

竞争政策视野下商标法理论研究

——关系、协调及制度构建

JINGZHENG ZHENGCE SHIYEXIA SHANGBIAOFA LILUN YANJIU
—— GUANXI、XIETIAO JI ZHIDU GOUJIAN

罗晓霞 著



中国政法大学出版社

竞争政策视野下商标法理论研究

——关系、协调及制度构建

罗晓霞 著

2013 · 北京

图书在版编目 (CIP) 数据

竞争政策视野下商标法理论研究：关系、协调及制度构建/ 罗晓霞著.--
北京：中国政法大学出版社，2013.6

ISBN 978-7-5620-4804-6

I. ①竞… II. ①罗… III. ①商标法-研究-中国 IV. ①D923.434

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第117424号

- 书 名 竞争政策视野下商标法理论研究——关系、协调及制度构建
JINGZHENG ZHENGCE SHIYEXIA SHANGBIAOFA LILUN YANJIU——GUANXI XIETIAO
JI ZHIDU GOUJIAN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 10.375印张 240千字
- 版 本 2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4804-6/D·4764
- 定 价 32.00元

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由印刷厂负责退换。

2011 年教育部人文社会科学研究规划基金项
目（11YJA820048）最终成果

从竞争政策视角研究商标法理论的重大意义

（代序）

对于罗晓霞博士而言，2012年是一个具有特殊意义的年份。这一年，她在中国政法大学完成了博士阶段的学习，并以此为基础，形成了自己第一部知识产权法理论专著。作为她的导师，我亦为此而深感欣慰。

知识产权法是一个后起的新兴学科，然而一旦投入其中，会发现这个领域是如此博大精深、包罗万象而又独具魅力。言其博大精深，是因为知识产权的制度机理涉及法学、哲学、经济学、公共政策学、伦理学、社会学、管理学等多个学科领域，由此决定了有必要从多个视角对其进行研究；言其包罗万象，是因为知识产权的客体与人类精神成果息息相关，与科学技术、文化教育、经济社会发展相辅相成，由此决定了应怀有一种开放、包容的心态对其加以研究，在与时俱进中把握制度变迁的脉搏；言其独具魅力，是因为知识产权是一种无形财产，具传统财产之“质”又不具传统财产之“形”，由此决定了对知识产权的范围、保护水平、权利内容的研究都需跳出有形财产的藩篱，换一种思维方式进行。也正由于其无形性的特点，知识产权理论体系的建构需要更为艰苦的探索。

知识产权法所具有的上述特点，使得我们理论研究者，须常怀虔诚之情和谦卑之心来对待自己所进行的工作和曾经取得

的成就。作为一名在高校从事知识产权法教学和科研多年的学者，我深感自己所知只是冰山一隅。如果通过潜心研究，能够在这冰山一隅中有所得便知足常乐矣。即使是冰山一隅，着眼于知识产权领域中的一个分支或一个较小的领域开展研究，作为一名学者，同样需要努力开阔视野，应在对知识产权理论发展进行全面把握的基础上寻找切入点，否则将难免盲人摸象，陷入一种自说自话、断章取义、闭门造车的误区。正是怀着这样一种心情，当我的学生在某个很小的领域通过研习能够有所得，我便深深为他们而高兴。

在博士论文选题的问题上，罗晓霞博士曾与我探讨良久。之所以选择和确定商标法领域的选题，源于她对我国商标法以及商标战略实施过程中所出现的商标权“泛财产化”现象的思考。过于夸大商标权的财产意义，忽视商标权的公共政策属性，在某种程度上或许是造成当前商标权保护出现乱相的根源之一。基于以上思考，她选择了从公共政策角度，具体言之，是竞争政策角度来研究商标法理论。从内容来看，本书共分为五章。第一章“商标法律制度的竞争政策内涵”，在该章中，作者分析了竞争政策的涵义及竞争政策的目标，揭示了竞争政策与公共利益的关系，并从立法价值、权利取得、权利范围、权利救济等方面揭示了商标法律制度的竞争政策内涵。第二章“商标法律制度变迁与竞争政策的关系”，在该章中，作者分析了商标法的起源及制度演变与竞争政策的联系，并指出，商标权是在竞争中产生的一项权利，产品标记演化成商标并成为具有现代财产意义的商标权是公权力介入商标关系调整的结果，成文法则则是这种调整结果的法律化，国家对商标的管理以至对以商标为核心的商业社会交往关系的调整属于一国公共政策的内容。第三章“商标法实现竞争政策功能的阻却因素及抑制”，在该章

中，作者深入分析了商标法律制度实现竞争政策功能的阻却因素以及抑制这些因素的有效途径。第四章“竞争政策视野下商标法定位”，在该章中，作者研究了商标法的范畴，以及归属于不同范畴对商标法律制度设计的现实意义。第五章“商标法律制度变革与竞争政策的融合”具体从我国现行商标法的商标权取得制度、商标权利范围的界定、商标权救济制度分析了其与竞争政策的不适应性，并提出商标法律制度与竞争政策融合的具体建议。

在我国商标法理论研究中，近些年来从民法的角度研究商标权的财产属性及其制度保护的理论成果较多。这样的研究是极其必要的，尤其在一个知识产权制度建设时间不长，民众知识产权财产观念普遍淡薄的国度，强化国民的知识产权私权意识，对于我国营造尊重知识、崇尚创新、保护知识产权的社会文化氛围具有突出的现实意义。然而，正如本书作者所看到的，包括商标权在内的知识产权在具有财产属性的同时还具有公共政策工具的属性，这一点已为《与贸易有关的知识产权协议》（Trips 协议）所确认。理论研究如果只强调前者而忽略后者显然也是不可取的。这会造成知识产权理论研究的偏颇和知识产权保护的异化。这种异化表现为，人们孤立地、片面地看待商标权在内的知识产权，只重视其财产属性而忽略了财产保护的社会意义、社会功能和社会价值。后者恰恰正是创设包括商标权在内的知识产权的制度本旨。在这样一种理念主导下，知识产权保护有“物权化”倾向，知识产权的司法与行政保护可能构成对社会资源的浪费和公共利益的侵害。基于这一理由，罗晓霞博士选择从公共政策，尤其是竞争政策角度研究商标法理论无疑使本书具有相当的现实意义。综观国内外已有研究成果，虽然不乏学者关注到商标法理论与竞争政策的关系，但总的来

说,相关的研究成果仍较为零散,未成体系,研究视角主要偏重问题一隅,目前从竞争政策视野全面、系统地研究商标法理论的成果应该说尚付阙如。因此,从竞争政策视角系统地对商标法理论进行梳理并加以研究是极其必要的,类似的努力对于推动商标法理论研究的深入,促进知识产权法学科建设应该说意义深远。具体而言,从竞争政策视角研究商标法理论,其重大意义至少可以体现在以下三个方面。

其一,有利于追本溯源,更为全面地理解商标及商标权产生的历史。正如我们所知,商标权首先是从反假冒的不正当竞争之诉中产生的权利,其与国家的竞争政策具有天然的密切联系。某种程度甚至可以说,商标权是为实现国家竞争政策而生,其制度归宿也应以服务于促进有序竞争作为其价值目标。从这一意义上说,商标权应当是一种生而受限制的权利。防止混淆是商标权的核心性竞争利益,所有的商标法律制度都是围绕这一核心利益而构建。防止混淆使商标有了存在的合理性,也使商标权财产化有了其存在的正义性。这是由于财产化将有利于商标所有者努力强化商标的标识意义,防止混淆同样也为反淡化理论的发展提供了现实语境。反淡化理论的实质是维护商标的显著性,防止其标识性通过淡化行为而减弱,而使商标最终无法实现其防止混淆的识别功能。

其二,有利于更为全面地理解商标法的制度功能和制度结构。商标法的价值在于促进有效竞争,这一点已为大多数学者所认可。商标法促进竞争的手段是通过赋予和保护商标权,强化商标的标识功能,在节约消费者搜索成本的同时,通过打击假冒行为来形成对经营者的正向激励效应。这一制度价值决定了商标法的制度结构安排和制度变革方向,这一制度价值也是商标法与一般财产法的根本性区别所在。

其三，有利于更好地实现我国商标法制建设与国家商标战略的融合，使商标法制真正成为国家商标战略的重要组成部分。2008年，国务院发布了《国家知识产权战略纲要》，商标战略是国家知识产权战略的重要组成部分。正如本书作者所言，商标法的制度变革与竞争政策的融合宏观上关乎我国建设创新型国家及国家商标战略的实现，微观上关乎经营者竞争利益的平等保护，消费者福祉的增加。商标法的制度变革只有置于竞争政策视野下考察才能克服财产法的局限，实现商标权人与其他经营者、消费者、社会公众的利益平衡，真正成为国家竞争战略以及在竞争战略统领下的商标战略的重要组成部分并为之服务。

是为序。

冯晓青

中国知识产权法学研究会副会长

中国政法大学教授、博士生导师

2013年1月20日

目 录

从竞争政策视角研究商标法理论的重大意义（代序）	1
-------------------------------	---

导 论	1
-----------	---

第一章 商标法律制度的竞争政策内涵	5
-------------------------	---

第一节 竞争政策的理论基础	5
---------------------	---

第二节 商标立法价值的竞争政策内涵	22
-------------------------	----

第三节 商标权取得制度的竞争政策内涵	40
--------------------------	----

第四节 商标权利范围的竞争政策内涵	54
-------------------------	----

第五节 商标权救济制度的竞争政策内涵	76
--------------------------	----

第二章 商标法律制度变迁与竞争政策的关系	92
----------------------------	----

第一节 商标法溯源：富有竞争政策内涵的历史演进	92
-------------------------------	----

第二节 商标法制度变迁与竞争政策的关系	107
---------------------------	-----

第三章 商标法实现竞争政策功能的阻却因素及抑制 ...	146
-----------------------------	-----

第一节 商标法实现竞争政策功能的阻却因素	146
----------------------------	-----

第二节 商标法实现竞争政策功能阻却因素的抑制	157
------------------------------	-----

第四章 竞争政策视野下商标法定位	195
------------------------	-----

第一节 财产法范畴：微观视阈下商标法范畴考察	196
------------------------------	-----

第二节 竞争法范畴: 宏观视阈下商标法范畴考察	202
第三节 竞争法视阈下审视商标法的制度建构	217
第五章 商标法律制度变革与竞争政策的融合	224
第一节 基于竞争法体系下的商标立法模式	224
第二节 商标权取得制度与竞争政策的融合	239
第三节 商标权利范围界定与竞争政策的融合	250
第四节 商标侵权救济制度与竞争政策的融合	260
 结 论	 299
参考文献	304
后 记	315

导 论

社会发展到今天,我们已经充分意识到包括商标法在内的知识产权制度对人类科学技术、文化事业的发展所形成的巨大推力,以及对于提高一个国家综合国力和核心竞争力所具有的重要作用。我国目前对包括商标权在内的知识产权的创造、运用、保护和管理的重视已经提升到国家战略的地位。2008年,国务院印发了《国家知识产权战略纲要》,其中,商标战略是国家知识产权战略的重要组成部分。为推行国家知识产权战略,2011年,国务院又正式出台了由国务院28个部门共同制定的《2011年国家知识产权战略实施推进计划》。在新形势下,我国《商标法》第三次修改工作正在紧锣密鼓地进行。2011年9月1日,国务院法制办向全社会公布了《商标法修订草案征求意见稿》。值此商标法修改和国家商标战略推行之际,对商标法的一些基本理论问题进行系统梳理和思考十分必要。研究商标法的基本理论问题当然可以从不同视角进行,当前从国家竞争政策的角度对商标法的基本理论问题加以系统研究显然具有独特的价值和意义。这可以从以下阐述中加以理解:

在我国推行商标战略的过程中,由于商标理论和实务界对商标保护的本质、商标法的制度价值等基本理论问题在认识上存在模糊和分歧,导致近年来对商标权的保护在某种程度上出现“异化”现象。商标保护的“异化”现象又可称为“泛财产化现象”,也有学者将其称为“符号圈地”、“商标圈地”或

“符号垄断”现象。^{〔1〕}这种“异化”现象表现为商标权保护趋于符号化、极端化、片面化,使商标权保护在很多时候甚至构成对正当竞争的危害。这种“异化”现象的实质是过于夸大商标权的财产属性,忽略其与生俱来的竞争政策功能。应当看到,与物权有所不同的是,权利与对权利的限制如同知识产权制度之两翼,两翼不全,知识产权制度难以健康发展。这一点,在世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称Trips协议)里有着充分体现。该协议序言在明确承认“知识产权是私权”的同时,也“承认各国知识产权保护体系最基本的公共政策目标”。我国在加入世界贸易组织前夕,为了达到Trips协议所确定的保护标准,2001年10月27日,第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》,对1993年《商标法》进行了修改。通过对商标法的修改,我国的商标保护水平和意识无疑得到了很大提高。但纵观过去,我国商标立法和实践对商标权更多地仍是关注其保护,关注其财产属性,对其公共政策内涵没有给予足够重视。正是对商标权保护在理解上存在的上述偏差直接导致了目前为理论界及实务界所诟病的商标“异化”现象。这种商标“异化”现象使商标权有由竞争政策工具沦为财产权保护工具的倾向。商标“异化”现象概括表现为:①对商标权的保护有不断扩张的单向发展趋势;②商标财产理论对商标法律制度的发展发挥着日益重要的影响;③公共利益在商标法律制度的发展中没有得到足够重视,有时甚至被忽略;④对商标权利取得和交易的效率及安全性的关注远甚于对公平、公正的关注;⑤自主品牌战略偏离竞争政策轨道和商标权产生及价值生

〔1〕 参见李琛“商标权符号圈地与符号救济”,载《河南社会科学》2006年第1期;邓宏光“商标圈地运动的法律规制”,载《甘肃社会科学》2008年第1期。

成的客观规律,沦为地方及中央政府追求政绩的指标化工程。上述商标“异化”现象的直接后果是,商标法律制度不能很好地发挥其在规范公平竞争秩序、促进正当竞争方面的重要作用。

包括商标权在内的知识产权具有天然的垄断性,如何实现知识产权保护与竞争政策的协调发展,使以保护知识产权为基本内容的知识产权法律制度更好地服务于国家竞争政策目标,目前已成为国际国内理论关注的热点。如 Trips 协议在序言中“承认各国知识产权保护体系最基本的公共政策目标,包括发展目标和技术上的目标;还承认最不发达国家成员在国内实施法律和规章方面特别需要最大灵活性,以便创造一个良好的和有生命力的技术基础。”⁽¹⁾Trips 协议关注知识产权行使与包括竞争政策在内的公共政策的关系,特别是关注南北国家知识产权保护在竞争利益上的平衡的精神也体现在其具体条款中。联合国贸易和发展会议对知识产权与竞争政策的关系给予了长期的关注和重视。2008 年 5 月 12 日,联合国贸易和发展会议发布《竞争政策与知识产权行使》的报告,该报告对目前知识产权和反垄断关系领域的理论争论进行了概括和总结。报告选择该领域新近较为重要的八个特定议题,具体讨论了知识产权保护与竞争政策的关系,揭示了该领域现有的国际框架和发展动向。在“竞争与商标”这一议题中,报告指出,商标便于消费者区分商品,一般是促进竞争的。滥用他人商标是典型的不正当竞争。⁽²⁾2007 年 4 月,美国司法部和联邦贸易委员会颁布了《反托拉斯执法与知识产权:促进创新和竞争》的报告。报告指出,知识产权法与反托拉斯法共同的目标是促进创新和改善消费者

(1) 参见 Trips 协议序言。

(2) 王先林、仲春“知识产权领域反垄断的国际视角——《竞争政策与知识产权行使》介评”,载《电子知识产权》2009 年第 5 期。

的福利，知识产权法与反托拉斯法对于促进创新和竞争具有互补性，两者应协同作用，共同致力于增加消费者福利。^{〔1〕}时值我国《商标法》第三次修改之际，基于上述商标泛财产化的现实背景，研究我国商标法律制度变革与国家竞争政策的融合，对于实现我国商标法促进和维护公平有效市场竞争的制度价值，促进商标法的理性发展具有突出的现实意义。同时，也有利于促进我国商标法理论与竞争政策研究的发展与深入，推动知识产权法学科建设。

具体而言，从竞争政策视野下研究我国商标法理论的必要性和紧迫性主要体现在：单一财产法视阈下的商标法理论和立法思维无法使商标法的制度构建扭转其逆竞争政策方向发展的倾向，这种结果必然背离包括商标法在内的知识产权法律制度以谋求公共福祉作为其产生和存在之要义。商标法的制度构建只有在国家竞争政策引领下，从宏观上把握国家经济发展的脉搏和国家商标战略的整体部署，从微观上体现商标作为财产在市场经济运行中的基本规律，将商标权的保护融入国家竞争政策的大势，充分体现其作为促进和维护市场公平竞争的制度工具属性，唯此，我国商标法制建设才能克服单一财产法固有的局限性，真正成为国家竞争战略以及在竞争战略统领下的商标战略的重要组成部分并为之服务。

〔1〕 王先林 “反垄断执法与知识产权保护之间的平衡——美国《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告评述”，载《知识产权》2007年第6期。

第一章 商标法律制度的竞争政策内涵

第一节 竞争政策的理论基础

“竞争”一词，根据《现代汉语词典》的解释，是指“为了自己的利益而与人争胜。”^{〔1〕}市场经济社会是一个竞争社会。竞争有利于市场主体在一只“看不见的手”的引导下自觉实现资源配置的最优化，这一点已在亚当·斯密所著的《国富论》中被充分阐述。当然，亚当·斯密的这一论断是建立在一个自由竞争不受阻碍的充分、有效的竞争秩序的前提之下的。事实上，充分、有效的竞争秩序并不能自发形成，而需要通过以一国竞争政策为核心的制度体系来营造和维护。这是因为，在市场竞争中，有积极竞争就有消极竞争。在理想化的竞争状态下，市场主体的积极竞争，能够促使社会资源得到优化配置，满足消费者的需求。然而，市场主体竞争的根本目的在于追求利润的最大化。在高额经济利益驱动下，一些经营者会利用一切方法与手段去竞争。这样，在竞争过程中自然地就产生了包括不正当竞争行为、限制竞争行为和垄断行为等在内的三大类消极竞争行为（或称为“反竞争行为”）。这些反竞争行为，主要从排挤或消灭其他竞争者、扭曲产品价格信息、提供不真实的供求信息等方面来阻碍、破坏和窒息竞争，乃至影响到市场经济

〔1〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编 《现代汉语词典》，商务印书馆1983年版，第602页。

整体的有序运行。^{〔1〕}消极竞争行为给个别市场主体带来了利益,却可能给更多的竞争者造成限制竞争的结果,并由此给整个社会福利造成损失。这使得以促进公平有效竞争为主旨的竞争政策成为各国经济政策的基石,也使得对竞争政策的研究具有独特意义。

一、竞争政策的涵义

竞争政策的涵义首先应从公共政策谈起,因为一国竞争政策属于公共政策的范畴。美国学者 David Easton 认为,公共政策是对全社会价值做权威性的分配,公共政策就是通过价值分配来调整利益结构。^{〔2〕}一般认为,公共政策是公共权力机关经由政治过程所选择和制定的,为解决公共问题、达成公共目标、以实现公共利益的方案,其作用是规范和指导有关机构、团体或个人的行动,其表现形式包括法律法规、行政规定或命令、国家领导人口头或书面的指示、政府规划等。^{〔3〕}对于竞争政策的涵义,人们有着不同的理解。世界贸易组织认为,竞争政策的概念包括竞争法和其他旨在促进国家经济中竞争的相关措施。联合国贸易发展会议认为,广义的竞争政策应包括与市场竞争相关的所有政策,包括贸易政策、调控政策和政府为处理私营和公共企业的反竞争政策所采取的各种政策。^{〔4〕}Bernard M. Hoekman 认为,竞争政策是“政府所维系的有关企业行使市场权利与滥用支配地位的一套规则和纪律,其根本目标是有效的

〔1〕 吴宏伟 “我国反垄断法与产业政策、竞争政策目标”,载《法学杂志》2005年第2期。

〔2〕 David Easton. *The Political System*, New York: Krop, 1953. p. 129.

〔3〕 张金马主编 《政策科学导论》,中国人民大学出版社1992年版,第1页。

〔4〕 傅军、张颖 《反垄断与竞争政策:经济理论、国际经验及对中国的启示》,北京大学出版社2004年版,第12页。