

论商标注册申请及其拒绝——兼评“微信”商标纠纷案

王太平

《知识产权》2015年第4期

编者按：商标注册制度是我国商标法中的根本制度之一，是商标专用权产生的制度保障。先注册原则在司法实践中是绝对适用，还是允许特殊情况下有例外？随着“微信”案一审判决的作出，该问题受到前所未有的广泛关注，并由此牵扯出商标领域系列重点问题，关系到商标法律制度的根基和未来走向。为了更好地促进商标法基础理论、商标法律制度以及商标司法实践三者之间的良性互动，本刊以“微信”案为视角，特组专题论文，以期从不同角度探讨问题的实质，以理释法，以法明案，引发读者的思考。

2015年3月11日，北京知识产权法院做出了第8840949号“微信”商标异议复审案的判决，[1]驳回原告创博亚太科技（山东）有限公司的诉讼请求，维持商标评审委员会的商评字[2014]第67139号关于第8840949号“微信”商标异议复审裁定，第8840949号“微信”商标不予核准注册。

这本是一件普通的商标行政纠纷，但不仅因案件涉及拥有11亿注册用户的影响巨大的腾讯“微信”软件和信息传送服务，而且因商标评审委员会和法院运用“不良影响”的理由驳回创博亚太第38类信息传送、电话业务、电话通讯、移动电话通讯等服务上的“微信”商标注册申请，该案引发广泛争议。

在“微信”商标纠纷案这场争论中，固然法院判决的法律依据的《商标法》第10条第1款第（8）项的“其他不良影响”的含义和适用是争论的核心焦点，但容易让人忽视的却是对商标注册申请的性质的认识问题。事实上，正是法官对商标注册申请的过分轻视[2]导致了错误地“在被异议商标申请人的利益与不特定多数公众的利益之间进行平衡和取舍”，进而导致案件认识的偏差和处理的错误。本文以解释论的方法确定商标注册申请的法律性质，剖析我国商标注册申请拒绝制度，以期正确评价“微信”商标纠纷案。

一、商标注册申请的法律性质

随着商标法研究的深入，我国商标法理论界和实务界对商标、商标权的性质的认识越来越深化，形式意义的商标、商标权与实质意义上的商标、商标权的区分[3]逐渐深入人心。这种区分当然有其积极意义，[4]但在采用注册取得商标权体制的我国，过分强调

这种区分却也有其弊病，即过分轻视商标注册申请。“微信”商标纠纷案中法院的判决在很大程度上就是过分轻视商标注册申请的体现。事实上，在注册取得商标权体制下，商标注册申请是非常重要的，它是申请人的重要财产，没有法定理由就不能被拒绝。

（一）商标注册申请的财产性质

尽管商标注册申请尚具有一定的不确定性，不能等同于注册商标，但商标注册申请一般最终会“进化”为注册商标，具有一定的财产属性。

世界上有些国家或地区的商标法明确承认商标注册申请为财产。比如《欧共同体商标条例》第 24 条规定了“共同体商标申请作为财产的标的”，根据该条规定，共同体商标申请可以许可、转让、质押、强制执行，和共同体注册商标的效力几乎相同。[5]日本《商标法》第 13 条第 2 项规定，“专利法第 33 条及第 34 条自第 4 项至第 7 项（享受专利权）的规定，准用于依据商标注册申请所取得的权利，”而日本《专利法》第 33 条和第 34 条是关于专利权的转让、抵押、共有、继承的规定，这意味着在日本商标注册申请所取得权利和专利权类似。在我国，尽管《商标法》没有对商标注册申请的法律性质做出明确规定，但商标实践事实上承认商标注册申请的财产性质。2014 年《商标法实施条例》第 17 条第 2 款规定，“申请人转让其商标注册申请的，应当向商标局办理转让手续。”2014 年《商标评审规则》第 8 条规定，“在商标评审期间，当事人有权依法处分自己的商标权和与商标评审有关的权利。”国家工商行政管理总局商标局发布的商标注册申请指南指出，“已经申请但尚未获准注册的商标，也可以申请转让或转移。”[6]在李永祥、贵阳彩艺商标事务所与黄长青、陈英、李利商标注册申请人资格确权以及商标侵权纠纷一案[7]中，一审法院认为，“申请中的商标亦应受到保护，国家商标局在受理了当事人的申请后，除非当事人撤回申请或其他人提出确有理由的异议，其他人不能就同一商标在同一使用范围内申请商标注册，商标申请人实际上已享有在同一范围内排除他人就同一商标申请注册的权利，故法律对这种权利应予保护。”二审法院则进一步认为，“从商标申请权的本质看，其具备民事权利的基本特征。”也就是，我国商标实践事实上承认商标注册申请的财产性质。

商标注册申请的财产属性主要取决于或者体现在以下几方面：第一，商标注册申请可以排除与申请注册的商标相冲突的商标注册申请。我国商标法在商标权取得上不仅采用注册取得商标权原则，而且采用先申请原则确定相互冲突的商标注册申请的效力。这就意味着商标注册申请可以阻止与其相冲突的在后的商标注册申请。即便在采用使用取得商标权体制的美国，一旦进行主簿注册就构成拟制使用（constructive use），可以优先

于在后的注册和实际使用。[8]商标注册申请显然也可以做同一理解，也就是说除非有法定的阻止注册的理由，商标注册申请也会“自动进化”成注册商标。当然，与我国不同的是，在美国，注册人必须在法定期间提交实际使用的证据。第二，除非违反法律规定的拒绝注册的法定理由，商标注册申请最终有非常大的机会“进化”成注册商标。尽管商标注册申请具有期待权[9]的性质，但商标注册申请的期待有非常大的机会成为现实。根据国家工商行政管理总局的统计，2014年商标局全年共审查商标注册申请242.64万件，初步审定公告商标1,546,962件，驳回商标注册申请480,550件，部分驳回商标注册申请398,871件。[10]粗略地将部分驳回商标注册申请的398,871件减半计算，我国商标注册申请最终成为注册商标的几率高达71.97%。[11]也就是说，七成以上的商标注册申请最终会“进化”为注册商标。第三，商标注册申请事实上可以阻止他人使用与其相冲突的商标。尽管在商标申请审查过程中商标注册申请人并不能阻止他人使用其申请的商标，也不能像专利那样在申请审查期间可以要求使用申请商标的合理费用，但除非有法定理由的阻止，商标注册申请有很大的机会最终“进化”为注册商标，从而商标注册申请人就能够禁止他人使用。根据2013年《商标法》的规定，商标注册申请的审查与核准要在9个月内完成，在商标注册申请的审查与核准期间使用他人申请注册的商标不仅没有多大的实际价值，相反可能还有非常大的风险，商标注册申请事实上可以阻止他人使用与其相冲突的商标。

（二）注册商标“授权”的行政确认性质与商标注册申请的非依法不可拒绝性

关于注册商标“授权”的性质，我国学界存在着行政许可说、[12]行政确认说、[13]“备案”说[14]等多种观点。本文认为，商标注册“授权”在性质上是一种的行政确认，只不过是商标主管机关对注册商标法律关系的确认，注册商标的权利实质上来自于商标注册人的选定和最终的使用行为，而不是商标主管机关“授予”的结果，因为商标主管机关根本无权可授。注册商标“授权”不是一种行政许可，因为行政许可的前提条件是“法律的一般禁止”，[15]而无论是注册商标的申请还是使用显然均不存在法律的一般禁止，即使不申请注册商标所有人也可以使用自己选定的商标，通过使用商标产生的合法权益也能受到法律一定的保护。同时，商标注册“授权”也不仅仅是在商标局的“备案”，因为并非全部商标注册申请最终均会成为注册商标，商标注册申请最终要成为注册商标尚需要符合法律规定的条件，某商标注册申请是否符合法律规定的条件仍然需要商标主管机关的审查确认。

注册商标“授权”的行政确认性质意味着它是一种需要根据商标法规定的条件进行

确认的羁束性行政行为，因为商标注册“授权”仅仅是对注册商标法律关系是否存在的宣告，商标主管机关没有或者很少有自由裁量的余地，只能严格按照法律规定进行。^[16]在注册商标“授权”中，商标主管机关只能根据商标法的规定进行确认，符合商标法规定条件的商标注册申请，商标主管机关必须“授权”，而不符合商标法规定条件的商标注册申请，商标主管机关则不能“授权”，商标主管机关几乎没有多少自由裁量的余地。

注册商标“授权”的这种行政确认性质不仅进一步印证了商标注册申请的财产性质，而且意味着商标注册申请具有非依法不可拒绝性，商标注册申请最终是否能够“进化”为注册商标完全取决于商标法的规定，而非取决于商标主管机关的主观意志，只要符合商标法规定的条件，商标主管机关就必须“授权”，要拒绝商标注册申请则必须依据商标法明确规定的条件，商标注册申请是非依法不可拒绝的。

二、商标注册申请的拒绝

商标注册申请的财产性质和注册商标“授权”的行政确认性质不仅决定了商标注册申请的拒绝应该严格地依法进行，而且也决定了注册商标拒绝制度的解释原则和适用规则。

（一）商标注册申请拒绝的理由：绝对理由与相对理由的区分

商标本质上是一种符号，最终促使商标形成注册商标的申请和使用行为实质上是一种符号创造活动，是一种厂商为其自己的产品进行命名并最终获得消费者认可的符号创造过程。符号的创造不仅会影响符号创造人的利益，也可能会影响商标符号创造之前已经存在的符号的所有人的利益，还可能影响社会公共利益，商标法正是通过商标注册申请拒绝制度来规范和协调符号创造所涉及的利益关系，其主要手段就是规定商标注册申请拒绝的法定理由并根据这种法定理由来拒绝某些商标注册申请的最终注册。

从我国商标法的规定来看，按照拒绝理由欲解决的问题，商标注册申请拒绝的理由可以分为三大类。一是解决商标识别性问题的理由，主要包括《商标法》第8条规定的商标法定构成要素，第9条前半段和第11条规定的商标显著性、第14条规定的商标的非功能性等内容。二是解决公益问题的理由，主要包括《商标法》第10条规定的禁用标志。三是解决与他人在先权利冲突的私益问题的理由，主要包括《商标法》第9条后半段规定的在先权利，第13条规定的他人的驰名商标，第15条规定的被代理人、被代表人的商标，第16条规定的他人的地理标志，第30条规定的他人先在的注册商标，第31条规定的他人的在先商标注册申请，第32条规定的他人的在先权利和已经使用并有

一定影响的商标。根据这些拒绝理由的性质和所适用的相关程序，我国商标法又将商标注册申请拒绝的法定理由分为绝对理由与相对理由两类。由于商标注册申请拒绝的绝对理由涉及的是公共利益，[17]而公共利益和任何人都是相关的，因此无论是在商标异议程序中还是在无效宣告程序中，任何人都可以提出异议或者无效宣告，商标主管机关也可以主动审查或者做出无效宣告的决定，[18]因为商标主管机关正是商标相关的公共利益的当然守护者。而由于商标注册申请拒绝的相对理由涉及的是相关当事人的私人权益，只与权利人或者利害关系人的私人利益有关，因此无论是在商标异议程序中还是在无效宣告程序中，均只能由相关权利人或者利害关系人提出异议或者无效宣告，[19]商标主管机关不得主动审查或者宣告注册商标无效。

商标注册申请拒绝的绝对理由和相对理由的区分是我国商标法体系化和合理化发展的结果，1982年《商标法》和1993年《商标法》规定的商标注册申请拒绝的理由非常简单，基本上没有关于相对事由的规定。直到1993年，《商标法实施细则》第25条才第一次通过对当时《商标法》第27条第1款的“以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的行为”的解释而规定了某些相对事由。直到2001年，《商标法》第二次修订之后将商标注册申请拒绝的绝对理由和相对理由进行了区分，且相对理由的内容大大丰富，相对理由和绝对理由运用的程序也具有了明显区别，商标注册申请拒绝制度才逐渐变得体系化和合理化。

商标注册申请拒绝的绝对理由和相对理由的区分严格限定了商标主管机关职权行为的范围，商标主管机关只能主动审查商标注册申请拒绝的绝对理由，原则上不能主动审查商标注册申请拒绝的相对理由，除非有相关权利人或者利害关系人的请求。仅有的例外是《商标法》第30条规定的他人的在先注册商标和第31条规定的他人的在先的商标注册申请。在这两种情况下，尽管涉及的是私人之间就注册商标或者商标注册申请而发生的私益问题，但由于维护商标的识别性是商标法最大的公共利益，商标主管机关可以主动依职权进行审查。

尤其值得注意的是大规模抢注行为的遏制问题，大规模抢注当然是不正当的，是需要商标法采取措施加以规制的，但问题是究竟应该如何规制大规模抢注行为。本文认为，我国现行商标法并无直接规制大规模抢注行为的规定，而仅仅将制止抢注行为的权利给予了私权利的享有着，只有通过私人个别地维护自己权利而制止抢注行为。从解释论上来看，商标主管机关将仅仅侵害私人权益的商标抢注行为解释进“其他不良影响”之中事实上就是一种对商标注册申请拒绝的绝对事由的不当扩大，是不适当的做法，正确的

做法应该是从根本上修改商标法，通过商标法的修改创设规制大规模抢注行为的制度。

（二）商标注册申请拒绝理由的适用

与商标注册申请拒绝理由区分为绝对理由与相对理由相适应，绝对理由和相对理由的适用

也有非常大的差别，二者的解释原则、判断时间和适用程序均不同。从以上我国商标法的拒绝注册理由的发展演变可以看出，绝对理由与相对理由区分是我国商标法体系化和合理化的结果与体现，二者的混合适用是不可取的，无异于在走回头路。

绝对理由和相对理由的区分在很大程度上也决定了商标注册申请拒绝的绝对理由的解释原则，商标主管机关不得随意扩大或者缩小解释绝对理由，既不得将仅仅涉及私人权益的相对事由解释为绝对事由，也不得将涉及公益的绝对事由降格解释为相对事由。过分缩小解释绝对事由会直接危害社会公共利益，是不可取的。而过分扩大解释绝对事由则可能造成对市场竞争的不当干涉，事实上会造成以公共利益之名行保护某些私人利益之实，造成对其他私人利益的不公平。比如，将名人的姓名权解释为绝对事由固然有助于名人权利的保护，但事实上却也造成了对姓名权的不公平保护，使得名人的姓名权优越于普通人的姓名权。

由于涉及利益的性质不同，商标注册申请拒绝的绝对理由和相对理由的判断时间是不同的。由于相对理由仅仅涉及相关权利人或者利害关系人的私权益之间的冲突，而私权益之间是互相平等的，只能够适用时间优先原则来处理二者关系。因此，判断商标注册申请是否应该被拒绝的时间点应是申请当时，早于商标注册申请的私权益能够构成商标注册申请拒绝的理由，而晚于商标注册申请的私权益则不能构成商标注册申请拒绝的理由。由于绝对理由涉及的是社会公共利益，不符合绝对理由的商标注册申请会危及社会公共生活，而商标注册申请不过是一种期待权性质的财产，必须符合绝对理由的规定才能被注册，而至于是否应该被核准则应该以商标审查时为准，不符合绝对理由的商标注册申请将不予注册，因为如果此时允许被注册则无异于允许违反绝对事由的商标注册。

[20]

由于涉及利益的性质不同，商标注册申请拒绝的绝对理由和相对理由适用的程序也是不同的。在商标异议程序中，对于违反绝对事由的商标注册申请，任何人都可以向商标局提出异议，而对于违反相对事由的商标注册申请，则只有在先权利人和利害关系人有权向商标局提出异议。在无效宣告程序中，对于违反绝对事由而被核准的注册商标，商标局可以依职权宣告该商标无效，其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该

注册商标无效，且不受时间限制，而对于违反相对事由而被核准的注册商标，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效，且受 5 年时间的限制。

商标注册申请拒绝的绝对事由和相对事由不是绝对的，而是有可能随着时间的经过而发生变化，即本属绝对事由但因情况变化而不再属于绝对事由，或者从相对事由转化为绝对事由。[21]对于前者，最著名的例子莫过于“酒鬼酒”，在“酒鬼”商标争议行政纠纷案中，商标评审委员会和人民法院均认为：“酒鬼”一词虽有“酗酒且经常喝醉的人”等含义，但已使用多年并获得一系列荣誉，无证据证明其在消费者中产生了不良影响，[22]从而不予撤销。尽管该案属于注册商标撤销的案件，但显然同样适用于商标注册申请的拒绝，也就是说，即便在申请时具有不良影响，但经过使用在审查时如果已经消除了不良影响，仍然是可以注册的。对于后者，最典型的应该是“优盘”商标，优盘于 1999 年由深圳朗科科技股份有限公司发明并同时申请商标注册，于 2002 年 10 月 23 日就因成为通用名称而被北京华旗资讯数码科技有限公司向商标评审委员会提出撤销申请，并于 2004 年 10 月 13 日被商标评审委员会裁定因成为通用名称而撤销。尽管该案同样属于注册商标撤销案件，但显然同样适用于商标注册申请的拒绝，即尽管申请当时“优盘”尚不是通用名称，但如果审查时已经成为通用名称的，可以依据绝对事由而拒绝注册。

三、“微信”商标纠纷案之评析

“微信”商标纠纷案的争议焦点无疑是法院确定的“被异议商标申请注册是否违反《商标法》第 10 条第 1 款第（8）项的规定”，本文认为，该焦点以及该案涉及的问题可以进一步细分为以下两个问题：一是原告的商标注册申请是否构成一件合法申请；二是《商标法》第 10 条第 1 款第（8）项是否构成原告商标注册申请被拒绝的理由。具体分析如下：

（一）原告的“微信”商标注册申请是合法申请

该案中，原告提出，其最早申请且已经在相关服务上使用“微信”商标，腾讯公司比其申请迟 2 个多月才发布名为“微信”的聊天软件，根据我国商标法的先申请原则，应当核准其在先申请的商标的注册。被告辩称，先申请原则涉及的是商标可注册性的在先性问题，而该案涉及的是被异议商标是否会对公共利益和公共秩序造成不良影响，属于商标可注册性的合法性问题，两者不能混为一谈。该案主办法官认为，不予核准被异议商标注册与先申请原则并没有本质矛盾。本文认为，的确如商标评审委员会所认为的，

该案不涉及《商标法》第 31 条规定的先申请原则，因为在该案中只有原告一个商标注册申请，并不存在在后申请。同时，也的确如主办法官所言，该案根据《商标法》第 10 条第 1 款第（8）项而不予核准被异议商标注册与先申请原则也并不矛盾。

尽管该案与《商标法》第 31 条规定的先申请原则无关，但却不能说与原告的“微信”商标注册申请无关。事实上，可以说原告的“微信”商标注册申请是分析该案的出发点，只有原告的“微信”商标注册申请在形式条件上属于一件合法的商标注册申请，商标主管机关接下来才有必要审查所申请注册的“微信”商标是否符合商标注册的实质条件。

根据我国商标法的规定，只要商标注册申请人按照规定向商标局提交《商标注册申请书》、商标图样、身份证明文件等所要求的文件，办理相关手续，商标局予以受理的，商标注册申请人的商标注册申请就成为一件合法的申请，我国商标法并不要求商标注册申请时提交使用的证据。在“微信”商标纠纷案中，尽管原告强调其申请注册的“微信”商标已经实际使用，法院并未认可原告“微信”商标已经实际使用的事实，但由于已经实际使用并非我国商标法所规定的构成一件合法申请的必要条件，是否实际使用并不影响原告的“微信”商标注册申请的效力。从该案实际情况来看，原告的“微信”注册商标申请显然属于一件合法的申请，否则也就不可能出现异议人异议之前的初步审定公告。

（二）不存在拒绝原告的“微信”商标注册申请的法定理由

既然原告的“微信”商标注册申请构成一件合法的申请，那么除了申请人主动放弃之外，原告的“微信”商标注册申请就只会因不能满足本文第二部分所述的注册商标拒绝的绝对理由或者相对理由而最终被拒绝。从“微信”商标纠纷案来看，既不存在早于原告的“微信”商标注册申请的他人的在先权利（益），也不存在商标评审委员会和法院所认定的“其他不良影响”理由之外的其他拒绝原告“微信”商标注册申请的绝对理由。因此，“微信”商标纠纷案的关键就是原告的“微信”商标注册申请是否应该因商标评审委员会和法院所认定的“其他不良影响”理由而被拒绝。

“其他不良影响”是《商标法》第 10 条第 1 款第（8）项中规定的，该项规定，“有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的”标志“不得作为商标使用”。从条文框架来看，“其他不良影响”条款是《商标法》第 10 条第 1 款第（8）项的“兜底”。而从条文内容来看，“其他不良影响”“仅指与有害于社会主义道德风尚相类似的情形。”[23] 由于《商标法》第 10 条第 1 款规定的是商标注册申请拒绝的绝对理由，“其他不良影响”当然也属于商标注册申请拒绝的绝对理由。

根据《商标审查标准》(2009)第10条的规定,社会主义道德风尚,是指我国人们共同生活及其行为的准则、规范以及在一定时期内社会上流行的良好风气和习惯;其他不良影响,是指商标的文字、图形或者其他构成要素对我国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极的、负面的影响。具有政治上不良影响、有害于种族尊严或者感情、有害于宗教信仰、宗教感情或者民间信仰;与我国各党派、政府机构、社会团体等单位或者组织的名称、标志相同或者近似,与我国党政机关的职务或者军队的行政职务和职衔的名称相同,与各国法定货币的图案、名称或者标记相同或者近似,容易误导公众;商标由企业名称构成或者包含企业名称,该名称与申请人名义存在实质性差异,容易使公众发生商品或者服务来源误认以及具有其他不良影响的均属于《商标法》第10条第1款第(8)项的内容。

这里特别需要详细说明一下的是其中的“容易误导公众”与“商标由企业名称构成或者包含企业名称,该名称与申请人名义存在实质性差异,容易使公众发生商品或者服务来源误认”两项。其中“容易误导公众”大概相当于《巴黎公约》第6条之5第B款第(3)项规定的“具有欺骗公众的性质”的标志,根据博登浩森的解释,该项是1934年伦敦修订会议增订的,其目的是使各成员国对于暗示有关商品具有事实上并不存在的品质或者不正当地提到得奖或有专利保护等的商标以及包含有关商品产地的使人误解的标志的商标。[24]也就是说,该项并不属于我们通常商标侵权判断中所讲的混淆可能性意义上的误导。[25]而至于“商标由企业名称构成或者包含企业名称,该名称与申请人名义存在实质性差异,容易使公众发生商品或者服务来源误认”则事实上就是标志本身的构造就容易误导公众,似乎和通常商标侵权判断中的混淆可能性也有差异,尽管其用词包括了“商品或者服务来源误认”。

《商标法》第10条第1款第(8)项规定在其他国家或地区商标法中一般被称为公共秩序和善良风俗。[26]在民法上,私法自治无疑是民法最基本的原则,按照私法自治原则,市场经济活动及其他民事活动,应由具有平等地位的当事人自由协商决定他们之间的权利义务关系,非基于正当的重大事由,国家不应加以干涉。公序良俗是对私法自治的重要限制,其根本原因就是公共秩序和善良风俗属于国家一般利益及社会一般道德准则,是国家干涉的正当的重大事由。[27]根据这两个原则之间的关系及公序良俗原则的内涵,只有国家的一般利益及社会的一般道德准则才能作为拒绝商标注册的理由,部分公众尽管可能是多数公众的利益代表,但并不一定能够构成公序良俗的内容。

在“微信”商标纠纷案中,腾讯公司的“微信”软件和信息传送服务的确形成了一

定的市场秩序，但因两个方面的原因这种市场秩序不能构成《商标法》第 10 条第 1 款第（8）项中的公共秩序或者公共利益：其一，单个商标及其商品或服务并不构成市场秩序。因为一方面，商标并不等同于市场秩序。商品或服务的更名对市场秩序虽有影响，但并不意味着市场秩序的根本性变化。另一方面，不管某商标商品或服务的规模有多大、市场份额有多大，该商标商品或服务虽然属于市场秩序的一部分，但却并不等同于整个市场秩序。如果按照“微信”商标纠纷案法院的逻辑，任何商标及其产品或服务均为市场秩序的一部分，构成公共秩序，涉及公共利益。于是，所有商标侵权案都应该由工商行政管理机关予以解决处理，否则便是渎职失职。其二，腾讯公司的“微信”的使用具有重大缺陷。即便商标局对商标申请的网上公布不及时使得腾讯公司最初使用时因不知情而构成善意，但从原告商标申请之后滞后 6 个月，腾讯公司也应该在 2011 年 5 月了解到原告的“微信”商标注册申请的存在，至少自 2011 年 8 月 27 日原告的“微信”商标初步审定公告，腾讯公司必定了解原告的“微信”商标注册申请的存在。但腾讯公司却仍然继续使用“微信”，继而至“微信”商标纠纷案一审判决作出进一步使用了 3 年 10 个月之久。2011 年 5 月和 8 月之时，腾讯公司的“微信”虽然已有影响，但与今天之影响显然是不可同日而语的。如果以这 3 年 10 个月中“微信”影响的增长来确定公共利益和不良影响，那无异于允许以强凌弱。[28]

同时，作为绝对事由，“其他不良影响”原则上适用于任何主体，也即就某商标来说，任何主体使用均会产生不良影响，任何主体都不应注册或使用该商标。即便实践中有少数的例外情况，但这些例外情况不仅是极少见的，而且事实上也只是特定主体能够注册或使用，特定主体之外的其他任何主体仍然是不得注册或使用的。[29]在“微信”商标纠纷案中，既然“微信”商标的注册具有“其他不良影响”，那么就禁止包括腾讯公司[30]在内的任何市场主体使用“微信”商标。但“微信”商标纠纷案法院的逻辑显然不是这样的，似乎并不认为腾讯公司不能使用“微信”商标。这也反推“微信”商标纠纷案法院适用《商标法》第 10 条第 1 款第（8）项的“其他不良影响”理由而驳回原告的诉讼请求是错误的。

以上两点分析表明，在“微信”商标纠纷案中，不存在拒绝原告“微信”商标注册申请的法定理由。[31]

结语

由于世界商标法的发展趋势和注册取得商标权体制的独特优势，我国商标法选择了

注册取得商标权体制，甚至在抢注盛行、商标垃圾遍地的情况下，我国历次《商标法》修改均未从根本上触动这种体制的根本。在注册取得商标权体制下，商标的申请和注册具有非常重要的意义，商标注册申请不仅是商标权取得的唯一途径，而且是申请人的重要的财产，商标注册基本上就是商标权取得的基本根据。商标注册申请的财产性质意味着商标注册申请非依法不得被拒绝。正是由于过分轻视商标注册申请，“微信”商标纠纷案法院错误地在被异议商标申请人的利益与不特定多数公众的利益之间作出二选一的选择。如果“微信”商标纠纷案一审判决结果最终被接受而成为生效判决，我国的注册取得商标权体制将名存实亡。

商标是一种符号，其主要功能是传递商品或服务的信息。商标法是规范商标符号的创造与运用的法律，商标法主要通过规范商标符号的创造与运用活动而实现其保护商标权、维护消费者利益和维护市场公平竞争的立法宗旨的。然而，商标不仅仅是一种商业符号，也具有相当的文化功能。现在社会的很多词汇都是从商标发展而来的，比如“Aspirin”（阿司匹林）、“Thermos”（热水瓶）、“Escalator”（自动扶梯）、“Nylon”（尼龙）、优盘等都是从商标演化来的，尤其是在进入消费社会以后，商标已经不再仅仅用来识别商品，^[32]而是渐渐地变成了流行文化的一部分，³³成为社会交流和社会建构的重要手段。商标的文化属性意味着商标符号可能会丰富社会文化，但却也有可能危及社会公共生活而走向反面。《商标法》第10条第1款第（8）项规定的公序良俗条款正是商标法维护社会公共秩序和善良风俗的重要工具，是防止商标符号的创造与运用活动危及社会公共生活的重要屏障。然而，公序良俗条款的功能也构成了对其自身的重要限制，商标主管机关和法院不能逾越法律的规定而过分宽泛地解释该条款，甚至于以公共利益之名行不公平保护之实。“微信”商标纠纷案错误地扩大对《商标法》第10条第1款第（8）项的“其他不良影响”的解释，错误地拒绝了原告的注册商标申请，其后果必然是将我国商标实践变成一个弱肉强食的世界。

【注释】 作者简介：王太平，湘潭大学法学院教授、博士生导师

[1]北京知识产权法院行政判决书（2014）京知行初字第67号，以下简称“微信”商标纠纷案，判决书（有删节）及相关情况参见周丽婷：《“微信”案承办法官自述审理心路》，<http://www.zhichanli.com/article/6029>，2015年3月25日，最后访问日期：2015年4月8日。以下关于该案内容除另有说明外均来自该处，不再一一注释。

[2]“微信”商标纠纷案一审的主办法官在案后发文称：“商标申请行为本身并不产

生任何权利，商标申请行为仅产生对特定符号的先占利益和未来对特定符号的使用可能产生的期待利益。”周丽婷：《“微信”案承办法官自述审理心路》，<http://www.zhichanli.com/article/6029>，2015年4月9日访问。

[3]在我国，最早认识到实质意义的商标、商标权与形式意义上的商标、商标权的区分的应该是刘春田教授，他在《商标与商标权辨析》一文中指出：从道理上讲，那种只是作为商标注册，事实上未使用过的，不应算做商标，更谈不上商标权。注册人享有的应当是将申请的标记与商品或服务拿到市场上，并排除了其他人再做同样联系的可能之权利。这种权利不是实体意义的商标权。实体商标权是由实际使用产生的，而非注册产生。刘春田：《商标与商标权辨析》，载《知识产权》1998年第1期，第12页。

[4]2013年《商标法》第64条的规定体现出对实质意义的商标、商标权与形式意义上的商标、商标权的区分。

[5]有些欧盟各成员国的《商标法》承认了《欧共同体商标条例》的该种规定，参见英国《商标法》第27条、德国《商标法》第31条、法国《知识产权法典》尽管没有明确的类似于《欧共同体商标条例》第24条的规定，但其第714—1条第3款却也提到过“商标注册申请权”，该款规定，“被许可人违反许可限制的，商标注册申请权或商标权得用以对抗之，”在对抗许可人方面，商标注册申请权和商标权具有同等效力。

[6]中国商标网，<http://sbj.saic.gov.cn/sbsq/sqzn/>，最后访问日期：2015年4月10日。

[7]贵州省高级人民法院（2006）黔高民二终字第39号民事判决书。

[8] J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Fourth Edition, 2015, § 16:17.

[9]参见周波：《商标申请权作为合法权益应当予以保护》，载《人民司法》2012年第16期，第100页。

[10]参见李春：《我国年商标注册申请量首次突破二百万件大关累计商标注册量超千万》，载《中国工商报》2015年3月31日，第5版。

[11]部分驳回意味着部分通过审查，这里粗略地减半计算。另需说明的是，尽管初步审定公告的商标和被驳回的商标均有可能进入复审，从而商标注册申请的初步审定和驳回均有可能最终在商标评审委员会或者人民法院改变最终结果，但如果假定其改变的比例相同，这些改变对最终结果并无实质影响。比较而言，同样进行实质审查的发明专利的授权率要低的多。2010年的一项研究显示，我国居民专利申请累积授权率只有

25.879%，非居民专利申请累积授权率较高，也不过只有 48.949%。参见陈琼娣，余翔：《我国发明专利申请的待审期与授权率——基于 PDL 模型的实证分析》，载《研究与发展管理》2010 年第 4 期，第 111 页。

[12]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 56 页。

[13]参见杜颖、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 92 页。

[14]阳平：《商标行政授权行为是一种“备案”》，载《中华商标》2004 年第 7 期，第 33 页。

[15]张正钊、胡锦涛著：《行政法与行政诉讼法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 119 页。

[16]参见张正钊、胡锦涛著：《行政法与行政诉讼法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 140 页。

[17]商标识别性问题不仅属于公益问题，甚至可以说是商标法最大的公益问题，正因为注册商标冲突不仅涉及注册商标所有人的私人利益，而且涉及到商标制度存续的公共利益。

[18]参见《商标法》第 33 条和第 44 条。

[19]参见《商标法》第 33 条和第 45 条。

[20]《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意见》（2010）（下称“商标授权确权意见”）第 8 条指出：“人民法院审查判断诉争商标是否属于通用名称，一般以提出商标注册申请时的事实状态为准。如果申请时不属于通用名称，但在核准注册时诉争商标已经成为通用名称的，仍应认定其属于本商品的通用名称；虽在申请时属于本商品的通用名称，但在核准注册时已经不是通用名称的，则不妨碍其取得注册。”尽管前一句指出应以“注册申请时的事实状态为准，”但后一句事实上已经改变为以核准注册时为准。本文认为其原因在于本条规定涉及的是通用名称的绝对事由。

[21]《巴黎公约》第 6 条之 5 第 C（1）款规定：“决定一个商标是否适合于受保护时，必须考虑到一切实际情况，特别是商标已使用时间的长短。”根据该条规定，商标使用期间的长短是特别需要考虑的实际情况，实际情况可以表明，相似商标实际并不混淆、本来不具备显著性的商标经长期使用具备了“第二含义”，看来含有欺骗性暗示的商标事实上并未引起任何欺骗，这些都是可注册的。参见[奥]博登浩森：《保护工业产权巴黎

公约指南》，汤宗舜，段瑞林译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 79 页。这就是时间经过对商标注册申请的可注册性的影响。

[22]（2009）一种行初字第 1287 号；（2009）高行终字第 1384 号，转引自周云川：《商标授权确权诉讼：规则与判例》，法律出版社 2014 年版，第 65 页。

[23]参见周云川著：《商标授权确权诉讼：规则与判例》，法律出版社 2014 年版，第 60 页。

[24]参见[奥]博登浩森著：《保护工业产权巴黎公约指南》，汤宗舜、段瑞林译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 78 页。

[25]“微信”商标纠纷案主办法官所言的“李兴发”案（参见中华人民共和国最高人民法院行政裁定书[2012]知行字第 11 号、北京市高级人民法院行政判决书[2010]高行终字第 1503 号、北京市第一中级人民法院行政判决书[2010]一中知行初字第 2154 号。）的判决适用“其他不良影响”的主要理由应该就是在《商标审查标准》的这种意义上来适用的。

[26]参见《欧共体商标条例》第 7 条第 1 款第（f）项；日本《商标法》第 4 条第 1 款第 7 项；台湾地区“商标法”第 30 条第 1 款第 7 项。

[27]参见梁慧星：《市场经济与公序良俗原则》，载《中国社会科学院研究生院学报》1993 年第 6 期，第 26 页。

[28]参见丁宪杰：《微信案，众人为何而争》，<http://zhihedongfang.com/article-9202/>，2015 年 4 月 15 日，最后访问日期：2015 年 4 月 16 日。

[29]参见《商标审查标准》（2009）第一部分第 10 条第 4 款第 2 项。

[30]腾讯公司显然不属于《商标审查标准》（2009）第一部分第 10 条第 4 款第（2）项规定的特殊主体。

[31]本文认为，唯一可能会阻止原告的“微信”商标注册的事由是“微信”商标在信息传送等服务上已经通用化，不过“微信”商标纠纷案中没有涉及这一问题，异议人也没有提出这方面的证据。

[32]See Alex Kozinski, Trademarks Unplugged, 68 N.Y.U. L. Rev. 961 (1993).