



21世纪法学系列教材

知识产权法系列

商标法

(第二版)

杜 颖 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

014036961

D923.43-43
03-2



21世纪法学系列教材

知识产权法系列



商标法

(第二版)

杜 颖 著



北航

C1725042



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D923.43-43

03-2

图书在版编目(CIP)数据

商标法/杜颖著.—2版.—北京:北京大学出版社,2014.4

(21世纪法学系列教材)

ISBN 978-7-301-24027-4

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(2014)第050266号

书 名: 商标法(第二版)

著作责任者: 杜 颖 著

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978-7-301-24027-4/D·3541

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>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 14.25印张 271千字

2010年3月第1版

2014年4月第2版 2014年4月第1次印刷

定 价: 28.00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

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)、博士学位(2000)。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》等期刊上发表论文四十多篇,出版个人专著两部,独撰《商标法》教材一部,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。

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《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《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《商标法》第三次修改调整的主要内容如下:

1. 将声音放入商标标志的范围。
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. 新《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。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,根据修改后《商标法》的规定,确定了各计算方式的顺位。

除根据第三次修改《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,如费雷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,教材对衣念诉淘宝、杭州盘古诉百度、美丽漂亮诉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	(5)
第三节 商标立法及其宗旨	(8)
第二章 商标的构成要件	(12)
第一节 显著性	(12)
第二节 合法性	(24)
第三节 标志的非功能性	(29)
第四节 在先性	(33)
第三章 商标的种类	(43)
第一节 商品商标、服务商标	(43)
第二节 平面商标、立体商标与商业外观	(47)
第三节 颜色商标	(54)
第四节 音响商标与气味商标	(61)
第五节 集体商标、证明商标与地理标志	(62)
第六节 特殊标志	(65)
第四章 商标权的取得与注册	(68)
第一节 商标权取得模式	(68)
第二节 我国《商标法》规定的商标注册原则	(73)
第三节 我国商标注册申请流程	(77)
第五章 商标权的内容	(93)
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	(93)
第二节 商标权的限制	(100)
第六章 商标使用的管理	(112)
第一节 违反商标使用管理规定的行为类型和后果	(112)
第二节 不服商标撤销决定的复审和诉讼	(117)

第七章 商标权侵权与救济	(119)
第一节 商标假冒、仿冒行为	(120)
第二节 销售侵犯商标专用权的商品的行为	(152)
第三节 侵犯他人商标标识的行为	(153)
第四节 以商品名称或商品装潢侵害商标专用权行为	(155)
第五节 商标帮助侵权行为	(157)
第六节 以商号侵害商标专用权行为	(160)
第七节 驰名商标淡化行为	(165)
第八节 以域名侵害商标专用权行为	(176)
第九节 网络服务提供者的商标侵权行为	(184)
第十节 侵犯商标专用权的责任	(199)
第八章 商标的国际保护	(204)
第一节 欧盟共同体商标	(204)
第二节 商标国际注册	(208)
主要参考书目	(215)
(33)	
(43)	
(44)	
(47)	
(52)	
(61)	
(65)	
(69)	
(80)	
(88)	
(89)	
(93)	
(95)	
(99)	
(100)	
(111)	
(112)	
(113)	

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记。在我国,这种标记可以由文字、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。

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”。2013年《商标法》增列“声音”,商标标识突破了“可视性标志”的范围。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。但是,1993年《商标法》增加了服务商标的规定。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

^① 下文所称《商标法》,除标明时间的以外,均指现行的2013年《商标法》。

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”愈演愈烈。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,带来商标局商标审查工作极大的负担。

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,商品花色品种以及供应增多,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 这和我国学者的推算大体一致,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。而判定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 其实,如果从功能的角度来认识陶器上的标志,则其作用和商标无异。

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。斯凯特认为,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

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。

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记,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,它发挥的又是一种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一致,但都认为中世纪是商标发展的黄金期。^⑥ 当时,贸易获得了大发展,出现了大量的行会以及有关商标和商标侵权的地方性立法。中世纪欧洲的政治形势

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).

⑥ *Ibid.*, 229.

也对商标产生了很大的影响。当时,封建制度瓦解,在德意志北部出现了商业同业公会联盟以保护海上贸易,独立自主的自由城市出现,其中最重要的是横贯欧洲的商业行会和手工业行会。地方立法主要由自治市完成,当时,商品在自治城市的范围内销售,因此这些商品的质量也有了统一的标准。在 11 到 13 世纪,欧洲的商业行会和手工业行会对商业的控制力比地方当局更甚。商业行会的成员是商人,手工业行会的成员是手工业者,他们发布行业规范规制其成员。这时,商标逐渐获得了品质保证功能,同一商标的商品具有同等品质。另外,为了保证产品质量并证明产品已经达到了市定或者行会制定的标准,这时的商标标识一般会与具有检印和证明作用的标记同时出现。早在 15 世纪,法国的法律就要求工匠必须在他所有的产品上加标志,以此表明他们对其产品负责,在经过官方检验和批准以后要加印花。^① 在这个历史发展阶段,商标的品质保证功能最突出,这种功能不仅通过产品提供者的自律或者行会规制来实现,还以行政强制为后盾,现代社会商标立法中的市场规制和管理因素也便由此而来。

蒸汽机的发明把人类向前推进了一大步,也带来了法律制度的一系列变革。它直接带来了交通和贸易的发展,这极大地刺激了商品的流通,也导致了商标发展史上的重大革命。大规模的商品生产产生了极大的物流需要,同时生产者也希望自己的产品能够通过多种途径让消费者了解和认识。远程交易取代了面对面交易而成为市场的常态,商标本身就成为一种重要的商品广告媒介。成功的商标不但要精心设计,还需要长时间的广告与商品的优良品质作保障,由此建立其威望。^② 于是,商标的使用者和设计者从朴素的标示商品来源的意识中走出来,开始注重商标的美感设计,希望商标标识在第一时间抓住消费者的视线,影响消费者对商品的主观判断和感受,并在消费者那里留下持久的印象和记忆。商标设计越来越具有冲击力,在发挥标识基本的物理功能的同时,注重标识给人们带来的感官愉悦和精神享受。

思考题:

1. 商标、商业标记以及商标标识三个概念有何不同?
2. 商标萌芽、产生、发展的过程给我们的启示是什么?

第二节 商标的功能

现代商标理论认为,商标有三种功能:标示商品来源功能(origin function)、

^① Benjamin G. Paster, Trademarks-Their Early History, 59 Trademark Reporter 551, 552 (1969).

^② 参见曾陈明汝:《专利商标法选论》,台湾三民书局 1977 年版,第 153 页。

品质保证功能(quality or guarantee function)以及投入和广告功能(investment or advertising function)。^① 日本学者称之为“商品来源表示功能”“品质保证功能”和“广告宣传功能”。^② 我国有学者将商标的功能归结为三种:认知功能、品质保证功能和广告功能。^③ 还有学者作了更详细的划分,将商标的基本功能归结为:识别功能、标示来源的功能、保证品质的功能、广告宣传的功能^④,但标示来源的功能实际上内在地包含了识别功能,因此,这种概括是三种功能说的另外一种表述方式。商标的三种功能是随着历史发展逐渐丰富和发展起来的,在不同的历史时期,各种功能的相对重要性不同。在商标历史发展初期,标示商品来源是最主要的功能。随着社会经济生活的发展,商标的品质保证功能和广告功能获得了越来越丰富的内容,我们甚至可以说,在很多时候商标强大的广告功能已经遮蔽了它的基础功能。但对于广告功能的正当性和法律在多大程度上允许其存在,争论很大。以美国为例,对商标广告功能进行法律保护的认识就经历了一个从保守到自由的态度转变。保守态度认为,法律只保护商标的来源标示功能,而不保护商标的广告功能。因为普通法的基本原则是鼓励竞争,保护名称的垄断只是次要意义上的,仅在有限的范围内存在。^⑤ 保守态度甚至认为,不应该保护商标的广告功能,因为大规模的劝说广告造成了经济浪费,扭曲消费者的选择。^⑥ 虽然很多人提出,不保护商标权人的权利就会鼓励不正当竞争,但如果我们换一个角度来认识这个问题,则会发现,所谓的“不正当竞争”依据实际上是“不正当侵犯垄断”的另一种说法,在商标案件里尤其如此。^⑦ 更何况,广告劝说并不能创造总需求,它只是使欲望增长。因为有效的需要不是由我们想要什么决定的,而是由生产力创造的社会购买力决定的。^⑧ 但也有学者认为,实际上我们无从知道消费者的喜好是如何构成的,因此也就不可能确定通过商标方式进行的广告宣传是否改变了消费者的喜好;如果这种判断成立的话,我们就无法确定该影响的性质和方向。^⑨ 经过多年的实践,我们现在基本上接受了这样一种

① W. R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London Sweet & Maxwell, 1996, p. 527.

② 参见〔日〕纹谷畅男:《无体财产法概论》(第6版),有斐阁1996年版,第17—18页。

③ 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232—234页。

④ 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218—219页。

⑤ See *Eastern Wine Corp. v. Winslow-Warren Ltd.*, 137 F. 2d 955, 959 (C. C. A. 2d 1943), cert. denied, 320 U. S. 758 (1943).

⑥ Ralph S. Brown, *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, 57 *Yale Law Journal* 1165, 1185, 1190 (1948).

⑦ See *Standard Brands v. Smidler*, 151 F. 2d 34, 40 (C. C. A. 2d 1945).

⑧ Ralph S. Brown, *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, 57 *Yale Law Journal* 1165, 1187 (1948).

⑨ See R. H. Coase, *Advertising and Free Speech*, 6 *Journal of Legal Studies* 1, 9—13 (1977).