

# 淺析商標駁回相對理由的審查

—陳曉華—

《中華人民共和國商標法》第二十八條、二十九條規定，申請註冊的商標如果同他人在同一種商品或者類似商品上已經註冊的商標，或初步審定的商標，或申請在先的商標，亦或同一天申請但使用在先的商標相同或者近似的，應被駁回。本文就商標駁回相對理由的審查進行探討。

## 一、商標相同或者近似的概念

商標相同是指兩商標在視覺上基本無差別，使用在同一種或者類似商品或者服務上易使相關公眾對商品或者服務的來源產生誤認。商標近似是指商標文字的字形、讀音、含義近似，商標圖形的構圖、着色、外觀近似，或者文字和圖形組合的整體排列組合方式和外觀近似，立體商標的三維標誌的形狀和外觀近似，顏色商標的顏色或者顏色組合近似，使用在同一種或者類似商品或者服務上易使相關公眾對商品或者服務的來源產生誤認。<sup>1</sup>從以上定義可以看出，法律意義上的商標相同以及近似均是以易使公眾誤認，即存在“混淆的可能”為前提的。可能造成混淆不需要證明實際發生混淆。

## 二、商標相同或者近似的判定原則

判斷商標是否相同或者近似，首先應認定指定使用商品是否屬於類似商品；其次應從商標的外觀、讀音、含義和整體表現形式等方面，以相關公眾的一般注意力為標準，採取整體觀察、比對主要部分和隔離觀察的方法，判斷商標是否相同或者近似；同時還應考慮指定使用商品的特性、商標的獨創性和知名度等因素。

### 1. 以相關公眾的一般注意力為標準

消費者在購買商品時，總是以他對某商標的記憶或該商標在他頭腦中留下的印象為依據的，而這種記憶和印象是不精確的，或者說是模糊的，消費者通常記住的僅僅是商標的某些特徵。因此，如果兩個商標具有相同特徵而使普通消費者在施以一般注意力的情況下不能分辨，即為近似商標。

### 2. 隔離觀察

隔離觀察是指先觀察一個商標，得到一定印象後，再憑藉這一印象去判斷另一商標與之是否相同或者近似。隔離觀察的理由是，消費者往往是憑藉其對某一商標的主觀印象去挑選商品的，這種主觀印象是在消費者購買商品前就形成的。沒有理由要求消費者拿着某一商標標誌到市場做仔細比對後再購買其需要的商品。但目前世界上幾乎所有實行審查原則<sup>2</sup>的國家，都是將申請註冊的商標與商標數據庫里的商標進行仔細比對。因此，如何在實質審查中體現隔離觀察的原則是審查員應該注意的問題。下面要說明的整體觀察和比對主要部分的方法正是試圖解決隔離觀察的問題。

### 3. 整體觀察

整體觀察是判斷商標近似與否最重要的方法和原則，因為商標產生的整體印象一般具有決定意義。判斷兩個商標是否近似，必須從商標的整體效果或印象上得出結論，而不應將商標割裂開，簡單地從一個部分來斷言其混淆的可能性。

### 4. 比對主要部分

如前所述，不同商標的使用經常是隔離出現的，或者說從理論上，我們應當保證商標在隔離的狀態下不會引起相關公眾的誤認。整體外觀近似固然是導致商標近似的最重要因素，但整體有一定區別並不能保證消費者就一定不會誤認，因為消費者可能對商標的整體印象相對模糊，但對其中某些部分的印象深刻，如果是該部分近似，那麼即使其它部分不近似，也易使相關公眾產生誤認。印象深刻的這些部分就是商標的主要部分。商標的主要部分通常決定商標的基本特徵，比對商標的主要部分實質是對商標整體印象的根本之處加以比對，以確定商標的異同點是實質性的還是無關緊要的。商標的主要部分近似，判為近似商標；商標的主要部分不近似，次要部分近似，不判為近似商標。

那麼，應該如何確定商標的主要部分呢？筆者認為，確定商標的主要部分和次要部分，應根據該部分在商標中的顯著性的

強弱，顯著性較強的部分為主要部分，顯著性較弱的部分為次要部分。一般來說，文字部分特別是本國使用的文字，不僅影響到商標的視覺效果，同時也影響到商標的呼叫以及商標所表達的概念，應為商標的主要部分。而圖形、字母、數字、三維標誌和顏色組合也可能成為商標的主要部分。需要注意的是，一個商標可能有多個主要部分。

#### 5. 指定使用商品的特性因素

一般說來，消費者購買商品時的注意程度與所購商品的價值和專業程度成正比，商品的價值越大、專業性越強，消費者施加的注意力就會越多，就越不容易混淆，如飛機、汽車及大型專業設備等；反之，商品的價值越小、專業性越弱，消費者施加的注意力就會越小，就越容易混淆，如日用消費品等。

#### 6. 商標的獨創性和知名度因素

一般情況下，商標的獨創性越強，知名度越高，受法律保護的力度就越大，即所謂的“強商標強保護”；缺乏獨創性的商標，知名度低或者不具知名度的商標，受法律保護的力度則相對要弱。當然，也有很多知名商標本身獨創性不強，但通過使用產生出較強的顯著性，這種商標也容易被仿冒，在商標審查程序中，也會受到較強的保護。

### 三、商標相同或者近似的審查

目前，世界上實行審查原則的各國在審查商標駁回相對理由時，基本上都是將申請商標按要素輸入計算機，再與商標註冊庫里的商標進行比對，以確定商標是否近似。我國商標法第八條規定，商標的構成要素包括文字、圖形、字母、數字、三維標誌、顏色組合以及上述要素的組合。而具體到每一個商標，其構成要素不盡相同，有的商標是由一種要素構成，有的商標是由多種要素構成。為方便起見，本文將上述諸要素劃為三類要素，即文字要素、圖形要素和組合要素，並以案例說明的形式來探討各要素之間相同近似的判定方法。因商標相同是商標近似的一種特殊情況，故本文主要探討商標近似的判定。

#### 文字構成要素之間近似的判定

文字是記錄和傳達語言的書寫符號，擴大語言在時間和空間上的交際功用的文化工具，對人類的文明起很大的促進作用。文字有特定的筆劃、讀音和含義，易於傳達對產品來源區分的識別性信息，是商標構成中識別性最強的一種要素，故一般

來說是商標的主要部分。

文字分為表形文字、表意文字、表音文字。表音文字是指用字母表示語音的文字（如英文和漢語拼音）。表形和表意文字是指用一定體系的象徵性符號表示詞或詞素的文字，不直接或不單純表示語音（如漢字）。相對而言，在現今世界範圍內，表音文字的使用更為廣泛、更為便利。

根據上述分析，筆者認為在審查文字構成要素時應從字形、讀音和含義等三個方面來進行考慮。但對不同的文字，側重點是不一樣的。比如，對漢字要素而言，其字形顯得相對重要；而對英文和漢語拼音要素而言，其讀音稍顯重要；另外，對於有確定含義的文字，其含義也是重要的考慮因素。

#### 1. 同一種語言文字構成要素之間近似的判定

##### (1) 漢字構成要素之間近似的判定

如前所述，漢字為表意文字，其字形顯得相對重要。如：“酷兒”與“酷几”，雖然兩商標讀音不同，含義也不近似，但由於字形非常近似，仍應判為近似商標。“蒙爾斯特”與“蒙爾斯吉”，字形近似，讀音和含義的區別不足以使消費者區分，故判為近似商標。但同時我們也不能排除讀音和含義的重要性。如，“高太絲”與“高太斯”，讀音相同，無含義，字形上有一定近似，兩商標應判為近似商標；而“高太絲”與“高泰斯”，因其字形區別較大，不會造成消費者的誤認，所以就不判為近似商標。再比如，“龍的傳人”與“龍的傳說”，雖然其字形近似，但其含義區別較大，足以使消費者區分，因此不判為近似商標。“幸運樹”與“幸運數”，讀音相同，字形區別不大，但含義區別明顯，不判為近似商標。而“鳳梨”與“菠蘿”，雖然其含義相同，但字形和讀音區別明顯，因此也不判為近似商標。

##### (2) 英文構成要素之間近似的判定

對英文要素而言，雖然其為表音文字，但我國是非英文母語國家，普通消費者不一定能準確讀出英文的讀音，也不一定知道該英文的含義，故字形仍起主要作用。如：“BILLDAN”與“BILLDANY”，兩商標僅差一個字母，判為近似商標。“GTI”與“CTI”，兩商標雖然首字母不同，但因其字形近似，判為近似商標。而“HOUSE”與“HORSE”，雖然字形和讀音都近似，但因其含義已為廣大消費者所熟知，且區別明顯，足以使消費者區分，不判為近似商標。另外，由於外文單詞有單複數及詞性等區別，

故由同一詞衍生變化來的詞一般判為近似商標。如：“FOOT”與“FEET”只是單數與複數的區別，判為近似商標；“BRAVE”與“BRAVERY”是形容詞與名詞的區別，判為近似商標。

### (3) 漢語拼音構成要素之間近似的判定

漢語拼音是指採用拉丁字母按聲母和韻母的組合規則拼寫普通話的語音。在商標中，漢語拼音一般以以下方式出現。

A. 兩商標的拼音部分都是作為漢字的規範註音出現。這種情況下，拼音部分一般是處於附屬地位，即是商標的次要部分。如，“星躍 XINGYUE”與“興越 XINGYUE”商標，因兩商標的主要部分漢字部分字形和含義區別明顯，足以使消費者區分，不判為近似商標；而“明樂 MINGLE”與“明樂 MINGYUE”商標雖然註音不同，但因兩商標的主要部分漢字部分完全相同，易引起消費者的誤認，應判為近似商標。但當其拼音部分都被突出表現而使拼音部分成為商標的識別主體時，應判為近似商標。如：



上述兩商標拼音部分表現突出，應為商標的主要部分，雖然漢字不同，但並不足以使消費者區分，應判為近似商標。

B. 兩商標都是純拼音商標。這種情況下，原則是參照英文商標的審查標準。但由於漢語拼音是漢語的一套音位系統，我國的普通消費者對此應該是比較容易認讀的。同時，漢語拼音是一種表音文字，故讀音顯得相對重要。如“CHANG SHAN”與“CHANG SAN”只是在第二個音節的聲母“SH”和“S”的區別，而這兩個聲母的發音也比較接近，兩商標都無固定的含義，字形及讀音上的細微差別並不足以使消費者區分，故應判為近似商標。同樣，“CHAO YIN”與“CHAO YING”也應判為近似商標。而“CHANG SHAN”與“CHANG DAN”雖然字形近似，無含義也即含義沒有區別，但因其發音不同，足以使消費者區分，不判為近似商標。

## 2. 不同種語言文字構成要素之間近似的判定

### (1) 漢字與英文之間近似的判定

漢字與英文一般字形不同，需要考慮的因素主要是音譯和意譯。一般情況下，有含義且該含義為相關公眾知曉的英文商標，主要含義相同或者基本相同，易使相關公眾誤認的，判為近似商標。如：“王冠”與“CROWN”，因該英文含義明確，互相對應

且為相關公眾知曉，含義的相同足以使相關公眾誤認，因此判為近似商標。而無含義的英文商標，主要考慮其音譯。如：“華倫天奴”與“VALENTINO”，因兩者的對應關係已為相關公眾所知曉，兩者的並存易使相關公眾誤認，故判為近似商標。但當中英文含義不完全對應，且其含義已被指定或者被限制時，就可能不判為近似商標。如：“幸福樹 HAPPY TREE”與“快樂樹”，“HAPPY TREE”可譯為“幸福樹、快樂樹”等，在本案中基本上已被限定為幸福樹，兩商標的並存不會造成消費者的誤認，故可能不判為近似商標。但如果單獨申請“HAPPY TREE”註冊商標，則可能與“幸福樹”或“快樂樹”判為近似商標。

### (2) 漢語拼音與英文之間近似的判定

漢語拼音與英文一樣都是由拉丁字母構成，原則上應參照英文商標之間及純拼音商標之間的近似判斷標準。但如果能確認漢語拼音部分為商標的次要部分時，一般不與英文商標判近似。如：“HUMANLI”與“HUMANLY”應判為近似商標；而“胡曼莉 HU MAN LI”與“HUMANLY”卻可能因漢字“胡曼莉”產生明顯的區別力而不判為近似商標。

### (3) 漢字與漢語拼音之間近似的判定

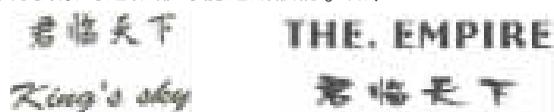
漢字與漢語拼音字形、含義區別明顯，在讀音上一般也無一一對應關係，原則上不會造成消費者的誤認，故一般不判為近似商標。如，“歐達”與“OU DA”，兩商標讀音相同，但字形區別較大，且與之同音的漢字很多，一般認為不會造成消費者的誤認。但當漢語拼音與文字有明顯的對應關係或共同的指向時，就可能造成相關公眾的誤認。如：



由於左圖商標有貓頭鷹圖形，基本上將其文字（漢語拼音）部分“MAOTOUYING”固定指向“貓頭鷹”漢字，而不是“毛頭蠅”或其他諸多同音的漢字，致使兩商標呼叫和含義相同，使用在同一種或類似商品上時，易引起相關公眾的誤認，就可能被判為近似商標。

### (4) 商標同時含有多種語言文字要素時近似的判定

當各種文字要素都有可能成為商標的主要部分時，則任何一部分要素的近似都可能造成誤認。如：



兩商標的漢字和英文部分都是主要部分,雖然其英文部分不近似,但因漢字部分相同,應判為近似商標。

當不同的語言文字組合在一起形成了一個明確的整體含義時,對商標近似的判斷主要着眼于商標整體含義的近似程度,而不應僅從商標的某一個部分來評價混淆的可能性。如:



上述兩商標給人最深的印象是其文字部分形成的整體含義“五星”,兩商標應構成近似商標。



上述兩商標雖然漢字部分相同,但整體給人的印象是“QQ眼”和“E眼”,而不是“眼”,故兩商標不判為近似商標。

當某部分文字構成要素為兩商標的次要部分時,即使該部分文字相同,因其主要部分或整體明顯不同,足以使相關公眾區分時,不判為近似商標。如:



上述兩商標的指定使用服務為飯店,燒烤是飯店表示風味特點的詞彙,缺乏顯著特徵,兩商標的主要部分應為英文和圖形,主要部分區別明顯,不判為近似商標。

#### 圖形要素之間近似的判斷

圖形是指在紙上或其他平面上表示出來的物體的形狀,是商標構成中的主要識別要素。在審查圖形要素時應從構圖、着色、外觀等三個方面來進行考慮。如:



該兩商標的構圖創意都是一個人騎馬,在着色上都是全黑的,外觀也非常近似,人和馬的朝向,人和馬的姿勢都近似,故兩商標應判為近似商標。

兩商標都由文字和圖形構成,當圖形要素為主要部分時,圖形近似則兩商標應判為近似商標。如:



上述兩商標的文字部分和圖形部分都是其主要部分,雖然

兩商標文字不近似,但由於圖形部分近似,應判為近似商標。

當圖形構成要素為兩商標的次要部分時,即使兩商標的圖形部分近似,因其主要部分或整體明顯不同,足以使相關公眾區分時,不判為近似商標。如:



雖然上述兩商標的圖形部分近似,但由於該圖形只是起裝飾性作用,在商標整體中處於次要地位,而兩商標的主要識別部分是漢字“卡曼雅”及“野之殞”,兩漢字部分從字形、讀音及含義等各方面都區別明顯,故不判為近似商標。

#### 文字構成要素和圖形構成要素之間近似的判斷

文字和圖形的表現形式區別比較明顯,一般不易引起相關公眾誤認。但當兩要素外觀近似時,也可能判為近似商標。如:



雖然說圖形對物體有一定的指代作用,但它與文字所起的作用還是不一樣的。如:“熊貓”、“PANDA”商標,雖然字體有一定區別,但由於其確指同一種哺乳動物,指定使用在同一種或類似商品上時,易引起相關公眾的誤認,應判為近似商標。而下面兩個熊貓圖形在視覺上給人的印象除了其特指的事物外,更多的是它們的構圖、姿態及外觀等因素,因此,即使使用在同一種或類似商品上的兩個熊貓圖形商標,只要其構圖、姿態和外觀區別明顯,就不會造成混淆。



同樣,熊貓文字商標和熊貓圖形商標更不可能引起消費者的混淆,故一般不判為近似商標。而當圖形與文字有一一對應或特指關係時,也可能因為所指代的事物唯一而且相同,判為近似商標。如:“米老鼠”文字與“米老鼠”圖形商標:

米老鼠



因米老鼠是迪士尼企業公司在上世紀60年代創造出來的著名卡通形象,已為全世界公眾所熟知。在同一種或類似商品

上以米老鼠文字和米老鼠圖形申請註冊商標,易引起相關公眾的誤認,應判為近似商標。

#### 商標整體外觀近似的判斷

商標文字及圖形部分都不近似,但整體外觀近似時,應判為近似商標。如:



兩商標都是由文字和圖形構成,其中文字部分“NIDA”與“NIKE”在字形、讀音上都有區別,單獨文字並不構成近似商標,圖形部分左圖象只小鳥,而右圖是一個鉤圖形,但商標的整體外觀和組合方式給人留下的整體印象卻是非常近似的,故判為近似商標。



上述兩商標文字區別明顯,左側商標圖形的主體部分為一只舞動的獅子,右側商標圖形部分為馬頭魚身,圖形本身並不近似,但兩商標的整體外觀和組合方式非常近似,應判為近似商標。

#### 含有他人商標或者含有他人商標主體部分時近似的判定

當一個商標完全包含另一個商標時,或者含有他人商標主體部分時,判定近似的原則為:(1)商標的整體外觀、呼叫和含義是需要考慮的關鍵因素;(2)審查員在判斷相同近似時,一定要考慮到是否有可能使相關公眾對商品的來源產生誤認,從而造成混淆;(3)含有他人商標並不一定會判定為近似商標。

當一商標是將他人商標突出使用時,一般應判為近似商標。如:



只是將他人商標進行簡單的修飾或者在他人商標中加上一些缺乏顯著特徵的要素,易使相關公眾產生誤認的,判為近似商標。如:“吉澳”與“新吉澳”,指定使用在“肉”商品上的“蒙原”與“蒙原肥羊”。

將他人的圖形商標或商標中處於主要部分的圖形部分進行一些簡單的修改而非實質性改變後作為自己商標的主要部

分出現時應判為近似商標。如:



左圖由文字及圖形構成,但其文字和圖形部分都是商標的主要部分,其中圖形部分只是對右圖進行簡單的修改,未產生實質性的改變,故兩商標應判為近似商標。

當然,我們也不能簡單地認為含有他人商標就一定會引起混淆。有些詞加上其他詞彙後如果有了新的含義或整體視覺區別明顯,也就可能不再近似。如“東方雪”與“東方雪狼”,“飛雲”與“飛雲嶺”,“YANNICK MARTIN”與“YANNICK”。

再者,當兩商標具有共同的部分時是否判近似,還應考慮指定使用商品的特性和商標的獨創性、知名度等因素。如,指定使用在“酒”商品上的“喬碼”與“喬碼液”商標應判為近似商標,因為“液”字意指“液體”,僅僅直接表示了本商品的形態特點,在酒商品上屬於相關公眾常用的,兩商標主體詞相同,易使相關公眾對商品的來源產生誤認;而同樣的商標指定使用在“服裝”商品上時,就有可能不判為近似商標。再比如,使用在“油漆”商品上的“紅獅”商標具有一定知名度,與在“油漆稀料劑”商品上申請註冊的“紅獅蘭龍”商標構成了近似商標;而同樣的商標指定使用在“自行車”商品上時,就可能不判為近似商標。

作者:國家工商行政管理總局商標局審查二處審查員

<sup>1</sup> 參見《商標審查標準》第三部分商標相同近似的審查,國家工商總局商標局商標評審委員會2005年12月公佈。

<sup>2</sup> 所謂“審查原則”是指商標註冊管理機構對註冊商標申請採取全面的審查,不但審查形式要件,審查駁回的絕對理由,而且對駁回的相對理由也進行審查,我國目前實行的是審查原則;相對應的“不審查原則”是指商標註冊管理機構對註冊商標申請只審查形式要件,審查駁回的絕對理由,而對駁回的相對理由不進行審查,由利害關係相關人通過後續程序解決,歐共體目前實行的是不審查原則。