

论商标在先使用之保护

——兼谈我国《商标法》第三次修订

叶赞葆

(华东政法大学知识产权学院, 上海, 200042)

摘要: 通过对我国司法实践中对于商标在先使用是否成立商标侵权抗辩的不同判决意见的梳理, 以比较法的视角分析了以商标先用权制度解决商标在先使用人与商标注册人利益冲突的思路。我国现行立法基本上符合商标先用权的思路, 规定了对服务商标、未注册驰名商标和已经使用且有一定影响的商标在先使用的保护。在《商标法》第三次修订过程中, 应当进一步借鉴经验, 规定商标先用权, 完善对商标在先使用的保护。

关键词: 商标; 在先使用; 先用权; 《商标法》第三次修订

中图分类号: D923.43

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)04-0063-06

一、问题的提出: 商标在先使用保护制度缺失导致的利益冲突

“商标先用权是指在他人获得商标权之前已经使用该商标的所有人, 享有在原有范围内继续使用该商标的权利。”^{[1](129)}由于我国商标先用权制度的缺失和理论研究的滞后, 现实生活中存在的注册商标专用权人与商标在先使用人之间的权利冲突尚未得到妥善的解决, 司法实践中各法院对该冲突的见解和裁判也不尽一致。

(一) 认定构成侵权的判决

在“杜家鸡”一案中, 湖北省武汉市江岸区人民法院认为, 根据《商标法》对注册商标专用权保护及维护市场统一秩序的立法精神, 被告张仁才对“杜家鸡”的在先、善意使用不能作为商标侵权抗辩事由。被选入《知识产权审判指导与参考(第4卷)》的安徽迎驾酒业股份有限公司与安徽双轮酒业有限责任公司商标侵权纠纷一案中, 被控侵权人迎驾公司以未注册商标在先实际使用作为不构成侵权为由抗辩, 但一审判决指出: “根据《中华人民共和国商标法》第十八条规定, 我国商标使用遵循的是‘注册在先原则’。迎驾公司坚持‘使用在先原则’的主张, 没有法律依据, 不予支持。”最高人民法院二审判决对此予以维持。显然, 最高人民法院认为他人在商标专用权人经注册取得商标

专用权后, 未经许可仍然继续使用的, 符合了我国商标法所规定的侵权构成要件, 即使已在先实际使用, 亦构成侵权, 商标在先使用不能构成侵权抗辩。在其他法院裁判中亦能发现执此态度的判决不在少数。^①

(二) 认定构成侵权抗辩的判决

在“许留山”案中, 上海市浦东法院认为: 第一, “许留山”商标专用权属于原告, 但在时间上晚于被告使用“许留山”商标。第二, 原告的商标是一种商品商标, 而被告使用的商标与原告商标核准使用的类别不同, 且不属于类似商品, 也包括服务商标。第三, 被告在使用“许留山”商标时并没有超出服务商标的使用范围, 不会使消费者产生混淆。鉴于此, 法院判决被告不侵权, 驳回了原告的诉讼请求。^②与“许留山”案的态度一致, 在四川江口醇酒业(集团)有限公司与泸州千年酒业有限公司、四川诸葛亮酒业有限公司、四川诸葛酿酒有限公司商标侵权纠纷案中, 对于商标在先使用能否构成侵权抗辩的问题, 审理法院认为“现有证据表明, 作为商品名称的‘诸葛酿’在先使用, 在‘诸葛亮’注册商标核准前, 在市场上就已经具有一定影响力, 在千年酒业公司受让前, 已为相关公众所知悉, 并具有一定的知名度, 一般消费者施以一般注意力不会对‘诸葛酿’酒系列商品与‘诸葛亮’注册商标的商品产生误认。因此, 江口醇集团使用‘诸葛酿’作为商品名称不构成对千年酒业公司‘诸葛亮’商标的侵权”。^③

收稿日期: 2013-01-08; 修回日期: 2013-03-01

基金项目: 国家社科基金项目《我国商标注册原则的反思与改进研究》(10BFX073)

作者简介: 叶赞葆(1984-), 男, 河南南阳人, 华东政法大学2011级博士研究生, 主要研究方向: 知识产权法, 商标法。

除此之外,还有一些案件中涉及到了对商标在先使用是否能够作为侵权抗辩事由的问题,不同地域和审级的法院态度也并不一致。判决结果见表1。

司法实践中典型案例判决意见不统一,反映出商标注册人因他人未经许可在相同或者类似商品上使用相同或者近似商标而提起侵权诉讼,被控侵权人是否能够以其商标先于注册商标使用而进行抗辩,是一个值得研究的争议较大、尚无定论的问题。^{[2][360]}商标先用权制度旨在赋予商标注册权的同时,在一定程度上保留了商标在先使用人的权利,赋予在商标权之前已经使用该商标的所有人享有在原有范围内继续使用该商标的权利,当然可对注册人的侵权控诉进行抗辩。我国在商标先用权制度上立法的缺陷和不足,导致各地法院对同一性质的商业标记冲突案件的裁判结果也不尽相同,不利于维护商业标记权利人的权益。

二、问题的厘清:保护在先使用的商标先用权制度考察

(一) 商标先用权规定之前提

商标先用权制度旨在平衡先使用人与商标注册人的利益,解决两者间的权利冲突。这一命题包含着两个前提:一是对未注册商标在先使用人的利益应当给予法律关怀;二是注册人须通过商标注册取得受到法

律保护的商标权。

对于第一个前提,亦可以称为对在先使用商标给予保护的理论基础。商标的生命在于使用,在注册取得商标权之前已经实际使用,实现了商标的识别和区分功能。即使未经过注册取得商标专用权,通过在先使用凝结在未注册商标中的商誉和价值也是值得保护的。早期的商标权取得采使用原则,其根本用意在于对因商标所有人对商标使用形成的现实秩序加以维护。这种秩序包括两方面:其一,是商标所有人因为使用商标而凝结在商标所标示商品上的信誉为商标所有人带来合理商业利润的竞争秩序;其二,是购买者能通过商标辨识商品的不同来源,从而购买到商标所代表真实厂家产品的这样一种认购秩序。^{[3][206]}商标注册只是手段,而不是目的,商标注册制度是为了更好地、更有效率地促进商标使用,因此对于未经注册但已经在先使用的未注册商标应当给予法律关怀。

对于第二个前提,必须是经过注册取得了注册商标权。从逻辑上讲,善意注册和恶意注册都可以在满足特定条件的情况下取得注册商标权。当在后注册是善意注册,即注册人不知道他人在先商标的存在,因巧合而注册了与在先商标相同或者近似的商标,就产生了善意使用在先商标与在后注册商标之间的冲突。在后注册是恶意注册的,如果利害关系人并未提出异议或者申请撤销,在法定期限届满后,恶意抢注亦取

表1 以“在先使用”抗辩的典型商标侵权诉讼

案号	权利人商标	被控侵权人在先使用情形	一审判决	二审判决
(2000)苏知终字第74号 (1999)宁知初字第186号	“全兴” “全兴及图”	在运动器具上使用“全兴” “四川全兴”“四川全兴足球俱乐部”	侵权	不侵权
(2003)苏民三终字第015号 (2002)宁民三初字第15号	“B”图形商标	在同类药品上使用 “B加黄、红、褐三条彩带构成的图案”	侵权	侵权
(2003)桂民三终字第10号 (2003)梧民初字第29号	“GRB”	在轴承上使用“刚柔宝 GRB”	不侵权	侵权
(2003)沪二中民五(知)终字第9号 (2002)黄民三(知)初字第44号	“好帮手” “好帮手 Handy Mate”	在洗洁精上使用“84好帮手”	侵权	不侵权
(2005)皖民三终字第3号 (2004)黄中法民三初字第2号	“迎客松”	注册迎客松“图形+字母”商标, 但在啤酒上使用“迎客松”	侵权	侵权
(2005)苏民三终字第0056号 (2002)苏中民二初字第008号	“Gold Label” “金钻石”“金钻”	在植脂奶油上使用“金钻”	不侵权	侵权
(2005)湘高法民三终字第49号 (2003)长中民三初字第449号	“惠尔康 HEK” “惠爾康”	在食品、饮料上使用“惠尔康”	不侵权	不侵权
(2009)高民终字第1915号 (2008)二中民初字第11532号	“Bench”	在服装上使用与“Bench”相似的标识, 在服装专卖店店头使用“奔趣 BenchBODY”、在包装袋上使用“奔趣 BenchBODY”、在购物中心指南牌上 使用“BenchBODY 奔趣” “BenchBODY”	侵权	侵权

得注册商标权，此时也存在着先使用人与注册商标权人的利益冲突。

（二）商标先用权立法考察及启示

商标先用权制度是采注册原则的商标立法为克服登记注册制度对未注册商标保护的不足而设计的一种补救措施。商标先用权制度主要存在于只认可商标权注册产生的国家和地区，如日本和我国台湾地区。^{[1](129)}而在英美法系国家立法中也可觅其踪影，如美国、英国。

《日本商标法》第32条规定：“在商标注册申请人提出商标注册申请之前，他人没有不正当目的在日本国内使用和申请注册的商标相同或者近似的商标，而且标识的产品或者服务也和注册商标标注的产品或者服务相同或者类似，并且在需要者中间被广泛认知时，可以继续继续使用。”台湾地区“商标法”第23条第2款商标先用权规定“在他人申请商标注册前，善意使用相同或近似之商标图样于同一或类似之商品，不受他人商标专用权之效力所拘束，但以原使用之商品为限；商标专用权人并得要求其附加适当之区别标示”。《美国商标法》第33条b款第6项规定，在先使用可以作为商标侵权诉讼的抗辩理由，其成立条件是：①由一方当事人使用的被指控为侵权的商标是不知道注册人在先使用的情况下采用的；②被指控为侵权的商标是在按照第7条规定确立的推定使用日期或在法律规定的注册商标公告日之前使用的；③被指控为侵权的商标一直由该当事人或与其合法利益关系的人连续使用；④在所述连续在先使用能得到证实的地区继续使用该商标。《英国商标法》第11条第3款规定，在他人注册或者使用商标之前，在特定地域内商业过程中连续使用未注册商标或者其他标志不构成对注册商标的侵害。此处的未注册商标和其他标志作为“在先权利”受到保护。^{[4](171)[5](199)[6](26)}

值得注意的一个问题是，欧洲一些国家是通过赋予商标先使用人对在后注册商标的异议权、撤销权，并对其撤销权加以时间限制，在时间期限届满后，才赋予先使用人商标先用权的思路来解决先使用人和在后注册商标权人的利益冲突问题。《德国商标法》第21条^④、《法国商标法》第716-5条^⑤、《意大利商标法》第48条^⑥以及《欧共同体商标条例》第53条第1款^⑦都有关于时间期限的相关规定。《美国商标法》第2条和第14条^⑧和《英国商标法》第48条^⑨也有类似规定。^{[4](171)[5](199)[6](26)}

这里需要注意的是，对在先使用人撤销权的时间限制仅仅以在后善意注册为条件，如果在后注册为恶意注册，则在先使用人不受申请撤销的法定期间限制。

换言之，上述这些国家只存在在先使用人与在后善意注册商标权人间利益冲突，恶意注册的撤销由于不受时间限制因而不存在恶意注册在经过法定期间后取得商标权与在先使用的利益冲突。日本和我国台湾地区的立法显然与欧美国家不同，无论恶意注册还是善意注册，只要取得了注册商标权，都可能存在与在先使用人的冲突，都可能成立商标先用权。

三、问题的解决：完善对商标在先使用的保护制度

（一）我国现行立法对商标在先使用之态度

我国服务商标的注册保护始于1993年7月。为了弥补申请在先和注册原则的不足，平衡服务商标注册人和在先使用人的利益，1993年修改后的《商标法实施细则》第48条设立了过渡条款，被现行《商标法实施条例》第54条继承，为服务商标在先使用人提供保护。该条规定“连续使用至1993年7月1日的服务商标，与他在相同或者类似的服务上已注册的服务商标相同或者近似的，可以继续使用”。据此，在先善意地连续使用服务商标至1993年7月1日之后，如与他在相同或相近似的服务类别上已经注册的服务商标相同或相近似，则不属于侵犯他人注册商标专用权的行为，在先服务商标使用人有权在原有的范围内继续使用该商标，但要受到一定的限制。

《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第六条规定：“原告以被诉商标的使用侵犯其注册商标专用权为由提起民事诉讼，被告以原告的注册商标复制、摹仿或者翻译其在先未注册驰名商标为由提出抗辩或者提起反诉的，应当对其在先未注册商标驰名的事实负举证责任。”因此，驰名商标的在先使用可以作为商标侵权抗辩事由。

我国现行《商标法》第31条后半段和第41条第2款是对恶意抢注他人先使用的未注册商标的规制。2005年12月，商标总局颁布《商标审理标准》认定《商标法》第41条第1款规定的“其他不正当手段取得注册的”为“不得基于进行不正当竞争、牟取非法利益的目的，恶意进行注册”。如此一来，《商标法》不但在第31条规定了保护已经使用并有一定影响的未注册商标，还在第41条规定了一定情况下不以影响力为要件保护在先使用的一般未注册商标。^{[7](124)}

（二）现行立法之不足

从我国现行立法来看，基本上符合了欧洲大陆国家通过赋予商标先使用人对在后注册商标的异议权、

撤销权,并对其撤销权加以时间限制,在时间期限届满后,才赋予先使用人商标先用权的思路。

1. 商标在先使用人对恶意注册的商标有撤销权

第一,有一定影响的未注册商标在先使用人的撤销权。《商标法》第31条后半句通常被认为是赋予在先未注册商标使用人对抗他人恶意抢注的权利。^{[8](217)}基于诚实信用原则,该条规定目的在于保护已经使用并有一定影响的商标,制止以不正当手段进行商标抢注的行为,弥补严格注册原则可能产生不公平后果的不足。《商标法》第41条第2款规定了违反第31条规定的,商标所有人或者利害关系人可请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。

第二,普通未注册商标在先使用人的撤销权。《商标法》第41条第1款规定的“其他不正当手段取得注册”被认为是“也不得基于进行不正当竞争、牟取非法利益的目的,恶意进行注册”。这种情形是指“在《商标法》第13条、第15条、第31条等条款规定的情形之外,确有充分证据证明系争商标注册人明知或者应知为他人先使用的商标而申请注册,其行为违反了诚实信用原则,损害了他人的合法权益,损害了公平竞争的市场秩序,系争商标应当不予核准注册或者予以撤销”。本条的适用除不要求证明商标在先使用具有“一定影响”之外,其他的认定条件与《商标法》第31条后半句的适用条件相同。因而,在我国普通未注册商标的在先使用人也有对恶意注册的撤销权。

2. 商标在先使用人对恶意注册商标的撤销权的时间限制

第一,有一定影响的未注册商标在先使用人撤销权的时间限制。《商标法》第41条第2款不仅规定了有一定影响的未注册商标在先使用人对在后注册商标享有撤销权,还规定应“自商标注册之日起五年内”行使。如果从商标注册之日起算的五年期限届满,在先商标使用人丧失此撤销权,在后注册的商标获得稳固的商标专用权。^{[6](17)}

第二,普通未注册商标在先使用人撤销权的丧失。《商标法》第41条第1款规定了普通未注册商标在先使用人对在后注册商标亦享有撤销权,但在该条文中未有对撤销权行使时间限制的表述。因而,普通未注册商标在先使用人的撤销权亦因在期限届满时不行使而消灭,使得在后注册人对注册商标享有稳固的专用权。

但我国现行立法的规定到此戛然而止。对于在恶意抢注取得注册商标专用权后,未注册商标在先使用人启动撤销商标注册的行政程序之前,商标注册人能

否主张在先使用人构成侵权,商标在先使用人能否对抗因恶意抢注而产生的商标专用权,现行立法未置可否。^{[9](37-38)}立法也未对撤销权行使期限届满后商标在先使用人能否以使用在先构成侵权抗辩作出规定。而且我国现行《商标法》只对恶意抢注行为予以禁止。在先商标如果不构成以不正当手段进行的抢注,商标注册人是否可以主张在先使用人构成侵权,《商标法》亦未作出明确的规定。^{[2](365)}与欧美国家商标先用权规定不同的是,我国商标法规定的异议权和撤销权都只是针对恶意抢注的情形,对于在后善意注册的,在先使用人根本不存在申请撤销在后善意合法注册的正当理由。

(三) 规定商标先用权保护商标在先使用

纵观世界主要国家和地区立法,对在先使用商标的保护分为两个方面:一是商标确权程序制止恶意注册行为;二是确立商标在先使用制度,将在先使用作为侵权的抗辩事由。^{[10](44)}欧美国家,尤其是欧洲大陆国家以商标先用权制度解决在先使用人与商标注册人的利益冲突,仅限于在后善意注册的情形,对于在后恶意注册的情形是在商标确权程序中进行安排。

我国现行立法与这一思路恰恰相反,认为在先使用对于在后善意注册的商标不享有异议和申请撤销的权利,而对于在后恶意注册赋予了在先使用人一定期限内的异议权和申请撤销权,但对于法定期限届满后在先使用人是否享有继续使用的权利语焉未详。

在商标法第三次修订的过程中,针对商标在先使用的问题展开了讨论。2010年的商标法修改送审稿中,在商标确权程序中加大对在先使用商标的保护,以列举加兜底条款的方式保护在先使用商标、制止恶意注册,体现在三个条文中。^⑥在2011年9月公布的《商标法》修订草案征求意见稿中,又将诚实信用的兜底条款删除,将送审稿中的第三十三条和第三十四条的安排做出两种方案,一种是仅保留第三十三条,一种是将第三十三条和第三十四条合并为一条。在2012年12月公布的《商标法修正案(草案)》中借鉴了我国台湾地区商标法的规定,在现行《商标法》第十五条中增加一款“申请商标在相同或者类似商品上与他人先使用的商标相同或者近似,申请人因与该他人间具有合同、业务往来、地域关系或其它关系而明知该他人商标存在的,不予注册”。

在从送审稿到征求意见稿直至修正案的草案中,对在先使用商标的保护,仍然是在商标确权程序中对商标的在先使用加以保护,依然未对现行立法中前述的商标先用权问题加以明确规定。

要构建我国的商标先用权制度,需解决两个问题,并且借鉴《商标法实施条例》第五十四条的规定和已经废止的1994年《国家工商局关于服务商标继续使用问题的通知》的精神。笔者建议如下:

首先,商标在先使用人对善意注册者能否撤销的问题。在先使用人通过使用商标在相关公众中建立起来的商业信誉和经济秩序是在市场经济中需要法律予以保护的價值。法律对在先使用人进行保护,就是为了保护这种商业信誉和经济秩序。而这种商业信誉和经济秩序的存在和保护与第三人的主观状态是无关的,即不管第三人出于善意还是恶意在后提出注册申请,都不影响对在先使用人利益的保护。^{[11](69)}因此,在先使用的知名未注册商标对在后注册者,不论善意还是恶意,均有撤销权。对于在先使用的普通未注册商标而言,法律对在先使用人进行保护的依据在于恶意注册行为的不正当性,因为恶意注册是违反民法诚实信用原则的行为,应当被禁止。因此,普通未注册商标在先使用人仅能对恶意注册享有撤销权,对于善意注册的商标专用权不得撤销。

其次,善意注册和恶意注册撤销权丧失期限应否相同的问题。不论美国、英国亦或以德国为代表的大陆法系国家对于撤销权的时间限制规定都是以注册人善意为要件,如果恶意注册,撤销权并不受到时间的限制。这一规定可能是受到《巴黎公约》第6条之2对于驰名商标保护模式的影响,“对于以不诚实的手段取得注册或使用的商标提出取消注册或禁止使用的期限,不应规定时间的限制”。是否需要限制撤销权,应当以在后注册人通过对商标的使用在客观上使自己的商标重新建立起了识别性或者说再次获得了显著性以足。当然,从价值判断上看,为了对恶意注册者的适当制裁,可以规定一个较撤销善意注册者更长的撤销时间,但不是不规定撤销期。因为,两者的法理是一致的,无论是善意注册者还是恶意注册者,他们进行的经营与投资都是应当得到保护的,更何况,在实际生活中是恶意注册多而善意注册的少,或者即使开始善意,经过一定时间也可能转化为恶意了,如果对恶意注册者不给予同样的救济,这个制度在很大程度上将变为形同虚设。而从保护消费者认购秩序的立场上看,即使是恶意注册之场合,只要注册商标也获得了显著性,消费者的这种识别秩序也是不能随意破坏的,否则,这同样会带来消费者的识别混淆,影响其正常的消费依赖。^{[3](215)}我国《商标法》仅规定了对于恶意注册的撤销权期限为五年,考虑到我国注册商标连续停止使用三年,将导致被撤销注册的规定,可以

将对善意注册的撤销权期限规定为三年。

综上分析,建议对商标先用权设专条规定:

1. 增设商标先用权的一般规定

第 x 条

在注册商标的申请日之前,善意连续地使用相同或者近似商标图样于同一或类似之商品或者服务上,该商标在先使用人不受他人商标专用权所拘束;在法定期限届满前未向商标评审委员会提出宣告无效申请的,应以原使用的商品为限,亦不得改变在先使用商标的图形、文字、色彩、结构、书写方式等内容,但以同他人注册的商标相区别为目的而进行的改变除外;商标专用权人并得要求其附加适当之区别标示。

2. 在宣告无效程序中区分恶意注册和善意注册

第 x 条(宣告无效程序中的商标先用权)

以欺骗或者其他不正当手段在相同或者类似商品或者服务上抢先注册他人在中国已经使用的商标的,商标在先使用人或者利害关系人可以自该商标经核准注册之日起五年内,请求商标评审委员会裁定宣告该注册商标无效。其他单位或者个人也可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

非以不正当手段取得商标注册的,知名商标所有人或者利害关系人可以自该商标经核准注册之日起三年内,请求商标评审委员会裁定宣告该注册商标无效。

注释:

- ① 最高人民法院(2001)民三终字第9号民事判决书。该一审判决援引的商标法律条文系2001年《商标法》修改前的条文。现行商标法的对应规定为第三条规定的注册商标专用权的保护和第二十九条规定的商标注册先申请原则。不同的省份、审级的法院都有判决侵权的情况,可参见贵州省遵义市中级人民法院(2004)遵市民二初字第33号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2004)一中民初字第7239号民事判决书;湖南省长沙市中级人民法院(2005)长中民三初字第9号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2005)甬民二初字第73号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(1999)宁知初字第186号民事判决书。
- ② 上海市浦东新区人民法院(2008)浦民三(知)初字第51号民事判决书。
- ③ 湖南省高级人民法院(2006)湘高法民三终字第30号民事判决书。
- ④ 商标和商业标志所有人在明知的情况下,默认一个在后注册商标连续使用5年,则该所有人应无权禁止该在后注册商标在其注册的商品和服务上使用,除非该在后商标的申请为恶意。
- ⑤ 在后注册商标的使用已被容忍5年的,除其注册是依恶意者外,对其不得提起侵权诉讼。
- ⑥ 如果一个在先注册或在先使用的商标不知名或仅有地方知名度,其所有人意识到时已容忍一个相同或近似的在后注册商标连续使用5年,那么,除非在后注册是恶意的,商标所有人无

权以注册在先或使用在先申请宣布在后的注册商标无效,或反对在后注册商标继续使用。

- ⑦ 如果共同体商标的所有人在明知的情况下,已默许在后的共同体商标在共同体内连续使用5年,他不再有权以在先商标为由申请宣布在后的商标无效,或者反对在后的商标在已经使用的商品或服务上继续使用,除非在后商标是以欺骗行为申请注册的。
- ⑧ 在先使用人可请求撤销后注册商标的期限为5年,超过5年在先权利人即丧失请求撤销在后商标的权利,在后商标的注册效力即不容置疑,除非后注册商标是通过欺骗的手段取得的。
- ⑨ 如果在先权利人连续5年默许他人英国使用一注册商标,并且已意识到该使用,那么,基于在先商标或其他权利下列权利应该停止行使:申请要求宣布在后商标无效,或反对在后商标在其已这样使用过的商品或服务上的使用。除非在后商标是出于恶意申请的。
- ⑩ 一是保留现行商标法第十三条第一款、第十五条、第三十一条的内容。二是借鉴我国台湾地区商标法第二十三条第一款第十四项的规定,增加规定“申请商标在相同或者类似商品上与他人中国在先使用的商标相同或者近似,申请人因与该他人具有合同、业务往来、地域关系或其它关系而明知该他人商标存在的,不予注册。”(商标法修改送审稿第三十四条第一款)。三是借鉴其他国家关于禁止恶意注册的一般规定,将诚实信用原则确立为商标申请注册和使用的基本原则之一,并作为保护在先使用商标、制止恶意注册的兜底条款。(商标法修改送审稿第九条第二款、第四十四条、第四十六条第二款)。参见汪泽,徐琳:《商标注册制度下对在先使用商标的保护》,载《中华商标》2010年第12期,第46页。

参考文献:

- [1] 王莲峰. 我国商标权限制制度的构建——兼谈<商标法>的第三次修改[J]. 法学, 2006(11): 129.
- [2] 孔祥俊. 商标与不正当竞争法原理和判例[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [3] 张玉敏. 中国欧盟知识产权法比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [4] 陆普舜. 各国商标法律与实务(修订版)[M]. 北京: 中国工商出版社, 2006.
- [5] 卞耀武. 当代外国商标法[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [6] 张玉敏. 论商标法上的权利丧失原则[J]. 科技与法律, 2003(4): 17, 26.
- [7] 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): 124.
- [8] 文学. 商标使用与商标保护研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [9] 汪泽. 论商标在先使用权[J]. 中华商标, 2003(3): 37-38.
- [10] 汪泽, 徐琳. 商标注册制度下对在先使用商标的保护[J]. 中华商标, 2010(12): 44.
- [11] 谢冬伟. 商标在先使用人的合法利益应予保护[J]. 中华商标, 2007(8): 69.

On protection of prior use of trade marks: Comments on the 3rd amendment to the Trademark Law

YE Yunbao

(Intellectual Property School of East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: After the empirical analysis of the typical cases with different judgments concerning prior use defense to trademark infringement, this paper introduces how prior user right could defend trademark infringement in other countries comparatively. With the analysis and comments on our domestic legislative and judicial situation, the paper raises the corresponding solutions for problems that we should pay more attention to the actual use of trademarks and suggests legislative provision of prior user right in domestic trademark law.

Key Words: trademark; prior use; Prior User Right; the 3rd Amendment to the Trademark Law

[编辑: 苏慧]