

编者按:我国《商标法》制定之后,经历过两次修订。时下,我国正在对《商标法》进行第三次修改。围绕此次修改,本刊特别邀请三位专家从不同的角度对《商标法》第三次修改中需要坚持的原则和解决的问题进行探讨,旨在倡导理论研究的争鸣,以促进商标法律制度的完善。

需要说明的是,本期所刊登三位专家关于《商标法》修改的文章,其观点并不代表本刊,而是作者自己的看法。

民法原则与商标立法

◆ 刘春田*

摘要:《商标法》从诞生起,历次修订虽然具体任务不同,但是方向和结果是明确的,除了商标制度本身的技术性问题外,都体现了对商标法的本性——民法的回归。正在进行的《商标法》第三次修改应当坚持法治思想,贯彻民法原则,认真思考和解决民法与商标法的关系、商标法中实体规范与程序规范的关系、未注册商标与注册商标的关系、商标法中私权利与公权力的对立统一、商标注册机关的职能和法律定位等方面的问题。

关键词:法治思想 民法原则 商标法 修改

我国《商标法》正在进行第三次修改。作为民事立法,本文拟就修改《商标法》应当注意的基本原则性问题提出两方面的建议,供立法工作参考。

一、修订《商标法》在一定意义上是进一步实现对民法的回归

商标法属于民法,是不争的事实。无论我们是否意识到,商标法从诞生起,历次修改虽然具体任务不同,但是方向和结果是明确的,除了商标制度本身的技术性问题外,都体现了对商标法的本性——民法的回归。《商标法》自1982年颁布以来,中国社会发生了巨大变化。商标法也与时俱

进,相继经历了两次修改。前两次修改的特点是,任务明确,内容具体。第一次修改着眼于从计划经济向市场经济的转型,第二次修改意在克服加入世界贸易组织的法律障碍。因此,这两次修改具有不同程度的被动性、局限性和短期的实用性。本次修改,除了具体的目标外,更重要的是应当有明确的指导思想和一以贯之的原则。这个思想就是法治思想,这个原则就是民法原则。此番修改,客观上具备较大的主动性,有条件以客观、理性的态度,以商标权的私权本质为基础,以建设法治社会为目标,遵循法治的精神,放眼长远,从容设计,力所能及地将商标法修订成为一部较为完善的、符合市场经济发展的、更好地为中国的现代化服

* 作者系中国人民大学知识产权学院院长、教授、博士生导师。

务的民事法律制度。为此,既要做到“入乎其内”,洞悉商标制度的特殊规律,科学的构建商标法的自身系统,又要“出乎其外”,克服部门立法造成的思维局限。修改法律应当坚持民事立法的基本原则,有效节制行政部门的权力扩张,坚持系统化方法,立足宏观大局,使商标法成为社会主义法律体系的有机组成部分。

中国商标制度的百年历史,随着经济、社会的发展,走过了一个“之”字形的道路。清末,自1904年开始施行商标制度。其后,经济曾一度发展,但日本入侵中断了这一进程。新中国成立后,1950年颁布《商标注册暂行条例》,反映了建国初期多种经济成分并存条件下的市场经济状况,奠定了以保护商标专用权为基础的现代商标制度。经过1956年经济领域的社会主义三大改造,中国变为生产资料单一的公有制经济国家,由此建立的计划经济体制,使商标制度失去了生存的经济基础,名存实亡。1963年颁布的《商标管理条例》实行商标强制注册,商标实际上被异化,成为财产的统一所有人,公有制所有权的管理人——政府对其下属——企业实行计划管理和质量控制的手段,商标注册人之间同属一个财产权主体,商标失去了作为区分不同所有者来源的功能。改革开放后逐步恢复了多元经济,我国逐步重建商标法制。1982年颁布《商标法》以来,经历了大约三个不同的历史阶段,立法原则和指导思想也几经变迁。最初立法,公有制经济基础,天经地义;计划经济体制,不可动摇。那时思想上的最大解放,是承认社会主义存在商品生产,商标法主要职能是服务于初期的改革开放,为商业活动提供尽可能的法律保障。但是,商标制度之于计划经济,犹如冰火,不可同炉。与其他法律一样,商标法不可避免地受到计划经济体制的制约,那种条件下有关商标的规范性文件所指的商标,严格讲,还不是今天市场经济相对发展条件下私权意义上的商标,而是从管理手段向私权的过渡。在计划经济体制的大环境下,第一部《商标法》为商业活动中的标记使用提供了大体的准则,为我国商标立法奠定了基础,构造了雏形。第一轮修改,放弃了计划经济,转而建立社会主义市场经济,商标制度开始向

私权法律进行基因转变;第二轮修改,面临加入世界贸易组织,商标法必须适应融入全球经济体系的需要。当时,在修改法律问题上,既有内在动力,又有外在的压力,同时也有原有体制造成的阻力。在一定意义上,世贸组织的门槛,作为修改《商标法》的“外援”,成了对《商标法》作出重要而理性修改的推手。纵观以往的立法和修法,多少都带有不同程度直接的、短期的功利性和被动性,主要有两个特点:

(一)计划经济体制的影响根深蒂固。《商标法》的每次修订都有明显的进步,但计划经济体制作为一种基本经济制度,一种长期实实在在的存在方式,一种天经地义、神圣的、不容置疑的范式,曾经深刻而持久的影响了中国几代人的生产和生活,影响着立法、执法和司法活动。也影响了公众的思维与价值判断。计划经济作为一种制度血统,如同遗传因素,不可能短期被清除,在一定程度上和范围内仍然起作用。其中既有硬件的制度规定,也包括思想、观念和长久形成的积习直接反映到法律法规和社会生活中。在向市场经济转变的过程中,无论是我们几经修改的《商标法》,还是有关商标的管理工作,或是商标诉讼的判决,由于计划经济体制的思维根深蒂固,在实践中,片面、机械、僵化的理解法律法规的条文,从根本上违反商标法制宗旨,破坏市场公平、诚信秩序的现象屡见不鲜。究其根源,多出于计划经济的意识形态。有理由相信,计划经济体制的幽灵,将长久不散。

(二)商标立法欠缺体系化。法律,是一个不断趋于完善,这种完善又不断被打破的规范系统。体系化是法律永恒的追求。在中国,商标立法孤立于民法大系统之外,欠缺与其母体——民法的协调与整合。这导致商标法与现代法治若即若离的不正常状态,反映了我国法治整体水平的低下。这种情况严重影响了我国商标法制乃至整个知识产权法制的现代化,成为制约中国经济进一步繁荣的制度障碍。因此,立法活动的指导思想必须明确:商标权是私权,商标法是财产法,是民法的重要组成部分,商标立法是民事立法。这是商标法制的基础和出发点,不可因经济形势的起伏而

改变,也不可因行政权力的强势而忽视或动摇。事实上,每一次《商标法》的修订,都是商标法对民法的回归。《商标法》此次修订的社会背景不同以往。中国经济持续快速的发展,对知识产权法制提出了更高的要求。马克思主义告诉我们,物质成果不能自发的转化为精神成果。已有制度的建立和实践的发展,还不足以改变我国知识产权理论与意识浅陋与缺失的现实。我国知识产权法律虽有近三十年的实践,但理论研究是相对落后的。历史的经验告诉我们,靠当初计划经济体制下形成的思维模式,任何人都不能深入、准确的理解在西方工业文明社会成熟的市场经济体制下的知识产权法制。靠开放之初少数人生吞活剥、囫囵吞枣引进西方的、远非体系化的知识产权理论,再照猫画虎,亦步亦趋地简单效仿西方成规的做法,不足以支撑一个大国系统化的制度建设,更不足以解释日益丰富、生动的、极具中国特色的社会实践。这种理论上的浅陋与缺失,或迟或早,一定会成为实践发展的桎梏。有关这个问题,将另文讨论。当前,我们需要的,是一部宗旨鲜明、定性准确、定位清楚,既立足当前,又适应开放大势,具有前瞻性、纲领性、系统实用的《商标法》。修订《商标法》,给了我们又一次回归民法和进一步推进法律系统化的机会,这对规范一个日益庞大的社会经济体的运作,价值巨大。此外,还要看到,“财产权不只需要一部法律,还需要能执行法律的行政与司法体制。在这方面,中国是落后的。”¹这是一个十分中肯的评价,也是一项极有价值的建议。

二、修订商标法应当贯彻民法原则

本文以为,完善商标法制,必须贯彻民法原则,至少应当认真思考和解决好以下几方面的关系问题:

(一)民法与商标法的关系。商标法的定性、定位,是决定商标法全部面貌的基础与核心。我们一向认为商标法以及其他知识产权法属于民事特别法,今天看来,这种表述无论是逻辑上,还是

实践上,都是不准确的。事实上并不存在一个作为商标法的普通法上位法律。商标法与民法不是特别法与普通法的关系。商标法和物权法、债权法一样,是民事基本法,它与民法是部分与整体的关系。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内,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。但是,将商标法作为重要的民事法律制度,纳入民事立法统筹安排,在实践中就有可能存在歧见。我国在商标法制这个问题上,存在着法律的逻辑理念、立法体制、法律制度、法的实施、法的适用等诸环节的非系统化,存在理论与实践的冲突。众所周知,法律关系的属性,决定它所适用的法律的性质。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。无论历史与人为因素导致知识产权法在形式上与民法相距多么远,它们共有的相同私权基因却是无法改变的。因此,在立法上,必须运用民法的思想、民法的方法、民法的体系、民法的制度观照和统领商标法律制度。遗憾的是,我国商标的立法工作,包括《商标法》的前两次修改,在主观上和实际操作中,基本上游离于民法的精神、理论和体系之外进行的。虽然1986年通过的《中华人民共和国民法通则》把知识产权作为单独一节,与物权、债权并列规定,明确界定商标权属于民事权利。但是从商标立法工作的体制上,与知识产权法律自身的系统性并不一致。按照《民法通则》的规定,知识产权主要包括著作权、专利权、商标权。据此,有关知识产权的立法工作应归于同一个部门,便于统筹安排,系统立法。但是,这些法律的最初起草工作,却由担负具体职能工作的各政府部门启动,致使规范基本民事权利的立法工作,事实上由负责注册、登记事务的职能部门主导,造成知识产权诸项立法部门管理色彩浓重。其结果是,给一个法治传统,尤其是民法传统相对落后的国度的国民,造成了对知识产权法基本属性的误解。进而,无论在商标法律秩序的管理,还是在司法活动中,抑或在社会公众的法律意识中,对作为商标法体系

1 [美] 格林斯潘:《动荡时代:新世界中的冒险》,引自:《参考消息》,2007年9月22日。

的民法通则的规定、理解、贯彻都不到位,没能把商标权浸润在民事权利的体系、制度、意识、思维等民法领域中。在观念上,迄今未能把商标权等知识产权置于和物权、债权同等的民事财产权地位上,未能用与物权、债权本质相同的民事财产权思维,去认识有关商标的事务。使商标权属于民事权利或私权在一定程度上仅仅停留在无关紧要的形式法律的宣示上。造成抽象的肯定商标权为民事权利,言必称商标权为私权,却常常否定它的民事财产权利属性的现象。在实践中,商标的私权地位经常受到来自市场不正当势力,以及政府职能部门不当行使、甚至滥用行政权力的侵害与挑战。我们工作中出现的大量矛盾与挑战、问题与失误,往往不是源自对商标法具体规定的不熟悉,不是对商标法律条文的违反,也不是执法、司法人员的职业操守问题,而是源于对商标法宗旨意识上的模糊,源于对商标权作为私权的误读、误解。总有观点认为,商标权与其他私权不同,它离不开行政管理色彩。其实,很多财产权都有行政因素跻身其间,如房产权、车船等不动产,股票、债券、存款、外汇等私有财产,和商标权一样,都离不开行政管理部门的规制,但是规制的目的在于完善和保障私权,规制的对象限于形式要件,无碍财产的私权属性。本文认为,很多强调知识产权特别的观点,抽象肯定为私权,具体又否定,有意无意把知识产权法律游离于民法之外,这也是导致知识产权理论研究、立法和司法实践相对混乱的原因之一。因此,所谓完善,就是让商标法制,无论实质上还是形式上,包括立法、司法和法律实践,秉承法治的理念,把握和运用民法的思维,恪守民法的原则,坚持以商标权的私权属性为前提,以经营者为主体,以市场为主导,既考虑商标法自身的特点,做到商标法内部的融洽,建立维护以商标权为核心的商标财产权制度。又使商标法与外部法律体系相和谐,使之与民法体系的其他构成相整合,真正成为民法的有机组成部分。编织博大精深、完整统一的民法体系,进而构筑公平、诚信的市场竞争秩序。商标法律工作者,尤其是注册和管理部门,不仅要熟悉具体的商标业务,更要学会借助于民法的观念、理论、原则、工具思考商标涉及的法律问题。承继民法系统而完备、复杂而成熟的

制度传统,借助于民法法律文化的丰富营养,克服长期以来商标工作的思维孤立于民法体系之外的不正常状态,使商标法的实施,在一个有机的法律体系内,达致相对完整、准确、辩证的适用,更好地服务于市场经济的发展。

(二)完整、系统的理解和准确实现商标法的功能。商标是贸易的产物,商标的功能在于区别商品和服务的来源,商标法律制度旨在构建一个公平有序的市场秩序,以禁止混淆商品、服务来源的不正当竞争行为。交易是经济活动的组成部分,是商品生产者实现劳动价值的关键。其中,买卖双方寻觅供求的过程,是交易活动的重要环节。这一过程,既需要空间,也需要时间。交易所需的空间与时间,实际上就是劳动时间,就是交易成本,就是财产。就交易而言,交易成本越低,交易周期越短,供求两方就能实现双赢。商标就是决定交易成本高低的重要工具。商业标记,作为市场供求关系的纽带和桥梁,一方面缩短了商品与服务提供者的推销空间与时间,节约了销售成本;另一方面,给消费者提供了方便,减少了寻觅商品和服务的成本。此外,商业标记,还为社会提供了一个稳定、安全的交易秩序和环境。因此,商标在市场交易中所发挥的功能是明确的、具体的,这种功能的承担所转化的经济效益,是可以确切地加以计量的。上述经济效益的量化结果,就是商标的价值。通过这样的市场演变,对商标的支配、利用、控制成为一种特殊的利益。在市场上,谁支配、利用、控制商标,谁就可以获得利益。为了保障善意经营者对其商标的上述行为不受侵害,禁止他人不当的利用其商标,保障交易秩序与安全,法律保护对商标的支配权,并赋予商标权的财产地位。因此,规范商标的支配、利用、控制行为的法律——商标法属于财产法。

(三)商标法中实体规范与程序规范的关系。作为成文的民事基本法,商标法本质上是商标权法,属于实体法。但是受立法内容和现有立法技术的制约,商标法中也兼有篇幅大量、内容繁琐的程序规范。我国商标法的法律位阶决定,其内容只能就商标权的基本制度做出规定,加以程序制度杂陈其中,导致实体权利和程序设计都受局限,差强人意。但在法律文件的类别上,并不能得出

商标法既是实体法,又是程序法的结论。就如同民事基本法立法中既有实体规范,也有程序规范,比如诉讼时效制度,就是涉及实体权利的程序规范,不动产所有权中规定的登记制度,则是涉及实体权利的程序规范。这种情况也都不会导致民法属于实体法的法律性质的改变。因此,只要认真分析就不难看出,在商标法中,实体规范与程序规范,二者之间不是并列关系,而是目的与手段,是主与辅的关系,既不可偏废,也不能颠倒。但是,在立法技术上,二者既可结合,亦能分立。也可转变思维,把现有商标法中的实体与程序相分离,商标法只规范实体内容,既可以集中对商标实体权利做出充分的、内容相对稳定的规定,通过立法程序完成;另一方面,把商标的注册程序规范从现行商标法中提取出来,通过国务院专门制定一个更为详细、完备,方便实用,又有利于适应变化,方便修改的、属于操作规章的商标注册条例。

(四)处理好未注册商标与注册商标的关系,让商标法律制度更准确、合理地反映商标与商标专用权的本质。首先,明确注册商标与未注册商标在法律地位上的区别。一方面,鼓励生产经营者尽可能地进行商标注册,以减少纠纷,节约社会资源,使商标获得法律上无可争议的保护。这是商标制度的纲领性,或引导功能。另一方面,承认和妥善保护未注册商标的正当权益,保障良好的商业秩序和贸易规则,这体现商标制度作为民事法律,追求公序良俗和维护公平、正义的核心价值。商标权属于民事权利,根据宪法、民法和劳动法的原则,任何民事主体,从公共资源中拮取任意符号、文字、数字、构形、色彩,按照自己的意愿完成一个表达,或者从已有的表达中经过正当的选取,并将这选取的表达指代一个特定的商品或服务,二者一经结合,并置于市场之中,就实施了一个法律行为,完成了将一个设计转化为商业标记的实践,原来纯粹的表达符号就变为了一个商标。这是一个法律事实,根据商标法和民法,无论该商标是否注册,都已构成事实上的商标,并享有由此而产生之利益。这不同于专利,专利是以履行专利法所要求的程序,并经政府审查部门确权以后才产生,是一种要式法律行为。此等利益若受不法侵害,国家有责任予以救济。但是,商标则不

同,它无论注册与否,都应享有实质上的商业标记利益,这就是我们认识商标问题的起点。从这个意义上讲,商标的实际使用产生利益,是商标实体权利产生的事实前提。历史上我们由于缺少实践和相对无知,曾经片面强调注册商标的权利,基本上不承认或无视未注册但实际上已经使用的商标所应有的商业标记利益。这既与商标法的自愿注册原则不符,与民法权利义务关系产生的基本原则相悖,也没有充分考虑到我国经济领域的社会生活实际。如果说我国在实施商标制度的初级阶段强调注册的重要性有其合理性的话,在市场经济已有适度发展的情况下,就不应拘泥于把一个本属于程序性要件的注册,继续作为商标利益产生的不可动摇的唯一前提。可喜的是,我国对业已驰名尚未注册的商标开始认定驰名商标,这是客观、理性商标观念的体现。

(五)和谐实现商标法制中私权利与公权力的对立统一。在市场经济下,在现代法治国家,作为公权力主体的政府,与作为私权利主体的企业和个人,有明确的分工。政府是创造和谐的社会秩序与法治环境的主体,企业和个人是创造财富的主体。私权利是基础,是目的;公权力是辅助,是为私权利服务的手段。因此,政府的职能是为企业和个人创造财富服务的。在法治的前提下,政府的行为选择,应以是否有利于它们创造更多的财富为依归,应以维护它们的正当权益为依归。商标权作为私权,同时作为企业谋取财富的手段,也是公权力的规制与保护客体。公、私权性质不同,二者之间应当谨守分际,尤其是政府,不可固执于计划经济体制过多干预企业的传统习惯。因此,无论是政府部门的程序,还是司法程序,都是为商标权的确立与归属设定的,是为构建一个公平、理性市场秩序服务的。政府行为的结果不会导致政府可以通过行政行为从私权主体手中分得一杯羹。根据商标法,政府无权超越法律的规定,任由自己的意志,凭借行政权力决定私权利的归属和与夺。那种认为在新形势下知识产权私权利已呈现公权化趋势的主张,从根本上是站不住脚的。在经济全球化的条件下,政府应秉持法治与服务的理念,切实贯彻行政的原则,简化繁琐的程序,提高效率,更好地服务于市场经济的需要。

(六)恰当定位商标注册机关的职能和法律地位。商标权的私权属性决定,商标注册机关工作的基本职能是审理和确定商标注册。民事主体试图选取商业标记的主张,有可能与其他人既有的权利或相同的主张发生冲突,为避免或减少冲突,构建一个正当竞争的市场秩序,应当有一套检索、确认和公示机制,让市场主体的商业标记和而不同,和谐相处。在西方资本主义生产方式建立和发展的进程中,由企业产生的这种要求,起初是由行会来满足的。在商标制度中,根据法律,政府借助于公权力主体的公信力,有权对民事主体提出的主张私权利的请求方案进行审查,对符合法律规定的主张予以核准与确认,若有异议或争议,可以再审查,并做出决定。如果仍有争议,法律则为之设定诉讼程序,以定与夺。这种做法符合现代社会的惯例,一是权利的产生出自政府部门的审定与认可,说明该项权利既符合法律的规定,又与第三人的权利或利益不相冲突;既体现国家对此权利,以及对调整此类社会关系的重视,又体现国家对此财产权矢志保护的决心,还表明国家借助行政手段,以政府的正式记录和出具无需再证明的法定证据的方式,证明该权利的正当性。尤其要指出,政府管理部门受理、审查、准予或不予商标注册的行为,就其法律性质而言,并非公权力介入私权利领地,确立商标权并不取决于政府的参与,而在于该标记的使用是否具有合法性,由政府出面经略商标注册事务,是一些国家的法律为商标权的确立——这种要式法律行为所设定的形式要件规定。鉴于这是一种“要式法律行为”,这项职能应当由一个有社会公信力的机构来承担,为此,商标注册机构应运而生。在中国,由于计划经济体制的长期影响,这样一种商标注册的运行机制很容易给人造成误解,误以为商标局受理、审查、注册、登记、公告、异议决定、争议评审裁决有关注册商标的行为属于行政行为。实际上,如果认真分析就可以发现,商标局的上述活动,是纯属依照民事法律的规定审查、确定与公示民事权利的行为。商标局自始至终所动用的,只是一个行政机关的身份与名义,法律从未赋予它行使行政权力的空间。其间,不发生任何政府公权力的损益,无须公权力的介入。所以,商标的申请受理、

审查、公告、异议审查与复审、登记注册,一系列行为的本质均非行政行为。唯其如此,在商标权益争议当事人与商标局或商标评审委员会发生的有关的诉讼中,无论司法分工将其交由民事审判庭审理,还是行政庭审理,当事人之间或当事人与商标局或与商标评审委员会之间所争议的,都是民事权益。唯其如此,争议当事人无论因商标局或商标评审委员会的行为而导致商标财产损失后果的,都不可能援引国家赔偿法请求商标局或商标评审委员会予以赔偿。可见,与商标注册有关的政府部门,与其它政府机关的地位与职能有本质的区别。

(七)完整、准确地理解商标注册的性质、功能和意义,尊重私有财产。弄清只注册、不使用行为的本质和法律后果,还有使用不规范、有一定知名度的商标连续三年不使用的法律后果问题。众所周知,商业标记的产生源于诚实信用的商业道德和对市场交易的责任的保障。制度设计和规范的确立必须遵循这一宗旨。商标注册制度是实现该宗旨的手段。因此,二者之间是“道”与“术”的关系。我国长期实行注册制度,还一度实行过强制注册制度,把商标注册的形式看得高于一切,在相当长的一个时期,有的部门甚至误解为法律只保护注册商标,商标不注册就不受保护。这是一种“注册崇拜”,这种行为从根本上误解了商标注册的本质与功能,误解了行政权力在商标注册中的作用,自觉或不自觉地误将这一制度理解为私权公授,认为商标权是源于商标注册机关的权力。这种现象的后果往往造成南辕北辙、本末倒置,使人在严格恪守机械、僵化的法律条文的同时,其结果却背离了设立规范的宗旨。实践中,屡有不诚信者滥用这个制度,对他人实施不正当竞争。一方面,注册大量的商标阻挡他人使用;另一方面,又长期不使用,醉心于占用资源,形成大量的垃圾商标。因此,注册制度必须树立明确的原则,切实保护那些真正追求商业上使用标记的行为,限制和杜绝那些专为保留相关标记纯粹在法律上的垄断权利,而事实上不使用的行为。这方面,可以借鉴发达国家的经验。立法者应当通过法律让商标注册申请人知道,注册的目的是为了更方便商标的投入使用,是为了保障其设计不被其他人抢先使

用,而不保护那些只追求纯粹法律意义上的虚有的商标权。因此,在制度设计中必须让注册人明白,单纯注册而不使用,只是形式意义上的商标。只有将商标与所指代的产品或服务结合在一起并投入市场进行交易时,注册商标才转化为实质意义上的商标,转变为实实在在的民事财产。要让社会公众都知道,实质意义上的商标,才是法律刻意保护的主体。因此,法律应当要求,商标注册以后的一定时期必须投入使用;这种使用必须是商业目的,而非纯为了垄断一个标记。这里的使用不可以是广义,一定是狭义的;还可以规定,在提出注册申请的一定期间内,申请人必须提交商标正当使用的有效证据,以证明该商标已实际使用,否则,视为放弃已提出的申请。反之,对那些经使用后具备一定的市场知名度的商标,哪怕使用不够规范,或者出现了《商标法》第44条规定的连续三年停止使用的情况,也要慎重对待,不宜动辄不加区分的轻言撤销注册。商标权是一项民事权利,商标注册是对民事主体正当主张的审查、确认和公示,商标权原本并非商标注册机构授予或让渡的权利,也不是商标注册机构代表国家授予民事主体的。事情伊始,从当事人从公共资源中选取元素以为设计,到商标设计的选取、商标的运用、商标产生价值,转化为财产,或者因经营不善造成亏损,都是商标注册人的事,与商标注册机构从无干系。商标注册机构作为为他人所主张的财产依法进行审查、登记、注册,出具法定证明的机构,无权任意予夺他人注册商标。市场活动中的注册商标是注册人的合法财产,不是政府职能部门任意予夺的“批件”。这与因使用不当,或因违反交通规则,公安局不可能因此没收他人的汽车是同样的道理。

(八) 节制驰名商标、著名商标、中国名牌、世界名牌等增加企业和地方政府负担的五花八门的认定活动,还驰名商标等以本来面目。我们知道,对影响较大、信誉较高的商标给予与其影响和信誉相匹配的保护,是对传统商标权利保护范围的突破,这是1967年《巴黎公约》的一个成果。近40年来,驰名商标作为商标法中的一个突出的问题被市场活动所重视。在知识产权制度滞后发展的中国,曾被作为商标工作的一个战略,格外被重

视。为了落实这一战略,国家工商总局先后专门制定和颁布了《驰名商标认定和管理暂行办法》和《驰名商标认定和保护规定》,这一制度在某些方面发挥了积极的作用。这是一个试图用市场机制与行政激励相结合,敦促我国企业重视商标、保护商标专用权,善于利用商标增强企业竞争力的手段。这一制度曾发挥一定的积极作用。同时,对这一制度,各界一向就有争议。尤其在法理学理论界,反对者居多。反对者并非一般地反对驰名商标制度,而是认为我国的诸多做法歪曲了《保护工业产权巴黎公约》的原则,对一个纯由市场决定的经济事实,变成一个由政府主导的事实上的评选活动,变成了一个经过评定在数年内享用,并在其后事实上可以“续展”的商标贵族的身份。在一定程度上已成为少数企业利用政府参与此事所展示的公信力,实施不正当竞争的手段。由于这一做法先天不足,近年来更是被严重歪曲、滥用、异化,诱使企业提出“争创驰名商标”的错误奋斗目标,甚至堂而皇之地成为地方政府政绩工程的筹码。此外,企业在申请驰名商标上花费无谓的精力与金钱,本末倒置,在一定程度上把企业引上了歧途。很多地方政府,一方面大搞各种名目的评选所谓的“著名商标”、“知名商标”的活动,给企业制造负担;另一方面,又滥用行政权力,高价悬赏,用纳税人的钱财,奖励拿到驰名商标的企业。此外,有的部门还花样百出,搞与驰名商标无本质区别的所谓“中国名牌”甚至“世界名牌”,弄得企业负担重重、忧心忡忡、无所适从。上述现象,已经与《巴黎公约》当初提出驰名商标概念的初衷,以及制度设计所追求的功能,大相径庭,远离了驰名商标制度的宗旨。本文认为,我国目前这种“驰名商标”、“中国名牌”、“世界名牌”、“著名商标”的产生机制,已经走向了反面。

(九) 以法治的原则,理性安排知识产权的司法保护与行政执法问题。现代社会,解决财产关系应当遵循法治的原则,力戒用行政办法解决财产纠纷。一个时期以来,保护知识产权手段的所谓“双轨制”被称作“中国特色”。多年来,理论界虽然对此时有诟病,但从无人深究。以至“特色”论甚嚣尘上。本文认为,在理论上厘清问题,纠正误解,将有助于完善知识产权法制建设。如前所

述,我国是在计划经济的基础上重建知识产权制度的,在单一公有财产条件下,政府职能部门乃是企业财产的“主管”。在该体制下,职能部门本质上不是基于法律,而是基于财产管理人的身份对企业的人、财、物加以支配的。其正当性无可置疑。但是,在财产所有多元化的今天,在市场经济和法治环境下,非经正当的行政或司法程序,任何政府或个人均无权干涉公民的行为自由。对民事主体的财产,非经当事人意思自治或司法程序,任何政府部门或个人都无权处置。这是一项基本的法治原则。遗憾的是,在矢言建设社会主义法治的同时,却公然并行建立起一个不经法律程序就可以剥夺民事主体的财产权利、干涉他人人身自由权利的所谓“行政执法体系”,实在不可思议。2008年12月修订的《专利法》在这个问题上走的尤其远。第六十四条的规定集中的反映了这一倾向。条文中有些是2000年修订《专利法》时被否掉的内容,这次又被纳入并获通过。该条第一款规定:“管理专利工作的部门根据已经取得的证据,对涉嫌假冒专利行为进行查处时,可以询问有关当事人,调查与涉嫌违法行为有关的情况,对当事人涉嫌违法行为的场所实施现场检查;查阅、复制与涉嫌违法行为有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料;检查与涉嫌违法行为有关的产品,对有证据证明是假冒专利的产品,可以查封或扣押。”第二款还规定“管理专利工作的部门依法行使前款规定的职权时,当事人应予以协助、配合,不得拒绝、阻挠。”这是一个明显违反法治的条款。其一、未经正当的司法诉讼程序,管理专利工作的部门的“已经取得的证据”从何而来,认定什么是“证据”,什么不是“证据”的法律依据在哪里?其二、未经司法机关的批准,一个为私权确权职能部门约束个人或社会组织的行为自由,决定对公民或其他民事主体实施询问的法律依据是什么?其三、未经司法机关的决定,管理专利工作的部门对民事主体的经营场所实施现场检查,查阅、复制他人的合同、发票、账簿等商业资讯的依据何在?检查、查封或扣押他人的财产的法律依据是什么?有何法理上的依据要求民事主体对外处置其财产权与人身权的非法行为予以协助?立法部门可曾想过:实践中,如果民事主体,拟或是真

正的侵权者,对管理专利工作的部门的上述作法一律抵制,该部门有无合乎法治的强制措施,以保障实现自己的“权力”?如果没有这一保障,赋予该部门的“权力”有何意义?依照法治原则,这一立法,违反了我国宪法和民法对民事主体人身权利和财产权利的保障规定,是对公民人身权、财产权利的无视,是对法治的不尊重。专利法对此的修改,是一个败笔。商标法,乃至著作权法的修改,切忌步其后尘。

(十)提高立法水平,增强国家的软实力。立法水平的高低,是一个国家软实力的重要表现。当前,树立法律体系化的理念,理顺立法宗旨与立法活动、立法目的与法律规范之间的关系,应是立法的首要任务。我们在立法和法律的实践过程中必须时时考虑,我们为什么要立法,为什么要这样立法,怎样的“处理”方案才更合乎实际、合于逻辑,才是应有之义。因此,重要的不是规范,而是规范的理由。我们选择和设计规范的目的是为确立一种秩序,营造一种环境,以便为实现一种理想的社会生活提供保障。这就是规范的理由。如果脱离或背离这个理由,孤立的就规范谈规范,就会使法律的实践迷失方向,而实践正是法律的生命和价值所在。其结果,很可能导致制度、规范走向异化。在知识产权领域,我们应当避免目的和手段倒置,程序与实体易位。避免遭到自己所设计的制度的算计,避免为自己确立的规范所困扰。杜绝非分者堂而皇之的利用有隙可乘的规定,行不正当之竞争,取不义之钱财。立法是一门科学。立法活动是一个理论与实践相结合的、复杂的创造活动。法律设计水平的高低直接反映着一个国家在该领域的认识水平。立法者所担负的是历史重任。凡身膺此任者,应当既是专业精英,又要人品贵重,还需要相应的制度保障。本文认为,从立法机制入手,提高立法的技术层级、权力层级、改善知识结构,消弥部门利益纠葛,通过跨部门的机构,以协调知识产权各专门法以及与知识产权有关的各种法律、法规的立法活动,克服“部门立法”形成的弊端,协调包括商标权在内的各种知识产权的事实所造成的冲突问题,是完善知识产权法治的必要条件。■