

列强博弈与清末商标立法(1903—1911)

孟凡礼

内容提要:在清政府主导之下,自1903至1911年开始了近代中国第一次商标立法的进程,该次立法最终以失败收场。列强之间的博弈是导致立法失败的重要原因,而列强博弈的焦点集中在对商标权的争夺之上。导致列强在这一问题上产生矛盾的原因,大抵有两方面:一是日本利用距离上接近中国的优势大量抢注商标,引起各国的不满;二是英美法系与大陆法系在商标权的获得问题上存在不同规定,这使得各国在中国的商标注册问题上无法达成一致。这一问题本质是各国对扩张在华经济权益“比较优势”的争夺,而此种“优势”带有零和博弈属性,各国愿望无法全部满足,清政府的商标立法因此也难以推进。列强间的博弈不仅影响了清末商标立法的结局,还对近代中国商标法制的内容产生了重要影响。

关键词:商标立法 《商标注册试办章程》 商标互保协定 列强博弈

1901年清政府开始实施新政,将振兴商务、兴办实业作为重要任务,对民法与商法的需求由此变得迫切。1903年4月22日,清廷下旨令载振、袁世凯、伍廷芳“先订商律,作为则例”,^①开启了中国商事立法近代化的历程。商标立法便是这一历程的重要组成部分。但由于中外之间、列强之间对法律草案的内容存在明显分歧,各方之间无法达成一致,导致该项立法最终以失败告终。国内学界已有一些研究围绕该问题展开,且多集中于三个方面:一是在近代商标立法的整体历程中加以研究,用以说明中国商标法制的产生及特点;^②二是从中外交涉的角度展开,主要探究立法失败的原因及清政府在这一过程中的作用;^③三是研究该次立法的意义,侧重考查其对民国商标立法的影响。^④国外研究中,熊达云以中日两国交涉为切入点,探究外部因素对立法的影响。^⑤上述研究以《商标注册试办章程》为中心,对清末商标立法的过程、影响进行了基本勾勒,但纵观既有成果仍然未能展现立法过程的全貌,存在进一步拓展的空间。列强是影响清政府商标立法的主要力量,各国在立法过程中的具体利益诉求是什么?斗争格局是怎样的?各国的相互争斗对立法过程、结局及草案内容产生了怎

[作者简介] 孟凡礼,曲阜师范大学历史文化学院讲师,曲阜,273165,邮箱:hm0592@126.com。

① 《商部奏拟订〈商律〉,先将公司一门缮册呈览,恭候钦定折》,上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)》第4卷,商务印书馆2010年版,第170页。

② 如张东刚、冯素杰:《近代中国知识产权制度的安排与变迁》,《中国人民大学学报》2004年第3期;姚秀兰、张洪林:《近代中国商标立法论》,《上海政法学院学报》2006年第2期;侯强:《近代中国商标立法的特征及其社会效应》,《中国矿业大学学报(社会科学版)》2009年第1期;蔡晓荣:《晚清华洋商事纠纷研究》,中华书局2013年版;汪娜:《近代中国商标法制的变迁:从寄生到自主的蜕变》,上海人民出版社2016年版;曾友林:《中国商标法制近代化研究》,博士学位论文,西南政法大学,2019年;等等。

③ 如崔志海:《中国近代第一部商标法的颁布及其夭折》,《历史档案》1991年第3期;熊秋良:《清末商标立法述论》,《湖南师范大学社会科学学报》1997年第1期;屈春海:《清末中外关于〈商标注册试办章程〉交涉史实考评》,《历史档案》2012年第4期;李永胜:《清末中外商标保护交涉述论》,《安徽史学》2012年第6期;等等。

④ 如白大华:《中国近代商标法律制度的形成——兼评〈商标注册试办章程〉》,《中国工商管理研究》1994年第12期;左旭初:《中国近代商标简史》,学林出版社2003年版;刘文远:《从“移植”到“内生”的演变:近代中国商标权取得原则的确定及调整》,《知识产权》2015年第4期;等等。

⑤ 熊達雲「清末中国における商標保護法規の制定と諸外国からの影響:中日両国の交渉と関連して」『山梨学院大学法学論集』第57号,2007年2月,43—129頁。

样的影响? 这些问题都值得进一步探究。美、日两国是清末商标立法的主要推动者和见证者, 故此, 本文以美日两国外交档案、清外务部档案以及新闻报刊为主要史料, 试图勾勒列强围绕清政府商标立法斗争的具体轮廓, 以期展现清末商标立法的复杂社会背景。

一、立法缘起: 外交与内政的双重需要

清末商标立法是内外因素共同作用的结果, 具有复杂的国内、国际背景。国内方面, 甲午一役后, 发展工商业的重要意义已为统治者所认知, 扶持工商业的发展成为清政府重要政策方向。正如学者所指出, “甲午战后清政府致力于发展工商实业, 并非完全停留于口头上, 也不是一味敷衍社会舆论或粉饰门庭, 而是采取了一系列具体措施”。^① 在这一时期, 清政府通过修筑铁路、兴商埠、办银行等举措, 积极为推动工商业的发展创造条件。在各项措施渐次落地背景下, 制定商律就显得尤为必要, 以为推动工商业发展提供良好制度环境。此外, 庚子事变之后, 清政府宣布实行新政, 作为地方实力派的张之洞、刘坤一所提《江楚会奏变法三折》中, 也将制定商律、矿律等律法作为振兴工商的重要条件。1903年9月, 清政府设立商部, 张之洞将讲商学、定商律、开商会、恤商情视为商部“应办事宜”。对于商律的作用, 张之洞指出“商律之义, 保护而已矣。禁讹诈, 禁假冒, 禁亏塌, 准专利”,^② “禁假冒”便需通过保护商标予以实现。总之, 作为商律之一门, 对商标予以立法保护是清政府实施推动繁荣工商业战略的必要一环, 具有客观国内背景。

国际方面, 法、英、美、德、日等资本主义国家在19世纪50年代以来已先后颁布商标法规, 1884年《保护工业产权巴黎公约》、1891年《商标国际注册马德里协定》等国际条约为某些国家商标的国际保护也提供了一定法律依据。进入20世纪以来, 列强围绕中国市场的争夺进一步加剧, 各种商标侵权行为也日益增多。^③ 为解决竞争中的矛盾并限制中国民族工业的发展, 各国将保护商标等知识产权作为经济侵华的一项新工具。英、美、日等率先与清政府签订商约的国家, 便通过中外商约将保护商标、专利和版权等知识产权变成清政府的一项条约义务。比较来看, 美国政府对于知识产权保护提出了更多要求, 在中美商约中对保护商标、专利和版权三项内容提出了要求, 而中英商约仅对保护“贸易牌号”、中日商约对保护“商牌”和图书版权进行了规定。面对各国对于知识产权保护的要求, 在清政府看来, 中国正开通民智、讲求制造, 保护版权与专利不但“自塞其智慧”, 还将阻碍仿造外国军火器械。^④ 而商标保护又是三国共同的要求, 故对商标进行立法保护便成了三者的优先选项。

此外, 窥究清政府与英、美、日三国商约中的相关条款, 也已然可见列强在商标立法问题上的竞争。商标注册局所的设立是商标保护的前提, 在三国与清政府所签订商约中都对商标注册局所的设立进行了规定, 但其中还存在一些细微差别。英国所拟商约明显强调中国海关对商标注册局所的管辖权, 在条约中规定“中国政府应在上海广州两口岸设立货物牌号注册局所”, “归中国海关管理”。^⑤ 此后, 日本所拟商约中也承认海关对于商标注册局所的控制权。但在中美商约谈判过程中, 美方却明显“忽略”海关的管理权。美方在1902年6月27日提交的条约草案第三十款、1903年3月17日重新提交的草案第九款具体涉及商标保护问题, 两者间的差别主要表现在对商标注册局所的规定不同。1902年6月草案规定“向南北洋大臣注册”, 1903年3月新草案则修改为“向南北洋大臣申请,

① 朱英:《晚清经济政策与改革措施》, 华中师范大学出版社1996年版, 第14页。

② 《覆商部 光绪二十九年十二月》, 苑书义等主编:《张之洞全集》第12册, 河北人民出版社1998年版, 第10329页。

③ 当时的商标侵权行为主要有三种, 即洋商之间、华商对洋商以及洋商对华商的商标侵权, 三者相较, 前两种更为常见。关于华洋之间商标侵权纠纷, 可参见蔡晓荣、王国平:《晚清时期的涉外商标侵权纠纷》, 《学术研究》2005年第9期。

④ 《致外务部电(1903年7月19日)》, 丁贤俊、喻作凤编:《伍廷芳集》(下), 中华书局1993年版, 第227—228页。

⑤ 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编:《辛丑和约订立以后的商约谈判》, 中华书局1994年版, 第22页。

并在中国所设之注册局所注册、缴纳公道规费”。^① 美约中不提海关,只言“中国所设之注册局所”,实际带有削弱英国影响的意图。

对商标予以立法保护虽有如此国内、国际背景,但此时的清政府却并未做好准备,行动颇为迟缓。1903年11月21日,在中美《通商行船续订条约》正式批准之前,美国驻华公使康格(Edwin Conger)便致函外务部尚书庆亲王奕劻,询问为落实不久前批准的中英《续议通商行船条约》第七款保护商标的条款清政府采取了哪些措施,以及美国商人需要如何做、支付多少费用才能使其商标得到保护。奕劻在11月25日对此进行了回复,称其在三个月前便已向南、北洋大臣发出指示,要其就这一问题进行磋商并制定出具体方案,并称北洋大臣袁世凯已对此进行了回复,而南洋大臣魏光燾迟迟未曾回复。在此之后,关于如何进行商标保护,外务部便没有做出进一步答复,实际处于停滞状态。^② 不同于美国“询问”式敦促,英国在推动清政府进行商标保护方面的举措更为激进与直接,并带有主导商标立法的意味。1904年初,海关总税务司赫德(Robert Hart)以中英商约规定商标注册局所由“海关管理其事”,便“不待南北洋大臣之命,遽拟商标注册章程”,由英籍清海关副总税务司裴式楷(Robert Bredon)具体负责起草了《商牌挂号章程》。^③ 1904年2月,赫德令英国驻上海贸易参赞贾米森(J. W. Jamieson)召集英国商人代表对这些规则进行了讨论、修改,并在此之后将共计12条的商标注册章程交给清外务部。^④

外务部将该章程交由刚成立的商部进行审核。在商部进行审核的同时,英国驻华公使萨道义(Ernest Mason Satow)又对这份由英国主导的商标章程提出了修改意见。1904年2月25日,萨道义在给外务部右侍郎伍廷芳的信函中提出了具体修改意见,并指出因“大量洋商商标需要注册”,对第2、第7条插入了更加有利于洋商的补充性说明。^⑤ 海关所拟章程及萨氏所提修改意见带有明显偏袒洋商的特点,“表明帝国主义列强要将商标法也作为他们侵略中国的一种工具”,^⑥这引起商部的不满。3月4日,商部在给外务部的咨呈中指出,“保护商标一事原系商律中一门,近来日本商人屡有各种商牌纷纷来部呈请注册,本部正在筹议章程作为专律”,海关所拟商标章程“应由本部详细参酌,期于华洋商人一律保护无所偏倚”,^⑦主张重新修订商标章程,并在3、4月间完成了修订。

对于商部所修订的商标章程,日、英两国并不认可。4月8日,日本驻华公使内田康哉与伍廷芳就此进行了交涉。日使要求推迟公布该章程,而伍廷芳则认为应当立即公布,并称“商标注册局将雇用日本专家”,^⑧希望能够改变日本政府的态度。英使萨道义则“嫌其收费过多,照称商约所载,按照公道收费,足敷该局开销而止,今所定注册费30两,较英国收费数日多几一半,即如英商来华货物均系在本国曾经注册者,今又缴如此重费,似非恤商之道”,商部“某侍郎因此曾与反复辩论,卒未十分

① 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编:《辛丑和约订立以后的商约谈判》,第156、167页。

② Mr. Conger to the Secretary of State (June 1, 1904), File Microcopies of Records in the National Archives: No. 92, Roll 126, Despatches from United States Ministers to China, Volume 125, April 1 - September 27, 1904 (here after cited as File Microcopies: No. 92, Roll 126, Volume 125), Washington: The National Archives, 1946, pp. 271 - 272.

③ 《论商标注册不应展期》,《新闻报》1905年10月26日,第1版。

④ 关于海关拟订章程过程及内容,可参见崔志海:《中国近代第一部商标法的颁布及其夭折》,《历史档案》1991年第3期;《总税务司赫德拟定商标注册局章程》,《大公报》(天津)1904年3月29日,附张。

⑤ 例如,对于第7条,在“本规则制定前在中国合法使用”后加入“无论该商标是否已注册”,在“在中国专门制造或准备的货物”后加入“或为在中国销售而进口的外国货”,等等。参见《英国驻华公使萨道义为商标挂号章程暂缓批准拟改数条事致外务部伍廷芳英文信函 光绪三十年正月初十日(1904. 2. 25)》,中国第一历史档案馆等编:《清代外务部中外关系档案史料丛编——中英关系卷》第3册,中华书局2008年版,第102—104页。

⑥ 崔志海:《中国近代第一部商标法的颁布及其夭折》,《历史档案》1991年第3期。

⑦ 《商部为商牌注册章程俟核定后再请颁行及商牌注册局应由本部专管事致外务部咨呈 光绪三十年正月十八日(1904年3月4日)》,中国第一历史档案馆等编:《清代外务部中外关系档案史料丛编——中英关系卷》第3册,第110—111页。

⑧ 「在清公使至外務大臣 清國商標登錄規則見合交涉報告」日本外務省『清國商標註冊章程制定一件』第一卷 明治三十七年至三十八年 外務省外交史料館, B11091562300, 125頁。

妥贴”,双方一时争持不下。^① 面对僵局,商部决定绕开商标章程先开办商标注册局,聘任日本人小谷天次郎为顾问襄理一切开局事务,并计划商标注册局在1904年5月便开局办公。^② 对此,外务部认为此举系按商约办理,必须先制定一个被各国所认可的商标章程,否则“章程一经奏定,各国或有指摘,难免又烦口舌”。^③ 此后,清商部在充分参考各国商标注册条例并在权衡利弊基础上,最终拟定《商标注册试办章程》28条,《商标注册试办章程细目》23条。

二、欧洲五国与美日的对峙

根据商部的安排,商标注册本拟于1904年10月23日开始实施,但德、法两国对此提出了强烈抗议,并就此与外务部进行了多次交涉。在德、法等国看来,清政府在拟定《商标注册试办章程》过程中,只与英、美、日三国进行了“协商”,相关条文必然会向三国利益倾斜。安守廉(William P. Alford)在《窃书为雅罪 中华文化中的知识产权立法》一书中,对此种情形进行了总结,称“它们看来,商部草案同时对英美制度和日本人作出了不适当的让步。对前者让步的例证是:对于在中国使用了2年以上的未注册商标予以保护;对后者让步的例证是:在草案的订立过程中只请日本人担任顾问”。^④ 德、法两国公使还对商标注册相关条款提出了许多修改意见,如“在中国使用未满两年的商标,也有权不经注册而得到保护”“商行应免费注册”“一个注册应足以涵盖同一商标同一类别的所有物品”“应雇佣外国专家”等,其中还重点指出“在外国已注册之商标,均视为在中国已自然注册”。^⑤ 此外,在两国公使看来,“试办”等暂行法律比没有法律更加糟糕,并指出清政府缺乏开展该项工作必需的场所、人员等条件,而这些条件在六个月甚至一年后都不足以作好准备,因此,“宜将布告之期向后延缓”,^⑥要求将《商标注册试办章程》延期施行。

《商标注册试办章程》的发布,在各国商人中也引起了不小的震动。由于商人们在1904年9月初才获悉这一消息,普遍感觉时间过于紧张,无法在如此短时间内了解并适应这种变化,便以洋商上海总商会(Shanghai General Chamber of Commerce)的名义电告英国驻华公使萨道义,要他利用自己的影响力推迟章程的施行。萨道义为更好向清政府提出延期的要求,希望上海洋商能提供一份反对章程按期施行的具体意见。9月22日,商会主席威廉·利特尔(William D. Little)便主持召开了会员特别大会,对《商标注册试办章程》进行审议,并在9月30日给萨道义的电文中对洋商们要求延期的理由进行了阐述。整体来看,洋商们要求延期的理由主要包括两方面:一是由于上海的洋商多来自遥远的欧洲,其代理人没有足够时间接受来自总公司的指示;二是认为章程有些内容模糊不清、存有歧义,需要进一步加以阐释。此外,洋商们还对《商标注册试办章程》提出了一些具体修改意见,主要为:聘请洋人而非华人为注册官、各国的申请只以英文受理、将商标注册局的总部设在上海而非北京、降低商标注册的收费标准等。^⑦ 洋商们延期的要求以及对于章程的修改意见,得到了上海洋商中国协会主席达顿(C. J. Dudgeon)、德国协会主席布罗德森(C. Broderson)和美国商会主席詹姆逊(Jas. N. Jameson)的联名支持。

① 《商标注册志闻》,《大公报》(天津)1904年5月1日,第3版。

② 此时商部并不具备开办商标注册局的基本条件,办公之专门人才与经费的匮乏是主要限制因素,这从其所拟《商部商标注册局办法》中便可窥一斑,如第六条“外国商标局所用官员约四五十人之多,今所派章京仅六员,而各员皆有本司应办之公事,势难专心于此,日本所调学生到京需时,可否由该部自择品学兼优、任事勤勇、素所相信者,稟请一二员以资臂助”、第七条“注册局填照录档抄写需人,商部供事势难兼充,应请另招供事四人”,等等。参见《商部商标注册局办法》,《东方杂志》1904年第5期。

③ 《商标开局展缓》,《大公报》(天津)1904年6月23日,第3版。

④ 安守廉:《窃书为雅罪——中华文化中的知识产权立法》,李琛译,法律出版社2010年版,第45页。

⑤ Mr. Conger to the Secretary of State (October 13, 1904), File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, Washington: The National Archives, 1946, pp. 31 - 32.

⑥ 《议论商标》,《大公报》(天津)1904年9月19日,第1版。

⑦ Mr. Goodnow to Mr. Conger (October 7, 1904), File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, pp. 47 - 50.

对于美国商会的这一做法,美国政府并不支持。1904年10月6日,詹姆逊致函美国驻上海领事古纳(John Goodnow),让其将相关意见转告康格,并表示“为了美国商人的利益,希望他能施加影响,确保现在所要求的延期能够实现”。^①但包括古纳与康格在内的美国政界人士,却并不认同詹姆逊的观点。10月13日,康格在给国务卿海约翰(John Milton Hay)的电文中附上了9月22日洋商上海总商会特别会议的纪要,并对欧洲与美国商人在《商标注册试办章程》实施中的不同境况进行了说明:

大多数商人在敦促本国政府就商标保护与清政府进行商约谈判时,都认为他们将受到保护——不让任何国籍的人冒用他们的商标。但在最后却发现,除非相关国家之间有特别协定,这种保护只针对中国人,此外,一个商标不能涵盖一家公司所经营的所有商品。因此,他们根本不希望也不需要商标条例。这尤其适用于欧洲商人,而不是美国商人。

康格所指的“特别协定”应为英国与法国、德国、意大利三国所签订的在华商标互保协定,该协定为各国在华商标的保护提供了一定依据,而美国在此时并未与各国签有相关协定。在给国务卿的这份电文中,康格也再次表明了积极推动商标立法的态度,称“我已敦促清政府为履行条约义务应尽快实施商标章程,除非接到你的电文指示,我不参与各国推迟商标章程施行的行动”。^②

在商标互保协定之外,欧洲诸国在1891年所签订的《商标国际注册马德里协定》亦为各国在华商标的保护提供了一定依据。在诸国中,英、美、日、德四国在此时并非该协定成员国,^③故对于清政府的商标立法更为关注。相较而言,德国自认《商标注册试办章程》忽视了其利益,故而成为阻碍立法的主要力量。美国是《商标注册试办章程》按期施行的支持者,德国为确保延期的实现,便开始拉拢美国。1904年9月29日,德国驻美大使照会美国国务卿,称清政府所颁布的商标章程“其中有些内容可能会导致商界的误解和实际执行中的困难”,并称“我国政府认为将其生效日期推迟几个月是有利的,以便有时间进行某些阐释或修订,从而避免今后的拖延或误解”。^④德大使同时指出,根据德国驻华公使的报告,英美两国在华商人也支持将章程推迟施行,因此,请海约翰指示美国驻华公使与德国驻华公使一起推动延期的实现。对此,海约翰在10月10日给德国大使的回复中指出,虽然《商标注册试办章程》的一些内容有些模糊,但“我们驻北京的公使认为,如果在这些暂行条例实施之前对其进行讨论与修改,无疑将大大延误立法的进程”。海约翰还指出根据美国驻华公使的报告,“英国和日本公使非常愿意将章程付诸实施”,而根据美国驻上海领事的报告,该地的美国商人“强烈意识到应尽早制定一些规章制度”,对德国大使的相关观点进行了直接反驳。此后,美驻华公使康格在10月12日给海约翰的电文中将各国公使对商标章程的态度进行了说明,称“德国与法国公使强烈要求推迟、英国不会反对”,流露出美国处于“孤立”境地的意味,但海约翰给康格的回复依然主张“就本政府而言,没有必要要求推迟条例的执行”,并指出“反对的国家可以随时要求修订”,“可以要求清政府提供一份官方声明,说明这些条例的暂行性”。^⑤虽然美国政府支持《商标注册试办章程》按期施行的态度较为坚决,但一直未正式向清政府提出反对延期的要求,日本在这一方面走在了美国的前面。

1904年10月31日,各国驻华公使在北京举行会议,讨论商标章程的施行问题。在这次会议上,

① *Jas. N. Jameson to John. Goodnow (October 6, 1904)*, File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, p. 44.

② *Mr. Conger to the Secretary of State (October 13, 1904)*, File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, p. 32.

③ 法国、意大利、葡萄牙、西班牙、瑞士、荷兰、比利时等国为该协定的参与国,与欧陆诸国同属大陆法系的德、日两国在此时并未加入。由于该协定以商标注册为基础,英、美两国在此时亦未加入。关于马德里协定成员国的信息,可参见“Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks,” <http://www.wipo.int/treaties/en/registration/madrid/>, 最近访问时间:2024年1月13日。

④ *The German Ambassador to the Secretary of State (September 29, 1904)*, Papers Relating to the Foreign Relations of the United States with the Annual Message of the President Transmitted to Congress, December 3, 1906, (In two parts) Part I (here after cited as FRUS), 1906, Washington: Government Printing Office, 1909, p. 240.

⑤ *The Secretary of State to the German Ambassador (October 10, 1904)*, FRUS, 1906, p. 241.

日本驻华公使内田康哉坚决反对延期,并提出“修改第26条,将6个月改为9个月或12个月”^①的“变相”延期建议,作为向欧洲各国的一种妥协。^②由于延期的提议主要是由德国提出的,清政府采取怎样的政策,在一定程度上就成了日本与德国间的对决。德国一开始将此视为一个商业问题,“但当他们发现日本人站在了中国一边要求推行条例时,他们立即把它变成了一个政治问题,并通过炫耀‘黄祸’的幽灵,诱使其他欧洲大国加入了他们”,^③最终形成了德国、法国、奥匈帝国、意大利和英国的五国同盟。为打破僵局,清政府在征得日本同意的前提下,向德、法、英三国驻华公使提议对章程作一些小的修改,主要内容为:(1)修改原条例第26条,将在本国已注册商标提请注册的时间,由章程施行后6个月延长至12个月;(2)根据第25条和第26条所作的申请,无须缴付5两的申请费;(3)根据第26条提出的登记要求,无须审查是否符合第8条第4款的要求,即应准予登记。^④这种修改在很大程度上迎合了欧洲各国的要求,特别是对原章程第26条由6个月延长至12个月的修改。但德、法等国并不满意,否决了清政府的提议。在是否延期的问题上,清政府更加左右为难。12月12日,外务部照会德、法等五国公使转述了商部的意见,同意对条例作进一步修改,但对是否延期却避而不谈。12月20日,德、法等五国公使照会外务部对此进行质问,称“在做出令各方满意的修改之前,是否推迟商标章程的实施?”“我必须将此事的结果告知我国政府,因为如果不能在这一点上得到明确的保证,将无法确保该章程能为我国商民带来充分的保护”。^⑤面对五国的不满,清外务部在12月22日再次照会五国公使,称12月12日照会内容与各国推迟章程实施的要求“在本质”上是一回事,并指出在达成令各方满意的修改之前所提出的注册申请将不予登记。在德、法等欧洲五国与日本围绕商标章程施行问题的斗争中,清政府倒向了德、法等国一边。^⑥

对于清政府推迟实施商标章程的举动,日本政府进行了坚决抗议。1904年12月31日,日本驻华公使馆参赞、署理公使松井庆四郎照会清外务部,指出“日本国政府业经将中国商标章程施行日期颁示国内一体遵照”,日本商人“遵照定章业已呈请注册者,亦属不少”,因此“将此章程展缓施行一节,万难应允”。为与德法等欧洲五国的利益相协调,松井在这份照会中还附上了日本拟议的对《商标注册试办章程》第25、26、27、28条的修改意见,其中对于第25条进行了明显迎合德法等国诉求的修改,^⑦并称“出此通融办法以外实无再行退让地步”。^⑧外务部将此照会的副本交给德、法等欧洲五国驻华公使,但德、法等国并不接受。由于欧洲五国与日本之间的分歧,关于《商标注册试办章程》是否推迟施行,清政府最终未发出通告。这导致后续一系列问题的产生:一方面,虽然将商标章程延期

① 「在清公使至外務大臣 商標登録実施日二関スル交渉」日本外務省『清国商標註冊章程制定一件』第一卷, B1109156200, 402頁。

② 第26条内容原文为:“本局未开办之前在国外已注册之商标,须于本局开办6个月以内将此项商标呈请注册,本局当认此项商标为呈请之最先者”。《商标注册试办章程》,《大公报》(天津)1904年8月15日,第2版。德、法等国认为日本距离中国更为接近,在商标注册的时限方面占有优势,故日本提出将注册期限延长至9或12个月,以满足欧洲诸国的要求。

③ Mr. Conger to the Secretary of State (November 14, 1904), File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, p. 183.

④ Mr. Conger to the Secretary of State (December 8, 1904), File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, pp. 311 - 312.

⑤ Mr. Coolidge to the Secretary of State (January 7, 1905), File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, p. 499.

⑥ Copy of a Despatch from the Wai Wu Pu to the British, German, French, Austrian, and Italian Ministers, dated December 22, 1904, File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, pp. 501 - 502.

⑦ 第25条原内容为:“本局未开办以前照条约应得互保者既在相当衙门呈报注册之商标,本局当认其已经呈请合例”,日方在该条添加以下三节:“本局未开办以前在中国业经公然通行之商标,虽未经按照前段所开呈请注册者,在本局开办后九个月以内遵照本章程呈请注册,即以此呈请视为合例;在本局未开办以前由中国地方官业经出示保护之商标,在本局开办以后九个月以内遵照本章程呈请注册者,即以此呈请视为合例;凡呈请注册之商标,按照本条视为合例者勿庸按照他款所定,应于本章程开办后九个月即可注册”。「在清臨時代理公使至外務大臣,清国商標条例修正二関スル通告文書」日本外務省『清国商標註冊章程制定一件』第二卷明治三十七年十一月至四十年 外務省外交史料館, B11091563000, 59頁。

⑧ 「在清臨時代理公使至外務大臣,清国商標条例修正二関スル通告文書」日本外務省『清国商標註冊章程制定一件』第二卷, 57頁。

6个月是德、法等国所提之要求,但由于未经外务部的官方确认,在6个月期满后各国公使“不认展缓六月之说”,并称“章程亦须全体更改”,^①使清政府陷入更加被动的境地;另一方面,由于没有是否延期的官方声明,在这一时期提请注册商标的合法性便悬而未决,并在此后成为各方矛盾的焦点。

三、欧、美围绕《各国会议中国商标章程》展开交涉

1905年初,在《商标注册试办章程》的施行陷入停滞之后,德、英两国分别向清政府提出了对章程的修改意见,但两者皆从各自国家利益出发,在具体内容方面不免存在冲突。此后,德、英两国进行了协调并联合意大利和奥匈帝国,四国合作共同拟定了一份商标章程并将其命名为《各国会议中国商标章程》。1905年4月22日,德、英、意、奥匈四国联合法国,以五国名义向外务部提出了该份章程。《各国会议中国商标章程》共计26条,它对照清商部所拟《商标注册试办章程》各条,在商标注册、纠纷处理、收费标准等方面进行了明显偏向洋商利益的修改。商部进行审核之后,对第1、2、3、6、10、15、20、21、23、26条提出了具体修改意见。7月4日,外务部将这共计十条意见照会各国驻京公使。细究这些修改意见,中外之间的分歧主要集中在纠纷审判和注册费用两方面。纠纷审判由于涉及治外法权问题,成为双方交涉的焦点。《各国会议中国商标章程》第15、第20和第21条具体涉及纠纷审判问题,商部对这三条全部提出了修改意见。商部对此三条的修改,贯穿着取消“华洋之分”的精神,^②这遭到五国的强烈反对,商部不得不对此加以说明,拟“复论商标办法”,由外务部照会五国。在这份文件中,商部指出第15条“专指商标审查审判而言,与控告裁判并不相同”,由商标局对商标进行审查是各国通行的办法,而商标之法既为商人利益所设,“显系不分中外商人,一律得享保护之益”;第20、21两条专指涉关“侵害商标”的审判办法,此前中外商约中对此并无明文规定,而商标既受商标局管辖,相关审判自然也应属其管辖,中外条约所载领事裁判权系专指刑事犯罪而言,与本次商标裁判权不同,故而“本部此次所订之商标章程与条约并无不符之处”。^③对于商部的这种辩驳,德、法等五国根本不予理会,照会外务部称“商部因此章程牵提与此事无涉之治外法权,并拟与所有条约甚相违背各条,本大臣等均无不诧异,在未奉各本国政府命令以前……本大臣等碍难应允,惟有转达各本国政府”。^④中外围绕《各国会议中国商标章程》的交涉陷入僵局。

为推动《各国会议中国商标章程》的施行,德国希望美国能够加入五国的阵营,在与清政府进行交涉的同时也与美国就章程内容进行了沟通。1905年4月23日,德国驻华公使在给美国驻华公使柔克义(William Woodville Rockhill)的电文中,以德、英、法、意四国公使及奥匈代办的名义附上了《各国会议中国商标章程》,并称将以此作为与外务部进行谈判的基础。^⑤5月5日,美国驻华公使参赞固力之(John Gardn Coolidge)在给国务卿海约翰的电文中附上了《各国会议中国商标章程》的副本,美国国务院便将该章程交由内政部专利委员会进行审议。专利委员会审议后认为该章程符合美国以及欧洲多数国家商标法的基本精神,但第25条的规定可能损害美国利益。第25条内容为:“凡本章程未开办以前,所有向中国该管衙门转递之呈状,一律作为同于开办之日呈递。”^⑥专利委员会认

① 《各国欲改商标注册全体章程》,《申报》1905年3月25日,第3版。

② 比如第20条原文内容为:“控告侵害商标权利之办法:一如被告系外国人,原告系中国人,应由注册局照会该管领事官照约办理;二如被告系中国人,原告系外国人,应由注册局照会该管领事官及该管中国官会同审判;三如两造均系外国人或均系中国人,遇有违背章程之事,应由各该管官员分别审理,以示保护。”商部所提修改意见为:“此三条应并作一条,应改商标主被人侵害权利可赴本局商标裁判所呈控,不服可再赴商部裁判所上告。”[在清公使至外务大臣 清国商標章程各国公使提出修正案追補二閱具申]日本外務省『清国商標註冊章程制定一件』第二卷, B11091563200, 233—234页。

③ 「在清公使至外務大臣 清国商標章程各国公使提出修正案追補二閱具申」,日本外務省『清国商標註冊章程制定一件』第二卷, 245—246页。

④ 《外部咨明各国仍不照允商标章程》,《申报》1905年11月15日,第2版。

⑤ Mr. Coolidge to the Secretary of State (May 5, 1905), File Microcopies: No. 92, Roll 128, Volume 127, 1905, p. 297.

⑥ 《各国会议商标章程(代论)》,《申报》1905年6月5日,第2版。

为,因已有大量美国商人依据此前商部所拟《商标注册试办章程》提出了注册申请,该规定将损害这些美国商人的利益。此后,围绕章程第25条的内容,美、德之间进行了针锋相对的交涉。

1905年8月17日,美国国务院代理国务卿弗朗西斯·卢米斯(Francis B. Loomis)致函驻华公使柔克义,称根据专利委员和内政部长的意见,“尽快推动清政府进行商标立法符合美国的利益”,因此,“除第25条外,不对《各国会议中国商标章程》提出反对意见”。^①10月16日,柔克义在给德国驻华公使的照会中转达了美国政府的意见,希望《各国会议中国商标章程》能够承认美国商人在此前所进行的商标注册申请的效力,并请德国公使将美国政府的意见向其他四国公使转达。10月24日,德国公使对此进行了回复,称五国很难就美国的要求“达成一致”,并称“最好取消所有的讨论,将所有的注册申请都自新章程生效之日算起”。^②为评估该条款对美国在华商业利益的危害,柔克义指示美国驻上海和天津领事对提请注册的美国商标数量进行了统计。根据两地领事的统计,在上海有同孚公司(Wisner & Co)和茂生洋行(Am-American Trading Co.)等4家、在天津有美国贸易公司(American Trading Co.)及晋隆洋行(Mustard & Co.)等16家美国企业提出了商标注册申请。^③虽然只有20家美国企业提出了注册申请,但美国仍然坚持对第25条的抵制。

1906年1月18日,德、英、法三国驻美大使照会美国国务卿,要其命令美国驻华公使柔克义撤回对《各国会议中国商标章程》的抵制,称“若删除第25条,欧洲诸国的贸易利益将受到严重威胁”,因“那些距离中国近的国家将能更早使用商标”。^④2月17日,美国国务院对此进行了回复。在这份照会中,美国国务院指出第25条的规定将剥夺美国企业此前进行商标注册的优先权,而该章程第7条的规定却令欧洲各国公司居于有利位置。《各国会议中国商标章程》第7条规定:“在外国业已注册之商标,由其注册之日起,如四个月以内持有外国注册凭单来局呈请注册者,应认其在外国原注册之时日”。^⑤在美国政府看来,根据第25条的规定,美国此前提请注册的20家公司需要根据新章程重新提出注册申请,但根据第7条的规定,欧洲商人却能享有4个月的优先权。美国政府的担忧主要来自英美法系和大陆法系对商标权的不同规定,^⑥很多美国企业在本国没有注册,故无法提交所需“凭单”。但由于第7条的规定与《保护工业产权巴黎公约》的精神相符合,它能够克服因地理位置接近而产生的不公平,美国政府并不打算推翻这一条。因此,在2月17日的照会中,美国国务院建议将第25条修改为“本条例生效前,向中国主管机关提出的所有登记申请,为与第7条规定的优先权相适应,均自提出申请时生效”,^⑦对两者利益进行了调和。但德国却并不接受美国的提议。

1906年5月22日,德国驻美大使在给美国国务卿的照会中从两个方面对此进行了反驳。首先,德国政府认为美国企业提出的注册申请并不能获得相应权利。德国大使指出,依据外务部1904年12月2日照会内容,即“在分支机构所提交申请不具备优先权,也不进行登记”的表述,美国企业在天津、上海两地的注册申请并没有法律效力。其次,对于美国所提出关于第7条的优先权问题,德国大使指出美国的担心同样缺乏依据,因为各国在该条规定前的法律地位是一样的,并称如果美国政府认为有必要,可在该条前加上大意为“优先权只适用于该法生效后在外国注册的商标”的条款。针

① *The Acting Secretary of State to Minister Rockhill (August 17, 1905)*, FRUS, 1906, p. 248.

② *Mr. Rockhill to the Secretary of State (November 10, 1905)*, File Microcopies; No. 92, Roll 129, Volume 128, 1905, Washington: The National Archives, 1946, p. 581.

③ *Mr. Rockhill to the Secretary of State (December 1, 1905)*, File Microcopies; No. 92, Roll 130, Volume 129, 1906, Washington: The National Archives, 1946, pp. 8-9.

④ *Memorandum. — Trade-Marks in China. (German Embassy, January 18, 1906)*, FRUS, 1906, p. 251.

⑤ 《各国会议商标章程(代论)》,《申报》1905年6月3日,第2版。

⑥ 英美法系注重“使用”,大陆法系则强调“注册”,关于两大法系对于商标权的不同规定,可参见李明德:《两大法系背景下的商标保护制度》,《知识产权》2021年第8期。

⑦ *Memorandum to German Ambassador (February 17, 1906)*, FRUS, 1906, p. 252.

对德国大使的提议,美国内政部长希区柯克(E. A. Hitchcock)在6月19日向国务卿提出建议,称“根据专利委员的意见,如果20家美国公司通过商标的注册申请已经获得了一定权利,则坚持对第25条的修改,以此与第7条规定的优先权相平衡;如果没有获得权利则同意德国大使的建议,即在保留第25条的基础上加上对第7条的补充条款”。^①

对于内政部和专利委员的意见,美国国务院进行了全面考量。一方面,美国企业的商标注册申请是否获得权利是一个法律和事实问题,即便商人们认为通过注册申请能够获得一些权利,但德国大使所引述清政府的声明却可能剥夺这种权利的合法性。另一方面,在能否获得权利的讨论之外,对此种权利的声索是否真正符合美国利益也是有疑问的,因为它还涉及与美国有竞争关系、其他国家商人的注册申请问题。1906年6月30日,国务卿伊莱休·鲁特(Elihu Root)在给柔克义的电文中全面阐述了此两方面的考量,并指示他与美国商业界对此进行讨论。柔克义收到指示后便对美国驻天津和上海领事进行了问询,并在8月17日给国务院的电文中对这两个问题进行了回答:(1)即便考虑外务部1904年12月22日照会的内容,此前的注册申请依然能够获得一定权利;(2)日本商人提出商标注册申请的数量远远多于美国。在此两点结论基础上,柔克义在这封电文中建议接受德国的提议。^②10月15日,鲁特在给德国驻美大使的照会中指出“我国政府准备撤回对第25条的抵制”,“但有一个前提,即德国及其他四国政府同意对第7条添加‘优先权只应适用于该法生效后在外国注册的商标’的补充条款”。^③在同一天,鲁特还将此决定告知了英国驻美大使和法国驻美临时代办。11月15日,法国驻美大使在给鲁特的回复中表示,法国政府已同意了相关条款并“已向法国驻北京公使发出了指示”。12月21日,鲁特在给柔克义的电文中附上了法国大使的答复,并称“当其他国家都同意该附加条款后,你才可放弃对第25条的抵制并积极推动清政府实施该商标章程”。^④但在此之后,英、意和奥匈三国一直未予回复,美、欧围绕《各国会议中国商标章程》的协调就此破产。

四、各国围绕在华商标互保协定的交涉

在外务部与各国围绕《各国会议中国商标章程》的交涉陷入停滞之后,商部对商标注册章程重新进行了修订。1906年11月,由商部改组而来的农工商部,将新修订的商标章程交由外务部照会英、德、法、奥匈、意、美、日各国驻华公使。新的商标章程共计十二章六十八条,为辅助其施行还制定有《商标章程施行细则》《商标审判章程》《商标特别条例》《外国商标章程》《商标局职员额数及分所章程》共计五个文件,^⑤相较于此前中外所拟各商标章程更加详实完备。清政府希望以此作为商标立法的基础,这便与五国所拟《各国会议中国商标章程》形成了直接对峙。这样一份章程自然遭到欧洲五国的反对,如法、奥两国公使便以“商标章程虽经重加改订,查核各条仍与从前所订者无甚参差,若照此项章程遽欲开办,殊与敝国商务大有损害,本大臣仍难允准,应请贵部详加厘订,照复再核”,^⑥予以回复。因此,农工商部不得不再次对商标章程进行修改,并在1907年5月2日由外务部再次照会各国驻华公使。5月28日,英公使朱尔典(John Newell Jordan)对此进行了回复,称“英国商人从这种立法中所获得的好处,将完全被各种注册费用所抵消”,并表示英国政府仍坚持将《各国会议中国商标章程》作为立法的基础。^⑦德、法两国公使

① *The Secretary of the Interior to the Secretary of State (June 19, 1906)*, FRUS, 1906, pp. 254 - 255.

② *Minister Rockhill to the Secretary of State (August 17, 1906)*, FRUS, 1906, p. 255.

③ *The Secretary of State to the German Ambassador (October 15, 1906)*, FRUS, 1906, p. 256.

④ *The Secretary of State to Minister Rockhill (December 21, 1906)*, FRUS, 1906, p. 259.

⑤ 「在清公使至外務大臣 商標章程及商標局規則二閱 具申」日本外務省『清國商標註冊章程制定一件』第二卷, B11091563300, 294—324頁。

⑥ 《法奥两使仍不满足于新定商标章程》,《申报》1906年11月22日,第2版。

⑦ 《英国驻华公使朱尔典为新定商标章程已译送本国事致外务部英文照会稿 光绪三十三年四月十七日(1907年5月28日)》,《清代外务部中外关系档案史料丛编——中英关系卷》第3册,第295页。

也持与英国相似观点,由于中方与欧洲诸国对各自商标章程的坚执,商标立法再次陷入僵局。

日、美两国在采用何种商标章程问题上,与欧洲诸国存在不同利益诉求,是影响立法进程的另一变量。在清政府与欧洲五国因两份章程的对峙而使立法陷入停滞之后,日本驻华公使林权助在1907年3月9日、4月23日两次照会清外务部,称日本商民的利益因商标问题已受到很大损害,希望清政府能够履行条约义务,尽快对商标加以保护。5月7日,外务部对此进行了回复,称“非有意迟延,藉端悬宕”,“如何决定办法之处,应俟各使声复以便克期举行”。^①9月5日,日本驻华代理公使阿部守太郎照会清外务部要求尽快对商标予以立法保护,并附上了被假冒商标的日商名单,但外务部在9月23日的回复仍是“本部再行照会各国驻京大臣转催各国政府速复”。^②清政府商标立法进展的缓慢,令日本政府非常不满,以至在1908年4月14日给清政府的照会中,将“禁莫啡药暨药针进口一事”作为“商标章程之实行问题”的交换条件。^③

与日本政府的强力“介入”不同,美国政府在这一问题上的态度则相对温和。在农工商部提出相关章程之际,正值美国政府与欧洲诸国就《各国会议中国商标章程》第七条附加条款交涉之时,柔克义进而认为该章程的提出“使商标保护的整个问题复杂化”。1907年3月25日,柔克义在给国务卿伊莱休·鲁特的电文中对相关情况进行了汇报。在这份电文中,柔克义还对清政府的商标立法之所以陷入僵局的原因进行了分析,称“欧洲各国在未来几年都不担心来自中国人的商标侵权,他们认为防止日本商人对商标的侵犯,应先于中国保护外国商标的任何努力”。^④柔克义的此种表述,从一个侧面对清政府商标立法的必要性进行了质疑,鲁特对此却并不完全赞同。在6月13日给柔克义的电文中,鲁特指出美国在华商标遭到日本商人侵犯的危险无疑是巨大的,但“在没有正式保护的情况下,在中国的日本人或其他国人仍有可能以中国人的名义侵犯美国商标”,“此外,国务院还听说了一些中国人对美国商标侵权的行为”。在此基础之上,鲁特进而指出“最好与清政府进行单独和直接的谈判,以加快对美国商标的保护”,体现出积极推动商标立法的姿态。^⑤日、美两国虽希望推动立法,但由于中国与欧洲诸国之间的分歧太大,商标立法的进程一直难以推进。

清政府商标立法在实际作用方面的局限性,是影响立法进程的一个重要因素。由于治外法权的存在,清政府所立之法只能对中国人予以约束,洋商之间纠纷的解决还需要借助一些多边或双边协定。在这其中,在华商标互保协定便是一重要方式。1899年2月,英国国会通过一项法令,对于外国商标在中国被英国商民侵犯可向英国领事法庭起诉的条件进行了规定。其中主要条件之一,便是对方国家的领事法庭给予英国商民同等的待遇,^⑥这即是各国在华商标互保协定的雏形。至1904年清政府制定《商标注册试办章程》之时,英国便已与法国、德国与意大利三国达成了相关协定。但此种方式也存在局限性:它是一种双边安排,各国之间需单独协商,因此颇费时日。1904年7月,在清政府的商标立法遇阻之后,英国政府加强了与其他国家就此问题的交涉,至1907年1月便与除日本之外的在华贸易诸大国签订了相关协定。英日矛盾的焦点,集中在日商根据1904年清政府颁布的《商标注册试办章程》抢注商标的合法性上。英国政府认为日商所抢注的商标中,有许多是英商正在使用的商标,一旦成功注册,将严重损害在华英商的利益。这也是为何英国作为最早要求清政府进行商标立法的国家,却在后来阻碍立法的重要原因。对于农工商部新拟定的商标章程,英国驻华公使

① 「在清公使至外務大臣 清国政府二对ヲ商標章程实施督促交渉報告」日本外務省『清国商標註冊章程制定一件』第二卷, 343頁。

② 「在清臨時代理公使至外務大臣 清国商標章程实施断行方交渉報告」日本外務省『清国商標註冊章程制定一件』第三卷 明治四十年至大正三年 外務省外交史料館, B11091563800, 22頁。

③ 「在清臨時代理公使至外務大臣 清国商標章程实施方清国政府へ督促」日本外務省『清国商標註冊章程制定一件』第三卷, B11091563900, 150頁。

④ *Minister Rockhill to the Secretary of State (March 25, 1907)*, FRUS, 1907, Washington: Government Printing Office, 1910, pp. 249 - 250.

⑤ *The Secretary of State to Minister Rockhill (June 13, 1907)*, FRUS, 1907, pp. 254 - 255.

⑥ 李永胜:《清末中外修订商约交涉研究》,南开大学出版社2005年版,第275页。

馆参赞在1907年1月24日给朱尔典的电文中,便曾建议称“英国应先与日本订立在华商标互保协定,否则这样的章程不如不定”。在此之后,英日之间就在华商标互保展开了进一步交涉,但双方仍未能达成协议。1908年1月21日,英国外交大臣在给朱尔典的电文中发出了具体指令,即在与日本达成商标互保协定之前不与政府就商标立法进行交涉,并指出即便未来就此展开交涉也必须以1905年五国所拟《各国会议商标章程》为基础。^①但英日之间的协定直至清朝覆亡也未能达成。

紧随英国之后,美国自1905年6月开始,也渐次展开了与各国在华商标互保协定的交涉。美国政府最早同英国进行了在华商标互保的交涉。1905年4月17日,代理国务卿弗朗西斯·卢米斯在给驻华公使柔克义的电文中指出,英国驻美大使希望两国能够相互保护在华商标,故授权柔克义以美英两国摩洛哥商标互保协定为蓝本签署一份类似协议。6月28日,美、英两国驻华公使签署相关协定,协定规定美、英两国驻华领事法庭负有在其辖区内保护对方国家商民之商标不受本国商民侵犯的义务,这种保护以该商标在对方国家的正式注册为前提。7月8日,柔克义在给卢米斯的电文中对美、英协议的相关情况进行了说明,并特别指出“我借此机会真诚地建议,只要有可能,就应与其他国家,特别是德国和日本作出类似安排。在我看来,这将是保护美国在华商标最有效的方式”。^②此后,美国在1905年10月8日同法国、10月23日同荷兰、11月27日同比利时、12月6日同德国、12月18日同意大利等国驻华公使交换照会,达成了在华商标互保的双边协定。由于美国商标法将商标侵权视为民事而非刑事犯罪,这一点与欧洲各国的商标法略有不同。为避免在处理纠纷的具体交涉中出现分歧,柔克义在1906年1月22日照会英国、法国、荷兰、比利时、德国和意大利驻华公使,指出“鉴于美国没有将商标的侵权、假冒等定为刑事犯罪”,因此,美国政府认为在关涉美国人的商标侵权案件进行审判时,“应将‘惩罚’一词理解为仅指民事诉讼,而不是刑事诉讼”,^③解决了与欧洲各国在具体法律规范方面的分歧。美国同在华贸易诸大国的商标互保,只剩日本悬而未决。日本被各国商人普遍视为其在华商标的主要潜在侵犯者,^④与日本签订在华商标互保协定对美国而言具有重要意义。驻华公使柔克义也意识到了“日本威胁”,并在1905年7月8日给国务卿的电文中对此进行了重点强调,但这似乎并没有引起美国政府的重视。因根据美国驻日公使的报告,日本政府在1905年8月曾向其表达出想要同美国签订在华商标互保协定的意愿,该公使在11月27日向国务院汇报了这一情况,但一直没有得到答复。1906年4月11日,柔克义从驻日公使亨廷顿·威尔逊(Huntington Wilson)处了解到这一情况后,便在30日给助理国务卿罗伯特·培根(Robert Bacon)的电文中询问能否早日发出指示,以推动与日方就此事的交涉,因“鉴于目前日本在华贸易的迅速增长,以及日本模仿我们商标的习惯”,它们“对我们的贸易造成了无法估量的损失”。^⑤此后,在美国政府的授意之下,美、日双方围绕在华的商标互保问题开始了断续的交涉,并最终在1908年5月22日签署了相关协定。至此,美国同各在华贸易大国都签署了商标互保的双边协定。

德、日两国在这一时期也加紧了在华商标互保协定的交涉,但迟迟未能达成协议,至1914年双方仍在进行交涉。^⑥由于各国将保护在华商标的重点置于商标互保协定之上,并取得了一定成果,清政府所拟定的法律草案很难再得到列强的响应与支持。此后,在农工商部尚书溥颀主持下,由商科

① 李永胜:《清末中外商标保护交涉述论》,《安徽史学》2012年第6期。

② *Minister Rockhill to the Secretary of State (July 8, 1905)*, FRUS, 1905, Washington: Government Printing Office, 1916, p. 169.

③ *Mr. Rockhill to the Minister of Great Britain, France, the Netherlands, Belgium, Germany, and Italy (January 22, 1906)*, FRUS, 1906, p. 232.

④ 比如,1904年10月5日《上海泰晤士报》(*The Shanghai Times*)对各国商人关于《商标注册试办章程》态度的报道中,便体现出商人们的此种担忧:代表瑞士和法国商人利益的巴维尔(Bavier)指出“日本人没有中国人那样的商业荣誉观”,而且“日本在中国事务中握有很大的控制权”;德商爱礼司洋行(Ehlers & Co.)的西奥多·迈耶(Theodore Meyer)指出“在侵权行为方面,日本人是我們最害怕的人”,“因为他们是如此聪明的伪造者”,等等。参见 *Mr. Conger to the Secretary of State (October 13, 1904)*, File Microcopies: No. 92, Roll 127, Volume 126, 1905, pp. 55-57.

⑤ *Mr. Rockhill to the Secretary of State (April 28, 1906)*, File Microcopies: No. 92, Roll 131, Volume 130, 1906, p. 350.

⑥ 霆公:《德日二国互保在华商标之确闻》,《协和报》第4卷第37期(1914年)。

举人李鸣谦于1909年再次对商标章程进行了重新修订,并计划于1910年开始施行,但并未得到各国认可,直至1911年8月资政院仍在对商标章程的内容进行商讨,最终成为清政府无法完成的任务。

五、结语

清末商标立法是一段曲折、复杂的历程,围绕法律草案的内容,在中外之间、列强之间存在复杂矛盾冲突。商标权的获得原则是各方矛盾的焦点。在立法过程中,清政府希望以“注册主义”原则加强对商标注册的管理并维护立法主权,而英、德国则希望借助“使用在先”原则维护其特权地位。中外之间的矛盾因此发酵、列强之间的博弈也就此展开。“注册主义”原则在客观上更加符合新兴工业国日本的利益,且日本又利用距离中国接近的优势大量抢注商标,这构成列强之间在清末商标立法问题上的主要矛盾。此外,美国与欧洲诸国围绕《各国会议中国商标章程》第25条的交涉,实际也是在这一线索上展开。各方在此问题上的矛盾冲突非常尖锐,绝非短时间内能够解决。同时,由于治外法权的存在,清政府进行商标立法只能对中国人予以约束,其实际作用更多是给洋商之间的纠纷提供一个评判的“标准”,列强之间商标侵权纠纷的解决还需借助一些双边或多边协定。而彼时中国社会尚未大规模出现侵犯外国商标的行为,商标侵权行为更多发生在洋商之间,这便在一定程度上削弱了列强克服“障碍”推动清政府进行商标立法的动力。对清政府而言,对于商标章程的真正推行也存在疑虑。这种担忧大抵来自两个方面:一是日商大量抢注商标可能引发列强之间的纠纷,正如日本大阪商业会所议员安住伊三郎在言及日商大量抢注商标的影响时所称“清国政府亦惧别生问题”;^①二是引起其他知识产权保护领域的连锁反应,对清政府而言,商标立法一旦完结,其在保护专利、版权方面遭受来自列强的压力必将加大。在诸种因素共同作用之下,立法的失败也便成了必然。

清政府在立法过程中表现出的自主性倾向,是清末商标立法活动的一大特点。围绕注册费用、纠纷审判等方面,清商部及后来的农工商部与列强进行了不断抗争,这从一个侧面体现了立法者国权意识的不断觉醒。但囿于工商业发展的不足及商标权利意识的淡薄,民众对此种抗争却未能给予积极回应,对于立法本身及中外交涉多采取“旁观”的态度。在《商标注册试办章程》颁布后“中国商人禀请立案者仅二三件”,^②这实际反映出当时中国社会对于商标立法的实际需求不足的问题。作为上层建筑的法制建设,往往需要相应的经济基础为条件,而当时的中国社会却并不具备这一条件。经过此后一二十年的发展,此种状况开始略有改观:自1928年南京国民政府开办商标局至1934年底,共计有24747件商标提请注册,其中华商商标7778件,占比31.45%,^③推动商标立法的内生动力在不断积聚。北洋政府在1923年、南京国民政府在1930年也分别制定了《商标法》,其内容对于清政府1904年颁布的《商标注册试办章程》多有延承。清末商标立法虽然失败了,却开创了我国商标立法的先河,并对此后商标立法的发展产生了重要影响。

Great Power Game in the Process of Trademark Legislation in the Late Qing Dynasty (1903 - 1911)

Meng Fanli

Abstract: From 1903 to 1911, the Qing government launched the first trademark legislation in modern China, which ended in failure. The game among the great powers was an important reason for the failure of legislation, and the focus of the game among the great powers was on the competition for trademark

① 《中日商业问题之日人心曲》,《申报》1915年6月8日,第6版。

② 《禀立商标者寥寥》,《大公报》(天津)1904年10月18日,第2版。

③ 王叔明编著:《商标法》,商务印书馆1936年版,第10页。

rights. There were roughly two reasons for the contradictions between the powers on this issue: firstly, Japan took advantage of its proximity to China to register a large number of trademarks, causing dissatisfaction in other countries; secondly, there were different provisions on the acquisition of trademark rights between the common law system and the civil law system, which made it impossible for countries to reach an agreement on trademark registration in China. The essence of this problem was that the great powers compete for the “comparative advantage” of expanding their economic rights and interests in China, but this “advantage” was a zero-sum game. The wishes of all countries could not be fully satisfied, and the trademark legislation of the Qing government was therefore difficult to promote. The game among the great powers not only affected the outcome of the trademark legislation in the late Qing Dynasty, but also had an important impact on the content of the trademark legal system in modern China.

Keywords: Trademark Legislation, *Trademark Registration Trial Regulations*, Mutual Trademark Agreement, Great Powers Game

(责任编辑:高超群)

《商会与近代中国的社团网络革命》简介

陈忠平教授的早年博士论文《商会与近代中国的社团网络革命》经过十多年的继续研究与反复修改,作为“海外中国研究丛书”之一,于2023年7月由江苏人民出版社正式出版。本书以清末民初江浙地区200多个大小城镇的商务总会、分会和分所为研究对象,重点考察其与江浙地区新兴职业社团和商团组织之间的社团网络,及其在地方、省区和全国政治领域中的影响。全书综合利用了清末民初江浙地区商会的馆藏档案、已刊资料、文集、外文资料等史料,注重从人物生平、地方史、社会政治史等角度与前贤对话,兼采“社团网络”概念,突破了社会学、政治学、商业史等以人际关系为焦点的传统网络分析方法,推进了中国商业史专题研究的进一步深入。

商会是清末民初中国社会政治经济变革的重要组织之一,对近代中国社会的改革、革命、民族主义运动乃至中国式现代化的早期进程都产生了深远影响。晚清以来的精英商人以新兴的商会网络为基础,将其影响从地方工商业扩展到更为广阔的社会乃至国家治理领域。本书重在研究江浙地区城镇的中小商会,着重探究这些中小商会的网络发展及其对20世纪早期社会经济和政治领域的广泛影响,弥补了已有研究集中在大城市商会的不足。

清末民初商会网络的发展不仅逐渐打破了过去亲属、同乡、同业等派系限制,而且促进了商人群体乃至更为广泛的社会群体的整合。不同以往,该书提出的“社团网络”概念强调社会与政府之间的互动力量以及两者间的变动关系。书中的第一、二章从网络理论角度厘清了江浙地区工商行会和商会精英与地方官员之间在西方冲击下的互动关系演变,并由此提出了关于商会起源的较为全面的解释。本书第三、四章考察了商会组织构成及其内部相互关系的变化。商会将精英商人和普通成员纳入不同等级的商会活动中,使他们参与特定商会的年度选举和其他相关例行会议等活动。与此同时,商会与不同社群和新兴职业团体之间的联络也逐渐由人际性关系扩展为制度化的关联。本书的第五、六章讨论了商会在工商业事务中的政治追求及其对清末工商事务和政治变化的影响。这些商会通过清政府官员和外国资本的合作、冲突及其他形式的互动,将其活动半径扩展到省级层面的铁路建设、全国性博览会和中美合资企业。江浙地区的商会还与清末开明官员、各类改革派组织或反清革命党人进行多种形式的互动,推动了清末立宪运动,并促使辛亥革命取得成功。本书的第七章揭示了江浙地区商会在全国范围内的网络发展及其与民国初期历届政府的互动往来。可以说,近代中国城镇的商会和商务分所的网络发展从侧面较好地反映了清末民初中国社会的关系革命及其带来的历史性变迁,对20世纪早期的中国社会和国家政治产生了重大影响,并由此促进了从地方到全国的社会经济政治变革。(邵钢锋)