

ON THE REGISTRATION CONDITIONS
OF TRADEMARK

商标注册条件 若干问题研究

冯术杰 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

商标注册条件若干问题研究

冯术杰 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

商标注册条件若干问题研究/冯术杰著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 4
ISBN 978-7-5130-4170-6

I. ①商… II. ①冯… III. ①商标法—研究—中国 IV. ①D923. 434

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 089592 号

内容提要

本书从商标法原理阐述、规则解释、案例点评和法律应用策略四个方面对商标的注册条件做了全面而系统的研究。对近年我国商标法领域的相关热点问题进行了分析; 筛选了国内外有争议的案例进行点评; 紧密结合国内外商标法实践对法律规则的应用给出说明或建议。

本书的受众包括商标法研究人员、律师、商标代理人、法官、商标审查员、企业法务人员、学生等。

责任编辑: 崔 玲	责任校对: 董志英
装帧设计: sun 工作室 韩建文	责任出版: 刘译文

商标注册条件若干问题研究
Shangbiao Zhuce Tiaojian Ruogan Wenti Yanjiu
冯术杰 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司	网 址: http://www.ipph.cn
社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号	邮 编: 100081
责编电话: 010-82000860 转 8121	责编邮箱: cuiling@cnipr.com
发行电话: 010-82000860 转 8101/8102	发行传真: 010-82000893/82005070/82000270
印 刷: 北京科信印刷有限公司	经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店
开 本: 720mm×1000mm 1/16	印 张: 13
版 次: 2016 年 4 月第 1 版	印 次: 2016 年 4 月第 1 次印刷
字 数: 220 千字	定 价: 38.00 元

ISBN 978-7-5130-4170-6

出版版权专有 侵权必究
如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一章 商标概论	1
一、商标的概念	1
二、商标的功能	3
三、商标的构成元素	12
四、商标的种类	14
五、商标的权利取得方式	21
六、商标的使用	24
第二章 商标申请和注册程序	28
一、商标申请和注册行为的法律性质	30
二、商标注册程序	37
三、注册商标的申请人	46
第三章 商标的显著性	52
一、显著性的概念	52
二、固有显著性的认定	54
三、获得显著性的认定	69
第四章 立体商标的显著性认定	73
一、我国立体商标显著性认定的实践及其问题	74
二、商品形状或包装形状的独创性之于立体商标的显著性	78
三、常用标识或惯用标识的显著性否定规则的适用	79
四、相关公众对于商品形状或包装形状的认知习惯认定	81

第五章 通用标志的认定 89

一、通用名称的事实认定 90

二、通用名称所指称的商品或服务的类别 90

三、通用名称认定的地域范围 91

四、通用名称认定的时间点 95

第六章 功能性标志的认定 97

一、商标注册的“非功能性要求” 97

二、性质功能性与技术功能性 99

三、美学功能性 101

第七章 违反公序良俗的商标 105

一、关于违反公序良俗商标的规则 105

二、“有不良影响”商标的认定 107

第八章 混淆理论：商标之间的冲突认定 112

一、混淆理论与规则 113

二、商标相同或近似的认定 116

三、商品或服务相同或类似的认定 120

四、商标查询与商标共处协议 123

第九章 在先著作权、商号权、外观设计权与在后商标 127

一、在先著作权与在后商标的冲突 127

二、在先企业名称/商号权 130

三、在先外观设计权 134

第十章 在先姓名权与商品化权 136

一、在先姓名权 136

二、商品化权 140

第十一章 地名商标与地理标志 151

 一、地名商标 151

 二、地理标志 159

第十二章 商标“抢注”的法律规制 181

 一、商标使用行为与商标上的权益产生 182

 二、《商标法》第 15 条 183

 三、《商标法》第 32 条第 2 款 186

 四、《商标法》第 44 条第 1 款 194

参考书目 199

后 记 201

商标概论

一、商标的概念

1. 商标的法律特征

商标，是将某种商品或服务的不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做的定义，而且是根据法律视野内商标的基本功能来做的定义。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的不提供者（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、

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

商品型号是区分不同商品的；地理标志是区分不同产地的产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，商标是区分产品或服务不同提供者的，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。

2. 商标权的客体范围

在法律层面，凡是实际起到（从商标使用的角度的评价，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（从商标注册审查的角度的评价）将某种产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，都有可能同时发挥识别商品或服务的提供者来源的功能，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（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）、域名。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，从而被纳入到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产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产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 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，商标有三种功能：识别功能、商誉承载功能和品质保障功能。近年来，国外判决和理论学说中出现了商标的广告功能和投资功能的说法。这两个功能，从商业角度看是存在的，但不是法律角度的功能，因为法律上的功能必定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体现，而广告或投资的功能没有这方面的体现。这两项商业性的功能仍然是基于法律所调整或保护的前述三项功能。

1. 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保障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 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（比如，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

^① 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）。

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和明确的证据效力,采用商标注册的方式来保护所有类型的商业标识,包括企业名称、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和途径。

2. 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做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

^① 夏晔. 试论商誉的法律保护——从王老吉与加多宝商誉之争说起 [D]. 北京: 清华大学, 2016.

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（freeride）或禁止“寄生”（法国法用语，paratisme）的制度，即保护商誉所基于产生或发挥作用的产品设计、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产品和服务的提供者来源之外，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，消费者从电子产品上的“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：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，而仅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条的反仿冒制度也是对包含商标在内的承载

① 见我国《商标法》第32条。

② 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 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 见我国《商标法》第13条第3款。

⑤ 见我国《商标法》第59条第3款。

⑥ 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。

较高商誉的商业标记的保护。

此外，在“不二家”商标侵权案^①中，法院认定：如果销售者擅自变更商品包装，与商标权人对包装的要求存在明显差异，从而对商品及商标信誉造成损害的，也构成商标侵权。该案中，株式会社不二家是“不二家”“POKO”“Peko”等商标的权利人。该公司许可不二家杭州公司使用上述注册商标，并授权其以自己的名义进行维权。不二家杭州公司认为钱某某未经许可将其公司生产的糖果擅自分装到带有涉案商标的三种规格包装盒，并在实体店以及在淘宝公司开设的网店销售的行为，侵害其商标权。一审法院经审理认为：商标具有识别商品来源的基本功能，也具有质量保障、信誉承载等衍生功能。商标的功能是商标赖以存在的基础，对于商标的侵害足以达到损害其功能的程度的，不论是否具有市场混淆的后果，均可以直接认定构成商标侵权行为。该案中，虽然钱某某分装、销售的三种规格的涉案产品中的糖果本身系来源于不二家杭州公司，且其使用的三种规格的外包装上也附着了与涉案商标相同或相近似的标识，从相关公众的角度来看，并未产生商品来源混淆的直接后果，但是商品的外包装除了发挥保护与盛载商品的基本功能外，还发挥着美化商品、宣传商品、提升商品价值等重要功能，而钱某某未经不二家公司许可擅自将不二家公司的商品分装到不同包装盒，且该包装盒与不二家公司对包装盒的要求有明显差异，因此，钱某某的分装行为会降低涉案商标所指向的商品信誉，从而损害涉案商标的信誉承载功能，属于《商标法》第57条第（7）项规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”，构成商标侵权。

3. 品质保障功能

商标的品质保障功能，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，商标的品质保障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

^① 见杭州市余杭区人民法院（2015）杭余知初字第416号判决书。

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产品或服务为限，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）。商标的品质保障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产品的品质是否与商标权人自己投入到美国市场的商品具有同一品质或相仿的品质。^①

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”商标侵权案^②。在该案中，法国大酒庄公司是葡萄酒等产品上的“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公司订立独家销售合同，授权天津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，天津慕醍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醍公司进口的“J. P. CHENET”葡萄酒可能侵害其商标权，向天津海关提出查验申请。天津慕醍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，为此天津慕醍公司提供了销售合同、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，天津慕醍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，天津慕醍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

① Mary LaFrance, Understanding Trademark law, 2nd edition, LexisNexis, 2009, p. 297-311.

② 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。

展；同时又维护消费者及社会公众的合法权益，以实现对商标权人和消费者的平衡保护。具体到该案中，对于天津慕醍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，天津慕醍公司进口的葡萄酒与大酒庄公司授权天津王朝公司在中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，天津慕醍公司从英国进口的香奈干红葡萄酒、香奈桃红葡萄酒、香奈干白葡萄酒三种葡萄酒均为大酒庄公司生产并销售给其英国经销商的产品，产品上所附着的商标也是来源于大酒庄公司的商标，天津慕醍公司在进口中对涉案三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，而天津慕醍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产品，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产品的品质，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天津王朝公司独家经销，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产品的等级明显高于天津慕醍公司从英国进口的涉案葡萄酒等级，但根据大酒庄公司一、二审期间提供的葡萄酒产品及相关产品介绍，其在中国所售葡萄酒既有法定产区餐酒（AOC）级别的高端产品，有地区餐酒（VDP）级别的中端产品（如香奈精选西拉干红葡萄酒），亦有日常餐酒（VDT 或 VDF）级别的低端产品（香奈精选白中白葡萄酒）。同时，结合大酒庄公司所提供其在互联网上的相关宣传，即“……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，绝对比同类产品好，而且目前的售价仅 40 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产品，其产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线产品的主张。鉴于大酒库公司在我国市场上有种类众多的葡萄酒产品出售，且涉案三种葡萄酒产品的级别均属于大酒库公司所售产品中亦包含的日常餐酒等级，消费者对带有 J. P. CHENET 商标葡萄酒产品的期待或依赖不会因上述产品的进口而被影响，故两者之间在质量等级和品质上，不存在大酒库公司所主张的“重大差别”。至于大酒库公司所提天津慕醍公司进口的涉案葡萄酒与其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，大酒库公司对此并未提供充分证据加以证明，该主张不能成立。另，涉案三种葡萄酒产品进入海关即被扣留，因其尚未流入市场，故大酒库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，根据本该案现有证据，大酒库公司所提天津慕醍公司进口的涉案葡萄酒与大酒库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库公司的商誉是否受到损害。

商标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，大酒库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产品均使用了相同的 J. P. CHENET 商标进行标识，以将其生产的葡萄酒产品与其他品牌葡萄酒产品相区别，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产品而非仅针对其中的中高端产品。如前所述，天津慕醍公司从英国进口的葡萄酒与大酒库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，即对消费者做出是否购买的决定具有影响的因素没有发生变化，故天津慕醍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，进而大酒库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库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，大酒库公司的商誉亦未因此受到损害，故大酒库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保障的功能，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条之四专门对此做出了规定，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产品或服务质量要求。

我国商标法主要从商品和服务质量的市场监管角度来阐释商标的品质保障功能。《商标法》第1条即明确其立法目的之一是为了“促使生产、经营者保证商品和服务质量，维护商标信誉”；第7条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”；第42条规定，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质量；第43条规定，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质量，被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。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质量监管的诸多条款。

如果商标法要对使用注册商标的商品和服务的质量设置规则，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质量与维护商标信誉并提的规定可以被解释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质量要求，法定质量之上的品质保障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保障功能为依据，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质量保障义务规定和许可人对于被许可人的商品质量监督义务规定，都应在前述本来意义上的商标品质保障功能的角度来理解。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质量瑕疵承担法律责任的问题。比如，在被许可人的质量瑕疵产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的问题。商标法要求许可人监督许可人的商品质量，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做出规定的情况下，应适用产品质量法；后者也没有做出规定的情况下，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产品质量瑕疵对第三人承担责任的规定。根据商标的品质保障功能理论，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通则》第120条规定的‘产品制造者’和《中华人民共和国产