

未注册商标私法救济的问题解析与制度完善

孙山

(西北政法大学 经济法学院, 西安 710063)

摘要: 在商标法的第三次修改过程中,未注册商标的私法救济问题始终是一个难点,在保护的必要性、理由、实现方式等问题上,一直以来都存在着不同意见。在自愿注册原则下,未注册商标属于未上升为权利的法益,应当受到法律的保护。但是,规范分析发现,扩充解释《商标法》第 31 条中“在先权利”无法对普通未注册商标提供保护,而《反不正当竞争法》第 5 条第 2 款的解释适用也无法对普通未注册商标提供保护。《商标法》的第三次修改应当细分普通未注册商标与注册商标、商号等其他商业标记发生效力冲突的可能情形,明确其在哪种情形下受到保护以及受到何种程度的保护,完善对普通未注册商标的保护规定,充分发挥商标法律制度在市场经济活动中的提升作用。

关键词: 未注册商标; 在先权利; 自愿注册原则; 未上升为权利的法益; 一般条款

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2014)01-0132-07

未注册商标的保护问题长期以来备受关注,但在前两次的商标法修订过程中都没有得到很好解决,与之相关的问题层出不穷。对于驰名的未注册商标以及在先使用并有一定影响的未注册商标,现行《商标法》可以给予一定程度的保护,而普通的未注册商标能否受到保护及其实现途径,法律文件中语焉不详,理论研究中学者大都持回避态度。要想在第三次修订中给未注册商标设计出一个更加合理的保护方案,我们必须在一些基本问题上廓清认识。

一、未注册商标的私法救济与 商标法立法目的的更新

作为一部法律的制度价值的集中体现,立法目的对于司法操作具有直接的影响。商标法的第三次修改,其重点,就是要清理计划经济体制影响下对《商标法》的错误定位——行政管理法——所产生的种种既不符合理论的逻辑要求,也不适应市场经济发展的特色规定,自然也就包括被扭曲的商标法立法目的。

现行商标法第 1 条规定:“为了加强商标管理,保护商标专用权,促使商品生产、经营者保证商品质量和服务质量,维护商标信誉,以保障消费者的利益,促进社会主义市场经济的发展,特制定本法。”2011 年 9 月 1 日公布的《商标法(修订草案征求意见稿)》对该条内容未作任何修改。事实上,该条的主体内容在几次修订中变化很少,1993 年第一次修订商标法时未对该条作任何修改,2001 年第二次修订时则顺应时代主题变化,将“社会主义商品经济”修改为“社会主义市场经济”。

与著作权法和专利法相比,商标法将加强管理作为首要的立法目的,这与其私法属性背离。将“加强商标管理”作为商标法的首要立法目的,其直接影响就是立法机关把大量的内容繁琐的程序规范规定到其中,颠倒了实体规范与程序规范之间的关系,混淆了其作为民法实体法的法律性质。而且,出于管理的便利考虑,商标法实行自愿注册原则,保护的重点是注册商标,所有法律条款都是围绕注册商标而设立的,至于不便管理的未注册商标的“在先使用者的利益,未予以应有的考虑”^[1]。这种权利取得模式的选择,使得未注册商标的保护成为制度设计与理论研究的难题。

中国商标法实行注册原则,商标所有人不申请注册的结果是可以使用未注册商标,但不能获得商标专用权,对未注册商标的使用大都处于一种无法律保护的状态,只有在被他人以不正当手段抢先注册驰名商标或自己已经使用并有一定影响的商标时,商标所有人才可依据该法第 13 条、第 31 条和第 41 条的规定对抗他人的抢注。如果该未注册商标不符合商标法“已经使用并有一定影响”的条件,

收稿日期: 2013-05-15

基金项目: 国家社科基金青年项目“知识产权请求权的理论基础与规范设计研究”(13CFX089);西北政法大学校级青年学术创新团队基金资助项目“文化产业发展中的知识产权法律问题研究”

作者简介: 孙山(1983—),男,法学博士,讲师,E-mail:superchrisma@163.com

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

商标所有人甚至无权禁止他人的恶意抢注。对于第31条和41条，学者分析认为，“这两条只是针对商标注册环节的利益冲突问题做出的规定，它没有规范不申请商标注册而只是在商业中使用商标的情况”^[2]。其实，第13条亦然。而除了在第6章“商标使用管理”中对未注册商标违反商标法作出处罚规定外，整部法律中没有对它的法律地位作出明确的规定。因此，我国现行商标法对未注册商标所持的态度是重管理、轻保护。

从我国商标保护的规范变迁中不难发现，“我国采取这种严格的‘未注册不保护’的原则，在一定程度上是将商标作为管理对象的逻辑延伸”^[3]，始终是将商标作为政府手中的有限资源加以分配使用，变形式上的自愿注册为实质上的强制注册。商标法所欲实现的“加强商标管理”的立法目的背后所体现的管理思维，“在一定程度上是贯彻计划经济的产物”^[4]，与商标的性质相悖，不符合法治原则。正如刘春田教授所指出的，“我们工作中出现的大量矛盾和挑战、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。”^[5]商标法的第三次修改，一定要努力破除长期计划经济体制影响下政府将商标作为有限资源实施分配的惯性思维，将商标法的立法目的由管理更新为服务，给未注册商标以应有的保护，这不单是逻辑的要求，也是现实的需要。

二、未注册商标的私法救济与商标法的表述选择

对于商标法的名称问题，学术界也存在着不同意见，其根源部分是因为未注册商标在法条中的出现，部分是因为“商标专用权”表述的使用。商标权是商标法的核心概念，但我国商标法中并没有使用“商标权”的表述，而是使用了“商标专用权”作为替代概念。理论研究中对商标权的含义有不同理解，主要分歧在于商标权所指向的对象究竟是仅为注册商标，还是包括未注册商标在内，这些分歧直接影响着理论与实务中对商标法中一些基础概念的使用和商标法本身的命名。

首先，现行商标法需要修改的一个重要概念就是“商标专用权”。我国的法律名称是商标法，并未刻意强调其为注册商标法，如此则未注册商标的法

律保护也应当涵盖其中。但是，一旦深入条文，大家就会发现贯穿其中的“商标专用权”将未注册商标的保护规定挤压到极其狭小的范围内。事实上，用“商标专用权”取代“商标权”，从逻辑上看，这样的尝试会将商标的禁用权排除在商标法的调整范围之外，而这本身是商标权的重要内容，不可或缺。在相同商品上使用注册人的商标，显然侵入了注册商标专用权的保护范围，注册人自然有权予以禁止。但在类似商品上使用注册人的商标，此时认定侵犯注册商标专用权则欠妥。在司法活动中，如无充分理由，不应当对专用权这样一个概念表述作超越正常文意的解释。商标法第51条^①与第52条第1项^②对商标专用权的界定存在着明显的逻辑矛盾，这是现行商标法的一个硬伤。

其次，现行商标法在表述方面需要注意明确“商标权”的所指，给未注册商标的保护保留理论上的空间。我国的商标法理论与实践长期将注册商标专用权与商标权当作同义语使用，但从严格意义上讲，在注册制度下的商标权应当被称为注册商标权。我国的商标法也坚持了这一思路，整个商标法中对未注册商标的保护集中在注册程序中，主要涉及第13条第1款、第15条和第31条。除此之外，很难借助商标法对未注册商标寻求保护。但是，我们应当正视现实，为经济生活中广泛使用的未注册商标提供必要的法律保护。从商标制度的历史沿革来看，商标使用是商标制度产生的基础，而且曾经是商标权产生的唯一依据，世界上第一部商标法的名称即为《以使用原则和不审查原则为内容的商标法》，英美法系的部分国家至今仍然坚持使用取得原则。商标不注册不等于商标不知名，事实上，注册申请会耗费大量时间和金钱，选择使用不注册商标更有利于中小企业参与市场竞争，市场经济条件下未注册商标的存在是必然的，商标制度本质上是强者的游戏。既然我国商标法采用自愿注册原则，注册商标与未注册商标都可以使用，那么立法者就没有理由将未注册商标排除在法律的保护范围之外，除非将我国商标法更名为注册商标法。按照商标法的文意解释，未注册商标的法律保护也应当规定在现行商标法中。在商标法第二次修改之前，部分学者对未注册商标的保护甚至持完全否定的态度：“商标法规定了未注册商标的使用，只能表明国家将未注册商标的使用纳入了其权力范围，而不意味着给予未注册商标的使用提供法律保障。”^[6]这种认

^①注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

^②未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，属于侵犯注册商标专用权。
©1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

识是值得商榷的。

再次,现行商标法在表述方面需要注意未注册商标法律保护的属性问题,换言之,能否将此种保护归结为对一种权利的保护,主张未注册商标权。一般认为,我国商标法在商标权的权利取得方式上采用注册取得原则,但在如何理解注册取得的效力上,则存在着分歧。法益本是构建民法理论体系的一个重要概念,但却长期被忽视乃至遗忘。国内学者常对法益有广义、狭义之分,这种区分从理论到实践都是错误的,应予抛弃。法益即为法律所保护的利益。以能否进行相同的类型化处理为标准,民事法益可分为权利和未上升为权利的法益。权利为类型化的法益,而未上升为权利的法益意指法律上主体所享有的,立法者不能对之作与权利相同的类型化处理,而依据法律明文规定予以消极保护的利益。通过注册所取得的权利是商标权,通过使用而受到保护的未注册商标并不是一种权利,而是未上升为权利的法益^[7],受保护的方式与强度不同于注册商标。一个未注册商标一旦经过使用具备识别作用就产生受到法律保护的可能性,只要其使用方式没有侵犯他人的在先权利,同时也未违背公序良俗原则和法律的禁止性规定,但它受到法律保护的前提是在先使用,其必要性及其强度则取决于其他商业标记与其发生效力冲突的具体情形,后文将探讨相应的解决规则。需要注意的是,未注册商标所能获得的保护,仅仅具有个案效力。在立法活动中,绝不能因为现有理论框架无法解释未注册商标受保护的事实而径直将其排除在商标法的保护范围之外,仅仅以缺少程序条件为由不予以保护更有悖于维护公平竞争这一实质正义的要求。在仍然使用商标法而非商标权法甚至注册商标权法的大前提之下,我们很难找出实质性的理由将未注册商标排除在该法的保护范围之外。是否保护是态度问题,而如何保护则是能力问题。先应承认问题的所在,然后才能逐渐寻找到问题的解决之道。在未注册商标的法律保护问题上,同样如此。

三、未注册商标在现行商标法中受保护的可能性及其弊端——商标法第31条中“在先权利”的扩充解释

中国商标法第31条规定:“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利,也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”。按照该条所使用措辞的正常含义可以推知,他人已经使

用并有一定影响的商标,也就是未注册商标,不属于他人现有的在先权利。对于该条规定的真实含义及在先权利的确定,理论界与实务部门都存在着不同看法,很难达成共识。

例如,孔祥俊法官认为:“‘在先使用并有一定影响的商标’仍然属于在先权利的一种,《商标法》第31条单独将其规定出来,是出于立法技术上的需要。它解决了界定给予保护的在先未注册商标的构成要件问题。”^[8]与之相反,李扬教授则从构建整体性的知识产权法角度出发,将在先权利解释为在先的利益与在先的权利,并认为普通的未注册商标属于在先的利益,知名的未注册商标则属于本条后项的调整对象^[9]。实际上,如果坚持在商标法领域中也对“在先权利”作同样理解的话,按照最高人民法院2001年6月发布的《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第16条的规定,未注册商标显然不属于他人现有的在先权利。如果未注册商标的在先使用属于前一句中的“在先权利”,那么就没有必要规定后面一句,“也不得”表明二者之间属并列而非递进抑或从属关系。在对法条进行文义解释时一个重要的限制条件就是在可能的文义范围内进行解释,这种解释不能与通常的理解相违背。

一直以来,学界在对权利这一概念进行界定时都是作单一性的理解,并未刻意将其分为权利与利益。法律中明确将权利概念作扩充解释,始自侵权责任法第2条第2款。而该条之所以对权益作不同于以往理解的定义,很大程度上是由于长期以来对“侵权行为”这个概念误读所产生的后果^[10],遗忘了曾经在德国民法典中发挥重要作用的法益。在以往的权利分类体系中,对于权利,按照其效力范围,可分为绝对权与相对权,不存在处于中间状态的第三种权利。而在缺少法益概念的前提下,以往的研究就只能将占有、商业秘密、未注册商标等所受到的保护归结为对某种权利的保护,也就是那种从逻辑上根本不成立的第三种权利。当类似正当利益越来越多涌现时,强行扩充权利概念的做法显然不可能长久坚持下去,于是侵权责任法中出现了权益的列举,不过,由于立法的时间准备问题,法条并未在其对哪些对象属于“权益”之中的“益”进行具体列举。可以确定的是,“权”与“益”性质迥异,保护方式也有区别,只有性质上完全不能解释“权”的对象,才有可能被解释为“益”来加以保护。按照这种理解,则在先使用并有一定影响的未注册商标绝对不

能被解释为在先权利的一种，未注册商标也只能通过被认定为在先使用并有一定影响而受到保护。根据《最高人民法院关于审理商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》中第1条对在先权利的例举，我们也会得出同样的结论：未注册商标不属于在先权利。

司法实践中不应当通过扩充解释第31条的规定来实现普通的未注册商标的法律保护。在现行商标法的框架之下，我们仍然可以在特定情形下寻求对未注册商标的保护。途径之一是证明双方之间存在信任关系，途径之二是证明该未注册商标在先使用且已产生一定的影响力。现有法条内容对信任关系并未作细化，没有明确区分雇佣关系、合同关系与缔约过失责任存在情形下对未注册商标的保护。而且，在没有信任关系存在的情形下，现有规定对在先使用但尚未产生一定影响力的未注册商标无法提供保护。不论如何扩充解释第31条的规定，都无法从现有法条规定中推论出信任关系的细化。通过将普通的未注册商标解释为在先权利来实现对其加以保护的尝试，不足有三：违背法条内容的通常文义对权利进行解释，导致绝对权相对权之外的第三种类型权利的产生，破坏民法的理论体系；将普通的未注册商标解释为在先利益，使之与有一定影响力的未注册商标作分别处理，既不符合逻辑，同时也因为缺少相关规定的现实情况，导致难以对其提供有效保护；第31条前项只是宣示性地提出对在先权利进行保护，其实现有赖于该种具体在先权利的单行保护规定，而在缺少对普通未注册商标保护规定的条件下，司法实践很难对它提供适当保护，保护条件的阙如增加了司法裁判的不确定性。

总之，理论研究和司法实践都不可能通过扩充解释第31条中“在先权利”的所指，来实现对未注册商标的法律保护。

四、未注册商标与知名商品特有名称、包装、装潢之间关系辨析——以反不正当竞争法

调整未注册商标的实现可能

由于现行商标法仅在有限情形下对未注册商标提供保护，与现实需要脱节，因此部分学者转而寻求其他法律规范作为调整的依据，其中就包括中国反不正当竞争法第5条第2款关于知名商品特有

名称、包装、装潢的规定。在一些研究者看来，“《反不正当竞争法》第5条第2款对知名商品的标识的保护性的规定实际上就是把未注册商标纳入其保护范围，符合《反不正当竞争法》的立法宗旨和兜底性法律的特征。”^[11]这种尝试的初衷是很好的，但其论证过程则存在着明显的漏洞：我们可以将知名商品的特有名称、包装和装潢视为已经建立了一定商誉的未注册商标，但已经建立了一定商誉的未注册商标未必都是知名商品的特有名称、包装和装潢，二者之间不是全等关系。

实际上，很多学者都坚持着类似的理解，通过将未注册商标解释为知名商品特有名称、包装、装潢，经由反不正当竞争法来实现对未注册商标的法律保护。例如，“《反不正当竞争法》虽然没有直接规定对未注册商标的保护，但该法对知名商品特有名称、包装和装潢的保护实质也是对未注册商标的一种保护，同时也是一种可以对抗商标注册的在先权利。”^[12]按照这种思路展开实践，则只能对具有一定影响力的未注册商标提供法律保护，而此类保护，已经部分地通过商标法第31条后项规定实现。同时，此种保护获得的前提是该商品已经知名，这就将那些普通的未注册商标排除在该条的适用范围之外。还有一些学者认为：“商品上具有显著特征的商业标志都可视为商标，如商品名称、包装、装潢都归于此类商业标志的范围，属于未注册商标。……中国《反不正当竞争法》第5条第2项规定的‘知名商品特有的名称、包装、装潢’，实际上就是未注册商标。”^[13]这种解释方式显然矫枉过正。

未注册商标能否被解释知名商品特有名称、包装、装潢而受到保护，这一问题的实质则是未注册商标是否可以通过反不正当竞争法加以调整，在商标法已经对未注册商标提供部分保护的前提下还有无必要在反不正当竞争法中作相应规定。一些研究者主张：“在知识产权保护方面，知识产权法应起主导作用；在反不正当竞争法与知识产权法相重合的部分，知识产权法处于居先适用的地位；在知识产权法没有规定的部分，反不正当竞争法具有补充作用。”^[14]这种认识本身存在逻辑问题。作为典型的设权法，知识产权法具有封闭性，凡是依据该法受到保护的对象，都是法条中明确规定了的。反不正当竞争法与知识产权法在保护对象与保护方式上差

¹ 原告以他人注册商标使用的文字、图形等侵犯其著作权、外观设计专利权、企业名称权等在先权利为由提起诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。

² 《国家工商行政管理局关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第3条第5款对“装潢”的解释就为此种论证提供了注脚：本规定所称装潢，是指为识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。

异巨大,二者之间不存在相重合的部分,所谓“知识产权法没有规定的部分”,其实本就是反不正当竞争法的调整范围。《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》中明确指出“反不正当竞争法补充性保护不能抵触专门法的立法政策,凡专门法已作穷尽规定的,原则上不再以反不正当竞争法作扩展保护”。通过反不正当竞争法所调整的对象,必然是知识产权法未曾明确列举的保护对象,将未注册商标比附知名商品特有名称、包装、装潢的尝试有向一般条款逃逸的危险。

立法者可以选择在商标法中规定对未注册商标的保护,正如在《物权法》中规定对占有的保护一样。立法者也可以选择在反不正当竞争法中或以具体行为的规则列举来调整与未注册商标有关的不正当竞争行为,或以一般条款的解释对此类行为予以规制。两种选择都具有充分的正当性,但在两部法律中都规定对未注册商标的法律保护这种骑墙的态度,则是不可取的。

五、未注册商标的私法救济相关规定之完善——商标法第三次修改建言

众所周知,现行《商标法》中对未注册商标的保护规定很少,只在有限情形下对之提供保护,明显不符合现实要求。我们应当细化围绕未注册商标所发生的效力冲突现象,在《商标法》第三次修改中设计出相应的处理规则。具体而言,未注册商标可在以下情形中同其他商业标记发生效力冲突:

(一)未注册商标之间效力冲突的解决规则

作为具有同样属性的未注册商标,彼此之间都不存在绝对的排他效力,只有当二者所表征的商品或者服务进入同一市场销售后产生混淆,从法律上讲才有对它们的相似性进行判断并实施调整的必要。对于他人的未注册商标,只要行为人在事前没有可能通过公开途径知晓其使用情况,也就无从产生注意义务,在商标所使用文字、图案等相同或者近似时不存在侵权行为成立的可能。当然,从保护消费者利益的角度出发,可以要求未注册商标的使

用人附加必要的区别标记,此种义务分配给在后进入同一市场的使用人,《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第1条第2款 中关于相同或近似知名商品特有名称、包装、装潢的利益冲突处理规则可资借鉴。如果行为人在事前已经通过公开途径知晓某未注册商标的使用情况,或通过广告宣传等活动知晓,或通过如雇佣关系、代理关系等特殊关系的存在而了解,则在后使用未注册商标的使用人主观上具有搭便车进行不正当竞争的故意,可以对之进行相应的调整。

(二)未注册商标与注册商标之间效力冲突的解决规则

未注册商标可能在两种情形下与注册商标发生利益冲突,其一是在先使用的注册商标与在后使用的未注册商标相同或者近似,其二是在后注册的注册商标与在先使用的未注册商标相同或者近似。对于前者,未注册商标的使用者疏于查看商标公告,未尽合理注意义务,过错明显,当然要禁止使用,并无疑问。对于后者如何进行规制,存在着不同看法。在部分学者看来:“在先使用的未注册商标在他人注册后的继续使用不能作为商标侵权的例外。”如此,即便在先使用人出于完全正当的目的,也不能逃脱被禁止使用的命运。这种操作方式既不符合商标的价值实现方式——因在商业活动中使用而产生识别、表彰等功能,也在客观上刺激了不正当的抢注行为,鼓励了食人而肥。另外一些学者则主张在一定情形下对在先使用的未注册商标予以保护,以此来实现因使用行为而产生的实质正义^[15]。

实际上,商标法的规范设计应当区分在后注册人的主观态度,以此为基础确定在先使用人的权利与义务。如果在后注册人事前不能通过公开途径或者因特定信任关系的存在而知悉未注册商标的使用情况,则他已经尽了必要的注意义务,对于利益冲突的发生主观上并无过错,自然也就没有理由要求其停止使用注册商标,同时在后注册人也无理由要求在先使用人停止使用该商标。商标一旦注册,其内容便推定全社会共知,从整体上衡量,要求在先使用人附加必要的区别标志的成本明显低于在

^[15] 在不同地域范围内使用相同或者近似的知名商品特有的名称、包装、装潢,在后使用者能够证明其善意使用的,不构成反不正当竞争法第5条第(2)项规定的不正当竞争行为。因后来的经营活动进入相同地域范围而使其商品来源足以产生混淆,在先使用者请求责令在后使用者附加足以区别商品来源的其他标识的,人民法院应当予以支持。

2006年我国首个通过司法程序认定的未注册驰名商标“酸酸乳”案件中,法院即以此为由认定白雪公主乳业有限责任公司侵权的故意。参见河南安阳市白雪公主乳业有限责任公司与内蒙古蒙牛乳业(集团)股份有限公司商标侵权上诉案,内蒙古自治区高级人民法院民事判决[2006]内民三终字第7号。

此类判决如沙邱兰诉刘功文侵犯商标专用权纠纷案,参见山东省济南市中级人民法院[2004]济民三初字第9号判决书;山东省高级人民法院[2004]鲁民三终字第1号民事裁定书。

后注册人，所以，此时应当确定由在先使用者附加必要的区别标志。如果在后注册人事前已通过公开途径或者因特定信任关系的存在而知悉未注册商标的使用情况，则说明他已有搭便车进行不正当竞争的故意，此时，应当赋予在先使用者一定的禁止权，制止抢注行为的发生。例如，在上诉人常州诚联电源制造有限公司与被上诉人国家工商行政管理总局商标评审委员会、常州市创联电源有限公司商标撤销行政纠纷案中，最高院即以上诉人的实际投资人臧其准为创联公司的投资人之一和高级管理人员为由，适用《商标法》第31条和第41条第2款判决撤销争议商标。

(三)未注册商标与知名商品特有装潢之间效力冲突的解决规则

按照官方的解释，知名商品特有装潢是指“为识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合”。根据这一定义，同样发挥识别功能的未注册商标在某些情形下也可能会与知名商品特有装潢发生利益冲突，此时，规制的前提是该商品为知名商品。在二者发生利益冲突时，应当根据各自使用的时间先后顺序来确定侵权责任的承担：未注册商标使用在前，知名商品的生产、制造者在知名商品特有装潢上所受到的保护并不能像物权或商标权一样绝对排他，未注册商标使用人的注意义务较轻，自然也就不能要求其承担侵权责任；未注册商标使用在后，使用人自然有可能会注意到市场上出现的知名商品特有装潢，要求其履行一定的注意义务也在情理之中，在证明故意的情况下还可能被要求承担侵权责任。不论在何种情形下，由未注册商标的使用人履行附加区别标志的义务都是符合效率原则的。

(四)未注册商标与企业名称之间效力冲突的解决规则

企业名称登记之后，其产生的对抗效力仅限于登记地的特定区域范围之内，在此范围之外，他人没有避让的可能与必要。如果在先使用的未注册商标先于企业名称在登记地出现，则在不能证明企业名称登记人存在不正当竞争的故意时，由在先使用者履行附加区别标志义务，既符合效率原则，也维护了登记机关的权威与因公示而产生的公信力；如能证明企业名称登记人存在不正当竞争的故意，则

¹ 参见最高人民法院[2006]行监字第118-1号驳回再审申请通知书。

² 《国家工商行政管理局关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第3条第5款。

³ 《喜羊羊与灰太狼》走红之后，未经授权许可，将其中的卡通形象作为未注册商标使用的侵权现象便大量出现。参见 http://www.ipr.gov.cn/alxdarticle/alxd/alxdsb/alxdsbgnal/201209/1694210_1.html，2013年2月17日访问。

⁴ 北京市第一中级人民法院民事判决书[1997]一中知终字第14号。

可请求其承担侵权责任。如果在后使用的未注册商标的主要使用范围在登记地，基于企业名称登记的对抗效力与公示公信原则，可推定使用人有进行不正当竞争的故意，要求其承担侵权责任。当未注册商标的使用范围和企业名称登记地在初始时并不重合，只是因为后来的经营活动而进入彼此的地域范围，此时，双方均无注意义务的存在，但在后进入该地域范围的经营者造成了混淆，应由在后进入该地域范围的经营者附加必要的区别标志。

(五)未注册商标与著作权、外观设计专利权之间效力冲突的解决规则

未注册商标的图案中往往会选择部分作品、作品的片段或者作品中的虚拟形象，此时，未注册商标与著作权即发生利益冲突。毫无疑问，此种行为属于侵权行为，但是否一律禁止使用，则有不同看法。从效率原则出发，我们也可以考虑在此时不适用停止侵害的责任方式，而由未注册商标的使用人给付给著作权人相应的许可使用费。理论界与实务部门在裴立、刘蔷诉山东景阳冈酒厂侵权著作权纠纷案中所表达出的不同看法，表明了认识分歧的存在。

与之相反，如果未注册商标所使用的图案侵犯了外观设计专利权，则应被认定为侵权行为，承担停止侵害、损害赔偿等民事责任。著作权自作品创作完成之日起即受到法律保护，无需主管机关的审批，效率违约的承认并不会导致公示公信原则的违反。外观设计专利权则不同，其权利产生的前提是主管机关的审批，承认效率违约将彻底破坏因公示而产生的公信力，主管机关的权威受到贬损，对管理工作的展开产生不利影响。因此，此种情形下没有效率违约适用的可能。

六、结语

作为具有重要价值的财产，普通未注册商标理应受到立法者的重视，但现实却并非如此，这也在一定程度上反映了我国市场经济体制发育的不成熟与法制建设的不完善。《商标法》第三次修改中，应当努力丰富未注册商标的保护规定，通过对个人合法财产的保护来实现创新型国家的建设与法治社会的构建。

参考文献:

- [1] 高卢麟. 中国的商标制度和商标法修改[J]. 知识产权, 2002(2):3-7.
- [2] 杜颖. 在先使用的未注册商标保护论纲——兼评商标法第三次修改[J]. 法学家, 2009(3):123-133.
- [3] 邓宏光. 中国经济体制转型与《商标法》的第三次修改[J]. 现代法学, 2010(2):143-148.
- [4] 李雨峰, 王玫黎. 论商标法的立法目的——对我国新商标法第一条的质疑[J]. 池州师专学报, 2002(4):37-39.
- [5] 刘春田. 民法原则与商标立法[J]. 知识产权, 2010(1):3-10.
- [6] 董炳和. 商标在先使用的法律意义[J]. 法学, 1999(10):50-52.
- [7] 孙山. 寻找被遗忘的法益[J]. 法律科学, 2011(1):59-70.
- [8] 孔祥俊. 商标与不正当竞争法:原理与判例[M]. 北京:法律出版社, 2009:107.
- [9] 李扬. 商标法中在先权利的知识产权法解释[J]. 法律科学, 2006(5):41-50.
- [10] 孙山. 侵权行为概念辨正[J]. 前沿, 2010(24):14-17.
- [11] 焦新伟. 《商标法》与《反不正当竞争法》商标权保护比较[J]. 中华商标, 2009(1):44-47.
- [12] 黄晖. 反不正当竞争法对未注册商标的保护[J]. 中华商标, 2007(4):19-23.
- [13] 张今, 姚婉. 未注册商标保护的法理思考[J]. 中华商标, 2007(2):12-14.
- [14] 张永志, 童凌. 试论反不正当竞争法在知识产权保护中的地位与作用[J]. 中国工商管理研究, 1996(1):3-5.
- [15] 刘贤. 未注册商标的法律地位[J]. 西南政法大学学报, 2005(3):110-114.

Problem Analysis and Suggestion for Civil Remedy of Unregistered Trademarks

SUN Shan

(Economic Law School, Northwest University of Politics and Law, Xi'an 710063, China)

Abstract: It is difficult to deal with the civil remedy of unregistered trademarks in the third modification of trademark law, and there are different opinions about the necessity, reasons and the realizing way etc. Unregistered trademarks belong to a kind of legal interests that doesn't count as rights and should be protected by law under the voluntary registration principle. However, through the normative analysis we found that the trademark law could give only limited protection to those unregistered trademarks which have been used for a time and made an effect, while the anti-unfair competition law could not protect those trademarks either. During the third modification of the trademark law, we should analyze possible situations about the conflicts of efficacy between unregistered trademarks and registered trademarks or other commercial signs, make it clear whether these trademarks should be protected or not, figure out the ways to carry out protections, and perfect the protection of common unregistered trademarks.

Key words: unregistered trademarks; rights that preexisted; voluntary registration principle; legal interests that not ascended as rights; general clause

[责任编辑:孟青]