

NEWSLETTER

知产快报

● 所谓商标，就是在生产经营活动中使用的，用于识别商品或者服务来源的标志。商标代表着商品或者服务的质量以及其生产、经营者的信誉，消费者通过对商标的识别来选购商品。基于以上商标的作用，笔者在本文中将从中日两国比较的视角，介绍两国关于近似商标的相关法律规定、判断标准及判断方法。



中日两国商标近似判断的比较

前言

所谓商标，就是在生产经营活动中使用的，用于识别商品或者服务来源的标志。商标代表着商品或者服务的质量以及其生产、经营者的信誉，消费者通过对商标的识别来选购商品。基于以上商标的作用，笔者在本文中将从中日两国比较的视角，介绍两国关于近似商标的相关法律规定、判断标准及判断方法。

一、关于近似商标不予注册的法律规定

我国商标法第 30 条规定，【申请注册的商标，凡不符合本法有关规定或者同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的，由商标局驳回申请，不予公告。】并且，商标法第 31 条规定，【两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。】与此相对应，日本商标法第 8 条规定，【(1) 在不同日期内，当有两个以上在相同或者类似的商品或者服务上的相同或者近似商标的注册申请时，只有最先提出注册申请的申请人才能获得注册。(2) 在同日內，当有两个以上在相同或者类似的商品或者服务上的相同或者近似商标的注册申请时，只有通过协商决定的申请人才能获得注册。】此外，在日本商标法第 4 条中，列举了不能获得注册的 19 种情形，其中有 5 中涉及相同或者近似商标。分别是第 4 条 10 项ⁱ、12 项ⁱⁱ、15 项ⁱⁱⁱ和 19 项^{iv}。

综上，中日两国的商标法中都规定了，“不得注册与他人在先商标相同或近似的商标”。那么在近似商标的具体判断上，两国又存在着哪些不同呢？

二、近似商标的判断标准

2016 年 12 月，原中国国家工商行政管理总局公布了《商标审查与审理标准》，在《标准》的第三部分规定了，【商标近似是指商标文字的字形、读音、含义近似，商标图形的构图、着色、外观近似，或者文字和图形组合的整体排列组合方式和外观近似，……使用在同一种或者类似商品或者服务上易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆。】依据该

《标准》，商标近似的判断要素可以归纳为三点。第一点、商标标志构成要素及其整体的近似程度。第二点、所使用商品或者服务的关联程度。第三点、是否容易导致混淆。其中，商标标志本身的近似程度是基础，商品的关联程度是要素，而最终标准在于申请商标与在先商标并存是否容易导致相关公众混淆。但是，实践中以上标准更多的运用在司法案件中，而在商标行政阶段的审查中，审查员对于是否容易导致混淆的问题无从确认也不予确认。

日本的商标法中对于近似商标的判断没有明确的规定。实践中，将日本最高法院 1968 年（昭和 43 年）【冰山印】案中近似商标判断的阐述作为标准沿用至今。【判断商标是否近似，应该对比两商标指定使用在相同或者类似的商品或者服务时是否会导致对商品的来源发生混淆误认。并且，应该综合考虑商标使用在指定商品上时，其外观、含义、称呼等给相关消费者带来的印象、记忆、联想，如果能够明确了解其商品的市场习惯，还应该根据其市场实际情况进行判断。】依据如上判例中阐述，日本的判断标准也可以归纳为三点。第一点、近似商标的根本的判断标准在于是否容易导致混淆误认。第二点、近似商标的判断，应当对商标的外观、含义、称呼进行全面考察。第三点、在可能的条件下，应当依据具体的市场情况、交易习惯进行判断。此标准不仅运用在商标申请注册的审查中，在商标侵权案件中涉及近似商标的问题，法院也同样以此标准作为判断的依据。例如在【小僧寿し】案中，被告是专门出售寿司的外卖连锁店，其使用商标为【小僧寿し】、【KOZO】【KOZO SUSHI】、



和图形，原告的注册商标【小僧】、指定使用在旧第 45 类的食品和调味料商品上。原告对被告提起商标权侵权诉讼中，最高法院认为【商标的外观、含义以及称呼的近似，不过是判断是否容易导致混淆误认的依据之一，所以即使上述 3 点近似，而其他方

面都存在明显差异，或者根据实际情况不会导致对商品的来源发生混淆的商标，不应当判定为近似商标。】

对比中日两国近似商标判断的实践，可见对于“近似”的理解存在差异。在我国商标法意义上，商标近似不仅是一个事实概念，而且更是一个法律判断。简单来讲，商标近似=标志的近似+混淆。如果两个标志近似，即使考虑其他要素，通常也难以认定不会导致混淆进而不构成近似商标。实践中，大多数案件是基于商标标志本身的近似程度做出判断的。但在日本，近似判断的标准只有一个，就是导致混淆的可能性。商标标志本身的近似程度、市场习惯等只是判断是否导致混淆时的依据。并且，在判断时，特别强调要以相关公众的一般注意力为标准。

三、近似商标的判断标准

我国关于不同类型商标的近似判断，尤其是文字商标、图形商标之间，图文组合商标之间的比对方法，在《商标审查及审理标准》作了比较详细的总结和实例列举，这些都是商标近似判断的具体办法。其中，1、对于文字商标而言，通常字形是最为重要的，字形相同或者近似就可以认定构成近似，如果字形不同，则需要读音和含义相同才能认定构成近似。比如“法宝”和“发宝”，虽然读音相同，但是字形和含义不同，不构成近似商标⁹。2、图形商标可进一步区分为具象的和抽象的图形商标。具象的图形，一般指该商标可以识别为具体的事物。抽象的图形则指难以与具体事物相对应的图形。图形商标的近似判断，主要从设计元素、整体构图等方面进行比对。例如以下两商标的整体构图近似，视觉上容易导致混淆，所以构成近似商标。



3、组合商标的对比中，通常文字部分起到较为重要的作用。我国组合商标的审查实行整体比对与要部比对相结合的原则。整体比对是基础，同时又要考虑商标的主要部分或者显著部分。如此适用的难点在于到底以哪个为准？判断是否构成要部需要考虑那些情况？实践中，组合商标中的文字或者图形中任一部分

与在先商标近似，都认定构成近似商标。例如以下两商标，整体比对并不近似，但是文字部分近似，所以亦构成近似商标。



在日本，商标近似比对也同样从形、音、义三个方面进行。与我国不同的是，三者中最重要要素是“音”，也就是商标标志的读音或者呼叫，其次才是含义和外形。笔者认为，这主要是因为日本的日常生活中存在着假名、汉字和外来语等多种文字形式。不同文字的读音、含义相同只是写法不同，所以读音成为区别不同标志的重要手段。1、对于文字商标而言，读音相同或者近似就可以认定构成近似。比如：「アトミン / Atomin」と「アタミン / ATAMIN」。2、图形商标的比对，日本强调整体比对。强调以相关公众的一般注意力为标准，反对过于关注商标的细节。如下两件图形商标，由于图形整体的构成和给消费者留下的印象近似，虽细节上存在差异仍认定为近似商标。



3、与我国不同，日本组合商标的比对更重视“要部比对”。首先提取商标的主要部分，再针对提取的主要部分进行近似认定。当然在提取主要部分时也要考虑组合商标中各部分的结合程度。在【eye miyuki】的案件中，法院认为引证商标中的【SEIKO】和【EYE】结合使用在眼镜商品上，【SEIKO】的部分起到了区分商品来源的作用，而【EYE】的部分与眼镜商品密切相关所以不具有显著性。所以虽然申请商标中【eye】突出表示，但引证商标【SEIKO EYE】的要部是【SEIKO】，故两商标不认定构成近似。



(申请商标)



(引证商标)

四、小结

正如本文前言中所提及的，商标的主要作用在于区别商品或者服务的来源。如果在相同或者类似商品上使用相同或者类似的商标势必会导致相关消费者的混淆误认。所以，为了防止导致混淆，无论是《巴黎条约》还是《TRIPS 协定》中都规定了【成员国的商标注册机关应阻止所有第三方未经该所有权人同意在贸易过程中对与已注册商标的商品或服务的相同或类似商品或服务使用相同或类似标记。】中国和日本同为《巴黎条约》和《TRIPS 协定》的成员国，以上规定在两国的商标法中都得到了体现。虽然在法条中并没有明确“导致混淆”的判断标准，但是我们可以看到，两国的司法机关在实践中都已经把“导致混淆的可能性”作为判断近似商标的要素进行考虑。尤其是在 2013 年商标法修改之后，中国法院更加积极的将“导致混淆的可能性”运用于商标侵权案件，比如【非诚勿扰】案^{vi}。但同时我们也注意到，中日两国的商标权都必须通过行政程序获得，行政机关的近似判断标准同司法机关仍存在着一定程度上的差异。特别是在我国，2018 年商标申请量已经突破 700

万件，庞大的申请量决定了在商标注册阶段审查员只能依据《商标审查及审理标准》，着重审查和比对商标标志本身及商品或服务的基本属性，无法认定是否导致混淆。为了纠正行政程序中通过不正当手段取得的商标注册，日本制定了【权力滥用】制度。对此，笔者认为我国的注册商标无效宣告制度还有待完善，应加以借鉴。

- i (10) 与表示他人业务相关的商品或服务、且为消费者广泛熟知的商标或与之近似的商标，并用于这些商品或服务或与其类似的商品或服务上的商标；
- ii (12) 与他人已注册的防护商标（系指取得防护商标注册的标志，以下同）相同的商标，并用于该防护商标注册所指定的商品或服务上的；
- iii (15) 可能与他人业务有关的商品或服务发生混淆的商标（第 10 款至前款所列者除外）；
- iv (19) 与表示他人业务有关的商品或服务且在日本国内或外国消费者间已广为知晓的商标相同或近似的商标，出于不正当的目的（系指以获取不正当的利益为目的，以给他人增加损害为目的的不正当目的，以下同）持有并使用的（前各款所列者除外）；
- v (2012) 一中知行初字第 2162 号。
- vi (2016) 粤民再 447 号。

本文不等同于法律意见，如需专项法律意见请咨询我公司专业顾问和律师。我公司电子邮箱为：LTBJ@lungtin.com，该电子邮箱也可在我公司网站 www.lungtin.com 找到。

如需更详细的信息或进一步的法律咨询，请与本文作者联系：

吴滌：合伙人、商标版权部经理、资深商标代理人：LTBJ@lungtin.com



吴滌

（合伙人、商标版权部经理、资深商标代理人）

吴滌女士擅长商标异议、商标无效、商标行政诉讼、商标申请以及企业商标品牌战略的布局和分析、商标授权确权及维权等业务，尤其对商标领域内较为复杂、疑难的行政或诉讼案件的有着极高的业务水准，其经办的多个案件在业界产生了重大的影响。自 2005 年开始曾代理过多家世界 500 强企业各种类型的商标案件千余件，她主办的案件被评为中华商标协会优秀案例，她主办的“京瓷”商标异议复审行政诉讼案使权利人商标通过司法途径被认定为驰名商标。吴滌女士于 2012 年 1 月加入隆天。