

THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING



审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第21集

[合同纠纷类]

第三人自愿履行债务法律问题的适用

政府招标中涉及国际货物买卖合同纠纷的法律适用

对精神疾病患者收治入院审查义务和家属介入权等法律问题分析

出租人对第三人给承租人造成的人身伤害是否承担违约赔偿责任的认定



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿
新类型案件审判实务

2008年第3集·总第21集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务. 2008年第3集:总第21集 / 北京市高级人民法院编. —北京:法律出版社, 2008.7

ISBN 978-7-5036-8570-5

I. 审… II. 北… III. 审判—案例—研究—中国—丛刊
IV. D925.05-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第082345号

© 法律出版社·中国

审判前沿:新类型案件审判实务
北京市高级人民法院 / 编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 潘洪兴
责任编辑 潘洪兴
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960毫米 1/16
印张 14.75
字数 256千
版本 2008年8月第1版
印次 2008年8月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8570-5

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主任：池 强

副主任：王振清 朱 江 周继军 翟晶敏 于建伟

委员：(按姓氏笔画排列)

王 飞 田玉玺 刘兰芳 张柳青 辛尚民

何谢忠 何通胜 陈锦川 孟 祥 徐 扬

谭京生

编辑部

主 编：王振清

副主编：马 强

编 辑：范跃如 唐 明 乔新生 万 钧 张 灵

张新平 宋洪印 刘晓虹 张农荣

目 录

案例研究

◆知名商品的证明问题

- 北京某某良子保健技术有限公司诉北京某某良子健身服务有限责任公司侵犯注册商标专用权纠纷案 周晓冰(1)

◆第三人自愿履行债务法律问题的适用

- 北京市电力管理办公室诉某某实业发展有限公司合同纠纷案法律问题研究 唐延明 周 荆(14)

◆政府招标中涉及国际货物买卖合同纠纷的法律适用

- 某某汇龙公司与某雷兹公司买卖合同纠纷案法律问题研究 金凤菊(21)

◆独立保函业务中委托人未提交符合保函要求的单据无权请求担保行履行减额义务

- 中国进出口银行诉深圳市某某信息技术有限公司、深圳市某某数据有限公司其他担保合同纠纷案法律问题研究 何 波(33)

◆重大责任事故罪的适用

- 陈××、杨××重大责任事故案法律问题研究 于同志(54)

◆签发空头支票骗取他人财物行为之认定问题研究

- 魏某、杨某等票据诈骗罪法律问题研究 赵瑞罡 郑 敏(63)

◆妨害公务罪的司法认定

- 检法存在分歧的三起妨害公务案法律适用问题研究 臧德胜(67)

◆工伤赔偿与第三人侵权赔偿的竞合

- 四川省仪陇县某某建筑劳务有限责任公司诉北京某某实业股份有限公司、周×道路交通事故人身损害赔偿纠纷案法律问题研究 姜春玲 杨 兵(75)

◆对精神病患者收治入院审查义务和家属介入权等法律问题分析

——金某诉北京市石景山区某某医院医疗服务合同纠纷

案法律问题研究 张 鹏(85)

疑案探讨

◆探视权的执行内容与标准

——雷某申请执行闫某某探视权纠纷案法律问题探讨 吴 宁(93)

◆举证责任分配及证据的认定问题研究

——曹某诉周某、毛某民间借贷案法律问题探讨 王晓耘(96)

◆从一起拆迁合同纠纷案看无权代理与无权处分的区别

——北京某地产开发有限公司诉王某、柳甲等人拆迁纠

纷案法律问题探讨 张 涛 郑文杰(101)

案例分析

◆出租人对第三人给承租人造成的人身伤害是否承担违约

赔偿责任的认定

——高某诉某综合市场中心租赁合同纠纷案法律问题

分析 王晓艳(104)

◆用人单位对员工工作地点、岗位变更决定的效力评价

——刘某诉某超市劳动争议案相关法律问题分析 黄彩相(108)

◆物业小区停车管理法律关系性质及小区车辆丢失或毁损

的损害赔偿责任的

——张某诉某小区物业管理中心赔偿纠纷案法律问题分析 李志修(114)

◆物业管理费不应包含公共部位维修费用

——某某园物业公司诉葛某物业费纠纷案法律问题分析 张清波(120)

◆机动车消费贷款保证保险合同性质的认定

——北京银行某某支行诉中国人民财产保险公司机动车

辆消费贷款保证保险合同案法律问题分析 徐 庆(123)

◆根本违约与隐名代理问题的研究

——王某诉北京某某鑫隆百货市场有限公司租赁合同案

法律问题研究 王志永(131)

◆违反强制性规定类合同的无效认定与处理

——北京某公司诉锦州某公司买卖合同案法律问题研究 徐应举(135)

- ◆股东变更登记的法律性质与法律适用
 - 北京某某星碟公司诉朝阳区工商局行政许可案法律
问题分析 李 洋(142)
- ◆乡镇企业性质的认定
 - 北京市花乡某某金属结构厂不服北京市丰台区劳动
和社会保障局行政处理案法律问题分析 崔秀春(147)
- ◆如何认定婚前一方按揭购买、婚后夫妻双方共同还贷的
商品房所有权之归属
 - 方某诉韩某离婚纠纷案相关法律问题分析
..... 张 莉 叶永尧(151)

观点争鸣

- ◆精神病人诉讼能力评定实务问题分析
 - 周某诉张某返还财物纠纷案法律问题分析 郝丽娜(155)
- ◆直接证据与客观逻辑相矛盾可不予确认 王旭东(160)
- ◆学校对学生伤害事故如何承担责任 王建中(162)

参阅案例

- ◆电话传唤到案并如实供述犯罪事实的应认定为自首 (165)
- ◆盗用他人 ADSL 账号冒领点卡的行为构成诈骗罪 (168)
- ◆迟延履行利息与判决主文确定的逾期付款利息应累加计付 (171)
- ◆案外人在执行程序中以无效租赁合同对判决确定的应腾
退房屋主张权利的应当予以驳回 (174)

热点问题聚焦

- ◆关于新《公司法》适用中若干问题的调查研究
..... 北京市高级人民法院民二庭(177)

法律文书之窗

- ◆北京市第一中级人民法院民事判决书 (192)
 - (2007)一中民终字第 13227 号
- ◆北京市高级人民法院民事判决书 (199)
 - (2005)高再终字第 320 号

司法文件

- ◆北京市高级人民法院 北京市人民检察院 北京市司法局关于印发《关于简化适用刑事普通程序审理被告人认罪案件实施细则(试行)》的通知..... (208)
- ◆北京市高级人民法院 北京市人民检察院 北京市公安局 北京市国家安全局 北京市司法局 北京市监狱管理局关于印发《关于罪犯交付监狱收监执行工作的规定》的通知 (219)

【案例研究】

知名商品的证明问题

——北京某某良子保健技术有限公司诉
北京某某良子健身服务有限责任公司
侵犯注册商标专用权纠纷案

周晓冰*

一、据以研究的案例

北京某某良子保健技术有限公司(以下简称某某保健公司)诉称:我公司经合法受让,依法取得了“良子”注册商标的专用权。北京某某良子健身服务有限责任公司(以下简称某某健身公司)未经我公司许可,在经营与原告相同的行业过程中,擅自使用“良子”商标,并取得了收益,构成了对原告注册商标专用权的侵犯。现请求判令被告停止侵权,赔偿损失 74.256 万元。

某某健身公司辩称:我公司使用的商标来源于我公司法定代表人的乳名,且与原告不构成相同或近似。此外,原告未按照被核准的商标原样进行使用。综上,我公司不构成对原告商标专用权的侵犯,不同意原告的诉讼请求。

经审理查明,“良子”文字和图形服务商标由新疆良子健身有限公司向国家工商行政管理总局商标局提出注册申请,于 1998 年 12 月 28 日被核准注册,分类号为第 42 类,被核定的服务项目是“按摩、推拿”。该商标由左侧的“良子”文字与右侧的一脚掌图形组合构成。1999 年 1 月 18 日,新疆良子健身有限公司许可某某保健良子公司独家使用该商标。2002 年 2 月 22 日,新疆良子健身有限公司将“良子”文字和图形商标转让给某某保健良子公司所有,并经国家工商行政管理总局商标局核准。

* 北京市第二中级人民法院民五庭法官,北京大学法学院民商法硕士。

某某保健良子公司成立于1999年1月11日,其经营范围包括按摩、推拿等健身服务项目。该公司在开业后即开始使用“良子”文字和图形商标。

某某健身良子公司成立于2002年1月18日,以经营足底、按摩等健身服务项目为主。该公司在其户外服务招牌上使用了由左侧的脚掌图形与右侧的“良子”文字组合而成的服务商标。其中,用“兴”字构成了脚掌的轮廓,脚掌的大脚趾为较小的“元”字,均为红色,而右侧的“良子”文字较大,为绿色。

另查,兴元良子公司未将其使用的上述商业标志进行商标注册。某某保健良子公司现实行加盟连锁经营,50张床位以下的加盟费为5万元,每月收管理费5000元;50张床位以上的加盟费10万元,每月收管理费8000元。

再查,某某健身良子公司现有床位70余张,对每位顾客的足部保健服务白天收费标准为70元,晚间为138元。

北京市第二中级人民法院认为:某某保健良子公司经合法受让成为“良子”文字及图形组合商标的权利人,该注册商标专用权应受法律保护。被告使用的涉案商业标志图案与原告注册商标构成了近似,可能造成消费者的混淆与误认。根据我国商标法的规定,未经商标注册人的许可,在相同或者类似的服务上使用与其注册商标相同或者近似的商标的,属于对注册商标专用权的侵犯。某某健身良子公司称其使用的涉案商标系来源于该公司法定代表人的乳名,因此不构成侵权的说法缺乏法律依据,法院不予采信。某某健身良子公司应承担停止侵害、赔偿损失的民事责任。某某健身良子公司称其从营业之始至今尚未盈利,但其所提供的相关证据缺乏充分的证明力,法院亦不予采信。法院将参考某某健身公司侵权行为的主观恶性程度、从事经营的时间长短、经营场所的规模大小、服务价格等因素对赔偿数额予以酌定。

综上所述,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十八条,第一百三十四条第一款第(一)、(七)项;《中华人民共和国商标法》第五十二条第一款第(一)项、第五十六条第二款之规定,判决如下:一、北京某某健身良子公司于本判决生效后,立即停止使用与北京某某保健良子公司注册的“良子”文字和图形商标相同或者相近似的商业标志;二、北京某某健身良子公司于本判决生效后十日内,赔偿北京某某保健良子公司损失十二万元;三、驳回北京某某保健良子公司的其他诉讼请求。

二、相关法律问题研究

(一) 商标与企业名称冲突的产生

任何一项权利都是由“特定利益”和“法律上之力”两个因素构成的^①。当分属于不同主体的两种合法权利涉及的利益发生竞合时,两个法律上的力将发生冲突^②,而这种权利的冲突在法律框架下是普遍存在和不可避免的。在解决两种权利冲突的问题中,我们首先要找出二种权利在一定范畴内的相同属性或共同特征,从而明晰在此类权利冲突中侵权行为人可能采用的方式和手段,进一步确定我们的保护原则和规范侵权行为的方法。

商标与企业名称冲突是指:将与他人注册商标相同或者近似的文字作为企业名称中的字号(或商号,下同)注册使用,使商标与字号发生冲突^③。考虑到我国现有的商标权和企业名称权制度的现状,我们在讨论这个问题的时候排除了将与他人企业名称中的字号相同或者近似的文字注册为商标,引起相关公众对企业名称所有人与商标注册人的误认或者误解的情况^④。

① 权利的法力说以德国学者梅克尔(merkel,1836~1996)为代表。此说认为,权利之本质为法律上之力。参见梁慧星著:《民法总论》,法律出版社1996年版,第62页。

② 参见冯晓青:“论知识产权权利重叠、权利冲突及其解决”,载《北大知识产权评论》第1卷,第115页。该文指出:构成知识产权权利冲突应当具备以下条件:一是两项或两项以上的知识产权是基于同一客体;二是同一客体产生的多项知识产权属于不同的主体——如果属于相同的主体,则是权利重叠;三是各项权利的产生都具有合法的依据——否则则是侵权行为关系。

③ 参见《北京市高级人民法院关于印发〈关于商标与使用企业名称冲突纠纷案件审理中若干问题的解答〉的通知》(2002年12月24日京高法发[2002]357号)。

④ 参见国家工商行政管理局《关于解决商标与企业名称中若干问题的意见》(工商标字[1999]第81号),其中规定:

“四、商标中的文字和企业名称中的字号相同或者近似,使他人对市场主体及其商品或者服务的来源产生混淆(包括混淆的可能性),从而构成不正当竞争的,应当依法予以制止。

五、前条所指混淆主要包括:

(一)将与他人企业名称中的字号相同或者近似的文字注册为商标,引起相关公众对企业名称所有人与商标注册人的误认或者误解的;

(二)将与他人注册商标相同或者近似的文字登记为企业名称中的字号,引起相关公众对商标注册人与企业名称所有人的误认或者误解的。”

在《北京市高级人民法院关于印发〈关于商标与使用企业名称冲突纠纷案件审理中若干问题的解答〉的通知》(2002年12月24日京高法发[2002]357号)中对该冲突问题的定义中只描述了上述条款中的(二)所列的情况,而忽略了(一)中的情况。这是由于在我国现有的法律框架下,商号制度并不完善,企业名称的权利保护的力度很难和商标权的保护相比。因此,大多数的商家都优先采用了将字号注册为商标从而受到企业名称权和商标权双重保护的模,特别是对于那些知名、著名或驰名的字号权利人而言,更无一例外地选择了这种双重保护的模,而在大多数的诉讼过程中,权利人也都优先主张商标法的保护。因此,即使出现上述条款中(一)所描述的侵权行为,在司法实践中,也转换成了一般的商标权侵权问题的诉讼,脱离了我们研究此问题以指导实践的范畴。

企业名称与商标都是商业标识,都有区别商品和服务的作用。从表面上看,企业名称是区别商业主体的,商标是区分商品的,但从知识产权角度讲,企业名称和商标都是区分商品和服务的来源的^①。企业名称中含有知识产权意义的、有商业附加价值的部分只有商号,这也是企业名称中的最有显著性特征的部分^②。商号是商事主体在经营活动中用于区别其他商事主体的特定名称,在我国现行的立法下,它隐含在企业名称权制度中,与商标分属不同的主管部门,由不同的法律调整。他人注册商标在先,并不是企业名称登记的禁止条件;而企业名称权的保护范畴也未括及商标领域^③。

我国企业名称制度实行的是核准注册制和企业分级管理制,对商号的保护限定在同行政区划和同行业^④。这种制度给那些“傍名牌”、“搭车”销售自己的产品的不正当竞争者以可乘之机。侵权行为人采用的手段可能多种多样^⑤,但是综合看来,不外乎为:首先通过合法的形式获得与商标权人的商标相同或近似的企业名称或字号的使用权,其中包括跨行业、跨地区注册、从注册人处获得授权等方式;其次以某种特定的方式使用该企业名称或字号,突出使用与他人商标中的实质部分相同或相近似的部分,从而造成消费者的混淆和误认,达到不正当竞争的目的。

① 参见田云鹏:“一个亟待解决的问题”,载《工商行政管理》2000年第7期,第13页。

② 国家工商管理局1991年7月1日发布的《企业名称登记管理办法》中规定:“企业名称应当由以下部分依次组成:字号(或者商号)、行业或者经营特点、组织形式。企业名称应当冠以企业所在地省(包括自治区、直辖市)或者市(包括州)或者县(包括市辖区)行政区划名称。”

③ 参见《企业名称登记管理规定》第九条及《商标法》第十条之规定,另参见杨玉熹:“商号与商标:权利冲突与解决”,载 <http://www.lawbook.com.cn/wsyd/wsyd-lw/lw980803.htm>。

④ 参见袁建军:“对企业名称恶意混淆的思考”,载《工商行政管理》2000年第9期,第13页。

⑤ 有些学者对这些情况做了列举,显然这种列举是不可能包纳所有的侵权行为方式的。但是,通过对这些司法实践中产生的各种行为方式的分析和比较,从中抽取规律性的内核,对于指导立法和司法都是相当必要的。参见丁滨元:“公平竞争与保护企业名称”,载《工商行政管理》2000年第7期,第16页。

文中指出:故意使用与他人企业名称中的字号相同或相近似的文字作为字号登记注册企业名称,并且与他人经营相同产品或者服务,是非常明显的不正当竞争行为。以下几种情况是常见的“故意”行为:

1. 设立企业的出资人与他人在同一城市,且他人的企业名称或其字号在该城市相关公众中有相当知名度;

2. 设立企业的自然人出资人或者企业法定代表人、董事会成员、总经理等曾在他人企业里工作过或在代理他人商品、服务的企业里工作;

3. 所设企业与他人不在同一城市,但他人或他人的产品、服务在所设企业的城市里相关公众中有相当的知名度;

4. 创始人分家时,有协议约定不再享有原企业工业产权的人,设立企业仍使用原企业字号或商标中文字的。

(二) 商标与企业名称冲突的侵权认定和处理

1. 公平竞争、诚实信用,依法规范使用企业名称原则

公平诚信原则是调整一切平等民事主体法律关系的基本原则,而流通领域中的知识产权纠纷大多比较复杂,商标信誉的强弱、侵权人的主观意志、混淆误认的判断,都缺乏可以遵循的明确具体的标准,判断起来较为困难,在没有相关具体规定的情况下,公平诚信原则就是指导司法者审理案件的依据和灵魂^①。

诚信原则涉及两重利益关系,即当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系,它要求当事人不得通过自己的行为损害他人和社会的利益,必须以符合社会经济目的的方式行使自己的权利^②。诚实信用已成为一切市场参与者所应遵循的道德准则:在不损害其他竞争者,不损害社会公益和市场道德秩序的前提下,去追求自己的利益。

企业使用其名称时应使用全称,从事服务等行业的企业在使用企业名称时可以适当简化,但以不损害他人合法权益为限,其中包括不侵犯他人注册商标权。同时在使用企业名称时,还应以一般的商业习惯为准则,合理、规范地使用企业名称,如果突出使用了企业名称中与他人注册商标相同或近似的部分,造成消费者混淆和误认的,应推定其违背了诚实信用、公平竞争的原则^③。

行为人将具有一定商业信誉的注册商标登记为自己的企业名称或字号,使消费者对商品或者服务的来源以及不同经营者之间具有关联关系产生混淆误认,抢占市场份额,使得有竞争利害关系的诚实经营者处于不利地位,从中牟利,其手段违背了诚实信用原则,具有明显的不正当竞争性。

2. 保护在先合法权利是解决商标与企业名称冲突问题的根本原则

在法律的框架中,两种合法权利的冲突是不可避免的,而冲突的解决必然要遵循一定的原则,这将代表着一种利益对另一种利益的让步,然而,这只能说明一种利益高于另外一种利益而更值得我们去保护,但并不代表一种权利高于另一种权利,也不代表行政权和司法权之间可以相互僭越。

① 课题组(课题主持人:张鲁民;主要执笔人:刘继祥):“关于商标与使用企业名称冲突纠纷案件审理情况的调查报告”,载《北京审判》2003年第4期,第17页。

② 参见梁慧星著:《民法总论》,法律出版社1996年版,第256页。

③ 参见北京市第二中级人民法院审理的苏泊尔集团有限公司、浙江苏泊尔炊具有限公司诉宁海县搪铝制品厂、北京天惠福商贸中心不正当竞争纠纷案[案号:(2002)二中民初字第5759号]。

此案中宁海县搪铝制品厂自案外人苏泊尔(香港)集团有限公司处受让取得“Hosden”商标,其在使用该商标生产压力锅产品时,突出标注了“商标由苏泊尔(香港)集团有限公司授权使用”字样。法院认为:依一般商业习惯,不会突出标注商标的授权使用状况,从而推定宁海县搪铝制品厂意在突出使用原告驰名商标“苏泊尔”,造成消费者对产品的来源的混淆和误认,违背了诚实信用原则,构成了不正当竞争。

保护在先权利原则是处理知识产权冲突最基本的一条准则,其体现了司法权对冲突中的一方利益的倾向。所谓的在先权利是相对于“在后权利”而言的,就同一客体先产生的权利较之于后产生的权利,即为在先权利。保护在先权利原则要求在后权利的创设、行使均不得侵犯在此之前已存在并受法律保护的合法权利。如果某一“在后权利”是以侵犯他人已经合法存在并且受法律保护的知识产权为前提,这种权利就不能独立存在并受到法律保护,如果在后权利是合法存在的但该权利的某种行使方式可能侵犯他人合法的在先权利,那么这种权利的该种行使方式就会受到限制^①。

有些学者在“保护在先权利”的基础上还提出了“兼顾商标优先”的理论^②,认为商标权是经过实质性审查的权利,在效力上应该优于企业名称权。这种理论在一些国家的法律中有所体现^③,但在目前我国的司法实践中仍然缺乏法律依据,应审慎应用。

3. 实质相似原则是判断两种权利产生冲突的重要依据

(1) 相似性的比较必须针对行为人的具体使用方式

很多时候,行为人并非将企业名称或字号直接使用,而是突出使用企业名称中的与权利人商标相同或相近似的部分,或通过简化、文字变形、与其他图形或文字的组合等方式使用,构成与权利人的商标的近似,从而造成消费者对其提供的商品或服务与商标权人提供的商品或服务造成混淆和误认,以达到不正当竞争的目的。因此,相似性的比较必须针对权利人的商标与行为人在被控侵权行为中对企业名称(或字号)具体的使用方式进行,而非简单地对权利人的商标与行为人的企业名称或字号进行比较。

(2) 相似性比较必须分层次、分类别进行,遵循“整体比较”与“实质相似”相

① 参见冯晓青:“论知识产权权利重叠、权利冲突及其解决”,载《北大知识产权评论》第1卷,第115页。

② 参见朱建军:“如何认识和处理将他人注册商标取作企业字号行为的几点思考”,载《工商行政管理》2000年第9期,第20页。

文章指出:从公平合理的基本原则出发,考虑到两种权利登记注册程序的区别,商标权是一种经过实质性审查的权利,而企业名称权是一种未经实质性审查取得的权利。二者在登记机关的层级差别、享有权利的地域差别以及两种权利对于市场作用的大小不尽相同等原因,应优先保护商标权。其内容应包括:

1. 在同一日期内申请的,商标权优先;
2. 无法认定申请日的,保护知名度大的,知名度相当的,商标权优先;
3. 用其他方式无法解决的争议,应严格规范企业名称的使用方式,并强调他人商标不得用作商品的名称,不得在商品包装、说明、广告上使用企业简称,以此减少混淆的可能性。

③ 如法国法间接规定了商标权优于字号权。参见彭曙曦、刘凤菊:“解决商标权与企业名称权冲突之外国法比较”,载 <http://www.law-star.com/classnews/fzlt/2001041922.htm>。

结合的原则

首先要对权利人的商标与行为人在被控侵权行为中对企业名称或字号具体的使用方式进行整体比较,应对原告商标及行为人对企业名称或字号具体的使用方式中各部分的位置关系、大小比例、突出使用部分的相对位置等方面进行综合比较,并分别确定二者的实质部分。其次,如果行为人是将他人注册商标相同或相近似的文字作为企业字号在相同或者类似商品上单独或者突出使用,属于侵犯他人注册商标专用权的行为,应当适用《商标法》调整的,应对权利人商标中的实质部分(当商标为文字和图形组合商标时,应分离商标中的图形和文字,确定商标的实质部分,下同)与行为人使用的标识的实质部分进行相似性比较;如果行为人以其他的方式,突出使用原告商标中的文字部分,使消费者对商品或者服务的来源以及不同经营者之间具有关联关系产生混淆误认,属于不正当竞争行为,适用《民法通则》、《反不正当竞争法》调整的,应将原告商标中的实质部分与行为人对企业名称或字号具体的使用方式中突出使用部分进行比较。

(3) 如何判断“文字近似”和“造成消费者混淆误认”

判断商标与企业名称中的字号是否近似,应主要考虑公众的视觉效果,综合字形、读音、含义进行判断。只要字形、读音之一基本相同并足以使消费者对商品或服务的来源以及不同经营者之间具有关联关系造成混淆误认的,即应认定为近似,同时还应考虑请求保护的注册商标的显著性和知名程度^①。

在判断商标与企业名称中字号的使用冲突能否造成消费者混淆误认(包括产生混淆的可能性),即对不同经营者提供的商品或者服务的商业来源以及不同经营者之间具有关联关系的混淆误认,原则上应以消费者施以普通注意力是否发生混淆为认定的依据。在具体方法上,一般通过综合分析认定与市场调查相结合的方法^②,应该以侵权行为发生时的有关事实为依据,同时还应当考虑但不限于以下因素:①销售商品或者提供服务的渠道与方式;②双方所经营的商品或

① 参见北京市高级人民法院《关于商标与使用企业名称冲突纠纷案件审理中若干问题的解答》(2002年12月24日京高法发[2002]357号)。

② 参见刘晓华:“假冒知名商品侵权案件中若干问题的探讨”,载《法官论知识产权》,法律出版社1999年版,第215页。

文章指出:第一,综合分析认定,指根据两种商品的商业标识的主要部分或整体形象是否相似,一般消费者施以普通注意力是否已经发生误认予以判断。这种误认不仅包括将两种商品当做同一种商品的误认,也包括将两种商品的生产企业当做同一企业或相关企业的误认。第二,市场抽样调查是指对相关的消费者,就两种商业标识是否近似进行市场的抽样调查,同时由公证部门对整个市场抽样调查的过程进行公证,以此作为判断的依据。

笔者在此指出的是:对于市场抽样调查的方式,依据我国现有的证据制度,不宜由法院依职权做出,而是属于当事人举证责任的范畴,法院再对该证据的证明效力予以判断和认定。

者服务的类似程度以及消费者购买时的注意程度;③是否有证据证明已经造成了实际混淆;④被告人是否具有利用或者损害他人商誉的故意等,综合做出判断^①。

4. 商标权保护和反不正当竞争法双重保护制度

商标与企业名称冲突纠纷,从侵权人的行为性质上看,主要是借助于合法的形式侵害他人商誉,表现为使消费者对商品或服务的来源以及不同经营者之间具有关联关系产生混淆误认,故一般属于不正当竞争纠纷,应当适用《民法通则》、《反不正当竞争法》进行调整,这种情况下,一般应用《反不正当竞争法》第二条之规定:“经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”及第五条之规定:“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易,损害竞争对手:(一)假冒他人的注册商标;(二)擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品……”;将与他人注册商标相同或者近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上单独或者突出使用,容易使相关公众产生误认的,属于侵犯他人注册商标专用权的行为,应当适用《商标法》进行调整。这种情况下,一般应用《商标法》第五十二条之规定:“有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权:(一)未经商标注册人的许可,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的……”^②

《商标法》和《反不正当竞争法》的双重保护为商标权人提供了更充分的司法救济,但两种保护模式却存在着很大的差异:《反不正当竞争法》中规定的仿冒行为要求权利人证明自己提供的为知名商品或服务,同时,不正当竞争行为需要证明行为人的主观恶意,要求该行为必须是以不正当的手段损害其他经营者的合法权益或扰乱社会经济秩序的行为,这就排除了善意注册和使用企业名称中造成混淆误认的情况,同时给行为人以合理来源的抗辩机会。而依据《商标法》中侵犯商标专用权的规定,并不要求权利人证明其注册商标是知名、著名商标,在相似性判断中,依据的也是客观标准,只要行为人使用的标识与权利人的注册商标客观上相同或近似,不论其主观故意如何,均构成了对商标专用权的

^① 参见北京市高级人民法院《关于商标与使用企业名称冲突纠纷案件审理中若干问题的解答》(2002年12月24日京高法发[2002]357号)。

^② 也有文章指出:《商标法》第五十二条第一款第(五)项中规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的。”也可以作为处理商标与企业名称纠纷,规范、查处恶意登记行为的法律依据。参见江苏省工商局公平交易所:“将他人注册商标作为自己企业名称字号的恶意登记行为如何规范”,载《工商行政管理》2000年第8期,第30页。另参见杨玉焱:“商号与商标:权利冲突与解决”,载 <http://www.lawbook.com.cn/wsyd/wsyd-lw/lw980803.htm>。

侵犯。

两种保护模式对商标权人和侵权行为人举证要求的差异使得商标权人选择不同的保护模式,可能导致自己的权益受到保护的程度也不尽相同。这说明我们仍然缺乏科学、规范的法律体系解决商标与企业名称冲突纠纷^①。

5. 司法救济的特殊时效制度

商标与使用企业名称发生权利冲突,商标权人应在法律规定的时间内向有关机关提出救济的请求。

我国《民法通则》规定了一般民事侵权行为的普通时效为2年^②;在我国商标立法中,又具体规定了:“侵犯注册商标专用权的诉讼时效为二年,自商标注册人或者利害关系人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。商标注册人或者利害关系人超过二年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在持续,在该注册商标专用权有效期限内,人民法院应当判决被告停止侵权行为,侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。”^③这是一种普通时效的规定,其起算点为“当事人知道或应当知道权利受侵害之时起”。

我国《民法通则》规定了一般民事侵权行为的最长时效为20年^④;同时规定:“商标权人自企业名称登记之日起五年内未提出请求的,不予保护。对恶意将他人驰名商标注册为企业名称的,则不受五年的限制。”^⑤这是一种最长时效的规定,其起算点为“从权利受侵害之时”,即行为人将与他人商标相同或相近

① 参见彭曙曦、刘凤菊:“商标权与企业名称权冲突问题研究”,载 <http://www.law-star.com/classnews/falt/2001041921.htm>。文中指出:国家工商局1999年《关于保护服务商标若干问题的意见》第七条规定,“以正常方式使用字号、姓名等,不构成侵犯服务商标专用权行为,但具有明显不正当意图的除外”。1999年《关于商标行政执法中若干问题的意见》第九条也规定:“善意使用自己的名称或地址的行为,不属于商标侵权行为”。依这些《意见》,已经确立的字号权与商标权原则上可以继续并存,但如果当事人主观有恶意,则分情况可认定其构成侵权。这里采用了“主观恶意”标准,对于消除不正当竞争是必要的。这里存在的问题是,商标权与善意登记的在后字号权并存,也就是在正当竞争中形成的权利并存,在事实上也有可能引发严重的混淆和尖锐的利益冲突。在资讯高度发达、市场一体化进程加快的条件下,更是如此。目前法律未能对其中产生混淆和冲突的并存有所规范,而是认可其继续并存,从而表现出现行法律法规相对于经济实际发展要求的严重滞后。

② 参见《民法通则》第一百三十五条之规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外。”

③ 参见《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2002]第32号)第十八条之规定。

④ 参见《民法通则》第一百三十七条之规定:“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是,从权利被侵害之日起超过二十年的,人民法院不予保护。有特殊情况的,人民法院可以延长诉讼时效期间。”

⑤ 参见《北京市高级人民法院关于印发〈关于商标与使用企业名称冲突纠纷案件审理中若干问题的解答〉的通知》(2002年12月24日京高法发[2002]357号)。