

## “商标个案审查原则”的误读与澄清

熊文聪

**摘要** 商标案件大多涉及显著性、知名度、近似及混淆可能等实体问题，而这些问题又非常复杂，且包含不确定的主观判断，故法院发展出灵活弹性的“多因素综合考量”加以应对，其后果是“个案审查”现象在商标法实践中日益突出。在未能了解其背后机理的情况下，人们很容易误认为其与“同案同判”“遵循先例”等理念相冲突，并试图通过追求“审查标准一致性原则”来排除“个案审查原则”的适用。唯有从学理和逻辑上澄清“个案审查”与“同案同判”之间的界限，才能化干戈为玉帛，保证裁判的客观公正。

**关键词** 个案审查 同案同判 商标法 多因素综合考量

熊文聪，法学博士，中央民族大学法学院副教授。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2018.04.012

近年来，中国经营者的品牌保护和运用意识逐步提升，甚至出现井喷式的增长。据统计，2017年全国商标申请注册总量和新收诉讼总量创下新高，分别达到590.16万件和46554件。在这些庞大的数字背后，“商标个案审查原则”发挥了举足轻重的作用，成为行政管理部门和法院应对错综复杂的案情、积极行使自由裁量权的制胜法宝。但另一方面，“商标个案审查原则”又仿佛成为“同案不同判”的挡箭牌，为当事人及部分研究者所诟病，认为其削减了法律的稳定性和权威性。最高人民法院已经注意到了此问题，并试图通过“YKK”案<sup>①</sup>、“盖璞内衣”案<sup>②</sup>等案件重申“审查标准的一致性”。笔者不揣浅陋，希望通过梳理与评析相关学说和判例，澄清“商标个案审查原则”的正当性及其适用范围，为中国商标法理论与实践奉献绵薄之力。

### 一、个案审查之原意

“个案审查原则”并非我国商标法的明文规定，而是通过学说继受和法律移植成为商标行政管理部门和法院在商标行政审查和司法裁判中惯常使用的理由。台湾学者曾陈明汝认为“至于显著性之有无，则应以注册时之标准予以判断，且应以个案并就交易实情加以审酌。因之，过去注册案例并不能比附援引。”<sup>③</sup>刘孔中先生也强调“每个个案中商标识别力、商品及相关事业或消费者的特

\*\* 本文系国家社科基金重大项目“创新驱动发展战略下知识产权公共领域问题研究”（17ZDA138）阶段性研究成果。

① 参见最高人民法院（2016）最高法行再67号行政判决书。

② 参见最高人民法院（2016）最高法行再7号行政判决书。

③ 曾陈明汝、蔡明诚《商标法原理》，新学林出版公司2007年版，第158页。

性均有不同,进而影响混淆之虞的认定结果。因此,商标法上混淆之虞的判断先例,对于后案具体认定很少能够直接产生约束力,此即混淆之虞认定实务上普遍承认的‘个案审查原则’、‘个案拘束原则’。<sup>④</sup> 美国著名的汉德法官曾在判决书中写道“很多判例中关于相似性的讨论,不论是确定为侵权或不侵权,都没有什么用处;毫无疑问,现有原则的适用依据具体情形而不同,但不存在相同的两个案件。”<sup>⑤</sup> 可见,所谓“个案审查原则”是判断商标显著性、知名度、近似及混淆可能等实体问题的经验总结,为此有研究者将其解读为“在商标审查过程中排除对在先审查案例的类推适用”。<sup>⑥</sup>

依照通说,商标是否具有显著性、是否知名、是否近似、是否存在混淆可能,理论上没有普适性的判断标准,即无法从先例中总结出后案必须加以援引的理据或公式,而需要结合每个案件本身的不同情况和特定因素加以评价权衡,即所谓的“多因素综合考量(multifactor test)”。这些因素在个案中并非均须予以考虑,也无主次之分,且不能生搬硬套,更非穷尽性列举,商标审查员或法官完全可以基于特定情境增添新的因素。<sup>⑦</sup> 对此,我国商标法理论界和实务界,都达成了共识,且已体现在具体条文之中。例如,《商标法》第14条列举了驰名商标认定需要考量的因素包括四项:“(一)相关公众对该商标的知晓程度;(二)该商标使用的持续时间;(三)该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围;(四)该商标作为驰名商标受保护的记录”,同时还规定了兜底条款“(五)该商标驰名的其他因素”,以应对实践中可能出现的新情况。这充分说明上述因素并非绝对的“标准”,且不是穷尽性的。又如2017年《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12条规定,法院应综合考量“(一)商标标志的近似程度;(二)商品的类似程度;(三)请求保护商标的显著性和知名程度;(四)相关公众的注意程度;(五)其他相关因素”来认定是否容易导致混淆。不仅如此,具体到其中每一个因素(如商标近似、商品类似、商标显著性和知名程度等)仍然是高度弹性的,没有明确的判定标准。例如,审查判断相关商品或者服务是否类似,“应当考虑商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费群体等是否相同或者具有较大的关联性;服务的目的、内容、方式、对象等是否相同或者具有较大的关联性;商品和服务之间是否具有较大的关联性,是否容易使相关公众认为商品或者服务是同一主体提供的,或者其提供者之间存在特定联系,《商标注册用商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》仅具有参考意义。”<sup>⑧</sup> 这些考量因素具有概括性和不确定性,审查员或法官很容易找到本案无法类推适用同级或上级机关“先例”的理由,也就不会被所谓的“同案同判”束缚住手脚。不仅如此,商标案件具体类型和程序的不同,也会导致考量因素的变化,典型案例就是2011年的“六味地”案。<sup>⑨</sup> 有研究者指出:“商标异议复审案件、商标无效宣告案件,因有第三方当事人的加入(异议复审申请人、无效宣告申请人),其案件审理程序、证据体系等自然与商标驳回复审案件不同,也会对商标评审及司法审判产生直接影响。因此,具有不同事实基础、考量因素的案件,其法律适用结果和结论,亦不能当然适用。‘个案原则’作为商标审查、审判的基本原则之一,不能轻易地予以突破或放弃。”<sup>⑩</sup> 由此可见,所谓的“个案审查原则”,无非是重申了“多因素综合考量”的灵活性和不确定性,具有将判决书化繁为简、节省说理成本的作用,但无独立的价值和意义。

④ 刘孔中《比较商标法》,新学林出版公司2014年版,第205页。

⑤ 转引自李明德《美国知识产权法》,法律出版社2003年版,第298页。

⑥ 蒋利玮《商标个案审查原则评析》,《电子知识产权》2009年第12期,第32页。

⑦ See *Aktiebolaget Electrolux v. Armatron Int'l, Inc.*, 999 F. 2d 1, 5-6 (1st Cir. 1993); Barton Beebe, “An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement”, *California Law Review*, Vol. 94, 12 (2006), pp. 1581-1612.

⑧ 2010年《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》第15条。

⑨ 参见最高人民法院(2011)知行字第53号行政裁定书。

⑩ 殷悦《酌议“个案审查”和“审查标准一致”原则》,载知产力网站 <http://www.zhichanli.com/article/43328>, 2018年4月18日访问。

需要指出的是，“个案审查原则”并非商标法所独有，著作权法、专利法上对作品独创性的判断、技术方案创造性的审查，也采用“多因素综合考量”的个案评价。当然，商标法更强调“个案审查原则”，是因为商标案件实体问题融入了更多的主观性因素，如“淡化”“音、形、义”“暗示性”“显著与知名”“想象与联系”“混淆与误认”等。有学者认为，商标法简直就是一部心理学<sup>①</sup>，毕竟商标深藏于消费者的主观感知之中，“取决于消费大众对商标信赖与爱好之心理状态”。<sup>②</sup>商标本质上是一种主观认知价值，体现着消费者对特定产品和服务记忆、印象、联想和好感的程度。<sup>③</sup>并且，我国的商标行政审查与司法审判多数情况下并不采纳在国外广泛运用的、相对更为客观的市场调查方法，使得审查员和法官扮演着事实上的“相关公众及消费者”角色，由此强化了判断的不确定性。而此时，“个案审查原则”便成为回应当事人批评“同案不同判”的最佳挡箭牌。例如在2015年的“KORADIOR”案中，就“KORADIOR”商标与“Dior”等引证商标是否构成“使用在类似商品上的近似商标”这一焦点问题，当事人分别提供了上级法院此前作出的两份结论截然相反的判决，一审法院对此的回应是“之所以上述在先生效判决对同一争议焦点作出不同认定，是因为商标近似的判断除了要考虑商标标志构成要素及其整体的近似程度，也要考虑引证商标在其核定使用商品上的知名度……虽然本案诉争商标与引证商标的标识与上述在先生效判决相同，但由于本案中诉争商标指定使用的商品与上述在先生效判决的情况均不相同，进而应当考量的因素也不尽相同，故本院在判断诉争商标与引证商标是否构成近似商标时，不应机械地套用上述在先生效判决中相关认定，而应当遵循上述在先生效判决中一致的判断标准，根据本案实际情况作出判断。”<sup>④</sup>法官虽然在此处使用了“一致的判断标准”这一表述，实际上仍然秉持个案审查原则。基于个案的具体情形，法官根据自身的经验直觉和价值偏好来断案，本身就是具有正当性的，所谓的“个案审查原则”无非是隐藏其价值取向和情感偏好的修辞性表达而已。<sup>⑤</sup>裁判文书的作出者都是“具体的人”，而经验直觉是有差异的，情感价值又都是动态的，一个人今年和去年的价值观念可能不一样，甚至同一天早晨和下午的思想情感也不相同，<sup>⑥</sup>更何况数量众多的商标审查员和法官？因此，“商标个案审查”现象是法律实践者行使自由裁量权的体现，实际上是把“集体与个体”“标准与情感”“明确与模糊”“刚性与灵活”之间的张力给暴露出来，又借助“其他案情难以与本案相比较”等修辞性表达将其掩盖下去。当然，为了避免法律裁决沦为审查员和法官个人恣意妄为的情绪化产物，运用教义学训练、合议制、上诉审、审判监督、强调裁判文书的公开和说理、疑难案件选配更有经验的审查员或法官、建立管辖权更加集中的知识产权法院、更加看重证据及科学的调查方法而非仅依赖审查员或法官个人的主观感知等制度，可以在相当程度上保证法律的严肃性、稳定性和可预期性。

## 二、个案审查与同案同判

“个案审查”与“同案同判”是什么关系？两者之间是否存在不可调和的矛盾冲突？这是一个

<sup>①</sup> 参见彭学龙《商标法基本范畴的心理学分析》，《法学研究》2008年第2期，第40页。

<sup>②</sup> 同注<sup>③</sup>，第170页。

<sup>③</sup> 参见谢晓尧、黄伟杰《直觉在商标案件中的运用》，《广东社会科学》2014年第3期，第225页。

<sup>④</sup> 北京知识产权法院（2015）京知行初字第414号行政判决书。

<sup>⑤</sup> 参见苏力《判决书的背后》，《法学研究》2001年第3期，第17页。

<sup>⑥</sup> 法社会学家早已指出“法律的原则——规则和原理，本身并不足以预示和解释案件是如何判决的。法官和陪审团通常是根据他们的个人信念和情感来断案的，只是在实际上已经这样断案之后才到书面的法律中寻找合理理由。因此，法律现实主义有一句名言：司法裁决与法律判例之间的关系还不及这些裁决与法官的早餐更密切。”参见[美]唐·布莱克《社会学视野中的司法》，郭星华等译，法律出版社2002年版，第3页。

值得研究的问题。依照理论通说,所谓“同案同判”,也称“先例必须遵守”(stare decisis)或“类似案件应类似审判”(Similar cases should be treated similarly)<sup>①⑦</sup>即要求对与先例具有类似性的待决案件适用相类似的规则或法理进行审判,该原则是限制司法专横,保证判决的合理性,实现形式公正和法治的必然要求。<sup>①⑧</sup>作为论证“同案同判”正当性的经典表述,有一段文字经常被引用:“如果有一组案件所涉及的要点相同,那么各方当事人就会期望有同样的决定。如果依据相互对立的原则交替决定这些案件,那么这就是一种很大的不公。如果在昨天的一个案件中,判决不利于作为被告的我,那么如果今天我是原告,我就会期待对此案的判决相同。如果不同,我胸中就会升起一种愤怒和不公的感觉:那将是对我的实质性权利和道德权利的侵犯。”<sup>①⑨</sup>

“同案同判”的关键就在于判断两个案件是否相同或类似。显然,“世界上没有两片完全相同的树叶”,因时间、地点、人物和内容的不同,也不可能存在客观上两个一模一样的案件,因此,所谓的“同案”显然是法律层面的,即“法律事实”而非“客观事实”上相同或类似的两个案件。而所谓“法律事实”,是指具有法律意义的事实,也就是那些能够决定行为的性质、影响裁判结果的事实。王利明教授认为,类似性应当具有四个特点:案件的关键事实相似、法律关系相似、案件的争议点相类似、案件所争议的法律问题具有相似性。<sup>②⑩</sup>张志铭教授则提出,应当“立足于案件事实与具体法律条文的联系,即以案件事实的法律特性为线索,来确定两个案件的事实整体上是不是涉及相同的法律问题,是不是属于同样法律性质的案件。”<sup>②⑪</sup>有研究者主张“‘同案’的判断标准有二:一是诉讼标的的种类相同或相近;二是法律构成要件事实相同或相近。”<sup>②⑫</sup>因此,所谓的“法律事实”又可以进一步界定为“要件事实”,即经过“剪裁的”、符合特定法律关系(及法律后果)之构成要件的事实。在个案中无论是法官还是当事人,都紧紧围绕这些要件事实来分析或论辩。日本学者指出“当事人陈述事实时判断某一事实是符合于法律构成要件,即以一定法的观点来判断该事实为重要才进行陈述。”<sup>②⑬</sup>

有学者提出,“同案同判”不是必须严格遵守的法律义务,而是可以被凌驾、“弱主张”的道德要求,<sup>②⑭</sup>甚至只是“一个虚构的法治神话”<sup>②⑮</sup>。但管见认为,即使“同案同判”是可欲也可能的“强主张”,“个案审查原则”也与其不冲突。这是因为,商标法实体问题“多因素综合考量”中的“因素”(factors)并不等于识别“同案”的“构成要件”(requirements)。所谓“构成要件”是指促成某法律关系(及法律后果)发生、变更或消灭必须同时具备、不可或缺的决定性要素或条件,例如一般侵权损害赔偿请求权的构成要件包括且仅限于:加害行为、损害、加害行为与损害之间的因果关系和行为人的过错。<sup>②⑯</sup>犯罪的一般构成要件包括且仅限于:主体、客体、主观方面和客观方面。<sup>②⑰</sup>构成要件是法律明文规定的,不得由法官在个案中任意更改或增减的条件或要素,显然与“多因素综合考量”中模糊不定的、不必同时满足的、可以创设补充的“因素”有天壤之别。当然,商标法中也不乏“构成要件”式的法律命题,例如在2015年的“巨化”案再审判决中,最高

<sup>①⑦</sup> 夏登峻主编《英汉法律词典》(第四版),法律出版社2012年版,第1009页。

<sup>①⑧</sup> 参见张琪《论类似案件应当类似审判》,《环球法律评论》2014年第3期,第26页。

<sup>①⑨</sup> [美]本杰明·卡多佐《司法过程的性质》,苏力译,商务出版社2005年版,第18页。

<sup>②⑩</sup> 参见王利明《成文法传统中的创新——怎么看案例指导制度》,《人民法院报》2012年2月20日。

<sup>②⑪</sup> 张志铭《中国法院案例指导制度价值功能之认知》,《学习与探索》2012年第3期,第67页。

<sup>②⑫</sup> 肖晟程《从案件指导到案例指导——“同案不同判”公信化进阶选择》,《中国知识产权法学研究会2015年年会论文集》,第861页。

<sup>②⑬</sup> [日]兼子一、竹下守夫《民事诉讼法》,白绿铉译,法律出版社1995年版,第83页。

<sup>②⑭</sup> 参见陈景辉《同案同判:法律义务还是道德要求》,《中国法学》2013年第3期,第52页。

<sup>②⑮</sup> 周少华《同案同判:一个虚构的法治神话》,《法学》2015年第11期,第140页。

<sup>②⑯</sup> 参见王利明主编《民法》(第七版),中国人民大学出版社2018年版,第610页。

<sup>②⑰</sup> 参见叶亚杰编著《刑法学》,武汉大学出版社2016年版,第34页。

人民法院就把原《商标法》第13条第2款(对已注册驰名商标的特殊保护)解析为三个基本条件:(1)引证商标为已经在中国注册的驰名商标;(2)申请注册的商标构成对该引证商标的复制、摹仿或者翻译;(3)被异议商标虽是在不相同或不类似商品上申请注册,但却容易误导公众,进而损害引证商标权利人的利益,并认为三者是缺一不可的构成要件。<sup>⑳</sup>从中,我们也不难发现“构成要件”与“考量因素”的第二个重要区别,即“构成要件”都是包含实质结论的,如“必须是驰名商标”“构成复制、摹仿”“导致混淆或误导”等;而“考量因素”则只是提示审查员和法官需要对哪些领域、哪些问题分析评判,而不包含实质结论,如需要考虑商标的实际使用“情况”、需要考虑相关公众的注意“程度”等。在厘清“构成要件”与“考量因素”的界限后,可以看出,“个案审查”与“同案同判”完全是风马牛不相及的两回事。在每个具体案件中针对商标显著性、知名度、近似及混淆可能等实体问题,基于个案特定情形进行不乏主观判断的“多因素综合考量”,自然无法就此识别两个案件是相同抑或不同,也就无从评价法官是“同案同判”还是“同案异判”。

另外,“同案同判”不仅是指两个“要件事实”相同的案件应当得出相同的裁判结果,更包括其适用的法律规范也应当相同。也就是说,“同案同判”涵盖了“法律适用标准一致性”原则。而面对疑难案件,法律未作规定或规定不明时,遵循和参照上级或同级法院在先判决中的解释方法和裁判理由就成了“同案同判”的内在要求。在2015年的“飘柔”案<sup>㉑</sup>中,原告贺某对包括“飘柔”在内的大量知名商标进行恶意抢注,但我国现行《商标法》第44条第1款仅针对已经核准注册的商标,可以“不正当手段取得注册”为由宣告无效,而对尚处于授权审查中的商标未作任何规定。在先前的“清样”案中,北京市高级人民法院巧用“商标法贯彻公序良俗原则”的目的解释方法和“举重以明轻”的当然解释方法,创造性地参照适用了原《商标法》第41条第1款的规定。北京知识产权法院在“飘柔”案中指出,本案与上述案件“均为商标异议复审行政纠纷,诉争商标均处于商标申请审查核准阶段,商标申请人亦均具有复制、抄袭他人知名商标的故意,在多个商品类别上大量申请注册与他人知名商标相同或近似的商标,故本院对此种商标申请注册行为性质的认定,应当与上级法院的在先生效判决保持一致,即原告的商标申请注册行为属于扰乱正常商标管理秩序的行为。”<sup>㉒</sup>此段文字可谓法院通过“遵循先例”实现“同案同判”的经典论述。首先,法院归纳了在先判决中“大量恶意注册他人知名商标”的要点,并与本案的要件事实进行了比较,进而得出“属于同案”的结论;其次,法院援引了该在先判决的解释方法和适用的法条,保证了本案实质结果和形式结果(即法律适用)<sup>㉓</sup>与前案的“双一致”。

### 三、个案审查之误读

虽然“商标个案审查原则”有着较为清晰的内涵边界和适用范围,但行政审查和司法裁判依旧存在不少曲解、误读、滥用该原则的情形,笔者通过案例研读将其表现形式归纳如下:

#### (一)“个案审查”与“同案不同判”相混淆

在2016年的“YKK”案中,最高人民法院再审认定“在YKK商标于拉链商品上已经具有很高知名度的情况下,基于‘车辆内装饰品’与‘拉链’具有上下游产品关系,故可以认定两者具

<sup>⑳</sup> 参见最高人民法院(2015)知行字第112号行政裁定书。

<sup>㉑</sup> 参见北京知识产权法院(2015)京知行初字第2474号行政判决书。

<sup>㉒</sup> 北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第659号行政判决书。

<sup>㉓</sup> 参见【美】阿德里安·沃缪勒《不确定状态下的裁判:法律解释的制度理论》,梁迎修、孟庆友译,北京大学出版社2011年版,第4-6页。

有较强的商品关联性。因此，YKK 商标可以基于在‘拉链’商品上驰名的事实获得在‘车辆内装饰品’上的保护。”<sup>②</sup>同时，该再审判决指出“在本案二审判决作出之前，北京市高级人民法院分别在（2012）高行终字第 1236 号、（2013）高行终字第 482 号两案中认定 YKK 商标已达驰名程度。该两案与本案案情基本相同，有关商标驰名的在案证据亦基本相同，在坚持法律适用标准一致性原则的前提下，本案二审判决理应基于 YKK 的驰名程度给予其相应的跨类保护。商标审查的具体情形虽有诸多差异，商标的个案审查有其合理性，但不能在类案裁判时以此为由得出明显相反的裁判结果。否则，商标法律适用规则的明晰化和预见性，将难以保证。”<sup>③</sup>笔者认为，后面这段表述恰恰曲解了“个案审查原则”的原意，将此原则与“法律适用标准一致性”对立起来，实乃画蛇添足之举，不应当成为今后类似案件的参照。这是因为，“商标驰名”与“驰名商标跨类保护”的判断（《商标法》第 13 条第 2 款给出的判断基准是“误导公众”，显然与“混淆可能”类似），都属于典型的“个案审查”范畴，法官完全可以基于个案复杂的差异化情形进行“多因素综合考量”，故在拉链上驰名的 YKK 商标可以在“电动剪刀”和“纱、纺织线”等商品上得到跨类保护，并不能必然得出其也应在“车辆内装饰品”上得到跨类保护的结论。商标法并没有给出跨类保护“格式化”的判定标准，也就无从评价先前判决是否坚持了“法律适用标准一致性”原则，该再审判决为了纠正下级法院裁判尺度不一问题，却找错了对象。该判决把“个案审查原则”与“同案不同判”实际上混为一谈。

## （二）以“审查一致性原则”解构“个案审查原则”

据笔者了解，所谓的“商标审查（标准）一致性原则”最早源自 2009 年的“Bench.”案。在此案中，二审法院指出“虽然商标评审委员会审理商标案件实行个案审查原则，但是，申请商标是否予以注册的审查均应依据商标法的相关规定，即审查的依据及标准是统一的。因此，商标评审委员会根据商标法的上述相关规定，在（1996）商评字第 439 号‘BENCH 商标驳回复审终局决定书’中，以舒英公司的 BENCH 商标与北京市华联时装公司的第 342318 号 BenChi 及图商标已构成类似商品上的近似商标为由，驳回了舒英公司对‘BENCH’商标的注册申请，但在本案中却又维持了与第 342318 号 BenChi 及图商标构成类似商品上的近似商标的争议商标‘Bench.’的注册，显属适用法律错误。”<sup>④</sup>不过，该判决并没有给出《商标法》哪一条规定了判断申请注册商标与引证商标是否构成近似的所谓“统一的标准”。又如在 2016 年的“美拍”案中，一审法院认为“商标注册审查虽然为个案审查原则，但也应确保前后审查标准的一致性、连续性，否则就破坏了行政法上的信赖利益保护原则，导致商标申请人无所适从，且相同情况下的审查标准应保持一致。本案中，美图网公司同时在第 38、42 类服务项目上申请注册的商标与本案诉争商标标识相同，且在第 38、42 类服务项目上亦存在与本案引证商标相同标识的商标，但美图网公司前述两商标的注册申请已被核准注册，而诉争商标却未被核准注册，商标评审委员会的审查标准明显不统一，明显违背了审查一致性原则，在同一申请人同时在不同类别服务项目上的注册申请中出现不同的审查标准。”<sup>⑤</sup>二审法院撤销了一审判决，并指出“美图网公司在其他类别上获准注册的商标情况，由于并非经过商标评审委员会的复审程序，商标局核准注册的行为不能成为评判商标评审委员会是否违反商标审查一致性原则的依据。”<sup>⑥</sup>笔者认为，本案的焦点问题仍然是申请注册的商标是否与已经注册的商标相近似。对此，现行《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

<sup>②</sup> 同注①。

<sup>③</sup> 同注①。

<sup>④</sup> 北京市高级人民法院（2009）高行终字第 1079 号行政判决书。

<sup>⑤</sup> 北京知识产权法院（2015）京知行初字第 6061 号行政判决书。

<sup>⑥</sup> 北京市高级人民法院（2016）京行终 2958 号行政判决书。

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。此处的“近似”是指商标标志(音、形、义)上的近似,还是需要结合商标的显著性、知名度以及是否会使得相关公众产生混淆误认等因素综合判断,的确存在一定争议。对此,《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》第15、第16条作了肯定后者的回答。实际上,本案两审法院也都综合考虑了申请注册商标的实际使用情况,与引证商标标志是否近似以及是否会导致相关公众混淆误认,只是在判断结论上截然相反,这恰恰是“个案审查原则”的体现。如果法院秉持这一理念就应当发现,当初商标局核准厦门美图网公司在第38、42类服务项目上注册同一商标,后来却又在第35类服务项目上以相同的引证商标作比较得出不予核准注册的决定恰恰是“个案审查原则”的体现。“个案审查原则”意味着商标的实质审查(显著性、知名度、近似及混淆可能)是情境化的、动态的,乃至主观性的。既然这些问题没有格式化的判断标准,又从何得出裁决者违背了“审查一致性”原则呢?的确,《行政许可法》第8条确立了“信赖保护”原则,商标的核准注册虽然严格意义上不属于行政许可,仍可以参照适用此条款。但问题在于,商标的核准注册在很多情况下是建立在“个案审查”这一“流沙”之上的,它不可能也不应当给予当事人所谓的“稳定预期”,故谈不上有什么需要保护的信赖利益。

关于判断“审查一致性原则”是否应考量主体上下级关系,有研究者归纳出三种不同观点:一种是不考虑主体的上下级关系,仅仅考量是否形成实质性效力;另一种观点是考虑主体的上下级关系,以能够形成最终实质性效力的主体为准;第三种观点是仅仅考量同一主体,而不考虑上下级主管单位之间的关系,并借由“美拍”案二审判决指出“‘商标审查一致性原则’的司法判断应当考量主体因素,上下级主管机关之间是否存在关联,核心在于把握上级主管机关的复审权启动程序,不能忽略了相关机关行使权力的启动要件,否则就会出现对‘商标审查一致性原则’适用不当的情形。”<sup>⑦</sup>简言之,如果两个对比案件都先后进入了同一审查主体的裁量程序,则该主体应当对下级主体是否秉持了“审查一致性原则”作出评判,否则就可以依照“个案审查原则”不予评判。这一观点对“个案审查原则”的适用有所限缩,但如前文所述,这么做逻辑上并不成立。因为无论是商标复审还是行政诉讼,评判的都是某一具体行政行为的正当性、合法性。没有进入复审或诉讼的在先具体行政行为,也是依照实体法和程序法做出的完整的具体行政行为,其当然可以作为评判同一行政主体针对同一种情况在后做出的另一个具体行政行为是否遵守“审查一致性原则”的比照对象。只要两个裁决做出主体同一、事实情况和法律问题同一(或类似)、所依据的法律规定没有发生实质性的变化,就满足评判是否“审查一致”的必要条件。实际上,将正在审理的案件与在先已生效但未进入司法程序的行政裁决进行比较评价,并没有什么不可逾越的障碍,例如在2016年“克拉玛依”案中,一审法院就指出“在前案中第15941263号商标与第12801832号商标是否近似的审查结论没有进行司法审查,该结论并不对本院在本案的审理具有约束性的前提下,本院对于申请商标和引证商标的标识是否构成近似依法进行评判,并对于商标评审委员会的上述错误一并予以指出。”<sup>⑧</sup>故此,所谓“在先裁决因未经过复审、未提起诉讼,不能作为评判先后裁决是否违反审查一致性原则之依据”的说法,难以经得起推敲,与其这样,不如直接用“商标个案审查原则”作为回应,来揭示问题的本质,因为只要是“个案审查原则”的适用范围,就无“审查一致性原则”的存在空间。

### (三) “个案审查原则”被滥用

商标法实践不仅存在用“审查一致性原则”不合理限制“个案审查原则”的情况,同时也存

<sup>⑦</sup> 邓卓 《“商标审查一致性原则”主体性的司法判断》,载知产力网站 <http://www.zhichanli.com/article/43292>, 2018年4月17日访问。

<sup>⑧</sup> 北京知识产权法院(2016)京73行初6207号行政判决书。

在“个案审查原则”被滥用的现象。例如在2016年“盖璞内衣”案中，原告盖璞公司申请注册“盖璞内衣”商标，指定使用在第25类紧身内衣（服装）、服装、衬裤、短裤、运动裤、工装裤等商品上。商标局初步审定申请商标在紧身内衣（服装）商品上的注册申请，驳回在服装、衬裤、短裤、运动裤、工装裤等商品上的注册申请，其理由是申请商标为纯文字商标“盖璞内衣”，由于其中包含“内衣”字样，易使消费者在接触到申请商标后，误认为该商标所标识的商品为内衣类服装从而误导消费，造成不良影响，已构成《商标法》第10条第1款第8项所规定的情形。盖璞公司不服，但随后的商标复审、法院一审、二审均驳回了盖璞公司的请求，维持原决定。在再审时，最高人民法院指出，经查明，盖璞公司申请的另外两件“盖璞内衣”商标已获准注册，其中涉及的第7547927号“盖璞内衣”商标（申请日与本案申请商标只相隔一天，指定使用商品完全相同，商标构成要素高度近似，差别仅在于其中一字的繁简体不同）还曾经历与本案相同的驳回复审程序，商标评审委员会推翻了商标局关于“盖璞内衣”商标违反了商标法第10条第1款第8项规定的认定，对该商标在全部指定使用商品上的注册申请予以核准。但在“盖璞内衣”案中，商标评审委员会却将申请商标未予核准注册的理由归结为“个案审查原则”。再审判决认为“首先，如前所述，申请商标与第7547927号‘盖璞内衣’商标在指定使用商品及商标构成要素上高度近似，商标评审委员会并未在本案中向本院举证证明申请商标相较于第7547927号‘盖璞内衣’商标具有必须予以特殊考量的个案因素。”<sup>39</sup> 对此论述，笔者深表赞同。商标实体问题的“多因素综合考量”虽然没有统一明确的标准，且包含因人而异的主观因素，但并非毫无道理的武断裁判，基于最低限度的公平性与合理性，裁决机关应当给出可为当事人及公众接受的理由。<sup>40</sup> 商标评审委员会就两个如此相似的商标，几乎在同一时间却依据同一法律规范得出截然相反的结论，显然需要给出有说服力的解释，而不应将“个案审查原则”作为搪塞工具，否则就是对该原则的滥用。当然，对于此再审判决随后的论述“商标评审委员会对申请商标是否违反商标法第10条第一款规定的审查结论有违审查标准一致性及同案同判的公平原则，损害了盖璞公司作为行政相对人合理的期待利益”，笔者并不赞同，这有点“矫枉过正”了，因为申请注册商标是否因其指定使用的商品服务类别而误导消费者，仍需结合具体案情而综合考量，法律没有给出统一的具体标准或固定的构成要件，故不属于“同案同判”的适用对象，不存在所谓的“行政相对人合理期待利益”。

另一种滥用表现为，本来应当遵循统一的认定标准之处，却以“个案审查原则”为由回避。以商标标志本身是否因违背《商标法》第10条公序良俗的规定，禁止使用并注册为例。在2012年的“OLYMPIA”案中，一审法院认为“‘OLYMPIA’作为申请商标的显著识别部分之一，在申请商标中亦未产生其他含义，易使相关公众误将申请商标所标识的服务来源指向古希腊城市，因而不具备可注册性……中国商标审查实行个案审查，被告认定原告所提交的关于其他含有‘OLYMPIA’文字的商标被核准注册的证据并非申请商标应予注册的当然理由并无不妥。”<sup>41</sup> 笔者认为，在相当长的一段时间内，OLYMPIA对于中国的社会公众而言，是否指的是古希腊某城市名，还是有强于地名的其他含义，应该形成了一个相当明确稳定的共识，这里并不需要结合此商标指定使用的商品服务类别、商标的知名度和显著性等情境化因素来加以综合考量，也不适用“个案审查原则”。又如在2016年的“爱屋吉屋”案中，当事人提供了“智立更生”“妙笔可言”等商标经商标局核准注册的信息，以及“糖糖正正”经行政诉讼支持商标注册的判决，用以主张商标局和法院应坚持审查一致性，核准“爱屋吉屋”及其他巧用成语的标志注册为商标。法院对此的回应是“由于商标授权实

<sup>39</sup> 同注②。

<sup>40</sup> 有学者对裁判可接受性问题展开了充分而翔实的分析论证，参见谢小瑶、赵冬《裁判可接受性的“理想”与“现实”——源于听众理论的启示》，《南京大学法律评论》（2013年春季卷），法律出版社2013年版，第169-180页。

<sup>41</sup> 北京市第一中级人民法院（2012）一中知行初字第2654号行政判决书。



行个案审查原则，原告提出的关于其他类似商标获准注册的情况，与本案情况并不相同，有的未经过复审，有的未提起诉讼，而其他经过诉讼的商标情形亦难以与本案相比较，均非本案申请商标获准注册的当然依据。”<sup>②</sup>的确，关于将变造后的文字词语申请注册商标是否构成《商标法》第10条第1款第8项的“其他不良影响”，法律并没有给出清晰的判定标准，但这类案件同样不需要结合涉案标志指定使用的商品服务类别、商标的知名度和显著性等情境化因素加以个案评判，商标行政管理部门和法院完全可以就此类问题给出普适性的裁量标准，为后续案件提供指引。虽然对于在先前已获得注册且未进入司法程序的商标案件，法院没有办法改变其结果，但完全可以在此判决中适当提醒商标局及商标评审委员会在今后的类似裁决中力争做到“同案同判”，从而保证法律适用的稳定性和可预期性，而不能假借“个案审查”之名默许行政行为的随意性。因此，诸如2017年“小肥羊”案二审法院在判决书结尾处笼统地认为“商标授权确权案件遵循个案审查的原则”<sup>③</sup>显然是不足取的。

## 结 语

综上所述，“个案审查原则”并非商标法所特有，它无非是商标法中诸如显著性、知名度、近似及混淆可能等实体问题的“多因素综合考量”所产生的必然性结果和修辞化表达而已。当然，也正因为这些情境化考量因素多含有不确定的主观判断，才使得“个案审查”特征在商标法实践中表现得尤为突出。另一方面，由于人们想当然地认为“个案审查”与“同案同判”“遵循先例”等理念或原则相悖，所以才遭到广泛的质疑与挑战，以至于法律实践部门力图通过追求所谓的“审查标准一致性”来压缩“个案审查原则”的适用范围。为了维系审查员和法官本应有的自由裁量空间，避免背离事实的机械化裁决，有必要澄清“个案审查”与“同案同判”的原意与区别界限，从而使其各安其位、各司其职，在保证“具体问题具体分析”的同时，又能实现裁决的公平性和法律的稳定性。

### 【主要参考文献】

1. 苏力 《判决书的背后》，《法学研究》2001年第3期。
2. [美]本杰明·卡多佐 《司法过程的性质》，苏力译，商务出版社2005年版。
3. 曾陈明汝、蔡明诚 《商标法原理》，台湾新学林出版公司2007年版。
4. [美]阿德里安·沃缪勒 《不确定状态下的裁判 法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社2011年版。
5. 谢晓尧、黄炜杰 《直觉在商标案件中的运用》，《广东社会科学》2014年第3期。
6. 张琪 《论类似案件应当类似审判》，《环球法律评论》2014年第3期。

(责任编辑: 肖建国)

<sup>②</sup> 北京知识产权法院(2016)京73行初2194号行政判决书。

<sup>③</sup> 北京市高级人民法院(2017)京行终第1417号行政判决书。

***The Irregular Causations and the Critics against the Objective Imputation***

CAI Guisheng • 152 •

According to the theory of objective imputation, the irregular causations should be precluded through the objective criterion of “permitted risk”. The criterion of “permitted risk” has preinstalled a perspective of a fictive “objective-standard person”. Therefore, in the criminal theory that the judge should first carry out a step of objective imputation, and then that of subjective imputation, the first step is unnecessary. In the case that the perpetrator realizes his special knowledge, the theory of objective imputation can lead to a wrong conclusion. With the introduction of the so-called “special knowledge” into the theory of objective imputation, this imputation will be not objective any longer. It is not suitable to adopt the theory of objective imputation, which is based on a “fictive person”. The proper way is to understand and interpret the legal elements, such as result, action and intent (or negligence), normatively and basing on all the facts that expost found out. The imputation of criminal results is a subjective imputation that aims at the real perpetrator rather than an objective imputation towards a “fictive person”.

**Key Words** Irregular Causations; Objective Imputation; Special Knowledge; Normalization of Elements; Subjective Imputation

Cai Guisheng, Ph. D. in Law, Lecturer of Criminal Jurisprudence Research Center of Renmin University of China.

***The Misreading and Clarifying of the Principle of “Trademark Case-by-case Review”***

XIONG Wencong • 168 •

In most trademark cases, the normative issues such as distinctiveness, popularity, similarity and the likelihood of confusion are very complicated and comprise very uncertain judgement of subjectivity. For dealing with these issues, the courts developed the “multifactor test” and resulted in inevitably an extrusive phenomenon, which called “case-by-case review”. Without Understanding its rationale, the “case-by-case review” is easily misread be conflicting with the doctrines of “like cases alike” or “stare decisis” and should be excluded by the principle of so-called “the consistency of review standard”. Only by clarifying the boundary between “case-by-case review” and “like cases alike”, we can defuse the contradiction and ensure the fairness of judicial judgement.

**Key Words** Case-by-case Review; Like Cases Alike; Trademark Law; Multifactor Test

Xiong Wencong, Ph. D. in Law, Associate Professor of Minzu University of China Law School.

***Commentary on Article 14 of Contract Law: Composition of an Offer***

YANG Daixiong • 177 •

According to Article 14 of Contract Law, an offer should meet three requirements. Firstly, it should be a declaration. Secondly, in principle, offeree must be specific person; only in exceptional case can numerous unspecific people be offeree. Thirdly, the declaration should express definite meaning concerning effect. This meaning acts as criteria to distinguish offer from invitation to offer, declaration based on friendship, declaration in gentleman’s agreement, letter of intent, declaration in memorandum. The burden of proof rests on the party who claims the existence of an offer with certain content.

**Key Words** Offer; Invitation to Offer; Act Based on Friendship; Declaration of Will; Burden of Proof

Yang Daixiong, Ph. D. in Law, Professor of East China University of Political Science and Law.