



西南政法大学

■ 21世纪知识产权法学系列 ■

总主编 张玉敏

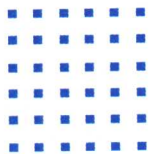
商业标志法

张耕 等著

从某种意义上讲，商业标志是凝结了劳动者辛勤劳动的无形智力成果。它不仅具有识别商品来源的功能，而且会直接影响到国内外的贸易秩序。因而商业标志和其他智力成果一样，成为各国知识产权国内立法和巴黎公约、TRIPS协定等有关知识产权国际条约的重要保护对象。商业标志法是调整商业标志的利用、商业标志权的取得和丧失、商业标志权的行使和管理、商业标志权的保护等活动中产生的社会关系法律规范的总和。从法律部门的归属上讲，商业标志法属于知识产权法的重要组成部分，并构成民法法律部门中的特别法。

随着我国加入世界贸易组织，我国将在更大范围内和更深层次上参与经济全球化过程。经济全球化趋势和知识经济时代的到来，使包括商业标志权在内的知识产权保护受到前所未有的重视，也推动了知识产权法研究的兴盛与繁荣。由于商业标志具有不同于作品和发明创造等直接创造性智力成果的特点，导致我国知识产权法学界至今还在争论商业标志是否属于智力成果、传统知识产权的定义是否科学这些重大理论问题。怀疑和创新正是学术研究中最宝贵的精神，因而不管这场论战的结果如何，都表明知识产权法研究正在走向成熟；同时，对商业标志重大理论认识的分歧、商业标志立法的不完善和商业标志审判实务中不断产生的困惑与混乱，又从另一角度折射出知识产权法研究的幼稚和尴尬。

厦门大学出版社



商业标志法

S H A N G Y E B I A O Z H I F A

张耕 李燕 陈鹏飞 邓宏光 李晓秋 黄家镇 陈南男 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商业标志法/张耕等著. —厦门:厦门大学出版社, 2006. 1

(西南政法大学知识产权法系列/张玉敏主编)

ISBN 7-5615-2516-8

I. 商… II. 张… III. 商标法-中国 IV. D923.43

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 155021 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2006 年 2 月第 1 版 2006 年 2 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:22 插页:2

字数:383 千字 印数:0 001-3 000 册

定价:31.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

作者简介

张耕:男,1964年出生,重庆璧山县人,1985年毕业于西南政法大学法律系,现为西南政法大学民商法学院副院长、教授、硕士生导师、博士研究生。主要从事知识产权法、合同法等民商法教学和研究工作,出版学术专著《知识产权民事诉讼研究》、《商业秘密法律保护研究》(主编)、《走向21世纪的中国知识产权法》(副主编)、《知识产权与市场竞争》(合著)、《区域法治建构论》(合著)5部、译著《法律谈判的理论与技巧》1部、教材10部,发表学术论文三十余篇,承担国家级和省部级课题三项。

李燕:女,1976年生,重庆市人,西南政法大学副教授、民商法博士,2002年至2003年在英国南安普顿大学法学院从事国际商务的访问研究。撰写专著和教材6部,在《现代法学》、《法律适用》、《政法论坛》、《中国律师》、《社会科学研究》等杂志上发表学术论文十余篇。

陈鹏飞:男,1975年出生,重庆市人,西南政法大学经济贸易法学院讲师,经济法博士研究生,主要从事竞争法、知识产权法研究,出版《商业秘密法律保护研究》(合著)等著作2部,在《现代法学》等学术期刊上发表论文数篇。

邓宏光:男,1977年生,湖南宜章人,西南政法大学民商法学院讲师、博士研究生。主要从事知识产权法和民法研究,出版了《商业秘密法律保护研究》、《知识产权法教程》、《商标保护法律实务》等专著和教材,参与了《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》、《第三世界的法律与危机》等4部专著的翻译,在《现代法学》、《法学》、《知识产权》等杂志发表《从商标法立法宗旨谈商标法的完善》、《商标权与言论自由的冲突》等十余篇学术论文。参与“知识产权保护与市场竞争”、“中国欧盟知识产权比较研究”、“知识产权对农村经济的促进作用”、“国家知识产权战略研究”和“西部地区农村投融资体制政策、法律问题研究”等国家、省部级课题。

李晓秋:女,1972年出生,重庆市潼南人,法学硕士,重庆大学法学院教师,合作出版教材3部,公开发表学术论文数篇。

黄家镇:男,1977年出生,四川宜宾人,法学硕士,西南政法大学民商法学院教师,公开发表学术论文数篇。

陈南男:女,1978年出生,重庆市潼南人,法学硕士,西南政法大学民商法学院教师,公开发表学术论文数篇。

总 序

21 世纪是知识经济的时代,知识已经(在发达国家)或正在(在像我国这样的发展中国家)取代土地、机器设备、资金等有形资产的地位,成为推动经济发展的最主要的要素。与此相适应,知识产权法自上个世纪中后期开始,在全球范围内呈现出强劲的发展势头,无论是在国际层面上还是在国内法律体系中,知识产权法的地位迅速提高。美国自上个世纪 80 年代开始实施知识产权战略,通过立法促进技术的开发与转化,并在国际贸易中迫使贸易伙伴加强对美国知识产权的保护,迅速扭转了美国在国际贸易中的巨额逆差,实现了美国经济的长期稳定、高速发展。2002 年,日本公布实施知识产权战略大纲,成立了以小泉首相为首的知识产权战略本部,正式将“技术立国”的口号修改为“知识产权立国”。韩国等许多国家也都纷纷制定自己的知识产权战略,其目的非常明确,就是要在 21 世纪的国际竞争中抢占有利地位。我国政府十分重视知识产权保护工作,明确指出“21 世纪的竞争就是知识产权的竞争”,并开始制定中国的知识产权发展战略。

当我们大力推进中国的知识产权事业的时候,遇到的第一个问题就是人才奇缺——企业缺少合格的知识产权管理人才,司法机关缺少合格的知识产权审判和侦查人才,社会缺少高水平的专利代理、商标代理、无形资产评估等知识产权中介服务机构。在有条件的高校中设置知识产权专业博士点和硕士点,是国家为解决知识产权专门人才奇缺而采取的重要措施。我们的这套系列丛书就是为适应新形势下知识产权法教学需要而编写的。本套丛书共六本,包括知识产权法原理、著作权法、专利法、商业标志法、商业秘密法和知识产权法实践教程。

对于中国来说,知识产权法是地地道道的舶来品。如果说法学在中国是一门幼稚学科,那么,知识产权法学就是幼稚学科中的幼稚学科。仅仅在二十多年前,当我国与美国谈判签订中美经济贸易和技术合作协议,美国谈判代表提出协议中必须有知识产权保护条款,否则美国总统不批准的时候,中国人还不知道知



识产权为何物。在外部的压力和内部发展需求的双重推动之下,我们用二十几年的时间从立法上实现了“与国际接轨”,但是,从社会生活的层面上观察,知识产权保护远没有成为人们的自觉行动。另外,科学技术的迅速发展不断给知识产权法提出新的课题,知识产权的保护对象不断扩大,权利内容不断扩张,加剧了知识产权的拥有者和知识产品的使用人、知识产权的输出国和进口国在知识产权保护问题上的利益失衡,引发了人们对知识产权正当性的不断追问。丛书将系统地、全面地和力图深入地对知识产权法的基础理论、基本制度和前沿问题进行阐述,对立法和执法实践中的争议问题进行讨论,对知识产权的正当性和权利人利益与社会公共利益的平衡问题作出自己的回答。

编写一套用于研究生教学的知识产权法丛书是一项开创性的工作,意义很大,困难不少。好在我们有多年来培养硕士和博士研究生的经验,有业界朋友的关心和支持。由于知识产权法学从整体上来说仍然十分幼稚,以及我们的能力所限,丛书在内容和结构上难免存在一些问题甚至错误,我们衷心希望各位方家和读者不吝赐教!您的批评是对我们最好的帮助。

感谢厦门大学出版社的同仁,他们为中国知识产权法学教育事业做了一件好事。没有他们的热情推动和精心组织,本套丛书是不可能面世的。

张玉敏

2006年1月20日

前 言

商业标志不仅是商品流通的重要工具,而且是塑造企业形象、参与市场竞争的有力武器,是能产生信誉并凝结着经营者辛勤劳动和智慧无形财产。不正当利用他人的商业标志,不仅损害商业标志权利人和消费者利益,而且会严重妨碍国内和国际贸易秩序。因而商业标志和其他智力成果一样,成为各国知识产权国内立法和巴黎公约、TRIPS 协定等有关知识产权国际条约的重要保护对象。商业标志法是在调整商业标志的利用、商业标志权的取得和丧失、商业标志权的行使和管理、商业标志权的保护等活动中产生的社会关系法律规范的总和。从法律部门的归属上讲,商业标志法属于知识产权法的重要组成部分,并构成民法法律部门中的特别法。

随着我国加入世界贸易组织,我国将在更大范围内和更深层次上参与经济全球化过程。经济全球化趋势和知识经济时代的到来,使包括商业标志权在内的知识产权保护受到前所未有的重视,也推动了知识产权法学的兴盛与繁荣。由于商业标志具有不同于作品和发明创造等直接创造性智力成果的特点,导致我国知识产权法学界至今还在争论商业标志是否属于智力成果、传统知识产权的定义是否科学这些重大理论问题。怀疑和创新正是学术研究中最宝贵的精神,因而不管这场论战的结果如何,都表明知识产权法学研究正在走向成熟;同时,对商业标志重大理论问题认识的分歧、商业标志立法的不完善和商业标志审判实务中不断产生的困惑与混乱,又从另一角度折射出知识产权法学的幼稚和尴尬。

本书正是在这种背景下由西南政法大学和重庆大学部分青年教师写作完成的,以期抛砖引玉,通过对商业标志基本理论问题的思考和对商业标志法律制度的系统研究,推动知识产权法学的深入开展。本书的写作既立足于当今中国社会的现实,又将论题置于世界法学之林加以阐释,注重运用比较法学研究方法考察主要国家和地区的有关立法;既从学术之争的视野介绍、评价有关的理



论学说和做法,借鉴该论题的最新理论研究成果,又因独立思考形成了部分创新性观点,或对已存在的理论、观点、做法进行了更有说服力的论证;既解释现行法条,阐述支撑该法条背后的理论,更注重分析现行法条之弊端,提出有价值的立法建议或创新性制度构想;既阐述有关法学理论之重点与难点,又密切联系实际,预测和解决司法实践中已经或可能遇到的重大、疑难问题,分析了国内外经典案例或最新疑难案例。因作者研究能力和认识水平所限,书中又难免有粗糙甚至谬误之处,欢迎读者批评指正。

本书的写作分工如下(以撰写章节先后为序):张耕:第一章和第九章;陈南男:第二章;邓宏光:第三章、第六章和第八章;李燕:第四章;李晓秋:第七章;陈鹏飞:第五章和第十二章;黄家镇:第十章和第十一章。

张 耕

2006年1月21日于重庆歌乐山下



【 目录 】

Contents

第一章 商业标志概说	1
第一节 商业标志的概念和功能	1
第二节 商业标志的智力成果属性	6
第三节 商业标志法律保护的原则	18
第二章 商标	22
第一节 商标的定义及种类	22
第二节 商标的积极要件	36
第三节 商标的消极要件	41
第三章 商标法的历史	46
第一节 商标的起源	46
第二节 商标法的发展	61
第四章 商标权的取得	71
第一节 商标权的取得方式	71
第二节 商标权的主体资格	77
第三节 商标注册申请及代理	81
第四节 商标注册	86
第五章 商标权的处分	99
第一节 商标权的转让	99
第二节 注册商标的使用许可	107
第三节 商标权的质押	116
第六章 商标权的限制	125
第一节 商标权的限制概说	125
第二节 非商业性利用对商标权的限制	127
第三节 商业行为对商标权的限制	137
第四节 先用权	152

第七章 商标权的消灭	157
第一节 注册商标的注销	158
第二节 注册商标的撤销	161
第八章 驰名商标的保护	177
第一节 驰名商标特殊保护的理论基础	177
第二节 驰名商标的国际保护	190
第三节 我国对驰名商标的特殊保护	205
第九章 商标侵权的判定	213
第一节 商标权的保护范围	213
第二节 商标侵权行为认定的理论基础	215
第三节 商标侵权行为的表现形式	218
第十章 商标侵权的法律救济	245
第一节 商标侵权的民事救济	246
第二节 商标侵权的行政救济	259
第三节 商标侵权的刑事救济	262
第十一章 商标的国际保护	272
第一节 商标的国际保护概说	272
第二节 商标国际保护原则	284
第三节 商标国际注册	288
第四节 涉外商标诉讼及法律适用	296
第十二章 其他商业标志的法律保护	307
第一节 地理标志的法律保护	307
第二节 商号的法律保护	318
第三节 域名的法律保护	325
第四节 知名商品特有标志的法律保护	334
参考书目	340

第一章 >> 商业标志概说

第一节 商业标志的概念和功能

一、商业标志的概念

商业标志有广义和狭义之分。狭义的商业标志是指经营者在经营活动中使用的具有识别功能的文字、图形、色彩的组合或这些要素的任意组合。如商标,商号,地理标志,企业特殊形象标志,知名商品的特有名称、包装、装潢等。其功能主要是识别商品或服务的来源,指示出商品或服务的特定经营者或出产地域。广义的商业标志泛指经营者在商业活动中使用的表明商品或服务一定特征的标记。其外延除包含狭义的商业标志外,还包括产品或服务的认证标志、名优标志、产品通用名称或图形、产品的普通包装或装潢等。由于产品的认证标志、名优标志、通用名称等普通商务标记通常不能被特定经营者专有,不具有财产权的排他支配属性,因而知识产权领域中的商业标志仅指狭义的商业标志。

德国立法和司法实务中保护的商业标志十分广泛,但也必须限定在具有识别性和区别力并由特定主体享有排他支配权的范围。德国于1994年10月25日制定了《商标和其他商业标志保护法》(简称德国《商标法》),^①统一保护商标、

^① 该法于1995年1月1日生效。1996年7月24日进行了修改,其修改部分于1996年7月25日生效,其中第29条第3款于1999年1月1日生效。在该法制定之前,德国实施的是1968年制定的《商标法》,1979年和1987年曾进行过修改。参阅国家工商行政管理局商标局编:《中华人民共和国商标法律法规最新汇编》,工商出版社1999年版,第518页。

地理来源和其他商业标志。^① 该法第 5 条规定还对其他商业标志作了立法解释：“(1)公司标志和作品标题应被视为商业标志保护。(2)公司标志是指在商业过程中作为名称、商号或者工商业企业的特殊标志使用的标志。意图区别一企业,并在相关商业圈内被认为是一个商业企业的显著标志的商业标志和其他标志,应等同于一个商业企业的特殊标志。(3)作品标题是指印刷出版物、电影作品、音乐作品、戏剧作品和其他类似作品的名称或特殊标志。”^② 在德国司法实务中,司法判例认定了不少具有识别性和区别力的特殊商业标志。例如:Rhrin-Chemie(莱茵化学)、Interglas(国际玻璃)、tabu(禁忌饭店)、Erdener Treppchen(红尘楼梯饭店)、Parktotel(泊车旅馆)、Pic Nic(野餐饭店)、Rialto(里雅多饭店)、Billich(公道百货)、Germania(日耳曼投资公司)、Columbus International(哥伦布国际出版公司)、City-Hotel(市中心饭店)、Immo-Data(不动产数据)、ENTEC(环境技术公司)等。^③ 这些具有识别性的商业标志受到《德国民法典》第 12 条和德国《商标和其他商业标志保护法》第 15 条的保护。考虑到公众自由利用语言资源的客观需求,近年来,德国司法判例在认定商业标记具有识别性或区别力时采取了谨慎态度,以避免有些企业对语言资源进行垄断。^④

商业标志是一类识别性标志。在当今世界上,各种文字、图形或文字与图形组合的标志种类繁多,难以计数,国家、政党、军队、社团、教会、慈善事业、文娱、体育组织以及经营者等都有自己的专用标志。这些标志均具有一定的识别功能,能向社会公众传递使用者方面的特定信息。在知识产权领域中的识别性标志是存在于工商业活动中或文化、体育、科学研究及其他社会公益活动中的一种显著标志,能向购买者或其他社会公众指明商品的经营者、产地、质量特色或社会公益活动的举办者。商业标志是知识产权领域中识别性标志的主要类型,但不是其全部内容。除商业标志外,知识产权领域中的识别性标志还包括特殊标志和奥林匹克标志。特殊标志是指经国务院批准举办的全国性和国际性的文化、体育、科学研究及其他社会公益活动所使用的,由文字、图形组成的名称及缩写、会徽、吉祥物等标志。^⑤ 奥林匹克标志,是指国际奥林匹克委员会、中国奥林匹克委员会和第 29 届奥林匹克运动会组织委员会依法享有专有使用权的系列

① 参阅德国《商标和其他商业标志保护法》第 1 条。

② 参阅国家工商行政管理局商标局编:《中华人民共和国商标法律法规最新汇编》,工商出版社 1999 年版,第 518 页。

③ 邵建东著:《德国反不正当竞争法》,中国人民大学出版社 2001 年版,第 264 页。

④ Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Auflage 1977, S. 265f.

⑤ 参阅 1996 年 7 月国务院发布的《特殊标志管理条例》第 2 条。

标志,包括:(一)国际奥林匹克委员会的奥林匹克五环图案标志、奥林匹克旗、奥林匹克格言、奥林匹克徽记、奥林匹克会歌;(二)奥林匹克、奥林匹亚、奥林匹克运动会及其简称等专有名称;(三)中国奥林匹克委员会的名称、徽记、标志;(四)北京2008年奥林匹克运动会申办委员会的名称、徽记、标志;(五)第29届奥林匹克运动会组织委员会的名称、徽记,第29届奥林匹克运动会的吉祥物、会歌、口号,“北京2008”、第29届奥林匹克运动会及其简称等标志;(六)《奥林匹克宪章》和《第29届奥林匹克运动会主办城市合同》中规定的其他与第29届奥林匹克运动会有关的标志。^① 奥林匹克标志也是一种特殊标志,但我国分别立法予以保护,体现了对奥林匹克标志的特别保护,以维护奥林匹克运动的尊严。特殊标志与商业标志的主要区别在于权利人及其使用领域不同。特殊标志的权利人不是经营者,而是从事文化、体育、科学研究及其他社会公益活动的单位,其使用领域主要是文化、体育、科学研究及慈善事业等其他社会公益活动;商业标志的权利人主要是从事商品生产经营或提供服务项目活动的经营者,使用领域是商品生产、制造、加工、拣选或者经销活动或提供服务项目活动。特殊标志与商业标志也有密切联系,两者都是凝结权利人信誉的识别标志,特殊标志的使用也越来越呈商业化的趋势。

商业标志是能产生信誉和市场竞争力的无形财产,凝聚着经营者的辛勤劳动和智慧。不正当利用他人的商业标志,不仅损害商业标志权利人和消费者利益,而且会严重妨碍国内和国际贸易秩序。因而商业标志和其他智力成果一样,成为各国知识产权国内立法和《保护工业产权巴黎公约》(简称巴黎公约)、世界贸易组织中《与贸易有关的知识产权协定》(简称TRIPS协定^②)等有关知识产权国际条约的重要保护对象。在国内立法保护模式上,我国通过《商标法》保护

① 参阅2002年2月国务院发布的《奥林匹克标志保护条例》第2条、第3条和第4条。

② 世界贸易组织中的《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related of Intellectual Property Rights)是关贸总协定第八轮谈判(乌拉圭回合谈判)所通过的一揽子协定之一,于1993年12月15日通过,1994年4月15日签署,1995年1月1日起生效,截至2004年10月13日,共有148个成员,中国于2001年12月11日加入。对该英文文件的名称翻译和其简称的书写方式,有不同认识。郑成思先生将 Agreement 翻译为“协议”(参阅郑成思译《知识产权协议》,学习出版社1994年版),鉴于协议一词易被误解为普通民事合同,为突出其国际条约性质,并与世界贸易组织的其他两大规则《货物贸易多边协定》和《服务贸易总协定》的名称对应,本书称TRIPS协定。还有不少学者认为TRIPS中的S是rights复数形式的缩写,因而应使用小写s,即TRIPs。但鉴于在世界知识产权组织的网站和该组织的有关正式文件中使用的是TRIPS而非TRIPs,如1995年12月22日制定的Agreement Between the World Intellectual Property Organization and the World Trade Organization中使用“the TRIPS Agreement”(http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo030en.htm),故本书也使用TRIPS协定,既便于书写,简写字母间外观也更协调统一。

商标和地理标志,^①通过《企业名称登记管理条例》和《民法通则》第 99 条保护商号,知名商品特有名称、包装、装潢通过《反不正当竞争法》予以保护。法国和德国对商业标志保护的立法模式各具特色。德国制定了《商标和其他商业标志保护法》,统一保护商标、地理来源标志和其他商业标志;法国通过制定统一的《知识产权法典》保护商标和原产地名称,并通过制定《原产地名称保护法》对原产地名称进行特别保护。^②

二、商业标志的功能

商业标志具有识别商品来源、品质保障及广告功能,从而使社会公众免受欺蒙之害,经营者之信誉因此而获得保障,交易安全与公平竞争秩序得以维护,工商业亦才能正常发展。^③

(一)具有指示商品来源的识别功能

商业标志是一种具有识别功能的信息,能向消费者和社会公众表明商品的特定经营者或服务项目的提供者,或指示产品的特定出产地域。在诸种商业标志中,识别功能有所不同,向公众传达的信息各有侧重。台湾学者曾陈明汝指出:“商标之原始功能(the primary function)在于表示商品之来源或出处(to indicate source or origin),且与其营业具有不可分离之关系。”^④企业名称直接表明了商品经营者或服务项目的提供者是谁;地理标志指明了具有一定质量特色商品的出产地域或来源;知名商品特有名称、包装、装潢是已经产生良好信誉的识别性标志,也能使消费者与特定的经营者相联系。经营者使用这些商业标志,能使自己经营的商品或提供的服务与其他经营者的商品或提供的服务相区别,突出了商品或服务的个性特征,能吸引消费者,扩大商品销路。商业标志具有识别性或区别力的性质,决定了必须具有显著特征的标记才能成为受法律保护的商业标志。

(二)具有保证商品质量的担保功能

商业标志具有表示和保证商品质量或服务特色的作用。商业标志一旦固定

① 地理标志可以注册为证明商标或集体商标通过商标法予以保护,英美法系国家一般也实行这种保护模式。

② 关于原产地名称和地理标志的关系,请参阅第十二章第一节。

③ 曾陈明汝著:《商标法原理》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 10 页。

④ 曾陈明汝著:《商标法原理》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 10 页。

使用于某种商品或服务,经过长期反复使用,就会成为质量和特色的象征,成为商品信誉和商品形象的代表。消费者可以通过这些商业标志去选购自己喜爱的商品。例如,“江西景德镇”成为质量上乘瓷器的象征,消费者可以根据这一地理标志,放心大胆地选购瓷器。

对于商业标志是否具有质量指示作用,是商业标志法中的争议问题之一。有人反对承认商业标志的质量保证作用,其理由是:“商品质量保证人会认为要保持一成不变的商品质量是商标所有人的义不容辞的责任,但这一点实际上是不可能做到的。商品改变了,而商标还保留着。比如,汽车制造者出产了一批新型汽车,他们并没有改变其商标。新型汽车有别于旧的,但新的比旧的好或差,就很难说,对这一难解的问题不同的人会有不同的见解。在任何情况下,无论是由于技术的变化,还是法律要求的变化,比如环境安全和环境保护方面的变化、消费者嗜好的改变和市场供应的变化,都使得商标所有人必须改变其商品。”^①商标权作为一种财产权,其根本原因在于其凝结了经营者的信誉,代表了特定的质量或其他特色。正是由于这一特点,才决定了商标权可以和其他财产权一样进行转让,并且允许商标和企业的营业分别转让。以前对商标识别商品来源功能的过分看重,决定了商标必须和企业本身或其营业一道转让,而随着对商标质量保证功能的深入认识,才产生了商标的自由转让原则。对这一变化的理论依据,日本著名学者宫田量司教授作了精辟的分析:“商标权的重心已由以表示商品出处的作用为中心的人格权变为以保证质量作用为中心的财产权。具体说是这样的:原来是从表示商品出处的作用为中心来考虑商标,让商标与营业保持密切关系,以此保证商品的同一性;但之后随着生产规模的扩大,相同的商品大量出现于市场上,商标可以保证商品的质量和特点相同;这样消费者对商品的生产者、销售者是谁便不大关心了。因此,即使商标与商品分开转让,出处发生混淆,只要质量能得到保证,消费者的利益便不会受到损害。而且,能否保证商品质量,与必须和营业一起转让没有必然联系,完全由受让人的努力程度来决定。因此,从保证商品质量来看,已无必要要求商标必须与营业一起转让。”^②世界贸易组织中的 TRIPS 协定也明确规定注册商标的所有人有权把商标与该商标从属

① 转引自阿帕德·鲍格胥(曾任世界知识产权组织总干事)著,王建群译:《商标法德基本概念》,载于李继忠、董葆霖主编:《外国专家商标法律讲座》,工商出版社 1991 年版,第 3 页。

② [日]纹谷畅男编,魏启学译:《商标法 50 讲》,法律出版社 1987 年版,第 155~156 页。

的营业一起或不一起转让。

(三) 具有美化和宣传商品的广告功能

商业标志能美化、宣传商品。构思独特、设计美观、显著性强的商业标志,等于给商品穿上一件漂亮的外衣,可以增加商品的美感,诱发消费者的购买欲望,并且容易给人留下深刻印象,成为有力的广告宣传工具,因而商标被誉为“不拿工资的商品的推销员”和“展示商品的橱窗”。^① 世界知识产权组织前总干事阿帕德·鲍格胥博士指出:“商标不仅用来区别或标示某一企业或某一商品质量,而且还用来刺激销售。商标要起到这种作用必须经过慎重选择。它必须能吸引消费者,引起他们的兴趣,使他们产生信任感。”鲍格胥博士同时警告:“但商标过分强调吸引作用将会导致欺骗公众的危险。在选择商标时应记住这一点,因为欺骗性商标不在保护之列。”^② 商业标志不仅是商品流通的重要工具,而且是市场竞争的有力武器。世界知识产权组织国际注册部的商标法专家克·德·维尔克曼先生富有诗意地说:“商标的洪亮的声音响彻在生产和交换活动之中。”^③

第二节 商业标志的智力成果属性

商业标志是否属于智力成果范畴是知识产权定义之争的焦点问题。商业标志的设计和选择需要投入智力劳动,其使用及其信誉产生过程实际上是经营者智力劳动的投入过程。商业标志的价值或信誉是商业标志智力成果的集中体现。商标法等商业标志法虽规定以显著性作为商业标志保护的条件,但从显著性和创造性之间的密切联系、商业标志法的历史起源、法律的公平理念等方面考察,商业标志的价值或其信誉仍是商业标志受到法律保护并使其成为财产权的根本原因。

一、知识产权的定义之争

在知识产权基础理论研究中,知识产权的定义是一个争议较大的问题。对

① 陈榴著:《商标——经营者与消费者的桥梁》,金盾出版社 1995 年版,第 7 页。

② [匈]阿帕德·鲍格胥著,王建群译:《商标法德基本概念》,载于李继忠、董葆霖主编:《外国专家商标法律讲座》,工商出版社 1991 年版,第 3~4 页。

③ 转引自陈榴著:《商标——经营者与消费者的桥梁》,金盾出版社 1995 年版,第 4 页。



此,主要有三种观点:

第一,用列举方式具体指明知识产权包括的种类,如《建立世界知识产权组织公约》第二条规定,“知识产权”包括:关于文学、艺术和科学作品的权利;关于表演艺术家的演出、录音和广播的权利;关于在一切领域中因人的努力而产生的发明的权利;关于科学发现的权利;关于工业品式样的权利;关于商品商标、服务商标、厂商名称和标记的权利;关于制止不正当竞争的权利;以及在工业、科学、文学或艺术领域里一切其他来自智力活动的权利。^①

第二,将知识产权定义为民事主体对智力劳动成果依法享有的专有权利。代表性的表述有:知识产权“指基于智力的创造性活动所产生的权利”,^②知识产权“是人们基于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的经验、知识的结晶而依法享有的民事权利”,^③“知识产权是人们可以就其智力创造的成果所依法享有的专有权利”。^④

第三,将知识产权定义为民事主体对智力成果和商业标志依法享有的权利。代表性的表述有:“知识产权是智力成果的创造人或工商业活动中的标记所有人依法所享有的权利的统称”,^⑤“知识产权是人们对于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉依法享有的权利”,^⑥“知识产权是人们对‘知识’这种‘形’的排他的支配权,这种‘知识’包括智力成果(作品、发明)、工商业标记并会随着社会的发展而增加”。^⑦

第一种列举式定义和第二种内涵揭示式定义的具体表述虽然不同,但在知识产权实质意义的理解上基本上是一致的,认为知识产权是人们对创造性劳动产生的智力成果而依法享有的权利。第二种定义和第三种定义在对知识产权内涵的揭示上则较大的区别。理论上,学者们对知识产权保护对象的外延包含商标、商号、地理标志等识别性商业标志并不存在争议,分歧的焦点在于:识别性

① 郑成思主编:《知识产权保护实务全书》,中国言实出版社1995年版,第1256页。

② 赵中孚著:《中国大百科全书》(法学卷),中国大百科全书出版社1984年版,第751页。

③ 刘春茂主编:《中国民法学·知识产权》,中国人民公安大学出版社1997年版,第1页。

④ 郑成思著:《知识产权法教程》,法律出版社1993年版,第1页。

⑤ 刘春田著:《简论知识产权》,载《知识产权研究》(第1卷),法律出版社1995年版,第48页。

⑥ 吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社1999年版,第1页。

⑦ 程啸:《知识产权法若干问题之反思》,载《湘潭大学社会科学学报》2000年第6期。