

重视消费者在元宇宙下商品类似的认定中的作用

——以爱马仕诉梅森·罗斯柴尔德案为例

苗春晓

湖北大学法学院, 湖北 武汉

收稿日期: 2024年9月30日; 录用日期: 2024年11月1日; 发布日期: 2024年11月11日

摘要

元宇宙虚实杂糅的特点和NFT商品的虚拟性的特点使得原本客观标准和主观标准存在适用问题的类似商品判断更加困难。实际上回归到商标的本质, 就会发现消费者在商标的识别、品质保障、品牌建设的功能发挥以及商品交易过程中发挥着不可替代的作用。爱马仕案重视消费者认知情况的做法为解决这一难题具有启示意义。重视消费者在商品类似性认定中的作用, 采用在消费者调查主体范围、调查方法、调查问题上科学合理设计的消费者调查方法能够帮助法官更好的探知消费者对相关商品间类似性的认知情况, 更加客观、全面地对元宇宙下商品间类似性进行认定。

关键词

元宇宙, NFT商品, 商品类似, 消费者调查方法

The Role of Consumers in the Identification of Commodity Similarity in Meta-Universe

—Taking Hermès v. Mason Rothschild as an Example

Chunxiao Miao

School of Law, Hubei University, Wuhan Hubei

Received: Sep. 30th, 2024; accepted: Nov. 1st, 2024; published: Nov. 11th, 2024

Abstract

The characteristics of the meta-universe's hybridization of reality and the virtual nature of NFT goods make it more difficult to judge similar goods, where the application of objective and subjective

standards is originally problematic. In fact, if we return to the essence of trademarks, we will find that consumers play an irreplaceable role in the identification of trademarks, quality assurance, the function of brand building and the process of commodity transactions. The Hermes case is a revelation for solving this problem by emphasizing consumers' cognitive situation. Attaching importance to the role of consumers in the determination of similarity of goods, and adopting a scientific and reasonable design of consumer survey methods in terms of the scope of consumer survey subjects, survey methods and survey questions can help the judge to better explore the consumer's cognition of the similarity of related goods, and determine the similarity of goods under the meta-universe in a more objective and comprehensive manner.

Keywords

Meta-Universe, NFT Goods, Goods Similarity, Consumer Survey Methodology

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

自 2013 年《商标法》修改以来，我国正式将混淆作为商标侵权的判断标准，同时，商品类似作为商标侵权的重要行为类型，其认定存在主客观双重标准，其中混淆则内含于主观标准之中，故有学者认为从我国《商标法》现有的体系安排与司法实践认定不一的现状来看，判断商品类似中的混淆与作为商标侵权最终判断标准的混淆并存的“混淆性近似”观念带来两重意义上的混淆，导致商标侵权判定中的循环论证的问题，存在严重的逻辑错位，应当明确排除商品类似判断中的混淆标准，对商品类似的认定应当采取客观标准^[1]。但元宇宙及 NFT 商品所具有的虚拟、与现实时间高度糅合的特定可能会使商品类似的认定面临着绝对适用客观标准而无所适从的问题，故将研究视角放在元宇宙环境下，从元宇宙及 NFT 商品的特性出发，通过对美国近日的爱马仕诉 NFT 案着重关注消费者混淆因素的分析，探讨元宇宙场景中商品类似的认定标准问题。

2. 爱马仕公司诉梅森·罗斯柴尔德案

2.1. 案件事实及经过

2021 年 12 月，被告梅森·罗斯柴尔德设计出 100 件以“MetaBirkins”命名的铂金奢侈手包的数字图像，并将其铸造成 NFT 在自己注册的网站 Megabirkins.com、OpenSea 及 Twitter 等四个平台以“MetaBirkins”品牌名称、售价与原告爱马仕著名实物铂金手包相当，进行推广销售。英国 ELLE 杂志、法国 L'Officiel 时尚杂志、美国纽约邮报均随之错误地报道了爱马仕公司推出了 MetaBirkins NFT 商品。随后，“Birkin”商标权人、原告爱马仕公司认为其侵犯了其商标权故发出警告函，但是罗斯柴尔德仅在网站刊登免责声明，称其 MetaBirkins 的 NFT 商品与爱马仕毫无关联。故爱马仕公司向法院起诉，指控罗斯柴尔德未经授权使用“Birkin”商标，构成商标侵权、商标淡化、域名抢注。罗斯柴尔德辩称其以“Birkin”的数字图像铸造 NFT 是属于艺术表达，受到宪法第一修正案中“罗杰斯检验”标准¹的保护，

¹Rogers v. Grimaldi, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989)。所谓“罗杰斯检验”标准旨在实现言论自由的公共利益与保护商标所有人权利的平衡，规定只有在(1) 与基础作品的艺术相关性几乎为零，或(2) 在作品来源或内容方面具有明显误导性的情况下，在艺术或表演性作品中使用商标才可以被起诉。即满足商标使用于表达作品、具有艺术相关性、不具有明显误导性的情况下，商标使用者不构成商标侵权。

要求驳回爱马仕公司的动议。

随后，爱马仕公司提出反驳：“罗杰斯检验”标准不能适用，因为罗斯柴尔德使用的 MetaBirkins 商标为其 NFT 商品打上了品牌并标识了其来源，消费者可以将其理解为爱马仕发行的，应当参考“宝丽来因素”²进行审理；即便适用“罗杰斯测试”标准，由于缺乏证据，法院对 MetaBirkins NFT 商品的艺术相关性或明确误导性做出事实判断为时过早。

法院支持了爱马仕公司的观点，认为即使是 NFT 也不改变“罗杰斯检验”标准的适用性，因为 NFT 只是指向数字图像位置以进行认证的代码，类似于实体绘画的编号副本。但是罗斯柴尔德的 MetaBirkins 商标的使用与艺术无关，可能会产生明显误导性，误导该 NFT 商品的来源。最终法院裁决罗斯柴尔德构成商标侵权、淡化、以及域名抢注，需要赔偿爱马仕公司总计 13.3 万美元。³

2.2. 法院裁决思路及分析

根据爱马仕公司所提出的商标侵权、商标淡化、域名抢注以及罗斯柴尔德提出的艺术自由等主张，法院在进行裁决时参考“罗杰斯检验”标准与宝丽来因素考虑了以下几点：

第一，Birkin 商标的强度、公众识别度。商标的强度是指商标能够帮助识别产品与其公司的关联性；

第二，Birkin 商标与 MetaBirkins 名称是否相似、Birkin 手提包视觉呈现与 MetaBirkins NFT 商品视觉呈现是否相似；

第三，是否有证据证明消费者可能将 MetaBirkins NFT 商品来源混淆误认为爱马仕。证据无须证明商标侵权，仅要求满足证明混淆可能性；

第四，普通消费者对于 Birkin 商标和 MetaBirkins NFT 商品的一般注意力；

第五，爱马仕是否已证明 Rothschild 具有主观恶意。这里的“主观恶意”指 Rothschild 使用 MetaBirkins 名称和 NFT 商品视觉呈现是否意图创造与 Birkin 商标的关联从而使消费者相信是爱马仕提供了 MetaBirkins NFT 商品或误导潜在消费者混淆 NFT 商品来源；

第六，是否可能引起潜在消费者错误地相信爱马仕有实际计划生产销售自己的 NFT 商品并使用 Birkin 商标；

根据法院查明的事实，罗斯柴尔德在最初销售时宣称是为了向爱马仕的铂金手包致敬，接受采访时试图做了一个测试消费者是否会产生“NFT 商品存在于现实生活中”的错觉，在元宇宙拥有该 NFT 手包与现实中拥有不存在差别，并且其此前就只做了“Baby Birkin”的 NFT 商品并进行出售，存在借助爱马仕的商誉以吸引消费者的商业意图，并且相关时尚媒体也错误地报道了爱马仕公司推出了 MetaBirkins NFT 商品，存在消费者及相关公众误认 NFT 商品来源并产生混淆的情形。

不难看出，法院在审理罗斯柴尔德是否构成商标侵权等时，充分考虑并重点考量了消费者这一主体对判断商标侵权等行为的作用，也即消费者是否会对相应的商品、商标产生混淆与误认。从消费者视角出发，元宇宙环境下由于对虚拟世界与现实世界的沉浸式体验以及对 NFT 的技术原理、NFT 商品的铸造者、转售者等主体难以区分并探究 NFT 商品的真实来源，从而极有可能对商品的来源及关联关系产生误认。法院在判断商标侵权时考量了商品类似这一情形，而对于这一情形的判断，法院充分考虑了是否有证据证明消费者可能将 MetaBirkins NFT 商品来源混淆误认为爱马仕。证据无须证明商标侵权，仅要求满

²宝丽来因素(Polaroid Factors)是美国联邦第二巡回上诉法院于 1961 年审判 Polaroid Corp. v. Polarad Elects. Corp.一案中所确立，该评估方法在后来的美国各级法院判断商标混淆可能性问题时被广泛采用，其中包括了在先商标与在后商标的客观清醒因素以及使用者的主观意图因素，共八项，包括在先商标的强度、在先商标与在后商标的相似性、在先商标与在后商标指定使用的商品或服务的相似性、在线使用者进入灾后使用者商业领域的可能性、在后使用者使用在后商标的主观意图、造成消费者混淆的具体证据、一般消费者的仔细辨认程度、在后使用者提供商品或服务的质量。

³Hermès International v. Rothschild, 590F. Supp.3d647 (S.D.N.Y.2022).

足证明混淆可能性。这表示 MetaBirkins NFT 商品符合了主观方面来源、关联混淆的标准, 恰恰说明了法院在对商品类似与否的判断上充分尊重了消费者的认知。爱马仕公司诉梅森·罗斯柴尔德案是现实世界中的商标权进入到元宇宙世界的里程碑式的案例, 法院的判决思路为我国探讨元宇宙 NFT 商品的商标保护中商品类似的认定重视消费者的作用认定思路具有启发意义。

3. 元宇宙及 NFT 等相关概念明晰

元宇宙的英文名为“Metaverse”, “Meta”意为“超越”, 从字面来看元宇宙意指“超越我们的宇宙”。首次提出这一概念的《雪崩》科幻小说将其定义为一个平行于现实世界的虚拟世界; “Facebook”的扎克伯格定义其为移动互联网那个的后继, 是“具身互联网”, 用户在其中会获得沉浸式体验; 清华大学发布的元宇宙发展报告中提出元宇宙是整合多种新技术而产生的新型虚实相融的互联网应用和社会形态, 给予扩展现实技术提供沉浸式体验, 基于数字孪生技术生成现实世界的镜像, 基于区块链技术搭建经济体系, 将虚拟世界与现实世界在经济系统、社交系统、身份系统上密切融合, 并且允许每个用户进行内容生产和世界编辑。2022年, 全国科技名词委员会审定元宇宙定义为人类运用数字技术构建的, 由现实世界映射或超越现实世界, 可与现实世界交互的虚拟世界[2]。尽管不同主体对元宇宙的具体定义有所不同, 但仍可以从中发掘出在技术、与现实世界的关系、经济与社会生活等方面的共通之处:

在技术上, 借助数字技术(包括但不限于增强现实技术(AR)、虚拟现实技术(VR)、混合现实技术(MR)、扩展现实技术(XR))、区块链技术、大数据、人工智能、云计算等确保用户实现虚拟世界与现实世界交互, 从而增强用户在虚拟世界的沉浸式体验。有学者这样描述元宇宙: 戴上 VR 头盔, 你的虚拟人化身便可以进入虚拟世界, 在虚拟服装店购物、虚拟公司办公、参加虚拟演唱会, 像在现实世界中一样参与消费、社交、工作、娱乐等活动。

在与现实世界的关系上, 元宇宙是以现实世界为基础而构建的, 与现实世界紧密联系, 是现实世界的映射, 借助相应的数字技术, 实现无物不虚拟、无物不现实, 甚至用户在现实世界中无法获得的, 可以通过元宇宙在虚拟世界获得, 以虚实融合的方式改变现有的社会组织和运作, 届时虚拟与现实的区分将失去意义。

在经济与社会生活等方面, 元宇宙以现实世界为基础而构建, 借助区块链技术、NFT 等进行商业交易活动同时借助数字技术化身虚拟人与其他人的化身参加虚拟或现实中的各项社交活动, 充分进行互动。元宇宙实现数字经济与实体经济的融合, 在元宇宙中产生的收益可以记录在区块链之上, 而后在现实生活中予以兑换, 例如 Gucci 在元宇宙空间建立了古驰小镇, 在其中所销售的虚拟鞋、虚拟衣物, Nike 推出的虚拟运动鞋, LV 推出的区块链游戏等所获得的收益等都可以转化为现实收益。

也就是说, 元宇宙最核心的特征就在于虚拟性与现实性的融合, 其以现实世界为构建基础, 与现实世界存在紧密的联系, 但又独立于现实世界。

而 NFT 全称为“Non-Fungible Token”, 意为非同质化代币, 其不同于一般的货币, 非同质化意味着其具有独一无二性, 具有不可替代性, 是一种依托区块链技术所形成的数字商品或虚拟财产的产权凭证, 用于创建和认证数字资产的所有权或者与之相关的其他权利和数字资产的真实性的。一切数字化的内容均可以上区块链并且发行 NFT, 包括音乐、图片、文字、视频、游戏等。元宇宙另一个特点就是“去中心化”, 这意味着人们可以通过在公共区块链上制定自执行规则开展协作和自治[3], 元宇宙发展的主要推动力来自用户而非少量的公司, 在“去中心化”与虚拟性和现实性融合的基础上所产生的虚拟货币与虚拟商品的价值归属、流通、变现等必然会存在交易信任的难题, 此时需要借助区块链的可溯源性、稳定性、透明性、真实性的优势来将元宇宙中的数字资产及相关权利信息记录在区块链上, 从而形成相关数字资产的 NFT, 予以证明某项数字资产的归属及真实性。

4. 商品类似的客观标准在元宇宙背景下的适用困境

对于商标侵权的判断的重要参考之一是判断商标所标示的商品是否类似。对于商品类似的判断,《商标法司法解释》规定,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相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。⁴也即对于商品类似的判断标准分为客观标准和主观标准,持前者观点的学者认为对于商品类似的判定应当仅从商品本身的客观属性出发,而不应当掺和过多的主观色彩,否则将会造成司法实践中对商品类似认定结果的不统一性、不稳定性和不可预见性。其次,采用混淆可能性标准会导致司法与行政结果的不一,使得知名度或显著性较高的普通商标的保护范围要比知名度或显著性较低的普通商标的保护范围广,同时会造成认定上的因果关系的倒置,商品之间的混淆是因为二者的物理属性类似而导致的,但主观标准因为相关公众容易混淆而将商品之间认定为类似商品^[4];再者,从我国《商标法》现有的规定来看,判断商品类似中的混淆与作为商标侵权判断标准的混淆并存,这就会出现判断商品类似时已经考虑了混淆的因素,而后判断商标侵权时再次考虑混淆的因素,造成双重意义上的混淆循环论证的问题,存在严重的逻辑错位,弱化了商标侵权判定中混淆标准的地位。故主张排除商品类似的认定中混淆标准的适用,而应当适用客观标准,这种观点作为学界的主流观点不无道理,但是若将客观标准放在元宇宙背景之下认定商品类似会发现存在一定的适用难题。

客观标准认为对于商品类似的判断应当仅从商品本身的客观属性出发,考察商品之间的物理形态、功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等客观属性,没必要掺杂相关公众的认识等主观判断标准。在元宇宙中仅从客观属性等方面来判断商品间的类似性会显得力不从心,尤其是对 NFT 商品与实体商品之间的类似性的判断问题上。以爱马仕案中的 NFT 铂金手包和实体铂金手包为例,如果按照客观标准,首先在物理形态上就存在巨大的差异,因为 NFT 铂金手包从其本身的形态来看是一串数字代码,是无形的;而实体铂金手包的本身形态则是有形的,是由布料、金属等一系列原料所制作而成的,在《类似商品和服务区分表》中分属于不同分类,前者为第九类计算机应用软件,而后者为第十八类等,但仅从这一点即判断二者之间不存在类似性未免过于武断;并且如果从其本身物质形态来看元宇宙中的所有的 NFT 商品都是一串数字代码,其都应当被归类于第九类,那么所有的 NFT 商品都将会构成相同或类似商品,商品分类在元宇宙就没有了任何意义,甚至商标保护也会由此失灵,这必然不足以规制可能引发的商标侵权问题元宇宙将会彻底沦为新的“狂野西部”。

其次,商品本身具有价值和使用价值的双重属性,商品所具有的使用价值是商品应当满足人们的某种需要,这种需要既包括物质需要又包括精神需要。从使用价值的角度来讲,无论是 NFT 商品还是实体商品其在功能和用途上存在一致性。以 NIKE 公司推出的虚拟鞋和实体鞋为例,无论是在现实世界还是元宇宙中,用户购买其的目的主要有两个,一个是满足日常穿搭的物质需求,另一个则是满足收藏的精神需求。而且元宇宙的理念基础是虚拟现实补偿论,即人在现实世界所缺失的,将努力在虚拟世界进行补偿;在有可能的时候,他会在现实世界实现虚拟世界中的补偿。用户在现实世界中无法获得的 NIKE 鞋可以在元宇宙中购买 NFT NIKE 鞋而获得,无论是为了满足元宇宙中用户虚拟人的穿搭需求还是满足用户现实中收藏需求,在一定程度上既满足消费者的现实生活中精神需求和元宇宙中其虚拟人化身的物质需要。因此,不论是现实世界还是元宇宙之中,消费者始终将其视为服饰类商品,在功能上、用途上与实体商品基本一致。

再者,元宇宙又被称为“3D 的互联网”,而互联网对于品牌最大的优势就是能够突破物理意义上空间和时间的限制,从而在短时间内与消费者进行信息沟通,满足消费者的购物需求,销售商品从而实现

⁴《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: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相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。

利益的最大化，在元宇宙这一概念出现之前，已有足够多的品牌甚至是个体经营者实现了从传统的线下销售到线上销售或者线上线下同步销售的转型，而元宇宙其所带来的巨额利润已经促使诸多品牌以及未来的个人逐步入驻元宇宙并推出一系列的 NFT 商品，因此，无论是 NFT 商品还是实体商品，其都是通过线上销售，那么在销售渠道方面二者几乎是完全一致的。而且，随着各大品牌的入驻元宇宙以扩展自身市场，为提升其元宇宙市场的影响力，会在 NFT 商品上使用实体服饰类商标对其相关市场行为宣传，这必然会强化现实商标的影响力，加速其实体市场与元宇宙市场的融合，再加上元宇宙本身就具有的与现实世界之间的高度模糊性、紧密联系的特点，消费群体必然会呈现出重合之态。

诚然，通常在现实世界中，商标所标识的商品可以通过本身的客观属性明显地区分，进而判断商标侵权等行为的存在与否。问题在于，即使是在现实世界中也会呈现出客观属性部分相同部分不同的情况，在现实世界中完全摒弃掉主观判断标准的情况下商品之间的客观属性间的差异应当达到何种程度才能认定为商品类似。同样地在元宇宙具有与现实的高度模糊性的背景下对商品间可能存在功能、用途、消费群体上相同的可能，但又存在本身形态、生产部门等可能的差异的情况下，不同的客观属性之间对商品类似性的判断地位要如何衡量？应该如何判断元宇宙背景下商品之间的类似性呢？

5. 重视消费者在元宇宙中类似商品认定的作用

如前文所述，商品类似判断的客观标准在现实世界尚且存在适用难题，更何况在元宇宙中。事实上，无论是当前对现实世界还是对元宇宙中的商品侵权的判断，法院均着重考虑了消费者这一群体的认识。爱马仕案中法院着重考虑了消费者是否会对 NFT 铂金手包和实体铂金手包产生混淆、普通消费者对二者的一般注意程度等因素，同样地，在霜淇淋诉索尼案中法院亦着重考虑了相关公众的认知。爱马仕案和冰淇淋案对元宇宙中类似商品的认定具有一定的启示意义。类似商品的认定是判断商标侵权的一个主要行为类型，对商标保护具有重要意义。因此有必要重新重视消费者在商标保护包括类似商品认定中的作用。

5.1. 重视消费者是发挥商标核心功能及贯彻立法宗旨的体现

商标是用以识别和区分商品或者服务来源的标志，也即商标包含了标志、商品以及标志和商品二者结合所表达区分和识别的含义。商标的区分和识别功能是使消费者能够区分或识别不同的商品或服务，这种功能并非与生俱来，而是一个客观见诸于主观的结果，是借助了相关主体的主观作用，是相关主体经由商标对来源不同的商品或服务所形成的一种主观印象^[5]，经过长时间、连续的对某一标志的使用，消费者逐步对该标志所代表的商品产生联系，此后基于选择偏好和行为习惯，消费者购买基于该联系对该标志所代表的商品，由此该标志就具备了区分和识别的功能。因此商标的识别功能与相关主体的认知存在着密切联系，而相关主体的认知也会影响着商标区分和识别功能的发挥^[5]。当消费者对商品间的相似程度产生误认，就代表着商标的使用并没有使得消费者对其所表示的商品与该商标产生联系，那么商标的识别功能就遭受了破坏。爱马仕案中法院在审理时主要考察 Birkin 商标的强度、公众识别度就说明其商标及其使用的强度能够帮助消费者识别爱马仕商品，而消费者因误以为是爱马仕的 NFT 商品而购买了“MetaBirkins” NFT 商品说明在某种程度上，爱马仕商标的识别功能出现了一定程度的破坏。故消费者对商品类似的认识对商标识别功能的发挥具有重要影响。再者，《商标法》规定标志经过使用获得显著特征并便于识别的，可以作为商标注册，说明《商标法》的核心任务便是在于保护商标的区分、识别功能的发挥，而商标的区分、识别发挥有助于消费者区分、识别商品的来源，防止生产者的欺诈行为，保护消费者的利益，这恰恰是《商标法》的立法宗旨。故重视消费者在类似商品认定中的地位是更好发挥商标识别、区分功能，实现《商标法》立法宗旨，保护消费者利益的体现。

5.2. 消费者是商品品质担保和品牌建造的主力军

商标除了其核心的识别、区分功能外，也是一种信息符号和文化符号[6]。随着互联网的发展，商品的交易方式突破了时间和空间的限制，市场范围更加宽广，此时，为进一步扩大市场，获取更多的利润，生产者便逐步加大了对广告的投入，借以广告和商标的结合来提高对消费者的吸引力；并且经过广告和商标的结合，消费者可以更好的区分高低质量的商品，逐步使得高质量商品的生产者获得更多的商誉。在此种情况下，商标即成为一种传递商品品质和生产者商誉的信息符号和文化符号，商标也就具备了品质担保和品牌建造的功能。而在这一过程中，消费者是商品品质担保和品牌建造的主力军。商标本身的区分识别功能是品质担保功能的前提，附着在高质量商品上的商标经过长期反复的使用，能够使消费者准确的识别和区分商标所对应的商品，消费者通过自身的选择偏好和行为习惯选择该商品，并且在自己的社交网络内传递对高质量商品的选择经验，尤其在信息爆炸的今天，生产者投入的广告繁多并且难以区分，消费者更加依赖商品的口碑也就是其他消费者的消费经验，经过消费者之间的“口口相传”，此商品上所附着的商标就成为了质量保证、商品信誉象征，消费者再通过这些商标来选购所需要的高质量商品，如此反复，逐步提高消费者对这类商标所代表的商品的忠诚度，从而形成品牌效应。故商标的质量保障功能的最终受益主体是消费者，而质量保障功能实现的前提在于消费者能够藉由商标的区分功能有效识别不同商品。而商标区分功能的实现依赖于消费者的认知，消费者的利益构成商标质量保障功能的目的，消费者本身是商标质量保障功能实现的标准[7]。

进入元宇宙，由于虚拟世界和现实世界的高度融合性，实体经济与虚拟经济之间呈现出杂糅的形态，元宇宙中商品的提供者可能不仅仅限于现实世界中的商标权利人，还有可能是其他用户，消费者就有理由怀疑该虚拟商品的提供者与实体商品的商标权人存在某种关联，从而对该虚拟商品与实体商品产生误认乃至混淆。元宇宙环境下，无形性是 NFT 商品最大的特征，若以有形无形这种商品的物理形态这种客观属性作为判断类似商品绝对标准，会使得商品的分类在元宇宙中不存在意义，同时，也忽略了消费者与客观属性之间的联系，功能用途、消费群体等要素都在无形之中与消费者存在一定的联系，我国始终遵循以人民为中心的思想，人民对美好生活的需要体现在对商品的物质需要和精神需求，而消费者是人民最具代表性的载体，商品的功能用途是为了来满足消费者的需求，不同功能用途的商品又会面向不同的消费群体，而这两个客观要素均是建立在消费者之上。而主观标准虽然通过判断混淆可能性一定程度上考虑了消费者的作用但在审理过程中作为中立裁判者的法官，有时候会无意识地偏离其客观中立的位置，向商标权利人的立场移动，商标权利人片面的代表了消费者[6]，若商标权利人声称造成了消费者的混淆，就很大程度上获得法官的支持；并且随着市场交易逐步突破时空限制和商品交易通过广告获得更多商誉从而使得商标获得更多的商誉价值的变化，商标权人的权利范围呈现出扩张的表现，商标权逐渐被视为一种类似于所有权的财产权[6]，原本商标权保护消费者是否产生混淆逐步转向了重点保护商标权人的利益。正如学者批评的一样，这使得类似商品的认定存在模糊性、不一致性、不可预见性。究其根本，是因为忽视了消费者在商标保护中的作用，注重保护商标的品质担保、品牌塑造的功能，而忽视了其最核心的识别功能，元宇宙环境下商标的识别功能此时更需要发挥更大的作用，以帮助消费者对元宇宙中的商品进行识别，以避免出现爱马仕案中各大时尚媒体争相报道的“乌龙”事件。

6. 消费者在元宇宙中类似商品认定中作用的实现

无论是从立法宗旨出发还是从消费者在商品交易中的作用出发，消费者都是商标保护的重要主体，重视消费者在商品类似认定中的作用，首先应当明确哪些人可以作为消费者在商品类似认定中发挥作用；其次应当明确消费者发挥作用的实现方法。

我国《商标法》第一条明确表示商标法的立法目的之一是为了维护消费者的利益，这说明立法者始

终是把消费者利益放在商标保护的首位，在立法时也重视了相关主体的认知情况，问题在于《商标法》对混淆、误认的认知主体表述包括“消费者”、“相关公众”、“公众”，《商标法司法解释》将类似商品的混淆的认定主体界定为“相关公众”，那么消费者与相关公众、公众的范围是否可以等同，是否可以不加区分的使用以上主体的认知；如果不可以，那么如何判断哪些人可以作为消费者在商品类似认定中发挥作用呢？根据《商标法司法解释》，相关公众是指与商标所标示的某类商品或服务有关的消费者和与前述商品或服务的营销有密切关系的其他经营者[5]。也就是说“相关公众”是与商品或服务有密切关系的人，这类人包括消费者和其他有密切关系的人，如某商品或服务的生产制造、营销人员等。我国《消费者权益保护法》未对消费者未做明确的定义，但是可以将消费者归纳为“为了满足其生活需求而购买使用了由经营者销售的商品或提供的服务的自然人”，因此消费者具备三个条件：第一，仅限于自然人；第二，目的是满足生活需求；第三，购买使用了商品和服务；只有满足了这三个条件的人群才能被认为是消费者。也即相关公众的范围要大于消费者的范围，相关公众除了满足以上三个条件的消费者外，还包括商品或服务的生产者、经营者、销售者等人员，如果将相关公众的认知与消费者的认知不加区分的适用，就出现了当前司法实践中商标权利人作为相关公众在审理商标侵权案件中表示商品之间的类似性存在混淆的可能，法官就会偏向于其作出商品类似的认定，但事实上以商标权利人为代表的商品的生产者、经营者、销售者并非是消费者，站在消费者的角度上来看待商品，其代表的是自身利益而非广大消费者的利益，其无法客观地表现出市场上真正地消费者对相关商品的认知情况，这种不加区分的适用的做法也是导致主观标准被批判的重要原因之一。况且，元宇宙虽然具有高度自由化，人人皆可制作 NFT 并上链，NFT 依托区块链技术具有可溯源性、不可替代性的优势，但是区块链技术具有专业性，尚未完全普及和广泛理解，即使是在未来元宇宙高度发展的情况下，即使是在未来元宇宙高度发展的情况下，也存在普通用户无法熟知区块链技术原理的可能性，普通消费者也就无从探究 NFT 商品背后所蕴含的生产部门、创作原理等，那么消费者与 NFT 商品的生产者之间所存在的对 NFT 商品的巨大认知差异就会使得相关商标权利人的权利得到极大地扩张，甚至可能会导致商标霸权的问题。至于“公众”，其涉及的群体除了消费者以及与商品服务由紧密联系的其他生产者、经营者外，还包括没有联系的普通人，对于公众的认知，由于其相对于消费者和其他密切联系的生产者和经营者而言，并没有实际购买使用该商品，对该商品与相关商品的关系等认知不如前两者精准，一般不应当适用。

故消费者的范围应当仅限于为满足生活需要而购买、使用商品或服务的自然人，因为其近距离接触商品，对商品本身的外形、质量、功能用途具备准确的认知，并且相比于其他密切联系的生产者和经营者而言，其认知更具有客观性，不会在利益的驱使下做出虚假认知，更有利于类似商品的认定。爱马仕案中，就有消费者在 Instagram 上发帖称其相信爱马仕的实体铂金手包和“MetaBirkins” NFT 商品存在关联，法院据此判决构成商标侵权即说明了这点。当前司法实践对类似商品的认定，法院认定的重要依据是混淆可能性，但正如前文所述立法中将混淆的主体界定为相关公众，而法院在认定类似商品时通常是偏向于商标权利人，因此，重视消费者的作用首先应当明确混淆的认知主体和侵权的判定主体始终是消费者[5]。

司法实践中法官在商品类似性的认定时通常凭借个人的消费体验等模拟一般消费者的认知水平来进行裁判[5]，将自己放在特定的购物环境下，以一般谨慎的心理状态，来根据商品的价格、销售环境、商品的固有特点等因素等判断消费者是否对相关商品之间的类似性产生误认。这是常见的多因素检测法，也就是总结归纳可能影响到消费者对商品的类似性认知的各种因素，来推测消费者对相关商品的类似性的认知情况，这在一定程度上能够避免依赖单方对混淆可能性、商品类似性做出的主观专断的判断，存在一定的理性判断，但这毕竟是一种主观、抽象的心理判断，多因素检测法要考察可能影响消费者认知情况的商品的价格、销售环境、商品的固有特点等因素，而这些因素受到 NFT 商品的虚拟性和元宇宙虚

实结合的特性的影响，单纯依靠这些因素来推测消费者对相关商品类似性的认知，很可能导致判断结果与实际消费者认知的巨大偏差，为避免法官对个案过宽或过窄的自由裁量导致判决结果之间存在巨大差异从而加剧类似商品认定的不一致性和不可预见性，就应当将主观、原则性的判断转化为客观、具象、直接的消费者对相关商品类似性的认知情况，从而加强法官对类似商品认定结果的可信度。重视消费者在类似商品认定中作用，消费者调查方法是一种相较于多因素检测方法更为直接、客观、具象的反映消费者对相关商品的类似性认知情况的方法。所谓消费者调查是指通过市场调查、专家发放调查问卷、电话采访或者网络调查等手段向商品的消费者征集其对相关商品之间的类似性及商标的认识情况的社会调查活动。消费者调查方法通过直接地访问商品的消费者来更加客观真实地了解消费者对相关商品的真实感受，从而对调查所得的数据进行分析整理出推断出消费者对相关商品类似性的认知情况。元宇宙中借助区块链技术能够对相关 NFT 商品的消费者“追根溯源”，更为便捷迅速地访问消费者，与消费者进行对话，了解其对 NFT 商品的认知情况。故消费者调查方法相比于多因素检测法这种间接的、围绕可能影响消费者认知的各种因素来进行混淆可能性、商品类似性判定方法[8]来说是一种更为重视消费者在类似商品认定中作用、更为直接客观展现消费者认知的判定方法。

但是消费者调查方法在我国对商标侵权判定中并没有引入，司法实践也很少使用消费者调查进行商品类似性的判定，根据学者统计，在其收集商标侵权判定案件中消费者调查运用仅占 1.1% [9]。更何谈在商品类似性的判定中消费者调查运用情况。未来元宇宙环境下对商品类似性的判定可以借助区块链技术、人工智能技术、大数据技术和云计算技术，对相关 NFT 商品的消费者进行追踪调查，根据追踪调查的结果进行分析计算，将更有利于消费者认知情况的探知，关键在于如何对消费者调查的主体范围、方法以及问题等方面进行科学设计以发挥消费者调查方法的最大效用。

在消费者调查的主体范围上，首先对商品类似性接受调查的消费者应当限定于与相关商品有关的消费者上，包括已经购买商品、正在购买商品和潜在购买可能性的消费者。只有这类的消费者才是真正接触、购买、使用了商品并对商品产生了相关认知的调查主体。例如，对于爱马仕铂金手包和“MetaBirkins” NFT 商品，消费者调查的主体应当包括上述两种商品的消费者；对于针对女性或者针对中老年人的商品，调查的主体应当限定于这类相关性别、年龄的消费者。并且对与相关商品有关的消费者调查对象的选择，应当限定于在相关消费领域具有一般认知能力的消费者[5]，而不是具有丰富消费知识和经验、识别能力强或者消费知识经验极少、识别能力极弱的消费者，只有这样才能真实客观的反映出消费者对商品类似性的认知情况。

在消费者调查的方法上，不宜采取配额采样调查，也即调查者根据调查的范围，可以根据在自己的判断任意选取被调查者，这种调查方法掺杂了调查者自身的喜好和利益判断，会对调查结果的客观公正性造成一定的影响。因此应当采用概率采样的方法，借助大数据、人工智能、区块链、云计算等技术随机的抽取符合要求的相关商品有关消费者，每一消费者被抽中的概率均等，这样就能确保每一被调查者都能代表整个相关商品的消费者，反映出消费者对商品类似性的整体认知情况。

在消费者的调查问题上，应当尽量避免诱导性或误导性的问题，也不宜采取联想式调查，也即向被调查者展现被诉侵权商标及商品，询问其对此商标和商品的可能产生的联想内容，这其实也是在某种程度上也存在引导消费者联想被诉商标或商品与原本商标和商品之间可能存在的关联关系，在一定程度上会导致调查结果的不科学性。而是应当向被调查者展示被诉商标和商品，然后询问被调查者看到相关商标和商品当时的想法，以及产生该想法的原因等直观反映，这种询问方法，既能够反映消费者是否产生商品间具有类似性的认知，更能够反映消费者产生商品类似性认知的原因，从而从原因和认知情况中推知消费者的真实认知情况，因为联想式询问会引导消费者在接触到被诉商标和商品时在大脑中进行加工联想，而忽视掉当时的认知情况，导致调查结果的不客观性、不科学性。

综上所述,在元宇宙环境下对商品类似性的认定应当重视消费者的作用,首先应当明确只有为了满足生活需要而购买使用商品的自然人才能被认为是消费者;其次相比于在商品类似认定中采用多因素检测法这种具有一定主观、抽象的判定方法,消费者调查方法更直接、全面、客观地反映消费者对商品类似性的真实认知情况,从而实现消费者在类似性认定中的作用。当然,要更好的实现消费者在商品类似性认定的作用,就要更科学的设计消费者调查方法的调查主体范围、调查方法以及调查问题,确保调查结果的科学性、客观性,更好地表现消费者对相关商品的认知。

7. 结语

类似商品的客观认定标准中要素之间无法达成一致,难以适用元宇宙虚实杂糅的特点和 NFT 商品的虚拟性的特点对商品间的类似性进行判断。而主观标准因存在司法实践中认定结果的不统一性、不可预测性和逻辑体系上的双重论证而遭到学界的诟病。这使得元宇宙环境下商品间类似性的认定更加困难。实际上回归到商标的本质,就会发现消费者在商标的识别、品质保障、品牌建造的功能发挥以及商品交易过程中发挥着不可替代的作用。爱马仕案重视消费者认知情况的做法为我们解决元宇宙环境下商品间类似性的认定的难题具有启示意义。重视消费者在商品类似性认定中的作用,明确只有为了满足生活需要而购买使用商品的自然人才能被认为是消费者,采用在消费者调查主体范围、调查方法、调查问题上科学合理设计的消费者调查方法能够帮助法官更好的探知消费者对相关商品间类似性的认知情况,从而更加客观、全面地对元宇宙下商品间类似性进行认定。

参考文献

- [1] 韦稼霖,朱冬. 体系化思维下混淆在商标侵权判定中的定位[J]. 电子知识产权, 2020(10): 61-72.
- [2] 龚才春,杜振雷,周华,等. “元宇宙”的术语定义及相关问题研究[J]. 中国科技词语, 2023, 25(1): 27-35.
- [3] 杜颖,张呈玥. 元宇宙技术背景下商标法律制度的回应[J]. 知识产权, 2023(1): 31-49.
- [4] 林云,刘宁. 论类似商品或服务的认定标准[J]. 合肥工业大学学报(社会科学版), 2021, 35(5): 110-118.
- [5] 董新凯. 商标法适用中消费者认知的价值及其实现[J]. 北方法学, 2023, 17(2): 89-105.
- [6] 杜颖. 商标法律制度的失衡及其理性回归[J]. 中国法学, 2015(3): 120-137.
- [7] 李东海. 论消费者在商标法上的优越地位[J]. 电子知识产权, 2013(4): 75-81.
- [8] 姚鹤徽. 论商标侵权判定中的消费者调查[J]. 电子知识产权, 2015(7): 76-82.
- [9] 张爱国. 商标消费者调查的正当性研究——从 49 份商标侵权纠纷民事判决书谈起[J]. 知识产权, 2011(2): 63-69.