

关于商标侵权行为若干问题的认识

沈 根 荣

商标侵权行为是尔虞我诈，剧烈竞争的资本主义市场常见现象。商标侵权行为使商标权所有人的正当权益不能得到保证，使交易不能安全进行。由于过去我国出口业务工作中对商标工作不够重视，因而给一些不法商人仿冒我商标以可乘之机。据一九七四年不完全统计，仅日本、法国、西德、加拿大、英国、西非、新加坡、马来西亚等地发生仿冒我商标事件即达三十多起。随着我对外开放和出口贸易的发展，此类事件发生更为严重，给我商品出口销售带来不利影响。因此，重视出口商品的商标注册工作，加强对商标侵权行为的研究和正确处理，乃是搞好出口业务工作的重要条件之一。本文就商标侵权行为的若干问题谈一些粗浅认识。

商标的侵权行为，指侵犯商标专用权的行为。所谓商标，就是商品的标记，通常用文字、图形或者兼用二者组成。经过核准注册的商标，称为注册商标。该商标的注册人具有在特定地区和特定时期的商标专用权，即在注册地区和规定时期内只准许商标注册人专用，排除任何其他人使用，也就是说，除非商标注册人许可，任何人都不准在同一种商品或类似商品上，使用与这个注册商标相同或者近似的商标。否则，即为侵犯商标专用权。由上所述，商标权的保护范围可及于同种或类似商品的相同或近似商标的使用上，因此，要正确审定是否侵犯商标专用权，就必须正确理解什么是“相同或近似商标”，什么是“同种或类似商品”。

相同或近似商标的判断

所谓商标的相同或近似，一般是指与注册商标使用的文字、图形或其组合完全一样或者大体相似的互相混淆的现象。它的含义不仅指两个商标式样的相同或大体相似，更重要的是指商标使用在商品上，是否足以使消费者对商品的来源发生混淆而引起误认、误购。因此，只要商标的文字、图形及其组合相同，而使消费者混淆，即使构成商标各要素的式样有大有小，文字的书写有正有草，以及排列方法上有差异，商标表示方法如水印、烙印、浮印等不同，均无碍于商标相同的认定。

商标的近似，根据国外的判例，大体有“外观近似”、“读音近似”和“意思近似”三种情况。

“外观近似” 指两商标在视觉上使消费者互相混淆，不易分辨。日本的判例，有将“雪牌”与“美雪牌”、“丸七”与“丸六”判为外观近似者。美国判例有将“Country Club”与“Country Kist”判为外观近似的。上述案例的判决即以两商标的外观易产生混淆、误认为由。

“读音近似” 指两商标的名称读音相仿，容易混淆。因现代交易常以口头或电话方式进行，读音的近似，有使消费者发生混淆而致误购。如美国判例认为“Air”商标与“Arrow”商标在读音上近似，“Esso”商标与“So”商标在发音上无法甄别，而有混淆的可能。尽管外观上两者并不相同，仍

判为商标近似。

“意思近似” 以两商标所表现的意义是否近似为依据。如“Cyclone”（飓风）商标与“Tonado”（旋风）商标、“Ocean Gardon”商标与“Sea Gardon”商标，美国判为概念近似。“月亮”图形商标与“Moon”文字商标，尽管外观完全不同，却被判为意义近似，盖因其易使消费者误认为同一商标的缘故。

国外法院或有关机构在判断两个商标是否近似时，一般采用三种方法。

其一是所谓“人的标准”，即以普通购买者施以一般的注意为标准 换言之，不能以专家所作的注意作为衡量的标准，而以普通消费者对购买物品的商标加以一般的注意时是否发生混淆、误购为原则。因专家较具经验，购买商品时对商标自当加以特别注意，不易因商标的近似而发生混同误认。美国、法国、加拿大、德国、比利时、意大利、瑞士等国均采用此原则。

其二是所谓“物的标准”，即对商标进行整体观察或比较主要部分 这一方法为世界上多数国家所采用。由于消费者选购商品时，事实上很少就商标的每一构成因素细加分析，因此，两商标是否近似，应就商标整体加以比较观察，而不应就构成商标的每一部分分开对比。例如，西德法院曾将“你和我”以及“他和她”商标，因均附有两个咖啡壶，从整体观察相似而判为近似商标。比利时将“东京珍珠”与“日本珍珠”判为近似。“所谓“比较主要部分”，是指把商标中能够识别商品来源的“主要部分”抽出来进行

比较。这是因为尽管其整体外观并不近似，但两商标的主要部分却能导致混淆。例如，美国判例有将半月形中央有 $\frac{V}{M}$ 图样的商标判定与方形内有 $\frac{V}{M}$ 图样商标近似，“White Magic”被认为与“Magic Marvel”近似。

其三是“时间与地点的标准”，即所谓隔离观察的方法 辨别商标是否近似，并非将两商标放置一处，同时细加比较，而应隔离观察。这是因为一般消费者通过广告或其它媒介看到商标的时间、地点与购买商品的时间、地点往往不一致，因而在其选购商品时，往往凭其对某种商标的模糊记忆作为依据。如果两商标无显著差异，一般消费者就会发生混淆误认。因此，判断商标是否近似，在时间上应异时观察，在空间上应异地观察，以判断其是否会引起消费者的混淆和误认。

由此可见，各国商标法判断商标相同或近似最重要的条件，是以是否足以使消费者对商品来源发生混淆以致误认、误购，而不仅是指商标外形的相同或近似而言。由于仿冒商标很少是全盘抄袭他人的商标，绝大多数是以近似商标形式出现的，因此，在处理我国出口商品商标被仿冒案件时，切忌拘泥于商标是否式样相同，而应重视分析仿冒商标与我出口商标的近似状况及近似之处是否足以使消费者发生混同误认，并以此为依据提出指控，以制止仿冒商标的不法行为。

同种或类似商品的判断

由于商品种类繁多，商标又不准发生相同或近似，因此，在办理商标注册时，要把商品划分为若干类，不同类别的商品即便使用同样商标，不算相同、近似。只有在同一种商品或者类似商品上使用相同或者近似的

商标，才算相同、近似。各国商标法规定的商品分类不尽相同。我国现行的商标法规是把商品分为七十八类。

商标法上的商品相同或类似与商品学上的分类方法并不一致，即不一定非要化学或

物理上的相同，即使商品的质量、原料、形状、构造等不同，但只要符合社会一般的看法，即可视为商品本质的相同。药店卖的“医药用酒”和酒店卖的“药酒”，虽然其成分都属酒类，用途也有相同之处，但却不视为相同商品。汽车润滑油与汽化燃料，其化学成分与物理状态并不相同，却可视为同种商品。所谓“类似商品”，其判定的要点以消费者是否会认为同一家企业生产为标准。任何两种商品，如其在用途、原料等方面有某种共同之处，以致一般消费者会认为由同一个企业生产，即可视为类似商品。例如，美国早期案例曾判决“Yele”商标不得用于闪光灯与电池，因消费者易误认为该商标闪光灯和电池系使用于锁与钥匙的“Yele”商标的同一制造商所生产，因而该商标的闪光灯与电池同锁与钥匙判为类似。“柯达”（Kodak）商标被禁止用于自行车或打火机，因易使消费者发生混淆，误以为是生产“柯达”照相机

材的厂家所生产。法国判例曾将甜酒与糖果，饮食品与饲料视为类似商品。西德判例曾将毛巾与床单认为同类商品。而咖啡与茶叶虽同属饮料，因消费者不易将其来源混淆，一般不视为类似商品。

可见，两商品是否同种或类似，其判断的主要依据是是否足以使消费者误认为同一企业生产，如是，即使其化学成分或物理性质全然不同，也可视为同种或类似商品，毋需其间存在竞争关系。因此，我出口商品在国外申请商标注册，如同国外商标相同或近似时，应注意同该注册商标商品是否有同种或类似之虞，以防国外商人指控我仿冒其商标。对国外商人注册商标同我相同或近似者，其商品同我商品倘有竞争关系，如其足以使消费者误认为我产品者，可视为同种或类似商品，在我注册在先的情况下，我出口公司可视情况考虑是否需要提出指控，请求撤销其商标注册。

保护商标权的某些规定

近年，随着国际贸易的发展，商标权的保护问题愈益突出，除抄袭仿冒商标的现象外，其他各种侵犯商标权的行为也屡有发生，影响了交易的正常进行，因此，各国商标法以及《保护工业产权巴黎公约》对此大多作出某些规定，以保护商标权所有人的权益。

例如，许多国家商标法都规定，外国人在本国注册商标，必须委托本国代理商注册，才可取得商标权。国际贸易中因而常发生当出口商与代理商之间的合同因某种原因而废除后，代理商利用所取得注册的商标来阻挠出口商对该国的出口。有时，也有代理人未经商标所有人的同意，而以本人名义申请商标注册以要求取得代理权的现象。为防止此类不正当行为发生，保护商标权合法所有人的权益，《保护工业产权巴黎公约》规定，在其成员国之间倘若发生上述情况，商标权所

有人可以提出审判请求，请求撤销对方国家的代理商的不正当注册，或者，如该国法律许可，要求以优惠条件将该项注册转让给他。

未经注册的商标不能取得商标权，得不到商标法的保护。但是，各国商标法一般都订有所谓防止“不正当竞争”的规定，对未注册商标予以一定程度的保护。例如，各国商标法大多订有保护驰名商标的规定。如果未注册商标系驰名商标，即可根据防止“不正当竞争”的规定要求制止仿冒商标。何谓驰名商标，各国商标法并无确切规定，如日本商标法对驰名商标并不要求全国驰名，在一地驰名即算驰名商标。又如，近年来各国商标法出现的一个倾向是，将商品包装、容器、标签等列入商标法的保护范围。因这些内容虽不属商标之一部分，但其近似也易引起消费者对商标产生混淆。《保护工业产权巴

黎公约》将“不择手段地对同行的营业所、商品或工商业活动造成混淆的一切行为”均视为“不正当竞争,要求其成员国予以禁止”。美国商标法规定,凡实际模仿他人标贴或包装的色彩、语言和一般外观者以及模仿商品之非主要部分或特征者,视为“不正当竞争”,得予以取缔。西德的商标法将容器等作为包装加以保护。英国法律也规定,冒充装潢经控告得到批准,可以禁止假冒者使用。日本《防止不正当竞争法》则将商品的形态作为商品“标记”而加以保护。因此,对国外仿冒我商标的不法行为,如我商标未及时在有关国家或地区注册,则在我商标符合驰名商标的条件下,我们也可援用有关“防止不正当竞争”的有关规定要求制止仿冒行

为。近年发生的国外不法商人仿冒我商标的事件中,有以我未申请外观设计权为理由驳斥我指控的。对此,我认为应援引“防止不正当竞争”关于保护商品包装、容器及标签的规定,要求保护我合法权益,这样,则完全可以避免因我未申请外观设计权而又不能再申请的不利状况。

商标侵权行为有很多问题值得我们外贸工作者研究。文中提到的一些问题只是其中一部分,也不是什么新问题,只是由于过去对商标法问题不够重视,才未能为每一个外贸工作者所熟悉。在执行对外开放政策的过程中,我们应该认真研究这些问题,掌握这方面的知识,以利适应新形势的要求,把外贸工作搞得更好。

(上接第28页)

销”的主要国家,而且绝大多数反倾销税是与其他国家一道被征收的,但是,中国已数次成为共同体反倾销调查的对象。以最近三年为例,共同体在1981年提出的48次反倾销调查中,中国占2次;1982年的58次调查中,中国占4次;1983年的27次调查中,中国占3次,趋势在上升,应引起我们的警惕。

(3) 我们应加强贸易做法的研究

西欧共同体在将产品“正常价值”与出口价格进行比较时,委员会通常是尽量考虑各种可能影响产品价格的因素,其中特别是不同的支付方式和交货条件对制定价格的影响。因此,我们要加强对支付方式、交货条件与产品价格关系的研究。在保持价格随行就市的基础上,采用适当放宽价格条件和交货方式的灵活做法,避免单纯依靠低价竞销。

(4) 不能因为我国原料的成本优势就理所当然地认为应该卖低价

在当今贸易战激烈的市场上,征收反倾销税已成为各国贸易保护主义的一种有效工具。因为,诉讼一经提起即可使被诉倾销的商品的正常交易中断,即使倾销最终并不成立,申诉者也可以获得缓冲的时机,暂时阻挡进口商品的竞争。所以,我们在制订出口价时,应精心计算,在查明同类产品竞争者的报价基点上,制订我出口产品的合理价格。

(5) 要加强对西欧共同市场有关反倾销法的研究

一旦遇到法律纠纷时,应尽量运用法律手段,采取措施对付已经发生的诉讼,避免倾销问题成为中国产品进入西欧共同市场的严重障碍。