

商标本质基础观念的重构

余 俊^{*}

内容提要 商标恶意注册等问题一直无法根治,与认知商标本质的基础观念存在偏差不无关联。以标记为基础观念的认知范式,偏离了商标诞生的逻辑理路,容易造成商标制度运行偏位。因此,需要重构认知商标本质的基础观念。以市场为基础观念理解商标本质,与商标的内生逻辑更为契合,也更有利于在制度运行中最大限度地激发出商标的经济潜力。从商标的起源看,它由标记在市场关系中质变而来。现代商标法之所以成为一个独立的范畴,源于商标内生的市场力量获得了独立的财产地位。在市场经济中,商标是市场力量的可视化表述机制、市场信任的程序化建构机制以及消费欲望和市场的再生性机制。根据以市场为基础观念的认知范式,在商标制度的运行中,通过商标产权制度确认“商”的财产地位,并由商标注册制度以“标”的形式对“商”进行标准化表述。据此,在对商标制度进行调适时,应凸显以“商”为中心的商标产权制度,并信守以“标”为界限的商标注册制度。

关键词 商标本质 标记主义 市场范式 产权制度 注册制度

目 次

- 一、问题的提出
- 二、商标根源于市场
- 三、市场力量的商标保障与激励
- 四、市场范式下商标制度的调适
- 五、结语

^{*} 北京化工大学文法学院副教授。本文系2021年度国家社科基金重大项目“新形势下我国参与知识产权全球治理的战略研究”(项目批准号:21&ZD164)的阶段性成果。

一、问题的提出

商标恶意注册是一个长期困扰我国商标领域的标志性难题。从《商标法》第二次修正开始,禁止恶意注册就一直是历次修法的重点。^①二十余年以来,我国在此问题上投入了大量宝贵的立法、行政、司法和社会资源,但效果始终不太显著。为尽快扭转局面,国家知识产权局在近几年持续开展了“打击商标恶意抢注行为专项行动”等整治活动。^②然而,多轮重拳出击下,仍未能从根本上杜绝这一乱象。在新近启动的《商标法》第五次修改中,商标恶意注册再次被国家知识产权局定性为“商标领域最受关注的问题”。^③社会制度往往要通过与之相应的社会观念维持运作,^④持续多年的严厉打击都未能根治恶意注册这一难题,恐需要从观念上寻找原因。

在商标领域,商标本质是一个根本性的问题,决定着人们认知商标的基本模式,进而影响商标制度的运行和商标行动的展开。“信息工具说”^⑤和“符号说”^⑥是目前关于商标本质的主流认知范式,深刻影响着我国的商标实践。^⑦按照“信息工具说”,商标本质上是信息传递的媒介;根据“符号说”,商标本质上则是符号。商标是一种商业标记,其中能够担当信息媒介或者符号材料的只能是外表呈现的标记,故而这两种认知商标本质的范式都将标记作为解剖商标本质的基础标本,是标记主义的。不可否认,任何一件商标都必须通过标记表现出来。但标记只是商标的代现,它和商标之间的代现是一种偶然的联系。其偶然性体现在:可以用同一个标记指代任何随意的商标本体,同一个商标本体也可以寻找任何随意的标记作为代现。^⑧商标只是需要一个支撑,但某一件商标与某

① 参见王众孚:《关于〈中华人民共和国商标法修正案(草案)〉的说明》,2000年12月22日在第九届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议上;周伯华:《关于〈中华人民共和国商标法修正案(草案)〉的说明》,2012年12月24日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上;《商标法修改相关问题解读》,载中国商标网, https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/zcwj/202106/t20210609_6487.html, 2023年1月2日访问。

② 参见《国家知识产权局关于印发〈打击商标恶意抢注行为专项行动方案〉的通知》,载国家知识产权局官网, https://www.cnipa.gov.cn/art/2021/3/24/art_570_157956.html, 2023年3月1日访问。

③ 参见《关于〈中华人民共和国商标法修订草案(征求意见稿)〉的说明》,载国家知识产权局官网, https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html, 2023年1月13日访问。

④ 参见方钦:《观念与制度:探索社会制度运作的内在机制》,商务印书馆2019年版,前言第7页。

⑤ See William M. Landes & Richard A. Posner, *Trade Mark Law: An Economic Perspective*, The Journal of Law & Economics, Vol.30:265, p.265-309 (1987); William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2003, p.166-209; *Qualitex v. Jacobson Products*, 115 S Ct 1300 (1995).

⑥ See Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, UCLA Law Review, Vol.51:621, p.621-704 (2004); 彭学龙:《商标法的符号学分析》,法律出版社2007年版,第58-82页;王太平:《商标法:原理与案例》,北京大学出版社2015年版,第14-22页。

⑦ 在我国法院的司法裁判中经常可见“信息工具说”或“符号说”的表述。“信息工具说”如“商标作为一种节约消费者搜寻成本的识别载体”,参见福建省高级人民法院(2021)闽民终1120号民事判决书;“符号说”如“侵害商标权在于破坏或者割裂商标与商品的能指与所指之间的指向关系”,参见广州知识产权法院(2020)粤73民终1944号民事判决书。

⑧ 商业史上更换标记的例子比比皆是,如近期美国推特公司就将标记从“Twitter”和“蓝鸟图”统一更换为了“X”。

一个标记之间并不存在必然性的纽带。以标记作为认知商标本质的基础观念,容易忽略标记与商标之间质的差异性,并过滤掉真正有价值的商标本体,进而导致在观念上以标记代替商标成为财产制度保护的对象。笔者认为,正是这种颇具迷惑性的标记主义认知范式,给商标制度的运行带来了隐患——它容易将社会大众的观念以及国家的行政和司法资源导向对标记的竞逐和保护上。对大众而言,在观念上可能误以为“标记就是财产”“注册产生价值”,逐利的动机会诱发出狂热的抢注行为;对行政和司法部门而言,在观念上可能误以为“核准注册就是商标授权”^⑨、“保护注册商标就是保护商标财产权”^⑩,从而造成行政和司法资源的错配。此外,标记主义认知范式也给商标权的不当扩张提供了可乘之机。^⑪种种事例说明,标记主义的商标本质认知范式,是引发我国商标领域各种乱象的观念性因素。根治这些乱象,需要超越标记主义,重构认知商标本质的基础观念。

为此,笔者提出,认知商标本质的基础观念应从标记主义转换为市场范式。商标是人们在市场关系中对标记进行商业赋能后的产物,是标记质变的结果。伴随着质变的,是市场力量的聚合与迸发,而不再是标记的延续或重现。在商标产生的逻辑理路上,市场,而非标记,才是催生商标的关键力量。所以,探源商标本质,开展商标实践,理应把市场置于更加优先和基础的地位。这不仅顺乎经济规律和商业逻辑,而且也契合“中国式现代化的本质要求”。

习近平总书记在党的二十大报告中强调,“中国式现代化的本质要求”之一是“实现高质量发展”。^⑫只有严格保护知识产权,依法对侵权假冒的不法分子予以严厉打击,才能有力推动高质量发展。^⑬准确揭示商标本质,设计出契合商标本质的制度体系,是全面加强商标保护,从根本上遏制商标恶意注册等乱象并最大限度地激发出商标所蕴藏的经济潜力、推动高质量发展的理论前提。基于此,本文将围绕商标诞生的历史逻辑、理论逻辑和实践逻辑,以市场为出发点对商标本质展开讨论,希冀通过揭示商标内生的市场逻辑凸显商标制度对于市场的保障和激励功能,厘清商标制度运行的机理,并提出商标制度调适的建议。

^⑨ 例如,《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(法释〔2017〕2号)采用了“商标授权”的表述。

^⑩ 例如,《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发〔2009〕23号)规定,请求保护的注册商标未实际投入商业使用的,“在确定赔偿责任时可以酌情考虑未实际使用的事实”。法院对此设定的基调只是“可以酌情考虑”。这一谨慎表述容易助长标记的注册人漫天要价。

^⑪ 有学者将商标权的扩张现象界定为商标制度的“系统性风险”或者“失衡”;还有学者把商标权的扩张归结于商标的财产化。参见章凯业:《商标保护与市场竞争关系之反思与修正》,载《法学研究》2018年第6期;杜颖:《商标法律制度的失衡及其理性回归》,载《中国法学》2015年第3期;吕炳斌:《商标财产化的负面效应及其化解》,载《法学评论》2020年第2期。笔者认为,出现这些扩张现象,根本的原因在于标记主义认知范式导致了标记和商标的混同。所谓“风险”或者“失衡”或者“财产化”,都不是商标本体所造成的,而是由于把标记误作商标所引起的。

^⑫ 参见习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》(2022年10月26日),载《习近平著作选读》(第1卷),人民出版社2023年版,第20页。

^⑬ 参见习近平:《全面加强知识产权保护工作 激发创新活力推动构建新发展格局》,载《求是》2021年第3期,第4页。

二、商标根源于市场

要把握商标本质,首先要揭示商标的内生逻辑,也即商标观念的起源。这是关于商标的历史发生学问题。过去、现在和未来是紧密相连的,商标的出现是对人类商业交往中新的交易观念的实现,这种观念需要得到形而上学的论证和历史的验证。

(一) 商标起源于市场关系中标记的商业化利用

历史记述通常将商标的起源追溯至原始人类在牲畜身上所打的烙印或者在物品上刻印的标记,^⑭抑或是古罗马时期在手工产品上使用的符号形式。但笔者认为,与其说这是商标的滥觞,毋宁说是标记或者符号的起源。做标记或者画符号是人类的本性,^⑮因为人类“离开了形式就无法获取知识”,而“一切知识都可以通过符号得以表达”。^⑯但商标的出现和使用却并非人类的本性使然,而是源于商业实践中的市场竞争需求,它甫一诞生就带着市场的基因和商业的胎记。

商标是商业文明的“特产”,它只能依附于市场关系,植根于商业实践。没有商业的土壤,便不可能孕育出商标之果。商业是社会大分工的产物,是从生产中分离出来的一种独立的经济活动,是商品交换的发达形式。所谓“发达形式”,表现在商品交换超越了生产者之间的直接交易,而改由商人来进行的专门买卖。商业就是由专门的人经营的专门行业,是介于商品生产者之间的“第三者的专业”。^⑰商标是商业高度发达的产物,是商业主体为应对激烈的市场竞争而对标记予以创造性利用的成果。它虽以标记为起点,但不以标记为归宿,而是由标记在市场关系中创造性地转化成的承载着市场功能的商业标记。任何主体从公共资源中拮取任意标记,按照自己的意愿以所选取的标记指代特定的商品或服务,并置于市场之中,就完成了将标记转化为商业标记的实践,原来纯粹的标记就变为了商标。^⑱故此,从标记到商标,无论内涵、性质还是功能,都已经发生了质变。而激活这一质变的关键力量,正是人类的市场活动。

(二) 现代商标法的建构基础是市场力量的财产化

商标成为一种普遍的商业现象,与中世纪欧洲手工业行会的标记实践息息相关。^⑲中世纪的行会最关切的是建立工商业垄断。^⑳为了维护行会的垄断地位和市场声誉,行会都要求对产品进行强制性的质量检测,检测合格后对产品加注特定标记,产品方可进

^⑭ See Sidney A. Diamond, *The Historical Development of Trademarks*, *The Trademark Reporter*, Vol.65:265, p.265-290 (1975); Gerald Ruston, *On the Origin of Trademarks*, *The Trademark Reporter*, Vol.45:127, p.127-144 (1955).

^⑮ 参见[德]恩斯特·卡西尔:《人论》,甘阳译,上海译文出版社1985年版,第31-34页。

^⑯ See Susanne K. Langer, *The Practice of Philosophy*, Henry Holt & Company, 1930, p.165.

^⑰ 参见纪宝成:《商业活动论》(修订本),经济科学出版社2022年版,第2-3页。

^⑱ 参见刘春田:《民法原则与商标立法》,载《知识产权》2010年第1期,第7页。

^⑲ 中国传统社会也有独特而丰富的商标实践,但未能孕育出商标法律制度,因而本文仅选取西方商标法制史进行阐述。

^⑳ 参见[美]詹姆斯·W. 汤普逊:《中世纪晚期欧洲经济社会史》,徐家玲等译,商务印书馆1992年版,第559、563页;[美]汤普逊:《中世纪经济社会史(300—1300年)》(下册),耿淡如译,商务印书馆1963年版,第517页。

入市场。久而久之,优质产品仅凭这些标记的力量就可以成功地完成销售,而无需经过繁琐的开包检查或仔细核验。这种标记的力量,就是市场开拓力,它根源于标记所识别的优质商品在消费者心中留下的良好印象。例如,1518年,英国考文垂地方法庭发布的一项《优质布料制作令》规定:“如果布料的宽度和长度经检验后属于优质产品,将为之打上市镇的官方标记——大象图案,人们可凭此标记鉴别出优质的考文垂布料。”^{②1}对于布商而言,大象标记首先是鉴定布料质量的工业标记,在性质上属于一种产品标准的检测合格证明,但同时它又可以向消费者释放出布料质量优异的信息,从而刺激消费者的购买欲望。该信息所蕴藏的就是产品吸引力。这一吸引力从最初所证明的产品的品质力转化而来,它已经突破了原先工业标记的作用力范畴,质变为一种新生的商业标记的力量。此种新生的商业标记,就是商标。所以,商标的诞生,归根结底取决于标记在商业实践中是否内生出市场力量。该力量是商标得以联系顾客、拓展生意的关键,也是商标的价值基础和利益所在。

对于这种市场力量的认识和保护,在商标法制史上有一个发展的过程。在早期的商标假冒案例中,尽管法院关注到了商标所有人的市场和生意所遭受的损失,但彼时均以“欺诈之诉”作为商标保护的救济途径。例如,1842年,英国兰代尔法官(Lord Langdale)在“Perry v. Truefitt案”中指出,“任何人都无权出于欺诈的目的使用他人的商标,以将本属于商标所有人的生意或者顾客吸引到他那里”^{②2}。基于“欺诈之诉”,司法保护的目的是为了确保商标所表征的商品来源信息的真实性和一致性。^{②3}其原因在于,商标所蕴含的市场力量在当时尚未获得独立的财产地位,商标在法律上也未取得任何实体性的财产权。司法对商标进行保护,并不是为了捍卫商标内在的经济价值,而是为了维护商标作为信息传播媒介的功能。

此后,随着知识产权法的组织原则、话语体系与政治经济学和功利主义的结合愈加紧密,法律不再评价某一特定对象中所体现的劳动,而是开始集中于该对象的宏观经济价值以及它对国民生产总值或者生产力的贡献。^{②4}相应地,人们认识商标的方式也发生了重大变化。1848年,在“Partridge v. Menck案”中,纽约上诉法院开创性地指出:“当商标变得知名时,它就是一类财产”^{②5}。这标志着美国司法界对商标性质的认识率先发生了转变,这比英国早了十几年。英国第一起把商标认定为财产的案件是1862年的“Cartier v. Carlile案”,该案主审法官约翰·罗米利(Lord John Romilly)认为,“(假冒

^{②1} See Frank I. Schechter, *The Historical Foundations of the Law Relating to Trademarks*, Columbia University Press, 1925, p.82-83.

^{②2} Perry v. Truefitt, (1842) 6 Beav 66; 49 ER 749.

^{②3} See Lionel Bently, *From Communication to Thing: Historical Aspects to the Conceptualisation of Trade Marks as Property*, in Graeme B. Dinwoodie and Mark D. Janis eds., *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, 2008, p.3-15.

^{②4} 参见[澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利:《现代知识产权法的演进:英国的历程(1760—1911)》,金海军译,北京大学出版社2012年版,第207-208页。

^{②5} Partridge v. Menck, 1 How. App. Cas. 547 (NY 1848).

商标的行为)归因于侵权人试图盗用特定商标所拥有的市场竞争优势,而该商标是其所所有人的私有财产”^{②6}。此案中,罗米利法官不仅直接把商标宣称为财产,而且明确了商标财产保护的是商标所蕴藏的市场竞争优势。随后,英国韦斯特伯里法官(Lord Westbury)在“Edelsten v. Edelsten 案”^{②7}、“Hall v. Barrows 案”^{②8}、“Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co. 案”^{②9}等一系列案件中均肯定了商标的财产属性,加快了商标财产化的进程。尤其是在“Hall v. Barrows 案”中,他明确提出:“商标的本意是指将某标记适用于特定商品的排他权,此排他权才是财产权”。其所谓的排他权,就是商标所表征的市场的排他权。在政治经济学领域,一些学者也开始在著作中把商标视为财产。如奥地利经济学家门格尔在其1871年出版的《国民经济学原理》一书中就把商标作为财货,并将之归入财货中的“有用的人类行为(或消极行为)”^{③0}。英国《1875年商标注册法》(The Trade Marks Registration Act of 1875)的通过,加速了对商标财产性质的认同,宣告了商标财产观的基本确立。^{③1}商标在立法上开始被作为“工业产权”的一种,与专利和工业设计相提并论,并被纳入了1883年签订的第一部知识产权国际条约——《保护工业产权巴黎公约》。至此,商标完成了财产化的进程,以一种新的财产形式被纳入现代知识产权法的框架,成为知识产权法中一个独立的范畴。

现代商标法之所以能够成为一个独立的知识产权法律分支,正是因为商标具有其他知识产权不可替代的市场功能。知识产权是“社会现代化的产物”,^{③2}它是与“知识创新—产业—消费者”组成的市场结构相对应的一种权利^{③3}。创新的核心在于能否说服消费者,与消费者建立起“联系”。^{③4}商标的核心能力就是能够在市场交易中持续地与消费者建立起联系,并控制和利用这种联系。这种能力是知识产权在与上述市场结构建立对应关系时不可或缺的关键一环,也是著作权、专利等知识产权都欠缺的能力。因此,商标法之所以能够自成一体,根源是商标内生的市场力量具有不可替代的经济价值。该市场力量决定着商标的质的规定性,也奠定了现代商标法独立建构的基础。

现代商标法的这一建构进程是与社会现代化发展的特征相吻合的。在传统社会,人类的经济附属于其社会关系之下。随着现代社会以市场或资本力量为主导的工业化生产的发展,市场或资本的力量逐渐从对国家政治权力的依附中相对独立出来并不断生长。^{③5}到了现代社会,市场关系无限扩充,以至于占领了几乎所有社会领域,社会的运转

^{②6} Cartier v. Carlile [1862] 31 Beav 292.

^{②7} Edelsten v. Edelsten [1863] 1 De G. J. & S. 185.

^{②8} Hall v. Barrows [1863] 4 De G J & S 150.

^{②9} Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co. [1863] 1 H. & M. 271, [1863] 4 De G J & S 136, [1865] 11 HLC 523.

^{③0} 参见[奥]卡尔·门格尔:《国民经济学原理》,刘黎敖译,格致出版社2013年版,第1-5、47页。

^{③1} 有关商标财产观确立的详细过程,参见余俊:《商标法律进化论》,华中科技大学出版社2011年版,第90-110页。

^{③2} 参见吴汉东:《中国知识产权制度现代化的实践与发展》,载《中国法学》2022年第5期,第26页。

^{③3} 参见[日]富田彻男:《市场竞争中的知识产权》,廖正衡、金路、张明国、徐书绅译,商务印书馆2000年版,第6页。

^{③4} 参见朱海就:《市场的合作与秩序》,中国社会科学出版社2017年版,序第8页。

^{③5} 参见韩庆祥:《现代性的本质、矛盾及其时空分析》,载《中国社会科学》2016年第2期,第10页。

只不过是市场的附属品,故现代社会也被称为市场社会。^{③⑥} 在市场社会,对参与经济活动的主体而言,最关切的问题不外乎对其所开拓出来的市场能否取得财产权以及是否享有经济自由。这一核心问题在法制上对应的就是以商标、合同等为代表的财产法律制度。“商业经济要想达到繁荣,就必须确立,至少在某种程度上确立对财产的保护和对合同的保护。”^{③⑦} 商标的正当性和价值性均发源于市场。如果说市场力量的独立生长是现代社会的显著特征和基本标志,那么,保护独立生长的市场力量就是现代商标法的建构基础和根本宗旨。

三、市场力量的商标保障与激励

近代工业文明的产生和迅猛扩张,归根结底来自富有效率的市场的作用。全面的经济现代化是在市场化过程中和市场经济充分发展的条件下实现的,这是迄今为止人类社会史上的一个基本事实。^{③⑧} 明确界定的产权关系,是以市场为导向这一最优化资源配置机制的核心与基础,^{③⑨} 而以保护和扩大市场为根本宗旨的商标制度无疑是其中的核心产权制度之一。

(一) 商标是市场力量的可视化表述机制

现代各国的经济实践表明,在商标的作用下,市场经济焕发出了前所未有的生命力和创造力。这是因为,在市场经济条件下,尽管市场的力量是真实的、客观存在的,但却是无形的、不可视的。无形的东西难以被有效地控制和利用,也无法充分地激活并利用经济潜能。正如时间是真实客观存在的,但却无形无体,在钟表发明之前,它很难被精确地体现和利用。在精确钟表发明后,人类管理时间的方式才发生了革命性的变化。钟表的作用,就是以可视化的方式对不可视的时间进行了表述。钟表并非时间本身,它既不是时间的发明,也不是时间的发现,而只是时间的表述。

商标之于市场,正犹如钟表之于时间。商标的诞生,既是市场力量催化的结果,也为市场力量的可视化和可控性创设了一项重要的机制。在市场交易中,商标通过内生的市场力量不断地联系顾客、开拓市场,同时又将开拓出来的市场以标记的形式表述出来。此时,商标所开拓的市场就从无形转化为了有形,从零散走向了整合,成为可供商标所有人控制和利用的财产。所谓市场,是交易关系的总和。^{④⑩} 《周易》记载:“日中为市,致天下之民,聚天下之货,交易而退,各得其所”^{④⑪},是为“市”之起源。交易也称为“商”。《史

^{③⑥} 参见[匈]卡尔·波兰尼:《巨变——当代政治与经济的起源》,黄树民译,社会科学文献出版社2013年版,第113-130页。

^{③⑦} [英]约翰·希克斯:《经济史理论》,厉以平译,商务印书馆1987年版,第39页。

^{③⑧} 参见虞和平主编:《中国现代化历程》(第3卷),江苏人民出版社2001年版,第1266页。

^{③⑨} 参见张文显:《市场经济与法制建设三论》,载《中国法学》1993年第3期,第18页。

^{④⑩} 参见刘春田:《商标概念新解——“商”是民法学上的又一发现》,载微信公众号“知识产权家”,2021年10月10日上传。

^{④⑪} 《周易》,杨天才、张善文译注,中华书局2011年版,第607页。

记》中有言：“工而成之，商而通之。”^{④②}《汉书》谓：“通财鬻货曰商。”^{④③}很明显，“商”和市场的实质都是交易。“商”即市场。对市场的表述，也就是对“商”的表述。商标也就是以“标”表述“商”的产物。根据现代商标制度，商标的表述机理是：对本质上为市场的“商”，通过“标”的方式予以可视化呈现，^{④④}而“标”则通过商标注册制度进行记载和表明^{④⑤}。经过注册，商标所开拓的市场在标准化文件中得到了表述，商标就成了“表述式产权”^{④⑥}。在此基础上，这种“表述式产权”又进一步与生产、贸易、投资、融资等经济活动建立起联系（见图1）。由此，市场经济的潜能和活力得以激发，且活而不乱、动而有序。在此意义上，商标就成了其所对应的市场的“显示屏”，而不断开拓出来的市场就是商标产权的“能量源”。经由商标的可视化表述，不仅市场经济的潜能得以激发，而且市场经济秩序和市场交易安全也得到了保障。

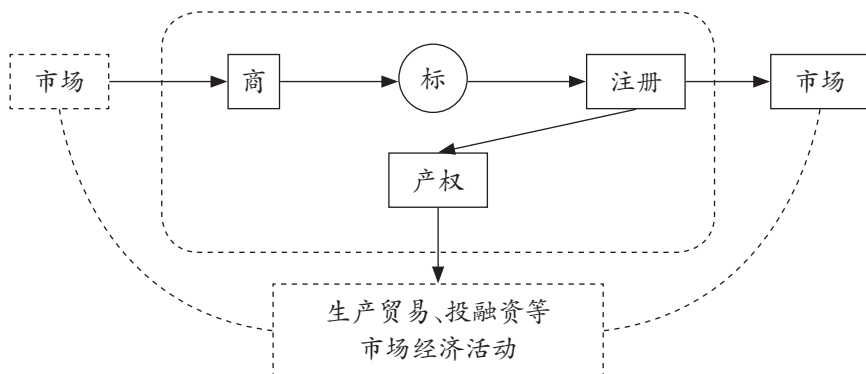


图1 商标的表述机理

（二）商标是市场信任的程序化建构机制

现代社会的市场是抽象的市场，在此抽象市场上，有大规模的同质性商品进行交易。^{④⑦}繁杂的产品和产业链涉及诸多交易主体和复杂的经济关系，这对合作伙伴间的信

④② 【汉】司马迁：《史记》（第10册第2版），【宋】裴骃集解，【唐】司马贞索隐，【唐】张守节正义，中华书局2014年版，第3950页。

④③ 【汉】班固：《汉书》，中华书局2007年版，第157页。

④④ 尽管现代商标法接受了声音、气味等不可视的新型标记形式，但它们仍然必须以可视的书面形式表述出来，否则将无法进入商标注册程序。

④⑤ 现代商标法为了提高商标制度运行的效率，一般并不要求在申请商标注册时就已经对商标进行了实际使用。如果商标还没有被使用过，在商标注册程序中以“标”表述“商”时，“商”其实还不存在。不过，基于效率优先的原则，商标法对此在立法技术上将“标”的注册视同于该商标的公开使用。参见英国《1875年商标注册法》第2条。但这仅仅是着眼于“实践便利”（practical convenience）而言，这一处理技术并不意味着商标法理承认商标注册产生商标产权。商标产权只能基于商标的真实公开使用而产生，它自始至终以“商”为基础，以市场为本源。See J. Bigland Wood, *The Law of Trade Marks*, Stevens and Sons, 1876, p.7.

④⑥ 有学者称之为“登记制财产”，参见前注②④，布拉德·谢尔曼、莱昂内尔·本特利书，第235-236页。在本文的一些讨论语境中，为凸显商标的经济属性，将以“商标产权”这一经济学术语表述商标财产权或者商标权。

④⑦ 参见李猛：《论抽象社会》，载《社会学研究》1999年第1期，第17-18页。

任关系、营商环境便利和政策制度的可预期性都提出了很高的要求。^{④⑧}在这样由同质商品与复杂经济共同构筑的抽象市场条件下,对发生在具体交易场景中的每一次具体的交易活动,显然无法再沿用传统的“面孔管理”和各种具体的根植性网络来促成。无信任,即无交易。为了重构市场信任,就需要进行制度创新。只有通过制度创新,才能够降低交易成本,重建人际信任,实现复杂而抽象的交易活动。这其中,广泛使用的创新制度安排就是现代市场的一些程序化和类型化的抽象机制与方法,如分类、定级、标准、流程等。

商标正是充当这一角色的一种程序化和类型化机制。在市场交易中,顾客之所以愿意以更高的价格购买某一品牌的商品,是因为他不能完全免于以对人的信任来替代对真实情况的认识。通常而言,顾客能选择的不是货物或劳务,而是他所相信的卖主。对其认为可靠的卖主,大部分顾客都愿意适当给付价格以外的贴水。^{④⑨}在一个主要由陌生人组成的复杂市场中,顾客要想识别出“他所相信的卖主”,大多数情况下能够依赖的主要机制就是商标。之所以如此,是因为作为市场力量的可视化表述机制,商标不仅以标记的形式其所对应的市场进行了可视化的表述,而且采用的是通用性和标准化的表述方式。商标注册制度的存在,充分保障了商标在表述市场时的标准化、程序化和类型化。商标产权制度的存在,可进一步确保商标对市场所作表述的稳定性和一致性。依靠这样的标准化和一致性,商标担保了商品的同质性和一致性。这既是一种技术上、程序上的同质性,也是一种信任上、秩序上的同质性。由此,商标实现了对复杂商业社会的简化,建构起了抽象市场中的“系统信任”。^{⑤⑩}有学者据此认为,在现代社会,人们对商标的信念是一个现象,未来的某一天,社会科学将会把该现象描述为有史以来对社会和谐、社会进步所作出的最大贡献之一,因为商标“实现了精神困惑向精神和谐的变革,使社会猜忌转向相互理解”。^{⑤⑪}从这一角度而言,与其说商标是信息传递的符号或者缓解信息不对称的工具,^{⑤⑫}毋宁说商标是解决信任不充足的手段。只有信息,没有信任,无法促成交易。信息在帮助解决信任问题时才更体现出价值。

(三) 商标是消费欲望和市场的再生性机制

商标以其独特的方式“标表”出了其所对应的市场,拥有商标,就能拥有商标所对应的市场,也就能拥有商标所联系的顾客。保护商标,就是保护商标所联系的“顾客”。^{⑤⑬}可以说,商标是关涉争夺市场和消费者的产权。因为现代市场经济中的生产活动不是为生产而生产,而是为满足消费者的需求而生产。这种需求不是传统具体交易中的“自然

^{④⑧} See Andrei A. Levchenko, *Institutional Quality and International Trade*, The Review of Economic Studies, Vol.74(3):791, p.791-793 (2007).

^{④⑨} 参见[奥]路德维希·冯·米塞斯:《人的行为》,夏道平译,吴惠林校订,上海社会科学院出版社2015年版,第355页。

^{⑤⑩} 参见[德]尼克拉斯·卢曼:《信任:一个社会复杂性的简化机制》,瞿铁鹏、李强译,上海人民出版社2005年版,第79页。

^{⑤⑪} See Henry C. Link, *The Social Significance of Trade-Marks*, The Trademark Reporter, Vol.38:622, p.625 (1948).

^{⑤⑫} 参见前注^{⑤⑪},杜颖文,第127-128页;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,第170页。

^{⑤⑬} 参见前注^{⑤⑫},富田彻男书,第34页。

需求”,而是抽象市场交易中不断被催生的“消费欲望”^{⑤4}。相应地,商品的价值体现在它为消费者带来的欲望的满足上,也即“意义”^{⑤5}上。因此,商品的价值不仅体现在其是“某类商品”,更是体现于其对个体消费者欲望的满足。换言之,在现代消费社会中,人们不仅是以某类商品(如“手机”)满足某种欲望,更多是借由某种特定的商品(如“华为手机”)来满足个性化欲望。在此意义上,商标的作用就显得格外突出。因为在现实生活中,主要由商标赋予商品以区别和意义。商品的区别特征,并不在于商品的性质,而在于商标的赋值——能够帮助消费者识别出某种商品的,主要是特定的商标;能够满足消费者某种欲望的,则是与特定商标相联系的某种商品。基于这些特质,商标就具备了刺激和创造消费者欲望的能力。^{⑤6}如果商标能够对消费者产生作用,那么它就构成了商品的一种特权,形成了对消费品以及消费欲望的影响,并具有了再生消费欲望以及随之而来的再生市场的能力。这种影响机制和再生市场的能力,就是源自商标内生的市场力量。

商标对其所代表市场的支配力赋予了生产该消费品的要素更高的生产力,理论上甚至高于同一要素在其他用途上的生产力。因为商标所有人不论是自己生产这种商品,还是将商标许可给他人生产商品,他都能从最终商品的销售中获得一项新增净收益,该新增净收益就是商标对所代表市场的支配力为商标所有人带来的超过其投入成本的经济租金。所以,与商标相联系的物品,尽管在物质属性上与竞争性物品是相同的,但在经济意义上却产生了差别。其根源在于,现代市场竞争中,商品的价值在更大程度上已经与其物理性质无关,而是取决于消费者对其重要性的评价。在交换体系中,消费者才是终极裁决人(the last court of appeal)。^{⑤7}消费者对商品重要性评价的高低,取决于商品对其欲望的满足程度。“财货价值基因于财货和我们欲望的关系,并不基因于财货本身。这个关系若有变化,价值即随之而产生或消灭。”^{⑤8}商标通过其对消费品以及消费欲望的影响,可以不断地与消费者建立起新的联系,开辟出一个个新的市场,并进而影响该市场的需求、价格和产量。正是在这个意义上,我们说商标是一种单独的生产性“要素”^{⑤9}。商标就是生产力,而且是一种可欲的、更高的生产力。

由此可见,商标在市场经济中的地位举足轻重,^{⑥0}它蕴藏着巨大的经济潜能。不过,

^{⑤4} 前注^{④7},李猛文,第19-20页。

^{⑤5} 前注^{③0},卡尔·门格尔书,第52-57页。

^{⑤6} 这也是商标具有广告功能的逻辑基础。See *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kresge Co.*, 316 U.S. 203 (1942). 心理学介入商标法基本范畴的分析也是建立在商标具有的这种能力之上。参见彭学龙:《商标法基本范畴的心理学分析》,载《法学研究》2008年第2期,第40页。

^{⑤7} 参见[美]弗兰克·H.奈特:《风险、不确定性及利润》,安佳译,商务印书馆2010年版,第151、177-178页。

^{⑤8} 前注^{③0},卡尔·门格尔书,第57页。

^{⑤9} 马一德:《创新驱动发展与知识产权战略研究》,北京大学出版社2015年版,第128页。

^{⑥0} 以美国专利商标局在2022年3月发布的《知识产权与美国经济:第3版》报告为例。在其统计的210个产业中,其中110个属于商标密集型产业。2019年,商标密集型产业共为美国国内生产总值贡献了7万亿美元(占比37%),远高于其他知识产权密集型产业。See U.S. Patent and Trademark Office, *Intellectual Property and the U.S. Economy: Third Edition*, at <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/uspto-ip-us-economy-third-edition.pdf>. (Last visited on Nov.10, 2022).

“事物苟能使别事物动变或于别事物发生作用,而不实施其所能,则动变不会出现;这只是未用的潜能”^{⑥1}。因而,面向中国式现代化的本质要求,为进一步释放商标推动经济高质量发展的巨大潜能,有必要根据以市场为基础观念的商标本质认知范式,对商标产权制度和商标注册制度的运行机理作出相应的调适。

四、市场范式下商标制度的调适

(一) 商标制度的内部结构和运行机理

商标是在市场关系中涌现出的一种新类型财产。它凭着内生的市场力量与新的消费者不断地建立起联系,而每建立一个联系就赢得了一位顾客、开辟了一个新的市场。对所开辟的市场享有的控制权,就是商标产权。“无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^{⑥2} 商标产权就是人们在长期的社会经济联系中,对商标所有人开拓出来的市场的产权属性达成的共识。这一共识最终以财产法语言在法律文本中进行了表明和记载,记载的成果就是形成了商标产权制度。

可见,作为活跃于经济生活中的财产形态,商标不是智力创作的成果,也不是一种物理实体,而是代表其所占有的市场。但其所占有的市场既缺乏有体物之“体”,也没有智力物之“形”,而是一种真实客观却无体无形的存在。因而,需要通过一种标准化、视觉化的形式对这种特定市场的占有和利用进行表述并固定下来。这种表述的形式就是标记,表述的结果就是商标,承担表述的机制就是商标注册制度。换言之,商标注册就是以国家或政府的名义,采用标准化的形式对商标进行的概念化表述。经由注册,商标就成了表述式产权。由此可见,就克服法律在证明无体财产身份所面临的困难方面,注册制度发挥了重要的作用。因为,注册提供了一个程序,由此可产生一个“最有价值,不受时间限制的记录”,进而解决如何确定权利主体以及权利的边界等难题。^{⑥3} 现代国家在制定成文商标法时之所以大多以建构注册制度为起点,^{⑥4} 正是因为商标注册制度是整合现代商标制度体系之必需。

故此,商标制度的运行由“产权制度”和“注册制度”两个分支系统相互配合而成(见图2)。其中,商标产权制度凝聚了全社会对于商标产权属性的共识,将抽象的商标所有人从具体的根植性网络中分离了出来,使其权利义务关系转移到了概念化的、非个人化的商标制度空间当中,从根本上提高了商标及其经济潜能的流动性;商标注册制度则

^{⑥1} [古希腊]亚里士多德:《形而上学》,吴寿彭译,商务印书馆1959年版,第271页。

^{⑥2} 《马克思恩格斯全集》(第4卷),人民出版社1958年版,第121-122页。

^{⑥3} See Brad Sherman & Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911*, Cambridge University Press, 1999, p.185.

^{⑥4} 以创设“商标注册制度”作为商标成文立法之始,符合中外立法惯例。如中国历史上第一部商标法即清末制定的1904年《商标注册试办章程》,新中国第一部商标法规是1950年颁布的《商标注册暂行条例》;英国历史上第一部商标法是1875年通过的《商标注册法》;美国历史上第一部商标法是1870年通过的《修订、整合并修正专利及著作权法规之法》,该法规定的商标规范也主要是商标注册制度。

充当着商标流动系统的中枢,它以国家或政府的名义和标准化的形式对商标产权进行概念化的表述,并激励商标所有人在不断扩大的经济规模中参与专业分工、开拓新的市场,进而在更为广泛的交易网络中将商标转化为推动经济增长的“资本”^{⑥5}。简言之,商标制度的运行机理是:通过商标产权制度确认本质上为市场的“商”的产权地位,并由商标注册制度以“标”的形式对“商”进行标准化的表述。经过表述,商标就转变成了表述式产权,继而可以凝聚跨越时空的资源,在经济活动中不断地创造出价值和生产力。这正是商标促进经济持续增长奥秘所在。因此,最大限度释放出商标经济潜能的最佳方案就是产权制度和注册制度各安其位、各尽其能。

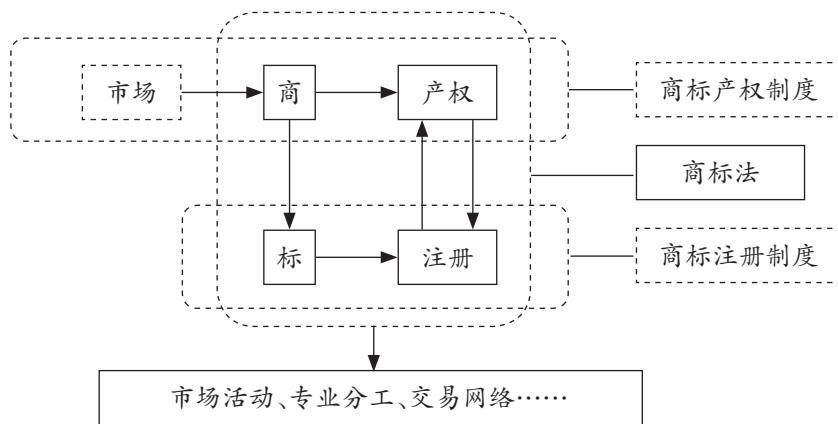


图2 商标制度的运行机理

(二) 凸显以“商”为中心的商标产权制度

市场经济就是以市场为中心的经济形态,其核心是由市场决定资源配置。现代国家的基本职能和中心任务之一是为以市场为中心的经济提供全面系统的制度保障。^{⑥6} 商标是其所占有市场的可视化表述,也是其所占有市场的产权化形式。商标的本质属性是产权,商标制度是一种产权制度,这是认识商标和商标制度的逻辑起点。商标产权法律保护的核心就是捍卫商标所有人对其所开拓市场享有的控制权,也就是对其所占有的“商”的支配权。这就决定了商标制度首先应凸显以“商”为中心的商标产权制度:

其一,将市场的开拓作为商标产权保护的正当性依据。如洛克所言,“开拓或耕种土地是同占有土地结合在一起的。前者给予后者以产权的根据”^{⑥7}。在商标产权的生成中暗含着同样的逻辑,即开拓市场是同占有市场结合在一起的,前者给予后者以产权的根

^{⑥5} “资本”即马克思所说的“能带来剩余价值的价值”。资本也是能够提高生产力的资产,是驱动市场经济的发动机。参见马克思:《资本论》(第1卷),中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译,人民出版社2018年版,第668页;Hernando de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, 2000, p.41。我国早在1979年7月1日通过的《中外合资经营企业法》就承认了商标的“资本属性”。该法第5条第1款明确规定:“合营企业各方可以现金、实物、工业产权等进行投资。”其中的工业产权就包括商标。

^{⑥6} 参见刘春田:《内修法度 外结善缘 营造良好营商环境》,载《中国市场监管研究》2022年第7期,第67页。

^{⑥7} [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第22页。

据。“劳动者以诚实劳动、诚信经营的方式创造和积累社会财富的行为,应当为法律所保护。”^{⑥8} 对于具体商标而言,只要相关市场是合法开拓的,“标”是经过审查后核准的,商标产权的基础就是正当的,法律就应对之予以保护而不应轻易否定甚至剥夺。以通用名称的纠纷解决为例,判断某一商标是否退化成了通用名称,关键应看该商标还能否识别出其所表征的市场(如“席梦思”指向的是“席梦思”这一商标所占有的床垫商品市场,还是席梦思这一类床垫),而不是看该名称在法律中是否有规定或公众对此是否有约定。因为无论法定标准还是约定标准,实际上都是名称通用化的“结果”,而不是“原因”。但是,在“沁州黄案”中,法院却以当地对该名称约定俗成成为依据,认为“沁州黄”已经成了一种谷物品种的名称。^{⑥9} 在“金骏眉案”中,法院则以商标许可合同等材料为证据,认为“金骏眉”已构成一种红茶的商品名称。^{⑦0} 在这两起案件中,法院都没有从商标产权所保护的特定市场出发,考察商标与该特定市场之间的联系状况。笔者认为,如果商标指向的市场是特定的、具体的,^{⑦1} 就证明其所联系的顾客是稳定的,且该商标仍然拥有继续开拓市场的能力,那么,该商标产权就有继续存在的正当性依据,法律就应对之给予保护。

其二,将“商”作为评估商标产权经济价值的基础性标准。^{⑦2} 尽管商标由“商”和“标”共同构成,但在经济价值的产生和评估上,存在着根本的差异。“商”即市场,其经济价值取决于对市场的开拓和占有。有多大价值的市场,就有多大价值的“商”,二者是同一的。例如,根据品牌咨询公司 Interbrand 的最新排名,目前全世界最有价值的品牌是苹果(Apple),价值高达 4800 余亿美元。^{⑦3} 这一价值,本质上就是苹果(Apple)所占有的市场的价值,而非苹果(Apple)这个“标”的价值。市场体现为顾客,而不是智力成果,因而对其经济价值进行评估时,不宜参照智力成果的评估办法。^{⑦4} 作为对“商”的一种标准化表述,“标”不是“商”本身,也非“商”的产物。它只对“商”的经济价值进行表述,而本身不创造任何经济价值。在商标纠纷中,双方当事人围绕“标”所发生的争议不过是表象,本质上争夺的不外乎“商”。^{⑦5} 因而,“商”才是商标产权的生

⑥8 最高人民法院(2015)民三终3号民事判决书。

⑥9 参见最高人民法院(2013)民申1642号民事裁定书。

⑦0 参见北京市高级人民法院(2013)高行终1767号行政判决书。

⑦1 现实中,有些商标在多年以前就已经无法指向特定的市场,却依然得以维持,如“优盘”商标。

⑦2 有学者认为,商标产权的价值基础是商誉(good will)。See J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Thomson West, 2006, p.18-6. 笔者认为,“商誉”是消费者的主观评价,缺乏客观固定的质和体,也缺乏和商标的固定联系,很难为商标所有人控制和利用,若以商誉作为商标产权的价值基础,将导致商标产权的经济价值难以评估。

⑦3 参见 Interbrand 官网, <https://interbrand.com/best-global-brands>, 2022 年 12 月 2 日访问。

⑦4 “雅马哈案”判决中曾提出,“侵害商标权违法所得的计算,可以参照《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十条第三款的规定,即侵权人因侵权所获得的利益一般按照侵权人的营业利润计算,对于完全以侵权为业的侵权人,可以按照销售利润计算”。这忽略了商标与专利在价值基准上的差异。参见最高人民法院(2006)民三终1号民事判决书。

⑦5 我国法院在 20 世纪 90 年代审理的几起案件中就认识到了商标之争目的在于“争夺市场”。参见“莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争纠纷案”,载《最高人民法院公报》1990 年第 3 期,第 26-27 页;广东省深圳市中级人民法院(1991)深中法经 2-50 号民事判决书。

命之源,以“商”作为商标产权价值评估的基准,是市场经济的当然要求。如果一个商标只完成注册而没有实际使用过,那就没有开拓过“商”,也就没有商标产权的实际产生,其就还只是一个纯粹的“标”之权。此时,只能论“标”作价,而无法以“商”作为评估的基础,更不能将他人的“商”拿来作为评估的参考。^{⑦⑥}例如,在“蓝色风暴案”中,法院在认定原告的实际损失时认为,“根据侵权人提供的‘蓝色风暴’宣传计划、实施方案、促销宣传投入的资金、有关促销活动取得的成功报道、侵权人作为世界上最成功的消费品牌之一的市场声誉等证据,可以认定侵权人生产、销售‘蓝色风暴’产品,确实带来了巨大的利润,综合考虑侵权人的市场声誉、营销能力、生产销售时间、销售范围、2005年企业整体利润及原告注册、使用商标及维权费用等因素,确定侵权人应赔偿原告的经济损失为人民币300万元”^{⑦⑦}。此处,法院就是以侵权人的“商”作为价值基准评估了原告的“标”。

其三,将“商”的开拓者取得产权作为判断商标产权原始归属的首要原则。在理论上,通常把商标产权原始取得的路径划分为使用模式和注册模式。^{⑦⑧}但从商标产权生成的逻辑理路来看,商标产权的价值之根只能深扎于“商”。而“商”则只能在商标的使用中不断得以开拓。一个商标注册后却未使用,只能产生“标”之权,而不可能产生“商标”之权,也就谈不上商标“产权”的取得和归属。无使用,即无“商”;无“商”,即无商标产权。这种在使用中形成的商标产权类似于一种“自然权利”^{⑦⑨},而注册所取得的只是使用商标的“资格”,或可称为“形式意义上的商标”^{⑦⑩}。因此,使用模式和注册模式其实不是并列的关系。能够取得商标产权的原始路径,唯有商标的实际使用,也即“商”在实际使用中的不断开拓。“商”的开拓既给予商标以产权的根据,也给予商标产权以原始取得的根据。“商”的开拓者原始取得商标产权最具有正当性,将之作为司法实践中判断商标产权原始归属的首要原则也最公平。例如,在涉及老字号的纠纷中,普遍存在着权属不清的状况。如果能从中国传统社会的商业实践着眼,从老字号自身的经济禀赋出发,以弄清“商”的原始开拓者为核心,对老字号的市场格局和营业历史进行追根溯源,就不难确定产权的归属。如此,则与老字号无历史渊源的个人或企业将老字号或与其近似的字号注册为商标的行为,就是一种典型的不正当竞争。^{⑦⑪}类似“苏州稻香村”与“北京稻香村”、“北京同仁堂”与“天津同仁堂”等纠纷^{⑦⑫}的处理也就比较清楚了。

^{⑦⑥} 严格而言,没有“商”的存在,“标”的价值是极为有限的。就商标恶意注册问题,如果换一种思路,从商标本质入手,充分阐明“商”和“标”的价值差异以及商标产权的价值来源,对于没有实际使用的商标,只对“标”的价值作有限赔偿甚至不予赔偿,即可祛除商标恶意注册的欲念,在不需要增加额外成本的前提下实质性地扭转局面。

^{⑦⑦} 浙江省高级人民法院(2007)浙民三终74号民事判决书。

^{⑦⑧} 参见彭学龙:《寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡》,载《法学研究》2010年第3期,第149页。

^{⑦⑨} 易继明、李春晖:《知识产权的边界:以客体可控性为线索》,载《中国社会科学》2022年第4期,第136页。

^{⑦⑩} 前注^{⑦⑧},刘春田文,第9页。

^{⑦⑪} 参见重庆市高级人民法院(2013)渝高法民终00292号民事判决书;最高人民法院指导案例第58号(2016)。

^{⑦⑫} 参见最高人民法院(2014)知行85号行政裁定书等系列裁判;《中国北京同仁堂(集团)有限责任公司关于对天津同仁堂集团股份有限公司提起商标字号侵权诉讼的声明》,载微信公众号“北京同仁堂科技”,2021年8月16日上传。

（三）信守以“标”为界限的商标注册制度

在法律演进史上,商标注册制度的诞生是源于商标产权表述的制度性需求。它是在现代国家建立后,为了适应现代市场抽象交易和资本流通的经济需要而建构起来的。在商标注册制度中,一切都是抽象化的、标准化的程序机制。它以静态的、格式化的“标”对活跃不息的“商”予以描述,从而将经济世界中的商标资产转换成了法律世界中的表述式商标产权,并在将产权表述文件固定化后向社会公示。商标注册机制中呈现和流动的都是商标产权的文件“副本”或“备份”,即各种形态的“标”,而非经济活动中的商标资产。主导商标注册制度运行的是政府,这体现了现代国家治理术的“主权—纪律—治理”的三角关系。^{⑧3}需要注意的是,尽管现代各国商标法通常并不要求在申请商标注册时就已经对商标进行了实际使用,但这仅仅是为了提高商标制度运行的效率,并没有削弱商标产权制度的存在价值,更不能就此得出“商标注册产生商标产权”的结论。正是为了避免出现“商标注册产生商标产权”的误会,英国《1875年商标法》第3条以及美国《1946年商标法》(Trademark Act of 1946)第7条均特意强调,商标注册只是取得商标产权的“初步证据”(prima facie evidence)。^{⑧4}因此,无论是按照商标注册制度的基本功能,还是根据政府与市场分工的基本要求,商标注册制度的运行都应当以“标”为界,以“表述”为限,需避免对“商”进行评价乃至干预。具体而言,在调适商标注册制度的运行机理时,要谨防以下两种倾向:

其一,以“标”的名义评价甚至消灭“商”。“商”源于市场,也只能存续于市场。真正的“商”无法进入注册程序,它只能在注册程序中被“表述”。能够进入注册程序的,只有“标”;能够在注册程序中被审查的,也只有“标”。商标注册既不创造商标,也不创造产权,它只是“表述”“商”和商标产权。^{⑧5}由此,在商标注册程序中接受审查的对象只能是“标”,^{⑧6}而“商”和商标产权则应留给市场去评判。这正是“市场在资源配置中起决定性作用”的本意。因而,在撤销、无效宣告等攸关商标生命存续的注册程序中,需尽力避免以“标”的名义评价甚至消灭“商”。^{⑧7}这在“不良影响”的审查^{⑧8}中尤应注意。根据《商标法》规定,“不良影响”评价的对象是“标”,而非“商”,属于“标”之禁用条款。这一规范目的契合商标本质以及商标注册制度的功能,也意味着应当对“不良影响”作严格限缩解释。但在实践操作中,经常会将“标”的评价滑向对“商”的审

^{⑧3} See Michel Foucault, *Governmentality*, in Graham Burchell, Colin Gordon & Peter Miller eds., *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, The University of Chicago Press, 1991, p.102.

^{⑧4} See The Trade Marks Registration Act of 1875, § 3, 38 & 39 Vict., c. 91; Trademark Act of 1946, § 7, 15 U.S.C. § 1057 (2018).

^{⑧5} 关于这一点,我国经历了从“注册产生价值”到“使用产生价值”的观念转变。参见李琛:《中国商标法制四十年观念史述略》,载《知识产权》2018年第9期,第63页。但有些法院仍将注册商标申请权认定为“一种具有财产性质的权利”,这是“注册产生价值”观念的遗留。参见贵州省高级人民法院(2006)黔高民二终39号民事判决书。

^{⑧6} 事实上,我国《商标法》也是这么规定的,如第8、10—12条等有关商标注册适格对象的条款,采用的均是“标志”一词。

^{⑧7} 对此,《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发〔2009〕23号)明确规定:“对于注册使用时间较长、已建立较高市场声誉和形成自身的相关公众群体的商标,不能轻率地予以撤销。”

^{⑧8} 《商标法》第10条第1款第8项规定:“有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的标志不得作为商标使用”。

查。例如,在“MLGB案”中,商标评审部门裁定宣告涉案商标无效,理由是“涉案商标的字母组合(即‘MLGB’)在网络等社交平台上广泛使用,含义消极、格调不高”。^⑧在此,审查的对象并非“标”,而是“标”的使用“行为”,也即“标”在市场中使用后的社会效果,这属于对“商”的评价,已经逾越了该规范的适用边界。此外,实践中还出现了将“标”作为文化审查手段的趋向。例如,在“茶颜观色案”中,法院认为:“如果诉争商标‘茶颜观色’作为商标使用,将对我国语言文字的正确理解和认识起到消极作用,对我国教育文化事业产生负面影响,不利于我国语言历史文化的传承及国家文化建设的发展”。^⑨这不仅背离了商标注册制度的基本功能,也使本质上为产权的商标承受了额外之重,若不能控制在合理限度内,势必会阻碍企业的经营自主和商业创新。

其二,以“标”的审查干预“商”。商标由“商”和“标”共同构成,“商”是商标产权的正当性根据,“标”是商标注册的程序化形式。“商”为本,“标”为表;“商”源于市场,“标”止于符号,二者有相对清晰的内涵与边界。但在商标注册审查程序中,审查的对象是“标”,审查审理的规程也是围绕“标”而制定的——既不审查“商”,也与“商”的评价标准无关。能够审查“商”的,只有消费者市场。市场的原则是竞争,竞争是一种按照“试错原则”运作的自我调控机制。这种机制推动创新过程持续进行,而市场在这一过程中可起到纠正错误的作用,具有过滤功能。^⑩政府在对“标”进行审查时,不能替市场做主,尤其是不能替消费者做主。因为,消费者才是市场的最终裁判人。这是市场经济的一般规律,也是市场经济的本质要求。但在现行《商标法》的规定中,仍然存在着一些可能导致“替消费者做主”的规范,例如在认定“带有欺骗性的标志”^⑪时,判断的标准是该标志“容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认”。在实践中,能够使消费者产生这一误认的,通常是商标的使用“行为”,而不是“标”自身。对此,《商标法》第7条第2款也肯定这一点。该款规定:“商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标管理,制止欺骗消费者的行为。”根据这一规范,欺骗消费者的是“商标使用行为”。商标的使用行为,属于“商”行为。所以,如果在商标审查时融入“消费者的认知”,处理不当就可能逾越“标”的边界,进入“商”的领地。以“肾源春冰糖蜜液案”为例,商标评审部门最初驳回复审申请的理由是,“标志缺乏显著性,同时易使消费者对指定商品的原料、成分特点产生误认”。进入司法程序后,一审法院认为,“仅从申请商标标志本身不足以认定申请商标使用在指定商品上将使相关公众对商品的原料、成分等特点产生误认”;二审法院认为,“若申请商标指定使用在上述商品上,其商标标志含义与指定使用商品的原料、功能、用途等特点的实际情况并不相符,容易使相关公众产生误认”;再审法院则认为,“仅从申请商标标志本身,尚不

^⑧ 参见北京市高级人民法院(2018)京行终137号行政判决书。

^⑨ 参见北京市高级人民法院(2022)京行终3518号行政判决书。

^⑩ 参见[德]罗尔夫·施托贝尔:《经济宪法与经济行政法》,谢立斌译,商务印书馆2008年版,第65-66页。

^⑪ 即《商标法》第10条第1款第7项规定的“带有欺骗性,容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的标志不得作为商标使用”。

足以认定申请商标使用在指定商品上将使相关公众对商品的原料、成分等特点产生错误认识”。^{⑨③}可见,就“误认”到底指的是“标”,还是也包括“商”行为在内,商标评审部门和法院之间、不同法院之间并不统一,稍有不慎就可能代替消费者对“商”作出评价。

根据《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》的工作原则,要“深化知识产权领域改革,构建更加完善的要素市场化配置体制机制,更好发挥知识产权制度激励创新的基本保障作用,为高质量发展提供源源不断的动力”。协调好市场和政府的关系,是实施知识产权强国战略的重要内容,也是商标制度现代化的核心任务,更是释放商标经济潜能的关键命题。用好“看不见的手”和“看得见的手”,推动有效市场和有为政府更好地结合,落实到商标制度的调适上,就是要在凸显以“商”为中心的商标产权制度的同时,信守以“标”为界限的商标注册制度(见图3)。

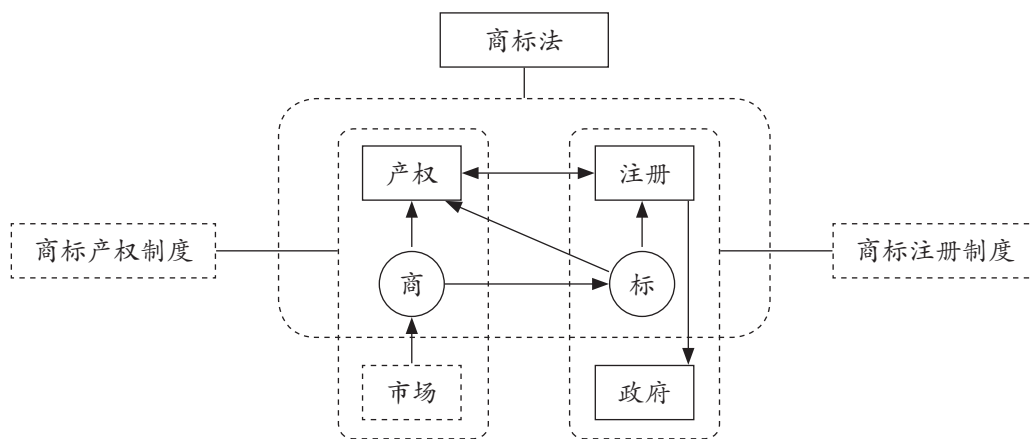


图3 商标制度的调适

五、结 语

商标本质是商标之所以成为商标的根本依据,也是设计商标制度体系、开展商标实践工作的理论指引。准确把握商标本质,需要我们深入理解商标诞生的价值逻辑和商标制度运行的内在机理。商标是人类在“商”的关系中对“标”进行商业赋能后的产物。在商标诞生的过程中,“标”的选择为用,“商”的开拓为本。“商”赋予商标以正当性基础,“标”给予商标以可视化形式。在商标制度的运行中,通过商标产权制度确认“商”的财产地位,并由商标注册制度以“标”的形式对“商”进行标准化的表述。故此,将“商”作为商标的本质,符合经济规律和商业逻辑,也最契合商标产生和商标制度运行的

^{⑨③} 参见《关于第17545726号“肾源春冰糖蜜液”商标驳回复审决定书》(商评字〔2017〕第0000001325号);北京知识产权法院(2017)京73行初1946号行政判决书;北京市高级人民法院(2017)京行终4912号行政判决书;最高人民法院(2019)最高法行再249号行政判决书;《关于第17545726号“肾源春冰糖蜜液”商标驳回复审决定书》(商评字〔2017〕第0000001325号重审第0000001960号)。

内在理路。“商”即市场,商标的本质也即为市场。

当前,关于商标本质的代表性学说“信息工具说”和“符号说”构成了我国商标理论界的主流认知范式,也为商标实践工作提供了法理基础。但这两种学说遵循的是一种标记主义的认知进路,都将标记作为理解商标本质的逻辑起点。这并不符合商标诞生的第一性原理,也偏离了商标制度运行的内在规律,容易诱发社会大众争夺标记的非理性行为,也会造成国家立法、行政和司法资源的错配和无谓消耗。商标恶意注册等乱象之所以难以根治,与标记主义认知范式引起的观念性偏差不无关联。笔者认为,认知商标本质的基础观念应从标记主义切换至市场范式。以市场为基础观念的商标本质认知范式,不仅与商标的内生逻辑更为契合,也更有利于推动商标制度更加深度地融入社会主义市场经济体制,并最大限度地释放出商标持续推进中国式现代化的巨大经济潜能。

Abstract: The cause of long-standing problems such as registration of trademarks in bad faith lies in the misconceptions that people have formed about the essence of trademarks. The current approach based on marks deviates from the basic logic by which trademarks originate and is likely to mislead the operation of the trademark system. It is necessary to reconstruct the approach of understanding the essence of trademarks. The approach of recognizing the essence of trademarks based on the market is more consistent with the inherent logic of trademarks and is more conducive to maximizing the economic potential of trademarks as the system operates. In terms of origin, trademarks are those marks that have undergone qualitative conversion in market relations. The endogenous market power of trademarks has gained the status as independent property leading the modern trademark law to become an independent category. In a market economy, trademarks are mechanisms for the visual representation of market forces, the procedural formation of market trust, and the regeneration of consumer desires and relevant markets. Based on the market-based approach, in its operation, the property rights system of trademarks recognizes the property status of trade, and the trademark registration system provides a standardized representation of trade in the form of marks. Accordingly, when calibrating the rules in the trademark system, we should set trade as the center of the design of the property rights system of trademarks and insist on maintaining a system of trademark registration for the purpose of establishing boundaries by marks.

(责任编辑:任彦)