

论商誉在商标权保护中的功能定位

郭富青

(西北政法大学 经济法学院, 陕西 西安 710063)

摘要:商誉与商标是两个独立的范畴。区分商品来源是商标第一位的功能,传导商誉的功能则居于第二位。商标的本质是因其显著性防止混淆和淡化,其客体是商标而不是商誉。商誉是否存在不能决定商标权的有无,它对商标权的变动只起辅助作用。商标法以商标为媒介间接保护商誉,不应无限扩张商标权保护商誉的范围。对其保护应限于可能产生混淆、误导公众和导致淡化的领域内,阻止出于恶意、不正当竞争的目的,搭乘他人商誉的便车的侵权行为。

关键词:商誉;商标;客体;功能定位

DOI 编码:10.3969/j.issn.1674-3687.2013.05.052

中图分类号:DF523.3 文献标识码:A 文章编号:1674-3687(2013)05-0052-07

引言

受国务院委托,国家工商总局自2003年启动第三次商标法修订工作以来,我国知识产权界对商标权在主体认识上开始反思,认为以往将商标界定为经营者对其注册商标享有的专有权,商标权的客体为商标本身有失偏颇,未能反映商标权的本质属性。因此,一些学者转而主张商标权的客体是商标所承载的商誉,没有商誉就没有商标权。^①“商誉乃商标之灵魂,而商标则为商誉之外在躯壳。”^[1]虽然商誉早已进入商标法的保护范围,但是商誉在商标权保护中的功能如何定位,在国内外立法中至今仍处于模棱两可的状态。从而引发了一系列问题和困惑:商誉进入商标法保护的领域会使商标权发生质变吗?或仅是商标权的扩张,即商标权保护功能范围的扩大?商誉对商标侵权的认定会产生何种影响?回答以上问题,正确认识商誉在商标权中的功能定位,是我国此次修改商标法的重大课题。

一、商誉与商标关系之辨析

商誉与商标二者既彼此独立又有着不解之缘。一方面,商事经营者在营业活动中生产商品、提供服务,从而产生商誉;另一方面,现代经营活动推销商品或提供服务往往借助于商标的区分功能和传达功能。也就是说,经营者在营业过程中所创造的无形商誉必须以有形商标为媒介,才能使消费者识别其商品或服务。然而,二者虽联系密切但却又不能等同视之,所以,二者究竟系何种关系,不可不详察。

(一)商誉与商标两个基本范畴的考察

商誉(goodwill, reputation of business)是指经营者基于其商业关系网或声誉而产生的利益。简单地说,它体现为经营者的商品和服务对顾客的吸引力及其所产生的顾客对经营者营业的回头率。因此,它必然意味着经营者所有的积极优势。^[2]在英国1901年的国内税收专员诉穆勒一案中,法院将商誉称之为“形成习惯的吸引人的力量”,抑或“经营上的良好名声、声誉、商业关联的利益或优势,这对招揽顾客是一种吸引力量。”^[3]⁶⁹“商誉一旦形成,就会给商誉主体带来强大的市场竞争优势,表现在商誉主体的商品或服务具有公平合理的价格、优良的质量和售后服务以及商誉主体良好的企业形象等方面。”^[4]因此,全面、准确地讲,商誉是消费者或投资者对特定经营者经济实力、经营理念、方式以及商品质量、品种、售后服务等诸多客观方面的感受而形成的积极和肯定性综合评价。不可辨认性和依附性是商誉两个显著的特点。^[5]它是一种不能独立

收稿日期:2013-03-16

作者简介:郭富青(1962—),男,河南开封人,西北政法大学教授,法学博士,博士生导师,主要研究方向为商法学。

① 相关论述请参见杨叶璇:《商标权客体是商标所承载的商誉——兼谈对未注册驰名商标的保护》,载《中华商标》2007年第2期;宋建宝:《论商标权的本质及其异化》,载《知识产权》2011年第1期;彭学龙:《商标转让的理论建构与制度设计》,载《法律科学》2011年第3期。

存在、不能单独转让的无形资产,必须依附于特定的经营主体才能对其评估作价。另外,其价值具有变动性和不稳定性,往往随着经营者盈亏变化以及社会公众对其产品及营业行为的综合评价的变动而变动。也就是说,“商誉并不是独立存在的,它不能自生自为,它必须依附于商业的经营。破坏了经营,商誉也就随之凋落”。^{[3]69}

商誉中包含着经营者精神利益与财产利益,其法律表现形式为一种权利。我国学者对其权利属性在传统权利分类的归属上存在着截然对立的分歧。一部分学者认为商誉本质上属于人格权。其中又分为法人名誉权说和特殊人格权说。前者认为商誉属于法人名誉内容的一部分,法人的名誉与法人的商誉在本质上没有什么差异,商誉权即属于法人名誉权的重要组成部分。法人名誉权就其实质而言,是一种间接的财产性质的权利或者间接具有财产内容的权利。^[6]后者则认为商誉权虽然有无形财产权性质,但财产性只是其非本质属性,只有人格权才是它的本质属性。^[7]另有部分学者则认为商誉本质上属于财产权。认为“商誉实质是一种无形财产,具有财产内容。”^[4]商誉是一种非物质形态的特殊财产,由此所生之权利当为财产权。商誉权虽然具有人格权的某些属性,但它并非是该项权利的本质属性。^[8]笔者认为将商誉界定为单纯的人格权,难以解释商誉何以有财产价值为经营者所珍重,并在企业拓展业务、增长营利中发挥着至关重要的作用。而仅将商誉视为单一的财产权却又无法解释当经营者的商业信誉、商品声誉受到诽谤和诋毁时必然损害其名誉,致使其客户流失和消费者抵制其商品,从而导致其经营萎缩的后果。由此可见,在传统的人格权和财产权分类中作单一的归属均存在着局限性,无法揭示商誉的全部内涵。因此,应当将商誉权作为一项独立的权利类型。类似于商号权和著作权,就其权利项下的内容来看,具有包容人身和财产内容的双重属性。人身性表明商誉与特定经营者的营业活动密不可分,是经营者特殊人格利益和现实人格的体现。例如,经营者参加招标投标活动和申请某种营业许可等均会对其某种商誉提出较高的具体要求。财产性则表明商誉区别于一般的名誉与荣誉,具有财产价值。2001年1月1日实施的《企业会计准则—无形资产》第3条规定“不可辨认无形资产是指商誉。”正式以规范的形式明确了商誉财产性的一面。商誉权作为独立的权利形态其客体虽然具有人格利益和财产利益的复合性,但只表现为单一权利,而不是一体两权(人格权和财产权)。这样,既可减少法律适用中的权利冲突,又可以避免商誉侵权行为的对象出现人格权与财产权法的竞合。对商誉权的保护应当以民法为基础,并由企业法、商标法、广告法、反不正当竞争法和会计法等形成不同层面综合保护的 legal 体系。

商标即品牌,是指能够将甲的商品或者服务与乙的商品或者服务相区别的标志。根据符号学原理,商标由三部分构成:商标标识、出处和对象。作为商标标识可以由文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色等要素,以及这些要素的组合构成;出处指示谁是商标所标识商品的生产、经营者;对象则指商标所标示的具体商品或服务。例如“飘柔”由英文“Rejoice”、中文“飘柔”和线条图案组合成商标标识,指示出产自宝洁公司,以洗发水为标示对象。商标标识无论设计多么精美和光彩夺目,在其未与特定生产、经营者的商品联系起来之前,本身都不是商标。从符号学术语而言,只有标识与特定经营者的特定商品或服务结合在一起,在消费者形成会意认知才能完成商标的符号化。当然符号化过程并非经营单纯地将标识与特定商品粘连在一起,还必须依赖经营者在商业活动中实际使用,并借助广告宣传和卓有成效的营销活动,才能成为消费者区别同种或同类商品,从而进行选购的现实符号。美国弗兰克福特法官1942年在Mishawaka Rubber一案中就曾指出“保护商标是基于法律对于标记的心理功能的认可。我们不单依靠标记生活,而且也依靠标记购物。商标是引导消费者选购他需要或他相信他所需要的物品时的一条商业捷径。商标所有人竭力将一个合适标记的吸引力注入到市场氛围中,从而强化人类的这一倾向。无论手段如何改变,目的只有一个——通过商标在潜在消费者的头脑中,唤起对商品的欲望。”^{[9]118-119}商标申请人或使用人经法定的注册程序或法律确定的使用在先原则获得商标权,包括专用权、许可权、转让权和禁止权^①等项权利。值得注意的是商标标识符号化的事实及时间点与取得商标权的法律事实和时间并不相同或一致。那种主张未经使用尚未产生商誉的商标,即使已经获准注册也不可能取得商标权的观点,实际上混淆了二者的关系。

① 商标权人阻止他人未经其许可在同种或同类商品上使用与其商标相同或近似标识的权利。

综上所述,商标与商誉是两个独立的范畴。商誉是生产、经营者在其营业活动中,通过提供优质商品或服务,与客户、消费者之间建立的信任关系,并借助后者对其营业活动的综合评介,从而确立人格和财产方面的复合利益,纳入法律保护则表现为商誉权。商标则是经营者在营业活动中使用的旨在使其商品或服务与其他经营者的商品或服务区别开来的标识,并对此依法享有商标权。二者的主要区别在于,商誉具有无形、不可辨识和不确定性。而商标则具有有形、可识别和构成要素确定的特征。当然,二者均具有主体的特定性或依附性,均在商事主体的营业活动中为其扩大经营规模、增强市场竞争实力和实现利润最大化发挥着重要作用。

(二) 商标与商誉关联、互动关系的考察

在19世纪英国法中,商标是一种符号,用来指示人们特定商品的来源。商标的本质被视为用于区分商家的商品。商标的独占性仅仅与该商标在产品上的使用相联系。法官们曾经明确指出,商标不能以其本身的权利作为一种实体获得保护。^[10]也就是说孤立的商标标识不能成为法律保护的对象,任何人不能享有权利。只有将商标标识与特定商事主体的特定商品联系起来,具有指示、区分不同商事主体生产、经营的同种或同类商品的功能时,商标才能作为权利得到法律的认可和保护。因此,区分商品的来源,防止混淆是商标的基本功能或第一位的功能。除此之外,商标还有第二位的传导功能。即“一旦消费者有某种特定商标商品的经验,商标的意义就会扩展到传递有关该商品该制造商生产的其他类别商品的质量信息。因此,商标便逐渐地代表着那些商品生产厂商的声誉。”^{[11]214}由此可见,“商标的价值在于浓缩与产品有关的一切信息。”^{[9]118}为了担当区分和传导功能,商标在要素构成上必然分为两个层次:外在表征和信息符号。商标外在表征必须具备显著特征才能担当区分商品来源的功能;而商标作为信息符号能够向消费者传递所标识的经营者的商品质量、售后服务,以及与之相关的信誉、文化、社会责任等商誉方面的信息。就此意义而言,商标本质上就是一种负载商誉信息的符号组合。既包括存量商誉信息,也包括增量商誉信息。前者是商标符号本身的第一含义。比如,“可口可乐”暗示饮料可口怡人,“金利来”商标意味着财运滚滚而来的好运气。后者指经营者通过广告宣传、售后服务、产品质量等长期生产经营活动,赋予商标的第二含义。比如,诺基亚商标给人的感觉就是结实、耐摔。对于经营者促销活动,商标的第一含义虽然有一定的作用,但起长期决定性作用是商标的第二含义。^{[11]145}在笔者看来,商标信息符号主要传递文化价值理念和商誉两个方面的信息。其中商标设计及广告宣传所体现的文化价值理念一旦为消费者所认同就会唤起其购买和消费欲望,从而满足消费者的精神追求。正因为如此,郎咸平教授认为品牌可分三个层次来理解,最底层是产品本身,中间层是产品的功能,最高层是文化精神。例如,谭木匠体现的是梳子的木头文化精神,耐克则代表“释放潜能,不断地做,不断地做”,阿迪达斯体现的是“一切皆有可能”的文化理念。^[12]只有能够彰显文化精神的品牌才具有生命力。商标符号中蕴含的商誉信息指代着商标使用人按照严格质量标准、采用先进技艺生产的商品,或以良好信用和人性化经营提供的服务,获得了社会公众积极和肯定的评价,具有良好的声誉。换言之,一个名牌商标往往承载着能够满足消费者高规格的物质和精神两个方面的需求信息。

然而,我们必须清醒地认识到商标作为符号所指代人生价值理念与商誉除了商标中文字组合蕴含的文化底蕴外不具有内生性,而是由经营者外在的营业活动所创造的商誉及其广告宣传附加而形成的商标内含。二者结合的方式是以商标为媒介使消费者联想到经营者特定商品的质量声誉、商标及广告所揭示的文化寓意和价值导向。随着消费者与经营者交易日久,体验愈深,不断强化这种联想,天长日久使商标成为经营者的商誉及其所倡导的某种消费理念和价值观的象征符号。于是,商誉与商标便发展成为一种互动关系。一方面,经营者提高商品或服务的质量、营业商誉会提升消费者对其商标文化价值理念的认同感,从而提高其商标的知名度和商业价值;反之则会使其商标的知名度降低和商业价值减损。另一方面,商标知名度的提高会促进经营者的营销活动、扩大商品的市场份额,获得丰厚的利润,增大商誉价值;反之商标知名度的降低必将使商誉萎缩。二者一荣俱荣,一损俱损。

二、商誉对商标:决定商标权存在抑或决定商标价值大小?

(一) 对商誉决定商标权存在的质疑

我国近年来有一些学者十分强调商誉对商标的决定作用,认为,商誉才是商业标志受法律保护的内在根源。商业标志的“显著性”仅是法律保护的形式要件,而蕴藏于商业标志中、体现创造性的商誉才是商标法的真正保护对象。^[13]¹²⁻¹⁵“商标这一符号的所指,商誉是其不可分割的组成部分。离开了商誉,根本无所谓商标。”^[14]“商标所承载的商誉,是通过商标的实际使用而获得。没有商标的实际使用,就不会形成商誉,更不会产生商标权。”^[15]以上观点强调商誉与商标关系密切,商誉对商标至关重要,应当通过商标权保护商誉值得肯定,但是认为商誉是商标权的客体,决定商标权有无的观点,笔者不敢苟同。理由如下:

第一,将商誉作为商标权的客体难以成立。商标的传达或指示功能决定了商标所体现的商誉不具有内生性,而只具有外在的附加性或附着性。商誉是经营者按照严格质量标准和技术要求生产优质商品,提供良好服务,经诚实守信交易活动所产生的,并得到社会积极肯定评价的良好声誉、竞争优势和利益关系。它依附于特定的经营主体及其营业活动,与之密不可分。商标只是沟通消费者对经营者商誉认知的桥梁,它是消费者以商标作为认识工具,通过消费者的联想、消费体验才能实现对经营者商誉的指代。就指代功能而言,除了经营者使用与商号相同的商标外,商标指代经营者商誉的功能远不如商号全面和直接。一方面,商誉是经营者人格和财产利益的复合体与商号代表的范围正好相吻合,而商标权不具有人格利益的内容,也就是说商誉的外延已经溢出了商标权的范围。另一方面,商号标识、区分不同经营者的营业,而商誉则蕴藏或依附于营业,所以商号能够直接指代商誉;商标标识、区分不同的商品,商标本身通常并不标识经营者,它与经营者及其营业的联系必须借助于广告宣传、商品包装上提供的生产、经营者的商号、产地、材料和工艺等信息,并通过消费者的联想才能间接地指向经营者的商誉。从逻辑关系看,只有商标权存在的前提下才能赋予其指代商誉的功能,而不是离开了商誉就没有商标。权利客体是权利指向的对象,即权利主体受法律保护之利益。商标权包括标记权、使用权、禁用权、续展权、处分权和商标异议权等一系列权利。这些权利的对象均直接指向商标,没有一项权利直接指向商誉。只有禁用权间接涉及商标权人的商誉,即他人未经权利人许可在相同或同类商品上使用与权利相同或相近似的商标,从而不正当利用权利人商誉的,权利人有权禁止其使用。

第二,将保护商誉作为商标权的本质属性与商标的功能定位不符,必将导致其功能错位。上面曾论及区分商品的来源是商标的本质和第一位的功能,而传导功能则居于第二位。生产经营者使用商标的初衷是为了使自己的商品或服务与他人的商品或服务区分开来,防止混淆,指示消费者选购或接受商品或服务,降低消费者的搜寻成本。只要经营者的商标标识具备法律所规定的显著特征就能发挥区分商标来源的功能,这一功能与经营者的商品及营业是否已经拥有商誉无关。1997年在Dior一案中,原告Dior提出保护商标“沟通、投资、广告”的功能,但欧洲法院(ECJ)认为这些仅仅是来源功能的衍生,即使这些功能在特定情形下需要商标法的保护,法院仍然强调来源功能是解释商标法最合适的出发点。对于那些商标所有人认为需要保护其商誉的特定情形也不能过宽地解释。所以,在L'Oreal v Bellure案之前,“基本功能”是商标专用权保护的唯一功能。^[16]商标经过经营者一段较长时间的使用和广告宣传,消费者凭借体验、记忆才能联想到经营者的商品或服务及其营业活动产生的商誉。也就是说,此时商标开始产生传导功能,包括对商品、服务质量及商誉的指代和传达能力。商标本身并不能保证商品的质量,但它作为商品信息的忠实传达器将会通过市场机制约束和刺激商家维持或提高商品的质量标准。显然,商标的传导功能是区分功能的延伸。据此,如果说商誉是商标权的本质不仅否定了商标作为标识使用的属性,而且颠倒了商标功能之间顺位关系。事实上,作为两个彼此相互独立的范畴,商誉仅对商标权发挥间接性和辅助性的影响,而真正作为商标法保护核心的,应当是商标所具有的显著性。

第三,以商誉为商标权客体将使商标确权缺乏可操作性。由于商誉的抽象性、不可辨认性和不确定性的特点,如果将其作为商标权保护的客体,商标权的产生和有无商标权势必陷入不确定的困境。因为商标权的取得、转让和终止必须基于一定的法律事实。若是以经营者商誉作为决定商标权变动的法律事实,商誉产生、转让和消灭引起商标权的变动。那么,法律所遇到的困难必然是因商誉的不可辨认性和不确定性,无法确认商誉产生的时间点,进而无法判定经营者何时享有商标权,商标权的转让和终止也会存在同样的障碍。尽管商誉作为经营者拥有的无形财产在营业活动和市场竞争中其重要性日益突出,商标法也早已将其纳入

保护的範圍,但至今各國商標法均未對其作出明確界定和作出具有可操作性的制度安排。實際上,各國商標法仍然將商標作為調整的對象,其使命是通過規定商標取得和其他變動的條件和程序,防止混淆和淡化,重點確保商標區分商品來源的功能。就此而言,在註冊在先的商標保護模式下,申請人只要將具有顯著特征且不與他人在先權利發生衝突的商標標識登記註冊即可以獲得商標權,即使申請人尚未開展營業活動,無商譽可言,也在所不顧;而在使用在先的商標保護模式下,凡在先使用商標標識者,即使是其所標識的商品及其營業尚未產生商譽,也須保護其商標權。另外,世界上大多數國家允許商標單獨自由轉讓,說明商標相對獨立於商譽。商譽依附於轉讓人及其營業活動並與之無法分離,但轉讓人的商標指代其營業上的商譽對商標知名度的支持不會立刻中斷,而是在一定期間內持續。而在這段持續期間內,受讓人必須使受讓商標與自己的營業及商譽相聯繫,並通過自己產生的同類商品及營業活動維持或提高商標的聲譽,否則受讓商標的聲譽及價值必然會貶損。因此,認為“一旦商標轉讓,商譽也必然一同轉讓。”^[14]這種觀點根本站不住腳。從這個意義上講,要求商標連同經營者的商譽一起轉讓的立法正確把握了商標、商譽與營業之間的關係。再者,從實證的角度看,經營者的商品及營業沒有商譽並不會影響其享有商標權。例如,微軟公司曾以500萬美元受讓尚無商譽可言的“Explorer”商標。這是因為:首先,轉讓人對此享有排他的商標轉讓權;其次,“Explorer”作為瀏覽器的商標,其本身固有的“探索”、“探險”之意正好契合人們網上沖浪的心態,自然容易被網民接受。這說明該商標能夠傳遞非常有價值的文化認同信息,同時也充分說明了無商譽便無商標權的論調在實事面前難以成立。

第四,保護消費者的利益是商標法的首要宗旨,對經營者利益的保護則居於其次,強調商譽是商標法保護的實質或靈魂,必將使法益結構本末倒置。商標法通過保護商標專用權,促使生產、經營者保證商品和服務質量,維護商標信譽,最終目的是保障消費者和生產、經營者的利益,促進社會主義市場經濟的發展。其中保護消費者的利益優先於生產、經營者的利益。然而,商譽依附於經營者的主體資格及營業活動,並與之不可分離,其本質上包含了經營者財產利益和人格利益。因此,強調商標法以保護商譽為核心和依歸,必然會顛倒商標法原有的利益保護格局,使消費者利益的保護劣後於經營利益的保護。這種商標法對當事人利益保護向強勢經營者傾斜,弱勢消費者群體的权利將進一步弱化,與法律追求的實質公正背道而馳。

(二) 商譽決定商標的知名度和價值大小

商譽的有無雖然不能決定商標權有無,但是它对商標知名度和商業價值的大小却產生決定性的影響。有學者所曾指出:“商標是否有豐富的商譽對於商標的區分功能沒有影響,但是商譽是商標經濟價值的源泉,商譽、商標權的價值之間存在正相關關係。”^[17]“對未註冊馳名商標予以保護,恰恰是商標法對商標所承載的商譽予以有力保護的突出體現。”^[18]決定商標知名度和價值的因素通常包括:(1)相關公眾對該商標知曉程度,是否屬於馳名商標;(2)該商標使用的持續時間,以及使用該商標的商品的產量、銷售量、銷售收入、利稅、銷售區域等;(3)該商標的任何宣傳工作的持續時間、程度和地理範圍,包括廣告宣傳和促銷活動的方式、地域範圍、宣傳媒體的種類以及廣告投放量等。這三個方面均是通过可辨認、有形和可量化要素的考察,以便使商標所指代的不可辨認的無形商譽轉化為對其聲譽和價值具有可評價的依據。商譽所包含的經營者無形資產的價值往往折射和體現於其商標的商業價值之中,商標所蘊含的商譽越大則品牌價值亦越大,反之,其所蘊含商譽越小則品牌價值也越小。例如,可口可樂的商標權在1999年價值為838.45億美元。又如,“三鹿”公司因“三聚氰胺”奶粉事件爆發,聲名狼藉並最終破產,由於商譽極度地貶損,雖其“三鹿”商標在全盛時期被估價高達近150億元,但最終拍賣價格只有730萬元。

三、商譽對商標確權及處理商標侵權糾紛的功能

商譽雖然不能決定商標權的有無,但是申請人申請獲得商標權或使用商標時不得侵犯他人的商譽。商標法保護商譽不是無條件的,必須以防止混淆和防止淡化為範式。在防止他人商譽搭便車時,須符合特定的條件,即侵犯他人商譽並有引發“混淆之虞”或“淡化之虞”。因此,在防止混淆和防止淡化作為商標法保護商譽的範式仍應付裕如時,引入“攀附商譽之虞”實屬過度擴大商標法對商譽應有的保護範圍。^[16]當行為人雖然通過捏造、虛構事實或歪曲、隱瞞事實真相,以及虛假陳述等行為誹謗、詆毀他人商業商譽時,倘若並未

妨碍商标的“区分功能”或不会导致商标“淡化之虞”的,均不应纳入商标法的保护范围,而应当由反不正当竞争法或其他法律加以调整。

(一)保护商誉以取得商标权不侵犯他人商誉为限度

商标法应当将是否侵犯了他人的商誉作为是否授予商标权的因素之一加以考虑。凡申请人出于恶意、不正当竞争的目的,搭乘他人商誉便车者,可能引起消费者对商品发生混淆或误导消费者的,应阻止其获得商标权。凡申请人有以下情形者,不授予其商标权:(1)两个或者两个以上的商标注册申请人,在同一种商品或者类似商品上,以相同或者近似的商标在同一天申请的,若其中一人已经先使用商标的,未使用者的商标申请不予公告、核准。因为已经使用的商标往往载有一定的商誉。(2)申请商标与他人同一种或者类似商品上在先使用的商标相同或者近似,容易导致混淆的,且申请人明知或者应知该他人商标存在的,不得注册。(3)申请商标与他人不相同或者不相类似的商品上在先使用并且有一定知名度的商标相同,容易导致公众认为该商标与在先使用商标权利人之间存在一定联系的,不予注册。(4)无显著特征的标识因使用而产生商誉致使其取得显著特征的,可以依法获得商标权。我国《商标法》第11条规定,缺乏显著特征的标志不得作为注册商标,但是经过使用取得显著特征,并便于识别的,可以作为商标注册。这是因为原本缺乏显著性的描述性标识,在经营者使用过程中,被附加了营业所创造的商誉,因而获得了显著性,随着商誉的不断增长其显著性也将不断被强化。所以,“本着天道酬勤的精神将商标权确认给显著特征的创造者,因为他才真正是该商标所载商誉的主人。”^[11]再者,商标法之所以保护地理标志(原产地名称),是因为地理标志能够传递其标示的某商品具有丰富的商誉信息。其中就有该商品来源于某地区独特的自然因素或者历史悠久的人文因素所决定的,该商品特定的质量、信誉及其他特征方面的信息。地理标志所指代的商誉价值巨大,对原产地就该商品进行规模化、产业化经营和开发意义重大。也正因为如此,出于搭乘商誉便车的目的,所申请的商标中含有与地理标志相同或者近似的标志,而其指定使用商品并非来源于该地理标志所标示的地区,误导公众的,应不予注册并禁止使用。

(二)商誉对认定商标侵权及纠纷处理的影响

20世纪末,英国法院通过仿冒诉讼来保护商誉权。1990年其最高法院在瑞克特·克尔曼有限责任公司诉保尔顿股份公司及其他侵权者一案中确立了仿冒他人商品、侵害商誉权的民事责任原则。判例认为,有关仿冒诉讼的救济不但包括侵犯商标权、名誉权,亦应包括仿冒他人商品侵犯商誉权的行为。行为人通过侵犯商标权进而侵害他人商誉的类型通常有以下情形:(1)盗用或转移他人营业上的商誉。例如,行为人使用的商标与他人同一种或者类似商品上驰名商标相同或者近似,导致混淆的;(2)导致他人商标淡化的行为。行为人在不相类似商品上使用的商标与他人先驰名商标或者其主要部分相同或者近似,这种行为既不正当地利用了他人的商誉,又会损害他人驰名商标的显著性或者营业声誉。(3)反向假冒行为。反向假冒是指未经商标权人许可,除掉他人的商标而将自己的商标用于他人的商品或服务上进行销售的行为。反向假冒行为主要有两种表现形式:其一,行为人用更高知名度的商标替换该商品的商标,利用该产品的高品质进行低买高卖为其带来利益和增加品牌价值;其二,行为人利用该商品的高质量来培育自己的品牌,甚至宁愿以高价买进低价卖出来达到目的。商标反向假冒行为不仅妨碍了商标区别商品或服务来源的功能、导致消费者对实际上是原商标权人生产的商品误认为是反向假冒者的商品,而且致使原商标权利人的商标广告宣传 and 指代商誉功能,因被中断而无法实现。可见,反向假冒是一种较典型的盗用原商标权利人的商品声誉及营业商誉的商标侵权行为。

仿冒侵权的构成有三个关键因素:其一,所保护的利益须是附着于原告商品、姓名或者标志上的商誉或声誉的财产权利;其二,被告的行为须含有某些形式的、能在消费者中导致混淆或者欺骗的虚假陈述;其三,虚假陈述须损害了原告的美誉。^{[3]15-16}关于仿冒侵权权利人可以采取三种救济手段:第一,当侵权行为人获得商标权的商标标识与在先商标权利人所标识的同种或同类商品上的商标标识相同或相近似,在先商标权利人可以请求商标评审委员会宣告侵权人的商标无效。第二,禁止侵权人继续使用与其在先商标权相同或相近似的商标或其他标记。这体现了“商标只是在保护其所有人商誉的范围内授予了禁止他人使用的权利。”^[19]第三,侵权行为在竞争活动中通过侵害权利人的商标,盗用或转移权利人营业上的商誉,并给权利人

的商誉造成损害的,商标权人有权要求赔偿经济损失。法官可以商标权人商誉减损的价值作为侵权人赔偿的数额。

结论

商誉与商标二者虽然密切相关,在经营者的商事营业活动中均发挥着不可或缺的重要作用,但却是两个独立的范畴。无形的商誉具有人格与财产利益的复合性;而商标则是一种有形的商业标识。商标权的客体是商标而不是商誉,商标必须具有显著性的特征,区分商品的来源是其第一位的功能,而传导商誉的功能则居于第二位。因此,商誉是否存在不能决定商标权的有无,它对商标权的变动只起辅助作用。商誉纳入商标法的保护范围,是有条件的,而不应无限地扩张商标权保护的范围。这种保护只能是在保护商标的区分的功能、防止混淆、淡化和误导公众的前提下,阻止出于恶意、不正当竞争的目的,搭乘他人商誉便车的侵权行为。

参考文献:

- [1]徐聪颖.商誉与商标的法律关系辨析——基于商誉创建特点所作的分析[J].法制与社会,2010(1):101.
- [2]董安生.英国商法[M].北京:法律出版社,1991.
- [3][澳]胡·贝弗利—史密斯.人格的商业利用[M].李志刚,缪因知,译.北京:北京大学出版社,2007.
- [4]张元再.论商誉法律保护措施的完善[J].法学,1997(3):63.
- [5]税兵.商誉权探微[J].甘肃政法学院学报,2004(6):24.
- [6]曾世雄.民法总论之现在与未来[M].台北:台湾三民书局,1993.
- [7]张新宝.名誉权的法律保护[M].北京:中国政法大学出版社,1997.
- [8]吴汉东.论商誉权[J].中国法学,2001(3):93.
- [9]黄晖.驰名商标和著名商标的法律保护[M].北京:法律出版社,2001.
- [10][澳]彼得·德霍斯.知识财产法哲学[M].北京:商务印书馆,2008年.
- [11]王坤.“商标俗称”注册行为的实体法思考——以“巴黎之花”商标侵权纠纷案为分析对象[J].法学论坛,2011(5):145.
- [12]郎咸平.郎咸平说:公司的秘密[M].北京:东方出版社,2011.
- [13]张耕.商业标志法[M].厦门:厦门大学出版社,2006.
- [14]彭学龙.商标转让的理论建构与制度设计[J].法律科学,2011(3):135.
- [15]宋建宝.论商标权的本质及其异化[J].知识产权,2011(1):80.
- [16]俞飞.从 L'Oreal v Bellure 案看欧盟商标保护新趋势[J].中华商标,2011(3):48.
- [17]张新锋.对我国驰名商标保护的思考——从“三鹿”事件谈起[J].中华商标,2009(1):14.
- [18]杨叶璇.商标权客体是商标所承载的商誉——兼谈对未注册驰名商标的保护[J].中华商标,2007(2):7.
- [19]Prestonettes, Inc. v. Coty, 264 U. S. 359 (1924).

(责任编辑:高成军)