

商标权客体“联系说”之证成*

——兼评“非诚勿扰”商标纠纷案

杜志浩

(哥廷根大学,德国哥廷根)

摘要 商标权的客体应当是相关公众所认知的商标与商品或服务间的特定联系,这就是商标权客体“联系说”。相比商标权客体的其他学说,“联系说”更加契合商标权的本质,故而作为一种解释工具有特殊的意义。2013年修订后的我国《商标法》第57条第2项对商标权侵权的规定,可以从“联系说”的视角得到合理的解释。“非诚勿扰”商标纠纷案的裁判结果值得肯定,但法院论证商标权侵权的过程存在缺憾,以“联系说”为指引可以完善商标权侵权认定的说理,增强裁判的说服力。坚持“联系说”,能够使人们在面对商标法的各种问题时,时时以商标权的本质为宗旨,而不至于轻易陷入说理的困惑乃至概念的泥潭。

关键词 商标法 商标权客体 联系说 相似性 混淆可能性

中图分类号 :DF523.3 **文献标识码** :A **文章编号** :1005-9512(2016)05-0086-10

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2016.05.008

2015年12月11日,深圳市中级人民法院对历时近三年的“非诚勿扰”商标纠纷案做出终审判决,^①江苏省广播电视总台应立即停止侵害金阿欢第7199523号“非诚勿扰”注册商标的行为,其所属的江苏卫视频道于判决生效后立即停止使用《非诚勿扰》栏目名称。

作为江苏卫视的王牌综艺节目,《非诚勿扰》长期拥有较高的收视率,在海内外都有数量不小的忠实观众,因此“非诚勿扰”商标纠纷案二审的判决结果一经公开,即引发广泛的关注与热议。“粉丝”们担心喜爱的节目就此告别荧屏,理论界和司法实务界则更多地争论诸如类似服务的认定、反向混淆等该案所涉及的商标法理论问题。

事实上,“非诚勿扰”商标纠纷案本是一起普通的商标侵权案,该案判决之所以引起争议,一个深层次的原因在于:我国理论界和司法实务界对“商标权客体”这一基础的理论问题仍然未能达成统一的认识,从而导致对商标法现象解释上的种种困惑与分歧。笔者认为,商标权的客体是相关公

作者简介 杜志浩,德国哥廷根大学博士研究生。

* 本文受国家建设高水平大学公派研究生项目(编号:留金发[2014]3026号)资助。本文的写作得到南京大学方小敏教授、上海交通大学朱军博士的鼓励以及杨阳、汪磊两位师友启发。

① 广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法知民初字第927号民事判决书。下文对于“非诚勿扰”商标纠纷案内容的介绍除另有说明外都出自该判决书,不再一一注释。

众所认知的商标与商品或服务之间的特定联系,坚持这一商标权客体“联系说”,有助于把握商标权的本质,从而使裁判者能够在“非诚勿扰”商标纠纷案这样看似复杂的商标权案例中理清法律关系。

一、“联系说”的理论基础

既有理论对商标权客体的认识主要有两种学说,一种认为商标权的客体就是商业标识本身(“商业标识说”),一种则认为商标权的客体为商标之上所承载的商誉(“商誉说”)。近年来,有少数学者提出了商标权客体的“联系说”,但这一学说并没有得到足够的重视。可能的原因在于,这些论者或者只停留于对“联系说”概念的简单论证,^②或者仅仅将其作为商标法问题的一种分析路径,^③而对于“联系说”自身的合理性缺乏完整的论述。笔者认为,要确立“联系说”的地位,需要在将该学说与其他学说进行比较的同时,论证其所具有的理论基础,而这主要表现在两个方面:首先,权利客体是权利设立的基础,因此商标权客体的定义应当与商标权的本质相一致,否则商标法的整个理论架构会出现不可调和的矛盾;其次,商标权是知识产权的经典类型,因此商标权客体的学说需要置于知识产权的体系中进行考察。

(一)“联系说”符合商标权的本质

权利是法律保障的特定利益。从这个定义来说,权利的本质由“特定利益”和“法律之上力”两种要素构成。客体与权利本质的关系体现于:法律为实现主体的特定利益,特予以了主体对客体的“法律之上力”,并从反面课以相对人以义务,以确保特定利益的实现。^④以物权为例,物权是“直接支配一定之物,而享受利益之排他的权利”,“一定之物”作为直接支配的对象,即构成物权的客体,而物权人在物上享受的利益(特定利益)与对物的“直接支配”及“排他”(法律之上的力)则共同构成物权的本质。^⑤因此,客体与权利本质的这两个要素应当是内在统一的关系。以此为基础,商标权客体的定义应当符合商标权的本质,这体现在:第一,商标权客体应当承载商标权人的特定利益;第二,商标权客体应当是商标权法律之上的力所作用的对象。

1. 商标权人的特定利益

为了回答商标权本质上保护什么的问题,德国乃至整个欧盟采纳了所谓“功能学说”(Funktionslehre),也就是认为商标权保护的并非商标权人对商业标识本身的支配利益,而是保护商标的识别功能。^⑥尽管商标还有诸如质量保障、广告宣传等功能,但这些仅仅是识别功能的“附属功能”。商标的识别性是消费者“认牌购物”的基础,没有识别性,商标就无法传递关于商品质量的信息,也无从发挥广告宣传的效果,保护商标的识别功能通常可以附带地保护其他功能。因此,在“功能学说”的主张者看来,商标权的本质就在于保护商标的识别功能。欧盟的《商标指令》与《共同体商标条例》的立法理由明确指出:“赋予注册商标商标权的保护,旨在保护商标的识别功能。”^⑦尽管其他法域并没有明确接受“功能学说”,但大多默认了商标权保护商标识别功能的事实。TRIPS 第 15 条将商标定义为“任何能够将一个企业的商品或服务与其他企业的商品或服务区分开的标记或标记组

^② 例如,朱谢群、郑成思:《也论知识产权》,《科技与法律》2003年第2期;孙栋:《论商标权客体》,《法制博览》2012年第9期等。

^③ 例如,徐春成:《“联系说”视野下商标侵权例外辨析》,《西北农林科技大学学报(社会科学版)》2010年第5期;杜志浩:《“联系说”视角下商标俗称抢注案的法律思考》,《成都理工大学学报(社会科学版)》2012年第7期等。

^④ 参见郑玉波:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第63页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年版,第71页。

^⑤ 郑晓剑:《人格权客体理论的反思——驳“人格利益说”》,《政治与法律》2011年第3期。

^⑥ Vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Auflage, Einl. Rn. 72.

^⑦ Vgl. BeckOK, MarkenR/Kur MarkenG, 5. Edition, Rn. 118.

合”,识别性成为商标受保护的必然要素,与此相一致,各国商标立法几乎无一例外地规定,只有具有识别性的商标才能获得商标权的保护,而损害商标识别功能的行为即构成商标侵权。

从商标权人的角度来说,商标权保护商标的识别功能,就是保护商标识别性对于商标权人的特定利益。商标权人正是利用商标的识别功能将自己与其他商品的提供者区别开来,唯有如此,商标才能发挥商品交易中的媒介作用,从而促进交易的达成。商标权人可以通过保障质量、广告宣传等商业行为赋予商标包括商誉在内的更多价值,但一个商标如果丧失了识别性,往往就丧失了商标的全部价值。“识别”反映了商标权人经济生活的需求,故而是商标权人的一种物质利益,商标权也因此成为一种财产权。^⑧商标权客体的定义应当至少表征商标权人对商标识别功能的这一特定利益。

在既有的商标权客体学说中,“商业标识说”可以说是对“商标权”望文生义的结果,这种观点显然没有回应商标权的上述特定利益,所以它无法解释为何没有识别性的商业标识不能被注册为商标。“商誉说”则不恰当地认为商标权人的特定利益体现在商誉之上。首先,商誉不是任何商标都固有的价值,“对于大多数资质平庸的商家来说,无商誉可以表征乃是经营常态,但这并不妨碍其利用商标的识别功能区分产品来源”。^⑨因此,商标与商誉并非总是如影随形的关系,商标权转让不等于包含商誉的转让,商标侵权行为也并不总是意味着对商誉的损害。其次,即使一些商标承载着巨大的商誉,也可能因为丧失了识别性而失去商标权的保护。典型的例证就是知名商标向通用名称的转化,例如阿司匹林、优盘等,这些商标往往都具有显著的知名度(否则也不会转化为通用名称),故而其背后常常蕴藏着巨大的商誉价值,但是因为商标本身的识别功能不复存在,也就无法获得商标权的保护。

相比于其他两种学说,“联系说”则恰当地反映了商标权人所受保护的特定利益,因为商标的识别功能即产生于特定联系的建立之上。此外,“联系说”也正确界定了权利客体与利益之间的关系:利益由客体所产生,客体是利益的载体,因此利益是主观的,属于权利的本体,而客体是客观的,存在于权利之外。^⑩唯物论认为联系具有客观性,“特定联系”作为一种客观事物,符合客体的属性,它与商标权的特定利益既内在统一,又截然不同。因此,“联系说”对商标权客体的定义亦表现出了概念的精确性。

2. 商标权的法律之上的力

商标权是一种支配权,其法律之上的力体现在两个方面:一是对商标权客体的直接支配性,二是对任意他人干涉行为的排他性。从逻辑上说,支配权和排他权都指向同一客体,故而其范围应当是一致的。因此,只要确定了支配权的内容,那么任何触及权利人支配利益的行为都构成权利侵害,法律不必详细罗列加害行为的具体样态,因为可能的加害行为种类繁多,本身是无法穷尽的。例如,我国《物权法》在规定了各种所有权和限制物权之后,并没有详细列举各种侵害所有权和限制物权的行为;同样,许多国家的专利法和著作权法也只是规定专有权利而不列出具体的侵权行为,这即是符合支配权本质的立法模式。^⑪然而,商标法的情况却完全相反,多数国家的商标法都一一列出了侵害商标权的行为,而并没有详细列举商标权的专用权内容。2013年第三次修正的我国《商标法》(以下简称:我国新《商标法》)第56条规定商标专用权仅限于在核定商品上使用核定商标,该法第57条第2项则规定,“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

^⑧ 参见罗斯科·庞德:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第22页。

^⑨ 徐聪颖:《商标与商誉关系的再思考——由“王老吉”商标的法律纷争说起》,《知识产权》2012年第9期。

^⑩ 参见朱谢群:《信息共享与知识产权占有》,《中国社会科学》2003年第4期,同前注^⑤,郑晓剑文。

^⑪ 参见陈爱碧:《商标法领域“侵权不停止”适用的正当性及其界限》,《政治与法律》2015年第12期。

品上使用与其注册商标相同或者近似的商标”属于侵犯注册商标专用权的行为,这又使得商标权的排他权范围看上去要大于支配权的范围。^⑫由此看来,商标权似乎成为了支配权中彻底的“另类”。

事实上,只要人们还认同商标权的支配权属性,这一理论上的诘难就始终会令人困惑。笔者认为,商标权的立法侧重于对侵害行为的列举,这是因为:在既有商标权客体学说无法令人信服的情况下,对商标权进行定义相对而言也就十分困难。为此,《德国商标法》第14条第1款仅仅极为笼统地规定“商标权的保护赋予商标的所有人以绝对权”,而立法者并没有对这种绝对权的内容给出定义。德国通说则认为,商标权这一绝对权的具体权能只能从《德国商标法》第14条第2款规定的对各种具体侵害行为的“禁止权”中反推得出。^⑬因为没有对商标权本身进行定义,就《德国商标法》而言,从解释论上并不会得出商标权排他性范围大于支配性范围的结论。相反,我国《商标法》第56条对商标专用权的规定实际上默认了商标权客体即是商业标识本身,从而将商标专用权等同于对注册商标本身的支配权。这一对商标权客体的错误理解,导致了商标权支配性与排他性不一致的结果,因为“商业标识”本身并非商标权支配性和排他性所指向的对象。

像德国法那样拒绝定义固然是一种“务实”的做法,但人们不应满足于此,商标权客体“联系说”就提供了一种可能的解决方案。如果采纳“联系说”,商标权人的专用权即表现为对相关公众认识的注册商标与商品间特定联系的支配,禁止权则表现为对他人任何破坏这一特定联系的行为的阻止,而这种行为显然不仅限于在相同商品上使用与注册商标相同的商标,也包括其他具有混淆可能性的行为。从这一意义上说,商标权的支配权和排他权的范围也是完全一致的,“联系说”无疑正确指明了商标权的法律之上的力所作用的对象,从而契合了人们对于支配权的一般理解。

(二)“联系说”符合知识产权的体系性

作为知识产权的一种权利类型,商标权的客体学说应当能够与既有的知识产权客体理论进行调适,以保障知识产权法学作为一门科学的体系性。目前,学者对知识产权客体存在着不同的认识,除了传统的智力成果说,尚有信息说、形式说、信号说、符号说等。^⑭这些学说可谓“各领风骚”,但都未成为学理公认的范式。范式是共同体展开对话的基础,一个成熟学科体系性的标志即在于范式的形成,因此知识产权的体系性论证至今仍是不完备的。^⑮不过,在上述学说中,“信息说”逐渐得到了多数学者乃至世界知识产权组织的认同。^⑯在此,笔者无意对知识产权客体的各学说做出评价,而仅仅考察“信息说”对既有商标权客体理论的概括力。如果商标权客体不符合“信息说”,那么后者作为范式的可能性就值得怀疑。

如何对待商标权,一直是知识产权体系化中最棘手的问题。“智力成果说”之所以失去了其通说的地位,主要就在于其无法合理解释商标权:无论是商业标识还是商誉,都不具有创造性的智力成果,知识产权由此也时常被表述为“创造性成果的权利和识别性标记的权利”。这种列举式的定义显然无助于知识产权的体系化。为了揭示所有知识产权客体的共性,有学者提出了“信息说”,认为知识产权的客体是非物质性的信息。不过,信息是一个相当宽泛的概念,它几乎可以用来指称人类社会传播的一切内容。依据法的第二性原理,法律概念应当来源于(但又不能等同于)第一性的社会现实,它只选择那些具有规范意义的特征予以反映。^⑰因此,作为知识产权客体的信息并非客观存在的

^⑫ 参见王迁《知识产权法教程》,中国人民大学出版社2014年版,第472页。

^⑬ Vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Auflage, § 14 Rn. 7.

^⑭ 张勤:《知识产权客体之哲学基础》,《知识产权》2010年第2期。

^⑮ 李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第80页。

^⑯ 金海军:《知识产权私权论》,中国人民大学出版社2004年版,第10页。

^⑰ 李琛:《法的第二性原理与知识产权概念》,《中国人民大学学报》2004年第1期。

所有信息,而只能是具有规范意义的信息。¹⁸

具体到商标权,其客体也应具有商标法规范意义的信息。商誉作为名誉和荣誉的结合,并无通信、传播之特征,本来就不符合第一性的“信息”概念,因此持知识产权“信息说”的学者实际上都不认同商标权客体的“商誉说”;作为包含“文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等要素或上述要素组合”的商业标识虽然构成一种信息,但这种信息只是表达了一种客观存在,并不具有商标法上的规范意义。例如,“Apple”这一标识既可以是美国苹果公司的商标,也可以被理解为该词汇的本来含义——苹果。因此,“商业标识说”对商标权客体的定义是违反法的第二性原理的,它没有正确界定出商标权所保护的信息的含义。这种错误的危险还在于,它会将客体这一法律概念简单化为社会生活的经验,而实际上将规范层面的“客体”与经验层面的“物质载体”相混淆。比如,当一个商业标识因为具有“独创性”而受著作权保护或者因为“富有美感并适于工业应用”而受外观专利权保护时,很容易得出著作权、专利权和商标权都指向同一客体的不适当结论。在这种情况下,就可能会出现知识产权的重叠保护。但是,笔者认为,知识产权的重叠保护针对的是同一物质载体,而非同一客体,权利客体应当独特而唯一,否则知识产权中各种权利的边界就是不清晰的。相较而言,基于“联系说”而对商标权客体所作的定义可以更好地被“信息说”容纳,因为相关公众所认识的商标与商品间的“特定联系”不仅是一种信息,而且是一种有规范意义的信息。“特定联系”这一信息表明了商标权保护识别的本质,故而它是应由商标法专门调整的对象。由此可见,“联系说”最为恰当地佐证了在商标法领域中知识产权客体“信息说”的正确性,因而也是一种符合知识产权体系性的概念表述。

二、“联系说”的实践品格

通过上文的论述可以得出的结论是:“联系说”对商标权客体的定义在理论上是最为合理的。一种合理的法学理论应当自有其实践品格,这大概体现于两种可能性:一是为现行法提供合理的解释,成为法律适用中增加裁判权威性和说服力的解释工具(即法学理论的“指引解释的功能”);二是揭示现行法的缺陷,从而成为法官造法的依据,甚至引领制度变迁(即法学理论的“创制功能”)。¹⁹对“联系说”而言,虽然并非不存在第二种可能性,但由于其在学理上还远未被重视,谈及这种可能性尚为时过早。因此,笔者在此仅论述第一种可能性,即“联系说”对商标法律制度的解释力,这主要体现在商标权取得和商标权侵权两个方面。

(一)商标权取得

纵观各国商标立法,商标权的取得主要有两种途径,即通过使用取得以及通过注册取得。在坚持商标权通过使用取得的美国,一个商标即使没有注册,只要已经在商业活动中投入使用,就可以取得商标权。“联系说”可以解释这一制度的正当性,因为一个商标只有投入实际使用,才能使相关公众将商标与特定的商品或服务联系起来。但是,通过使用取得商标权的法律制度有其不可避免的缺陷,因为在先使用的事实无法以书面形式公之于众,这使得经营者很难发现在先使用人的存在,商标权公示性的缺席直接导致了商标法安定性价值的丧失,所以,目前包括我国在内的多数国家都没有采纳单纯通过使用取得商标权的法律制度,而是将注册作为取得商标权的原则,即使并未通过使用从

¹⁸ 一些学者因此试图对作为知识产权客体的“信息”做出限定,提出了“控制论中的信息”、“创新性信息组合方案与结构”等概念。参见张玉敏、易健雄:《主观与客观之间——知识产权“信息说”的重新审视》,《现代法学》2009年第1期;何敏:《知识产权客体新论》,《中国法学》2014年第6期。

¹⁹ 参见于晓青:《法学理论的实践向度——理论与实践难题的探索》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期。

而在相关公众中建立与特定商品或服务的联系,商标只要经过注册即取得商标权,这似乎与商标权客体“联系说”相矛盾。然而,值得注意的是,在建立商标权注册制度的国家也都规定只有具有识别功能的标识才能获得商标权的注册。这是因为,在一个不具有识别性的标识之上,不存在与特定商品或服务建立联系的可能性。如果说通过使用取得的商标权保护的是“现实的”联系,那么,通过注册取得商标权就是保护一种“可能的”联系。注册申请人相信商标一经注册,就可以在不受他人干涉的情况下在商标之上建立特定的联系,赋予注册商标专用权,其实就是保护商标权人的这种可期待利益(或称“信赖利益”)。因此,“联系说”同样能解释通过注册取得商标权的正当性,在这两种不同的商标权取得法律制度中,商标权的本质并无不同。

在采取商标注册制度的我国,实践中应如何处理注册与使用的关系,始终是一个值得讨论的问题。^②对于同一标识,注册商标的信赖利益和使用商标的现实利益若归于不同的主体,何种利益更应得到优先保护,不能简化为两者之间的利益比较,此时必须考虑商标注册本身的制度价值。商标注册制不仅保护注册商标权人的信赖利益,也保护了公众对注册商标上存在特定联系的信赖利益。这里的“公众”不仅包括潜在的商标权被许可人,也包括通过查询公告的注册商标而确定自己侵权风险的其他经营者。因此,注册商标即使没有经过本人使用,其获得优先保护也是该制度的应有之义。只有嗣后有相反事实证明商标权人没有建立特定联系的合理期待利益,这种保护才可以被例外地推翻(例如注册商标因三年未经使用被撤销、禁止恶意抢注他人先在先使用并有一定影响的商标等)。

(二) 商标权侵权

依据传统商标法上的混淆理论,商标侵权行为即使得消费者对商品来源产生混淆的商标使用行为。这一理论在我国新《商标法》中被正式引入法条。消费者的混淆行为包括两种:一是直接混淆,即误认为商品直接来源于商标所有人;二是间接混淆,即误认为该商品的来源与商标所有人之间存在赞助或许可关系。不论是直接混淆还是间接混淆,消费者都将商标与他人的商品建立起了联系,故而破坏了商标与原商品之间独一无二的联系。因此,“联系说”和混淆理论都可以为商标法上的混淆行为做出合理解释。

不过,从“联系说”的视角看,商标权侵权应当有更大的外延,因为混淆行为只是破坏特定联系的一种可能性,而从商标权的支配权属性来说,任何破坏特定联系的行为都应被视为商标侵权。例如,对于反向假冒,2001年第二次修正的我国《商标法》(以下简称“我国旧《商标法》”)已经将这一行为界定为商标侵权,但是如果坚持混淆理论,这可能多少会令人感到费解,因为反向假冒人是在撕掉原来的商标之后换上了自己合法拥有的商标,消费者完全意识不到另一个商标权主体的存在,所以很难说造成了什么混淆。^③若采纳商标权客体“联系说”,则很容易判定这种反向假冒的行为同样是破坏了原商标与其商品之间的特定联系,甚至是完全抹杀了消费者在商品上与原商标建立联系的机会,从而彻底否定了商标的价值,因此,反向假冒理应被认定为商标权侵权。除此之外,我国新《商标法》第57条第7项还规定了“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”侵权行为,这一开放条款给了法官极大的解释空间,而法官要将一种未被明文规定的行为认定为商标侵权,就需要借助有足够说服力的理论提供论证。例如,实践中就有不少判决采纳“淡化理论”,将未规定在我国新《商标法》中的驰名商标的淡化行为认定为侵权。^④根据“淡化理论”,在不相同或不相类似的商品上使用与驰名

^② 例如,2015年的微信商标案即引发学界激烈讨论,这实际上就是争议已经在先申请注册的商标与已经通过使用获得一定影响的商标哪个更应当获得法律保护的问题。

^③ 参见刘期家:《商标侵权认定理论考评与探索》,《知识产权》2013年第6期。

^④ 参见李友根:《“淡化理论”在商标案件裁判中的影响分析——对100份驰名商标案件判决书的整理与研究》,《法商研究》2008年第3期。

商标相同或近似的商标,即使不会造成相关公众的混淆,但只要这种商标的使用行为在长期看来会损害驰名商标与其所指的商品或服务的联系,也构成商标侵权。“淡化理论”是对驰名商标上特定联系的特殊保护,以防止他人通过对驰名商标的贬损或丑化性的使用来弱化这一特定联系,这同样符合“联系说”对商标侵权的认识。因此,“联系说”可以合理地整合不同的商标侵权认定理论,从而为各种商标侵权行为提供统一而强大的解释力。

三、“联系说”视角下的“非诚勿扰”商标纠纷案

“非诚勿扰”商标纠纷案中存在的争议点,主要集中在类似服务和混淆可能性的认定这两个方面。笔者即试图以“联系说”为视角对此做出具体分析,以论证“联系说”作为解释工具的意义。

(一)类似服务的认定

上诉人金阿欢于2010年9月7日获得“非诚勿扰”的商标注册(核定服务项目为第45类,包括“交友服务、婚姻介绍所”等),并将商标投入了实际使用,被上诉人江苏电视台则于《非诚勿扰》节目开播前,获得案外人华谊兄弟传媒股份有限公司许可,在电视节目(第41类商品)上使用“非诚勿扰”商标。根据我国新《商标法》第57条第1项,在相同商品上使用相同商标,直接构成侵权,根据我国新《商标法》第57条第2项,在类似商品上使用相同商标,并且具有混淆可能性的,也构成侵权。江苏电视台对“非诚勿扰”的使用行为构成侵权的前提在于,其所提供的服务与金阿欢注册商标指向的服务构成相同或类似,而在仅构成类似的情况下,尚需进一步证明混淆可能性。

“非诚勿扰”商标纠纷案的二审法院在判决书中认为,“非诚勿扰”节目构成与“交友、婚姻介绍”相同的服务。如此一来,法院其实可以绕过对“混淆可能性”的说理,使商标侵权的论证大大简化,因为我国新《商标法》第57条第1项的规定表明相同商品或服务上使用相同商标,无需证明混淆可能性即构成侵权。但是,具体到该案案情,这种做法的确值得商榷,因为一个明显的事实是,上诉人和被上诉人分别是在《商标注册用商品和服务国际分类表》(以下简称:《分类表》)或《类似商品和服务区分表》(以下简称:《区分表》)完全不同的类别上使用已核准注册的商标的。最高人民法院虽然在对我国旧《商标法》的司法解释即《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12条中指出,认定“类似”商品或服务时,《分类表》或《区分表》的作用仅局限于参考(也就是说在具体的个案中可以被推翻),但从未指出即使在认定“相同”商品或服务时,也可以如此罔顾《分类表》或《区分表》的存在。在我国新《商标法》明确区别对待“相同”和“类似”的情况下,更应该确定既有分类标准在认定相同商品或服务时的指引作用,否则法院都可以在同类的案例中直接认定商品或服务构成相同,从而使得引入我国新《商标法》中的混淆可能性标准形同虚设(尽管二审法院对混淆可能性也进行了简单论证,但显然并没有正确把握我国新《商标法》第57条的逻辑关系)。因此,在“非诚勿扰”商标纠纷案中不宜认定两者提供的服务构成相同服务,而是应当对二者是否构成“类似服务”进行评价。

这里涉及我国新《商标法》出台后引起学者关注的一个重要问题,即如何看待该法第57条第2项中“相似性”与“混淆可能性”的关系。在认定近似商标或类似商品服务这种“相似性”时,是否需要同时考虑混淆可能性?或者说,“相似性”的认定究竟是客观标准还是主观标准?对于这个问题的回答,事关个案中商标侵权认定的是非,在“非诚勿扰”商标纠纷案中同样不能回避。

讨论关于商标权侵权认定的问题,实际上是对商标本质或商标权本质的又一次追问。如前所述,商标权的客体即是相关公众所认知的商标与商品或服务之间的联系。从“联系说”的视角看,唯有对商标上这种特定联系的破坏行为才构成侵权。所谓“混淆”就是对这种特定联系的误认,而“相似性”本身从话语上不能推导出破坏联系的应有之义。因此,混淆可能性才是商标侵权的基本判断标准。

在我国新《商标法》施行之前，“相似性”是判断商标侵权的唯一标准，这实际认同了商标权的客体是商业标识本身。随着司法实践对商标权本质认识的深化，“混淆可能性”逐渐内化为相似性标准的核心因素。例如，2002年最高人民法院发布的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条第2款规定：“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。”该解释第11条第3款规定：“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。”可见，我国旧《商标法》中的“相似性标准”其实已经在实践中演变为“混淆相似性标准”。我国新《商标法》对“混淆可能性”的引入可以说是司法实践中的经验进行吸收的结果，具有重要的进步意义。^②

我国新《商标法》第57条第2项的规定表明“联系说”在一定程度上已经得到了立法上的认同，从而明确了“混淆可能性”是判断商标权侵权的基本标准。但是，立法者既然保留了“相似性标准”，亦说明其本身的地位依旧不容忽视。从该条的法律用语来看，相似性应当被理解为判断“混淆可能性”的前提条件。将“混淆可能性”限定于近似商标或类似商品服务之上，目的显然是在于保证法的可预测性，使商标权人的权利范围不至于漫无边际，从而在自由竞争与公平竞争间寻求平衡。并且，诚如一些学者所言，过去的司法实践将混淆因素内化于相似性判断的做法，难免有循环论证之嫌。既然我国新《商标法》已经引入了混淆标准，从法律条文自身的逻辑来看，在判断相似性时就应当“完全剥离混淆可能性”的因素，以简化侵权判断。^③换言之，对相似性的判断应采取客观标准。不过，“混淆可能性”才是判断是否构成商标侵权的最终要件，因此对相似性的认定可以采取较低的标准，从而“不至于使那些相似性程度较低但结合其他因素却具有混淆可能性的商标侵权行为逃脱法律的制裁”。^④

回归到“非诚勿扰”商标纠纷案中，判断“非诚勿扰”节目与金阿欢注册商标核定的“交友、婚姻介绍”服务是否构成类似服务，应当采取客观的、程度较低的相似性认定标准。“非诚勿扰”电视节目在为嘉宾提供交友、婚恋机会的同时，也利用了节目编排、摄影剪辑、主持人和嘉宾言论等普通电视节目的元素起到娱乐大众的效果，这一点与传统的婚姻交友服务确实有显著区别。但是，为嘉宾“牵线搭桥”毕竟是节目的主要形式和特点，根据这一点认定其与交友、婚姻介绍构成类似服务并没有问题。对于江苏卫视的行为是否构成商标权侵权，尚需要再进一步判断“混淆可能性”，也就是说需要判断其是否破坏了注册商标之上的特定联系。

（二）“混淆可能性”的认定

“联系说”的视角决定了“混淆可能性”的判断是认定商标权侵权的基本标准，而是否具有“混淆可能性”，即取决于商标使用人是否破坏了相关公众所认知的注册商标与商品或服务间的特定联系。如前所述，在认定相似性时不应考虑“混淆可能性”，基于同样的逻辑，在完成相似性的判断后，也不必在“混淆可能性”的论证中重复认定相似性，而仅仅需要判断这种相似性是否会导致特定联系的破坏，否则依旧会落入循环论证的窠臼。换言之，相似性和“混淆可能性”应当是商标权侵权认定过程中互相独立的两个标准。在“非诚勿扰”商标纠纷案中，二审法院在认定江苏卫视的商标使用行为构成“反向混淆”时指出：“在判定本案被上诉人是否构成侵害商标权时，应当考虑该电视节目的内容和目的等，客观判定两者服务类别是否相同或者近似。”这似乎暗示完成相似性的论证即等于证明了

^② 参见张今：《商标法第三次修改的几个重大问题解读》，《中华商标》2013年第11期。

^③ 参见王太平：《商标侵权的判断标准：相似性与混淆可能性之关系》，《法学研究》2014年第6期；姚鹤徽：《论商标侵权判定的混淆标准：对我国〈商标法〉第57条第2项的解释》，《法学家》2015年第6期。

^④ 同上注，王太平文。

“混淆可能性”。显然,法院于此并没有理顺相似性、“混淆可能性”与商标权侵权的关系,从而使得裁判说理在一定程度上缺乏说服力。

值得一提的是,在“非诚勿扰”商标纠纷案中,上诉人和二审法院都在自己的说理中使用了“反向混淆”的概念,这使得这一概念再次成为学界的关注焦点。“反向混淆”(Reverse Confusion)是经由美国司法判例逐渐丰富和发展的概念,其指的是在后商标使用人对商标的使用已使之具有较高的知名度,以至于消费者会误认为在前的商标使用人的商品来源于在后商标使用人或认为二者之间存在某种赞助或认可的联系。²⁶但就“非诚勿扰”商标纠纷案而言,反向混淆的概念可能多少会令人感到困惑,因为二审法院并没有就何者为在先使用人进行论证,从“非诚勿扰”节目于2010年1月5日开播(并且之前已取得华谊兄弟公司的商标权许可),而金阿欢于2009年2月16日申请注册并于2010年9月7日获准注册的案件事实中,并不能认定江苏卫视就是“在后商标使用人”。造成这种困惑的原因在于,“反向混淆”概念来源于美国,而在美国,商标权是通过使用取得的,美国商标法上的这种立场与采用商标注册制度的我国商标法完全不同,因此“反向混淆”概念的移植会“水土不服”。如前所述,在我国,注册商标得到优先保护是法律上的基本原则,因此“反向混淆”的概念在我国法的语境中应当被替换为“注册商标使用人”与“非注册商标使用人”之间的混淆。尽管江苏卫视在娱乐节目上是合法使用已注册的商标,但是在交友、婚姻介绍的类似服务上,相较于金阿欢而言实为“非注册商标使用人”。因此,在我国法的语境下使用“反向混淆”概念,尚需要对概念本身的适用条件做出合理解释。

如果从“联系说”的角度判断混淆可能性,则不必诉诸域外法的类似概念,而是可以转而从商标权的本质回答商标权侵权的认定问题。无论是常见的正向混淆,或是相对少见的反向混淆,其本质都是破坏了相关公众所认知注册商标与商品或服务之间独一无二的联系。在“非诚勿扰”商标纠纷案中,以婚恋交友为节目形式的“非诚勿扰”因其强有力的宣传和较高的收视率,容易使看到上诉人金阿欢注册商标的相关公众以为金阿欢取得了江苏卫视的赞助或许可,在获知事实后又会对注册商标产生“搭便车、傍大款”的负面印象。注册商标专用权所保护的商标与商品或服务间的特定联系,显然已经受到破坏,商标已经无法发挥本身的识别功能。

即便“非诚勿扰”注册商标与商品或服务间的联系非常微弱,如前所述,相对于非注册商标使用人通过使用建立的现实联系而言,注册商标制度也要优先保护注册商标权人在商标上建立特定联系的可能性,并由此保护权利人与公众对这种可能性的信赖利益。正如上诉人金阿欢所言,江苏卫视对商标的使用行为“已在客观上淹没了上诉人的商标,不可避免地压缩了法律预留给商标权利人的空间、压缩了权利人今后正常的品牌运行空间”,在“非诚勿扰”注册商标上建立特定联系的可能性由此受到了不公平的限制。可以想象,如果商标权人有朝一日想要以电视节目的形式进行自己的婚介服务,却发现自己的注册商标无法将其与他人的服务区别开来,注册商标的意义就无法体现。

因此,从“联系说”的角度出发,不难认定江苏卫视的商标使用行为具有“混淆可能性”从而构成商标侵权。事实上,我国法院已经有用“联系说”的立场解决类似问题的先例。例如,在“蓝色风暴”商标纠纷案的判决中,浙江省高级人民法院即指出:“百事可乐公司通过一系列的宣传促销活动,已经使‘蓝色风暴’商标具有很强的显著性,形成了良好的市场声誉,当蓝野酒业公司在自己的产品上使用自己合法注册的‘蓝色风暴’商标时,消费者往往会将其与百事可乐公司产生联系,误认为蓝野酒业公司生产的蓝色风暴产品与百事可乐公司有关,使蓝野酒业公司与其注册的‘蓝色风暴’商标的联系被割裂,‘蓝色风暴’注册商标将失去其基本的识别功能,蓝野酒业公司寄予‘蓝色风暴’商标谋求

²⁶ 参见杜颖:《商标反向混淆构成要件理论及其适用》,《法学》2008年第10期。

市场声誉,拓展企业发展空间,塑造良好企业品牌的价值将受到抑制,其受到的利益损失是明显的。”据此,法院认定百事可乐公司的行为构成商标侵权。^{②7}与“非诚勿扰”商标纠纷案的二审判决不同,浙江省高级人民法院在其裁判说理中并没有提及“反向混淆”这样令人费解的域外法概念,而是以“联系说”为理论工具得出了更加令人信服的结论。

四、结 语

权利客体理论回应的是对权利本质的追问,在对商标权客体达成清晰的认识之前,任何有关商标法的理论展开都可能成为“无本之木”。如果人们认同商标权的本质在于保护商标的识别功能,那么“联系说”对商标权客体的定义就值得赞同。以“联系说”为视角,可以对我国新《商标法》第57条第2项做出符合商标权本质的解释,从而正确认定商标权侵权。这一点可以在对于“非诚勿扰”商标纠纷案以及其他类似案件的分析中得到印证。坚持商标权客体“联系说”,能够使人们在面对商标法的各种问题时,时时以商标权的本质为宗旨,而不至于轻易陷入说理的困惑乃至概念循环论证的泥潭。

(责任编辑:陈历幸)

^{②7} 浙江省高级人民法院(2007)浙民三终字第74号民事判决书。