

道地药材与地理标志关系研究

中央财经大学知识产权研究中心

目录

一、道地药材和地理标志的基本概念.....	4
(一) 道地药材的概念和特征.....	4
1、道地药材的概念.....	4
2、道地药材的特征.....	6
(1) 特定种质.....	6
(2) 特定自然环境产区.....	6
(3) 特定种(养)植、采收、加工工艺、包装贮藏及运输方法.....	8
(4) 特定的品质和疗效——质优效佳.....	9
(5) 特定人文传统.....	10
(二) 地理标志的概念和特征.....	11
1、地理标志概念的发展.....	11
2、域外地理标志概念的界定和保护规定.....	16
3、我国相关制度对地理标志的定义及保护规定.....	29
4、地理标志的特征.....	44
(三) 道地药材和地理标志的异同.....	47
1、道地药材和地理标志的相同点.....	47
2、道地药材和地理标志的不同点.....	49
二、我国道地药材保护现状.....	50
(一) 我国道地药材的存量及分布状况.....	50
(二) 我国道地药材保护的主要路径.....	54
1、道地药材法律保护现状.....	54
2、非物质文化遗产保护.....	57
3、专利保护.....	58
4、原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护.....	60
5、原农业部农产品地理标志保护.....	61
6、集体商标和证明商标的地理标志保护.....	62
7、中药品种保护.....	63
8、商业秘密保护.....	64
9、我国参加的国际条约涉及道地药材的保护.....	65
(三) 我国道地药材保护的主要问题.....	67
1、重传承、轻发展.....	67
2、重确权、轻流转.....	68
3、重阶段、轻全局.....	69
4、重短期、轻长效.....	69
(四) 我国道地药材保护选择地理标志模式的必要性.....	70
1、道地药材的知识产权属性.....	70
2、现有保护方法的不足.....	71
3、地理标志与道地药材之间的契合点.....	76
4、使用地理标志制度保护道地药材的优势.....	79
三、道地药材地理标志保护的难点问题.....	80
(一) 多头管理体制.....	80
1、法律位阶与效力问题.....	81
2、标志相同降低显著性, 削弱品牌价值.....	81

3、三种模式带来的重复管理.....	82
4、在先商标与地理标志的权利冲突.....	82
(二) 道地产区的变迁.....	85
(三) 主体定位的多义性.....	86
1、主体概念.....	86
2、地方政府及主管部门的职责.....	87
3、行业协会的角色与职责.....	88
4、相关协会参与管理与保护道地药材地理标志的必要性.....	88
5、地方政府与行业协会存在的问题.....	89
6、非遗传承人的特殊地位.....	90
(四) 炮制技术的保密性.....	91
1、对人的倚重，难以精准的表述.....	92
2、相关法律法规对保密方面的规定不明确，侵权认定标准模糊.....	92
3、具有秘密泄露的风险.....	92
4、商业秘密保护会阻碍技术发展.....	93
(五) 质量评价的专业性.....	93
1、道地药材面临的质量问题.....	93
2、道地药材质量评价方法的发展.....	94
3、目前地理标志体系中关于质量评价流程与标准的规定.....	95
4、目前对道地药材进行质量评价存在的难点.....	96
(六) 商标制度框架内设计道地药材保护的误区.....	97
1、商标确权与侵权纠纷中的通用名称处理.....	98
2、侵权认定的混淆可能性判断.....	104
3、侵权抗辩中的合理使用事由.....	107
四、道地药材地理标志保护的具体制度设计.....	112
(一) 合理择定主管部门.....	116
1、以商标局地标处为主导.....	116
2、联合药监、质检部门.....	116
3、通过设立道地药材地理标志管理委员会对上述行政主体进行协调.....	117
4、采取短期维持三轨制模式，长期实现三轨制统一的路线.....	118
(二) 道地药材地理标志保护制度的具体内容.....	118
1、道地药材地理标志的申请主体.....	118
2、道地药材地理标志的申请程序.....	119
3、道地药材地理标志的审查程序.....	120
4、道地药材地理标志的异议，批准与公布程序.....	121
5、道地药材地理标志的申请使用程序.....	122
(三) 严格控制质量.....	123
1、道地药材质量标准审查的必要性.....	124
2、道地药材质量标准审查的参考.....	124
3、道地药材质量标准的审查主体.....	125
4、道地药材质量标准的制定程序.....	126
5、道地药材的质量监管.....	126
6、道地药材的质量监管主体.....	127
(四) 科学划定产地.....	128

1、道地药材产地划分的参考.....	128
2、道地药材产地划分的制度设计.....	129
(五) 厘清相关主体关系.....	130
1、在道地药材地理标志保护中地方政府及相关机构应当承担的角色.....	130
2、在道地药材地理标志保护中行业协会应当承担的角色.....	132
3、在道地药材地理标志保护中道地药材传承人的角色.....	133
(六) 协调处理地理标志保护与技术秘密保护之间的关系.....	134
1、道地药材技术秘密的保护范围.....	134
2、协调地理标志产品信息公开与技术秘密的冲突.....	135
(七) 正确界定权利范围.....	135
1、禁止通用名称化.....	135
2、道地药材地理标志侵权判断的特殊考量.....	137
3、道地药材地理标志与产地名称的合理使用.....	143

我国幅员辽阔，道地药材资源丰富、历史传承悠久。但是，近年来，道地药材的开发和利用受到了前所未有的挑战。这一方面表现为国际层面上西方制药产业对中国传统中药材地

毯式的基因侵夺，另一方面表现为国内自然环境和经济环境对道地药材的破坏。首先，自然环境崩坏带来道地药材产地生态遭受破坏，导致很多珍贵稀有药材的种质濒危临绝。其次，不规范的商业种植和开发拉低了药材的品质，市场上好药劣药混杂，劣币驱逐良币，这严重破坏了道地药材的道地性。从经济发展的视角观察，很多道地药材产区的农业生产水平落后，品牌化意识匮乏，要么守着金山银山不利用，要么没有充分认识到道地药材资源的价值而利用不当。

从法律视角来看，涉及到传统医药保护的公约主要有《生物多样性公约》、《保护和促进文化表现形式多样性公约》、《与贸易有关的知识产权协定（TRIPs）》、《国际植物新品种保护公约》、《保护非物质文化遗产公约》等；我国对道地药材进行法律保护的主要模式有地理标志、专利、技术秘密、植物新品种、非物质文化遗产等。综合国际公约和我国相关保护模式的规定来看，地理标志的保护应该是最理想的选择，此种保护兼顾传承与发展、抢救与利用、静态归属与动态流转收益。

商标富农工程就是要通过品牌化打造道地药材等农产品的高附加值，让农民留在土地上精耕细作，让农产品流通出落后地区，实现农民脱贫致富。本课题研究旨在通过梳理道地药材与地理标志在概念和法律规定性方面的关系，建构通过地理标志保护道地药材的具体制度设计，以实现法律制度引导产业发展，地理标志作用于区域品牌文化的形成以及农民增收脱贫。

一、道地药材和地理标志的基本概念

（一）道地药材的概念和特征

1、道地药材的概念

《中国大百科全书》对道地药材有如下描述：“道地药材是指那些历史悠久，品种优良，产量宏丰，疗效显著，具有明显地域特色的中药材。¹杨雄文教授认为，道地药材一般指为特定地区所产，历史悠久，产地适宜，品质优良，产量丰富，加工考究，疗效稳定可靠，并得到人们认可的特定药材。²第390次香山科学会议将道地药材定义为“指经过中医临床长期优选出来的，在特定地域，通过特定生产过程所产的，较其他地区所产的同种药材品质佳、疗效好，具有较高知名度的药材。”³

“道”在中国古代是一种行政区划，汉朝将少数民族的聚居区称为道，与县同级。《汉书》地理志记载：“县主蛮夷曰道”。唐初道为设置在县之上的监察区，共设十道，唐睿宗时期增至二十三道。唐末节度使掌握地方实权后，“道”变为对一个节度辖区的称呼。至明清时期，“道”成为省之下军区的通称，如“福建省台厦道”或“台湾道”，但明朝及清朝意义

¹ 参见中国大百科全书总编辑委员会编：《中国大百科全书-中国传统医学》，中国大百科全书出版社2009年版，第372页。

² 参见杨雄文：《道地药材文化传承与法律保护》，广东世图出版社2015年第1版，第10页。

³ 参见王亚君：《道地药材品质特征及其成因的系统研究》，《中国中药杂志》2011年第5期。

上稍有不同。其中，也有人把清朝的道与省、府、县相提并论，称之为四级地方行政机构。民国北京政府时期，曾经在省下设“道”为次级行政区划单位，但之后被废除。

道地药材的概念是在我国中医药发展过程中逐步形成的。对于地理位置与药物效果的关系，最早见于《黄帝内经·素问》：“司岁物，天地之专精也；非司岁物，散也，故质同而异等也。气味有薄厚，性用有燥静，治保有多少，力化有浅深，此之谓也”，意为同样的植物，不同的时间地点，药效完全不同，如果是适宜的时间地点，则是上上之药品，反之，则气味不同、性状迁移、药力大减。我国现存最早的药学专著—《神农本草经》中载“土地所出，真伪新陈”，其中记载了365种药材，很多药材都带有道地药材的性质，比如“巴豆”、“蜀椒”、“秦瓜”、“阿胶”、“吴茱萸”、“代赭石”等，巴、蜀、秦、吴、东阿、代州等在古代都是地名。由此可见，在中医药刚出现及发展的阶段，虽然没有形成完善的道地药材理论，但是已经初步探明了药材的产出地同药效之间的关系，重视药物来源的传统已经有所体现。然而这些名称是否代表有后来“道地”产地代表的正宗质量的含义，还有待考证。

秦汉统一以后，促进了药物知识的总结和药材的交流，此时期，药材已经作为商品在各地流通。此时期的本草著作也已经开始大篇幅的记载药物产地了。如《名医别录》中，大量的药物之下注明了产地，甚至注明了何地何种土壤生长的药材较佳，如地黄“生成阳川泽黄土地者佳”等。此时，就已经体现了“以特定地区所产为佳品”的概念，初步具备了“道地”药材的主要特征。可见，至少在汉代，某些种类的具有真正“道地”意义的药材已经产生。

魏晋南北朝时期的《本草经集注》对道地药材有了具体细致的描述：“诸药所生，皆有境界。江东以来，小小杂药，多出近道，气力性理，不及本邦。所以疗病不及往人，亦当缘此故也”。即出自道地产区的药材要比出自其他地方的“杂药”药效更好。在魏晋南北朝时期，药物栽培还不是很盛行，此时期不同药材间的差异多数是药物种属和生态型的不同。可见，药材种类的差异是早期“道地”药材形成和变迁的主要因素。此时期，除《本草经集注》外，其他医药方面的书籍中有关药材“道地”的记载也不断增多，可见此时期“道地”药材已经深入人心。道地药材的概念，至此已经成型。

唐宋时期，道地药材的种植已经初具规模，人工种植的某些药物在质量上胜于野生，道地药材的有关理论也更加完善。栽培品种成为“道地”药材的数量大大增加，成为此时期的一个特点。《新修本草》中记载：“窃以动植形生，因方舛性，春秋节变，感气殊功。离其本土，则质同而效异”，阐述了动植物因生长地不同而产生变异的道理。孙思邈的《千金翼方》中“用药必依土地”更体现了药材生长地对药材效用的重要性。其中“药出州土”篇首次将药材按照产地十三道分类：“其出药土地，凡一百三十三州，合五百一十九种”。例如对黄连的描述为：生巫阳川谷及蜀郡，太山，今西间者，色浅而虚，不及东阳，新安诸县最胜。宋代药物栽培在方式上更加进步。如四川彰明县(今江油)已成了附子专业县，杨天惠为之撰《彰明附子记》，详述其种植面积、产量、栽培加工方法等。宋代寇宗奭编著的《本草衍义》中明确写道，“凡用药必须择州土所宜者，则药力具，用之有据。”唐宋时期药物交流随着贸易的发达而较前代有更为突出的发展。中外药物交流十分频繁。这也促进了某些药物“道地”产地的变迁，如木香，苏颂云：“今惟广州舶来上有来者，他无所出”，今“广木香”一词

即由此而来。

明清的医药学家明确提出了“道地”的概念，并完善了药材的疗效与道地性之间的关系。明代刘文泰的《本草品汇精要》中记载了 268 种道地药材，包含 8 种怀药、27 种广药和 32 种川药，并专门设立了道地一项，用以论述药材的最佳产地。“道地药材”这一词汇的使用最早见于明代戏剧作家汤显祖的名作《牡丹亭回药》：“好道地药材，这两块土中甚用？”清代医学家徐大椿著有关于药性变化的专著—《药性变迁论》，论述了药材道地变迁的四种原因。

在现代“道地论”的研究中，现代科学通过自然科学研究方法表达了相同的意思，从生物多样性，DNA 多样性等方面论述了道地药材的“道地性”。胡世林从生物多样性的角度提出了狭义的“中药材道地性”：“同一物种由于生态环境差别极大，或因物种的性别、年龄、栽培、生理病理、生长阶段、或因加工技术使得该物种所形成的药材质量发生了真伪优劣的变化”。他把道地性的成因归为：产地不同、野生与栽培、养殖的区别、性别不同、生产阶段不同、加工技术水平的影响 6 个方面。⁴谢宗万从道地药材的成因角度认为：“道地药材是指在一定自然条件、生态环境的地域内所产的药材，且生产较为集中，栽培技术、采收加工也都有一定的讲究，以致较同种药材在其他地区所产者品质较佳、疗效好，为世人所公认而久负盛名者称之”⁵。

2、道地药材的特征

(1) 特定种质

种质指生物亲代传递给子代的基因。中药材来自于生物，而生物的基因控制着生物体内有效成分的含量与结构。中药材的有效成分通常为含量甚微的次生代谢物，如生物碱、皂苷、黄酮、苷类、萜类、香豆素、鞣质等，它们在生物体内通常含量仅千分之几或万分之几，因此，药材的有效成份含量决定了药材的优劣。如果一种药材具有较广的分布区，那么不同分布区的种群在外界环境的作用下就会产生不同的基因型，表达出不同的性状。道地药材长期在适宜的环境下生长繁殖，经过成百上千年的自然选择与人工繁育，形成了有效成分含量高，遗传稳定的个体。例如供药用大黄包括掌叶大黄、药用大黄和唐古特大黄 3 个品种，根茎都含蒽醌衍生物类成分，其中的大黄酸、番泻苷等能泻下抗菌，唐古特大黄含大黄酸最多，高出药用大黄和掌叶大黄 2-8 倍，可视为道地药材的优良品种。而与三者亲缘关系相近的一些种类如藏边大黄，河套大黄，华北大黄及天山大黄因不含或仅含微量大黄酸和番泻苷，泻下作用很弱，故不作大药用。⁶

(2) 特定自然环境产区

“道地”药材的本来意思是指一个地方特产的药材，经过中医药长时间的发展才变成质优效佳的药材的代表。对于道地药材的产地限定性，古籍中曾有很细致地描述。如陶弘景在《本草经集注》中指出：“诸药所生，皆有境界。秦汉以前当言列国，今郡县之名，后人增尔”。陶弘景对数十种中药的道地性做了精确的描述，并频繁地使用“第一”，“最佳”，“为好”等词来形容道地产区药材出众的质量。唐朝《新修本草》中也记载：“窃以动植形生，

⁴ 参见胡世林、廖福龙：《中药材道地性与生物多样性》，《中华中医药杂志》1999 年期，第 16-19 页。

⁵ 参见谢宗万：《论“道地药材”与“就地取材”》，《上海中医药杂志》1958 年第 6 期。

⁶ 参见金世元：《论道地药材》，《中药研究与信息》2001 年第 11 期，第 11-13 页。

因方舛性：春秋节变，感气殊动：离其本土，则质同而效异，名实既爽，寒湿多谬”。孙思邈在《千金翼方》中也特别强调了药材的产地对药材质量的影响，主张“用药必依产地”，并在书中按照产地十三道对药材的特性进行了系统的描述。以上文献均说明产地是确定药材道地性的一个重要因素。

生物的生长与发育都受到其生活环境的影响，我国地域广阔，具有寒带，温带与亚热带等多种气候条件，与高原，平原，丘陵等多种复杂地形，土壤和气候条件影响着药材的成长和成分积累，土壤中的矿质元素影响植物的营养吸收，土壤中空气的含量、比例影响着植物的呼吸作用，而气候条件则决定了植物周围微生物的品种、数量和繁殖情况。在不同地区的地形、土壤、气候等独特的自然环境下，物种形成了自己的品质与生长、繁衍习性。古代医学家经过长期使用、观察和比较发现，即便是分布较广的药材，也由于自然条件的不同，其质量优劣也不一样，并逐步形成了“道地药材”的概念。

现代研究表明，同一种药材由于产地不同，质量确有差异，外观、性状、作用也有所不同。例如道地产区位于古怀庆府辖地（今河南省焦作市的温县一带）的怀地黄，其有效成分梓醇含量为 2.454%，明显高于其他产地的地黄样品，其水浸出物和总还原糖含量亦最高，分别为 89.89%和 80.28%，而总灰分和酸不溶性灰分较低，分别为 3.79%和 1.11%。导致这种现象出现的原因是焦作市处于太行山脉与豫北平原的交接地带，地势北高南低。由于太行山的阻挡及背风向阳的地形，焦作市冬季气温较同一纬度上其他各地偏高，尤其是冷空气南下时更为明显。冬季气温比同纬度其他地区高 3~5℃，利于植物越冬，特别是局部小气候为植物生存提供了条件。焦作市汲取了黄河上游各个地区不同地质条件的丰富营养，又吸纳了太行山岩溶地貌渗透下来的大量微量元素，土壤疏松肥沃，排水快捷，雨量充沛，水质奇特，光照充足，气候温和，最适宜地黄、牛膝等蓄根类药材的生长⁷。当归的道地产区在甘肃岷县、武都、文县等地，其中以岷县所产的“岷归”产量最大，质量最佳。甘肃岷山山脉，因山前、山后的地理位置、气态环境的不同，药物的区别很大。产在山后岷县的当归，主根肥大而长，支根少而粗壮，内外质地油润，气清香，确为当归中的上乘佳品；产于山前的武都、文县一带的当归，因土层较薄，腐质土少，气温较高，所产当归主根较短，支根多而细，油性较差，故当地有“前山腿子后山王”之说。⁸

柳先平⁹等分别研究了不同产地的白芍、丹参和甘草的有效成分，证明不同产地的三种中药材中芍药苷、丹参酮 IIa、丹参素以及甘草酸含量差异显著。肖小河教授等的研究也表明，道地药材是该药材原物种在其产地的种系与区系的发生发展过程中，长期受着孕育该物种的历史环境条件与人类活动而形成的特殊产物。¹⁰所以，道地药材的产地限定性本身不但限定了该药材称谓的地域范围，也表明了道地药材所在地的特殊生态环境与其他普通药材所

⁷ 参见李卫民、邓中甲：《探析地黄道地药材的历史变迁》，《陕西中医》2009年第4期，第473-474页。

⁸ 参见何婷、巩颖、刘文亚、华国栋：《道地药材的特性内涵》，《现代中医临床》2014年第2期，第58-60页。

⁹ 参见柳先平、黎先春、李磊：《道地药材“道地性”与其活性成分的关系》，《现代中药研究与实践》2004年第12期，第24页。

¹⁰ 参见肖小河、夏文娟、陈善墉：《中国道地药材研究概论》，《中国中药杂志》1995年第6期，第323-327页。

在地的不同。

(3) 特定种(养)植、采收、加工工艺、包装贮藏及运输方法

道地药材和成熟的药材种植、采收与加工技术分不开,自宋代起就有了川穹的种植技术记载,过早采收产量低,过晚采收则其中的养分就消耗殆尽,菊花更是有晒干、炕干、阴干、烘干等多种不同的加工办法,经不同的加工办法会产生不同的挥发油含率,药效也就不同;道地产区的种植业者与中医在长期的实践中形成了一套关于播种、嫁接、施肥、防虫的种植流程,有效地提高了道地药材的产量与质量。附子道产地为四川江油,其种植加工历史可以追溯到唐代以前,迄今已有 1300 余年。当地根据附子耐旱性高,怕高温的特点,选择在冬至前进行移苗,此时移苗,幼苗发育整齐,块根生长快,个头大。而根据块根生育期喜湿润怕干燥的特点,在夏至前进行采收。另外,通过两次修根、一次打尖和多次除掉侧芽,使侧根的生长速度加快,采收时最大鲜附子重量可达 100g,能够加工成多种附片系列产品,片张大,边片小,加工优质商品率高。¹¹

采收方面,我国医药学家强调药材栽培和采收季节的重要性,如唐代孙思邈指出:“夫药采取,不知时节,不以阴干暴干,虽有药名,终无药实,故不依时采收,与朽木不殊,虚费人工,卒无裨益。”李东垣《用药法象》中也记载:“诸草木昆虫,产之有地,根茎花实,采之有时。失其地则性味少异;失其时则气味不全。”如传统的牡丹皮采收季节为农历 2, 8 月,即初春和晚秋,所含芍药甙、丹皮酚等成分的积累在 1 年内有 2 个高峰期即 5-6 月和 9-10 月。由于春季正值茎叶生长、根部养分上升,此时挖得的根皮质量较差,且春季多雨,药材不易干燥,故牡丹皮的采收多选择在秋季,此时收得的药材粉性足,形体饱满,质量与产量均高。¹²丹参采收“忌水洗”,原因在于如果丹参采收后立即水洗并趁鲜切制,不仅费水费时,流失水溶性色素等成分,而且由于含水多,鲜切断面呈铁锈色,干燥后呈黑紫色。所以丹参采集后应先晾晒使其失水 20%-30%,堆积发汗,风干至失水 40%-50%,剪掉根头、残茎,过筛,风选,切厚片,风干,避免水洗造成的成分流失,饮片外观呈紫红色¹³。

产地加工与炮制方法是千百年来我国人民在道地药材的生产实践中不断总结发现的,是中药材生产的最后环节,对药材质量的影响至关重要,会直接影响到道地药材体系的形成。明朝李时珍的《本草纲目》中记载:“生产有南北,节气有迟早,根苗异采收,制造法异度”,此处“制造法异度”即药材的产地加工,说明在古代,人们就已经认识到了药材产区的独特产地加工技术对道地药材道地性形成的重要作用。药材的产地加工是指在收获起土后,通过拣、洗、漂、切片、去壳、蒸、煮、烫、熏硫、发汗、干燥等一系列方法,对鲜药材进行的挑选分级、冲洗、整理、扎把、晾干、熏烤、切制等粗加工过程。¹⁴而产地加工作为道地药材道地性形成的一个重要因素,在其形成的漫长历史过程中,积累了大量的加工技术和经验,并更加成熟而优良,为道地药材品质优于非道地药材和“道地性”的不可替代性提供了保证,

¹¹ 参见任玉珍:《规范道地药材炮制加工,保障附子临床用药安全》,北京扶阳论坛 2008 年。

¹² 参见方成武:《安徽道地药材牡丹皮的采收及产地加工方法》,《中药材》2000 年 第 2 期,第 82-83 页。

¹³ 参见吕文海、谭鹏、宋磊:《山东临沂不同加工方法丹参饮片中原儿茶醛含量测定》,《中国中药杂志》2006 年第 12 期,第 1825-1826 页。

¹⁴ 参见陈士林、黄林芳、陈君:《无公害中药材生产关键技术研究》,《世界科学技术—中医药现代化》2011 年第 3 期,第 439 页。

以形成道地药材自己的独特优势。

炮制是依照中医理论基础，根据临床需求与中药性质的不同采取的一项制药技术。¹⁵中药炮制的目的，在于除去杂质及非药用部分，使药材清洁纯净，改变药物性能以及降低或消除药物毒副作用，确保用药安全和更好地发挥疗效。由于炮制过程中必然会发生各种各样的物理化学反应，使中药的成分产生质或量的改变，这些改变又必然会反映到药理作用上来，对临床疗效有不同程度的影响。如中药附子，属毛茛科乌头属乌头的子根，为历代中医学家推崇的温里药首选药物，然而附子良好的功效与毒性并存，如果不采用合适的加工炮制方式，不但不能发挥临床疗效，还有引起心脏毒性的危险。传统附子加工工艺流程，附子经泡、煮、漂等环节炮制加工处理制成附子饮片，能有效的降低双酯生物碱所致的心脏毒性，发挥临床疗效。所以，一定的药材产区总是伴有一定的生产技术历史，历史愈悠久，技术愈精湛，质量愈优良，道地性愈突出。也就是说，每一种道地药材都有其独特的栽培、采收及产地加工技术。

贮藏因素也是影响药物疗效的一个不可忽视的因素。如贮藏不当引起虫蛀、霉变、走油、变色、甚至腐烂等变质现象，轻则降低疗效，重则完全无效甚至对人体健康不利。¹⁶如荆芥，贮藏一年挥发油含量损失 30%，两年损失 42%，三年后损失达 52%。又如常山，同样的时间和贮藏条件下，生常山粉末、生常山饮片、常山炮制品粉末和原药材常山碱下降比例分别为 46%、35%、26%和 8.5%。¹⁷

(4) 特定的品质和疗效——质优效佳

道地药材的确定，与药材产地、品种、质量等多种因素有关，而临床疗效则是其关键因素。道地药材是在医家长期的生产和用药实践中形成的，并不是一成不变的。道地之所以成为道地，首先是在临床应用中有确切和稳定的疗效，其次才和产地联系在一起，成为“道地”药材品质和疗效是道地药材相比于非道地药材的优势所在。上文列出的道地药材的特点，都是保证其临床疗效的重要指标，品种改变，产地变更、采集季节不当等因素都会影响药材质量，最终影响临床疗效。

有效成分含量高，毒副作用小是道地药材有着优异的质量和疗效的根本原因。例如上文提到的道地产区位于古怀庆府辖地（今河南省焦作市的温县一带）的怀地黄，其有效成分梓醇含量为 2.454%，明显高于其他产地的地黄样品，其水浸出物和总还原糖含量亦最高，分别为 89.89%和 80.28%，而总灰分和酸不溶性灰分较低，分别为 3.79%和 1.11%。道地药材毒副作用小，是因为道地药材在农药与化学肥料残留方面比普通中药材要少。道地产区的气候环境，种植方式等都对道地药材的生长繁殖起到了促进作用，因此几乎不需要农药，肥料对其生长的干涉，即使有用到，剂量也是微乎其微，远低于相应的国家标准与地方标准；普通中药材缺乏道地药材这样的生长环境，因此有时需要农药，肥料等外界因素的添加提高其产量和质量，这就是如今相当比例的中药材都有重金属离子超标，农药残留超标等现象的

¹⁵ 参见高尚、杨异卉、吴立军：《中药炮制的现代化研究》，《安徽农业科学》2015年第19期，第80-81页。

¹⁶ 参见李立纪、张风雷、吴荣祖：《新法加工附子与传统附片药效学的比较研究》，《河南中医》2005年第3期，第32-34页。

¹⁷ 参见刘培勋：《试析影响中药材质量的若干因素》，《中国药业》2000年第5期，第33页。

原因。重金属，农残超标不仅会对药材的疗效产生不利影响，更容易对患者的身体产生毒副作用。¹⁸例如河北围场、山东胶南、陕西黄龙和所产黄芩从抑菌、抗炎、解热镇静等方面的实验表明，作为道地药材的围场黄芩在抗炎、解热等方向显示了较好的效果，且该道地黄芩对动物未显示任何毒副反应。¹⁹

（5）特定人文传统

上文从特定种质、特定自然环境产区、特定加工技术、特定疗效等方面总结了道地药材的特征，到此是将道地药材作为有体物来看待的，然而，道地药材之所以“道地”，之所以“质优效佳”，除了因为其具有以上“有体物”的特性外，还因为其承载着起源于道地产区的特定的人文传统。从宏观上说，道地药材反映了中国历史和文化传统中“天人合一”的古老哲学思想，表现出人与自然的辩证逻辑和辩证观念，全面地体现了中医药传统文化对药物性质、功效及其不良反应等问题的全面认知，是传统医学发展水平的重要标志。²⁰从微观上看，道地药材的名称、培育方法、炮制加工技术、治疗方法等无一不承载着特定的文化传统。

道地药材溯源于我国原始先民的创造，流传于漫长的农耕文化社会环境中，其原本是一种典型的地域文化，具有强烈的产地限定性特征和民族特色。我国现存最早的药学专著-《神农本草经》中载“土地所出，真伪新陈”，其中记载了 365 种药材，很多药材从药名就可看出药材与产地的关系。比如“巴豆”、“蜀椒”、“秦瓜”、“阿胶”、“吴茱萸”、“代赭石”等，巴、蜀、秦、吴、东阿、代州等在古代都是地名。后来随着中医药科学的发展，通过在药材名称前冠以产地名称来区分道地药材和普通药材的做法越来越普遍。道地药材也逐渐演变成质优效佳的中药材的代名词。道地药材之所以成为公认的质优效佳的药材，除了其药材本身的质量外，道地产区生产者，销售者诚实信用，吃苦耐劳等优良品质也是原因之一。如产于古怀庆府所辖的博爱、武陟、孟县、沁阳等地的“四大怀药”：地黄、山药、牛膝、菊花，其经销商“怀商”之一杜盛兴商号一直坚持的经营理念就是：“不卖次品，不牟暴利”。怀商中有一句名言：人勤地不懒，经商靠苦干，利从勤恳来，天上不掉钱。吃苦耐劳、诚实信用是怀商的创业之本，是四大怀药闻名全国的原因之一，也是道地药材承载的中华文化独特的内涵与意义。

道地药材是地方传统文化的一个标志，道地产区人民在药材的种植，采收，炮制等过程上的造诣造就了品质优良、质量稳定的道地药材，而道地产区外人民因此对道地药材的信任又让道地产区人民产生了自信心与自豪感，影响了道地产区人民的文化结构和文化心理。如济银花的道地产区山东平邑，总结了一套采收加工的经验。金银花的开花时间很集中，必须抓紧时间采摘。一般每年早春小满后采摘头茬花，以后每月集中采摘，每年采 4~5 茬，采摘时应掌握在花蕾上部膨大成米白色时最适宜，过早则花蕾青绿、嫩小，影响产量；过晚则花蕾开放，效价降低。一日之内，以清早至上午 9 点前所采摘的花蕾质量最好。金银花采下后应立即晾干或烘干，产地加工的方法有日晒、阴晾法、烘干法、炒鲜处理干燥法和蒸汽处

¹⁸ 参见刘宗起：《试论应用道地药材保证中药疗效》，《新疆中医药》2015 年第 4 期，67-68 页。

¹⁹ 参见刘菊福、卢长安、廖福龙、刘岱、崔淑莲：《不同产地黄芩提取物主要药效作用的比较》，《中国中医药信息杂志》2001 年第 3 期，第 28-30 页。

²⁰ 参见李昶、黄璐琦：《道地药材知识产权的文化多样性思考》，《中国中医药信息杂志》2010 年第 2 期，第 6-7 页。

理干燥法。道地产区流行的《采花歌》、《采花舞》等文艺作品集中反映了这种采摘金银花的复杂流程和欢乐景象。正是因为这一套传统的采收加工方法,提高了平邑金银花产量和质量,平邑也因此获得了金银花之乡的美誉。另外,众多古代中医药文献也是道地药材文化得以不断传承发展的重要载体。道地药材理论的萌发、形成与发展贯穿了以下重要中医药著作:《神农本草经》-《本草经集注》-《千金翼方》-《千金要方》-《新修本草》-《证类本草》。《本草衍义》-《图经本草》-《用药法象》-《本草品汇精要》-《本草纲目》-《农政全书》-《本草问答》-《药物出产辩》等。这一系列本草专著一脉相承,对道地药材内在质量的形成与其产地和生态环境的相关性多有论述。阐明药材是以产地为本,产地决定了药材的性状,进而决定药材的药效,人类只有顺应自然规律才能够取得良好的生态效益。即阴阳、五行、天药相应、天人合一,该学术思想概括了生物与自然界的有机统一,凸显天药人合一古代朴素生境观。中国古朴的哲学思想贯穿道地药材理论,并注重生态学观点,与现代生态学基本观点相吻合。²¹

(二) 地理标志的概念和特征

地理标志(Geographical Indications)是现代知识产权制度的重要组成部分,是 TRIPs 协定所确定的七大类知识产权之一。与商标、专利、著作权、商业秘密等其他保护个体智力成果的知识产权相比,地理标志作为独立知识产权纳入法律保护的时间较晚,且通常以地方传统特色产品的兴盛进行法律上的保护,更多地体现为对传统集体智慧成果的确认和维护,具有重要的经济意义和社会人文效益。²²

地理标志是将生产的产品与产品产地的地理环境或人文环境结合后形成的,是鉴别原产于一成员国领土或该领土的一个地区或一地点的产品标志,标志产品的质量、声誉或其他确定的特性主要决定于其原产地。²³常见的地理标志主要有两种表现形式,一种由将产地和产品名称组合而成,如“金华火腿”、“库尔勒香梨”;另一种是直接将产地名称作为该产品的标志,如“香槟(champagne)”既是法国的一个省的名称,又是一种白葡萄酒的品牌。

1、地理标志概念的发展

最早使用原产地名称这一概念对地理标志进行保护的是法国,早在 14 世纪,查理五世就颁发了关于洛克福奶酪的皇家许可证,可以说是历史上首部保护原产地名称的立法。²⁴自 1883 年的《保护工业产权巴黎公约》开始,地理标志被纳入国际法律保护,至今已有百余年,在这个过程中地理标志的概念也在不断发展变化,产生了货源标记(Indication of Source)、原产地名称(Appellation of Origin)、地理标志(Geographical Indication)等概念,对地理标志概念的理解和保护的发展完善体现在对地理标志作出规定的各个国际条约之中。

²¹ 参见黄林芳、王雅平:《道地药材研究理论探讨》,《中国现代中药》2015 年第 8 期,第 770-775 页。

²² 参见王笑冰:《关联性要素与地理标志法的构造》,《法学研究》2015 年第 3 期,第 82 页。

²³ 参见《世界贸易组织在有关贸易的知识产权协议》第 22 条第 1 款。

²⁴ 参见王笑冰:《论地理标志的法律保护》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 101 页。

(1) 《保护工业产权巴黎公约》

《保护工业产权巴黎公约》(以下称《巴黎公约》)是世界上第一部专门保护知识产权的国际公约,也是第一个将地理标志纳入保护范围的国际公约。《巴黎公约》中对地理标志采用的是“货源标记(Indication of Source)”和“原产地名称(Appellation of Origin)”的描述,公约第一条第二款规定:“工业产权的保护对象有专利、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称和制止不正当竞争。”第十条从消极禁止方面涉及到“Indication of Source”,还规定了员国如果在进口的产品中发现有虚假标记(False Indications)的应当予以扣押。《巴黎公约》没有对货源标记和原产地名称的具体含义和范围进行解释,但它将货源标记、原产地名称与专利、商标等知识产权并列,首次将地理标志与其他知识产权进行明确的区分,使之有了独立的产权地位。²⁵公约第十九条规定:“本联盟国家在与本公约的规定不相抵触的范围内,保留有相互间分别签订关于保护工业产权的专门协定的权利。”由此《巴黎公约》成员国还可以相互间签订协议对地理标志进行专门的保护,就是后来的《制止商品产地虚假或欺骗性标记马德里协定》和《保护原产地名称及国际注册里斯本协定》。因此可以说,国际上地理标志的概念和保护都是在《巴黎公约》的基础上建立发展起来的。

(2) 《制止商品产地虚假或欺骗性标记马德里协定》

1891年,《巴黎公约》的部分成员国签订了《制止商品产地虚假或欺骗性标记马德里协定》(以下称《马德里协定》)。《马德里协定》作为《巴黎公约》体系内针对虚假或欺骗性标记问题作出专门规定的多边协定,为地理标志提供了更强的保护,“货源标记(Indication of Source)”最广泛地使用便是在《马德里协定》中。协定从标题到内容全篇涉及到“Indication of Source”,却没有直接正面明确其具体含义。该协定第一条第一款间接界定了货源标记的含义:“凡带有虚假或欺骗性标志的商品,其标志系将本协定所适用的国家之一或其中一国的某地直接或间接地作原产国或原产地的,上述各国应在进口时予以扣押。”由此可以推导出,货源标记是作为商品来源国或来源地的一个国家或一个国家内的一个地方的标记。世界知识产权组织认为通过《马德里协定》明确了“货源标记(Indication of Source)”的内涵,它注重的是产品的来源,而产品的质量信誉等不作为考量依据。因此,《马德里协定》中的“货源标记”,强调的是商品的地理来源,并非商品与商品生产者之间的关系,也没有要求商品的质量和特征源自于该商品来源地的地理环境。

(3) 《保护原产地名称及国际注册里斯本协定》

《巴黎公约》在1925年修改后第一次出现了“Appellation of Origin”的概念,但并没有对其做具体的解释说明。直到1958年的《保护原产地名称及国际注册里斯本协定》(以下称《里斯本协定》),该协定是《巴黎公约》体系内第一部专门规定原产地名称保护的条约,也是地理标志国际保护的首次协作的成果,该协定对“原产地名称(Appellation of

²⁵²⁵ 参见王笑冰:《地理标志法律保护新论——以中欧比较为视角》,中国政法大学出版社2013年第1版,第4页。

Origin)”)作出了明确的定义,并且对于原产地名称的保护,从实体到程序规定了较为详细的措施。《里斯本协定》第二条第一款对“原产地名称”进行了定义:“在本协定中,原产地名称系指一个国家、地区或地方的地理名称,用于指示一项产品来源于该地,其质量或特征完全或主要取决于地理环境,包括自然和人为因素。”根据这一定义,原产地名称具有三个特征:第一,原产地名称必须是一个国家、地区或地方的地理名称,即具有地理描述性或地理指向性的称谓;第二,使用该原产地名称的产品必须来源于其所标示/指向的地理区域(国家、地区或地方);第三,使用该原产地名称的产品,其质量和特征必须完全或主要取决于地理环境,包括自然和人为因素。²⁶从原产地名称的定义和特征中可以发现,它与货源标记的概念有着明显的区别:首先,货源标记是作为商品来源国或来源地的一个国家或一个国家内的一个地方的标记,可以是地理名称,也可以是其他特定的标识或者形象化的替代,而原产地名称明确指示产品来源的只能是地理名称,必须是指向某一具体国家、地区或地方的称谓;其次,原产地名称的定义已经肯定了产品来源地的地理环境与使用该名称的产品质量之间的联系,并且明确了包括自然地理环境和人文地理环境,而货源标记的概念不具有这一内涵。

《里斯本协定》为原产地名称提供了简单却严格的保护,该协定第三条规定:“保护旨在防止任何假冒和仿冒,即使标明的系产品真实来源或者使用翻译形式或附加‘类’、‘式’、‘样’、‘仿’字样或类似的名称。”协定第六条规定:“根据第五条规定的程序,一个在特别联盟国家受到保护的原产地名称,只要在原属国作为原产地名称受到保护,就不能在该国视为已成为普通名称。”为了实现对原产地名称的有效保护,《里斯本协定》建立了一个原产地名称国际注册体系。

(4)《原产地名称和地理标志里斯本协定日内瓦文本》

1958年10月31日,匈牙利、法国、意大利等国签署了《里斯本协定》,目前该文本有28个缔约方。1967年7月14日,在斯德哥尔摩对《里斯本协定》进行修订并于1979年9月28日修正,形成了《斯德哥尔摩文本》,该文本目前有27个缔约方。2015年5月20日在日内瓦通过了《里斯本协定》的修订,形成了《原产地名称和地理标志里斯本协定日内瓦文本》(以下称《日内瓦文本》)。

1967年《里斯本协定》只对原产地名称进行保护,该文本中的原产地名称是指“原产地名称系指一个国家,地区或地方的地理名称,用于指示一项产品来源于该地,其质量或特征完全或主要取决于地理环境,包括自然和人为因素。”原产地名称的概念与后来TRIPs协议中的地理标志概念并不相同,原产地名称指示的产品,其质量或特征完全或主要取决于地理环境,而地理标志指示的特定质量、声誉或其他特征主要由地理来源决定即可。由此可以看出,地理标志的标准比原产地名称较为宽松。从《日内瓦文本》的名称来看,它将地理标志纳入《里斯本协定》的保护范畴。《日内瓦文本》对地理标志的定义是:“在原产缔约方受到保护、由一个地理区域的地名构成或包含该地名的任何标志,或者众所周知指称该地理

²⁶ 参见王笑冰:《地理标志法律保护新论——以中欧比较为视角》,中国政法大学出版社2013年第1版,第8-9页。

区域的另一标志，该标志标示一项产品来源于该地理区域，二该产品的特定质量、声誉或其他特征主要由其地理来源所决定。”这一定义与 TRIPs 对地理标志的概念界定基本一致。相比 1967 年文本，《日内瓦文本》在实体和程序上对原产地名称和地理标志的保护范围更广、保护力度更强，大量借鉴了 TRIPs 的规定。

（5）《与贸易有关的知识产权协定》

《巴黎公约》、《马德里协定》和《里斯本协定》在保护规范上都存在类似的问题：保护范围模糊不清，有效的保护取决于各成员国的诚意；或者虽然条约文本规定了统一的保护标准，但是这种标准根本无法实现。这三个条约体现了地理标志国际保护的谈判中的矛盾和纷争。TRIPs 关于地理标志的定义是在这三个条约的基础上建立起来的，也是此前矛盾和纠纷的延续。

地理标志（Geographical Indications）作为法律概念最早出现在世界知识产权组织（WIPO）在 20 世纪七十年代起草的《地理标志保护条约草案》中，但该文件并未对其进行明确定义，只是将货源标记和原产地名称的概念进行整合从而制定出统一保护地理标志的制度。将地理标志作为法律术语并对其定义作出明确解释的是 1994 年世界贸易组织（WTO）通过的《与贸易有关的知识产权协定》（以下称 TRIPs 协议）。TRIPs 协议第二十二条规定：“就本协定而言，‘地理标识’指识别一货物来源于一成员领土或该领土内一地区或地方的标识，该货物的特定质量、声誉或其他特性主要归因于其地理来源。”

TRIPs 协议在原产地名称的基础上定义了地理标志的概念，借鉴了《里斯本协定》中“原产地名称”的定义，但它定义的地理标志与原产地名称有着明显的区别：第一，原产地名称只能是一个指向某具体国家、地区或地方的名称或称谓，即原产地名称必须是一个地名；而地理标志是一种标识，它可以不是国家、地区或地方的名称，采用图案、包装等其他表现形式，只要其用于商品上能够将商品与特定的地理区域联系起来，就能够称其为地理标志。第二，《里斯本协定》中的原产地名称适用于产品（product），而 TRIPs 协议中的地理标志适用于商品（good），在 GATT/WTO 环境下“商品”和“服务”的用语是分别使用的，²⁷因此 TRIPs 是将服务排除在地理标志适用的对象之外。第三，《里斯本协定》中规定原产地名称使用的产品，其“质量和特征”都源于产地的地理环境，而 TRIPs 协议增加了“声誉”的要素。对于“声誉”这一要素的理解，如果把它作为完全独立于“质量”、“特征”等要素，会变得难以把握。“声誉”虽然一个相对主观的概念，但结合地理标志本身的特征，地理标志产品的声誉往往是归因于其特有的质量和特点，而不是凭空产生的或是仅由其来源产生而与该来源的有关的特定品质无关。因此产品通常需要以自身品质为基础才能建立起归因于原产地的声誉，从而达到 TRIPs 对地理标志的保护要求。²⁸第四，原产地名称要求产品的质量、特征“完全或主要取决于地理环境，包括自然和人为因素”，地理标志仅规定商品的特定质量、声誉或其他特征“主要归因于其地理来源”，没有对自然、人文因素作区分和强调。这并不表示

²⁷ 参见王笑冰：《论地理标志的法律保护》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 51-52 页。

²⁸ 参见王笑冰：《地理标志法律保护新论——以中欧比较为视角》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 14 页。

地理标志的内涵不包括人文因素，事实上，TRIPs 协议制定过程中的各草案均未明确将人文因素排除在外，在实践中产地自然因素和人文因素常常是结合作用对商品的质量等特征产生影响和作用，并不总是能够明确区分。TRIPs 协议作为利益博弈下多边谈判的结果，应当尽量避免在这些细枝末节上纠缠，影响协定制定生效的进程，将不利于地理标志的国际保护与时俱进。第五，在产品与地理来源的关系上，《里斯本协定》要求产品的质量和特征必须“完全或主要归因于”其地理环境，而 TRIPs 要求产品的特定质量、声誉或其他特征“主要归因于”其来源。这种差异的表述其实都表明了产品的特定品质与其地理来源具有实质性联系。

在保护程度上，此前的《巴黎公约》、《马德里协定》和《里斯本协定》都对地理标志提供了平等一致的保护，并且不断提高保护的水平；但是 TRIPs 协议根据产品的种类提供的是有差别的保护，其总体的保护水平低于《里斯本协定》。例如，TRIPs 协议在适用于所有商品之地理标识的保护范围当中，没有规定禁止使用附加“类”、“式”、“样”、“仿”字样或类似的名称，但在葡萄酒和烈性酒地理标志的保护规定中有该禁止性规定。从某种程度上说，这是对地理标志保护的倒退，从中体现出国际上地理标志领域利益斗争的复杂性。在乌拉圭回合 TRIPs 谈判中，发达国家间就地理标志的保护出现了重大分歧：欧洲旧世界国家主张 TRIPs 协议继续采用《里斯本协定》的保护模式，只要地理标志的使用行为构成不正当竞争就给予保护；以美国为代表的新世界国家坚持《巴黎公约》的保护模式，必须以构成欺诈，即误导公众作为保护的必要条件。双方谈判妥协的结果就是 TRIPs 协议最终呈现出的差别保护的模——对所有地理标志的一般保护（《巴黎公约》式保护）和对葡萄酒、烈性酒地理标志的强保护（《里斯本协定》式保护）。

一方面，TRIPs 协议第二十二条为所有地理标志提供了《巴黎公约》式的一般保护，其第二款规定：“在地理标志方面，各成员应为有利益关系的各方提供法律手段以阻止：（a）用任何方式在标示和说明某一货物时指示或暗示该有关货物来源于一个非其真实原产地的地理区域，从而在该货物的地理来源方面误导公众；（b）任何构成《巴黎公约》（1967）第十条之二意义下不公平竞争行为的使用。”此条款赋予地理标志的权利范围限于禁止他人使用地理标志而不能就使用作出授权许可，是一种消极的权利，它提供了两种保护地理标志的途径：一是从保护消费者利益的角度，防止误导性标记使用；二是从反不正当竞争的角度，防止构成不正当竞争的使用行为。

另一方面，在 TRIPs 协议谈判过程中，以欧盟国家为主的一些葡萄酒生产国一直强烈要求对葡萄酒和烈性酒地理标志提供更高水平的保护，在谈判即将结束之际，这些国家的要求被接受。TRIPs 协议第二十三条第一款规定：“每个成员应为有利害关系的各方提供法律手段防止把识别葡萄酒的地理标志用于不是产于该地理标志所表明的地方葡萄酒，或把识别烈性酒的地理标志用于不是产于该地理标记所表明地方的烈酒，即使对货物的真实原产地已有说明，或该地理标记是经翻译后使用的，或伴有‘种类’、‘类型’、‘特色’、‘仿制’或类似表述方式。”此条款取自《里斯本协定》第三条，但后者适用于所有的地理标志而 TRIPs 协议第二十三条仅适用于葡萄酒和烈性酒地理标志。TRIPs 协议作为《里斯本协定》之后的国际条约，其条款适用范围却窄于《里斯本协定》中的相应条款，在国际知识产权保护发展历史上是比较少见的。TRIPs 协议第二十三条第二款规定：“对包含识别葡萄酒的地理标志

的葡萄酒或包含识别烈酒的地理标记的烈酒,对其商标注册一成员应依职权予以拒绝或废止,如果该成员的立法允许或有利害关系的一方针对不是来源于该产地的葡萄酒或烈酒提出要求。”以上两个条款均不要求证明对标记的使用行为构成不正当竞争行为或者对公众的误导,只需要证明使用地理标志的葡萄酒或者烈性酒并非来源于地理标志指向的地理区域即可。与第二十二條相比,它是一种自动的、客观的保护,是对葡萄酒和烈性酒地理标志提供的更强的、额外的保护。

TRIPs 协议中的地理标志保护条款是欧盟国家和以美国为代表的新世界国家利益斗争和谈判妥协的结果,最终建立了适用于所有缔约国的地理标志最低保护标准,同时要求 WTO 各成员为葡萄酒和烈性酒地理标志提供额外的保护。与此前的国际条约相比,TRIPs 协议以其全球范围的广度和强制性的约束力大大推进了地理标志保护的国际化程度。

2、域外地理标志概念的界定和保护规定

(1) 欧盟/欧共体对地理标志概念的界定和保护规定

欧盟地理标志保护制度借鉴了法国罗马式保护模式,对农产品、食品和酒类地理标志进行专门立法保护。葡萄酒地理标志受《1308/2013 号条例》保护,烈性酒地理标志受《110/2008 号条例》保护,酒类以外的农产品、食品地理标志受《1151/2012 号条例》保护。欧盟的数个地理标志法规高度一致、相互配合,通过专门立法结合地理标志的特点为地理标志提供最佳的保护,有利于维护产业整体利益,符合欧洲传统的产业模式。²⁹从整体来看,这几个条例对地理标志的概念定义几乎一致,只是使用对象范围有所不同。

欧共体 1992 年颁布的《2081/92 号条例》是欧盟地理标志制度的基础性法律文件,它确立了地理标志的定义、登记程序和保护原则,适用于除葡萄酒和烈性酒之外的农产品。它规定了“受保护的原产地名称”(Protected Designation of Origin,简称 PDO)和“受保护的地理标志”(Protected Geographical Indication,简称 PGI)两个概念。

“受保护的原产地名称”是指“一个地区、特定地方,或者在例外情况下,一个国家的名称,该名称用来标示一种农产品或食品,该农产品或食品来源于这个地区、特定地方或国家,且其质量或特征主要或完全归因于特殊的地理环境,包括自然和人文因素,并在限定的地理区域内生产、加工和制备。”³⁰对于某个传统名称不论其是否为地理名称,只要符合上述条件,也可以视为原产地名称。此外,如果一种产品的原材料来源于另一地区或者其来源地的区域大于加工地的,在下列情况下该产品原材料的地理名称也可以作为原产地名称:原材料的产地是限定的,存在生产该原材料的特殊条件,且有一套监控制度以确保这种条件得以维持。

“受保护的地理标志”是指“一个地区、特定地方,或者在例外情况下,一个国家的名称,该名称用来标示一种农产品或食品,该农产品或食品来源于这个地区、特定地方或国家,且具有的特定质量、声誉或其他特征归因于该地理来源,并在限定的地理区域内生产和/或

²⁹ 参见王笑冰、林秀芹:《中国与欧盟地理标志保护比较研究——以中欧地理标志合作协定谈判为视角》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第126页。

³⁰ 参见《2081/92号条例》第2条。

加工和/或制备。”³¹

欧盟在之后颁布的《510/2006 号条例》和《1151/2012 号条例》中，仍然将受保护的名称分为两类，不过在表述上将“受保护”的定语删去，即分为“原产地名称”（Designation of Origin, 简称 DO）和“地理标志”（Geographical Indication, 简称 GI）。新的条例规定，获得注册的 DO 或者 GI 可以选择使用相应的 PDO 或者 PGI 标记。

I. 农产品和食品地理标志的保护——《1151/2012 号条例》

欧盟历史上首部对农产品和食品地理标志专门保护的是 1992 年 7 月颁布的《2081/92 号条例》，该法颁布后对欧盟地理标志保护工作的开展发挥了重要作用。但美国认为此条例关于第三国的规定违背了 TRIPs 协议的国民待遇原则，并启动了 WTO 争端解决机制，2005 年专家组裁定认为《2081/92 号条例》违背了国民待遇原则。于是欧盟对其进行了修改并于 2006 年颁布了修改后的《510/2006 号条例》。它与《2081/92 号条例》的理念和基本结构基本一致，二者并没有本质区别。为了进一步提升农产品和食品地理标志的保护水平，欧盟于 2012 年 11 月 21 号通过了《1151/2012 号条例》，取代了《510/2006 号条例》。《1151/2012 号条例》首次以立法的形式在欧盟内建立了一个专门的监管体系，对获得地理标志保护的所有产品实施监控计划并进行全过程的质量监管，在整个欧盟建立统一的监控程序。

《1151/2012 号条例》将保护的地理标志划分为“原产地名称”（DO）和“地理标志”（GI）两种类型。“原产地名称”是指“一个地区、特定地方或在例外情况下指一个国家的名称，该名称用来标示一种农产品或食品来源于这个地区、特定地方或这个国家，其质量或特点主要或完全归因于地理环境，包括自然和人文影响，且在限定的地理区域内生产、加工和制造”；而“地理标志”是指“一个地区、特定地方或在例外情况下指一个国家的名称，该名称用来标示一种农产品或食品来源于这个地区、特定地方或这个国家，且其特定的质量、声誉或其他特点源于该地理来源，并在限定的地理区域内生产和/或加工和/或制造”。二者的不同之处主要有：首先，受保护的原产地名称要求产品的质量或特征在本质上仅仅取决于特定的地理环境所固有的自然和人为因素。而受保护的地理标志则要求产品特定的质量、信誉或其他特征主要来自于其来源地。其次，受保护的原产地名称要求产品的生产、加工和制造都必须在特定的地理区域内完成。而地理标志仅要求三者之一在特定的地理区域内即可。总体而言受保护的原产地名称所要求的条件要比受保护的地理标志更加严格。

在保护范围方面，《1151/2012 号条例》保护的對象范围限于农产品和食品，不包括葡萄酒和烈性酒，但是葡萄酒醋受该条例的保护。并且保护的名称上同时使用了原产地名称和地理标志两个称谓，这是因为法国不愿意放弃本国法中的原产地名称，而德国不愿放弃本国法中的地理标志。某些非食物农产品如果属于条例附件所列范围内，如甘草、香精油、软木塞、花观赏性植物、羊毛、柳条制品等，同样可以受到保护，但大多数非农产品或工业制成品（如纺织品、木材、陶器等）不在该条例的保护范围内。同时，《1151/2012 号条例》第三条规定了不予保护的四种情形：a. 已经成为通用名称的产品名称不能注册。“就本条例的目的而言，通用名称是指一种农产品或食品的名称虽然和最初生产或销售的地方或地区相关，

³¹ 参见《2081/92 号条例》第 2 条。

但在欧盟境内成为农产品或食品的通用名称”。为确认一个名称是否变为通用名称时要考虑各方面因素，特别是在成员国和消费领域的目前情况以及有关国家或欧盟的法律。b. 与植物品种和动物品种名称相冲突以及结果有可能导致消费者对产品的真实来源产生误解的名称不能注册。c. 一个名称全部或部分的和根据本条例已经注册的名称同名，在注册的时候要适当考虑当地和传统使用以及实际混淆的风险。特别是如果同名名称使消费者误认为产品来自另一个地区，则不能被注册，即使这一名称是农产品、食品的真实来源地。注册的同名名称使用应遵循后来注册的同名名称和已注册的名称在实际中明确可分的原则，这就需要用公平的方式对待相关生产者和不产生误导消费者的后果。d. 如果原产地名称或地理标志是基于商标的声誉、知名度和长时间使用，并使消费者对产品的真实身份发生误认，则不能注册。

在申请应当提供的材料方面，《1151/2012 号条例》规定原产地名称或地理标志的注册申请书应至少包括：（1）申请人的名称和地址及产品技术规范证明机构的名称和地址；（2）产品的技术规范。主要包括产品的名称和对产品描述、包装标签的详细规定和地理区域的简单介绍；（3）产品与其地理环境或地理来源之间关系的说明及产品名称在其原产国受到保护的证明。³²

在注册程序方面，《1151/2012 号条例》规定如果申请涉及的地区在欧盟成员国境内，该申请应该向成员国提交。该成员国就其是否符合条例的要求进行审查。经审查符合要求的，将申请移交给欧盟委员会并由其作出最终的决定。经审查不符合要求的，驳回其申请。如果申请涉及欧盟之外的区域，应直接或通过该国的有关部口向欧盟委员会提交。提出申请时应当采用欧盟规定的官方语言。接到申请后，欧盟委员会的审查期限是 6 个月。经审查符合的，在《欧盟官方公报》上予公布。不符合的，予以拒绝。公布后的异议期为 3 个月，异议期内无人提出异议或经审查异议不成立的，欧盟委员会将会对申请的名称予以核准并在《欧盟官方公报》上公布。³³只有在下列情况下异议才能成立：a. 申请未满足《1151/2012 号条例》规定的原产地名称或者地理标志定义条件；b. 属于条例规定的“不予保护”范围内的四种情况。欧盟委员会对异议进行审查时，对 b 项的四种情况的审查仅限于欧盟地域范围内。若异议成立，欧盟委员会会邀请双方当事人进行协商，如果不能达成协议，则依据条例规定的程序作出决定；若双方在 6 个月内达成协议，则将协议的内容通知欧盟委员会。

《1151/2012 号条例》还规定了撤销程序，如果欧盟委员会认为农产品和食品不再具备说明书所确定的条件时，可以启动第五十七条第二款规定的撤销注册程序。任何有法律上利益的自然人或法人都可以依据合理的理由要求撤销注册。

《1151/2012 号条例》规定了注册后原产地名称以及地理标志的权利人有权维护自己的权利，禁止以下行为：a. 所有滥用、仿冒行为，即使注册名称伴有或翻译成诸如“某种”、“某类”、“某型”、“某式”或“仿某某”等类似表达；b. 在产品的任何包装和宣传资料上提供关于产品产地、质量或特性的错误或误导性表达；c. 在非注册产品上对注册名称的所有直接或间接的商业性使用，比如使用与注册名称近似的名称或利用其商誉的行为；d. 在产品产地方面可能误导公众的其他行为。如果一个注册名称含有被认为是农产品、食品的通用名称

³² 参见《1151/2012 号条例》第八条。

³³ 参见《1151/2012 号条例》第五十二条。

的内容，不认为是违反前两点；并且受保护的名称不可能变成通用名称。

II. 葡萄酒地理标志的保护——《1308/2013 号条例》

2007 年 10 月 22 日欧盟通过了对葡萄酒地理标志进行专门保护的《1234/2007 号条例》。此后由于共同农业政策的调整，欧盟于 2013 年 12 月 17 日通过了《1308/2013 号条例》取代了之前的《1234/2007 号条例》。与《1151/2012 号条例》类似，《1308/2013 号条例》也将葡萄酒地理标志划分为两类，即原产地名称和地理标志。“原产地名称”是指一个地区、特定地方或在例外情况下指一个国家名称，该名称用来标示符合下列要求的产品：i. 其质量或特征主要或完全归因于具有内在自然或人文因素的特殊地理环境；ii. 用于制造该产品的葡萄完全产自该地理区域；iii. 该产品在该地理区域内制造，且 iv. 该产品自属于 *Vitis vinifera*（一种重要的酿酒葡萄品种）的葡萄品种。“地理标志”则是指用来标示一个地区、特定地方或在例外情况下指一个国家名称，该名称用来标示符合下列要求的产品：i. 该产品具有可归因于该地理来源的特殊质量、声誉或其他特征；ii. 用于制造该产品的葡萄至少有 85% 产自该地理区域；iii. 该产品在该地理区域内制造，且 iv. 该产品自属于 *Vitis vinifera* 的葡萄品种或者 *Vitis vinifera* 与其他葡萄品种的杂交品种。原产地名称和地理标志在概念上主要存在以下区别：首先，原产地名称要求产品的质量或特征必须主要或完全归因于特殊的地理环境，而地理标志仅要求产品具有可以归因于该地理来源的质量、声誉或其他特征即可。其次，原产地名称要求产品的生产、加工和制备均限于特定的地域内，而地理标志只要求三项中的一项在特地域内完成即可。此外，在葡萄酒地理标志的保护上，原产地名称要求用于制造产品的葡萄必须百分之百来自特定的地理区域，并且必须产自属 *Vitis vinifera*（一种重要的酿酒葡萄品种）的葡萄品种；而地理标志仅要求产自特定地理区域的葡萄达到百分之八十五以上即可，并且产品可以产自属于 *Vitis vinifera* 的葡萄品种或者 *Vitis vinifera* 与其他葡萄品种的杂交品种。

在申请主体方面，《1308/2013 号条例》规定，有利害关系的生产者协会都可提出原产地名称或地理标志的申请。在欧盟国家，葡萄酒产业生产协会历史悠久制度完善，在葡萄酒领域中发挥着举足轻重的作用，所以条例把申请主体规定为生产者协会。但是这并不是绝对的，单个生产者在特定的情形下也可提出注册申请。除此之外的利害关系人可以申请加入。如果申请注册的名称涉及跨界地理区域，有关的申请主体可提出联合申请。³⁴

在申请需要提交的材料方面，申请人在申请原产地名称或地理标志保护时都应该提交一份技术文件。技术文件应该包含以下内容：需要保护的名称、申请人的名称和地址、产品规格说明和一个单独的总结产品规格说明的文件。凡申请保护涉及的地理区域属于第三国时，还应当提交名称已经在该第三国受到保护的证明材料。

在注册程序方面，欧盟成员国国民申请注册，应首先将其注册申请提交给其所属的成员国。成员国收到申请后对其是否符合《1308/2013 号条例》所列的条件进行初审。符合条件的，将其申请转交给欧盟委员会。不符合的，驳回其申请。³⁵欧盟委员会收到申请后对其是否符合法定的条件进行审查，如果符合《1308/2013 号条例》规定的条件，应当在《欧盟官方

³⁴ 参见《1308/2013 号条例》第九十五条。

³⁵ 参见《1308/2013 号条例》第九十六条。

公报》上公布该申请；不符合的，予以驳回。自申请公布之日起，成员国、第三国以及任何具有法律利益的自然人和法人均可对申请提出异议。境内外的自然人和法人的异议申请可以直接或通过第三国的职权机关提交。异议期间为 2 个月，自申请公布之日起计算。最后由欧盟委员会做出决定，不符合法定条件的，驳回申请。符合法定条件的，给予原产地名称保护或地理标志保护。³⁶

III. 烈性酒地理标志的保护——《110/2008 号条例》

欧盟对烈性酒地理标志进行保护的法律依据是 2008 年 1 月 15 日通过的《110/2008 号条例》。与《1308/2013 号条例》将葡萄酒地理标志分为原产地名称和地理标志不同，《110/2008 号条例》仅仅规定了单一的地理标志的概念。

《110/2008 号条例》第十五条第一款规定：“就本条例而言，地理标志应是用来标示一种烈性酒产自一个国家领土内或者该国领土内某地区或地方的标记，该烈性酒的特定质量、声誉或者其他特征主要归因于其地理来源。”条例还在其附录 II 中对烈性酒做了列举，主要包括朗姆酒、威士忌、葡萄蒸馏酒、白兰地、伏特加等 46 种类型。该条例对已注册的烈性酒地理标志的保护，主要是为了防止任何冒用、模仿、和虚假的可能使消费者产生误会的行为。

在条例的适用范围上，它适用于欧盟境内市场上所有的烈性酒，包括产自欧盟境内的烈性酒和产自第三国的烈性酒以及产自欧盟境内但用于出口的烈性酒。条例还对烈性酒给出了明确的定义，即烈性酒是指为人类消费而生产的，具有特殊感官感受的，酒精浓度在百分之十五以上的酒精饮料。³⁷条例规定，各成员国可以对附件 II 所列举的烈性酒的生产、描述、和标签做出比条例更加严格的规定。但是，各成员国不得有禁止或限制符合本条例规定的烈性酒的生产、销售和消费的行为。

在申请烈性酒地理标志提供的材料方面，申请书应当用欧盟的官方语言书写或者同时附有欧盟官方语言的翻译。在提交申请时应该同时提交一份关于烈性酒规格说明的技术文件。技术文件应当至少包括以下内容：烈性酒的名称和种类、对烈性酒的描述、地理区域的范围、生产方法、与地理环境或原产地的关系、欧盟或成员国或地区要求的条款、申请人的名称和联系地址以及其他补充条款。³⁸

在注册程序方面，与葡萄酒的注册程序一样分为两种情况。来自成员国境内的申请，应向申请者所属的成员国提出申请，然后由收到申请的成员国进行审查。经审查符合条件的向欧盟委员会提出。来自非成员国的地理标志申请可以直接向欧盟委员会提出也可以由本国职权机关将申请转交给欧盟委员会，此时申请人还应该提交证据证明其所申请的地理标志已在其所属国受到了法律保护。³⁹所不同的是，欧盟委员会接到申请后的审查期限为 12 个月。欧盟委员会经过审查认为符合条件的，应该在《欧盟官方公报》上公告技术文件的内容。公告之日起 6 个月内，有利害关系的自然人或法人可以申请并以未满足条例所规定的所有条件为由

³⁶ 参见《1308/2013 号条例》第九十九条。

³⁷ 参见《110/2008 号条例》第二条。

³⁸ 参见《110/2008 号条例》第七条。

³⁹ 参见《110/2008 号条例》第十七条。

提出异议。欧盟委员会审查后,在考虑异议的基础上做出最终决定。决定应该在《欧盟官方公报》上公布。

《110/2008 号条例》规定,获得注册的烈性酒地理标志受到保护,以防范下列行为:

i. 任何将地理标志直接或间接商业性地用于注册未指定的产品的行为,只要该产品与在该地理标志下注册的烈性酒类似,或者这种使用利用了注册地理标志的声誉。ii. 任何非法冒用、模仿或暗示性使用,即使标明了产品的真实来源,或者以翻译的形式,或以伴有诸如“似”、“型”、“式”、“制成”、“风味”或其他类似用语的方式使用地理标志。iii. 在产品的说明、外观或标签上就产品的来源、出处、性质或基本品质所作的其他容易使人对产品的来源发生错误认识的虚假或误导性表述。iv. 可能使消费者对产品的真实来源发生误认的其他任何做法。⁴⁰

(2) 美国对地理标志概念的界定和保护规定

与欧盟的专门立法不同,美国将地理标志纳入商标法进行保护。根据《兰哈姆法》,地理标志可以申请为集体商标和证明商标,为所有的商品地理标志提供保护。《兰哈姆法》没有对地理标志的概念作出具体解释。除此之外,美国烟酒税收及贸易管理局(The Alcohol and Tobacco Tax and Trade Bureau, 简称 TTB)专门颁布了为葡萄酒和烈性酒提供地理标志保护的规章,与欧盟的原产地名称和地理标志不同,美国的葡萄酒和烈性酒原产地名称仅代表其地理来源,没有涉及产品的质量、声誉或其他特征与产地之间的关系,对自然因素以及人文因素的保护也没有规定。

I. 《兰哈姆法》对地理标志的保护

《兰哈姆法》对地理标志的保护体现为消极保护和积极保护两个方面。消极保护体现在地理描述性标记不得注册为商标。积极保护体现在《兰哈姆法》规定,地理标志可以注册为集体商标和证明商标,同其它注册商标享有同等的保护。

i. 地理描述性标记禁止注册为商标

根据《兰哈姆法》,商标就是区别商品来源的标记,因此商标必须具有的特性便是显著性。如果不具有显著性就起不到区别商品来源的作用,因此具有地理描述意义的标记不得注册为商标。

《兰哈姆法》第二条(e)第二项规定:“如果申请地理标志注册的术语仅仅是地理描述性标记或欺骗性描述标记,不得注册为商标保护。”描述性标记是指对某类产品的外观、颜色、来源等特征或属性的描述,由于其描述的是所有同类产品的特征和属性,因此不具有区分不同产品来源的作用。根据《兰哈姆法》的规定,不能被注册为商标。《兰哈姆法》对地理描述性标记禁止被注册为商标的规定不仅限于直接的地理名称,而且将有可能产生误解的别称和简称甚至是某区的地图也包括在内。这就大大扩展了该条款的适用范围,一些企业想通过打擦边球的方式把地理描述性标记注册为商标的行为也被禁止。

ii. 地理描述性标记能够被注册为商标的例外——第二含义

⁴⁰ 参见《110/2008 号条例》第十六条。

《兰哈姆法》在规定地理描述性标记不得注册为商标这一基本原则的同时,还规定了例外的情况。《兰哈姆法》第二条(f)规定:“商标应该具有显著性,描述性词语不具有显著性。但是如果其其他领域获得了第二含义,可以注册为商标。同时,根据《兰哈姆法》第二条(f)的规定,第二含义的获得必须经历一段时间。这段时间是使用者必须排他和连续地使用五年,从宣称具有显著性之日起计算。这样规定是因为在美国,商标权利的获得来自商标权人的使用行为而非注册行为。只要商标权人连续的使用该商标达到一定的时间,该商标就获得了显著性,就应当予以保护。《兰哈姆法》关于第二含义的规定考虑到了地理描述性标记通过长期使用能够获得显著性这一客观事实,突破了前述地理描述性标记不得被注册为商标的规定。这样的规定既保护了地理描述性标记作为公共资源不被任意垄断和滥用,又考虑到了现实情况做了例外规定,实现了二者的平衡。

iii. 欺骗误导描述的地理标记禁止注册

根据《兰哈姆法》第2条(e)第3项规定,如果一个地理标记构成地理上的欺骗误导描述,就不可能被注册为商标。例如,在产自纽约的葡萄酒上标注“Napa Valley”。因为“Napa Valley”是位于加利福尼亚州的美国著名葡萄酒产区,因此这种描述就是一种欺骗性地理标记。禁止这种描述注册为商标一方面是因为其构成对消费者的欺骗具有主观恶性,另一方面是因为这种描述所带来的混淆,难以通过长期使用获得第二含义而消除。

iv. 集体商标和证明商标对地理标志的保护

根据《兰哈姆法》第四十五条的规定,集体商标是指:“由合作社、协会或其它集团团体或组织使用或者具有真实的使用意图,并在本章规定的主登记簿上申请注册的商标或服务商标,包括作为一个联合会、协会或其他组织成员的标记。”集体商标作为商标的一种和其它商标一样都能起到指示商品或服务来源的作用。与其他商标的差异之处在于,集体商标的所有人不是一个自然人或法人而是由若干自然人或法人组成的群体。集体商标的所有人通常是某一团体或协会,其使用者一般却是该团体或协会的成员。

根据《兰哈姆法》第四十五条的规定,证明商标是指:“有某种监督能力的组织所控制,该组织之外的单位或个人使用于其生产的商品或提供的服务之上,用来证明商品或服务的产地、制作技巧、质量或品质的一种标志。”从该定义可知,在美国,证明商品或服务来源于特定区域或达到某种质量标准的商标可以注册为证明商标,美国通过这种方法把地理标志当作商标进行保护。在美国,任何符合特定条件的人,都可以使用注册为证明商标的地理标志。也就是说,证明商标并不能够阻止他人善意和合理的使用。

证明商标与集体商标的一个显著区别在于“所有人不得使用规则”(anti-use by owner rule)。证明商标的所有人并非产品或服务的提供者,而是证明产品或服务达到一定质量或符合特定标准的组织机构。这些机构一般不提供商品或服务,它们的主要任务是打击滥用证明商标的违法行为并为合法使用人正常的的使用活动提供便利。在实践中,证明商标的所有人一般是政府部门。

II. 葡萄酒和烈性酒地理标志的专门保护

《兰哈姆法》对地理标志的保护及于所有的商品或服务。除此之外,美国还存在专门适用于与葡萄酒与烈性酒的地理标志保护,那就是 TTB 对葡萄酒和烈性酒地理标志的保护。

《联邦条例法典》第四部分第二十五条对原产地名称作了明确的规定,并将葡萄酒的原产地名称划分为两类,即与行政区划有关的名称和与葡萄酒栽培区有关的名称。与行政区划有关的名称标示原产地,只有在该名称所指向的地区所产的葡萄酒达到百分之七十五上时方可使用该名称。当葡萄酒的原产地涉及数州或数县时,应在标签上标明所涉及的所有州或县,并且需要将各州或各县的葡萄所占葡萄酒的比例在标签上标明,误差应该控制在百分之二以内。与葡萄栽培区有关的名称的使用标准要比与行政区划有关的名称更加严格。首先,源自产地地区的葡萄所酿的酒应占葡萄酒总量的百分之八十五以上,这高于与行政区划有关的名称所要求的百分之七十五的标准。其次,还要求必须具有与其他地区不同的地理特征,而与行政区划有关的名称则无这方面的要求。

与欧盟的原产地名称和地理标志不同,美国的葡萄酒和烈性酒原产地名称仅代表其地理来源,并不能说明产品的质量、声誉或其他特征。而且与欧盟对葡萄品种和栽培技术等做出了一系列的详细规定不同,美国将对人为因素的管理包括质量、供给等问题委托给了地方,这就导致了各个地区保护产地不一的局面。

(3) 法国对地理标志概念的界定和保护规定

I. 法国地理标志保护制度的历史发展脉络

法国是最早使用原产地名称的概念对地理标志进行保护,并且制定了最全面和完善的地理标志保护制度的国家。法国地理标志的保护立法脉络大致可以分为三个时期:1905年至1919年的制度创立初始期,1919年至1935年的制度逐步成熟期,以及1935年之后的转型发展期。

i. 1905年至1919年:制度创立初始期

法国在1905年8月1日颁布了保护地理标志的首部法律。20世纪初,法国部分地区受到根瘤蚜疫情影响导致葡萄酒制假问题严重,部分知名的农产品产业受到很大冲击。相关行业因此要求国家制定法律,将原产地名称的命名权统一由政府行使,从而杜绝生产者或者经销商自行宣称葡萄酒的原产地名称,并且对在任何产品的原产地方面误导或者意图误导缔约方的任何人进行罚金处罚。

1905年颁布的原产地名称保护法规定政府机构成为认定原产地名称的主要负责机构,由政府统一行使原产地名称的命名,并区分那些使用了原产地名称的产品。根据1905年法,由中央政府派遣到各地方的代表决定哪个区域可以使用某个原产地名称,而不允许生产者自行决定。这一决定促使了1908年8月5日新法的诞生。新法规定,应针对个案制度具体法令来确定原产地名称,随后产生了一些个案性的法令。如1908年关于香槟的法令,1911年2月关于波尔多法法令,以及干邑白兰地、夏朗德白兰地、班纽尔丝等。

《1905年法》和《1908年法》为法国原产地名称保护制度奠定了基础,开启了政府用行政手段管理原产地名称的序幕,标志着法国原产地名称保护走向了现代意义上的立法。但制度创立的初期也存在着一些不足:一方面,政府命名权由中央政府在地方的代表行使,而这些官僚在原产地名称的命名上有着较大的随意性,不同的命令之间常常互相矛盾;另一方面,这种试图通过行政手段确定原产地名称以禁止商业假冒行为的尝试,因其除规定产区地

理界限外没有其他任何规定而惨遭失败。以香槟酒为例,当时所有在香槟地区出产的葡萄酒,不论品质优劣如何都使用了“香槟”这一产地名称,市场上的香槟酒品质仍然层次不齐。不同的命令之间相互矛盾,《1905年法》的立法目的无法实现。因此第一次世界大战结束后,法国的原产地名称制度进一步发展,1919年通过了1919年原产地名称保护法。

ii. 1919年至1935年:制度逐步成熟期

1919年5月6日通过的《原产地名称保护法》规定原产地名称是一项集体权利,申请者通过法院宣告便可注册原产地名称。该原产地名称不能进入公共领域,在本质上不能视为通用。对于任何直接或间接违反原产地名称使用的地方性、合法性和稳定性的人,将给予法律制裁。为了解决《1905年法》带来的行政权命名混乱的问题,《1919年法》将原产地命名权由政府交给法院,法官掌握着原产地名称使用的认定或确认权力,该法同时也明确了法官在认定原产地名称应该考虑以下因素:地理原产地、产品的性质、成分,依靠当地重复的、持续的和诚实的生产方式而获得的实质性、显著性的质量。可以看出,《1919年法》虽然将注意力逐步转移到产品的质量上来,但仍然强调地理产地的首要性,没有完全摆脱货源标记的特定,这使得法国出现了很多以各种区域划分的原产地名称。

1925年法国通过了《1925年洛克福奶酪保护法案》,使得奶酪成为第一个除了葡萄酒之外获得原产地名称的产品。

1927年7月22日,经过大范围讨论后,法国国民大会通过了新的原产地名称保护法。《1927年法》主要针对之前由于《1905年法》强调产品的地理来源而忽略产品的品质,导致香槟产地出产的葡萄酒无论优劣都适用这一名称。《1927年法》规定由立法机关自身决定法国的哪些部分被允许使用“香槟”原产地,并在1919年建立的标准中增加了新的因素加以考虑,如葡萄品种、特定的栽培技术、地质构造等。至此,原产地名称与产品质量之间的关联程度更加深一步,已基本建立原产地名称彻底摆脱了货源标志的影子。⁴¹

法国法院在1919年到1935年之间通过的一系列法案,强调了原产地名称被保护的主要原因在于特定地区的条件对产品质量的影响。由此,经过一系列立法和法院的一系列案件,法国原产地名称制度逐渐成熟起来,由强调来源标示转为着眼于产品本身的质量。法国法院确立了原产地名称产品与货源标志产品的区别。

iii. 1935年以后:制度转型发展期

1935年7月30日,法国政府通过了《关于葡萄酒之受监控原产地名称1935年7月30日法令》,这标志着法国原产地名称制度发生了重大转变。该法建立了法国原产地名称制度重要的内容——受控原产地名称(controlled appellation of origin,简称AOC),并设立了专门制定产品生产规则的葡萄酒和烈性酒国家委员会。这两个制度基本构成了法国独具特色的AOC制度。1955年11月28日颁布的法令,确认了与葡萄酒近似的奶酪受控原产地名称法律制度。

1935年开始建立的AOC制度,最初主要通过一些针对具体产品的法令适用于葡萄酒、烈性酒和奶酪。1990年7月2日颁布的法律在彻底修改先前《1919年法》的基础上,引入

⁴¹ 参见吴彬,刘珊:《法国地理标志法律保护制度及对中国的启示》,《华中农业大学学报(社会科学版)》2013年第6期,第122页。

了受控原产地名称，取代了早先的“原产地名称”概念，并将受控原产地名称制度的适用范围扩大到农产品和食品。《1990年法》将法国大多数的原产地名称产品纳入AOC制度中，AOC制度成为法国原产地名称制度的核心。以上规定在1993年被归入《关于消费者法典的1993年7月26日法》，据此，法国所有原产地名称都可以成为受控原产地名称。

法国农产品原产地名称制度一直使用原产地名称或者受控原产地名称，为了应对欧共体《2081/92条例》，法国通过制定《关于农产品和食品质量的1994年法》，将地理标志保护的新概念纳入到本国法律中。国家原产地名称研究院（INAO）负有确认和管理地理标志产品的职责，由其对地理标志和原产地名称统一管理，下设葡萄酒和烈性酒国家委员会、奶制品国家委员会、除葡萄酒制品以外的农业食品国际委员会以及地理标志产品国家委员会等委员会共同负责各个行业的AOC认定工作。

II. 法国原产地名称的概念

1905年和1919年法国的相关法律仅对原产地名称作出规定，《1990年法》用“受控原产地名称（*appellation d' Origine controlée*，简称AOC）”取代了“原产地名称”的概念；根据《1990年法》，原产地名称产品时具有独特风格的产品，其独特风格来源于它的地理位置，包括能够形成其特性和个性的地质、土壤、气候、技术和人文因素。《1994年法》将受控原产地名称的适用对象从葡萄酒和烈性酒扩大到奶酪和农产品、食品，建立了独立的国家原产地名称局（INAO），受控原产地名称制度成为法国原产地名称制度最具特色的部分。⁴²

相关的概念和规定后来都被纳入了法国《消费者法典》。根据《消费者法典》第L115-1条，原产地名称（AO）是指“一个国家、地区或地方的名称，该名称被用来表示来源于该地方的产品，产品的质量和特征归因于其地理环境，包括自然和人文因素”。根据第L115-5和L115-6的规定，受控原产地名称是指农产品和食品的原产地名称，该名称具有某种公认的声誉，并由法令规定使用该名称的许可程序，该法令还规定了与生产和许可有关的地域界限和条件。

III. 法国原产地名称保护制度

i. 原产地名称制度

普通原产地名称制度主要通过行政确认和司法确认两种方式对原产地名称进行保护、防止侵权行为，它们分别由《1966年法》和《1919年法》予以规定，并在《1990年法》中进行融合汇总。

根据《1990年法》，行政确认的注册是行政法院和当地政府。由生产者向行政法院提出申请，法院根据有关部门的意见以及公开的调查结果做出法令，之后政府可以通过法院的法令来划定产品生产的地理范围，并确定原产地名称的质量和特点。这种方式赋予生产者较大的主动权，可以提前防止他人侵害，更有利于对原产地名称进行事前的保护。该种颁布法令的方式与通过司法途径确定原产地名称的方式并行不悖。

相对于行政确认，司法确认是一种消极的保护方式，是由利害关系人向法院提起，旨在保护受侵害的权利的确认程序。提起诉讼的前提有两个：一是该产品并非属于原产地名称，

⁴² 参见吴彬、刘珊：《法国地理标志法律保护制度及对中国的启示》，《华中农业大学学报（社会科学版）》2013年第6期，第122页。

其二是认为他人在天然或加工的产品上使用了原产地名称,从而直接或间接地侵犯了相关人的权利和利益。满足以上两个条件的受害人可以向法院起诉禁止这种使用行为。

司法确认中,法院也需要在特定案件中确定争议原产地名称的地域范围以及质量和特点。法院判断的主要依据是该原产地名称的使用情况,包括使用时间、是否善意使用、是否用于特定区域的产品等因素。法院作出的禁止性判决,不但对诉讼当事人有效同时适用于诉讼地区的所有生产者、种植者和制作者。这些人若继续使用该原产地名称或明知行为侵犯他人权利仍继续使用的,均为非法行为。通过司法确认程序确定原产地名称的形式不适用于具有特殊法律地位的产品,包括受控原产地名称的葡萄酒和烈性酒以及“优质葡萄酒”和奶酪。

ii. 受控原产地名称制度

受控原产地名称制度是法国原产地名称保护制度的核心,最初出现在《1935年法》中,在《1990年法》中予以了概念上的认定,《1994年法》将受控原产地名称的适用范围由葡萄酒和烈性酒扩大到整个农产品、食品。国家原产地名称研究院(INAO)进行命名和管理,它还有权认定欧共体《2081/92条例》定义的地理标志产品。

INAO只受理行业协会提交的申请,行业协会在与INAO协商的基础上提交一份申请文件,包括:申请受控原产地名称的理由;证明产品具有声誉的证据、与名称的使用以及产品的声誉有关的信息、相关的历史材料;证明自然、技术和社会条件与产品典型特征之间联系的证据;市场分析,包括网络、价格、与其他同类产品相比较的附加值等,用以证明产品与地区之间的联系、产品声誉以及独创性。

地方办公室在受到申请文件后,提交相应的地区委员会,地区委员会在审查后将文件递交INAO国家委员会。国家委员会随后任命专门的调查委员会,由其对产品、生产技术和条件、地理区域和市场以及相关的经济、法律、社会等人文环境进行研究后起草一份报告提交给国家委员会。

国家委员会收到报告后,对受审查的产品进行认定,作出同意认定其为注册的原产地名称、驳回申请或要求继续调查的决定。只有同时具备两个条件的申请,该报告才能获得批准:
a. 产品具备足够的声誉,应该得到受控原产地名称秩序的保护;b. 产品的生产方式促成了产品的声誉,且足以保证产品的复制和再生产。如果国家委员会同意认定该名称,则调查委员会和申请人共同修订报告以精确制定该名称产品的生产条件。同时,INAO会请独立的专家如地理学家来定义生产区域,并启动公开调查程序,现场调查给名称所在的区域。调查完毕后,起草认定该原产地名称的法令,规定该名称的区域和技术说明书。最后由农业部签发法令并和财政部联名在官方期刊上公告。

法国的受控原产地名称制度具有两个特点:一是受控原产地的认定机构是国家原产地名称研究院(INAO),并且由其决定谁有权使用以及使用的标准、对违法使用的处罚和如何在国外寻求保护;二是受控原产地名称的命名及使用要经过层层批准,相关的要求和标准非常严格。受控原产地制度的适用需要包括两个方面。首先,它需要界定生产地理区域、固定生产方法、阐述产品原产地的证据、详细说明和描述产品与原产地之间的联系。其次,该制度强制性控制受控原产地名称在生产交易中的行为。受控原产地名称经过确定后,即受到严格的保护,禁止任何未经授权将已注册地理名称用于产品类型上的行为。一旦地理名称被注册

为原产地名称,就不能被视为通用词语。因而,生产者随之拥有了使用该原产地名称的排他权利,无论产品性质、类型如何,禁止他人在该产品上使用此名称,这样才能避免减弱原产地名称的声誉。法律对于受控原产地名称的声誉进行严格的保护。如果有可能滥用或者削弱原产地名称的美誉,不得用在任何类似的商品上,甚至不得在其他任何产品或服务上使用有关标记。受控原产地名称的保护也不需证明行为实际构成了对原产地名称的滥用或弱化,更不需证明使用行为构成欺诈、混淆或者不正当竞争,只需证明存在滥用或削弱原产地名称美誉的可能或风险即可,这是一种客观的、直接的保护。法国的地理标志保护制度对欧洲其他国家甚至是国际公约产生了深远的影响,西班牙、意大利、葡萄牙等国家对地理标志的专门法保护制度均是在借鉴法国受控原产地名称制度基础上建立并发展起来的;美国也借鉴了法国的制度建立了葡萄酒和烈性酒的标签管理制度;我国国家质检总局建立对地理标志产品的专门保护制度体系也是学习借鉴了法国的经验。

iii. 优质葡萄酒保护制度

优质葡萄酒是指未达到受控原产地名称标准但质量又优于一般原产地名称产品的葡萄酒。法国葡萄酒分为四个等级:受控原产地名称葡萄酒、优质葡萄酒、地区餐酒和日常餐酒。其中,仅受控原产地名称葡萄酒和优质葡萄酒可以使用原产地名称,由 INAO 认定和管理。受控原产地名称葡萄酒认定的标准和条件都更为严格,是最高级别的葡萄酒。授予优质葡萄酒的检验程序与受控原产地名称葡萄酒的检验程序相同。

(4) 德国对地理标志概念的界定和保护规定

德国没有保护地理标志的专门法,1995 年德国《商标和其它标志保护法》中有专门的条款对地理标识进行保护,同时地理来源标志还可以注册为集体商标受到保护。在 1995 年 1 月 1 日德国《商标法》生效之前,德国只能依据《反不正当竞争法》的有关规定对地理标志予以保护,产品或服务的错误或虚假标示,被视为一种误导性广告而受到处罚。德国地理标志的受理注册部门出专利商标局外,还有消费者权益保护局、联邦农业和食品局以及与食品工业、食品贸易相关的部门。

I. 《反不正当竞争法》的保护

在《商标法》生效之前,德国主要根据《反不正当竞争法》保护地理标志。该法第三条 i. 规定:任何人在商业交易中为竞争目的就单个商品、服务或全部供应的商业状况,特别是就其性质、来源、生产方法、定价,或者商品的价目表、取得途径、货源、获得的声誉、出售的理由或目的、库存的数量等作引人误导的陈述的,均可要求停止其陈述这种陈述。第一句意义上的就商业状况的陈述也包括比较广告中的陈述。

II. 《商标法》的保护

德国《商标法》在第六部分对地理标志的定义、通用名称等不予保护的情形、地理标志的不同保护水平作了规定。

i. 地理标志的定义

德国《商标法》第一百二十六条第一款规定地理标志是指地方、地域、区域或国家的名称,已经在商业交易中使用的用来确认产品或服务地理来源的标志或标记。从该定义可以看

出德国地理标志保护的特点：第一是保护范围广，不仅包括农产品、食品、工业产品等产品，还包括服务；第二是保护的条件宽松，并不要求产品的质量或特征与其地理来源具有某种联系。

实践中，德国的地理标志一般划分为直接地理标志与间接地理标志。前者是指使用洲、国际、地区、山脉等名称或者其他地理术语作为地理标志。例如吕比克杏仁糖、库尔姆巴歇啤酒、黑森林熏肉等。后者是指没有确切地理术语，而是使用外国词语、符号或者类似暗示，让公众产生该产品来源于某一特定区域或场所的印象的名称或标记。例如在某一地理区域具有代表性的城市或国家的徽章、标志、国旗、著名历史建筑物的图形以及商品的包装装潢等，都可以成为间接地理标志。

ii. 不予保护的情形以及不同的保护水平

依据德国《商标法》第一百二十六条第二款的规定，具有通用属性的名称、标识或符号不能作为地理标志受到保护。虽然包含前款定义的地理标志或者由其演化而成，但已经失去了其来源含义并被作为货物或者服务的名称，或作为表示货物或服务的种类、性质、型号或其他属性或特征的标识或标记，都被视为具有通用属性。例如“法兰克福”香肠并不必然来自法兰克福这个城市，因为该术语仅仅描述了一种香肠。“汉堡包”也只是指代一种面包夹肉的食品，并不意味着该产品产于德国北部城市汉堡。除此之外，“虚幻标识”也不能被视为地理标志。此类标识或许含有地理名称，但公众显然明白该地理名称并非原产地，它仅仅揭示了产品的某些特征。例如“南极洲电冰箱”或者“勃朗峰自来水笔”。

《商标法》第一百二十七条规定了地理标志保护的三种水平：a. 防止误导性地理标志的保护。如果某种名称、标志或标记适用于不同来源的货物或服务上，有可能误导消费者，则此地理来源标志不得在商业活动中用于并非来自该地理标志所指向的地方、地域、区域或国家的货物或服务上。b. 对具有特殊品质的产品或服务地理标志的保护。该条文规定如果地理来源标志标示的产品或服务标明了该产品或服务的特殊属性，则只有具备此类属性或品质的商品或服务才能使用该地理标志。例如，苏格兰威士忌要求酒在酒窖储藏三年以上，若威士忌酒在酒窖储藏未达三年以上，则使用“苏格兰威士忌”这一标志将被视为是非法的。c. 对具有特殊声誉的地理标志的保护。该条文规定如果地理标志享有某种特殊声誉，则不允许在商业活动中将该标志使用于来自其他产地的商品或服务上，倘若这种使用会不合理和不正当地利用该地理标志或其显著特征或对其造成损害。例如，为推销矿泉水而使用“矿泉水中的香槟”这一标语是不合法的，因为它可能导致淡化“香槟”标志的驰名声誉的危险。

iii. 《商标法》对地理标志集体商标的保护

根据德国《商标法》九十七条至九十九条的规定，地理标志可以作为集体商标获得注册。其中九十七条规定集体商标是“根据其企业或地理来源、质量或其他特征，能够将集体商标所有人成员的商品或服务与其他企业的商品或服务相区分的、能够作为商标申请注册的第三条意义上的可以受保护的标记”。依据第九十八条的规定，集体商标只能为具有权利能力的协会所有。根据《商标法》第一百零二条的规定，此类协会在申请注册集体商标时必须提供商标使用与管理规章。该规章不仅要明确规定成为协会成员的必备条件，还要确定使用集体商标的条件，从而使一定的品质标准能够适用。该条文还规定集体商标如果由地理标志组成，

则规章中必须明确规定，如果某种商品或服务来自该有关地域，并且符合该规章中规定的使用条件，则提供该商品或服务的任何人都应当被接纳为该协会的成员。

（5）日本对地理标志概念的界定和保护规定

不同于法国通过专门法对地理标志进行保护，日本没有专门的地理标志立法，而是由《商标法》、《反不正当竞争法》等多部法律法规为地理标志提供保护。日本 1993 年修订后的《反不正当竞争法》第二条第一款确认假冒产地标识属于法律禁止的不正当竞争行为。在 1994 年 12 月 28 日日本国税厅发布的《关于葡萄酒和烈酒名称的第四号通知》中，“地理标志”指的是来源于日本国内及世界贸易组织成员国领域或该领域内某地区或地方的葡萄酒或烈酒，此酒类产品质量、声誉及其他特点主要归因于其地理来源地。⁴³1959 年日本制定了现行《商标法》，其中第三条第一款规定仅由地名表示的商标不予注册，除非已经获得显著性或识别性。2005 年 6 月，日本对其《商标法》作了修订，允许具有较高财产价值的、由“产地名称+商品通用名称”（我国成为地理标志）组成的“地域团体商标”作为“团体商标”（我国称为集体商标）进行注册。日本《商标法》没有对地理标志的概念作出直接界定，但是通过这些相关规定可以反映出日本商标法制度中地理标志的内涵和特征。

根据日本《商标法》第七条之二规定：“地域团体商标可以仅由常见的商品通用名称和产地名称、指向申请人或其成员的商品或服务的字符组成；或仅由常见的商品或服务惯用名称和产地名称、指向申请人或其成员的商品或服务的字符组成；或仅由常见的商品通用名称和产地名称、指向申请人或其成员的商品或服务、以及习惯上用来表示或辅助表示前述商品或服务的名称、或者习惯上用来表示或辅助表示前述商品或服务来源地之字符组成。”由此可以看出，日本的地域团体商标必须由“产地名称+商品或服务的通用及惯用名称”组成，欠缺这两个要素或者含有其他扩展显著性字符的标识都不是法律规定的地域团体商标。⁴⁴

日本《反不正当竞争法》列举了 6 种不正当竞争行为，规定“因此而使经营上的利益可能受到损害的人可以请求制止这种行为”，同时将虚假标示商品产地的行为列为不正当竞争行为——“在商品、服务及其广告中、或者在交易所使用的文书或信函中，对商品的产地、品质、内容、制造方法、用途或数量，或者服务的质量、内容、用途、数量作引人误解的虚假信息标示的行为，以及转让、交付、为转让或交付而展示、输出输入、在线提供标有虚假标示的商品或提供作虚假标示之服务的行为”。因此，假冒产地标识属于法律所禁止的不正当竞争行为，假冒产地标识的主体应当承担相应的法律责任。根据上述条款，使用容易误导消费者对原产地、品质等产生误认的标识的行为属于不正当竞争行为，被侵权人可以请求停止损害以及损害赔偿。

3、我国相关制度对地理标志的定义及保护规定

我国幅员辽阔，有着五千年的历史文化，在漫长的过程中，勤劳的中华民族运用辛勤的劳动和智慧提供了数不胜数的独具特色的产品，成为我国丰富的地理标志资源，涉及我国农、

⁴³ 参见管育鹰：《日本地理标志保护制度研究》，《知识产权》2011 年第 6 期，第 80 页。

⁴⁴ 参见管育鹰：《日本地理标志保护制度研究》，《知识产权》2011 年第 6 期，第 83 页。

林、牧、副、渔等多个传统产业，保护和发展地理标志产业，对于增农民收入、传播传统文化、打造民族品牌、促进社会经济发展都有着重要的作用。但是我国对地理标志的保护历史并不长。

1982年我国通过了知识产权领域的第一部专门法律《商标法》，其中并未涉及到地理标志的规定。自1985年加入《巴黎公约》后，我国开始对地理标志（原产地名称）进行保护，1986年11月6日，国家工商行政管理局商标局在《国家工商行政管理局商标局就县级上行政区划名称作商标等问题的复函》中首次提及了“保护原产地名称”，但这一阶段对地理标志的保护都是通过行政个案体现出来的，例如1987年国家工商行政管理局商标局针对“丹麦牛油曲奇案”致函北京市工商行政管理局，要求保护该原产地名称权利人的合法权益。1989年，国家工商局要求停止在酒类商品上使用“香槟”或“champagne”字样。

1989年我国加入《马德里协定》后，外国商标的进入使我国的商标法律体系遇到了新的问题，同时我国一些具有地方特色的产品也显现出不同于传统的商标保护需求。⁴⁵1993年我国进行了《商标法》的修改，并依照新修订的《商标法》第三条的规定，修订实施了《商标实施细则》，将集体商标、证明商标纳入商标法律保护范围。1994年，国家工商行政管理局发布《集体商标、证明商标注册和管理办法》，将地理标志作为证明商标予以保护。

1994年生效的TRIPs协议，将地理标志纳入其保护范围。其后随着世界贸易组织的成立，我国为了适应当时的国际贸易现在，开始构建另一种地理标志保护模式，原国家质量技术监督局通过与法国合作交流，学习法国的相关法律制度并开始建立我国的原产地域保护制度。1999年，《原产地域产品保护规定》发布，以部门规章的形式确立了我国原产地域保护制度，也是建立我国“专门法”保护模式的开始。

加入世界贸易组织后，我国将地理标志纳入《商标法》的保护范围中。2001年第二次修改《商标法》时，明确了地理标志的概念。其后修改的《商标法实施条例》中首次提出地理标志可以注册为集体商标从而受到保护。2007年农业部发布《农产品地理标志管理办法》，建立起由农业部管理下的农产品地理标志管理制度，我国地理标志的保护制度模式不断发展，地理标志保护正式形成了国家工商行政管理局、国家质量监督检验检疫总局和农业部“三足鼎立”的局面。

（1）原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护规定

I. 地理标志产品定义

1999年8月17日，原国家质量技术监督局发布实施了《原产地域产品保护规定》，该规定第二条首次明确了“原产地域产品”的概念，即“本规定所称原产地域产品，是指利用产自特定地域的原材料，按照传统工艺在特定地域内所生产的，品质、特色或者声誉在本质上取决于其原产地域地理特征并依照本规定经审核批准原产地域进行命名的产品。”尽管这部法规使用了“原产地域产品”的表述，但从其含义来看，“原产地域”与“原产地名称”概念下的“原产地”内涵是相同的。

⁴⁵ 参见田芙蓉：《我国地理标志法律制度的构建》，知识产权出版社2009年第1版，第240页。

2001年，原国家质量技术监督局与国家出入境检验检疫局合并成为国家质量监督检验检疫总局（以下称国家质检总局）。2005年5月16日，国家质检总局局务会议审议通过了《地理标志产品保护规定》（以下称《保护规定》），该规定第四条规定：“国家质量监督检验检疫总局统一管理全国的地理标志产品保护工作。各地出入境检验检疫局和质量技术监督局依照职能开展地理标志产品保护工作。”明确了对申请地理标志保护的产品要求。《保护规定》第二条明确了该规定适用的保护对象：“本规定所称地理标志产品，是指产自特定地域，所具有的质量、声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素，经审核批准以地理名称进行命名的产品。地理标志产品包括：（一）来自本地区的种植、养殖产品。（二）原材料全部来自本地区或部分来自其他地区，并在本地区按照特定工艺生产和加工的产品。”《地理标志产品保护规定实施细则》第八条规定：“地理标志产品类别一般包括：种植、养殖类产品及初加工产品、加工食品、酒类、茶叶、中药材、工艺品及传统产品等。”根据《保护规定》以及《实施细则》中的国家质检总局管理的地理标志产品包括来在地理标志指向的地理区域中种植或养殖的产品，即产品本身生长于该地理区域；以及原料全部或部分来源于地理标志指示的地理区域并在该区域加工而成的产品。实践中，经过国家质检总局审核批准的地理标志涉及了国内外的农副产品、酒产品和轻工业品。

II. 地理标志产品的申请程序

根据《保护规定》，申请地理标志产品保护，必须按照相应程序进行登记注册并接受监督管理。在申请主体方面，应当由当地县级以上人民政府指定的地理标志产品保护申请机构或人民政府认定的协会和企业提出。⁴⁶在产地范围方面，《保护规定》第九条规定：“申请保护的产品在县域范围内的，由县级人民政府提出产地范围的建议；跨县域范围的，由地市级人民政府提出产地范围的建议；跨地市范围的，由省级人民政府提出产地范围的建议。”在申请材料方面，需要提交：i. 有关地方政府关于划定地理标志产品产地范围的建议；ii. 有关地方政府成立申请机构或认定协会、企业作为申请人的文件；iii. 地理标志产品的证明材料；（包括：申请书，产品名称、类别、产地范围及地理特征的说明，产品质量特色及其与产地的自然因素和人文因素之间关系的说明，产品生产技术规范，产品的知名度，产品生产、销售情况及历史渊源的说明）iv. 拟申请的地理标志产品的技术标准。⁴⁷在申请的审查和异议方面，由省级质量技术监督局对拟申报的地理标志产品的保护申请提出初审意见，并将相关文件、资料上报国家质检总局。国家质检总局对收到的申请进行形式审查。审查合格的，由国家质检总局在国家质检总局公报、政府网站等媒体上向社会发布受理公告；审查不合格的，书面告知申请人。有关单位和个人对申请有异议的在公告后的2个月内向国家质检总局提出。国家质检总局组织专家审查委员会对没有异议或者有异议但被驳回的申请进行技术审查，审查合格的，由国家质检总局发布批准该产品获得地理标志产品保护的公告。⁴⁸

III. 地理标志产品的保护

国家质检总局依据《地理标志产品保护规定》对符合条件的地理标志进行保护主要体现在

⁴⁶ 参见《保护规定》第八条。

⁴⁷ 参见《保护规定》第十条。

⁴⁸ 参见《保护规定》第十二条，第十三条，第十四条。

在：

首先，保护地理标志产品名称。一方面，由国家质检总局对地理标志产品的名称进行确认。地理标志产品名称由申请者提出，之后质检总局会对材料进行形式审查，通过形式审查并经合法公告后没有异议即确认了该地理标志产品的名称。另一方面，对未经允许擅自使用或者伪造地理标志名称行为的禁止，主要体现在《保护规定》第二十一条：“各地质检机构依法对地理标志保护产品实施保护。对于擅自使用或伪造地理标志名称及专用标志的；不符合地理标志产品标准和管理规范要求而使用该地理标志产品的名称的；或者使用与专用标志相近、易产生误解的名称或标识及可能误导消费者的文字或图案标志，使消费者将该产品误认为地理标志保护产品的行为，质量技术监督部门和出入境检验检疫部门将依法进行查处。社会团体、企业和个人可监督、举报。”

其次，完善地理标志产品标准和管理规范。为了将抽象的地理标志产品特色能够在生产中保持并推动地理标志的传承，需要制定地理标志产品标准和管理规范。一方面：制定严格的地理标志产品国家标准、地方标准可以将传统的地理标志产品进行具体的量化，并且通过标准化可以对假冒产品能够做到有效区别。另一方面，也可以制定地理标志产品管理规范。管理规范可以由行业协会、地方政府部门等申请主体来制定，用以规范地理标志名称、范围、生产、销售等方面。通过制定地理标志产品的产品标准和管理规范，对于地理标志产品以及地理标志产业进行系统化、规范化的管理。

此外，还需要对地理标志产品专用标志的使用进行审批和管理。地理标志产品专用标志是一种认证方式，产地内的企业如果想使用该标志可以向质检部门提出申请，在获得批准后，就可在自己的产品上使用该专用标志。《保护规定》第二十条规定，地理标志产品产地范围内的生产者使用地理标志产品专用标志，应向当地质量技术监督局或出入境检验检疫局提出申请，提交申请书、产品产自特定地域的证明、有关产品质量检验机构出具的检验报告，经省级质量技术监督局或直属出入境检验检疫局审核，并经国家质检总局审查合格注册登记后，发布公告，生产者即可在其产品上使用地理标志产品专用标志，获得地理标志产品保护。第二十二条还规定：“各地质检机构对地理标志产品的产地范围，产品名称，原材料，生产工艺，质量特色，质量等级、数量、包装、标识，产品专用标志的印刷、发放、数量、使用情况，产品生产环境、生产设备，产品的标准符合性等方面进行日常监督管理。”

(2) 原农业部农产品地理标志保护规定

我国地理标志大部分是农产品及其加工产品，并且近年来这一特征更加明显。中华人民共和国农业部（以下称农业部）于2007年颁布了《农产品地理标志管理办法》。这是我国第一部关于农产品地理标志保护的部门规章。为了更好地配合农产品地理标志的登记和管理，农业部相继颁布了《农产品地理标志登记程序》、《农产品地理标志使用规范》、《农产品地理标志登记申请人资格确认评定规范》、《农产品地理标志登记审查准则》等制度规范，初步建立起一套完整的农产品地理标志登记管理制度。⁴⁹

⁴⁹ 参见曾德国主编：《地理标志理论与实务》，知识产权出版社2014年第1版，第74页。

I. 农产品地理标志定义

《农产品地理标志管理办法》（以下称《管理办法》）第二条对其管理的农产品和地理标志的概念作了界定：“本办法所称农产品是指来源于农业的初级产品，即在农业活动中获得的植物、动物、微生物及其产品。本办法所称农产品地理标志，是指标示农产品来源于特定地域，产品品质和相关特征主要取决于自然生态环境和历史人文因素，并以地域名称冠名的特有农产品标志。”由此可见，农业部管理的农产品地理标志适用的产品相比于一般的地理标志更狭窄，它仅限于初级农产品，用于农业活动中获得的各种生物及其产品上的标记。农产品地理标志的特征包括三方面：一是表示该产品来自特定地区；二是使用该标志的产品其品质特征主要由地理指向地理区域的自然生态环境和历史人文因素决定；三是该地理标志是以地域名称冠名的。《管理办法》第七条规定：“申请地理标志登记的农产品，应当符合下列条件：（一）称谓由地理区域名称和农产品通用名称构成；（二）产品有独特的品质特性或者特定的生产方式；（三）产品品质和特色主要取决于独特的自然生态环境和人文历史因素；（四）产品有限的生产区域范围；（五）产地环境、产品质量符合国家强制性技术规范要求。”

II. 农产品地理标志的申请程序

根据《管理办法》，国家对农产品地理标志实行登记制度，农业部负责全国农产品地理标志的登记工作，省级人民政府农业行政主管部门负责本行政区域内农产品地理标志登记的受理和初审工作。在登记申请主体方面，应当由县级以上地方人民政府根据条件择优确定的农民专业合作社经济组织、行业协会等组织提出。申请的组织应当具备监督和管理农产品地理标志及其产品的能力，为地理标志农产品生产、加工、营销提供指导服务的能力，以及独立承担民事责任的能力。⁵⁰在申请材料方面，需要提交：i. 登记申请书；ii. 申请人资质证明；iii. 产品典型特征特性描述和相应产品品质鉴定报告；iv. 产品典型特征特性描述和相应产品品质鉴定报告；v. 地域范围确定性文件和生产地域分布图；vi. 产品实物样品或者样品图片；vii. 其它必要的说明性或者证明性材料。在申请的审查和异议方面，省级人民政府农业行政主管部门自受登记申请之日起，应当在45个工作日内完成初审并提出初审意见。符合条件的，将申请材料和初审意见报送农业部农产品质量安全中心；不符合条件的，应当在提出初审意见之日起10个工作日内将相关意见和建议通知申请人。农业部农产品质量安全中心自收到申请材料和初审意见之日起20个工作日内，对申请材料进行审查、提出审查意见，并组织专家评审。经专家评审通过的应当对社会公示。有关单位和个人有异议的，应当自公示截止日起20日内向农业部农产品质量安全中心提出。公示无异议的，由农业部做出登记决定并公告，颁发《中华人民共和国农产品地理标志登记证书》，公布登记产品相关技术规范 and 标准。

III. 农产品地理标志的保护

农业部依据《农产品地理标志管理办法》对农产品地理标志的保护制度主要有以下特征：首先，保护的主体仅限于初级农产品，包括植物、动物、微生物及其产品。我国农业资

⁵⁰ 参见《管理办法》第八条。

源丰富，地理标志产品中农产品众多，为了更好地保护和发展农产品地理标志，因此设置了农产品地理标志保护制度，以此来保护众多的农产品地理标志。

其次，要想获得农产品地理标志保护必须经过审查和登记的程序，只有经过形式审查、专家审查，并经登记公告后才可取得登记证书。农业部农产品质量安全中心负责审查和登记的具体工作，在公示登记证书的同时也会将该地理标志的技术规范和标准进行公布。在申请人取得登记证书之后，如果地理标志产地内的符合条件的单位或个人想要使用该农产品地理标志，需要先向证书持有人进行申请，在取得证书持有人同意后与持有人签订农产品地理标志使用协议。申请使用农产品地理标志需要满足四个条件：一是生产经营的农产品产自登记确定的地域范围；二是已取得登记农产品相关的生产经营资质；三是能够严格按照规定的质量技术规范组织开展生产经营活动；四是具有地理标志农产品市场开发经营能力。⁵¹

另外，相关农业部门要对使用农产品地理标志的产品进行质量控制，并对标志的使用进行管理。建立农产品地理标志的初中就是看中农业部门在农产品质量控制上的优势。农业部门熟知相关的技术规范 and 标准，适于对农产品地理标志进行抽样检测和鉴定评价工作。为了进一步保证农产品的质量，在上述控制质量措施之外还需要生产经营者建立质量控制追溯体系。《管理办法》第十八条规定：“县级以上人民政府农业行政主管部门应当加强农产品地理标志监督管理工作，定期对登记的地理标志农产品的地域范围、标志使用等进行监督检查。”第十九条规定：“地理标志农产品的生产经营者，应当建立质量控制追溯体系。”在标志的管理方面，《管理办法》第十九条规定：“农产品地理标志登记证书持有人和标志使用人，对地理标志农产品的质量和信誉负责”。第二十条规定：“任何单位和个人不得伪造、冒用农产品地理标志和登记证书。”这说明一切伪造、冒用农产品地理标志证书的行为都是被禁止的。

(3) 我国《商标法》及相关条例关于地理标志的保护规定

I. 地理标志的定义

我国《商标法》第十六条第二款规定，地理标志是“标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志”。这是我国首次对“地理标志”这一概念作出的专门界定，在具体内涵上与 TRIPs 协议大体保持了一致，不同的是该定义强调了商品来源地的“自然因素或者人文因素”，与《里斯本协议》的原产地名称概念有相似之处，这是我国对入世承诺的履行，提升了地理标志保护的法律效力。根据《集体商标、证明商标的注册和管理办法》第八条，地理标志可以是该地理标志标示地区的名称，也可以是能够标示某商品来源于该地区的其他可视性标志。根据《商标法》第四条规定的“自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册”，可以看出《商标法》保护的商标包括了商品商标和服务商标。但是根据第十六条第二款对地理标志的定义，地理标志仅适用于“商品”，这意味着《商标法》对地理标志的保护仅限于商品，服务不在《商标法》保护的

⁵¹ 参见《管理办法》第十五条。

地理标志范围之内。地理标志适用的商品种类则没有限制，农产品以及工业产品、成品以及原材料均可以受到《商标法》地理标志的保护。

II. 《商标法》对地理标志的消极保护——地名商标的限制注册和虚假标志的禁止

《商标法》对地理标志的保护有积极和消极两方面。消极保护主要是指地名商标的限制注册、虚假地理标志的禁止，主要体现在《商标法》第十条第二款和第十六条第一款。《商标法》第十条第二款规定：“县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。”这是对于将地名注册为商标的一般性禁止，杜绝了地理标志注册为普通商标的可能性，为地理标志提供了间接保护。第十六条第一款规定：“商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用”，该条款是对不是来源于地理标志产地的、误导公众的消费行为的标志禁止使用该，避免对公众的造成误导。⁵²该内容是在 2001 年修改《商标法》后增加的，也是我国适应 TRIPs 协议要求的结果。

III. 《商标法》对地理标志的积极保护——作为集体商标、证明商标注册

积极保护是指地理标志可以作为集体商标、证明商标获得注册。商标法对在对地理标志进行明确定义的基础上，以法律条文的形式确认了地理标志注册可以注册为集体商标、证明商标。对于具体的申请注册细则，通过《商标法实施条例》以及《集体商标、证明商标注册和管理办法》中有着详细的说明。该办法对于申请主体、申请需要的材料、还有地理标志商标的转让都做出了详细的规定。《商标法实施条例》第四条第一款规定：“商标法第十六条规定的地理标志，可以依照商标法和本条例的规定，作为证明商标或者集体商标申请注册。”第二款规定：“以地理标志作为证明商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织可以要求使用该证明商标，控制该证明商标的组织应当允许。以地理标志作为集体商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织，可以要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织，该团体、协会或者其他组织应当依据其章程接纳为会员；不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的，也可以正当使用该地理标志，该团体、协会或者其他组织无权禁止。”

《集体商标、证明商标注册和管理办法》严格按照《商标法》和《商标法实施条例》对地理标志的定义及要件对其注册和管理进行规定。在申请主体方面，以地理标志作为集体商标申请注册的，应当由来自该地理标志标示的地区范围内的成员组成的的团体、协会或者其他组织作为申请主体；以地理标志作为证明商标申请注册的，应当是具有监督该证明商标所证明的特定商品品质能力的组织。⁵³在申请材料方面，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督使用该地理标志商品的特定品质或该证明商标所证明的特定商品品质的能力；外国人或者外国企业申请以地理标志作为集体商标、证明商标注册的，申请人应当提供该地理标志以其名义在其原属国受法律保护的证明。此外《集体商标、证明商标注册和管理办法》第

⁵² 参见孟祥娟，李晓波：《地理标志保护制度存在的问题其解决》，《知识产权》2014年第7期，第62页。

⁵³ 参见《集体商标、证明商标注册和管理办法》第四条，第五条。

七条对“以地理标志作为集体商标、证明商标注册的申请书记载的内容作了进一步明确，应当列明：“（一）该地理标志所标示的商品的特定质量、信誉或者其他特征；（二）该商品的特定质量、信誉或者其他特征与该地理标志所标示的地区的自然因素和人文因素的关系；（三）该地理标志所标示的地区的范围。”

IV. 国家工商总局商标局地理标志商标的申请注册

i. 办理流程⁵⁴

地理标志申请注册为集体或证明商标，申请人可以自行办理或者委托在商标局备案的商标代理机构办理。办理方式有三种：a. 直接到商标局商标注册大厅办理。b. 到商标局驻中关村国家自主创新示范区办事处、商标局在京外设立的商标审查协作中心，或者商标局委托地方工商和市场监管部门设立的商标受理窗口办理。c. 通过网上申请系统提交商标注册申请。申请人在商标注册大厅自行办理证明商标或集体商标注册申请的，可以按照以下步骤办理：申请前查询（非必须程序）→ 准备申请文件 → 在受理窗口提交申请文件 → 在打码窗口确认提交注册申请 → 在交费窗口缴纳商标注册规费 → 领取规费收据。

商标注册申请手续齐备、按照规定填写申请文件并缴纳费用的，商标局予以受理并书面通知申请人；申请手续不齐备、未按照规定填写申请文件或者未缴纳费用的，商标局不予受理，书面通知申请人并说明理由。申请手续基本齐备或者申请文件基本符合规定，但是需要补正的，商标局通知申请人予以补正，限其自收到通知之日起 30 日内，按照指定内容补正并交回商标局。在规定期限内补正并交回商标局的，保留申请日期；期满未补正的或者不按照要求进行补正的，商标局不予受理并书面通知申请人。

证明商标或集体商标注册申请被驳回的，如果对驳回决定不服，申请人可以自收到驳回通知之日起 15 日内向国家工商行政管理总局商标评审委员会申请复审。申请注册的证明商标或集体商标被提出异议的，如果申请人对商标局的异议裁定不服，可以自收到异议裁定书之日起 15 日内向国家工商行政管理总局商标评审委员会申请复审。

证明商标或集体商标在提出申请之后但尚未核准注册前仍为未注册商标，仍须按未注册商标使用。如果使用该商标侵犯他人商标专用权，不影响有关工商行政管理机关对该行为的查处。注册商标的有效期为 10 年，自核准注册之日起计算。注册商标有效期满需要继续使用的，商标注册人应当在期满前 12 个月内办理续展手续。商标注册人在此期间未能办理的，可以在期满后的 6 个月的宽展期内提出，但须缴纳受理续展注册迟延费。宽展期满后仍未提出续展申请的，商标局将注销该注册商标，如果原注册人想继续拥有该商标专用权，则须重新提出注册申请。

ii. 申请材料

申请证明商标需要提交：a. 《商标注册申请书》。b. 证明商标申请人主体资格证明文件及复印件，或者加盖申请人印章的有效复印件，并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督该证明商标所证明的特定商品品质的能力。c. 证明商标使用管理规则。d. 直接来商标注册大厅办理注册申请的，

⁵⁴ 资料来源：http://sbj.saic.gov.cn/sbsq/sqzn/201404/t20140430_228961.html，最后访问：2018 年 12 月 18 日。

须提交经办人的身份证及复印件(原件经比对后退还);委托商标代理机构办理注册申请的,须提交商标代理委托书。e. 如申请注册的证明商标是人物肖像,应当予以说明,并附送肖像权人授权书。授权书应包括作为商标图样申请的肖像人肖像。

申请集体商标需要提交: a. 《商标注册申请书》。b. 集体商标申请人主体资格证明文件及复印件,或者加盖申请人印章的有效复印件。c. 集体商标使用管理规则。d. 集体成员名单。e. 直接来商标注册大厅办理注册申请的,须提交经办人的身份证及复印件;委托商标代理机构办理注册申请的,须提交商标代理委托书。f. 如申请注册的集体商标是人物肖像,应当予以说明,并附送肖像权人授权书。授权书应包括作为商标图样申请的肖像人肖像。

申请注册地理标志集体或证明商标,出上述材料外还需要提交: a. 地理标志所标示地区县级以上人民政府或者行业主管部门授权申请人申请注册并监督管理该地理标志的文件。b. 有关该地理标志商品客观存在及信誉情况的证明材料(包括:县志、农业志、产品志、年鉴、教科书、正规公开出版的书籍、国家级专业期刊、古籍等)并加盖出具证明材料部门的公章。c. 地理标志所标示的地域范围划分的相关文件、材料。相关文件包括:县志、农业志、产品志、年鉴、教科书中所表述的地域范围,或者是地理标志所标示地区的人民政府或行业主管部门出具的地域范围证明文件。d. 地理标志商品的特定质量、信誉或者其他特征与当地自然因素、人文因素关系的说明。e. 地理标志申请人具备监督检查该地理标志能力的证明材料。(申请人具备检验检测能力的,应提交申请人所具有的检测资质证书或当地政府出具的关于其具备检测能力的证明文件,以及申请人所具有的专业检测设备清单和专业检测人员名单;申请人委托他人检验检测的,应当附送申请人与具有检验检测资格的机构签署的委托检验检测合同原件,并提交该检验检测机构的检测资质证书以及检测设备清单和检测人员名单。)f. 外国人或者外国企业申请地理标志集体商标、证明商标注册的,应当提供该地理标志以其名义在其原属国受法律保护的证明。

iii. 注意事项

根据国家工商总局商标局编纂的《地理标志商标注册申请 15 问》⁵⁵,以及《工商总局商标局关于简化地理标志商标申请材料、便利申请人的通知》⁵⁶,申请注册地理标志集体或证明商标时,有以下应当注意的问题。

申请主体方面,地理标志商标注册人应当是当地的不以赢利为目的团体、协会或者其他组织,一般为社会团体法人、事业单位法人,其业务范围与所监督使用的地理标志产品相关。申请人必须经地理标志所标示地区县级以上人民政府或行业主管部门授权其申请注册并监督管理该地理标志。地理标志商标的具体使用人必须是来自该地理标志标示地区的生产经营者。

地理标志商品客观存在的证明方面,申请人除通过提供县志、农业志、产品志、年鉴、教科书外,还可以通过提供正规公开出版的书籍、国家级专业期刊、古籍等材料证明其地理

⁵⁵ 资料来源: http://sbj.saic.gov.cn/dlbz/dlbz/201808/t20180809_275492.html, 最后访问: 2018 年 12 月 18 日。

⁵⁶ 资料来源: http://home.saic.gov.cn/sbj/dlbz/xwbd/201711/t20171106_270157.html, 最后访问: 2018 年 12 月 18 日。

标志商品的客观存在及声誉情况。

地理标志所标示的地域的范围方面,既可以由证明地理标志客观存在及信誉情况的历史材料确定,如县志、农业志、产品志、年鉴、教科书中所表述的地域范围;也可以由该地理标志所标示地区的人民政府或行业主管部门出具的地域范围证明文件划定。地理标志商品的生产地域范围跨两个乡、镇、县、市的,应由该乡、镇、县、市的共同上级人民政府或行业主管部门出具。

申请人检测监督能力证明材料方面,申请人自身具备检测能力的,应当提供自有检测人员名单、检测设备清单以及自有检测资质证书或者当地政府关于其具备相关检测能力的证明。自身不具备检测能力的,可以委托他人检测的,要需提供委托检测协议(协议中必须明确委托检测内容是地理标志商品的特定品质)、受托单位检测资质证书、检测人员名单和检测设备清单,可以不提供受托单位的主体资格证明。

(4) 我国地理标志保护制度图示简介

I. 原国家质量监督检验检疫总局的“地理标志保护产品”制度

法律依据	《中华人民共和国产品质量法》 《中华人民共和国标准化法》 《中华人民共和国进出口商品检验法》 《地理标志产品保护规定》
主管部门	原国家质量监督检验检疫总局 原各地出入境检验检疫局和质量技术监督局
地理标志定义及适用产品要求	产自特定地域,所具有的质量、声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素,经审核批准以地理名称进行命名的产品。包括:(一)来自本地区的种植、养殖产品。(二)原材料全部来自本地区或部分来自其他地区,并在本地区按照特定工艺生产和加工的产品。
申请人资质	当地县级以上人民政府指定的地理标志产品保护申请机构或人民政府认定的协会和企业。
申请程序	由具备资质的申请人提出申请,省级质量技术监督局提出初审意见并上报国家质检总局。国家质检总局对收到的申请进行形式审查。审查合格的在国家质检总局公报、政府网站等媒体上发布受理公告;审查不合格的书面告知申请人。对申请有异议的在公告后的2个月内向国家质检总局提出。国家质检总局组织专家审查委员会对没有异议或者有异议但被驳回的申请进行技术审查,审查合格的,由国家质检总局发布批准该产品获得地理标志产品保护的公告。
标志使用	地理标志产品产地范围内的生产者使用地理标志产品专用标志应向当地质量技术监督局或出入境检验检疫局提出申请,经省级质量技术监督局或出入境检验检疫局审核,并经国家质检总局审查合格注册登记后,发布公告,生产者可在其产品上使用地理标志产品专用标志,获得地理

标志产品保护。

保护规则 各地质检机构对于擅自使用或伪造地理标志名称及专用标志的；不符合地理标志产品标准和管理规范要求而使用该地理标志产品的名称的；或者使用与专用标志相近、易产生误解的名称或标识及可能误导消费者的文字或图案标志，使消费者将该产品误认为地理标志保护产品的行为，质量技术监督部门和出入境检验检疫部门将依法进行查处。社会团体、企业和个人可监督、举报。

各地质检机构对地理标志产品的产地范围，产品名称，包装、标识，产品生产环境、生产设备，产品的标准符合性等方面进行日常监督管理。

II. 原农业部的“农产品地理标志登记”制度

法律依据 《中华人民共和国农业法》
《中华人民共和国农产品质量安全法》
《农产品地理标志管理办法》

主管部门 原农业部
省级人民政府农业行政主管部门

地理标志定义及适用产品要求 标示农产品（这里指农业的初级产品，即在农业活动中获得的植物、动物、微生物及其产品）来源于特定地域，产品品质和相关特征主要取决于自然生态环境和历史人文因素，并以地域名称冠名的特有农产品标志。

申请需要符合的具体条件包括：1、称谓由地理区域名称和农产品通用名称构成；2、产品有独特的品质特性或者特定的生产方式；3、产品品质和特色主要取决于独特的自然生态环境和人文历史因素；4、产品有限定的生产区域范围；5、产地环境、产品质量符合国家强制性技术规范要求。

申请人资质 由县级级上地方人民政府确定的农民专业合作经济组织、行业协会等服务性组织, 需满足：1、具有监督和管理农产品地理标志及其产品的能力；2、具有为地理标志农产品生产、加工、营销提供指导服务的能力；3、具有独立承担民事责任的能力。

申请程序 由具备资质的申请人提出申请，级人民政府农业行政主管部门初审符合条件报送农业部农产品质量安全中心，不符合条件将相关意见和建议通知申请人。农业部农产品质量安全中心组织专家评审，通过的对社会公示。公示无异议的，由农业部做出登记决定并公告，颁发《中华人民共和国农产品地理标志登记证书》，公布登记产品相关技术规范和标准。

标准使用 使用农产品地理标志，应当按照生产经营年度与登记证书持有人签订农产品地理标志使用协议，在协议中载明使用的数量、范围及相关的责任义务。

农产品地理标志登记证书长期有效。

保护规则 县级以上人民政府农业行政主管部门定期对登记的地理标志农产品的地域范围、标志使用等进行监督检查；农产品地理标志登记证书持有人和标志使用人，对地理标志农产品的质量和信誉负责；何单位和个人不得伪造、冒用农产品地理标志和登记证书。

III. 国家工商行政管理总局的“集体商标、证明商标”保护制度

法律依据 《中华人民共和国商标法》
《中华人民共和国商标法实施条例》
《集体商标、证明商标的注册管理办法》

主管部门 原国家工商行政管理总局
地理标志所标示地区的人民政府或者行业主管部

地理标志定义 标示某商品来源于某地区，且该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定。

及适用产品要求

申请人资质 证明商标：社团法人，也可以是取得事业法人证书或营业执照的科研和技术推广机构、品质检测机构或者产销服务机构等。

集体商标：某一组织，可以是工业或商业的团体，也可是协会、行业或其他集体组织，而不是某个单一企业或个体经营者。

申请程序 由具有监督使用该地理标志商品的特定品质或该证明商标所证明的特定商品品质的能力申请，申请附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况。

标志使用 专用权：地理标志证明商标由注册人外的其他人使用，注册人不能使用；地理标志集体商标由该组织的成员共同使用，非该组织成员的主体不能使用，也不得转让。

专用权自核准注册之日起计算，有效期 10 年。

使用权：使用者需向地理标志注册人提出申请，获准后可以使用。

保护规则 县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用。

(5) 地理标志各定义图示简介

来源	具体称谓	内容	地理来源要求	地理环境要求
《保护工业产	货源标记及原产地名称	工业产权的保护对象有专利、实用新型、外观设计、商标、	无	无

权巴黎 公约》		服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称和制止不正当竞争。		
《制止 商品产 地虚假 或欺骗 性标记 马德里 协定》	货源标记	凡带有虚假或欺骗性标志的商品，其标志系将本协定所适用的国家之一或其中一国的某地直接或间接地标作原产国或原产地的，上述各国应在进口时予以扣押。	货源标记是作为商品来源国或来源地的一个国家或一个国家内的一个地方的标记。	
《保护 原产地 名称及 国际注 册里斯 本协 定》	原产地名称	原产地名称系指一个国家、地区或地方的地理名称，用于指示一项产品来源于该地，其质量或特征完全或主要取决于地理环境，包括自然和人为因素。	需是一个国家、地区或地方的地理名称，用于指示一项产品来源于该地。	标示产品的质量或特征完全或主要取决于地理环境。地理环境，包括自然和人文影响。 地理环境包括自然因素和人为因素，二者兼具。
《原产 地名称 和地理 标志里 斯本协 定日内 瓦文 本》	地理标志	在原产缔约方受到保护、由一个地理区域的地名构成或包含该地名的任何标志，或者众所周知指称该地理区域的另一标志，该标志标示一项产品来源于该地理区域，二该产品的特定质量、声誉或其他特征主要由其地理来源所决定。	标示能够指向特定的地理区域，标示产品来自该地区，包括：由一个地理区域的地名构成或包含该地名的任何标志，或者众所周知指称该地理区域的另一标志。	标示产品的特定质量、声誉或其他特征主要由其地理来源所决定。 没有规定具体地理环境（自然因素、人文因素）要求。
《与贸 易有关 的知识 产权协 定》	地理标志	指识别一货物来源于一成员领土或该领土内一地区或地方的标识，该货物的特定质量、声誉或其他特性主要归因于其地理来源。	标示货物来自于 WTO 某一成员领土或该领土内一地区或地方。	标示货物的特定质量、声誉或其他特性主要归因于其地理来源。 没有规定具体地理环境（自然因素、人文因素）要求。
欧 盟 《1151	原产地名称 (适用于食	一个地区、特定地方或在例外情况下指一个国家的名称，该	标示农产品或食品来源于特	标示产品的质量或特点主要

/2012 号 条 例》	品、农产品)	名称用来标示一种农产品或食品来源于这个地区、特定地方或这个国家，其质量或特点主要或完全归因于地理环境，包括自然和人文影响，且在限定的地理区域内生产、加工和制造。	定地理区域（地区、特定地方或在例外情况下指一个国家）；在该地理区域内生产、加工和制造。	或完全归因于地理环境，包括自然和人文影响。地理环境包括自然因素和人为因素，二者兼具。
地理标志 (适用于食品、农产品)	一个地区、特定地方或在例外情况下指一个国家的名称，该名称用来标示一种农产品或食品来源于这个地区、特定地方或这个国家，且其特定的质量、声誉或其他特点源于该地理来源，并在限定的地理区域内生产和/或加工和/或制造。	标示农产品或食品来源于特定地理区域（地区、特定地方或在例外情况下指一个国家）；在该地理区域内生产和/或加工和/或制造。	标示产品的特定的质量、声誉或其他特点源于该地理来源。没有规定具体地理环境（自然因素、人文因素）要求。	
欧 盟 《1308 /2013 号 条 例》	原产地名称 (适用于葡萄酒)	原产地名称是指一个地区、特定地方或在例外情况下指一个国家名称，该名称用来标示符合下列要求的产品：i. 其质量或特征主要或完全归因于具有内在自然或人文因素的特殊地理环境；ii. 用于制造该产品的葡萄完全产自该地理区域；iii. 该产品在该地理区域内制造，且iv. 该产品自属于 <i>Vitis vinifera</i> （一种重要的酿酒葡萄品种）的葡萄品种。	指代特定地理区域（地区、特定地方或在例外情况下指一个国家）；用于制造产品的葡萄完全产自该地理区域，并且产品在该地理区域内制造。	无
地理标志 (适用于葡萄酒)	地理标志是指用来标示一个地区、特定地方或在例外情况下指一个国家名称，该名称用来标示符合下列要求的产品：i. 该产品具有可归因于该地理来源的特殊质量、声誉或其他特征；ii. 用于制造该产品的葡萄至少有 85%产自该地理区域；iii. 该产品在该地理区域内制造，且iv. 该产品自属于 <i>Vitis vinifera</i> 的葡萄品种或者 <i>Vitis vinifera</i> 与其他葡萄品种的杂交品种。	指代特定地理区域（地区、特定地方或在例外情况下指一个国家）；用于制造该产品的葡萄至少有 85%产自该地理区域，并且产品在该地理区域内制造。	该产品具有可归因于该地理来源的特殊质量、声誉或其他特征。没有规定具体地理环境（自然因素、人文因素）要求。	
欧 盟	地理标志	地理标志应是用来标示一种烈	标示产品的产	标示烈性酒的

《110/2008号条例》	（适用于烈性酒）	性酒产自一个国家领土内或者该国领土内某地区或地方的标记，该烈性酒的特定质量、声誉或者其他特征主要归因于其地理来源。	自特定地理区域。	特定质量、声誉或者其他特征主要归因于其地理来源。没有规定具体地理环境（自然因素、人文因素）要求。
法国《消费者法典》	原产地名称	指一个国家、地区或地方的名称，该名称被用来表示来源于该地方的产品，产品的质量和特征归因于其地理环境，包括自然和人文因素。	标示产品来自特定地理区域。	标示产品的质量和特征归因于其地理环境，包括自然和人文因素。地理环境包括自然因素和人为因素，二者兼具。
原国家质检总局《地理标志产品保护规定》	地理标志产品	是指产自特定地域，所具有的质量、声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素，经审核批准以地理名称进行命名的产品。地理标志产品包括：（一）来自本地区的种植、养殖产品。（二）原材料全部来自本地区或部分来自其他地区，并在本地区按照特定工艺生产和加工的产品。	指产品来自特定地域，产品本身来自该地区；以及产品材料全部来自该地区或部分来自其他地区，并在该地区按照特定工艺生产和加工。	标示产品所具有的质量、声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素。产地的影响须具备自然因素和人文因素两方面。
原农业部《农产品地理标志管理办法》	农产品地理标志	本办法所称农产品地理标志，是指标示农产品来源于特定地域，产品品质和相关特征主要取决于自然生态环境和历史人文因素，并以地域名称冠名的特有农产品标志。	标示农产品来自特定地域，以该地域名称冠名。	标示产品品质和相关特征主要取决于自然生态环境和历史人文因素。产地的影响须具备自然因素和人文因素两方面。
《商标法》	地理标志	地理标志是标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。	标示某商品来源于某特定地理区域。	标示商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定。

地理来源对产品的影响具备自然因素或人文因素即可。

4、地理标志的特征

通过对我国、外国及国际条约中地理标志概念的产生、变化，以及地理标志保护制度的梳理，不难发现，虽然地理标志的具体称谓、概念、特点经历了一个不断发展、修改、完善的过程，但其内涵始终离不开地理区域、特定品质等要求。在当前对地理标志及其保护作出规定的国家法律和国际条约中，地理标志的特征也具有共性，结合地理标志实践中的表现形式，可以将其主要特征归纳为特定的地理来源，特定质量、信誉或其他特征，以及以“地理名称+通用名称”为主要表现形式三方面。

(1) 特定地理来源

无论是国际公约还是我国的法律法规的规定，均要求地理标志具有指向商品特定地理来源的内涵。最早对货源标记作出解释的《马德里协定》即规定了货源标记是作为商品来源国或来源地的一个国家或一个国家内的一个地方的标记；《里斯本协定》中要求原产地名称必须是一个国家、地区或地方的地理名称且使用该原产地名称的产品必须来源于这个地理名称所指向的区域；《日内瓦文本》对地理标志的定义要求其由一个地理区域的地名构成或包含该地名的任何标志，或者众所周知指称该地理区域的另一标志，并且标示一项产品来源于该地理区域；TRIPs 协议要求地理标识是能够识别货物来自于成员国领土或领土内某一特定区域；我国国家质检总局的《地理标志产品保护规定》规定的地理标志适用的产品必须产自特定地域，并由该地理名称进行命名；我国农业部出台的《农产品地理标志管理办法》中规定的农产品地理标志是指标示农产品来源于特定地域并以地域名称冠名的特有农产品标志；我国《商标法》也规定了地理标志要标示某商品来源于某地区。具体而言，地理标志首先具有客观性，即地理标志的存在是以其所示的地理区域的存在为前提的；其次地理标志具有指示作用，能够将所使用的商品或产品指向该特定的地理区域，标示商品或产品来源于该地区。它可以是官方认可或约定俗成的某一具体的地理名称，也可以是具有象征或指示作用的标记，如一般公众看到长城自然会联想到中国，长城就是具有象征和指向中国这种意义的标记。

(2) 特定质量、信誉或其他特征

地理标志的另一个重要特征是具有关联性，即地理标志所使用的产品或商品，其特定的质量、信誉或者其他特征本质上必须取决于该产地的自然因素或人文因素，二者紧密联系、不可分割，这是地理标志最本质的特征，是受理地理标志保护产品申请后所应审核的最重要的内容，也是将地理标志作为一种独立的知识产权进行特殊保护的重要原因。《里斯本协定》要求原产地名称使用的产品，其质量或特征完全或主要取决于地理环境，包括自然和人为因素；TRIPs 协议中地理标识使用的货物，其特定质量、声誉或其他特性主要归因于其地理来源；我国国家质检总局的《地理标志产品保护规定》要求标有地理标志的产品所具有的质量、

声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素；我国农业部出台的《农产品地理标志管理办法》适用的农产品地理标志，其产品品质和相关特征主要取决于自然生态环境和历史人文因素；我国《商标法》规定地理标志使用的商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定。

地理标志使用的商品，其特定的质量、信誉或其他特征主要取决于来源地的地理环境，而产品品质依赖的地理环境是经过长期的历史发展形成的，具有稀缺性和不可再生性，因此必须予以特殊保护。正是因为这一特征，地理标志相较于其他知识产权具有其独特性。

第一，地理标志具有主体有限性，一般而言知识产权的主体可以是自然人、法人或其他组织，但我国不允许自然人将地理标志申请注册为集体商标或者证明商标，不允许自然人申请地理标志产品保护，也不允许自然人申请登记农产品地理标志。因此，在我国地理标志权的主体只能是符合法定条件的法人或者其他组织。

第二，地理标志具有集体性，普通商标可以由某一生产者或加工者单独注册和使用，享有专用权，但地理标志当由其所示的产地的所有符合使用资质的生产、加工者共同使用。因为地理标志所承载的产品特地品质是依赖于某一地理区域长期形成的地理环境，而并非某一个体生产者或加工者单独创造或维持，地理标志相比于普通商标，蕴含着更多的公共利益。

第三，地理标志具有内容的限定性。知识产权权利人享有的权利具有专有性，通常表现为消极排除特征，如商标权人有权禁止他人以相同标识进入相同或类似的市场。⁵⁷但地理标志权利的取得不能排除符合条件的主体在自己的产品上使用该标志的权利。地理标志作为证明商标注册的，控制该证明商标的组织应当允许商品符合地理标志使用条件的主体（自然人、法人或者其他组织，下同）使用该证明商标的要求；以地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织，对于其商品符合使用该地理标志条件的主体要求参加组织的请求不能拒绝，不要求参加的主体符合条件也可以正当使用该地理标志中的地名；地理标志产品保护申请被批准后，地理标志产品保护的申请人并不享有该地理标志产品专用标志的使用权、转让权、许可使用权；农产品地理标志登记申请被批准后，符合农产品地理标志使用条件的单位和个人，可以向登记证书持有人申请使用该农产品地理标志。

第四，地理标志具有转让的限制性。作为集体商标、证明商标注册的地理标志可以依法转让，但受让人必须具备相应的主体资格。根据《地理标志产品保护规定》和《农产品地理标志管理办法》的规定，地理标志产品专用标志权和农产品地理标志权不得转让。

（3）地理名称+通用名称为主要表现形式

地理名称，简称地名，国务院《地名管理条例》第二条规定：“本条例所称地名，包括自然地理实体名称，行政区划名称，居民地名称，各专业部门使用的具有地名意义的台、站、港、场等名称。”据此定义，地名包括自然地理实体名称、行政区划名称，居民地名称，具有地名意义的台、站、港、场等。从范围上看，“地名”应当是人们对具有特定方位和地域范围的地理实体和地理区域赋予的专有名称。从功能上看，地名是一种语言代号，具有指代

⁵⁷ 参见杜颖：《知识产权法》，北京大学出版社 2015 年第 1 版，第 9 页。

性。从形成方式上看，地名既包括官方的称谓，也包括民间的称谓，因此，地理名称是指正式的以及长期形成或约定俗成的指向特定地理实体或地理区域的称谓。

商品的通用名称，是与商品特定名称相对应的概念，相对于特定名称而言，它是指在一定范围内被普遍使用的某一商品种类的名称。⁵⁸《商标法》从商标注册、商标撤销以及商标权保护三个层面对通用名称作了较为宏观的规定，商品通用名称的具体内涵和判断标准散见于最高人民法院和商标局的相关司法解释、意见及审查标准中：第一，商品通用名称的内容应当包括全称、简称、缩写、俗称，根据国家商标局和商标评审委员 2017 年修订的《商标审查及审理标准》第二部分第三条：“通用名称、图形、型号，是指国家标准、行业标准规定的或者约定俗成的名称、图形、型号，其中名称包括全称、简称、缩写、俗称。”第二，通用名称的判定标准包括法定标准和约定标准。法定标准是依据法律规定或者国家标准、行业标准属于通用名称，这是商标局在审查商标注册以及法院在认定通用名称时最重要的依据；⁵⁹约定标准是指相关公众普遍认可和使用的通用名称，根据 2010 年发布的《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第七条：“人民法院在判断诉争商标是否为通用名称时，应当审查其是否属于法定的或者约定俗成的商品名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的，应当认定该名称为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。”2016 年 12 月发布的《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十条第一款也对通用名称标准作出规定，即“诉争商标属于法定的商品名称或者约定俗成的商品名称的，人民法院应当认定其属于商标法第十一条第一款第（一）项所指的通用名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的，应当认定为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典等列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。”第三，通用名称判定的地域标准，《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十条第二款规定：“约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，人民法院可以认定为通用名称。”因此判定是否构成商品的通用名称，通常以全国范围为判定地域，特殊情况下也以特定地域作为判断地域标准。

从实践中来看，地理标志通常由“地理名称+通用名称”构成。首先，地理标志需要满足指向一特定地理区域的条件，这一标准本身与地理名称的地理描述性和地理指向性的内涵是重合的，地理名称是最常用的地理指向性表述方式，因

此地理标志中包含地理名称的描述是最为常见的，如“章丘大葱”、“平谷大桃”。其次，地理标志是用于某一类商品之上，标志着商品地理来源、质量、声誉、或者其他特征的标记。它不同于普通的商标，只要符合条件的厂商均可以在其产品上使用地理标志，与普通商

⁵⁸ 参见奚晓明：《商标审判的回顾与展望》，人民法院出版社 2013 年第 1 版，第 145 页。

⁵⁹ 参见赵克：《商标撤销制度中通用名称认定标准研究》，《法律适用》2016 年第 3 期，第 75 页。

标相比，地理标志是产品的“身份”标志，而不是生产者的“身份”标志。⁶⁰它有较强的集体利益、公共利益属性，因此其中涉及商品或产品的表述通常使用商品的通用名称，不同于普通商标的显著性，这样便于消费者对商品进行认知和识别，也更方便厂商使用，如“射阳大米”、“婺源绿茶”、“烟台苹果”等。

（三）道地药材和地理标志的异同

从对道地药材和地理标志的概念与特征的梳理中可以看出，道地药材包含了地理标志的主要特征，二者在产地限定性、集体性、表现形式等诸多方面都有着相同的特征，但是道地药材在产地范围、质量条件与产地的联系紧密度等方面也与地理标志存在着一些差别。具体来说，道地药材和地理标志有以下异同点。

1、道地药材和地理标志的相同点

（1）二者同样具有产地限定性

产地限定性是地理标志的主要内涵之一，在国际条约方面，如上所述，《马德里协定》、《里斯本协定》、《日内瓦文本》和 TRIPS 协议均对地理标志的指向商品特定地理来源的内涵做出了规定。例如 TRIPS 协议要求地理标识是能够识别货物来自于成员国领土或领土内某一特定区域；我国的相关法律法规也明确的规定了地理标志的产地限定性。我国国家质检总局的《地理标志产品保护规定》规定的地理标志适用的产品必须产自特定地域，并由该地理名称进行命名；我国农业部出台的《农产品地理标志管理办法》中规定的农产品地理标志是指标示农产品来源于特定地域并以地域名称冠名的特有农产品标志；我国《商标法》也规定了地理标志要标示某商品来源于某地区。

与此相同，道地药材也具有鲜明的产地限定性特征。道地药材的特征之一即其来源于特定的自然环境产区。“道地”药材的本来意思是指一个地方特产的药材，经过中医药长时间的发展才变成质优效佳的药材的代表。道地药材从古至今都与地域有着紧密的联系，在古代，众多中医古籍对道地药材的产地限定性进行了详细的论述，例如唐朝《新修本草》中记载：“窃以动植形生，因方舛性：春秋节变，感气殊动：离其本土，则质同而效异，名实既爽，寒湿多谬”。孙思邈在《千金翼方》中特别强调了药材的产地对药材质量的影响，主张“用药必依产地”，并在书中按照产地十三道对药材的特性进行了系统的描述。在现代，众多医药学家在进行道地药材图鉴、教材类著作编纂时也倾向于将道地药材按照传统产区分类。

（2）二者同样具有取决于其原产地的质量、声誉或其他确定的特性

地理标志要求使用地理标志的产品的质量、信誉或者其他特征本质上必须取决于该产地的自然因素或人文因素。在国际条约方面，《里斯本协定》要求原产地名称使用的产品，其质量或特征完全或主要取决于地理环境，包括自然和人为因素；TRIPS 协议要求使用标志产品的质量、声誉或其他确定的特性主要决定于其原产地。在我国的相关法律法规方面，我国国家质检总局的《地理标志产品保护规定》要求标有地理标志的产品所具有的质量、声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素；我国农业部出台的《农产品地理标志

⁶⁰ 参见董炳和：《地理标志知识产权制度研究—构建以利益分享为基础的权利体系》，中国政法大学出版社 2005 年第 1 版，第 213 页。

管理办法》适用的农产品地理标志，其产品品质和相关特征主要取决于自然生态环境和历史人文因素；我国《商标法》规定地理标志使用的商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定。

与此相同，道地药材具有的特定质量、信誉来源于其道地产区特有的自然因素与人文因素。自然因素是道地药材形成的先决条件。影响道地药材生长发育的自然因素包括来源、气候、土壤、阳光、水分等。土壤条件影响着药材的成长和成分积累，土壤中的矿质元素影响植物的营养吸收，土壤中空气与水分的含量、比例影响着植物的呼吸作用，而阳光与气候条件则决定了植物周围微生物的品种、数量和繁殖情况。古代医学家经过长期的观察和比较发现，即便是分布较广的药材，也由于自然条件的不同，其质量优劣也不一样，并逐步形成了“道地药材”的概念。影响道地药材形成的人文因素包括药材种植、采收与加工炮制技术。以采收为例，李东垣《用药法象》中记载：“诸草木昆虫，产之有地，根茎花实，采之有时。失其地则性味少异；失其时则气味不全。”如传统的牡丹皮采收季节为农历2，8月，即初春和晚秋，所含芍药甙、丹皮酚等成分的积累在1年内有2个高峰期即5-6月和9-10月。由于春季正值茎叶生长、根部养分上升，此时挖得的根皮质量较差，且春季多雨，药材不易干燥，故牡丹皮的采收多选择在秋季，此时收得的药材粉性足，形体饱满，质量与产量均高。⁶¹特定的药材种植、采收与加工炮制技术是道地药材质优效佳的重要保证。

（3）二者的表现形式基本相同

地理标志通常由“地理名称+通用名称”构成。地理名称是指正式的以及长期形成或约定俗成的指向特定地理实体或地理区域的称谓。通用名称是指在一定范围内被普遍使用的某一商品种类的名称。⁶²

道地药材与之相同，绝大部分道地药材的名称都是由“道地产区+药材名称”构成。例如东阿阿胶、怀山药等。

（4）二者同样具有集体性

地理标志的集体性一方面体现在地理标志的主体方面，我国地理标志权的主体为符合法定条件的法人或者其他组织。《地理标志产品保护规定》规定地理标志产品保护申请，由当地县级以上人民政府指定的地理标志产品保护申请机构或人民政府认定的协会和企业提出，《农产品地理标志管理办法》规定农产品地理标志的申请主体为县级以上地方政府选择的农村经济合作组织和行业协会，《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定申请集体商标注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明该集体组织成员的名称和地址。

地理标志的集体性另一方面体现在地理标志是由其所示的产地的所有符合使用资质的生产、加工者共同使用的。地理标志所承载产品的特殊品质的产生依赖于某一地理区域长期形成的地理环境，而并非某一个体生产者或加工者单独创造或维持。

与此相同，道地药材也具有一定的集体性。道地药材知识从总体上属于集体创造，是中华民族群体智慧的结晶。道地药材的产生，离不开远祖先民的群体活动。具体到某种道地药材，其知识体系则是道地产区的生产者在长期集体劳动与生活中共同创造与总结出来的。因

⁶¹ 参见方成武：《安徽道地药材牡丹皮的采收及产地加工方法》，《中药材》2000年第2期，第82-83页。

⁶² 参见奚晓明：《商标审判的回顾与展望》，人民法院出版社2013年第1版，第145页。

此，无论从道地药材的形成过程或是应用形式上看，它都应该被视为集体性的共有权利，道地药材相关权利的主体应当是道地产区的生产者集体。

2、道地药材和地理标志的不同点

(1) 地理标志的产品种类范围较道地药材广

地理标志的产品种类较广，不仅限于一种或几种。地理标志最初用于保护洛克福奶酪，自 1883 年的《保护工业产权巴黎公约》开始，地理标志被纳入国际法律保护，其客体也逐渐扩展到质量、声誉或其他特性主要归因于其地理来源的货物。我国《商标法》将地理标志的客体限定为特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的商品。目前注册为地理标志的集体商标与证明商标的商品类型包括蔬菜、水果、家禽、谷物、手工制品、药材等。《地理标志产品保护规定实施细则》第八条规定：“地理标志产品类别一般包括：种植、养殖类产品及初加工产品、加工食品、酒类、茶叶、中药材、工艺品及传统产品等。”实践中，经过国家质检总局审核批准的地理标志涉及了国内外的农副产品、酒产品和轻工业品。《农产品地理标志管理办法》将农产品地理标志的客体限定为农业的初级产品。

而道地药材的客体范围较为狭窄，仅限于有药用价值的动植物或矿物制品。

(2) 道地药材的产品质量要求较地理标志严格

同地理标志的“特定质量、信誉或者其他特征”相比，道地药材对于药材的要求较为严格，体现在药材需要具有“特定的品质和疗效”。

地理标志对于产品质量的要求较少，不要求地理标志的质量高于普通产品。原国家质量监督检验检疫总局的“地理标志保护产品”制度要求地理标志产品产自特定地域，所具有的质量、声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素。原农业部的“农产品地理标志登记”制度要求标示农产品来源于特定地域，产品品质和相关特征主要取决于自然生态环境和历史人文因素，并以地域名称冠名的特有农产品标志。国家工商行政管理总局的“集体商标、证明商标”保护制度要求标示某商品来源于某地区，且该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定。即我国目前对于地理标志的质量要求仅包括“产品质量主要取决于自然生态环境和历史人文因素”，并未规定地理标志的质量高于普通产品。

道地药材与此不同，道地药材之所以“道地”，就在于其相对于普通药材的“质优效佳”，在质量上表现为道地药材相较于普通中药材的有效成分含量高，农药残留，重金属离子含量少。在具体的认定标准方面，以《甘肃省道地药材认定管理办法(试行)》为例，该办法要求道地药材应当经过中医临床长期应用优选，产在特定地域，受到特定生产加工方式影响，较其他地区所产同种药材品质佳、疗效好且质量稳定，具有较高的知名度，且必须符合省上制定的道地药材标准。

(3) 道地药材对与产地联系的紧密度要求比地理标志高

道地药材的“道地性”一部分体现在药材为道地产区所产，加工炮制所用工艺为道地产区特有，即将原料来源与加工地点都限定在了道地产区，并且因为所限定的道地产区特有的自然与人文因素而较其他地区所产的同种药材品质佳、疗效好。“道地性”体现了道地药材

对与产地联系的紧密度的高要求。而地理标志对与产地联系的紧密度要求则相对宽松。在TRIPs协议第二十二条对地理标志的定义中仅规定地理标志商品的特定质量、信誉或其他特征，主要与该地理来源相关联，并没有强调自然、人文因素的影响，也没有限定地理标志产品的原料和加工必须同时来自地理标志产品的产区。《地理标志产品保护规定》要求申请地理标志的产品原材料全部来自本地区或部分来自其他地区，并在本地区按照特定工艺生产和加工的产品。也没有对原材料的来源做出严格的限定。

二、我国道地药材保护现状

(一) 我国道地药材的存量及分布状况

(1) 根据胡世林主编的《中国道地药材》一书的各论部分，我国川、广、云、贵、豫、浙等地的道地药材共一百五十九种，其中植物药一百三十种、动物药二十种、矿物药八种。具体来说：

川药 21 种：川芎、川贝母、附子与川乌、黄连、石菖蒲、姜、川牛膝、常山、丹参、麦冬、川楝子、青皮陈皮与橘红、补骨脂、使君子、巴豆、花椒、厚朴、黄柏、麝香、虫白蜡、硼砂。

广药 18 种：防己、巴戟天、山豆根、何首乌、夜交藤、高良姜、阳春、砂、益智仁、槟榔、鸦胆子、广藿香、金钱草、青蒿、鸡血藤、肉桂与桂枝、珍珠与珍珠粉、蛤蚧、穿山甲。

云药 6 种：三七、万木香、重楼、诃子、茯苓、儿茶

贵药 7 种：天麻、天冬、黄精、白及、杜仲、五倍子、朱砂

怀药 12 种：地黄、怀牛膝、山药、茜草、天花粉与瓜蒌、天南星、白附子、菊花、辛夷花、红花、金银花、千金子

浙药 14 种：浙贝母、白术、延胡索、郁金、莪术、姜黄、玄参、乌药、玉竹、山茱萸、乌梅、栀子、乌贼骨、蝉蜕

关药 11 种：人参、细辛、防风、刺五加、蕤白、藁本、两头尖、关木通、五味子、牛蒡子、鹿茸

北药 33 种：黄芪、党参、远志、甘遂、黄芩、白头翁、香附、北沙参、柴胡、银柴胡、紫草、白芷、板蓝根、大青叶、青黛、知母、蔓荆子、山楂、连翘、苦杏仁、桃仁、酸枣仁、薏苡仁、小茴香、猪牙皂与皂角刺、银杏、阿胶、全蝎、五灵脂，龙骨龙齿，麦饭石，滑石，代赭石

西药 12 种：大黄、甘草、当归、羌活、麻黄、麻黄根、秦艽、茵陈、枸杞子(地丹皮)、虫草、猪苓、牛黄

南药 33 种：半夏、射干、吴茱萸、莲、女贞子、艾叶、蕲蛇、龟板、鳖甲、石燕、石膏、南沙参、明党参、太子参、苍术、青木香与马兜铃、芍药、桑(桑螵蛸)、木瓜、灵芝、薄荷、紫苏、牡丹、僵蚕、蚕砂、蟾酥、泽泻、枳实、枳壳、白花蛇舌草、冰片(樟脑)、戏曲与神曲、乌骨鸡

(2) 徐国钧和王强等主编的《道地药材图典》，该书分为《华东卷》、《中南卷》、《西面

卷》、《三北卷》四卷，共收载道地药材 408 种，其中也包括了藏、蒙、维、壮、傣等少数民族常用药材。

山东 13 种：大枣，山楂，天花粉，北沙参，阿胶，昆布，柏子仁，香附、海龙、猪牙电、滑石、蔓荆子、蝉蜕

江苏上海 30 种：三棱、土鳖虫、马兜铃、太子参、沪地龙、地骨皮、西红花、百合、决明子、灯芯草、茅苍术、虎杖，明党参、京大戟、荆芥、南沙参、茵陈、威灵上海仙、夏枯草、徐长卿、婆罗子、预知子、南拳茛子、紫苏子、水烛香蒲、墨早莲、僵蚕、斑白、薄荷、蟾酥

浙江 28 种：土茯苓、山茱萸、牛蒡子、乌药、乌梅、火麻仁、石韦、仙鹤草、白术、白芍、杭白芷、白前、玄参、延胡索、麦冬、长牡蛎、松花粉、温郁金、鱼腥草、心碎补、香椽、千户、浙贝母、海螵蛸、粉萆薢、淡竹叶、绵萆薢、覆盆子

安徽 21 种：木瓜、乌柏蛇、功劳木、艾叶、白头翁、白果、白薇、半边莲、地榆、白不、芫花、牡丹皮、灵芝、板蓝根、狭叶柴胡、月腺大城、益母草、桑内皮、菊花、蕲蛇

江西 11 种：车前子、乌骨鸡、半枝莲、连钱草、枳壳、梔子、钩藤、香椿、重楼、夏天无、薯草

福建 11 种：龙眼肉、白花蛇舌草、青皮、狗脊、泽泻、南板蓝根、荔枝核、凹叶厚朴、穿心莲、绿叶枳壳、薏苡仁、

台湾 3 种：青果，槟榔、樟脑

陕西 9 种：龙骨，沙苑子、华细辛、南五味子、茵陈(滨蒿)

甘肃 5 种：川贝母、当归、红线、秦艽、秋冬花

宁夏 3 种：沙棘、枸杞子、银柴胡

青海 5 种：大青盐、大黄(掌叶大黄)、冬虫夏草、硃砂、硼砂

新疆 16 种：巴旦杏、伊贝母、沙枣、阿魏、阿里红、罗布麻叶、刺糖、胡桐泪、菊苣、琐琐葡萄、雪莲花、羚羊角、鹿茸、软紫草、黑种草子、锁阳

河北北京 23 种：上木香、土鳖虫、王不留行、天仙子、牛黄、白芷、地肤子、西河柳、西洋参、麦饭石、苍术、知母、桃仁、北柴胡、黄精、蛇床子、北葶苈子、紫菀、槐花、酸枣仁、蓼大青叶、漏芦、槲寄生

山西 9 种：甘遂、龙齿、远志、苦参、香加皮、核桃仁、党参、黄芪、赭石

内蒙古 14 种：小茴香、马勃、文冠果、甘草、冬葵果、肉苁蓉、苦杏仁、郁李仁、金莲花、黄芩、麻黄、瑞香狼毒、东方香蒲、糙苏

辽宁 8 种：五味子、龙胆、平贝母、白鲜皮、牡蛎、北细辛、威灵仙、辽藁本

吉林 6 种：人参、关白附、蛤蟆油、桔梗、鹿茸、硬紫草

黑龙江 9 种：北马兜铃、平车前、北升麻、北豆根、关苍术、防风、刺五加、狼毒大戟、熊胆

广东香港澳门 25 种：山奈，广防己，广金钱草，广藿香，木鳖子，化橘红、巴戟天、石决明、广地龙、红豆蔻、芦荟、何 19 地区、25 首乌、陈皮、枇杷叶、金钱白花蛇、金樱

子、玳澳门瑁、胡椒、砂仁、鸦胆子、剑麻、高良姜、海马、地区海龙、番石榴

海南 9 种：丁香、大风子、肉豆蔻。沉香、降香、草豆蔻、胖大海、益智、番泻叶

广西 23 种：八角茴香、山豆根、千年健、石刁柏、石斛、龙船花，肉桂、安息香、阳桃、两面针、鸡血藤、鸡蛋花、郁金、罗汉果、珍珠、萆澄茄、钩藤、穿山甲、莪术、海桐皮、海桐皮、桑寄生、蛤蚧

湖南 7 种：玉竹、朱砂、吴茱萸、莲子、葛根、雄黄、鳖甲

湖北 14 种：山麦冬、天南星、五加皮、石膏、半夏、对叶百部、防己、龟甲、辛夷、独活、射干、密蒙花、续断、蜈蚣

河南 19 种：山药、千金子、牛膝、白附子、地黄、全蝎、红花、连翘、虎掌南星、金银花、茜草、鬼箭羽、禹余粮、菊花、旋复花、商陆、斑蝥、蒺藜、禹州漏芦

四川重庆 36 种：干姜、大黄、川乌、川木香、川木通、川贝母、川牛膝、川芎、川楝严、川升麻、丹参、巴豆、甘松、石菖蒲、龙蛋、仙茅、芒硝、花椒、佛手、羌活、补骨脂、青蒿、郁金(黄丝郁金)、使君子、金钱草、葫芦巴、枳实、厚朴、姜黄、党参(川党)、黄连、黄柏、常山、银耳、魔芋、麝香

贵州 10 种：天冬、天麻、五倍子、白及、冰片、杜仲、南沙参、婆罗子、通草、猪苓

云南 27 种：儿茶、三七、马钱子、木香、木蝴蝶、石斛、对叶豆、芒果核、亚呼努、血竭、苏木、余甘子、诃子、萆拔、草果、茯苓、砂仁(绿壳砂)、香橼、重楼、珠子参、黄精、耳上一枝蒿、萝芙木、缅茄、雷丸、熊胆、檀香

西藏 13 种：土木香、手参、毛诃子、牦牛角、胡黄连、独一味、桃儿七、雪莲花、绿松石、绿绒蒿、藏茄、藏茴香、藏羚角

(3) 彭成主编，王永炎院士主审的《中华道地药材》收录了道地药材 310 种，中药炮制学家、第一批国家级非物质文化遗产项目中中药炮制技术代表性传承人王孝涛及其弟子曹晖主编的《中国传统道地药材图典》共收录草、木、果、米谷、菜五部 265 种道地药材。

综上所述，我国道地药材数量约为 200-300 种，广泛分布于我国的 23 个省、5 个自治区、4 个直辖市与 2 个特别行政区。

通过对我国道地药材分布情况的初步整理和分析，并根据我国的气候特点、土壤和植被类型，可将全国划分为 8 个道地药材产区。在命名上，采用以自然地理位置或行政名称+地域气候特征或地貌特征+区划单位的方式进行。⁶³。

(1) 东北湿润、半湿润区道地药材产区

位于我国东北部，西邻华北半干旱区，其界限为半湿润和半干旱区界限，即相当于干燥度 1.25 的等值线。南面为华北湿润和半湿润区，界限为暖温带与中温带界限，即指有效积温 3400℃线或 1 月平均气温-10℃线。本区气候为中温带(北部局部地区为寒温带)湿润和半湿润性气候，是我国纬度最高，气候冬夏温差大，冬季严寒，夏秋多雨，植被以森林为主，也有草甸草原和沼泽分布。在行政上包括黑龙江、吉林全部、辽中大部分、内蒙古东部大兴安岭区。本区分布的中药材品种虽少，但珍惜的药用动、植物种类较多，此区域所产的道地

⁶³ 参见陆兆华、叶万辉、乔滨杰、王辉：《我国道地药材的产区分布和区划》，《国土与自然资源研究》1994 年第 1 期

药材古称为关药，主要的药材品种有：人参、五味子、天麻、赤芍、甘草、细辛、防风、龙胆、鹿茸、蛤蟆油等；

(2) 华北湿润、半湿润区道地药材产区

位于我国华北地区南部，其南以秦岭—淮河为界与南方道地药材产地区域相分；东为东北道地药材产区西和北面为华北半干旱道地药材产区，其界限为半干旱和半湿润区的分界线。本区属暖温带湿润和半湿润区，气候条件较好，夏热多雨、温暖，冬季晴朗干燥，春季多风，地带性植被为阔叶落叶林。在行政上包括山东省全部，河南中、北部，河北南部，辽宁南部边缘及辽东半岛，山西南部，陕西渭河平原，安徽和江苏的淮北地区，即与通称的黄、淮、海区大致相同。本区所产道地药材种类较多，包括传统的怀药和部分北药。“怀”即古怀庆府，主要包括今河南省的博爱、武陟、温县和沁阳等地所产的常用药材，现今泛指整个河南省盛产的道地药材。其中四大怀药：“怀地黄、怀牛膝、怀菊花、怀山药”，久负盛名，另禹白附、禹南星、天花粉等亦为有名的怀药；北药包括地黄、金银花、牛膝、黄芪、麻黄、牛黄、阿胶、土鳖虫等。

(3) 华北半旱区道地药材产区

位于我国华北地区的北部和西北地区东部，东面为东北道地药材产区，东、南面为华北湿润和半湿润区，南与南方区域相连，西南面为青藏区域，西面以半干旱和干旱区为界限，即干燥度为4的等值线与西北干旱区产地药材产区相分。本区在气候上属中温带、暖温带半干旱气候，主要包括黄土高原和内蒙古高原，环境条件较差，地带性植被为草原，并在局部地区可见荒漠草原，在行政上包括内蒙古包头、苏尼特左旗二线以东和以南地区，河北，山西、陕西北部、宁夏南部、甘肃东部(陇东、陇中地区)。本区所产道地药材种类，大致包括传统分类上的北药和西药范围的品种，主要有黄芪、黄芩、党参、麻黄、防风、甘草杏仁柴胡银柴胡、枸杞子等30余种。

(4) 西北干旱区道地药材产区

本区位于我国西北部，东面为华北半干旱药材区，南面为青藏高原药材产区，本区地域辽阔，但气候条件较差，属干旱区并有大面积的戈壁沙丘，植被以荒漠草原和荒漠为主。本区在行政上包括新疆全部、内蒙古西部、甘肃西部(河西走廊)和宁夏北部。在本区内的局部地区气候条件稍好，如新疆天山、阿尔泰山地区、宁夏黄河灌区等，所产药材种类也较多，伊从整体上看，本区仍属干旱区。涉道地药材种类主要有柴胡麻黄银柴胡、肉苁蓉、锁阳、红花、阿魏等10多种。

(5) 华东亚热带道地药材产区

位于我国南方药材产地区域的东部，其西侧为西南道地药材产区，大致以我国第一级台阶与第二级台阶的界限为界；其南部与华南药材产区的分界大致是以暖亚热带和中亚热带的分界为界。本区的主体是中亚热带，气候温暖湿润，年平均气温15—22度，年平均降雨量1100—1800毫米；其北部属凉亚热带，年平均气温16—20度左右。本区地形复杂，既有天目山、雁荡山，四名山，武夷山等山地，又有平原和丘陵，土壤肥沃植物种类繁多。本区在行政上包括江西、浙江、湖南的全部、湖北和福建的大部、安徽和江苏的中南部、广东和广西的北部。本区所产的道地药材种多为我国道地药材传统分类上的浙药和南药范围。主产道地

药材有“浙八味”（浙贝母、浙玄参、杭麦冬、浙白术、杭白芍、杭菊花、延胡索、山茱萸及温郁金）江枳壳、建泽泻、朱砂、雄黄、南沙参、 梔子、白前等。

(6) 西南亚热带道地药材产区位于南方药材区域的西侧，西与青藏高原相邻，北部为北方药材产地区域，东面是华东药材产区，南部是华南道地药材产区，界限大致与暖亚热带和中亚热带分界相同，本区地形复杂，包括高原，盆地，山区等，多数地区气候温和，日照少，湿度大，春温高于秋温、春旱而夏秋多雨，冬无严寒，夏无酷暑，植物种类十分丰富。本区在行政上包括贵州大部、重庆、四川东部、云南北部、陕西南部 and 甘肃东南角、广西西北角。本区所产道地药材种类较多，基本上为传统分类上的川药、云药、贵药范围，主要有黄精、杜仲、白及、川芎、附子、黄连、川牛膝、重楼、天麻、三七和天冬等。

(7) 华南暖亚热带、热带道地药材产区

位于我国最南端，基本上沿海呈狭长状，北与华东药材产区和西南药材产区相邻，西部在云南境内抵国境，东、南两面临海。本区属暖亚热带、热带气候，降雨量大，高温多雨，很适宜热带药用植物生长，植物种类极为丰富。在行政上包括海南、台湾全部、广东和广西大部、云南和福建南部，并包括南海诸岛。本区年产生的道地药材种类较多，并具有明显的热带性质，在传统上称之为广药，主要有广藿香、山豆根、马钱子、广防己、大风子、高良姜、砂仁、槟榔、诃子、益智、鸡血藤等。

(8) 青藏高原道地药材产地区域本区位于我国西南部的青藏高原，从纬度上看与我国亚热带地区相当，但因其地势较高，平均海拔在 4000-5000m 之间，气候条件极为特殊，属高原高寒气候。因此，在自然地理、气候、土壤、植被和综合农业区划中均将其作为一个特殊地区处理。本区地处高原，环境条件较差，植被主要以高寒草原、高寒草甸和高寒荒漠，而且植物种类也很贫乏。本区为青藏高原道地药材产地区域，如麝香、冬虫夏草、川贝母、川木香、胡黄连、红景天、绿绒蒿、独一味等，其中很多都是带有高原民族特色的藏药。

(二) 我国道地药材保护的主要路径

1、道地药材法律保护现状

根据目前可以获得的公开数据，道地药材的法律保护途径有非物质文化遗产保护、专利保护、原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护、原农业部农产品地理标志保护、集体商标和证明商标的地理标志保护、中药品种保护、商业秘密保护。其中，非物质文化遗产保护、原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护、原农业部农产品地理标志保护、集体商标和证明商标的地理标志保护、中药品种保护可以获得具体数据。

(1) 截至 2018 年 11 月，通过非物质文化遗产保护的道地药材有 3 种⁶⁴：漳州片仔癀制作技艺、樟树中药炮制技艺被纳入国家级非物质文化遗产名录，人参炮制技艺被纳入吉林省非物质文化遗产名录。

(2) 截至 2018 年 11 月，通过中药品种保护的道地药材有 5 种⁶⁵：元胡止痛滴丸、复方川芎胶囊、复方阿胶颗粒、当归芍药颗粒、山蜡梅叶颗粒

(3) 截至 2018 年 11 月，通过注册集体商标、证明商标地理标志进行保护的道地药材

⁶⁴ 参见中国非物质文化遗产网：http://www.ihchina.cn/5/5_1.html

⁶⁵ 参见国家食品药品监督管理局网站：<http://samr.cfda.gov.cn/WS01/CL1041/>

有 116 种⁶⁶：

北京市：丰台芍药、草桥菊花

河北省：巨鹿金银花、巨鹿枸杞

山西省：浑源正北芪、壶关党参、上党连翘、潞州黄芩、上党党参

内蒙古自治区：阿拉善肉苁蓉、阿拉善锁阳、杭锦旗甘草、敖汉苜蓿、敖汉北虫草

辽宁省：桓仁山参、桓仁黄芪、桓仁贝母、桓仁天麻、连山关刺五加、清原龙胆

吉林省：抚松人参、抚松林下山参

黑龙江省：大庆大同板蓝根

江苏省：滨海白首乌、洋马菊花

浙江省：余姚茭白、天台乌药、磐安白术、磐安浙贝母、磐安杭白芍、磐安玄参、磐安元胡、磐五味、武义宣莲、处州白莲、志棠白莲

安徽省：金寨茯苓、金寨西洋参、金寨天麻、金寨灵芝

福建省：南靖和溪巴戟天、建宁通心白莲、南靖金线莲、建泽泻、灵通七叶胆、明溪金线莲

江西省：东乡白花蛇舌草

山东省：马山栝楼、莒县丹参、小康金银花、汶上牛蒡、城前金银花、冠县灵芝、莒县黄芩、嘉祥白菊花、泰山四叶参、泰山黄精、泰山何首乌

河南省：焦作怀牛膝、焦作怀地黄、焦作怀菊花、焦作怀山药、温县铁棍山药

湖北省：桐柏桔梗、温县铁棍山药、利川黄连、板桥党参、房县绞股蓝、房县白及、房县北柴胡、英山桔梗、柏树湾金银花、襄麦冬、枣阳半枝莲、五峰五倍子

湖南省：隆回金银花、邵东流泽玉竹

重庆市：石柱黄连、酉阳青蒿、秀山金银花、秀山白术、南川玄参、垫江丹皮、巫山庙党、铜梁使君子、合川葛、南川金佛山珙桐、云阳乌天麻

四川省：巴州川明参、昭化茯苓

贵州省：绥阳金银花、德江天麻、道真洛党

云南省：昭通天麻、龙陵紫皮石斛、泸西灯盏花、丽江玛咖、马厂归

陕西省：平利绞股蓝、略阳杜仲

甘肃省：华亭独活、华亭大黄、岷县当归、陇西白条党参、陇西黄芪、渭源白条党参、瓜州枸杞、清水半夏

青海省：玉树虫草、杂多虫草、久治贝母

宁夏回族自治区：中宁枸杞、盐池甘草

西藏自治区：库车药桑、精河枸杞、波密天麻、那曲虫草

(4) 截至 2018 年 11 月，通过注册原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品进行保护的道地药材有 175 种⁶⁷：

重庆市：酉阳青蒿、石柱黄连

⁶⁶ 参见中国商标网：<http://sbj.saic.gov.cn/dlbz/dlbz/>

⁶⁷ 参见中国地理标志网：<http://www.cgi.gov.cn/Products/List/?1=1&Category=9&Area=&key=&page=1>

山西省：恒山黄芪、安泽连翘

辽宁省：西丰鹿茸、西丰鹿鞭、岫岩辽五味子、清原龙胆、桓仁山参、桓仁蛤蟆油、建平苦参、抚顺林下参、连山关刺五加、抚顺辽五味子

吉林省：长白山五味子、长白山淫羊藿、吉林长白山人参、吉林梅花鹿产品、大川平贝母、长白山红景天

黑龙江省：铁力“中国林蛙”油、铁力北五味子、红星平贝母、铁力平贝母

浙江省：天台乌药、樟村浙贝、金华佛手、磐安中药材、龙泉灵芝、温郁金、枫桥香榧、天目山铁皮石斛

安徽省：霍山石斛、亳白芍、霍山灵芝、李兴桔梗、凤丹

福建省：柘荣太子参、永安金线莲、三元草珊瑚

江西省：金溪黄栀子、樟树黄栀子、余江夏天无、横峰葛、樟树吴茱萸、商洲枳壳

山东省：冠县灵芝

河南省：确山夏枯草、怀牛膝、怀地黄、怀山药、怀菊花、封丘金银花、唐半夏、商茯苓、商桔梗、息半夏、禹白附、禹白芷、济源冬凌草、南召辛夷、唐栀子、大别山银杏及制品、伏牛山连翘及其制品、西峡山茱萸、方城丹参、嵩县柴胡、桐桔梗、密二花、禹南星

湖北省：巴东独活、恩施紫油厚朴、板桥党参、利川山药、襄麦冬、蕲艾、团风射干、罗田苍术（罗苍）、罗田金银花、巴东玄参、咸丰鸡腿白术、咸丰白术、九资河茯苓

湖南省：新晃龙脑

广东省：西牛麻竹叶、春砂仁、连州溪黄草、始兴石斛、高要巴戟天、罗定肉桂、化橘红、徐闻良姜、新会陈皮、连州溪黄

四川省：江油百合、平武天麻、南江金银花、夹江叠鞘石斛、宝兴川牛膝、中江白芍、都江堰川芎、合江金钗石斛、平武厚朴、梓潼桔梗、九寨猪苓、巴州川明参、青川天麻、松贝（松潘产区）、金堂明参、涪城麦冬、刀党、金川秦艽、金口河乌天麻、都江堰厚朴、川白芷、中江丹参、雅连、旺苍杜仲、南江杜仲、南江厚朴、苍溪川明参、金口河川牛膝、米易何首乌、江油附子、布拖附子、川芎

贵州省：正安白及、罗甸艾纳香、大方天麻、大方圆珠半夏、赤水金钗石斛、绥阳金银花、六枝龙胆草、织金续断、赫章半夏、织金头花蓼、剑河钩藤、威宁党参、连环砂仁

云南省：龙陵紫皮石斛、泸西除虫菊、红河灯盏花、芒市石斛、广南铁皮石斛、昭通天麻、文山三七、福贡云黄连、云南白药

陕西省：商洛丹参、周至山茱萸、略阳杜仲、宁强华细辛、佛坪山茱萸、略阳猪苓、太白贝母（咀头产区）、平利绞股蓝、略阳天麻、汉中附子、子洲黄芪

甘肃省：陇西白条党参、礼县大黄、民勤甘草、文县纹党、靖远枸杞、西和半夏、陇西黄芪、岷县当归

青海省：青海冬虫夏草

广西壮族自治区：雅长铁皮石斛、桂林西瓜霜、金秀绞股蓝

内蒙古自治区：内蒙古肉苁蓉

西藏自治区：林芝灵芝、林芝天麻

(5) 截至 2018 年 8 月, 通过注册原农业部农产品地理标志进行保护的道地药材有 75 种⁶⁸:

安徽省: 九华黄精、亳丹皮、亳菊

福建省: 长泰砂仁、武平仙草、冠豸山铁皮石斛、永定巴戟天

甘肃省: 武都纹党参、陇西白条党参、陇西黄芪、岷县当归、景泰枸杞、宕昌大黄、瓜州锁阳、宕昌黄芪、瓜州枸杞、哈达铺当归、渭源白条党参、武都红芪、宕昌党参

江苏省: 滨海白何首乌

广西壮族自治区: 陆川橘红、都峽山铁皮石斛、田林灵芝

贵州省: 兴义黄草坝石斛、赤水金钗石斛

河北省: 涉县柴胡

河南省: 汝阳角里艾、汝阳杜仲

湖北省: 潜半夏、罗田天麻、郧西杜仲、郧西黄姜、郧阳天麻、房县虎杖、竹山肚倍

湖南省: 绥宁绞股蓝、靖州茯苓

江西省: 德兴铁皮石斛、怀玉山三叶青、东乡白花蛇舌草、

辽宁省: 新宾辽细辛、本溪林下参、本溪辽五味

内蒙古自治区: 固阳黄芪、河套枸杞、河套肉苁蓉

宁夏省: 六盘山黄芪、六盘山秦艽、盐池甘草

青海省: 果洛蕨麻、果洛大黄、柴达木枸杞

山东省: 临朐丹参、莒县黄芩、莒县丹参、荣成西洋参、高唐栝蒌

山西省: 平顺连翘

陕西省: 镇坪黄连、耀州黄芩

四川省: 大邑黄连、彭州川芎

新疆维吾尔自治区: 新疆兵团三十一团罗布麻、石河子肉苁蓉、精河枸杞

云南省: 马厂当归、玉龙滇重楼、龙陵紫皮石斛

浙江省: 金华佛手、遂昌菊米、武义铁皮石斛

重庆市: 铜梁枳壳、垫江丹皮、城口太白贝母

2、非物质文化遗产保护

2003 年 10 月 17 日, 联合国教育、科学及文化组织在巴黎举行的第三十二届大会上正式通过了《保护非物质文化遗产公约》。中国于 2004 年 12 月 2 日签署批准书, 截止到 2014 年 5 月 15 日该公约共有 161 个成员国。该公约正式启用“非物质文化遗产”一词, 并作出以下定义, 即“指被各社区、群体, 有时是个人, 视为其文化遗产组成部分的各种社会实践、观念表述、表现形式、知识、技能以及相关的工具、实物、手工艺品和文化场所。”具体包括口头传统和表现形式, 表演艺术, 社会实践、仪式、节庆活动, 有关自然界和宇宙的知识与实践及传统手工艺五个方面的内容。中国传统医药知识属于公约项下“对自然界和宇宙的知识与实践”中的内容, 因此道地药材属于《保护非物质文化遗产公约》规定的非物质文化遗产保

⁶⁸ 参见中国绿色食品发展中心: <http://www.greenfood.agri.cn/cpgg/ncpdllbz/gg/>

护的范畴。根据公约规定,委员会应当制定国际一级非物质文化遗产名录。

2011年6月1日起施行的《中华人民共和国非物质文化遗产法》将民间传统文化遗产纳入法律管理与保护中,以“保护为主,抢救第一,合理利用,传承发展”为非遗保护的基本方针。根据《非物质文化遗产法》第二条的规定,非物质文化遗产是指各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式,以及与传统文化表现形式相关的实物和场所。包括:(一)传统口头文学以及作为其载体的语言;(二)传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技;(三)传统技艺、医药和历法;(四)传统礼仪、节庆等民俗;(五)传统体育和游艺;(六)其他非物质文化遗产。其中(三)传统医药中包括中医生命与疾病认知方法、中医诊法、中药炮制技术、中医传统制剂方法、针灸、中医正骨疗法、中医养生、传统中医药文化等项目。传统道地药材的药材种植、采收与加工炮制技术及其背后的中医药传统文化是传统医药的一部分,应当受到《非物质文化遗产法》的保护。

《非物质文化遗产法》主要通过调查制度、代表性项目名录制度和传承与传播制度三项重要制度来保护、传承和发展非物质文化遗产。调查制度是确认非遗性质及其现状是否濒危的基础;代表性项目名录制度(分为国家、省、市、县四级)是强化、细化管理工作的必要措施,例如漳州三宝之一的漳州片仔癀传统制作技艺入选了第三批国家级非物质文化遗产;传承与传播制度则是优秀非遗项目得以存续、交流、弘扬和发展的政策保证。⁶⁹

《非物质文化遗产法》第六条与第七条规定我国的非物质文化遗产保护工作实行由中央、省(自治区)、市、县四级管理,并明确县级以上人民政府应当将非物质文化遗产保护、保存工作纳入本级国民经济和社会发展规划,并将保护、保存经费列入本级财政预算。国家扶持民族地区、边远地区、贫困地区的非物质文化遗产保护、保存工作。国务院文化主管部门负责全国非物质文化遗产的保护、保存工作,县级以上地方人民政府文化主管部门负责本行政区域内非物质文化遗产的保护、保存工作。《非物质文化遗产法》第八、九、十条指出了政府对于宣传非遗、提高国民文化自觉意识的重要性和表彰先进的责任。

对于非物质文化遗产的使用,《非物质文化遗产法》第五条规定,使用非物质文化遗产,应当尊重其形式和内涵。禁止以歪曲、贬损等方式使用非物质文化遗产。这对于如今的一些开发商编造道地药材所谓的“历史故事”,“神奇功效”等行为可以起到一定的规制作用。

通过非物质文化遗产保护道地药材的局限性表现在,《非物质文化遗产法》中原则性规定较多,缺乏具有可操作性的规定。并且《非物质文化遗产法》对于侵犯非物质文化遗产各项权利的行为并未规定具体的惩罚措施,仅在第四十四条规定了使用非物质文化遗产涉及知识产权的,适用有关法律、行政法规的规定。⁷⁰

3、专利保护

专利制度在药物知识产权保护中具有极其重要的地位。在中药技术领域,专利制度通过赋予专利权人对相关技术方案的市场独占来促进中药技术的创新发展。⁷¹ TRIPs 协议规定,

⁶⁹ 参见杨雄文:《道地药材文化传承与法律保护》,广东世图出版社2015年第1版,第112页

⁷⁰ 参见杨雄文:《道地药材文化传承与法律保护》,广东世图出版社2015年第1版,第161页

⁷¹ 参见李慧、宋晓亭:《专利制度与中药品种保护制度的比较》,《世界科学技术-中医药现代化》2017年第2期,第223-227页

“技术科技的范围均为可专利的范围”。对于具备新颖性、创造性和实用性的中药产品发明、中药制造方法发明和中药新用途发明都可以获得相应的发明专利。我国专利法于 1985 年 4 月 1 日正式实施，其中第二十五条规定，对疾病的诊断和治疗方法和药品与化学方法获得的物质不得被授予专利。1993 年第一次修改后的专利法，规定了对方法的专利保护延及依该方法直接获得的产品，第一次将药物纳入了专利法的保护范围。我国专利分为发明专利、实用新型专利和外观设计专利。其中发明专利是指对产品、方法或者其改进所提出的技术方案。而发明专利从保护类型上可以分为三种：产品专利、方法专利和用途专利。专利法对药物的保护内容包括：药物的化合物结构、药物的分离方法和药物用途。

中药作为药物，适用专利法的相关规定。具备新颖性、创造性和实用性的中药产品、中药方法和中药新用途可以获得发明专利。中药材的发明专利一般包括产品发明专利和方法发明专利两类。其中产品发明包括：1. 中药提取物，是研发人员根据单味药的独特疗效明确有效成分或活性物质，并采用现代的科学实验技术进行提取、分离、纯化，最终形成的中药制剂，中药提取物具有确定的有效成分与特定的化学结构，因此《专利法》能够提供充分的保护，发明人可以对其提取的新的化合物提出产品专利权利要求。2. 中药复方制剂，即几种不同类别的中药与西药混合而成的制剂。与单方药物相比，复方制剂具有改善服用药品依从性、提高药物疗效、减少不良反应、降低用药费用等优点。中药复方制剂是中药专利领域中申请量最大的产品专利。中药材的方法发明专利一般包括：1. 提取、分离、纯化中药有效成分和活性物质的物理化学方法，例如山东大学发明的“中药红外指纹图谱鉴别技术”（CN01115161）可准确鉴别单味植物药种属，由其成分的变化判断不同产地、不同采集期和不同加工方法，可用于道地药材与非道地药材的鉴别；2. 中药材的种植加工炮制技术。具体到道地药材领域也已经有了相当数量的专利。道地药材方面的专利大多集中在炮制加工方法专利与种植栽培方法专利，例如北京杏林药业有限责任公司刘艳生发明的“一种何首乌炮制工艺”（申请号 201810227874.9）其通过对何首乌材料进行杂质清理、切制、干燥、蒸制等步骤，使何首乌中的有效成分处于活性状态，从而起到更好的药效，让患者更迅速地恢复到健康状态。赤峰博康药业有限公司公开了一种北方地区赤芍的栽培方法（申请号：201810140775.7），通过育苗温室，营养钵、栽培基质和专用复合肥培养等方式，培育出根系发达，秧苗茁壮，移栽成活率高的赤芍苗。当前中药材的规范化种植（GAP）的开展极大地促进了中药材栽培种植技术的研究。相关专利申请与授权的数量也逐渐增多。如“三七 GAP 栽培方法”（CN02128390）由三七育苗方法、三七良种繁育方法、三七大田栽培方法、三七栽培中农药使用方法、三七主要病害防治方法、三七害虫及有害生物防治方法和三七施肥方法等组成，用此方法栽培出的三七具有有效成份高、农药残留量和重金属含量极低的特点，符合 GAP 要求；“一种何首乌的规范化种植方法”（CN200410040476）、“一种太子参的规范化种植方法”（CN200410040477），该方法得到的中药材各项指标符合中药材 GAP 的内容要求，能使大面积种植规范化。

专利保护模式的局限性表现在，首先专利对于新颖性，创造性和实用性的要求较高，而由于中药历史传统和古籍记载的因素，判断某一项中药专利申请的新颖性和创造性比较难，这些必要条件的不确定性造成中药专利申请获得授权的比例非常低。其次，专利的审查时间

较长，专利申请自发明专利公开后，因为实质审查没有法定期限，申请专利耗时长，即使获得专利授权其保护期限为 20 年，而中药品种保护的一级保护期限也可达到 20 年甚至更长，权衡之后，企业会更倾向于选择品种保护等行政保护形式。⁷²最后，申请专利即意味着要公开自己的发明，尤其是中药配方，如果申请没有被授权，还失去了商业秘密。即使获得授权，由于中药复方制剂的特殊性，中药专利在遭遇被侵权时，很难确定权利人和侵权人的技术特征，无法有效保护申请人的利益和市场。

4、原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护

原国家质量监督检验检疫总局的《地理标志产品保护规定》可以对道地药材进行保护，该规章是原国家质量监督检验检疫总局取消《原产地域产品保护规定》和《原产地标记管理规定》后颁布的部门规章（质检总局令第 78 号）。《地理标志产品保护规定》作为原国家质量监督检验检疫总局出台的行政法规，有着较为明显的公法特征，主要体现在政府机关主导地理标志产品的保护。该规章以原产地名称登记和生产过程中质量和标准的行政监督管理来保护地理标志产品。

在原产地名称登记方面，地理标志产品保护申请，由当地县级以上人民政府指定的地理标志产品保护申请机构或人民政府认定的协会和企业（以下简称申请人）提出，并征求相关部门意见。《地理标志产品保护规定》第九条规定，申请保护的产品在县域范围内的，由县级人民政府提出产地范围的建议；跨县域范围的，由地市级人民政府提出产地范围的建议；跨地市范围的，由省级人民政府提出产地范围的建议。

在质量的行政监督管理方面，规章规定由相应的专家审查委员会负责地理标志产品保护申请的技术审查工作。由各地质检机构对地理标志产品的产地范围，产品名称，原材料，生产技术工艺，质量特色，质量等级、数量、包装、标识，产品专用标志的印刷、发放、数量、使用情况，产品生产环境、生产设备，产品的标准符合性等方面进行日常监督管理。对于违反该规定，生产，销售不符合地理标志产品标准和管理规范要求的相关产品的，由质量技术监督部门和出入境检验检疫部门依法进行查处。

在标准的行政监督管理方面，规章要求拟保护的地理标志产品，应根据产品的类别、范围、知名度、产品的生产销售等方面的因素，分别制订相应的国家标准、地方标准或管理规范。⁷³国家标准化行政主管部门组织草拟并发布地理标志保护产品的国家标准；省级地方人民政府标准化行政主管部门组织草拟并发布地理标志保护产品的地方标准。

在对地理标志产品的保护方面，各地质检部门与出入境检验检疫部门被赋予的一定的执法权。对于擅自使用或伪造地理标志名称及专用标志的；不符合地理标志产品标准和管理规范要求而使用该地理标志产品的名称的；或者使用与专用标志相近、易产生误解的名称或标识及可能误导消费者的文字或图案标志，使消费者将该产品误认为地理标志保护产品的行为，质量技术监督部门和出入境检验检疫部门将依法进行查处。

以文山三七为例，为保护好“文山三七”这一特有资源，中共文山州委、州人民政府于

⁷² 参见曹明成，黄泰康：《我国中药专利保护存在的问题及建议》，《中国药业》2015 年第 24 期，第 4 页。

⁷³ 《地理标志产品保护规定》规定：“拟保护的地理标志产品，应当有产品生产技术规范（包括产品加工工艺、安全卫生要求、加工设备的技术要求等），并应当制订相应的国家标准、地方标准或管理规范。”

2000年5月启动了三七原产地域产品保护的申报工作,2002年11月,国家质量监督检验检疫总局发布(2002)第1号《公告》,对文山三七实施原产地域产品保护。“文山三七”成为我国批准的第29个原产地域保护产品,也是国内第一个获此保护的道地药材品种。同时,《文山三七》标准作为国家标准实施。“文山三七”原产地域产品保护的取得,使“文山三七”在国、内外市场上具有了排他性,得到法律更为直接、有力地保护,进一步提高了文山三七的声誉。⁷⁴

原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护模式表现出了强烈的行政色彩,主要体现在政府机关通过行政手段主导地理标志产品认证,质量监督管理与保护。但这种行政也带来了一定的局限性,首先就是其效力问题。《产品质量法》和《出入境检验检疫法》并没有明确规定地理标志产品的相关事项。根据《中华人民共和国行政许可法》第二条,行政许可指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。显然质检总局对地理标志产品进行认证的行为属于行政许可。但是质检总局行使地理标志产品认证职权的主要依据是其于2005年颁布的《地理标志产品保护规定》。该规定实质上属于部门规章,根据《中华人民共和国行政许可法》的规定,法律可以设定行政许可。尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可。部门规章只能在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定,并无设定行政许可的权力。因此《地理标志产品保护规定》设定地理标志产品认证的行为在法律效力上存在瑕疵。其次,该制度缺乏细致的司法和行政救济措施,难以形成有效保护。对于侵犯地理标志权的行为,《地理标志产品保护规定》仅在第二十四条规定:违反本规定的,由质量技术监督行政部门和出入境检验检疫部门依据《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国标准化法》、《中华人民共和国进出口商品检验法》等有关法律予以行政处罚。最后,《地理标志产品保护规定》并没有和《专利法》、《商标法》这些较为传统的知识产权接轨,立法部门之间也没有协调配合,导致实际适用时,交叉混合管理现象严重。

5、原农业部农产品地理标志保护

道地药材在我国亦可被归类为农产品,其种植也应遵守农作物管理的基本规定。农产品地理标志的管理主要由《农产品地理标志管理办法》规定。该规定为农业部出台的部门规章,同样有着较为明显的公法特征。

在申请上,农产品地理标志的申请主体为县级以上地方政府选择的农村经济合作组织和行业协会。申请主体应当有监管地理标志产品生产的能力,为地理标志产品生产、加工、营销服务等方面提供引导服务的能力,同时须具备独立民事责任能力。农产品地理标志的认证工作以书面审查为主,由农业部之下的农产品地理标志登记评审委员会来负责进行独立审查,并做出结论。审查通过之后颁发的地理标志证书是长期有效的,并且在地域和环境发生变化时要求证书持有人自己提出变更申请。农产品地理标志的地域范围、标志使用等监督工作由县级以上人民政府农业行政主管部门负责。

以道地药材“潜半夏”为例,2013年,由潜江市农业局将“潜半夏”作为农产品地理

⁷⁴ 参见张光晶:《文山三七产业知识产权现状及对策初探》,《云南科技管理》2006年第6期,第28-30页。

标志资源报农业部登记备案，并于 2015 年启动“潜半夏”农产品地理标志申报工作。由潜江市半夏协会申请，根据潜半夏特定的人文条件和自然生态环境条件，划定了农产品地理标志保护范围。经过初审、专家评审和公示，最终于 2016 年获得了国家农产品地理标志产品登记。“潜半夏”划定的地域保护范围为高石碑镇、王场镇、积玉口镇、广华寺办事处、周矶办事处、周矶管理区、竹根滩镇、园林办事处、杨市办事处、浩口镇、后湖管理区、熊口镇、总口管理区、龙湾镇、渔洋镇、老新镇等 16 个镇（办事处、管理区）现辖行政区域，地理坐标为东经 112° 29′ -113° 91′，北纬 30° 04′ -30° 39′。⁷⁵

在监督管理方面，由县级以上人民政府农业行政主管部门承担农产品地理标志监督管理工作，定期对登记的地理标志农产品的地域范围、标志使用等进行监督检查。另外，《办法》赋予了地理标志产品经营者一定的质量监督义务，要求地理标志农产品的生产经营者建立质量控制追溯体系，并由农产品地理标志登记证书持有人和标志使用人对地理标志农产品的质量和信誉负责。

农产品地理标志保护制度的局限性表现在，《农业法》虽然授权原农业部进行农产品地理标志的认证，但是《农业法》本身并没有相应的法律救济程序，而地方农业行政部门也缺乏相应的实质审查和产品日常监督管理的能力。同时地理标志保护是一个大的法律概念，为某类产品单独立法进行保护应当有充足的理由，否则就造成了立法资源的浪费。其次，同地理标志产品保护制度一样，农产品地理标志保护制度也具有一定的公法色彩，注重地理标志产品申请的审查程序、地理标志产品的相关技术规范 and 标准，而忽视了地理标志权的权利保护内容。

6、集体商标和证明商标的地理标志保护

商标是用来区别一个经营者的品牌或服务和其他经营者的商品或服务的标记。中药材作为一种特殊的商品，普通消费者无法依靠自己的能力辨别中药的好坏，更无法辨别道地药材是否“道地”。因此通过地理标志商标辨别便成为了简单有效的方法。道地药材可以通过注册成为《商标法》中的地理标志来获得相应的法律法规的保护。现行《商标法》将地理标志定义为“指示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志”。同时，第十六条还规定：“商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所表示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用；但是，已经善意取得注册的继续有效。”

原国家工商行政管理局最初在 1994 年 12 月 30 日发布的《集体商标、证明商标注册和管理办法》中规定了将产品注册为集体商标或证明商标来进行保护的流程。2003 年 4 月 17 日，该局又在此基础上颁布了新的《集体商标、证明商标注册和管理办法》，规定了以地理标志作为集体商标、证明商标的申请条件。该办法对地理标志的申请做了一定的限制，规定以地理标志作为集体商标申请注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督使用该地理标志商品的特定品质的能力。申请以地理标志作为集体商标、证明商标注册的，还应当

⁷⁵ 人民网：“潜半夏”获国家农产品地理标志登记保护
<http://hb.people.com.cn/n2/2016/0507/c194063-28289379.html>

附送管辖该地理标志所标示地区的人民政府或者行业主管部门的批准文件。

集体商标与证明商标的使用受相应的使用管理规则约束,该规则主要规定了该证明商标证明的商品的特定品质,使用该证明商标的条件;使用该证明商标的权利、义务等。以文山三七为例,文山壮族苗族自治州三七特产局于2003年12月10日申请了“文山三七”证明商标,2004年该证明商标经初步审定并公告,同时公布“文山三七证明商标管理规则”,该规则规定使用“文山三七”证明商标的产品的生产地域范围包括云南省文山壮族苗族自治州所辖的文由县、砚山县、马关县、邱北县、广南县、西畴县、麻栗坡县、富宁县的行政区域内,并且规定了文山三七应当具有的品质特征,包括黄褐色、个大,其外形饱满、体重、坚实、光滑,支根痕少、主根膨大,自然色泽明显,细纹紧密,断面菊花明显,无空泡,多呈墨绿色或黄绿色,并具有皂苷含量高,多糖含量高、富含钒、锰、铁、铜、铷、钼六种微量元素,以及低农药残留量和高产量的特点。满足上述使用条件的生产者可以申请使用该证明商标。⁷⁶

另外,《集体商标、证明商标注册和管理办法》还规定了详细的处罚条款,规定集体商标、证明商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制,致使该商标使用的商品达不到其使用管理规则的要求,对消费者造成损害的,由工商行政管理部门责令限期改正;拒不改正的,处以违法所得三倍以下的罚款,但最高不超过三万元;没有违法所得的,处以一万元以下的罚款。

集体商标和证明商标的地理标志保护体系的局限性表现在,该体系并未规定严格的质量监管措施。该体系将质量监管的义务归于集体商标和证明商标的注册人,要求注册人具有监督集体商标和证明商标的特定商品品质的能力。另外,相比于其他两种地理标志保护体系,《商标法》与《集体商标、证明商标注册和管理办法》更侧重于将权利赋予给证明商标和集体商标的注册人,虽然对证明商标和集体商标注册人作出了诸多限制,如对注册人资格的限制、对转让的限制和对许可的限制。但还是将民事权利,如行使权利救济的起诉权赋予了商标注册人。但正是由于这种私权性质,使得采用集体商标和证明商标模式保护的的实际效果取决于权利人是否有能力维护其地理标志商标的专用权,但我国实际持有证明商标和集体商标的多为当地的协会、农业推广站和农业发展中心。而我国的行业协会,特别是农业协会还普遍比较弱小,有些甚至不具有民事主体资格,难以凭借自己的能力通过司法途径寻求救济。由此使得地理标志保护力度有些不足。

7、中药品种保护

1992年10月14日国务院发布《中药品种保护条例》,自1993年1月1日起施行。该《条例》保护的客体是列入国家药品标准的中国境内生产制造的中药品种。⁷⁷《条例》设定了比较宽松的申请条件,没有类似于专利法的新颖性、创造性和实用性条件。它从疗效、中药资源拓展、品种质量等方面设定保护条件,对满足条件者进行分级保护与管理。该条例将

⁷⁶ 参见“文山三七”证明商标初步审定公告 <http://www.ynws.gov.cn/info/1351/88243.htm>

⁷⁷ 《中药品种保护条例》第二条规定:本条例适用于中国境内生产制造的中药品种,包括中成药、天然药物的提取物及其制剂和中药人工制品。申请专利的中药品种,依照专利法的规定办理,不适用本条例。第五条:依照本条例受保护的中药品种,必须是列入国家药品标准的品种。经国务院卫生行政部门认定,列为省、自治区、直辖市药品标准的品种,也可以申请保护。

受保护的中药品种分为一、二级。可以申请一级保护的中药品种应当符合下列条件之一：

(1) 对特定疾病有特殊疗效的；(2) 相当于国家一级保护野生药材物种的人工制成品；(3) 用于预防和治疗特殊疾病的。可以申请二级保护的中药品种应当符合下列条件之一：(1) 符合本条例第六条规定的品种或者已经解除一级保护的品种；(2) 对特定疾病有显著疗效的；(3) 从天然药物中提取的有效物质及特殊制剂。

在审批上，该条例规定由国家中药品种保护审评委员会负责组织审评，国家食品药品监督管理局核准。获得保护的中药品种将被授予《中药品种保护证书》，相关企业也将由药品监督管理部门授予一定期限的品种生产权。⁷⁸

对于保护期限，该条例规定：中药一级保护品种的保护期限分别为 30 年、20 年、10 年，中药二级保护品种为 7 年。中药一级保护品种因特殊情况需要延长保护期限的，由生产企业在该品种保护期满前 6 个月，依照规定程序申报。延长的保护期限由国务院卫生行政部门根据国家中药品种保护审评委员会的审评结果确定；但是，每次延长的保护期限不得超过第一次批准的保护期限。中药二级保护品种在保护期满后延长 7 年。申请延长保护期的中药二级保护品种，应当在保护期满前 6 个月，由生产企业依照规定的程序申报。

另外，该条例第十三条、第十四条还规定：中药一级保护品种的处方组成、工艺制法，在保护期限内由获得《中药保护品种证书》的生产企业和有关的药品生产经营主管部门、卫生行政部门及有关单位和个人负责保密，不得公开。负有保密责任的有关部门、企业和单位应当按照国家有关规定，建立必要的保密制度。向国外转让中药一级保护品种的处方组成、工艺制法的，应当按照国家有关保密的规定办理。

中药品种保护实际上是中药专利保护的一种补充。中药品种保护不受专利三性的限制，并且一级保护品种的保护时间长于专利有效期，已超过专利保护期和新药保护期的中药品种，符合条件的仍可以受到中药品种保护。

但中药品种保护制度对道地药材的保护也存在着一定的局限性。首先，中药品种保护的品种范围有限。中药品种保护是对作为中药产品的新药的保护，保护的仅仅是中药品种，而对中药的种植、采收、炮制加工等方法不给予保护。其次中药品种保护不具有排他性，对于同一个品种，如果其他主体独立研制或以正当方式取得相同或者相似的产品，同样可以获得中药品种保护进行生产，而不受产地的限制。

8、商业秘密保护

商业秘密保护是中药知识产权保护的传统保护方式，是对中药专利保护的补充措施，商业秘密保护的相关规定主要存在于《中华人民共和国反不正当竞争法》与《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》中。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条的规定，商业秘密主要指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密包括以下信息：(1) 尚未向公众披露且所有人采取了足够的措施以防止该信息被披露；(2) 能够产生经济效益或者具有商业优势；(3) 能够为工业或商业所使用。《反不正当竞争法》下的专有技术所有人可包括掌握了专有信息的人。《反不

⁷⁸ 参见李慧、宋晓亭：《中药品种保护制度的法律性质》，《中草药》2018 年第 2 期，第 499-504 页。

正当竞争法》要求专有技术的所有人必须采取所有合理的措施以防止其他人能够通过正常的渠道获取该专有信息。在确定商业秘密是否存在时，持有人负有说明义务，需要陈述商业秘密的内容和采取的保密措施。上述三个条件，是商业秘密构成的三个细化要件，缺一不可。⁷⁹同时，商业秘密没有保护期的限制，在商业秘密的持有人采用了得当的保密措施以及没有其他竞争者通过反向工程研究破解的情况下，商业秘密可一直出于保密状态。

具体到中药材领域，商业秘密主要有未申请专利的祖传秘方、新药配方、炮制方法、制剂技术、复方配伍比例、中草药种植培育技术、鉴定技术等。商业秘密保护是我国中药的传统保护方式。在国家中医药管理局对 120 家中成药重点企业及其 401 个重要中成药品种的调查中，企业对 61.8%的中成药品种采取了商业秘密保护措施。国内多数中药企业对其中药产品配方作为商业秘密进行保护，如云南白药、片仔黄、速效救心丸、乌鸡白凤丸等一直都是秘方。⁸⁰

商业秘密保护的局限性主要表现在，首先，关于商业秘密保护的规定零散分布于各个部门法、司法解释、行政法规和规章中，立法目的和适用范围不相同，相互之间缺乏协调性。其次，商业秘密的财产权属性没有得到我国民事立法条文上的确立，刑法也未将商业秘密归纳到知识产权的类别；在反不正当竞争法的规定中，第三人只有在明知或应知的情况下才会侵权，这样的规定会导致诸多保护层面上的疏漏，第三人的侵权很难得到认定和追究；最后，地道药材属于药品，根据《药品管理法》的规定，药品的包装和说明书上必须公布药品成分。⁸¹而使用逆向工程方法可以由药品成分破解药品的原材料配比与生产工艺，造成商业秘密的泄露，使商业秘密保护形同虚设。

9、我国参加的国际条约中关于道地药材的保护

我国参加的国际条约对道地药材的保护主要包括生物资源、传统知识层面与文化层面两类。其中《生物多样性公约》、《与贸易有关的知识产权协定》与《国际植物新品种保护公约》通过保护药材生物资源与传统知识来实现对包括道地药材在内的中药材的保护。

《生物多样性公约》是国际社会旨在保护地球生物资源而在保护与可持续利用等方面积极开展国际合作的行动纲领。《生物多样性公约》的主要目标为：保护生物多样性、生物多样性组成成分的可持续利用、以公平合理的方式共享遗传资源的商业利益和其它形式的利用。中国于 1992 年 6 月 11 日签署该公约。

《生物多样性公约》“是惟一特别认可传统知识、创新和做法在生物多样性保护中的作用以及需要对它们进行保护的公约。”⁸²。这一内容主要体现在第八条“就地保护”(j)款中，该款规定“依照国家立法，尊重、保存和维护土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践并促进其广泛应用，由此等知识、创

⁷⁹ 参见郑璇玉：《商业秘密的法律保护》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 179 页。

⁸⁰ 参见岳晨妍、李野、杨莉《中药专利保护与商业秘密保护策略》，《医药导报》2007 年第 9 期，第 1106-1107 页。

⁸¹ 《药品管理法》第五十四条规定：药品包装必须按照规定印有或者贴有标签并附有说明书。标签或者说明书上必须注明药品的通用名称、成份、规格、生产企业、批准文号、产品批号、生产日期、有效期、适应症或者功能主治、用法、用量、禁忌、不良反应和注意事项。

⁸² 参见杜瑞芳：《传统医药的知识产权保护》，人民法院出版社 2004 年版，第 71 页。

新和实践的拥有者认可和参与下并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益”。该条款赋予了包括道地药材在内的传统植物医药知识的拥有者一定的权利来使用这些知识并获得相应的收益。《生物多样性公约》第十五条与十九条规定了包括道地药材在内的传统植物医药资源开发与使用的原则。第十五条规定各国政府有权决定遗传资源的获取，但行使该项决定权应当无害于环境。第十五条要求缔约各方能够允许提供遗传资源一方有效参与的生物科技研究体制。提供遗传资源的缔约方，应有权在公平的基础上依共同商定的条件优先取得基于其提供的遗传资源的生产技术所产生的成果和惠益。

《国际植物新品种保护公约》于1968年8月10日正式生效，又经过1972年、1978年和1991年3次修改。我国已于1999年加入UPOV的1978年文本，该公约已对我国生效。《国际植物新品种保护公约》旨在确认各成员国保护植物新品种育种者的权利，其核心内容是授予育种者对其育成的品种有排他的独占权，他人未经品种权人的许可，不得生产和销售植物新品种，或须向育种者交纳一定的费用。根据公约规定，育种者享有为商业目的生产、销售其品种的繁殖材料的专有权，包括：以商业目的而繁殖、销售受保护的植物品种；在观赏植物或切花生产中作为繁殖材料用于商业目的时，保护范围扩大到以正常销售为目的而非繁殖用的观赏植物部分植株；为开发其他品种将受保护品种商业性地反复使用。

《与贸易相关的知识产权协定》(TRIPs)是世界贸易组织体系下的多边贸易协定。该协定中涉及到道地药材保护的内容主要包括生物材料的专利与地理标志。在生物材料专利方面，TRIPs协定第二十七条第一款规定了可授予专利的客体“在遵守第二款和第三款的规定的前提下，专利应可授予所有技术领域的任何发明，无论是产品还是方法，只要它们具有新颖性、涉及发明性的步骤，并可进行工业应用。”该条并未排除包含道地药材在内的中药材培养加工技术的可专利性，并且规定各成员应规定用专利或一种专门有效的制度或通过这两者的综合运用来保护植物品种。

在地理标志保护方面，TRIPs协议第二十二条第一款定义了地理标志的概念：地理标记是指示出一种商品是在一缔约国的领土内或者在上述领土的一个地区或地点所生产的产品原产品的标记。而该产品的某种质量、声誉或者其他特性在本质上取决于其产地。显然道地药材可以通过地理标志获得相应的保护。TRIPs协议第二十二条为所有地理标志提供了《巴黎公约》式的一般保护，其第二款规定：“在地理标志方面，各成员应为有利益关系的各方提供法律手段以阻止：(a)用任何方式在标示和说明某一货物时指示或暗示该有关货物来源于一个非其真实原产地的地理区域，从而在该货物的地理来源方面误导公众；(b)任何构成《巴黎公约》(1967)第十条之二意义下不公平竞争行为的使用。”此条款赋予地理标志的权利范围限于禁止他人使用地理标志而不能就使用作出授权许可。它提供了两种保护地理标志的途径：一是从保护消费者利益的角度，防止误导性标记使用；二是从反不正当竞争的角度，防止构成不正当竞争的使用行为。此外，TRIPs协议第二十三条和第二十四条分别对地理标志有关的其他问题做出了规定，包括当地理标志与商标发生冲突时，应当以保护地理标志为基本原则，同时又规定了一些例外情况，如：与地理标志相同或相似的商标在TRIPs协定适用日之前或在来源国获得保护之前，已经被善意申请、注册或获得商标权，则该商标不构成对地理标志的侵权。同时，根据《巴黎公约》第十条第三款的规定，缔约国应赋予权利人对商

标、厂商名称、虚伪标记、不正当竞争的救济手段和起诉权。因此，地理标志权利人可在缔约国内享有法律救济和起诉权。

《保护和促进文化表现形式多样性公约》与《保护非物质文化遗产公约》中与道地药材的保护有关的内容集中在文化层面。

《保护和促进文化表现形式多样性公约》于 2005 年 10 月 20 日第 33 届联合国教科文组织大会通过。我国于 2006 年 12 月 29 日批准该公约。该公约将“文化多样性”定义为“各群体和社会借以表现其文化的多种不同形式”。该公约赋予了缔约方在本国境内采取措施保护和促进文化表现形式的多样性的权力，这类措施包括：为了保护和促进文化表现形式的多样性所采取的管理性措施；提供公共财政资助的措施；鼓励非营利组织以及公共和私人机构、艺术家及其他文化专业人员发展和促进思想、文化表现形式、文化活动、产品与服务的自由交流和流通，以及在这些活动中激励创新精神和积极进取精神的措施；建立并适当支持公共机构的措施；培育并支持参与文化表现形式创作活动的艺术家和其他人员的措施等。

我国于 2004 年 12 月 2 日加入《保护非物质文化遗产公约》。该公约将“非物质文化遗产”定义为“指被各社区、群体，有时是个人，视为其文化遗产组成部分的各种社会实践、观念表述、表现形式、知识、技能以及相关的工具、实物、手工艺品和文化场所。”具体包括口头传统和表现形式，表演艺术，社会实践、仪式、节庆活动，有关自然界和宇宙的知识与实践及传统手工艺五个方面的内容。中国传统医药知识属于公约项下“对自然界和宇宙的知识与实践”中的内容，因此道地药材属于《保护非物质文化遗产公约》规定的非物质文化遗产保护的范畴。

《保护非物质文化遗产公约》要求缔约国采取必要措施确保其领土上的非物质文化遗产受到保护。具体的，缔约国应当拟订非物质文化遗产清单定期更新；制定政策，使非物质文化遗产在社会中发挥应有的作用，并将这种遗产的保护纳入规划工作；建立非物质文化遗产的保护机构；鼓励开展有效保护非物质文化遗产，特别是濒危非物质文化遗产的科学、技术和艺术研究以及方法研究；采取适当的法律、技术、行政等手段保护、传承非物质文化遗产等。

（三）我国道地药材保护的主要问题

综合上一部分阐述的我国道地药材保护主要路径的内容与局限性，结合我国道地药材保护的现状，本研究认为我国道地药材保护中主要存在以下问题。

1、重传承、轻发展

道地药材是我国中医药的精髓，其本身不仅具有优异的种质资源，丰富的加工炮制技术，而且具有深厚的文化价值与巨大的经济价值。道地药材种植、加工、炮制等工艺都属于我国的中医药传统文化，通过道地产区的人民世代相传而得以保留和延续。正是因为如此，相应的制度以传承传统技艺为主，而轻视了道地药材在现代科技条件下的保护与发展。以炮制技术为例，中药行业中，炮制加工技术往往是一般技术全行业皆知，属于公开的技术，而特殊技术处于保密状态，很多道地药材具有的特殊疗效也就来自于这些秘而不宣的特殊技术。目前相当一部分道地药材的特殊炮制技术仍然是以传统的保密方法进行保护和传承，如家族传

承、传男不传女等措施。实施这种炮制技术的也都是自己家族内部可靠的人。外人很难接触甚至学习到炮制加工技术。这在一定程度上加重了特殊炮制技术的垄断性并将其世代相传。但是，从另一方面看，这样封闭的传承保护模式十分不利于炮制技术本身的发展。其客观上阻断了传统中药加工技术与现代科学技术之间的联系和交流。

相关中医药保护政策同样对传承高度重视，国务院在《中医药发展战略规划纲要（2016—2030年）》中着重提出要加强中医药理论方法继承，实施中医药传承工程，全面系统继承历代各家学术理论、流派及学说，全面系统继承当代名老中医药专家学术思想和临床诊疗经验；加强中医药传统知识保护与技术挖掘，加强对传统制药、鉴定、炮制技术及老药工经验的继承应用。开展对中医药民间特色诊疗技术的调查、挖掘整理、研究评价及推广应用。加强对中医药百年老字号的保护，强化中医药师承教育。

2、重确权、轻流转

现代科学研究证实，遗传变异、环境饰变和人文作用是道地药材形成的“三大动力”。⁸³虽然地理环境对道地药材的形成起着重要的作用，但不是唯一的作用。并且，中药学界已经发现，道地药材的产区并不是固定不变的，有些会随着历史和居群遗传与分化而变迁。道地药材产区变迁的原因主要包括自然地理条件的变化，自然资源的减少，到底品种的改变等。⁸⁴例如人参的原产区为山西上党，后演变为东北长白山地区。甘遂的道地产区由陕西迁至山西等。并且道地产区的变迁是相对的和连续性的，不一定存在明显的转折点。进入现代以来，道地药材的产区变化加快，很多新的优秀的产区逐渐被人们发现，尤其是中药GAP规范化药材种植基地的推行造成了现代新道地产区的大量出现，例如与2006年经国家质检总局批准注册的道地药材地理标志产品“赤水金钗石斛”的道地产地就是在贵州赤水新建设的金钗石斛的GAP生产基地，与之类似，“商洛丹参”、“平利绞股蓝”也来自于新道地产区天士力商洛丹参GAP基地与平利绞股蓝标准化种植示范区。

现有的几种地理标志保护途径都在一定程度上属于静态保护，偏向于对道地药材的地理产地认证，而忽视了道地产区可能变迁这一客观事实，因此几种地理标志保护制度对于地理标志转让的程序与条件都缺乏具体详细的规定。《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十六条仅规定了商标权主体自行转让集体商标、证明商标的程序，该办法要求申请转让集体商标、证明商标的，受让人应当具备相应的主体资格，并符合商标法、实施条例和本办法的规定。集体商标、证明商标发生移转的，权利继受人应当具备相应的主体资格，并符合商标法、实施条例和本办法的规定。但是并未说明“相应的主体资格”具体指何种资格。对于道地产区已经发生大面积迁移，原道地产区已经不具备使用原道地药材地理标志商标资格的情况下商标如何流转，原国家工商管理局在1995年发布的《集体商标、证明商标注册和管理办法》中规定，集体商标、证明商标注册人对其商标的使用失去控制的，由商标局撤销该注册商标。但该办法已于2003年废止，且新的《集体商标、证明商标注册和管理办法》删除了这条规定。在《地理标志产品保护规定》中并未规定地理标志是否可以转让。《农产品地

⁸³ 参见肖小河、陈士林：《中国道地药材研究20年概论》，《中国中药杂志》2009年第5期，第519~523页。

⁸⁴ 参见杨雄文：《道地药材文化遗产与法律保护》，广东世图出版社，2015年第1版，第58-59页

理标志管理办法》第十三条规定，地域范围或者相应自然生态环境发生变化的，登记证书持有人应当按照规定程序提出变更申请。

上述法律与行政法规仅规定了在地理标志的主体自愿变更的情形，道地药材的地理标志在一定程度上代表了道地药材的品质与信誉，因此多数情况下，原道地产区并不愿意放弃其地理标志，而相应的法律也无法剥夺其使用地理标志的权利。这相当于忽视了新道地产区的存在，将道地药材与注册时的道地产区紧紧地捆绑在一起，当道地产区发生变化时，地理标志的存在便会影响道地药材的信誉。

3、重阶段、轻全局

道地药材的保护包括种质资源的保护、种植、采收、加工炮制方法的保护，道地药材相关传统文化的保护等多个阶段，因此，完善的道地药材保护制度，至少应当包括以下几点：首先应当具有完善的法律制度体系。道地药材保护制度应当包括申请、受理、审查、认定、授权、使用、监督与相应的侵权救济程序。通过法律规定道地药材保护的原则、方案，相应的行政法规规定实施细则，补充规定与相应的行政与司法救济程序。其次，应当具备道地药材的质量效用等方面进行实质审查的能力，道地药材的“道地性”体现在其优于普通药材的质量与效用。因此在道地药材地理标志的审查中，最重要的是对于其质量与效用的确认。这里的实质审查需要一定的专业技术人员的支持。再次，应当具备道地药材从生产到销售的全流程监管能力。最后还要有完善的侵权救济程序。

现有的几种道地药材保护模式都只能做到对道地药材的阶段保护，专利保护模式与中药品种保护模式偏向于对加工炮制方法的保护，对于道地药材的种质资源，道地药材相关传统文化以及对道地药材质量都没有办法进行管理与保护。

非物质文化遗产保护模式注重保护道地药材背后的文化，促进道地药材的传承与发展，但是其只做出了一些原则性的规定，缺乏具体的实施细则。对于道地药材的种质资源，道地药材相关传统文化以及对道地药材质量等问题同样不能进行规制。并且对于侵犯为物质文化遗产各项权利的行为，《非物质文化遗产法》并未规定具体的惩罚措施，仅在第四十四条规定了使用非物质文化遗产涉及知识产权的，适用有关法律、行政法规的规定。

原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护模式注重道地药材地理标志申请的审查程序与地理标志产品的相关技术规范 and 标准，但对于侵权救济阶段的规定却少之又少，仅仅在第二十四条规定：违反本规定的，由质量技术监督行政部门和出入境检验检疫部门依据《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国标准化法》、《中华人民共和国进出口商品检验法》等有关法律予以行政处罚。忽视了地理标志保护的私权内容，对于何种行为构成侵权、谁有权提起侵权诉讼、可以采取哪些救济措施等都未作出规定。

4、重短期、轻长效

自建国以来，由于政府先后出台了一系列关于中医药保护与发展的重要政策，我国中医药行业得到了长足的发展。但是至今为止，我国并未出台一部专门针对道地药材的法律法规。现有法律法规倾向于将道地药材归为普通的中药材，通过相同的政策鼓励发展，通过相同的法律法规管理保护。但是道地药材的质优效佳依赖于其产地的自然与人文环境。现有法律法规的一视同仁不能结合道地药材本身特点发挥其特有的文化优势和传统技术优势，以至于道

地药材生产者像普通制药企业一样，仅仅注重药物产量，盲目扩大生产规模，追求暂时的增收增产，对野生药材资源进行了掠夺性开发，导致道地产区的土壤营养被过分消耗，原有的生态平衡被打破，中药资源急剧下降和枯竭，许多种类趋于衰退和灭绝。例如，冬虫夏草在20世纪80年代中期野生蕴藏量约400吨，但目前冬虫夏草天然资源已濒于灭绝。⁸⁵另外，道地药材的生产者有相当一部分为个体户小作坊，不具备大型企业的生产管理意识，更加剧了道地产区的生态破坏程度。这显然是一种只顾“短、平、快”的饮鸩止渴的发展方式，长此以往，会使道地药材逐渐丧失其原有良好口碑，使得道地药材丧失了质优效佳的特性，传统炮制工艺失传，质量问题层出不穷，沦为普通的药材。这不仅是传统文化的损失，也会损害我国道地产区的可预见的长期经济利益。

另一方面，有些道地产区的生产企业为扩大生产规模，取得更多的经济利益，同国外药物研发公司合作，依靠其经济实力与先进的科技来开发道地药材。短期来看，与外国资本的合作确实扩大了道地药材企业的生产规模，提高了道地药材制品的产量，但是在看似双赢的背后，大量道地药材相关的传统知识和遗传资源被无偿或低价地用于各种商业目的，使跨国公司低廉的投入取得了相关遗传资源的专利权、道地药材商业标记的使用权和传统加工炮制工艺的商业秘密。这种对道地药材滥用、盗用的行为，不仅损害了我国道地药材在国际市场的竞争力，而且破坏了道地药材的良好声誉。对道地药材形成、传承、发展做出重要贡献的道地产区人民也没有得到应有的回报。而相关管理部门没有制定政策、采取有效的措施来抵制目前西方国家对我国道地药材相关遗传资源的挖掘和相关传统知识的无偿使用。

此外，现行的三种地理标志制度分属不同行政机关主管，这一状况一方面使得地理标志申请在受理、审查和注册等环节的要求不尽相同，无法有效地衔接和整合，造成了行政资源的浪费；另一方面，三种制度并存的做法在短期内实现了规范中药材市场和提高市场附加值的目，但从长远效果考虑，不仅未能增强道地药材的标识作用，反而会减弱道地药材的独特标志性。尤其在国际贸易和国外市场上，三种制度采用的不同称谓和标志未能体现道地药材的稀缺和品牌价值，不利于道地药材的独特标示作用。⁸⁶

（四）我国道地药材保护选择地理标志模式的必要性

1、道地药材的知识产权属性

对道地药材进行针对性的保护，首先应当理顺道地药材的知识产权属性，本文认为，道地药材具有以下知识产权属性：集体创造性、产地限定性、群体共有性、物质与文化的双重性。

（1）集体创造性

道地药材具有集体创造性。道地药材及其相关技术并不是本来就有的。虽然道地药材的原料（植物，动物等生物体）存在于自然界中，但是在将其作为药物培育、应用的过程中，道地产区的生产者付出了创造性的劳动。道地药材作为一个由药材本身及其相关的栽培、采

⁸⁵ 参见黄林芳、王雅平：《道地药材研究理论探讨》，《中国现代中药》2015年第8期，第770-775页。

⁸⁶ 参见怀永、王艳翠：《浅析国家法团主义视角下的道地药材保护与行业自治》，《广西医学》2016年第3期，第443-446页。

摘、加工炮制与用药等技术组成的体系，是道地药材产区的人民在认识和改造客观世界过程中获得的。他们在生产生活实践中，有意识地收集与优质药材形成有关的种质、栽培环境、采收时节，加工方法等各种知识，分类总结，形成了道地药材及其相关技术的理论体系。因此，道地药材及其相关技术中包含了道地产区人们的创造性劳动。

(2) 道地药材的产地限定性

“道地”药材的本来意思是指一个地方特产的药材，经过中医药长时间的发展才变成质优效佳的药材的代表。对于道地药材的产地限定性，古籍中曾有很细致的描述。如陶弘景在《本草经集注》中指出：“诸药所生，皆有境界。秦汉以前当言列国，今郡县之名，后人增尔”。其对数十种中药的道地性做了精确的描述，并频繁地使用“第一”，“最佳”，“为好”等词来形容道地产区药材出众的质量。前述《中国道地药材图说》中也按照道地产区对道地药材分类。

(3) 道地药材的群体共有性

道地药材及其相关技术是道地产区的人民共同掌握、共同拥有的，这些知识并不是某个人或者某个特定的，不变的群体创造的，而是道地产区人民在长期的生产生活中实践总结得到的。因此道地药材具有群体共有性。另外，道地药材的群体共有性并不意味着道地产区的所有人都能够获悉这些知识。道地药材知识的拥有者应当是道地产区中长期种植、加工或销售道地药材的生产者群体。另一方面，道地药材并非是一种独立与其他知识技术而存在的知识。道地药材是中药材的子集，其理论知识中也包含着许多中药材共有的理论。同时，道地药材相关知识并不仅限于医学、药学方面。道地药材的产生离不开道地产区的文化风俗、生活习惯、历史背景，道地药材相关知识中也包含着这些内容。所以，虽然一些道地药材是由个体进行种植、采收、加工、销售，相关技术是由个体掌握，但却并不意味着该个体可以对这些道地药材的相关知识主张“创造者的权利”。

(4) 物质与文化的双重性

道地药材不同于一般的药物或药材，其兼具物质和文化的双重属性。其物质性即道地药材这种质优效佳的药材本身，其文化性体现在道地药材的种植采摘加工等一系列的技术及道地药材的名称所代表的商品信誉等信息。道地药材之所以得到中药界的重视，就在于其不同于普通中药材的质优效佳，而道地药材的质优效佳是药材种质，道地产区特殊的种植采摘加工炮制技术，科学的用药方法等因素共同成就的。因此在讨论道地药材的保护，尤其是知识产权保护时，应当更注重其文化特性。

2、现有保护方法的不足

上文列举的七种可以保护道地药材的法律制度都存在着一定的不足，导致不能单独适用于道地药材的保护。

(1) 非物质文化遗产保护

首先，道地药材具有物质与文化的双重性，道地药材不仅包括道地药材的物质载体，即质优效佳的特定地域的药材商品，还包括道地药材的用途、药效、质量控制等一系列技术信息和道地药材名称及其商标、地理标志等标识甚至口碑所传递的品质信息。而非物质文化遗

产保护只能做到对道地药材背后的文化的保护,并无关于禁止他人使用与道地药材相关的技术、标识等的规定,也无法对道地药材的质量进行监管。

其次,对于文化的保护,非物质遗产法只做出了一些原则性的规定,尚缺乏具有可操作性的规定。非物质遗产保护道地药材的主要方式是将其列入非物质遗产保护名录,但是对于侵犯非物质文化遗产各项权利的行为,《非物质文化遗产法》并未规定具体的惩罚措施,仅在第四十四条规定了使用非物质文化遗产涉及知识产权的,适用有关法律、行政法规的规定。同时,《非物质文化遗产法》是非物质文化遗产的特别法,目前并没有明确其与同样有传统文化保护内容的《文物保护法》、《海关稽查条例》等法律法规的适用规则。⁸⁷

最后,非物质文化遗产保护的申请难度较高,评审标准同道地药材保护需求不相适应。根据《国务院办公厅关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》,国家级非物质文化遗产代表作的申报项目应当对维系中华民族的文化遗产具有重要意义,同时因社会变革或缺乏保护措施而面临消失的危险。其保护重点为保护濒危的传统文化表现形式。而道地药材保护的重点是保护道地产区生产者的经济利益与控制道地药材的质量。目前仅有极少数的道地药材面临消失的危险,因此目前通过非物质文化遗产制度进行保护的道地药材仅有三种,且保护的都为道地药材炮制加工技术。由此看来,通过非物质文化遗产保护道地药材的方法不具有普适性。

(2) 专利保护制度

首先,专利无法保护特定种质。《专利法》第二十五条第六款规定,动物和植物品种不授予专利权。虽然培育动植物品种的方法可以授予专利,但道地药材的优良种质是长期在适宜的环境下生长繁殖,经过成百上千年的自然选择与人工繁育而形成的,因此获取道地药材种质的方法并不是专利法意义上的“方法”,无法获得专利权的保护。另外,我国中药材目前以野生居多,只有20%不到的药材是人工栽培,⁸⁸更无法通过专利途径进行保护。

第二,专利无法区分特定的道地产区。如上所述,道地药材具有产地限定性,产地是确定药材道地性的一个重要因素,也是道地药材与普通药材最显而易见的区别。而专利只授予具有新颖性、创造性和实用性的技术,不涉及产地,因此专利不能分辨原料是不是来自道地产区,不能区分实施该加工炮制技术的地点是否为道地产区,相应地不能分辨道地药材与普通药材。同样,在专利权人给予许可的情况下,专利制度不能禁止非道地产区的生产者使用道地药材相关技术,这会在一定程度上削弱道地药材的“道地性”。

第三,部分道地药材相关技术不能满足专利权的授予条件。发明被授予专利权的条件是具有新颖性、创造性与实用性。其中新颖性要求这个发明是不属于现有技术,在申请日之前,也没有任何人就同样的发明提出过申请并记载在申请日之后公开的相关文件或公告中。创造性要求申请专利的发明,与现有的技术相比具有突出的实质性特点和显著的进步。但是有相当数量的道地药材因为达不到“三性”标准而得不到专利保护,如上所述,道地药材知识具有一定的群体共有性,相当一部分道地药材的种植、采收、炮制以及用药配伍方法都记载于古代医书中,成为了公知知识。即使对其进行了一定程度的改良,也会因丧失新颖性、创造

⁸⁷ 参见杨雄文:《道地药材文化传承与法律保护》,广东世图出版社2015年第1版,第162页。

⁸⁸ 参见宋晓亭:《中国道地药材的知识产权保护》,知识产权出版社,2014年第1版,第78页。

性而无法取得专利权。⁸⁹某些道地药材由于其药理、配方组合、炮制方法等依据患者自身情况会产生十分复杂的变化,甚至一些中药直到现在也没能探究出其有效成分,因此不能被专利法保护;还有一些道地药材以调养为主,例如怀山药、阿胶等,见效慢或者不具有显著的治疗效果,只能起到滋补身体的作用,因此不满足专利实用性方面的要求,也失去了专利保护的资格。

第四,专利侵权难以认定。道地药材特殊的种植、采收、炮制以及用药配伍方法是其发挥其最大的功效的保证,期间任何一个过程的条件变化都会引起最终药效的变化。而中医讲究辨证用药,经验丰富的医师会根据患者体质的不同、病症的不同,周围环境的不同选用不同时期采摘的药材,不同方法炮制的药材,改变药材的用药配伍方案。因此,在实践中很难判断涉嫌侵权的方法发明(采收、炮制以及用药配伍方法)同现有技术是否相同。另一方面,道地药材不同于西药,每服药的有效成分含量甚至原料的配比都是不确定的。因此专利侵权认定中,在进行技术特征比对时会出现一定的障碍。

第五,专利无法保护道地药材的人文传统。道地药材保护的客体不仅仅是其加工炮制的技术,还包括道地药材名称及其商标、地理标志等标识甚至口碑所传递的品质信息。而专利制度的保护对象为发明创造,即产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。因此专利保护模式在道地药材知识产权保护上存在致命的缺失。在专利制度的范畴内,道地药材的概念被完全技术化,其独特的文化属性无法得到有效的保护和体现。

最后,专利具有一定的现实局限性。道地药材的产区有些分布在经济不太发达的地区,道地药材相关技术的掌握者无力负担数额较大的专利申请费与维持费,因此一定数量的传统医药没有进入专利申请阶段,没能依照专利法获得保护。

(3) 中药品种保护制度

首先,中药品种保护制度不能保护道地药材相关技术。中药品种保护实质上是对名优中成药的保护,其保护范围包括中成药及其处方组成和工艺制法。截至2018年11月,中药品种保护目录中涉及道地药材的仅为5种⁹⁰,包括元胡止痛滴丸、复方川芎胶囊、复方阿胶颗粒、当归芍药颗粒、山蜡梅叶颗粒,此5种均为中成药。而对道地药材的保护不仅要保护道地药材制成中成药的处方及工艺,还包括作为原材料的道地药材及其种植、采收、炮制加工等方法,而这些药材与方法正是道地药材“质优效佳”特性的决定因素。

其次,中药品种保护制度无法区分特定的道地产区。中药品种保护制度同专利保护制度相似,其保护范围中不涉及产地,因此中药品种保护制度区分药材是否来自于道地产区。并且中药品种保护不具有排他性,对于同一个品种,如果其他主体独立研制或以正当方式取得相同或者相似的产品,同样可以获得中药品种保护进行生产,而不受产地的限制,也就不能规制非道地药材产区出产的药材使用道地药材名称的行为。

最后,中药品种保护可能损害部分道地产区生产者的利益。与专利制度不同,中药品种保护不要求新颖性与创造性,这就意味着属于现有技术的已公开的中药材也可以被某一主体

⁸⁹ 参见张冬:《透视中国传统技术专利新发展的瓶颈问题——以中药专利为视角》,《知识产权》2009年第19期。

⁹⁰ 参见国家食品药品监督管理局网站: <http://samr.cfda.gov.cn/WS01/CL1041/>

申请中药品种保护。道地药材相关技术大部分是道地产区人民在漫长的时间里集体总结出的经验，道地药材也是通过一代又一代的种质优化而得到。道地药材及其相关技术早已属于进入公有领域的现有技术，其不应当归属于私人所有，授权特定主体垄断这类现有技术无疑会损害其他道地产区生产者的利益。

(4) 商业秘密保护制度

商业秘密保护制度的保密性与作为药品的道地药材的公开性之间有着一定的冲突。道地药材属于药品，根据《药品管理法》的规定，药品的包装和说明书上必须公布药品成分。⁹¹而使用逆向工程方法可以由药品成分破解药品的原材料配比与生产工艺，造成商业秘密的泄露，使商业秘密保护形同虚设。

另外，商业秘密的保护范围包括道地药材的种植、采收、加工炮制等方法与道地药材制品的相关配方。同专利保护，中药品种保护制度类似，其重点保护的是道地药材的知识与技术，具有强烈的阶段性特征，不能做到对道地药材全方面全流程的保护与管理。

(5) 原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护制度

I 救济手段上重行政轻民事

地理标志产品保护制度对于侵犯地理标志权的行为主要通过行政手段打击，由质量技术监督行政部门和出入境检验检疫部门依法进行查处。《地理标志产品保护规定》第二十四条规定：违反本规定的，由质量技术监督行政部门和出入境检验检疫部门依据《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国标准化法》、《中华人民共和国进出口商品检验法》等有关法律予以行政处罚。行政手段虽然对于侵犯地理标志权的行为的规制具有较高的效率，但是《地理标志产品保护规定》忽视了地理标志权的民事权利保护，对于何种行为构成侵权、谁有权提起侵权诉讼、可以采取哪些救济措施等都未作出规定。在这种制度下，被侵权人无法获得可以弥补自己损失的救济。

II 制度上重管理轻流转

地理标志保护产品制度带有明显的公法特征，从地理标志申请主体的资格，地理标志产地范围认定到地理标志审查都由政府机关主导，这种严格的确权与管理带来的是地理标志的低流转。道地药材的产地会随着自然环境，种质资源的变化而不断变化，但《地理标志产品保护规定》并未规定地理标志流转的有关事项。在地理标志保护产品制度下，申请主体得到的只是地理标志的使用权而不是所有权，所有权通常归属于地方政府。以文山三七为例，文山州政府发布的《文山三七地理标志产品专用标志使用管理办法》规定，文山三七地理标志产品名称的所有权属于文山州人民政府，使用专用标志的单位必须向文山州质监局提出书面申请，初审后报云南省质监局审核，经国家质检总局批准登记公告后才可获得使用权。⁹²这在客观上禁止了使用权的流转，而地理标志的所有权在地方政府手中，更不可能发生流转。

III 质量认定和监督缺乏权威性

⁹¹ 《药品管理法》第五十四条规定：药品包装必须按照规定印有或者贴有标签并附有说明书。标签或者说明书上必须注明药品的通用名称、成份、规格、生产企业、批准文号、产品批号、生产日期、有效期、适应症或者功能主治、用法、用量、禁忌、不良反应和注意事项。

⁹² 参见《文山三七地理标志产品专用标志使用管理办法》 <http://www.ynws.gov.cn/info/1254/200915.htm>

该制度在对道地药材地理标志的认定上也面临争议,主要表现为其质量认定和监督缺乏权威性。道地药材类别和品种的甄别需要具备中医药学知识背景,而质检局对于药材质量、产量、生产流程的控制往往没有相应的技术支持,在这方面不具备专业优势。另外,《地理标志产品保护规定》规定地理标志的法定标准由国家标准化行政主管部门或省级地方政府制定,由省级质量技术监督部门、直属出入境检验检疫部门指定的检验机构承担相应的质量检验。但在我国2001年12月实施的《药品管理法》授权食品药品监督管理局为中药材的标准制定和质量检验的主管部门。且质检总局行使地理标志产品认证职权的主要依据是其2005年颁布的《地理标志保护规定》。该规定属于部门规章,法律效力较低,并且没有和《专利法》、《商标法》这些较为传统的知识产权接轨,立法部门之间也没有协调配合,导致实际适用时,交叉混合管理现象严重。

(6) 原农业部的农产品地理标志保护制度

在道地药材的监管上,农产品地理标志保护制度与《药品管理法》存在冲突。《药品管理法》规定由省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门负责本行政区域内的药品监督管理工作,由药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构,承担依法实施药品审批和药品质量监督检查所需的药品检验工作。⁹³如通过农产品地理标志保护制度保护道地药材,则道地药材地理标志产品从种养殖、批发、零售以及加工企业各个环节都应当受到农业行政部门的监管,这就造成了实践上的监管混乱。

(7) 集体商标和证明商标的地理标志保护制度

相对于其他两种地理标志保护制度,集体商标和证明商标的地理标志保护制度在质量监管方面的规定尤为缺失。道地药材对质量的要求要显著高于普通的地理标志产品,而《集体商标、证明商标注册和管理办法》却只将监管的责任给予地理标志的注册人。虽然《办法》中规定了以地理标志作为集体商标或证明商标申请注册的,应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况,以表明其具有监督使用该地理标志商品的特定品质的能力。但是目前来看,道地药材地理标志的注册主体多为相关的行业协会、农业服务中心或种植中心等,而我国的行业协会,特别是中药协会还处于发展初期,人员及设备配置不足,行业协会章程中也没有规定协会具有监督道地药材地理标志产品质量的职权。以道地药材“玉树虫草”的注册人玉树州冬虫夏草协会为例,协会章程规定其业务范围中涉及质量监督的职责仅为“协同质量技术监督局和相关单位认真执行《青海虫草采集管理暂行办法》和《青海省虫草地方标准》,打击假冒伪劣冬虫夏草进入市场”,⁹⁴协会所扮演的角色仅为协助质检部门进行监管。因此集体商标和证明商标的地理标志保护制度中规定的质量监管措施并不适用于道地药材产品的监管。

⁹³ 《中华人民共和国农产品质量安全法》第五条: 国务院药品监督管理部门主管全国药品监督管理工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。

省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门负责本行政区域内的药品监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府有关部门在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。

第六条 药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构,承担依法实施药品审批和药品质量监督检查所需的药品检验工作。

⁹⁴ 参见玉树州冬虫夏草协会章程: <http://ysccxh.com/about.php?id=9>

3、地理标志与道地药材之间的契合点

地理标志是将生产的产品与产品产地的地理环境或人文环境结合后形成的，是鉴别原产于一成员国领土或该领土的一个地区或一地点的产品标志，标志产品的质量、声誉或其他确定的特性主要决定于其原产地。⁹⁵道地药材的核心价值就在于其“道地性”，即源自于其道地产区的优异质量，地理标志可以完美地承载道地药材质优效佳的声誉，称为鉴别“道地”与“非道地”的工具。因此，道地药材的基本保护制度应当是地理标志制度。

使用地理标志制度保护道地药材的优势主要有以下几点：

（1）特定地理来源

无论是国际公约还是我国的法律法规的规定，均要求地理标志具有指向商品特定地理来源的内涵。例如 TRIPs 协议要求地理标识是能够识别货物来自于成员国领土或领土内某一特定区域；我国国家质检总局的《地理标志产品保护规定》规定的地理标志适用的产品必须产自特定地域，并由该地理名称进行命名；我国农业部出台的《农产品地理标志管理办法》中规定的农产品地理标志是指标示农产品来源于特定地域并以地域名称冠名的特有农产品标志；我国《商标法》也规定了地理标志要标示某商品来源于某地区。具体而言，地理标志首先具有客观性，即地理标志的存在是以其所示的地理区域的存在为前提的；其次地理标志具有指示作用，能够将所使用的商品或产品指向该特定的地理区域，标示商品或产品来源于该地区。它可以是官方认可或约定俗成的某一具体的地理名称，也可以是具有象征或指示作用的标记。

道地药材的产地限定性同地理标志的特征不谋而合。如前所述，“道地”药材具有强烈的产地限定性特征和民族特色，其本来意思是指一个地方特产的药材，经过中医药长时间的发展才变成质优效佳的药材的代表。对于道地药材的产地限定性，古籍中曾有很细致地描述。唐朝《新修本草》中记载：“窃以动植形生，因方舛性；春秋节变，感气殊动；离其本土，则质同而效异，名实既爽，寒湿多谬”。孙思邈在《千金翼方》中特别强调了药材的产地对药材质量的影响，主张“用药必依产地”，并在书中按照产地十三道对药材的特性进行了系统的描述。前述《中国道地药材图说》中也将道地药材按照传统产区分类。

（2）特定质量、信誉或其他特征

地理标志的另一个重要特征是具有关联性，即地理标志所使用的产品或商品，其特定的质量、信誉或者其他特征本质上必须取决于该产地的自然因素或人文因素。《里斯本协定》要求原产地名称使用的产品，其质量或特征完全或主要取决于地理环境，包括自然和人为因素；TRIPs 协议中地理标识使用的货物，其特定质量、声誉或其他特性主要归因于其地理来源；我国国家质检总局的《地理标志产品保护规定》要求标有地理标志的产品所具有的质量、声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素；我国农业部出台的《农产品地理标志管理办法》适用的农产品地理标志，其产品品质和相关特征主要取决于自然生态环境和历史人文因素；我国《商标法》规定地理标志使用的商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定。

⁹⁵ 参见《世界贸易组织在有关贸易的知识产权协议》第 22 条第 1 款。

自然因素与人文因素正是道地药材具有特定质量、信誉的关键。自然因素是道地药材形成的先决条件。影响道地药材生长发育的自然因素包括来源、气候、土壤、阳光、水分等。土壤条件影响着药材的成长和成分积累，土壤中的矿质元素影响植物的营养吸收，土壤中空气与水分的含量、比例影响着植物的呼吸作用，而阳光与气候条件则决定了植物周围微生物的品种、数量和繁殖情况。古代医学家经过长期的观察和比较发现，即便是分布较广的药材，也由于自然条件的不同，其质量优劣也不一样，并逐步形成了“道地药材”的概念。

影响道地药材形成的人文因素包括药材种植、采收与加工炮制技术。以采收为例，李东垣《用药法象》中记载：“诸草木昆虫，产之有地，根茎花实，采之有时。失其地则性味少异；失其时则气味不全。”如传统的牡丹皮采收季节为农历 2、8 月，即初春和晚秋，所含芍药甙、丹皮酚等成分的积累在 1 年内有 2 个高峰期即 5-6 月和 9-10 月。由于春季正值茎叶生长、根部养分上升，此时挖得的根皮质量较差，且春季多雨，药材不易干燥，故牡丹皮的采收多选择在秋季，此时收得的药材粉性足，形体饱满，质量与产量均高。⁹⁶特定的药材种植、采收与加工炮制技术是道地药材质优效佳的重要保证。

(3) 地理名称+通用名称为主要表现形式

地理标志通常由“地理名称+通用名称”构成。地理名称是指正式的以及长期形成或约定俗成的指向特定地理实体或地理区域的称谓。通用名称是指在一定范围内被普遍使用的某一商品种类的名称。⁹⁷

道地药材与之相似，绝大部分道地药材的名称都是由“道地产区+药材名称”构成。例如东阿阿胶、怀山药等。

(4) 权利主体相似

如上所述，道地药材具有集体创造性与传承性，道地药材知识从总体上属于集体创造，是中华民族群体智慧的结晶。道地药材的产生，离不开远祖先民的群体活动。具体到某种道地药材，其体系则是道地产区的生产者在长期集体劳动与生活中共同创造的，无论从道地药材的形成过程或是应用形式上看，它都应该被视为集体性的共有权利。与此相同，地理标志制度对于权利主体的规定也具有很强的集体性。《地理标志产品保护规定》规定地理标志产品保护申请，由当地县级以上人民政府指定的地理标志产品保护申请机构或人民政府认定的协会和企业提出，《农产品地理标志管理办法》规定农产品地理标志的申请主体为县级以上地方政府选择的农村经济合作组织和行业协会，《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定申请集体商标注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明该集体组织成员的名称和地址。

(5) 地理标志保护制度具有规范的管理与保护体系

中药作为特殊商品，由于在药物表征技术上还存在诸多难点，许多药材还不能用现代科学从有效成分含量，药理等方面进行量化，更无法根据药材表面的性、味等因素进行质量评价，因此消费者很难靠自己的能力辨别质量的优劣，只能根据药材对应的品牌的知名度与声誉等方面挑选产品。而地理标志是现代知识产权制度的重要组成部分，是 TRIPs 协定所确定

⁹⁶ 参见方成武：《安徽道地药材牡丹皮的采收及产地加工方法》，《中药材》2000 年第 2 期，第 82-83 页。

⁹⁷ 参见奚晓明：《商标审判的回顾与展望》，人民法院出版社 2013 年第 1 版，第 145 页。

的七大类知识产权之一。地理标志可以以其完善的管理与保护制度承载道地药材的知名度与声誉。

我国现阶段的地理标志保护制度包括原国家质检总局的《地理标志产品保护规定》保护，原农业部的《农产品地理标志管理办法》保护与《商标法》保护，即三轨制并行模式。三种地理标志保护模式各有侧重。

原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护模式注重道地药材地理标志申请的审查程序与地理标志产品的相关技术规范 and 标准，对源于一定区域的产品进行认证，为产品质量和品质进行背书，实现对地理标志产品的保护。例如，其规定由相应的专家审查委员会负责地理标志产品保护申请的技术审查工作。由各地质检机构对地理标志产品的产地范围，产品名称，原材料，生产技术工艺，质量特色，质量等级、数量、包装、标识，产品专用标志的印刷、发放、数量、使用情况，产品生产环境、生产设备，产品的标准符合性等方面进行日常监督管理。对于违反该规定，生产、销售不符合地理标志产品标准和管理规范要求的相关产品的，由质量技术监督部门和出入境检验检疫部门依法进行查处。

原农业部农产品地理标志保护模式对申请主体进行了一定的限制，规定农产品地理标志的申请主体为县级以上地方政府选择的农村经济合作组织和行业协会。申请主体应当有监管地理标志产品生产的能力，为地理标志产品生产、加工、营销服务等方面提供引导服务的能力，同时须具备独立民事责任能力。并且规定在地域和环境发生变化时地理标志的主体变更程序。

集体商标、证明商标保护模式有着相对完善的监督与侵权救济体系。《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定，以地理标志作为集体商标申请注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督使用该地理标志商品的特定品质的能力。申请证明商标注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督该证明商标所证明的特定商品品质的能力。集体商标、证明商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制，致使该商标使用的商品达不到其使用管理规则的要求，对消费者造成损害的，由工商行政管理部门责令限期改正；拒不改正的，处以违法所得三倍以下的罚款，但最高不超过三万元；没有违法所得的，处以一万元以下的罚款。在侵权救济体系方面，被侵权人可以通过向商标局提出商标异议，向商标评审委员会申请复审，向商标评审委员会提出申请，请求对违反商标法的有关规定但已获得注册的商标予以撤销。在发生商标侵权或商标争议时，可以请求工商行政管理部门处理，对以上途径得到的处理结果不服的还可以向法院提起诉讼。借助商标法成熟的法律制度，道地药材地理标志可以得到有效的保护。

从目前的法律实践中看，已经有运用《商标法》地理标志制度来保护道地药材的案件，例如在“湘莲”案中，湘潭县湘莲协会称福建文鑫莲业食品有限公司注册争议商标用在非湖南生产的莲子产品包装上，有假冒湘莲品牌、误导公众之嫌。国家商标局商标评审委员会经审理后认为，湘莲的特点主要是由湘莲所在地区的气温、雨量、湿度、日照、土壤、水利等自然条件和栽培方式决定的。湘莲称谓自南朝沿用至今，早已形成与其产地湖南相对应的关

系，符合《商标法》第十六条第二款规定的地理标志的认定条件，可以认定为莲子商品的一种地理标志。文鑫莲业食品有限公司地处福建，在申请注册争议商标前已与湖南莲商具有湘莲购销往来，其明知湘莲为莲子商品的地理标志，仍将之注册为集体商标、证明商标以外的商标，易导致相关公众对该商标所标示的产品性质、来源产生误认，属于《商标法》第十六条第一款禁止的情形，争议商标在莲子及类似商品上的注册应予撤销。⁹⁸

4、使用地理标志制度保护道地药材的优势

(1) 地理标志在维护道地药材文化传承的同时，可以促进道地药材的发展进步，促进道地药材生产和流通的现代化

在道地药材文化传承方面，地理标志能够折射出一个地区、一个民族甚至一个国家的文化形象，具有不可替代的文化内涵和人文价值。道地药材是传统文化的有机组成部分，任何道地药材所具有的知识产权都是以长期的历史传统作为基础。地理标志对道地药材的保护不仅能体现出保护商品本身的作用，而且还具有保护商品来源地历史文化传统的功能。最重要的是，地理标志所附带的声誉会进一步促进人们重视道地药材的文化传承。

在道地药材的发展方面，地理标志保护可以通过建立质量标准等方式促进道地药材生产的现代化。在进行地理标志、证明商标等知识产权保护申请的时候，一般应当对于产品或者产品的生产方法进行准确和全面的介绍，通过对产品的准确描述或者对于获得产品的生产方式进行描述的基础上来确定对产品质量的要求。换言之，利用此类质量规范化管理的技术文件，可以进一步规范道地药材栽培加工技术，明确产品质量标准，保证道地药材的质量和特色。道地药材实际上是约定俗成的优质中药标准，它涵盖药材的产地、品质、炮制方法、栽培方式、疗效等多方面内容，这些标准中有些是科学的，经过了长时间中医临床验证的，而也有一些是由于古代医学不发达而错误传承下来的。地理标志保护制度中的质量控制监管制度可以对道地药材的传统知识与技术进行规范与优化，从而促进道地药材产业科学化，在保证药材质量的前提下，确保临床用药的安全，实现良好的治疗效果。

(2) 地理标志保护制度可以实现道地药材的全局保护，长效保护

上文提到，完善的道地药材保护制度，至少应当包括完善的法律制度体系，道地药材的质量等方面进行实质审查的能力，道地药材从生产到销售的全流程监管能力与完善的侵权救济程序。我国现行的地理标志保护制度可以满足对道地药材进行全局保护的需求。

在对道地药材质量等方面进行实质审查与地理标志产品的相关技术规范 and 标准制定方面，原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护模式通过专家审查委员会负责地理标志产品保护申请的技术审查工作。由各地质检机构对地理标志产品的质量方面进行日常监督管理。在侵权救济方面，集体商标、证明商标保护模式提供了请求工商行政管理部门处理的行政救济渠道与向法院提起诉讼的司法救济渠道。

在对道地药材的长效保护方面，地理标志保护制度中对质量的严格监管可以在一定程度上规制道地药材生产者仅注重药物产量，盲目扩大生产规模，对野生药材资源进行了掠夺性开发的行为，使生产者更为注重对道地药材质量的提高。另外，在原国家质量监督检验检疫

⁹⁸ 参见中国工商报：《未注册地理标志可在争议程序中获得保护—第 3023790 号湘莲 XIANGLIAN 及图商标争议案评析》，<http://www.cicn.com.cn/zggsb/2015-01/22/cms65937article.shtml>

总局的地理标志产品保护模式要求申请地理标志保护的产品应当符合安全、卫生、环保的要求，对环境、生态、资源可能产生危害的产品，不予受理和保护。⁹⁹该规定对于维护道地产区环境与资源，保护道地产区生产者的长期经济利益具有一定的作用。

（3）地理标志可以实现对道地药材的国际保护

中药作为我国的传统优势产业，在国际上受到广泛关注。尤其随着我国“中医药国际合作计划”等项目的实施，中医药将走出国门被越来越多的海外患者接受。如果在国际贸易中出现大量仿冒、劣质的中药材，将会严重干扰和影响中医药国际化，国内市场已有前车之鉴。而道地药材的“道地性”从本质上仍属于传统公认的技术术语，如果能将“道地性”中的知识产权权利通过地理标志的形式主张，将有助于相关权利人遭遇侵权时主张权利，继而为中药材国际贸易提供了恰当的保护方式。

道地药材地理标志可以通过商标国际注册马德里系统在其它国家得到快速、便捷、低成本的保护。商标国际马德里系统包括《商标国际注册马德里协定》和《商标国际注册马德里议定书》。前者要求国际申请以在原属国的商标注册为基础，后者要求国际申请可以在原属国的商标申请为基础。马德里系统具有省时、省力、省钱的特点，马德里系统下的国际注册可被视作多个国内注册，因为它同时可在多个国家内产生效力，而且其缔约方多达80个。道地药材地理标志作为集体商标、证明商标申请和注册后，可以利用马德里系统在其他成员国获得商标注册和保护。¹⁰⁰

另外，通过地理标志的形式能够创立品牌，使国内外消费者意识到道地药材即代表了质优效佳的药材，并因其所标识的地理标志而对产品品质产生足够的信赖，进而提高道地药材在国际中的声誉，促进道地药材的国际贸易，引导道地药材的良性发展。

三、道地药材地理标志保护的难点问题

（一）多头管理体制

我国现阶段的地理标志保护制度实行三轨制并行模式，三个国家机构各自主管一套地理标志保护体系。据此，道地药材可进行三种地理标志注册，并获得相应的法律保护。

首先，根据《中华人民共和国商标法》及其实施条例，道地药材可在国家知识产权局商标局注册为证明商标或集体商标，此为集体商标和证明商标的地理标志保护体系。根据原国家工商行政管理总局颁布的《集体商标、证明商标注册和管理办法》，该体系中地理标志的申请注册，监督管理等职能由市场监督管理总局行使。由商标评审委员会对申请主体不服商标局裁决的地理标志申请进行复审，由各级市场监督管理部门对侵犯商标专用权的行为进行执法。

其次，根据《地理标志产品保护规定》及其实施细则，道地药材可在国家市场监督管理总局注册为地理标志保护产品，此为地理标志产品保护体系。在该体系中国市场监督管理总局

⁹⁹ 《地理标志产品保护规定》第七条规定：申请地理标志保护的产品应当符合安全、卫生、环保的要求，对环境、生态、资源可能产生危害的产品，不予受理和保护。

¹⁰⁰ 参见国家工商行政管理总局商标局：《中国地理标志法律制度及成就》，中国商标网2012年03月12日，资料来源 http://sbj.saic.gov.cn/dlbz/zsjt/201203/t20120312_229181.html，最后访问时间2018年12月10日。

总局组织相应的专家审查委员会负责地理标志产品保护申请的技术审查。省级市场监督管理局负责地理标志申请的初审，县级以上市场监督管理局负责申请的受理。各级各地区的市场监督管理局对地理标志产品的产地范围，产品名称，原材料，生产技术工艺，质量特色，质量等级、数量、包装、标识，产品专用标志的印刷、发放、数量、使用情况，产品生产环境、生产设备，产品的标准符合性等方面进行日常监督管理。对于违反该规定，生产，销售不符合地理标志产品标准和管理规范要求的相关产品的，由市场监督管理局和出入境检验检疫局依法进行查处。

再次，根据《农产品地理标志管理办法》，道地药材还可在农业农村部进行农产品地理标志登记，此为农产品地理标志体系。该办法要求申请主体应当有监管地理标志产品生产的能力，为地理标志产品生产、加工、营销服务等方面提供引导服务的能力，同时须具备独立民事能力。地理标志申请的审查与专家评审工作由农业农村部之下的农产品地理标志登记评审委员会负责。省级农业农村厅负责本行政区域内的登记申请受理和初审工作，农产品地理标志的地域范围、标志使用等监督工作由县级以上人民政府农业行政主管部门负责。

上述内容即我国地理标志管理的三轨并行模式。这种模式存在以下几种问题：

1、法律位阶与效力问题

集体商标与证明商标保护体系在法律位阶方面相对完整。由作为上位法的《商标法》规定地理标志作为证明商标与集体商标的相关事项，由作为下位法的《商标法实施细则》与《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定地理标志作为证明商标或集体商标的申请、审查、注册、监督、保护等具体事项。但是原质检总局的地理标志保护体系与原农业部的农产品地理标志保护体系则在法律位阶方面存在一定的瑕疵。在原质检总局的地理标志保护体系中，质检总局对地理标志产品进行管理的主要依据是其 2005 年颁布的《地理标志保护规定》。该规定为原质检总局的部门规章，并未得到任何上位法的授权。与此相同，原农业部根据其颁布的《农产品地理标志管理办法》进行农产品地理标志的授权与管理，该办法也没有上位法的授权。除此之外，该办法还存在另外的监管主体冲突问题。根据《农产品地理标志管理办法》，我国的农业行政部门主要负责农产品地理标志产品从种养殖、批发、零售以及加工企业各个环节的监管，并负责审核农产品批发、零售、生产、加工企业的运营资质问题。而道地药材在属于农产品的同时还属于中药材，《药品管理法》规定由省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门负责本行政区域内的药品监督管理工作，由药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构，承担依法实施药品审批和药品质量监督检查所需的药品检验工作。¹⁰¹如果通过农产品地理标志保护道地药材，就会出现监管主体不明的问题。

2、标志相同降低显著性，削弱品牌价值

显著性的标记能够有效识别同一类型的不同商品。但同一商品上标注两个或多个标志时，

¹⁰¹ 《中华人民共和国农产品质量安全法》第五条：国务院药品监督管理部门主管全国药品监督管理工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。

省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门负责本行政区域内的药品监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府有关部门在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。

第六条 药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构，承担依法实施药品审批和药品质量监督检查所需的药品检验工作。

各标志的显著性必然会明显下降。目前的道地药材地理标志保护就存在这一状况(主要是针对同一地理标志获得两种模式的共同保护的情形)。某一道地药材品种如果既获得了证明商标的保护,又获得了地理标志的保护,往往会在其药材商品包装上同时标注证明商标和地理标志产品的标识,再加上包装上生产厂家的注册商标和/或其他标志(如外观设计)。在短期内实现了规范中药材市场和提高市场附加值的目,但从长远效果考虑,五花八门的标识实际上淡化了地理标志的显著性,不仅未能增强道地药材的标识作用,反而会减弱道地药材独特的标志性,非常不利于消费者借助地理标志的标识迅速识别道地药材。尤其在国际贸易和国外市场上,三种制度采用的不同称谓和标志未能体现道地药材的稀缺和品牌价值,不利于道地药材的独特标示作用。¹⁰²

3、三种模式带来的重复管理

三轨制模式在注册,管理与保护中有相当数量的相似与重合的规定,容易造成实践中的混乱。在实践中,如果仅申请一种地理标志的保护,就有可能面临其他人通过另外两种地理标志保护模式主张权利的风险。因此,如果权利人想对其产品通过注册地理标志的方法进行尽可能完善的保护,需要同时注册三种地理标志产品,也就需要面对三种不同的申请程序和审查要求。以申请所需的材料为例,向原国家质检总局申请需要提交申请书,产品名称、类别、产地范围及地理特征的说明,产品的理化、感官等质量特色及其与产地的自然因素和人文因素之间关系的说明,产品生产技术规范等证明文件,还需要提交地方政府关于划定地理标志产品产地范围的建议。向原农业部申请需要提交申请书,资质证明,产品品质鉴定报告,产地环境条件、生产技术规范和产品质量安全技术规范,地域范围确定性文件和生产地域分布图,产品样品等证明文件。向商标局申请集体商标、证明商标的,应当提交说明商品特定质量信誉与地理标志所示地区关系,标示地区范围的申请书。以上三种申请需要提交的文件各不相同,虽然保护的是一个客体,但是道地药材的申请主体需要付出三倍的精力去申请。与权利主体的重复申请类似,三轨制模式还存在着审查机构重复授权,行政主体重复执法等现象,不仅极大的耗费了道地药材申请主体的时间与精力,也极大地浪费了相关法律资源。例如文山三七、川白芷、四大怀药既根据《地理标志产品保护规定》注册了地理标志,又注册了证明商标或集体商标;波密天麻、集安北五味子既有证明商标或集体商标,又根据《农产品地理标志管理办法》注册了地理标志。据不完全统计,截至目前(2018年9月),我国已进行地理标志注册的数百种道地药材中,有48种同时进行了两种地理标志注册,例如长白山人参、利川黄连、瓜州枸杞;此外,滨海白首乌、龙陵紫皮石斛两种道地药材同时进行了三种注册。¹⁰³

4、在先商标与地理标志的权利冲突

我国当前对道地药材地理标志的保护采取的主要是商标法保护和地理标志专门法保护,虽然地理标志和商标都是用来区别商品来源的一种商业标记,但这两种保护模式并不能完全

¹⁰² 参见怀永、王艳翠:《浅析国家法团主义视角下的道地药材保护与行业自治》,《广西医学》2016年第3期,第443-446页。

¹⁰³ 参见中国商标网: <http://sbj.saic.gov.cn/dlbz/dlbz/>
中国地理标志网: <http://www.cgi.gov.cn/Products/List/?1=1&Category=9&Area=&key=&page=1>
中国绿色食品发展中心: <http://www.greenfood.agri.cn/cpgg/ncpdlbz/gg/>

兼容，它们之间存在着巨大的矛盾冲突。在这种混合保护模式下，注册商标权与地理标志的权利难免发生冲突。我国采取的是三轨制的保护模式，所以地理标志的申请一般可以有三个选择：第一个选择是向工商总局的商标局申请注册为集体商标和证明商标。第二个选择是向原质检总局申请地理标志保护。第三种选择是向原农业部申请农产品地理标志保护。

在实践中存在这种情况，即有名的符合地理标志保护标准的道地药材被注册为商标，受我国《商标法》的保护。随着地理标志法律制度不断发展，道地产区的生产者认识到道地药材地理标志保护的重要性，便向质检总局或者农业部申请地理标志的保护，获得地理标志产品保护。然而该地理标志与已申请的商标相同或高度相似。在相同或类似商品上使用与注册商标相近的地理标志的行为会侵犯在先申请的商标权。导致出现这种现象的原因是三种体系各自为政，相互独立，缺少部门衔接机制。并且《地理标志产品保护规定》与《农产品地理标志管理办法》都没有具体规定和明确已有在先商标与地理标志的权利冲突协调问题。尽管《地理标志产品保护规定》与《农产品地理标志管理办法》从表面上看进一步加强对地理标志的管理和保护，但由于其只是政府部门规章，其确立的体系从法律地位而言不可能与商标法“平起平坐”，这也直接影响了注册地理标志与在先商标权利冲突的解决。¹⁰⁴

另一方面，商标法在地名商标方面存在一定的立法空白，给冲突可趁之机。我国《商标法》在1993年修改之前并没有对地名商标作出限制，导致大量的地名与地理标志被注册为普通的商标进行使用，例如1978年山东东阿阿胶厂注册了地名商标“东阿阿胶”与“东阿”。1993年《商标法》第一次修改时增加了对地名商标限制的相关规定，但是虽然修改后的《商标法》规定地名不得作为商标注册，在以下的四种条件下含有地名的标志可以注册为商标：第一，县级以下的行政区域名称。第二，地名具有其他含义的。这种含义的界定标准及需要达到何种限度，《商标法》并没有作出具体的说明。第三，作为证明商标和集体商标注册组成部分的地名。第四，已经注册的地名商标继续有效。《商标法》第十六条规定，商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用；但是，已经善意取得注册的继续有效。对其中的“善意取得注册”的情形，《商标法》并没有给出具体的判断标准，更没有规定当这类商标与地理标志发生冲突的时候该如何解决。

以“东阿阿胶”案¹⁰⁵为例，阿胶是驴皮经过煎煮，浓缩等工艺制成的固体胶，具有补血滋阴、润燥、止血等功效，主要用于血虚萎黄，眩晕心悸，心烦不眠，肺燥咳嗽等症状。阿胶以东阿阿胶为胜，陶弘景在《本草经集注》中认为“出东阿，故名阿胶”。目前我国有数家生产阿胶的企业，其中以山东省东阿县的山东东阿阿胶股份有限公司生产规模最大。

1978年，山东东阿阿胶股份有限公司的前身，山东东阿阿胶厂注册了商标“东阿阿胶”与“东阿”，2002年8月，山东东阿阿胶股份有限公司的“东阿阿胶”商标被国家工商行政管理总局商标局认定为中国驰名商标。

2002年2月25日，应山东省有关企业的申请，国家质量监督检验检疫总局发布2002

¹⁰⁴ 参见任媛媛：《协调地理标志与在先商标的权利冲突》，《鲁东大学学报（哲学社会科学版）》2007年第2期，第122-124页。

¹⁰⁵ 参见聊城市中级人民法院（2007）聊民三初字第10号民事判决书

年第 17 号公告指出：“根据《原产地标记管理规定》及其《实施办法》的有关规定，在山东、烟台、济南、聊城、石岛出入境检验检疫局初步审核的基础上，我局组织专家对张裕葡萄酒（张裕牌）、东阿阿胶（东阿牌、福牌、东阿镇牌）、荣成大花生（圣农牌）生产企业的原产地标记保护申请进行了形式审查和现场实地审查，确认合格，现予以公告。有关单位或个人对上述产品原产地标记保护申请有异议的，可以自即日起一个月内向我局提出。上述产品原产地标记保护申请资料存放在我局备查。”该公告意味着，经向国家质量监督检验检疫总局申请，任何符合条件的主体都可以在其阿胶商品上使用“东阿阿胶”地理标志。

随后，山东东阿阿胶股份有限公司向国家质量监督检验检疫总局提出异议，称该公告侵犯了其所有的注册商标“东阿阿胶”的相关权利，使他人可以堂而皇之地在相同商品上使用其商标，不正当的分割占有其无形资产，有悖商标法的规定。国家质量监督检验检疫总局并未针对此异议进行公开回应。

2008 年 9 月 25 日，东阿阿胶股份有限公司向山东省聊城市中级人民法院提起诉讼，称其是“东阿”、“东阿阿胶”商标注册人，东阿县某阿胶食品公司等被告未经原告许可，擅自将该商标标注在其产品包装的显著位置上作为商品名称使用，被告此行为，侵犯了原告的注册商标专用权。原告生产的“东阿”牌阿胶，“阿”牌复方阿胶浆产品，以优良的品质，深受广大消费者青睐，在全国范围内十分畅销，在市场上具有很高知名度，已成为相关公众所熟悉的知名商品。该产品使用的外包装装潢已形成该商品特有的包装装潢，并被授予外观设计专利，享有专用权。被告未经原告许可擅自在其产品上使用与原告“东阿牌”阿胶、“阿牌”复方阿胶浆这一知名商品特有的包装装潢相近似的外包装、装潢，导致消费者误认、误购，给原告造成了巨大的经济损失，被告此行为构成不正当竞争。原告请求法院判令被告立即停止侵权行为，赔偿原告经济损失 30000 元，并承担本案诉讼费、保全费。

聊城市中级人民法院经审理后认为，根据《中华人民共和国商标法》的规定，经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护，被告擅自使用原告的注册商标的行为属侵权行为。根据原告产品的市场知名度，原告产品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况，对购买者造成混淆和误认的情况等因素，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》、《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》的规定，认定原告的阿胶、阿胶浆产品的包装、装潢是知名商品特有的包装、装潢。被告应对上述侵权行为承担赔偿责任。

根据聊城中院判决书中的观点，原告东阿阿胶集团已注册了“东阿阿胶”的商标，拥有该商标的使用权；被告将“东阿阿胶”等标志标注在商品显著位置的行为侵犯了原告商标权。但是“东阿阿胶”已经被国家质检总局认定为地理标志产品，根据“东阿阿胶”地理标志申请所依据的《地理标志产品保护规定》，地理标志产品产地范围内的生产者经向当地质量技术监督局或出入境检验检疫局提出申请，经省级质量技术监督局或出入境检验检疫局审核，并经国家质检总局审查合格注册登记，发布公告，即可在其产品上使用地理标志产品专用标志，获得地理标志产品保护。具体到本案，凡是山东东阿地区符合标准条件的企业在经过一定的申请授权程序之后都有权使用“东阿阿胶”地理标志。因此，聊城中院对于此案的判决

似乎并不恰当。一方面是国家商标局赋予东阿阿胶集团商标的独占使用权，另一方面是国家质检总局允许相关企业使用“东阿阿胶”地理标志的权利，这在客观上造成了“东阿阿胶”商标权利主体和“东阿阿胶”地理标志主体的混淆和权利人的冲突。同时也反映了国家商标局和国家质检总局在对商标管理过程中存在的职能冲突。而案例中法院采取了商标保护的方法，没有考虑到地理标志的保护作用，未免有失偏颇。东阿阿胶是一种中药材，它的保护面临着商标保护制度和地理标志保护制度冲突严重的问题，“道地药材”这种特殊的商品也是如此。

类似于“东阿阿胶”案的地理标志与商标冲突的案例在我国时常发生，虽然大部分冲突可以通过司法途径得以解决，但是产生这种情况的根源是我国相互独立的三轨制地理标志保护模式，这种模式已经严重不适应我国目前的道地药材发展情况。

另外，不仅仅是在先商标权可能与地理标志权之间出现冲突，由于目前的三种地理标志保护体系之间并无任何联系，地理标志权之间也可能出现冲突。针对同一种道地药材，最多可以由三个主体注册地理标志。如福建的巴戟天，在商标局注册地理标志的是南靖县和溪镇中药材协会，在农业部注册农产品地理标志的则是南靖县农业技术推广站。于是，当多个经营者的同种道地药材同时在市场上销售、引起消费者混淆时，不同权利人之间势必出现权利冲突。而现有的三种地理标志在标识上相似度极高，均使用椭圆形或圆形图案，图案的底色均为绿色，其上都标有“地理标志”字样，更加剧了这种情形出现的可能性。这不仅增加了道地药材地理标志侵权的可能性，造成司法实践中的混乱，进而，如果标有某种地理标志的道地药材出现质量问题，易造成消费者因混淆误认而对标有他种地理标志的同类道地药材丧失信心，从而影响道地药材销售者的经济收益。

（二）道地产区的变迁

道地药材指的是特定产区的优质药材，但是道地药材的产地并不是一成不变的，很多道地药材的产地都存在着或者存在过道地产区的变迁。古代就有药材道地产区变迁的情况，如人参，原产地为山西上党地区，而今天人参的主要产地是我国的东北、朝鲜半岛，以及俄罗斯的远东地区，和古代的道地产区山西上党已经相距甚远。三七古称田七，古代三七药材产于广西田州，已有 400 多年栽培、利用历史，是曾享誉中外的驰名品牌。然而，2000 年调查结果显示，广西壮族自治区三七种植面积已经很少，那坡、德保两县已无三七种植，仅靖西还有少量栽培，分布于荣劳和三合乡，最多的是三合乡。1930 年三七在云南引种后，其道地产区为云南文山，因此只要提到三七，必然想到文山三七。由此可见，很多今天的道地药材产地实际上是经过了历史变化，并因为质量优秀而成为新的道地产区。药材产地不仅有历史上的变化，现在也有一些药材产地正在发生变化，很多新的优秀的产地逐渐被人们发现，同时现代的 GAP 规范化药材种植也在寻找一些适合发展规范化种植的新地区。如在贵州赤水新建设的金钗石斛的 GAP 生产基地，于 2006 年经国家质量总局批准注册了道地药材地理标志——赤水金钗石斛。而上海的西红花 GAP 基地，也使西红花成为上海的道地药材。由此可见，因为不同的原因，药材的道地产地一直存在着变迁，有的道地产区逐渐消失，而新的道地产区渐渐发展，有时还会出现二个药材多个道地产区的多道地性。但是，总体而言，道地

产地的形成，最终还是取决于药材的品质与数量。

道地药材产区变迁的原因主要包括人为因素和自然地理条件的变化。如上文所说的人参道地产区的变化是由于上党地区过度开发造成的自然植被的破坏，人参失去了最佳的种植环境，其质量便被辽东，远东等地区的人参超越，道地产区也随之发生了变化。人为因素也是道地产区变化的原因，随着人类活动范围逐步扩大，对地理环境的了解也越来越深。一些优于原道地产区环境的新地理位置不断地被发现，使得道地产区发生一定的迁移。俄罗斯远东地区在古代人迹罕至，在人们进入远东地区后发现人参在这里也有生长并且表达出了良好的性状，现在俄罗斯已经在远东地区建立了叶利钦人参自然保护区来保护人参。

上述道地产区的变迁并没有一个明确的时间节点，而是相对的和连续性的。尤其是目前国内兴起了药材 GAP 种植热潮，药材 GAP 规范的种植技术与科学的加工炮制技术可以大幅提升药材的质量与稳定性，这会进一步加剧道地产区的变迁，一些种植加工技术落后，产能小的道地产区可能被淘汰。而现有的集中保护途径都偏向于对道地药材的地理产地认证，对于地理标志如何转让则没有具体规定。《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十六条¹⁰⁶仅规定了商标权主体自行转让集体商标、证明商标的程序，对于道地产区已经发生大面积迁移，原道地产区已经不具备相应资格的情况下商标如何流转则没有规定。在《地理标志产品保护规定》中并未规定地理标志是否可以转让。《农产品地理标志管理办法》第十三条规定，地域范围或者相应自然生态环境发生变化的，登记证书持有人应当按照规定程序提出变更申请。上述法律与行政法规仅规定了在商标权主体自愿变更的情形，道地药材的地理标志在一定程度上代表了道地药材的品质与信誉，因此多数情况下，原道地产区并不愿意放弃其地理标志，而相应的法律也无法剥夺其使用地理标志的权利。这相当于忽视了新道地产区的存在，将道地药材与注册时的道地产区紧紧地捆绑在一起，当道地产区发生变化时，地理标志的存在便会影响道地药材的信誉。¹⁰⁷

（三）主体定位的多义性

道地药材地理标志保护的难点之一在于地理标志主体定义与主体之间关系的复杂性。道地药材地理标志保护涉及到地方政府与相关协会等主体，在三种地理标志保护制度中，相同的主体扮演着不同的角色，承担着不同的权利义务。

1、主体概念

地方政府：根据我国《宪法》第 95 条，地方政府指省、直辖市、县、市、市辖区、乡、民族乡、镇的人民政府，即除中央政府以外的政府。在地理标志保护领域，鉴于地理标志产品生产生产者多数在县、市、市辖区，另外现有地理标志保护法律法规多有“县级以上人民政府”等描述，因此在进行相关研究时，“地方政府”多指县、市、市辖区的人民政府。

相关协会等组织：相关协会指依法成立的行业协会、农技推广机构、农民专业合作社经济

¹⁰⁶ 《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十六条：申请转让集体商标、证明商标的，受让人应当具备相应的主体资格，并符合商标法、实施条例和本办法的规定。集体商标、证明商标发生移转的，权利继受人应当具备相应的主体资格，并符合商标法、实施条例和本办法的规定。

¹⁰⁷ 参见宋晓亭：《地理标志制度保护道地药材有利也有弊》，《世界科学技术-中医药现代化》2013 年第 2 期，第 189-191 页。

组织等，是介于政府、企业之间，商品生产者与经营者之间，并为其服务、咨询、沟通、监督、公正、自律、协调的社会中介组织。例如道地药材“都峽山铁皮石斛”农产品地理标志的申请人广西容县金地铁皮石斛种植专业合作社，“潜半夏”农产品地理标志的申请人潜江市半夏协会。相关协会的存在提高了我国农民的组织化程度，促进了相关主体之间的交流。这种组织相关生产者和经营者合作发展，维护共同利益的模式，很好地促进了我国道地药材产业化经营，也为我国道地药材地理标志的保护打下了坚实的基础。

2、地方政府及主管部门的职责

(1) 对地理标志申请主体进行资格确认。

三种地理标志保护模式中的政府都有对申请资格进行确认的权力。我国《集体商标、证明商标注册和管理办法》第6条规定，申请以地理标志作为集体商标、证明商标注册的，需要提交由管辖该地理标志所标示地区的人民政府或者行业主管部门的批准文件。《地理标志产品保护规定》第8条规定，申请地理标志产品保护的协会和企业，必须是由当地县级以上人民政府指定或认定的，并征求相关部门意见。《农产品地理标志管理办法》第8条规定，只有县级以上地方人民政府根据条件择优确定的农民专业合作经济组织、行业协会等组织，才可以作为申请者。

(2) 对地理标志产地范围提出建议。

地理标志的产地范围涉及到地理标志产品生产者的自身利益，而地理标志产地范围与行政区划并非完全重合。如果将产地划分的权力授予申请者，大多数申请者就会从自身利益出发，很难做到公平公正。因此需要地方政府对产地范围提出建议。¹⁰⁸《地理标志产品保护规定》第9条规定，如果申请保护的地理标志产品是在县域范围内的，则由县级人民政府提出产地范围的建议。

(3) 对地理标志的使用者进行资格确认。

《地理标志产品保护规定》规定地理标志产品的使用者为“地理标志产品产地范围内的生产者”，申请使用地理标志产品专用标志的，应向当地质量技术监督局或出入境检验检疫局提出申请，并提交由当地政府主管部门出具的产品产自特定地域的证明，有关产品质量检验机构出具的检验报告等材料，经省级质量技术监督局或直属出入境检验检疫局审核，并经国家质检总局审查合格注册登记并发布公告后才能在其产品上使用地理标志产品专用标志，获得地理标志产品保护。

(4) 对地理标志进行监督管理。

为了防止地理标志的伪造、冒用，加强对地理标志产品的质量监管，清理不符合使用条件的企业，地方政府在农产品地理标志监督管理方面被赋予了一定的权力。《农产品地理标志管理办法》第18条规定，县级以上人民政府农业行政主管部门对登记的地理标志农产品的地域范围、标志使用等进行监督检查；《地理标志产品保护规定》第21条规定，各地质检机构对地理标志保护产品实施保护。

(5) 对地理标志保护提供政策、资金支持。

¹⁰⁸ 参见汤凌燕、郭雅玲：《地方政府在农产品地理标志保护发展中的权责》，《福建农林大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期，第103-107页。

《农产品地理标志管理办法》赋予了地方政府一定的促进农产品地理标志产品发展的责任。《农产品地理标志管理办法》第六条规定，县级以上地方人民政府农业行政主管部门应当在政策、资金等方面予以支持。

3、行业协会的角色与职责

(1) 担当地理标志的申请者和所有者。

国家工商行政管理总局、农业部 2004 年联合颁布的《关于加强农产品地理标志保护与商标注册工作的通知》规定“农产品行业协会、农技推广机构、农民专业合作社可以作为农产品地理标志或商标的申请主体。农产品地理标志证明商标注册人依法享有地理标志使用的管理权，承担对地理标志农产品的生产指导和质量管理责任。”农业部 2007 年颁布的《农产品地理标志管理办法》规定更为具体，对行业协会提出了更加严格的要求，要求其应当具备监督管理的能力。其规定：“农产品地理标志登记申请人为农民专业合作社经济组织、行业协会等组织。”且行业协会应当具备以下条件：“具有监督和管理农产品地理标志及其产品的能力；具有为地理标志农产品生产、加工、营销提供指导服务的能力；具有独立承担民事责任的能力。”《地理标志产品保护规定》规定的申请主体为当地县级以上人民政府指定的地理标志产品保护申请机构或人民政府认定的协会和企业，同时应当征求相关部门的意见。

(2) 对地理标志的使用者进行资格确认。

《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定，集体商标注册人的集体成员与符合证明商标使用管理规则规定条件的主体，在履行使用管理规则规定的手续后，可以使用该集体商标或证明商标。

《农产品地理标志管理办法》规定符合一定条件的单位和个人，可以向登记证书持有人申请使用农产品地理标志，并按照生产经营年度与登记证书持有人签订农产品地理标志使用协议，在协议中载明使用的数量、范围及相关的责任义务。

(3) 监督地理标志的使用。

《农产品地理标志管理办法》赋予了申请农产品地理标志的行业协会一定的监管义务，要求行业协会“具有监督和管理农产品地理标志及其产品的能力；具有为地理标志农产品生产、加工、营销提供指导服务的能力；具有独立承担民事责任的能力。”《集体商标、证明商标注册和管理办法》设定了地理标志商标注册人未履行有效管理或控制义务时应承担的责任。¹⁰⁹

4、相关协会参与管理与保护道地药材地理标志的必要性

如上所述，道地药材具有集体性与群体共有性，道地药材及其相关技术是道地产区的人民共同掌握、共同拥有的，是道地产区人民在长期的生产生活中实践总结得到的。因此道地药材知识的拥有者应当是道地产区中长期种植、加工或销售道地药材的生产者群体。在通过

¹⁰⁹ 《集体商标、证明商标注册和管理办法》第二十一条：集体商标、证明商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制，致使该商标使用的商品达不到其使用管理规则的要求，对消费者造成损害的，由工商行政管理部门责令限期改正；拒不改正的，处以违法所得 3 倍以下的罚款，但最高不超过 3 万元；没有违法所得的，处以 1 万元以下的罚款。

地理标志保护道地药材的情况下，道地药材地理标志的申请者可以是组织、企业等，但是其使用者应当是道地药材产区的众多生产者。如果道地药材地理标志可以无限制地让道地产区所有的生产者使用，那么就极易出现搭便车等行为，破坏道地药材的质量与声誉。因此，应当通过一个中立且具有代表性的组织来管理道地药材地理标志。从道地药材目前的发展现状与相关法律法规的规定看，行业协会组织是管理道地药材地理标志注册与使用的最佳机构。由行业协会作为道地药材地理标志的权利主体，使所有权主体具有代表性，有利于管理和保护道地药材地理标志，而且可以避免其被某个或少数企业所独享。

然而，我国目前的行业协会制度还不健全，对于地理标志的保护也比较单一和被动，更多的是将焦点集中在地理标志在市场流通领域的保护以及出现被侵权现象之后的被动救济。另外，农产品行业协会由于天然的弱质性，对于政府的依赖程度过高，而政府也没有专门的法律来对行业协会进行规范，导致目前很多协会的存在只是一个“形式”，没有起到实质性的作用。¹¹⁰

5、地方政府与行业协会存在的问题

具体来说，在地方政府与行业协会间存在以下问题：

（1）地方政府与行业协会之间权能分配重叠

依据我国不同的规范性法律文件，地理标志保护路径和表现形式不同，地理标志证明商标和集体商标保护，依据的是商标法及其实施条例，地理标志行业协会可以将地理标志以证明商标或集体商标的形式申请注册并成为商标的所有者。原国家质量监督检验检疫总局发布的《地理标志产品保护规定》中所提到的地理标志，是地理标志产品产地范围内的生产者使用的地理标志产品专用标志，应向当地质量技术监督局或出入境检验检疫局提出申请，申请经省级质量技术监督局或直属出入境检验检疫局审核，并经国家质检总局审查合格注册登记后，发布公告，生产者即可在其产品上使用地理标志产品专用标志，获得地理标志产品保护。因此对于此行政规章保护的地理标志，所有权归地方政府，行业协会无权所有和使用。立法的混乱阻碍了协会的发展，使相关市场主体无所适从，因此影响了对地理标志的保护。

（2）部分行业协会被地方政府控制

地理标志行业协会的成立应基于法律的规定和地理标志企业的集体合意。然而我国此类协会主要由政府主持设立，肩负政府的委托授权，虽然也要求地理标志企业参加，但由于其依赖政府的扶持，甚至部分行业协会完全被地方政府控制，很难获得成员企业的完全心理认同。这在我国体现在三个方面：第一是协会的成立和组建都由政府主导，代表的是政府部门的意志，是一个“二政府”；第二是协会的主要工作人员都由公务人员担任，协会的主要权利，如决策权、任免权等都掌握在政府手里，协会的内部工作其实就是行政手段的延伸；第三是协会的资金来源主要是政府的拨款，自身没有筹措资金的能力，离开政府就无法生存，这样必然会受政府部门控制。在这种情况下，行业协会失去独立性和自主性，更多的时候都是依赖政府来保持协会的运转，这样协会的内部组织机构多数都是流于形式，而没有实质性的工作，所谓的协会章程、组织文化也都不复存在了；其次，政府高度介入协会的工作，必

然会使协会的内部治理和运作方式都带有强烈的行政色彩,本应是一个非政府组织性质的协会,其运作方式成为了政府机构行政手段的延伸,这必然会造成内部治理机制不规范的问题,使得社会公众失去对协会的信心;最后,政府高度介入非政府组织的工作,从组织的内部运行到外部发展都有政府的影子,必然会使非政府组织丧失其自主性和志愿性,在一定程度上压榨了非政府组织作用发挥的空间,使得非政府组织成为政府部门的“附属品”,失去了存在的价值。

(3) 行业协会功能缺乏必要的职能

首先,其偏重对成员的管理而非服务。其次,管理手段传统守旧,在许多地方,协会的管理模式犹如行政部门。再次,功能往往局限于对成员的监管和惩罚,在内部章程制定中成员企业是缺位的,争端解决的职能受到了政府和司法部门的制约,发挥不了应有的作用。大多数协会按主管部门的行政命令行事。甘于充当“传声筒”,不愿做“急先锋”。¹¹¹

6、非遗传承人的特殊地位

道地药材的权利主体是道地产区的集体生产者,而不局限于某个道地药材的个体生产者。传统知识抑或道地药材的产生和发展,是在特定区域经几千年来集体或群体部落智慧的融合和孕育产生的。因此应当按照权责利相统一的原则,赋予经认定的持有人或持有群体对该地理标志的所有权与使用权,合理拓展其流通范围,以求实现以垄断促进交流,并允许他们从中获得报酬。但是,非物质文化遗产自身的群体性、传统性的特点与知识产权的私权性质等方面存在冲突。¹¹²

首先,除代表性传承人外,法律未对其他传承主体作出规定,尚未确定传承主体的权利主体地位和主体范围。道地药材是在长期的历史发展过程中由某特定的民族或群体传承而来,是其社会文化生活的反映,是该民族或群体先辈集体智慧的积淀,是属于特定民族和区域群体的共同财富。道地药材非物质文化遗产的主体是一定的群体、个人,甚至是一个民族,具有群体性的特征,这与传统民法上的民事主体的个体性有着明显的不同。所以,道地药材非物质文化遗产的主体可以分为国家、团体和个人三种类型。目前,《国家级代表性传承人认定管理办法》中仅将非物质文化遗产传承人视为个人,规定国家级非物质文化遗产的代表性传承人需具备下列条件:“掌握并承续某项国家级非物质文化遗产;在一定区域或领域内被公认为具有代表性和影响力;积极开展传承活动,培养后继人才”。效力最高的《非物质文化遗产法》规定的条件为:“熟练掌握其传承的非物质文化遗产;在特定领域内具有代表性,并在一定区域内具有较大影响;积极开展传承活动”。因此当前立法仅对代表性传承人的资格作出规定。其次,相关法律多规定了非遗传承人应当承担的义务,而较少规定其享有的权利。《非物质文化遗产法》仅规定了代表性传承人的义务,《非物质文化遗产法》第三十一条规定,非物质文化遗产代表性项目的代表性传承人应当履行下列义务:(一)开展传承活动,培养后继人才;(二)妥善保存相关的实物、资料;(三)配合文化主管部门和其他有关部门进行非物质文化遗产调查;(四)参与非物质文化遗产公益性宣传。非物质文化遗产代表性项目的代表性传承人无正当理由不履行前款规定义务的,文化主管部门可以取消其代表

¹¹¹ 参见张国华:《地理标志行业协会若干问题》,《中华商标》2007年第8期,第58-60页。

¹¹² 参见赵方:《非物质文化遗产的知识产权保护》,《兰州交通大学学报》2009年第2期,第125-128页。

性传承人资格，重新认定该项目的代表性传承人；丧失传承能力的，文化主管部门可以重新认定该项目的代表性传承人。在《国家级代表性传承人认定管理办法》中对国家级非遗代表性传承人的义务要求更加严格，除了上述义务外，还需要“在不违反国家有关法律法规的前提下，根据文化行政部门的要求，提供完整的项目操作程序、技术规范、原材料要求、技艺要领等；制定项目传承计划和具体目标任务，报文化行政部门备案；定期向所在地文化行政部门提交项目传承情况报告”。只有《中医药法》在规定了传承人承担的义务的同时赋予了传承人一定的民事权利。《中医药法》第四十二条为传承人设定了在地方政府的支持下培养后继人才等传承义务，规定对具有重要学术价值的中医药理论和技术方法，省级以上人民政府中医药主管部门应当组织遴选本行政区域内的中医药学术传承项目和传承人，并为传承活动提供必要的条件。传承人应当开展传承活动，培养后继人才，收集整理并妥善保存相关的学术资料。属于非物质文化遗产代表性项目的，依照《中华人民共和国非物质文化遗产法》的有关规定开展传承活动。在设定义务的同时，第四十三条赋予了传承人利益分享等权利，规定国家建立中医药传统知识保护数据库、保护名录和保护制度。中医药传统知识持有人对其持有的中医药传统知识享有传承使用的权利，对他人获取、利用其持有的中医药传统知识享有知情同意和利益分享等权利。国家对经依法认定属于国家秘密的传统中药处方组成和生产工艺实行特殊保护。

综上所述，目前的立法中存在着对于非遗传承人的严重的权利与义务不对等性。立法详细而严格的规定了传承人应当承担的诸如收集整理资料，培养后继人才等义务，但赋予传承人的仅仅是该文化遗产的使用权。

（四）炮制技术的保密性

中药主要源于动植物及矿物。这些原药材经过采制后，可能由于其质地坚硬无法发挥药性，个体粗大不便于熬制，含有泥沙等杂质影响食用，或属于非药用部位，具有较大的毒副作用等，一般不可直接应用于临床，所以需要对这些原药材进行加工炮制后方可使用。中药炮制技术是我国中药制药技术的核心和集中体现，其产生的文化内涵是对中药的药效归经、毒性物质基础的理解。¹¹³中药炮制技术是一项经验性与实践性非常强的科学。与其他中医药技术相比，中药炮制技术对辅料、炮制工具的依赖性特别大，不同炮制方法选择不同的辅料、工具，炮制后中药饮片药性的发挥和临床疗效都有很大差异。

目前对中药炮制技术的保护主要采取技术秘密或商业秘密保护方法，在国家层面，我国早在 20 世纪 50 年代就把炮制技术列入保密技术范围加以保护。在个体层面，一些炮制专家经过长期临床诊疗经验总结出来的炮制工艺多数以家传的方式传承，中药制药企业把中药炮制有关的配方技术和生产工艺作为企业的商业秘密，由老药工、炮制专家、医药企业、某些行业团体实际掌控。但是近年来，随着国家对中药炮制技术理论研究的重视，大量有关的论著公开发表，使炮制技术秘密外泄，加之中药炮制技术秘密相关立法不完善，难以追究侵权责任，导致利用技术秘密保护炮制技术的效果并不理想。具体来说，通过现有的商业秘密或

¹¹³ 参见李林、张溪、费毅琴：《中药炮制传统技术在国内的专利保护现状及思考》，《中国新药杂志》2016 年第 10 期，第 1086 页。

技术秘密制度保护炮制技术，主要存在以下困难：

1、对人的倚重，难以精准的表述

由于中药炮制技术是一门实践性较强的经验科学，技术秘密是一种非物质的信息，具有经验性的特点，对人的依赖程度较高，无法用一种固定的描述将其精准的表述出来，因此无法确定商业秘密所保护的具体技术。

2、相关法律法规对保密方面的规定不明确，侵权认定标准模糊

我国现行法律法规对于中药炮制技术的保密问题虽有规定，但缺乏实施细则，可执行性较低。目前，我国还没有一套专门的商业秘密保护法，关于商业秘密保护的法条只在《反不正当竞争法》中有所提及。其他与商业秘密保护有关的规定则分散在《合同法》、《经济法》、《劳动法》及《刑法》中，而且商业秘密的权利主体和侵权主体规定局限，侵权方式、侵权赔偿未界定，没有规定商业秘密保护的限制等等，对于中药的商业秘密更是缺乏有针对性的保护。再加上进行炮制工艺生产和科研人员多数没有相关经验和知识，导致相关从业人员只知道应该保密，却不知具体保密内容和范围，保密至何种程度，在商业秘密或技术秘密被侵犯时更不知如何维权。另外，《反不正当竞争法》只规范经营者的不正当竞争行为，把经营者定义为从事商品生产或者相关营利性服务的自然人，法人和非法人组织。¹¹⁴传统中药商业秘密的实际掌握者通常包括了自然人、家庭或者行业协会，他们并非正式的、合法的或者是营利性机构。

3、具有秘密泄露的风险

现代物理化学分析技术的发展使得分析一种混合物的具体成分变得十分容易。因此一些成分组成简单的炮制品的有效成分含量与对应中药的炮制技术面临着被他人利用合法手段进行破解的风险，例如通过现在的气相、液相色谱、红外光谱、质谱等分析仪器表征药物的有效成分，从而逆推出药品配方与应用的炮制技术。而且，药品作为一项特殊的商品，与公民的生命健康安全直接关联，出于对公众健康和安全的考虑，药品在生产、销售过程中都必须经过食品药品监督管理局的监督和审查，并要求药品说明书应当包含药品安全性、有效性的数据信息，列出全部活性成份或者组方中的全部中药药味。根据我国现行《药品管理法》第二十九条规定，研制新药，必须按照国务院药品监督管理部门的规定如实报送研制方法、质量指标、药理及毒理试验结果等有关资料和样品，经国务院药品监督管理部门批准后，方可进行临床试验。第五十四条规定：“药品包装必须按照规定印有或者贴有标签并附有说明书。标签或者说明书上必须注明药品的通用名称、成份、规格、生产企业、批准文号、产品批号、生产日期、有效期、适应症或者功能主治、用法、用量、禁忌、不良反应和注意事项。”

《中药注册管理补充规定》第四条规定，中药注册申请，应当明确处方组成、药材基原、药材产地与资源状况以及药材前处理（包括炮制）、提取、分离、纯化、制剂等工艺，明确关键工艺参数。鉴于多数西药建立在特定专利化合物的研究基础上，是以该化合物获取专利授

¹¹⁴ 《反不正当竞争法》第二条：经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。

本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为

权为研发基点，因此新药上市前必然已对相关专利予以文献化，药品的成分和化学结构式会经由监管主体审查，并在最终上市时以药品说明书的形式向公众公开。西药的这种研发生产体系能够适应药品监管中信息公开的要求。但是中药与此不同，中药与西药在作用机理、药物构成上的迥异，使得适用于化学药特性的信息公开制度对中药存在着天然的不适应。因此，相关药品监管规定中关于炮制后的药品在进行临床试验前必须申报其研发方法，在上市时必须公布其成分等规定使得相关中药技术秘密更容易被破解，以商业秘密保护炮制技术更为困难。这很大程度上意味着药品要上市，就没有保密的可能；如果要保密，就不能产业化。

另外，大多数中药的成分极其复杂，其功效表现为多味药之间相互的协同作用，而非各单味药活性成分的几何相加。经中药配伍、炮制等工艺，药材中的众多活性成分与溶媒、辅料会形成一个新的综合理化环境，通过影响各组分到达机体作用部位的数量和强度最终产生治疗效果。有些中药配料带有有毒成分，但是经配伍炮制等加工环节，在新的理化环境下不仅毒性减退或消失，甚至可以起到以毒攻毒的疗效。这正是中药配伍炮制技术的精髓所在，也是中药技术秘密或者商业秘密的内容。因此对于普通药品消费者而言，单纯地依靠中药配方公开的成分并不能准确判断药品的功效，有时甚至可能因其中某一味或某几味所谓的争议成分而引起怀疑并因此使生产者背负未必公正的指责。¹¹⁵

以云南白药为例，2013年11月发布的《关于修订含毒性中药饮片中成药品种说明书的通知》（简称《通知》），《通知》要求凡处方中含有《医疗用毒性药品管理办法》中收录的28种毒性药材制成的中药饮片（含有毒性的炮制品）的中成药品种，应当表明并加警示。2014年4月初，已有一百多年历史一直处于保密状态的云南白药首次正式承认产品配方中含有毒性中药材草乌（断肠草），从而陷入舆论风波。这是云南白药首次在国内公开其配方成分，但云南白药的配方依旧保持神秘——“本品含草乌（制），其余成分略”。由云南白药的这次事件，引发了公众对知情权、商业秘密及国家秘密一系列的质疑和争论。

4、商业秘密保护会阻碍技术发展

对于商业秘密保护制度本身来讲，这样的一种保护方式，短期可以保护个别企业的利益，但长期来看对于有价值的技术信息和经营信息的进一步利用有一定的阻碍作用，不利于整个中药行业的发展。同时，对于科研工作会造成重复研究的状况，浪费科研资源，不利于技术的传播。

（五）质量评价的专业性

1、道地药材面临的质量问题

近几年来，学者们不断发现，道地药材在发展中存在着严重的质量问题。土壤选择不严，盲目扩大种植面积，改变种植方法，致使质量下降，道地药材的“道地性”逐渐丧失，品种退化严重。¹¹⁶具体表现在一部分道地药材的抗旱性、耐寒性、抗病虫害减弱，耐药性增强或早熟。¹¹⁷道地药材品种退化的原因是多方面的，但主要原因一是田间管理过程中，药农为追

¹¹⁵ 参见王艳翠、宋晓亭：《信息披露与中药商业秘密保护》，《科技与法律》2016年第5期，第995页。

¹¹⁶ 参见万仁甫、徐伟亚：《道地药材发展策略探讨》，《中国药房》2007年第9期，第641-643页。

¹¹⁷ 参见李代华：《道地药材发展的问题与对策》，《中药研究与信息》2001年第7期，第18-19页。

求高产，长期大剂量施用无机肥以及植物生长素，促使其生长速度加快，扰乱了其自有的生物学特性，从而使品种退化；二是人为改变其生态环境。有不少药农盲目地照搬一般农作物的栽培技术于药材。如有的药农对药材种子种苗搬用薄膜育秧技术，必然使其耐寒性从幼苗开始就减弱；三是不重视对优良品种的选育，这是造成道地药材品种退化的根本原因。¹¹⁸

道地药材在发展中存在的另一个严重的质量问题是农药残留与重金属超标。相当部分的药农选择土壤不当，滥用农药和化肥，以增加产量，节约成本，导致重金属含量、农药残留量超标。为节省人力和物力，改变了传统的加工方法，导致药材的质量下降。如浙白术传统加工为弯囱而变为直囱，导致浙白术的品质下降。又如金银花在产地上采用蒸干后晒干，其绿原酸和异原酸含量比生晒高7倍。¹¹⁹

综上所述，导致质量问题的原因有土壤选择不当、品种退化(因为育种、选种、种植不当)、不当使用化肥和农药、不当采摘和加工等。可见，道地药材的质量问题，产生于道地药材的育种、选种、选择土壤、田间管理、采集加工等种植生产过程之中。因此，要解决质量问题必须有科学的、正确的种植、生产加工方法，并严格控制整个种植、生产过程。¹²⁰

2、道地药材质量评价方法的发展

道地药材的质量评价始终是生药学中一个引起重视的问题，而其质量评价的标准和方法也随着社会和科学的发展而不断进展。从历史的发展来看，道地药材的质量评价经过了以下几个阶段：

(1) 以性状鉴定为主的阶段

从《神农本草经》所收载的365种药物中，其中不少药物从药名上就带有道地药材的色彩，如巴戟天、秦皮、吴茱萸、阿胶等。李时珍的《本草纲目》对道地药材的记载就更加明确，如在对麦冬的记载中，有“浙中来者甚良”，对薄荷的记载中，有“今人用药，多以苏州为胜”。“良”“胜”自然都是指药材的质量好。而在科学不够发达的古代，人们评价道地药材的质量只能通过性状鉴定的方法，即通过眼观、手摸、鼻闻、口尝、水试、火试等简单的方法。如宁夏的枸杞以粒火饱满、色红、肉厚、油润、籽少、味甜微苦等性状特征优于其他产地枸杞。在对传统的道地药材如四大怀药、浙八味的性状鉴别中，老药工、药农积累了大量的经验，在科学技术不够发达的时期，它对于道地药材的鉴定和发展起了十分重要的作用。由于性状鉴定主要依靠鉴定者丰富的经验和感觉，这其中不可避免地带入了鉴定者的一些主观因素。由于每一个鉴定者的鉴别经验的差异，加上信息交流的限制，性状鉴定的准确性就不可能很高。

(2) 显微鉴定的形成与发展

用显微鉴定的方法评价生药的质量是在一定的历史背景下形成的，19世纪以后，显微镜的发明和生药解剖图谱的发表为生药的显微鉴别打下了物质基础。由于生药的各种组织形态均具有较稳定的显微特征，利用显微镜来观察生药的组织结构、细胞形状及内含物，可以

¹¹⁸ 参见李代华：《道地药材发展的问题与对策》，《中药研究与信息》2001年第7期，第18-19页。

¹¹⁹ 参见仇有文、张兴国：《道地药材规范化生产与品牌发展战略的思考》，《中国现代中药》2006年第6期，第10-11页。

¹²⁰ 参见张丽：《道地药材的保护与发展对策》，《中国热带医学》2006年第3期，第501-502页。

成为生药品种鉴别和质量鉴定的一个重要手段。它弥补了性状鉴定的不足,尤其是在对破碎药材及粉碎后的药材的鉴定中发挥了重要作用。道地药材的显微鉴别特征也成为监测道地药材的质量、区分道地药材和非道地药材的一个重要依据。例如:道地药材茅苍术与北苍术相比,其横切面的显微特征表现为皮层中的油室直径大、数量多,一般其油室直径达 450 微米,而北苍术的油室直径约为 270 微米。显微鉴别为道地药材的质量评价提供了比较可靠的依据,使其鉴别标准更加客观,鉴别的准确度大大提高。随着计算机的发展,显微鉴别有了进一步的发展,四川中药研究所与重庆大学电子信息学院合作建立了麦冬、附子、川贝等道地药材组织细胞计算机三维动态显示与立体鉴别系统,与攀枝花钢铁公司设计院合作完成了黄连、杜仲等道地药材所含无机成分的显微定位定量研究。¹²¹这为道地药材的质量评价提供了更为先进的技术依据。

(3) 理化鉴别的迅速发展

在化学和分析化学发展到一定阶段后,人们开始关注药材中的活性成分,因而,19 世纪后半叶起,开始以药材中的化学成分作为衡量药材质馈的标准。这种方法很快运用到道地药材的质量评价中。20 世纪 60 年代后,在对道地药材的化学成分进行研究时,现代的分析手段不断地被运用,色谱法和光谱法越来越多地被用于道地药材和非道地药材的对比研究。高分辨率气相色谱(HRGC)、高效液相色谱(HPLC)、毛细管电泳色谱(HPCE)等已越来越广泛地进入到生药学的研究领域,成为生药质量评价的重要方法和手段,2000 年版中国药典大量应用了上述气相,液相色谱、光谱、扫描电镜分析等现代物理化学分析技术,在此基础上,中国中药协会制定了《中国中药协会标准 道地药材》,将现代物理化学分析技术应用到了道地药材的鉴别中,为道地药材的质量评价提供了更加可靠的依据。

3、目前地理标志体系中关于质量评价流程与标准的规定

目前三种地理标志保护模式中都有关于质量评价流程与标准的规定,来确保地理标志产品的质量。这既是维护地理标志产品信誉的要求,也是维护市场公平公正和维护广大消费者利益的要求。《地理标志产品保护规定》第十七条规定,拟保护的地理标志产品,应根据产品的类别、范围、知名度、产品的生产销售等方面的因素,分别制订相应的国家标准、地方标准或管理规范。第十八条规定,国家标准化行政主管部门组织草拟并发布地理标志保护产品的国家标准。例如,河南焦作的四大怀药,2003 年 8 月 7 日,国家质检总局发出公告,认定“四大怀药”原产地为焦作的武陟县、温县、博爱县、沁阳市、孟州市、修武县,并实施原产地域产品保护。¹²²2004 年 5 月 25 日,焦作市“四大怀药”生产技术标准操作规程(SOP)制定并予以发布,对怀药的选种、生态环境要求、播种、田间管理、病虫害防治、采收等都作了详细规定。2006 年 8 月 4 日,国家质检总局、中国标准化委员会正式批准并发布实施地理标志产品怀地黄、怀山药、怀牛膝、怀菊花 4 个国家标准:GB/T 20350-2006, GB/T 20351-2006, GB/T 20352-2006, GB/T 20353-2006, 对四大怀药的种植、生态环境要求、采

¹²¹ 参见肖小河、舒光明、方清茂:《中药附子形态结构计算机三维重建与动态显示》,《中草药》1997 年第 3 期,第 167 页。

¹²² 参见国家质量监督检验检疫总局公告 第 72 号(2003-08-07)

收、初加工、外观性状、含量测定指标均进行了详细的规定。¹²³

《地理标志产品保护规定》规定由相应的专家审查委员会负责地理标志产品保护申请的技术审查工作。由各地质检机构对地理标志产品的产地范围，产品名称，原材料，生产工艺，质量特色，质量等级、数量、包装、标识，产品专用标志的印刷、发放、数量、使用情况，产品生产环境、生产设备，产品的标准符合性等方面进行日常监督管理。对于违反该规定，生产，销售不符合地理标志产品标准和管理规范要求的相关产品的，由质量技术监督部门和出入境检验检疫部门依法进行查处。¹²⁴

现行的《商标法》、《商标法实施条例》及《集体商标、证明商标注册和管理办法》则主要通过地理标志申请注册人制定的《使用管理规则》对地理标志产品的质量进行管理和控制。按照《集体商标、证明商标注册和管理办法》的规定，集体商标、证明商标的《使用管理规则》应当包括：（一）使用商标的宗旨；（二）使用该商标的商品的品质；（三）使用该商标的手续；（四）使用该商标的权利、义务；（五）成员违反其使用管理规则应当承担的责任；（六）注册人对使用该商标商品的检验监督制度。由此可知，注册人可以确定商品的质量标准，可以对商品的质量进行检验监督，可以将具体的生产操作规范纳入《使用管理规则》之中，还可以设定商标使用人的权利义务加强对使用人的管理监督，对违反者进行处罚。举例子

《农产品地理标志管理办法》通过申请主体进行地理标志的质量监管。该办法规定，申请主体应当有监管地理标志产品生产的能力，为地理标志产品生产、加工、营销服务等方面提供引导服务的能力，同时须具备独立民事责任能力。农产品地理标志的地域范围、标志使用等监督工作由县级以上人民政府农业行政主管部门负责。

4、目前对道地药材进行质量评价存在的难点

以上三种模式都从一定程度上可以起到对道地药材的质量监管作用，但是仍然存在一些难点。目前我国药材的质量鉴定标准分为三级，即一级国家药典标准；二级部颁标准；三级地方标准。国家药典是国家对药品质量标准及检验方法所作的技术规定，是药品生产、供应、使用、检验、管理部门共同遵循的法定依据。《中华人民共和国药典》自1953年版起至2000年版止，共出版7次。2000年版《中华人民共和国药典》大量应用了气相、液相色谱、光谱、扫描电镜分析等现代物理化学分析技术，极大地加快了中药标准化、国际化的进程，在提高中药质量方面功不可没。有关道地药材的质量鉴定标准为中国中药协会在遵从《中华人民共和国药典》的基础上制定的《中国中药协会标准 道地药材》。但是现代物理化学分析技术的加入也提高了对道地药材进行质量检测的难度。具体来说，目前对道地药材的质量监管困难主要有以下几点：

一是现行国家药品标准与道地药材标准中规定有量化分析的中药材品种数量少，并且量化分析中现代分析方法占大多数，市以下基层单位难以开展。中药材确定有定量方法的品种少，与现代分析方法所需的检测仪器、化学对照品难以普及的矛盾更加突出。同时，定量用的化学对照品和药材对照品奇缺，供应严重不足，在药典未收载其它含量测定方法可供选择

¹²³ <http://www.cqi.gov.cn/Products/Detail/1635/>

¹²⁴ 《地理标志产品保护规定》规定：“拟保护的地理标志产品，应当有产品生产技术规范（包括产品加工工艺、安全卫生要求、加工设备的技术要求等），并应当制订相应的国家标准、地方标准或管理规范。”

的情况下，基层单位只好望而却步，质控难以奏效。因此，基层药品检验机构或药监人员对中药质量的鉴别仍然主要依靠外观鉴定，这种薄弱的技术监管力量，对于在中药经营环节中有意无意的中药品种的混淆和代用现象很难有良好的监管效能。尤其是中药一旦制成制剂，特别是形态已经完全改变了的口服液、注射剂，依当前的技术手段，就没有办法完全检验或甄别清楚其投料情况了。

二是中药抽验难度大。一方面，药品监管部门尤其是基层药品监管部门组建时间不长，懂得饮片药性和真假鉴别知识的人员比较少，而现有的快检设备又都是针对化学药品的，中药监管缺乏技术支持。另一方面，由于中药使用的特殊性，大部分药品经营和使用单位购进量少，不能保证抽验量，检验部门为了提高执法效率，降低执法成本，也不太重视饮片的抽验。即使抽验，由于有的品种不同地方标准不一，检验部门有时也难以判定。质量监控评价体系欠完善。

三是人员偏紧，业务欠精：中药鉴定很大一部分靠全凭眼观鼻闻口尝，如果不具备传统性状鉴别能力，是很难及时发现端倪的。这种能力在于经验积累，不经常接触中药是很难具备的。药品监管部门尤其是基层药品监管部门组建时间不长，懂得饮片药性和真假鉴别知识的人员比较少，且食药监管系统属公务员编制，缺员多从高校应届毕业生中招考，就算是中药鉴别专业的研究生，不经常接触中药是很难具备性状鉴别能力的。¹²⁵

四是现有的地理标志保护模式对于道地药材质量监管都存在着或多或少的缺陷。有观点认为《地理标志产品保护规定》制度在对道地药材地理标志的质量认定和监督缺乏权威性。道地药材类别和品种的甄别需要具备中医药学知识背景，如上所述，原质检局对于药材质量、产量、生产流程的控制往往没有相应的技术支持，在这方面不具备专业优势。另外，《地理标志产品保护规定》规定地理标志的法定标准由国家标准化行政主管部门或省级地方政府制定，由省级质量技术监督部门、直属出入境检验检疫部门指定的检验机构承担相应的质量检验。但在我国 2001 年 12 月实施的《药品管理法》授权食品药品监督管理局为中药材的标准制定和质量检验的主管部门。农产品地理标志也有类似的问题。农产品地理标志的监管部门为农业部，其不包含农产品流通、加工管理机构，因此不具备对农产品采摘后的加工、贮存、运输等过程的行政监管权，不能监管药材后期的加工品质或使用用途，这就使得道地药材在种植、加工过程中不能充分获得其道地性。

（六）商标制度框架内设计道地药材保护的误区

在商标制度框架内设计保护道地药材的具体措施，最主要的就是将道地药材作为地理标志注册为集体商标或证明商标，通过《商标法》及相关法律法规、司法解释等加强对道地药材的保护。这样的方式一方面通过制度设计将传统的中医药生产技术纳入现代商标法律体系中，实现了对道地药材切实有效的保护；另一方面，它也给道地药材的保护带来了商标领域内本身存在的矛盾纠纷风险。商标的通用名称化、商标认定的混淆判断问题以及商品侵权的合理使用抗辩都可能成为道地药材地理标志保护带来阻碍。

¹²⁵ 参见汪敏、邵乾、邵家德：《中药质量及监管问题与对策》，《内蒙古中医药》2017 年第 7 期，第 82-83 页。

1、商标确权与侵权纠纷中的通用名称处理

在商标法下，商品的通用名称与商标的纠纷总是持续不断。我国《商标法》第十一条第一款禁止将“仅有本商品的通用名称”的标记注册为商标，又在第二款规定了仅由通用名称的标记“经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。第四十九条第二款规定了“注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。”第五十九条第一款规定“注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。”可见我国《商标法》一方面禁止不具有显著性的通用名称作为商标注册，并且规定了任何主体可以以已经注册的商标成为了其使用的商品的通用名称为由，向商标局申请撤销该注册商标。另一方面，《商标法》也规定了即便注册商标中包含其使用商品的通用名称，其他人也可以正当地使用其通用名称。通用名称的判定本身就是商标法律实践中的疑难问题。通过地理标志对道地药材进行保护，将其归入商标法律体系进行规范，同样难以避免由于历史影响、注册或使用不当等原因带来与通用名称之间的纠葛。

(1) 通用名称与地理标志

I. 通用名称的概念及特征

通用名称是指与商品特定名称相对应的概念，通常是指按照本行业规范（包括法律规定、国家标准、行业标准等）形成的规范的名称，或是约定俗成而形成的商品名称。¹²⁶最高人民法院在2017年施行的《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》中明确了通用名称包含法定的商品名称和约定俗成的商品名称，前者是依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，后者是市场上的相关公众普遍认为其能指代一类商品的名称，被专业工具书、辞典等列为商品名称的可以在认定约定俗成的通用名称时作为参考。¹²⁷根据《商标审查及审理标准》，通用名称包括商品全称、简称、缩写、俗称。

通用名称具有的特征使它与商标具有明显的界限并在商标法律中扮演着重要角色：

i. 非独占性

商标权蕴含着独占和排他的权利内涵，而商品通用名称不属于任何个体，任何人不能对其进行全面的支配和排他的占有，它属于私权之外的公共资源领域。当一个名词被法律规定、国家标准或行业规范认定为通用名称，或者被相关公众理解为指代商品、服务或贸易的通用种类、品种或分类时，它就成为了一种公共语言。若赋予通用名称以独占性，会对市场上与通用名称相关的商品或服务的自由竞争造成极大的阻碍。

ii. 非显著/识别性

商标的来源识别功能是其基础功能，其他广告宣传、品质保障等功能都以此为前提。一

¹²⁶ 参见冯晓青：《商标通用名称化及相关侵权问题研究——以“金丝肉松饼”商标侵权纠纷案为考察对象》，《政法论丛》2015年第3期，第76页。

¹²⁷ 参见《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十条。

个标记是否能够发挥识别商品或服务来源的功能、是否可以作为商标受到保护，核心在于是否具有显著特征、便于识别。¹²⁸这也是商标法对商标进行保护的根本目的。商品通用名称无法将一个生产者提供的商品或服务与另一个生产者相区分，在商品或服务与其提供者之间建立唯一确定的联系，其作用是指代商品本身。因此，它无法有效帮助相关公众区分商品或服务的提供者，不具有识别性。

iii. 动态性

商标是一种包含了标志体系和语言体系的符号学，它不是静止和一成不变的，而是一个不断发展变化的过程，是一个包含生产者的经营、商品和服务的产出、商标标记在流通领域的使用、购买者的识别和认知的过程，商标知名度的建立、通用名称的产生、商标与通用名称的转换成了这个过程中不可避免的产物，商品通用名称可能存在动态性的变化。一方面，公司企业可以在向市场提供商品和服务的同时，通过发明新的词汇或利用公有领域中含有商业意义的词汇创造商标，这些词汇可以在商品与提供者之间建立联系并随着企业的经营发展建立声誉；另一方面，公众也参与操纵了这些词汇并赋予它们额外的含义，公众长期在市场上进行选购、消费，也会对商标词汇进行采纳或摒弃。

我国《商标法》第一条规定了其立法目的在于“加强商标管理，保护商标专用权，促使生产、经营者保证商品和服务质量，维护商标信誉，以保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济的发展”，即在有效管理和保护商标的前提下，促进生产经营者改善商品或服务的质量，促进商品经济的发展。商标法立法目的实现的基础是商标能够准确区分商品或服务来源，由于商品通用名称指代的是一类商品而不是某一生产或经营者提供的特定商品，因此不能作为商标获得注册。当某一商标在使用中出现了通用名称化的情形时，商标法对其的保护便失去了正当性基础。《商标法》第十一条规定“仅有本商品的通用名称、图形、型号”的标志不得作为商标注册。

II. 通用名称与地理标志辨析

根据我国《商标法》第十六条，地理标志是指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。通用名称与地理标志具有很多共同之处：首先，二者均属于一种用于识别商品的标记，并且指代的不是特定商品而是某一类具有共性的商品；其次，地理标志常常是由具有描述性的标记和通用名称构成，二者存在一定重合。但地理标志有其特殊的特征。通用名称不应当作为注册商标受到保护，任何个体不能垄断这一公共资源；而地理标志其标记本身指示了商品的地理来源，地理标志指示的产地范围内的生产者，在符合地理标志产品标准和管理规范要求时，可以申请并获准注册后在其产品上使用地理标志产品的专用标志，各国法律对商品通用名称均禁止其注册为商标，对地理标志则有专门的保护规定。除此之外，地理标志标识的地理来源，其环境赋予了商品特定的品质，相关公众在选择商品时能够对此进行区别和认知。因此，在一定程度上可以说地理标志标记本身蕴含着商品的特定品质，并且指向某特定区域，其本身的特征使得它涉及到地区生产经营者、消费者、相关商标（如含有地名的商标）专用权人之

¹²⁸ 参见吴汉东：《知识产权基本问题研究（分论）》，中国人民大学出版社2009年版，第362页。

间复杂的利益关系。

（2）地理标志的通用名称化

通过地理标志证明商标或集体商标对道地药材进行保护蕴含着注册为地理标志产品的道地药材通用名称化的潜在风险。商标的通用名称化以及由此引发的纠纷一直是商标法律实践中常见而复杂的问题。虽然与商标显著区别，适用不同的管理制度，但地理标志也是使用在商品上、能够起到区别作用、并且常常包含有产品名称的标记，并且大量的地理标志通过注册为集体商标或者证明商标加强对自身的保护。因此必须关注地理标志的通用名称化问题。

I. 商标的通用名称化

商标在被经营者用于自己的商品或服务上，投入大量成本进行宣传和使用时，在这个过程中，面临着由于商标退化、注册不当、使用不当而引起的商标通用名称化的潜在风险。商标法保护消费者将一个商标标识与特定的商品或服务提供者之间建立的唯一联系，如果一个商标成为了行业领域内的通用名称，那么将不能使消费者产生这种“联系唯一性”，它将不能受到商标法的保护。¹²⁹

i. 商标退化引起通用名称纠纷

商标所有人在自身的品牌建设中的重要目的是扩大其商标的知名度和影响力，因此在使用商标时一些商标所有人为了达到更加充分的宣传效果，经常本着鼓励公众将其商标融入日常语言的意图，这是最终导致商标退化的重要因素。除此以外，商标所有人自身导致最终的商标退化情形有很多，可能因为在宣传和标记产品时的错误行为；可能因为未能监督商标侵权行为和不当使用；或者可能因为疏忽而没有为商标所代表的产品提供一个简单的通用名称等等。

在艾格福(天津)有限公司与四川省富顺县生物化工厂侵犯“敌杀死”商标权纠纷上诉案¹³⁰中，法国罗素·优克福公司早先在中国注册了“敌杀死”、“DECIS”中英文文字及“地球”、“棉桃丰收树”图形商标，并与变更前的原告公司签订了商标许可合同，但是由于商标注册人的管理疏忽，使得中国化工行业标准中将溴氰菊酯的商品名称记载为“敌杀死”；农业部《新编农药手册》中标注溴氰菊酯为中文通用名，其他名称为“敌杀死”。被告将“敌杀死”作为一种农药名称通用名称，并生产了不同浓度的多种敌杀死农药，原告因此遭受了巨大的经济损失。法院以该商标其还未被商标局宣布撤销商标，因而仍应受到商标法保护为由认定了被告的侵权行为，并判决其对原告进行赔偿。“敌杀死”的成分溴氰菊酯（英文名称“deltamethrin”）被收录在《中华人民共和国国家标准 GB4839-2009 农药通用中文名称》中（序号 1110）。本案发生及审理时适用的《商标法》中尚未引入侵权中的合理使用抗辩条款，若用现行《商标法》规范分析本案，被告可以主张即便“敌杀死”为该类产品通用名称，自己在生产的农药上使用这一通用名称也构成《商标法》第五十九条规定的对通用名称的合理使用，不构成商标侵权。虽然本案中未认定“敌杀死”为此类农药产品的通用名称，但从本案事实中可以窥见商标人因自身在管理使用上的疏忽或过错会对商标的价值造成

¹²⁹ 参见赵克：《商标撤销制度中通用名称认定标准研究》，《法律适用》2016年第3期，第73页。

¹³⁰ 参见最高人民法院(1999)知终字第11号民事判决书。

难以挽回的伤害，商标会面临着淡化为通用名称的危险。

在深圳市美洁尔实业有限公司与刘伟侵犯商标专用权纠纷上诉案¹³¹中，上诉人以被上诉人侵犯其“彩漂”商标专用权提起上诉，被控侵权人刘伟、华润万家生活超市（广州）有限公司以中国洗涤用品工业协会作出的《关于“彩漂”注册有关问题的说明》中对彩漂产品的功能描述，以及“彩漂”一词被日化行业的经营和生产者广泛使用为去污漂白产品为由提出抗辩，但是二审法院最终认定其侵权成立。判决理由中除了该词不属于国家标准、行业标准所规范的商品名称外，还认为“彩漂”一词较为简洁且具有暗示作用，以致于被行业内其他人在一定范围用于指称某洗涤用品，但这种情况不应归咎于商标权人。相对于商标权人较长时间在特定洗涤用品上使用而产生的商标显著性，尚不足以认定其已丧失商标应有的显著特征。虽然法院认定上诉人拥有“彩漂”的商标专用权，但通过对判决理由的分析，可以看出，一些商标的用词设计实际上很难避免同行业经营者在一定范围内的使用，随着时间的推移和行业的发展，存在着退化为通用名称的风险。对于商标所有人而言，其真正能对商标所做的保护实际上是有限的，可能公众只是因为某种简单的原因将商标标记或其用词采纳为通用名称，例如该词汇是能够满足日常表达、交流思想或指称某个他们想表述的产品时所能用的最简洁、最易理解的词语。

因商标权人自身的管理疏忽、同行业者或公众的任意使用而使商标退化为通用名称，将会导致了商标显著性的丧失，最终会剥夺商标所有人在该商标上所拥有的权利，使其之前在商标上的投入毁于一旦，带来巨大的利益损失。商标退化很有导致一个原本在市场上获得成功、且伴随高度市场渗透率的产品失去了原本的光环。

ii. 历史原因引起商品通用名称纠纷

商标及地理标志所有人在维权时常常面临着其他经营者或使用人对商标或地理标志在注册前就已为通用名称为由而进行的侵权抗辩。引起注册不当争议的商标通常是指有通用名称的嫌疑的词汇被核准注册在了通用名称所指代的那一类商品上。注册不当的事由通常会和地域性的历史文化、传统风俗或手工技艺等相关联，因此增加了商标局在商标审核中的难度。

在河南省柘城县豫丰种业有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会等商标行政纠纷上诉案¹³²中，第三人三鹰公司以“‘子弹头’在争议商标申请注册之前就是人们长期称呼特定形状及品种辣椒的俗称，已成为约定俗成的特定辣椒品种名称”为由，提出撤销商标申请，尽管商标评委会最终因原告商标仍包含图形部分而达到整体显著性予以维持，但明确“子弹头”文字部分不能再阻止他人正常使用。本案一审法院以约定俗成的通用名称维持了商评委的裁定；二审法院以该名称仅在某些区域内流行，且两地通称为“子弹头”的辣椒品种有明显区别撤销了一审判决和行政裁定书。二审法院对通用名称的认定着眼于广泛性和规范性两个特点上，并指出约定俗成的名称随意性大，欠缺规范性，故应严格把握将其作为认定商品通用名称的分寸。本案不仅反映出在通用名称的认定问题上，各级法院的观点常常存在出入，也可看出在申请人申请注册前，如果没有做好完备的市场调查等前期工作、

¹³¹ 参见广州市中级人民法院(2009)穗中法民三终字第 61 号民事判决书。

¹³² 参见北京市高级人民法院 (2006) 高行终字第 188 号行政判决书。

了解相关行业的各类词汇名称就申请商标，即便获得了注册，也存在涉及通用名称纠纷的风险。

在山东鲁锦实业有限公司诉鄄城县鲁锦工艺品有限责任公司、济宁礼之邦家纺有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案¹³³中，原告“鲁锦”商标在鞋帽服装及纺织物品上注册，被告一辩称原告的“鲁锦”商标早在完成注册前就是工艺技术的一种通用名称，并在应诉同时向商评委提出撤销商标申请。一审法院否认了被告对于通用名称所提供的证据效力，两被告上诉时，被告二再提出“鲁锦”为鲁西南一带特有的民间纺织品通称。二审法院最后根据证据材料，认定鲁锦为山东地区特有民间纺织品通称，地域性并不妨碍认定商品通用名称的事实。同时认定被告鄄城鲁锦公司在其生产的涉案产品的包装盒、包装袋上使用“鲁锦”两字仅是为了表明其产品采用鲁锦面料，其生产技艺具备鲁锦特点，并不具有侵犯鲁锦公司“鲁锦”注册商标专用权的主观恶意，也并非作为商业标识使用，属于正当使用，最终法院认定被告在其企业名称以及生产的涉案产品的包装盒、包装袋上使用“鲁锦”两字不构成侵犯“鲁锦”注册商标专用权的行为。由此可见，一旦商标被认定为含有商品通用名称，将无法避免其他生产经营者对相关词汇的合理使用，从而使得其标识本身的显著性降低，也不利于商标品牌影响力的建立。

经营者为了迅速扩大市场，除了通过创新词汇设计达到令人耳目一新、印象深刻的效果外，也常常利用将历史传统、风土人情、地理环境及其相关表述词汇等因素融入商标标识的方式，使其在相关公众之间迅速传播，扩大知名度因而取得成倍增长的利益。这样就很可能申请注册商标时其标识本身就带有通用名称词汇，这一现象在地理标志的领域内也存在，地理标志本身就常以“产地+商品通用名称”为表现形式，而且其产品也多具有显著的地域特征和历史影响。道地药材也具有这一特征，因此建立道地药材的地理标志保护制度时也要尤为关注由于历史、地理因素带来的将通用名称词汇注册为标志或标志内容的问题，避免后续的纠纷。

II. 地理标志的通用名称化问题

地理标志的通用名称化问题包含两个方面：第一，通用名称词汇是否允许注册为地理标志集体或证明商标；第二，地理标志在使用发展中演变为通用名称的问题。

i. 通用名称注册为地理标志问题

欧盟规范农产品和食品地理标志保护的《210/2006 号条例》中，在第三条第一款规定了“已经成为的通用名称”是指“一种农产品或食品的名称虽然还与其最初生产和销售的地方或地区有关，但已经在共同体内成为该农产品或食品的普通名称”。同时规定了禁止将被确认为通用名称的标记作为地理标志注册。¹³⁴虽然法律禁止已经成为通用名称的词汇作为地理标志，但因为实践和传统不同，现实中欧盟成员国之间通用名称的认定也常常非常复杂。“Feta”案就充分说明了这一问题。

1994 年 1 月，希腊政府向欧盟提出将“Feta”注册为原产地名称，欧洲委员会为此对

¹³³ 参见山东省高级人民法院 (2009) 鲁民三终字第 34 号民事判决书。

¹³⁴ 参见王笑冰：《地理标志法律保护新论——以中欧比较为视角》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 136-137 页。

12 个共同体成员国的 12800 位国民进行了民意调查，结果一半的消费者认为“Feta”是原产地名称，另一半则认为其是通用名称。欧洲委员会根据这一结果于 1996 年 6 月将“Feta”注册为受保护的原产地名称，规定该名称只能用于希腊出产的母羊或者山羊奶酪。而丹麦、德国和法国早在 20 世纪 30 年代就已经合法地使用“Feta”名称销售奶酪（包括牛奶酪），它们向欧洲法院起诉撤销该注册，理由之一就是“Feta”已经成为通用名称。欧洲法院在 1999 年 3 月 16 日作出判决，撤销了欧洲委员会对“Feta”的注册，理由是其没有对“Feta”是否为通用名称的各个因素尽到充分审查的职责，但该判决没有对原告提出的“Feta”为通用名称的主张进行认定。1999 年 10 月 15 日，欧洲委员会就“Feta”是否为通用名称的问题向其每一个成员国发放了详细的调查问卷，得出的调查结论认为在欧共体内“Feta”作为一个普通名称使用，2002 年 10 月，欧洲委员会再次将其注册为受保护的原产地名称。德国、丹麦、法国和英国再次提其要求撤销注册的起诉。欧洲法院在 2005 年驳回起诉，认为其关于“Feta”为通用名称的主张不能成立。¹³⁵

我国《商标法》第十一条规定了“仅有本商品的通用名称”的标志，不得注册为商标，结合第三条的规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标”，应当认为，若地理标志仅由商品的通用名称构成，将不能被作为集体商标或证明商标注册。

ii. 地理标志演变为通用名称问题

导致地理标志演变为通用名称的原因有多种，既有历史的影响，也有地理标志权利人未能积极行使权利对地理标志进行保护的原因。

立法的历史原因使得有些地理标志逐渐演变为通用名称。因为传统上除了欧洲的部分国家外，大多数国家并没有专门的法律制度和成熟的体系对地理标志进行保护，而是通过各种规章文件或是其他法律制度来保护地理标志，由于法律规定的不完善和司法裁判的标准不统一，导致了地理标志保护的不确定性，地理标志权利人常常要遭至败诉的结果。这些不利影响加速了地理标志的通用名称化。例如，英国在其 1887 年的商品商标法中规定，即便地理标志是虚假的，但只要标注了产品的真实产地，该标志就是合法的。¹³⁶

除了历史原因，地理标志演变为通用名称的另一个主要原因是权利人自身的疏忽或过错。除了上文在商标通用名称化中说明的注册或使用不当的因素外，权利人为积极维护自身权利、对地理标志上的各项权利进行保护也是重要原因。权利人对侵犯或者可能侵犯地理标志权的行为视而不见，不积极维权，极有可能导致地理标志被滥用，从而导致地理标志指示地理来源的功能丧失，成为某产品的通用名称。地理标志的价值需要通过权利人的积极正确地使用来维持，也需要权利人持续性地积极维权、排除他人未经许可对地理标志进行使用来保护。如果地理标志指示区域内的产品生产者不积极行使权利，阻止不符合要求的生产者使用，地理标志丧失指示地理来源和保障产品品质功能的丧失几乎成为必然、如法国的地方法院层判定“Camembert”为通用名称，判决的重要理由就是在半个世纪中，原产地的所有人对于该

¹³⁵ 参见王笑冰：《地理标志法律保护新论——以中欧比较为视角》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 137-138 页。

¹³⁶ 参见田芙蓉：《地理标志与通用名称相互转变条件的比较研究》，《知识产权》2016 年第 1 期，第 81 页。

地区之外的生产者在其产品上使用这一标记的行为并没有提出异议。¹³⁷

防止通用名称化是地理标志保护中不可回避的问题。《日内瓦文本》中就规定了：在不违反本文本规定的情况下，已注册原产地名称和已注册地理标志不能被认为已在一个缔约方成为通用名称。法国《消费者法典》中也规定了，原产地名称一经注册，该地理名称就不能被视为通用名称，也不能进入公共领域。我国《商标法》第四十九条规定，注册商标成为其核定使用的商品的通用名称的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。因此，在道地药材地理标志的保护中，要充分发挥地理标志集体或证明商标的作用，建立和维护其品牌效应，必须要防止地理标志商标在使用中演变为产品的通用名称。一旦发生，被其他人提出，就会对商标的价值造成伤害。在常州开古茶叶食品有限公司与浙江省农业技术推广中心侵害商标权纠纷再审申请案¹³⁸中，浙江省农业技术推广中心为“龙井茶”地理标志证明商标的权利人，认为常州开古茶叶食品有限公司在其生产销售的茶叶商品包装盒的正面和背面显著标注“龙井茶”字样侵犯其商标专用权，开古公司提出了被诉侵权行为是对“龙井茶”这一通用名称的合理使用。对这一问题法院在裁定书中进行了详细论述：“源于特定的地域性自然因素，经过长期的地域性人文积累，‘龙井茶’已与其产地、制造方法等特定品质密切相连，作为地理标志证明商标，体现了特定质量、信誉等自然因素和人文因素，具备极高的显著性特征。”法院最终认定“龙井茶”不是绿茶的通用名称，开古公司的行为构成对权利人商标专用权的侵犯。但在另一个案件中，原被告也是浙江省农业技术推广中心与常州开古茶叶食品有限公司，原告提出被告在商品包装上突出使用“龙井”侵犯其注册商标专用权。一审法院北京市朝阳区人民法院与二审法院北京知识产权法院均认为，“龙井”是一个著名的绿茶品种，已经成为通用名称，不能禁止他人正当使用，认定被告行为不侵犯原告的商标专用权。¹³⁹可见，地理标志的通用名称化问题在各国地理标志的保护中都存在着矛盾和分歧，即便有通用名称禁止注册为商标以及合理使用的相关规定，在实践中对于某一地理标志产品名称是否已经成为通用名称依然存在很大争议。

2、侵权认定的混淆可能性判断

地理标志在我国商标法律体系下的保护途径主要是通过注册为集体商标和证明商标来实现。《商标法》第三条规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。”和普通的商品商标及服务商标一样，地理标志注册为集体商标或者证明商标、获得商标专用权，需要经过商标局的审批、核准、公示等程序。在地理标志集体或证明商标的注册申请及侵权案件审理中，必须直面地理标志集体或证明商标与普通商标的近似性比对，即在地理标志商标相关侵权纠纷认定中，是否像普通商标侵权纠纷一样，以混淆可能性为判断基准。是应当依据《商标法》第三十条对地理标志集体或证明商标与普通商标进行近似性比对，判断其是否构成近似标志，

¹³⁷ 参见田芙蓉：《地理标志与通用名称相互转变条件的比较研究》，《知识产权》2016年第1期，第82页。

¹³⁸ 参见浙江省高级人民法院(2016)浙民申1589号民事裁定书。

¹³⁹ 参见北京市朝阳区人民法院(2015)朝民(知)初字第24328号民事判决书，北京知识产权法院(2016)京73民终1145号民事判决书。

会造成相关公众混淆、误认，如果会造成消费者混淆则认定构成侵权；还是注重地理标志的品质保障功能，关键在于判断标志是否让消费者误认为该商标使用的商品具备地理标志证明的品质，而不是将两个标志及使用的商品进行对比判断是否造成混淆。

在侵权认定中，是否应当将地理标志集体或证明商标与普通商标进行近似性比对、适用禁止混淆原则，在实践中一直存在争论。支持的观点认为，首先，地理标志虽然与普通商标由不同的功能，但是它仍然是一种区别性商业标记，能够区分商品的地理来源，消费者可以凭借地理标志将商品与提供该商品的特定生产团体联系起来，这与商标区分特定来源的功能是一致的。其次，地理标志虽然强调品质保障的功能，但这种品质保证实际上也在消费者心中建立起商品的品质与标志所指示的特定来源之间的联系。因此地理标志与普通商标都具备区分商品来源这一商标的本质功能，不能因为它们具体功能的差异而排除禁止混淆原则对解决地理标志与普通商标权利冲突的适用。¹⁴⁰并且，禁止混淆原则是商标法保护地理标志的基石，在《商标法》没有特别规定基于混淆原则的近似性审查仅适用于普通商标，而不适用于地理标志的情况下，该原则当然适用于解决普通商标与地理标志之间的冲突。在这一基本原则下，对地理标志集体或证明商标与普通商标进行近似性比对，更有利于保护地理标志和发挥地理标志对社会经济发展的促进作用。¹⁴¹

司法实践中法院不同的裁判思路也直接反映了这一负有争议性的问题。在长沙玉露企业营销策划有限公司等诉国家工商行政管理总局商标评审委员会因商标异议复审行政纠纷案¹⁴²中，长沙玉露公司是“玉露及图”商标（2000年4月21日被核准注册，续展后专用权期限至2020年4月20日）的所有人，2008年6月3日，恩施玉露协会向商标局提出“恩施玉露 ENSHIYULU 及图”证明商标，长沙玉露公司认为该地理标志证明商标与自己所有的“玉露及图”商标构成近似。北京市高级人民法院在判决理由中指出：“地理标志的功能主要在于标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定。而商品商标或者服务商标的主要功能在于区分商品或者服务的来源，与使用该商标的商品是否来源于某地商标是否构成使用在相同或类似商品上的近似商标进行比较时，不应将具有不同功能的证明商标与商品商标、服务商标进行近似性的比对。”在永胜县他留乌骨鸡养殖协会诉国家工商行政管理总局商标评审委员会等商标争议行政纠纷案¹⁴³中，云南省永胜县他留乌骨鸡养殖协会申请注册“他留乌骨鸡 Ta Liu Wu Gu Ji 及图”地理标志证明商标，“他留 TALIU 及图”商标的所有人永胜福凤禽业有限责任公司提出异议，商评委审查后认定诉争商标与引证商标构成使用在类似商品上的近似商标，裁定诉争商标“他留乌骨鸡 Ta Liu Wu Gu Ji 及图”予以撤销。他留乌骨鸡养殖协会不服，诉至北京市第一中级人民法院。北京市第一中级人民法院在判决书中指出：“在本案中作为证明商标而申请注册的争议商标，其主要功能在于表明所提供商品的原产地、禽类品种、饲养方式、禽类质量、形态特征等特定品质。上述特定品质主要由永胜县六德乡的自然条件以及人

¹⁴⁰ 参见刘国栋：《地理标志与普通商标冲突的解决适用禁止混淆原则》，《中华商标》2014年第9期，第19-20页。

¹⁴¹ 参见石月炜：《地理标志证明商标近似性比对的司法实践》，《中华商标》2017年第9期，第75页。

¹⁴² 参见北京市高级人民法院（2013）高行终字第1201号行政判决书。

¹⁴³ 参见北京市第一中级人民法院（2014）一中知行初字第1602号行政判决书。

文因素所决定。而引证商标为商品商标，其主要功能在于区分商品的来源，至于使用该商标的商品是否来源于某地区，以及该商品的特定品质等其他特征是否主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定并无直接关联。基于上述分析，在适用《商标法》第二十八条¹⁴⁴对相关商标是否构成使用在相同或类似商品上的近似商标进行比较时，不应将具有不同功能的证明商标与商品商标进行近似性的比对。”

司法实践中也有很多法院在相关纠纷的判决中将地理标志集体或证明商标与普通商标进行近似性对比。在内蒙古新三维国际经济技术合作股份有限公司等诉国家工商行政管理总局商标评审委员会商标权无效宣告请求行政纠纷案¹⁴⁵中，阿鲁科尔沁牛业协会申请注册“阿鲁科尔沁牛肉 A LU KEER QIN NIU ROU 及图(指定颜色)”商标，内蒙古新三维国际经济技术合作股份有限公司认为该地理标志证明商标与自己所有已经获得注册的“科爾沁 KERCHIN”商标和“科尔沁”商标构成近似商标，北京市高级人民法院在判决中对诉争商标与引证商标进行了近似性对比，认为从字体大小、文字呼叫等方面综合考虑，汉字“阿鲁科尔沁牛肉”及相应蒙文属于诉争商标的显著识别部分，引证商标的显著部分为“科尔沁”，“具有明确的固定含义，相关公众不易产生混淆误认，且争议商标标志整体与两引证商标亦有所区别，因此，争议商标与两引证商标未构成近似商标。”在2016年审理的纳帕河谷酿酒人协会上诉国家工商行政管理总局商标评审委员会商标异议复审案¹⁴⁶中，北京市高级人民法院也对其在“恩施玉露 ENSHIYULU 及图”地理标志证明商标案中以及在《北京市高院关于商标授权确权行政案件的审理指南》中的观点进行了调整。本案中诉争商标是浙江中商投资有限公司申请注册的“螺旋卡帕 SCREW KAPPA NAPA”商标，纳帕河谷酿酒人协会以其在先申请注册的“NAPA VALLEY 100% 及图”地理标志证明商标作为引证商标提出异议申请，北京市高级人民法院在判决中对二者是否构成近似、会造成混淆误认进行了对比判断，认为：“被异议商标由中文‘螺旋卡帕’和英文‘SCREW KAPPA NAPA’组合而成。根据第144号公告等证据，‘纳帕河谷(NapaValley)’是在中国获得保护的使用在葡萄酒商品上的地理标志。虽然被异议商标中仅包含了地理标志‘纳帕河谷(NapaValley)’中的一个英文单词，但‘纳’和‘Napa’分别是该地理标志中英文表达方式中最为显著的识别部分，相关公众在葡萄酒商品上见到‘NAPA’一词时，即容易将其与‘纳帕河谷(NapaValley)’地理标志联系在一起，误认为使用该标志的相关商品是来源于上述地理标志所标示地区的商品。因此，被异议商标的申请注册违反了商标法第十六条第一款的规定。”在湖州市南浔区善琏湖笔行业协会诉周月娇等侵害商标权纠纷案¹⁴⁷中，原告善琏湖笔行业协会申请注册了“善琏湖笔”地理标志证明商标，核定使用商品为第16类的毛笔，被告周月娇售卖的毛笔上印有“善琏湖笔”字样，原告认为被告侵犯了自己的注册商标专用权因而向法院起诉。杭州市滨江区人民法院在裁判中首先确认被诉侵权毛笔笔管上端醒目位置使用了“善琏湖笔”标识，起到了标示商品

¹⁴⁴ 本案适用2001年《商标法》，其中第二十八条规定：申请注册的商标，凡不符合本法有关规定或者同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的，由商标局驳回申请，不予公告。

¹⁴⁵ 参见北京市高级人民法院(2016)京行终5209号行政判决书。

¹⁴⁶ 参见北京市高级人民法院(2016)京行2295号行政判决书。

¹⁴⁷ 参见浙江省杭州市滨江区人民法院(2017)浙0108民初6710号民事判决书。

来源的作用，因而对该标记的使用属于商标意义上的使用；进而将“善琏湖笔”地理标志证明商标与该标记进行了近似性比，认为原告的地理标志证明商标“由‘善琏湖笔’文字及环绕周边的花纹组成，其显著识别部分显然为‘善琏湖笔’文字，将该‘善琏湖笔’文字与被诉侵权商品上使用的‘善琏湖笔’标识相比，两者文字，音、义相同，仅在字体上略有区别，但这种区别对商标标识的识别性特征未产生实质影响，故两者仍属近似标识。”

3、侵权抗辩中的合理使用事由

以申请为地理标志的方式对道地药材进行保护，必然会面临的另一重要问题，即在权利人通过地理标志的维权方式，控诉其他使用人侵权时，被控侵权人常常提出其对于地理标志本身表述或其部分内容的使用是合理使用这一有力理由。地理标志常常以“地名+产品通用名称”的方式表现出来，地名与通用名称也属于公共资源的范畴，各国商标法对其作为商标标记内容的保护非常有限，法院在相关纠纷中出于公共利益的考量很可能判定被控侵权人的行为属于合理使用而不构成对地理标志权利的侵犯。因此在道地药材的地理标志保护过程中，侵权抗辩中的合理使用事由会成为权利人维权的一大阻碍。

(1) 地理标志商标的合理使用的理论依据

I. 公平正义的法哲学以及公共利益的需要

公平正义是法律的重要价值，公平原则是法律的重要原则。公平原则在司法领域主要表现为：各方主体之间公平相待，本着互利有偿、经济利益合理照顾的原则进行交换，在法定的范围内应兼顾不同当事人之间的利益，财产责任合理分担，当权利人的财产受到损害时应得到同等的价值补偿等。¹⁴⁸ 合理使用制度便是商标法律制度中实现公平原则和兼顾社会公众利益的重要制度，对地理标志权利人的限制说明权利人不能在所有的情况下对其标志中的地名及通用名称要素进行垄断使用。

符合相关条件的组织是某地理标志的申请和管理人，地理标志会给这一组织及其会员企业带来利益。利益的总量是恒定的，一旦对一方的利益进行过多的保护，另一方的利益必然减少。因此商标法律制度对于地理标志的保护应当是有限的，应当允许对地理标志进行合理使用。如果法律不建立起利益的平衡机制，那么必然会侵犯他人和社会公众的利益，致使地理标志不能够发挥出应有的实际价值。申请地理标志或将其注册为集体商标、证明商标的目的就在于通过商标法的保护减少其他权益对地理标志自身利益的侵害或者是排除其他权益对地理标志的干扰，进而使地理标志的价值得到充分的展现。但是，地理标志利益的展现却不是无限制无约束的，必须以不侵犯他人或社会公众的利益为基础和前提，也就是说得容忍他人或社会公众利益的展现，那么就允许他人或社会公众对地理标志进行合理的使用。允许对地理标志商标，主要是其中的地名及通用名称要素合理使用的主要目的是实现商标法的公共利益，防止地理标志权利人滥用权利。

II. 经济利益的分析

¹⁴⁸ 参见吴汉东：《著作权合理使用制度研究》，中国政法大学出版社2005年版，第44页。

知识产权不仅是一种私权，更是一种财产性权利，它是知识产权人的私人财产。那么，对于商标权而言，商标权也是一种财产性权利，能够给商标权人带来经济利益。并且商标是商标权人的智力劳动成果，是商标权人获得经济利益的有力工具。因此，法律对商标权给予保护是必要的，也是符合社会发展规律的。但是，现代知识产权从 1629 年英国的“垄断法规”开始，就被明确地打上了垄断的烙印。¹⁴⁹事实上，对知识产权进行保护这一观念和做法本身就遭受过各方尤其是来自经济学的部分人的反对，反对的主要理由是知识产权在垄断性保护的过程中并不能产生人民预想的经济效果。可见，在对于商标等知识产权提供保护的问题上存在着分歧，实际上是私人财产利益与社会公众利益之间存在不均衡的客观反映。那么，商标权在获得知识产权垄断性保护时就应该受到必要的限制而达到利益的平衡，也就是说允许他人和社会公众对商标的合理使用。

(2) 地理标志商标构成要素合理使用的判断考量因素

利用地理标志制度对地道药材进行保护，必须要明确地理标志商标的合理使用判定要素。虽然我国还未对满足什么条件时构成对地理标志商标构成要素的合理使用进行法律上的明确规定，但地理标志的侵权纠纷中涉及合理使用抗辩问题的，在司法实践中有很多案例，通过对这些案件的分析可以窥见一些被司法实践通常会进行衡量的地理标志合理使用的判定因素。

I. 地理标志商标中通用名称的合理使用

通用名称词汇完全属于公共资源范畴，不能为某一主体垄断。地理标志集体或证明商标中通常会含有商品的通用名称，对其中通用名称的合理使用实际上是赋予商标权人竞争者客观合理地描述自己产品的权利。因此，他人以描述自己的产品为目的，对地理标志商标中的通用名称进行非商标意义上的使用，应当认为其构成合理使用，没有侵犯商标专用权。在具体案例中判断是否构成对通用名称的合理使用，有以下考量因素。

i. 使用人的主观状态

使用人对通用名称的使用必须是以描述自己产品为目的，进行善意的、合理的使用。善意是一种主观的状态，法院在具体案件的裁量中通常会结合案件客观情形和使用人的具体行为方式来认定。在射阳县大米协会诉赵长军等侵害注册商标专用权纠纷案¹⁵⁰中，射阳县大米协会是“射阳大米及图”地理标志集体商标的权利人，原告认为被告赵长军在其经营的“赵家粮铺”销售滨海县以祝米厂（本案另一被告）生产的标有“射场大米”的大米商品侵犯了其商标专用权。被告在答辩中提出，“射场”注册商标是朱坦申请的注册商标，滨海县以祝米厂获得其许可使用。“大米”是商品“米”的通用名称，指定使用在“米”商品上不享有专用权。在注册商标后面加上指定使用商品的通用名称是商家的通常做法。“射场”注册商标后面加上本商品的通用名称“大米 dami”并无不当，原告射阳县大米协会无权禁止其使用。法院在判决中指出，被告滨海县以祝米厂在 2009 年 8 月经案外人朱坦许可使用“射场”

¹⁴⁹ 参见董炳和：《地理标志知识产权制度研究——构建以利益分享为基础的权利体系》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 153 页。

¹⁵⁰ 参见江苏省盐城市中级人民法院(2014)盐知民初字第 00078 号民事判决书。

注册商标。此时，原告射阳县大米协会的“射阳大米及图”集体商标已被江苏省工商行政管理局认定为江苏省著名商标，已经具有一定的知名度。滨海与射阳为江苏盐城下属的两个县级城市，地域毗邻，被告滨海县以祝米厂不可能不知晓原告的“射阳大米及图”集体商标的存在，其在生产、经营过程中应当对该集体商标进行避让。但是，被告滨海县以祝米厂在使用“射场”注册商标过程中，故意将“射场”注册商标与“大米”、“dami”标识组合成“射场大米”商标使用，使“射场大米”商标与原告的“射阳大米及图”集体商标具有一定的相似性，其主观上明显具有攀附他人商誉的故意。最终认定被告的行为不属于合理使用，构成对原告“射阳大米及图”集体商标权利的侵犯。在山东鲁锦实业有限公司诉鄄城县鲁锦工艺品有限责任公司、济宁礼之邦家纺有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案¹⁵¹中，原告山东鲁锦实业有限公司诉称被告鄄城县鲁锦工艺品有限责任公司、济宁礼之邦家纺有限公司大量生产、销售标有“鲁锦”字样的鲁锦产品，侵犯其“鲁锦”注册商标专用权。法院在裁判时首先认定“鲁锦”已成为具有地域性特点的棉纺织品的通用名称，然后指明鄄城鲁锦公司在其生产的涉嫌侵权产品的包装盒、包装袋上使用“鲁锦”两字，仅是为了表明其产品是鲁锦面料的，其生产技艺是符合鲁锦生产特点的，不具有侵犯山东鲁锦公司“鲁锦”商标专用权的主观恶意，不构成对“鲁锦”商标专用权的侵犯。

ii. 具体使用方式

除了内心的主观状态是善意，在外在表现形式上，使用人对地理标志商标中通用名称的使用必须是非商标意义上的使用，如突出标注自己的商标或者其文字的使用形式和已注册的商标的表现形式有明显区别等。法院在裁判时一般会结合具体的标识表现方式来认定其是否构成合理使用。在福州米厂诉五常市金福泰农业股份有限公司等侵害注册商标专用权纠纷再审案¹⁵²中，再审申请人认为被申请人对“稻花香”文字及其拼音进行不当的商标性突出使用，侵犯其地理标志证明商标权。最高人民法院在判决理由中指出，“由于‘稻花香’属于五常特定产区的大米品种，而五常公司就是五常当地一家专门的制米企业，其对‘稻花香’一词文字及拼音的使用只是为了说明品种来源，并未进行商标性的不当突出使用，亦符合大米产品一般会在其包装正面注明品种类别的行业惯例，故其使用目的并不是为了借助福州米厂的商标商誉进行“傍品牌、搭便车”。其使用具有客观合理性，主观上系出于善意。

II. 地理标志商标中地名的合理使用

地名本身是公共资源，不应当被独占，我国《商标法》第十条也对地名注册为商标作了严格的限制性规定。地名的合理使用一直是商标法律实践中纠纷频繁的问题，在判断是否构成合理使用时应当结合案情重点考虑下列因素。

i. 主体资格

判定构成对地理标志集体或证明商标中的地名要素的合理使用，使用主体应当具有正当性。第一，该主体应该在注册地理标志商标的商品划定的生产地域范围以及特定的自然条件范围之内。在舟山市水产流通与加工行业协会与北京申马人食品销售有限公司、北京华冠商

¹⁵¹ 参见最高人民法院指导案例46号。

¹⁵² 参见最高人民法院(2016)最高法民再374号判决书。

贸有限公司侵害商标权纠纷上诉案¹⁵³中，上诉人舟山水产协会认为被上诉人在商品包装上使用“舟山带鱼”字样的行为构成对其地理标志证明商标权的侵犯，被上诉人认为其对“舟山带鱼”文字的使用是合理使用。二审法院在判决中指出，被上诉人“虽然没有向舟山水产协会提出使用涉案商标的要求，但如果其生产、销售的带鱼商品确实产自浙江舟山海域，则舟山水产协会不能剥夺其在该带鱼商品上用“舟山”来标识商品产地的权利，包括以本案中的方式——“舟山精选带鱼段”对其商品进行标示。”第二，就是当使用主体生产经营的商品或者服务满足地理标志所要求的品质或者特性时，即其生产经营的产品是基于地理标志所指向区域的特殊地理自然条件与人文因素，比如是经过特殊的生产加工技艺而形成，同时达到地理标志要求的标准时，才具备对地理标志商标中特定地名合理使用的主体资格。

ii. 使用目的应当善意

对普通商标中要素的合理使用要求使用主体具备善意的目的，而对地理标志商标中地名的合理使用更应如此，其目的仅仅是为了使用地名这一公共资源，而不能抱有不正当竞争的意图。比如使用主体将地理标志使用于自己产品的装潢，或用以叙述、说明产品的特质与地理来源，或只是对商业活动中客观事实的描绘，而不是直接的把地名以商标性方式来使用。此目的是为了除了保护商标专用权人与不特定消费者的公共利益，因为地理标志不同于普通商标，一是专用权人不是特定的主体，而具有集体性和群体性；二是除了向消费者指示商品的来源外，更多的是给消费者内心一种信誉与品质的保障，辐射的消费群体范围更广，数量更多。据此，对地理标志中地名的合理使用的善意程度应当要明显高于普通商标。在古丈茶业发展研究中心与湖南省华茗茶业有限公司、湖南平和堂实业有限公司侵犯商标专用权纠纷案¹⁵⁴中，原告是“古丈毛尖”地理标志注册商标权人，原告认为二被告生产和销售标注有“古丈毛尖”字样的茶叶侵犯其商标专用权，被告提出了合理使用抗辩。法院在判决中指出：“商标法中的正当使用为善意使用，被告华茗公司刻意隐藏其‘壶珍+图形’注册商标，而突出‘古丈毛尖’文字，该使用行为易造成混淆误认，故其主观非属善意”。在山西沁州黄小米(集团)有限公司与山西沁州檀山皇小米发展有限公司等侵害商标权纠纷申请案¹⁵⁵中，对于檀山皇发展公司、檀山皇基地公司使用“沁州黄”文字是否属于正当使用，是否侵犯被申请人的“沁州”注册商标专用权问题，最高人民法院认为“檀山皇发展公司、檀山皇基地公司在其生产销售的小米商品包装明显位置使用了自己的注册商标，其在包装上使用‘沁州黄’文字以表明小米品种来源的行为，属于正当使用，并无不当。檀山皇发展公司、檀山皇基地公司没有突出使用‘沁州’文字，也没有证据证明其攀附‘沁州’注册商标商誉的主观恶意。因此，二审判决关于檀山皇发展公司、檀山皇基地公司使用‘沁州黄’文字属于正当使用，不侵犯‘沁州’注册商标专用权的认定正确，适用法律并无不当。”

iii. 避免误导公众

地理标志集体或证明商标侵权纠纷中，混淆误人包括两个方面，一是对商品来源产生误认，这与普通商标一致；二是对商品品质的误认，这是与地理保障的品质保障功能紧密相连

¹⁵³ 参见北京市高级人民法院(2012)高民终字第58号民事判决书。

¹⁵⁴ 参见湖南省长沙市天心区人民法院(2008)天民初字第2500号民事判决书。

¹⁵⁵ 参见最高人民法院(2013)民申字第1642号民事裁定书。

的,如果被控侵权人对标记的使用会造成相关公众误认其商品具有地理标志所承载的商品品质,那么应当认为其构成侵权。在地理标志商标的地名合理使用中,这二者需要兼顾,但更应注重地理标志的品质保障功能,避免相关公众对产品的特定品质产生误认。

一方面,在对地名进行合理使用时,底线是不能误导消费者,混淆公众对商品或者服务来源的识别。对于制造混淆来使消费者混淆的使用行为是不能被允许的。因为使用主体不正当的使用行为会破坏竞争秩序,同时在“注意力经济时代”还会使得消费者付出更多的成本来对产品予以选择。随着商标混淆理论的扩张,地理标志在合理使用在引起混淆时同样适用这种混淆的扩张。只要使用者对地名的使用对消费者或者潜在的消费者产生了间接的或者是购物前后的混淆¹⁵⁶,让消费者在使用主体生产经营的商品或者服务同地理标志商标的主体之间有了任何经济关系上的“联想”时,就不能认定为对地理标志中地名的合理使用。在内蒙古鄂尔多斯资源股份有限公司诉清河县炫彩贸易有限公司等侵害商标权纠纷案¹⁵⁷中,原告认为被告在其绒线及毛线商品上突出使用了与原告注册商标显著要素“鄂尔多斯”标识完全相同的“鄂尔多斯”文字标识侵犯了其注册商标专用权。法院在判决理由中对被告对“鄂尔多斯”文字的使用方式进行了具体分析:“首先,虽然‘鄂尔多斯’作为地名的使用时间早于涉案商标注册时间,但涉案商标中的‘鄂尔多斯’文字系特殊的艺术字体,文字书写方式有其独有特点,被控侵权产品上使用的‘鄂尔多斯’文字字体与涉案商标中的‘鄂尔多斯’文字字体完全相同,而同一包装卷纸上的其他文字则为普通字体文字,显然被控侵权产品上的该‘鄂尔多斯’字样并非用于表明产品原料原产地;其次,被控产品上‘鄂尔多斯’后虽标有‘特产’字样,但从字体大小来看,‘鄂尔多斯’字样系以较大、醒目的字体突出使用,而‘特产’二字字体很小,且标注在‘鄂尔多斯’文字右下角,不易引人注意,”法院认为,从标记方式上可以看出,被告在被控侵权产品上使用的“鄂尔多斯”字样已远超对其地名含义的合理使用,明显具有突出使用“鄂尔多斯”以期混淆商品来源的意图,属于商标使用行为,构成对原告注册商标专用权的侵犯。

另一方面,地理标志产品在市场竞争中的最大优势就是自身的特定品质。因此在相关侵权纠纷对合理使用抗辩进行分析时,要重点关注被控侵权人的使用方式是否会造成相关公众误认为其产品具有地理标志产品的特定品质,谨防他人不正当地利用地理标志所承载的品质信誉,搭上地理标志的便车,分享地理标志带来的信誉与影响力。在对具体案件中的使用行为进行判断时,应考虑表明方式是否刻意突出了该地理标志,是否符合行业惯例所要求的使用形式,以及是否加以图文进行一定的排版等形式予以说明等因素。在开原市钜富商贸有限公司与五常市大米协会侵害商标权纠纷上诉案¹⁵⁸中,五常市大米协会为“五常 WUCHANG 及图”证明商标、“五常大米”证明商标的商标专用权人,认为钜富公司在其销售的大米商品上使用“五常”字样侵犯其注册商标专用权。法院在判决中指明:“是否侵犯证明商标权利,不能以被诉侵权行为是否容易导致相关公众对商品来源产生混淆作为判断标准,而应当以被诉侵权行为是否容易导致相关公众对商品的原产地等特定品质产生误认作为判断标准。涉案

¹⁵⁶ 参见邓宏光:《商标混淆理论的扩张》,《电子知识产权》2007年第10期,第38-39页。

¹⁵⁷ 参见杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110民初17278号民事判决书。

¹⁵⁸ 参见黑龙江省高级人民法院(2018)黑民终2号民事判决书。

‘五常大米’证明商标在全国范围内具有较高知名度,表明商品来源地域的‘五常’系该商标中的主要组成部分,钜富公司未经五常市大米协会许可,突出使用‘五常大米’及含有‘五常’字样的相关标志易导致相关公众认为该商品系经过五常市大米协会许可使用该证明商标的产品,导致相关公众对商品的原产地等特定品质产生混淆,符合《中华人民共和国商标法实施条例》第七十六条‘在同一种商品或者类似商品上将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用,误导公众的’情形,侵犯注册商标专用权。”

四、道地药材地理标志保护的具体制度设计

道地药材地理标志保护包括种质资源的保护、种植、采收、加工炮制方法的保护,道地药材相关传统文化的保护等多个方面,因此,完善的道地药材保护制度,至少应当包括以下几点:首先应当具有完善的法律制度体系。道地药材保护制度应当包括申请、受理、审查、认定、授权、使用、监督与相应的侵权救济程序。通过法律规定道地药材保护的原则与方案,相应的行政法规规定实施细则与补充规定。其次,审查审理机构应当通过专业人员具备道地药材的质量效用等方面进行实质审查的能力,道地药材的“道地性”体现在其优于普通药材的质量与效用。因此,在道地药材地理标志的审查中,最重要的是对于其质量与效用的确认。这里的实质审查需要一定的专业技术人员的支持。再次,申请人应当具备道地药材从生产到销售的全流程监管能力。最后,对地理标志侵权行为,还要有完善的侵权救济程序。

综合上述三种地理标志保护制度,本文认为,对道地药材进行地理标志保护宜以集体商标与证明商标保护体系为主体。理由如下:

(1) 道地药材地理标志模式应当以私法保护模式为基础,特定环节引入公法保护模式。正确选择道地药材地理标志保护模式的前提是正确界定道地药材地理标志的法律属性,即道地药材地理标志属于公权还是私权。本研究认为,道地药材地理标志属于私权,对其保护应当以私权保护为基础。

首先,地理标志属于私权利。地理标志属于知识产权。在国际法中,TRIPs 协议在其序言中规定“承认知识产权为私权”,因此按照 TRIPs 协议的规定,知识产权是一种私权利,地理标志的所有权也应当属于一种私权利。在国内法中,我国把知识产权作为一种民事权利予以保护,而民事权利属于私权。在权利主体方面,尽管地理标志的所有人或使用人不能是某地域内的一个企业或者个人,而应当由该地理区域内满足条件的所有主体共同所有与使用,但是,这种使用主体范围的扩大丝毫也不能改变地理标志的私权属性。¹⁵⁹因此,把地理标志权界定为私权是比较合理的。

其次,对于地理标志这种私权利采用单独的公法保护模式是不可行的,在地理标志保护的公法模式中,以原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护制度为例,《地理标志产品保护规定》第五条明确:申请地理标志产品保护,应按照规定经审查批准。使用地理标志产品专用标志,必须注册登记,并接受监督管理。《中华人民共和国行政许可法》第二条规定,行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。显然,虽然在相关行政法规中没有明确,但根据《行政许可法》之规

¹⁵⁹ 参见谢冬伟:《“入世”与我国原产地名称(地理标志)的保护》,《商标通讯》2001年第4期,第37页。

定,地理标志的注册行为属于行政许可。并且该制度中并没有规定地理标志的所有权的归属,授予申请者的仅为地理标志的使用权,且该权利不得转让。这不仅与地理标志的私权属性背道而驰,也不能适应道地药材地理保护的需求。道地药材地理标志的形成不是人为创设的,而是基于特定地理环境、人文环境长期积淀,最后被社会所公认的结果,这是道地药材地理标志具有较高社会声誉的根本。因此道地药材地理标志所有权的主体应当是道地产区生产者组成的集体,并且行政许可也不应当是道地药材地理标志应予保护的前提。另外,上文中已经论述,道地药材的产区并不是固定不变的,尤其是中药 GAP 推行以来,相当数量的道地药材开展了异地引种工作,公法保护模式中对地理标志流转的限制显然不适应目前道地药材地理标志保护的需要。

但是,道地药材地理标志的保护也不能仅仅依靠私法保护模式。在宏观的知识产权保护层面上,虽然知识产权法在传统上也被认为是一部私法,但是私权保护也存在着重要的公共利益,在当代,知识产权的私权性并没有发生变化,但国家介入因素在增强。¹⁶⁰从知识产权法所调整的社会关系的内容来看,知识产权法不仅规范知识产权创造者因为智力创作活动的私法关系,同时它也规范国家机关与知识产权创造者之间的行政管理关系,另外在知识产权法中大量存在的对知识产权所有者权利限制的条款与对侵犯知识产权的行政处罚条款也体现了国家公权对私权的介入。¹⁶¹具体到道地药材地理标志的保护上,单独的私法保护模式已经不能满足道地药材保护的需要。私权保护主要是赋予道地药材权利人一定的专有权以达到合法利用道地药材地理标志的目的,制止滥用或未经允许使用地理标志等行为。按照私权保护的属性,在道地药材地理标志权受到侵害时应由权利人请求法律保护,国家则通过完善司法救济体系满足私权救济的需求。但是,尽管权利人可以通过私法救济渠道对侵害道地药材知识产权的行为可以依法请求停止侵害、消除影响、赔偿损失等,但这种法律运行模式对于道地药材一旦消逝不可再生的特性却无能为力,体现出了私法救济的滞后性。

综合以上分析,本研究认为,道地药材保护需以私权保护模式为基础,在特定环节引入公法保护模式。将道地药材地理标志作为专有权给予私法保护是最基本的法律形式。但道地药材的保护不应该止步于私法保护,道地药材关系到国家的公共利益,涉及到人民生产生活的传统医药和农业知识,蕴含着民族历史的文化传统,直接关系到社会的整体利益。因此,对道地药材地理标志保护最好是在私法保护明显滞后的环节引入公法保护,例如通过行政手段对道地药材地理标志的产品质量进行监管,对侵犯道地药材地理标志专用权的行为进行打击。

对道地药材地理标志的私权保护模式中引入公权保护,并不意味着淡化道地药材地理标志的私权属性。国家公权力主动介入对道地药材地理标志保护,能够充分体现出公权对道地药材中涉及的公共利益的保障,但道地药材知识产权在性质上仍属于私权。对与道地药材地理标志保护制度而言,其基础仍然应当建立在调整道地药材生产者与道地药材地理标志使用者之间的人身权和财产权的民事法律关系之上。

(2) 原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护制度与原农业部农产品地理标

¹⁶⁰ 参见冯晓青:《知识产权法利益平衡理论》,中国政法大学出版社2006年版,第304页。

¹⁶¹ 参见李玉香:《知识产权的私权性和权利让渡》,《人民司法》2003年第5期,第53页。

志产品保护制度都具有不适宜道地药材地理标志保护的缺陷

在原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护制度方面，如上所述，根据《地理标志产品保护规定》，原国家质量监督检验检疫总局建立了地理标志产品保护制度。国家质检总局对地理标志的管理职责主要划分为：国家质检总局统一管理全国的地理标志产品保护工作，负责地理标志管理办法的制定、组织调和监督管理。各地出入境检验检疫局和质量技术监督局依照职能开展地理标志产品保护工作，负责其辖区内的地理标志保护申请的受理、初审、报送注册和监督检验管理。该体系着重规定了地理标志产品的相关技术规范 and 标准，但其立法规定过分偏重于此，反而在地理标志侵权方面对相应的救济渠道。规定较少，仅规定了在出现违反《地理标志产品保护规定》的情况时，质量技术监督部门和出入境检验检疫部门将依法进行查处，并未进一步规定具体的处罚标准与处罚措施，缺乏实用性。具体到道地药材地理标志，在出现如非道地产区药材以道地药材之名销售，不符合道地药材相关标准和管理规范要求而使用道地药材地理标志等情况时，质量技术监督部门仅可以对该行为进行警告，罚款，责令停产停业等处罚，远不能填补被侵权人遭受的损失。在质量监管方面，该体系对地理产品质量的监管由各地质检机构负责。而道地药材类别和品种的甄别需要具备中医药学知识背景，各地的质检局通常并不配备专业的中药材从业人员，对于中药材质量、产量、生产流程的控制往往没有相应的技术支持，在这方面不具备专业优势。在权限方面，《地理标志产品保护规定》规定地理标志的法定标准由国家标准化行政主管部门或省级地方政府制定，由省级质量技术监督部门、直属出入境检验检疫部门指定的检验机构承担相应的质量检验。但在我国 2001 年 12 月实施的《药品管理法》授权食品药品监督管理局为中药材的标准制定和质量检验的主管部门。且质检总局行使地理标志产品认证职权的主要依据是其 2005 年颁布的《地理标志保护规定》。该规定属于部门规章，法律效力较低，并且没有和《专利法》、《商标法》这些较为传统的知识产权接轨，立法部门之间也没有协调配合，导致实际适用时，交叉混合管理现象严重。

在原农业部农产品地理标志产品保护制度方面，根据《农业法》与《农产品地理标志管理办法》，农业部负责农产品地理标志的审查与保护。但是与原质检总局的地理标志产品保护类似，《农业法》虽然授权农业行政部门进行地理标志认证，但是《农业法》本身没有《商标法》保护体系配套的法律救济程序相支持，无法在《农业法》与相应法律法规体系内寻求侵权救济。

农业部农产品地理标志产品保护制度在对产品的质量监督方面与道地药材保护的需求也有着一定的不适应。虽然各地方农业行政部门有技术能力对农产品的品质特征进行监督，但是由于道地药材属于中药材，对于道地药材的监管同时受《药品管理法》的约束。《药品管理法》规定由省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门负责本行政区域内的药品监督管理工作，由药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构，承担依法实施药品审批和药品质量监督检查所需的药品检验工作。¹⁶²如通过农产品地理标志保护制度保护道地药材，

¹⁶² 《中华人民共和国农产品质量安全法》第五条：国务院药品监督管理部门主管全国药品监督管理工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。省、自治区、直辖市、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门负责本行政区域内的药品监督管理工作。省、自治区、直

则道地药材地理标志产品从种养殖、批发、零售以及加工企业各个环节都应当受到农业行政部门的监管，这就造成了实践上的监管混乱。

（3）集体商标、证明商标保护模式具有完善的法律体系

集体商标、证明商标保护模式有着较为完善的法律体系，《商标法》作为上位法规定了地理标志的定义与地理标志作为证明商标与集体商标的相关事项，确认了地理标志的法律地位。由作为下位法的《商标法实施条例》与《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定地理标志作为证明商标或集体商标的申请，审查，注册、监督、保护等具体事项。

从与国际条约的对应方面看，TRIPs 协议第二十二條规定：“就本协议而言，‘地理标识’指识别一货物来源于一成员领土或该领土内一地区或地方的标识，该货物的特定质量、声誉或其他特性主要归因于其地理来源。”我国《商标法》将地理标志定义为：“标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志”。在具体内涵上与 TRIPs 协议保持了一致，基本适应了 TRIPs 协定的要求，在用词表述上综合了 TRIPs 协议和《里斯本协定》的表述。

（4）集体商标、证明商标保护模式有着相对完善的监督体系

集体商标、证明商标保护模式有着相对完善的监督体系。《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定，以地理标志作为集体商标申请注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督使用该地理标志商品的特定品质的能力。申请证明商标注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督该证明商标所证明的特定商品品质的能力。集体商标、证明商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制，致使该商标使用的商品达不到其使用管理规则的要求，对消费者造成损害的，由工商行政管理部门责令限期改正；拒不改正的，处以违法所得三倍以下的罚款，但最高不超过三万元；没有违法所得的，处以一万元以下的罚款。

（5）集体商标、证明商标保护模式有着相对完善的侵权救济体系

集体商标、证明商标保护模式有着相对完善的监督与侵权救济体系。借助商标法成熟的法律制度，道地药材地理标志可以得到有效的保护。商标法中的侵权救济体系分为行政救济体系与司法救济体系两部分。行政救济是指工商、海关等部门依据有关商标的法律法规对侵犯注册商标专用权的行为给予行政处理，保护商标注册人的商标专用权的行为。工商行政管理局和海关是两个主要的行政执法机关。对于假冒地理标志，未经权利人许可擅自使用他人地理标志的行为，《商标法》第五十三条规定：“当事人不愿协商或协商不成的，商标注册人或者利害关系人……也可以请求工商行政管理部门处理，工商行政管理部门处理时，对于认定构成侵权的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，并可处以罚款。”根据该规定，当事人在不愿协商或协商后达不成

辖市人民政府有关部门在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。

第六条 药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构，承担依法实施药品审批和药品质量监督检查所需的药品检验工作。

协议,可以向工商行政管理部门投诉,由工商行政管理部门进行调查是否存在商标侵权行为。

司法救济途径是集体商标与证明商标保护体系特有的救济途径。对于侵犯道地药材地理标志商标权的行为,被侵权人可以选择向人民法院起诉。司法救济中特有的诉前禁止令与证据保全制度可以更好地减少被侵权人的损失,保全相关证据。诉前禁止令,是指法院在判决前为了制止事态的扩大、发生不可挽回的损失或防止有关证据灭失而临时采取的行动,包括扣押、封存、冻结等措施。我国《商标法》第五十七条规定:“商标注册人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其注册商标专用权的行为,如不及时制止,将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。” 商标法第五十八条规定了证据保全制度:“为制止侵权行为,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,商标注册人或者利害关系人可以在起诉前向人民法院申请保全证据。”

(一) 合理择定主管部门

1、以商标局地标处为主导

国家工商总局商标局多年来一直承担着证明商标、集体商标的注册管理工作,新《商标法》及其实施条例将地理标志以注册证明商标或集体商标形式进行保护,而商标局地理标志审查处(简称商标局地标处)负责注册为地理标志的集体商标与证明商标的审查工作。因此在目前的法律体系下,由商标局地标处主管地理标志保护工作是有明确法律依据的。如上节所述,原国家质量监督检验检疫局独自出台的行政规章《地理标志产品保护规定》规定其为地理标志产品保护工作的主管部门,由其负责组织对地理标志产品保护申请进行审核、确认保护地域范围、产品品种注册登记等管理工作,是没有法律依据的。对地理标志重复进行管理,不仅会使两个行政部门权限不清,浪费资源,产生争执和冲突,还会使企业和行业协会陷入矛盾之中,降低工作效率。现阶段本着快速、高效、方便的工作原则,由以前一直承担证明商标、集体商标保护工作的商标局地标处主管这方面的工作即可,实无必要再由另一个行政部门颁布另一个规定重复管理。另外,自1995年3月1日《集体商标、证明商标注册和管理办法》开始实施后,已有不少地理标志被纳入集体商标或证明商标中的保护范围,若把它独立出来,无疑会割裂我国商标法的统一性,也不利于现实经济秩序的稳定;另外由于我国现行法律规定的企业名称的登记机关与商标注册的主管机关的不同,已造成大量商标权与企业名称权之间的冲突与纠纷,如果再把与商标在本质上并无二致的地理标志分离出来,无疑会进一步加剧这种冲突。

2、联合药监、质检部门

我国于2018年进行了国务院机构改革,组建了国家市场监督管理总局。不再保留国家工商行政管理总局、国家质量监督检验检疫总局、国家食品药品监督管理总局。组建国家药品监督管理局,由国家市场监督管理总局管理,主要职责是负责药品、化妆品、医疗器械的注册并实施监督管理。重新组建国家知识产权局,负责对商标专利执法工作的业务指导,制定并指导实施商标权、专利权确权和侵权判断标准,制定商标专利执法的检验、鉴定和其他相关标准,建立机制,做好政策标准衔接和信息通报等工作。国家市场监督管理总局负责组织指导商标专利执法工作。由此,食品安全监督管理、药品安全监督管理与商标管理被整合

在了国家市场监督管理总局框架下，相较于大部制改革前，三种职能之间的衔接与配合更为方便。

基于此背景，本研究建议，在商标局地标处的主导下，药监、质检部门应当在道地药材质量控制与监管方面履行适当的职权，提供必要的支持。国家市场监督管理总局的质量监督职能原属于原国家质量监督检验检疫总局。其颁布的行政规章《地理标志产品保护规定》在产品质量的行政监督管理方面有着较为成熟的规定，部分规定可以适用于道地药材地理标志产品的质量监管。另外，对于可申请为集体商标证明商标的地理标志本身的确认与申请主体资格的确认，宜由质检部门与商标局地标处共同完成。《集体商标、证明商标注册和管理办法》第七条规定了地理标志所标示的商品应当具有特定质量、信誉或者其他特征并且该特定质量、信誉或者其他特征应与该地理标志所标示地区的自然因素和人文因素有关。质检部门与药监部门具有强大的技术力量与实践经验的的优势，由其对道地药材地理标志的使用地域范围、药材质量要求、原材料品质和种植炮制加工工艺等予以行政程序的审查与确认。例如按照道地药材地理标志产品的特点设立相应的专家审查委员会，负责道地药材地理标志产品保护申请的技术审查工作。商标局地标处根据该审查结果确认地理标志申请主体的资格。

道地药材绝大部分为农产品，因此在中药材的种植加工，品质鉴定方面应当寻求农业农村部相关专家的技术支持。

3、通过设立道地药材地理标志管理委员会对上述行政主体进行协调

如前所述，道地药材地理标志的保护管理涉及到商标局地标处、国家药品监督管理局、国家市场监督管理总局、农业农村部等国家机关，因此本文建议设立道地药材地理标志管理委员会对上述国家机关的职能进行协调与整合。

通过设立单独的机构管理与保护地理标志是许多国家进行地理标志保护的方式。以法国为例，国家原产地名称局（INAO）负责地理标志的管理与保护，INAO的前身为葡萄酒和烈酒国家委员会，其下设的委员会包括：酒品国家主管委员会、奶制品国家委员会、国家产品委员会。这些委员会的组成人员包括专业人员代表、行政管理人员代表等，每个委员会对其所管辖的商品在其职权范围内的问题予以表态。在地理标志的认定与准用程序上，地理标志产品的质量检测由INAO指定的委员会、行业协会和相关部门组织。各种质量分析工作由质量控制部门的实验室来执行，若产品通过各种测试，质量合格则颁发合格证书，允许使用地理标志名称。

因此，参考法国的原产地名称保护制度，我国可以设立国家与省两级道地药材地理标志管理委员会，对道地药材地理标志管理过程中涉及到的各个行政主体进行分工与协调。国家道地药材地理标志管理委员会由商标局地标处主导，联合国家药品监督管理局，国家市场监督管理总局，国家中药管理总局与农业农村部。省级道地药材地理标志管理委员会由省级市场监督管理局（省级知识产权局）主导，由省级市场监督管理局中负责地理标志商标管理，药品监管职能的部门组成。国家道地药材地理标志管理委员会下设道地药材地理标志审查委员会与道地药材标准审查委员会，负责道地药材地理标志申请的实质审查与道地药材质量标准的审查。省级道地药材地理标志管理委员会主要负责道地药材地理标志申请的形式审查与道地药材质量的日常监管。

4、采取短期维持三轨制模式，长期实现三轨制统一的路线

将三轨制模式统一成一种地理标志保护模式对现行法律体系的变动极大，且涉及多个机构之间的职责分配和工作交接，短期内难以实现。因此，本研究建议采取分步走的解决方案，循序渐进。短期维持现行的三轨制模式，在严格遵守现行法律的前提下，借助权利冲突处理规则来缓解道地药材地理标志保护中的权利冲突问题。道地药材的地理标志商标、地理标志保护产品和农产品地理标志都是合法注册和使用的，都需保护。为避免消费者混淆，相应的主管部门应加大宣传力度，使公众了解三套制度和三种权利的区别，同时建议经营者在规范使用相关地理标志标识的同时，配套使用自己的个体性商标、商号等独特性较强的标识。¹⁶³各个保护模式的主管机关应加强沟通，建立信息共享平台，实现三种地理标志授权、监管、行政与司法救济等信息的互联互通。

在立法条件成熟后，我们可以将现行的三轨制整合为一套系统化、完善的道地药材地理标志保护制度。本研究将在下文详述整合后的道地药材地理标志保护制度的具体内容。

（二）道地药材地理标志保护制度的具体内容

1、道地药材地理标志的申请主体

如前所述，道地药材具有集体性。道地药材作为一个由药材本身及其相关的栽培、采摘、加工炮制与用药等技术组成的体系，是道地药材产区的人民在认识和改造客观世界过程中获得的。他们在生产生活中，有意识地收集与优质药材形成有关的种质、栽培环境、采收时节，加工方法等各种知识，分类总结，形成了道地药材及其相关技术的理论体系并加以实践，由此形成了道地药材“质优效佳”的声誉，而这也是道地药材地理标志所传递的主要信息。因此，从道地药材自身的属性来看，道地药材地理标志的主体应当具有集体性。

纵观世界各国对地理标志的保护规定，在申请主体方面都是以集体为主。欧盟的《欧盟理事会关于保护农产品和食品地理标志及原产地名称的欧共体第 510/2006 号条例》（以下简称欧盟 510 号条例）规定的申请主体是：第一是团体，即所有与同一种农产品或食品相关的生产者或加工者组成的不论其法律形式的联合；第二是以团体来对待的单个自然人或法人。欧盟 510 号条例第十六条 c 款中指出当某地理区域只存在一个生产者或加工者，且该生产者或加工者基于所在地域所特有的环境、气候、土壤、水源等自然因素或历史人文因素而生产或加工出区别于其它地区的产品。此时，可将单个自然人或法人视为团体。条例同时规定，其它利益相关者可以加入这些团体。法国的受控原产地名称制度（简称 AOC 制度）规定个体生产者或单个企业都不能提出受控原产地认定的申请，必须由行业协会作为申请人向 INAO 地方办公室提交申请。在德国，《商标法》中地理标志可以通过注册为集体商标而受到保护。依据《商标法》中的规定只有行业协会才有权申请注册，作为一种集体性权利，集体商标的所有权归行业协会所有。

在我国目前的三种地理标志保护模式中，原国家质量监督检验检疫总局的“地理标志保护产品”制度规定申请主体应当为当地县级以上人民政府指定的地理标志产品保护申请机构或人民政府认定的协会和企业。原农业部的“农产品地理标志登记”制度规定申请主体应当为

¹⁶³ 参见闫海，代丁利：《地理标志与地名商标权利冲突的司法处理》，《中华商标》2011 年第 11 期，第 58 页。

县级以上地方人民政府确定的农民专业合作经济组织、行业协会等服务性组织,并且需要具有独立承担民事责任的能力。国家工商行政管理总局的集体商标、证明商标保护制度规定申请证明商标的,应当为社团法人或者取得事业法人证书或营业执照的机构;申请集体商标的,应当为行业协会等集体组织或团体,但不是某个单一企业或个体经营者。

总体来看,各种地理标志保护制度对于申请主体资格的规定都以集体为主。因此具体到道地药材地理标志主体,也应当以集体作为申请主体。由于道地药材地理标志是一种特殊的私权,一般性的集体经济组织不能够胜任道地药材地理标志所具有的特定品质、声誉或其他特征的检测和监督的职责。另一方面,由于使用道地药材地理标志的个体的数量众多,在现实中无法由这些个体自发地进行管理,这就需要一个经过公权力认可的,具有管理能力的集体组织,作为集体利益的代表者,承担管理地理标志的任务。因此,道地药材地理标志的申请主体应该是经过有权机关认定的农民专业合作经济组织与行业协会。相应的有权机关应当为地方政府,具体应当为县级以上人民政府。

具体的,参考《集体商标、证明商标注册和管理办法》,道地药材地理标志申请主体应当具备以下条件:

- (1) 经道地产区县级以上人民政府批准成立的农民专业合作经济组织或行业协会;
- (2) 具有监督和管理道地药材地理标志及其制品的能力;
- (3) 具有为道地药材地理标志产品生产、加工、营销提供相关服务的能力,例如从事地理标志产品技术研究、普及、培训服务等。同时,申请主体不能从事地理标志产品的生产、经营,以保证其管理地理标志的公正性;
- (4) 具有独立承担民事责任的能力。

2、道地药材地理标志的申请程序

符合 1 所述条件的申请主体应当向各地区的商标受理窗口提交申请文件,包括:

(一)《道地药材地理标志申请书》,应当说明以下几点:

(1) 道地药材:道地药材应为在某一特定自然条件,生态环境,地域内所产药材,且生产较为集中,栽培技术,采收加工也有一定的讲究,以至于较同种药材在其他地区所产者品质佳,疗效好,为行业内普遍认可且久负盛名。申请书中应当写明道地药材地理标志的名称,该名称必须由“道地产区名称+药材名称”构成,单独的药材名称或已经失去指示地理来源和优良品质功能的通用名称均不得作为道地药材地理标志名称申请。申请书中还应当具体描述道地药材的来源,描述其原植物,动物或矿物的性状,重点描述道地药材与同种其他产区药材的差别。

(2) 道地产区及其范围与特征:道地产区应当有确切的本草文献记载,得到行业的普遍公认。道地产区的范围应当明确具体,并比较道地产区与其他产区的自然环境,描述与道地药材品质形成相关道地产区的土壤,气候等自然条件。

(3) 历史沿革:提供道地药材历史沿革考证信息,该信息必须包括本草、医籍、史志等历史文献对该道地药材及其产地的记载,公认且稳定的优良性状、品质、生产加工方式,优良品质与产地、栽培、采收及产地加工相关的信息。

(二) 主体资格证明文件,证明其具有独立承担民事责任的能力,并应当详细说明其所

具有的道地药材专业技术人员、专业检测设备等情况并提交申请主体所具有的资质证书复印件；申请人所具有的专业检测设备清单和专业技术人员名单并附技术人员证书，以表明其具有监督检测使用该道地药材地理标志的产品的特定品质的能力。申请主体自身没有监督检测能力的情况下，可以通过签署委托协议委托有资质的机构代为检测，同样视为其具有检测能力。申请主体委托他人检测的，需要提交申请主体与具有检测资格的机构签署的委托检测合同；受委托机构的资质证书；受委托机构的单位法人证书等以证明受托方具有相应的监督检测能力。

（三）道地药材质量证明文件，证明道地药材具有优异的质量与药效，具有较高的知名度，并说明道地药材优异的质量与药效和道地产区地理因素与人文因素的关系。道地药材质量鉴定书应当由有资质的检验机构出具，提交鉴定书地同时需要提交申请主体与具有检测资格的机构签署的委托检测合同；受委托机构的资质证书。

（四）外国主体提交申请的，应当提供地理标志以其名义在原属国受法律保护的证明以及申请人主体资格证明文件的公证认证件。

3、道地药材地理标志的审查程序

国家道地药材地理标志管理委员会下设道地药材地理标志审核委员会，由商标局地标处主导，国家市场监督管理总局科技司地理标志保护处（简称总局地理标志保护处）负责道地药材地理标志使用地域范围的审核与划分，国家药品监督管理局药品注册管理司（简称药监局药品注册管理司）负责道地药材的药材品质、原材料品质和种植炮制加工工艺等予以行政程序的审查与确认。

道地药材地理标志申请由各地区的商标受理窗口接收，商标受理窗口接收后将申请文件递送至省级道地药材地理标志管理委员会进行道地药材地理标志的形式审查。省级管理委员会应当审查申请主体提交的申请文件是否齐全、填写是否规范、签字/印章是否与申请主体一致，道地药材地理标志图样的规格是否正确、是否足够清晰、是否需要附带必要说明等。道地药材地理标志通过形式审查后即进入实质审查阶段。

道地药材地理标志通过形式审查的，省级管理委员会应当向申请人出具受理通知书，申请人收到受理通知书后，应当着手准备实质审查的相关文件，包括：

（1）道地药材地理标志产品的陈述报告；陈述报告是对申请资料的概括和总结，应重点陈述道地药材地理标志产品的名称、知名度、质量特色及其与产地的自然因素和人文因素的关联性，对道地药材质量的监管措施等。

（2）道地药材地理标志产品的质量技术要求。质量技术要求作为道地药材质量标准制定的参考，是道地产区的生产者对期产品质量的习惯要求与生产操作规范的提炼和总结，具有强制性。内容应当包括道地药材地理标志产品的名称、道地产区范围、为保证道地药材质量而必须强制执行的环境条件、生产过程规范以及道地药材的感官特色和有效成分含量等理化指标。申请人在申请资料中应提供类似药材的现行有效的专用标准或管理规范作为参考。

实质审查由道地药材地理标志管理委员会下设的道地药材地理标志审核委员会负责，该阶段中各行政机关的具体分工如下：

（1）商标局地标处的主要职权

商标局地标处主要负责对道地药材地理标志的审查,审查范围包括道地药材地理标志申请主体的主体资格,申请主体申请的道地药材地理标志产品是否具有特定质量、信誉或者其他特征;道地药材地理标志产品的特定质量、信誉或者其他特征与道地产区的自然因素和人文因素的关系;该道地药材地理标志所标示的道地产区的范围等。

(2) 总局地理标志保护处,药监局药品注册管理司的主要职权

总局地理标志保护处主要负责对道地药材地理标志使用地域范围的审核与划分。根据《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定,以地理标志作为集体商标、证明商标注册的,应当在申请书中说明该地理标志所标示的地区的范围。商标局地标处规模小,没有基层分支机构,难以独立地核查道地药材地理标志申请中所标示的道地产区范围是否真实。而地理标志保护处具有丰富的道地产区划分经验,根据《地理标志产品保护规定》,各地质检机构对地理标志产品的产地范围进行日常监督。原质检总局地理标志产品保护体系的目前已经通过了一百余项中药材地理标志产品的审核,因此众多县级与市级质检部门可以为道地产区的实地核查提供方便。

总局地理标志保护处会同药监局药品注册管理司,一起对拟申请地理标志的道地药材的药材品质、原材料品质和种植炮制加工工艺等予以行政程序的审查与确认,并将结果反馈至商标局地标处。质检部门虽然具有丰富的质量监管经验,但其并没有药物质量监管的职能,不能单独承担道地药材品质鉴定与质量监管方面的工作。在国家市场监督管理总局管理下,国家药品监督管理局承担着药品的注册与监督管理的职能,其中药品注册管理司负责组织拟订并监督实施国家药典等药品标准、药品注册管理制度、中药饮片炮制规范,实施中药品种保护制度。因此具有丰富的中药质量管理经验,因此由其配合质检部门共同进行道地药材的药材品质鉴定。具体的,总局地理标志保护处会同药监局药品注册管理司,对道地药材的有效成分含量与药效等质量因素进行鉴定,并判断其质量因素是否来源于道地产区特有的自然因素与人文因素。

总局地理标志保护处与药监局药品注册管理司还应当协助商标局地标处,负责对道地药材地理标志申请主体的资格审查,具体应当负责审查申请主体是否具有监督和管理道地药材地理标志及其制品的能力,是否配备专业的中药材检验与鉴定技术人员,是否配备药品专业检测设备,并将审查结果反馈至商标局地标处。

4、道地药材地理标志的异议,批准与公布程序

道地药材地理标志审核委员会综合委员会内各行政主体的意见,做出准予注册道地药材地理标志或不予注册的决定。对不予注册的决定不服的,申请主体可以向委员会申请复审。申请复审应当由明确的事实依据与理由,并附送有关证据材料。审核委员会在收到复审请求后,应当在指定时间之内针对该道地药材地理标志的具体情况与申请主体的复审申请所提出的事实与理由,聘请相应的专家,组织相应的专家审查委员会,负责复审的技术审查工作。根据申请涉及的具体问题,专家组成一般包括法律、专业技术、质量检验、标准化、管理等方面的人员。专家委员会负责审议申请主体提交的复审申请书与相关证明材料。并围绕复审问题焦点形成审查意见。由道地药材地理标志审核委员会根据该意见做出驳回复审,不予注册或者准予注册的裁定。申请主体对道地药材地理标志审核委员会的裁定不服的,可以自收

到通知之日起三十日内向人民法院起诉。

对于实质审查合格的地理标志产品申请，总局商标局会发布初步审定公告，其他有关单位和个人如对该公告有异议的，可在公告后的3个月内向总局商标局提出。异议人应当向商标局提交商标异议书一式两份，异议书中应当写明被异议道地药材地理标志商标刊登《商标公告》的期号及初步审定号。地理标志商标异议书应有明确的请求和事实依据，并附送有关证据材料。商标局应当将地理标志商标异议书副本及时送交被异议人，限其自收到地理标志商标异议书副本之日起30天内答辩。被异议人不答辩的，不影响异议裁定。异议人或者被异议人需要在异议申请或者答辩后补充有关证据材料的，应当在申请书或者答辩书中声明，并自提交申请书或答辩书之日起3个月内提交；期满未提交的，视为放弃补充有关证据材料。

商标局收到异议人提交的异议后，应当将材料送交道地药材地理标志审核委员会，委员会应当在指定时间之内针对该道地药材地理标志的具体情况与异议人和被异议人所提出的事实与理由，聘请相应的专家，组织相应的专家审查委员会，负责该异议的技术审查工作。根据异议涉及的具体问题，专家组成一般包括法律、专业技术、质量检验、标准化、管理等方面的人员。专家委员会负责审议异议人提交的异议申请书与相关证明材料，被异议人提交的答辩书及相关证明材料。并围绕异议焦点形成审查意见。由道地药材地理标志审核委员会根据该意见做出驳回异议，准予注册的裁定或者异议成立，不予注册的裁定。被异议人对道地药材地理标志审核委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。人民法院应当通知异议人作为第三人参加诉讼。

道地药材地理标志的有效期为10年，自核准注册之日起计算。道地药材地理标志有效期满需要继续使用的，注册人应当在期满前12个月内办理续展手续。注册人在此期间未能办理的，可以在期满后的6个月的宽展期内提出。宽展期满后仍未提出续展申请的，商标局将注销该道地药材地理标志，如果原注册人想继续拥有该地理标志专用权，则须重新提出注册申请。

5、道地药材地理标志的申请使用程序

由于地理标志道地药材的质量和特色与特定地域有着紧密的联系，受该地域特有的土壤、气候、水源和生产工艺的制约，一旦离开特定的地域就失去了产品的特色，所以合理的划定道地药材地理标志的使用范围至关重要。应严格控制道地药材地理标志的使用范围，防止因使用范围扩大而导致的道地药材地理标志的贬值。对于谁可以授权其他自然人和组织使用道地药材地理标志，本研究认为，道地药材地理标志的申请主体，即道地药材行业协会等组织由授权其他主体使用地理标志的权利。道地药材地理标志属于商标，所有权属于其申请主体，即道地药材地理标志登记证书持有人。

向登记证书持有人申请使用道地药材地理标志的主体，其生产或销售的道地药材地理标志产品必须来源于道地产区且满足道地药材质量标准的规定。道地药材地理标志登记证书持有人应当准许任何满足上述条件的申请主体使用道地药材地理标志并依据协会章程接纳其为会员，不得擅自增加其他限制条件。双方应就使用范围和方式等签订协议，明确使用人的权利和义务，防止对道地药材地理标志的滥用和损害。

具体的，道地药材地理标志使用申请主体应当为符合下列条件的单位和个人：

- (一) 生产经营的道地药材产自登记确定的地域范围；
- (二) 已取得登记道地药材地理标志相关的生产经营资质；
- (三) 能够严格按照规定的质量技术规范组织开展生产经营活动；
- (四) 具有道地药材市场开发经营能力。

使用道地药材，应当按照生产经营年度与登记证书持有人签订道地药材使用合同，在合同中载明使用的数量、范围及相关的责任义务。道地药材地理标志登记证书持有人不得向道地药材使用人收取使用费。合同签订后应当报县级以上工商部门备案。

道地药材地理标志使用人享有以下权利：

- (一) 可以在产品及其包装上使用地理标志；
- (二) 可以使用登记的道地药材地理标志进行宣传和参加展览、展示及展销。

道地药材地理标志使用人应当履行以下义务：

- (一) 自觉接受登记证书持有人的监督检查；
- (二) 保证道地药材的品质和信誉；
- (三) 正确规范地使用道地药材地理标志。

药监部门、工商部门发现道地药材地理标志使用人有违反相关法律法规，生产或销售不符合道地药材质量标准的药材，滥用地道药材地理标志，在其低质量的药材上使用道地药材地理标志等行为，或道地药材地理标志登记证书持有人发现道地药材地理标志使用人有上述行为的，登记证书持有人应当收回地理标志使用权。

(三) 严格控制质量

道地药材地理标志的核心是道地药材的质量问题。一个道地药材地理标志能够闻名，原因在于该地理标志道地药材的质量、品质在消费者长期消费过程中形成了消费信誉，这种信誉与产地、产品质量和品质自然地联系在一起。道地药材的“道地性”最突出的表现为“质优效佳”，即在临床应用中有确切和稳定的疗效。但是如今的道地药材产品普遍存在着严重的质量问题。表现在种植方面的抗旱性、耐寒性、抗病虫害减弱，耐药性增强或早熟。¹⁶⁴药材质量方面的重金属含量，农药残留量较高，有效成分含量较低。¹⁶⁵道地药材之所以“道地”，就在与其质优效佳，而目前的道地药材质量问题极容易造成道地药材的品质与声誉不断下滑。因此，在新的道地药材地理标志保护制度下，必须加强道地药材的质量控制与监管，使道地药材市场健康发展。

目前我国涉及到药品质量监管的法律法规包括《中华人民共和国药品管理法》，《中华人民共和国药品管理法实施条例》与《中华人民共和国中医药法》。进行道地药材地理标志保护中质量监管的制度设计，应当在上述法律法规的框架内，整合商标局地标处，质检部门与药监部门的职能，重点监管道地药材质量是否符合道地药材地理标志的要求。

对道地药材质量的控制应当包括两个方面：道地药材质量标准的审查与道地药材质量监管。

¹⁶⁴ 参见李代华：《道地药材发展的问题与对策》，《中药研究与信息》2001年第7期，第18-19页。

¹⁶⁵ 参见李代华：《道地药材发展的问题与对策》，《中药研究与信息》2001年第7期，第18-19页。

1、道地药材质量标准审查的必要性

解决道地药材的质量问题的关键，在于从育种、选种、选择土壤、施肥修枝、用药除虫等田间管理以及采集加工等各个环节讲究科学正确的方法和技术。随着社会和自然环境的变迁，其中或许有一些技术和方法并不科学或者有益，同时，科学技术的发展，也为道地药材的种植提供新的有效的方法。综合传统的方法和现代的科技，人们不断探索，总结经验，形成标准化的科学种植生产规程或者操作规范。将这些规程渗透、贯彻落实到道地药材种植生产的各个环节，才能提高和保证道地药材的质量。这是道地药材质量问题的解决之道。对此，学界早已达成共识。

正是基于这样的共识，国家药品监督管理局于 2002 年 3 月 18 日审议通过并发布了《中药材生产质量管理规范(试行)》(GAP)，自 2002 年 6 月 1 日起施行。其内容从种植地的生态环境到繁殖材料的来源，直至采收、产地加工及运输储藏等整个生产环节，生产人员及其档案管理，涵盖了中药材生产的全过程。生产单位按照 GAP 原则结合不同种类药材的具体种植生产特定，制定各项操作的标准操作规程即 SOP。为此，国家食品药品监督管理局于 2003 年 9 月 19 日 制定发布了《中药材生产质量管理规范认证管理办法(试行)》及《中药材 GAP 认证检查评定标准(试行)》(国食药监安[2003]251 号)。国家食品药品监督管理局 GAP 和 SOP 的实施和认证，试图建立起中药材的操作规程标准。这一举措对提高中药材，特别是道地药材的质量无疑是大有裨益的。2006 年，国务院在其十六部委联合发布的《中医药创新发展规划纲要(2006-2020 年)》中提出建立国际认可的中医药质量标准规范体系，2013 年 2 月，国家中医药管理局又在其发布的《关于加强中医药标准化工作的指导意见》中进一步明确了中药材的标准方向，至此，对道地药材地理标志实施标准化控制成为必然。

如上所述，出于对药材质量管理的科学、规范的需要，中药材在种植、采摘、炮制、加工等程序中需要适用严格统一的操作标准以保证用药安全，特别是道地药材，更需要依此获得其品质和声誉的稳定性。但是，这些操作标准与规范在实际落实的过程中存在一个重大问题，就是缺乏强制力。这些操作规范，包括《中药材生产质量管理规范(试行)》(GAP)、《中药材生产质量管理规范认证管理办法(试行)》，即使是国家标准，也不一定就具有强制性的约束力，并不能当然地成为药农和加工企业强制性的法律义务的根据。在不违反国家法律、行政法规的强制性规定的情况下，药农种植什么药材、种植什么品种、如何施肥和田间管理，以及何时采摘、如何收集等等，都可以自由决定，政府及任何组织均不得强制干预。加工生产企业也是如此。建立 GAP 生产基地也好，参加 GAP 认证也好，都是企业自愿的行为。药农和企业，可以出于自身的成本等原因，不参加 GAP 认证。

因此，应当通过地理标志制度，将道地药材的种植、加工生产质量控制纳入强制性的管理之中。首先，地理标志制度将某种道地药材的种植生产操作规范规定在其质量管理控制的规范之中，使之成为地理标志制度的一部分；其次，地理标志制度将使用人必须遵守这些种植生产操作规范和达到相关的质量标准，以及接受相关部门或者机构监督管理，作为使用地理标志的先决条件；再次，任何人如果申请使用地理标志，就必须遵守地理标志制度的所有规范，当然也就必须遵守这些操作规范。

2、道地药材质量标准审查的参考

(1) 《中华人民共和国药典》

《中华人民共和国药典》由国家药典委员会创作，分为四部出版：一部收载药材和饮片、植物油脂和提取物、成方制剂和单味制剂等；二部收载化学药品、抗生素、生化药品以及放射性药品等；三部收载生物制品；四部收载通则，包括：制剂通则、检验方法、指导原则、标准物质和试液试药相关通则、药用辅料等。该药典药品研制、生产、经营、使用和监督管理等均应遵循的法定依据。所有国家药品标准应当符合中国药典凡例及附录的相关要求。

(2) 《中药材生产质量管理规范(试行)》(GAP)

该规范为规范中药材生产，保证中药材质量，促进中药标准化、现代化而制订。该规范共十章五十七条，其内容涵盖了中药材生产的全过程，是中药材生产和质量管理的基本准则。适用于中药材生产企业生产中药材（含植物药及动物药）的全过程。

(3) 《中国中药协会标准 道地药材编制通则》与《中国中药协会标准 道地药材》

《道地药材编制通则》为保证道地药材的品质和特色，规范道地药材认证和道地药材标志使用，提升道地药材市场竞争力，保障人民安全用药，保护传统中医药文化遗产而制定。该通则规定了道地药材标准撰写的通用格式和要求。

《中国中药协会标准 道地药材》由全国中药标准化技术委员会归口。该标准的全部技术内容为推荐性。该标准的规范范围包括道地药材的定义，历史沿革，遗传特征，来源及性状，道地产区的范围及生境特征，道地药材的形状特征与化学成分特征，道地药材的栽培，采收及产地加工，道地药材的包装，标识，运输及储存。该标准共覆盖了 26 种道地药材。

3、道地药材质量标准的审查主体

出于对道地药材的品质保证与用药安全考虑，道地药材质量标准应当经过相应的机关审查。

标准有法定标准和事实标准两类，其中政府相关组织或政府授权的组织制定的标准称为法定标准，同行业企业建立的标准称为事实标准。在我国，涉及到道地药材质量法定标准审查的国家机关有两个。一个是在原国家质量监督检验检疫总局的地理标志产品保护体系中负责组织草拟并发布地理标志保护产品的国家标准的国家标准化委员会（即原国家市场监督管理总局）¹⁶⁶，另一个是颁布《中华人民共和国药典》的国家药品监督管理局¹⁶⁷。

两部法律对主管主体的认定出现了明显不协调。此外，我国尚无专门的“道地”标准，目前道地药材适用的国家标准与普通药材相同，都以《中华人民共和国药典》为依据，仍缺乏针对性。虽然地理标志主管部门针对具体药材也发布过某些专项标准，但由于制定主体的专业限制，这些标准并不统一，而且往往欠缺科学性。考虑到我国质量监督检验检疫部门的专业欠缺，可以尝试由中医药行政管理部门、食品药品监督管理部门与质量监督检验检疫行政管理部门三方协作，并着重发挥中医药行政管理部门的技术优势，以“道地性”为审

¹⁶⁶ 根据国家质检总局发布的《地理标志产品保护规定》，我国地理标志的法定标准由国家标准化行政主管部门或省级地方政府制定，由省级质量技术监督部门、直属出入境检验检疫部门指定的检验机构承担相应的质量检验。

¹⁶⁷ 在我国 2001 年 12 月实施的《中华人民共和国药品管理法》中，食品药品监督管理部门则被授权成为中药材的标准制定和质量检验的主管部门。在国务院 2018 年大部制改革后，原食品药品监督管理局重组为了国家药品监督管理局。

查重点，确立道地药材质量标准的审查制度。

本研究认为，应当在道地药材地理标志管理委员会之下组建道地药材标准审查委员会，该委员会由国家药品监督管理局药品注册管理司牵头，由商标局地标处，国家市场监督管理总局标准技术管理司，国家市场监督管理总局科技司地理标志保护处等国家机关组成。在专业问题上，农业农村部，国家中医药管理局有关部门可以提供必要协助。国家药品监督管理局药品注册管理司（中药民族药监督管理司）具有丰富的组织拟订并监督实施国家药典等药品标准的经验，由其组织制定道地药材质量标准较其他行政主体更为适宜。商标局地标处是道地药材地理标志的主管机构，国家市场监督管理总局标准技术管理司，科技司地理标志保护处是在地理标志产品保护体系中组织草拟并发布地理标志保护产品标准的行政主体。因此选择以上三者作为配合总局药品注册管理司进行标准审查的行政主体。

4、道地药材质量标准的制定程序

在道地药材地理标志通过形式审查后，申请人应当提交道地药材地理标志产品的质量技术要求。质量技术要求是道地产区的生产者对产品质量的习惯要求与生产操作规范的提炼和总结。内容应当包括道地药材地理标志产品的名称、道地产区范围、为保证道地药材质量而必须强制执行的环境条件、生产过程规范以及道地药材的感官特色和有效成分含量等理化指标。申请人在申请资料中应提供类似药材的现行有效的专用标准或管理规范作为参考。

在道地药材地理标志实质审查过程中，道地药材质量标准审查委员会应当对申请人提交的道地药材地理标志产品质量技术要求进行审查。委员会应当参考《中国药典》、《中药材生产质量管理规范(试行)》(GAP)、《中国中药协会标准 道地药材》等国家与行业标准的规定，参考本草，医籍，史志等历史文献对该道地药材性状、品质、栽培、采收及产地加工方式的记载对该质量技术要求进行审查，审查重点为该道地药材质量技术要求是否能够体现出道地药材的“道地性”，即该道地药材质量技术要求应当高于《中国药典》等标准。若审查委员会认为该道地药材质量技术要求不能体现出道地药材的道地性或道地性与事实不符，则不予注册。

通过审查的道地药材质量技术要求应当以“道地药材质量标准”的名义向社会公布，在合理期限内，任何主体均可以针对标准内容向道地药材质量标准审查委员会提出异议，但应提出合理理由并附证明材料。委员会收到异议后，应当进行复审。复审结果为异议成立的，应当调整或删除相应内容并再次公布，复审结果为驳回异议的，应当向异议人说明理由。

5、道地药材的质量监管

如上所述，一个道地药材地理标志能够闻名，原因在于该地理标志道地药材的质量、品质在消费者长期消费过程中形成了消费信誉，这种信誉与产地、产品质量和品质自然地联系在一起。一旦道地药材的品质和质量下降，则其信誉也不复存在。目前因质量问题损害道地药材信誉的情况有两种，一是由道地药材地理标志使用权的主体生产或销售不符合道地药材质量标准的药材；二是没有道地药材地理标志使用权的主体在其低质量的药材上使用道地药材地理标志或者使用与专用标志相近、易产生误解的名称或标识及可能误导消费者的文字或图案标志，使消费者将该产品误认为地理标志道地药材。因此对道地药材的质量监管的对象应当包括道地药材产品本身的质量与道地药材地理标志的使用。道地药材产品本身的质量不

仅应当符合国家标准，即《中国药典》的要求，也应符合上文中道地药材质量标准的要求（该标准对道地药材质量的要求高于中国药典的要求）。同时，对于道地药材地理标志的使用也应当严格监管，严厉打击不符合道地药材质量标准而使用该道地药材地理标志及名称的行为。

6、道地药材的质量监管主体

本研究认为应当由国家药品监督管理局及地方各级药品监督管理部门负责道地药材的质量监管，总局商标局及各级市场监督管理部门负责道地药材地理标志使用监管。国家与省两级道地药材地理标志管理委员会负责协调上述行政主体的监管执法行为。其中，省级行政区域内的日常质量监管由省级道地药材地理标志管理委员会负责协调，由省级以下人民政府药品监督管理部门与市场监督管理部门负责。跨省级行政区域的质量监管或涉及重大违法违规行政案件的调查应当由国家道地药材地理标志管理委员会负责协调，由国家药品监督管理局与总局商标局负责。

在道地药材的质量监管上，首先，国家药品监督管理局监管道地药材质量具有完善的法律法规的授权，履行监管职责于法有据。道地药材属于中药材管理范畴，其经营和监管应遵守《药品管理法》及相关法律法规的要求。《药品管理法》规定，国务院药品监督管理部门主管全国药品监督管理工作，省级人民政府药品监督管理部门负责本行政区域内的药品监督管理工作，国务院和省级人民政府有关部门（价格、广告等主管部门）在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。¹⁶⁸《药品管理法》和《药品管理法实施条例》明确，各级药品监督管理部门，包括省级人民政府药品监督管理部门依法设立的药品监督管理机构，依法对药品的经营实施监督检查，监督已取得《药品经营许可证》的企业依法从事药品经营活动¹⁶⁹。其次，国家药品监督管理局在中药材质量监管方面具有丰富的经验与较高的专业素养，其下设的药品监督管理局监管一处为专门负责拟订中药生产监管制度和中药材生产质量管理规范并监督实施的内设机构，可以为道地药材制定有针对性的质量监管措施，及时处理监管过程中遇到的疑难问题。最后，国家药品监督管理局拥有众多基层分支机构。道地产区大多位于乡镇，县级药品监督管理部门可以在乡镇或特定区域设立派出机构，派驻检查人员，可以独立完成中药材中农药残留与添加剂的抽样检验，方便对道地药材的种植，炮制与加工等环节进行实时实地的监督。

在道地药材地理标志使用监管上，道地药材地理标志本质上属于商标，是表明商品来源的标记。没有道地药材地理标志使用权的主体在其低质量的药材上使用道地药材地理标志，使用与道地药材地理标志相近、易产生误解的名称或标识及可能误导消费者的文字或图案标志，使消费者将该产品误认为地理标志道地药材等行为本质上属于商标侵权行为，在行政上应当由总局商标局与各级工商行政管理部门管辖。

¹⁶⁸ 《中华人民共和国药品管理法》第五条第一、二款规定：“国务院药品监督管理部门主管全国药品监督管理工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门负责本行政区域内的药品监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府有关部门在各自的职责范围内负责与药品有关的监督管理工作。”

¹⁶⁹ 《中华人民共和国药品管理法》第九十七条第一款规定：“药品监督管理部门应当依法履行监督检查职责，监督已取得《药品生产许可证》、《药品经营许可证》的企业依照本法规定从事药品生产、经营活动。”《中华人民共和国药品管理法实施条例》第五十六条规定：“药品监督管理部门（含省级人民政府药品监督管理部门依法设立的药品监督管理机构）依法对药品的研制、生产、经营、使用实施监督检查。”

(1) 国家药品监督管理局及地方各级药品监督管理部门的职责

国家药品监督管理局，地方各级药品监督管理部门应当加强道地药材监督管理工作，以相应的道地药材质量标准为依据，对辖区内登记的地理标志道地药材种植，炮制与加工等产品生产环节进行监督检查。检查方式可以分为定期检查，抽查和依据投诉检查等方式。定期检查是指每隔固定的时间对所有道地药材产品的生产者的生产条件与产品质量进行一次全面的检查。抽查是指不定期的在市场上随机检测道地药材地理标志产品的质量。依据投诉检查指消费者向药监部门投诉时，药监部门必须对被投诉产品进行检查，并检查相应的生产者的产品生产条件。对于检查过程中发现的不符合质量标准要求的，除了给予相应的行政处罚之外，还应当将情况同商标局沟通，根据其出现的质量问题，视情况撤销其道地药材地理标志使用资格。对被撤销使用资格的主体，以公告形式予以公布。

另外，地方各级药品监督管理部门应当监督与指导地理标志道地药材的生产经营者，建立质量控制追溯体系。监督生产者每个季度上报必要的生产数据以备检查。

(2) 总局商标局及各级市场监督管理部门的职责

总局商标局及各级工商管理部门应当对道地药材地理标志的使用情况进行重点监管。依法查处不符合道地药材地理标志产品标准和管理规范要求而使用该道地药材地理标志及名称的；或者使用与专用标志相近、易产生误解的名称或标识及可能误导消费者的文字或图案标志，使消费者将该产品误认为地理标志道地药材的行为。检查可以分为定期检查，抽查和依据投诉检查等方式。

(四) 科学划定产地

特定生态环境是形成道地药材的重要外在因素。中国各地区的水土、气候、日照等生态环境因子千差万别，不同地域生态、气候条件的差异造成不同产区道地药材在性状、质量和药效上的差别。而道地药材地理标志代表的正是道地药材优异的质量与药效，因此合理的划定道地产区，对于道地药材的地理标志保护具有重要意义。

道地产区的划分与习惯上的行政区划不完全一致。道地药材集中分布在某一特定的地理区域，但历史上产地变迁、资源融合甚至行政区划设置的改变使得道地药材在空间上不只是点状分布，而是呈现出成片聚集的态势。例如，素花党参分布于甘肃、陕西及四川三省交界地区，商品称西党；川党参分布于湖北西部、湖南西北部、四川北部及东部、贵州北部，商品称条党。考虑到道地药材产区的水土、气候易受周边环境的影响制约，其生态环境资源问题不可能仅依靠一县一乡的行政单位就能够解决。整合道地药材区域资源，实行区域管理是道地药材管理发展的方向。

1、道地药材产地划分的参考

道地药材产地的划分首先应当参考我国传统中药典籍中的记载。道地药材归根到底是历史的产物，在漫长的发展过程中历经时代的洗礼，并伴随着技术的进步仍在不断向前发展。因此，只有追溯历史上道地产区的变化与发展，参考权威中药典籍与历史文献中关于道地药材产地的记载，才能正确界定道地产区的范围。

参考中药典籍与历史文献考证道地药材产区主要是通过主流中药书籍与历史文献对有

关道地药材产地的记载进行考证、比对、分析。主要采用纵向比较和横向比较方法。纵向比较，即查找并摘录古代主流中药典籍关于道地药材产地记载，运用文献学的方法，对搜集到的材料进行校勘、句读。运用历史学的方法，将搜集到的文献材料按照成书年代排序，并按照历史分期划分为东汉至三国之际、南北朝时期、唐朝时期、北宋时期、明朝时期、清朝时期、民国时期。按照时间顺序进行比较，以期搞清楚古代记载道地产区的具体地点，缕清其变化源流，最终确定道地药材的分布区域。横向比较，即将考证出的结果与现代中药典籍进行比较。由于古今地名有变化，并且古今行政地区的划分也不一致，因此主要参考《中国历史地图集》、《中国古代地名大辞典》等权威书籍将材料中涉及到的古地名还原成今地名，并利用历史地图标明其产地的具体位置，搞清其分布区域并与现代文献相对比。

但是，我们还应该看到，传统的道地产区非常有限的，历代中药典籍记载的道地产区范围较为局限，很大程度受当时历史条件和技术手段限制，而近代以来道地药材的产地急剧变迁，生产规模迅速扩大，产区范围不断扩展，尤其是随着中药材 GAP 种植的技术发展和医药文化历史的积淀，新的“道地产区”、或“道地药材”将不断涌现。因此仅仅凭借中药典籍的记载考证划定道地产区显然已不符合道地药材发展的规律。

可以参考中药材 GAP 生产基地区域划分的方法，根据各地药材种植历史和自然条件，结合种质资源、栽培工艺、种植工艺、炮制工艺、质量标准等主要指标，采用诸如 3S 空间技术等量化手段，对气候、土壤等自然环境严格筛选，对道地药材分区代表品种的资源现状（其中包括野生道地药材资源数量、质量及分布与时间上的消长规律；家种家养药材数量、栽培面积、饲养规模、质量与产量等）、地道性、生产和应用流通历史、生产布局、资源开发方向及途径措施等加以重点研究，以自然区划（包括植被、农业气候、土壤区划等）为基础，合理而正确地划分道地药材产区。在此基础上，可以允许跨地区和新产区作为道地产区。对于道地药材历史人文的考察，不能过分倚重古代中医典籍的论断，更不能将其作为判定道地药材品种的唯一依据。

2、道地药材产地划分的制度设计

本文认为，由总局地理标志保护处主要负责对道地药材产地的划分较为合适。地理标志保护处具有丰富的道地产区划分经验，根据《地理标志产品保护规定》，各地质检机构对地理标志产品的产地范围进行日常监督。原质检总局地理标志产品保护体系的目前已经通过了一百余项中药材地理标志产品的审核，因此众多县级与市级质检部门可以为道地产区的实地核查提供方便。

总局地理标志保护处可以针对道地药材产地的划分成立包含中医药、农林业、环境甚至地质勘探、历史学家在内的各类专业技术人员在内的专家委员会，从自然环境、经济流通、传统技术的角度，对道地药材生态环境、区域分布、历史成因、时空(间)变化、区域分异规律以及与道地药材质和量相关因素等方面综合研究，按照地域区间差异性和区内相似性对道地产区进行认定和划分。在此过程中，不仅要考虑各地的自然生态指标，也要考虑与道地药材生产有直接影响的社会经济指标，最终确认其自然属性和人文属性，合理划定道地药材的生产区域，保证道地药材的“道地性”。

（五）厘清相关主体关系

理顺地方政府、行业协会、非遗传承人之间的关系，实质上是公权力与私权利的关系，从实践出发，我们应当厘清两者之间的职能和界线，使之各司其职、有效衔接。

1、在道地药材地理标志保护中地方政府及相关机构应当承担的角色

（1）根据以上制度设计，地方政府在道地药材地理标志保护中具有以下职责

I、对道地药材地理标志申请相关内容进行审查核实

地方政府中的基层药品监督管理部门与市场监督管理部门应当协助道地药材地理标志审查委员会进行实地审查核实，确认申请主体是否具有监督和管理道地药材地理标志及其制品的能力，是否配备专业的中药材检验与鉴定技术人员，是否配备药品专业检测设备，确认道地药材的产地范围、加工工艺、产品质量等方面是否如申请主体在申请材料中所述。我们认为，尽管对于是否具有道地性应当集中进行判断，但具体实地考察协助还需要进一步下沉至基层部门，由它们协助审查委员会确认产地范围是否属实的职责，因为基层工作人员对具体情况比较熟悉，由他们协助比较方便。

II、对道地药材地理标志的使用与道地药材的质量进行监督管理

地方政府中的药品监督管理部门与市场监督管理部门承担着道地药材的质量监管与使用监管的责任，地方药品监督管理部门负责道地药材监督管理工作，以相应的道地药材质量标准为依据，对辖区内登记的地理标志道地药材种植，炮制与加工等产品生产环节进行监督检查。对于检查过程中发现的不符合质量标准要求的给予相应的处罚。地方市场监督管理部门负责对道地药材地理标志的使用情况进行重点监管。依法查处不符合道地药材地理标志产品标准和管理规范要求而使用该道地药材地理标志及名称的；或者使用与专用标志相近、易产生误解的名称或标识及可能误导消费者的文字或图案标志，使消费者将该产品误认为地理标志道地药材的行为。

针对该项职责，地方政府一方面应当加强监督，严格执行行政处罚，另一方面应当提高行政执法人员素质，加强对执法人员的专业知识培训，让行政执法人员能够做到合法行政，要规范处罚标准，防止自由裁量权的滥用，让行政执法人员实现合理行政，在法律允许的范围内，加大对违法企业的处罚力度，预防企业的后续违法行为，同时达到对其他企业的震慑效果。

（2）地方政府在道地药材地理标志保护中还应当理顺与行业协会的关系

行业协会的成立应基于法律的规定和相关企业的集体合意。然而我国行业协会主要由政府主持设立，肩负政府的委托授权，代表的是政府部门的意志，是一个“二政府”，甚至部分行业协会完全被地方政府控制，协会的主要工作人员都由公务人员担任，协会的主要权利，如决策权、任免权等都掌握在政府手里，协会的内部工作其实就是行政手段的延伸，协会的资金来源主要是政府的拨款，完全依赖政府来保持协会的运转，这就造成协会丧失其自主性和志愿性，协会成员与相关社会公众失去对协会的信任，在一定程度上压榨了行业协会作用发挥的空间，使得行业协会成为政府部门的“附属品”，失去了存在的价值。因此政府应当给予行业协会更多的自主性，较少干预协会的选人用人问题，使行业协会能够真正代表道地药材协会成员的利益，成为架在道地药材生产者与政府之间的桥梁。

具体来说,首先,地方政府要树立起科学的“政府—社会组织观”,从思想上改变对社会与政府权力关系的歪曲认识,正确认识地方政府不能对相关事务大包大揽,地方政府要将相应的权力归还行业协会来行使,不该管的不要管。例如将地理标志的使用与日常维护交给行业协会处理,政府部门集中精力进行市场的管理监督。其次,政府要为行业协会的发展创造条件,使之成为独立性高、自主性好的社会中介组织。地方政府要完善有关行业协会的政策,拓宽其筹资渠道,鼓励道地产区成立非政府组织的保护协会或行业协会,吸引道地产区企业、个人的积极参与,对道地药材的知识产权进行自律性保护。第三,地方政府要加强对行业协会的人员培训,提高人员素质,提升他们为会员服务的能力。第四,培育行业协会的自治能力。政府不能把行业协会看作是“二政府”,为完成政府任务而使用的工具,要明确其社会自治的性质,同时,应该由行业协会去完成的事情政府不要插手干预,在此基础上,行业协会也要增强独立自治意识,忠实履行自己的职责。第五,地方政府在制定涉及到道地药材政策时,应当充分尊重道地药材行业协会的意见。地方政府和道地药材行业协会可能由于利益趋向和价值选择上的不同会在相关政策上产生冲突,然而双方又存在利益沟通和整合的需要,道地药材行业协会与其成员需要地方政府的法律和政策保护,地方政府也期待企业与其合作。因此,地方政府在制定政策时应当征求相关行业协会的意见,并通过协会的渠道同道地药材生产者进行充分沟通。

(3) 地方政府应当支持道地药材地理标志产品的发展

品牌建设是一个漫长的过程,不仅需要长期保证产品质量处于较高水平,其间也需要大量的宣传和资金维护以推动品牌发展。如前所述,道地药材源于一种自然存在的财富,并在历史的长河中不断演绎与创新,是一种相对共享的资源,这种公共性导致鲜有企业或农户愿意为“公共品牌”前期投入大量资金或精力,因此,地方政府基于当地经济、文化、生态发展的考虑,应当承担起政策、资金支持的职责。¹⁷⁰

地方政府首先应当建立公平的利益分配机制,帮助农户维护合法权益。道地药材地理标志产品的生产者大部分是广大农户,农户能否从道地药材的生产中获得合理的利益。是驱动他们积极生产优质道地药材和主动保护生态环境、维护地理标志信誉的关键力量。在通常的道地药材利益分配模式中,广大农户常常处于弱势地位,无论是农户自行销售药材或是由农业合作社、大型企业以一定价格收购,农户们都无法取得价格上的优势。因此,地方政府应努力协调农户与农业合作社、大型企业之间的利益。在农户遭遇不公平不合理待遇时,协助其合法维权。

其次,地方政府应当整合社会资源,增加道地药材产品的种类。道地药材受自然因素的制约较大,大规模提高道地药材产量不具有现实可行性,很难通过此种方式实现经济收益的飞跃,唯有增加道地药材产品的种类才是出路。地方政府拥有整合社会资源的优势,应当积极整合药材种植技术研究机构资源,针对行业协会、企业、农民组织的实际情况,促进药材种植科研机构、中医药院校从技术上引导和帮助他们开发一系列道地药材地理标志产品的深加工产品。提升产品附加值,扩大产品销售途径,以提高经济收益。

¹⁷⁰ 参见汤凌燕、郭雅玲:《地方政府在农产品地理标志保护发展中的权责》,《福建农林大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第103-107页。

2、在道地药材地理标志保护中行业协会应当承担的角色

道地药材行业协会是由普通药农,企业等生产加工者与其他从事道地药材相关行业的主体组成的行业性,非营利性的社会团体。它既不是地方政府的一部分,也不是由地方政府官员主导的董事会领导。从法的角度来看,行业组织作为社团法人的一种,也应当具备社团法人的独立性。法人的独立性主要表现在两个方面:一是对外具有以法人名义独立享有权利和独立履行义务的独立人格;二是对内 对其任何一个成员具有独立人格。行业协会是自下而上成立的社会经济组织,其章程的制定,人员的配置,经费来源都有很大的自主性,并非完全依赖于政府。

但是目前,道地药材行业协会与地方政府之间仍然存在着诸如权能分配重叠,行业协会缺乏独立性与必要职权等不正常的关系,导致行业协会成为了一定程度上的“二政府”,离开政府就无法生存,失去了独立性和自主性,成为了管理成员而不是服务成员的组织。¹⁷¹

行业协会是管理保护道地药材的不可或缺的主体,因为行业协会作为本行业的自律组织,比政府更熟悉市场,更了解本行业特点,也更有积极性去维护本行业利益。行业协会应当作为企业与管理部之间的桥梁,协调药农、生产销售企业和政府等多方的利益,在相关道地药材品质标准的制定,以及交易当事人就药材质量认知差异以及相应的价格差异所引发的争端、争议解决方面发挥重要的作用。另外,由行业协会应根据具体情况及时引导药农调整道地药材的种植数量等,以适应市场的变化,并不断促进道地药材产业的发展。在明确了地方政府的职权与角色之后,本文认为,道地药材行业协会应当承担以下职权与角色。

(1) 加强同地方政府交流, 积极参政议政

道地药材产区的行业协会代表着该道地产区道地药材行业全体生产企业和药农的共同利益,行业协会应当积极同道地产区的地方政府交流,参政议政,协助地方政府制定和实施道地药材行业发展规划、产业政策、行政法规和相关法律,同时向政府传达药材生产企业和个人的共同诉求。为道地药材争取各项优惠政策,使道地药材行业发展项目纳入地方政府的扶贫、育林、山地开发、新科技成果推广应用及招商引资的整体规划中,促进道地药材的发展。

(2) 组织行业成员, 降低内部交易成本

道地药材行业协会应当自身或通过政府委托广泛组织道地药材行业内的成员,并在自愿的基础上制定一定的规则,合理分配行业内成员的利润或者统一的经营安排,降低行业内恶性竞争的可能性。道地药材属于一定程度上的稀缺药材,常年供不应求,如果不对道地药材产品进行供给上的调节,则极易造成药材价格忽高忽低,缺乏稳定性,扰乱交易秩序,最终对道地药材交易市场造成破坏。因此行业协会应当协调各成员的供给,保证道地药材产品在市场上供给的平稳,保证价格的稳定。另外,在道地药材地理标志产品的经营过程中,行业协会可以组织道地产区内作为生产者的成员,协商建立统一的行业内质量标准与价格体系。同时,通过行业协会也可以执行国家对中药材所实行的一些优惠政策,例如方便执行国家对于中药材的价格补贴,从而减少政策实施过程中的调查和管理成本。

¹⁷¹ 参见张国华:《地理标志行业协会若干问题》,《中华商标》2007年第8期,第58-60页。

(3) 加强自我管理，自觉维护道地药材的声誉

道地药材行业协会应当根据相关法律法规与道地药材质量标准对本行业内道地药材地理标志产品的质量和服务质量等进行严格监督，维护道地药材的地理标志信誉，在法律规定与协会章程的约定权限之内打击各种有损本地区道地药材声誉的违规行为。

3、在道地药材地理标志保护中道地药材传承人的角色

道地药材传承人的保护是整个道地药材保护工作的重点和中心之一，道地药材传承人是道地药材文化与技术传承活动的承载者，保护道地药材文化的主要方式之一就是要保护其传承人。

首先应当明确何为道地药材传承人。传承人应当从广义上理解，既可以是自然人，也可以是单位。在道地药材传承与发展的过程中，一代又一代的道地药材产区人民做出了很大的贡献，这之中既有作为药工的自然人在实施道地药材传统工艺技术，也有单位组织对道地药材的发掘，研究工作。传承人应当包括道地药材的原始资料提供者，例如提供祖传炮制工艺，药方的文字材料的自然人或组织；道地药材传统工艺的实施者，例如从事道地药材炮制的药工。

其次，应当明确道地药材传承人的法律地位与权利义务，道地药材传承人在道地药材相关技术与文化的传承与发展中发挥着不可替代的作用，为了更好的保护道地药材，让传承人更积极的传承与发展道地药材技术与文化，就应当在法律上明确道地药材传承人的法律地位与权利义务。

本研究认为，道地药材传承人的权利有以下几种：

- (1) 向他人有偿提供其掌握的道地药材种植炮制加工技艺，设备，场地
- (2) 开展道地药材种植炮制加工技艺的传承活动
- (3) 开展传承活动有困难的，可以向地方政府申请资助

道地药材传承人的义务有以下几种：

- (1) 按照传统师承方式或者其他方式选择，培养新的道地药材传承人
- (2) 完整保存其掌握的道地药材技术、资料、设备
- (3) 按照法律规定开展传承活动，参与公益性活动
- (4) 配合地方政府进行道地药材相关调查活动与监督活动

地方政府与道地药材传承人之间的关系应当以保护为主，地方政府应当完善道地药材传承人保护制度，解决的是观念认识上的问题，高度重视传承人在道地药材保护中的价值和地位，采取多种措施，保障传承活动的实现和可持续发展。地方政府应当结合国务院颁行的《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》与其所属的省级行政机关颁行的非物质文化遗产保护条例中涉及到传承人评定的标准，制定其辖区内道地药材方面的更为专业与客观的传承人评定标准，以便于保护机构针对符合标准的道地药材传承人进行确认和保护。地方政府应当加大对道地药材保护和发展的资金投入，在政策上给予一定的倾斜，为道地药材传承人的技术传承与发展提供资金、场地等支持，对于传承人在技术研发方面遇到资金与技术困难的，地方政府应当积极协调解决。除此之外，地方政府还可以主导建立道地药材保护基金，用于道地药材的保护、传承人的培养和资助，加强文化传承的引导，使道地药材成为中华民

族传统文化的有效载体之一。该基金的资金来源可以是多渠道的,应尽可能吸纳国内外团体、社会组织、商业团体和个人的捐赠,并对捐赠者在税收上予以减免,以鼓励其对保护道地药材文化的贡献;适当时予以表彰,加大媒体的宣传力度,以引起社会对道地药材文化的广泛关注。对濒临失传的道地药材传统炮制工艺,由相应的地方政府部门采取抢救措施,大力培养传承人,保证濒临失传的道地药材传统炮制工艺得以永续的传承下去。可以通过主管部门对道地药材传承人及药工嘉奖,授予其相应的名誉,作为对其的精神鼓励;对熟练掌握传统技能的传承人给予特殊待遇,使其生活有保障并且优越,鼓励带徒授艺,使传统种植加工炮制工艺后继有人。

行业协会等组织与传承人之间的关系应当以合作为主,行业协会可以吸纳道地药材传承人为会员或顾问,定期组织道地药材相关知识与技术的讲座,同时,协会可以组织协会内的企业设立相应的道地药材发展保护基金,用于道地药材传承人的培养和资助及道地药材技术的研发,因为道地药材文化的传承也是关涉这些企业经济利益的获得和市场竞争力的关键因素之一。

总之,通过上述制度构建和具体措施的落实,保护道地药材传承人的物质权利和精神权利,同时平衡其与使用者之间的利益分配,将道地药材传承人的保护定位在一个适当的范围,促进道地药材文化的传播和发展,最终实现传统中医药的创新和进步。

(六) 协调处理地理标志保护与技术秘密保护之间的关系

道地药材地理标志保护与技术秘密保护之间的矛盾来源于道地药材的药物属性。首先,道地药材地理标志产品有信息公开的义务。道地药材不同于一般的地理标志产品,出于对公众健康安全的考虑,道地药材地理标志产品应当在上市时公开配方。根据2006年原国家食品药品监督管理局颁布的《药品说明书和标签管理规定》第11条的规定:“药品说明书应当列出全部活性成份或者组方中的全部中药药味。注射剂和非处方药还应当列出所用的全部辅料名称”。其次,在道地药材地理标志申请的审查阶段,申请主体应当向道地药材地理标志审查委员会提交道地药材的主要成分与生产工艺,这些都涉及到道地药材相关的技术秘密,势必与道地药材的技术秘密保护产生冲突。

1、道地药材技术秘密的保护范围

协调处理地理标志保护与技术秘密保护之间的关系,首先应当明确道地药材技术秘密的保护范围。根据《反不正当竞争法》第九条的规定,商业秘密是指不为公众所知悉,具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密主要包括三类:技术秘密、经营秘密以及管理秘密。结合道地药材的技术特征来看,道地药材的种植、采收、炮制加工技术、道地药材地理标志产品的配方、制药加工技术等,均属于商业秘密中技术秘密的保护范围。¹⁷²应当注意的是,中药配方与炮制技术中很多出自于《金匱要论》、《伤寒论》、《千金方》或《本草纲目》等古籍,有的甚至传袭了几百年甚至上千年,其方药组成,药物配伍与加工炮制方法具有相当的稳定性。对于这类技术而言,其配料本身早已属于公有知识,

¹⁷² 参见刘晓慧:《论传统中医药的商业秘密保护》,《产业市场》2011年第12期,第77页。

对它的创新主要集中在剂型的改变或者加工炮制技术的提高上,这些创新可以纳入技术秘密的范畴,而对于配方的成分则不应再纳入技术秘密保护范围中。¹⁷³

应当明确的是,技术秘密保护的内容不得包括法律法规要求必须公开的内容。例如《药品管理法》与上文中提到的《药品说明书和标签管理规定》等相关法律法规规定上市药品应当公开的产品成份等信息。另外,根据《食品药品监管总局办公厅关于修订含毒性中药饮片中成药品种说明书的通知》,凡处方中含有《医疗用毒性药品管理办法》(国务院令第23号)中收录的28种毒性药材制成的中药饮片(含有毒性的炮制品)的中成药品种,相关药品生产企业应在其说明书【成份】项下标明该毒性中药饮片名称,并在相应位置增加警示语:“本品含XXX”。涉及国家秘密技术的中成药品种应按照上述要求修订说明书。

2、协调地理标志产品信息公开与技术秘密的冲突

地理标志产品的信息公开包括两种,一种是对审查监管部门的公开,另一种是对社会公众的公开。对审查监管部门的公开包括对道地药材地理标志产品的原材料及其配比、种植采收加工炮制工艺的公开,而根据《药品管理法》、《药品说明书和标签管理规定》等法律法规,对社会公众的公开仅包括对道地药材地理标志产品的原材料及其配比的公开。相对于向社会公众的公开,向审查监管部门的公开更容易造成技术秘密的泄露。在道地药材地理标志的审查过程中涉及到要求申请主体提交其加工炮制工艺等技术内容,并且由相应的主管部门对其提交材料的真实性进行现场核实的情形。在质量监管过程中也涉及到对其生产环节的各个现场进行安全卫生检查,对其地理标志产品的主要成分进行检测等情形。这样的审查监管过程涉及到的人员与环节众多,提高了技术秘密泄露的风险。因此本研究认为,首先应当明确道地药材技术秘密的持有者在向审查监管过程中向相关部门公开的信息仍然属于技术秘密。对审查监管部门的信息公开具有相对性,有关信息并不因此进入更广泛的公有领域,仍应受到技术秘密的保护。其次应当明确道地药材地理标志的审查监管人员在履行职务过程中接触到的技术秘密负有的保密义务以及违反保密义务应当承担的责任,同时应建立针对审查监管人员故意或过失造成道地药材技术秘密泄露的赔偿规则。

(七) 正确界定权利范围

1、禁止通用名称化

(1) 通用名称的判定

在道地药材进行地理标志保护时,防止道地药材注册为的地理标志名称通用名称化,首先需要熟悉法律规定及司法实践中的通用名称的判断思路,在对道地药材地理标志的注册申请以及后续的使用和管理中避免其满足通用名称的成立条件,从而进入共有领域,丧失其专用权。

通用名称通常是指按照本行业规范(包括法律规定、国家标准、行业标准等)形成的规范的名称,或是约定俗成而形成的商品名称。因此包括法定的通用名称和约定俗成的通用名称两个部分,它们在判定时的依据是不同的。

¹⁷³ 参见王艳翠,宋晓亭:《信息披露与中药商业秘密保护》,《科技与法律》2016年第5期,第1003页。

I. 法定的通用名称

法定的通用名称应当依据国家标准、行业标准以及法律规定来认定，同时政府相关部门的文件也会成为认定通用名称的有利依据。在前述福州米厂诉五常市金福泰农业股份有限公司等侵害注册商标专用权纠纷再审案中，被告提供了黑龙江省农作物品种审定证书，同时提出黑龙江省农作物品种审定委员会于2009年对品种名称为“五优稻4号”，原代号为“稻花香2号”的水稻品种予以了审定编号，并决定从当年起定为五常市区域内的推广品种。品种审定办法第三十二条规定，审定公告公布的品种名称为该品种的通用名称。禁止在生产、经营、推广过程中擅自更改该品种的通用名称。法院认为，“审定委员会作为省一级的地方专业审定机构，对其最终审定并决定推广的水稻品种应当认为具有法定确认的效力。因此，审定委员会所审定的‘五优稻4号’，原代号为‘稻花香2号’的水稻品种可以认定为法定的通用名称。”

II. 约定俗成的通用名称

约定俗成的通用名称的判断需要考虑更多的因素，主要有相关公众的认知、市场的使用情况、公共利益等因素。

《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十条第二款规定，约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，人民法院可以认定为通用名称。由此可见，约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准，对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场较为固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，可以认定为通用名称，实践中主要是指一些地方土特产。在武夷山市桐木茶叶有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会商标异议复审行政纠纷上诉案¹⁷⁴中，上诉人认为“金骏眉”是福建武夷山生产的一种红茶，属于“武夷红茶”中“奇红”的品种之一，属于商品的通用名称，商标局对第三人申请的“金骏眉”商标核准注册，损害了公共利益，该商标应予撤销。法院认为，商品通用名称的形成，除法定标准外，主要依赖于市场的客观使用情况，因此，商品通用名称的认定并不能单纯或者仅仅依据某一特定市场主体的使用情况而加以认定，只有该商品所在领域的相关公众均使用该名称指代该商品时，才能认定该名称为该商品的通用名称。通过上诉人提交的证据可以看出，中国茶叶流通协会、海峡茶叶交流协会和武夷山市茶叶局等行业协会、主管机关均将“金骏眉”作为正山茶叶公司研制的某一档次的红茶品种名称使用。“法院认定金骏眉”已作为一种红茶的商品名称为相关公众所识别和对待，成为特定种类的红茶商品约定俗成的通用名称。

在判断某一商标或地理标志是否成为商品的通用名称，能否予以注册时，还要从公共利益的角度来考量。例如，在前述案件中，基于考虑公共利益原则，“金骏眉”若被核准注册，则其他武夷山茶企和茶农的利益就会受到影响，即使他们拥有了金骏眉的制作技艺并且对于金骏眉红茶的发展起到了积极地推动作用，但是却无法使用“金骏眉”商标。若在这种情形之下，就未形成一种公平的市场竞争环境。

¹⁷⁴ 参见北京市高级人民法院(2013)高行终字第1767号行政判决书。

（2）防止通用名称化

在道地药材的地理标志保护中，无论是权利人还是相关机构，都负有防止其通用名称化的义务。

一方面，应当明确地理标志商标整体禁止通用名称化。我国法律已经规定商标通用名称化是丧失商标权的情况之一：《商标法》第四十九条第二款规定注册商标成为其核定使用的商品的通用名称任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。地理标志本身含有较强的公共属性，包含着多方利益，应当对其进行特殊保护，在相关法律法规中规定，已经注册的地理标志的整体名称不得被视为通用名称。此处地理标志名称是兼具地理来源指示以及品质保障内涵的特定名称，例如“五常大米”，并非仅仅指产区是黑龙江五常的大米，而是产自五常地区且符合特定质量要求的品质优良的大米，禁止将这种产自五常地区有着特定优良品质的大米的名称沦为通用名称。即在禁止地理标志整体名称通用名称化的规定中，要通过补充规定或相关解释说明保护的地理标志名称必须具备这两种特定的内涵。这种禁止不能包含地理标志权利人自身使用或管理不当而使地理标志沦为通用名称的情形。由于市场发展和客观变化导致的地理标志通用名称化可以通过法律的规定来事先防范，保护优质产品和特定生产者的集体利益；但如果权利人自身不积极行使权利，维护自己产品的声誉，如对侵权行为放任不管不加制止，最终其他生产者滥用该地理标志名称使得其成为该类产品的通用名称，这种情况下不能禁止由于地理标志权利人的原因导致的通用名称化阻碍其他生产者合理地使用该名称。

另一方面，如果权利人不积极维权，维护道地药材地理标志的品牌及声誉，制止侵权行为，那法律对道地药材地理标志的保护就失去了意义。道地药材地理标志的权利人有义务积极维持其标志的识别和品质保障功能，防止其标志变成通用名称。商标通用名称化过程，往往是商标权人不正确使用商标或者对商标通用名称化的现象不作为造成的，从法律意义上讲，是不正当商标行为的结果。不仅要在经营使用、品牌建设、地理标志使用人管理等方面花费精力，还要在这个过程中对不当使用及侵权行为进行持续性的监督，可以在其组织内部建立专门复制监督和维权机构，发现侵权行为时应当积极通过民事、行政或者司法的手段维权，保护其地理标志权益，防止因不当使用、消极维权使其标志名称通用名称化。

2、道地药材地理标志侵权判断的特殊考量

（1）扩大保护：仿、类、式或类似表达的禁止

对于附加“仿”、“类”等字样或类似的表述方式的禁止也是强化对地理标志保护的重要手段。《里斯本协定》中第三条关于保护的内容就规定了：保护旨在防止任何假冒和仿冒，即使标明的系产品真实来源或者使用翻译形式或附加“类”、“式”、“样”、“仿”字样或者类似的名称。TRIPs 协议由于其制定过程中各种复杂的利益斗争，在适用于所有商品地理标志的保护范围中，没有规定禁止使用附加“类”、“式”、“样”、“仿”字样或类似的名称，而是将其规定在适用于葡萄酒和烈性酒地理标志的附加保护中，强化对这些产品的保护。《日内瓦文本》比《里斯本协定》更进一步加强了保护力度，规定即使注明了产品的真实原产地，

或者即使使用的是原产地名称或地理标志的翻译形式，或附加了“型”、“类”、“式”、“款”、“仿”、“法”、“如某产地所产”、“像”、“似”等类似字样，也构成模仿原产地名称或地理标志的使用，应当被禁止。

地理标志最重要的功能是代表商品的良好品质，尤其对于道地药材地理标志，其特定的地理区域、良好的自然环境，加上从古至今劳动人民创造并不断完善的优秀的种（养）植技术与精湛传统工艺，共同早就了其独特的品质和良好的疗效。保护道地药材地理标志的保护，要谨慎防范搭便车和不当利用地理标志的良好声誉和品质的行为，以及任何对于以不公平的方式削弱、淡化或者利用这种声誉的行为。因此，在道地药材地理标志的保护中，即便使用主体在使用道地药材地理标志时附加了“类”、“式”、“样”、“仿”等字样，或使用了其他类似表达，都应当禁止其行为。

（2）侵权纠纷的判断思路

I. 地理标志证明商标的特殊性

在道地药材地理标志保护制度的设计中，对于相关侵权纠纷的判断与一般的商标侵权纠纷具有不同的判定思路，这主要由于地理标志证明商标本身的特殊性决定的，道地药材的道地性又使得这一特殊性更加显著。

i. 地理标志证明商标的功能具有特殊性

商标的基础功能是区分商品或服务的来源，对于地理标志证明商标而言，虽然具有区别商品或服务来源的功能和客观效果，但这不是其主要的功能，也不是《商标法》对其保护的主要目的。《商标法》第三条第三款规定：“证明商标是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。”由此可见，与普通商标不同，《商标法》对地理标志证明商标的保护主要针对其证明所使用商品的特定品质的作用。

在斐济共和国政府与国家工商行政管理总局商标评审委员会驳回复审行政纠纷案中，原告斐济共和国政府申请注册“FIJIPUREMAHOGANY”（其中文含义可译为“斐济纯红木”）为地理标志证明商标。商标评审委员会认为诉争商标使用在人工种植的红木木材商品上，难以起到区别商品来源的作用，缺乏商标应有的显著性，已经构成《商标法》第十一条第一款第（三）项所指的缺乏显著特征的情形，加之斐济政府为提交的文件缺乏管辖该地理标志地区的人民政府或者行业主管部门同意申请该地理标志的批准文件等材料，商标评审委员会驳回了诉争商标的注册申请。一审法院北京知识产权法院在判决理由中指出：证明商标与普通商标的功能不同，根据《商标法》第三条第三款对证明商标的定义，证明商标的功能在于证明商品或服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质，而非在于区分不同的生产经营者。同时，为发挥证明商标自身的功能，在证明商标的通常构成方式中亦难免包含商品或服务的通用名称、原产地、质量或者其他特定品质等构成要素。因此，为了实现普通商标的功能而要求商标所具有的显著特征并不适用于证明商标。¹⁷⁵ 在该案的二审中，北京市高级人民法

¹⁷⁵ 参见北京知识产权法院(2015)京知行初字第3735号行政判决书。

院进一步指出：《商标法》第十一条第一款第(三)项规定，缺乏显著特征的标志，不得作为商标注册。与普通商标相比，作为地理标志的证明商标，其功能有所不同。地理标志是标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。因此，地理标志证明商标的功能不在于区分同种商品的不同提供者，为实现普通商标功能的显著特征要求并不当然适用于地理标志证明商标。¹⁷⁶

ii. 地理标志证明商标的侵权判定具有特殊性

由上述分析及案例可以推知，在侵权纠纷中地理标志证明商标的侵权判定也应当与普通商标不同。普通商标的功能在于区分商品或服务来源，因此商标侵权纠纷的判定关键在于诉争商标是否会造成相关公众对商品或服务的来源产生混淆误认；地理标志证明商标的主要功能在于证明商品的特定品质，因此相关侵权纠纷的重点不是相关公众是否对提供者发生混淆，而是应当评判被控侵权行为是否容易导致相关公众对商品的特定品质产生误认。在舟山水产流通与加工行业协会与北京申马人食品销售有限公司、北京华冠商贸有限公司侵犯商标权纠纷案¹⁷⁷中，原告舟山水产协会是“舟山带鱼 ZHOUSHANDAIYU 及图”地理标志证明商标专用权人，原告认为被告生产、销售的商品“舟山精选带鱼段”外包装上突出使用了“舟山带鱼”字样，容易造成公众混淆，侵犯了其注册商标专用权。北京市第一中级人民法院在裁判时，根据《商标法》第十六条对地理标志的定义：“指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志”，以及《商标法实施条例》第四十九条规定的：“注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用”，说明证明商标并非普通商标那样是标识商品来源的标识，而是标示商品的原产地等特定品质的标识，即证明商标并非表明商品来源于证明商标的注册人，而是由证明商标注册人证明商品的原产地等特定品质。进一步指出证明商标专用权与商品商标专用权亦有所不同，证明商标的注册人不得在自己提供的商品上使用该证明商标，而只能准许其他人使用该证明商标。是否侵犯证明商标权利，不能以被控侵权行为是否容易导致相关公众对商品来源产生混淆作为判断标准，而应当以被控侵权行为是否容易导致相关公众对商品的原产地等特定品质产生误认作为判断标准。舟山水产协会主张申马人公司在商品外包装上突出使用“舟山带鱼”字样，容易造成公众混淆，因此构成侵权，是对法律的错误理解，实质上将被证明商标与商品商标混同。是否突出使用，是否造成商品来源混淆，与是否侵犯证明商标权利无关。

II. 产地混淆及品质误认的分层判断

通过注册为地理标志集体商标或证明商标来保护道地药材，在相关侵权纠纷中，对于诉争标志要从混淆可能性与品质误认两个角度进行分层判断。

一方面，地理标志首先强调的是产品来自特定的地理区域。在第一层次的判断中，混淆可能性在这类纠纷中应当指产品的来源混淆，而不是商品或服务的提供者混淆。这是由于地理标志本身对于地理区域有特殊的要求，地理标志保护的是来自于该标志指向区域内的特定

¹⁷⁶ 参见北京市高级人民法院(2016)京行终 1511 号行政判决书。

¹⁷⁷ 参见北京市第一中级人民法院 (2011) 一中民初字第 9242 号民事判决书。

产品，如果诉争标志使用的商品本身并非来自于该地理区域，那么该使用行为应当被认定为构成侵权。在安吉县农业局茶叶站诉菏泽市牡丹区飘香茶行侵害商标权纠纷案¹⁷⁸中，原告安吉县农业局茶叶站是“安吉白茶”地理标志证明商标的所有人。原告发现被告在市场上销售的茶叶外包装上标有“安吉白茶”字样，擅自使用“安吉白茶”作为商品名称在相同产品即茶叶的外包装上突出使用，以被告侵犯其注册商标专用权为由向法院提起诉讼。法院认为，被告在同类产品的包装上使用“安吉白茶”字样，其原告的“安吉白茶”证明商标构成近似，易使消费者对产品的来源产生混淆，并且被告不能证明案件中被告侵权包装内封存的茶叶产自于“安吉白茶”地理标志使用产品的特定种植区域，最终认定被告构成侵权。

另一方面，地理标志除了地理指向性外，还具有品质保证性这一特征。由于特定的自然和人文环境的孕育，地理标志使用的产品具备同类产品不具有的特定品质和声誉，道地药材地理标志更是如此。《集体商标、证明商标的注册和管理办法》就规定了申请以地理标志作为集体商标、证明商标注册的主体，应当具备专业技术人员、专业检测设备，具有监督该标志所证明的特定商品品质的能力在申请书中也应当说明该地理标志所标示的商品的特定质量、信誉或者其他特征。¹⁷⁹只对地理标志进行来源地混淆保护会忽视它本身的另一个品质指示功能。因此，在第二层次的判断中，应当判断诉争标志的使用是否会使市场上的相关公众认为其使用的产品具有地理标志产品的特定品质。如果会造成品质上的误认，应当认定该标志构成侵权。例如，“高要巴戟天”是肇庆市高要区质量技术协会申请注册的道地药材地理标志商标。在发生侵权纠纷时，首先要判断诉争标志使用的巴戟天产品或其原料是否是产自广东省肇庆市高要区的巴戟天。如果不是，则会导致消费者产生产地来源误认，则可以认定构成侵权。如果是来自该地的巴戟天产品，则要进行第二层次的判断，即该标志的使用是否会使相关公众误认该产品具有高要巴戟天特定的种植和加工技术，具备肥壮、肉厚、色紫、木心小、味甜等特点，在具补肾壮阳、强筋骨、祛风湿等方面疗效显著，如果会带来品质上的误认，应当认定为侵犯商标专用权予以禁止并赔偿损失，反之则应认定不构成侵权。

《商标法实施条例》第四条规定符合《商标法》第十六条规定的地理标志可以注册为证明商标或者集体商标。同时规定：“以地理标志作为证明商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织可以要求使用该证明商标，控制该证明商标的组织应当允许。以地理标志作为集体商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织，可以要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织，该团体、协会或者其他组织应当依据其章程接纳为会员；不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的，也可以正当使用该地理标志，该团体、协会或者其他组织无权禁止。”结合上文的分析，在地理标志证明商标侵权的判定中，要考虑诉争标志使用的商品是否来自地理标志指示区域，以及被控侵权行为是否会导致相关公众对该商品品质产生误认，误认为其具备地理标志产品的特定品质。必须满足来自特定区域、不会造成产品品质误认两个条件，该种使用行为才能被认为是《商标法实施条例》第四条规定的正当使

¹⁷⁸ 参见山东省菏泽市中级人民法院(2017)鲁17民初212号民事判决书。

¹⁷⁹ 参见《集体商标、证明商标的注册和管理办法》第四条，第五条，第七条。

用行为。在常州开古茶叶食品有限公司与浙江省农业技术推广中心侵害商标权纠纷案¹⁸⁰中，浙江省农业技术推广中心为“龙井茶”地理标志证明商标的权利人，认为常州开古茶叶食品有限公司在其生产销售的茶叶商品包装盒的正面和背面显著标注“龙井茶”字样侵犯其商标专用权，开古公司提出了被诉侵权行为是对“龙井茶”这一通用名称的合理使用。北京市朝阳区人民法院认为，《龙井茶证明商标使用管理规则》规定了使用该商品所应具有的品质、产地、生产加工要求的条件，浙江农技中心有权禁止不满足上述条件的产品使用该商标。被告常州开古公司未能直接提交直接证据证明诉争商标属于“龙井茶”地理标志证明商标规定的龙井村一带产地，也证明其生产工艺和特定品质，因此不构成正当使用。在上述舟山市水产流通与加工行业协会与北京申马人食品销售有限公司、北京华冠商贸有限公司侵犯商标权纠纷案二审中，对于申马人公司和华冠商贸公司提出的正当使用的抗辩，北京市高级人民法院指出，“申马人公司提交的证据，尚不足以证明涉案商品原产地为浙江舟山海域。在申马人公司不能证明其生产、销售的涉案商品原产地为浙江舟山海域的情况下，其在涉案商品上标注“舟山精选带鱼段”的行为，不属于正当使用，构成侵犯涉案商标专用权的行为，应当就此承担停止侵权、赔偿损失的法律责任。”¹⁸¹

III. 品质保障及优先保护

不同于普通商标对标志整体在构成、呼叫等方面进行近似性判断，地理标志集体商标或证明商标的侵权纠纷中，在确认标志没有造成消费者对产地来源发生混淆误认后，应当更加注重地理标志的品质保障功能，尤其是道地药材地理标志。

首先，从标志构成来说，地理标志一般采用“地名+产品通用名称”的表达方式。根据《商标法》第十条第二款的规定，除地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分外，县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标使用。因此，普通商标中一般不会出现地理标志所包含的地名成分，《商标法》第十一条第一款还规定了仅有本商品的通用名称、图形、型号的标志不得作为商标加以注册。因此，普通商标中通常不会出现地理标志中所包含的产品名称的。即便是特殊情况下，产品名称与其他要素结合起来构成商标，产品名称一般也会被视为商标的非显著识别部分；若是地名与产品名称组合构成商标，则会被视为描述性标志，认定缺乏显著性而不予注册。¹⁸²综上，地理标志集体或证明商标与普通商品商标的构成差异较大。

其次，从标志的特征及功能来说，地理标志与来源于该地的产品的特定品质紧密相连，地理标志集体或证明商标所标示的产品，其特定质量、信誉或者其他特征主要由该商品来源地的自然因素或者人文因素所决定。这些产品在地域上是不可更换的，离开该地域生产的同类商品将不具有这些特点。¹⁸³地理标志集体或证明商标虽然也具有识别来源的作用，但更重要的是证明或者保障其使用的商品具有这些特定的品质。《集体商标、证明商标的注册和管

¹⁸⁰ 参见北京市朝阳区人民法院（2015）朝民（知）初字第24328号民事判决书。

¹⁸¹ 参见北京市高级人民法院（2012）高民终字第58号民事判决书。

¹⁸² 参见周波：《地理标志证明商标不应与商品商标进行近似性比对——“恩施玉露 ENSHIYULU 及图”商标异议复审行政案评析》，《科技与法律》2014年第2期，第349页。

¹⁸³ 参见周波：《地理标志证明商标不应与商品商标进行近似性比对——“恩施玉露 ENSHIYULU 及图”商标异议复审行政案评析》，《科技与法律》2014年第2期，第348页。

理办法》中就规定了，以地理标志申请注册集体商标、证明商标的，“应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督使用该地理标志商品的特定品质的能力”；¹⁸⁴并且要求证明商标和集体商标的管理规则中必须包括注册人对使用该集体或证明商标商品的检验监督制度。¹⁸⁵相关条款要求地理标志集体或证明商标的申请主体必须拥有监督地理标志商品特定品质的能力，并且对使用地理标志集体或证明商标的商品的质量品质进行监督、检验，说明地理标志的主要功能在于对商品品质的证明和保障，即便注册为集体或证明商标，也不改变这一事实。进行商标近似性对比、判断是否造成公众混淆的前提是被对比的两个商标具有相同的功能作用，否则对风马牛各不相及的非同种事物进行近似性比对将不利于其本身定位的实现和功能的发挥。因此在商标侵权纠纷中，在适用《商标法》第三十条对相关商标是否构成使用在相同或类似商品上的近似商标进行判断时，不应将具有不同功能的地理标志集体或证明商标与不含地理标志的普通商标进行近似性的对比。

具体到道地药材地理标志，道地药材本身具对地理区域、自然环境、种植技术等的要求非常高，道地药材地理标志的注册和管理更加重视药材的道地性和标志的品质保障功能。就地理区域来说，古代在《黄帝内经·素问》、《新修本草》等中医药典籍中就说明了同样的植物在不同的区域种植会有不同的药效；现代研究也表明同一种药材由于产地不同，外观、性状、作用、质量会有所不同甚至存在很大差异。要出产高质量、药效好的道地药材必须注重地理区域的选择，这也是利用地理标志对道地药材进行保护的重要原因。道地药材的地域性本身不但限定了该药材称谓的地域范围，也表明了道地药材所在地的特殊生态环境与其他普通药材所在地的不同，这决定了它所具有的特定品质。就工艺技术来说，道地药材的发展离不开成熟的药材种（养）植、采收、加工工艺、包装贮藏及运输方法，这些技术和方法贯穿中药材生产的各个环节，是千百年来我国人民在道地药材的生产实践中不断总结发现的，对道地药材质量的影响至关重要。道地药材地理标志所承载的产品特定品质背后，也包含对这些优秀的技术工艺的肯定和保障，这一点在标志使用管理和解决侵权等纠纷中是不能忽视的。就道地药材的特定品质来说，品质和疗效是道地药材相比于非道地药材的最大优势所在。在特定地理区域采用优秀技术和方法种（养）植的道地药材具有有效含量高，毒副作用小等品质，对相关的病症具有更好的疗效。

道地药材地理标志最重要的功能就是对品质和疗效的保障功能，因此在道地药材地理标志侵权判断时，要更加注重其品质保障的功能，首先可以对标志本身是否会使公众产生产地来源上的混淆进行判断，但需要更加侧重判断被诉侵权标志是否会使公众对商品的特定品质产生误认。同时，考虑到相比普通商标，道地药材地理标志蕴含着历史人文背景以及优秀传统工艺的传承，关系着区域经济发展、中医药技术传承、传统文化保护等重大利益，在侵权判断时不仅仅需要考虑法律的逻辑，更体现出司法政策的倾向性。¹⁸⁶相比于单独由申请注册

¹⁸⁴ 参见《集体商标、证明商标的注册和管理办法》第八条，第九条。

¹⁸⁵ 参见《集体商标、证明商标的注册和管理办法》第十条，第十一条。

¹⁸⁶ 参见元蕾：《商标行政案件中地理标志司法保护的新动向——兼评〈关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定〉第 17 条》，《法律适用》2017 年第 17 期，第 15 页。

人专用的普通商标，道地药材地理标志应当更优先受到保护。如果商标申请人以在后申请注册的道地药材地理标志商标侵犯其在先申请注册的商标权利为由，阻挡道地药材地理标志商标的注册，应当从道地药材地理标志商标的知名度、显著性、实际使用状况、消费者认知等因素考虑，认定为二者共存不易造成相关公众混淆、误认，强调道地药材地理标志更加注重对商品品质的证明和保障，从而对道地药材地理标志商标核准注册。如果道地药材地理标志商标申请注册在在普通含有地名的商标申请注册之前，则应当谨慎判断在后申请注册的商标是否会使相关公众对其品质产生混淆，误认使用该争议商标的商品具有道地药材地理标志商标标识的商品的品质及功能，在后申请注册的普通商标是否有攀附道地药材地理标志商标知名度和声誉之嫌，对普通商标是否予以注册谨慎衡量。

3、道地药材地理标志与产地名称的合理使用

道地药材被注册为地理标志进行保护后，也不能禁止其他生产经营者对其中的地名、通用名称等进行合理的使用。为更好地维护自身权益，必须严格明确合理使用的标准和限度，保护道地药材地理标志。

（1）使用的主体应当具有正当性

对道地药材地理标志合理使用中的地名的主体应是地理标志所标示的地理区域内除道地药材地理标志注册人和会员企业以外的其他道地药材的生产经营者。需要注意的是，只要生产经营者的道地药材的原产地来自该地理区域即可，无需生产经营者的注册地或营业地在该地理区域内。这些生产经营者虽然可以向道地药材地理标志的注册人提出使用申请，但并非任意生产经营者都可以被允许使用，必须要满足一定的主体资格标准。首先，合理使用道具药材地理标志的主体有地域范围的限制。地理标志具有地域性，与所在地区特定的自然环境和人文环境密切相关，者决定了合理使用道具药材地理标志的主体必须处于该地理标志规定的生产地域范围内，满足该道地药材产品所需的独特的地理环境和技术工艺等。其次，该主体生产道地药材必须达到该道地药材地理标志规定的质量标准。由政府组织或行业协会对生产经营者的道地药材产品质量进行监督管理。只有同时满足以上两个条件的生产经营者，才能合理使用道具药材地理标志。

（2）使用者主观上应当是善意的

使用道具药材地理标志中的地名或通用名称的主体应出于善意的目的将该其运用于正当的商业行为之中，不能够进行不正当的竞争行为或者是借此达到垄断的目的。道地药材地理标志的非会员企业使用该标志应当是为了表明其生产商品的原产地，不是为了攀附地理标志的知名度，也不是为了不正当竞争或者损害商标权人的合法权益。善意是一种主观的心理，要通过判断他人客观的使用行为判断其是否出于善意，应综合考虑使用意图、使用行为发生的时间、使用方式以及使用的客观效果。¹⁸⁷对于通用名称的使用人，可以从是否是在必要范围内，以描述自己产品为目的进行非商标意义上的使用来考察；对于地名的使用人，可以从

¹⁸⁷ 参见徐晓恒：《注册商标合理使用的司法判断》，《中华商标》2008年第1期，第42页。

使用人是否只使用该道地药材地理标志中的地名、是否直接使用该商标，使用人在使用道地药材地理标志时是否正确标注了自己的商标，在使用道地药材地理标志时是否刻意强调该文字的显著性等方面来判断。

(3) 使用行为应当防止公众对商品的原产地等特定品质产生混淆

地理标志的混淆标准与普通的注册商标有不同之处，地理标志的混淆是指社会公众对商品的原产地、质量等特定品质产生误认，并非普通注册商标中对商品的生产者之间的混淆和误认。判断使用人的使用行为是否成立混淆，主要可以考虑几项以下因素：首先，道地药材地理标志的非会员企业为了描述其经营的商品的原产地，可以正当使用该地理标志中的地理名称和道地药材的通用名称，但不能直接使用该商标。其次，道地药材地理标志的知名度。要分析涉案道地药材地理标志中的地名要素是作为地名的知名度高，还是作为商标的知名度高。该道地药材地理标志作为地名的知名度较高时，社会公众对该道地药材的地理来源产生混淆或误认的可能性较小；反之若其作为商标的知名度较高，则社会公众对该道地药材的地理来源产生混淆或误认的可能性相对较大。再次，道地药材地理标志指定使用的药材的分类情况及消费者在选择此类药材时的注意程度。一般来说，商标指定的商品价格越低，相关公众的注意程度越低，造成混淆的可能性相对较大；商标指定的商品的价格越高，相关公众的注意程度越高，造成混淆的可能性相对较小。最后，使用人的使用行为是否超过必要的限度。使用人为了恰当的描述其提供的道地药材而不得不使用已注册的地理标志中的地名或通用名称等要素的行为原则上应当被允许，但是为了避免其使用行为造成社会公众的混淆或误认，尤其要强调具体的使用方式不得超过必要的限度。