

两大法系保护未注册商标之比较研究

李春华

(山东农业大学 山东 泰安 271018)

【内容摘要】商标权保护制度的完善在于商标注册制度和未注册制度的完美结合,我国目前对未注册商标只注重“管理”,不注重“保护”。本文通过比较两大法系国家对未注册商标的保护,认为我国《商标法》第三次修正时,应借鉴两大法系的立法经验,扩大商标法的范围,并明确规定未注册商标受保护的条件等,以完善我国的未注册商标保护制度。

【关键词】未注册商标 法律 保护 比较

中图分类号:D6523.3

文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2010)06-0055-04

商标依据是否注册可分为注册商标和未注册商标。根据传统的商标保护理论和现行商标立法,注册商标具有商标专用权,在司法实践中能够受到法律的全面保护,而各国对未注册商标的保护在很大程度上取决于该国所采取的商标权取得原则。一般来说,采取使用原则的国家对未注册商标的保护程度较高,采取注册原则的国家对未注册商标的保护程度相对较低^①。商标权保护制度的完善在于商标注册制度和未注册制度的完美结合,当今世界,英美法系和大陆法系国家在商标保护方面均有其突出的特色。本文通过比较研究两大法系国家对未注册商标的保护,希望对进一步完善我国的未注册商标保护制度,建立公平的商业竞争秩序,维护经营者的利益以及消费者权益以及为我国商标法第三次修正案起到借鉴作用。

一、大陆法系对未注册商标的保护

大陆法系国家主要通过反不正当竞争法和商标法等专门的单行立法从实体法上加以保护。大陆法系国家多以注册原则作为其商标法律制度的基本原则,在商标权的获得上,以商标注册作为商标权产生要件。但这并不意味着未注册商标就不受法律保护,未注册商标作为使用商标的事实决定了其受法律保护的地位。日本、德国、法国作为大陆法系的代表国家为未注册商标提供了各具特色的保护方式。

(一)日本

大陆法系国家大多都制定了反不正当竞争的专门立法,在与其注册商标制度相协调的条件下,往往借助反不正当竞争的观念,通过《反不正当竞争法》来对未注册商标加以法律调整。日本便是这方面的典型国家。

日本《反不正当竞争法》第一条规定,使用与别人周知商标、商号、商品容器及包装相同或相似的标志,或出售、出口带有该标志的商品,从而引起混淆的,则商业利益受损害的人可请求停止该行为。这里的周知商标一般即指在地方知名的未注册商标;日本的商标,无论是商品商标还是服务商标,如果未注册,都要受到《反不正当竞争法》的保护。

日本《商标法》第32条规定,在他人商标注册申请前,在日本国内不是出于不正当竞争的目的,而在该商标注册中申请的指定商品或指定服务或与其类似商品或类似服务上使用该商标或与其近似的商标,在该商标注册申请之际,已使消费者广为知晓该商标表示与其业务相关的商品或服务时,其使用者当在继续于其商品或服务上使用该商标的场合,则拥有在其商品或服务上使用该商标的权利。该业务的继承者也同样如此。可见,日本的《商标法》赋予具有一定知名度的未注册商标在先使用权。

* 作者简介:李春华(1964-),女,山东农业大学文法学院教授,主要研究方向为知识产权。

从对未注册商标保护的立法模式看,日本是典型的双轨制国家。即对未注册商标的保护是通过两个方面来实现的,一是通过狭义的《商标法》赋予未注册商标权人在先使用权;二是通过《反不正当竞争法》保护在地方知名的未注册商标。

(二)德国

德国是典型的大陆法系国家,也是当今世界对未注册商标保护最充分的国家。与其他大陆法系国家相比,在未注册商标的保护上有自己的独特之处。主要体现在:

1.德国在其《商标法》上对未注册商标给予了直接而有力的保护。德国最新修订的《商标法》第4条规定了产生商标保护的三种途径:第一,因注册而产生;第二,对已被使用且获得了一定声誉的未注册商标所有人赋予商标权,即专有使用权;第三,若是《巴黎公约》第6条所指的驰名商标,则自动得到该法的保护。而这里的第二种情形便是专门针对未注册商标所作的明文规定。不仅如此,该法第12条又规定,未注册但已取得声誉的商标,可以对抗注册商标;未注册商标权人可依第4条的规定,请求撤销与其相同或相似的注册商标,并可禁止该注册商标在全国范围内使用。

2.德国的未注册商标除可直接依据《商标法》获得法律保护外,还可通过《反不正当竞争法》和民法上的诚实信用原则来获得法律上的保护。用法律规定和基本原则来补充《商标法》无法涵盖的部分。

可见,德国给予未注册商标的强有力的法律保护,反映了采用注册制度的国家在商标保护制度上的发展趋势,也反映出整个商标保护的理论发展。

(三)法国

法国是大陆法系的另一代表,其法律渊源主要是判例与学理,尽管并无专门的制止不正当竞争的立法,但在法国最高法院与巴黎两级法院的判例以及学理对判决所写的评论中,可以看出不公正的竞争行为主要有以下四类:①混淆手段;②诽谤;③打乱对手企业;④打乱市场。法国学者在理论上将不正当竞争视为民法上的侵权行为,因而,对于不正当竞争行为的制裁,是依据《法国民法典》第1382条、1383条等有关侵权行为的规定,借助民事责任的一般原则来进行的。在法国,未注册商标只能依此一般法律原则获得法律保护^[2]。

此外,我国台湾地区于1993年开始实施的

《公平交易法》第三章专章订明“不公平竞争”,规定用来保护知识产权,补充商标法无法涵盖的部分。^[3]实际上,许多国家,包括德国、韩国等大陆法系国家,都有与此类似的法律规定。在某些国家,未注册商标权人不仅能排斥他人注册该商标,更能禁止他人使用该商标。

二、英美法系对未注册商标的保护

英美法系国家对未注册商标的保护,主要通过商标制定法与判例法两种保护模式。英国和美国是英美法系的两大代表,虽然它们的法律渊源极为相似,但未注册商标的保护并不相同。

(一)英国

在英美法系国家,尤其是以英国为代表的大多数英联邦国家和地区,实行依使用或注册均可获得商标专用权的混合原则。也就是说,英国等英联邦国家和地区对未注册商标的保护通过保护其在先使用权来实现。即未注册商标使用人可以通过主张在先权利、使用在先的原则,请求承认和保护其未注册商标。

英国在普通法上对未注册商标的保护,主要是通过商标制定法并行的一种普通法民事诉讼——“假冒”之诉来进行的。^[4]1905年英国颁布了《商标注册法》,商标注册成为保护的又一途径。1994年颁布的英国现行《商标法》规定,注册商标所有人拥有依据该法通过商标注册而获得的财产权,该权利自注册之日起生效。同时第5条将“假冒”之诉保护的未注册商标所有人所应得的权利视为“在先权利”的一种,规定为“拒绝注册的绝对理由”之一。可见,英国在引入了商标注册制度之后,普通法和衡平法仍然给予禁止假冒的救济。

通过普通法上的“假冒”之诉保护未注册商标的方式从其产生一直延续至今,并没有因后来英国商标注册制度的建立和加强而动摇。假冒之诉的核心是“诚实信用”和“公平竞争”。这种保护方式继1896年的“莱德威诉巴纳姆案”之后,人们总结出某些“假冒”之诉中构成侵权的特征。可以说,“假冒”之诉保护的范围是非常广泛的,即“假冒”侵权并非局限于商品,而且扩展到对贸易方式或服务项目等,几乎包括禁止一切在商业竞争中可以造成混淆的虚假标示和使用这种虚假标示的行为,对未注册商标侵权则包含其中。后来,尽管英国商标制度几经修改,但一直保留了普通法上的这种“假冒”之诉,以使原告能够起诉被告非法使用其未注册的商标。

（二）美国

美国普通法上的“假冒”之诉仍是保护未注册商标的基本方法。在美国，商标获得联邦注册与不进行联邦注册的区别在于有使用注册标记 R 的权利及效力方面。获得联邦注册的，商标权效力及于全美国，而一般的未注册商标，其商标权只在商标使用地有效。可见，美国对未注册商标的保护已形成较为完善的保护制度。具体表现在：

1. 未注册商标所有人尽管没有“联邦注册证”作为商标权的证明，但是，其他的证明，如该商标已经投入商业使用的证明，亦可足以证明其拥有商标权，并以此证明侵权人具有主观过错，以便获得更多的赔偿金，并可请求海关严把进口关。

2. 当两个或两个以上申请人欲将相同或者近似的商标注册于同种商品或服务类似商品或服务时，美国采取了“使用在先”原则，即谁先使用该商标，谁将获得注册。因此，在美国申请注册的商标应当是自己在先使用的商标，若该商标他人使用在先，则不能获得注册，即使已注册，亦可被撤销。

因此，英美法系国家保护未注册商标的方法，有力地维护了未注册商标权人的利益，有效杜绝了对未注册商标的滥用和恶意抢注现象，对我国有一定的借鉴意义。

三、两大法系对未注册商标法律保护制度之比较及对中国的启示

（一）两大法系对未注册商标法律保护制度之比较

通过对大陆法系国家保护未注册商标制度的考察，可以看出，德国是大陆法系国家保护未注册商标最为全面的国家，不仅在《商标法》对未注册商标给予直接的商标权保护，还在《反不正当竞争法》规定一个可以独立适用的一般条款对未全面列举的侵犯未注册商标的行为加以兜底保护，此外还可以通过民法上的诚实信用原则进行保护，从而使未注册商标在德国得到全面的保护，这也是商标保护趋势的一个反映，值得我国《商标法》第三次修正案借鉴。法国对未注册商标的法律保护在侵权行为里得到体现，这是一种先进的设置，把对未注册商标的保护提高了一个层次。日本是赋予商标在先使用人以先用权，英国规定也是先用权，但与日本不同的是，未注册商标人向注册局提出请求有 7 年的时效限制。

通过对英美法系国家保护未注册商标制度的考察，可以看出，英国开创了普通法与成文法并立

的商标法体系，主要通过普通法上的“假冒”之诉和商标法等两条途径加以保护。因此，英国商标保护的方法为复合型而非选择型，即普通法上的假冒诉讼与制定法上的侵权诉讼相结合。^[5]而美国虽然建立了商标注册制度，但对未注册商标的保护从不排斥和怠慢，仍有较为完备、较为合理的保护体系。

综上所述，两大法系对未注册商标的保护具有各自的特点。主要表现在：

1. 大陆法系国家，大多因以注册原则为商标法律制度的基本原则，主要依据制定法或成文法保护未注册商标，大多通过反不正当竞争的专门立法而在商标法没有明文规定对未注册商标的保护（德国是例外）。而英美法系国家，商标权的获得采取依使用原则或依注册原则均可取得商标权的混合制度，主要通过商标制定法和普通法上的“假冒”之诉两个途径对未注册商标提供的法律保护。根据这两个途径，未注册商标使用人可通过主张“在先使用”的原则，请求承认和保护未注册商标。

2. 大陆法系国家大多通过反不正当竞争的专门立法来保护未注册商标。与大陆法系国家专门的反不正当竞争立法不同，英美法系国家的反不正当竞争观念是从法院判例中推导出来的，其理论基础是诈骗和不诚实交易的防止以及促进完整的商务与公平竞争。

由此可见，两大法系的保护措施虽各有千秋，但对未注册商标保护力度的日益加强却是不争的事实。

（二）对完善我国未注册商标保护的启示

我国虽然同为双轨制国家，但与其他双轨制国家相比，我国《商标法》保护的未注册商标仅有两种，包括未注册的驰名商标和有一定影响的未注册商标。但我国《反不正当竞争法》对未注册商标的保护力度仍显不足。而未注册商标法律保护制度的完善对于建立一个公正、公平的社会经济秩序具有重要的意义，因此在商标法第三次修正之时，应借鉴两大法系的立法经验，以完善我国的未注册商标保护制度。

1. 扩大《商标法》的范围，对未注册商标给予直接的保护

借鉴德国《商标法》的立法模式，将我国《商标法》的保护对象扩展至注册商标、未注册商标、商号、厂商名称等方面，重新界定商标概念的内涵与外延，并吸收和借鉴英美法系通过普通法和制定

法对注册商标和未注册商标实施不同程度保护的做法。

2.明确规定未注册商标受保护的條件

为了更好地保护未注册商标,必须明确未注册商标受保护的條件。除了与注册商标一样,必须满足法定的构成要素,不违反法律的禁用条款外,还应包括以下两个条件:①具有识别性。识别性是指能够将商品和服务与他人的商品和服务相区别。^[6]它与注册商标应具有的显著性不同,后者是指标记在设计方面或者在被用到特定的商品上所具有的个性特征。^[7]②须是先于与之发生冲突的注册商标使用,而且应当是商业性的使用。

3.采用商标注册以使用在先为主、申请在先为补充的原则

我国现行《商标法》采用“申请在先为主、使用在先为补充”原则,这对于明确商标权的归属具有重要的意义。但对未注册商标的恶意抢注行为,“申请在先”往往成为保护恶意抢注人的“法律保护伞”。而“使用在先”原则则能很好地克服这一弊端,充分保护诚实经营者的正当权益。在发生同时申请情况时,应初步审定并公告使用在先的商标。先使用人率先在实际中使用该商标,作为商标的创设人,理应享有一定的权利,而且我国采取自愿注册原则,允许未注册商标的存在,既然法律允许其存在,就应承认未注册商标使用人拥有的权利,不应因为某一种合法行为的存在而否定另一种合法的行为。因此建议在申请商标注册时“应采取‘使用在先’为主,‘申请在先’为补充的原则”。这实质上是注册原则和使用原则的结合运用,体现了公平和诚实信用原则。

4.加强反不正当竞争法在我国商标保护中的作用

就商标保护而言,商标法因其严格的法定条件和程序而不能完全保护商标权人的利益,“而反不正当竞争法却以较强的原则性和强制性弥补了商标法的不足”^[8]。如前所述,日本等许多大陆法系国家都通过反不正当竞争法来保护未注册商标。因为两部法律对未注册商标的保护可以互相补充,相辅相成,形成综合保护。我国可以借鉴日本的做法,无论是商品商标还是服务商标,只要是未注册即可获得《反不正当竞争法》的保护。该商标所有人有权禁止他人的抢注,并且还有权禁止他人任意使用该商标。这就必然使未注册商标又多了一重保障,能很好地弥补《商标法》在这方面存在的缺陷与不足。

参考文献:

- [1]邓永杰.对未注册商标的保护[J].人民司法,2002(11):19.
- [2]吕岩峰,马军立.未注册商标法律保护制度之国际比较及对我国的借鉴意义[J].社会科学战线,1998(6):278.
- [3]曾陈明汝.商标法原理[M].北京:中国人民大学出版社,2003:198.
- [4]曾陈明汝.专利商标法选论(台湾)[M].北京法律出版社,1998:179.
- [5]王春燕.商标保护法律框架的比较研究[J].法商研究,2001(4):11.
- [6]张今,姚婉.未注册商标保护的法理思考[J].中华商标,2007(2):13.
- [7]韦之.论未注册商标的法律保护[M].私法研究,中国政法大学出版社,2002:510.
- [8]吕岩峰,马军立.未注册商标法律保护制度之国际比较及对我国的借鉴意义[J].社会科学战线,1998(6):279.

(上接第18页)优秀典型,充分发挥学生党员的宣传教育作用、先锋模范作用和实践引领作用,率先争做学风建设的主人、文明自律的主人、公寓管理的主人,影响和带动广大青年立志成才,健康成长。要加强“党员之家”等主阵地建设;在管理制度、组织生活方式、教育形式等方面形成新思路、探索新规律,多渠道搭建和拓宽党群沟通平台,提升高校学生党建工作的水平,提高党组织的影响力和感召力。

(二)要立足当前,着眼长远

着眼当前,结合学生党建的实际,以丰富多彩、具有时代特色、符合学生特点的活动方式,教育引导大学生积极向党组织靠拢。面向长远,建立大学生思想政治教育的有效机制和永葆共产党员先进性的长效机制。要统筹兼顾,改变重组织建设轻思想工作,重党员发展轻培养教育,重作风建设轻制度完善的状况,把当前发展和长远发展联系起来,既

考虑阶段性目标和促进可持续发展的有机统一,也考虑现在发展需要与未来发展需要的统一。

总之,高校学生党建工作要以科学发展观为指导,高校学生党建工作要走科学、全面、协调、可持续的发展之路,在科学发展道路上迈出更加坚实的步伐。

参考文献:

- [1]胡锦涛.高举中国特色社会主义伟大旗帜,为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗[M].北京:人民出版社,2007.
- [2]田春艳,赵乐天.坚持科学发展观做好高校学生党建工作[J].上海商学院学报,2008(6).
- [3]潘新华.践行科学发展观开创高校学生党建工作新局面[J].职业时空,2008.
- [4]杜松奇.科学发展观为指导创新高校基层党建工作——高校基层党建工作的调查与思考[J].天水师范学院学报,2009(3).