

私
法
研
究

商标权及其私益之扩张

崔立红 著



山东人民出版社

崔立红 著

商标权及其私益之扩张

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

商标权及其私益之扩张/崔立红著. — 济南: 山东人民出版社, 2003. 4

(私法研究/刘士国主编)

ISBN 7-209-03217-7

I. 商... II. 崔... III. 商标法-研究
IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 017872 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 6.875 印张 4 插页 160 千字

2003 年 4 月第 1 版 2003 年 4 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 15.00 元

序

商标权是知识产权传统三大制度之一,尽管有人认为,与专利权、版权相比,商标权对社会的贡献是无法望其项背的。但事实并非如此,“从经济学的角度,或者也从‘人的角度’来看,商标与其他知识产权的形式相比,既不逊色,应该得到的保护也不能更少”。原因是商标已成为资本和消费者经济中的原子核,它不仅能够让消费者寻找到让他们生活得更好的那些东西,而且还直接关系到生产、提供这些商品、服务的企业的生存和发展。因此,商标所有人才会像“爱护眼睛一样呵护自己的商标”。即使如此,商标权的研究领域也没有像专利权、版权领域那样“热闹”,因为很多人认为这一传统的权利制度比较“简单”,因而应该是“清楚”的了。但是社会在发展,科技也在发展,商标权人及社会公众对商标权的要求也正在悄悄地发生变化,如利益的天平正在向商标权人的私益倾斜,社会公益则遭到忽视和冷落——商标构成要素的扩张、商标获权门槛的降低、商标权保护的加强、商标权限制的限制,这一切都在体现着商标权人的私人利益正在日益彰显。尤其是随着互联网的出现,商标权的范围也随之延伸到虚拟的网络空间,一时间,商标权人成为“网上冲突”中的“常胜将军”,在某种程度上商标权成为社会公众行为的障碍。因此,有必要在新的技术与经济环境下重新审视商标的功能、商标权人的行为自由范围,重新确定私益和公益在商标权中

应占的“权重”。

作者自1994年开始攻读知识产权法,1997年获得知识产权硕士学位,2002年获得知识产权博士学位,具有坚实的理论基础和广博的知识。所以,作者没有“形而上学”地讨论商标中利益选择的问题,而是采用人文社会科学哲学提供的方法论,将商标权作为“社会现象”进行认真的认知与评价工作,既解决了“是什么”的问题——商标权中的私益正在扩张,立法者、司法者和研究者应该对此引起足够的重视;同时又解决了“应该怎样”的总是问题——平衡商标权中的私益与公益。概括地说,本文完成的是对商标权利益构成的真理性认知和合理性评价的过程。

作者没有局限在知识产权的原有范围内来研究商标权,而是根据商标权产生的历史,以财产权为切入点,根据知识产权“无形性”的特点,在无形财产权基础上展开对商标权的讨论和研究,让商标权在更广阔的领域内体现个人利益与公共利益的平衡。

崔立红博士曾经担任基层法院法官多年,具有丰富的司法实践经验。在进行严谨的理论研究中,善于运用多彩的社会实例来生动诠释严肃的现论,使本书读来饶有兴味。

崔立红博士具有扎实的外语功底,使其中研究中保持与国际社会的同步,特别是商标与域名的冲突、商标在链接中、在元标记中的适用等问题上,能够根据大量国际立法、司法判例,提出自己独到的见解,这对我国相关领域的研究与实践有相当大的现实意义。文中提出的对我国立法、司法的建议具有重要参考价值。它不仅对从事商标理论研究的人员有一定的借鉴与启

发意义,我相信它对于从事商标实务的法官、律师及在校研究生,也都将起到一定的指导作用。

祝愿崔立红博士能完成更多更好的文章,为我国的知识产权事业作出自己应有的贡献。

是为序。

梁慧星

2002年12月24日

目 录

序	梁慧星
导 论	(1)

第一章 商标之本体

1.1 认识商标	(10)
1.1.1 与商标有关的历史	(11)
1.1.2 商标是信息传递者	(11)
1.2 商标规定性——商誉	(16)

第二章 商标权之本质——无形财产权

2.1 商标权之哲学基础	(19)
2.1.1 商标权客体的抽象性	(19)
2.1.2 商标权存在的哲学基础	(25)
2.2 无形财产权中的商标权	(28)
2.2.1 无形财产权的理论发展	(29)
2.2.2 两大法系间的比较	(31)
2.3 商标权中的私益与公益	(34)

第三章 商标权中私益扩张诸表现

3.1 使用与注册——降低商标权获得的 “门槛”	(38)
-----------------------------------	------

3.1.1	使用获得商标权	(38)
3.1.2	使用获得显著性——“第二含义” 理论	(50)
3.1.3	驰名但未使用——放宽驰名商标的 认定标准	(55)
3.1.4	小结	(58)
3.2	商标权与物权内容上之比较	(59)
3.2.1	商标所有权	(61)
3.2.2	商标质押权	(76)
3.2.3	小结	(82)
3.3	商标权主体的单向性到多向性	(82)
3.3.1	主体开放	(83)
3.3.2	共有	(83)
3.3.3	小结	(85)
3.4	全方位的商标构成要素	(85)
3.4.1	平面商标	(86)
3.4.2	立体商标	(92)
3.4.3	声音商标	(95)
3.4.4	气味商标	(95)
3.4.5	网络带来新的商标构成要素	(95)
3.4.6	小结	(100)

第四章 商标权利保护的加强

4.1	民事保护	(101)
4.1.1	“无过错归责原则”的适用	(101)
4.1.2	即发侵权	(104)
4.1.3	商标侵权判定的抽象性	(106)
4.2	行政保护	(136)

4.3 刑事保护	(138)
----------------	-------

第五章 商标权人的行为自由范围

5.1 平行进口与商标权“地域性”穷竭	(143)
5.1.1 平行进口	(143)
5.1.2 商标权利穷竭	(145)
5.1.3 商标权利穷竭的地域限制	(146)
5.2 域名对公共领域的侵占	(154)
5.3 商标意义上“使用”范围的扩大	(156)
5.4 言论自由与商标权	(159)

第六章 商标权中利益研究的目标

6.1 商标权中利益研究的认知与评价	(161)
6.1.1 认知的必要性和可能性	(162)
6.1.2 评价的意义	(163)
6.1.3 认知与评价间保持张力	(163)
6.2 商标权中利益的真理性与合理性研究	(164)
6.2.1 商标权中利益的真理认识	(164)
6.2.2 商标权中利益的合理性评价	(167)
6.3 我国商标权立法的滞后性研究	(187)
6.3.1 新《商标法》前我国商标法制存在的 问题	(187)
6.3.2 新《商标法》的总结——商标权中 私益的彰显	(189)
6.3.3 商标立法中尚需反思的问题	(190)

结 语

参考文献	(206)
------------	-------

导论

在美国曼哈顿区的一角,在高级珠宝和饰物店铺林立的第56街第5大道上,有一个小博物馆和小礼品店,它是专为全球的品牌偶像可口可乐开设的。在这里,过去和现在的可乐品牌,被“永远是可口可乐”(Always Coca-Cola)文化下的真假大事记烘托着,更加突出了那些人们值得回忆的最初的日子。走过那些可乐的展示物,听着与路人的声音混在一起的“品牌战役”的主题歌,观光者被这地球上不可缺少的独特品牌所震撼。^①

商标已经成为资本和消费者经济中的原子核,它们是各种产品和服务的核心,通过产品、服务间的相互区别,吸引消费者寻找能使他们生活得更好的那些东西。不过,远不止这些。产品表现与消费者的期望值间一旦建立起契约般牢固的关系,就成为一种无形的保证。对消费者来说,他们总是能得到想得到的东西;对于商标所有人来说,消费者给予的“品牌崇信度”带来的是市场份额和可观的利润。一旦产品表现与消费者期望不一致,对商标所有人来说意味着一切都没了,因为消费者转而去寻求其他的可供信赖的品牌去了。

商标获得今日之地位与受重视,是在经过了历史演变过程而来的。在知识产权传统的三大领域中,与专利权和版权相比,商标权的地位是无法望其项背的,主要原因是有的观点认为商

^① 参见 Lynn B. Upshaw 著:《塑造品牌特征——市场竞争中通向成功的策略》,戴贤远译,清华大学出版社1999年版。

标权对社会的贡献不如专利、版权大。虽然各国都纷纷制定了商标法律,但公正地评价商标的作用却是近十年的事情,引用欧共体法院总检察官 JACOB 的话:“真实情况是,至少从经济学的角度,或者也从‘人的角度’来看,商标与其他知识产权的形式相比,既不逊色,应该得到的保护也不能更少。”^① 这种呼声重新唤起人们对 1804 年《法国民法典》的记忆,那时商标权被放在财产权地位,与其他财产权平等。

尽管如此,商标权的保护最早是基于社会公共利益的目的,而不是为了保护商标权人的私人利益来进行的。1266 年,英国政府颁布了一项面包师强制标志法,根据该法:一个面包师必须把自己的标记适当地标在所制作和出售的面包上,以保证面包的质量和重量。我国古代的《唐律疏义》中即有“物勒工名,以考其诚,功有不当,必行其罪”的要求。但这些要求都是为了保护消费者,而不是为了标志所有人。

从商标的作用也可以看出保护商标的根本目的之所在——公众利益高于商标权人的私益。商标的作用一般归纳为:表示商品出处,即区别的作用;保证商品、服务质量的作用;广告宣传作用;促进商品流通的作用。^② “区别性”作用一方面是为了使公众可以买到自己想要买的东西,不致受骗;另一方面,“区别性”可以保护商标权人的合法权益。但从司法实践中看,公共利益要高于私益,如在判断商标侵权时普遍适用的“混淆标准”,就是看被控人侵权对相同或类似商标的使用是否有可能给公众带来混淆,最终即是以消费者利益为评判标准的。商标的“保证质量”作用要求商标权人不能随意将商标使用权许可给他人

① 黄晖著:《驰名商标与著名商标的法律保护》,法律出版社 2001 年版,第 2~3 页。

② 殷保桢等编:《工业产权教程》,冶金工业出版社 1989 年版,第 316 页。

而不加以质量控制。如果被许可人制造的产品或服务水平达不到原产品或服务的水平,则受害者将是社会公众,在这种情况下,公共利益高于某个商标人的私益,这是世界各国广泛承认的。^①从经济学的角度也可以得出商标保护的重点在社会公众的结论,它是通过给定统一质量的保证而节约消费者的寻找成本(search cost)。严格地说,商标所作的只是指明某一特定产品或服务的来源,如“桑塔纳”商标的所有人是大众汽车公司,它意味着消费者可以在汽车出现质量问题时向谁追究责任,所以商标法为生产者保证质量提供了激励,从而也减少了消费者在相反情况下购物时对注意的需求。即使由于生产者对商标进行广告宣传和实施所作的投资而使有商标的商品的名义价格(指销售者收取的价格)比较高,但与在相反情况下他要花很高成本才能取得的质量信息相比,消费者的总成本仍可能因为商标的传达而变得比较低。^②

经济学分析方法进一步落实在立法实践中。英国商标立法的理论基础是商标有保证质量的功能,假设消费者在竞争经济中通过选择质量和价格可以获益,那么商标法的目的是使公众能够在质量与来源之间建立联系。^③美国知识产权学者也认为商标保护的潜在基础是商家与消费者间信息的不对称(信息失衡)。在市场上,对不易察觉的商品特性,生产者、销售者比购买者掌握更多的信息,消费者看重的不易察觉的产品特性可能正是该产品的重要价值之所在,尽管产品间本质的区别仍旧存在,

① 孟庆法、冯义高编著:《美国专利及商标保护》,专利文献出版社1992年版,第219页。

② [美]理查德·A.波斯纳著:《法律的经济分析》,蒋兆康译,林毅夫校,中国大百科全书出版社1997年版,第53页。

③ W. R. Cornish:《Intellectual Property: PATENT, COPYRIGHT, TRADEMARKS AND ALLIED RIGHTS》, Sweet&Maxwell, 1981, Page 469.

但不易察觉的特性却极易在细微的程度上被模仿。如果没有商标,面对相类似的商品,消费者要选择高质量的商品就只能是靠碰运气;为此,厂家就会向市场以最低的成本提供产品,因为隐藏的高质量不会给资金带来高价位和高利润。如果有办法区分隐藏的高品质,消费者的选择就清晰了,厂家就会有激励去迎合各种品种质量的需求。所以,商标存在的经济作用是帮助消费者认清各种品牌之下商品的不易被察觉的特性。^①新中国建国以后第一部统一施行的商标管理法规——1950年8月的《商标注册暂行条例》第1条开宗明义地表示了保护商标权私益的态度:“为保护一般工商业专用商标的专有权,制定本条例。”遗憾的是,到1963年《商标管理条例》完全将商标作为“代表商品一定质量的标志”,本应给商标人带来权利的商标成为维护消费者合法权益的义务。《商标管理条例》是为适应1956年后生产资料的社会主义改造基本完成、加强商标的管理、促使企业保证和提高产品的质量的需要而制定的,具有浓重的计划经济色彩。因此该条例中没有提到商标权保护也就不足为怪了。^②1982年通过的《商标法》进行了修正,虽然立法目的成为:“为了加强商标管理,保护商标专有权,促使生产者保证商品质量和维护商标信誉,以保障消费者的利益,促进社会主义商品经济的发展”,但是商标仍旧是作为社会管理的工具面目出现的,保护商标权的惟一目的仍旧是维护社会公众的利益,然后才是保护商标权私益的法律武器。^③

随着社会经济的发展,商标在成功企业中的作用愈发彰显,

① Paul Goldstein:《Copyright, Patent, Trademark And Related State Doctrines—Cases And Materials On The Law Of Intellectual Property》, Westbury, New York, 1990, Page200.

② 郑成思主编:《知识产权法教程》,法律出版社1993年版,第244页。

③ 黄晖著:《驰名商标和著名商标的法律保护》,法律出版社2001年版,第4页。

它成为关系到企业生存和发展的重要知识产权。一些商业上不成功的跨国公司总结出失败的教训便主要表现为两点:一个是技术上的不确定性造成产业领导权易手而招致失败,另一个是由于对市场信息和声誉理念缺乏认识的结果。商标是市场信息和声誉理念的重要承载者。保护商标,对于鼓励公平竞争,维护市场秩序,促进国家经济发展具有非常重要的作用。基于商标人对商标权保护的强烈要求,立法者开始对商标权中的私益给予充分的重视。不仅如此,在司法实践和行政管理实践中,商标权中的私益都在呈现扩张的趋势,某种程度上包括消费者利益在内的公共利益则受到冷落和忽视。笔者正是以此为切入点,研究商标财产权中私益的扩张问题,目的是在关注当前侧重保护商标权中个人利益的同时,提请立法者、司法者注意商标权中私人利益与公共利益的平衡,避免从偏重公共利益又滑向偏重商标权的私益。我国已加入世界贸易组织,《商标法》经过1993年、2001年的修改,已经基本符合了《与贸易有关的知识产权协议》(简称为TRIPS协议)的要求,但从理论到实践,与欧美国家相比仍旧存在差距。从国内现有的有关商标的著述来看,大多是按照商标法的体例所进行的一种“立法解释”,缺乏对商标及商标权进行理论上,尤其是哲学角度的认识与分析。在社会生活中,互联网的出现,给商标保护带来新的冲击和挑战,域名、链接、元标记与商标权的冲突问题还没有纳入新的《商标法》中,对网络环境中商标权私益与公益的界限还没有很好地把握。所以,平衡好商标权中的私益与公益,对我国来说是亟需的。希望商标权在给权利人带来利益的同时,也不会成为自由竞争、网络发展及公民基本人权的障碍,这就是笔者进行该研究的目的所在。

任何一种研究,都需要方法论上的指导,商标权利的研究也不例外。商标权利,是区别于“自然”,属于“社会”意义上的现

象。商标权利问题是一个法学的问题,同时也是人文科学的重要组成部分。与此相对应,政治学、社会学、经济学等则属于社会科学的范围。虽然二者存在区别,但从社会认识论的角度来看,人文科学与社会科学间具有更多的内在相关性和共通性,它们之间的距离在不断缩小。与自然科学相区别,人文社会现象正在成为人文社会科学哲学研究的新的对象,用人文社会科学哲学来进行商标权利的研究,是有一定的理论价值和现实意义的。

对商标权中私益扩张这种社会事实的研究应当首先从认知开始,一个一无所知的人难以客观、现实地评价事物。而认识商标权,必须首先认识商标,鉴于对商标的认识容易停留在“形而上”的层次上,需要对其进行一种本体论的研究,找寻商标的规定性。我们感官所观察到的商标仅是一种由文字、数字、图形、颜色或其组合构成的标志、符号,隐藏在其后的作为基础的对象才是真正的商标,即“本体”。商标的“本体”是什么呢?不论是区别来源的普通商标,还是证明质量的功能商标,或是张扬理念的个性商标,归结起来,商标只是一个信息传递的工具,它传递的是商品、服务背后的商誉,是商家的生存之本。所以,商标的所有人会在乎信息传递渠道的顺畅及信息传递的准确度,并且为了自己的经济利益要求在抽象的信息上享有权利、寻求保护。为什么商标所有人可以在商标所传递的抽象的信息上获得财产权?这需要从哲学上去寻找其基础。洛克的“劳动价值学说”成为商标人在这些抽象的客体上获得财产权的哲学依据,商标人在这些信息中注入了自己的劳动,尤其是那些因长期使用而获得第二含义的商标,其享有商标权保护的基础不是商标的“固有显著性”,而是大量的宣传、促销等使用活动所产生的“获得显著性”。当然用洛克学说来解释商标权的基础也不是没有缺陷,如侵权时抽象客体的范围划分、商标权的价值不是由劳动决定,而

是市场中的其他主体评判等。尽管如此,商标权的财产权地位已经奠定。与有形的“物”不同,从定性和定量上分析,商标权的客体都是抽象的、无形的,所以,商标之上的权利只能属于无形财产权的范畴,其理论基础来自于古罗马法及近、现代关于无形财产权理论的发展,实践中大陆法系与英美法系虽然规定不完全一致,但在知识产权属于无形财产方面是达成共识的。笔者认为,我国需要将无形财产纳入所有权的客体范围,其意义在于商标权的范围将随之扩大,商标权人将获得其应该享有的权利。权利的内涵到底是什么?大陆法系在将法律分为公法和私法的前提下,将权利也分为公权与私权。前者是指为了保护国家利益而设定的权利,后者则是为保护私人利益而设定的权利。这种分类反映的是价值和目的层面上的划分方法,它没有摆脱的是“利益”的界定,德国法学家耶林也主张“权利是法律所保护的一种利益”。我们需要重新认识权利与个人利益、公共利益间的关系。从规范化的层面上分析,权利是一种行为范围,它本身是公益与私益的统一体,公益与私益界限的变化,不再是权利受到限制的问题,而是权利人行为自由的范围在法律上又重新进行了界定。

商标权作为一种财产权,其中仍旧交织着私益和公益。私益与公益的界限,一直是一个值得关注的问题,因为商标权是动态的,而非静止不变的。国际社会目前从立法、司法、行政执法上看,有对私益的保护高于公益的趋势,对此不得不引起足够的重视。首先,商标权的内容逐渐趋于完整,其代表是自物权的商标所有权和他物权的商标质押权,商标物权的内容研究仍旧有很大的余地。其次,商标权获得的门槛降低,为享有商标权排除了障碍,除注册程序外,使用在获得商标权上有什么作用,需要全面来讨论,使用在先、使用后的获得显著性、驰名但未使用,皆成为获得商标权的理由,使得原本应属公有领域的资源成为

商标人的权利客体。最后,商标权主体、商标构成要素的全面开放,也为商标权人的垄断提供了条件,原本处于公有领域的因素,以及处于虚拟网络中的因素能否成为商标,直接决定了商标权人的权利范围将更为广阔。

不仅是上述方面,即使在对商标权的保护上也呈现出侧重商标权人私益的情形。在民事保护上,从归责原则到侵权判定,更多考虑的是商标权人的私益,不论网上还是网下,与商标权的冲突中商标权人胜诉的比例要高于败诉的比例。而行政保护方面,突出的是行政程序成为网络世界中保护商标权人的利器。同时,刑事处罚也在为打击侵犯商标权的行为跃跃欲试,通过对商标犯罪构成、处罚力度的扩大与加强,将过去的侵权行为纳入刑事制裁的范围之内,目的是震慑商标犯罪人。任何权利都是有限制的,商标权也不例外,这是从公共利益角度来考虑的。但是如果对该限制再加以限制,像“否定之否定”,仍旧是对商标权私益的肯定。商标权穷竭的地域性引出的是平行进口问题,域名式商标侵占的是公共领域,商标意义上“使用”范围在重新界定,以及文化意义上使用商标涉及到的言论自由问题,都在限制公益的范围而扩大私益的地盘。

上述对商标权中私益、公益的认识只是前提,商标权利这种社会现象不同于自然现象之要点在于它同时还是价值事实,对商标权利的价值评判的最终目标是寻求商标权利的合理性。通过对张扬私益的独占主义和张扬公益的工具主义的评价,发现平衡私益和公益才是商标权利的价值目标,如给商标合理使用以一定的范围,摆正言论自由与商标侵权的地位,用比较广告等形式来限制商标权人的垄断等。对商标权利的真理性认知与合理性评价,目的是以此来指导我国对商标权利的立法和保护。通过对我国商标立法、司法、执法的反思,展望商标权利在我国的发展是必不可少的一种超前性的研究。我国对商标权的保护