

创新之维丛书



上海政法学院学术文库

法析驰名商标

姚洪军 著



知识产权出版社



上海政法学院学术文库

法析驰名商标

A Legal Study on Well-Known Trademarks

姚洪军 著

知识产权出版社

内容提要

本书对驰名商标法律保护问题进行了深入研究,颇有见地。

责任编辑:龙文
装帧设计:开元图文

文字编辑:盛燕
责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

法析驰名商标/姚洪军著. —北京:知识产权出版社, 2010. 7

ISBN 978-7-5130-0066-6

I. 法… II. ①姚… III. ①商标法—研究—中国 IV. D923.434

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 119199 号

法析驰名商标

Faxi Chiming Shangbiao

姚洪军 著

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8123

印 刷: 北京富生印刷厂

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2011 年 1 月第 1 版

字 数: 250 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: longwen@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 8.25

印 次: 2011 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 元

ISBN 978-7-5130-0066-6/D·1030 (3019)

出版者专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

《上海政法学院学术文库》

编审委员会

主 任：金国华

副主任：闫 立 倪正茂

秘书长：何平立

委 员：（以姓氏笔画为序）

王明华	王 蔚	闫 立	关保英
刘 强	汤啸天	杨 寅	何平立
吴益民	张森年	金国华	倪正茂
章友德			

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”。其意即涵蕴着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道：“博学之、慎思之、审问之、明辩之、笃行之”。则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此，从对世界历史进程的审视与洞察，社会发展、科学昌明、思想进步，从来离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学重要的标志。因此，一个大学的学术气氛，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发展、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但决不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训。这既是学校办学理念集中的体现，也是上政学术精神的象征。这一校训，不仅大力倡导复合型人才的培养，注重充分发挥个性特色与自我价值实现，提供自由选择学习机会，努力使学子们于学业

感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进，而且积极提倡拓展学术创新空间，注重交叉学科、边缘学科的研究，致力对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批评，探求科学与人文的交融与整合。《上海政法学院学术文库》正是在这一精神理念引领下出版问世的。

《上海政法学院学术文库》的出版，不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点，而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科学平台。古代大家云：“一代文章万代稀，山川赖尔亦增辉”；“惟有文章烂日星，气凌山岳常峥嵘”。我相信《学术文库》的出版，不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色，而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言，大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情，在科学背后有对真理的渴求，在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信《学术文库》将凝聚上政人的思想智慧，人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛，上政人的学术事业将从这里升华！

祝愿《上海政法学院学术文库》精神，薪火传承、代代相继！

金国华

上海政法学院院长

作者简介

姚洪军，男，汉族，1971年出生，河北抚宁人。1993年毕业于河海大学水港专业，获工学学士学位。1993年至2003年在秦皇岛港工作，任计划员、经济师。2003年至2005年在中国人民大学法学院学习，获得法律硕士学位。其后在北京从事律师职业。在此期间，受郑成思教授鼓励，于2006年考入中国社会科学院研究生院法学系专门研究知识产权法。但郑成思教授在当年的教师节去世。之后，在李顺德教授的指导下完成学业。2009年获得法学博士学位后进入上海政法学院做教师。现为上海市华诚律师事务所兼职律师。

通信地址：上海市外青松公路7989号上海政法学院，邮编：210701。电子邮箱：hongjunyao@126.com。

内容提要

商标至少有四种功能：标示商品或服务来源的功能、品质保证功能、广告功能和促进市场运行的功能。其中，标示来源的功能是商标最基本的功能，商标的其他功能都以这一功能为基础。保护商标，是为了使商标的这些功能得到更好的发挥。保护驰名商标，也不例外。

驰名商标的认定，是对这样一个事实的查明：在某个时间，用于某种商品或服务上的某商标在某个或某些地域的某类人群中具有怎样的知名度或是否驰名。每个案件都有不同的案情，对于商标的知名度这一事实都应当独立进行认定。

驰名商标的保护，仍应适用商标保护的一般原理，要以商标权的地域性和专门性为基本原则。对于既没有本国注册又没有本国使用的商标是否要仅依据知名度进行保护，在我国社会经济发展整体上比较落后的情况下，应当慎重考虑。

商标具有怎样的知名度是一个事实问题；是否给予请求人他所要求的商标权，是一个法律判断。事实的查明是法律适用的前提；对于商标的知名度状况，没有理由刻意回避。但依据商标驰名的事实给予请求人的权利，其范围必须与商标驰名事实存在的地域范围和商品或服务的种类范围相适应。

由于我国地广人多、各个人群之间的消费能力和消费习惯间存在很大差异，一般情况下，商标依驰名的事实在我国获得的保护，不宜及于全部的商品或服务种类；即使是在一个种类上的保护，也不宜及于全国。

目 录

引 言	1
第一章 驰名商标法律保护概述	5
第一节 驰名商标的概念	5
一、驰名商标	5
二、驰名商标与著名商标	8
三、驰名商标与知名商品特有的名称	9
第二节 驰名商标保护在国际上的发展	12
一、《巴黎公约》	12
二、发展中国家商标、商号和不正当竞争行为示范法	20
三、TRIPS 协议	22
四、反不正当竞争示范条款	24
五、世界知识产权组织驰名商标专家委员会的工作 (1995、1996)	27
六、关于保护驰名商标规定的联合建议	29
第三节 驰名商标保护在国内的发展	30
一、《民法通则》	30
二、1993 年《商标法》和《反不正当竞争法》	31
三、驰名商标认定和管理暂行规定	33
四、2001 年司法解释和《商标法》修改	34
五、驰名商标认定和保护规定	36
六、2009 年的司法解释和认定工作细则	36

第四节 保护驰名商标的目的	37
一、防止混淆	37
二、反淡化	38
三、我国现行《商标法》的选择	41
第二章 驰名商标的认定	43
第一节 驰名商标的认定标准	44
一、地域范围	44
二、相关公众和一般公众	60
三、知名度	66
第二节 认定驰名商标的程序	75
一、可以认定驰名商标的民事、行政程序	75
二、关于刑事程序认定驰名商标的讨论	81
第三节 认定驰名商标时考虑的时间点	87
一、商标异议案件	87
二、商标争议案件	90
三、侵犯商标权案件	95
第四节 驰名商标认定的性质	101
一、驰名商标认定的性质	101
二、对《驰名商标认定工作细则》的评析	105
第五节 驰名商标认定的效力	107
一、认定驰名商标的效力范围	107
二、认定驰名对个案的影响	115
第六节 小结	117
第三章 驰名商标的保护	119
第一节 商标权	120
一、商标权的取得	120
二、商标权的归属	140

三、商标权的内容	145
四、商标权的保护	154
第二节 未注册驰名商标的保护	161
一、禁止他人的使用	161
二、禁止他人的注册	167
三、在先使用权	178
第三节 已注册驰名商标的保护	182
一、跨类保护的性质	183
二、跨类保护与同类保护的区别	191
第四节 关于显著性	196
一、显著性的含义	197
二、显著性的取得	205
三、显著性的影响	208
第五节 商标权的局限	213
一、诉讼时效	213
二、权利的丧失	218
三、在后商标注册的法律效力对在先请求权的排除	225
四、对商标标志的合法使用	226
五、权利用尽	230
第六节 关于商标法的溯及力	231
一、“太阳神”商标案回顾	231
二、法不溯及既往的原则	233
三、国际法和外国法的相关规定	234
四、我国的相关规定	237
第七节 小结	245
结 语	248
参考文献	250
后 记	252

引 言

商标作为商业标志，是在人们的交易行为中自然产生的。商标是商品或服务的卖家出于吸引回头客和招徕新顾客的需要，为了方便人们记住自己这个卖家而选用的标志。

商标之所以能够产生，就是因为它既是方便商家的经营和竞争的工具，也是买家用以识别商品的来源和方便选购的工具。商标节约了买方在选购时对商品的品质进行辨别的时间成本，降低了购买劣质产品的风险，从而使商品的流通更为顺畅，方便了生产、生活，促进了社会经济的发展。商标与商号、企业名称、域名、特殊的商品名称、商业包装和装潢等标志是基于同样的需要而产生的，在功能上多有共同之处。

对于企业来说，商标不但是有力的竞争工具，也是企业的重要资产。设计并经营好商标，对企业的整体经营活动有很大帮助。一个商标一旦被市场所接受，不但可以减少消费者在购买前用于评价该产品所花的时间和精力，更重要的结果是使用该商标商品的销售量大为增加，从而促进了生产、贸易活动的规模化。

商标的注册制度和商标法的出现比商标的出现晚很多，注册商标的出现也比商标的出现晚很多。在我国，商标的出现不晚于战国时期，但注册商标的出现则是在民国时期才有的事。^① 由于商标是为了方便交易的需要而产生，仅市场中发挥作用，所以商标法从一开始就是为市场经济服务的，是竞争法的一部分。

商标至少有四种功能：标示商品来源的功能、品质保证功能、

① 黄晖，商标法 [M]，北京：法律出版社，2004：1—11.

广告功能和促进市场运转功能。^①其中标示商品来源的功能是商标最基本的功能，商标的其他功能都以这一功能为基础。

与此相联系，保护商标也有四个目的。

保护商标的目的之一是保护消费者不对商品的来源产生混淆。因为商标首先具有指示商品来源的功能，节约消费者在决定购买商品之前用于评价商品的时间。如果允许不同的商家在相同的地区、在相同的商品上使用相同的商标，则容易导致混淆，使消费者难以把商品与它的真实提供者联系起来，从而损害了消费者的利益。

保护商标的目的之二是促进与激励企业保持和提高自己的商誉。“海尔”、CCTV、“宝钢”、“红塔山”、“联想”、“可口可乐”、“麦当劳”、“劳斯莱斯”、“法拉利”、“柯达”等品牌，均保有很高的商誉，不但已经成为质量、服务的保证，甚至还可以代表身份、地位和品味，为这些品牌的所有者吸引了大批客户，带来了很好的商业机会和可观的利润，使这些所有者在市场上长期立于不败之地。

我国2008年9月曝出的三聚氰胺污染事故，使卷入其中的三鹿、蒙牛、伊利等驰名商标的商誉严重受损，相应地石家庄三鹿集团股份有限公司、内蒙古蒙牛乳业有限公司、内蒙古伊利实业集团股份有限公司的商誉损失远远高于召回问题奶粉的损失，尤其是三鹿集团在经营上的受挫最为严重。这个事件可以从反面说明保护商誉、维护品牌形象的重要性。

保护商标的目的之三是保护商标权利人为了维护和提升所提供商品的质量、商标的声誉所进行的财力、智力等方面的投入。一个品牌的树立通常是一个长期的、花费巨大的过程。成功的商标不但需要商品的品质作保障，也需要大量的、持续不断的广告来提升其

① Cornish, W. & Llewelyn, D. (2003). Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights. (5th edition). Sweet & Maxwell. p. 587. 该书没有将第4种功能独立列出。

形象、知名度和对消费者的吸引力。如果允许其他商家任意复制权利人的商标并使用，从而从该商标的声誉中获利，对商标权人来说是不公平的。

保护商标的目的之四是促进市场功能的顺利发挥，维护一个公平诚信、活跃健康的市场竞争秩序，从而维护公共利益。如果商标被任意仿冒，商标保护的这个目的就不会实现：商标权人不能控制被消费者误以为是自己生产的假冒商品的质量，不仅会损害商标权人和消费者的利益，也会对市场构成极大的损害。

和著作权、专利权一样，商标权也有地域性。一个国家的法律通常只保护在本国注册或在本国使用的商标，而对于既未在本国注册又未在本国使用的商标，则不予保护。另外，商标还有专门性。商标保护的范 围，通常也仅限于禁止他人未经许可将相同或近似的商标使用在相同或类似的商品或服务上。

但当今社会，科学技术已经相当发达，且仍在突飞猛进。这就使得在一个商品开始进入全球任何地方的市场之前，其商标就可以通过先期宣传甚至先期许可而为人所知，甚至广为人知。这更使得在一国注册或使用的商标，很容易通过卫星、互联网的宣传、通过人们的国际旅行而传播到国外，并在国外享有一定的声誉，具有较高的知名度。“海尔”、“可口可乐”等商标在全球的很多的地方都有相当的知名度。相对于普通商标来说，驰名商标能够为所有者带来更多的经济利益和更大的竞争优势，具有更高的商业价值。

与这种情况相伴生，假冒商标的现象也不只在商标的注册地或使用地出现。有时，如果一个商标在国外的某个地方已经有了一定影响，但是还没有在国内注册和使用，这个商标会被他人注册为自己所有。到目前为止，只要这个商标还没有在本国有足够的知名度，并且注册人对该商标有着真实的使用意图，那么一般而论，这种注册并不会违反法律的规定。

但是，如果注册人在国内注册的外国商标在其注册之前，就在国内已经有了相当的知名度，注册人不但能够借助该商标原始主人

的商誉销售自己的商品或服务，也可以用该商标来反对其原主在国内的在后注册和使用。如果原主想进入国内市场，必须向国内的注册商标权利人支付商标许可使用费或转让费。这两种对国内的注册商标的利用无疑可以使其注册人获取可观的不正当利益，要么类似抢劫，要么类似绑架，为国际商业界所深恶痛绝。为了解决这个问题，在一些国际组织的努力下，包括对商标保护采取注册主义的国家在内的大多数国家对驰名商标都提供了一定的保护。^①

驰名的商标往往具有比较强的吸引消费者的能力，也就是销售能力，其影响范围也可以超出传统的商标保护的范畴，即相同或类似的商品或服务。这就是说，如果他人将与驰名商标相同或相似的标志使用在不相同也不类似的商品上，仍然可以在没有任何宣传的情况下，使这些商品的销售好于没有使用这样标志的销售或用了没有任何影响的标志的销售，并从中获利。为了限制这样的行为，当代多数国家也已开始尝试禁止他人将与驰名商标相同或相似的标志应用于不相同或不类似的商品或服务上。

2001年修改后的《商标法》实施以来，我国发生了很多涉及驰名商标的纠纷。其中，在“惠尔康”、“太阳神”、“小肥羊”等多个案件的处理上，商标局、商评委和法院的裁决结果反反复复，虽然当事人可能已经用尽了所有异议、争议和诉讼等合法程序，有的案件还经过了终审判决后的再审，但国家机关给出的处理结果仍不能令当事人和社会公众心服口服，这些案件仍然是代理人、审查员、法官、学者、公众讨论和争议的焦点。因此，对于驰名商标相关法律进行基础性的深入研究，是我国行政、司法实践的迫切需要。

① 当然，这并不是说驰名商标具有超越国界的效力。在一国认定驰名的商标并不一定在别的国家也能够被认定为驰名。事实上，对驰名商标的保护不但局限于将其认定为驰名的法域内，而且一般应局限于其驰名事实存在的该法域内的更小的具体地域内。

第一章 驰名商标法律保护概述

第一节 驰名商标的概念

一、驰名商标

顾名思义，驰名商标就是具有较高知名度的商标。

驰名商标是一个企业、一个地区乃至一个国家经济实力的重要标志之一，对于促进生产规模的扩大、利润率的提高和竞争力的加强起着非常重要的作用，是民族经济不断壮大并在国际市场上生存和发展的有力工具。

国际上最早针对驰名商标做出规定的国际性法律文件是 1925 年在海牙修订后的《保护工业产权巴黎公约》（Paris Convention for the Protection of Industrial Property）（以下简称《巴黎公约》），具体的规定是在这个公约的第 6 条之二中。虽然这条规定在 1934 年和 1958 年曾做过一些细节上的修改，但仍然是关于驰名商标的规定。《与贸易有关的知识产权协议》（Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights）（以下简称“TRIPS 协议”）第 16 条以引用《巴黎公约》的方式规定了对驰名商标的保护，并对保护范围的最低要求做了一些扩大。

我国商标立法在很大程度上借鉴了《巴黎公约》和 TRIPS 协议，“驰名商标”一词的选用也是直接基于对这两个公约中“well-known marks”的翻译。其实，英语和汉语分别属于印欧语系和汉藏语系，由于这两种语言在历史、文化等多方面的不同，它们之间的差异很大。以至于很难在两种语言之间找到完全对等的词。对于

“well-known marks”，在汉语上也没有字或词与之完全对应。根据 2002 年商务印书馆、牛津大学出版社出版的《牛津高阶英汉双解词典》给出的解释，“well-known”的意思是为“known to many people; familiar or famous”。而根据 1997 年外语教学与研究出版社出版的北京外国语大学英语系编的《汉英词典》，“驰名”在英语中则可以被解释为“be known far and wide; be famous; be renowned”。可见它们的含义范围是两个存在交集的集合，并不对等。从它们的第一含义看，一个是为许多人知晓的意思，一个是声名传播得很远的意思，两者间的差别是还是比较明显的。

驰名应当与有较高知名度同义。有不少人认为较高的知名度必然包含较高的声誉，国家工商行政管理总局 2003 年 4 月 17 日发布的《驰名商标认定和保护规定》也在第 2 条规定“驰名商标是指在中国为相关公众广为知晓并享有较高声誉的商标”，这是不妥的。声誉的高低，通常意义上既包含声誉的大小也包含声誉的好坏。岳飞和秦桧，在我国都有很高的知名度，但其声誉的好坏则截然不同。所以，知名度的高低和声誉的好坏，完全是两回事；“驰名”并不包含“声誉好”的意思。

比如，光明乳业（600597）作为一家上市公司，其“光明”品牌在奶制品市场上享有较高的知名度。但是该公司不但曾在 2005 年和 2007 年爆出过“早产奶”的新闻，^①在 2008 年也与“三鹿”、“蒙牛”、“伊利”等品牌一起卷入三聚氰胺事件。^②显然，近年来使用在奶制品上的“光明”商标一直有较高的知名度，是驰名商标；但使用这一商标的商品的质量仍有出现问题的可能。

再比如，“肯德基”的鸡翅、鸡腿中曾被查出含有致癌物质

① 田怡、何勇，提前六天诞生 光明再现“早产奶”[EB/OL]，（207-01-05）
http://business.sohu.com/20070105/n247432472.shtml.

② 朱戮，蒙牛伊利光明部分液态奶含三聚氰胺（附名单）[EB/OL]，（2208-09-18）
http://www.caijing.com.cn/2008-09-18/110013835.html.