

中国改革开放以来的商标立法及四次修正（2022）

日期：2022.08.30 作者：郑成思

编者按：

本文在曹中强、黄晖主编的《中国商标四十年》第一次全文发表，由近四十年来郑成思先生及黄晖若干前后发表的文章连缀而成，四十年前的1982年8月23日，我国通过现行商标法，现特此转发，以资纪念。文章标题为编者所加：（一）关于1982年商标法的评述来自郑成思先生1982年发表在英国牛津EIPR（《欧洲知识产权评论》）1982年第10期原题为《中国知识产权领域的第一个特别法》的英文文章，中文为黄晖为本书首次翻译发表，文中注释从略。（二）关于1993年商标法第一次修正的评述来自郑成思先生《知识产权和国际贸易》第39页至第46页原题为《中国知识产权法：特点、优点和缺点》的商标法部分。（三）关于2001年商标法第二次修正的评述来自于郑成思先生的三篇文章：（1）首次发表于《中国工商报》2003年3月13日第3版“家住钱塘东复东”一文；（2）来自于《中华商标》2003年第1期；（3）来自于《知识产权法-新世纪初的若干研究重点》第18-21页，标题为编者所加。（四）关于2013年商标法第三次修正的评述来自黄晖的文章，有部分增改。（五）关于2019年商标法第四次修正的评述来自黄晖等著文章，虽然已经超出本书编写的时间范围，为了反映商标立法的最新进展，也进行了收录。（六）结语部分由黄晖为本书专门撰写。

一、1982年商标法评析

1982年5月初，中国国务院副总理姚依林在会见世界知识产权组织总干事鲍格胥博士时说，中国在社会主义发展进程中正在并将继续实行“开放”政策。因此，正在研究有关专利、商标和版权立法，以期能够最终出台。

会议结束不到半年，中国知识产权领域第一部专门法律《中华人民共和国商标法》已经通过。

本文不是对商标法的解释，根据中国宪法，法律的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。这里只是想在研究宪法条文及其立法背景后，就商标法的发展进程、笔者所理解的某些条款的含义、该法对国际商务的影响以及某些在笔者看来仍有待解决的一些实际问题发表一下个人的看法。

鉴于商标法已列正文之后，其详细规定在正文中就不再重复了。

（一）新法的历史和背景

中华人民共和国成立以来，在知识产权的三个主要领域中，只有商标有保护的历史。人们一直在讨论在中国建立专利或版权制度，但是没有人说“建立”商标制度，因为商标制度早已存在。新法只是对它加以完善，并使它更适应新的形势。

1950年8月28日，中国政务院（现国务院的前身）颁布了《商标注册暂行条例》。之所以是“暂行”，是因为它是在中国所谓的“过渡时期”的条件下起草的。当时的社会有五个经济部门：社会主义全民所有制、合作制、私人所有制、资本主义所有制和国家资本主义所有制。因此，不同企业使用的商标具有不同的特点，并以不同的方式保护。

但是这段时间很短。据称在国有部门之外的四个部门合并为国有和社会主义集体经济部门的社会主义改造，在1956年就基本完成了。在那个阶段，需要某些不再被视为“暂行”的新法规。

1963年4月10日至25日，国务院发布了《商标管理条例》和《施行细则》，并于1963年4月10日废除了1950年的暂行条例。该条例可归纳为以下三个方面：

（1）任何企业使用的商标都必须首先注册（第2条）；

（2）必须对商标申请进行实质性审查，以确定其是否具有识别特征，是否与在先注册商标发生冲突，以及是否在不能作为商标注册的文字和图形的范围内（第4、5和6条）；

（3）商标的主要功能是区分带有商标的商品质量（第3条）。

这些法规有一个主要缺点：既没有规定如何保护“权利”，也没有规定如何运用注册商标的“权利”；而只是规定了各种“义务”。

但这些条例及其施行细则实际只正常执行了三年多，1966年开始的“文化大革命”严重影响了商标管理以及中国许多其他事务。

1979年开始实行的经济领域改革和“对外开放”政策大大改善了中国的商品生产以及中外进出口业务。经济领域出现许多新的发展。提高中国和外国投资的合资企业已经建立；个体工商业者已经出现，而且农村越来越多的乡镇企业已经建立。新形势大大改变了中国商标的地位。1966年以前，每年仅核准2000至3000个商标注册（其中大多数是中国企业所有），而仅在1981年，就核准了10,000多个商标注册。截至1982年6月，中国已注册了73,000多个商标；其中，外国人拥有9900个商标。

这种情况要求发布有关商标保护的新规定。制止注册商标侵权的首个规定，出现在1979年的刑法典。下面引用的条款对理解刚刚发布的《商标法》中的某些规定非常有帮助。

刑法第127条规定：违反商标管理法规，工商企业假冒其他企业已经注册的商标的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

1963年条例还进行了其他修订，但都不能从根本上解决问题。起草全新的，完整的和专门的商标法的想法被提出来，并在1979年10月工商行政管理总局举行的全国会议上进行了讨论。但当时的主要趋势仍然是修改旧法而不是制定专门的新法。只是到了1980年，终于定下来要起草一个新的法律。

（二）有关商标法的介绍

工商行政管理总局任中林局长曾表示，商标法的一个显著特点是制止欺骗消费者，并且这是商标管理工作的一项重要任务。相关规定体现在第1、6、8（8）、25、31、34（1）及（3）、38（1）及（2）和40条中。

与1963年条例相比规定，新法至少增加了五个新的元素。这些元素包括：有关注册商标所享权益；如何执行权利；如何保护权利；在哪里起诉以及转让和许可使用程序的表述。该法的其他方面也出现了许多变化。某些主要的增加和变动以及一些重要的相应规定将在下面讨论。以下这些规定尤其值得注意。

在第1条，“保护商标专用权”是一个新规定，因为旧法只规定了义务，而没有权利。实际上，如果人们仔细研究整个法律，就会更准确地发现这一点，第1条仅涉及保护注册商标专用权。正如第4条显示，所有商标不再要求强制注册，但只有商标注册人可以依照第3条和第七章起诉。同样是在第1条中，不是之前规定的“商标的主要功能是区分商品的质量”，而是指出该法的目的之一是通过商标管理来保证质量。尽管实现这一目的仍然存在某些问题，但这种表达比1963年条例更精确。

第2条涉及主管部门。在1982年4月中国机构改革中，大多数“主管局都被合并到部委中，但工商行政管理部门仍然是国务院直接领导的独立部门。该主管部门负责各类企业（包括合资企业）的注册和管理、各类经济合同、市场、广告和商标的管理。该部门下的商标局负责商标注册。每个省、市或县都有其本地的工商管理部門。这种较低级别的管理机构不注册商标，但负责处理辖区内商标使用的其他问题。

至于第4条，任中林先生在给全国人民代表大会常务委员会所做的说明中指出：在使用之前必须注册商标的要求不利于发挥企业的

积极作用，这对于由农民经营的小型企业而言尤其不合理。因此，该要求在新法中有所改变，未注册商标变得合法，而在第5条中，规定了必须强制使用注册商标的商品。此类商品的例子，当然，包括药品。

第7条引入了一项每个要在中国经商的外国商人都必须注意的新规定。商标注册后必须加以标注。该条的其余部分与1963年条例的第4条类似；但是旧法中关于商标的文字和图形必须“简单”的规定在新法中不再出现。

第8条第（1）、（2）和（4）项在1963年条例中已经存在，第（3）、（5）和（6）项是参照国际惯例增加的，第（7）、（9）项是为符合中国的特定条件增加的；（8）则是为与第1条所述的立法宗旨相适应增加的。

第10条实际指的是中国国际贸易促进委员会。中国贸促会设有商标代理事务所，代理外国企业在中国注册商标以及中国公司在外国注册商标。贸促会下还有一个专利代理事务所，将在中国建立专利制度后代理外国自然人或法人在中国申请专利以及中国公民在外国申请专利。此外，贸促会还有一个法律顾问处，负责在经济、商事及海事纠纷的诉讼及仲裁案件中，受国内外客户的委托，充当国内外当事人的代理人。它协助解决此类纠纷，并可以就法律和法律实践有关的问题进行咨询。中国贸促会在全国有20个分会。

第二章足够清晰，无需说明。

第18条明确了国外很多国家的做法。1963年条例第7条只规定了商标核准，准许最先申请的注册。新法第18条的后半部分涉及同时申请的情况。这条结合第19和27条使中国商标法归属于“基于一定时间无可争议地确定所有权归属”的类型。^[7]但至少有两个问题仍然值得重新考虑：一个是“一年”期限可能不足以反对一个注册（例如，在美国，期限是五年）；另一个是没有规定未注册的驰名商标可能成为他人注册相同或相似商标的障碍。如果本法实施细则不能解决第二个问题，在实践中必然会出现麻烦。

第三章提到的公告，指的是将会由工商行政部门专门发布所有注册商标的《商标公告》。

将在下面第四部分讨论的第20至22条需要支付固定费用，这将在第41条提到的实施细则中规定。转让合同必须在首先在商标局核准，然后才能生效；但使用许可合同可以在商标局备案前签署并生效。在转让或许可的情况下，受让人或被许可人必须保证相关商品最初的质量。但是该法没有对不遵守这一要求规定任何处罚。如果实施细则没有加以明确，该处罚可能取决于工商行政部门或法院的自由裁量权。但是，就商标注册人而言，第31条规定了欺骗性地改变相关商品质量的处罚。

第五章涉及注册后的争议，而第三章第19条则涉及注册前的异议。

第六章涉及注册商标和未注册商标所有人的义务。未注册商标使用人只能起诉对他不当制裁的行政部门，但他无权起诉使用相同或者近似商标的他人，即使对他已经造成实际损害，因为第七章只保护注册商标。

在第七章中，第37条非常简短，但非常重要：

- （1）即使非常著名，“防御性”商标不受本法保护；
- （2）服务商标不受保护；
- （3）非“核准注册的商标”不受保护，且保护仅限于“核定使用的商品”。

第38条第（3）项覆盖宽的范围。这一规定，如果在实施细则没有扩充，将由各级行政部门或各相关人民法院自由裁量。

第39条涉及救济方法，但仅涉及一般原则。详细情况将在《实施细则》中体现，或由有关部门自行决定。

第40条对应于1979年《刑法》第127条。

1963年，《施行细则》仅在条例发布两周后发布，因此本法的实施细则有可能在该法生效之前的任何时间发布。

（三）商标法在中外国际商务交易中的意义

自1979年初实行“对外开放”政策以来，越来越多的外国商人开始与中国进行贸易。1981年进出口总额为735.3亿元（折合2,230万

英镑），比1978年翻了一倍。

而且，近年来，越来越多的合资企业出现在中国。在经济特区，甚至有外国人的独资企业。

这些商人和投资者当然关注他们商标权的保护。但是，在1963年条例中没有任何关于这种保护的条文。尽管在某些较早的立法中特别提到了在中国的外国人商标保护（例如1979年合资企业法第5条；1982年关于外国企业所得税法施行细则第4条和第27条，等等），此类保护只能来自相关方订立的合同，而不能来自任何一般法律。这就是某些外国企业在中国仍然不够活跃的原因之一。商标法应该会打消他们的疑虑，并因此提高中国的发展对外贸易。

与此同时，中国出口正在快速增加。1981年，为近年来首次，出口的总价值超过了进口。就26种商品而言，中国的出口已经是世界第一。那如何在外国保护中国企业的商标呢？截至目前，中国已与大约30个国家签署了商标注册的互惠协议。但是，“互惠”原则意味着其他国家保护中国商标的水平只需与它们在中国受保护的商标水平相同。中国1963年条例规定的水平，如前所述，只规定了商标所有人的义务，而没有任何权利（在中国使用商标的权利除外）。归根结底，如果没有完整的《商标法》，中国将无法为外国商标所有人的权利提供充分和有效的保护，因此也无法在国外为自己获得这种保护。从这个意义上说，《商标法》对中国的出口贸易将具有重要的意义。

进一步的研究表明，《商标法》使中国有可能在将来的某个时候加入《保护工业产权巴黎公约》。该法的大多数规定符合《巴黎公约》中有关成员国商标立法的最低要求。例如，该法第8比1963年条例第6条更靠近公约；第30条第（4）项也完全符合巴黎公约第5条C1。

其中要特别注意第9条，根据该条，“外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约办理”。这表明中国正在考虑加入涉及商标保护的某些国际公约。显然，巴黎公约应该是其中之一。

（四）有待解决的问题

无论该商标是否已注册，商标法第4条都将赋予使用商标的合法权利，正如工商行政管理总局任中林局长所言，这将有积极的结果。但是，它也可能产生某些负面影响。

首先，过去，工商行政管理总局能够对已经在中国市场上使用的所有商标进行正式登记。新法生效后，这样的记录将不复存在。对一个像中国这么大的国家来讲这到底是方便还是不方便呢？即使是在英国，已经为建立最新的注册和未注册商标的全部清单以随时提供给有兴趣的人努力了多年。到目前为止，尚无迹象表明在中国是否有必要对商标进行全面记录，以及如果是这样，应由哪个部门来负责。如果该法生效之前，这个问题不解决，很多企业和各级工商局，都可能会发现不方便。

其次，一个未注册的驰名商标可以成为一个近似商标注册的障碍吗？商标法中没有涉及这个问题，但这个问题会在一个不太知名的商标，按照商标法第18条先于驰名商标申请的时候，或该驰名商标所有人无意来华注册的时候发生。至少，商标法中应该有与《巴黎公约》第6条之二相对应的明确规定。一些外国确实有这样的规定，例如在法国，如果一个未注册商标经过不断增加和广泛的使用成为驰名商标，其所有人可以请求宣告一个混淆性近似的商标的注册无效”。

第三，在笔者看来，强制注册制度可能是一个确保商品质量的更合适的办法（虽然商标本身并不能实际上反映相关产品的质量）。在1980年12月15日人民日报上有一个非常生动的漫画：在卷烟厂的厂长办公室，墙上挂着印有不同品牌的四件外套，穿着一件肮脏的外套的香烟跑进来并对厂长说，没人愿意再买我了，厂长回答说：没关系，换件外套再去市场！”这反映出消费者最近对某些中国企业的不良趋势表示不满。一些企业甚至在仅改变商标而不是产品本身或原材料的情况下，频繁地提高其产品的价格。虽然商标法第34条有一定的措施来惩罚第一种情况，但没有相应的措施涵盖第二种情况。

消除这种做法的唯一希望可能在于其他立法或行政措施；但是至少强制注册制度会使企业更难轻易更改其认为合适的商标。

第31条将撤销商标注册作为对欺骗性改变商品的一种制裁。这是不是一个好的措施呢？柯尼什教授说，这种制裁的麻烦是，它会放任竞争对手在公众那里制造更多的混淆。[13]在中国，该评论的意义更大，因为同一法律的第32条仅规定了一年的时间来阻止另一相似商标的注册。需要做的是：

（1）就驰名商标而言，所有者应有丧失其质量标志的权利（在1979年《优质产品奖励条例》规定相关商品有权共同与商标一起使用质量标志）；

(2) 就所有注册商标所有人而言, 应有可能命令他们自费在报纸上刊登广告, 以将这种变化通知公众。

尽管在很多国家, 后者可能由于报纸数量众多而无法发挥作用, 但在中国, 只有《市场报》和《中国金融与贸易》是专门反映市场某些变化的报刊。与新法的规定相比, 这可能是防止消费者受到欺骗的更有效方法。

还有其他不太重要的问题。例如, 如果一部门已经做出了第20至22条所述的不利决定, 那么向一个子部门提出上诉是否合适?

上面的评论可能在观点上不够全面。该部法律虽然有些地方不尽如人意, 但用一句中国成语来讲, 还是“瑕不掩瑜”。法律是总体上是好的, 它将很快对中国经济的发展发挥积极的作用。

二、1993年商标法的第一次修正

1982年颁布、1993年修订的商标法, 是中国改革开放之后, 在知识产权领域出现的第一部单行法。1993年修订内容中的相当一部分, 实际在1988年首次修订商标法实施细则时, 已经成为中国商标保护制度的一部分, 只是在1993年才从“条例”这一级上升到“法律”这一级。

(一) 现行商标法的特点

1. 由国务院工商行政管理部门商标局主管全国商标注册和管理工作的。

这一条因为暂时不好确认它是优点还是缺点, 故放在“特点”中。而这又的确是中国的特色。

在许多国家, 商标权与专利权统一由“工业产权局”、“专利商标局”、“专利局”或“贸易部”、“知识产权部”授予及管理。而我国的历史事实则是专利制度从50年代中期起中断了多年; 而商标管理则基本未长期中断过。商标局先于专利局而存在, 商标管理的基层机构、经验、以及操作条件等等, 都非其他知识产权领域可比。把商标权作为知识产权的一个组成部分而由管理专利等等的统一的机构去管理, 在定时还难做到。而商标权虽是民事权利, 又不同于版权; 它不是自动依法就可产生的, 确实需要一个人员较多的机构去“管”。

2. 注册商标标识有较严格的限制。

中国商标局允许获得注册的, 仅仅是“文字、图形或者其组合”。这就排斥了“立体标识”注册的可能性。1985年, 中国商标局与英国上议院几乎同时认定了“可口可乐”的特有瓶装造型不可以获得注册。中国商标局驳回其注册申请的主要原因即: 不为立体标识提供注册保护。当然, 过去中国商标法的正式文本, 把“图形”译成了“Design”, 使许多外国人误认为中国允许立体标识注册。

同时, “文字、图形或者其组合”也排斥了音响商标、气味商标等获得注册的可能性。

3. 非强制注册与部分强制注册并行。

从1982年开始, 中国改变了过去作为“社会主义计划经济”产物的“全面强制注册”制度, 规定了只有商标使用者“需要取得商标专用权的”, 方有必要申请注册。这对于80年代的“社会主义商品经济”及90年代的“社会主义市场经济”的发展无疑是有益的。与此同时, 商标法及实施细则又规定了药品、烟草及卷烟所使用的商标, 一律应先注册, 后使用。

4. 居中的审查制度。

过去, 不少人认为中国商标法实行的是“非实质审查制”。如果与英国、德国等严格的实质审查制相比, 这种看法并不错。但中国又并未实行许多发展中国家实行的那种单纯的形式审查制。在中国, 商标权“确权”的最后权力机关仍旧在国家工商行政管理局, 它就不可能在批准注册前完全不进行实质审查, 而将来让人们在法院诉讼中再提出实质审查问题。中国商标局对申请注册的标识是否具有“识别性”, 是否可能同已获注册的标识相混同, 等等, 还是要进行较严格的审查的。从这个角度看, 应当承认它实行的仍旧属于“实质审查制”。只是其严格程序, 尚不及一些实质审查制发达的国家。

5.不由法院最后确权。

这一点上面已提到。虽然在商标法修订的全过程中，不断有人提出“确权”之权应在法院。但有人援引了1992年已修订的专利法。该法仍把实用新型及外观设计专有权的最后确认留给了专利局。故商标权的最后确认留给工商行政管理局，似乎也不出大格。当然，专利领域的“发明专利”最终确权定在了法院，版权则从理论上讲只能由法院确权。相比之下，却不存在任何商标权由法院确认的余地。商标行政管理机关在“确权”这点上，显得有些“得天独厚”。

6.“争议”时限较短。

一些国家商标法规定：商标获得注册后，3年或5年无人提出争议的，即成为“无争议商标”。中国商标法实施细则把这一争议时限定为一年。这就警告了一切利害关系人：如果打算以“注册不当”要求撤销某注册商标的话，你对注册提出争议的时间是很有限的。该时间是“自商标注册公告之日起一年内”。而且，利害关系人“没得到公告”或“没读到公告”等等，绝不可能成为要求延展这一年时限的理由。

7.解决侵权纠纷的“双轨制”。

也是由于历史的原因，商标法与专利法在原始文本中的行政管理机关调处侵权纠纷、“责令侵权人立即停止侵权行为、赔偿被侵权人的损失”等权力，在修订后的条文中依然保留着。一些学者从法理上始终认为行政机关直接并且过多地干预民事权利，应属缺点；实际下作人员及一些被侵权人从实践中纠纷的解决迅速、省钱等方面看，则认为是优点。但无论如何，我认为这种与法院解决侵权纠纷并行的制度算中国商标法（以及专利法）的一个特点，是没有太多争论的。

（二）现行商标法的优点

至少，世界知识产权组织总干事早在1990年就公开讲过：中国商标法是他在中国当时已有的几部知识产权法中最为满意的。1991年到1992年的中美知识产权谈判中，美方甚至很难从中国商标保护中挑出什么大问题，乃至最终把商标权议题全部排除了。修改前的商标法，外人评介尚如此；修改之后，优点就更突出了。这主要有：

1.商标权保护水平、保护范围及注册等程序，更加向国际标准靠拢。

这里讲的“国际标准”，主要指《保护工业产权巴黎公约》中有关商标保护的规定；世界知识产权组织主持起草的“商标保护协调法建议”；关税与贸易总协定中“知识产权分协议”与商标有关的条款。诸如现行商标法中对服务商标的保护，为集体商标及证明商标提供注册，改“核转制”为“代理制”，等等，均是实例。

原商标法（第12条）要求在不同类商品上使用同一个商标须“分别”提出注册申请。现行商标法删去“分别”二字，从而大大便利了注册申请人，也更符合《国际商标注册马德里协定》的程序。

2.在法中明确了对“注册不当”的撤销理由与撤销程序。

早在1985年，国内外均有商界人士对中国商标法中未明确给商标权利冲突人之外的利害关系人或无利害人以“注册不当”为由提请撤销的权利，表示了不满意。1988年的实施细则虽然增加了这项内容，但一是它属于法律本身没有的东西，在细则中有“越法”之嫌；二是细则中未明确何谓“不当”，给了商标管理机关过大的“酌处权”（Discretion）。在现行法律及细则中，这两方面的问题都解决了。这就使商标保护制度更加合理。

3.加重了对严重侵权的刑事处罚。

这一点，不仅符合国际上保护商标权的总趋势，也符合中国近年商标侵权活动猖獗的实际情况。在修订商标法过程中，1992年的一次全国人大常委会未能通过修正案，主要原因之一正在于当时的草案未能加重对侵权的刑事处罚。

4.对许可及转让商标权“管而不死”。

过去，相当多的国家（主要是英联邦国家）对于商标权人许可他人使用注册商标，作了严格规定。至少，被许可人须经注册而被承

认为“注册使用人”之后，方能合法使用。这个规定如果中国也引进，那么就会在含商标权许可证的技术转让合同、合资企业合同等合同订立时，发生多重机关审批的问题。如果经贸主管机关批准了的合资企业合同而其中的“注册使用”有关商标未获商标局批准，应如何处理？类似的问题会出现一大批。

过去，不少国家商标法规定：商标权的转让必须连同企业的经营（business）一道转让。但1991年底初步达成一致意见的关贸总协定中“与贸易有关的知识产权分协议”，恰恰不允许做这种硬性规定。

中国商标法虽要求转让之前必须经商标局核准，许可证合同签订后必须报商标局备案，但从一开始就未作过上述其他一些国家那样的硬性规定。在这一点上还是有先见之明的。

5.对注册商标予以保护，对注册及未注册商标均实施管理。

只有这种“全面管理”，才可能真正保护注册商标的专用权。

6.对侵权的行政处罚，采用了“水涨船高”的罚款比例额。

这种规定大大优于（如中国著作权法实施条例中的）限死的罚款数额的方式，对惩罚和制止侵权更有效一些。

（三）现行商标法的缺点

1.在用语上，中国商标法使用“商标专用权”。

虽然中国台湾地区在先制定的“商标法”也使用的是“商标专用权”，但世界上绝大多数国家和地区的商标法，乃至包含商标保护的国际公约，均使用“商标权”。因为，商标经注册后，其所有人获得的权利远远不止是“专用”。在商标权可以设定为质权的国家，它可能根本“不用”而体现出其财产权的性质。事实上，“许可”他人使用，“转让”，也是商标权人的权利。这些权利，也都不是什么“专用权”。

“商标专用权”的内涵大大窄于“商标权”。在商标法中，它是个不恰当的用语。

2.未回答市场经济已提出的权利质权等问题。

注册商标权人能否以其权利作担保，以换取急需使用的资金，即能否将商标权设定为质权的问题，在中国确定了发展社会主义市场经济目标之后，已经提到实际经济生活中来了。1993年4月3日《光明日报》上，已登出“科技成果进当铺”的实例。那么，商标权能否成为这种“进当铺”的标的呢？

发达国家如法国、瑞士、丹麦等，发展中国家如埃及及一大批法语非洲国家，都明文允许将商标权设定为质权。1993年前的中国台湾地区“商标法”明文禁止以商标（专用）权设为质权，1993年修订之后，则又明文允许。

中国商标法中找不到这种“明文”。而在实践中，又肯定会遇到这个问题，届时应如何处理呢？

像这类在市场经济中已提出、而又应由商标法回答，但商标法却回避了的问题，还有一些。这里只举权利质权一例。

3.缺少对防御商标、联合商标注册保护的明确规定。

专利侵权的认定与否定，有专利申请书中的“权利要求书”作了明确的限定。正像为一家人的“私宅”地区划了一个圈，他人进入这个“圈”，即告“侵权”。而商标侵权则由于在“类似”商品上，使用“近似”商标也依法构成侵权，则在原来似乎明白的“侵权”认定圈外又划出一个“模糊”区。

在多数国家，商标法中出现了“类似”商品及“近似”商标这些术语的，均会提供对防御商标及联合商标的注册保护。

因为，从一般法理上推，“侵权”者，应系你侵了我享有的权。这里讲的“权”，一般有肯定与否定、或“行”与“禁”两方面的含义。例如

我对我写的一部书享有版权，这句话指的是：一方面，我有权复制它，另一方面，我有权禁止他人复制它。在商标领域，则不尽然了。当他人使用了与我的商标相同的标识时，我一方面有权禁止他使用，另一方面有权自己使用。这是无异议的。但他人使用了与我的商标“近似”的标识时，我一方面有权禁止他使用，另一方面却无权自己使用这种“近似”标识。否则，我就可能被视为“自行改变”原注册的文字的图形，因而可能依商标法第三十条受到处罚。同时，何谓“近似”，又无法下一个明确的定义。有的人就会在侵权中逃避责任。于是，确实已建立起信誉的商标权人，就希望能够把他认为与其注册商标“近似”的那些文字及图形统统注册。其注册的目的不是为了自己“专用”，而只是为了禁止他人使用，以免造成混淆。这就是有必要保护“联合商标”的主要理由。

防御商标则是由商标权人在所有“类似”（乃至广而及于不类似）的商品上均以其注册商标注册，目的也不是自己在这些商品上使用，而只是禁止他人在这些不同商品上使用同一个商标。

这是从两种完全不同的方向来扩大同一个注册商标的方式。顺便说一句：曾有商标法教材或文章，把联合商标与防御商标说成一回事，是不对的。

中国商标法中缺少注册保护防御与联合两种商标的规定，既不符合国际上的发展趋势，又不符合我们自己的商标管理实践。多年前，“米老鼠”、“唐老鸭”等实际已在中国商标局取得过相当于防御商标的注册。同时（如上所述）缺少了这两种注册，从逻辑上也与商标法认定侵权时纳入“类似”与“近似”的模糊区不合拍。

4.“其他含义”还是“第二含义”？

中国商标法禁用县级以上地名为商标，同时规定：“但是，地名具其他含义的除外”。

国际商标保护中，多年来使用“第二含义”这个术语，而不使用“其他含义”，是有其道理的。第二含义指的是某一标识虽确系地名，但使用者在商业活动中，已使顾客一见到它就联想到商品的制造者来源，而不是有关地理来源。例如香槟、茅台，等等。这里并不管有关地名本身原先有没有“其他含义”。例如，“长春”这个地名当然有“其他含义”，例如表示“永不衰老”、“四季常青”等等。但这些完全不能成为可以把“长春”作为商标使用的理由。商标法中这类表达不确切的地方，还可以找到一些。而这些，如果认真参考国际上已有的成例，本来是可以避免的。

5.“社会主义商品经济”还是“社会主义市场经济”？

这是商标法第一条提给我们的问题。1982年商标法从过去的单纯计划经济中走出，把“促进社会主义商品经济的发展”作为立法目的之一，是有历史功绩的。也正像前面第1条不足中所说，既然1992年就已经确定了中国发展社会主义市场经济的目标，为何到1993年修改法时，旧提法依然保留呢？

三、2001年商标法的第二次修正

（一）“家住钱塘东复东”

《商标法》经2001年二次修正，在增加驰名商标保护的规定、增加地理标志保护的规定、增加禁止“反向假冒”、制止“即发侵权”等方面，进一步走向现代化，并与有关国际条约的要求相一致。2002年在二次修正基础上出台的《商标法实施条例》，又弥补了修正案中缺少“权利限制”的不足，明确了申请进程中的商标可转让等细节，使我国商标法律制度更趋完善。加上到2002年未为止出台的几次司法解释，应当说我国商标保护制度已取得了空前的进步。

相比之下，《商标法》领域的理论研究（至少与专利及版权两个领域相比），则仍旧处于比较落后的状态。商标权（或商标专用权）与商标专用权的这一最基本的区别始终没有弄清，一直阻碍着我国《商标法》基本概念的变化。商标注册的作用与性质是什么，不少人至今仍茫然不知。乃至“获奖”论文中，竟有称商标注册不是确认商标所有权，而是确认占有或准占有。这类问题，在专利及版权领域虽然也存在，但不及商标领域这么多。我国商标制度的进步已经是空前的，却并不是完美的。

立法若要再向前走，要“臻于至制”，需要首先在理论上有所突破，改变研究滞后的现状。要有一大批（而不是目前的少数）从事商

标立法、司法、管理及代理实践的人，投入商标理论研究并推出相应的成果。具体讲，我感到我国商标制度至少还在以下一些方面有待进一步改进：

第一，2001年修改《商标法》，增加了对“地理标志”的注册保护。这本来是一件好事，保护到了我国企业在知识产权领域为数不多的长项。但由于2001年明文确立这项保护之前，我国的质检部门也已开始了类似的登记程度，并从另一角度着手保护。新《商标法》实施后，一批企业就面临国家工商总局与国家质检总局对同一受保护客体的两种登记程序与要求。其结果虽有可能使相关企业受双重保护，但在更多的场合则是加重了企业的申请、待审批等负担，在两个行政单位对某一问题认识不一致时，企业则无所适从。这一问题，应尽早由国务院予以协调，以便使更多企业积极利用起知识产权保护下的这一长项。

第二，2001年《商标法》修改后，将商标“确权”的最终权力交给了法院。一是符合了世贸组织的要求；二是使我国行政裁决进一步受到司法监督。不过，我感到，商标评审委员会所作的大部分“确权”裁决，实质上属于对商标权人与“异议”人（或撤销注册请求人）之间的纠纷所作的“公断”，即类似法院一审的判决，而不是一般的行政诉讼法中可诉的“具体行政行为”。当事人不服商标评审委员会的裁决，再诉到法院时，依旧是商标权人关心自己的商标注册能否保证，撤销请求人关心对方的商标注册能否被撤销等，并没有人把商标评审委员会真正当成诉讼的对象。法律却断然决定了在法院诉讼中，商标评审委员会与原先的一方当事人共同成为“当事人”，比商标评审委员会与注册的撤留关系更密切的原另一方当事人，却成了“第三方”。这样显得既不符合事实，又极为不妥。故建议将商标评审委员会从法院诉讼中摘出，或将它作为“第三方”，以便在商标评审委员会程序中对诉的双方，在法院程序中仍延续下来，使这类案件在法院依旧属于民事诉讼案，而不是行政诉讼案。这样更加符合事实，也更符合当事人的利益。这需要在再次修改《商标法》时，以法律条文加以明确。

第三，《商标法》第41条，将“恶意注册”不受五年限制的特权仅仅给“驰名商标所有人”，是不妥的。根据立法原意，不论注册人是否恶意，商标所有人5年后均无异议或撤销请求权，原是对未注册商标所有人的一项限制，亦即对第31条后半句所涉之人的限制。但第31条前半部分涉及“在先权”的权利人如果也受这一限制，就极端不公平了。设想某人以明显的恶意使用他人肖像注册商标，难道五年之后该肖像权（即在先权）人来维护自己肖像权的请求权都不存在了？所以，第41条第2款应改为：“对恶意注册的、驰名商标所有人及其他在先权利的所有人不受5年时间限制”。诸如此类的遗漏，在2001年商标法修正案中还有一些，均应考虑在再次修改《商标法》时一并研究。

（二）《商标法》的发展及其在我国民法理论上的贡献

在首次将商标权作为“可投资财产”对待的1979年《中外合资企业法》颁布时，中国市场之外的人真正看到了这片土地上“改革开放”的曙光。当时，关心中国发展的一些外商及外国法学家，兴奋的心情甚至超过了国内许多人。国内普遍对知识产权的重视，实际是1991年及1995年两次闹得举世瞩目的中美知识产权谈判之后。而且，至今仍有中国学者不认为商标权为私权，或虽勉强承认其为私权，但认为地位尚不及债权、远非“专有权”，至多是“专用权”。

1982年中国改革后首部知识产权法颁布时，国内外对其评价的反差也与此前3年差不多。同一年颁布的民诉法(试行)更受国人重视。而在国外，我为EIPR写了一篇英文的中国商标法评论，居然使该杂志当期多售了以往的数倍，以至我的导师Cornish与Sweet Maxwell的老总一定要请我去牛津一叙。可见当时发达国家对知识产权在中国的发展多么留心。

2001年中国“入世”前《商标法》的再次修正，则不再仅仅使外国人重视，中国人也开始真正重视了。国内有人称赞这次修正为代表“民事立法的方向”，确实不过分。那么，它在我国民法理论上到底有哪些贡献(成“方向”性的优点)呢？至少有以下几点：

第一，2001年法第9条突出对“在先权”的保护，却没有任何条款强调对侵权活动产生的“在后权”也应精心呵护，为今后民事立法确立了一个方向。

第二，2001年法第10、11条将原商标法第8条作了合理拆分，更接近了国际惯例及我国已有实践，也在立法技术上为今后民事立法确立了方向。

第三，2001年法第51条从全面保护“权利物权”高度认定了商标权作为全面对世权的两个方面(即禁止假冒与禁止反向假冒)，告诉人们不可把商标权(及其他知识产权)仍旧视为不是专有权、不及债权的“二等公民”，这表明了与“知识经济”适应的民事立法方向，即知识产权法应受重视，而非歧视。

第四，第56、57条有关无过错不负“赔偿责任”，以及“即发”而未发的侵权仍旧要负侵权责任的规定，更改了民法学界多年来有关认定侵权须有“四要件”的学说，亦即否定了“无过错不负侵权责任”、“对权利人造成实际损害方能认定侵权”等等。确实，人们一谈第57条自然会想到：“即发”的行为，给权利人造成什么“实际损害”了？这种更改对民事侵权法将有重大影响，当然也可以说“代表了方向”。

2001年法未解决的理论问题也还有。例如，“商标权”与“商标专用权”，哪一个概念更符合权利人的权利状况，更有利于保护知识产权？还是可以继续研究的。

至于《商标法》中未纳入“商标合同规范”，则是原法及一次修正时原样如此，世界上极少有在商标法中找到这种规范的。我国合同法总则，已经能够覆盖这种规范，故无论在合同法分则或商标法本身中，都不再有另定规范的必要。至于对专利及商业秘密合同的规范，则实实在在存在于合同法“技术合同分则”中。这倒是与多数国家不同的。而著作权合同，在《著作权法》修正时已补充扩大，它不可能存在于民法合同篇或合同法中，这在国际上也是通例。特别是我们有的民法学者特别推崇的德国，在2002年以专家修正著作权法的方式，再度扩充著作权法中的“著作权合同”一章，而不是把它纳入“合同法”或民法合同篇。从这点上看，我国《著作权法》在著作权合同上增订扩大的作法，完全符合国际上民事立法的方向。而在实事求是，不搞“一刀切”这点上，也可以说代表了我国民事立法的方向。

（三）商标法第二次修改解决的问题和存在的不足

《商标法》是我国知识产权领域第一部单行法，它颁布于1982年，于1993年、2001年两次修正。根据我国商标法的规定：经过商标注册申请而获批准后，商标权方才产生。所以，在我国可以成为商标权主体的，首先是有资格申请商标注册的人。我国商标法第4条、第9条及实施细则第2条规定，在我国，商标注册申请人，必须是依法登记、并能够独立承担民事责任的企业、个体工商户或具有法人资格的事业单位，以及作为《保护工业产权巴黎公约》成员国或与我国有商标保护协定的其他国家的外国人或外国企业。此外，由于我国商标法允许商标专有权的转让，因此商标权的主体。除有权申请并获得商标注册的人，还可能是商标权转让活动的受让人。我国商标保护采取“注册在先”及“注册保护”的原则，是与世界上大多数国家的制度一致的。目前，全世界只有美国商标保护中采取“使用在先”原则，即商标权在使用中获得，而不必通过注册获得。在申请注册发生冲突而决定取舍时，也不是以谁先申请为标准，而是以谁先使用为标准。

1993年商标法修正后，仍欠缺的主要是两个问题。从实体条款部分看，缺少对“驰名商标”的明文保护。而这是我国已经参加的《保护工业产权巴黎公约》及世界贸易组织均要求加以特别保护的。从程序条款部分看，我国商标法一方面给工商行政管理机关处理假冒等违法活动的权力过窄，造成行政执法难以有力地打击假冒活动。另一方面在确认商标权方面又给了工商行政管理机关以“终局裁决权”，对裁决不满的当事人，无权再诉诸法院。这又不符合多数国家的作法，也不符合世界贸易组织的要求。不过经过2001年的再次修正，这些欠缺都已经不存在了。

当然，由于2001年修改《商标法》，着眼点主要在于与世贸组织的差距上，故除此之外的问题，人们则关心得不多，也研究得不多。例如，除中国（包括台湾地区）的商标法仅仅保护到“商标专用权”，其他国家或地区性国际组织的商标法，均是保护到“商标权”或“排他权”。我国（包括台湾地区）的商标法正式英译本中，均是“**Exclusive Right to Use**”（专用权），其他国家则是“**Trademark Right**”或“**Exclusive Right**”。无论作为完整权利的商标权，还是作为对世权同义语的“排他权”，都更接近完整的财产权或我国民法学者常用的“物权”，亦即所有权、用益权、质押权等等的总和。在使用英文的国际经济、法律交流的场合，将明显反映出只有我国在商标领域赋予注册人的权利是不完整的。而实际上，我国的商标注册人，也应享有这种更完整的财产权，才更接近“知识产权”（亦即“知识财产权”）的实质。不过，从这次修改商标法的过程看，我国从“商标专用权”到“商标权”，至少还有很长一段理论与实践上的路要走。

最后，无论在我国的市场经济实践中，还是在一些外国今天的商标法中，都能明显看到信息网络化的影响，例如实体法中商标与域名的协调及反协调，程序法中的无纸化申请之类。而这些在这次的修正案中均无踪迹；相反，历史的痕迹却仍旧不鲜。与同一次会上修改的《著作权法》相比，它在这方面也是略显逊色的。

四、2013年商标法的第三次修正

中国商标法第三次修改从2003年正式启动，国家工商总局受国务院的委托，承担了商标法修改的具体准备工作，经深入调研并听取各界意见，反复修改形成了《商标法（修订送审稿）》，于2009年11月18日报请国务院审议。2012年10月31日，国务院常务会议讨论通过了《中华人民共和国商标法修正案（草案）》，并提交全国人大常委会先后三次进行审议。

2013年8月30日上午，备受社会关注的《中华人民共和国商标法》修正案经十二届全国人大常委会第四次会议审议并通过，新法将于2014年5月1日起生效。新商标法有如下变化，值得我们给予特别的关注。

（一）强调商标使用，完善注册制度

制止违反诚信信用原则的行为

这次修改明确将诚实信用作为一项总的原则引入商标法，即“申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则”（第7条），并具体体现在下列条文中：“就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册”（第15条第二款），不过，目前尚不清楚在先使用是否有“在中国”的要求；新法重申“对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时间限制”（第45条），对于恶意使用人（第36条）以及注册人（第47条），需要承担赔偿责任；对于重复侵权的，工商局可以加重处罚（第60条）；对于恶意侵权行为，新法允许给予1-3倍的赔偿（第63条）；此外，新法要求代理机构遵循诚实信用原则（第19条），并在规定违法后果（第68条）。

调整使用与注册的关系

新法规定：“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识”（第59条第三款）。该款规定明确在先商标的使用并获得一定影响的时间应以在后商标的“申请日”为准，并且将“继续使用”的范围限制在原使用范围内，但目前尚不清楚这一范围是否主要指地域范围。

强化商标使用义务

新法吸收现行实施条例第3条的规定，明确了商标使用的定义：“本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为”（第48条）。此外，新法将连续三年停止使用的情形单独加以规定，不适用“限期改正”的处理程序，加强了对不使用商标的规制（第49条）。最后，新法还规定，三年内未实际使用过的注册商标原则上不给予赔偿（第64条）。

（二）规范商标注册实体条件

细化驰名商标认定

新法从权利人的角度规定了权利人申请驰名商标认定的条件，即“为相关公众所熟知的商标，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求驰名商标保护”（第13条）。明确了商标局、商评委及法院认定驰名商标的具体程序，特别强调“驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定”（第14条）。新法还规定“生产、经营者不得将‘驰名商标’字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中”（第14条），违反者处10万罚款（第53条）。

扩大商标注册范围

新法删除了可视性的要求，增加了“声音等”标志可以注册的规定（第8条），相应地增加了中国国歌、军歌不得注册的规定（第10条）。

明确显著性要求

新法增加了“其他”缺乏显著性标志不得注册的要求，使通用名称和叙述性标志成为缺乏显著性的特例，逻辑上更加周延（第11条第

一款第三项)。同时,对于“注册商标成为其核定使用的商品的通用名称”的情形,新法则允许任何人申请撤销(第49条)。此外,新法还规定注册商标专用权人无权禁止他人正当使用注册商标中的非显著部分(第59条)。

(三) 优化商标注册程序

优化申请程序

新法优化了商标申请的程序:第22条规定“商标注册申请人可以通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标”,同时允许电子方式提交申请;第29条引入审查意见书制度“在审查过程中,商标局认为商标注册申请内容需要说明或者修正的,可以要求申请人做出说明或者修正。申请人未做出说明或者修正的,不影响商标局做出审查决定”,但尚不清楚该制度是仅限于形式审查还是也包括实质审查。

调整异议程序

新法将相对理由的异议主体限定为“在先权利人、利害关系人”,绝对理由的异议主体仍然是“任何人”(第33条),同时规定“商标局做出准予注册决定的,发给商标注册证,并予公告。异议人不服的,可以依照本法第44条、第45条的规定向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效”(第35条第二款),相应地,原商标法第42条有关“一事不再理”的规定则被删除。新法还规定“经审查异议不成立而准予注册的商标,商标注册申请人取得商标专用权的时间自初步审定公告三个月期满之日起计算。自该商标公告期满之日起至准予注册决定做出前,对他人在同一种或者类似商品上使用与该商标相同或者近似的标志的行为不具有追溯力;但是,因该使用人的恶意给商标注册人造成的损失,应当给予赔偿。”(第36条)这样明确异议不成立而注册的商标取得专用权的时间以及可以得到赔偿的时间标准。

调整续展程序

新法允许期满前12个月而不是之前的6个月即可进行续展,使商标注册人有了更大的自由度(第40条)。

调整无效及撤销程序

新法这次区分无效和撤销程序,分别规定发起程序和决定效力。将现行商标法实施条例第40条中的“注册商标专用权自商标局的撤销决定作出之日起终止”修改为“注册商标专用权自公告之日起终止。”(第55条)

明确各类决定生效条件

新法第36、46、55条分别规定了驳回申请决定以及不予注册决定、无效决定及撤销决定的生效条件,即只有在当事人不申请复审或不去法院起诉的情况下,这些决定才生效,从而厘清了现行法生效时间不够明确的问题。

(四) 明晰保护范围

引入容易导致混淆的侵权认定标准

旧法第52条第一项拆分为新法第57条第一、二项,第一项商品和商标都相同,可以直接认定侵权,第二项的商品和商标只有一个相同另一个相似,或者两者都只是相似,因此需要进一步证明容易导致混淆的后果。这一修改改变了过去仅仅依据商标或商品的相似关系就直接认定侵权的简单做法,更加接近市场实际情况,且为执法部门充分考虑在先商标的显著性和知名度的作用留下空间,也与世界上大多数国家的侵权认定标准一致。

比较遗憾的是,新法仅仅在侵权认定时引入混淆标准,在注册认定时仍维持之前的商标及商品本身的近似比对,从而使两者的认定仍有可能出现不一致。

完善其他具体侵权形态的规定

新法一是将旧法实施条例中的帮助侵权条款上升为本法第57条第六项，并在实施条例第75条中对提供便利条件的行为进行了详细的列举，涵盖了网络商品交易平台等新业态，二是新的实施条例第76条对将他人商标作为商品名称或商品装潢使用的情况转至商标法第57条第二项处理，重点落在了误导公众和容易导致混淆上。

完善赔偿规则

新法第63条首先调整了索赔计算方法的顺序，之前对于侵权获利或侵权损失并未限制

原告的索赔顺序，新法则依次规定了侵权损失、侵权获利以及新增了许可使用费的合理倍数三种计算方式；其次特意增加了报告妨碍举证时需要承担不利推定的相关责任；三是将法定赔偿的上限从五十万提高到三百万。

五、2019年商标法的第四次修正

正在进行中的中美贸易谈判或许是导致中方如此快速地对《商标法》进行了部分修订的原因之一。本次修改主要关注了两大问题：一是非以使用为目的商标申请的激增问题，二是对侵权人采取的执法措施问题。

（一）非以使用为目的恶意商标申请

每年超过700万件的商标申请量，实际已问题凸显。如此庞大的申请量中不乏出于使用之外的其他目的申请的商标（如为获得政府补贴或为日后转售牟利等）。部分商标甚至可以说纯属恶意申请。

本次对《商标法》第4条规定（即界定商标申请主体的基本原则）的修改间接参照了第7条规定（申请注册和使用商标应当遵循诚实信用原则）。修订前的《商标法》第四条规定，自然人“.....在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的”，可申请商标注册。

国务院在2019年4月20日的修正案草案中提议增加以下表述：“不以使用为目的的商标注册申请，应当予以驳回。”然而，该提议虽影响深远，却会与《商标法》第49条的规定相抵触。依据第49条规定，注册商标没有正当理由连续三年不使用的，任何人均可向商标局申请撤销该注册商标。既然第49条并未规定权利人在获得商标注册后的前三年有使用义务，那么商标申请怎会因缺乏使用意图而遭到驳回呢？

此外，全国人大在修正案草案审议结果报告中也对此持反对意见，认为考虑到合法经营的企业为避免商标淡化或避免不得不依据其知名度通过艰难的异议程序阻碍他人恶意申请的商标注册，常常在其核心业务相关的商品上注册“防御性”商标的实际情况，对此类申请不宜一概驳回。

因此，人大审议决定在第4条新增的表述中增加“恶意”（与第7条的诚实信用原则直接相关）二字。故最终版的文字表述为：“不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。”

上述新增规定的适用需满足两个彼此独立的要件：不以使用为目的和恶意。

商标审查员本身可能难以判断特定的商标申请是否出自善意，因此为确保该条款的有效施行，修改还涉及：（1）商标代理机构的责任，以及（2）异议和无效程序。

关于第（1）点，修改后的第19条第三款规定，商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于本法第四条规定情形的，不得接受其委托。此外，第68条最后增加的第四款规定，针对恶意申请商标注册的商标代理机构，根据情节给予警告或罚款处罚；针对恶意提起商标诉讼的商标代理机构，由人民法院依法给予处罚。

关于第（2）点，修改后的第33条规定，任何人认为初步审定公告的商标违反了第4条和第19条第四款的规定的，均可提出异议。第44条规定也将违反第4条和第19条第四款规定列为提起无效程序的绝对理由。

修改后的第4条能否适用于已经注册的商标或是已经进入注册程序的商标？这也是个问题。理论上讲不会，因为新法没有溯及力。但是大家可能仍旧记忆犹新2001年的商标法对驰名商标确有溯及力。新法将如何处理大量已经注册或申请但却并未使用的商标，我们拭目以待。

（二）商标保护的执法措施

修订前的第63条规定，对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以按照权利人的实际损失或侵权人的侵权获利的三倍以下确定赔偿数额。修订后的第63条将最高赔偿数额的上限提高至“五倍”。

修订前的第63条规定在权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的前提下，法定赔偿额的上限为人民币300万元。修订后的新法将法定赔偿额的上限提升至500万元。

最后，修改后的第63条对于假冒产品的处理作出了明确的规定：对属于假冒注册商标的商品，除特殊情况外，应当责令销毁；对主要用于制造假冒注册商标的商品的材料、工具，责令销毁。此外，前述材料、工具，如果没有责令销毁，也不得进入商业渠道。最终，修改后的第63条明确，去除假冒注册商标后的商品也不得进入商业渠道。

这一修改鼓舞人心，使得法院今后也可责令销毁除了工具以外主要用于制造假冒商品的材料。这项修改填补了之前的法律空白，广受欢迎。

但缺憾仍在：（1）其仅针对注册商标，未注册驰名商标仍被排除在外；（2）其仅限于“假冒注册商标的商品”，即排除了所有其他侵权商品（商标近似）和标有未注册驰名商标的商品。这样的限制是否是有意而为之？为何法院的权力反而窄于行政机关？

由于新法的修订过程有些仓促，相关疑问亟待进一步的司法解释或实施细则 / 规定厘清，我们仍需继续观察留意未来的变化。

六、结语

我国从1982年制定现代化的商标法至今经过四次修正已近四十年，商标注册量也由一年七八万件也上升百倍至七八百万件，最初担心实行自愿注册会导致申请量下降，现在已经变成担心申请量过大导致商标资源紧缺。更重要的是，偏离商标区别商品或服务来源的基本功能的申请消耗了大量的行政和司法资源，也增加了商标的维护成本，2019年商标法最新的一次修正也是为了切实解决恶意商标注册申请不断泛滥的问题。

真正能够使商标发展回到正常轨道的，除了打击恶意注册以外，增强对商标使用的要求无疑会避免商标资源的浪费。虽然不断增加的防御性注册也是恶意注册成本太低，企业被迫自救的无奈选择，但归根结底，不以使用为目的的商标注册都是对商标制度的偏离。且不说本来基于商标使用构建商标保护制度的美国，即使与我国一样主张商标权由注册产生的欧盟也在不断强化使用的价值：一定期限没有使用的商标不仅可以被撤销，而且也不能对抗他人的申请和使用。如果我们在商标驳回复审的程序中允许在后申请人质疑在先商标的使用状况，至少可以减少单独另开撤销程序、同时申请延缓驳回复审以至于求助情势变更的诉累。

另外一个程序上的问题在于，目前尽管商标注册不是商标以外的在先权利维权的障碍，但驰名商标以外的在先商标注册却必须先行无效在后注册才能维权的规定，仍然在阻碍至少是延缓在先注册商标专用权的实现。尽快在这个问题上取得突破，也将使恶意注册商标的价值或危害降到最低。与此相关的一个问题是，2013年商标法虽然将混淆可能性作为商标侵权判定的标准，但在商标注册过程中仍然只有对商标近似和商品类似的考量，两个程序衡量标准的分立也是现实中一些商标纠纷久拖不决的原因之一，如何处理与反不正当竞争法中已经使用并有一定影响标志的关系，从而及时定分止争不给侵权人做大做强以至于主张已经形成市场格局的制度空间，也是一个成熟的商标制度的应有之义。此外，我国商标法目前尚无指示性、比较性使用以及权利利用尽的规定，权利的边界还不是很清晰，亟需增补进去。

改革开放以来，我们的商标注册制度从一开始只有文字图形商标，到引入立体、颜色商标以及声音商标，到允许使用取得显著性，到驰名商标的强化保护；从一开始只考虑商标争议，到引入注册不当程序，到全面保护在先权利，允许无效在后注册；从一开始强调注册绝对，到考虑商标的使用因素，到排除恶意注册和权利滥用；从一开始只有行政复审，到注册程序的司法复审，到行政保护和司法的三审合一；从一开始只有刑法、合资企业法零星提及商标，到民法通则中登堂入室到民法总则、民法典位列民事权利中的专有权利；从一开始只有核转申请和外国直接申请，到参加巴黎公约、尼斯协定、马德里协定和议定书以及TRIPS协定，全面放

开商标代理，我国的商标制度已经日臻完善。商标作为市场经济、网络经济、品牌经济和知识经济的基本要素，也正得到各种经济主体乃至普通公众的高度重视，相信经过大家共同的努力，商标作为民事权利的知识产权的重要组成部分，必将发挥更大的创造性和基础性作用。

[1] 郑成思（1944-2006），著名法学教授、博士生导师，1967年毕业于北京政法学院，1981-1983年留学英国伦敦经济学院，师从柯尼什教授。1979年开始在中国社科院法学所工作，后任该院学部委员、知识产权中心主任。我国知识产权法学奠基人、改革开放以来最先研究、直接参与知识产权尤其是商标立法的著名学者，对在先权利保护、反向假冒、驰名商标、商标质押入法以及明确赔偿责任构成均有直接贡献，著有《版权法》、《知识产权论》及《郑成思文选》等多部专著和专论，2016年六卷八册的《郑成思知识产权文集》出版。

黄晖（1968-），万慧达知识产权管委会成员，毕业于外交学院，1990-2002年先后在国家工商行政管理局商标局和办公厅工作，其间曾留学法国斯特拉斯堡大学国际工业产权研究中心及在中国社科院研究生院师从郑成思先生获法学博士学位，后在北京万慧达知识产权代理公司及律师事务所工作，任中国社科院知识产权中心兼职研究员，其间在法国斯特拉斯堡大学师从勒布尔教授获法学博士学位，著有《驰名商标及著名商标的法律保护》、《商标使用对商标保护范围的影响》（法文），译有《法国知识产权法典》并发表有多篇论文，曾任《中国商标报告》（第1-12卷）执行主编。