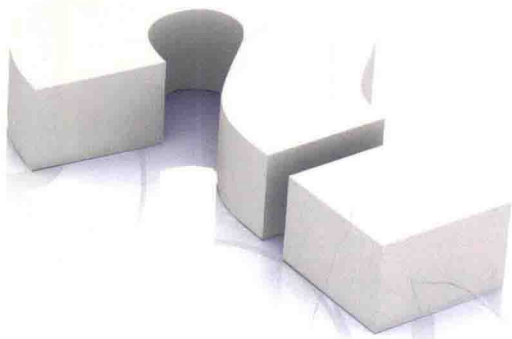


增订版

孔祥俊◎著



商标法适用的 基本问题

根据最新商标法和商标法实施条例修订

Fundamental Issues on
Application of the Trademark Law



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书内容和风格自成一體，不是對於商標法律制度的系統闡述，也不是入門或原理類型的著作，更多是對法律精神層面的研究和實踐感悟的總結提煉。

本書結合最新修訂的商標法和商標法實施條例，對商標法標準和裁判規則進行了系統的研究和梳理。

希望本書可以幫助您，在獲取最新商標法知識的同時，樹立正確的法律基本態度，擁有破解法律難題的足夠智慧，能夠在商標疑難案件的山重水復中尋得柳暗花明，任彷徨無計時豁然升明。

- ★ 專有使用權領域的強保護與排斥權領域的彈性保護
- ★ 劃清標識性和描述性的界限
- ★ 我國商標權保護的地域性原則及例外
- ★ 近似商標的善意共存
- ★ 特殊情況下對一定混淆的容忍
- ★ 商業標識權利沖突中的實質性司法
- ★ 對於惡意註冊能否既往不咎
- ★ 商標法適用中的法律解釋和法律續造
- ★ 新修訂商標法適用的幾個問題

.....

上架建議 知識產權法·司法實務

ISBN 978-7-5093-5392-9



9 787509 353929 >

定價：78.00元

增订版

商标法适用的 基本问题

根据最新商标法和商标法实施条例修订

孔祥俊 著

Fundamental Issues on
Application of the
Trademark Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

商标法适用的基本问题 / 孔祥俊著. —2 版 (增订版).
—北京: 中国法制出版社, 2014. 8
ISBN 978 - 7 - 5093 - 5392 - 9

I. ①商… II. ①孔… III. ①商标法 - 法律适用 - 中国 IV. ①D923. 435

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 094347 号

策划编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑: 李小草、马莉

封面设计: 蒋 怡

商标法适用的基本问题 (增订版)

SHANGBIAOFA SHIYONGDE JIBEN WENTI (ZENGDINGBAN)

著者/孔祥俊

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710×1000 毫米 16

版次/2014 年 8 月第 2 版

印张/24 字数/331 千

2014 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5392 - 9

定价: 78.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66038902

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

感觉到了的东西，我们不能立刻理解它，只有理解了的东西才更深刻地感觉它。感觉只解决现象问题，理论才解决本质问题。

—— 毛泽东：《实践论》

法律的生命不是逻辑，而是经验。一个时代为人们感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开的还是下意识的，甚至是法官与同胞们共有的偏见，在决定赖以治理人们的规则方面的作用都比三段论推理大得多。

—— 霍姆斯：《普通法》

增订版序言

2013年8月30日，十二届全国人大常委会第四次会议审议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》，并于2014年5月1日起施行。2014年4月29日国务院发布《中华人民共和国商标法实施条例》，亦于2014年5月1日起施行。此次修订涉及内容较多，解决了商标法施行中反映强烈的一些突出问题，完善了相关商标法律制度。本书根据商标法修订情况，对相关内容进行了修改和调整。

本书内容和风格自成一体，具有原创色彩。本书不是对于商标法律制度的系统阐述，不是入门或者原理类型的著作，更多是对法律精神层面的研究和实践感悟的总结提炼。在撰写和修订过程中，我一直在思考，我国有丰富的商标法实践，也有独特的国情实际，应当能够构建具有我国特色和反映我国实际的商标法理论体系。在商标权的保护上，我国应当更加理性成熟和从容淡定。

大而言之，就整个知识产权保护而言，我国应当构建体现我国创新发展利益诉求的话语权。伴随我国的和平崛起，我国已成为一个有世界影响的知识产权保护大国，在一些领域已走到国际前沿。但是，西方发达国家伴随它们的知识产权先发优势，不但已经主导确立的现有国际规则体系，还以它们自身的利益为评判标准，占据了主导国际知识产权领域的话语权。而且，当前全球范围内的双边和单边经贸谈判如火如荼，新的国际经贸规则和全球经济发展规则正在塑造，知识产权规则是其重要内容。改革开放以来我国除接受了主流知识产权规则外，知识产权保护也时常受西方国家话语权的影响。例如，简单以西方标准评价我们保护水平的高低，评价我们裁判标准的对错，囫囵吞枣式地进行比较法判断。随着我国由知识产权大国向强国转变，在重视运用既有国际通行规则的同时，又要注重参与新一轮国际规则的塑造；既

要注重保护行动和保护实践，又要注重构造话语权。特别是，正如有的学者所说，“一个民族的崛起一定要伴随自己话语的崛起，否则就难于真正确立道路自信和制度自信”。我们要逐步构建体现我国利益诉求的国际话语权，努力建构全面的、透彻的、强势的话语体系，不能处处以人家的马首是瞻，更不能片面地以人家的认识和做法衡量我们做法的对错。要构建接地气、有学术含量、能与国际社会进行沟通和对话的大规模的知识产权话语体系。我们应增强责任感和使命感，以高水平的裁判，以能够得到国际认可的保护成就和经验，以广泛的交流宣传，为参与国际规则的制定和谋求国际话语权提供基础和保障。我们需要以各种方式和途径，全面解释我国知识产权保护的成绩、问题和未来，把国内外关心的各种问题讲清楚、讲明白，使中外都能听懂；在必要时要以鲜明的态度回应无理的指责和挑战。我们要切实增强制度自信和制度定力，朝着有利于国家创新和发展的方向，坚定不移和充满信心地走自己的路，开创自己的知识产权保护事业，既不妄自尊大又不妄自菲薄，既保持开放性和外向性，又不盲目跟从和迷失方向。要甄别哪些属于更为强调通行做法的领域，高度重视规则的一体化，遵从通行国际规则，注重借鉴国际通行做法，高度重视国内裁判的国际影响、国际认同和国际形象，不刻意标新立异。同时，要高度重视那些具有浓厚历史传统和中国特色的知识产权保护问题和领域，在这些领域不简单地人云亦云，不简单地作比较法上的对比，不简单以他人的马首是瞻，而更应该注重国情实际和中国特色，以有利于我国创新和发展为指针，创造性适用法律，创造中国经验。

我们在确定知识产权保护政策、保护标准和裁判案件时，既要有利于积极参与国际化的进程，又切实增强敏感性和鉴别力，保持清醒头脑和定力；既注意塑造保护知识产权主流国家的形象，又不轻易被牵着鼻子走，不为一些不合理的指责所误导，在是非面前不自乱阵脚。涉及国际贸易的知识产权保护不仅是法律适用问题，还可能涉及国家主权、政治和政策问题，要看清国际经贸关系既讲规则又服从国家利益的两面性。要看清当前国际经贸关系错综复杂，我国与其他经济体既有竞争又有合作，与有些国家还可能存在崛起与反崛起、遏制与反遏制的关系。我国的发展和崛起不时受到阻挠和遏制，也不时卷入有些国家刻意制造的种种争论中，遭受了不合理限制甚至惩罚。

知识产权保护同样要考虑这种复杂性。要善于借鉴发达国家维护国家利益和提高国家竞争力的通行做法，处理好平行进口、贴牌加工等涉及的商标案件。

就商标权保护而言，我们应该在总体上是这样的态度：有关商标的条约规范毕竟是粗疏的，我国商标法早已吸收和遵循了国际条约。我国商标权保护更多不是如何符合条约规范，而是如何更加符合对外开放和国内创新发展的需求。因此，我们应该把我们自己的事情做好。我们需要借鉴国外商标保护经验，但首先要立足国情和符合实际。我国在商标保护上同样要有制度自信和理论自信，不应简单以别国的马首是瞻，不盲从别国的做法。况且，各国商标法和商标实践都会反映它们的国情实际，不可能都是步调一致和千篇一律。我们不能把国外的某项制度和某个法律当作解决我国法律问题的救命稻草，不能因为与国外的某项制度和判例不一致就忐忑不安和失去定力，更不能把国外的制度和判例简单地作为评价我国裁判对错的标准，关键看在我国哪一种方式解决问题更有效和更有益。例如，就贴牌加工等涉及的商标权保护问题，不简单地人云亦云，不简单地作比较法上的对比，而更应该注重国情实际和中国特色，把重点放在考察什么样的态度更符合我国发展利益上，以有利于我国发展为指针，实事求是地适用法律和进行裁判。

本书出版后引起较大反响，许多人认为有耳目一新的感觉，给予较多的好评。当然，我更把这些佳评当做鞭策和鼓励，我也深知本书存在许多缺点和不足，只是囿于水平和精力，不能把本书修改得更好些。我非常欢迎对于本书不足之处的任何批评，那会帮助我认真改进。借此机会，衷心感谢读者的厚爱。

孔祥俊
2014年8月

目 录

前 言	1
第一章 商标立法与商标司法	17
一、商标司法是商标立法的适用和继续	17
二、商标司法的裁量空间	19
(一) 商标司法的可裁量性	19
(二) 商标司法需要体现导向性	21
(三) 商标司法需要细化和丰富商标法律的内容	23
三、没有破解不了的法律难题	27
(一) 带着枷锁跳舞	27
(二) 运用各种“武器”和方法	29
四、商标法的立法政策与司法政策	33
(一) 两种政策的划分	33
(二) 良性调整不确定空间	35
五、商标司法的理论创新	40
第二章 商标权的强保护与弱保护	43
一、总体导向上的强保护与具体情况下的区别对待	43
二、整体趋向上的扩张保护与适可而止	46

三、注册商标的强保护与未注册商标的弱保护	49
四、专有使用权领域的强保护与排斥权领域的弹性保护	51
五、知名度高低和显著性强弱与商标权保护强弱的关系	52
六、驰名商标的相对强保护	54
七、用好灵活的法律标准落实强保护与弱保护	56

第三章 商标权法律性质与商标权保护

60

一、事物本身的性质与商标权保护	60
二、商标权是一种标识性权利	62
(一) 商标的标识性与商标权的标识权属性	62
(二) 从标识性上认识和界定商标权	63
(三) 标识性与通用名称认定	72
(四) 划清标识性与描述性的界限	75
(五) 根据标识性划清侵权与否的界限	78
三、专用权与排斥权的划分	82
四、商标权的相对性	84
(一) 注册商标专用权的相对性	84
(二) 未注册商标权的相对性	85
(三) 驰名的注册商标的跨类保护	86
(四) 商标权向绝对化方向的发展	86
(五) 对抗其他商业标识权利上的相对性	87
五、商标权的弹性性	89
(一) 通过商标近似的弹性认定体现保护强弱	90
(二) 通过商品类似的弹性认定体现保护强弱	94
(三) 驰名商标保护的弹性性	99
六、商标权的政策性	100

第四章 商标法适用的地域性与全球化

105

一、地域性与全球化的交织关系	105
----------------------	-----

二、商标权保护的地域性原则	106
三、我国商标权保护的地域性	112
四、适当考量全球化因素	114
第五章 商标法适用中的主观性与客观性	119
一、以拟制的客观标准解决主观标准问题	119
二、商标近似、市场混淆与市场格局的关系	122
三、正确对待实际混淆的证据	130
第六章 商标法适用的一般性与特殊性	132
一、商标使用与商标法意义上的使用	133
(一) 商标法意义上的使用	134
(二) 商标使用必须是自主使用	136
(三) 定牌加工中商标使用的定性	140
二、商标近似与商标构成要素近似	142
三、近似商标的善意共存	142
四、特殊情况下对于一定混淆的容忍	145
五、公共利益的特殊保护	146
六、妥善处理原则性与灵活性的关系	148
第七章 商标法适用中的形式与实质	153
一、形式司法与实质司法的复杂性	153
二、透过现象看本质	156
三、商业标识权利冲突中的实质性司法	161
(一) 由形式到实质的转变	162
(二) 注册商标与其他在先权利的冲突	165
(三) 两个注册商标之间的权利冲突	166
四、兼顾程序正义的同时侧重实体正义	177

第八章 商标法适用中的历史与现实	182
一、商标法适用中历史与现实的关系	182
二、宏观思路上的历史把握	183
三、个案裁判中的历史因素	191
四、以考量宏观历史背景的方法解决商标争议	199
五、从实际出发与司法智慧	205
(一) 司法政策中的从实际出发和实事求是	205
(二) 把复杂的问题简单化	207
(三) 寻求裁判的妥帖性	209
第九章 商标法适用中的共识与尝试	220
一、商标法适用中的沟通和共识	220
二、商标法适用中的调适、尝试与试验	223
(一) 法律适用具有相对性	223
(二) 商标法的尝试性适用	224
(三) 裁判结论的变动性	226
第十章 商标法适用中的道德评判与法律评判	229
一、道德问题与法律问题的界限	229
二、公序良俗和诚信原则的适用限度	232
(一) 原则规定的适用限度	232
(二) 新商标法有关诚实信用原则规定的适用	235
三、对于恶意注册能否既往不咎	236
第十一章 商标法适用中的开放性、裁量性与动态性	239
一、“三性”的不可避免性	239
二、商标法适用中用好“三性”	240
三、处理好规范与发展的关系	246

第十二章 商标法适用中的逻辑演绎与价值取向	248
一、逻辑演绎与价值取向的相辅相成	248
二、促进商标实际使用	250
三、尊重多元性与留足创意空间	253
四、公平与情事变更	255
五、保护品牌和鼓励正当竞争	259
六、意思自治与信赖保护	260
七、兼顾公平与秩序	266
八、追求程序的正当性	267
第十三章 商标法适用中的法律解释和法律续造	273
一、引言	273
二、商标法适用中的文义解释	276
(一) 文义解释的涵义	276
(二) 文义解释的优先性	277
(三) 文义是起点和基础	277
(四) 例示性规定的文义解释	278
(五) “其他不良影响”的文义解释	280
(六) 商标法第 45 条第 1 款的文义解释	285
三、商标法适用中的体系解释	288
(一) 体系解释的涵义及其运用	288
(二) 体系解释举例	290
四、商标法适用中的历史解释	293
(一) 历史解释的涵义与适用	293
(二) 根据历史沿革解释商标无效事由的规定	295
五、商标法适用中的目的解释	298
六、商标法适用中的法律续造	301
(一) 法律续造的必要性和正当性	301
(二) 法律续造的标准和界限	302

(三) 限缩解释与扩张解释	304
(四) 法律解释与法律续造的客观性	305
(五) 2001 年商标法第 41 条第 1 款可否扩大适用	306
(六) 2013 年商标法第 41 条第 1 款是否有漏洞的判断	308
七、效果方法	311
第十四章 商标法适用中的整体性和融贯性	319
一、商标法适用中的文本与非文本	319
二、商标法适用中的制度、理论与方法	322
三、防止机械适用商标法	325
附录 1 新修订商标法适用的几个问题	327
一、注意把握好效率、公平与秩序的立法精神	327
二、商标权的绝对保护与相对保护	329
(一) “双相同”上的绝对保护	329
(二) 商标法第 57 条第 (2) 项之下的相对保护	331
(三) 商标权的相对性及其有限的突破	332
(四) 附加或者从属保护的限定性	333
三、在适得其所、恰如其分的基础上加强保护	333
四、涉国际贸易下商标法律适用的特殊考量	334
附录 2 《中华人民共和国商标法》修改前后对照表	339
后 记	365

前 言

我国法院是《中华人民共和国商标法》（以下简称商标法）的重要适用主体。法院不仅在裁判民事案件中直接适用商标法，而且对于商标授权确权（即是否准予商标注册、撤销）以及其他商标行政行为行使司法审查权，对于商标行政执法有着直接影响。最高人民法院对于具体应用商标法问题做出司法解释。因此，在商标法的适用中，法院在很大程度上居于枢纽地位，发挥全面适用商标法的作用，是我国商标法制建设的重要实践者和推动者。

在商标法适用中，我国各级法院一直解放思想、实事求是和与时俱进，不作茧自缚，不固步自封，不抱残守缺，通过依法裁判商标案件、及时明晰商标法律标准和总结提炼商标司法政策，不断丰富商标法律内涵，不断创新商标审判理论，不断强化商标权益保护。回顾过去的商标司法历程，可以说“看到的都是一片辛勤耕耘的土地，品尝它们的果实即可感到它们的价值。”^① 笔者作为我国商标法司法的具体参与者和实践者，在亲身感受到我国商标法适用和商标权保护的司法探索和司法成就的同时，也不断地对我国当前商标法适用的一些重要问题进行梳理、探究和思考。本书内容很大程度上就是这些研究探索的结果。

当然，就我多年来亲历商标司法的个人感受而言，多少有如下况味：“岁月流逝，或许我并没有因之获得更多的智慧，但是至少我的视野日益开阔，原本以为清晰可见的界限如今看来已是晦暗不明，原本以为密不透风的墙如

^① [美] 本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第17页。

今再看也没有密闭到滴水不入的地步”^①。在商标司法中我经常看到，那些看似清晰明了的法律界限其实并不清晰，那些看似简单易决的法律答案其实并不简单，那些看似单一的线索的背后却纵横交错，我们经常需要从一种倾向看到另一种倾向，从一个方面看到另一个方面，从对立中看到统一或者从统一中看到对立，从表面上的价值冲突中看到相互冲突价值之间的协调和妥协，从理想看到现实和从现实中追求理想^②，因而经常需要以矛盾的或者辩证的方法处理争议，而自身也不免时常陷入矛盾和纠结的思维境地。尤其是，现实世界经常是不完美的，生活关系经常是光怪陆离的，经营者并不总是按照法律设定的轨道行事，法律适用中经常遇到一些非典型情况，因而司法也就时常不能以完美的途径、标准和眼光处理问题和裁判案件，其中既有不少对于历史和现实的迁就和无奈，也经常充满了机智、创意和智慧，甚至不乏灵光的闪现，那种角度的选择、尺寸的拿捏和火候的控制，那种有时酣畅淋漓、有时欲言又止的异曲同工，那种俯拾即是匠心独运和独出心裁，此中的奥妙非亲历者是很难体味的。这也使得我们的裁判丰富多彩。此时，裁判者也会深深体验到所谓的实践理性和实践智慧。^③

① [美]卡多佐：《司法过程的性质及法律的成长》，张维编译，北京出版集团公司、北京出版社2012年版，第112页。另一种译法：“岁月的流逝没有为我带来聪慧的能力，但至少让我眼界大开，我认识到，那些过去看来泾渭分明的分界，事实上是难以捉摸或模糊不清的，分割之墙根本不是密不透风或一成不变的。”见[美]本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第22页。

② 其实，不只司法如此，其他社会生活也是如此。以《易经》为例，它的一个重要道理就是“交互”或者“交互卦”，即“六爻内部的变化，如第二爻上连到第四爻，下面挂到上面去为互，第五爻下连到第三爻，上面交至下面来为交，这是交与互的不同，每卦的纵深内在，发生了交互的变化，又产生了卦。换句话说，这是告诉我们看事情，不要看绝了，不要只看一面，一件事情正面看了，再看反面，反面看了，再把旁边看清楚，同时旁边亦要看反面，这样四面都注意到了，还不算完备，因为内在还有变化，而内在的变化，又生出一个卦了。”“我们懂了这个背诵八卦的方法与错综复杂的道理以后，知道这个图案的组织如此严密，告诉我们，看事情要有多么细密的头脑，要你们冷静客观才能把事情看清楚。”南怀瑾：《南怀瑾选集》（第3卷），复旦大学出版社2011年版，第32页。

③ “智慧”本来就具有丰富内容。智慧具有多面性，既有回顾性又有前瞻性，既有理论性又有实践性，既有内在性又有外在性，既有共性又有个性，既有历史性又有现实性，既有应用性又有理论性。智慧的魅力在于，理论能用于指导实践，实践也能上升为理论。智慧既有能动性又有创造性，能够同时将理论与实践结合为一个相互作用的整体，从而能够对事物给予全面的洞察和深刻的预见。参见成中英：“什么是智慧”，载成中英、冯俊主编：《康德与中国哲学智慧》，中国人民大学出版社2009年版，第235页。

（一）适用法律的基本态度

面对纷繁复杂甚至千奇百怪的事实和法律问题，法官除坚持依法办案外，我认为尤其要注意把握好三点。这三点在商标法适用中同样会遇到。

第一，适用法律要有技术性思维，但要时常注意导入价值和政策。法律是以预先存在的法律规范为依据的，应当具有稳定性和可预期性，因而需要一套概念术语、规则体系和法律方法作为保障，确保法律的适用不会信马由缰，不会率性任意。但是，尽管大量的法律问题是容易解决的，但法律适用绝不是由法官在法律条文中进行简单的对号入座。如果在适用中简单机械，又会走向另一个极端。法律史上曾经有如下神话，这种神话迄今甚至对人们还残留着或多或少的影响：“法律是一个完善、封闭的体系，法官和法学家们仅仅是记录其意志的自动机器或是宣告其规定的留声机。”^① 至今在法律适用时仍有这种迷思，这也是不少人对法律和法规的预期。神话毕竟是神话，而不是现实，现实远不是这幅图景。正义、价值和政策在法律适用中均占有一席之地，何况此外还涉及其他道德之外的价值，如便利或者权宜的价值、经济的价值或者促进文化的价值。^② 这大大增加了法律适用的复杂性和难度。法律条文往往都体现着特定的价值和政策，价值和政策在很多情况下是适用法律条文的灵魂。确如卡多佐所说，“寻求概念精髓及其深层涵义的法官，在成功获取概念的核心后，仍然可能会发现该概念涉及政策和正义。”^③ “行为的合法性与其对社会的价值之间存在着一种必然、恒定的关系，尽管有时是半

^① [美] 莫里斯·科恩 (Morris L. Cohen) 教授语，转引自 [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第102页。

^② “正义或道德的价值仅仅是必须通过同一方法评估（即‘通过阅读社会观念发现自己的道德价值，追寻着一般性价值产生的同一渊源——引注’）的诸多价值中的一种。其他不涉及道德价值：便利的价值或权宜的价值、经济的价值或促进文化的价值，都是非终极的、仅是达成其他价值的手段。它们必须接受调查、评估和平衡，重要性小的服从重要性大的，所有的价值必须接受类似的检验，法官通过洞察和解释社会的思想、意志和愿望来提供标准和尺度。” [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第124页。

^③ 当然，“事实可能确是如此，但当我将这一主题作为整体来考虑，我发现与其他领域相比，逻辑在此显得更加严酷无情，更加漠视最终的目标。” [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第135页。

隐秘的。我们作出判断的每一时刻，都在不停地权衡、折衷和调整。”^① 尤其是，法律适用是产生社会效果的，必须深深地扎根于社会，接受社会效果的检验。^② 社会效果或适用效果是解读和检验法律的重要依据，也属于对公平正义的探寻。“法律规范或裁判的结果问题也属于正义性检验。因此，在法律规范的制定和裁判时进行结果衡量，是富有意义的利益评价的前提。”^③ 如果法律适用的结果与社会需求不合拍，甚至荒谬离谱，那同样是违背法律精神的。洛克在《政府论》中曾经说过，“法律的真正涵义，毋宁说是指导一个自由而理智的人追求自身的正当利益，它不会在受法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定。”不论如何去理解法律，也不论法律自身是否清楚明白，不背离常识或者“人们的一般福利范围”是法律适用的底线。这是法律无形的精神之网，也必然是暗含的前提，无时无刻不在笼罩和拘束着法律适用。这就是我们在法律适用中强调效果取向，并以效果作为试金石的根本原因。

第二，裁判不能理想化和完美化，但又要尽可能追求理想化和完美化。既然世界是不完美的，反映在案件裁判和法律适用上，常常需要我们要理想化地司法，要注意从实际出发和实事求是，使裁判符合实际。如果理想化地适用法律，往往会脱离实际，甚至产生荒谬的结果。所以，即使我们需要将现实按照理想状态推动和塑造，也要注意循序渐进和因势利导，而不能简单地不分情况地一步到位。如卡多佐所说：“我们前进的路程，既非一条直线，也非一条曲线。它是一系列的圆点与短线。通过一系列介于极端之间的妥协，……进步取得了一次次的飞跃。”^④ “法官的工作与其说是一个撕裂的

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第140页。例如，我们在审理一起方正公司起诉的涉及“陷阱取证”著作权侵权案件时，对于方正公司提供机会诱导被诉侵权行为人销售侵权软件、公证整个购买过程的行为是否合法，最高人民法院再审判决根据承认该“机会诱导型陷阱取证”的利弊分析，作出了合法性判断。这种结论显然是在权衡行为的合法性与社会价值之间的关系上得出的。

② “‘结果不可能改变制定法，却有助于确定后者的意义。’我们总是用结果来检验规则。”“如果社会效用的需求足够紧迫，如果现行规则的运行足以产生困境或不便，社会效用迟早会吹起胜利的号角。”[美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第63、66页。

③ [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第171页。

④ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第102页。

过程，毋宁说是一个侵蚀过程。这儿侵蚀一点，那儿侵蚀一点。我们后来举目张望，看！曾经荒凉的土地已变成良田。”^① 本书涉及的形式与实质、历史与现实、一般与例外等关系的处理问题，实际上折射了法律适用中的复杂性和不完美性，而又要尽量寻求完美的解决办法。我们需要妥善处理这些关系，使其相互协调，使其理性化和正当化，最好并最终形成系统化的法律适用和裁判理由。我们所处理的问题可能是特殊的、例外的、个别的和偶然的，但裁判的结果一定要有正当化的理由和理论，这些理由和理论虽然适用于特殊对象，但就特殊对象而言往往又是可复制普适和一般性的，而不是随意和任意的，不是搞特权和照顾，不是法官一时的心血来潮。为做得更好一些，我们需要时常“谨慎地回头审视，看看它们构成的是一幅图案，还是一大堆混乱无序的碎片和补丁。”^② 它们当然应该是构筑一幅图案，而不是混乱无序的碎片和补丁。本书论述的许多特殊情况与例外现象，实际上正是这幅图案的组成部分。如果孤立地、表层地看这些一个个个案，人们或许认为那是一个个的碎片和补丁，一个个的特殊和突破，甚至说那是一个个的随意和任性，但看到历史与现实、形式与实质、例外与特殊等现象背后的本质和有机联系，就可以看到那是一幅幅排列有序和错落有致的图案，甚至有颇多的精巧构思和匠心独运。

第三，法官需要顺应时代要求，但不能也不是盲从时代。文明的进程是不以人的意志为转移的，法官首先不能当然也不可能阻挡文明的进程。如果想阻挡历史的进程，只能是“堂吉诃德”式的处处碰壁甚至头破血流。如卡多佐所说：“无论如何，在探索价值的客观评价时，法官只要想到文明是特定地域或特定时代的，就会明白：他无力去确定阻碍文明进程的规则。个人的偏好必须屈从于不可抗拒的社会大趋势。”但是，法官也应当不忘尽己所能推进文明进程。尤其是，“法官即使无法阻止文明的进程，有时却可以减缓一下前进的速度，减少其中的残酷性。”“我们法官的功能不在于改变文明的进程，而在于规范它，使之有序化。生活之书在发展变化，明天展示在我们面前的

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第115页。

② [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第156页。

价值可能与今天的价值截然不同。”^① 为使文明的发展规范化和有序化，法官除了需要恪尽裁判个案的职守，在职责所系时还需要心忧天下，在职责范围内尽绵薄之力，有时甚至还要有点“杜鹃夜半犹啼血，不信东风唤不回”的悲壮精神。我们经常需要发展和适用促进文明进步的规则，如我们在专利和版权等领域的法律适用中强调技术中立规则，防止权利的保护不适当地影响技术进步。同时，在强调有利于促进产业发展的技术中立的同时，也适当地为技术的创新和运用者附加必要的义务和负担，促使他们兼顾有利于保护权利的技术创新，有效地平衡冲突各方的利益，在强调一个方面的同时兼顾另一个方面。^② 有人也常说，网络上的盗版侵权比较严重，法院判决几个案件不足以有效地阻止网络著作权侵权，充其量只是杯水车薪、收效甚微。其实，法院或许不可能根除网络侵权，但毕竟可以使侵权者有所忌惮，并张扬正义的力量，指明权利保护的方向和不可逾越的法律红线，改善网络著作权保护状况，不断完善网络著作权保护机制和环境。久而久之，到后来“举目张望”时，或许“曾经荒凉的土地已变成良田”。当前，我国网络著作权保护的状况正在不断改变，网络服务提供者的著作权保护意识不断增强，付费使用作品

① “法律不会禁止建造摩天大厦，却可以要求增添安全设施，以减少重大人员伤亡。法律不会禁止铁路运行，却可以要求设置信号和巡逻人员，在铁路与公路的交叉口增高或降低路基。法律甚至可以有效地协调经济价值与美学价值。它不会强制土地所有人放弃有效使用土地的任何一种方式，但是在某些地方，是否应当限制不雅观的建筑，至少是一个公开讨论的问题。‘在武力面前，法律是沉默的。’法院签发的令状无法平息武装冲突，却可以制止骚乱、纷争、野蛮行径以及有损人格的职业拳击赛。”[美]本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第126-127页。

② 例如：“妥善处理好技术中立与侵权行为认定的关系，实现有效保护著作权与促进技术创新、产业发展的和谐统一。既要准确把握技术作为工具手段所具有的价值中立性和多用途性，又要充分认识技术所反映和体现的技术提供者的行为与目的。既不能把技术所带来的侵权后果无条件地归责于技术提供者，窒息技术创新和发展；也不能将技术中立绝对化，简单地把技术中立作为不适当免除侵权责任责任的挡箭牌。对于具有实质性非侵权商业用途的技术，严格把握技术提供者承担连带责任的条件，不能推定技术提供者应知具体的直接侵权行为的存在，其只在具备其他帮助或者教唆行为的条件下才与直接侵权人承担连带责任；对于除主要用于侵犯著作权外不具有其他实质性商业用途的技术，可以推定技术提供者应知具体的直接侵权行为的存在，其应与直接侵权人承担连带责任。在审理涉及网络著作权、‘三网融合’等新兴产业著作权案件时，尤其要准确把握技术中立的精神，既有利于促进科技和商业创新，又防止以技术中立为名行侵权之实。”《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》（2011年12月16日印发 法发〔2011〕18号）第7条。

已成为许多网络服务提供者的习惯，网络上正版作品的传播越来越多，可以肯定地说这与司法坚持不懈地保护网络著作权密切相关，无疑凝结着司法点点滴滴的心血和汗水。不积跬步无以至千里，这不正是胜于雄辩的事实吗？“正义不是在急风暴雨中获得的，它是从缓慢的进步中争取来的。”^① 在实现正义的路途中，司法面对的确实不是暴风骤雨，更不会是血雨腥风，但和风细雨和循序渐进同样能实现正义，能够春风化雨。商标法适用中，我们同样是不断地调适规则，有效遏制恶意抢注、抄袭及各种形形色色的侵权行为。我们也许不能一下子根除这些不正当行为，但能够在很大程度上予以遏制，并为愿意寻求法律救济者提供尽可能有效途径，为社会提供是非判断标准。需要指出，当时代发展大潮汹涌而来时，一些人会简单地认可和接受，逆来顺受和全盘接受，不再有所作为。这种态度是值得警惕的。我们不能束手无策和茫然无措，不能消极悲观，不能无所作为，既不能全盘接受，也不能一概否定，而要清醒地判断和认识自己的方位，对于时代的发展可以服从但不是盲从，要通过利益平衡等方式为我们时代的和谐健康发展添砖加瓦。这是一种重要的裁判理念和思维方式，决定着法官的态度和行动。例如，在涉及MP3音乐盒的信息网络传播权纠纷案件中^②，如果考虑音乐盒服务的提供者对于网络上音乐作品的组合性深度利用，降低其过错标准而让其承担更多的侵权责任，是不适当地遏制网络技术创新和产业发展，还是迫使它进一步改进技术和进行技术创新，为权利人提供更多保护的同时，使产业得到进一步发展？所谓的促进创新与妨碍创新，实际上是相对而言和相互转化的。法官不可能阻止网络上作品的更多更广泛的传播，网络技术的发展只会使社会公

① [美] 本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第71页。

② 例如，百度网站通过音乐盒向用户提供音乐服务平台。在页面左边是音乐管理的按钮，包括顺序播放、添加、删除、TOP100、TOP500、设置彩铃；歌曲播放、歌词浏览、歌词与音乐顺序播放。百度音乐盒是一个MP3搜索收藏夹，用以记录和管理搜索指令，其功能类似浏览器的收藏夹。音乐盒中的关键词不对应任何一个固定链接，而是执行一次针对这个关键词的完整搜索。音乐盒中的搜索指令能否成功完成，取决于所链接的网站是否可以访问。百度网站音乐盒服务中出现的歌词是百度网站根据用户进行MP3搜索时设定的关键词，同时对互联网上存在的LRC文件进行搜索，并随机向用户显示其中之一的结果。如果第三方网站没有该文件，百度网站无法抓取到。音乐盒进行的LRC文件搜索由网络服务器自动完成的。

众更方便更自由地享受更多的作品，甚至免费作品，这是历史大潮。但是，法官通过裁判可以使这种创新和发展更加健康和完善一些，更加利于利益平衡。况且，网络服务提供者毕竟利用他人作品经营了，让其多承担一些责任，也符合公平原则。如果仅仅站在促进产业发展的角度看问题，我们很可能看不到促进产业发展的另一面，即限制网络服务提供者的一些行为，让其适当地承担更多的责任，可能逼迫它在技术创新和产业发展上进行更大的超越，那是一种更高的认识层次，也是更高境界上的利益平衡。我们不但允许网络服务提供者正当地享受创新带来的商业成就，更要重视形成一种激励进一步创新的动态机制。如果仅仅维护既有的和眼前的创新成果和产业利益，可能使考虑问题和进行利益平衡的高度降低，会使看问题的眼界狭窄。存在的东西并不都是合理或者完全合理的，更多的是兼有合理与不合理的成分。我们法官当然是尽量驱除创新和发展中的不合理性，站在更高的层次上推动创新，使创新和发展更健全、更完善和更和谐，更加统筹兼顾。法官“可以减缓一下前进的速度”，“减少其中的残酷性”和不公平性。这种裁判思维完全符合和谐社会的理念。在商标法适用领域，我们有时面临类似的问题和抉择。

（二）法律适用难题的解决

无论案件多么疑难复杂，无论多么见所未见和闻所未闻，我们最终总会给它一个法律答案，负责任的法官也总希望给出最佳的答案。这常常会考验我们的知识、方法、经验和能力。但是，只要手中有足够的“武器”和使用“武器”的智慧、经验和方法，我们就能够很好地破解任何法律难题。诚如卡多佐所说：“法律工作者们会惊奇地发现：法律武器库中十八般兵器，样样俱全。即使他身入困境，只要慧眼独具，就可运用诸多原则、判例和类推来达到正义的目的。”^①“法律大厦中的材料具有如此多种的能力，可以根据正义的不同形式进行组合和重组。理由不难发现。”^②“法律自有一针见血的直觉，

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第128页。

② [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第129页。

紧张、灵光闪现的一刻。我们将原则、先例、类推、有时甚至是想象都收罗起来，适时地运用它们，以产生圆满达致法律目标的活力。我们的权杖一旦触及神通，决不会一无所获。因此，无论经过多少深思熟虑、如何费尽心思，从某方面来说，最后的结果总是属于幸运的发现。”^①恰当地运用我们的法律原则和规则，科学地运用我们的司法经验和方法，我们总能够恰如其分地破解法律适用难题。

当然，我们身处最高裁判机关，无时不在面对纷繁复杂的商标法适用难题，也是各种矛盾和纠纷的最终交汇点，时常处于法律适用的风口浪尖。我们是最后一道程序，我们已无退路，需要对事实和法律问题做出最终的裁断，当事人和社会也希望给出最终的和明确的法律答案。案件本身以及法律适用的复杂性，要求我们不仅要熟谙法条和法理，更要熟悉社会 and 实际；不仅要知悉历史起源，更要了解现实需求。尤其是，起源需要符合目标，规则的和谐必须从属于生活的和谐，法律概念应当从属于正义和便利。我们无时不在面对司法政策的取舍和裁判选项的选择，无时不在处理逻辑与经验、抽象与具体、一般与特殊、原则与例外、稳定与变动、绝对与相对、法条与法理、理论与实际的复杂关系，其间我们经常会彷徨困惑，常常有心理上的挣扎、冲突、矛盾或痛楚，经常困扰于犹豫与坚决、拘执与圆通、幽暗不明与豁然开朗，此中酸苦诚不足为外人道。^②本书论述的几乎都是商标法适用中的对立统一关系，且这些关系几乎连接了商标法适用中的所有基本问题，这恰恰形象地写照了我们经常所处的矛盾和纠结境地。在裁判选项难以取舍时，甚至会出现“正式宣布的判决总是或者不可避免地存在着顾虑”^③的状态，即便选定了哪一种裁判结果，也可能是忧心忡忡的。甚至在作出无可奈何或者别

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第128页。

② 如我国台湾法官帅嘉宝所言：“法官工作的甘苦与难处，终究只能留给自己体会，难与圈外人分享，因为它向来被视为圈内的秘密，既不足为外人道，也没有任何传统和诱因，能使法官愿意把这份经验放在公众的舞台前供人评论解析。”见[美] 理察·波斯纳：《法官如何思考》，李忠谦译，台湾商周出版，“专文推荐”，第3页。

③ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第144页。

无选择的选择时，如果感到裁判结论“冷酷无情”，我们往往“会因这种牺牲仪式感到痛惜，却深信手起刀落乃职责所在，尽管举刀的那一刻，目光会变得游离”。^①当然，“有时最艰难的案件一开始常常为顾虑缠绕，最终它却消失了，而且消失得无影无踪。”^②我确实对卡多佐的如下描述颇有同感：“我曾经非常彷徨不安，一度对自己说，‘在这个案件中，我无法投票表决，无法投这一边还是那一边。’然后，迷雾忽然在瞬间散尽。心灵一片宁静。我迷迷糊糊地知道，结论是否正确仍是一个未知数。但天降大任于斯人，必先苦其心志，我必须接受这一困惑。我不能说服任何一个与我意见相左的人；然而，无论别人怎么想，对我而言，历尽艰辛达成的那个判决是惟一可能的结果，这种确信带来的安宁包容并最终消灭了先前的疑虑。可以肯定，这一由激奋重归平静地轮回对其他知识领域的耕耘者而言，也是家常便饭。暴风雨之后的最终宁静尤为珍贵。”^③我们经常在疑难案件的山重水复之时寻得柳暗花明，经常在彷徨无计时豁然开朗。当然，即便无法做到“柳暗花明”和“豁然开朗”，即便最后仍然疑虑重重和惴惴不安，我们仍然最终需要一锤定音，我们要敢于担当。^④也许我们可以安慰自己，“如果作出的是另外一种判决，我可能一样会疑虑重重。”我们只能如此选择了，我们别无他途，那是职责使然，责无旁贷，使命艰巨而光荣。

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第38页。

② [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第144页。

③ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第144页。

④ 卡多佐接着说：“充满痛苦的艰辛并非独降落在法官的身上。其他知识领域的工作者同样需要忍辱负重。我偶然看到一个哲学家或者说一个学者写的一本书。书中描述了作者在审视旧作时产生的心烦意乱。他想在再版时作一些修改，不过，他接着争辩道，如果真的这么做了，他的一些读者也许喜欢第一版甚于第二版，甚至也许过了许多年以后，他也更喜欢最初的自己。这也是我的想法，我给自己的宽慰。我审视原来的判决意见，怀疑它们是否正确，接着又宽慰自己道，如果作出的是另外一种判决，我可能一样会疑虑重重。我想那败诉的一方可能和我一样耿耿于怀，希望我真的改变做法，但是，转念一想，其对手的想法可能刚刚相反，故维持了既决事项。我觉得这种痛苦无药可救，尽管人们寻寻觅觅了这么多年。”[美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第143页。

（三）裁判的境界

我们的一位台湾法官同行曾说：“当法官不再用头脑时，就是司法坠落的开始”。^①这句话很有道理。司法过程无疑充满了创造性，我们经常需要破解前所未有的法律难题，在没有现成答案时做出决断。而我们一旦做出选择，往往会开辟出一条新的路径，甚至形成正确与错误的新标准。正如卡多佐所说：“我发现，创造性因素多得超乎我的想象；曲径分叉司空见惯，路标也若隐若现。”“某些案件只有一条路、一种选择。这是些法律规定非常明了、非常确定的案件。他们堆积如山，令人乏味。另外一些案件则提供了真正的选择机会——不是一个非此即彼的选择：一个选择被人们认为几乎理所当然的正确，另一个则理所当然的错误；而是一个经过周密权衡的选择，其一经宣告，一种新的正确和一种新的错误（标准）即由此产生。……这儿有两条开放的、通向不同目的地的道路。分叉路口，没有一个为旅行者树起的栅栏，上写‘此路不通’。他必须竭尽智力、鼓足勇气，走向这条或者那条路，祈祷他选择的不是埋伏、沼泽与黑暗，而是安全、光明、开阔的坦途。”^②我们时常进行这种裁量、取舍和创造。

裁判令人纠结不已的复杂案件，在踌躇难决，在进行艰难的选择，更似经历一次难忘的旅程。这既使我们绞尽脑汁和殚精竭虑，又使司法充满了思

① 陈瑞仁：“当法官不再用头脑时，就是司法坠落的开始”；[美]理察·波斯纳：《法官如何思考》，李忠谦译，台湾商周出版，“专文推荐”第9页。

② [美]本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第34-35页。另外一种翻译更传神：“在某些案件中，只有一条路可走。它们是存在着明确而稳定的法律的案子。索然无味的案子可以批量生产。另一些案件提供了真正的选择机会——不是在这样两种裁决之间的选择，一种裁决可以说几乎肯定正确，另一种则可以说几乎肯定错误；而是一种平衡得很好的选择，一旦它被宣布，也就是宣布了一种新的正确和一种新的错误。我当然不是说，即使在那些案件中，选择不存在偏好或任意性。这种平衡是摇摆不定的，不是因为怪念头的侵袭，而是因为理性。作出选择的法官怀着程度不同的坚定信仰，相信自己作出了出色而明智的选择。然而在他的脑海中一直有一种真实的而非名义上的取舍。这里有两路可行，虽然通向不同的目标。对于旅行者而言，路上的岔口没有因其中之一挂着一个挂着‘禁止通行’标牌的路障而消失。他只能集中自己的才智，鼓起勇气顺着这条路或那条路前进，并祈祷上帝保佑自己不要陷入埋伏、泥沼和黑暗，而是走向安全、开阔地和光明。”见[美]本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第34页。

考之乐，充满了精神上的“魔力”诱惑，充满了成就感，使我们充满激励、欢愉和乐此不疲。在裁判中，我们既注重沟通和尊重共识，又敢于担当，不避误解、责难和非议；我们从未将艰难的裁判视为坦途，但同样也未将其视为畏途！

正像以色列最高法院前院长巴拉克以诗化的语言所描绘的：“裁判不仅是一项工作，也是一种生活方式。这种生活方式并不包括追求物质财富或名声，而是建立在精神财富之上，包括客观与公正地追求真理。裁判不是命令而是理性；不是掌控而是谦逊；不是力量而是慈悲；不是财富而是名誉；不是努力取悦所有人，而是坚持价值和原则；不是向利益集团投降或妥协，而是坚决维护法律；不是根据一时的兴致而是根据根深蒂固的信念与基本价值坚定地作出判决。”^① 这是一种令人悠然神往的裁判境界。尽管摆在我们面前的未必是坦途，我们却可以此作为宽慰、激励和憧憬。

（四）研究思路与方法

笔者相对集中地从事商标法研究和司法已有多年了，期间经手过诸多大要案和新难案件的处理，主持过一些重要司法解释和司法政策的具体起草工作，参与过商标法修订的讨论，与国内外同行也有较多的切磋交流。笔者在多年的商标法经历中深刻感受到，研究和解决好商标法问题，尤其要注意把握好以下三点：

一是要以矛盾的或者辩证的方法研究思考问题。本书的多数命题都是立足于商标法适用中的矛盾关系，界定好这些关系，就抓到了商标法适用的牛鼻子，许多疑难复杂问题就豁然开朗和迎刃而解了。商标法适用中的难点和纠结主要体现在这些无处不在的对立统一关系的理解和处置。从矛盾的角度和以辩证的方法探讨这些问题，也会使问题的探讨更深刻。以辩证的方法认识和解决问题，还可以更好地抓住问题的本质，从看似矛盾的问题之中抓住事物之间的有机联系，寻找其一般法理和法律适用规律。诚如卡多佐所说：“探究是为了追寻一个普适性的原则，不论其植根于历史还是哲学，不论其植

^① [以] 巴拉克：《民主国家的法官》，毕洪海译，法律出版社2011年版，第105页

根于对实然的研究，还是对应然的纯理论努力。”^① 我们从多角度探究这些看似凌乱和随机的现象和裁判，无非是发掘其背后的有机联系，为裁判寻求正当化和合法化的根据。我们不仅要使裁判符合法律、实用和便利，还要尽可能使裁判具有充分的法理和完美的逻辑。

二是注意基本问题的研究。现代商标法研究已有几百年的历史，新中国商标法研究和适用也有三十年的历史。期间，无数人参与其中，法院的判例堆积如山，商标法理论也日渐繁荣。按理说，商标法大大小小的问题都应该已经解决和有说法了，不应该再有未曾触及的领域和未曾解决的难题。但是，社会生活实在太过于丰富多彩了，现代社会又是加速发展的，事实上商标法新难问题仍然层出不穷和不计其数，人们在法律适用中仍经常需要攻坚克难。这些问题的有效解决往往仍然需要围绕基本问题的理解和把握，也就是说，基本问题仍然需要继续搞清楚。几十年前卡多佐发出过的如下感慨，今天的境况仍然是大体如此或者没有太大改变。他说：“人们或许认为，判决经过数世纪的积累，边疆已经消失，再也没有未曾开垦的土地，未发现的星云和星尘，整个世界都是法律的领地。事实却非如此。对于某些主题，法律仍然未臻成熟甚至丝毫派不上用场。某些演化成型的迹象和征兆，在潮起潮落中显露端倪，然而，它们是如此杂乱无章、如此模糊，它们所表述的与其说是陈述事实，毋宁说只是一种预期，一种对事实将是什么的预期。”“每一合理的主题都会涉及某些曾经不协调的主题，每一不协调的主题也都会涉及某些曾经协调的主题。我在司法工作中，日复一日地受此问题困扰。”“普通法经历了数世纪的发展，法院不计其数，判决更加难以计量，时至今日仍然存在那么多尚未解决的基本问题，那种具有根本和初级意义的基本问题。如果这些问题突然摆到你的面前，你一定会说，如此基础性的问题，必定存在大量的权威性解释。当你无法不假思索地说出正确答案时，还可能会为自己的无知感到一些刺痛。但当你搜寻整个领域，发现即便存在答案，至多也是模糊而

^① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第158-159页。

不稳定的，你也许会多少恢复一些自信。”^① 时至今日，虽然商标立法日渐完善和商标法理论逐渐丰富，商标法的“那种具有根本和初级意义的基本问题”仍然日复一日地困扰着我们。这些问题带有终极性和观念性。这些问题的解决仍具有基础性和驾驭性的作用，许多疑案的破解归根结底取决于如何认识和回答这些基本问题。如卡多佐所说，“你们可能认为，追求终极观念的理论与实践完全搭不上边。你在刚刚开始职业生涯时，这或许是真的。碰上更重要的问题时，你却可能最终发现，不是研究基础知识徒劳无益，而是除了研究基础知识，几乎不可能获得任何有益的东西。”^② 我在商标案件的裁判中深刻地体会到，在裁判的方向模糊不清时，在相互冲突的裁判结论难以取舍时，总会自觉不自觉地寻求终极观念的支援，在终极观念的导引下豁然开朗和觅得路径。这些终极观念在裁判中都可以转化为具体的裁判标准，决定裁判结果的最终选择。某些看似符合法律文义和法律逻辑的裁判选项，倘若与我们的终极观念格格不入，我们当然要另辟蹊径，放弃这种选择。

还如卡多佐所说：“法律的产生、法律的成长、法律的功能和法律的目的，这些术语看起来普遍抽象，高高在上，漠视现实，无法引起法律探索者的兴趣。但相信我，事实并非如此。正是这些普遍性和抽象性，指导法律思维，左右法官意志，在平衡产生动摇时决定疑难案件的结果。大体说来，每个判决提出的问题其实都涉及一种有关法律起源和目的的哲学，这一哲学尽管非常隐蔽，实际却是最终的裁决者。它会接受一套主张，修正另一套主张，否决其他主张，甚至被作为终审法庭留意待用。它通常会显得支离破碎，未经系统整理。这一哲学帝国的臣民有时甚至意识不到它的存在。无论律师还是法官，在采纳这种主张或者放弃这种主张时，并不总能意识到正是哲学促

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第141页。

② [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第16页。卡多佐还指出：“纯粹的逻辑演绎过程无法决定如何在它们之间进行选择。尽管它们都挺贴切，但它们都不精确。这里出现了一种新的情形，它如果不割裂自身就无法塞进任何现有的模子。当我们遇到这种情形时，能够得到这位或那位法官赞许的选择，大多是由法官有关法律之目的、司法责任的功能等观念决定的；而这些目的和功能的问题属于哲学问题。”见[美] 本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第54页。

使他面对某一主张时究竟前进还是后退。然而，驱赶它们的大棒就在那儿。”^①我在这方面同样是感同身受的。如在审理商标确权授权行政案件^②中，有关方面经常为未注册商标的保护范围、外国商标的保护条件、撤销注册商标的绝对事由与相对事由的法律适用等商标法问题聚讼纷纭，这些问题的解决最终要回溯到商标和商标权的基本属性、有关法条的目的和价值取向等基础性法律问题，最终都需要在“法律的产生、法律的成长、法律的功能和法律的目的”之类的根本问题上寻求答案，正是这些根本性问题“指导法律思维，左右法官意志，在平衡产生动摇时决定疑难案件的结果”，在法律的理解和适用中正本清源和廓清方向。再如，有人指出，“我们为什么要保护商标权”，这是商标法的元命题，是商标法一切问题的根源，对它的回答不仅直接涉及整部法律的命脉和根基，确定着商标法价值取向，决定商标法制度的发展方向，可归入“大音希声，大象无形”的层次。^③这种认识是很有道理的。我在研究案件和法律问题时，就经常思考和追问这些法律的基本问题，以此决定取向和导向。

朴素的命题总是蕴藏着历久弥新的话题，总是蕴含着丰富深刻的道理，总是构成取之不尽用之不竭的源泉。鉴于基本问题的终极性和重要性，本书主要是选取了商标法的基本问题，对于商标法的适用问题进行了研究。

三是注意把握好“入乎其内”与“出乎其外”的关系。无论是商标法的适用还是理论研究，我们既需要深入到商标法的内部，对于商标法的条文和特殊法理进行研究，又要注意从商标法的外部进行研究，以一般法理学、哲学、历史、社会学等眼光研究商标法问题；既要从逻辑的微观角度研究商标法，又要从价值、政策等宏观角度研究商标法。本书兼顾了商标法的宏观研究和微观研究，且更多的是从宏观的和基础性的角度研究商标法，更多地从非常规的情况下适用商标法的角度进行了探索。

^① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第17页。

^② 指起诉国家工商行政管理总局商标评审委员会作出的商标驳回复审、商标争议、商标撤销复审等具体行政行为的行政案件。

^③ 邓宏光：“商标法元命题的追问：我们为什么保护商标权？”，载《中国法学会知识产权法研究会2009年会暨经济全球化背景下的知识产权保护研讨会论文集》，第332页。

笔者在本书中经常引经据典，颇有些效仿“六经注我”的味道。之所以乐此不疲和不厌其烦，是因为这些经典作家和前辈先贤的思想火花和飞扬文采，很契合我当时所表达的观点，也颇能引起我的共鸣和恰如其分地表达我的心声。我也经常为他们精彩的辞章喝彩。你知道，与他们产生思想共鸣时，那是一种酣畅淋漓和心旷神怡的感觉。当然，借用我引文最多的卡多佐大法官的话来说，“我的引经据典或许太多了。请原谅，与我一己之见相比，它们在写作中更有力地帮助我努力地揭示真理。”^①

最后，需要指出的是，除官方文件正式发表的观点外，本书表达的许多观点都是或者掺杂着笔者个人的思考和探讨，虽然其中不少内容是与同行们切磋砥砺的结果，我也很感激他（她）们对于我学业和事业的关心帮助，但书中的许多观点并不必然代表本人所在单位的意见。笔者学植未深，对于许多问题的认识和探讨都是初步的和肤浅的，不少观点可能是偏颇或者贻笑大方的，笔者之所以鼓起勇气发表这些观点，既是出于对于商标法研究和实务的热爱，希望能够为商标法适用和研究略尽绵薄之力，也希望借此与同行们搭建沟通渠道，加强沟通交流，求得学业上的指正和长进。因此，本书的个人观点仅供同仁们参考，并热忱期望就正于高明。

^① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第159页。

第一章

商标立法与商标司法

商标司法首先需要摆正司法的位置，妥处商标立法与商标司法的关系，既能动地和有作为地司法，又把握好司法的方位，有为而不越位，有所为有所不为，适可而止。

一、商标司法是商标立法的适用和继续

总体上讲，商标法具有稳定性，虽然商标法每隔数年都要修改一次，但修改法律所要解决的都是重要的、不通过修改法律即无法解决的问题。每当新一轮法律修改启动之时，人们往往对法律修改寄予厚望，期望修改的内容多多益善，最好能够把自己希望解决的问题都包容进去，但最终往往都会与具体预期有较大差距。尤其是，在我国社会主义法律体系已经建成的今天，法律修改的幅度一般不会太大，修改的内容不会太多，实践中的不少具体法律适用问题仍然不能靠修改法律解决，而需要或者只能留待在具体执行中解决。之所以会这样，这既与人们所寄予的修改期望是否适当有关，又与立法的特性有关。立法首先只解决重大问题，立法重视相关各方的共识，立法强调原则性、一般性和稳定性，立法不会事无巨细和无所不包，等等。

立法与司法的差异久已为立法者和司法者所体认。即便如《法国民法典》那样本来有包罗万象、为任何可能遇到的法律问题提供答案的良苦初衷和勃

勃雄心，其立法者也深知立法不可能无所不能和无所不包，而只能有所为有所不为，需要给司法留下足够的和必要的空间，司法的问题只能由司法去解决。《法国民法典》的起草者为此指出：“立法机关的任务是从大处着眼确立法律的一般准则。它必须是确立高度概括的原则，而不是陷于对每一种可能发生的问题的琐细规定。法律的适用乃属于法官和律师的事情，他们需要深刻理解法律的基本精神……立法同司法一样也有技巧，而二者是颇为不同的。立法的技巧是要发现每一领域中对公共福利最有利的原则，法官的技巧则是要把这些原则付诸实施，要凭借智慧与理性的运用而将其扩大到具体的情况……那些没有纳入合理立法范围内的异常罕见的和特殊的案件，那些立法者没有时间处理太过于变化多样的、太易于引起争议的细节，及即使是努力预见也于事无益，或轻率预见则不无危险的一切问题，均留给判例去解决。我们应当留有一些空隙让经验去陆续填补。民众的民法典应时而立，但确切地说，人们尚没有完成。”^①可见，司法不仅是法律的适用，而且是立法的延伸和继续，也即法律“应时而立”，但“尚没有完成”。商标立法和司法的关系同样如此。在商标立法没有规定、规定不清晰或者有裁量余地时，司法应发挥积极作用，通过法律解释和案件裁判等澄清疑问，解决纷繁复杂的各类问题。

立法机构不可能总是站在法院背后，随时为法官遇到的任何疑难案件提供具体指导和答案。当然，如果确实能够做到那样，法官的工作只剩下对号入座了，那显然会轻轻松松，我想不少法官是乐不可支的。事实并非如此。对于为什么不能和不会如此，卡多佐有一段精彩的说辞：“如果立法机构取代了法院的创造性活动的位置，一个立法委员会就必须在每次开庭时站在我们背后，扮演起高级法院的角色。没有人向我们保证，这样作出的选择会比我们自己的选择更明智，但是它的形式将赋予它一种使撤退或妥协成为不可能的严酷性。我们将把法官作为终身事业加以把握的试错过程，换成由立法委员会来把握的试错过程，这个委员会只能把从五花八门的要求节省出的时间用于这个过程。纵使我们能够相信业余爱好者比专业人士更聪明，他们的药

^① [德] 茨威格特等：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第167-168页。

方对于他们观察到的病人来说可能已经为时太晚。不考虑病症的变化就把这个药方用到其他病人身上可能弊多利少。我并不想过分贬低法规作为一种改良工具的价值，立法机构能够根除痼疾，纠正某个由来已久的错误，消除一些得到明确断定的罪恶，它们蔑视那些微弱的补救、区分和法律推定，这在司法过程中屡见不鲜。立法机构也能时时总结和简化法庭得出的结论并赋予它新的效力。然而，即便如此，它的抚慰也是有条件的和临时的。‘解释紧随法典而至，解释之后跟着修正，于是这个任务永远也不能完成’。把规则、原则适用于不断变化的复杂事件，需要法官的创造性工作。你可以称赞或批评我们的工作。你可以让我们保留自己的名声，也可以给我们贴上其他标签——仲裁者、估价者等等。过程依然如故。”^① 司法机关必须沿着立法指引的道路前行，无论前方是一片坦途，还是布满荆棘，法官都要一往无前和义无反顾，这是司法的责任和使命，法官们责无旁贷。

二、商标司法的裁量空间

（一）商标司法的可裁量性

法律既要有羁束性，又要有裁量性。二者既对立统一，又协调一致。法律应该具有确定性，如果法律经常模糊不清和变化无常，使人无法预知行为后果，就会丧失指引行为的应有价值。但是，“规则必须具有弹性，才能将不断变化的事物囊括其中。”^② “解释总必定是创造性的，至少在任何类型的司法解释中，最低限度的自由裁量是不可避免的。”“因为法规越模糊、权利界定越不明晰，在司法裁决中留给自由裁量的余地显然就越大。这其实便是现代特别强调司法的能动性、推动力和创造性的一个有力的理由。”^③ 商标法亦

^① [美] 本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第71-72页。

^② [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第115页。

^③ [意] 莫诺·卡佩莱蒂：《比较法视野中的司法程序》，徐昕、王奕译，高鸿钧校，清华大学出版社2005年版，第22页。

然。商标法解决了所调整领域的最基本、最重要的法律问题，能够满足所调整对象的主要法律需求。而且，即便商标法律规范具有一般性和抽象性，但经过执行中的经验积累、法律共同体达成的集体共识等，基本的法律适用问题不会有太大的分歧，商标法的适用标准总体上是清晰的和统一的，大多数商标争议都能够找到明确的法律答案。^①这是商标法适用的基本方面。诚如卡多佐所说：“诉至法院的案件当中，十分之九甚至更多的案件都是预先都确定好的，也就是说，它们的命运是注定的，从生到死都必然与法律相伴。法官在这类案子的裁判中是没有多少自由裁量的空间的。如果在这种情况下太过于强调法官的自由裁量权，可能确属言过其实了。”^②

但是，由于立法与司法在着眼点、职责和履职方法等方面的差异，由于需要“通过不断地改变立法和修正细枝末节来适应现实的变化事实上是不可能的”，才形成了立法与司法在某些方面的不同定位和互补，造就了司法除将明确的法律规定不折不扣地付诸实施外，还另有独立发挥作用的余地和空间。“的确存在着能让司法功能获得最大机遇和能量发挥的地方。”^③司法过程蕴含着丰富内容，“比我们思维定式中的想象要更有灵活性和可塑性，它们也并不是被限制在一个非常固定的模子里，是否对错的界限也非像事先确定好的那样稳固和永恒不变。”^④因此，从法律适用的层面看，司法首先必须遵循立法确立的原则和规则，必须服从于立法，但这还不是司法的全部，司法不完

① “我们可能并不能从这些规则和原则中得出完全一致的结论，这就像法院将它们运用于具体案件当中也会得出不同的裁判结果一样。但是，就其作为前提条件而言，我们没有任何争议。我们会在这一问题上达成共识，即我们需要有一些原则或律令作为法律，如果它们具有一定的合理性或应然程度，这样我们才能够对将来作为决断疑难案件或发生争议时作出合理预期。当这样预期的确定性和可靠程度足够高的时候，尽管这种稳定性难免会出现预期落空的错误，我们依然可以认为法律是稳定的。而如果预期达不到上述要求的话，我们就可以认为法律是不确定的或有疑问的。如果预期的稳定性非常差的话，那就是法律将不复存在的死亡了，这时候无论如何，我们都要拿出我们的造法行动让其重获新生。”[美]卡多佐：《司法过程的性质及法律的成长》，张维编译，北京出版集团公司、北京出版社2012年版，第116-117页。

② [美]卡多佐：《司法过程的性质及法律的成长》，张维编译，北京出版集团公司、北京出版社2012年版，第124-125页。

③ [美]卡多佐：《司法过程的性质及法律的成长》，张维编译，北京出版集团公司、北京出版社2012年版，第125页。

④ [美]卡多佐：《司法过程的性质及法律的成长》，张维编译，北京出版集团公司、北京出版社2012年版，第79页。

全是被动地适用法律，而与立法之间存在着很强的互动关系，既有各自的定位和明确的分工，又相辅相成和相互促进，共同厉行着法治职责。^①

在商标司法中，法官需要行使好裁量权，用足用活裁量性法律规范。商标法中的绝大多数法律规范具有裁量性，商标司法具有较大的裁量空间，可以通过用足用好裁量性规范，以不变应万变，充分发挥裁量性规范的最大效应，追求良好的法律效果和社会效果。例如，司法政策指出：“要根据商标的知名度、显著程度等，恰当运用商标近似、商品类似、在先使用并且有一定影响的商标、以欺骗或者其他不正当手段取得商标注册等裁量性法律标准，妥善把握商标注册申请人或者注册人是否有真实使用意图，以及结合商标使用过程中的‘傍名牌’行为认定主观恶意等，用足用好商标法有关规定，加大遏制恶意抢注、‘傍名牌’等不正当行为的力度，充分体现商标权保护的法律导向”。^②

（二）商标司法需要体现导向性

价值取向与目标导向是商标法适用的灵魂。“如果不知道道路导向何方，我们就不能智慧地选择路径。对于自己的职能，法官在心目中一定要总是保持这种目的论的理解。”^③ 只有确定和贯彻正确的取向和导向，商标司法才能更准确地贯彻好立法意图，最大限度地实现良好的法律效果和社会效果。在裁判案件时，把握好导向和取向，才可以指导法官在多个法律选项中进行正确的选择，才能澄清法律的模糊性。在商标司法中，保护商标权是原则，但商标权毕竟是一个具有一定程度的模糊性的概念，其保护范围和程度具有很强的弹性，因而在确定如何保护时，司法具有很强的政策选择和取舍的色彩。与立法需要政策指引一样，司法同样有相应的政策空间，需要确定、把握和运用好司法政策。

^① 这当然是仅从立法与司法在法律实施的技术层面上关系的角度来说的。从政治架构的角度看，我国的司法机关是由权力机关产生并向权力机关负责的。这是一种更高层面的关系。

^② 《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》（2011年12月16日印发 法发〔2011〕18号）。

^③ [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2005年版，第63页。

近年来最高人民法院通过总结提炼商标司法政策，加强对于商标司法取向和导向的明确和贯彻，并通过明确法律标准确保其落到实处。裁判商标案件需要体现这些导向。尤其是在法律界限晦暗不明或者具有不同选项的案件中，这些导向和取向直接决定案件的裁判方向，决定法官的选择。

根据保护商标的区别性、防止混淆误认的立法目的，商标权司法保护政策的把握，应当以制止混淆为指针，充分划清商业标识之间的边界，遏制恶意抢注他人知名商业标识及“傍名牌”行为，为知名品牌的创立和发展提供和谐宽松的法律环境。在总结审判经验和立足保护需求的基础上，最高人民法院逐步明确了一系列司法导向，这些导向可以概括为“加强保护、划清界限、留足空间、营造环境”，即“加强权利保护、划清市场界限、留足创立空间、营造发展环境”。^① 例如，《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》指出：“正确把握商标权的专用权属性，合理界定权利范围，既确保合理利用商标资源，又维护公平竞争；既以核定使用的商品和核准使用的商标为基础，加强商标专用权核心领域的保护，又以市场混淆为指针，合理划定商标权的排斥范围，确保经营者之间在商标的使用上保持清晰的边界，使自主品牌的创立和发展具有足够的法律空间。未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的，除构成正当合理使用的情形外，认定侵权行为时不需要考虑混淆因素。认定商品类似和商标近似要考虑请求保护的注册商标的显著程度和市场知名度，对于显著性越强和市场知名度越高的注册商标，给予其范围越宽和强度越大的保护，以激励市场竞争的优胜者，净化市场环境，遏制不正当搭车、模仿行为。”《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》（2011年12月16日印发法发〔2011〕18号）指出：“加强商标权保护，培育和维持知名品牌，积极促进社会主义市场经济的竞争性、创新性和包容性增长”；“依法加强商标权保护。商标权的保护，必须有利于鼓励正当竞争，有利于划清商业标识之间

^① 这是笔者2012年8月在为《人民法院报》撰写的纪念商标法颁布20周年的专题文章中所进行的总结。

的边界，有利于遏制恶意抢注他人知名商业标识及‘傍名牌’行为，有利于为知名品牌的创立和发展提供和谐宽松的法律环境，为培育知名品牌和提升企业综合竞争力提供助力，推动我国从制造大国向品牌强国加快转变。”^① 这里还提出了商标权保护的“三个有利于”标准。

商标权的保护力度和政策取向与经济背景和社会基础息息相关，对于社会的特别需求必须有更多的眷顾。特别是，当前一些经营者有不正当模仿他人商业标识的习惯性偏好，无论是商标还是字号等的注册使用，常常有意与他人有知名度的商业标识贴近，以收到傍名牌、搭便车、鱼目混珠和浑水摸鱼等效果。近些年此类纠纷较多，恶意抢注、仿冒等花样层出不穷，成为损害市场竞争优胜者、妨碍创新和危害经济秩序的痼疾，足以说明这一点。在这种社会背景下，治顽疾需要猛药，法院应当以力挽狂澜和激浊扬清的气概，充分发挥司法政策的导向作用，对于商业标识给予强保护，提高商标的保护强度和加大遏制不正当模仿行为的力度。

（三）商标司法需要细化和丰富商标法律的内容

商标司法需要将立法的一般性、抽象性规定具体化。司法结合审判实际，诠释商标法律内容，使商标法规范的内容具体化和明确化；通过将商标法的一般性规定运用到具体案件，解决丰富多彩的个案，使抽象的法律规范得到具体案例的印证，并通过判例廓清了法律边界。通过司法的演绎，商标法的适应性越来越强，“它不断扩张的容量总是能消化一些看上去很棘手的挑战”^②。法律规范的裁量性越强，司法作为的空间越大。这样的实例不胜枚举。

例如，2013年商标法第13条第2、3款将“容易导致混淆”和“误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”分别规定为相应驰名商标保护的要件。如何解释这些要件的含义，法律并未明确规定。考虑到法律措辞的不同，以及其分别适用于未注册商标在相同类似商品上的保护和注册商标的跨类保护，应当作出不同的界定。因此，《最高人民法院关于审理涉及驰

^① 《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》（2011年12月16日印发 法发〔2011〕18号）。

^② 这句话借用自《环球时报》（2012年8月9日）社评“公共事件平息快了，但这还不够”。

名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第9条规定：“足以使相关公众对使用驰名商标和被诉商标的商品来源产生误认，或者足以使相关公众认为使用驰名商标和被诉商标的经营者之间具有许可使用、关联企业关系等特定联系的，属于2001年商标法第13条第1款^①规定的‘容易导致混淆’”；“足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系，而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，或者不正当利用驰名商标的市场声誉的，属于商标法第13条第2款^②规定的‘误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害’。”有人说，我国商标法并未引进驰名商标的反淡化保护制度，这些规定虽然有合理性，但不应该由司法解释规定，而应该通过修改法律解决。显然，商标法对于驰名的注册商标实行跨类别保护，本身已突破了一般商标保护的相对性，事实上已采取反淡化保护的态度。或者说，驰名商标跨商品类别保护具有天然的反淡化色彩，即既然已经在非同类似商品上进行保护，当然不能再囿于相同类似商品上的市场混淆标准，必然是对于混淆性的突破，否则无法达成驰名商标保护的目。何况，驰名商标反淡化保护本来就非一个模式，更不是只有一个美国模式，不同立法模式下的保护范围、条件和程度不尽相同。美国有绝对化的纯粹反淡化保护制度，它采取驰名商标的高门槛、强保护制度；欧盟有相对化的反淡化保护，它采取门槛相对不高的弹性保护态度。我国的驰名商标反淡化保护有些接近于欧盟制度，而与美国制度差异较大，不宜想当然地以美国反商标淡化法之类的保护制度想象我国的反淡化保护，更不能将其作为衡量我国反淡化制度的标尺。在商标法未界定相关要件含义的情况下，司法解释当然可以根据立法精神、事物本身的属性和社会需求，进行正当合理的解释。实践证明，这些解释符合我国驰名商标保护实际，效果是好的。

按照商标法有关规定，通用名称不能注册为商标，但实践中对于通用名称的理解分歧很大，把握的标准不尽相同。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》（法发〔2010〕12号）第7条规定：“人民法

^① 对应2013年8月新修订商标法第13条第2款。

^② 对应2013年8月新修订商标法第13条第3款。

院在判断诉争商标是否为通用名称时，应当审查其是否属于法定的或者约定俗成的商品名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的，应当认定该名称为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。”“约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场较为固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，可以认定为通用名称。”“申请人明知或者应知其申请注册的商标为部分区域内约定俗成的商品名称的，应视其申请注册的商标为通用名称。”该解释赋予通用名称如此之多的含义和类型，足见看似简单的术语和明确的规定，其实践中的含义却是如此之丰富，任何简单化的理解都行不通，也足见司法解释之能动空间。这些复杂而具体的情况更适合司法根据案件具体情况具体处置。

2001年商标法第15条只是禁止代理人或者代表人抢注他人注册商标，但一些代理人或者代表人为规避该条规定，与第三人串通并以第三人名义实施抢注行为。如果仅仅从字面含义理解，不能适用上述规定禁止该第三人的抢注。但是，考虑到该条规定有关禁止不正当抢注的立法意图，以及第三人只是被作为代理人或者代表人抢注他人注册商标的工具的事实，如果扩张解释上述规定，将此类第三人的抢注行为纳入该条规定的调整范围，对于遏制当前社会上不正当抢注多发的现象是很适宜的。司法实践中就是如此扩张适用的，这显然有很强的政策取向成分。

按照商标法有关规定，“三年不使用”的注册商标可予撤销，但看似简单的“三年不使用”却有丰富内涵和复杂情形。如《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》（法发〔2010〕12号）第20条规定：“商标权人自行使用、许可他人使用以及其他不违背商标权人意志的使用，均可认定属于实际使用的行为。实际使用的商标与核准注册的商标虽有细微差别，但未改变其显著特征的，可以视为注册商标的使用。没有实际使用注册商标，仅有转让或许可行为，或者仅有商标注册信息的公布或者对其注册商标享有专有权的声明等的，不宜认定为商标使用。”实践中还另有一些商标使

用的情形，需要根据情况进行认定。

商标法规定，同中华人民共和国的国家名称相同或者近似的标志不得注册为商标。但何谓此处的相同或者近似，实践中却有较大分歧。在申诉人国家工商行政管理总局商标评审委员会与被申诉人劲牌有限公司商标驳回复审行政纠纷案中^①，最高人民法院再审判决认为，“《商标法》第10条第1款第（1）项^②所称同中华人民共和国的国家名称相同或者近似，是指该标志作为整体同我国国家名称相同或者近似；如果该标志含有与我国国家名称相同或者近似的文字，但其与其他要素相结合，作为一个整体已不再与我国国家名称构成相同或者近似的，则不宜认定为同中华人民共和国国家名称相同或者近似的标志。”就本案涉及的“中国劲酒”商标是否能够认为与国名相同近似，该再审判决认为，申请商标可清晰识别为“中国”、“劲”、“酒”三部分，虽然其中含有我国国家名称“中国”，但其整体上并未与我国国家名称相同或者近似，因此申请商标并未构成同中华人民共和国国家名称相同或者近似的标志，商标评审委员会关于申请商标属于2001年商标法第10条第1款第（1）项规定的同我国国家名称相近似的标志，据此驳回申请商标的注册申请不妥。但是，国家名称是国家的象征，如果允许随意将其作为商标的组成要素予以注册并作商业使用，将导致国家名称的滥用，损害国家尊严，也可能对社会公共利益和公共秩序产生其他消极、负面影响。因此，对于上述含有与我国国家名称相同或者近似的文字的标志，虽然对其注册申请不宜根据2001年商标法第10条第1款第（1）项进行审查，但并不意味着属于可以注册使用的商标，而仍应当根据商标法其他相关规定予以审查。例如，此类标志若具有不良影响，仍可以按照商标法相关规定认定为不得使用 and 注册的商标。对于含有国名的标志的界定，商标授权机关一直做宽泛的习惯性理解，如将“含有与我国国家名称相同或者近似的文字，但其与其他要素相结合，作为一个整体已不再与我国国家名称构成相同或者近似”的情形也纳入其中，甚至在此基础上发展出专门的行政审查标准，规定了一系列例外情形。但是，

^① 最高人民法院（2010）行提字第4号行政判决书。

^② 对应2013年8月新修订商标法第10条第1款第（1）项。

上述行政再审判决显然不完全同意商标行政授权机关长期形成的习惯性认识。这也说明，看似理解起来比较简单的法律问题和法律规定，居然有如此长时间的误解误判，甚至至今有人可能还意识不到或者仍自以为是。

上述实例足以说明，现实生活是丰富多彩的，将一般性和抽象性的法律规定适用于形形色色的现实法律争议，必然需要创造性思维，需要根据实际丰富法律规定的具体内涵和外延。

三、没有破解不了的法律难题

（一）带着枷锁跳舞

商标法适用中，我们经常会遇到在法律条文中对号入座的难题。有些行为确有必要规制它，但似乎现行法律条文又难以对得上号，或者适用中存在缺陷和问题，于是有人不顾后果地机械适用，有人束手无策，有人抱怨法律不完善，有人疾呼要修法。其实，这些难题大多能够通过挖掘现有法律资源、妥善地适用现有法律加以解决。只要我们解放思想，开动脑筋，善于运用经验和方法，这些问题通常都能够迎刃而解。此时，司法需要使出浑身解数，充分发挥能动性，司法也确实有相应的能力和资源把法律适用好。“你可以用各种各样的镣铐和老虎钳束缚法律的手脚。身怀绝技的法官总能出其不意地使它获得自由。即便在以法典为基础的法律体系中，情况也是一样。在我们这样的法律体系中，就更稀松平常。即便在一个以法典为主的体系中，也有许多东西是法律未规定的。法典仅仅是陈述一般性原则，填补空隙是法官的工作。这时，公正之法，即达成正义之法，是法官的指南。”^①借用这段话来说，司法虽受各种法律枷锁的束缚，但总能通过出其不意地用活法律规范，解决各种法律难题。

假如立法完美无缺，假如法律能够为各类争议提供准确无疑的答案，假

^① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第103页。

如法律总能够跟上时代发展的步伐，此时法律适用只是一个无需裁量的对号入座过程，法官只需要简单地在既有法律之中寻求答案就可以了。但是，这显然不是司法的真实图景。法律不可能事无巨细和完美无缺，不可能随时而变，法律之中无可避免地存在大量的裁量性规范，法律的适用在很大程度上是一种裁量甚至再创造的过程。卡多佐甚至说：“往往我们制定出来的法律墨迹未干的时候，一系列新的事实、新的复杂事件所施加给我们的力量就已经出现，要求我们审慎考虑，作出某些限制性规定，甚至有可能需要我们推倒已有的规定重新来过。”^① 这本身是立法的无奈，更多的是客观上的有所不能，无论立法机关如何努力，均只能改善而无法根本改变这种局面。这种局面恰恰造就了立法与司法不可避免的权力分工，造就了立法与司法履职特点的差异。司法恰恰要接过立法的接力棒，既忠实地将法律付诸实施，又不是简单地将法律对号入座式地付诸实施和机械司法，而常常是裁量性、创造性和与时俱进地付诸实施。商标法在施行中之所以需要不断地作出细化和解释，需要不断地澄清法律含义，需要为应对新情况新问题而不断地赋予既有规定新的含义，需要不断地检讨现有的做法，均是司法的这些属性所必然要求的。尤其是，诸如不良影响、不正当手段抢注等弹性较大的裁量性条款更是经常被拿来应对和解决各种新难问题。

例如，对于在相同或者类似商品以外大批量注册与他人知名度较高或者独创性较强的在先注册商标相同的商标，明显没有实际使用意图甚至在注册后即待价而沽，近来法院已不再简单地走商标权相对性的那一条路，而另辟蹊径，援引商标法有关申请注册商标要有实际使用意图（第4条含有此项意图）及扰乱商标注册秩序（第44条第1款）的有关规定，进行遏制。^② 因为，我们首先可以清楚地判断，这些行为显然具有不诚信、不正当和危害性，也是在钻法律的空子，简单地拘泥于除驰名商标外不能跨类别保护注册商标的

^① [美] 卡多佐：《司法过程的性质及法律的成长》，张维编译，北京出版集团公司、北京出版社2012年版，第128页。

^② 司法实践中一些裁判循此思路。例如，蜡笔小新公司第1044841号图形商标争议案，北京市高级人民法院（2011）高行终字第1427号行政判决书；第4706493号“海棠湾”商标争议案，最高人民法院（2013）知行字第41号行政裁定书。

制度，一条道走到黑，就无法有效遏制此类行为，但又不能公然突破法律，所以要在其他裁量性规范中寻求依据。在这种情况下，我们油然而生的思路是，既然面对的行为具有明显的不正当性，商标法又有那么多弹性条款，总能找到一些规定对付它，总有一条规定适合它，无非是要求我们精心寻找和打破思维定式，不断地调适法律的适用。诚如卡多佐所说：“逻辑的指导道路并非一片坦途。如果将一个原则或先例推到其逻辑极致的时候，也许会指向某个结论。而另一个原则或先例遵循类似的逻辑，则可能会得出另外一个具有同样确定性的结论。在二者的冲突里，我们必须从中选择其一，当然我们也可以开辟第三条道路，这第三条道路要么是前二者合力的结果，要么是取两个端点的中间点。”“在案件的裁判过程中，会有许多类推和先例及其背后的原则出现，逼迫你对它们做出选择，但只有真正代表了最根本、最广泛的社会利益的原则才能胜出，成为最终决定裁判结果的原则。”“历史或者习惯、社会效益或无法让你抗拒的正义情感，有时候或许渗透在法律的精神当中，它会让法官产生某种半直觉性的领悟，以祛除选择中的焦虑不安而坚定地向着某个方向行进。”^① 在现实逼迫我们有效应对时，我们总能在现有规定基础上找到新出路，我们不应作茧自缚，更不会束手无策，办法总比问题多。

（二）运用各种“武器”和方法

那么，应当如何有效解决这些法律适用难题？

首先，要多角度、全方位地运用好现有法律适用资源。诚如卡多佐所说：“法律自有一针见血的直觉，紧张、灵光闪现的一刻。我们将原则、先例、类推、有时甚至是想象都收罗起来，适时地运用它们，以产生圆满达致法律目标的活力。我们的权杖一旦触及神通，决不会一无所获。因此，无论经过多

^① [美] 卡多佐：《司法过程的性质及法律的成长》，张维编译，北京出版集团公司、北京出版社2012年版，第19、20页。苏力先生译为：“历史或者习惯、社会效用或某些逼人的正义情感，有时甚或是对渗透在我们法律中的精神的半直觉性领悟，必定要来援救焦虑不安的法官，并告诉他向何方前进。”[美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2005年版，第24-25页。

少深思熟虑、如何费尽心思，从某方面来说，最后的结果总是属于幸运的发现。”^①“法律工作者们会惊奇地发现：法律武器库中十八般兵器，样样俱全。即使他身入困境，只要慧眼独具，就可运用诸多原则、判例和类推来达到正义的目的。”^②法律适用的资源是丰富的，既有法条灵活弹性的广阔适用余地，又有法条之外的背景和基础资源。真可谓，“法律大厦中的材料具有如此多种的能力，可以根据正义的不同形式进行组合和重组。理由不难发现。”^③这些法律资源在法律适用中均发挥重要作用。即便有时仅仅从法条本身来看，法条似乎对于一些问题的解决已山穷水尽和无能为力，但与其他资源结合起来，往往会柳暗花明和别有洞天，开辟出另一片法律适用的余地。恰当地运用我们的法律原则和规则，运用我们的法律经验和方法，我们总能够恰如其分地破解法律适用难题。

其次，思想不能僵化，方法要有灵活性。只要我们把握好价值取向，把握好法律精神，运用好法律概念，不固守已经形成的法律标准，不凝固僵化地固守法律概念的含义，不墨守成规，坚持在实践中发展、完善和丰富法律标准与法律概念，就能够把法律用足用活。“概念只要适得其所，就是有用的，实际也是必需的。”^④“法律概念应从属于正义与便利。”^⑤甚至，实践上的便利比理论上的周密思虑更利于有力地解决问题。在商标法适用实践中，确实存在机械僵化、抱残守缺等现象。如卡多佐所说：“很多不公都源自概念上的专制。当人们将概念视为真实的存在，鲁莽地运用它们而无视逻辑对结果的限制时，它们与其说是人们的工具，毋宁是专横的主人”^⑥例如，2013

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第128页。

② [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第128页。

③ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第129页。

④ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第130页。

⑤ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第131页。

⑥ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第129页。

年商标法第32条规定的“在先权利”，实践中有人将其作狭隘的理解，如理解为包括商号权、版权等少数几种权利，不包括在先注册商标权，更不包括法律没有特别规定的合法权益。实践中诸如虚拟人物等之类的类似商品化权的那些权益，要么以无法律依据为由不予保护，要么给予一定程度的保护而又不敢名正言顺地援引该规定予以保护。对此类权益不予保护明显不公，躲躲闪闪地保护带来的又是“忽冷忽热、变化无常的行为”“遮遮掩掩的承认招徕的是忽冷忽热、变化无常的行为”。^①据说，这种狭窄的理解是习惯上形成的观念。但是，该条关于“在先权利”的规定毕竟是一种概括性规定，可以包括不特定范围的合法权益，没有必要限定其特定种类。为此，《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第17条规定：“要正确理解和适用商标法第31条^②关于‘申请商标注册不得损害他人现有的在先权利’的概括性规定。人民法院审查判断诉争商标是否损害他人现有的在先权利时，对于商标法已有特别规定的在先权利，按照商标法的特别规定予以保护；商标法虽无特别规定，但根据民法通则和其他法律的规定属于应予保护的合法权益的，应当根据该概括性规定给予保护。”这种在概念上的突破性理解，可以大大拓宽其适用视野。

在这种情况下，我们必须对不适当的概念及其界定进行适当的突破，迫切的生活需求也不能容忍我们抱残守缺和墨守成规。“当某个概念将我们带得太远，或者超出了我们的接受能力，看哪，能为我们所用的其他概念正在门口守候呢。‘在规则的发展中，经常使用的吸收-排除过程，不可能止于对规则的第一次阐述，回来的判决中的表述将服从于那些无法预见的事实，这是我们法律体系的一个特殊优点。’”^③借用卡多佐的下面一段话，也有利于帮助我们理解：“取代这一古老规则没有侵犯任何值得保护的利益，却会使法律的发展跟上时代的发展。这种取代甚至不会引起我们的惊奇，因为早先的判

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第132页。

② 对应2013年8月新修订商标法第32条。

③ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第131-132页。

例显示了该规则的荒诞，并用谨慎的言辞预言，不久以后，它将作为值得尊敬却已成昨日黄花的教条被体面地埋葬。”^① 我们对于特定法律概念和法律标准的阐释经常不是一步到位的，而是不断调整和发展变化的。变化的指挥棒是实践的需要，而不是法律适用者的任性。

当然，由于司法是一种将法律付诸实施的活动，司法本来就是在法律约束之下行动的，人们更多地将司法想象为有明确清晰的概念、规则和前提，因而法律适用是否僵化、是否机械等不好确定界限，不好判断和把握。正如卡多佐所说：“人们渴望获得机械的、形式的检验，我从未低估这种情感。在法律的某些领域，这些检验是有用的，也是可行的。抉择的痛苦在于很难将这些领域与其他领域区别开来。我们必须忍受这种痛苦，方法的单一可能令我们撞到暗礁。变动，几乎每时每刻都在发生，它是法律必须承受的祸因。我们只有理解了法律如何发展，才有希望去把握它。”^② 我们确实很难划分出确切的区分标准，但一般地说，只要法律适用的结果导致明显不公平、与实际不符合或者很荒谬，就要考虑这种适用有问题，需要改弦更张，放弃或者改变原有的概念或者标准，赋予原来的概念或者法律标准新的含义，甚至创设新的概念和标准。

再次，要保持适当的与时俱进。商标法具有稳定性，不能随时进行修改，更不会频繁地进行头痛医头脚痛医脚式的修改。但是，这种形式上的稳定性并不意味着商标法的规范都是一潭死水，概念都是僵化的，标准都是凝固的，而事实上始终都在发生具体的实质的变化，如具体适用中赋予法律概念和法律规则新的含义，根据现实生活的新需求不断地调适法律的适用方向和标准。这就是法律适用中的与时俱进。诚如卡多佐所说：“影响可能来自新的事实，也可能因为对政策和正义的评价发生了变化，即同一事情有了另一种说法，因为对该事的现行看法至多只是一个事实，与其他任何事实都没什么两样。哪些东西受了规范或者规范以后该如何，通常由当时的智慧来决定才好。”

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第138页。

② [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第38页。

“起源从属于目标，规则的和谐从属于生活的和谐。”^①亦如迪克逊教授所说：“我们需要的不是专断的自有裁量权，而是制造例外的规则——打破规则的规则，这样的规则在法律中当然比比皆是。”^②在商标法适用的与时俱进中，我们确实不能无视起源，但更看重现实目标；我们看着法律适用的逻辑，但更看重法律适用是否符合实际，是否能够接受住实际的检验；我们看重使法律适用保持稳定性的规则，但一旦规则存在问题，我们就必须制造例外，以例外来补充和完善规则。

四、商标法的立法政策与司法政策

（一）两种政策的划分

就其所调整的利益关系而言，法律是一种一般调整，司法和行政是一种个别调整。立法政策与司法政策之间是一般调整与个别调整的关系，司法在立法一般调整的基础上进行个别调整，并使其通过个别调整而获得具体化，由一般正义转化为个别正义。

在任何法律领域，立法者在制定或者修改法律之时，都会有统领该领域具体制度设计和法律材料的立法目的、指导思想和基本原则，我们可以笼统地称之为立法政策、立法精神或者立法原则。这种立法政策既直观地体现在法律条文之中，能够在条文之中切实地感受到或者进行挖掘，又往往来自立法史以及政治、经济和社会等的现实需求。各项具体的法律规则和法律制度就是在立法政策的导引下形成的，立法政策同时又指导和约束法律规则的具体适用。司法是服从于立法的，司法政策同样要服从立法政策。总体上说，凡是法律已有明确规定的界限，法院在适用法律时就不能随意逾越，而必须严格遵循法律的明确规定。即使法律规定不清晰或者滞后于现实需求，法院

^① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第131页。

^② 转引自[美]本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第131页。

也应当按照立法政策的宏观指引澄清法律含义或者填补法律漏洞。

特别是，立法毕竟是从大处着眼解决一些重大问题和明确一些重要的法律界限，是面向将来和抽象地确立法律规则，不可能事无巨细地对于司法中可能出现的任何问题都预设答案，也不可能超人般地预见到立法之后出现的所有情况和问题，即使有所预见，也往往是原则性和概括性的预见，需要司法在具体案件中填补细节和具体把握，甚至需要司法在具体案件中对于抽象的法律规则进行检验。何况，法律的适用毕竟不是希腊神话中普罗克拉斯提斯（Procrustes）之床，把睡在床上的高个子裁短，把矮个子拉长^①，不能使现实世界简单机械和削足适履地迁就法律，而必须使法律符合实际和脚踏实地，使法律在实际生活中产生良好的效果，实实在在地实现公平正义。而且，法律的遵行和效力应该更多地依赖因其符合实际所产生的信服力，而最好不是其强制力或者武力，否则法律可能会受到漠视。无论古今还是中外，这种与实际相符合的理念都是被着重强调的。诸如，研究世界法律传统的加拿大法学家格伦认为：“法学家向来必须调整法律以适应他们所处的社会现实。”^②我国著名法学家瞿同祖指出：“法律是社会规范之一，它与风俗、习惯有密切的关系。它维护现存社会制度和道德、伦理等价值观念，并反映某一时期、某一社会的结构。法律与社会的关系极为密切。因此我们不能像分析法学派那样，将法律看成一种孤立的存在，而忽略其与社会的关系。只有充分了解产生某一法律的社会背景，才能了解这些法律的意义和作用；也只有考察法律在社会上的运用，才能了解法律的实施情况。”^③以法律为依据的裁判也是如此。裁判的结果只有尽量与社会现实相一致，才能够使人信服，因而符合实际是法律适用的重要方向和参照系。现实或者实际是塑造立法和司法政策的重要渊源和凭据。

① 普罗克拉斯提斯（Procrustes）是希腊神话中一个开黑店的强盗，传说抢劫受害者之后，使个儿高者睡短床，斩去其身体伸出的部分；使个儿矮者睡长床，强拉其身与床齐。

② [加] 帕特里克·格伦：《世界法律传统》（第三版），李立红等译，北京大学出版社2009年版，第144页。

③ 转引自法制日报社主办：《法制资讯》，2009年第12期封底。

（二）良性调整不确定空间

商标法具体制度和规则的把握首先要处理好立法政策和司法政策的关系。对于商标法已有明确规定的标准和界限，法院只能遵守，不能逾越或者置之不顾；对于法律规定含糊不清的地方，以及需要填补的法律空白，要立足实际，按照立法政策进行解释、裁量、适用和解决，且通常都是一种创造性的适用，但任何法律适用都不能抵触立法政策。

无论是解释法律还是作出裁判，都要把握好尺度，既不能无视法律明定的界限而天马行空、任意挥洒，又不能泥“法”不化、机械用法，还不能以想当然赋予法律的含义轻率地指手画脚和说三道四。这些极端都是要避免的。“你不能为了方便或效用的蝇头小利而丢弃历史或逻辑所建立的标准；这样做法所失远远大于所得。你不应为了赢得对称和秩序些许的尊奉而羞辱公平和正义所建立的标准；这样做法的得与失是不对称的。”“在极端之间存在着一个可以良性调整的不确定空间，它们随着两头辐射出的引力而在程度上晃动。当新问题出现后，公平、正义将引导人们去解决，在解决中又会出现，当他们被检视时，与对称和秩序是一致的，甚至是此前不为人知的一种对称和秩序的起点。逻辑和历史，通过过去记载的智慧所提供的无数类比，轮流为实现公平和正义注入新的权宜之计。”“正是在我们受到束缚时蕴含着解放。节奏或韵律的约束、非常时期或平衡的要求，有时解除了它们对思想的限制，思想处于监禁中的放风状态。”立法政策与司法政策就存在颇为类似的张力。立法为司法框定了范围，同时又为司法留下了“可以良性调整的不确定空间”，司法“在受到束缚时蕴含着解放”。^①司法需要善用不确定性空间，淋漓尽致地把司法政策运用好和发挥好。

例如，对于未注册商标的保护，2013年商标法第13条第2款、第15条、第32条和第45条等构成了一个体系，从多个侧面规定了未注册商标的不同保护情形，确定了未注册商标的保护程度、范围、条件和标准。确定未注册

^① [美] 本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第49页。

商标的具体保护时，必须对于上述条文作体系化的理解和整体把握，使其相互参照和印证，而不能各说各话和相互抵牾。换言之，此时对于相互关联的规定进行体系解释具有突出的和不可或缺的意义。如，虽然2013年商标法第15条和第32条对于所保护的未注册商标未设定商品范围的限制，但其第13条第3款对于驰名的未注册商标仅限于在相同类似商品上的禁止抢注，对于不驰名的未注册商标在禁止抢注的保护程度上显然不能高于驰名商标，否则就会在立法政策上不协调。因此，第15条和第32条涉及的未注册商标的禁止抢注保护也只能解释为限制在相同类似商品上。有种观点曾主张，即使在不相同和不类似商品上抢注他人未注册商标，倘若抢注人具有恶意，也可以不受相同类似商品的限制，给予跨商品类别的保护；即使已经注册，也可以按照2013年商标法第44条第1款规定的“其他不正当手段”的规定予以宣告无效。在商标法只是在相同类似商品上禁止抢注他人未注册商标的立法政策非常明晰的情况下，再以2013年商标法第44条第1款作额外突破，显然会超越了司法（乃至行政执法）的权限范围，增加执法的任意性，抵触立法政策。何况，商标法对于除驰名商标以外的注册商标，也仅仅是在相同类似商品的范围内给予保护，未注册商标不应当享受强度更大的保护。

在法律界限或者立法政策框架之内，如何具体界定法律规定的內容、具体把握法律条件或者标准，则属于司法或者司法政策的范围。如近似商标或者类似商品的具体认定究竟把握什么样的标准、条件和范围；第15条规定的代理人和代表人的范围如何界定；第32条规定中“他人在先使用并具有一定影响的商标”的具体标准的把握，诸如此类的属于法律界限之内的问题，司法都可以根据相关因素和具体情况进行裁量，其中的司法政策空间还是很大的。

例如，某国内企业与某国外知名企业系同行业企业，其在业务磋商中知悉该外国企业的商号（企业名称），后该国内企业将该外国企业的商号注册为商标。该外国企业除与该国内企业在国内进行过业务磋商外，并未以其他方式（如销售商品、广告等）进入中国市场。此时该外国企业可否要求撤销该注册商标（争议商标）？如果能够撤销，依据商标法哪一条规定？该争议涉及外国企业商号的保护问题。商标法对于注册商标与在先商号（企业名称、字号）的权利冲突未作专门规定，但在在先商号构成在先权利时，则可以根据