

量、台时(台班)等项消耗定额,是成本计划,考核、分析施工消耗水平的重要依据。有了定额,才能据以审核各项消耗是否合理,是否节约,借以控制不必要的施工消耗,因此,规模企业必须建立、健全定额管理制度。随着新的施工技术、新的建筑材料、新的施工工艺和新施工设备在施工中的应用,施工企业的施工技术和水平必将不断提高。所以,为了准确掌握企业的竞争实力,施工企业必须及时地对内部定额进行修订,使其在日益激烈的市场竞争中处于有利的位置。

### (二) 加强材料管理

材料费(含配件)是施工成本最主要的组成部分,对材料费的控制是施工成本控制的重要内容。凡材料物资的收发、领退以及不同核算主体间的内部转移,都要经过清点和填制必要的凭证,并经一定的审批手续,以防止乱领、乱用。施工现场的材料物资要按规定及时地盘点、清查,防止积压浪费、变质和贪污盗窃;严格按施工工艺流程的要求进行施工,尽量避免由于施工不当造成工程质量缺陷,从而减少返工的材料费损失;另外,材料的质量管理也决定着施工成本。材料在使用前必须严格按施工承包合同的要求进行检查,合格的才能进入工地,坚决杜绝因使用不合格材料而造成返工和增加补救措施费用。

### (三) 制定健全可行的原始记录制度

原始记录是反映施工和管理活动的原始资料,是进行成本预测、成本控制、消耗分析和施工索赔的重要依据,是施工成本控制最基础的工作。所以必须为原始记录提供健全可行的技术保障制度和管理制度。记录人员要与合同、技术、施工、劳资和设备等部门充分协调,认真制定科学易行、讲究实效的原始记录技术保障制度,使原始资料既能达到施工成本控制的要求,又能满足其他各方的管理需要,同时对各原始记录的登记、传递、审核和保管工作也要组织好,并形成规范的管理制度,以确保及时完整地施工成本控制和其他有关方面提供资料。**发展**

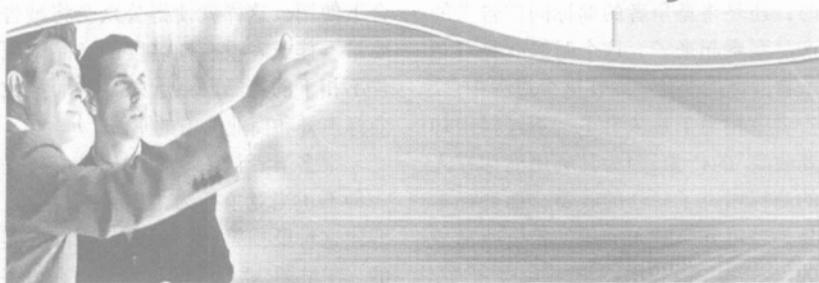
(作者单位:甘肃省水利水电工程局第二工程处)

## 问题的提出

比较广告的本质可以用一句话来表示,那就是“对方能做的事情我可以做得更好”。通过承认广告者享有同其竞争对手的产品进行比较的权利,比较广告被视为是一个传达商品消费信息的工具,可以帮助消费者在信息充分的前提下作出更加理性的购买决策。这个观点得到了美国联邦贸易委员会的全力支持,认为比较广告不但是一个抑制不断上涨的物价的有效手段,而且还是一个促进竞争和加速产

# 商标权的保护 论比较广告中

刘德芸  
张代民



品改进的有益工具。一般来说,在比较广告中进行商品和服务的比较时,往往需要提及竞争者的商标,所谓的商标就是将特定的财产权物化在其上,并通过一定的词语、形象或符号表彰出来。现实经济生活中经常出现一些基于消费者的联想心理而利用其他人的商标,并且不断消减他人商标显著性的行为。该种行为不仅会造成商标在消费者心目中的品牌意识淡化,更会对商标所有者造成致命的打击。

为此就发展出了商标淡化理论以解决这个问题,从而加强对商标及其所有人的保护。商标稀释理论的基本观点就是商标的真正价值在于其所带来的销售力,但当时的法律却没有为其提供充分的保护。

稀释理论关注的是商标的识别性将会因为比较广告的存在而渐渐消减,而未经授权的商标使用行为将减少商标的商业吸引力。其目的是为了保护商标的商业吸引力和销售力,使

其不至于因为未经授权的使用而受到损害,即使这种使用没有引起混淆且双方没有竞争关系。因此比较广告的合理使用就构成了对商标权限制的一个手段,而两者的冲突最主要的就是反映在比较广告和商标稀释理论的关系上面。商标稀释是指商标被淡化或者被玷污。具体来说,淡化是指商标同其所表示的商品的关系在消费者的心目中被消减了,从而危及到商标的显著性和销售力。而玷污是指广告者将著名的商标同那些损害其名声的形象或者是商品联系在一起而发生的。玷污的另一种方式就是,将商标所有人的商标用在那些可能会在消费者心目中产生负面影响的产品上,例如,将一个著名的啤酒商标用来做一个杀虫剂的广告。简言之,比较广告对商标的使用可能产生的后果有两种,即,由商标的使用而导致的淡化和由商标的贬损而导致的玷污。我们要具体分析究竟何种形式的比较广告才可以被称为是合理的比较广告,从而可以排除商标

稀释理论的适用而获得其合法性。

### 比较广告对他人商标的使用

淡化,是稀释的传统和典型形式,当一个商标被他人使用,使得人们认为这个商标不再表示特定的、单一的商品和服务,而是可能代表一些来自不同厂家的不同产品时商标淡化就产生了,其通常出现在广告者使用或者是修改了原告的商标并用于自己的产品的场合。在广告中使用竞争对手的商标,如果使得消费者虽然知道竞争者不生产这种广告产品,但是当其看到竞争者的商标出现在比较广告中时,还是将竞争者的商标同广告者的产品联系起来,这个时候就是对竞争者商标的淡化。而在这个过程中,广告者就相当于从事了“不经付出却要收获”的行为,因为其利用商标权人的商标增进了自己的收益,而商标本身是经过其所有人大量的投资所形成的。

众所周知,比较广告经常都会用到竞争对手的商标,特别是一些著名商标,以在公众的心目中造成广告产品和其竞争对手的商标相联系的想法,从而达到推销自己产品的目的。如果严格适用淡化理论的话,就等于是赋予竞争对手一个强有力的武器去阻止大多数比较广告。而这些比较广告中可能有很多都是有利于消费者利益且对商标的淡化很小的合理使用行为。

在美国,比较广告对竞争者商标的合理使用是在稀释法案的适用中豁免的。合理使用要求商标使用行为是善意的,目的只是为了说明竞争对手的产品特征,而不是将其作为一个标记来使用。当一个真实的比较广告达到了上述要求,其一般就不会有引起混淆的可能性,那么就可以视为是对商标的合理使用。在大多数的比较广告中,特别是在那些声称产品等等的广告中,比较的最为主要的目的就是“搭便车”,即从竞争者已经在市场中建立起来的商标知名度和美誉度

中受益。但是当消费者的利益同竞争者的财产权利发生冲突的时候,我们的选择应该是,在给商标所有者造成较小伤害的范围内保护消费者知情权的实现。这样不仅可以促进竞争,而且可以带给消费者更为实惠的商品价格。

### 比较广告对他人商标的贬损

贬损用来指对他人商标的贬低和污损。污损,也称玷污,通常出现于这样的两种场合,一种是原告的商标被同那些劣质的商品相联系;第二种就是将商标在那些让人反感的亚健康场合下使用。这样就使得公众会将被告质量不佳或者没有知名度的产品同原告不相干的产品联系起来,从而导致商标声誉和商业价值的下降。

很多学者认为贬低性比较广告是一种不正当竞争行为,需要加以禁止,即使这种贬损是有根据的,可以证实的。在早期,贬低性的比较广告在很多国家都是被禁止的。

同只是稀释了商标的显著性价值的淡化相比,玷污同时还降低了商标正面的联想价值。当然对被变造商标的保护范围要视商标被修改的情况和性质而定,并不是任何的变造都构成稀释。在那些针对非竞争者的讽刺性和幽默性比较广告中,变造一般都不会被认定为违反稀释法案。但是当竞争者改造他人商标的目的和动机是为了减少和损害知名商标的优点或者是以此提高自己产品知名度时,通常都是被禁止的,因为这种情况下比较广告对商标的变造可能会导致其销售力的下降。因此稀释法案保护的不仅是商业上的善意,而且也保护那些著名商标的销售能力。

因此美国在比较广告和商标权保护问题上的处理方法是很有说服力的,即一方面给予商标所有者的投资以一定程度的保护,使之免受夸大、不实和恶意批评的损害;另一方面为了维护消费者知情权,允许那些合理和有节制的批评存在,从而较好地平衡比

较广告和商标权的关系。

### 结论

一个商标是其所有人投入了很多智力和金钱才建立起来的,商标的所有人是在建立自己声誉的象征符号,在创造自己商标的销售力。商标的所有人为其产品树立了一个有吸引力的形象然后为消费者所喜爱。以获得消费公众的认可,最后结果可能就是不论其商品特征如质量和价格如何,产品都可以卖出去。因为单单凭借他们拥有的商标知名度就可以吸引消费者去购买他们的产品。这些原因使得很多学者得出结论,认为商标的功能不只是具有区别不同产品来源的作用,同时还体现了所有者的知名度以及商誉。

比较广告对竞争者商标的使用行为通常都会影响到商标所有者权利的实现。但是由于比较广告对于促进自由竞争和消费者福利的实现有着重要的作用,而且比较广告本身也是言论自由的一种实现方式,因此商标保护同比较广告的存在就发生了冲突,此时需谨慎平衡两种权利,在保护商标权的同时,不可忽视公民言论自由的权利和正当的商业竞争。

尽管商标所有权人对其商标的真实投资在原则上是应该被保护的,但是当面对比较广告问题时,这种保护的反竞争后果可能会超过其所能带来的收益。在传统上,保护商标价值的惟一目的不是为了其区别性的功能,而是为了确保商标所有人是惟一能够从这个商标的扩大保护中受益的人。但是传统的关注点即保护商标所有人的利益,现在已经被最大化消费者福利和促进竞争的政策目标取代了,那么对于商标价值的过分关注就应该受到限制。实际上,允许广告者批判或者是利用竞争对手商标的价值,会使得竞争更加激烈和自由,且这样的竞争不一定就是不正当的。只要虚假和混淆的比较被禁止,比较广告和正当竞争之间就不会有什么冲突。**发展**

(作者单位:厦门大学法学院)