注册商标三年不使用撤销制度体系化解读

张玉敏*

内容提要　注册商标三年不使用撤销是商标法上的一项重要制度，其理论依据是，由商标的识别功能所决定，只有在商业活动中真实使用的商标才是法律所要保护的商标，长期不使用的注册商标已经失效，法律不应再提供保护。该制度体现了商标保护的理念，符合商标法的立法目的。按照体系化的要求，商标法的相关制度，如异议制度，商标注册无效制度、侵权责任制度等，应当与该制度保持理论和逻辑上的一致性，而新商标法并没有做到这一点。建议通过司法解释和指导判例，确认异议程序中的被异议人、无效程序中的被申请人、侵权诉讼程序中的被控侵权人的不使用抗辩权，如果抗辩成功，应驳回异议申请和无效申请，以及侵权诉讼原告的诉讼请求。

关键词　三年不使用撤销　商标注册异议　商标注册无效　商标侵权责任

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.01.015

2013 年 8 月 30 日修订的《中华人民共和国商标法》(以下称新《商标法》) 的一个重要亮点是，提高了商标使用在商标保护中的地位和作用。例如，第一次在商标法中专条规定了什么是商标法上的商标使用; 重申无正当理由连续三年不使用注册商标的，任何单位或者个人可以申请撤销该注册商标; 赋予商标在先使用人先用权; 赋予普通在先使用人对于恶意抢注的异议权和撤销权等。这是我国商标法此次修改取得的重要成就，值得肯定。但是，新《商标法》对商标使用在商标保护中的地位和作用仍然认识不足，重视不够，仅就注册商标连续三年不使用撤销制度而言，则表现为该制度本身仍不完善以及该制度与异议制度、商标注册无效制度和侵权救济制度之间缺乏协调和逻辑一致性。究其原因，主要在于商标法的制度设计未能从体系化的高度进行整体性思考，且未运用体系化思维对各项具体制度与商标法的基础理论和基本原则是否相符，以及各项制度之间是否协调一致进行检验。理论研究的不足，也是一个重要原因。

体系化是任何一个部门法制度设计的基本要求，也是构建法学理论体系包括部门法学理论体系的基本要求。艾斯勒(Eisler) 在《哲学词典》中把体系定义为 "把既存之

* 西南政法大学教授，博士生导师。本文为国家社科基金项目"反假冒贸易协定背景下我国商标制度改革研究"(项目批准号: 11BFX045) 的成果之一。

各色各样的知识或概念，依据一个统一的原则安放在一个经由枝分并且在逻辑上互相关联在一起的理论框架中。”[①]而“取向于目的、设定所期功能，将知识或事务根据其存在上之关系、作用组织起来的方法，便是体系化。”[②]“被当作法学研究方法的‘体系化’是完整的科学意义上的体系化，强调整体性，也强调科学性。”[③]正是由于体系化方法的整体性、科学性，所以，“人类力求将公平正义以可靠而且可以理解的方法实现在人间的努力，已促使法律学采用体系思维向体系化的方向运动。”[④]体系化作为法学研究的一种方法，不仅反映了人们探索法律正当性，追求法律至善的愿望，也是保障法律合理性的手段。人们可以通过考察概念、原则之间是否和谐、立法和司法活动与法的概念、原则是否和谐，对现实的法律秩序进行评价，推动其不断改进和完善。

本文以注册商标三年不使用撤销制度为研究对象，采用体系化的研究方法，对该制度的立法目的、理论基础、功能、效力等进行讨论，探讨该制度与异议、注册无效、侵权责任制度之间是否应当以及如何保持逻辑上的一致性，以实现商标法各项制度之间的协调与自洽，并在此基础上提出完善相关制度的建议，希冀对商标法的理论研究有所贡献，对新《商标法》的实施有所裨益。

一、注册商标三年不使用撤销制度的理论基础

注册商标连续三年未在注册指定的商品或服务上使用，又没有不使用的正当理由的，任何人都可以申请撤销该商标注册，但提出撤销申请前注册人已经开始或恢复使用的除外。这项制度被称为注册商标连续三年不使用撤销制度，简称三年不使用撤销制度。三年不使用撤销制度是商标法的一项重要制度，体现了商标法保护商标真实的商业使用的理念和维护市场竞争秩序，促进社会主义市场经济健康发展的立法目的，对于构建逻辑一致、和谐自洽的商标法律制度具有重要意义。但是，我国商标法理论研究对这一问题关注很少。笔者检索到与三年不使用撤销制度有关的研究论文 24 篇，硕士论文 7 篇。这些论文都是对该制度本身的研究，如商标使用的认定、三年期限的计算等，尚未见到专门研究该制度的理论基础以及该制度与商标法其他制度协调的文章。这些研究成果中，较有代表性的是李扬教授的《注册商标不使用撤销制度中的“商标使用”界定——中国日本相关立法、司法之比较》（载《法学》2009 年第 10 期）。此外，孔祥俊法官的专著《商标与不正当竞争法——原理与判例》（法律出版社 2009 年版），周云川法官的专著《商标授权、确权诉讼——规则与判例》（法律出版社 2014 年版）虽都对三

① 转引自黄茂荣《法学方法论与现代民法》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 427 页。
② 前引①，黄茂荣书，第 458 页。
③ 李琛《知识产权法的体系化》，北京大学出版社 2005 年版，第 6 页。
④ 前引①，黄茂荣书，第 406 页。

年不使用撤销制度有较深入的讨论，但都未涉及该制度与相关制度的协调问题。而要讨论该制度与相关制度的协调问题，必须先证立三年不使用撤销制度本身的科学性、合理性。

注册商标连续不使用满法定期间，任何人得申请撤销，是各国商标法都采用的一项制度⑤，TRIPS 协定也予以承认。⑥这说明，该项制度必有其被普遍认可的理论基础。我认为，以下几点是支撑该制度的主要理论依据：一是由商标的基本功能决定的使用在商标保护中的基础作用；二是权利失效理论；三是维护市场竞争秩序的需要。

（一）使用是商标功能发挥和价值实现的基础

商标的基本功能的是识别，即将经营者提供的商品或服务与其他经营者的商品或服务相区别。商标的其他功能，如广告宣传功能、质量担保功能以及符号表彰功能，都是在识别功能的基础上派生出来的，而且只有在商标的识别功能能够正常发挥的市场条件下，商标的派生功能才可能发挥作用。因此，商标注册的基本条件是必须具备识别性或曰显著性。保护商标权的实质就是保护注册商标的识别功能不受损害，并通过保护商标的识别功能间接保护消费者的利益，即保护消费者免受混淆、误认之害。而商标的识别功能是通过实际使用产生，并通过实际使用逐步强化的，即使具有固有显著性的注册商标，在未投入商业使用之前，商标与商品（服务）的联系也无由产生，商标的识别功能也无从发挥，因此也不是法律所要保护的真正意义上的商标。只有通过商业使用，才可能使消费者将一个标志与使用该标志的商品（服务）的提供者联系起来，也只有这样，该标志才成为真正意义上的商标。即使是具有固有显著性的臆造商标，“在作为商标注册或者使用之初，也不可能立即被消费者认同为商标。商标的显著性，也就是标示商品出处的作用，只有通过附着有商标的商品行销于市或广告宣传等手段才能真正实现。从这个意义上讲，商标的显著性只可能是获得显著性，而无所谓固有显著性。”⑦所谓固有显著性，“并非真正意义上的显著性，毋宁说，固有显著性是商标获得显著性的有利条件。”⑧刘春田教授更是直言不讳地指出：那种只是作为商标注册，事实上未使用过的，不应算作是商标，更谈不上商标权。……实体商标权是由实际使用产生，而非注册产生。⑨总之，商标最基本的功能是识别，而商标的识别功能只能通过商业性使用产生，并通过商业性使用不断强化。

商标的显著性是一个动态过程，可以从无到有，由弱变强，也可以从有到无，由强变弱。如果一个商标在注册之后长期不使用，其显著性无由产生，识别功能也无从发挥，

---

⑤ 各国立法的区别仅在于对法定期间的规定有差异，即一部分国家规定为三年，一部分国家规定为五年。以下在泛指各国的该项制度时，用“注册商标长期不使用撤销制度”。

⑥ 参见 TRIPS 协定第 19 条。

⑦ 彭学龙《商标显著性新探》，载《法律科学》2006 年第 2 期。

⑧ 前引⑦，彭学龙文。

⑨ 参见刘春田《商标与商标权辨析》，载《知识产权》1998 年第 1 期。

法律没有必要给予保护。注册商标虽然曾经使用过，甚至取得较高的知名度，但如果长时间停止使用，已经产生的显著性也会随着时间的推移逐渐淡化，失去商业价值，对这样的注册商标，法律也没有继续给予保护的必要。《兰哈姆法》第 45 条规定长期(三年)不使用的商标视为放弃。美国第二巡回上诉法院在“银人”一案的判决中对该规定做出如下解释“国会的意图是，当一件商标持续不使用，并且在合理的可预见的未来没有恢复使用的意图，该商标就被视为放弃。这一标准足以保护商标所有人，使他们不至于因为暂时不能连续使用而丧失商标。同时它也防止了对商标的囤积，因为这妨碍商业和竞争。”⑩

总之，商业性使用是商标功能赖以发挥和强化的基本条件，因而是商标受法律保护最重要、最基本的实质条件。商标通过商业性使用，在市场上建立信誉和顾客吸引力，不断累积和提高其市场价值，使保护商标的正当性在“识别功能”之外，又增加了“财产性”这一强有力的理由。反之，未在市场上投入使用的注册商标，既无从产生识别性，更不可能产生市场价值，缺乏法律保护的正当性基础。对这样的商标提供法律保护不但没有必要，而且妨碍商业和竞争。从实质意义上讲，未在商业活动中使用的商标并不是商标法所要保护的商标，其充其量不过是一个符号或符号的组合，如果其设计具备独创性，可以作为作品受著作权法保护，但不能成为商标法保护的商标。

基于商业使用在商标保护中的重要意义，使用取得商标权的制度才是最合理、最公平的。但是，在贸易全球化的背景之下，注册取得制度比使用取得制度在效率、交易安全和可操作性等方面具有比较优势，因而成为一种被普遍采用的制度。但是，由于注册取得制度将商标权的取得系于注册，与商标在市场上发挥识别作用和产生市场价值的实际过程不相符合，因而存在固有缺陷，如容易诱发抢注、囤积商标、利用未实际使用的注册商标打击诚实的商标使用人等问题。因此，各国商标立法都通过制度设计努力克服注册取得制度的消极作用，其路径无非是基于使用在商标保护中的基础性地位，强化对注册商标的使用要求，同时加强对实际使用的未注册商标的保护。三年不使用撤销制度就是克服注册取得制度消极作用的制度之一。

(二)权利失效理论的借鉴

权利失效是限制权利人滥用权利的一项理论创造，其依据是诚实信用原则。由于诚实信用是整个法律体系的基本原则，故对整个法律领域，无论私法或公法，还是所有权利，无论请求权、形成权、抗辩权，均有适用余地。德国、日本以及我国台湾地区，均承认权利失效理论并有相应判例。在德国，权利失效称为“失权”。英美法上依禁反言之权利放弃，亦具有相通之法理。德国不但对权利失效理论研究成果丰富，而且最高法院适用权利失效理论的案例也很多，民法、劳工法、诉讼法上都有适用。德国很早就在商

⑩ Silverman v. CBS Inc.，870 F. 2d 40(2d Cir. 1989)，转引自李明德《美国知识产权法》(第二版)，法律出版社 2014 年版，第 514 页

标法上确立了权利失效原则，“依德国最高法院之见解，商标权利人未行使权利，而其他未登记之商标已长期流通，因信赖关系成立一种具有价值之占有状态时，商标权人即不得对之提出异议。”⑪王泽鉴先生认为，构成权利失效应具备以下条件：必须有权利在相当期间内不行使之事实，并有特殊情况，足使义务人正当信任权利人已不欲其履行义务，致权利再行使有违诚信原则。⑫依德国民法理论，权利失效须具备以下要件：第一，权利人的不作为必须给人造成了将来也不会再行使该权利的印象；第二，对方应受到特别保护，即对方感受到了权利人制造的表象，并基于信赖把这种表象作为自身行为的出发点（进行了信赖投资），权利人后来行使权利，会给相对人造成比及时行使权利更严重的损害。⑬“权利失效的后果不仅仅是某个特定的行使不被允许，因为它滥用了，而是原则上从这时起，这个权利的任何行使都是不被允许的。这也就是说，权利失效，权利就不存在了。”⑭

总而言之，权利失效是根据诚实信用原则，通过司法判例创造的一种理论，为在诉讼时效和除斥期间制度之外，从时间方面限制权利人滥用权利提供了一种理论支持。但是，注册商标三年不使用撤销的条件与权利失效的条件并不完全一致，二者的主要差异在于：首先，权利失效的期限是长短不同的，需要根据具体情况判断确定，有其灵活性，而注册商标三年不使用撤销制度的期间是法定的，是立法者根据商标领域的一般情况，在平衡注册人和使用人双方利益的基础上确定的。其次，权利失效的适用完全由法官自由裁量，在法律没有具体规定的情况下宣布一项权利失效，因此其构成要件是严格的，而注册商标三年不使用撤销是一项法律明文规定的制度，其条件明确。尽管存在这些差别，权利失效理论所表达的核心理念——长期不行使的权利法律没有必要给予保护——仍然可以帮助我们证立注册商标长期不使用撤销制度的合理性，帮助我们理解该制度的立法目的和法律效果。注册人长期不使用注册商标是一种权利不行使的行为，这种行为会被其他经营者认为商标权人可能已经放弃了该注册商标⑮，并因而进行使用，甚至扩大生产规模，投入广告宣传，逐步在市场上形成自己的商誉。而商标注册人在长期不使用之后又出来主张商标权，向使用人索取赔偿的行为则有“放水养鱼”、“下山摘桃”之嫌，有违诚信原则，难谓正当。如果给予保护，对商标使用人造成的损害将远远大于其及时行使权利时的损害。因此，商标法特设注册商标三年不使用撤销制度，向商标使用人提供一种救济手段，使其可以通过申请撤销注册商标，来对抗权利滥用行为，保护自己免于承担侵权责任，使自己的商标使用行为合法化。而这有利于市场竞争和商业发展。

---

⑪ 参见王泽鉴《权利失效》，载王泽鉴《民法学说与判例研究》（一），1996 年自版，第 341 页。

⑫ 参见前引⑪，王泽鉴文，第 339 页。

⑬ 参见［德］迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 115－117 页。

⑭ ［德］卡尔·拉伦茨《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 311 页。

⑮ 美国商标法就明确规定，三年不使用推定为放弃。参见美国商标法第 45 条。

（三）维护竞争秩序的需要

商标与技术发明和作品不同，技术发明和作品作为创造性成果，其本身即具有价值，因此，当其获得专利权/著作权之后，即使不使用，也不影响权利的有效性。而商标的价值来源于商业性使用，离开商业性使用，商标无从产生识别作用，更无从产生商业价值。注册商标长期不使用，实际上已经死亡，理应清除出注册簿。允许这样的商标继续存在于注册簿并给予保护，不但是对宝贵的商标资源的浪费，妨害诚实经营者选择和使用商标，而且会诱发抢注等不正当竞争行为，对市场竞争秩序有害无益。实践中，有些商标注册后由于种种原因长期不使用，既浪费了商标资源，又妨害其他经营者申请商标注册。更为甚者，有些人注册大量商标而根本不打算使用，他们注册商标的目的只是为了打侵权官司，或者利用异议、无效宣告程序对注册申请人和在后注册人进行敲诈，从而获取不义之财。这些行为败坏了诚实的商业道德，妨害他人的经营自由，破坏竞争秩序。注册商标三年不使用撤销制度可以在一定程度上抑制注而不用，遏制滥用注册商标专用权谋取不正当利益的行为，维护竞争秩序。从这个意义上说，注册商标三年不使用撤销制度不但是合理的，而且是维护公平竞争的市场秩所必须的。而维护市场竞争秩序是商标法重要的立法目的之一。这可能是各国商标法均采纳注册商标长期不使用撤销制度的原因吧。

综上所述，注册商标三年不使用撤销制度有充分的理论依据，符合商标法的立法目的，不但是合理的，而且是必要的。按照体系化的要求，该制度的机理应当在相关制度中得到体现，以实现相关制度之间的和谐和逻辑一致性，共同为实现商标法的立法目的和价值目标服务。

注册商标连续不使用多长时间才可以撤销，各国规定不一。TRIPS 协定要求不能少三年。我国、美国、俄罗斯、日本等国家和我国台湾地区规定为三年，英国、法国、德国、意大利等国家和欧共体商标条例规定为五年。⑯ 随着传播技术日新月异的迅猛发展和商业模式推陈出新速度的加快，一个商标在市场上可以很快为相关公众所熟知，也可能很快被消费者遗忘，因此，笔者认为三年期限比五年期限更为合理。

二、三年不使用注册商标的法律性质

连续三年不使用的注册商标，在商标法上处于何种法律状态？对于这个问题的认识，直接影响该制度本身以及相关制度的设计。我国商标法从程序的角度规定连续三年不使用的注册商标可以撤销，并没有指出撤销的理由或者说该种注册商标的法律性

⑯ 参见 TRIPS 协定第 19 条，美国商标法第 45 条，日本商标法第 50 条，俄罗斯商标、服务标记和原产地名称法第 22 条，我国台湾地区“商标法”第 63 条，法国商标法第 714－5 条，英国商标法第 46 条，德国商标法第 49 条，意大利商标法第 42 条，欧共体商标条例第 50 条。

质。美国商标法规定连续三年不使用视为放弃商标权; 法国商标法规定注册商标连续五年不使用即丧失商标权(失权) ,而且特别明确指出权利从不使用期限届满时丧失,具有绝对效力; 俄罗斯则规定为权利“提前终止”; 德国商标法规定连续五年未使用的注册商标所有人无权对第三方提出任何侵权救济请求。⑰ 尽管用词不同,但这些国家的立法所表达的该种注册商标的法律状态在实质上是一样的,即连续不使用满法定期间的注册商标,法律不再保护。正因为连续不使用满法定期间的商标注册在法律上被认为已经“失效”或“视为放弃”,所以任何人都可以向主管机关申请撤销该商标注册。换言之,连续不使用满法定期间的商标注册,不是因为经过撤销程序才效力终止,而是法律认为注册商标已经失效或者视为已经被权利人放弃,撤销程序不过是对这种法律状态的确认。

从理论上说明三年不使用注册商标的法律性质,对我国三年不使用撤销制度以及与之相关制度的设计有重要意义。如果认可三年不使用的注册商标权利已经失效 ,那么,异议程序中的注册申请人、无效程序中的在后商标注册人,可以要求异议人、无效申请人提供据以提出异议和无效申请的注册商标在异议、无效申请前三年的使用证据,换言之,可以注册商标三年不使用进行抗辩,而主管机关和人民法院如果确认该事实,则应驳回异议申请和无效申请。在侵权诉讼中,被控侵权人可以作为侵权对象的注册商标三年不使用进行抗辩(以下简称不使用抗辩) ,法院如果确认该事实,则应驳回诉讼请求,拒绝给予救济。因为这样的商标虽然仍然记载于注册簿,没有被通过法定程序撤销,但其商标权已经失效,不再受法律保护。当事人提起不使用抗辩,虽然不能等同于撤销申请,但是,在涉案纠纷的审理中可以发挥对抗原告请求权的效力。

但是,事实上已经失效与经过撤销程序对这种事实状态依法予以确认毕竟有所不同。首先,经过撤销程序依法撤销的商标注册其效力确定消灭,不可能再复活。而事实上已经失效但尚未依法撤销的注册商标,其失效不是终局的、确定的,如果商标注册人诚实地恢复使用,其效力则可以因商业使用而复活。如德国商标法第 49 条规定,如果在五年期限届满后撤销请求提出前,商标已经开始使用或者恢复使用,任何人都不得主张撤销该商标。英国、法国、日本、意大利、加拿大等国商标法,欧共体商标条例和我国台湾地区“商标法”,都有基本相同的规定。⑱ 这再一次表明了各国商标法高度认同商业使用在商标保护中的基础性地位。其次,依法撤销的商标注册,其效力确定地消灭,

---

⑰ 法国商标法 714 – 5 条规定,无正当理由连续五年没有在注册指定的商品或服务上实际使用商标时,其所有人丧失商标权利。失效自五年期满之日起算。失效具有绝对效力。美国商标法第 45 条规定,商标停止使用而无继续使用之意思者视为放弃,继续停止使用满三年即为表面上证据确凿之放弃。俄罗斯商标、服务标记和原产地名称法第 22 条规定,商标的法律保护可以因其注册后任何连续三年未使用在全部或部分商品上提前终止,德国商标法第 25 条规定,如果提出请求之前五年内注册商标没有根据第 26 条用于商品或者服务上,注册商标所有人无权对第三方提出任何第 14、18 和 19 条所述的请求。

⑱ 参见欧共体商标条例第 50 条,德国商标法第 49 条,英国商标法第 46 条,意大利商标法第 42 条,法国商标法第 714 – 5 条,日本商标法第 50 条,加拿大商标法第 45 条,我国台湾地区“商标法”第 63 条。

这种消灭是绝对的，即对任何人来说，该商标注册的效力都确定地消灭，不管相对人是否提出抗辩，都不能再向任何人主张权利。而事实上已经失效的商标注册，相对人的抗辩仅在该纠纷处理中有对抗原告请求权的效力，在其他纠纷中，如果相对人未主张抗辩，事实上已经失效的注册商标将仍然被当做有效的注册商标对待。这有点像民法上相对无效的民事行为，如果受损害的一方当事人不在法定期限内申请撤销/变更，该行为就会因时间的经过和相对人的容忍而成为有效的民事法律行为；也有点像民法上的诉讼时效制度，诉讼时效期间届满，债务人取得拒绝履行的抗辩权，如果债务人不行使抗辩权而仍然履行其债务，债权人接受履行就是合法的，债务人不能反悔，要求债权人返还。总而言之，连续三年不使用的注册商标，其商标权事实上已经失效，这种失效不是确定的、终局的，它可以因真实使用而复活，也可以因相对人不抗辩而仍然发挥注册商标的效力。但是，只要相对人提出抗辩，在涉案纠纷中，该注册商标就确定失效。这是基于商标权是私权，实际上已经失效的注册商标在相关程序中影响的主要是作为私权主体的相对人的利益，应由相对人自己主张。

三、三年不使用撤销制度的完善

新《商标法》对三年不使用撤销制度的规定只有半句话，既没有揭示撤销的理由，也没有对维持商标注册效力的商标使用类型、不使用的正当理由、撤销的效力以及三年不使用注册商标的效力复活做出规定。新《商标法》的这些疏漏虽为《中华人民共和国商标法实施条例》（以下简称《条例》）所弥补，但仍有不够完善之处，如《条例》对维持商标权效力的使用的规定尚不全面，对复活注册商标效力的使用缺乏限制性规定。

（一）三年不使用期限的计算

《条例》第66条规定，商标局受理撤销注册商标申请后应通知商标注册人，限其自收到通知之日起2个月内提交该商标在撤销申请提出前使用的证据材料或者说明不使用的正当理由；期满未提供使用的证据材料或者证据材料无效并没有正当理由的，由商标局撤销其注册商标。该条规定明确了以下问题：

第一，三年不使用期限的截止日期是提出撤销申请之日，计算方法是从提出撤销申请之日起向前推算，撤销申请提出之后的使用不予考虑。

第二，只要商标注册人在提出撤销申请前三年内使用了注册商标，不管这种使用是在自注册之日起三年之内，还是在自注册之日起三年以后，只要是真实的商业使用，该注册商标就不能被撤销。如果使用行为发生在自注册之日起三年之内，该商标未满足撤销条件，不能撤销；如果使用行为发生在自注册之日起三年以后，提出撤销申请前三年以内，那么，该注册商标虽然曾经一度满足过撤销条件，但是，由于真实的商业使用，该注册商标的效力已经复活，依法也不应当被撤销。

《条例》关于三年期限的计算方法与其他国家的相关规定是一致的，即能够复活注

册商标效力的使用只能是提出撤销申请之前的使用，提出撤销申请之后的使用不予考虑。这是因为，其一，撤销权是形成权，只要相对人提出撤销申请，商标权便确定地消灭，[19]而已经确定消灭的权利是不可能复活的；其二，他人提出撤销申请之后的使用难谓善意的真实的使用，对这样的使用提供保护，有违诚实信用原则。因此，"提出撤销申请之前"这个时间界限是不能突破的。

但我国理论和实务界对此有不同认识。孔祥俊先生认为："虽然曾有连续三年不使用的事实，但在撤销程序（包括涉及撤销的行政程序和诉讼程序）中，连续三年不使用的撤销事由已经消失，商标已经发生了实际效应，适用《商标法》第 44 条第 4 项的规定已经丧失了事实基础（情势变更）。""商标注册人已经实际使用商标的，相当于已经'改过自新'，应当既往不咎和宽大为怀，否则就陷于为撤销而撤销或者有意惩罚商标注册人的境地，是一种机械和僵化的做法，对权利人不公平，也不符合常理。"[20]

对孔先生的观点，笔者不敢苟同。从程序的角度而言，以行政程序结束后新产生的证据推翻商标评审委员会的裁定，明显违法，且有违程序正义。从实体的角度而言，三年不使用撤销制度所涉及的不仅是被申请撤销的注册商标所有人的利益，而且涉及申请人的利益，因此，必须考虑二者之间的利益平衡。以"情势变更"来为不依法裁判辩解，则更是对"情势变更"原则的曲解。李扬教授指出：提出撤销注册商标请求的人往往是长期使用该注册商标的竞争者，如果允许商标权人在得知他人提出撤销请求后突击使用而保住商标注册，请求人的使用行为很可能构成侵权而被判令赔偿损失、停止侵害，如果这样，请求人通过使用商标积聚的信用和财产都将付之东流，而商标权人则可轻而易举地将请求人在商标上积聚起来的信用和无形财产据为己有。[21] 笔者赞同李扬教授的上述分析。同时认为，三年不使用撤销制度的立法目的主要不是督促注册人使用注册商标，而是为了清除注册簿中的死亡商标，方便他人注册，防止注册人利用实际上已经死亡的注册商标打击竞争对手。商标使用是经营行为，由经营需要决定，外界的督促不起主要作用，基于外界压力的使用不太可能是有效益的使用，也不应该是商标法所追求的使用。如前所述，权利失效的依据是诚实信用原则，连续三年不使用的商标注册已经失效，只要相对人提出撤销申请，其效力便确定地消灭，只有在撤销申请提出之前诚实的商业使用才能复活其效力。在他人已经提出撤销申请，进入撤销程序之后，甚至在行政程序结束之后才开始的使用，显然不能满足诚实使用的要求。如果这样的使用也可以复活已经死亡的注册商标，将严重破坏人们对自己行为法律后果的预期，破坏人们的法律信仰，法律规范的行为导向作用也会大打折扣。如果在司法中贯彻这一标

---

⑲ 史尚宽先生说"形成权者，依权利者一方之意思表示，得使权利发生、变更、消灭或生其他法律上效果之权利也。"史尚宽《民法总论》，1980 年自版，第 20 页。

⑳ 孔祥俊《商标与不正当竞争法——原理与判例》，法律出版社 2009 年版，第 89 页。

㉑ 李扬《注册商标不使用撤销制度中的"商标使用"界定——中国日本相关立法、司法之比较》，载《法学》2009 年第 10 期。

准，三年不使用撤销制度等于被废除。因此，能够复活注册商标效力的使用必须是在提出撤销申请之前的使用。

（二）注册商标效力复活的限制

注册人在他人提出撤销申请之前对注册商标的使用是否都能够复活已经失效的注册商标的效力？为了防止注册人为保住商标注册而象征性地使用注册商标的欺诈行为，贯彻诚实信用原则，也为了保护商标使用人的正当利益，德、日、英、法、意等国和我国台湾地区在承认使用复活注册商标效力的同时，都规定，如果这种使用是在得知他人将提起撤销之诉之后，在提出撤销之诉之前三个月之内开始的，则不予考虑，即不能复活商标注册的效力。[22] 我国新《商标法》和《条例》只要求复活注册商标效力的使用须在申请人提出撤销申请之前，此外并无其他限制。我国的规定是否合理？我认为，上述国家和地区的该项规定，无非是为了防止商标注册人以象征性的使用对抗撤销申请，损害商标使用人的正当利益。三个月的时间标准不过是为了给执法者提供一个裁判依据。但是，三个月期限并非是一个科学的、不可改变的规则，例如，提出撤销申请前三个月另一天开始使用就可以复活注册商标的效力，提出撤销申请前三个月开始的使用就不能复活注册商标的效力，其科学性在哪里？而且“知道他人将要提出撤销申请”之后，“提出撤销申请前三个月之内”的要求，在操作层面上比较复杂，举证不易。因此，我国没有必要照搬他国的上述规定。只要我们准确把握使用复活注册商标效力的立法目的，抓住只有真实的商业使用才能复活注册商标效力这个核心，严守提出撤销申请之前的使用这个界限，完全可以通过对真实的商业使用的解释，妥善处理撤销纠纷。这个任务可以通过司法解释完成，而没有必要修改法律。

（三）维持注册商标效力的使用

《条例》第 66 条规定，使用商标的证据材料，包括商标注册人使用注册商标的证据材料和商标注册人许可他人使用注册商标的证据材料。该规定没有反映出商业活动中商标使用的全部情况，例如，商业活动中使用的商标，往往与注册核准的商标有所差异，这算不算注册商标的使用？贴附注册商标的商品全部用于出口的，是否符合商标在中国使用的要求？这些问题不仅与商标注册人利益攸关，而且事关经济发展，特别是对外贸易的发展。作为第二性的法律，应当反映第一性的社会生活的要求，商标使用方式的规定应当符合商业活动中商标使用的实际情况。因此，应通过司法解释确认，为了维持注册商标，实际使用的商标标识与注册核准的有差异，但没有改变商标同一性（识别性）的，视为注册商标的使用；在出口商品上使用注册商标的，视为注册商标在中国的使用。

---

[22] 参见德国商标法第 49 条，法国商标法第 714 - 5 条，意大利商标法第 42 条，英国商标法第 46 条、日本商标法第 50 条，我国台湾地区“商标法”第 63 条。

四、三年不使用撤销制度与相关制度的协调

注册商标三年不使用撤销制度具有充分的理论依据，它对于克服商标权注册取得制度的固有缺陷，发挥商标注册制度的积极作用，维护竞争秩序具有重要意义。根据体系化要求，三年不使用撤销制度的核心理念，应当在商标法的相关制度，包括异议制度、无效制度和侵权责任制度中得到贯彻，以实现商标法各项制度之间的和谐统一。

（一）与异议制度的协调

我国商标法采注册前异议制度。对于商标局初步审定公告的商标，在先权利人、利害关系人认为损害自己的在先权利（利益）的，可以在自公告之日起 3 个月内向商标局提出异议。如果据以提出异议的是一个已经三年未使用但尚未撤销的在先注册商标，该异议是否应当支持？新《商标法》和《条例》对此未置可否，司法解释也从未对此表态，理论界亦基本无人关注。笔者曾撰文呼吁商标法修改应重视使用在商标制度构建中的作用，提出应当对据以提出异议、无效请求和侵权诉讼的在先注册商标课以使用要求的主张，[23]但未能引起重视。查国外立法，明确规定异议人应提供据以提出异议的在先注册商标使用证据的，有欧共体商标条例、德国商标法、英国商标法等。德国商标法规定，注册申请人有权要求异议人提供据以提出异议的商标的使用证据，如果异议人不能提供使用证据，也不能证明不使用的正当理由，异议将不被支持。而且，德国商标法还专条规定，以因注册商标产生的请求权的主张或者注册的持续有效取决于商标的使用为限，商标必须在国内真实使用于注册指定的商品或服务上。英国商标法规定，如果异议是基于一个已经注册五年的在先商标提出的，被异议人有权要求异议人提供其在五年内在核准使用的商品上使用商标的证据，如果商标在五年内未被真正使用，且没有未使用的正当理由，异议申请将不予支持。[24] 这些规定所体现的精神和理念是，长期不使用的注册商标，其权利已经失效，申请人不能依据一项已经失效的“权利”来阻止他人的商标注册。其实，我国商标局 2006 年 4 月 18 日“商标法修改稿”第 56 条已经对此作出了与上述国家商标法基本一致的规定[25]，可惜的是，该规定没有得到学界和司法界的积极响应，以后的稿子也没有保留这一合理而且极有价值的条文。

商标的生命和价值在于使用，长期不使用的注册商标虽然在形式上还是一个注册商标，但是其市场生命力已经消亡，其商标权的效力实际上也已经终止或者说失效。在异议程序中，注册申请人（被异议人）主张不使用抗辩（要求异议人提供在先注册商标

---

[23] 参见张玉敏《论使用在商标制度构建中的作用——写在商标法第三次修改之际》，载《知识产权》2011 年第 9 期。

[24] 参见德国商标法第 43、26 条，英国商标法第 6 条，欧共体商标条例第 43 条。

[25] 该条内容如下：异议人商标在初审公告之前注册已满三年的，被异议人可以请求异议人提供其在初审公告之前三年内在核定的或者据以提出异议的商品上的使用证据，或证明存在未使用的正当理由。未使用且无正当理由的，该注册商标视为没有注册，在部分商品上使用的，该商标权视为仅在该部分商品上注册有效。

的使用证据），有类似于启动三年不使用撤销程序的作用。其区别仅在于，要求异议人提供使用证据只产生相对效力，即针对被异议商标该注册商标不具有排他效力；而撤销请求能够产生绝对效力，即该注册商标被撤销，商标权消灭，对任何商标都不再具有排他效力。如果在异议程序中允许用实际上已经失效的注册商标反对在后商标的注册，不仅造成异议制度与三年不使用撤销制度的矛盾，而且为那些专为敲诈而囤积注册商标，进行不正当竞争的行为提供了可乘之机。在异议程序中赋予注册申请人不使用抗辩权，不仅有充分的理论依据，而且与三年不使用撤销制度保持了逻辑一致性，有利于商标法各项制度之间从理论到逻辑的协调一致。建议通过司法解释，认可被异议人的不使用抗辩权，被异议人可以要求异议人提供据以提出异议的注册商标的使用证据，如果异议人既不能提供使用证据，也没有不使用的正当理由，驳回异议。

可能有人会说，被异议人可以按照新《商标法》第 49 条向商标局申请撤销该注册商标，因此，不需要赋予其不使用抗辩权。被异议人当然可以向商标局申请撤销该商标注册，但这不能成为否定其不使用抗辩权的理由，正如专利法一方面规定任何人得以缺乏新颖性为理由申请宣告专利无效，同时又赋予侵权诉讼中的被告现有技术抗辩一样。因为赋予被异议人不使用抗辩权，对被异议人来说更为方便，能够更好地保护自己的利益。当然，被异议人也可以选择向商标局申请撤销该注册商标。

（二）与商标注册无效制度的协调

商标是否符合商标法规定的注册条件，特别是是否存在侵害在先权利（权益）的情况，是一个难以准确判定的问题，因此，在商标注册程序中发生一些失误是难免的。为了尽量降低注册工作中的失误，提高注册质量，各国商标法在异议制度之外，都设有注册商标无效（或称撤销）制度。我国商标法原来称之为注册商标的撤销，因与商标管理中的“撤销”同名不同义，受到学者的批评，新《商标法》改为无效，在概念使用上有所进步。[26] 注册商标无效制度和异议制度都是为了防止和纠正注册机关的注册失误，提高商标注册质量所做的制度安排，二者在制度理念和法定事由方面是基本一致的，区别仅在于，异议制度防止失误于注册之前，无效制度纠正失误于注册之后。因此，前面对异议制度的分析批评，原则上可以适用于对无效制度的评价。我国商标注册无效制度存在的主要问题是没有赋予在后注册人（被申请人）不使用抗辩权，可能产生经过长期使用已经在市场上建立信誉的在后注册商标被一个已经长期未使用的在先注册商标无效掉的问题。这是对市场既有的商标使用秩序的践踏，极不公平。

欧共体商标条例、德国商标法和英国商标法都规定，被申请人可以要求申请人提供据以提出无效申请的在先注册商标的使用证据，如果申请人不能提供使用证据，又没有不使用的正当理由的，无效申请将被驳回。如果在先注册商标仅在注册指定的部分商

[26] 有所进步意味着仍不够科学。按民法原理，新商标法第 45 条规定的“无效”应为“撤销”（相对无效），第 44 条规定的“无效”才是真正的无效（绝对无效）。

品(服务)上使用,则视为商标仅在该部分商品和服务上注册。[27] 这样的规定强调使用在商标保护中的作用,符合商标的功能和保护商标的目的,而且与注册商标长期不使用应予撤销制度保持了逻辑上的一致性,因而是合理的。鉴于我国盲目注册较为普遍和大量商标注册实际上已经失效的实际情况,赋予被申请人(在后注册人)不使用抗辩权尤为必要。如果被申请人提出不使用抗辩,而无效请求人不能提供使用证据,又没有不使用的正当理由,其无效请求应被驳回。这不但是为了保持商标法各制度之间的逻辑一致性,也是为了防止在先注册人利用早已死亡的注册商标对在后注册人进行敲诈,维护商标使用秩序和竞争秩序。如前所述,面对在先注册人的无效申请,在后注册人可以选择行使不使用抗辩权或者撤销权,也可以在行使不使用抗辩权的同时行使撤销权。由于新《商标法》和《条例》都没有对此作出规定,因此,只能寄希望于司法解释对立法的缺陷进行弥补。

通过司法解释确认被异议人和无效申请中被申请人不使用抗辩权,不是创设新的权利,而是对法律明确规定的撤销权在不同情况下的行使方式的解释,没有超越司法解释的权限,因而是可行的。

(三)与侵权责任制度的协调

新《商标法》第 64 条规定,商标注册人请求赔偿,被控侵权人以注册商标未使用抗辩的,法院可以要求注册人提供此前三年实际使用该注册商标的证据,注册人不能提供使用证据,也不能证明因侵权行为受有其他损失的,被控侵权人不承担赔偿责任。该条规定的被控侵权人不承担赔偿责任的条件有两个:一是提出侵权指控之前三年没有实际使用注册商标;二是也没有因侵权行为遭受其他损失。分析该条规定可知,其所依据的理论是损害赔偿责任的构成要件——须有损失,而不是失效的注册商标不能作为侵权救济的依据。按此规定,即使被控侵权人抗辩成功,仍然要承担停止侵权责任。据一位参与修法的先生说,第 64 条规定的不使用抗辩条件与三年不使用撤销的条件是有区别的,即后者除了三年不使用外,还需要没有不使用的正当理由。如果注册人有不使用的正当理由,其商标注册依法不能被撤销,所以抗辩成功只能免除赔偿责任,而不是不承担侵权责任。[28] 就字面规定而言,这位先生的解释是有道理的。但是,如果按照这种解释,该规定就是毫无意义的多余条款,因为损害赔偿责任构成要件理论完全可以解决该条款所要解决的问题。非但如此,该规定还可能遭到合理性质疑:既然商标注册仍然有效,为什么未经许可的使用(侵权)不承担赔偿责任?被控侵权人本来应该向注册人购买许可,付费使用,现在没有付费,这是否应当算是注册人的损失?因为通说认为应赔偿的损失包括既得利益的损失和可得利益的损失,而应当支付的许可使用费当然属

---

[27] 参见欧共体商标条例第 56 条规定,德国商标法第 51 条、55 条,英国商标法第 47 条。

[28] 金武卫先生 2014 年 6 月 4 日在中国知识产权审判理论研究会和西南政法大学知识产权研究中心举办的《新商标法司法热点问题研讨会》上的发言。

于可得利益。

德国商标法第25条可为破解这个难题提供有益的思路。该法第25条第1款规定:“如果商标在主张请求权的最近五年内未依照本法第26条使用于其请求权据以成立的商品或服务之上,并且商标至此为止已至少注册5年,则注册商标的所有人不得针对第三人主张本法第14条、第18条和第19条规定的请求权。”该法第14条规定的是损害赔偿和停止侵害请求权,第18条规定的是销毁以违法方式标示的物品和专门用于或几乎专门用于违法标示的装置的请求权,第19条规定的是提供信息请求权。概而言之,注册商标所有人得不到任何法律救济。其制度理念是,长期不使用的注册商标已经失效,法律不应再给予保护。

我国商标局2006年4月18日“商标法修改稿”第142条对此也有明确规定:侵犯他人连续三年停止使用的注册商标权的,不承担侵权责任;侵犯他人从未使用但注册尚未满三年的商标权的,赔偿制止侵权的合理开支。应当说,该规定在理论依据和立法技术上都比新《商标法》第64条的规定更科学、更合理,更有利于侵权责任制度与三年不使用撤销制度之间的协调。

因此,新《商标法》第64条规定的不使用抗辩应当从制度理念和法律效果方面进行彻底改造。如前所述,不使用抗辩的依据是注册商标三年不使用撤销制度,因为据以提起侵权指控的商标注册实际上已经失效,不再受法律保护,因此,抗辩的效力应当是全面否定注册人的救济请求权,被控侵权人既不需要赔偿损失,也不需要停止“侵权行为”,即不承担任何侵权责任,原告也得不到任何法律救济。最高人民法院可通过司法解释和指导判例,将被控侵权人提出不使用抗辩时原告的举证责任,扩张为提出侵权指控前三年内使用注册商标的证据和有不使用的正当理由的证据,将抗辩成功的效果修正为被控侵权人不承担侵权责任。这样解释虽然与第64条规定的字面意思有出入,但是,却能够符合目的解释、整体解释的要求。

这一观点看似离经叛道,但其实不仅有法律依据,而且合乎逻辑。其法律依据是新《商标法》第49条关于三年不使用撤销的规定,如果被“侵权”的注册商标已经满足了应当撤销的条件,那么,它虽然尚未被撤销,但事实上已经失效,一旦有人提出不使用抗辩,法律就不应再予以保护。如果被控侵权人提出撤销请求,作为侵权对象的注册商标被撤销,其法律效果也是被控侵权人不承担任何侵权责任。在这样的制度设计之下,在作为侵权对象的注册商标已经符合撤销条件这一事实基础之上,不管被控侵权人选择行使不使用抗辩权还是撤销权,就该案件而言,其最终的法律效果是一样的,而这正是体系化所要求的。这样的制度设计能够实现三年不使用撤销制度和侵权责任制度之间的协调和逻辑一致,而且有利于稳定既有的商标使用秩序,防止不正当竞争。

结 论

注册商标连续三年不使用撤销制度的理论依据是，由商标的识别功能所决定，只有在商业活动中真实使用的商标才是法律所要保护的商标，长期不使用的注册商标已经失效，依法应当撤销。但是，在他人提出撤销申请前真实的商业使用可以复活注册商标的效力。该制度体现了商标保护的理念，符合商标法的立法目的，按照体系化的要求，商标法的相关制度应当与该制度保持理论和逻辑上的一致性。因此，应当确认异议程序中的被异议人、无效程序中的被申请人、侵权诉讼程序中的被控侵权人的不使用抗辩权，如果抗辩成功，应驳回异议申请和无效申请，驳回侵权诉讼原告的诉讼请求，即被控侵权人不承担侵权责任。

Abstract: The institution of cancellation of registered trademarks which have ceased to be used for three consecutive years is an important system in the trademark law, its theoretical basis, which is decided by the recognition function of trademark, is that the trademark which is truly used in business activities is the trademark which is protected by the trademark law, registered trademark which is not used for a long time has lost its effectiveness, the law should not provide protection. This system embodies the concept of trademark protection, and conforms to the legislative purpose of trademark law. According to the systematic requirements, the relevant system of the trademark law should be consistent with the theory and logic of this system, and the new trademark law clearly does not meet this requirement. In this paper, by using the method of systematic, firstly, the correctness and the rationality of the institution of cancellation of registered trademarks which have ceased to be used for three consecutive years is proved, on this basis, analysis the logical confliction between the system of opposition to trademark registration, the system of invalidity about trademark registration, the tort liability system in the new trademark law and the institution of cancellation of registered trademarks which have ceased to be used for three consecutive years. The suggestions of improvement just as follows: by judicial interpretation and guidance case, confirm the right to defense of not use for demurred party in opposition procedure, The respondent in invalidity procedure, and the accused infringer in Infringement proceedings, if the defense is success, the application of opposition and invalidity, and the plaintiff's claim of infringement lawsuit will be rejected.

（责任编辑：朱广新）