

论商标禁止注册事由概括性条款的解释冲突

李 琛

内容提要：司法实践中对商标禁止注册事由概括性条款的解释，存在严重的不一致。这种解释冲突现象破坏了法律的可预见性和利益状态的稳定性。解释冲突首先源于立法的逻辑与表述缺陷，仅从文本中难以推导出一种有权威性的解读以统一分歧。在不同的解释之间没有根本性高下之分时，司法者应该尽量尊重先前的裁判惯例，促成共识的达成，不宜过分执着于“我见”。在选择统一的解释方案时，应关注各条款之间的关系，不能孤立地解读单一条款。有必要保留权利与法益的区分，不宜用“在先权利”条款保护法益。

关键词：绝对事由 相对事由 不良影响 在先权利 其他不正当手段

Abstract: In judicial practice, there exist serious divergences on the interpretations of general clauses on grounds for refusing trademark registration, which damaged the predictability of law and the stability of interest status. Such interpretation conflicts firstly due to the flaws in logic and expression of Chinese Trademark law, for that no authoritative interpretations capable of disambiguating can be deduced from the legislation text. In the context that no interpretation obviously more reasonable than the others, a judicator should respect the common practice in prior administrative and judicial decisions and promote the reaching of consensus, instead of adhering excessively to his own way of interpretation. For making choice from deferent interpretation ways, it's necessary to take account of the relations among deferent clauses rather than reading one clause isolatedly, and to keep the distinction between “statutory right” and “non-statutory interest”. The protection of “non-statutory interest” should not invoke the “prior rights” clause.

Key Words: absolute ground; relative ground; harmful effects; prior right; other unfair means

一、问题的提出

“微信”商标案一度引起知识产权界对《商标法》第10条第1款第（八）项中“不良影响”概念的解释之争。^①事实上，近年来在商标行政案件的裁判中，对商标禁止注册事由之概括性条款的解释早已存在严重的冲突，并非仅涉及“不良影响”概念，主要还包括第32条的“损害他人现有的在先权利”和第44条第1款的“其他不正当手段取得注册”。严格说来，“在先权利”是一个限定清晰的表述，本不属于概括性条款，但由于实践中对“在先权利”进行了扩张解释，将某些不属于法定权利的利益纳入

其中，使该条款在事实上变成了概括性条款。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》（以下简称《商标授权确权意见》）即采这一立场，第17条规定：“要正确理解和适用商标法第31条关于‘申请商标注册不得损害他人现有的在先权利’的概括性规定。”

这些概括性条款的解释冲突，严重影响了法律的可预见性。裁判结果的翻来覆去，为恶意注册人的诉讼拖延策略提供了可乘之机，致使善意当事人的利益状态迟迟不得稳定。下面试将相关解释的分歧意见做一个不完全梳理。

作者简介：李琛，中国人民大学法学院教授

① 参见“微信”案商标理论探讨专题，载《知识产权》2015年第4期，第20-71页。

二、商标禁止注册事由概括性条款的解释冲突

(一)对“不良影响”条款的解释冲突

1. 认定“不良影响”是否只考虑商标的符号构成

观点一认为，“不良影响”仅指商标的符号构成违反公序良俗，而不考虑商标的使用状况。例如，“姚明一代”商标行政诉讼案的二审判决认为，“‘其他不良影响’是指商标或其构成要素本身的不良影响，而非该标志使用在其指定使用的商品上是否会造成不良影响。”^②

观点二认为，认定“不良影响”可以结合使用商标的商品或服务。例如，“希望杯”商标行政诉讼案的二审判决认为，“‘不良影响’是指商标标志本身或者商标使用在指定的商品或服务上会对我国的政治、经济、文化、宗教等公共利益和公共秩序产生消极、负面的影响。”^③

2. “不良影响”条款能否用于保护私权益

观点一认为，“不良影响”不得用于保护私权益，仅用于维护公共利益和公共秩序。例如，“007”商标行政诉讼案二审判决认为，“根据《商标法》第10条第1款第(八)项规定，有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的标志，不得作为商标使用。该条款中规定的‘其他不良影响’是指标志或者其构成要素对我国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极、负面的影响，不涉及私权的事项。”^④

观点二认为，如果商标注册同时损害了公共利益与私权益，可以适用“不良影响”条款。例如，“刘德华”商标行政诉讼案一审判决认为，“如果有关标志的注册既损害特定民事权益，又可能对代表社会公共利益的广大消费者的合法权益产生消极、负面影响，则可以认定属于有其他不良影响的情形。”^⑤

观点三认为，如果商标注册同时损害公共利益和私权益，只有在找不到其他法律依据时，才

可适用“不良影响”条款。例如，“重新定义/引领标准”商标行政诉讼案二审判决认为，“如果该标志既损害了特定民事主体的民事权益，又可能对我国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响时，若无其他法律条款予以规制，仍可认定其属于具有其他不良影响的情形；若可以适用其他具体的法律条款予以规制，则应当优先适用其他法律条款，而不宜认定属于具有其他不良影响的情形。”^⑥

(二)对“在先权利”条款的解释冲突

观点一认为，“在先权利”不包括法定权利之外的法益。例如，“万宝路”商标行政诉讼案一审判决认为，“《商标法》第31条所指的在先权利应当为在先商标权之外的其他法定权利。……但‘商品化’权并非法律规定的法定权利……”^⑦

观点二认为，“在先权利”包括法定权利和法益。例如，“驯龙高手”商标行政诉讼案一审判决认为，“该条款所指的‘在先权利’包括根据《民法通则》和其他法律的一般规定而应予保护的民事权益。”^⑧

(三)对“其他不正当手段”条款的解释冲突

在2008年之前，商标评审委员会曾一度适用“其他不正当手段”条款制止法定事由之外的恶意抢注，并在2005年《商标审查及审理标准》中予以确认，事实上使此条款成为私法益的保护依据。然而，2008年9月，最高人民法院在(2006)行监字第118-1号《驳回再审申请通知书》中认为，“‘其他不正当手段’条款涉及的是撤销商标注册的绝对事由，损害的对象是公共秩序或者公共利益。”这一观点被2010年最高人民法院《商标授权确权意见》第19条所承袭，该条规定：“人民法院在审理涉及撤销注册商标的行政案件时，审查判断诉争商标是否属于以其他

② 北京市高级人民法院(2011)高行终字第1100号行政判决书。

③ 北京市高级人民法院(2012)高行终字第870号行政判决书。

④ 北京市高级人民法院(2011)高行终字第374号行政判决书。

⑤ 北京市第一中级人民法院(2011)一中知行初字第2272号行政判决书。

⑥ 北京市高级人民法院(2013)高行终字第1296号行政判决书。

⑦ 北京市第一中级人民法院(2014)一中知行初字第3954号行政判决书。

⑧ 北京市第一中级人民法院(2014)一中行(知)初字第8924号行政判决书。

不正当手段取得注册，要考虑其是否属于欺骗手段以外的扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者以其他方式谋取不正当利益的手段。对于只是损害特定民事权益的情形，则要适用《商标法》第41条第2款、第3款及商标法的其他相应规定进行审查判断。”

尽管《商标授权确权意见》在一定程度上统一了对“其他不正当手段”的解释，但依然遗留了问题。其一，2005年《商标审查及审理标准》依然有效，该《标准》把“其他不正当手段”解释为：“基于进行不正当竞争、牟取非法利益的目的，恶意进行注册的行为。此种情形是指在《商标法》第13条、第15条、第31条等条款规定的情形之外，确有充分证据证明系争商标注册人明知或者应知为他在先使用的商标而申请注册，其行为违反了诚实信用原则，损害了他人的合法权益……”因此，商标行政确权机关有可能与法院采用不同的解释。其二，《商标授权确权意见》舍“其他不正当手段”而取“在先权利”条款保护法益的思路，并未得到法官的一致认同。例如前引“万宝路”商标行政诉讼案判决虽在2010年之后做出，依然认为“在先权利”仅指法定权利。^⑨其三，实践中用“其他不正当手段”禁止大量或多次抢注商标行为^⑩，导致逻辑上不一贯。大量或多次抢注他人商标，侵害的依然是特定多数人的利益，是侵害法益的行为，属于相对事由。多个法益的相加不会“质变”为公共利益。有观点认为，大量或多次抢注“应视为扰乱商标注册秩序的行为”。^⑪这只是为了适用“其他不正当手段”条款而又不违背《商标授权确权意见》的一种说辞而已。抽象的商标注册秩序是不存在的，所有的商标注册规则都是注册秩序的一部分。在此意义上，任何恶意注册都是扰乱商标注册秩序的，与量无关。同样，抽象的公共利益也是不存在的，公共利益都是由具体的私权益构成的。如果仅仅是一种理论解读，也可以把违反诚信、损害私益的行为解读为“扰乱竞争秩序”，从而使“其他不正当手段”条款可以

保护私法益。法律解释不能脱离法律的规范意义。区分商标禁止注册之相对理由与绝对理由的法律意义在于：第一，利害关系人的处分行为能否消除注册障碍；第二，应否受到无效宣告提起时效的限制。即使恶意注册人已经大量地抢注了他人商标，被抢注的当事人依然可以放弃自己的利益而不予主张；大规模抢注损害的直接客体是法益，既然权利保护都要适用五年的无效宣告时效，效力弱于权利的法益保护当然也要适用五年时效。因此，大规模抢注属于相对事由。

如果把“其他不正当手段”条款解释为绝对事由、又用其制止大规模抢注，在逻辑上有矛盾。这实际上反映出司法解释在限缩了“其他不正当手段”条款的含义之后，面对亟需解决的实务问题又不得不放宽解释的一种困局。

三、解释冲突的成因

（一）立法原因

商标禁止注册事由概括性条款的解释冲突，根本源头在于立法的三大缺陷：

1. 《商标法》对于禁止注册事由的规定不周延

商标法对于禁止注册事由的规定不周延，尤其是对于侵害私益的注册行为，缺乏明确的可适用的一般条款，^⑫使得行政机关和司法机关不得自行寻找法律依据，而在选择条款时产生了不同意见，导致裁判冲突。

2. 《商标法》的逻辑与用语不严谨

商标法的逻辑与用语不严谨，使得仅从文本上推不出一个很有说服力的权威解释，裁判者之间难以达成共识，助长了裁判冲突。

例如，在逻辑上，禁止注册事由与宣告无效事由之间应该存在呼应，而无效宣告事由中的“以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册”，在前面的注册要件中并未出现过，由此产生了该条款与注册要件如何对应，尤其是“究竟对应禁止注册的绝对事由还是相对事由”的问题。“其他不正当手段”条款与第10条、第11条、第12条等绝对事由条款并举，貌似能从逻辑上推出其是

^⑨ 同注释⑦。

^⑩ 最高人民法院在2014年《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（征求意见稿）中将其称为“大规模抢注行为”，并认为可以适用“其他不正当手段”条款。

^⑪ 汪泽主编：《中国商标案例精读》，商务印书馆2015年版，第306页。

^⑫ 新《商标法》第7条第1款的增加，有可能改变这一现象。下文详论。

指绝对事由。但若采历史解释^⑬，1993年《商标法实施细则》第25条曾明确规定，“以欺骗或者其他不正当手段取得注册的行为”包括“侵犯他人合法的在先权利进行注册”；2001年《商标法》在将1993年《商标法实施细则》列举的“其他不正当手段取得注册”的侵害私权益的行为单独规定之后，^⑭保留了“其他不正当手段”这一表述，按常理推论，这一条款与拆分出去的具体事由条款属于同一逻辑层次，是一般与具体的关系，目的也是保护私益。同时，2001年《商标法》和2013年《商标法》都规定了“不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”，若依据“一部法律的同一用语含义应当统一”的逻辑，“不正当手段取得注册”也可以包含相对事由。但是该条款又与绝对事由并举、且没有规定无效宣告的时效，实难揣测立法本意。如果立法者的本意是使该条款不再包含相对理由，则不应再沿用“其他不正当手段”的措辞，以避免给历史解释带来争议。在立法思路与用语混乱的情况下，不可能探求到无可置疑的所谓“立法本意”，号称合乎“立法本意”的解释不过是裁判者的“我见”而已，由此埋设下解释冲突的种子。

3. 立法不重视对实务经验的汲取

如前所述，商标行政机关曾一度与司法机关达成共识，用“其他不正当手段”处理了大量的涉及私益的案件，而最高人民法院的《商标授权确权意见》又持不同观点。《商标法》修订之时应当重视这一问题，在立法上予以明确，消除解释冲突。而2013年《商标法》第44条除了把“撤销”改为“宣告无效”外，与2001年法的第41条没有根本区别，使解释问题继续遗留。

（二）司法原因

司法裁判与司法解释重“我见”而轻共识，是导致裁判冲突严重的另一根源。由于立法疏漏、无权威性“立法本意”可寻，有些裁判者过度执着于“我见”，缺乏与在先行行政裁决或司法

裁判的良性互动，对于先前的裁判惯例与共识，轻易地弃之不顾，对不合“我见”之裁判必“纠正”以后快，使相关的民事主体在裁判者意见莫测的云雾中辗转于冗长的程序。以“其他不正当手段”条款为例。在2004年和2005年，商标评审委员会曾经举行专家咨询会讨论该条款能否适用于相对事由，与会者包括最高人民法院、北京市高级人民法院和北京市第一中级人民法院的代表，大多数意见认为可以适用，此意见被2005年《商标审查及审理标准》吸收。^⑮这是一种很好的促成共识的形式。惜乎后来的《商标授权确权意见》将此共识打破。前面已述，“其他不正当手段”是否包含相对事由，通过不同的解释路径可能得出不同的结论。在不同解释无明显高下之分时，对于已经形成多数意见、且在实务中无不良后果的解释，应当尽量维护。

司法活动不同于学术研究。学术研究旨在探求真理，司法活动旨在协调利益、稳定秩序，应当尽量在不触动现有秩序的前提下妥善地解决纠纷，“创新”乃不得已之举。学术成果不以当下为计，可以追求完美；司法活动以当下之利益与秩序为计，“大德不逾闲，小德出入可也”。^⑯关于商标确权的行政诉讼，行政机关只是形式上的被告，争讼的本质是民事权利之有无。商标行政诉讼的裁判者不可误读“司法审查”之含义，应以民事权益保护、稳定法律关系为导向，在文本解释无根本性高下之分时，应适当克制“我见”，关照在先的实务经验，尊重裁判惯例，促进解释的统一与稳定。

四、关于消除解释冲突的几点建议

从《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》（征求意见稿）（以下简称《商标授权确权规定意见稿》）来看，最高法院正致力于消除解释冲突带来的弊端，意见稿的引言申明要“明确和统一审理标准”。与《商标授权确权意见》不同，意见稿没有断然表

^⑬ 又称沿革解释或法意解释，是以立法史为依据推知立法者意思的方法。参见杨仁寿著：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第123页。

^⑭ 拆解为2001年《商标法》第13条（抢注驰名商标）、第15条（代理人与代表人抢注）、第31条（侵害在先权利、抢注有一定影响的在先使用商标）。

^⑮ 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53页。

^⑯ 《论语·子张》。

达对某些概括性条款之“我见”，没有明确界定“其他不正当手段”和“在先权利”的含义，为新的共识达成留下了空间。《商标授权确权规定意见稿》还规定了“驳回复审中直接变更法律依据”、“实质性审查”、“消除循环诉讼”等方案，有望改善因为概括性条款的解释冲突造成的反复争讼的问题。^{①7}

需要注意的是，概括性条款的解释问题，关键不在于单个条款的解读，而在于不同条款的关系。仅执着于某一个条款的逻辑或“立法本意”，无法从根本上解决问题。下面将对商标禁止注册事由概括性条款的解释提供一点整体思路，以为实务界未来共识之参考。

（一）对不同解释方案的选择原则

1. 保持法律规范的整体协调

解释的目的是为了解决实际问题，在确定各条款的含义时，应关照各条款的协同功能，尽量使各条款整合的结果既无漏洞，也不多余。

禁止注册事由包括绝对事由与相对事由。绝对事由可以划分为对象事由和行为事由。对象事由是指商标自身的不合格。商标本身是一种符号表达，商品流通的过程，也是商标的符号表达传播的过程，因此，如果该表达传递的信息有害于公共利益或善良风俗，不得传播，这是“商标禁用条款”的法理依据。商标符号具有两种属性，其一是商业符号属性，商标首先传递的是有关商品或服务的消费信息；其二是文化符号属性，商标符号也会传递一定的文化意涵。因此，商标传递的信息涉及公共利益的情形分为两种：欺骗消费者（商业意涵）；违反公序良俗（文化意涵）。值得注意的是，商标之间的混淆也会传递误导或欺骗消费者的信息，但商标法的保护重心是商标权而非消费者利益，因此这种情形首先作为相对理由处理，消费者的利益是通过保护商标权间接实现的。不直接损害私权益的商标有害信息，才作为绝对事由。《商标法》第10条第1款第（一）至（六）项以及第2款是对商标信息具有欺骗性或违反善良风俗之具体情形的列举，第10条第1款第（七）项是“带有欺骗性”（商业

意涵）的概括规定，第（八）项是对违反社会道德和公序良俗（文化意涵）的概括规定。因此，《商标法》第10条关于对象事由的规范是周延的。

行为事由是指取得注册的手段违反公共秩序，主要是指以伪造文书或其他欺骗手段取得注册。除此之外，很难想象还有什么注册手段会损害公共利益或公共秩序。实务中援引“其他不正当手段”条款保护公共利益的主要情形，其实都可以找到其他法律依据。一种情形是“占用公共资源”^{①8}，即将公用符号注册为商标。如果商标的注册会妨碍公共符号的使用，意味着该符号无法取得区别于第一含义的第二含义，实质上是显著性问题。显著性问题还是商标自身的不合格，与注册手段无关。另一种情形是大量抢注他人商标，其逻辑问题上已述，大规模抢注商标的本质依然是侵害私益。这一逻辑问题在《商标授权确权规定意见稿》中也存在，意见稿一方面认为大规模抢注可以适用“不正当手段条款”，同时又认为“商标申请人申请注册在先使用人多个商标”的，适用第《商标法》第15条第2款的“其他关系”^{①9}，这一条是相对理由。抢注不同主体的多个商标涉及公共利益，抢注一个主体的多个商标则损害私益，逻辑上难以自圆其说。《商标授权确权规定意见稿》中规定的“大规模抢注”还包括其他无真实使用意图的注册行为。该意见稿指出，可以适用《商标法》第4条^{②0}、第44条不予注册或宣告无效。不予注册或宣告无效的理由相同时，没有必要援引两种条款，因此“无真实使用意图的注册行为”用第4条就可以解决。可见，如果把“其他不正当手段”条款解释为绝对事由，关于绝对事由的调整是完全周延的，甚至有可能多余。

相对事由包括损害在先权利与法益。在先权利规定于第30条（商标权）和第32条（其他权利），法律明确规定的法益对象包括：驰名商标（第13条）；代理人或代表人抢注的商标（第15条）；申请人因合同、业务往来或其他关系明知他人已在先使用的商标（第15条）；他人已经使用并有一定影响的商标。很显然，对法益的保护

^{①7} 《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》（征求意见稿）第26、27、29条。

^{①8} 《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》第19条。

^{①9} 同注释^{①7}，第12条。

^{②0} 自然人、法人或其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。

是不周延的。欠缺直接法律依据的情形包括：使用人与申请人无任何关系的商标法益、商标以外的对象所生之法益。

综上，绝对事由的规范可能存在冗余，相对事由的规范存在漏洞。

2. 保留权利与法益的区分

《商标授权确权意见》试图把法益保护的漏洞用“在先权利”的概念解决，这一观点值得商榷。用“其他不正当手段”还是用“在先权利”保护法益，仅从逻辑上难分高下，可以从适用的效果来看。知识产权法分为设权规则与制止不正当竞争规则，法理依据就在于权利与法益的区分，这两种规则的区分在价值原则、责任性质和保护公共利益方面均有意义。^①法益尚未被法定为权利，本身就说明对其权利化的认识是不统一、不成熟的。对法益的保护，最好是通过论证个案中具体行为的不正当性来实现，这也正是制止不正当竞争的法理。这种做法最大的好处，是将判决的效果限定于对个案行为的判断，避免不成熟的判决意见创设权利、导致其产生超越个案的影响。是否设权，可以留待理论研究和实务经验成熟之后，由立法来予以确认。最典型的例子，当属“商品化权”的概念。“商品化权”是一个粗糙的概念，既没有限定权利对象，也没有限定权利范围。^②这样一个理论上不成熟、法律上无规定的概念，写入判决显然是不恰当的。如果不区分法益与权利，容易滋生“滥权”现象。

有观点援引《侵权责任法》第2条“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任”之规定，论证权利与法益的无差别。^③《侵权责任法》的功能是确定责任，如果一项利益被确定为应受保护之法益时，从责任承担方式的角度而言，与权利没有区别，因此，《侵权责任法》将侵害权利与侵害法益的责任一并规定。而在判定对一项事实利益是否予以保护时，其是否属于法定权利，

会影响法官的审慎程度。对于法定权利之外的利益，给予保护应更为慎重。此外，法益的保护基础，是他人的特定利用行为不正当、应予禁止。禁止特定利用行为，并不意味着所有的利用行为都应当制止。如果“商品化”是“侵权”的依据，为什么著作财产权还要限定范围？为什么不规定“对作品的任何商业利用均构成侵权”？所以，从《侵权责任法》的视角不重权利与法益之分，不等于任何情况下二者的区分都无足轻重。如果权利当然地包括法益，《侵权责任法》就不必用“民事权益”之表述，可以直接用“民事权利”。“民事权益”用语本身，恰恰表明了立法对权利和法益的区分。

(二) 对几个主要概括性条款的解释建议

1. “不良影响”条款

基于前文分析，“不良影响”条款是对商标传递的文化信息违反公序良俗的概括性规定。商标传递的信息，是通过人的解读来确定的。解读与语境相关。例如，国家或国际组织标志本身并不违反公序良俗，但对其商业性使用则传递出“有损尊严或违反礼仪”的信息（也有可能具有欺骗性）。因此，对“不良影响”的解释不得狭隘地理解为“不考虑商品或服务，只考虑符号构成”。任何信息的解读都是有语境的，只不过有的语境宽，有的语境窄。例如，“王八蛋”在一般性语境下都是粗话；而佛教的法轮标志如果用在肉制品上传递出冒犯宗教禁忌的信息，用在香烛上则无不良影响。

另一方面，“不良影响”条款也不宜被过分扩张适用，甚至被视为“第10条第1款的兜底条款”^④。前面已述，在我国《商标法》中，商标的商业意涵已经由第10条第1款第（七）项规范，“不良影响”是针对商标的文化意涵。当然，如果仅从文辞上争辩，通过某种读法也有可

^① 李琛著：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第173-174页。

^② 商品化权的概念肇始于美国法的“公开权（right of publicity）”。“公开权”的提出有其特殊背景。美国法最初是用“隐私权”保护姓名与肖像，因此对于名人姓名和肖像的商业利用行为，很难援引隐私权，名人的姓名和肖像都是公知的。在“公开权”提出的20世纪50年代，“不正当竞争”的概念还十分狭隘，限于有竞争关系的主体之间，美国学者尼莫（Nimmer）正是基于这一理由，认为制止不正当竞争无法解决人格要素的商业化利用问题，必须创设新概念。参见王泽鉴著：《人格权法》，北京大学出版社2013年版，第258-260页。中国法是否需要借助“商品化权”解决问题，需要对中国法的理论与规范体系做认真的研究。

^③ 同注释^①，第318页。

^④ 邓宏光：《商标授权确权程序中的公共利益与不良影响：以“微信”案为例》，载《知识产权》2015年第4期。

能自圆其说，把“不良影响”解释为第10条第1款的兜底条款。本文的选择原则是整体考量，主张“不浪费”条款，对于其他条款已经解决的问题，不必重复规范。

有观点认为，“不良影响”也可能基于使用行为产生²⁵。本文认为，鉴于第10条是对商标适格性的规范，只有当使用方式构成一种语境（例如使用的商品类别或场所）、影响商标符号的文化意涵时，才有可能构成“不良影响”。

2. “在先权利”条款

如前所述，本文不赞同用“在先权利”涵盖法益。如果未来的司法解释仍然选择用“在先权利”保护法益，建议裁判文书只援引“在先权利”条款作为裁判依据，但不要在文书中随意对法益冠以“某某权”之名。

3. 第15条第2款的“其他关系”

本条款的核心在于明知他人商标的存在仍然恶意注册。合同关系、业务关系的存在，是恶意的例证，因此，“其他关系”有可能适用于列举情形之外的恶意注册。《商标授权确权规定意见稿》把“商标申请人申请注册在先使用人多个商标”解释为“其他关系”，是把“对他人商标的明知”视为一种关系。如果该方案被普遍接受，逻辑上，大量抢注多个主体的商标，也可以适用该条款。

如果“其他关系”只限于明确的特定关系，则当事人之间无特定关系的大规模抢注，只能适用法益保护条款（见下文）。

4. “其他不正当手段”条款

前面已述，如果该条款解释为绝对事由的弹性条款，用处不大。比较理想化的方案是用此条款保护法益，并按照现行《商标审查及审理标准》的规定，适用五年的无效宣告时效，将来修改商标法时把“其他不正当手段”移到相对事由条款。

如果未来的司法解释依然将此条款解释为绝对事由，则逻辑上应当一贯，不宜将应受无效宣告时效约束的情形（如大规模抢注他人商标）解释为“其他不正当手段”。

5. 第7条之诚实信用条款

如果未来的司法解释把“其他不正当手段”解释为绝对事由，用“在先权利”保护法益又不妥当，则法益之保护留下漏洞。本文建议适用《商标法》第7条第1款：“申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。”诚实信用原则本来就是制止不正当竞争的基础。在先权利条款和诚实信用条款分别保护权利与法益，正与设权规则和制止不正当竞争规则相应。该条款是2013年《商标法》新增的内容，将其解释为有的放矢、非为虚设，意在弥补旧法对法益保护之不足，也属可自圆其说之解释。当然，如果用“其他不正当手段”条款保护法益，则不必适用该原则性条款。■

²⁵ 李扬：《“公共利益”是否真的下出了“荒谬的蛋”？——评微信商标案一审判决》，载《知识产权》2015年第4期，第27-34页。