

二十一世纪法学前沿学术文丛

Academic series concerning  
the front of law of 21st century

# 论商标权<sup>①</sup>的本质

Research on the Essence of Trademark Rights

郑其斌·著

本书实为解读商标权著作中难得的佳作。

作者主要采用了历史研究的方法、

理论联系实际的方法和比较研究的方法对商标权的本质进行了深入、

透彻的探讨，使读者如拨开云雾，

直面商标权基本理论问题的核心。

在探析商标权本质的基础上，

作者又直指商标法中若干重要问题，

并进行了具有实务应用性的分析，

使读者豁然开朗，

更使建构商标权具体法律制度的路径逐渐清晰。

---

人民法院出版社

中国政法大学  
知识产权研究中心  
学术成果系列

# 论商标权之本质

Wangbin et al. / Journal of Intellectual Property

王斌等：著

本书从商标权的本质出发，探讨了商标权的法律属性、权利范围、侵权认定、救济途径等问题。作者认为，商标权是一种私权，具有排他性、专有性、地域性和时间性等特点。在权利范围方面，本书主张商标权应限于识别商品来源的功能，不应过度扩张。在侵权认定方面，本书提出应以混淆可能性为判断标准，并结合主观恶意进行综合考量。在救济途径方面，本书主张应综合运用民事、行政和刑事手段，以维护商标权的合法权益。本书的出版，对于完善我国商标法律制度，保护商标权人的合法权益，具有重要的理论和实践意义。

（中国政法大学）

二十一世纪法学前沿学术文丛

Academic series concerning

the front of law of 21st century

# 论商标权的本质

Research on the Essence of Trademark Rights

郑其斌 著

人民法院出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

论商标权的本质/郑其斌著. - 北京:人民法院出版社,2009.8

ISBN 978-7-80217-880-9

I. 论… II. 郑… III. 商标法-研究-中国 IV. D923.434

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第122521号

## 论商标权的本质

郑其斌 著

---

责任编辑 林志农 张承兵

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷27号(100745)

电 话 (010) 67550567 (责任编辑)

67550516 (出版部) 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

---

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 206 千字

印 张 7.625

版 次 2009年8月第1版 2009年8月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-80217-880-9

定 价 18.00 元

---

版权所有 侵权必究

## 前 言

随着知识产权在社会生活中占据越来越重要的地位以及人们对这一事实的认识的不断加深,有关知识产权的研究成果也越来越多,作为传统知识产权一部分的商标权也不例外。但同时我们也注意到,一方面,关于知识产权基本理论的研究成果中对于商标权涉及较少。这是因为商标权虽然传统上被作为知识产权的一个组成部分,但是由于商标权的特性,在一定程度上它成为了知识产权中的异类。另一方面,以商标权为对象的研究成果中对于具体制度的研究成果显然比关于基本理论的研究成果要多。而关于商标权基本理论问题的研究应当是商标权具体法律制度研究的基础,对于商标权本质问题的解释又无疑是商标权基本理论问题的核心。“我们怎能希望解答一个其含义连我们都还不理解的问题呢?”<sup>①</sup>因此,认识商标、认识商标权是解决一切学术争论的起点,同时更是保护商标权、促进经济发展的一项重要的前提工作。因此本文试图追寻商标权本质,回答“商标权是什么”这一基本问题,为商标权具体法律制度的建构提供一个基础性的路径。

商标只有在发达的商品经济中才有意义。为了以后的论述,有必要在此界定商标所存在的市场结构。它由三方主体组成,包括商标权人、竞争者和消费者。需要说明的是,竞争者可以是与商标权人存在竞争关系的经营者,也可以是虽然与商标权人不存在竞争关系,但是由于在其提供的商品市场上仍然存在其他经营者,从而形成竞争关系的经营者。例如,在“宝马”汽车商标所存在的市场

<sup>①</sup> [德] 卡西尔:《人论》,甘阳译,上海译文出版社2004年版,第45页。

结构中，我们将“宝马”汽车商标持有人称为商标权人；竞争者既包括其他生产汽车商品的经营者（此类经营者直接与“宝马”汽车商标持有人具有竞争关系），也包括生产其他种类商品的经营者（如服装经营者，虽然他们与“宝马”汽车商标持有人之间没有直接的竞争关系，但是服装市场是具有竞争性的，使用“宝马”符号与不使用“宝马”符号的经营者会取得不同的经济利益）。消费者既包括为了生活消费而购买商品的主体，也包括为了生产消费而购买商品的主体。进行生活消费的人一般被称为典型的消费者，而从事生产消费的主体也需要在市场中选购他人的产品作为自己的生产资料。因此在商标的意义上，我们将这两类主体都称为消费者。在三方主体参加下的这一市场结构中，商标成为了经济生活中必不可少的工具。由于商标存在于这一市场结构中，为了方便阐述，本文的论述将从这个基本的市场结构展开。

本文是对商标权本质进行探讨的基础性理论研究，主要采用了历史研究的方法、理论联系实际的方法和比较研究的方法。

2 （一）历史研究的方法。由于商标是历史发展的产物，是人类为了实现自己的目的而在商品经济社会中人为臆造的结果，因此对商标进行历史考察对于认识商标的本质尤为重要，而且商标保护是逐步发展而来，对于商标保护的历史进行考察也是认识商标权本质的前提条件。本文从商标的前身——不具有经济意义的识别性标记开始，对商标和商标权的产生和发展进行了简要的历史探索。这些相关史料对我们客观地认识商标和商标权具有重要性的意义。

（二）理论联系实际的方法。本文属于基础理论研究，着重于对商标和商标权进行理论的分析 and 探讨，以逻辑演绎的方法进行理论体系的建构。但是商标是商品经济发展的产物，它的产生目的是为了满足不同人们在市场交易中标记和识别商品的需要，因此从商标在市场交易的实际运用进行考察也是认识商标、商标权的必要条件。本文密切结合实际市场交易中遇到或可能出现的情况，对商标权的本质进行理论分析。

(三) 比较研究的方法。与商标有关的对象有很多,如识别性标记、地理标志、特殊标志、商誉以及发明、作品。要准确认识商标,必须将商标与这些对象进行比较,理清它们之间的关系。同时在有关商标权的具体制度上,各国的规定不尽相同,本文尽可能地在阐述具体法律制度时注意比较了不同国家的规定。

## 摘 要

依据国际公约的规定和相关知识产权法学理论的解说, 商标是知识产权的对象之一, 商标权作为一项财产权受到知识产权法的保护。近年来, 关于知识产权保护的争论不可避免地影响到了商标权的保护。如何保护商标权以及商标权的保护范围成为争论的焦点。但是任何争论都应当基于同一个原点, 对同一个问题而展开。因此理清这些争议的前提条件是对商标权的准确认识。因此, 本文试图对商标权的本质作一些探究。

商标权是基于商标而产生的权利, 商标权的保护也是围绕着商标而展开的。因此认识商标是认识商标权的前提。本文的讨论从商标的本质开始。商标完全是人类为了实现自己的目的而人为臆造的, 因此对于商标本质的认识应当从商标的功能说起。从商标发挥作用的过程来看, 商标的核心功能在于识别和指代: 商标可以成为商誉的指代工具, 指代消费者心中对商品及其经营者的良好评价, 并成为传播商誉过程中的指代工具, 最终凭借识别功能, 消费者完成了购买行为, 商标的意义得以实现。随着经济的发展, 商标的功能得到了发展, 如用作商标的符号一旦从商标中取得了特定的含义后, 可以独立被使用在与该商品毫无联系的其他商品之上, 此时该符号没有识别特定商品的含义, 但却具有了一定的经济意义; 某些商标显示着使用者的身份, 虽然这一功能本身并不具有财产意义,

但是由于这一功能的存在影响着消费者对商品的选择,因此也间接地具有了经济意义。

只有在对商标功能准确认识的基础上,我们才能准确认识这一为了满足市场交易主体的需要而完全臆造的对象——商标。对于商标的本质,在理论上有多种说法,如智力成果说、工商业标记说、知识产品说、形式说、信息说、信号说、符号说等。这些理论与对知识产权对象的认识学说密切相关。通过对商标的功能和这些学说本身的含义的认识和分析,可以发现,这些学说都没有揭露出商标的本质内涵。其实,由于商标的核心功能在于识别,商标的本质其实在于符号与特定商品之间的联系。在市场交易中,只有在特定符号与特定商品之间建立联系,才产生商标,离开任何一方,商标都不可能存在。

为了全面认识商标的本质,我们还有必要将商标与一些相关对象相比较。这些对象与商标具有某些共性,但是又与商标不同。这些对象包括商标以外的其他识别性标记,如商号(企业名称)、特有包装装潢、特有的商品外观、商品特有名称,地理标志、特殊标志,商誉,以及知识产权的其他对象,如发明、作品。

2 在准确认识商标的本质的基础上,本文分析了对商标给以保护的正当性基础。虽然许多学者利用洛克的劳动财产权学说、黑格尔的人格财产权理论、知识产权工具主义理论来解释知识产权的正义性,而对于商标权而言,这些理论都具有无法解决的矛盾。对于商标保护的正义性必须从市场交易中寻找答案。考察商标所赖以存在的条件和商标的功能,保护商标的正当性基础在于:自由、平等、消费者福利、效率。正是基于商标对于这些人类基本价值和市场交易基本价值的促进作用,对于商标应当予以保护。

给商标所蕴涵的财产价值赋予财产权的地位是对商标保护的最佳手段。从商标的本质出发,商标的核心价值在于联系。因为只有将特定符号与特定商品联系起来,才可能产生商标,也才可能使其具有财产价值。与此同时,应当注意将商标的价值与商誉的价值、

用作商标的符号的价值区别开来。商誉能够给经营者带来竞争利润，商誉需要以商标作为指代工具，但商标并没有取得商誉的价值，商标权的价值仍然在于商标本身，而不能超越自己去攫取商誉的价值。同样，如果在特定商品上选择一个具有较高独特性的符号作为商标，显然可以为经营者带来更高的价值，但这一价值并不是商标的价值，而是图案本身的价值。

正是看到了商标的财产价值，当今世界各国基本都建立了商标权制度。虽然各自制度不尽相同，但是都为商标提供了财产权的保护。然而商标权保护了什么，哪些属于商标权保护的范畴仍是一个不明确的问题。我们从商标的本质、商标的财产价值以及对商标保护的正义性基础的分析得出结论：商标权保护的核心在于保护联系。对特定符号与特定商品之间的联系进行保护，一方面，禁止他人擅自利用这一联系，不当谋取利益；另一方面，禁止他人破坏这一联系，损害商标权人利用商标谋取利益的权利。与此同时，对于商标权的本质的认识还必须注意到：第一，保护商标权是保护商誉的重要手段，因为商标是商誉的指代工具之一，利用商标必然就利用了商誉，而利用商标是利用商誉的重要手段；第二，随着经济的发展，商标权的内容也在发展，除了联系本身的财产价值外，商标符号可以离开所联系的特定商品而被独立使用，我们可以称之为商标符号的商品化。商标权作为一项制度设置，他的功能不仅仅维护了商标持有人的利益，而且维护了社会公共利益，促进了经济的发展。商标权的制度功能主要通过以下方面来体现和实现：促进品质保证、降低搜寻成本、维护自由竞争和诚实信用的社会经济秩序、促进投资与创新、强化权利意识。

商标权的本质在于保护联系，但讨论商标权的具体内容仍然是必要的，因为这使我们更准确地认识到商标权到底是什么。一般认为，商标权的内容包括使用权、禁止权、许可权、转让权，其中，使用权和禁止权是核心内容，许可权和转让权仅仅是权利行使的方式。而在使用权和禁止权之间，禁止权则更凸现了商标权的本质和

特性。由于物权（所有权）与商标权的不同特性，对商标权的权利内容应当从禁止的角度进行确定，主要包括两个方面：禁止利用和禁止损毁。未经商标权人同意擅自利用他人商标的形式有两种：一是使用足以引起混淆的商标，使消费者产生混淆，从而获取经济利益；一是虽然不会导致混淆，但是引起消费者的联想，吸引了消费者的注意力，从而谋取利益。损毁则是指任何人对联系进行破坏，造成了弱化（淡化）和丑化的后果的行为。禁止这些行为是商标权的应有内容。

本文从商标权的本质出发对商标法的几个重要问题进行了具有实务应用性的分析。首先是商标权的取得制度。商标的本质是联系，这就决定了商标权的使用取得制度才是符合商标权的本质特性，但是商标和商标权本身的特性和要求，如商标的抽象性、权利的明确性要求决定了注册制度的科学性。因此，应当在商标权本质理论的指导下，对商标权注册取得制度进行完善。其次，驰名商标制度的完善。驰名商标的保护始于巴黎公约，我国对驰名商标的保护也基本上是从加入巴黎公约开始的。驰名商标制度有两个方面的问题：一是认定，二是保护。由于巴黎公约和世界贸易组织知识产权协定对驰名商标的保护范围予以了特殊规定，因此驰名商标的认定成为了一个保护的条件。我国驰名商标制度也是如此，而且由于驰名商标可以成为宣传的“噱头”，以至于我国的驰名商标认定制度被滥用。因此要完善驰名商标制度，要对驰名商标的保护进行再认识，要明确所谓驰名商标的特殊保护仅仅是一种保护方法，而不是扩大其保护范围，驰名商标在不相同不相类似的商品或服务上的禁止使用除了要求是驰名商标外，还需要引起损害后果这一要件。最后是侵犯商标权的侵权法律制度。从侵权行为的一般理论和商标权的特征出发，侵犯商标权的行为具有以下特征：第一，行为人一般是具有竞争关系的经营者，但不限于此。第二，行为人实施了针对商标符号的行为。第三，行为人一般是在商标意义上使用商标符号，但也不限于此。第四，行为人的行为引起了消费者的混淆，

或者破坏了符号与商品之间的联系。第五，行为人在具有主观过错的情况下应当承担损害赔偿责任。同时，考虑到商标权与其他知识产权一样，是在平衡社会公共利益、消费者权利和商标持有人的私权的基础上建立起来的，所以对侵犯商标权行为的认定仍然应当考虑以下因素：消费者利益、经济效率、社会公共利益、自由竞争和表达自由、商标持有人的利益等。

# 目 录

## 上 编

|                                       |      |
|---------------------------------------|------|
| <b>第一章 商标的本质</b> .....                | (1)  |
| 一、商标的功能 .....                         | (1)  |
| (一) 商标功能的历史考察 .....                   | (1)  |
| (二) 商标功能的理论评说 .....                   | (4)  |
| (三) 商标功能的再认识 .....                    | (10) |
| 二、商标的本质 .....                         | (15) |
| (一) 有关商标本质的各种理论评说 .....               | (15) |
| (二) 商标的本质——联系说的构建 .....               | (24) |
| (三) 商标的异化——符号的独立价值 .....              | (28) |
| <b>第二章 商标概念的辨析</b> .....              | (31) |
| 一、识别性商业标记 .....                       | (31) |
| (一) 商号、企业名称 .....                     | (31) |
| (二) 商品特有包装装潢、特有的商品外观、商品特有<br>名称 ..... | (33) |
| 二、地理标志、特殊标志 .....                     | (35) |
| (一) 地理标志 .....                        | (35) |

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| (二)特殊标志 .....               | (37) |
| 三、商誉 .....                  | (39) |
| (一)商誉的概念和特征 .....           | (39) |
| (二)商誉与商标的关系 .....           | (42) |
| 四、商标与知识产权的其他对象 .....        | (47) |
| (一)商标的价值及其实现途径 .....        | (48) |
| (二)商标与发明、作品的不同点 .....       | (49) |
| 第三章 保护商标的正当性基础 .....        | (52) |
| 一、劳动财产权理论在解释商标保护时的困境 .....  | (54) |
| (一)洛克的劳动财产权理论简介 .....       | (54) |
| (二)以劳动财产权学说解释商标保护中的困境 ..... | (58) |
| 二、工具主义理论在解释商标保护时的前提缺失 ..... | (60) |
| (一)工具主义理论简介 .....           | (60) |
| (二)以工具主义理论解释商标保护的前提缺失 ..... | (61) |
| 三、商标保护的正当性基础 .....          | (62) |
| (一)自由 .....                 | (65) |
| (二)平等 .....                 | (67) |
| (三)保护消费者利益 .....            | (68) |
| (四)经济效率 .....               | (69) |
| 第四章 商标权的本质 .....            | (73) |
| 一、作为财产权的商标权 .....           | (73) |
| (一)商标保护的历史考察 .....          | (73) |
| (二)商标权的财产权地位的确立 .....       | (76) |
| (三)商标的财产价值 .....            | (78) |
| 二、反不正当竞争保护与商标权保护的关系 .....   | (83) |
| (一)反不正当竞争保护的方式和对象 .....     | (83) |

|                                         |       |
|-----------------------------------------|-------|
| (二)反不正当竞争保护是对商标在商标权以外的<br>补充保护 .....    | (85)  |
| 三、商标权的本质界定 .....                        | (89)  |
| (一)商标权保护的核心:保护联系 .....                  | (89)  |
| (二)保护商标权是保护商誉的重要手段 .....                | (91)  |
| (三)商标权的发展:商标符号的商品化 .....                | (93)  |
| 四、商标权的制度功能 .....                        | (96)  |
| (一)促进品质保证 .....                         | (96)  |
| (二)降低搜寻成本 .....                         | (97)  |
| (三)维护自由竞争和诚实信用的社会经济秩序 .....             | (97)  |
| (四)促进投资与创新 .....                        | (98)  |
| (五)强化权利意识 .....                         | (98)  |
| <b>第五章 商标权的内容——权利范围的界定</b> .....        | (100) |
| 一、权利范围的确定方式 .....                       | (102) |
| (一)传统理论对商标权的具体内容的描述 .....               | (103) |
| (二)权利范围的确定方式——“正面还是反面”的<br>选择 .....     | (110) |
| 二、从禁止利用的角度确定商标权的权利范围 .....              | (114) |
| (一)禁止混淆 .....                           | (114) |
| (二)禁止引发注意力的联想 .....                     | (119) |
| 三、从禁止损毁的角度确定商标权的权利范围 .....              | (121) |
| (一)行为人不一定具有竞争关系 .....                   | (121) |
| (二)使用相同、近似的符号或足以使人产生联想的<br>不近似的符号 ..... | (122) |
| (三)造成了弱化、丑化的后果 .....                    | (122) |

下 编

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| <b>第六章 商标权取得制度评价与建构</b>    | (125) |
| 一、商标的联系本质决定了使用取得的正当性       | (125) |
| (一)联系必须在使用中建立              | (125) |
| (二)使用取得制度的合理性所在            | (126) |
| (三)使用取得制度的弊端               | (129) |
| 二、商标及商标权本身的特性决定了注册取得制度的正当性 | (130) |
| (一)商标本身的抽象性决定了注册取得的合理性     | (130) |
| (二)权利的明确性要求决定了注册取得的必要性     | (131) |
| (三)注册制度对权利范围的明确满足了权利的垄断性要求 | (132) |
| 三、注册制度对商标基本条件的要求           | (132) |
| (一)可以注册的标记(符号)             | (133) |
| (二)显著性                     | (142) |
| (三)不侵犯他人在先权利               | (146) |
| 四、注册取得制度的优化                | (148) |
| (一)完善对于“意图使用”的监督           | (151) |
| (二)完善商标权的使用义务              | (152) |
| (三)禁止商标权人只许可他人使用而自己不使用     | (152) |
| 五、商标注册行政行为的性质认识            | (153) |
| 六、使用而未注册的商标的保护             | (155) |
| (一)未注册商标应当得到法律的保护          | (156) |
| (二)未注册商标的保护范围              | (157) |

|                                        |       |
|----------------------------------------|-------|
| <b>第七章 驰名商标保护与认定制度的再认识</b> .....       | (159) |
| 一、我国现行驰名商标保护与认定制度简介 .....              | (160) |
| (一)对驰名商标的特殊保护规定 .....                  | (160) |
| (二)驰名商标的认定机关 .....                     | (165) |
| (三)驰名商标认定的基本规则 .....                   | (169) |
| 二、现行驰名商标制度的困境 .....                    | (171) |
| 三、驰名商标的本质 .....                        | (174) |
| 四、驰名商标制度的改造 .....                      | (176) |
| (一)驰名商标认定的考虑因素 .....                   | (176) |
| (二)驰名商标认定的必要性、主动性与被动性 .....            | (184) |
| (三)驰名商标的保护记录与自认、“个案有效”规则 .....         | (191) |
| (四)驰名商标的消费者教育 .....                    | (194) |
| (五)驰名商标保护的条件——不仅“驰名”，还需要造<br>成损害 ..... | (197) |
| <b>第八章 侵犯商标权行为的特征与判定</b> .....         | (201) |
| 一、侵犯商标权行为的特征 .....                     | (201) |
| 二、侵犯商标权行为判定的特殊因素 .....                 | (205) |
| 三、关于商标反向混淆案件的分析 .....                  | (208) |
| (一)商标反向混淆的事实后果 .....                   | (210) |
| (二)商标反向混淆的侵权法基础 .....                  | (213) |
| (三)商标反向混淆的责任认定 .....                   | (214) |
| <b>结 语</b> .....                       | (217) |
| <b>参考文献</b> .....                      | (219) |
| <b>后 记</b> .....                       | (226) |