



商标显著性对驰名商标保护范围的影响

前沿话题

易继明 (北京大学国际知识产权研究中心研究员)

商标的生命在于使用。只有在市场中使用,特定标识与商品或服务提供者之间的联系才能实现。商标的识别功能才能发挥,商标法才能实现。

标识通过使用实现区分功能的难易程度,与标识本身的独创性及其与所标识商品或服务的关联性密切相关。这两个特征,共同指向“显著性”这一概念。显著性是商标的基本属性。一般来说,标志依据显著性由强到弱,可以分为四类:第一类是臆造性商标,其标志的构成要素完全杜撰,并无其他含义,例如“Haier”“柯达”等;第二类是任意性商标,其标志由常用词构成,但该词的通常含义与所标识的商品或服务联系疏远,典型的如在肥皂商品上注册的“小米”“苹果”商标;第三类是暗示性商标,其标识由常用词构成,该词的通常含义虽然与所标识的商品或服务没有直接、明显的联系,但暗示了商品或服务某一方面特点,例如在肥皂商品上注册的“白里透红”商标,在饮料商品上注册的“健力宝”商标等;第四类是描述性商标,其直接描述所标识的商品或服务某一方面特点,例如注册在白酒商品上的“五粮液”“茅台”等。

按照商标显著性的来源,可进一步区分固有显著性、获得显著性两种类型。臆造性商标、任意性商标、暗示性商标由于与商品属性并无直接关联,使用在相关商品或服务时,相关公众会自然认为它们是表征商品的“品牌”,承担标识来源功能,因而这三类商标具有“固有显著性”。描述性商标仅表征商品或服务某一方面特点,只有通过使用在相关公众心目中建立与特定商品或服务提供者的联系,获得与其描述的对象相区别的“第二含义”之时,方能注册并获得法律保护,此即“获得显著性”。

上述区分,对驰名商标保护范围的界定具有启示意义。对于相关公众所熟知的驰名商标,商标法提供跨类保护。就不相同或者不相关类似商品申请的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标,误导公众,致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的,不予注册并禁止使用(“商标法第十三条第三款”)。但“跨类保护”并非“全类保护”。在确定跨类保护的限度时,除需考

虑商标知名度、商标标识近似性、指定使用商品情况、相关公众重合程度之外,还应着重考察标识本身的显著性。

一方面,对于固有显著性最强的臆造商标,其跨类保护的往往较宽,只要消费群体、销售渠道等有一定范围的重合,就可能因损害商标注册人的利益而不予注册,禁止使用。在“SKECHERS”商标异议案中,虽然鞋和剃须刀不属于类似商品,但均属于日常消费品,消费群体存在重合,驰名商标权利人遂得以成功阻止“SKECHERS”商标在剃须刀、剪刀等商品上的注册。同样,因驰名商标跨类保护而无法注册,使用的还包括“婚纱摄影”服务上的“施华洛及图”商标、“化妆品、洗发液、洗洁精”等产品上的“美图秀秀”商标、“避孕套”商品上的“百度”商标、“牛肉干”商品上的“老干妈味”标识等。

对臆造商标的跨类保护采取相对宽松的的标准,主要是考虑到“标志的构成要素完全杜撰”这一属性对消费者认知的影响。臆造商标为标识商品或服务的来源而生,除此之外并无其他含义,因此消费者很容易将特定标识与商品或服务的提供者一一对应。一旦相同标识被其他商品或服务的提供者所注册、使用,相关公众对驰名商标与相关商品之间的固有联系将被淡化,从而减弱驰名商标的显著性。试想,当“可口可乐”标识被用在运动鞋、化妆品、网络游戏等商品或服务上时,其与饮料产品之间的唯一指向性就会破坏,这不仅会增加消费者认知成本,而且搭便车的行为也会使“可口可乐”标识的美誉度遭受冲击,驰名商标权利人遭受商誉损失。驰名商标淡化保护的法理基础即在于此。当然,若商品或服务在功能、用户、生产部门、销售渠道、消费群体等方面差距甚远,相关公众不易产生联想,则因并无损害而无需进行跨类保护。例如,在“YKK”商标异议复审案中,法院即认为在拉链商品上驰名的“YKK”商标不应阻止同一商标在“汽车、车辆减震器”等产品上的注册。

另一方面,对于因第二含义而获得显著性的驰名商标以及本身构成任意性商标或暗示性商标的驰名商标,跨类保护的应受限制,不能延伸到其不具备显著性的商品或服务之上,以免侵占公共资源,损害公共利益。在“杏花村”商标异议案中,注册在“白酒”商品上的“杏花村”驰名商标未能成功阻止“杏花村”商标在“园林、树木”商品的注册,理由即在于“杏花村”与酒的联系并非仅仅源于该商标权人的宣传、使用行为,而是由于杜牧的诗句“借问酒家何处有,牧童遥指杏花村”;商标权人利用“杏花村”与酒类商品的联系建立该标识

在酒类商品上的知名度进而成为驰名商标,其法律保护不应不适当地扩大,尤其是不应当禁止他人同样从杜牧诗句中获取、选择并建立自己的品牌,除非该行为会损害“杏花村”注册商标权人的权益。鉴于“园林、树木”商品上“杏花村”标识并没有对公众产生误导,也没有减弱驰名商标的显著性或市场声誉,该商标得以注册。在“酒鬼”花生米案中,最高人民法院注意到“酒鬼”为汉语中固有词汇,其使用在“含酒精饮料”或“加工过的花生米”商品上时具有暗示性,据此认定“含酒精饮料”商品上的“酒鬼”驰名商标保护范围应受合理限制;同时考虑到这两类商品在功能、用途、生产渠道上差异较大,法院最终未支持驰名商标权利人提出的无效宣告请求。类似地,对于注册在“人用药”商品上的“好医生”商标,由于其固有含义均在一定程度上发挥了对商品内容或品质的暗示作用,其保护范围也应受到限制,不应跨类至药品销售、医疗服务等领域。

上述保护范围的限制,同样可以从消费者认知的角度获得解释。与臆造商标不同,任意性商标、暗示性商标、描述性商标除具有标示商品或服务来源的“第二含义”之外,其对于消费者而言更加突出的是“第一含义”,即所使用的常用词的通常含义。即便在特定类别的商品或服务上被认定为驰名商标,也仅仅意味着对该特定商品或服务的消费者而言,其“第二含义”因为广泛地使用而远远胜于“第一含义”,从而具备了强识别性。由于商标权的专用权范围不同于禁用权范围,前者严

格受核准使用商品或服务的限制,在不相同或不相似的商品上并无通过使用获得显著性的事实,因此这种强识别性通常难以延伸到此类商品或服务,相关领域的消费者更易从“第一含义”的角度理解标识,而不致产生对驰名商标的联想,损害更无从谈起。

显著性低的驰名商标跨类保护应受限制,也是贯彻财产权劳动学说及维护竞争秩序的应有之义。从本质上说,作为“第一含义”的常用词属于公共领域,人人皆可自由使用,只是由于驰名商标的存在而需要进行一定程度的合理避让,但这种避让仍需符合消费者的认知、竞争自由而通盘考量,以实现利益平衡。对商标权人而言,之所以选择公有领域的词汇作为商标标识,而非创造新的词汇,往往也是考虑到对已有词汇本身传递的信息价值及其相对更容易在消费者心中建立印象,进而可以经过相对更少的劳动而达到驰名商标的状态,因此对此类商标的保护范围不宜过度扩张,应合理考虑词汇本身的含义与商标权人的行为对商标显著性的贡献程度。“杏花村”案区分了商标权人商标宣传、使用行为和杜牧诗句对商标显著性的贡献,正体现了这一价值取向。

“互联网+”时代,驰名商标权利人跨类保护的需求更为迫切,但同时也要谨防跨类保护界限的模糊被权利人用于挤压竞争、催生垄断。对商标显著性来源进行考察,有助于明晰驰名商标保护范围,正确界定商标权与合理使用的范围,防止驰名商标权利人滥用,维护公平竞争秩序。



法界动态

《陈光中口述自传》《陈光中传》新书发布会举行

本报讯 记者蒋安杰 3月2日,由中国政法大学诉讼法学研究院主办的《陈光中口述自传》《陈光中传》新书发布会在中国政法大学举行。

全国人大常委会委员、宪法和法律委员会副主任委员王洪祥,最高人民法院党组成员、副院长杨万明,最高人民检察院党组成员、副检察长陈国庆,司法部党组成员、副部长胡卫列,中国政法大学校长马怀德,中国刑事司法法学会会长敬大力共同宣布新书正式发布,中国政法大学诉讼法学研究院院长熊秋红教授主持。

来自全国人大、最高人民法院、最高人民检察院、司法部、中国刑事司法法学会研究会、国内外高校以及实务部门的专家学者共计50余人参加了本次发布会。

陈光中先生出生于1930年,浙江永嘉人,现为中国政法大学终身教授,中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长、博士生导师。他是著名法学家、法学教育家,新中国刑事司法法学的开拓者和重要的奠基者。曾长期担任中国法学会刑事司法法学会会长,一直致力于刑事司法法学的研究,在七十多年的学术生涯中,为培养法学人才,发展诉讼法学特别是刑事司法法学,改革和健全中国刑事司法制度,加强刑事司法人权保障,开展国内外诉讼法学交流等作出了重要贡献。《陈光中口述自传》与《陈光中传》是对陈光中先生七十多年学术与工作成就的盛大回顾与精炼总结。

《陈光中口述自传》由陈光中先生口述,中国政法大学研究员陈夏红整理,北京大学出版社出版。全书分为二十八章,以口述和整理记录相结合的形式,将陈先生年少时根据“立功、立德、立言”的古训,以“立言”为目标,成为学问家的九十多年人生经历进行精彩回顾。该书是对陈光中先生刑事司法法领域研究成果的总结,基本覆盖了陈先生在刑事司法法领域的主要研究历程与成果,反映了新中国刑事司法法发展的过程,从一个侧面展现出新中国成立以来刑事司法法教育和研究的全貌,并致力于对当代法治建设提供历史镜鉴。

《陈光中传》由清华大学法学院教授张建伟执笔,中国大百科全书出版社出版,全书分为十三章,以生动传神的写作手法对陈先生的成长历程、理论创新、学术创作以及工作成就进行再现,囊括了陈光中先生对新时期刑事司法法发展,刑事司法法教学科研工作以及刑事诉讼法、国家监察法等立法工作作出的重大贡献。该传记是对陈光中先生秉持的“一个人不应只为自己活着,要为社会、为人类作出贡献”的人生观与价值观的真实写照,反映了老一代法学大家的艰辛、执着、坚定与自信,体现了中国刑事司法法发展过程的曲折、成就及其辉煌的未来。

陈光中先生感谢了与会嘉宾,总结了本传记的写作历程,回顾了九十多年的人生经历,提出了中国刑事司法法持续繁荣发展、铸造学术辉煌的美好期望。

观点新解

彭文华谈自动驾驶汽车犯罪的归责与归因——是助力自动驾驶化技术开发与运用的重要保障



上海政法学院刑事司法学院彭文华在《东方法学》2024年第1期上发表题为《自动驾驶汽车犯罪的归责与归因》的文章中指出:

随着自动驾驶汽车逐渐融入人们的日常生活,相关安全事故呈现增多态势。在发生重大交通事故时,如何确定自动驾驶汽车犯罪的刑事责任,会对不同参与主体产生重大影响。自动驾驶汽车犯罪的归责与归因,是维护社会秩序和助力自动驾驶化技术开发与运用的重要保障。

对自动驾驶汽车犯罪进行刑事归责的理论依据,主要有风险分配理论、共享理论和道德理论。自动驾驶汽车犯罪的刑事责任与传统(辅助自动驾驶)车辆犯罪的刑事责任有所不同,它是伴随自动驾驶技术的研发与运营出现的新型责任,可将自动驾驶汽车犯罪的刑事责任分为工具责任、辅助驾驶责任和代理责任。对于自动驾驶汽车而言,驾驶自动化系统承担传统车辆司机的主要或者全部职能,因车辆肇事引发的刑事责任应由汽车的设计者、研发者等代理承担。工具责任可在传统责任框架下解决,辅助驾驶人的责任范围、归责义务及注意义务与传统车辆的司机有所不同,需要加以适当甄别。当前,我国自动驾驶汽车处于大规模研发和实质运营阶段,深入研究代理责任具有现实性与紧迫性。工具责任可在传统责任框架内得到解决,辅助驾驶责任具有双重性且附随于代理责任,其归责模式相对容易解决。代理责任由于涉及众多主体而极具复杂性,其归责模式难以在传统责任框架下解决。代理责任的归责模式主要包括严格责任模式和过失责任模式。

自动驾驶汽车犯罪的归因是指确定自动驾驶汽车犯罪及其刑事责任,并使之不同于传统车辆犯罪的基本要素。自动驾驶汽车与传统车辆在车辆肇事及其产生的危害结果上并无实质不同,它们之间的根本区别在于犯罪主体及其注意义务。自动驾驶汽车犯罪主体可分为一般犯罪主体与特殊犯罪主体。特殊主体包括驾驶自动化系统制造商、用户、车主、智能网联及大数据信息提供者、辅助驾驶人、安全驾驶保障人员等,不同责任主体的注意义务的内容和来源有所不同,因而对其归责亦有所不同。

鉴于现行自动驾驶技术的局限,有效掌控和遏制利用自动驾驶汽车实施恶性犯罪尚需时日。基于减少和消除可能带来的潜在安全隐患需要,将自动驾驶汽车的运行限定在指定区域而非完全开放,是各国目前较为流行的做法。

(赵珊珊 整理)

网络数据安全犯罪规范体系的重构

前沿观点

麦买提·乌斯曼

大数据时代,数据安全的脆弱性与易受攻击性越发凸显,网络数据安全犯罪的规制自然成为无法回避的重要命题。检视我国刑法网络数据安全犯罪规范体系,“计算机信息系统”是保护的核心,其过于偏向对“计算机信息系统安全”的管理秩序”的保护,即一种“秩序本位”的数据安全犯罪规范体系。然而,此种数据安全犯罪规范体系除了弱化对网络数据安全犯罪法益的独立保护之外,其内部存在的结构性矛盾必然会导致网络数据安全犯罪的规制不够周延。所以,在大数据时代必须从法律规范意义上对数据安全犯罪进行再分析,实现数据技术向法律体系的融合,建构一种以数据本身价值为中心的存在,重整网络数据安全犯罪规范体系。

“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系面临的现实挑战

(一)犯罪化标准不合理
“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系以“计算机信息系统安全的管理秩序法益”的保护作为其逻辑起点,忽视了数据本身价值安全的保护。

(二)罪名设置不周延
“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系下刑法对网络数据安全犯罪的规制还停留在“系统、软件”和“信息内容”思维下,其所设定的罪名规范对网络数据本身价值安全,即网络数据的真实性、可靠性和完整性的保护根本起不到任何作用。

(三)行为归责错误
“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系忽视对网络数据本身价值安全的保护,将数据与计算机信息系统直接联系起来的线性思维使“数据”概念已无法脱离“计算机信息系统”的桎梏,传统的计算机信息系统犯罪逻辑使数据安全犯罪,致使因果关系对行为归责的评价功能发生错误,即“必然”和“直接”事实因果流程的利用致行为归责错误。

“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系的理论逻辑反思

(一)“秩序本位”背离网络数据安全犯罪法益定位的基本要求

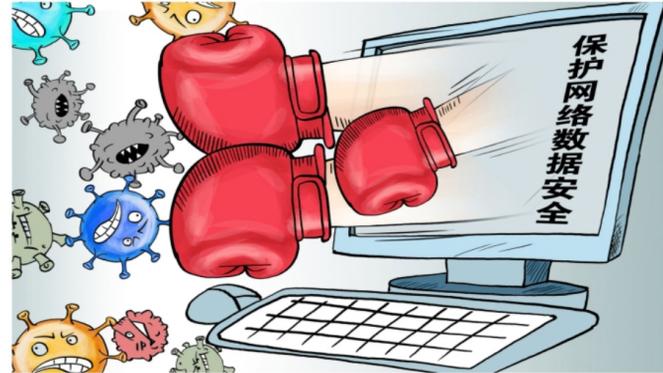
首先,“秩序本位”忽视正确的“前置法”,致使侵害法益的确定错误。在“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系下,刑法对“数据安全状态”保护的回应仅限于与计算机信息系统相联系的“网络数据工具价值安全状态”的保护,颠倒了前置法法益与刑法法益之间的关系,即在实质和形式上前置法的选取受制于刑法法益。

其次,“秩序本位”限缩保护客体,致使网络数据安全法益的保护不全面。在“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系下,保护的数据权益客体是网络数据工具价值安全,而网络数据内容价值安全完全排除在保护的数据权益客体之外,不仅致使刑罚的一般预防目的不能实现,还导致了网络数据安全法益保护的周延。

(二)“秩序本位”背离网络数据安全犯罪的犯罪构成

首先,“秩序本位”使网络数据安全犯罪的犯罪构成简单化。第一,在“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系下,数据附属于计算机信息系统,数据安全变为计算机信息系统中的数据不被“非权利人知悉”的状态。数据安全内涵的此种改变直接简化了网络数据安全犯罪的犯罪构成,即在数据权利人未知悉的情况下,那些尚未对计算机信息系统正常运行造成损害的“删除、修改、增加”等数据破坏行为更容易被定性为“破坏计算机信息系统罪”。第二,“秩序本位”未能解释网络数据安全犯罪对象的非物质本质。在“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系下,对网络数据安全的保护模式是以物权为基础,这种保护“基本上是按照物理空间思维来‘外在化’地笼统设定犯罪构成,并不是以网络数据属性和智能互联网的运行逻辑来‘内在化’地设定犯罪构成”,即一种立足物理空间的规范评价,评价的是几十台乃至几百台计算机信息系统的损害,其仍然仅具有电脑特质。

其次,“秩序本位”使罪量在网络数据安全犯罪构成中具有过高权重。2011年,《最高人民法院、



最高人民法院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释)就明确了构成“计算机信息系统安全类犯罪”需要满足一定的罪量要素。可见,“秩序本位”网络数据安全犯罪规范体系下行为引起的经济损失和犯罪人的违法所得等罪量要素是数据安全犯罪的中心。

网络数据安全犯罪规范体系的“价值本位”重构

(一)网络数据安全“价值本位”范式:网络数据安全犯罪规范体系的应然性调整

在大数据时代,网络数据安全犯罪规范体系从“秩序本位”转向“价值本位”是网络数据安全犯罪规范体系的应然性调整。一是数据化是人们理解自身与社会行为的新范式;二是符合了法秩序和谐与刑法内部的体系性;三是符合刑法谦抑性要求。

(二)具体策略性重构:基于网络数据“价值本位”独立保护网络数据价值安全

首先,网络数据安全犯罪规范体系补充新的规范内容。第一,借鉴域外立法思路,完善网络数据安全犯罪规范体系;为了更好地保护网络数据本身价值安全,可以增设补充新的罪名,如“非法删除、修改、增加网络数据罪”。第二,放弃“秩序本位”,增设专章“危害数据安全犯罪”,对新型网络

数据安全侵害行为进行规制,即在我国刑法分则部分增设“危害数据安全犯罪”专章,根据数据生存的六个阶段周期分别设定罪名。

其次,设置实行行为的认定标准和利用证明规则指引司法实践。第一,大数据时代,网络数据安全犯罪的数据并不等于计算机信息系统数据,其范畴早已超越传统法载体。所以,要厘清计算机信息系统数据的内涵与边界,强化网络数据价值安全的独立保护。第二,要设置实行行为认定标准,完善构成要件。应结合计算机专业技术人员的指导意见,增设破坏计算机信息系统正常运行的认定标准,并在司法解释中加以明文规定,从而凸显对网络数据价值安全的独立保护。第三,利用证明规则修改行为归责错误,区分此罪与彼罪。一是如果一般情况下不能查明,无法得出精确结论,只能得出概率性结论,则应属于规范评价问题;二是事实判断与规范评价在刑法因果关系中有先后顺序,即事实判断在前,规范评价在后,在事实判断尚未确定的情况下进行原有规范基础上的规范评价必然会导致归责方面的错误。

(原文刊载于《华东政法大学学报》2024年第1期)