

*The Theory and Practice  
of  
Intellectual Property*

知识产权  
理论与实务

主 编  
执行主编

张玉敏  
李雨峰



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

*The Theory and Practice  
of  
Intellectual Property*

# 知识产权 理论与实务

主 编 张玉敏  
执行主编 李雨峰



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

知识产权理论与实务/张玉敏主编. —北京:法律出版社, 2003. 10

ISBN 7-5036-4520-2

I. 知… II. 张… III. 知识产权法—中国  
IV. D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 084991 号

法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/综合法律出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/12.375 字数/354 千

版本/2003 年 10 月第 1 版

印次/2003 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

综合法律出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/zonghe@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939654 传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4520-2/D·4238

定价:29.00 元

## 西南政法大学 知识产权研究中心简介

西南政法大学知识产权研究中心是成立于1998年的独立民间机构,其宗旨在于团结和组织知识产权法领域的优秀人才,在国内乃至国际间展开对话,并就理论和实践中的热点难点问题进行对策性研究,力求对整个知识产权法律制度的完善做出贡献。

中心定期举办全国范围的知识产权研讨会,推动学术交流,提供不同意见的舆论阵地;收集整理有关的立法、司法和判例,给学生提供最新的法律信息;免费接受司法部门的法律咨询,对实践中的疑难案件给予理论的探讨与指导;接受国家机关、企事业单位的委托,完成相关的专题研究;为学校乃至全国、海外培养知识产权法领域的双学位、硕士生、博士生。

迄今为止,中心曾培养硕士生80余人,博士生20余人,其中包括美国籍、台湾地区博士生6人;2001年曾就商标法的修订举办全国范围的研讨会,研讨会上的重要建议与修订后的商标法的相关部分达成一致,其中有关知识产权概念与法律特征的认识被民法典知识产权部分的起草者加以借鉴。

中心主要成员包括张玉敏、李开国、赵万一、赖达清、曾兴华、吴鉴平、张耕、谭启平、廖志刚、刘有东、秦杰、马海生、曹伟、邓宏光、周燕、李雨峰等。

中心主任介绍:张玉敏,女,西南政法大学法学一系教授,博士生导师,重庆市版权局顾问,曾出版专著、编著十余部著作,在国家级核心期刊上发表论文几十篇,曾主持国家级、省部级课题多项。

# 目 录

## 【论文】

### 注册与使用之间

- 对商标法保护对象的思考…………… 张玉敏 黄 汇(3)
- 我国专利权的保护范围研究…………… 田文英 张 卫 宋海洋(20)
- 论我国基因专利制度之选择…………… 马海生(42)
- 论个人形象商业价值之保护
- 以美国公开权为中心…………… 邓宏光(66)
- 商标显著性:理论与制度…………… 王法强(104)

## 【评论】

- 后发使用显著性商标的法律保护探析…………… 陶鑫良(123)
- 商标平行进口:事实与政策的考量…………… 曹兴权(136)
- 新《商标法》与 TRIPs 的比较研究
- 兼评《商标法》的最新修改…………… 张 耕(163)
- 民国时期的版权法…………… 李雨峰(202)
- 商标的价值和企业商标战略…………… 赵明昕(226)

## 【案例评析】

- 几种作品的司法认定…………… 邱文宽 欧修平(257)

## 【域外法学】

### 1998年《千禧年数字版权法》评述

- …………… 美国版权局/著 曹 伟/译(267)
- 《美国专利法(2000年)》(美国法典第35编)…………… 王 健/译(285)

## 【法边絮语】

- 中国应创建自己的知识产权系统诠释理论…………… 徐 瑄(391)

# 论 文



# 注册与使用之间

——对商标法保护对象的思考

张玉敏 黄 汇\*

基于注册和基于使用而获得商标专用权是现行世界各国商标保护的两大基本法律框架。尽管从实证法的角度视之,情况确定如此,但商标法究竟应选择何者为其保护的本真对象才是妥当的则依然是一个值得探讨的问题。在笔者看来,商标法保护的真正对象应当是“使用”。虽然从表面上看,在选择保护的對象上,商标法似乎总是游弋于注册与使用之间,但这仅是问题的现象,其本质是商标法实现在动态中保护使用的一种手段。以下,我们将从商标法的发展历程和注册制度的本质、商标法的具体制度构造以及法哲学三个思维向度展开分析。

## 一、商标法发展历程和注册制度本质之维的分析

从商标保护的历史看,最早对商标提供保护是从普通法国家以判例的形式对在实际中使用而在公众中享有声誉的商标进行保护开始的。原究这种初始的保护模式,我们可以探测普通法国家的法院之所以给予商标以保护,其根本用意在于对因商标所有人对商标的使用而形成的现实秩序的维护。这种秩序包括两方面:其一,是商标所有人因

---

\* 张玉敏,西南政法大学教授,博士生导师;黄汇,西南政法大学民商法2001级硕士研究生。



为使用商标,而凝结在商标所标示商品上的信誉为商标所有人带来合理商业利润的竞争秩序;其二,是购物者能通过商标辨识商品的不同来源,从而购买到商标所代表的真实厂家的产品的这样一种认购秩序。因而,判例法对商标的最初保护,其立足点是商标的使用,更确切地说是商标使用所形成的前述两种既存秩序的保护。<sup>[1]</sup> 这样一种保护方式经由 1618 年英国首开的禁止布商间的“标识仿冒”<sup>[2]</sup> 开始,一直到英国 1905 年商标法和法国 1964 年商标法的颁行时止。后两部商标法分别被视为这两个国家商标制度发生如下变化的转折点:或者是由单一的使用原则过渡到“使用原则”与“注册原则”并存(英国);或者是由“使用原则”转变为“注册原则”(法国)。<sup>[3]</sup> 自此,注册成为取得商标专用权的一种新的模式而存在。

那么,是否意味着在注册成为商标专用权取得模式后,商标法保护的對象就是注册行为本身了呢?在回答这一问题之前,我们有必要考虑一下注册制度之成因及其发展历程。注册制度大概经历了以下两个阶段:其一,随着人类社会生产力的提高,商品生产日益发展,生产同种或类似商品的经营者众,并且它们又可能散布在相距甚远的不同地域,一经营者很难发现另一经营者已使用某一商标,结果是有多个不同经营者同时同一或者类似商品使用某相同商标。如果说“仿冒之诉”在

---

[1] 以“仿冒之诉”的形式对商标使用人提供保护,其动机更多专注于通过对仿冒的禁止以实现竞争的公平性,即它更多倾向于第一种秩序,即竞争秩序的维护。但实际上,上述两种秩序是“一体二面”的关系,保护所有人的商标不被假冒本身就是确保消费者不被欺骗的重要前提;消费者认牌购物,而又能确实购到真实厂家的产品,这又是实现厂家竞争利益、维护公平竞争的现实基础。今天的《商标法》则同时负载了这两种使命,只是当我们分别置身于生产者和消费者的立场来看问题时,这种区分才有意义。

[2] 郑成思:《知识产权法》,法律出版社 1997 年版,第 168 页。

[3] 自此以后,这两个国家实行了两种不同的商标保护法:英国实行一种复合型的商标保护方法,即普通法保护与制定法保护相结合;法国则实行一种“全有或全无”(all-of-nothing)的方法,即商标必须注册才能获得法律保护,别无保护在贸易中建立起来的商誉的诉讼形式。See W. R. Cornish, *Intellectual Property: Patent, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, 1996. p. 516, p. 519. 转引自王春燕:“商标保护法律框架的比较研究”,载《法商研究》2001 年第 4 期。

生产者相对有限,仿冒者和商标真实所有者经常处于同一地区的情况下还有计可施的话,而在同业竞争者难以计数且在时空上又彼此分离的商品经济条件下,将变得举步维艰。在生产者众多且彼此没有任何使用公示的情状下,按原来使用取得原则(实际上是“先使用取得”原则),要分辨它们中哪一家最先使用会徒增取证的成本,而且易生出力不讨好的现象,即可能出现在最终难辨谁最先使用的情况下而将商标专用权赋予了后使用的经营者。为了避免这样一种张冠李戴的尴尬局面,注册制度应运而生。早期注册制度其目的即是要为“先使用”这一事实提供一个证据手段,其本质是对判例法上的根据使用事实而成立的商标权起宣告和推定作用,从而避免对“先使用”确认上的困难。法国 1857 年的注册商标法和英国 1875 年的商标法所规定的商标注册制度即属于此类情形。<sup>〔4〕</sup>其二,到 20 世纪初,市场经济在各国蓬勃发展,市场经济尤其注重效率和快捷,市场主体的权利意识和竞争意识也明显提高。经营者对商标专用权法律保护的渴求不再像早期经营者那样等到自己的商品在市场上有一定信誉被假冒后才产生,他们需要法律先行赋予他们以商标专用权。这种需要,首先表现在经营者的商品投放市场前就可能要利用商标来进行各种商业申请和进行广告宣传,此时商标信誉还没有建立,但经营者对商标专用权的要求已经展现;更为重要的是,市场经济乃权利经济,主体的权利意识空前提高,关乎经营者命运的商标权更是备受关注。而经营者对先前那种靠先使用获得商标权的制度信心不足,他们需要在购买前即确定地获得对自己商标的专用权。经营者只有在对其商标专用权有法律事前保障的前提下,才敢大胆放手地利用商标进行经营,从而排除经营者对当其商标在市场上有了一定信誉后因鱼目混珠而不能认定为是最“先使用”反而被禁用的后顾之忧。正是市场效率和经营者的安全预期的需要,真正意义上先行赋予经营者商标专用权的注册模式(未使用而获得商标专用权)随之产生。当然注册制度还能起到公示公信作用,当一商标在国家管理机关的登记簿上注册后,即能起到在全社会范围内的告知作用,以

〔4〕 王春燕：“商标保护法律框架的比较研究”，载《法商研究》2001 年第 4 期。

免其他同类经营者再使用相同或相似的商标,为避免以后的商标侵权埋下了伏笔,从而也为经营者避免无端的诉累奠定了基础,能从根本上保障市场运行的效率。

从以上的分析可以看出,现行为大多数国家所采纳的“注册取得”模式,其设计的出发点:一方面是便于行政机关对商标的管理,预防商标混淆的发生;另一方面是市场经济高效率运转和市场主体对商标专用权安全预期的需要。但这是否意味着在注册制度下商标法保护的對象就是注册行为本身了呢?笔者不认为如此。商标价值的蕴储和商标功能的展现均需在使用中才能获得;在使用前,商标徒是个“空壳”而已。极端地说,此时,我们甚至还不能视其为“商标”,因为在使用前,它充其量就是一个对现实和臆想世界的表达物而已,并不具有任何表征商品之特征,更遑论其负载了商誉。<sup>[5]</sup>而正如前面所述,商标法要保护的不是设计商标或者是将商标注册这样的事实行为,它要保护的倒是其使用,更准确地说是使用所形成的两类现实秩序:一类是有利于商标所有人的竞争秩序;一类是消费者的认购秩序。注册制度下给商标所有人以使用前的商标专用权,其真正用意是为商标所有人更好地使用商标提供条件,其目的是为商标将来使用所可能形成的前述两类秩序(确切地说是一种“期待秩序”)加以保护。正是基于此理,虽然许多实行注册原则的国家未将使用作为商标注册的条件,但也普遍地将商标的使用作为注册商标存续的条件,即倘若注册商标在连续若干年的期限内(一般为3年或5年)未使用,则该注册在该期限届满后难以逃避被撤销的命运。TRIPs第19条即以“使用要求”为题对此作了规定。欧共体《商标指令》第12条也规定:“若无正当理由,商标所有人连续5年未在有关成员国使用其商标,将丧失其商标专用权。”德国商标法第26条明确规定:“因注册商标或注册的维持提出的请求取决于商标的使用,除非不使用有正当理由,所有权人必须在本国范围内将商标真正

---

[5] 实际上,从实务操作上看,对商标进行价值评估时,也常不考虑设计商标时所投入的心智和财力的大小。实务上的做法从反面证明了“使用”对商标所有人的决定性意义,也为笔者所认为的《商标法》应以使用为本真保护对象提供了确证性支持。

使用于注册的商品或服务上。”

基于上述分析我们可以看出,在注册取得模式下,它并非是放弃了对使用的追求,只是为了适应市场快节奏运转和市场主体对商标专用权安全预期之需要,而把对使用的要求后置,其本质是法律应对社会生活的一个技术性处理而已。

## 二、商标法具体制度构造之维的分析

我们说商标法当以使用为其保护对象,更多意义上表现在某一未注册但已使用在先的商标相对于在后同一注册商标的效力上。<sup>〔6〕</sup>某一商标尽管未注册,但由于在先一定时间的使用,同样能形成足够的影响。对这样一种未注册商标,无论是“使用取得”还是“注册取得”抑或是采取混合模式国家的法律都表现出保护的姿态,使用成了对抗注册的一个重要理由。下面让我们看看这方面的具体规定:

(1)使用取得模式下的规定。这种模式的典型代表是美国。按美国现行商标法的规定,在联邦商标注册程序中,在注册之前有一异议程序:一个虽没有获得联邦注册但使用在先并因此获得了普通法上保护的商标,可以对在联邦注册程序中初步审定公告的商标提出异议,并可以此为由阻止后一商标获准注册。即使在异议程序中没有来得及这样做,商标法还规定了撤销程序。因为在美国一商标在成为无可争议的商标之前,注册也仅是商标所有人商标权的一个推定证据,任何人都可以基于其在先使用请求撤销该注册商标或宣布它无效。再退一步而言,纵使在先使用人对异议和撤销两项程序都未曾启动,而使一注册商标成为无可争议的商标后,在先使用人依然可以在其原来的使用区域

---

〔6〕在商标法的具体设计上,许多制度都体现了对使用的保护。且不说对于未注册驰名商标的高保护,对“第二含义”商标的肯认,也是其适例。商品的通用名称、表示商品质量或功能等原本被拒绝作为商标注册的要素却因为使用而能入围注册商标,于此使用在商标法的意义得以凸显。当然,商标法究竟要保护什么,注册或使用,只有在二者发生对抗时商标法姿态如何才最具有证明力。

内继续使用。〔7〕

(2)其他模式下的规定。除使用取得模式外,无论是较少采混合模式的国家还是大多数采注册模式的国家都几乎是一致地采取了对在先使用保护的立场,尽管保护的层次不一。前者如德国商标法规定一个标志通过在商业过程中使用,在相关商业范围内获得作为商标的第二含义时,即可以禁止在德领土范围内把该标志注册为商标,已注册的也应被撤销。〔8〕按郑成思先生的解释,德国商标法上所谓的具有“第二含义”的商标,是指那些已获得了相当声誉的商标,即在“贸易活动中的使用获得了公众的承认”。〔9〕可见德国商标法只对那些具有一定声誉的商标的在先使用才给予保护。后者如我国的新《商标法》,该法第31条规定:申请商标注册不得损害他人现有的在先权利,也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。为了保障在先使用人权利的实现,商标法除了给先用人以注册前的异议权外,还赋予其注册后的撤销权(对善意注册者,撤销期为5年;恶意注册不受期限限制)。从前述规定可以看出,我国商标法也把保护的象限定在有“一定影响”的商标上。而有的国家尽管没有对商标的影响力做出限制,但区分了注册人的主观状态,只有“恶意”注册者,非驰名未注册商标的先使用人才有权提起撤销申请。采取这种保护方式的有葡萄牙及比、荷、卢等国。〔10〕还有的国家不仅限定在先商标的知名度,而且仅赋予其继续使用的权利,而未给予其阻止注册的效力。日本就是这方面的适例。〔11〕但大多数国家的商标法则仅将未注册商标并且是属于《巴黎公

〔7〕 见美国商标法第1115条。

〔8〕 见德国商标法第12条。

〔9〕 郑成思:《知识产权通论》,法律出版社1999版,第249页。

〔10〕 1987年生效的比荷卢经济联盟统一商标法第4条规定了不能取得商标权的注册。该法第六项为恶意注册的情形,即“注册申请人明知或应知自申请注册之日前3年内,第三人已善意地以正常方式或于比荷卢境内在类似商品或服务上使用了近似的商标,且注册未经第三人同意的”。

〔11〕 日本商标法第32条规定,善意的在先使用者对其在他人申请商标注册之前已为消费者广为知晓的商标,拥有在原来使用的商品或服务上继续使用该商标的权利。

约)第6条之(2)意义上的驰名商标,作为注册的障碍和撤销的理由之一加以规定。

综观上述立法例,我们可以看出,无论在哪种商标保护模式下,在先使用都获得了相当的法律意义。但在先使用对注册效力之大小,各国规定可谓相去甚远。立法究竟应赋予在先使用何种地位,才算是使用事实最恰当的尊重呢?

在笔者看来,在注册和使用之间我们有必要做出如下的平衡:

首先,我们有必要对注册者的主观状态进行考量。对于恶意注册者而言,商标在先使用人应享有无条件的撤销权,而不管商标的实际声誉是大是小。其道理是“欺诈毁灭一切”(fraus omniacorrumpit),诚信是市场经济的基石。立法者如对抢注者的恶意视而不见,市场经济终有一日将因为信用的失灵而坍塌。在有欺诈存在的场合,如果我们还考虑这种主观的恶支配下带来的即使是善的结果,如注册者是恶意为之,但其商标在市场上长期使用,而且其商标所标示的商品质量可能比在先使用的高,消费者也乐于购买,这时如果我们顾及这种表面良好的现实秩序,而纵容该恶意注册,那它必将构成对作为市场基石的诚信规则的破坏。而这种破坏将是灾难性的,会带来整个法律价值的沦丧和市场秩序的混乱。因而,对注册者的恶意进行法律上的责难,即宣告其注册行为无效,不仅是正当的,也是极有必要的。

其次,当注册行为是基于善意时,笔者认为应当根据商标在先使用的实际情况加以区别对待。对于一个注册时的普通商标而言,未注册的在先使用人不应享有阻止注册和事后撤销注册的权利,但应当拥有在原来使用范围内继续使用的权利,而且还有权要求同时在该范围内使用的注册商标采取措施对二者加以区分。之所以要这样安排,其理由是,在注册之前,在先使用的普通商标的影响力仅及于其使用的有限范围(如某一县、市或某几县、市或某一两个省),其不愿注册或许是无意或许是根本无力扩大自己商标的影响。鉴于可作商标的资源有限性,所以,没有理由阻止他人将该商标注册。但一旦他人将该商标注册,因注册之效力及于全国范围,注册人将在全国范围内使用,而且将致力在全国范围内扩大该商标的影响,为商标信誉之增强而努力经营。

这时,如果允许在先使用商标以使用为由而否定在后的注册,这对注册人是极为不公平的。一个努力的人不能独享自己的经营成果,却要拱手将其让与一个未曾为之做出任何付出的人,法律还有正义吗?而反过来,在先使用人在其原使用范围内为商标信誉的增强也同样辛苦经营。更何况尽管在先使用人的商标未注册,但并不代表其标示的产品质量一定差,相反其产品质量还可能高于注册人的产品。而且从实际看这些产品往往带有文化上的地方特色。如果禁止先用人的继续使用或者允许注册人不加区分地使用,对在先使用人同样是不公平的。一个未注册的商标能够在一定地域内长时间的存在,至少能证明该商标在某地域内是有一定影响的,让在先使用人放弃商标的立法无异于对现实生活的生吞活剥。所以在先使用人不但有权继续使用,还有权要求注册人采用可区分的方式使用;否则注册人便有机会搭乘在先使用人的便车来销售自己的产品,或当注册人的产品不及先用人的产品时甚至会害及先用人商标的声誉。

再次,当注册是基于善意,但在先使用的商标是一个知名商标时,在先使用人的经营努力毫无疑问应当得到法律的积极评价,他不但有权阻止第三者的注册,也应享有注册后的撤销权。但对先用人的撤销权应做出一个时间限制,如限定于3年或5年内。其理由是在撤销期间内,注册人也在使用商标,且由于现代广告媒体的立体化发展,在3年至5年的时间内,注册人完全可能依凭自己的力量,或者扩大在先商标的信誉,或者赋予该商标以注册人自身的经营内涵和信誉特点,即注册人的商标和在先使用人的商标尽管“形似”(实际上一模一样),但商标所代表的商品的特色已迥然有别,你是你的,我是我的,在“神韵”上相差极远,又都各有千秋。无论在哪种情况下,撤销期一过,在先使用人都应丧失撤销权。因为,由于商标长时间的使用,消费者对注册人的商品已开始认同,有利于注册方的认购秩序已经形成。后一种情况尤为明显,举一例子更便于理解:如厂家甲生产洗发露,并在先使用“拉芳”商标,该商标在市场上业已知名只是没有注册。另一厂家乙善意注册了“拉芳”商标也在商业中使用,时间在5年以上,但二者产品的功能

截然不同,甲的产品主要有去屑止痒功能,而乙的则有柔顺、丝滑的功能。<sup>[12]</sup>而在消费者看来,虽然都是拉芳洗发露,但品种特色不同,甚至有的消费者更倾向于乙厂家的具有柔顺、丝滑功效的产品。由此看来,由于乙厂家的长期介入,使拉芳品牌扩大了其消费群,而那部分喜欢柔顺、丝滑功能的消费者是由乙厂家独自吸引来的。因此,法律应当尊重乙厂家的经营成果,承认其注册为有效。当然,在先使用人也应享有在原使用范围内继续使用的权利,只是为了便于消费者认购,可以要求他们以显著方式如表明产地或企业名称的方法以区别二者的产品。

从以上的分析可以看出,在选择保护的對象上,商标法似乎总是辗转徘徊于注册与使用之间,时而是对使用的肯定,时而又转到对注册的维护上。这只是问题的现象,正如前文所探讨的那样,商标法在选择保护的對象上始终是以使用为出发点的。商标法跳跃于注册与使用之间,是它对在先使用或注册后使用所可能形成的现实秩序的比较状况,也即使用所形成的有利于商标使用人或注册人的竞争秩序大小之不同进行权衡的结果。对一个在先普通商标而言,立法不赋予其使用人注册前的异议权,是因为法律自无为一个无意或无力将自己的商标在全国使用做大的当事人安排之必要。允许第三人注册,与使用无关,它是一个分配正义的问题,即任何人都有利用有限商标资源的平等权。给在先使用人以先用权,那是因为在原使用范围内,在先使用人为营造有利于自己的竞争秩序一直在努力,先用权是对在先使用人该种努力的尊重。而不给在先使用人以对第三人注册后的撤销权,那是因为注册人的努力是在全国范围内展开的,其营造的有利于自己的竞争秩序也是扩及整个国家范围内,法律这样安排,是对在先使用和注册人的经营努力区别对待的结果,其本质乃是对使用形成的现实秩序最忠实的反映。更足以说明这一观点的是,当知名商标的在先使用人在一定时间内(如3年至5年)不行使其撤销权时,先用人的此项权利将归于消灭,而第三人的注册将成为无可争议。正如笔者前面所分析的那样,在3

---

[12] 这里只是为了说明的需要,实际商业运作中,厂家的洗发露可能均表明有止痒、去屑、顺滑等多种功能,但这不会影响读者对问题的理解。



年至5年的时间内,注册人已足以建立起该商标新的信誉,使自己和该商标联系起来,从而形成有利于自己的竞争秩序。商标法如果固守对在先使用的保护,那它又将构成对注册人使用商标所形成的现实秩序的抹杀。商标法只有在动态中把握使用,才能做到既对经营者的努力做恰到好处的肯定,又能对商标使用形成的现实秩序以最真实中肯的反映。

### 三、法哲学之维的分析

本文的前两部分分别从注册制度的本质和商标法的应然构造的视角出发,不但阐明了商标法保护的客体是使用的观点,更具体说明了商标法如何抉择于注册与使用之间,如何在动态中把握使用,以达到对使用(所形成的客观秩序)最恰乎其当的尊重。可以说,前两部分的叙述,笔者更多是从法与社会秩序的镜像关系来展开的,本部分笔者将要昭揭个中缘由,以说明商标法尊重使用秩序之更深层的原因,即它是正义的要求。

正如第一部分所分析的那样,真正赋予当事人以商标专用权而非为在先使用人之使用事实提供证据手段的注册制度是在20世纪初完成的。那是市场经济条件下主体权利要求和权利安全意识增强的必然结果。而满足人们对安全的渴求最好办法是诉诸法律。按著名法理学家埃德加·博登海默(Edgar Bodenheimer)的说法是“法律对于权利来说是一种稳定器,而对于失控的权力来说则是一种抑制器。从法律上对自由和平等等规定的目的,就在于确保今天所赋予的权利不会在明天被剥夺掉”。<sup>[13]</sup>注册获得商标专用权制度是因应主体避免此前那种应享有但因无法证明自己是在先使用人结果不能享有商标专用权的制度带来的担忧而诞生的。可以说,基于注册获得商标专用权是法律的创设。而诚如夏勇先生所言的那样,“享有一项权利,就意味着享有一种

[13] [美]E·博登海默著、邓正来译:《法理学、法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年版,第293页。