

IP

知识产权专题研究书系

SHANGBIAOFA
JIBEN WENTI YANJIU

商标法基本问题研究

姚鹤徽 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

IP

知识产权专题研究书系

专利池的市场定价方法研究

商标保护与商业表达自由

邻接权归宿论

电子商务中的商标使用及侵权责任研究

作品演绎权研究

国家管辖范围外深海生物多样性法律规制研究

专利集中战略研究

国际著作权制度发展趋向与我国著作权法的修改

知识经济时代专利适格标的研究

技术标准著作权问题研究

商标法基本问题研究



ISBN 978-7-5130-3762-4



9 787513 037624 >

ISBN 978-7-5130-3762-4

定价：72.00元

湖南省重点学科建设项目资助
湖南师范大学青年优秀人才培养计划中期成果

IP

知识产权专题研究书系

SHANGBIAOFA
JIBEN WENTI YANJIU

商标法基本问题研究

姚鹤徽 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

商标法基本问题研究 / 姚鹤徽著. —北京: 知识产权出版社, 2015.9

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3762 - 4

I. ①商… II. ①姚… III. ①商标法—研究—中国

IV. ①D923.434

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 215187 号

责任编辑: 刘睿文 茜

文字编辑: 岳帅

责任校对: 董志英

责任出版: 刘译文

商标法基本问题研究

姚鹤徽 著

出版发行: **知识产权出版社** 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号 (邮编: 100088)

责编电话: 010 - 82000860转8113

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2015年9月第一版

字 数: 340千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3762 - 4

网 址: <http://www.ipph.cn>

天猫旗舰店: <http://zseqcbs.tmall.com>

责 编 邮 箱: liurui@cnipr.com

发 行 传 真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 29.25

印 次: 2015年9月第一次印刷

定 价: 72.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

作为知识产权法的重要组成部分，商标法在现代市场经济中发挥着越来越重要的作用。现代商品经济脱离了传统熟人社会中的小商品经济，是远距离、大规模的工业化生产、运输和销售活动。商品交易的主体都是陌生人，缺乏彼此的信任和理解，存在信息的不对称。由此，商标的重要性就凸显出来。作为商品之上的标识，商标实际上起着指示商品来源、传递商品和商品背后提供者的信息、降低消费者的搜寻成本、激发消费者购买欲望的功能。商标在市场经济中起着联系卖方和买方并将卖方的信息传递给买方的重要作用，因此，调整商标法律关系的商标法在市场经济中占据重要地位。

然而与商标在市场经济中的重要性不相匹配的是，调整商标法律关系的商标法在知识产权法大家庭中却并不被重视。人们通常认为，调整作品和发明创造关系的著作权法和专利法是产业之法，通过在作品和发明创造上赋予排他性产权的方式，有利于激活版权产业和技术产业，推动经济和社会发展，因而是重要的知识产权部门法。而商标法似乎仅仅调整因商标这一标识而生的利益关系，在市场经济中不起重要作用，与著作权法和专利法无法相提并论。欧共体法院甚至曾经认为商标对人类社会的贡献显然不及专利。^①

① 黄晖：《驰名商标和著名商标的法律保护》，法律出版社2001年版，第3页。

人们对商标的基本态度显然影响到商标法的研究和制度建设。从整体上看，知识产权法的研究就有重实务、轻理论的倾向。由于知识产权法主要调整人们的智力劳动成果和工商业标记，与经济和科技发展紧密联系，人们都比较热衷于研究新经济和新技术所催生出来的知识产权新问题，而对知识产权法基础理论并不热衷。甚至，对知识产权法的基础理论进行研究，是一件吃力不讨好的事，投入多、成效少、见效慢。学者指出：“知识产权的民事权利之身份得到承认，却一直游离于民法学的研究视野之外。基础理论极为贫弱，细节研究却异常繁荣。”^①由此导致知识产权法缺乏概念与逻辑体系的支撑。具体到知识产权法中的商标法，由于商标法本身并不调整人类的智力劳动成果，相比其他部门法更不为人所重视，理论研究则更为薄弱。对于这种研究现状，刘春田先生就曾指出：“什么是商标，什么是商标权，这本该是毫无争议的问题。但是，由于近年来国内几件涉及商标问题的法律纠纷案发生之后，出现了迥然不同的认识，其分歧之大，超出了人们的想象。究其根源，我们发现，问题就出在‘什么是商标’‘什么是商标权’等最简单、最初始、最基本的概念问题上。”^②“由于各自对赖以认识和分析问题的基本概念，在理解上相去甚远，实际上却是一种‘假辩论’。”诚如斯言，如果对商标法的基本概念、基本范畴不进行深入讨论，而只对热点问题和新出现的问题进行研究，则双方可能研究的立足点和对问题理解的基础就存在

① 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第1页。

② 刘春田：“商标与商标权辨析”，载《知识产权》1998年第1期。

分歧，剩下的分析也就只能是一种“假辩论”了。^①

商标法的一些基本范畴，在商标法中具有十分重要的地位，决定其立法目的、价值取向和制度构造。如果对商标法的基本范畴不予以深入研究，没有很好地理解商标法中的基本概念和规则背后的原理，则很难制定出科学化、体系化的商标法。这将给司法实践带来极为不利的影响，使商标案件的判决结果不具有相当的可预测性，法的安定性将受到影响。在商标法之中，一些重要的基本范畴构成了商标法制度的主要组成部分，决定了商标法的制度构造和制度设计。这些重要的基本范畴主要包括：商标的概念、商标的功能、商标的显著性、商标反混淆、商标反淡化、商标使用、商标合理使用。这七大范畴基本构成了商标法的主要内容，决定了商标法的价值取向与规范意旨。除此之外，在商标法中存在争议的商标侵权判定问题、商标保护与自由竞争的问题、反向假冒问题、贴牌加工问题、知名商品名称保护问题，这些都与商标法中与前述七大范畴密切相关。正确理解商标法的基本范畴，这些问题都能得到合理解释。

尽管商标法的这七大基本范畴十分重要，然而遗憾的是，这些范畴还存在很多模糊和争议之处，分歧之大超出想象，而这些争议和分歧，只会给司法实践带来更多的疑问和不确定性，影响商标法的安定性。例如，商标的概念是商标法的核心问题，直接决定商标权的范围，但是关于商标究竟是什么的问题，依然模糊不清。假如商标在本质上仅仅是一种符号，商

^① 刘春田：“简论知识产权”，参见郑成思主编：《知识产权研究（第一卷）》，方正出版社1996年版。

标法所保护的是商标权人可以独占使用这一符号的权利，那么任何人对该符号的染指都是一种侵权行为，这也是目前商标法呈现出扩大保护以及一些法院在侵权判定中认定只要他人使用了商标权人的商标就构成侵权的根本原因。商标究竟是什么，对于商标法的制度设计有决定性影响。同样，商标的功能也决定了商标法的制度设计。例如，商标法的基本功能在教材中都有表述，包括标示来源功能、品质保障功能、广告功能等。但是，这些功能对应的商标保护制度是不同的，商标法是否要全面地保护商标的这些功能尤其是广告宣传功能，尚存有疑问。实际上，商标的标示来源功能是商标的基本功能，其主要用途在于向消费者传递商品来源的信息，因此当他人以混淆消费者的方式使用商标权人的商标时，就破坏了商标的标示来源功能，应当受到商标法的规制。但是广告功能则不然，广告功能是商标所具有的吸引消费者注意力、激发消费者购买欲望的能力。商标法是否要保护商标的广告功能，历来存在争议。就目前而言，商标法是通过商标反淡化制度来保护商标的广告功能的。但是，反淡化制度也面临着判定商标是否被淡化的标准不统一、淡化举证难等问题。如何认识商标的功能、怎样通过合理的制度设计来保护商标的基本功能和其他衍生功能，是重大的理论和实践问题。关于商标的显著性，国内外学者都有所研究，但都不够深入，没有准确地揭示出商标显著性的本质以及商标显著性与商标侵权判定之间的联系。商标反混淆问题，是商标侵权判定的基本问题，商标法很大程度上是为商标的反混淆服务的。但遗憾的是，商标混淆的概念、商标反混淆所指涉的范围、商标反混淆的类型等，都不甚明朗，给法院进行商标侵权判定带来了不利影响。商标反淡化问题，更是商标法中存

在巨大争议的问题。商标反淡化的正当性、商标淡化的本质、商标淡化的判定，都是理论或实践上的疑难问题，亟待进一步研究。尤其是如何在商标法中处理商标反混淆和商标反淡化的关系，也涉及商标法未来的改革方向，意义重大。商标使用和商标合理使用，作为限定商标权保护范围的重要范畴，对于正确进行商标侵权判断、合理划定商标使用的禁区和市场自由竞争的空间有着重要的意义。

有鉴于商标法的基本范畴决定了商标法的价值取向和制度架构，本书拟对商标的概念、商标的功能、商标的显著性、商标反混淆保护、商标反淡化保护、商标反混淆保护与商标反淡化保护的关系这些商标法中的基本范畴和基本问题进行研究。此外，商标保护的历史问题、在商标法中存在争议的商标侵权判定标准问题、商标保护与市场自由竞争和表达自由的问题、反向假冒问题、贴牌加工问题、知名商品名称保护问题，由于与商标法的基本范畴存在密切联系，本书也将为此进行专章研究。考虑到消费者在商标法中占据着重要地位，商标法的基本范畴和基本问题都需要借助消费者的认知来判断，本书将大量采用消费者认知心理学、广告学、品牌营销学等原理对商标法基本范畴和问题进行研究。但是，由于这些基本范畴和问题的复杂性和争议性，本研究也无力给出完全科学、合理和完整的研究结论。商标法的体系化和科学化，是一项系统工程，如果能够抛砖引玉，引起人们对商标法基础理论问题的关注和兴趣，引发新一轮的讨论和争鸣，本书的目的就已达到。

目 录

第一章 商标保护的历史	1
第一节 商标保护的起源	1
第二节 商标保护的实践	8
第三节 商标保护的确立	14
第四节 商标反混淆保护的扩张	28
第五节 商标反淡化保护的发展	34
第六节 商标保护历史的启示	52
第七节 结 语	62
第二章 商标的概念	63
第一节 商标概念的界定	64
第二节 商标概念的多维度解析	72
第三节 商标概念的认知心理学分析	82
第四节 商标认知心理学概念的意义	93
第五节 结 语	99
第三章 商标的功能	101
第一节 商标功能的界定	101
第二节 商标功能的认知心理学分析	108
第三节 商标标示来源功能的思考	116
第四节 商标品质保证功能的批判	120
第五节 商标广告宣传功能的反思	124

第六节 结 语	130
第四章 商标的显著性	131
第一节 显著性概念的认知心理学界定	132
第二节 显著性分类的认知心理学分析	139
第三节 显著性与商标侵权判定的认知心理学 分析	147
第四节 显著性在商标侵权判定中的作用	153
第五节 我国商标显著性规则的完善	159
第六节 结 语	164
第五章 商标的反混淆保护	166
第一节 商标法为何需要反混淆：商标混淆的 危害	167
第二节 商标法中的混淆是什么：商标混淆的 概念	171
第三节 结 语	191
第六章 商标的反淡化保护	192
第一节 商标反淡化法的争议	194
第二节 商标淡化的认知心理学依据	203
第三节 商标反淡化正当性的认知心理学反思	224
第四节 结 语	246
第七章 商标反混淆保护和商标反淡化保护的关系	248
第一节 商标反混淆保护与商标垄断	249
第二节 商标反淡化保护的反思	257
第三节 商标反混淆保护与商标反淡化保护的 关系	271
第四节 结 语	279

第八章 商标侵权的判定标准	
——对我国新《商标法》第57条的解释	280
第一节 问题的提出	280
第二节 我国传统商标侵权判定标准的构成与反思	284
第三节 我国商标侵权判定中混淆与相似性的关系	292
第四节 我国商标侵权判定中混淆与相似性的适用	305
第五节 结 语	311
第九章 商标保护、自由竞争与表达自由	312
第一节 商标保护促进自由竞争与表达自由	312
第二节 商标保护与自由竞争和表达自由的冲突	316
第三节 商标保护与市场自由竞争和表达自由的协调	323
第四节 结 语	328
第十章 商标使用	330
第一节 商标使用的内涵	331
第二节 商标使用的作用：混淆标准适用的“安全阀”	337
第三节 商标使用的基础：消费者的心理认知	343
第四节 商标使用的运用：基于混淆侵权的案例	347
第五节 结 语	351
第十一章 商标合理使用	353

第一节	商标合理使用的本质：非商标使用行为	354
第二节	商标合理使用与混淆标准的共存与冲突	362
第三节	商标合理使用与混淆标准的协调	369
第四节	结 语	375
第十二章	贴牌加工与商标侵权	377
第一节	贴牌加工行为的界定	378
第二节	贴牌加工行为是否构成商标侵权的观点分歧	380
第三节	贴牌加工行为是否构成商标侵权的理论依据	383
第四节	贴牌加工行为是否构成商标侵权的具体判断	390
第五节	结 语	397
第十三章	反向假冒与商标侵权	398
第一节	反向假冒第一案——“枫叶”诉“鳄鱼”	398
第二节	反向假冒行为的争议	400
第三节	反向假冒行为的法律性质	404
第四节	结 语	409
第十四章	知名商品特有名称的保护	410
第一节	问题的提出	410
第二节	知名商品特有名称反不正当竞争保护性质之辩证	413
第三节	知名商品特有名称反不正当竞争保护对象之辩证	420

第四节	知名商品特有名称反不正当竞争保护 条件之辩证知名	428
第五节	《反不正当竞争法》第5条第(2)项之 完善	435
第六节	结 语	437
参考文献	438
后 记	449

第一章 商标保护的历史

商标保护并非自古有之。作为现代市场经济社会中的重要财产类型，商标的产生和对商标保护的需求都离不开市场经济的形成和发展。正是有了市场经济，才有了商人和贸易，正是有了商人和各种贸易，市场上才出现了由不同厂商所提供的不同的相互竞争的同一种商品。由此，才需要通过商标来表彰不同厂商的商品的来源，将商标作为传递信息、存储厂商商誉和进行广告宣传的工具。商标法才需要对商标进行保护，确保商标功能的正常发挥。就此而言，商标与商标保护都是市场经济的产物。商标法的发展史，实际上是社会经济发展和变迁的缩影。本章将主要从历史角度梳理商标保护制度的萌芽、商标保护的实践、商标保护的确立、商标反混淆的扩张、商标反淡化保护的发展历史，试图从历史研究中探寻到商标法的理论规律，为现代商标法制度的完善提供历史方面的反思和启示。

第一节 商标保护的起源

在商标保护制度确立之前的漫长历史阶段，人类在社会活动中就已经开始采用标记来标示身份、确定归属。这时的标记实际上已经成为标示来源的记号，具有商标的某种属性。相关研究表明，在世界各地的早期文明中，都发现有在相关物品上

标注文字、图案或符号的做法。^① 但是，由于该种记号的主要功能并不是承载商誉、标示商品的来源，也不是投入市场贸易之中，所以这种记号并不能称为商标。没有商标与商标保护，自然没有商标法存在的空间。然而，这一时期却孕育着商标的某些观念，存在类似于商标保护的做法。

在人类社会漫长的历史长河中，使用某种记号标示所有权或者某种物品的来源是一种惯常之事。早在原始社会，原始人类就出于识别的目的开始在一些物品上刻印标记。^② “可能最早的标示形式就是在牛或者其他动物身上烙上印迹。”^③ 例如，在文字发明之前，埃及人就在牛背上烙印，以表明牛的权属。而欧洲人在石器时代也在牛的肋部烙印。^④ 有趣的是，英语单词“品牌”（brand）正是来源于盎格鲁-撒克逊的词汇“烙”（to burn）。^⑤ 在世界各地的早期文明中，如古埃及、古希腊、古罗马和古代中国，均发现在有关物品上标注各种文字、图案或符号的做法。^⑥ 有学者做过归纳，人们在社会生活中将标记使用于许多物品之上，包括牲畜、陶器、瓷器、砖瓦、石器、油灯、图书、药膏等。标记的

① 黄海峰：《知识产权的话语与现实——版权、专利与商标史论》，华中科技大学出版社2011年版，第218页。

② 余俊：《商标法律进化论》，华中科技大学出版社2011年版，第35页。

③ J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Eagan: Thomson/West, 2006, § 5:1.

④ Diamond, *The Historical Development of Trademarks*, 65 *Trademark Rep.* 266(1975).

⑤ Diamond, *The Historical Development of Trademarks*, 65 *Trademark Rep.* 265(1975).

⑥ 黄海峰：《知识产权的话语与现实——版权、专利与商标史论》，华中科技大学出版社2011年版，第218页。

方式也是五花八门，有打烙印、压印、刻印、签名等。^①使用标记的原因更是多种多样。在古罗马贸易中，人们已经开始使用商标作为表明物品归属的标记。欧洲中世纪的商人也开始使用商标，作为表彰所有权归属、表明产品质量责任归属的标记。但是，由于商品经济不发达，交通运输业落后，远距离贸易尚在萌芽阶段，最主要的贸易形式依然是人们在集市上面对面的交易，因而对商标的需求并不是那么迫切。古代和中世纪对商标的使用概括而言可分为以下几类：

其一，表明所有权的归属。表明所有权归属是标记最为古老的功能。在原始社会，人们就在一些物品上刻上特殊的记号，以表明所有权的归属。研究表明，在澳洲原始民族的木棍和盾牌上的很多图形，正是一种财产标记或部落徽章。^②几乎所有的狩猎民族，其武器上都有专门的标记。受到箭伤或矛伤的野兽死亡之后，狩猎者就凭借野兽伤口上的武器的标记来确定野兽的归属。而澳洲人也在蜂窝上标明记号，以明确该蜂窝系其所发现，归其所有。^③农耕民族则往往通过栅栏筑围的方式来表明自己的所有权。到了中世纪，随着商业贸易的发展，商人有时需要在其货物上标示自己的姓名或特定的标记，以利于识别来源。在当时，海上贸易是主要的贸易方式，但是由于航海技术不发达，海上天气恶劣，时常有海难发生。在海难发

① 余俊：《商标法律进化论》，华中科技大学出版社2011年版，第35~44页。

② [德]格罗塞：《艺术的起源》，蔡慕晖译，商务印书馆1984年版，第18~19页，第91页。转引自余俊：《商标法律进化论》，华中科技大学出版社2011年版，第46页。

③ [德]格罗塞：《艺术的起源》，蔡慕晖译，商务印书馆1984年版，第104~105页。转引自余俊：《商标法律进化论》，华中科技大学出版社2011年版，第46页。