

论商标的存储投资功能

徐春成

[摘要]商标的存储投资功能是商标在现代市场经济条件下逐渐凸显出来的重要功能。商标所存储的投资,包括了经营者在经营过程中的全部投资和积累,具有综合性、整体性和结构性的特征。商标的广告功能和指代商誉功能实质上是商标的存储投资功能。在理论上肯认商标的存储投资功能,有助于澄清商誉产生的原因,便于认识商誉的实质,也说明了商标价值的来源;能够为商标的财产化提供充足的说明;有助于明了商标侵权损害赔偿的实质;有助于贯彻鼓励正当竞争的立法政策,避免对商标的错误认识;能使商标保护获得伦理上的正当性。

[关键词]商标;广告功能;指代商誉功能;存储投资功能

中图分类号:DF523

文献标识码:A

文章编号:1004—3926(2016)07—0103—06

基金项目:教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“知识产权行政保护与司法保护绩效研究”(08JZD0009)阶段性成果。

作者简介:徐春成(1978—),男,河南鲁山人,西北农林科技大学人文社会发展学院讲师,博士,研究方向:知识产权法学。陕西 杨凌 712100

“商标执行着多种经济功能。商标的功能往往构成论证商标保护恰当范围的起点。”^[1]商标的功能是商标法的基础和确定商标保护范围的指针^{[2] (P.43)},商标功能理论是商标法的根本理论,有不少著作将商标具有的识别功能、指代商誉功能、广告功能作为论证商标法其他问题的逻辑起点或者立论基础。^①但是,理论界对商标功能的认识却不甚一致,主要有单一功能说、两功能说、三功能说、四功能说、五功能说等学术观点^[3]。在本文看来,商标仅有识别商品来源与存储投资两种功能。前者是商标专用权及排他权的基础,后者是商标财产权的基础。对于识别来源功能,学界认知一致。对于存储投资功能,学界至今仍未充分认知。本文尝试阐释商标的存储投资功能,求教于学界同仁。

一、商标存储投资功能学说的提出

在商标存储投资功能学说看来,商标所存储的投资,包括了经营者在经营过程中的全部投资。这种投资具有综合性、整体性和结构性的特征,既包括经营者对商标的广告投资,也包括经营者在产品质量、服务管理上的投资,还包括经营者在经营过程中的智慧投入、员工聘用投入。简单的说,商标所存储的投资包括了经营者在经营中所支出的人、财、物等全方位投资。不论是商标的识别来

源功能,还是表彰商誉功能,都是经营者投资的结果。商标识别功能的发挥离不开经营者在商标所标识的商品上的投资,零星的商标使用不能让商标实际发挥识别商品来源的功能。只有经过一定量的投资和促销活动,商品才能为消费者所知悉,使用在商品上的商标才能切实发挥识别商品来源功能。维持商标的实际识别来源功能需要长时间的商品经营和广告促销活动,无疑,要做到这一点需要经营者不断的把人力、物力花费到经营过程中。经营者只有在产品质量、日常管理、营销人员安排等方面进行大量投资,商品才能被公众认可、认同,从而形成对消费者的吸引力。这一过程,是经营者在商业上持续不断投资的过程。这一过程是非常艰难的。因为经营者所做的投资是全面的有机组合的结构性投资,面临木桶原理的约束,存在“一招不慎满盘皆输”的巨大风险。在这些投资中,最为基础的是产品质量投资和管理活动投资。在广告促销上的投资必须以产品质量投资和管理活动投资为基础。单纯的广告投资或者其他单一向度投资,对于商标识别来源功能、表彰商誉功能贡献有限。大量的广告虽然能够在一时间创造出驰名全国的商标,如果不注意加强在商品质量和管理活动上的投资,这种商标很快会沦为垃圾式负面商标,失去商业价值。如曾经名满全国的“三鹿”商标,由于经营者忽视了商品质量和管理投资

而仅注重广告投资这一单一向度,在经过一阵喧嚣之后,便失去商业价值。当其失去商业价值时,法律的保护几乎无需进行。

二、商标存储投资功能学说对既有学说的发展

(一) 商标存储投资功能是对商标广告功能的明晰化

在商标法研究中,有很多著作谈到了商标的广告功能。有观点认为“商标的广告功能已经遮蔽了它的基本功能……,如果没有商标的广告宣传功能,消费者会在浩如烟海的商品中选择自己需要的产品,这同样是一种不经济……法律必须认可并适度保护商标的广告功能。”^{[4] (P.7)} 还有观点认为“商标所具有的广告功能,并不是指商标可以使用于广告,或者通过广告对商标进行宣传。这里的意思是说,由于使用特定商标的商品的质量状况、性能价格比以及消费者对它的经验、认知商标蕴含着与商品有关的大量信息,从而使消费者一见到商标,就可以凭其所掌握的信息对使用该商标的商品质量、性能价格比等问题做出判断,进而做出选择。发挥商标的这种广告功能,一般有两种途径:一是通过顾客使用带商标的商品,使他们对商品的式样、质量、用途、耐用程度等得出良好印象,并努力把这种印象推广到其他消费者;另一种方法是对未使用这一商品的顾客进行广告宣传,使他们对商标产生好感,把人们潜在的需要激发出来,从而诱发购买动机,推动购买”^{[5] (P.345-346)}。日本有学者认为,“如果在商品上使用商标,经销售或者广告宣传,商品的信誉便凝集于商标上,消费者可以记住商标,并通过商标记住商品。这就是‘商标的广告作用’”^{[6] (P.9)}。本文认为,研讨商标的广告功能是否存在,首先应当把商标在广告中的功能与商标的广告功能区别开来。其次应当把商标的广告功能与广告的功能区别开来。这是因为商标在广告中的功能、商标的广告功能与广告自身的功能是不同的范畴。将三者混在一起进行讨论,无法让我们清楚地认识商标的实际功能。

首先,商标在广告中的功能。在广告中,商标是广告的重要表现素材和传播元素,是广告对象的识别符号,是广告的重要载体。换言之,商标只是作为广告中必不可少的构成部分参与了广告式传播。就商标在广告传播中的作用而言,其核心作用在于识别商品的来源。可以说,广告中之所以要使用商标,是因为商标具有识别商品来源功能。通过使用具有显著性的商标,广告才可以与其所要宣传的商品、商品的提供者之间发生一一对应关系。例如,保洁公司在央视刊登的广告中,

先是广告“海飞丝”、“飘柔”等洗发商品,对其品质由长发美女代言,之后指明“来自保洁”。又如“王老吉”凉茶广告,在广告的末端指明“加多宝出品”。经营者通过持续不断的广告投放,逐渐使得商标成为展示商品特性、传递商品信息的载体。表面上看,当一个商品连同其商标具有较高的知名度、认知度时,商标似乎具有广告功能,但实际上这只是广告传播的结果,是广告的功效,不是商标的功能。在广告中,商标是与其能够发挥识别商品来源功能而存在的。商标仅是广告不可或缺的工具。如果广告中仅宣传特定商品及商标,而未提及生产者或者销售者,商标的识别商品来源功能便会隐匿。其所发挥的作用,是让消费者记住特定商品,对特定商品留下印象,但无法让消费者知悉其提供者。对于广告与商标之间的关系,我们还注意到,商标虽然是广告的工具,但商标在广告活动中还具有存储广告投资的功能。经营者在广告上大量投资,其目的是为了宣传商品、推销商品。这种投资需要受到法律保护。在保护这种投资的形式上,法律选择了通过禁止假冒商标的途径来保护经营者在广告上的投资。其中的道理在于:经营者在广告上的投资,经过信息传递和接受过程,变成了消费者心中的记忆,这种记忆一时间是难以抹去的。广告投放越大,消费者的知悉范围越广,记忆也越深刻。在消费者的记忆中,最为核心的就是商标。消费者关于商品广告的全部记忆会浓缩在商标上,由商标来指代。站在客观的立场上看,经营者在广告上的全部投资最终都落在了商标上,由商标去承载。“商标就其本义来说,只是区别不同的生产者或者经营者的商品或者服务的一种标志。但它与企业联系起来后,作为企业开拓产品市场的先锋,其含义已经远远超过了产品或者服务标记本身,而成为产品或者服务质量、信誉、知名度的载体,凝结了厂商投入的智慧、心血和投资,构成企业的一种重要无形资产。”^[7]从这个角度说,假冒者的获利行为正是分享他人广告上的投资的行为。

其次,广告的功能。就经济上而言,广告的功能是促销。其目的是减少商品的生产者与消费者之间的信息隔阂,克服信息不对称,使消费者和经营者共享商品信息。有的广告还对消费者进行劝说,利用各种要素(如名人代言、特殊场景、怜悯心、顾客感受等)引诱消费者购买商品。广告的功能,对消费者而言,有两种相反的效果。一是构成不当引诱,引发不当消费;二是帮助消费者进行消费决策。这两种作用是广告的效果,与商标无关。有的观点将广告产生的不利后果归结在商标上,

并否定商标及商标权^[8]。这种认识其实是混淆了广告的功能与商标的功能,用否定广告的理由(广告的弊端)来反对商标,似乎文不对题。

最后,商标自身的广告功能。通常认为,商标是商品的脸,是无声推销员。对此,美国联邦最高法院大法官 Frankfurter 解释道“商标是购物的捷径,引导着购买者去选购他需要的货物,或者被引导而确信他需要的货物。标记的所有人利用人类的此种偏好,努力使一个好标记的吸引力充斥市场。无论采用何种方式,目的都一样。那就是通过商标,在潜在购买者的心中传送欲望,让他们购买带有商标的商品。一旦目的实现,商标的所有人就获得了某种有价值的东西。”^[9] 本文认为,商标自身能否起到无声的推销员的作用,要分情况讨论。对于没有投入市场或者首次投入市场使用的商标,其无法发挥广告功能,因为其没有任何市场意义,在消费者心中毫无识别商品来源的价值。消费者单从商标上得不到任何选购商品的有用信息。“从市场营销的角度讲,如果说一件商品的质量好,这是一个客观性的、已经存在的事实,但是这种事实是远远不能满足市场要求的,商品只有出售给消费者,被消费者消费或使用,通过人们的感觉、知觉以及在此基础之上的其他高级心理活动等,才能实现商品的价值。否则,商品的质量再好、再有名气、商品促销手段再高明,商品本身不能被消费、不能经过消费者的感觉、知觉以及其他心理活动,商品的最终价值是不能实现的,商品的经济功能也不能在市场上实现”^{[10] (P. 35)}。同理,商标若未经消费者经验察之,其功能同样无法实现。正如一个从来没有听说过姚明的人,当他听到或者见到姚明时,根本不会产生任何印象一样。对于已经投入市场使用的商标,只有当其被消费者注意到,被记忆下来以后,对于这个消费者而言,商标才能起到指代商品消费经验(商标的品质等信息)的作用。如果这个消费者将其经验告诉周围的其他人,它实际上充当了免费的推销员,免费给商标所标识的商品打了广告。从这个角度看,学界认为的商标所具有的广告功能,仍然是商标的识别商品来源功能。

(二) 商标存储投资功能是对指代商誉功能的精细化

一种流传极广的观点认为,商标是指代商誉的符号。商标的规定性是商誉,商标是商誉的载体或者表现形式,商誉是商标的内容^{[11] (P. 18)}。“事实上,商标仅是商誉得以识别、买卖、为公众所知的有形工具之一。”^[12] 这种观点将商标的功能定位成指代商誉。在这种观点看来,商标是影子,商

誉是形成影子的实体,离开了商誉,商标什么也不是,毫无价值。不可否认,这种观点颇有见地,说服力也很强。然而,当我们接着问,商标所指代的商誉是什么时,能够得到的答案就令人迷惑了。事实上,商誉的含义从来就是模糊不清的“商誉是一种易于描述而难以定义的无形财产形式,它是难以形容的东西,是引导顾客返回同一营业或者购买同一品牌商品的吸引力”^[13]。人们对商誉的界定往往要借助于比喻。美国乔治亚州最高法院法官 Grice 对商誉的比喻极富诗意“把企业的商誉想象成形式化的东西或者实体化的东西,是困难的。它更像翱翔在物质实体上空的精灵,像环绕其四周的空气,像源自企业行为的芬芳,像是令人喜爱的色彩、影响,使得买卖习惯性地与特定地点或特定名称相联系。如同芬芳能够增加人们对带来芬芳的花朵的喜爱,商誉可以增加产生商誉的实体的价值”^[14]。在英国,法官 MacNaghten 勋爵对商誉的界定被广为引用,他说“商誉是什么?它是易于描述、难以定义的事物。它是对一个企业有益的名字、声誉和联系所带来的好处和优势。它是带来顾客的吸引力。它是一个老企业与新企业在起点上相区别的那种事物”^[15]。上述法官对商誉的定义在学界和实务界被广为引用。这些定义看似什么也没有说,但好像又说明了商誉的全部。这反映出人们对商誉的认识多是感性的。似乎合乎逻辑地界定商誉不可能。虽然商誉的概念是模糊的,但商誉却是经济学、会计学 and 法学等学科上共同使用的术语。从人们使用商誉的语境看,商誉主要是与商事主体相关联的事物,是商事主体的某种东西。经营商事业务的商自然人也有商誉,并且这种商誉似乎不能转移。很难想象,一个知名律师的声誉可以将其声誉传递给其他人。严重依赖于个体具体技艺所产生的商誉,必然随着该个体的消亡而消亡。只有那种格式化的、团体性的组织的商誉方能不断的递延,也能随着组织本身的整体转移而转移。这样一来,商誉似乎具有严格的人身依附性。“商誉不得与其所依附的营业或者其资产分离,不得独立其所依附的营业或其资产而被处分。因此,作为独立和不同的实体,商誉就其自身无财产之存在,但是仅作为有地址或名称的继续性营业的附属物。商誉不得与营业的其他资产分离。”^[16] 如此看来,商誉又具有严重的对有形物的依赖性。这种依赖可以描述为,离开了商标等有形事物,商誉什么也不是。商誉对有形物的依赖分化出多种商誉类型:商标商誉、产品商誉、公司商誉、商标固有商誉等等。商标商誉是公众对商标的积极评价,产品商誉是

公众对产品的积极评价,公司商誉是公众对作为市场主体的公司的积极评价,商标固有商誉是商标本身因为含义友好隽永而受到的公众的积极评价^[17]。不论是哪种商誉,其实质都是公众的评价。从消费者角度看,商誉的本质是消费者对经营者及其商品的信任,是消费者给予经营者及其商品的信用。说“商誉是交易期待。它使得明天的交易不仅是偶然”^[18],是十分贴切的。消费者对经营者商品的信任或者给予信用,是因为其从经验上判断经营者值得信任。这种信任是一种消费者心理或者评价。将商誉作为商标的实质,事实上是将一种公众对商标的认识作为财产权的对象。然而,“把商标作为购物大众所喜爱的关注点存在几分模糊。但是如此解释的商誉自然不能成为严格意义上的财产权。因为没有人能够对公众所喜爱的关注点享有如此所有权,以致得以从中排斥他人”^[19]。在本文看来,商誉仅是商标指代的中间事物,其真正指代的是商誉背后形成商誉的事物,此种事物是商标所有人的投资利益。商誉的形成依赖于消费者对经营者及其产品的信任,而这种信任的建立,是经营者经过大量的广告投入、产品质量投入、营销服务、经营态度等途径构建的。因而可以说,赢得消费者信任从而产生的商誉是经营者投资的结果,商誉的背后是经营者的投资。在现代商业中,商誉与经营者在广告上的投资呈正相关关系,即公司在广告上投资越多,所产生的商誉越多。同理,经营者在商品品质、服务上的投资与商誉也成正相关关系。可以说,离开了经营者对商品品质、服务和形象的投资,离开了经营者在维护商品信誉上的投资,商誉很难维系。经营者在商誉上投资的缺失随时可能导致商誉消灭。正因如此,商誉是非常脆弱的东西,建立起来难,但毁掉却十分容易。诚如霍姆斯所言“它涉及一种精致而易碎的东西,价值巨大但容易损毁,因此需要以相当的谨慎来保护”^[20]。商标与商誉是表里关系。商标是指代商誉的工具,而商誉的本质是经营者的投资。商誉仅是中间环节。商标指代商誉是表面性的,商标指代的深层次对象是投资。因此,商标的承载商誉功能,在更深层面上是承载投资功能,即本文所称的存储投资功能。换言之,商标的存储投资功能与商标的承载商誉功能实质上在统一的。只不过,与商标的承载商誉功能相比,商标存储投资功能的说法,是在更深层次上看待商标、商誉、经营者投资三者之间关系的。它们之间的关系是,经营者在商品上的结构性投资会形成商誉,商誉经由商标为相关公众所认知记忆。商标最终承载的是经营者在商品上的

结构性投资。

三、商标存储投资功能学说的理论与实践价值

在理论上承认商标的存储投资功能从而构建新学说,有如下价值:

(一) 有助于澄清商誉的实质及商标价值的来源

表面看来,公众的高度评价导致了商誉的产生。实质上,商誉的产生是经营者长期投资的结果。经营者在经营过程中所进行的结构性投资使得消费者认可了商标所标识的商品,使得商誉产生。在商誉产生的过程中,公众仅是被动的、无意识的、自然的接受。商誉产生的发动机是经营者持续不断的投资。法律对商誉的保护,本质上是对商誉背后的经营者投资利益的保护。一般情形下,经营者在商业经营中的投资直接影响商标的价值。经营者在商品经营过程中的投资,尤其是在商标广告宣传和市场推广中的投资,对于商标的知名度和消费者的认可度有着至关重要的影响。凡是被认定具有巨大商业价值的商标都是经营者长期谨慎投资、用心经营的产物。从会计学的角度看,在商业宣传、质量服务体系等方面的投资要计入递延资产。递延资产正是要在今后逐步分销的成本。商标所具有的存储投资功能,经过法律的保护,使得经营者所花费在市场营销、广告宣传等经营活动中的支出有所依附。商标的存储投资功能说明了商标价值的主要来源。

(二) 有助于论证商标的财产化

商标财产化的重要特征是商标可以作为财产进行处分。早期普通法上的商标功能理论认为,商标是用来向消费者彰显商标所标识的商品或服务的唯一物理来源或者起源^[21]。根据这种理论,商标与商品以及商品的制造者之间是一一对应关系,不允许任何第三人插入这种关系。消费者之所以要购买特定的商品,是因为他相信这种商品的制造者及其信誉。商标不可能由其所有人之外的人使用,否则会导致欺诈。在商标的功能是识别商品制造者的观念之下,商标许可是不可想象的。商标许可在商标识别来源功能理论下不可能,商标转让,如果没有伴随营业或者营业的一部分转让,更不可能。裸商标转让,是指不伴随营业的转让。这种转让,仅是转让商标,制造商品的技术、设备、人员并不转让,如此一来,商品的品质势必无法保证。商标转让后,消费者无法根据商标识别其曾经有经验的、投以信赖的商品。商标的识别来源功能无法实现。如果允许这种转让,必然的结果是造成欺骗,信赖商标的消费者会受到欺骗。如果商标作为营业的一部分转让则不会出

现欺诈现象,因为转让后的营业仍可以生产同一品质的商品,消费者购买的商品仍是同一来源的商品。允许这种伴随营业的商标转让,是与商标的识别来源功能相协调的,因为无论营业的所有人如何变化,商品的来源仍然是该营业。如果固守商标的识别来源功能,商标许可和商标自由转让是无法在法律上正当化的。要使商标许可和商标自由转让具有正当性和合法性,必须提出新的商标功能理论。商标的品质保证功能理论正是为了论证商标许可和商标转让这种新的商业模式能被法律所认可而出现的。商标的品质保证功能理论认为,商标的功能是保证同一商标所标识的商品具有同一品质。消费者所关心的是商品的品质,而不是来源,只要商标所标识的商品具有同一品质,消费者的利益即可得到保障,法律无需否定这种模式。^{[22] (P. 233)} 品质保证功能理论能够为商标许可提供理论支持。因为许可人控制着被许可人的商品质量,并对产品的质量负责,因此被许可人制造或者销售的商品在质量上与许可人的商品并无差异,消费者的利益不会受到影响,不会欺诈消费者。商标转让后,如果受让人能够保证商品的质量,消费者的利益同样不会受到损害,不会欺诈消费者。只要法律规定受让人负有保证商品质量的义务,商标转让是可以自由进行的。但是,商标的品质保证功能会给商标权保护带来两个疑问,一是如果侵权者的商品在品质上等于或者高于商标权人商品,是否就不构成侵权?显然,历史上和当前的法律规则给出的结论都是否定的。二是商标权人更改商品质量时,消费者能否寻求救济或者商标权人是否应当受到制裁?答案是否定的,消费者没有此项权利,商标权人也应受到处罚。事实上,商标并不具有品质保证功能,商标品质保证功能仅是商标识别功能的副产品,因此,以品质保证功能解释商标处分自由显然是不够完善的。如前所述,商标的存储投资功能,是指商标所有人在商品经营中的全部投入会浓缩在商标上,由商标指代。商标所有人的全部投入,包括为提高商品质量进行的投入、为宣传商品花费的广告费、为创建商品营销渠道进行的投入、持续经营进行的投入等。经营者在长期的经营中,日积月累的投入,会形成商业信誉,这种商业信誉是投资的产物。商业信誉存在于消费者心中,属于心理资产。这种心理资产必须以一种有形形式存在。在心理资产的有形形式中,商标是最为重要的一种。法律对商标的保护,对商标权人而言,保护的是其在商品经营上的投资,是商标权人通过投资商品经营而形成的市场。商标所代表的投资属于商标权

人。此种投资形成的资产与物权等财产并无本质区别。因此,商标权的自由处分自然不应当受到限制。从市场现实看,商标许可之所以发生,是因为许可人和被许可人都看到了商标的资产价值,两者都能够从中获利。许可人借助被许可人的资本扩张了市场,增加了市场占有率,促进了商标增值;被许可人借助商标的市场声誉,分享了商标权人在商标上存储的投资,这才是被许可人之所以愿意支付商标使用费的原因。换言之,被许可人之所以愿意使用许可人的商标,是因为许可人的商标能够帮助他迅速进入市场并获得利润^②。除了特殊的经营安排外^③,没有建立市场声誉的商标几乎没有可能许可他人使用,他人也不可能愿意为没有市场声誉的商标支付使用费。商标转让,除了特殊情况外,商标受让人之所以购买商标,愿意支付价款,其经济动因是看到了商标所存储的市场影响力,此种市场影响力正是商标转让人通过经营投资而产生的。具有市场理性的商标交易双方正是对商标的市场价值达成了一致意见才进行交易的。双方交易的对价是商标中存储的投资的价值。概言之,按照商标的存储投资功能,商标具有了财产属性,商标权自得自由处分。

(三) 有助于明了商标侵权损害赔偿的实质

在商标侵权纠纷中,原告往往要诉求被告赔偿其损失。一旦法院判决被告承担赔偿责任,赔偿数额的计算就成为十分重要的问题。实践中,对于被告侵权所获得的利益,往往根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算;该商品单位利润无法查明的,按照注册商标商品的单位利润计算。对于原告因被侵权所受到的损失,可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积计算。这种计算方式可以从商标存储投资功能中得到说明。原告商标中所存储的投资,要在日后的商品经销中凸显其价值。这种价值正是原告商品利润的一部分。当被告假冒原告的商标进行商品销售时,其所占有的实质上是原告应当获得的利润。而被告以原告的商标销售其商品时,其必然借助了原告在商标上的投资,这种投资不是被告实施的,而是被告抢占原告的。因此被告的销售利润中含有原告在商标上的投资,这种投资自然应当作为不当所得划给原告所有。理想状态下,原告的销售损失与被告的销售所得应当是完全一致的。但是这两者证明起来都是困难的。毕竟经营活动是不能用数学方法精确测定的事物。正是证据上存在的困难,使得立法者准许根据被告的销售利润来确定应该支付给原告的赔偿额。

实践中,原告可以通过举证证明自己的广告费支出、许可费数额来佐证其受到的损失。对于那些没有实际使用的商标,其所有人在诉求侵权赔偿时,我国的司法政策已经明确,即便侵权成立,可以不予赔偿^④。其道理正在于这些商标没有存储经营者的任何投资,因而没有价值,其受到的损害也就无从谈起。

(四) 有助于贯彻鼓励正当竞争的立法政策

我国实行较为僵化的注册制度,对经过使用而产生一定影响的商标给予较弱的保护,几乎不承认使用取得商标权规则。现实中,商标抢注现象比较严重,存在大量不是为了实际使用而是为了出售的注册商标。网络上出现的商标超市即是证明。抢注者的行为不仅妨碍他人使用商标的自由,而且导致商标注册簿拥堵,给正当的商标注册造成障碍。商标的存储投资功能启示经营者只有在商品经营中进行全方位投资才能使商标具有价值,简单的商标注册并不能使商标成为实在的财产。只有在存储了足够的经营性投资之后,商标才有价值。这一思路有助于实施鼓励正当经营、制止通过商标注册而投机取巧的法律政策。

结语

商标的识别商品来源功能是商标最为基础和原始的功能。随着市场的自由化和扩展,商品趋同,同类商品越来越多,必须通过广告宣传对商标进行大量投资才能占领消费者的记忆,形成品牌效应,扩展市场份额。法律对商标的保护,不再局限于对其识别商品来源功能的保障,还扩展至对其存储投资功能的保护。现代经济条件下,商标已经成为经营者进行投资的工具,具有了存储投资的功能。在两者的关系上,识别商品来源功能是商标的基础功能,存储投资功能是商标的延伸功能。两者既相伴而生又有所不同,共同构成了商标保护范围的逻辑起点。

法律能够保护的只能是商标的识别功能和存储投资功能。法律对商标识别功能和投资功能的保护,使得商标成为不能由竞争者随意使用的符号。通过维护商标的识别功能,相关公众得以节省购物成本,免于被欺诈。通过维护商标的投资功能,商标所有人的利益得到维护,不正当竞争行为得以制止,社会信用得以保障。

注释:

^①参见文学《商标使用与商标保护研究》,法律出版社2008年版,第25页以下;邓宏光《商标法的理论基础——以商标显著性为中心》,法律出版社2008年版,第51页以下;孔祥俊《商标与

不正当竞争法:原理和判例》,法律出版社2009年版,第43页及以下。

^②参见中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2009)民申字第957号。

^③参见江苏省高级人民法院民事判决书(2009)苏民三终字第0211号。

^④《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》(最高人民法院印发,法发(2009)23号)第7条。

参考文献:

- [1] William Cornish & David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (5th ed.), Sweet & Maxwell, 2003, p. 586.
- [2] 孔祥俊. 商标与不正当竞争法:原理和判例[M]. 北京:法律出版社, 2009.
- [3] 徐春成. 商标保护范围研究[D]. 中国政法大学博士论文, 2012.
- [4] 杜颖. 商标法[M]. 北京:北京大学出版社, 2010.
- [5] 吴汉东等. 知识产权基本问题研究[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2009.
- [6] [日]纹谷畅男. 商标法五十讲[M]. 魏启学译. 北京:法律出版社, 1987.
- [7] 冯晓青. 论商标法的目的与利益平衡[J]. 湖南科技大学学报(社会科学版), 2004(2).
- [8] Ralph S. Brown Jr., *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, 1948, 57 *Yale Law Journal* 1165, p. 1187.
- [9] *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kersge Co.*, 316 U. S. 203 (1942).
- [10] 罗子明. 消费心理学[M]. 北京:清华大学出版社, 2002.
- [11] 崔立红. 商标权及其私益之扩张[M]. 济南:山东人民出版社, 2003.
- [12] *The Coca-Cola Bottling Co. v. The Coca-Cola Co.*, 269 Fed. 796, 806, 1920.
- [13] L. Bently & B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2004, p. 709.
- [14] *Smith et al. v. Davidson*, 198 Ga. 231; 31 S. E. 2d 477; 1944 Ga.
- [15] *IRC v. Muller & Co's Margarine Ltd.* [1901] AC 217, p. 223.
- [16] *Smith et al. v. Davidson*, 198 Ga. 231; 31 S. E. 2d 477; 1944 Ga.
- [17] Robert G. Bone, *Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law*, 86 B. U. L. Rev. 547, 2006, p. 552, footnote 11.
- [18] Edward S. Rogers, *The Lanham Act and the Social Function of Trade-Marks*, 14 *Law & Contemp. Probs.* 173, 1949, pp. 173-182, 176.
- [19] *Premier-Pabst Corp. v. Elm City Brewing Co.*, 9 F. Supp. 754, 757 (1935).
- [20] *Bourjois & Co. v. Katzel* (260 U. S. 689).
- [21] Henry G. Bisgaier & Monroe E. Price, *Quality Control and the Antitrust Laws in Trademark Licensing*, *The Yale Law Journal*, Vol. 72, No. 6, May, 1963, p. 1174.
- [22] 刘春田. 知识产权法[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2000.

收稿日期 2016-04-19 责任编辑 苟正金