



上海市学术著作出版基金

近代中国 商标法制的变迁

从寄生到自主的蜕变

汪娜 著

上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

博士文库

近代中国 商标法制的变迁

从寄生到自主的蜕变

汪娜 著



世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

近代中国商标法制的变迁:从寄生到自主的蜕变/

汪娜著. —上海:上海人民出版社, 2016

ISBN 978-7-208-13807-0

I. ①近… II. ①汪… III. ①商标法-研究-中国

IV. ①D923.43

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 106201 号

责任编辑 何元龙

近代中国商标法制的变迁

——从寄生到自主的蜕变

汪娜著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 24.25 插页 4 字数 305,000

2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13807-0/D·2866

定价 58.00 元

序 言

商标是与国家经济、企业生产以及人民生活联系最紧密的知识产权形式,不仅是企业管理水平、商业信誉和服务质量的外在表现,同时还是企业核心竞争力和商业信誉的重要载体。上海曾经是拥有众多知名商标的工商业发达的城市,直到改革开放初期,“上海”、“钻石”牌手表,“凤凰”、“永久”牌自行车,“飞人”牌缝纫机,是国人家庭中的重要物件;“大白兔”奶糖至今是响当当的品牌。然而,一个时期以来,不少妇孺皆知的商标已经辉煌不再,国内一些著名商业街以引进国外知名品牌旗舰店为目标,往往整条街充斥洋商标、洋店招,我听到不少人包括一些外国学者都说,在这样的街上行走感觉不到是在中国。对此,媒体也常有关于对中国知名商标的呼唤。现在抓创新转型发展,提升产业能级,也许会促使现状改变。

这样的情形,促使汪娜在攻读博士学位时,格外关注民族工业发展的法律制度环境,我希望她以此作为博士论文选题方向,她最终遵循“大处着眼,小处入手”的方法,将近代中国商标法律制度发展作为博士论文题目。我认为,对她而言,这是个恰当的选题,因为她已经有了一定的积累,资料也搜集得较为齐全,这是写好一篇博士论文的基础。

“一切历史都是当代史。”研究商标法律制度史有着很强的现实意义。随着经济增长,我国的商标申请数量逐年飙升,但是,至今成为国际知名品牌的却并不多,我国的商标国际影响力明显不足。鉴于此,

本书以近代中国商标立法、商标执法、商标司法以及商会对商标法制建设的作用方面为主要切入点,观察近代中国商标法律制度的发展轨迹。同时将近代商标法制置于社会背景下,深刻剖析政权统治、经济发展、传统文化以及商业习惯对商标法制建立与发展的作用与影响。旨在通过对相关资料的梳理和分析,从观念、制度和实践的不同层面,弄清近代中国商标法律制度的建构、实际运行状况及其存在的深层次问题,并从中归纳出变迁的一般规律,以有助于当下提升我国企业商标效应,加快商标转化为品牌的速度,帮助企业拓展市场份额,增强国际竞争力。

本书有一定的学术价值,值得肯定。作者不仅关注清末民初商标立法的制订背景,还关注商标法制的运行和实效。她关于商标执法和商标司法的研究,使得对近代中国商标法制的研究更趋全面,从而使读者更全面地把握中国商标发展和演变的进程。由于注重对法律制度实施状态的研究,大致描述清楚了商标法制在不同历史阶段的作用,使读者便于理解法律文本与实施之间存在差距这一普遍现象,为制定适合本土生存的法律制度提供镜鉴。

目前,学术界对商会的研究颇为重视,也形成了一批有价值的成果,但很少涉及商会在商标法运行中的作用。事实上,商会在这方面功不可没,为此,作者系统论述了商会在商标法律制度建设中的作用,在一定程度上也弥补了以往商标法制和商会研究方面的不足。改革开放以来,商会和行业协会又渐趋活跃,本书的研究成果表明,提升我国商标的国际影响力应当是他们的一份责任。

商标法律制度与经济社会发展紧密相联,其推行和发展直接反映了社会的进步性。作者论述了近代中国商标法律制度产生的缘由,梳理了历史沿革及其发展脉络,从整体上把握其发展的动向和对社会的促进作用。并且,对近代中国商标法律制度的具体原则和内容规定进行专题研究。宏观叙事与专题研究相结合的方法,向读者较为全面而不乏细致地展现了近代中国商标法制发展的轨迹,以及对经济社会发

展的影响。

当然,要达到这样的效果,在史料的发掘及运用方面必须下苦功夫,要有所突破。有关近代中国商标法律制度的档案资料残缺不全,有的淹没在浩瀚的档案中,零散而孤立,资料的发掘和整理困难重重。从庞杂的史料中加以甄别和提炼,从看似与商标并无关联的史料中发现其价值,在前人使用过的史料中发掘出新意,对于作者是一件具有挑战性的工作。我注意到,作者注重使用一手资料,许多是未刊资料。如藏于上海档案馆的清末和民初上海地区“绮藻堂布业公所同业牌号簿”、各地府衙针对假冒牌号而发布的训谕和告示、南京国民政府时期我国民族工商业与外商之间关于商标纠纷案件的众多档案,等等。同时,书中还参考了外交函电,商约谈判记录和报告,海关税务司文稿和通令,清末重臣的奏折、信件等一些具有珍贵历史价值的档案资料,详细论述了近代中国商标法律制度形成的缘由、表现的特征和必然的走向。此外,本书还对分散在《政府公报》、《司法公报》、《商会月报》、《申报》中有关商标法律的资料进行了整理和分析,力求通过这些史料来系统展示近代中国商标法律制度的全貌。现在看来,作者的努力达到了预期效果。

学术研究无止境,对近代中国商标法律制度的研究还可以继续和深入,我希望汪娜“不抛弃、不放弃”,以多年表现出来的执着精神,努力奋斗,用新的研究成果弥补本书的不足,为社会奉献更完美的作品。

沈国明

二〇一六年一月二十八日

目 录

序言	1
导 论	1
一、论题的界定和释义	1
二、相关学术史及研究价值	10
三、本书的研究方法	19
四、本书的创新与不足	22
第一章 近代中国商标法制产生的动因	29
第一节 西方列强在华经济竞争及商标保护的国际化	29
一、在华经济竞争下商标法制保护的需求	30
二、19 世纪末商标法制的国际化与中国商标保护缺位的 反差	32
第二节 晚清中国社会的变革	41
一、政治制度的改革为商标法制的产生提供了生存环境	41
二、法律思想的传播为商标法制的出台创造了理论条件	46
三、社会经济的发展是商标法制面世的重要推动力量	51
第三节 商标案件的纷起	54
一、华商商标纠纷案	54
二、涉外商标纠纷案	57

小结	60
第二章 近代中国商标立法:从被动移植到臻于完善	72
第一节 奠基之作:清末《商标注册试办章程》	72
一、清末商约谈判开启了商标立法的进程	73
二、《商标注册试办章程》及其配套法规之述评	82
三、清末社会的现状注定商标立法将无果而终	87
第二节 转型之作:北洋政府《商标法》	90
一、民初经济政策的推行是重启商标立法的重要缘由	90
二、《商标法》及其配套法规之述评	94
三、颁行后的阻挠与交涉	103
第三节 成熟之作:南京国民政府《商标法》	106
一、实现商标立法的统一	106
二、《商标法》及其配套法规之述评	108
三、多次修订臻于完善	110
小结	115
第三章 近代中国商标执法:主权回归与统一管理	127
第一节 近代中国商标执法的历史沿革	127
一、迁延二十年的海关挂号制度	128
二、商标行政管理权的回归	129
三、统一中央商标行政管理权	132
第二节 近代中国商标执法组织	135
一、组织结构:从代办备案到专属管辖的飞越	136
二、组织条例:从零散杂乱到系统规范的渐变	138
第三节 近代中国商标执法管理	144
一、形式审查与实质审查并重的申请管理	145
二、严格而规范的注册管理	147

三、执法能力日趋成熟的争议管理	152
小结	163
第四章 近代中国商标司法:在探索与实践实现价值	170
第一节 近代中国商标司法审判	170
一、法内与法外并行的民事审判	171
二、独立统一的行政审判	184
第二节 近代中国商标司法判例	192
一、产生:缘于社会发展与法律缺失的矛盾	192
二、发展:逐步形成严格完备的制度体系	193
三、争议与实效分析	201
第三节 近代中国商标司法解释	203
一、从孤立到全面的渐变发展	203
二、积极作用及存在的问题	209
小结	212
第五章 “桥梁”:近代商会对商标法制的推动作用	220
第一节 对商标立法的推动作用	220
一、吁请制定商标保护法案	221
二、驳斥西方国家对我国商标法的干涉	223
三、建议修订、完善商标法规	225
第二节 对商标执法的推动作用	227
一、推行《商标法》的实施	228
二、参与商标行政管理事务	231
三、监督商标行政权力的行使	239
第三节 对商标司法的推动作用	241
一、协助商标案件的处理	241
二、准司法权:商标案件的直接处断	245

三、商标理案的社会效应分析	250
小结	257
第六章 近代中国商标法制的综合评述	267
第一节 近代中国商标法制的特点	267
一、商标法制发展的一脉相承	268
二、西方商标法制与中国商业传统的融合	269
三、主权意识在商标法制发展中渐愈增强	271
四、应急性与实用主义在近代中国商标法制发展中如影随形	273
五、结合中国社会实际进行了一定的探索与创新	275
第二节 近代中国商标法制的成就	276
一、基本完成了商标法制的近代化	277
二、建立了比较系统、完整的制度体系	278
三、促使商标权利意识的形成与提升	279
四、实现了商标法制发展与商标法学研究之间的良性互动	281
第三节 近代中国商标法制的缺憾	285
一、科学性与适用性的不足导致商标法制“水土不服”	286
二、未能充分借鉴吸收西方先进的商标法制成果	290
三、监控体制的缺失为商标法制的实施蒙上了阴影	291
四、社会环境无法为商标法制的良好运行提供保障	293
小结	295
结语 近代中国商标法律制度的历史启示	301
一、观念意识:商标法律对社会经济发展至关重要	301
二、制度建设:商标法制的本土化与适用性	304
三、社团力量:充分发挥商业团体对商标法制的推动作用	307

四、智力支持:加强商标法学研究	308
参考文献	312
附录一 世界上第一部注册商标法:《法国商标法》英译本	338
附录二 世界上第一部注册商标法:《法国商标法》中译本	346
附录三 近代中国商标行政管理结构图	351
附录四 南京国民政府时期商标司法判例统计表	353
附录五 南京国民政府时期商标司法解释统计表	363
后记	371

导 论

一、论题的界定和释义

(一) 论题的界定

1. 时间范围的界定

本书论题“近代中国商标法制的变迁”的时间范围是从商标法的孕育阶段,即1902年1月清末商约谈判开始,至1949年10月中华人民共和国成立前的一个历史阶段。溯至清末商约谈判的原因在于此次谈判开启了中国商标法律制度建立和发展的先河,不仅民众的商标权利意识得以启蒙,更重要的是其深刻影响了后来中国商标法律制度的建设与发展。而将时间下限定于1949年10月的主要原因是出于完整体现近代中国商标法律制度全貌的考虑。根据近代中国商标法制发展的特性,商标法制的体系构建和制度完善在1937年前已基本完成。之后的1937年至1949年间,近代中国商标法律制度发展缓慢,商标立法只进行了细微修订。而商标行政管理,国民党统治后期也只是由于机构改革,商标局的组织条例有些局部调整。但是,我们应当承认的是,即便是受外界干扰以及时局不稳等不利因素的影响,近代中国商标法律制度的建设与发展从未间断或停止过,作为一项持续、浩繁的系统工程,并不是一朝一夕即可完成的,而且,全面而完整地展现近代中国商标法律制度发展和变迁的过程,还有助于我们对不同时期的商标法制进行比较和分析,形成综合全面的认识,作出客观

而科学的判断。

2. 研究对象的界定

本书的研究对象限定在全国范围内统一适用的商标法律制度。有三类商标法律制度不是本书的研究对象:第一,近代中国商标法制发展历程中出现的地方自治性商标法律制度,如湖南、山西、吉林、四川、广东等地在不同时期,自行制定的商标法规以及成立的商标注册管理机构;第二,伪满政府颁行的《商标法》和《商标法施行细则》,以及在抗战时期,汪伪政府制定的《华北商人商标注册办法》、《商标注册证整理办法》、《工商部商标局组织条例》、《实业部商标局组织条例》等法律法规;第三,对于中国共产党领导的区域性政权组织制定并适用的商标法规,如《晋察冀边区商品牌号专用登记办法》、《冀东行政公署商标注册暂行办法》、《晋冀鲁豫边区商标注册办法》、《华北区商标注册办法》、《陕甘宁边区政府商标注册暂行办法》等也不在本书的研究范围。^[1]

(二) 汉语“商标”的词源及使用

1. 汉语“商标”的词源

汉语“商标”一词,在中国的使用应是近代以后的事情。中日甲午战争将中国推向了亡国的边缘,有识之士无不在探寻中华民族的觉醒和图强的道路。1895年,康有为^[2]等人在《公车上书》中认为:“泰西讲求三百年而治,日本施行三十年而强,吾中国国土之大,人民之众,变法三年,可以自立,此后蒸蒸日上,富强可驾万国。”^[3]在光绪帝的支持下,朝野上下形成“今之言政者,莫不范于日本之制”。^[4]一时间,中国社会出现了学习日本的热潮。清政府不仅在各地相继开办了多处学堂,大量聘请日本的法学教授来华教习,而且提倡和鼓励民众赴日留学。据统计,从1896年到1904年,中国留日学生逐年增加,到1906年更是达到了8 000人至12 000人。^[5]中国国内的出版社和书店也大量出版日文书籍,据保守估计,自1896年至1911年,中国翻译的有关日本的书籍至少有1 000种,输入中国的日语词汇有850

个。^[6]大量日本词汇在中国广泛传播,使得“现代汉语中的大部分意译词语,并不是中国人自己创造的,而是直接采用了日本人的原译,现代汉语的许多音译外来词语,也是源于日本”。^[7]日式新名词、新术语,裹挟着新思想、新观念、新学问开始在清末民初的中国扎根,并深刻影响了现代汉语的变迁。

如果我们将 1910 年至 1911 年出版的《大清光绪新法令》和《大清宣统新法令》与 1907 年的《新译日本法规大全》对照一下,就会清楚地看到,“除了一些日本特有的名称和规定,如天皇、大藏省、永代借地、神社、华族和土族、(作为行政单位的)道和府等之外,其他大部分内容与日本的名称和制度相同或相近、相似,如宪政、宪法大纲、选举、议院、内阁、章程、条约、使馆、领事、照会、商标、民政部、外务部、师范、大学、警察、审判……等等”。^[8]而且,汉语的“商標(标)”和日语“商標”(Shyouhyou),不论从书写还是发音来看都极其相似,但我国汉语学家王力持有不同见解,他认为:“虽然中国早期的留学生主要以留日为主,所以很自然地将日本译名搬到中国来,但是不能排除当时编写词典的人由于贪图便利,照抄了日本人所编写的西洋语言词典的译名。在这种情况下,我们不应该认为是汉语向日本语借词。这些词并不是日本语所固有的,它不过是从西洋吸收过来的。”“日本人创造了一些新词来表达从西洋传来的概念,我们只不过是利用日本现成的翻译,省得另起炉灶罢了。”^[9]为此,笔者查阅了“商标”在不同语种中的表达:英语为 trademark;法语为 marque;德语为 warenzeichen,这些表达不论是从发音还是字形来看,都与汉语大相径庭。所以,笔者认为王先生的意见在追溯一部分汉语外来词的语源方面是必须注意的,但就本书而言,汉语“商标”的词源,笔者还是倾向于其来自日语。基于以上分析,“商标”极有可能是在清末效仿日本政治体制、经济管理、科学技术的浪潮中,通过中日文化交流,翻译日文书籍或日本学者来华讲学中借用了日语“商標”的书写形式和发音,从而形成了现代汉语中的“商标”,并一直使用至今。

2. 汉语“商标”的使用之探源

现有资料显示,“商标”一词的最早使用可能始自民间。1902年,康有为在其《大同书》乙部第二章“欲去国害必自弭兵破国界始”中称:“然交通日繁,故邮政、电线、商标、书版,各国久已连通,特许专卖及博士学位之类,皆各国合一。欧美先倡,日本从之。”^[10]

而第一次在法律文件中使用应当是在清末商约谈判中。^[11]1903年《中美通商行船续订条约》第九款规定:“无论何国人民,美国允许其在美国境内,保护独用合例商标,如该国与美国立约,亦允照保护美国人民之商标;中国今欲在中国人民在美国境内得获保护商标之利益,是以允在中国境内美国人民行铺及公司,有合例商标实在美国已注册或在中国已行用或注册后,即欲在中国行用者,中国政府准其独用,实力保护。凡美国人民之商标在中国所设之注册局所由中国官员查察后,经美国官员缴纳公道规费,并遵守所定公平章程,中国政府允由中国该管官员出示禁止中国通商人民犯用、或冒用、或射用、或故意行销冒仿商标之货物,所出禁止应作为律例。”^[12]在这之前进行的中英商约谈判以及之后的中日、中葡商约谈判,均未采用“商标”一词,而代之以其他名词。如《中英续议通商行船条约》第七款中采用的是“贸易牌号”;《中日通商行船续约》第五款使用的是“商牌”;《中葡通商条约》第十五款则以“货牌”代替。^[13]为何针对同一问题的描述,却有不同称谓?根据现有史料记载,极有可能是由于中方谈判人员的更换所致。在中美商约谈判中,原商约大臣盛宣怀^[14]因父丧而丁忧,经张之洞^[15]建议,驻美大臣伍廷芳^[16]被召回国成为谈判代表加入中美商约谈判。作为唯一一名既通晓西语,又谙熟西国律例的人才,伍廷芳在中美谈判中发挥了重要的作用。1902年6月,当美使提出“贵国商标法若颁行时,须设专员办理其事”。商务大臣吕海寰^[17]立即指出:“英约所载乃‘商牌’二字,非‘商标’二字。”这时,伍廷芳表现出了其语言优势和对西方法律概念涵义的深刻理解,认为“商标二字极为妥当”。^[18]于是,在他的坚持下,中美在关于商标保护问题的谈判一直使

用的都是“商标”，并最终在1903年签订的《中美通商行船续订条约》中予以确定。后来，盛宣怀应清廷要求提前解除丁忧，并重新加入了以后的商约谈判，而伍廷芳也仅参与了与美国的商约谈判，所以，在商约谈判中，只有《中美通商行船续订条约》中使用了“商标”一词。

虽然中美商约谈判首次使用了“商标”一词，并最终以法律文件的形式确定了下来，但是清末的中国社会仍将“商标”称之为商牌、号牌或牌号。尽管这些称谓非常贴近于中国商业传统习惯，然而，我们不难看出，它们的适用范围一般是在自然经济的环境中，需要一些有形工具来传递其附着的特有标记的讯息。时至清末，中国传统的社会经济已在西方列强的侵袭中逐步向商品经济转变，而“社会经济发达的程度如何，法律也将是什么形态”。^[19]所以，商牌、号牌、牌号等称谓从法律意义上来说，并不能将商标——这种商品经济的必然产物所具有的特殊属性恰如其分地表达出来，同时，也反映出清末社会的经济仍处在自然经济为主导，相对落后的阶段。而商品经济的不发达不仅导致广大民众以及朝廷官员商标权利意识的淡薄，也使近代中国商标法律制度建设和发展之路充满了艰辛。

（三）古代“商标”的发展及其保护

1. 古代“商标”发展

“商标”，简而言之，即“商业标记”也。“商标的起源最早可追溯至原始人类出于识别的目的而在某些物品上刻印标记的实践，再到之后手工业者在艺术或实用产品上开始标上自己的签名，即‘标’。这些标记经过历史的洗练、实践的检验，逐渐演变成现今的商标法律制度。”^[20]宋代以前，我国商标的发展主要有“物勒主名”、“物勒工名”和“物勒地名”三种形式，其中以“物勒工名”最为著名。根据出土文物所示，在秦国和三晋时期“物勒工名”制度已发展得较为完善。“秦国的兵器生产其中央监造者为相邦，郡级为郡守，主造者为工师、令丞、士大造、工大人等；直接制造者称之为‘工’，工后为人名。秦国中央监造的兵器如：‘五年，相邦吕不韦造，少府工室令丞冉，工九。’（秦王嬴政

五年)。”^[21]一般兵器上必须有监造者、主造者和工者的姓名。这种制度除方便追溯责任外,还能有效保证产品的质量。通过一些文学作品,我们也可发现有关“物勒工名”的记载:如《汉书·王尊传》中的“箭张禁,酒赵放”;东汉《金马书刀铭》云,“巧冶炼(炼)刚(钢),金马托形,黄云错镂,兼勒工名”。虽然东汉末年,崔寔在《政论》中对“物勒工名”制度的实效提出质疑,认为:“物勒工名,复其今虽刻名之,而赏罚不能,又数有赦赎,主者轻玩,无所惩戒。”^[22]但是,此项制度因具备可以通过标记工匠的姓名来达到追溯产品来源和监督产品质量的功能性作用,有利于维护统治秩序的稳定,故一直为历代统治阶级所推崇。北宋政治家司马光在评论此项制度时曾给予高度评价:“其百工在官者,亦当择人而监之,以功致上,华糜为下,物勒工名,谨考其良苦而诛赏之。取其用,不取其数,则器用无不精矣。”^[23]可以说,“物勒工名”制度是中国古代手工业生产管理的一项重要制度。在南京明初的城砖上有这样一段铭文,充分体现了“物勒工名”制度在我国的普遍性:“袁州府提调官通判隋文,司吏任俊,萍乡县提调官县丞唐季静,司吏何立之,总甲王秀,甲首张立华,小甲黎政仲,窑匠汤丙、周俊,人户刘蓉可。”^[24]

自宋代开始,我国工商业发展有了飞跃式地发展。“宋元和明清是中国古代经济发展的两大高峰,前者商品经济极度繁荣,后者产生了资本主义萌芽。”^[25]逐渐成熟发达的贸易也催生了民间商标权利意识的萌发。工商业者们已懂得通过突出商业标识,来达到各生产者与销售者推广销售网络和扩大产品信誉,以区别于他人产(商)品的目的。他们或在产品上刻印制造者的姓名或行铺、作坊的名称,或是直接刻印图形或是以图文并茂的形式呈现出来。北宋时期的《清明上河图》就曾描绘了很多汴京城内店铺的招牌,例如“刘家上色沉檀拣香”、“王家罗锦匹帛铺”、“刘三叔精装字画”、“李师师瓦肆”、“孙好手荤素馒头”、“宋家生药铺”、“丁家素分茶”、“丑婆婆药铺”、“曹婆婆肉饼”、“郑粉子”等。^[26]到了明清时期,中国商铺中的店招和商号名称则更加