

КЛАССИКА
РОССИЙСКОЙ
ЦИВИЛИСТИКИ

Г.Ф. Шершеневич

Курс торгового права

2-е издание, исправленное

Том II
Товар. Торговые сделки

Москва – 2026



УДК 347
ББК 67.404
Ш49

Серия основана в 1997 г.

Председатель редакционной коллегии серии
д-р юрид. наук, проф. **Е.А. Суханов**

Редакционная коллегия серии:
д-р юрид. наук, проф. **В.В. Витрянский**
д-р юрид. наук, проф. **П.В. Крашенинников**
канд. юрид. наук., доц. **А.Н. Кучер**
А.Г. Долгов
канд. юрид. наук, доц. **А.В. Ем**

Научный редактор и составитель тома:
канд. юрид. наук, доц. **В.С. Ем**

Шершеневич, Габриэль Феликсович.

Ш49 Курс торгового права: [в 4 т.] / Г. Ф. Шершеневич. — 2-е изд., испр. — Москва : Статут, 2026. — (Классика российской цивилистики.)

ISBN 978-5-8354-2163-3 (в пер.)

Том 2 : Товар. Торговые сделки. — 536 с.

ISBN 978-5-8354-2173-2

Второй из четырех томов «Курса торгового права» Г.Ф. Шершеневича (публикуется по изданию 1908 г.) посвящен анализу отдельных видов товаров как объектов торговых сделок, в частности ценных бумаг, изобретений, товарных знаков и др. Центральное место в книге отводится исследованию договоров, чаще всего используемых коммерсантами в торговом обороте: купли-продажи, комиссии, перевозки, страхования, хранения и др.

С изложенным автором собственным взглядом на природу торговых сделок, в том числе банковских и биржевых, будет полезно ознакомиться не только профессионалам, но и всем читателям, интересующимся актуальными проблемами современного гражданского и торгового права.

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-2173-2 (т. 2)
ISBN 978-5-8354-2163-3

© Ем В.С., составление, 2003
© Редподготовка, оформление, переиздание.
Издательство «Статут», 2026

ОТДЕЛ II. ОБЪЕКТЫ ТОРГОВЫХ СДЕЛОК

§ 58. Общий обзор

Под именем товара, с точки зрения торгового права, следует понимать то, что может быть объектом сделок, признаваемых торговыми. Следовательно, понятие о товаре видоизменяется в зависимости от взгляда законодателя. Чем шире круг операций, включаемых в схему торговых сделок, тем растяжимее становится и само понятие о товаре.

Торговый оборот, как мы видели, проявляет очевидную тенденцию слиться с экономическим оборотом и, соответственно тому, товаром становится все то, что способно стать предметом обмена, другими словами все то, что обладает меновой ценностью. Как бы ни была высока потребительная ценность известного блага, оно не станет товаром, пока оно общедоступно. Вода в море не товар; но когда требуется приложение труда для того, чтобы доставить морскую воду тем, кто в ней нуждается (ванна, аквариум), — это естественное благо превращается в товар.

С экономической точки зрения, под именем товара следует понимать те хозяйственные блага, которые, обладая меновой ценностью, предназначаются к обращению. С этой точки зрения продукт, предназначенный для личного потребления или для дальнейшего производства, не может быть признан товаром.

С экономической же стороны готовый к потреблению продукт как товар противопоставляется сырью как материалу, предназначенному к обработке, но не к потреблению. С юридической точки зрения, со стороны юридической формы, в которой проходят различные моменты производства, такое различие не имеет значения.

Понятие о товаре как объекте торговых сделок не совпадает с понятием вещи: а) не всякая вещь есть товар, и б) не всякий товар есть вещь. Вещь не может стать товаром или вследствие естественных условий (естественные блага), или вследствие юридических условий (вещи вне оборота). С другой стороны, товаром в настоящее время являются не только вещи, но и иные предметы не материального характера и чем далее усиливается обмен, тем большее число предметов вступает на рынок в качестве товаров.

Таким образом, объекты торговых сделок могут быть классифицированы следующим образом:

1. *Вещи*, т.е. материальные блага, части внешнего мира, которые называются товарами в тесном значении слова. Попадая в торговый оборот, вещи подвергаются нередко юридическим последствиям, которые чужды вещам, оставшимся вне этого оборота.

2. *Деньги*, как вещи особого рода, получившие специальное назначение, служат мериллом и выразителем ценности товаров при обмене. Экономические особенности этого товара вызывают в обращении денег некоторые особенные юридические последствия.

3. *Ценные бумаги*, являющиеся отвлеченными выразителями меновой ценности, которые, в противоположность вещам, не способны сами по себе служить цели удовлетворения человеческих потребностей. Здесь также обнаруживается экономическая особенность этого вида товаров, которая и вызывает юридические особенности при обращении ценных бумаг.

4. *Рабочая сила*, с момента провозглашения свободы труда, вошла также в круг объектов торговых сделок. Безразлично, направляется ли эта сила на материальный или духовный результат. Рабочая сила не товар, пока она в распоряжении того, кому она дана природою. Она становится товаром с того момента, как она поступит в распоряжение того, кто юридическим способом приобретает возможность направлять ее по своему усмотрению.

5. *Монопольное положение*, создаваемое законом в отношении отдельных лиц, порождает искусственным образом благо, которое приобретает ценность, способную вызвать обмен. Таково монопольное положение автора, композитора, художника в отношении их произведений, таково монопольное положение изобретателя новых благ или новых способов производства.

I. Товары

§ 59. Понятие о товаре

Л и т е р а т у р а: G o l d s c h m i d t, *Handbuch des Handelsrechts*, 2 изд. 1883, стр. 1–10; V i d a g i, *Corso di diritto commerciale*, т. II, 5 изд. 1901, стр. 537–605; *Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts*, под редакцией Эндемана, т. II, § 163–167.

I. Д в о я к о е з н а ч е н и е. Слово «товар» имеет двоякое значение. В более широком смысле под этим именем понимается все, что способно быть объектом торговых сделок, следовательно, вещи, деньги, ценные бумаги, рабочая сила, монопольное положение. В более узком смысле товаром называются материальные объекты торговых сделок, в противоположность другим объектам, особенно ценным бумагам. В этом последнем значении мы будем понимать в настоящем отделе выражение «товар».

II. Н е д в и ж и м о с т и н е т о в а р. В силу давно установившегося взгляда, недвижимости не признаются товаром. Хотя земельный участок или дом являются материальными вещами, но укрепившийся предрассудок не допускает подведение их под понятие «товар». Здесь оказало влияние экономическое представление о товаре как вещи, передвигающейся от производителя к потребителю. Здесь обнаружилось влияние исторического разделения поземельной собственности и торгового капитала. Здесь не осталось без воздействия различные форм, в которые выливается укрепление прав на недвижимость и на движимость. Некоторое сомнение возбуждали морские суда, эти «плавающие дома», которые как по своему экономическому значению, так и по юридическим формам укрепления прав ближе подходили к недвижимостям, чем к движимостям.

Однако с половины XIX столетия и особенно с того времени, как итальянский кодекс 1882 года высказался за торговый характер спекулятивной перепродажи недвижимостей, вопрос обострился. Число защитников признания недвижимостей за товар увеличивается¹.

С точки зрения русского права выражение «товар» приложимо лишь к движимым вещам.

III. С в о б о д а т о в а р н о г о п р о и з в о д с т в а. Производство и обмен товаров построены в настоящее время на началах свободы и личной инициативы. Блага изготовляются совершенно свободно, по усмотрению производителя, который выпускает на рынок такие товары, которые, по его предположению, должны получить наибольшее распространение. Эту свободой производства товаров современная эпоха отличается от средних веков, когда господствовала цеховая система, обязывавшая каждого производителя строго держаться установленных образцов. Вид товара, его качество, количество изготавливаемого продукта определялось независимо от усмотрения производителя. На рынке не мог обращаться товар, обязанный своим появлением тому или другому отдельному производителю. Частной инициативе здесь не было места. Идея, положенная в основу ограни-

¹ V i d a r i, *Corso di diritto commerciale*, т. II, стр. 555–560.

чений свободы производства, заключалась в стремлении устранить конкуренцию.

Позднее, в эпоху зарождения капитализма, свобода производства подвергалась ограничению вследствие правительственной опеки. Товар должен был удовлетворять определенным, установленным свыше, образцам, иначе он не мог появиться на рынке под страхом конфискации. Сукна должны были быть установленного цвета, установленной ширины и веса и т.д. В этом случае правительство, проникнутое началами меркантильной политики, имело в виду интересы торговли, как источника государственных доходов.

Свободе производства товаров соответствует в настоящее время и свобода потребления. Каждый имеет право потреблять товары в том количестве и того качества, какие соответствуют его воле и покупательной способности. Эту свободу потребления современная эпоха отличается от тех исторических моментов, когда правительство, обеспечивая привилегированное положение дворянства против выдвигающейся буржуазии, устанавливало ограничения в потреблении. Под влиянием такой сословной политики издавались запрещения носить платье дороже установленной цены, подавать за обедом более двух блюд и т.п. Настоящему времени эта тенденция чужда. Каждому предоставлено потреблять товары, сколько он хочет и может.

Таким образом, в современном нам экономическом спросе товарный рынок определяется воздействием двух свободных начал: спроса и предложения. Товары производятся, потому что на них есть спрос, но товары и потребляются, потому что есть предложение. Нельзя отрицать, что если новые потребности вызывают изготовление соответствующих товаров, то с другой стороны, и новые товары вызывают новые потребности.

IV. Ограничения свободы товарного обращения. Свобода спроса и предложения составляют основное начало современного строя. Но эта свобода не безгранична. Она встречает ограничения по разным соображениям. В некоторых случаях закон считает нужным или совершенно изъять из обращения некоторые виды товаров или же стеснить их обращение.

Рассматривая русское законодательство, мы встречаем случаи, когда обращение некоторых товаров признается безусловно недопустимым, и сделки, имевшие своим объектом такие товары, признаются недействительными. Таково запрещение торговли невольниками, вывозимыми из-за границы¹. Продажа сочинений, имеющих целью развращение

¹ Т. X ч. 1, ст. 1404.

нравов или явно противных нравственности и благопристойности, или соблазнительных изображений, влечет за собою не только наказание для распространителя, но и уничтожение товара, «без всякого за него вознаграждения»¹. Той же судьбе подвергается товар книжной торговли, если он относится к числу изданий, признанных по суду подлежащими изъятию; во всяком случае, при изобличении в противозаконном торге, книги, эстампы, рисунки и т.п. конфискуются, а заведение виновных закрывается². В виду того, что изготовление игральных карт составляет монополию ведомства императрицы Марии, продажа запрещенных игральных карт влечет за собой конфискацию этого товара³. Сюда же относится запрещение продажи продуктов, вредных для здоровья⁴.

Иного рода ограничения в свободе торговли, установленные со стороны лиц, участвующих в покупке и продаже, со стороны времени и места торговли.

С личной стороны некоторые товары могут быть продаваемы только известными лицами, удовлетворяющими определенному образовательному цензу. Такова продажа лекарственных веществ, предоставленная аптекам⁵. Некоторые товары могут быть продаваемы только известным лицам. Так, оружие может быть продаваемо только таким лицам, которые представят свидетельство от административной власти⁶.

Ограничения по времени заключается в том, что некоторые товары, вообще допущенные к обращению, подвергаются запрещению в известные моменты времени. Так, запрещается перевозить и разносить, а также продавать и покупать дичь, через 10 дней после срока, с которого не дозволяется на нее охотиться⁷. Точно так же преследуется заключение каких-либо сделок, имеющих предметом купоны, по которым течение процентов еще не началось⁸.

Ограничения по месту заключаются в том, что торговля известными товарами, дозволенная вообще, не допускается в определенных местах. Так, напр., торговля крепкими напитками не может производиться вблизи храмов.

¹ Уложение о наказаниях, ст. 1001.

² Уложение о наказаниях, ст. 1020.

³ Уложение о наказаниях, ст. 1351¹, по Прод. 1906 г.

⁴ Устав о наказаниях, ст. 115.

⁵ Т. XIII; Уст. Врач., изд. 1905, ст. 352 и 364.

⁶ Таковы обязательные постановления, действующие ныне всюду на основании ст. 218¹, Уст. пред. и прес. прест., по Прод. 1906 г.

⁷ Т. XIII; Устав Сельского Хозяйства, изд. 1903, ст. 346, ср. 337.

⁸ Уложение о наказаниях, ст. 1174¹, ср. и ст. 1174², 1174³.

§ 60. Товарный знак

Л и т е р а т у р а : L a s t i g, *Markenzeichen und Zeichenregister*, 1889; D i e t z e l, *Das Handelszeichen und die Firma* («Jahr. d. gem. Rechts», IV, стр. 227 и след.); P o u i l l e t, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, 5 изд. 1906; A r m e n g a u d, *Traité pratique des marques de fabrique*, 1898; B r u n , *Les marques de fabrique et de commerce*, 1897; K o h l e r, *Das Recht des Markenschutzes*, 1887 (применительно к старому закону); S c h m i d, *Das Warenzeichenrecht*, 1889; G e i t e l, *Die Praxis des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnung*, 1900; K e r l y, *The Trade Mark Act*, 1906; S e b a s t i a n, *Trade Mark Act*, 1906; M o s s o p, *Trade Mark Act*, 1906; A m a r, *Dei nomi, dei marchi e degli altri segni*, 1893; V i d a r i, *Corso di diritto commerciale*, т. I, стр. 293—345; Н е б о л с и н, *Законодательство о фабричных и торговых клеймах в России и за границею*, 1886 (цит. у Федорова); Ч е р н о щ е к о в, *Право промышленной клиентелы*, 1894; S c h u l z, *Der Schutz der Erfindungen, Marken und Muster in Oestreich*, 1906.

И. Ю р и д и ч е с к о е п о н я т и е. Под именем товарного знака¹ следует понимать тот знак, которым купец стремится отметить внешним образом свои товары для отличия их от однородных товаров других купцов. Этот знак налагается на товар или промышленником при выпуске продукта (фабричное клеймо) или торговцем при переходе товара через его руки (торговое клеймо).

а) Цель товарного знака — индивидуализировать данный товар, выходящий от данного предприятия, отличить его от массы однородных товаров. По цели индивидуализации товарный знак сближается с фирмой и вывескою. Но по предмету индивидуализации товарный знак, выделяющий товар из других однородных товаров, отличается от фирмы, выделяющей предприятие из ряда однородных предприятий, и от вывески, выделяющей торговое заведение из ряда других заведений.

б) Товарный знак имеет свою задачу индивидуализировать товар по внешнему признаку, а не по внутренним качествам. Этот внешний знак налагается или на сам товар, или на ту упаковку, в которой товар предлагается публике: коробки, бутылки, ящики. В зависимости от способа индивидуализации, товарные знаки носят различные названия: клеймо, тавро, печать, пломба, капсуль, метка (вытканная или вышитая), этикетка, виньетка, девиз, ярлык, обложка и т.п.² Внешняя форма упаковки может быть таким знаком, напр. флакон одоля.

¹ Marque de fabrique, Warenzeichen, marchio di fabbrica o di commercio, trade mark.

² Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹.

с) Исключительная возможность пользования данным знаком для индивидуализации товара, обеспеченная законом за известным лицом, составляет право на товарный знак. Защищаемое против каждого, это право является видом абсолютных прав, входит ближайшим образом в группу исключительных прав. Наш закон говорит именно о «праве исключительного пользования товарным знаком»¹. Однако снабжение своих товаров внешним отличительным знаком может составлять не только право, но и обязанности купца. «Выставление товарных знаков, — говорит закон, — предоставляется на волю промышленников и торговцев»². Но рядом с таким произвольным использованием в некоторых случаях установлено обязательное снабжение товара отличительным знаком. 1) Изделия из золота и серебра, изготовляемые в России, должны иметь ясно выбитое клеймо мастера или фабриканта, так называемый именная, и без этого знака не принимаются к испытанию пробирным учреждением³. 2) На ремесленных произведениях мастер должен ставить штампель или клеймо, если оно дано цеховою управою⁴. 3) Каждая книга должна содержать указание на типографию, в которой издание напечатано⁵. Вне указанных случаев метить товары не обязательно и приложение внешнего знака к товару составляет право купца.

d) Товарный знак связан с товаром. Поэтому он не может иметь значения для купца вне того товара, которому присвоен, и с другой стороны у купца может быть столько товарных знаков, сколько родов товаров находится в его распоряжении⁶. Наконец, нет нарушения прав на товарный знак в пользовании им для другого рода товаров.

e) Возникновение исключительного права на товарный знак может зависеть или от фактического пользования со стороны купца знаком, не противоречащим кругу тех условий, какие даны в законе, или же от регистрации товарного знака. Наш закон говорит, что если купец желает приобрести право исключительного пользования товарным знаком, то он должен заявить о том в установленном порядке, но с другой стороны, купцы пользуются упомянутым правом и без установленной заявки относительно тех товарных знаков, которые состоят единственно из обозначения имени, отчества и фамилии владельца

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁴.

² Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161².

³ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. Ст. 494, 522; Улож. о наказ., ст. 1386.

⁴ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, ст. 434.

⁵ Т. XV; Улож. о наказ., по Прод. 1906 г., ст. 1012¹, п. 3.

⁶ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁷.

предприятия или наименования фирмы и местонахождения предприятия¹. В чем основание для такого различия в способе установления прав, — трудно понять.

II. Экономическое значение. Товары, которые, по своим качествам, более всего пришлись по вкусу потребителей, вызывают наибольший спрос. Потребители усиленно разыскивают товары, обнаружившие лучшие качества, и ищут их, конечно, не по качествам, а по внешним признакам. Такие поиски вполне отвечают интересам предприятия, изготовляющего товары этого рода, и поэтому естественно, что оно готово идти навстречу розыскам потребителей и облегчить их задачу товарным знаком, который сразу, по заметному внешнему виду, указал бы на внутренние качества товара.

Чем более данная фирма приобретает известность, чем бóльший спрос на товары данного предприятия, тем больший соблазн для конкурентов выдавать свои товары за товары предприятия, пользующегося известностью. Придавая своим товарам внешнюю видимость сходства, конкуренты заставляют потребителей приобретать ошибочно часть товаров не того происхождения, на которое они рассчитывали, и в то же время сокращают сбыт товаров того предприятия, которое пользуется заслуженной известностью.

Таким действием, т.е. наложением на свои товары чужого товарного знака, нарушается с одной стороны интерес публики, если под ложным знаком ей предлагается товар худшего достоинства, а с другой стороны интерес купца, установившего впервые репутацию товара, притом независимо от качества товара. В самом деле, потребители могут считать свои интересы нарушенными лишь тогда, когда под знакомым им знаком окажутся товары ниже достоинством. Если же товары окажутся равного или даже высшего достоинства, потребители ничего не теряют. Значит, защищая интересы потребителей, законодатель мог бы преследовать пользование чужим товарным знаком лишь с точки зрения фальсификации. Напротив, строя защиту товарного знака на интересах предпринимателей, законодатель будет преследовать пользование чужим товарным знаком независимо от качеств продукта.

Именно последняя точка зрения и лежит в основании законодательств, которые охраняют интересы предприятия против конкуренции и обеспечивают за предприятием исключительное право пользования товарным знаком.

III. Историческое развитие. Употребление клейма в области промышленности составляет явление, известное средним векам.

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, ст. 161⁴ и 161⁵, по Прод. 1906 г.

Знаками, под различными именами, *signum*, *bull*a, *marca*, пользовались для того, чтобы отметить принадлежность вещи. Это тот же прием, к которому прибегают теперь, отмечая внешним знаком принадлежащую кому-либо лошадь (тавро), или сплавляемые бревна, или белье (метка). Промышленники отмечали свои товары там, где возникала опасность их смешения, напр., на больших ярмарках.

Знак, применяемый с целью определения принадлежности товара, являлся для потребителей указателем его происхождения. По этому знаку покупатели искали товар, и смысл его стал изменяться для самого торговца. Он стал метить свои товары не для того, чтобы легко отличить самому свои товары от чужих, но чтобы дать потребителям средство отличить его товары среди других однородных.

Товарные знаки были в большом ходу в Германии до XVI столетия. Существовали даже зачатки регистрации товарных знаков. С рецепцией римского права зарождавшийся институт заглох, чтобы вновь возродиться только в XIX веке.

Революционное законодательство отнеслось сурово к подделке товарного знака, а уголовный кодекс 1810 года угрожал строгим наказанием за это преступление. Законы 1824 и 1857 годов, и ныне действующие, выразили смягченный взгляд французского законодателя. Но эти уголовные нормы не покрывают сильно ощущаемого недостатка в гражданской нормировке права на знак.

Германское законодательство по вопросу о защите товарных знаков потерпело значительные изменения на протяжении 20 лет. Закон 30 ноября 1874 года признавал лишь товарное клеймо, регистрацию поручил низшим местным судам и охранял только фигурные знаки. Заменивший его закон 12 мая 1894 года дал защиту и промышленным клеймам, перенес регистрацию в одно центральное учреждение в Берлине (*Patentamt*) и открыл охрану знакам, состоящим из одних слов.

В Англии товарный знак подвергался за последние двадцать лет значительным законодательным изменениям. Законы 1883 и 1885 годов превратились в цельный закон 23 августа 1887 года. С начала XX столетия он подвергался нескольким поправкам, пока консолидированный акт 1905 года не утвердил снова цельности закона, вступившего в действие 1 апреля 1906 года.

В противоположность Германии, у нас защита знаков началась с фабричного клейма и потом распространилась на товарные знаки. Устав о промышленности, поддержанный Уложением о наказаниях, знал о клеймении изделий русских мануфактур, фабрик и заводов. Практика проявляла стремление распространить эти положения и на товарные знаки. Лишь закон 26 февраля 1896 года, составленный под

явным германским влиянием, удовлетворил назревшему требованию торгового оборота.

IV. Выбор товарного знака. Купцу предоставляется не только свобода пользования товарным знаком, но и свобода выбора товарного знака. Если он желает отметить свои товары внешним знаком, то от его вкуса и усмотрения зависит избрать отличительный признак своего товара. Он может предпочесть фигуру, резко запечатлевающуюся в памяти покупателей, или свою фирму, связывающую представление о товаре с представлением о самом предприятии, а может быть и с самим купцом. Практика показывает, что фигурный знак лучше служит цели индивидуализации товара, что фирменный знак легче вызывает намеренное или случайное совпадение или сближение товарных знаков. Тем не менее, наше законодательство, как мы видели, оказывает большее сочувствие фирменному знаку.

Свобода выбора находит, однако, ограничения, обусловленные двойным соображением: в целях индивидуализации и в целях общего блага.

1. С первой точки зрения не могут быть предметом исключительно пользования и не принимаются к регистрации следующие товарные знаки¹:

а) Знаки, недостаточно отличающиеся от знаков, предоставленных в исключительное пользование другим промышленникам или торговцам для однородных товаров. Если дело идет о заявке знака, то ввиду централизованной регистрации предупреждение совпадения распространяется на однородные товары всей России. Но когда речь идет о праве, независимом от заявки, то действие его возможно лишь в пределах реального интереса, и никто не может требовать возмещения убытков от совпадения знаков, если будет доказано, что рынок сбыта товаров не совпадал. Вопрос о близости знаков есть вопрос факта, устанавливаемого судом с точки зрения покупателя, у которого может произойти смешение представлений. Два словесных знака, содержащих разные фирмы, не допускают смешения. Но те же две фирмы, обведенные кругом около одной и той же фигуры, напр., земледельца, вспахивающего ниву, способны вызвать смешение, если представление получается главным образом от картинки.

б) Знаки, вошедшие во всеобщее употребление для отличия товаров известного рода. Таковы, напр., курящий негр для табака, китаец для чая, ландыш или сирень для мыла соответствующих запахов.

в) Знаки, состоящие из отдельных цифр, букв или слов, которые по своему виду, расположению или сочетанию не представляют от-

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁸.

личительного знака. Нельзя считать таким знаком отличия название «Крымское вино» или «Московское пиво». Не может быть признано в настоящее время товарным знаком такое сочетание: «К и С». Недопустим товарный знак, состоящий из «00» или «666».

2. С точки зрения общего блага закон не допускает товарных знаков, которые имеют предосудительное содержание. Такими закон признает¹:

а) Знаки с надписями и изображениями, противными общественному порядку, нравственности или благопристойности.

б) Знаки с надписями и изображениями, заведомо ложными или имеющими целью ввести покупателей в заблуждение. Здесь закон переходит на защиту интересов потребителей, но не касается несоответствия качеств товара, а имеет в виду лишь видимую обманчивость утверждения, включенного в торговый знак. Таково, напр., утверждение, будто товар этого рода единственный или пользуется монополией сбыта.

в) Знаки с изображениями дарованных промышленнику или торговцу знаков отличия, предназначенных для ношения, а также с изображениями наград и почетных отличий, без обозначения года их получения. Отличие, дарованное лицу, не может быть отличительным знаком товара, потому что между личными достоинствами и товарными качествами нет ничего общего. Использование почетных отличий для товарного знака может иметь своей целью импонирование потребителям, которое поддерживать закон находит излишним. Если, однако, награды даны за производство товаров, отмеченных выдающимися качествами, то нет препятствий к тому, чтобы вставить такие награды в товарные знаки, присвоенные именно этого рода товарам.

V. З а я в к а з н а к а. Купец, желающий приобрести право исключительного пользования товарным знаком, если таковое право не приобретено им в силу самого факта пользования знаком, соответствующим его фирме, должен заявить этот знак министерству торговли и промышленности, по отделу промышленности². Впрочем, нет основания отрицать за купцом право заявки и в последнем случае, потому что с заявкой соединяется особое средство охраны интереса.

Заявка совершается путем подачи прошения о выдаче свидетельства на исключительное право пользования данным товарным знаком, по отношению к данному товару. К прошению должно быть приложено описание знака и трех экземпляров его рисунка, исполненных тушью или какою-либо прочною краскою.

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161³.

² Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁴.

Желаемое свидетельство выдается не на основании одной только заявки просителя, а на основании проверки, произведенной в отделе промышленности по вопросу, насколько заявляемый знак соответствует законным условиям выбора. а) В случае если знак не удовлетворяет требованиям закона, отдел промышленности отказывает в выдаче свидетельства, с объявлением просителю о причинах отказа¹. Может ли проситель обратиться в суд и требовать признания за ним исключительного права, в котором отказала административная инстанция? Эта возможность не соответствует общему смыслу правил, установленных нашим законом по вопросу о товарных знаках. б) В случае, если отдел промышленности, рассмотрев заявляемый товарный знак, признает его удовлетворяющим условиям закона, он объявляет о том просителю с требованием доставить 100 экземпляров рассмотренного знака, отпечатанных какою-либо прочною краскою, и взноса соответствующей пошлины. По удовлетворении просителем этих условий ему выдается свидетельство. О выдаче свидетельства на товарный знак публикуется в «Вестнике финансов, промышленности и торговли», с подробным описанием самого товарного знака, а в потребных случаях и с приложением рисунка знака².

Гласность предоставленного права не исчерпывается публикацией. Всем предоставленным в исключительное пользование товарным знакам отдел промышленности ведет особый реестр и составляет из них альбом, который предьявляется желающим для осмотра³. Оглашение идет еще далее, путем децентрализации. По одному экземпляру таких знаков отдел промышленности препровождает в биржевые комитеты, купеческие управы для составления подобных же альбомов и предьявления оных желающим для осмотра.

VI. С о д е р ж а н и е п р а в а. Исключительное право, выраженное в свидетельстве, предоставляет купцу возможность пользоваться заявленным товарным знаком и выставлять этот знак на товарах, на упаковке или посуде, в которых они хранятся, а также на коммерческих объявлениях, прейскурантах и бланках⁴. Если исключительное право в указанных законом случаях устанавливается независимо от заявки⁵, то содержание исключительного права от этого не изменяется. С положительной стороны содержание права на товарный знак

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁹.

² Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁴.

³ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161²⁰.

⁴ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁰.

⁵ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁵.

сводится к исключительной возможности пользования им для своих товаров, с отрицательной — к запрещению всем другим употреблять тот же знак для того же рода товаров.

Свидетельство на товарный знак, заявленный в каком-либо одном цвете и масштабе, дает право исключительного пользования этим знаком во всех прочих цветах и масштабах¹. Можно согласиться с правильностью точки зрения законодателя, который не делает различия в масштабе знака, потому что в представлении публики величина знака не играет роли при различении. Но в представлении резко запечатлевается цвет и нередко в краске вся отличительная сущность. Мы знаем, какое значение имеет цвет при пользовании крестом как знаком. Такое же значение может иметь цвет звезды, изображаемой товарным знаком. Синяя звезда ярко выделится в общем представлении и обособится от звезд красных, зеленых и т.п.

Приобретенное в лице предпринимателя право на товарный знак подлежит отчуждению как право имущественное. Но, так как знак тесно связан с товаром, то право на него не может переходить независимо от производства данного рода товаров. Поэтому право на товарный знак способно переходить от одного лица к другому только вместе с предприятием, изготовляющим эти товары². Безразлично, переходит ли предприятие в силу отчуждения или же в силу отдачи в аренду. Закон ставит только два условия перенесения права на товарный знак: одно материальное — сохранение за предприятием прежней фирмы, другое формальное — уведомление отдела промышленности, в течение 6 месяцев со дня совершения сделки, о согласии на то прежнего владельца³. Если предприятие отчуждается или сдается в аренду не в полном объеме, а в части, то перенесение права на товарный знак возможно лишь при том условии, если переходящая часть предприятия составляет отдельное производство и если передаваемый товарный знак был предназначен только для выпускаемых по этому производству товаров⁴.

Как имущественное право, право на товарный знак переходит по наследованию, однако опять-таки в связи с предприятием. Только тот из наследников приобретает это право, к кому переходит по наследованию предприятие, с которым соединено производство товаров, снабжаемых данным знаком.

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹¹.

² Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁶.

³ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁶.

⁴ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁶ примечание.

В. З а щ и т а п р а в а. Исключительное право на товарный знак может встретить нарушение в разных формах. Прежде всего, знак может быть точно воспроизведен другим купцом. Товары распространяются под чужим знаком в расчете, что субъект исключительного права не заметит подделки. Затем, возможно подражание чужому знаку в расчете, что публика не заметит различия в знаках. Далее нарушение исключительного права может выразиться в вытравлении наложенного знака и замене его своим знаком.

Связано ли нарушение права с заявкой знака? Можно ли говорить о нарушении права только тогда, когда товарный знак был заявлен и когда было получено свидетельство? Очевидно, что где есть право, там возможно его нарушение. Закон категорически признает за купцами право на товарный знак независимо от заявки, когда он состоит из одной фирмы¹. Следовательно, приобретенное фактически право на товарный знак может быть нарушено и потому должно быть защищено юридическими средствами.

Средства защиты права на товарный знак различны. Защита может происходить в порядке административном, гражданском и уголовном.

1. В административном порядке защита производится путем предупреждения совпадающих знаков. Отдел промышленности не выдает свидетельства на знак, который недостаточно отличается от знаков, уже заявленных и удостоенных свидетельства². Очевидно, что защита этого рода стоит в зависимости от заявки.

2. В гражданском порядке защита сводится к возмещению ущерба, причиненного тождественным или сходственным знаком. Нарушение права исключительного пользования товарным знаком, объявляет наш закон, влечет за собою обязанность вознаградить потерпевшего за вред и убытки³. Гражданская защита не стоит в зависимости от заявки и обеспечена как заявленному, так и незаявленному знаку, если последний удовлетворяет законным условиям. Гражданская защита обеспечена всякой форме нарушения знака, даже и вытравлению знака с целью замены его другим. Специальный закон о товарных знаках ничего не говорит о принципе гражданской ответственности: может ли она иметь место там, где обнаружены умысел или грубая неосторожность, или же она применима и там, где нет никакой вины, где налицо одно только случайное совпадение? Гражданско-правовая защита имеет свою целью устранить такое состояние, которое стоит

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁵.

² Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁸, п. 2.

³ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁹.

в противоречии с чьим-либо субъективным правом, и восстановить нарушенное равновесие того интереса, который охраняется субъективным правом. Отсюда следует, что цель защиты будет достигнута, если на заготовленных к обращению товарах будут уничтожены неправильно присвоенные знаки и если потерпевшему будет возвращена та ценность, которая потеряна им вследствие некоторого распространения чужих товаров под его клеймом. Первое последствие защиты не стоит в зависимости от наличия вины: как только обнаружено неправильное, хотя бы и случайное, пользование чужим знаком, — следы его должны быть уничтожены, хотя бы это и было соединено с ущербом. Что касается второго последствия, вознаграждения за причиненные убытки, то, за молчанием специального закона, вступает в силу общий, т.е. ст. 684 т. X ч. 1, построенная, по общепринятому взгляду, на принципе вины.

Само возмещение ущерба может быть основано или на точном доказывании размера понесенных убытков или на присуждении пени в пределах законного размера. Система пени принята в западных законодательствах, как средство, облегчающее потерпевшего истца в доказывании размера убытка¹. У нас пеня не принята законом 1896 года, и потому потерпевший оказывается в трудном положении доказывания суду в точности размера понесенных убытков.

3. В уголовном порядке защита производится угрозой правонарушителю наказанием. Промышленник или торговец, виновный в самовольном выставлении на изготовленном им или на находящемся у него для продажи товаре, или на упаковке и посуде, в коей хранятся товары, или на коммерческом объявлении, прейскуранте или бланке, товарного знака, точно воспроизведенного или явно сходственного с таким же товарным знаком, состоящим, заведомо для виновного, в исключительном пользовании другого промышленника или торговца, подвергается заключению в тюрьме или денежному штрафу. Тому же наказанию подвергается промышленник или торговец, виновный в хранении в промышленном или торговом заведении или в продаже товара с указанием заведомо для него самовольно выставленным знаком².

а. Применение уголовного наказания предполагает с субъективной стороны вину. В случае умышленной подделки знака виновному грозит тюрьма сроком от 4 до 8 месяцев, в случае грубой неосторожности —

¹ По германскому закону (§18) пеня до 10 000 марок, по итальянскому закону (§ 12) — до 2000 лир в первый раз, до 4000 в случае рецидива.

² Т. XV; Уложение о наказаниях, по Прод. 1902 г., ст. 1357¹.

денежное взыскание не свыше 100 рублей первый раз, не свыше 200 рублей при последующих правонарушениях¹.

б. Преступное деяние заключается с объективной стороны в точном воспроизведении или в явно сходственном сближении знака. Закон наш не отличает эти два вида правонарушения в уголовном отношении. Следовательно, уголовной каре не подлежит тот вид правонарушения, который заключается в вытравлении знака и замене его своим.

с. Уголовное преследование не стоит в связи с заявкой. Достаточно, если виновный знает, что данный знак состоит в исключительном пользовании другого лица. По крайней мере, в уголовном законе не упоминается ни заявка, ни свидетельство.

д. Дела о нарушении права на товарный знак возбуждаются не иначе, как по жалобе потерпевшего промышленника или торговца, которому принадлежит право исключительного пользования самовольно (?) выставленным товарным знаком². Следовательно, потерпевшие потребители не могут воспользоваться этою уголовною помощью против недобросовестных купцов.

В случае обвинительного приговора наш закон, следуя германскому образцу³, постановляет, что незаконно выставленные на товаре или на упаковке и посуде, в коей хранятся товары, товарные знаки подлежат снятию и уничтожению⁴. Точное исполнение этого предписания должно привести, в некоторых случаях, к необходимости уничтожить сами товары, когда знак неотделим от товара. Другие законодательства⁵, смягчая суровость постановления, предоставляют уничтожение знаков усмотрению суда, который взвешивает, при решении вопроса о принятии такой меры, все обстоятельства, в частности меру наложенного наказания, размер назначенной пени.

VIII. О с п а р и в а н и е п р а в а. Хотя заявка товарного знака вызывает проверку претензии, но административное рассмотрение прав искателя на товарный знак не утверждает за ним бесспорно-

¹ Т. XV; Уложение о наказаниях, по Прод. 1902 г., ст. 1357². Сопоставление ст. 1357¹ и ст. 1357² указывает, что в первом случае закон предусматривает «самовольное» выставление знака, «заведомо» принадлежащего другому лицу, тогда как во втором случае — отсутствие этих признаков, но все же наличие вины. Непонятно, как возможно говорить о неосторожности при повторном использовании знака, принадлежность которого должна была с несомненностью обнаружиться в первом процессе.

² Т. XV; Уложение о наказаниях, ст. 1357³ по Прод. 1902 г.

³ Германский закон, § 19.

⁴ Т. XV; Уложение о наказаниях, по Прод. 1902 г., ст. 1357³.

⁵ Французский закон 1857 г., § 14; бельгийский закон 1879 г., § 12; швейцарский закон 1879 г., § 22.

го гражданского права. Отдел промышленности мог или ошибиться при выдаче свидетельства, или не иметь достаточных данных, чтобы отвергнуть заявленное право. Окончательное решение вопроса принадлежит только суду. Выдача кому-либо свидетельства на товарный знак, говорит закон¹, не лишает других лиц права оспаривать судебным порядком принадлежность права исключительного пользования упомянутым знаком.

Закон не определяет точнее, кто эти другие лица. Очевидно, это могут быть те, которые признают себя субъектами исключительного права на данный товарный знак², или те, которые признают, что данный товарный знак ни в чем исключительном пользовании состоять не может³.

Оспаривание права исключительного пользования товарным знаком ставится в рамки сокращенной давности. Судебное оспаривание возможно лишь в течение 3 лет со дня публикации о выдаче свидетельства⁴.

IX. П р е к р а щ е н и е п р а в а. Действие исключительного права прекращается вследствие того, что наступает один из следующих факторов:

1. Так как товарный знак соединен с товаром, производимым известным предприятием, то закрытие предприятия влечет за собою и прекращение права на товарный знак. Исключение товарного знака из числа заявленных отделу промышленности происходит *ex officio* по получении сведений о прекращении предприятия. Но владелец предприятия может, конечно, и независимо от прекращения дела, заявить свое отречение от права, что закон называет «просьбою владельца»⁵.

2. Право на товарный знак есть право срочное, поскольку речь идет о выдаче свидетельства. Право на товарный знак, независимое от заявки, очевидно, срочности не подлежит. Свидетельства на товарные знаки выдаются, по желанию просителей, на срок от одного года до 10 лет, считая со дня их выдачи. По истечении срока свидетельство может быть возобновляемо на новый срок⁶. Невозобновлением свидетельства в установленный срок действие свидетельства и выраженного в нем права прекращается⁷. В этом случае право исключительного

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁵.

² Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁸, п. 2.

³ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161⁸ п. 3.

⁴ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁵.

⁵ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁷, п. 2.

⁶ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹².

⁷ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁷, п. 2.

пользования товарным знаком не может быть никому вновь предоставлено до истечения 3 лет со дня публикации о прекращении действия выданного на этот знак свидетельства¹.

3. Закон требует, как мы видели, довести в течение 6 месяцев от совершения сделки до сведения отдела промышленности о состоявшихся отчуждении или отдаче в аренду предприятия вместе с правом на товарный знак. Неведение до сведения влечет за собою прекращение действия свидетельства². Упущение это, однако, может быть легко исправлено, потому что и здесь в течение 3 лет право не может быть никому другому предоставлено и, следовательно, свидетельство может быть возобновлено прежним субъектом права.

4. Право в лице того, кому было выдано свидетельство, прекращается, если судом будет признано, что право это ему не принадлежит, потому ли, что оно принадлежит другому, или потому, что такое право никому не может принадлежать³.

§ 61. Фабричные рисунки и модели

Л и т е р а т у р а : P h i l i p o n, *Traité théorique et pratique de la propriété des dessins et modèles industriels*, 1880; P o u i l l e t, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, 4 изд. 1905; V a u n o i s, *Les Dessins et modèles des fabriques*, 1898; L a n d - g r a f, *Musterschutz und Musterrecht*, 1875; K l o s t e r m a n n в *Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts*, 1879; A n s p a c h и C o p i e t e r s, *Dessins et modèles industriels*, 1905.

И. С у щ н о с т ь п р а в а. Под именем фабричного рисунка понимается изображение на поверхности изделий сочетания узоров и цветов, напр., на материях, на коврах, на посуде и т.п. Моделью же называется изображение формы изготавливаемых изделий, как напр., ваз, чернильниц и других подобных предметов, в которых форма, удовлетворяя вкусу потребителей, приобретает особое значение. Рисунки и модели могут увеличивать ценность товара, а иногда даже составлять основу ценностей, как это случается нередко с фарфоровыми и майоликовыми изделиями. Если рисунок или модель подойдет под вкус публики, то товар сразу получит усиленное распространение, которое способно держаться до тех пор, пока не изменится мода или пока понравившиеся рисунки и модели не будут переняты другими

¹ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁸.

² Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁷, п. 3.

³ Т. XI ч. 2; Устав о Промышленности, по Прод. 1906 г., ст. 161¹⁷, п. 4.