

《商标法》第十一条关于商标显著性的理解与适用（下）

作者：何玮 | 王亚宽

（三）评审和诉讼程序中转换或增加绝对理由的影响

我们先来看几组案例：

1. 案例一：“”（44 类）图形商标驳回复审重审诉讼案¹


该商标于 2015 年申请，起初因他人先在商标阻挡被驳回，历经一审消除障碍后，被判令重裁。然而，国知局在重审中增加适用缺显条款，再次驳回该商标申请。在第二轮诉讼程序中，一审法院认为该商标指定使用在“医疗诊所服务”等项目上具有显著性，且经一定使用，其显著性进一步增强，进而不违反《商标法》第十一条第一款第（三）项之规定。随后，北高推翻了该判决，认为相关公众易将该图形识别为某个患者的放射扫描光片而不易将其作为商标识别，进而维持了重裁中关于缺显的认定。

2. 案例二：（38 类）商标无效宣告再审案²

该商标于 2013 年申请，2015 年注册，后被多次提起无效宣告。2017 年，国知局以该商标用在计算机辅助信息和图像传送等服务上，仅仅直接表示了指定服务的内容及特点系与女性月经期相关联，缺乏显著性为由，依据《商标法》第十一条第一款第二、三项裁定应予无效宣告。后一审、二审法院推翻了前述认定，并认为大姨妈虽有指代女性月经的含义，但其与第 38 类指定服务距离较远，且整体上具有显著性。2019 年再审中，最高院**直接增加适用《商标法》第十条第一款第八项**，认为“大姨妈”作为商标注册有损公众情感和女性尊严，有违公序良俗，系有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的标志，应当宣告无效。同时认为争议商标亦**缺乏显著性**。该案被评选为 2019 年中国法院 50 件典型案例之一。


¹（2020）京行终 409 号；（2018）京 73 行初 12746 号。

²（2019）最高法行再 240 号；（2018）京行终 3808 号；（2017）京 73 行初 7868 号。

上述案件并非个例。类似案例还有前文所述的“陈麻花”案（再审认定在麻花上不构成通用名称，但转换适用其他缺显情形）、“”案（评审以其指定在服装、运动场出租等项目上具有描述性适用描述性条款，诉讼中又以其易被视为广告语转换适用其他缺显情形）³、“REAL 音乐手机”案（评审中增加适用描述性条款，认为使用在手机上直接表示了商品的功能特点）⁴、“TOPTIER”案（该案在克服在先障碍后的重裁中，被认定使用在燃料上具有对商品品质特点的描述，增加适用描述性条款）⁵等。

上述案例引发了两个问题：评审中能否直接转换或增加适用绝对理由？诉讼中能否直接转换或增加适用绝对理由？在商标评审及行政诉讼案件中如何平衡全面审查原则与禁止不利变更原则，如何在程序与实体之间取舍的问题。

禁止不利变更原则源于 18 世纪初的德国“确定力理论”，是各国刑法、民法、行政法中的共有理论⁶，如刑法领域的“上诉不加刑”原则等。禁止不利变更原则在行政法中主要是指在行政复议或行政诉讼过程中，复议机关或法院不能作出加重申请人法律责任，或减损其既得利益，将其至于更为不利的境地，如我国《行政复议法实施条例》第 51 条规定了“行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内，不得作出对申请人更为不利的行政复议决定”，我国《行政诉讼法》第 77 条第 2 款则规定“人民法院判决变更，不得加重原告的义务或者减损原告的权益。但利害关系人同为原告，且诉讼请求相反的除外”。随着现代行政法治的不断发展完善，行政法已从片面强调对相对人进行强有力管理的“管理法”过渡为平衡国家权力和公民权利的“平衡法”⁷，禁止不利变更原则一方面体现了行政法治的发展，为当事人对行政行为作出后所产生的存续性的信赖利益的合理期待，以及在此基础上提出复议/诉讼程序以寻求更利于己方的救济或权利，另一方面，也体现了国家权力对公民权利的谦抑，即，具体行政行为系原裁决机关代表国家所作出，即便初次作出的结果过轻，责任应由国家来承担，而非个人来承担⁸。

回到前述第一个问题，我国《商标法实施条例》第五十二条⁹规定了评审中可主动增加适用绝对理由，同时强调需增加评审意见答辩环节，给予当事人再次抗辩的机会。笔者以为，该条款规定本身未充分考虑禁止不利变更原则，原因在于：商标申请及评审案件虽有其特殊性，但仍在行政法的规制范围内。笔者理解，评审机构对申请审查中作出的决定有纠错的权力，但这种纠错行为不宜破坏申请人基于原行政决定所产生的信赖利益，并因此使其寻求救济的目的落空。如“”驳回复审案中，在历经评审、

³ （2022）京行终 5135、4557 号。该案中，评审阶段以“交个朋友”使用在“服装”“运动场出租”等商品或服务上直接表示了商品的功能用途、服务的内容等特点为由，适用《商标法》第十一条第一款第二项规定予以驳回，诉讼中，一二审法院均认为其易被视为广告宣传语，转换适用了《商标法》第十一条第一款第三项规定。

⁴ 商评字[2022]第 0000260620 号《关于第 52312144 号“音乐手机 Real”商标驳回复审决定书》。申请阶段，该商标因违反《商标法》第三十条被驳回；后在驳回复审中，国知局依据《商标法实施条例》第五十二条送达《商标驳回复审案件评审意见书》，认为该商标使用在“智能手机；手机”商品上直接表示了商品的功能等特点，违反了《商标法》第十一条第一款第（二）项的规定，在其余复审商品上，缺乏应有的显著特征，不得作为商标注册，违反了《商标法》第十一条第一款第（三）项的规定，进而依据缺显条款驳回该商标申请。

⁵ 商评字[2021]第 0000006200 号重审第 0000002007 号《关于第 44048432 号“TOP TIER”商标驳回复审决定书》。该商标曾因违反《商标法》第三十条被驳回，后一审法院确认发生情势变更，判令国知局重新作出决定。重裁中，国知局认为该商标整体易被理解为“最高等级”等含义，使用在“燃料”等商品上易使相关公众理解为对商品品质等特点的描述，进而构成《商标法》第十一条第一款第（二）项规定情形，予以驳回。

⁶ 《禁止不利变更原则的适用》，最高人民法院第二巡回法庭 2020 年第 9 次法官会议纪要。

⁷ 同上。

⁸ 《行政不利变更禁止原则及其适用问题探讨》濮阳县法院 赵刚身。网址：<http://hnpfyf.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=910>

⁹ 我国《商标法实施条例》第五十二条规定：商标评审委员会审理不服商标局驳回商标注册申请决定的复审案件，应当针对商标局的驳回决定和申请人申请复审的事实、理由、请求及评审时的事实状态进行审理。商标评审委员会审理不服商标局驳回商标注册申请决定的复审案件，发现申请注册的商标有违反商标法第十条、第十一条、第十二条和第十六条第一款规定情形，商标局并未依据上述条款作出驳回决定的，可以依据上述条款作出驳回申请的复审决定。商标评审委员会作出复审决定前应当听取申请人的意见。

一审消除在先障碍后，又因重裁遭遇缺显，那么，假如申请人不申请复审，而是通过重新提交新申请等待引标消除，并获得注册。在这种情况下，申请人因提起复审这一行政救济程序反而使商标申请受到更大阻碍，显然有违复审目的。由此，是否会导致复审程序的设置由于行政相对人因担心对自己不利不去行使，而在一定程度上形同虚设？实际上，即便复审机构不在复审中增加缺显等绝对理由的适用，其仍可发挥主动审查的职权，依据《商标法》第四十四条规定依法启动无效宣告程序来解决相关商标是否在其他方面被禁注，而这一程序的启动应当是审慎的、必要的，因为其依然涉及行政相对人利益与社会公共利益的平衡问题。

对于第二个问题，在“大姨妈”案中，最高院明确其增加适用法条的依据是《行政诉讼法》第八十七条所规定的全面审查原则、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第一百二十条¹⁰及《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二条¹¹等规定，对此，笔者表示疑惑。

首先，笔者以为，全面审查是对已作出的具体行政行为的合法性的审查，而非未实际作出的具体行政行为。对应到“大姨妈”案件中，即国知局已评述并裁定的“缺乏显著性”问题，而非其并未评述和裁定的“不良影响”问题。对应到“陈麻花”案件中，即国知局已评述并裁定的“陈麻花”是否构成通用名称，而非其尚未评述和裁定的“陈麻花”是否构成其他缺显情形。因行政行为的可分性，全面审查也是限于程序启动一方诉讼请求的全面审查，而不能超出原审裁判范围和当事人的诉讼请求范围¹²，即应当遵循不告不理原则。对此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第一百二十条第一款规定，“人民法院审理再审案件应当围绕再审请求和被诉行政行为合法性进行。当事人的再审请求超出原审诉讼请求，符合另案诉讼条件的，告知当事人可以另行起诉”。“大姨妈”案和“陈麻花”案均因他人提起无效宣告而启动审查程序，对于无效宣告申请，当事人有权选择哪些绝对理由和/或相对理由，因绝对理由不受五年期间限制，如在第一次提起无效宣告时未主张缺显、误认、不良影响等，当事人仍然有决定是否再依此提起第二轮无效宣告申请的权利。同时，如涉及不良影响等可能损害公共利益的情形，国知局也可主动启动无效宣告程序审查，如其认定构成不良影响，商标权利人依法享有无效宣告复审及后续诉讼程序来寻求救济的权利。在前述案件中，再审程序中直接增加适用条款一方面与不告不理原则不符，同时也变相剥夺了当事人的审级利益与上诉的权利。

其次，上述案件再审程序中直接增加适用条款也与禁止不利变更原则不符。前文已述，禁止不利变更原则贯穿于我国行政法、行政诉讼法规定之中。又如最高院在（2018）最高法行再128号行政裁定中指出：“按照不告不理原则，当事人仅提出其中之一时，人民法院不宜主动审理另外一个并作出裁判。**如果人民法院对此进行全面审查，使当事人行使诉权的结果比不行使诉权更加不利，这就对诉权的充分行使和诉讼渠道的畅通产生了阻碍效果，与行政诉讼制度的宗旨显有不合**”。“陈麻花”案中，当事人申请再审系通过行使诉权寻求不构成通用名称的认定，然而，虽然再审支持了这一诉求，却又增加了“其他缺显”这一新的法律适用条款，显然将再审申请人置于更为不利的局面，有违行政诉讼制度的宗旨。在“大姨妈”案件中，再审程序的启动人是无效宣告申请方，再审判决增加“不良影响”条款虽

¹⁰ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第一百二十条：人民法院审理再审案件应当围绕再审请求和被诉行政行为合法性进行。当事人的再审请求超出原审诉讼请求，符合另案诉讼条件的，告知当事人可以另行起诉。被申请人及原审其他当事人在庭审辩论结束前提出的再审请求，符合本解释规定的申请期限的，人民法院应当一并审理。人民法院经再审，发现已经发生法律效力、裁定损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，应当一并审理。

¹¹ 《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二条：人民法院对商标授权确权行政行为进行审查的范围，一般应根据原告的诉讼请求及理由确定。原告在诉讼中未提出主张，但国家知识产权局相关认定存在明显不当的，人民法院在各方当事人陈述意见后，可以对相关事由进行审查并作出裁判。

¹² （2017）最高法行申1481号。


对于再审申请人更为有利，“超出了”其启动程序的预期，但对于一审、二审程序启动者（商标权利人）来看，有失公平。再审对“不良影响”的直接适用，至少剥夺了商标权人评审、一审、二审的程序性权利，也在另一方面直接替行政机关作出了判断。现代行政救济制度追求实质正义与程序正义的统一，这一决定是否也忽略了程序正义及当事人主义因素，值得商榷。

此外，即便通过全面审查对于行政机关行使审查权、履行职责进行督促，这种督促是否可以以督促和判令重裁的方式做出，而非直接作出评判结论？最高院在（2018）最高法行 26 号迪奥真我香水立体商标¹³案中的裁判结论或许有所启发。该案中，最高院一方面对行政决定和裁定是否有违行政程序作出评判和纠正，判令原商标评审委员会应当基于迪奥尔公司在复审程序中提出的与商标类型（三维立体标志）有关的复审理由进行审理，纠正商标局（将其视为图形商标进行审查）的不当认定，并根据三维标志是否具备显著特征的评判标准，对申请商标指定中国的领土延伸保护申请是否应予准许的问题重新进行审查。另一方面，强调重裁时要重点考量该商标的显著性和经使用获得显著性因素，特别是申请商标进入中国市场的时间，在案证据能够证明的实际使用与宣传推广的情况，以及申请商标因此而产生识别商品来源功能的可能性。又如，在 M6、M8 案中，国知局以通用名称为由驳回两商标申请，一审法院认为其不构成通用名称，而认为其符合“其他缺显”情形，并增加对《商标法》第十一条第一款第（三）项的适用，二审对这一增加适用条款的判决予以纠正，认为“鉴于被诉决定中对于诉争商标标志是否属于 2019 年商标法第十一条第一款的其他情形并未审查，本案作为商标授权行政案件，应以被诉决定内容作为审理范围，故原审法院主动引入 2019 年商标法第十一条第一款第三项亦有不当，本院对此予以指出，并对该条款不再予以评述”¹⁴。

（四）显著性与误认条款的区别与界限理解

近年来，与显著性条款交叉最多的条款之一是《商标法》第十条第一款第（七）项，即“带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的”情形（简称“**误认条款**”）。这种交叉，有的是同时适用两个法条，如指定在第 29 类“肉”商品上的“鬼城麻辣鸡”，其在评审阶段被认定为构成“误认”、“仅直接表示商品特点”两种情形¹⁵。有的则是针对不同商品分别适用，如“陈麻花”案中，其在“麻花”商品上被认定缺显，在“怪味豆”等商品则被认定构成误认。


两个条款的主要区别在于：2001 年《商标法》修法后，缺显仅被禁注，误认则仍被禁注且禁用；前者可通过使用获得显著性，后者则不论使用如何，均不能取得显著性。事实上，作为绝对禁止使用的条款，误认条款在适用方面应当保持更为慎重的态度，当出现容易对消费者造成某种实质性损害的误认，相关公众基于日常经验，具有较大的误认可能性时，该条款的适用才具有必要性。例如，申请注册在食品上的商标如果含有“硒”或“有机”字样，消费者不可避免地会认为指定使用商品含有硒元素或者是以有机方式种植生产从而产生购买欲望，如果这种表述具有欺骗性，消费者的真实需求当然无法得到满足，这种误认就属于对消费者造成实质损害的情形¹⁶。

¹³ 第 G1221382 号“”立体商标由克里斯蒂昂迪奥尔香料公司于 2014 年 4 月 16 日在法国获得“香水”等商品的基础注册，2014 年 8 月 8 日获得马德里国际注册，后于 2014 年 11 月 16 日申请指定至中国保护。2015 年，商标局以作为图形商标其缺乏显著性、违反《商标法》第十一条规定为由，驳回其全部指定商品在中国的领土延伸保护申请。历经驳回复审、一审、二审后，最高院（2018）最高法行再 26 号判决对原审判决、裁定予以撤销，并判令商评委重新作出驳回复审决定。2019 年，商评委对其经过使用获得显著性予以认可，并给予了领土延伸保护。

¹⁴ （2021）京行终 8905 号；（2021）京行终 8906 号。

¹⁵ （2022）京行终 3431 号。

¹⁶ 《2020 年商标评审案件行政诉讼情况汇总分析》，国家知识产权局，撰稿人：孙明娟。网址：

对于两个条款的区分和对误认条款的审慎适用，最高院在“”商标（第5类：人参、枸杞、中药成药等）驳回复审案件¹⁷中似乎表达了这一倾向，该案在评审阶段同时适用了《商标法》第十一条第一款第（二）项和第十条第一款第（七）项，一审中，北京知产法院认为如果商标标志只是或者主要是描述、说明所使用商品的主要原料、功能等特点，应认定属于商标法第十一条第一款第（二）项规定的不得作为商标注册的情形，**而不应同时适用商标法第十条第一款第（七）项这一绝对禁用条款**，进而否定对误认条款的适用。在二审、再审程序中，北京高院和最高院均肯定了这一结论，并认为，申请商标“参杞鹿龟”商标易被解读为几种中药药材的简称，**仅系描述性表达，尚不足以使相关公众对商品的质量等特点产生错误认识，难以认定构成对公众的欺骗。**

回到上述“鬼城麻辣鸡”“陈麻花”案件，作为与肉类食品、麻花、怪味豆食品具有密切关联的拟制“理性人”，相关公众应是具有一定社会经验和普遍社会认知的拟制人，其看到肉类产品上的“鬼城麻辣鸡”时一般可以联想到这是一个品牌名，而不是误认其为产品原料或仅仅是对商品的描述。同样，“陈麻花”指向的是叫“陈麻花”的品牌，其产品范围可能覆盖麻花、怪味豆等各类零食，正如“周黑鸭”涵盖了鸭肉制品、小龙虾、海带、豆腐等卤制品，其并不因含“鸭”就仅指向了鸭肉，而在麻辣虾尾上标识“周黑鸭”导致误认。如前述，相关公众应是具备普遍常识认知的，并非一无所知，也不会“想的过多”，因而其通常认知不宜定的过低或过高。

三、小结

截至2021年，我国商标注册申请量已连续19年居世界第一，近两年来，我国年度商标申请总量已突破900万件。如此巨大的申请量下，市场主体对可作为标识商品来源符号的选择空间也被不断挤压，这也是商标显著性问题的凸显的原因之一。行政及司法程序中对缺显条款审查的过度收紧，加剧了商标申请难度及已注册商标的不稳定性，其中不乏一些使用多年的商标无法获得注册，甚至已经获得注册，并已扬名海内外的金字招牌被无效。对缺显条款的过度适用也为商标囤积者、仿冒者、同业竞争者利用该条款攻击正当诚信经营的权利人滋生温床，成为李鬼扳倒李逵的手段之一。

笔者真诚地希望司法和行政机关在商标显著性案件中能更好地明晰规则、标准与边界。笔者建议：其一，裁判者在拟制“相关公众”这一主体层面，可以对民法上的“理性人”，将相关公众的认知能力定位为具有一般合理审慎注意义务的主体，而非一无所知的普罗大众。且拟制相关公众认知能力时应结合具体商品与服务的特点，对于原料部件、医疗设备、医药制剂等非消费类产品，更应充分考虑商品生产、经销渠道的经营者所应具备的认知能力；其二，对于显著性的判断，应更充分地考虑商标与具体指向的商品或服务的联系程度，严格区分描述性标志与暗示性标志的界限，尤其对于后者给予空间。同时，厘清《商标法》三种缺显情形的区别与并列关系，对于第三项“其他缺显”情形，应当谨慎适用，而不是将其作为前两项条件不足的兜底。其三，厘清缺显条款与误认、不良影响条款的差异和影响，并慎用误认和不良影响条款，以防止产生将市场主体的诚信经营成果打入“禁用”深渊这类无可挽回的毁灭性后果。其四，在复审和行政诉讼程序中谨慎增加绝对性条款的适用，保障当事人对行政行为、司法判决所产生信赖利益的合理期待，以更为稳妥的方式寻求程序正义与实体正义的平衡与统一。其五，在审查过程中，应充分考虑争议标识的实际使用情况，注重个案公平。对于已经投入使用多年并发挥区分商品来源功能，但尚未注册或已注册的商标，应遵循保护诚信经营，尊重已经形成的市场格局和市场秩序的原则，防止绝对理由被竞争对手甚至仿冒者、抢注者所不当利用。

http://www.cta.org.cn/ldjh/202108/t20210816_51797.html。

¹⁷（2018）最高法行申9952号；（2017）京行终4911号；（2017）京73行初1948号。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

何玮

电话： +86 755 3680 6589

Email: vivian.he@hankunlaw.com