

商标侵权,不以消费者混淆为前提

中国社会科学院法学研究所研究员 张玉瑞

阅读提示

目前,在我国司法审判中,针对在OEM方式出口产品的商标,是否可能侵犯中国商标权问题上,法院出现了不同判例。一些法院认为商标的基本功能,是使消费者区分商品或服务的来源,所以消费者是否混淆,是认定侵犯注册商标专用权的基本前提。OEM产品不在中国国内销售,所以不存在侵犯中国商标权问题。而另一些法院并不认为混淆是商标侵权的前提。对此,作者从商标的基本功能,海关保护条例、商标法的有关规定以及最高人民法院有关司法解释,商标侵权责任,商标法与反不正当竞争法的关系,“混淆”在商标法中的地位和作用,法律逻辑应当统一等角度进行分析,并明确提出商标侵权,应该不以消费者是否混淆为前提的观点。

目前我国在以OEM方式出口产品的商标是否可能侵犯中国商标权问题上,国内法院出现了不同判例。某些法院认为商标的基本功能,是使消费者区分商品或服务的来源,所以消费者是否混淆,是认定侵犯注册商标专用权的基本前提。OEM产品不在中国国内销售,所以不存在侵犯中国商标权问题。

而另一些法院并不认为混淆是商标侵权的前提。中国的工商管理系统,中国的海关系统也统一持后一种观点。笔者同意后一种观点,理由如下。

商标的基本功能,不只是区分商品或服务的来源、保护消费者
商标法的功能、目的有以下学说。

1.有排他性权利(exclusive right)之说。商标法第五十二条规定对涉及生产领域的商标侵权行为的禁令,不以主观过错为构成前提,采用的是严格责任原则。即未经商标注册人的许可,在相同、近似商品上使用相同、近似商标,无论是否有主观过错,都应当承担停止侵权,这就是排他性权利的证明。

2.有防止混淆从而反对不正当竞争、保护消费者权益学说。商标法第五十二条规定对涉及到生产领域的商标侵权行为,对其中的“相同侵权”(假冒行为),即在相同商品上使用相同商标的,直接认定为侵权。对其中“近似侵权”(混淆行为),即在相同(近似)商品上,使用近似(相同)商标的,以判断消费者是否产生混淆,来判断是否构成近似侵权,这就是混淆理论的证明。

3.保护商誉之说。驰名商标侵权的构成,在美国认为与混淆无关:在完全不相同商品上使用驰名商标,消费者不可能产生混淆,但是对驰名商标构成淡化、污化的,仍属商标侵权,就是保护商誉功能的证明。

商标法的作用,实际上是以上功能的集合,并非仅仅防止混淆,这样一个功能。

海关保护条例明确禁止出口商品,侵犯国内商标权

条例第三条第1款规定:国家禁止侵犯知识产权的货物进出口。第二十九条规定:进口或者出口侵犯知识产权货物,构成犯罪的,依法追究刑事责任。这些条款明明白白的解读是,中国禁止侵犯中国商标权的货物出口。

商标法明确地未将混淆作为商标侵权条件

商标法第五十二条对涉及生产领域中的商标侵权行为,明确规定:“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”,属侵犯注册商标专用权。

将第五十二条的上述明确规定,认为是“必须以消费者混淆为条件”,明显没有任何法律依

据。

最高人民法院有关司法解释，明确规定“相同侵权”无须考虑混淆

《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》第九条规定：

商标法第五十二条第1项规定的商标相同，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。

商标法第五十二条第1项规定的商标近似，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。

根据这一《解释》，在相同商品上使用相同商标的，无须判断消费者是否混淆。只有在商品相同、商标近似；商标相同、商品近似；商标近似、商品近似条件下，才需要考虑是否造成误认，从而决定是否在近似的条件下，构成侵权。这与同属大陆法系的《欧盟商标指令》的规定完全一致。《欧盟商标指令》第五条为“商标赋予的权利”：

1. 注册商标赋予排他性权利，其权利人有权禁止任何第三方未经许可，在商业中：

(a) 在注册商标指定的商品或服务上，使用与注册商标相同的标识；

(b) 在相同、近似于注册商标指定商品或服务上，使用与注册商标相同、近似的标识，可能引起相关公众混淆，包括关联混淆的。

2009年4月《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第六条，明确规定“相同侵权”无须考虑混淆：

未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的，除构成正当合理使用的情形外，认定侵权行为时不需要考虑混淆因素。认定商品类似和商标近似要考虑请求保护的注册商标的显著程度和市场知名度，对于显著性越强和市场知名度越高的注册商标，给予其范围越宽和强度越大的保护，以激励市场竞争的优胜者，净化市场环境，遏制不正当“搭车”、模仿行为。

商标侵权属于严格责任

“任何商标侵权行为，都以混淆为前提”，这一理论混淆了一般侵权构成与特殊侵权构成的界线。中国的侵权构成，有以下若干种类。

1. 过错制度。在中国，一般民事侵权行为的构成要件是：有民事权利存在；他人实施了违法行为；他人存在主观过错；违法行为产生了损害后果；损害后果与违法行为有因果关系。但这只是一般侵权行为的构成，其特点是采用“过错原则”。但在一般侵权构成基础上，根据侵害权利的不同特点，侵权行为构成产生了变化。

2. 推定过错制度。侵权责任法第五条第2款规定：根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。这就是所谓推定过错制度，其弱化了一般侵权构成的过错要求。

3. 严格责任制度。侵权责任法第七条规定：行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。这就是所谓严格责任制度，其取消了一般侵权构成的过错要求。

知识产权法当中的注册商标（还有授权专利），与著作权、商品包装装潢、商业名称、商业秘密不同，是经过行政审查，由政府部门授予了权利的。法律赋予的是排他性独占权，对同一商品或服务，不允许存在相同的商标；所以其侵权构成，不要求有主观过错，不要求有损害事实。因为未经许可使用注册商标（还有授权专利），本身就是损害了国家的法律秩序、侵害了受法律保护权利的本身，这就是损害事实。

而著作权、商品包装装潢、商业名称、商业秘密的侵权行为，则要求有主观过错。他人在没有接触前提下，独立完成和使用作品、包装装潢，商业名称、商业秘密，由于没有主观过错，所

以不构成侵权。

商标法与反不正当竞争法的关系

商标法是作为反不正当竞争法的否定而产生的。反不正当竞争法是侵权行为法，在历史上由于资本主义经济发展，大量商品被生产和流通，引起了仿冒行为。反不正当竞争法首先以侵权行为为手段，禁止侵权。根据反不正当竞争法的反仿冒诉讼，一开始采取的是过错制度：要求证明被告并非平行在先使用，即要求有仿冒的故意；要求相关公众会产生混淆，即要求有侵权行为，并产生侵权后果。

反不正当竞争法禁止商业标识侵权，有局限性：不能建立稳定的权利，每次诉讼都要证明自己的商业标识有一定商誉，因而才引起仿冒。不能在全国有效，对国内异地的仿冒行为，由于不能证明在该地已经建立商誉，无法证明该地相关公众会产生混淆，因而无法进行反不正当竞争诉讼。不能跨国保护。商业标识在甲国知名，在乙国被仿冒，权利人因无法证明自己在乙国有权利，因而无法禁止仿冒行为。

这些原因导致注册商标法的诞生。其采用注册手段，确立商标权在规定时间内，在全国有效；对侵权规定了严格责任，侵权构成不要求主观过错，不以混淆为前提；通过注册，方便了商标在他国的保护。注册商标权因这些特征，成为典型的知识产权，有人认为构成完全的财产权利。

“混淆”在商标法中的地位和作用

“混淆”是反不正当竞争法上，侵权行为的必备要件，也就是没有混淆，就没有反不正当竞争之诉。但在商标法中，混淆只是确定商标保护范围的一种技术手段。根据上述我国最高人民法院有关司法解释，在同一种商品上，使用相同商标的，直接认定侵权，不考虑是否混淆。

只有商品相同、商标近似；商标相同、商品近似；商标近似、商品近似情况下，为了客观、公正决定是否存在侵权，才将相关公众是否混淆，作为一种判断手段来使用。在这些情况中，混淆仍然不是商标侵权的必备要件，表现即使没有混淆，也会判为侵权。典型的情况就是：对仿冒产品的生产商，即使是根据国内第三人订单而生产，生产商自己不会在国内市场上销售该产品，但仍会构成侵犯注册商标权。

法律逻辑应当统一

中国 OEM 产品出口居世界前列。如果有国外不法客商以 OEM 方式，在中国定制侵犯华为、中兴、TCL、美的、海尔商标的产品，但仅用于出口，我国的法院是否会这样判决：“因为没有在国内产生混淆，因而未侵犯华为、中兴、TCL、美的、海尔的中国注册商标权；所以海关扣押这些商品，属于没有法律依据”，从而应当放行呢？