

## 商标纠纷中的消费者问卷调查证据

杜颖

**内容提要:**商标纠纷涉及消费者对商标的主观认知状态,消费者问卷调查是证明这种认知状态的最直接的证据。但由于问卷调查的客观性受多种因素的影响,该类证据在现实生活中发挥的作用非常有限。在美国司法中,对此首先注意的是克服传闻证据规则对消费者问卷调查证据适用的限制,在我国则要更多地关注如何科学地确定调查对象范围、选择调查人员、确定调查方式和程序以及分析调查结果等问题。

**关键词:**消费者问卷调查 证据 商标

杜颖,中共中央党校政法部副教授,法学博士。

在商标纠纷的处理中,如何认定商标因类似而在相关公众那里发生了混淆,如何认定商标已经在相关公众那里获得了第二含义,<sup>[1]</sup>如何认定商标已经沦为商品的通用名称,<sup>[2]</sup>如何认定在后商标的使用对于已经具有一定知名度的商标构成淡化,这些都需要法院或者商标审查机构来判断,相关的标识是否在有关主体的认知世界里产生了该种影响或者结果。如何证明这种结果确已发生,在立法层次上似乎难以对其定义周延,而只能是留待司法实践者通过个案情况综合考量进行判断。从逻辑关系来看,如果真正想弄清楚相关公众的意识是否发生了某种变化,我们就必须去追问相关公众本人。沿着这条逻辑

- [1] 第二含义和商标的显著性相关,商标的显著性可以通过两种方式取得:固有显著性和通过使用获得显著性。固有显著性实际上来源于商标使用的标记的第一含义,而使用获得显著性往往是在“第二含义”上使用商标标记。我国台湾学者将其翻译为“次要意义”。参见曾陈明汝:《商标法原理》,中国政法大学出版社2003年版,第27页。虽然翻译方式不同,但其含义都是指商标使用语汇本义以外的、与商品具有一定程度的固定联系的含义。我国法律规定中没有使用“第二含义”的提法,而是直接规定通过使用获得显著特征,如《商标法》第11条第2款规定,该条第1款规定的不具有显著性的标志“经过使用取得显著特征,并便于识别的”,也可以作为商标使用;有些地方也规定商标标识具有“其他含义”,如地名虽然不能注册为商标,但如果地名具有“其他含义”则获得可注册性。这实际上都是商标标识通过使用获得“第二含义”的情况。
- [2] 普通法国家称通用名称为“属名”。1976年,美国第二巡回法院的Henry Friendly法官在Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.案中,把标识分为四类,并依据标识内在显著性的排列顺序确定了相应的保护层次。他的分类确定了美国商标法关于商标保护范围与商标显著性关系的经典原则。根据商标与所标识的商品的关系,商标因是否为“属名的”、“叙述的”、“暗示的”、“任意的”或者“臆造的”,而有不同的内在显著性层次,并据此分为四种。同时,这几种语汇之间,可以相互转化。参见Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc., 537 F.2d 4, 9(2d Cir. 1976)。没有自身含义的臆造词汇、具有自身含义但与指定的商品没有任何内在联系的任意词汇,自动获得商标保护,因为它们具有识别特定产品来源的固有能力。参见Wal-mart Stores Inc. v. Samara Bros. Inc., 529 U.S. 205, 210-111(2000)。暗示性词汇要求消费者通过想象、思考或者感觉,来猜测商标和产品之间的联系,得出一种联系结论。参见Stix Prods. Inc. v. United Merchants & Mfgs. Inc. 295 F. Supp. 479, 488 (S.D.N.Y. 1968)。而叙述性词汇不具有内在显著性,因为它直接描述了商品或者服务的颜色、气味、成分、功能等特征。叙述性词汇仅在其已经通过销售、市场营销、使用或者时间的经过而在消费大众那里获得第二含义,从而使消费者把商标与特定的来源联系起来时,才会获得保护。参见Zatarain's Inc. v. Oak Grove Smokehouse Inc. 698 F. 2d 786, 790, 795-796 (5th Cir. 1983)。属名则是某特定种类产品的属,它直接表明产品是什么。参见Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc., 537 F.2d 4, 9(2d Cir. 1976)。美国法院明确提出,即使有再充分的证据证明,属名已经获得了与某特定生产者联系在一起的第二含义,也不能使属名转化为一种注册商标。参见Keebler Co. v. Rovira Biscuit Corp. 624 F. 2d 366, 374(1st Cir. 1980)。因此,一旦商标成为属名,则标识的使用人就会丧失商标权。

思路发展下去,我们会得出结论,消费者问卷调查似乎是最贴近事实,也是最具有说服力的证据。但是,由于消费者本身的个体差异,加之调查地点、时间、方法等多重因素的影响,消费者问卷调查在商标纠纷中发挥的作用非常有限,在我国尤其如此。本文结合消费者问卷调查在美国和我国司法实践中的发展和具体应用,分析如何使用该类证据。科学地运用消费者问卷调查证据能够使商标司法更接近于现实,使商标权人的权利获得真正的保护,同时又不助长标识垄断,让法律在保护商标专用权人的权利和保障公平有效的竞争秩序之间求得一种平衡。<sup>[3]</sup>

## 一 消费者问卷调查证据在美国的发展

消费者问卷调查是一种科学性的证据,它通过设计出由一系列相关问题构成的调查问卷,向某类相关群体了解对某产品、某商标标识等所具有的某种意识,从而从数据中归纳出消费者整体的认识倾向。由于消费者调查问卷基本上不针对所有的相关主体展开,而是选取具有代表性的一部分,因此,这种调查也被称为“抽样调查”。<sup>[4]</sup> 消费者问卷调查有的也称为公众问卷,或者公众意见调查,主要有两种方式,一种叫限定抽样,另一种叫随机抽样。前种类型中,调查者限定被调查者的特征,如某个年龄段的男性或女性,调查方式往往是采取在指定地点直接“截击”的方式。这种调查相对容易,但往往会漏掉一些应该参与调查的对象。后者完全采取随机的方式,如可以随机选取一些电话号码,或者从消费者名单中随机选取一些人。这种调查方式选取的抽样对象越多也就越准确。<sup>[5]</sup> 严格意义上说,只有后一种调查方式能在一定的统计误差限度内提供一种客观的数据,因为它是在相关群体中选取具有统计学意义的代表主体做抽样测试,其结果较接近调查所有群体成员获得的结论。但是,消费者问卷调查作为证据具有先天的不足。起初,美国法院就拒绝采纳这种证据,因为从性质上说它是一种传闻证据,而根据传闻证据规则,除联邦证据规则规定或者美国最高法院依据制定法授权或国会立法而制定的规则规定的情况外,<sup>[6]</sup> 传闻证据不能作为证据采用。<sup>[7]</sup> 例如,在可口可乐公司诉维克托果汁公司案中,美国海关与专利上诉法院拒绝采纳可口可乐公司提出的消费者问卷调查证据,因为它是单方进行的,不具有可信性;调查是一种传闻证据。<sup>[8]</sup> 法院之所以不采纳传闻证据,是因为在传闻证据中,普通法审理程序中保障证言可信赖性的三个措施无法实施,即证人必须宣誓、证人必须出庭、证人必须经过交叉询问。<sup>[9]</sup> 但是,这给司法审判带来了非常大的障碍,因为法官和陪审团并没有资格以自身的经验来判断商品的购买者和消费者的内心世界发生了何种认识,即使是专家证据也必须是建立在一定的数据统计归纳的基础上的。司法在此时的无力必须求助于这样一种证明方式。关于消费者调查证据发展的转折期是在 1920 - 1945 年之间,很多美国学者撰文指出,这样一种证据应该被法院接受。但是,学者对法院为什么应该认可消费者问卷调查证据看法不一,有的认为

[3] 采纳消费者问卷调查这种证据最初并非是在商标侵权诉讼中,最早的判例其实和食品消费相关,见 *United States v. 88 Cases, More or Less, Etc.*, 187 F. 2d 967 (C. A. 3 1951), 此案涉及的是一种饮料。

[4] Artemio Rivera, "Testing the Admissibility of Trademark Surveys after Daubert", 84 *Journal of Patent and Trademark Office Society*, 661 (2002), p. 671.

[5] Lawrence E. Evans, Jr., David M. Gunn, *Trademark Surveys*, 79 *The Trademark Reporter*, 1 (1989), p. 3.

[6] 传闻证据规则规定的例外情况载于美国联邦证据规则第 803、804 和第 807 条。

[7] 普通法上的传闻证据规则是通过漫长的历史演变最终确定下来的。在陪审团最初是通过自足的信息来确定案件事实时,传闻证据并不受司法排斥,因为陪审团成员其实就是掌握与案件事实相关的信息的人,这些与案件有关的信息可能就是陪审员自己从祖辈或者亲朋好友那里获得的,如果排除这些证据,审判就无法进行。对抗制最终确立后,案件事实的发现者不再依靠自足的信息,而需要完全倚重证人等的证言来还原案件真相,这时,才确立传闻证据规则。关于传闻证据发展的历史情况,请参见 Edmund M. Morgan, "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept", 62 *Harvard Law Review* 177 (1948 - 1949), pp. 181 - 182.

[8] 参见 218 F. 2d 596, 599。该案中可口可乐公司提出商标注册人维克托果汁公司在其饮料上使用的 Nutri Cola 商标与 Coca-Cola 商标构成实质相似。

[9] Richard J. Leighton, "Using (and Not Using) the Hearsay Rules to Admit and Exclude Surveys in Lanham Act False Advertising and Trademark Cases", 92 *The Trademark Reporter*. 1305 (2002), p. 1312.

它是传闻证据的例外情况,有的则认为它根本不是传闻证据。<sup>[10]</sup> 20世纪50年代以后,社会学、统计学和市场营销等相关学科的发展,为市场和公众调查提供了更为科学的方式,其结果也越来越精确,这使人们对消费者问卷调查等公众意识调查产生了信任。社会上出现了多种多样的调查方式,从政治上的选举结果预测,到生活中人们对食品的感受调查,可谓是遍地开花。早期的案件中,法院已经公开表现出对消费者问卷调查证据的强烈渴望,特别是在证明商标已经获得了第二含义的情况下,法院认为,“除了消费者问卷调查,没有更直接的证据”。<sup>[11]</sup> 1975年,美国联邦证据规则出台,该规则确立了传闻证据规则的例外,消费者问卷调查可以通过解释第803(3)的规定而排除传闻证据规则的适用。该款规定证言如果陈述的是证明人当时的一种精神的、心理的、感觉的或者身体的状态(如意图、打算、动机、构思、精神感受、痛苦或者身体健康状态),则可以不受传闻证据规则的排除。详言之,如果问卷调查的参加者在问卷上表明的是自己当时的一种感受,那出庭接受交叉询问是没有任何意义的。因为在法庭严肃的气氛下,围绕着是否就两个商标发生了混淆或者误认,或者是否认为商标已经成为了产品的通用名称,问卷调查的参加者很可能会做出另一种反应,而不是他们的第一或者本能的反应。这样,消费者问卷调查作为传闻证据的例外在很多案件中被广泛采纳,例如,在 *Brunswick Corp. v. Spinit Reel Co.* 案中,法院认为,如果问卷调查很重要,而且比其他证据都具有证明力,能够保证其可信赖性,则可以允许问卷调查作为传闻证据的例外被采纳。如果调查是按照普遍接受的调查原则进行的,则问卷调查就具有可信赖性。在案件争议的问题为消费者是否对商品来源发生了混淆时,则问卷调查有可能是证明公众心理状态唯一有效的方法。调查存在的技术上和方法上的缺陷,关系到证据的证明效力大小,而不是证据是否可采的问题。<sup>[12]</sup>

后来,司法态度甚至矫枉过正,认为如果商标权人有能力提供却没有提出消费者问卷调查证据,法院就可以在商标诉讼中推定消费者事实上没有造成混淆,而做出不利于商标权人的判决。<sup>[13]</sup> 在 *Security Center, Ltd. v. First Nat. Sec. Centers* 案中,法院认为,对于证明商标是否已经获得第二含义来说,问卷调查是最直接、最具有说服力的证据,如果不进行消费者问卷调查则很难证明商标已经获得了第二含义。<sup>[14]</sup> 这样,甚至有学者称,在美国,在各种商标诉讼中运用消费者调查问卷证据,不但已经获得了普遍的接受和认可,事实上已经成为一种强制。<sup>[15]</sup>

从技术上说,在我国不存在排除消费者调查证据的问题。尽管2002年4月1日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称“《证据规则》”)第55条规定,证人应当出庭作证,接受当事人的质询。但《中华人民共和国民事诉讼法》第70条规定,“……证人确有困难不能出庭的,经人民法院许可,可以提交书面证言”。《证据规则》第56条规定:《民事诉讼法》第70条规定的“证人确有困难不能出庭,”是指有下列情形:“(1)年迈体弱或者行动不便无法出庭的;(2)特殊岗位确实无法离开的;(3)路途特别遥远,交通不便难以出庭的;(4)因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的;(5)其他无法出庭的特殊情况。”前款情形,经人民法院许可,证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。在商标诉讼中,由于调查对象分散,人数众多,不可能要求其全部到庭接

[10] Reginald E. Caughey, “The Use of Public Polls, Surveys and Sampling as Evidence in Litigation, and Particularly Trademark and Unfair Competition Cases”, 44 *California Law Review* 539 (1956), p. 542.

[11] *Aloe Creme Laboratories, Inc. v. Milson, Inc.*, 423 F.2d 845 (C.A. Fla. 1970), 849.

[12] 832 F.2d 513 [C.A.10 (Okl.), 1987], 522, 523. 消费者问卷调查在其他诉讼中也被认可,例如在主张商业广告是错误的或者具有欺骗消费者的倾向时,消费者调查问卷就提供了一种确定存在错误与欺骗倾向的非常可靠的方式。很多法院都肯定这种证明结果具有决定意义,因为争议的问题就是诉讼请求所指向的那些人的反应如何。尽管很多调查的设计具有误导性,或者收集的样本不够多,或者对象构成比例失衡,从而导致调查结果不能作为证据采信,但是设计非常合理的调查足以证明错误是否存在。参见 Joseph P. Bauer, “Federal Law of Unfair Competition: What Should Be the Reach of Section 43(a) of the Lanham Act”, 31 *UCLA Law Review* 671 (1983-1984), 737.

[13] 对于法院这种态度转变以及就相关案件做出的批判,可参见 Albert Robin, Howard B. Barnaby, “Trademark Surveys—Heads You Lose, Tails They Win”, 73 *Trademark Reporter*, 436 (1983).

[14] 参见 750 F.2d 1295 (C.A. La., 1985), 1301.

[15] Peter Weiss, “Use of Survey Evidence in Trademark Litigation: Science, Art or Confidence Game”, 80 *The Trademark Rep.* 71 (1990), p. 72.

受质询,我们可以把该类情况解释进“其他无法出庭的特殊情况”,确认为证人必须到庭接受质询的例外,这样,消费者问卷调查就可以作为证人证言证据由调查人提交给人民法院。

## 二 影响消费者问卷调查证据证明力的主要因素

消费者问卷调查因适用于不同类型的案件而有不同的科学调查方式。如上所述,在商标纠纷中,消费者调查问卷主要用于证明消费者是否就两个商标标识发生了混淆,消费者是否认为某个本来不具有显著特征的商标已经由于使用和宣传获得了第二含义(我国商标法中所称的“其他含义”),消费者是否认为某个商标用语是商品的通用名称或者已经沦为了商品的通用名称(在英美法国家称“属名”)以及是否存在商标淡化。<sup>[16]</sup> 由于这几种类型的案件中,商标权人等要证明的事实情况不同,证明的具体要素不同,因此,在调查设计、施行等各个方面都会有不同的策略。本文不以这些具体案件类型作为论述主线,而是综合考虑各种不同类型的调查应该注意的具体事项,从中抽象出调查应该遵循以下基本原则以确保调查结论的可靠性:调查必须针对相关公众做出,抽样对象具有代表性;调查问卷问题设计必须科学、合理、不误导调查对象;调查人员应该具有专业素质,调查以普遍接受的方式做出;调查数据分析必须科学,调查结论有充分的数据支持。<sup>[17]</sup>

### (一) 调查必须针对相关公众做出,抽样对象具有代表性

这个标准实际上包含了密切联系的两个方面,首先设计调查问卷时必须考虑圈定一个对象范围,例如某个年龄段或者具有某种经历、经验的人;其次,在已经确定的对象范围内,再通过地域、调查时间或者地点等调查方式选择一些具体的有代表性的调查对象。前者是指主观认识状态与争议的商标有关的那部分人群。由于圈定的这部分人群的数量很大,不可能针对其全部进行调查,这时就需要从这个人群范围中选定一些对象作为抽样。前者定义的是相关性,而后者定义的是代表性。调查是否选择了正确的对象范围,调查者是否具有代表性,这是问卷调查证据能否获得认可和采纳的关键。选择得不好,就会全盘皆输。那么,究竟什么才是具有相关性和充分代表性的调查对象呢?在商标因类似而造成混淆的案件中,这涉及混淆主体的确定。在商标是否获得第二含义和商标是否已经沦为通用名称的争议中,相关性和代表性主体的判断需要参考混淆主体的范围。

从范围角度来分析,美国法院在不断扩大混淆的主体范围,其后果是延伸对商标权的保护。这种趋势给确定消费者调查问卷证据相关对象的范围带来了相对宽松的判断标准。美国普通法认为,可以从不同的角度来衡量消费者发生混淆的问题。如果从时间意义上分析混淆,可以将其分为购买前混淆、购买时混淆以及售后混淆。购买前发生的混淆是在消费者考虑购买的时候,这个时间很难确定,因为我们无从知晓购买者是从什么时候开始考虑购买商品或者服务的;购买时是一个确定的点,通常指的是在商店发生购买行为的那一刻。而购买后是指消费商品或者服务之时或者是在其他消费者看到商品的时候。<sup>[18]</sup> 售后混

[16] 当然,在现实生活中,我们更多的是在商标混淆案件中运用消费者调查问卷证据。在我国目前的商标诉讼构成中更是如此,因为“其他含义(第二含义)”和“通用名称”对我国商标法律制度来说是一个比较新的概念。而关于第二含义和通用名称的情况,有时也会出现在商标注册程序中。正因为如此,本文以商标因近似而引起混淆的情况为基本论述类型。

[17] 美国著名的抽样调查专家指出,要想让法院认可并充分考虑调查问卷的证明效力,调查必须满足下列 8 个标准:选取相关范围的被调查者;从相关范围的被调查者中抽取代表者;使用公平、适当的询问方式;设计和进行调查的人是承认的专家;精确汇总数据;抽样计划以及实施等调查方式符合普遍接受的客观程序以及调查领域的统计标准;调查独立于涉案律师;调查者经过培训,不知道案件事实情况,并且不知道调查目的。参见 Jacob Jacoby, *Survey and Field Experimental Evidence*, in Saul M. Kassain and Lawrence S. Wrightsman, *The Psychology of Evidence and Trial Procedure*, Sage Publications, Beverly Hills, California 1985, at 178 fn. 6。笔者认为, Jacoby 教授的这种归纳实际上也是从 4 个方面总结的。

[18] 参见 Malla Pollack, “Your Image is My Image: When Advertising Dedicates Trademarks to the Public Domain—With an Example from the Trademark Counterfeiting Act of 1984”, 14 *Cardozo Law Review* 1391 (1992-1993), p. 1470。

淆也很难确定,因为我们无法确定购买行为发生后混淆的结束时间。<sup>[19]</sup>此外,还可以从空间意义上分析混淆,据此将其区别为购买者发生的混淆和非购买者发生的混淆,它解决的问题是,与购买者有联系的那些消费者发生的混淆是否具有可诉性。也就是潜在的消费者或购买者发生混淆是否构成商标法意义上的混淆问题。<sup>[20]</sup>美国法院认为,发生混淆的主体不限于商品的直接购买者,与直接购买者相关的人如果发生了混淆,同样构成侵权,这就是美国司法实践提出的二次混淆概念。二次混淆原则扩大了消费者的范围,即使直接购买者非常清楚商品真正出自何处,但看到购买者手中商品的第三人仍然不能分辨商品真正来源的,混淆也成立,视为二次混淆。尽管二次混淆原则并非为所有的法院都接受,<sup>[21]</sup>但依据此原则判定侵权的判例已越来越多,它对商标和反不正当竞争也越来越具有影响力。例如,1987年,美国第11巡回法院就 U. S. v. Torkington 案做出判决时指出,判断假冒商标是否成立,并不要求证明直接购买者发生了混淆、误认或者上当;如果能够证明购买群体的成员可能发生混淆、误认或上当,假冒就成立了。混淆的可能包括商品销售以后发生混淆的可能。<sup>[22]</sup>这样,事实上,消费者或使用以及可能的消费者或使用都具有了相关性特征。

我国商标法、司法解释和《商标审查标准》中,在判定是否发生混淆时,关于主体的规定频繁地使用了“相关公众”一词。而对“相关公众”这一概念进行定义的是2002年10月发布的《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》(以下简称“《解释》”)以及2003年4月17日中华人民共和国国家工商行政管理总局第5号令发布的《驰名商标认定和保护规定》(以下简称“《规定》”)。《解释》在第8条规定,“商标法所称相关公众,是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。”《规定》在第2条明确,“本规定中的驰名商标是指在中国为相关公众广为知晓并享有较高声誉的商标。相关公众包括与使用商标所标示的某类商品或者服务有关的消费者,生产前述商品或者提供服务的其他经营者以及经销渠道中所涉及的销售者和相关人员等。”可见,《解释》和《规定》对于相关公众的定义本质上没有什么区别。2006年3月,《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》第10条还明确了在确定相关公众时应考虑的因素,“在确定相关公众时,应当考虑商品性质、种类、价格等因素对其范围及其注意程度的影响”。法院在判决中经常以“相关公众”作为混淆的判断主体,但很多判决对其并不进行明确解释。笔者所见对“相关公众”所做的非常具体明确的司法个案解释是(日本)丰田自动车株式会社诉浙江吉利汽车有限公司等侵犯商标权及不正当竞争纠纷案(以下简称“丰田案”)一审民事判决。该判决指出,“本案涉案产品为汽车,与其相关的消费者应指汽车的购买者或使用,与其相关的经营者应指经销、提供汽车维修和其他服务的经营者,因此,本案中,相关公众应指汽车的购买者或使用以及经销或提供汽车维修和其他服务的经营者。上述消费者包括有购买计划的潜在消费者、正在实施购买行为的消费者、购买后的消费者和使用……”<sup>[23]</sup>仔细分析这个判决,我们不难看出,法官实际上已经采用了从时间意义上和空间意义上分析混淆的方法。从时间序列上说,混淆包括在“有购买计划的”(购买前)、“正在实施购买行为的”(购买时)和“购买后的”(售后)消费者那里发生的混淆;从空间角度来看,混淆的发生不仅限于直接购买者,还包括“潜在的消费者”和“使用者”。由此看来,美国和我国的司法实践

[19] 参见 Warren S. Grimes, Spiff, “Polish, and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited”, 80 *California Law Review* 815 (1992)。

[20] 有关如何从时间和空间角度分析混淆的意义,及其这种分析对司法实践的影响,可参见 Shashank Upadhye, “Trademark Surveys: Identifying the Relevant Universe of Confused Consumers”, 8 *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 549 (1997-1998), pp. 564-578。

[21] 例如,美国第9巡回法院在 Smith v. Chanel, Inc. 案中认为,只要香水的生产者在产品和宣传中所做的标识和表述不会导致购买者错误地认为那就是香奈儿五号,就不构成侵权(见 402 F.2d 562)。该案中,法院不接受二次混淆原则的适用。

[22] 812 F.2d 1347, 1349. 该案涉及的问题是,以 27 美元的价格购买带有 Rolex 标志的表的人,非常清楚自己所购买的表是赝品,直接购买者不可能发生混淆或者误认,因此严格意义上说不构成商标法上的混淆。但法院认为,销售后,看到该表的其他人无法分辨真假,这同样是商标假冒。相同的案件还可参见 U. S. v. Gantos, 817 F.2d 41。

[23] 中华人民共和国北京市第二中级人民法院民事判决书(2003)二中民初字第 06286 号。

在认定相关性特征主体范围方面,没有什么实质区别。

在确定相关性时,最致命的错误是对象范围完全不相关或者不相关。在 *Amstar Corp. v. Domino's Pizza Inc.* 案中,就是因为调查对象不具有相关性,法院没有采纳问卷调查证据。该案中,原告在糖、盐、胡椒、芥末、调味番茄酱等各种调料制品上多年使用“多米诺”(Domino)商标,被告则在自己经营的快餐比萨上使用“多米诺比萨”(Domino's Pizza)商标。原告认为被告的行为构成商标侵权和不正当竞争。作为诉讼主张的证据,原告组织了消费者调查。调查对象为在美国 10 个城市中主要负责购买家庭食品的主妇。地点为这些主妇的家里。调查者把多米诺比萨的盒子给她们看,问她们是否认为做比萨的这家公司也做其他产品。如果回答是肯定的,就再问她们“你认为这家生产比萨的公司还生产什么商品”? 第一个问题给出肯定回答的人中,71%的人回答第二个问题时,其答案都是“糖”。<sup>[24]</sup> 法院认为这个调查确定的对象范围不具有充分的相关性。被调查的人必须能够充分代表与纠纷相关的那些人的意见。要使调查对象具有相应的相关性就应该包括那些最可能购买涉案商品或者服务的人。在抽样调查的 10 个城市中,有 8 个没有“多米诺比萨”的销售点,而另外两个城市的销售点也刚刚开业不到 3 个月。另外,调查对象主要是白天待在家里的妇女,她们购买的东西主要是食品日杂。原告的糖制品主要在日杂店销售,调查对象会经常接触到原告的商标,但是很少接触到被告的商标。而且,调查忽略了被告主要的客户:年轻、单身、男性大学在校生。<sup>[25]</sup>

确定对象相关性时又会出现另外两种可能,一种是将对象范围定义得过窄,一种是将对象范围定义得过宽。以针对某女性化妆品所做的调查为例,如果调查对象仅仅是该化妆品的订购者,则范围明显过窄;如果把调查对象放到所有的女性,则范围会过宽,因为青少年和老年人不宜用这种化妆品。但前者的错误是致命的,调查只能重新进行;后者的错误可以得到修正,调查者可以将不适宜人群从结果中剔除出去。

接下来的问题是抽样问题,抽样必须具有代表性。相关性和代表性需要结合起来考察。如果相关性要求放宽,就必须严格抽样的代表性,否则数据调查结果就无法反映真实的情况。抽样所属的群体越接近商品或服务,则抽样所需数量就越少,抽样本身所受代表性要求越低。举例来说,如果调查针对的是文具中的彩笔,则小学生这一群体就具有很强的相关性特征,因此,可能所有城市中的适龄儿童都具有相当的代表性,而不需要再进行其他附加条件的限定。但如果将所有学生定义为相关对象,则在抽样中必须附加严格的条件——曾经在调查前不长的一段时间内使用过彩笔的学生。当然,抽样的选取并非是一件容易的事情,在 *Jellibeans Incorporated v. Skating Clubs of Georgia, Inc.* 案中,<sup>[26]</sup> 原告提出消费者调查证据表明,96%的人听说过 Jellibeans,而这些人中的 48% 都认为 Lollipop 旱冰场和它有关系。被告反对将调查结果作为证据,认为调查具有设计缺陷,因为抽样调查的 214 个人年龄大约在 12 - 24 岁之间,他们在过去的一年里都溜过冰,调查地点是 Jellibeans 和 Lollipop 之间的购物中心。<sup>[27]</sup> 仅仅调查 6 个购物中心的 12 - 24 岁之间的溜冰者并不提供一个真正代表意义的抽样。因为溜冰并不仅仅限于经常光顾购物中心的这个年龄段的人。<sup>[28]</sup>

抽样代表性是从质的角度对抽样做出的要求,而从数量上分析,抽样还必须具有充分性。也就是必须

[24] 615 F.2d 252 (C. A. Ga., 1980), 263.

[25] *Amstar Corp. v. Domino's Pizza, Inc.*, 615 F.2d 252(C. A. Ga., 1980), 264.

[26] 该案具体情况如下,1979年11月,Jellibeans, Inc.公司在佐治亚首府所在地亚特兰大开了一个叫做Jellibeans的旱冰场,并在电台、电视台和新闻中做了大量的广告,它大范围的广告投入以及使用糖果的名字做旱冰场的名称在亚特兰大旱冰场中独具特色,并在一开始就取得了成功。佐治亚滑冰俱乐部公司在亚特兰大地区经营六个旱冰场,在1959年建立了第一个旱冰场,其后陆续开了5个,每个都以滑冰俱乐部为名,在前面加上其经营的具体地区。1980年初,它在离Jellibeans旱冰场8-9英里的地方,新建了一个以“Lollipop”命名的旱冰场。原告认为被告使用“Lollipop”构成消费者混淆,要求法院禁止被告使用这一服务商标。参见716 F.2d 833 (C. A. Ga., 1983), 835-836.

[27] 716 F.2d 833 (C. A. Ga., 1983), 837.

[28] 不过,在该案中,尽管被告因抽样的代表性不足而提出异议,但法院认为,这个调查的确在一定程度上反映了人群中的一部分是发生了混淆的,而这部分人是Jellibeans的主要客户,因此,即使调查有缺陷,也仍然具有证明力。参见716 F.2d 833, (C. A. Ga., 1983), 846.

针对足够多的有代表性的抽样做问卷调查,抽样数量太少,偏差就大,就无法反映整个对象范围的心理认知状态。在安海斯—布希公司诉中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠纷案(以下简称“布希案”)中,<sup>[29]</sup>原告提交了一份啤酒包装在中国市场的认知情况调查报告。该证据显示,有关调查系北京精诚兴信息有限责任公司(简称精诚兴公司)采用随机调查方式完成,精诚兴公司的访问员根据调查问卷向北京市、上海市、广州市三地共900名被访问者提出问题,并记录答案,并由公证人员确认问卷,制作工作记录,后公证人员对结果进行计算、核对,制作了工作记录。针对该调查问卷的证明效力,商标评审委员会认为,安海斯—布希公司所提交的调查机构在中国内地、中国台湾、中国香港及韩国进行了调查问卷和分析报告,但由于其调查对象数量较少,加之该调查机构为受单方委托,因此,其证明力较弱,尚不足以证明被异议商标与引证商标在普通消费者以一般注意力进行观察时将产生混淆误认。而且该案调查对象只有900人,相对于中国庞大的啤酒消费人群,这个数字的确是太单薄了。

## (二)调查设计问题必须科学、合理、不误导调查对象

调查问卷的问题设计必须能够让被调查者以自己的真实想法回答问题,这首先要求,问卷为被调查者提供多种可能的回答方式,让其自己设计自己需要的答案;同时,避免问题的总体设计引导消费者给出自己需要的答案。给消费者过多的线索,提示其向某个方面思考,即使这最终得出了调查者所需要的结论,却会从根本上颠覆调查的证明力。因为这样得出的结论很难说具有客观性。问题必须与争议的问题或者事实相关,但是又不能具有引导性。在商标近似问题中,最忌讳也最常见的问题是文字联想问题。因为争议商标之间本来就应该具有某种相似性,否则争议不会发生。如果在调查中将这种相似性首先扩大化,则法院很容易就会认定,调查结果的得出不是来自于消费者自己的真实认识,而只是消费者做出的文字或图形的直接比对结果。在前述 *Amstar Corp. v. Domino's Pizza Inc.* 案中,这个问题充分地显现出来。调查的参加者面对“多米诺比萨”商标,很容易由于“多米诺”而联想到“多米诺”糖制品。<sup>[30]</sup> 因为迷惑和误解是人的一种存在状态,是不可避免的,商标法上的混淆是人的精神意识中的一种联系,和自然的、本能的混淆不同。要把二者区别开来。<sup>[31]</sup> 在 *Holiday Inns, Inc. v. Holiday out In America* 案中,也出现了文字联想的问题。原告是美国知名的汽车旅馆经营者,在美国各处经营连锁“Holiday Inns”汽车旅馆;而被告是经营野营器具的公司,其商标为“Holiday out”。原告提出诉讼请求后提出了消费者调查证据,但法院认为这种证据的证明力很弱,因为调查受文字联想的影响。由于原告狂轰滥炸式的广告宣传,使得公众将 holiday 自然地与 Holiday Inns 联系在一起,在消费者调查中,由于没有分清究竟有多少人是因 Holiday 一词而认为 holiday out 是与原告的 Holiday Inns 联系在一起的,所以,调查的证明力就很弱。<sup>[32]</sup> 如何避免这类问题呢?在 *Exxon Corp. v. Texas Motor Exchange of Houston, Inc.* 案中,Exxon 公司对问卷调查问题的设计使其成功地绕开了这个地雷。它的调查是向被调查者提供被告公司使用的 Texon 标记的照片,然后向被调查者提出两组问题:

1(a)看到这个标志你首先想到的是什么? (b)标志中的什么东西让你做出这种判断?

[29] 该行政诉讼因商标异议裁定而产生,商标异议针对的是行政诉讼中的第三人,捷克的布维斯布德伟国家股份有限公司(National Corporation, Budweiser Budvar, Enterprise National)于1997年8月26日向商标局申请“Budejovicky Budvar及图”商标,该商标指定使用在啤酒商品上,商标局予以初步审定并公告。安海斯—布希公司分别于1974年4月25日、1979年4月25日向中华人民共和国工商行政管理总局商标局(简称商标局)申请后核准注册了“BUDWEISER”商标和“BUD”商标,核定使用的商品为啤酒。安海斯—布希公司认为布维斯布德伟公司的“Budejovicky Budvar及图”商标容易造成与其申请注册的BUDWEISER商标和BUD商标混淆,因此向商标局提出异议。商标局裁定该异议不成立,并注册了被异议商标。安海斯—布希公司又向商标评审委员会申请复审。在异议复审过程中,安海斯—布希公司提交了调查报告证据和消费者调查问卷证据。商标评审委员会驳回其异议。原告起诉到北京市第一中级人民法院。该案有关情况,请参见中华人民共和国北京市第一中级人民法院行政判决书(2005)一中行初字第958号。

[30] 615 F.2d 252 (C. A. Ga., 1980), 264.

[31] *Reed—Union Corp. v. Turtle Wax, Inc.* 77 F.3d 909 (C. A. 7 (Ill.), 1996), 912.

[32] 481 F.2d 445 (C. A. 5, 1973), 488.

2(a)你看到这个标志首先想到什么公司?(b)标志中的什么东西让你做出这种判断?<sup>[33]</sup>

问题的(b)部分成功地消解了文字联想带来的负面影响。法院不得不承认该调查证据具有相当的证明力。

### (三)调查人员应该具有专业素质,调查以普遍接受的方式做出

设计和组织调查实施的人被称为专家。一般来说,他们必须具有市场营销和统计学的相关知识。专家除了需要具有市场营销和统计学方面的教育背景以外,还必须在调查方法、调查抽样、统计分析、调查问题设计等方面表现出已经掌握相当的知识和经验。随着专业分工的发展和社会对问卷调查需求的增大,问卷调查现在主要由专门的公司等组织完成。但是,由于争议涉及的具体问题不同,不同争议中的调查对专业的要求也不同。调查的不同阶段对专业的要求也不一样。在问题设计阶段,对专业的要求比较严格,但将设计好的调查付诸实施,则不要求太高的专业水准。在前述 *Jellibeans Incorporated v. Skating Clubs of Georgia, Inc.* 案中,被告滑冰俱乐部称,原告提交的消费者调查证据不能采用,因为它存在技术问题,其中包括调查者没有经验。法院认为,调查者都是大学高年级的学生,他们的专业就是市场营销,在调查课中的成绩都非常高。而且在调查进行前他们还就如何进行调查操作进行了 90 分钟的培训。最后是要求这些调查者问被抽样人一些问题,然后如实记录他们的回答。这似乎并不超出“没有经验的调查者”的能力范围。<sup>[34]</sup>

“调查以普遍接受的方式做出”包含很多内容,首先,调查方法必须与相应的市场情况相符合。在 *Simon Property Group L. P. v. mysimon, Inc.* 案中,原告 Simon Property 以大型购物中心从事零售业,而被告在网络空间以 *www.mysimon* 为消费者提供商品销售信息服务。原告提交了一份消费者问卷调查证据,证明消费者就原被告的主页发生混淆。但法院认为,问卷调查和市场情况不符,因为调查者先出示给被调查者被告的主页图片,问其“对这个主页提供的什么服务可能感兴趣”;然后收回,再向被调查者出示原告的主页,问同样的问题。然后把两张卡片全部收起,问被调查者:“你是否认为刚才出示的两个主页(a)来自于两个不相干的公司或者机构;(b)来自一个公司或机构;(c)相联系的两个公司或组织;或者(d)不知道?”如果回答的是前三项,调查者会继续问被调查者为什么会这么说。法院认为,这种调查方式歪曲了市场具体情形,因为被调查者完全可能在互联网上同时遇到两个标记。<sup>[35]</sup>

调查方式的适当性还包括调查者必须以同样的方式对被访者进行调查询问,不能向被访对象披露调查是为谁做出的,是因何而做的。在 *Toys R Us, Inc. v. Canarsie Kiddie Shop, Inc.* 案中,原告实施的问卷调查中存在诸多不当,因此法院认为,其调查报告证据不能采信。其调查方式的不当主要表现为,组织调查的负责人根本不知道具体的调查人员是如何实施调查的,也不知道他们是否是按照指导的要求进行的;调查人员不能知道调查是为谁做的,但是其中一个调查人员接到指示说,调查不能在 Toys R Us 所在的那条街上进行;在对调查进行介绍时,有一个调查人员小声地对另外一个说,这个调查是为 Toys R Us 做的;在做调查时,其他等候参加调查的人完全能够听到前面的人接受的问题是什么,是如何做出回答的,但是,调查人员还是紧接着对他们提出了相同的问题,并让他们提交了自己的答案。<sup>[36]</sup> 调查方式的这些缺陷导致法院最终没有采纳调查问卷证据。尽管调查方式的缺陷不像调查对象范围那样,相对于调查证据来说具有根本意义,它主要影响证据的证明力,但是如果调查实施中存在的缺陷太多,则很难说服法院接受这种证据。

### (四)调查数据分析必须科学,调查结论有充分的数据支持

调查数据分析方法在设计调查问卷的时候实际上就已经确定。这涉及统计学的一些知识。因此,这也和要求调查由具有专门知识的人来组织和负责相关。如果调查是由专家组织做出的,选择的抽样是相

[33] 628 F.2d 500 (C. A. Tex., 1980), 507.

[34] 716 F.2d 833 (C. A. Ga., 1983), 844.

[35] 104 F. Supp. 2d 1033 (S. D. Ind., 2000), 1041.

[36] 559 F. Supp. 1189, (D. C. N. Y., 1983) 1203, 1204.



关公众中具有代表性的对象,调查的进行也完全按照该领域的专家认可的程序来进行,调查数据分析是按照统计学原理做出的,最后的关键问题就是,究竟达到什么样的比例,才能支持自己的主张。以混淆为例,单纯从数字比例来衡量,多少调查对象发生了混淆认识才可以判断混淆成立?这要和相关性以及代表性结合在一起判断。一般情况下,15% - 20%的比例就可以证明主张成立。<sup>[37]</sup>但是,如果选择抽样的范围太窄,则需要非常高的比例。例如在 *Kinark Corp. v. Camelot, Inc.* 案中,所有的调查对象都在调查进行的前一年住过原告的宾馆,他们认为原告和被告之间的服务商标发生混淆的可能性很高,因此比例高达 21% 也不足确认。<sup>[38]</sup> 在 *Vision Sports, Inc. & Vision Street Wear, Inc. v. Melville Corporation* 案中,被告提出了一个问题,原告进行的调查针对的对象都是 10 - 18 岁在特定地点参与溜冰板或者越野自行车展览的人,而这些人调查进行前的几年里都读过针对溜冰或者越野爱好者发行的杂志。如果把调查群体扩大到购买运动服装或者户外活动服装的所有 15 - 25 岁消费者的范围,则能够识别出 VSW 的人的比例肯定会小。<sup>[39]</sup> 但是,在本案中,因为原告调查结果高达 81%,即使是在这个比例基础上打很大的折扣,我们仍然可以认为发生混淆的消费者比例是相当高的。所以,最后法院还是采信了这个证据。

比例的大小影响的是证据证明力,它关系的是法院在多大程度上接受调查结果,而不会根本上影响调查能否被作为证据采用。同时,如果有其他证据做补充,一个很小的比例也可能被法官接受。在豪夫迈一罗须控股公司诉中华人民共和国工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠纷案(以下简称“罗须案”)中,虽然原告提供的调查证据表明:“513 例受访者中有 322 例(63.3%)购买过‘散利痛’,222 例(43.3%)购买过‘散列通’,64 例(12.5%)两牌子均购买过,33 例(6.4%)购买者表示‘分不清购买的是哪个牌子’”,尽管分不清购买哪个牌子的调查者不到 7%,北京市第一中级人民法院还是认为,“散列通”与“散利痛”标注的商品相同,均用于西药,两标识的文字组合顺序与形式相同,字音、字形上,“散”与“散”相同,“列”与“利”;“通”与“痛”相近,二者整体读音相近似。综合这些因素,可判定两者构成近似。<sup>[40]</sup>

### 三 消费者问卷调查证据在我国商标纠纷中的发展前景

目前,随着市场经济的推进,我国调查服务行业获得了发展。在相关的案件中,我们逐渐遇到了“调查有限公司”、“调查集团”。<sup>[41]</sup> 但商标纠纷中,消费者问卷调查证据并没有在实践中获得广泛的应用。

首先,运用这种证据的主体有限,在纠纷中提出这种证据的多是外国公司。例如,前述布希案中的安海斯—布希公司,丰田案中的丰田公司以及罗须案中的罗须控股公司。这是因为外国公司受其本国诉讼文化的影响,接受并认可这种证据。同时,能够进行跨国经营的公司也有组织进行问卷调查的经济实力。

其次,我国法院并不欢迎这种证据,从两个典型案件的判决中,我们能够发现并总结出这一点。例如,在丰田案一审民事判决中,法院指出,原告和被告提出的调查证据“系单方委托进行的调查”,且不符合商标近似性判断法定要件以及我国商标法律关于“相关公众的”要求,故本院不予采纳。在布希案中,精诚兴公司进行的调查系由安海斯—布希公司单方委托完成,在问题的设置、顺序安排等方面仅体

[37] 参见 *RJR Foods, Inc. v. White Rock Corp.*, 603 F.2d 1058 (C. A. N. Y., 1979), 1061。

[38] 548 F. Supp. 429 (D. N. J., 1982), 445 - 446。

[39] 该案原告使用了一种 VSW 商标,其构成为:在成直角的黑色背景之上是白色印刷字体的 WEAR,在它的上面是黑色印刷字体的 STREET,再上面是红色大印刷字体的 VISION。被告的商标是 STREET CLOSED,其构成是黑色背景之上以白色印刷字体出现的 CLOSED,其上是以红色大印刷字体出现的 STREET。原告请求法院禁止被告出售带有同样设计的商标的服装。参见 888 F.2d 609 (1989), 611, 615。

[40] 该案原告罗须公司经营散利痛(Saridon)药品,而行政诉讼的第三人是西南药业公司,它注册获得了“散列通”商标,罗须公司认为该商标与“散利痛”近似,造成消费者混淆,应该予以撤销。罗须公司提交了证据,包括分别来自北京、上海、重庆、广州四地公证处就上海零点市场调查有限公司所做的上述两品牌比较调查问卷活动进行的现场公证及上海零点市场调查有限公司对调查结果所做的《统计分析报告》等。见中华人民共和国北京市第一中级人民法院行政判决书(2005)一中行初字第 677 号。

[41] 例如,丰田案中的“北京勺海调查有限公司”、“零点调查集团”。见中华人民共和国北京市第二中级人民法院民事判决书(2003)二中民初字第 06286 号。

现了安海斯—布希公司的意志,客观性不能保证。法院也未采纳。<sup>[42]</sup> 问题的焦点似乎集中到单方委托与客观性的冲突上,而解决这个问题最直接的办法就是法院的介入。其实,法院介入调查的想法在美国一直存在。例如,在 *American Luggage Works v. United States Trunk Co* 案中,法院拒绝采纳针对 29 个调查对象进行的消费者调查证据,并对今后的案件提供了指导性意见。法院指出,在提供公共意识调查或者类似的问卷调查证据的时候,首先遇到的问题是相关群体范围适当、选择抽样、专家或调查者合格、调查询问方式以及被调查人自己构思答案的自由度。通常情况下,当事人自己不会就这些问题达成一致,这时,也许应该让他们在庭审前进行讨论,法院可以发出适当的命令。另一方当事人可以就调查形式、方式和问题设计提出自己的反对意见。让法院在进行全面审理以后对另一方当事人提出的反对意见进行处理,远不如让它在庭审前进行处理经济和方便。<sup>[43]</sup> 后来有学者主张,由独立的专家进行调查,以此保证调查的客观公平性。<sup>[44]</sup> 也有学者主张,当事人双方就调查的基本安排达成一致后,在调查进行前将问题提交法院。<sup>[45]</sup> 即使是 20 世纪末,要求司法介入问卷调查的声音仍然很强,在 *Indianapolis Colts, Inc. v. Metropolitan Baltimore Football Club Ltd. Partnership* 案中,波斯纳法官就提出,“很多专家的科学结论向着掏腰包的那一方当事人倾斜……司法对于有偏见的专家证言的限制很弱,因为法官(陪审员更是如此,虽然在商标案件里不是这样)不具备相关领域的专门知识。这是我们的制度。改善的方法是要求每方当事人聘请的专家把调查交给法院指定的中立的第三方专家来做”。<sup>[46]</sup> 普通法的诉讼实行对抗制,奉行当事人主义;而包括我国在内的大陆法系国家实行纠问制,奉行的是职权主义。具体到诉讼证据的调查和采集问题上,在当事人收集或者提供证据出现困难的情况下,法院可以依职权进行调查取证。这样,从体制上说,法院介入问卷调查,甚或由法院主导进行问卷调查并不存在问题。但是,如果在商标诉讼中,让法院过多地介入问卷调查的技术问题,司法程序就会转变为组织进行市场调查和分析调查结果。因此,笔者认为,法院的介入应主要限于三个方面,一是选择中立的调查专家或者组织;二是帮助当事人确定相关公众的范围;三是在全面进行庭审前,协调当事人确定问题设计。从这三个方面来保证调查结果的客观性、科学性,同时避免当事人无谓地消耗财力进行不具有多少证据价值的问卷调查,又不会给法院造成过多的工作负担。

消费者问卷调查证据在我国的发展空间很大,这有赖于调查机构专业水平的提高,社会公众对问卷调查的认可和严肃对待的态度,当然,最关键的还需要司法的引导,司法应认真地对待它,并引导其向着科学、客观的方向发展。

---

[ Abstract ] Trademark disputes involve consumers' knowledge about specific trademarks and consumer questionnaire survey is the direct evidence of such knowledge. However, a variety of factors affect the objectivity of such survey. As a result, evidence collected are not playing the key role they should have played in resolving trademark disputes. In the U. S., consumer questionnaire surveys have been excluded from evidence for a long time because of the hearsay evidence rule. China should pay more attention to such questions as how to determine the scope of survey targets, selection of surveyors, the generally accepted survey procedure and the analysis of the data in a scientific way.

---

(责任编辑:支振锋)

[42] 见中华人民共和国北京市第一中级人民法院行政判决书(2005)一中行初字第 958 号。

[43] 158 F. Supp. 50 (D. C. Mass. 1957), 54.

[44] Michael D. Bernacchi, "Trademark Meaning and Non-partisan Survey Research: A Marriage of Necessity", 30 *Administrative Law* 447 (1978).

[45] Jack P. Lipton, "Trademark Litigation: A New Look at the Use of Social Science", 29 *Arizona Law Review* 639 (1987), 662.

[46] 34 F.3d 410 C. A. 7 (Ind.), 1994, 415.