

论商标法中消费者的地位

王太平

内容提要：由于商标的经济功能是消除经营者与消费者之间关于商品信息的不对称，消费者的认知成为商标功能发挥的心理基础，消费者保护是商标法的重要立法目的，消费者成为商标显著性形成的基本主体标准，而商标侵权的判定标准只能是消费者混淆的可能性。故消费者在商标法处于一个中心和基础的位置。

关键词：商标法 消费者 立法目的 显著性 混淆的可能性

只有当消费者而不是其他人将商标视为表示商品或服务来源的标志时，商标才开始存在。只有通过消费者的感觉，商标的功能才能够发挥。只有当消费者因商标而可能发生混淆时，才存在商标侵权。作为最“善于思维的”知识财产，商标纯粹存在于消费者脑海中。因此，消费者是商标法中万能的尺度，商标法的原理也是“建立在主要是虚构的‘消费者概念’的基础之上”^①的。正因为消费者在商标法中有如此重要的地位，才受到了各国商标立法和学术研究的广泛重视。在商标立法中，“消费者”是很重要的，如日本《商标法》中有14处出现“消费者”一词，消费者成为日本商标法框架的重要基础，不仅是日本商标法的立法目的之一，^②也是商标注册的重要条件。^③英国《商标法》和《欧洲共同体商标条例》用“公众”一词（the public）替换了“消费者”，分别各出现12处。我国《商标法》中既使用了“消费者”，也使用了“公众”，《商标法》有4处使用了“消费者”，保护消费者利益成为《商标法》重要的立法目的之一。《商标法实施条例》和最高人民法院《关于审理

商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（下称“商标法解释”）则分别使用了“公众”或者“相关公众”，前者3处使用了“公众”，后者9处使用了“相关公众”，并界定了相关公众的概念。鉴于消费者的重要性，国外学术界不仅有专门研究商标法中的消费者的著述，甚至有专门研究消费者的范围或者判断标准的著述。尽管在我国商标法中“相关公众”似乎比“消费者”更重要，但由于“消费者”是“相关公众”中最重要的组成部分，消费者也具有同样重要的地位。遗憾的是，我国商标法相关著述对消费者几乎是视而不见的，除偶有论及与消费者有关的“相关公众”之外，没有任何关于消费者的专门论著。本文通过分析消费者在商标功能发挥、商标法的立法目的、商标显著性的判断以及商标侵权标准中的地位和作用来探究消费者在商标法中的地位。

一、消费者认知是商标功能发挥的心理基础

商标是商标权的客体，是商标法最基本的

作者简介：王太平，中南财经政法大学知识产权研究中心博士后研究人员。

① Barton Beebe: Search and Persuasion in Trademark Law, 103 Michigan L. Rev. 2020-2023 (2005).

② 第1条。

③ 第3条第1款第6项和第2款。

概念。简单地说,商标即商品的标志。商标与商品是紧密相关的,因为商标主要是在商品交易中发挥作用。市场交易的基本功能就是使经营者与消费者之间达成交易,而达成交易的前提条件是双方对交易条件达成一致。其中消费者的主要合同义务是交付货款,经营者的主要合同义务则是交付商品。尽管货币是由消费者支付的,但由于货币的法定支付效力,经营者对于货币信息的了解并不比消费者少,即对于货币,交易双方是不存在信息不对称的。但经营者所需交付的商品则不然,经营者要比消费者了解更多的信息,即双方存在信息不对称。在竞争的压力下,经营者必须将自己商品的信息提供给消费者,以引起消费者的购买兴趣。这就是为什么经营者需要花大量资金做广告的原因。商标就是经营者传递信息的理想工具,“商标的好处就象用人的名字来指称个人一样,减少了‘消费者的搜寻成本’。”因为“商标能够传达信息,这使得消费者可以对自己说:‘我不用调查我将要购买的这个牌子的品质,因为商标是一种告诉我这个牌子的品质和我早些时候曾经合意的同一牌子的品质一样的简略表达方法。’”^④即商标消除了卖者与买者之间的信息不对称。^⑤商标消除信息不对称的过程是一种通信过程,这个通信过程包括信源、信宿、信道、编码和译码等环节(参见图1)。

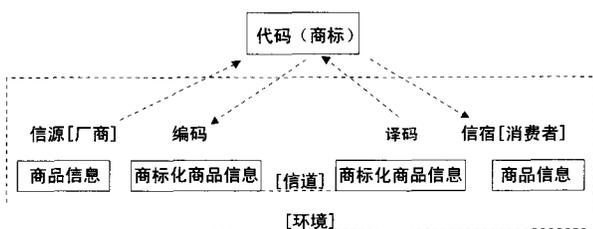


图1 通信过程示意图

在图1中,经营者是通信过程中的信源,消费者则是通信过程的信宿,经营者的商品的有关信息并不能直接传递给消费者,而是需要经过商标的编码,即经营者的商品的有关信息必须先负载在商标上,将有关商品信息转化为标化商品

信息,然后标化商品信息经过信道传递到消费者,消费者也并不能直接接受标化信息,还必须通过商标将标化商品信息转化为能接受的商品信息。^⑥经营者与消费者之间的通信过程消除了交易双方对商品的信息不对称,便利了市场交易的顺畅进行。从以上商标在市场交易中的经济功能的发挥过程可以看出,消费者不仅是上述通信过程的重要要素,而且也是这种通信的目的,商标功能的发挥离不开消费者。

由于包含商标的这种经营者与消费者之间的通信不是一种从信源到另信宿之间的机械通信,这种通信的全过程均有具有能动性、社会性、智能性和心理能力的消费者参与,由于消费者的参与,这种通信过程便不会像上述通信过程那样简略,那样容易实现。包含消费者的上述通信过程要顺利实现需具备两个条件:其一,商标标志在消费者心中要成为商品信息的代表,而不仅仅是经营者在其商品上使用某商标标志。用通信理论的术语来讲,这就是要确保信源与信宿在信号信码上的一致,即厂商和消费者均认为该商标标志代表该商品的信息。因为“如果想正确地达到传达的目的,构成讯息的符号和意义,就必须遵从使收讯者也能理解的规定,而不是由发讯者单方随意制定。这种规定就叫作‘代码’。概括地说,‘代码’包括传达时所用的符号和意义,以及有关符号的结合方式的规定。发讯者参照‘代码’把传达内容‘符号化’,使之成为讯息。讯息通过一些‘线路’传送到收讯者处。收讯者再参照‘代码’‘解译’接收到的讯息,重新构成传达内容。”^⑦这意味着商标必须成为消费者的常识的一部分,至少消费者必须对商标有所记忆。其二,商标标志要适于消费者的认知。根据心理学的研究,感觉器官是外界进入人类意识的唯一通道,感觉是最简单的心理过程,也是人的认识过程的第一个阶段。而感觉器官是受其本身的感受性的限制的,感受性的最小限值叫感受性的下限,感受性的最大限值叫感受性的上限。低于感受性下限的刺激不能引起感觉,而高

④ William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economics of Trademark Law*, 78 TMR 270(1988).

⑤ Nicholas S. Economides, *The Economics of Trademarks*, 78 TMR 526-527(1988).

⑥ 这种通信过程的更详细解析参见王太平:《商标本质的结构功能分析》,载刘春田主编:《中国知识产权评论》(第三卷),商务印书馆2008年版。

⑦ [日]池上嘉彦著:《符号学入门》,张晓云译,国际文化出版公司1985年版,第26页。这里的发讯者就是前述通信系统中的信源,受讯者就是信宿,代码就是编码器,符号化过程就是编码,解译就是译码,讯息就是编码后的信息,传达内容就是所欲传递的信息,下同。

于感受性上限的刺激则使人不能正确感觉。感觉器官的感受性不仅有绝对阈限,而且还有差别阈限。差别阈限,也叫辨别阈限,是指引起刚刚可觉察的感觉差别的两个刺激物间的最小差别。绝对阈限的特点是它随不同条件而改变,随人的活动性质和年龄而改变,随感受器管的机能状态以及刺激的强度和持续时间等而改变。差别阈限的特点是,对某一感觉器官来说,它的数值是相对的。一般对于视觉器官这个比例大约是1/100,对触觉器官这个比例是1/30,对于听觉器官这个比例是1/10。^⑧心理学研究告诉我们,商标标志必须处于消费者的感觉器官的绝对阈限之内才能为消费者所感知,不同的商标标志之间的差别必须大于差别阈限才能为消费者所分辨。

经营者与消费者之间的上述通信系统顺利运行的条件表明,商标功能的发挥是以消费者的认知为基础的,必须满足消费者认知的心理规律。这一点已经为学者所认识到,美国法官法兰克福特(Frankfurter)在米沙瓦卡橡胶毛织品制造公司诉S. S. 克莱斯格公司案^⑨中指出:“商标保护是符号心理功能的法律承认。如果我们靠符号为生是真实的,那么我们通过符号来购买商品也就是真实的。”我国学者则认为:“商标是建立在消费者心理认知基础上的财产。”^⑩

二、消费者保护是商标法的重要立法目的

保护消费者的合法利益一直是商标法重要的公共利益目标,因此,在明确宣称立法目的的《商标法》中,消费者保护在立法目的中总是占有一席之地。尽管我国《商标法》总体上对消费者着墨并不多,但消费者在我国《商标法》立法目的中却也占据重要地位。我国《商标法》关于其立法目的的规定见第1条:“为了加强商标管理,保护商标专用权,促使生产、经营者保证商品和服务质量,维护商标信誉,以保障消费者和生产、经营者的利益,促进社会主义市场经济的发展,特制定本法。”从该条规定可以看出,我

国《商标法》的立法目的是保护消费者和经营者的利益,因此,对消费者进行保护是我国《商标法》的重要立法目的之一。日本《商标法》关于立法目的规定的第1条中明确规定:“本法的目的是通过商标的保护确保利用商标的人的商业信心,并因此促进产业发展和保护消费者的利益。”^⑪从该条规定可以看出,日本《商标法》的直接立法目的是通过保护商标确保商标利用人的商业信心,终极目的是促进产业发展和保护消费者利益。因此,保护消费者利益是商标法的最终目的之一。我国台湾地区商标法关于其立法目的在第1条中规定:“为保障商标权及消费者利益,维护市场公平竞争,促进工商企业正常发展,特制定本法。”从该条规定来看,保障商标权和保护消费者利益是商标法的直接立法目的,维护市场公平竞争、促进工商企业正常发展是商标法的最终立法目的。尽管美国《商标法》中没有明确提到消费者,但保护消费者的利益仍然是美国商标法的重要立法目的。1978年美国第六巡回区上诉法院在一项判决中说:“第一个使用者认识到商标的价值,因此做了必要的工作,把商标作为一个有用的记号建立起来。允许其他人侵占这个商标,从第一个人所花的心血中得益,那是不公平的。从消费者的角度来说,这种行为是不公正商业做法,因为它欺骗买方或者用户。这是对公众实施欺诈,是法院所不能容忍的。”^⑫在美国《商标法》最近的一次修改中,美国参议院解释该法时明确:该法旨在“提高社会公众不受假冒、混淆和欺诈的保护水平”。^⑬尽管由于立法传统、经济发展等国情的不同,各国商标法立法目的的侧重点有所不同,但总体来看“商标法应考虑以下各种利益:制造商或商人使用商标是为了防止竞争者转移他们的顾客;制造商或商人的竞争者打算防止前者不当地垄断使用其所提供的关于货物信息的记号、符号或用词;消费者的利益是期望其所购买的货物真实可信,不受骗或出现混淆;社会的利益是确保货物生产者能回收其劳动或投资的成本并获

⑧ [苏]彼得罗夫斯基:《普通心理学》,朱智贤等译,人民教育出版社1981年版,第250~268页。

⑨ Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kresge Co. 316 US 203, 53 USPQ 323, 324-25 (1942).

⑩ 彭学龙:《商标法基本范畴的心理学分析》,载《法学研究》2008年第2期。

⑪ 根据“世界知识产权组织”法规库中的英文本译出。http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/jp/jp069en.pdf.

⑫ 沈达明:《知识产权法》,对外经济贸易大学出版社1998年版,第276页。

⑬ S. Rep No. 100-515, 1 (1988), reprinted in 1988 U.S.C.A.N. 5577, 5577.

取利益。”^⑭

保护消费者利益不仅是商标法的重要立法目的之一，而且可以说是商标法的终极目的。我国台湾学者曾陈明汝先生在分析商标制度的基本理念时将商标法的立法目的进行了层次区分，她说：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。”^⑮在曾陈明汝先生那里，保护消费者的利益显然是比商标专用权的取得与保护更为重要的商标法立法宗旨，这也是符合历史事实的。从历史发展来看，英美法系和某些大陆法国家的商标制度源于反不正当竞争或普通法中的欺诈诉讼，而无论是反不正当竞争还是普通法中的欺诈诉讼都不是建立在商标权人的商业损失基础上的，而是以消费者已经或可能被欺诈作为证据。^⑯在美国，尽管多数法院和美国参众两院均没有赋予消费者依据商标法提起相关诉讼的权利，但消费者在商标保护中具有重要的利益则被广为承认。因为商标法只不过是实现消费者不受欺诈的一个极好的手段，即“商标法和反不正当竞争法的一个聪明做法，就是通过竞争者维护自己权益的方式，最终达到维护消费者利益的目的。”因此，“从某种意义上说，商标权人或提起不正当竞争诉讼的利害关系人，是在代替消费者打击‘假冒者’和‘不正当竞争者’，是在相关诉讼中为消费者复仇。”不仅如此，这客观上也比消费者自己进行诉讼更为有利，因为“受自身利益的驱使，市场上的竞争者中打击假冒和虚假广告方面是最具积极性的。”竞争者可以被看作是消费者的“代理复仇人”。^⑰

不仅如此，对商标法三大立法目的的深入分析表明，保护消费者利益与商标法的其他两大立法目的具有极其紧密的联系，甚至是其他两大

立法目的的基础。就商标权保护来说，商标权保护与消费者保护不仅具有方向上的一致性，商标权保护就是保护消费者利益，甚至保护消费者利益构成了商标权保护的基础。因为作为经营者的商标权人与消费者是市场中的相互依存的供求主体，二者固然不无矛盾与冲突，但却也是紧密联系在一起，没有经营者，消费者的需求就无法得到满足，而没有消费者的需求，经营者供给的产品或服务也就没有了消费对象，其价值也无法实现。也许正因如此，在法国有一种关于知识产权性质的“顾客权说”，“顾客权”“是指把一项垄断权授予商人或制造商，便于他对顾客们行使吸引力，在竞争者中取得优势。”^⑱也就是说，商标权事实上是一种对消费者产生吸引力的权利，只有正当的商标权人可以拥有这种对消费者的吸引力，而其他人则不能拥有。商标的不正常运用会损害消费者，从而减少商标对消费者的吸引力，最终就破坏了商标权。而就社会利益来说，无论是作为经营者的商标权人的利益还是消费者的利益的实现，无疑均是社会利益的实现，社会利益是商标权保护和消费者保护的最终目的。

三、消费者是商标显著性判断的唯一主体

我国《商标法》第9条第1款规定，“申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别，并不得与他人先取得的合法权利相冲突。”这就是商标显著性的规定。“商标应具备特别显著性之原则，几为各国所采纳。”^⑲因为“显著性概念是商标法运转的枢纽，”^⑳且“商标显著性之有无，以及显著性之强弱，将影响商标之可注册性以及其受保护之范围。”^㉑何谓商标显著性，我国法律没有明确规定，仅从反面规定了不予注册

^⑭ 沈达明：《知识产权法》，对外经济贸易大学出版社1998年版，第243页。

^⑮ 曾陈明汝：《商标法原理》，中国人民大学出版社2003年版，第21页。

^⑯ Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 2005, 4th ed., § 2.8, § 5.2, § 23; 沈达明：《知识产权法》，对外经济贸易大学出版社1998年版，第251页。

^⑰ 李明德：《美国知识产权法》，法律出版社2003年版，第347页。

^⑱ 当然，顾客权除被用来解释商标权之外，还被用来解释专利权与著作权，甚至还被用来解释自由职业者对其客户的吸引力的权利。参见沈达明：《知识产权法》，对外经济贸易大学出版社1998年版，第Ⅷ页。

^⑲ 曾陈明汝：《商标法原理》，中国人民大学出版社2003年版，第114页。

^⑳ Barton Beebe, The Semiotic Analysis of Trademark Law, 51 UCLA L. Rev. 625(2004).

^㉑ 曾陈明汝：《商标法原理》，中国人民大学出版社2003年版，第131页。

的情况。尽管显著性在商标法中非常重要,但在商标法中它“从来未曾被充分地理论化。”^②各国商标法也均要求商标具有显著性,然而“至于特别显著究应如何定义,各国商标法亦均未正面加以规定,”因为显著性“不易由正面予以明确规定”。^③学者对商标显著性的论述也比较简单,学者认为是指其“独特性”、^④“商标构成本身之特别性与甄别力”、^⑤“能够起到区别作用的特性”、^⑥“商标标示产品出处并使之区别于其他同类产品的属性,”^⑦等。我国台湾地区“行政法院”曾对商标的特别显著进行过解释:“所谓特别显著,系指商标本身具有特殊性,并指可显示与他人商品的商标有所不同者而言。特别云者,系指商标本身具有特别性而言;显著云者,系指得以与他人之商品辨别者而言。所谓‘特别’系指商标本身具有与众不同之特别性,能引起一般消费者之注意而言;所谓‘显著’,系指依一般生活经验加以衡酌,其外观、称呼及观念,与其指定使用商品间之关系,足资借以与他人商品相区别,亦即有商品商标识别适应性者而言。”^⑧

商标之所以需要具有显著性是由商标的经济功能及其发挥机理所决定的。商标的经济功能是消除经营者与消费者之间关于商品信息的不对称,减少消费者的搜寻成本。由于只有具有显著性的商标才能在信道中传输,才更容易为消费者所接受。商标的经济功能及其发挥机理决定了商标显著性的判断主体只能是消费者而不是商标审查员。当然,这并不是要求由消费者来进行商标审查,商标审查仍然要由商标审查员来进行。这只不过意味着《商标法》、《商标法实施细则》以及《商标审查指南》等应该从消费者的角度以消费者为标准来认定或者规定商标的显著性。

因为商标是一种符号,由能指(商标标志)

和所指(有关商品的信息)两部分组成。^⑨多数商标在最初选定时均是从人们知识的公共领域选取的标识,对于这些标识,人类多已经形成了某种具有一致性的理解,从而形成不同类型的符号,如表示商品名称、图形、用途或直接表示大小、性质、原料、功能的标识,它们已经具有了区分商品类别的功能。由于这些标识在日常生活中已经与商品具有了天然的联系,根据消费者的认知水平和知识背景,消费者不会将这些标识用以区分不同品牌的同种商品,因此将这些标识直接附着于商品之上,并不能区分不同品牌的同种商品。但如果经过使用,在消费者的记忆里该标识与特定商品之间逐渐建立了一种独特的联系,即该标识在消费者记忆里获得了“第二含义”,那么该标识就具有了显著性,可以用来区分不同品牌的同种商品,如“小肥羊”商标的形成过程。美国著名的商标法权威麦卡锡教授指出:第二含义这一事实只是就消费者心理状态而言的。因此,判断某一标识是否具有获得显著性的主体并非商标局的审查员或法院的法官,而是相关商品市场上的消费者——该市场中的一般的、普通的消费者。商标申请人必须证明该标识在相关消费者头脑中的主要含义不是指向该产品,而是指向特定的生产者。^⑩因此,消费者对特定标识的理解对于判断该标识是否具有“第二含义”具有决定性的意义。美国《反不正当竞争法重述》(第三版)对于认定描述性标识是否已经获得了第二含义提出了指导意见,认为证明第二含义的直接证据即是消费者对该描述性标识的看法。^⑪在温德瑟夫营·赤牧系(Windsurfing Chiemsee)案中,欧洲法院对认定裁决某商标已通过使用而获得显著特征的条件提供了指导,法院裁决指出:如果当局发现相当比例的相关公众因该商标而认为商品源于特定的营业,那么就应

^② Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, 51 *UCLA L. Rev.* 625(2004).

^③ 曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第113、120页。

^④ 刘春田:《知识产权法》,高等教育出版社,北京大学出版社2003年版,第261页。

^⑤ 曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第114页。

^⑥ 黄晖:《驰名商标与著名商标的法律保护》,法律出版社2001年版,第11页。

^⑦ 彭学龙:《商标法的符号学分析》,法律出版社2007年版,第108页。

^⑧ 曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第114页。

^⑨ 参见王太平:《商标概念的符号学分析——兼论商标权和商标侵权的实质》,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2007年第3期。

^⑩ *Boston Prof. Hockey Ass'n v. Dallas Cap & Emblem Mfg.*, 510 F. 2d 1004, 1014 (5th Cir. 1975).

^⑪ 邓宏光:《商标法的理论基础——以商标显著性为中心》,法律出版社2008年版,第148页。

认为该标志的注册条件已经满足。^②而当相关消费者普遍认为一个标识与某种商品并无直接的、明显的联系而将该标识附着于商品上时,消费者就容易将其视为商品出处的象征。但是,如果接下来这类商品上都附着有这个标识,即使该标识起初确实与该类商品无任何关系,然而经过长期的使用之后,消费者头脑中已经认为该标识是对该类商品的直接描述时,该标识便已经失去指示来源和区分的能力,此时该标识就不再具有显著性,这也就是显著性也可以丧失的原因。如“阿司匹林”退化成药品的通用名称就是显著性丧失的一个典型例子。

我国商标法对于显著性的规定也体现了以消费者为本位的价值取向。《商标审查标准》第2部分第2条规定:“商标的显著特征,是指商标应当具备的足以使相关公众区分商品来源的特征。商标显著特征的判定应当综合考虑构成商标的标志本身(含义、呼叫和外观构成)、商标指定使用商品、商标指定使用商品的相关公众的认知习惯、商标指定使用商品所属行业的实际使用情况等因素。”该条规定中对“商标的显著特征”的界定基本上均是以“消费者”^③为主体标准进行判断的。

总而言之,消费者是商标是否具有显著性的判断主体。商标法对商标显著性的规定不过是将消费者所认可的显著性抽象了出来,并辅之以公序良俗、诚实信用等原则加以限制而形成的。商标的显著性既应符合消费者的思维方式和认知能力,也应符合法律和道德的要求。尽管这些规定最终是由商标审查员、法官等所使用的,但基本的主体依据却是消费者。

四、消费者混淆的可能性是判断商标侵权的标准

在商标法中,“混淆可能性”是侵权认定的主要标准。^④那么,这里的“混淆可能性”是谁混淆的可能性呢?我国《商标法》第52条规定的商标侵权标准是“相同或近似商标”与“相同或

类似商品”。而根据《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》(下称《解释》),这里的相同或近似、相同或类似判断的主体标准均为相关公众。其理由有二:

其一,《解释》直接规定“商标相同”、“商标近似”、“商品相同”、“商品类似”均以“相关公众”为判断的主体依据。其中“商标相同”是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较,二者在视觉上基本无差别;“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,亦或者其立体形状、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。无论是“商标相同”还是“商标近似”均是“以相关公众的一般注意力为标准的”。其中的“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。而认定商品或者服务是否类似,应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断。

其二,《解释》对《商标法》第52条第5项规定的“给他人注册商标专用权造成其他损害的行为”的解释也表明《商标法》所规定的商标侵权行为是以相关公众为判断的主体依据的。《解释》规定的“给他人注册商标专用权造成其他损害的行为”共包括三项,即:将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用,容易使相关公众产生误认;复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不类似商品上作为商标使用,误导公众,致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的;将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名,并且通过该域名进行相

^② Windsurfing Chiemsee (C108&109/97) ETMR 585(1999).

^③ 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》的规定,“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。”当然“消费者”一词应做广义理解,即既包括实际的消费者,也包括潜在的消费者。不仅如此,“消费者”是“相关公众”的主体与核心。因此,不严格地说,“相关公众”和“消费者”可以互用。这大概就是为什么有些国家的商标法用“消费者”的表述,而有些国家的商标法用“相关公众”表述的原因。

^④ 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)》,载《法律科学》2008年第1期。

关商品交易的电子商务,容易使相关公众产生误认的。由于“给他人注册商标专用权造成其他损害的行为”是《商标法》规定的商标侵权行为的开放性的概括性规定,而《解释》规定的三项商标侵权行为均以相关公众产生误认或者误导公众为条件,因此,可以推知《商标法》所明确规定的那些商标侵权行为也是以相关公众为判断的主体依据。

事实上,不仅我国商标法,任何国家或地区商标侵权判断的标准都是“混淆的可能性”,其主体依据均是消费者,消费者混淆的可能性与是否是商标侵权的基本标准。在美国商标法中,商标侵权取决于为数可观的合理谨慎的消费者头脑中是否具有混淆的可能性,消费者混淆的可能性是商标侵权的试金石。^⑤在商标侵权认定过程中,消费者的感受被置于首要位置,“核心询问”都是看是否存在消费者混淆的可能性。只有当“为数可观的一般谨慎的购买者有可能被误导甚至在事实上发生混淆时”或者“消费者有可能认为异议商标的使用是商标所有人的某种主持、认可或授权时”,混淆可能性才存在。^⑥商标的含义最终由消费者决定。有时候,这是通过调查实现的;另外一些时候,则是通过法官去揣测消费者的想法实现的。^⑦我国台湾地区商标法第62条规定:“未得商标权人同意,有下列情形之一者,视为侵害商标权:1.明知为他人著名之注册商标而使用相同或近似之商标或以该注明商标中之文字作为自己公司名称、网域名称或其它表彰营业主体或来源之标识,致减损著名商标之识别性或信誉者。2.明知为他人之注册商标,而以该商标中之文字作为自己公司名称、商号名称、网域名称或其他表彰营业主体或来源之标识,致商品或服务相关消费者混淆误认者。”从该规定来看,消费者混淆误认是商标侵权的基本标准和重要条件。

除此之外,法院在审理商标侵权案件判断混淆可能性因素时使用的方法,也从侧面证明了消费者对于判断商标侵权的重要性。在商标侵权案件审理过程中,在具备相关条件时,法院会要求被告对混淆可能性的因素采取消费者调查结果

形式证明,以便较为准确地掌握消费者的感受。在这种情况下,法院通常要求采用设计合理的问卷对市场上的相关消费者进行调查,这种调查应反映相关消费者群体的整体状况。凭借这种调查结果,法官可以知晓消费者的相关感受,对案件做出合理判决。而在没有消费者调查结果的情况下,往往是以法官的感受为根据做出判断的。但是,法官并不能恣意判断,商标法要求法官在审理这些案件时将自己设想成消费者,模拟消费者的购物环境(隔离审查原则即由此而来),揣摩消费者的心理,最后才做出判断。

总而言之,尽管我们无法完全准确地揣度消费者的心理,世界上大部分国家或地区事实上均是将可以反映消费者心态的因素予以类型化,从而给法院判断商标混淆提供便利。这些判断混淆可能性的因素基本上也均是建立在消费者认知的基础上,要么与消费者的注意程度有关,要么与消费者的老练程度有关。

五、结 语

无论是从商标法的立法目的、还是从商标显著性的判断、商标侵权的判定等商标法具体制度来看,消费者均具有非常重要的地位。商标法中消费者的重要地位是由商标的功能以及消费者在商标这种功能发挥中的地位所决定的,商标能否具有消除经营者与消费者之间获取商品信息不对称的功能是由消费者的认知决定的,这不仅决定了消费者是经营者与消费者之间通信系统的重要角色,而且是这种通信的基本目标。因此,普通消费者的心态处于商标法和政策的中心,^⑧只有正确审视消费者对商标法的影响才能准确地把握商标法,才能为商标立法实践和司法实践提供基本准则。但是,由于消费者是如此多样化,消费者的心态又是如此捉摸不定,正确把握与运用商标法中的消费者原理仍有许多问题需要解决:消费者的标准应该是怎么样的?如何把握这种捉摸不定的消费者?消费者标准是如何影响商标法的具体制度和司法实践的?如何在商标法中正确运用消费者原理?这些将是需要我们继续研究的问题。■

^⑤ Thomas R. Lee, Glenn L. Christensen, Eric D. De Rosia: Trademarks, Consumer Psychology, and the Sophisticated consumer, Emory Law Journal, 579(2008).

^⑥ Meaghan E. Goodwin: Pricey Purchases and Classy Customers: Why Sophisticated Consumers Do not Need the Protection of Trademark Laws, Journal of Intellectual Property Law, 262(2004).

^⑦ Laura A. Heymann: Teaching Intellectual Property Law: the Reasonable Person in trademark Law, Saint Louis University Law Journal, 782(2008).

^⑧ Thomas R. Lee, Glenn L. Christensen, Eric D. De Rosia: Trademarks, Consumer Psychology, and the Sophisticated consumer, Emory Law Journal, 576(2008).