

中國大陸未註冊商標的法律保護（上）

王麗貞

[摘要] 本文試就對商標之功能及就商標保護目的之分析，闡述商標的價值來源，對商標的持續性使用以及使用人對商標的資金投入、管理及維護等，論證了對未註冊商標提供法律保護的理論基礎與必要性，通過比較不同的立法模式說明了未註冊商標的保護模式、方式及其保護範圍。

[關鍵字] 未註冊商標 使用原則 註冊原則 商標價值 商標保護模式

在採取商標權取得上的註冊原則的國家，對於未註冊商標的保護因為認識不同而有不同的作法。中國大陸對於未註冊商標的保護尚處於一種認識模糊，缺乏行之有效的保護方法的狀態，有些方面尚待做進一步的探討，有些問題尚需進一步廓清。

一、商標與商標權

商標(Trademark)，俗稱牌子，是指經營者在商品或服務專案上使用的，將自己經營的商品或提供的服務與其他經營者經營的商品或提供的服務區別開來之一種專用標誌。”（註一）

商標可以由文字、圖形、字母、數位、三維標誌和顏色組成，以及上述要素的組合構成(《商標法》第八條)。商標作為一種識別性標記，其基本功能便是將不同經營者經營的商品或提供的服務區分開來。由於需要用不同的商標將不同的經營者區分開，不同經營者的商標應當具有可識別性，這便是商標的顯著性特徵，即一個標記應當具有比較容易地與其他標記進行區別的能力，才可作為商標。（註二）

商標的這一特徵決定了同一標記或相似標記在使用上的排他

性，即一個經營者使用了某一標記作為商標，其他提供同種或類似商品或服務的經營者便不能使用與此相同或相似的標記作為商標，否則便不能實現商標的識別功能，商標制度也就失去了其存在意義。

商標權有廣狹義之分。狹義的商標權指註冊商標專用權，即商標註冊人在法定期限內對其註冊商標所享有的受法律保護的各種權利，包括對註冊商標的專用權、處分權、續展權和禁止權等。採取單一的註冊取得商標權原則的國家都使用狹義的商標權概念。廣義的商標權不僅包括註冊商標專用權，還包括未註冊商標使用人對其未註冊商標的使用權、處分權、禁止權及一些程式意義上的權利，如異議權、撤銷請求權。兼採商標權取得上的註冊原則和使用原則的國家都使用廣義的商標權概念。

二、取得商標權的兩種不同方法

商標保護的歷史表明，最早對商標提供保護的英美法系國家通過判例法對商標提供保護，提供保護的前提條件是商標在公眾中享有聲譽，而商標聲譽則只有通過商標的使用建立起來。這就是商標權取得上的使用原則，即只有通過商標的使用才能產生商標權，早期的商標保護制度都是採取的使用原則。從二十世紀初開始，商標權的取得有了一種全新的模式，即通過特定的行政程式——註冊產生商標權，這就是商標權取得上的註冊原則。

現在世界各國的商標保護制度呈現出多樣化的特徵，這不僅表現在商標權取得原則的不同，而且體現在採取註冊原則的國家裏，再分化出單一註冊制和註冊與使用雙軌制兩種不同的商標保護模式。現在採用單一的使用原則，即只有通過商標的使用才能取得商標權的國家已經為數甚少，美國為其代表。美國《1946年商標法》（《蘭哈姆法》）與採用註冊原則國家的制定法不同，該法只是對業已存在的通過使用而產生普通法上之商標權予以制定法上的確認，而不是創設新的商標

權取得途徑。採取單一的註冊原則的國家的數量也在逐漸減少，一些以前採取單一的註冊原則的國家逐步向註冊原則與使用原則並存過渡。中國大陸二〇〇一年十月二十七日修正後的《商標法》採取了以註冊取得商標權為原則，以使用取得與商標有關的權利為例外的方式，其第三十一條規定：“申請商標註冊不得損害他人現有的在先權利，也不得以不正當手段搶先註冊他人已經使用並有一定影響的商標。”該條規定承認了未註冊商標使用人對其未註冊商標所享有的權利，雖然這種權利並不能簡單地稱之為商標權。（註三）

德國、丹麥、芬蘭、瑞典等國家的商標法也採取的是註冊原則與使用原則並存的模式。德國商標法第四條規定：“商標保護產生於：一、一個標誌在專利局設立的註冊簿上作為商標註冊；二、通過在商業過程中使用，一個標誌在相關商業範圍內獲得作為商標的第二含義；……。”該條規定體現了未註冊商標通過使用獲得商標權的前提條件是該標誌已經獲得了第二含義，即該標誌獲得了顯著性，可以通過該標誌識別出提供該商品或服務的經營者。

三、保護未註冊商標的理論基礎

對商標提供保護是因為商標具有價值。商標的價值體現在它可以給其使用者帶來潛在的消費者及隨之而來的商業利潤，消費者可以通過商標來識別不同的經營者，認牌購物；經營者也可以通過商標向消費者提供一定的有關其提供的商品或服務的資訊，它標示著商品或服務的一定的穩定的質量，商標是商品質量的保證。經營者通過商標的使用，使商標與經營者的商業信譽聯繫在一起，商標成為商譽的載體之一。早期的商標保護要求也正是因為商標具有指示商品來源的功能以及它標示著經營者的一定的商業信譽。早期的商標保護制度也是根據上述要求來設計的，英國衡幹法院率先受理了對模仿行為的禁令請求，禁止混淆商品出處的行為——禁止競爭對手對與自己的商標相同

或近似的標誌作持續性並有可能欺騙顧客的使用。商標的價值來源於對商標的持續性使用，經營者通過持續地提供附有商標的商品或服務，使其商品質量及服務水平與商標聯繫在一起，使消費者通過商品質量及服務水平認同商標，通過商標來認同經營者，從而逐步提高經營者的商業信譽。一個沒有投入使用或只是短暫使用的商標是不會有多大商標價值的，即使這個標記本身可能會有一定的價值，它也只是版權或外觀設計意義上的價值體現，而不是商標價值的體現。可能會有人認為存在例外，比如一家知名企業新推出的商標同樣可能得到廣大消費者的認同，給經營者帶來商業利益，如“EXXON”、中國電信的新標誌等。在這裏，商標僅僅是經營者商業信譽的載體，體現的是經營者商譽的價值。消費者是通過經營者來認識商標的，而不是通過商標來認識經營者，商標自身並沒有建立起什麼信譽，脫離了經營者的商譽，商標本身可能分文不值。通過這類例子可以看到，商標信譽與經營者的商業信譽有時是可以分開的，雖然多數時候它們是無法分清的。另外的例子同樣可以說明這一問題，比如經營者擁有等級商標的時候，這些商標代表著不同的商品質量，而經營者的商業信譽與其擁有的商標的信譽是各不相同的。

商標的價值具體來源於商標使用人對商標的持續性使用、資金投入、管理及維護等。經營者通過各種手段包括提高商品質量與服務水平，擴大廣告宣傳等提高商標在公眾中的知曉程度及質量形象，從而轉化成商標的價值。這一聯繫從馳名商標的認定標準上可以很好地體現出來。馳名商標本身含有巨大的市場價值，但如何來認定馳名商標及衡量其價值的大小則需綜合考慮能夠轉化成商標價值的各項因素的影響。一九九七年世界知識產權組織召開的第三次馳名商標保護專家會議提出了馳名商標認定應考慮的十二項因素。主要包括：使用該商標的時間、範圍、地域，特別是商標宣傳的持續時間、範圍和地域，

包括使用該商標商品的廣告、公開宣傳、展示；使用該商標商品或服務在受保護國所占市場份額，在其他國家的市場份額；由商標而取得的質量形象；商標在世界範圍內使用的情況；該商標被成功保護的記錄；有關該商標是否馳名的訴訟結果等（註四）。

我國(馳名商標認定和管理暫行規定)也作出了大致相同的規定。由此不難看出，商標的價值究竟來源於何處，是來源於對商標的使用或是註冊，既然保護商標是因為商標本身具備一定的價值，而商標的價值又來源於對商標的使用，對未註冊商標提供保護便是順理成章的事情。未註冊商標的使用人通過對商標的持續性使用、資金投入、管理等，使未註冊商標形成了一定的價值，便具備了對其提供保護的充分條件和理由。

商標的功能決定了商標應當具有可識別性的特徵，這一特徵又決定了商標使用上的排他性。由此可知，可以作為商標使用的標記是有限的，特別是一些與公眾日常生活相關的任意性商標標記，如蘋果、彩虹等。既然可作為商標使用的標記具有稀缺性的特點，它便是一種資源，對這種資源的分配便應遵循效率與公平的原則。註冊原則是一種通過行政手段分配該種資源的方法，通過行政手段分配資源本身存在其先天不足性，因為行政手段注重的是行政效率，而不是資源的使用效率。這種分配方式既達不到效率的目的，即促進對該種資源的充分利用，因為對註冊人怠於使用該標記並沒有什麼懲罰，致使很多的註冊商標並沒有進行使用或持續使用，甚至有的商標註冊人申請註冊商標的目的並不是為了使用；這種分配方式也與公平目的背道而馳，因為商標註冊人申請商標註冊時既沒有對國家，也沒有對社會付出相應的對價，註冊人是無償地佔有了這種公共資源。而使用原則與公平理念下的資源配置原則是相吻合的，它規定通過使用，才能取得商標權從而促使使用人對商標進行持續性使用，使用人在使用過程

中必然進行相應的投入，包括進行廣告宣傳、提高商品質量與服務水平等。這樣，使用人通過向社會付出相應的對價獲得了對該種資源佔有的權利，既達到了效率的目的又體現了公平的原則。這種分配方式也是與市場經濟條件下的資源配置方式一致的，即通過市場來分配商標標識的使用與保護，國家根據使用人對商標標識的使用情況來確認其是否享有權利及其權利範圍，使用人根據其使用商標標識積累起來的商業信譽不同而享有不同的權利範圍。使用人對社會提供的對價越大，其享有的權利範圍也就越大，這更有利於刺激使用人做更多的投入，更好地使用商標標識。既然在商標權取得上實行使用原則更符合效率與公平的目的，對已經持續使用的未註冊商標提供保護便是必要的、理所當然的。

參考書目：

- 註一、張玉敏主編·知識產權法教程[M]·重慶：西南政法大學內部出版，2001·276·
- 註二、黃暉·馳名商標和著名商標的法律保護[M]·北京：法律出版社，2001·11·
- 註三、趙惜兵主編·新商標法釋解[M]·北京：人民法院出版社，2002·142·
- 註四、吳漢東主編·知識產權法[M]·北京：中國政法大學出版社，1999·381·