

SHANGBIAO ZHUCE YU QUEQUAN CHENGXU
GAIGE YANJIU

张玉敏 著

商标注册与确权程序 改革研究

追求效率与公平的统一



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

商标注册与确权程序改革研究

——追求效率与公平的统一

张玉敏 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

商标注册与确权程序改革研究：追求效率与公平的统一/张玉敏著. —北京：知识产权出版社，2016.4

ISBN 978-7-5130-4135-5

I. ①商… II. ①张… III. ①商标管理—研究—中国 IV. ①F760.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 069340 号

内容提要

针对我国商标注册和确权程序繁琐、冗长，抢注、恶意异议等行为时有发生等问题，本书运用民法原理分析指出，商标注册是申请人为自己设定商标权的单方要式民事法律行为，商标法具有商事法的属性，商标注册和确权程序的设计应遵循民事法律行为制度的原理、原则，以效率和公平的统一为价值目标。指出为适应全民创业、万众创新，进一步改革开放及发展经济的要求，商标注册和确权程序应在 2013 年《商标法》基础上进一步简化，并提出具体的改革建议：首选方案是采不审查主义，先异议后注册；次优方案是坚持全面审查原则，先注册后异议。

读者对象：知识产权领域相关工作者、学习者。

责任编辑：崔 玲

责任校对：谷 洋

封面设计：sun 工作室 韩建文

责任出版：刘译文

商标注册与确权程序改革研究

——追求效率与公平的统一

张玉敏 著

出版发行：知识产权出版社有限责任公司

社 址：北京市海淀区西外太平庄 55 号

责编电话：010-82000860 转 8121

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

印 刷：北京科信印刷有限公司

开 本：720mm×960mm 1/16

版 次：2016 年 4 月第 1 版

字 数：320 千字

ISBN 978-7-5130-4135-5

网 址：<http://www.ipph.cn>

邮 编：100081

责编邮箱：cwiling@cnipr.com

发行传真：010-82000893/82005070/82000270

经 销：各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张：16.5

印 次：2016 年 4 月第 1 次印刷

定 价：50.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

迟来的正义是非正义

——19 世纪英国政治家威廉·格拉德斯通

自序

本书的主要内容是关于商标注册和确权程序的讨论，从法学研究分类的角度，属于立法论的范畴。笔者将商标注册之前的程序称为注册程序，将注册之后处理注册商标效力争议的程序称为确权程序。

研究实体法的学者，通常对程序问题不感兴趣，认为程序问题无非就是个操作规程，没有学问，不值得为此去浪费精力。但是，对于商标法而言，商标注册制度是商标法的核心和主体，商标法的所有制度，除侵权责任制度外，都是围绕着商标注册展开，或者为商标注册服务的。其实，侵权责任制度也是为保护注册商标服务的。可以说，商标注册制度决定着商标法的基本面貌。商标注册制度包括商标注册条件和商标注册程序两方面的规定。本书侧重商标注册程序的研究。

商标注册程序真的只是一个操作规程，没有理论，没有学问吗？为什么每次商标法的修改，程序问题都是一个重要的议题，而且，人们总是在程序问题上争论不休？例如，我国《商标法》1993年和2001年两次修改，重点都是程序问题。1993年修改增加了关于注册商标违反第8条（不得作为商标使用的标志）或者是以欺骗的手段或其他不正当手段获得注册的，由商标局撤销该商标注册，其他单位或者个人可以向商标评审委员会申请撤销该商标注册的规定；2001年修改取消了商标评审委员会的裁定为终局裁定的规定，赋予当事人申请司法审查的权利，并且将申请撤销不当注册商标的期限由一年改为五年；在《商标法》第三次修改过程中，程序问题更成为争议的焦点，如我国是否应当取消全面审查原则，改采只依职权审查绝对事由？异议应当向商标局提出还是直接向商标评审委员会提出？对于商标局做出的异议裁定是否应当允许当事人向商标评审委员会申请复审？如此等等。同时，笔者在研究其他国家商标法的时候发现，各国的商标注册程序是如此的不同，如有的采全面审查原则，有的只审查绝对事由；有的先异议后注册，有的先注册后异议；有的国家甚至在相当长的时期内既不依职权审查相对事由，也没有异议制度，审查机关没有发现拒绝注册的绝对事由的即核准注册，甚至绝对事由的审查也只是部分的，不是全面的。而目前在欧盟，越来越多的国家正

从全面审查转向只审查绝对事由。

注册程序的繁简与注册质量是什么关系？这些繁简不同的程序体现了什么样的立法理念和价值追求？这些问题引起笔者极大的兴趣和不懈的思考。

人们制定商标注册制度，总想设计得逻辑严谨、丝丝入扣、没有漏洞。人们相信，严谨的程序有利于实现法律的公平、公正。例如，我国 2001 年《商标法》规定的商标注册审查程序，就是行政三审（商标局二审，商标评审委员会一审）、司法二审，而且，商标局对注册申请要进行全面审查，对异议人的范围也没有限制。如此一来，对同一个问题，如注册商标是否与他人在先权利相冲突的问题，行政和司法要进行 5 次审查，如果当事人申请再审，则可能要进行 6 次审查。这还没有考虑所谓循环诉讼的问题。复杂、繁琐的注册程序一方面使审查机关不堪重负，审查周期过长，申请人也为冗长的程序所累，不能及时获得商标注册，影响经营活动的顺利开展。另一方面也给一些人利用程序或敲竹杠发不义之财，或骚扰、迟延他人商标注册，进行不正当竞争以可乘之机。而且，程序越复杂，可以被利用来骚扰申请人的机会也就越多。看来，复杂的程序不仅没有效率，也未必能实现公平。2013 年《商标法》的修改限制了异议人的资格和异议理由，取消了对商标局认为异议不成立，核准商标注册时异议人申请复审的权利，简化了异议程序，既提高了审查效率，缩短了商标注册周期，又有效地抑制了利用程序敲竹杠和进行不正当竞争的骚扰行为。新商标法实施一年来，异议率比之前五年的平均值有所降低，而且无效申请的比例并没有像人们担心的那样明显上升，反而有所下降。这说明，简化程序和追求公平、公正并不冲突，是可以统一的。

按照学科分类和相关国际公约规定，商标法属于知识产权法。但同时，商标是为贸易服务的，没有贸易就不需要商标和商标法，因此，商标法又具有商事法的属性。商事活动追求效率和安全，效益原则是商事法的重要原则，商标法作为为商事活动服务的法律，应当反映商事活动对效率和公平的要求。而我国目前的商标注册制度严重缺乏效率，而且由于缺乏效率而害及公平，影响“促进社会主义市场经济的发展”立法目标的实现。商标法如何才能达到效率和公平的统一，这是立法者、注册机关和学者应当高度关注、认真研究的。

笔者研究发现，科学的商标注册程序的设计，不是一个纯粹的技术性问题，它其实主要是由立法政策和立法者的法治理念决定的。如果立法者不愿意承认商标权是私权，不尊重权利人的意思自治，不相信权利人自己能够管理、运用好自己的权利，仍然打着“为权利人服务”的旗号充当“权利人的监护人”，那么，简化程序，追求效率和公平统一的改革目标是不可能实现的。说到底，商标注册程序的改革离不开商标权的私权属性和社会主义法治

理念的支撑。为此，笔者不揣浅陋，把这几年的一些思考写出来，期望能够引起学界和立法者对商标注册程序问题的重视，为推动商标注册程序的改革，实现效率和公平的统一尽绵薄之力。

本书没有对商标法进行全面、系统的研究。商标法的实体性问题，如显著性理论、混淆判断标准、侵权判定、赔偿数额的计算等，已经有许多高水平的研究成果，而且这些领域应当是法官的长项，笔者唯有虚心学习，不敢贸然置喙。拾人牙慧、炒冷饭，自己辛苦不说，浪费读者宝贵的时间，实在是罪过。

本书还收录了几篇已经发表过的论文，有的与本书讨论的程序有关，有的与本书讨论的程序无关，但窃以为仍然有现实意义，亦收入供读者参考。

另外，笔者在研究的过程中，收集了从晚清到中华人民共和国成立初期的商标法立法文本，为方便读者了解我国近现代商标立法概貌，附录于后。需要说明的是，这些文本均来自其他著作，笔者没有条件与原件核对，如有错误，欢迎校正。



2015年10月于重庆

目 录

第一章 中国商标立法简史	1
一、中国古代商标的起源和发展	1
二、清朝末年的商标立法	4
三、中华民国时期的商标立法	5
四、抗日根据地和解放区的商标管理和立法	12
五、新中国的商标立法	16
六、我国商标立法史的启示	24
第二章 商 标	26
一、商标的概念	26
二、商标的分类	30
三、商标标识	32
第三章 商标注册的条件	39
第一节 商标注册的积极条件	39
一、商标注册主体	39
二、注册商标标识	42
第二节 商标注册的消极条件	48
一、注册商标不得损害他人的在先权利	48
二、注册商标不得损害他人的在先合法权益	50
三、商标标识不能具有功能性	53
第四章 商标注册的性质和效力	57
第一节 商标注册的意义	57
一、注册制度在商标法中的地位	57
二、商标注册制度的作用	59

第二节 商标注册的性质	61
一、对授权说和确权说的评析	61
二、商标注册行为是要式的单方民事法律行为	63
三、商标注册行为是设权行为	64
第三节 商标注册的效力	65
一、为什么要讨论这个问题	65
二、中国必须坚持商标权注册取得原则	67
三、商标注册的效力分析	70

第五章 商标注册程序改革（一）

——问题、讨论和改革尝试	73
--------------------	----

第一节 我国商标注册程序的沿革	73
一、1950 年《商标注册暂行条例》	73
二、1982 年和 1993 年《商标法》	74
三、2001 年《商标法》	74

第二节 《商标法》第三次修改过程中对注册程序改革的讨论	77
一、关于全面审查原则存废之争	77
二、关于异议制度改革的讨论	79
三、早期修改稿对注册程序的简化	81

第三节 2013 年《商标法》对注册程序的改革	83
一、注册程序的改革	83
二、对注册程序改革的评价	84

第四节 域外借镜——欧盟的经验	87
一、《欧共同体商标条例》的规定	87
二、法、德、意、比荷卢联盟商标法的规定	88
三、英国和西班牙的变革——由全面审查到不审查	90

第六章 商标注册程序改革（二）

——我国的应然选择	94
-----------------	----

第一节 注册程序应遵循的原则	94
一、兼顾效率和公平的原则	94
二、意思自治原则	96
三、诚实信用原则	96

第二节 商标注册程序的架构	97
一、现有商标注册程序的模式	97
二、我国商标注册程序的应然选择	100
第三节 首选方案：不审查主义，先异议后注册	100
一、选择此方案的理由	100
二、制度设计	108
第四节 次优方案：全面审查，先注册后异议	110
一、异议后置的合理性和必要性	110
二、制度设计	112
第七章 商标注册无效制度的完善	119
一、无效程序问题	120
二、实体问题	122
附件一：作者已发表的相关论文	132
商标法基本原则论纲	132
注册商标三年不使用撤销制度体系化解读	147
论使用在商标制度构建中的作用	162
优化程序是提高商标确权效率的根本出路	176
侵害知识产权民事责任归责原则辨析	186
涉外“定牌加工”商标侵权纠纷的法律适用问题	201
附件二：中国近现代商标法律文本	208
商牌挂号章程（1904年3月8日）	208
商标注册试办章程（1904年8月4日）	211
商标法（1923年5月3日公布施行）	214
商标法（1930年5月6日公布 1931年1月1日施行）	219
商标法（1935年11月23日修正公布）	223
晋察冀边区商品牌号专用登记办法（1944年5月25日 晋察冀边区行政委员会公布）	227
山东省渤海工商局商标登记注册暂行办法	228
华北区商标注册暂行办法（华北人民政府制定 1949年1月 8日颁布）	230

华北区商标注册办法（华北人民政府制定 1949 年 6 月 11 日
颁布） 232

华北区政府商标注册办法施行细则（华北人民政府制定
1949 年 6 月 11 日颁布） 234

苏皖边区商品商标注册暂行办法（1946 年 5 月 20 日） 235

松江省牡丹江市暂行商标注册办法（1948 年 10 月 8 日） 236

陕甘宁边区商标注册暂行办法 238

商标注册暂行条例（1950 年 7 月 28 日政务院第 43 次政务
会议批准 1950 年 8 月 28 日政务院公布） 241

商标注册暂行条例施行细则（1950 年 9 月 29 日中央人民政
府政务院财政经济委员会颁布） 244

商标管理条例（1963 年 3 月 30 日第三届全国人民代表大会
常务委员会第 91 次会议批准 1963 年 4 月 10 日由国务院
公布 同日施行） 246

商标管理条例施行细则（1963 年 4 月 25 日中央工商行政
管理局公布施行） 248

第一章 中国商标立法简史

一、中国古代商标的起源和发展

(一) 明清以前我国商标的起源和发展

中华民族有着悠久灿烂的文化。春秋末年，铁器的发明与运用，促成第二次社会大分工，农业和手工业分离，商品交换逐渐活跃起来。当时，山东的临淄，河北的邯郸，中原的大梁（今开封）、洛阳等地，成为繁华的商品集散地。生产者为了表明自己的产品与他人产品的区别，开始在产品上印制作坊的名称和工匠的姓氏。在考古出土的铜镜上，即发现有邹氏、马氏、袁氏、宋氏等标记。在修复长城时，也从秦砖上发现有产地、工匠姓名等印记。^①《礼记·月令》中“物勒工名，以考其诚，工有不当，必行其罪，以究其情”的记载，说明这些印记是官府监督商品质量的工具。但不可否认的是，这些标记也具有识别商品来源和信誉担保的作用。至汉代，这些标记的商标性质便日益显现出来。出土的汉代铜镜上，就已经有了宣传自己商品的广告铭文，如“侯氏作镜大元伤，巧工刻之成文章，左龙右虎辟不阳（祥），七子九孙居中央，夫妻保日安。”^②该铭文中“侯氏”是制作者的姓氏，其他广告语则宣传自己制作的铜镜的质量优良，同时，祝愿使用者平安吉祥。曹操《短歌行》中的著名诗句“何以解忧，唯有杜康”，《汉书·王遵传》中“箭张禁、酒赵放”的记载，都说明当时用姓氏、姓名表彰自己商品的情况已经较为普遍。侯氏、杜康、张禁、赵放都是表示商品来源或者说明制作者的，与今天的商标已经没有多大的区别。以上记载说明，我国起码从汉代起，以姓氏来标识自己的商品已经具有一定的广泛性。

唐宋时期，我国的手工业生产已经相当发达，为了保证商品质量，官府往往要求在产品上标明制造者的名字，如工匠名字、作坊名称或者店铺名称（物勒工名），才可以上市销售。唐《永徽律·杂律》规定：“诸造器用之物，及绢布之属，有行滥短狭而卖者，各杖六十。”《疏议》解释：“凡造器用之

①② 参见：马东岐，康为民．中华商标与文化 [M]．北京：中国文史出版社，2007：3．

物，谓供公、私用，及绢布绫绮之属，行、滥（谓器用之物不牢不真）、短、狭（绢匹不充四十尺，布端不满五十尺，幅阔不充一尺八寸之属）而卖，各杖六十。故《礼》云：‘物勒工名，以考其诚，工有不当，必行其罪’。其行滥之物没官，短狭之物还主。”由《疏议》的解释可以看出，至唐朝，官府仍然主要将这些标记作为监督管理商品质量的工具。

至宋代，商品生产和交易更加活跃、繁荣，商标的使用已经相当普遍。《清明上河图》里描写的京城繁华景象和琳琅满目的店铺名称，说明人们已经非常重视“招牌”在交易中的作用。现珍藏于中国历史博物馆的“白兔”商标模板，可谓图文并茂：图样中间是一只捣药的白兔，白兔上边是阴文“济南刘家功夫针铺”，左右两边刻有阳文“认门前白兔儿为记”，商标下边是一段宣传广告：“收买上等钢条，造功夫细针。不误宅院使用，客转与贩，别有加饶。请记白。”该商标使用在小商品“功夫细针”上，且构思巧妙，意蕴深刻，设计精美，这说明在我国宋代，随着贸易的发达，商标的使用已经相当普遍，商标的设计已经达到相当高的水平。

（二）明清时期我国的商标使用和管理

明清时期，我国的炼铁、铸造、造纸、食品、印刷和纺织等产业得到长足的发展，技术已达到相当高的水平，与此相适应，名牌产品也大量涌现。流传至今仍脍炙人口的“苏”“湘”“蜀”“粤”四大名绣，“内联升”布鞋、“同仁堂”中成药、“张小泉”剪刀以及享誉中外的珐琅工艺品“景泰蓝”，都是那个时期创出的牌子。其中，创于明宣德年间（1426—1435年）的“景泰蓝”，后来演变成为北京珐琅工艺品的通用名称，这从一个方面说明了“景泰蓝”在当时的知名度。此外，明嘉靖年间（1522—1566年）上海的“顾绣庄”绣品；明万历年间（1573—1620年）江苏松江府西郊尤墩地区的“尤墩”暑袜；清乾隆年间（1736—1795年）江苏松江的“飞花布”（亦称“丁娘子”布）；清咸丰年间江苏金山枫泾镇丁义兴小酒店创制的“枫泾丁蹄”，还走向国门，于宣统二年（1910年）获南洋劝业会银质奖章，后又获得德国莱比锡国际博览会金奖。其中，尤墩暑袜用尤墩地区出产的土布制作，品质精良，深受百姓欢迎。制作者为防假冒，在暑袜上标注“尤墩”地名，以示区别。这相当于现今的地理标志产品，“尤墩”就是原产地名称或者地理标志。^①

将商标作为民事权利加以保护，在我国是从民间开始的。随着工商业的发展，商标的使用日益普遍，商人逐渐认识到商标的重要意义，产生了保护

① 左旭初，中国商标法律史（近现代部分）[M]。北京：知识产权出版社，2005：6-7。

商标的需求。

道光五年（1825年），上海绮藻堂布业公会所制定了《牌谱》和《牌律》。《牌谱》相当于现在的商标注册规则。《牌谱》规定，“各牌第一、第二个字，或第二、第三个字，不准有连接两字相同，不准连接两字内有音同字异，或音、形相同之弊，如‘天泰’与‘天秦’，‘大成’与‘大盛’等字样。”《牌律》则相当于现在的商标法律。《牌律》分为六章，共24条。第一章入所章程，规定入所牌号登记、注册事项，包括布牌、商号的名称、业住址、姓名及布牌登记格式；第二章营业牌号；第三章布牌注册；第四章布牌纳费；第五章牌号权利；第六章冒牌罚则。该《牌律》具备了今天商标法的主要内容，特别难能可贵的是，《牌律》专章规定了牌号的权力，这反映了当时商人已经有了保护牌号的权力意识。上海绮藻堂布业公所光绪十五年（1889年）抄本和有关史料显示，上海绮藻堂布业公所使用的《牌谱》，以布商牌号起首第一个字计，共有168个，以这168个字起首组成的牌号（商标）共有697个。按起首第一字排在前八位的是天、长、益、大、水、庆、恒、祥。^①这说明当时上海商人使用商标已经相当普遍。

清光绪三十年（1904年），上海商务总会按照商会章程的要求，也曾经对商业企业办理商标登记。如宣统元年（1909年）二月初二，上海美兴洋行就曾经在上海商务总会登记用于棉织品的“升官发财”商标，登记编号是第63号。^②

随着商品经济的发展，商标大量使用，假冒等侵权行为的发生也就不可避免。当时虽然没有国家层面保护商标的法律，但是，为了维护市场秩序，发展地方经济，商品交易发达地区，如上海、江浙一带的地方官府通过发布告示的方式，严禁假冒和短尺少寸、掺杂使假等行为。如顺治元年（1644年），松江府发布告示，要求各个布商遵守字号、图记规则，不得假窃混冒。顺治十六年（1659年）四月，苏松两府为禁止布商假冒布牌，发布告示并立碑，对布商假冒字号“给示勒石，严禁假冒，永垂德政，以安商业事前来”，有假冒者，“正法施行，决不轻贷。”光绪二十四年四月二十九日（1898年5月17日），上海县府发布禁止本市布商冒牌、短尺、掺杂做假的布告《钦加盐运衔在任候选道江苏松江府上海县正堂黄》，其中就有关于牌号登记的内容：“上海土产以布为正宗生意，在沪布商各立牌号，报明公所，登簿存查。”布告中还对牌号登记规则做了规定：“不准字音相同或者音同字异等弊。”^③乾隆元年（1736年），长洲县布商黄文龙假冒同行布匹商标被提起诉讼，经

① 左旭初. 中国商标法律史（近现代部分）[M]. 北京：知识产权出版社，2005：8-9.

② 左旭初. 中国商标法律史（近现代部分）[M]. 北京：知识产权出版社，2005：9.

③ 左旭初. 中国商标法律史（近现代部分）[M]. 北京：知识产权出版社，2005：9-11.

官府审理后,判决“勒石永禁”,“嗣后,各守字号、图记、招牌、店名,不得假窃混冒。如敢故违,许即鸣官详究”。道光年间,扬州谢馥春香粉老铺生产的香粉货真价实,品质精良,生意兴旺。附近的一些香粉小店便偷偷仿冒谢馥春的产品四处兜售。为了防止仿冒,谢馥春香粉老铺便在柜台上放置五只竹筒作为商标,后又在店堂内醒目处张贴告白:“本店城内仅此一家,此外并无分铺,请认清辕门桥谢馥春香粉老铺,五筒为记,庶不致误。”但仿冒者还是不断出现。谢馥春业主于是将13家仿冒的店铺告到大理院,谢馥春获得胜诉,13家被告店铺门口被官府贴上判决书,以示处分。^①

二、清朝末年的商标立法

中国的商标立法始于清朝末年。清末保护商标的规定,最初反映在清政府与帝国主义列强签订的条约中。如1902年9月5日中英两国签订的《中英续议通商行船条约》第7款规定,由南、北洋通商大臣,于其各自管辖区内,设立牌号注册局所。而商标的日常注册管理则完全由英国控制的海关负责。1903年10月8日,中美签订的《中美通商行船续订条约》第9款规定,凡美国人民之商标,在中国设立的注册局所,由中国官员查察后,缴纳公道规费,并遵守所定公平章程,由中国政府允示禁止冒用。同日中日签订的《中日通商行船条约》第5款,即是日本要求清政府为保护日本在华商人使用的商牌、专利等而专门规定的。

为了履行条约规定,清政府于1903年7月成立商务部,并计划在商务部设商标注册局,开始履行通商条约中有关保护商标的条文。此时,驻华大使、外国商人多次催促清政府尽快制定完备的商标法律,商务部于1903年10月31日咨文外务部函请海关总税务司,要求帮助草拟商标注册章程。英国人裴世楷受海关总税务司赫德指派,于1904年2月拟订出《商牌挂号章程》共13条。《商牌挂号章程》具有浓厚的殖民主义色彩,如第1条规定,办理商标注册的工作人员完全由英国人控制的海关总税务司安排。第2条将呈请挂号的商标分为洋牌和华牌,外商使用的已经在其本国注册的商标,在我国注册的称为洋牌,外商直接在我国使用,尚未在外国注册的称为华牌——我国商人使用的商标不在这个章程的保护范围之内,如果外商假冒中国人的商标,中国政府也无权处理。该章程一经公布,马上引起国内工商界人士的强烈反对,上海商人还多次要求英国大使转海关总税务司对该章程的不平等和歧视性问题进行修改。根据国内工商界和外国驻华大使的意见,清政府商务部对《商牌挂号章程》几经修改,拟订出《商标注册试办章程》,1904年8月4日,

① 左旭初.中国商标法律史(近现代部分)[M].北京:知识产权出版社,2005:10.

经光绪皇帝钦定颁布施行。《商标注册试办章程》共 28 条，细目 23 条。这是我国历史上第一部由中央政府正式颁布的商标法律。《商标注册试办章程》对商标标识要素和不得作为商标注册的文字图形、申请注册程序、注册机关、注册有效期、注册商标的转让、注册商标的注销、侵权责任、注册费用等做了规定。与《商牌挂号章程》相比，《商标注册试办章程》做了以下重要修改：①明确规定商务部设立试办章程局，办理试办章程事务，天津、上海海关作为商标挂号分局，以方便广大厂商就近申请办理试办章程事务；②删除了关于洋牌、华牌的规定，这意味着国内商人也可以依章程申请商标注册。但《商标注册试办章程》仍保留了领事裁判权，其第 20 条规定：对于侵害商标者，如被告系外国人，由该地方官照会该管领事会同审判，如被告系中国人，由该管领事照会该地方官会同审判，如两造均为洋人或华人，由各该管衙门办理。

《商标注册试办章程》颁布后，英、德、意、比利时等国大使和商人纷纷提出反对意见。商务部为慎重起见，决定暂缓施行《商标注册试办章程》的大部分内容，第 2 条“津、沪两关作为商标挂号分局，以便挂号者，就近呈请”仍如原规定执行，于 1904 年 10 月 23 日正式受理中外商人的商标挂号申请。对商务部决定修改《商标注册试办章程》的决定，国内工商界议论纷纷，新闻舆论也认为政府软弱无能，批评外国驻华公使非法干预中国商政。商务部参考英、法等五国大使的修改意见，几易其稿，形成《商标章程草案》72 条、附则 3 条。但是，随着辛亥革命爆发和清政府的垮台，这个草案也不了了之。

三、中华民国时期的商标立法

（一）北洋政府时期的商标立法（1912 年成立至 1928 年 6 月）

这一时期在我国商标法律史上占有重要的地位。北洋政府时期，我国颁布了第一部付诸实施的商标法律《商标法》和《商标法施行细则》；颁布了第一部关于商标注册机构的法规《商标局暂行章程》，成立了第一个中央商标管理机构农商部商标局；编辑出版了第一本宣传商标法律、公告注册商标的综合性刊物《商标公报》。

中华民国政府成立后，即着手准备商标立法，派出负责商标工作的工商部商务司人员赴日学习、调研商标法律的修订问题，回国后对清末已经修订过三次的商标章程再次进行修改。工商部改为农商部后，商标法的修改及企业商标备案工作也改由农商部分管。由于商标备案增多和法律修订事务需要，农商部成立商标登录筹备处。筹备处做了大量工作，在清政府《商标章程草

案》的基础上制定出《商标章程》，共 53 条，并送各国驻华公使征求意见。不久，法、美、俄等国大使先后将各自修改的商标章程交外交部转呈农商部，送北洋政府国会进行审议。但因时局动荡，商标法的立法工作被搁置，商标登录筹备处也被撤销。进入 20 世纪 20 年代以后，我国工商业发展迅速，国内企业逐渐认识到使用和保护商标的重要性，希望自己的商标能够得到政府商标法律的保护。在国际上，第一次世界大战结束，英、法、德等国要求维持他们过去在我国获得的经济利益，也多次催促北洋政府尽快颁布实施商标法律。国内各地商会、工商业联合会、行业协会等民间团体，也数次向政府提交议案和建议，希望政府体谅商艰，使商标法律早日颁布。^①在这种形势下，北洋政府于 1922 年 7 月再次决定在农商部设立商标登录筹备处。商标登录筹备处积极协调海关总税务司和天津、上海的海关商标挂号分局，要求将办理了近 20 年的所有商标挂号档案资料移交给中国人自己管理，将所有商标挂号事务收回由中国人自己办理。1923 年春，多次修订并经媒体征求社会各界意见的《商标法草案》经国会两院通过，中国历史上第一部正式付诸实施的《商标法》于 1923 年 5 月 3 日公布施行。5 月 8 日，《商标法施行细则》公布施行。

1923 年《商标法》共 44 条，采注册取得商标权的原则和先使用原则；^②注册有效期二十年；注册商标得与营业一并转让，商标转移非经商标局核准注册，不得对抗第三人；商标注册后迄未使用满一年，或停止使用满两年者，商标局得以职权撤销注册；商标审查设审查、审定公告、异议、再审程序，对再审不服时，得依法诉愿于农商部。《商标法》还设有评定程序，认为注册商标应无效或者应认定商标专用权之范围者，得由利害关系人申请商标局评定。对评定之评决不服，得请求再评定，对再评定之评决不服时，得于六十日内诉愿于农商部。对诉愿之决定不服时，以其决定违背法令为限，得提起行政诉讼。1923 年《商标法》以两条规定了 10 种侵犯商标权的行为为犯罪，处一年以下徒刑或 500 元以下罚金，并没收其侵权物件归受害人。如果所受损害超过没收物件估值，受害人得就不足数额请求赔偿。

1923 年《商标法》规定商标注册、评定、管理和审判权归中国政府，商标局并积极开展收回原由英国人控制的海关总税务司管辖的天津、上海海关的商标挂号权，要求移交其挂号以来的所有档案，因而遭到西方国家驻华公使和在华洋商的无理指责，尤以英国驻华公使和英商为甚。他们多次集会，

① 左旭初. 中国商标法律史（近现代部分）[M]. 北京：知识产权出版社，2005：143.

② 1923 年《商标法》第 3 条规定，二人以上于同一商品以相同或近似值商标个别呈请注册时，应准实际最先使用者注册。其呈请前均未使用，或孰先使用无从确实证明时，得准最先呈请者注册；其在同日呈请者，非经各呈请人协议妥洽让归一人专用时，概不注册。