



社会进步与商标观念：

商标法律制度的过去、现在和未来

Social Development and Trademark Concept:
The Past, Present and Future of Trademark Regime

杜颖 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



社会进步与商标观念：

商标法律制度的过去、现在和未来

Social Development and Trademark Concept:
The Past, Present and Future of Trademark Regime

杜颖 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

社会进步与商标观念:商标法律制度的过去、现在和未来/杜颖著. —北京:北京大学出版社,2012.3

ISBN 978 - 7 - 301 - 20119 - 0

I. ①社… II. ①杜… III. ①商标法 - 研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第016069号

书 名: 社会进步与商标观念:商标法律制度的过去、现在和未来

著作责任者: 杜 颖 著

责任编辑: 刘晓春 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 20119 - 0/D · 3049

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> 电子邮箱: 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

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 17.5 印张 293 千字

2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 34.00 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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

国家社科基金后期资助项目

出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,扶持基础研究的优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一标识、统一版式、符合主题、封面各异”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

致 谢

我一向害怕写序言、后记或致谢之类的东西。一则是对自己的文字功底和学术素养缺乏自信。因为我知道,身边好友拿着这本书,首先必会“审阅”这带有一些私房性质的话,自己也总是怕在这“第一关”便让好友们失望。二来,也是更重要的,是需要感谢的人实在是太多,担心即使是列出一串长长的单子来,也难免挂一漏万。但从北京大学法学院博士毕业已经12年了,岁月漂流,天资并不聪颖、后生也不算勤奋的自己,总该对那些一直关注和爱护自己的亲人、师长和朋友说点什么,至少要道一声真诚的“谢谢”吧?!

感谢恩师陈又遵教授、钱明星教授、魏振瀛教授。他们传道授业解惑,领着我一步一步地走进了学术的殿堂,他们的品格与风范让我受用终身。感谢中共中央党校张恒山教授、张忠军教授,没有他们的指点,我不会选择知识产权法学;没有他们的敦促,我可能还在虚度光阴。感谢民法学界和知识产权法学界给我支持、予我鼓励的所有同仁和朋友。

感谢我的父亲杜国瑞和母亲李桂侠。他们不仅养育我、教诲我,还随时陪伴我左右,照顾我和我家人的生活。感谢我聪明伶俐的女儿易一之,她是我生命的阳光和工作的动力。感谢我的先生易继明博士,他用智慧和汗水为我和女儿营造了一个温馨的家,让我们衣食无忧,生活自由,没有任何精神压力和负担。

感谢国家社科基金的资助,支持了本书的研究和出版。最后,还要感谢北京大学出版社的王晶编辑和刘晓春博士,他们不仅在文字上使本书增色很多,还提出了很多专业方面的建议,提升了本书的学术水准。

杜 颖

2012年2月

目 录 | Contents

第一章 导论 / 1

第二章 社会发展进程中商标观念的嬗变 / 12

12 | 第一节 商标功能的历史转型

26 | 第二节 商标使用的涵义变换

第三章 商标观念嬗变中多元发展的商标标识 / 56

57 | 第一节 商标从平面到立体再到商业外观

65 | 第二节 商标从商品商标到服务商标

67 | 第三节 商标从传统商标到非传统商标

72 | 第四节 商标从普通商标到特殊构成商标

112 | 第五节 商标从物理空间到网络空间

第四章 商标观念嬗变中日益推进的商标权利保护边界 / 143

143 | 第一节 传统混淆概念的发展

152 | 第二节 商标保护新概念的发现和认识

第五章 商标观念嬗变中不断演绎的商标权限制 / 180

181 | 第一节 商标权行使范围的限制与驰名商标的保护

185	第二节	商标合理使用制度的发展
198	第三节	商标权用尽原则的发展
211	第四节	商标功能性原则的发展

第六章 代结论——商标权保护范围扩张的反思 / 229

索引 / 269

第一章 导 论

一、研究范围的限定——以近现代法律制度为中心

观念(idea)是哲学中的一个核心概念,不同的哲学家对于这个概念都有着不同角度的解释。柏拉图使用的观念是“形相”,他的形相是客观的,与现代哲学中所认识的作为心灵中的主观对象的“观念”是不同的,因此,现代哲学将他的观念论定义为“形相论”,以避免误解与混淆。洛克驳斥了柏拉图的“天赋观念”论,但他也认为心灵通过观念形成世界图景,于是他在很宽泛的意义上使用观念一词,有时把观念等同于知觉。休谟则批判洛克把一切心灵对象称为观念的看法,而将心灵的一切对象称作“知觉”,并将知觉分为两类:印象和观念。印象是我们在感受和经历时所涉及的内心对象,它们可以是感觉、情感和情绪。观念则是思维和推理中涉及的内心对象。观念是在印象的基础上形成的,是印象的精确表象。^① 笔者本书中所用的商标观念中的“观念”的含义偏于休谟知觉分类中与印象相对的“观念”的概念,事实上比他所称的观念更具有系统性、针对性,是人们对商标认识分析后,经由思维加工形成的一种比较系统的、稳定的认识,从某种意义上说,像西班牙思想家何塞·奥特嘉·伊·加塞特(José Ortega y Gasset)所称的“*draomos*”,即一种近乎信仰(beliefs)的认识,它是具体的,并影响人们日常生活中的各种行为。^② 那么,商标观念不可避免地要和政治、经济、文化传统等范畴联系在一起。对于文化传统等观念构成要素的研究,既非我所长,也会远远超出本书所要囊括的篇幅。因此,本书所要探讨的“观念”主要是一种制度观,这种制度观是制度本身所体现出来的法律或社会的认识,具体到笔者所要探讨的研究对象商标,则就是指历史发展中逐渐变换而沉淀或折射在商标法律制度中人们对商标的认识。当然,笔者也注意到,新制度经济学将制度概念从横向和纵向都进行了扩展,纵向来看,它把制度分为规范性行为准则、宪法秩序和制度安排三个层次。规范性行为准则指道德、习俗,而制度安排包括成文法、习惯法

^① 参见尼古拉斯·布宁、余纪元编著:《西方哲学英汉对照辞典》,人民出版社2001年版,第457—460页。

^② A. Pablo. Lannone, *Dictionary of World Philosophy*, Routledge, 2001, p. 251.

和自愿性契约等。^① 如此看来,即使仅从纵向的角度说,制度的含义也远远超越法律的范畴,更不必说从横向分析,它还包括了组织。但笔者将自己的研究范围限定在法律制度领域内,是从法律制度的构成分析商标观念的内容。因此,副标题中的“法律制度”一词既是对主体研究对象的明确,又是对主标题研究范围的限制。

接下来要确定的是本书研究所指向的历史时间段。从人类社会发展进程来看,若以人类出现开始计算社会发展年代,则无疑得从数百万年前开始研究。若将本书研究起点定义在这个时间既不现实,也不必要,因为去没有商品的社会条件下挖掘商标观念没有什么价值。我们也可以将研究起点定义在法律开始出现之时,如果按照我国有些学者的观点,需要从原始社会出现禁忌开始^②;即使按照我国大多数学者的观点,法是随阶级、国家的产生而产生,只有国家才有资格制定法律,原始社会无法,也得将研究起点定在奴隶社会。但这种历史研究中的社会发展阶段的分期多是为学者研究所构,社会发展本来就是一个渐进的过程,如果说在哪一个时间段甚至时间点人类社会就从一种发展形态立即转型到另外一种发展形态,则本身是违反社会发展本来样态的,因此其作为研究工具的意义远远大于现实意义,更何况研究者对历史分期的标准本身也众说纷纭,对特定社会有无某个特定发展阶段争论诸多。^③ 如果以知识产权制度为研究对象,特别是以商标制度为研究对象,笔者更倾向于另外一种社会分期的方法,即以生产方式来做社会分期。按照这种分期方式,我们可以把人类历史分为以土地为核心的农业经济时代、以资本为核心的工业经济时代和以知识为核心的知识经济时代。在这个分期中,我们现在所处的时代是知识经济时代。但这种分期方式又与大多数学者研究法律回应社会方式时使用的历史分期不同,在论述过程中会产生很多不便,因此笔者也采用传统社会与近现代社会的分期方式,将农业文明所对应的社会定义为传统社会,而将发达的工商业文明所对应的社会称为近现

① 参见 R. 科斯、A. 阿尔钦、D. 诺斯等:《财产权利与制度变迁》,刘守英译,上海人民出版社 1994 年版,第 253、271、374、390—391 页。

② 参见田成有、张向前:《原始法探析——从禁忌、习惯到法起源的运动》,载《法学研究》1994 年第 6 期。

③ 例如,在我国历史上有无奴隶社会这一发展阶段就存在着“有奴论”和“无奴论”两种观点。参见张广志:《中国古史分期讨论的回顾与反思》,陕西师范大学出版社 2003 年版。

代社会。^①

现代化更多的的是一个相对和发展且含义广泛并与近代化同义的概念,是社会由传统到现代进步并体现现代性的不断变革的趋势和过程,并不一定在时空意义上作严格的区分。至于那种“绝对”意义的在政治、经济、文化及其他社会生活方面达到某个共同指标,则将其视为某一阶段现代化的状态、程度或目标,由于该种指标反映和表征了现代社会的属性和特征,故又可名之曰某个阶段社会所具有的现代性。^②换言之,“现代化”,是指一个国家由传统社会向现代化社会过渡,社会中现代性因素由少到多,直至覆盖整个社会生活的历史进程。^③这正契合本书梳理商标观念发展的思路。现代意义的商标法律制度肇始于英国 1584 年的一起商标判例^④,但人类历史上首部现代意义上的商标成文立法是 1857 年法国制定的《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》。但在 16 世纪之前,商标就已经在人类社会生活中使用,并出现了非常灿烂的商标文化。笔者探讨商标法律制度发展和制度观的变迁主要集中在人类进入近现代社会之后,并在一定程度上将历史空间向前推移,从历史连续性的角度分析商标史前史中商标和商标保护的样态,但法律制度分析则主要针对形式意义上的商标法律制度正式确立之后,即 1857 年世界上第一部现代意义上的商标法出现之后。而且由于商标制度发达史的整个过程呈倒金字塔形,在进入 20 世纪后,它经历了一个非常明显的膨胀过程,商标法律制度的关键性概念和变革也基本上发生在这一时期,这在主要代表性国家商标法律制度的发展完善历程中非常明显地体现出来。

1803 年法国就制订了《关于工厂、制造场和作坊的法律》,该法第 16 条

① 传统社会向近现代社会转型并跨越发展的阶段非常重要,这也引发了曾经喧嚣一时的“现代化”的大讨论。在这场讨论中,不仅社会学、政治学、历史学等学科的学者纷纷著书立说,包括法史学、部门法学的法学界的学者们也在探索各自研究领域法律现代化的问题,如民法的现代化、刑法的现代化等。在这场大讨论中,人们对“现代”抑或“近代”用语的使用以及对现代究竟从何时起算观点不一。因为文艺复兴以来的欧洲历史学家将君士坦丁堡自 1453 年陷落之后的历史称为“现代史”,用以将他们的时代与他们所称的“黑暗世纪”相区别,说明历史的进程。十月革命后,苏联历史学家认为开始了一个新时代,于是把 1640 年英国资产阶级革命开始后至十月革命前的历史称为近代史,而将十月革命后的时代称为现代。1949 年后的中国学者也以鸦片战争和“五四”运动为界限使用了近代和现代这两个概念。这样,西方学者对历史的划分并没有作太细的区别,可以说,他们所用的现代实际上包含了我们通常所说的近代和现代的意义。

② 参见辜明安:《中国民法现代化研究引论》,载《社会科学研究》2004 年第 4 期。

③ 参见吉尔伯特·罗兹曼主编:《中国的现代化》,国家社会科学基金“比较现代化”课题组译,江苏人民出版社 1988 年版,第 4 页。

④ 关于此判例的发生年代及很多细节问题,学界观点不一,见本书结论部分第六章之二“商标权保护扩张的历史描述”。

把假冒商标定为私自伪造文件罪。1857年6月,法国又制定了《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》,这是世界上最早的一部商标法。1992年7月1日,法国颁发92-597号法律,将当时23个与知识产权有关的单行立法汇编整理成统一的《知识产权法典》,从而形成世界上保护知识产权领域的第一个法典,该法典在形成后历经很多次修订,逐渐完备。在《法典》的第2部分第7卷规定了“制造、商业及服务商标和其他显著性标记”。^①

英国于1862年颁布了世界第一部较为完备的《商品标记法》,1875年又公布了《商标注册条例》。英国目前执行的《大不列颠及北爱尔兰联合王国商标法》,是英国1905年颁布,后经1919年、1937年、1938年三次修订,于1938年4月正式颁布,共计71条。1994年10月1日又颁布了《1994年商标法》。

1874年11月30日公布的《商业标记保护法》被认为是德国第一部商标法。当时设定了一种非实质性的商标注册和审查机制。1894年5月12日,德国以注册商标为基础的商标审查制度基本确立。1936年,德国商标法以现代化为目标进行了修改,1957年,注册制增加了申请时公告的要求。1967年,德国商标法作出了大幅度修改,引进了以使用为基础的审查制度。1995年1月1日,经过大幅度修改的商标法生效,该法虽然在其后历经修改,但它奠定了德国现在适用的商标法的基本框架。

美国于1870年制订了《美利坚合众国联邦商标条例》。该法在1876年作出过修订(19 Stat. L. 142),1879年,美国最高法院判决国会的1870年商标法违宪,因为商标既不是发明创造,也不是发现,更不是作品,保护商标违反《美国宪法》第1条第8款第8项。^② 并进一步指出,国会的立法权是有限的,只应该规范国际贸易、州际贸易以及与印第安部落的交易中涉及的商标使用问题。1883年3月3日,美国国会又根据这一贸易条款通过了新的商标法。美国目前执行的仍是1946年公布的《兰哈姆法》,该法在1962年、1975年和1988年经过了重大修订,进入20世纪90年代以后,该法也针对驰名商标的保护、域名的保护等进行过数次修改。^③

日本于1884年颁布了《商标条例》,经几次修改后更名为《商标法》。从

① 参见《法国知识产权法典》,黄晖译、郑成思校,商务印书馆1999年版,译者序。

② 100 U. S. 82 (1879)。

③ 参见李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2003年版,第261页。

1909年到1981年,先后进行了14次修订。目前执行的是1959年颁布、1960年施行的《商标法》。该法经多次修订,共计85条。1996年,日本对该《商标法》进行了重大修订,增加了立体商标等保护内容。日本近年分别于2006年和2008年修改了商标法,将假冒品进口行为定为商标权侵权行为,允许申请动画商标注册,将侵害商标犯罪的最高刑期提到10年。

1904年,中国由清政府批准颁行《商标注册试办章程》28条,《商标注册细目》23条,为中国第一部商标法规。中华人民共和国现行商标法是1983年3月3日起施行的《中华人民共和国商标法》(以下简称为“我国《商标法》”或“《商标法》”。本书未特别指明国别的法律、法规等文件,均属我国),共计64条。1963年4月10日中华人民共和国国务院公布的《商标管理条例》同时废止。1993年、2001年,我国对该商标法进行了两次修订,目前该法正在进行第三次修订。2002年8月,中华人民共和国国务院令(第358号)又颁布了从2002年9月15日起实施的《中华人民共和国商标法实施条例》。2005年12月,为进一步规范和做好商标审查和商标审理工作,根据2001年修改后的《商标法》及2002年颁布的《商标法实施条例》的规定,在商标局1994年制定的《商标审查准则》和商标评审委员会2001年制定的《商标评审基准(试行)》的基础上,结合多年的商标审查和审理实践,借鉴国外的商标审查标准,商标局和商标评审委员会制定了《商标审查及审理标准》。

从以上内容的梳理可以看出,商标制度飞速发展阶段是在20世纪,因此,本书探讨的主要历史阶段集中在整个20世纪。但19世纪,特别是19世纪后期商标观念的发展为20世纪商标制度的变革积累了经验,提供了实验场。从一定意义上说,商标法律制度的现代化演进是从19世纪跨越到20世纪逐渐完成的渐进过程,是在法律制度中逐渐剔除商标制度的史前特征而完成蜕变的过程,这和社会向近现代社会转化的方式和过程没有什么不同。

需要强调的是,人类社会的现代转型与知识产权法的现代转型并不同步。一般来说,法的现代化就是使社会生活中的法具有更多的现代性,更多地体现现代社会法的特征。法的现代性因素具体包括公开性、自治性、普遍性、层次性或称道德性、确定性、可诉性、合理性、权威性。现代社会的法律就外在强制的效力而言,在社会生活规范体系中应该具有最高和核心的地位,

具有不可忽视、不可冒犯的最高权威。^①但知识产权法有其自身的特殊发展规律。按照澳大利亚学者谢尔曼和英国学者本特利的观点,直到19世纪中叶知识产权法才作为一个独立的领域出现,而在此之前并没有就法律应当以何种方法组织起来的问题达成任何共识,该法律不仅是未加组织的、开放的和非固定的,而且还存在着许多竞争性的方法,它们都可以把那些赋予智力劳动以财产权的法律组织起来。同样地,该法律就有许多潜在的方向可供选择。前现代的知识产权法体现出一种具体的、反应性的特征,如1742年《保护技术能手约翰·拜罗姆对其发明的速记技术和方法在一定年限内享有独家出版权法》即体现了前现代知识产权法的这种具体对象、回顾性和反应性的特征。而现代法律采用抽象的一般范畴,从而可能将其适用于新对象。现代知识产权法体现出抽象和前瞻性特征,从实践层面掌握的语言模式,经由作为一种法律活动的法典化工作,而转换为一部法典,一套语法。^②

笔者将研究重点框定在20世纪,在这段时期人类社会早已经进入了近现代社会,知识产权法也完成了从前现代到现代的跨越,商标法也已经完成了从前现代向现代的跨越。因此,严格意义上说,从历史时间段来看,本研究的重点是在人类社会完成近现代转型,商标法完成现代转型之后。可以说,19世纪中叶,商标法律制度正式确立。19世纪末期开始,商标法律制度开始酝酿成熟并历经变革、平稳发展,一直延伸到20世纪中后期电子商务浸润社会生活。20世纪中后期,商标法律制度又面临着新的挑战,信息技术条件下如何回应社会生活是它必须回答的问题,但答案尚不确定,这就是商标法律制度的未来课题。

二、研究内容

本书的研究内容主要有三个部分。

第一部分为基本线索研究。该部分通过选取商标法律制度中的两个基本概念,即商标功能和商标使用来梳理商标法律制度发展的基本观念变迁。在这两条线索中,商标功能的转型为暗线,商标使用则体现为直接牵动制度走向的明线。该部分形式上体现为本书第二章。

第二部分为基本制度研究。该部分以商标法律制度的发展和具体构成

^① 参见葛洪义:《法律与理性》,法律出版社2001年版,第5—6页。

^② 参见谢尔曼、本特利:《现代知识产权法的演进:1760—1911英国的历程》,金海军译,北京大学出版社2006年版,第6—7、16—20、61—63页。

为基本内容,详细梳理国内外商标法律制度的主要内容,叙述中遵循的路径是商标法律制度发展的总趋势——商标权的扩张。以商标权的扩张为总趋势和总特点,本书主要概括了商标保护客体即构成要素的多元发展、商标权保护边界的不断推进以及商标权限制制度的发展。从逻辑上说,商标权限制制度的发展与商标权的扩张这一基本路径是相背的,但正如笔者在本书中所阐述的那样,商标权的限制为商标权权利扩张提供了支持,可以说商标权限制制度因为商标权的扩张而不断丰富和发展,因为权利的新扩张会带来权利的新限制;同时正是因为新的权利限制的出现才会克服权利扩张带来的肆意妄为,让制度的航船继续平稳地前行。因此,笔者认为,权利限制的发展既是权利扩张主旋律的变奏,也是它必不可少的协奏。故而将权利限制制度的发展放在第二部分一并论述。

事实上,商标权的扩张还体现在另外两个方面,一个为商标保护期限的扩充,一个为商标权利救济的强化以及救济方式的增多。关于商标权利救济的强化和救济方式的增多,主要体现在禁令的发出、损害赔偿金额的提高以及诉前强制措施、刑事处罚和行政措施的运用等方面。其涉及内容跨实体法和诉讼法,民事法、刑事法、行政法等多个领域,笔者不再详述。

因为权利保护期的变化涉及内容较少^①,权利救济措施的强化部分内容

① 商标保护期认识的发展其一表现为商标续展中既有续展期的规定也有宽展期的规定,这为商标权人维持其权利的有效性提供了更宽松的期间。最值得我们注意的还是英国和日本商标法中规定的商标恢复制度,根据这种制度,在一定条件下,本来因为保护期限经过而已经丧失商标权利有效性的商标可以让原商标权人失而复得。《英国商标法》就商标权的恢复作出了原则性规定,它在第43条规定了商标注册的续展(renewal),该条在第3款规定,续展申请必须在注册期满前提出,并且申请人要缴纳续展费。如果申请人没有按照该款前述规定处理,则在不短于6个月的期限内,申请人还可以通过提出申请并缴纳额外期间的续展费来完成续展。该第4款规定,续展从前一个注册期满时生效。第5款规定,如果注册没有依前述规定被续展,则商标会从注册登记中被消除。但注册机构可以制定一定的规则,使商标权进行恢复(restoration)。由此,我们可以看出,商标权人如果错过了续展期和宽展期,仍然可以通过商标恢复制度使商标起死回生。但是,《英国商标法》把商标权恢复放在了商标注册的续展规定里,也没有就恢复商标权的程序和恢复的效力等问题作出进一步具体规定。

《日本商标法》对商标权恢复问题则作出了非常详细的规定,它不仅区分了商标的续展和商标权的恢复,而且还将二者分列进行规定。该法在第19条、第20条规定了商标的续展,在第21条、第22条规定了商标权的恢复。《日本商标法》在第19条第2款规定,商标权人可以通过更新注册申请来更新商标存续期间。第3款规定,商标存续期间在上一个商标有效期满时更新。第20条规定了更新存续期间的注册申请,第2款规定,更新注册的申请必须在上一个存续期间届满前6个月至届满之日提出。第3款规定,商标权人即使在第2款规定的期间内没有提出更新注册的申请,在该期间经过6个月内仍然能够提出申请。第4款规定,如果商标权人没有在前款规定的应该提出更新注册申请的期间内提出申请,则商标权追溯到存续期间届满时消灭。这样,和我国《商标法》一样,《日本商标法》也是规定了6个月的商标续展期和6个月的宽展期。

跨度太大,笔者没有单列章节作出详细分析,只在这里作出交代。

在具体制度的梳理中,本书除了遵循上述商标权扩张的大趋势线索外,在行文设计中以国外法律制度借鉴为背景,逻辑重点则放在我国商标法律制度的构建与完善上。从一定意义上说,是希望中国商标法律制度尽早实现全面现代化,走向国际化。关于中国法律的现代化问题,中国学者仁者见仁,智者见智。从分期看,有人认为,清末大规模的修订法律活动是中国法律现代化的开端,主持其局的沈家本也被人们誉为“中国法律现代化之父”。^①但也有人认为,中国法制现代化运动的起源应该上溯到1842年的《南京条约》。在《南京条约》中,中国首次废除了阻碍对外贸易发展的封建的“公行”制度,采取了西方国家普遍通行的口岸自由通商制度。从此,中国逐渐在对外贸易管理制度方面仿行西法或与西方接轨。清末修律则是仿行西法的集中体现。^②关于中国法律现代化的具体路径,则更是众说纷纭。有人认为,法律现

关于商标权的恢复,《日本商标法》第21条第1款规定,当依据第20条第4款的规定,商标权被视为已经消灭后,如果是非归因于原商标权人的原因而使其未在第20条第3款规定的期间内提出更新注册申请的,则在该事由消除之日起14日内(如果商标权人在国外则是2个月内),但同时也必须是在第20条第3款规定的期间经过后6个月内,原商标权人可以申请恢复商标权。第21条第2款规定,如果申请人提出了第1款规定的申请,则商标权存续期间追溯至商标有效期届满之时获得更新。《日本商标法》第22条规定了恢复后的商标权的效力限制,主要表现在,在第20条第3款规定的能够提出更新注册申请的期间经过后,在依据第21条第1款提出商标注册更新申请之前的期间内,根据第21条第2款恢复了的商标权的效力不及于下列行为:一、在指定商品或服务上使用注册商标的行为;二、第37条各项规定的行为。综合这两条规定我们得出,《日本商标法》不仅规定了商标续展期和宽展期,而且还规定了商标权恢复期。商标权的恢复要满足下列条件:

第一,商标权人错过了续展期和宽展期是非归因于商标权人的原因造成的。商标法不为那些因自己疏忽或者过失而错过宽展期的商标权人提供恢复商标权的机会。

第二,恢复商标权的申请必须在一定期间内提出,即阻碍原商标权人提出商标续展的非归因于原商标权人的事由消除之日起14日内(商标权人在国外的则是2个月内),但同时也必须满足宽展期经过后的6个月内。这也就意味着,如果宽展期已经经过了6个月,阻碍事由还未消除,商标权人也没有可能再恢复商标权了,即使阻碍事由的出现不可归因于商标权人。

第三,商标权恢复后有两个效力:其一为商标权溯及有效,商标权存续期间追溯至商标有效期届满之时获得更新;其二,在特定期限内,商标权效力受到限制。该期间为宽展期后、恢复申请提出之前,也即商标有效期满后的6个月期满之日到商标权恢复申请提出之时这段期间。在这段期间,商标权人无法制止各种商标侵权行为,因为《日本商标法》第37条规定的就是各种商标侵权行为。

① 参见马作武:《沈家本的局限与法律现代化的误区》,载《法学家》1999年第4期。

② 参见范忠信:《“中西会通”与中国法制现代化中的仿行西法偏好》,载《学习与探索》2001年第6期。

代化不仅是指传统法律向现代法律的一种运动,同时还意味着传统的法律观念、价值体系和行为方式向现代的转变过程。而作为制度灵魂的观念,通常又是法律制度得以产生和正常运转的指导思想和精神动力,所以法律观念的现代化往往处于法律现代化的优先地位。中国法的现代化也同样始自法律观念、法律意识变革。其演变历程,具体而言,大抵起于洋务运动、改良运动和清末新政,中经辛亥革命和“五四”运动,及新中国成立至今三大发展阶段。^①也有人认为,中国法律现代化从1842年开始至今,持续了一个半世纪的历程,其中经历了中华法系改良、全盘西化、全盘苏化等三条道路的生死搏斗。应该说这三条道路走得都不成功。三条道路的失败,呼唤我们寻找更加理性的第四条道路。而这就是对古今中外人类文化的一切法制遗产兼容并蓄,博采众长,不存在任何畛域之见,真正走“中西合璧”的法制现代化的道路。^②有的学者强调从法的本土资源中演化现代法治^③,有的学者从法的国际化与本土化角度,提出“法制现代化运动的多样性统一是全球法律发展的基本历史定则”^④;有的从“法律的民族化与国际化”角度探讨法的现代化问题^⑤;有的强调法治必须建构在对西方法资源的移植和借鉴上^⑥;有的认为在全面扬弃中国传统法律文化的基础上,在保持民族特色的前提下,吸收一切优秀法文化成果,完成法的现代化^⑦;等等。笔者认为,中国法律现代化的过程是一个系统化、渐进化的过程。系统化体现为现代化特征从染指生活表象到影响制度设计,再到浸润文化这样一个过程,也即有学者提出的从器物到制度再到思想文化的逐步深入的过程。^⑧而渐进化则体现为从学习、借鉴到消化、吸收,再进行创新的过程。正如有学者所言,人们可以把法律现代化大致分为法律西方化、法律本土化和本土法律创新三个层面。其中,法律西方化是指自近代以来西方法律制度与法律文化向非西方社会的单方向传播的过程,包括法律殖民化或强制性的法律西化两种情况,这是与近代西方扩张的历史相联系的;法律本土化是指西方法律在非西方社会传播、融合与适应生长的过程,它是对法律西方化的一种扬弃,即更高层次上的肯定;本土法律

① 参见陶广峰:《法律现代化与意识形态化色彩——我国法律变革研究历程中的一个现象分析》,载《中国法学》2003年第4期。

② 参见范忠信:《中国法律现代化的三条道路》,载《法学》2002年第10期。

③ 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第17页。

④ 参见公丕祥:《国际化与本土化:法制现代化的时代挑战》,载《法学研究》1997年第1期。

⑤ 参见孙笑侠:《法的现象与观念》,群众出版社1995年版,第26—33页。

⑥ 参见谢晖:《法治保守主义思想评析》,载《法学研究》1997年第6期。

⑦ 参见陶广峰:《法理学》,兰州大学出版社1996年版,第86—89页。

⑧ 罗晓静:《我国民法现代化前瞻》,载《中州学刊》2004年第4期。

创新,主要是指一种新的具有世界意义的法律模式的创新。^①包括商标法律制度在内的知识产权制度在我国的出现、发展则体现出更复杂的特征。因为包括商标在内的知识产权法律制度在我国起步很晚,可以说,在西方发达国家知识产权制度已经基本成型之后,我国才开始借鉴和学习西方国家的经验摸索构建适合我国科学技术发展水平以及知识产权保护水平的知识产权法律制度。所以,我们要在更短的时间内完成学习、消化、借鉴、创新的蜕变过程,甚至需要同时完成。因此,笔者在本书中持他山之石可以攻玉的态度,希望借鉴国外相关司法管辖区域的商标法律制度推动我国商标法律制度快速前行。

第二部分在本书中体现为第三章、第四章、第五章。

本书第三部分是对商标法律制度发展历程的反思,也是对商标权利扩张过程的反思,希望从中能够挖掘出商标法律制度会向何处去的结论。商标制度的发展纵横交错、光怪陆离,要从商标法律制度的发展中揣摩甚至抽离出其前行的路线,其难度之大,笔者自知。但对现实制度的省思一定能够让我们发现一些线索,这是笔者坚信不疑的,也是自己力所能及,并可不揣冒昧拿出来就教方家指正的。第三部分由本书第六章组成。

三、研究方法

本书研究中主要运用了如下研究方法。

(1) 文献分析的方法。关于商标理论方面的研究,国内外学者,特别是美国学者的研究积累了相当丰富的研究结论,笔者通过文献占有与消化,介评这些成果,指出其理论意义,并分析其理论构成缺陷。

(2) 案例分析的方法。商标法律制度的发展体现为实践中各种规则的适用,商标的实务操作性特点突出,案例研究是不可或缺的研究方式。本书评介来自中国、美国、欧盟、日本的相关典型案例,分析域外司法实践在处理同一类型的案件中所持的不同观点和适用的具体原则,从中得出这些案例对商标法律制度成长的贡献。

(3) 法律文本分析的方法。商标法律制度的发展形式上体现为立法制度的变迁,以普通法为传统的英美法国家在知识产权保护中采用制定法与普通法双重保护的方式,因此这些国家的立法成果也可以作为分析对象。本书行文中援引了很多国家的立法规定,具体到我们国家,笔者还特别关注了中华人民共和国工商行政管理总局商标局发布的《商标审查和审理标准》,因

^① 参见蒋立山:《法律现代化的三个层面——从法律“西化”概念说起》,载《法学家》2003年第2期。