



## 药品商品名法律保护中的问题与对策

撰稿人：张伟君

摘要：药品商品名在法律上应该定性为一种商业标识——或为注册商标，或为商品的特有名称，分别受《商标法》或《反不正当竞争法》（知名药品）保护。药品商品名能否注册为商标应通过商标注册程序进行，无须卫生部门事先许可；对药品商品名是否已经退化为药品通用名称的认定应接受司法审查，以维护知名药品特有名称拥有者的权益。药品商品名的标示字体不应该与药品通用名过于悬殊，药品标签或医生处方不应用药品商品名代替药品通用名，以避免药品名称的混乱，保护消费者的权益。

关键词：网络环境 侵害著作权 刑事责任

一般地，我们到商店买东西总是直呼名称，讲究一点的会专门要某种品牌的某样商品。但买药时有点不同：有时我们称呼的是药品通用名称（尤其是中药），有时却可能是其商标（一般是西药，特别是外商投资的制药企业生产的药品），这些商标实际上起到了药品名称的作用，只是被注册成为商标，享有独占使用权，所以又被称为该药品的专用商品名（药品商品名）。为了把事情说得清楚点，我们可以随便拿些药出来：

| 药品注册商标   | 药品通用名称（标准名称）   | 企业标记 | 生产企业         |
|----------|----------------|------|--------------|
| 太聖Tesen  | 六味地黄丸          |      | 河南宛西制药股份公司   |
| “宝炉”及图   | 六味地黄丸          |      | 兰州佛慈制药厂      |
| 上药牌      | 首乌延寿片          |      | 上海中药制药一厂     |
| 上药牌      | 正气片            |      | 上海中药制药一厂     |
| 江中制药(图)  | 草珊瑚含片          |      | 江中制药厂        |
| 美优       | 复方甘草合剂         |      | 上海美优制药厂      |
| 三金SANJIN | 桂林西瓜霜（复方西瓜霜）   |      | 桂林三金药业集团公司   |
| 仁德 / 苏青  | 麝香解痛膏          |      | 杭州仁德医药公司(合资) |
| 达克宁      | 硝酸咪康唑乳膏        | 图形   | 西安杨森制药公司     |
| 金施尔康     | 多维元素片          | 施贵宝  | 中美上海施贵宝制药公司  |
| 泰诺       | 酚麻美敏片          |      | 上海强生制药公司(美国) |
| 康泰克      | 复方盐酸苯丙醇胺缓释胶囊   | SK&F | 中美天津史克制药公司   |
| 宇宙       | 感冒通片(复方双氯芬酸钠片) |      | 上海长城生化制药厂    |

## 一、药品通用名称和药品商品名的区别

为什么药品已经有了通用名称，还要一个商品名呢？为什么西药会有商品名，而中药一般没有商品名呢？

药品需要商品名，一个最为堂皇的理由是为了便于消费者识别与记忆。特别是西药，由于大量是化学药品（无机或有机），虽然卫生部药典委员会制定了《西药（原料药）命名原则》【1】，要求西药的中文名尽量与外文名相对应、外文名应尽量采用世界卫生组织编订的INN（国际非专利药名）；在翻译化学名称时要求采用常用、简单、简短的化学名，如有习用的通俗名，要尽量采用；对于沿用已久的药名，一般不得轻易变动——这些都有助于中国消费者能够较好地认识和认识西药，有些西药译名也确实很容易被中国人所接受，如扑尔敏（马来酸氯苯那敏）、扑热息痛（对乙酰氨基酚）、安定（地西洋）、胃舒平片（复方氢氧化铝片）、心痛定（硝苯地平）等等【2】，但大多数西药按照外文名翻译过来的中文名无疑是令中国人望而生畏的，如上述酚麻美敏片、复方盐酸苯丙醇胺缓释胶囊等感冒药远没有泰诺、康泰克等叫起来顺口。但这绝对不是问题的全部。药品需要商品名对于消费者仅仅是个易记与否的问题，而对于生产者来说却是至关重要的：这意味着他的产品能否在市场上有效地被消费者识别和接受。如果消费者连药品的名字都叫不出来，怎么可能使这种药品畅销呢？有了一个响亮而顺口的商品名，再加上现代化媒介的宣传，无疑会在消费者心目中留下深刻的印象。现实中，通过对药品商品名的突出宣传，以至于消费者只知道该商品名，而不知道该药品究竟是什么了。

中药则不同。多数中药名称本来就是非常贴近中国人的语言传统，而且经过长期的使用已经为消费者所熟识，如逍遥丸、定坤丹、七厘散、八珍丸等等【3】。所以一般无须再取一个商品名来称呼。再加上原来中国的药品生产企业市场意识较为薄弱，不注重药品的品牌效应，中药一般总是以一个企业商标作为多种药品的商标，在药品包装上连企业的商标都很少有突出地標示的。这虽然不利于消费者对药品来源的区分，更不利于不同企业的同种药品在市场上的竞争，但这样的标示对患者来说也有一个好处：一般不可能出现同种药重复吃的情况。

大家都知道药品对于人的生命健康重要性，也清楚药品标准的重要性。而药品标准的首要内容就是药品名称。为了避免同一品种或同一处方药品的标准及药品名称不一致，给患者乃至医生带来混淆，必须首先要有统一的药品名称。所以国家有了专门的药典委员会、制定了专门的药品命名原则，规定了一致的药品通用名称，这种通用名称一旦被国家卫生行政部门批准载入药品标准，即成为药品法定名称【4】。按理说，药品法定名称应该是唯一的【5】，但由于翻译的或者习惯的因素，有些药品在消费者和医生中已经有了不同的惯用名称，所以也存在着许多有两个药品法定名称的情形，如乙酰水杨酸（阿司匹林）、双嘧达莫（潘生丁）、盐酸小檗碱（盐酸黄连素）、维生素B1（盐酸硫胺）、维生素C（抗坏血酸）等等【6】。另外，国家卫生行政部门又允许药品生产者拥

有药品商品名，而生产者为了自身的利益，总是极力突出商品名的标示，而淡化通用名称。所以导致在消费者心目中完全不同的两个商品名，很有可能会是同一种药品。这个结果是与药品名称统一的原则相背的。事实上，我国有些药品上面是存在着两种不同的合法名称的：一个通用名，一个商品名。一方面有违统一的药品名称的原则，另一方面又确实需要有“商品名”的存在，如何解决这个矛盾？

## 二、药品商品名的商标法保护

根据我国《药品管理法》和《商标法实施细则》的规定，除中药材、中药饮片外的人用药品必须使用注册商标。这给解决上述矛盾提供了契机：就是通过将药品商品名注册成为商标，使药品商品名商标化。这一方面满足了药品必须有注册商标的法定要求，一方面又使药品生产企业可能永远享有该药品商品名的独占权，使企业对药品的知识产权保护除了通过专利、行政、商业秘密等方式外，又有了一个相当有效的手段——商标保护。

首先，如何看待药品商品名的法律性质？是把它当作一个药品名称来看，还是当作一个商标（注册的或未注册的）来看合适？由于药品包装上总是突出标示药品商品名，尽管加注了注册商标标记，大多数消费者、药店、甚至医生总是把药品商品名理所当然地作为药品名称使用，以至于代替了药品通用名称。笔者以为这种观念是不妥当的，有必要纠正。因为这有悖于统一的药品名称的原则，实际是人为地在同一种药品上制造了两种药名，会引起不必要的混淆。严重的会造成重复开处方或者重复吃药的后果，会给患者的生命、健康造成威胁。所以，无论是药店还是医生，必须严格区分药品名称和药品商标，在价格标签或者处方上不应该将作为药品商品名的注册商标当作药品通用名称来使用，而必须注明真实的药品通用名称或者同时注明药品商品名和药品通用名。严格地讲，“药品商品名”并不是一个法律概念。在成为注册商标前，它仅仅是一个药品的通俗名称，并不受法律保护，当然它也有希望成为一个知名药品的特有名称，作为一种商业标识受反不正当竞争法保护；而在成为注册商标后，它无疑就是一个药品商标，受商标法保护了，这时，与其称之为“药品商品名”，不如称之为“药品商标名”。所以，无论从规范药品名称的角度，还是从法律保护的角度，都是不把药品商品名视为药品名称，而是定性为一种商业标识（商标）更加准确。

其次，哪个权威部门决定某个药品的商品名能否成为注册商标？这个问题看起来比较简单：商标注册自然属于国家工商行政管理局商标局的职权管辖范围。但事实并非如此。卫生部药政管理局《关于进一步加强药品标准及名称管理的通知》[卫药发（90）第39号]中规定：“药品生产企业对本企业生产的药品，可以根据实际需要，在法定的通用名称之外，另行拟定商品名，报卫生部药政管理局批准后，方可向工商行政管理部门申请将该商品名作为商标注册。”这就是说卫生部门要对药品商品名先进行审查，然后才能由企业提交商标局注册。其审查的理由也很充分：避免药品商品名与国内现有法定药品名称和WHO非专利药品名称（INN）相同；避免与属于撤销、更换、淘汰的药品名称相同等等。但笔者以为这实属多此一举。先不论企业是否愿意将一个通用药名作为药品商品

名，如果出现了这种情形，商标局自然会按照《商标法》第十一条第（一）项关于“仅有本商品的通用名称”不得注册为商标的规定，以及《药品管理法》第五十条的类似规定，驳回该商标注册申请。退一步，如果商标局做出了初步审定和公告，按商标法的规定，自公告之日起三个月内，任何人都可以提出异议。这里的任何人也包括卫生部门——作为药品秩序的管理者和维护者的卫生部门，这时就完全可以依法站出来说话了。商标局对异议做出裁定后，当事人不服还可以向商标评审委员会申请复审；对商标评审委员会的裁定不服，可以最终提交人民法院进行司法审查。总之，《商标法》已经为商标注册提供了一个完整周到的法律程序。卫生部门事先审查药品商品名能否作为商标进行注册，有点越俎代庖，混淆了自己的职责，也给药品生产企业增加了不必要的手续。在当今呼吁大力减少行政审批、许可手续的背景下，这种不必要的批准手续完全可以避免。

再者，如何规范药品包装上药品商品名的标示？虽然说从法律上我们应该把药品商标名定性为一种商业标识，但现实中大家还是会不自觉地将它当作药品名称来使用。这一方面是它比较容易识记，另一方面也是药品包装和广告误导的结果。拿前面提及的达克宁、金施尔康、康泰克等药品商品名来说，无一不是用大于其药品通用名好几倍的粗大字体加以突出标示，以致人们只注意其商品名，而不理会其通用名了。为了使药品能有一个被消费者所容易识记的名字，应该允许商品名的存在，但也要注意避免其喧宾夺主，以致产生药品名称的混淆等负面影响。国外对此问题早已经有相应的规定。FDCA规定：处方药品标签上或在药品广告中使用药品商品名时，一定要同时附上该药的通用名称，并且药品通用名称的大小不应小于商品名的一半【7】。我国《药品管理法》第五十四条虽然对药品包装及其标签必须注明药品的通用名称作出了规定，但没有涉及商品名与通用名的字体大小以及比例，有待于以后立法完善。事情还有相反的一面：我国一些企业特别是中药企业与上述做法刚好形成反差，其药品包装和标签上突出显示的往往不是药品商标，而是药品名称。这虽然有利于消费者对药品的认知，却不利于企业创立自己的品牌，对我国制药企业特别是中药厂家开拓市场，尤其是参与国际市场竞争十分不利。这些企业有必要转变观念，学习那些外资企业的做法，积极注册自己的药品商标，努力宣传自己的药品商标，使知识产权发挥最大效益。

### 三、药品商品名的反不正当竞争法保护

药品商品名能够成为注册商标，通过商标法来保护其独占使用权自然是一种确定的有效的方法。一般地，药品生产企业也总会尽力将商品名注册为商标。据一抽样调查，外资企业的药品商品名注册为商标的高达100%【8】。但是药品商品名不必然是或必须是注册商标——没有任何法律这样要求。由于各种原因，有相当一部分药品商品名没有成为注册商标：主要是许多国内制药企业自身重视不够；也有某些外国著名药品商标（商品名）在没有在中国注册前已经被作为药品名称使用。

从1985年4月1日《中华人民共和国专利法》生效至1992年12月31日人大常委会《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》实施前，由于专利法第二十五条当时规定，对“药品和用化学方法获得的物质”不授予专利权，因此，随意“移植”他人研制的新药视为正当；又由于当时对药品商品名

去注册商标的法律意义认识不够，药品商品名也随意被“移植”者使用，这样一度属于自己独家研制的药品很快被他人仿制，一度很在市场上很有名气的药品商品名迅速退化（DEGENERACY）为药品通用名称，原先的研制单位再去申请商标注册为时已晚。原普陀山制药厂研制的“多烯康”（鱼油降脂丸）就曾遭到了这种惨败的命运。许多“移植”者总是以原开发者在将药品商品名注册商标前曾经作为药品名称使用为理由，对该商品名的商标注册提出异议，甚至以卫生部门已经将该商品名列入药品标准为理由对抗注册商标，使商标制度形同虚设。著名的“三九胃泰”案就是最生动的例子。

新药的研制者没有及时将药品商品名注册商标，以致其他“移植”者随意使用，商品名迅速失去显著性而退化为通用名，这里自然可以说是研制者自食其果。但是，没有注册商标的药品商品名难道就真的一概没有可能受法律保护吗？药品商品名退化为药品通用名由谁来认定？依据是什么？

笔者以为，未成为注册商标的药品商品名也是一种商业标识，虽然不能享受注册商标的保护，但还是有可能受到其它形式的法律保护。新修正的《商标法》第三十一条规定：“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也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。”我国《反不正当竞争法》第五条第（二）的规定，经营者不得擅自使用知名商品特有的名称或者使用与知名商品近似的名称，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。未注册的药品商品名是否视为已经使用的商标，可以探讨；但药品商品名显然是商品特有的名称。至于是否“知名”，法院通过市场调查也可以得出判断。只要符合知名商品特有名称的条件，药品商品名完全可以得到《反不正当竞争法》的保护。

但是，上述药品商品名的权利能否得以实现，还是有很大的疑问的。根据卫生部门的规定，中华人民共和国药典、卫生部部颁药品标准（包括新药标准）和省、自治区、直辖市药品标准中收录的药品名称即为法定药品名称，也是通用名称，不得作为商标或商品名注册。【9】上述规定的内容，已经全面体现在新的《药品管理法》第五十条和第三十二条中，即：国务院药品监督管理部门颁布的《中华人民共和国药典》和药品标准为国家药品标准，列入国家药品标准的药品名称为药品通用名称，该名称不得作为药品商标使用。显然，按照这个规定的逻辑，一旦列入国家药品标准，药品商品名必然已经退化为药品通用名无疑；而且国务院药品监督管理部门完全有权力认定一个药品商品名是否已经退化为药品通用名。药典和药品标准成了认定药品商品名是否已经退化为药品通用名的法定证据。一旦有了这个依据，商标局和商标评审委员会自然无话可说，连人民法院也只能照此办理了。

这里且不讨论国务院药品监督管理部门是否越权，先来探讨一下国务院药品监督管理部门颁布药典和药品标准是一个什么行政行为，是抽象行政行为，还是具体行政行为？由于在制定药典或药品标准的过程中，可能会涉及认定某个药品名称是商品名还是通用名，那么起码这个认定行为是个具体行政行为，因为它直接影响到某个制药企业的利益。既然如此，如果因这个行为而使自己的权益受

到损害的当事人就应该得到行政救济或者司法救济。但《药品管理法》显然没有提供任何救济途径。这样的话，就只能寄希望于药典和药品标准不会出现任何差错了。

但事实上，药典也好，药品标准也好，不可能不出现一点差错的。且不说将药品注册商标收载于药品标准或药典的现象（工商部门和卫生部门各自为政的结果），如曾经出现过的“21金维他”、“三九胃泰”等商标被列入地方药品标准的情况。对于注册商标尚在复审中的“散利痛”片，国家药典委员会也于2001年6月18日致函（药典业发2001年第261号）上海市药品监督管理局，承认“地方标准收载的散利痛片为不规范的药品名称”，“散利痛片已重新命名为复方对乙酰氨基酚片（II）”。既然会出错，就应该有救济。笔者以为，对于受《反不正当竞争法》保护的知名药品的商品名，如果国务院药品监督管理部门认定其为药品通用名称而列入药典或药品标准，当事人不服的，有权提起行政复议或行政诉讼程序；而对于那些擅自使用该药品商品名的不正当竞争者，也可以提起民事诉讼。最终由司法机关来裁决，才符合法治精神，也符合TRIPS对知识产权的保护要求。

在反不正当竞争诉讼中，被告方是否可以直接以药品商品名已经载入药典或者药品标准来对抗原告呢？笔者以为这可以作为一个证据，但不能仅仅依据该证据作出判决。如果原告有充分的证据证明自己对该药品商品名所享有的权利，法院可以不理睬药典或药品标准的记载，而是根据事实作出公正的裁决。

注释：

[1]卫生部药政管理局《关于下发药品命名原则的通知》[卫药政发（91）第63号]。

[2]《中华人民共和国药典一九九0年版二部》。

[3]《中华人民共和国药典一九九0年版一部》。

[4]卫生部药政管理局《关于转发“药品名词专业组会议纪要”及修改<药品命名原则>的通知》[卫药政发（1992）第276号]。

[5]卫生部药政管理局《关于转发“药品名词专业组会议纪要”及修改<药品命名原则>的通知》[卫药政发（1992）第276号]药品名词专业组会议纪要：“中西药品名称范围仅限于通用名称（GENERIC NAME）”。

[6]《中华人民共和国药典一九九0年版二部》。笔者以为,药品包装上应该同时标明这两个名称，有利于消费者识别和认知。

[7]邵蓉、陈永法：《药品商品名的商标保护》，中华商标2000（10），P14。

[8]同上。

[9]卫生部药政管理局《关于进一步加强药品标准及名称管理的通知》[卫药发（90）第39号]。《关于进一步贯彻执行卫药发（90）第39号“通知”的函》[卫药政发（90）第304号]。《关于药品名称管理问题的函》[卫药政发（91）第143号]。

---

© 版权所有 同济大学知识产权学院

地址：上海市四平路1239号 邮编：200092 电话/传真：021--65988843 E-Mail: tongjiipi@yahoo.com.cn