

商标保护与市场竞争关系之 反思与修正

章凯业*

内容提要：将商标定性为传递来源和担保质量的信息工具，并以此作为建构当代商标法的规范性前提，导致商标法在制度设计之初缺乏对商标使用是否会产生市场力量的考虑。从动态的、市场的视角，商标本质上更是一种竞争工具。对商标的使用可能产生市场力量，该市场力量是法权形式与经济优势有机统一使然。个中的法权采用了财产权的进路，其经济优势则来源于对消费公众心理上的吸引力。当商标法所赋予的法权外衣与消费公众的识别行为不一致时，现有的制度可能招致限制竞争、垄断寻租及信息压缩等后果。这背离了保护商标以解决市场失灵、促进交易以及最大化消费者福利的初衷。商标法应当在静态效率与动态效率之间取得均衡，在减少对消费者的欺诈等机会主义行径的同时为竞争者进入市场从事竞争提供制度空间，以促使公益与私利的交流与相互增益。权利内涵的闭合与合理使用的开放有利于解决该问题，避免进一步的系统性风险。

关键词：商标 市场力量 权利限制 合理使用

当代商标法是建构在两大规范性前提之上的：其一，商标是促进竞争而非阻碍竞争的；其二，商标本质上是传递商品信息（主要是来源信息和质量信息）的工具。上述两个前提互为表里、相互强化，导致商标法习惯性地强调对静态效率的追求，而忽视了随着时间的推移，商标本身可能产生的动态变化。在注意力经济^{〔1〕}时代，商品的过剩与互联网的繁荣加剧了对注意力的掠夺和垄断。为了适应新的竞争形势，企业已不再把商标视为仅仅是指示来源和担保质量的信息工具，而是更看重商标随着不断投入而产生的对消费者的吸引力。市场环境下的商标，相比传递信息的工具，本质上更是一种竞争工具，即市场主体通过对

* 清华大学法学院 2017 级博士研究生。

本文系国家社科基金项目“网络交易平台提供者商标侵权问题研究”（14BFX105）的阶段性成果。

〔1〕 注意力经济（attention economy）最早由诺贝尔经济学奖得主赫伯特·西蒙于 1972 年提及，他指出：“在信息富足的社会中，信息的丰富意味着信息消费的对象具有稀缺性。而信息的消费对象相当明白，它消费的是公众的注意力，因此，信息的丰富造成了注意力的贫乏。”目前，注意力经济主要指社会中信息供过于求，注意力严重不足，以及在此情势下如何对注意力这一稀缺资源进行合理利用。参见〔美〕托马斯·达文波特、约翰·贝克：《注意力经济》，谢波峰等译，中信出版社 2004 年版，第 5 页以下，第 14 页。

商标等抽象物的拥有而得以从市场竞争的压力之下解脱出来。^{〔2〕}故而，现代商标法在底层设计层面存在一定的先天不足。那么，商标经过使用和推广，是否会形成市场力量？商标形成的市场力量是否可欲，抑或在哪些层面上是有害的故而需要进行规制？应该如何修正？这些是本文试图探讨、解决的问题。

一、问题的来源：商标保护的前设与制度性缺陷

现代商标法滥觞于英国普通法时期的“禁止欺诈与虚假陈述规则”，因此商标法一贯被认为是侵权法的分支即反不正当竞争法的组成部分，以制止对消费者的欺诈和不正当转移商业机会的行径。^{〔3〕}由于商标法只禁止他人使用特定的标识从事竞争，并不像专利法一样通过形成制度性壁垒阻止他人进入同一产品市场，据此，古典经济学理论认为，商标与专利不同的是，不能认为其具有经济意义上的垄断，因为它对一种商业没有独占的垄断力。^{〔4〕}因此，无论是古典经济学理论抑或普通法传统，一直以来的立论便是授予和保护商标权总体上是促进竞争的，至少是不妨碍或抑制竞争者的生产和交易的。^{〔5〕}保护商标权并不阻碍市场竞争，商标法规范的是不正当竞争而非违反“反托拉斯法”的行径，^{〔6〕}这是商标法得以建构的规范性前提。

20世纪70年代伊始，芝加哥学派开始将新古典经济学的价格理论广泛应用于商标法的分析，并成为指导美国商标立法及司法的主流学理基础。首先，波斯纳强调商标本质上是一种传递商品信息的工具，即商标通过向消费者提供有价值的商品信息（主要是来源和质量信息），降低了他们的搜索成本，消费者因减少了在同类产品上区分不同厂家的商品时所承担的成本而获益。^{〔7〕}此外，商标在只有依靠体验才能获知其品质的商品的购买中，显得尤为不可或缺。^{〔8〕}借助成本—收益的分析方法，商标的功能被定义为旨在减少市场上的信息不对称，进而避免由于消费者的逆向选择而导致的市场失灵。^{〔9〕}其次，由于消费者对商品信息的重复反馈会对价格形成机制产生影响，因此商标权保护还激励生产者致力于商品质量之改良，从而有利于维系和提高商品市场的整体质量水平。^{〔10〕}职是之故，芝加哥学派

〔2〕 参见〔澳〕彼得·德霍斯：《知识产权法哲学》，周林译，商务印书馆2008年版，第123页。

〔3〕 See Mark P. McKenna, *The Normative Foundations of Trademark Law*, 82 Notre Dame L. Rev. 1839, 1858, 1863 - 1864 (2007).

〔4〕 关于古典经济学理论对商标经济属性的认识，参见〔美〕张伯伦：《垄断竞争理论》，郭家麟译，三联书店1958年版，第56页以下。

〔5〕 关于商标在普通法上的性质之探讨，参见〔英〕劳森、拉登：《财产法》，施天涛等译，中国大百科全书出版社1998年版，第31页以下。

〔6〕 商标法与反托拉斯法各自具有独立的规范取向。商标法意在保障商品信息的真实性以及消费者免受欺诈，进而在价值取向上是促进公平竞争；而反托拉斯法在于确保价格机制能在消费市场上发挥更大的作用，因此价值取向上是促进自由竞争。商标法和反托拉斯法属于两个平行的制度，两者既不相互强化，也不相互补充和替代。See Harold R. Weinberg, *Is the Monopoly Theory of Trademarks Robust or a Bust?*, 13 Journal of Intellectual Property Law 137, 157 - 158 (2005).

〔7〕 〔美〕威廉·M·兰德斯、理查德·A·波斯纳：《知识产权法经济结构》，金海军译，北京大学出版社2016年版，第204页以下，第212页。

〔8〕 Mark A. Lemley, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, 108 Yale L. J. 1687, 1690 (1999).

〔9〕 Yale Brozen, *New FTC Policy From Obsolete Economic Doctrine*, 41 ABA Antitrust L. J. 477, 479 (1972).

〔10〕 Scandia Down Corp. v. Euroquilt, Inc., 772 F.2d 1423, 1429 (7th Cir. 1985).

的上述分析方法将商标定性为信息工具，将商标的功能限定在“指示来源”和“担保一以贯之的质量”这一信息功能层面，进而强化了商标权保护是促进市场竞争的这一预设。

然而，无论是古典经济学关于商标的预设，还是芝加哥学派对商标信息功能的分析，本质上都具有静态的特征，其目的在于描述一个明显一成不变的体系的功能，^[11]却不关注其随着时间的推移而发生的动态变化。^[12]若仅从商标传递商品信息的角度，授予和保护商标权确实降低了消费者的搜索成本，减少了发生欺诈的可能性，并缓和了由于信息不对称而导致的机会主义行径，因而是促进而非阻碍竞争的。然而，仅仅将商标的功能定义为信息功能，并以此作为前提来建构商标法律制度，则未免过于短视。商标法作为一种复合制度，它既属于市场法则，也是符号和语言规范。^[13]因此，若从商标的符号本质以及市场主体对商标的实际使用状况出发，采用动态的视角进行观察，则劝诱而非信息功能才是商标的本质功能，^[14]因而对商标的使用确实会产生市场力量，进而影响市场竞争的格局。

对商标符号本质的探讨与对显著性这一概念的分析是分不开的，“什么是商标与什么是显著性是同一问题的不同表述而已”。^[15]符号学的研究表明，显著性包含了两个不同层面的含义：来源显著性（source distinctiveness），即指示商品来源的能力，以及更为重要的区别显著性（differential distinctiveness），即将其商品与其他生产者提供的商品相区分的能力。^[16]来源显著性和区别显著性在法学理论上通常被认为是“一个硬币的两面”，^[17]并且在立法层面被视为一个单一的制度而得到规范，但两者作用于市场上所产生的经济效果则迥然不同。最大的区别在于来源显著性与劝诱无涉，仅是单纯来源信息的传递；而区别显著性则使得商标权人的商标能够在为数众多的、相互竞争的符号系统中脱颖，进而有能力向消费者表达不同产家的商品之间的区别。^[18]此外，区别显著性的形成并不取决于标识本身是臆造性还是叙述性的，而是取决于对标识的长时间使用和推广。总之，随着商标的使用和推广，商标产生和发挥着劝诱功能，即改变消费者关于某一商标商品与其他同质商品之间关系的认知，因而产生了同质商品差异化的经济效果。因此，商标除了指示来源之外，也是推销产品的捷径，它诱导消费者选择他们所欲求的，甚至是引导消费者产生这种欲求。^[19]

诚如有学者所说，实际上销售商品的不是生产商，而是商标。^[20]特别是随着大众传媒技术的普及和生产技术的日新月异，因产品质量而产生的隐形差异在角逐市场竞争优势中的作用式微。^[21]相反，由商标使用、广告宣传等所产生的显性差异则成为企业最为重要的

[11] [英] 杰里米·菲利普斯：《商标法——实证性分析》，马强译，中国人民大学出版社2014年版，第18页以下。

[12] [美] 戴维·M. 德瑞森：《法律的动态经济分析》，王颖译，复旦大学出版社2015年版，第6页。

[13] 参见彭学龙：《商标法的符号学分析》，法律出版社2007年版，第5页。

[14] See Frank I. Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harv. L. Rev. 813-822 (1927).

[15] 彭学龙：《商标法基本范畴的符号学分析》，《法学研究》2007年第1期，第22页。

[16] See Barton Beebe, *Search and Persuasion in Trademark Law*, 103 Mich. L. Rev. 2020, 2028-2029 (2005).

[17] 前引[15]，彭学龙文，第23页。

[18] 前引[16]，Beebe文，第2028页以下。

[19] *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kresge Co.*, 316 U. S. 203, 205 (1942).

[20] 前引[14]，Frank I. Schechter文，第819页。

[21] 隐性差异是指由于产品的生产技术水平、标准和原材料等因素而引起的客观存在的差异。与此相对的是显性差异，主要由产品广告、商标、商业外观等构成，这类差异极易被消费者的感官所体会到。参见刘敬波：《产品差异竞争：广告、品牌和服务》，《工业技术经济》2011年第2期，第101页。

竞争优势。为了适应注意力经济时代的生存及发展需求，商标更多地被企业视为一种竞争工具和战略，利用商标塑造消费者偏好、改变市场竞争的格局甚至实施价格控制以获取高于有效竞争环境下所能获得的溢价，成为企业获取、持有和投资商标的主要目的。^[22] 市场竞争的现实迫使企业已不复满足于仅仅利用商标传递商品信息，而是追求经商标使用所产生的产品差异化，进而形成品牌忠诚和品牌壁垒（此点下文将详述）。故而，当商标被企业运用为劝诱消费者购买的工具时，可能产生限制甚至阻碍竞争的市场力量。^[23]

综上可知，关于现代商标法律制度实际功能的主流理论，都是建立在静态模型的基础上，这导致商标法在制度构建之时缺乏对商标是否可能产生市场力量的考虑。其后果便是商标法为了解决一个市场失灵却导致了另一个市场失灵。正如哈耶克所言，“我毫不怀疑立法在此领域（商标和外观）应当有更大的作为，但确保商品来源信息的充足性和真实性，仅仅是其中的一个方面；当立法过于强调对生产者的刻画而忽视后者（即由商标和外观所产生的产品差异化）时，则在很大程度上助长了市场的垄断情势。”^[24] 据此，厘清商标与市场竞争的关系，避免由于商标法律制度的先天不足而导致的系统性风险，^[25] 是亟需解决的问题。

二、商标市场力量的来源

（一）市场力量的定性与衡量因素

本文以市场力量^[26] 这个更体现连续性变量的概念表达一个企业对市场的商品价格和经营决策的控制程度。^[27] 在理想的完全竞争条件下，所有企业都是价格接受者。^[28] 在不完全竞争条件下，由于企业具备市场力量，因而是价格制定者而非接受者。如果一个企业有能力索要一个高于有效竞争下形成的价格，那么这个企业在产品定价上就有一定的自由度，

[22] See DR Desai & SW Waller, *Brands, Competition and the Law*, 10 Brigham Young University Law Review 1425, 1436 (2010).

[23] P. Sean Morris, *Trademarks as Sources of Market Power: Drugs, Beers and Product Differentiation*, 35 Journal of Law and Commerce 163, 167 (2017).

[24] F. A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Vol. 3, Chicago: The University Of Chicago Press, 1958, pp. 114 - 115.

[25] 关于商标法律制度的系统性风险，有的学者指出“商标权非理性扩张现象”，即商标保护已突破消费者来源混淆的情形；有的学者提出“符号圈地现象”，即在注册和权利行使中以商标权的名义行符号垄断之实。参见杜颖：《商标法律制度的失衡及其理性回归》，《中国法学》2015年第3期；李琛：《商标权救济与符号圈地》，《河南社会科学》2006年第1期。笔者认为这些偏离的表象本质上都是由于市场主体已不仅将商标作为来源指示工具，而是运用商标强化自身竞争优势，阻碍他人进入市场参与竞争。

[26] 市场力量（market power）与垄断（monopoly）、垄断力或市场支配力（monopoly power）等反垄断领域常用的概念只是程度上的不同，而没有性质上的区别。在美国，法院常以市场支配力这个术语来表达达到相当程度，特别是足以保证在反托拉斯法之下展开调查的市场力量。参见[美]罗伯特·S.平狄克、丹尼尔·L.鲁宾费尔德：《微观经济学》，高远等译，中国人民大学出版社2009年版，第324页。

[27] 参见[美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯：《微观经济学》，萧琛主译，人民邮电出版社2012年版，第347页。

[28] 完全竞争条件下，市场由无数规模较小的、提供无差异产品的企业构成。出售者都面临着一条水平的需求曲线，因此它们无法以高于市场的价格进行销售，同时也没必要通过减价而获得更多的销量，只能接受一个市场所决定的价格。参见张五常：《经济解释》，中信出版社2015年版，第587页。

经济学理论把这种定价空间称为市场力量,即以高于边际成本的价格出售的能力。^[29]市场力量使得企业能够长时间把价格维持在有效竞争水平之上,与此同时,价格的提高却不以销量的转移(以至于使提价变得无利可图)为代价。^[30]因此,市场力量的大小通常取决于企业所面临的需求弹性,^[31]即需求弹性越小,市场力量越大,反之亦然。因为需求弹性越小,当消费者面临企业将售价提高到市场平均水平之上时,就越不会放弃消费或者向其他替代品转移,企业维持垄断定价的能力就越强。综上,本文关于商标市场力量的考察,主要围绕需求弹性这个维度展开,分析消费者对商品的需求(或依赖)、竞争性商品(替代品、互补品)的引入等因素是否受到以及在多大程度上受到商标法律制度的影响。

(二) 商标市场力量的根源与本质特征

一般认为,市场力量的产生得益于两个主要因素:其一是存在政策、法律等制度性壁垒以阻止其他经营者进入市场;其二是由于成本和市场的不完全性,即大规模生产出现规模经济效益进而产生绝对成本优势。^[32]前者以专利为代表,后者则以自然垄断为典型。商标市场力量的产生则明显与以上两者不同。一方面,商标法仅仅授予商标权人排他性地使用某一标识从事经营活动的权利,一般并不阻止其他竞争者进入同一商品市场从事竞争。另一方面,对商标的排他性使用也不会改变市场本身的经济偏好,使之具有垄断倾向。因此,商标的市场力量并非单纯地来源于法定特权抑或市场的自然偏好,而是一种法权(Recht)形式与经济优势的有机统一。

商标所具有的经济优势是一种对消费公众在心理上的吸引力。^[33]这种心理上的吸引力是由于商标的实际使用和广告宣传产生了品牌差异化的效果,使得消费者对不同品牌的商品产生了不同的偏好,进而形成品牌忠诚。^[34]差异化和品牌忠诚降低了商品的需求弹性,商标权人的定价能力因此得到增强。差异化和品牌忠诚强化了消费者对特定品牌商品的依赖性,同时降低了该品牌商品的可替代性。故而,享有品牌忠诚的商标权人有能力将价格提高到市场平均水平之上,因为比起转换品牌,具有忠诚度的消费者通常更愿意容忍一个更高的价位。是故,商标权人相对于其他竞争者而言便具有经济上的优势。

然而,仅仅是对消费者具有一种心理上的吸引力和控制力,尚不足以形成市场力量。因为产生这种吸引力的区别特征很快会被其他经营者所模仿,使得这种经济优势迅速丧失。因此,商标市场力量的形成还依赖于立法者的承诺。“相较于支撑社群体系的法律,在市场模式中的法律只有一个主要功能,即服务功能(facilitative function),它提供一套制度化的安排,市场主体可以藉此为他们从事的逐利活动及由此而形成的关系、地位附上一系列正式安排的外

[29] 参见[德]乌尔里希·施瓦尔贝、丹尼尔·齐默尔:《卡特尔法与经济学》,顾一泉、刘旭译,法律出版社2014年版,第61页。

[30] Richard Schmalensee, *Another Look at Market Power*, 95 Harv. L. Rev. 1789, 1790 (1982).

[31] 需求弹性是指当一种商品的价格发生变动时,该商品的需求量所发生的相应变动,即商品的需求量对价格的敏感程度。完全竞争条件下需求弹性无限大,任何细微价格的提高都会导致需求量的迅速降低。

[32] 参见前引[27],萨缪尔森等书,第158页以下。

[33] Laura A. Heymann, *The Public's Domain in Trademark Law: A First Amendment Theory of the Consumer*, 43 Ga. L. Rev. 651, 695 (2009).

[34] See Robert G. Bone, *Enforcement Costs and Trademark Puzzles*, 90 Va. L. Rev. 2099, 2115-2116 (2004).

衣……这种制度安排提供市场主体相互间的权利和义务，以及在必要情况下的司法介入。”^[35]法权的外衣使得商标权人能禁止他人对其经过使用而形成的区别特征和品牌吸引力进行复制，从而保有由于差异化和品牌忠诚而带来的市场利益和经济优势。因此，商标市场力量的形成是法权形式与经济优势有机统一的结果，两者缺一不可。一方面，商标法的保护仅仅是一种形式意义上的垄断，若不经实际使用和推广，并不能转化为可资利用的经济优势，例如注册防御商标。另一方面，缺乏商标法这层制度外衣，如上所述，有吸引力的区别特征将迅速被模仿。即使市场主体能够采取一些替代性的保护方式，例如依靠地域、人际依赖关系等，但由于维持成本的递增使其难以将这种经济优势辐射到更大范围的市场。诚如诺斯曾言，由于人格化交换是建立在个人之间相互了解的基础上的交流，在这种交换中，人们的知识水准低，经济规模小，交易成本高；相反，非人格化交换意味着我们对交易的另一方没有任何了解，我们不能以个人形态区分交易对方，这是现代市场经济的典型特征。^[36]由此可知，现代商标法正是通过一系列全国性制度安排，例如国家层面的注册制度和侵权救济，使得商标权人的市场力量从人格化交换领域（身份社会）扩展到非人格化交换领域（契约社会）成为可能。因此，下文先探讨商标权人经济优势的来源，即差异化和品牌忠诚的产生机制，其后在制度层面检讨这套正式安排是否不正当地强化了商标权人的市场力量。

（三）品牌差异化的产生机制与品牌壁垒

相较于专利与著作权等创造性成果权，商标是一种纯粹涉及消费者意识的财产。与此同时，无论是商标还是人类所现有的其他一切文化形式，在本质上都是一种符号形式。^[37]因此，商标使用之所以能产生产品差异化及品牌忠诚，并非传统的法学研究方法所能解释，相反，对其探讨应诉诸符号学、消费者行为学等经验研究方法。从符号学的角度，商标之所以能产生差异化及品牌忠诚，首先是通过“意指”即赋予意义的过程得以实现的。换言之，通过商标使用以及针对性的市场推广，同类产品上的不同商标被赋予了独特的符号意涵。赋予商标以符号意涵的意指过程，在市场营销领域也被称为“品牌化”，是指以某些方式将某产品与满足同样需求的其他产品区别开来，创造差异性从而使自己的产品与众不同的过程。^[38]意指或品牌化之所以能产生差异化的效果，是因为在当代社会商标已不仅仅是商品来源的指代，还是传递品牌知识的途径。厂家通过商标的实际使用和广告推广，向社会灌输与该品牌有关的所有想法、感受、印象、体验和信念，例如沃尔沃的“安全”、丰田的“可靠”、劳斯莱斯的“高贵”等。品牌化改变了消费者的心理体验，形塑了不同品牌之间在情感维度、象征性等符号意涵上的抽象区别。从商标的三元结构看来，意指或品牌化所导致的差异化是在商标的所指即意义层面发生的，而并非在商标的对象即实体层面产生。品牌化并不改变产品的物理实在性。

[35] [英] 安东尼·奥格斯：《规制——法律形式与经济学理论》，骆梅英译，中国人民大学出版社2008年版，第2页以下。

[36] [美] 道·诺斯：《制度变迁理论纲要》，《改革》1995年第3期，第53页。

[37] 参见[德] 恩斯特·卡西尔：《人论》，甘阳译，上海译文出版社2013年版，第43页以下。

[38] 参见[美] 飞利浦·科特勒、凯文·莱恩·凯勒：《营销管理》，何佳讯等译，格致出版社、上海人民出版社2016年版，第280页以下。

关于消费者行为的研究表明,所有商品之中都存在一组并非产品本身所固有的、而是完成产品之后因市场的需要对产品添加的特性——赋予特性(associated characteristic)。^[39]赋予特性是真正定义商品在消费者眼中的客观品质和感知质量(perceived quality)的要素。消费者之所以作出选择和购买决策,根本缘由是为了获得这些赋予特性,至于产品本身,则只是承载这些赋予特性的容器而已。^[40]对于品牌商品而言,前述的品牌知识或曰商标的符号意涵恰是其商品的赋予特征中最为核心的成分。随着市场性质从卖方市场向买方市场转变,市场上同类产品物理维度方面大多鲜有实质性差异,物美价廉的商品不乏其数,这使得商品承载的情感维度、象征性取代了产品本身成为消费者首要的决策动因。^[41]消费者购买一个品牌商品,不仅仅是为了消费其中的产品进而满足生物学上的需求,而且是为了获得一种与品牌相联系的、象征性的情感体验,即通过购买商标商品而消费其中的符号意义。^[42]诚如卡西尔所说,“人的符号活动能力进展多少,物理实在的重要性相应地也就退却多少”。^[43]故而,即使同类商品在客观属性、功能性方面完全相同,但由于符号意涵之间的大相径庭,对于消费者而言具有不同的体验意义和情感价值,因而仍会被认定为不可替代的商品。总之,在商品过剩的条件下,由于商标使用和广告宣传,使得消费者对“不同商品”的定义从物理实在性转移到了商品承载的情感维度和象征性,导致消费者对同质商品产生了不同的心理偏好,形成品牌差异化的效果。

在品牌差异化的基础上,如果消费者对某一品牌商品感到满意,就会通过自己的长期反复购买建立并强化这种心理偏好,最终形成个性消费的品牌忠诚,从而在某类商品中始终垂青于某个品牌的商品。^[44]具备品牌忠诚度的消费者,其购买决策的作出并不是通过理性选择的过程,而更类似于生物学上的“巴甫洛夫条件反射”,亦即经由重复性购买而成为一种消费习惯。^[45]因此,除非在价格、质量或商品特征等方面发生重大变化,消费者一般不会轻易转换品牌。品牌忠诚使得消费者不愿意花费更多的时间和精力去寻找和体验新的替代品,因为对新旧产品进行全面对比的成本很高,同时转换也存在很大的不确定性,进而可能对自己的效用产生不利影响。^[46]品牌通过降低选择成本提高了消费者放弃该品牌而选择其他品牌的转换成本,从而将消费者牢牢“锁定”在特定品牌的商品上。^[47]这相当于在无形之中形成了一种市场进入壁垒,使得其他经营者必须花费比商标权人更多的成本用于广告宣传和推广,才有机会进入该商品市场从事竞争。总之,差异化和品牌忠诚重塑了消费者的认知,使得消费者对某一品牌的商品产生了依赖性,同时降低了替代品的可选择

[39] 与赋予特性相对应的是固有特性(inherent characteristic),即产品本身固有的、永久的、客观存在的属性,例如质料、外观、尺寸、性能等。

[40] Giovanni Battista Ramello & Francesco Silva, *Appropriating Signs and Meaning: The Elusive Economics of Trademark*, available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936653, p. 15.

[41] Katya Assaf, *Brand Fetishism*, 43 Conn. L. Rev. 83, 97 (2010).

[42] B. Joseph Pine II, James H. Gilm, *The Experience Economy: Work is Theatre & Every Business a Stage*, Vol. 1, Cambridge: Harvard Business School Press, 1999, p. 3.

[43] 前引[37], 卡西尔书, 第43页。

[44] 前引[41], Assaf文, 第102页以下。

[45] Glynn S. Lunney Jr., *Trademark Monopolies*, 48 Emory L. J. 367, 428 (1999).

[46] 参见前引[21], 刘敬波文, 第102页。

[47] 参见任晓峰:《广告、品牌壁垒与消费者选择》,《产业经济研究》2011年第6期,第82页。

范围和替代程度，导致需求弹性减小。因此，随着商标的使用和广告推广的展开，商标确实会产生市场力量，从而影响市场的格局。

三、商标法律制度对市场力量的不当强化及其后果

（一）“可欲的”市场力量与商标法的不当强化

由商标的长期使用和广告推广所形成的市场力量，对社会而言是“可欲的”。内中缘由，首先，若从福利或功利的角度，商标市场力量的享有大多是企业拥有较强创新能力使然，从动态层面则意味着生产力的提升及行业本身的高效率。^[48]其次，商标所形成的差异化，为市场提供了多样化的产品组合，从而丰富了消费者的选择进而抵消了由于需求曲线向下而引起的非效率成本（即无谓损失）。^[49]此外，由于商标市场力量是来源于消费者的偏好和喜爱，因此市场力量的大小还在一定程度上反映了商标权人带给消费者的价值享受和满足程度。^[50]若从德性或正义的角度，基于对消费者的吸引力而享有市场力量，同样不具有可责难性。“不管是怎样的一个垄断者，只要他的垄断权利来自个人天赋，加上个人的勤奋，这些权利是他个人选择争取的结果，价值观上我们难以反对。因为他没有要求任何人替他约束其他竞争者。”^[51]如果企业享有市场力量是它拥有某种独特技艺的结果，或者经由正常经营而形成的特殊优势资产，那么我们没有理由要求该企业承担一种道德上的义务，让其尽其所能地压低产品价格获取适当利润。^[52]总之，以卓越表现为基础的市场力量完全是值得称道的——即使这种垄断者始终把价格维持在一种能够使他从中获得丰厚利润的水平。

职是之故，无论从道义抑或社会整体福利出发，应当谴责的并不是市场力量本身，毋宁是政府或团体不正当地阻止竞争的行径。^[53]当商标权人因差异化和品牌忠诚对消费者产生吸引力进而享受垄断溢价时，商标法通过排除他人混淆消费者的行径，对该定价能力予以确认是可欲的。因为这不会从制度层面阻止竞争者去做更好的尝试，从而实现了商标权人的私利与公共利益的聚合，与商标法的初衷与赋权的正当性基础并行不悖。相反，真正“有害的”市场力量是当商标权人的经济优势已然消逝之后，仍然能藉助商标法阻止他人进入市场从事经营、参与竞争的那种市场力量。^[54]当商标法赋予的法人外衣与消费公众的识别行为不一致时，制度供给就可能对商标权人提供了过度保护，故而可能出现不当强化市

[48] 参见前引〔27〕，萨缪尔森等书，第188页。

[49] 参见前引〔26〕，平狄克等书，第415页。

[50] Thomas C. Arthur, *The Costly Quest for Perfect Competition: Kodak and Nonstructural Market Power*, 69 N. Y. U. L. Rev. 1, 42 (1994).

[51] 前引〔28〕，张五常书，第516页。

[52] 哈耶克认为，要求以卓越表现为基础的垄断者将产量扩大到价格与边际成本相抵的程度，是违反市场秩序赖以为基础的正当行为原则的。因为，我们一方面坚持要求它竭尽全力做到最好，另一方面却因为它做得比所有其他人好而对它进行惩罚，显然是极其荒谬的。这就像要求我们承担一种道德上的责任，竭尽全力去工作或以微弱的收益卖掉一件稀有的物品一样毫无道理可言。参见〔英〕弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》第二、三卷，邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版，第375页，第389页以下。

[53] 前引〔28〕，张五常书，第523页。

[54] 前引〔52〕，哈耶克书，第391页。

场力量的后果。有害的市场力量全然以私利为导向，且在很大程度上能被商标权人用来干预他人的市场行为，特别是阻止竞争性商品的引入、妨害商品信息的自由流动从而牟取与商标法旨趣相悖的垄断租金。具体而言，我国商标法对商标权人市场力量不当强化的制度设计及其偏离表象体现在诸多方面。

其一，我国驰名商标跨类保护的条件过低。为驰名商标提供反淡化保护的经济动因在于品牌延伸，^[55]亦即将法权预先延及商标权人尚未进入的商品类别，从而保障商标权人对该未来市场的期待利益。当商标足够驰名，以至于在普通公众或拟寻求跨类保护的市场上具有相当的知名度时，为驰名商标提供跨类保护与消费者的识别行为是一致的，从而有助于维系市场环境下各方规范性预期的稳定。然而，我国商标法律制度在认定驰名商标时采用的是门槛较低的相关公众标准，并不要求商标在普通公众甚至是拟跨类保护的商品类别上具有较高知名度，但注册驰名商标的效力却能扩张到前述相关公众的范围之外。^[56]藉由低门槛的驰名商标保护制度，部分商标权人得以在其商标尚未在拟跨类保护的消费群体中建立品牌吸引力和品牌忠诚等可资保护的经济优势之前，便通过赋予法权的方式先行取得竞争优势，阻碍其他经营者进入市场从事竞争。在此情形下，驰名商标跨类保护已然与消费公众的识别行为相剥离（既无混淆也无淡化的可能），从而异化为服务于资本扩张的反竞争武器。

其二，注册商标保护绝对化（“泛符号化”）引发权利寻租。诚如有学者所指出，我国的权利救济部门，包括司法、行政执法和准行政力量（如平台管理者）对注册商标的效力过于迷信，加上宽松的注册条件，使许多商标权人选择商业活动中常用的符号注册为商标，注册的目的在于使用，而在于以“商标之名”阻碍他人正常使用，以牟取商标法之外的利益。^[57]这在过去招致了为诸多学者所诟病的“符号圈地”“商标蟑螂”等恶象，在互联网时代又促成了一个新的黑色产业的兴起——通过网络交易平台的商标恶意投诉进行权利寻租。这部分主体利用商标审查的漏洞，有针对性地注册一些非显著性商标，随后利用这些真实有效的商标向平台管理方进行投诉，藉此向卖家进行敲诈勒索。^[58]更有甚者，许多恶意投诉的实施者甚至是驰名商标持有者，其权利人和权利都不存在问题，商标权人投诉的意图在于利用商标投诉来控制网络平台上的零售商品的流通渠道和价格，以便整合经销和零售网络，进而实现纵向价格控制。^[59]总之，上述实践中对注册商标进行绝对保护的偏离表象，反映了商标法赋予的法权外衣在很大程度上已经超出了保护商标对消费者的吸引力这一合理范围，逐渐异化为权利人牟取与商标法的旨趣无涉甚至相悖的垄断租金之捷径。

其三，售前混淆（initial interest confusion）经由法官从事“法的续造”，被作为一种正式的制度安排引入我国，^[60]不仅具有极强的反竞争属性，还将与整个法律系统的功能格格

[55] 参见王太平：《论驰名商标认定的公众范围标准》，《法学》2014年第10期，第59页。

[56] 同上文，第56页。

[57] 参见前引〔25〕，李琛文，第66页。

[58] 有关电子商务平台知识产权恶意投诉的现状与学者对此的态度，参见《专家呼吁打击“知识产权流氓”净化电子商务环境》，《民主与法制时报》2017年2月23日第006版。

[59] 参见杜颖：《网络交易平台上的知识产权恶意投诉及其应对》，《知识产权》2017年第9期。

[60] 售前混淆作为美国普通法先例制度的产物，此前在我国仅处于学理争鸣中。北京知识产权法院在“中粮集团诉北京寺库商贸有限公司东城第一分公司、北京寺库商贸有限公司商标侵权及不正当竞争案”，北京知识产权法院（2015）京知终字第1828号（下称“中粮集团诉北京寺库公司案”）中，通过法官从事“法的续造”的方式，将售前混淆制度纳入我国商标法律系统。

不入。根据卢曼“系统论”的观点，法律系统的唯一功能在于稳定规范性预期。在卢曼看来，社会主体的预期可分为两种，即认知的和规范的，前者涉及假设的真实世界的特征，后者涉及人们的行为，这两者都容易转化为“失望”。如果认知性预期是令人失望的（例如人们认识到地球不是如曾经设想的那样是平的），那么人们将通过改变预期来应对这一失望，亦即，通过学习而掌握更多知识；相反，规范性预期的失落并不会导致人们对它的放弃，而是努力去“处理”和想方设法地“消化”它。^[61]因而，卢曼认为，法律系统的主要功能即是为处理这类规范性预期的失落提供便利，从而稳定主体的规范性预期。^[62]因为预期的稳定（即时间拘束，当下在时间维度拘束未来）在社会维度上会产生成本，故而法律系统只让其中一部分（即规范的）形成时间拘束，使得现代人敢于针对陌生人作出交易、求学、诉讼等高风险决定，同时为未来保留开放性和变异性，以防止人们在失望之际仍拒斥学习。^[63]商标法正是通过维护消费公众的识别行为不被欺诈等机会主义行径所扭曲，从而稳定市场环境下的规范性预期。就售前混淆而言，消费者虽然在最初检索商品时可能被误导进而认为竞争者的商品与商标权人的商品之间存在联系，但这种误导很快会因为进一步了解而失效。因此，消费者在实际购买竞争者的商品时，是基于理性的抉择而没有发生混淆，^[64]消费者的规范性预期并没有失落。相反，售前混淆制度所欲稳定的其实是消费者的认知性预期。正如美国确立售前混淆先例的法院所言，消费者由于对竞争者的商品产生了初始的兴趣，使得原本想购买商标权人商品的消费者会就此满足并选择竞争者提供的商品，因为这些商品（在消费者看来）即使不比原来的好，至少也差不到哪里去。^[65]由此可知，售前混淆制度试图以正式安排的方式阻止竞争者通过提供竞争性商品的方式去影响消费者的偏好，防止消费者经由性价比对，采取学习态度重新调整预期，进而将消费者“锁定”在原有的选择范围之内，以确保商标权人的商业机会不致流失。^[66]然而，这种时间拘束将带来巨大的社会成本，特别是消费者选择空间多元化的减损，以及对商品信息自由流动的妨害，故而是一种于社会有害的垄断。

总之，法权形式与经济优势两者有机统一所形成的商标市场力量于社会而言是否可欲，关键在于商标法的法权外衣是否与消费公众的识别行为相一致。缺乏法权的外衣，商标权人断无可能排除他人对其具有吸引力的区别特征的模仿，故而欺诈、仿冒等机会主义者将横行。相反，当制度供给过度，法权的外衣超出了以消费公众的识别行为为基础的经济优势时，则可能不正当地强化商标权人的市场力量，致使市场自由竞争式微，作为宪法基本权利和自然权利的消极自由尤其是商业和交易方面的经营自由将受到极大威胁。

[61] 参见 [爱] 约翰·莫里斯·凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社2010年版，第396页。

[62] 参见 [德] 尼克拉斯·卢曼：《社会中的法》，李君韬译，台湾五南图书出版股份有限公司2009年版，第158页以下。

[63] 陆宇峰：《“自创生”系统论法学：一种理解现代法律的新思路》，《政法论坛》2014年第4期，第159页。

[64] Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp., 174 F.3d 1036, 1062 (9th Cir. 1999).

[65] Grotrian, Helfferich, Schulz, Th. SteinwegNachf. v. Steinway & Sons, 365 F. Supp. 707, 717, 180 U. S. P. Q. 506 (S. D. N. Y. 1973).

[66] 在“中粮集团诉北京寺库公司案”中，北京知识产权法院认为：“虽然消费者在进入寺库公司网站后，能够意识到该网站并非与‘大悦城’相关的网站，但这并不必然导致其离开寺库网站，仍会有部分用户在该网站上继续浏览，从而可能使原本属于中粮集团的用户转而使用寺库公司的服务，这种情形会造成中粮集团基于其‘大悦城’商标所应得的商业机会的流失。”参见（2015）京知民终字第1828号民事判决书。

（二）不当强化之动因及其危害

商标法作为一种正式的制度安排，之所以在上述方面不正当地强化了商标权人的市场力量并招致限制竞争的后果，个中缘由有二：其一，现代商标法在建构时主要采取一种静态的视角，导致其对商标功能的理解存在一定程度的偏差。当商标被定性为传递商品信息的工具时，制度层面对降低信息成本的过度追求可能是不可避免的。然而，对信息功能的过度强调容易异化为对符号本身的垄断，进而可能阻碍竞争性商品的引入，因为在到达一定阈值之后，信息成本的降低在很大程度上是以转换成本^[67]的急剧攀升为代价的。其二，由于缺乏对竞争因素的考量，商标法在对商标权人经实际使用和广告推广所形成的竞争优势的确认和保护中，采取了一种不恰当的法权形式。“将源自有体物而发展出的财产权规则盲目地延伸至专利、商标等无体物领域，在很大程度上强化了权利人既有的垄断势力。”^[68]传统的有体财产权本质上是法律所承认的对实体的物的排他性支配，而商业标识自诞生伊始，很长时间内不被认为具有独立的客体属性，即商业标识本身不能被当作一种实体性权利（的客体）而受到保护。^[69]为了解决商标权作为一种财产权的难题，随着以洛克的“劳动财产权说”为代表的自然权利论在美国普通法中的复兴，商誉（goodwill）这一概念在19世纪晚期被引入到商标法建构中。商誉作为法律概念的确立，使得对财产权客体的关注从有形的商业标识转移到了无形的商誉。自此，藉由商业标识指代（表征）商誉、通过禁止竞争者对商业标识的模仿从而达到保护商誉不被他人盗用（misappropriation），商标权得以成为一种类似有体财产的“对物权”（in rem right）。^[70]然而，商誉作为一个法律概念，无非是指获得既往客户再次光顾、购买的机会与期待，^[71]其相较于作为物权客体的有体物，具有不确定性与模糊性。质言之，商标权并不具备物权般清晰的、可资确定的权利边界。因此，赋予商标权人一种排他性支配权，容易招致在权利行使中将商标权泛化为“符号权”，使得本质上对商标吸引力的保护、对商誉的保护扩张成对符号本身的垄断。^[72]总之，我们的制度设计过多地考虑静态效率，并在法权形式上采取了财产权的进路，使得商标权人的排他性支配力得以延伸至其经济优势之外的界域，从而不正当地强化了其市场力量，并可能带来如下的危害。

首先，这种经正式制度安排扩张的市场力量扭曲了自由竞争，妨碍竞争者为消费者提供更多、更廉价的竞争性商品，对社会而言造成了更大的无谓损失。而且这种无谓损失无法通过进一步的差异化和消费者选择的多元化而得到弥补和抵消。其次，过于强化的商标市场力量提高了商标法的制度成本，特别是寻租成本和实施成本。由于商标权人能通过实施符号垄断获得大于其投入成本的“经济租”（economic rent），^[73]因此，商标权人对社会

[67] 转换成本是指消费者在寻找和体验新的替代品以及对新旧产品进行全面对比的过程中，所花费的时间和精力等机会成本，同时还包括转换的不确定性等风险成本。前引〔47〕，任晓峰文，第82页以下。

[68] 前引〔24〕，Hayek书，第114页以下。

[69] 前引〔2〕，德霍斯书，第213页。

[70] See Robert G. Bone, *Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law*, 86 B. U. L. Rev. 547, 568-571 (2006).

[71] J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, West, 2017, § 2:17.

[72] 前引〔25〕，李琛文，第66页。

[73] 前引〔7〕，兰德斯等书，第19页。

的非生产性投入将趋于过量，以获取、维持和运用其垄断势力，并随后通过垄断定价的方式再将成本转移给社会。^[74] 再次，由于商标授权的门槛普遍较低、商标的重叠率相对较高，过于强大的商标权还将减损整个商标法律体系的稳定性和确定性，导致商标确权难度更大以及商标诉讼量骤增，使得商标法律制度更容易出现系统性风险。^[75] 最后，“有害的”市场力量还阻碍有价值的商品信息流向消费者，加剧了由于市场信息的非对称性和机会主义所导致的信息压缩（information impactedness），使得对市场交易有重要作用的信息发生滞留而没有流向需要它的地方。^[76] 信息压缩在互联网领域体现得尤为明显。严苛的间接侵权责任、弱化的商标使用要求以及售前混淆等制度，共同确保了消费者通过网络检索商品时，日渐只有商标权人的商品信息才能流向消费者。

（三）初衷的背离与商标法的正当性危机

商标法这套正式制度安排，使得商标权人拥有了一种得以抑制自由竞争的特权。然而，如果确立特权的初衷是实现某一既定目标，那么立法的发展则有义务使特权拥有者不以损害特权最初被授予的目的的方式行使特权。^[77] 只有理解商标法所旨在针对的“社会伤病”为何，我们才能知道商标法律制度的上述失衡现象是否已经偏离了商标法的初衷，是否有悖于源自规范文本之外的权利正当性基础。对于有体财产权而言，其正当性基础首先在于财产与稀缺性之间的同一性，^[78] 因此赋予产权是为了藉此通过市场交易而实现稀缺资源的优化配置。^[79] 相反，知识产权作为一种法律创设的稀缺条件，^[80] 其初衷更多地是为了解决市场失灵问题。例如，专利和著作权是为了解决信息的非竞争性和非排他性所导致的外部性难题，从而鼓励知识创造与传播；商标在传统上则更多地关注市场信息的不完全性和机会主义行径，以方便交易并最终促成消费者福利最大化。因此，有学者认为，知识产权法本质上是政府对市场失灵进行干预和矫正的机制，其通过对部分主体的行为自由进行限制，以实现一个更可欲的社会结果，即增进社会整体福利。^[81] 自由竞争是市场的原则，而政府之所以将知识产权作为背离市场竞争的例外准则，内中缘故绝非出于慷慨，而是为了更普遍地惠益公众。^[82] 故而，服务于消费者和公共利益，^[83] 是商标保护的初衷及其制度赖以立身的正当性基础。

[74] 前引〔30〕，Richard Schmalensee 文，第 1792 页。

[75] 前引〔8〕，Lemley 文，第 1696 页。

[76] [美] 斯蒂文·G. 米德玛编：《科斯经济学——法与经济学和新制度经济学》，罗君丽等译，格致出版社、上海人民出版社 2010 年版，第 8 页，第 20 页。

[77] 前引〔2〕，德霍斯书，第 227 页。

[78] 参见 [美] 约翰·康芒斯：《制度经济学》，赵睿译，华夏出版社 2013 年版，第 66 页，第 220 页以下。

[79] 参见 [美] 罗纳德·H. 科斯等：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，刘守英译，格致出版社、上海人民出版社 2014 年版，第 15 页。

[80] [英] 弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克：《致命的自负》，冯克利等译，中国社会科学出版社 2000 年版，第 37 页。

[81] See Mark A. Lemley, *Faith-based Intellectual Property*, 62 UCLA L. Rev. 1328, 1330 – 1331 (2015).

[82] Mark A. Lemley、杜颖、兰振国：《财产权、知识产权和搭便车》，《私法》2012 年第 1 辑，第 124 页，第 159 页。

[83] 美国商标法学者的主流观点认为，除了联邦商标反淡化法（“Federal Trademark Dilution Act”，于 1995 年颁布，随后经 1999 年、2006 年两次修订）所赋予的反淡化之诉外，商标侵权之诉的目的在于保护消费者免受欺诈，即维护消费者知道真相的权利。参见前引〔34〕，Bone 文，第 2109 页。我国台湾商标法学者也认为，商标法的终极目标在于消费者利益之保护。参见曾陈明汝：《商标法原理》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 21 页。

然而,商标法律制度对商标权人市场力量在前述领域的不当强化,则明显违背了授予商标权以解决市场失灵、促进交易和消费者福利最大化的初衷。一方面,垄断特权的存在所导致的信息压缩使得信息不对称问题难以得到根本性改善。另一方面,垄断特权还阻碍了市场交易,致使消费者难以获得更好的替代品,从而导致了另一个市场失灵问题——不完全竞争。由于背离了商标法的初衷,结果是商标法的发展越来越服从于商标所有人的需要,而消费者福利则只能转交其他法律来保护。如上所述,以社会的消极自由为代价设立的商标权,只有在其最终能使社会整体福利有所增益的情况下,才是正当的。当商标法所授予的垄断特权的行使与社会整体福利之间的联系被切断时,商标权将逐步地服务于私益并被私人所利用,最终成为迎合寻租者需要的利器。^[84]

四、私法规制:抽象原则与具体路径

当下商标法所暴露出的诸多缺陷,很大程度上都源自制度设计层面的先天不足,即将商标预设为无害竞争的信息工具从而导致对静态效率的过度追求,以及在财产权进路下的单一注册制导致了实践中对商标作泛符号化处理。虽然反垄断等经济规制手段能够通过事后个案裁定的方式,对达到相当程度并有滥用嫌疑的市场力量进行节制,然而,对于内生自商标法律制度之内的不和谐性,我们应该更多地反思商标法本身,注重私法工具对加强竞争的作用,从而事前缓和与矫正授予商标权人过于强大的垄断特权所导致的市场失灵问题。

(一) 私法规制的基本原则:静态效率与动态效率之间的均衡

如上所述,以实用主义为哲学基础的知识产权法,本质上是国家为了取得更可行的社会成效而设计、建构的一种市场规制机制。其立法的价值取向并不是“单向度”的,而是旨在对权利人、竞争者和公众的利益进行权衡兼顾,以促成公益与私利的相互增进。从经济学的角度,知识产权法所旨在平衡的各种利益可归结为两大类,即对静态效率的追求和对动态效率的追求。^[85]

对于商标制度而言,从静态的角度,商标起着商品“速记符号”的作用。因此,赋予权利人对标识的垄断权,能够降低消费者在联想和搜索商品时所耗费的信息成本,减少机会主义行径,从而激励商标权人在改善商品质量方面持续投入,因而符合静态效率的要求。但从动态效率的角度,随着时间的经过,商标会产生劝诱消费者购买的市场力量,而商标法所赋予的财产权外衣又会在一定程度上强化这种市场力量。相较于没有商标权保护,竞争者需要花费更多的成本进入市场、描述和推广自己的商品,消费者也更难获得多元化的商品信息。因此,从动态效率的角度,授予权利人对商标的垄断权反而导致社会整体福利的下降。一味地强调商标法律制度的静态效率,是不可取的。一定数量搜索成本的付出、

[84] 前引〔2〕,德霍斯书,第213页以下。

[85] 静态效率是指在不考虑时间因素的前提下实现对既有资源的最优化配置,即考虑如何在已有资源的前提下实现社会整体效益的最大化,也可理解为在给定的约束条件下求极值的过程。动态效率则是一个跨期的、过程的概念,由于其引入时间这一考量因素,因此更多地关注随着时间变化而变化的动态性问题,即考虑技术研发、资金投入、市场推广等变革要素在一定期间内的影响。前引〔7〕,兰德斯等书,第42页以下。

适当程度搭便车的存在，对于市场的良性发展既是必要的，也是不可能消除的，因为消费者正是藉此才得以发现更好的替代品。因此，商标法律制度应当在静态效率与动态效率之间取得均衡，一方面保护商标权人在商标上的投入，减少对消费者的欺诈等机会主义行径；另一方面为其他竞争者进入市场从事竞争提供制度空间，从而促进公益与私益之间交换与相互增益。然而，与专利法不同的是，商标法不可能通过设定保护期限的方式实现静态效率与动态效率之间的均衡，因为商标历久弥贵。^[86] 商标法更应当强调和依赖通过对商标权的限制来实现各方利益之间的平衡。

（二）私法规制的具体路径：权利内涵的闭合与合理使用的开放

前文所指的驰名商标过度保护、商标恶意投诉的垄断寻租以及售前混淆对消费者选择空间的“锁定”等偏离表象，均反映了商标法的法权外衣在某些方面已然超出了以消费公众的识别行为为基础的经济优势。我国商标立法及司法政策已经意识到加强商标权保护与促进社会主义市场经济的竞争性、创新性和包容性增长之间的平衡问题。^[87] 在此情形下，我国亟待扭转先期立法特别是司法实践中对商标权保护过于开放的态势，需通过权利内涵的规范闭合与合理使用的适度开放，对制度供给过度的问题进行修正。

1. 权利内涵的闭合

商标权本质上是一种排他权而非自用权，故而其权利的内涵是通过其所能禁止的行为类别来定义的。然而，将商标保护与促进竞争相捆绑的制度预设，致使有商标保护以来，经济科技的进步总是伴随着商标侵权诉因的递增：从最初的禁止假冒到禁止混淆再到禁止淡化，从成文法上禁止消费者混淆到目前司法实践中禁止售前混淆和售后混淆。笔者认为，法院应当谨守成文法的规定，维系商标权利内涵的闭合，特别是售前混淆这类由法官主导的“法的续造”活动，宜于缓行。

法院之所以不应当赋予商标权人禁止售前混淆的权利，除了上文所提及的对于消费者的认知性预期形成时间拘束，从而减损市场的开放性、动态性及多样性之外，尚有更深层的考虑。其一，售前混淆的司法续造可能威胁其他市场主体的消极自由。我国商标法第 57 条第 1 款第 2 项明令禁止的混淆类型仅仅是传统意义上的混淆，即所谓的“售中混淆”，对于售前混淆尚无成文法上的禁止性规定。有的法院认为，由于商标法未对售前混淆予以明令禁止，因此需要法院基于具体情况进行具体分析，在个案中决定售前混淆的合法性与正当性。^[88] 笔者认为，商标法作为私法，具有消极性品格，其在客观上已然划定了市场主体行动自由的边界，故而在商标法明令禁止的行为之外，市场主体具有完全的行为自由。“法不禁止即自由”的规箴维护了竞争者在私法的禁令范围之外“为所欲为”的自由。^[89] 特别是对于知识产权法而言，囿于知识产权客体本身的“抽象物”特性，知识产权人在法律层面所能支配、控制的对象并不是具体的“特定物”，而是他人所能从事的“某类行为”。因

[86] 参见 [澳] 布拉德·谢尔曼、[英] 莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——英国的历程（1760 - 1911）》，金海军译，北京大学出版社 2012 年版，第 237 页。

[87] 参见《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》（法发〔2011〕18 号）。

[88] 前引〔60〕，（2015）京知民终字第 1828 号民事判决书。

[89] 易军：《“法不禁止皆自由”的私法精义》，《中国社会科学》2014 年第 4 期，第 129 页。

此,为了避免排他性特权的授予对社会的消极自由、市场的经营造成过度干预,知识产权法自诞生伊始,公共领域、自由竞争一直是其基本原则,而专有权利、竞争限制仅仅是例外规定。由于售前混淆涉及到诸多网络检索服务提供商与消费者在互联网上的行为自由,若是将其纳入到商标权的排他性权能之中,对于社会公众而言往往意味着徒增更多行动上的代价。

其二,售前混淆制度在价值层面与我国现行商标法律制度存在矛盾与张力。无论是我国商标法的立法宗旨抑或 TRIPS 协议对知识产权的国际保护,^[90]均秉持社会本位的价值取向。这一方面要求保护商标权与增益消费者福利之间的因果联系,另一方面强调商标权人利益与竞争者利益的包容性发展。^[91]相反,售前混淆的制度功能主要是确保商标权人能够垄断其商标衍生的任何利益,^[92]以排除替代品和互补品对商标的“积极的溢出效应”的共享,从而实现把正的外部性内部化。正如美国确立售前混淆先例的法院所主张,“禁止售前混淆是因为该行为可能造成商标权人基于该商标而应获得的商业机会的流失。”^[93]藉此可知,售前混淆制度总体上是以权利本位为价值导向,而非基于对社会整体福利的关怀,可能导致商标权人私利与公共利益相互增进的平衡机制被打破。特别是在互联网时代,网络交易平台商品信息量巨大、流转速度快,使得消费者对通过商标实现检索和比对商品更加期待和依赖。^[94]如若引入售前混淆,则竞争性商品信息将更难进入消费者视野,这将妨害消费者获得性价比更高的、称心如意的商品,最终能从这种信息压缩中维持垄断溢价进而受益的,唯有商标权人。

职是之故,本文主张售前混淆这类“法的续造”活动宜于缓行并维护实证法上商标权利内涵的闭合,以期克服目前对商标权提供过度保护所导致的诸多偏离表象。

2. 合理使用的适度开放

为了解决商标法的制度供给过度所导致的限制竞争难题,除了商标权的内涵闭合之外,合理使用条款在运作上的适度开放也势在必行。在我国,除却对未注册驰名商标的保护、禁止抢注具有一定影响力的未注册商标以及商标在先使用抗辩这三种情形,商标权人的法权总体上是在财产权进路下的单一注册取得制,该法权的形式具有静态化、定型化的特征。而其所欲保护的经济优势即对消费公众的吸引力,则具有动态化、非定型化的特点。虽然商标法也采纳了注册商标三年不使用撤销,以及对三年内未实际使用的注册商标予以损害赔偿限制等制度,对上述单一注册取得制进行一定程度的修正与缓和,但实践中商标的法权外衣与消费公众的识别行为不一致所导致的扭曲自由竞争、限制商品信息自由流动等现象难以避免。在《欧盟商标指令》和《欧盟商标条例》修订过程中,有诸多学者提议,为

[90] 商标法第1条开宗明义地指出:保护商标专用权,促使生产、经营者保证商品和服务质量,维护商标信誉,以保障消费者和生产、经营者的利益,促进社会主义市场经济的发展。TRIPS协议第7条“目标”规定:知识产权的保护和实施应有助于促进技术革新及技术转让和传播,有助于技术知识的创造者和使用者的相互利益,并有助于社会和经济福利及权利与义务的平衡。

[91] 参见《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第19条、第22条。

[92] Alan S. Gutterman, *Legal Compliance Checkups: Business Clients*, Westlaw, 2016, § 28:59.

[93] 同前引[65]。

[94] 前引[25],杜颖文,第137页。

适应技术的变革和经济环境的变迁，有必要在商标侵权的例外规定中增设开放性条款，以避免未来由于商标使用的不可预测性对自由竞争和言论自由造成侵蚀。^[95] 笔者认为，这对于我国具有一定的借鉴意义。

首先，我国商标法经由 2013 年的修订，虽增设了如第 48 条（商标使用）、第 59 条（正当使用及功能性排除）等例外规定，但对于指示性合理使用和反淡化保护的除外事由等，仍付之阙如。这导致实践中许多下游经销商、零配件生产商利用商标作指示性说明的现象被法院放大处理。^[96] 特别是驰名商标，经过长时间的使用和大量广告的投放，会导致产品差异化并逐渐细分产品市场，久而久之驰名商标便成了对该类细分市场商品本身的描述。^[97] 此时商标权保护就会产生类似于保护具有功能性的形状或者保护没有产生第二含义的叙述性词汇一样的限制竞争效果。^[98] 其次，随着科技和商业模式的变革，可能诞生许多立法者始料未及的新型商标使用行为，这类行为可能对消费者的便捷生活和获得更多元、廉价的商品有所裨益，但亦会对商标权人基于新市场的期待利益造成损害。因此，有必要增设合理使用的开放性条款，赋予法院在现有的合理使用具体条款之外根据个案情事予以裁量的权力，避免法院在“法无明文规定”的情形下进一步偏向商标权人。

目前，各国关于合理使用的规定大致可分为三种立法模式：“封闭列举式”“概括加封闭列举式”“概括加开放列举式”。我国商标法第 59 条以及日本商标法第 26 条（商标权效力所不及的范围），均属于典型的封闭列举式。概括加封闭列举式的典型立法例为德国商标法。该法第 23 条首先规定了满足合理使用的前提和构成要件，即“对于名称与描述性标志的使用，只要不与善良风俗相冲突，商标或商业标志所有人无权禁止第三方在商业活动中使用”，随后列举了三种具体类型对合理使用的认定进行限制，即“名称或地址、描述性使用以及作为附件或配件的指示性使用”。相较于前两者，概括加开放列举式对于合理使用持更为包容、开放的态度，强调满足合理使用的关键在于符合特定条件，随后列举常见情形予以细化说明。例如，TRIPS 协定第 17 条规定，各成员可对商标所授予的权利规定有限的例外，如合理使用描述性词语，只要此类例外考虑到商标所有权人和第三方的合法权益。美国商标法也是这种立法模式的典型代表，兰哈姆法第 33 条（b）款“抗辩”中规定了对商标侵权的限制和实践中常见的具体抗辩主张（权利瑕疵、权利抛弃、善意描述或说明、商标具有功能性以及违反反垄断法等）以及一项开放性的兜底条款“可以适用衡平原则的情形”。^[99]

封闭列举式和单纯的概括式皆有其各自的利弊。封闭列举式的优势是权利义务清晰确定和可操作性强，有助于对社会形成明确的规范性指引，其弊端在于面对科技经济的快速

[95] Martin Senftleben, Lionel Bently, Graeme Dinwoodie, Christophe Geiger, Jonathan Griffiths, Annette Kur, Ansgar Ohly, Alexander Peukert, Marco Ricolfi, Jens Schovsbo, Katja Weckström, Łukasz Żelechowski, *The Recommendation on Measures to Safeguard Freedom of Expression and Undistorted Competition: Guiding Principles for the Further Development of EU Trade Mark Law*, 37 *European Intellectual Property Review* 337, 342 (2015).

[96] 参见“联想（北京）有限公司与顾清华侵害商标权纠纷案”，江苏省高级人民法院（2014）苏知民初字第 0142 号民事判决书。

[97] 前引 [24]，Hayek 书，第 115 页。

[98] 前引 [7]，兰德斯等书，第 255 页。

[99] See 15 U. S. C. § 1115 (b) (1999).

发展难以及时作出相应调整,制度本身的滞后性容易显现。单纯的概括式则正好相反,其问题在于确定性与可预见性差。单纯的开放性列举亦存在确定性与可预见性差的问题。此外,后两者还容易导致对商标权的限制过大,进而打消商标权人提升商品质量和创建驰名品牌的积极性。因此,较为科学的合理使用立法模式应当首先通过概括性条款明确规定构成合理使用的前提条件,其次开放式列举司法实践中常见的合理使用类型。

是故,将来商标法修法首先可以借鉴德国法中概括性条款的规定,将我国现行商标法第7条“诚实信用原则”纳入到合理使用的认定中,以此作为竞争者主张合理使用抗辩的前提条件。这有助于防止开放性条款的引入所导致的主观性、任意性和机会主义行径,从而维系商标法立法目的的实现。在此基础上,明确列举合理使用的常见类型,同时参照美国商标法增设开放性条款作为兜底,为合理使用条款在瞬息万变的科技经济面前保留制度变迁的余地。

Abstract: The characterization of trademark as a tool of information (mainly a source identification and quality warranty) has been one of the most vital normative foundations of modern trademark law, which has led to an institutional myopia about the unexpected market power produced by trademark use. From a dynamic and market perspective, the trademark is more of a competitive tool than an information tool in nature. Trademark use may produce market power, which is the combination of “Recht” (a form of property rights) and marketing advantages (psychological attraction to consumers). When the formal institutional protection is inconsistent with consumers’ recognition behavior, such protection may lead to anti-competitive, rent-seeking, information compression effects and so on, which deviate from the objectives of trademark protection, notably remedying market failure, facilitating trading, and ultimately maximizing the consumer welfare. In order to promote public interests as well as trademark holders’ benefits, trademark law must make a tradeoff between static efficiency and dynamic efficiency, that is, to eliminate opportunism such as deceit while leaving enough institutional space for competition. The closure of trademark right and the openness of fair use are conducive not only to solving the problem but also to avoiding further systematic risks.

Key Words: trademark, market power, limitation on right, fair use
