

# 注册商标使用中的 “未改变显著特征”

付继存\*

**内容提要：**注册商标使用的判定因“未改变显著特征”的语义不精确而有或然性，进而影响与商标专用权确认、维持与保护有关的预期，助长市场机会主义。其实，“未改变显著特征”所蕴含的法律理念是，在理性、具体化的消费者看来，实际使用的商标标志与注册商标具有相同的识别效果。该理念与定性比较分析405份裁判文书所发现的应判定为“未改变显著特征”的条件或其组合相互对应。判定“未改变显著特征”的基准类型是组合使用注册商标、增删关联元素、改变装饰元素、替换字体字形、改变元素排列方式或任意组合上述变化方式，且能够明确指代该注册商标并不易导致消费者混淆。确权裁判还认可同时使用注册商标与变化的商标标志。在形成“未改变显著特征”这一判断时，识别公用性关联元素、替代性关联元素与装饰元素应分别采用竞争必需测试、稳定对应测试与表达需要测试。相同识别效果的判断应衡量明确指代、消费者认知习惯与商标法秩序等因素。

**关键词：**注册商标 商标使用 显著特征 商标通信模型

## 一、问题的提出

注册商标的使用通常受到商品或服务（以下统称商品）特征、使用方式与惯例、设计风格、时尚观念、识别便利性等因素的影响，因而实际使用的标志与注册商标标志有或多或少的差异，是实践中的常态。如果对此直接适用自行改变或连续三年不使用注册商标的撤销条款，可能会增加无谓的商标注册申请，变相鼓励不正当竞争者以不规范使用为由进行不侵权抗辩或申请撤销对应的注册商标，损害商标权人的正当权益，最终形成一种刻板的商标使用及信息交流观念。为顺应商业实践并维护市场竞争秩序，“实际使用的商标标志与核准注册的商标标志有细微差别，但未改变其显著特征的，可以视为注册商标的使用”。〔1〕该规范最早用于注册

\* 中国政法大学民商经济法学院副教授。

本文系“中国政法大学知识产权法新兴学科建设项目”的阶段性成果。

〔1〕 参见北京市高级人民法院《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》（京高法发〔2006〕68号）第6条；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》（法发〔2010〕12号）第20条；以及《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（法释〔2017〕2号，经法释〔2020〕19号修正）第26条第2款。

商标撤销制度中的使用判定，现已扩及于所有与商标专用权维持与保护有关的使用判定。

但是，“未改变显著特征”的语义不精确，“混淆性近似”〔2〕“与近似相区别”〔3〕这两个相互冲突的学理解释也未能打开思维黑箱。一方面，注册商标标志的变化对相关判定结果的影响缺乏客观一致性。例如，“厨味 chuwei 及图”“厨味及图”（图形部分显示为一厨师）的显著识别部分均为注册商标“厨味”，增加图形或拼音未改变其显著特征。〔4〕注册商标“川西坝子 CHUANXIBAZI 及图”（图为一工具）中的中文亦是诉争商标的显著识别部分，实际使用中文不改变其显著特征。〔5〕但是，实际使用注册商标“HAGGAI 及图”（图为不规则“工”字型）的单词则被判定为两者缺乏关联性，改变了显著特征。〔6〕由于动物图形为注册商标“斯迪姆及图”的显著部分，实际使用“斯迪姆”文字也改变了其主要部分和显著特征。〔7〕

另一方面，以何种使用效果作为未改变显著特征的标准也有分歧。最高人民法院在“华佗 HUATUO 及图”（图为一医者剪影）案中持“唯一指代说”：撤销案件的商标使用应当是对诉争商标的完整使用，而不是对其中某个元素或部分的使用。由于商标权人在相同商品上还注册多件包含“华佗”文字的商标，单凭记载“华佗”文字的部分证据不能证明诉争商标的使用。〔8〕持相同观点的案例还有“WEWE”案与“Croco”案。〔9〕但是，在同期的“康宝”案中，最高人民法院又持“明确指代说”：五件引证商标及权利人拥有的其他注册商标的主要识别部分和读音均为“康宝”，对这些商标的使用可以视为引证商标的使用；而且，其他引证商标的主要识别部分均包含纯文字注册商标“康宝”，故无论是对哪个引证商标的使用，均包含对“康宝”商标的使用。〔10〕类似案例还有“LAFITE”案与“雷博”案。〔11〕

由此产生的后果是，实际使用的标志是否未改变该注册商标的显著特征，在某种程度上直接取决于规范适用者的主观判断。裁判的客观性难以保证，商标权人也无法预测裁判结果，并面临正当权益被剥夺、商誉积累被清零或得不到保护的风险，最终可能出现不正当竞争者获利的反竞争效果。解决上述问题的方法是通过一般法律理念（allgemeiner Rechtsgedanke）与应依其判断的事例的“对向交流”发展出基准类型。〔12〕因而，本文的任务是首先探明“未改变显著特征”蕴含的法律理念，然后运用定性比较分析方法从个案中发现应依其判断的事例及其包含的构成“未改变显著特征”的条件或其组合，再通过法律理念与条件或其组合的交互澄

〔2〕 参见陈明涛：《商标连续不使用撤销制度中的“商标使用”分析》，《法商研究》2013年第1期，第149页。

〔3〕 参见蒋万来：《商标使用的恰当定位与概念厘清》，《政法论坛》2016年第3期，第183页。

〔4〕 参见最高人民法院（2017）最高法行再47号行政判决书。

〔5〕 参见北京市高级人民法院（2019）京行终9791号行政判决书。

〔6〕 参见北京市高级人民法院（2010）高行终字第455号行政判决书。

〔7〕 参见最高人民法院（2019）最高法行申3476号行政裁定书。

〔8〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申7206号行政裁定书。

〔9〕 实际使用的标志与第8570965号注册商标几乎完全相同，无法证明其在指定期间使用了第3159414号“WEWE”诉争商标。参见北京市高级人民法院（2015）高行（知）终字第3613号行政判决书。主要使用的标志与其另行注册的“CROCOLADIES”“CROCOKIDS 及图”相一致，将其视为对“Croco”的使用缺乏事实和法律依据。参见北京市高级人民法院（2010）高行终字第876号行政判决书。

〔10〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申73号行政裁定书。

〔11〕 实际使用已经另行注册的“Carruades de Lafite”“CHATEAU LAFITE ROTHSCHILD”等标志，并未影响消费者根据上述标志在诉争商标“LAFITE”与拉菲酒庄之间建立稳定的来源指向关系，并未改变诉争商标的显著特征。参见最高人民法院（2018）最高法行申835号行政裁定书。广告使用的标志与第6528061号“LEHMANBROWN 雷博國際會計”注册商标基本一致，不影响消费者将其识别为诉争商标“雷博”。参见北京市高级人民法院（2018）京行终269号行政判决书。

〔12〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第173页。

清来构造基准类型，最后明确依照基准类型作判定时所应依据的区分标准与衡量因素。

## 二、“未改变显著特征”蕴含的法律理念

由于注册商标使用的目的是识别来源，将实际使用与注册商标有细微差别的商标标志评价为注册商标的使用，必然暗含这种客观差别对注册商标的识别来源效果没有影响的意味。“未改变显著特征”蕴含的法律理念正是实际使用的商标标志应当与注册商标具有相同的来源识别效果。这可以从“未改变显著特征”所属的规则体系、比较法解释与商标事理三方面得到证明。

### （一）具有相同识别效果的体系依据

“未改变显著特征”的字面意义是实际使用的标志与注册商标标志具有相同的显著特征。根据权威意见，显著特征即显著性或区别性。<sup>[13]</sup>从法律概念的严谨性推断，我国商标法共有三处使用了“显著特征”的表述，并未使用学理上的“显著性”概念，显著特征与显著性应分别是立法与学理的习惯表述。从语源上看，显著性（distinguishing/distinctiveness）是《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS 协定）的表述；显著特征（distinctive character）是《保护工业产权巴黎公约》（《巴黎公约》）的惯用表述。甚至，《巴黎公约》中文文本将第 5 条第 C 款第 2 项与第 6 条之五第 C 款第 2 项的“do not alter its/the distinctive character”分别译为“未改变其显著性”与“未改变其显著特征”。因而，两者无实质区别。

然而，人们对显著性的理解并不一致。一种观点认为，显著性包括指示来源显著性和区别显著性两方面，前者是指某个标志具有的使人识别出是谁的商品的能力，又称为对商品来源的客观识别性；后者是指足以将不同经营者提供的相同或类似商品相互区分的特征或能力。<sup>[14]</sup>另一种观点认为，显著性仅是商标与指定商品的相关特征的区别性，旨在防止单个主体独占通用名称、描述性标志与功能性标志，进而维护公平竞争。<sup>[15]</sup>这两种观点的分歧在于，显著性究竟是指商标标志实际具有的在市场上区分不同经营者的商品并识别特定来源的能力，还是指商标标志识别商品来源的固有属性。前者涉及的考量因素是标志的特性及其在市场上具有的区分效果，后者则只考虑标志的特性。由于“未改变显著特征”对应的法效果是视为注册商标使用，消除歧义的办法是将其与注册商标使用的规则体系关联起来进行解读。

我国商标法规定，商标使用是用以识别商品来源的行为。商标权维持与保护意义上的商标使用同时追求公开性、连续性与客观效果，旨在使消费者将商标标志与指定商品真实稳定地联系起来，使商标标志成为真正的商标。这种理解似乎与我国商标使用的判断标准转向，即业已从足以使消费者识别商品来源的客观标准转向使用人意图使消费者识别商品来源的行为人主体标准或主观标准相冲突。但事实上，这种冲突并不存在，理由是：第一，立法转变并非为了在维持与保护商标权的程序中改变商标使用的判断标准，而是为了扩大商标使用定义的适用范围。如商标法第 48 条所述，整部商标法所称的商标使用都适用该定义。权威意见也表明，任

[13] 参见郎胜主编：《中华人民共和国商标法释义》，法律出版社 2013 年版，第 23 页。

[14] 参见吴汉东等：《知识产权基本问题研究（分论）》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 362 页以下；孔祥俊：《论商标的区别性、显著性与显著特征》，《现代法学》2016 年第 6 期，第 64 页以下。

[15] 参见刘铁光：《商标显著性：一个概念的澄清与制度体系的改造》，《法学评论》2017 年第 6 期，第 87 页。

何“实质上是以识别商品来源为目的将商标用于商业活动的行为，即应认定为本法意义上的商标使用”。<sup>[16]</sup> 因为所有类型的商标使用，例如维持与保护商标权所要求的使用、侵犯商标权的使用等，都可以分解出使用目的这一条件，所以 2013 年商标法才采取主观标准，2019 年商标法沿用之。然而，使用目的并非纯粹主观判断，而是需要辅以客观因素与价值因素的综合判断，所需要的判定因素、证据及证明标准因制度不同而有不同。商标权得以维持与保护的关键是商标标志与商品已经建立了稳定联系，其上承载着商标权人的正当利益。在这一前提下，主观标准不排除也不能排斥该类使用所要求的客观效果因素。甚至可以说，具有稳定联系正是这类商标使用目的的判定要素之一。第二，我国授权确权实践一以贯之地强调判定商标使用“需要从识别来源这一基本功能出发，从商标使用方式、对相关公众产生的使用效果等方面综合分析”。<sup>[17]</sup> 在司法实践中，商标注册人是否具有真实的使用意图和使用行为是重要的判定因素，并且应明确排除象征性使用。<sup>[18]</sup> 在学理上，商标使用产生并强化商标的识别功能。<sup>[19]</sup> 商标使用应达到能够让消费者识别商品来源的程度。<sup>[20]</sup> 相应的证明因素包括商标使用数量、商标的功能和作用、商品性质、市场属性及商标使用的范围和频率等。<sup>[21]</sup> 第三，在比较法上，美国、德国、法国与日本商标立法与实践也强调这种使用必须是真诚使用。<sup>[22]</sup> 我国台湾地区商标法第 5 条采取消费者识别标准，并且确权使用侧重真实使用的判断。<sup>[23]</sup> 究其原因，“商标权本质上是商家和消费者互动中形成的一种权利”，<sup>[24]</sup> 客观的商标使用正是互动过程。惟如此，在商标之上才有需要确认与保护的正当权益。

由此可见，只有将“未改变显著特征”解释为实际使用的有细微差别的商标标志与注册商标具有相同的识别效果，即实际使用的商标标志不改变注册商标的来源显著性与区别显著性，才契合由该条、商标使用条文以及商标权的确认、维持与保护条文构成的规则整体及其基本法理。“消费者在商标的认可及商业信誉的形成过程中起到了不可或缺的作用。”<sup>[25]</sup> 离开消费者讨论商标功能，就失去了根本，而一旦从消费者来讨论，就必然涉及客观的识别效果。事实上，我国实务也要求实际使用的标志“能够有助于维持商品与商品来源之间的特定联系，且实际使用的商品与注册商标核定使用的商品相同”。<sup>[26]</sup>

## （二）具有相同识别效果的比较法论据

《巴黎公约》在 1934 年伦敦修订会议上增加第 5 条第 C 款第 2 项，旨在允许商标注册形

[16] 前引 [13]，郎胜主编书，第 96 页。

[17] 国家工商行政管理总局商标局、商标评审委员会编著：《商标法理解与适用》，中国工商出版社 2015 年版，第 189 页。

[18] 参见最高人民法院（2015）知行字第 181 号行政裁定书。

[19] 参见张玉敏：《注册商标三年不使用撤销制度体系化解读》，《中国法学》2015 年第 1 期，第 226 页。

[20] 参见李扬：《注册商标不使用撤销制度中的“商标使用”界定——中国与日本相关立法、司法之比较》，《法学》2009 年第 10 期，第 97 页。

[21] 前引 [2]，陈明涛文，第 147 页。

[22] 参见美国兰哈姆法第 1027 条；法国知识产权法典第 L. 714-5 条。德国商标立法理由书将其商标法第 26 条规定的“真诚使用”解释为功能性使用（funktionsgerechte Verwendung）（BT-Drs. 12/6581，S. 83）。日本实务排除“名义上呈现使用商标外观的行为”。参见 [日] 金井重彦、鈴木將文、松嶋隆弘：《商標法コンメンタール》，[東京]：レクシスネクシス・ジャパン 2015，第 750 页以下。

[23] 参见我国台湾地区“智慧财产局”编“商标法逐条释义”（2013 年 2 月）第 5 条。

[24] 吕炳斌：《商标侵权中“商标性使用”的地位与认定》，《法学家》2020 年第 2 期，第 83 页。

[25] 杜颖：《商标法律制度的失衡及其理性回归》，《中国法学》2015 年第 3 期，第 129 页。

[26] 北京市高级人民法院知识产权审判庭编著：《商标授权确权的司法审查》，中国法制出版社 2014 年版，第 416 页。

式与使用形式之间存在非实质差异,例如调整或翻译某些元素以供使用。<sup>[27]</sup>该规则又被欧盟称为“变异允许规则”。典型国家和地区落实《巴黎公约》及援引该公约的TRIPS协定所规定的相关义务的立法例有三:一是在注册商标使用中规定“未改变显著特征”(not alter the distinctive character)或“非实质性影响其特征”(not substantially affecting its identity)标准,例如德国、法国、英国、南非与印度等。二是规定“注册商标同一性”(identical with the registered trademark)标准,即允许在社会通常观念上与注册商标不失同一性的改变,例如日本与我国台湾地区。三是以“产生相同商业形象”(create the same commercial impression)为标准,使在后商标具有接续效力,例如美国。在“HOME PROTECTION CENTER”案中,美国法院否定了合并理论(merger theory),提出确定优先权应当判定是否产生相同商业形象。<sup>[28]</sup>同时,法院将以该标准为核心的接续原则(tacking doctrine)扩及与商标使用有关的制度,包括主簿注册与商标权无效抗辩。在侵权诉讼中,如果改变后的形式被认为与原形式具有相同商业形象,以形式改变为由的商标权无效抗辩不会获得支持。<sup>[29]</sup>

以上三种立法例均要求,应从相关公众或消费者角度来判断两种标志是否具有相同的显著特征。欧盟审查机关提出,确定是否改变显著特征,必须考虑工商部门和相关公众的实践。<sup>[30]</sup>美国联邦最高法院主张,商标所传达的商业形象必须通过消费者来观察,属于陪审团的判定范围,因为当相关问题是普通公众或群体如何作出判定时,陪审团应当是给出“事实密集型”答案的决策者。<sup>[31]</sup>从美国商标法实践来看,消费者是从实际购买者发展而来的,实质上等同于相关公众。日本法坚持的社会通常观念直接取向于社会公众的认知。我国台湾地区的“同一性”标准虽然同时提及“社会一般通念及消费者的认知”,但是最终仍取向于消费者“产生与原注册商标相同之印象”。<sup>[32]</sup>相关公众、消费者与社会公众的表述差异,要么源于一国商标法实践的惯常表述,要么属于所差无几的替代性表述。我国商标法也是同时使用消费者与相关公众的表述。由此看来,是否改变显著特征取决于消费者的认知状态。

同时,三种立法例均要求从部分、整体与功能等方面对商标的实质同一性进行综合评估。当局部变化已经产生实质性影响时,注册商标的整体形象也会发生具有法律意义的变化。欧盟普通法院在判断“可口可乐”立体商标时认为,“凹槽”是驰名商标的醒目特征,去除后的整体视觉效果与注册商标不同。<sup>[33]</sup>整体形象的变化在很大程度上也取决于变化元素的特性与结构。美国法院强调“必须比对商标的外观、发音、意义与商业形象等方面,而且在比较整体商业形象时,不能忽略商标的任何构成部分”。<sup>[34]</sup>美国商标复审委员会也曾澄清,判断商标是否具有“相同商业形象”不能采用混淆可能性标准,而必须采用“Morehouse”案确立的实

[27] See G. H. C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, World Intellectual Property Organization (WIPO), 1969, p. 76.

[28] See *Ilco Corp. v. Ideal Sec. Hardware Corp.*, 527 F.2d 1221, 1224 (C. C. P. A. 1976).

[29] See *Loctite Corp. v. National Starch & Chemical Corp.*, 516 F. Supp. 190 (S. D. N. Y. 1981); *Puritan Sportswear Corp. v. Shure*, 307 F. Supp. 377 (W. D. Pa. 1969); *Five Platters, Inc. v. Purdie*, 419 F. Supp. 372 (D. C. Md. 1976).

[30] Guidelines for Examination of European Union Trade Marks (01/03/2021), Part C, Section 6, § 2.7.3.

[31] *Hana Financial, Inc. v. Hana Bank*, 574 U.S. 418, 422 (2015).

[32] 参见前引[23],“商标法逐条释义”第64条。

[33] See *Coca-Cola v. OHIM* (T-411/14).

[34] See *Citadel Federal Credit Union v. KCG IP Holdings LLC*, Cancellation No. 92055228 (T. T. A. B. 2013); *Paris Glove of Can., Ltd. v. SBC/Sporto Corp.*, 84 U.S.P.Q.2d 1856, 1861 (T. T. A. B. 2007).

质同一标准。<sup>[35]</sup> 美国 1999 年后的主簿注册规则只允许非实质性修改商标，相关判断标准包括修改后的商标包含来源标志的本质要素或新形式应当具有实质相同的形象等。<sup>[36]</sup> 日本商标法实践考虑构成注册商标的罗马字、假名与汉字及其结构等情况，并采纳商标的识别功能在社会观念而不是物理上是否同一的见解。<sup>[37]</sup> 因此，在普遍意义上，“未改变显著特征”是指根据消费者观念，实际使用的标志与注册商标具有相同的识别效果。

### （三）具有相同识别效果的信息论解释

“未改变显著特征”应当是指不改变注册商标具有的来源显著性与区别显著性，与其具有相同的来源识别效果，这实际上源于商标的通信本质。商标法的核心建立在以商标作为工具的“信息传递模型”之上。<sup>[38]</sup> 商标法构造与保护的通信模型是由作为信源的商标权人、作为信宿的消费者、作为信道的市场和对商品综合信息进行编码与解码的机制构成的。<sup>[39]</sup> 通信的基础问题是，在一个地点精确或近似地再现在另一个地点选取的有意义的消息，语义学要义在于真实消息是从一组可能的消息中选择的一条消息。<sup>[40]</sup> 其先决条件，一是信源与信宿共用一个信息库；二是一组特定符号对应一组信息。当面对选择时，从信源传递而来的信号可以帮助消除不确定性。商标就是消费者在面临多种可选商品时消除随机性的符号。显著性、防止通用化与混淆可能性等，都是维护商标通信秩序的规则。

但是，商标传递信息的方式与内容有其特殊性。“这些信息不是以诸如标明尺寸或成分列表的解析形式，而是以抽象形式通过消费者识别具体特征组合的符号提供给消费者的。”<sup>[41]</sup> 商标标志就是抽象形式，能够整体指示商品的一定信息。只是，对于商标所能传递的具体信息类型，尚未形成共识。<sup>[42]</sup> 不同类型的信息对消费者有不同价值，也决定了对商标作为竞争工具的不同理解。例如，当使用商标提供关于来源与质量的信息，同时传递关于权力、价值和个性的形象内容时，商标已经跨入现代品牌领域，对品牌进行延伸就具有阻碍竞争对手以及管理新产品带来的潜在威胁的价值。<sup>[43]</sup>

在通信意义上，生产者群体将商品推向市场时，也通过广告、交易市场等共用信道向不特定消费者发送了类似特定编码的商标标志。一次完整的、典型的通信过程是商标权人先设计并贴附商标标志，再通过商标的实际使用将信号发送到拥有不特定消费者的市场，最终由消费者在选购过程中识别信号，并运用类似“译码技术”的消费者认知与记忆机制，凭借对在先消费体验与评价及广告等信息的记忆残余，将信号转换为原始信息的近似值（见图 1）。针对特

[35] 参见上引 Citadel Federal Credit Union 案；Morehouse Mfg. Corp. v. J. Strickland & Co., 407 F. 2d 881, 887 (C. C. P. A. 1969)。

[36] See TMEP. § 807. 14.

[37] 参见前引 [22]，金井重彦等书，第 751 页以下。

[38] See Robert G. Bone, *Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law*, 86 B. U. L. Rev. 547, 549 (2006)。

[39] 参见王太平：《商标法：原理与案例》，北京大学出版社 2015 年版，第 8 页。

[40] See C. E. Shannon, *A Mathematical Theory of Communication*, 27 Bell System Technical Journal 379, 379 (1948)。

[41] Nicholas S. Economides, *The Economics of Trademarks*, 78 Trademark Rep. 523, 526 - 527 (1988)。

[42] 关于商标传递的信息类型的观点如下：商品的不可观察的特征信息（同上引 Economides 文）；提供者的结构性信息或综合品质（参见朱谢群：《商标、商誉与知识产权——兼谈反不正当竞争法之归类》，《当代法学》2003 年第 5 期，第 7 页）；品质信息和文化信息（参见王坤：《论商标显著性的层次及规律——以对商标概念的科学建构为分析起点》，《知识产权》2016 年第 2 期，第 31 页）；以及固有特征与赋予特征（参见章凯业：《商标保护与市场竞争关系之反思与修正》，《法学研究》2018 年第 6 期，第 98 页）。

[43] Deven R. Desai, *From Trademarks to Brands*, 64 Fla. L. Rev. 981, 988, 1021 (2012)。

定商标商品，多次通信可以使商标权人意图传递的商品信息集与消费者记忆的信息集相交，并形成由双方共用且与其他商品相区分的信息库。当所传递的信息发生变化时，由于信息解译滞后，新信息使用原来的编码组会使消费者发生理解错误。但是，随着通信次数的增多，消费者会自动修正解译技术，重新恢复信息的一致性。

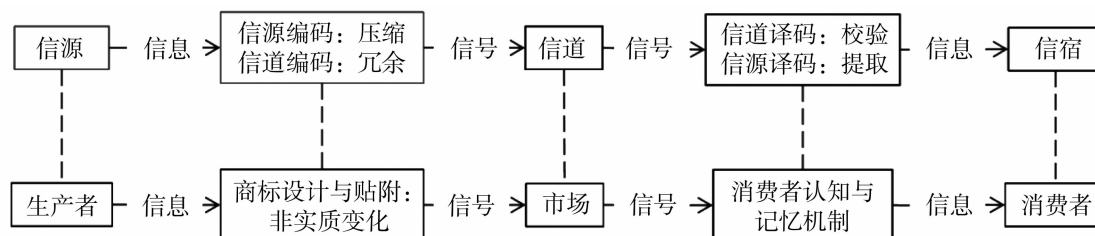


图1 商标通信模型图

商标通信必然要考虑商品、包装、使用方式与情景，在一定程度上就需要采用类似冗余编码的方式改变注册商标，正如信道编码器通常会为了校验信号而增加冗余。而且，消费者不可能对作为信息载体的商标进行全景式记忆，对各构成部分的倚重程度通常也不同，因而非实质性部分在事实上构成信号传递过程中的冗余。在信道中发生冗余增减是大概率事件，商标也会根据实际情况发生变化，但是竞争者与消费者会维持商标通信系统的有效性。因为当将观察视角从符号转向商标通信系统时，商标标志的实质性部分已经发挥了识别作用，非实质性部分作为冗余的价值就在于辅助呈现商标，相应变化产生的影响微乎其微。商标标志的冗余通过显著特征这一指标来识别。冗余的变化不会改变商标的显著特征，不会对商标的整体形象产生影响，不改变信息沟通效果与消费者认知，也不会损害商标通信系统的稳定性。

因此，以“未改变显著特征”为编码指导标准，正是要保障商标与指定商品的关系、商标通信的基本结构以及实际识别效果不变，并以此保证消费者不受误导以及商标通信系统的有效性。以“未改变显著特征”作为商标细微变化的限定条件，不仅合乎商标法秩序，而且可以与由商标法的基本价值构成的观念体系保持融贯性。

### 三、“未改变显著特征”的条件分析

应依法律理念判断的事例，是指清晰的、展现法律理念的案例。<sup>[44]</sup>这与只展示裁判者个人认识的生效个案不同。这种差异根源于普遍与特殊、客观与主观的矛盾。超越主客观对立的方法是以间主观性（inter-subjective）为视角最大程度地凝聚共识。“法律人的集体经验比个别经验更可能过滤掉个别利益局限和特殊的主体性偏好，更可能接近公认的普遍价值。”<sup>[45]</sup>因此，体现裁判者共识的案例就是接近一般法律理念的事例。裁判者的共识是通过分析个案间的共同点获得的。根据个案事实分析“未改变显著特征”的条件或其组合，就是发现裁判者的共识，也就是构建应依法律理念判断的事例。

#### （一）研究设计与方法

由于不可能就同一案件作多次重复裁判，裁判者的共识只能通过对共同条件的认同来体

[44] 参见前引〔12〕，拉伦茨书，第173页。

[45] 白建军：《论刑法教义学与实证研究》，《法学研究》2021年第3期，第119页。

现，即通过比较个案所反映出的条件来求取共同点。这种共同点反映了集合论思维。按照集合关系来表述，具体事实是其归入的构成要件子集。一个案例所涉及的商标细微变化被判定为“未改变显著特征”，按照集合关系来表述就是，这一变化是“未改变显著特征”的商标改变的一个子集。这一变化又是由一个或数个条件构成的，那么该条件或其组合就成为“未改变显著特征”的一个可能原因。如果重复出现在多个案例中，就能因体现裁判者的共识而成为“未改变显著特征”的条件组合之一。进一步地，如果条件或其组合之间存在逻辑关系，对其进行化简就可以最精简地揭示“未改变显著特征”的各种条件或其组合。每一个条件或其组合就对应一个应依法律理念判断的事例。例如，如果一则案例认为在不具有混淆可能性的前提下改变文字字体不会改变注册商标的显著特征，那么前者就是后者的一个子集。如果这个组合在所统计的案例样本中出现的频数达到经验值，就可以认为不具有混淆可能性的字体变化是“未改变显著特征”的条件组合之一。

这种分析方法就是定性比较分析（Qualitative Comparative Analysis，简称“QCA”）。“QCA的一个特别有用的特征是其分析复杂因果关系的能力，复杂因果关系被定义为一个结果可能来自于几种不同的前因条件组合。”<sup>[46]</sup>按照QCA的操作步骤，<sup>[47]</sup>首先要选择案例和条件并构建数据集，即搜集已经生效的有关商标改变的案例，并对裁判者的判定意见按照条件或其组合的方式进行描述。条件是否有效取决于其是否契合事物的本质及反映该本质的规范体系、司法实践以及比较法经验。就“未改变显著特征”而言，如果选取的条件不符合商标法原理，与显著性判断无关，就不是有效条件，就无法真实反映影响显著特征判断的因素。其次，对产生结果的必要条件与充分条件进行分析。这又被称为寻找共同点的两种策略：一是识别具有特定结果的案例所共有的必要条件；二是研究具有共同前因的案例具有相同结果的充分条件或其组合。<sup>[48]</sup>最后，由于结果受条件变化的影响较大，结果的稳健性检验至关重要。这种检验是为了证明前述必要条件与充分条件是可靠的。QCA可以提供对“未改变显著特征”具有最优且最稳定的解释力的条件或其组合，也辅助构建出应被判定为“未改变显著特征”的事例。

同时，QCA保证了裁判者共识形成的科学性。按照法律共同体的实践理性，法学具有间主观性之理解可能性、讨论可能性及批判可能性，其客观性必藉由符合形式科学或经验科学标准的公开讨论与批判获得。<sup>[49]</sup>QCA以集合论、逻辑学等形式科学知识为基础，通过深入个案，帮助人们追溯对结果具有较好一致性与覆盖度的条件或其组合，使其能够超越个人判断，获得多数裁判者的认可，并具有可重复性与可证伪性。

## （二）分析框架与条件

综合分析我国现行商标法第48条与第56条，注册商标使用有商标标志、使用方式、使用范围与使用效果四个要件。“未改变显著特征”既是对商标标志细微变化的限制，又服务于注册商标使用这一结果。在使用方式与使用范围符合法律规定这一先决条件下，标志变化与使用效果就构成“未改变显著特征”的分析框架。在分析“可忽略”的变化与“相同商业形象”时，欧盟与美国也均关注标志改变的性质及其产生的实际效果。其中，使用效果在实践中有两

[46] [美] 查尔斯·C. 拉金：《重新设计社会科学研究》，杜运周等译，机械工业出版社2020年版，第10页以下。

[47] 相关步骤参见张明、杜运周：《组织与管理研究中QCA方法的应用：定位、策略和方向》，《管理学报》2019年第9期，第1314页以下。

[48] 参见前引[46]，拉金书，第7页以下。

[49] 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第49页以下。



个：一是指代性，即将实际使用的标志与唯一的注册商标或该权利人的一组具有相同核心元素的注册商标相联系；二是混淆可能性，即易将该标志与其他权利人的注册商标或字号等识别标志相联系。商标标志变化的定性则较复杂。

在比较法上，欧盟与美国对商标标志变化的分析在实质上一致。欧盟遵循的理念是实际使用的标志与注册标志之间的差异必须是在可忽略的元素上。<sup>[50]</sup> 在实践中，差异产生的原因可分为增加、删除与其他变化三种。增删涉及商标构成元素的变化，其他变化包括文字的大小写与颜色变化等。<sup>[51]</sup> 美国“EECO”商标案所阐释的法理是：商标权人在任何时候均有权改变商标的表现形式，因为其所拥有的商标权的全部内容均存在于字词而不是字词的任意特定形式或结构上。<sup>[52]</sup> 美国法院还采用连续使用核心元素、不改变商标特征、商标的新旧形式是法律等价物（legal equivalents）等表述。<sup>[53]</sup> 对这些经验进行归纳分析可以发现，字词作为构成元素与其表现形式或结构是相互区分的。综合来看，商标标志变化可分为构成元素的变化与结构的变化。

构成元素还可以根据商标的通信原理，分为关联元素、装饰元素与独立元素。根据商标法第11条、第12条与第59条第1、2款的规定，通用标志、描述性标志与功能性标志以及其他欠缺显著特征的标志不得注册，即使与其他具有显著特征的标志相结合能够获准注册，也不得被专用。所以，在核准注册的商标标志上增删指定商品的通用标志、描述性标志与功能性标志，以及不具有识别性的简单语句、图形或广告语等，不会影响其显著特征。同时，商标标志的构成元素之间也可能存在对应关系。例如，中文、拼音、外文音译或意译，如果在消费者看来具有稳定的对应关系，相互之间就具有替代性。这两种元素可被称为关联元素。其中，应用于指定商品的不具有识别效果的元素是公用性关联元素；与商标标志的构成元素具有对应关系的元素是替代性关联元素。其他欠缺显著特征的简单或美化元素是装饰元素。字体字形是表现文字的一种特殊装饰元素，包括大小写、简繁体、字体及文字的表现图形等，因其最常见而单列。相比之下，具有显著性或独立含义的元素就是独立元素。如果增加的独立元素是另一注册商标，就会存在注册商标组合使用的情况。此外，在案例与商标使用实践中，构成元素的结构还包括排列方式与相对比例等。

综合分析，可能影响“未改变显著特征”且判断结果只有是与否两个类别的二分条件共有16个。将构成元素的变化种类与增加、删除和替换三种变化形式相结合，商标标志变化的二分条件有增加独立元素、删除独立元素、替换独立元素、注册商标的组合使用、增加关联元素、删除关联元素、替换关联元素、增加装饰元素、删除装饰元素、替换装饰元素、替换字体字形、排列方式变化与相对比例变化13个。使用效果的二分条件有指代性与混淆可能性2个。除此之外，实践中还存在同时使用注册商标与变化的标志这种特殊情形。

### （三）样本搜集与整理

2021年6月23日，笔者在“北大法宝”与“法信”数据库，对“本院认为”部分以“显著特征+改变”为检索词进行精确检索，分别获得1176份与697份裁判文书。在去除仅

[50] 参见前引〔30〕，欧盟商标审查指南，第2.7.1节。

[51] 同上引指南，第2.7.3节。

[52] See Vacuum Electronics Corp. v. Electronic Engineering Company of California, 150 U. S. P. Q. 215, 216 (T. T. A. B. 1966).

[53] See Sands, Taylor & Wood Co. v. Quaker Oats Co., 978 F. 2d 947, 955 (7th Cir. 1992); Hana Financial, Inc. v. Hana Bank, 574 U. S. 418 (2015).

提及检索词而无实质关联的文书、没有具体分析商标改变事实因而不具有理解可能性的文书、商标改变事实相同的系列案件的多余文书、被替代的下审级文书与两平台共同收录的文书之后，剩余 405 份文书。同时，笔者又在“知产宝”数据库与中国裁判文书网，对一、二审文书的效力进行逐一检验。由于个案裁判意见是以明显具有对抗性的当事人辩论意见与合议庭多数意见为基础作出的，而且有约 65.4% 的裁判意见受到二审或再审法院的确认或审查，上述分析样本所记录的意见是谨慎、高质量而非随意任性的。

这些文书可分为两类：一是确权类文书。最典型的是在注册商标连续三年不使用撤销、自行改变注册商标撤销等行政纠纷中确认商标权是否有效。同时，在商标民事与行政保护中，如果实际使用且请求保护的商标与注册形式有细微差别，该注册商标是否应当保护也是商标权是否有效的问题。其法理是商标权人提出权利主张需要以权利存在为前提，不丧失商标权才具有保护的正当性。以商标授权确权规范作为实质商标权取得的依据，正是保护商标权的应有之义。只要实际使用的商标标志不改变注册商标的显著特征，就代表值得保护的商标权益已经产生，因此应当不予撤销，且应当给予相应保护。这类文书共 213 份。其中，行政确权文书 183 份，商标权民事保护的确权文书 29 份，行政保护的确权文书 1 份；源于最高人民法院与高级人民法院的文书 126 份，占确权类文书的 59.2%。

二是在商标权保护中以注册商标作为侵权抗辩的文书。在实践中，如果被诉侵权方辩称自己实际使用的是与有权使用的注册商标有细微差别的商标标志，那么抗辩是否成立就取决于被诉侵权方是否改变了有权使用的注册商标的显著特征。这类文书共 192 份。其中，民事文书 188 份，行政文书 4 份；最高人民法院与北京、广东、江苏、山东、福建、安徽、湖北、湖南、河南、云南、广西、四川、辽宁及陕西等地高级人民法院的民事文书 71 份，在以注册商标为侵权抗辩的全部文书中占 37.0%。这说明待分析文书具有区域代表性与示范性。

然后，笔者按照 16 个二分条件对裁判意见进行描述。在 405 份条件组合样本中，182 份涉及“未改变显著特征”，223 份涉及改变显著特征。为检验是否准确理解了裁判意见，笔者邀请 11 名熟知分析标准的研究生对商标标志的变化种类样本进行独立评分。经过 SPSS 软件分析，关于关联元素、独立元素、装饰元素、字体字形、排列方式与相对比例的 11 份评分的肯德尔协同系数，分别是 0.914、0.908、0.905、0.931、0.933 与 0.910，均大于 0.9。<sup>[54]</sup> 这表明上述条件组合样本具有较高的可信度。

#### （四）样本的定性比较

在确权类文书中，涉及显著特征是否改变的情形有二：一是同时使用注册商标与细微改变的商标标志。在 15 则案例中，只要有此情况，就可以维持商标权。二是仅使用细微改变的商标标志。由于实际使用的标志是否唯一指代注册商标对结果有相互矛盾的影响，先假定唯一指代，再将是否满足其他条件分别赋值为“1”与“0”，然后运用定性比较分析方法的首倡者拉金开发的 fsqca 软件进行分析，可以发现“不增加独立元素”“不删除独立元素”是必要条件。必要条件分析结果是否可靠，可以通过改变条件来验证。只要改变条件后分析结果不受影响，就说明结果具有稳健性。为此，增加是否唯一指代注册商标这一条件进行分析，已经得到的上

[54] 肯德尔协同系数法是评估两个以上的评分者的一致率（评分者信度）的方法之一。合格的评分者信度系数是不小于 0.9。参见 [美] 尼尔·J. 萨尔金德：《社会科学研究方法 100 问》，赵文、李超译，北京大学出版社 2014 年版，第 141 页以下。在政策内容量化分析中，判断者间的信度与评分者信度类似，可接受的一致性系数是不小于 0.8。参见黄萃：《政策文献量化研究》，科学出版社 2016 年版，第 75 页。本文采严格标准。

述两项必要条件并未受到影响,因而满足稳健性检验要求(见表1)。<sup>[55]</sup>

表1 “未改变显著特征”的必要条件检测(结果变量取值为“1”)

条件名	一致性(consistency)	稳健性测试中的一致性(robust test consistency)
不增加关联元素	0.81	0.79
不删除关联元素	0.58	0.58
替换关联元素	0.00	0.00
不增加独立元素	0.98	0.97
不删除独立元素	0.99	0.99
组合使用	0.05	0.04
不增加装饰元素	0.88	0.88
不删除装饰元素	0.73	0.73
替换装饰元素	0.05	0.05
不替换字体字形	0.76	0.77
排列方式变化	0.06	0.05
相对比例变化	0.01	0.01
唯一指代性	—	0.91

经过多次尝试,构成“未改变显著特征”的最优充分条件或其组合如表2所示。<sup>[56]</sup>其中,不改变某一元素或结构表示该注册商标不涉及此种变化,所有元素或结构都不变即表示注册商标没有发生变化,因而所有不涉及变化的条件都可以忽略。为了检验结果的稳健性,将条件出现的频次从1次调整为2次,并对新结果进行化简后发现,两次分析得到的充分条件或其组合完全一致,且“所有条件的覆盖率”与“所有条件的一致性”基本不变(见表3)。这表明上述充分条件或其组合对“未改变显著特征”具有稳定的解释力。

表2 “未改变显著特征”的充分条件或其组合分析

条件组合	覆盖率 (raw coverage)	净覆盖率 (unique coverage)	一致性 (consistency)
组合使用	0.05	0.05	0.86
替换装饰元素	0.05	0.05	1.00
增加关联元素*不替换字体字形	0.16	0.07	1.00
不删除关联元素*增加装饰元素	0.09	0.05	1.00
不增加关联元素*替换字体字形	0.21	0.17	0.97
不删除关联元素*排列方式变化	0.05	0.02	1.00
删除关联元素*不替换字体字形*排列方式不变化	0.38	0	0.98
不增加关联元素*删除关联元素*排列方式不变化	0.36	0	0.98
所有条件的覆盖率(solution coverage)		0.86	
所有条件的一致性(solution consistency)		0.97	

[55] 认定必要条件的经验值是一致性达到0.9以上。参见唐睿、唐世平:《历史遗产与原苏东国家的民主转型——基于26个国家的模糊集与多值QCA的双重检测》,《世界经济与政治》2013年第2期,第48页;前引[47],张明等文,第1316页。

[56] 认定充分条件的经验值是一致性大于0.85。参见前引[46],拉金书,第28页以下。

表3 “未改变显著特征”充分条件或其组合的稳健性分析

条件组合	覆盖率 (raw coverage)	净覆盖率 (unique coverage)	一致性 (consistency)
组合使用	0.05	0.05	0.86
替换装饰元素	0.05	0.05	1.00
增加关联元素 * 不替换字体字形	0.16	0.07	1.00
不增加关联元素 * 替换字体字形	0.21	0.17	0.97
不删除关联元素 * 排列方式变化	0.05	0.02	1.00
增加装饰元素 * 不替换字体字形	0.10	0	1.00
不增加关联元素 * 增加装饰元素	0.05	0	1.00
删除关联元素 * 不替换字体字形 * 排列方式不变化	0.38	0	0.98
不增加关联元素 * 删除关联元素 * 排列方式不变化	0.36	0	0.98
所有条件的覆盖率 (solution coverage)	0.86		
所有条件的一致性 (solution consistency)	0.97		

因此，在确权类案件中，“未改变显著特征”的条件或其组合：一是同时使用注册商标与细微变化的商标标志；二是在不增删独立元素时，组合使用注册商标、增删注册商标的关联元素、增加或替换装饰元素、替换字体字形或改变注册商标构成元素的排列方式。

对侵权抗辩类文书作同样分析后发现，只有不会导致混淆可能性才是必要条件，其他条件或其组合的影响并不清晰。人工检索也支持这一结论。在全部分析样本中，不会导致混淆可能性变化的21则案例全部被判定为“未改变显著特征”，导致混淆可能性变化的171则案例则相反。

#### 四、法律理念与条件或其组合的交互澄清

利用社会科学方法得出的条件或其组合，可以用来构造应判定为“未改变显著特征”的事例。但是，“基于法律实践集体经验的研究，除了需要满足统计显著性、高相关度等形式要求以外，还需要进一步的法教义学分析，看其是否符合法律规范意义上的正当性要求”。<sup>[57]</sup>这是两者的交互澄清过程：一方面，条件或其组合以“未改变显著特征”之法律理念为约束，可以最大可能地避免集体非理性，并呈现出理论色彩；另一方面，法律理念以实践的条件或其组合为具体化方向，可以最大程度地贴合商标使用的事理。只有如此，才能使“规范成为‘符合存在的’，案件成为‘符合规范的’。并且逐步地规范变成较具体的、较接近现实的，案件变成轮廓较清楚的，成为类型”。<sup>[58]</sup>

##### （一）法律理念与条件或其组合的共同假定

“未改变显著特征”所蕴含的法律理念与条件或其组合交互澄清的共同基础是消费者假定。无论是将实际使用未改变其显著特征的商标标志判定为注册商标使用，还是解释“未改变显著特征”蕴含的法律理念，都必须立足于消费者进行判断。这是商标法的竞争法属性使

[57] 前引 [45]，白建军文，第119页。

[58] [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2011年版，第109页。

然。竞争通常表现为一个指向消费者的过程，消费者在企业之间冲突关系中的存在，具有一种间接性质：“他们并不直接参与，其地位和利益是通过冲突各方援引的论据表现出来的”。<sup>[59]</sup> 商标权人可以通过消费者购买力的转移来证明商标权受到竞争者的损害，也可以通过消费者的认同来证明商标权真实存在。“商标是建立在消费者心理认知基础上的财产。”<sup>[60]</sup> 之所以将使用有细微差别的商标标志视为注册商标使用，是因为在这种使用中，消费者依然可以准确识别同一生产者，其购买力没有被转移，竞争关系没有变化，消费者利益也没有受到影响。之所以认为特定条件或其组合与注册商标具有相同的识别效果，是因为其对消费者心理认知的实际影响微乎其微。在这一脉络中，消费者之认知有效性与可接受性是共同前提。

而且，这里的消费者共用两个基本假定。第一，消费者是理性人。自20世纪80年代以来，欧洲与美国的竞争观念逐步从促进正当的市场竞争转向提高经济活动的效率。相应地，消费者不再被假设为无任何辨识能力且需要全方位保护的弱者，而是有理性、值得信赖的行为者。<sup>[61]</sup> 商标法的搜索成本理论的严重负面影响是“法院几乎接受了听起来像是消费者混淆的任何论据，导致保护范围肆无忌惮地扩张。现在是时候让法院把消费者的决策放回分析的中心，并开始把消费者当作有能力处理非欺骗性信息的人来对待了”。<sup>[62]</sup> 事实上，细微变化是客观事实。如果对此缺乏必要的判断力，这些变化足以影响消费者选择。将其判定为“未改变显著特征”，正暗含理性消费者假设。美国司法实践将产生相同商业形象的判断分配给陪审团，而陪审团也是具有“适用‘理性人’标准的独特能力”并“了解‘理性人’倾向”的人。<sup>[63]</sup>

第二，消费者并非抽象人，而是受特定人文、心理、社会与传统因素影响的具体人。消费者产生“未改变显著特征”的认知并不是发生在真空中。只有立足于特定背景解读与其有关的证据，才能将商标认知场景真实化与合理化。这些背景又可以分为宏观背景与微观背景。前者包括影响中国消费者文化心理的教育、年龄、社会动机、有限机会、奢侈品牌消费等因素。<sup>[64]</sup> 例如，具有时代印记的元素反映了商标设计的社会观念，容易成为消费者忽略的内容。后者包括限制商标元素选择的商业惯例。例如，打印发票通常无法显示图形，因而在发票上使用删除图形的商标可以彰显其识别意图。在“太阳 Sonnen Weisse 及图”“ADT 及图”等案例中，<sup>[65]</sup> 终审法院均以该类使用行为符合商业实践的惯常做法为由，将对商标主要识别部分的使用视为注册商标的使用。因而，消费者置身的背景对商标变化的结果具有重要的解释力。

## （二）法律理念与必要条件的交互澄清

“未改变显著特征”追求的是对理性、具体化的消费者而言，实际使用的商标标志与注册商标具有相同的识别效果。不产生新的识别效果与混淆可能性是“未改变显著特征”的必

[59] [比] 保罗·纽尔：《竞争与法律：权力机构、企业和消费者所处的地位》，刘利译，法律出版社2004年版，第56页。

[60] 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。

[61] 参见前引[59]，纽尔书，第56页。

[62] Mark P. McKenna, *A Consumer Decision-Making Theory of Trademark Law*, 98 Va. L. Rev. 67, 141 (2012).

[63] *Hana Financial, Inc. v. Hana Bank*, 574 U.S. 418, 423 (2015).

[64] See Yan Xu, *The Cultural and Psychological Characteristics of Chinese Consumers and Their Influence on the Trademark Law in China*, 15 Hous. Bus. & Tax L. J. 100, 105-116 (2015).

[65] 参见北京市高级人民法院（2009）高行终字第1415号行政判决书；北京市高级人民法院（2012）高行终字第1706号行政判决书。

要前提，也是注册商标改变的合法性边界。因为新的识别效果损害潜在竞争者的利益与注册秩序，混淆可能性会造成消费者与现实竞争者的利益损害。必要条件的价值是保障商标通信的有效性，避免上述损害效果。其中，不得增加或删除独立元素能够防止改变商品来源信息的承载符号，不得产生混淆可能性能够避免产生市场噪音。为了实现法律理念与必要条件的完全对应，尚需讨论不增删独立元素及无混淆可能性的普遍性与实际使用标志的指代效果分歧问题。

### 1. 无混淆可能性作为必要条件的普遍性

无混淆可能性并未出现在确权裁判意见中，这并不代表可以忽略此要件。理由是：第一，容易产生混淆误认的不当使用是以商标使用的相对灵活性为名，行抢占他人合法市场之实。受到损害的商标权人通常会提起侵权诉讼来直接维护自己的合法权益，而不会只提起行政诉讼。这也是有 192 则样本案例涉及到以注册商标来辩称实际使用的标志不构成侵权的原因。第二，从“未改变显著特征”所蕴含的理念看，如果消费者对实际使用的商标标志与其对应商品的来源或关联关系可能产生误认，这种使用自然就不会再在注册商标与商品之间建立或维持相同的稳定联系，反而会无故增加消费者的选择成本。这种不符合商标法追求的竞争秩序的行为，理应为商标法所禁止。第三，从实践看，最高人民法院在注册商标连续三年不使用撤销制度中，以利益平衡精神为指导，提出了宽严相济的使用判定标准：“如果维持商标的结果导致与相关商标基本上无法区分，从而涉及公共利益和消费者权益保护的，就要适当从严把握该制度”。<sup>[66]</sup>我国台湾地区 2016 年商标法第 63 条第 1 款第 1 项，直接将相关消费者混淆误认之虞作为自行变换商标或加附记的限制。这些论据都支持无混淆可能性也是确权裁判中“未改变显著特征”的必要条件。

其实，运用混淆可能性鉴别的是不正当竞争、恶意攀附等行为。这些行为是商标法所要规制的对象，无论是商标权的确认、维持还是保护，都不会支持这些行为。这也是混淆可能性具有“一票否决权”的根本原因所在。而且，所涉商标的知名度越高，攀附他人商誉的恶意就越明显，这种行为也就越不具有正当性。在“snip”案中，法院就以攀附他人商誉、故意与他人注册商标相混淆为由，判定将“snip”改为“SNIP”改变了注册商标的显著特征。<sup>[67]</sup>在“囍+圆形+双喜牌+字母”案中，被告突出使用注册商标中的“双喜牌”，与原告“双喜牌”注册商标中最具区别性的部分近似，也构成商标侵权。<sup>[68]</sup>上述案件的说理体现出明显的效果主导性，与其认为简繁体、大小写的对应性变化改变了显著特征，毋宁说使用效果阻却了商标改变的可接受性。如果实际使用该类标志已经构成侵权，就不可能再是合法的注册商标使用，否则就会自相矛盾。因而，所有合法的商标使用以无混淆可能性为限定条件，具有内在逻辑的一致性。

### 2. 不增删独立元素作为必要条件的普遍性

在以注册商标为侵权抗辩的审查中，实际使用的标志只要有变化，就可以纳入审查范围，且审查的重点在于变化的标志是否容易造成消费者将其误认为请求保护的注册商标。如果同时存在独立元素变化与混淆可能性，混淆可能性判断可以使该条件的判断弱化。在“名仁苏”案中，最高人民法院认为，商标权人行使权利应遵循诚实信用原则，防止社会公众对相关商品

[66] 最高人民法院（2011）知行字第 28 号行政裁定书。

[67] 参见北京知识产权法院（2015）京知民终字第 113 号民事判决书。

[68] 参见江苏省高级人民法院（2011）苏知民终字第 0024 号民事判决书。

的来源产生混淆、误认,将“名仁苏”注册商标与臆造词“打水”二字组合使用,明显具有攀附明仁公司注册商标知名度的意图,应当为法律所禁止。<sup>[69]</sup>其中,臆造词即独立元素,混淆误认乃攀附意图的结果。于此,存在混淆可能性就足以使抗辩被驳回,是否改变显著特征显然并非至关重要。如果无混淆可能性,被告的抗辩已然成立。被告实际使用的标志如何定性对相关民事案件的裁判结果已无任何影响,因而无需审查实际使用的标志是否改变了注册商标的显著特征。但是,无需审查并不代表审查的结果无意义。如果改变了独立元素,被认可的抗辩其实是以未注册商标为基础的抗辩。反之,符合商标权维持与保护的条件的抗辩是以合法有效的注册商标为基础的抗辩。在这一意义上,注册商标抗辩仍应当以不增删独立元素与无混淆可能性为必要前提。

区分注册商标抗辩与未注册商标抗辩的司法意义是:如果被诉侵权人实际使用的商标标志未改变注册商标的显著特征,双方的侵权争议就是注册商标的有效性争议,就只能诉诸行政程序。在“JSUYIHA”商标案中,最高人民法院认为:实际使用的被诉侵权标识的主要部分与注册商标基本相同,并未改变该注册商标的显著特征,樱花卫厨公司以前述商标与其注册商标构成近似为由提出主张,属于两个已注册商标之间的争议,应向行政机关申请解决。<sup>[70]</sup>如果改变了注册商标的显著特征,被诉侵权方实际使用的商标标志就是与其注册商标相区分的新商标,就不存在行政争议。

因此,无论是在确权裁判还是在注册商标抗辩裁判中,不增删独立元素都是必要的。这一论断的基本法理是,独立元素在商标标志中具有独立的识别意义,是构成显著特征的部分。改变独立元素,会明显改变商标标志与商品的稳定对应关系,影响商标通信系统的通信规则与信号选择,实际使用的标志也不可能再与注册商标具有相同的识别效果。同时,如果允许改变独立元素,实际使用的标志就具有真实的市场影响力且能够使注册商标得到维持与保护,商标权人就会独占实际使用的标志与注册商标。因为虽然在商标权保护中对比的是注册商标,但是实际使用的标志也已成为消费者利益与商标权人利益的载体,也应当予以保护。这无疑会扩大商标专用权的范围,必然会影响竞争者基于注册商标划定的市场格局。

### 3. 指代注册商标的效果分歧之化解

司法实践关于相同效果的判断有实际使用的商标标志可以明确指代一个或一组核心元素相同的注册商标与只能唯一指代注册商标之争,这已成为影响我国裁判统一的实质因素。在构成“未改变显著特征”的所有条件组合中,共有46则案例涉及实际使用的商标标志并非指向唯一的注册商标。其中,21则案例认为这种情形未改变注册商标的显著特征,25则案例则相反。这表明54.3%的意见认为唯一指代是“未改变显著特征”的决定因素。虽然依据任一标准作出判断都能达到“未改变显著特征”所追求的效果,但是“未改变显著特征”所蕴含的法律理念以及依此作出的判断应当与商标法的整体秩序相一致。只有与整体秩序相协调的判断标准,才能与法律理念真正对应。

在我国商标法的价值体系内,主张采取宽松的明确指代标准,尚有两点理由:一是该标准更契合以消费者为商标法中心的立场。实际使用形式是否注册不影响消费者的认知,即消费者

[69] 参见最高人民法院(2017)最高法民申1908号民事裁定书。

[70] 参见最高人民法院(2020)最高法民申5070号民事裁定书。

将两种形式的商标识别为同一商标，仅可能基于通常认知心理、市场经验与文化社会背景等，不会因注册与否而予以区别对待。若区别对待，就会使尊重注册秩序的使用者获得相对较少的商业表达自由，既违背消费者立场，又造成明显的不平等。

二是该标准更契合我国的商标注册政策。如果实际使用的标志同时被注册，就至少存在两枚注册商标。此时，是否采取明确指代标准，实质在于是否允许联合商标，需要在商标注册秩序的维护与商标权人的保护两个价值层面上进行权衡。为了避免商标“注而不用”，节约注册资源，似不应允许未使用的注册商标存续。但是，从2019年商标法第4条的修正意见可以发现，<sup>[71]</sup>我国已经肯定防御商标，在政策上更认可必要的商标注册资源浪费。从商标法第42条第2款也可以看出，我国认可联合商标，并基于保护消费者的目的，坚持在同种或类似商品上注册的相同或近似商标应当一并转让。而且，这些注册资源即使被开放也不能被他人利用。权衡之下，选择保护商标权人，更符合商标法的整体秩序与利益平衡观念。

明确指代标准也有比较法的支持。《欧盟商标条例》（2017/1001）第18条第1款吸收“Bernhard”案所确立的明确指代标准，明确规定不考虑使用的商标形式是否以商标权人的名义注册。如此规定的目的是“使商标能够更好地适应有关商品或服务的营销和推广要求”。<sup>[72]</sup>允许新形式的注册也可以使商标的预期变化成为可能，而且《巴黎公约》中没有任何迹象表明一旦一个标志被作为商标注册，其与不改变其显著特征的另一注册商标的使用就相互独立。<sup>[73]</sup>同时，明确指代标准可以最大程度地实现规制不诚信竞争行为的意旨，尽可能地使商标权人“对新标志拥有与旧标志相同的权利，有助于保护具有来源识别功能的商标免遭竞争者盗用”。<sup>[74]</sup>这能够避免严格的注册取得模式不足以维护正当竞争的不当后果。赋予实际使用未改变显著特征的商标标志相应的法律效果，能够不再“强制”登记所有可能出现的变形并减轻登记负担，<sup>[75]</sup>还能够抑制以社会公认的另一商标为内容的防御申请。<sup>[76]</sup>

### （三）法律理念与充分条件的交互澄清

产生相同识别效果所允许的变化是改变不会影响注册商标整体识别效果的元素或结构，其与条件或其组合的对应建立在消费者视角下变化的性质及其客观效果上。对同时使用注册商标与细微改变的商标标志这一情形，识别效果的判断因客观效果的不同而有不同。对于确权类判断，只要有注册商标使用就足以使消费者识别商品来源，也就达到了商标确权所要求的真实、公开与连续使用，并进一步证成了真实的商标权益。即使商标权人同时使用了改变注册商标显著特征的商标标志，也不会影响注册商标使用的判断。反之，在抗辩类判断中，即使存在同时使用，实际使用有细微变化但容易导致消费者混淆误认的商标标志也已经不具有正当性。如果再将其判定为“未改变显著特征”，就与侵权效果相矛盾。

仅有商标标志改变的情形有两种：一是在现有注册商标上增加的要素为自己享有合法权益的另行注册的商标。基于多商标战略，这种使用实质是注册商标的组合使用，只要无混淆可能

[71] 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈《中华人民共和国建筑法》等八部法律的修正案（草案）〉审议结果的报告》，2019年4月23日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第十次会议上。

[72] 前引〔30〕，欧盟商标审查指南，第2.7.1节。

[73] Bernhard Rintisch v. Klaus Eder (C-553/11). 该案适用的《欧洲共同体商标条例》（89/104/EEC）第10条第1款与第2款第1项，即现行《欧盟商标条例》第15条第2款第1项。

[74] Hana Financial, Inc. v. Hana Bank, 735 F.3d 1158, 1164 (9th Cir. 2013).

[75] 前引〔22〕，德国商标立法理由书，第83页。

[76] 前引〔22〕，金井重彦等书，第750页以下。



性,就具有合法性。二是改变不具有显著特征的部分或结构。由于不承载商品来源信息,改变这些因素如无混淆可能性,就具有相同的客观识别效果。其中缘由可根据理性消费者所在的商标通信系统来解释,即如果由其参与信息解译,这些变化并不影响商标通信的效果。

首先,排列方式的上下、左右或对称变化不影响构成元素的完整性及音形义,也不会影响识别效果。因为构成元素在理性消费者的信息认知与记忆习惯中是相对重要的信息载体。在实践中,商标近似性的判断要点是音形义而非排列方式。我国法院以镜像规则作为商标相同的判定标准。<sup>[77]</sup> 商标审查部门也认可这种变化。欧盟的类似判决是将“BUS及图”的上下排列改为左右排列,以及在瓶贴上将左右排列的“Drinkfit”改为“Drink”在上、“fit”在下的方式。<sup>[78]</sup> 我国台湾地区的类似判决是将“葆青美 PROGENE”的左右排列改为上下排列。<sup>[79]</sup>

其次,符合理性消费者认知的字体字形以及装饰元素,通常是为了辅助呈现或美化具有显著特征的构成元素,在认知与记忆中的作用比较有限,也非显著部分。例如,仿宋、楷体等公用字体绝对不具有显著特征。在“KELME”案中,美国法院认为商标的文字元素比字母更具有显著特征,字母风格的变化并未实质性影响文字产生的商业形象。<sup>[80]</sup> 我国台湾地区与澳门地区也有类似的司法案例或规定。<sup>[81]</sup> 虽然删除装饰元素并未成为实践案例中的充分条件,但是相比增加或替换装饰元素,这种变化实际是在商标专用权范围内的变化,既不会影响竞争者利益,又不会影响消费者利益,因而更符合“未改变显著特征”的法律理念。当然,如果形状变化已经超出理性消费者的认知,该变化就不再属于字体字形变化。我国法院曾判决,将“黄和”改为高度变形的房屋图形会改变其显著特征。<sup>[82]</sup> 显然,其逻辑是消费者已经不能将房屋图形与文字字形相联系,房屋图形本身就具有较强的显著特征。

最后,改变公用性或替代性关联元素不会改变识别效果。采取关联元素来设计商标,符合商标通信的冗余编码策略,有助于消费者加深记忆或采取更便利的方式识别与记忆。按照注意力经济学原理,节约人的有限注意力、提高单位信息量的方式是采用最简约的符号。<sup>[83]</sup> 改变替代性关联元素正是消费者记忆的合理方式。例如,“比利 BILLY及图”的中英文与“建邦 JIANBANG”的中文和拼音。从比较法的角度看,欧盟法院在“Online Bus”案中结合相关公众的识别习惯认为,删除在标志中居辅助位置的与“Bus”对应的全称,增加黑色方块,将“三个交错的三角形”的颜色由白色变为黑色,不改变注册商标的显著特征。<sup>[84]</sup> 美国法院认为,在胶水上先使用由“Permabond”与小字号“Adhesive Power”构成的商标,后使用由大字号“Permabond”与“The Super Glue”构成的商标,能够显示出连续使用“Permabond”的意图,符合相同商业形象标准。<sup>[85]</sup> 因为“Adhesive Power”与“The Super Glue”均是胶水的描述性词汇,在很大程度上不会转移消费者的注意力。

[77] 参见湖南省长沙市中级人民法院民三庭:《商标相同或相似的司法判断》,《人民司法》2006年第8期,第23页。

[78] See GfK AG v. OHIM (T-135/04); Ludwig Schokolade v. OHIM (T-105/13).

[79] 参见我国台湾地区智慧财产法院2008年行商诉字第134号行政判决书。

[80] See Jack Wolfskin v. New Millennium Sports, 797 F.3d 1363, 1370 (Fed. Cir. 2015).

[81] “实际使用之商标与其注册商标不同,而依社会一般观念并不失其同一性者,应认为有使用其注册商标”(我国台湾地区智慧财产法院2010年行商诉字第99号判决)。另参见我国澳门地区《工业产权法律制度》第224条。

[82] 参见北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第321号行政判决书。

[83] 参见张雷:《媒介革命:西方注意力经济学派研究》,中国社会科学出版社2009年版,第15页以下。

[84] See GfK AG v. OHIM (T-135/04).

[85] See Loctite Corp. v. National Starch & Chemical Corp., 516 F. Supp. 190, 219 (S. D. N. Y. 1981).

## 五、依基准类型的“未改变显著特征”判定

经过交互澄清，具有普遍意义的基准类型是在能够明确指代该注册商标且不会导致消费者混淆误认的前提下，组合使用注册商标、增删关联元素、改变装饰元素、替换字体字形、改变元素排列方式或任意组合上述变化方式。确权裁判还认可同时使用注册商标与改变后的商标标志。反之，上述变化容易导致混淆误认或改变独立元素的，就构成显著特征改变。但是，将一个改变事实涵摄于“未改变显著特征”之下，仍是一个法律判断。裁判者从证据到事实是踩着常识、经验等“概括之石”前进的。<sup>[86]</sup>一旦欠缺可用的一般经验法则，则“必须依法律规定的观点来评断各该事实的重要性”，或“先依据‘须填补的’标准来判断该案件事实”。<sup>[87]</sup>因此，形成“未改变显著特征”的法律判断，必然依赖商标法上的常识、经验与法理，其中的核心内容是构成元素的界分与相同识别效果的判断。

### （一）商标构成元素的界分

独立元素、关联元素与装饰元素的界分，涉及元素与商品以及元素间的关系。界分三者具有重要的规范适用意义。元素不同，变化所产生的法效果不同，对消费者与竞争者的影响也就不同。其中，公用性关联性元素与商品关系的判断可以采用竞争必需测试。通说认为，根据固有显著性的强弱，标志可分为通用标志、描述标志、暗示标志、任意标志与臆造标志。其中，前两种是公用标志，后三种是具有固有显著性的标志。描述标志与暗示标志的分界线是元素公有与私有的分界线，也是公用性关联元素与独立元素的分水岭。在区分标准上，美国司法实践提出想象力测试，并将类似产品生产者可能或事实上的使用情况，相关标志的使用背景、时间与群体等作为考虑因素。<sup>[88]</sup>其中，类似产品生产者可能使用这一考量因素正是要考虑竞争者使用的必要性。德国司法实践为了让所有经营者使用并禁止仅为某个人垄断使用，提出自由使用必要性标准。<sup>[89]</sup>我国司法实践提出“相关公众的通常认识”标准，学理则认为该标准是高位阶标准且主观性与随意性过大，不如“同行业竞争者必需”标准。<sup>[90]</sup>竞争必需测试有利于尽量避免对商标市场的非必要干预，契合市场经济发展的基本理念。但是，如果仅将同行业竞争者的使用必需作为判断元素与商品关系的标准，就会遗漏依照通常观念绝对缺乏显著特征的元素。例如，“新年快乐”等常见祝颂语、电话号码、门牌号码等，均非竞争需要，但是为社会公众表达所必需。

装饰元素是为了回应商标授权确权实践已经出现的非显著性元素的扩张，对其作出判定应诉诸表达需要测试。如果不进行表达需要测试，就会产生不当专有时代性、流行性标志，不当侵蚀社会表达资源，进行不正当竞争的效果。因为商标法维护公平竞争是以禁止不正当竞争的方式展开的，既包括禁止直接利用他人的竞争优势，又包括禁止垄断公共资源对竞争者产生相

[86] 张保生：《事实、证据与事实认定》，《中国社会科学》2017年第8期，第121页以下。

[87] 参见前引〔12〕，拉伦茨书，第169页以下。

[88] See *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers Inc.*, 295 F. Supp. 479 (S. D. N. Y. 1968); *Security Center, Ltd. v. First National Security Centers*, 750 F.2d 1295 (5th Cir. 1985); *20th Century Wear, Inc. v. Sanmark-Stardust Inc.*, 747 F.2d 81 (2d Cir. 1984).

[89] 参见〔英〕杰里米·菲利普斯：《商标法：实证性分析》，马强译，中国人民大学出版社2014年版，第69页以下。

[90] 参见冯术杰：《论商标固有显著性的认定》，《知识产权》2016年第8期，第55页。

对优势。而且,当需要对涉及图形变化的待决案件作出判断时,表达需要测试也是可行的。例如,各种印章形状、方块等简单与通用图形常用以表达审美感受,理发行业通用的三色柱、酒馆常用的招幌等行业通用标志则常用以识别行业或商品类别。在“鲜果多及图”案中,水果图形因占据显著位置而被判定为其显著识别部分。<sup>[91]</sup>如果将其诉诸表达需要测试,水果图形也是表达该类商品所必需的。

在法理上,公众的表达需要应是凌驾于商标专用权保护之上的公共利益。为了表达需要,即使商标权人在特定商品上垄断某些标志,也不得禁止公众表达性使用,因而竞争必需测试只是表达需要在商业竞争语境中的特殊情形。表达需要的参考因素包括竞争优势、辞典工具书收录的语义、约定俗成的惯例与商业表达自由等。常见情形包括对商品的唯一或有限的几种描述性标志,尤其是消费者普遍使用的文字、普通广告宣传用语;时代印记、流行语、常见祝颂语等公众普遍使用的标志;行业必要的标志,例如表示商品特点的语句等。

替代性关联元素涉及元素间关系,应诉诸稳定对应测试,即根据公众语言以及消费者识图识音等认知习惯与观念来确认元素之间的对应关系是否具有持续稳定性。中文与拼音、外文意译的相互对应是由语言决定的,以最普遍的认知为基础,具有最强的稳定性。音译关系、中文与描述性图形的对应关系则更多取决于商标权人与消费者的共识。只有消费者在元素之间建立稳定的对应联系,这种改变才是合理的。例如,将“melody”称为“麦乐迪”,在“PIGEON”(鸽子)上增加鸽子图形,使用“Ferrari及图”的跃马图形,均不改变注册商标的显著特征。<sup>[92]</sup>实际上,“melody”没有被称为“主旋律”“曲调”“麦露迪”,鸽子图形与跃马图形具有对应性,一方面取决于商标权人基于相同的识别意图作出的精致设计以及长期稳定的使用,另一方面取决于消费者的通常认知与识别效果。

相应地,如果一项元素在消费者的认知习惯中具有约定俗成的独立含义,即使改变细微,也会引起显著特征变化。产生这种变化效果的方式可以是增加新元素,也可以是通过改变现有元素的排列方式产生新元素。欧盟在“MEXAVIT”案中认为,将该商标改变为“MEXA-VIT C”会改变注册商标的显著特征。<sup>[93]</sup>其中的逻辑就是:字母组合“VIT C”是“维他命 C”的缩略语,改变后的标志具有新含义,这对具有普通语言能力的人而言是不言而喻的。

## (二) 相同识别效果的判断

相同的识别效果一方面维系商标权人的利益,另一方面彰显制止市场混淆与维护公平竞争秩序的公共利益。而且,公共利益的维护具有最终决定性。对此可从三方面来理解:第一,相同识别效果是指可以明确指向注册商标标志,即明确指向一个或一组核心元素相同的注册商标。这与前述学理上提出的和他人注册商标构成混淆性近似的判断标准并不相同。在目的上,明确指代实现的是商标识别功能的一致性,混淆性近似追求的是来源或关联关系的误认。在方法上,混淆性近似的判断以消费者的通常认知为基础,采取综合考量方法,涉及文字的字形、读音、含义或图形的构图与颜色和各元素组合后的整体形象,以及商标的显著性与知名度等因素。甚至,图形商标与其对应的呼读文字也可能构成近似。明确指代的判定则采取递进方法,即先分析商标标志的元素与结构,再考量变化性质,最后诉诸识别性检验。这种分析过程会将

[91] 参见北京知识产权法院(2017)京73行初8057号行政判决书。

[92] 参见北京市高级人民法院(2017)京行终3965号行政判决书;北京市高级人民法院(2012)高行终字第1057号行政判决书;湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01民初3682号民事判决书。

[93] 参见前引[30],欧盟商标审查指南,第2.7.3.3节。

不符合明确指代的变化逐步排除在外，与综合考量相比，判断结果难免不同。在结果上，近似商标的形成方式可以是增删、替换注册商标的关联元素、独立元素与装饰元素，也可以是改变结构或字形，具有明确指代的商标只能是其中若干情形。

第二，由于商标的本质不在于元素而在于功能，相同的识别性不等于客观的元素分析，相同识别效果的判断以消费者识别与记忆注册商标的假定为基础。但是，由于消费者群体的认知不同，裁判者视角下的消费者画像难以摆脱主观性，这一假定的内涵仍悬而未决。一种解读是按照元素的相对比例关系。在“斯迪姆及图”“金夫人及图”“鲜果多及图”案中，不同法院均认为占据较大部分的图形是显著识别部分，删除图形构成显著特征改变。<sup>[94]</sup> 本文第一部分所引“HAGGAI 及图”案虽未言明，但从结果可作类似推断。另一种解读是按照识别呼叫规律。在“恒力及图”“嘉宝莉 CARBOLY 及图”案中，“未改变显著特征”的说理已经明确采用“相关公众一般通过‘恒力’对其进行呼叫和识别”“普通公众的认读规律”“我国相关公众的认知习惯”等表述。<sup>[95]</sup> 第一部分所引“川西坝子 CHUANXIBAZI 及图”案亦如此。此时的判断可通过商标作为交流语言的特性来解决。依照经验来看，越有利于呼读与记忆的方式，也越有利于交流，因而文字应优先于图形。欧盟法院在一系列判决中坚持的“视觉和听觉上的近似性可以被概念上的差异所抵消”，也暗含商标含义具有优先性的法理。<sup>[96]</sup> 因此，按照消费者的呼读方式来判断识别习惯，是合乎商标通信事理的标准。

第三，相同识别效果必须符合商标法的整体秩序。例如，商标权保护与知名度正相关，知名度越高，商标权的保护强度也越大。以关联元素为例，现有判决只认可元素的增删，并未充分讨论元素整体替换，例如将“BULL”注册商标替换为“公牛”。其实，这种改变可与驰名商标的翻译相类比。驰名商标的保护力度强于普通商标，商标法专门为驰名商标作出规定的反面推论，就是普通商标不享有该等保护，即翻译普通商标并使用不在商标禁止权之列。超出禁止权范围的改变会影响竞争者利益，完全改变其表现形式也会实质性影响消费者的识别与记忆，因而替换普通商标的关联元素应判定为改变显著特征。当然，驰名商标应当除外。

## 结 语

在商标法整体秩序内，以理性、具体化的消费者认知为基础，以变化对消费者认知的实际影响为依据，注册商标使用中的“未改变显著特征”的基准类型是组合使用注册商标、增删关联元素、改变装饰元素、替换字体字形、改变元素排列方式或任意组合上述变化方式，且能够明确指代该注册商标并不易导致消费者混淆。在确权判断中，特殊类型是同时使用注册商标与改变后的商标标志。

进一步的支撑观点是：第一，界分关联元素、独立元素与装饰元素的标准是，涉及公用性关联元素与指定商品的关系判定的，采用竞争必需测试；涉及替代性关联元素之间的关系判定的，采用稳定对应测试；涉及装饰元素判定的，采用表达需要测试。第二，“未改变显著特

[94] 分别参见前引 [7]，(2019) 最高法行申 3476 号行政裁定书；北京市高级人民法院 (2020) 京行终 3236 号行政判决书；前引 [91]，(2017) 京 73 行初 8057 号行政判决书。

[95] 参见北京知识产权法院 (2017) 京 73 行初 2832 号行政判决书；北京市高级人民法院 (2010) 高行终字第 243 号行政判决书。

[96] See *Messi Cuccitini v. EUIPO* (T-554/14); *Smiley Miley v. EUIPO* (T-368/20).

征”的法律理念是实际使用的标志与注册商标标志具有相同的识别效果。相同识别效果的判断应衡量明确指代、消费者认知习惯与商标法整体秩序等因素。对于独立要素的改变或者容易产生混淆误认的改变，应当判定为改变显著特征。

实质上，“未改变显著特征”是在概称一种虽然改变了商标的注册形式但具有相同识别效果的实践现象。“未改变显著特征”判断的社会效果是兼顾商标作为商业语言的社会性与个体性。社会性要求商标保持音形义的稳定，以维持商标粘性，有效实现凝聚商誉与识别商品的功能。个体性要求商标根据营销方式多样化、审美多元化等实际情形展现灵活性。“未改变显著特征”将维护商标稳定性的“不变”与灵活使用商标标志的“变”统一起来。以其作为改变行为的限度，能够在不减损对竞争者与消费者的福利承诺的前提下，维护有效的市场竞争，形成典型的帕累托改进意义上的利益平衡新机制。

---

---

**Abstract:** The imprecise semantics of the expression of “no alteration on distinctive features” has led to the uncertainty in the determination of the use of registered trademark, which in turn affects the anticipation relating to the confirmation, maintenance and protection of the exclusive right to the use of trademark and encourages market opportunism. In fact, the legal concept contained in “no alteration on distinctive features” indicates that, from the perspective of rational and specific consumers, an actually used trademark logo should have the same identification effect as a registered trademark. This legal concept corresponds to the conditions of what should be judged as “no alteration on distinctive features” or their combinations found through the qualitative comparative analysis of 405 relevant judicial decisions. The benchmark types of determination of “no alteration on distinctive features” include using registered trademarks as a combination, adding or deleting related elements, changing decorative elements, replacing fonts and character patterns, changing the arrangement of elements or any combination thereof, and any of them must clearly refer to the registered trademark without causing confusion among consumers. Right confirmation judgements also recognize the simultaneous use of a registered trademark and an altered trademark logo. In forming the judgment of “no alteration on distinctive features”, the competition necessity test, the stable correspondence test and the expression need test should be used to define public related elements, alternative related elements and decorative elements, respectively. In the judgment of the same identification effect, factors such as explicit reference, consumer cognitive habits and trademark law order should be evaluated.

**Key Words:** registered trademark, use of trademark, distinctive features, communication model of trademark

---

---