

清华大学商法研究中心·编

王保树·主编

总第24卷

Commercial Law

商事法

Review
论集

Volume. 24

2014

· 商事法基础理论 ·

论商号纠纷的类型化与司法裁判方法 李国毫

商法上的权利外观责任 刘文科

· 商事法专题研究 ·

公司捐赠的程序论

基于捐赠成立的视角 葛伟军

论类别股东会 刘胜军

董事对公司之赔偿责任研究 王军

中国证券市场的退市制度
——二十余载的扬弃 武巍

我国期货市场内幕交易规制反思
——以美国法的理论与规范为借鉴 张小妮 张宝山

商事信托受益人权利性质研究 孙勇

论我国金融衍生品交易中的适合性原则 刘卉

· 比较商法 ·

美国异议股东回购请求权的股价评估 谭津龙

日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度 王原生

普通法信托向法定信托的嬗变

美国《统一法定信托实体法案》的组织法变革 袁田



法律出版社
LAW PRESS CHINA

总第24卷

Commercial Law

商事法

Review
论集

Volume 24

2014

清华大学商法研究中心·编

王保树·主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集. 第24卷 / 王保树主编. —北京: 法律出版社, 2014. 4

ISBN 978-7-5118-6237-2

I. ①商… II. ①王… III. ①商法—世界—文集
IV. ①D912.290.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第060630号

商事法论集 第24卷

王保树 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 曦

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/16

版本 2014年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京泰山兴业印务有限责任公司

印张 12.75 字数 287千

印次 2014年4月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-6237-2

定价: 38.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语:《公司法》与《证券法》 修改应该联动进行

一、公司法修改与证券法修改同步、协调进行是证券法与公司法关系的必然反映

《公司法》与《证券法》的互动与立法协调,是公司法与证券法关系的必然反映。因此,在把握《公司法》与《证券法》修改的同步与协调进行(以下简称“联动进行”)时,必须立足于对公司法与证券法关系的正确认识上。如何认识《公司法》与《证券法》的关系?

有的主张证券法与公司法是特别法与普通法的关系。持此主张者认为:“证券交易法与公司法乃同质之法律,而立于特别法与普通法之地位。”^①或认为,公司法与证券交易法“对同一规范事项具有普通法与特别法之关系”。^②

有的不赞成证券法与公司法是特别法与普通法的关系。持此主张者认为,“说证券交易法是商法、特别是公司法的特别法,这种说法并不全面”在商法特别是公司法所规定的股份、公司债以外,证券交易法还扩大到了金融衍生商品。

有的主张证券法是公司法的关系法,而非公司法的特别法。持此主张者认为,《证券法》和《公司法》在调整范围上存在交叉,不宜将证券法简单地等同于公司法的特别法,根据我国商法的现状,证券法当属于公司法的关系法。^③

综上所述可以看出,《公司法》与《证券法》确有相同性质和相同的归属,它们都是商法,以商事关系为调整对象,共同承担着维护商事秩序的任务,这是公司法修改与证券法修改同步、协调进行的基础。但《公司法》与《证券法》确有不同之处,虽都是商法的一部分,但《证券法》的公法因素较强。《公司法》更多地强调自治,而《证券法》更多强调适度监管。这表明,有着密切关系的法也会存在相异之处,需要立法上的衔接,而紧密衔接之处正表明《公司法》、《证券法》修改联动的必要性和紧迫性。

二、《公司法》与《证券法》联动修改已有传统

在我国,《公司法》与《证券法》同步修改、协调进行,并不是今天才有的问题。2005年《公司

① 赖源河:《证券管理法规》,2002年版,第31页。

② 刘连煜:《新证券交易法实例研习》,2002年版,第4页。

③ 叶林:《中国证券法》,中国审计出版社1999年版,第59页。

法》、《证券法》修改就曾以此为指针。虽然当时两法修改案的起草与提出并非同时,但最终接受社会各界意见,通盘考虑两法的修改,做到了协调进行。2005年协调修改的着重点是根据两法的具体任务的差别,调整具体内容:将《公司法》的上市公司、上市交易、股票、新股发行、公司债券及发行等内容划归《证券法》规定;将规制证券公司承销的内容一律划归《证券法》规范;部分采用“准用”或“依照”条款,解决了两法无法回避的共同内容的重复与沟通问题等。

2005年协调《公司法》、《证券法》的修改,提高了两法修改的质量。首先,明确了两法的不同宗旨,即《公司法》以规范公司组织为主旨,调整公司设立、运营中对内对外关系,保护公司、股东、债权人合法权益。而《证券法》则以规范市场管理为主旨,通过对证券发行、交易的监管,保护投资者利益。其次,凸显了两法规范的不同性质。《公司法》调整的社会关系大多仅及于当事人之间的利益,因而应以任意性规范为主,强行性规范为辅;而《证券法》调整的社会关系则不仅及于当事人利益,还涉及资本市场秩序,因而主要是强行性规范。如果将本应由《证券法》规定的内容列入《公司法》作出规定,则不利于保护社会公众投资者利益。最后,区分了公司自我调节领域和政府必要监管的领域。凡属于规范公司自我调节的,归入了《公司法》;凡确认与规范政府对证券市场必要监管的,应归入了《证券法》。

三、《公司法》与《证券法》修改协调进行的现实性

如果说,2005年是出于两法内容的调整,公司法修改和证券法修改采用了联动的措施。那么,在全面深入改革的今日,两法修改的联动则更具有新意,更显得迫切。《证券法》的改革与《公司法》的改革有许多共同的任务,协调进行是完成这些共同任务的关键。

(一) 股份发行与股份有限公司类型

我国现行《公司法》规定了发起设立公司和募集设立公司两种方式,因而人们也称作两种股份有限公司类型。其中,募集设立,是指由发起人认购应发行股份的一部分,其余股份向社会公开募集或者特定募集而设立公司。《证券法》也规定,设立股份有限公司公开发行股票,应当符合《中华人民共和国公司法》规定的条件……这两个法都试图规范公开募集设立的公司。实际上,自1993年以来,我国从没有公开募集设立的公司,只有公司成立后发行新股。将长期不存在的公开募集设立的公司作为股份有限公司的一种形式,同时,又专为这种公司设计了一种股份发行制度,这与实践是有距离的。而要改革这种状态,则既需要修改《公司法》的股份公司制度,也需要修改《证券法》的股份发行制度,两者协调动作、同步进行。

(二) 资本制度修改需要着眼于两法的全局

资本制度的发展从来都是《公司法》、《证券法》发展的重要组成部分。资本制度改革开始于2005年的两法修改,其集中表现是规定部分公司(不含上市公司)实行有最低实缴出资比例限制的认缴资本制,同时扩大了现物出资标的的范围,降低最低注册资本。2013年12月28日,第十二届全国人大常委会第六次会议对《公司法》进行了修改,在有限责任公司股东、股份有限公司全体发起人实行了全额认缴出资制度,不再实行最低注册资本制度,一人有限公司股东的认缴出资不再保留与其他有限公司不同的差别待遇。但是,这种修改仅是股东缴纳出资制度的改革,并没有在根本上

影响《公司法》与《证券法》中的公司资本发行制度。当今大陆法系国家的资本制度大多已改行折衷授权资本制度,甚至授权资本制度。这样的改革,不仅涉及公司资本本身,也不可避免地扩大董事会权力,严格董事义务,从而影响公司治理。同样,证券法也应同步完善,允许公司将其资本分期发行,节约资本,最大程度地实现资本的效率。两法联动修改、协调步法,资本制度才能实现全面、深入改革。否则,《证券法》和《公司法》中的任何一部法单兵突进,顾此失彼,其修改所做的贡献将是大打折扣的。

(三)董事对第三人的责任

董事、监事、高级管理人员对第三人的责任既涉及《证券法》,又涉及《公司法》。但是,目前仅《证券法》规定,在违反信息披露义务,致使投资者在证券市场遭受损失时,董事、监事、高级管理人员才与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。我国《公司法》没有规定董事对第三人的义务和责任,导致第三人遭受损害时,仅由公司负赔偿责任,董事不对第三人承担赔偿责任。显然,两法中董事执行职务的成本有着显著差异,不利于规范董事在公司治理中正确地发挥其作用。为了切实保护投资者的利益,有必要健全《证券法》上董事对第三人的责任。同时,为了全面进行董事会制度建设,《公司法》也应规定董事在故意或重大过失情形下,对第三人遭受的损害,与公司一起承担连带赔偿责任。解决两法存在的不协调,是两法联动改革、协同修改的重要课题。

上述分析,并不意味着《公司法》、《证券法》此次修改仅是这些内容,也不表明两法修改需要联动的仅仅如此。但是,它足以表明联动修改的现实意义。如果两法修改没有联动的设计和和实践,试图进行两法全面、深入地改革,将是不可能的。中国的立法至今没有完全脱离政府部门的影响。虽然《公司法》、《证券法》于2005年同时修改和颁布,但新的五年立法规划仅有《证券法》,该法已经开始了草拟阶段,而《公司法》却没有列入五年立法规划,据说是因为《证券法》有一个执法的主管部门,而《公司法》却没有这样的主管部门,前者有人关怀,后者没有相似的关怀。或许这种状况并非政府部门希望的,但克服部门影响的任务确实是存在的。联动修改不是人们冥思苦想出来的。正如《公司法》、《证券法》修改的必要来源于实践需要一样,两法的联动修改,包括紧迫性和内容调整也是一样的。

王保树

- 1 卷首语:《公司法》与《证券法》修改应该联动进行

商法基础理论

- 3 论商号纠纷的类型化与司法裁判方法

李国毫

- 24 商法上的权利外观责任

刘文科

商法专题研究

- 41 公司捐赠的程序论:基于捐赠成立的视角

葛伟军

- 59 论类别股东会

刘胜军

- 73 董事对公司之赔偿责任研究

王 军

- 89 中国证券市场的退市制度

——二十余载的扬弃

武 胤

- 116 我国期货市场内幕交易规制反思

——以美国法的理论与规范为借鉴

张小妮 张宝山

- 127 商事信托受益人权利性质研究

孙 勇

- 140 论我国金融衍生品交易中的适合性原则

刘 卉

国外商法

153 美国异议股东回购请求权的股价评估
谭津龙

171 日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度
王原生

186 普通法信托向法定信托的嬗变：美国《统一法定信托实体法案》的组织法变革
袁 田

商法基础理论

论商号纠纷的类型化与司法裁判方法

李国豪*

商号,即商事主体的名称^①,与商标等同为社会上常见的商业标识。商号可以表彰商事主体的身份,也是商事主体重要的无形资产。实践中,与商号有关的纠纷层出不穷。这里论述的商号纠纷,主要是因商号误认而产生的不同主体之间的利益争夺和权利冲突^②,是除合同纠纷以外的,其他与商号有关的民事、行政纠纷。它不仅包括两个商号之间的登记、使用纠纷,也包括商号与其他商业标识(尤其是商标)^③之间的使用纠纷;不仅包括两个商号(或商号与商标)易于混淆而产生的民事侵权、不正当竞争等纠纷,也包括商号自身表述内容损害国家、社会公共利益而引发的民事、行政纠纷。可见,商号纠纷产生原因复杂,所涉及的利益争夺和权利冲突种类多样。只有对“商号误认”现象进行细致探索,并在此基础上对商号纠纷进行类型化研究,才能找到更加合理、妥当的纠纷裁判方法。

一、商号纠纷产生的导火索:商号误认

商号是联系商人与社会公众的一根“纽带”。它就像一扇开启的“门窗”,使商人可以向公众表彰自己的特定身份,准确、便捷地传递相关营业信息,并展现和提升自己的商誉。然而,实践中有些商号含有不恰当的内容表述,对外传递的信息并不准确,会误导消费者的判断,或者含有与其他商号、商标相同或近似的内容表述,在特定范围内,容易引起消费者的混淆,抑或与驰名商号(驰名商

* 作者单位:浙江省高级人民法院。

① 在我国《企业名称登记管理规定》中,“商号”等同于“字号”,指的是“企业名称”的一个组成部分,与行政区划名称、行业或者经营特点、组织形式等要素共同构成了完整的“企业名称”。但在商法学研究中,“商号”常用来指称“商人的名称”。本文所使用的“商号”,指的是商事主体的名称,具体到企业组织,指的就是完整的企业名称,而非企业名称的一部分。

② “权利冲突”作为学术术语使用尚存争议。有学者认为权利冲突实际上是一个伪问题,是人们把权利本位绝对化导致的。守望权利边界,就不会发生权利冲突。参见郝铁川:“权利冲突:一个不成问题的问题”。载中国民商法律网, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=24227>,上传时间2006年1月10日。也有学者认为商号纠纷中权利冲突是真实存在的,商号权与商标权的冲突主要有两种表现形式:注册在先商标被作为企业名称的一部分进行了登记;登记在先的企业名称的一部分被作为商标注册。参见杨玉嘉:“商号与商标:权利冲突与解决”,载《现代法学》1999年第4期。我们认为,民事权利在理论上都有各自边界,不同权利的权利内容和效力范围不重叠,也就不会发生权利冲突。但实践中,或由于法律法规制定不够完善,或由于当事人权利获取有瑕疵、权利行使不当等原因,不同的民事权利之间确实可能发生“冲突”,产生利益争夺的纠纷。对此,最高人民法院、国家工商总局等部门发布的关于商号纠纷的司法解释、部门规章中也都使用了“权利冲突”的表述。为便于研究,我们将商号纠纷中的“权利冲突”分为两大类,一类是由于权利合法性存在重大瑕疵,或权利运行边界模糊,导致不同权利主体的可获取利益范围发生重叠而产生的冲突,我们称为“真性权利冲突”;另一类是在权利边界清晰的情况下,由于当事人不当行使权利而导致不同权利之间发生冲突,我们称为“假性权利冲突”。

③ 实践中,除商标之外,其他商业标识一般不易与商号发生误认,故本文所研究的商号纠纷,除了商号与商号之间的纠纷外,只涉及商号与商标之间的纠纷,不涉及其他商业标识。

标)相同或近似,虽未引起消费者混淆,但客观上却对驰名商标(驰名商标)持有人的商誉造成了负面影响,扰乱了公平竞争的市场秩序。这些现象往往是造成商号纠纷的直接诱因,均可称为“商号误认”。应当说明的是,商号误认不一定是由商号登记或使用不当造成的,当商标注册或使用不当,与他人的商号相似,造成公众混淆或对商号权人商誉造成损害的,同样可构成商号误认。

(一) 商号误认的种类

根据产生原因的不同,可以将商号误认分为以下三类:

1. 独立误导型的商号误认

该类商号误认起因于商号登记有瑕疵,造成其内容表述不恰当。这种不恰当,既可能是违反商号选定的真实性原则,以致商号内容不能如实反映商人的营业地、营业范围和组织形式等信息,如从事道路运输业的企业在名称中使用“航空运输”字样,个体工商户在名称中使用“有限公司”、“股份公司”等字样;也可能是违反商号选定的适当性原则,以致商号包含不适宜做商事主体名称的内容,如使用外国国家名称、党政军机关名称等。由于该类商号误认是商号本身的问题,一般不牵涉到他人的商号、商标等商业标识,但在客观上又使得社会公众对商号持有人的身份产生了错误的认识,故可称为“独立误导型”的商号误认。

一般来说,独立误导型商号误认不会对其他商事主体的合法权益造成直接侵害,故其引发的商号纠纷大多是行政纠纷,表现为商号持有人违反商号登记管理法律法规后,行政主管部门依法对其商号进行纠正所引发的争议。至于该类商号误认对消费者权益造成损害后,消费者直接向商号持有人求偿的,一般不视为商号纠纷,因为消费者所主张的往往只是经济赔偿,而没有权利直接要求持有人停止使用该商号;但如果消费者依据相关行政法规,向行政主管部门要求对该商号予以纠正的,则应是商号纠纷,只不过这种纠纷也是行政纠纷。因此,由独立误导型商号误认所引发的商号纠纷基本不会以民事案件的形式进入司法程序。

2. 关联混淆型的商号误认

该类商号误认起因于商号登记或使用不当,导致与他人的商号、商标相同或近似,在特定范围内容容易引起公众的误解和混淆;同时,也可能起因于商标注册或使用不当,导致与他人商号相似,在特定范围内容容易引起公众的误解和混淆。由于这种误认大多发生在两个相同或近似的商号之间,或者两个相似的商号与商标之间,其结果都是可能引起公众的混淆,导致人们不能准确区分两个商业标识的不同持有人,故可称为“关联混淆型”的商号误认。

该类商号误认具有四个特点:第一,既可以发生在两个商号之间,也可以发生在商号与商标之间。尤其在商号简化使用的情况下,由于行政区划、组织形式等要素一般都被省去,导致商号区分能力减弱,不仅更容易和其他商号混淆,也更容易和文字商标相混淆,所以关联混淆型的商号误认往往与商号的不正当简化使用密切相关。此外,当商号与相似的商标之间发生商号误认时,导火索既可能是商号的不正当登记或使用,也可能是商标的不正当注册或使用,需要对双方的权利冲突详加分析方可作出判断。而在独立误导型商号误认中,问题一般都是商号自身的不恰当表述。第二,商业标识的“相同或近似”是引发此类商号误认的最主要原因。对不同的商事主体来说,其使用的商号或商标也应当有明显区别,若归属于不同商事主体的两个商号(或商号与商标)在表述内容上近似甚至是相同,则显然要比两个完全不同的商业标识更容易引起公众的误解和混淆。第三,此类商号误认多发于特定范围内,即相同的地域和行业之中。而独立误导型商号误认则没有范围限制,

即便在商号登记地以外的其他地方,商号也会因其虚假内容表述而造成人们的误认。此外,普通商号与驰名商标、商标之间发生的关联混淆型商号误认一般也不会仅限于特定的地域和行业。第四,商号误认的结果是“可能引起公众的混淆”。从理论上讲,独立误导型商号误认和关联混淆型商号误认,都是人们对商号所标识的商事主体身份产生了错误认识。但是,对前者而言,由于商号所传递的信息本身不真实,甚至带有欺骗性,所以其结果是“一定引起公众的误认”,即存在一种确定性,使公众对商号所标识商事主体的营业地、营业规模、经营特点或组织形式等身份信息产生错误认识;而对后者,由于商号所传递的信息本身是真实的,只是与其他商号、商标传递了相同或近似的信息,所以其结果是“可能引起公众的混淆”,即存在一种高度的可能性,使社会公众将商号所标识的商事主体误认为他人,或误认为与他人存在密切关联。

正因如此,由关联混淆型商号误认所引发的商号纠纷基本上都是两个平等的民商事主体之间的利益冲突,故多以民事案件的形式进入司法程序。同时,关联混淆型商号误认所侵害的,主要是同行业商人的商号权或商标权,所以其引发的商号纠纷大多涉及民事侵权行为,或不正当竞争行为。实践中,关联混淆型商号误认也是引发商号纠纷的最主要诱因。

3. 品牌冲淡型的商号误认

该类商号误认起因于商号登记或使用不当,导致与他人的驰名商标、驰名商标^④相同或近似,虽未引起消费者混淆,却对他人的商誉造成了严重损害;同时,也可能起因于商标注册或使用不当,导致与他人的驰名商标相似,虽未引起消费者混淆,却对驰名商标持有人的商誉造成了严重损害。

一般来说,商号、商标的知名度越高,其显著性就越强,也就意味着商人的商誉越好,越容易赢得社会公众的信赖。实践中,人们对驰名商标、商标的熟知与偏爱,往往可能引发两种不同的结果:一种是当有相同或十分近似的商号(或商标)出现时,即便该商号(或商标)与驰名商标(商标)所标识的商事主体不在同一地域或行业范围内,也很可能导致公众将二者视为同一商事主体,或认为二者之间存在密切关联。如“浙江银泰百货有限公司”和“湖州银泰百货有限公司”、“(德国)拜耳股份有限公司”和“衢州拜耳阳光建材有限责任公司”^⑤。另一种是当有近似而不相同的商号(或商标)出现时,人们由于对驰名商标(商标)特别熟悉,并不会将该商号(或商标)所标识的商事主体与驰名商标(商标)的所有人相混淆,却会很自然地将该商号(或商标)与驰名商标(商标)相联系,从而可能损害驰名商标(商标)的声誉、显著性特征及广告价值等。比如“宝马汽车”是具有很高知名度的品牌,若有企业以“宝驹电动车制造有限公司”或“宝骡三轮车制造有限公司”为名,虽然不会有人将其与宝马公司相混淆,但客观上却会对宝马公司的品牌形象造成弱化、退化甚至是丑化的效果,从而冲淡该品牌的号召力。相较而言,前一种情况仍以引发公众混淆为主要特征,故而属于关联混淆型的商号误认;而后一种情况实际上并没有引发公众对商人身份的错误认识,只是诱使人们产生了一种不恰当的联想,而这种联想客观上又冲淡了他人的驰名品牌,对他人的商誉产生了损害,故可称为“品牌冲淡型”的商号误认。

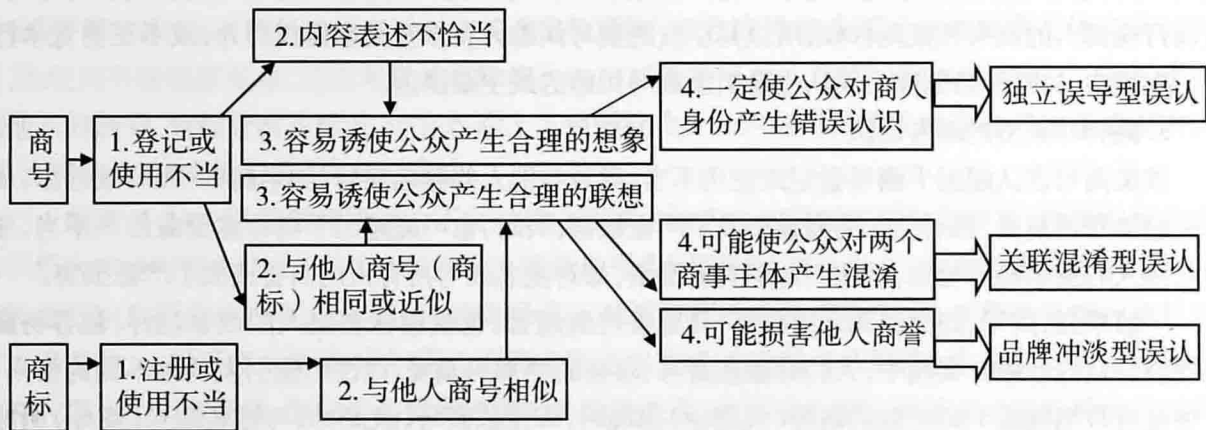
严格地说,品牌冲淡型商号误认并非真正的商号误认,但其与独立误导型的商号误认、关联混

^④ 目前,最高人民法院、国家工商总局都有关于驰名商标认定和保护的司法解释、部门规章,但对于驰名商标的认定和保护,尚无专门的法律法规。为便于研究,本文所指的“驰名商标”,是指在特定区域范围内,经过长期使用,为相关公众广为知晓并享有较高声誉的商号。

^⑤ 上述两例均为浙江省近年来发生的具有典型意义的商号误认事件。前者可参见田梦海、吴恩玉:“浙江立法规范商号管理:商号勿动他人‘奶酪’”,载 <http://npc.people.com.cn/GB/14957/53050/5143004.html>, 2006年12月8日9:34发布。后者可参见“浙江法院2010年十大知识产权典型案例”,载 <http://www.zjcourt.cn/>“浙江法院网”,2011年11月8日访问。

淆型的商号误认有着关键的共同点,即都以“引发社会公众合理的想象或联想”为必要条件。可以说,人们因商号所产生的“误认”,往往并不是一种直观的认识,而是通过大脑的想象或联想活动而产生的“歪曲”认识。值得一提的是,传统的商号与商标保护制度都以“混淆理论”为学理基础,即以“反混淆”为核心,禁止任何人未经权利人许可而使用可能在消费者中造成混淆的相同或近似的商业标识;但是,品牌冲淡型商号误认现象的大量出现,促使许多学者开始反思“混淆理论”的局限性^⑥,并提出从“制止混淆”到“制止联想”,主张以“反淡化理论”或“联想理论”作为“混淆理论”的发展和补充^⑦。总的来看,品牌冲淡型商号误认所引发的商号纠纷基本上也是平等民商事主体之间的民事纠纷,但由于行为人所侵害的主要是驰名商标(商标)持有人的商誉,所以不是典型的侵害他人驰名商标(商标)权的行为,而是不正当竞争行为。

综上,三类商号误认的形成机制与主要特征,可以通过下图予以展示(数字表明该要素所处的环节):



从上图可以看出,在商号误认形成过程中,商号等商业标识登记(注册)或使用不当是“第一环节”,商号内容表述不恰当、两个商业标识相同或近似是“第二环节”,公众的合理想象或联想是“第三环节”,公众的误解和混淆、他人商誉的损害是“第四环节”。四环相扣,前者为后者的“原因”,后者为前者的“结果”。实践中,人们受“混淆理论”的影响,往往会忽视“第三环节”,但根据“联想理论”,这一环节恰恰是最重要的。它揭示了商业标识的相同或近似并不必然导致公众的误解或混淆;当人们判断两个商业标识是否构成商号误认时,不仅要考虑二者是否相同或近似,还要结合商人从事的行业、商业标识的使用范围及其对相关公众的实际影响等因素进行综合考量。

(二) 商号误认相关法律制度的比较研究

从德国、日本、韩国及我国台湾地区、澳门地区的相关商事法律可以看出,多数国家或地区的商事立法将独立误导型商号误认和关联混淆型商号误认作为重点规范的对象^⑧,对品牌冲淡型商号误

^⑥ 有学者认为,随着混淆理论的不断扩张,不可避免地出现以下的悖论:即一方面认为商标越有名,显著性越强,应得到的保护就越宽,因此越容易被认定为有“混淆的可能”;但另一方面,商标越有名,显著性越强,从逻辑上讲,应该是越不容易被混淆才对。这实际上是混淆理论无法解决现实问题而又被极力扩张所致。参见蒋尉:“从混淆理论、反淡化理论到联想理论”,载《学术论坛》2007年第8期,第63页。

^⑦ 参见郑瑞琨、任越先:“驰名商标保护的混淆理论与联想理论探析”,载《北京科技大学学报》(社会科学版)2006年第2期,第84~88页。蒋尉:“从混淆理论、反淡化理论到联想理论”,载《学术论坛》2007年第8期,第63页。事实上,“联想理论”还可以比较好地解释人们将近似商标与商号相误解的情形,而“混淆理论”则面临一定困境,因为商号与商标毕竟是两种不同的商业标识,公众大多只是会认为二者存在密切联系,而不太会真正将二者相混淆。

^⑧ 如《德国商法典》第18条、第30条,《日本商法典》第21条,《韩国商法典》第23条,我国台湾地区“商业登记法”第28条、第30条,我国澳门地区《商法典》第15条、第16条等。

认则少有涉及^⑨。如《德国商法典》第18条规定,“商号必须适合于标志商人,并且便于识别。事项容易使人对业务情况产生误解,而此种业务情况对所称的交易范围又十分重要的,此种事项不得加于商号之上”。《韩国商法典》第23条规定,“任何人不得以不正当的目的,使用足以使人误认为是他人营业的商号”。应注意的是,上述国家或地区虽然都通过商事立法力图防止“商号误认”现象的出现,但在“商号误认”的判断标准上却有所差别。如德国商法规定在登记法院进行的程序中,容易引起误解只有在其明显可见时,才予以考虑,但日本、韩国商法只是简单地规定不得使用使人误认为他人营业的商号,至于这种误认是否明显可见,究竟什么样的情况下才会发生误认,法律并无明确规定。而我国澳门地区《商法典》则明确指出,在判断商业名称是否与其他已登记之商业名称有所不同或可能产生混淆或引起误解时,应考虑企业主之种类、住所、所从事或将从事之业务是否相同或相近。

总的来看,域外立法对独立误导型商号误认的规范实际上就是对商号选定真实性原则的重申,立法者在判断是否构成“商号误认”时,主要是看商号用语是否真实、适当。而对关联混淆型商号误认的规范则重在确立商号独占权,防止商号区分功能的淡化,同时制止不正当竞争行为,立法者在判断是否构成“商号误认”时,主要是看两个相同或近似的商号是否在特定范围内引起了公众的混淆和误解,以及行为人是否存在不正当竞争的主观意图。

(三)我国现行法律法规对商号误认的规范与立法检讨

我国现行法律法规对商号误认的规范主要集中于独立误导型商号误认和关联混淆型商号误认,对品牌冲淡型商号误认也没有涉及。^⑩从广义上讲,国内关于商号选定与登记的规范,因其要求商号必须真实且易于识别,故都可以认为是对商号误认的规范;只是这种规范主要是为了防止商号向公众传达错误的信息,误导公众的判断,因而多是对独立误导型商号误认的规定。如《企业名称登记管理规定》第9条规定,“企业名称不得含有有可能对公众造成欺骗或者误解的内容和文字。企业名称不得含有外国国家(地区)名称、国际组织名称;政党名称、党政军机关名称、群众组织名称、社会团体名称及部队番号等”。

至于对关联混淆型商号误认的规范,则是以保护商号独占权和反不正当竞争为主要立法取向。一方面,立法者严格禁止在商号的独占权范围内登记使用相同或近似的其他商号,从而避免在特定地域和行业范围内出现商号误认。^⑪如《企业名称登记管理规定》第6条规定,“企业只准许用一个名称,在登记主管机关辖区内不得与已登记注册的同行业企业名称相同或者近似”。实践中,若行为人在他人的商号专有使用范围内登记使用相同或近似的商号,则可直接认定其行为不当,容易使公众产生误认或误解,而造成关联混淆型的商号误认。这种行为实际上也是典型的侵害商号专有使用权的行为。另一方面,立法者对行为人出于不正当竞争的目的,登记使用与他人商号相同或近

^⑨ “反淡化理论”虽然最早起源于德国判例,但在《德国商法典》中并没有明确体现。1995年通过的美国《联邦商标反淡化法》与1992年修订的比利时、荷兰、卢森堡商标法虽然在不同程度上都体现了“反淡化理论”和“联想理论”的立法思想,不过主要是针对商标的法律保护,而不是针对商号的规范。参见蒋尉:“从混淆理论、反淡化理论到联想理论”,载《学术论坛》2007年第8期,第62~65页。

^⑩ 一般来说,我国现行法律法规对驰名商标的保护主要是基于“混淆理论”,但也有学者认为,现行立法已经采用了“反淡化理论”或“联想理论”的某些理念,如《商标法》第13条第2款规定,“就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标,误导公众,致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的,不予注册并禁止使用”。该条款并未强调“容易导致混淆”的情形,实际上就等于承认公众在“没有发生混淆”时,依然有可能被“误导”。不过,该条款对“反淡化”的表述并不是很明显,况且又只是针对驰名商标的保护,故而对品牌冲淡型商号误认的规范依然是空白。

^⑪ 依据前文所述的商号误认第二规律,商号误认更容易发生在特定的地域和行业范围之内。

似的商号,使公众产生误认或误解的不正当竞争行为也进行了限制。具体来说,若行为人意图攫取他人商号上所承载的品牌价值,而有意登记、使用相同或近似的商号,即便二者不在同一地域和行业范围内,亦有可能引发公众误认或误解,而造成关联混淆型的商号误认。这种行为并不一定会损害他人的商号独占权,却会构成不正当竞争,故立法者亦明确予以制止。如我国《反不正当竞争法》第5条第1款第3项规定,“经营者不得采用以下不正当手段从事市场交易,损害竞争对手:(3)擅自使用他人的企业名称或者姓名,引人误认为是他人的商品”。此外,根据国家工商行政管理总局《关于解决商标与企业名称中若干问题的意见》第4条和第5条的规定^⑫,无论是将与他人商号中的字号相同或者近似的文字注册为商标,还是将与他人注册商标相同或者近似的文字登记为字号,也都有可能造成关联混淆型的商号误认,而构成不正当竞争。这里不仅包含着对商号权的保护,也体现了对商标权的保护。对近似的商号与商标之间发生的商号误认进行规范,也是我国商号立法有别于域外立法的一大特色。由此可见,关联混淆型商号误认往往与民事侵权行为和不正当竞争行为密切相关,这里的民事侵权行为又包括侵害商号权的行为和侵害商标权的行为。总的来看,我们可以从以下四个方面做立法检讨:

1. 检讨之一:特殊的关联混淆型商号误认

我国现行法律法规除了禁止行为人在特定范围内登记与他人正在使用的商号相同或近似的商号之外,同时还规定在商号权人停止使用商号后的特定期限内,行为人亦不得登记与该商号相同或近似的商号。严格地说,在商号的所有人注销登记、被吊销营业执照或变更商号登记后,原来的商号权即不复存在。此时,若有商事主体登记、使用该商号相同或近似的商号,并不会侵害他人的合法权益,也不会构成不正当竞争。但是这种行为确实有可能引发公众的合理联想,认为行为人与原商号权人存在密切关系,进而产生误认或误解,从广义上看,也可认为是关联混淆型的商号误认。只是这种商号误认主要是侵害社会公共利益,一般不会造成平等的民商事主体之间的纠纷,同时也只发生在商号与商号之间,不受特定行业或地域范围的限制,故而在特征上与独立误导型商号纠纷较为类似。我们称之为“特殊的关联混淆型商号误认”。

2. 检讨之二:对第三环节的忽视

当前立法者对关联混淆型商号误认的规范实际上都集中在商号误认形成的“第二环节”和“第四环节”,即“两个商业标识的相同或近似”,以及“公众的误认、误解或混淆”,这两个环节也是判断商号误认是否构成的关键所在。其中,前一个环节是误认的“原因”,立法者通过确立商号独占权,避免特定范围内出现两个相同或近似的商号,是对商号误认的“事前防范”,如《企业名称登记管理规定》第6条、第21条和《企业名称登记管理实施办法》第31条等;后一个环节是误认的“结果”,当公众的误解、混淆出现后,行为人即便不构成民事侵权,亦可能构成不正当竞争,立法者通过反不正当竞争,消除人们对两个相同或近似商业标识的混淆,是对商号误认的“事后纠正”,如《企业名称登记管理实施办法》第41条、《反不正当竞争法》第5条、《关于解决商标与企业名称中若干问题的意见》第4条等。从中也可以看出,现行法律法规采取的主要是“混淆理论”,而非“联想理论”,对商号误认形成的“第三环节”缺少必要的规范,这样容易使人们产生一种错误的观念,即只要商业标识“相同或近似”,就会导致“公众的误认或误解”。

^⑫ 该《意见》第4条规定,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。第5条规定,前条所指混淆主要包括:(1)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;(2)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。

3. 检讨之三:“相同或近似”的判断标准较为模糊

判断两个商业标识是否“相同或近似”,主要看两个商号(尤其是其中的字号)是否“相同或近似”,或者看商号中的字号与商标中的文字表述是否“相同或近似”。但实践中,两个商业标识是否“相同”较易衡量,是否“近似”则不易拿捏。比如“衡生”与“恒晟”,字形不同但读音接近;“恒晟”与“恒晨”,读音不同但字形相似,若它们分别被不同的商事主体选作商号中的字号,是否可以认为两个商号构成“近似”,立法者还没有作出更具体而明确的规定。

4. 检讨之四:对“公众误认、误解或混淆”的理解

对商号误认的“第四环节”,现行法律法规的表述是“可能对公众造成欺骗或者误解”、“可能欺骗公众或者对公众造成误解”、“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)”等。可见,在关联混淆型商号误认中,产生混淆的主体是不特定的社会公众——实际上主要是和商事主体存在较大交易可能性的消费者群体;就当事人的主观心态而言,既可能是行为人有意“欺骗”,意图误导公众的心理期待和主观判断,也可能是在行为人有意无意的心理暗示下,造成公众的思想疏忽,而产生了“误解”;从结果来看,既可能是对两个商业标识本身产生混淆,如将“杭州恒晟信息技术有限公司”和“杭州恒晨信息技术有限公司”混为一谈,也可能是对商业标识所标识的商事主体身份产生误解,如认为“杭州恒晟信息技术有限公司”和“浙江恒晟信息技术有限公司”存在密切关联。还应该强调的是,“公众混淆”既可以是许多消费者遭受欺骗或发生误解的实际案例,也可以是一种有较大发生概率的盖然性事件。

综上所述,商号误认类型多样,其所引发的商号纠纷也有所不同。根据商号误认的不同种类,可以将商号纠纷区分为独立误导型商号纠纷、关联混淆型商号纠纷、品牌冲淡型商号纠纷。其中,独立误导型商号纠纷多为行政争议,基本不会以民事案件的形式进入司法程序。此外,由于我国现行法律法规没有对品牌冲淡型商号误认进行规范,故而实践中与之相关的商号纠纷也还无法通过司法途径予以解决。因此,本文重点讨论的是,除了商号合同纠纷、商号行政纠纷、品牌冲淡型商号纠纷以外的其他商号民商事纠纷,即关联混淆型商号纠纷。

二、关联混淆型商号纠纷中的权益冲突

商号纠纷产生于商号误认,表现为不同主体之间的利益争夺和权利冲突。

(一) 关联混淆型商号纠纷涉及的主体及其权益内容

实践中,涉入关联混淆型商号纠纷的主体大致包括商号权人、权益相关人、以消费者等商业交易对象为代表的社会公众等三类。其中,“商号权人”是指已登记商号的权利所有人,其对商号享有专有使用权,可以在特定范围内将商号作为名称或营业资产进行使用(如转让、出借等),从而在商业活动中获取经济利益,我们称之为“商业使用利益”。“社会公众”主要是指与该商号权人存在交易关系或可能存在交易关系的普通消费者或商业经营者,^①他们在商业活动中享有知情权和选择

^① 此处对“社会公众”范围的界定,系参照最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条。该条规定,商标法所称相关公众,是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。可见,商标法规定的相关公众包括两部分:一部分是与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者,也就是最终消费者;另一部分是与商标所标识的某类商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。这两部分公众中,涉及任何一部分人都是法律规定的公众。