

总主编 刘春田

©21世纪知识产权系列教材

商标法原理与应用

冯术杰 著

 中国人民大学出版社

总主编 刘春田

©21世纪知识产权系列教材

商标法原理与应用

冯术杰 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

商标法原理与应用/冯术杰著. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 7
21 世纪知识产权系列教材
ISBN 978-7-300-24145-6

I. ①商… II. ①冯… III. ①商标法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923. 43

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 024208 号

21 世纪知识产权系列教材

总主编 刘春田

商标法原理与应用

冯术杰 著

Shangbiaofa Yuanli yu Yingyong

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京七色印务有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2017 年 7 月第 1 版

印 张 17 插页 1

印 次 2017 年 7 月第 1 次印刷

字 数 396 000

定 价 35.00 元

作者简介

冯术杰，清华大学法学院副教授，博士研究生导师，巴黎第一大学法学博士和法学硕士，中国人民大学法学硕士，山东大学法学学士。主要从事知识产权法、竞争法和国际经济法的教学和科研工作。注重从部门法的一般理论出发对知识产权法相关问题进行体系化研究，关注条约和比较法对中国法的影响和参考作用，也重视本土法律的解释和适用研究。曾在米兰大学、巴黎第一大学、巴黎中央理工大学、图卢兹大学做访问学者。讲授商标法与反不正当竞争法、国际知识产权条约（英文）、中国知识产权法（英文）等课程。在国内外期刊上发表中、英、法文学术论文五十余篇，出版专著一部、文集一本，参编教材两部。

编写说明

这部商标法教材的编写力求知识点的全面性、理论的系统性、理论与实践的结合、理论通说与新观点的结合、国内法与比较法和国际法的结合，在此特作说明。

就知识点的全面性而言，与专利法和著作权法一样，商标法的内容包括三个部分：权利的取得（取得的条件和程序）和维持（注销、撤销和无效宣告的条件和程序）；权利的内容和范围（排他权及例外）；侵权救济（侵权认定和救济程序与措施）。本教材覆盖了商标法上述所有知识点。

就理论的系统性而言，商标权的取得与维持是权利有效性的正反两个方面，商标权的权利边界与侵权救济是权利范围的正反两个方面。贯穿这两个问题的一条主线就是商标的识别功能，它在上游决定着显著性这一商标权取得和维持的核心条件，在下游决定着混淆可能性这一商标侵权认定的基本条件。这“一条主线、两个问题”决定了本教材结构上的系统性：商标权取得和维持的实体条件基本一致，混淆可能性标准在商标权取得和商标侵权认定中基本一致，因而本教材在前面的权利取得章节分别评述具有共性的内容，而在后面的章节仅分别评述具有个性的内容。这种前后呼应的写法避免了重复并将知识点融会贯通。仅地名商标与地理标志、商标抢注和驰名商标三个内容因其在我国目前法制中的特殊重要性而以单独章节评述。

就理论与实践的结合而言，经过改革开放以来近四十年年的发展，我国的商标法实践在市场经济不断发展的背景下日趋丰富，这给法律的解释和适用带来了许多挑战，但也为理论研究提供了宝贵的素材。本教材紧密结合我国的法律和近年来的代表性案例，分析商标法原理如何运用到规则的解释和适用中，又在规则的适用中反思我们对商标法原理的认识。

就理论通说与新观点的结合而言，教材宜把理论通说介绍给学习者，但也需要就问题的分析角度和方法作出示范，包括对既有认识和做法的批判与超越。本教材在很多知识点的分析中提出了作者的观点和理由，请读者以批判眼光研读。

就国内法与比较法和国际法的结合而言，一方面，欧美法上的理论和实

践在很多问题的分析中被用来作比较；另一方面，我国商标法上相关规则的条约渊源都被评述。值得注意的是，一方面，与美国相比，欧盟和欧洲大陆法系国家在商标法理论和制度上都与我国更具有同质性；另一方面，我国已经形成了自己的商标法制发展道路，对外国法的借鉴或对条约项下义务的履行都必须注意到我国商标法及反不正当竞争法自己的制度体系。

自2008年开始在清华大学法学院为硕士研究生讲授商标法及反不正当竞争法课程以来，作者一直密切关注国内外商标法及相关竞争法领域的理论、立法、实践、政策，并经常参与法院和商标审查机关的疑难案件、规范性文件的研讨和论证，也为企业的商标申请和维权提供过策略性咨询意见。作者在上述理论和实践工作中的所知和所想都直接或间接地在本教材的内容中有所体现，希望这些内容对于商标法领域的研究人员、实务工作者和学习者有所帮助。书中的疏漏、不足之处，敬请读者指正。

感谢知产宝数据库公司高级副总裁钟鸣博士对本书内容的宝贵意见。感谢清华大学法学院的朱晓睿、王楠楠等同学在资料整理上的帮助。感谢知产宝数据库公司提供的数据支持和裁判文书。

冯术杰

2017年6月13日于清华大学法学院

目 录

第一章 商标概论	1
一、商标的概念	1
二、商标的功能	2
三、商标的构成元素	8
四、商标的种类	9
五、商标的权利取得方式	14
六、商标的使用	16
七、我国商标法的立法演变	17
第二章 商标申请和注册程序	24
一、商标申请和注册行为的法律性质	25
二、商标注册程序	30
三、注册商标的申请人	37
第三章 商标注册的绝对条件	41
一、商标的显著性	41
二、功能性标志的认定	70
三、违反公序良俗的商标	75
第四章 商标注册的相对条件	83
一、商标之间的冲突认定：混淆理论	83
二、在先著作权、商号权、外观设计权与在后商标的冲突	96
三、在先姓名权、“商品化权”与在后商标的冲突	102
第五章 地名商标与地理标志	114
一、地名商标	114
二、地理标志	120
第六章 商标“抢注”的法律规制	143
一、商标使用行为与商标上的权益产生	144
二、《商标法》第 15 条	145

2 商标法原理与应用

三、《商标法》第 32 条后半句	147
四、《商标法》第 44 条第 1 款	152
第七章 注册商标权的灭失：撤销、注销和无效宣告	156
一、商标的撤销	156
二、商标的注销	171
三、商标无效制度	172
第八章 商标权的行使	178
一、注册商标权	178
二、商标许可	179
三、商标转让	189
第九章 商标权的保护	190
一、商标侵权行为的认定	190
二、商标侵权的抗辩事由	220
三、商标侵权行为的救济程序与措施	226
第十章 驰名商标的保护	249
一、关于驰名商标的条约与国内法	249
二、驰名商标的认定	250
三、驰名商标的保护	254
参考书目	264

第一章

商标概论

一、商标的概念

(一) 商标的定义

商标，是将某种商品或服务不同提供者相区分的商业标识。这是从商标的功能的角度对其所作的定义，而且是根据法律视野内商标的基本功能来作的定义。这里面有几层意思：其一，商标是商业标识（commercial signs）的一种，商标之外的商业标识还有很多种，比如企业名称、商号或者字号（trade name）、商品外观（普通法上的 trade dress）、工业品外观设计、企业的 logo、商业标语、商品名称、商品型号、地理标志、域名等。商业标识或标识（signs）不是个法律概念，需依据通常含义来理解。标识，一般也被理解为起着识别或区别作用的符号。^①换句话说，商业活动中起识别或区别作用的标识，不只商标一种。其二，商标的功能是将某种商品或服务不同提供者（undertakings）相区分。商标之外的前述标识也都有识别或区别的功能。从法律的角度看，企业名称、商号或字号、企业的 logo、商业标语是用来区分不同企业的；商品外观、工业品外观设计、商品名称、商品型号是区分不同商品的；地理标志是区分不同产地的商品并表征品质特征的；域名是区分不同网站的。与这些标识的固有的区别功能不同的是，从法律的角度看，商标是区分商品或服务的不同提供者的，准确地说，是将某种商品或服务不同提供者相区分的，而不是区分不同商品或服务的提供者的。

(二) 商标的外延

在法律层面，凡是实际起到（即从商标使用角度的评价，涉及获得显著性、未注册驰名商标、商标使用义务、商标侵权行为的认定等多个制度）或能起到（即从商标注册审查角度的评价）将某种商品或服务的某个提供者与其他提供者相区分的功能的标识都是法律意义上的商标。实际上，上述各种不同的标识在发挥其固有功能的同时都有可能同时发挥着识别商品或服务的提供者的功能，它们也就都是法律意义上的商标，受商标法的调整。在这种情形下，在这样的标识上就存在事实概念和法律概念的交叉重叠。也就是说，一个

^① 比如《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs 协议）第 15 条中所使用的标识（signs）一词。

标识可能同时是企业的商标、商号或字号、企业名称、域名等，比如 IBM。这一现象在法律上有两种性质的表现：一是法律概念之间的重叠。前述标识中有些是法律概念，即不同法律制度或规则的调整对象，比如商号或字号、企业名称、工业品外观设计、域名（商品外观是普通法上的法律概念，不是中国法上的法律概念）。不同的法律制度各自按照自己的价值目标设置了客体认定条件和调整规则，凡是符合其条件的都将被纳入各自的调整范围。这样，就会出现事实上的同一对象被定性为不同法律客体，从而被纳入不同法律制度调整范围的情况，发生请求权竞合及权利冲突的问题。请求权竞合的情形，比如，第三人未经授权在电脑商品的生产和销售中使用“联想”这一标识而可能导致消费者就电脑商品的提供者产生混淆、误认，同时侵犯联想公司的商标权和商号权，联想公司可以依据商标法和反不正当竞争法主张权利，但损害赔偿不能重复计算。权利冲突的情形，比如，“欧尚”是甲公司的商标，同时也是乙公司的商号，而两家公司经营的商品或服务相同或类似。在法律规则层面，甲公司可以依据商标权要求乙公司停止使用“欧尚”商号，乙公司也可以依据商号权要求甲公司停止使用“欧尚”商标。要解决此类冲突，就要分析两个权利在产生时间上的优先性以及各自经过使用所形成的权益的正当性。^①二是非法律概念与法律概念的重叠。前述标识中有的不是法律概念，比如企业的 logo、商业标语、商品型号，它们可能会被不同的法律制度纳入调整范围，从而被定性为商标等法律概念，于是，事实上的概念和法律上的概念被同时用于指称同一事实对象。

二、商标的功能

从法律的角度看，商标有 3 种功能：识别功能、商誉承载功能和品质指示功能。国外判决和理论学说中还存在商标的广告功能和投资功能的说法，比如欧盟的相关判决^②以及《世界知识产权组织反不正当竞争示范条款》中的评述。^③这两个功能仍然是基于法律所调整或保护前述 3 项商标的功能，这两者也没有在商标法及反不正当竞争法的制度或规则的形成或适用中有不同于前述 3 项功能的体现。

（一）识别功能

识别功能或区别功能，即商标就某种商品或服务将某个提供者与其他提供者相区分的功能，也被表述为指示来源（origin）的功能。它是商标的基本功能。商誉承载功能和品质指示功能均依托于识别功能而发挥作用。商标识别功能是商标法的核心：在原理层面，保护商标的识别功能是商标法的价值目标所在；在制度层面，识别功能是商标法的保护客体的认定条件、商标权范围的确定依据和商标侵权的认定标准。换句话说，商标法的基本目的就是保护商标的识别功能。这体现在：它只保护具有识别功能或识别性（distinctiveness

^① 参见《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2008〕3号）。

^② CJEU, judgment of 17/10/1990, C-10/89, CNL-SUCAL v. HAG; judgment of 11/07/1993, joined cases C-427/93, C-429/93 and C-436/93, ‘Bristol-Myers Squibb and Others v. Paranova’; judgment of 11/11/1997, C-349/95; ‘Loendersloot v. Ballantine & Son and Others’; judgment of 04/11/1997, C-337/95, ‘Parfums Christian Dior v. Evora’, and judgment of 23/02/1999, C-63/97, ‘BMW’.

^③ See “Protection against Unfair Competition – Analysis of the Present World Situation Study”, WIFO publication, No. 725, Geneva, 1994, at 54-58 and para. 109.

或 distinctive character) 的标识, 商标权的范围限于识别功能所必需和所及的边界, 商标侵权行为就是破坏商标的识别功能的行为。因此, 不具有识别性的标识不受商标法保护, 受商标法保护的客体的保护范围仅限于其显著性的部分(如, 就由具有显著性的元素和不具有显著性的元素所组成的商标而言) 和其显著性所针对的商品或服务, 有可能造成商品或服务来源混淆的行为就是商标侵权行为。识别功能理论决定了显著性作为商标权产生的条件、显著成分作为商标权的范围确定依据和混淆理论作为商标侵权的认定标准。

商标法将保护识别功能作为其基本的价值目标, 这意味着, 凡是具有将某种商品或服务不同提供者相区分功能的标识, 均在商标法的适用范围之内, 都可以按照商标法获得保护。因此, 前述各种标识, 只要具有识别商品来源的功能, 均可以被认定为法律意义上的商标。由于商标注册证对于商标权的存在和权属的充分、明确的证据效力, 采用商标注册的方式来保护所有类型的商业标识[企业名称、商号或者字号(trade name)、商品外观(普通法上的 trade dress)、工业品外观设计、企业的 logo、商业标语、商品名称、商品型号、地理标志、域名]是法律实践中最常用和最高效的策略与途径。

(二) 商誉承载功能

商誉(goodwill or reputation)指的是经营者通过商品或服务的提供及广告宣传所产生的吸引客户的一种能力。它是市场中的一种竞争优势, 是商标法和反不正当竞争法所保护的某些权益的一种正当性基础。它不是一种权利客体, 尽管在会计上表现为一种可作价值评估的无形资产。商誉与法人的名誉不同, 但存在密切关联。理论上, 法人的名誉, 可以与自然人的名誉相比, 涉及一个法律主体的社会评价。法律保护自然人的名誉权, 是以保护人的尊严这一基本人权为出发点和目标; 法人不具备人权的主体条件, 但其社会声誉对于商业法人的核心功能目标——实现商业利益——有着重要影响, 因此, 法律主要保护商业法人的与商业相关的声誉, 诋毁商誉是一种典型的不正当竞争行为。诋毁商誉的行为可以表现为侵害商誉的多个方面, 但这些方面与商标法所调整的商誉的维度并不相同, 尽管存在交叉。相反, 反不正当竞争法上的反仿冒制度(passing off)(比如我国《反不正当竞争法》第5条的规定)所保护的商誉与商标法所调整的商誉具有同一内涵和内容, 只是程度存在差别。^①

通过善意的经营行为而积累的商誉总是商标法和反不正当竞争法的重要关切。即便在采商标权注册取得制度的国家, 对于未注册标识所承载的商誉, 法律也总是尽可能地通过不同方式予以保护。作为一种竞争优势, 商誉本身不能直接成为法律所保护的客体, 法律只能保护其载体或其据以产生或发挥作用的某些方面的元素。商标法和反仿冒制度保护的就是商誉的载体——商标、商品名称、商品的包装、装潢等商业标识, 禁止通过仿冒制造混淆来“揩油”或“搭便车”; 反不正当竞争法关于禁止“搭便车”(free riding)或禁止“寄生”(法国法用语, parasitism)的制度, 即保护商誉所基于产生或发挥作用的商品设计、市场推广等经营者付出及其成果。

生活经验表明, 消费者除了通过商标识别商品和服务的提供者之外, 还通过商标认知商标所指示的商品和服务的质量、品质、特色、风格、售后服务等多方面的特征。比如,

^① 参见夏晖:《试论商誉的法律保护——从王老吉与加多宝商誉之争说起》,北京:清华大学,2016。

消费者从电子商品上的“苹果”商标可以认知其所承载的高科技、高质量、大胆创新、潮流时尚等商誉内容。但是，在实行商标权使用取得制度的国家和实行商标权注册取得制度的国家，商誉的内涵以及法律对其予以保护的范围和程度都存在差别。在实行商标权使用取得制度的国家，在商标权使用取得制度中，商誉（goodwill）作为一个量的方面或程度要求不高的概念，是商标权取得的条件；但在反仿冒（passing off）制度中，商誉（reputation）就是一个量的方面或程度要求较高的概念，是商标得以获得该制度保护的条件。在实行商标权注册取得制度的国家，商标法所关注的商誉主要是较高的市场知名度（reputation），与反假冒制度中的商誉具有同一内涵。这体现在：仅具有较高商誉的在先的被使用商标可以阻止他人恶意抢注，而具有一般商誉的被使用商标不受商标法或反不正当竞争法保护。

中国商标法对商标的商誉承载功能的保护主要体现在以下几个方面：禁止通过商标抢注来掠夺他人商誉，因此，在先使用并有一定影响的商标可以阻止他人的恶意注册^①；禁止通过造成混淆的商标侵权行为来利用他人的商誉，因此，商标所承载的商誉越高，其禁止权范围越广^②，损害赔偿的金额越高^③；禁止对驰名商标所承载商誉的利用（混淆理论）和损害（淡化、丑化、弱化）^④；允许在先善意使用并已建立较高商誉的商标作为注册商标侵权行为的例外^⑤；允许已被善意使用并建立了较高商誉的商标在市场上的共存。^⑥此外，我国《反不正当竞争法》第5条规定的反仿冒制度也是对包含商标在内的承载较高商誉的商业标记的保护。

（三）品质指示功能

商标的品质指示功能，是指经营者应保证其所提供的商品或服务的品质稳定性、一致性，以符合消费者通过商标对其商品或服务品质的认知经验和期望。在普通法上，商标的品质指示功能处于和识别功能同等重要的地位，这是因为：其一，商标被认为具有便利消费者选择商品的作用，不同品牌在市场上的口碑和相关公众的购买体验使得消费者得以通过商标就能知晓其所指示商品或服务的品质，从而大大提高消费选择的效率。其二，在商标权使用取得制度中，法律要求商标权的产生、范围和存在均要依托企业经营的存在而且不能分离：没有使用就没有商标权，商标权以实际使用的商标标识和经营的商品或服务为限，商标权必须和与其相关的经营一起转让而不能只转让商标标识（naked assignment）。商标的品质指示功能甚至是某些类型的商标侵权行为的认定标准，比如，在平行进口涉嫌侵犯商标权的案件中，美国法院所采用的核心认定标准就是看平行进口的商品的品质是否与商标权人自己投入美国市场的商品具有同一品质或相仿的品质。^⑦

我国法院也在平行进口相关的商标侵权案件中借鉴了美国的做法，如“J. P. CHENET”

① 参见《商标法》第32条。

② 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》第10条。

③ 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》第16条第2款。

④ 参见《商标法》第13条第3款。

⑤ 参见《商标法》第59条第3款。

⑥ 参见《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意见》第1条。

⑦ See Mary LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 2nd edition, LexisNexis, 2009, pp. 297-311.

商标侵权案。^①在该案中,法国大酒庄公司是葡萄酒等商品上的“J. P. CHENET”商标的注册人。2009年3月9日,大酒庄公司同天津王朝葡萄酒酿酒有限公司(以下简称“王朝公司”)订立独家销售合同,授权王朝公司为中国境内的独家经销商,独家销售大酒庄公司的涉案品牌葡萄酒。2012年8月31日,天津慕醒公司向天津海关申报进口标注“J. P. CHENET”商标的葡萄酒。大酒庄公司发现天津慕醒公司进口的“J. P. CHENET”葡萄酒可能侵害其商标权,便向天津海关提出查验申请。天津慕醒公司提出其所进口的涉案葡萄酒系大酒庄公司生产、其从英国 CASTILLON 公司处购得、CASTILLON 公司系从大酒庄公司的英国经销商 AMPLEAWARD LTD (以下简称“AMPLEAWARD 公司”)处购得、其依法履行了上述葡萄酒的进口报关手续等事实,并提供了销售合同、发票、装箱单、海运提单、欧共体原产地证明、分析报告、质量证书、大酒庄公司向 AMPLEAWARD 公司出具的发票、AMPLEAWARD 公司向 CASTILLON 公司出具的发票和销售合同等证据加以证明。一审法院认定,天津慕醒公司提供了初步证据能够证实其进口的涉案葡萄酒来源于大酒庄公司。

二审法院认为:天津慕醒公司未经大酒庄公司授权进口带有“J. P. CHENET”商标的葡萄酒的行为是否侵害后者的注册商标专用权,我国商标法尚没有明确的禁止性规定。该行为是否构成商标侵权,应根据商标法的宗旨和原则并结合案件具体事实等因素予以综合考量,合理平衡商标权人、进口商和消费者之间的利益以及保护商标权与保障商品自由流通之间的关系。我国商标法既保护商标专用权,防止对商品或服务的来源产生混淆,维护公平竞争,促进经济发展,同时又维护消费者及社会公众的合法权益,以实现商标权人和消费者的平衡保护。具体到该案中,对于天津慕醒公司未经大酒庄公司授权进口带有“J. P. CHENET”商标的葡萄酒是否构成商标侵权,应综合考虑以下因素:

第一,天津慕醒公司进口的葡萄酒与大酒庄公司授权王朝公司在我国销售的葡萄酒是否存在大酒庄公司所主张的“重大差异”。首先,根据本案已查明事实,天津慕醒公司从英国进口的香奈干红葡萄酒、香奈桃红葡萄酒、香奈干白葡萄酒均为大酒庄公司生产并销售给其英国经销商的商品,商品上所附着的商标也是来源于大酒庄公司的商标,天津慕醒公司在进口中对涉案3种葡萄酒未进行任何形式的重新包装或改动。其次,大酒庄公司称,其为了满足不同市场条件下消费者的不同需求等,对国际市场有严格的划分,销售至中国的葡萄酒与销售至英国的同品牌葡萄酒在质量等级、成分、品质、保质期、价格及服务等方面均有明显的不同。特别是,大酒庄公司从进入中国市场就开始选择中高端路线,其在中国销售的葡萄酒品质上乘,而天津慕醒公司从英国进口的葡萄酒档次较低,在质量等级和品质上存在“重大差异”。

就注重原产地的葡萄酒类商品,特别是该案所涉产于法国的葡萄酒而言,以酿造葡萄酒时所用葡萄产地的不同而确定的葡萄酒等级,能够区分不同类别葡萄酒商品的品质并可在一定程度上影响消费者的选择和判断。香奈(J. P. CHENET)葡萄酒2009年起进入中国市场并由王朝公司独家经销,经过几年来的经营及宣传推广,已为中国消费者接受和认可。大酒庄公司虽主张其从进入中国市场开始就选择中高端路线,且其在中国所销售葡萄酒商品的等级明显高于天津慕醒公司从英国进口的涉案葡萄酒等级,但根据大酒庄公司一、二

^① 参见天津市高级人民法院(2013)津高民三终字第0024号民事判决书。

审期间提供的葡萄酒商品及相关商品介绍,其在中国所售葡萄酒既有法定产区餐酒(AOC)级别的高端商品,亦有地区餐酒(VDP)级别的中端商品(如香奈精选西拉干红葡萄酒),还有日常餐酒(VDT或VDF)级别的低端商品(香奈精选白中白葡萄酒)。同时,结合大酒庄公司所提供的其在互联网上的相关宣传——“……该公司贸易总监让-保罗·夏奈尔先生表示,其葡萄酒就质量而言,绝对比同类商品好,而且目前的售价仅四十多元人民币,性价比是很高的。他表示:‘中国的葡萄酒市场是非常大的,我们就是要走物美价廉的路线,来打开中国的市场。’”——可以看出,大酒庄公司本身即生产涵盖各种等级、系列及种类的葡萄酒商品,其商品在中国的市场定位也是面向不同需求和层次的消费群体,现有证据不足以证实其在中国销售的均为品质上乘的中高端路线商品的主张。鉴于大酒庄公司在我国市场上有种类众多的葡萄酒商品出售,且涉案3种葡萄酒商品的级别均属于大酒庄公司所售商品中亦包含的日常餐酒等级,消费者对带有“J. P. CHENET”商标葡萄酒商品的期待或依赖不会因上述商品的进口而被影响,故两者之间在质量等级和品质上不存在大酒庄公司所主张的“重大差别”。至于大酒庄公司所提天津慕醒公司进口的涉案葡萄酒与其中在中国销售的葡萄酒在成分及保质期方面存在明显区别的主张,因大酒庄公司对此并未提供充分证据加以证明,故该主张不能成立。另,涉案3种葡萄酒商品进入海关即被扣留,尚未流入市场,故大酒庄公司所提两者在价格及服务上的区别在该案中亦无法判断。综上,根据该案现有证据,大酒庄公司所提天津慕醒公司进口的涉案葡萄酒与大酒庄公司在中国销售的葡萄酒在质量等级、品质、成分、保质期、价格及服务等方面存在“重大差异”的主张不能成立。

第二,消费者混淆的可能性是否存在及大酒庄公司的商誉是否受到损害。商标的最基本功能在于其识别性,即区分商品或服务的来源。从这一角度看,商标保护一方面是对商标权人的保护,即对商标权人的商业和身份识别的保护;另一方面也是对消费者的保护,以降低消费者的搜寻成本,防止交易中的混淆。因此,侵害商标权行为的本质特征是对商标识别功能的破坏,以致造成相关公众对商品或服务的来源产生误认或者认为其来源与注册商标的商品有特定的联系。该案中,大酒庄公司对于其在中国市场上销售的不同系列、不同品质及不同级别的葡萄酒商品均使用了相同的“J. P. CHENET”商标进行标识,以将其生产的葡萄酒商品与其他品牌的葡萄酒商品相区别,因此,其通过广告宣传、展销会等经营活动获得的商誉及商标附加值也必然涵盖其所有等级系列的商品,而非仅针对其中的中高端商品。如前所述,天津慕醒公司从英国进口的葡萄酒与大酒庄公司在我国销售的葡萄酒的质量等级和品质并不存在实质性差异,且该案中进口商品的原来状况未被改变,即对消费者作出是否购买的决定具有影响的因素没有发生变化,故天津慕醒公司的进口行为并不足以造成消费者对商品来源的混淆和信任度的破坏,进而大酒庄公司在我国的商誉及利益也不会受到危害。

综合以上分析,因天津慕醒公司进口的葡萄酒与大酒庄公司在我国销售的葡萄酒之间不存在实质性差异,该进口行为不足以导致消费者混淆,大酒庄公司的商誉亦未因此受到损害,故大酒庄公司关于天津慕醒公司未经其授权进口涉案葡萄酒构成商标侵权的主张不能成立。

实行商标权注册取得制度的大陆法系国家原则上也认为商标具有品质指示的功能,但

该功能并不具有普通法上那么高的重要性。造成这种差别的原因主要在于，在商标权注册取得制度中，商标权的产生、范围和存在均可以脱离企业的经营，注册商标权主要依托注册公示制度。因此，在商标权注册取得制度下，商标权可以脱离企业经营被转让。《巴黎公约》第6条之四专门对此作出了规定，以协调两大法系之间的差别。此外，从市场经济角度看，经营者有权决定其所提供的商品或服务的品质，这是一种工商业自由，只要其不违反国家的相关商品或服务品质要求。

我国商标法主要从商品和服务品质的市场监管角度来阐释商标的品质指示功能。《商标法》第1条即明确其立法目的之一是“促使生产、经营者保证商品和服务品质，维护商标信誉”；第7条第2款在诚实信用原则条款中规定，“商标使用人应当对其使用商标的商品品质负责。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”；第42条第1款规定，注册商标转让中的受让人应当保证使用该注册商标的商品品质；第43条第1款规定，注册商标的许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品品质，被许可人应当保证使用该注册商标的商品品质。2013年修改《商标法》时删除的2001年《商标法》第45条规定，“使用注册商标，其商品粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的，由各级工商行政管理部门分别不同情况，责令限期改正，并可以予以通报或者处以罚款，或者由商标局撤销其注册商标”。根本上，商品和服务是否符合国家质量标准属于产品质量法范畴的问题，不需要商标法交叉或叠加监管。但我国的传统商标法隐含着一个并无市场经济依据的理念：使用注册商标的商品和服务比没有使用注册商标的商品或服务品质更好或更有保障。正因为如此，《商标法》才在第52条中规定了对将未注册商标冒充注册商标使用行为的通报和罚款处罚措施。为配合这一理念，立法者在商标法中设置了上述对商品和服务品质监管的诸多条款。

如果商标法要对使用注册商标的商品和服务的品质设置规则，不需要设置与产品质量法重复的规则，而应着眼于与经营者所提供的商品或服务的品质特色及与此相关的商誉方面的规则，《商标法》第1条将保证商品和服务品质与维护商标信誉并提可以被解释为朝着这一方向的理念转变。但是，在商标权注册取得制度的国家和市场经济的背景下，如果经营者所提供的商品或服务符合国家品质要求，法定品质之上的品质指示和经营特色就属于工商业自由的范畴，主要应交由“市场之手”来调整。但是，以本来意义上的商标品质指示功能为依据，商标法对商标所有人设置商品品质稳定性和一致性要求是以维护消费者利益为目的的。我国商标法关于商标受让人的商品品质保证义务规定和许可人对于被许可人的商品品质监督义务规定，都应在前述本来意义上的商标品质指示功能的角度来理解。司法实践中有时会遇到商标许可人是否应当对被许可人的商品品质瑕疵承担法律责任的问题，比如，在被许可人的质量瑕疵商品给第三人造成损害的情况下，商标许可人是否要承担责任？商标法要求许可人监督被许可人的商品品质，但没有规定违反该义务的法律后果。在商标法作为民事责任特别法没有作出规定的情况下，应适用产品质量法；在后者也没有作出规定的情况下，应适用作为一般法的侵权责任法。一般情况下，注册商标许可人和被许可人之间不存在共同侵权或教唆、帮助侵权的关系，而侵权责任法在补充责任和替代责任的条款中也未将商标许可关系纳入调整范围，因此，实证法上不存在关于许可人应就被许可人的商品品质瑕疵对第三人承担责任的规定。根据商标的品质指示功能理论，许可人对

于被许可人的商品质量监督义务以维护商标所指示商品的质量稳定性和一致性为目的，而不是以监督被许可人的商品符合国家质量标准为目的。而且任何一个经营者都对其商品符合国家质量规定承担法定义务，无论其是否是商标被许可人。因此，商标法关于许可人对于被许可人的质量监督义务规定不能成为前者应对后者的质量瑕疵承担法律责任的法律依据。最高人民法院在《关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标所有人为被告提起民事诉讼的批复》中指出：“北京市高级人民法院：你院京高法〔2001〕271号《关于荆其廉、张新荣等诉美国通用汽车公司、美国通用汽车海外公司损害赔偿案诉讼主体确立问题处理结果的请示报告》收悉。经研究，我们认为，任何将自己的姓名、名称、商标或者可资识别的其他标识体现在产品上，表示其为产品制造者的企业或个人，均属于《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十二条规定的‘产品制造者’和《中华人民共和国产品质量法》规定的‘生产者’。本案中美国通用汽车公司为事故车的商标所有人，根据受害人的起诉和本案的实际情况，本案以通用汽车公司、通用汽车海外公司、通用汽车巴西公司为被告并无不当。”商标的品质指示功能理论不能为这一结论提供支持依据。

三、商标的构成元素

商标，作为注册商标权的客体，是商标权的核心要素。申请注册的商标标识，应当由符合法律规定的元素组成。由于任何具备来源识别功能的标识都可以构成商标，因而任何可以被人类感知的元素也可以作为商标的构成元素。人类对标识的感知方式包括视觉、听觉、嗅觉、味觉和触觉，因此，理论上，能被任何一种方式感知的标识都可以构成商标。但由于实践操作的原因，有些类型的标识作为商标具有技术难度较高、可操作性差、稳定性差等，比如，味道标识依托化学分子的作用被消费者感知，但温度、浓度、空气流动性等因素都容易使得味道商标的显著性不稳定；味觉标识一般并不容易被准确感知，并难以描述。因此，实证法上，各国普遍可以接受的就是容易被感知和描述的视觉标识。

正因为商标法理论和各国实证法上的这种共识，TRIPs 协议第 15 条第 1 款中规定，“能将商品或服务的提供者相区分的任何标识（sign）或任何标识的组合都应当可以构成商标”。尽管 TRIPs 协议对于“标识”没有给出定义，但在同一款作了一个非穷尽性的列举规定：“这些标识，尤其是包括人名、字母、数字在内的文字，图形，颜色组合以及这些标识的组合，都应当具有作为商标注册的适格性（eligibility）”。该款最后一句还规定：“（WTO）成员方可以要求，作为商标注册的条件，申请的标识应当是视觉可以感知的。”这些规定说明了 3 点：各国对于可以构成商标的元素类型或种类是有限制的（识别性是对构成元素要获得商标法保护的条件的要求，不是针对商标本体的条件）；WTO 成员方所负有的最低限度的义务就是要接受将视觉可感知的标识作为注册商标的构成元素；典型的或常用的商标构成元素包括文字、图形、颜色及其组合。

欧盟第 207/2009 号《欧盟商标条例》^① 第 4 条规定，欧盟商标可以由任何可以用图示的方式表示出来的（capable of being represented graphically）标志构成，尤其是文字，包括人名、图形、字母、数字、商品或其包装的形状，只要该标志能够将一个经营者的商品或

^① Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark.

服务与其他的经营者的商品或服务相区分。这里对于商标构成元素的可图示要求也即视觉表现形式要求。欧盟第 2015/2424 号条例对上述条款作了修改，去掉了对于商标构成元素的可图示要求，只要求商标标识在欧盟商标注册簿上的表示形式能够使得主管机关和公众清楚而准确地确定注册商标的保护客体 (in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor)。因此，欧盟法对于商标构成元素的条件要求进一步降低，以使得经营者需要保护的标识都能尽可能地被纳入商标法的保护范围。

我国《商标法》在 1993 年的修改中将颜色商标纳入了可注册范围，在 2013 年的修改中将声音商标纳入了可注册范围。TRIPs 协议所涵盖的客体不仅包括注册商标，也包括未注册商标，还包括反不正当竞争权益。^① 其关于商标构成元素的开放性规定表明，对于可以视觉之外的方式感知的标识，WTO 成员方仍负有根据未注册商标保护制度及反不正当竞争法予以保护的义务。对于文字和图形之外的商标标识，理论上称为“非传统商标”，包括颜色、声音、气味、三维标识等。这些标识的识别性与其商标适格性是两个不同的方面，目前的讨论多是关于前者的，因为后者不存在问题。

TRIPs 协议第 15.1 条针对可以构成商标的元素的规定也是涵盖注册商标和未注册商标的。就注册商标的标识构成元素而言，我国《商标法》第 8 条规定：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。”该条所提及的元素类型都可以作为我国注册商标的构成元素。在通常的观念中，提到商标，人们一般就会想到带着注册商标标记的文字，因而，也会认为经营者都会选择文字或图形作为商标标识。然而实际情况并非如此。从法律的角度看，任何将一个经营者与其他经营者相区分的标识都是商标，都值得通过商标注册来禁止他人使用，于是，任何与商品相关的不同类型的标识元素都因法律的原因被当作商标申请注册，这时立法者就要决定哪些类型的元素可以纳入注册商标的保护范围，这就主要涉及商标显著性的判断。

四、商标的种类

（一）文字商标、图形商标、非传统商标

从构成元素的角度，商标可以分为文字商标、图形商标、颜色商标、声音商标、三维（立体）商标、组合商标等。这种分类对于商标审查和检索实践具有重要意义，类型化的数据库信息为实践操作提供了很多便利。此外，对于这些不同元素构成的商标，在其显著性审查方面也积累了一些可以被类型化适用的操作规则和经验。

（二）商品商标和服务商标

从所指示的经营活动的性质角度，商标包括商品商标（狭义的 trademark）和服务商标（service mark）。这也是对商标的基本分类。前者识别商品的提供者，比如计算机商品上的“联想”商标；后者识别服务的提供者，比如金融服务上的“建设银行”商标。服务商标在法律上被接纳的时间要晚于商品商标。《巴黎公约》第 6 条之六规定成员方要保护服务商

^① 《巴黎公约》第 10 条之二、TRIPs 协议第 2.1 条将其纳入，作为其内容之一。