



WANHUIDA PEKSUNG
万 慧 达 北 翔

万慧达北翔快讯

2018 年 2 月 总第 55 期

Yiguan Office Building, No.1 Zhongguancun Street South,
Haidian District, Beijing, P.R. China 100873
T: +86 10 6892 100 F: +86 10 6894 8030

Beijing · Shanghai · Guangzhou · Ningbo · Suzhou · Hangzhou
Kunming · Xiamen · Shenzhen · Hong Kong · San Diego · Paris · London

www.wanhuida.com



万慧达北翔快讯旨在为您提供万慧达北翔的发展动态（万慧达北翔焦点），以及国内外知识产权领域的最新动向及分析（万慧达北翔视点）。您可以直接点击目录进入正文阅读。

本快讯中的稿件由万慧达北翔享有版权，未经许可不得转载或摘编。

编委 黄晖 秦慧敏

订阅 whd@wanhuida.com

北京市海淀区中关村南大街
1 号友谊宾馆颐园写字楼
邮编 100873

电话 010 6892 1000

传真 010 6894 8030

www.wanhuida.com



万慧达北翔焦点

探索惩罚性赔偿原则 提高专利侵权赔偿..... 2

近日，深圳市中级人民法院就莱特曼工具集团有限公司（以下简称“莱特曼公司”）诉深圳哥特斯实业有限公司（以下简称“哥特斯公司”）等公司侵害发明专利权纠纷一案做出一审判决，判定哥特斯公司侵权行为成立，并判令哥特斯公司：1. 立即停止制造、销售、许诺销售侵害原告莱特曼公司 ZL201510007273.3 发明专利权的行为，销毁库存侵权产品及专用模具；2. 赔偿原告莱特曼公司经济损失及维权合理支出人民币 120 万元。

小仲马笔下的祁门红茶只产在祁门县吗？.....4

祁门红茶简称祁红，是中国历史名茶，产于安徽省祁门、东至、贵池（今池州市）、石台、黟县一带，与印度的大吉岭红茶一同被列为“世界三大高香红茶”之一，在英国祁门红茶被称为“红茶皇后”。小仲马在名著《茶花女》中描述一位贵族衰落时说：“你穷得连祁门红茶也拿不出来了”。

从“美颜相机”案看商标通过使用获得显著性.....7

给 APP 软件取名本身就是一件很有意思的事，想必市场上流行的商标起名大法“30 字口诀+10 大学派取名法+3 个 friendly”大家已经有所耳闻，本文要讲的“美颜相机”商标即采用了“美”字口诀。



万慧达北翔焦点

探索惩罚性赔偿原则 提高专利侵权

赔偿

近日,深圳市中级人民法院就莱特曼工具集团有限公司(以下简称“莱特曼公司”)诉深圳哥特斯实业有限公司(以下简称“哥特斯公司”)等公司侵害发明专利权纠纷一案做出一审判决,判定哥特斯公司侵权行为成立,并判令哥特斯公司:1. 立即停止制造、销售、许诺销售侵害原告莱特曼公司ZL201510007273.3发明专利权的行为,销毁库存侵权产品及专用模具;2. 赔偿原告莱特曼公司经济损失及维权合理支出人民币120万元。

莱特曼公司的“TREAD”多功能户外手环产品系自主研发,具有十分鲜明的产品特点,在美国、中国和欧洲等多个地区申请了专利保护。2017年5月,莱特曼公司在国外市场上发现多款仿制“TREAD”多功能户外手环产品,其中尤以商标标注为“Coteetci”、生产商为“深圳哥特斯实业有限公司”的侵权产品最为突出。莱特曼公司随即委托万慧达北翔团队对该目标进行调查并开展维权行动。万慧达北翔团队迅速对莱特曼公司的维权需求做出响应,在初步分析得出侵权结论后,经过线上检索和实地调查,查明该产品系位于广东省深圳市的哥特斯公司生产和销售,主要通过各国本地的经销商渠道向国外发货。

本案的侵权对比结论较为清晰肯定,但被告的侵权行为具有隐蔽性(不通过任何电商平台进行网络销售),侵权产品的生产和销售规模也很难认定。如果通过传统的取证方式如公证购买,并请求法院酌定侵权赔偿,考虑到本案侵权产品的单价不高(400元人民币左右)、被告经营规模较小(哥特斯公司注册资本为50万元人民币)等因素,法院的判赔通常不会超过30万元人民币,而这将无法达到原告的诉讼目的。为了争取较高的判赔金额,以震慑其他厂商的侵权行为,万慧达北翔团队决定采取实地公证购买和行政投诉查处相结合的方式收集侵权证据,以坐实哥特斯公司的侵权行为和实际规模。在随后的公证购买过程中,公证员将购买过程全程录音并制作为公证

书附件,该录音证据显示,哥特斯公司销售人员对侵权产品的生产持续时间、销售地域和规模等关键情节做出了自认和描述;在行政查处过程中,市场监管部门执法人员对侵权产品库存、出货和入库记录等信息进行了现场勘验和记录,执法检查过程中哥特斯公司提供的相关证据显示该侵权产品系哥特斯公司委托工厂位于广东省东莞市的东莞逸昊金属材料科技有限公司(以下简称“逸昊公司”)生产加工。

2017年8月,莱特曼公司正式向深圳市中级人民法院提起专利侵权诉讼,要求哥特斯公司和逸昊公司承担连带侵权责任,立即停止侵权并向莱特曼公司赔偿150万元人民币。2017年11月8日至9日,历经两天的证据交换和开庭审理,莱特曼公司提交了多份证据材料以证明哥特斯公司侵权行为规模较大,持续时间长,且侵权行为仍在继续,造成莱特曼公司损失巨大。哥特斯公司和逸昊公司分别委托代理律师参与了本案审理,向法庭提交了大量证据,矢口否认该侵权产品来源、其侵权行为和生产经营规模,主张涉案专利方案为现有技术,并向专利复审委提起本案专利的无效宣告请求,意图逃脱法律的惩处。哥特斯公司甚至拒不承认其实际经营地址,并在没有证据支撑的情况下临时提交声明对逸昊公司进行担保。对于被告提交的不实证据和狡辩,原告律师坚决且有理有据地予以反驳,充分显示出两被告的言行缺乏基本诚信。

最终,深圳市中级人民法院做出(2017)粤03民初1954号民事判决书,虽然被告侵权所获得的利益难以查清,但综合被告违背诚实信用原则、被告持续侵权、被告侵权获利、权利人维权成本等因素,判令哥特斯公司立即停止侵权并赔偿莱特曼公司损失和合理费用120万元人民币。

短评:

一直以来,在专利侵权诉讼案件中,许多中小型侵权者会令专利权利人头疼不已。他们的侵权主体分散,侵权行为隐蔽,侵权规模较小,侵权获利难以查清,因而导致法院的判赔金额很低。种种因素都让原告容易产生“大炮轰蚊子”的想法。在接受客户委托后,万慧达北翔团队制定并执行了合理可行的诉讼策略,进行了细致的前期调查和证据准备,给法院认定被告侵权和判定侵权赔偿数额提供了足够的理据,最终诉讼请求获得法庭支持。万慧达北翔律师在本案的侵权证据固定和赔偿金额主张上做出了多方面的尝



试，探索了惩罚性赔偿原则在知识产权侵权案件中的应用，对同类案件的处理具有一定的启示作用。案件主要的亮点包括：

1.在法庭调查和法庭辩论中运用诚实信用原则

在类似案件中，一些侵权者有多个“马甲”和经营场所，经常利用侵权主体混同的问题百般抵赖其侵权行为，甚至否认证书和行政查处档案的真实性和关联性。在本案的证据质证和法庭辩论环节中，原告律师抓住对方证据和答辩理由中的疑点，用言简意赅的语言坚决予以反驳，最终法院在判决中认定被告的行为“违背诚实信用原则”，这在专利侵权案件中极为罕见。

2.综合使用多种手段尽力举证

除了在被告经营场所公证购买取证，原告还利用公证购买获得的初步线索向当地知识产权主管机关投诉，通过随后的查处行动获取部分侵权产品生产、库存证据并进一步扎实的被告的侵权行为证据；制作时间戳文件证明被告在被查处后仍然继续侵权行为；对主要网络销售平台相关网页截屏，以证明侵权产品售价与原告产品售价相差甚远等等。以上多个手段的实施足以向法庭表明我方已经尽力举证，被告拒不提供相关资料和数据已经构成了举证妨碍，应当承担不利后果。

3.从多个角度主张合理的侵权赔偿

虽然原告被侵权所遭受的损失，以及被告因侵权所获得的利益均难以确认，但原告结合专利在产品中的价值、侵权持续时间和规模、被告在公证购买过程中自认的销售范围和数额、被告侵权的恶意、正品与侵权产品差价、维权工作量和成本等多方面理由主张索赔金额具有科学性和合理性，请求法院酌情判定赔偿金额，从而在最大程度上赢得了法院支持。

专利侵权诉讼中，原告被侵权的损失或是被告侵权的获利往往难以全部查清。本案中不论是诚实信用原则的应用，还是被告侵权情节的举证和主张，目的都是在于证明被告的侵权行为存在一定的恶意，推定被告的侵权规模或获利不仅仅是当前能够查明的数额，从而支持原告的赔偿金额主张。深圳中院在本案审理过程中进行了具有创新意义的尝试，为知识产权保护提供了新的思路，是对最高人民法院于 2018 年

1 月 2 日最新发布的（法[2018]1 号）文件《关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》第四条提出的“建立以知识产权市场价值为指引，补偿为主、惩罚为辅的侵权损害司法认定机制，探索建立知识产权惩罚性赔偿制度”精神的坚决贯彻和落实。W

（作者：王柯）



万慧达北翔焦点

小仲马笔下的祁门红茶只产在祁门县

吗？

祁门红茶简称祁红，是中国历史名茶，产于安徽省祁门、东至、贵池（今池州市）、石台、黟县一带，与印度的大吉岭红茶一同被列为“世界三大高香红茶”之一，在英国祁门红茶被称为“红茶皇后”。小仲马在名著《茶花女》中描述一位贵族衰落时说：“你穷得连祁门红茶也拿不出来了”。

近日，我们收到了一份关于祁门红茶的终审判决，判决将使用的地域范围仅限于祁门县的“祁门红茶”地理标志证明商标宣告无效。至此，长达十多年的关于“祁门红茶”地理标志证明商标的争议纠纷落下帷幕。

案情简介：

争议商标“祁门红茶”为地理标志证明商标，由祁门县祁门红茶协会于2004年9月28日提出注册申请，产区范围限定在祁门县内，依据的文件有2004年安徽省农业委员会出具的《关于祁门红茶协会申请办理“祁门红茶”证明商标的证明》，该《证明》的意见是将祁门红茶的产地划定在祁门县。该商标初审公告后，安徽国润茶业有限公司对该商标使用的地域范围提出异议。为了使该证明商标尽快注册下来，双方在安徽省工商局的主持下达成协调意见，国润公司撤回异议申请，祁门红茶协会向商标局申请变更争议商标使用的地域范围。然而，在国润公司遵照协调意见撤回异议申请后，祁门红茶协会并没有提交变更地域范围的申请，争议商标被获准注册。

随后国润公司对争议商标提起无效宣告申请，主要理由是争议商标使用的地域不应仅限于祁门县内，安徽省农委对产区范围已经进行了调整，祁门红茶协会的做法违背了客观历史，有违诚实信用原则。评委会经审理认为：祁门红茶协会将争议商标作为地理标志证明商标向商标行政机关申请注册时，将地理标志所标示地区仅限在祁门县的做法违背了客观历史，违反了申请商标注册应当遵守的诚实信用原则，构成

2001年《商标法》第四十一条第一款所指以欺骗手段取得注册之情形。裁定争议商标予以无效宣告。

祁门红茶协会不服，诉至北京知识产权法院，一审法院经审理认为：本案并无证据显示被上诉人在申请争议商标时实施了伪造申请材料等欺骗行为，且被告亦未举证证明被上诉人申请注册争议商标时所标示地区违背了客观历史的行为系出于欺瞒商标行政机关之故意。因此，一审法院认为争议商标的申请不构成以欺骗手段或其他不正当手段取得注册的情形，判决撤销被诉裁定。

国润公司随后上诉到北京高院，主要的上诉理由为：国润公司证据能够证明无论在历史上还是现在，祁门红茶的产区都包括石台、东至、贵池等地，即便是祁门红茶协会的 evidence 也不能证明产区仅限于祁门县，争议商标的注册违背了客观历史和现实，损害了其他产区茶农的合法权益，应宣告无效。另外，商标申请应当包括提交注册申请书至商标核准注册的整个申请过程，祁门红茶协会刻意隐瞒产区有争议的事实，不遵守协调意见的行为，违背了商标申请应当遵守的诚实信用原则，属于“其他不正当手段取得注册的”情形。

二审期间，万慧达北翔代理国润公司继续补充了部分证据，包括：关于祁门红茶产区介绍的历史文献、目前社会公众对祁门红茶产区范围认识的资料、国润公司从上世纪六十年代至今一直持续生产祁门红茶的资料、安徽省农业委员会再次重申了对祁门红茶产区进行重新划定范围的意见，该最终意见在尊重历史和现实的基础上，进一步明确祁门红茶的产区范围限定在祁门、石台、东至、贵池等地。

二审法院经审理采纳了国润公司的上诉意见，认为：就地理标志证明商标而言，其限定的产区范围与实际不一致，无论是不适当地扩大了地域范围，还是不适当地缩小了地域范围，都将误导公众并难以起到证明使用该商标的商品来自于特定产区、具有特定品质的证明作用，对于这种限定范围不准确的地理标志证明商标，依法不应予以注册。争议商标将地域范围限定在祁门县内，虽然符合小产区范围，但却明显与社会上普遍存在的大产区范围不一致，人为地改变了历史上已经客观形成的“祁门红茶”存在产区范围不同认识的市场实际，缺乏合理性。祁门红茶协会明知存在地域范围的争议，未全面准确地向商标注册主



管机关报告该商标注册过程中存在的争议,尤其是在国润公司撤回异议后,仍以不作为的方式等待争议商标被核准注册,这种行为明显违反了地理标志商标注册申请人所负有的诚实信用义务,构成了2001年《商标法》第四十一条第一款规定的“其他不正当手段取得注册的”情形,争议商标应予以无效宣告。【北京市高级人民法院,合议庭:周波、俞惠斌、苏志甫,案号:(2017)京行终3288号】

短评:

一、提到地理标志证明商标,不得不先说一下使用该商标的自然因素和人文因素,祁门红茶的实际产区到底有哪些?

从自然因素看,安徽省的东至、石台、祁门三县形成了以牯牛降山为中心的三角山区地带,山多、云多、雾多、阴雨多、日照少,光照适度,给香气馥郁的祁门茶树造就了良好的自然条件(引自《中国名茶》-庄晚芳等著)。可见,祁门红茶的产区与其所处的自然环境密不可分。反观祁门县一地的自然因素,其与东至、石台相邻的地段为山区,在该县的东南区域,地形以平原为主,也并非盛产祁门红茶,如该县的凫峰乡,为洲地茶园,不宜制作祁红,是屯绿的核心产区,可见,祁门县并非全是祁红的产区。因此,地理标志商标如果是标示地区的名称,该地区无需与现行行政区划的范围完全一致。

在人文因素方面,祁门红茶不同于近年才出名的金骏眉等红茶,其为历史名茶,根据史料文献记载:祁门红茶从发源地、历史产区、解放后以及目前的产区,都包括东至、石台等地,目前人们较为普遍的认识也是如此,这些产区一直持续地生产祁红且品质稳定。这些产区的茶农或制茶企业在多年的生产活动中,为祁门红茶制作工艺的形成、祁红文化的发展以及知名度、美誉度的积累做出了贡献,从人文因素和公平角度讲,也应当包含这些产区。

因此,从地理标志证明商标本身注册需要考虑的客观因素来讲,争议商标限定的范围不具有合理性,也损害了东至、石台等县茶农、茶企的合法权益。地理标志证明商标本身代表着出产地产品的信誉,是一种质量保证,消费者容易产生信赖利益。如果产区范围不适当地扩大或不适当地缩小,都会导致消费者对产品的品质产生误认,本案二审法院的观点是,这种

地域范围限定不准确的地理标志证明商标,依法不应予以注册。

二、地理标志证明商标限定的产区与实际产区不符,怎样解决?

本案应该属于首例进入司法程序的有关地域范围有争议的地理标志商标行政纠纷案件,因使用的地域范围发生争议,怎样解决?笔者结合本案浅谈以下几点:

1、在商标注册人愿意协商的情况下,利害关系人对产区范围提出异议或争议,协商一致并经政府或行业主管机关批准后,商标注册人可以根据《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十三条的规定修改《地理标志商标使用管理规则》,将地域范围限定在双方无争议的区域,报商标局审查核准。

2、在商标注册人不愿协商的情况下,利害关系人可以提出异议或无效宣告,理由可以是《商标法》第十条第一款第七项、第四十四条一款、第七条等,根据具体案情而定。

3、除了上述行政程序,司法程序救济方面,在商标注册人不愿协商的情况下,利害关系人还可以向法院提起确权之诉,请求确认其他应当包含的产区属于该地理标志的使用范围,请求法院判决商标注册人修改《地理标志商标使用管理规则》,将使用地域限定在与实际产区一致的范围。

4、本案祁门红茶协会曾向国润公司发律师函,要求停止使用“祁门红茶”商标。国润公司也可针对该律师函,提起确认不侵权之诉,通过民事案件将地域划清,确认未包含的地域享有“祁门红茶”地理标志商标的在先使用权。

对于企业来讲,不管采取哪一种途径都不想太多的精力投入到案件纠纷之中。本案祁门红茶协会一直不愿意协商,从异议、撤回异议、无效宣告到进入诉讼程序已历经了十多年,将本案在诉讼程序中一锤定音无疑是最快捷最有效的方式。本案二审判决将争议商标宣告无效,并对石台、东至、贵池等大面积的祁红产区进行了确认,给予了这些地方的企业重新谈判争取自己权益的机会。



当然，“祁门红茶”商标虽被宣告无效了，但并非可以被任意使用。如果其他非上述祁红产区的茶企生产、销售的红茶冒用“祁门红茶”商标，仍然可以用《商标法》第十六条、《反不正当竞争法》进行规制，构成商标侵权和不正当竞争行为。北京市第一中级人民法院在“香槟”地理标志及不正当竞争纠纷一案¹中，给予了未注册的“香槟”标识以地理标志保护，擅自使用人侵犯了香槟标识权利人对“香槟（Champagne）”地理标志享有的合法权益，应当承担停止侵权的民事责任。

三、地理标志证明商标的申请人应当承担怎样的诚信义务？

本案还涉及地理标志证明商标注册人虽没有提供虚假的申请文件，但在商标申请过程中隐瞒地域范围有争议、行业主管机关已对地域范围重新调整的事实、未尽到积极的报告义务，该情形是否属于“其他不正当手段取得注册的”问题。

在商标申请注册的过程中，申请人负有诚实信用的义务。地理标志商标不论是证明商标还是集体商标，商标注册主管机关难以对自然因素、人文因素、产源范围等实质性条件进行核实，往往依据申请人提交的行业主管机关的批准文件等进行形式上的审查。与普通商标相比，申请人不仅要承担不能提供虚假文件的义务，也要承担积极地报告义务，申请过程中存在的商标争议、行业主管机关就地域范围作出的调整等影响商标核准注册的实质性条件的改变都应积极主动地向商标主管机关报告，而不应以隐瞒不作为的方式等待商标的核准注册，这种行为同样违背了“诚实信用原则”。二审法院的观点：未尽到积极作为义务，未向商标注册主管机关全面准确报告客观情况而取得商标注册的，即属于“其他不正当手段取得注册的”的情形。

另外，一审法院将商标申请理解成提交申请时的时间点，这种理解过于狭窄，商标申请应当包括提交注册申请书至商标核准注册的整个申请过程，而非仅限于提交申请时的一个时间节点，诚实信用原则应当贯穿整个商标申请的过程。

四、从地理标志商标的立法本意分析

地理标志的保护是为了促进地方经济的发展，使得市场竞争秩序公平，而不是使得一方当事人拥有了垄断相应资源的权利，相反成为排除竞争的手段。否则，违反了保护知识产权、鼓励创新、维护公平有序的市场竞争秩序的司法导向，不符合地理标志商标的立法本意。W

（作者：明星楠、丁金玲）

¹ 案号：（2012）一中民初字第 1855 号



万慧达北翔焦点

从“美颜相机”案看商标通过使用获得显著性

给 APP 软件取名本身就是一件很有意思的事，想必市场上流行的商标起名大法“30 字口诀+10 大学派取名法+3 个 friendly”大家已经有所耳闻，本文要讲的“美颜相机”商标即采用了“美”字口诀。

厦门美图网科技有限公司的产品基本围绕着“变美”取名，也符合 APP 软件取名标准“产品功能和辨识度之间的平衡”，例如美图秀秀（）、美颜相机（）、美拍（）、美图手机等。众所周知，Angelababy 担任“美颜相机”品牌的首席颜值官，以健康的形象、精致的气质、优雅的风范，完美诠释了“美”的品牌核心。“美颜相机”凭借极致的美颜效果赢得了上亿用户亲睐，其中不乏大批的明星用户，如何炅、杨幂、唐嫣、李小璐、胡静、秦岚、马天宇、宁桓宇、海清等明星都是美颜相机的忠实粉丝，宁桓宇甚至还以发烧友的身份传授美颜相机的使用秘笈。小编想，拥有了“美颜相机”这个美丽神器，在网上浪的时候就可以美得不要不要的。

“美颜相机”是美图公司在“美图秀秀”移动端用户获得巨大成功后推出的一款新产品，也是首款专为前置摄像头打造的自拍 App，主要针对自动美颜和即拍即分享，无需手动处理。“美颜相机”首创自动美肌、智能美型功能，根据自拍者的不同情况，拍照瞬间就能智能瘦脸、美白、放大眼睛，不管是前置还是后置，处理后的效果都不错，画质看起来也很清晰。除此外，“美颜相机”针对自拍设计的“延时三秒”拍摄功能，及拍照时 blingbling 的魔法音效都为这款自拍应用加分部分，满足年轻人爱美的心里需求，并且独特的设计也更能吸引年轻人目光。

根据速途研究院发布的数据，“美图秀秀”以 17.7 亿累计下载量、“美颜相机”以 10.9 亿累计下载量分别位列国内 2017 年拍照修图应用市场前两名，

获得市场的充分认可。“美图秀秀”商标已在 2016 年被认定为第 9 类“已录制的计算机程序（程序）、计算机程序（可下载软件）、电脑软件（录制好的）”商品上的驰名商标，而“美颜相机”商标则在第 9 类“可下载的计算机应用软件、计算机程序（可下载软件）、已录制的计算机程序（程序）”等商品上获得注册。

“美颜相机”商标获得注册的道路也是相当坎坷，小编重点给大家解读一下“美颜相机”商标成功获得注册的秘密，它的成功上位可为诸多互联网企业经常遇到的“如何通过使用克服商标缺乏显著性的问题”提供指引和参考。

案情简介：

“美颜相机”商标在第 9 类“可下载的计算机应用软件、计算机程序（可下载软件）、已录制的计算机程序（程序）”等商品项目上的注册申请，曾先后多次被商标局分别以商标缺乏显著性、带有欺骗性、容易使得公众对商品的质量等特点产生误认为由，驳回了申请商标在全部商品项目上的注册申请。最近一次的驳回理由为：申请商标使用在指定商品上仅仅直接表示该商品的功能等特点，不宜作为商标注册。

万慧达北翔团队仔细研究了案情，根据美图公司提供的数据资料，结合多年来代理经验制定了应对策略，重点分析和论证“美颜相机”商标经过长期宣传使用在第 9 类“可下载的计算机应用软件、计算机程序（可下载软件）、已录制的计算机程序（程序）”等商品上已经具有极高的知名度和影响力，具备商标应有的显著性应当获得注册。同时，提交了大量商标宣传使用证据材料，包括第三方研究机构艾瑞咨询集团（iResearch）出具的行业排名证明、App Annie 出具的行业排名证明、第三方公司友盟出具的“美颜相机”品牌/产品在 2013 年至 2016 年度主要数据证明（用于支持行业排名）等第三方出具的证明资料，以及广告、销售合同及审计报告等证明材料，最终商评委认定“申请人提交的证据可以证明经过其宣传使用，申请商标在可下载的计算机应用软件等商品上已经具有一定知名度，具有显著性，能够起到区分商品来源的作用，故申请商标予以初步审定。

短评：



商标的显著性也叫作商标的识别性或者区别性，具体是指该标志使用在具体的商品或服务时，能够让消费者识别出商品或服务的来源。因此，中国商标法在总则中即要求“申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别”。同时又在第 11 条规定：下列标志不得作为商标注册：（一）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；（二）仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；（三）缺乏显著特征的。前款所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

商标的显著性是一个相对的概念，因此在判断商标内在显著性时应当将商标与商品或服务结合起来，一般来说，商标的内在显著性与商标和商品或服务本身的联系密切程度成反比关系，即联系越密切，显著性越弱，反之则越强。此外，商标的显著性也是一个动态变化的过程，它会随着商标实际使用情况增强或者变弱，例如“两面针”、“草珊瑚”（指定使用在“牙膏”等商品上），“五粮液”（指定使用在“酒”等商品上），“美颜相机”（指定使用在“可下载的计算机应用软件”等商品上）等商标均因经过长期使用而获得显著性，最终获得注册。

对经过使用取得显著性的商标，国际通行作法是给予注册保护，认定商标通过使用获得显著性的考虑要素，无论是欧共体法院法院还是中国商评委、法院，概括起来包括：1）商标内在显著性，包括商标是否包含指定商品或服务的叙述成分；2）商标市场份额；3）商标使用的强度、广度及长短；4）商标权利人宣传该促销该商标的投入；5）公众通过该商标认知商品或服务产自特定商标权利人的比例；6）工商会及其他行业组织的声明。

本案中，虽然“美颜相机”商标指定使用在“可下载的计算机应用软件”等商品上内在显著性并不强，但经过长期宣传使用，已经占据了拍照修图应用市场较高份额，具有极高的知名度和影响力，足以能够让消费者识别出商品的来源，具备了商标应有的显著性。此外，即便从公共利益的角度看，“美颜相机”商标经过长期大量使用已经产生了区别产源的“第二含义”也不会欺骗消费者。W

（作者：付冶）