



21世纪法学系列教材

知识产权法系列

商标法

(第三版)

杜 颖 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

知识产权法系列

商标法

(第三版)

杜 颖 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商标法/杜颖著. —3 版. —北京:北京大学出版社,2016.3

(21 世纪法学系列教材)

ISBN 978-7-301-26955-8

I. ①商… II. ①杜… III. ①商标法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.43

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 040273 号

书 名 商标法(第三版)

SHANGBIAOFA

著作责任者 杜 颖 著

责任编辑 邓丽华

标准书号 ISBN 978-7-301-26955-8

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 北京富生印刷厂

经 销 者 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 15.5 印张 295 千字

2010 年 3 月第 1 版 2014 年 4 月第 2 版

2016 年 3 月第 3 版 2016 年 3 月第 1 次印刷

定 价 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

作者简介

杜颖,法学博士、教授、博士生导师,现任教于中央财经大学法学院。1989年入内蒙古大学法学院读书,1993年获得学士学位,后入北京大学法学院学习,先后获得硕士学位(1997年)、博士学位(2000年)。曾留学日本、英国、美国,并于2007年获得耶鲁大学法学院 LL. M. 学位。2008年5月晋升为教授,2010年获得博士生导师资格。先后在《法学研究》《中外法学》《法学家》《法学》《环球法律评论》《比较法研究》等期刊上发表论文六十多篇,出版个人专著两部,独撰《商标法》《知识产权法学》教材两部,合著《知识产权法》教材两部,参加撰写法学论著多部,翻译多部英文和日文作品。

第三版前言

《商标法(第三版)》是在修订《商标法(第二版)》(北京大学出版社2014年4月版)的基础上形成的。本次修订主要涉及以下几个方面的内容。

一、更新了部分法律法规

《商标法》第三次修改后,有关法律法规和司法解释相应地进行了修订。我国设立知识产权专门法院后,与商标有关的知识产权案件管辖也作出了调整。根据这些法律法规内容的变化调整教材的有关论述,是本次《商标法(第三版)》修订的重点。其中,教材更新的主要法律法规和司法解释包括《商标法实施条例》《驰名商标认定和保护规定》以及最高人民法院《关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定》等。同时,教材也对域名有关规定、企业名称登记管理有关规定进行了更新。

在国际保护部分,由于欧盟修改了《共同体商标条例》,教材也根据修改情况,对欧盟商标的有关内容进行了调整。

二、增加了近年影响较大的典型案例

近年来,知识产权司法保护问题受到越来越多的关注,最高人民法院也陆续发布了一些与商标有关的指导性案例、知识产权典型案例、知识产权年度经典案例、知识产权年度创新案例,等等。在帮助我们理解现行商标法律制度的具体规定及其适用方面,这些案例具有非常重要的指导意义。特别是对于那些现行商标法律制度尚未明确作出规范的问题,这些案例对学术研究和司法实践的意义更是重大。因此,本次修订,在教材的相应部分吸收了这些案例。如在**通用名称的认定部分**,增加了山东鲁锦实业有限公司与鄄城县鲁锦工艺品有限责任公司、济宁礼之邦家纺有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案。在**商标构成要件的合法性部分**,增加了创博亚太科技(山东)有限公司与中华人民共和国国家工商行政管理总局商标局商标异议复审行政纠纷案。在**商标与企业名称冲突部分**,增加了上海避风塘美食有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会行政裁决审判监督案。在**商标许可部分**,增加了东阳市上蒋火腿厂与浙江雪舫工贸有限公司侵害商标权案。在**平行进口部分**,增加了法国大酒库股份公司与慕醒国际贸易(天津)有限公司侵害商标权案。在**撤销商标注册部分**,增加了法国卡斯特兄弟股份有限公司与中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会、李道之商标撤销复审行政纠纷案,探讨非法使用是否构成商标使用问题;增

加了宏比福比有限公司与中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标撤销复审行政纠纷案,探讨在定牌加工中使用商标是否构成商标使用问题。在涉外定牌加工商标侵权部分,介绍了最高人民法院正在提审的浦江亚环锁业有限公司与莱斯防盗产品国际有限公司商标侵权纠纷案。在商标近似判定部分,增加了泸州老窖股份有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠纷案。

三、调整了部分文字表达

在文字表达的调整上,本次修订力求用语更加精确、行文更加流畅、逻辑更加严谨。文字表达的细微调整散见于全书各处;在宣告注册商标无效的事由部分,则作了比较集中的调整。教材重新梳理了《商标法》第13条第2款及第3款、第15条两款、第32条后半句和第44条第1款的内容及相互关系;联系《商标法》第59条第3款关于商标先使用权的规定,比较系统地分析了“一定影响”“不正当手段”等用语的具体内涵。论述顺序主要以条文序号为据,同时,力求对不同法条所规定的内涵具体情形的分类,在逻辑上更加周延。

本教材前两版的读者,通过网评、电邮、信件、电话等方式,对教材的修订提出了很多宝贵意见和建议,在此特别致谢。有读者提出,希望教材增加一些内容,例如,偏实务的读者希望教材增加商标注册具体操作的介绍;而偏理论的读者则希望看到更多商标保护理论的论述。教材是否扩容,也是一个一直让我犹豫不决的问题。但商标法教材的撰写,除需要阐述清楚商标法律制度的基本问题外,还必须兼顾商标法教学的课时安排和教师用书的便宜。因此,我最终决定保持教材现有的信息含量和大致篇幅。对于那些想更全面了解商标注册实践操作的读者,我的建议是多关注国家工商行政管理总局商标局的官方网站,那里有非常详细的注册信息,如规费、表格、商品和服务分类、流程操作以及各类文件等。对于那些想进一步研究商标深层理论的读者,我的建议是参考使用我的专著——《社会进步与商标观念——商标法律制度的过去、现在和未来》(北京大学出版社2012年版)。当然,我也希望能够尽快撰写一部内容更加系统、深入、全面,且同时兼顾商标理论与操作实践的作品,以回馈热心读者。

本次教材修订,得到了中兴通讯公司张启晨先生和中央财经大学法学院研究生章凯业、籍薇两位同学的大力支持,在此谨致谢忱!

最后,一如第二版前言:作者深知,此次修订虽力求完善,但不足之处仍散见书中。作者衷心希望,通过自己的进一步努力,在读者朋友一如既往的无私支持和帮助下,能够在下一版修订中继续改进。

杜 颖

2015年12月于北京大学燕东园

第二版前言

《商标法(第二版)》是在修订北京大学出版社于2010年3月出版的《商标法(第一版)》教材的基础上形成的。修订该教材的主要动因是我国《商标法》于2013年8月进行了第三次修改,并于2014年5月1日正式实施。本次修订主要是基于我国《商标法》的第三次修改对教材有关部分做了调整。概括起来,基于我国《商标法》第三次修改调整的主要内容如下:

(1) 将声音放入商标标识的范围。

(2) 在商标注册和使用中,增加一般条款诚实信用原则的规定,并在本原则的论述中同时对规范商标代理机构执业行为的具体条文进行引证和分析。

(3) 在商标注册原则中,将一标一类原则改为一标多类原则。

(4) 《商标法》对商标局和商标评审委员会的审查、评审时限作出了具体规定,教材在相关部分引入这些时限规定。

(5) 将解决商标权与其他权利冲突的撤销注册商标程序改为宣告注册商标无效程序,撤销注册商标程序仅针对违反商标使用管理规定、商标连续3年无正当理由不使用和丧失商标显著性的情况。

(6) 调整了商标侵权的有关内容。

(7) 调整了商标侵权责任的有关内容。我国第三次修改后的《商标法》提高了行政处罚的力度,引进了惩罚性赔偿制度,同时将法定赔偿的上限提高到了300万元人民币。在损害赔偿计算方法方面,根据我国修改后《商标法》的规定,确定了各计算方式的顺位。

除根据我国第三次修改《商标法》的内容进行的调整外,教材还对部分内容进行了更新,如新版《尼斯协定》的内容、提高后的欧共体商标注册申请费;特别是一些案例的后续跟踪,如费列罗巧克力立体包装商标注册的诉讼结果、雀巢棕色方形瓶立体商标引发的商标诉讼、美国蒂凡尼案的二审判决结果等。另外,教材也在相关部分引入了近两年出现的争议较大的有影响的案例,如加多宝和广药集团的王老吉之争。

本次修订教材,还在网络服务提供者的商标侵权行为部分进一步充实了内容。近年来,网络商标侵权的案例较多,教材对衣念与淘宝、杭州盘古与百度、美丽漂漂与百度等典型案例作了介绍,并根据这些案例判决的有关内容进一步明确了处理网络商标侵权案件的一些具体原则。

本次修订还对教材第一版中表述不精确的地方进行了调整,这些改进离

不开热心的读者朋友通过信函、电话和电子邮件提出的建议。作者深知,此次修订虽力求完善,但不足之处仍散见书中。作者衷心希望,通过自己的进一步努力,在读者朋友一如既往的无私支持和帮助下,能够在下一版修订中继续改进。

杜 颖

2013 年 11 月于北京大学燕东园

前 言

本书是笔者在一边从事知识产权法教学工作,一边进行个人学术研究积累的过程中逐步形成的。一直以来,自己都希望做一本既属于自己,也属于读者的商标法读物。因此,当北京大学出版社邀请我写《商标法》时,我欣然应允。为了能让这个作品更属于读者,笔者力求从几个方面作出突破。

一、改变以往人们对商标法的定位——商标法理论性弱

一提到商标,人们首先会想到自己衣食住行中消耗着的林林总总的商品,但很少有人把它与权利存在的意义等问题联系在一起。一方面,为使商标更贴近我们的生活,商标法的教学和科研人员像工匠一样在兢兢业业地雕琢着商标法的各种规定、各项制度;另一方面,他们似乎又或无奈或自得其乐地徘徊在阳春白雪的理论大厦门外,做着“下里巴人”的工作。企业、商标行政管理部门、从事商标审判工作的法官以及商标业务的律师,他们对实际操作问题更是情有独钟。笔者尝试着从理论视角分析商标和商标权的保护问题,希望对改变商标法现有研究状况有所贡献。

二、既关注实体性规定,又作程序性分析

在笔者从事商标法教学的过程中,发现学生有时很困惑,为什么自己在听课时觉得已经全部了解、消化了商标法的内容,结课考试也是实实在在的优秀,但到了商标事务所一动手,才发现什么事项怎么处理,其实并不是很明白。最简单的问题,什么时候去找法院、什么时候去找商标局或商标评审委员会都不甚明了。为了解决这个问题,笔者在阐释商标法律法规具体规定的同时,也相应地分析了一些程序性规定。希望接触具体案件的人,阅读本书后,不再有上述困惑。

三、以商标法条文安排顺序为依据,又兼顾叙述便宜

本书的结构基本上是按照我国《商标法》的条文顺序安排的,这方便读者在阅读本书的同时去参考和解读商标法的规定。但是,出于叙述的需要,个别条文的顺序和商标法的安排不同。如,本书将《商标法》第31条不得损害他人在先权利的规定放在了商标构成要件中分析,而没有全部安排在商标争议部分。又如,本书先分析的是《商标法》第11条,而后解释《商标法》第10条的规定,因为

分析《商标法》第10条关于合法性规定的内容需要先理解第11条的显著性规定。

四、以解释基本概念、基本原理为主体内容,同时注重提高读者延伸阅读和独立思考的能力

在本书每节的最后,笔者都列出一些思考题,这些思考题不是对每一节内容的重复,而是针对书中所述基本内容,提出需要更深层次思考的问题。有些思考题以实践中发生的典型案例为内容,这些案例都围绕有争议的问题展开,引导读者根据书中所讲内容作全面分析和思考。在引述具体案例中,出于对题目表现形式完整性的考虑,笔者没有指出案例的具体裁判法院以及裁判案号,但这些案件大都能够从中国知识产权裁判文书网中获得,因此,没有一一标注其出处。

五、以传统交易环境下的商标保护问题为基本分析对象,同时触及网络环境下的商标保护问题

网络的迅猛发展带来了知识产权保护制度的重大变革,对著作权保护问题的挑战尤甚,但近年来不断显见于各国的商标权人诉谷歌、百度、易趣拍等案件,使网络环境下的商标权保护问题渐渐进入人们的视野,对这些问题的研究也逐渐升温。本书尝试着对这些新出现的问题作出初步解答。

六、以我国商标法律制度为根据,分析借鉴其他国家商标立法规定、司法实践做法

笔者关注我国商标法律法规的规定、司法解释的内容。在论述分析过程中,笔者使用图示、例示方法,尤其在商标注册与判断商标近似部分充分引证《商标审查及审理标准》的规定,一则增强内容的直观性,使读者易于理解和运用相关判断标准;二则考虑到这些标准和判断方法是我国商标注册和审查机构多年经验的总结,很具有典型性,能够从中窥见商标注册与审查实践是如何具体操作的。

本书同时也参考其他国家对相关问题的处理方式,尤其是美国商标法律制度的规定和司法判例的结论,这些规定和结论影响我国商标法律制度的未来发展方向。

另外,需要说明的是,除特别指出国别的以外,如“美国《商标法》”,本书凡涉及法律法规等规范性文件的均指中华人民共和国的相关规定。同时,除非特别指出是某一个国家的某一机构,如“美国商标与专利局”,所有未冠国籍的机构均指中华人民共和国所属机构。但出现“法院”的地方则指的是根据上下文叙述所指的那个法院。

从2001年开始,笔者便从事知识产权法学课程的教学工作,在近十年的工作中,笔者阅读和指定学生使用了各种教材和知识产权方面的专业著述,其中因自己的研究兴趣主要集中在商标领域,对商标法方面论著的关注尤甚。可以说,正是有了这些既有成果的滋养,本书才得以完成,对这些既有成果的参考,笔者力求不遗漏地一一引证出来,并列在本书最后的参考文献部分,但因笔者对相关内容历经修改,有些引证信息在修改中可能不慎被删除,如果确有此种情况发生,笔者深表歉意,并会在自己发现或被指出后作出相应的调整。

在前言的最后,不得不感谢在本书的写作中给我灵感和鼓励的那些人。首先,感谢那一群群可爱的学生,他们有的已经走向工作岗位,有的依然在校读书,是他们年轻的思维、蓬勃的精神、期待的目光、挑战的问题让我每每受到鼓舞,叫我丝毫不敢怠慢,书中的一些思想和素材来源于他们。

感谢我的丈夫和女儿,感谢他们在我“闭关”写作过程中所做的牺牲、给予我的宽容和情感支持。女儿的笑声总能涤荡我一切的疲惫与不快。

感谢北京大学出版社的邹记东编辑、王晶编辑、邓丽华编辑,没有他们的敦促和辛苦工作,本书不会如此顺利地呈现在读者面前,他们认真负责的工作精神也让我感佩深深。

最后,谢谢各位尊敬的读者。阅读是快乐的,希望本书的阅读不但给您带来了快乐,还对您有所帮助。当然,作者更期待您的批评和指正!

杜 颖

2009年12月

目 录

第一章 商标概述	(1)
第一节 商标的概念与发展历史	(1)
第二节 商标的功能	(6)
第三节 商标立法及其宗旨	(9)
第二章 商标的构成要件	(14)
第一节 显著性	(14)
第二节 合法性	(26)
第三节 标志的非功能性	(33)
第四节 在先性	(37)
第三章 商标的种类	(49)
第一节 商品商标、服务商标	(49)
第二节 平面商标、立体商标与商业外观	(53)
第三节 颜色商标	(60)
第四节 音响商标与气味商标	(67)
第五节 集体商标、证明商标与地理标志	(68)
第六节 特殊标志	(73)
第四章 商标权的取得与注册	(75)
第一节 商标权取得模式	(75)
第二节 我国《商标法》规定的商标注册原则	(81)
第三节 我国商标注册申请流程	(85)
第五章 商标权的内容	(108)
第一节 商标专用权、商标使用许可权、转让权及商标专用权质押 ...	(108)
第二节 商标权的限制	(116)
第六章 商标使用的管理	(129)
第一节 违反商标使用管理规定的行为类型和后果	(129)
第二节 不服商标撤销决定的复审和诉讼	(135)

第七章 商标权侵权与救济	(137)
第一节 商标假冒、仿冒行为	(138)
第二节 销售侵犯商标专用权的商品的行为	(171)
第三节 侵犯他人商标标识的行为	(173)
第四节 以商品名称或商品装潢侵害商标专用权行为	(174)
第五节 商标帮助侵权行为	(177)
第六节 以商号侵害商标专用权行为	(179)
第七节 驰名商标淡化行为	(185)
第八节 以域名侵害商标专用权行为	(196)
第九节 网络服务提供者的商标侵权行为	(203)
第十节 侵犯商标专用权的责任	(218)
第八章 商标的国际保护	(223)
第一节 欧盟商标	(223)
第二节 商标国际注册	(227)
主要参考书目	(234)

第一章 商标概述

第一节 商标的概念与发展历史

一、我国商标法中的商标概念及其演变

商标是商标法中的一个基本概念。《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》^①)在第8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标志,包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等,以及上述要素的组合,均可以作为商标申请注册。这实际上是对商标作出的一个定义,即商标是指在商品或者服务之上,用于区别商品或服务提供者的一种具有显著特征的标识。在我国,这种标识可以由文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等,以及上述各种要素的组合构成。我国《商标法》规定的商标实际上是一种狭义的商业标记的概念,主要指注册商标和非注册但使用的商标。除此之外,广义的商业标记还包括商品包装、装潢等能够传递商品或服务提供者信息的其他标记。而我们通常所说的商标标识则是指商标的有形载体和实体表现,意指商标的物理构成。

从商标权主体来看,《商标法》第8条的规定从1982年《商标法》第4条、1993年《商标法》第4条以及2001年《商标法》第8条的规定发展而来。1982年《商标法》第4条只有1款,即“企业、事业单位和个体工商业者,对其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品,需要取得商标专用权的,应当向商标局申请注册”。1993年《商标法》规定了3款,分别是第1款“企业、事业单位和个体工商业者,对其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品,需要取得商标专用权的,应当向商标局申请商品商标注册”。第2款“企业、事业单位和个体工商业者,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”。第3款“本法有关商品商标的规定,适用于服务商标”。从条文对比来看,关于商标权主体的规定,1982年《商标法》与1993年《商标法》没有区别,都是“企业、事业单位和个体工商业者”,不从事工商业经营的自然人不在商标法规定的商标权主体范围内。而2001年第二次修订《商标法》后,我国商标法规定的商标权主体范围扩大了,自然人已经成为商标权的主体,不具有法人资格的其他组

^① 下文所称《商标法》,除标明时间的以外,均指我国现行的2013年修订的《商标法》。

织也可以是商标权的主体,这其中变化最大的当属自然人商标主体的增加。

法律作此修改有它的历史背景。1982年《商标法》和1993年《商标法》制定和修改的时候,立法者担心允许自然人申请注册商标后,因自然人不从事商业经营活动,会助长商标囤积现象。但是,随着对外交往的扩大,中国积极参与商标保护的国际合作,并承担商标保护的相应国际义务。1993年《商标法》第9条就明确规定,外国人或者外国企业在中国申请商标注册的,应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约办理,或者按对等原则办理。根据这条规定,外国人是受我国商标法保护的商标权主体。1999年《商标法实施细则》第2条根据1993年《商标法》第4条和第9条的规定,对商标注册申请人作了归纳总结,规定“商标注册申请人,必须是依法成立的企业、事业单位、社会团体、个体工商户、个人合伙以及符合《商标法》第9条规定的外国人或者外国企业”。中国自然人被排除在商标注册申请人之外,而外国人是明确列入其中的。这就是商标权保护中的“超国民待遇现象”。我们越来越多地参与了国际规则的制定,逐步加入了知识产权保护的各种国际条约,当根据国际条约的规定或者作为国际注册的延伸保护指定国,中国为外国自然人提供商标权保护时,我们发现本国国民却不能具有自然人商标权主体资格,这种“超国民待遇现象”带来的问题越来越突出。因此,2001年修订《商标法》时,我国修改了关于商标权主体的规定。但这一修改使得自然人申请注册商标的数量几年内不断激增,给商标局商标审查工作带来极大的负担。

以上分析了商标权主体变化的背景和脉络,下面我们从商标法的规定看商标构成要素的变化。1982年《商标法》第7条规定,商标使用的文字、图形或者其组合,应当有显著特征,便于识别。使用注册商标的,并应当标明“注册商标”或者注册标记。1993年《商标法》第7条规定,商标使用的文字、图形或者其组合,应当有显著特征,便于识别。使用注册商标的,并应当标明“注册商标”或者注册标记。而2001年《商标法》修改后,商标构成要素变化为“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”。2013年《商标法》进一步扩展了商标标识的范围,不再局限于“可视性标志”,增列了“声音”。商标构成要素越来越丰富和多样。这种变化因应社会生活需要,满足申请主体对商标标识的个性化要求,但也带来了商标审查负担的加重,因为每出现一种新类型的商标,商标局都必须做好从技术上进行审查的充分准备。

二、商标的发展历史

商标是一个历史的概念,它不是随人类社会出现而产生,而是人类社会发展到一定阶段,应市场需要而产生的,商标标识也随社会经济生活的发展而逐渐丰富起来。

在商品经济不发达的社会,市场的存在受地域空间的限制很大,商品类别和数量并不丰富,人与人之间进行交易是不需要商标的,因为一旦发现商品有问题,消费者可以很容易地找到卖主。但是,随着市场突破了地缘限制,商品种类、生产者以及供应量增多,产生了加注商标的必要。人们希望通过这种标识来区别自己的商品和别人的商品。论及西方商标的起源,我国学者主张不一。有人认为,在西方,商标最早起源于西班牙,当时的游牧部落把烙印打在自己的牲畜上,以区别不同主人的牲畜。^①早期的商标使用与保护是以政府管制为基础的,例如1266年英国政府强制面包师将自己的标记标在其制作和出售的面包上。^②也有学者认为,西方最早的商标除了个体工匠和商人使用的明记和暗号之外,还有13世纪行会供成员使用的特定的印章。^③但有学者认为,这称不上商标,商标的出现是在古登堡采用活字之后,印刷出版者为了把自己的印刷制品与他人区别开来,在其书面装饰的部分加一定的标识。^④

西方学者则认为,从功能上分析,古代社会就出现了商标的等同物,这些标记被刻在陶器上。尽管古希腊、古罗马、古埃及都有这样的标记,古罗马出现的这种标记在铜器、金银制品、玻璃制品等器物上也使用,但最早的标记是五千多年前在中国出现的。大约是在公元前2700年,中国就有雕刻工匠的名字的陶器,有的同时还雕刻同时代的帝王的名字。^⑤我国学者认为,中国商标的起源时间应该推到两千多年前,考古学者根据出土的陶器发现,在这些出土文物上有工匠、作坊名称或者产地标志的标识,这便是商标出现的证明。^⑥也有人认为,因为很难考证这些陶器是否已进入商品交换领域,所以,这算不上真正意义的商标。主流学说认为,我国商标出现的时间应该是在宋代,山东刘家针铺使用的白兔标志就是实实在在的商标了。它所使用的“白兔”商标,既有图形,又有“兔儿为记”的字样。它才是我国至今发现的较早的比较完备的商标。^⑦当然,从功能的角度来看,陶器上的标志发挥商标作用。

关于商标起源的认识分歧,主要归因于人们对什么是现代商标的看法不一。弗兰克·斯凯特(Frank Schechter)认为,现代商标的真正起源应该是法律强制的产品标记(regulatory production mark),因为它用来表示商品的来源,一旦商品质量发生问题,就可以根据这种标记“按图索骥”地找到商品的提供者。早期商

① 参见吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社2002年版,第224页。

② 参见刘春田主编:《知识产权法》,中国人民大学出版社2000年版,第236—237页。

③ 参见郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社2002年版,第217—218页。

④ 参见郑成思:《知识产权论》,法律出版社2003年版,第8—9页。

⑤ Benjamin G. Paster, Trademarks-Their Early History, 59 Trademark Reporter 551, 552—555 (1969).

⑥ 参见郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社2002年版,第218页。

⑦ 参见郑成思:《知识产权论》,法律出版社2003年版,第8页;又参见吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社2002年版,第224页。

品所有者在自己货物上加注的商标是一种“所有权标记”(proprietary mark),它方便货主雇佣的人识别他们的货物,因为当时的雇佣人员很多都不识字;这种所有权标记的另外一个功能就是在货物于海上遇险被捞起后,方便所有人找到自己的货物。这种标记并不发挥区别商品来源的功能,它只是方便所有人主张所有权。^① 悉尼·达艾蒙德(Sydney Diamond)也认为,牲畜、铃铛、陶器上的标记,爱斯基摩人刻在渔叉上用于区辨不同的人捕获的鲸鱼的标记以及密歇根地区人们在木头上所作的标记,都属于所有权标记,与现代商标是不同的。银器上的纯度标志也不是现代意义上的商标。^② 但杰瑞德·鲁斯顿(Gerald Ruston)则认为,事实上很难完全区分所有权标记和商标标识,很多时候一种标记在不同时间分别表明所有者和表示商品来源。例如,在牲畜身上打的烙印,在牲畜走失或被盗后以标记为据主张所有权时,它是一种表明所有人的所有权标记;但在市场上销售牲畜时,它又发挥识别商品来源的功能。^③ 因此,他认为历史早期出现的下述三种标记都是现代商标的萌芽:第一,史前的属人标记(prehistoric personal mark),这就是斯凯特所说的所有权标记。最初这种标记用在牲畜和工具上,后来用于标彰土地和房屋,再后来被商人用于自己销售的商品上。第二,自愿使用的私人商标(private trademarks voluntarily adopted)。该标记没有任何属人背景,它是商人作为商业标记自愿使用的。石匠、瓦匠、印刷业者等从13世纪开始陆续使用这种标记,如在瓦上发现有“Richardus me fecit”(理查德制造)的标识。第三,强制使用的商标(compulsory mark)。这种商标起源于君士坦丁堡的罗马拜占庭帝国,在中世纪开始流行,该标记旨在保护公众。^④ 本书赞同鲁斯顿的观点,因为即使是所有权标记,一旦放到交易中使用,它不可避免地会发挥识别来源功能,所有权标记只是从静态的角度观察,一旦财产流动起来,识别来源的功能便自然显现。因此,我们可以说,所有权标记在一定情况下也会发挥识别产品来源功能。至于官方检印标记等,则早已被我们纳入到商标法的保护范畴中。但早期商标的功能主要在于识别商品的来源,商标构成要素朴素、简单。事实上,在商标的最初发展阶段还没有发展文字,所以,当时的商标都是图案。^⑤

尽管人们对商标起源以及早期商标与现代商标之间的传承发展关系认识不

^① Frank Schechter, The Rational Basis of Trademark Protection, 40 *Harvard Law Review* 813, 814 (1927).

^② Sidney A. Diamond, The Historical Development of Trademarks, 73 *Trademark Reporter* 222, 239—244 (1983).

^③ Gerald Ruston, On the Origin of Trademarks, 45 *Trademark Reporter* 127, 127—128 (1955).

^④ *Ibid.*, 136—139.

^⑤ Sidney A. Diamond, The Historical Development of Trademarks, 73 *Trademark Reporter* 222, 223 (1983).