似程度。这种流行的翻译必然导致解释相似性时要结合混淆可能性，而评估混淆可能性的时候又必须评估商标与标识以及商标与标识所识别的商品或者服务的相似程度即相似性。这显然是一种循环论证。本文认为，正确的翻译是：“鉴于必须解释与混淆可能性相关的近似概念”。〔10〕

从世界各国或地区商标法来看，就相似性与混淆可能性的关系，商标侵权的判断标准有三种主要立法例：〔11〕一是以美国商标法为代表的混淆可能性吸收相似性的标准，二是以日本商标法为代表的混淆可能性内化于相似性的标准，三是以欧盟商标法为代表的以相似

〔8〕 李明德、黄晖、闫文军：《欧盟知识产权法》，法律出版社2010年版，第495页；《欧洲共同体理事会协调成员国商标立法1988年12月21日第一号指令》（89/104/CEE），黄晖译，《中华商标》1999年第1期，第55页。这句话的英文原文是：“whereas it is indispensable to give an interpretation of the concept of similarity in relation to the likelihood of confusion”。其他类似的翻译参见欧洲内部市场协调局：《怎样在欧盟注册商标和保护商标》，国家工商总局译，中国工商出版社2003年版，第17页（该书译为“应该联系可能引起混淆来解释相似的概念”）；刘孔中：《商标法上混淆之虞之研究》，台湾五南图书出版公司1997年版，第82页（该书译为“类似之解释必须着眼于混淆之虞”）；彭学龙：《商标法的符号学分析》，法律出版社2007年，第269页（该书译为“应结合混淆之虞来解释相似概念”）。

〔9〕 比如在欧盟权威的商标判例“佳能案”中，法院认为，“在评估有关商品或服务的相似性时，有关那些商品或服务本身的所有相关因素都应该考虑。那些因素包括，尤其是，它们的性质、它们的最终用户和它们的使用方法以及它们是互相竞争还是互补”，并没有考虑混淆可能性。ECJ 29 Sep. 1998, Case C-39/97 (Canon v. Metro-Goldwyn-Mayer; Canon/Cannon)。本文将有些学者翻译为“相似”和“近似”的“similarity”翻译为“相似性”。

〔10〕 参见孔祥俊：《商标与不正当竞争法：原理与判例》，法律出版社2009年版，第268页。

〔11〕 这里的商标侵权行为仅限于我国2013年商标法第57条第1、2项规定的传统商标侵权行为，而不包括淡化商标侵权行为，下文在分析各国立法时也不涉及其有关商标淡化的规定。就笔者所知，目前尚不存在对世界各国商标法的商标侵权判断标准进行全面研究的著述，因语言和资料获取的限制，笔者也无力进行如此全面的研究。但从国际公约规定来看，混淆可能性已经为世界各国或地区商标法广泛接受。明确规定混淆可能性的TRIPS协议第16条规定，“注册商标所有人应享有防止任何第三方未经许可而在贸易中可能导致混淆地使用与注册商标相同或近似的标记标示相同或类似的商品或服务的独占权。如果确将相同标记用于相同商品或服务，即应推定有混淆的可能。”鉴于目前大多数国家或地区为世界贸易组织成员，可以认为TRIPS协议关于混淆可能性的规定已经为大多数国家或地区所承认。实证调查也表明混淆可能性已经为世界上大多数国家或地区商标法所承认。2003至2010年世界知识产权组织商标法常设委员会进行过一项问卷调查，涉及80个国家和比荷卢商标局、欧共体和非洲知识产权组织等三个政府间组织。尽管问卷并未直接调查商标侵权的判断标准，但有两项与商标侵权判断标准有关：一是商标审查过程中与在先商标冲突的标准。在请求回答是在商标相同商品也相同（A）、商标相同但商品类似（B）、商标近似但商品相同（C）、商标近似且商品类似（D）的全部四种情形还是仅B到D三种情形下要求混淆可能性时，多数国家或地区回答说只在B到D的三种情形下要求混淆可能性，少数国家或地区回答说上述四种情形均要求混淆可能性。二是未注册商标的侵权判断标准。34个回答其法律保护未注册商标的国家或地区回答了未注册商标侵权是否要求混淆的问题，32个国家或地区明确回答要求实际混淆或者混淆可能性，其中美国仅回答不需要实际混淆，对是否需要混淆可能性没有回答，捷克回答未注册商标侵权既不需要实际混淆也不需要混淆可能性。问卷回答还表明：决定未注册商标侵权发生的标准和注册商标侵权发生的标准是相同的，唯一的例外是未注册商标不享有授予给注册商标的权利的法律推定，其性质和范围不得不单独证明。See Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Summary of Replies to the Questionnaire on Trademark Law and Practice (SCT/11/6), WIPO/STrad/INF/1 Rev. 1, January 25, 2010, 73, 141-142, available at http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_20/wipo_strad_inf_2_rev_1.pdf, retrieved on October 11, 2014.

性为基础而以混淆可能性为限定条件的标准。

（一）混淆可能性吸收相似性的商标侵权判断标准

美国商标法是采用混淆可能性吸收相似性标准的典型代表。在美国，不管侵犯的是联邦注册商标还是未注册商标，商标侵权的判断标准均是混淆可能性。商标法学者麦卡锡指出：“‘混淆可能性’是普通法商标侵权和联邦制定法商标侵权的基础测试。”^{〔12〕}如果说美国商标法第32条在规规定侵犯联邦注册商标时，尚提到作为侵权性使用的“注册商标的复制、伪造、仿冒或逼真的仿制品”，从而尚在暗示相互冲突的商标之间的某种相似性的话，规定侵犯未注册商标的美国商标法第43条则完全没有提到任何商标相似或商品类似的情形，要构成侵犯商标权，商标或商品的相似性并非必要条件，只要是“对事实的虚假的或误导性描述，或对事实的虚假的或误导性表示”即具有混淆可能性即可。正如美国第十一巡回上诉法院所指出的：商标侵权的“决定归结为‘混淆可能性’的存在与否”。^{〔13〕}

在美国，相似性不属于商标侵权的判断标准，而仅仅是混淆可能性的测试因素。美国法院采用多因素测试法来衡量混淆可能性。不同的巡回上诉法院采用的因素各不相同，第八和第十巡回上诉法院使用的因素最少，只有6个，^{〔14〕}而联邦巡回上诉法院使用的因素最多，达13个，^{〔15〕}多数法院使用7个或者8个因素，前者如第三、第五、第七和第十一巡回上诉法院，^{〔16〕}后者如第一、第二、第六和第九巡回上诉法院。^{〔17〕}实证研究表明，这些因素中的“商标的相似性”、“被告的意图”、“商品的类似性”、“原告商标的强度”和“实际混淆的证据”是混淆可能性判断的多因素测试法中的核心因素。^{〔18〕}需要注意的是，不管是核心因素还是非核心因素，混淆可能性判断的这些因素既不是商标侵权的必要条件，也不是商标侵权的充分条件。^{〔19〕}

（二）混淆可能性内化于相似性的商标侵权判断标准

日本商标法是混淆可能性内化于相似性标准的典型代表。日本现行商标法第37条规定了8种视为商标侵权的行为。由于日本商标法规定的这些视为商标侵权的行为均可以概括为在相同或类似商品或服务上使用相同或近似商标，可以说日本商标法所规定的商标侵权判断标准是“商标相同或者近似+商品或服务相同或类似”，即相似性标准。尽管日本商标法自1959年制定至今已经过去了半个多世纪，历经多次修改，但除视为商标侵权的行为于

〔12〕 J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4th ed., Thomson/West, 2006, § 23:1.

〔13〕 *Davidoff v. PLD Int'l*, 263 F.3d 1297, 1301, 60 U.S.P.Q.2d 1046, 1048 (11th Cir. 2001).

〔14〕 See *SquirtCo v. Seven-Up Co.*, 628 F.2d 1086 (C.A.8 (Mo.), 1980); *Utah Lighthouse Min. v. Foundation for Apologetic*, 527 F.3d 1045 (10th Cir., 2008).

〔15〕 See *DuPont*, 476 F.2d at 1361, 177 USPQ 567.

〔16〕 See *Interpace Corp. v. Lapp, Inc.*, 721 F.2d 460, 463 (3d Cir. 1983); *The Southern Company v. Dauben Inc.*, No. 08-10248 (5th Cir., 2009); *Barbecue Max, Inc. v. 551 Ogden, Inc.*, 235 F.3d 1041 (7th Cir., 2000); *Tally-Ho, Inc. v. Coast Community College District*, 889 F.2d 1018 (11th Cir. 1989).

〔17〕 See *Astra Pharm. Prods., Inc. v. Beckman Instruments, Inc.*, 718 F.2d 1201, 1205 (1st Cir. 1983); *Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp.*, 287 F.2d 492, 495 (2d Cir.); *Wynn Oil Co. v. Thomas*, 839 F.2d 1183 (C.A.6 (Tenn.), 1988); *AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341 (9th Cir. 1979).

〔18〕 See *Barton Beebe, An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement*, 94 Cal. L. Rev. 1623-1642 (2006).

〔19〕 See *Richard L. Kirkpatrick, Likelihood of Confusion in Trademark Law*, Practising Law Institute 810 Seventh Avenue, NY, USA, 2010, § 2.4.

1991年修订时从最初的6种增加到今天的8种之外，商标法所确立的相似性标准一如其旧。

但日本的商标实践并非如此。日本最高法院1968年审理的水山印案件根本性地改变了日本商标侵权的判断标准。在水山印案件之前，日本在判断是否构成商标侵权时并不考虑混淆的因素，在判断商标近似时，只要音形义三要素中有一个要素是近似的，两商标就构成近似商标。在水山印案中，申请商标和注册商标（引证商标）均用于旧的第26类透明纤维丝线类，日本特许厅以申请商标和引证商标发音相似为由作出了驳回商标申请的决定。随后东京高等法院撤销了特许厅的驳回决定，其判决指出：申请商标指定的商品为高档消费品，消费对象多为品牌消费者，一般的消费者不在其对象范围之内。仅仅依靠发音就几乎能知道商品的出处，且两商标在外观、含义方面完全不同，不会造成消费者对于商品出处的混淆。因此，即使发音相似也不一定构成商标近似。日本特许厅不服此判决，以原判决对交易实情认识有误而且违反了先前只要发音相似商标就近似的判例、学说为主张，提起上诉。日本最高法院经审理驳回上诉，其判决要旨为：虽然两商标读音相似，但根据外观和含义均有很大差别以及其他市场交易情况，很难造成消费者对商品出处来源的混淆。因此，申请商标和引证商标不构成近似。水山印案件的判决改变了日本先前判例，混淆可能性被引入商标侵权的判断标准。该案的判决要旨对以后的判决起着支配作用，而且已经被日本特许厅作为商标审查基准。^[20]也就是说，通过日本最高法院判例的发展，日本商标实践中的相似性已经变成了混淆性的相似性，混淆可能性内化于相似性之中。

（三）以相似性为基础而以混淆可能性为限定条件的商标侵权判断标准

欧盟商标法是该标准的典型代表。欧盟商标法由《商标指令》和《欧共同体商标条例》组成。^[21]《欧共同体商标条例》第9条第1款（b）项规定，“商标所有人有权阻止所有第三方未经其同意在贸易过程中使用：由于与共同体商标相同或近似，同时与共同体商标注册的商品或服务相同或类似的任何标志，其使用可能会在公众中引起混淆的；这种可能的混淆包括该标志和该商标之间可能引起的联想。”从字面来看，该条款所规定的商标侵权的判断标准不仅包括相似性，还包括了混淆可能性。要确定相似性与混淆可能性的关系并正确理解欧盟的商标侵权判断标准，不仅需要了解欧盟商标制度的历史传统，更需要对欧盟商标保护的基本立场有清醒的认识。

欧盟商标制度来自于欧盟各国的商标制度，是协调各成员国商标立法的结果。在统一之前，各国商标法上的商标侵权判断标准并不一致，比如英国商标法采用的是“相似性+混淆可能性”的标准，^[22]而比荷卢商标法采用的则是“相似性+联想可能性”的标准。^[23]

[20] 前引〔6〕，牧野利秋文。

[21] 鉴于《商标指令》和《欧共同体商标条例》所规定的商标侵权的判断标准基本相同，且《商标指令》的目的仅仅在于统一各成员国商标法，而《欧共同体商标条例》的目的则在于建立统一适用于欧共体的商标制度，其形成的是欧共同体商标而不是各国商标，《欧共同体商标条例》才是欧盟的商标法。因此，本文以《欧共同体商标条例》为主，介绍欧盟商标法所规定的商标侵权判断标准。当然，为了对其法律规定作出正确翻译和解释，必要时也会参照《商标指令》的相关规定。

[22] 参见1938年英国商标法第4条第1项。

[23] 尽管其商标法规定的侵犯商标权的判断标准是相似性标准，但比荷卢法院却在著名的Union案中发展出了比混淆可能性标准保护范围还要宽的“联想可能性”标准。See Charles Gielen and Benoît Strowel, *The Benelux Trademark Act: A Guide to Trademark Law in Europe*, 44 *Trademark Rep.* 566 (1996).

《商标指令》和《欧共同体商标条例》在规定混淆可能性时特别明确规定，“这种可能的混淆包括该标志和该商标之间可能引起的联想”，就是充分考虑各成员国的立法传统的折中结果。

那么，应该如何解读《欧共同体商标条例》的这种折中结果呢？本文认为，这与欧盟商标保护的基本立场有着紧密的联系。一般认为，《商标指令》立法理由第1条明确了欧盟商标保护的基本立场。该条内容为：“鉴于成员国目前适用的商标法存在差异，这种差异可能阻碍商品的自由流通和服务的自由提供，扭曲共同市场的竞争；鉴于基于内部市场的建立和运转，因而有必要协调成员国立法。”也就是说，尽管保护商标也是欧盟商标制度建立的重要目标，促进商品和服务的自由流通却是更重要的。对此，欧盟总检察长在著名的佳能案中指出：欧盟理事会认为，促进商品和服务自由流通的目标“限制着对混淆可能性的扩大解释”；“对混淆可能性的扩大解释将导致对商品或服务的自由流动的不公正的限制”；“《商标指令》必须理解为规定了基于来自不同国内制度的商标能够共存共同标准。因此，该标准不能确定一个太高的水平”；“如果解释得太严格，《商标指令》就会具有隔离市场的效果。于是，在缺乏表示高水平保护的明确意图的情况下，《商标指令》不能被理解为要强加成员国中发现的最严格的标准”。〔24〕

《商标指令》立法理由第10条则直接规定了欧盟的商标侵权判断标准，是理解相似性与混淆可能性关系的直接依据。该立法理由为：“鉴于注册商标所赋予的保护的功能特别是保证商标指示来源的功能，在商标与标识相同以及商品或者服务相同的情况下这种保护是绝对的；鉴于注册商标的保护还适用于商标与标识近似以及商品或者服务类似的情形；鉴于必须解释与混淆可能性相关的相似性概念；鉴于混淆可能性构成注册商标保护的特定条件，混淆可能性的认定取决于多个因素，特别是取决于商标在市场上的知名度、商标同使用或注册的标记可能产生的联系、商标与标识以及商标与标识所识别的商品或者服务的相似性。”

结合欧盟商标制度的历史传统、商标保护的基本立场和《商标指令》立法理由第10条，欧盟的商标侵权判断标准可以具体解读如下：商标和商品的相似性是商标侵权判断标准的基础，混淆可能性是商标侵权的限定条件。在商标和商品均相同的情况下，商标保护是绝对的，不需要混淆可能性即可构成商标侵权。因为在这种情况下的权利范围是商标专用权的范围，在这个范围之内商标所有人既可以使用商标也可以禁止他人使用商标，这种权利是商标所有人的核心权利。不仅如此，在这种情况下商标权范围是明确的，不存在过分扩张的危险。〔25〕而在商标和商品有一者不相同而近似或者类似的情况下，商标保护不是绝对的。因为这个范围已经超越了商标所有人的商标专用权的范围，不再属于商标所有人的核心权利，在这个范围之内商标所有人仅仅能够禁止他人使用商标而自己不能使用商标。商标法规定这个范围，是为了商标所有人的核心权利的正常实现，因而适当扩大了商标权的排斥力范围。不仅如此，此时商标权的边界变得模糊而容易扩张。为了明确商标权的边界，限制商标权的过度扩张，欧盟商标法为商标或商品近似情况下的商标侵权行为施加了

〔24〕 Opinion of Mr Advocate General Jacobs delivered on 29 April 1997. - SABEL BV v Puma AG, Rudolf Dassler Sport.

〔25〕 事实上，在商标相同、商品也相同的情况下，不存在混淆可能性几乎是不可能的。

混淆可能性的限定条件，^[26]从而不仅使得商标权的边界更为明确，而且也限制着商标权的过度扩张，在适当保护商标权的条件下促进商品和服务的自由流通。

就相似性在商标侵权判断标准上的地位，欧盟商标法和美国商标法的规定完全不同。在美国，无论是商标的相似性还是商品的类似性，均仅仅是混淆可能性的因素之一，既不是充分条件，也不是必要条件。而相似性在欧盟商标侵权判断中的地位则不同。欧洲法院在佳能案中指出：“所覆盖的商品或服务的相同或类似是混淆可能性的前提条件”。^[27]欧盟商标审查指南则认为：“商品/服务的类似性是混淆可能性的必要条件”。^[28]也就是说，商品或服务的类似性是混淆可能性的前提条件。

从上述三种立法例来看，第一种立法例与后两种立法例有较大差别，它直接以混淆可能性为商标侵权判断的标准，并不单独考虑相似性。这种立法例直接以是否影响商标通信功能的发挥即是否可能导致混淆为标准判断是否构成商标侵权行为，逻辑上具有自洽性，理论上的结果最为公平合理。但由于缺乏相似性的限制，商标侵权判断直接从复杂的混淆可能性的全部因素来进行，操作起来难度最大，对法官要求最高。后两种立法例均将相似性作为独立的商标侵权判断标准，比较接近，其共同的优点是因将相似性作为独立的商标侵权判断标准而在一定程度上简化了商标侵权判断。^[29]就这两种商标侵权判断标准来说，尽管内容似乎并无本质差别，但至少在逻辑上第三种立法例是优于第二种立法例的，因为将混淆可能性包含于相似性，难以避免循环论证，在认定相似性的时候往往以是否可能导致混淆为依据，而在认定是否存在混淆可能性时又需要考虑相似性。^[30]

三、商标侵权判断标准的基本法理

和传统物权制度不同的是，知识产权的客体是不存在明确的自然边界的无体物，对知识产权客体的利用行为也呈现出多样性的特征。权利客体的模糊性和权利客体利用方式的多样性决定了知识产权制度具有很强的人为性和法律建构特征，知识产权制度中的诸多概念和制度多是法律建构的结果。商标制度自不例外，商标侵权的判断标准也正是法律建构的结果。从以上对世界各主要立法例的分析来看，世界各国或地区的商标侵权的判断标准体现出一种基本相同但同中有异的关系，这既符合一般商标法理，又适应各个国家或地区的经济和历史现实。

[26] 对于混淆可能性，《商标指令》规定它是“商标与标识近似以及商品或者服务类似的情形”下注册商标保护的“特定条件”（specific condition），而有学者则将这一条件称为“补充条件”（the supplemental condition）（参见前引 [7]，Fehoram 等书，第 8.7 节）。这些均证明了混淆可能性的补充性地位和限定性作用，也反面证明了欧盟的商标侵权的基本判断标准是相似性标准。

[27] ECJ 29 Sep. 1998, Case C - 39/97 (Canon v. Metro-Goldwyn-Mayer; Canon/Cannon).

[28] Old OHIM Guidelines, Part C Opposition, Part 2, Chapter 2, Section B, available at https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/guidelines/ctm/opposition_similarity_goods_en.pdf.

[29] 当然，这两种商标侵权判断标准也要判断混淆可能性，但因相似性标准的采用已经初步解决了一些商标侵权纠纷案件，从而总体上减少了进入混淆可能性判断的商标侵权纠纷案件的数量。

[30] 至于两种立法例的实践效果，本文难以置评。我国商标法的商标侵权判断标准从类似于第二种立法例转向第三种立法例，暗示着我国立法者对两种立法例的态度，而我国过去采取第二种立法例所带来的实践问题，有助于我们对这两种立法例的取舍。具体内容详见下文。

（一）商标的通信本质与混淆性商标使用的危害

法律问题向来不能在法律中解决，因为“法律实质上不仅是欲然和应然，而且还是人民生活中的一种实际有效的力量”。^[31]“从某种程度上讲，生活关系本身就含有它们自身的标准和它们自身的内在秩序。……善于思考的法学家在没有实在规范或在规范不完善或模糊不清时肯定会诉诸这一观念。”^[32] 本文认为，商标的本质就是商标法所面对的“人民生活”和“生活关系”，是确定商标侵权判断标准的基本社会现实。

商标是商品的标志，是在商品交易中发挥作用的，是商品交易的重要媒介。商品交易要求交易双方就交易对象即商品达成一致的意思表示。而要达到一致的意思表示，交易双方必须对交易对象即商品具有基本的了解和共识。然而，现实的情况是，卖者比买者拥有关于交易对象即商品的更多的信息，即买卖双方存在关于交易对象即商品信息的不对称。如果没有有效的信息沟通机制，人们就会进行逆向选择，形成无效率的混同均衡结果。只有通过有效的信息沟通机制进行商品信息的传递，人们才不会进行逆向选择而是进行正常的正向选择，最终形成有效率的分离均衡结果。^[33] 要消除卖者和买者之间关于商品信息的不对称，就需要将卖者所掌握的有关商品的信息传递给买者，意味着需要在卖者与买者之间进行通信。在大多数情形下，通信都是利用信号或符号进行的。因为“符号是思想和物体的具体而相对简单的表示”，“利用符号加速思考和交流”。不仅如此，“离开构成我们的语言的文字，交流实际是不可能的”。^[34] 商标就是一种厂商用来向消费者传递商品信息的符号，也是消费者用来获得商品信息、识别商品的重要工具。“商标给消费者提供了一种区分市场上的竞争商品的便利而必须的工具”，并“通过识别商品来源向消费者提供他们需要的信息以满足其对特定产品的需要”，“是消费者组织产品或服务信息的手段”，^[35] 是一种消除信息不对称的通信工具。

影响通信效果的因素有许多。首先是通信系统的构成要素，包括信源的信息率高低、信道容量大小、信源与信道在数量特性上的匹配等。其次是噪声。噪声是通信的大敌，它可能导致通信错误，损失信息量，严重时可能使通信完全失效。通信必然存在噪声，不可能完全避免。尤其是系统内部元件性能参数的无规变化等因素产生的有害信号即内噪声原则上是不可能消除的。但外噪声是从系统外部混入系统的无用信号，是可以设法避开或者削弱的。^[36] 影响厂商与消费者通信效果的因素也是如此。其中，商品本身的特性、商标的显著性程度、广告或者销售渠道的选择等通信系统的构成要素以及这些要素指标的无规变化产生的内噪声均取决于厂商的选择。混淆性商标使用则是从厂商与消费者之间的通信系统外部混入的无用信号，构成这种通信系统的外噪声，也是影响通信效果的重要因素，它不仅增加消费者识别的难度，降低通信的效率，甚至有可能完全破坏这种通信系统，使这

[31] [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第2页。

[32] Pandekten, 3d ed., Berlin, 1892, I, 87. 转引自 [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1998年版，第458页。

[33] 参见王则柯：《信息经济学的奠基人》，《读书》2002年第1期，第18页以下。

[34] Economides, *The Economics of Trademarks*, 78 Trademark Rep. 523 (1988).

[35] Mark P. McKenna, *The Normative Foundations of Trademark Law*, 82 Notre Dame L. Rev. 1844 (2007).

[36] 参见苗东升：《系统科学精要》，中国人民大学出版社1998年版，第254页以下。

种通信无法进行。^[37] 因此，在存在混淆性商标使用的情况下，商标传递信息的功能无法有效发挥，市场上的商品信息的传递出现混乱，无法实现具有有效信息沟通的有效率的分离均衡的商品交易结果。

（二）商标法立法目的的实现与混淆性商标使用的禁止

“目的是全部法律的创造者；任何法律规则的根源都应归咎于一种目的，即一种实际的动机。”^[38] 立法目的是商标法的基础，是制定和解释商标法全部规则的出发点和基本依据。美国国会认为：“构成任何商标法规的基础的目的是两方面的。一是保护公众，以便公众在购买贴有其顺利了解的特定商标的商品时确信将获得其寻求并想要的产品。二是在商标所有人将产品提供给公众时已经花费了精力、时间和金钱的情况下，应该保护他的投资以避免盗窃者和骗子盗用。”^[39] 有些国家的商标法明确规定了立法目的，如日本商标法第1条规定，“本法的目的是通过保护商标确保维护使用商标的人的营业信心从而促进产业的发展和保护消费者利益。”概括地说，商标法的“直接目的固在于商标专用权之取得与保护，而终极之目标则在于消费者利益之保护，以免其对商品来源发生混淆、误认，进而促进工商企业之正常发展”。^[40]

商标正常发挥通信工具的功能是商标法立法目的实现的根本手段和保障。混淆性商标使用因构成厂商与消费者之间通信系统的外噪声，影响商标发挥其作为通信工具的功能，而最终导致商标法的立法目的无法实现。只有有效禁止商标的混淆性使用，商标所有人的商标和竞争对手的商标才能够顺畅地传递各自商品的信息，商标才能够正常发挥其作为通信工具的功能，消费者才能够利用商标购物，生产者才能够实现其商标的利益。换言之，商标法的立法目的要求商标侵权的判断必须以混淆性商标使用为标准，有商标的混淆性使用则有商标侵权，没有商标的混淆性使用则没有商标侵权，混淆可能性是商标侵权判断的基本标准。

（三）商标权的基本权能与混淆的作用空间

商标侵权行为侵犯的是商标权，而商标侵权判断标准是确定某种行为构成商标侵权与否的基本标尺，因此，商标权的基本权能及其特点对于确定商标侵权判断标准具有重要影响。一般认为，商标权的基本权能主要包括商标专用权和商标禁止权两大项。其中，商标专用权是商标所有人在相同商品或服务上专有使用商标的权利。因商标所有人的这种权利是积极使用或者许可他人使用其商标的权利，因此商标专用权也被称为商标权的积极权能。商标禁止权是商标所有人禁止他人在相同或类似商品或服务上使用与其商标相同或近似的商标的权利。因商标所有人的这种权利仅仅是消极地禁止他人使用商标，因此商标禁止权也被称为商标权的消极权能。

商标专用权和商标禁止权在权利的地位、功能和范围等方面均具有较大差异。在权利的地位和功能上，商标专用权是商标权的基本权能，商标禁止权仅仅是商标权的辅助权能。商标权设置的本来目的就是赋予商标所有人使用商标的权利，也只有通过商标专用权，商

[37] 参见王太平：《狭义信息论与商标保护理论》，《电子知识产权》2005年第1期，第13页。

[38] Rudolf Von Ihering, *Law as A Means to An End*, Trans. Isaac Husik, Boston: The Boston Book Company, 1913, liv.

[39] S. Rep. No. 1333, 79th Cong., 2d Sess. (1946), U. S. C. C. A. N. 1274.

[40] 曾陈明汝：《商标法原理》，中国人民大学出版社2003年版，第21页。

标所有人才能实现其商标利益。因此,商标专用权是商标权的基本权能。但是,仅仅商标专用权是不够的,因为其他人的使用对商标的存续和商标利益的实现也具有重大影响。在商标专用权范围内,他人在相同商品或服务上使用相同商标不仅会转移商标所有人的销量,致使商标所有人的商标利益无法实现,而且因他人使用该商标的商品或服务质量的的不同还可能危及商标的存续,也会损害商标权。而在商标专用权范围之外,商标所有人之外的人在相同或类似商品或服务上使用相同或近似商标也会对商标专用权产生一定的危害。尽管这种使用一般不会直接转移商标所有人的销量,但却不仅可能导致对商标所有人商誉的不当利用,而且也可能导致消费者的混淆误认,危及商标的存续,影响商标所有人的商标利益的实现。因此,没有商标禁止权的辅助,商标专用权就无法正常实现,甚至无法继续存在。但和商标专用权不同的是,商标禁止权本身并不能直接给商标所有人带来收益,它只是商标专用权实现的必要辅助。在权利范围上,商标专用权和商标禁止权的范围既有交叉重叠,也有不同。在商标和商品均相同的情况下,商标专用权和商标禁止权的范围是重叠的。在这个范围内,商标所有人既可以使用和许可使用其商标,也可以禁止其他人使用其商标。而在商标专用权范围之外,商标所有人则只能禁止他人在相同或类似商品或服务上使用与其商标相同或近似的商标,而不能使用或许可使用相同或近似的商标。因此,商标禁止权的范围大于商标专用权的范围。由于商标专用权的范围以相同商标和相同商品为限,商标专用权的范围基本上是封闭性的、明确的。而商标禁止权的范围扩张到了范围比较模糊的近似商标和类似商品或服务,商标禁止权的范围是扩张性的、模糊的。

在商标专用权的范围之内,由于商标权的封闭性和明确性,商标侵权行为也是比较清楚的,相对容易确定。而当扩张到近似商标和类似商品时,商标权便开始具有扩张性与模糊性,需要用某种技术来明确和限制商标权的边界。混淆可能性就是明确扩张到近似商标和类似商品的商标权的边界并限制商标权过度扩张的重要手段。也就是说,在商标和商品均相同的情况下,无需要求混淆可能性,而只有在商标和商品有一者不相同但近似或类似的情况下,需要使用混淆可能性来明确和限制商标权和商标侵权的范围。这就是混淆的作用空间。^[41] 尽管混淆可能性仍然具有模糊性,但判断混淆可能性的相关方法毕竟提供了“一种穿越沼泽地的‘实用指南’”和“用来为这种模糊的调查添加结构的分析性框架”,^[42] 混淆可能性的判断基本上还是比较确定的。

(四) 商标保护的基本政策与混淆的程度

如果说商标保护的基本目的决定了商标侵权判断标准的基本方向和总体框架的话,商标保护的基本政策则决定了商标侵权判断标准的具体构造。商标保护的确有其益处,但商

[41] 关于在商标和商品均相同的情况下是否需要混淆,TRIPS 协定第 16 条规定,在商标相同、商品或服务也相同的情况下,推定存在混淆可能性。而《欧共体商标条例》第 9 条第(1)款(a)项则规定,在商标相同、商品或服务也相同的情况下,无需推定存在混淆可能性就构成商标侵权。对此,孔祥俊认为,“基于注册商标固有权利而追究他人实质性损害的侵权责任,乃是维护商标权的基本价值所必需,无须再考虑市场混淆的可能性。”前引[10],孔祥俊书,第 326 页。本文认为,这种解释固然有其道理,但在商标相同、商品或服务也相同的情况下,几乎不可能不存在混淆,究竟是直接规定不需要混淆可能性还是规定这种情况下推定存在混淆可能性,并无实质差别。而混淆可能性也只有在商标和商品有一者不相同但近似或者类似的情况下,才有其实质意义和发挥作用空间。

[42] 参见前引[19],Kirkpatrick 书,第 2:4 节。

标保护也并非没有缺陷。“商标保护既可能促进有效而值得拥有的竞争市场的发展，也可能危害有效而值得拥有的竞争市场的发展”，因此，“恰当的任务是精巧设计一种商标体制，可以在不损害竞争性进入的情况下，通过提供减少实质欺诈的保护而恰当平衡相互竞争的利益”。^[43]也就是说，商标保护的强度必须适中。过强的商标保护固然有助于维护公平竞争，但却可能严重限制其他竞争者的竞争空间和竞争自由，从而危害自由竞争。反过来，过弱的商标保护固然给其他竞争者保留了足够的竞争空间和竞争自由，有利于自由竞争，但竞争的无序却不仅会导致不公平的竞争结果，反过来又会危害自由竞争。商标保护的最终目标是实现公平竞争与自由竞争之间的平衡。

维护公平竞争和自由竞争之间平衡的商标保护政策决定了商标侵权判断标准中混淆的程度只能是混淆的可能性，既不是实际混淆，也不是任何可能的混淆。一方面，消除混淆的任何可能性和纯粹联想的可能性是过于宽松的商标侵权判断标准，固然有助于公平竞争，但却过分限制了竞争对手的竞争空间和竞争自由，并不可取。因此，世界各国商标法并不要求消除混淆的任何可能性。美国最高法院认为，混淆可能性（likelihood）和“很可能”（probable）混淆是同义的——如果混淆仅仅是“有可能的”（possible），是不够的。^[44]欧洲法院则在著名的佳能案中认为，联想的可能性在三种场合可能出现，即直接混淆的可能性、间接混淆或联想的可能性和严格意义上联想的可能性，其中只有前两种构成欧盟商标法上的混淆可能性，而仅仅严格意义上联想的可能性即“公众认为该标志与引证商标近似，而对该标志的感知唤起对引证商标的记忆，尽管该标志和引证商标并不混淆”，并不构成欧盟商标法上的混淆可能性。^[45]另一方面，实际混淆标准过于僵化，它仅仅静态地看待商标，未能为商标的发展预留空间，不能有效地制止商标侵权。商标是动态发展的，尤其是随着商标使用时间的延长，商标的显著性会增强，会增大混淆的可能性，仅仅要求实际混淆不能有效避免未来的商标冲突。因此，世界各国商标法均不要求存在实际混淆才构成侵权。在美国，实际混淆的证据仅仅是混淆可能性的多因素分析法中的一个因素。而在欧盟，实际混淆也是一种比法定的混淆可能性标准更高的标准，在侵权判断时并不需要。^[46]

（五）相似性在商标侵权判断标准中的地位

鉴于世界各国或地区商标法所规定的侵权判断标准中除了包括混淆可能性之外，有些国家或地区的商标侵权判断标准中还包括相似性，在确定了商标侵权判断中混淆的地位和程度之后，还需要确定相似性在商标侵权判断标准中的地位。本文认为，相似性在商标侵权判断标准中的地位取决于相似性本身的重要性与历史传统的影响。

1. 相似性本身的重要性。无论是否为商标侵权判断标准中的独立标准，相似性在商标侵权判断中均非常重要。以美国为例，不仅商标的“混淆性近似”（confusingly similarity）

[43] Glynn S. Lunney, Jr., *Trademark Monopolies*, 48 Emory L. J. 370 (1999).

[44] See *American Steel Foundries v. Robertson*, 269 U. S. 372, 383 (1926).

[45] See Case C-39/97, *Canon v. Metro-Goldwyn-Mayer*, 29 September 1998.

[46] 参见前引 [7]，Fehoram 等书，第 8.7.5.8 节。除了相关商标法的明确规定之外，商标侵权的判断标准之所以是混淆的可能性而不是实际混淆，还有几个原因：一是可能的损害应该在它发生之前制止。二是对侵权者来说，在发生之前制止损害没有等到损害实际发生再制止更为严厉。三是举证的困难。See Mark D. Robins, *Actual Confusion in Trademark Infringement Litigation: Restraining Subjectivity Through A Factor-Based Approach to Valuing Evidence*, 2 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 9-12 (2004).

常被用作混淆可能性的简称或同义词,^[47]而且商标的相似性在混淆可能性判断的多因素测试法中具有突出的甚至前提性的地位,法院常常用“消费者混淆的标志”、“混淆的根源”来描述商标的相似性,甚至有法院说,没有最低限度的导致混淆的商标相似性,也许没必要衡量其他因素。^[48]商品的类似性也是混淆可能性判断的“极其重要的”、“仅次于商标的相似性”^[49]的核心因素。相似性在混淆可能性判断中的重要性也得到了实证分析的支持。美国学者对美国联邦地区法院2000年至2005年间的全部商标侵权判例的研究表明,90%的案件结果与商标的相似性结果一致,即商标具有相似性则混淆可能性存在,商标不具有相似性则混淆可能性不存在。而如果同时考虑商标的相似性和商品的类似性两个因素,则案件结果即混淆可能性是否存在与商标的相似性和商品的类似性结果之间的一致性达到96%。^[50]

不仅相似性在混淆可能性判断中具有突出的地位,而且以相似性作为商标侵权的独立判断标准,也有其独有的价值。其一,有助于区分传统商标侵权与商标淡化。一般认为,以混淆可能性为判断标准的传统商标侵权是在相同或类似商品的范围内进行的,是不跨类的,而以淡化为判断标准的商标侵权则跨越了商标注册或使用的商品或服务的类别,是跨类的。由于相似性条件包含着商品或服务的相同或类似,在商标侵权判断标准中强调相似性,在一定程度上可以将传统商标侵权与商标淡化侵权区别开来。其二,简化商标侵权判断的过程。普通决策和特殊的司法决策的经验研究一致表明,即使在作出复杂决策的时候,决策制定者也只是在考虑相当少量的决策相关因素之后到达其终止阈值(stopping threshold)并作出决策。^[51]在商标侵权判断中,将相似性作为商标侵权判断的前提性的独立标准,有助于简化商标侵权的判断。深入观察美国学者对商标侵权判断多因素法的实证研究可以发现,在所研究的全部192个判例中,认定原被告双方商标近似的有121个,其中案件结果为存在混淆可能性而原告胜诉的有102个,案件结果为不存在混淆可能性而被告胜诉的有19个,认定原被告商标不近似的有71个,案件结果均为不存在混淆可能性而被告胜诉。在全部121个认定商标近似的判例中,认定原被告商品类似的有108个,其中案件结果为存在混淆可能性而原告胜诉的有101个,案件结果为不存在混淆可能性而被告胜诉的有7个,认定原被告商品不类似的有13个,其中案件结果为存在混淆可能性而原告胜诉的有1个,案件结果为不存在混淆可能性而被告胜诉的有12个。^[52]这个结果表明,商标近似不一定会存在混淆可能性,而商标不近似则不会存在混淆可能性,商品类似不一定会存在混淆可能性,而商品不类似存在混淆可能性的比例也是极低的。以商标近似和商品类似作为商标侵权判断的初步标准,也仅仅使0.52%的侵权者成为“漏网之鱼”。

2. 历史传统的影响。历史传统的影响在欧盟商标法上体现得最为明显。欧盟商标侵权判断标准之所以以相似性为基础而以混淆可能性为限定条件,除了上述相似性本身的重要

[47] 参见前引[12], McCarthy书,第23:4节;前引[19], Kirkpatrick书,第1:1.4节。

[48] 参见前引[19], Kirkpatrick书,第1:1.4节。

[49] 在一个案件中,美国法院认为:“当事人的服务是否相关是极其重要的——也许仅次于商标的相似性,而本法院给予这个因素很大的重要性”。Playmakers, LLC v. ESPN, Inc., 297 F. Supp. 2d 1277, 1282 (W. D. Wash. 2003)。

[50] 参见前引[18], Beebe文,第1603页。

[51] 同上文,第1601页。

[52] 同上文,第1605页,图表2。

性之外，欧盟各成员国商标立法传统的影响也不可忽视。前文所述相似性在统一之前各国商标法上的地位、联想可能性的部分引入以及欧盟统一对商标制度统一的特殊影响，均是欧盟各成员国立法传统影响的体现。

四、我国商标法第 57 条第 2 项之解释

改革开放以来，尽管我国市场经济仍未臻成熟，但市场经济发展日渐深入却是不争的事实。这意味着在商标的通信本质、商标法的立法目的、商标保护的基本政策、商标权基本权能中的地位、功能与范围以及商标侵权行为本身的样态等方面，我国商标法和其他市场经济国家或地区商标法不应该有什么差别，有差别的主要是我国商标法的历史传统。因此，这里首先分析我国商标侵权判断标准的演变。

（一）我国商标侵权判断标准的演变：混淆可能性的引入

尽管我国自清末即开始现代商标制度的探索，但对于新中国来说，现代商标制度的建立大概只能自 1982 年商标法算起。尽管如此，我国建立现代商标制度的短暂历史仍然会对未来的商标制度产生一定的影响，商标侵权判断标准自不例外。1982 年商标法第 38 条第 1 项规定，“未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的”，属于侵犯注册商标专用权的行为。根据该规定，我国的商标侵权判断标准可以概括为“商标相同或近似 + 商品相同或类似标准”，即相似性标准。自 1982 年商标法到 2001 年商标法，历经两次修改，尽管商标法所规定的商标侵权行为种类有所丰富，但法律中的商标侵权判断标准一直保持不变。

尽管如此，商标实践却悄然改变着我国的商标侵权判断标准。1988 年，《商标法实施细则》第 41 条第 2 项规定，“在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商品名称或者商品装潢使用，并足以造成误认的”，属于商标法第 38 条第 3 项规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”商标侵权行为。1994 年，国家工商行政管理局发布《关于执行〈商标法〉及其〈实施细则〉若干问题的通知》（工商标字 [1994] 第 329 号），其中第 7 条将《商标法实施细则》所规定的“足以造成误认”进一步解释为“会造成对商品来源产生误认，或者产生当事人与商标注册人之间存在某种特殊联系的错误认识”。自此开始，我国商标法上的商标侵权判断标准已经不再是单纯的相似性标准，而是渐渐地引入了混淆可能性标准。

1999 年国家工商行政管理局发布的综合性商标行政执法文件《关于商标行政执法中若干问题的意见》（工商标字 [1999] 第 331 号）全面引入了混淆可能性标准。该《意见》第 5 条第 2 款规定，“近似商标是指两商标相比较，文字的字形、读音、含义，或者图形的构图及颜色，或者文字与图形的整体结构相似，易使消费者对商品或者服务的来源产生混淆。”该《意见》第 7 条第 3 款规定，“商品和服务使用相同或者近似的商标，易使消费者对商品和服务的来源产生混淆的，该商品与服务应当认定为类似。”根据这些规定，在商标行政执法中，无论是商标近似还是商品或服务的类似，均已经包含了混淆可能性。

2001 年商标法进行第二次修正，其第 13 条第 1 款规定：“就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注

册并禁止使用。”尽管仅仅适用于未注册的驰名商标，混淆可能性标准却也第一次正式进入我国商标立法之中。

2002年，最高人民法院发布《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《商标纠纷解释》），其第9条第2款、第11条第1款、第2款和第3款分别规定“商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系”，“类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品”，“类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务”，“商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆”。根据这些规定，我国商标司法实践中的商标侵权判断标准已经由相似性标准演变成了“混淆性近似标准”。也就是说，除了商标相同和商品或者服务相同的情况之外，只要商标或者商品有一者不相同而近似或者类似的，在判断商标或者商品是否近似或者类似时需要以是否存在混淆可能性为条件，混淆可能性已经内化于商标近似与商品类似等概念之中。

2013年商标法第三次修正，在商标实践中已经运用多年的混淆可能性最终被正式规定于商标法第57条第2项，商标实践中采用的“混淆性近似标准”也转变为“相似性+混淆可能性标准”。

（二）相似性与混淆可能性的关系

要正确解释2013年商标法第57条第2项，就必须深入了解我国商标实践以及商标法引入混淆可能性的根本动因。本文认为，2013年商标法修正之前，我国商标实践在商标侵权判断标准之中引入混淆可能性，原因可能有两点：一是商标司法和行政执法实践对商标侵权行为认识的深化。尽管商标法规定的商标侵权判断标准中并无混淆可能性的条件，但商标行政执法机关工作人员和人民法院的商标司法审判人员已经广泛认识到了商标侵权的本质是混淆，商标法所规定的商标近似为混淆性近似。^[53]二是以混淆可能性作为限制和明确商标禁止权范围的工具。自1982年制定商标法以来，不仅我国商标法所规定的商标侵权行为的类型日益增多，如1988年《商标法实施细则》第41条第1项将商标法所规定的使用扩张到经销、第3项则将商标法规定的使用扩张到提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件、2001年商标法将商标侵权行为扩大到反向假冒，而且商标侵权行为所针对的对象也日益丰富，如1988年《商标法实施细则》第41条第2项将商标侵权行为针对的对象扩张到包括商品名称和商品

[53] 商标行政执法人员的看法，如商标局审查员孟禾认为，“近似商标是指商标的文字、图形或其组合大体相似，容易使消费者产生误认误购的商标”（孟禾：《谈在商标审查中对近似商标的认定》，《工商行政管理》1995年第10期，第16页）。另参见卢艳刚：《如何认定商标侵权行为》，《中华商标》1998年第2期，第21页；高健：《何为近似——关于近似商标的认定问题》，《北京工商管理》1995年第10期，第38页。商标司法工作人员的看法，如最高人民法院法官王永昌认为，“当两个商标之间形状或者读音或者含义相同或者近似时，就有可能使普通消费者产生误认或者混淆，此时，我们就可以说这两个商标近似”（王永昌：《近似商标的认定标准》，《人民司法》1998年第5期，第15页）。另参见耀振华：《近似商标侵权的认定》，《人民司法》1992年第11期，第17页；李后龙：《近似商标侵权的认定》，《人民司法》1995年第11期，第22页。

装潢、2002年《商标纠纷解释》第1条第1项将商标侵权行为针对的对象扩张到包括企业字号、第3项将商标侵权行为针对的对象扩张到包括域名。尤其是商标侵权行为所针对的对象扩张，导致商标禁止权的范围日益扩大和模糊。为了明确和合理限制商标禁止权的范围，商标实践引入了混淆可能性。^[54]而2013年商标法之所以明确将混淆可能性规定为商标侵权判断的独立标准，是因为商标实践将混淆可能性内化于商标近似、商品类似中，固然有其进步之处，但却存在循环论证与逻辑矛盾等问题。^[55]2013年商标法明确将混淆可能性从商标近似、商品类似等概念中剥离，还商标近似、商品类似与混淆可能性以本来面目，不仅明确了混淆可能性在我国商标侵权判断标准中的地位，商标侵权判断也将变得更为确定。

结合商标侵权判断标准的基本法理和我国商标法引入混淆可能性的动因，2013年商标法第57条第2项所确定的商标侵权判断标准可以作如下解释：以商标相同或近似、商品相同或类似即相似性作为商标侵权判断标准的基础和前提，而以混淆可能性作为商标侵权构成的限定条件。根据这一标准，在进行商标侵权判断时，第一步要判断商标的相同或近似与商品的相同或类似，第二步是判断是否存在混淆可能性。如果商标和商品有一者不相同但近似或者类似，则不一定构成商标侵权，还需要确定是否存在混淆可能性，只有同时具备相似性与混淆可能性，才构成商标侵权。如果商标和商品既不相同也不近似或类似，则直接判定不构成商标侵权，不再判断是否存在混淆可能性。采用这一标准的理由可以概括如下：

第一，采用这一标准不仅有助于简化商标侵权判断，而且可以维持我国商标立法和商标实践的稳定性与连续性。如前所述，将相似性作为我国商标侵权判断标准的基础和前提，可以通过商标相同或近似与商品相同或类似两个因素的判断来初步确定是否构成商标侵权，如果这两个因素支持构成商标侵权，再进一步扩大考虑其他因素来确定是否存在混淆可能性，存在混淆可能性则最终判定构成商标侵权，不存在混淆可能性则判定不构成商标侵权。不仅如此，相似性在我国商标制度建立三十余年间的商标侵权判断中一直占有重要地位，以相似性为基础和前提，有助于保持法律适用的连贯性和稳定性。

第二，将相似性作为我国商标侵权判断标准的基础和前提，可以有效地区分传统商标侵权和跨类的驰名商标保护，对普通商标在相同或类似商品或服务范围内提供禁止混淆的保护，而仅仅对驰名商标提供跨类的禁止淡化的保护。从法理上说，混淆标准下的商标侵权是对商标权的实际侵害，因为在这种情况下商标所有人确实享有商标权。而在淡化标准下，主张反淡化保护的商标所有人在其主张跨类保护的商品或服务类别上事实上并无商标权，因为他在这些商品或服务类别上并未注册和实际使用其商标，只是因为其商标的驰名而在跨类商品或服务上产生了利益。为防止他人不正当地攫取这种利益，商标法对达到驰名状态的商标所有人提供了一种保护其利益的特殊方法。因此，用相似性划定跨类保护的界限仍然非常必要。

[54] 孔祥俊指出：“将混淆可能性作为认定商标侵权的要件，主要是防止商标权扩张范围过大，而避免妨碍他人的自由竞争。我国有关商标的司法解释之所以将混淆可能性作为判断类似商品和近似商标的考虑因素，就是为了适当地控制商标权的扩张范围。”前引〔10〕，孔祥俊书，第315页。

[55] 参见前引〔5〕，彭学龙文，第137页；邓宏光：《〈商标法〉亟需解决的实体问题：从“符号保护”到“防止混淆”》，《学术论坛》2007年第11期，第147页；张今：《商标法立法宗旨与侵权认定标准探讨》，《中国知识产权报》2010年4月2日第8版。

第三,以混淆可能性作为商标侵权的限定条件,不仅使得商标侵权判断更为契合商标的通信本质,而且可以使商标权的外部边界更为明确。相对于单纯而机械的相似性,混淆可能性更能够反映商标的通信本质,有助于切实维护商标的功能和实现商标法的立法目的。相对于混乱而不确定的包含混淆可能性的相似性,单纯的混淆可能性更为确定,以其作为商标侵权的限定条件有助于明确商标权的外部边界。

(三) 相似性和混淆可能性的重新界定

由于混淆可能性已经被明确地确立为我国商标侵权的独立判断标准,传统商标实践中原本包含着混淆可能性的商标近似、商品类似、商品与服务类似等概念,需要进行重新界定,而商标法第57条第2项引入的混淆可能性,则更是一个需要明确界定的相对较新的概念。

1. 相似性的重新界定:客观的商标近似与商品类似

在我国传统商标实践中,混淆可能性是内化于相似性概念之中的,只有将混淆可能性从相似性概念中剥离出来,才能使得2013年商标法第57条第2项的规定在解释上符合逻辑。具体言之,无论是商标近似还是商品类似,其概念中不能再包含混淆可能性,而只能根据与这些概念相关的要素来加以界定:商标近似是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较,其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色,或者其各要素组合后的整体结构相似,或者其立体形状、颜色组合近似,或者发音近似;商品类似是指商品在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同或接近,或者相关公众一般认为其存在特定联系。

除概念界定之外,还需要解决的一个问题是相似性的程度。由于2013年商标法所规定的商标侵权判断标准的基本结构发生了根本性变化,相似性成为商标侵权判断的基础和前提,成为商标侵权判断的第一步,必须设定一个恰当的相似性程度,既能够充分发挥相似性简化商标侵权判断的功能,同时又不至于使那些相似性程度较低但结合其他因素却具有混淆可能性的商标侵权行为逃脱法律的制裁。本文认为,由于已经有混淆可能性作为商标侵权的最终限定条件,相似性标准可以略微低一些,从而既可以将那些明显不构成商标侵权的行为排除出去,简化商标侵权判断,同时又通过混淆可能性的配合不至于制裁那些不存在混淆可能性的商标使用行为。

2. 混淆可能性的界定

尽管我国商标实践中引入混淆可能性的概念已经十余年,但对混淆可能性的解释和判断存在着严重不足,既没有一个权威的概念界定,也没有一个明确的混淆标准,更没有一套成熟的判断方法。2013年商标法实施之后,这个问题的解决迫在眉睫。首先是混淆可能性的内涵。随着商标的演变,混淆的内涵日益丰富,范围日益扩张。在混淆的时间上,混淆从最初的售中混淆扩张到包括售前混淆(也称初始兴趣混淆)和售后混淆(也称旁观者混淆)。在混淆的方向上,混淆扩张到包括反向混淆。在混淆主体上,从最初的购买者混淆扩张到包括旁观者混淆。在混淆的内容上,从最初的来源混淆扩张到包括关系混淆。^[56]本

[56] 参见彭学龙:《商标混淆类型分析与我国商标侵权制度的完善》,《法学》2008年第5期,第108页;前引[19],Kirkpatrick书,第1:4节。

文认为，就我国商标法而言，混淆可能性中的混淆不宜太过扩张，可以包括传统的来源混淆和关联关系混淆，但尚不宜延伸到联想的可能性、初始兴趣混淆、售后混淆。这既是我国传统商标实践的要求，^[57] 也与世界各国或地区的商标实践相适应。^[58] 其次，混淆可能性的程度。从世界各国或地区商标法来看，混淆可能性的英文对应词是 *likelihood of confusion*，其中“*likelihood*”不是一般的可能性，而与“盖然性”（*probability*）同其含义，即要求具有混淆的较大可能性^[59] 或者有混淆之虞。^[60] 我国商标法在混淆的程度上也应采同一解释。第三，混淆可能性的判断方法。美国和欧洲法院判断混淆可能性的方法均可资借鉴。在美国，混淆可能性的判断方法是多因素分析法。而在欧盟，混淆可能性的判断方法是整体评价法（*global appreciation*）。无论是哪种方法，混淆可能性的判断均需要考虑商标的相同或近似程度、商品的相同或类似程度、商标显著性的强度、被告的故意、实际混淆的证据等因素。混淆可能性判断的这些元素之间有着紧密的联系，比如商标的强度对商标的近似度和商品的类似度具有弥补作用，商标的近似性程度对商品的类似性程度具有弥补作用，是否存在混淆可能性是对这些因素综合评价的结果，不宜仅根据某个或者少数因素作出判断。

结 语

商标侵权的判断标准是某种行为是否构成商标侵权的基本标尺，决定了商标保护的具体范围和强度，不仅决定了商标所有人的利益范围，也影响着其他竞争者的竞争空间和竞争自由，从而影响着公平竞争与自由竞争之间的平衡。因此，商标侵权判断标准在商标法中占有很重要的地位，它不仅是实现商标保护的基本目的的根本工具，也是调整商标保护的基本政策的重要手段。商标侵权的判断标准越低，他人的商标使用行为越容易构成商标侵权，商标权的范围越宽，商标保护强度越大，商标所有人利益的实现程度越高。反之，商标侵权的判断标准越高，他人的商标使用行为越不容易构成商标侵权，商标权的范围越窄，商标保护强度越小，商标所有人利益的实现程度越低。过于宽松的商标侵权的判断标准固然有利于保护商标权，实现商标所有人的利益，促进公平竞争，但却意味着其他竞争者更狭小的竞争空间和更受限制的竞争自由，从而会损害自由竞争。过于严格的商标侵权判断标准固然给竞争者以充分的竞争空间和竞争自由，但无序的竞争会严重损害商标所有人的利益，不仅会产生不公平的竞争后果，而且会反过来损害自由竞争。因此，在确定商标侵权的判断标准时，“必须注意商标所有人与竞争者之间的利益平衡，既能够确保商标所有人的正当权利，防止竞争对手不正当地损害商标所有人的正当权益或者不正当地搭便车；又要防止过度保护，不能妨碍竞争对手的交易自由和竞争自由，不能不适当地增加交易成

[57] 参见前引 [10]，孔祥俊书，第 272 页。

[58] 即便在美国，初始兴趣混淆和售后混淆的接受程度也不如传统的售中混淆。参见前引 [19]，Kirkpatrick 书，第 1:7 节。而在欧洲，尽管法律条文将联想的可能性（*likelihood of association*）包括于混淆可能性之中，但欧洲法院却将“严格意义上联想的可能性”排除于混淆可能性之外。See Case C-39/97, *Canon v. Metro-Goldwyn-Mayer*, 29 September 1998.

[59] 参见前引 [10]，孔祥俊书，第 280 页。

[60] 参见前引 [5]，彭学龙文，第 132 页。

本”。〔61〕2013年商标法对商标侵权判断标准的修改与调整，不仅是对我国长期以来的商标实践的正确反映，也符合世界各国或地区商标实践的趋势，具有进步意义。尽管如此，2013年商标法对商标侵权判断标准的调整在很大程度上会改变我国商标侵权判断的传统实践，相似性与混淆可能性的关系、商标相似、类似商品、类似服务、商品或服务类似、混淆可能性等概念的界定，成为2013年商标法实施之际亟待解决的重要问题，本文作出初步解释，以抛砖引玉。

Abstract: One of the major revisions of the Chinese Trademark Law in 2013 is the revision of the test of the trademark infringement. However, Article 57(b) of Chinese Trademark Law, which provides for the test of trademark infringement, fails to clearly define the concepts of similarity and likelihood of confusion and the relationship between them. As far as the test of trademark infringement is concerned, there are three kinds of representative legislation in the world, that is, the test of likelihood of confusion that contains elements of similarity, the test of similarity that contains elements of likelihood of confusion, and the test that takes similarity as the basis and likelihood of confusion as qualification. From the jurisprudential point of view, the communicative nature of trademark determines that confusing trademark use affects the functions of trademark whereas the policy objectives of trademark law determines that the likelihood of confusion is the fundamental test of trademark infringement. The fundamental capacity of the right to trademark determines that the test of likelihood of confusion will be mainly applied to cases of using a trademark that is similar to a registered trademark in connection with the same goods or that is identical with or similar to a registered trademark in connection with the same or similar goods. The basic policy of maintaining a balance between fair competition and free competition determines the likelihood and degree of confusion. And the importance of similarity and the influence of historical tradition determine that similarity is an important part of the test of trademark infringement. Judging from the basic motivation for introducing the likelihood of confusion into the test of trademark infringement in China, the test of trademark infringement provided for in Article 57(b) of Trademark Law can be interpreted as taking similarity as the basis and precondition and likelihood of confusion as limitation of test for trademark infringement. Furthermore, the likelihood of confusion internalized in the similarity of trademarks, similar products, similar services and similarity between goods and services should be stripped away from these concepts.

Key Words: Chinese Trademark Law, trademark infringement, similarity, likelihood of confusion

〔61〕前引〔10〕，孔祥俊书，第178页。