

我国《商标法》的非体系化现象与体系化完善

王太平*

摘要 《商标法》正在进行第五次修改,2023年初国家知识产权局发布《中华人民共和国商标法修订草案》(征求意见稿),2025年12月审议《中华人民共和国商标法(修订草案)》并再次向公众征求意见。2023年《征求意见稿》存在与《反不正当竞争法》不协调、体系结构名实难符、具体制度的价值冲突、相关规定或制度的重叠与冲突、商标使用相关规定的非体系化以及公法性规定的渗入等方面的非体系化现象。《商标法》体系化的客观基础与价值追求在于对商标法理论研究成果的学术性总结、商标法制度在价值上的协调和逻辑上的统一等三个方面。《商标法》的体系化要从协调商标法具体制度的价值、使商标注册条件体系化、协调相关规定和制度、商标使用相关规定和制度体系化以及公法性规定的删除等方面着手,以最终形成一个体系化的《商标法》。

关键词 《商标法》 非体系化 体系化完善

一、引言

体系化不仅是法学的重要任务,^[1]也是立法的重要目标^[2]和评判标准,体系解释更是法律解释的主要方法。^[3]体系化^[4]是法学成为科学的前提,也是立法优劣的评判标准。因此,体系化对立法非常重要,不仅有利于法律本身的体系化、科学化,而且有利于正确地选择法律、解释法律和适用法律。

2023年1月13日,国家知识产权局公布《中华人民共和国商标法修订草案》(征求意见稿)(以下简称《征求意见稿》)及《关于〈中华人民共和国商标法修订草案(征求意见稿)〉的说明》(以下简

* 华东政法大学知识产权学院教授、法学博士。本文系2023年度国家社会科学基金重大项目“支持全面创新的知识产权制度体系建构研究”(项目编号:23&·ZD161)的阶段性成果。

[1] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第548—549页。

[2] 参见梁迎修:《方法论视野中的法律体系与体系思维》,载《政法论坛》2008年第1期,第65页。

[3] 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第217—218页。

[4] 法律的体系化分为法律形式构造的外在(外部)体系化与作为一致的价值判断体系的内在体系化,是内在体系化与外在体系化的统一。参见[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第59页。

称《说明》),向社会公开征求意见。本次修改采用修订形式,而不是像此前几次修改采用修正形式,预示着本次修改是一次比较彻底的修改。2025年11月14日,国务院常务会议讨论并原则通过《中华人民共和国商标法(修订草案)》(以下简称《修订草案》)。2025年12月27日,全国人大常委会审议后再次向社会公开征求意见。

尽管《修订草案》并未全盘接受《征求意见稿》,也完善了其部分内容,但仍保留了不少内容。不仅如此,即便一些错误做法最终已经为《修订草案》所抛弃,但《征求意见稿》的某些错误做法仍值得警醒与镜鉴,仍有必要予以辨析。为此,本文以2023年《征求意见稿》为靶分析其体系化问题并提出完善建议,以求促进《商标法》的体系化完善。

二、《商标法》非体系化之表现:以《征求意见稿》为靶

尽管《征求意见稿》将“商标注册条件”单列一章,纠正了我国《商标法》总则不总的问题,优化了《商标法》的整体体系,但《征求意见稿》的非体系化现象仍然非常严重,甚至有些制度在体系化方面是倒退的。

(一)《商标法》的外部非体系化:与《反不正当竞争法》的不协调

商标法和反不正当竞争法共同构成我国商标保护的 legal 体系,前者以注册商标保护为主,后者以未注册商标保护为主。尽管有学者认为商标法与反不正当竞争法之间是一种平行关系,但更多学者认同反不正当竞争法相对于商标法的某种补充性,我国商标司法实践也坚持同样做法。^{〔5〕}我国的商标保护法律体系体现了注册商标保护优先的原则,无论是保护强度还是权利行使的便利性,注册商标都优于未注册商标。在权利行使的便利性上,注册商标可以简单地用商标注册证来证明权利,而未注册商标所有人则必须证明商标驰名或者有一定影响才能受到保护。在保护强度上,注册商标是全国性的,注册的驰名商标还可以获得跨类保护,而未注册商标则仅在其取得一定影响的范围内受到保护,具有地域性,且未注册驰名商标不能跨类保护。虽然《征求意见稿》将跨类保护的效力赋予了未注册驰名商标,但其要受到保护仍然比注册商标困难,仍然需要证明驰名,而无法像注册商标那样可以通过商标注册证证明权利。总体上,我国商标保护法律体系体现出一种向商标法倾斜和鼓励商标注册的价值取向。

尽管《征求意见稿》基本上维持了和《反不正当竞争法》在保护注册商标和未注册商标上的基本框架和价值取向,但《反不正当竞争法》对未注册商标的保护日益强化,而《征求意见稿》却未能跟上《反不正当竞争法》的脚步,从而导致《商标法》与《反不正当竞争法》在商标保护上的不协调。比如,《商标法》第32条、《征求意见稿》第23条第1款后半句和第2款、《反不正当竞争法》第7条均为保护普通未注册商标的条款,但《征求意见稿》第23条第2款列举的未注册商标的范围却远远窄于《反不正当竞争法》第7条。再如,《反不正当竞争法》第7条第2款规定,擅自将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用,属于混淆行为。然而,无论是否突出使用,只要使用他人注册商标易于导致混淆,理应构成《商标法》规定的商标侵权行为,不宜在《反不正当竞争法》中予以完善。

(二)《商标法》体系结构名实难符

体系结构是《商标法》的“各外在组成要素、各外在要素的排列组合以及每个外在要素的内容

〔5〕 参见王太平:《我国知名商品特有名称法律保护制度之完善——基于我国反不正当竞争法第5条第2项的分析》,载《法商研究》2015年第6期,第182—183页。

与形式之间的相互关系”〔6〕,是《商标法》的“组成部分的有机搭配和有序排列”〔7〕。“科学理解商标法的根本性质、基本内容及其逻辑结构,是《商标法》体系结构设计的基础。”〔8〕

自1982年制定至2019年第四次修改,除了某些章标题略有调整之外,我国《商标法》的体系结构一直保持不变,维持“总则”“商标注册的申请”“商标注册的审查和核准”“注册商标的续展、变更、转让和使用许可”“注册商标的无效宣告”“商标使用的管理”“注册商标专用权的保护”“附则”的结构。从各章内容来看,除了一般法律均包括的“总则”“附则”和商标管理性质的“商标使用的管理”之外,其他5章内容中有3章半属于商标注册程序的内容,只有1章半是商标实体法的内容,《商标法》似乎是“商标注册法”。尽管商标法既包括实体内容也包括程序内容,但商标法本质上是实体法。我国《商标法》的总体结构缺乏合理的逻辑脉络,无法充分呈现商标法的基本内容及其内在逻辑,将一些本应集中安排的内容分散于不同章节,使得制度内容呈现分割、零散的碎片化状态,章节内容名不副实的问题也较为突出。〔9〕因此,从体系结构来看,我国《商标法》显得有些逻辑不清、名实难符。尽管《征求意见稿》将商标注册条件章独立,使《商标法》从体系结构上向实体法有所迈进,逻辑性变强,但程序内容仍然多于实体内容,名实难符的现象仍然存在。

同时,《商标法》“总则”章第8条的商标构成要素、第9条和第11条的商标显著性、第10条的商标合法性、第12条的商标的非功能性、第13、14条的驰名商标、第15条的被代理人、被代表人的商标、第16条的地理标志都属于注册商标的实体条件。第4条的注册商标的主体、第5条的商标共有和第17条外国人的商标申请注册资格实际上属于商标注册的主体条件,第18条的商标注册事项的办理属于商标注册程序事项。第19条的商标代理机构和第20条的商标代理行业组织甚至都不一定属于商标法应该规定的内容,这些内容总体上都很难贯穿适用于全部商标法,总则不总。尽管《征求意见稿》将商标注册条件从总则剥离而独立成章,弱化了《商标法》总则不总的问题,但除移入商标注册条件章的内容外,仍有相当多的内容规定在总则内,总则不总的现象依旧。

(三)《商标法》具体制度的价值冲突

不管如何解释商标法的立法目的,商标所有人利益保护与消费者利益保护一直是商标法的两种重要立法目的,其差异无非是哪种立法目的处于更优先的地位。而不管哪种立法目的处于优先地位,基于法律体系化的要求,商标法的具体制度之间在立法目的上应该是统一的,尤其是性质非常接近的具体制度。然而,无论是《商标法》还是《征求意见稿》,其商标共有制度、冲突商标审查制度、注册商标转让制度和商标先用权制度之间存在着价值冲突。其中商标共有制度和商标先用权制度更偏向商标所有人利益保护,而冲突商标审查制度和注册商标转让制度更偏向消费者利益保护,〔10〕存在着明显的价值冲突。我国1982年和1993年《商标法》没有规定商标共有,2001年《商标法》才开始规定商标共有,1982年、1993年和2001年《商标法》均未规定商标先用权,2013年《商标法》才规定了商标先用权,这些均体现了《商标法》从消费者利益保护优先向商标所有人利益优先的发展演变,但《商标法》禁止混淆性冲突商标分别转让的规定却一直没有变化,《征求意见稿》一如其旧,这显然是与《商标法》修改的历史趋势相违背的,造成了商标法这些相近制度之间的价

〔6〕 徐向华:《立法学教程》,上海交通大学出版社2011年版,第324页。

〔7〕 侯淑雯:《立法制度与技术原理》,中国工商出版社2003年版,第236页。

〔8〕 卢结华:《〈商标法〉体系结构的内在逻辑与模式选择——兼评〈商标法修订草案(征求意见稿)〉的体系结构》,载《政治与法律》2024年第9期,第103页。

〔9〕 同上注,第103—105页。

〔10〕 参见王太平:《商标共存的法理逻辑与制度构造》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第3期,第105—106页。

值冲突。

(四) 商标注册条件的非体系化

正如前述,《征求意见稿》将商标注册的条件单列成章的确体现了《商标法》追求体系化的进步,但“商标注册的条件”章的具体规定却非常不成体系,就像把许多衣服一股脑塞进一个柜子,而不是把它们各自叠好、分门别类地摆放一样。该章只进行了法条形式上的集中,却未实现逻辑上的整合。法律的体系化不仅仅是法律规定的位置的靠近和集中,更是内在逻辑的清晰展现。

在整体结构上,《征求意见稿》中“商标注册的条件”共有 13 个条文,分别是第 14 条“注册条件”、第 15 条“禁用标志”、第 16 条“显著特征”、第 17 条“三维标志非功能性”、第 18 条“驰名商标保护”、第 19 条“代理人、代表人、利害关系人抢注”、第 20 条“地理标志保护”、第 21 条“禁止重复注册”、第 22 条“商标恶意注册申请”、第 23 条“保护在先权利”、第 24 条“注册在先”、第 25 条“申请在先”和第 26 条“代理机构申请商标限制”,其中第 14 条可以说是商标注册条件的总括性规定,第 15 条、第 16 条、第 17 条、第 22 条和第 26 条是绝对条件,而第 18 条、第 19 条、第 20 条、第 21 条、第 23 条、第 24 条和第 25 条是相对条件。绝对条件与相对条件交叉规定,既不像《欧盟商标条例》第 7 条和第 8 条分别规定绝对条件与相对条件的立法,也不像我国台湾地区“商标法”第 29 条和第 30 条分别规定商标识别性条件、识别性之外的绝对条件和相对条件的立法,整体结构比较散乱。不仅如此,第 18 条、第 19 条、第 20 条、第 21 条、第 24 条和第 25 条规定的相对条件显然均为他人先在权利,与第 23 条“保护在先权利”内容重叠。这种整体结构的散乱和内容重叠显然是未把商标注册的条件进行通盘考虑,并有逻辑地安排的结果。

在具体制度上,《征求意见稿》第 18 条、第 19 条、第 20 条都在同一条中规定“禁止使用”与“不予注册”的法律效果,混淆了商标注册条件与在先驰名商标、被代理人、被代表人商标与地理标志的保护,打乱了商标权取得与商标权保护的逻辑关系。比较法上,《欧盟商标条例》在在先驰名商标、被代理人、被代表人商标与地理标志的保护方面,区分了阻止他人注册与阻止他人使用方面的效力,分别规定于商标注册条件与商标权效力,体系上更合逻辑。《征求意见稿》第 4 条把商标构成要素扩张到包括颜色组合、声音或者其他要素,但第 17 条的商标的非功能性规定却只限于三维标志,遗漏了声音和其他要素商标的非功能性问题,商标构成要素与商标的非功能性规定是不协调的。《修订草案》将功能性规定的适用对象予以扩大,恰当地解决了商标构成要素规定与非功能性规定的不协调问题。

(五) 《商标法》相关规定或制度的重叠与冲突

除了上述商标注册条件的非体系化外,《征求意见稿》和《商标法》一样,在有些规定和制度上相互重叠甚至存在冲突。从世界各国或各地区商标法来看,商标注册和商标侵权判断采取的是相同的商标冲突标准,如美国《兰哈姆法》第 2 条与第 32 条和第 43 条、《欧盟商标条例》第 8 条第 1 款与第 9 条第 2 款等,但《征求意见稿》和《商标法》规定的商标注册时与商标侵权判断时的商标冲突标准不同,前者没有明确规定混淆,而后者则明确规定了混淆,这导致必须将 2013 年《商标法》之前的混淆可能性从商标近似、商品类似等概念中剥离,《征求意见稿》和《商标法》规定的基本商标侵权行为(第 1、2 项)才能从逻辑上解释清楚,也许正因如此,国家知识产权局发布的《商标侵权判断标准》第 10 条和第 15 条将混淆从类似商品和商标近似中剥离出来。

除以上商标冲突标准存在冲突之外,和现行《商标法》的相关条款一样,《征求意见稿》第 19 条第 2 款和第 23 条第 1 款后半句存在着交叉重叠的问题。《商标法》第 15 条第 2 款(《征求意见稿》第 19 条第 2 款)首次规定于 2013 年《商标法》,此后第 15 条与第 32 条的边界开始变得模糊。2017 年 3 月 1 日,最高人民法院发布《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的

规定》(以下简称《商标授权确权规定》),该规定第16条明确将“商标申请人与在先使用人营业地址邻近”包含于“其他关系”,进一步模糊了《商标法》第15条与第32条后半句的关系。模糊的“营业地址邻近”使得在先商标所有人寻求更容易的《商标法》第15条第2款的救济,而不是更困难的第32条后半句的救济。商标评审数据大体上可以反映出原本适用《商标法》第32条后半句的案件逐渐转而适用《商标法》第15条第2款,因“抢先注册在先使用并有一定影响的商标”条款败诉的案件比例2011年为7%,2012年为4%,2013年下降为2%,2014年上升为3%,2015年下降为2%,2016年下降为1.4%,2017年下降为1.2%,2018年下降为1.1%。2018年首次出现第15条代理人 and 特定关系人抢注败诉的案件的单独统计,比例为0.9%,2019年“抢先注册在先使用并有一定影响的商标”条款败诉的案件未单独统计(可能原因是案件数量进一步减少),第15条代理人 and 特定关系人抢注败诉的案件比例上升为1.0%。^[11]

归根结底,《商标法》第15条第2款并未弄清《商标法》第15条与第32条后半句所规定的法律关系性质的根本不同,《商标授权确权规定》对“其他关系”的解释进一步模糊了两种制度的边界,从而导致《商标法》第15条与第32条后半句适用上的不确定。

(六) 商标使用相关规定的非体系化

《征求意见稿》第七章“商标的使用与管理”除包括《商标法》第六章“商标使用的管理”的内容之外,将原本规定于驰名商标条款的违法使用驰名商标字样的内容、原本规定于《商标法》第四章“注册商标的续展、变更、转让和使用许可”的商标许可使用、新增的说明商标使用情况的内容以及原本规定于《商标法》第七章“注册商标专用权的保护”的商标侵权抗辩事由的规定均集中规定于该章,却将原本规定于《商标法》第六章“商标使用的管理”的注册商标连续三年不使用撤销制度规定在第五章“注册商标的无效宣告和撤销”。除了违法使用驰名商标字样和说明商标使用情况属于比较典型的商标使用管理的内容,其他内容不仅与商标使用的管理并无关联,且均属于性质完全不同的商标法制度。商标使用许可属于注册商标利用方式之一,与注册商标的转让性质更为接近。《征求意见稿》第62条规定的“无权禁止的情形”本质上为商标侵权抗辩的情形,在《商标法》中规定于商标侵权行为之后,符合传统罗马法对抗性诉讼及其区分控辩的思维方式,即法律在赋予原告告诉权的同时,也赋予被告针对原告的诉讼主张进行抗辩的权利,商标侵权行为规定为原告的请求权,而“无权禁止的情形”实质上是被告针对原告请求的抗辩,均为广义商标侵权构成的规定。因此,《征求意见稿》将这些性质完全不同的商标法制度集中规定于“商标的使用与管理”一章,实质上是用“物理位置”的集中来替代“逻辑规则”的统一。好比一个图书馆不再按学科进行图书分类,而是把所有书名里带“法”字的书放在一个书架上,这无疑是图书分类体系的倒退。不仅如此,《征求意见稿》还将原本规定于《商标法》“商标使用的管理”章的注册商标连续三年不使用撤销制度规定于第五章“注册商标的无效宣告和撤销”,看似将无效和撤销均作为程序问题集中规定在一起,似乎提高了商标注册程序的体系化。但事实上,注册商标的无效宣告本质上仍然属于商

[11] 参见《国家知识产权局商标局评审法务通讯总第4期(6月)》,载中国商标网, https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/ssbj_gzdt/202007/t20200706_20836.html;《国家知识产权局商标局评审法务通讯总第1期(7月)》,载中国商标网, https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/ssbj_gzdt/201908/t20190826_19401.html;《国家工商行政管理总局商标评审委员会法务通讯总第70期(2017年6月)》,载中国商标网, https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/ssbj_gzdt/201709/t20170920_20819.html;《国家工商行政管理总局商标评审委员会法务通讯总第68期(2016年9月)》,载中国商标网, https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/ssbj_gzdt/201609/t20160920_20821.html;《国家工商行政管理总局商标评审委员会法务通讯总第63期(2014.7)》,载中国商标网, https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/ssbj_gzdt/201407/t20140731_20825.html。

标确权环节,而注册商标的撤销则属于注册商标维持环节的程序和制度,已经不属于商标确权,将无效宣告和撤销集中规定并无逻辑上的道理,反而导致注册商标连续三年不使用撤销制度与新增加的性质更为接近的说明商标使用情况制度的分裂。《修订草案》纠正了《征求意见稿》的部分错误做法,将商标侵权抗辩制度规定于侵权判断标准之后,但商标使用许可与注册商标转让仍然分置两处,割裂了商标权利利用制度。

总体上,《征求意见稿》第七章“商标的使用与管理”意图通过集中规定来强化商标使用的核心地位,政策方向值得肯定,但在立法技术上,该章将法律性质迥异、分属不同逻辑范畴的制度机械地整合在一起,把性质本来相同的制度分离规定,不仅未能实现真正的体系化,反而造成了法律适用逻辑的混乱,增加了规则的模糊性和不确定性。可以说,该章是《征求意见稿》最不成体系的一章,在体系上完全是一种倒退。

(七) 公法性规定的渗入

“商标权属于私权”,“商标权的私权性质,决定了它得以栖身的法律家园只能是民法”。^{〔12〕} 将商标法定性为私法(民法),意味着政府应主要扮演中立裁判者和秩序维护者,而非积极推动者的角色。然而,《征求意见稿》新增了第九章“促进商标使用、服务与商标品牌建设”,带有强烈的产业政策属性和行政指导色彩。将公法性的、行政干预性的内容“硬塞”进《商标法》这样的私法骨架中,会产生严重的负面效应:第一,模糊权利边界。这种做法向市场和公众传递了一个混乱的信号,即商标权看似是私有财产,但如何使用、如何培育,国家仍有强大的指导和干预权力,强化了“商标权是法律授予的,而非天赋的,因此可被附加各种条件”的观念,与商标法的私法性质背道而驰。第二,为公权力越位提供温床。《征求意见稿》中的这些“促进”条款,很可能在实践中被行政机关解读为“管理”和“干预”的依据。比如,“服务品牌建设”可能被异化为对企业的“行政指导”,挤压企业自主经营的空间。第三,损害法律的中立性与权威性。一部充斥着政策口号的法律,其作为裁判规则的严谨性会受到损害。当企业和个人发现法律中充满不确定的、鼓励性的公法性规定时,他们对法律的稳定性和可预期性的信任也会大打折扣。因此,有学者指出:“《征求意见稿》大幅引入品牌建设的政策性内容,有可能使商标法转向‘商标与品牌法’,而品牌建设的内容更多是政策性宣示和行政举措,上升为法律显然与《商标法》的定位严重违和,着实不可取。”^{〔13〕}

三、《商标法》体系化的客观基础与价值追求

鉴于“体系学之任务在将任何时点已经获得之知识的全部,以整体的方式把它表现出来,且彻底地将该整体中之各个部分用逻辑关系联系起来”^{〔14〕},《商标法》的体系化必须能够总结我们对商标法的阶段性认识,本文称之为《商标法》体系化的知识基础。同时,法律体系化是外在体系化与内在体系化的统一,即“法秩序已交织成一个体系”,“价值标准或目的,透过体系化已被纳进体系中,具有一定之逻辑构造。其结果,使得看来纯逻辑的法律思维,带上或深或浅的价值色彩”。“体

〔12〕 刘春田:《民法原则与商标立法》,载《知识产权》2010年第1期,第5页。

〔13〕 孔祥俊:《论我国〈商标法〉的私权中心主义——〈商标法〉公法秩序与私权保护之定位》,载《政法论丛》2023年第3期,第44页。

〔14〕 Sigwart, Logik II, S.695,引自 Binder, aaO. (Fn.134), S.922 Anm.4,转引自黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订七版),2020年自版,第449页。

系价值化了!价值体系化了!体系不再是盲目的!而价值也不再是‘见仁见智’的。”^[15]因此,《商标法》体系化的客观基础还应包括价值上的协调与逻辑上的统一两个方面。

(一)《商标法》体系化的知识基础:商标法的学术性总结

在某种意义上可以说,“法学实际上是法教义学”^[16]，“法学之根本就在法教义学,法教义学有自身的方法体系和经学术加工而成的知识体系,因而可称之为‘科学’”^[17]。法教义学可以从两个角度来理解,即作为知识的法教义学与作为方法的法教义学。作为知识的法教义学是关于一国现行实在法的知识体系,作为方法的法教义学则既是一种独特的思维形式,也是一种独特的作业方式。^[18]法教义学还可以从三个方面来理解:研究对象仅仅是现行有效的实在性规定,研究态度是“认真对待法律规范与规范性”,研究方法是“对现行有效法进行意义阐释、概念建构和体系化”。^[19]由于“作为知识的法教义学需要以一国的实在法规定为基础”^[20],制定法在法教义学中具有优先性,不过,“制定法的优先性所指的始终都不是公开且可查阅的文本的单纯集合,而是——以习惯法为例外的——整个法律体系;也即制定法规则,连同作为其基础的目的和一般法律原则,还有方法论规则”。“‘制定法的优先性’就意味着整个约束司法实践的、预先确定的法律体系的优先性;因此也是以此为基础的、方法论上正确的法律发现结论的优先性。”^[21]

然而,法教义学并不是只能在一个成熟的法律体系下发挥作用,当不存在成熟的法律体系的情况下,法教义学同样可以发挥作用,而此时的法教义学是一种建构性的法教义学。法教义学的工作可以概括为知识体系的建立与具体的法律解释工作两个方面,法教义学既要通过不变实现安定性,同时也需要通过改变来实现法律对社会的适应。传统法教义学旨在建构法律系统内信息的冗余,从而使法律系统的运作能够不断指向自身,系统内的信息得以储存并重复运用,从而可以保证法律系统自身正义即“相同者同等对待”这一要求的实现。然而,从法律系统功能的视角来看,稳定化不仅包含了冗余性的要求,还包含了变异性/多样性的要求。变异性/多样性的要求是法律系统社会适应性的一种体现。只有通过变异性/多样性,才会使法律系统不断适应社会环境的变化,进而实现法律系统运行的稳定。法律系统应对社会环境变化的关键在于实证法的双重可变性:一方面是实证法通过立法程序可以修改;另一方面则是实证法文本与解释之间的可变空间。^[22]每一个法律“体系莫不将在工作中对某一个特定问题已经获得之知识的水准加以总结,亦即将已认识之互具关联的法律原则,以及我们在个案或法律规范之客体中所认识之事务的结构加以总结”^[23]。可以说,《商标法》是商标法的学术性总结的反映,是商标法教义学操作的基础,商标法的学术性总结则是《商标法》体系化的重要基础和评价标准。

[15] 同上注,第618—619页。

[16] 焦宝乾:《法教义学在中国:一个学术史的概览》,载《法治研究》2016年第3期,第53页。拉伦茨认为,“法学=法教义学”。同前注[1],拉伦茨书,第245页。

[17] F. Hubert, Dogma, Dogmen, Dogmatik: Eine Untersuchung zur Begründung zur Entstehungsgeschichte einer theologischen Disziplin von der Reformation bis zur Spätaufklärung, LIT Verlag, Münster 2001, S.13.转引自李忠夏:《功能取向的法教义学:传统与反思》,载《环球法律评论》2020年第5期,第6页。

[18] 参见雷磊:《法教义学与法治:法教义学的治理意义》,载《法学研究》2018年第5期,第63页。

[19] 参见[奥]弗朗茨·比德林斯基、彼得·比德林斯基:《法学方法论入门》,吕思远译,中国政法大学出版社2024年版,第6—7页。

[20] 同前注[18],雷磊文,第63页。

[21] 同前注[19],弗朗茨·比德林斯基、彼得·比德林斯基书,第193页。

[22] 同前注[17],李忠夏文,第7—13页。

[23] 同前注[14],黄茂荣书,第449页。

经过 40 余年,我国商标法研究取得了长足的进步,已经从浅层次的商标法知识介绍发展到逐渐学理化,商标法的主要范畴、主要制度和内在机理均得到了一定程度的研究,尽管仍有不成熟之处,但商标实定法已经具备了完整的框架和齐全的制度,缺乏的无非是形式上体系化的《商标法》。因此,第五次《商标法》修改应该以体系化为主要目标,总结商标法学和商标实践的基本成果,形成体系化的《商标法》,为商标法教义学提供操作基础。

(二)《商标法》体系化的内在基础:价值上的协调

法的“‘内在体系’是法的内部构造,是一致的价值判断体系”^[24]。内在体系是《商标法》在价值上的协调。如前所述,我国《商标法》具体制度上的价值冲突、相关规定或制度的重叠与冲突以及公法性规定的渗入,这些现象均属于《商标法》在价值上的不协调,而要实现《商标法》价值上的协调就需要统一理解商标法的立法目的,坚持商标权的私权性质与商标法的私法性质,维持注册取得商标权体制的政策取向。

1. 对商标法立法目的的统一理解。鉴于“目的是全部法律的创造者”^[25],立法目的是《商标法》体系化的出发点和根本指导,决定着《商标法》的整体构造和具体规定。从世界各国或地区商标法的规定和学者的总结来看,商标法的立法目的包括保护商标所有人的利益、维护消费者的利益和维护市场公平竞争秩序三个方面,^[26]唯有疑问的是,商标法这三种立法目的的优先顺序问题,尤其是究竟是保护商标所有人的利益还是维护消费者的利益更优先?商标法立法目的的价值冲突典型地体现在商标共存协议的效力问题上,在不予采信共存协议的案件中,法院均以不能排除混淆为由限制了在先商标权人的处分自由,而最高人民法院在“NEXUS”案中虽然对在先商标权人的处分自由给予了充分的尊重,但是也未忽略混淆问题,并专门对商品功能差异以及结合其他商业标识共同防止混淆进行了论述。最高人民法院的上述判决隐含着这样的观念:对私权处分予以尊重的前提是要排除混淆的可能性。但问题在于,如果能够排除混淆可能性,那么还有什么理由否定在先商标权人的处分自由?这是不是也意味着尊重私权处分根本不是采信共存协议的理论依据呢?^[27]鉴于下文所述商标权的私权性质、商标法的私法性质以及我国商标法的私法化发展,我国商标法的立法目的应该统一到保护商标所有人的利益上,并在此基础上使商标法的各项制度做到价值上的协调,避免制度之间的价值冲突。当然,在保护商标所有人利益的基础上,商标法及各项制度也应该尽量维护消费者的利益。

2. 商标权的私权性质与商标法的私法性质之坚持。商标权是一种私权已经是一种共识。“商标法的定性定位,是决定商标法全部面貌的基础与核心。”“用民法精神统领商标立法,把完善商标法制纳入民事立法的框架之中,作为我国健全民事立法的一项重要任务,这是决定商标法制面貌与优劣的关键。‘商标权属于私权’,这是一个共识。”^[28]“商标法律关系的核心,是商标权人与其他经营者之间的利益关系,是私人利益,由此决定了商标法在本质上是一种私法。”^[29]

商标权的私权性质与商标法的私法性质决定了商标法是通过私法自治来实现其立法目的的,

[24] 同前注[4],克莱默书,第 59 页。

[25] Rudolf Von Ihering, *Law as a Means to an End*, translated by Isaac Husik, The Boston Book Company, 1913, p.54.

[26] 参见邓宏光:《论商标法的价值定位——兼论我国〈商标法〉第 1 条的修改》,载《法学论坛》2007 年第 6 期,第 88 页;冯晓青:《商标法之立法宗旨研究》,载《长沙理工大学学报(社会科学版)》2008 年第 2 期。

[27] 同前注[11],《国家知识产权局商标局评审法务通讯总第 4 期(6 月)》。

[28] 同前注[12],刘春田文,第 5 页。

[29] 王太平、姚鹤徽:《商标法》,中国人民大学出版社 2020 年版,第 20 页。

“私法自治是个人自我负责地和不受约束地构建其私人法律关系的自由”^[30]。私法自治决定了商标法的运行方式,商标权是基于作为私的主体的商标所有人的行为获得的,商标权的行使完全是基于作为私的主体的商标所有人的自治行为,商标权保护同样基于作为私主体的商标所有人的自治行为。商标法的私法自治可以充分利用市场机制的作用,商标法充分利用“每个商标只有一个制造商,以及私人诉讼权利”的原则和机制促进厂商在维护商品质量方面的投资。有学者认为,“这一机制是法定商标体制的支柱”,“这种简单的机制给制造商提供了生产高质量产品的强大动力”。首先,如果共同的制造过程有可能产出相对一致的产品,那么每个商标一个制造商的规则将倾向于提高类似商标产品的相似性。其次,在每个商标只有一个制造商的环境下,制造商将倾向于采取措施确保带有其商标的产品的一致性,只要他们有能力这样做。最后,私人诉讼权利连同“每个制造商一个商标”规则将制度的执行分配给制度中具有监督可能产生消费偏差或错误的市场行为的最大激励的当事方——制造商。^[31]

3. 维持注册取得商标权体制的政策取向。我国商标法一直采用注册取得商标权体制,其根本原因大体上可以概括为世界商标法的发展趋势、我国商标法的历史传统、注册取得商标权体制的独有优势三个方面。^[32]

多年来,由于商标抢注频发,不少学者主张应该重构我国的商标权取得体制,有的学者建议商标法应该规定使用和注册一样可以取得商标权,^[33]有的学者建议应该把我国商标权取得体制从注册体制修改为“使用+注册”体制,^[34]有的学者建议商标法应该规定使用可以取得商标权,同时应该弱化商标注册的效力,让注册回到其“证据”和“公示”效力。^[35] 鉴于其认为单纯注册本身并不能取得商标权,上述观点中的后两者实质上均是在弱化商标注册的效力。然而有趣的是,在商标注册仅具有证据和公示效力的美国,注册却更加受到重视。有学者指出:“组织生产者关系是商标的核心”,“考虑到注册数量远低于侵权诉讼数量,侵权案件并不是商标制度中合法权利的主要创造者,而注册制度是商标制度中合法权利的主要创造者”。^[36] 因此,使用取得商标权体制国家的学者反而建议应该强化注册,弱化未注册商标,激励注册。^[37]

事实上,浪漫地强化商标使用和未注册商标的地位而弱化商标注册的作用,可能会导致鸡飞蛋打、一举两失。因为商标注册既可以增加商标权的确定性,^[38]还可以降低清除权利障碍的成本。^[39]

[30] [德]本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》,于馨淼、张姝译,法律出版社2017年版,第28页。

[31] See Jeremy N. Sheff, *The (Boundedly) Rational Basis of Trademark Liability*, 15 Texas Intellectual Property Law Journal 331, 374 (2007).

[32] 参见王太平:《我国未注册商标保护制度的体系化解释》,载《法学》2018年第8期,第144页。

[33] 参见彭学龙:《寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡》,载《法学研究》2010年第3期,第160—161页。

[34] 参见邓宏光:《我们凭什么取得商标权——商标权取得模式的中间道路》,载《环球法律评论》2009年第5期,第60—61页;

[35] 参见黄汇:《注册取得商标权制度的观念重塑与制度再造》,载《法商研究》2015年第4期,第188—189页。

[36] Rebecca Tushnet, *Registering Disagreement: Registration in Modern American Trademark Law*, 130 Harvard Law Review 867, 941 (2017).

[37] Ibid., p.929 - 940.

[38] See Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2001, p.735.

[39] See Robert Burrell, *Trade Mark Bureaucracies*, in *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publishing Limited, 2008, p.98.

商标注册可以增加商标权的确定性是显然的,因为注册明确了商标权。而要降低清除权利障碍的成本,则只有在咨询商标注册簿的人能够依赖其中包含的信息时才行。如果注册机构提供错误信息,未能记录享有法律保护的商标,或纳入无法在法律挑战中幸存的商标,注册的功能就会受到损害。然而,商标注册无论如何也不可能做到百分百与市场现实一致,对商标注册簿的搜索既可能出现假阴性结果(即商标搜索未能揭示受法律保护的、易混淆的近似标志已经在市场上使用的情况),也可能出现假阳性结果(即商标搜索识别出注册簿上错误注册或维持的商标的情况)。^[40]在弱化商标注册的作用而强化未注册商标的地位的情况下,商标注册的效力减弱,商标权的确定性降低,人们注册商标的动力不足,未注册商标数量和假阴性结果增多,商标注册降低清除权利障碍成本的功能减弱。因此,弱化商标注册的作用而强化未注册商标的地位既丢掉了注册体制的优势,又带来使用体制下商标权不确定性的问题。

也许正因如此,经过多次《商标法》的修改,虽然商标使用和未注册商标在我国商标法中的地位一直在强化,但是立法机关从未打算从根本上改变我国的注册取得商标权体制。立法机关的专家指出:“由于我国是以商标注册制度为主,虽然法律上有必要给予在先使用的未注册商标一定的保护,但保护水准不宜过高,以免冲击到注册制这一商标管理中的基本制度。”^[41]

(三)《商标法》体系化的外在基础:逻辑上的统一

法律不仅有内在体系,还有外在体系或外部体系,“‘外部体系’是法律形式上的构造,是对(以法律概念为基石的)法律材料的划分”^[42]。“法律规范之体系化在存在论上的基础为:‘法律概念’之位阶性。”从逻辑的角度来看,法律的体系化就是指法律概念的抽象化程度在概念间或在法律规定间可以构成一种位阶关系,从而形成一种从抽象到具体的具有统一性与贯彻性的体系。^[43]“这种体系不仅可以保障最高程度的概观性,而且也可保障最高程度的法安定性,因为如果这种体系是‘完整的’,那么在其体系框架内,任何法律问题只需借助逻辑思维程序就能解决。”^[44]外在体系是《商标法》内在体系的载体,是商标法教义学的操作基础,在商标法研究日益成熟的情况下,必须建构一个成熟的外在体系化的《商标法》。

《商标法》的外在体系化,首先是建立一个科学合理的体系结构。一方面,《商标法》的体系结构要能够从整体上反映商标法的基本性质。商标法本质上是实体法和私法,因此,《商标法》应该以实体法的逻辑来进行架构,尽量不包含公法性的内容。当然,商标法同样包含商标权取得的程序性内容,但商标法不应该完全或主要按照商标注册程序来建构,否则会使《商标法》降级为商标注册法。另一方面,《商标法》的整体结构要反映商标法的基本逻辑结构。商标法是一种实体法,是关于商标这种财产的实体财产法。因此,《商标法》的章节结构应体现财产法的逻辑构造。在知识产权法中,由于权利客体不同于物权客体,具备抽象性和边界模糊的特点,知识产权客体及其构成条件成为知识产权法最基础最核心的内容。知识产权是一种绝对权,权利内容也应该是知识产权法的核心内容。同时,由于权利客体的抽象性和边界模糊,知识产权的侵权判断也不同于物权,侵权判断标准、侵权抗辩事由、侵权救济也是知识产权法的核心内容。商标法亦是如此,从商标到商标权再到商标权保护是商标法构造的基本逻辑,当然也是《商标法》章节结构的基本逻辑依据。

[40] Ibid., p.98 - 100.

[41] 郎胜:《中华人民共和国商标法释义》,法律出版社2013年版,第114页。

[42] 同前注[4],克莱默书,第59页。

[43] 同前注[14],黄茂荣书,第373—374页。

[44] 同前注[1],拉伦茨书,第549页。

其次,构建商标法基本概念和法律规定的位阶。一方面,构建商标法基本概念和规定的位阶。商标、注册商标与未注册商标、驰名商标、证明商标、集体商标、地理标志集体商标、地理标志证明商标构成商标的概念位阶;商标显著性、商标的固有显著性、商标的获得显著性是商标显著性的概念位阶;商标使用及各具体制度中的商标使用是商标使用的概念位阶;等等。《商标法》需要在总则和各章中安排好基本的概念体系。另一方面,构建商标法的法律规定的位阶。诚实信用原则、商标注册制度、商标使用制度和商标权保护制度中的诚实信用相关规定构成诚实信用的法律规定的位阶;商标注册条件制度、商标注册的绝对条件制度、商标注册的相对条件制度、各具体商标注册条件构成商标注册条件的法律规定的位阶;商标侵权制度、混淆侵权制度、淡化侵权制度、各种具体的混淆侵权行为、各种具体的商标淡化行为构成商标侵权的法律规定的位阶;等等。

再次,商标法各具体制度之间的协调统一配合。商标法各具体制度之间或者是一种互相配合的关系,或者是一种互相统一的关系,它们共同协调、统一配合,以共同实现商标法的立法目的。商标确权制度是授予商标权的制度,但商标确权制度却不只是单纯授予商标权,这种授权需要为商标秩序的形成提供权利秩序基础,既要保证商标权的取得不侵害公共利益和他人的私人权益,还要确保授予的商标权相互之间不冲突。商标权保护制度也同样如此,既要维护公共利益和他人的私人权益,还要确保所授予的商标权不受侵害。因此,商标确权制度中的商标冲突标准与商标保护制度中的商标冲突标准应当统一,商标显著性制度、商标不得与他在先权利相冲突制度也必须与商标侵权抗辩制度中的正当使用制度、商标先用权制度协调统一。在商标确权制度中,商标法需要在维护注册取得商标权体制的前提下适度保护未注册商标。于是,商标法只授予已经达到驰名程度的未注册商标以商标权,对未注册驰名商标提供最强最全的保护,而对其他未注册商标原则上只提供阻止或无效他人注册的权利。对于双方当事人之间有代理、代表等特殊关系的,相应的未注册商标并不要求使用或者具有一定影响,而对于双方没有特殊关系的,则要求在先的未注册商标必须具有一定影响。商标法的这些未注册商标制度既互相协调又互相配合,共同发挥恰当保护各种未注册商标又维护注册取得商标权体制的作用。

四、《商标法》体系化的具体方案： 《征求意见稿》之完善建议

鉴于《商标法》与《反不正当竞争法》的外部体系协调,不仅涉及《商标法》,而且涉及《反不正当竞争法》,且二者不协调的主要原因是《反不正当竞争法》的越位,《商标法》在这种外部体系协调上略显无能为力。因此,本部分的《商标法》体系化方案不再涉及《商标法》与《反不正当竞争法》的外部体系协调。同时,《征求意见稿》已经将商标注册条件独立成章,《商标法》的整体结构已经得到一定优化。为了保持《商标法》结构的适度稳定性,除本文下面建议删除第九章“促进商标使用、服务与商标品牌建设”之外,《征求意见稿》体系结构完善余地有限。因此,本部分也不再涉及《商标法》体系结构的完善。

(一) 商标法具体制度的价值协调

如前所述,《商标法》在商标共有制度、商标先用权制度与冲突商标审查制度、注册商标转让制度上存在着价值冲突。比较法上,在商标审查环节,欧盟及其成员国已经采用商标局不主动审查商标冲突的制度安排,^[45]而通过商标异议制度解决申请注册商标与在先注册商标的冲突问题,由

[45] 参见《欧盟商标条例》第42条。

在先注册商标所有人与在后注册商标申请人最终决定在后申请商标与在先注册商标是否冲突。其证据体现在,欧盟商标审查程序中设置了冷静期制度,可受理的异议的通知会启动冷静期,而针对欧盟商标申请提出的三分之二以上的异议都通过和解讨论得到了解决。^[46] 在注册商标转让方面,《欧共同体商标条例》(2009)第 17 条第 4 款曾规定:“如果转让文件明显表明,共同体商标的转让对公众对于注册的商品或服务的性质、质量或产地引起误导的,协调局对该转让不应予以注册,除非商标受让人同意将共同体商标注册限于不易引起误导的商品或服务。”而 2017 年《欧盟商标条例》则将该规定删除,从而不再对注册商标转让的潜在误导性影响进行控制。^[47] 我国台湾地区“商标法”则没有对注册商标转让进行限制,只是在第 43 条规定:“移转商标权之结果,有二以上之商标权人使用相同商标于类似之商品或服务,或使用近似商标于同一或类似之商品或服务,而有致相关消费者混淆误认之虞,各商标权人使用时应附加适当区别标示。”显然,鉴于欧盟知识产权局不再审查商标注册的相对拒绝事由并不再对注册商标转让进行限制,欧盟商标法已经完全趋向于保护商标所有人利益,不再存在类似于我国商标法上述制度之间的价值冲突。尽管我国台湾地区“商标法”在商标审查阶段仍然主动审查申请注册的商标与在先注册商标之间的冲突,从而仍然存在类似于我国《商标法》上述制度之间的价值冲突,但因对注册商标转让更为宽松的规定,其“商标法”制度之间的价值冲突也相对比较轻微。

鉴于我国商标法的私法化发展和保护商标所有人利益地位的日益提升,要协调《商标法》具体制度的价值冲突,就需要将《商标法》冲突商标审查制度和注册商标转让制度趋向商标所有人利益保护,尤其是应该参考我国台湾地区“商标法”的规定,取消对相互冲突的注册商标转让的限制,在转让会导致混淆可能性的情况下,可以要求冲突各方附加区别标识。至于《商标法》冲突商标审查制度,本文认为,鉴于我国目前商业道德状况不佳,恶意申请商标现象仍然比较突出,目前取消商标注册阶段的冲突商标审查制度的时机尚不成熟。

(二) 商标注册条件的体系化

如前所述,尽管《征求意见稿》将商标注册条件独立成章,《商标法》的体系结构已经得到优化,但“商标注册条件”一章的内容仍然是非体系化的,需要从以下方面进行完善:

其一,商标注册条件的整体结构优化。《征求意见稿》“商标注册条件”章第 1 条为商标注册条件的总括性规定。为了使《征求意见稿》的商标注册条件更为体系化,且与注册商标异议、注册商标无效宣告程序协调,总括性规定之外的具体商标注册条款应该分别按照绝对条件与相对条件排列,绝对条件可以按照商标构成要素、显著性、非功能性、合法性、恶意注册(如果规定的话)、代理机构申请商标的限制等条件的顺序排列,而相对条件则按照商标法明确规定的在先权利与其他在先知识产权和民事权利的顺序排列。

其二,商标注册条件的“纯粹化”。和现行《商标法》一样,《征求意见稿》在有些商标注册条件中既规定了“不予注册”的法律效力,也规定了“禁止使用”的法律效力,这使得“商标注册条件”章的内容不纯粹是商标注册条件,而是包括了在先商标保护的内容,这在某种程度上打破了商标法的授权与保护的整体构造,^[48] 不仅导致商标法的非体系化,也可能给法律适用带来一些困惑。比

[46] See Annette Kur & Martin Senftleben, *European Trade Mark Law: A Commentary*, Oxford University Press, 2017, p.591.

[47] Ibid., p.499.

[48] 有学者认为:“授权与保护是商标法律制度的两大基本板块,商标法的实体和程序规范基本上都是围绕这两大板块展开的。”孔祥俊:《商标法:原理与判例》,法律出版社 2021 年版,第 211 页。

如现行《商标法》第13条的“禁止使用”与第57条的侵权行为规定、第60、63、64条的法律救济之间的关系就曾带来适用上的困惑,尽管损害赔偿责任人如今已经普遍运用于未注册驰名商标保护,^[49]但司法实践中曾有观点认为,侵害未注册驰名商标的责任仅为停止使用,不应承担赔偿责任。^[50]因此,应该将这些条款中“禁止使用”的法律效力规定于商标权的保护章,以使得商标注册条件更为纯粹,维持商标法授权与保护的逻辑结构。

(三)《商标法》相关规定或制度的协调

《商标法》相关规定或制度之间的协调主要包括两个方面:其一是商标授权和商标权保护环节的商标冲突标准的统一;其二是被代理人、被代表人商标制度与不正当抢注在先有一定影响商标制度之间的界分。

商标授权和商标权保护环节的商标冲突标准的统一主要应该包括两个方面:一是冲突标准用语的统一。鉴于《商标法》第57条(《征求意见稿》第72条)明确在立法中引入混淆不仅是学者呼吁^[51]的结果,在引入之后也得到了学者的肯定。^[52]因此,统一商标授权和商标权保护环节的商标冲突标准需要从商标授权环节的商标冲突标准修改入手,即将混淆可能性明确规定于《商标法》第30、31条(《征求意见稿》第24、25条)。

被代理人、被代表人商标制度与不正当抢注在先有一定影响商标制度之间的界分主要涉及确定商标法对未注册商标保护的恰当定位以及对被代理人、被代表人商标制度和不正当抢注在先有一定影响商标制度的正确性。就商标法对未注册商标保护的恰当定位来说,为了维护注册取得商标权体制,无论是对普通未注册商标还是对未注册驰名商标,我国商标法都只能提供有限的保护,不能超越注册商标。^[53]就被代理人、被代表人商标制度和不正当抢注在先有一定影响的商标制度的正确性来说,被代理人、被代表人商标制度本质上是对背信行为的制裁,而不是对已经实际形成的未注册商标的保护。因此该制度中的未注册商标的构成条件才非常宽松,只要当事人之间具有包括“其他关系”在内的代理关系或代表关系以及类似的交易关系,被代理人、被代表人就不仅可以禁止代理人、代表人抢注,还可以禁止代理人、代表人使用。普通未注册商标保护制度本质上是对已经有一定影响但没有达到驰名程度的普通未注册商标的保护,其之所以受到保护,根本原因是公平保护未注册商标的价值、维护未注册商标的信息传递功能,最终实现商标法和反不正当竞争法的立法目的。因此,普通未注册商标的保护须受保护对象上“一定影响”的客观条件限制、保护条件上须受“不正当抢注”或“善意”的主观条件限制,以及保护效果上须受地域性、可转让性的法律效力限制。对普通未注册商标的保护是为了维护注册取得商标权体制、建立商标法和反不正当竞争法相统一的商标秩序。^[54]

一言以蔽之,被代理人、被代表人商标制度的立法目的侧重于保护特定内部关系中的信赖利

[49] 参见卢结华:《〈商标法〉第13条第2款(未注册驰名商标保护)评注》,载《知识产权》2023年第5期,第122—123页。

[50] 参见张玲玲:《论未注册驰名商标的司法认定与保护——兼评〈商标法〉第十三条及〈反不正当竞争法〉第六条第一项的适用》,载《法律适用》2019年第11期,第122页。

[51] 参见邓宏光:《论商标侵权的判断标准——兼论〈中华人民共和国商标法〉第52条的修改》,载《法商研究》2010年第1期,第52页。

[52] 参见张今:《商标法第三次修改的几个重大问题解读》,载《中华商标》2013年第11期,第17页;同前注[48],孔祥俊书,第620页。

[53] 同前注[32],王太平文,第144—145页。

[54] 同上注,第143—145、147—150页。

益,预设了在代理、代表、合同磋商等关系中,当事人之间负有特殊的诚实信用义务,保护的是“特定关系人”对未注册商标的正当利益。而普通未注册商标保护制度的立法目的侧重于维护公平竞争秩序,保护的是“所有市场参与者”免受恶意抢注行为侵害的利益。

被代理人、被代表人商标制度与不正当抢注在先有一定影响商标制度之间交叉重叠的根本原因是2013年《商标法》第15条第2款的引入与《商标授权确权规定》对《商标法》第15条第2款中“其他关系”的扩张,尤其是其中的“营业地址临近”彻底模糊了被代理人、被代表人商标制度与不正当抢注在先有一定影响商标制度的边界。因此,要清楚界分被代理人、被代表人商标制度与不正当抢注在先有一定影响商标制度的边界,就应该删除《征求意见稿》第19条第2款,废除《商标授权确权规定》对《商标法》第15条第2款中“其他关系”的扩张,采用最高人民法院在“头包西灵”案^[55]中对代理人、代表人的广义解释,以内部关系与外部关系界分被代理人、被代表人商标制度与不正当抢注在先有一定影响商标制度的边界。

(四) 商标使用相关规定和制度的体系化

《征求意见稿》涉及商标使用的规定和制度的非体系化主要体现在第七章“商标的使用与管理”将各种性质不同的制度缺乏基础地结合,而要使商标使用相关规定和制度体系化,就应将《征求意见稿》第七章“商标的使用与管理”涉及商标使用的相关制度各归其位,并重构商标使用的相关规定。

一方面,商标使用的相关制度各归其位。《征求意见稿》第七章的章标题仍然维持“商标使用的管理”,违法使用驰名商标字样和新增的说明商标使用情况的规定性质上属于商标使用的管理,仍然应该保留在第七章“商标使用的管理”。虽与商标使用有关,但商标使用许可与商标使用性质根本不同,商标使用许可属于商标权利用的一种方式,用英文来说,属于 exploitation(开发)的一种,利用的对象是注册商标权,而商标使用则属于商标的 use,使用的对象是商标。因此,商标使用许可仍应像《商标法》那样,和注册商标的转让规定在一起。《征求意见稿》第62条的“无权禁止的情形”本质上属于商标侵权抗辩制度,已经为《修订草案》正确地调整至商标侵权行为规定之后。规定于《征求意见稿》第五章的注册商标的撤销属于商标权维持制度,不同于注册商标无效宣告制度,应回归第七章“商标使用的管理”。

另一方面,商标使用虽与商标使用的管理有关,但商标使用是贯穿商标法核心概念和实体制度的基本范畴,尽管涉及商标使用的各项制度中有关商标使用的条件各不相同,但其概念在整体上是统一的。^[56] 因此,应该将商标使用概念规定于《征求意见稿》总则,而在涉及商标使用的相关制度中规定商标使用的条件。比如,应将撤销连续三年不使用注册商标制度中的商标使用规定为真正使用,将不正当抢注他人先使用的有一定影响的商标制度中的商标使用规定为公开使用,等等。

(五) 公法性规定的删除与单独品牌促进法的制定

鉴于《征求意见稿》第九章“促进商标使用、服务与商标品牌建设”属于公法性的内容,与商标法的私权性质相悖。因此,建议删除《征求意见稿》第九章,以维持商标法的私法性质。当然,《征求意见稿》可以在总则中进行规定,授权国务院另行制订“企业品牌建设促进条例”,以促进品牌建设。

[55] 参见重庆正通药业有限公司、国家工商行政管理总局商标评审委员会与四川华蜀动物药业有限公司商标行政纠纷案,最高人民法院(2007)行提字第2号行政判决书。

[56] 参见王太平:《商标法上商标使用概念的统一及其制度完善》,载《中外法学》2021年第4期,第1027—1030页。

五、结 论

我国经济形态已经从高速的粗放式发展转变为新常态的平稳的高质量发展,需要一个能够为高质量发展提供法治支撑与保障的体系化的《商标法》。而经过四十多年的发展,商标法的私权化趋势也已不可阻挡,我国《商标法》已经建立了商标法的主要制度,整体制度框架已经比较科学合理,所缺的无非进一步的体系化。因此,《商标法》第五次修改应该努力从体系化角度精雕细琢进行结构设计、制度安排与规则设计,以形成一个体系价值化和价值体系化的《商标法》,为高质量发展提供商标法律基础。《征求意见稿》将商标注册条件独立成章,是完善《商标法》体系结构的重要一步。但其粗糙的条文设计、缺乏逻辑的生搬硬套和错误的公法规定与短期政策性目标的追求永远值得镜鉴。《修订草案》保留了《征求意见稿》将商标注册条件独立成章的优点,避免了《征求意见稿》缺乏逻辑的生搬硬套和错误的公法规定与政策性目标,但条文设计仍然粗糙,仍未能实现制定一个体系化的《商标法》的目标,《商标法》的完善仍然任重道远。

Abstract The Trademark Law is undergoing its fifth revision. At the beginning of 2023, the China National Intellectual Property Administration issued the Revised Draft of the Trademark Law of the People's Republic of China (Draft for Comments). In December 2025, the Standing Meeting of the State Council discussed and provisionally adopted the Trademark Law of the People's Republic of China (Revised Draft). The Draft for Comments has non-systematic phenomena such as inconsistency with the Anti Unfair Competition Law, difficulty in matching the name and reality of the system structure, value conflicts of specific systems, overlap and conflicts of relevant regulations or systems, a lack of systematization in provisions concerning, and the excessive infiltration of public law regulations into the trademark law framework. The objective basis and value pursuit of the systematization of the Trademark Law lies in three aspects: the academic consolidation of existing trademark law studies in the Trademark Law, the coordination of the value of the trademark law system, and the logical unity of the trademark law systems. The systematization of the Trademark Law should start from coordinating the value of the specific system of the trademark law, systematizing the conditions for trademark registration, coordinating relevant regulations and systems, systematizing regulations and systems related to trademark use, and deleting public law provisions, in order to ultimately form a systematic Trademark Law.

Keywords Trademark Law, Non-Systematization, Systematic Improvement

(责任编辑:曹 博)