

商标保护中“少即是多、多未必少”是怎么回事？-略论商标的构成元素与保护范围

日期：2024.04.05 作者：黄晖

实务中，我们经常会问到我应该申请标准字体还是艺术字体的商标？我应该申请黑白商标还是彩色商标？或者更笼统地说，我应该申请单一的商标还是组合商标？两者的注册难度和对抗范围是否不同？何时应该进行要部比对？何时应该进行整体比对？

理论上讲，商标法第8条规定，“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册”。这就说明，申请各种商标都是可能的，但具体问题还需要具体分析。

为了叙述方便，根据商标构成元素的多少，我们可以将商标分成两大类，单一商标和组合商标：例如，简单的文字、人名、数字的标准字体黑白词汇如同仁堂、李宁和1573算单一商标，单纯的黑白图案如苹果、鳄鱼是单一商标，单纯的颜色组合如金霸王黑铜双色组合或可口可乐瓶三维标志、QQ滴滴声音也是单一商标；几个词汇组成的词组，艺术体的文字、彩色的字体或图案，文字及图案的组合、附带文字或图案的颜色或三维标志等等，则是组合商标。二者在注册和保护时各有千秋，不能一概而论。

注册决定保护。单一商标是否可以注册，衡量的标准相对比较单纯，以显著性为例，只需要看该商标是否能够与商品保持足够的距离，如果是通用词汇或图案或者叙述性词汇乃至单纯的商品形状或颜色组合，一般都被认为不具有显著特征。而组合商标由于包含了不只一个元素，其显著性的判断就需要整体进行，也就是说，即使个别元素例如词汇或图案或颜色或形状缺乏显著性，整体结合以后仍可能起到识别作用，也就仍然可以获得注册。

这样说来，就显著性的认定而言，组合商标显得比单一商标更容易获得注册。但到了保护的时候，组合商标的近似判断往往需要整体比对，个别要素的同异，并不一定代表两个商标整体的同异。另外，他人如果只是使用了组合商标的某个通用或叙述性乃至功能性元素，根据商标法第59条第一、二款的规定，就仍然可以主张正当使用来抗辩。例如“大众汽车（Volkswagen）”和“雀巢咖啡（Nescafe）”就不能对抗他人正当使用“汽车（wagen）”和“咖啡（café）”的词汇（参见书中第71-2页）。

相比之下，单一商标的近似比对就会容易许多，即使侵权嫌疑人使用了组合其他元素的商标，只要该组合商标完整地包含了在先的单一商标且并未形成一个新的不可分割的整体（whole indivisible），就仍有可能根据要部或特征比对认定两者近似。欧盟在审理Thomson Life案时，非常明确地指出，即使Thomson相对于在先商标Life更加显著，甚至整体外观上也因为多出Thomson一词有较大区别，但由于Thomson与Life并未形成一个新的整体，life仍然保持了“独立识别作用”（independent distinctive role）就应该判决构成商标近似和侵权。这个时候，我们也可以说“少即是多”，或者说，注册的商标越单一，对抗保护的就越越大（参见书中第180-4页）。

那是不是说，我们任何情况下都应该尽量避免注册组合商标呢？也不能这么说。因为一则如前所述，如果单一商标注册有困难的时候，注册组合商标也许就是唯一选择；二则即使我们可以注册单一商标，当我们注册一个包含了单一商标的组合商标后，在对抗他人的组合使用时同样具有现实意义：例如，鳄鱼图形的黑白商标注册后，我们还可以将我们经常使用的绿色鳄鱼的组合商标也进行注册。

这主要是因为，一方面，当他人使用相同及十分近似的其他任何颜色的鳄鱼商标，我们均可以用单一鳄鱼的黑白商标通过要部比对比去对抗。另一方面，如果他人使用的是不太一样的鳄鱼图形甚至非鳄鱼的图形，近似比对就会困难一些。不过这个时候，如果他人的这一图样也使用了绿色，绿色鳄鱼的组合商标就容易通过整体比对比得出近似的结论。“联邦蜥蜴”就是这样的一个典型案例，案件中被告本来注册的据说是花朵的商标，但实际使用中不仅拉伸变形贴近鳄鱼图形，同时也使用鳄鱼商标常用的绿色，整体视觉上就

造成十分近似的效果，最终被法院认定构成商标侵权（参见书中第190-1页）。

使用补充注册。这种情况甚至适用于他人同样拥有注册商标的情况，例如《商标侵权判断标准》第24条的解读中所列举的Tommy注册了红白颜色的图案，另外一家也拥有略微近似的黑白图案注册商标，但当后者也使用红白颜色的时候，整体效果就会大为接近，构成对Tommy红白颜色商标的攀附和侵犯。

有意思的是，如果Tommy注册的也只是黑白的图形商标，但实际使用的就是红白的颜色搭配，第三人也仍然是黑白注册、红白使用，应该怎样来处理两者的矛盾呢？我们其实可以组合商标法和反不正当竞争法的规定，主张商标侵权和不正当竞争：因为红白搭配的效果是实际使用带来的，已经在相关公众中产生一定影响，完全可以叠加在已经注册的黑白商标上，提前垄断图案附加红白颜色组合的整体效果。欧盟法院审理的Specsaver案（C-252/12）即持这种观点。同样的，在New Balance案件中，已经注册的N图形，由于主要使用在鞋帮的位置，即使他人也成功注册了略有区别的N图形，但当这一图形也同样使用在鞋帮位置，就仍然会构成不正当竞争。

因此，商标民事诉公司法解释中提到的商标近似的要部比对和整体比对的方法需要结合实际情况具体的运用：在商标是显著性较强的单一商标时，他人即使附加了其他要素，但只要没有覆盖、淹没在先单一商标的显著性，就应该主要采取要部或特征比对的方法进行近似判断；而当在先商标的显著性主要体现在组合的特殊图案、颜色和形状时，就需要着重进行两个商标的整体比对，忽略两者的细小差别，同样得出商标近似的判断。

如果化繁为简，我们也可以说，“少即是多，多未必少”，一切都取决于单一商标作为要部或特征的显著程度以及组合商标的整体显著程度。只要相关公众印象深刻，我们就可以甚至应该同时拥有单一商标和组合商标的注册，例如同时注册黑白商标和彩色商标甚至单纯的颜色组合商标，并根据实际情况对抗他人盗用我们的要部和整体。