



热点聚焦

易继明 (北京大学法学院/国际知识产权研究中心教授)

商标共存现象

近年来,涉及各类商业标识的权利冲突增多,相关纠纷不断。这种现象,既给消费者造成困惑,也增加诉累和社会成本,影响到涉案企业的正常经营和营商环境的改善。

广义意义上的商标共存现象,涉及所有相同或近似商标、地理标志,如名商品特有名称等商业标识之间的冲突与共存。比如,作为地理标志的第一案,“金华火腿”案就是地理标志商标保护和地理标志产品保护冲突的一个典型案例。将地理标志纳入证明商标或者集体商标保护之后,狭义的商标保护制度与地理标志产品保护规则相冲突,产生了狭义的商标和地理标志之间如何协调统一的问题。诚然,2018年国务院机构改革方案中,将原国家工商总局下辖商标管理职能、原国家质检总局下辖地理标志产品管理职能、原农业部下辖农产品地理标志管理职能统一合并到新组建的国家知识产权局,冲突相对减少,问题也有所好转。但是,政策文本上的隶属关系统一,并不意味着实践中的机构改革和制度转型就能一蹴而就,更不意味着历史能够迁就现实。历史逻辑总是附着于生活中的实践理性,商标共存现象一直就在我们身边,而且不断地继续着我们,给商业实践和人们日常生活带来深刻的焦虑和不确定性。

商标共存是件随着历史、商业与贸易不断发展而产生的一种现象。典型的如南北“稻香村”案,双方争论十多年,仍然争议不断,甚至出现法院判决摘掉企业经营数百年的“稻香村”牌匾之极端现象。类似的还有“京津同仁堂”之争、“平安好医生”和“好医生”之争、“荣华月饼”商标侵权案、法国鳄鱼(LACOSTE)与新加坡鳄鱼(CARTELO)纠纷等,不胜枚举。

客观上讲,商标共存案件中涉案商标往往历史悠久,在品牌传承和文化传播方面均具有重要意义,也成为行政审查和司法审理中的一个不小的难题。商标共存现象既根植于经济主体易受到逐利目标与商机诱导驱使的本能,也来源于商标审查必然存在的疏漏以及商标制

商标如何共存?

度在历史上的传承和发展。中国拥有深厚的商标使用传统,在清末民初,众多享有盛誉的商号已经形成。然而,中国商标注册体系在近现代历经社会动荡,多次中断和变更,直至1982年商标法的颁布与实施,现代商标注册制度才正式确立。且不说制度的建立与社会生活实践存在一定的时间差和滞后现象,就是立法之后的制度运行过程中,行政干预或者地方保护主义也会人为地制造出一些商标“迫不得已”共存下来的局面。

对商标共存的约束

显然,商标共存存在一些隐患,比如商家因权利边界不清晰而产生纷争、消费者容易发生混淆、市场秩序也会受到影响。但是,商标共存的隐患并非不可消除,其负面效应的产生,往往是因为共存的商标使用没有受到合理地约束。

诚然,要对共存的商标使用进行有效约束,必须先阐明商标共存的基础及其使用行为进行约束的根本逻辑。商标得以共存的基础系商标在市场中被使用,若商标仅以符号的方式存在而未使用,即使获得了注册商标,也仅具形式意义而尚不具备实质意义,谈不上真正意义上的商标共存。因此,只有结合商标的使用状况,才是我们分析问题和解决问题的重要依据。

在有市场使用的情况下,任何简单的无效或撤销处理都可能导致不公平,可能造成企业多年耕耘的商标品牌利益受到不合理地贬损,也将对包括商家和消费者在内的各市场主体信赖利益造成破坏。如果商标使用不存在实际混淆或者混淆的可能性,那当然可以共存。如果共存商标存在混淆的可能时,就应当建立起一套避免混淆的规则和利益平衡的框架,对共存商标加以区别使用。

从另一个角度来看,允许商标共存,本身是商标权人享有专用权即排他性权利的例外,这种例外能否被合理化,需要将消费者利益——包括消费者不受混淆的利益、对品牌的依赖性、与偏好利益、拥有多元化竞争性产品的利益以及商家公平参与市场竞争,并培植、发展自身品牌、合理获取商业回报等利益,都综合地纳入考量的框架内。为此,在商标使用的语境下,应该建立起3个层次以区别为核心的商标共存约束体系。

毫无疑问,时间是法律行为与权益保障的第一坐标。权益的先后顺序,决定了其在法律关系中所处的地位。总的来说,应当遵循在后权益尊重在先权益的原则;当在后权益可能对在先权益造成损害时,在后权益

首先负有区别标识的义务。例如,若A、B两家公司都以“麦香村”作为商标,但一方能够提供明确证据表明自己对“麦香村”的使用早于另一方,则更早使用的这一方应当有权在现有基础上继续使用“麦香村”,而另一方则负有在原有商标上增加或变更元素以区别于他方“麦香村”标识的义务。需要注意的是,考虑到若是双方均已市场上常年使用“麦香村”,各自消费者市场均较为广泛,对于在后权益方变更区别后的标识与原标识的混淆可能性评估标准不宜像普通商标混淆可能性评估那么高。正是在这个意义上,我国商标法虽然采用注册商标制度,但注册商标专用权人对在先使用的商标使用人也是“无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标”。诚然,其要求在先使用人“附加适当区别标识”的做法,仍然体现出行政赋权特征,尚未体现出“商标的生命在于使用”的私权信条和理念。

在现实中,往往会出现问题顺序无法确定、双方提交证据各自言说,案件错综复杂或权利界定成本太高的情形。为此,可以将地域区隔作为第二层次的识别标识方式。地域反映了实际的销售范围,忠实地反映了标识与市场使用之间的联结,必然映射出区域消费者与特定商家之间的关联性。双方均在各自地域范围内使用,则在一个法域内也应当允许两个或者两个以上的经营主体在各自经营范围内在相同或类似商品上使用相同或近似商标。但考虑到消费者可能会发生混淆,以实际销售区域为基础在标识上增加地域标识以示区分,这是对于双方经营者和消费者之间进行的一种衡量。至于经营者后期的扩张,属于市场逐渐认知的过程,并不妨碍地域标识的经营者向全国市场乃至全球市场进一步拓展。

除时间和地域两个层次的区分方式之外,还可以采取以产品内容作为区分标识的其他区别标识方式。例如,结合商标注册时申请及于的类别(核定使用商品类别),以类群(类别)为名对相同或近似的商标进行标识区分。

总之,万变不离其宗,以区分为核心处理商标共存问题的底层逻辑在于,在充分尊重经营者使用商标进行商业贸易活动的事实基础上,通过增加区别标识这种成本相对较小,义务分摊相对均匀的方式来降低消费者混淆的可能性,同时还保留着市场竞争的多元格局。另外,商标共存规则还需要适应信息时代的要求,网络环境没有彻底改变商标共存的制度基础,商标仍不排除在网络中合法共存的可能,无



论是权益先后顺序区别、地域区别还是内容区别,在网络环境中仍是可能实现的。商标共存人在网络上应采取合理措施对各自的商标加以区别及避让对方的市场,例如,采取区隔、标注、网页弹窗、界面横幅、着重区分等手段。

司法如何处理商标共存

司法实践中,我国对于商标共存制度的构建进行了诸多有益探索。最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》指出,“相关商标均具有较高知名度,或者相关商标的共存是特殊条件下形成时,认定商标近似还应根据两者的实际使用状况、使用历史、相关公众的认知状态、使用者的主观状态等因素综合判定,注意尊重已经客观形成的市场格局,防止简单地把商标构成要素近似等同于商标近似,实现经营者之间的包容性发展”。这就建立起了区别“商标构成要素近似”和商标本身近似的基础原则。对于一些具有复杂历史因素的知识产权权利冲突案件,在坚持诚实信用、维护公平竞争和保护在先权利等原则的基础上,不能脱离历史简单裁判。对于因历史原因造成的注册商标与企业名称的权利冲突,当事人不具有恶意的,应当视案件具体情况,在考虑历史因素和使用现状的基础上,公平合理地解决冲突,不简单地认定构成侵犯注册商标专用权或者不正当竞争。上述内容,实际上强调了在先权利、诚实信用、公平竞争等基本原则,在法律价值方面与前述三层区别标识方式具有一致性。从这一内容来看,商标共存企业之间过往的历史,包括彼此之间是否存在授权或者委托代理关系,就是一个很重要的衡量因素。

深入探讨网络暴力违法犯罪行为的认定标准

前沿观点

刘莹莹

2023年9月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》(以下简称《意见》)。《意见》第10条规定:“准确把握违法行为的认定标准。通过信息网络检举、揭发他人犯罪或者违法违纪行为,只要不是故意捏造事实或者明知是捏造的事实而故意散布的,不应当认定为诽谤违法犯罪。针对他人自行发表评论、提出批评,即使观点有所偏颇、言论有些偏激,只要不是肆意谩骂、恶意诋毁的,不应当认定为侮辱违法犯罪。”由此可知,《意见》将网络暴力违法犯罪行为的认定标准重点落在侮辱罪和诽谤罪这两个具体罪名上。为便于在司法实践中正确理解和适用,现就《意见》关于网络暴力违法犯罪行为认定标准的设定意义、存疑内容展开讨论,并针对存疑内容提出合理的解释路径。

网络暴力违法犯罪行为认定标准的设定意义

第一,有助于维护网络空间秩序,净化网络环境。网络时代来临,私人领域的网络暴力多发,传统方式的侮辱、诽谤行为发展成为多数或者不特定主体参与下的网络暴力。《意见》明确要求依法严惩网络暴力违法犯罪,对网络暴力违法犯罪体现从严惩治精神,让人民群众充分感受到公平正义的同时,有效保护个人在网络空

间的合法权益,避免受到网络暴力行为的侵害,提升网络用户的安全感和幸福感。

第二,回应侮辱罪和诽谤罪案件无罪率居高不下的司法现象,指明区分的方向,针对当前理论和实务中争议较大的网络暴力参与行为的规制界限问题,《意见》强调坚持严格司法,对于网络暴力违法犯罪,依法严肃追究,切实矫正“法不责众”的错误倾向。严肃追究必须在罪刑法定原则约束之下,在具体罪名中严格区分违法行为与正当行为。《意见》把网络暴力违法犯罪行为认定标准的重点落在侮辱罪和诽谤罪这两个具体罪名上。

网络暴力违法犯罪行为认定标准存疑

第一,诽谤犯罪行为认定标准存疑。首先,《意见》第10条区分了诽谤违法犯罪行为和正当行为,该区分以诽谤事实内容是他人违法犯罪或者违法违纪行为为前提。由此产生疑问,当捏造事实并非以上内容,而是一般损害他人名誉的事实内容时,诽谤罪违法行为和正当行为的区分标准是否有所不同,抑或上述捏造事实内容是司法实践中诽谤事实内容的一般归纳,仅是提示性规定。《意见》并未给出明确的回答,有待进一步解释。其次,《意见》第10条规定的“故意”是认定诽谤罪所要求的对于捏造的事实的主观方面的重要标准,但是实践中对“故意”的解释存在分歧。最后,《意见》第10条规定的“明知”是认定诽谤罪所要求的对于捏造事实属性的认识标准,但“明知”解释同样存在分歧。

第二,侮辱犯罪行为认定标准存疑。《意见》第10条明确了网络时代侮辱行为方式的特点,要求依据其特

点把握侮辱罪违法犯罪与正当行为的界限,但是由于缺乏必要的解释,在实践中难以认定。网络言辞暴力侮辱可依据言论特征分为三类,分别是肆意谩骂型侮辱、恶意诋毁型侮辱、揭露隐私信息型侮辱。对于揭露隐私信息型侮辱,是否有他人隐私信息的判断较为明确,易于对网络暴力违法犯罪与正当行为进行区分。《意见》没有对其进行规定,但“肆意谩骂”和“恶意诋毁”认定存疑,而《意见》规定过于简单,有待进一步解释。

网络暴力违法犯罪行为认定标准的解释路径

第一,诽谤罪行为认定标准存疑。基于《意见》矫正“法不责众”错误倾向的目的,不应当将《意见》捏造事实内容的限定视为提示性规定,而应解释为特别规定,即在不同事实内容情况下分别认定诽谤行为与正当行为的界限。

区分认定“故意”要素。对于更具法益侵害性的散布“违法犯罪或者违法违纪”捏造事实的行为,“故意”应包含直接故意和间接故意,而对于一般侵犯名誉的事实,“故意”仅指“直接故意”。

区分认定“明知”要素。同理,在网络时代,散发“违法犯罪或者违法违纪”捏造事实行为具有更大的法益侵害性,应以行为人认识上具有合理确定来认定正当行为。对于捏造事实属于一般侵犯他人名誉事实的,应严格认定“明知”,即散布行为认识上应达到必然虚假的程度。

第二,侮辱犯罪行为认定标准存疑。“肆意谩骂”“肆意谩骂”与生活上的批评行为差异较小,区分上总体应以从严把握为原则。



“肆意谩骂”是指恶意对他人的失德言辞行为进行诋毁攻击及斥责批评,言辞对象是他人失德的言辞行为。认定“肆意谩骂”的难点在于排除生活意义上的一般批评行为,一般批评行为有两个特点:其一,从目的上看,一般性批评原则上没有在他失德言行之外进行扩大上升,诋毁他人名誉的故意;其二,从语言内容上看,要结合事件性质、言辞真实性、攻击程度、社会观念来综合认定针对他人失德行为是否超限。

“肆意谩骂”是针对他人言辞、行为冠以各种粗鄙的言辞,贬低及破坏其人格与名誉的评价行为。认定“肆意谩骂”的难点在于排除生活意义上的一般谩骂行为,一般谩骂行为有两个特点:其一,从目的上来说,一般性谩骂原则上没有贬损他人人格、损毁他人名誉的目的,仅是为了发泄情绪;其二,从语言内容上来看,一般性谩骂用词比较低俗、常见、易于被大众理解描述,听起来可信度不高,更多的是情感宣泄。

数字经济下合同相对性理论面临的挑战与应对

前沿关注

李政阳

合同相对性是合同法的基本原则,其内在意义在于合同仅对缔约双方当事人发生法律效力,合同之债权在相对人之间产生约束力。但在数字经济时代,电子商务平台的广泛应用使得合同相对人身份模糊化,合同订立过程中第三方平台的介入导致合同相对性理论难以适用。电商平台提供信息服务、合同订立等服务,在维护平台经济发展的同时确保各方权益平衡。可以考虑从理论、行纪等理论出发,将平台界定为特殊法律主体,并针对不同类型平台设置差异化责任规则,完善相关法律法规。

数字经济下合同意思自治理论的嬗变与重塑。意思自治是合同法的灵魂,其核心在于合同当事人在法律规定的范围内,自主决定合同订立和内容。按照自己的意愿设计权利义务关系。但在数字经济环境下,大规模格式条款的采用以及算法推荐、大数据杀熟等数字操纵现象,在不同程度上限制了消费者的意思自治,智能合约的出现也使得合同条款的执行脱离了当事人的持续控制。这些新情况对传统意思自治理论形

成冲击,要求合同理论作出回应。对此,应在坚持意思自治核心理念的基础上,针对数字经济交易模式的特点,丰富意思自治理论内涵。

合同公平是合同法的重要价值诉求,既要在缔约过程中尊重每一个主体的合理利益,使其获得公平合理地对待,又要审慎矫正事后显失公平的合同内容和后果。但在数字经济时代,信息不对称,议价能力悬殊等问题更加突出,消费者权益保护面临新的挑战。特别是大数据、算法推荐等技术的广泛应用,加剧了消费者与经营者之间的信息和权力失衡,消费者在交易中往往处于弱势地位,其合法权益更容易受到侵害。对此,有必要在坚持诚信原则的基础上发展合同公平理论,完善制度设计。除了重视实体公平,严格审查格式条款的内容公平性,加大对消费者权益的倾斜保护外,还要更加注重程序公平,完善告知义务、说明义务等规则设计,构建包容多元的争议解决机制。同时,还要深入研究数字经济带来的利益失衡问题,将信息公平、算法正义等新理念纳入合同公平的范畴,以理论创新引领制度创新。

为回应数字经济下合同相对性理论面临的挑战,立法亟须完善相关规则。首先,应当在民法典合同编中明确电商平台的法律地位,可将其定位为合同订立与履行的特殊主体,在交易安全、权益保护等方面承担必要法律责任。其次,应当在电子商务法等部门法律中细化电商平台责任规则,针对不同类型平台完善注意义务、通知义务、先行赔付等具体制度。再次,要加强电子签名、电子认证、智能合约等领域的制度供给,健全数字经济时代的合同制度体系,完善配套规则,通过体系

化的制度设计,可为数字经济下合同交易提供法治保障,实现对传统合同相对性理论的革新与超越。

将合同意思自治理论嵌入数字经济立法的思路探讨。数字经济对意思自治理论的挑战要求立法作出积极回应,将意思自治的基本理念贯穿于数字经济立法始终。一方面,要加强对格式条款的规制,扩大条款无效或可撤销范围,并通过信息提供义务等提升消费者的选择权和控制权,在立法层面确立契合数字经济特点的意思自治保护规则。另一方面,要加强对算法合同、智能合约等新型合同形式的规范引导,通过强化技术标准、限定使用范围、明晰生效要件等措施,在鼓励交易创新的同时防范对意思自治的过度干预。同时,要针对算法歧视、大数据杀熟等不公平行为进行规制,维护自治与公平的平衡。通过系统性立法完善,可为意思自治理论在数字经济语境下焕发新的生机活力提供制度支撑。

加强电子合同领域合同公平保护的立法完善。数字经济的发展要求立法在电子合同领域加强对困难群体的公平保护。一是完善格式条款规制制度,扩大无效条款认定范围,加强对消费者的倾斜保护。二是系统完善消费者权益保护制度,细化知情权、公平交易权、求偿权等具体规则,完善惩罚性赔偿、举证责任倒置等制度设计。同时,针对算法歧视等问题,立法还应当加大执法监管力度,健全行政执法与司法保护机制,切实为消费者提供有效救济。在程序公平方面,大力推进在线纠纷解决机制建设,鼓励平台设置便捷、高效的投诉渠道,完善网络调解,在线仲裁、电子诉讼



等多元纠纷解决机制,为困难群体提供低成本、可及性的权利救济途径。通过公平保护领域的系统性制度创新,立法可以推动合同正义理念在数字经济领域落地生根,为构建规范有序、公平诚信的数字经济交易秩序提供有力法治保障。

未来应进一步加强智能合约、算法合同等前沿问题研究,深入探讨技术创新与法律完善的良性互动机制,为新型交易模式提供规范引导。同时,要加强跨学科研究,运用经济学、行为学等多学科知识审视新技术应用,拓宽合同治理视野。在立法完善层面,要坚持包容审慎监管理念,在鼓励创新的同时加强必要规制,为数字经济参与主体营造公平有序的法治环境。通过理论、实践、立法的全方位发力,不断推进合同理论体系的现代化,为数字经济行稳致远夯实法治根基,助推数字经济和法治中国建设齐头并进。

观点新解

徐晓明谈行政备案管理措施适用范围规制——可从四个层面对其进行综合考量



扬州大学法学院徐晓明在《上海政法学院学报(法治论坛)》2024年第4期上发表题为《行政备案适用范围的法治规制》的文章中指出:

作为一种政府规制工具,行政备案措施很早且目前在我国许多行政监管领域已经得到了广泛运用并发挥了积极的制度功效。就目前备案管理制度研究现状而言,系统性、深度性研究仍相对缺乏,理论研究尚未能为备案管理实践的规范有序推进提供及时系统的理论支撑。如何合理建构行政备案管理规制制度?首先需要回答什么事项可以适用备案管理措施,什么事项不可以适用的问题。因此,备案管理措施适用范围界定就成了备案管理法治化需要解决的前提性、基础性课题。这既直接关系到市场主体权益与公共利益之间关系能否科学平衡问题,更事关备案管理措施设定的正当性与合法性问题。

目前,备案管理措施运行实践存在类型设定庞杂化、设定依据泛化、规制功能异质化、法律责任体系构建零散化等泛化困境。备案管理措施适用范围规制失范可能会引发三个方面的风险:一是因不当降低市场准入门槛引发的市场规制失灵风险;二是因被动监管所引发的监管懈怠风险;三是因柔性监管所引发的监管权威侵蚀风险。

基于对我国备案管理措施适用范围规制现状的分析,在排除对特定政府规制工具的爱好或偏见,综合考虑规制环节因素和规制工具具体运用的前提下,运用制度成本收益理念,按照必要适当性原则进行有限性规制的要求,备案管理措施适用范围规制可重点在对是否有助于规制目标达成、是否能够提高规制效率和是否给备案管理相对人增加成本等规制因素进行精准评估的基础上,从主体要素、公共资源要素配置、风险要素控制和信息要素四个层面对备案管理措施适用范围规制要素进行综合考量。

作为一种具有一定柔性特征且具有多种规制功能的政府规制手段,备案管理措施能否按照依法行政理念要求科学合理地得到设置与运用,影响着政府规制方式改革与社会治理现代化目标的实现。重点加强以备案管理措施适用范围规制为核心的备案管理法治化问题的系统性研究,并在此基础上确立备案管理措施适用范围清单制度,有利于更加精准回应解决备案管理措施适用领域确定以及与其规制措施之间的转换机制构建等关键问题。

刘敏谈家事司法的疗愈功能的确立——是我国实践经验的总结、提炼和升华



南京师范大学法学院刘敏在《河北法学》2024年第8期上发表题为《论家事司法的疗愈功能》的文章中指出:

家事案件包括身份关系诉讼案件,与身份关系有关的财产关系诉讼案件以及探望、监护等家事非讼案件,家事司法就是法院处理这些家事案件的司法制度或者司法活动。家事司法的疗愈功能是指在不影响司法公正和司法效率等家事司法基本价值的前提下,家事司法应尽可能减少对当事人以及案件所涉的未成年子女心理方面的伤害,帮助当事人以及案件所涉的未成年子女纾解负面情绪,从而使疗愈效果最大化和反疗愈效果最小化。这里的疗愈效果是指心理上的疗愈效果,具体是指减轻心理上的伤害,使人心理更加健康。家事司法的疗愈功能具有独立性、补充性、有限性等特点。

我国家事司法的疗愈功能的确立具有充足的理由。家事司法的疗愈功能的确立既是对家事案件特殊性的要求,又是落实家事司法人性化的要求;既是我国实践经验的总结、提炼和升华,又具有法学理论支撑,打破了人们对传统司法功能的认知,确立了全新的家事司法功能理论,实现了家事司法功能从一元论向多元论的转变,促进了我国家事司法功能理论的提升。

家事司法制度设计和运行既有可能产生疗愈效果,也有可能产生反疗愈效果。为实现家事司法的疗愈功能,就是要使得家事司法的疗愈效果最大化、反疗愈效果最小化。为此,需要仔细考虑家事司法的所有方面对疗愈功能产生的影响,尽量增加家事司法的疗愈效果,减少家事司法的反疗愈效果。我国家事司法疗愈功能的实现路径需要从构建疗愈性家事司法制度和转变法律工作者的行为、态度以及角色两个方面进行探讨。第一,构建疗愈性家事司法制度需要构建疗愈性家事审判制度,完善家事调解制度,健全家事司法中的婚姻家庭辅导教育制度,确立家事司法中的心理疏导制度。第二,在家事司法中,为实现疗愈功能,必须转变法律工作者的态度、行为和角色。这里的法律工作者包括法官、律师等,这里的转变是相对于普通财产型诉讼而言的,即要求法律工作者在家事司法中具有与普通财产型诉讼不一样的态度、行为和角色,以有利于家事司法的疗愈功能的实现。

(赵珊珊 整理)