

商标财产化的负面效应及其化解^{*}

吕炳斌^{**}

内容摘要:商标本为一种用于区别来源的工具。然而,现代商标法将之财产化,并采用民法财产权体系中的绝对权保护模式。绝对权的认知结构预设着强有力的私权保护,这为商标权的强化和扩张埋下了种子。商标财产化的理论基础脆弱,经典的自然权利理论、现代的法经济学理论以及商誉论和广告功能保护论都无法为商标财产权提供坚实的理论支撑。商标财产化在实践中产生了一些负面效应,在我国还呈加剧之势,有必要予以纠正。在认知上,需要打破绝对权理念之拘束。在实践中,停止侵害的禁令救济的绝对化适用需加以纠正;混淆之扩张需谨慎对待,以反击“财产论”对“混淆论”的挤压。此外,还需提升商标性使用的地位,使其扮演商标法“守门人”角色,以期对商标财产权的不断扩张进行约束和限制。

关键词:商标财产化 商标权理论 绝对权认知结构 负面效应 商标权限制

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2020.02.006

一、引言

商标本为一种用于区别来源的工具。然而,现代商标法将其财产化,作为一种财产权进行保护。商标权是一种财产权已成为根深蒂固的制度原理。从我国《商标法》采用的术语“商标专用权”看,商标似乎又存在有别于其他财产权的特殊之处。可是,很少有人对商标财产化进行认真的审视和反思。商标权有扩张之天性和本能,其保护范围延及近似商标和类似商品,呈现出扩张性和模糊性。^①我国司法实务中将“加强知识产权保护”作为口号式的政策目标;^②商标财产权理念与如此政策定位相结合,可能导致的负面效应是商标权的不断强化和扩张。此外,在我国《民法典》制定背景下,知识产权界曾就将知识产权纳入《民法典》展开讨论和提出呼吁;^③这些讨论使知识产权作为一种民事财产权的理念得以强化。

本文的立场并非否认识产权作为财产权的基本定位,而是要以商标为例对其财产化可能存在的负面效应进行反思。在原理上,商标财产化的反思背后隐藏着“财产论”和“混淆论”之争,^④在商标法的价值取向上也体现为“生产者导向”和“消费者导向”之争。谁是商标法的主人?生产者抑或消费者?若要商标法服务于两个主人,难免出现利益冲突和力不从心的局面。在实践中,商标财产化除了商标本身可以单独转让、在混淆之外对驰名商标进行反淡化保护等显著体现之外,更为深刻的影响在于商标财产权理念贯穿于商标纠纷裁判的始终,似乎已上升为基本教义。近年来一些疑难案件如微信商标案、LV 商标广告案、IPAD 商标案除了表面的法律适用之争,在深层次都隐含着商标财产论的影响。在微信案中,腾讯公司推出“微信”之前,

* 本文写作得到南京大学文科创新团队项目(项目编号:14370104)的资助。

** 南京大学法学院教授。

① 参见王太平:《商标侵权的判断标准:相似性与混淆可能性之关系》,载《法学研究》2014年第6期。

② 参见最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》的通知(法发〔2011〕18号)。

③ 参见吴汉东:《知识产权“入典”与民法典“财产权总则”》,载《法制与社会发展》2015年第4期;刘春田:《我国〈民法典〉设立知识产权编的合理性》,载《知识产权》2018年第9期等。

④ “传统商标法的首要政策动因并不是保护财产权,而是保护消费者免受欺诈和产生误认”。See House Report 109-23, Trademark Dilution Revision Act of 2005, p.25. 转引自王迁:《知识产权法教程》(第5版),中国人民大学出版社2016年版,第398页。

创博亚太公司已提出“微信”商标申请,但尚未到公开阶段。腾讯公司无从得知其商标申请情况,可谓善意投入使用“微信”标识。^⑤撇开法技术上的具体适用问题,对创博亚太公司在先提出申请的“微信”商标进行保护的观点本质上是财产论向申请阶段的进一步延伸。在“法国路易威登公司诉上海鑫贵房地产公司”案中,被告基于提高广告吸引力的目的,在售楼广告中大幅度地显示模特手中的“LV”包,并没有在任何意义上起到识别产品来源的作用,原告以侵害LV商标权为由起诉。^⑥原告的诉求正是建立在将商标作为一种可获绝对保护的财产权理念基础上。在以和解结案的IPAD商标案中,尽管苹果公司在全球范围内使用IPAD商标并创造了商誉,根据劳动财产权理论,它应当对此商标享有权利,但在商标注册制下,不得不让步于他人已经注册的商标权。注册的商标似乎就可以享有强有力的财产权。我们几乎可以在所有的商标疑难复杂案件中找到商标财产权理念的影子。

我国学者在探讨知识产权的权利属性和地位时,多是笼统地将知识产权定性为私权、民事权利、财产权,有必要将知识产权的民事权利性质和地位向深处挖掘。此外,知识产权作为民事财产权的理论基础也值得反思,其可能存在的问题和副作用也需要加以正视。本文试以商标权为例,在绝对权理论下探讨知识产权的民事权利性质和地位。民法学界一般认为,知识产权是绝对权。对此,知识产权法学界也予以认可,但鲜有人从绝对权理论入手对知识产权加以研究。笔者从“绝对权”着手分析商标财产化,可为理解包括商标在内的知识产权的权利属性提供一个新的理论视角。商标财产化的负面效应也可归结为绝对权认知结构的副作用。在认识到商标财产化负面效应的根源之后,本文将尝试体系化地分析商标财产化存在的负面效应及其化解之策。全文思路如下:在引出其负面效应之前,将先对商标财产化的理论基础进行追问,其目的在于阐明商标财产化的理论基础脆弱,从而难免在实践中出现负面效应;之后,本文将对商标财产化的负面效应的根源和表现进行体系化的研究;最后,本文将相应地分析商标财产化负面效应的化解之策,从而引导商标法走出财产化的误区。

需要指出的是,本文的主题是探讨商标财产化可能存在的负面效应。商标的自由转让和许可、驰名商标的反淡化保护也扎根于财产权理论,但不属于负面效应。本文对这些正面效应不作专门分析。也需要强调的是,商标财产化自有其积极一面,本文针对其负面效应而展开,并非是要借此否定商标财产化,而是要在商标财产化的基本立场上对其负面效应进行客观分析,并提出化解之策。

二、商标财产化的理论困惑

中国商标法借鉴自外国法,并受国际条约协调之影响。从比较法上而言,现代商标法源于普通法的欺诈之诉。^⑦欺诈作为一种不正当竞争行为成为法院介入商标纠纷的依据所在。在早期商标法实践中,法院完全依赖于反欺诈的行为规制模式。最先明确将商标作为财产权进行保护的是韦斯特伯里勋爵(Lord Westbury)法官。1863年,他在Edelsten v. Edelsten案中提出“本法院将仅仅依据保护财产的原则;对于禁令而言,并不需要证明被告的欺诈……”。^⑧在财产论之下,只要被告使用的商标在客观上与原告的商标相同或近似,就构成对商标财产权的侵害。韦斯特伯里勋爵给予商业标识以禁止他人未经许可使用的排他性权利,实现了商标保护从行为规制到财产化的转变。之后,商标保护在财产化、权利化的大道上前行。

然而,将商标作为财产权值得反思。法律为何要赋予商标财产权,尤其是类似物权的强有力的排他权和绝对权?法律之所以保护商标,并非为了激励更多商标的设计和产出。从而,围绕着专利和版权而展开的激励创新理论很难解释商标财产权保护的正当性。从商标法的基本原理出发也很难推出商标财产化的正当性依据。商标保护最为基本的正当性理由是便于消费者识别来源;进而,消费者的利益不会因受欺诈而减损,生产者也可展开公平竞争。商标法的基本目标并不在于激励创新,而在于促进竞争,同时便利消费者在竞争

^⑤ 参见北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第1538号行政判决书。

^⑥ 参见上海市第二中级人民法院(2004)沪二中民五(知)初字第242号民事判决书。

^⑦ See e.g., Robert Denicola, Trademarks as Speech: Constitutional Implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols, Wisconsin Law Review Vol.2, 1982, p.160.

^⑧ Edelsten v. Edelsten, (1863) 1 De G. J. & S., 185, 199, 46 Eng. Rep. 72, 78 (Ch.).

性产品之间进行识别和选择。基于此,可以推出“混淆论”在商标法中的核心地位,但无法推出商标作为财产权保护的必要性。政府为商标提供产权激励,正当性何在,值得拷问。

(一)自然权利理论

商标的财产化进程很大程度上受到 19 世纪颇具影响力的自然权利理论的影响。^⑨ 尽管当时法院并没有对商标作为财产权保护的理论基础进行探讨,然而,似乎存在这样一种假设:因为商家在商标的使用上投入了劳动,法院应当保护这种劳动的成果。^⑩ 在自然权利观念下,商标权的正当化基础即在于保护商家“创造商誉的劳动投入”。^⑪ 商标有别于专利和版权等创新性劳动成果。如果说商标是一种劳动成果,值得法律进行保护的并不是设计标识的智力劳动,而是在商业实践中使用标识、获得消费者大众的认可,从而产生标识背后的商业价值的劳动。在劳动财产权理论下,使用成为产生财产权的中介。如果严格依循自然权利理论,当代商标法则应恪守使用产生商标权的原则。

在使用在先原则下,自然权利理论在商标法中还有存在的空间。然而,商标财产化企图通过注册为商标提供一个事前的产权界定。包括我国在内的大多数国家都奉行商标注册原则,这在很大程度上背离了使用产生商标权的自然权利理论。就理论上而言,“注册不过是为洛克意义上的劳动所建立起来的商誉所有权,盖上社会普遍认可的印章。”^⑫ 但在注册制的实践中,注册不再是一种纯粹意义上的确认,已成为一种经过实质审查的授权,而仅仅使用并不能产生商标权。

自然权利理论可能在商标财产化进程中具有一定的影响,但面对当代商标注册制却显得十分脆弱。进一步地,在劳动(使用)产生商标权的观念下,学者又往往认为商标权保护的是使用所创造的商誉。将商誉作为商标权保护的客体又会产生新的困惑。

(二)商誉论

将商标财产权的客体定位于商誉是国内外的一种主要学说,商誉论也成为解释商标财产化的一种主要理论。英国早期判决就认为,商标的财产指向的并不是标志本身,而在于标志所体现的商誉。^⑬ 美国早期商标法实践的一个原则是,商标本身不是财产,财产体现于它背后的商誉。^⑭ 离开其所区别的产品以及产品的信誉,商标并无价值,至少被商标法视为不值得进行保护。^⑮ 我国学者的主流观点也是“商誉论”,如有学者认为,“商标权作为一种财产权,是商标所有人关于商誉所享有的权利。”^⑯ 类似的观点认为,“商标是商誉的有形体现。”^⑰ “商誉论”将商标作为商誉的载体,而商誉是商标持有人付出劳动而产生的成果,商标法旨在通过保护商标来激励这种商誉的形成。

商誉论并非围绕商标的基本功能即识别来源而展开,难免存在缺陷。依据“商誉论”,离开背后的商誉,商标并无独立存在的价值。从而,商标与商誉应当一并转让。实践并非如此,商标可以单独作为交易的对象。既然在转让的时候允许商誉和商标的分离,为什么在商标许可终止的时候又要将许可使用中形成的商誉一并收回?在商标许可中,即使商誉由被许可方形成,最终也将伴随着商标权一并收回,“王老吉”商标案即是明证。这似乎是一个逻辑上矛盾的问题。此外,依据商誉论,商标侵权责任需要围绕恢复商誉展开,而制度又非如此设计。

^⑨ See Mark P. McKenna, The Normative Foundations of Trademark Law, Notre Dame Law Review Vol.82, 2007, p. 1841.

^⑩ See César Ramirez—Montes, A Re—Examination of the Original Foundations of Anglo—American Trademark Law, Marquette Intellectual Property Law Review Vol.14, 2010, p.91.

^⑪ 参见黄汇:《商标权正当性自然法维度的解读——兼对中国〈商标法〉传统理论的澄清与反思》,载《政法论坛》2014 年第 5 期。

^⑫ 同上注。

^⑬ A.C. Spalding & Bros. v. Gamage, [1915] All E.R. 147 (H.L.) 150 (Lord Parker).

^⑭ See, e.g., Prestonettes Inc. v. Coty, 264 U.S. 359 (1924).

^⑮ See, e.g., MacmahonPharmaceutical Co. v. Denver Chem. Mfg., 113 F. 468 (8th Cir. 1901).

^⑯ 参见李明德:《商标、商标权与市场竞争——商标法几个基本理论问题新探》,载《甘肃社会科学》2015 年第 5 期。

^⑰ 参见冯晓青:《商标的财产化及商标权人的“准作者化”——商标权扩张理论透视》,载《中华商标》2004 年第 7 期。

(三)广告功能保护论

如果将商誉作为财产,一个额外的质疑是:为什么法律更乐意将商誉作为财产?而不是商标本身?毕竟,商誉和商标的客体都是无形的。有学者认为,商标不仅仅是所依附的产品或服务的商誉的象征,它存在独立价值。^⑬ 这种观点认为商标本身就是财产权的客体。日本学者田村善之也认为商标本身具有独立的财产价值,其原因在于商标本身可以产生顾客吸引力,这与商标的广告宣传功能密切相关。^⑭

广告旨在提高产品在消费者中的知名度,广告信息有利于降低消费者的选择成本,商标的功能与之如出一辙。在理论上,商标的保护也可被理解为是对商标的广告功能的保护。在广告功能保护论下,商标是否值得进行保护的问题,就转化为其广告价值是否值得进行保护这一问题。

广告有着信息功能和说服功能这两大基本功能。^⑮ 信息功能指向商标的识别来源的工具价值,还不能为商标财产化提供理论支撑。有可能为商标财产化提供理论支撑的是说服功能。有学者认为,随着历史变迁,对广告的说服功能应当进行保护。^⑯ 在司法实践中,也有判决从商标的广告功能着手去确定赔偿数额。在美国关于商标反向混淆的典型案件“Big O”案中,法院判决赔偿的根据即在于原告通过纠正性的广告运动修复其商标所需要的估算费用。^⑰

广告功能保护论虽然为商标本身的价值找到了依据,但毕竟偏离了商标的本质。首先,商标的本质在于便于消费者识别来源,而不在于广告宣传。以广告功能代替来源识别功能作为商标权的核心理论有喧宾夺主之嫌。其次,商标也许在广告宣传方面独具价值,但它在广告宣传中也只是一个工具。广告功能保护论扎根于广告的说服功能,但说服的过程本质上是一个双向互动的交流过程,商标在说服中是一个交流的工具。这仍然是为商标工具论提供理论支撑。再次,如果需要为商标的广告投入提供保护,为什么不直接为广告提供产权激励?为什么一定要转而商标提供产权激励?可见,广告功能保护论也不能成为商标财产化的坚实理论支撑。

(四)查找成本理论

在法经济学视野下,商标财产化的一种主要理由在于为商标提供明确的产权界限,以便减少社会成本。在法经济学学者看来,商标法的目的在于减少消费者的查找成本,从而促进竞争的公平和繁荣。^⑱ 商标通过向消费者提供有用信息,减少消费者的查找和选择成本,使消费者更为知情,市场竞争更具活力,这被认为是一种有效率的制度安排。^⑲

查找成本理论实际上将商标作为一种信息。消费者在查找和选择产品时将商标作为一种指示来源的信息;商家也将商标作为与消费者进行信息交流的工具。在查找成本理论下,关键是提供真实的信息,避免消费者混淆和误认。查找成本理论能够支撑商标工具论、商标混淆论,但并不必然指向财产化,无法为商标财产论提供足够的支撑。在查找成本理论的倡导者看来,商标从总体上而言也不是财产权,只是避免商标的信息价值受损的有限权利。^⑳

(五)小结

经典的自然权利理论和现代的法经济学理论都无法为商标财产化提供充足的理论支撑。自然权利理论

^⑬ See Louis Altman, Malla Pollack, Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies (4th Edition), Part VI., § 17:7.

^⑭ [日]田村善之:《商标法所保护的利益》,张鹏译,载《法律适用》2012年第10期。

^⑮ See Ralph S. Brown, Jr., Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols, Yale Law Journal Vol.57, 1948, p.1206.

^⑯ Jessica Litman, Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age, Yale Law Journal Vol.108, 1998—1999, p. 1728.

^⑰ See Big O Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co., 408 F. Supp. 1219, 189 U.S.P.Q. 17 (D. Colo. 1976).

^⑱ See Stacey Dogan & Mark Lemley, Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet, Houston Law Review, Vol.41, 2004, p. 777.

^⑲ See William P. Kratzke, Normative Economic Analysis of Trademark Law, Memphis State University Law Review Vol.21, 1991, pp.214—217.

^⑳ 同前注^⑱, Dogan & Lemley文,第788页。

在注册制面前显得苍白无力,查找成本理论本质上将商标作为减少查找成本的工具,与其说可以支撑“财产论”,不如说是支撑“工具论”,即将商标作为一个工具。此外,我国有些学者倡导的“符号说”指向的也是商标工具论。符号说将商标作为一种传播学意义上的媒介,并没有解决商标本身的权利本质问题。商誉论和广告功能保护论还显现出商标财产化在客体上存在困惑,也无法为商标财产化提供理想的理论诠释。

若要得出结论认为商标是具有价值的财产权,其理论基础显得较为薄弱,而理论基础薄弱的制度和观念在实践中难免出现负面效应。商标制度脱胎于对欺诈这种不正当竞争行为的规制,目前俨然已经成为一种基于财产权的法律制度。权利化的优势在于事先确定并界定权利,为人们的行动预期提供指引。然而,将商标作为一种财产权,并不能为商标提供一个明确的产权范围界定,反而使商标的扩张性和模糊性有了强有力的权利基础。

三、商标财产化的负面效应

(一)根源:绝对权理念

1.绝对权的本质特征

商标权在权利内容上不同于物权,也有别于专利权和版权。就一般意义上的商标权而言,它赋予的是权利人在相同或类似商品上就相同或近似商标而享有的排他性使用权。尽管存在权利内容上的区别,但商标权和物权在内隐的权利性质和外显的保护模式上均存在相同之处。这些相同之处的归结点在于“绝对权”的本质。从“绝对权”着手,也可深化对知识产权的民事权利性质的理解。^{②⑥}

按照民法学界通说,知识产权和物权同属民法财产权体系中的绝对权,与债权为代表的相对权相对应。^{②⑦}绝对性被民法学者称为“物权的基本性格”,^{②⑧}也被知识产权学者定性为“知识产权与所有权的共同特征”。^{②⑨}所谓绝对性,即对世性或排他性,指权利对任何人都产生效力。绝对权作为知识产权和传统物权的共性,成为商标权的权利结构和制度架构的起点和支点。

绝对权和相对权两分法是大陆法系的特色,我国民法财产权体系受之影响。国际条约里的知识产权概念却在相当程度上受英美法系影响。英美法系虽未直接使用绝对权的术语,但其财产权概念强调排他性,在专有和排他的涵义上与大陆法系的绝对权基本一致。所谓商标财产化,在大陆法系以及民法财产权体系受之影响的国家,实际上是“绝对权化”。

知识产权是一种人为创设的法律制度。将知识产权作为绝对权,难免在制度架构上借鉴已经存在的物权,在认知结构上与物权进行类比,这容易产生副作用和负面效应。正如美国学者所言,将知识产权作为排他的绝对权是一个陷阱。^{③⑩}

2.绝对权的制度架构

商标权的核心在于专有使用性,这是一种典型的绝对权。商标权的权利结构也深深地受到绝对权的原型即所有权的影响。

所有权的权能包含着积极和消极两个方面,其积极权能为占有、使用、收益和处分,消极权能则体现为排除他人之干涉,后者为绝对权的特征。^{③⑪}排除他人干涉的主要方法,就物权而言,为物上请求权;就知识产权而言,也有类似的停止侵害请求权。商标和所有权在消极权能上呈现出一致性。实际上,知识产权重在消极权能,其本质在于排除他人之干涉。知识财产的“自用权”并无法律保障之必要。就商标而言,所谓“商标专

^{②⑥} 知识产权界一般将知识产权定性为私权、民事权利、财产权。参见冯晓青:《〈民法总则〉“知识产权条款”的评析与展望》,载《法学评论》2017年第4期。但纵观现有文献,鲜有进一步从绝对权角度展开的分析。

^{②⑦} 参见王利明:《论我国〈侵权责任法〉保护范围的特色》,载《中国人民大学学报》2010年第4期;解亘:《驱逐搅乱著作权法概念:“剽窃”》,载《华东政法大学学报》2012年第1期。

^{②⑧} 参见王泽鉴:《民法物权》(第2版),北京大学出版社2010年版,第15页。

^{②⑨} 参见吴汉东主编:《知识产权法》(第5版),法律出版社2014年版,第13页。

^{③⑩} See Mark Lemley, Property, Intellectual Property, and Free Riding, Texas Law Review Vol.83, 2005, pp.1071-1072.

^{③⑪} 同前注^{②⑧},王泽鉴书,第112-113页。

用权”的重心并不在于保护商标权人的自用,而在于排除他人的侵权性使用。在消极权能上,商标权可谓一种典型的绝对权。

在积极权能上,尽管商标权和所有权在权利的具体内容上存在区别,但也有类似之处。有学者将知识产权的权能概括为“控制、使用、处分和收益”。^② 尽管商标作为一种无形财产,无法进行物理意义上的占有,但权利人仍可对之享有法律意义上的控制,在这一点上与物权并无本质区别。^③ 其余的使用、处分和收益的权能和物权基本一致。

绝对权的制度架构不仅影响到商标权的结构,还深刻地影响着商标权的保护模式。在保护模式上,停止侵害的禁令救济参照的是物权法中的“物上请求权”,凝聚着绝对权保护的特色。并且,停止侵害、侵害商标权的混淆判断都不考虑行为人主观过错,体现着绝对权的特征。这截然区别于作为相对权的债权请求权。侵权之债(侵权赔偿请求权)的提出以过错为要件。

可见,商标权从权利架构到保护模式都体现着绝对权的特征,深深体现着绝对权的理念。然而,就知识产权法原理而言,商标法的宗旨并不在于激励创新,而在于维护公平竞争。竞争利益在本质上具有相对性,这与商标权的绝对权保护模式之间潜伏着冲突,埋下了商标财产化负面效应的种子。

3. 绝对权认知结构的副作用

商标财产化的影响并不限于绝对权的定性和制度架构本身,更重要的是绝对权认知结构的影响。日本有学者将民法学大致分为“民事认识论”、“民事政策论”、“民事立法论”、“民事法解释论”四个方面。^④ 认识论不仅影响着立法,还影响着法律的解释和实施。绝对权作为商标财产权认知的支点,这种认知结构对商标法的实践影响深远。

绝对权的认知结构可能产生一些副作用。第一,绝对权理念预设着强有力的私有财产权保护,这为商标财产权的强化和扩张埋下了种子,有可能产生负面效应。第二,人类认知具有惯性,人类对财产权固有的思维定势和认知习惯影响着商标权的立法和司法实践。尽管新型财产权不断涌现,但“物权—债权两分法”在现代民法中根深蒂固,仍然是当代财产权理论和实践的主流思想。^⑤ 所有权作为绝对权的原型和典范,也影响着包括商标在内的知识产权的制度架构。日本知识产权学者田村善之将“典型的知识产权法制度”的构建路径归纳为“将行为规制物权化的方法”。^⑥ 可见,物权的理念和制度深深地影响着知识产权法。在商标财产权的认知结构中,也难免或多或少地被打上传统的物化财产权的烙印。绝对权是两者之间的连接点,而绝对权的认知结构又难免习惯性地受到物权的影响。第三,可能产生认知偏差,以为商标要受到最强有力的私权保护。绝对权其实存在强弱之分。商标权虽然是一种绝对权,但其绝对权的强度在知识产权内部要弱于专利、高于版权。对可能的认知偏差的纠正措施是强调商标权的限制。任何权利都存在限制,物权也不能幸免。绝对权意义上的财产权并不意味着权利人享有绝对的、不受限制的权利。商标权涉及消费者利益和相对的竞争利益,自然需要一些特殊乃至更多的限制。

在我国,绝对权的认识论和“加强知识产权保护”的政策论相结合,导致财产权理念在商标法实践中的强化。“加强知识产权保护”的政策论是针对我国知识产权保护的整体状况不尽人意的现状而提出的,自有其合理性。然而,加强保护的政策导向与本身具有扩张性的商标权相结合,导致其负面效应在我国呈加剧之势。商标近似的范围倾向于扩大,侵害商标权的救济力度倾向于增加,极具杀伤力的禁令救济无限制适用,这些都导致商标权人的财产权不断强化和扩张,但可能以牺牲竞争秩序为代价。

(二) 绝对权救济模式之无限制适用

依据绝对权理念,一旦侵害知识产权,就应立即停止侵害。据此,法院在认定商标侵权行为成立后,就应该支持权利人提出的停止侵害的主张。停止侵害之禁令救济体现着绝对权的保护模式。

^② 张玉敏主编:《知识产权法》(第2版),法律出版社2011年版,第12—13页。

^③ 参见尹田:《论物权与知识产权的关系》,载《法商研究》2002年第5期。

^④ [日]星野英一:《现代民法基本问题》,李诚予、岳林译,上海三联书店2012年版,第290页(第45注)。

^⑤ 参见吴汉东:《财产权的类型化、体系化与法典化》,载《现代法学》2017年第5期。

^⑥ [日]田村善之:《知识产权法的理论》,李道道译,载《知识产权年刊》(创刊号),北京大学出版社2005年版,第32页。

禁令之威胁并不限于个案之中,更多的是致使他人不敢使用可能构成近似的商标,从而对市场竞争造成破坏。此外,禁令之威胁在很多纠纷案件中也是导致被告接受调解的主要缘由。在很多策略性诉讼中,尤其是由律师代为行使的商业化维权中,当事人提起诉讼的目的是尽可能多地获得赔偿。被告在面对既要停止销售、又要承担赔偿责任的后果面前,往往愿意选择和解。禁令则成为原告在谈判中最大的筹码,也已成为知识产权诉讼中最具杀伤力的武器。

导致禁令救济在商标侵权案件中绝对化适用的缘由是绝对权的认知根深蒂固。禁令救济的绝对化适用又反作用于这种绝对权理念,致使商标财产权理念的进一步强化和加剧。禁令救济所指向的理想类型是边界确定的权利。对于包括商标权在内的知识产权而言,其权利边界存在模糊性,需要在诉讼中才能确定。^③禁令救济在知识产权领域绝对化适用背离了禁令制度设计的理想状态,致使商标财产化在实践中产生异化和负面效应。

(三)商标权的扩张:“财产论”不断挤压“混淆论”

在原理上,混淆在商标法中具有核心地位。“混淆论”也是对“财产论”的约束。若坚守商标本质上是区别来源的工具,在商标侵权判断中应当以来源混淆为唯一的混淆判断标准。然而,现代商标法中混淆类型在不断扩张。

混淆的扩张打着“混淆论”的旗号,以防止消费者混淆为理据,表面上似乎与商标财产化并无关联,但本质上却是商标财产权的强化,是“财产论”对“混淆论”的挤压,其背后推手和深层次原因即是绝对权的认识结构中预设的强有力保护。

1. 关联关系混淆:商标财产权排他性效力的扩张

在我国商标法中,混淆类型的第一次扩张是“关联关系混淆”。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条第2款以司法解释的形式引入和确立了商标侵权认定中的混淆可能性要件,但其不仅引入了传统意义上的“来源混淆”,还引入了“关联关系混淆”或“间接混淆”。^④该款最后一句“……或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系”在实务中被作为关联关系混淆的依据。在实践中,一些与消费者真实感知不尽相符的判决结果,如“黑人”与“白人”用在牙膏产品上会造成消费者混淆,^⑤“双沟青花瓷”与“青花瓷”用在白酒上会造成消费者混淆,^⑥体现的即是关联关系混淆。其基本理由是此类商标的存在会造成消费者产生关联关系,以为是系列产品。孔祥俊教授直言不讳地指出,我国司法引入关联关系混淆,“体现了对商标权进行宽保护的意图”。^⑦

在我国司法实践中,关联关系混淆存在着扩大适用的态势,其导致的结果是只要一个商标与注册商标构成近似,就有可能使消费者认为是系列产品,产生关联关系联想。这实际上等于架空了本来旨在约束商标财产权的混淆要件。只要近似就会造成关联关系联想进而构成侵权,未经许可的使用即会构成侵权,不仅导致商标在同类商品或类似商品上得到绝对化的保护,还导致其排他性效力的扩张,致使商标的保护边界和保护效果在一定程度上强于物权。物权的积极权能和消极权能具有对应性,而商标权的消极权能大于积极权能,在排他的消极权能上具有天然的扩张性,稍有不慎,就可能走向保护过度,破坏商标法旨在维护的竞争状态。

2. 反向混淆:注册商标财产权的再次强化

混淆类型在我国的第二次扩张是“反向混淆”。反向混淆并非我国商标法或司法解释中明确规定的术语。所谓反向混淆,顾名思义,有别于传统意义上的正向混淆。在正向混淆中,被控侵权人一般有搭便车的意图,希冀利用商标权人的商誉来获利。而在反向混淆中,被控侵权人并无搭便车意图,往往通过大规模使用或铺天盖地的运动式广告宣传,导致消费者将涉案商标与被控侵权人关联,致使商标权人的商标价值难以正常发挥。一旦商标权人自己将商标投入使用,消费者反而会认为是商标权人在利用他人的商标。反向混

^③ 参见杨红军:《版权禁令救济无限制适用的反思与调适》,载《法商研究》2016年第3期。

^④ 参见《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2002年)第9条第2款。

^⑤ 参见国家行政管理总局商评字(2004)第2692号裁定书。

^⑥ 最高人民法院(2015)知行字第126号民事裁定书。

^⑦ 参见孔祥俊:《商标法适用的基本问题》,中国法制出版社2014年版,第47页。

淆在我国的引入始于2007年“蓝野酒业公司与百事可乐公司商标侵权案”。^②近年来,反向混淆在商标法实践中的使用频率越来越高,其结果也往往出人意料。在“非诚勿扰”节目名称商标侵权纠纷案中,二审判决曾以江苏电视台使用“非诚勿扰”会构成对商标注册人的反向混淆为由判决构成侵权。^③在“新百伦”商标侵权纠纷案中,法院认定新百伦公司在中国大陆使用“新百伦”会对商标注册人造成反向混淆。^④反向混淆日益被我国法院接受为一种新的混淆类型。

反向混淆旨在防止商家在标识使用中的恃强凌弱现象,有其独特价值。但在中国法律和司法解释都对此无明确规定的情况下,在案例中引入反向混淆的类型,实为扩大混淆的类型和范围。反向混淆的负面效果是,一旦一个商标被注册,他人即不得使用,即使他人根本没有搭便车的意图。这实际上体现了绝对权的认知结构。表面上借着保护消费者之名,反向混淆实际上扎根于绝对权理念,其结果是进一步强化了商标财产权。

四、走出商标财产化的误区

尽管商标财产化存在负面效应,但并非要因噎废食,而是要正视这些负面效应,加以控制,予以消解。商标的财产化并没有异化乃至恶化到需要彻底抛弃的地步。商标权仍应以民法财产权原理中的绝对权作为支点,但应当基于商标的特性,更为强调商标权的个性,在一些情形下不受绝对权理念的拘束。

(一)不受绝对权理念之拘束

商标财产化的客体是语言符号,是一种对语言符号的控制。将商标称为财产,无异于通过法律授予语言符号以特定的权利,使得商标权变为一种控制语言的权利。^⑤这并不存在正当性基础,反而会侵蚀言论自由,对社会施加过高成本。商标越是财产化,对社会施加的交易成本越高。企业在推出新品牌前,需要做更多的尽职调查。商标之间还经常产生近似或交叉。财产化并没有为商标权提供确定性,反而以产权之名保障了商标权的扩张,使商标的权利查找和清理更为困难,产生更多的纠纷。将商标作为财产还会为机会主义行为提供充足的激励。商标财产化“有打破商标法最初建立的以防止消费者被欺骗为基础的竞争性平衡的危险”。^⑥有学者甚至认为商标财产观违背了基本常识。^⑦

知识产权与物权在绝对权的强弱上存在区别。即使是专利权,其所获得的权利也弱于物权。商标是一种财产权,但并非“物权化”的权利。商标的财产权有两个最基本的限制:第一,商标财产权不是所有权,只是一种使用权,我国《商标法》所采用的术语“商标专用权”较好地体现了这一点;第二,商标的财产权并不是对标识中的文字、图案等的所有权或垄断权,而仅仅是一种在特定的商品或服务上使用该标识的权利。商标必须与产品或服务相结合使用,否则就失去了其存在的意义。可见,商标是一种强度较弱的绝对权。

将不加纠正的绝对权思维模式应用到商标案例中,不仅会使商标“物权化”,还可能导致商标的垄断性,使商标变成控制语言的权利,对社会施加过高成本。商标财产观的影响并不限于转让、淡化等直接表现,更多的破坏性危险在于禁令的无限制适用、混淆的扩张以及商标权保护范围的不断扩大。要纠正这些错误,首要的任务是在认知上打破绝对权理念的拘束,避免物权化的思维模式,从而走出商标财产化的误区。

(二)停止侵害的绝对权救济之限制

停止侵害之禁令救济是绝对权保护的核心所在。知识产权禁令之反思源于美国eBAY案。美国最高

^② 浙江省高级人民法院(2007)浙民三终字第74号民事判决书。

^③ 广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法知民终字第927号民事判决书。

^④ 广东省高级人民法院(2015)粤高法民三终字第444号民事判决书。

^⑤ 同前注^③,Dogan & Lemley文,第801页。

^⑥ 同前注^④,冯晓青文。

^⑦ Mark A. Lemley, The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense, Yale Law Journal Vol.108, 1999, p. 1714.

法院在此案中将专利禁令从绝对化回归到衡平救济原则,对专利禁令之颁发施加了若干限制条件。^④这一态势对全球专利法产生了影响,对知识产权的其他领域也有着深刻的影响。在 eBAY 案影响之下,我国学者的普遍态度是对知识产权停止侵害请求权进行限制。^⑤商标法有别于一般意义上的激励创新的法律制度,对商标禁令之限制有一些特殊问题需加以理论辨析。

从理论上而言,商标的绝对权强度较弱,不能当然地享有物权式的停止侵害之禁令救济。商标权的排他性还弱于专利权,在理论上其排他权的保护力度也应弱于专利。在我国司法解释已经明确对专利禁令进行限制之后,^⑥仍然绝对化地支持商标禁令,并不符合财产权强弱的理论逻辑。“商标禁令绝对化适用论”的主要理由无非是:第一,商誉之侵害不可挽回;第二,若不禁止被告使用商标,消费者混淆将继续发生,这会有损公共利益。这些理由实际上也并非坚不可摧,无法对“商标禁令绝对化适用论”提供坚实的理论支撑。

“商誉之侵害不可挽回”是美国法院长期采纳的基本理念。传统上,美国法院在商标案件中一旦认定存在混淆,就推定存在不可挽回的损害,此即“不可挽回损害的假定原则”。^⑦这导致商标领域的禁令救济几乎达到获得绝对化支持的程度。在 eBAY 案之后,是否坚持“不可挽回损害的假定原则”在实践中产生了混乱状态:有的法院仍然假定“不可挽回的损害”从而绝对化地提供禁令救济,^⑧有的法院则对这一假定持否定态度,要求按照 eBAY 案所确立的限制条件去裁量是否颁发禁令。^⑨在美国司法实践中,总的趋向是抛弃之前的不可挽回的损害的绝对假定。^⑩学者之间也颇具争议。商标禁令救济绝对化适用的支持者的最大理由是侵害商标将导致权利人的商誉受损,而商誉之价值难以测量,且声誉之损害在性质上是不可挽回的。^⑪反对者则认为,商誉确定之困难并不适用于所有商标案件,商誉不可测算也不等于损害不可挽回。^⑫在我国商标纠纷的现实中,很多商标都是抢注的商标,并未实质性地投入使用,其商誉微乎其微。我国实践中的“商标禁令绝对化适用论”在很多情况下是在强化注册商标的财产权。在抢注现象较为突出的注册制下,商标禁令的适用更应存在例外。

以消费者利益和公共利益之名能够支持商标禁令的一般性适用,但无法支持其绝对化适用。反而,从消费者角度而言,商标禁令之适用应存在例外。比如,在前述“微信”案中,若允许他人注册微信商标,进而禁止腾讯公司使用“微信”标识,那将影响消费者认知。在此类案件中,消费者完全可以识别产品或服务的来源,并未造成混淆。不颁发禁令反而可能有利于促进消费者福祉。

从原理上而言,商标禁令并不需要绝对化适用。美国之所以在放开专利禁令之后对商标禁令仍持严格态度,一个实务上的重要原因是美国商标法缺乏类似于我国的普适性的法定赔偿规则。美国商标法仅针对

^④ See eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 391 (2006). 该案明确了专利禁令颁发的四个要件为:(1)原告遭受不可挽回的损失或损害;(2)诸如损害赔偿等法律救济不足以补偿损害;(3)原被告之间的艰难情形衡量结果也确平衡平法上的禁令救济的必要性;(4)永久禁令不会有损公共利益。

^⑤ 参见梁志文:《反思知识产权请求权理论——知识产权要挟策略与知识产权请求权的限制》,载《清华法学》2008年第4期;李扬:《知识产权请求权的限制》,载《法商研究》2010年第4期;陈武:《权利不确定性与知识产权停止侵害请求权之限制》,载《中外法学》2011年第2期。

^⑥ 参见《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第26条。

^⑦ See Thomas M. Williams, Winter v. NRDC: A Stricter Standard for Irreparable Harm in Trademark Cases?, Journal of Patent & Trademark Office Society Vol.91, 2009, p. 571.

^⑧ 典型的如:Marlyn Nutraceuticals, Inc. v. Muchos Pharma GmbH & Co., 571 F.3d 873 (9th Cir. 2009).

^⑨ 典型的如:North American Medical Corp. v. Axiom Worldwide, Inc., 522 F.3d 1211 (11th Cir. 2008). 在此案中,初审法院根据惯例适用了不可挽回损害的假定原则,二审法院发回重审,其理由就是要求根据 eBAY 案重新审查不可挽回的损害。

^⑩ See Ronald T. Coleman Jr., Trishanda L. Treadwell, Elizabeth A. Loyd, Applicability of the Presumption of Irreparable Harm after eBay, Franchise Law Journal Vol.32, 2012, p.11.

^⑪ See J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition vol.5, § 30:47 (Westlaw; 4th ed.)

^⑫ See Sandra L. Rierson, IP Remedies After eBay: Assessing the Impact on Trademark Law, Akron Intellectual Property Law Journal Vol.2, 2008, pp.173-175; Ryan McLeod, Injunction Junction: Remembering the Proper Function and Form of Equitable Relief in Trademark Law, Duke Law & Technology Law Review Vol.2006, 2006, p.16.

假冒注册商标等两种特定情形规定了法定赔偿。^⑦对于其他商标侵权案件而言,原告主张赔偿需要证明被告的获利或者原告的损失。这并非易事。因此,美国只有部分商标侵权案件会判给赔偿。^⑧在很多商标案件中,美国法院能提供的唯一救济就是禁令。相比而言,我国商标侵权救济普遍采用“禁令+赔偿”的双重模式。在某种意义上而言,这对侵权人施加了双重责任,有时候可能还会产生惩罚性。

尽管我国商标法对于停止侵权仍采绝对化的表述,但在未来的法律修改或司法解释中,可以考虑引入例外情形,其条件可以参考美国在 eBAY 案中明确的条件,考虑原告的损害程度、赔偿救济是否不足以补偿损害、原被告之间的艰难情形的衡量结果、原告行使权利的动机、被告的主观状态以及公共利益。例言之,其限制至少可以考虑以下情形:第一,消费者并未造成混淆,公共利益支持商标的共存性使用。尤其是在权利边界模糊的近似侵权中,应当限制禁令之适用,改为足够的赔偿。第二,原告违反诚信原则,比如虚构知名度。第三,原告抢注商标,进行机会主义的要挟性商业化维权,这本质上并不利于竞争,不值得进行强保护的激励。第四,生产者失去对其产品的控制,导致履行不能,比如厂家生产之产品投入市场,无法控制流通环节,难以召回。尤其是当日常消费品流入各个零售部甚至偏远地区和农村时,此时对生产者施加停止侵害之禁令,要求其召回所有侵权产品,无疑对其产生一个巨大的负担,其效果不亚于惩罚性赔偿。

商标停止侵害请求权之限制不可能一步到位,但只要通过司法解释或指导案例在例外情形中加以限制,就会削弱其威胁之力,缓解商标财产权不断强化的负面效应。

(三)反击“财产论”对“混淆论”的挤压

商标侵权中的混淆要件是对商标财产权的最重要限制。为反击财产论对混淆论的不断挤压,需要谨慎对待混淆类型之扩张,并且寻求商标侵权中“混淆可能性”要件的客观判断方法。

1. 谨慎对待混淆类型之扩张

每一种新类型混淆的出现,本质上都是商标权人的财产权的扩张,是“财产论”对“混淆论”的挤压,会带来破坏商标法原初生态平衡的危险,需以谨慎并加以必要限制。

就关联关系混淆而言,有必要纠正其扩大适用从而架空混淆可能性要件之弊端。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条第2款引入了关联关系混淆,但并未为关联关系提供一个定义。在实践中,法官将关联关系界定为“行为人的行为导致消费者对商标权人与行为人之间的经营关系产生混淆,比如误认为二者之间存在联营、赞助或许可等关系”。^⑨“联营、赞助或许可等关系”仍缺乏确定的含义,其本身具有扩张性。实践中将使用了近似商标即认定为可能导致消费者的关联关系联想,这就体现了对关联关系的极为宽泛的理解。笔者认为,并不能因为两个标志在表面上近似,就会导致消费者产生关联关系联想,否则混淆可能性的条件就形同虚设。商标法意义上的关联关系应当至少达到或等同于许可关系的程度。在商标许可中,许可人需要监督、控制被许可人的商品质量,消费者也会产生质量控制和保障的联想。关联关系联想的本质和核心正在于此。只有当消费者会认为被控侵权人使用商标的产品之质量受到商标权人的监督控制的时候,才能构成关联关系联想。^⑩这种判断标准契合商标法的基本原理。商标的主要功能包括来源识别功能和质量保障功能。来源混淆的防止旨在保障商标的来源识别功能,关联关系混淆的防止同时也是在维护商标的质量保障功能。

就反向混淆而言,这一概念源自美国商标法,在德国等大陆法系国家并不存在。我国和美国的商标制度存在注册原则和使用原则上的根本区别。我国法院引入美国使用在先原则下的商标反向混淆规则就潜伏着一个巨大危险,有可能用来强化在先的注册商标的财产权利,导致商标权在我国的进一步扩张。我国司法实践在引入外国的法律概念时,需要注意的是不能进行一知半解的片面理解,忽略这一规则在外国的适用条件及限制。从理论上而言,根据洛克的劳动创造财产权理论,商标权人应该已就某商标投入了时间和金钱,但

^⑦ See Section 35 of the Lanham Act, 15 U.S. C. § 1117.

^⑧ See Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, Intellectual Property in the New Technological Age (Sixth Edition), Wolters Kluwer, 2012, p. 990.

^⑨ 参见祝建军:《构成关联关系混淆侵犯商标权的条件》,载《人民司法》2014年第12期。

^⑩ 参见姚鹤徽:《商标混淆可能性研究》,知识产权出版社2015年版,第229页。

在后使用者也应就其劳动成果享有相应的权益。完全禁止在后使用者的使用并不存在正当性。^①美国司法实践中对反向混淆的适用施加了限制条件。在美国的相关典型案例中,被告(在后使用者)一般都是明知原告(在先使用者)的商标权的存在,典型的情形是在商标权人明确拒绝许可后仍然大规模使用商标,^②或在在先使用者发出停止使用侵权警告函后仍然进行大规模的宣传和使用。^③美国司法实践中对混淆的判断采取“多因素分析法”,其中考虑的一个因素是在后使用者的意图。^④尽管美国法院也没有形成反向混淆判断的通行标准,但在反向混淆的认定中会考虑在后使用者的恶意程度。^⑤当然,美国学者对反向混淆中施加恶意要件也不无争议。一种观点认为恶意要件将会导致反向混淆的保护力度削弱。^⑥然而,反向混淆本身就是一种扩张的混淆类型,加以限制是必然要求。在反向混淆判断中,恶意并不体现为传统混淆意义上的搭便车,而是体现在明知他人在先商标权的存在,而继续大规模使用或宣传。一般而言,只有大规模的使用或宣传才可能构成反向混淆,其在明知状态下即构成恶意。恶意的判断是可以采取客观化的方式的。我国《商标法》将商标作为绝对权,在侵害商标权的判断上采无过错责任原则,并不考虑行为人的主观心理状态。但如果在反向混淆的认定中去除恶意的要件限制,无疑会导致反向混淆的不当扩大适用。其后果是导致对注册商标的更强有力保护,商标抢注会更加猖獗。反向混淆中的恶意判断的关键在于考察后使用者是否明知在先商标权的存在,仍然不顾一切地大规模使用。从另外一个角度而言,这是诚信问题。在我国商标法下,虽然不能对反向混淆侵权施加主观条件,但可以基于《商标法》第7条强调的诚实信用原则确立这样的规则:如果被控侵权人在投入商标宣传和使用前已经进行尽职调查,尽到合理注意义务,则属于诚信使用商标,不构成反向混淆。

在理论上和比较法上,混淆除了我国商标法实践中已经存在的来源混淆(正向混淆)、关联关系混淆(间接混淆)和反向混淆外,还有向消费两端延伸的售前混淆(初始兴趣混淆)^⑦和售后混淆。^⑧商标法发展的逻辑似乎是消费者越来越容易上当受骗,这并无实证依据。无论我国日后是否引进或发展出新的混淆类型,要明确的基本问题是:混淆类型的每一次扩张,都是商标财产权的一次强化,有可能破坏原初的平衡竞争状态。从而,需要认真对待混淆的每一次扩张,至少需要施加必要的限制条件。

2. 寻求“混淆可能性”的客观判断方法

商标侵权中的“混淆可能性”要件是对商标财产权的最为关键的限制和约束。然而,长期以来,我国司法实践对混淆可能性采取主观判断方法,由法官自由心证,已步入死胡同。近年来,一些商标案件的结果匪夷所思,尤其是在近似和混淆的判断上较为混乱,不确定性较大,常与公众的一般判断背离。到底是否构成混淆和侵权,不同审级的法官答案可能不同,具有专业法律知识的律师很难预见,更不用说商标使用的主体即商人。主观性的判断方法破坏了法律应当具有的稳定性和可预见性,对正常的商业活动和市场竞争造成了不利影响。放弃对司法确定性的寻求无疑不可取。商标侵权判断中的关键要素“混淆可能性”应当进行客观化的努力,尽可能约束自由裁量的空间。

“混淆可能性”的主观判断法的一个重要缘由是商标案件的裁判对于消费者的认知未予以足够重视。我国法院在对商标侵权进行判断时,往往缺乏对消费者心理认知的考察,这正是常常出现与市场真实情况和消费者真实认知状态不符的判决结果的原因所在。

^① See Joel R. Feldman, Reverse Confusion in Trademarks: Balancing the Interests of the Public, the Trademark Owner, and the Infringer, *Journal of Technology Law & Policy* Vol.8, 2003, p.172.

^② See *Big O Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 561 F.2d 1365 (10th Cir. 1977).

^③ See *Westward Coach Mfg. Co. v. Ford Motor Co.* 388 F.2d 627, 630-632 (7th Cir. 1968).

^④ 同前注^③, Merges 等人书,第 877-881 页。

^⑤ See Christina P. Mott, Multifactors, Multiconfusion? Refining “Likelihood of Confusion” Factors for Reverse-Confusion Trademark Infringement Claims to Achieve More Consistent and Predictable Results, *Suffolk University Law Review* Vol.47, 2014, p. 433.

^⑥ 同前注^⑤, Joel R. Feldman 文,第 168 页。

^⑦ See, e.g., *Blockbuster Ent. Group v. Laylco, Inc.*, 869 F. Supp. 505, 512-13 (E.D. Mich. 1994).

^⑧ See, e.g., *Foxworthy v. Custom Tees, Inc.*, 879 F. Supp. 1200, 1214-16 (N.D. Ga. 1995).

商标的财产价值并不由注册而生,而是源于一个“商标人使用+消费者认可”的互动过程。据此,消费者在商标法中具有举足轻重的核心地位。对商标财产权的保护应当纳入以消费者为主体的公众利益视野。在商标侵权中,应当以消费者是否造成混淆为最终标准和最高标准,商标近似、商品或服务类似都不是关键。然而,在诉讼中,公众利益缺乏一种合理的代表机制。由权利人代表消费者利益无疑会有倾向性。对此的一个解决方式就是引入和承认消费者调查报告、市场调查报告的证据地位。^⑩ 商标法中的消费者混淆不是个别消费者混淆,而是“造成市场混淆”。^⑪ 证明市场混淆与否的最有力证据当数市场调查报告。唯有如此,才能走出商标侵权判断中法官自由心证的死胡同。在美国,法院在商标侵权诉讼中依赖于调查报告,其缺失往往对权利人不利。^⑫ 我国法院对调查报告的一个可能顾虑是报告可能造假。与其因为调查报告可能存在虚假而因噎废食,不如通过制度设计解决可能出现的虚假问题,通过法院指定第三方机构调查或者通过公证监督调查等方式引导调查的规范性和客观性。通过调查报告,可以更真实地感知消费者的心理状态,使混淆可能性的判断真正地立足于消费者立场,回归商标法的原旨,让“混淆论”对“财产论”真正起到限制作用。

(四)“商标性使用”对商标财产权的限制和约束

商标财产化思维在中国的加剧和异化还在于将商标财产权与注册制相结合。注册产生财产性权利的制度设计在本质上有违商标财产化的原理。对之的纠正措施是强化使用在商标法中的地位,提升“商标性使用”^⑬在商标侵权判断中的独立地位,使商标财产权以“商标性使用”为限。

我国司法实践中最早将商标性使用作为商标侵权的前提条件始见于2009年的“辉瑞产品有限公司等诉江苏联环药业股份有限公司侵犯商标权纠纷案”。^⑭ 在该案中,法院明确“包装内的商品形状不构成对他人立体商标的侵权”,原因即在于包装内的商品形状并不是作为商标使用。在这之后,法院会在一些疑难案件中考虑商标性使用。最为典型的是在贴牌加工案件中,法院通常认为贴牌加工中的商标依附的产品不在中国销售,不会对消费者起到区别来源的作用,不构成商标性使用。^⑮ 但在其他案件中,“商标性使用”更多是和商标法不同条款明文规定的“正当使用”例外一起分析。^⑯ 单独以不构成“商标性使用”为由认定不侵权的案例主要集中在贴牌加工领域,“商标性使用”尚未作为普遍适用的独立要件应用于所有案件类型。

在理论上,是否将商标性使用作为商标侵权判断的前提条件尚存争议。笔者认为,只有商标性使用才能发挥商标的功能,值得法律介入。商标侵权判断应以“商标性使用”为条件。“商标性使用”是和“混淆可能性”并列的独立要件。将不属于“商标性使用”的行为排除出侵权范围,不仅可以对商标财产权的扩张起到限制作用,还可节约司法成本。在“商标性使用”的判断规则下,只要是真实信息的传递,即使使用了他人商标也不构成侵权。网站竞价排名中的关键词搜索、比较广告只要是提供真实的信息,哪怕是转移了消费者注意力,其本身并不构成商标性使用,不会构成商标侵权。

商标性使用聚焦于商标识别商品来源的本义和基本功能,旨在维持商标法的基本教义,有利于遏制商标财产权的不当扩张和异化。商标的财产价值并非源于注册,而是源于使用。商标性使用体现着商标的财产价值。从商标财产论的理论视角而言,商标性使用也应作为商标侵权判断的一个重要条件。

五、结语

商标财产化的负面效应的根源在于绝对权利理念。商标法旨在维护的竞争利益在本质上却具有相对性,

^⑩ 我国《民事诉讼法》第63条列举的证据类型虽然没有明文列举调查报告,但该条明确列举的是“证据包括”的类型,并不是穷尽列举。从原理上而言,能证明事实的材料,只要符合证据的合法性、关联性和真实性,都可作为定案依据。

^⑪ 参见张丹丹:《影视节目名称的法律保护路径探析》,载《当代法学》2015年第1期。

^⑫ See James Gibson, Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law, Yale Law Journal Vol.116, 2007, p.911.

^⑬ “商标性使用”的权威定义是我国《商标法》第48条:“本法所称商标的使用,是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中,用于识别商品来源的行为。”

^⑭ 最高人民法院(2009)民申字第268号民事裁定书。

^⑮ 北京市高级人民法院知识产权庭编:《北京法院商标疑难案件法官述评》(第4卷),法律出版社2015年版,第128页。

^⑯ 比如,在武汉卫视“如果爱”电视节目名称侵权案中,一审判决认定“如果爱”节目名称不属于“商标性使用”,但在论证过程中却和“叙述性使用”(正当使用)混杂在一起。参见武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民初字第00254号民事判决书。

这与绝对权理念潜伏着冲突。商标财产化也未能取得为商标权提供一个明确的产权界定的预期效果,反而为商标权扩张提供了强有力的基础。商标财产化的理论基础脆弱,负面效应重重,值得进行反思。然而,这并不意味着要放弃财产化,而是要以“财产论”为基础,更为强调商标权的个性,重视商标财产权的限制和约束。“混淆论”是对“财产论”的最有力约束,也契合商标的基本功能,应作为商标法的基本教义。但要使“混淆论”真正地产生生命力,需要走出主观判断的误区,真正以消费者为判断主体,还原消费者的商标法主人地位。“商标性使用”扮演商标法的“守门人”角色,有利于维护公共领域,避免商标权的过度保护,也可上升为商标法的基本教义。

我国《商标法》在 2013 年修改前,法律规定使用了相同或近似商标即构成侵权,这反映的是一种绝对化的财产权理念。我国司法实践中引入混淆标准,并在法律修改中得到确认,正在逐渐走出财产化的误区。本文基于对商标财产化的反思,提出的解决之道实为一种对商标侵权判断规则重塑的努力。只有在司法实践中意识到商标的绝对权认知结构隐含的问题和风险,在具体案件中加以纠正,才能真正地使商标法回归其原旨,成为一种促进竞争的法律制度。

Abstract: Trademark is essentially a tool for distinguishing sources. However, modern trademark law treats trademark as property, and follows the protection model of absolute right in the civil law property system. The cognitive structure of absolute right presumes a strong private right to protect, which lays the foundations for the strengthening and expansion of trademark rights. The theoretical basis of the trademark propertization is weak. The classical natural rights theory, the modern theory of law and economics, the theory of goodwill and the theory of advertisement protection cannot provide a solid theoretical support for trademark property rights. Trademark propertization results in certain adverse effects in practice, which on getting even worse in China and necessary to be corrected. Cognitively, it is necessary to break the constraint of the concept of absolute right. In practice, the absolute application of injunctive remedies for cessation of infringement should be adjusted. Expansion of confusion needs to be treated with caution, so as to avoid the confusion theory being extruded by the property theory. In addition, the status of trademark use needs to be promoted to play the role of “gatekeeper” in trademark law, with a view to constraining and restricting the continuous expansion of trademark property rights.

Key Words: Trademark Propertization; Theories of Trademark Rights; Cognitive Structure of Absolute Right; Adverse Effect; Limitations to Trademark Rights

(责任编辑:李安安)