

欧盟商标法上侵犯商标权的判断标准

王太平 卢结华

内容提要：鉴于我国2013年《商标法》与欧盟《商标指令》所规定的侵犯商标权的判断标准的类似性，深入了解欧盟商标法上侵犯商标权的判断标准有着非常重要的参考意义。然而，因我国学界主流对欧盟侵犯商标权的判断标准的理解存在着重大的误读，仍有进一步研究之必要。欧盟商标制度的历史传统、商标保护的基本立场、《商标指令》的立法理由决定了欧盟商标立法上所规定的侵犯商标权的判断标准是以相似性为基础、以混淆可能性为限定条件的标准，其商标司法和审查实践则更具体地诠释和贯彻着这一标准。欧盟侵犯商标权的判断标准中的相似性是客观的相似性而不需要考虑混淆可能性，判断方法是整体评价的方法，考虑的因素是与商品和商标本身相关的所有因素。欧盟侵犯商标权的判断标准中的混淆可能性是较为限制解释的混淆可能性，判断方法是整体评价的方法，考虑的因素包括商标近似性、商品类似性以及商标的显著性与知名度等。

关键词：侵犯商标权 判断标准 相似性 混淆可能性

Abstract: In view of the similarity of legal provisions of judgment standard of trademark infringement between the Trademark Law of China in 2013 and the EU Trademark Directive, it is of great importance to give an insight into the judgment standard of trademark infringement in the EU trademark law. However, there has been a big misunderstanding of judgment standard of trademark infringement in the EU trademark law in the mainstream of Chinese educational circle, a further study is still necessary. The historical tradition of the EU trademark system, the basic position of trademark protection in EU and the legislation reason of the EU Trademark Directive co-determine the judgment standard of trademark infringement on the legislation, which can be read as: similarity is the basic judgment standard for trademark infringement, which is confined by likelihood of confusion. The trademark judicial practice and the trademark examination define and implement such trademark infringement test more specifically. The similarity in the judgment standard of trademark infringement in the EU trademark law is the objective similarity, without taking into account of the likelihood of confusion. The methodology in this regard is the global assessment. In assessing the similarity of the goods and services, all the relevant factors relating to those goods or services themselves should be taken into account. The likelihood of confusion in the test of trademark infringement in the EU trademark law is a restrictively interpreted likelihood of confusion. The methodology of the judgment standard in this regard is also the global assessment. In assessing the likelihood of confusion, the factors taking into account includes the similarity of the marks, the similarity of the goods and services, the distinctiveness or recognition of the trade mark, etc.

Key Words: trademark infringement; the judgment standard of trademark infringement; similarity, likelihood of confusion

一、从一句流行的译文谈起

2013年《商标法》的重大修改之一是对侵犯商标权的判断标准的调整，根据第57条第（一）项和第（二）项，^①我国2001年之前的《商标

法》^②所规定的“商标相同或近似+商品相同或类似”（以下简称相似性）的侵犯商标权的判断标准被一分为二：在商品与和商标均相同的情况下，无需考虑混淆可能性即直接构成侵权，即此

作者简介：王太平，湘潭大学知识产权学院教授、博士生导师
卢结华，湘潭大学知识产权学院知识产权专业研究生

本文受湖南省“图书情报与档案管理重点学科”资助。

^① 2013年《商标法》第57条规定：有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）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；（二）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；……

^② 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权的行为。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。

时侵犯商标权的判断标准是“商标相同+商品相同”；在商品与商标有一方不相同但相似的情况下，除了要求商标相同或近似与商品相同或类似之外，还需存在混淆可能性才能构成侵权，即此时侵犯商标权的判断标准是“相似性+混淆可能性”。对于2013年《商标法》在侵犯商标权的判断标准中明确引入“混淆可能性”条件这一修改，各界均予以了高度的肯定。确实，这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。然而，2013年《商标法》在引入“混淆可能性”后并未明确相似性与混淆可能性之间的关系，那么，仍需进一步明确的问题是，相似性与混淆可能性之间究竟是什么关系？原本包含混淆可能性的“商标近似”、“类似商品”、“类似服务”以及“商品与服务类似”等概念应该如何界定与具体判断？新引入的“混淆可能性”又该如何界定与判断？这些问题都是正确理解和适用2013年《商标法》所确立的侵犯商标权的判断标准所必须回答的。

鉴于我国2013年《商标法》第57条第（一）、（二）项与欧盟《协调成员国商标立法89/104/EEC一号指令》（以下简称《商标指令》）第5条第1款（a）、（b）项^③在立法用语上的相似性，深入了解欧盟商标法上侵犯商标权的判断标准，对于理解我国2013年《商标法》第57条有非常重要的参考价值。然而，我国商标学界主流对欧盟《商标指令》立法理由第10条第3段的翻译严重影响了对欧盟商标法中侵犯商标权的判断标准的正确理解。关于欧盟《商标指

令》立法理由第10条第3段，^④我国学界共存在着两种翻译：一是主流的翻译：“必须结合混淆的可能来解释相似的概念”；^⑤二是少数学者的翻译：“必须解释与混淆可能性相关的近似概念。”^⑥根据前者，相似性是一个考虑混淆可能性的主观概念，混淆可能性内化于相似性的概念之中，而根据后者，相似并不是一个必须考虑混淆可能性的主观概念，混淆可能性是与近似相关但并不内化于近似的独立的客观概念。

本文认为，综合该句的语法结构、立法理由的上下文逻辑以及欧盟相关商标实践来看，第二种翻译才是正确的，具体理由如下：第一，从该句的语法结构来看，后半部分“in relation to……”在句子成分上属于起补充说明作用的介宾短语，其意思是“关于，有关，涉及”，而并无“结合”的意思。事实上，这句话也可翻译为“关于混淆可能性，必须解释近似的概念”，与第二种翻译的意思是一致的。第二，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”。第一种“必须结合混淆的可能来解释相似的概念”的翻译将导致解释相似时要结合混淆可能性，而评估混淆可能性时又必须考虑商标与商品或者服务的相似性，这必然陷入循环论证的逻辑悖论。第三，从欧盟商标审查及司法实践来看，^⑦欧洲内部市场协调局和欧洲法院在判断商品与商标的相似性时，仅对与

^③ 鉴于《商标指令》与《欧盟商标条例》所规定的侵犯商标权的判断标准基本相同，本文以《商标指令》为主介绍欧盟商标法所规定的侵犯商标权的判断标准。欧盟《商标指令》第5条第1款规定：注册商标所有人有权阻止任何第三方未经其同意在贸易过程中使用：（a）与注册商标相同，使用在与其所注册的相同商品或服务上的任何标识；（b）由于与注册商标相同或近似，同时与其所注册的商品或服务相同或类似的任何标识，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识与该注册商标之间可能引起的联想。

^④ 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.”

^⑤ 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，载《中华商标》1999年第1期。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》，五图图书出版社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”）。

^⑥ 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。

^⑦ 详见本文第三和第四部分。

商标与商品本身相关的所有因素进行客观比较，并不考虑混淆可能性。

因此，尽管我国学界对欧盟商标法上侵犯商标权的判断标准已经具有相当的研究，^⑧但鉴于以上所述的严重误读，欧盟商标法上侵犯商标权的判断标准仍有进一步研究之必要。

二、欧盟商标法规定的侵犯商标权的判断标准

根据欧盟《商标指令》第5条第1款(a)项和(b)项，在商标与商品均相同的情况下，不需考虑混淆可能性，直接判定构成侵犯商标权；在商标与商品有一方不相同但相似的情况下，除了需要相似性之外，还需存在混淆可能性才构成侵犯商标权。从字面来看，第5条第1款(b)项所规定的侵犯商标权的判断标准不仅包括相似性，还包括了混淆可能性。那么，这里相似性与混淆可能性的关系究竟是怎样的呢？本文认为，要确定欧盟侵犯商标权的判断标准中的相似性与混淆可能性的关系，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，各国商标法上的侵犯商标权的判断标准并不一致，比如英国商标法采用的是“相似性+混淆可能性”的标准，^⑨而比荷卢商标法采用的则是“相似性+联想可能性”的标准。^⑩《商标指令》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《商标指令》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。欧盟各成员国缔结《欧共同体条约》而建立欧盟的目的是在欧共同体范围内形成一个共同市场，实现商品、服务、人员和资金的自由流通，然而作为一种合法的垄断，知识产权本身会对商品、服务、人员和资金的自由流通形成实质限制。因此，商品、服务、人员和资金的自由流通与知识产权保护之间存在着不可避免的冲突。为了寻求二者之间的平衡，《欧共同体条约》第28条和第29条明确规定，“保障商品的自由流动是一个基本原则”，第30条则规定了各成员国为了保护知识产权的必要措施。尽管如此，从条文顺序来看，保障商品、服务、人员和资金的自由流动显然是优先于知识产权保护的。欧盟商标制度的协调与统一正是在《欧共同体条约》的原则性规定的指定下进行的，《商标指令》立法理由第1条直接明确规定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。欧盟总检察长的解释更明确了这一点：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”，因为“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》必须理解为规定一个基于来自不同国内制度的商标能够共存的标准。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。”^⑪

《商标指令》立法理由第10条直接规定了欧盟侵犯商标权的判断标准，是理解相似性与混淆

^⑧ 参见魏森：《欧盟商标法对混淆的认定标准探析》，载《电子知识产权》2006年第8期，第53～55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）》，载《法律科学》2008年第1期，第130～143页；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》，载《法商研究》2010年第2期，第46～53页；姜鹏：《美国的商标侵权判断标准辨析》，载《中华商标》2012年第3期，第38～42页，等等。

^⑨ 参见1938年英国《商标法》第4条第1项。

^⑩ 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（Benelux court）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).

^⑪ Opinion of Mr Advocate General Jacobs delivered on 29 April 1997. - SABEL BV v Puma AG, Rudolf Dassler Sport.

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，欧盟的侵犯商标权的判断标准可以具体解读如下：商标与商品的相似性是侵犯商标权的判断标准的基础，混淆可能性是侵犯商标权的判断标准的限定条件。在商标与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侵犯商标权。因为这种情况下的权利范围是商标专用权的范围，基于该核心权利，商标所有人既可以自己使用商标也可以禁止他人使用商标。不仅如此，这种情况下的商标权范围是明确的，不存在过分扩张的危险。而在商标与商品有一方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混淆可能性的限定条件，^⑫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。

三、欧洲法院对侵犯商标权的判断标准的解读

根据《欧共同体条约》第234条的规定，欧洲法院是负责解释欧共同体法律（仅指欧共同体条约、条例、指令）的机构，各成员国法院在审理有关的案件中，如果对欧共同体法律的理解有疑问或者发生了适用上的问题，可以请求欧洲法院作出“前置裁决”或“预决”（preliminary ruling），以解释欧共同体法律的相关条款，以作为成员国法院处理相关案件的法律基础。根据该规定，欧盟各成员国法院审理商标案件时如果对欧盟法律的理解有疑问或者遇到适用上的问题，可以请求欧洲法院进行“预决”（preliminary ruling），这些“预决”将直接对《商标指令》的解释与适用产生指导性的重要影响。因此，分析欧洲法院关于侵犯商标权的判决可以更深入地理解其判断标准的具体适用。一般认为，1997年~2000年间的Sabel案、^⑬Canon案、^⑭Lloyd案^⑮和Marca案^⑯是欧盟商标保护的权威判例，其所确立的“商标的区分功能和混淆的危险范围内的商标保护”^⑰是欧盟商标保护的基本原则。其中，Canon案较为详细地分析了侵犯商标权的判断标准，至今仍对欧盟侵犯商标权的判断有重大影响，本部分以Canon案为例探究欧洲法院对侵犯商标权的判断标准的司法适用。

在1998年的Canon案^⑱中，被告米高梅公司申请注册使用在“录制在录像带上的电影、电影

^⑫ 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）（See 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.），这些均证明了混淆可能性的补充性地位和限定性作用。

^⑬ Sabel BV v. Puma AG, Case C-251/95, [1997] ECR I-6191 (ECJ, Nov. 11, 1997).

^⑭ Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Case C-39/97, [1998] ECR I-5507 (ECJ, Sept. 29, 1998).

^⑮ Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v. Klijsen Handel BV, C-342/97, [1999] ECR I-3819 (ECJ, June 22, 1999).

^⑯ Marca Mode CV v. Adidas AG and another, C-425/98 [2000] ECR I-4861 (ECJ, June 22, 2000).

^⑰ See Pier Luigi Roncaglia, Giulio Enrico Sironi, *Trademark Functions and Protected Interests in the Decisions of the European Court of Justice*, 101 *Trademark Rep.* 147(2011).

^⑱ Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Case C-39/97, [1998] ECR I-5507 (ECJ, Sept. 29, 1998).本部分关于Canon案的事实和观点，不再另外注释。

院和电视台用电影的制作发行和放映”的Cannon文字商标，原告佳能公司基于其在先注册于“静态照相机和动态摄像机、电视录制和拍摄设备、电视转播、接收与复制设备、电视录制与复制用磁盘机和光盘机”的Canon文字商标而提出异议。显然，“Canon”与“Cannon”构成近似商标，那么，该案关注和争议焦点就在于商品是否类似的问题。德国联邦法院提交欧洲法院进行预决的问题主要包括两部分：第一部分是“基于对《商标指令》的合理解释，在决定两个标识所指定的商品或服务是否存在足够的产生混淆可能性的相似性时，在先商标的显著性，尤其是其声誉，是否必须予以考虑”，第二部分是“当公众认为商品或服务具有不同的来源地时，是否还存在《商标指令》第4条第（1）款（b）项规定的混淆可能性”。

针对第一部分的问题，佳能公司和法国政府认为，商品的类似性判断不是一个客观的测试，类似性与商标的显著性和声誉有关。与之相反，米高梅公司和英国政府则主张客观独立的类似性判定标准，类似性判断不应考虑商标的显著性和声誉。英国政府认为，“如果在判定商品是否类似时需要强调考虑混淆可能性，那还不如直接问是否存在混淆可能性，认定商品的类似性就没有必要了。而且，如果是这个意图，《商标指令》将会是另外一种结构。”可见，按照英国政府的看法，《商标指令》同时规定相似性与混淆可能性的立法模式证明了相似性具有独立的意义，否则直接规定混淆可能性就足够了，所以应将相似性与混淆可能性分开考虑。对于这个问题，欧洲法院最后的结论是，“在决定两个标识所指定的商品或服务是否存在充分的产生混淆可能性的相似性时，必须考虑在先商标的显著性，尤其是其声誉”。同时，法院强调，“即使在商标与另一个具有高度显著特征的商标相同的情况下，仍然有必要举出所覆盖的商品或服务之间的类似性的证据”，“混淆可能性是以所覆盖的商品或服务相同或类似为前提条件的。”因此，基于欧洲法院所强调的观点可以认为，相似性尤其是商品的类似性是混淆可能性的先决条件，只有满足最低限度的相似性，才有进一步判断混淆可能性的必要。

针对第二部分的问题，欧洲法院指出，“如果公众可能对所涉商品或服务的来源产生错误认识，就具有《商标指令》第4条第（1）款（b）项规定的混淆可能性。”为了阐述这个问题，欧洲法院重申了《商标指令》立法理由第10条所规定的“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”，并进一步引用Hag案判决的观点，“商标的基本功能是保证投放市场的商品产源一致，从而使消费者或最终用户能够没有任何混淆的可能地将这些商品与其他来源的商品区分开来。”这表明，商标保护的目的是为了

避免消费者混淆，有混淆则有商标侵权，没有混淆则没有商标侵权，混淆可能性是侵犯商标权的最终判断标准，是对商标保护范围的进一步限定。从欧洲法院的判决实践来看，就相似性而言，其在侵犯商标权的判断标准中不仅具有独立的地位，而且是混淆可能性的前提条件，至少相似性中的商品或服务的类似性是混淆可能性的前提条件，没有商品或服务类似性的前提，混淆可能性是不需要进行判断的。就混淆可能性而言，“商标的区分功能和混淆的危险范围内的商标保护”的基本原则意味着，是否存在混淆的可能是商标侵权判定的归依，是在相似性的基础上对商标保护范围的进一步的限定。可见，在侵犯商标权的司法实践中，欧洲法院较为一致地诠释并贯彻着欧盟《商标指令》所规定的以相似性为基础、以混淆可能性为限定条件的判断标准。

四、侵犯商标权的判断标准的适用之一：相似性的界定与判断

以上弄清了欧盟商标法上侵犯商标权的判断标准的基本框架，尤其是弄清了相似性与混淆可能性的关系、相似性和混淆可能性各自在侵犯商标权的判断标准中的地位，那么，进一步的问题是，相似性和混淆可能性应该如何界定？又应该如何进行具体判断？这就是本文接下来要解决的问题。

（一）相似性的界定

理论上而言，相似性的界定存在两种划分标准：一是主观的相似性，即结合混淆可能性来判断是否相似，我国传统对商品和商标相似性的界

定就是典型的主观的相似性。^{①9}二是客观的相似性,即相似性的判断仅需考虑与商品与商标本身相关的因素,而不需要考虑混淆可能性。

那么,欧盟商标法上侵犯商标权的判断标准中的相似性是一个客观的概念还是一个主观的范畴呢?根据前述《商标指令》的相关规定与欧洲法院的相关判决,相似性应该是一个客观的概念:商品的类似性判断是对商品本身性质、最终用户、使用方法、竞争还是互补等所有相关因素的综合认定,不需考虑混淆可能性;^{②0}同样,商标的近似性判断是对商标本身形、音、义各个要素的综合判定,不需考虑混淆可能性。^{②1}欧盟商标审查指南则更直接地在商品或服务与商标的审查原则中规定了“客观的方法”和“客观的比较”,“商品或服务的相同或类似判断应该在客观的基础上进行”,^{②2}“商标的比较是所谓的客观比较,客观意味着所有商标相关的因素应该被考虑,不考虑它们的显著性或知名度。”^{②3}

既然相似性判断是混淆可能性判断的先决条件,满足相似性才有必要进一步判断混淆可能性,那么,相似性程度是否存在最低限度的要求呢?或者说,应该达到一个怎样的相似性程度才能进一步判断混淆可能性呢?欧盟审查指南明确指出,“至少一定的商标近似程度是混淆可能性的必要条件。如果没有任何近似程度,审查将会

在这个点上结束。相反,如果至少存在一定的相似程度,将继续审查其他因素。”关于商品或服务的规定也是类似的。^{②4}可见,“至少”一词表明,相似性程度只需满足最低限度的相似性即可。

(二)相似性的具体判断

就商品类似性判断的方法而言,欧盟采用的是整体评价的方法,即综合考虑与商品本身相关的所有因素,如商品或服务的性质、最终使用者、生产方法以及它们之间是否相互竞争或者相互补充等。例如,衣服与鞋类、帽子与鞋类、包与鞋类,本来它们属于不同类别的商品,但由于使用目的相同,在美学上有一定程度的互补性,所以它们是类似的。^{②5}而酒精饮料与非酒精饮料,本来它们同属于饮料商品且在一定程度上可以满足消费者相同的需求,但因为它们在消费场合、目标消费者、价格等方面区别太大而无法认定类似。^{②6}因此,判断商品的类似性时不能孤立地考虑其中一个或者几个因素,而应综合考虑与商品相关的所有因素。就商品类似性具体判断应考虑的因素而言,首先,尼斯协定下的商品或服务的国际分类表仅仅起到行政性认定的作用,不能作为认定商品或者服务类似的结论,^{②7}所以,即使商品或服务出现在尼斯分类表的不同类别中,也不能认为它们不类似。同理,即便出现在尼斯协定下的国际分类表中的同一类别中也不能

^{①9} 根据《商标纠纷解释》(法释[2002]32号),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。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。

^{②0} See Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Case C-39/97, [1998] ECR I-5507 (ECJ, Sept. 29, 1998).

^{②1} See Sabel BV v. Puma AG, Case C-251/95, [1997] ECR I-6191 (ECJ, Nov. 11, 1997).

^{②2} Guidelines for Examination in The Office for Harmonization in The International Market (Trade Marks and Designs) on Community Trade Marks, Part C, Section 2, Chapter 2, 12, available at: https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Guidelines/09_part_c_opposition_section_2_identity_and_likelihood_of_confusion_chapter_2_comparison_of_goods_and_services_en.pdf.

^{②3} Guidelines for Examination in The Office for Harmonization in The International Market (Trade Marks and Designs) on Community Trade Marks, Part C, Section 2, Chapter 3, 4, available at: https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/trade_marks_guidelines/10_part_c_opposition_section_2_loc_chapter_3_comparison_of_signs/clean_version/10_part_c_opposition_section_2_identity_and_likelihood_chapter_3_comparison_of_signs_clean_en.pdf.

^{②4} Guidelines for Examination in The Office for Harmonization in The International Market (Trade Marks and Designs) on Community Trade Marks, Part C, Section 2, Chapter 1, 10-11, available at: https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Guidelines/08_part_c_opposition_section_2_identity_and_likelihood_of_confusion_chapter_1_general_principles_and_methodology_en.pdf.

^{②5} Paul Maeyaert and Jeroen Muyldermans, Likelihood of Confusion in Trademark Law: A Practical Guide Based on the Case Law in Community Trade Mark Oppositions from 2002 to 2012, 103, Trademark Rep., p.1049(2013).

^{②6} Paul Maeyaert and Jeroen Muyldermans, Ibid, 1044(2013).

^{②7} P.P.TV v. OHIM-Rentrak Corp. (PPT), Case T-118/07, [2011] ECR II-00030, para.35 (GC, Feb. 18, 2011).

自动认定为类似。其次，在商品类似性的具体因素的考虑上，欧洲法院明确指出，“在评价有关商品或服务的相似性时，与商品或服务相关的所有因素本身都应该予以考虑。这些因素包括：商品或服务的性质、最终使用者、生产方法以及它们之间是否相互竞争或者相互补充，等等。”^{②⑧}

就商标的近似性判断而言，其采用的方法也是整体评价的方法，即整体评价商标的形、音、义等要素，这意味着，商标的形、音、义三要素的相似性存在一定程度的交互弥补关系，即较低程度的含义的相似性，可以被较高程度的视觉和听觉的相似性所弥补；相应地，较低程度的视觉和听觉的相似性，也可以被较高程度的含义的相似性所弥补。进一步，关于商标近似性的具体判断，欧洲法院指出，“所涉商标在形、音、义的近似性上的综合认定，必须基于商标在一般消费者心目中产生的总体印象，特别是其显著的和主导的部分。”^{②⑨}由此可以看出，欧洲法院在商标近似性的判断中基本确定了以下三个基本原则：一是以普通消费者认知为标准，因为“消费者很少有机会直接对比两个商标，而只能借助于记忆中不完整的形象进行。由于消费者对于不同种类的商品的注意力也是不同的，在对比时需要根据商品不同的种类以及销售时不同的条件，赋予音、形、义不同的权重”。^{③①}二是要对商标进行音、形、义的综合分析，商标的近似性判断主要是从商标的视觉、听觉和含义三个层面进行，而且形、音、义各自的重要性并不相同，其取决于比对商标的具体情况、商标所附属的商品或服务的性质，例如，购买衣服时，视觉要素更为重要，而电话购物时，则是听觉要素更为重要。三是要重点考虑商标的显著部分和主要部分。尤其是对于组合商标而言，组合商标的不同组成部分在整个商标中的地位和作用是不同的，由于消费者只能依靠其脑海中对它们的不完整记忆加以判

断，商标的主要部分或者显著部分就可能决定了商标给消费者的综合印象。

五、侵犯商标权的判断标准的适用之二：混淆可能性的界定与判断

与侵犯商标权的判断标准中的相似性的适用类似，混淆可能性的适用同样需要明确其界定与具体判断两大问题。

（一）混淆可能性的界定

混淆可能性的英文原文是“Likelihood of Confusion”，按照词典的解释，“Likelihood”所代表的“可能”、“可能性”并不是一般的可能性，而是具有很大现实性的可能性。因此，侵犯商标权的判断标准中的混淆可能性“必须是一种明显的可能性，而不是一种远不可及、抽象的或理论上的可能性”。^{③②}当然，这也不需要达到实际混淆的程度，“Likelihood”所代表的可能性恰好介于一般的混淆可能性与实际混淆之间。

根据《商标指令》第5条第1款（b）项，“这种可能的混淆包括标识和该注册商标之间可能引起的联想”，这表明混淆可能性包括了联想可能性，但由于欧盟各成员国的历史传统不同，混淆可能性与联想可能性的关系在实际适用中还是引发了一定的争议。对此，欧洲法院在Sabel案中明确了，^{③③}只能将联想解释成达到混淆的一种途径，即用以确定混淆可能性的范围，但不能解释为用联想可能性来替代混淆可能性，也就是说，在没有混淆可能的情况下，不能单独以存在联想的可能认定侵权。欧洲法院在Canon案中进一步阐明，^{③④}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《商标指令》所规定的混淆可能性，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

^{②⑧} Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Case C-39/97, [1998] ECR I-5507 (ECJ, Sept. 29, 1998).

^{②⑨} Sabel BV v. Puma AG, Case C-251/95, [1997] ECR I-6191 (ECJ, Nov. 11, 1997).

^{③①} Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v. Klijsen Handel BV, C-342/97, [1999] ECR I-3819 (ECJ, June 22, 1999).

^{③②} Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Auflage 1997, s.282. 转引自邵建东：《德国反不正当竞争法研究》，中国人民大学出版社2001年版，第249页。

^{③③} See Sabel BV v. Puma AG, Case C-251/95, [1997] ECR I-6191 (ECJ, Nov. 11, 1997).

^{③④} See Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Case C-39/97, [1998] ECR I-5507 (ECJ, Sept. 29, 1998).

引证商标的记忆，尽管该标志和引证商标并不混淆”，并不属于欧盟《商标指令》所规定的混淆可能性。

在欧盟商标保护的历史上，混淆可能性的范围经历了在混淆类型、混淆时间等方面的扩张过程。首先，在混淆的类型上，雅各布总检察官指出，“如果公众很可能认为在当事人之间存在某种联系，即便清楚地意识到系争商品或服务来源于不同出处，就存在商标指令意义上的混淆可能性。”³⁴这表明，混淆可能性由狭义的出处，混淆扩张至了广义的联系混淆，将发起或者主办混淆、关联混淆和联营混淆都包括在混淆的可能之内。其次，在混淆时间上，虽然欧盟商标法上没有明确规定售前混淆与售后混淆，但欧洲法院在相关判例中已经承认了这些特殊的混淆问题。例如，在关于售前混淆的BP案中，³⁵汽车驾驶者在路上远远看到被告的“BOP”加油站时将其误认为原告的“BP”加油站，尽管当消费者接近商标后并不会发生混淆，但法院认为，基于“初始兴趣”足以认定被告构成侵权。在关于售后混淆的Arsenal案中，³⁶被告在其体育用品商店中销售未经Arsenal足球俱乐部授权的带有Arsenal文字及俱乐部徽记的围巾、衬衫等商品，并声明其商品并非Arsenal俱乐部的官方授权商品，欧洲法院认为，被告的使用行为影响了原告商标的功能，即使顾客在购买时没有发生混淆，“也不能排除涉案商品在事后被认为是来源于原告的可能性”。

（二）混淆可能性的具体判断

与相似性的判断类似，混淆可能性的判断采用的也是整体评价法，欧洲法院在Canon案中明确指出，“混淆可能性必须整体评价，考虑与案件相关的所有因素。整体评价法意味着认定相关因素之间的某种交互作用，特别是商标之间以及商品或服务之间的相似性。商品或者服务之间

较低程度的类似性，可以被商标之间较高等度的近似性所弥补，反之亦然。在先商标越具有显著性，混淆的危险性越大”。³⁷根据欧盟商标审查指南，混淆可能性的整体评价法意味着混淆可能性判断的“第一步是审查与混淆可能性判断相关的所有因素”，“第二步是在单独的整体观察法中，在综合平衡这些不同的因素后（这些因素可能相互之间补足或者抵消，并且会根据特定的情况有不同等级的相对重要性），判断它们所达到的相关性。”³⁸

关于混淆可能性的具体判断应考虑的因素，欧盟《商标指令》立法理由明确指出，“鉴于混淆可能性，其认定取决于多个因素，特别是商标在市场上的知名度，与其他已使用或已注册的商标相联系的可能，商标和标识的近似程度以及其所识别的商品或者服务的类似程度”。“特别是”一词不仅强调了商品或服务的类似性、商标的近似性、在先商标的显著性或知名度这三个因素在混淆可能性判断中的重要作用，而且，这也意味着在混淆可能性判断的过程中可能还需要考虑大量其他相关的因素。欧洲法院在Lloyd案中考虑了消费者在购买争议商品或服务时的注意力水平、商标显著性、商标使用的时间与流通范围及商标所占市场份额等因素。欧盟商标审查指南则明确规定了以下因素：相关的时间点、审查局的审查方法、商品或服务的比较、商标的比较、商标的显著性主要部分、在先商标的显著性、相关公众的注意力水平、其他因素（如家族商标、共存商标、购买商品或服务的模式等）。³⁹并且，这些因素之间并不是孤立的，而是存在一定的相互弥补关系，欧洲法院在Canon案中明确指出了其相关关系，“当在（德国）新商标法的意义上评估混淆可能性时，必须在商品的类似程度和商标的相似程度以及寻求保护的商标的显著

³⁴ See Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Case C-39/97, [1998] ECR I-5507 (ECJ, Sept. 29, 1998).

³⁵ See BP Amoco v. Kelly, [2002] F.S.R.87, para.44; 48.

³⁶ See Arsenal Football Club Plc v. Matthew Reed, Case C-206/01, para.33.

³⁷ Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Case C-39/97, [1998] ECR I-5507 (ECJ, Sept. 29, 1998).

³⁸ Guidelines for Examination in The Office for Harmonization in The International Market (Trade Marks and Designs) on Community Trade Marks Part C Section 2 Chapter1 p.10, available at: https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Guidelines/08_part_c_opposition_section_2_identity_and_likelihood_of_confusion_chapter_1_general_principles_and_methodology_en.pdf.

³⁹ Guidelines for Examination in The Office for Harmonization in The International Market (Trade Marks and Designs) on Community Trade Marks Part C Section 2 Chapter1 9-11, available at: https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Guidelines/08_part_c_opposition_section_2_identity_and_likelihood_of_confusion_chapter_1_general_principles_and_methodology_en.pdf.

性之间建立起一种相互关系,即商标与标识彼此越相似,并且寻求保护的商标越显著,对商品之间的类似性程度要求就越低”。^{④①}但是,需要注意的是,混淆可能性判断应考虑的这些因素并不是固定的,因为每个案件都会有无法预料的新情况、新特性出现,各个案件所需考虑的侧重点又各不相同,因此,混淆可能性判断所需考虑的具体因素只能基于个案进行衡量。

结 论

侵犯商标权的判断标准是决定是否构成商标侵权的基本标尺,决定着商标保护的具体范围和强度,是调整商标所有人与其他竞争者的竞争空间和自由的利益平衡杠杆。欧盟商标制度的历史传统、商标保护的基本立场、《商标指令》的立法理由决定了欧盟商标立法上所规定的侵犯商标权的判断标准是以相似性为基础、以混淆可能性为限定条件的标准,其商标司法以及审查实践则更具体地诠释和贯彻着这一标准。欧盟侵犯商标权的判断标准中的相似性是客观的相似性而不需要考虑混淆可能性,判断方法是整体评价的方法,考虑的因素是与商品和商标本身相关的所有因素。欧盟侵犯商标权的判断标准中的混淆可能性是较为限制解释的混淆可能性,判断方法也是整体评价的方法,考虑的因素包括商标近似性、商品类似性以及商标的显著性与知名度等。

如果说欧洲在技术和经济上均已经落后于世界技术和经济霸主的美国的话,欧盟仍然凭借其数量众多的世界顶尖品牌而领先于美国。尽管不可否认欧盟的世界顶尖品牌与欧盟各国更为悠久的历史有关,但欧盟商标制度的贡献显然也是功不可没的。欧盟的相关成员国是商标制度的发源地,不仅拥有最为悠久的商标保护历史,更拥有世界上最多的顶级品牌,彰显着其成功的商标保护实践。我国2013年《商标法》关于侵犯商标权的判断标准的法规用语和作为“国际标准”的《TRIPS协定》的相关规定以及世界上最大经济体的美国《商标法》的相关规定均有相当的差异,却基本类似于欧盟《商标指令》的相关规定,这究竟是无意的巧合还是有意的安排?由于在法律解释时“文义解释的优先性”,^{④②}法律用语上的近似性使得已经历40余年实践的欧盟商标法成为解释我国2013年《商标法》上的侵犯商标权的判断标准的最佳模板。在2013年《商标法》已付诸实施,最高人民法院正在制定相关司法解释之际,本文探讨欧盟商标立法与商标实践中的侵犯商标权的判断标准,希望能够为解读2013年《商标法》第57条所确立的侵犯商标权的判断标准提供有益的法律材料,有助于2013年《商标法》相关规定的解释。■

^{④①} Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Case C-39/97, [1998] ECR I-5507 (ECJ, Sept. 29, 1998).

^{④②} 陈金钊:《文义解释:法律方法的优位选择》,载《文史哲》2005年第6期,第146页。