

SIFA QIANYAN 2011年第1辑(总第13辑)

司法 前沿

时永才 ◀ 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

本书立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色……

人民法院出版社

2011年第1辑(总第13辑)

时永才 ← 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

司法 前沿

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法前沿. 2011 年. 第 1 辑: 总第 13 辑/时永才主编. —北京: 人民法院出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0322 - 9

I. ①司… II. ①时… III. ①司法—中国—丛刊 IV. ①D92 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 206103 号

司法前沿 (2011 年第 1 辑·总第 13 辑)

时永才 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

责任编辑 陈燕华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550583 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数 368 千字

印 张 20.25

版 次 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0322 - 9

定 价 50.00 元

版权所有 侵权必究

《司法前沿》编辑委员会

主 任：时永才

委 员：（按姓氏笔划为序）

弓建明	王立新	王 英	王春年
方海明	叶志浩	朱竞艳	华俭学
刘一勤	刘 芸	刘 勇	孙坚强
吴早春	邹建南	邹霞虹	张 晖
陈荣庆	陈靖宇	金 飏	周云霞
周 健	赵卫民	姚旭斌	袁 挺
徐振华	凌 芝	蒋 飞	谢唯成
蔡 萍	蔡 毅		

卷首语

由无锡市中级人民法院编辑的《司法前沿》系列读物已连续出版四年多了，这是一件很有意义的事情。它体现了无锡中院顺应时代发展对法院工作提出的新要求，破解人民法院改革发展中的新问题，夯实人民法院工作的基础，提高人民法院整体司法能力的坚定决心和勇气。

党的十六届四中全会提出了构建社会主义和谐社会的崭新命题，这是我们党对中国特色社会主义事业认识的新发展，是当代中国经济社会发展的新的重大战略。人民法院作为国家机器的重要组成部分，在推进依法治国基本方略，建设社会主义法治国家，构建社会主义和谐社会的历史进程中，肩负着保障在全社会实现公平正义的神圣使命；人民法院通过审判职能的充分发挥，积极倡导诚信友爱的社会价值取向，维护和保证社会的安定有序，为建设一个权利受尊重、利益可保障、纠纷可化解、人民安居乐业，人与自然和谐相处的社会发挥着重要的职能作用。当前，伴随着我国改革开放的逐步深化和社会主义市场经济的不断发展，人民法院的审判领域不断拓展，审判工作日趋复杂，疑难案件层出不穷，法院面临前所未有的压力和挑战。人民群众日益增长的司法需求与司法功能相对滞后的矛盾日益突出。新形势下，人民法院要坚持“公正司法、一心为民”的指导方针，充分发挥审判职能作用，大力增强司法能力，不断提高司法水平，为改革、发展、稳定提供坚实的司法保障。无论是分析形势还是破解难题，无论是解决司法实践中的问题还是进行司法改革和理论的创新，都需要来自第一线法官的感悟、思考和研究。

《司法前沿》的面世，有助于引起社会各界对基层司法状况和发展的足够关注。众所周知，我国的法官人数和审判案件数，基层法院都占绝大多数，对整个审判体系起着基础和支撑作用。正如一位学者所言，中国最重大的案件也许都是由中级以上法院审理的，但是，与中国老百姓的日常生活最为密切的案件几乎都是由基层法院审理的。基层法院处于化解社会矛盾、维护社会稳定的最前沿，审判工作任务比较繁重，矛盾集中而直接，而且由于诸多因素的制约，它们在物质基础、司法环境、司法保障等方面面临的困难较多。面对这一现实，要扎实有效地做好基层法院的各项工作，就要求广大法官不仅要具备忠于人民、忠于法律、公正无私的司法品格，还要具有协调各方、争取理解、取得支持的司法智慧和综合能力。基层法院是司法的基础和代表，能否有效地发挥作用，直接影响司法制度的有序运转和司法功能的有效发挥。关注中国法治建设，通过司法实现全社会的公平和正义，立足点无疑应放在基层法院。这份专辑主要展示作为中国东部沿海经济较发达地区之一的无锡市两级法院立足审判职能、加强基层建设所作出的种种努力和探索，从而以点窥面，反映基层司法的发展状况，以期引起人们对基层司法工作的重视和研究的兴趣。

《司法前沿》的面世，有助于为学术界研究中国基层司法制度提供鲜活的素材。由于制度的分工，基层法院承担着大量的初审案件的审判任务，它们不得不每天面对大量的复杂事实争议及其相关的法律适用，这就决定了基层法院的制度创设、角色与功能定位、权力与结构安排、人员与机构设置及资源配置、运作的程序与理念等，不同于中级以上法院。要破解长期困扰基层法院审判工作正常运转的体制性和机制障碍，必须对这些问题进行深入的理论研究和实证分析。尽管近年来已有不少学者展开对我国基层司法制度的研究，并取得了一定成果，但由于实证材料的缺乏等原因，学界对基层司法制度的研究尚有待进一步深化。而《司法前沿》通过提供来自基层法院审判工作、队伍建设、法院改革的一幅幅生动图景，则可以为学术界深入研究中国基层司法制度提供一些有价值的实证素材。

《司法前沿》的面世，有助于为广大基层法官提供一个学习交流、

共同提高的新平台、新园地。任何制度的实施和发展均有赖于制度实践者的基本素养和技能。具备扎实的法学理论功底、拥有宽广的知识结构和视野，深刻把握中国社会变化对司法的新需求，是时代对中国法官司法能力提出的新要求。各级法院尤其是基层法院法官的司法能力的增强和司法水平的提高，需要进一步创新学习方法，在学习中增长才干，在学习中提高水平，不断提高法学理论水平，逐步养成良好的法律职业思维，提高解决司法实际问题的能力。

希望专辑的编辑者能够始终坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，围绕“公正与效率”工作主题，立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色，以实现理论研究与审判工作的良性互动为目的，充分展示基层司法审判工作的新进展，法院改革的新举措，队伍建设的新风貌，司法管理的新方法，基层建设的新经验，使人们阅后能有所启发，有所收获。

衷心祝愿《司法前沿》越办越好。

公丕祥*

* 法学博士、江苏省高级人民法院院长。

目 录

专家特稿

论商标近似判断中的消费者标准

——基于案例的整理与研究 李友根 何丽萍 (3)

论预告登记之设立

——以解释论为视角 吴春岐 (21)

司法前沿研究

司法审判工作中贯彻群众路线的若干问题 褚红军 (39)

民事诉讼中的经验法则 陈志超 鄢 芳 姚依哲 (55)

民商事审判实践中的“无形”困境

——以网络虚拟财产侵权责任承担为视角 孙 熠 (71)

论执行回转制度之完善 杨 曦 (83)

论庭审考评制度的改革与完善 张 琨 (92)

论破产清算事务所的有限责任合伙性质 林中辉 (103)

刑事案件非法证据排除规则的解构与探究

——以职务犯罪中非法证据的审查认定为视角 范 凯 梁 果 (112)

风险社会下刑事立法的回应与反思

——以《刑法修正案(八)》为视角 黄 辛 (123)

探索与争鸣

理性回归：“微博问政”的法意解构

——以政法机关开设微博平台为视角 陈其生 (137)

知识产权证券化之破产隔离法律问题研究 宋文梅 (148)

产品发展缺陷的责任及规制	景 鑫 (160)
论网络游戏虚拟财产的物化债权性质及法律规制	赵文杰 王 倩 (173)
被征地农民问题的经济法对策	谭学勤 (189)
存款保险中的道德风险与制度设计	王文华 (201)
论动产浮动抵押法律风险控制手段之完善	卢文兵 (213)
论民事行为能力宣告制度的完善	骆叶香 解 亘 (228)

重点调研课题

“诉调对接”的理论探索及制度完善

..... 无锡市中级人民法院立案庭课题组 (243)

民意沟通工作机制的构建与完善

——以司法与民意的关系为视角

..... 无锡市中级人民法院研究室课题组 (266)

案例研究

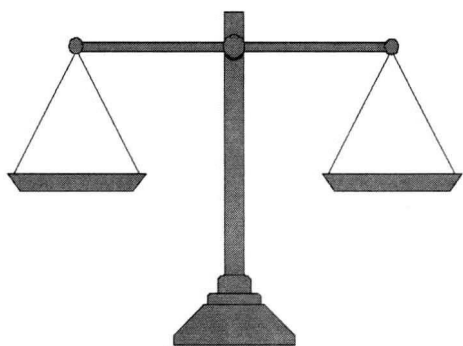
冯敏、陈庆富诉戴佳运、朱慧组织、参与飙车

致人损害赔偿纠纷案 吕杰明 潘华明 (299)

以勒索财物为目的盗窃机动车号牌的罪名

选择 徐振华 徐竹芄 于百平 (307)

专家特稿



论商标近似判断中的消费者标准

——基于案例的整理与研究

李友根 何丽萍*

引言：问题的提出

我国《商标法》第52条规定，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，属于商标侵权行为。对于商标近似与否的判断，最高人民法院2002年《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条规定了三项原则，其中之一是“以相关公众的一般注意力为标准”。那么，何谓相关公众的一般注意力呢？特别是，这一判断原则在针对不同商品或者服务时，是否有可能存在着不同层次的区别？

江苏省宜兴市人民法院一审、无锡市中级人民法院二审的江苏通灵翠钻有限公司诉宜兴市塔狮珥钻石有限公司商标侵权一案，突出地提出了这一问题。

在该案中，原告通灵公司为TESIRO® 商标的注册人，核定使用商品为珠宝等；被告塔狮珥公司亦从事珠宝销售，其店面门头、招牌及商品标价签上均使用“TRÉSOR”字样（系未注册商标）。原告认为被告侵犯了其商标权，故诉至法院。

一审宜兴市人民法院认为，本案争议的焦点是两个商标是否构成近似商标。法院在阐述了其他理由后，指出：此外，本案双方争议的原、被告商标均使用在钻石、珠宝、翡翠类商品上，而众所周

* 李友根，南京大学法学院教授，法学博士；何丽萍，江苏省宜兴市人民法院法官。

知，该类商品多为奢侈品，价格相对昂贵，相关公众对该类商品的品牌认知度以及在购买时的谨慎度和辨别力要明显高于普通商品。同时，该类商品的买卖过程一般不同于一般日用商品。顾客在最终购买前往往会与店员有一段较长时间的交涉，经过反复的推荐、选择和试戴。从经验规则看，整个过程中店员在介绍商品时或消费者表达需求时一般使用中文商标而不是外文商标。^①

二审中，无锡市中级人民法院维持了一审判决，并指出：“商品价格越是昂贵，消费者对其来源注意力和辨别力也就越强，产生混淆或误认的可能性也就越小，因此，消费者在接触对方商品时混淆或误认的发生可能性很小，更不会产生实际的混淆或误认。”^②

在本案中，两级法院均提及了消费者在购买奢侈品、高价格商品时的特别注意力问题，即：商标近似与否，与其所使用商品的性质（特别是价格）密切相关。换言之，判断商标是否近似、消费者是否会混淆，需要结合商标所使用商品本身的特殊性。这样，法律规定及司法解释中的“相关公众的一般注意力”及混淆标准将会呈现出多样化。那么，此种多样化是否符合法律的精神呢？本文试对之进行初步的探索。

一、商标侵权行为的判断标准

我国《商标法》的核心是确认与保护商标注册人的商标专用权，因而对侵犯商标专用权行为的确认与制止是该法的重要内容。该法第52条规定了五类商标侵权行为，其中第五类为兜底式的规定，即“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”行为。对此，《商标法实施条例》第50条补充规定了两类行为，最高人民法院2002年《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》又规定了三类行为。但是，就这十类商标侵权行为而言，最为关键、核心的商标侵权行为是《商标法》第52条第（1）项所规定的“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”行为，因为“它妨碍了注册商标发挥其商标标识作用，包括造成市场混淆行为以及其他妨碍注册商标功能的行

① 江苏省宜兴市人民法院（2010）宜知民初字第15号民事判决书。

② 江苏省无锡市中级人民法院（2010）锡民终字第2号民事判决书。

为”，是一种“基本的、混淆性的或者直接的侵权行为”。^①

长期以来，我国的商标实务与司法实践，基本上是按照这样的法律规定加以适用与处理的，即：判断被告的行为是否构成商标侵权行为，主要是审查被控使用行为是否经原告同意、涉案的商品是否与原告注册商标所核定使用的商品属于同一种或类似、涉案商标是否与原告注册商标相同或者近似，如果均符合则构成商标侵权，如果不符合则不构成商标侵权。例如，《最高人民法院公报》发布的第一个商标案件就确立了司法实践的这一基本做法：

在浙江省龙泉县宝剑厂诉浙江省龙泉县万字号宝剑厂侵犯商标专用权纠纷一案中，浙江省丽水地区中级人民法院认定，被告未经注册商标所有人的许可，在同一种商品上，使用与原告注册商标相同或者近似的“龙泉”宝剑、“龙泉”古剑的字样及“龙凤七星”、“双龙七井”、“双凤七井”图形，违反了《商标法》第38条第1款第（1）项的规定，侵犯了原告的注册商标专用权。^②

但是，如果结合《商标法》的立法宗旨，则上述规定与司法实践似乎存在着一定的问题。商标的基本功能在于区别商品来源与出处，这也是人们早就充分认识到的：“商标有表示商品来源的功能。商品来源不是指产地，而是指产于哪个企业。”^③“区别不同商品生产者商标最重要最本质的功能。”^④因此，为了保障商标的这一功能，也保护商标使用人凝结于商标上的利益与商业信誉，同时也为了保护消费者利益不受损害，国家建立商标注册制度，赋予商标注册人以商标专用权。商标专用权的内涵一般被理解为包括使用权与禁止权两部分，其中：

“禁止权是指注册商标所有人有排除第三者擅自使用其商标的权利。如果没有这种权利，听任第三者将同商标权所有人的注册商标相同或者近似的商标，使用于同一种商品或类似商品上，必然造成商品出处混淆，妨碍注册商标的使用，损害商标权所有权的利益

① 孔祥俊著：《商标与不正当竞争法：原理和判例》，法律出版社2009年版，第170页。

② 《最高人民法院公报》1988年第3期，第28页。

③ 朱锡森等著：《商标与商标法》，工人出版社1986年版，第73页。

④ 张序九主编：《商标法教程》，法律出版社1986年版，第16页。

和消费者的利益。……但是，第三者如果不是在相同或者类似的商品上使用同注册商标相同或者近似的商标，则不影响商标权的专有性，因而注册商标所有人无权请求加以排除。”^①

由此可见，从立法本意与学者的理解而言，商标侵权行为的本质是由于非法使用他人的注册，导致商品出处混淆，进而损害商标权人和消费者的利益。那么，判断商标侵权行为，也就应当以是否导致商品出处或来源混淆（以及存在关联的混淆）为标准，而不应简单地以商品同一或类似与否、商标相同或近似与否为标准。于是这两者便可能会出现冲突：“只要两个商标和所附着的商品存在一定的相似，则无论是否存在混淆的可能性，也不管混淆的可能性有多大，都构成商标冲突而使其中一个无法正常使用。反之，只要执法者认定两个商标和使用于其上的商品完全不同，即便已经有了实际的混淆或者导致混淆的极大可能性，在未认定驰名商标的情况下，商标冲突也难以成立。”^②

如果将使用商标的各种行为与混淆可能性相比较，则可能会有以下几类情况：

2002 ~ 2005 年全国一审行政撤诉案件统计表

被告使用商标的情形	依《商标法》规定是否侵权	是否导致混淆
同一商品上使用相同商标	构成侵权	导致混淆
同一商品上使用近似商标	构成侵权	可能不混淆
类似商品上使用相同商标	构成侵权	可能不混淆
类似商品上使用近似商标	构成侵权	可能不混淆
同一商品上使用不近似商标	不构成侵权	可能混淆
类似商品上使用不近似商标	不构成侵权	可能混淆

由此，如果依照混淆标准，则除了“同一种商品上使用相同商标”的行为绝对导致混淆外，^③ 其他被法律规定必然构成侵权行为的可能不一定导

① 张序九主编：《商标法教程》，法律出版社1986年版，第34页。

② 唐广良：《注册不应是商标保护的前提（下）》，载《法人》2006年第7期。

③ 此种假冒商标行为，被法律认定为当然导致混淆而构成商标侵权，不再考虑现实中是否存在混淆可能性。无论是TRIPS协定还是各国的商标法，基本上均作如此规定。

致混淆，而法律规定不构成侵权行为的情形则有可能导致混淆。^①这也正是有些学者对我国现行《商标法》提出批判的重要方面：

我国《商标法》强调商标标识和商品是否相同或近似，而不是以是否存在混淆可能性或淡化可能性为商标侵权的判断标准，在立法指导思想上源于计划经济时代，已不符合商标法理论，且与世界商标法立法趋势背道而驰，也脱离了我国司法实践，应当修改。^②

在笔者看来，无论是我国《商标法》相关条文的内容，还是立法者、学者长期以来对商标法理论和条文的理解与解释，还不能断然作出“我国商标法不以混淆理论为基础”的结论。相反，我国商标法律制度同样也是建立在混淆理论基础之上的，并且在侵权行为判断标准上，将混淆理论的实践运用予以定型化或称为类型化，并具体表现为前面四种行为。^③即，只要是在同一种或类似商品上使用与注册商标相同或近似的标识，即构成混淆从而构成商标侵权，而不同时具备商品与商标的相同或近似两种情形，则不构成混淆也不构成商标侵权。虽然最高人民法院早就强调以混淆理论为基础进行商标侵权的裁判，但由于法律的明确规定，实际上也难以真正的突破：“是否构成侵犯注册商标专用权，原则上要以是否存在造成公众误认、混淆的可能性为基础作出判断。”^④

问题在于，我国《商标法》对于商标侵权行为的类型化规定，由于未明文强调“可能导致混淆”这样的条件规定，有可能导致商标审理实务与司法实践中的僵化处理：尽管被告在同种或类似商品上使用近似商标而被认定为构成侵权，但因为实际上不存在混淆可能性而本不应被认定为侵权。

① 例如，学者们指出：“如果不在同一种商品或类似商品上使用与他人的注册相同或者近似的商标，或者在同一种商品或类似商品上使用与他人的注册商标不相同或不近似的商标，因不同时具备这两个特点，则不会造成商品出处的混淆，使消费者发生误认的结果，所以也就不会构成商标侵权行为。”见张序九主编：《商标法教程》，法律出版社1986年版，第90页。但此种情况是否就不会造成商品出处的混淆，还是值得研究的。

② 邓宏光著：《商标法的理论基础——以商标显著性为中心》，法律出版社2008年版，第168~169页。

③ 详见李友根：《混淆理论与商标侵权判断——万通佳苑案的法理研究》，载胡道才、吴建斌主编：《参阅案例研究》（商事卷）（第1辑），中国法制出版社2009年版，第299~304页。

④ 时任最高人民法院副院长曹建明2002年10月在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话，转引自孔祥俊著：《商标与不正当竞争法：原理与判例》，法律出版社2009年版，第258页。

那么,如何解决这一问题呢?将混淆理论移入商品类似、商标近似的判断之中!有学者指出:“我国《商标法》这种保护商标标识而非防止消费者混淆可能性之立法规定,被我国司法实务界采取各种不同的措施来规避。在最高人民法院的相关解释中,已经将是否导致消费者混淆的可能性,作为判断商标及商标使用的商品或服务是否近似的标准。”^①这也就是笔者所指出的解释论方法:“从类似商品与近似商标的解释角度贯彻混淆理论,进而修正与弥补商标法规定的缺陷。”^②在立法没有修改的情形下,为了公正处理商标侵权案件,法院必须而且只能充分运用这样的解释方法。最高人民法院的相关司法解释正是以这样的方法确立了商品类似、商标近似的判断与解释方法:“商标近似,是指……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。”“类似商品,是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同,或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。”

因此,商标侵权行为的判断具体又转化为商品类似、商标近似的判断问题,限于篇幅,本文暂且对商品类似问题不予讨论,虽然商标近似判断的标准与理论同样适用于商品类似的判断。

二、商标近似的判断主体

对于近似商标的判断问题,我国的立法、行政执法与司法实践在长期的探索中逐渐形成了共识。

早在商标制度建立之初,国家工商行政管理局商标评审委员会就在有关商标评审指南确立了商标近似判断的基本规则:“近似商标是指易造成消费者混淆的商标,即易使消费者混淆商品/服务出处的商标。”^③而其中的消费者,“是一个特指的概念,是指有一定消费经验的消费者,既不是指非常成熟的消费者,也不是指毫无识别能力的消费者,因为这两种消费者都只占消费群体中的一小部分。”^④

这一规则也被作为商标行政执法机关的国家工商局所吸收与采纳。1999

① 彭学龙著:《商标法的理论基础——以商标显著性为中心》,法律出版社2008年版,第172页。

② 李友根:《混淆理论与商标侵权判断——万通佳苑案的法理研究》,载胡道才、吴建斌主编:《参阅案例研究》(商事卷)(第1辑),中国法制出版社2009年版,第305页。

③④ 商标评审委员会编著:《商标评审指南》,工商出版社1996年版,第26页、第8页。