

民法通则第65条第3款规定：“委托书授权不明的，被代理人应向第三人承担民事责任，代理人连带责任。”这一规定承认了相对人对于责任人的选择权利。此处所指“委托书授权不明”，似乎包括委托书字面上的授权不明和被代理人本来就授权不明，而代理人并无过失两种情形，而后一种情形本可成立有效代理。民法通则作如此规定，强调了对于相对人的保护。但应注意，在被代理人原本授权不明且代理人并无过失的情况下，如果代理人向相对人承担了责任，应当取得对于被代理人的完全求偿权。

被代理人在相对人撤销与无权代理人进行的民事行为之前，也可以为承认行为，使无权代理成为有权代理，从而免除无权代理人的责任。此外，相对人于行使撤销权以前，可将与无权代理人签订的合同中的权利转让给第三人。但在转让以后，未经受让人同意，不得再行使撤销权，使受让人丧失已取得的合同权利。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：张 涵

· 立法建议 ·

## 商标法第38条第1项 的释义及修改意见

石 慧 荣

### （一）对商标法第38条 第1项规定的理解

我国商标法第38条第1项规定，“未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的”，属于侵犯注册商标专用权的行为。有一种解释认为，这里的“未经注册商标所有人的许可”，是指未按照《商标法》第26条规定办理使用许可，在同一种商品或者类似商品上使用与他人已注册商标相同或者近似的商标的行为。<sup>①</sup>笔者认为，这种解释是不尽准确的。为了说明这一点，我们可以将第38条与第26条结合起来讨论。

对于商标法第38条的第1项规定，可以

从权利和义务这两个不同的角度进行分析。从权利的角度看，该项法律实际上是关于注册商标所有人的“禁止权”的规定，即注册商标所有人制止他人在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的权利；从义务的角度讲，该项法律则是关于除商标权人之外的第三人的不作为义务的规定，即任何第三人均不得擅自在同一种商品或者类似商品上使用与他人已注册商标相同或者近似的商标，否则即构成侵犯商标专用权的行为。由于商标法第26条是关于注册商标所有人的使用许可权的规定，所以，我们可以从权利比较的角度来分析第26条与第38条的关系，并进而揭示第38条的含义。

第26条和第38条都是关于商标所有人因

<sup>①</sup> 见林南等：《中华人民共和国商标法释义》第32页，法律出版社1983年版。

注册商标而取得的权利的规定。这是两个条文共同之处。但是,第26条和第38条所规定的权利又是不尽相同的,其主要区别就是效力范围不同。由于第26条规定的使用许可权实质上是商标专用权的一项重要权能,因而这种使用许可权的效力范围不得超越商标专用权的效力范围,即它必须以“核准注册的商标和核定使用的商品为限”,注册商标所有人不得在使用许可的过程中擅自改变注册商标的图样和使用范围。与此相反,从第38条第1项的规定看,禁止权发生作用的场合可以概括为四种情形:(1)在同一种商品上使用与注册商标相同商标的;(2)在同一种商品上使用与注册商标近似商标的;(3)在类似商品上使用与注册商标相同商标的;(4)在类似商品上使用与注册商标近似商标的。显然,第38条所涉及的禁止权的效力范围大于第26条所规定的使用许可权的效力范围,即禁止权发生效力的场合除了上面的第一种情形与使用许可权的效力范围重合之外,其余的三处均超越了使用许可权的效力范围。

基于第26条与第38条的这种区别,有理由认为,用第26条的使用许可来解释第38条的规定是不能成立的。因为对于第38条第1项规定的后三种情况来说,不存在使用许可的问题,即注册商标所有人无权超越专用权的范围进行使用许可,否则商标法关于商标专用权“以核准注册的商标和核定使用的商品为限”的规定就会形同虚设,这也即意味着注册商标所有人可以假他人之手来改变或扩大商标专用权的范围,因而势必导致商标秩序的混乱,不利于消费者利益的维护。

## (二) 专用权与禁止权的关系

以上的讨论表明,对于商标法第38条的正确理解,实际上涉及到注册商标的专用权与禁止权的关系问题。

对于这个问题,理论上主要有两种意见:一种意见认为,专用权包含禁止权,禁

止权是专用权的权能之一,二者的关系是一种包容关系;另一种意见认为,专用权与禁止权同属于商标权的内容,二者是一种并列关系。笔者赞同后一种意见。理由是:第一,根据商标法第37条的规定,专用权以核准注册的商标和核定使用的商品为限;而根据商标法第38条的规定,禁止权的效力不仅及于专用权的范围,而且扩及于专用权的范围之外(如“类似商品”和“近似商标”的场合)。显然,禁止权的效力范围大于专用权的效力范围。所以专用权难以统折禁止权。第二,从性质上看,专用权是以注册商标所有人能够为一定行为(独占使用)为特征的,具有积极作为的意义;而禁止权则是以不准他人为一定行为为特征的,具有消极的不作为意义。对于这两点区别,我们还可以从商标法的其他一些规定中去认识。例如,根据商标法第30条规定,注册商标所有人不得自行改变注册商标的图样及使用范围。如果将此条规定与第37条合并考虑,则可以认为第37条关于专用权范围的规定属于硬性规定,不得作扩大解释(即不能解释为专用权对“类似商品”和“近似商标”也有效)。这是专用权范围小于禁止权范围的又一佐证。又例如,如果注册商标所有人企图在第38条第1项规定的后三种情形中享有独占使用权,他必须借助于联合商标的注册申请,方能达到目的。显然,注册商标所有人要想把“专用”的范围扩及到禁止权的范围,必须经过注册程序方能办到。因此,有充分理由认为,专用权与禁止权并非包容关系,而是并列关系。

这里有一个问题需要进一步研究:为什么注册商标的专用权以注册事项为限,而禁止权却可以超越注册事项发生效力?换言之,为什么专用权以注册事项为限,而第三人超越注册事项的一定行为依然会构成侵犯商标专用权的行为?例如,对于用于电视机产品上的“飞跃”牌注册商标的所有人来说,其虽然不能自行变动商标文字和使用范

围，但第三人在电视机产品上使用与“飞跃”拼音(Feiyue)相近似的“飞云”拼音(Feiyun)，即侵犯了“飞跃”商标专用权。回答这个问题，还须从商标专用权的特征及商标法律制度的功能着手。

商标专用权的客体是注册商标。注册商标作为一种识别标记，是通过在商业活动中实际使用之后，发挥识别作用，从而具有一定的财产价值。显然，商标专用权作为一种无形财产权，其价值意义是通过注册商标的识别作用来体现的。而这种识别作用的充分发挥，又是以一般消费者能否辩认为转移的。因此，要使商标专用权充分发挥作用，除了要确保商标所有人对其注册商标的独占使用之外，关键之点就是采取有效的预防混淆的措施，以防止消费者误认购买。由于商标作为一种识别标记的特殊性，在“类似商品”和“近似商标”的场合也可能造成对注册商标的仿冒和影射，导致广大消费者的误认和混淆，因而有必要将商标专用权的保护范围扩大到商标专用权的有效范围之外，这样方能确保专用权识别功能的充分发挥。另外，从商标法律制度的角度看，由于商标法的目的是要通过“保护商标专用权”，“以保障消费者的利益，促进社会主义商品经济的发展”，所以商标法将禁止权的范围扩大到专用权的范围之外，其意义是要保障消费者的利益和维护商标秩序，而非仅仅是扩大商标所有人的特权。因此，从商标法的立法目的看，禁止权的范围大于专用权的范围也是合理的、公平的。

### (三) 第38条第1项的 缺陷及修改意见

笔者认为，商标法第38条第1项规定在措词和用语上不够严密准确，需要修改。其主要缺陷是“未经注册商标所有人的许可”这一句短语经不起推敲，容易引起歧义。

首先，从商标权的角度看，“未经注册

商标所有人的许可”一语，不能准确体现禁止权的特性。因为禁止权是一种消极权利，其特征不是准许他人可以干什么，而是阻止他人干什么，而“许可”则只有准许他人可以干什么的含义，而没有阻止他人干什么的意蕴。即使注册商标所有人不行使禁止权，即不主动制止他人的冒仿注册商标的行为，也不能理解为是商标权人的许可，而只能理解为是禁止权的放弃，因为注册商标所有人无权许可他人进行混淆注册商标的行为。

其次，从商标侵权行为的角度看，“未经注册商标所有人的许可”一语，也欠妥当。因为该语置于四种行为之前，实际上就是将“未经注册商标所有人的许可”作为商标侵权行为的构成要件之一。那么反过来讲，只要经过注册商标所有人的许可，则后面四种行为即成为合法行为。这在逻辑上显然不能成立。一方面，正如前面已经反复指出的那样，注册商标所有人对“类似商品”和“近似商标”无权进行许可（除非其专门作了联合商标的注册）；另一方面，即使经过注册商标所有人的“许可”（准确讲应是不行使禁止权），第三人的行为也不合法，因为，由于第三人的行为容易导致消费者的误认，引起商标秩序的混乱，商标管理机关可以根据商标法第30条和第34条关于商标使用管理的规定，主动予以制止和处理；消费者也可以根据商标法第1条“保障消费者的利益”的精神，请求有关机关予以追究。显然，将“未经注册商标所有人的许可”作为商标侵权行为的构成要件是不能成立的。

第三，第38条第1项规定如果不进行修改，在法律适用上就可能导致这样的后果：注册商标所有人可以通过“私下了结”的方式，假他人之手擅自扩大商标专用权的范围。这样，商标法关于商标使用管理和商标专用权的限制等规定，就将形同虚设，商标法关于“加强商标管理，保护商标专用权”，“保障消费者的利益，促进社会主义

商品经济的发展”的立法目的,就难以实现。

总之,我国《商标法》第38条第1项规定的条文处理,未能准确反映该条文的本来含义,且与该法律的其他规定(如立法目的、商标使用管理,商标专用权的限制)不协调,并且在实践上也可能带来不良的结果。因此,该项规定应该修改。具体的修改办法有两种方案可以选择:一是从商标权的角度进行修改,可改为“注册商标所有人有禁止下列行为的权利:(1)擅自在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的;……”。二是照顾商标法第38条的既定体例,删掉“未经注册商标所有人的许可”这一限定用语,代之以“擅

自”二字即行。比较地看,前者涉及到条文体例的变动,改变较大;而后者不涉及体例变动,修改易行。但是从保持商标法的整体协调和准确体现商标法之本旨着眼,似乎第一种方案更为可取。因为从商标侵权的角度来处理该项条款,不易完整体现仿冒行为的违害性(既损害商标权人的利益又损害消费者的利益),并且也不易于与商标管理机关行使监督管理权的条文保持衔接,所以,笔者主张采用第一种方案来修改《商标法》第38条的规定。

(作者系西南政法学院研究生)

责任编辑:张 涵

## 学术动态

中国法学会民法学经济法学研究会

### 1987年年会暨学术讨论会在武汉举行

中国法学会民法学经济法学研究会1987年年会暨学术讨论会于9月19日至9月24日在武汉举行。讨论会的中心议题是搞活企业——国家所有权与国有企业财产经营权分离的各种法律形式。大会分五个小组进行了专题讨论,讨论的内容包括:“两权分离”的基本理论问题,全民所有制企业租赁经营的可行性、适用范围及其限制,全民所有制企业承包经营、全员承包经营及资产经营责任制的适用范围和法律调整问题,企业实行股份制的问题,等等。这次会议有两个十分显著的特点:一是泛泛的空谈少了,密切联系经济体制改革中出现的各种问题,进行深入研究,提出具体的方案,规范具体的权利义务的论文和发言多起来了。二是民法学、经济法学两个学科的学者专家及实际部门的同志济济一堂,切磋理论、畅谈思想,气氛十分融洽。

张 涵