

商标抢注行为的法律性质和司法治理

田晓玲 张玉敏

内容提要：商标法明文禁止抢注他人已在先使用的未注册商业标识。抢注行为违反法律的明确规定，侵害了在先使用人合法的民事权益，按照《民法总则》和《侵权责任法》的规定构成侵权行为，应当承担向在先使用人返还标识和赔偿损失的民事责任。将民事权益纳入侵权法的保护范围，不仅有国内法的依据，而且符合侵权法的国际发展趋势。

关键词：商标抢注 侵权行为 构成要件 损害赔偿

Abstract: The Trademark law expressly prohibit other people's unregistered trade mark which is. Rush registration violates the Trademark Law and infringes the prior user's legitimate civil rights and interests, and constitutes an infringement according to the General Provisions of Civil Law and the Tort Liability Law. The infringer should return the mark to the prior user and compensate the damages thereof. It has domestic legal basis to put the civil right and interests under the protection of the Tort Law, and the practice also conforms to the international development trend.

Key Words: rush register; infringement; constitutive requirement; damages

商标抢注几乎是与商标法的贯彻实施相伴而生的一种消极社会现象。商标抢注不但严重损害商业标识在先使用人的利益，加大企业的经营成本，而且扰乱行政主管机关商标注册和管理秩序，损害消费者利益，有百害而无一利。虽然近几年国家从立法、执法等方面不断加大对商标抢注的治理力度，但商标抢注行为不但没有消除，反而有愈演愈烈之势。导致这种情况的原因是复杂的，如法律制度的不完善、执法的偏差、^①地方政府对商标注册申请的金钱支持和奖励政策等，都是导致商标抢注屡禁不止、愈演愈烈的原因。但商标注册制度的不完善，特别是法律责任制度的缺失无疑是商标抢注行为猖獗的重要原因。本文专门讨论运用民事责任制度治理商标抢注的问题，抛砖引玉，以期引起司法界和理论界的重视，共同为寻求治理商标抢注的有效措施和路径而努力。

一、法律责任的缺失是商标抢注猖獗的重要原因

商标抢注行为是一种严重违背诚实信用原

则，扰乱竞争秩序和商标注册秩序、管理秩序，有百害而无一利的违法行为，但是，我国商标法对于抢注行为只有宣示性和禁止性规定，没有责任规定。

关于宣示性规定见诸《商标法》第7条。该条规定：“申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。”但是，商标法并没有违反该原则性规定应当承担何种法律责任的原则规定，也没有在商标注册申请、异议、无效等具体制度中作出相应规定，使该原则条款的指导作用大打折扣。

关于禁止性规定，见诸《商标法》第9条、第13条、第15条、第16条和第32条。第9条规定，申请注册的商标“不得与他人已在先取得的合法权利相冲突。”第13条第2款是关于禁止在相同或者类似商品上抢注他人未在中国注册的驰名商标的规定，第3款是关于禁止在不相同或者不类似商品上抢注他人已经在中国注册的驰名商标的规定。第15条是关于禁止代理人、代表人以自己的名义抢注被代理人、被代表人商标的规定。该条还规定，就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人

作者简介：田晓玲，西南政法大学副教授

张玉敏，西南政法大学教授

① 如20世纪90年代以前，为了鼓励商标注册，片面强调先申请原则，对抢注行为有意无意地予以支持。

在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。第16条是关于禁止抢注地理标志的规定。第32条规定，申请注册商标不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢注他人已经使用并有一定影响的商标。第45条则是违反上述规定的商标注册无效的规定。

综合上述，在商标法上，抢注行为的法律后果是：

1. 驳回申请、不予注册；
2. 已经抢注成功的商标注册被宣告无效。

两项法律后果的实质是，抢注者没有得到本来不属于他的东西，除此之外，他没有任何损失，甚至可能已经在市场上收获颇丰——如抢注成功，虽然之后可能被宣告无效，但是，这期间他利用被抢注商标的声誉，可能已经取得可观的收益。而被抢注者即使打赢了官司，也仅仅是拿回了本来属于自己的东西，他因此所受到的损失，特别是市场机会丧失的损失没有任何补偿。

抢注者抢注一个商标，所花成本极低，而且许多地方政府为鼓励商标注册还为申请人承担申请费，甚至还给予奖励。而在先使用人为了拿回自己的商标，不得不启动异议、复审甚至无效程序，将商标局、商评委甚至人民法院拉入处理抢注纠纷的程序之中。经营者增加了大量的维权成本和经营成本，社会浪费了宝贵的行政资源和司法资源。抢注者即使被认定为恶意抢注，最坏的结果也不过是抢注不成或者抢注的商标被宣告注册无效。而目前这个结果对于被抢注者来说已经是最好的了。这是何等的不公平啊！这实际上是对抢注行为的放纵和鼓励，对守法经营者的打击。我们有理由认为，法律责任的缺失是我国商标抢注猖獗的重要原因。但我国立法和理论研究的关注点在侵权，对如何治理抢注问题尚未给予应有的重视。我们认为，商标抢注问题已经严重干扰了诚信经营者正常的经营活动，

严重扰乱了商标注册和管理秩序，其社会危害性不亚于侵权行为。

二、商标抢注行为的界定

本文所讨论的商标抢注是指明知是他人在先使用的商业标识而以自己的名义抢先申请商标注册的行为。商标抢注具有以下法律特征：第一，被抢注的对象是他人的商业标识，包括但不限于未注册商标，有一定影响的商品特有名称、包装、装潢和企业名称中的显著部分（商号），知名人物的姓名、肖像等；第二，申请注册行为未经标识所有人许可；第三，抢注人明知该标识属于他人，却以自己的名义申请注册，即主观上具有将他人在先使用，具有一定影响的商业标识通过注册据为己有的故意。

除此之外，也有将申请大量商标注册而并未及时投入商业使用的行为，即所谓抢占公共资源的注册行为，称为商标抢注的。这个问题与本文界定的商标抢注法律性质不同，处理的政策也应当有所不同，不在本文的讨论范围之内。

我国商标法明确禁止的抢注行为包括：复制、模仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，在相同或者类似的商品上申请注册，容易导致混淆的（第13条第2款）；复制、模仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，在不相同、不类似的商品上申请注册，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的（第13条第3款）。代表人、代理人未经授权，以自己的名义将被代表人、被代理人的商标进行注册；与在先商标使用人具有合同关系、业务往来关系或者其他关系而明知他人商标，而将与他人人在先使用的未注册商标相同或者近似的商标在同一种或者类似商品上申请注册（第15条）；在非地理标志所标示地区的商品上抢注地理标志（第16条）；以不正当手段抢注他人已经使用并有一定影响的商标（第32条）。^②此外，根据《反不正当竞

^② 《商标法》第15条第2款规定，就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。《商标法》第33条规定违反此项规定是提出异议的理由之一，第45条规定违反此项规定是宣告商标注册无效的理由之一。按此规定，抢注的对象不限于驰名商标和有一定影响的商标，普通商标也在禁止抢注之列，条件是抢注人明知该商标是他人在先使用的商标。因此，第32条“不得以不正当手段抢注他人已经使用并有一定影响的商标”的规定与第15条第2款的规定相冲突，误导人们认为只有有一定影响的未注册商标才不得恶意抢注，缩小了不得恶意抢注这一原则规定的适用范围。

争法》第6条规定,擅自将与他人有一定影响的商品特有名称、包装、装潢相同或近似的名称、包装、装潢申请商标注册;将他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等)、域名主体部分、网站名称等申请商标注册,引人误认为是他人商品的,也可以归入抢注的范围。

除《商标法》和《反不正当竞争法》明确禁止的以上抢注行为外,一切商业标识都可能成为抢注的对象。只要明知是他人的商业标识,未经标识所有人许可而以自己的名义申请商标注册的行为,都属于抢注行为,都在禁止行为之列。

三、商标抢注行为是侵权行为

虽然商标法没有关于商标抢注行为民事责任的规定,但是,理论上我们都承认商标法属于民法的组成部分,因此《民法总则》和《侵权责任法》的相关规定以及民法原理对于商标纠纷的处理具有基础性的指导意义。依据《民法总则》和《侵权责任法》的规定以及民法原理,商标抢注行为具备侵权行为的构成要件,属于侵权行为,可以依法追究其损害赔偿赔偿责任。

(一) 商标抢注行为是违法行为

1. 商标抢注行为违反诚实信用原则。诚实信用原则是民法的基本原则,也是商标法明确规定申请商标注册和使用商标应当遵循的原则。商标抢注人明知是他人的商业标识而以自己的名义抢先申请注册,希图将他人的商业标识据为己有,践踏了最起码的商业道德,违反诚实信用原则的性质不言而喻。

2. 商标抢注行为直接违反商标法的禁止性规定。我国《商标法》第9条规定申请商标注册不得与他人在先取得的合法权利相冲突;第13条禁止抢注未注册驰名商标、注册驰名商标;第15条禁止代表人、代理人抢注被代表人、被代理人的商标,禁止其他明知是他人商标而抢注的行为;第16条禁止抢注地理标志;第32条规定不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。《反不正当竞争法》第6条禁止擅自使用他人有一定影响的商品特有名称、包装、装潢,禁止擅自使用他人有一定影响的企业名称或者姓名。商标抢注行为违反了商标法和反不正当竞争的上述禁止性规定,属于违法行为。

商标抢注行为不但违反商标注册应当遵循的诚实信用原则,而且直接违反法律的禁止性规定,其性质属于违法行为,应无任何异议。

(二) 商标抢注行为给商业标识在先使用人造成损害

商业标识在先使用人对于其商业标识享有受法律保护的合法权益,这种合法权益的本质是该商业标识所负载的商誉和市场竞争能力。这是商标法禁止他人抢注在先使用的未注册商标的主要理由。商标抢注行为侵害了商业标识在先使用人对于其商业标识所享有的合法权益,给商业标识在先使用人造成损害,该损害包括被抢注人,即在先使用人在未注册商业标识上已经建立的商誉的减损、市场机会的丧失和为了拿回自己的商标而支付的合理费用。被抢注人有权要求抢注人承担侵权责任,赔偿损失。

《民法总则》第3条规定:“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护,任何组织或者个人不得侵犯。”明确将“合法权益”纳入民法的保护范围。

《侵权责任法》第2条则进一步规定:“侵害他人民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”“民事权益”是“合法权益”的一种类型。按照我国通说,“合法权益”包括权利和正当利益,民事权益包括民事权利和受法律保护的民事利益(法益)。因此,在我国,未穿上权利外衣的合法的民事利益是侵权法的保护对象,也就是说,不仅侵犯民事权利的行为是侵权行为,侵害他人合法的民事利益的行为也属于侵权行为。未注册商标和其他商业标识虽然未通过商标注册取得商标权,不能享受商标法的积极保护,但是,如前所述,商标法明文规定禁止抢注他人在先使用的商业标识,即在先使用的商业标识属于受商标法消极保护的“民事利益”,当然也属于受民法总则和侵权责任法保护的“合法权益”。因此,对该合法权益的侵害满足侵权行为构成要件中“损害”的要件。也就是说,在先使用的未注册商业标识不但受商标法的消极保护,可以禁止他人抢先注册,而且可以依据民法总则和侵权责任法追究抢注人的侵权责任。

（三）损害和抢注行为有因果关系

商业标识在先使用人因标识被抢注所受到的损害，即其先使用的商业标识商誉的减损、市场机会的丧失和为了拿回本来属于自己的商业标识所付出的代价，都是由于抢注行为造成的，二者之间的因果关系是不言而喻的。

（四）抢注人具有故意

故意是商标抢注行为的必备条件，非故意不构成抢注。按照侵权责任法的理论，除法律有特别规定者外，损害赔偿以侵权行为人有过错为必要条件。如前所述，我国商标法和反不正当竞争法所规定的几种抢注行为，都是故意行为。所以，只要能够认定构成商标抢注行为，就具备了承担损害赔偿责任的要件。

以故意作为抢注行为人承担损害赔偿责任的要件，是由抢注的对象——未注册商业标识的法律性质决定的。未注册商业标识虽然属于受法律保护的民事利益，但毕竟不享有商标权。在民法上，未穿上权利外衣的民事利益（法益）和权利的重要区别之一，就是保护的强度不同。保护强度的不同，主要体现在责任要件和举证责任的不同。按照商标法的规定，未经许可使用他人的注册商标即构成侵权，不管使用人是否有过失。过失仅是承担损害赔偿责任的要件，而不是构成侵犯商标权的条件。未注册商标的保护则以抢注人的故意为必要条件，法律禁止的只是恶意抢注。所谓恶意，即明知是他人在先使用的商业标识而抢先注册，也就是故意。这是因为，注册商标是经过公示的受法律保护的商标，其保护范围明确，经营者应当注意并尊重他人的注册商标，避免侵权。未注册商标未经公示，受保护的领域亦不清楚，他人无法从具有公信力的公开渠道了解其使用状况和归属，因此法律只能禁止他人的故意抢注行为。举证责任方面，除要求驰名商标跨类保护外，注册人只需要证明自己的商标是注册商标即可，未注册商标所有人则必须证明其商标是在先使用的商标以及使用的商品/服务类别，并且要证明抢注人具有恶意。除此以外，侵权法对未注册商业标识与注册商标的保护没有实质性区别。

通过以上分析，我们已经论证了依据我国《商标法》《民法总则》和《侵权责任法》的规定，抢注他人在先使用的商业标识的行为符合侵权行为的构成要件和承担损害赔偿责任的构成要件，被抢注人可以依据《侵权责任法》的相关规定要求抢注人承担侵权责任，包括返还被抢注的商业标识和赔偿损失。

四、域外借鉴

（一）将法益纳入保护范围是侵权法的发展趋势

将未披上权利外衣的法益纳入侵权法的保护范围，是侵权法的国际发展趋势。

事实上，欧洲民法一直在朝着扩大侵权法保护范围的方向发展。欧洲各国的侵权法大致上可以划分为德国模式和法国模式。法国民法典侵权责任的一般条款，即1382条规定：“任何行为使他人受到损害时，因自己的过错而致损害发生之人，对该他人负赔偿的责任。”该法典未对侵权行为进行类型化，而将其糅合在一个一般条款中。欧洲大多数国家都采用法国模式，其中比利时（1830年法）和意大利（1865年法）关于侵权责任的一般条款甚至与法国的规定一字不差。按《法国民法典》第1382条的文义解释，“损害”本应包括对权利侵害造成的损害和对合法利益侵害所造成的损害。但是，法国司法长期以来将“损害”解释为侵犯绝对权和人身权所造成的损失。直到1970年，法国最高法院综合审判庭才在一个判决中承认“损失可以被定义为对利益的损害”。^③这说明法律条文含义是随着社会的发展和观念的进化通过司法判例被定义的。

《德国民法典》则通过对侵权行为的特征进行区分，将侵权行为类型化为：对权利的侵犯（第823条第1款）、违反保护性规定（第823条第2款）和违反善良风俗（第826条）。第823条2款和826条规定的损害，就包括未穿上法律外衣的纯粹经济利益的损失。所谓纯粹经济利益损失，是指侵害未穿上权利外衣的民事利益所造成的损失。我国台湾地区“民法”效法德国立法

③ 参见克雷蒂安·冯·巴尔著：《欧洲比较侵权行为法》，张新宝译，法律出版社2001年版，第30页，注释⑥。

例,第184条规定:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人者亦同。”

进入20世纪以后,欧洲的侵权行为立法继续朝着扩大保护范围的方向发展。在这一过程中,《希腊民法典》《意大利民法典(1942)》

《瑞士债务法(1911)》等都没有效法《德国民法典》将侵权行为类型化的做法,而仍然采取将各种侵权行为糅合到一个统一条款之中的立法模式,在构成要件上则坚持过错和不法的区分。在理论上,“非限定化原则”取得了优势地位,根据这一原则,认定民事责任,既无须限于违反法定义务,也无须限于法律列举的绝对权利。如意大利晚近的司法判例通过将“不法损害”解释为“受到违法的损害”。这一发展的起点是对银行雇员和其他与他人的财务有联系的专业人员公开他人之信息的责任问题适用《意大利民法典》第2043条进行判决,进一步发展到对因对雇员的伤害使雇主受到损失的案件和因停电造成生产损失的案件,都适用该条判决赔偿。^④1982年的一个涉及一幅油画的虚伪鉴定证明的案件(DE Chirico),使这一发展达到顶峰。在本案判决中,最高法院的法官声明:他们毫不怀疑侵犯他人对其财产权利的完整性可以是一个诉因。^⑤“在百年延误之后,意大利法律终于发生了类似于法国法律在19世纪发生的变化。‘非限定化原则’取得了优势地位。”^⑥特别值得一提的是希腊民法典和荷兰新民法典。《希腊民法典》放弃了将保护范围明确限制为绝对权和受法律保护的利益的计划,其第914条规定:“一个人因过错以违法的方式对他人造成损害的,应承担赔偿责任。”该规定除涵盖各种绝对权和受法律保护的利益之外,还涵盖禁止权利滥用和基于诚信原则的作为义务,建立了一个禁止对他人造成损害的一般规

则,并通过第914条实施。结果,不作为责任、保护纯粹经济利益的制度,在法律无专门规定的情况下顺理成章地建立起来。^⑦被认为反映了欧洲近二百年侵权行为法发展成果的1992年《荷兰民法典》规定:“一个人对他人实施可归责于他的侵权行为,必须对该行为给他人造成的损害后果予以赔偿。除非有理由证明其为正当,否则下列行为被认定为侵权:侵犯权利;以作为、不作为方式违反法定义务;违反关于适当社会生活的不成文的规则。”该规定将以作为、不作为方式违反法定义务和违反适当社会生活的不成文规则的行为都涵括到侵权行为之中,极大地扩展了侵权法的保护对象,使侵权法能够适应社会发展的需要。^⑧按此规定,合法利益当然被包括于侵权法的保护对象之中。

《日本民法》第709条虽然仅规定权利为侵权法保护对象,但是,自末川博、我妻荣二位学者主张:“为适应实际需要,并体察不法行为法的基础已由个人本位的思想进入人类社会上损失公平妥当的负担分配,在不法行为的构成要件上应由权利侵害移向违法性,依被侵害法益的种类及侵权行为态样的相关关系,以决定加害人应否负赔偿责任。”此种居于通说地位的相关关系理论一方面扩大了不法行为法的保护客体,另一方面借违法性判断加以控制,使侵害权益及违法性类型化成为研究重点。^⑨日本已于2005年修法时将“受法律保护的利益”明确纳入侵权法保护范围。

纯粹经济利益在英美法系国家也是侵权法的保护客体。王泽鉴先生研究指出,就各国立法及判例学说加以观察,可以发现一个共同规范趋势,即对纯粹财产上利益的侵害出于故意时,应成立侵权行为。英国法上若干以故意为要件的侵权行为,多以纯粹经济上损失为其保护客体,如

④ 《意大利民法典》第2043条规定:“任何故意或者过失给他人造成不法损害的行为,行为实施者要承担损害赔偿的责任。”

⑤ 参见意大利最高法院1982年第2765号判决。转引自克雷蒂安·冯·巴尔著《欧洲比较侵权行为法》,张新宝译,法律出版社2001年版,第28-30页。

⑥ 克雷蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》,张新宝译,第30页。

⑦ 参见克雷蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》,张新宝译,法律出版社2001年版,第23-25页。

⑧ 参见克雷蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》,张新宝译,法律出版社2001年版,第37页。

⑨ 王泽鉴著:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第50页。

欺诈、共谋、引诱违约等。^⑩

综上所述,在国际范围内,侵权法的保护范围随社会的发展而不断扩张,不管是大陆法还是英美法,也不管是法国模式还是德国模式,各国侵权法都通过不同方式,将民事权益纳入侵权法的保护范围。

我国自《民法通则》开始,关于侵权责任的规定即没有采德国模式,而是和欧洲大多数国家的民事立法一样,将各种侵权行为统一规定在一个一般条款之中,然后对各种特殊侵权行为分别进行规定。特别是将侵权责任法的保护对象规定为“民事权益”,是符合侵权法的国际发展趋势的。学界和司法实务界的任务是,以《民法总则》和《侵权责任法》的一般规定为依据,针对现实生活中的实际情况,对纷繁复杂的侵权行为进行类型化,进而对不同类型的侵权行为的责任要件进行深入细致的研究,使之能够适应处理现实生活中复杂多样的侵权纠纷的需要^⑪。

(二) 美日对商标抢注行为的治理

抢注商标的行为构成侵权行为,抢注人依法应当承担民事责任,不但在国内法上有充分的依据,而且从国外立法中也可以找到先例。

1. 美国

《美国商标法》对注册申请人的诚信要求严格而具体。该法第1条对已经使用的商标的注册申请,要求申请人宣誓声明:其确信申请人是申请注册商标的所有人;就其所知,申请所陈述的事实是准确的;该商标确系正在商业中使用;并且就其所知,其他人无权在其商品或与其相关联的商品上使用与该商标相同或者近似的商标。对于意图使用商标的注册申请人,要求其宣誓声明:确信申请人有权在商业活动中使用该商标;申请人有真诚的意图在商业中使用该商标;就其所知,申请所陈述的事实是准确的;并且其他人无权在其商品或与其相关联的商品上使用与该商标相同或近似的商标。在此基础上,《美国商标

法》第38条规定:“任何以口头或书面的虚假或欺骗性声明或表述,或其他虚假手段,在专利商标局取得商标注册的人,在受害人提出的民事诉讼中,对其因此遭受的损害承担责任。”此处所说以“虚假或欺骗性声明或表述,或其他虚假手段”取得商标注册,无疑包括我们所说的恶意抢注。美国最高法院史蒂夫法官在“牌索”一案的判决中指出:“这类商品或商品外观应当获得与注册商标在本质上相同的保护。”当然,在提起这类侵权诉讼中,原告不享有《兰哈姆法》对注册商标规定的一系列有利之处,如推定注册商标的有效性和不可争议性,以及由注册产生的公告的作用等。^⑫也就是说,未注册的商业标识受商标法的消极保护——禁止抢注,在被抢注者提起的民事诉讼中,抢注者要承担相应的民事责任,包括停止侵害,返还商标,赔偿损失等。

在商标法中直接规定抢注商标应当承担损害赔偿责任,既便于操作,又符合法理,而且可以对抢注者起到警示作用,对我们具有较强的借鉴意义。

2. 日本

《日本商标法》第79条规定,以欺诈行为取得商标注册、防御商标注册、商标权或防御商标的续展注册、注册异议申请之决定或裁决者,构成欺诈罪,处三年以下有期徒刑或300万日元以下罚金。该法第82条规定:“法人代表或法人与自然人的代理人、经理人及其他从业人员,进行该法人或自然人的业务中违反下列各项规定之行为时,除处罚行为人为外,对该法人或自然人课以该各项规定之罚金:……2.第79条或第80条 一亿日元以下的罚金。”日本不但将“以欺诈行为取得商标注册”的行为规定为犯罪,而且还要对实施欺诈行为的行为人和法人或自然人进行双罚,这种严苛的追责制度足以让抢注者不敢以身试法。这与我国抢注者无责任的情况形成鲜明的对比,值得我们认真反思。

(下转第49页)

^⑩ 参见王泽鉴著:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第364-366页。

^⑪ 侵权行为的构成要件和侵权责任的构成要件是不同的,不同的侵权责任的构成要件也是不同的。各种侵权行为特别是特殊侵权行为的构成要件涉及的是立法政策问题,即哪些行为应当规定为侵权行为。侵权责任的构成要件则是法律解释问题和逻辑问题。如停止侵害的构成要件与赔偿损失的构成要件肯定是不一样的。关于这个问题的详细讨论,请参见张玉敏:《侵害知识产权民事责任构成要件辨析》,载《法学论坛》2003年第3期。

^⑫ 转引自李明德著:《美国知识产权法》(第二版),法律出版社2014年版,第629页。

（三）应加强审判主体专业化程度，法律、技术两手都要硬

1. 重视法官或者法官助理的技术背景

虽然业界有人认为法官不必懂技术^⑫，但是法官直接决定着案件的最终判决结果，作为技术事实查明的第一责任主体，如果具有技术背景则能够使得法官具有一定的技术思维，更容易理解专利案件相关技术内容和争议，而且根据德国技术法官和美国专业法官协同技术助理的工作模式可以看出，裁判者自身的技术背景对于技术类知识产权案件中技术事实查明的积极意义。从我国知识产权复合型人才教育来看，这种要求也是具有一定可行性的。目前阶段来看，可以考虑技术类知识产权案件的承办法官或者法官助理具有技术背景，比如，既可以是具有理工科教育背景，也可以是曾经多年从事技术类案件的审判工作，尤其是在遴选新任法官或法官助理时，在满足其它条件的情况下可以考虑向同时具有技术背景的人员倾斜。

同时，还可以通过培训、交流等手段使得法官、法官助理在一定时间段内能保有其具有技术背景的这种优势。

2. 加强有专业技术知识的陪审员的参与有效性

一方面，应该通过对案件审理过程的管理，加强具有专业技术知识的陪审员的参与程度。（1）知识产权法院在任命人民陪审员时应考虑其技术背景；（2）应该根据案件的技术领域分配具有该领域专业技术知识的人民陪审员；（3）通过比如开庭笔录、庭后合议记录等材料评价陪审员在案件审理过程中所发挥的专业作用。另一方面，应该对参与技术类知识产权案件的人民陪审员进行相关法律法规的培训，使其了解基本的相关法律知识，或者通过人民陪审员校对判决书来让其理解法官对案件争议焦点问题的判断思路，从而能够很好地理解法官需要查明的技术事实并为庭审时能够有针对性地提问打下基础。■

^⑫ 孔立明：《关于重建知产案件技术事实查明机制的构想》，载“中国知识产权杂志”微信公众号，访问时间：2017年6月14日。

（上接第32页）

结 论

1. 根据我国《民法总则》和《侵权责任法》的规定，民事权益是《侵权责任法》的保护对象。在先使用有一定影响的未注册商标是商标法明确规定禁止他人抢注的，属于《侵权责任法》保护的民事权益。恶意抢注行为侵害了商业标识在先使用人的合法权益，符合侵权行为的构成要件，其性质属于侵权行为。被抢注人可以对抢注者提起侵权之诉，请求其赔偿因商业标识被抢注所遭受的损失，包括为拿回被抢注的商标所花费的诉讼费用和律师费，以及丧失商业机会的损失。在操作层面上，根据新的《行政诉讼法》第61条的规定，法院在认定抢注人具有恶意的情况下，可以根据被抢注人的请求，在行政诉讼程序中一并判令抢注人承担赔偿责任。当然，被抢注人也可以另行提起侵权诉讼。

2. 抢注行为具有严重的社会危害性，不但严重损害商业标识在先使用人的利益，加大

经营者的维权成本，而且扰乱行政主管机关商标注册秩序和竞争秩序，损害消费者的利益。所以，不仅应当追究其民事责任，还应当追究其行政责任，即应当对抢注人给予罚款，并且记入信用档案，让其偷鸡不成蚀把米，为其违反诚信原则的行为付出沉重的经济和信用代价。

党的十九大报告提出：“倡导创新文化，强化知识产权创造、保护、运用。”为贯彻落实十九大报告的要求，目前知识产权立法和司法以及司法解释不断加大对侵权行为的打击力度，这无疑是正确的。但是，对于社会危害性严重、各方面反映强烈的商标抢注行为，是否应当以及如何追究抢注人的法律责任，却未有相应规定，理论上也没有进行充分地研究。本文不揣冒昧，直陈管见，以期引起立法者、司法者和学界同仁的重视。如能对解决这一问题有所推动，则是对我们的莫大鼓励。■