

立足商标

服务企业

面向社会

2021年
第10期

▶ 总第290期

中华商标®

CHINA TRADEMARK



第十三届 中国国际商标品牌节

商标赋能新发展 品牌引领双循环

12月3日-6日 广东·东莞

主办单位：中华商标协会 广东省市场监督管理局 东莞市人民政府
总协办单位：广州阿道夫个人护理用品有限公司



阿道夫®

中国商标年会 20余场论坛
中华品牌商标博览会 占地2万平方米……

报名咨询电话：010-81401124 010-81401163
010-68014071
博览会招商电话：010-68986840 010-68018015



微信小程序参会
报名二维码

诚信代理 自律执业

百一知识产权
FORIDOM IP LAW FIRM

法律服务·专利·商标·著作权

16th

Alibaba Group
阿里巴巴集团

上海美影电影制片厂有限公司
SHANGHAI ANIMATION FILM STUDIO CO., LTD.

JUNEYAO AIR
吉祥航空

东方明珠

DAZZLE

bilibili

2004-2020

上海市徐汇区桂平路410号
漕河泾国际孵化中心B区一层
(021) 64878081
www.foridom.com foridom@foridom.com

为了您 保护您 成就您

专业 负责 简单 阳光 奋进

海星 Beshining
上海 武汉 西安 长沙 休斯敦

团队近200人 专注知识产权20年
知识产权生命周期及法律服务提供商

连续五年获得“中国杰出知识产权服务团队”
《商法》卓越律所大奖—知识产权（专利）
《商法》卓越律所大奖—工业制造
《亚洲法律概况》知识产权领域值得关注事务所

总部：上海市外经大厦21楼、26楼
总机：021-51797188 61258088
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com

NAM&NAM
南恩南

韩国知识产权代理事务所
深耕知识产权领域70年

iam
2021

IP STARS
TOP FIRM
2021

THE ASIA BUSINESS
LAW JOURNAL

AsiaIP
INFORMED ANALYSIS

TOP RANKED
Chambers
Asia-Pacific
2021

www.nampat.co.kr
clients@nampat.co.kr
T: 82 2 753 5477 (中文直拨)

为您的知识产权保驾护航
庭内庭外的法律专家
多方位、多层次、一站式服务

Securing Your Rights in a Changing China

- 知识产权的维权及维权业务
- 知识产权的运营及商业化业务
- 专利侵权诉讼业务
- 反垄断及不正当竞争诉讼业务
- 合同纠纷业务
- 企业综合法律业务

Chang Tsi & Partners
铸成律师事务所
Beijing Shanghai Guangzhou Shenzhen HK USA

总部：北京市西城区北展北街华远企业中心A座6/7/8层
电话：010-8836 9999
邮箱：marketing@changtsi.com
网址：www.changtsi.com

永新知识产权
NTD Intellectual Property Attorneys Since 1987

永新专利商标代理有限公司
永新同创知识产权代理有限公司
永新智财律师事务所

WTR
World Trademark Review

IP STARS

LEGAL
500

AsiaIP
2021
CHINA IP
AWARDS
WINNER

AsiaIP
TRADEMARK
SURVEY
2021
RANKED FIRM

2020年度
北京知识产权
代理机构
排名榜

邮箱：mail@ntdchina.com
电话：+86-10-6361-1666 传真：+86-10-6621-1845

北京玺泽律师事务所
TISIZE & PARTNERS

专业 不止于 细节

知识产权 / 资本市场 / 合规管理 / 争议解决

- 2020中国知识产权十大新锐商标诉讼代理机构
- 2017-2020中华商标协会优秀商标代理机构
- 2018中国知识产权十大新锐诉讼代理机构
- 2017-2019中华商标协会优秀商标代理案例
- 2016全国律师协会十大知识产权案例

电话：010-64796189 邮箱：mail@tysize.com
地址：北京市朝阳区保利国际广场T1-1701 网址：www.tysize.com

咨询电话：010-68036092

2022《中华商标》征订

《中华商标》是中华商标协会主管、主办的我国商标领域代表性的权威专业期刊。《中华商标》国内外公开发行，全年12期、每月25日出版、国际标准大16开，80页。主要栏目设置包括：商标执法与保护，精读商标异议、评审典型案例，判例辨析，法官说商标，审查之窗，地理标志，实务交流，理论研讨，他山之石，基层传真等。

2022年杂志征订工作正在进行中，欢迎各有关单位和广大读者订阅，将订阅回执传真或邮件发送我们，我们将竭诚为您服务做好各项服务工作。



2022年《中华商标》订阅回执单

单位全称		收件人	
单位详细地址		邮 编	
联系电话		手 机	
纳税人识别号		接收电子发票邮箱	
订阅价格	192 元 / 套 / 年 (16 元 / 本, 全年 12 期)		
订阅费用总计	万 仟 佰 拾 圆		

注：1. 订阅单位除自用外，也可向指定用户订阅赠阅；

2. 请填写回执或编辑回执单内容，连同汇款凭证截图，发送至：zhshb68036092@cta.org.cn，杂志为邮政平邮，如需修改挂号，请另行支付3元/期；

3. 需要开具增值税普通发票的单位，填写接收电子发票邮箱地址；
开具增值税专用发票的单位，请在邮件中另附相关信息；

4. 户 名：《中华商标》杂志社

开户行：工行北京复外支行

帐 号：0200048509200529372

5. 地 址：北京市海淀区阜成路北三街8号8层8003
《中华商标》杂志社。

封 面	75000 元 / 期	彩色单页	20000 元 / 期
封 二	50000 元 / 期	彩色双页	36000 元 / 期
扉 页	40000 元 / 期	黑白单页	10000 元 / 期
封 三	45000 元 / 期	诚信代理	30000 元 / 年
封 底	60000 元 / 期	目录刊花	60000 元 / 年
页码广告	90000 元 / 年	内插刊花	2200 元 / 期

虚位以待



联系人：李晓娟

电 话：010-68036092

邮 箱：zhshb68036092@cta.org.cn

传 真：010-68036092

广告招商电话：010-68031255

中华商标

ZHONGHUA SHANGBIAO

中华商标协会业务指导单位：国家知识产权局

主管单位：中华商标协会

主办单位：中华商标协会

编辑出版：《中华商标》杂志社

编辑委员会主任：马夫

社长：南平

副主编：李崇

编辑：马君

广告发行部：李晓娟

编辑部：010-68983165 86-10-68032987

记者部：010-68014395 86-10-68048211

广告发行部：010-68036092

活动部：010-68036092

新媒体部：010-68983165

《中国商标年鉴》编辑部：010-68037835

战略合作伙伴：贵州茅台酒厂（集团）习酒有限责任公司

合作伙伴：中国贸促会专利商标事务所

智库支持：中国人民大学中国商标品牌研究院

中华商标协会法律顾问：吴新华

杂志社地址：北京市海淀区阜成路北三街8号8层8003

邮编：100048

传真：010-68036092

投稿邮箱：China.trademark@263.net.cn

订阅邮箱：zhshb68036092@cta.org.cn

官方微信：中华商标杂志

官方微博：中华商标杂志

广告经营许可证：京西工商广字0113号

中国标准连续出版物号：ISSN 1006-7531
CN 11-3655/D

国外总发行：中国国际图书贸易集团有限公司（北京399信箱）

国外发行代号：6447BM

国内总发行：中国邮政集团公司北京市报刊发行局

本刊发行部

订阅：本社或全国各地邮局

邮发代号：82-49

定价：16.00元

户名：《中华商标》杂志社

开户银行：工行北京复外支行

银行帐号：0200048509200529372

设计印刷：中煤（北京）印务有限公司

著作权使用声明：

凡被本刊录用稿件，均视为稿件作者同意以下条款：

1. 文责自负，作者保证其所拥有文章的著作权。
2. 本刊已被中国知网等多家数据库收录，稿件刊发后本刊有权以纸媒体、网络、光盘等各种形式使用文章，中国知网等多家数据库有权通过网络传播本刊全文，稿酬与著作权使用费一并支付。如作者不同意数据库收录，请在投稿时说明，本刊将按作者说明处理。
3. 作者不得一稿多投。

目录

CONTENTS

专稿

4 为知识产权强国鼓与呼

——各界掀起《知识产权强国建设纲要（2021-2035年）》学习热潮（一）

本期聚焦

7 颜色组合商标的司法认定

吕梦林

11 颜色组合商标与图形商标的区分以及获得显著性的判断

叶冰

自主品牌献礼建党100周年

14 回天之力 国品担当

——回力品牌与商标故事

特约撰稿人 彭芳燕

以案释法

17 江西省九江市市场监管局查处侵犯“庐山云雾茶”驰名商标案

精读商标异议、评审典型案例

20 第32665302号“TRUDI”商标异议案

贾敏

23 第33083305号“纳帕格”商标异议案

许文温

25 第25559087号“卓启”商标无效宣告案

夏萍萍

27 第11396497号“莫斯科餐厅MOSCOW RESTAURANT”商标无效宣告案

柯佩佩

专栏

审查之窗

29 肖像商标申请注意事项

魏江丽

判例辨析

51 商标授权确权案件中外观设计专利权作为在先权利的认定

——评析广州星聚小堂服饰有限公司诉国家知识产权局、香奈儿股份

有限公司商标权无效宣告请求行政纠纷案

曹丽萍

法官说商标

60 混淆可能性在《商标法》第三十条中的定位与判断

杨思义

评案说法

33 三维立体商标标志确定性的审查判断

——以宝利通公司三维立体商标无效宣告案为例

晏景 曹佳音

商标执法与保护

- 38 从“火神山”“雷神山”商标代理案谈商标恶意抢注的规制

北京市朝阳区市场监督管理局

“万慧达杯”2021中华商标协会全国高校 商标热点问题征文比赛获奖作品选

- 41 商标核准注册行为性质探究

海伦娜

- 46 我国商标异议制度设置之反思与完善

包雪颖

观察与思考

- 56 从复议角度看商标业务中的身份证明文件问题

李俊青

实务交流

- 65 申请商标放弃部分专用权能否避免驳回获得注册

陈伟莉

- 68 受让商标且已实际使用，为何还逃不过“其他不正当手段”条款的规制

欧平凤 黎叶

理论研讨

- 72 比较法视野下商标注册“使用意图”要求研究

常胜楠

他山之石

- 76 德国商标法现代化述略（程序篇）

张立新

环球资讯 79



7. Judicial Determination of Color Combination Trademarks

11. The Distinction between Color Combination Trademark and Graphic Trademark and the Judgment of Obtaining Distinctiveness

29. Precautions for Portrait Trademark Application

33. Examination and Judgment of the Certainty of Three-dimensional Trademarks

41. Research on the Nature of Trademark Approval and Registration

46. Rethinking and Perfecting the Establishment of China's Trademark Opposition System

56. Looking at the Issue of Identification Documents in Trademark Business from the Perspective of Reconsideration

60. Positioning and Judgment of the Possibility of Confusion in Article 30 of the "Trademark Law"

65. Can a Trademark be Registered by Waiving Part of the Exclusive Right?

72. Research on the "Intention of Use" Requirements of Trademark Registration from the Perspective of Comparative Method

编者按：近日，中共中央、国务院印发《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》，这是以习近平总书记为核心的党中央面向知识产权事业未来十五年发展作出的重大顶层设计，是新时代建设知识产权强国的宏伟蓝图，在我国知识产权事业发展史上具有重大里程碑意义。本刊专稿刊登业界人士的学习体会并与读者共享。

为知识产权强国 **鼓与呼**

——各界掀起《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》学习热潮（一）



马夫 | 中华商标协会会长

中华商标协会会长马夫表示，《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》（以下简称《纲要》）是以习近平总书记为核心的党中央面向知识产权事业未来十五年发展作出的重大顶层设计，旨在将我国从一个“知识产权大国”建设成为“知识产权强国”，并通过知识产权促进经济社会全面进步与高质量发展。中华商标协会作为商标领域的专业组织、商标代理的全国性行业组织，将认真贯彻党中央、国务院重大决策，在国家知识产权局的指导下，以落实《纲要》为己任，进一步助力企业加强商标品牌建设，加强代理行业自律，充分发挥桥梁纽带作用，积极拓展商标国内外交流合作，为知识产权强国建设和经济社会高质量发展贡献力量。

王莲峰 | 华东政法大学知识产权学院教授

为统筹推进知识产权强国建设，近日，中共中央、国务院印发了《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》（以下简称《纲要》）。为加快知识产权人才培养，《纲要》特别指出：“营造更加开放、更加积极、更有活力的知识产权人才发展环境”。这里的发展环境包括了多个方面：

其一，支持学位授权自主审核、高校自主设立知识产权一级学科。一级学科设立，有利于制定和完善知识产权综合人才培养方案，根据社会需要，分别设立知识产权法、知识产权管理、知识产权金融等多个专业。其二，设置知识产权专业学位，有利于实施知识产权专项人才培养计划。其三，加强相关高



校二级知识产权学院建设，从组织建设上具体落实学科和专业培养计划。目前，我国已有多所高校成立了知识产权学院，比如，华东政法大学知识产权学院成立于2003年，已经培养了大批知识产权专业的本科、硕士和博士；2021年华政知识产权专业被评为国家一流本科专业。知识产权一级学科的设立，对现有知识产权学院的发展将会如虎添翼。其四，依托相关高校布局一批国家知识产权人才培养基地，有利于对在职的知识产权管理和执法人员提高专业素质和执法水平。其五，加强知识产权国际化人才培养。既要做好涉外知识产权律师培养和培训工作，对高校知识产权专业的培养方案和课程选择也做出了指引。同时，要开发一批知识产权精品教材和课程，对师资和教材提出了新的要求。其六，重视全社会知识产权意识提升，特别是要继续大力推进中小学知识产权教育，知识产权理念的树立要从娃娃抓起。



胡刚 | 中国贸促会专商所商标及版权诉讼处处长

《知识产权强国建设纲要（2021-2035年）》（以下简称《纲要》）是继《体育强国建设纲要》和《交通强国建设纲要》之后，由国家印发实施的第三部冠以“强国建设纲要”的产业发展纲领性文件。这充分体现了党和政府对于新发展格局下知识产权工作的高度重视和殷切期望。

《纲要》明确提出了要“培育国际化、市场化、专业化知识产权服务机构”，这是对我国所有知识产权服务机构的鞭策和鼓励。

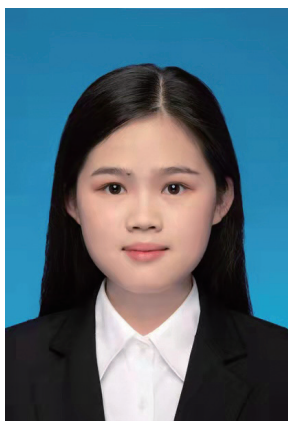
中国贸促会专利商标事务所创立于1957年，是新中国第一家知识产权服务机构，见证了我国知识产权行业的发展与变革。作为我国历史最悠久、

规模最大的综合性涉外知识产权事务所之一，事务所在国际化、市场化和专业化方面取得了一定的成绩。但是，仍需要紧跟时代变化步伐，面向新形势、满足新要求、解决新问题、应对新挑战。特别是需要将自身发展与《纲要》要求紧密结合，与国内企业建立更紧密联系，更深层次参与企业的国际化和知识产权事业的发展。坚定不移地为中国企业在参与国际经济协作、跨境交易与国际竞争时提供高价值知识产权的获权、确权和维权法律服务，这不仅是事务所矢志追求的目标，更是今后发展提升的空间。

知识产权服务业属于专业性很强的高端服务行业。国家知识产权局发布的《2020年全国知识产权服务业统计调查报告》显示，截至2019年底我国知识产权服务业从业人员约82万人，其中大学本科及以上学历占75.5%。这一事实充分表明我国知识产权从业人员的能力素质层次较高。必须清醒地认识到，国内外的经济环境、创新环境、竞争态势已发生了显著而深刻的变化。《纲要》明确提出“鼓励高水平外国机构来华开展知识产权服务”，这对国内知识产权代理机构来说，既是压力也是动力。对标海外知识产权服务机构，国内知识产权服务机构更需要在专业素养和职业精神方面予以尽快地提升。这也凸显知识产权领域行业协会所具有的通过搭建平台，加强引导，沟通协调，形成合力，保证代理行业健康有序发展的重要作用。

《纲要》对提升我国知识产权创造、运用、保护和管理能力，建设创新型国家具有重大意义。知识产权服务机构只要增强使命意识和担当精神，就一定能够在此历史性的机遇期找准定位并大有可为。知识产权强国之路，虽道阻且长但行则将至。





谢采洪

华东政法大学硕士研究生，“万慧达杯”2021中华商标协会全国高校商标热点问题征文比赛研究生组特等奖获得者。

在中共中央、国务院印发《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》（以下简称《纲要》）的当日，关于该《纲要》内容的资讯在我的朋友圈里连续刷屏。作为知识产权学院的研究生在读学生，该《纲要》的出台令我们异常激动，一是深切感受到国家在顶层设计上对知识产权事业的高度重视，二是渐渐领会到作为知识产权专业学生肩上责任重大。

《纲要》强调在新发展阶段，知识产权作为国家发展战略性资源和国际竞争力核心要素的作用将会更加凸显。然而正如《纲要》所指出，建设一个促进知识产权高质量发展的人文社会环境，需要首先塑造尊重知识、崇尚创新、诚实守信、公平竞争的知识产权文化理念。诚以为，建设这样一个人人尊重知识产权的社会，需要企业以及社会公众的共同努力，需要广泛的、形式多样的知识产权知识普法宣传。企业作为市场经济活动的主要参与者，应当自觉履行社会责任，构建完善法律服务团队，主动提升企业创新能力，公平参与市场竞争，尊重他人知识产权。而作为社会公众，则应自觉抵制假冒伪劣产品，积极承担作为社会监督者的责任。普法宣传教育则需要市场监管部门与宣传部门的积极作为；而作为知识产权专业学生也可通过参加各项普法社会实践，向社会群众、向朋友同学普及相关法律知识。

建设具备中国特色、世界水平的知识产权强国任重而道远，作为知识产权学院的在读学生，我们要认真学习《纲要》的精神，依据《纲要》的既定目标和路线方针不断夯实基础理论知识，主动就现存以及未来出现的知识产权行业问题进行研究，以为国家知识产权强国建设贡献我们的一份力量。■

简 讯

国家知识产权局： 自2022年1月1日起，将不再发放纸质商标注册证

（本刊讯）为贯彻落实深化“放管服”改革部署，推进商标注册改革，优化营商环境，提高公共服务水平，近日，国家知识产权局发布关于调整商标注册证发放方式的公告，宣布自2022年1月1日起，公告注册及其他商标申请产生的商标注册证，以纸件形式提交商标申请的寄发《领取商标注册证通知书》，注册人按通知书指定网址和提取码，登录中国商标网获取电子商标注册证；以电子方式提交商标申请的登录商标网上服务系统获取电子商标注册证。电子商标注册证可自行查看和下载打印。国家知识产权局不再发放纸质商标注册证。

据悉，国家知识产权局对此次商标注册证发放方式调整设立了过渡期，2021年10月15日至12月31日期间，公告注册及其他商标申请产生的商标注册证，以纸件形式提交商标申请的寄发《领取商标注册证通知书》，注册人按通知书指定网址和提取码，登录中国商标网获取电子商标注册证，同时寄发纸质商标注册证；以电子方式提交商标申请的发放方式暂时不变。



编者按：随着市场经济的快速发展，出现了突破传统形式的颜色商标、立体商标、声音商标等新型商标。为配合加入世界贸易组织，符合《与贸易有关的知识产权协议》要求，我国于2001年《商标法》修改时确立了颜色组合商标法律制度，十余年来，相关案例并不多见，对于颜色组合商标探讨亦有很大的空间。本期将聚焦颜色组合商标显著性的判断、颜色组合商标与图形商标的区分等进行探究，以供大家学习和探讨。

颜色组合商标的司法认定

吕梦林

案情

当事人

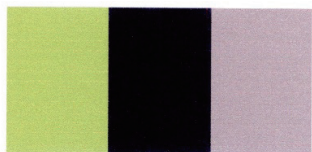
上诉人（原审原告）：湖南杰希重工有限公司
（简称湖南杰希公司）

被上诉人（原审被告）：国家知识产权局

原审第三人：中联重科股份有限公司（简称中联重科公司）

案由：商标权无效宣告行政纠纷

第18338886号颜色组合商标（简称诉争商标，附图如下）由中联重科公司于2015年11月16日提出注册申请，于2016年12月21日被核准注册，核定使用在第12类的洒水车、卡车、起重车等商品上，专用期限至2026年12月20日。



（诉争商标）

国家知识产权局于2020年6月10日作出商评字〔2020〕第154358号《关于第18338886号“图形（颜色组合）”商标无效宣告请求裁定书》（简称被诉裁定）。

国家知识产权局查明，诉争商标注册申请时进行了颜色组合商标的声明，并提交了彩色商标图样以及商标说明。商标说明为：颜色组合商标，其中绿色为PANTONE潘通国际标准色号2290CP；冷灰色为PANTONE潘通国际标准色号COOL GRAY11C；暖灰色为PANTONE潘通国际标准色号WARM GRAY4C。使用方式：三种颜色在机械设备上作为外观使用。

被诉裁定认定：中联重科公司提供的证据可以证明其使用在混凝土机械、起重机械、环境产业、土方机械、工业车辆、路面机械、基础施工等车辆上的该颜色组合商标在诉争商标申请日前已经进行大量宣传使用，已经与其形成对应关系，并且可以起到区分商品来源的作用，具有了商标应有的显著特征。诉争商标核定使用的“起重车、叉车、混凝土搅拌车、大客车”等商品在功能用途、销售对象



等方面与上述商品相同或相近,故可以认定诉争商标在其核定使用的商品上亦可以起到区分商品来源的作用,具有商标应有的显著特征,未违反2013年修正的《中华人民共和国商标法》(简称2013年商标法)第十一条第一款第三项之规定。诉争商标的注册亦未违反《中华人民共和国第一机械工业部标准矿山、工程、起重运输机械产品涂漆颜色和安全标志》及《商标审查及审理标准》关于颜色组合商标的形式审查规定,国家知识产权局裁定:诉争商标予以维持注册。

湖南杰希公司不服,向北京知识产权法院提起行政诉讼。

审 判

北京知识产权法院审理认为:诉争商标的注册未违反2013年商标法第十一条第一款第三项的规定,且符合商标注册的形式审查要求。北京知识产权法院依照《行政诉讼法》第六十九条之规定,判决:驳回湖南杰希公司的诉讼请求。

湖南杰希公司不服一审判决,向北京市高级人民法院提起上诉。

北京市高级人民法院认为:诉争商标是由“绿色、冷灰色、暖灰色”组合而成的颜色组合商标,核定使用在第12类洒水车、卡车、起重车等商品上,属于该类商品的常见外观颜色,缺乏商标固有的显著特征。但是,中联重科公司提交的证据材料能够证明诉争商标核定使用在上述各种车辆上可以起到区分商品来源的作用。诉争商标的申请注册未违反2013年商标法第十一条第一款第三项的规定,原审判决及被诉裁定认定结论并无不当,判决:驳回上诉,维持原判。

重点评析

颜色组合商标系指由两种或两种以上颜色构成的商标。^[1]色彩的组合具有独特的创意和美感,便于

识别,但缺乏表意性,不便于称呼和宣传。单一的颜色缺乏显著性难以起到识别的作用,因此只有颜色的组合才能具有显著性。^[2]2013年商标法第八条规定“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的可视性标志,包括文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合,以及上述要素的组合,均可以作为商标申请注册。”颜色组合商标作为商标法明确规定的一种特殊商标类型,既有其自身区别于传统商标类型的特点,亦具有作为商标区分商品或服务来源的本质属性。

一、颜色组合商标的形式审查

商标注册申请的审查,是对该商标注册申请是否侵害公共利益、公共秩序和他人在先权益的审查,在符合商标法规定的注册条件的情况下,商标的注册是对商标申请人就其商标标志在指定使用商品上提出的权利主张的确认。因此,商标注册审查机关对商标申请的审查,应以商标申请文件为准,不能超出商标申请人申请的范围准许其申请商标注册。2005年施行的《商标审查及审理标准》第五部分“颜色组合商标形式审查”规定,对于颜色组合商标的形式审查要求为:“1.注册商标为颜色组合商标的声明;2.彩色图样;3.色谱编号”。2014年5月1日实施的《商标法实施条例》第十三条第一款规定:“申请商标注册,应当按照公布的商品和服务分类表填报。每一件商标注册申请应当向商标局提交《商标注册申请书》1份、商标图样1份;以颜色组合或者着色图样申请商标注册的,应当提交着色图样,并提交黑白稿1份;不指定颜色的,应当提交黑白图样。”第四款规定:“以颜色组合申请商标注册的,应当在申请书中予以声明,说明商标的使用方式”。

根据以上规定,颜色组合商标的形式审查要件应当有三点:1.注册商标为颜色组合商标的声明;2.彩色图样和色谱编号;3.商标的使用方式说明。^[3]颜色组合商标的申请应当明确提出声明,以此与指定颜色的商标予以区分,未提交声明的,即使申请人提交的是彩色图样,不以颜色组合商标进行审查。彩



色图样与色谱编号亦应同时提交，缺一不可。根据商标法和商标法实施条例的规定，申请注册的颜色组合商标的构成要素及具体使用方式，由商标注册申请人自行选择并经商标注册主管机关审查通过后确定。虽然商标法同时规定了包括图形、颜色组合等各种商标标志构成要素的组合，也可以作为商标申请注册，但是，对于某一特定的商标而言，其商标标志的具体构成要素，还是应当根据商标法及其实施条例的规定，依据档案中记载的当事人申请的具体内容予以确定。^[4]

颜色组合商标在商业活动中的具体使用方式说明关乎对颜色组合商标的权利保护范围，颜色组合商标审查需兼顾私权利与公共利益之间的平衡。当事人主张保护的商标是作为颜色组合商标申请，并且限定了具体的使用方式的，该商标核准后的专用权范围也就只能小于或者等于商标申请的范围。上述范围，虽然与商标注册证上载明的商标标志不同，但是商标注册人能够提供证据证明其取得该颜色组合商标专用权时因为其申请时确定的具体使用方式的，商标注册人的权利范围与公众的认知也不会产生冲突，在此情况下不能仅仅依据商标注册证上标注的商标图样，机械地确定颜色组合商标的权利范围。^[5]

二、颜色组合商标的实质审查

颜色组合商标的实质审查包括禁用条款的审查、显著特征的审查及相同、近似的审查。结合本案，仅就颜色组合商标的显著特征审查予以说明。显著性的成立依赖于消费者是否将涉案标志符号作为指示商品或服务来源的商标对待。商标法对所有类别商标的注册审查标准是一致的，显著性亦应对不同商标类别一视同仁。^[6]固有显著性只是商标获得显著性的有利条件^[7]，以使用为前提的获得显著性，因已与商业出处建立稳定联系，也可以获得可以识别的显著性。

2005年施行的《商标审查及审理标准》，第五部分规定“颜色组合商标有指定使用商品的天然颜色、商品本身或者包装物以及服务场所通用或者常用的颜色，判定为缺乏显著特征”。^[8]通常而言，颜色组合商标作为商标申请注册，其固有显著性较弱，一般需通过长期大量的使用，使相关公众能够将该颜色组合作为区分商品或者服务来源的标志加以识别，从而取得显著特征，才能够获准注册。^[9]

市场不仅仅由竞争优势方组成，自由竞争所代表的其他商业主体的利益，以及公序良俗所代表的普通大众的利益，都是价值权衡中需要考量的因素。^[10]为防止原本属于公共领域的颜色被通过商标注册的方式被不正当占用，维护市场自由竞争秩序，颜色组合商标能否经过使用获得显著性应从严审查。在判断标志是否通过使用获得显著性时，一般结合以下因素进行考量：1.该标志实际使用的方式、效果、作用，即是否以商标的方式进行使用；2.该标志实际持续使用的时间、地域、范围、销售规模等情况；3.该标志在相关公众中的知晓程度；4.该标志通过使用具有显著性其他因素。在此需要指出，审查判断标志是否通过使用获得显著性，一般应当以提出商标注册申请时的事实状态为准，但如果当事人有充分证据能够证明诉争商标在申请日之后通过实际、有效使用确已获得显著性的，从节约司法资源和保护当事人合法权益的视角出发，亦应当对诉争商标注册申请日后的证据一并予以考量。

三、本案分析

本案中，中联重科公司在诉争商标申请注册时明确商标标志为颜色组合商标，提交了彩色商标图样以及商标说明，在无效宣告程序中主张诉争商标具有显著特征。经核查，诉争商标是由“绿色、冷灰色、暖灰色”组合而成的颜色组合商标，核定使用在第12类的洒水车、卡车、起重车等商品上，属于该类商品的常见外观颜色，缺乏商标固有的显著特征。但其在商标评审阶段提交的证据与原诉讼阶段提交的第一组证据能够相互佐证，证明中联重科公司自2015年4月至被诉裁定作出时，在混凝土机械、起重机械、环境产业、土方机械、工业车辆、路面机械、基础施工等车辆生产及销售领域具有较高的企业知名度；中



联重科公司在原审诉讼阶段提交的第二组及第三组证据中关于电视报道，图书馆检索报告，网络媒体报道，长沙、米兰发布会的报道资料及视频亦能相互佐证，可以证明在诉争商标申请日之前中联重科公司已将诉争商标使用在前述车辆车身及工程机械上，并通过该公司的长期持续、广泛宣传使用，在相关公众中享有了较高知名度，进而与中联重科公司形成了唯一、稳定的联系及对应关系；无效请求

人湖南杰希公司提交的证据不能证明在诉争商标申请日前，与诉争商标相同或近似的颜色组合标志已被同行业的经营者广泛使用，不能证明诉争商标的颜色标志已或为行业内规定的标准颜色或核定商品本身颜色，诉争商标专用权在核准注册范围内维持有效，不足以妨碍同行业其他经营者的竞争利益。综上，诉争商标核定使用在上述各种车辆上可以起到区分商品来源的作用，获得了显著性。■

注释：

- [1] 参见原国家工商行政管理总局商标局商标评审委员会2016年12月《商标审查及审理标准》第117页。
- [2] 冯晓青著：《知识产权法》，中国政法大学出版社2015年2月第3版，第270页。
- [3] 参考原国家工商行政管理总局商标局商标评审委员会2016年12月《商标审查及审理标准》第117页，颜色组合商标的形式审查要件亦为该三项内容。
- [4] 参见北京市高级人民法院（2016）京行终55号行政判决书。
- [5] 参见北京市高级人民法院知识产权庭编《北京法院商标疑难案件法官评述》第4卷，第378页。
- [6] 参见胡骋：《论非传统商标的显著性认定：价值立场与论证框架》，载《知识产权》2020年第1期，第43-44页。
- [7] 参见彭学龙：《商标显著性新探》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2006年第2期，第60-67页。
- [8] 参见原国家工商行政管理总局商标局商标评审委员会2005年《商标审查及审理标准》，第90-91页。
- [9] 参见北京市高级人民法院（2016）京行终211号行政判决书。
- [10] 参见杜颖：《单一颜色商标注册问题研究——以美国法为中心的比较分析》，载《法学评论》2009年第1期，第136-142期。

注册证号：4422861

PAO BA
泡吧®

泡吧系列产品：
无酒精果汁、水（饮料）、
果茶（不含酒精）

出品商：广东回头客食品有限公司

订货热线：13927013789

联系人：林先生



注册证号：11167798

新脱肥®

生产者：

揭阳市 揭东区东海食品有限公司

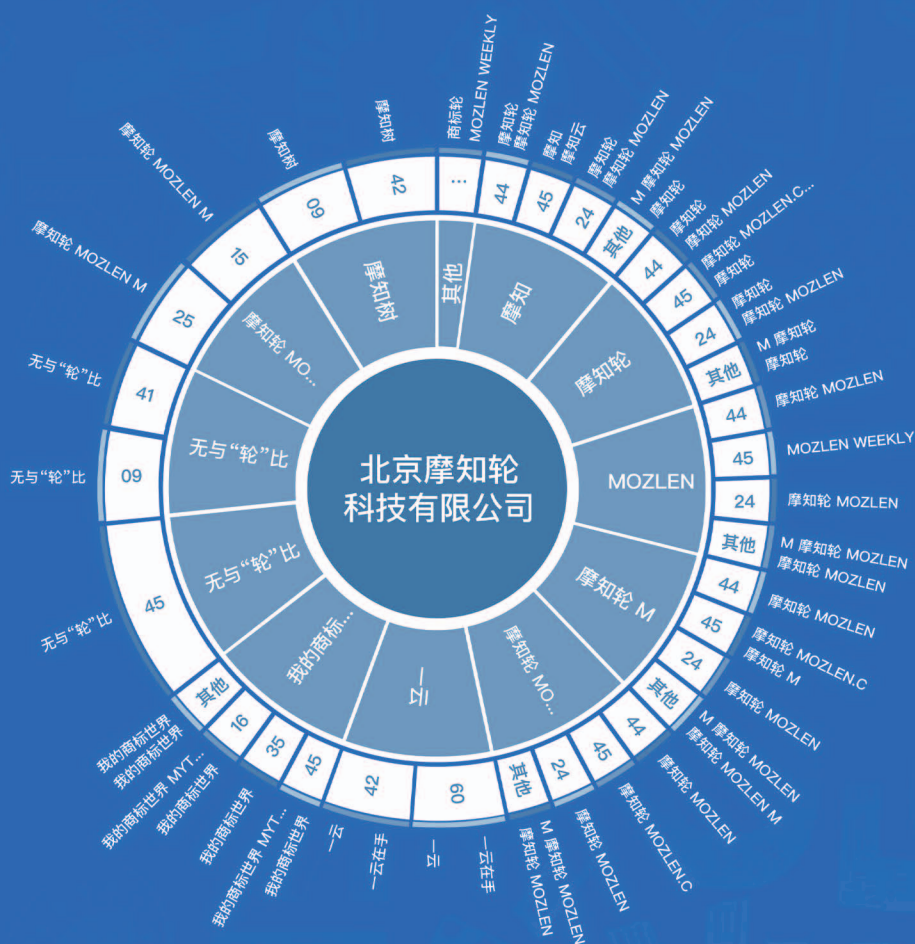
订货热线：13501437678

联系人：林先生





北京摩知轮科技有限公司，是专业商标品牌大数据AI智能检索和管理SAAS系统提供商，公司秉承“让商标数据更专业”的服务初心，通过转轮可视化、筛选精细化和展示智能化的链接，打通商标管理流程，注入“人工智能+实时大数据”核心技术，以“数据+工具”和“企业+代理”双融合的联通理念，重新定义商标管理模式，为企业和机构商标管理者打造一站式、数字化、自动化的服务平台。



摩知轮现有用户已达千余家，包括业内知名的国内及国际专业知识产权事务所，金杜、君合、贸促会专商所、港专、柳沈、集佳、万慧达、三友、永新、Baker McKenzie、Bird & Bird、Rouse、Hogan Lovells、KIM & CHANG；以及诸多知名企业，如快手、华为、小米、金山、搜狐、360等等。

地址：北京朝阳区建国路招商局大厦12层1201



wistron®

纬创®

纬创资通专注于信息及通讯科技产品的研发、制造与售后服务，并发展绿资源、光电及云端等高附加价值的产品、系统与服务，为 ICT 产业之技术服务提供商(Technology Services Provider,TSP)。

2011、2012、2018~2020年荣登美国财富杂志 (Fortune) 全球500大企业

2009~2020年连续12年获福布斯杂志 (Forbes) 评选为「全球2000大企业」

2011、2012年获数字时代杂志评选为亚洲，台湾科技百强双榜荣耀

2011~2019年连续9年获天下杂志颁「天下企业公民奖」

2010年获福布斯杂志 (Forbes) 评选为「全球高成长企业」

2007年~2009年获福布斯 (Forbes) 亚洲杂志评选为「亚太50家优秀上市企业」

www.wistron.com



编者按：立体商标，是指仅由三维标志或者含有其他要素的三维标志构成的商标。三维立体标志作为可申请注册商标的要素，要获得注册都有哪些条件要求和注意事项？本文作者为最高人民法院的法官，以宝利通公司三维立体商标无效宣告案为例，以三维立体商标标志确定性的审查判断为切入点，对三维立体标志获得商标注册的条件及法律依据进行分析，指出三维立体标志的确定性是认定标志是否具有显著性，并进而认定标志应否获准商标授权确权的前提条件的原则，并在文中结合案例阐明了对三维立体标志是否具有确定性的判定标准及具体判断方式。对类似案件的审理具有指导意义。

三维立体商标标志确定性的审查判断

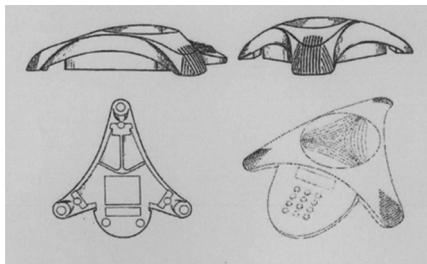
——以宝利通公司三维立体商标无效宣告案为例

晏景 曹佳音

案情概述

宝利通公司为第8341029号三维立体商标（以下简称诉争商标，见附图一）的权利人，该商标系由类似三角形的电话机身及圆弧形电话机键盘组成，核定使用商品为第9类“电信会议和视频会议用计算机软件；集成、控制、增强、保护和管理视频、语音和数据通信用计算机软件；计算机硬件；免提电话；电信会议用设备；视频会议用设备；电传会议用设备”。深圳市音络科技有限公司（以下简称音络公司）以诉争商标的注册构成2013年修正的《中华人民共和国商标法》（以下简称商标法）第十一条、第十二条规定的情形为由，申请宣告诉争商标无效，国家工商行政管理总局商标评审委员会（以下简称商标评审委员会）裁定对诉争商标予以维持^[1]。音络公司不服该裁定，向法院起诉，请求撤销被诉裁定，并判令商标评审委员会重新作出裁定。一审法院以宝利通公司通过使用使诉争商标取得了显著特征，并便于识别，可以作为商标予以注

册为由，最终判决驳回了音络公司的诉讼请求，维持被诉裁定^[2]。音络公司不服上述判决提起上诉，主要理由为诉争商标所示立体图形在空间上不成立，一审判决认定诉争商标具有显著特征属事实认定错误等。二审法院审理后认为，诉争商标标志存在不确定性，无法得出诉争商标是否具备显著特征或是否经过使用取得了显著特征的结论，并认为一审判决和被诉裁定有关诉争商标具备显著特征的认定缺乏事实基础，据此判决撤销一审判决和被诉裁定，并判令商标评审委员会重新作出裁定^[3]。

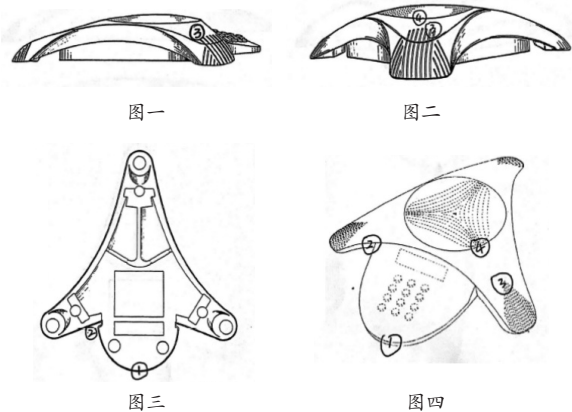


附图一：诉争商标

宝利通公司不服二审判决，向最高人民法院申



请再审，主要理由为：诉争商标符合商标法及2014年修订的《中华人民共和国商标法实施条例》（以下简称商标法实施条例）的有关规定要求，二审判决认定诉争商标存在不确定性属适用法律错误。最高人民法院经审查认为，根据宝利通公司申请注册时提交的诉争商标图样（见附图二）及商标档案记载的诉争商标视图，虽然能够大体确定诉争商标的基本外部轮廓，但经比对可见，各视图所显示的三维立体商标在拾音孔、出音孔、圆弧形键盘以及键盘与三角形话机部分间夹角卡槽等多个关键部位上存在差异，以至于无法通过该商标图样确定诉争商标三维标志的具体形状及其比例关系，故诉争商标标志不具有确定性，不符合商标法实施条例第十三条第三款的规定，二审判决对本案的事实认定并无不当，二审判决认定诉争商标应予无效宣告亦无不当。故裁定驳回宝利通公司的再审申请^[4]。



附图二：宝利通公司申请注册诉争商标时所提交的图样分解

法律评析

一、三维立体标志获得商标注册的条件及法律依据

三维标志即能够通过商品本身的形状、商品的包装物或者其他三维形状识别商品和服务来源的标志^[5]。商标法第八条规定，任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组

合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。根据该条规定，三维立体标志可以作为商标申请注册。本案中，宝利通公司所申请注册的诉争商标系电话机（包括机身及键盘），即为三维立体标志，符合商标法第八条规定，属于可申请注册的范围。但该法第十一条对商标获得注册的条件——标识的“显著性”予以规定：“仅有本商品的通用名称、图形、型号”或“仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点”，以及“其他缺乏显著特征”的标志不得作为商标注册。当然，该条同时也规定了除外情形：即上述几种情形所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。该条规定实际上确定了商标获得注册须具备“固有显著性”的先天条件；如果不具备，亦须经过使用后具备“获得性显著性”的后天条件，才可能获准注册。商标法第十二条进一步针对三维立体标志的注册条件进行规定：“以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。”也就是说，三维立体标志要获得注册，不仅要符合商标法第十一条针对一般标志所规定的“显著性”条件，还需符合第十二条专门针对三维立体标志“显著性”所规定的条件。

对于上述条件的认定，本案一审判决中即有所体现。由于本案中宝利通公司申请并获准注册的诉争商标为“类似三角形的电话机机身及圆弧形电话机键盘”组合，一审判决认定其造型基本为该商标核定使用的商品外观，相关公众会将其当作商品外观本身进行识别和认知，而非认作区分商品来源的标识，因而不具有“固有显著性”；但由于持有人长期使用该组合已具备“获得性显著性”，因而一审法院最终认定诉争商标符合商标法第十一条、第十二条规定的注册标准，并判决维持了该商标的注册。

不可忽略的是，商标法实施条例第十三条第三款亦针对三维立体标志获得注册的条件作了规定：



“以三维标志申请商标注册的，应当在申请书中予以声明，说明商标的使用方式，并提交能够确定三维形状的图样，提交的商标图样应当至少包含三视图。”该条规定系对商标法第八条、第十一条、第十二条规定的补充及进一步细化，意在规范以三维立体标志申请商标注册时须符合相应的基础要求及前提条件。其中，要求商标申请人提交的商标图样能够确定申请商标的三维形状，是该条的核心内容之一。亦即，申请注册的三维立体标志，其三维形状的确切性是对其“显著性”条件进行审查，乃至最终应否获准注册的基础要求和前提条件。本案二审判决以及最高人民法院经过再审审查后作出的裁定，正是基于该条规定的内容对被诉裁定及一审判决作出了撤销改判的结论。

二、诉争商标的确定性是判断三维立体标志显著性的前提条件

由于商标授权确权行政程序涉及的是商标注册申请人与不特定的社会公众之间的权利义务关系，其运行目的在于赋予相关市场经营主体以特定的民事权利，以禁止他人未经权利人许可而在相同或者类似商品和服务上使用相同或者近似的商标。因

此，由该行政程序所授予的商标权，其权利边界、范围及内容必须是明确而具体的。而商标标志的确定性对于商标权利边界、范围及内容的界定具有重大意义，标志的准确无误、唯一确定是其他法律条款准确适用的前提。对于三维立体标志来说，尤为如此。

反之亦然，在具体案件中，判断三维标志是否具有商标的显著性、能否获得注册，必须结合相关标志应当符合的前提条件加以具体的审查，而审查对象的确定性则是判断的重要前提之一。若审查判断的标志无法准确、唯一地确定，即无法判定其是否具备商标注册所需的显著特征；进而无从认定应否准许该商标申请，其结果势必导致申请被驳回或已经注册的商标被宣告无效。

此外，若商标的确定性存在问题，即使商标申请人或已经获得注册的持有人在诉讼中向人民法院提供了修正后的图样，亦难以挽回局面。从本案的诉讼过程来看，二审诉讼过程中，宝利通公司补充提交了书面的情况说明，对诉争商标图形作出了说明并提交了修改后的商标图样作为参考，但二审法院并未采纳。其原因在于，如果允许当事人在诉讼



过程中以新的商标图样代替原商标图样,相当于在诉讼过程中引入了新的商标标志,并实质性地修改了商标档案中记载的诉争商标标志,这种做法会对现有的商标注册秩序产生根本性的冲击。因此,二审判决认定,为了保证商标权利范围的确定性和公示性,不应在商标法和商标法实施条例规定的法律程序之外,引入新的商标标志修改文本。诉争商标因其自身在标志方面存在的瑕疵所导致的不利法律后果,应当由宝利通公司自行承担。

三、三维立体标志确定性的审查范围及内容

对于三维立体标志来说,在审查其确定性时,首先要审查其商标图样能否确定标志的三维立体形状;如果商标档案对于商标标志的整体轮廓及各组成要素无特别说明,审查范围应当包括图样中三维立体标志的各要素内容。

本案中,诉争商标的注册能否得以维持,首先就涉及对诉争三维标志确定性的审查,即审查三维立体商标的注册申请者所提供的三维标志图样是否符合商标法实施条例第十三条第三款规定的条件。宝利通公司在申请注册时提交的四幅诉争商标图样与诉争商标档案所显示的图样^[6]一致,根据诉争商标注册申请书显示,申请书的“商标说明”部分仅载明“整体无含义”,此外并未就诉争商标图样作出进一步说明。因此,判断诉争商标的注册是否具有确定性以及是否符合商标法的其他相关规定,应当以该商标图样为依据。根据宝利通公司申请注册时所提交的四幅分解样图^[7],诉争商标系由类似三角形的电话机机身与圆弧形电话机键盘组成。四幅图样中图一、图二、图四显示了诉争商标正面放置时不同角度的视图,图三显示了诉争商标反面放置时的背面视图。从正面放置时不同角度的视图观察,三角形电话机机身三边呈流线型,三个顶点为圆弧形,各顶点分布有栅栏状花纹的拾音孔;三角形中间位置为圆形出音孔(喇叭),以栅栏状花纹盖板覆盖;圆弧形键盘与三角形一边相连接,在键盘上分布有显示屏及按键。将四幅图样对照观察,可见:1.图三与图四所示圆弧形键盘的弧度大小以及

键盘与三角形话机的比例等方面均存在明显差异。图三键盘弧度小,与话机相比所占比例较小;图四键盘弧度大,与话机相比所占比例大。^[8]2.图三与图四所示圆弧形键盘与三角形话机连接的两端夹角卡槽处形状有所差异。图三为有回旋的卡槽连接,而图四为尖角卡槽连接。^[9]3.图一、图二与图四所示各拾音孔的栅栏状花纹存在差异。图一、图二所示栅栏状花纹顶端平齐,而图四所示栅栏状花纹顶端为水滴状。^[10]4.图一、图二与图四所示出音孔(喇叭)栅栏状花纹的标识位置存在差异,图一、图二所示正对拾音孔位置无出音孔(喇叭)栅栏状花纹标识,而图四所示该位置有出音孔(喇叭)栅栏状花纹标识。^[11]

可见,宝利通公司提供的四幅商标图样所显示的三维立体商标在多个关键部位处并不一致,相互之间存在矛盾,以至于无法通过该四幅图样确定诉争商标的三维立体图形。虽然宝利通公司在二审阶段提交了书面情况说明,对诉争商标各图样之间存在的上述差异进行了解释,并提交了修改后的商标图样作为参考,但相对于其提交的商标注册申请书以及商标档案的记载而言,修改后的商标图样在拾音孔、出音孔(喇叭)、圆弧形键盘与三角形部分间夹角卡槽以及圆弧形键盘的弧度等方面均存在实质性差异,上述修改已经超出合理范围,相当于引入了新的商标标志,根据商标法第二十四条规定^[12],应当重新提出注册申请,故上述情况说明和修改后的商标图样不能作为解释诉争商标标志图样的依据。综上,宝利通公司提交的三维标志图样不符合商标法实施条例第十三条第三款关于确定性的相关规定。

再审审查阶段,宝利通公司认可其所提供的商标图样之间存在差异,但认为差异部分主要在于图三与图四所显示的圆弧形键盘弧度大小不同,图一、图二、图三就能够确定诉争商标图形,其比例关系是确定的;此外,宝利通公司认为,图四仅作为实施参考图提交,图样本身确实不够严谨,但其在二审中提交的补充说明材料及所附图样已经修正



了这一问题；同时认为，卡槽及拾音孔、出音孔的花纹等细节部分不影响对诉争商标的判断。无效宣告申请人音络公司则认为，拾音孔、出音孔处的花纹具有功能性，不仅仅是细节，且宝利通公司在申请商标注册时并未放弃对细节的专用权，宝利通公司曾对音络公司进行投诉就是依据细节部分，因而上述细节部分不可忽略。对于上述主张，最高人民法院认为，首先，诉争商标图样中圆弧形键盘的弧度大小以及其与三角形话机的比例关系，实质性地影响诉争商标作为三维立体商标的形状，属诉争商标的主要部分，并非细节；其次，虽然相对于圆弧形与三角形构成的整体外部轮廓而言，喇叭、键盘、拾音孔、卡槽等部位存在的差异系细节部分，但是根据商标档案中载明的诉争商标图样，上述部分均系诉争商标的构成要素，由于诉争商标在申请注册时并未对上述部分在诉争商标标志中的地位及其与整体轮廓的关系作出进一步限定，因此在判断诉争商标确定性时，上述部分亦属于考察范围。

四、结论

最高人民法院最终对本案的再审审查裁定，确立了三维立体标志的确定性是认定该标志是否具有显著性，并进而认定该标志应否获准商标授权确权的前提条件的原则，同时阐明了对三维立体标志是否具有确定性的判断标准及具体判断方式。裁定明确，判断三维标志是否具有确定性应当以商标档案中载明的商标图样为准，如果该三维标志图样的各视图所显示的图形存在差异，以至于无法据此确定该三维标志的具体形状及其比例关系，则该标志不具有确定性；当事人事后提交的关于三维标志图样的书面说明，如果涉及的图样与商标档案中记载的商标图样存在实质性差异，则不能作为解释该三维标志图样的依据；在商标档案对于三维标志的整体轮廓以及各组成要素未作出进一步限定的情况下，该三维标志图样中的全部构成要素均属于考察范围。上述判断标准及方式具有较强的操作性，对类似案件的审理具有指导意义。■

作者单位：最高人民法院

注 释：

- [1] 见国家工商行政管理总局商标评审委员会商评字[2016]第39183号《关于第8341029号图形（三维标志）商标无效宣告请求裁定书》。
- [2] 见北京知识产权法院（2016）京73行初3072号行政判决书。
- [3] 见北京市高级人民法院（2018）京行终175号行政判决书。
- [4] 见最高人民法院（2019）最高法行申10746号行政裁定书。
- [5] 参见郎胜主编：《中华人民共和国商标法释义》，北京法律出版社，2013年10月第一版，第22页。
- [6] 见附图一。
- [7] 见附图二。
- [8] 见附图二中图三、图四标①处。
- [9] 见附图二中图三、图四标②处。
- [10] 见附图二中图一、图二、图四标③处。
- [11] 见附图二中图二、图四标④处。
- [12] 商标法第二十四条：“注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请”。



编者按：由中华商标协会主办，万慧达知识产权冠名协办，北京君策知识产权发展中心承办的“万慧达杯”2021中华商标协会全国高校商标热点问题征文比赛得到了社会的广泛关注及各大高等院校在校学生的踊跃参与。本期起本刊特设“‘万慧达杯’2021中华商标协会全国高校商标热点问题征文比赛获奖作品选”栏目，精选获奖征文，以飨读者。

商标核准注册行为性质探究

海伦娜

一、问题的提出

商标权作为知识产权权利体系中较为特殊的一项，因为难以被概括为是一种“智力成果”而显得与著作权和专利权“格格不入”，其能否作为一种私权进而被定义为是一种绝对权一直以来都不乏质疑的声音。与著作权相比，商标权与专利权的“获得”都需要经历向行政机关申请的步骤，由行政机关进行能否“授权”的判断后对外公示，没有收到异议或收到异议后驳回才算是确定了该权利的归属。与专利权是对一种技术方案的排他独占相比，商标权对于商业标识得以垄断的正当性基础在注册取得制确立之后更是饱受诟病，在现实中也引发了恶意注册、商标囤积等问题。

关于商标核准注册行为的性质一直以来争议未决，行政法和知识产权法学界及实务界也已不乏讨论，但分析问题的进路多是先解读具体行政行为的定义，再与商标核准注册进行比较，寻找最为合适的一种进行匹配^[1]；也有观点从商标权的性质出发进行解释，认为商标注册属于要式的单方民事法律行为，是一种准物权行为。^[2]事实上，商标权有其自己的发展历程和特殊属性，这与其在经营环境中扮演

的角色有着必然的联系。本文旨在结合商标法的立法脉络分析行政机关核准商标注册行为的性质及作用，尝试对其进行理解定性，反思在商标授权的特殊语境中行政机关应当扮演的角色与发挥的功能。

二、权利来源：使用取得还是注册取得

（一）使用取得制的没落

直到19世纪中叶，有关商标的法律仍保持着按对象具体化和极端的保守性——商标并未成为一种财产权保护的对象，对盗版行为的追究只能基于反对对商标进行欺诈性使用。1838年的Millington v. Fox案中，Cottenham勋爵认为衡平法应当禁止商标侵权，尽管侵权行为没有欺诈意图，也并不知道原告对所涉商标的所有权。这一论断被后世认为是商标侵权禁令的第一案，是对商标使用产生财产权的承认，并开启了衡平法以财产权理论为基础保护商标的历史。^[3]

对商标进行保护的原理和以何种方式对其进行保护是存在争议的，但商业活动中越来越多的仿冒和诉讼使商标领域的立法迫在眉睫，于是1857年法国的第一部商标法——《关于以使用原则和不审查



原则为内容的制造标记和商标的法律》应运而生。值得注意的是，该部法律仍是以使用作为商标获得保护的条件，但却引入了注册登记制度来作为一种商标使用的证据，宣告、推定商标权的存在。^[4]英国、美国等国家相继确立了自己国家的商标法以适应商业发展的需要。

然而，使用取得制的弊端逐渐因日益复杂的商业环境而暴露。首先，没有准确的参照，经营者无从得知自己选用的商标是否与他人的相同或相似，因为尽管可以作为商标的客体十分丰富，但消费者对于特定商品或服务所产生的联想是相对局限的，所以存在机缘巧合选择相同或相似标识的可能。其次，上述相同或相似商标的使用范围很可能随着贸易的扩张而有所重叠，若争议各方都在各自的经营范围内存在通过使用使商标与商品或服务产生联系，即获得商标权的基础行为，使用取得制无法解释如何判断权利归属。这一问题在跨国贸易发展如火如荼的情境下更为棘手，因而1883年签订的《巴黎公约》实际上肯定了申请和注册对于确定权属的作用。出于种种原因，第一部商标法的诞生国法国在1964年放弃了沿用一百余年的使用取得制，改为采取注册取得制。^[5]而一直秉持使用取得制的美国为保护国民待遇原则下本国国民的权益，也完善了注册制度。

（二）注册取得制的扩张

尽管没有否认使用仍是商标权来源的核心，登记注册在商标乃至整个知识产权制度中的地位却逐渐扩张，这似乎是知识财产想要克服其无形性，变得稳定而易于呈现的最好的方式。一方面，登记机关由官方财政支持的组织机构担任，登记的结果明确标准化而使人信服；另一方面，登记将无体财产简化为一纸书面登记，从而克服了空间和时间上的困难，以更加简洁的方式传递其内容和权利边界。具体到商标，登记可以作为被诉者是否使用相同标识的参照，还可以查明货物的原产地乃至确定生产线上每一经手者的责任。^[6]在参与者日益增多贸易范围日益扩大的商业环境中，以登记作为商标获得保

护的先决条件成为了一种大势所趋的立法选择。

特定物品基于其特征、颜色、形状或尺寸而有的财产性质的权利可以某种方式和维度存在，但这种权利不是商标权的本质，^[7]甚至不能以商品本身的性质作为标识（或其一部分）来代表商品，否则将对相同或类似商品的经营者带来极大的不便利。很难说对商标的保护是保护符号本身，而是其所发挥的将商品与不同来源的类似商品区分开来以表示其出自特定制造商或贸易商的作用，显然这种作用的发挥需要进行高额的市场投入，历经较长的时间才会在消费者心中形成印象。然而，基于登记注册便能获得对申请标识的商标权，似乎是对商标权本质的一种“颠覆”。

注册取得制真的否认了使用在商标制度中的核心地位吗？答案应当是否定的。奉行使用取得制的美国即便在1988年修改的商标法中强化了注册的地位，但使用仍然保留了其在市场中的决定作用：已实际使用的商标可以申请联邦一级的“主簿注册”，未实际使用的商标可以依据其使用意图提出注册申请，但在颁发允许通知的6个月内申请人必须提供实际使用的声明或申请延期，直至符合条件才能获得注册证书。作为激励注册的条件，联邦注册补充了商标所有人所能享有的一切权利，其效力也遍及全国，并作为最有力的权属证明而无需自证拥有商标权。获准注册的5年之后，该权利便无需再接受质疑。^[8]而采取注册取得制的欧盟以显著性作为注册商标的必要条件，既明确承认商标可以通过使用获得显著性，^[9]也规定了维持商标注册的真实使用义务，^[10]与TRIPs第19条相一致。

（三）小结

即便《兰哈姆法》将商标相关规定建立在宪法的贸易条款项下，意味着商标存在的前提是存在贸易，美国仍然抛弃了纯粹的使用取得制建立了较为完备的商标注册制度，而《巴黎公约》第六条之二及《与贸易有关的知识产权协定》第十六条则规定成员国应对未注册的驰名商标提供保护，可见注册与使用都可作为商标权原始取得的依据，并且存在



如英国般利用混合模式确权的情形。从理论上讲，基于使用的商标制度其灵活性主要集中于消费者，而基于注册的商标制度则以更明显的形式主义给了企业更多的便利，因为其确保了权利获得和范围的可预测性。^[11]实际上，在权利的原始取得方面二者因不同国家的价值取向不同而各有侧重，互为补充，但商标制度的核心仍然是使用，即便因注册获得所谓的商标权，未经使用的商标仍难以得到维持而随时有被撤销的危险。

三、核准注册：行政许可还是行政确认

（一）行政许可说

我国1982年颁布的商标法确立了商标的注册取得制，^[12]主管部门为国务院工商行政管理部门商标局。根据商标法的规定，获得商标权的流程包括商标注册的申请、商标注册的审查和核准，申请人向商标局递交申请材料后，由商标局判断是否符合准予注册的条件，初步审定公告无异议或异议被驳回的，便可发给商标注册证，并予公告。现

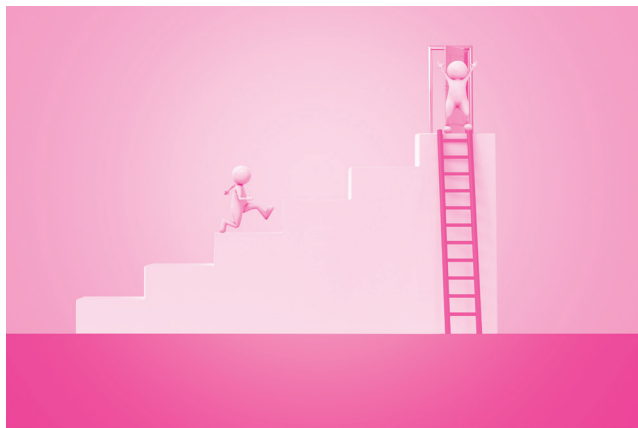
行《商标法》第三条规定：经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。也就是说，核准注册的商标便取得了法律的认可，申请人对其具有了专用权。

根据《行政许可法》的定义，行政许可，是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。^[13]对行政许可的概念进行分析可得出其要件为：特定行政主体依相对人的申请做出的授益性行政行为，准予申请人获得从事特定活动的权利或资格，一般需要遵

循法定程序并附有正规文件。^[14]通说对行政许可性质的界定是“解禁”或“权利恢复”，但存在“法律的一般禁止”是否是行政许可前提的争议，对此有行政法学者回应，所谓禁止分为明确禁止和非明确禁止，对于后者（法律虽未禁止从事相关行为）只有符合相应的条件才能享有资格和权利。^[15]行政许可一般包括申请、受理、审查、听证、决定程序，对于行政许可还存在事后的监督检查，根据检查结果导致中止许可、变更许可内容或宣告无效、撤销、注销等后果。

从商标申请注册到核准公告，产生商标专用权的过程与行政许可非常一致，但对于行政许可本质的理解不同，将商标授权与其相匹配的论证路径也不同：从“赋权说”的角度，商标注册前该标识是不受法律保护的，但经行政机关依法审查并授权后产生了垄断权利；^[16]而从“解禁说”的角度，存在不明确禁止，法律不禁止非注册商标持有人自己对商标进行使用，但不会积极保护其禁止他人使用该商标的权利。^[17]事实上，对行政许可说的反驳也确实基于对其本质的把握：首先，赋权的前提是赋

予的一方本身拥有该权利，显然商标局本身并不具有赋权主体的资格，只是一个判断权利是否可以专属于申请者的角色。至于在商标核准注册后申请人才“享有的”垄断权，实际应当是财产权的题中应有之意，只是基于商标权无形性的特征，核准注册前申请人事实上不能行使该权利，而非法律上不能。其次，“法律上的一般禁止”是指未获得许可前相对人便不得从事某活动或实施某行为，否则是违法的，显然在商标的语境下即便未注册也不禁止对商标的自己使用；虽然很多许可领域存在不明确禁止，但不满足相应资格和条件的主体在事实上不



能从事相应活动，而商标通过使用获得显著性正是使用取得制的初衷。

（二）行政确认说

行政确认没有法条的确切定义，一般认为行政确认是行政主体依法对相对人的法律地位、法律关系或者有关法律事实进行甄别，给予确定、认可、证明（或者否定）并予以宣告的行政行为。^[18]行政确认与行政许可最大的不同在于，无论是从赋权还是解禁的角度理解行政许可，其结果都是使申请人获得了某种未获许可的人没有或无法行使的权利或资格；而行政确认却不产生任何新的权利义务，特定法律事实或法律关系是否存在并不由行政机关决定，但其行使行政管理权进行确认后便具有了强制力，任何人都应当服从。

然而，认为商标核准注册属于行政确认的观点也存在不同的论证思路，分歧却产生于对商标申请行为的不同理解：一种观点认为商标注册与审查核准是依申请的对事实^[19]或权利归属^[20]的确认，还有一种观点认为商标申请是民事法律行为，而注册行为是其生效要件。^[21]实际上根据商标权的性质和商标法的规定，核准注册后的商标便得到了法律对其专有权属性的肯定，将申请行为拆解成根据申请人意思表示发生效力的民事法律行为从而强调商标的私权属性实际并无太大意义。

笔者认为，注册取得制并未否认使用在商标制度中的重要意义，也不意味着是一种权利的创设，而是针对商标这一无形财产权的特殊确认，是一种权利拟制。申请人向商标局递交注册申请后，商标局对其进行初步审查以判断是否符合最基本的合法性要件、显著性要件，这里的显著性是指商标作为一种商业标识所应具备的证明商品服务不同于其他来源的区分能力。若该商标并未在经营中实际使用过，则会要求符号本身在注册之初就具备较高的显著性，以便在日后的使用中快速传递相应的信息。核准注册意味着法律对这一未经使用的标识上拟制权利的确认，认可其有通过使用建立商誉的潜力，但在一定时间内未使用则意味着申请人不满足

商标权所有人的资格，通过撤销制度来否认申请人在该商标上的权利。而标识本身不具有较高显著性时则需要权利人自己证明通过使用使其获得了识别能力，但这并不是因为商标权由核准注册的机关授予，而是因为作为公共利益的守护者，商标局需要更为审慎的判断申请人对显著性较低标识的垄断是否会造成较高的社会成本，再对申请人的商标权进行确认。

（三）小结

首先可以肯定的是，商标的核准注册是一种行政行为而非民事行为。尽管商标权的私权属性得到了普遍的承认，但明确商标局核准注册行政确认的性质并不意味着将商标制度行政化，而是利用行政确认的强制力来为行政管理和法院的审判工作提供更为客观和准确的依据，并且降低权属纠纷发生的几率和成本，保护相对人的合法权益。虽然注册取得制使申请人在未实际使用商标建立商誉之时便确认了其对该商标的专有权，但这是一种立法的技术选择，而非否认商标权本质所保护的对象，这种对权利的拟制确认会设定一段时间考察申请人是否通过使用使其权利人的资格完满，否则将会否认先前的确认，使本由申请人独占的商标资源重新回复到公有领域的状态。

四、结语

一直以来，作为一种无形财产的知识产权因其凝结的智力劳动成果而被认证为是财产权从而获得保护。商标权则较为特殊，其所保护的对象根据通说，是主体对于建立特定商业标识与商品服务之间的稳固联系所付出的努力，也就是所谓的商誉。然而，在商品经济高度发达的今天，无论是出于清晰界定权利边界从而保护交易安全的目的，还是为了提高效率从而便于进行市场管理，商标注册制都成为了一种必然的选择。商标局核准商标注册的行为应当理解为是一种对商标权属的行政确认，从而作为一项具有拘束力的客观依据在商业环境中起到



定纷止争的作用。即便注册主体与申请注册为商标的标识之间或许还没有形成特定的联系，行政机关也在初步审查后对注册商标权进行拟制确认，申请人需要在一定期限内通过使用证明自己权利主体的资格，也就是建立商誉，否则将通过撤销制度宣告对先前权属确认的否定，申请人不再对标识拥有专

属权。

作者单位：北京大学

注：本文获“万慧达杯”2021中华商标协会
全国高校商标热点问题征文比赛研究生组
三等奖。

注释：

- [1] 争议焦点在于商标核准注册应当被认定为行政确认（如冯术杰：《注册商标的权利产生机制》，载《知识产权》，2013年第5期、沈俊杰：《商标局核准注册商标行为定性之争——是商标授权，还是商标确权》，载《知识产权法学研究》，2013年第10期）还是行政许可（如唐艳、王烈琦：《对知识产权行政授权行为性质的再探讨》，载《知识产权》，2015年第1期）。
- [2] 田晓玲、张玉敏：《商标注册的性质和效力》，载《中国知识产权法学研究会2015年年会论文集》。
- [3] [澳]谢尔曼、[英]本特利：《现代知识产权法的演进：英国的历程（1760-1911）》（金海军译），北京大学出版社2006年版，第566页。
- [4] 彭学龙：《寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡》，载《法学研究》2010年第3期，第151页。
- [5] 同注[4]，第155页。
- [6] Richard Spencer, Some Administrative Difficulties Attending the Registration of Trade-Marks, Journal of the Patent Office Society, vol.22, 1940: p3.
- [7] W. L. P. A. Molengraaff, Nature of the Trade-Mark, Yale Law Journal, vol.29,1919: p304.
- [8] 李明德：《美国知识产权法》，法律出版社2003年版，第288-292页。
- [9] REGULATION (EU) 2017/1001 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 on the European Union trade mark, article 7.
- [10] 同注[9]，article 18.
- [11] Jane C Ginsburg, Euro-Yearnings - Moving toward a Substantive Registration-Based Trademark Regime, Harvard Law Review Forum, vol. 130, 2017: p97.
- [12] 《中华人民共和国商标法》（1982年）第三条：经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。
- [13] 《中华人民共和国行政许可法》第二条。
- [14] 罗豪才、湛中乐：《行政法学》，北京大学出版社2016年版，第187-188页。
- [15] 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2019年版，第219页。
- [16] 杜颖、王国立：《知识产权行政授权及确权行为的性质解析》，载《法学》2011年第8期，第93页。
- [17] 唐艳、王烈琦：《对知识产权行政授权行为性质的再探讨》，载《知识产权》，2015年第1期，第61页。
- [18] 同注[20]，第241页。
- [19] 同注[20]，第245页。
- [20] 同注[19]，第220页。
- [21] 冯术杰：《注册商标的权利产生机制》，载《知识产权》，2013年第5期，第23页。





阿道夫®

高端香氛洗护

爱的味道一辈子忘不了



白敬亭

阿道夫品牌代言人
白敬亭



扫码有惊喜

广州阿道夫个人护理用品有限公司

地址：广州市白云区鹤龙街启德路YOUCOIN·空间14号8楼

网址：<https://www.adolph.cn/>





贵州习酒
— GUI ZHOU XI JIU —



君品习酒 高端酱香

全国建议零售价：1399元/瓶



贵州习酒官方网站

贵州茅台酒厂(集团)习酒有限责任公司
GUIZHOU MAOTAI DISTILLERY (GROUP) XI JIU CO.,LTD.

网址：
www.gzxijiu.com

咨询热线：
400-667-1988



中国标准连续出版物号：ISSN 1006-7531
CN 11-3655/D

邮发代号：82-49
定价：16.00元

ISSN 1006-7531

