



付继存 著

商标法的价值构造研究

——以商标权的价值与形式为中心



中国政法大学出版社



付继存（1985—），男，河南项城人，中国政法大学知识产权法专业2010级博士研究生，研究方向为知识产权法、知识产权管理。自2007年以来，作为主要成员参与导师冯晓青教授主持的国家社会科学基金重大项目“国家知识产权文献及信息资料库建设研究”、国家知识产权局软科学研究项目及国有、民营大型企业集团与科研院所知识产权战略规划研究项目等6项。在《法学家》、《知识产权》、《世新法学》（中国台湾）、《中国法律》（中国香港）等学术刊物上发表论文多篇。参与“知识产权法专题判解与学理研究丛书”（中国大百科全书出版社2010年版）的撰写，完成约20万字。硕士学位论文《论未注册商标的法律保护》获中国政法大学优秀硕士论文奖，攻读博士学位期间获学校一等奖学金、科研创新一等奖学金，中国政法大学无形资产管理中心“飞科艾普”一等奖助金等荣誉。

商标法的价值构造研究

——以商标权的价值与形式为中心

付继存 著

中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目（CIP）数据

商标法的价值构造研究：以商标权的价值与形式为中心 / 付继存著. —
北京：中国政法大学出版社，2012. 4
ISBN 978-7-5620-4247-1
I. ①商… II. ①付… III. ①商标法-研究 IV. D913. 04
中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第055100号

书 名	商标法的价值构造研究：以商标权的价值与形式为中心 SHANG BIAO FA DE JIA ZHI GOU ZAO YAN JIU
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 邮箱 academic.press@hotmail.com http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社) (010) 58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880mm×1230mm 32 开本 10.5 印张 245 千字
版 本	2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4247-1/D·4207
定 价	35.00 元

声 明	1. 版权所有，侵权必究。 2. 如有缺页、倒装问题，由印刷厂负责退换。
-----	---

商标法私权价值的追索

(代序)

我国第一部商标法——《商标注册试办章程》是在《辛丑条约》及中英、中美、中日之间商约的逼迫下清政府于 1904 年颁布的，并随着王朝更迭昙花一现湮没在历史的尘埃中。此后北洋政府、国民政府以及革命根据地政府均制定过商标法律，但没有民族工商业发展的春天，就没有真正的商标制度。新中国成立后，1950 年《商标注册暂行条例》在国家资本主义经济、民族资本主义经济、私营经济、个体经济等多种经济成分并存的情形下诞生，对迅速恢复工商业经济发挥了重要作用。随着社会主义改造的深入，国家资本主义取代资本主义工商业并最终走向社会主义公有制，作为商标制度经济基础开放的工商业经济活动以及市场竞争要素就不复存在了。通过未注册商标的备案、全面注册的推行以及商标管理命题的提出，具有区别功能的商标逐渐蜕变为按图索骥的责任者符号。1963 年的《商标管理条例》将这一转变推向高潮。从商标私权到商标管理的转变，是商标发展历程中的重大转变，也是商标在公私法之间往返回复的一个真实写照。1982 年通过的《商标法》也是从商标管理着笔，尽管 1993 年和 2001 年的《商标法》修改，“管理观念”变化较大，特别是 2001 年的修改更是重视商标权的“私权性”，但是在具体制度设计中，商标法强化行政管理的“公权色彩”仍然比较明显。国际条约以及国内理论界对商标的

私权定性，与我国商标制度惯性表现出来的管理思维存在着价值理念上的对立与冲突，也影响着具体制度规范的价值定位。

商标法是市场面向的，其所追求的商品质量保障功能完全可以在市场中通过消费者的市场选择来实现，商标的行政管理似乎不是那么必要。管理体制下的商标法主要是国家行政的传声筒，没有也不会全面照顾到商标所蕴含的私权价值。商标如何构成、如何申请、如何使用等一连串商标管理内容构成商标法的体系，而对商标权及其取得、转让等内容的规定则非常粗陋。忽视权利的正当性，加强对私权的行政干预，使得商标制度迷失了自己，以至于出现商标抢注作为一个发财致富的经验推广，驰名商标被恶意制造，未使用的注册商标因为行政机关的注册而成为要挟诚信经营的生产者的筹码等种种匪夷所思的事情。虽然我们在理念上坚持商标的私权与商标法的私法属性，但是在规则的具体设计上仍然是行政化的，甚至规则的设计权仍然掌握在相关的行政机关手中，自己为自己设计法律规则草案，自己拟定自己的权力。

商标的实质需要明确，商标制度与商标规范的解读应当立足私权视角。由于商标管理法律思维的影响，我国《商标法》第8条规定的商标实际上是商标的构成要素或者注册要素，并不是商标的定义，而很多人在进行研究时就从这一起点开始，因而陷入商标图样即为商标的逻辑怪圈。按照这一逻辑得出的结论与商标的实质相去甚远。商标理论的分歧也就从这里开始。如果将商标看成是一个与商品或者服务相联系的概念，将商标所包含的节省消费者的时间成本作为商标的价值基础，那么商标使用无疑将会在商标图样与商标价值的发挥中起到关键性的连接作用，因而也能为商标理论所重视。如果将商标视为一个商品的识别标记而不是精美的设计图案，将商标识别功能的发

挥与商标图案审美功能的发挥区别开来，就可以引导生产经营或者服务提供者在商品或者服务的信誉上多下功夫，在通过商标使用提高商标价值方面多付出努力，而不是一味的漫天宣传、大笔的广告支出。这样，就能轻而易举地避免符号膜拜、唯注册论、商标形式化等误区，也能大力遏制商标抢注的畸形市场。《商标法的价值构造研究》也是在这一基础上来立论的，古今中外纵横分析商标图样与商标功能在商标结构上的特色与内在统一性。这种探究商标基本问题的思路无疑是有积极意义的。

私法解读不只是空泛地高举商标权的私权属性等内容，还要真正从私法自治的基本原则，从民事权利的基本理论，从权利的实质性利益与权利的形式主义的分离，从权利的私法保障机制来深入解析商标、商标权以及商标法的建构问题。罗马法是民法的起源，从罗马法起，法律行为就贯彻形式主义，这一传统被抽象地保留下来，“曼令帕蓄”（manliption）等具体形式演变成了登记、交付等简易的形式。这些形式在权利取得或者变动上具有重要意义，但并不是决定性的。按照权利的这一思路来解释商标权，注册只是权利取得或者变动的形式因素之一，就不再是决定商标权效力的唯一根据，不再是行政机关授权的权力图章，而是辅助私权实现的手段。以此来设计商标法的基本规则，注册与商标使用的关系就不会本末倒置，商标法制就不会颠倒是非，商标注册市场就能拨乱反正，斩断不法利益的滋生链条，减少注册积压。该书从民法与商标法的基本定位来研究商标、商标权与商标法，对商标权按照价值与形式的二维结构进行分解，并将商标权的价值基础、价值实现、价值与形式的博弈系统地展现出来，我认为商标法私权价值追索的一个基本尝试，是对商标私权理念具体化的一个推动。

如果将商标的使用与注册作为商标权的价值与形式来解释,商标保护就需要思考三种商标形态,即使用与注册的商标、使用与未注册的商标、未使用商标注册的商标。在这三类商标上,商标如何赋权取决于商标权价值与形式的博弈结果,取决于一个国家商标政策的基本考量,也是评价一个国家商标立法价值与商标立法水平的重要指标。我国商标法对未使用与注册的商标的保护,是形式主义的决定性胜利,但却是一个诚信的法律体系的悲哀。据我所知,国外无论采取严格注册主义的,还是折衷主义的,都没有如此大力度地保护仅仅是注册了的商标图案,也没有因为行政机关的许可就给商标图案增加神圣感。仅有行政机关授权就具有保护价值的,不是商品经济。可喜的是,正如本书作者在文中展示的,商标的形式化倾向在司法实践中已经有所缓解,相应的司法解释开始重视商标使用的价值。

商标具有私人属性与公共属性的双重面孔。行政确权对于公益与私益的调节具有重要作用,因此商标立法离不开程序规则。但是我国的特色是程序规则与实体规则杂糅,行政规则与民事规则交替,《民法通则》规定的商标权被《商标法》扭曲为注册商标权或者商标行政管理权。因此,彰显商标法的私权价值的任务更加艰巨。拨开浮云,才能张开望眼。首先,程序规则与行政规则是为商标权服务的从属规则,除此之外,没有任何意义。其次,我国传统的伦理政治思维,行政权在个人利益的保护上具有正当性,商标权保护的双轨制作为特色在保护商标权人方面发挥了重要作用,但是这一模式的前提是私益保护,行政权的过度干预不仅不利于真正权利人的权利保护,反而有损合法经营者与真正权利人利益。只有站在这两个基本立场上来观察我国现行《商标法》、解读商标法规范,才能得出正确的结论。

该书正是剥离了商标权的程序规则，立足于权利规则而布局谋篇的，因而能够对商标权在商标法上的建构有明晰的认识，能够提出新的研究思路与见解。首先，作者从商标作为独立存在的视角按照商标判断的三个前提即自由使用、流通领域与制度机制审视了历史上存在的各种标记，并从经济学的角度分析了制度史，将商标权纯化为解决市场规则失灵的新的激励机制。在这个统一基础上再考察现代商标立法与理论对商标涵义的阐释，将商标牢牢地限定在二元结构上，将商标构成要素与功能要素紧密结合起来，为商标的结构性建构提供了逻辑平台。其次，作者从财产权哲学与商誉保护两个角度分析了商标的价值要素。结构性的商标能够产生商标权，在于商标是建立在商标经营者综合各类商标成长要素的管理劳动基础上的，只是这种管理劳动的异化机制掩盖了商标的劳动性质。这种财产的德性满足了财产哲学的正当性要求。商誉与商标吸引消费者的能力具有一致性，是内容与形式的关系，从商誉角度分析商标保护也具有维持正当竞争秩序的功能。私法上的正当性与公法上的保障功能奠定了商标权的根基。作者从人与人的关系、人与物的关系两个视角简略考察洛克的劳动理论、卢梭的社会公意理论、康德和黑格尔的自由意志理论等财产理论，认真求证商标的劳动性质、商标权的排他性、商标对公共领域的留存等正当性，从商誉理论考察商标保护与商誉的关系，将商誉的层次性即品牌商誉与固有商誉作为不同类型商标的保护根据，没有停留在商标与商誉的泛泛论辩上，将商标与商誉的关系推进到更具体的层次，论证独具匠心，观点为之一新，对商标理论的建构将有重大价值。再次，作者从商标价值实现的角度探讨了商标使用，按照商标使用的不同形态即实际使用、意图使用与形式使用三原色，将商标使用的价值与商标权取得、维系与保护

等内容联系起来,揭示了商标权在不同阶段对不同商标使用形态的依赖性与限制性,指出因不合理使用产生的商标权价值异化,为商标价值的形成提供了实现途径。然后,作者立足于国内外商标注册实践从商标权的形式角度来探讨商标权取得,将各国商标权取得的不同模式建立在注册形式的不同定位上,并为注册造成的欠缺注册要素的商标在我国的保护进行政策学分析,揭示了我国商标实践可能的政策学范式,对进行商标政策选择具有重大的参考价值。最后,通过商标权价值维度与形式维度的发掘,作者实证地分析商标权取得结构上价值与形式的博弈,探讨商标权建构的不同政策,并着重阐明了欠缺注册形式的商标的保护路径。统观全篇,在很大程度上,作者是按照价值与形式的二维结构来论证商标权保护,将商标法的价值结构通过传统民事权利的形式主义理论展示出来。这种追索商标法价值的研究方法上与观点上尚不多见,可谓颇有创新。

该书提出的一些创新观点也值得与读者诸君分享:其一,将商标定位为管理劳动成果是一个大胆论证,这是对商标实质内涵的一个解释视角。其二,商标产权化是国家在市民社会保持克制即“守夜警察”与经济自由角色定位的结果,只是市场失灵的解决方案之一。其三,商标使用是商标价值实现的保障机制,商标使用可以分为实际使用、意图使用与形式使用,在商标权取得、维系与保护上的作用具有区分性。其四,使用政策学分析方法认为,商标注册是商标权取得的形式要件,是传统民法形式主义传统在商标法上的延续。其五,商标权取得的各个模式是商标权取得的价值要素与形式要素博弈的结果,未注册商标保护是价值要素的胜利,是诚信的商标法律体系的福音。

立法总是在稳定性与适应性之间寻求平衡,而滞后性总是

能够打破这种平衡，将法律的平衡放置在动态变革之中，将新的平衡作为追求目标。因此，任何一门实证法所必须面对的问题就是与时俱进。与时俱进的动力来自于法律实践性的检验与应对新问题的捉襟见肘。但是，理论先导型的问题解决思路或许能够以其超越性眼光为规则的设计提供动态的平衡架构。商标法私权价值的探索正是这样努力的结果。

每一次面向实践的创新都是迈向真理的尝试。作者的尝试即将付诸公论，作为他的硕士生导师和博士生导师，看到他从一个年轻学生脚踏实地、锐意进取地走上学术研究的道路，看到他的学术研究成果，我很欣慰。衷心希望像作者这样的新人能够多思、多想、多写，常思、常想、常写，将商标法——甚至是知识产权法——的基本问题向前推进。该书作者请我写点什么，略缀数语，谨为序。

冯晓青

中国政法大学教授、博士生导师

2012年1月于北京

目 录

商标法私权价值的追索（代序）	I
导 论	1
第一章 商标权的逻辑起点	13
一、商标的历时性观察	15
（一）商标起源批判	16
（二）本体意义上的商标起源观	25
（三）商标发展的阶段与价值取向	30
二、商标史的经济学分析	34
（一）商标的经济属性	35
（二）商标利益外部性的解决方案	38
（三）商标的产权归属	44
三、商标的共时性观察	48
（一）商标法的文本观察	48
（二）学者的商标定义	56
四、商标的结构分析	63
（一）商标的构成要素	64
（二）商标的功能要素	67
第二章 商标权的价值维度：财产权视野下的商标	77
一、“财产即盗窃”蕴含的合法性追问	79
（一）人与物关系上的财产私有基础：理性	80

(二) 人与物关系上的财产私有基础: 意志	83
(三) 人与人关系上的财产私有基础: 协议	85
(四) 人与人关系上的财产私有基础: 公意	87
(五) 评价	90
二、知识财产权的哲学证成	91
(一) 知识财产积极社区	92
(二) 劳动嵌入人与物关系的财产结构	94
(三) 公众接近自由与私有权利的平衡	98
(四) 知识财产的排他性	100
三、财产哲学的实践性	100
四、商标的财产哲学	104
(一) 商标的劳动性质	104
(二) 商标权的限度	111
五、商标的公共领域	113
第三章 商标权的价值维度: 商誉视野下的商标	117
一、商誉的多维度解读	119
(一) 经济学上的商誉	119
(二) 会计学上的商誉	120
(三) 法学上的商誉	123
二、商誉认知	127
(一) 商誉的价值困惑	127
(二) 商誉的特点	129
(三) 商誉的层级理论	132
三、商誉保护的商标支持	136
(一) 权利模式与商标	136
(二) 行为模式与商标	140
(三) 商誉保护与商标支持的思考	144

四、商标价值的商誉基础	146
(一) 商誉作为商标价值基础的理论意义	146
(二) 商誉作为商标价值基础的实践意义	149
(三) 商誉在商标价值评估中的计量意义	151
五、商标与商誉的关系	153
第四章 商标权的价值实现：以商标使用为中心	158
一、商标使用的困惑	159
二、商标使用的语境	161
三、商标使用形态理论	165
(一) 商标使用的三个形态	165
(二) 商标使用形态的适用领域	170
四、商标使用形态的基础	174
(一) 注意力经济机制	174
(二) 法理机制	182
五、商标使用的价值	186
(一) 商标真实使用的区别价值	187
(二) 商标真实使用创造的财产价值	190
(三) 商标使用的法律价值	193
(四) 评价	197
六、商标使用超越	198
(一) 我国商标法的财产化立场	198
(二) 商标使用的规范化	206
第五章 商标权的形式维度：注册制度反思	210
一、商标注册的形式主义	211
(一) 商标注册的形式主义实质	211
(二) 商标注册的价值	215

二、我国商标注册制度的流变	218
(一) 我国商标注册制度传统	218
(二) 注册制度的异变	219
三、未注册商标的形式困境及分析	223
(一) 形式困境	223
(二) 未注册商标公示的实质	224
四、商标注册制度的政策分析	227
(一) 商标公示政策的程序正当性	227
(二) 商标注册的政策目标	229
(三) 商标确权的权力分配政策	230
第六章 商标权的结构选择：以权利体系安排为视角	233
一、注册商标权的建构原则	234
二、体系化视角下未注册商标保护模式	237
(一) 一元结构下的未注册商标权	237
(二) 二元结构下的未注册商标权	238
(三) 行为模式	244
三、我国商标权体系的构想	249
(一) 注册商标权	249
(二) 我国未注册商标保护的建构立场	250
四、我国未注册商标保护的体系安排	253
(一) 我国未注册商标保护的基本架构	254
(二) 我国未注册商标保护的基本思路	257
第七章 商标权的资产价值：形成、发展与实现	269
一、商标权资产价值的形成	271
(一) 经济价值的形成	271
(二) 法律价值的形成	276

二、商标权资产价值的发展	278
(一) 商标的独立价值	278
(二) 驰名商标的马太效应	280
三、商标权资产价值的实现	282
(一) 商标权资产价值实现的范围	282
(二) 商标权资产价值的实现途径	284
(三) 商标权资产价值实现的限制	287
结 论	289
参考文献	296
后 记	315

导 论

按照经济合作与发展组织 (Organization for Economic Co-operation and Development, 以下简称 OECD) 的报告, 知识可以分为事实知识 (know-what)、原理与规律知识 (know-why)、实际经验 (know-how)、人才与技能知识 (know-who) 等。其中, 前两类知识适用于商品市场或者经济资源市场, 能够在生产函数中发现, 后两类则属于隐性知识。也有学者认为, 知识按照其属性和保护方法的不同可以分为四类: 一是物化的知识, 即凝固于物品中的知识, 该类知识与物融合通过物权制度加以保护; 二是人化的知识, 即知识化的劳动力, 属于人力资本范畴, 通过人力资本的有关制度加以保护; 三是制度知识, 保护方法尚需明确; 四是知识产权, 包括传统知识产权、传统知识和网络技术等内容, 主要是通过知识产权制度加以保护。⁽¹⁾ 无论对知识如何界分, 赋予其财产地位并不具有天然的正当性。知识财产具有无体性, 任何主张知识产权作为一类财产的观点均需要明确其载体及获取方式。可以说, 对知识产权的保护是法律理论回应经济理性的结果。特许权利益使得既得利益者千方百计地论证知识类财产的合理性。知识财产支持者最终选择的论证方式是对所有知识类表现形式的内在本质作出抽象, 建立浪漫主义的创造性概念。人是最高存在, 每个人都有自己独特的体

(1) 转引自龙文懋 《知识产权法哲学初论》, 人民出版社 2003 年版, 第 114 页。