

 Legal Protection of Well-known and
Famous Marks

▶

驰名商标和著名商标 的法律保护

▶

黄 晖 / 著

法 律 出 版 社

中国社会科学院重点课题

Legal Protection of Well-known and
Famous Marks

▶ 驰名商标和著名商标 的法律保护 ▶

——从识别到表彰

黄 晖 / 著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

驰名商标和著名商标的法律保护/黄晖著. -北京:法律出版社,2001.2

ISBN 7-5036-3343-3

I. 驰… II. 黄… III. 商标法-中国-学习参考资料
IV. D923.434

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 06253 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

责任校对/杨昆玲

印刷/北京市宏伟胶印厂

开本/A5

印张/17 字数/445 千

版本/2001 年 5 月第 1 版

2001 年 5 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414120(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

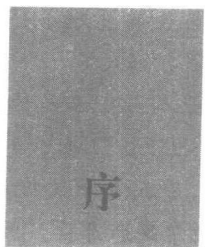
书号:ISBN 7-5036-3343-3/D·3061

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

既以为人，己愈有；既以与人，己愈多
《老子·八十一章》

其好之也，以异于彼；其好之也，欲以明之
《庄子·齐物论》



时光已流入 20 世纪与 21 世纪之交,市场经济的发展,不再允许民商法领域,尤其知识产权法领域的学者,把商标问题的研究排除在自己的视野之外了。

当有人认为商标权本不应属于“知识产权”时,当有人断定商标不过是认知的标识,商标离开商品就一文不值时,当有人主张商标权的性质“以占有为要素”,因此应将其纳入“取得时效的客体”时,他们肯定不会感到汗颜,否则他们就不会那样有系统地阐发着这类观点了。

由于许多人一直把商标看作知识产权中最简单、最无必要深入探讨的领域,所以上述一些糊涂议论、一些百年前可能是“真理”、而今不可能不是谬误的议论,在学界不断被重复着,也就并不可怪了。

但中国由计划经济向市场经济的转轨,中国的“入世”带来的冲击 中国知识产权立法、司法实践一再向人们提出的不容回避的问题,终于使不甘心停滞在人云亦云(乃至以讹传讹)的真正学子,踏下

心来开垦这一看上去荆棘丛生的荒地了。于是我们读到了这部《驰名商标和著名商标的法律保护》。

虽然我相信大多数企业界人士都能读懂这部书,并会对它感兴趣,但该书决不是一部“普法读物”,也不是一部传统的法学教科书。它并没有从法律概念出发,进而及于法律关系,进而营造自己的“法律体系”——象现今许多法学著述那样。因为那样一部书,可能有出版价值,却并无实践上的使用价值:读者已懂的东西,书上可能都有,而且讲得“头头是道”;读者不懂而想进去找答案的,读进去后却发现它的作者比读者还糊涂。

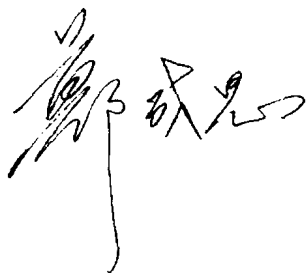
就是说,这部书不同于那些浮在“面”上的书。它是针对许多难“点”与热“点”问题展开并解答的。当然,点多了,也形成了面。不过这时已不再是浮在上面的那种“面”了。

除了较有深度地解答了一些问题之外,本书还在商标领域,特别是在驰名商标的保护方面,提出了一些似可继续争议下去的问题,其中有些涉及民法的基本问题。它们可能在我国还并没有被搞清楚,至少是与知识产权相关联时,还没有被搞清楚。因此是值得探讨,值得进一步争议下去的。

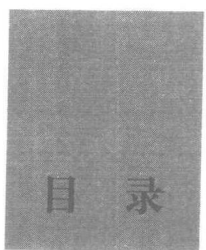
我拿到这部书的付印稿后,几乎是一气读完的,因为很难让自己停下来。读时让我油然记起李贺诗句“蜀丝楚桐张高秋,空山凝云颓不流”。因为读它不像是嚼苦果,却很像是饮清泉。读完之后,确有“秋寒扫云留碧空”的感觉。当然,作者不可能以一部书澄清商标领域的所有烟尘,但他毕竟扫除了自己足迹所及的一路上的蔓草。由于作者了解国内外商标立法与司法的历史发展,又熟悉两大法系主要语言(法语、英语),因此在比较中展开热点问题,是得心应手的。

商标之于生产者、销售者(包括服务提供者)和消费者都太重要了。谁又能声言自己处于这三者之外呢?而我们对它的了解与研究,相对就太少了。近年并非没有商标、商标权、商标法方面的书,而且可以说还出了很多。只不过抄袭他人者有之,重复前人者有之,真

正值得一读者并不多。这种状况可能决不止在商标领域。然而,我们终究还能见到一些真正的精品。我感到黄晖博士的这本书,即是其中之一。作为读者,我自然盼望有更多这样的好书问世。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters. The characters appear to be '郑成心' (Zheng Chengxin), written in a cursive, flowing style.

2001年5月



绪言 人类失去商标,世界将会怎样?	1
-------------------------	---

第一编 商标的显著性及其组成要素和保护渠道

第一章 “第二含义”还是“第一含义”?

——商标显著性的认定	11
------------------	----

第一节 商标的固有显著性和获得显著性	12
--------------------------	----

一、商标的固有显著性	12
------------------	----

二、商标的获得显著性	13
------------------	----

第二节 商标的相对显著性和绝对显著性	17
--------------------------	----

一、商标的相对显著性	17
------------------	----

二、商标的绝对显著性	18
------------------	----

第三节 商标显著性认定的意义和方式	18
-------------------------	----

第二章 只能使用看得见的平面图形作商标吗?

——组成商标的要素	20
-----------------	----

第一节 视觉商标	20
一、平面商标	21
(一)文字商标	21
(二)图形商标	25
(三)组合商标	29
二、立体商标	29
(一)普通立体商标	29
(二)特殊立体商标	30
三、静态商标	33
四、动态商标	33
第二节 听觉商标	34
一、声音商标	34
二、乐音商标	34
第三节 嗅觉商标	34
第四节 味觉商标	35
第五节 触觉商标	36
第六节 商品还是商标? ——商业外观(Trade Dress) 的法律保护	36
第三章 “使用在先”、“注册在先”还是“驰名在先”? ——商标权利取得的渠道	39
第一节 商标权产生的一般渠道——使用及注册	39
一、商标权基于使用产生	39
二、商标权基于注册产生	44
第二节 商标权产生的特别渠道——驰名	46
一、巴黎公约确立的驰名原则	46
二、TRIPS 协议对驰名原则的重要补充	47
三、WIPO《关于驰名商标保护规定的联合建议》的新贡献	50
四、各国对驰名商标保护的初步实践	52

第二编 以制止混淆为基础确定的商标权利范围

第四章 “李逵”为何要打“李鬼”？

——混淆理论的提出 57

第一节 混淆理论的法律基础 57

第二节 混淆的定义 60

第五章 “伟哥”是谁的产品？

——混淆的可能的认定 62

第一节 认定混淆的可能的总体原则 63

第二节 认定混淆的可能的具体因素 67

一、商标的相同或近似 67

（一）同种语言商标的比较 68

（二）不同语言商标的比较 70

二、商品或服务的类似 71

第三节 混淆的可能的具体认定 75

第六章 商标名气不同待遇也不同？

——混淆理论的扩张 78

第一节 商标显著性概念的扩张 78

第二节 商标近似概念的扩张 79

第三节 商品类似概念的扩张 80

第四节 混淆概念的扩张 85

一、赞助混淆 85

二、售前混淆 86

三、售后混淆 87

四、反向混淆 87

第七章 “花都机”侵犯了商标权吗？

——混淆理论在其他侵犯商标权行为上的运用 89

第一节 反向假冒	89
第二节 企业名称与商标的冲突	92
第三节 网上商标侵权行为	95
一、域名与商标的冲突	96
(一) 域名注册机制的演变	96
(二) 我国解决域名与商标冲突的探索	100
二、网上其他形式的商标侵权行为	104
(一) 网上传统的商标侵权	104
(二) 网上特有的商标侵权	105

第三编 以制止联想为基础确定的商标权利范围

第八章 显著性越强混淆的可能越大吗？

——联想理论产生的历史背景

第一节 混淆理论的局限	111
第二节 商标功能的发展	114
第三节 品牌资产的法律地位	117
第四节 联合商标及防御商标制度的评价	120

第九章 “雪弗莱”洗涤剂造成了什么损害？

——欧洲对联想理论的贡献

第一节 欧洲联想理论的起源	
——解决非近似商标的问题	124
一、比荷卢联想理论的提出	124
二、比荷卢联想理论在欧共体一号指令中的地位	127
(一) 英国的 WAGAMAMA 案	128
(二) 德国的 PUMA 案	130
(三) 荷兰的 ADIDAS 案	132
第二节 欧洲联想理论的发展——解决非类似商品保护的问题	133

一、欧洲对非类似商品的保护标准	133
二、声誉商标	135
三、不当得利及损害	136
(一) 不当得利	136
(二) 损害	138
第三节 欧洲联想理论存在的问题	138
一、比荷卢联想理论存在的问题	138
二、欧洲在非类似商品上的商标保护存在的问题	140
第十章 “柯达”钢琴是柯达生产的吗？	
——美国对联想理论的贡献	142
第一节 美国淡化理论的起源	142
第二节 淡化的三种形式	145
一、因“弱化”造成的淡化	145
二、因“丑化”造成的淡化	148
三、因“退化”造成的淡化	149
第三节 美国淡化理论存在的问题	150
第十一章 小池里能养出大鱼吗？	
——联想理论的整体思路及发展趋势	152
第一节 联想的定义	153
第二节 产生联想的相关因素	157
一、商标的显著性	157
(一) 从固有的显著性到绝对显著性	158
(二) 从获得的显著性到绝对显著性	159
二、商标知名度的地域范围和行业范围	160
(一) 知名度	160
(二) 知名度的地域范围	163
(三) 知名度的行业范围	164
三、没有正当理由	167
四、商标注册	168

五、竞争关系	168
第三节 联想的后果	169
一、不当得利	169
二、损害	171
(一) 弱化	171
(二) 丑化	175
(三) 退化	176
第四节 联想理论的发展趋势及其在其他侵犯商标权 行为上的运用	179
一、联想理论的发展趋势	179
二、联想理论在其他侵犯商标权行为上的运用	181
(一) 企业名称与商标的冲突	182
(二) 网上侵权	183

第四编 商标权利范围的限制

第十二章 青岛的啤酒厂可以生产“青岛啤酒”吗？

——合理使用	189
第一节 商业性使用	189
一、叙述性使用	189
二、指示性使用	193
第二节 非商业性使用	197
一、滑稽模仿与言论自由	198
二、新闻报道及新闻评论	200
三、字典中使用	200

第十三章 广告可以指名道姓地比较吗？

——比较广告	201
第一节 美国的比较广告	201
第二节 欧洲的比较广告	203

第三节	我国对比较广告的态度	206
第十四章	灰色市场上的“力士”香皂该不该禁？ ——商标权利用尽与平行进口	208
第一节	国际公约对商标权利用尽的立场和态度	209
第二节	欧共同体对商标权利用尽及平行进口的判例 与立法	210
一、	第7条第1款：商标权利用尽的原则	211
二、	第7条第2款：商标权利用尽的例外	214
(一)	重新包装问题	214
(二)	重贴标识问题	216
(三)	广告方式问题	217
(四)	改换商标问题	217
第三节	何谓“经商标所有人同意投放欧共同体市场 的商品”？	218
第四节	美国对商标权利用尽及平行进口的立法和实践	220
第五节	我国处理商标权利用尽及平行进口的对策	223
第十五章	特许经营可以限制竞争吗？	226
——	商标使用许可合同中的限制竞争条款 以及对商标权利滥用的处罚	226
第一节	商标许可使用合同中的限制竞争条款	226
第二节	对商标权利滥用的处罚	234

第五编 商标侵权的认定和处罚

第十六章	“明知”“应知”才算侵权吗？ ——商标侵权的主客观要件	237
第一节	商标侵权的客观要件	237
第二节	商标侵权的主观要件	238
一、	主观过错在商标确权程序中的意义	238

二、主观过错在商标侵权程序中的意义	246
(一) 主观过错不是认定商标侵权的要件	246
(二) 认定网络域名抢注者的条件——主观恶意	253
第十七章 怎样才能居善地动善时？	
——商标侵权的管辖与时效	255
第一节 商标侵权的管辖	255
一、现实空间中商标侵权管辖的确定	255
二、网络空间中商标侵权管辖的确定	256
第二节 商标侵权的时效	259
一、一般诉讼时效	259
二、商标争议程序及时限	261
三、容忍、默许以及懈怠对商标权的限制	262
第十八章 民意测验能够测出真伪吗？	
——商标侵权的举证	266
第一节 民意测验	266
一、显著性的证明	267
二、知名度的证明	268
三、混淆或联想的证明	273
四、不当得利或损害的证明	275
第二节 知情权及举证责任转移	277
第三节 临时措施	279
第十九章 禁用赔偿还是罚款监禁？	
——商标侵权的救济	282
第一节 民事救济	282
一、禁止令	283
二、损害赔偿	285
第二节 行政救济	290
一、商标权的海关保护	290
二、其他行政机关的处罚	294

第三节 刑事救济	296
一、监禁及罚金	296
二、其他刑事处罚	298
结语 有形世界能够创造无限风光吗?	300
缩略语简释	306
重要商标术语解释	308
商标立法大事年表	354
商标立法文件精选	358
参 考 文 献	500
后 记	523

绪言 人类失去商标,世界将会怎样?

人类失去商标,世界将会怎样?这个问题如果是在 20 世纪以前提出来,人们也许可以不假思索地回答:“桃李不言,下自成蹊”,没有商标,人们照样过日子。但 20 世纪的商标,通过大量的商品和服务,尤其通过铺天盖地、无孔不入的广告,已经成为我们生活的一个重要组成部分。我们从早上一睁开眼,到晚上就寝休息,至少要同上百个商标打交道,我们的生产营销模式、我们的生活方式乃至价值实际已经和商标发生了千丝万缕的关系。如果我们今天必须回答上面这个问题,答案也许就不会那么直截了当,因为在没有商标的世界里,我们识别商品的成本将会骤然上升,同时我们用来表彰自己的手段也会急剧减少。生活不单会变得比现在复杂,也会比现在单调。

商标的起源可以追溯到几千年前,当时商品经济还不发达,商标的作用主要是便于追究劳动者的责任,尤其是在行会体制下,商标基本上是一种强制