

超越權限的認定

——對法院認定“酸酸乳”馳名商標的質疑

—鍾紅波—

“酸酸乳”最初是作為一種乳製品的商品名稱出現在市場上，一段時間內為多個企業所使用。2000年以來，多家企業曾陸續試圖將“酸酸乳”或含有“酸酸乳”的文字註冊為商標，均被商標局以缺乏顯著性等理由駁回。2006年歲末，在內蒙古蒙牛乳業集團訴河南白雪公主乳業公司商標糾紛案中，內蒙古高級人民法院終審判決認定蒙牛的“酸酸乳”標誌為馳名商標，從而終結了“酸酸乳”權利的歸屬問題。此判決被稱之為“開創了中國司法認定非註冊馳名商標的先河”。一件無法獲得註冊商標專用權保護的商業標誌，獲得了更為有利的馳名商標的保護。

筆者對此提出疑問：法院應該無權對非註冊商標作出馳名商標的認定。下面談談理由。

司法認定非註冊馳名商標缺乏法律依據

在我國的商標法律法規中，並沒有通過司法程序認定馳名商標的具體規定。在我國加入世界貿易組織之前，馳名商標的認定屬於國家商標行政機關的專有職權，其依據是國家工商總局於1996年8月14日發佈的《馳名商標認定和管理暫行規

定》，其中規定：“國家工商行政管理局商標局負責馳名商標的認定與管理工作。任何組織和個人不得認定或者採取其他變相方式認定馳名商標。”2001年《商標法》修改之後，為了加強商標保護，在《商標法》第13條和14條中，增加了馳名商標保護的內容，最高法院在隨後的兩個司法解釋——《最高法院關於審理涉及計算機網絡域名民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》以及《最高法院關於審理商標民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》中規定，法院在審理域名糾紛案件和商標糾紛案件中，“根據當事人的請求以及案件的具體情況，可以對涉及的註冊商標是否馳名依法作出認定。”以上規定是迄今為止司法認定馳名商標最直接的法律依據。

儘管在我國《商標法》第13條關於馳名商標保護的規定¹中，馳名商標保護的對象包括了註冊商標和未註冊商標，但是在上述兩個司法解釋中，卻只賦予了法院“對涉及的註冊商標是否馳名依法作出認定”的權力，而沒有包括對未註冊商標馳名的認定。最高法院作出如此規定顯然不是一時的疏忽。應該看到，我國實行的是以註冊為基礎的商標保護制度，對非註冊商標保護的規定只是《商標法》的一個例外。在修改《商標法》時



蒙牛酸酸乳



悠美酸酸乳



伊利酸酸乳



三鹿酸酸乳



牛牛酸酸乳

圖為市場上的各種酸酸乳產品。法院在本案終審判決書中限定，“酸酸乳”馳名商標的認定，“僅對本案有效，對其他企業無法律約束力”。因此，蒙牛集團雖然獲得“酸酸乳”馳名商標的認定，但要獨佔這一標誌，似乎還需要逐個起訴其他“酸酸乳”生產企業。

加入保護未註冊馳名商標的規定是爲了滿足世界貿易組織 TRIPS 協議的相關要求。而《商標法》第 13 條第一款所提到的“就相同或者類似商品申請註冊的商標是複製、摹仿或者翻譯他人未在中國註冊的馳名商標”，從立法的本意來看，是指外國人的“未在中國註冊的馳名商標”。²至於中國人的“未在中國註冊的馳名商標”，如果說在 1993 年之前，服務商標在中國當時得不到保護，還有認定的需要，則隨着我國自 1993 年 7 月 1 日起將註冊商標的種類擴大到服務商標之後，註冊障礙消失了，對國內未註冊商標通過馳名商標認定來保護就沒有什麼必要了，除非這種認定只是爲了排除商標註冊的障礙。畢竟對未註冊商標用馳名商標去保護只是一個特例，如果推廣開了，勢必會動搖我國商標法律制度的根基，破壞中國商標法保護註冊商標的基本原則。

未註冊商標適用反不正當競爭法保護

從商標法的基本原則來看，未註冊的商標受到侵害並不屬於商標法調整的範疇。但這並不意味着我國現有的法律制度無法對未註冊的商標進行保護。在 2006 年 12 月 30 日公佈的最高人民法院《關於審理不正當競爭民事案件應用法律若干問題》的司法解釋中，明確指出：在中國境內具有一定的市場知名度，爲相關公衆所知悉的商品，應當認定爲《反不正當競爭法》第五條第(二)項規定的“知名商品”。人民法院認定知名商品，應當考慮該商品的銷售時間、銷售區域、銷售額和銷售對象，進行任何宣傳的持續時間、程度和地域範圍，作爲知名商品受保護的情況等因素，進行綜合判斷。原告應當對其商品的市場知名度負舉證責任。從文字上看，這樣的規定與《商標法》第 14 條²關於馳名商標認定的規定極爲一致。由此可見，蒙牛乳業集團可主張其“酸酸乳”標誌作爲知名商品，依據《反不正當競爭法》以及相關司法解釋的規定，通過提起不正當競爭糾紛之訴而不是商標侵權糾紛之訴，尋求法律保護。

內蒙古兩審法院在對“酸酸乳”案的審理中，在沒有搞清楚該案的法律關係的前提下，錯誤地適用了《商標法》和相關的司法解釋，作出了錯誤的結論。

司法認定未註冊馳名商標的弊端

1. 影響正常的商標法律秩序

在中國的商標法律制度下，有關商標的註冊核准由隸屬於國家工商行政管理總局的商標局和商標評審委員會負責，而有關商標使用保護方面的問題由地方商標行政管理機關或人民法院負責。這樣的制度設計體現了大陸法系奉行的職權分離主義，職權分工上有明確的界定，不能相互替代。

商標局作爲專門的商標審查機構，統一對全國的商標註冊申請進行審查，具有專業審查經驗和審查資源方面的優勢。商標局設立了商標異議程序，商標評審委員會設立了商標評審程序，爲社會公衆提供了相關的行政救濟，以此來糾正商標局的註冊不當行爲。法院則通過行政訴訟程序，對上述行政機關的不當行政行爲提供司法救濟。

以往法院在涉及商標糾紛的司法程序中，根據案情的需要對已註冊商標作出的馳名商標認定，屬於對事實的認定，不涉及到商標的核准註冊，因而不會挑戰職權分離主義。

而對於未註冊商標的認定來說，情況就完全不同了。一旦法院認定一件未註冊商標爲馳名商標，必然影響商標註冊的行政審批。以蒙牛的“酸酸乳”標誌爲例，在本案判決之前，商標局曾以缺乏顯著性爲由，駁回“酸酸乳”商標註冊申請。目前“酸酸乳”正再次面臨商標局的商標註冊申請的審查。

由於法院判決作出後，“酸酸乳”具備商標顯著性已成一個被法院認可的事實，商標局如果堅持認爲“酸酸乳”不具有可註冊性，則有詆毀司法權威之嫌，商標局除了依從司法機關的認定，難有其他的選擇。顯然，無論商標局怎樣處理，行政機關獨立作出行政決定的基本原則都將受到挑戰。

內蒙古法院認定“酸酸乳”爲馳名商標被認爲是司法認定非註冊馳名商標的開端。可以設想，此端一開，那些缺乏顯著性難以獲得商標註冊的商業標誌可以繞過商標行政審查程序，轉而通過司法程序獲得至少不低於註冊商標專用權的保護——非顯著性標誌一旦成爲馳名商標，往往可以獲得行業內“通吃”的效果。

2. 不利於司法裁判的統一

在中國，商標註冊的行政審批權集中在國家商標行政管理

機關，馳名商標的行政認定也集中在國家商標行政管理機關。馳名商標的司法認定則分散在各地中級人民法院，多頭認定很容易造成認定標準和結果的不統一。通過司法程序認定未註冊馳名商標時，問題就更加突出。由於未註冊商標未經商標註冊審查程序，在司法程序中，司法機關通常在不審查在先權利的情况下作出認定，並且在相關的法律規範、相應程序保障缺失的情况下，只能更多地運用法官的自由裁量權。這些因素都容易造成不同的法院就相同的案件和相同案情作出完全不同的判決。

3. 易助長不公平競爭和地方保護主義

未註冊商標往往是缺乏顯著性、難以獲得商標註冊的商業標誌。在未註冊商標所有人請求給予馳名商標保護的案例中，均存在使用同一或相似標誌的其他人，其中包括對方當事人和案外人。在作馳名商標司法認定時，司法機關只考慮該未註冊商標是否符合馳名商標的認定標準，是否在使用中獲得了商標顯著性，而極少考慮是否還有在先或並存的權利，其他人是否對該未註冊商標顯著性作出過貢獻。結果只能是，在一個商業標誌的多個使用人當中，只有有能力提供馳名商標證據的使用人一大企業可能獲得馳名商標保護，而且一旦獲得這種保護，其他使用人就必須停止使用，放棄權利，乃至被追究侵權責任。這對那些缺乏舉證能力的中小企業和個人是不公平的。

法院認定未註冊馳名商標似乎是在做商標局的工作。如果是由一個法院統一來做，問題也不會太大，而現在是所有的中級人民法院都有權認定未註冊馳名商標。由於地方政府將本地區的馳名商標的數量考核納入政府官員的政績，各地紛紛出台並加大對馳名商標的獎勵措施，地方法院在對本地企業的商业標誌做馳名商標認定時，很難擺脫當地政府的影響，保持完全的中立和公正³。如果對這個問題不加以重視，隨着時間的推移，上述弊端會愈演愈烈，馳名商標司法認定所暴露出的種種問題會嚴重損害司法機關的權威和公信力。

結語

中國是一個馳名商標的製造大國。除了馳名商標認定之外，還有各種類似馳名商標的提名和評選，如中國名牌、最具市

場競爭力品牌、中華老字號、地方著名商標等等。

馳名商標稱號可以給企業帶來豐厚的利益，因此一些企業不惜投入巨資進行大規模的廣告宣傳，期望短期內獲得馳名商標稱號。在這樣一個追逐馳名商標多少有些過熱的背景下，如果再把未註冊商標加入到馳名商標認定的範圍內，不控制馳名商標認定機構的範圍，不統一馳名商標的認定尺度，馳名商標認定必然走向混亂。■

作者：北京律盟知識產權代理有限公司律師、商標代理人

¹《商標法》第13條規定：就相同或者類似商品申請註冊的商標是複製、摹仿或者翻譯他人未在中國註冊的馳名商標，容易導致混淆的，不予註冊並禁止使用。

就不相同或者不相類似商品申請註冊的商標是複製、摹仿或者翻譯他人已經在中國註冊的馳名商標，誤導公眾，致使該馳名商標註冊人的利益可能受到損害的，不予註冊並禁止使用。

²《商標法》第14條給出認定馳名商標應當考慮下列因素：（一）相關公眾對該商標的知曉程度；（二）該商標使用的持續時間；（三）該商標的任何宣傳工作的持續時間、程度和地理範圍；（四）該商標作為馳名商標受保護的記錄；（五）該商標馳名的其他因素。

³在類似“酸酸乳”案的“小肥羊”商標糾紛案的判決中，北京與石家莊和西安等地的法院對“小肥羊”是否屬於馳名商標作出完全相反的認定。石家莊和西安兩地法院的判決均有利於當事人中的當地企業一方。