

商標侵權案件中混淆可能性的認定

—芮松艷—

現行司法實踐中，法院通常會將混淆誤認的可能性作為侵犯註冊商標專用權行為的認定要件之一，但對於如何理解混淆誤認的可能性，以及哪些因素可能影響混淆誤認的認定，實踐中的做法差異很大。下文中，筆者將結合實踐中的情形對於案件中較為常見的可能影響到混淆可能性判斷的因素予以分析。應指出的是，在判斷混淆可能性時，我們無法窮盡所有的考慮因素，只能依據個案不同的具體情況予以具體分析。

原告商標的使用情況

1. 實踐做法

原告商標的使用情形是否會影響到混淆可能性的判斷，目前在司法實踐中是爭議很大的問題。實踐中針對不同情形存在如下不同做法：

(1) 原告商標未實際使用

即原告商標雖已獲得註冊，但並未實際投入商業經營，對於這一類商標如何保護，實踐中存在以下兩種相反的做法。

做法一：原告商標未使用導致被告對相同或近似商標的使用不會造成消費者混淆。

該做法將原告商標的實際使用情形作為判斷混淆可能性的考慮因素之一，認為如果商標權人未實際使用商標，則消費者不會對原告商標產生認知，從而不會將被告使用的商標與原告商標混淆。

在侵犯“花樣年華”註冊商標專用權糾紛案中，原告未提供證據證明其曾生產過“花樣年華”葡萄酒，且明確認可沒有銷售過“花樣年華”葡萄酒，鑒於此，法院認為，被告生產銷售的新天“花樣年華”葡萄酒不可能與尚未生產、銷售的“花樣年華”葡萄酒產生混淆，因此，被告對“花樣年華”的使用亦不會導致相關公眾誤認為其葡萄酒來自原告。據此，認定被告生產銷售涉案

葡萄酒的行為未侵犯原告的商標權。¹

做法二：原告商標是否使用不影響混淆的認定

該做法認為，商標權的保護不以使用為前提，只要經合法程序獲得註冊，則無論該商標是否經過使用，均受到商標法的保護，他人未經許可不得在相同或類似商品或服務上使用相同或近似的商標。

在侵犯“周末喜相逢”註冊商標專用權糾紛案中，雖然原告承認自己從未使用過該商標，但法院認為這並不能作為被告不侵權的合法抗辯理由。²

在侵犯“蘇菲雅”註冊商標專用權糾紛案中，法院明確指出，“商標未實際使用僅是通過行政程序撤銷商標的依據，在原告商標仍然有效且已經實際投入使用的情况下，原告自商標註冊之日即享有商標專用權”。³

(2) 原告商標已實際投入使用

在原告商標已實際投入使用的情况下，原告對於商標的使用規模、特點、地域等因素是否會影響到混淆可能性的認定，實踐中亦有不同做法。

做法一：考慮商標權人的實際使用情況

在“旺順齋”商標案中，原告僅在張家口開辦了“張家口市橋東旺盛齋爆肚館”，開辦時間為1995年，在該飯店中使用了涉案商標，其註冊資金為3000元，後增至30000元，但在訴訟發生時已停止營業。原告獲得涉案商標註冊的時間為2001年。被告旺順閣公司成立於1999年7月6日，註冊資金為人民幣1000萬元，經營範圍為飲食服務等項目。以旺順閣公司名義冠名在北京成立了至少7家的魚頭泡餅分店。

該案中，法院在考慮原告使用情況的基礎上認為，被告的旺順閣公司和旺順閣商務會館在經營地域、規模、具體內容、服務檔次、服務對象、影響等方面均與原告的張家口市旺順齋飯莊存在很大的不同；涉案圖文組合商標中的文字部分“旺順齋”

與“旺順閣”也存在不同。相關公眾一般不會將被告的旺順閣公司、旺順閣商務會館與原告的張家口市旺順齋飯莊相混淆。因此,被告的行為並未侵犯涉案商標專用權。⁴

做法二:不考慮商標權人的實際使用情況

該做法認為,商標只要經註冊合法獲得,即可受到商標法的保護,至於商標權人對於商標的實際使用情況並不影響侵犯註冊商標專用權的認定,在判斷混淆可能性時不應作為考慮因素。

在“菜根香”商標案中,涉案商標為餐館類服務商標,原被告均為餐飲企業,但經營地域分別為廣東與北京,原告的知名度僅及於廣東地區。法院在對混淆進行判斷時,未將該地域因素予以考慮,而是認為,被告使用的“菜香根”商標與原告的“菜根香”商標的音、形、義均相近,容易使相關公眾對這兩個詞語產生混淆,故“菜香根”和“菜根香”構成近似。據此,認定被告的行為構成侵權。⁵

在“滿漢樓”案中,法院亦未將地域因素予以考慮。

該案中,原告黑龍江滿漢樓公司經營餐飲服務,其經營活動限於哈爾濱市,原告未提供證據證明其商標在國內其他地域享有較高的知名度。被告長樂市滿漢樓大酒店經營地點為福建省長樂市,該酒店懸挂有“滿漢樓大酒店”招牌,在門口正中位置有“滿漢樓”牌匾。該案中,法院亦未考慮原被告的地域及知名度情況,認為被告的上述行為,屬於將與涉案註冊商標相同的文字在相同的服務上突出使用的行為,構成侵權。⁶

2. 原告商標使用情況與混淆可能性判斷的關係

雖然目前司法實踐中存在不同做法,但筆者認為,在判斷混淆可能性時不能完全基於註冊行為而對商標權進行絕對保護,應在合理範圍內對原告商標的使用情況予以考慮。當然,這種考慮亦不能一刀切,而應分情況討論。具體而言,筆者認為可以是否存在連續三年停止使用的情況而作不同對待。

(1) 存在商標連續三年停止使用的情況

筆者認為,如果原告商標存在商標連續三年停止使用的情況,則可以認定被告的使用行為不會構成與原告商標的混淆,被告的使用行為不構成對原告註冊商標專用權的侵犯。

筆者之所以持這一觀點是因為《商標法》第四十四條明確規定,連續三年停止使用的商標可被撤銷。由此可知,對於連續

三年停止使用的商標,《商標法》認為其已不具有合法性基礎。對於此類不具有合法性的註冊商標,如果僅因在民事侵權程序中無法對註冊商標的有效性予以判斷並進而對其予以撤銷,而一概對其予以保護,不僅不利於真正實現商標法的立法目的,亦可能在一定程度上不當損害被告的利益。因此,對此種情形可以在認定混淆可能性時適當予以考慮,即認定被告的使用行為不會造成與原告商標的混淆,從而使原告商標客觀上得不到保護。

其實,對於原告商標的合法性是否應在侵犯註冊商標專用權案件中予以考慮,在《最高人民法院關於審理涉及馳名商標保護的民事糾紛案件應用法律若干問題的解釋》中已有所涉及。其第六條規定,“原告以被訴商標的使用侵犯其註冊商標專用權為由提起民事訴訟,被告以原告的註冊商標複製、摹仿或者翻譯其在先未註冊馳名商標為由提出抗辯或者提起反訴的,應當對其在先未註冊商標馳名的事實負舉證責任”。該規定雖對被告舉證後法院應如何處理並未明確規定,但依正常邏輯可推知,這一舉證結果應當會影響到實體侵權的認定結果,否則,該司法解釋中不必要規定被告需對其商標構成馳名負舉證責任。由該規定可以看出,其實際上也是在民事侵權程序中對於原告註冊商標的合法性予以考慮。

此外,最高法院在“紅河”案中對於未使用商標的保護問題明確發表了觀點,這一觀點對我們有一定借鑒意義。

該案中,原告為“紅河”商標專用權人,該商標註冊在啤酒等商品上,但並未實際投入使用;被告在啤酒商品上使用了“紅河”與“紅河紅”商標。最高法院對於被告使用“紅河紅”商標的行為最終未認定為構成侵犯註冊商標專用權,其主要理由即為:原告始終未能夠提交證據證明該商標因實際使用取得了較強的顯著性。……由於原告的商標尚未實際發揮識別作用,消費者不會將被告的“紅河紅”啤酒與原告相聯繫。

該案中,雖然最高法院並未涉及到原告商標是否存在三年不使用的情况,且在原告在該案中所主張的另一商標“紅河”亦未實際使用的情況下,最高法院對於另一被控侵權行為(即被告使用“紅河啤酒”商標的行為,該行為屬於在相同商品上使用相同商標的行為),最終仍然認定為構成《商標法》第五十二條第(一)項規定的侵犯註冊商標使用權的行為,但這一認定並不

能否否定在“紅河紅”商標使用行爲中所採用的考慮原告商標使用狀態的傾向,而只能說明最高法院目前在對於相同商品上使用相同商標這一典型行爲的混淆判斷中採取較為謹慎的態度。

(2)不存在商標連續三年停止未使用的情況

該情形既包括商標持續實際投入使用的情况,亦包括商標雖未進行實際使用或未持續使用,但該未使用或停止的期間並未達到三年的情形。

筆者認爲,如果不存在商標連續三年停止使用的情况,在對混淆可能性進行判斷時,應當對原告商標的具體使用情况予以考慮。但應當注意的是,對於原告商標使用情况的考慮,不僅包括其現有的使用狀態(如地域、消費對象、銷售渠道、知名度覆蓋範圍等),同時亦要考慮商標權人對該商標的“合理的商業發展”,包括其在消費地域、銷售渠道、消費對象等各方面的合理的可預見的商業發展。通常而言,因商品商標的流通性顯然高於服務商標,故地域性因素對於商品商標的影響要明顯小於服務商標。

混淆可能性的判斷中之所以要考慮原告商標的使用情况,係考慮到如下因素:

首先,這一做法符合商標的本質功能。商標的本質功能在於識別功能,即區分不同商品或服務的提供者。商標這一本質功能的發揮並非通過商標註冊行爲,而是通過商標使用行爲。商標註冊行爲雖會爲商標註冊人帶來一定的先佔利益,但商標法最終保護的仍是商標的使用行爲以及該使用行爲爲商標權人所帶來的商標法上的利益。因此,在混淆可能性的判斷中考慮這一因素符合商標的本質功能。

其次,這一做法亦未違反現行法律規定及最高法院的現有做法。因我國現有法律及司法解釋中對於混淆的判斷因素均未予以涉及,因此我們合理認爲法律並未禁止在判斷混淆可能性時考慮原告商標的使用情况。而在前文中提到的“紅河紅”案件中,最高法院在判定侵權時在很大程度上考慮到商標的使用情况,說明了司法層面上最高法院的現有態度。鑒於此,筆者認爲將商標使用情况作爲混淆可能性的判斷因素既未違反現有法律規定,同時亦符合最高法院的現有做法,不存在立法及司法層面上的障礙。

之所以既要考慮原告商標的使用情况,同時亦不局限於該

商標的現有使用狀態,係基於對商業慣例及企業發展規律的考慮。企業的發展一般有一個由小到大的過程,如果僅考慮商標的現有使用狀態,不爲企業預留合理的發展空間,而允許他人這一空間內使用相同或近似商標,一方面對原告似有不公,一方面亦易使消費者產生混淆。而反之,如果不考慮原告的合理的可預見的商業發展,而對原告商標進行絕對化保護,則又有過度佔有公有資源之嫌,最終導致對商標的保護變質爲對標識符號的保護。

原告商標的知名度

原告商標的知名度亦會對混淆可能性的認定產生影響(當然本文僅在普通商標這一層面予以探討,馳名商標因其具有的特殊性,不在本文探討的範疇)。對於普通商標而言,這一影響主要體現在,在進行混淆認定時,原告商標的知名度越高,則對商標近似程度、商品或服務的類似程度的要求就越低。換言之,在商標標識本身近似程度相同的情況下,原則上原告商標的知名度越高,就越容易認定可能造成消費者混淆。同理,對於同樣的兩類商品或服務,使用在商品或服務上的原告商標的知名度越高,構成混淆的可能性亦越大。

原告商標知名度的這一影響源於隔離對比的混淆認定原則。依據這一原則,消費者係基於其心目中對於原告商標的已有認知,對是否構成混淆予以判斷,而非將原被告的商品放在一起進行比對。原則上,原告商標知名度越高,消費者對其認知程度及印象越深,因此,相比不具有知名度或知名度較低的商標,知名度高的商標更易使消費者產生混淆。

如在涉及“長城牌”商標的侵權案件中,原告中糧集團的“長城牌”葡萄酒產品獲得了很多榮譽,有很高的知名度。被告產品標貼正面雖顯著使用了長城圖案,但未使用“長城”字樣。法院之所以最終認爲,被告使用的“長城圖案”與原告的“長城牌文字”構成近似,被告的行爲構成侵權,其重要的考慮因素之一即爲原告“長城牌”在葡萄酒產品上享有很高的知名度,認爲被告在相同產品上顯著使用“長城圖形”,又沒有其他任何顯著可識別的標誌,很容易造成普通消費者將其產品誤認爲原告的“長城牌”產品。⁷

被告商標的知名度

不僅原告商標知名度會對混淆可能性的認定產生一定影響，被告商標的知名度亦同樣有此作用。但應注意的是，對於被告商標知名度的考慮需具有一定適用條件，即其適用於原被告雙方的商標均具有一定知名度，從而最終“不會”導致消費者混淆的情形。具體而言，如果原被告雙方的商標均具有一定知名度，消費者對兩商標均具有一定認知，則此時雖然商標本身具有一定近似程度，商品或服務本身亦具有一定類似程度，亦可能不會產生混淆。

被告商標知名度對於混淆可能性的影響之所以需具有一定適用條件，是因為原則上如果被告商標知名度較高，而原告商標知名度較低，此時亦有可能產生混淆，即反向混淆。反向混淆同樣是混淆的一種方式，在構成反向混淆的情況下，被告使用原告商標同樣構成侵權。因此，結合實踐中出現的情況，我們在考慮被告商標知名度對於混淆可能性的影響時，不能孤立地考慮被告商標知名度這一因素，還要結合原告商標的知名度。

這一原則在最高人民法院《關於審理商標授權確權行政案件若干問題的意見》中亦有所體現，雖然該意見係用以指導商標行政案件審理的規範性文件，但該文件中所體現的精神在侵犯註冊商標專用權案件中亦具有借鑒意義。該意見中指出，“對於使用時間較長、已建立較高市場聲譽和形成相關公眾群體的訴爭商標，應當準確把握商標法有關保護在先商業標誌權益與維護市場秩序相協調的立法精神，充分尊重相關公眾已在客觀上將相關商業標誌區別開來的市場實際，注重維護已經形成和穩定的市場秩序”。

在涉及“鹿王”商標的商標爭議行政案件中，法院即考慮到雙方當事人商標的知名度，最終認定爭議商標與引證商標不會造成消費者混淆，未認定為近似。雖然此案並非侵犯註冊商標專用權案件，但此類案件與侵犯註冊商標專用權案件審理中所採用的混淆認定原則應無實質差別。也就是說，依該案中採取的原則，如果雙方當事人的糾紛係侵犯註冊商標專用權案件，法院亦會認定未造成混淆，不構成侵權。

該案中，爭議商標為“九鹿王及圖”商標，引證商標為“鹿王及圖”商標。引證商標所有人江蘇九鹿王公司認為內蒙古鹿王

羊絨公司註冊的爭議商標與引證商標構成在類似商品上使用的近似商標，不符合《商標法》第二十八條的規定，因此不應予以註冊。對此，法院認為，由於雙方對各自商標的使用，使得引證商標、爭議商標各自均有一定知名度，且引證商標主要使用在羊絨衫等商品上，而爭議商標主要使用在男裝、褲子商品上，兩者在商品、消費群體、銷售渠道上有一定差別，相關公眾可以將兩者區分開，不足以造成混淆、誤認，故兩者不構成使用在相同或者類似商品上的近似商標。⁸

商品或服務的特性

消費者的認知是影響混淆可能性判斷的決定性因素，因商品或服務所具有的一些特性會在一定程度上影響消費者對商品的認知（如商品或服務的價格、商標在商品或服務上的顯示比例等），因此，在判斷混淆可能性時亦需對這些因素予以考慮。

某些商品或服務因屬於高端消費品（如汽車、房產），消費者在購買時通常會同時考慮很多因素，商標對於消費者的購買意向並不具有決定性影響，因此，商標標識的近似程度通常對這類商品或服務上混淆可能性的判斷影響不大。可以這樣理解，同樣近似程度的商標，使用在其他類商品或服務上足以使消費者產生混淆，但使用在此類商品或服務上則並不必然產生混淆。

在“香榭里 CHAMPELYSEES”商標案中，原告深圳美地公司認為被告開發的上海“香榭麗花園”侵犯了其註冊商標專用權。該案中，法院最終認定被告的行為未構成侵權的理由即為，“消費者在選擇購買房地產時，只會關注樓盤和開發商，通常情況下，不會對服務來源產生混淆”。⁹

另如，有些商品或服務的特性決定了其所使用的商標僅能以較小比例顯示（如手錶），因此，對於此類商品而言，即便兩商標具有一定區別，但鑒於其所使用的比例較小，消費者不易注意到，因此可能較易產生混淆。而同樣兩商標使用在其他商品上（如服裝），則因為其商標標識圖樣較大，致消費者更容易發現兩者的區別，因此，在其他因素不變的情況下，消費者相對不易產生混淆。

商標的顯著性

1. 實踐做法

最高法院《商標法司法解釋》第十條規定，在判斷商標近似時應當考慮被保護註冊商標的顯著性和知名度。基於這一規定，很多案件中在考慮混淆可能性時均涉及到顯著性這一因素。但實踐中對於顯著性這一概念卻有着不同的理解，這一理解的不同影響了混淆可能性的認定。

(1) 將顯著性理解為非描述性

即認為如果商標並非對商品或服務特點的描述性標識，則應認定其具有顯著性。如果原告商標屬於不具有描述性的臆造詞或任意詞，則被告對該商標的使用更易於產生混淆可能性。

在涉及“rotork”商標的侵權案件中，法院認為，原告的“rotork”註冊商標是個臆造的生詞，無具體含義，具有顯著性，消費者施以普通的注意力容易產生誤認，據此，法院認定“Autork”等標識與“rotork”註冊商標構成近似。¹⁰

另在涉及“高麗雅娜”商標的侵權案件中，法院認為，考慮到“高麗雅娜”的中文組合不是字典可以查到的普通詞組，具有先天的顯著性，因此，法院認定被告在其宣傳資料中所稱的國外進口知名品牌高麗雅娜會讓相關行業人士和消費者與韓國高麗雅娜化妝品株式會社的高麗雅娜產品產生關聯。¹¹

有些案件中，法院進一步認為對於具有描述性的詞彙，在混淆可能性的判斷中不予以考慮。

在“國旅”商標案中，原告中國國際旅行社總社認為被告在網站上使用“國旅假期”字樣的行為構成侵權。法院在判斷混淆可能性時，對於顯著性因素即是從非描述性角度予以考慮。法院認為，原告註冊的“國旅”商標並不屬於固有詞彙，被告使用的“國旅假期”中起到識別服務來源作用的也是“國旅”兩字，“假期”兩字不具有顯著性，該使用會使消費者誤認為被告的“國旅假期”與原告存在某種關聯性，從而產生混淆。¹²

(2) 將顯著性理解為知名度

在一些案件中，雖然判決中並未明確表示，但從其含義中可以看出，法院將顯著性實質性地理解為知名度，並在認定商標具有知名度的情況下，認為其具有更高顯著性，從而對混淆可能性的判斷產生影響。

如在涉及“RITZ”商標的侵權案件中，原告是酒店經營公司，在業內享有較高的知名度。法院認為，“RITZ”在中國享有較高的知名度和較強的顯著性。在此基礎上，最終認定被告使用“RITS”與“麗池”組合標識以及“麗池 RITS 及圖”組合標識容易造成消費者混淆。¹³

另在涉及“飛天”商標的侵權案件中，法院認為，“飛天”作為一個有特定文化內涵的詞語，從商標角度來看，它本身的顯著性並不強，因此除非原告有證據證明“飛天”一詞通過原告長期的使用已經獲得了超越其本身內涵的含義，具有了較強的顯著性，即他人看到“飛天”一詞，首先獲得的感知是原告的商业性標識，而非“飛天”原本所蘊含的文化內涵，否則原告無權禁止他人對“飛天”進行合理使用。原告目前的證據材料無法證明其“飛天”商標有較高知名度，或通過使用已獲得較強的顯著性。鑒於此，法院認為，被告的使用不會造成消費者混淆。¹⁴很顯然，該案中，法院將顯著性在一定程度上等同於知名度。

2. 顯著性與混淆可能性的關係

由前文中的實踐做法可以看出，在不同判決中對於顯著性的理解並不相同，因此在對顯著性與混淆可能性之間的關係進行判斷時，首先需對顯著性的含義予以明確。

筆者認為，對於顯著性的認定，應以標識是否能夠指示商品或服務來源為原則。通常應從兩方面着手。一方面，從標識與其所指定使用的商品或服務的聯繫方面着手：如果該標識直接描述了商品或服務的相關特點，因其會使消費者認為是對相關特點的描述，故無法起到指示來源的作用，不具有顯著性。另一方面，從標識本身是否使消費者產生商標的認知這一角度予以判斷：如果某一標識雖並未描述商品或服務的特點，但其並不會使消費者將其認知為商標，其亦屬於不具有顯著性的商標（如過於簡單或過於複雜的標識，或通常不作為商標使用的商品的形狀等）。

上述對顯著性的理解來源於《商標法》第十一條。該條規定，下列標誌不得作為商標註冊：（一）僅有本商品的通用名稱、圖形、型號的；（二）僅僅直接表示商品的質量、主要原料、功能、用途、重量、數量及其他特點的；（三）缺乏顯著特徵的。前款所列標誌經過使用取得顯著特徵，並便於識別的，可以作為商標註冊。

上述對顯著性的理解在司法實踐中亦得到了相關案例的確認。

如在涉及“福及圖”的商標行政案件中，法院認為，通常情況下，對於商標顯著特徵的判斷應結合具體的商品或服務的類別予以考慮。對於直接描述了特定商品或服務的質量、主要原料、功能、用途、重量、數量或其他特點的標識，因其會使相關公眾認為是對於特定商品或服務所具有特點的描述，而非指向商品或服務提供者，故通常認為此類標識相對於特定的商品或服務而言不具有顯著特徵。

在一些情況下，亦存在針對全部商品或服務類別均不具有顯著特徵的商標標識，但這一情形通常僅指向該標識使用在任何商品或服務類別上均不會使相關公眾產生商品或服務來源認知的情況，即此種標識的使用所產生的效果通常不會使相關公眾認為其屬於商標的使用。如過於簡單或過於複雜的標識。¹⁵

由此可知，商標顯著性的強弱通常係指其與商品或服務特點之間聯繫程度的強弱。對於具有固有顯著性的標識，其顯著性強弱與知名度通常不具有直接聯繫。只有對於不具有固有顯著性的標識，在考慮通過使用獲得顯著性的情況時，才會涉及到與知名度的關係。因此，實踐中將知名度與顯著性未作區分的做法與顯著性的基本性質有衝突。

對於具有固有顯著性的商標而言，知名度的大小對商標確實會產生影響，但其影響的並非是顯著性強弱，而是商標的強度（或者說該商標給消費者產生的認知）。即如果知名度越高，則消費者對其認知越強，反之，則較弱。商標知名度對於混淆可能性的影響，前文中已論及，此處不贅述。

在對顯著性含義予以明確的基礎上，對於商標顯著性與混淆可能性之間的關係可作如下理解：

(1)對於不具有顯著性的商標或其組成部分，在混淆可能性判斷時不予以考慮。

有觀點認為，因不具有顯著性的商標不會獲得註冊，因此不需要在混淆可能性的認定上考慮這一因素。對此，筆者認為，雖然整體上不具有固有顯著性的描述性標識通常難以作為商標註冊，但這並不妨礙商標中包含不具有顯著性的部分。此外，除非屬於《商標法》第十一條第一款第一項規定的商標“僅有本商品的通用名稱、圖形、型號”的情形，其他不具有顯著性的標

識亦可以經過使用獲得顯著性，從而獲得註冊，因此，在案件中考慮到這一因素對於混淆可能性判斷的影響有其重要意義。

筆者之所以認為不具有顯著性的商標或其組成部分，在混淆可能性判斷時不予以考慮，是因為此類描述性標識在同業經營者在表述商品或服務特點時通常會用到，屬於同業經營者共有的資源，他人不應壟斷，因此註冊商標專用權人無權禁止他人正當使用。對於消費者而言，如果被告使用的商標中包含有不具有顯著性的標識（如前文中所指“國旅”案），則因消費者通常會將其認定為對該商品或服務特點的描述，不會當作認知標誌去識別商品或服務提供者，不會影響消費者對於商品或服務來源的認知，故在與原告註冊商標進行比對時，亦不應考慮該標識。基於此，無論原告註冊的商標中還是被告使用的商標中包含有不具有顯著性的部分，在進行混淆可能性判斷時，均不需要予以考慮。

如在“SYSTEMAX”商標案中，被控侵權網線產品上標註的“SHANGHAI AIPU SYSTEMAX”，其中“SHANGHAI”作為地名並不具有可識別性，具有顯著性的部分是“AIPU SYSTEMAX”。法院最終將“AIPU SYSTEMAX”與“SYSTEMAX”進行對比，並得出近似的結論。¹⁶

(2)對於具有暗示性的商標，在進行混淆可能性比對時，其“義”這一因素，所佔比重相對較低。

《商標法司法解釋》中規定，在判斷商標近似時，要考慮音、形、義三方面。對於不同商標而言，該三個方面對混淆可能性的影響的比重不盡相同，需視具體情況而定。具體到暗示性商標（如“敵殺死”），雖然其採用的表現形式並非同業經營者常用的方式，但其畢竟“在含義上”係對商品或服務特點的描述，而該特點為該商品或服務所客觀存在的特點，商標權人對該含義無權壟斷，因此，在涉及暗示性商標的混淆可能性判斷時，應儘量較少地考慮其含義這一因素。

(3)其他具有固有顯著性的商標，其顯著性的強弱對於混淆可能性的判斷尚無實質性影響。

混淆可能性產生的根本前提在於消費者的認知度，即原則上消費者對商標的認知度越高，被告商標被認定具有混淆可能性的機率相對越高。消費者的認知度係來源於商標的使用，與商標顯著性的強弱並無必然聯繫。即便顯著性很高的商標（如

海爾),如其並未經使用使消費者產生認知,則在混淆可能性的判斷中,其並不會比顯著性較低但具有很高知名度,消費者認知高的商標被認定為混淆的機率高。鑒於此,筆者傾向於認為顯著性的強弱對於混淆可能性的判斷尚無實質性影響。■

作者:北京市第一中級人民法院知識產權庭法官

¹ 見北京市海淀區人民法院(2008)海民初字第8283號民事判決書。

² 見北京市第一中級人民法院(2007)一中民初字第1747號民事判決書。

³ 見上海市浦東新區人民法院(2008)浦民三(知)初字第489號民事判決書。

⁴ 見北京市第二中級人民法院(2009)二中民終字第3794號民事判決書。

⁵ 見北京市朝陽區人民法院(2006)朝民初字第24340號民事判決書。

⁶ 見福建省高級人民法院(2009)閩民終字第148號民事判決書。

⁷ 參見北京市第一中級人民法院(2007)一中民初字第1422號民事判決書。

⁸ 見北京市高級人民法院(2009)高行終字第727號民事判決書。

⁹ 見上海市第一中級人民法院(2003)滬一中民五(知)初字第170號民事判決書。

¹⁰ 見上海市第二中級人民法院(2005)滬二中民五(知)初字第24號民事判決書。

¹¹ 見廣東省廣州市中級人民法院(2007)穗中法民三初字第186號民事判決書。

¹² 見上海市浦東新區人民法院(2007)浦民三(知)初字第129號民事判決書。

¹³ 見上海市第二中級人民法院(2008)滬二中民五(知)初字第73號民事判決書。

¹⁴ 見上海市第二中級人民法院(2007)滬二中民五(知)初字第335號民事判決書。

¹⁵ 見北京市第一中級人民法院(2009)一中行初字第419號行政判決書。

¹⁶ 見上海市浦東新區人民法院(2009)浦民三(知)初字第269號民事判決書。