

商标注册中“不良影响”条款的适用

高会会

长春理工大学法学院, 吉林 长春

收稿日期: 2022年11月16日; 录用日期: 2022年12月24日; 发布日期: 2022年12月31日

摘要

“不良影响”条款具有“双重兜底”功能,其不仅仅是《商标法》第十条第一款第(八)项的兜底条款,同样也是整个第十条第一款的兜底条款。“不良影响”的判定因素不仅包括标志本身及其构成要素,还应包括商标的使用方式。对于以“不良影响”为由禁止注册的标志应当区分“不良影响”的来源,对于本身及其构成要素具有不良社会影响的标志,则应当绝对禁止注册;对于由于使用行为产生不良影响的标志,则应当结合使用人、使用行为、使用目的和标志具体使用的商品或者服务类别,综合考虑是否应当禁止注册。

关键词

商标注册, 不良影响, 兜底条款

The Application of “Bad Influence” Clause in the Process of Trademark Registration

Huihui Gao

Law School, Changchun University of Technology, Changchun Jilin

Received: Nov. 16th, 2022; accepted: Dec. 24th, 2022; published: Dec. 31st, 2022

Abstract

The “bad influence” clause has the function of “double coverage”, which is not only the coverage clause of Item (8) of Paragraph 1 of Article 10 of the Trademark Law, but also the coverage clause of Paragraph 1 of Article 10 as a whole. The judgment factors of “bad influence” include not only the logo itself and its constituent elements, but also the way of use of the trademark. The sources of “bad influence” shall be distinguished for signs prohibited from registration on the basis of “bad influence”, and the signs with bad social effects on themselves and their constituent elements shall

be absolutely prohibited from registration; for signs that have bad influence due to their use, the registration shall be prohibited in combination with the user, the use behavior, the use purpose and the specific categories of goods or services used by the signs.

Keywords

Trademark Registration, Bad Influence, The All-Inclusive Clause

Copyright © 2022 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

《商标法》第十条第一款规定了标志申请注册商标的消极事由,其中第(八)项规定为“有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的”。虽然“不良影响”条款仅为第(八)项规定的后半部分,但是在商标法实践中,其适用相当广泛,甚至于成为其他条款不能适用时的“万能”条款[1]。

2. 《商标法》中“不良影响”条款的内涵

正确理解“不良影响”条款的内在含义是准确判定商标是否具有不良影响的关键。“不良影响”条款作为概括性的一般条款,其兜底功能不置可否,但是鉴于该规定的内容过于简单和模糊,其兜底的内容范围始终没有达成一致。

2.1. “不良影响”条款的三个层次“兜底”

关于“不良影响”条款的内容范围,主要有三种观点:1) 该条款是商标注册消极事由的兜底条款,是商标法中针对商标注册涉及公共利益保护的补充性规定[2]; 2) 该条款是第十条第一款规定的兜底条款,适用于前七项以及“道德风尚”条款规定以外的其他禁止注册的情形[3]; 3) 该条款是第(八)项的兜底条款,仅适用于其他与“道德风尚”相类似的有害于社会主义的情形,是商标法关于商标注册涉及“社会主义道德风尚”条款的补充条款[4]。

第一种观点中“不良影响”条款的适用范围最大,仅将其限定于公共利益之中而没有明确、具体的标准,缺乏法律规范要求的确定性。这不仅仅损害了商标申请人自由申请商标的权利,同样也是对法律确定性和可预见性的破坏。第二种观点相比较第一种观点,范围有所缩小,内容也相对明确。但是“不良影响”条款的表述方式并不符合其作为第十条第一款兜底条款的表达形式,如果立法者是将该条款作为第十条第一款的兜底条款,则应当将其单独列项,而不是将其与“有害于社会主义道德风尚”一同放在第(八)项中。第三种观点将“不良影响”条款规制范围仅限定在第(八)项内,认为“有害于社会主义道德风尚”与“不良影响”是包含与被包含的关系,将“不良影响”解释为“有害于社会主义道德风尚”的兜底条款,此种解释无法规制“不有害于社会主义道德风尚”但作为商标申请注册或者使用会产生“不良影响”的标志。

2.2. “不良影响”条款的“双重兜底”性质

“社会主义道德风尚”是指“社会上流行的良好风气和习惯”;“不良影响”是指“对社会公共利益和公共秩序产生消极负面的影响”[5]。对于“不良影响”与“有害于社会主义道德风尚”的包含与被

包含关系不置可否,但是将“不良影响”仅解释为“有害于社会主义道德风尚”的兜底条款,即将“不良影响”条款规制范围仅限定在第十条第一款第(八)项内,本文是反对的。

我们认为,“不良影响”条款具有“双重兜底”功能,其不仅仅是第十条第一款第(八)项的兜底条款,同样也是整个第十条第一款的兜底条款。其未单独成项是有原因的,“不良影响”本身范围过于宽泛,如果第十条第一款第(八)项仅规定为“有其他不良影响的”则给了裁判者过大的自由裁量空间,反而不利于其真正发挥作用。将“有害于社会主义道德风尚”规定在第(八)项前半部分对“不良影响”条款的适用进行了一定程度的限制,并非所有具有或者可能具有“不良影响”的标志均禁止注册,而是需要产生或者可能产生与“有害于社会主义道德风尚”程度相类似的不良影响才能禁止注册。例如,商标局和商标评审委员在《商标审查及审理标准》中提及的“含有政治、宗教、历史等公众人物的姓名”、“误导未成年人认知的汉字的不规范使用”等情形。¹

“不良影响”条款是“公序良俗”原则在《商标法》中的映射[6],是防止商标申请人或者使用人侵犯公共利益的最后一道屏障。当商标注册或者使用行为侵犯了社会公共秩序或者公共利益而无法适用具体条款时,“不良影响”条款作为兜底条款补充适用。“不良影响”条款含义与定位的不确定性,致使司法实践中对该条款适用范围的认定陷入困境,同时在明确该条款与相关条款适用界限时出现困难。因此,我们必须明确“不良影响”条款的“双重性质”,确定其内涵,以保证该条款的准确适用。

3. 商标注册中“不良影响”条款的适用困境

3.1. “不良影响”的判定因素存有争议

《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》第五条规定,“商标标志或者构成要素有消极负面影响的,可以认定为‘不良影响’”²。而人大法工委编著的《中华人民共和国商标法释义》中对“不良影响”的立法释义中提到,判定标准应考虑多种要素,包括但不限于标志本身。北京市高级人民法院则在《商标授权确权案件审理指南》中提及可以将商标的使用方式作为参考因素³。

从上述规定中就能看出,商标注册中“不良影响”的判断存在较大争议,主要有两种观点,第一种观点认为“不良影响”的判断应当仅限于标志本身及其构成要素,无需考虑其使用方式[7];第二种观点认为“不良影响”应结合商标的具体使用方式进行判定[8]。是否将商标的“使用方式”作为“不良影响”的判定因素直接影响商标标志是否构成“不良影响”,类似与刑法中“罪与非罪”的判定。

3.2. 商标的“使用方式”含义不明

北京市高级人民法院虽然提及了可以将商标的使用方式作为判断商标标志是否具有“不良影响”的参考因素,但是并没有明确商标的使用方式包括哪些方面。国家知识产权局认为,“不良影响”的判定应当综合考虑商标的使用背景,商标标志本身及其构成要素以及其使用的商品或者服务的类别和使用人

¹《商标审查及审理标准》具体指出,“不良影响”条款主要包括以下11个方面:1)有害于社会主义道德风尚,例如“干掉它们”“街头霸王”等;2)具有政治上不良影响;3)商标含有我国国家名称导致国家名称的滥用;4)有害于种族尊严或感情;5)有害于宗教信仰、宗教感情或民间信仰;6)与我国各党派、政府机构、社会团体等单位或组织的名称、标志相同或近似;7)与我国党政机关职务或军队行政职务、职衔名称相同;8)与各国法定货币的图案、名称或标记相同或近似;9)商标含有不规范汉字或系对成语的不规范使用,容易误导公众特别是未成年人认知;10)商标中含有政治、宗教、历史等公众人物的姓名或与之相似的文字;11)具有其他不良影响,例如“非典”“埃博拉”等。

²《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》第五条规定,商标标志或者其构成要素可能对我国社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响的,人民法院可以认定其属于商标法第十条第一款第(八)项规定的“不良影响”。

³北京市高级人民法院《商标授权确权行政案件审理指南》8.6“其他不良影响”的判断因素:根据公众日常生活经验,或者辞典、工具书等官方文献,或者宗教等领域人士的通常认知,能够确定诉争商标标志或者其构成要素可能对我国社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响的,可以认定具有商标法第十条第一款第(八)项规定的“其他不良影响”。当事人的主观意图、使用方式、损害结果等可以作为认定是否具有“其他不良影响”的参考因素。

的主观意图、使用方式以及使用行为所产生的社会影响等⁴。

针对商标的“使用方式”主要存在两种争议，有观点认为，“不良影响”条款的禁止对象是“标志”而非“商标”，应当与商标所指定使用的商品或者服务类别无关，商标的使用方式仅包括使用人、使用行为和使用目的[9]。但有人指出，商标注册时是关联具体类别的，商标的使用方式必须要结合其指定使用的商品或服务类别判断是否具有“不良影响”[10]。是否将“商标标识指定使用的商品或服务类别”作为商标“使用方式”的一个方面直接影响“不良影响”条款的禁止注册效力，类似于刑法中的“此罪于彼罪”的判定。

3.3. “不良影响”条款的禁止注册效力混乱

“不良影响”条款被称为“商标绝对禁止”条款，通常认为，商标标识一旦落入其规制的范围，不仅不能获准注册，也不能在市场经营活动中使用。但通过检索查询，我们发现“不良影响”条款的禁止注册效力并非是完全绝对的。

以“食族人”商标为例，2019年2月20日，原国家工商行政管理总局商标评审委员会以商标具有不良影响为由作出商评字[2019]第34784号关于第27792495号“食族人”商标驳回复审决定。2020年4月23日，北京知识产权法院对“食族人”商标申请人僧磊与国家知识产权局就诉争商标是否具有不良影响进行了审理，2020年10月29日，北京市高级人民法院进行了二审。对于诉争商标是否具有不良影响，我们在后面再继续探讨，在此我们的问题是既然国家知识产权局认为“食族人”具有“不良影响”，那么按照“不良影响”的绝对禁止注册效力，所有以“食族人”为商标名称进行注册的商标申请均应驳回，但根据查询结果，国家知识产权局核准注册了部分同样商标名称的商标申请。

截止2022年11月15日，我们通过“国家知识产权局”官网下的“商标查询”模块商标以“食族人”为商标名称进行检索，共搜索到192条商标申请注册信息。其中除了僧磊外，还有青岛食族部落食品有限公司、河南食族人食品科技有限公司等34个商标申请注册主体；包含45个申请注册类别，其中将商标申请注册在第30类“食品调味”类最多；“食族人”标识目前共有等待受理、等待实质审查、异议中、驳回复审中、注册、商标注册申请撤回、申请被驳回等状态，其中有82个商标申请被驳回，24个商标申请获得注册。我们不禁疑惑，既然国家知识产权局认为“食族人”商标具有不良影响，又为何核准注册了部分“食族人”商标。这种情况并不少见，例如“泰山大帝”商标，“少林寺”商标等。除了国家知识产权局认为商标标识具有不良影响仍核准注册了部分同样标识的商标外，在法院判定认为诉争商标具有不良影响的情况下，也有相同标识在其他商标类别或者经其他申请人申请获得注册的情况，这不禁让人怀疑“不良影响”条款的绝对禁止注册效力。

4. 商标注册中“不良影响”条款的适用建议

4.1. “不良影响”的判定应以标志为主使用方式为辅

我们认为“不良影响”除了包括标志的文字、图形或者其他构成要素具有贬损含义，还包括该标志本身虽无贬损含义但作为商标使用，易对社会公共利益和公共秩序产生消极、负面的影响，即“不良影响”的判定因素不仅包括标志本身及其构成要素，还包括商标的使用方式。

正如最高人民法院就商标授权确权问题规定的，商标标志或者其构成要素可能对我国社会公共利益

⁴《商标一般违法判断标准》第十一条：《商标法》第十条第一款第八项规定的其他不良影响，是指标志的文字、图形或者其他构成要素具有贬损含义，或者该标志本身虽无贬损含义但作为商标使用，易对中国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极、负面的影响。第十三条：判断使用的未注册商标是否有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响，应当综合考量以下因素以及各因素之间的相互影响：（一）该商标使用时的政治背景、社会背景、历史背景、文化传统、民族风俗、宗教政策等；（二）该商标的构成要素以及其使用的商品或者服务；（三）使用人的主观意图、使用方式以及使用行为所产生的社会影响等。

和公共秩序产生消极、负面影响的，人民法院可以认定其具有‘不良影响’”⁵。“不良影响”的判断必然要从标志本身及其构成要素出发，例如，无论是谁将“小三”、“王八羔子”申请注册为商标，都不会获得批准[11]。固有词汇是否具有不良影响是显而易见的，但是非固有词汇的认定则存在争议。例如在“食族人”案中，国家知识产权局认为，该标志易使人联想到“食人族”，具有不良影响。但是法院认为，按照新华字典对“食”、“人”和“族”的解释，“食族人”可以理解为“在吃方面有共同特点的人”。即使对其进行延伸解释，也与“食人族”一词所具有的“吃人一族”的含义有较大差异，认定不构成不良影响⁶。非固有词汇含义的判断是当前审查标志本身及其构成要素是否构成“不良影响”的重点，对非固有词汇标志含义的解释，应当建立在社会公众习惯性语言文化背景下的普遍认知基础上，避免过度联想将非一般含义负载于商标标志或者其构成要素之上。

商标的价值和目的都需要通过使用来实现，抛开使用行为仅考虑标志本身及其构成要素，无异于无水之源。有些标志本身及其构成要素就具有“不良影响”，对于此类标志，我们当然应当禁止注册，但是有些标志仅考虑标志本身及其构成要素并无“不良影响”，可是若作为商标使用可能会产生“不良影响”的，我们同样应当禁止注册。马一德教授也认为，除了标志本身及其构成要素具有不良影响不能申请注册商标或者作为商标使用以外，商标自身不具有“不良影响”但使用会产生不良影响的同样也不能作为商标申请注册或使用[12]。《商标法》第十条第一款前五项规定的标志便是此种标志，其本身及其构成要素并不具有不良含义，但是作为商标使用，则会产生不良的社会影响，因此不得申请注册为商标。除了《商标法》中规定的官方标志外，实际上还存在大量非官方也不得申请注册为商标的标识。例如“泰山大帝”、“城隍”，尽管“泰山大帝”和道教神灵之间并不具有唯一对照关系，但是，在道教领域，“泰山大帝”、“城隍”常常被相关人士用来指代特定的神灵，对于这种本身就蕴含宗教成分，具有宗教意思的词汇，为了保护 and 尊重宗教信仰者的感情，维护公共秩序和社会和谐稳定，不宜将其注册为商标进入市场使用⁷。再比如“东圣革命小酒”商标，基于我国特定的历史文化背景，公众看到“革命”一词容易联想到我国的革命历史和革命精神，将含有“革命”要素的标志申请注册商标，容易减弱“革命”一词在社会公众心目中的严肃和神圣，从而造成不良的社会影响⁸。

4.2. 商标“使用方式”的分析应结合具体类别

对于标志本身及其构成要素不具有“不良影响”的商标，其使用过程中是否会产生“不良影响”，需要结合使用人、使用行为、使用目的等进行判断。例如一般人将“少林寺”申请注册为商标，则应当予以禁止，因为“少林寺”为我国著名佛教寺庙，将其作为商标使用，有伤宗教情感，易产生不良影响。但是少林寺、灵隐寺将自己的寺庙名称申请注册为商标，则应当予以注册，他们有将自己寺庙名称申请注册商标的权利，并且他们的注册行为并不会产生“不良影响”，恰恰是他们防范风险的表现。这也符合《商标法》第十条第一款第(二)、(三)、(四)项都规定的“经同意或授权除外”的例外情形的内在逻辑。商标的“使用方式”除了要结合使用人、使用行为、使用目的等进行判断，还要结合其具体使用背景以及该标志申请注册的具体商品或者服务类别。

在商标注册“不良影响”的司法认定中，结合商标指定使用的商品或者服务的类别进行判断是法院的通常做法。“鸭子”作为常见的动物，除了“家禽”第一种含义之外，还具备“男性性工作者”的第

⁵《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》第五条规定，商标标志或者其构成要素可能对我国社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响的，人民法院可以认定其属于商标法第十条第一款第(八)项规定的“不良影响”。

⁶国家知识产权局与僧磊商标申请驳回复审行政纠纷二审行政案，北京市高级人民法院(2020)京行终3627号。

⁷山石膏股份有限公司山东万佳建材有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会商标争议行政纠纷再审案，最高人民法院(2016)最高法行再21号。

⁸四川省东圣酒业股份有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政管理(商标)再审案，最高人民法院(2018)最高法行申2069号裁定书。

二种含义,在北京市高级人民法院作出的(2017)京行终 395 号判决书认定“叫个鸭子”不具有不良影响的情况下,北京知识产权法院仍在(2017)京 73 行初 2359 号判决书中认定其具有不良影响,正是因为商标指定使用的商品或者服务类别不同。诉争商标在(2017)京行终 395 号判决书中指定使用的“计算机数据库信息化”等服务类别,该服务与“鸭子”的第二种含义没有任何关联,不会引发社会公众对其第二种含义的联想。然而,诉争商标在(2017)京 73 行初 2359 号判决书中指定使用的服务则为“酒吧服务”等,在该等场合使用诉争商标极易引导社会公众联想到其第二种含义,产生消极负面的社会影响。对于存在多种含义的词汇,一般需要结合其指定的具体的商品或者服务类别认定其含义,从而判断商标是否具有不良影响⁹。

理论界中也认为,“不良影响”条款的适用应考虑商标在指定使用的商品或服务类别上的使用情况,而不能狭隘地理解为仅考虑标志的构成[13]。例如“二人转”、“双飞”等标志,标志本身并无不良含义,将其注册在洗发水、洗衣液等洗护用品上也不会造成任何消极恶劣的影响,但是如果将其注册在情趣用品上则会引人浮想联翩,从而影响社会公共秩序和公共利益。

4.3. “不良影响”条款的绝对禁止注册效力分析

“不良影响”作为商标注册的绝对禁止事由,其绝对性也是相对的,禁止注册的效力与商标标志“不良影响”的产生来源相关。对于“MLGB”这种本身及其构成要素具有不良社会影响的标志,则无论任何人将其申请注册为任何一种商品或者服务类别中,均应禁止注册;对于本身不具有“不良含义”但使用可能会产生不良影响的标志,如果经过同意或者授权,则可以将其注册在不会产生“不良影响”的商品或者服务类别上;对于结合其具体使用的商品或者服务类别具有“不良影响”的标志,则不得在此类别上申请注册商标,在其他不会产生不良影响的商品或者服务类别上可以申请注册商标。

对于同样都是本身及其构成要素具有不良社会影响的标志,则应当实行最高级别的禁止注册效力,禁止任何人将其注册在任何商品或者服务类别之上,而不能在个别类别上予以注册,在其他类别上又禁止注册。对于本身不具有“不良含义”但使用可能会产生不良影响的标志,我们则要具体分析标志的使用人、使用行为和使用目的,还要结合具体使用方式综合判断是否具有不良影响,因标志使用人或者标志指定使用的商品或者服务类别不同,必然有的标识能够获得注册而有的标识被禁止注册。

5. 结语

我们首先明确了“不良影响”条款的“双重兜底”性质,然后指出商标标识是否具有“不良影响”的判定因素除了商标标识自身及其构成要素之外,还包括商标的使用方式,并且明确商标的使用方式需要结合其指定使用的商品或者服务的具体类别,并且指出“不良影响”条款的禁止注册效力因所涉标志“不良影响”的产生来源不同而不同。我们认为,不仅要精准判断该标志是否具有“不良影响”还应当明确区分其属于哪种类别的“不良影响”,即需要明确不良影响是来自于标志本身及其构成要素还是来自于标志的使用行为,是该标志只要使用就会产生“不良影响”还是在其注册的商品或者服务类别上使用会产生“不良影响”,只有这样,才能形成对“不良影响禁止注册效力”的正确认识,才能实现“不良影响”条款的准确适用。

参考文献

- [1] 陈鹏玮. 再议商标法中“其他不良影响”的边界[J]. 中国市场监管研究, 2022(4): 33-37.
- [2] 黄汇. 商标法中的公共利益及其保护——以“微信”商标案为对象的逻辑分析与法理展开[J]. 法学, 2015(10):

⁹《商标一般违法判断标准》第十四条:使用的未注册商标具有多种含义,其中某一含义易使公众认为其属于《商标法》第十条第一款第六项至第八项规定情形的,可以认定违反该款规定。

74-85.

- [3] 邓宏光. 商标授权确权程序中的公共利益和不良影响[N]. 人民法院报, 2015-05-27(7).
- [4] 孔祥俊. 商标法适用的基本问题[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014.
- [5] 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会. 中华人民共和国商标法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2013.
- [6] 石燕. 商标注册中“不良影响”条款的适用[J]. 中华商标, 2021(11): 39-42.
- [7] 曹阳. 商标实务指南与司法审查[M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [8] 李扬. “公共利益”是否真的下出了“荒谬的蛋”?——评微信商标案一审判决[J]. 知识产权, 2015(4): 29-34.
- [9] 许亮. 商标注册“不良影响”条款的理解与适用——基于比较法和法解释学的分析[J]. 电子知识产权, 2020(11): 70-80.
- [10] 杨建军, 彭菲. 商标注册中“不良影响”的司法认定[J]. 陕西师范大学学报(哲学社会科学版), 2020, 49(5): 60-71.
- [11] 袁博. 商标法中“不良影响”条款的适用规则[J]. 中华商标, 2015(12): 41-43.
- [12] 马一德. 商标注册“不良影响”条款的适用[J]. 中国法学, 2016(2): 225-237.
- [13] 李琛. 论商标禁止注册事由概括性条款的解释冲突[J]. 知识产权, 2015(8): 3-9.