

# 进一步完善我国商标法制建设的几个问题

符 国 群

《中华人民共和国商标法》是1982年颁布,1983年3月1日正式实施的。自《商标法》实施以来,随着改革开放的深入,我国经济发展十分迅速,经济形势较之于《商标法》颁布之前,发生了翻天覆地的变化。商标领域出现了许多新矛盾、新问题。《商标法》的一些条款,已经不适应形势发展的要求,需要修改;一些新的内容需要补充;一些原则性的规定需要进一步明确和具体化。本文拟围绕《商标法》的修改、完善,谈几点粗浅的看法。

## 把商标保护扩大到服务行业 对服务商标提供注册保护

服务商标系指经营各种服务的企业、个人为使自己经营的服务与他人经营的服务相区别而使用的标记。服务商标与商品商标同属于工业产权的内容,它们在功能、作用、构成等方面不存在本质区别。基于此,不少国家对两者均提供法律保护,并且同在一部法律,即商标法里作出规定。

党的十一届三中全会以前,我国对服务业长期没引起重视,认识上也几度出现偏差,致使服务业十分落后。为数不多的服务企业,大都是由国家垄断经营,相互间很少存在竞争,在这种情况下,企业既无动力又无压力使用服务商标,至于发展服务商标信誉,对服务商标提供法律保护,更难提上日程。所以,1982年颁布《商标法》的时候,没有把服务商标纳入其保护范围。十一届三中全会以后,特别是近年来,伴随我国商品经济的迅猛发展,服务业越来越受到各方面的重视,新的服务企业如雨后春笋般地涌现,整个服务业呈现出蓬勃发展的生机。随之而来的是企业间的竞争愈益激烈,企业要求使用服务商标、发展服务商标信誉的呼声不断高涨,尤其是一些分支机构众多,在全国范围内从事经营活动的服务企业,为方便广告宣传,建立经营特色和防止业务混淆,要求对其服务商标予以法律保护的愿望更为强烈。

面对这种情势,在服务商标的注册保护问题上,我们决不能犹疑、观望。未来若干年内,我国服务业必将有更大规模地发展,服务商标的使用、保护方面无疑会出现我们现在所难以料及的新情况、新问题,但这并不能构成阻碍我国现在对服务商标提供保护的理据。任何法律都有一个逐步完善的过程,实践也一再表明,有法可依总比无法可依要强,试图制定一部一劳永逸的法律,那是不切实际的。如果现在不趁《商标法》修改之机,当机立断地把服务商标纳入其保护范围,三、五年之后,当服务商标保护的呼声愈发强烈的时候,很可能要重新回过头来再度对《商标法》进行修改,这无论是从理论还是从立法实践的角度看都是不可取的。

从国际的大环境看,我国的服务商标保护更为必要。目前,世界上几乎所有的贸易大国均对服务商标提供法律保护。过去仅通过普通法而不是通过注册法保护服务商标的国家,近年来也改弦更张,纷纷修改法律,转而采用注册法保护服务商标。一些过去没有颁布商标、服务商标保护法的发展中国家,为改善投资环境、吸引外国资本,近年来无不制定这方面的法律,并在实践中不断加以完善。我国要吸引外资、引进外国先进技术和管理经验,无疑应逐步创立良好的法律环境,而对服务商标提供注册保护则是改善我国法律环境的一个极为重要的方面。另外,我国于1989年10月正式加入了《商标国际注册马德里协定》。根据该《协定》规定,我国有义务对其它成员国的服务商标提供法律保护,由此进一步要求我们加快服务商标保护的立法步伐。

服务商标的保护在很多方面可以适应于商品商标保护的规定。比如现行《商标法》关于申请在先、自愿注

册、核转、异议的规定,关于注册商标的续展、变更、使用许可的规定,关于结合商标管理监督商品质量、侵权处罚采用行政和司法处理双轨制的办法等等,都可以原封不动或稍作变动后适用于服务商标。当然,由于服务商标不是使用在有形的产品上,而是使用在无形的服务上,在使用方面有其自身的特点,对它的保护自然不能全部和不加甄别地照搬现行商品商标保护的作法,而应考虑到服务商标使用的实际情况和体现其个性要求。对服务商标的保护,宜在以下方面作出特别规定:

(1) 服务商标保护法律的颁布和正式实施之间应当有至少一年的缓冲时间。这样,可使商标管理部门和司法机关有比较充裕的时间进行实施准备,如进行法律宣传、培训审查人员、制定有关内部规章、准则等等。

(2) 考虑到实际中已大量使用服务商标,不少服务商标业已建立了良好的信誉和形象,为照顾有关企业的实际利益,在服务商标注册之初,不宜完全依据申请在先原则确立商标权归属,而应规定一个两年左右的过渡期,过渡期内注册的服务商标,应允许该商标的最先使用人提起争议,争议期规定为一年左右比较适宜,大约花三年时间。服务商标的注册就可完全适应于申请在先原则了。

(3) 服务商标所有人的使用权应包括:在电台、电视台、报纸、杂志、商业信笺、发票等媒体上使用,宣传该服务商标;在服务场地、服务设施以及服务人员的制服上使用该服务商标;许可他人在一定条件下使用该服务商标。

(4) 现行《商标法》的禁用条款原则上可适应于服务商标,但考虑到服务商标使用的实际情况,对于使用年限比较长,信誉卓著,在消费者中影响较大的现有服务商标,宜作些变通规定,也就是说,这些服务商标即使与《商标法》某些禁用的文字、图形相抵触,如直接宣传服务质量、特点、用地名作为服务商标等,只要不在消费者中产生欺骗和误导,都应准许注册。

(5) 由于服务业经营大多具有地域性比较强的特点,大部份服务商标只在某一城市或某一地区范围内使用,所以当某一服务商标注册后如果有他人在注册人没有从事经营业务的地域内使用与该注册的服务商标相同或相类似的服务商标,实际上并不会产生服务业务的混淆。因此,在判断服务商标侵权时,不宜简单套用现行《商标法》关于商标侵权的规定。笔者认为,只有当注册人已经或正在准备在某一地域内开展业务活动时,方可请求制止该地域内其它企业使用与其注册的服务商标相混淆的标记。

## 把产地名称、原产地名称等产品证明标记纳入商标法保护范围

产地名称、原产地名称,以及其它各种证明产品的质量、原料、精确度等特点的标记,如产品获奖标记、质量认证标记、产品质量保险标记等,在国际上被称为证明标记或证明商标。这类标记,对于生产经营者促进产品销售,对于消费者正确选择产品,影响非常重大。近几年,随着我国商品经济的发展,上述产品证明标记在实际生活中已大量出现,它们在生产、消费方面的影响也与日俱增。

由于我国目前尚未颁布专门法律对产品证明标记的使用、保护作出统一规定,实际中产品证明标记的使用比较混乱,产品证明标记的权利纷争也时常出现。企业和个体工商户有的冒用产地、原产地名称;有的乱用获奖标记;有的拿产地、原产地名称申请商标注册,排斥其它企业的合理使用,等等,不一而足。由此大大损害了产品证明标记的信誉,给有关生产企业、消费者造成损失,给市场秩序造成混乱。为改变这种状况,实有必要制定专门法律,对产品证明标记的使用、保护作出规范。

产品证明标记的立法,可以有两种选择:一是颁布单行的专门法规,如《产地、原产地名称保护法》、《优质与获奖产品标记使用条例》,等等;甚至可以参照现行的一些作法,把某些产品证明标记的使用、保护,在一些与此有关的行政性条例里作出规定。比如,全国优质产品获奖标记的使用就是在国家经委1979年颁布的《优质产品获奖条例》里作的规定。二是把产品证明标记作为商标注册,通过商标法对其提供保护。目前,世界上约有二、三十个国家采用这一作法。比较两者之优劣,我国产品证明标记的保护,采用后一办法较为适宜。

前述第一种办法,不可避免地存在保护范围难以涉及所有证明标记、法出多门、各种行政条例林立、各种规定互不统一等局限。而且,由于部门或地区性行政条例效力有限,难以在全国范围内施行,从长远看,

不利于加强对产品证明标记的保护,也不利于法规建设的进一步发展和完善。相反,通过商标法,对证明标记提供注册保护,由于其适用范围的广泛、规定的统一、效力的强化,从而可以克服前述办法的局限。同时,商标法是把产品证明标记作为一种产权予以保护,能够促使其所有者主动关心其信誉,积极同侵权行为作斗争,使产品证明标记的保护得以强化。

由于产品证明标记主要是用来证明产品本身的特点,所有者一般是地方政府、政府部门和社会团体等非盈利性组织,它的影响远较普通商标为大,通过商标法对它进行保护,无疑会带来一些新的、特殊的问题。为此,笔者建议,对它的保护宜在《商标法》里专辟一章,并在以下方面作出特别规定:

第一,产品证明标记禁用的文字、图形不应完全适应现行《商标法》第八条的规定。而应限于违反社会道德和公共秩序,在政治上产生不良影响,以及造成市场秩序混乱、欺骗消费者和一般公众等方面。

第二,显著性要求应较产品商标放松。比如,简单的字母、数字、地名等,因标记感不强一般不能作为商标注册,但这种要求显然不宜机械地套用在产品证明标记上。

第三,申请产品证明标记注册,申请人应限于县、市级以上政府组织和有较大影响且经官方认可的非盈利性组织或团体。注册时,申请人还应提交反映所有人与使用人权利义务的章程,章程一般应包括产品证明标记的使用条件、质量检测的手段、方法和监督措施等。

第四,产品证明标记一般不能转让,除非原注册的机构或组织连同产品证明标记一同转让,或者在注册机关的严格控制之下,经其审查同意后方可转让。

第五,产品证明标记所有人,不能把产品证明标记使用在自己制造、销售的产品上,一定条件下,也不能使用于与自己有密切财务联系的企业所制造、销售的产品上。

## 采取特殊措施,加强对驰名商标的保护

驰名商标,是指那些在市场上影响巨大、信誉极高的商标。每一行业,都有其名牌产品,因而也都有驰名商标。在现代商品琳琅满目、市场竞争异场激烈的条件下,“购物择名牌”已成为不少消费者的信条。驰名商标,独得消费者的垂青,成为市场上的“尖兵”,这对于企业创名牌、保名牌无疑是一种巨大的推动。但与此同时,一些经营思想不正、不思进取的企业和个人,也纷纷采取诸如仿射、冒用等欺骗手段,在市场上鱼目混珠,骗取消费者的信赖,结果不仅损害了驰名商标的信誉,也给消费者利益,给正常的市场秩序造成严重后果。近几年,商标假冒侵权案发众多,但绝大多数皆是仿冒驰名商标,就充分反映了上述情况。

鉴于商标成名不易,成名后对社会的影响非凡,加之损害驰名商标信誉的手段多种多样,其权利极易遭受侵害,故此,很多国家对驰名商标的保护采取不少特殊措施,并在商标法里作出规定。《保护工业产权巴黎公约》第6条第2款也要求各成员国对其它成员国的驰名商标予以特殊保护。我国《商标法》对驰名商标的特殊保护没有作出规定。不过,在商标管理和商标保护的实践中,为了尊重国际惯例,同时为了体现国家优先扶持和发展名优产品的政策,在某些方面,我国对驰名商标的保护实际上已经采取了一些特殊作法。比如,当个别国内企业抢先拿国外的名牌商标申请注册时,不予核准;率先允许十三大名酒进行全包装注册和允许在四大媒体上进行广告宣传;对含有地名等显著性不强的驰名商标在一段时间里也准许注册。上述作法,虽然没有成文的法律依据,甚或与现行《商标法》的规定相抵触,但或多或少地反映了经济生活的实际需要。这种实际的超前,充分表明《商标法》明确给予驰名商标特殊地位和待遇的迫切性。

我国对驰名商标的特殊保护,宜从以下几方面着手:

第一,明确驰名商标的标准,这是确定对驰名商标予以特殊保护的前提。商标是否驰名,一般应考虑以下几个因素:①商品的售售数量和范围;②产品质量在同行业中的地位;③商标在消费者中的影响;④累积广告费用和近期广告预算。把上述因素数量化之后,采用专家和消费者评议相结合的方法,应商标所有人的申请,确定商标综合得分,达到一定分数,则可授予驰名商标称号。驰名商标称号不是一成不变的,如产品质量和商标信誉下降时,通过一定程序,该称号应予撤销。

第二,把驰名商标记载在专门注册簿上,以防止与驰名商标相混同的商标获得注册。同时延长争议期,使驰名商标所有人有更充裕的时间对在后的雷同注册提起争议。

第三,建立防御商标制度,准许驰名商标所有人进行防御注册,防止其它企业、个人以“合法”形式淡化驰名商标信誉。目前,不少企业把别人的驰名商标使用在与驰名商标不同且不类似的产品上,并获得注册,以致出现同一地区几十家企业使用同一商标的现象,这种移花接木的作法,虽属合法,但对驰名商标的独特形象,对驰名商标所有人的业务扩展,无不产生不利影响。为进一步体现对名优产品发展的扶持和鼓励政策,应当允许驰名商标所有人在现在尚不生产的一些其它产品上申请注册,以扩大其权利范围和防止驰名商标的多家使用可能产生的商品来源混淆。

第四,放松注册时对驰名商标的显著性要求。驰名商标已经在市场上建立了广泛的信誉,它的识别功能主要不是借助于商标的文字、图形,因此,对于含有诸如地名、数字、宣传性含义的驰名商标应准许注册。

第五,扩大驰名商标所有人的损害赔偿请求额。驰名商标遭受侵权时,不应囿于“等价赔偿”的民事补偿原则,应规定被侵害方可以按照实际损害或侵权方所获利润2—3倍的数额请求赔偿,以进一步调动驰名商标所有人同假冒侵权行为作斗争的积极性,改变目前商标侵权案件中商标管理部门“一头热”的状况。

## 修改现行商标侵权行为罚款规定,增加“没收非法所得”处罚手段

现行《商标法》第39条和《细则》第43条规定商标管理部门对商标侵权行为可作以下处理:责令停止侵权行为;封存或者收缴侵权商标标识;消除现存侵权商品上的商标;根据情节予以通报;依法责令赔偿被侵权方经济损失;并处罚款。从实际情况看,商标侵权案件查处过程中,商标管理部门采用得比较多的则是罚款手段。商标侵权行为在损害了商标所有人利益的同时,也损害了消费者和社会公众的利益,从维护后者利益的角度出发,采用罚款手段制裁侵权者是无可厚非的。但是,由于《商标法实施细则》规定的罚款额度是非法经营额20%以下或者侵权所获利润两倍以上,幅度比较大,由此产生两个方面的问题:一是在案件处理过程中办案人员难以掌握统一或大体一致的标准,同一案件在不同地区,甚至同一地区不同办案人员手里,处罚结果可能差别很大;二是为“人情案”,为地方保护等不正之风提供了条件,不利于案件的公正处理。

与上述问题相联系的另一个问题,则是罚款额度的计算途径。办案人员有两种选择:或以非法经营额为基数计算,或以利润为基数计算。实际过程中,一些地方商标管理部门,先是看侵权方是否获有利润,没有利润的条件下,才转而采用以经营额为基数计算罚款额。有些地方则是在利润丰厚的条件下,以利润为基数计算罚款额,反之则转向以经营额为基数确定罚款额。一句话,在计算途径的选择上,办案人员具有很大的灵活性,从而进一步加大了罚款额度的伸缩性,使罚款手段的运用更趋微妙和复杂。

现行罚款手段还有一个需要改进的地方是非法经营额的计算。目前通行的对“非法经营额”的计算方法是:生产企业非法经营额=已出厂数×产品出厂单价+待销售数×产品单位实际成本;经销企业非法经营额=已销售数×产品销售单价+待销售数×进货单价。以上述方法计算非法经营额和进行罚款,只考虑了侵权行为本身,而没有考虑违法行为产生的后果,更没有在违法行为与损害结果之间建立必然的因果联系,理论上缺乏令人信服的依据,实际中也很难明确侵权行为的责任。

针对上述问题,笔者认为,为统一或大体统一处罚标准,真正明确侵权责任,对商标侵权行为的处罚应体现先不让侵权者有利可图,然后再予以罚款这样一种思想。为此,需要对现行的经济制裁手段予以重新构造:首先,对故意的商标侵权行为,应规定一律没收非法所得。其次,在没收非法所得的基础上,再采用罚款、赔偿损失等制裁手段。对于过失商标侵权行为,则不宜采用没收非法所得的处罚,而以责令停止侵权行为、批评教育和罚款等比较合适。罚款额度的确定,既不应完全以侵权方所获利润为依据,也不宜完全以非法经营额为依据,而应综合考虑所获利润、非法经营额、侵权者的主观状态以及侵权行为所产生的社会后果等多种因素。为统一标准和方便各级办案人员对标准的掌握,罚款额不宜笼统地规定最高限度,而应分别不同的商标侵权形式或情况,加以具体规定。比如,分别生产企业、经销企业、印制企业、个体工商户等不同情况,规定最高的罚款额度。

(下转第16页)

“一个自由的共和世界”。美国历届政府的反共人物十分重视意识形态的力量，他们以使共产党人“困惑”、“糊涂”、“思考”的“马克思主义的论证”。和青年人易于接受的“自由、民主、人权”等西方资产阶级的价值观，来进行攻心战、宣传战，企图通过意识形态的渗透，争夺青年，培植、收买反对派和寻找代理人。《讲话》尖锐地指出：“意识形态领域是和平演变与反和平演变斗争的重要领域。”“和平演变和资产阶级自由化思潮，对我国的独立和主权，对我们的建设和改革，构成现实的威胁。”由此可见，提高和加强反和平演变的认识和斗争，是至关重要的任务。我们一定要对资产阶级的“自由、民主、人权”的政治观、价值观、人生观、历史观，作出有分析、有说服力的科学批判，而且这种批判必须着重针对顽固坚持资产阶级自由化的“精英”们的具体观点，因为这些人正是西方敌对势力在我国进行颠覆活动的内应和代理人，而由于他们往往披着“爱国”的外衣，打着“关心”祖国前途的旗号，谈论的又往往是中国的现实问题，他们的谬论就有更大的蛊惑性，更易使缺乏历史知识和政治经验的青年上当受骗。我们高校教育工作者是为祖国培育社会主义事业建设者和接班人的园丁，是同国内外敌对势力争夺青年一代的战士。我们有义不容辞的责任，依据《讲话》的精神，为“筑起抵御国内外敌对势力和平演变的钢铁长城”而奋斗不息。

注释：

- ① 《邓小平文选》，人民出版社1983年版第155页。
- ② 《列宁选集》第4卷第213页。
- ③ 参看《杜勒斯言论选辑》，知识出版社。

---

（上接第99页）

## 建立工业产权专门法院 处理商标等违法犯罪案件

近几年，商标违法犯罪案件数量巨大，但最终经由法院判决的案件为数寥寥。形成这种状况的原因固然很多，但其中一个不容忽视的方面，则是一些地方人民法院懂商标业务的审判人员极其匮乏，加之其它民刑案件业务繁重，对商标侵权案件无暇或无力顾及，或者是由于司法处理手续繁琐、费日旷时，因而使商标被侵权方不愿诉诸法院，更愿把案件交由行政机关处理。

大量的商标侵权案件，特别是一些大案要案和触犯刑律的案件，最终由行政机关处理，不能说不存在很多的弊病，从长远看对于法制的完善，十分不利。比如，由于地方保护和行政干预，一些地方商标管理机构处理案件时，就很难作到公正和合理；由于一些地方行政机关和司法机关缺乏相互协作和衔接，不少行政处理决定无法或不能及时得到法律强制，等等。要从根本上解决这些问题，笔者认为需建立专门的工业产权法院，来受理有关商标违法犯罪案件，增强司法处理在商标侵权案件中的权威。

工业产权法院除了受理商标案件外，还应包括专利和制止不正当竞争、甚或版权方面的违法案件。我国《专利法》已于1985年正式实施，制止不正当竞争方面的法律也正在加紧制定中，这方面的诉讼案件今后会逐渐增多。先可以考虑在北京设立工业产权初审和终审法院，条件成熟后，再在上海、武汉等特大城市设立初审法院，所有案件的二审集中到北京。筹建之初，可以从有关部门、院校和司法机关抽调一批懂工业产权法律和技术，具有理论和实践经验的同志，在短期培训之后，担任审判员。从长期看，则应集中在一两所院校系统地培养这方面的专门人才，充实审判员队伍。由于商标等工业产权案件的特殊性，在案件受理和判决的程序方面应当与民事案件处理程序有所不同，这些特殊的规定以及工业产权法院的地位、受案范围等，都需在《商标法》等工业产权法律里加以明确。