

TRIPS协议商标规则

与

中国商标法

*The Trademark Regulation of Trips
and the Law of Chinese Trademark*

汤敏 著

贵州人民出版社

贵州省哲学社会科学规划课题
WTO商标规则与中国商标法精神

TRIPS协议商标规则 与 中国商标法

*The Trademark Regulation of Trips
and the Law of Chinese Trademark*

汤 跃 著

贵州人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

TRIPS 协议商标规则与中国商标法/汤跃著. —贵阳: 贵州人民出版社, 2003. 8

ISBN 7-221-06360-5

I. T... II. 汤... III. ①商标管理—规则—世界
②商标法—研究—中国 IV. ①F760.5-65②D923.434
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 084485 号

TRIPS 协议商标规则与中国商标法

汤 跃/著

责任编辑/禄佳妮 林亚青

技术设计/禄佳妮

装帧设计/禄佳妮

出版发行/贵州人民出版社

社 址/贵阳市中华北路 289 号

邮 编/550001

印 刷/贵阳云岩精彩印刷有限公司

规 格/890 × 1240mm 1/32

字 数/350 千

印 张/14.5

版 次/2003 年 8 月第 1 版

印 次/2003 年 8 月第 1 次印刷

书 号/ISBN7-221-06360-5/F·393

定 价/31.00 元

私权优位

——商标法精神的法治价值取向(代序)

商标知识产权的私权论在西方国家经济、法律文献中极为普遍,大多数 WTO 成员国家的法律中也早已存在。《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)之所以仍然对这一点明确加以肯定,意在这一问题强化私权理念的渗透。

商标所体现的私权(Private Rights)是指由知识产权所有人所拥有的各种“专有”权利,并非仅仅指“私人占有权”。这里的私权是由各国通过知识产权立法加以确定的,本质上是一种私人专有的、具体的、特定的财产权。但是,这一权利不是与生俱来的,这种权利也要受国家法律的限制,与一般物权、债权等财产权相比较,具有自身的特殊性,它的行使与权利义务平衡原则、特别是保护公共利益的目的,具有更紧密的联系。因此 TRIPS 协议序言部分在要求承认知识产权是私权的同时,明确规定:“承认保护知识产权的诸国内制度中被强调的保护公共利益的目的,包括发展目的与技术目的。”

从私权的发源上看,私权与“特权”有根深蒂固的联系。

知识产权来源于国家的授予,历史上曾经表现为君主个人或具有某种特殊权力的官员的授予,这种权利决定了知识产权与国家利益或特殊权力之间的控制关系,不仅体现了知识产权的地域性特征,而且决定了国家对经济利益的控制或者以某种形式的垄断,从而说明知识产权的私权性质更加注重与国家公共利益之间的平衡关系。

因此,商标的私权性与保护公共利益之间作为现代法治的要求来看,私权优位不仅是整个知识产权的价值取向,也是商标法精神的价值取向。

众所周知,私权是私法概念和含义的延伸,而私法优位于公法体现现代法治已经是近代以来政治学家、经济学家、哲学家和法学家公认的事实。私权更能够代表公权体现现代法治的基本内涵在于:私权是整个社会的基础,是整个市场法律体系乃至整个法治的重心,它最能充分体现法治的价值;公权的目的在于保障私权的实现,保障私权本身包括了保护公共利益的目的所在;公权对私权的干预是必要的,反映在商标权上,行政对民事的干预尤其突出,涉及商标权的获得与维护,尽管如此,仍然不能改变私权对市场经济进行协调的主要地位,市场经济是法治经济,私权优位必然是法治社会的要求。

· 再进一步说,商标权产生的依据是什么,为什么要对权利人的权利予以尊重,作为一种知识产权,商标权同样是一种财产权,它的合法性基础何在,在回答这一问题的过程中,我们可以发现,商标法精神所要体现的仍然是私权优位的法治价值。

商标权定性为一种财产权,是知识产权本身的要义所在。知识产权的外文来源 Intellectual Property 中的“Property”,原意即财产或财产权。这里的“知识”,不仅强调人们通常所理解的神秘的未知数,而且要明确“知识”的财产属性。既然将商标权作为一种财产权,其权利的私有原则可以在众多的财产理论中得到印证。

财产权劳动理论以英国思想家约翰·洛克(John Locke, 1632~1704)为代表。洛克认为,只要某人使某物摆脱了自然状态,他就可以拥有这种物,而使某物摆脱自然状态的是劳动,而且只有劳动。在洛克那里,包括知识产品的物的财产权就从天赋的自然权利发展为劳动理论。

财产权自由意志理论以德国思想家黑格尔(Hegel, 1770~1831)为代表。在黑格尔看来,法、意志和自由是同一体,人有了自由意志,他就有了权利,因此,他的哲学就是权利哲学。黑格尔认为,自由意志不是虚无飘渺的,而主要是通过私有的财产所有权来实现。

美国社会法学家罗斯科·庞德(Roscoe Pound, 1870~1964年)关于财产权的学说体现在其利益理论。他认为,20世纪已不再争论权利、法的本质和制度的出发点,而是更多地考虑人的利益、目的和要求,并协调各种关系。这样,财产权理论从权利本位转化到了协调社会利益。

财产权正义论的论述由来已久。当代美国哲学家约翰·罗尔斯(Joho Rawls, 1921~)对正义论进行了较为全面的论

证。罗尔斯强调财产权利与经济利益的同一性,个人的权利只能在经济活动中得以实现。

20 世纪六七十年代兴起了用经济分析方法来解释财产权问题的法学思潮,理查德·A·波斯纳(Richard Allen Posner,1937~)是集大成者。他从经济学“追求利益最大化”的效益理论出发,通过对权利设置的静态和动态考察,说明对私有财产权法律保护的必要性。

上述近现代以来的财产权主要学说中,尽管它们从不同的角度论述了财产权利的性质,或源于劳动理性,或体现人的自由意志,或协调社会利益,或实现正义,或追求利益最大化等等,这些理论都为知识产权作为财产权的私权性质提供了现代法治的基础。

不难看出,作为私法的商标法所要确立的私权优位的法治价值目标在于:构建一个统一的知识产权法体系,既要理性地塑造正义,又要建立起具有至上性、权威性的法律运行机制。商标法精神的法治核心就是如何确立国家得以有效治理的最高依据与规则,在私权与公权的价值取向上,实现权利主体与权力主体之间关系的合理定位,理清商标权人与公众利益的关系,按照法治的基本要求实现商标权人的自由权利和私有原则,但同时必须强调对所有社会成员的平等权利与平等保护。

法治的实现,要求其内在价值与外在追求的统一,商标法也要作出以实现社会正义与理性秩序之间的价值选择和制度

安排,包括权利的确定、获得、维持和保护以及权力的法律限定、规制两个方面,即权利推定与权力法定相互关系的制度设置。按照 TRIPS 协议的要求,各成员国家商标法所体现的权利推定和权力法定的法治原则是:商标权的确定、获得、维持和保护均与国家行政当局的授权和管理有关,但它所赋予的权利则是实实在在的私权,它所构建的制度安排模式应以保障个体的自由、平等与财产权利自由原则为己任;同时又规范私权以外的权力关系,表现为在国家的行政当局与司法当局之间的关系当中,尤其是商标权的获得与维持程序方面,行政决定应当接受司法审查,为当事人提供与行政当局发生关系之后获得司法救济的机会。

我国新修改的《商标法》当中一个最重要的特点就是商标权的获得与维持方面引入了司法审查制度,从而结束了商标评审委员会终局裁定的做法。这一最重要的变革,使中国商标法向现代法治迈出了关键的和实质性的一步,说明了中国商标法由公权向私权转化的法治理念的凸现。所有这一切都表明,我国商标法私权优位的法治取向,在权利与权力,包括权力内部之间关系的制度设置上,集中反映了私权优位于公权的法治基本特征,紧密地结合了法治的根本要求,与现代法治不谋而合,融为一体。

走近商标,承认私权,本书将从这里开始。

目 录

私权优位——商标法精神的法治价值取向(代序) / 1

第一编 商标盛世 / 1

第一章 商标的国际保护及其国际条约 / 3

第一节 与商标有关的知识产权国际条约 / 3

第二节 商标国际保护最新发展中的国际条约 / 16

第三节 区域性商标国际保护 / 24

第四节 商标的反不正当竞争国际保护 / 31

第二章 商标规则的圣经——TRIPS 协议 / 35

第一节 对 TRIPS 协议的总体认识 / 35

第二节 TRIPS 协议的宗旨、总则、基本原则 / 47

第三节 TRIPS 协议与《巴黎公约》对商标保护的比较 / 60

第三章 中国商标法的发展 / 67

第一节 中国商标制度之沿革 / 67

第二节 中国商标法律制度的完善 / 72

第二编 商标的三性本质 / 78

第四章 商标的显著性 / 79

第一节 商标显著性的法律基础及其特征 / 79

第二节 商标显著性类型 / 83

第三节 第二含义 / 90

第五章 商标的可视性 / 96

第一节 商标的构成要素及其可视性 / 96

第二节 “可保护客体”及其商标的可视性 / 106

第六章 商标的在先性 / 131

第一节 一般原理及其规则 / 131

第二节 权利冲突归类及其特征 / 135

第三节 解决权利冲突的实证分析 / 139

第三编 商标权利保护范围三大理论 / 162

第七章 混淆理论 / 163

第一节 禁止混淆——确立商标权利范围的底线 / 163

第二节 混淆的认定与构成 / 175

第三节 混淆理论的发展 / 195

第八章 淡化理论 / 201

第一节 淡化理论的起源和发展 / 201

第二节 淡化的形式 / 214

第三节 中国商标法反淡化规定与 TRIPS 协议的接轨 / 224

第九章 联想理论 / 236

第一节 联想理论一般分析 / 236

第二节 联想理论立法 / 239

第三节 联想理论的构成 / 244

第四编 商标的合理使用与权利限制 / 258

第十章 商标的使用要求 / 259

第一节 商标的合理使用 / 259

第二节	TRIPS 协议对商标的使用要求 / 266
第三节	比较广告对商标使用的影响 / 271
第十一章	商标的权利用尽与平行进口 / 281
第一节	权利用尽与平行进口一般分析 / 281
第二节	欧共体商标权利用尽与平行进口的立法实践 / 288
第三节	中国处理商标权利用尽及平行进口的对策 / 292
第十二章	制止知识产权的滥用 / 297
第一节	TRIPS 协议的有关规定 / 297
第二节	相关国家和国际立法对 TRIPS 协议第 40 条的影响 / 301
第三节	防止滥用知识产权的意义 / 308
第五编	商标执法与侵权救济 / 312
第十三章	商标知识产权执法的一般要求 / 313
第一节	知识产权执法谈判分歧 / 313
第二节	TRIPS 协议知识产权执法的总要求 / 314

- 第三节 中国商标执法程序中的司法审查制度 / 316
- 第十四章 商标的民事执法程序与侵权救济 / 321
 - 第一节 TRIPS 协议民事程序及救济措施 / 321
 - 第二节 商标知识产权损害赔偿的侵权责任 / 326
 - 第三节 商标侵权损害法定赔偿 / 342
 - 第四节 商标侵权损害赔偿额及其非法经营额的确定 / 350
 - 第五节 商标侵权诉讼中的证据问题 / 358
 - 第六节 禁令 / 367
 - 第七节 临时措施 / 370
- 第十五章 商标保护的行政执法程序与侵权救济 / 382
 - 第一节 行政执法程序在商标保护当中的地位分析 / 382
 - 第二节 中国的商标行政执法 / 384
 - 第三节 商标行政执法中的边境措施 / 394
- 第十六章 商标执法刑事程序与侵权救济 / 403

第一节	商标刑事立法 / 403
第二节	中国商标犯罪与相关犯罪的区分问题 / 406
第六编	程序保障和组织保障 / 409
第十七章	商标权获得与维持的程序保障 / 410
第一节	商标权的获得与维持及有关当事人之间的程序 / 410
第二节	程序保障对商标权获得与维持的意义 / 413
第三节	中国《商标法》获得与维持程序的相关内容 / 417
第十八章	争端的防止与解决 / 438
第一节	透明度 / 438
第二节	争端解决机制 / 440
第十九章	组织保障 / 442
第一节	过渡期安排 / 442
第二节	对已有客体的保护 / 444
第三节	机构安排和最后条款 / 448
后 记	/ 451

第一编

商 标 盛 世

世界知识产权组织法律顾问维尔克曼曾对商标这样评价道：“在 20 世纪，商标变成了我们这个时代极为复杂的生产机制和商品分配不可替代的服务工具。它的出现，变成了对实际需要的直接反应，变成了在工业革命的最终阶段为巨大的社会经济需求量而服务的标志。”^①

随着商标无形价值的扩张，因商标而引发的国际贸易扭曲现象，激发了国际社会对商标知识产权保护的高度重视。经过自 19 世纪末缔结《保护工业产权巴黎公约》形成“巴黎联盟”，到 20 世纪末世界知识产权组织（WIPO）和世界贸易组织（WTO）的诞生，再到本世纪以来两大国际组织之间与知识产权保护有关的强强联合，历时 100 多年，通过众多的国际条约所形成的商标知识产权国际保护，特别是 TRIPS 协议所提倡的与国

^① [荷] 维尔克曼著，许振中译：《商标——创造、心理、理解》，北京经济学院出版社，1992，p. 7.

际贸易挂钩的全方位保护，使商标知识产权保护本身迎来了它的鼎盛时期。

新中国在商标知识产权保护方面起步时间虽短，《商标法》从 1983 年正式施行到现在，仅仅只有 20 年的历史，但历经两次修改，学者和专家断言，中国商标知识产权保护可以达到“入世”水平和与“国际接轨”。一个代表当今“我国民事立法方向”的新《商标法》将伴随知识产权保护纵深发展而步入新的时代。

第一章 商标的国际保护 及其国际条约

第一节 与商标有关的 知识产权国际条约

知识产权的国际保护，走过了互惠协定、双边条约、多边公约或国际条约的历史进程。目前，多数国家间的知识产权保护，主要是通过参加知识产权多边公约或国际条约来实现的。2001年11月10日，在卡塔尔多哈举行的世界贸易组织（WTO）第四届部长级会议以协商一致的方式通过了《关于中国加入世界贸易组织的决定》，中国正式成为世界贸易组织（WTO）第143个成员，标志着我国寻求知识产权国际保护有了一个新的开端。

在我国，参加知识产权国际公约，是随着改革开放之后才提到议事日程上来的。我国虽然也同许多国家缔结过包含知识产权保护内容的双边条约，但大部分已被我国及这些国家所共同参加的知识产权国际条约涵盖。因此，在了解我国商标知识产权国际保护方面，我们应该了解我国所参加的知识产权国际公约以及其他与商标有关的重要的国际条约。

世界知识产权组织（以下简称 WIPO）管理的国际公约共有