

与通用名称近似的商标可能认定构成欺骗性商标的探讨

作者：邓蓓

《商标法》第十一条第一款第（七）项规定，带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的标志不得作为商标使用。其中比较常见的情况就是商标由缺乏显著特征的元素构成，例如通用名称，即便是添加了其他具有一定显著特征的文字或进行了细微的改动，可能使整体具有了显著性，但是仍然可能具有欺骗性，容易使相关公众对商品的内容、功能、用途等特点导致误认，从而构成《商标法》第十条第一款第（七）项规定的情形。本文拟从这个问题入手，探讨与通用名称近似的商标可能具有欺骗性从而不能获得注册的问题。由于化学医药类的商标常常有可能使用化学物质名称作为商标的一部分，因此，本文主要选取此类商标的相关案例予以研究。

首先，要认定商标是否具有欺骗性，离不开“相关公众”这个概念。《巴黎公约》第六条第五款明确规定，“违反道德或公共秩序，尤其是具有欺骗公众性质的商标得拒绝注册或是使之无效。”《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》中规定“第四条 商标标志或者其构成要素带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认，国家知识产权局认定其属于 2001 年修正的商标法第十条第一款第（七）项规定情形的，人民法院予以支持。”

《北京市高级人民法院商标授权确权行政案件审理指南》中关于“欺

骗性”认定中规定“公众基于日常生活经验等不会对诉争商标指定使用的商品或者服务的质量等特点或者产地产生误认的，不属于商标法第十条第一款第（七）项规定的情形”。

那么，何为“相关公众”？《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》中，对相关公众定义如下：“第八条 商标法所称相关公众，是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。”也就是说，商品服务的类别是判断“相关公众”范围的常见考量因素之一。通过明确商品服务类别可判断其所属行业、分配渠道及价值用途，进而确定“相关公众”范围。如重型机械的“相关公众”主要是该领域内生产工厂与使用设备的建设施工单位，而服装、食品等快消商品的“相关公众”则为普通消费者和营销环节的经营者。”¹对于第3类的化妆品、第30、32类的食品饮料类商品的“相关公众”应为普通消费者和营销环节的经营者。而第5类的药品，还应涉及医护、药剂、病患人员。比如，在“无锡济民可信山禾药业股份有限公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会异议复审再审行政判决书”中，最高人民法院认为“前述商品均为用于疾病预防、诊断和治疗的药品,故本案相关公众包括可能或实际使用前述类别药品进行病患预防、诊断和治疗的医护、药剂、病患人员,以及经营销售前述类别药品的相关经营人员。”而考虑到第5类医药类的相关公众，即医护、药剂人员等具有

专业的医药知识，而病患人员也一般都具有一定的医药常识，因此，一个与通用名称近似的商标使用在第 5 类的医药类商品上，对于熟悉该通用名称的相关公众而言，是极易导致对商品内容、功能、用途等误认的。下面，笔者将从相关公众的角度，从商标与通用名称近似程度的高低以案例说明分析导致欺骗的可能性。

一、如果该商标与通用名称高度近似，相关公众容易将该标志识别为通用名称，导致欺骗性后果的可能性就越高。

请看如下案例，这些案例中将通用名称中某个文字进行细微的改动，但由于整体外观和读音仍然与通用名称近似，被不予核准注册。

案件所涉商标及案件类型	涉案通用名称或无显著性标志	评审结论摘要	法院结论摘要
第 10571363 号“慷肤新”商标 无效宣告请求 ²	康复新液	诉争商标“慷肤新”与其文字构成、呼叫相近，其使用在核定的医用营养品等商品上易使消费者对商品的功能用途等特点产生误认，属于商标法第十条第一款（七）项规定的不得作为商标使用的标识。	诉争商标“慷肤新”与药品通用名称的显著识别部分“康复新”文字构成相似，读音、呼叫完全相同，容易使消费者对商品的功能用途等特点产生误认。诉争商标已构成商标法第十条第一款第（七）项所指的情形。
第 10597395 号“康覆新”商标 无效宣告请求 ³	康复新液	本案中，“康复新液”为药品通用名称，诉争商标“康覆新”与其文字构成、呼叫相近，其使用在核定的医用营养品等商品上易使消费者对商品的功能用途等特点产生误认，属于商标法第十条第一款（七）项规定的	诉争商标“慷肤新”与药品通用名称的显著识别部分“康复新”文字构成相似，读音、呼叫完全相同，容易使消费者对商品的功能用途等特点产生误认。诉争商标已构成商标法第十条第一款第（七）项所指的情形。

		不得作为商标使用的标识。	
第 24400602 号“旺渭宝果茶”商标 驳回复审 ⁴	旺胃宝果茶	诉争商标使用在指定商品上，带有欺骗性，易使公众对商品的功能等特点产生误认，故诉争商标的注册申请违反了商标法第十条第一款第七项的规定。	诉争商标由文字“旺渭宝果茶”构成，我国公众通常易将其识别为“旺胃宝果茶”，即使能够将其识别为“旺渭宝果茶”，而该标志与“旺胃宝果茶”在呼叫上完全相同，会使我国公众对上述商品的功能等特点产生误认，理解为“有益于胃功能”，从而具有欺骗性。因此，诉争商标在指定使用商品上的注册违反了商标法第十条第一款第七项的规定。

在以上案例中，“慷肤新”、“康覆新”与药品通用名称的显著识别部分“康复新”仅仅在“慷”、“肤”、“覆”字上有一定区别，且视觉外观和读音极其近似，由于指定了第 5 类医药类商品，对公众的生命安全影响较大，因此，评审机构和法院都认定其违反了第十条第一款第（七）项的规定。“旺渭宝果茶”与缺乏显著性的标志“旺胃宝果茶”仅仅在“渭”字上有一定区别，且视觉外观和读音极其近似，由于指定了第 32 类饮料类商品，对公众的生命安全影响较大，因此，法院认定其违反了第十条第一款第（七）项的规定。

以上案例说明，在考虑一个商标是否具有欺骗性时，需要考虑该商标与通用名称的近似程度、相关公众对于该通用名称的知晓程度。如果一个商标与通用名称越近似，且该通用名称对于相关公众越熟悉，该商标构成商标法第十条第一款第（七）项所指的情形可能性就越大。另外，在药品、食品类商品上，即使相关公众可能不熟悉该通用名称，出于保护公众利益的需要，法院也采取了更为

谨慎的态度，不予核准了与通用名称近似的商标的注册。

关于近似的程度，上述案例都是字形近似，呼叫相同，由此可见，如果一个商标跟通用名称的呼叫完全一致，又符合商标外形近似标准的情况下，极易可能被认定为与通用名称近似，从而被认定为具有欺骗性。商标外形的近似，主要是字数相同、首尾汉字相同、其中某个汉字的主体结构近似等。这种情况下，该商标的整体外观与通用名称非常近似，相关公众误认为是通用名称或与通用名称指代的物质有密切关系的可能性高，因此，导致欺骗后果的可能性也高。

二、如果一个商标完整包含了通用名称，添加了其他汉字或显著要素，有可能不被认为构成商标法第十条第一款第（七）项所指的情形，也就是说公众基于日常生活经验等不会对诉争商标指定使用的商品或者服务的质量等特点或者产地产生误认。请参考以下案例，在这些案例中，在缺乏显著性的字或词上添加了其他显著性低的文字，但被认为整体不会导致欺骗性后果，从而准予注册。

案件所涉商标及案件类型	涉案通用名称或无显著性标志	评审结论摘要	法院结论摘要
第 25883235 号“肽亮及图”商标驳回复审 ⁵	肽	“肽”具有很好的美肤、去皱效果，指定使用在洗面奶等商品上，容易使相关公众对商品的原料等特点产生误认，已构成商标法第十条第一	虽然“肽”字存在特定含义，是一种有机化合物，可作为化妆品等商品的原料，用于产品中具有修复、抗衰老等功效。但是，相关公众对“肽”字认知与专业人士的认知存在差异，该字并非生

		款第七项所指的情形	活中的常用字,未必可以对“肽”字的含义有清晰而准确的认定。诉争商标由“肽亮及图”构成,整体上不具有特定含义。即使诉争商标指定使用的商品中不包含“肽”所特指的化学原料,亦不能因此而认定诉争商标整体上具有欺骗性,容易使公众对商品的质量等特点产生误认。
第 25883236 号“肽透及图”商标 驳回复审 ⁶	肽	“肽”具有很好的美肤、去皱效果,指定使用在洗面奶等商品上,容易使相关公众对商品的原料等特点产生误认,已构成商标法第十条第一款第七项所指的情形	本案中,诉争商标由“肽透及图”构成,指定使用在“化妆品”等商品上。虽然“肽”字存在特定含义,是一种有机化合物,可作为化妆品等商品的原料,用于产品中具有修复、抗衰老等功效。但是,相关公众对“肽”字认知与专业人士的认知存在差异,该字并非生活中的常用字,未必可以对“肽”字的含义有清晰而准确的认定。诉争商标由“肽透及图”构成,整体上不具有特定含义。即使诉争商标指定使用的商品中不包含“肽”所特指的化学原料,亦不能因此而认定诉争商标整体上具有欺骗性,容易使公众对商品的质量等特点产生误认。
第 26252896 号“肽嫩及图”商标 驳回复审 ⁷	肽	诉争商标的申请注册构成《中华人民共和国商标法》(简称商标法)第十条第一款第七项、第三十条所指情形为由,决定:驳回诉争商标在复审商品上的注册申请。	诉争商标由“肽嫩”及图组合而成,整体不具有特定含义,指定使用在“化妆品;洗面奶;洗洁精;研磨剂;夹克油;香精油”等商品上,即使商品不含有“肽”所指定的化学原料,亦不能因此而认定诉争商标整体上具有欺骗性,容易使公众对商品的质量等特点产生误认。

法院在判决中强调了“应当从该商标标志的整体上加以判断,而不应仅从其构成要素入手认定该商标是否具有欺骗性”,并且认为相关公众对“肽”字认知与专业人士的认知存在差异,并不一定了

解其含义，商品即使不包含“肽”所特指的化学原料，也不会使相关公众产生误认。由此可见，诉争商标虽然可能含有表示商品原料的词汇，但是如果对相关公众来说是不具有认知性的，也不一定会产生误认，不违反商标法第十条第一款第（七）项规定。关于第3类的化妆品商品，如前所述，由于属于大众消费品，相关公众主要是普通消费者和营销环节的经营者，而不是具有化学知识的专业人士，因此，对专业的化学物质名称很可能不具有认知度。另外，从商标的近似性角度来看，“肽亮”、“肽透”、“肽嫩”被认定为是无固定含义的臆造词，即使完整包含了“肽”，整体上已经和“肽”有了区别，由于商标“肽亮”、“肽透”、“肽嫩”和通用名称“肽”都在三个字以内，相关公众更易区分两个字的商标和一个字的商标，因此“肽亮”、“肽透”、“肽嫩”和“肽”可能不会被混淆误认。

由上述案例可以看出，按照《商标审查审理指南》，“中文商标由三个或者三个以上汉字构成，仅个别汉字不同，整体无含义或者含义无明显区别，易使相关公众对商品来源产生混淆的，判定为近似商标”，因此“慷肤新”、“康覆新”与“康复新”、“旺渭宝果茶”与“旺胃宝果茶”被判定为构成近似。因此，可以从商标近似判断标准入手，先判断该商标与通用名称是否构成近似，再从相关公众是否会对商品功能特点产生误认的角度来分析该商标是否构成第十条第一款第(七)项规定。

三、是否能通过提交使用证据克服第十条第一款第(七)项的驳回理由。

“当标志本身满足了‘夸大宣传’的情形时，一般情况下从逻辑上是具有‘欺骗性’的损害后果，此时就需要商标申请人对该标志不致发生相应“欺骗性”后果进行举证，如果其完成了逻辑上结果推断的阻却，那么就可以认定不致发生‘欺骗性’后果，而不能适用该条款进行认定。”⁸，是否构成欺骗最终是相关公众来判断，如果商标已经积累了一定的知名度，也并没有发生相关公众因误认导致的投诉、评论，那么该商标是可能被核准注册的，在第5127315号“六个核桃”商标异议复审行政纠纷案中⁹，养元公司提供的使用证据被予以认可，最后被认定为不构成第十条第一款第(七)项规定。

关于第23225008号“肺露”商标驳回复审决定书的二审判决中¹⁰，法院认为“由于创晟公司未提交证据证明诉争商标指定使用商品具有清肺、润肺等功能，故不能排除诉争商标使用在“果汁（以具有清肺、润肺作用的水果为原料）”等商品上存在使公众对商品的特点产生错误认识的可能。”由此可见，在克服第十条第一款第(七)项的驳回理由时，需要提交使用证据证明该商标不会导致公众产生错误认识。同时，“肺露”商标非固定搭配，消费者可能通过联想想到该商标的含义为“用于治肺病的饮料”，因此该商标具有暗示性。具有暗示性的商标

由于没有直接表示商品的内容、功能、用途等特点，因此不一定会导致误认，在这种情况下，如果能进一步提交证据证明误认的可能不存在，则有获得注册的可能性。

然而在关于第 22050315 号“痛王馆”商标驳回复审决定书的二审判决中¹¹，法院认为“因商标法第十条第一款第七项属于标志禁止作为商标使用的规定，故在标志含义已经足以导致我国公众误认的情况下，无需再行对诉争商标的使用情况进行认定，商标评审委员会在评审阶段未予采纳两全其美公司提交的证据并无不当，本院对两全其美公司所提交的证据亦不予以采纳。”由此可见，对于明显会导致误认的标志，即使提交了使用证据也无法克服第十条第一款第(七)项规定。“痛王馆”中，“王”和“馆”属于显著性低的词，“痛”是对服务内容的直接描述，因此，这三个显著性低的字组合在一起仍然不具有显著性，且足以导致公众误认，因此被不予注册。

因此，能否提交使用证据克服误认的驳回理由，可以从如下方面考虑：如果该标识与通用名称近似程度高或整体显著性低，明显会导致误认的情况下，即使提交使用证据也可能不被接受；如果该标识与通用名称在一定程度上近似，但属于暗示性商标，有可能通过提交使用证据克服第十条第一款第(七)项的驳回理由。

四、结论

如果申请商标被第十条第一款第(七)项驳回，需要综合衡量各种因素研究是否有可能克服该驳回理由，具体包括与通用名称的近似度，相关公众的认知度，是否有使用证据，是否对公共利益有重大影响等。如果与通用名称的近似度高，相关公众的认知度高，即使有使用证据可能也无法克服该驳回理由。如果与通用名称的近似度不高，相关公众的认知度不高，可以通过提交使用证据证明不致发生相应“欺骗性”后果。如果与通用名称的近似度高，在医药类或食品类的相关商品上，法院有可能会从保护公共利益的角度不予核准注册。

¹ 参见李永明、刘筱童《商标法中“相关公众”的范围界定》，《浙江大学学报》（人文社会科学版）2019年第6期

² 参见(2018)京行终1446号

³ 参见(2018)京行终1450号

⁴ 参见(2019)京行终4818号

⁵ 参见(2019)京行终3558号

⁶ 参见(2019)京行终3557号

⁷ 参见(2019)京行终4536号

⁸ 参见陶钧：《关于“夸大宣传并带有欺骗性的”标志司法认定的理解与适用》，《电子知识产权》2013年第8期

⁹ 参见（2012）高行终字第256号

¹⁰ 参见(2019)京行终3549号

¹¹ 参见(2019)京行终783号