

S

商标策略

HANGBIAO
CE
LUE

金多才 著

河南人民出版社

商 标 策 略

金多才 著

河南人民出版社

SHANGBIAO CELÜE

图书在版编目(CIP)数据

商标策略/金多才著. - 郑州:河南人民出版社,
2002.1

ISBN 7-215-04949-3

I.商… II.金… III.商标-使用 IV.F760.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 065036 号

河南人民出版社出版发行

(地址:郑州市经五路 66 号 邮政编码:450002 电话:5723341)

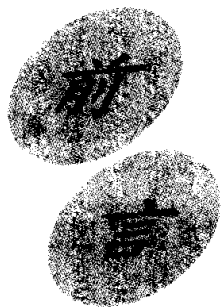
新华书店经销 河南省瑞光印务股份有限公司印刷

开本 890 毫米×1124 毫米 1/32 印张 9.125

字数 197 千字 印数 1-4 000 册

2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-215-04949-3/F·849 定价:18.00 元



社会主义市场经济就是法制经济,从某种意义上讲也是知识经济。江泽民同志在党的十五大报告中指出:“科学技术是第一生产力,科技进步是经济发展的决定性因素。”在科学技术转化为生产力的过程中,知识产权法律制度是支持和保护科技创新、推动科技进步的重要法律制度。《中华人民共和国商标法》颁布已经 19 年多了,该法对建立和完善我国的商标法律制度,加强商标管理,保护商标权,促进生产者、经营者保证商品质量、服务质量和维护商标信誉,保护用户和消费者的合法权益,促进社会主义市场经济的健康发展等,都起到了非常重要的作用。

党的十一届三中全会以后,我国的法制建设取得了举世瞩目的巨大成就,知识产权法律体系不断完善,人民法院和有关行政主管部门的执法水平不断提高,公民、法人和其他组织的知识产权法律意识不断增强,人们已非常重视运用法律武器保护自己的知识产权。随着经济的发展和社会的进步,知识产权在国内外经济、贸易中的地位不断上升,知识产权纠纷案件大量增加,出现了一系列需要研究和解决的新情况、新问题,如商标使用人不知道如何选择好的商标、如何使用商标,商标权人不知道如何维护自己的商标权,商标权与著作权、外观设计专利权发生



冲突如何处理等。尤其是我国加入 WTO 之后,我们不仅要研究和解决国内知识产权方面的新情况、新问题,还要进一步研究与知识产权有关的国际条约和发达国家的知识产权法律制度,以进一步完善我国的知识产权法律体系。

建立有中国特色的社会主义财产法律制度是我国法学研究的重大课题之一,在研究如何建立有中国特色社会主义财产法律制度的过程中,很有必要对我国加入世界贸易组织之后的商标法律制度进行深入的研究。在新的历史条件下,研究我国的商标法律制度,从理论上讲,有利于完善我国的商标法律制度,建立有中国特色的社会主义财产法律制度,充分发挥商标权等知识产权在经济、贸易和社会生活中的作用;从实践的角度讲,有利于保护商标权和其他知识产权人的合法权益。

在我国已加入世界贸易组织和《中华人民共和国商标法》刚刚修订之际,本人结合《巴黎公约》、《TRIPS 协议》和有关国家的商标法,根据自己多年来的研究成果及教学工作中的体会,在借鉴和吸收知识产权研究最新成果的基础上,运用比较的方法、实证的方法和理论结合实际的方方法写了这本书。

本书共分为七个部分:第一部分论述了商标、商标法和商标权;第二部分论述了商标注册制度、商标注册条件、商标注册申请、商标注册的审查与核准;第三部分论述了注册商标的续展、变更、转让、使用许可和争议的裁定;第四部分论述了注册商标和未注册商标的使用管理、商标印制管理;第五部分论述了商标专用权的保护范围、商标侵权行为及其认定、商标侵权民事责任的归责规则、驰名商标的保护、商标专用权的行政保护和司法保护;第六部分结合国内外的实际,研究和探讨了商标选择战略、商标使用战略、商标权维护战略、宣传战略和名牌战略;第七部

分结合国内外的实际,研究和探讨了商标权、外观设计专利权、著作权冲突的原因及其解决对策。

尽管本人为写此书做出了很大的努力,但是,由于学识水平有限,加上语言和占有资料的限制,书中恐有错谬之处,敬希各位同仁教正。

金多才

2001年10月于郑州

第一章 导论	1
第一节 商标的概念和分类	1
第二节 商标法的概念	26
第三节 商标权	37
第二章 商标注册	48
第一节 商标注册制度	48
第二节 商标注册条件	54
第三节 商标注册申请	75
第四节 商标注册的审查与核准	83
第三章 注册商标的续展、变更、转让、使用许可和 争议的裁定	93
第一节 注册商标的续展	93
第二节 注册商标的变更	97
第三节 注册商标的转让	100
第四节 注册商标的使用许可	106
第五节 注册商标争议的裁定	110
第四章 商标使用的管理	120
第一节 注册商标使用的管理	120

第二节	未注册商标使用的管理	126
第三节	商标印制管理	128
第五章	商标专用权的保护	134
第一节	商标专用权的保护范围	134
第二节	商标侵权行为及其认定	137
第三节	商标侵权民事责任的归责规则	169
第四节	驰名商标的保护	186
第五节	商标专用权的行政保护和司法保护 ...	195
第六章	商标战略研究	203
第一节	商标选择战略	204
第二节	商标使用战略	212
第三节	商标权维护战略	213
第四节	宣传战略	215
第五节	名牌战略	220
第七章	商标权、外观设计专利权、著作权冲突问题研究	229
第一节	问题的提出	229
第二节	商标权、外观设计专利权、著作权冲突的 原因	246
第三节	解决商标权、外观设计专利权、著作权 冲突的对策	257
附录一：	中华人民共和国商标法	269
附录二：	主要参考书目	284

第一章 导 论

第一节 商标的概念和分类

一、商标的概念和特征

根据世界贸易组织协定中《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》)第十五条第一款的规定,任何能够将一企业的商品或服务与其他企业的商品或服务区分开的标记或标记组合,均应能够构成商标。这类标记,尤其是文字(包括人名)、字母、数字、图形要素、色彩的组合,以及上述内容的任何组合,均应能够作为商标获得注册。即使有的标记本来不能区分有关商品或服务,成员亦可依据其经过使用而获得的识别性,确认其可否注册。成员可要求把“标记应系视觉可感知”作为注册条件。

关于商标的概念问题,不同的专家、学者有不同的表述方法。有人认为,商标是指商品的生产者、经营者或者服务的提供者为了使自己生产、经营的商品或者提供的服务同其他人生产、



经营的商品或者提供的服务区别开来而使用的一种标记。还有人认为,商标是指由文字、图形等构成要素构成的并附着在商品、商品包装或者宣传品上的区别不同商品或者服务的一种专用标志。笔者认为,商标是指生产者或者经营者为了使自己生产、经营的商品或者提供的服务与他人生产、经营的商品或者提供的服务相区别而使用的一种标志。

商标有以下几个特征:

1. 商标是区分商品或者服务的特殊标志

商标与商品或者服务有着极其密切的联系,区分不同商品或者服务的特殊标志才是商标,其他标志不是商标。如学校的校徽是一种标志,不同学校的校徽可以将不同学校的学生和教职工区分开来;同一学校的红底白字的校徽、白底红字的校徽可以将同一学校的教职工和学生区分开来。用于各种纪念活动的徽章也是一种标志,可以区分不同的纪念活动。商标是区分商品或者服务的特殊标志,而不是区分人或者其他事项的标志。

2. 商标是区分不同生产者或者经营者的标志

置身于当今发达的物质社会,林林总总的商品令人眼花缭乱,目不暇接,生产、经营同一商品的生产者、经营者很多,提供同一服务的经营者也很多,作为购买商品或者接受服务的用户和消费者,如何选择购买自己满意的商品、选择接受自己满意的服务?作为商品的生产者、经营者和服务的提供者,如何推销自己生产、经营的商品或者提供的服务?人们可以通过商标将生产、经营同一商品的生产者、经营者和提供同一服务的经营者区分开来。如生产自行车的生产者很多,人们可以通过“凤凰”商标、“永久”商标、“飞鸽”商标、“捷安特”商标等将自行车生产者区分开来;人们可以通过德国“汉莎”航空公司的服务商标将德

国“汉莎”航空公司及其提供的航空运输服务与其他航空公司及其提供的航空运输服务区分开来。

3. 商标反映商品或者服务的质量和生产者、经营者的商品或者服务声誉、商业信誉

商标是生产者、经营者商品或者服务声誉、商业信誉和人们对生产者、经营者评价的象征和载体,它不仅能够反映生产者、经营者的商品质量和服务质量,而且还能够反映生产者、经营者的商品或者服务声誉、商业信誉。如天津油漆厂、国营长虹机器厂、上海家化联合公司、康佳集团股份有限公司、海尔集团股份有限公司等生产者的商品声誉、商业信誉很好,商品质量和服务质量赢得了广大用户和消费者的信赖等,都是分别通过其“灯塔”商标、“长虹”商标、“美加净”商标、“康佳”商标、“海尔”商标体现出来的。

二、商标的分类

可以根据不同的标准对商标作出不同的分类,在此介绍几种常见的商标分类。

(一)以商标的构成要素为标准,可以把商标分为文字商标、图形商标、字母商标、数字商标、组合商标、立体商标和非形象商标等

1. 文字商标

文字商标是指由文字构成的商标。这里的文字可以是中国的语言文字,也可以是外国的语言文字。在中国的语言文字中,可以是汉语言文字,也可以是少数民族的语言文字。在外国的语言文字中,既可以是日本、法国、英国的语言文字,也可以是其他国家的语言文字。如“郎”、“全聚德”、“雪碧”、“飞跃”、“万宝”、“六必居”、“英雄”等商标,都是文字商标。

作为文字商标的文字可以是有含义的字或词,也可以是由几个字或词组合而成的并具有新的含义的文字。我国的文字属于象形文字,不仅字意、词意丰富,其独特的结构与外形蕴涵着美感,因此文字商标的使用比较广泛。在使用文字商标时,除了不得使用禁止使用的文字以外,可以根据自己的意志选择文字构成文字商标。

2. 图形商标

图形商标是指由图形构成的商标。可以构成商标的图形有多种多样的表现形式,既可以是花草虫鱼绘制的商标图案,也可以是山川河流、飞禽走兽、塔亭庙宇、天象地理、几何图形、卡通形象等绘制的商标图案。如由锐角为 60° 的三个菱形从一点出发按 60° 的夹角三向排列组成的“三菱”商标、由两个乒乓球的平面图案相叠构成的“连环”商标、由两个菱形相叠构成的“双菱”商标等,都是图形商标。图形商标的特点是形象、生动,立意明朗,便于记忆。此外,图形商标不受语言文字的限制,不论在使用什么语言文字的国家或者地区,人们只要认识图形、懂得商标图形,便会理解图形商标的寓意,就比较容易称谓图形商标。但是,图形商标的设计有一定的难度。

在选择文字和图形作为商标时,一定要注意商标注册国或使用国的法律规定和风俗习惯。如美国多数人对猫(哪怕是“波斯猫”)很讨厌,尤其对黑猫深恶痛绝,见黑猫如闻噩耗。英国人把孔雀看做祸鸟,“孔雀”译成英文含有“邪恶”的意思;山羊在英国被喻为“不正经的男子”;雄鸡在英国风俗语中有“下流”的解释;英国人还忌讳用人像作为商标的装潢等。日本人忌用荷花作为商标图案。法国人忌用菊花;认为仙鹤是蠢汉的代名词;黑桃被认为是死人的象征。意大利人忌讳用菊花作为商标图案。

北非一些国家忌用狗作为商标图案。国际上把三角形作为警示性标志。捷克人认为三角形是有毒的标志。土耳其用绿色三角形表示“免费样品”。

3. 字母商标

字母商标是指由字母构成的商标。如“SONY”、“IBM”等商标都是字母商标。字母商标中的字母可以是我国语言文字中的字母,如汉语拼音的字母,也可以是外国语言文字中的字母,如英文、法文、日文、俄文字母等。作为字母商标的字母,可以是一个单一字母,也可以是几个字母的组合。选择单一字母作为商标时,必须有独特的设计。如果以普通印刷体的单一字母作为商标而申请注册,任何国家都会以该商标缺乏显著性而驳回该商标注册申请。由几个字母组合而成的商标通常是创造性的、无含义的,或者是商标注册申请人名称的缩写。

4. 数字商标

数字商标是指由阿拉伯数字构成的商标。英国的“555”是典型的数字商标。如果用某一个国家的语言文字中的数字作为商标,该商标是文字商标而不是数字商标。如“六六”、“八八”、“陆陆”、“捌捌”等商标是文字商标而不是数字商标。

5. 组合商标

组合商标是指由两种以上的商标构成要素构成的商标。组合商标可以由文字与图形、文字与字母、文字与数字组合构成,可以由图形与字母、图形与数字、图形与颜色组合构成,也可以由文字、图形、字母、数字、颜色等构成要素的任何组合构成。如“灯塔”(油漆)、“马利”(美术颜料)、“美加净”(化妆品)、“小天鹅”(洗衣机)、“东风”(汽车)、“红豆”(服装)、“红梅”(味精)、“红塔山”(卷烟)、“杏花村”(酒)、“张小泉”(剪刀)等商标,都是组合

商标。组合商标的特点是图文并茂,兼有文字商标、图形商标等商标的优点,既可以给人们以深刻的印象,又便于识别和称谓。

6. 立体商标

立体商标是指由三维标志、商品外形或者商品的实体包装构成的商标。如把三维标志和酒瓶、饮料瓶、香水瓶等商品的容器以及与商品本身联系紧密的装潢作为商标。立体商标的出现,是为了进一步扩大工业产权的保护范围。英国、德国、新西兰、南非、蒙古等国家的商标法规定了对立体商标的保护。如美国的“可口可乐”的饮料瓶、“罗耳斯—罗矣斯(ROLIS-ROYCE)”汽车的格栅,已经在一些国家获得商标注册。“可口可乐”的饮料瓶、“罗耳斯—罗矣斯(ROLIS-ROYCE)”汽车的格栅具有自己独特的风格,是工业品的外观设计,它们虽然可以获得专利法的保护,但是各国专利法对工业品外观设计的保护期限一般只有5年至10年。专利法对外观设计的保护期限届满后,该外观设计即失去了法律的保护。如果该外观设计作为商标获得了注册,并且按照法律的规定续展下去,就可以永远受到保护。

1982年的《中华人民共和国商标法》和1993年修订的《中华人民共和国商标法》将商标的构成要素限定为文字、图形或者其组合,对立体商标的保护未做规定。为了与《TRIPS 协议》相一致,2001年10月27日修订的《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)第八条规定:“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的可视性标志,包括文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合,以及上述要素的组合,均可以作为商标申请注册。”根据上述规定,三维标志、商品外形或者商品的实体包装等可视性立体标志构成的商标都是立体商标。

7. 非形象商标

非形象商标是指以音响、气味或者电子数据传输标记等非视觉所能感受到的要素构成的商标。如美国 NBC 广播公司以其特有的三音调(Three Tone Chime)乐曲作为自己的服务商标进行了注册;美国一家商店销售一种散发着“夹竹桃花香味”的绣花线和纱线,该香味便是这种绣花线和纱线的注册商标。以独特音响、气味以及借助一定的设备表现出来的富有特色和美感的电子数据传输标记等构成的商标,虽然在个别国家已经出现,但是由于对其审查、鉴别等还存在不少技术和操作上的困难,目前只有极少数国家的法律对非形象商标的保护做出了规定。随着商品经济的发展,对非形象商标给予保护的国家会越来越多。目前,我国《商标法》对非形象商标的保护尚未做出规定。

(二)以商标的用途为标准,可以把商标分为商品商标、服务商标、证明商标、防御商标、等级商标和联合商标

1. 商品商标

商品商标是指生产者或者经营者为了使自己生产、经营的商品与他人生产、经营的商品相区别而使用的商标。如使用在电视机上的“牡丹”商标,使用在缝纫机上的“蝴蝶”商标,使用在饮料上的“可口可乐”商标,使用在汽车上的“东风”商标、“奔驰”商标、“TOYOTA”商标,使用在家用电器上的“SONY”商标等,都是商品商标。

2. 服务商标

服务商标是指经营者为了使自己提供的服务与他人提供的服务相区别而使用的商标。如用于快餐服务的“麦当劳”、“肯德基”,用于药品销售服务的“同仁堂”,用于饭店服务的“白天鹅”、“Holiday Inn”等都是服务商标。

一些国家早在 20 世纪四五十年代就已经开始保护服务商

标。如美国于 1945 年开始保护服务商标,随后意大利、巴西、伊朗、加拿大、韩国、丹麦、瑞典、南斯拉夫、法国、海地、摩纳哥、菲律宾、挪威等国对服务商标的保护做了规定。《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》)、《商标国际注册马德里协定》(*Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks*,以下简称《马德里协定》)和《TRIPS 协议》都确认了服务商标的法律地位,把它作为一类商标而加以保护。我国于 1985 年、1989 年分别参加《巴黎公约》和《马德里协定》之后,已开始办理外国来华注册的服务商标。随着经济的发展和社会的进步,保护服务商标的国家越来越多。

我国 1963 年的《商标管理条例》和 1982 年的《商标法》都没有关于保护服务商标的规定。随着经济体制改革的不断深化,我国的第三产业有了很大的发展,为了适应发展社会主义市场经济的需要,1993 年 2 月 22 日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》对服务商标的保护做了规定。1993 年修订的《商标法》第四条第二款和第三款规定:“企业、事业单位和个体工商户,对其提供的服务项目,需要取得商标专用权的,应当向商标局申请服务商标注册。”“本法有关商品商标的规定,适用于服务商标。”我国已于 1993 年 7 月 1 日起开始办理国内服务商标的核准注册。我国《商标法》第三条第一款和第四条第二款、第三款对服务商标的保护做了进一步的规定。

根据《商标注册用商品和服务国际分类表》,第 1 类至第 34 类为商品分类,使用在它们上面的商标为商品商标;第 35 类至第 42 类为服务分类,在它们上面使用的商标为服务商标。

3. 证明商标

证明商标是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制,而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务上,用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志,即用来表示生产、加工、制造的商品或者提供的服务在质量、性能、原料、精确度及其他特点等方面都达到了所规定的标准的一种商标。商标的主要功能和作用在于区分不同的生产者、经营者和商品、服务,证明商标的主要功能和作用在于表明商品或者服务的来源、原料、制造方法、质量或者其他特定品质。证明商标虽不能区分商品或者服务,但是它能够表明使用某种证明商标的商品或者服务符合特定的标准或者技术要求,或者具有其他特定的品质。证明商标一般由工商业团体、协会等注册,只要商品或者服务达到了证明商标注册人所规定的标准,就可以向证明商标注册人提出申请,经许可后都可以使用该证明商标。但是,证明商标注册人自己不使用该证明商标。

证明商标的典型是国际羊毛局所有的“纯羊毛”或“纯天然羊毛”(未加工的)证明标志。“纯羊毛”标志表示使用该标志的商品是由纯天然羊毛制成的,而不是由棉的或者化纤原料制成的。日本厂商在纯羊毛制品上使用的“ツール”,在高级纯棉制品上使用的“JCC”,在优秀式样设计商品上使用的“G”等,也属于证明商标。

我国 1982 年的《商标法》、1993 年修订的《商标法》和 1983 年的《商标法实施细则》、1988 年修订的《商标法实施细则》对证明商标的保护均未做规定,1993 年修订的《商标法实施细则》第六条对证明商标的保护做了原则规定,即“依照《商标法》第三条