

【民商法研讨】

# 驰名商标的异化及治理

贾小龙

(兰州理工大学,甘肃 兰州 730050)

〔摘要〕我国驰名商标认定及保护制度在地方政府高额奖励、主管机关尤其是行政机关“惯性”思维以及市场主体的利益最大化的驱动之下已严重异化,其结果是背离了商标立法目的、商标权本质以及保护驰名商标的立法初衷,也在很大程度上诱发了企业的盲目、甚至恶意追求驰名商标认定的非理性行为,妨害了公平的市场竞争秩序。因此,应当从纠正地方政府不当行为、完善驰名商标认定程序和规范驰名商标使用行为等方面加以治理。

〔关键词〕驰名商标;异化;治理

〔中图分类号〕DF523.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1672-1500(2008)03-0030-04

## 一、驰名商标异化概述

异化一词最早主要指权利和财富的让渡,自德国古典哲学开始,异化具有了哲学含义。作为事物自身发展的一种现象,异化具有普遍性。就驰名商标及其特殊保护制度而言,异化同样不可避免。本文无意就驰名商标及其特殊保护制度的自身内在异化过程进行分析,而愿借学界已经广泛运用的“异化”一词,分析导致驰名商标及其特殊保护制度外在的、人为的“异化”现象及其治理和防范对策。

在保护驰名商标的百年立法史上,驰名商标总是与其认定“主管机关”、“考虑因素”、“特殊保护制度”紧密联系在一起的。这表明,驰名商标与法律赋予其特殊保护制度是一一对应的、互相依存的,离开了特殊保护,就不会存在驰名商标。正如学者所言:驰名商标一词本身就具有一种特殊含义,它表明了一个商标与另一个商标之间的冲突。离开了这一具体情势(即存在冲突的情势)而谈驰名商标及其特殊保护,至少在商标法上是没有意义的,因而也是不真实的。<sup>[1]</sup>

然而,在我国,驰名商标法律制度已经被严重异化了。表现在:(1)区分“中国驰名商标”、“驰名商

标”、“驰名商标”,并被有关部门给予不同的待遇,甚至出现了司法认定的驰名商标不如行政认定,以致不能“请赏”的奇怪现象;(2)驰名商标已离开特殊保护制度而单独存在,成为一种荣誉称号、评价标志;(3)驰名商标已经事实上具有了不受时间、地域限制的特别效力;(4)驰名商标已成为市场主体积极的追逐对象,成为“攻防兼具”的竞争利器;(5)驰名商标已成为一些地方政府政绩的象征之一。

## 二、驰名商标异化的成因

(一)地方政府“买单”——驰名商标异化的直接原因

如今,地方政府为驰名商标的认定“买单”几乎成为了通行的做法。这种做法不但对企业产生了错误的导向,而且事实上成为企业进行驰名商标认定所花费用的直接承担者,打破了立法赋予驰名商标特殊保护是以企业长期在生产、销售、宣传等环节的投资以及承担必要的认定费用为前提这一必要的权利义务平衡关系,而且在巨额奖励的情况下,一旦获得认定,企业就会获得高出花费许多的净收入。不难想象,在此情形下,追求驰名商标认定甚至可能演变成企业追求直接经济利益、获得优势竞争地位的

收稿日期:2008-06-08

基金项目:兰州理工大学科研基金(编号:X12200609)

作者简介:贾小龙(1979-),男,兰州理工大学人文学院讲师,法学硕士,研究方向:知识产权法。

经营策略。这种错误的做法是导致我国驰名商标及其特殊保护制度异化的直接原因。

(二) 主管机构“惯性”思维——驰名商标异化的助推剂

我国驰名商标及其特殊保护制度形成较晚,在此过程中,曾经出现过一些制度化的不当做法。直到 2003 年 4 月国家工商行政管理总局颁布《驰名商标认定和保护规定》(下称《规定》),一改过去批量认定驰名商标的做法,采纳了“被动认定”、“个案认定”的原则,突出了对驰名商标的保护,淡化了对驰名商标的管理,使得我国的驰名商标认定及其特殊保护与《公约》及《联合建议》的规定趋于一致。

然而,在实践中,我国的驰名商标认定并未完全步入正轨,主管机关仍然没有从根本上转变思维。中国商标网公布的数据显示,不论是 2007 年认定的 197 件驰名商标,还是 2006 年认定的 278 件,国家工商行政管理总局都采用了“批量公布,集中宣传”的做法。这样就自然而然地造成了驰名商标行政认定依然坚持“一案认定,全国通用;一次认定,长期有效”的客观宣传效果,造成消费者的混淆和社会的误导。<sup>[2]</sup>同时,也成为了主体追求认定和获得地方政府奖励、象征地方政府实施“品牌战略”取得成效的事实依据。因此,不能不说,主管机关的这一“惯性”做法对驰名商标的异化起到推波助澜的作用。

(三) 个体利益最大化驱动——驰名商标异化的根本原因

商标的原始功能是表明商品的来源或出处,它涉及的是在混淆和欺骗或者可能发生误解的环境中,阻止他人使用相同或者近似商标。它和其他知识产权一样,原本在法律上只具备保护功能。然而,在交易频繁、经济发达、分工细化的现代社会,商标已经成为商业层面上的策略工具或战略工具,拥有商标、尤其是驰名商标,企业便可享受法外的制度优惠(如税收)、获得地方政府的高额奖励,并借此打垮竞争对手、甚至掩盖谋求驰名商标认定中的不法行为,从而不花一分一厘、迅速的获得竞争优势,实现个体利益的最大化。在此背景下,企业谋求追求驰名商标认定,就显得自然而然了。同时,地方政府高额奖励的错误激励、主管机关“惯性”做法的推动,均体现在企业为追求个体利益最大化而发起的驰名商标认定行为中,因此,个体利益最大化驱动,是驰名商标异化的根本原因。

### 三、驰名商标异化之后果

(一) 背离了商标权本质以及商标法的立法目的

驰名商标异化之后,产生了一系列不良后果,对此,前最高人民法院副院长曹建明大法官指出,“对达到驰名度的商标认定为驰名商标只是依法给予特别呵护的前提事实,属于案件事实认定范畴。如果脱离开认定案件事实的立法本意而追求荣誉称号、广告效用等商业价值,就会使驰名商标认定制度异化,会产生一系列不良后果和负面影响,甚至产生“合法的”、“普遍的”欺诈,从而危及商标保护的正当性。

首先,商标权的法律本质在于为权利人提供对抗他人侵害自身利益的手段,具有明显的防御性和消极性,与其说商标权是一种权利,不如说它只是一种救济。而异化之后的驰名商标认定,已经使得驰名商标在商业层面上役使于企业的商业目的和战略目标,攻防兼备,这从根本上背离了商标权的本质,也在一定程度上否定了保护注册商标专用权的正当性。

其次,从商标法的起源来看,商标立法的目的从来都不是单一的。在近现代商标法中,更加强调商标立法的双重目的。1940 年,美国国会报告在解释《兰哈姆法》的重要目标有二,一是“保护公众,以便他们能够自信地获得他们所需要的产品,即在购买了标示了一个特定商标的商品时,他们得到的正是他们所需要获得的”;二是“保护所有人的投资,在商标权人投入了精力、时间和金钱以向公众提供商品时,他付出的投资免于被盗版和欺骗等行为滥用”<sup>[3]</sup>。驰名商标异化之后,不但商标之上所凝结的商誉可以通过非正当途径获得和“飙升”,而且商标的功能事实上完全回归到了最初的区分商品来源的功能,至于对消费者选购商品的导向功能,在商品种类极大丰富的现代商业社会,公众事实上已经无法自信的通过商标的指示获得他们所需要的产品。一句话,驰名商标异化之后,事实上,形成了新的、“合法的”、普遍而又广泛的欺诈,使得商标立法沦为了产生欺诈的源头,危及了商标保护的正当性。

(二) 与认定驰名商标的基本精神背道而驰

不论是首创了驰名商标特殊保护制度的《巴黎公约》,还是代表着驰名商标特殊保护制度最新进展程度的《关于保护驰名商标的规定的联合建议》,均认为驰名商标认定是一种单纯的事实认定,其法

律意义在于对竞争商标给予法定的特殊保护。换言之,商标是否驰名是其能否得到特殊保护的前提,除此而外,驰名商标及其认定都是毫无法律意义的。

我国许多企业寻求驰名商标认定的主要动机已经与驰名商标的立法本意无关。<sup>[4]</sup>如“汕头康王三件驰名商标被撤销”案<sup>[5]</sup>、武汉劲牌公司的“驰名商标之路”<sup>[6]</sup>均在某种程度上再现了这些现象。不仅如此,即使在学界,也有学者对驰名商标及其特殊保护制度持有不正确的认识。甚至有学者撰文指出,应建立我国的驰名商标撤销制度,指出“我国还应建立驰名商标定期审查制度,当驰名商标被认定之后每经一段时间就必须对其进行整体审查,及时将不具备驰名商标资格的商标剔除,规范其使用”;<sup>[7]</sup>显然,学者已经注意到了驰名商标异化的问题,但事实上,作为一种事实状态,商标“驰名”不是永恒的、无限的,它只在商标争议案件中具备特定的法律意义,因此,就谈不上建立专门的驰名商标撤销制度的问题,况且,作为事实,也是决计无法“撤消”的。同时,依照《商标法》,驰名商标只能作为注册商标被依法撤消;就其不当认定而言,不论是依据《行政诉讼法》,还是依据《民事诉讼法》,都是可以而且应当通过诉讼程序纠正的。

### (三) 驰名商标广告化,加剧市场主体的非理性

拥有驰名商标是品牌经营者孜孜以求的目标,许多企业不惜代价,想方设法去取得驰名商标的认定,认为获得驰名商标的称号就如同有了护身符,成为金刚不破之躯,从此可以高枕无忧,知名度可以越来越好,市场可以越来越强,品牌的保护力度可以越来越大。驰名商标在我国已经广泛地被认为是一种荣誉称号。许多企业开始过多的关注驰名商标的认定行为,而非可靠的产品质量、完善的售后服务等正常的“创驰”行为,企图借助认定,谋求企业商誉剧增,并通过将认定所得的驰名商标广泛、无任何限制的运用于宣传企业产品、扩大企业知名度,为企业谋取高额利润的“捷径”。甚至出现了一些企业为掩盖其不正当竞争行为,竟然虚构纠纷、恶意制造纠纷,谋求驰名商标认定的现象,前引汕头康王驰名商标案已凸显了市场主体的驰名商标认定中的这种非理性行为。

## 四、驰名商标异化的治理

### (一) 纠正地方政府的不当行为

地方政府奖励驰名商标认定的做法误导和加剧了市场主体的非理性行为,破坏了驰名商标认定和

保护中基本的权利义务相一致,人为扭曲了公平的市场竞争环境,直接导致了驰名商标及其保护制度的异化。同时,这种做法还可能产生广泛的权力寻租和地方保护主义现象。因此,必须加以纠正。从短期来看,国务院应当明令禁止地方政府的这一“通行”做法;从长期来看,一方面应端正地方政府的政绩观,加强对地方政府在软环境建设方面的评价,同时加快行政管理体制改革,细化地方政府预算,强化群众监督。如此,则可回归正常的权利义务相一致,迫使企业在“创驰”过程基于投入回报的正常规律而逐渐趋于理性化。

### (二) 在驰名商标认定中强化“必要性要求”,增加行政认定的透明度

目前,我国驰名商标的认定已经回归到了“被动认定、个案适用、他案参考”的国际通行做法。根据相关法律、法规以及司法解释的规定,不难看出,存在纠纷是企业主张驰名商标认定的唯一前提,至于是否认定,则主管机关应当根据《商标法》第 14 条规定的考虑因素,综合判断。换言之,不论是否是纠纷处理所必需,都存在驰名商标认定的问题,而且,在案件处理结果中,大多存在单独表述某某商标是驰名商标的条项,这在立法上为企业不正当“创驰”留下了余地,在执法、司法上为驰名商标的滥用提供了便利。同时,不论在立法上,还是在实践中,我国大量的驰名商标都是由行政机关认定的,而行政认定的程序尚不够明确,透明度不高,也为驰名商标认定的泛化、驰名商标认定中的不当行为的发生创造了条件。故此,笔者认为,不论是司法认定还是行政认定,只要不是处理案件所必需,均不进行驰名商标的认定。同时,考虑到驰名商标认定应对其给予特殊保护的前提,属于单纯的事实认定,因此,在案件处理结果中,出现某某商标是驰名商标条项并无必要,且无法律依据,更无法律意义。

### (三) 规范“驰名商标”的使用行为

作为私权,一方面,商标权人有权在法律不禁止的情形下行使其权利,如将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览及其他商业活动中;另一方面,“行使商标权的要义在于维护商标的识别作用,并以此基础上实现保护消费者利益和维护公平竞争的市场秩序的目的。”<sup>[8]</sup>当其不当行使而构成权利滥用时,则应当严格禁止。

可见,将商标用于广告宣传是商标权的内容之

一。但这并不意味着将“驰名商标”用作广告宣传也是合法的和正当的。那种认为禁止“驰名商标”作为广告宣传在法理上站不住脚,并建议从以下三个方面进行规范的做法恰恰反映了我国目前普遍存在的对驰名商标法律制度的不当理解:“其一,规定厂家如果将驰名商标运用于广告宣传,必须明确表示其具体类别,否则构成虚假宣传。其二,驰名商标用于广告,必须是在其驰名商标有效的期限内。其三,基于权利平衡理论,一旦使用驰名商标于广告中,应对其厂家适应高于其他一般厂家的要求,即更高的产品质量要求和更全面的售后服务要求。”<sup>[9]</sup>事实上,商标“驰名”这一事实仅仅是特定案件、既定情形下的一种状态,驰名商标法律制度仅仅赋予了享有较高声誉并被相关公众广泛知晓的商标不同于其他商标的特殊保护,并未在法律上设置“驰名商标”和“非驰名商标”这一分类形式。因此,离开这种状态只谈某某商标为“中国驰名商标”或“驰名商标”本身就是一种权利滥用,是一种赋予了驰名商标永久、无限效力的错误做法,应当依照《中华人民共和

国反不正当竞争法》第 9 条的规定加以严格禁止。

#### 参考文献:

- [1] 吴汉东. 知识产权基本问题研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- [2] 陶鑫良. 我国驰名商标保护的误区及其出路 (二) [N]. 中国知识产权报, 2007-11-14.
- [3] [8] 冯晓青. 知识产权利益平衡论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2006.
- [4] 魏小毛. 谁把驰名商标“绣”成美丽的桂冠 [N]. 中国知识产权报, 2007-3-14.
- [5] 曾水东, 鄢荣华. 汕头康王三件驰名商标被撤销 [N]. 中华工商时报, 2007-8-21.
- [6] 王文娟. 打官司打出驰名商标 [N]. 中国知识产权报, 2004-4-6.
- [7] 王宁. 我国驰名商标制度存在的问题及对策 [J]. 经济师, 2007, (2).
- [9] 周一. 从驰名商标广告运用引发的思考 [J]. 现代商业, 2007, (21).

(责任编辑: 苏 涵)

## The Alienation of Well-known Trademarks and the Rectification

JIA Xiao-long

(Lanzhou University of Science and Engineering Lanzhou Gansu 730050, China)

**Abstract:** The determinative and protective system of China's well-known trademarks was seriously alienated motivated by high rewards provided by local government competent authority especially administrative authority's past tense practice and the maximum profit pursuing by market enterprises and resulting in the consequence that diverged from the legislative goal of trademark law, the nature of the right of trademarks and the original intention of well-known trademarks. At the same time induced thoughtless even intended pursuing of the well-known trademark determination to a highly extent impaired the equitable market competitive orders. So we should put it in order from the aspects of correcting local government's improper acts, perfecting the determinative procedure of well-known trademarks and ruling the exercise of well-known trademarks.

**Keywords:** well-known trademarks; alienation; rectification