

“陈麻花”缺乏显著特征吗？

日期：2022.04.01 作者：杨明明

历时多年的“陈麻花”商标之争近期出现新动向。最高人民法院作出再审判决，支持二审法院“陈麻花”不构成麻花类商品的通用名称的认定，却转而认定“陈麻花”在申请注册时已不具备商标应有的识别功能，故构成商标法第十一条第一款第（三）项其他缺乏显著特征的标志，不得作为商标注册。根据现行商标审查和审理实践中的相关标准和解释，“陈麻花”一词本身具备商标注册和使用应有的显著特征和识别功能，这也是“陈麻花”商标得以获得核准注册的原因。那么，为什么“陈麻花”这一名称会涉及通用名称和缺乏显著性问题呢？事情还要从“陈麻花”商标在重庆的发展历史说起。

近年来，磁器口成为网红打卡景点，“陈麻花”也被越来越多的网友所熟知，但不少商家都打着“陈麻花”旗号，又令消费者感到困惑。《重庆商报》2018年5月27日的一篇报道提到：“在重庆著名景点磁器口古镇，‘陈麻花’被视为当地一绝，有着‘没吃过陈麻花，就没到过磁器口’的说法。然而，陈昌银、陈建平、陈文贵、陈稳健、千年陈……到处都是‘陈’的麻花，让人不禁眼花缭乱。”

在重庆市磁器口陈麻花食品有限公司（以下简称陈麻花公司）取得“陈麻花”商标的注册并发布维权公告后，磁器口的其他麻花经营者提出反对，认为“陈麻花”是一个通用名称，纠纷随之而起。

最高法的再审判决，对如何认定通用名称提供了一定的指引，但仔细研读相关司法文书，笔者又对本案所涉及的具有地域性特点的名称，其显著特征适用何种标准判定，以及全面审查的程序等问题产生了一些困惑。

案件基本事实重庆市磁器口陈麻花食品有限公司（以下简称“陈麻花公司”）于2013年11月5日申请注册第13488202号“陈麻花”商标，并于2017年11月7日获得核准注册，专用权期限至2027年11月6日，核定使用商品为第30类“麻花；怪味豆；琥珀花生”等。

重庆市沙坪坝区互旺食品有限公司（以下简称“互旺公司”）、重庆市沙坪坝区磁器口老街陈建平麻花食品有限公司、冯万金、重庆陈记香酥王食品开发有限公司、重庆大渝人食品有限责任公司等主体随后对“陈麻花”商标提起无效宣告申请。原国家工商行政管理总局商标评审委员会于2019年3月4日作出商评字（2019）第42763号关于第13488202号“陈麻花”商标无效宣告请求裁定书，认为：

申请人一提交的证据1即(2015)渝一中法民终字第01977号民事判决中认定：“陈麻花”一词有时被作为商品名称使用，如2008至2011年，被申请人开具的发票、订立的买卖合同中显示品名为“陈麻花”，而被申请人称其1999年开始使用陈麻花无证据支持，不足以证明相关公众已经在“陈麻花”与被申请人之间建立起稳定联系。申请人二至五提交的证据4《重庆商报》关于“陈麻花”的采访报道时间为2012年12月18日，早于争议商标注册申请日，报道中载明磁器口古镇有众多与“陈麻花”有关的店铺，“陈麻花”为市民对磁器口古镇麻花的统称。证据6中重庆市沙坪坝区疾病预防控制中心等主体出具的卫生检验报告等时间跨度为2007年至2017年，部分早于争议商标申请日，显示检验商品名称为“陈麻花”。证据9重庆市食品工业协会等出具的“有关陈麻花的使用情况说明”亦称重庆地区对“陈麻花”仅以商品和制作工艺名称使用。截至2013年，重庆市磁器口古镇已有“陈麻花”商铺12家。结合上述全部在案证据可以证明，在争议商标注册申请日前，重庆磁器口古镇已有多家生产厂家加工、销售“陈麻花”，并将“陈麻花”作为一种麻花产品名称加以使用。因此，基本可以认定在争议商标注册申请日前，“陈麻花”在重庆磁器口地区已成为一种麻花商品约定俗成的通用名称，争议商标在麻花商品上的注册属于商标法第十一条第一款第（一）项所禁止之情形。

一审判决

（2019）京73行初3833号陈麻花公司不服，向北京知识产权法院（下称一审法院）提起行政诉讼。一审法院认为，将诉争商标注册在麻花类商品上使用显著识别性较弱。在案证据不足以证明相关公众已经在“陈麻花”与陈麻花公司之间建立稳定联系。在2013

年11月5日之前，“陈麻花”在重庆磁器口地区已经成为一种麻花商品约定俗成的通用名称。诉争商标已于重庆市磁器口地区被包括原审第三人在内的众多商户于生产、经营、销售、检验等环节用作商品名称使用，造成其标识显著性进一步退化，不再具有识别商品来源的功能。诉争商标申请注册违反了商标法第十一条第一款第（一）项的规定，被诉裁定对此认定正确。诉争商标“陈麻花”作为一种麻花商品的通用名称，使用于“怪味豆、琥珀花生、黑麻片、糕点”等商品上，违反了商标法第十条第一款第（七）项的规定。

二审判决

（2019）京行终9347号陈麻花公司不服一审判决，向北京市高级人民法院（以下称二审法院）提起上诉。二审法院认为：一审第三人提交的证据不足以证明“陈麻花”系规范化的商品名称，不足以证明“陈麻花”在诉争商标核准注册时成为通用名称。诉争商标的申请注册未违反商标法第十一条第一款第一项的规定。诉争商标是否具有显著识别性并非商标法第十一条第一款第一项所考虑的要件。因此，被诉裁定及一审判决对此认定有误，予以纠正。陈麻花公司的相关上诉理由成立，予以支持。本案中诉争商标“陈麻花”中的“麻花”系一种商品，使用在除“麻花”之外的“怪味豆、琥珀花生、黑麻片、糕点”等商品上，以一般公众的辨识能力容易对标有诉争商标标识商品的产地、质量、主要原料等特点产生误认。因此，诉争商标在除“麻花”之外商品上的注册违反了商标法第十条第一款第七项的规定。

再审判决

（2021）最高法行再255号互旺公司、重庆市沙坪坝区磁器口老街陈建平麻花食品有限公司、冯万金、重庆陈记香酥王食品开发有限公司、重庆大渝人食品有限责任公司不服二审判决，提起再审申请。最高法再审认为：

本案再审审理的焦点问题是诉争商标的注册是否违反商标法第十一条的规定。

虽然在案证据不能证明相关公众普遍认为“陈麻花”所具体指代的是哪一类麻花商品，“陈麻花”尚不足以构成麻花类商品的通用名称，但基于上述相关公众对“陈麻花”的认识和当地经营者对“陈麻花”标志的使用状况等事实，证明本案诉争商标申请注册时，“陈麻花”已不能区别具体的麻花商品的生产、经营者，从而发挥商标应有的识别功能，故其构成商标法第十一条第一款第三项其他缺乏显著特征的标志，不得作为商标注册。虽然被诉裁定及原审法院对此未审理确认，但互旺公司等申请无效宣告以及再审诉讼中均提出此项主张，再审审理中陈麻花公司亦对此陈述了意见，故本院对此进行审理符合法律规定。

此外，诉争商标核定在麻花以外的“怪味豆、琥珀花生、黑麻片、糕点”等商品上使用，构成商标法第十条第七项“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”规定的不得作为商标使用的情形，原审判决对此认定正确。

相关思考所谓通用名称，是指与特有名称相对，为国家或某一行业所共有的，反映一类商品与另一类商品之间根本区别的规范化称谓[1]。《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）总结审判实践指出：“人民法院在判断诉争商标是否为通用名称时，应当审查其是否属于法定的或者约定俗成的商品名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的，应当认定该名称为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。”

通常来说，法定、国家标准、行业标准中确定的通用名称，认定标准较为清晰，容易引起争议的通常是约定俗成的通用名称的认定，这也是“陈麻花”商标案的争议焦点。本案中行政机关和二审法院不同的裁判和论述，体现出此类通用名称认定的复杂性。

（一）通用名称的内涵和外延

从再审判决来看，本案焦点最终落在对“通用名称”这一概念的内涵和外延的理解上。在一审判决中，法院指出：“商品的通用名称是指为国家或某一行业内所共用的，反映一类商品与另一类商品之间根本区别的规范化称谓，包括法定、国家标准所定或者约定俗成的通用名称。”二审法院则进一步指出：“通用名称应当具有以下特征：1、通用名称是反映商品或服务的物理特性，为相关公众区别商品或服务而非商品或服务的来源；2、通用名称是明确且相对统一的；3、通用名称是行业经营者普遍使用的商品名称，特有商品名称并非通用名称。”

从上述定义看，通用名称的核心是通过指向不同的物理特定，区分一类商品和另一类商品的称谓，且已经达到明确统一的程度。通用名称认定的难点在于，如何认定构成“一类商品的称谓”，以及什么程度的使用能达到“规范化称谓”的标准。

在“水鸟被”通用名称案中，广东省高院认为“水鸟被”不构成通用名称，理由之一是“尚无证据显示消费者已普遍认为水鸟被是一类被子的名称。水鸟被究竟是何种被子，对大多数消费者而言，其所指并不明确”。与之相反，在鲁锦一案中，山东省高院则认定“鲁锦”是山东地区特别是鲁西南地区民间纯棉手工纺织品的通用名称，并在判决书中指出：鲁锦指鲁西南民间纯棉手工织锦，其纹彩绚丽灿烂似锦，在鲁西南地区已有上千年的历史。“鲁锦”作为具有山东特色的手工纺织品的通用名称，为国家主流媒体、各类专业报纸以及山东省新闻媒体所公认，山东省、济宁、菏泽、嘉祥、鄄城的省市县三级史志资料均将“鲁锦”记载为传统鲁西南民间织锦的“新名”，有关工艺美术和艺术的工具书中也确认“鲁锦”就是产自山东的一种民间纯棉手工纺织品……自20世纪80年代中期后，经过媒体的大量宣传，“鲁锦”已成为以棉花为主要原料、手工织线、染色、织造的山东地区民间手工纺织品的通称，且已在山东地区纺织行业领域内通用，并被相关社会公众所接受。

从“鲁锦”案来看，其能独立成为“一类商品”的原因包括产自特定地区、有悠久的历史传承和文化属性等，因而能被相关社会公众接受和识别为有特定指向的一类商品。而就“陈麻花”一案而言，疑问在于磁器口的麻花究竟与产自其他地区的麻花有哪些实质性的不同，其差异点是原料、工艺、口味？还仅仅是其产地或附着的文化？

一审法院认为，“陈麻花”是市民对磁器口古镇麻花的统称，在重庆磁器口地区已成为一种麻花商品约定俗成的通用名称。二审法院对此没有直接回应。但最高法则认为：在案证据不能证明相关公众普遍认为“陈麻花”所具体指代的是哪一类麻花商品，“陈麻花”尚不足以构成麻花类商品的通用名称。换句话说，即使提到有人指称陈麻花是一种商品，最高法并不认为这种商品的通用名称就叫“陈麻花”。因此，在先使用“陈麻花”的当事人，仍然可以依据反不正当竞争法主张有一定影响的商品名称的保护。

（二）通用名称的地域性问题

从近年来涉及通用名称的案件来看，认定的难点往往涉及通用名称的地域性问题。通常来说，如果一个名称已经在全国范围内被广泛认知为通用名称，并不太容易发生争议，这样的名称一般也难以取得商标注册。但对于具有区域性特点的通用名称则不然，审查员可能对于在某一特定地域其中的一个特定行业被通用化的名称并不熟悉，继而认可其显著特征和可注册性，纠纷往往由此产生。

《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》（法释〔2017〕2号）第十条规定：约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，人民法院可以认定为通用名称。

根据该规定，在判断约定俗成的通用名称时，应当以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准之原则，以固定相关市场的相关公众的认识为例外。例如，在“子弹头”案[2]中，北京市高院认为，商品的通用名称应当具有广泛性和规范性的特征，即应当具有在国家区域范围内或者某一行业范围内的公用性，仅为国家部分区域或部分企业所使用的名称不具有通用名称的广泛性。在“稻花香”[3]案中，最高法指出，适用不同评判标准的前提是，当事人应首先举证证明此类商品属于相关市场较为固定的商品……本案中，被诉侵权产品销售范围并不局限于五常地区，而是销往全国各地，应以全国范围内相关公众的通常认识为标准判断“稻花香”是否属于约定俗成的通用名称。而在“羊栖菜”[4]案件中，法院则认为，“羊栖菜”作为主要出口日本的产品，在中国具有特定的市场范围，主要以浙江温州洞头县为主的区域。在这一特定的市场范围内的加工企业普遍将“ひじき”作为“羊栖菜”的商品名称使用的情况下，可以认定该日文名称为“羊栖菜”商品的通用名称。

结合《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》（法释〔2017〕2号）的文义和上述案例来看，判断是否形成第十条所指的“相关市场固定的商品”，应主要考虑商品的销售地，以判断该产品的相关公众是否主要集中在一个固定的地域。但是，从“沁州黄”[5]案和“鲁锦”案[6]来看，考量因素更为复杂，判断标准也不甚清晰。“沁州黄”案和“鲁锦”案均适用特定地域标准，即这些商品属于相关市场较为固定的商品，但实际上无论是“沁州黄”小米还是“鲁锦”，其销售范围均不局限于特定地域，而是遍布全国。从这个角度来看，似乎在考量历史传统、风土人情、地理环境等因素后，还会根据产地，以及商品的主要生产者（以及销售者）来作为相关公众进行判断。

在“陈麻花”商标纠纷中，一审法院认为：“基于重庆磁器口镇的历史传统、风土人情以及地理位置，麻花已经成为该地区市场的较为固定的产品，故在判断诉争商标是否构成‘陈麻花’的通用名称时，地域范围以重庆地区磁器口镇作为判断标准。”但二审法院和最高法对应该适用“全国范围”标准还是“特定地域范围”标准没有予以回应和评述。既然最高法在考量了重庆磁器口特定地域的情况下，仍然认定“陈麻花”尚不足以构成麻花类商品的通用名称，不能具体指代某一类麻花商品，那在全国范围内“陈麻花”就更不应该构成通用名称了。

（三）“陈麻花”商标申请注册的主观意图和实际使用情况

《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）指出：申请人明知或者应知其申请注册

的商标为部分区域内约定俗成的商品名称的，应视其申请注册的商标为通用名称。虽然该规定针对的是将部分区域内约定俗成的商品名称申请注册为商标的情形，但显而易见，商标申请人本身对其申请商标的认识，以及其实际是将涉案商标作为商标还是商品名称使用等事实，会成为判定是否构成通用名称的重要考量因素。例如，在兰贵人通用名称案^[7]中，二审法院指出：从万昌茶场“椰仙兰贵人”广告和椰仙兰贵人茶企业标准中可以看出，万昌茶场将其“兰贵人”茶与其他茶厂的同种商品相区分的是“椰仙”商标，而将“兰贵人”作为一种茶的名称使用，并最终维持了“兰贵人”属于茶品通用名称的认定。

在“陈麻花”商标纠纷中，法院并未就商标申请人陈麻花公司的主观意图是否影响区域性通用名称的认定予以评述，却将陈麻花公司对“陈麻花”名称的使用情况予以重点考虑。一审法院认为陈麻花公司本身亦将“陈麻花”用作商品名称使用并标注于商品外包装显著部位，结合其他企业的使用，导致诉争商标的显著特征进一步退化。而二审法院则肯定了陈麻花公司的法定代表人陈昌银和公司前身重庆市磁器口陈麻花经营部的积极注册和使用行为，包括陈昌银自2000年开始将“古镇陈麻花”作为店铺招牌的使用、2003年陈麻花公司前身重庆市磁器口陈麻花经营部成立并使用“陈麻花”作为店铺招牌、陈麻花公司及其前身已于2003年申请注册“古镇陈麻”，2007年申请注册“古镇陈麻花”等事实，以及相关媒体报道、宣传和荣誉，进而认为在案证据不足以证明“陈麻花”系规范化的商品通用名称。

最高法在再审判决中结合（2015）渝一中法民终字第1977号民事判决书的相关认定，认为相关证据证明，当地从事麻花经营的多 个生产主体以及有关监管部门，已将陈麻花指称为一种产品，这种使用在诉争商标申请注册前后均存在。但是，值得注意的是，（2015）渝一中法民终字第1977号民事判决书涉及案件是陈麻花公司诉互旺公司侵害商标权、不正当竞争纠纷，这是否在某种意义上恰恰说明，陈麻花公司并未曾懈怠、放任他人对“陈麻花”商标的使用，而是在积极行使和维护权利呢？这一点恰恰是二审判决的基础。

（四）行政诉讼中主动引入商标法第十一条第一款第（三）项的全面审查问题

最高法依据商标法第十一条第一款第（三）项，对“陈麻花”商标纠纷作出再审判决。如果回看无效宣告裁定书会发现，五个申请人中，仅互旺公司依据第十一条第一款第（三）项提出请求，其他四个申请人并未提出该主张。商评委认为目前尚无充分理由认定争议商标的注册属于商标法第十一条第一款第(三)项所禁止之情形。互旺公司亦并未针对该部分裁定提起行政诉讼。在一审和二审程序中，两级法院也并未对第十一条第一款第（三）项的问题进行任何审查。

根据《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》（法释〔2017〕2号）第二条，“人民法院对商标授权确权行政行为进行审查的范围，一般应根据原告的诉讼请求及理由确定。原告在诉讼中未提出主张，但商标评审委员会相关认定存在明显不当的，人民法院在各方当事人陈述意见后，可以对相关事由进行审查并做出裁判”。但从“陈麻花”商标纠纷三审判决来看，商评委并未对其作出的诉争商标不属于商标法第十一条第一款第(三)项所禁止之情形提出相反意见。涉案多方在一、二审中均未对诉争商标是否违反第十一条第一款第（三）项规定进行辩论，一、二审法院也并未就此问题进行评述。同时，从公开信息来看，似乎再审程序中也并未将该问题作为案件焦点进行充分辩论。在此情形下，最高法认定诉争商标违反第十一条第一款第（三）项规定，似乎有与司法解释相关规定不符之嫌。

（五）商标法第十一条第一款第（三）项的适用标准

根据2022年1月1日起施行的《商标审查审理指南》下编第四章2.3的释义，商标法第十一条第一款第（三）项规定的“其他缺乏显著特征的标志”，是指前两项规定以外的、依照社会通常观念，作为商标使用在指定商品或者服务上不具备商标的显著特征的标志，主要包括：过于简单或者过于复杂的、表示商品或者服务特点的短语或者句子、普通广告宣传用语、日常商贸场所、用语或标志、企业的组织形式、行业名称或简称、常用祝颂语和日常用语、网络流行词汇及表情包、常用标志符号、节日名称、格言警句等。这些用语虽然不是通用名称或直接描述商品的特点，但因其含义或使用习惯在商业生活中难以发挥商标的区分、识别功能。但从“陈麻花”商标纠纷的相关报道和资料来看，“陈麻花”商标显然不属于上述情形。

同时，笔者检索相关信息，尚未发现有适用“特定地域标准”来判定是否构成第十一条第一款第（三）项规定情形的先例。对于“陈麻花”这样一个具有鲜明地域特点的名称，如果适用的是全国范围标准，理应不缺乏商标的显著特征。最高法再审判决中基于多家商户使用“陈麻花”的表面事实，适用“其他缺乏显著特征”的条款作出判决，与该条的立法本意似有不合。笔者认为，即使在诉争商标申请注册前有多家使用，也应适用商标法第三十二条或第五十九条第三款的相对理由加以规制，而不应该纳入该条绝对理由的适用范围。

通用名称或缺乏显著性的认定，对一个领域或一个行业的经营者利益，乃至相关市场秩序都具有深远影响。因此，如何明晰赋予排他权的注册商标和可以正当使用的通用名称、缺显标志的界限，显得愈发重要。

“陈麻花”商标纠纷的三审判决，对于进一步厘清通用名称的内涵和外延,明确判定通用名称的考量因素，提供了很有价值的参考。但是，如何理顺商标法第十一条第一款第（一）项和第（三）项之间的关系，以及第十一条第一款第（三）项与第三十二条、第五十九条第三款的关系等问题，仍需探索建立更加清晰统一的标准。在我国全面加强知识产权保护的大趋势下，针对这种“多家争一标”的情况，如何保护最早或投入最大的经营者的诚实投入，从而维护公平竞争、推动高质量发展，也是值得思考的问题。

注释：[1]黄晖《商标法》第二版[2]北京市高级人民法院（2006）高行终字第188号行政判决书[3]最高人民法院（2016）最高法民再374号再审民事判决书[4]北京高级人民法院(2012)高行终字第668号行政判决书[5]最高人民法院（2013）民申字第1643号再审审查民事裁定书[6]山东省高级人民法院(2009)鲁民三终字第34号民事判决书[7]北京高级人民法院（2009）高行终字第330号