商品与服务类似的判定标准——核心是关联性的延伸范围

汪玉蓉

引文:《类似商品和服务区分表》以第 35 类为界将商标核准注册的项目区分为商品与服务两大类别,但伴随着产业多元化趋势的发展,商品与服务的界限开始交叉,壁垒逐渐被打破,导致商标确权授权行政程序及商标侵权民事诉讼的判断对象也从商品与商品、服务与服务之间,扩张到商品与服务之间。法院及行政机关在判定商品与服务类似的本质实为确定二者关联性的合理延伸范畴。本文通过梳理在先案例中判定商品与服务类似的考量因素,以期从商标类别角度对商标品牌经营的布局端及维权端提供启发。

一、案例引入

(一) 具有关联性的商品与服务构成类似——"好医生"商标侵权及不正 当竞争案¹

原告四川好医生药业集团有限公司(以下简称"好医生公司")是第5类"人用药、医用营养品"等商品上第1908463号"**好医生**"(以下简称"好医生商标")注册商标的商标权人。好医生公司认为,被告平安健康互联网股份有限公司(以下简称"平安公司")在其官网及APP中提供医疗问诊、在线购药等服务时使用"平安好医生""好医生"等标识的行为,构成侵害其注册商标专用权的行为。

四川省高级人民法院经审理认为,平安公司是在第35类"为商品和服务的买卖双方提供在线市场"以及第44类"医药咨询;保健;远程医学服务;健康咨询"服务上使用侵权标识,虽然上述使用类别与好医生商标核定使用的商品类别存在服务与商品之别,但二者的用途及消费目的均为治疗疾病、维护健康且消费群体基本一致;相关公众进行诊疗后根据医生建议进行购买药品的行为从消费过程上是相继发生且具有紧密联系的;互联网健康产业的特点就是通过整合医疗咨询及药品销售,为用户提供一站式医疗、健康服务,其中提供医药产品是该产业不可或缺的部分。综合上述情形,法院认为在本案中难以截然区分商品和服务

1

¹ 参见(2019)川知民终字154号民事判决书。

领域,好医生商标所核定使用的商品类别与平安公司使用侵权标识的服务领域存在特定联系,容易使相关公众混淆,构成类似。

值得注意的是,好医生公司在一审时提出的第一项诉讼请求即为认定好医生商标为驰名商标,其诉讼策略是通过驰名商标的跨类保护来覆盖平安公司在非类似服务上侵犯商标权的行为。而一审法院认为本案不存在认定驰名商标的必要性,通过商品与服务的关联性已足够对好医生商标提供保护。由此可能产生的问题是,在驰名商标认定缩紧的趋势下,普通商标可能会借助放大商品与服务关联性的方式,间接获得驰名商标的跨类保护效果,从而导致普通商标保护向驰名商标保护逃逸的倾向。

此外,在"HEADINGTON/海丁顿"商标无效宣告行政诉讼案²中,北京知识产权法院认为,第16类"书籍、印刷出版物"等商品与第41类"教育、培训"等服务在功能用途及内容、销售渠道、消费对象等方面具有较大关联性,构成类似;在"美蒂菲"商标无效宣告行政诉讼案³中,北京市高级人民法院认为,第44类"化妆师服务、美容院"服务与第3类"美容面膜、化妆品"等商品的功能、用途、服务对象、销售对象、销售渠道等方面具有较强关联性,构成类似。

(二)具有关联性的商品与服务不构成类似——"TWG"商标无效宣告行政诉讼案⁴

原告捷荣国际有限公司(以下简称"捷荣公司")因被告 TWG 茶产品私人有限公司(以下简称"TWG公司")申请注册的第 43 类"备办宴席、咖啡馆、餐馆、茶馆、流动饮食供应"等服务上的第 11448911 号"TWG"商标与自己名下的第 30 类"咖啡、糖、糖果"等商品上的"TWG"商标(以下简称"引证商标")构成近似提出商标无效宣告请求,国家知识产权局经审理后作出维持商标注册的裁定,捷荣公司遂提起行政诉讼。二审审理法院北京市高级人民法院认为,虽然引证商标所核定使用的第 30 类"咖啡、糖、糖果"等商品属于第 43 类"备办宴席、咖啡馆、餐馆、茶馆、流动饮食供应"等服务提供中进行消费的商品,存在消费过程的重叠,但二者在功能、用途、内容、方式、生产部门、销售渠道、消费对象等方面存在差异,且在《类似商品和服务区分表》中分属不同群组,不

² 参见(2021) 京 73 行初 12212 号民事判决书。

³ 参见(2022) 京行终 5296 号行政判决书。

⁴ 参见(2021) 京行终 10060 号行政判决书。

构成类似商品和服务。但是,在"豪虾传"不正当竞争案5中,四川省成都市中级人民法院正是基于第30类"调味品、香料"商品与第43类"餐饮服务"之间存在一定的包含关系,即餐食中往往会使用到调味品,消费者在选择餐食时也包含了对味型的选择,认定二者构成类似。

此外,在"鲍师傅"商标侵权案6中,北京知识产权法院对商品与服务之间的区别进行了详细阐述:服务的产生和消费在时间上大体一致,而商品一般是有形物,商品的生产和消费在时间上有分离。在该案中,鲍才胜公司虽然是以现场制售方式销售"鲍师傅"糕点,但其"前店后厂"模式下的糕点制作环节与销售环节间仍然存在时间上的分离,故该种经营模式不属于第43类的"餐厅、餐馆"服务。并且,相关公众看到鲍才胜公司经营的"鲍师傅"糕点店铺能够清楚地判断出其为销售"鲍师傅"品牌糕点的食品店,而不会误认为提供"鲍师傅"品牌的餐饮服务。结合以上商标使用方式及消费者的认知,法院认为第32类"面包、糕点"等商品与第43类"餐厅、流动饮食供应"服务不构成类似。

二、认定商品与服务类似的考量因素

关于商品或服务之间是否构成类似,实践中主要有"主观类似"和"客观类似"两种判断标准。"主观类似"标准认为,如果易使消费者认为商品来源于同一生产者,或生产者之间存在特定商业联系,即可判定为类似;"客观类似"标准强调商品类似关系的认定只与商品本身的属性有关,诸如商品的功能、用途、交易对象及销售渠道等客观因素7。而关于商品与服务之间的类似,《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》第十一条第三款规定:"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"。该款从相关公众的主观类似判断出发,重点关注了商品与服务之间关联性的延伸范围,在先案例中法院及行政机关在确定商品与服务关联性延伸范围时主要的考虑因素包含以下四点。

(一) 商品与服务在客观属性上存在一致性

⁵ 参见(2021)川01民再16号民事判决书。

⁶ 参见(2019) 京 73 民终 3100 号民事判决书。

⁷ 参见王俊、陈金荆著:《关联混淆规则下商品类似关系认定标准研究》,载《苏州大学学报 法学版》,2023 年第 3 期第 69 页。

在《类似商品和服务区分表》中,有多项在功能、用途、消费群体、消费渠道等方面重叠度极高但基于其质性特征而被分列在商品与服务的项目,例如第30类"咖啡、面包"等商品与第43类"咖啡馆、餐厅"服务的消费群体均为普通消费者,且提供餐厅、面包店等服务的市场主体一般也会同时提供面包、咖啡商品,二者在消费渠道上完全一致;以及第16类"书籍、文具、教学用具"等商品与第41类"教育、培训、教学"等服务的消费对象均为学生及教师群体,功能也均为提供教学、教育用途,甚至提供"教育、教学"等服务将会不可避免需要使用到"教学用具",二者在客观上紧密相连。可以说,商品与服务在客观属性上具有一致性是决定二者构成类似的基础。

(二) 商品与服务的消费过程具有连续性

据日常实践,商品与服务通常发生在一个完整的消费过程中,决绝地区分商品与服务可能会切断消费的连续性,造成法律事实与客观事实的割裂。因此,如果商品与服务在消费过程中具有合理的连续性,则二者可基于消费进程关联性的延伸而构成类似。例如,患者在接受第44类"医疗问诊服务"后通常会根据问诊结果购买第5类的"药品"商品;消费者在购买第11类"空调"商品后通常需要继续接受第37类"电器安装服务"。

(三) 商品与服务的商业表现因产业融合而趋近

随着跨界发展、混业经营等产业多元化的发展,企业愈发追求产品及服务的异质性并通过统一的企业组织整合产品与服务的销售模式,使得完全不同的商品与服务之间产生交集,商业表现产生交叉重叠。在"黎夫名仕 YVES ROCHER"商标异议案8中,国家知识产权局认为,随着美妆店、医疗美容机构以及药妆店等相关行业的快速发展,化妆品也会像医疗美容产品一样通过药品零售商店售卖,导致第3类"化妆品"等商品与第35类"医疗用品零售或批发服务"在消费对象、消费场所、用途功效等方面具有紧密的关联性,应认定为类似商品与服务9。近年大火的文创消费新模式则赋予了第16类"纸和纸板、印刷品"、第28类"玩具"等商品与第35类"广告、为他人推销"、第41类"组织和安排文化娱乐等活动、出版服务"等服务极强的关联性。

⁸ 参见(2022)商标异字第 142067 号决定书。

⁹ 参见王子洋:《商品与服务的类似关系判定—第 50954848 号"黎夫名仕 YVES ROCHER"商标异议案》,载《中华商标》2023 年第 10 期。

但是,在"MAKE-UPFOREVER"商标无效宣告行政诉讼案¹⁰中,玫珂菲公司也试图基于当下跨境电商发展趋势下跨境美妆代购及消费逐渐盛行的背景,以第3类"化妆品"商品与第35类"进出口代理"在消费对象上渐趋一致的商业实践为由主张二者构成类似,而北京市高级人民法院最终基于二者在功能、用途、服务内容等客观属性上的差异认定二者不属于类似商品与服务,体现了法院对突破《类似商品和服务区分表》的谦抑态度。

(四) 商标的实际使用范围及知名度

商标权的保护范围及强度应当与其实际使用范围和知名度相匹配,最高人民法院在《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》指出:"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"。因此,在认定商品与服务类似时,亦需要考虑到诉争商标是否已经在对应的服务、商品领域市场进行了使用及其知名度。

从相关公众的角度来看,如果商标权人的商标尚未在被诉的商品或服务领域进行使用,即尚未建立注册商标所核定使用的商品(服务)类别与侵权标识所使用的服务(商品)之间关联性,或相关公众已经对被控侵权人与其所使用标识类别建立了稳定的认知,则可以切断商品与服务之间的关联性,从而无法认定为类似。例如在"鲍师傅"案件中,法院就依据相关公众已对鲍才胜公司的"鲍师傅"标识与其提供的糕点商品而非餐饮服务建立了稳定的认知且知名度较高;而商标权人易尚公司"鲍师傅及图"商标的知名度较低且未在第30类"糕点"等商品上进行使用为由,拒绝给予商标权人过于宽泛的保护。

三、对商标品牌经营的启示和建议

商品与服务看似泾渭分明,但随着商业实践的发展二者的边界正在逐渐 模糊,恰当利用二者间的关联性可以使品牌建设在注册端和维权端获得更加 全面的视角。

1、在关联性较强的商品与服务类别上注册防御商标

5

¹⁰ 参见第 (2021) 京行终 7889 号行政判决书。

根据前述,在《类似商品和服务区分表》中本身就存在许多在功能、用途、消费群体等方面具有客观关联但分属不同类别的商品与服务,企业在申请商标注册时,除了在与自身商品或服务直接对应的商品(服务)类别上注册,还应在与核心类别的客观属性存在一致性的服务(商品)类别上注册防御商标,以便利用商标权制止他人未直接侵入核心业务领域而在边缘地带撬动企业商誉的行为。

2、合理利用商品与服务的关联性,划定商标权保护范围

在市场经济的范畴内,尤其在以联结、去中心化为主要特征的互联网经济发展进程中,任一商品或服务的集群绝不是孤立的,针对特定的商品与服务,商标权人可以综合考虑商品与服务在客观属性上的一致性、消费进程的连续性、是否存在因产业融合而趋近的商业表现、实际使用范围及知名度等因素论证二者的关联性,划定更符合商标权人利益的商标权保护范围。

相应地,在面对商标侵权指控时,行为人需甄别商标权人是否过度放大了商品与服务的关联性,及时截断从普通商标向驰名商标逃逸的倾向,防止对方以不正当手段进行商业利益圈地。根据《中华人民共和国商标法》第五十七条,商标权的保护范围仅限于相同、类似商品或服务,在通过商品或服务类别圈定的范围之外,仅有驰名商标能凭借其跨类保护的"超能力"禁止他人未经授权的使用。在驰名商标认定缩紧的趋势下,普通商标在未达到驰名商标知名度和影响力的情况下,另辟蹊径地借助放大商品与服务之间关联性的方式,间接获得驰名商标的跨类保护效果,显然有悖商标法的立法目的。正是基于此,在"美团"商标权无效宣告请求行政纠纷案¹¹中,北京市高级人民法院对商品与服务的关联性保持谦抑态度,采用了"认定驰名商标-给予跨类保护"的常规路径,为"美团"商标提供保护。

此外,针对法律法规、行业规范特别予以管理、规制的行业,相关公众已形成稳定的认知,需保持商品和服务所涵盖范围的清晰边界,二者关联性范畴进行扩张的难度较大。例如在"华佗药房"商标权无效宣告请求行政纠纷一案¹²中,最高人民法院认为因法律法规及管理规范而形成的长期稳定的市场秩序应当作为重要的考量因素,对于因特殊规定和管理而形成相对稳定、清晰市场格局的行业,不能随意突破商品与服务的界限,以避免冲击相关公众对行业秩序的认知。

¹¹ 参见北京市高级人民法(2023)京行终1472号行政判决书。

¹² 参见最高人民法院(2021)最高法行再76号行政判决书。