

WTO 框架下我国商标法之不足与完善

桂林电子工业学院法律系 袁翔珠

[摘要] 加入 WTO 使我国的经济体制规则面临极大的改革和调整,商标法作为知识产权保护机制,也不可避免地面临全面履行《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称 TRIPS 协定)的挑战。虽然我国商标法律制度经过几次全面修改与完善,但与 WTO 有关规则仍存在很大差距。因此,为了更好的与 TRIPS 协定接轨,完善我国商标法律制度是我国知识产权法律制度适应 WTO 的必然选择。文章从与 WTO 规则的差距角度分析了我国现行商标法存在的缺陷与不足,并探讨了我国商标法律制度进一步与国际标准接轨的修改、完善的必要性。

[关键词] 商标法 WTO TRIPS 缺陷 不足

改革开放以来,我国的商标保护制度取得了长足进展,已经形成了涵盖《巴黎公约》的比较完整的法律体系,并注意借鉴国际通行做法,参加了一系列保护知识产权的国际公约。但与 WTO 的 TRIPS 协定的规则相

服装定位于中档偏下到中档偏上这样一个较宽的范围,为消费者提供多种价格的服装,以满足他们的不同需求。

(三) 促销策略。我国老年人由于受传统观念的影响,一贯重积累轻消费,重子女轻自身,节衣缩食,舍不得为自己消费。所以对老年人服装的促销宣传,一个重要任务就是改变老年人传统的观念,激发其潜在需求。在老年人消费者的购买决策过程中,所依赖的信息是通过亲身经历、公众传播、个人推荐和商业宣传四个途径获得的。

1、广告。随着家庭中电视机的普及,越来越多的老年人每天都收看属于老年人自己的节目——《夕阳红》。所以,公司可以建议北京该品牌老年生活用品连锁总店在《夕阳红》栏目播放过程中,播放公司品牌的服装及系列生活用品的广告。

2、人员推销。老年人由于角色的转换,一般有孤寂失落感,于是心理防线脆弱,易接受直接推销。根据这一特点,在费用允许的情况下,企业可以采用上门推销的方式,加强与老年消费者的思想交流,沟通感情,说服其接受企业的产品。

3、营业推广。公司可以采取减价折扣销售、直接邮寄、购买大宗商品给予优惠等方式吸引老年消费者。这些促销方式一般在短期内效果显著。

(四) 分销策略。调查表明,在购买方式的选择上,老年消费者多数选择在大商场和离家较近的商店购买商品。这是因为大商场所提供的商品一般在质量上可以得到保证,而且在购物环境和服务方面也有较大的优势。老年消费者的体力相对中青年有所下降,他们希望在较近的地方能够买到自己满意的商品,并且希望能够得到周到的服务,比如商品咨询、导购服务、运行缓慢的自动扶手电梯和舒适的休息环境等。在专卖店和连锁店购买商品的老年消费者也占有一定的比例,甚至还有一部分老年消费者会通过电视直销和电话购物。

1、连锁经营方式。大多数老年人添置服装的方式是自己购买。同时,老年人行动不便,一般不愿四处奔走,活动范围局限于居民区,购物地点主要集中在离家较近的商店。而公司现有的 4 个分店均设在繁华的商业区。因此,公司应以连锁经营的方式,把老年人服饰用品店建成总体规模大,单体规模较小的连锁店,使其连锁网点遍布居民区。这样既方便了老年人就近购买,又能满足大多数老年人乐于参与和表现自我的心理愿望。由于单体规模很小,一般不会出现连锁店规模超过居民购买力而造成连锁店效益低下的局面。

2、与社区超市联营。由于超市销售的日常生活用品物美价廉,所以超市是老年人经常光顾的地方。在秦皇岛市,许多超市的分店都设在居民区附近,例如:玉峰里家惠超市位于居民区,并在二楼设服装卖场。公司就可以与这些超市合作,销售老年人服装。与社区超市联营的这种分销渠道,相比企业自己建店来说,节省了大量的成本,为企业提高了市场覆盖率。同时,满足了更多顾客的需要。

五、结束语

希望通过对一个公司经营策略的分析,可以使得同样类型的公司或将要进入老年商品市场的新进入者能够有所借鉴,发展我国的老年商品市场,提高老年人的生活质量。

[参考文献]

- [1] 老年住宅“期货化”的市场前景分析. 杜娟等. 中国房地产金融. 2004 年第 3 期. P31 - 33.
- [2] 美国细分模型对我国老年市场界定及营销的启示. 应斌. 江汉大学学报(社会科学版). 2003 年 12 月. 第 20 卷第 4 期. P80 - 84.
- [3] 老年人的消费心理特点及老年市场营销策略. 刘志伟. 经济师. 2001 年第 6 期. P41 - 42.
- [4] 北京市老年人的经济状况. 贾云竹. 人口与经济. 2001 年第 3 期. P75 - 79
- [5] 浅析我国老年消费市场及其开发策略. 黄文芳. 西北人口. 1999 年第 2 期. P12 - 14.

比,我国这方面尚有一些差距。加入 WTO 对我国的商标法制建设提出了新的要求。

一、关于商标权的性质

TRIPS 协定在其前言中,明确提出了“承认知识产权为私权”的原则,这一原则应该适用于各类知识产权。我国 1994 年的《光明日报》曾登出了“科技成果进当铺”的例子,但当时的商标法还没有规定商标权是否能成为这种“进当铺”的标的,1995 年 6 月 30 日通过的《担保法》第 75 条第 3 项明确规定了商标权可以设定为质权,这是朝与国际惯例接轨迈进了一大步。但商标权能否作为一种个人财产权,至今法律尚无这方面的规定。我国的《继承法》第 3 条规定,专利权与著作权中的财产权可以作为遗产转移,但对于商标权能否作为遗产转移,却没有规定;我国的《个人所得税法》规定了专利权、著作权的转让所得如何纳税,但唯独没有提及商标权转让所得的纳税问题。过去,由于商标申请注册多是企业、单位,因而商标权作为个人财产权的问题还不是很尖锐。现今,越来越多的个体工商业者申请并取得商标注册,法院和商标局已面临个体户的注册商标在原所有人死后怎样对待的问题,因此,必须在《商标法》、《继承法》、《个人所得税法》做出规定。此外,TRIPS 协定在赋予注册商标所有权人转让该注册商标权利的同时,还规定,注册商标可以连同商标所属企业的业务一并转让,也可以不连同商标所属企业的业务转让。这一规定,与《巴黎公约》的规定有所不同。《巴黎公约》容许各成员国规定商标的转让只有连同该商标所属的厂商或牌号同时转让方为有效。对此,我国商标法也应明确规定。

二、对商标显著性的规定不够全面

TRIPS 协定第 15 条第 1 款规定,任何标记或者标记的组合,必须要具有“识别性”,即能够将一个企业的商品或服务区别于其它企业的商品或服务,才能在 WTO 成员内作为商标获得注册。此外,各成员还可以将“视觉可感知性”作为商标注册的条件,即只容许那些能够被人的视觉所感知的标记或标记组合取得商标注册,即使有的标记本身不能区分有关商品或服务,成员也可依据其经过使用而具有的识别性,确认其可否注册。《巴黎公约》第 6 条之五 C 项第 1 款也规定,决定一个商标是否适合于保护,必须考虑到一切实际情况,特别是商标已使用期间的长短。我国商标法第 7 条对显著性的规定,比较笼统,也有些绝对,缺少对通过长期使用而具有显著性的标记可取得商标注册的规定,应当加以补充。

三、缺少对驰名商标保护的具体、明确规定

TRIPS 协定第 16 条对驰名商标做出了详细规定:

1、扩大了受保护的驰名商标的范围。《巴黎公约》(1967)第六条之二所保护的驰名商标仅限于驰名商标。而 TRIPS 协定规定:《巴黎公约》(1967)第六条之二经必要修正后适用于服务商标。

2、扩大了禁止冒用驰名商标的商品和服务的范围。按照《巴黎公约》的规定,驰名商标所有权人以外的其他人,如果将该驰名商标或与该驰名商标相类似的商标用于“相同或类似的商品”上,易于造成混乱者,则应当禁止使用。而 TRIPS 协定规定,驰名商标所有权人以外的其他人,即使将该驰名商标或与该驰名商标相类似的商标用于“不相类似的商品或服务”,只要这种使用会体现有关的商品或服务与驰名商标所有权人的联系,并可能损害驰名商标所有权人的利益,则其他人的使用也应当禁止。

3、对认定驰名商标所应考虑的因素作了原则性规定。《巴黎公约》没有规定认定驰名商标应当考虑哪些因素,而只是笼统地规定只要某一商标在成员国的商业中作为某一企业的商标已经驰名,成员国就应禁止其他人在同类商品上使用与驰名商标相同或相类似的商标。但 TRIPS 协定规定:“确定一项商标是否驰名,应当考虑相关行业公众对商标的认可程度,包括该成员内部凭该商标促销的结果。”这一规定虽然比较原则化,但它至少表明了认定驰名商标所应考虑的主要因素是“相关行业公众对商标的认可程度”。一般而言,判定一项商标是否得到公众的广泛认可,除了应当考虑使用该商标的商品和服务的质量是否优异以外,还应当考虑相关行业的消费者和生产者对该商标的熟知程度。由于凭借商标以广告、宣传等形式进行的促销可以大大提高商标的知名度,因此,在认定驰名商标时,对凭借商标促销所获得的良好效果,理应加以考虑。

对驰名商标进行“特殊照顾”是通行的国际惯例,在侵权认定中,如果原告是驰名商标的所有人,则行政执法或司法机关判定被告与其商标“近似”的可能性就大一些。在德国,甚至曾判定日本的“三菱”商标与德国的“奔驰”商标相近似,主要因为“奔驰”是驰名商标。这是对驰名商标的一种特殊保护。在欧洲法院九十年代中后期裁决的“佳能”“彪马”等案件中,也都是首先认定有关商标是否驰名,然后再来看争议商标标识本身是否近似或所涉商品是否类似。在法律或行政法规中明文保护驰名商标,正是 TRIPS 协定所要求的,也是中国商标制度所缺少的。我国商标法及实施细则中均没有对驰名商标保护做出具体规定,只是由国家工商行政管理局在 1996 年 8 月 14 日发布、施行了一个《驰名商标认定和管理暂行规定》,应将其纳入商标法。

值得注意的是,我国许多地方过去制定了在各自辖区内适用的有关商标的实体保护制度,比如省一级的所谓“著名商标”、地市的“知名商标”等。它们往往规定:只有获得本地市知名商标的,才能申请本省的著名商标;只有获得本省著名商标的,才能申请国家的驰名商标;而且,只有在本地有生产基地的企业产品,才能申请本地的知名商标、著名商标。这类规定限制了企业申请国家驰名商标的权利,不利于我国企业获得“驰名商标”,从而不利于我国企业的产品将来走向国际市场,获得其他 WTO 成员的自动保护。这些规定实际上设立了知识产权保护的实体标准,而且是以各地方的行政辖区为保护范围的。因此,我国政府应要求地

方废止这类规定。

四、应增加对商标行政终局决定的司法审查

TRIPS 协定明确规定对于知识产权有关程序的行政终局决定,均应接受司法或准司法当局的审查(第 62 条第 5 款),或者有机会提交司法当局审查(第 41 条第 4 款)。TRIPS 协定第 41 条第 4 款中,规定了对于初审的司法判决,即在符合“一定条件”的前提下,应当使当事人有上诉提请复审的机会。对于行政部门的终局决定或裁决,则在“任何情况”下,均应使当事人有机会要求司法审查。在这一点上,我国商标法(涉及到第 21 条、第 22 条、第 29 条、第 35 条、细则第 23 条等)排除司法审查制度显得很彻底。任何商标注册异议的终局决定权都属于商标评审委员会,当事人没有诉请司法审查的机会,也没有规定司法机关可以采取临时措施等,实际上取消了当事人的司法救济权利。这是与 TRIPS 协定的规定不相符的,应当相应加以改进。

五、应增加对特殊商标、标记的保护

1、应增加对防御商标、联合商标注册保护的明确规定。防御商标是指商标权人在所有认为有必要(无论是类似不类似)的商品上均以其注册商标予以注册;联合商标是指商标权人把所有他认为与其注册商标相类似的商标都予以注册。防御商标与联合商标是从不同角度不同方式来扩大同一商标的注册方式,其主要目的是澄清实践中可能产生的对“类似”商品及“近似”商标的模糊认识,更好地保护注册商标免受侵权。目前大多在商标法中出现“类似”商品及“近似”商标这些术语的国家已提供对防御商标与联合商标的注册保护,我国立法虽缺少规定,但实践中早在几年前“米老鼠”、“唐老鸭”等已在我国专利局获得类似防御专利的注册。

2、应增加对地理标记保护的具体、明确的规定。我国目前尚无对地理标记保护的专门法规,是作为证明商标纳入商标法间接加以保护的。但是,在商标法及其细则中并无此规定,在《集体商标、证明商标注册和管理办法》中规定的也不明确,只是在对上述“管理办法”的解释中才作了明确规定。这一现状与 TRIPS 的要求差距较大,应该加以解决。

3、应增加对官方标志、检验印记的保护和对展览会的临时保护。巴黎公约第 6 条之三对禁止将官方标志、检验印记等标记作为商标注册和使用,作了明确的规定;第 11 条对在某些国际展览会上首次展出的商品商标给予临时保护,也作了明确规定。对此,TRIPS 第 2 条已经明确加以肯定。我国在实践中虽已照此办理,但在商标法中尚无明文规定,应加以补充。

4、企业的商誉。企业的商誉(GOODWILL)在西方国家一向被无形财产大类下的一项,许多国家把它划归工业产权中加以保护。我国对商誉的保护尚无明确的法律规定,但在与法国、比利时等十几个国家和经济组织签订的“保护与鼓励投资双边协定”中,都提到商誉可以作为投资的资产,笔者认为,既然已在双边协定中承担了保护义务,就有必要在相应国内法中做出承认它是一种财产权的规定。

六、应加大对商标侵权行为的打击力度,完善救济措施

1、“明知与应知”不是确认商标侵权的必要条件。我国商标法第 38 条第 2 款规定,销售明知是假冒注册商标的商品属于侵犯注册商标专用权的行为之一;在商标法实施细则第 41 条第 1 款中规定,经销明知或者应知是侵犯他人注册商标专用权的商品属于侵犯注册商标专用权的行为。这里把“明知与应知”作为商标侵权的必要条件,其致命的缺陷在于以双重前提把侵权者的主观状态加以强调,在客观上与 TRIPS 协定形成了较大差距。这种规定的实质在于,销售不知道是假冒注册商标的商品则不属于侵犯注册商标专用权的行为,而按照 TRIPS 协定的规定,这种“不知者不视为侵权”只是作为一种例外,一般仅适用于集成电路的布图设计和商业秘密,前者是因为它极其复杂,又很微小,难以分辨,后者是由于持有人采取了保密措施,普通人无法知晓。对于商标而言,“不知者”这种“侵权”行为,一般可视为是一种“善意侵权”,但其前提是认定为“侵权”,仍是非法的,只是可以不负侵权损害赔偿责任或部分免除侵权损害赔偿责任。这种“不知者”变为“已知者”后,就应该立即停止这种“侵权”,并向权利持有人支付合理的费用,否则就要承担相应的侵权损害赔偿责任。我国商标法没有这些规定,应该补充。

2、缺少对进口的假冒商品进行海关扣押和禁止流入商业渠道的规定。TRIPS 协定在第 44 条、第 46 条、第 50 条、第 61 条等条款中,对禁止侵权商品(包括假冒商品)流入商业渠道作了较详细的规定,除了民事、行政、刑事程序以外,还包括“临时措施”。我国商标法中,没有关于对进口假冒商标商品进行海关扣押的规定。1995 年 10 月 1 日起施行的《知识产权海关保护条例》对禁止侵权商品(包括假冒商品)进出口作出了规定,但仍有必要在商标法中加以具体强调和明确。我国商标法中,对于禁止侵权商品(包括假冒商品)流入商业渠道的规定,过于笼统、原则,也应该加以充实和补充。

3、没有制止“即发侵权”的规定。TRIPS 协定第 50 条第 3 款规定,司法当局应有权要求临时措施之请求申请人提供任何可以合法获得的证据,以使该当局自己即足以确认该申请人系权利持有人,确认其权利正在被侵犯或侵权发生在即,该当局还应有权责令申请人提供足以保护被告和防止申请人滥用权利的诉讼保证金,或提供与之相当的担保。这实际上是对容许权利所有人对于“即发侵权”采取的措施及向司法或行政当局申请保护所作的规定。所谓“即发侵权”是指那种即将会发生,但是尚未发生的侵权行为。这种阻止“即发侵权”、力争把侵权行为消灭在萌芽状态的作法,是值得肯定的。而在我国商标法及其相关的法律中尚未有

现代企业营销管理控制新工具:营销审计

长沙理工大学 杨华峰 南京理工大学 冯俊文

[摘要] 营销审计是企业进行营销管理的重要控制工具。文章分析了企业营销审计的功能与作用,探讨了营销审计原则,对营销审计内容进行了创新性研究,并对营销审计工作中应注意的问题进行了研究,有益于加强与完善我国企业营销审计的开展。

[关键词] 企业 市场营销 市场营销审计

营销审计作为企业市场营销管理的重要控制工具,已越来越引起各界的重视,它为企业提供了一个新的管理思维。近年来,我国开始重视对营销审计的理论研究,在管理非常优秀的少数跨国公司内建立了类似的机制。但是,大多数企业尚未建立一套规范的营销审计控制系统,有些企业往往在遇到危急情况时才进行营销审计,其目的是为了解决一些临时性的问题。因此,科学审视与深入研究企业营销审计,探讨如何实施营销审计,是在新经济下企业面临的新课题。

一、企业营销审计的作用

1、营销审计是企业可持续发展的竞争源。市场经济逐步发展和成熟,企业竞争愈加激烈,而企业内部的生命机能和生长机制还不能完全适应企业的发展。众多企业缺乏对营销环境和变化趋势的判断和认识;没有与企业的营销机会相适应的营销目标、任务和战略;没有强有力的营销情报系统、计划系统和控制系统、新产品开发和跟进系统。追求市场占有率和市场增长率,忽视了对不同产品、地区和分销渠道的赢利率和成本分析;追求点子效应,希望一夜之间让品牌成名,忽略了对产品的营销过程进行有效地管理。营销审计能够有效帮助企业解决在上述方面的问题和偏差,使企业在不断激烈的竞争中与时俱进,持续发展。

2、营销审计是企业战略控制与管理的重要工具。现代企业要取得良好的经济效益,必须重视市场营销,这已经成为人们的共识。为确保企业目标、企业营销战略以及企业组织制度适应企业营销活动的环境,企业必须通过不断的评审与信息反馈,对市场营销进行战略控制。营销审计是实施战略控制的重要工具。通过对企业的营销环境、目标、战略及一系列的经营活动进行全面、系统、独立和定期的审查,以确定企业的市场营销范围,捕捉市场机会,改进营销工作出现的问题,并提出正确的营销计划,提高企业的市场营销绩效。

3、营销审计是企业防范风险的重要途径。现代企业受内外环境的影响在不断加深,企业为规避、减少经营风险,急需建立一套完善的风险管理机制。在营销管理方面,存在随意性,规范化不足等问题。要从根本上解决这些问题,就要对企业的营销水平作全面的定期检查,从而及时发现并解决问题。不要等到企业遇到了发展的瓶颈,甚至开始走下坡路的时候才想到去检查,去找问题的根源。因为一旦开始走下坡路,势必面临生存的危机,也就顾不上提高管理水平了,结果必然是恶性循环。企业应建立一套规范的营销审计控制系统,对企业营销过程进行风险管理,帮助企业发现并评价重要的风险因素,规避营销过程中可能出现的风险损失,从而为企业增值。

二、企业营销审计的原则

1、科学性与全面性相结合原则。企业营销审计要把营销及与之相关的市场作为审查对象,进行全面的审核、判断与分析。既要大处着眼,如营销环境、营销战略,又不可忽视小的方面,如某种推销活动、销售人员个人业绩等。同时,营销审计要制定科学的程序,采用科学的方法,科学确定审计内容范围。

2、系统性与有序性原则。企业营销活动是个大系统,它是由若干个相互联系的子系统构成,营销审计必须按系统有序展开,对营销环境、内部营销系统以及各项营销活动进行有秩序的检查,并考察构成子系统的因素变动及相互关系,寻求营销资源的最佳组合、组织结构的最佳构成,使整个营销系统处于最佳状态,发挥最大功能,取得最佳的营销业绩。

此类规定,应该在今后修改商标法时将其补充进去。

4、应强化“损害赔偿”的措施。TRIPS协定第45条规定,已知或有充分理由应知自己的行为已构成侵权的侵权人,应向权利持有人支付足以弥补因侵犯知识产权而给权利持有人造成之损失的损害赔偿费。司法当局还应有权责令侵权人向权利持有人支付其开支,其中可包括适当的律师费。在适当场合即使侵权人不知、或无充分理由应知自己的行为是侵权,司法当局仍可责令其返还所得利润或令其支付法定赔偿额,或二者并处。相比之下,我国商标法的相关规定则很简单,只有“赔偿损失”这四个字,显得非常单薄、无力度。因此,很有必要参照TRIPS协定的上述条款加以修改。

[参考文献]

- [1][美]富兰克·奥普顿,美国的商标和商标法[J],陈中绳译,政法论坛,1999.1,15
- [2]郭禾,知识产权法选论[M],北京:人民交通出版社,2001.5
- [3]吴汉东,论商誉权[J],中国法学,2001.3,92