



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

商标法律进化论

余俊 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

商标法律进化论

余俊著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

商标法律进化论/余俊著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2011. 11
ISBN 978-7-5609-7450-7

I. ①商… II. ①余… III. ①商标法-法制史-研究 IV. ①D913.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 228305 号

商标法律进化论

余俊 著

策划编辑: 王京图

责任编辑: 肖越 李娜

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 北京书林瀚海文化发展有限公司

责任监印: 周治超

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 87557437

录 排: 北京星河博文文化有限责任公司

印 刷: 湖北新华印务有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 14.75 插页 2

字 数: 280 千字

版 次: 2011 年 11 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 29.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

从经验到理论

《中国知识产权文库》总序

经过几年的努力，《中国知识产权文库》终于问世。《文库》力图反映中国人在知识产权问题上所达到的精神境界，汇集中国知识产权的经验总结、理论与研究与学科建设的重要文献，为逐步构建中国的知识产权法律理论与科学体系打下坚实的基础。《文库》也为中国，乃至世界法律文化的积淀，注入丰富的内涵。

知识产权制度起源于西方创立的工业文明。几百年来，作为一种制度创新，对它功能利弊的褒贬，从其出现伊始，就争议不断。今天，人类已进入新经济时代。无论发达国家，还是发展中国家，都普遍采用了数字技术。当前，技术创新、文化创新、制度创新和知识产权保护，已成为人类进步的基本手段。历史证明，知识产权制度有效地推动了生产力的进步和经济的发展。作为一种复杂的社会现象，它借助于机构、制度的力量，已成为将生产力、经济基础和上层建筑融为一体的系统机制，对它的技术、文化、经济和法律理论分析、历史探究，乃至哲学思考，一再吸引着科学、技术、经济和法律学人的目光。在中国，自晚清起，百余年来，也引起矢志复兴民族，力图融入现代文明的志士仁人对其本质的追问与思考 and 对其社会功能的得失权衡。中国的知识产权制度是世界知识产权体系的一部分。中国知识产权的理论，是以国门开启和不断改革开放、渐进融入世界为背景，在传统与现代接续，西学与国情结合的条件下，以中国乃至世界知识产权的表达与实践为研究对象的产物。遗憾的是，由于历史的原因，尤其受论者心胸狭隘和眼界偏执的局限，对从清末到国民政府时期的情况我们知之甚少，遑论研究，基本没有概念。更无脉络可循，没有资格作任何评断。这是我们必须补上的一课。否则，数典忘宗，没有资格谈论今天。本文暂且略去既往的历史，以新中国改革开放为起点，我以为，中国的知识产权研究，30年间，大体经历了从主要是制度诠释和转入理论建设的两个阶段，其中，前15年大体为第一阶段，第二阶段还处于初期。

第一阶段：理论空白与经验贫瘠背景下的制度诠释。1979年《中美科技合作协定》和《中美贸易协定》的签订，为中国重建知识产权制度奠定了法律基础。随后，知识产权法制建设和研究同步开展。在漫长的知识产权诸法律的初创阶段，中国的法学家集中其学识与智慧，一边学习和引进西方的制度，包括法律文本的研究和实地考察，一边比照变动不居的国情，从知识产权法的指导思想、价值取向、体系设计、制度安排、对外关系等基础问题，乃至具体规范的推

敲、条文的表述，作出尽可能合理的表述，为我国知识产权法律建设，奠定了重要的基础。这种贡献难能可贵。但是，由于知识产权理论的空白，又缺乏民法精神、理论与制度的涵养，既没有系统的法律体系可以依循，也没有自己的实践经验可供总结。国门初开，计划经济时代的学者，面对西方工业社会的法律制度，囿于学识与眼界，既陌生，又新奇。既无足够的条件深刻理解西方已历时数百年的成熟制度，也难以把握举棋不定、变革中的中国社会走向。早期的知识产权研究，在无理论基础，无历史传统，无实践经验的条件下，既不能对知识产权一般问题进行思考，也难以对具体制度深入研究。所有资讯，咸自西方舶来。所谓研究，不啻学步。主要是按照西方的思维，对国际条约和外国法律制度进行文本介绍，以及对墨迹未干的中国法律文件的粗浅说明。知识产权法的出版物，基本上以各种各样的“解说”、“概论”为主，照猫画虎，生吞活剥、囫囵吞枣。严格的讲，只知其然，不知其所以然，甚至不清楚什么是理论。在学理上，知识产权法既无逻辑起点，又找不到理论归宿，就像离群索居的孤雁，几成法学理论的孤儿。

第二阶段，从制度诠释到理论建设。首先要正视一个事实：中国人不是超人。在知识产权法制建设上，西方二百年的路，中国人并非二十年走过，而是断断续续的走了一百年。遗憾的是，正是这中断的几十年，造成了理论上的真空。因此，无论制度构造，还是理论建设，咸自基本概念开始，从头做起，扎扎实实，一步一跬，才是唯一的出路。上世纪90年代后期，随着我国知识产权法律构架的完成，尤其是向市场经济的过渡，经济与社会生活的逐渐转变，对外交流的繁荣，利益冲突与法律纠纷的频仍，导致实践的召唤和理论供给短缺这一矛盾日趋尖锐。恰是这一矛盾，成了一个突破口，把知识产权研究推进了新的阶段。这阶段的研究逐渐突破了旧有模式的藩篱，摆脱亦步亦趋、鹦鹉学舌的窘境；开始探讨如何运用科学的方法，对知识产权法的问题进行理论思考。在这方面，较为突出的是知识产权的高等教育。以中国人民大学为例：已毕业的40多位攻读知识产权法学的博士和博士后研究人员中，半数以上的论文选题或出站报告属于基础理论研究。他们分别对知识产权的基本概念、法律属性、对象与客体、法律体系建构、价值评估、侵权赔偿、归责原则、专门制度、历史梳理、文化价值乃至哲学基础等知识产权和与知识产权最密切联系的基本范畴问题，进行了探讨。在北京大学、中国政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学、华东政法大学、中国社会科学院法学所等诸多的学术机构，有越来越多的博士论文选择基础问题研究。其他学者，也有更多的人把目光投向知识产权的纵深，产生了一批有价值的成果。这一时期，和相对粗陋的制度诠释相比，青出于蓝胜于蓝，是一个质的飞跃。知识产权的研究进入了理论建设的阶段。今天，经过15年左右的积累，知识产权的研究，百花齐放，蔚然成风。这种局面，为《中国知识产权文库》的萌发，提供了肥沃的土壤。

中国的知识产权研究，应当不断进步，从经验走向理论，从感性走向理性，走向科学。目前的研究，大体呈现两条路径：一条主要表现为对理论和制度表达的研究与参悟。面对外部世界，中国人有如婴儿吮吸母乳，贪婪的学习西方的理论和经验。这类主要是文本研究，多出于博士论文。另一条则偏重司法实践中对概念的诠释和具体制度的运用。面对司法实践，深入生活，尽其可能，找到事物的本质，力求为社会纠纷提供合理的解决方案。这类研究基本属于经验总结，主要表现为法官的办案体验。这两类成果，都有相当的建树。所缺者，是从经验到理论，能将两条路径连接起来，形成从实践到经验，再从经验升华为理论，又服务于实践的逻辑链条的成果。这是更接近事物发展的客观规律的知识。知识产权理论，源自社会实践，源自对实践的经验总结。经验是可贵的，在强调经验时，论者常以霍姆斯的观点为据：法律的生命是经验而不是逻辑。又：“历史研究之一页当抵逻辑分析之一卷”（转引自：黄海峰：中国人民大学博士学位论文《知识产权的表达与实践：版权、专利与商标的历史考察》第1页）。但是，简单比较经验与知识的优劣是片面的。“体验和知识是根本不同的概念”。（【德】M. 石里克：《普通认识论》，商务印书馆2005年版，第110页）“谁要是接近事物，参与事物活动的方法和运作，他就是在从事生命活动而不是从事认知活动；对他来说，事物展示的是其价值方面，而不是其本质”（同前书，第106-107页）。经验还只是感性认识，只是走向理性认识的一个阶段。“经验使我们得以融入事物或事物得以融进我们之中的直观，但它仍然不构成知识。我们不能通过直观来理解或解释任何东西。通过直观的方式我们能获得的只是对事物的体验而不是对事物的理解。而只有对事物的理解才是我们在科学和哲学中追求知识所要达到的目标”（同前书，第110页）。经验唯有纳入科学思维的体系，才能上升为理性。中西传统，各有所长。与霍姆斯同时代的晚清大儒沈家本持论更显全面、公允，他认为：“大抵中说多出于经验，西学多本于学理。不明学理，则经验者无以会其通；不习经验，则学理亦无从证其是。经验与学理，正两相需也”（沈家本：《历代刑法考》，第四集，2217页）。可见，经验和理论，二者更像“术”和“道”，是辩证的关系，是一个硬币的两个方面，不分伯仲，两厢不宜作价值比较和优劣评断。

在源归民法理论本土的基础上，对知识产权而言，更为重要的研究，或称核心问题，是“寻找自己”。所谓“自己”：

一、在保持私法基因的前提下，划清与物权法、债权法、人格权法的界限，进入知识产权的自我世界、独有空间，寻找一个特殊的自身。知识产权作为绝对权利，和人格权、物权有相通之处；作为财产权利，则与物权“似曾相识”，均属于“对世权”等，但毕竟“知识”不是“物”，对知识产权的研究应当围绕着“知识”进行。参照物权理论对知识产权研究无疑是有益的，但是，知识产权并非“准物权”。以物权类比知识产权，用“准物权”的思维，去套用“知识产

权”，是否可取，值得商榷。人类既可基于对“知识”的支配带来的利益，也可基于对“物”的支配带来利益。但是产生利益的途径，无论范围、方式、手段，都不可同日而语。作为另类的财产形态，论者应当考虑再辟蹊径，寻找知识产权自身的本质与规律。

二、回到原点，全方位认识知识产权。知识创造是资本主义生产方式的先导。“知识产权是资本主义核心规范的一部分”（【美】苏珊·k. 塞尔著：《私权、公法——知识产权的全球化》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 24 页），私权是知识产权法律性质的基石，但它只是问题的一个剖面。“知识”在其创造、保存、扩散、管理、经营过程中，会发生比其他传统财产权复杂得多的社会关系，这些关系是如何发生、变动和消灭的，由此产生的一系列的知识产权制度是如何构建，又是如何实践的，都值得深入研究。“资本家的企业需要国家为其聚集提供政治和社会条件”（同前书，第 41 页）。发达国家几百年的经验告诉我们，围绕知识产权问题所建立的体系、机构、制度，远比中国人有限的体验和由此激发的想象要复杂得多。对其中任何一个问题的研究，都不可能一蹴而就，都需要以积极的精神，从容、淡定的态度，全身心的投入。要全方位的认识知识产权，必须回到原点，从头做起。这是知识产权学者的长期任务。

三、在坚实的基础上，运用科学的方法，构建知识产权法的理论体系。用逐渐丰富的理论的营养，反哺与时俱进的制度。与此相对应，还需建立一套理性、科学的知识产权法知识体系。因此，当代知识产权学人将面临无法穷尽的挑战和永不完结的任务。这正是知识产权理论的魅力所在，也是《中国知识产权文库》不竭的资源所在。

四、厘清普遍真理和具体实践的关系，从中国的社会实践中找到自我。一方面，我们应当承认，人类世界存在着普世价值。这是大家可以相互理解、相互交通，共同生活在一个星球上的理由。当今我们生存的这个星球上，任何一种独特生活方式，都不是单一的，都是多种元素的组合。每种元素，都可能来自不同的地区、国家、种族。所谓独特，不过是特定的组合。另一方面，“世界上没有放之四海和古今皆准的绝对、普适真理。任何理论都有它一定的历史和社会背景，都得通过当时的环境来理解”（黄宗智：《经验与理论》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 527 页）。我们还有各自的历史、文化和传统，还有基于传统、现实、交流和全球化背景而形成的各自生活方式。中国人必须在自己的社会生活中找到特殊之处，找到它特殊的质、特殊的生成及其运动规律。

文章千古事，社稷一戎衣。中国的知识产权研究，总体上讲，恰似少年。正因为年轻，才蛰伏着无穷的潜力，蕴藏着无限的生机与希望。希望《文库》，以及一切有益的成果，成为中国知识产权理论建设的历史写照。

《文库》欢迎优秀的知识产权学术成果加盟，同时也吁请学界同仁，尽其所能，整理优秀的历史成果，再现给学界与社会。相信，从历史中走过的中国的知

识产权研究，必有辉煌的未来。

最后，我特别要感谢华中科技大学出版社，感谢他们的眼界、识见、大度和包容。众所周知，科学研究不图回报，是学者推崇的风范。但是，对出版者而言，营利是它名正言顺、天经地义的企业道德。当代，不计回报，倾力扶助学术的出版社，已不多见。在华科社身上，我看到了张元济辈中国传统出版家的影子。法律分社王京图社长对待《文库》，彰显了出版家的情怀。他心态平和，目光悠远，看到的不是眼前的数字码洋、营利业绩，而是学术的未来。与他合作，十分愉快。

刘春田

2010年9月28日于人大明德楼

前 言

本书题目为《商标法律进化论》，意在描述商标法律的进化脉络。全文内容大体可一分为二，前半部讨论商标法的历史基础，后半部分分析形成过程中的商标成文法以及一些具体制度的型构历程，并在最后探讨了商标权的正当性论证。文章写作主要以史料考据、历史比较、判例分析、进化论等方法为辅助工具，行文脉络大体以时间先后为经，以重大事件为纬。全文共分六章，各章具体内容如下：

语词是行为的向导，也是表达法律观念的工具。只有借助语词，法律观念才得以栖身，并具有固定的意涵。商标法也不例外。普罗大众认识、理解、接受和交流商标法，必然是以其称谓为逻辑之原始。商标称谓是构建商标法律制度的起点，是商标概念的具体化，也是商标内涵的载体。因此，认清商标的称谓及其语源，当是理论叙事的首要之义。此即本书第一章内容。

比之著作权法、专利法等其他知识产权法的组成部分，商标法的历史可谓短暂。虽然人类作标记的实践可上溯至千年，但当时的标记仅仅是一个记号，离我们通常所理解的商标内涵仍有相当的差距。另一方面，商标法的产生却离不开这种作标记的实践，因为标记和商标在形式上并无本质区别，其根本不同只在于标记的用途。在物品流通过程中，如果将标记与特定商品相结合，并以之表明制造者或出售者的身份，此时的标记就成了商标。“商标”者，“商业标记”也。因此，如能对商标法的早期史貌予以描述，显然会更有益于了解商标的本质。此外，在标记与商事的接触、碰撞中，“行会”或“行会标记”也在其中扮演了极其重要的角色，行会对资本主义、著作权制度、专利制度、商标制度等都产生过重要而深远的影响，因此是重述商标史的过程中不容忽视的问题。上述内容共同构成了本书第二章。

真正商标法的发展过程，以工业革命为分水岭。在工业革命之前，由于物品的制造皆为手工自制自卖，买卖交易亦是面对面，消费者只要辨识老板或店面就可以找到所要的商品，不需要依赖标记。工业革命后，生产技术、交通方式、营销策略的发展改变了商品的销售型态。制造者为扩大销售范围，惟有使用广告与标记，才能越过经销商的肩膀，直接与消费者接触。而随着广告的发展，商标的

来源识别功能也得到了极大发展。此外，由于营销技术的发达，商标的使用日渐广泛。在这一过程中，商人们不断地聚敛商标所带来的物质财富，也日渐激化了各种利益关系。商人们开始认为，商标是“需要”法律保护的。而这种“需要”正是商标法定化的直接动力。商标法定化的进程，其实是将商标所能带来的利益以“财产法语言”在法律上表述出来的过程。商人及利益相关者推动着这一进程，并交织着各类利益群体的斗争与妥协。作为工业革命的诞生地，英国对世界文明作出了巨大的贡献。其经济、政治、法律等制度都堪称典范。如能对其商标法制构建的历史背景进行深入分析，将不仅有利于更好地理解商标法律制度的本质，也对我国商标法制的建设不无裨益。第三章将主要围绕上述命题展开。

商标法的发展史，其实是商标注册法的发展史，英国第一部商标法的名称即为《1875年商标注册法》，而后才将“注册”从法律名称中撤掉，因此，商标注册制度对于商标法的发展具有重要的决定作用。而商标注册制度之所以如此重要，则端赖于其被赋予的制度功能。以商标注册制度保护商标具有明显的便利和优势：不再需要耗费财力和人力去证明某标记已经获得了与申请人相关的商誉。相反，商标注册制度“假定”该标记已经在一定程度上获得了商誉，并通过注册的程序授予特定标记所有人以独占权。该独占权可以使所有人或被许可人可以阻止他人未经授权的使用。此外，商标注册制度也具有一定的公示功能，它籍此告知其他商人哪些标记已经得到注册并使用，或者哪些权利已经被授予他人使用。简言之，商标注册制度的安身立命之本在于其本身的功能，因此，对其功能进行考察是必要而重要的。另一方面，注册程序使商标权具有了浓厚的行政色彩，商标财产被设计成了“科层化财产”。上述问题共同构成了第四章的主要内容。另外，随着国与国的交流日渐频繁，并进入全球化的时代，将商标保护和注册突破国家樊篱的呼声愈加高涨，并最终带来了法律保护 and 注册制度的区域化、国际化，以因应社会需求、经济发展。第四章也将对此作出分析。

关于知识产权的正当性，学界讨论的颇为激烈。各种理论模型不断地被建立和提出。就具体权利而言，论证著作权和专利权的正当性也是学术热点。相比之下，商标权的正当性问题少有人问津。一个可能的原因是商标权的负面效应不是那么明显。与专利、著作权相比，商标权并不赋予对特定商品或服务的独占，它仅仅控制标记与商品或服务的联系。另一个原因大概是在过去的几十年间，品牌的繁荣已经与资本主义的成功齐头并进。于是，人们失去了探讨商标正当性的动力和热情。本书第五章将首先从知识产权的正当性问题入手，对这一领域作出研究回顾。接着从市场语境中的商标功能出发，对商标权的正当性作出自己的理解和分析。因为商标制度也非自我封闭的体系，它属于市场，超越国界，更不用说，它离不开商人、律师、消费者等各色人等的互动。因此，任何对商标正当性的讨论不能只在法律真空中进行，需要对商标在市场中的功能进行分析。功能是论证商标制度正当性的有力依据。

最后，本书认为，商标法律的进化之路，是系统观的表征，是财产观的表征，也是进化观的表征。并因而从中提炼出若干启示，分别是：以体系化的思维分析商标法的具体问题；基于商标法的权利法本质定位制度设计；凸显商标法的财产法属性建构规范体系等，以供同仁教正。

余俊 谨识

2011年10月1日

目 录

第一章 引言	1
第一节 商标的语源	1
一、“商标”中文称谓的来历	1
二、中国历史上的第一部商标法	7
三、“商标”英文称谓的多元	10
第二节 本书选题的意义	13
一、访史与知新	14
二、论理与践行	15
三、省内与鉴外	16
第三节 本书的研究方法	17
一、史料考据	18
二、历史比较	19
三、判例分析	19
四、体系研究	20
五、语义分析	21
六、进化论	22
第二章 商标法的缘起：标记的商业化	25
第一节 标记使用的扩张	26
一、标记的出现	26
二、标记使用的实践	35
第二节 标记的分类	45
一、用于标示个体的私人标记	46
二、用于标示部落家族的群体标记	47
三、用于政府管理的强制标记	49
四、用于标示出产地的原产地名称	51
第三节 行会的历史地位	53
一、行会的出现	53
二、行会的组织结构	56

三、行会与资本主义	57
四、行会与著作权及专利制度	60
五、行会与商标制度	63
第三章 商标法的生成：商标的财产化	67
第一节 商标法生成的系统背景	67
一、商业革命	67
二、工业革命	69
三、社会分工	70
四、伦敦世博会	71
第二节 商标法的构建：保护模式的转向	73
一、早期商标保护模式：信息传播功能的维护	74
二、信息传播模式的式微：财产观念的兴起	85
三、商标保护模式的转向：商标财产观的确立	90
四、英国商标制度的演化	110
第四章 商标法的型构：注册制的创设	119
第一节 商标注册制度的简历	120
一、话语的提出	120
二、法律的认可	124
第二节 商标注册制度的功能	125
一、注册制度的功能	125
二、商标注册制度的功能	128
三、与专利注册制度的比较	139
第三节 商标注册制度的国际化	141
一、国际化的动因	141
二、商标保护的国际化	144
三、商标注册的国际化	155
第五章 商标法的根基：权利的正当性	158
第一节 知识产权的证成	159
一、伦理学	160
二、工具主义	167
三、经济理论	169
第二节 商标权的证成	171
一、商标的社会成本	172

二、商标权的证成：主流理论	174
三、商标权的证成：功能为中心	179
第六章 结语：进化之道与启示	187
一、商标法律进化之道	187
二、进化之道的启示	188
附录 1：中国商标法年表	190
附录 2：中国第一部商标法中英文对照版	192
附录 3：世界主要国家（地区）的商标主管部门	200
参考文献	203
后记	218

第一章 引言

“名定而实辨，道行而志通。”^①“名不正，则言不顺；言不顺，则事不成。”^②法律的基本作用之一，乃是使人类为数众多、种类繁多、各不相同的行为与关系达致某种合理程度的秩序，并颁布一些适用于某些应予限制的行动或行为的行为规则或行为标准。为能成功地完成这一任务，法律制度就必须形成一些有助于对社会生活中多种多样的现象与事件进行分类的专门观念和概念。这样，它就为统一地和一致地调整和处理相同或基本相似的现象奠定了基础。因此，法律概念可以被视为是用来以一种简略的方式辨识那些具有相同或共同要素的典型情形的工作性工具。^③而标明一个社会已经自觉掌握一个新概念的最明确迹象，是一个新的词汇开始出现，然后将之表达和议论。^④商标法也不例外。普罗大众认识和接受商标法，必然是以接触其称谓开始。商标称谓是构建商标法律制度的起点，是商标概念的具体化，也是商标内涵的载体。因此，认清商标的称谓当是命题展开的首要之义。

第一节 商标的语源

一、“商标”中文称谓的来历

虽然中国早在战国时期既已出现商标使用的实践，^⑤但直到北宋才形成较为

① 《荀子·正名》。

② 《论语·子路》。

③ [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 501 页。

④ 英文是：“The clearest sign that a society has entered into the self-conscious possession of a new concept is, I take it, that a new vocabulary comes to be generated, in terms of which the concept is then articulated and discussed.” See Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, Volume 1. The Renaissance x. (Cambridge University Press, Cambridge 1978) .

⑤ 例如，战国时出现的“物勒工名”制度：“战国时期，列国之间战争频繁，兵器、战车等战略物资的生产尤为重要。为此，各国的官营手工业在不遗余力地增加产量的同时，更加注重质量的提高，从而

完整的商标式样，其中最具有代表者，当属学界经常提及的济南刘家功夫针铺的“白兔”商标。^①但当时并无“商标”这一称谓。“在语言出现之前，一切都是不清晰的……只是混沌不分的星云。”^②中国古代商标法的“拨云见日”，真正从“混沌”到“秩序”，是在晚清时期。

（一）“商标”一词在民间的最早使用

康有为《大同书》乙部第二章“欲去国害必自弭兵破国界始”写道：“然交通日繁，故邮政、电线、商标、书版，各国久已联通，特许专卖及博士学位之类，皆各国合一。欧美先倡，日本从之。”^③据本书考察，这可能是“商标”一词在中国的最早出现。并且，康有为将“商标”与“书版”相提并论，显然其内涵与今日并无根本不同。

至于《大同书》的成书日期，则颇有意思，康有为自称在1884年撰有此书，但后世学者经比较分析后发现，该书中有许多1884年以后的事例，因此认为，《大同书》实际是1901—1902年之间康有为避居印度时所撰。^④就本书而言，无论《大同书》成于1884年或1901—1902年间，都已足以证明，“商标”之称谓在中国是民间先用，官方后效。

（二）“商标”一词在法律文件中的最早使用

1901年9月7日，清政府与八国联军^⑤及比利时、西班牙、荷兰等11国订立了不平等的《辛丑条约》(Boxer Protocol)^⑥。其中第十一款规定：“大清国国家允定，将通商行船各条约内，诸国视为应行商改之处，及有关通商各他事宜，均行议商，以期妥善简易。”^⑦据此，英、美、日、葡、德、意等国代表，于1902

逐步形成一整套保证产品质量的“物勒工名”管理制度。这其中，以秦国和三晋的兵器铸造中的‘物勒工名’制度最为完善。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、士上造、工大人等；直接制造者则称之为‘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）。以吕不韦名义监造的兵器发现较多，已有十多样。这种由监造者、主造者、造者所形成的责任管理制度，有效地保证了产品的质量。‘物勒工名’制度在战国时期应用比较广泛，不仅在兵器上，在其他领域如铜容器、漆器、砖瓦等方面也都有体现。”袁载行儒、严文明、张传玺、楼宇烈主编：《中华文明史》（第一卷），北京大学出版社2006年版，第246页。

① 左旭初：《中国商标法律史》（近现代部分），知识产权出版社2005年版，第3~4页；黄晖：《商标法》，法律出版社2004年版，第1页。

② Ferdinand de Saussure, *Course in General Linguistics*, 111-112 (McGraw-Hill, New York 1969).

③ 康有为：《大同书》，陈得媛、李传印评注，华夏出版社2002年版，第98页。

④ 汤志钧：《再论〈大同书〉的成书年代及其评价》，载《广东社会科学》2004年第4期。

⑤ 八国联军即奥匈帝国、法国、德国、意大利、日本、俄罗斯、英国和美国。

⑥ 西方诸国也将之称为《1901年条约》(Treaty of 1901)或者《诸大国与中国间之和平协议》(Peace Agreement between the Great Powers and China)，其全称为《关于恢复诸外国与中国间友好关系之最终议定书》(Final Protocol between the Foreign Powers and China for the Resumption of Friendly Relations 1903 (Cd. 1390), *Parliamentary Papers* 38.

⑦ 《辛丑条约》全文，可参见中国社会科学院近代史研究所网站：<http://jds.cass.cn/Article/20050923104514.asp>。第十一款的英文版原文为：“The Chinese Government has agreed to negotiate the amendments deemed necessary by the foreign Governments to the Treaties of Commerce and Navigation and the other subjects concerning commercial relations with the object of facilitating them.” See Final Protocol between the Foreign Powers and China for the Resumption of Friendly Relations 1903 (Cd. 1390), *Parliamentary Papers* 47.

年至1906年，先后与清政府代表谈判修订商约事宜。

中英商约谈判最先进行，参与商谈的中方代表是：盛宣怀^①、戴乐尔 (Francis Edward Taylor)^②、贺璧理 (Alfred Edward Hippisley)^③、裴式楷 (John Edward Bredon)^④，后加入吕海寰^⑤；英方代表是：马凯爵士 (Sir James Lyle Mackay)^⑥、德贞 (Charles John Dudgeon)^⑦、戈颁 (H. Cockburn)^⑧。第一次会议于1902年1月10日在上海盛宣怀寓所举行。谈判历时大半年，最终于1902年9月5日晚十点签约。中方代表吕海寰、盛宣怀，英方代表马凯均在商约^⑨上签字，商约中文本由李维格、温宗尧 (吕海寰译员)、陈善言和贺璧理译成。《中英续议通商行船条约》共十六款，附件、甲、乙、丙、照会及声明文件六件。^⑩ 条约第七款规定：“(1) 英国本有保护华商贸易牌号，以防英国人民违犯、迹近、假冒之弊，中国现亦应允保护英商贸易牌号，以防中国人民违犯、迹近、假冒之弊。(2) 由南、北洋大臣在各管辖境内设立牌号注册局所一处，派归海关管理其事。各商到局输纳乘公规费，即将贸易牌号呈明注册，不得借给他人

① 时任宗人府府丞。盛宣怀 (1844年11月4日—1916年4月27日) 生平参见：<http://zh.wikipedia.org/wiki/盛宣怀>，或者 http://en.wikipedia.org/wiki/Sheng_Xuanhuai。1902年2月20日，即中英谈判期间，盛宣怀被升任为工部侍郎。

② 英国人，时任江海关造册处税务司。

③ 英国人，时任江汉关税务司。

④ 英国人，时任副总税务司。

⑤ 时任工部尚书，1902年2月23日领谕加入，3月20日第一次出席谈判。

⑥ 马凯爵士 (1852年9月11日—1932年5月23日) 时任五印度二等宝星总理印度事务大臣政务处副堂，其生平参见：http://en.wikipedia.org/wiki/James_Mackay,_1st_Earl_of_Inchcape。马凯爵士于1901年9月9日奉英国外务大臣兰斯顿侯爵 (Marquess of Lansdowne K. G.) 之命，担任议约专使 (Special Commissioner)，与中国所派专使会议修订新商约。英国国家档案局的记载为：Lansdowne write to Mackay on 9th September, 1901: By Article 11 of the Protocol, signed on the 7th instant by the Representative of the Powers at Peking and Chinese Plenipotentiaries, the Chinese Government “have undertaken to negotiate amendments to the Treaties of Commerce and Navigation considered useful by the Powers,” and I have to inform you that the King has been graciously pleased to appoint you to be His Majesty’s Speical Commissioner for the purpose of carrying on the negotiations with Commissioners to be appointed by the Chinese Government for the revision of the British Treaty of Commerce, signed at Tien-tsin on the 26th June, 1858. See Public Record Office, F. O. 17/1563, pp. 300–302.

⑦ 时任上海英商老公茂洋行 (Ilbert & Co.) 经理。

⑧ 时任英国驻华使馆参赞。

⑨ 即《中英续议通商行船条约》，又称《马凯条约》(Mackay Treaty)，英官方称之为《1902年9月5日订于上海之英中条约》(Treaty between Great Britain and China; signed at Shanghai, September 5, 1902)，See Despatch from His Majesty’s Special Commissioner inclosing the Treaty between Great Britain and China 1902 (Cd. 1079) *Parliamentary Papers* 375.

⑩ 有关中英商约谈判的具体细节，参见中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编：《辛丑条约订立以后的商约谈判》，中华人民共和国海关总署研究室编译，中华书局1994年版，第1~146页；王尔敏：《晚清商约外交》，中华书局2009年版，第180~209页；王黎明：《最初的交锋——中外首次知识产权谈判》，知识产权出版社2008年版，第90~100页。