

借一双慧眼 看清商标关联混淆

关联混淆,是指虽然消费者意识到原被告的商品源于不同出处,但误认为这些出处之间具有某种关联。

张爱国

关联混淆又称多出混淆,与单一出处混淆或直接混淆的概念相对应,后者指的是消费者误认为原被告的商品源于同一出处。

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》(2002)第九条,将认定商标近似混淆解释为“易使相关公众对商品的来源产生误认,或者认为其来源于原告注册商标的商品有特定联系。”按照该司法解释,来源于原告注册商标的商品有特定联系”即为关联混淆。

侵权案件引发争议

然而,在司法实践中,对于如何认定关联混淆,法院有着不同的理解。

例如,西科姆株式会社诉深圳世强电讯商标侵权案”(以下简称“西科姆商标案”)中,原告西科姆株式会社是一家日资企业,主要生产传感器等

商品,并向我国商标局申请注册了“SECOM”商标。

被告深圳世强电讯有限公司则是一家电子产品分销商,未经原告许可在其对外宣传册、网站、员工的名片、前台接待人员发的贵宾证上使用了“SECOM”标识。但在实际分销的传感器等电子产品上,标注的是生产厂家商标,并未标注“SECOM”标识。

深圳市中级人民法院认为,由于被告在实际分销运动传感器等电子产品时,并未使用与原告相同或近似的标识,因此不可能使相关公众对被告分销的商品与原告商品来源产生混淆或误认。

不过,被告上述使用“SECOM”的行为,可能会使相关公众误以为,被告与原告之间存在某种经营上的关联关系,比如联营、赞助或授权许可,从而借助原告的商标所承载的商业信誉以获取经济利益,故该行为属于侵害原告注册商标专用权的行为。

关联混淆应明令禁止

那么,关联混淆应该如何认定?为何法律要明文禁止关联混淆?

显然,如果任由关联混淆发生,消费者很有可能误解商标权人与侵权人之间关系的情况下,购买了侵权人的产品。如果被告的产品质量问题给消费者带来了一定的损害,消费者可能会迁怒于商标权人,从而给商标权人的商誉造成损害。允许关联混淆的存在,实质上是将商标权人的商誉置于他人手中,其后果可想而知,即使侵权人生产的产品质量未必不如商标权人,从商标权是私权和商标权人私权自治的角度来看,商标权人也有充分的理由自己掌握,而不是由他人代为管理其商誉。

从法律经济学的角度讲,商标对于商标权而言,它的价值在于通过该商标所传达或体现的有关该企业品牌品质的信息,节约了消费者的搜寻成本。消费者不必阅读产品包装上的精细印刷文字,确定该描述是否与他X品牌的理解相符,或者调查该产品所有不同形式的特征,从而确定哪一种是X品牌。

相反,消费者会发现,通过确认相关商标和购买相应商品,即可用低得多的成本找到该商品。然而,商标发挥这一功能是以消费者没有发生混淆、能够获得真实的市场信息为前提。在

关联混淆的情形下,即使商标权人由于没有生产关联商品而遭受现实损害,但消费者的利益仍可能受到损害。他们无法就企业关联关系方面获得真实的信息,从而误导消费选择。

关联混淆非售前混淆

笔者看来,上述案例不宜认定为关联混淆。在“西科姆商标案”中,原被告双方经营的商品种类相同,不属于关联商品,除非特殊情况,一般很难构成关联混淆。

最关键的问题是,在实际分销的产品中,并未同时出现“SECOM”和其他厂商的商标,因此,被告行为实际属于典型的售前混淆,即被告使用原告的商标激发了消费者最初的兴趣,但在实际购买之时混淆已经消除,就如同店面用的是苹果公司的设计风格,但里面卖的并非iPhone,而是其他品牌手机甚至山寨手机一样。

对于未来相关司法解释的完善,笔者建议,需进一步明确关联混淆的概念,即“虽然消费者清楚相关商品来自不同的生产经营者,但误认为他们之间有附属、关联、赞助等经济关联”,并将关联混淆限制在相同商品或类似商品的范围内,防止关联混淆的滥用和无限扩大化。

(作者系西北政法大学副教授、法学博士)

■诚信档案 | Sincerity Records |

5月两市新增两家公司受处分

证券时报记者 刘雯亮

根据深交所、上交所网站显示,今年以来,共有8家公司受到两大交易所处分。截至目前,5月份两市新增2家公司受处分,且均为中小板公司。相比之下,去年初至去年5月底,两市共有16家公司受处分。

上述8家公司中包括2家沪市公司,为贤成矿业和多伦股份。前者为今年2月份受处分,后者为3月份受处分。

6家深市公司中,有2家为主板公司,3家中小板公司和1家创业板公司,分别为ST德棉、海虹控股、西王食品、万福生科、东方铁塔和信邦制药。其中,后面2家公司均为5月新增受处分公司。

经深交所查明,东方铁塔时任独立董事田树桐存在以下违规行为:2013年2月21日,公司披露了《独立董事候选人声明》,田树桐作为公司第五届董事会独立董事候选人,在《独立董事候选人声明》中声明已经按照中国证监会《上市公司高级管理人员培训工作指引》的规定取得独立董事资格证书,但事实上其并没有取得独立董事资格证书。深交所认为,鉴于田树桐未能履行恪尽职守、诚信勤勉义务,披露的《独立董事候选人声明》相关内容与事实不符,决定给予其通报批评处分。

从处分类型看,受到两大交易所公开谴责的公司为3家,即贤成矿业、多伦股份和万福生科,其余5家公司均为交易所通报批评。

2011年11月28日,深交所发布《创业板退市制度意见征求意见稿》,在原有的创业板退市标准体系上,新增“在最近36个月内累计受到交易所公开谴责三次”条件。去年5月1日开始实施的创业板退市制度中再次重申了上述条件。同样,中小板退市制度沿用了这一退市标准,但不适用于主板上市公司。

很明显,创业板退市制度推出后,继板东制约之后,万福生科成为第二家受到公开谴责的创业板公司,而且是在最近36个月内累计受到2次公开谴责。截至目前,中小板退市制度出台后,还没有一家中小板公司受到交易所的公开谴责。



| 上市公司诚信档案(2013年1月至2013年5月) | | | |
|---------------------------|-----------|------|--|
| 公司简称 | 处分日期 | 处分类别 | 标题 |
| ST德棉 | 2013/1/30 | 通报批评 | 关于对山东德棉股份有限公司及相关当事人给予通报批评处分决定 |
| 海虹控股 | 2013/1/30 | 通报批评 | 关于对海虹控股(控股)股份有限公司及相关当事人给予处分的决定 |
| 西王食品 | 2013/3/7 | 通报批评 | 关于对西王食品股份有限公司及相关当事人给予处分的决定 |
| 万福生科 | 2013/3/15 | 公开谴责 | 关于对万福生科(控股)农业开发股份有限公司及相关当事人给予公开谴责的决定 |
| 东方铁塔 | 2013/5/20 | 通报批评 | 关于对山东东方铁塔股份有限公司时任独立董事田树桐给予通报批评处分的决定 |
| 信邦制药 | 2013/5/20 | 通报批评 | 关于对信邦制药股份有限公司及相关当事人给予通报批评处分决定 |
| 贤成矿业 | 2013/2/25 | 公开谴责 | 关于给予青海贤成矿业股份有限公司前董事长张静涛、董事兼总经理李敬冬公开谴责的决定 |
| 多伦股份 | 2013/3/22 | 公开谴责 | 关于给予上海多伦实业股份有限公司原实际控制人李奕浩公开谴责的决定 |

数据来源:上交所、深交所网站 刘雯亮/制表 本版制图:张常春

非关联商品不宜认定关联关系混淆

张爱国

关联混淆的认定如同单一混淆的认定一样,涉及多种因素,如商标的近似、商标的显著性和知名度、消费者注意程度、商品经营和销售的渠道等等。在此,笔者着力强调的是关联混淆认定的特殊参考因素,即关联商品和关联关系。

判断关联商品五大原则

给关联商品下一个准确的定义是非常困难的事,只能描述性地说,指的是商品之间有一定的联系,这种联系并不局限于商品的物理功能。坦率地说,这样的定义其实并无多大的帮助和意义。但无论如何,关联商品肯定不是具有竞争性的相同商品。

关于判断关联商品,美国采取的是“多因素认定法”(multi-factor test),指通过分析商标的近似、商品的类似、商标的显著性和知名度、营销手段销售渠道的相似性、被告是否具有不正当竞争意图、原告商标在被告营销区域内的知名度等若干参考因素来认定。但笔者看来,“多因素认定法”判断关联商品实不可取,其实质是将商标侵权混淆的判定与关联商品的判定混为一谈。

目前,我国司法实践通行的做法是以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断,并以《商标注册商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》作为参考。这样的规定作为指导原则固然不错,但作为具体司法实践需要操作的判断方法过于抽象、缺乏可操作性。

关联商品的判断并没有一个万能的公式,在参考欧洲法院的相关做法基础上,笔者认为,可以从包括但不限于以下几个方面来判断关联商品:第一,产品的用途和功能。主要是看产品之间的互补性和替代性。互补性指的是消费者通常认为两种产品的共同使用可以满足某种特定需求,如相机与胶卷、相机和胶卷、相机和胶卷、相机和胶卷;第二,消费群体,是否有共同的消费群体和使用者;第三,产品的经营和销售渠道,产品的经营和销售渠道是否相同或接近;第四,企业生产经营能力可转换性。这里的可转换性指的是消费者是否认为企业在原有的经营领域的生产能力能够适应新产品领域的要求。比如,消费者知道BMW公司能够生产高级轿车,

那么消费者可能也认为它有能力生产高级的货车。轿车和货车既不具有互补性,也不具有替代性,但由于消费者认为企业的生产能力可转换,因此可以认定为关联商品;第五,其他因素。如《商标注册商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》对商品和服务的分类。

可见,笔者倡导的这些分析因素紧紧围绕关联商品判断本身,不像美国的“多因素认定法”将所有判断消费者最终是否混淆的因素都包罗进去。

关联关系的认定

关联关系指的是企业之间附属、关联、赞助关系,比如使人误认为具有母子公司、许可使用等关系的混淆。单一出处混淆或直接混淆,指的是把甲商品当成乙商品,或者认为甲乙商品来源于同一生产经营者。

关联关系混淆,指的是它并不使人误认为商品的来源是同一的,消费者能够清楚地认识到甲乙商品来自两个不同的生产经营者,但误认为这两个不同的生产经营者之间存在着经济上或组织上的关联关系。例如,当消费者发现葡萄酒杯上印有某葡萄酒酒厂生产的,但有可能认为是葡萄酒品牌授权酒杯厂家在该酒杯上使用商标,从而出于喜爱某葡萄酒品牌的原因而购买该酒杯,但实际上生产葡萄酒的经营者与酒杯厂并无关系。

不宜认定关联关系混淆情形

一般而言,关联关系多出现在关联商品上,即在认定关联商品的前提下,可以考虑认定关联关系混淆,但也不排除个别情况下,相同商品产生关

联关系混淆。比如在手机上同时出现了两个属于不同企业的商标,索尼爱立信”就是很典型的例子。换言之,关联关系既可以发生在相同商品上,也可以发生在关联商品上。

至于既不相同,也不关联的商品,一般不宜认定关联关系混淆。可能有人会说,我们在日常生活中经常看到这样的标识或听到这样的说法,如步步高赞助“非诚勿扰”、加多宝赞助“中国好声音”娱乐节目等,假设步步高、加多宝并未赞助上述节目,当这些节目中以某种方式使用了上述商标,例如在嘉宾评委席上摆上“加多宝”凉茶,能认定这些商品与娱乐节目是关联商品或服务吗?如果能,则显然与上述笔者阐述的观点相违背;如果不能,似乎与我们的常识相违背,即某某品牌“赞助”某某活动难道不是商标法意义上的关联吗?

笔者认为,在上述假设的情形下,加多宝凉茶与“中国好声音”既非同商品与服务,也非同关联商品或服务,进而而不宜认定构成关联混淆。

首先,消费者虽然有可能认为加多宝凉茶与“中国好声音”之间有关联关系,但是这样的关联关系的认识对于消费者并无多大的实际意义。他们会因此决定观看或不观看该娱乐节目吗?他们会认为加多宝在控制或保证这些节目的质量吗?换句话说,这样的关联混淆会影响到他们的消费决定吗?当然不会。

其次,如果认定为商标法意义上的关联关系,从长远看有可能不当地扩大了商标权范围。传统上商标权都局限在一定的商品或服务领域内,但不同领域内相同商标或近似商标存在比比皆是,比如“长城”使用在葡萄酒、润滑油、电风扇等,“熊猫”使用在电器、香烟、防盗门等商品上,“戴尔”既使用在电脑上,也有人将其使用在出版物上(后者开始使用的时间实际更早),关联商品概念出现已经扩大了商标权人的保护范围。如果全然不顾关联商品之间应有的基本联系,就可能带来一种可怕后果:只要商标相同或近似,混淆就有可能发生,后商标权人时时面临着非同领域,来自先商标权人的诉讼风险,特别是先商标享有较高知名度的情况下。

最后,尽管我们上述假设的情形不能认定为关联混淆,但并不意味着“中国好声音”可以随意使用加多宝。在不存在混淆的情况下,后者完全可以考虑商标淡化化的规定,或者反不正当竞争法当中关于虚假宣传的规定。

(作者系西北政法大学副教授、法学博士)

■现身说法 | Case by Case |

非法经营罪

肖飒

2007年1月至2008年2月,在没有证券业务经营资质的情况下,王某在其经营的上海A信息科技有限公司,与张某先后签订了多份代理转让B股份有限公司非上市股权的协议。按照协议约定,由已经获得B公司股东授权的张某作为出让方代理人,以每股2.3元至2.4元价格通过A公司转让B公司股权。随后,王某作为受让方代理人,以其公司为平台,通过给业务员提成的方式,以每股4元的价格向近100名社会公众推荐购买了B公司股权约200万股。2010年6月,王某主动前往公安机关投案自首。

本案涉及非法经营罪的客观形态、刑事案件立案标准及定罪处罚规定等。首先,根据我国刑法第225条之规定,非法经营罪是指:违反国家规定,从事非法经营活动,扰乱市场秩序,情节严重的行为。该罪侵犯的客体是我国市场交易的正常秩序。其中“违反国家规定”是指:违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施及发布的决定和命令。

其次,该罪客观上表现为以下四种行为:(一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或

者其他限制买卖的物品的;(二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的;(三)未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的,或者非法从事资金支付结算业务的;(四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。本案中王某的行为即违反了第(三)款的规定。

再次,该罪刑事案件立案标准。根据2010年5月7日最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第79条第3款的规定,未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货、保险业务或者从事资金支付结算业务,具有下列情形之一的,应予立案追诉:非法经营证券、期货、保险业务,数额在30万元以上的;非法从事资金支付结算业务,数额在200万元以上的。

最后,非法经营罪的定罪处罚。犯有非法经营罪的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重,处五年以上有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。根据刑法第231条规定,单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照第225条的规定处罚。(虚拟案例,请勿对号入座)

(作者单位:北京市大成律师事务所)

判断关联商品
(包含但不限于以下几个方面)

- 1、产品的用途和功能**
产品功能互补性和替代性
互补性: 相机与胶卷、相机和胶卷、相机和胶卷。
替代性: 充电宝与充电宝、充电宝与充电宝。
- 2、消费群体**
是否有共同的消费群体和使用者
具关联性: 相机与胶卷、相机和胶卷、相机和胶卷。
- 3、产品的经营和销售渠道**
产品经营和销售渠道是否相同或接近
具关联性: Best Seller, Best Price。
- 4、企业生产经营能力可转换性**
能力互补,也可替代
具关联性: 汽车、汽车、汽车。
- 5、其他因素:**
如《商标注册商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》对商品和服务的分类。