

驰名商标淡化的科学测度

——调查实验在司法中的运用

陈贤凯

内容提要：驰名商标的反淡化保护是一种国际趋势。我国司法也早已接纳淡化理论。但是，法院往往在缺乏详细论证的情况下即认定淡化发生，由此可能不恰当地扩大了商标权的保护范围。调查实验是测度消费者心理认知，证明驰名商标被淡化的一种重要方式。常见的淡化实验包括联想实验、品牌典型性实验、品牌特征实验和品牌价值实验。这几种实验模式都存在一定缺陷，因此调查专家在司法认定规则和实验技术上谋求改进，以保证淡化调查的可信性。淡化调查不是完美的，但它是对商标权利边界作出科学界定的一种努力。

关键词：驰名商标 淡化 调查实验 商标调查 消费者调查

Abstract: It is an international trend to protect well-known marks against dilution. Dilution theory has long been adopted by Chinese judicial practices. However, courts often hold dilution without detailed reasoning, which may unduly expand the protection of a trademark. Investigative survey is an important way to measure consumers' cognition and prove dilution. The frequently used investigative survey methods include associative thinking test, brand typicality test, brand attribute test and brand equity test. Given that all the methods have drawbacks to a certain degree, survey experts are trying to maintain their credibility by improving the judicial assessment standard and survey design methods. Dilution survey is not perfect, nevertheless, it is an effort to scientifically delineate the boundary of the trademark right.

Keywords: well-known marks; dilution; investigative survey; trademark survey; consumer survey

一、问题的提出

传统上，商标的基本功能是指示商品或服务（以下简称商品）的来源。保护商标来源指向的唯一性，防止消费者混淆，是商标法的核心任务。^①以反混淆为中心的商标法一方面保障消费者不被假冒商品所欺骗，另一方面保障商标权人的潜在顾客和商业机会不被同业竞争

者所分流和攫取，实现公共利益与私人利益的相统一。当商标被用于非竞争性商品因而不存在混淆可能性时，商标权人无权阻止这样的使用。^②

20世纪初，随着工业革命的深入发展与新型交通工具的大规模应用，商品的生产 and 销售方式发生根本性变革。现代市场经济与消费

作者简介：陈贤凯，暨南大学法学院 / 知识产权学院讲师，法学博士

项目基金：本文受中央高校基本科研业务费专项资金资助（项目编号：17JNQ019）。

① 随着商业形态的演进，混淆的内容已不再局限于来源，而扩展到附属关系、关联关系与赞助关系等的混淆。但是，“混淆可能性”始终是判定商标侵权成立的基石。（J.T. McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 23:1, § 23:5 (4th ed. 2011)）欧共体商标协调指令 2008/95/EC 前言第 11 条也清楚申明：“混淆可能性构成商标保护的基础。”

② 在 1927 年美国最高法院审理的 Beech-Nut Packing Co. v. P. Lorillard Co. 案中，上诉人翻遍英美两国的案例报告，最终只能找到 8 个判决在不同商品上使用同一商标构成侵权的判例。被上诉人人在答辩状中分析了每个判例的特殊情形，并强调：“商标的保护范围仅及于使用原告商标的那类商品，否则注册者仅凭选取一个单词便获得了对它的财产权。”参见 M.W. Handler, Are the State Antidilution Laws Compatible with the National Protection of Trademarks, 75 Trademark Rep. 269, 269-270 (1985).

社会的兴起使人们认识到商标的价值不仅在于指示来源,更在于其本身所具有的“商业磁力”(commercial magnetism)^③或“销售力”(selling power)。销售力的强弱取决于商标对公众的心理影响(psychological hold),这种心理影响不仅依赖于使用商标的商品质量,更仰仗于标识本身的“独特性或单一性”(uniqueness or singularity)。当他人以足以损害这种“独特性或单一性”的方式使用商标时,即便不存在混淆可能性,也已对其造成损害。谢克特(Schechter)将这种损害描述为“因他人在非竞争性商品上使用商标或名称,而使其在公众心中的身份和影响逐渐削弱或消散”。^④在1924年的Odol案中,德国埃尔伯费尔德法院将这种损害称之为“淡化”(德文verwassert)。^⑤一般认为,Odol案是世界上最早运用反淡化理论的司法案例,而谢克特的论文则被视为美国

商标淡化理论与实践的肇始。^⑥经过数十年的发展,美国各州与联邦相继建立了驰名商标的反淡化制度。^⑦20世纪80年代末,淡化制度得到欧洲法的承认。^⑧在国际层面上,尽管对《TRIPS协议》是否承认淡化理论存在不同理解,但世界知识产权组织《关于驰名商标保护规定的联合建议》则明白无误地承认商标淡化的存在及其侵权性质。^⑨虽然淡化制度并未成为各国的立法义务,但它已逐渐为各国法律所承认和接受,却是一个不争的事实。^⑩

时至今日,我国《商标法》仍未正式采用“淡化”术语,从法条的字面意思上看,驰名商标的保护依然以混淆可能性为要件。^⑪然而,早在2001年《商标法》正式在法律层面上规定驰名商标保护制度之前,司法实践就已开始为之提供反淡化保护。^⑫法院指出,淡化对驰名商标的损害“不同于通常的混淆所造成的损害,

③ Mishawawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co., 316 U.S. 203, 205 (1942).

④ F. I. Schechter, Rational Basis of Trademark Protection, 40 Harv. L. Rev. 813, 825 (1927).

⑤ The “German Odol” case, Landgericht Elberfeld, 25 Juristische Wochenschrift 502 (1924).

⑥ A.K. Sanders, Odol: The Introduction of a Watery Concept with Steeled Resilience, in Heath, etc., Landmark Intellectual Property Cases and Their Legacy, Kluwer Law International 2011, p. 51. 另一说认为,最早运用反淡化理论的权威判例是英国1898年的“柯达自行车”案: Eastman Photographic Materials Co. v. Kodak Cycle Co., 15 R.P.C. 105 (1898). (Robert Merages, etc., Intellectual Property in the New Technological Age, 6th Edition, Wolters Kluwer, 2012. pp. 889-890.) 然而,尽管“柯达自行车”案在无来源混淆的情况下认定侵权成立,但法院在论述时实际上适用的是混淆理论。(T. Martino, Trademark Dilution, Clarendon Press 1996, p. 4.)

⑦ 在谢克特的文章发表后数十年,美国近一半的州立法规定反淡化条款。1996年,国会通过了《联邦商标淡化法》(Federal Trademark Dilution Act, FTDA),反淡化正式成为全国性制度。2006年国会通过了《商标淡化修订法》(Trademark Dilution Revision Act, TDRA)。

⑧ 1989年欧共体《第一号商标协调指令》第4条第3款、第4款(a)项、第5条第(2)款规定了对驰名商标的反淡化保护:不类似商品上与享有声誉的欧共体商标或国内商标相同或近似的商标,如无正当理由而(1)截取不正当优势,或者(2)对驰名商标的显著特征造成损害,或者(3)对其声誉造成损害,将不得注册;如已注册,则将被宣告无效;其使用行为将构成侵权。(First Council Directive to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks (Directive 89/104/EEC), 2008年修正为 Directive 2008/95/EC, 淡化条款没有改变。)2009年修订的《欧盟商标条例》第8条第(1)(2)(5)款以及第9条第(1)款也做了对应规定。[Council Regulation on the Community Trade Mark (Council Regulation No. 207/2009)]对欧洲法中商标淡化规定的详尽讨论,参见C. Gielen, Trademark Dilution under European Law, 104 Trademark Rep. 693 (2014).

⑨ WIPO: Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks, Article 4(1)(b)(ii), Article 5(1)(b). 关于国际条约中对淡化的态度,参见李小武著:《商标反淡化研究》,浙江大学出版社2011年第版,106-112页。

⑩ 根据 Welkowitz 2006年的统计,至少在欧共体、加拿大、日本、南非、新加坡、新西兰、巴基斯坦等国家有明确的淡化立法,其他一些国家通过案例承认了商标淡化。See D. Welkowitz, Trademark Dilution: Federal, State and International Law, The Bureau of National Affairs, Inc., 2006.

⑪ 《商标法》(2013)第13条第2款、第3款。在法释[2009]3号颁布之前,我国是否已接受淡化理论,学者有不同意见。肯定说认为1996年国家工商行政管理总局发布的《驰名商标认定和管理暂行规定》及2001年《商标法》为驰名商标提供跨类保护就已经是对淡化的规定。参见杨柳等:《从美国 Moseley 案看商标淡化的界定》,载《知识产权》2005年第1期。更多学者持否定意见,认为前述规定仍以混淆可能性为要件。参见杜颖:《商标淡化理论及其应用》,载《法学研究》2007年第6期;李友根:《“淡化理论”在商标案件裁判中的影响分析》,载《法商研究》2008年第3期。

⑫ 例如在2000年的宝洁公司诉天地集团案中,法院指出:“尽管进入被告天地集团的网页后,访问者不会对天地集团与宝洁公司产生联系,但天地集团将 tide 作为域名使用的行为使‘TIDE’的显著性降低,必然导致该商标的淡化。”参见北京市第一中级人民法院(2000)一中民初字第49号民事判决书。

即使不存在任何形式的混淆，该商标的潜能也会因为被告的商业性使用而被削弱、淡化。混淆造成的是眼前的损害，而淡化却是一种感染，如果任其扩散，将最终摧毁该商标的广告价值。”^⑬研究表明，在2009年前，法院运用淡化理论保护驰名商标的案件比例高达31%，这还仅仅是明确使用“淡化”一词的判决；许多法院虽然没有使用该术语，但法官所作的论证实质上就是淡化理论的内容。^⑭2003年，最高人民法院在给上海市高级人民法院的回函中表达了对淡化理论的支持。^⑮在2009年发布的司法解释（法释[2009]3号）中，最高人民法院将《商标法》第13条第2款解释为“足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系，而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，或者不正当利用驰名商标的市场声誉的”行为。^⑯这一措辞与欧洲法上淡化规定的表述几乎一致，也基本对应于美国法中的两种淡化类型。当学术界仍有声音质疑新《商标法》第13条第3款是否规定了淡化制度时，这一理论在我国司法中早已得到广泛适用。^⑰

在混淆理论下，只要不造成混淆，同一商标可以并行不悖地使用于非竞争性商品。淡化保护则更接近于创造了对标识本身的绝对财产权，^⑱这是商标权的显著扩张，它一定程度上威胁着作为稀缺资源的商业符号的自由使用；此

外，驰名商标因其知名度，往往已成为公共话语的一部分，具有社会价值，反淡化保护还可能威胁表达自由，带来荒谬的结果，有必要加以制约。^⑲因此，在Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.案（以下简称Moseley案）中，美国最高法院判决，只有证明存在实际淡化（actual dilution）时，法院才能给予反淡化救济。^⑳尽管2006年的《商标淡化修订法案》将认定侵权的标准降低为“淡化可能性”，但商标法权威仍然认为：“只有以建立在坚实证据基础上的确定无疑的情况，才能证明存在对《反淡化法》的违犯。”^㉑

与此相反，我国法院在论证驰名商标淡化时，往往缺乏详细论证。在适用法释[2009]3号第9条第2款并认定商标驰名的86个案件中，有65个案件由驰名的事实推出淡化的结论，其论述的基本程式是：被诉商标足以引起对驰名商标的联想，使人们误以为两者之间存在特定关联，破坏了驰名商标与权利人之间的唯一联系，减弱其显著性，不正当地利用其市场声誉。这就是淡化论证的全部内容。^㉒即便在极少数对淡化的心理要素进行详细解构的案件中，其推理过程也是法官以“推己及人”的方式进行“心证”，缺乏外在证据的支撑。^㉓以至于学者批评道：“许多判决书将被告在非类似商品上使用他人驰名商标的行为，简单地归纳为‘淡化驰名商标的显著性’，而无论该驰名商标的

^⑬ 河南省洛阳市中级人民法院（2005）洛经一初字第65号民事判决书。类似的案例有弘奇食品公司诉张战江案（河南省洛阳市中级人民法院（2005）洛经一初字第34号民事判决书）；博泵公司诉海上煜龙食品加工厂家案（山东省淄博市中级人民法院（2005）淄民三初字第1号民事判决书）；雅洁公司诉雅仕达公司案（广东省佛山市中级人民法院（2006）佛中法民三终字第5号民事判决书）；武汉烟草公司诉邓九林案（湖北省武汉市中级人民法院（2006）武知初字第118号民事判决书）。

^⑭ 李友根：《“淡化理论”在商标案件裁判中的影响分析》，载《法商研究》2008年第3期。

^⑮ 《最高人民法院关于对杭州张小泉剪刀厂与上海张小泉刀剪总店、上海张小泉刀剪制造有限公司商标侵权及不正当竞争纠纷一案有关适用法律问题的函》（[2003]民三他字第1号）。

^⑯ 《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》（法释[2009]3号）第9条。

^⑰ 刘维：《我国注册驰名商标反淡化制度的理论反思》，载《知识产权》2015年第9期。

^⑱ E.A. Prager, The Federal Trademark Dilution Act of 1995, 7 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 121, 121 (1996).

^⑲ M.A. Lemley, The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense, 108 Yale Law Journal 1687, pp. 1696, 1712 (1999).

^⑳ Moseley v. V Secret Catalogue, Inc., 537 U.S. 418, 428-434 (2003).

^㉑ J.T. McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 24:67 (4th ed.2011).

^㉒ 2017年11月28日，笔者在北大法宝上检索适用法释[2009]3号第9条第2款的案例，共得到108个结果。排除案例分析论文及重复的结果，共得104个判决书。其中认定不构成驰名商标的18个。

^㉓ 埃克森美孚公司诉北京北农国信科技发展有限公司等（北京知识产权法院（2014）京知民初字第143号民事判决书）；柳州两面针股份有限公司诉商评委（北京市第一中级人民法院（2011）一中知行初字第1858号行政判决书）；德士活公司诉商评委（北京市第一中级人民法院（2010）一中知行初字第2291号行政判决书）；百度公司诉商评委（北京市第一中级人民法院（2012）一中知行初字第776号行政判决书）。

驰名度、独创性、被告经营商品的种类,其结果是必然导致所有驰名商标的全类别保护。”²⁴

在美国商标诉讼中,淡化通常以调查实验的方式得到证明:当事人委托调查专家,通过精心设计和实施调查,获取具有代表性的样本数据,推算相关消费者对淡化的认知情况,作出调查报告,并论证其科学性与可靠性。知识产权的恰当边界始终是困扰着人们的“虚幻的幽灵”²⁵,调查实验是运用社会科学方法勘定权利边界的一种努力。本文拟就调查实验在淡化诉讼中的地位和作用、淡化调查的具体模式及可信性保障等问题展开论述。

二、淡化的证明:调查实验的地位和作用

淡化是一个复杂而难于证明的概念。麦卡锡(McCarthy)称“商标法中从没有一个概念像‘淡化’一样,制造了如此多的理论困惑和司法误解”。²⁶法院也曾抱怨,淡化是一个“惊人的难以捉摸的”(dauntingly elusive)概念。²⁷美国1996年《联邦商标反淡化法》将“淡化”定义为“驰名商标指示和区分商品或服务的能力的减弱”²⁸;《商标淡化修订法案》则将淡化具体化为“冲淡导致的淡化”(dilution by blurring)和“污损导致的弱化”(dilution by tarnishment)两种类型,前者指的是“因商标或商号与驰名商标相似所导致的削弱驰名商标显著性的联想”,后者指“因商标或商号与驰名商标相似所导致的损害驰名商标声誉的联想”。²⁹我国立法和司法解释虽然未对“淡化”

作出定义,但在司法实践中,法院提出,当被诉商标的相关公众具有三个层次的认知时,可以认定发生淡化:第一,对于“驰名商标”与其“所有人”在“特定商品或服务”上的“唯一对应关系”有所认知;第二,在看到被诉商标时能够联想到原告驰名商标;第三,能够认识到被诉商标与原告驰名商标并无关系。³⁰从这些界定中不难看出,淡化是相关公众对驰名商标的一种非常微妙的认知状态。

理论上,证明淡化可能性可以有三种方式:(1)对系争商标及其市场环境进行比较;(2)提供实际淡化的证据;(3)提供调查证据。调查实验在淡化诉讼中的地位及其广泛运用,与前面两种手段的局限性有关。

第一种方式是传统的判断方法,法官借助“多因素测试法”(multi-factor test)分析在先商标的显著性程度、涉案商标间的近似性、商品间的类似性、共同消费者群体和地理范围、消费者的专业程度、侵害他人商标的意图、在先商标的声誉、在后商标的声誉等因素,综合推测在消费者心中驰名商标是否已经被淡化。³¹这种方法的缺陷是明显的:如果将淡化比作疾病,那么这些因素仅仅是足以引起医生怀疑的“指标”,却不是可以做出诊断性检验的病灶本身。³²而且,这种方法无疑是以法官的个人感受替代消费者的认知,对消费者心理做主观臆测。一些法院曾中肯地指出,在关涉消费者认知的问题上,“法官的反应,往好处说,是非决定性的;往坏处说,则是毫不相干的”。³³因此,这种方式能否真正反映消费者的心理认知状态,长期以来备受质疑。³⁴

²⁴ 李友根:《“淡化理论”在商标案件裁判中的影响分析》,载《法商研究》2008年第3期。

²⁵ [澳]谢尔曼等著:《现代知识产权法的演进》,金海军译,北京大学出版社2006年版,第30页。

²⁶ J.T. McCarthy, Dilution of A Trademark: European and United States Law Compared, 94 Trademark Rep. 1163, 1163 (2004).

²⁷ Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Utah Division of Travel Development, 170 F. 3d 449, 451 (4th Cir. 1999).

²⁸ 15 U.S.C. § 1127.

²⁹ 15 U.S.C. § 1125 (c)(2)(B)(C).

³⁰ 可口可乐公司诉商标评审委员会(北京市第一中级人民法院(2011)一中知行初字第541号行政判决书)。

³¹ Mead Data Central, Inc. v. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc., 875 F. 2d 1026 (2nd Cir. 1989); Nabisco, Inc. v. PF Brands, Inc., 191 F. 3d 208 (2nd Cir. 1999).

³² J.H. Steckel, etc., Dilution through the Looking Glass, 96 Trademark Rep. 616, 618 (2006).

³³ American Brands, Inc. v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 413 F. Supp. 1352, 1357 (S.D.N.Y. 1976).

³⁴ 在一个关于少女产品的商标侵权案件中,第二巡回法院弗朗克(Frank)法官在异议意见中批评道“初审法官和本院的法官都不是(或者不像)十几岁的少女,也不是她们的母亲或姐妹,除非我们能够得到从这些‘青春少女’和习惯了为她们买东西的女性亲戚那儿直接获得信息的补充,我们无法很好地履行‘司法认知’的职责。”([美]约翰·莫纳什等著:《法律中的社会科学(第6版)》,何美欢等译,法律出版社2007年版,第95-96页。)

表面上,第二种方式是最直接的,也具有最强的证明力,但在淡化诉讼中,这类证据却是不现实的。巴伯(Barber)指出,在证明混淆问题时,消费者对商品来源的实际混淆通常是可以证明的,它以误发的邮件、误拨的电话或错误的投诉为典型形式。而消费者不大可能致电或来函投诉:“贵公司的驰名商标指示和区分商品的能力正被某公司的使用行为所减弱。”这种情形在真实世界里几乎不可能发生。³⁵正因实际淡化极难证明,国会才认为Moseley案所确立的实际淡化标准是不合理的,所以在最新的立法中将认定侵权的标准降低为“存在淡化可能性”。

第三种方式在商标诉讼中扮演着重要角色。商标权的边界从来都与消费者的认知存在不可割裂的联系,商标法中的关键概念,如显著性、第二含义、通用化(genericide)、知名度、混淆等,无不与消费者对商标的心理状态紧密相关。³⁶弗朗克福特大法官(Justice Frankfurter)指出:“对商标的保护,实则是法律对符号心理功能的确认。”³⁷学者论述道:“商标本质上是智识的(intellectual)或心理的(psychological)……由此推知,商标侵权问题主要是关于消费者心理的——认知的或行为的——问题。”³⁸正因此,测度消费者心理反

应的调查实验才有其重要意义。在美国,消费者调查已成为商标诉讼中标准的证据形式,³⁹被誉为“证明消费者心理联想的更为科学的方法”⁴⁰,是一种“更为直接的证明方式”⁴¹,且在客观性与代表性方面更具优势,效率更高,可操作性更强。⁴²如果当事人本来有能力、有条件提供调查证据却没有提供,法院甚至会对其作出不利裁决。⁴³尽管不少法院谨慎地强调,不是所有案件都要求当事人提交调查证据,但越来越多的法院倾向于依赖消费者调查来支持他们的裁决。⁴⁴

与商标法中的其他关键概念一样,人们从一开始就将淡化视为一种心理现象,一种在消费者心中发生的“反应”。⁴⁵淡化难以证明,却不代表证明是不可能的。美国《反不正当竞争法(第三次)重述》认为,在缺乏直接证据的情况下,民意调查是一种可欲的替代。⁴⁶国会认为,法院可以期待由民意调查等证据来证明导致淡化的联想正在发生。⁴⁷法院表示赞同:“证明将是困难的,因为已发生的淡化损害及其成因是较难理解的概念。但这个概念在实质上是有效的,证明这一概念的证据也是可获得的……最具有明显相关性,也最容易获得的证据,就是精心设计的消费者调查。”⁴⁸学者也评论道:通过调查证据展示实际淡化情况,对这

³⁵ W.G. Barber, How to Do A Trademark Dilution Survey, 89 Trademark Rep. 616, 616-617 (1999).

³⁶ J. Jacoby, The Psychological Foundations of Trademark Law, 91 Trademark Rep. 1013 (2001).

³⁷ Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co., 316 U.S. 203, 205 (1942).

³⁸ R. Kirkpatrick, Likelihood of Confusion in Trademark Law xx (PLI, Release No. 14 2007).

³⁹ S.S. Diamond, etc. Trademark and Deceptive Advertising Surveys, ABA Section of IP Law, 2012, p. 3.

⁴⁰ J.T. McCarthy, 6 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 32:158 (4th ed. 2011).

⁴¹ Brunswick Corp. v. Spinit Reel Co., 832 F. 2d 513 (10th Cir. 1987), Charles Jacquinet Cie, Inc. v. Desileria Serralles, Inc., 921 F. 2d 467 (3rd Cir. 1990).

⁴² S.S. Diamond, Reference Guide on Survey Research, in Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence, 3rd ed., 2011, p. 362.

⁴³ 典型判例有: Mushroom Makers, Inc. v. R.G. Barry Corporation, 441 F. Supp. 1220 (S.D.N.Y. 1977), Eagle Snacks, Inc. v. Nabisco Brands, Inc., 625 F. Supp. 571, 583 (D.N.J. 1985), I.P. Lund Trading Aps v. Kohler Co., 163 F. 3d 27, 47 (1st Cir., 1998), Big Star Ent., Inc. v. Next Big Star, Inc., 105 F. Supp. 2d 185, 218 (S.D.N.Y. 2000).

⁴⁴ Jacobs 的实证研究指出,在提交调查证据的 51 个案件中,法院接纳调查证据的案件高达 35 个(Survey Evidence in Trademark and Unfair Competition Litigation, 6 ALLI-ABA Course Materials 91 (1982).)

⁴⁵ J. Jacoby, Considering the Who, What, When, Where and How of Measuring Dilution, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 601, 603 (2007).

⁴⁶ Restatement (Third) of Unfair Competition § 25 cmt. f. (1995).

⁴⁷ Trademark Dilution Revision Act of 2005: Hearing on H.R. 683 Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Property of the H. Comm. On the Judiciary, 109th Cong. 28, p.35 (2005). (以下简称 Hearing)

⁴⁸ Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Utah Division of Travel Development, 170 F. 3d 449, 464-465 (4th Cir. 1999).

种损害具有极高的证明价值，因此消费者调查在联邦淡化诉讼中扮演着根本性角色。能够清楚证明实际淡化的调查实验，是原告最强而有力的证据。^④调查证据将成为证明显著性受损可能性的必备（de rigeur）证据。^⑤

三、测度淡化的调查实验

在淡化诉讼中，调查实验常被用于测度驰名商标的知名度、显著性、系争商标间的近似性、冲淡及污损这五个基本问题。^⑥篇幅所限，本文仅讨论测度“冲淡”和“污损”——淡化诉讼中最关键的两个问题——的调查实验。证明淡化的调查实验没有标准的模式。^⑦理论上，实验设计可以有无数可能，最终的选择取决于具体的场景、可操作性及成本的考量。美国司法实践中常用的淡化实验，包括联想实验、品牌典型性实验、品牌特征实验及品牌价值实验等。

（一）测度“冲淡”的调查实验

1. 联想实验（Association Test）

“冲淡”是“削弱驰名商标显著性的联想”，消费者心中建立了被诉商标与驰名商标之间的“心理联想”（mental association）是认定发生淡化的必要条件。^⑧因此，联想实验是淡化诉讼中最常见的实验模式。^⑨这类实验的一般做法是，向被告的潜在消费者展示被诉商标，^⑩然后问他们想起什么，或者将该商标与什么相联系。如果他们提到原告或其商标或商品，则理论

上认为，这就是发生淡化的证据。当然，在此类实验中，通常应设置对照组，将非因商标引起的联想作为“噪音”排除。例如，当向消费者展示可口可乐时，他们很可能想起百事可乐，但这应归因于两家公司都是生产软饮料的著名企业，因此这种联想不应作为淡化的证据。^⑪

Nike, Inc. v. Nikepal International, Inc.案是采纳联想实验的典型判例。“Nike”是知名的体育用品商标，而Nikepal是一家为科学实验室提供商品和服务的公司，主要产品是注射器及相关配件。Nikepal中的“Nike”与Nike商标读音一致，而“pal”则是“朋友”或“赞助人”之意。因此，Nike公司主张被告使用“nikepal.com”等多种行为将导致Nike商标的淡化。为证明淡化存在，Nike公司做了一项调查实验。调查专家以Nikepal公司现有和潜在客户采购人员为总体抽取样本，进行电话访问，询问被调查者：“当我第一次说‘Nikepal’这个单词时，您想到什么？”实验证明，87%的被调查者将“Nikepal”和“Nike”联系在一起，尽管他们清楚地知道nikepal.com并非原告的网站。法院认为这是证明两者在消费者心目中发生实际联想（actual association）的充分证据。^⑫

斯旺（Swann）详细论述了用联想实验证明冲淡的合理性。^⑬他指出，首先，商标法规定的侵权认定标准是“淡化可能性”，而“实际联想”是认定淡化可能性的六个法定判断因素

^④ P.M. Bible, Defining and Quantifying Dilution under the Federal Trademark Dilution Act of 1995, 70 U. Colo. L. Rev. 295, 295-296, 314 (1999).

^⑤ S.S. Diamond, etc. Trademark and Deceptive Advertising Surveys, ABA Section of IP Law, 2012, p. 154.

^⑥ J. Jacoby, Considering the Who, What, When, Where and How of Measuring Dilution, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 601, 606 (2007).

^⑦ Hershey Foods Corp. v. Mars, Inc. 998 F. Supp. 500, 518 (M.D. Pa. 1998).

^⑧ Hearing, p.30 (2005).

^⑨ W.G. Barber, Surveys under the Trademark Dilution Revision Act of 2006, presented before the AIPLA Spring Meeting 2007.

^⑩ 联想实验的调查总体（universe）应当是哪一个消费者群体？理论上存在争议。有学者认为，淡化是驰名商标的唯一指向性被冲淡，因此关键是考察驰名商标商品消费者的心理状态。（J. Jacoby, “Considering the Who, What, When, Where and How of Measuring Dilution,” 24 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 601, 606 (2007).）有学者则认为应当是同时接触过原被告商品的消费者。（P. M. Bible, Defining and Quantifying Dilution under the Federal Trademark Dilution Act of 1995, 70 U. Colo. L. Rev. 295, 319-323 (1999).）有学者则认为应当是被告商品的消费者。（S.S. Diamond, etc. Trademark and Deceptive Advertising Surveys, ABA Section of IP Law, 2012, p. 33.）采纳联想实验的司法判例多采用最后一种理论。

^⑪ W.G. Barber, How to Do A Trademark Dilution Survey, 89 Trademark Rep. 616, 617, 620 (1999).

^⑫ Nike, Inc. v. Nikepal International, Inc. 84 U.S.P.Q. 2d 1820 (E.D. Ca 2007).

^⑬ J.B. Swann, Dilution Surveys under the Trademark Dilution Revision Act, in S.S. Diamond, etc. Trademark and Deceptive Advertising Surveys, ABA Section of IP Law, 2012.

之一。⁵⁹其次，许多法院已将联想实验作为驰名商标显著性被削弱的有效证据。⁶⁰再次，实证研究表明，被诉商标与驰名商标之间的心理联想将：（1）损害驰名商标被忆起的速度和准确性；⁶¹（2）损害驰名商标的强度（strength）；⁶²（3）将导致对驰名商标的品质及其他特征的搭便车行为。⁶³

2. 品牌典型性实验（Brand Typicality Test）

与联想实验不同，品牌典型性实验的目标不仅仅是证明存在实际联想，而是直接验证在后使用行为是否导致驰名商标被冲淡。从逻辑上讲，只要证明驰名商标不再指向其典型的商品类别，就说明淡化已经发生。根据这一思路，白博尔（Bible）提出一个实验模式。⁶⁴首先，将被调查者分为两组，一组是接触过被告使用行为的测试组，另一组是未接触该行为的对照组。通常，选取这两种人群并非难事，因为被告使用驰名商标的行为往往是区域性的，所以可以将该区域中的消费者作为测试组的候选人，而将该区域以外的消费者作为对照组的候选人。⁶⁵其次，向被调查者展示原告的驰名商标，并询问被调查者看到该商标时，他们想到了什么商品。最后，统计两组被调查者中提及原告商品的人数占比。如果对照组中提及原告商品的人数比例远高于测试组，则证明驰名商标的显著性被冲淡。

在Moseley案中，副总检察长代表联邦政府写给最高法院的法庭之友意见采纳了这一实验。该案中，原告的“Victoria's Secret”是知名的女性内衣品牌。被告在肯塔基州伊丽莎白镇

经营一家名为Victor's Secret的零售店（后因原告抗议而更名为Victor's Little Secret），除销售女性内衣外，主要销售成人视频和成人用品。副总检察长认为，可以选择住在伊丽莎白镇附近的消费者作为测试组，而在其他州的消费者中抽取对照组，然后向被调查者展示“Victor's Secret”及“Victor's Little Secret”，并询问：“当您看到这个牌子时，您想到什么商品？”假设对照组中92%的被调查者提及女性内衣和服装，而测试组中只有82%的被调查者提及，那么，这10%的差距就是驰名商标被冲淡的证据。⁶⁶

另一种实验思路是验证驰名商标的来源指向是否仍然唯一。根据这一思路，巴伯（Barber）提出了上述实验的一种变体，其分组及操作与上述实验一致，唯一不同的是对答案的统计方式。巴伯认为应当统计的是同时提及原告和被告商品的被调查者人数占比，如果测试组中同时提及原被告商品的人数比例远高于对照组，这意味着驰名商标的指向不再唯一，淡化发生了。⁶⁷这一实验同样为Moseley案的法庭之友意见所采纳。副总检察长认为，如果测试组中同时提及女性内衣和成人用品两种商品的人数比例远高于对照组，就应当认为Victoria's Secret商标已被冲淡。⁶⁸

（二）测度“污损”的调查实验

冲淡类案件是淡化诉讼的主要形式，相对而言，污损类案件较少发生，且对驰名商标进行蓄意污损的行为也相对容易证明。⁶⁹冲淡与污损的区别在于联想的性质差异：冲淡是对驰名

⁵⁹ 15 U.S.C. § 1125 (c)(B)(i)(ii)(iii)(iv)(v)(vi).

⁶⁰ Wawa, Inc. v. Haaf, 40 U.S.P.Q. 2d 1629 (E.D. Pa. 1996); Starbucks Corp. v. Wolfe's Borough Coffee, Inc., 588 F. 3d 97 (2d Cir. 2009); PerfumeBay.com Inc. v. Ebay Inc., 506 F. 3d 1165 (9th Cir. 2007); National Pork Board v. Supreme Lobster and Seafood Co. 2010 T.T.A.B. LEXIS 225 (T.T.A.B. 2010).

⁶¹ M. Morin etc., Trademark Dilution: Empirical Measures for an Elusive Concept, 19 J. Pub. Pol'y & Marketing 265 (2000).

⁶² D. R. John, etc., The Negative Impact of Extension, 62 J. Marketing 19 (January 1998).

⁶³ L. Warlop, etc., Sincere Flattery: Trade Dress Imitation and Consumer Choice, 14 J. Consumer Psych. 21 (2004).

⁶⁴ P.M. Bible, Defining and Quantifying Dilution under the Federal Trademark Dilution Act of 1995, 70 U. Colo. L. Rev. 295, 329-330 (1999).

⁶⁵ W.G. Barber, How to Do a Trademark Dilution Survey, 89 Trademark Rep. 616, 630-631 (1999).

⁶⁶ Brief for the United States as Amicus Curiae supporting Petitioners in part, pp. 22-24, 2002 WL 1378840 (June 24, 2002). (以下简称“Brief”)

⁶⁷ W.G. Barber, How to Do a Trademark Dilution Survey, 89 Trademark Rep. 616, 630-631 (1999).

⁶⁸ Brief.

⁶⁹ [美]伯杰等著：《商标侵权判断问卷调查指引》，黄武双等译，法律出版社2015年版，第200页。

商标的来源产生多个联想，但联想的内容是什么并不重要；而污损则是对商标的联想由积极转为消极，是使商标声誉受损的联想。^{⑦⑧}欲证明污损发生，必须证明消费者在接触在后使用行为后，对驰名商标商品特征的评价显著降低。

普拉格（Prager）提出一个实验思路：将被调查者分为未接触过在后使用行为的对照组和接触过该行为的测试组，然后向被调查者展示原告的驰名商标，并请被调查者说出使用该驰名商标的商品特征。如果测试组中提及消极特征的频率高于对照组，则证明发生污损。^{⑦⑧}这一实验模式可以概括为“品牌特征实验”（Brand Attributes Test）。在Moseley案中，副总检察长认为，如果测试组的被调查者在看到原告的Victoria's Secret商标时，提到“下流”“没品位”，而对照组中的被调查者更多提到“经典”和“有品位”时，则证明发生了污损导致的淡化。^{⑦⑧}

白博尔提出品牌特征实验的一个更可量化的变体，他将之称为“品牌价值实验”（Brand Equity Test）。^{⑦⑧}实验的分组设计与前述一致，区别在于提问的方式。白博尔列举了三种提问方式，第一：从1-9分，您认为X牌电动工具的耐用性可以打几分？（1表示极不耐用，9表示非常耐用）第二，实验者也可以测度被调查者对商品的社会认知：从1-9分，您认为X牌小轿车属于什么级别的汽车？（1表示最低档，9表示最高档）第三，实验者还可以询问被调查者对某一陈述的认同程度：从1-9分，您在多大程度上同意如下描述：我将X牌与家和家人相联系。（1表示极不同意；9表示非常赞同）在

Moseley案中，副总检察长认为这一实验是可行的。他让测试组与对照组中的被调查者对使用Victoria's Secret商标的商品打分，1表示“非常没品位”，而9表示“非常有品位”。如果测试组给出的打分为7.8分，而对照组的分数为8.8分，那就证明在后使用行为确实导致驰名商标声誉的下降。^{⑦⑧}

四、淡化调查的可信性保障

（一）淡化调查的问题

学者们承认，消费者调查不是一项完美的科学。^{⑦⑧}这其中，淡化调查又被公认为“难度最大的”调查实验，^{⑦⑧}因此，淡化调查不可避免地存在各种各样的问题。

首先，联想实验的有效性受到较多质疑。尽管该实验模式一般可被法院采纳，但它存在一个固有而明显的缺陷：它仅仅证明了“心理联想”的发生，却没有直接证明这种联想削弱了驰名商标的显著性，或者污损其声誉。^{⑦⑧}戴尔蒙德（Diamond）指出：“因商标近似而引发联想，这是冲淡导致淡化的必要条件，但却不是充分条件……一项调查提供了可靠证据，证明商标诱发了对驰名商标的即时联想；该调查为认定淡化可能性提供了相关的证据，但却远远不是决定性的。”^{⑦⑧}正因如此，不少法院对联想实验持否定态度。^{⑦⑧}

第二，从科学的实验方法角度看，品牌典型性实验的效度（validity）是有问题的。该类实验需要将接触过商标在后使用行为的被调查者与未接触该行为的被调查者划分到测试组和对照组中。目前的一般做法是让被调查者根

^{⑦⑧} J. Jacoby, Considering the Who, What, When, Where and How of Measuring Dilution, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 601, 609 (2007).

^{⑦⑧} E.A. Prager, The Federal Trademark Dilution Act of 1995, 7 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 121, 132 (1996).

^{⑦⑧} Brief.

^{⑦⑧} P.M. Bible, Defining and Quantifying Dilution under the Federal Trademark Dilution Act of 1995, 70 U. Colo. L. Rev. 295, 328-329 (1999).

^{⑦⑧} Brief.

^{⑦⑧} P.M. Bible, Defining and Quantifying Dilution under the Federal Trademark Dilution Act of 1995, 70 U. Colo. L. Rev. 295, 316 (1999).

^{⑦⑧} R.H. Thornburg, Trademark Surveys: Development of Computer-Based Survey Methods, 4 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 91, 112 (2004).

^{⑦⑧} R.H. Thornburg, Trademark Surveys: Development of Computer-Based Survey Methods, 4 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 91, 113 (2004).

^{⑦⑧} S.S. Diamond, etc. Trademark and Deceptive Advertising Surveys, ABA Section of IP Law, 2012, p. 157.

^{⑦⑧} Exxon Corp. v. Exxene Corp., 696 F. 2d 544 (C.A. 7 1982); Schieffelin & Co. v. Jack Co. of Boca, Inc., 850 F. Supp 232 (S.D.N.Y. 1994); Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Utah Division of Travel Development, 955 F. Supp 605 (E.D. Va. 1994).

据先前的接触情况，将自己划归测试组或对照组。例如，在实验开始之前，实验者先询问被调查者是否接触过被告商标，再根据其回答进行分组。这实际上违反了测度因果关系的实验设计的基本要求，即对测试条件与对照条件的分配必须完全置于实验者的直接控制之下。当这一规则未被严格遵守时，实验者是无法准确评估具有确定性的因果关系的。^⑩

第三，品牌特征实验也存在问题。当被调查者被要求描述驰名商标商品的特征时，他所给出的描述并不一定具有明确的积极或消极含义。例如，当被调查者回答该商品的特征是“到处都可以买到”，这到底意味着该品牌商品特别受欢迎，还是它已成为“烂大街”的“大路货”？被调查者的回答还可能更不具有倾向性，例如，他可能回答该商品的特征是“蓝色的”（正如百事可乐给消费者的印象）。因此，品牌特征实验要求实验者将被调查者的描述主观地划归“积极的”或“消极的”类别中。^⑪品牌价值实验虽然避免了留给被调查者做开放性回答的机会，但至少有一家法院认为，这种实验测度的是品牌商品的desirability（可欲性），而非驰名商标的声誉，两者之间并没有直接联系，所以相关的调查证据也被认为是不重要的。^⑫

最后，还有一个同样重要的问题是实验结果的解读。多大比例的消费者发生“心理联想”，多大比例的消费者将驰名商标与被告的商品类别相联系，才足以认定驰名商标的显著性被冲淡？多大比例的消费者描述了商品的消极特征，或者评分低到什么程度，才足以认定驰名商标的声誉受到污损？对淡化案件的实证研究表明，不同法院对该问题可能给出截然相反的答案。根据福特（Ford）的统计，在1996年到2006年间，法院判决29%~70%的心理联想足以证明存在淡化可能性，与此同时，一些法院却

判决51%、20%和14%的心理联想不足以证明存在淡化可能性。在2006年到2010年间，曾有法院以7%和28%的联想比率作为认定淡化可能性的事实基础，但有法院却拒绝接受证明62%的消费者存在心理联想的调查证据。^⑬实验数据的司法解读呈现出一定程度的主观性。

（二）淡化调查的质量控制

与其他类型的商标调查一样，淡化调查可能存在种种问题。相应的，保障其他商标调查科学性的质量控制手段同样适用于淡化调查。这些手段包括：（1）调查实验必须遵守联邦司法中心为调查证据所提供的《指南》；（2）对抗制的庭审程序；（3）调查专业市场的声誉机制与学术伦理的约束，等等。^⑭更重要的是，专家们不断对淡化调查的司法认定规则及实验设计提出改进建议，以保证和提升淡化诉讼中调查证据的质量。

针对联想实验只能证明存在心理联想这一问题，斯旺指出，可以将驰名商标分为三种类型。第一类是受到广泛认可、固有显著性极高的商标，例如Intel。对该类商标，只要通过联想实验证明存在心理联想，就足以证明发生淡化。第二类商标虽然驰名，但其固有显著性和独占使用的情况相对较弱，比如含有American的驰名商标。对于此类商标，即便通过联想实验证明存在心理联想，也不能就此认为发生淡化。第三类商标处于二者之间，其虽然具有一定的固有显著性，但又不是驰名商标权人绝对排斥地使用，第三方合法使用该商标的情形是存在的，如Hyatt。对于此类商标，联想实验的结果是一个重要的参考，其必须与淡化可能性的另外五个法定考察要素一并考虑，综合判断，才能得出是否淡化的结论。^⑮

针对品牌典型性实验的效度问题，雅各比（Jacoby）提出新的实验设计。他将实验分成

^⑩ J. Jacoby, *Experimental Design and the Selection of Controls in Trademark and Deceptive Advertising Surveys*, 92 *Trademark Rep.* 890, 902 (2002).

^⑪ J. Jacoby, *Considering the Who, What, When, Where and How of Measuring Dilution*, 24 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* 601, 624 (2007).

^⑫ *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke, Inc.*, 340 F. Supp. 2d 415 (S.D.N.Y. 2004).

^⑬ G.L. Ford, *Survey Percentage in Lanham Act Matters*, in *S.S. Diamond, etc. Trademark and Deceptive Advertising Surveys*, ABA Section of IP Law, 2012, pp. 324-325.

^⑭ 陈贤凯：《商标通用性的数字证成》，载《知识产权》2013年第7期。

^⑮ J.B. Swann, *Dilution Surveys under the Trademark Dilution Revision Act*, in *S.S. Diamond, etc. Trademark and Deceptive Advertising Surveys*, ABA Section of IP Law, 2012.

两个阶段，第一阶段将所有被调查者随机分成两组，随后向两组被调查者分别提供两份广告材料。其中一组被调查者看到的材料中含有被诉侵权商标，该组为测试组。另一组被调查者看到的材料与测试组几乎相同，唯一的区别是将被诉侵权商标替换成一个不相似的商标，该组为对照组。一周以后，实验者对两组被调查者进行回访，向所有被调查者展示原告的驰名商标，并询问：“据您所知，是一家公司还是多于一家公司使用该商标？”如果被调查者回答一家，则继续问：“您所说的这家公司以何种商品或服务而知名？”如果被调查者回答多于一家，则问：“您所想到的第一家公司名称是什么？该公司以何种商品或服务而知名？”然后追问：“您刚才说，该商标让您想起多于一家公司，请问您想到的第二家公司名称是什么？该公司以何种商品或服务而知名？”在第二阶段的调查中，对照组的被调查者在看到原告商标后，无人想起另一家公司；而测试组中12%的被调查者想到两家公司，并准确地描述了原告和被告公司的名称及典型商品。^⑥通过这一改进，测试组与对照组的分配完全置于实验者的控制之下，符合因果实验的基本要求。

对于测度污损的实验，Anheuser-Busch, Inc. v. Balducci Publications案的消费者调查提供了一种思路。原告销售一款名为“Michelob Dry”的啤酒，其广告语为“One taste and you'll drink it dry”（“尝一口，您就会干杯”）。被告推出一段环保广告，该广告是对原告广告的滑稽模仿，广告中主角手持一个标有“Michelob Oily”的瓶子，瓶中原来的啤酒被黑乎乎的石油所替代，这段广告的词句是：“One taste and you'll drink it oily”（“尝一口，你就只能喝到油腻的水”）。广告底部写道：“如果以这样的速度朝我们的海洋、湖泊、河流倾倒污染物，您迟早会喝到油腻的水。”调查专家认识

到，实验的重点不应局限于消费者对该滑稽模仿商标和广告的感受，而在于消费者受此影响后是否会减少购买欲望，毕竟，反淡化制度的最终目的是防止商标“销售力”的削减。于是，调查专家让对照组仅接触原告的广告，让测试组仅接触被告的广告，然后询问他们在看过广告后，是否会更少购买Michelob Dry牌啤酒。对照组中7%的被调查者表示将更少购买，而测试组中22%的被调查者选择该选项。这15%的差距就是驰名商标销售力受损的有力证据。^⑦通过这一实验设计直接测度淡化行为对消费者购物倾向的影响，由此避开了品牌特征实验和品牌价值实验中存在的问题。

至于实验数据的解读，人们越来越认为不需要过高的淡化率就足以证明淡化发生。与混淆不同，淡化被认为是对驰名商标“千刀万剐”式（death by a thousand cuts）的伤害^⑧——每一刀的伤害也许非常微小，但累积的效果终将致命。“淡化某种程度上类似于湖泊的污染。如果每个污染密歇根湖的人都可以说他的排放对湖水而言微不足道，没有人真正因此受到伤害，那么，将没有污染者会受到限制。只有认为每一次排放都是应被限制的行为，通过禁令来保护环境的整个理论才是有意义的。”^⑨当然，淡化是一个关于商标近似性、显著性、独占性使用程度、侵害意图及实际淡化的函数，多高的淡化率足以认定发生淡化，还需要结合其他变量综合考量。

五、结语：科学界定商标权的努力

商标法的传统功能是反混淆，所以消费者的心理状态是权利界定的决定性因素。^⑩反淡化更接近于对商标的绝对财产权保护，有人因此认为，淡化不强调对消费者利益的保护。^⑪这种认识恐怕是不准确的。商标通过为消费者提供一个简单的、便于记忆的、清晰的商品识别符

^⑥ J. Jacoby, Considering the Who, What, When, Where and How of Measuring Dilution, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 601, 629-634 (2007).

^⑦ Anheuser-Busch, Inc. v. Balducci Publ'ns, 814 F. Supp. 791 (E.D. Mo. 1993), rev' d, 28 F. 3d 769 (8th Cir. 1994).

^⑧ Coca-Cola Co. v. Stewart, 621 F. 2d 287, 292 (8th Cir. 1980).

^⑨ McDonald's Corp. v. Gunville, 1979 U.S. Dist. LEXIS 11106 * 8-9 (N.D. Ill. 1979).

^⑩ 谢晓尧等：《商标混淆的科学测度》，载《中山大学学报》2013年第5期。

^⑪ 杜颖：《商标淡化理论及其应用》，载《法学研究》2007年第6期。

号，节约了信息成本。如果商标与其他对象发生联系，则节约效果大打折扣，因为人们在看到商标时，必须思虑再三，才能确定它确是指示某商品的标识。^{⑨2}消费者能够获得并加工的信息取决于他们意识中商标和商品之间的联系程度，混乱会增加消费者的成本。^{⑨3}消费者的认知状态同样是界定淡化的关键因素。正因此，测度消费者心理的调查实验在淡化诉讼中同样有着用武之地。

与所有商标调查一样，淡化调查不是完美的。尽管如此，法院仍然愿意忍受某种程度的不精确性，以换取对消费者内心世界的有价值的洞见。^{⑨4}“毕竟，如果只有完美的证据才能被法庭采纳，那么审判的过程将变得非常短暂。”^{⑨5}另一方面，随着技术的进步和实验方法的改进，未来也可能对淡化的心理反应作出更准确的测量。例如，有学者尝试利用计算机

传感设备，测度消费者在接触过被诉使用行为后，准确地将驰名商标与原告联系在一起的反应速度的变化。^{⑨6}

过去，我国法院对商标调查证据整体上持谨慎甚至拒斥的态度。^{⑨7}但近年来，调查实验方法开始引起法院的注意，被视为“接近事实真相”的方法，^{⑨8}有法院甚至对其作出初步指引。^{⑨9}在一些具有全国性影响的案件中，当事人举示了调查报告作为证据，有些还被法院所采信。^{⑩0}最高人民法院也在司法解释层面上承认了调查报告的证据作用。^{⑩1}尽管在技术上，淡化调查未臻精确，但它毕竟为法庭打开了一扇窗户，让法官得以管窥现实世界中消费者的心理感受；它提供了一个机制，将消费者的认知、律师的法律知识和调查专家的统计技术融合在一起，为商标权利的科学界定做出共同的努力。■

^{⑨2} R.A. Posner, When Is Parody Fair Use? 21 Journal of Legal Studies 67, 75 (1992).

^{⑨3} M.A. Lemley, The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense, 108 Yale Law Journal 1687, 1704 (1999).

^{⑨4} P.M. Bible, Defining and Quantifying Dilution under the Federal Trademark Dilution Act of 1995, 70 U. Colo. L. Rev. 295, 316 (1999).

^{⑨5} Indianapolis Colts, Inc. v. Metropolitan Baltimore Football Club, 34 F. 3d 410, 416 (7th Cir. 1994).

^{⑨6} M. Morin etc., Trademark Dilution: Empirical Measures for an Elusive Concept, 19 J. Pub. Pol' y & Marketing 265 (2000).

^{⑨7} 据学者统计，截至2010年1月，在4237份商标侵权判决书中，仅有49份涉及问卷调查证据（张爱国：《商标消费者调查的正当性研究》，载《知识产权》2011年第2期。）

^{⑨8} 大鹏公司诉京益康润公司案（廊坊市中级人民法院（2008）廊民三初字第3号民事判决书）。

^{⑨9} 河南省高级人民法院《关于审理涉及驰名商标认定案件若干问题的指导意见》（2007）；青海省高级人民法院《关于审理涉及驰名商标认定案件若干问题的指导意见》（2009）。

^{⑩0} 曹世海：《对商标侵权诉讼中市场调查报告的审查和认定》，载《人民司法》2015年第9期。

^{⑩1} 《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（2012）第13条：“当事人可以向人民法院申请委托专业机构或者专业人员就案件的专门性问题作出市场调查或者经济分析报告。”