

定牌加工产品： 是否构成商标侵权？

■ 应振芳/文

当前，越来越多的商标侵权案见诸报端，其中比较特殊的是定牌加工中涉嫌侵犯国内商标权的案件。有一些已经诉至我国法院，各地法院作出了截然不同的判决，让人莫衷一是。许多中国企业已受到类似的困扰，所以有必要借用案例分析一下这个问题。

在美耐克公司与西班牙 CIDESPORT 公司、浙江某进出口公司、浙江某制衣厂商标侵权纠纷中，西班牙 CIDESPORT 公司在第 25 类商品运动服装上，在其本国合法拥有 NIKE 注册商标权。2000 年，该西班牙公司委托浙江省某进出口公司和浙江某制衣厂生产 NIKE 男滑雪衣出口到西班牙。当浙江某进出口公司通过深圳海关报关出境之时，美国耐克公司以该批服装侵犯了其 NIKE 商标专用权为由，向海关申请扣留，后又向深圳中院提起商标侵权之诉，要求西班牙公司、浙江某进出口公司、浙江某制衣厂停止侵权并赔偿损失。深圳中院认为西班牙公司提供原材料、商标吊牌等委托浙江某进出口公司和浙江某制衣厂生产 NIKE 男滑雪衣，属于在同一种或类似商品中使用与注册商标相同或者近似商标的行为，构成对耐克公司注册商标专用权的侵害。

北京法院的观点却不太一样。北京高院于 2004 年 2 月 18 日颁布的《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》(京高法发〔2004〕48 号)第 13 条中对“受境外商标权人委托定牌加工的商品仅用于出口，其商标与权利人的注册商标相同或者近似”的行为明确规定“造成相关公众的混淆、误认是构成侵犯注册商标专用权的前提。定牌加工是基于有权使用商标的人的明确委托，并且受委托定牌加工的商品不在中国境内销售，不可能造成相关公众的混淆、误认，不应当认定构成侵权。”

上海法院与北京法院观点近似。在上海申达音响电子有限公司诉玖丽得电子(上海)有限公司一案中，上海一中院和上海高院均认定被告作为 OEM 企业，产品全部出口不构成商标侵权。

上述各法院面对基本相同的案件事实，基本看法却截然不同。至今未见最高人民法院发布权威性意见，解决上述法院之间存在的分歧。何以基本相同的案件事实，导致截然相反的判决论？论者多以对于商标法的解释和适用作为切入点，分析判决在解释上的妥适与否。这诚然是一种惯常的却又是有价值的研究路数。

商标法第 52 条以列举的方式规定了商标侵权行为的类型，其中，第一种就是未经商标注册人的许可，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。纯粹依照法条字面意义理解，涉外定牌加工中有关当事人的构成“未经许可，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”。广东法院和浙江法院也正是依据上述规定判定有关当事人构成侵权。

持解释论立场的学者多主张上述法院的判决属于错误理解商标法第 52 条，理由是纯粹出口加工，类同于劳务输出。且商标法的基本理论认为，商标侵权，应是引起相关公众混淆。之所以惩罚商标侵权行为，是由于商标侵权行为将导致相关公众尤其是消费者混淆。这一原则称之为“混淆原则”，处于商标法基本原则的地位。简单说，无混淆之处，也就不存在商标侵权。定牌加工中的商品根本不在中国境内销售，而是全部出口销售给客户，形象地说，定牌加工商品走的是一条封闭的管道。如果生产的商品不是在国内销售，则不可能导致相关公众混淆，也不会给国内商标权人造成损害，不属侵权。

可以超越解释论的立场来看待上述问题。

依照经济学家李嘉图的理论，只要存在比较优势，国际贸易就有意义。因此，如无特殊事由，国际贸易应该被鼓励。以包括商标权保护在内的知识产权保护限制国际贸易，是各国常见

的做法。但即便是以此限制国际贸易，也应该注意知识产权的边界。具体而言，商标法应该留心在国际领域内，相同或者近似的商标各有其市场范围，应当尊重这种既成的努力范围，避免机械保护以至于影响国际间的自由贸易。越来越多的文献和事例证实，世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》，所谓的“与贸易有关”，大抵是利益集团院外游说的结果，并被包装成、或被解释成可以减少贸易中的阻碍因素。其实知识产权国际保护与国际贸易本无特别的关联。但是，我国的《知识产权海关保护条例》及行政机关相应的执法实践，也包括司法机关的司法实践（尤其是对于商标法第 52 条的形式主义的理解），却实实在在地阻碍了国际间的自由贸易。

不妨看看定牌加工案件另外一些背景材料。几乎在耐克公司诉西班牙 CIDESPORT 公司、浙江某进出口公司、浙江某制衣厂商标侵权纠纷同一时期，美国耐克公司与西班牙 CIDESPORT 公司在西班牙和荷兰进行的另外两场商标权诉讼，均以耐克公司败诉告终。这一背景材料反映出来的他国司法实践与我国某些司法机关的实践形成有趣的对比。

回顾商标法的发展历程，可知商标法来源于古老的欺诈诉讼。在现代商标诉讼背后，始终隐含着另一个可

以提起的诉讼，即消费者针对商人提起的欺诈之诉。商标法本来就是普通法中欺诈的一个分支，又是更为宽泛的假冒的一个分支，后者更上位的概念是不正当竞争。

商标是商人在营业中使用的标志，因此，无论从商标权乃是一种商事权利这层意义而言，还是从商标法的规范最落实在对于某些商事上的行为（主要是指不公平贸易行为、不正当竞争行为）规定法律效果这层意义而言，商标法都属于商法的范畴，是商法的组成部分。因此，商标法除了知识产权法的属性之外，还有其商法的本质属性。无根基的商标法律实践看不清商标法的多重属性，误以为商标权乃是建立在符号之上的，可以独立于任何背景，可以超脱出商法情境的纯粹符号财产权。

商标法只在存在商品、存在贸易的情况下起作用，其归根结底是对贸易中的不适当的行为进行规范的法律。只有处在一国流通领域中的商品，所使用的商标才有可能构成商标侵权。定牌加工中所涉及的商品，在国内根本不存在贸易行为，因此，根本无商标法适用的余地。已经有人准确地指出，涉外定牌加工的产品虽然是在中国制造，但其行为的性质，却类似于国际间的劳务输出。

（作者系浙江工商大学法学院副教授）



加工贸易在我国对外贸易中的份额占到 50%以上，但以定牌加工为主的方式让一些中国企业陷入商标侵权纠纷。
阿青/摄

(上接第一版)

蔡昉：中国改革开放 30 多年来实现的高速增长，同样有人口因素的作用，即由于在改革期间，人口政策、经济增长和社会变迁共同推动了人口转变过程，人口结构呈现劳动年龄人口数量多、增速快和比重大的特点，形成有利的人口结构或者说潜在的人口红利。

这种潜在的人口红利，在市场经济制度环境下，通过二元经济式的发展过程，参与经济全球化而得以实现。研究表明，中国总抚养比每降低 1 个百分点，导致经济增长速度提高 0.115 个百分点。1982 年至 2000 年期间，总抚养比下降推动人均 GDP 增长速度上升 2.3 个百分点，大约对同期人均 GDP 增长贡献了 1/4 左右。

既然人口红利的源泉是人口转变特定阶段产生的年龄结构优势，随着人口转变阶段的变化，这个人口年龄结构自然会发生变化，即从劳动年龄人口占优势的人口结构，转变为年老型的人口结构。事实上，15 岁至 64 岁劳动年龄人口从 20 世纪 60 年代的高速增长，进入到 90 年代的相对缓慢增长，并预计在 2015 年前后停止增长。与此同时，65 岁及以上人口占全部人口比重在 2000 年已经接近 7%，并预计在 2015 年达到 9.6%。相应的，人口抚养比届时将由下降到上升的转折点。

如果遵循以往关于人口红利的定义（劳动年龄人口持续增长、比重不断提高从而保证劳动力充分供给和高储蓄率）以及相应的估算人口红利的人口抚养比，则上述转折点的接近和抵达则意味着人口红利的减弱乃至消失。但是，也有文献指出，在人口结构趋于老龄化的情况下，个人和家庭的未雨绸缪可以产生一个新的储蓄动机，形成一个新的储蓄来源，

其在国内、国际金融市场的投资还可以获得收益。这被有些学者称为区别于前述意义上人口红利的“第二次人口红利”。

《中国企业家报》：即使中国的人口红利不如以前，但相比老龄化严重的欧洲等发达国家，也还是有人口优势的，这会转化为劳动力优势吗？

蔡昉：由于中国地域广阔，地区之间在发展水平和资源禀赋上存在巨大差异，世界经济历史上发生过的国家之间产业转移模式，即所谓“雁阵模式”，完全可以成为国内产业转移的路径。即通过劳动密集型产业从东部地区向中西部地区的转移，更加充分地利用现有劳动力，延长第一次人口红利。

而且，劳动力供给中是包含着人力资本因素的。在人口老龄化过程中，仍然可以通过劳动力市场制度的安排，扩大劳动年龄人口规模，从而保持劳动力供给的充裕。此外，在深化教育的前提下，人口年龄结构的变化并非要对人力资本积累产生负面影响。相反，人口结构变化还创造了一些新的条件有利于扩大和深化教育，这可以被看做是从人力资本方面创造经济增长新源泉的第二次人口红利。

中国人口抚养比下降开始于 20 世纪 60 年代中期，但只有改革开放才创造了利用第一次人口红利的条件。而按照定义来看，第二次人口红利的条件要求更高，涉及到教育制度、就业制度、户籍制度和养老保险制度的改革。

《中国企业家报》：英国《金融时报》报道，中国内地地区当前的高出生率正由劣势转变为优势，青壮年劳动力占当地人口比明显上升，人口红利仍处于释放期，更多企业也将搬迁到内地区域以追寻尚存的人口红利，给当地创造就业

岗位、推动消费，有助于增强当地未来经济增长潜力。您认为呢？

蔡昉：总体而言，这个报道来得太迟了，说的是 20 年前的道理。不过，我们的确可以在中西部继续这个过程。劳动密集型产业的比较优势，在东部地区逐渐丧失的同时，可以通过向中西部地区转移，而在一定时期内得到延续。因为我们国家大，在一个地区出现了劳动力成本提高的情况，其他地区可能还会在一定的时间内保持劳动力低廉。

在东部地区劳动力和土地成本提高的情况下，中西部地区仍然有较大的潜力，这为广大中西部地区的发展带来了后发优势。

虽然统计局数据显示，目前，中、东、西三类地区之间工资水平相差不大，但是在沿海地区这个工资水平人家不去了，天天要谈判提高工资，而在中西部还有足够的吸引力。因此，通过产业转移可以延长我们的比较优势。

此外，中国到目前为止，要素生产率的提高，其中更多是资源重新配置效率，而不是微观的技术效率。如果我们形成这个雁阵模型，就可以继续获得资源重新配置效率。

为此，改善中西部地区的投资环境十分重要。目前，在区域发展战略的实施中，中西部地区资本密集程度迅速提高的趋势值得警惕。2000—2007 年期间，东部地区制造业的资本劳动比年平均增长率为 4.2%，而中部和西部地区分别为 9.2% 和 8.1%。在 2007 年，中部和西部地区的资本劳动比，已经分别比东部地区高 20.1% 和 25.9%。

企业可通过深化教育提高劳动生产率

《中国企业家报》：如果未来中国

的人口红利慢慢下降，企业在人口红利消失之时，需要注意哪些方面？

蔡昉：一个国家或地区产品的比较优势和竞争力，并非完全取决于工资水平，还取决于劳动生产率水平。具体来说，应该从工资和劳动生产率结合的指标上来认识，即相对工资水平与相对劳动生产率水平之比——“单位劳动成本”。即使工资率已经开始提高，只要劳动生产率的提高速度更快，该指标就仍然可以维持在较低的水平上，从而意味着产业比较优势和竞争力得以保持。

理论和经验都表明，教育水平的整体改善是劳动生产率提高的主要源泉。一项计量分析表明，在制造业，职工受教育年限每提高 1 年，劳动生产率就会上升 17%。如果企业职工全部由初中以下学历的职工构成改善为全部是高中学历职工的话，企业的劳动生产率将提高 24%，如果进一步改善为全部是大专学历的话，企业的劳动生产率可以再提高 66%。

在改革开放的 30 年中，中国教育水平得到大幅度提高，在义务教育基本实现普及的同时，高等教育和职业教育也有长足的发展。但是，中国教育发展程度与发达国家相比仍然存在较大的差距，而国内在地区之间和城乡之间，教育发展差距也是巨大的。例如，发达国家的学龄率一般在 18 岁以前都基本保持在 100%，与此相比，中国在学龄水平从 12 岁就开始陡然下降。观察城乡之间的教育水平差异时，也可以看到几乎相同的变化轨迹。

这一方面固然是劳动生产率提高的制约因素，但另一方面也是今后通过深化教育达到提高劳动生产率目的巨大潜力。

实行税收优惠政策促进企业年金发展

李莉/文

国家统计局最近公布的第六次全国人口普查结果显示，我国 60 岁及以上的人口占总人口的 13.26%，总数 1.79 亿，65 岁及以上的老年人占总人口的比例 8.87%，绝对数接近 1.2 亿。这意味着我国的老龄化进程还在继续。专家预计，到 2050 年，我国老年人口将超过 4 亿，占总人口比例的 30% 以上，达到老龄化高峰。

面对人口老龄化趋势的来临，积极应对“银发浪潮”的挑战，建立多层次的养老保险体系已经刻不容缓。目前，作为第一层次的基本养老保险制度已经初步成型，并取得一定的成效。但是，旨在保基本、广覆盖的基本养老保险制度并不能完全满足社会养老的需求。企业年金作为第二支柱，是对社会保障体系的延伸和完善。尤其在人口老龄化趋势加剧的今天，现收现付制度面临巨大的挑战，企业年金发挥的补充养老保险作用尤为突出。

企业年金主体的行为博弈

古今中外，任何制度的建构均是多方利益博弈的结果。企业年金制度亦是如此，从中国目前的发展情况来看，政府和企业是该博弈的核心决策者。

政府与企业的博弈过程中，可以选择建立或者不建立企业年金制度。假设政府选择建立企业年金制度，必须采取鼓励性的税收优惠政策。

企业建立年金计划，为员工提供补充养老保险，不但能减轻政府的养老负担，实现社会目标，还能增强企业竞争力，提高经济效益。如此一来，企业经营效益好，所交纳的税额增多，政府财政收入增加。

然而，效用的取得是以一定的成本为代价：一方面，政府需要协调各方利益，让渡一定的税收作为企业年金的激励机制；另一方面，政府要承担企业可能出现的逃税行为以及企业经营不善造成的税收风险。以上作为政策颁布的成本。政府建立年金制度与否需要在成本与效益之间进行衡量。

对企业而言，建立年金计划不但能享受一定的税收优惠，而且能激励员工，提高工作效率，进而获得额外的收益。同时，企业需要承担年金的筹备、建立、缴费等费用。如果政府没有任何优惠措施，企业仍决定建年金的话，企业将通过采取延期支付工资的方式，将员工当期工资的一部分转化成未来年金而发放，此时，年金的激励作用很小，也就是说不会有额外的收益产生。

政府的税收调控传导机制可以表述为：税收政策——纳税人收入变动（收入效应）——纳税人行为调整（激励效应或替代效应）——经济活动变化，宏观调控目标实现。由此可见，企业年金的发展和政府的税收支持是密不可分的。

政府税收优惠的可行性分析

一些学者对于中国实行税收优惠政策表示担忧，认为该制度不利于实现社会公平。一方面，该政策加剧了社会财富的分配不均。由于企业年金以税收优惠作为刺激其发展的主要手段，高收入者是企业年金的主要参与者，他们通过缴纳较高的保费得到更多的税收优惠，而最需要保障的低收入群体却被拒之门外；另一方面，小企业和大企业的差距进一步加大，不利于市场竞争。

对于实行税收优惠政策促进企业年金的发展，针对国内部分学者认为其有违社会公平的论调，笔者有如下几个观点：

首先，我们不应该孤立地看待企业年金的税收优惠对社会公平的影响，而应把它放在整个社会保障制度中加以分析。多支柱的社会保障体系中，各支柱的侧重点不同：基本养老保险制度应该更多考虑减少收入以及社会地位的不平等，照顾弱势群体和低收入群体利益，促进社会稳定的目标。而在企业年金计划的设计中应更多地考虑有助于促进经济增长，尤其要与发展生产力，增进企业间的竞争与就业相联系。一个完整的社会保障体系中，不同层面的养老金计划的设计应该尽可能地兼顾公平与效率的有机结合。

其次，企业年金“抓大放小”的问题一直存在，对于效益好的大型企业尤其是国有企业而言，建立企业年金并不困难，而对于家底不厚、存活率低、内部机制不健全的中小企业，企业年金的准入“门槛”则令他们望而生却。加之税收优惠制度不健全、建立年金制度的动力不足，导致中小企业在年金市场裹足不前。

因此，为了实现公平，应该大力发展集合年金市场，鼓励中小企业积极参与。所谓集合企业年金计划，是由法人机构受托人发起设立，事先指定政府监控下的账户管理人、投资管理人和托管人承担相应职责，并共同制定企业年金基金管理制度和流程，同时为多个企业委托人提供一揽子管理和服务的企业年金计划。

该计划不但简化了中小企业年金建立的程序，大大降低单个中小企业建立年金计划的成本，而且能够发挥规模效应，降低中小企业年金计划的运营成本。集合年金计划的规模性，有利于在未来规模资产大幅度提高情况下形成规模效应，并将规模效应产生的成本节约让予客户，从而降低企业成本开支，从而形成更多企业参与建立年金制度，享受同等税收优惠，吸引优质人才，提高企业的核心竞争力，形成中小型企业的良性循环。

最后，建立和发展中国的企业年金制度，除了实行税收优惠政策以鼓励企业参与，还应着手于各项配套政策规范制定和完善。税收优惠政策作为企业年金制度的重要组成部分，在税收制度设计中考虑发挥其激励作用的同时，还应该约束其负面作用。一方面，规范企业年金税收优惠政策的申请条件，有效防止仅针对高薪员工建立年金计划的现象，减少公司利用企业年金骗取税收优惠的行为；另一方面，加强企业年金税收政策监管，使我国企业年金制度能够健康高效的发展。

（作者系首都经济贸易大学社会保障专业研究生）