

## 商标混淆判断要件的功能定位及考察方法

许清

**内容提要:**商标权利边界的划定基于“是否容易导致混淆”判断。当前司法裁判对混淆因素的考察缺乏有效方法论的指引,难以实现“定分止争”之基本价值目标。如何在“近似性”要件和“混淆可能性”要件的解释上推动混淆判断的客观化,是目前我国司法实践亟需解决的现实问题。既有的解释框架未能基于现行商标法律制度作出逻辑自洽的体系解释。应转换研究视角,聚焦商标授权确权场景和商标侵权场景下不同条款的规范目的,从功能主义视角对两要件所考察的混淆因素类型进行二层递进式区分;并据此对个案中当事人主张的具体混淆因素的考量与否进行判断,以实现混淆规制的适当性和周延性。

**关键词:**商标近似 混淆可能性 市场因素 商标授权 商标确权 商权侵权

许清,暨南大学法学院/知识产权学院讲师。

### 一 问题的提出

权利边界清晰是实现法律规范功能的基本要求,而作为划定商标权利边界的“近似性”与“混淆可能性”这一组重要概念,其内涵和外延至今仍存在争议。根据我国现行商标法,商标授权确权场景下排除他人商标注册的范围是基于《商标法》第30条中的“近似性”要件<sup>[1]</sup>划定,而在侵权场景下禁止他人商标使用的保护范围是基于《商标法》第57条第2项中的“近似性+混淆可能性”要件划定。但根据现行司法解释,对于近似性的判断采取的是“混淆性近似”标准,<sup>[2]</sup>即最终落脚点仍为是否容易导致混淆。

[1] 《商标法》第30条排除注册的范围是相同或近似,具体包括“商标相同+商品相同”“商标相同+商品类似”“商标近似+商品相同”“商标近似+商品类似”四种情形。本文讨论的“近似性”要件考察的是后三种情形,包括授权确权场景下的“近似性”要件和侵权场景下的“近似性”要件。

[2] 参见《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》(法释[2020]19号)第9条第2款、第11条第1款和第2款的规定。另,《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》(法发[2010]12号)明确提出,商标授权确权案件中判断商品类似和商标近似,可以参照《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》的相关规定。

这引发了两个问题:一是商标侵权判断中,在第 57 条第 2 项的适用上形成了重复考察混淆与否的逻辑困境;二是对商标“授权确权场景下的排他范围”和“侵权场景下的保护范围”是否不同产生疑虑。<sup>[3]</sup> 司法裁判中对于近似性与混淆可能性关系解释的含糊不清,甚至倾向于直接借用抽象的混淆概念替代对具体结论的体系化说理,这些做法不仅弱化了法院判决说理论证的说服力,更是直接影响着实践中对于商标权利边界判断的可预测性。近年来,“拉菲庄园”案<sup>[4]</sup>、“大午粮液”案<sup>[5]</sup>、“袋鼠”案<sup>[6]</sup>、“鹦鹉”案<sup>[7]</sup>等一系列有影响力的案件中,各级法院的裁判结果反复,难以实现“定分止争”之基本价值目标。如何在现行商标法体系下理解作为混淆判断要件的“近似性”与“混淆可能性”之间的关系,以及如何推动授权确权场景和侵权场景下商标混淆判断的客观化,是目前我国司法实践亟需解决的现实问题。

## 二 现有解释框架的局限性

### (一) 现有的两种解释框架

为厘清第 57 条第 2 项的条文适用逻辑以及明确授权确权场景和商标侵权场景下混淆判断因素的考察范围,学界和实务界进行了探索,主要有以下两种思路。

一种思路是基于“混淆性近似”标准,对近似性概念进行扩大解释,将近似性的内涵直接等同于混淆可能性,仅通过近似性要件考察全部混淆因素。<sup>[8]</sup> 按照这一思路,在适用第 57 条第 2 项时,仅需考察前一要件“近似性”,而无需追加考察后一要件“混淆可能性”,后一要件仅具有宣誓性意义,由此解决重复考察混淆与否的逻辑困境。同时,第 30

[3] 关于商标授权确权场景与侵权场景下判断商标冲突的考量因素有何不同,虽然有部分学者意识到二者有所差别(参见冯术杰著:《商标注册条件若干问题研究》,知识产权出版社 2016 年版,第 113 页;黄晖著:《商标法》(第三版),法律出版社 2023 年版,第 169-170 页),但目前鲜有文献专门就这一问题进行探讨,反而不少学者强调授权确权场景与侵权场景的判断标准应保持一致性(参见张玲、李世耘:《从“稻香村”商标系列案反思<商标法>第三十条的冲突标准》,《兰州学刊》2020 年第 10 期,第 83 页;冯晓青、夏俊丽:《商标授权确权中混淆可能性判断研究》,《湖南大学学报》2018 年第 6 期,第 144 页)。为数不多的一篇专门针对此问题展开分析的文章,参见魏立舟:《论商标冲突认定标准在授权确权程序与侵权程序中的不同》,微信公众号“知产力”(2022 年 05 月 09),<https://mp.weixin.qq.com/s/0CIvcocb9OYSPNyzW9p6vw>,最近访问时间[2024-11-15]。司法实践中,亦对此认知不一。比如,在“虎牙”商标系列纠纷案中,同样是“虎牙”与“虎牙直播 Huya.com”两个商标之间的冲突,对于当事人提出的相同的市场实情之证据,在授权确权案件中法院未予考量从而认定两商标构成近似,参见北京知识产权法院(2021)京 73 行初 1492 号行政判决书、北京市高级人民法院(2021)京行终 8919 号行政判决书;而在商标侵权案件中一审法院予以了考量进而否定侵权成立,参见杭州市滨江区人民法院(2020)浙 0108 民初 4714 号民事判决书。但在后续商标侵权案件的二审中,法院在对当事人提出的部分市场实情未予考量的基础上又进行了改判,参见杭州市中级人民法院(2021)浙 01 民终 11232 号民事判决书。

[4] 最高人民法院(2016)最高法行再 34 号行政判决书。

[5] 最高人民法院(2017)最高法民再 99 号民事判决书。

[6] 最高人民法院(2016)最高法行再 65 号行政判决书。

[7] 最高人民法院(2020)最高法民再 25 号民事判决书。

[8] 例如,在适用《商标法》第 57 条第 2 项时,不少法院采取的推理路径是:通过具有混淆之虞认定近似性后,便径直作出侵权成立的判断。参见最高人民法院(2016)最高法民申 1241 号民事裁定书,深圳市罗湖区人民法院(2016)粤 0303 民初 985、987 号民事判决书。

条考察的要件,虽形为“近似性”但实为“混淆可能性”,<sup>[9]</sup>一定程度上弥补了 2013 年修法时未在授权确权场景下规定混淆可能性要件的“疏忽”所带来的遗憾。本文将这一思路称为“混淆吸收论”。

另一种思路是对近似性概念进行限缩,认为既然修法后新增了混淆可能性要件,对于是否容易导致混淆的考察应由该要件完成。近似性要件所承担考察混淆可能性的历史使命已结束,应回归其含义本身。因此对于商标近似的考察仅从称呼、外观、含义以及结构等标识本身的客观要素加以比对,对于商品类似的考察仅从商品的自有属性出发考察商品在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面是否相同或存在密切联系。而对于涉及混淆判断的其他市场相关因素,例如商标知名度、显著性、商标使用方式、市场交易环境等则在“混淆可能性”要件中进行考察。<sup>[10]</sup> 本文将这一思路称为“客观近似论”。

这些思路有助于理解商标法的条文逻辑,避免重复判断混淆可能性的窘境。但从现行商标法律制度体系来看,上述两种解释框架仍存在着一定的局限性。

## (二)“混淆吸收论”与近似性要件的独立价值相冲突

“混淆吸收论”实质上以混淆可能性的判断代替了近似性的判断,将使得近似性要件本身失去独立价值。但不少学者指出,在现行商标法体系下近似性仍应具有独立性。<sup>[11]</sup> 这不仅是因为形式上现行《商标法》的文本仍保留了“商标近似”“商品类似”的语词,坚持近似性的独立性有助于保持我国法律适用的连贯性和稳定性,更重要的是通过“近似性”概念,能够对边界模糊的“混淆可能性”予以相对限定。

详言之,由于商标权的本质是防止混淆,<sup>[12]</sup> 因此从商标法的旨趣出发,商标授权确权场景下为了阻却存在混淆可能性的在后商标注册,仅需规定“容易导致与他人商品混淆的商标不得注册”即可。但我国商标法没有这般简单化处理,其中一个主要原因恐怕是担心“混淆可能性”概念的不确定性。由于混淆的考量因素具有开放性特点,<sup>[13]</sup> 大多时候这些因素无法完全被考量,甚至对不同因素的考量结果是对立的。这决定了法律适用不能局限在将混淆的事实涵摄于法概念的逻辑推理工作,还需递进至“是否应当予以规制”的价值判断。在“混淆可能性”概念的统领下,司法实践对法官心证的宽容度较高。

[9] 参见汪泽著:《中国商标法律现代化——理论、制度与实践》,中国工商出版社 2017 年版,第 30 页。

[10] 参见王太平:《商标侵权的判断标准:相似性与混淆可能性之关系》,《法学研究》2014 年第 6 期,第 164-169、177 页;姚鹤徽:《论商标侵权判定的混淆标准——对我国〈商标法〉第 57 条第 2 项的解释》,《法学家》2015 年第 6 期,第 62-63 页;赵克:《商标近似的立法技术与司法表达》,《人民司法》2015 年第 11 期,第 111 页;刘维著:《商标权的救济基础研究》,法律出版社 2016 年版,第 143 页;曹阳:《“商标近似”判断规则的重构》,《上海政法学院学报》2018 年第 4 期,32-42 页。

[11] 参见王太平、卢结华:《商标法中商标近似的界定与判断》,《中华商标》2015 年第 3 期,第 67-68 页;李扬著:《商标法基本原理》,法律出版社 2018 年版,第 215 页。

[12] 参见孔祥俊著:《商标与不正当竞争法:原理和判例》,法律出版社 2009 年版,第 252 页;彭学龙:《论“混淆可能性”——兼评〈中华人民共和国商标法修改草稿〉(征求意见稿)》,《法律科学》2008 年第 1 期,第 132 页;邓宏光:《论商标侵权的判断标准——兼论〈中华人民共和国商标法〉第 52 条的修改》,《法商研究》2010 年第 1 期,第 48-49 页;杜颖:《商标法律制度的失衡及其理性回归》,《中国法学》2015 年第 3 期,第 121-123、136 页。

[13] 即使是以多因素测试法考察混淆可能性的美国和欧盟,其因素清单也并非封闭式列举,法院在具体案件中仍可以将认为影响判断的其他因素纳入考察范围。参见杨祝顺:《商标混淆可能性的多因素测试法比较研究》,《电子知识产权》2019 年第 5 期,第 60-66 页。

由于现实中涉及商标权保护范围的纠纷复杂多样,影响混淆可能性判断的因素具有个案性,法官往往是先预设价值判断,进而根据不同纠纷的具体情形划定商标权的保护范围。为使其结果更具有可接受性,法官会倾向于借用弹性空间较大的“混淆可能性”这一概念。实践中,法官们也不得不承认商标混淆与否的判断具有较强的主观色彩和裁量余地。<sup>[14]</sup>然而,直接以“混淆可能性”作为划定商标权保护范围的做法,其潜在危害性仍需引起注意。这种方式有可能导致法官主观判断先行,为推导出可接受度高的结论,技巧性地运用“混淆可能性”这一概念。在一定意义上,“混淆可能性”只是作为一种“伪装理由”(Scheinbegründung)而存在的概念,它代替了判决中对具体结论进行体系化说理的部分,使得判决难以对今后实践进行有效指引。有法官就指出,“根据混淆说执法,裁判结论有时容易给社会公众造成困惑,是导致社会公众质疑商标执法标准不统一的一个原因”。<sup>[15]</sup>

与“混淆可能性”概念的不确定性相对,“近似性”概念是将容易产生混淆可能性的情形通过“商标近似”“商品类似”的概念予以类型化的结果,其在语义上能够对边界模糊的混淆概念进行限定,使商标权排他范围得以实现相对的确定性。近似性的概念可以为市场上其他经营者在选定和使用商标时提供一定的参考依据,从而避免踏入他人商标权利范围。这对划定不受商标权控制的公有领域具有重要意义。可见,立法上特别规定近似性要件,并非立法者当初认识的局限性所致,甚至可能是有意作出的制度设计安排。若依照“混淆吸收论”的立场,将考察近似性要件视为等同于考察是否容易导致混淆,那么近似性要件本身所具备的上述独立价值便会遭到消弭。

### (三)“客观近似论”与现行商标制度存在龃龉

“客观近似论”将混淆可能性从近似性概念中剥离出来,并在具体考量因素方面,将市场中的实际情况(下称“市场实情”)等因素完全排除在“近似性”的考量范畴之外。此种解释方法尽管避免了商标侵权场景下重复判断混淆与否的困境,但结合授权确权场景来看,却与当前的商标审判实践以及现行商标法律制度存在不协调之处。我国现行司法解释明确指出“近似性”的认定最终需归结为是否具有混淆可能性,从当前的司法实践来看,采用“混淆性近似”标准对近似性要件进行考察仍具有普遍性,<sup>[16]</sup>“客观近似论”与这一主流认知存在冲突。若执意将“近似性”解释为客观近似,至少从目前的司法实践来看,会面临一定的阻碍。正如学者指出,“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……这与商标审查实践不符。”<sup>[17]</sup>此外,更为突出的问题在于,在商标授权确权场景下,排除在后商标注册的规定依然采取“近似性”单一要件构造,如若以客观近似标准考察近似性要件,会导致我国商标注册阻

[14] 参见孔祥俊著:《商标与不正当竞争法:原理和判例》,法律出版社2009年版,第283页;张莹:《商标授权确权行政案件裁判规则在商标侵权案件审判中的适用——以〈关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定〉对商标侵权案件审判的影响为视角》,《法律适用》2017年第17期,第24页;蒋华胜:《混淆可能性标准的规范解释与司法适用》,《中国审判》2024年第6期,第73页。

[15] 刘庆辉:《我国商标近似、商品类似的判定:标准、问题及出路》,《知识产权》2013年第4期,第37页。

[16] 参见曹阳著:《商标实务指南与司法审查》,法律出版社2019年版,第393-394页。

[17] 孔祥俊著:《商标法适用的基本问题》(增订版),中国法制出版社2014年版,第331页。

却制度不够周延。

一方面,客观近似标准会使得那些与引证的在先注册商标(下称“引证商标”)在客观要素上不相似但当前容易产生混淆的在后商标得以注册。这不仅会损害引证商标权利人的利益,也必然会对消费者的利益造成损害。虽有观点认为,两商标客观要素上不相似则不会产生混淆,<sup>[18]</sup>然而这种观点忽视了现实中比对商标的具体情境。近似性的判断不是事实意义上存在与否的问题,而是需要根据近似程度进行综合判断的问题。其一,当两商标的称呼、外观、含义等客观要素的比对所指向的结果不一致时,往往会因为市场实情使得其中某一近似要素更具有直接的影响,从而容易导致混淆。例如,两商标在外观和含义要素上的区别较大、完全不相似,而在称呼要素上较为相似,仅从客观要素的综合对比来看不应认定为商标近似;但考虑到商标使用者主要采用电话销售的商品销售模式,故而两商标仅在称呼上的相似性就很可能导致混淆。其二,即使两商标在称呼、外观、含义等客观要素上均相似程度不高,但考虑到商标使用方式等市场实情,仍然存在容易导致混淆案例。例如牙膏商品上的“黑人”与“白人”商标争议案<sup>[19]</sup>就展示了这一点。甚至两商标在客观要素上完全不相似,例如“万艾可”与“伟哥”,尽管在称呼、外观、含义等方面存在显著区别,但并不妨碍相关公众将其与同一家生产治疗男性功能障碍药物的制药公司联系起来。

另一方面,客观近似标准还会致使那些虽与引证商标在客观要素上相似但不易产生混淆的在后商标,即便已经积累了较大商誉也无法成功注册。特别是在我国目前大量商标被囤积但未实际使用的背景下,如此维护未使用的注册商标而抑制已实际凝结商誉的商标正常发展的制度安排,显得尤为不合时宜。可能会有观点认为,两商标客观要素上相似就必然会产生混淆。但这一观点忽视了消费者认知过程的复杂性。消费者产生混淆,并非是基于商标客观要素的静态感知结果,而是一个动态的信息处理过程,并且会受到外部环境因素的影响。例如,“LONGJU 龍駒及图”与“龙驹及图”这两个商标,尽管在构成要素上具有相似性,且繁体商标因超出其注册范围在 52 度的奶酒上使用,从而进入了简体商标所指定的商品类别,但二审法院最终判定,依据现有证据不足以认定相关公众会对两商标产生混淆。<sup>[20]</sup>且不论两商标客观要素上相似,即便是两商标客观要素上相同,亦存在不混淆的可能性。《商标法》第 57 条第 1 项规定的商标相同且商品相同的“双相同”侵权情形,条文表述上虽未附加混淆可能性要件,但主流观点仍认为该项属于推定混淆的情形。<sup>[21]</sup>是否具有混淆可能性才是商标侵权认定的基础,第 57 条将“双相同”侵权情形单列出来,仅是在举证责任上的制度安排而已,这也意味着被告仍可以通过主张不混淆的

[18] 参见曹阳:《“商标近似”判断规则的重构》,《上海政法学院学报》2018 年第 4 期,第 37 页。

[19] 国家工商行政管理总局商评字(2004)第 2692 号裁定书。

[20] 参见北京知识产权法院(2014)京知民终字第 108 号民事判决书。

[21] 参见《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)第 16 条第 1 款;李明德著:《知识产权法》(第二版),法律出版社 2014 年版,第 251 页;王迁著:《知识产权法教程》(第七版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 610 页;夏君丽:《最高院夏君丽审判决谈商标混淆可能性判断的司法考量》,微信公众号“IP 颖响力”(2017 年 7 月 21 日),<https://mp.weixin.qq.com/s/yxTXJT3-V-dmQK0sHGGu2DQ>,最近访问时间[2024-11-15];杨祝顺:《商标侵权的判定标准:理论演进与制度完善》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第 74 卷)2022 年第 2 期,第 120 页等。

证据推翻上述混淆的推定。

### 三 混淆判断要件考察的功能视角转换

既有的探索皆是以近似与混淆的概念本身为基准,通过扩大或限缩“近似”的内涵来界定“近似性”要件判断时的考量因素,以求理顺法律条文逻辑,并用以统一划定商标权利的边界。然而,无论是“混淆吸收论”还是“客观近似论”,均无法基于现行商标法律制度作出逻辑自洽的体系解释。<sup>[22]</sup>其原因或许在于,这些尝试始终试图从概念自洽性的外部体系中寻求“无矛盾”的整合。但在目的论导向的体系中,所谓的无矛盾,“并非是指逻辑上能层层演绎而统摄于最上位概念的自洽性,而主要是指在最高目的支配之下的意义指向的共同性,即法秩序的基本思想与主要价值决定彼此协调一致”。<sup>[23]</sup>因此,研究视角有必要从外部概念的形式逻辑统一性转向内部目的旨趣的共通性。关注点应从近似与混淆的概念本身下沉至具体的考量因素,聚焦于“近似性”要件和“混淆可能性”要件各自的制度价值理念,基于功能主义区分各要件所对应的混淆考量因素类型。

#### (一) 近似和混淆的同质性——研究场域转换至“混淆的考量因素”

作为不确定法律概念的“近似性”和“混淆可能性”,其本身属于评价性要件,无法承担衔接抽象的请求权基础与具体的案件事实的重任。在案件事实与实体法律规范之间,需要有比不确定法律概念具体程度更高的事实主张作为中介。<sup>[24]</sup>这就要求将划定商标权利边界的研究场域从概念本身转移到具体的考量因素上。

由于对近似性考察的目的并未脱离商标法防止混淆的制度旨趣,因而学理上有观点将近似性要件考察的情形理解为“抽象的混淆”,将混淆可能性要件考察的情形理解为“具体的混淆”。<sup>[25]</sup>前者的考察不依赖于具体的市场实情或消费者的实际反应,而是基于商标的构成要素等更为抽象普遍的场景进行的混淆推测;而后者考察的则是在特定市场环境中,消费者因商标的相似性容易产生的混淆情形。然而,这种理解仅仅是在形式上使“混淆性近似”标准下的近似性要件实现了概念上的自洽,实质上仍受限于“近似”与“混淆”的严格概念区分,并未能跳脱出“客观近似论”的理论困境。实际上,“混淆”本身是一个相对的概念,所谓“抽象的混淆”和“具体的混淆”,本质上的区别仅在于“在多大程度上允许对那些可能影响混淆判断的市场实情进行考量”而已。<sup>[26]</sup>在进行混淆判断时,若对市场实情不予深入考察,则属于对“抽象的混淆”的判断;若较为细致地考察市场实情,则属于对“具体的混淆”的判断。可见,“近似性”与“混淆可能性”都属于混淆概念的范畴,两者均是对各种混淆因素进行考量的要件,只不过在对市场因素考量

[22] 体系解释的基本要求是“无矛盾、无赘言、无漏洞”,参见车浩:《法教义学与体系解释》,《中国法律评论》2022年第4期,第112-113页。“客观近似论”无法实现兜底性地排除他人商标注册之功能,不满足无漏洞原则;“混淆吸收论”则使得混淆可能性要件冗余化,与无赘言原则相冲突。

[23] 劳东燕:《功能主义刑法解释的体系性控制》,《清华法学》2020年第2期,第27页。

[24] 参见曹志勋:《论民事诉讼中事实的证明方式》,《苏州大学学报》2020年第4期,第127页。

[25] 参见黄晖著:《商标法》(第三版),法律出版社2023年版,第169-170页。

[26] 金子敏哉「商標法と混同を巡る問題状況」,パテント65卷13号(2012年)3頁以下参照。

的容允程度上,二者有所区别。例如,是否允许考察在后商标的知名度、临时的商标使用方式或者实际混淆的证据等。因此,对“近似性”要件和“混淆可能性”要件进行考察时,应当跳出近似与混淆的概念之争,从混淆考量因素上的差异区分两个要件。

由上可知,真正的核心问题在于如何区分两个要件各自所允许考量的混淆因素并将其类型化,即混淆考量因素类型的划分依据是什么。与客观近似标准相对,“混淆性近似”标准在适用上的一个突出难题在于其考量因素的不确定性。尽管在“混淆性近似”标准下近似性概念具有较大的模糊性,但法律概念不单单是通过涵摄得以明确,“法律的概念只有在有意识地去实现法律理念的现实情况下才能够被确定”。<sup>[27]</sup> 由于法律要件的价值理念需要通过该要件对应的法律概念在具体考量因素上的取舍来实现,因此基于功能主义视角,依据近似性要件和混淆可能性要件的不同功能性价值去区分各要件的具体考量因素,具有现实可能性。

## (二) 近似与混淆的功能性——研究视域聚焦各要件的制度功能

### 1. 近似性要件承担“安全距离隔离”之功能

商标授权确权场景下,两商标是否具有混淆可能性,原则上是基于在后商标申请时点的市场实情进行判断。若在后商标申请时与引证商标具有混淆可能性,该商标注册申请将被驳回。但如果依据商标申请时点的特殊市场实情进行考量(比如在后商标申请人当前将服装品牌定位于中高端老年人群体,而引证商标的商品定位于快时尚年轻人群体),判定两商标不存在混淆可能性从而获得注册,随着未来市场实情发生变化(诸如经营策略的调整、目标人群的转变等),即便之后产生了混淆可能性,也难以改变注册商标共存的状态。例如“鹦鹉”商标案中,早年由于我国在贸易代理制度上曾存在外销和内销的区别,外贸代理商注册了“鹦鹉 PARROT 及图”商标,该含有外国文字的商标用于出口手风琴商品。此后国内制造商申请“鹦鹉 YINGWU 及图”商标亦获得注册,且在中国境内生产销售贴附有该商标的手风琴商品。两商标图形和汉字部分完全相同,差别仅在于同为鹦鹉含义的字母部分一个是英文而另一个是汉语拼音。随着 1983 年新中国第一部商标法的正式实施,取消了商标原则上不得使用外国文字的规定,“鹦鹉 PARROT 及图”商标也可以使用在内销商品上。自此两商标共存于市场且两商标权人开启了数十年的争端。商标授权时的宽松态度,致使最高院最终不得不借助于民法上的民事主体平等原则来维持共存的事实。<sup>[28]</sup> 然而,这并非是承载商标识别来源功能的商标法所期望出现的情形。

因此,针对上述情形,有必要在阻却在后商标注册的制度体系中设定一个最低限度的排他范围,即使当前尚不易产生混淆,但只要两商标在某个相对确定的范围内相似就定型化排除,以避免非常接近的两个商标在市场上并存。这一理念不同于“防止当前混淆”,而是着眼于“避免今后混淆”。<sup>[29]</sup> 这一理念也得到了司法实践的认同,有法官明确指出,

[27] [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2013 年版,第 5 页。

[28] 参见最高人民法院(2020)最高法民再 25 号民事判决书。

[29] 田村善之『知的財産法』(第 5 版,有斐閣,2010 年)125 頁参照。

“在法律框架内,审理涉及商业标识之间关系的商标授权确权案件时,应当尽量划清之间的界限,拉大之间的距离,以有效遏制不正当搭便车模仿行为,为创立品牌留足法律空间。”<sup>[30]</sup>近年来多项司法政策性文件中也均强调了商标案件应当坚持“划清界限、留足空间”的司法政策。<sup>[31]</sup>为此,阻却在后商标注册的制度体系中,需要设置一个区别于“混淆可能性”的新概念来实现这一功能。从立法技术的角度看,“近似性”正是肩负着“在商标之间隔离出基本安全距离”这一使命。现行立法仅规定了“近似性”单一要件的《商标法》第30条,与上述制度理念相契合。

## 2. 近似性要件承担“兜底阻却混淆”之功能

通过近似性要件以定型化的考察方式在注册商标之间隔离出一个基本安全距离,可实现“避免今后混淆”之目的,但在一定场合下却可能因无法考察临时的、具有特殊性的因素而未能完全兼顾“防止当前混淆”的目的。具体而言,现行《商标法》第30条沿用了既往的文本表述,并未像商标侵权条款那般新增“混淆可能性”要件,仍是以“近似性”单一要件划定商标权的排他范围。在区分“近似性”要件和“混淆可能性”要件的前提下,若是将判断近似性要件的混淆考量因素局限于恒常的、具有普遍性的相对确定因素,将无法阻却当前受知名度、使用方式等易变因素影响易使相关公众产生混淆的在后商标获得注册。例如,关于牙膏商品上的“黑人”和“白人”文字商标,鉴于两商标在称呼、外观、含义方面并不相似,在定型化的范围内进行考察后通常认为两商标不容易混淆;但受到在后“白人”商标的临时使用方式的影响(例如在牙膏包装上使用白人商标的同时,也模仿戴帽子的黑人图案附上了戴帽子的白人图案),当下申请时点已容易产生混淆,若仍严格将近似性的考察范围限定在恒常的、具有普遍性的因素范围,将无法阻却已然实际产生混淆的、本应被排除在注册情形之外的“白人”商标注册。

上述情形显然背离了商标法防止混淆的制度旨趣。虽然从立法论的角度,可参考日本商标法增设一条表述为“其他容易导致与他人商品混淆的商标不得注册”的条款与现行《商标法》第30条并列,实现以“近似性”划定排他范围的同时,以排除混淆之目的为阻却他人商标注册另行兜底的效果。但遗憾的是,我国商标法的历次修改中均未采取这一思路。由于商标授权确权场景下,也需要尽可能将具有现实可能性的混淆情形排除在注册范围之外,于是现行《商标法》第30条的“近似性”要件就不得不同时肩负起“兜底阻却混淆”之功能。

## 3. 混淆可能性要件承担“限制不混淆情形下侵权成立”之功能

另一方面,不同于商标授权确权场景,商标侵权场景中关注的是当前时点是否具有混淆可能性,不受制于“避免今后混淆”的价值追求。<sup>[32]</sup>对于受临时的商标使用样态等易

[30] 周云川著:《商标授权确权诉讼:规则与判例》,法律出版社2014年版,第13-16页。

[31] 参见《最高人民法院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》(法发[2009]23号);《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》(法发[2010]12号);《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用 推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(法发[2011]18号)。

[32] 参见黄晖:《黄晖博士谈混淆可能性的三个问题》,微信公众号“IP 颖响力”(2017年7月19日),<https://mp.weixin.qq.com/s/VIMROcGU8QBqwhOOD3eW3g>,最近访问时间[2024-11-15]。

变因素影响使得当前不具有混淆可能性的情形,即便否定侵权成立也无妨。将来若该易变因素消除,权利人可再次提起侵权诉讼,依据彼时的市场实情进行混淆判断即可。相反,当实际使用中未导致混淆时,即便两商标相同或近似且商品相同或类似(满足近似性要件),为保护实际凝结了商誉的在后商标使用人的利益,就有必要限制侵权的成立。事实上,由于双方商标特殊市场实情的介入使得当前不具有混淆可能性的情形并不少见。例如服装商品上的“CORDIER”与“CARTIER”商标,由于两者均无含义且外观上字母组合相似、发音相差不大,一般认为应属于近似商标;但由于两商标的知名度均很高,消费者群体较为固定,且后者的商品为高档消费品,一般设有自己的专柜或专卖店,故而两商标虽构成近似但不必然导致混淆。<sup>[33]</sup> 在实际不混淆情形下限制侵权成立的功能性目标,可以借助“混淆可能性”要件实现。

## 四 混淆判断要件的考察方法

### (一) 功能性指向下混淆考量因素的类型划分

基于功能主义对“近似性”要件和“混淆可能性”要件进行解释,相关法律概念则不再被认为是对拟描述或规范之对象的特征的单纯事实性列举,而是基于某种目的性考虑之后对相关特征进行选择取舍的结果。<sup>[34]</sup> 将法律要件的规范性分析基础定位于其所承担的功能,使得要件的考察始终锚定某一具体目标价值,能够缓解复杂市场交易因素带来的权利边界的不确定性。因此,在对商标“授权确权场景下的排他范围”和“侵权场景下的保护范围”进行划定时,应基于近似性要件和混淆可能性要件各自承担的功能,对两要件具体的混淆考量因素类型进行区分。

#### 1. 二层递进式类型区分

##### (1) 第一层区分:稳定性事实和可变性事实

如前所述,基于商标授权确权场景下“避免今后混淆”的价值追求,近似性要件承担着在商标之间隔离出相对安全距离的功能。这就要求以近似性要件划定的商标权利边界要具有相对较高的可预测性,因此对近似性要件的考察需尽可能定型化。为确保这一功能的实现,在对近似性要件内含的混淆因素进行考察时,除商标标识本身的客观要素之外,原则上只有相对稳定的市场因素才能被纳入近似性要件判断的考量范围。于是有必要对影响混淆判断的考量因素进行区分:将恒常的、具有普遍性的因素视为“稳定性事实”;将临时的、具有特殊性的因素视为“可变性事实”。稳定性事实不因某一特定商标使用主体的行为而发生改变。这一类事实所映射的信息较为客观,相关公众仅需基于一般性常识通过标有商标的商品就可以掌握,包括商标标识的客观要素、商品的自然属性以及由商品特性带来的认知习惯、所属行业具有的特点等。而可变性事实的产生与消失以及其市场强度则会受到某一特定商标使用主体行为的影响,这一类事实所映射

[33] 参见张乔:《商标混淆辨析(下)》,《中华商标》2004年第12期,第25页。

[34] 参见劳东燕:《功能主义刑法解释的体系性控制》,《清华法学》2020年第2期,第27页。

的信息通常带有主观性或会随着主观因素的变化而改变,一定程度上能够反映竞争者的主观意图,包括商标的显著性和知名度、商标的使用场景和商品的销售方式、竞争者之间达成的商标共存协议等。为实现相对确定性,近似性要件的判断原则上仅允许考察稳定性事实。

## (2) 第二层区分:法律效果发生之依据事实和妨碍事实

近似性要件不仅有“安全距离隔离”之功能,亦承载着“兜底阻却混淆”之功能。对于注册阶段受可变性事实影响当前已然产生混淆的情形,理应制止其注册。为实现将具有混淆可能性的情形最大限度排除在商标注册范围之外的效果,在区分稳定性事实和可变性事实的基础上,还有必要基于要件事实理论,进一步区分法律效果发生的依据事实和妨碍事实。具体而言,可将混淆考量因素区分为“指向支持混淆的市场实情”和“指向排除混淆的市场实情”。商标授权确权场景下,从防止混淆的商标法旨趣出发,所有指向支持混淆的市场实情,无论其属于稳定性事实还是可变性事实,均应当予以考量。另一方面,基于授权确权场景下“避免今后混淆”的价值理念,对于指向排除混淆的市场实情,其若属于可变性事实则不应纳入考量范围,但其若属于稳定性事实,允许考量并不与该理念相冲突。因此,在对近似性要件进行考察时,除稳定性事实之外,对于指向支持混淆的可变性事实亦可纳入考量范围。

但侵权诉讼场景下则不同,为避免对商标权过度保护,若当前不具有混淆可能性,则有限制侵权的成立的必要。为实现上述“限制不混淆情形下侵权成立”之功能,商标侵权判断中,除考察近似性要件所涉及的要件事实外(与授权确权场景下近似性要件允许考察的范围相一致),另行考察指向排除混淆的可变性事实也是其应有之义。基于现行《商标法》第57条第2项采取“近似性+混淆可能性”的二要件构造,未被纳入“近似性”要件考察范围的、指向排除混淆的可变性事实,可通过混淆可能性要件考察。这也为修法新增“混淆可能性”要件赋予了现实意义。

## 2. 二层区分逻辑在司法实践中的检视

授权确权场景下,为确保“近似性”要件功能价值的实现,基于上述对混淆考量因素类型的区分,“近似性”要件允许考量的混淆因素应包括“稳定性事实”和“指向支持混淆的可变性事实”。

《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(法释〔2020〕19号)(下称“《商标授权确权若干规定》”)第12条一定程度上支持了前述对于“近似性”要件考察范围的理解。该条虽是针对未注册驰名商标的规定,但《商标法》第30条中涉及混淆可能性判断时亦可参照适用。该规定对商标授权确权场景下“混淆可能性”的考量因素进行了列举,且有意区分了“应当”考量的因素和“可以”参考的因素。该规定指出,判断“是否容易导致混淆”,应当综合考量商标标志的近似程度、商品的类似程度、请求保护商标的显著性和知名程度、相关公众的注意程度等因素;另外特别强调,商标申请人的主观意图以及实际混淆的证据可以作为判断混淆可能性的参考因素。最高院知识产权庭负责人在答记者问时进一步解释,前四项是基本考虑因素,后两项只是参考因素,如果存在该两项因素可以佐证混淆可能性的存在,但缺乏该两项因素不妨碍对混淆可

能性的认定。<sup>[35]</sup> 从该规定的结构和内容来看,商标标志的近似程度、商品的类似程度、相关公众的注意程度等应被理解为混淆考量因素中的“稳定性事实”,而商标申请人的主观意图以及实际混淆的证据则属于混淆考量因素中的“可变性事实”。之所以对于稳定性事实的表述是“应当”考量,而对于可变性事实表述的是“可以”参考,是因为通常情况下,商标授权确权场景中对“近似性”要件进行分析时仅需考察稳定性事实即可,而对于可变性事实,仅在其指向排除在后商标注册时,例如用于佐证混淆可能性的存在时,才允许考量。需要特别指出的是,显著性和知名度这一考量因素从性质来看应被划归可变性事实的类别,之所以在司法解释中被列为“应当”考量的因素类型,是因为考量的对象被限定为“请求保护商标”(即在先注册商标)的显著性和知名程度,即是作为指向支持混淆的事实而予以考量的,这并不与前述混淆因素的考察方式冲突。

商标侵权场景下,鉴于其所追求的价值目标和“近似性+混淆可能性”的二元要件构造,在适用《商标法》第 57 条第 2 项时,除考察近似性要件所涉及的混淆因素外,还可以通过新增的混淆可能性要件考察“指向排除混淆的可变性事实”。

尽管我国当前司法实践中尚未对前述混淆考量因素的类型化区分形成明确认知,裁判中判断近似性要件和混淆可能性要件时对混淆因素的考察整体上仍具有较强的主观性和模糊性,但部分案件法官基于审判经验,在个案裁判中对混淆因素采取的考察方式能够在一定程度上体现出上述逻辑。例如,在“大午粮液”商标侵权纠纷案中,关于被诉侵权人使用“大午粮液”等标识是否侵害“五粮液”“五粮”注册商标权的问题,最高院否定一、二审法院关于两商标近似的认定时,除对两商标客观要素上的区别(被诉侵权人在产品容器及包装上使用的“大午粮液”标识与“五粮液”商标在字数、字形、含义、视觉效果上均不相同)、被诉侵权人使用“大午粮液”商标的历史(河北大午酒业自 1995 年起就在其多种产品上申请并使用与该集团创始人孙大午名字相同的“大午”文字及图商标)等稳定性事实进行考察以外,还对两商标共通部分“粮液”二字的显著性较弱(当前白酒行业使用“注册商标+粮液”作为商品名称的产品较为常见)、案涉标识的使用并非以寻求与商标权人注册商标相混淆为目的(被诉侵权人网站及广告宣传上使用的含有“五粮”“五粮液”“五粮佳酿”标识的宣传用语之目的在于与五粮液公司产品的品质和价格进行对比以表明大午粮液白酒质优价廉)、案涉标识使用的场景不易致相关公众产生混淆(广告均有较为突出的“河北大午集团酒业有限公司”字样以表明商品来源系河北大午酒业)等指向排除混淆的可变性事实进行了考量。<sup>[36]</sup>

即使近似性要件所涉及的混淆因素的考察结果倾向于指向混淆,基于对混淆可能性要件的考察依然有可能排除侵权成立。在“红河红”商标侵权纠纷案中,虽然被诉侵权人使用的“红河红”商标与商标权人的“红河”注册商标从标识本身的客观要素来看比较相似,且“红河红”商标因与引证商标“红河”近似而被商标局裁定在啤酒商品上不予核准注

[35] 参见《最高人民法院知识产权庭负责人就〈最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定〉答记者问》,《人民法院报》2017 年 1 月 12 日第 3-4 版。

[36] 参见最高人民法院(2017)最高法民再 99 号民事判决书。

册。但最高院指出,是否构成侵犯注册商标专用权,不仅要比较相关商标在字形、读音、含义等构成要素上的近似性,还要考虑其近似是否达到足以造成市场混淆的程度。要根据案件具体情况,综合考虑相关商标的显著性、实际使用情况、是否有不正当意图等因素进行判断。最高院考量了被诉侵权人使用的商业标识已具有一定的市场知名度且通过使用获得了较强的显著性、被诉侵权人商品的包装上突出标示了自有注册商标(“滇泉”图文组合商标),以及被诉侵权人主观上不具有造成与商标权人注册商标相混淆的不正当意图等指向排除混淆的可变性事实,最后在综合考虑上述因素的基础上否定了侵权。<sup>[37]</sup>

## (二)具体混淆考量因素的考察

混淆判断要件所涉及的考量因素呈现多样性和个案性。传统上,混淆的判断可分别从商标、商品、消费者和经营者四个方面,对其中涉及的混淆因素加以综合考量。<sup>[38]</sup>通过对司法解释以及相关裁判案例的梳理,以下就实践中考量较多且争议较大的典型混淆因素展开分析。<sup>[39]</sup>

### 1. 商标显著性

商标显著性是指能够使消费者通过商标识别商品的特性,分为固有显著性和通过使用获得的显著性。虽然显著性通常来源于标识本身具有的特征,但也会随着商标使用发生变化。缺乏固有显著性或固有显著性较弱的商标可以通过使用而使显著性增强,即所谓获得显著性;显著性较强的商标也有可能因商标权人的通用化使用或怠于维权,随着其他竞争者在相同或类似商品上的使用而使得显著性减弱,甚至沦为通用名称。可见,商标的显著性会随着使用行为而发生变化,属于混淆考量因素中的可变性事实。

尽管《商标授权确权若干规定》明确表明对引证商标的显著性应当予以考量,但引证商标显著性的强弱情形分别指向混淆判断的不同方向,应当具体区分。按照前述混淆因素考量的逻辑,关于引证商标的显著性较强的事实主张,其指向的是支持混淆,无论是授权确权场景还是商标侵权场景下均允许考量。而关于引证商标的显著性较弱的事实主张,由于其指向的是排除混淆,故在授权确权场景下不应当考量;但在商标侵权场景下,则允许通过“混淆可能性”要件予以考量,从而阻却侵权成立。因此,对于弱显著性商标而言,即使商标侵权诉讼中其权利保护范围受到限制,也不能据此否定其在授权确权场景下的排除注册效力,两者并不冲突。<sup>[40]</sup>

### 2. 商标知名度

商标知名度是通过经营者使用商标并在其中凝结商誉而形成,知名度的强度也随着

[37] 参见最高人民法院(2008)民提字第52号民事判决书。该案裁判适用的是2001年《商标法》第52条第1项,当时该条款中尚无“混淆可能性”要件,最高院是在“近似性”的单一要件下作出判决,但整体思路体现了区分混淆因素的逻辑。

[38] 参见陈贤凯著:《用数字说话:商标调查实验的司法应用》,知识产权出版社2021年版,第121-122页。

[39] 关于实际混淆的证据和主观恶意这两个考量因素,往往基于以下例示的事实所形成,或者通过这些事实予以体现,故本文不再单独分析。

[40] 从规范逻辑上来看两者亦有所区别,授权确权场景下撤销弱显著性商标的门槛较高,要求其达到已退化为通用名称丧失显著性的程度;而商标侵权场景下显著性较弱的描述性商标,其权利行使亦受到限制。参见杜颖:《显著性较弱如何界定保护范围?》,《中国知识产权报》2024年1月10日第11版。

经营者对商标的使用时间、使用规模等而变化。对于知名度的考察涉及两方面,一是引证商标的知名度情况,二是在后商标的知名度情况。通常而言,引证商标的知名度越高,则越容易产生混淆。商标知名度虽为可变性事实,但由于引证商标的知名度属于指向支持混淆的事实,因此无论在授权确权场景下还是在商标侵权场景下,对于引证商标的知名度均允许考量。从商标法鼓励经营者凝结商誉的制度目的来看,知名度越高的商标应该获得越强的保护。

对于在后商标知名度的考察,情况则相对复杂。授权确权场景下在后商标知名度通常不被考虑。尽管早期的司法实践中存在基于案件特殊性对在后商标的知名度进行考察进而否定商标近似的案例,<sup>[41]</sup>但在《商标授权确权若干规定》颁布后,这类案例比较罕见,甚至此后最高院在授权确权类案件的判决中明确指出,在后商标的知名度并非商标近似性判断的考量因素。<sup>[42]</sup>这一方面是因为商标能否获得注册考察的是该商标申请注册日之前的事实,而因在后商标使用行为所形成的事实通常产生于获得注册之后,其并非商标争议案件中的考量事实;另一方面是因为,在后商标知名度事实往往指向排除混淆,多用于支持在后商标的注册,即使在在后商标获得注册前已实际投入使用,按照前文对混淆判断要件考量因素的划分,近似性要件的判断也不应对此类可变性事实进行考量。

而在侵权诉讼中,对于指向排除混淆的可变性事实亦可通过“混淆可能性”要件考察,因此允许对在后商标知名度予以考量。<sup>[43]</sup>在商标侵权诉讼中考量在后商标具有的较高知名度进而否定侵权的情况下,知名商标权利人使用他人近似商标将更容易排除侵权责任。虽然由此可能引发在后知名商标侵占在先注册商标使用空间的问题,但该情形可置于“反向混淆”的判断场景予以规制。基于“反向混淆”与通常的“正向混淆”在规制目的<sup>[44]</sup>和价值追求<sup>[45]</sup>上的不同,反向混淆判断的考量因素也应与正向混淆有所区别。是否有必要限制在后知名商标权利人的使用行为,应在反向混淆的考量因素框架下衡量,而不影响正向混淆中对混淆因素的考察。

### 3. 市场格局

近年来,我国司法实践中常见对争议双方所形成的市场格局进行考量,强调要尊重相关公众已在客观上将相关商标区别开来的市场实际,维护已经形成和趋于稳定的市场秩序,进而判定两商标不易导致混淆。最高院的司法文件也多次表明要尊重已经客观形成

[41] 参见最高人民法院(2012)最高法行提字第28号行政判决书、最高人民法院(2014)最高法行知字第37号行政裁定书。

[42] 参见最高人民法院(2019)最高法行再114号行政判决书。

[43] 参见山东省高级人民法院(2013)鲁民三终字第155号民事判决书。

[44] 不同于通常的正向混淆,反向混淆规制的目的在于防止在后商标使用人通过大量广告宣传强化冲突标识与自身的关联从而淹没在先注册商标权利人商标的商业识别性,阻止其利用优势地位渗透进入市场并排挤在先注册商标权利人。参见黄武双:《反向混淆理论与规则视角下的“非诚勿扰”案》,《知识产权》2016年第1期,第29-30页;祝建军:《商标反向混淆的争议问题》,《人民司法》2016年第3期,第5-6页。

[45] 侵权场景下的正向混淆强调避免当前混淆,是基于当前的市场实情对是否容易混淆进行判断。而反向混淆类似于授权确权场景下的情形,需兼顾避免今后的混淆,即使当前不具有混淆可能性,仍要考虑将来一段时间是否会因为在后商标使用人在争议标识上不断强化关联性,最终导致在先注册商标权利人的产品被误认为是后商标使用人的产品,使在先注册商标权利人难以在自己的注册商标中凝结商誉。

的市场格局这一政策导向。<sup>[46]</sup> 有学者发出警示,指出当前“市场格局论”的运用在评价标准上出现了结果导向的危险倾向,逐步偏离了商标法的基本规则和原则。<sup>[47]</sup> 为此,有必要在本文所提出的混淆因素考量框架内,将市场格局的考量引导回其应有的合理轨道上。通过梳理当前司法裁判例可知,市场格局的形成至少有以下两类成因。一类是基于历史原因或特殊的客观事由引起的商标长期共存,使得消费者能够自发借助商标之外的其他要素实现区分两商标的效果,例如“北京稻香村”与“苏州稻香村”;<sup>[48]</sup> 另一类是基于双方对各自商标的使用获得知名度,使得消费者得以将对知名商标的认知延伸至其对产品特性的认知,从而实现区分两商标的效果,例如“BOOS”与“BOOSSUNWEN”。<sup>[49]</sup>

基于第一类原因形成的市场格局通常较为稳定,其底层基础是作为客观事实的历史事件或其他特殊事实,消费者借由这些事实形成的区分认知通常不易消逝。因此,按照混淆判断因素的类型划分,基于第一类原因形成的市场格局应当被视为稳定性因素,即使其指向的是排除混淆,侵权场景和授权确权场景均允许将其纳入考量范围。例如,在涉及老字号的商标注册冲突中,现有市场格局的形成往往与特定历史原因具有内在关联,消费者对老字号的认知指向通常都有一定客观基础,有助于其对两商标进行区分。<sup>[50]</sup> 与基于第一类原因形成的市场格局不同,基于第二类原因形成的市场格局并非一成不变,其与经营者对商标的使用情况密切相关,即便是当前存在相对稳定的市场区分和消费者认知状态,也会随着经营者经营策略的改变以及市场环境的变化而有所变动。因此,基于第二类原因形成的市场格局应当被视为可变性因素,且从其对混淆的作用方向来看多指向排除混淆。因此,授权确权场景下应排除基于第二类原因形成的市场格局这一考量因素,只有在侵权场景下才可将其纳入考量范围。<sup>[51]</sup>

#### 4. 共存协议

共存协议实质上是当事人对当前商标不混淆状态的确认以及对未来维持不混淆状态作出的约定。<sup>[52]</sup> 共存协议的签订通常意味着冲突商标的双方权利人主观上认为当前市

[46] 参见《最高人民法院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》(法发〔2009〕23号);《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》(法发〔2010〕12号);《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用 推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(法发〔2011〕18号)。

[47] 参见张伟君、张韬略:《“市场格局论”之辨析(上)》,《电子知识产权》2017年第Z1期,第126-127页。

[48] 参见北京高级人民法院(2014)高行终字第1103号行政判决书。

[49] 参见最高人民法院(2013)最高法知行字第2号行政裁定书。

[50] 参见北京高级人民法院(2014)高行(知)终字第3345号行政判决书。

[51] 有观点认为,即使是授权确权场景,在市场区分已经确定的情况下也不宜认定混淆可能性,此时冲突商标的判断不成立(参见杜颖:《在公平与效率之间:以市场认知为基础的混淆可能性判断迷思》,微信公众号“IPR-daily”(2024年5月22日),<https://mp.weixin.qq.com/s/ZaLPpyiPNbc2po692XaN2w>,最近访问时间[2024-11-15])。诚然,从“统一”的混淆可能性理解,这一观点是成立的,这样一来对于市场格局的考量不必区分授权确权场景和侵权场景。但该观点可能忽视了授权确权场景下的“混淆可能性”与侵权场景下的“混淆可能性”存在的差异。

[52] 虽然实践中也存在商标侵权纠纷中双方签订共存协议的情形,参见最高人民法院(2009)民三终字第3号民事判决书;但从逻辑上来看,侵权诉讼中原告认可被告案涉标识的共存,其实是放弃了对被告使用案涉标识行为行使请求权,这类共存协议本质上相当于和解协议,与授权确权场景下作为证明两个近似商标有共存于市场之基础的证据提交给商标局的共存协议相比,性质上有所不同。故以下分析对象集中于授权确权场景下的共存协议。

场未产生混淆且有意通过具体的措施安排在将来继续维持冲突商标之间的非混淆状态。但这一认知并不一定是客观真实状态。尽管存在共存协议,但基于对其他混淆判断因素的考量认为当前依然存在混淆可能性时,应当否定共存协议排除混淆的效力。司法实践中将共存协议作为排除混淆的初步证据的做法符合此逻辑。<sup>[53]</sup> 另外,即使当前客观上确实未产生混淆,相关措施安排也未必能够在将来有效维持冲突商标之间不混淆的状态。例如,共存协议的执行情况有可能在商标获得注册后发生变化,甚至一方当事人拒绝履行共存协议中维持不混淆状态的安排,由此导致在后商标获得注册后产生混淆,这显然与授权确权场景下“避免今后混淆”的制度旨趣相悖。

由于商标共存协议的实施效果依赖于事后检验,同时协议的履行也存在不确定性,按照混淆判断因素的类型划分,商标共存协议应当被视为可变性事实,且其多用于支持在后商标获得注册,属于“指向排除混淆的可变性事实”。按照前文对混淆因素考察方式的分析结论,授权确权场景下不对商标共存协议予以考量。但从当前司法实践来看,商标共存协议在不少商标审查及授权确权类案件中被采纳。因此,在共存协议被普遍接受的当下,有必要从立法论的角度对共存协议作特别的制度设计,引入共存协议制度的同时,对其效力进行限制。可以参考日本最新的修法,在引入共存协议制度的同时设计一些“二次安全阀”,包括(1)一方注册商标权利人的商标使用行为对其他注册商标权利人的经营造成妨碍时,其他注册商标权利人得以请求该注册商标权利人就该使用行为标注防止混淆的区别性标记;(2)事后任何一方注册商标权利人基于不正当目的使用商标致使两商标在市场上具有混淆可能性时,允许任何人对该注册商标提出撤销申请。<sup>[54]</sup>

### 5. 商标的使用情况

附着商标的商品最终将在市场上流通,相关公众对于商标的认知并非静态的,而是结合商标的使用情况进行信息处理的动态过程。对混淆判断要件考察时,就需要对双方商标的使用情况进行考量。商标的使用情况一般都具有临时性和特殊性,属于可变性事实。实践中基于双方商标的使用地域不同、在后商标于特定场景下的限定使用等理由,主张不易导致混淆的情形较为常见。从混淆的指向性来看,这些事实均属于指向排除混淆的可变性事实,因此仅在商标侵权场景下才允许考量。商标侵权诉讼中对冲突商标混淆与否进行判断的前提是确定被诉侵权标识,实际上在这一过程中就已经涉及商标实际使用情况的考量。另一方面,也存在在后商标的使用故意接近或模仿在先注册商标使用场景的情形,这一类事实通常也涉及主观恶意的考量。从混淆的指向性来看则属于指向支持混淆的可变性事实,授权确权场景和商标侵权场景下均可以考量。

争议较大的是,在先注册商标未实际使用的事实,能否成为否定混淆的事实予以考量。

[53] 北京高院 2019 年颁布的审理指南中,明确了共存协议可以作为排除混淆的初步证据。参见《北京市高级人民法院商标授权确权行政案件审理指南》(2019 年 4 月 24 日施行)。

[54] 参见《日本商标法》(令和五年法律第五十一号修订,于 2024 年 4 月 1 日施行)第 4 条第 4 款、第 24 条之 4、第 52 条之 2。我国亦有学者曾提出当商标共存协议损害公共利益时,消费者可以基于消费者混淆向商标局申请撤销已注册的混淆商标,参见戴哲:《论商标共存协议的效力认定——美国法的司法实践与借鉴》,《重庆工商大学学报》2014 年第 2 期,第 110 页。

我国采取的是商标注册主义模式,注册商标的排他效力并不以商标实际使用为前提。赋予尚未使用的商标以排他效力,旨在帮助商标权人有序规划未来的商标使用,最终更好地通过商标凝结商誉。这也被称为注册主义模式下“商标的发展助成功能”。<sup>[55]</sup> 对于商标不使用情形下带来的资源浪费问题,现行立法已有商标不使用撤销制度以及商标不使用免赔抗辩制度予以调整。即便现行立法规定在应对我国大量商标注册后未实际使用的现象时存在不足,亦可以进一步从立法论和解释论的角度探索解决路径,强化商标不使用情形下对商标权进行限制。<sup>[56]</sup> 因此,无需在混淆要件的判断上将商标未使用的情形纳入考量。

## 五 余论:商标注册审查中的近似性判断

尽管商标行政机关在适用《商标法》第30条对“近似性”进行判断时亦是采取“混淆可能性”标准,但从实践来看,商标授权确权的不同程序中考察的混淆判断因素也会有所不同。<sup>[57]</sup> 在商标授权确权案件诉至法院行政庭之前,商标行政机关进行的审理审查涉及的程序包括商标注册审查程序、异议程序和无效宣告程序。《商标审查及审理指南》指出,商标注册审查时主要考虑商标标志本身的近似程度(混淆的形式判断),但在异议和无效宣告的审理中还应考虑导致来源混淆的其他因素(混淆的实质判断)。

上述审查审理实践,主要是基于商标注册审查程序,与异议程序、无效宣告程序在制度构造上的不同。商标注册审查程序系单方程序,审查员根据商标申请人提交的材料对是否符合注册条件进行审查,除商标本身包含的信息之外难以获取其他信息。从现实情况来看,近年来商标局每年受理的商标申请量已突破700万件,<sup>[58]</sup>若是要求一律以全面的混淆判断因素考察标准来进行混淆的实质判断,不但会给商标审查人员造成沉重负担,而且会极大地影响行政效率,这与高效行政的价值追求相悖。因此在这一阶段仅考察商标标识本身的客观要素,进行混淆的形式判断,是务实的做法。而在异议程序和无效宣告程序中,主张商标不应获得注册的利害关系人有途径参与案件审理,商标申请人和利害关系人可以将冲突商标相关的有利于己方的市场实情作为证据提供,商标审理人员开展混淆的实质判断具备相应基础。在这类程序中商标行政机关与后续法院在判断“近似性”时考量的混淆因素并无二致。例如,在“房地美”商标纠纷案中,异议人在异议复审中提交了引证商标具有较高的显著性和极高的知名度等相关证据,商标行政机关以及法院均

[55] 渋谷達紀『商標法の理論』(東京大学出版会,1973年)24-26頁参照。

[56] 相关研究,参见张玉敏:《注册商标三年不使用撤销制度体系化解读》,《中国法学》2015年第1期,第224-238页;彭学龙:《论连续不使用之注册商标请求权限制》,《法学评论》2018年第6期,第103-115页;谢晴川:《注册制度改革背景下基于商标不使用的实体法抗辩》,《法学研究》2024年第5期,第95-113页;張鵬「商標法における登録商標の不使用抗弁制度」知的財産研究教育財団『令和5年度知的財産に関する日中共同研究調査報告書』148-163頁(2024年3月10日),[https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/nicchu\\_houkoku/2023.html](https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/nicchu_houkoku/2023.html),最近访问时间[2024-10-18]。

[57] 参见国家知识产权局制定的《商标审查审理指南》(2021),第240页。

[58] 参见近五年的《国家知识产权局年度报告》,<https://www.cnipa.gov.cn/col/col94/index.html>,最近访问时间[2024-10-12]。

对这些指向支持混淆的可变性事实予以了考量,最终认定商标构成近似。<sup>[59]</sup>

但对于商标注册审查程序,当商标驳回复审决定被诉至法院后,法院对“近似性”进行判断时是否仍仅限于考察标识本身的客观要素,而不得将任何市场实情纳入考量范围呢?在“柏森”商标争议案中,最高院指出,商标注册审查及其后续程序属于单方程序,在单方程序中,引证商标持有人无法参与该程序,有关引证商标知名度的证据在该程序中无法得以出示,在缺乏对申请商标特别是引证商标进行充分举证和辩论的情况下,商标知名度实际上无法予以考虑,否则将有违程序的正当性。<sup>[60]</sup> 该案中,申请商标的知名度属于指向排除混淆的可变性事实,按照前文对“近似性”要件混淆考量因素进行的区分,指向排除混淆的可变性事实当然应被排除在考察范围外。从这点来看,最高院的上述判旨无疑是妥当的。但并不能据此将最高院的判旨作扩大解释,得出商标驳回复审的后续行政诉讼中应坚持混淆的形式判断的结论。

在后商标申请人为否定混淆,其主张的市场实情除了商标知名度等可变性事实外,往往也包括行业特点等稳定性事实。由于后者并不因双方主观行为而改变,即使在引证商标权人无法参与审理的情况下,法官依然可以基于相关公众的一般认知进行判断,将其纳入混淆判断的考量范围并无不妥。即使有利于排除注册的事实未能被充分举证,在申请商标获得初步审定或注册后,利害关系人仍可以通过异议程序或无效宣告程序获得救济,<sup>[61]</sup>并不违背程序正义。相反,如果限制对这类稳定的市场实情进行考量导致在后申请的商标最终未被获准注册,商标申请人将无法在其他任何程序中提出和主张这些不混淆的事实,实质上限制了不混淆的商标获得注册的可能性。尽管可能会有观点认为,仅限于考察标识本身的客观要素将更有助于拉开商标之间的距离,但这种做法同时也可能会过度鼓励商标申请行为而加速商标枯竭(Trademark Depletion),<sup>[62]</sup>使得可选标识的公有领域不断缩小,压缩了其他经营者自由选择商标的空间。

因此,基于行政效率性的追求,商标行政机关在审查阶段对“近似性”进行判断时,采取混淆的形式判断具有合理性。但在后续针对驳回复审的行政诉讼程序中,仍应遵循前述关于“近似性”要件判断时的考察方法,即允许考量的混淆因素应包括“稳定性事实”和“指向支持混淆的可变性事实”。商标审查阶段暂时牺牲的实质判断上的价值,可以由法院在事后予以保障。在商标注册审查及其后续司法程序中,尽管商标行政机关与法院所考察的混淆考量因素存在不同,但无论是进行混淆的形式判断还是混淆的实质判断,均未脱离当前司法实践中“混淆性近似”的判断标准。之所以存在这种差异,是基于商标审查阶段和司法裁判阶段不同的价值追求。应当正确认识司法裁判阶段追加考量因素后的判断结果与商标审查机关判断结果不一致的合理性和必要性。为了更好地实现不同程序阶段所对应的价值追求,有必要调整将授权确权类案件的败诉率作为商标行政工作绩效考核指标之一的考核机制。

[59] 参见最高人民法院(2016)最高法行申 376 号行政裁定书。

[60] 参见最高人民法院(2016)最高法行申 362 号行政裁定书。

[61] 参见北京高级人民法院(2021)京行终 1861 号行政判决书。

[62] 关于商标枯竭现象的实证研究,参见 Barton Beebe & Jeanne C. Fromer, Are We Running Out of Trademarks? An Empirical Study of Trademark Depletion and Congestion, 131 *Harvard Law Review* 945, 977-1012 (2018)。

---



---

## The Functional Positioning of and Examination Approaches to Elements of Trademark Confusion

[**Abstract**] A clear boundary of rights is essential to fulfilling the function of legal norms. However, the definitions and implications of “similarity” and “likelihood of confusion” - key concepts for delimiting the scope of trademark rights - remain contentious. Under China’s current Trademark Law, the scope for excluding the registration of others’ trademarks in trademark right-granting and verification scenarios is defined by the element of “similarity” as outlined in Article 30 of the Law. In contrast, the scope of protection that prohibits the use of trademarks in infringement scenarios is based on the combined elements of “similarity” and “likelihood of confusion”, as stipulated in Article 57 paragraph 2 of the Law. However, under current judicial interpretations, the criterion of “confusing similarity” is applied to assess similarity. This approach to interpretation leads to two problems. First, a logic dilemma arises when applying Article 57(2) in trademark infringement cases, where repeated assessments of whether confusion is likely to occur. Second, it raises the question of whether the “exclusive scope in right-granting and verification scenarios” is different from the “scope of protection in the case of infringement”. Existing interpretative frameworks focus on the concepts of similarity and the likelihood of confusion themselves. These frameworks attempt to limit considerations under “similarity” by expanding or contracting its definition to achieve logical coherence within legal provisions. However, none of them has provided a logically consistent and systematic interpretation based on the current trademark law structure. In fact, “similarity” and “likelihood of confusion” both fall under the category of confusion, with the difference between them lying in the extent to which market factors are taken into account. Shifting the research focus toward examining institutional functions in right-granting and verification scenarios and right-infringement scenarios is necessary. This shift involves distinguishing types of confusion factors examined through a “two-tiered progression” informed by a functionalist perspective. Based on the “isolation function of basic safety distance” and the “omnibus function of blocking confusion” inherent in the “similarity” element within the right-granting and verification scenarios, the types of confusion factors that should be considered in the assessment of “similarity” include “stability factors” and “variability factors that support the exclusion of a subsequent trademark”. In contrast, “variability factors that do not support the exclusion of a subsequent trademark” are assessed with the “likelihood of confusion” element to fulfill the function of “limiting infringement establishment in the absence of confusion” in infringement contexts. Using the above methodology, the specific confusion factors asserted by the parties in individual cases are carefully evaluated to ensure that confusion regulation is both appropriate and comprehensive.

---



---

(责任编辑:余佳楠)