

商标侵权案件中的混淆判定及执法认定研究

◆杨世松

(江西理工大学, 江西 赣州 341000)

【摘要】商标混淆行为如何认定,在侵犯注册商标专用权案件中,一直是个难点。这是因为对近似商标在混淆行为中的使用的认定,本身就带有一定的主观色彩。2020年,国家知识产权局出台《商标侵权判断标准》,对商标混淆内容、判定标准、适用法律等问题进行了明确界定,为商标侵权执法及司法案件提供了参考依据。

【关键词】商标;侵犯注册商标专用权;商标混淆;商标侵权判断标准

商标侵权中如何认定商标混淆是个难点。一直以来,由于认定标准模糊,学术界对混淆的认定与证明都有不同的看法。对于基层商标监督管理部门而言,依据《商标法》第五十七条第(二)款对商标侵权行为进行查处,最大的难题就是混淆判断。为此,国家知识产权局出台了《商标侵权判断标准》,其中对商标混淆的认定,也做了不少规定。本文在借鉴相关理论成果和《商标侵权判断标准》规定的基础上,对商标混淆判断与证明问题进行了探讨,以期在司法实践中认定商标混淆提供一定的参考意见。

一、商标侵权中混淆的含义

混淆一词的字面解释是把一件事错当成另一件事。商标侵权行为中的混淆含义,是指两个商标在整体上或局部上有相似之处,会造成消费者混淆、误认或产生错误联想,可能使原商标权利人的商业利益受到损害。

二、公众混淆商标的原因

商标是在商品或包装上雕刻或印刷,以区别于其他类似商品的标志或标记。商标一般由汉字组成,也有英文字母,也有图形。公众之所以对商标产生混淆,主要是因为两个商标在外观上是一样的或者是差不多的,足以造成一般消费者的误解。在司法实践中,相同商标比近似商标更容易判断,相同商标在外观上基本没有区别,公众的视觉感知足以将两个商标误认为相同,造成公众混淆。类似商标造成公众的混淆,主要基于以下几个方面的因素。

(一)外观近似

商标外形相似主要是指商标形状的相似性,英文字母的组成方式,图案的组成方式。商标字符的字形相似,主要体现在汉字的结构和外观以及汉字的构成顺序上,这是最普遍存在的易造成公众混淆的相似。类似的字体还有“康师傅”和“康帅傅”,以一字之差引起公众的模糊混淆。也有改变汉字或者字母的排列顺序产生相似性,如“特步”和“步特”等。如商标“HERD”与知名钢笔品牌“HERO”只有一个字母之差。也有在字母上改变字母来起到混淆的

目的。

(二)读音相同

有时涉案商标在外观上与注册商标差别很大,但读音相同,也会造成消费者的混淆。这种读音既可以是中文的读音差别,也可以是英文读音的差别。也有利用中英文翻译造成的混淆,比如知名商标“New Blance”和中文“新百伦”。读音相似的商标品牌易在广告中通过读音造成消费者的混淆,从而影响到消费者潜意识的判断。

(三)商品类别

所有注册商标都有使用许可类别,因此,被诉侵权商标的使用范围可能与该注册商标的许可使用范围重叠,进一步增加了公众混淆的可能性。在具体的司法实践中,法官会参考国际通用的商标注册,用商品与服务分级和同类商品与服务分级来考量,但这并非判定的唯一标准。还需要根据案件的具体情况,考虑货物是否具有竞争力,产品是否相关,产品的销售区域等因素。

三、司法实践中混淆认定标准

《商标法》根据《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》第十条的规定,商标混淆的认定需要以有关“公众的普遍关注”为标准,并充分考虑注册商标的显著性和知名度来确定商标相同或者近似。

但对于什么是“公众普遍关注”,司法解释没有详细规定。笔者认为,确定公众是否“混淆”与注册商标有关的商标,主要依据是两个商标在客观上是否相同或相似。因为客观事物在具体的司法实践中,对法官的判断和把握更为方便。但是,如果过分依赖商标外观的客观属性,忽视公众对商标外观的主观困惑,将不利于健康的市场竞争和中小企业的健康发展。因此,确定“迷惑性”要兼顾客观和主观两方面。因此,笔者主张以客观因素为主、主观因素为辅,作为商标是否构成混淆的判断标准。

(一)客观因素

商标侵权混淆的前提是商标相同或相似,客观上要考虑

以下因素：(1)涉及的商标是否有商标所有人。要看原告提交的是否是注册商标证书、证书有效期、授权合同等文件，以确定商标权利人所主张的商标是不是注册商标、商标权利人是不是原告、商标是不是有效期内等内容。是否允许侵权人使用，这是判断商标侵权的前提。(2)所涉商品的类别。一是确定涉案商标的批准使用类别是否与注册商标类别一致或近似。商品类别主要参考商标注册分类和服务分类两大类。如果处在类似商品和服务的分类中，则可判定类似商标有一定的相似性。(3)商标外观是否存在字体相似、读音相似、含义相似、图形构成相似、颜色相似，或其元素组合后整体结构相似的问题。(4)商标知名度和显著性，主要考虑注册商标的地理影响、市场份额和消费者意识。这个虽然有一定的主观性，但也可以通过一些客观的外在表现来判断。如商标所有人利用商标创造商品的销售财务情况，广告宣传投资情况等。商标的显著性可以通过侵权人是否在其商品的外包装或者商户门面上突出使用来判断，如使用了姓名的大字体，就是有意识突出显示。

(二)主观因素

主观因素在认定商标混淆中的难度高于客观因素，主观因素的不确定性很大，这也增加了法官的自由裁量权，容易产生同案不同判的现象。主观因素的忽视，将对裁判结果的公正性提出挑战。主观因素包括两个方面，一是侵权人是否存在恶意使用的故意，这是侵权人的主观故意；二是市民普遍关心的商标使用问题。侵权人的主观意图也可以通过客观事实来判断，如侵权人使用商标的时间与所有人使用的时间先后，侵权人使用商标的商品类别，侵权人是否突出使用侵权商标，侵权人是否利用商标获利等因素，来衡量侵权人是否具有主观故意。

公众的普遍关注是指普通消费者在日常购买商品时，区分不同商品的能力。这种鉴别是因人而异的，不同的人普遍重视的广度也会不一样。谨慎小心的人通常注意力集中度较高，而粗心的人注意力集中度较低。因此，当考虑到公众的普遍关注时，有必要综合考虑公众购买的商品价格与知名品牌的价格有很大的差别。如果差别太大，消费者不容易混淆；反之，如果差别太小，消费者就容易混淆。

公众用于区分商品的时间也应考虑在内。对于日常百货公司来说，由于消费者经常购买商品，因此，他们花在购买商品上的时间较少，这很容易造成混乱。但对于价格不菲的品牌，消费者购买的时间会更长，混淆的可能性也会减少。

四、认定“容易导致混淆”造成的混淆事实

《商标法》中的“容易导致混淆”泛指商标与其他商品或服务具有较高的相似度，可能使消费者混淆这些商品或服务与注册商标所对应的商品或服务。在判断是否需要引起

混淆事实时，需要考虑以下几个方面的因素：(1)商标本身的独特性：如果商标本身已经具有了足够的独特性，那么即使与其他商品或服务存在相似之处，也不会造成混淆事实。

(2)商标使用的情况：如果商标仅仅是在某个特定的商品或服务上使用，而没有在其他类型的商品或服务上使用过，那么该商标本身并不会导致混淆事实。但是，如果商标使用范围广泛，涉及多种商品或服务，那么就需要根据实际情况来进行评估。(3)消费者的认知：如果消费者能够将注册商标所对应的商品或服务，与其他商品或服务进行准确的区分，那么，就不会引起对事实的混淆。但是，如果消费者无法准确区分这两个商品或服务，或者存在模糊不清的认知，那么商标就存在混淆的事实。

综上所述，是否会造成混淆事实，应该从商标本身的独特性、使用情况以及消费者的认知等方面进行全面评估。

五、判断“容易导致混淆”必须综合考量各方因素

笔者认为，要根据“混淆理论”准确判断商标侵权，首先要充分考虑三个基本因素，即：(1)商标的相似性；(2)商品或服务的类似性；(3)相关公众的关注和意识。一般而言，在同一类别的商品中，两个商标的相似度越高，相关公众就越不重视，就越容易产生混淆。在正常情况下，执法人员可以根据“类似商品和服务分类”“商标审查和审理标准”和“商标侵权判定标准”对上述三个因素做出准确的判断和考虑。

尽管注册商标的显著性、知名度，商品或服务的特性，商标的使用方式等也会影响对“容易导致混淆”的判断，但笔者认为这两方面的因素都属于更深层次的考量。特别是考虑到注册商标的普及性，要求权利人提供更多的证据，如商标使用、广告、评估等，这在一定程度上增加了权利人的举证责任。所以，执法人员在考虑各种可能造成混淆的因素时，一定要把握适度的原则。

六、执法中对商标相似性的认定

(一)判断商标是否相同或者近似

商标相似与商标相同的比较，是判断侵权行为的前提和依据，也是判断标准的一个核心问题。在商标侵权执法实践中，要综合造成商标认定的客观和主观因素，来判断商标的相同或者近似。整体外观是否相似，如字母、数字、花纹、色彩等是否有异曲同工之处；商标的构成要素是否一样，如文字、图形、字母组合等是否一样；所使用的商品或服务是否相同或相似或有关联性，如同属餐饮服务之类的；商标的宣传用语是否雷同、相似等。在判断商标是否相同或近似时，这些因素都需要综合考虑，综合对比分析后得出结论。如果两个商标在整体外观、构成元素、使用的商品或服务、宣传语等方面都非常相似，则可以认为它们是近似商标。

当然,商标的相似不需要方方面面都相似,如果两个商标在某些方面存在差异,但整体上仍然相似,也可以认为它们是相似商标。在具体案例中,还需要根据具体情况来具体判断。

(二)实际混淆的证据

实际混淆证据是指与公众实际发生混淆或误解有关的证据,对于混淆可能性的确定,实际发生混淆的证据具有证明作用。在确定某一商标可能混淆的过程中,实际混淆的证据,比如对消费者的调查等,在确定混淆的可能性上起着十分重要的作用。然而,在我国的司法实践中,混淆的认定被视为一个法律问题,由裁判进行判断。因此,当事人通常不通过证据证明混淆,而是用论据说服裁判员存在混淆,但无法证明实际中存在混淆。因此,证据仍然可能构成判断混乱的参考因素。如最高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第十二条规定,对可以根据商标申请人的主观故意判断,以及其他实际造成混淆的相关证据来判定混淆的可能性。

(三)权利人出具的辨认意见的法律效力

行政调查的重要手段是采取查封、扣押等强制措施,但在实际中,基层商标执法部门往往对此非常谨慎。《商标侵权判断标准》第三十六条规定:在查处商标侵权案件过程中,商标执法相关部门可以要求权利人对涉案商品是否为权利人生产或者其许可生产的商品出具书面辨认意见。权利人应当对其辨认意见承担相应法律责任。商标执法相关部门应当对标识人的资格和标识意见的真实性进行审查。涉嫌侵权人可以对鉴定意见提出质证,并提出相关的证据来否定权利人的意见。如果无法提供相关证据来推翻认定意见,商标执法部门应当认定权利人的意见,此时权利人的意见可以作为证据。但对于如何理解权利人出具的认定意见的证据效力还需要客观分析。准确来说,权利人出具的认定意见只能是权利人单方面出具的声明。另外,商标所有人的识别事项和认证范围,仅限于所涉商品是否为商标权人生产,或者是否为商标权人授权许可生产的产品。换句话说,意见中不能对商标是否相同或者类似进行认定,即使有,也是无效的。

所以,商标权人出具的鉴定意见,是认定侵权的证据之一,而非唯一根据。事实上,按照《商标法》第六十条第二款的规定,认定侵权成立的权力属于商标相关执法部门。

商标执法相关部门应当综合考虑与案件有关的因素,根据取得的所有证据,判定是否容易造成混淆,依法独立判断侵权行为是否成立。

七、结束语

商标是否相同或者相似,单纯依靠商标的相似度来认定是否容易造成混淆,会使处理商标侵权案件过于呆板和苛刻,既不利于市场的良性竞争,也会给小微企业发展带来困难。本文认为将侵权人的主观意图和社会工作的普遍关注这一主观因素考虑进来是有必要的,因为有些商标外观非常相似,但公众不会因为一定的购物经验而将两者混淆,或者侵权人并没有故意依附或依赖驰名商标。在这种情况下,则很难认定为商标侵权,因为本身没有对侵权商标构成利益损失,也未从商标中获利。

认定商标侵权行为混淆,对我国商标知识产权保护意义重大。如何在知识产权保护中平衡市场主体的利益,保护商标知识产权的价值,需要对商标侵权混淆认定标准进一步地完善。

参考文献:

- [1]李琦,马涛.对商标侵权“容易导致混淆”判断的思考——基于《商标侵权判断标准》与商标行政执法案例分析[J].中华商标,2020(07):4-5.
- [2]曹佳音.侵害商标权行为认定中的混淆可能性研究[D].北京:中央财经大学,2017.
- [3]裴华华.论商标侵权行为认定中混淆标准的适用[D].石家庄:河北经贸大学,2015.
- [4]王太平.商标侵权的判断标准:相似性与混淆可能性之关系[J].法学研究,2014,36(06):162-180.
- [5]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[J].法商研究,2010,27(01):46-53.
- [6]袁振宗.商标混淆可能性判断研究[D].广州:广东外语外贸大学,2018.
- [7]金芷霏.商标侵权判定中混淆可能性研究[D].沈阳:辽宁大学,2017.
- [8]张慧萍.商标混淆理论研究[D].郑州:郑州大学,2013.

作者简介:

杨世松(1987—),男,汉族,江苏连云港人,硕士研究生,研究方向:刑法、行政法。

