

商标保护范围的划定理念

刘武朝¹, 徐春成²

(1. 天津师范大学 法学院, 天津 300387; 2. 西北农林科技大学 人文学院, 陕西 杨凌 712100)

摘要:立法者对商标保护范围的划定需要商标保护理念的约束。这种约束主要体现为对商标功能的肯认和对商标保护范围划定理念的认同。商标保护范围划定的理念主要来自劳动理论、功利主义以及自由主义等伦理学说。这些伦理学说为商标保护范围的划定提供了正当性。它们往往暗含于商标保护的说理过程中。劳动理论从根本上解释了商标保护的正当性,但其不能充分解决商标保护的限度。商标保护的限度可以从功利主义那里得到说明。商标是自由经济的产物,其保护必须遵循自由主义的基本原则,仅在必要的范围内(禁止欺诈、盗用和不当占有等)才允许法律进行干预。

关键词:商标保护; 权利范围; 划定理念

中图分类号:D923.43

文献标志码:A

文章编号:1005-6378(2014)01-0061-07

一、引言

从法律史上看,保护商标,使商标的功能实现,是以某种规范形式进行的。不正当竞争是一种选择,在很长的时期内,法律通过设定义务的方式(或通过刑法或通过普通法上的假冒诉讼)来实现对商标的保护。这一时期没有财产意义上的商标权。以商标权的形式来保护商标,保障商标功能的实现,是近现代的事情。国家一旦选择以赋权形式保护商标,就需要界定所赋予的权利的保护范围。商标保护范围是由国家通过立法或者司法划定的,意味着国家权力对商业生活的干预。这种国家干预,需要遵守一些原则。商标权是依据法律产生的权利。没有商标法,就没有商标权。商标保护范围的大小似乎完全是人为设定的产物。然而划定商标保护范围不能任意妄为,它需要约束。这种约束主要体现为商标的功能与商标保护范围设定的理念。这些理念主要来自劳动理论、功利主义以及自由主义等伦理学说。这些伦理学说不仅指导商标保护范围的立法,而且影响着个案中商标保护的具体限度。弄清这些伦理学说所衍生的商标保护范围划定理念,对于了解和

指导商标保护范围的确定具有重要意义。有鉴于此,本文先对劳动理论的基本思想进行阐释,揭示其对商标保护范围划定的启示和价值,后对功利主义的思想进行阐释,揭示其对商标保护范围划定的启示和价值。在此过程中,阐明应当采取的商标保护范围划定理念。

二、劳动理论与商标保护范围的划定理念

(一)劳动理论的基本思想

在知识产权理论中,为了证明知识产权的正当性,学者们往往借用洛克的劳动理论^[1]。洛克劳动财产权理论的核心观点主要体现在其《政府论》(下篇)中的如下论述:“土地和一切低等动物为一切人所共有,但是每人对他自己的人身享有一种所有权,除他以外任何人都没有这种权利。他的身体所从事的劳动和他的双手所进行的工作,我们可以说,是正当地属于他的。所以只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在这上面参加他自己所有的某些东西,因而使它成为他的财产。既然是由他来使这件东西脱离自然所安排给它的一般状态,那么在这上面就由他的劳动加上了一些

收稿日期:2013-11-29

作者简介:刘武朝(1972—),男,河北石家庄人,法学博士,天津师范大学法学院副教授,主要研究方向:知识产权法、竞争法。

东西,从而排斥了其他人的共同权利。因为,既然劳动是劳动者的无可争议的所有物,那么对于这一有所增益的东西,除他以外就没有人能够享有权利,至少在还留有足够的同样好的东西给其他人所共有的情况下,事情就是如此。”^{[2]19}有学者认为,以上洛克的论述“可以概括为:一个前提,一种观念,一个判断,一项条件。它们分别是:(1)一个前提:存在某种自然状态(天赋人权学说);(2)一种观念:人们对自己的身体→对身体从事的劳动→对劳动的创造物(延展、递进关系)均享有所有权;(3)一个判断:‘劳动’的标准,就是使某物摆脱自然状态;(4)一项条件:在还有足够的、同样好的东西留给他人的情况下”^[3]。在这里洛克并未提出如何精确计算根据劳动所取得的所有权的范围。不过,他已经注意到一个人不能从自然界无限制的索取。为此,他设定了两个条件:一个是必须给其他人留下足够多和足够好的自然物,一个是一个人取得的财产不能超过自己“生活所需的范围”。不能超过自己生活所需的范围,是从量上给所有权设定了限制。其暗含的意思是:一个人不能贪得无厌。但这不是以劳动为依据给所有权划分份额。如何根据劳动来划分劳动者取得所有权的份额这一问题仍然没有答案。正是针对这个问题,诺奇克提出了广为流传的火星和番茄汁的例子批评洛克的劳动理论。他说:“如果一位私人宇航员在火星上扫清一块地方,那么他使他的劳动与之相混合的(以致他能拥有的)是整个火星,是整个无人居住的宇宙,还仅仅是一小块特殊的地方?……如果我拥有一罐番茄汁并把它倒入大海,以致它的分子(使其带有放射性,从而我可以进行检测)均匀地混合于整个大海之中,那么是我拥有了这片大海,还是愚蠢地浪费了我的番茄汁?”^{[4]209}诺奇克的这两个例子说明,劳动不能毫无疑问地使劳动的对象为劳动付出者所有。为了解决这个问题,增量劳动的理论被提了出来。这种理论认为,劳动者仅对其劳动增量享有所有权,因为劳动提升了对象的价值,使劳动对象附加了新的价值。但是,要界定劳动的增量,必须寻找作为参照的劳动对象的原有价值。在准确地测定了劳动对象的原有价值与添加劳动后的价值后,才能取得劳动增量。只有这样才能界定所有权的范围。非常遗憾的是,劳动价值的测定方法难以获得。“任何可行的、连贯的增加价值的所有权方案

迄今为止还没有发明出来”^{[4]209}。劳动作为一种抽象的存在,包括了体力支出、智力支出、资本支出等。劳动的宽泛概念并不含有劳动正当性标准,也就是说并不是正当劳动才是劳动。这样一来,劳动理论就面临着非法、不正当劳动是否取得所有权的窘境。劳动理论对无正当理由占有他人成果行为的指控,往往形成小偷理论。我劳动了,小偷没有劳动,小偷是无偿占有他人劳动果实。小偷行为,是典型的搭便车,吃白食行为。但是当小偷提出,自己偷东西也劳动时,指控者将如何应对?如果我们不对劳动进行正当性界定,就会得出“行窃或战争也是一种劳动,由此,在森林中采集坚果的劳动与随后把坚果偷走的行窃劳动就不能区分开来”^{[5]37}。因此,能够作为财产权依据的劳动只能是正当劳动。只有正当劳动的成果才能归属于劳动者。将正当概念引入劳动理论,实际上是把公认道德标准引入了劳动理论。决定财产权归属的,不再仅是劳动标准,而且还得附具正当标准,这意味着,仅劳动本身不得作为取得权利的根据,必须结合正当——一个社会的公认道德观念,才能论证取得权利的正当性。

(二)劳动理论对商标保护范围划定的启示

劳动理论对于解释商标权的取得和商标保护的正当性有一定价值。根据劳动理论提出的知识产权增加价值论认为:“在商标中,在增量知识形式方面,主要指经营者创造了前所未有的臆造性商标符号,在符号世界中添加了新的知识形式;在增量知识内容方面,经营者通过自身的生产经营行为使得臆造性商标符号获得一定的意义内容,产生第一含义;或者使得各种既存的商标符号,包括描述性商标、暗示性商标或者说任意性商标等等,获得第二含义。臆造性商标的第一含义以及其他商标的第二含义,也即各种商誉信息构成商标中增量知识的内容……”^[6]应该说这种理论认识,对于确定商标保护范围是有启发的。但是上述观点对劳动理论的分析似乎失之过简。首先,设计臆造商标过程中的劳动,不是取得商标的根据,只能归结为对臆造商标的著作权。因为臆造商标作为符号属于空壳符号,不具有任何意义。臆造商标符号如果不用于商业中,不产生具体的含义,就无法成为商标。“准确地讲,商标在投入使用之前,其价值应当为零”^{[7]4}。对于没有价值的商标,法律没有保护的必要,毕竟,法律不应当保

护无价值的东西。其次,劳动理论无法为注册取得商标权制度提供支撑。注册制度下的商标权仅靠注册行为即可。而将注册说成劳动,似乎有泛化劳动概念之嫌。先占理论似乎更能说明注册的正当性。因为先占和占有是不可解释的问题。经典作家指出:“私有财产的真正基础,即占有,是一个事实,是不可解释的事实,而不是权利。只是由于社会赋予实际占有以法律的规定,实际占有才具有合法占有的性质,才具有私有财产的性质。”^{[8]382}这一点在实践中被形象为抱孩子理论,即“我的孩子未经许可被人抱走养了多年。尽管抱养人付出感情和投入,但因在起点上缺乏正当性,法律不能将孩子判归抱养人”。但是劳动学说在解释商标权使用取得制度上却非常有说服力。商标使用行为,建立了商品商誉,附着在商标上,构建了商标的含义。这种含义的建立无疑依赖劳动。商誉是劳动的成果,“商业标记所代表的商誉,包括商誉的获得和增长,本身就是一系列创造性智力劳动成果的结晶”^{[9]4}。劳动使得商誉建立,商标的含义得以产生,因此应当获得保护,应当授予商标权。第三,这种认识在功能上与符号学对商标的分析是等值的。符号学认为,符号的核心在于意义。符号的意义是有结构的,任何符号,其意义只能在上下文中得到确定。在索绪尔的语言学上,符号仅是言语,言语的具体含义只能在语言中才能确定。也就是说符号的意义只能在其与其他符号相对比中,只能在整个语言系统中才能确定其意义。这就是符号学上的二项对立原理^[10]。以此而论,商标的本质在于商标的意义。商标的意义是商标与商品以及商品的提供者之间的一一对应关系。任何一个符号,其用作商标之前,其或者无意义(空壳符号)或者有很多意义,但绝无标识商品及其来源的意义。当其用作商标之后,就有了标识特定商家商品的意义。此种意义正是商标保护的客体。对构成商标的这种增量知识或者意义进行保护,可以从劳动学说中获得支持,也很有说服力。但是,这仅限于对商标权中心效力的保护,它仅可用来说明商标权人对使用在相同商品上的同一商标的控制(不论这种控制依据的是注册或者实际使用)。对于商标权的扩展效力^①仍

缺乏说明力。要说明商标权的扩展效力,必须要求助于功利主义理论。

劳动理论中的限制性条件,即禁止浪费条件,对于商标权限制规则有很强的解释力,尤其对商标使用义务具有解释力。

另外,劳动理论具有自由主义的倾向。“劳动理论的前提即假定,人是自由的,对自己的身体和劳动享有所有权。洛克明确说:“自然状态有一种为所有人所应遵守的自然法对它起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类;人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由和财产”“……人们联合成为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的,是保护他们的财产”^{[2]6}。这段论述有两个方面的含义:首先人是独立和平等的。每个人生下来都是平等的,每个人都具有同样的价值。并且,任何人都不能为了自己私利而侵害他人,剥夺他人。平等的个人对上帝授予的自然界享有同样的权利。不能人为的划定人的等级。其次,国家的存在是为了个人。国家之所以存在,是为了最低限度的满足秩序的需要,即保护个人通过劳动获得的财产。自由主义思想的集大成者是密尔。他对自由主义的表述是:“本书的目的要力主一条极其简单的原则,使凡属社会以强制和控制方法对付个人之事,不论所用手段是法律惩罚方式下的物质力量或者是公众意见下的道德压力,都要绝对地以它为准绳。这条原则就是:人类之所以有理由可以个别地或者集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉,唯一的目的是自我防卫。这就是说,对于文明群体中的任一成员,所以能够施用一种权力以反其意志而不失正当,唯一的目的是要防止对他人的危害……任何人的行为,只有涉及他人的那部分才须是对社会负责的。在仅只涉及本人的那部分,他的独立性在权利上则是绝对的。对于本人自己,对于他自己的身和心,个人乃是最高主权者。”^{[11]10-11}这段论述提示我们,法律限制的对象,只能是妨碍他人自由的行为。凡是涉及个人自己的事情,凡是可以通过个人之间的行为解决的事情,国家不能干预,也无需介入。国家不能劝人干好事。只要在某人干坏事、

① 扩展效力,是指商标权在类似商标(同一商品)、类似商品(同一商标)上效力,以及驰名商标情况下在跨类商品上的效力。

伤害他人时,法律进行干预就行了。对于哪些事项属于涉及他人的事项,哪些事项属于妨碍他人行为自由的事项,密尔并未完全列举。另一个自由主义者诺奇克追随了密尔的思想。他提出:“能够得到证明的是一种最低限度的国家,其功能仅限于保护人们免于暴力、盗窃、欺诈以及强制履行契约等等。”^[4]划定商标保护范围的规则,意味着国家对经济生活的干预。这种干预必须具有正当性和必要性。因此,自由主义的上述教义对于讨论关于商标使用行为的国家干预的限度无疑具有指导意义。

从正当性上看,商标保护范围的设置是为了避免欺诈和盗窃他人投资,因而具有正当性。欺诈和盗窃他人投资,是对自己自由的滥用,并且其行为直接损害了他人的自由,侵入了他人的自由领地,因而应当受到打击和制裁。事实上,从古至今,无论哪种社会都对欺诈行为予以禁止。禁止欺诈是人类共同的道德原则和法律规则。在商标法出现之前,多数国家和社会对假冒等欺诈行为施以刑罚,或者通过不正当竞争诉讼,或者通过假冒(passing-off)诉讼,或者侵权诉讼,来制止假冒等欺诈行为^①。欺诈和盗窃不但没有道德正当性,而且没有法律上的和经济上的正当性。欺诈首先毁损人与人之间的信任,对社会秩序构成威胁。信任是构建社会的主要基础。孔子说,人而无信不知其可。失去信任的社会必然瓦解和崩溃。其次,欺诈造成他人的财产和精神伤害。欺诈的实施者不劳而获,违反了劳动取得财产的基本思想。欺诈构成滥用自由,对他人的自由构成威胁和损害。如果不对欺诈进行打击,就会形成劣币驱逐良币效应,对整个交易秩序,甚至对整个社会的存续构成威胁。因此,通过商标权的设置而制止欺诈,具有十分的必要性。

根据劳动理论,商标保护范围的设置以制止欺诈和盗用为限。超出了这个限度,就失去了正当性和必要性。这就要求,商标权的保护范围必须限制在制止欺诈和制止盗用他人投资的限度内。在具体制度层面上,启示我们商标权保护范

围不能无限制扩展。凡是不影响商标权人自由和利益的使用商标符号行为应当得到准许。自由主义的商标权保护范围理论必然要求对商标权进行限制,这种限制一方面表现为商标权禁止效力的划定,另一方面表现为对公众合理使用商标符号的自由权的划定。

三、功利主义与商标保护范围的划定理念

(一)功利主义的基本思想

在人类的伦理思想史上,主要有道义论和功利主义^{[12]1-6}。道义论从抽象的理念(一些道德原则)出发进行论证事物的正当性,对是非进行评判。“道义论认为,一个行为的正确与错误,并不是为这个行为所产生的后果所决定的,而是为这个行为的动机、行为本身的特性所决定的,即这个行为的动机是否是善的,行为本身是否体现了一定的道德准则”^{[12]3}。功利主义则相反,它是从行为或规则的效果出发来评判行为或者规则的利弊得失。功利主义考虑的对象是事物的效用,根据效用进行决策,因而“utilitarianism”一词也被有些学者译为效用主义或者效益主义或者功用主义。功利主义攻击道义论,认为道义论的出发点都是不可靠的。有一个道义论者就有一些抽象的原则,这些原则又互不相同,因此无法成为通约的原则。功利主义的原则非常简单,其基础建立在人类的基本感觉——快乐与痛苦之上。只有快乐大于痛苦,才是符合功利的,才是善的。

功利主义大师边沁对功利主义核心思想的表述最为明确。他说:“身为一个功利主义者,当我赞成还是反对某一公共或私人行为时,我看的是该行动导致快乐或痛苦的可能。”^{[14]3}边沁认为,功利原则应当成为立法的基础,“立法者应以公共利益为目标,最大范围的功利应成为他一切思考的基础。了解共同体的真正利益是什么,乃立法科学使命所在,关键是找到实现这一利益的手段”^{[14]1}。功利主义以利益衡量作为立法的基础,将最大多数人的最大幸福作为立法的唯一目的,

^① 法国1803年制定的《关于工厂、制造场和作坊的法律》将商标假冒欺诈行为作为私自伪造文件罪进行处罚,后来的1804年法国民法典将商标假冒作为侵权行为予以制止。英国很早就将passing-off作为制止假冒的一种诉讼形式。我国商标法制定之前,我国1979年刑法即规定了假冒商标犯罪,对假冒商标行为施以刑罚。

具有现实的指导操作的意义。在当代经济学分析横扫学术领域的情况下,谈论功利主义更具意味。“我们或许可以说,在现有的伦理学说中,功利主义是唯一能够奠定各门社会科学的伦理基础,从而为它们指明方向的伦理学说”^{[13]5}。功利主义摒弃了抽象的道德信条,转而以可以验证的经验作为理论的基础,是更具现代性、更有说服力的理论。按照功利主义理论,“自然法学派所宣称的出于理性的自然法原则,其实不过是由经验根据其是否有利于社会稳定和公众利益的结果判断为正当的行为标准,实质上是人类情感、心理习惯和社会习俗的混合物,而非出自自然的永恒真理”^{[13]6}。按照休谟的说法,“正义之所以得到赞许,确实只是为了它有促进公益的倾向”^{[15]662}。

功利主义的特征表现在三个方面:一是结果主义,以行为或者规则的结果作为评判行为或者规则的标准;二是用主观的心理感受来定义快乐或者痛苦;三是忽视了基本权利等基本自由。功利主义的特征也展现了其缺陷:一是仅以心理感受来定义快乐或者痛苦,陷入了主观主义的泥潭;二是忽视基本权利等基本自由的保障,使得功利主义可能构成对人权的漠视,“有彻底的社会主义或者专制家长主义的可能”^{[16]37},违反了自由主义的基本追求,可能导致为了福利最大化而损害个人的基本权利,损害自由社会的基础;三是忽视了分配公平。对于功利主义可能导致的分配不公问题,霍布斯曾举例说明。他说:“事实上,多数人可能专横地行动,为了本身占一点小便宜而硬要少数人吃亏。边沁主义原则绝对没有说这种专横行为是正当的,但是它确实似乎打算以一人的失来掂估另一人的得,这种平衡方法并不符合我们的正义感。我们可以说,如果真有一种合理的社会秩序的话,这种秩序决不应该把一人的快乐置于另一人的不可避免的痛苦之上,也决不应该把400万人的快乐置于一人的痛苦之上。这样做暂时也许得计,但是叫一个人去为所有人去死,这无论如何是不公正的。”^{[16]35}这就说明,功利主义虽然力图避免道义论的不确定性和虚无性,但其本身仍然是存在缺陷的。彻底的功利主义是不能接受的。在接受功利主义,并按照功利主义进行立法的同时,必须充分关注其存在的缺陷,特别是关注分配主义和公平,并且不能否定人类关于基本权利不得侵犯的共识。

(二)功利主义对商标保护范围划定的启示

以功利主义对商标法进行分析的理论成果,最为流行的莫过于美国学者波斯纳和兰德斯对商标法所进行的经济学分析。两位学者认为:“商标法是最经得起经济分析考验的,而且对商标的法律保护相比发明和表达性作品的法律保护,具有一种更加确定无疑的效率证据。”^{[17]214}两位学者认为,商标就是用以将某个企业所生产的某一商品或服务与其他企业的商品或服务区别开来的一种文字、符号或者其他标记。其所举例子表明,商标是商标标识与商品之间的一一映射关系。谈起一个商标,人们想到的肯定是某个公司的商品。他们认为,使用商标的好处类似于使用姓名的好处。为了维持这个好处,商标必须不得被仿制。允许假冒,将会破坏命名的好处。如同个人的名字不能天天变化,商品的名字也不能天天变化,如果天天变化,人们将无法识别这个个人或商品。为了寻找或者避开这个个人或商品,人们将不得付出大量的搜寻成本。商标的连续使用,法律对假冒的禁止,正是为了减低这种搜寻成本。就此而已,商标法对假冒的制止是有效率的。从另一方面分析,商标假冒的成本非常小,而收益非常高,假冒者有足够的激励去进行假冒。但假冒或者商标搭便车行为可能会损害商标上的信息资本,进而会消除开发有价值商标的激励,导致商标购买力的消亡。波斯纳他们对商标法的分析是解构性的,其目的是为了证明商标法是有效率的,是正当性的,而不是对商标法具体规范是否应当修改进行论证^{[18]265}。在整体上证明商标法的正当性,对于确定商标的保护范围有一定的指导意义,其意义主要在于对商标权持肯定态度。在理论界,还有一些学者认为,商标法整体上是无效率的;商标权是不合理的,是垄断权。McCarthy教授在其著作里曾对商标权是否构成垄断权,应当如何看待商标权的垄断权进行了详细分析。其结论认为,商标权不构成垄断权。因为商标权不是垄断产品,而是垄断符号的意义,此种垄断只会产生有利的后果,而不是影响市场份额。此种垄断是合理的,如果允许仿制商标,那就是鼓励假冒,这无论从道义上,还是从实际效果上,都是应当受到否定的^{[19]1-62}。这种看法值得赞同。有的学者认为,商标有版权化倾向。Ralph S. Brown说:“在一个贪婪的社会里,对垄断优势的获取是一股非常强大

的力量。如果不加限制,毫无疑问,轮子会被授予专利,字母表将获得版权,太阳和月亮有可能被注册商标而被专有。”^[20]在 Ralph S. Brown 表示上述担心的五十年后,美国德州大学法学院的 Mark A. Lemley 教授表达了同样的担心:“除非谨慎小心,我们可能会终结于这样的世界,在那里,每一样事物,每一种思想,每一个词都被私有了。并且,我们会因此成为穷人。”^[21]欧洲法院的 Edward 法官甚至说:“在特定的方面,知识产权法已经成为产生相反效果的东西,并且,在某些方面,变得荒唐不堪。”^{[22]592} 本文认为,这一担心虽有一定道理,但并不必要。只要将商标的抽象化限制在市场之中,不使其脱离市场,无论广告促销商标如何发展,都不可能出现词汇被专用殆尽的结果。因为在市场之外,用作商标的词汇仍是自由使用的公共资源。商标被专有的,只是其在市场中的意义而已。

抽象地对商标法的正当性进行讨论,对商标权的性质进行效率性评价,固然有其意义,但如果深入到具体规则上,则显得过于粗疏,无法根据它们得出规则是否妥当、应否修改的结论。因此,对商标法的经济分析不能停留在抽象层面,需要更加深入,深入到对具体规则的分析上去。需要运用法经济学的思想对具体的商标权的保护范围规则进行效率性评判。对此,国内已经有学者进行了尝试^[23]。功利主义的核心思想是对规则进行利弊分析。此利弊要根据经济成本与收益来确定。这启示我们,在评价商标权保护范围的划定规则时,必须对这些规则可能产生的社会效果进行评论。如果其所产生的社会效果中收益大于成本,则它可能需要修改。对于具体案件的处理方案,在评论其正确与错误时,需要运用法经济学的分析方法,进行成本与收益分析,如果结果是收益大于成本,则是可欲的。如前所述,功利主义的缺陷在于,它忽视对基本权利的保护,只能解决分配的效率性,但不能解决分配的公正性。要维持某一具体规则的正当性,除了根据功利主义对其效率性进行考虑外,尚需要考虑其公正性。而考虑其公正性,就回到了劳动理论为代表的道义论。例如,评价商标反向混淆是否需要制止时,要从效率

出发,对禁止与放任的效果进行评定,除此之外,尚需要根据劳动理论为基础的正义分配理论评价之。又如,在评论注册但未使用的商标保护范围时,需要考虑的仍然首先是其效率性。再如,在评价驰名商标扩大保护范围的限度是,首先要根据功利主义来评价,如果扩大保护是符合市场效率的,对经济发展是有利的,则扩大之;否则,要限缩之。

四、结语

上述伦理学说为商标保护范围的划定提供了正当性。它们往往暗含于商标保护的说理过程,其目的在于论证保护商标的正当理由以及设置多大的保护范围才属合适这一问题。劳动理论是论证给予商标使用人以法律保护的基本学说。这种学说从根本上解释了商标保护的正当性。但其不能充分解决商标保护的限度。商标保护的限度可以从边沁的功利主义那里得到说明。商标是自由的经济的产物,其保护必须遵循自由主义的基本原则,仅在必要的范围内才允许法律进行干预。

商标是市场经济的产物,其运行应当遵循市场法则。任何人为的制度设计和制度运行都必须遵循市场法则。注册商标制度是一种人为的制度设计,其所设置的注册在先原则、否定通过实际使用取得商标权等规则都应当服从于经济现实而不是相反。从这个角度看,我国最高法院所倡导的“保护在先商业标志权益与维护市场秩序相协调的立法精神”正反映了劳动理论与功利主义相协调的理念,从维护经济秩序角度,其所倡导的“注重维护已经形成和稳定的市场秩序”的思想,又反映出自由主义的经济原则^①。

[参 考 文 献]

- [1] WILLIAM FISHER. Theories of Intellectual Property [EB/OL]. <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>.
- [2] 洛克. 政府论:下篇[M]. 叶启芳,瞿菊农,译. 北京:商务印书馆,1964.
- [3] 易继明. 知识产权的观念:类型化及法律适用[J]. 法学研究,2005(3):120.

① 《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意见》(法发〔2010〕12号)第1条。

- [4] 罗伯特·诺奇克. 无政府、国家和乌托邦[M]. 姚大志, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2008.
- [5] 爱伦·斯密德. 财产、权力与公共选择[M]. 黄祖辉, 译. 上海: 上海三联书店, 1999.
- [6] 王坤. 知识产权对象中存量知识、增量知识的区分及其功能[J]. 浙江社会科学, 2009(7): 56—57.
- [7] 郭禾. 商标法教程[M]. 北京: 知识产权出版社, 2004.
- [8] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯全集: 第1卷[M]. 北京: 人民出版社, 1957.
- [9] 文学. 商标使用与商标保护研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [10] 张隆溪. 语言的牢房[J]. 读书, 1983(9): 113—116.
- [11] 约翰·密尔. 论自由[M]. 许宝騄, 译. 北京: 商务印书馆, 1959.
- [12] 龚群. 当代西方道义论与功利主义研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002.
- [13] 约翰·穆勒. 功利主义 [M]. 徐大建, 译, 上海: 世纪出版集团, 上海人民出版社, 2008.
- [14] 吉米·边沁. 立法理论[M]. 李贵方, 译, 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004.
- [15] 休谟. 人性论[M]. 关文运, 译, 北京: 商务印书馆, 1981.
- [16] 霍布斯. 自由主义[M]. 朱曾汶, 译, 北京: 商务印书馆, 1996.
- [17] 威廉·兰德斯, 理查德·波斯纳. 知识产权法的经济结构[M]. 金海军, 译, 北京: 北京大学出版社, 2005.
- [18] WILLIAM M LANDES, RICHARD A POSNER. Trademark Law : An Economic Perspective[M]. 30 J. L. & Econ. 265, 1987.
- [19] J THOMAS MCCARTHY. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition [M]. 3rd ed. 1993.
- [20] RALPH S BROWN. Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols[J]. 57 Yale L. J. 1165 1947—1948; 1206.
- [21] MARK A LEMLEY. The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense[J]. 108 Yale L. J. 1687, 1998—1999; 1715.
- [22] WILLIAM CORNISH , DAVID LLEWELYN. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights [M]. 5th ed. Sweet & Maxwell, 2003.
- [23] 杨明, 张巍. “共用名称”之上产权争夺的经济学和法学分析——从“小肥羊”商标案谈起[J]. 清华法学, 2010(4): 65.

【责任编辑 郭玲】

On Ideas for Defining the Scope of Trademark Rights

LIU Wu-chao¹, XU Chun-cheng²

(1. College of Law, Tianjin Normal University, Tianjin 300387; 2. College of Humanities, Northwest A&F University, Yangling, Shanxi 712100, China)

Abstract: Lawmakers have to be restrained by trademark protection ideas when they are defining the scope of trademark rights. The restraints are based on functions of trademark and ideas of the scope of the rights. Ideas for trademark rights are coming from labor theory, utilitarianism and liberalism. These ethics provides legitimacy for defining the scope of trademark protection, which are often implied in the reasoning of the trademark protection. The labor theory is the basic theory for legal protection of trademarks and radically explains the legitimacy of trademark rights, but still, it cannot give correct scope of the rights. The scope of the rights can be explained by utilitarianism. The trademark is the product of liberal economy and the protection of the trademarks has to follow the rules of liberal economy. The legal intervene is only conducted in special cases like deceit, theft and misappropriation of the trademark.

Key words: trademark protection; scope of right; idea for defining