

从地方著名商标制度的废除看商标法理论的规范评价意义

蒋 舸

(清华大学 法学院 北京 100084)

摘 要:任何宣称归属于商标制度的规范,都必须接受商标法基础理论的评价。坚持这一点能避免在制度设计上走弯路。地方著名商标制度的废除证明了这一判断。商标制度正当性的核心在于降低市场交易中的信息成本,尤其是消费者的搜寻成本。但地方著名商标制度不仅臆断消费者希望通过商标积累哪些信息,而且越俎代庖地预测特定商标的未来价值。这两个方面不仅不能促进反而扭曲了市场中的信息流,与商标制度的正当性基础背道而驰。针对非地方著名商标制度无法保护小众商誉、无法推进知识产权战略的质疑,关于商标法正当性的基础理论能做出有力回应。因此,唯有始终坚持把商标法的基础理论作为评价具体制度的标准和构建体系化规范的主线,商标制度才能合乎逻辑地构建和发展。

关键词:商标制度正当性;信息成本;著名商标;知识产权战略

中图分类号: DF523.3 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2018.04.09

一、问题的提出

2017年的西安地铁电缆事件原本是一起质量安全事件,结果却引发了商标法意义上一场重要的理论探讨。事件缘起于网友在2017年3月揭露西安地铁采用的奥凯公司电缆偷工减料、质量低劣,严重危及乘客安全。6月26日,国务院办公厅针对

该特定事件发布通报^①,并在分析事件原因时指出,“陕西省工商行政管理局违规操作,把注册年限不满三年、不符合认定条件的奥凯公司商标认定为陕西省著名商标”,从而提高了奥凯公司的中标概率。这一貌似就事论事的陈述,引起了一场有关地方著名商标合理性的讨论。不到两周,工商行政管理总局就叫停了地方政府认定著名商标的做法^[1]。2017年4月,已有来自全国17所高校的108位知识产权专业研究生向全国人民代表大会法制工作委员会提起对有关著名商标地方立法进行审查的

收稿日期: 2018-04-03

基金项目: 2017年度国家社会科学基金一般项目“创新社会化趋势对知识产权法的挑战及应对研究”(17BFX113)

作者简介: 蒋舸(1979),女,四川成都人,清华大学法学院副教授,博士生导师,法学博士。

^① 参见《国务院办公厅关于西安地铁“问题电缆”事件调查处理情况及其教训的通报》(国办发[2017]56号)。笔者检索了2017年至9月28日所有的“国办发”文件,共82份,第56号是唯一以具体事件为对象的文件。

建议^①。2017年末,全国人民代表大会法制工作委员会在工作报告中表示,已致函有关地方人大常委会,要求对有关著名商标制度的地方性法规予以清理废止,并致函国务院法制办公室,建议其对涉及著名商标制度的地方政府规章和部门规范性文件同步进行清理^②。至此,地方著名商标这一在31个省级行政区皆有规定,存在已近30年的制度,被废除的局势终于明朗^③。

地方著名商标并非《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)规定的制度,而是不同层次规范性文件所设相关规则的统称,核心内容是由地方政府认定某些商标在一定行政区域内具有较高的知名度,并给予特殊保护,通常包括将“某某地方著名商标”的字样用于广告宣传^④、提供跨类保护等^⑤。从20世纪80年代末90年代初开始,许多地方已经开始认定著名商标^⑥。中国加入WTO前后,各地政府开始推进商标战略,地方著名商标的认定与保护办法如雨后春笋般出现^{[2]130}。在国务院2008年印发《国家知识产权战略纲要》^⑦后,各地在实施地方著名商标制度方面更显积极^⑧。各地立法位阶不一,既有地方人大制定的地方性法规^⑨,又有地方政府制定的地方政府规章^⑩,还有地方工商局制定的规范性文件^⑪。这些位阶不同的法律渊源提供的优待不尽相同,但至少给予荣誉、协助宣传及加强保护三方面是一致的。

然而,学界对地方著名商标制度的批判时有发生,主要集中在异化商标法功能^[3-4]、导致商标法体系混乱^[5]、无法对接国际条约和比较法经验^{[6]18-21}、干预市场竞争^[7]和助长地方保护主义^[8]等方面。相关研究多从相对传统的教义学体系解释、比较法经验借鉴或者论述制度效果等角度展开,却少有从商标法基本理论的角度对其展开全面的分析和审视。我们都知道,商标法是由一套庞杂的理论体系支撑的法律制度,它属于知识产权法,但不生产知识;它是权利法,但处于财产法与侵权法的边缘;它的基本理论直到近年还在经历范式拓展;关于它与其他制度(例如地理标志保护、反不正当竞争法规)的边缘如何划定,也还大有探讨空间。在广义的商标法体系中,新问题不断产生,新方案也会相

应地不断涌现。就事论事地从规范层面加以探讨当然必不可少,但超出文本分析、比较法经验和对政策的批评,从更为基础的商标法理论层面寻求支持,是另一条必不可少的途径。

本文试图以地方著名商标制度为样本,从商标法的基本理论出发进行分析,认为任何宣称从商标法中衍生出的规范,都必须接受商标法基本理论的检验。在此思路指引下,本文先从正面说明地方著名商标无法通过商标制度正当性的检验,因此应当废除。继而从反面打消疑虑,分析废除地方著名商标制度并无不能克服的障碍。正反两方面的分析

① 参见:朱宁宁.规范性文件在哪备案审查就跟着哪[N].法制日报,2017-12-25(002).

② 参见:沈春耀.全国人大常委会法制工作委员会关于十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告[R/OL].(2017-12-27)[2018-01-09].http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-12/27/content_2035723.htm.

③ 国务院法制办公室下发了《关于开展涉及著名商标制度的地方政府规章和规范性文件专项清理工作的通知》(国法[2018]15号)。各地方政府随即展开了本地著名商标相关文件的清理工作,例如福建省人民政府办公厅下发了《福建省人民政府办公厅关于开展涉及著名商标制度的地方政府规章和规范性文件专项清理工作的通知》(闽政办[2018]15号)。

④ 例如,《湖南省著名商标认定与保护办法》(湖南省人民政府第138号)第12条第1款规定:“著名商标所有人可以在其著名商标注册核定使用的商品及其包装、装潢、说明书、广告上使用‘湖南省著名商标’标志。”

⑤ 例如,《安徽省著名商标认定和保护条例》(2008)第22条规定:“自著名商标认定之日起,以与著名商标相同或者近似的文字申请企业名称登记,属不同行业的,但足以引起公众误认,并可能对著名商标所有人的合法权益造成侵害的,工商行政管理部门不予核准。国家对企业名称登记另有规定的除外。”

⑥ 参见:王棋生,朱立亚.谈谈确立驰名商标的法律要件[J].现代法学,1990(1):59;邱木城.名牌产品的商标认定和保护——驰名商标、著名商标、知名商标的认定和保护[J].中国工商管理研究,2003(2):46.

⑦ 参见《国务院关于印发国家知识产权战略纲要的通知》(国发[2008]18号)。

⑧ 根据人大法工委统计,31个省级行政区都建立了地方著名商标保护制度。

⑨ 例如,《湖北省著名商标认定和促进条例》于2008年4月3日湖北省第十一届人民代表大会常务委员会第三次会议通过,2008年6月1日起实施。

⑩ 例如,《湖南省著名商标认定与保护办法》(湖南省人民政府令138号)于省人民政府2001年2月7日第106次常务会议通过,2001年5月1日起实施。

⑪ 例如,《黑龙江省著名商标认定和管理办法》(黑工商发[2015]16号)于省工商局2015年2月4日局务会上通过。

将表明 特定历史时期的政策固然可能存在一定的偶然性,但“理论之树常青”。无论面对何种具体问题,关于商标制度正当性的基础理论都可以提供宝贵的评价思路。

二、地方著名商标制度有违商标法的正当性

既然地方著名商标制度被认为是商标法体系的有机组成部分,就必须接受商标制度正当性分析的检验。下面的分析将揭示:商标法的制度正当性基础在于通过降低搜寻成本来增加社会福利,而地方著名商标并不能起到降低搜寻成本的作用,因此无法通过制度正当性基础的检验。

(一) 商标制度的正当性在于降低搜寻成本

现有文献无论对地方著名商标制度持赞同还是反对意见,都没有专门从商标制度的正当性出发进行分析。或许论者认为,地方著名商标制度是推进地方商标战略的具体措施,与整个商标制度的正当性问题缺乏关联。但正如现有文献指出的,地方著名商标制度与商标法体系存在诸多不和谐之处,尤其是与驰名商标的认定标准不协调,认定程序有反差以及保护待遇相冲突^①。但是地方著名商标制度与商标法体系不一致的事实本身,尚不足以构成废除地方著名商标制度的理由。毕竟,商标法体系并非一成不变。商标法的历史就是商标法调整范围的扩张史^[9]:标识种类越来越多^②,使用范围越来越宽^③,功能越来越广^④,权利范围越来越大^⑤。这些新领域之所以能顺利地与商标法原有规则相融合,是因为其与商标制度的正当性基础协调一致。可见,要回答地方著名商标制度是否兼容于商标法的问题,归根到底要判断其是否符合商标法的制度正当性。

商标的核心功能是来源识别^⑥。国家动用大量公共资源保护特定主体之商标的正当性基础,始终着眼于商标能够通过标识来源功能降低搜寻成本。正因为商标权人在商标上的投入能帮助公众节约搜寻成本方面的支出,社会才愿意投入大量公共资源建立并维系商标制度,以激励商标权人进行投资。

对商标法的理解难以脱离对消费者心理的考察^⑦。因此,要了解商标在节约搜寻成本方面的作用,就不能不考察消费者选择商品和服务(下文统称“商品”)时的心理过程。消费者的认知资源有限,无法在每次购买时都逐一考察商品各方面的特质。消费者决策受制于时间、精力、知识甚至人类认知的局限性,从来不以全面的信息搜集和处理为基础^[10]。商标作为“关于商品来源和品质简洁明了的指标”^[11],能起到“摊薄”信息成本的作用,从而帮助消费者进行消费决策。商标这种提高信息传递效率的作用正是商标法正当性的核心。商标法曾长期仅被作为反不正当竞争法的一部分,而不具有独立的财产法地位^⑧。搜寻成本理论给作为对世

① 很多文献都提到了地方著名商标制度与《商标法》驰名商标制度的冲突。(参见:董新凯,李天一.论我国地方著名商标制度的协调问题[J].知识产权,2012(8):57-58.)

② 早期可作为商标的标识通常仅由文字和图形构成,现代商标法则逐步承认了颜色商标、立体商标、声音商标乃至嗅觉商标。(参见:黄晖.商标法[M].北京:法律出版社,2004:2.)

③ 我国1982年《商标法》中没有规定服务商标,1993年修法时才引入。此外,集体商标、证明商标也不是传统的商标形式,但被现代商标法广泛认可。

④ 从来源识别功能扩张到品质保障功能,再到急剧膨胀的广告宣传功能。(参见:杜颖.社会进步与商标观念:商标法律制度的过去、现在和未来[M].北京:北京大学出版社,2012:12.)

⑤ 从单纯反混淆扩张到包含反淡化。

⑥ 在此基础上,商标的功能又逐步扩展到品质保障与广告宣传,但后来扩张出的这些功能不断受到质疑。例如,Brown认为广告给一样的商品造成了人为的差别,未必是有效率的。(参见:Ralph S. Brown Jr. Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols [J]. Yale Law Journal, 1948, 57(7): 1167-1184.) Lemley认为,“我们保护商标的基本理由就一个:帮助公众轻松找到特定来源的特定商品。”(参见:Mark Lemley. The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense [J]. Yale Law Journal, 1999, 108(7): 1695.)

⑦ 正如Frankfurter大法官有关商标法本质的精辟论述所言:“商标保护就是法律对符号心理功能的认可。”(参见:Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kresge Co., 316 U. S. 203, at 1024 (1942).)

⑧ 以美国为例,假冒他人商标的行为曾长期被定性为假冒者对消费者的欺骗,因此消费者能够起诉假冒者,但真正的商标持有人并不被认为享有针对假冒者的财产性权利。即使在商标法赋予商标权人制止假冒者的权利之后,商标法总体而言仍然更像侵权法而不像财产法,权利人诉权的正当性被认为是代替分散消费者制止假冒者的欺骗行为,而非商标本身具有的独立价值。(参见:Robert P. Mergers, Peter S. Menell, Mark A. Lemley. Intellectual Property in the New Technological Age [M]. Clause 8 Publishing 2016: V-8.)

权的商标权提供了权利正当性基础,并为商标的财产化铺平了道路。尽管商标法在经历百余年后扩张后的保护范围已与19世纪时大相径庭,但哪怕是“反淡化”这样相对年轻的规则,也没有完全脱离基于搜寻成本的正当性基础。“反淡化”的理由仍然是淡化行为削弱了商品与来源之间的联系,从而增加了认知成本^{[12]222-247}。因此时至今日,主流商标法的发展始终在搜寻成本理论的解释范围之内。

早在任何一部商标法被颁布之前,全球各地就已出现过种类不一的商标^{[13]222-247}。公众之所以心甘情愿地接受商标权的排他效力,就是因为商标通过实际使用,起到了降低信息搜寻成本、增加公众福利的作用^[14]。如果公众拒绝给予商标权保护,商标权人将丧失维护商誉的动力,结果将使公众与商标权人两败俱伤。与其他法律一样,商标法也是社会契约。该契约规范的交易非常简单:经营者协助公众降低搜寻成本,公众允许经营者享有排他权。如果经营者的行为无法通过降低搜寻成本带来公众福利的增长,公众就不再有义务投入大量的资源来维系经营者的权利。作为本文样本的地方著名商标,恰恰无助于降低消费者的搜寻成本。

(二) 地方著名商标无助于降低搜寻成本

商标法保护的标识之所以能起到降低搜寻成本的作用,是因为其不仅简练,而且准确地传递了商品信息。唯有如此,商标才可能帮助消费者降低搜寻成本。否则,一个标识无论多么简洁,如果它无法帮助消费者找到理想的商品,就无法在商标法体系内获得正当性根基。某个标识值得商标法保护的,与该标识在帮助消费者找到理想商品时发挥的作用是成正比的。

由此看来,要判断对某类标识的保护是否具有商标法上的制度价值,需要知道这类标识在多大程度上有助于消费者找到理想的商品。问题在于什么样的商品才算“理想”呢?“理想”强调的不是商品的客观特征,而是商品与消费者主观偏好的契合度。同样的商品完全可能对A消费者而言十全十美,但对B消费者而言却一文不值。商标之所以能够帮助消费者找到理想商品,关键不在于商标能够压缩关于商品特征的客观信息,而在于商标能够传

递特定消费者主观上关心的信息。无论是商标权人还是竞争者,常常都不能百分之百准确地辨认出商标究竟传递了什么信息,因为同样的商标向不同消费者传递的信息可能并不相同。具体到商标向特定消费者传递了什么信息,取决于消费者主观上希望了解商品的哪些方面。举例而言,关于全球品牌价值排名第一的Apple商标^①究竟向消费者传递了什么信息,苹果公司、它的竞争者以及我们每个人都可以根据自己的看法,这些看法会有很多重叠之处,因为商标是现代社会的文化象征,是重要的文化符号,必然反映特定历史时期特定群体的某些重叠共识^[15]。所有带着Apple烙印的产品都是科技和美学的完美结合,都有着良好的用户操作界面,都很时尚,都很耐用,但同时也都相对昂贵,操作系统封闭,兼容性较差……这张清单可以无限延长。但无论我们将这张“客观特征”清单完善到什么程度,都不能准确回答消费者在看到Apple商标时究竟联想到什么特征的问题。我们无法确切地知道,特定的消费者具体将Apple商标作为可以节约哪项特征信息的搜寻成本的工具。最接近真相的答案恐怕是不同消费者联想到了不同的具体特征。商标的奇妙之处就在于它尽管具有外表上的同一性,但每个消费者通过它获取的其实是不同的信息,这十分符合符号学的规律。符号由能指(signifier)和所指(signified)两部分构成,前者是社会的、给定的、统一的,后者则是个人的、流变的、各异的。只有漫长、复杂、充盈着信息的市场才能为生成符号意义提供恰当的场^[16]。任何自上而下赋予符号意义的企图都难以成功^[17]。

上述分析可以归纳如下:商标的确降低了消费者的搜寻成本。但如果要具体说明商标究竟降低了搜寻什么信息的成本,却是因人而异的问题。没有任何决策机构在信息处理问题上强大到能够识别出特定商标对于消费者而言的意义^[18]。换句话说,没有任何自上而下的机制能够识别出消费者究

① 福布斯2017年《最有价值商标榜》将Apple列为价值最高的商标,估价为1700亿美元。(参见:Forbes Media LLC. The World's Most Valuable Brands [EB/OL]. [2017-10-01]. <http://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>.)

竟希望借助该商标降低哪些信息的搜寻成本。有人或许会问:商标法如何判断商标价值呢?循着这一问题,我们能发现商标法采取了两项明智之举。

商标法的第一项明智之举在于其关心商标的整体价值而非个别效果。商标法从来不试图甄别消费者究竟借助商标降低哪些信息的搜寻成本。无论是价格、原料、款式、口味,还是耐久度、售后服务、社会声誉、国际化程度,商标法都并不关心,商标法关心的是商标整体的知名度。我们不妨这样理解:商标的知名度越高,意味着有越多的消费者认为该商标值得被记住。商标值得被记住,意味着该商标必定在某些方面降低了消费者的搜寻成本。至于具体是什么方面,法律既无需关心,实际上也无法关心。商标知名度尽管不能精细呈现商标对于单个消费者而言的意义是什么,却能从总体上反映商标对于消费者全体而言的价值有多大。

商标法的第二项明智之举在于其满足于事后判断而不试图进行事先预测。商标保护的基本原则就是其对特定商标的保护力度取决于该商标已经享有的知名度。这一点在强调商标使用的美国一直非常明显:仅仅注册,未经使用的商标,并不享有排他权^①。甚至在强调商标注册取得的国家,法律也越来越强调使用的重要性^[19]。如果说商标法中对注册的重视相当于前瞻性地保护商标权人因“圈地”而享有的未来利益,那么对使用的强调则相当于回溯性地保护商标权人因“开发”而产生的投资成果。从我国在驰名商标保护问题上的观念与实践变迁可以清楚地看到,我国现在的商标法将使用放在了十分显著的位置。其在判断应该给予商标多少保护时,强调事后认定、一事一议。商标法甘愿只判断既定事实而不揣测商标的未来价值,这显著地降低了判断难度,提高了判断正确率。

地方著名商标制度显然欠缺以上两方面的明智之处。地方著名商标制度第一个不科学的地方在于企图帮助消费者决定需要靠商标传递的具体信息。各地为著名商标设置的门槛大同小异,基本都主要从五个方面进行考察,即商标的权属稳定性、注册时间、声誉高低、权利人的经济指标以及商品的质量^②。这种对商标传递信息的指标化和简单

化,相当于代替消费者决定了通过商标搜寻的信息类型。如果消费者总是希望了解上述信息,由地方政府代替消费者分析上述信息并认定“地方著名商标”或许可以起到减少搜寻成本的作用。问题是上述假设不成立,消费者并非总是希望了解上述信息。

让我们一一分析地方著名商标制度关心的五个方面。就第一个因素即商标权属稳定性而言,消费者关心的是商标背后是否存在稳定的质量控制者。至于该质量控制者是否真的拥有商标,或者该商标是否因为与第三方的权利冲突而处于不稳定状态,对消费者而言根本不重要^③。就第二个因素即商标注册时间而言,久经考验的商标固然可能在部分情况下更好地满足消费者的需求,但在有些行业,异军突起的“潮牌”恐怕更有吸引力。就第三个因素即声誉高低而言,这是诸项考察因素中最符合商标法制度逻辑的一项,但既没有必要在商标法的驰名商标制度之外“叠床架屋”,更不应该降低认定时的知名度门槛。就著名商标认定的第四项因素即权利人的经济指标而言,权利人的销售额、利税和市场占有率分别是多少,对于消费者而言恐怕并不重要。在2016年中国企业排行榜上位居前三位的企业分别是中国石油化工天然气股份有限公司、中国石油天然气股份有限公司与中国建筑股份有限公司^④。中国最有价值的商标排行榜前三位分

^① 在强调商标的生命在于使用的美国,注册本身就要求申请人展示使用意图。(参见:15 U.S.C. § 1051 (b).)

^② 以《湖南省著名商标认定与保护办法》(湖南省人民政府第138号)为例,其第4条规定“著名商标应当符合下列条件:(一)该商标注册已满三年(高新技术商品商标注册满1年);(二)使用该商标的商品在国内外市场上具有较高的信誉;(三)使用该商标的商品销售额、利税、市场占有率等主要经济指标近三年在省内或者国内同行业中领先;(四)使用该商标的商品质量优良。”其他各地的规定在细节上有差别,但大致都将以上几个方面作为认定著名商标的条件。

^③ “中国好声音”的商标权争议如火如荼,但丝毫不影响其收视率。加多宝与广药关于标识归属(尽管不是狭义的商标)的纠纷可谓旷日持久,也没有影响消费者购买凉茶的热情。

^④ 参见:财富出版社有限公司. 2016年中国500强排行榜(公司名单)[EB/OL].(2016-07-13)[2017-10-01]. http://www.fortunechina.com/fortune500/c/2016-07/13/content_266415.htm.

别是腾讯、阿里巴巴和中国移动^①,两份榜单并没有丝毫重合之处。至于为什么商标对于排名前三的企业而言没有那么重要,原因并不难揣测:这三家企业的交易对方都是成熟的市场主体,所购大宗商品与服务的信息对买方而言不构成障碍。换个角度讲,买方的交易决定并非针对单次购买的商品而是针对交易对象而做出的,所以商号比商标更可能成为商誉的载体。地方著名商标制度有关企业经济指标的要求,并不绝对地反映商标价值和表现之间的联系。至于第五项因素,即质量,貌似合理,实则不然。消费者并不总是希望买到“质量好”的产品,而是希望买到质量合适的产品。脱离价格、售后服务等因素单纯谈论质量,恐怕是对经济活动不切实际的过度简化。有时候消费者之所以愿意记住一些商标,并非因为其商品质量好,而是因为其恰好符合消费者在质量之外的期待,消费者甚至因此愿意接受“质量”不那么好的产品,这在商标效应巨大的时装行业表现得非常明显^②。可见,地方著名商标制度以为能够通过上述五方面进行“把关”来帮助消费者降低搜寻成本,但实际的情况却表明,它既不符合法理,于实践操作而言也不可能,因此,其所谓的制度目标只能说是设计者的一厢情愿。

地方著名商标制度第二个不科学的地方在于其企图对商标价值进行事前判断。一旦某个商标标识被认定为地方著名商标,各地都允许拥有该商标的企业一定年限内在包装、宣传和广告中使用“某某地方著名商标”的字样^③。如果要从商标法的角度对这种做法予以解释,只能说地方政府认为标识在商标法上的价值在未来数年内不会发生变化,这显然与事实相悖。商标固然能够起到降低搜寻成本的作用,但消费者找到并且记住对自己有用的商标,本身也有成本。对于理性消费者而言,两种成本只有种类的不同,并没有本质的差别,消费者并不偏好其中一种。消费者总是在商品搜寻成本和商标搜寻成本之间进行权衡,不愿意为了降低一种成本而付出更多另一种成本,这使得商标权人永远不可能躺在现有声誉上睡大觉。即使消费者现阶段乐于依赖商标,也不意味着这种依赖必然长

久存在。一旦消费者发现依赖商标所节约的商品搜寻成本带来的是令人失望的消费体验,消费者就会放弃对旧商标的依赖并投入对新商品(以及可能与之相伴的新商标)的搜寻之中。对商标权人而言更残酷的是,消费者另寻自己中意的品牌,甚至可能根本不是因为旧商标指代的商品与服务品质变差,而是因为某个异军突起的新商标太过耀眼。在激烈的市场竞争条件下,无论一个商标取得了怎样辉煌的成就,都难以一劳永逸,竞争的舞台上永远是“你方唱罢我登场的局面”。中国有乐凯,美国有柯达,都在数码大潮前错失良机,由家喻户晓沦为昨日黄花。50年前尚不存在的个人电子科技领域,却产生了今天最有价值商标排行榜前5名中的4名^④。因此,即使某商标在特定时间点确实著名,值得给予更多保护,也不意味着地方政府能预测其在未来的价值。既然如此,给予其在未来更多的特权便没有根据。2013年《商标法》修改时强调对驰名商标的认定必须一事一议,理由相同^[20]。地方著名商标违背一事一议的原则,预授权式地赋予某些商标特权,在商标法中找不到理由。美国商标法学者MaCarthy曾在讨论商标正当性时指出:我们没有理

① 参见: Kantar Millward Brown. BrandZ 2017 年最具价值中国品牌 100 强 [EB/OL]. [2017-10-21]. <http://www.wpp.com/wpp/marketing/brandz/china-100-2017/>.

② Lemley 曾指出许多运动品牌消费者消费的是商标本身,而非商品的质量。这和本文论证消费者的真实消费对象未必是狭义的商品质量道理相通。(参见: Mark Lemley. The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense [J]. Yale Law Journal, 1999, 108 (7): 1706.)

③ 例如,《湖南省著名商标认定与保护办法》(湖南省人民政府第 138 号)第 12 条第 1 款规定“著名商标所有人可以在其著名商标注册核定使用的商品及其包装、装潢、说明书、广告上使用‘湖南省著名商标’标志。”《湖北省著名商标认定和促进条例》(2008)第 17 条规定“著名商标所有人可以在该著名商标核定的商品及其包装、装潢、说明书、广告或者提供服务的场所、装饰、服务设施、用具等载体上使用‘湖北省著名商标’的字样、标志。”《黑龙江省著名商标认定和管理办法》(2015)第 27 条规定“省著名商标所有人可以在有效期内,在认定的商品或服务、商品包装、装潢、说明书、广告宣传、展览以及其他商务活动中使用‘黑龙江省著名商标’字样,同时应当标明认定有效期。”

④ 它们分别是: Apple、Google、Microsoft、Facebook。(参见: Forbes Media LLC. The World's Most Valuable Brands [EB/OL]. [2017-10-02]. <http://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>.)

由认为由政府来搜集并扩散信息比让私人进行这些活动便宜,用“政府认证”取代“消费者搜寻”的想法,是站不住脚的^[21]。

因此,无论是在特定信息领域越俎代庖地限制商标发挥作用,还是不切实际地事前判断商标价值的未来走向,地方著名商标制度都违背了商标法降低消费者搜寻成本的初衷。如果上述理论分析显得枯燥,那么前文所述的西安奥凯事件正好充当了这方面鲜活的注解:被认定为陕西省著名商标的奥凯,并没有在降低买方搜寻成本方面起到任何正面作用,反而可能妨碍公众识别不当采购行为。无论商标制度如何发展,其根本都在于促成更顺畅的信息流通,任何扭曲信息流动的机制都与商标制度背道而驰。

三、对可能质疑的回应

地方著名商标制度与商标法的制度正当性背道而驰,是确凿无疑的。那么为什么还有众多文献在指出地方著名商标制度的不合理后,并不提倡彻底废除该制度呢?这是值得认真对待的问题。如果不能打消地方著名商标制度支持者(包括对其加以改造以便继续适用者)的顾虑,说明关于商标法正当性基础的理论对具体制度的评价效力有限,并不能很好地满足社会实践对规范体系的期待,所幸情况并非如此。商标法正当性基础及与之相关的法经济学分析,足以打消这方面的顾虑。纵观现有研究,保留地方著名商标制度者的考虑主要有两方面:一是若无地方著名商标制度则无法保护小众商誉,二是若无地方著名商标制度则无法实施地方商标战略。以下笔者将就这两个问题展开质评与分析:

(一) 小众商誉的保护问题

学术界曾有学者明确指出地方著名商标制度的核心必要性就在于为小众商誉提供保护,从而填补驰名商标制度的不足。有学者认为“驰名商标只解决全国性的驰名商标的商标权利保护,而大量尚不具备驰名条件却相对知名的著名商标,在其商标权与他人发生冲突时却因缺乏法律依据而得不

到有效保护。因为著名商标的地域特点,国家很难通过立法加以明确,要实现地区性著名商标的管理和保护就必须依靠地方立法。”^[22]³⁰⁻³²近20年过去了,在地方著名商标制度的正当性问题上,小众商誉保护至今仍是支持保留地方著名商标制度者最重视的理由^①。只有少数文献对保护小众商誉的关切予以了回应^[6]¹⁸⁻²¹。事实上,在此问题上还有丰富的理论空间可供挖掘,以下三个层面的分析清楚地揭示了保护小众商誉不是维持地方著名商标制度的理由:

1. 保护小众商誉的必要性值得反思

保护小众商誉的核心诉求,是给有一定知名度但没有达到驰名程度的商标提供跨类保护。其支持者认为,驰名商标享有更强保护的原因在于其拥有更高的商誉,著名商标也拥有超越一般商标的商誉,自然也应当享受更多保护。这种逻辑的问题在于其错置了观察重点,因此无法建立恰当的因果联系。实际上,无论是否有跨类保护,商誉提升都会带来保护增强,所以驰名商标淡化制度的重点并不在保护更强这一点上。驰名商标与普通商标的关键区别,在于注意义务的承担者不同。对于普通商标而言,宣示产权边界的责任落在商标权人身上。凡是商标权人没有注册的类别,其他竞争者都可以自由进入,即使商标权人实际上在该类别上形成了商誉,其他竞争者搭了便车。对于驰名商标而言,辨别产权边界的责任却落在了其他竞争者身上。即使是商标权人没有注册的类别,其他竞争者也不能毫无顾虑地进入,而是必须先支付检索和咨询费用,明确进入该类别商品的风险。

之所以存在上述不同的成本承担机制,很可能是最小成本负担者(least-cost-avoider)不同的结果。商标是一套产权制度,其目的是明晰产权边界:一方面确保投资人的回报预期,另一方面保护竞争者的行动自由。法律既可以将明晰产权的责

^① 例如王坤认为,尽管地方著名商标制度多有缺陷,但“鉴于我国幅员辽阔……确有必要以省为单位,首先确立某一商标在全省范围内的驰名地位,给予跨类保护。”(参见:王坤,《品牌创新与地方知识产权制度关系研究——以〈浙江省著名商标认定和保护条例〉为例》[J],中共杭州市委党校学报,2010(5):32.)

任放在权利人一方,也可以将其放在竞争者一方。当法律要求权利人支付产权划界的成本时,权利人就必须承担商标的注册与维持成本,凡是权利人没有支付该成本的类别,就不属于权利人的排他权范围。反之,当法律要求竞争者支付产权划界的成本时,竞争者在行动前就必须时刻关注权利人可能享有的权利范围,如果发生忽略或者误判,闯入了权利人的排他权范围,不仅无法获益,反而需要承担所有因此而产生的不利后果。法律应当将明晰产权的责任配置给哪一方,取决于哪一方能够以更小的社会成本实现明晰产权的目的。由于非驰名商标数量巨大,而且彼此之间价值差别很大,如果要求竞争者承担辨识每个商标权利边界的成本,这笔成本将十分巨大。尽管权利人必须在自己希望获得保护的每一类别上支付注册与维持费用,但权利人出于成本考虑并不会注册太多类别,总体而言比竞争者——注意权利边界付出了更小的社会成本。所以在非驰名商标的情况下,权利人群体是最小成本负担者,应当由其承担产权划界的责任。驰名商标则有所不同,驰名商标数量有限、价值明显,巨大的知名度本身就能起到一定的权利外观宣示作用。既然局限于驰名商标,竞争者的避让成本就不会太高。要求权利人承担在众多不实际使用但其商誉可能产生影响的类别中进行注册与维持的成本,不仅高昂,而且受限于“不使用即撤销”等制度,可能根本无法实现。因此在驰名商标的情况下,竞争者才是最小成本负担者,由其承担产权划界的成本,并无不当。

赞成保护小众商誉者,相当于提倡小众商誉的产权划界成本应当由竞争者承担,反对者则相当于提倡小众商誉的产权划界成本应当由权利人承担。由于小众商誉本身是一个比较模糊的概念,其对应的权利并无清晰的外观。如果要求竞争者承担辨识权利边界的成本,意味着竞争者针对很多可能被判定为享有小众商誉的商标都必须考察其被跨类保护的可能。这将是一笔很高的成本,远远高于这些数量庞大、权利外观不清晰的小众商誉权利人——宣示其意图保护的类别的成本。

比较法上明显拒绝保护小众商誉的立法是

2006年之后的美国商标法。美国商标法的“反淡化”保护前提是商标“被全美普通消费公众广泛接受为商品或服务来自于商标所有人的标识”^①。基于此,有法官在2010年的一份判决中指出“在商标淡化的问题上,驰名是必要的门槛。商标要被认定为驰名,必须‘被全美普通消费公众广泛接受为商品或服务来自于商标所有人的标识’。2006年修法时增加的‘普通消费公众’术语,消灭了建立在小众商誉基础上的驰名商标保护可能性——尽管在2006年之前,这种可能性是存在的。修法也表现出国会意图将淡化限缩于具有极端强大商誉的小范围商标保护之上。”^②

2. 即使小众商誉的确需要保护,商标法也足以承担该任务

首先,商标法可以通过降低驰名商标的门槛,给予不具有全国性商誉但的确较为知名的商标以超越普通商标保护水平的跨类保护。商标法包含了一系列特别富于弹性的规则,其保护范围本来就可以根据法政策追求而大幅度变化。孔祥俊认为,现在对驰名商标的定位不准确,其实如果运用得当,驰名商标制度就能解决小众商誉的保护问题^{[23]16-23}。我国《商标法》第14条规定的驰名商标认定因素就具有很大的操作空间。如果立法者希望在商标法体系内保护小众商誉,只需要降低公众知晓程度的标准,缩短商标使用时间的要求,降低对宣传力度考察并放宽对驰名商标保护历史的接纳程度即可。降低驰名商标保护门槛在比较法上不是没有先例,欧洲法院就指出,商誉无须及于全体公众,而可以是“一部分特殊的公众,如某一行业内的经营者”,同时“不能强求商标的商誉及于成员国的整个地域范围,而是只要在其实质部分上存在即可”^③。

其次,商标法可以选择放松对注册的要求,在未注册类别上也给小众商誉提供保护。实际上,地

① 参见:15 U. S. C. 1125, Sec. 43 (c) (2) (A)。

② 参见: *Maker's Mark Distillery, Inc. v. Diageo North America, Inc.*, et. al., 703 F. Supp. 2d 671, at 697 (2010)。

③ 参见: *General Motors v. Yplon ("Chevy")*, European Court of Justice, case C-375/97, 14 September 1999, para 24.

方著名商标支持者认为需要保护小众商誉的核心理由就是小众商誉不享有跨类保护,而拒绝给予小众商誉跨类保护的核心理由是绝对注册主义的理念。随着商标法理论研究的深入,商标权来源于使用而非注册的理念越来越深入人心,商标法也逐渐修正了绝对强调注册的基调,而给予商标使用越来越大的价值考量。如果立法者认为小众商誉应该享有超越普通商标的保护范围,可以考虑在未注册类别上也提供保护。为了防止这种保护过度扩张,应当将其限定在有混淆之虞的情况下。美国就有坚决反对商标法扩张的学者认为,只要是以防止混淆之虞为基础,就可以接受在非注册类别上的保护^[24]。这一方面固然因为美国商标法本来就特别强调权利基础在于使用而非注册,因此比较容易接受对未注册类别上因使用而产生商誉的排他权。但另一方面,这种观点说明要在商标法范围内给小众商誉提供保护完全是可行的。

最后,商标法还可以放宽“使用”的门槛,或者明确联合商标与防御商标制度,让小众商誉权利人更容易通过注册制度轻松维持商誉。小众商誉权利人之所以需要类似驰名商标提供的跨类保护,很大原因是小众商誉权利人的注册范围有限,容易出现侵权人的模仿行为发生在未注册领域的情况。注册范围有限除了由于权利人怠于注册以外,恐怕还有一个原因就是较严格的“使用”义务让权利人产生了畏难情绪。我国《商标法》第49条第2款规定了商标三年不使用撤销制度。由于小众商誉权利人期待获得跨类保护的领域,很可能是其没有进行实质使用商标的领域,所以如果对商标使用的要求十分严格,小众商誉权利人实际上无法通过在多个将来可能发生混淆的类别上进行商标注册来取得足够的保护,但这一问题并不需要额外建立地方著名商标制度来解决。商标法降低对使用的要求,或者更加明确地允许联合商标或防御商标的存在,就可以确保小众商誉人在非主要关注类别上的排他需要^①。

3. 地方著名商标的制度成本远远大于制度收益

只有当制度收益超过制度成本时,设置产权才

是值得的^[25]。诚然,随着商标法规定的保护层次增加,保护产生的激励会越来越精确。但精确度的收益增长存在边际递减效应,因此,我们不应出于收益增加就贸然认为应当提供层次更丰富的保护。诚然,商标法提供的保护层次越多,越可能为不同层次知名度的商标提供合适的保护,越不至于让某些商标处于“两头不讨好”的尴尬境地。类似情况在各个部门法领域都存在,却并没有哪个部门法因此而分裂成无数细碎的规范。以专利保护为例,不同技术方案对社会的价值有天壤之别。如果建立与维护更加精细的制度没有成本,难道我们不应给予杰出的发明更长的保护期,而对绝大多数贡献微薄的技术方案仅仅提供远远少于20年的保护?但事实上,没有任何社会推行这种“看起来很美”的精确制度,而是统一给予技术方案20年的保护期^②。个中不公,立法者不是不清楚,但制度运行存在成本的事实,意味着没有任何制度能够完美地兼顾精确与效率。为了求得整体制度的效率,必然需要牺牲部分精确性。政策制定者需要权衡的是在精确带来的收益与精确付出的成本之间进行取舍。理想的政策是设计出一项制度,令其在精度上的边际收益恰好等于为此付出的边际成本。但由于制度与制度之间的过渡并不平滑,边际成本等于边际收益的绝对均衡往往无法实现,所以决策者能够追求的现实主义目标,是让制度为精确性付出的成本小于精确性带来的收益。落实到商标保护问题上,这意味着提供特定细分保护带来的收益无论如何不应该低于为此付出的成本。从提供精确保护的视角观之,普通商标与驰名商标两层次保护的方案固然不完美,但从制度成本与收益的角度观之,增加著名商标保护则属于画蛇添足、得不偿失。

① 联合商标和防御商标没有被《商标法》明确规定,但实际存在。

② 审查机关与司法机关会分别求得个案的公平,例如,专利局会对不同领域的发明设置不同的审查门槛。(参见: Dan L. Burk, Mark A. Lemley. Policy Levers in Patent Law [J]. Virginia Law Review, 2003, 89(7): 1589-1591.) 法院在解释权利时也难免考虑当事人的贡献。(参见: Robert P. Mergers, Richard R. Nelson. On the Complex Economics of Patent Scope [J]. Columbia Law Review, 1990, 90(4): 852-868.) 上述微调都不能改变专利法制度层面所有技术方案受到统一保护的事实。

要建立并维护地方著名商标制度的成本显然不低,既包括各地为了制定地方著名商标制度投入的立法成本、执行成本^①,又包括由于该制度给正常竞争秩序带来干扰所引发的负面效果,如助长企业和社会追逐非市场的竞争而扭曲市场竞争^{[23]18}、导致权力寻租^[26-27]、破坏法制统一^{[2]131}。这些负面影响大大超过了保护小众商誉带来的制度收益。

(二) 地方商标战略的实施问题

地方著名商标保护由来已久。广东省从1992年开始,就在全省范围内开展了认定著名商标的工作^[28]。1998年前,上海、重庆等地也已出台有关地方著名商标的保护规范^{[22]31}。地方政府“把认定著名商标作为实施商标战略的重要形式”^{[2]130}。但我们还必须看到的是,地方商标战略必须有助于实现全国商标战略,而要保证全国商标战略向着正确的方向推进,我们有必要了解商标制度发展的历史趋势。

商标制度的发展与市场地域范围的扩大休戚相关,在市场地域范围狭小的过去,买卖双方之间存在直接联系,消费者并不需要商标指示来源,市场地域范围的扩张和复杂程度的提升才导致产生了加注商标的需求^[29]。在欧洲,大量使用商标出现于贸易急剧膨胀的中世纪^{[13]229};而在中国,商标的大规模使用同样出现在商品经济发达的宋朝^[30]。这些恐怕都不是偶然。在熟人社会中,无论商品交易量有多大,其提供者都无须在商品上留下自己的烙印——既然是熟人社会,好商品自然带来回头客,而劣质商品自然无人问津。熟人社会中的信息渠道多样、奖惩机制完善,无论是商家还是消费者都感受不到信息成本造成的交易障碍,因此商标根本不是促成交易的必要因素。只有进入陌生人社会阶段后,信息成本才会凸显成可能阻碍交易的因素。如果没有商标,陌生人社会中的交易多将落入非重复博弈的范畴,从而在“囚徒困境”的魔咒下产生“零和博弈”的结果:消费者无法识别和奖励优质经营者,经营者也就没有意愿为优质商品进行投资。结果是经营者难以将优质商品的消费意愿转化为收入,而消费者也就无法获得优质商品。缺乏信息积累与传递机制的市场,有可能堕入柠檬市场

的深渊^[31]。要摆脱这一状况,需要将非重复博弈转化为重复博弈。商标正是在大规模市场上“点石成金”的魔杖。反过来看,也只有规模足够大的市场才需要商标发挥点石成金的作用。在小规模市场上,交易很可能接近天然的重复博弈。当事人很容易从多重途径获取对方信息,根本无须商标承担降低信息搜寻成本的任务。

商标法的历史使命就在于促成大规模市场的健康发展。美国《联邦商标法》的立法史,或许可以作为注脚:相比于《联邦专利法》和《联邦版权法》,美国《联邦商标法》的诞生显得一波三折。根据美国《联邦宪法》的所谓知识产权条款,国会有权立法“赋予作者和发明人在其作品和发现(writings and discoveries)上有期限的排他权,以促进科学与实用技艺的发展”^②。联邦据此享有专利和版权事务上的立法权。但当国会据此制定《联邦商标法》时,却被以商标既非作品也非发现为由,遭到挑战,国会只好另谋理由。最终通过的联邦商标法^③,其立法权基础改为了宪法中的商业条款。该款规定“国会应享有调整与外国、各州之间以及与印第安部落的贸易的权力。”^④美国联邦最高法院在审查旧《联邦商标法》时指出,只有具备跨越州际边界的贸易事项,联邦才享有立法权^[32]。该规定背后的理由,恰恰是通过全国统一立法来对抗贸易的地方保护,防止各州之间的非合作博弈侵蚀所有参与者的利益。

因此,全国商标战略的追求是开放共赢的长远目标。地方著名商标制度不仅不能服务于该目标,反而会造成各地之间的恶性竞争。假设各地真的需要制定本地化的商标战略,推行该战略的正确方式应该是符合商标法内在逻辑的方式,即将商标法

① 据中国商标网发布的《中国商标战略年度报告(2011)》统计,“截至2011年,全国有效的著名商标数量为32893件”。(参见:庄红蕾.关于认定和保护著名商标的思考[J].行政与法,2013(5):81.)这一方面意味着地方政府需要为审查这些商标投入大量资源(既包括直接投入审查的人力物力资源,又包括向被认定为地方著名商标的企业发放的奖励),而且意味着市场主体需要投入大量资源进行申请。

② 参见:美国《联邦宪法》第1条第8款第8项。

③ 参见:15 U.S.C. § § 1051 et seq.

④ 参见:美国《联邦宪法》第1条第8款第3项。

提供的保护落到实处。

四、结语

尽管造就商标制度的市场一直在变化,但商标制度的核心始终不变,那就是降低信息成本、促进市场发展。地方著名商标保护并不符合这一要求。地方著名商标不仅无法降低,反而可能增加交易中的信息成本。保护小众商誉和实施地方商标战略的目标,也并不需要通过保护地方著名商标才能实现。地方著名商标制度从无到有,由少渐多,从被羡慕到受批评,并最终退出历史舞台这一历程,反映了知识产权的政策工具属性从80年代无人关心,过渡到90年代渐受重视,发展为00年代如火如荼,再进步到今天开始去粗取精。面对具体规范层面的持续调整,我们唯有不断尝试用商标法的基础理论来形成评价具体制度的标准,构建体系化商标法规范的主线,商标制度才能合乎逻辑地构建与发展。^[16]

参考文献:

[1] 余瀛波. 工商总局“叫停”地方政府商标评选认定[N]. 法制日报 2017-07-01(006).

[2] 吴汉东,周俊强. 地方商标战略及其制度完善——以《湖北省著名商标认定与促进条例》的制定为例[J]. 江汉论坛 2008(8).

[3] 储敏. 对著名商标保护制度的反思[J]. 江淮论坛 2010(5):130-131.

[4] 邵燕. 对中国著名商标保护的质疑[J]. 经济研究导刊 2010(31):229.

[5] 董新凯,李天一. 论我国地方著名商标制度的协调问题[J]. 知识产权 2012(8):57-58.

[6] 王清. 关于著名与知名商标行政特殊保护制度的冷思考(下)[J]. 电子知识产权 2009(10).

[7] 武淑菁. 浅析地方著名商标保护制度现状[J]. 法制博览 2016(15):195.

[8] 庄红蕾. 关于认定和保护著名商标的思考[J]. 行政与法 2013(5):81.

[9] Mark Lemley. The Modern Lanham Act and the

Death of Common Sense [J]. Yale Law Journal ,1999 ,108 (7) : 1697 - 1713.

[10] 凯瑟琳·加洛蒂. 认知心理学[M]. 吴国宏,等,译. 北京:机械工业出版社 2016:45-66.

[11] Robert P. Mergers, Peter S. Menell, Mark A. Lemley. Intellectual Property in the New Technological Age [M]. Clause 8 Publishing 2016: V-7.

[12] William M. Landes, Richard A. Posner. Trademark Law: An Economic Perspective [J]. Journal of Law & Economics ,1987 ,30(2) : 306 - 308.

[13] Sidney A. Diamond. The Historical Development of Trademarks [J]. Trademark Reporter ,1983(73).

[14] 李雨峰,曹世海. 商标权注册取得制度的改造——兼论我国《商标法》的第三次修改[J]. 现代法学, 2014 ,36(3) : 64 - 65.

[15] 吴汉东. 知识产权领域的表达自由: 保护与规制[J]. 现代法学 2017(3) : 9.

[16] 菲尔迪南·德·索绪尔. 普通语言学教程[M]. 高名凯,译. 北京:商务印书馆,1980:100-116.

[17] Steven Pinker. The Sense of Style: The Thinking Person's Guide to Writing in the 21st Century [M]. Penguin Books 2015: 2-9.

[18] F. A. Hayek. Individualism and Economic Order [M]. The University of Chicago Press ,1958: 77-91.

[19] 彭学龙. 商标法基本范畴的符号学分析[J]. 法学研究 2007(1) : 22-27.

[20] 程永顺,吴莉娟. 解决商标乱象的重大举措 兼评第三次《商标法》修改的几个热点问题[J]. 电子知识产权 2013(1) : 22-24.

[21] J. Thomas McCarthy. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition [M]. Clark Boardman Callaghan ,1984: 2.

[22] 吴桂英. 加强地方立法 保护著名商标——制定《北京市著名商标认定和保护办法》的几点想法[J]. 中国工商管理研究 ,1998(9).

[23] 孔祥俊. 我国现行商标法律制度若干问题的探讨[J]. 知识产权 2010(1).

[24] Robert Decinola. Freedom to Copy [J]. Yale Law Journal ,1999 ,108(7) : 1665.

[25] Harold Demsetz. Toward a Theory of Property Rights [J]. The American Economic Review ,1972 ,57(2) : 350-353.

[26] 徐聪颖. 制度的异化抑或完善——对我国著名

商标保护现状的冷思考[J]. 电子知识产权 2008(2):32.

[27] 谢晶. 对我国著名商标制度的思考[J]. 甘肃政法成人教育学院学报 2006(2):52.

[28] 邱木城. 名牌产品的商标认定和保护——驰名商标、著名商标、知名商标的认定和保护[J]. 中国工商管理研究 2003(2):46.

[29] 杜颖. 社会进步与商标观念: 商标法律制度的过去、现在与未来[M]. 北京: 北京大学出版社 2012:13.

[30] 黄晖. 商标法[M]. 北京: 法律出版社 2004:1.

[31] George A. Akerlof. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism[J]. The Quarterly Journal of Economics ,1970 84(3): 488 - 500.

[32] Graeme B. Dinwoodie ,Mark D. Janis. Trademarks and Unfair Competition: Law and Policy [M]. Aspen Books , 2004:3 - 7.

Justification of Trademark Protection as Evaluating Instrument of Trademark Rules: Protection of Local Famous Trademarks as an Example

JIANG Ge

(Law School , Tsinghua University , Beijing 100084 , China)

Abstract: Specific rules claiming to be part of the trademark system must be evaluated in accordance with the fundamental theory for the justification of trademark protection. Respecting such an approach can prevent such mistakes as the protection of local famous trademarks. The core justification of trademark system lies in the reduction of information cost , especially customers’ search cost. Protecting local famous trademarks , however , cannot reduce such cost. In labeling certain trademarks as local famous ones , the regime not only second guesses the type of information which customers use trademarks to collect , but also makes unverifiable predictions about the future value of a certain trademark. In doing so , the regime distorts the information flow in the market. The theory for the justification of trademark protection therefore supports the abolishment of the protection of local famous trademarks. Besides , the fundamental theory for the justification of trademark protection is able to comfort people who fear that without protection of local famous trademarks , less well known marks cannot be well protected , or national IP strategy cannot be enforced efficiently. Overall , more attention shall be paid to the fundamental theory in trademark law when designing and evaluating specific rules.

Key Words: justification of trademark law; information cost; famous trademarks; IP strategy

本文责任编辑: 邵 海