

论老字号商标的权益归属： 二分构造与制度设计

李文博 宋晓亭*

目次

一、引言：现状与问题	(三) 二分构造与商标私权属性的理论启示
二、基本概念的界定：事实与法律二分	四、老字号商标权益归属的制度设计
(一) 老字号商标的法律概念建构	(一) 老字号商标共存制度的法理逻辑
(二) 商标权主体的类型界分	(二) 注册主体：回归与例外
(三) 商标共存的内涵厘定	(三) 使用主体：共存与限制
三、老字号商标权益归属不明的理论争点	(四) 受让与被许可使用主体：开放与
(一) 反不正当竞争法调整范式的检讨	义务
(二) 商誉理论下老字号商标权利性质的澄清	五、结语

摘要 老字号商标的权益归属问题,表现于相关主体通过请求撤销、无效系争商标或提起侵犯商标权之诉等方式寻求权利救济,但相关基本概念与权益来源并不清晰。探寻老字号商标权属不明的理论争议,应充分尊重如下两个层面的二分构造:老字号商标、商标权主体、商标共存事实状态与法律概念的二分,反不正当竞争法与商标法对老字号商标权益保护模式的二分。根据商誉理论,事实状态与法律归属的冲突源于老字号商标原始财产与添附财产的混合,应当回归商标法设权模式,尊重历史渊源,构建老字号商标的共存制度,基于注册主体、使用主体、受让与被许可主体等维度设计具体规则。

关键词 老字号商标 二分构造 私权本位 商标共存 主体资格

一、引言：现状与问题

商标的“生命”在法律层面可以分为注册阶段与权利行使阶段,涉及的法律制度包括:商标符

* 李文博,中国人民大学法学院博士研究生;宋晓亭,同济大学上海国际知识产权学院教授。本文得以完稿,感谢同济大学徐明老师、同仁甘竞圆、王榕榕、杨睿的帮助,责编与两位匿名审稿人的启发。

号从设计到附加商誉、使用商标、剥离商标与商誉关联等行为的正当性评价。老字号商标作为一个符号标识却并非现代商业化运作的产物,其相关商标的文字、图形在注册前已存在多年,其商誉的存在早于我国商标制度。符号或商誉的归属不明导致老字号商标的权益归属之问,围绕注册主体、使用主体与受让/被许可使用主体产生的纠纷不断,尚无定论。

以三类老字号商标权益归属争议进行分析,涉及公私合营、体制改革等历史原因,判定情况复杂、认定界限模糊、举证要点不清,体现于:注册层面,老字号因历史原因中断使用,其商标被他人率先注册后的权属认定标准并不清楚。因老字号传承模式导致现存传承人数量尚不明确,其适格商标注册主体的判定存在困难,其中典型争议为传承人与在先权利人的冲突、传承人之间的冲突,商标局(前商评委)判断标准不明,导致多个相似商标“共存”。法院在行政裁定中,或适用注册在先制度,或适用历史渊源之说。使用层面,争议焦点在于注册主体与使用主体的对应关系被弱化,老字号商标的使用主体不必然是商标的取得者,历史渊源的梳理成为裁判依据,但判定标准不一。从结果来看,或是遵循注册在先否认在后的使用主体资格,或是采取反不正当竞争法的诚实信用原则使其善意共存,更有因偏向历史渊源采取在先主体侵犯后者(传承人)商标专用权之说。^[1] 转让与许可使用层面,涉及问题包括是否需要判断主体的适格性、老字号商标权主体能否仅依据意思自治原则不受限制地将商标转让或许可其他主体使用、其过程是否存在侵犯现存其他主体利益的可能^[2]。

二、基本概念的分界:事实与法律二分

针对老字号商标权益归属不明的困惑,应当先明确以下问题:第一,“老字号”这一语词为事实状态,与“商标”结合后进入法律领域,成为法律概念。作为权利对象,是界定基本概念的起点,即有关主体究竟在争夺或诉请被承认“何种商标”的权利。第二,建构权利对象的概念后,由于历史原因产生的一个或多个老字号商标及其“经营”者,导向权利主体类型的二分:事实主体与法律主体。第三,基于对权利对象(老字号商标)的认识,商标客观上的相似可能导致消费者产生主观上的混淆之虞,权利主体产生利益冲突,可导向“商标共存”的事实状态与法律概念二分。该思路源于哲学上“事实与价值”二分的启示。法律(规范)通过价值判断,对事实进行评估与取舍而非描述,^[3]契合多个有关老字号商标权益归属判断中的基本概念厘清与选择。

(一) 老字号商标的法律概念建构

我国法律对“老字号”的概念尚无明确规定,当其处于事实状态,可遵循商务部给出的定义。^[4]但这仅是商业运营中对老字号作为企业名称时的简单概念,投射在公众认知中将产生“老

[1] 参见成都同德福合川桃片有限公司诉重庆市合川区同德福桃片有限公司、余晓华侵害商标权及不正当竞争纠纷案,重庆市高级人民法院民事判决书(2013)渝高法民终字第00292号;西双版纳同庆号茶业股份有限公司与云南易武同庆号茶业有限公司等侵害商标权纠纷及不正当竞争纠纷案,云南省高级人民法院民事判决书(2018)云民再22号;高丽莉与西双版纳同庆号茶业股份有限公司等侵害商标权纠纷上诉案,北京市知识产权法院民事判决书(2018)京73民终441号。

[2] 其他主体利益中的“其他”,包括但不限于法律层面的商标注册人,例如事实上的传承人、老字号继承人均可能享有对老字号商标的权益。

[3] 知识产权学界对此的分析,可参见熊文聪:《事实与价值二分——知识产权法的逻辑与修辞》,华中科技大学出版社2016年版。

[4] 商务部《中华老字号认定管理办法(征求意见稿)》第6条,认定老字号的条件为:品牌创立于1956年以前;传承独特的产品、技艺或服务;具有中华民族特色和鲜明的地域文化特征,具有历史价值和文化价值。申请中华老字号认定的企业应当拥有代表性注册商标的所有权或使用权。地方也基于此规章出台相应的老字号评定办法。

字号企业”“老字号品牌”“老字号商标”等多个外延。

对老字号商标进行法律概念的建构,有两类问题:其一,老字号在历史存续过程中(1956年以前)使用的事实名称,^{〔5〕}可否认属于法律层面的老字号商标,如“莲香楼”旧名“连香楼”,“陶陶居”旧名“葡萄居”,“雷允上”旧名“雷允上诵芬堂”;其二,客观上与老字号相似的名称(但并非历史上的旧名),存在事实状态的相似商标外观,可否认属于法律层面的老字号商标,如“稻香”之于“稻香村”,“一正”之于“一正斋”,“同德福”之于“同德福颂”,“南京同仁堂”“北京同仁堂”之于“同仁堂”。

该问题的实质是如何通过价值判断甄别老字号商标的事实状态能否成为法律概念,此处应通过商标法的核心概念之一“显著性”,关注出处显著性与区分显著性的二分:“传统理论将显著性分为固有显著性与获得显著性,并不符合符号学结构。显著性中标示与区别两方面的含义才更值得被关注,这就是出处显著性与区分显著性的划分。商标权的证立来自某一标志的出处显著性,而权利范围的评判应考虑区分显著性的强度。”^{〔6〕}证立商标的法律概念,取决于出处显著性,再以语义学分析为辅助,可展开讨论。

其一,老字号在历史经营过程中的名称不可一概认为具备形成老字号商标的条件。如“陶陶居”与“莲香楼”因更名将导致原有事实商标的出处显著性降低,公众不易将其认识为老字号商标,不应将其纳入法律层面的老字号商标概念之中;而“雷允上”与“雷允上诵芬堂”,名称变化不影响其出处显著性,语义结构上,“诵芬堂”对“雷允上”偏正,两者具有特定结合关系,其在公众认知中,容易将后者与“雷允上”老字号(出处)直接关联,故均可认定为老字号商标。

其二,就客观上相似的,但并非历史上曾经使用的名称,需要廓清老字号原名称的词性结构与词义复杂程度。若结构为相对简单的日常词汇组合,如稻香村、王老吉等相对通俗的名称,其出处显著性弱。稍加更改文字部分,如“稻香”“李老吉”,公众不易认定为是老字号商标。判断其概念边界时应加强限制,可相对严格地将该类老字号商标界定为“与老字号名称相对应的文字、图形商标或两者结合商标”。当内部结构复杂,词义生僻,如同德福颂与同德福、一正与一正斋,语义结构使其出处显著性强,在界定此类老字号商标的法律概念时,边界可以适度延展,若语义结构偏正原老字号名称,可认定为法律上的老字号商标。

根据以上分析,老字号相关商标的事实状态,仅与历史旧名或客观上的商标相似有关,被选择为法律概念,核心的价值评估在于出处显著性的判断。若案情复杂,可考虑加入语义学分析。

“老字号商标”的法律概念可以界定为:依照事实名称的出处显著性,排除客观上文字相似的部分商标,与存续至1956年并为当时相关公众熟知的老字号识别部分相吻合的文字、图形或两者结合之商标。

(二) 商标权主体的类型界分

分析商标的符号学结构,^{〔7〕}老字号商标之能指为商标标志,所指为出处(商标权主体)或商誉,对象^{〔8〕}为商品。分析路径为:首先,对权利对象,即商标标志(能指)的法律概念进行建构;其次,阐明“权利主体”(所指)概念的特殊性;最后,厘清商标共存的概念,即客观上标志(能指)的混

〔5〕 一般而言,老字号均以创始之初的字号名称延续数十年乃至数百年使用,如全聚德、五粮液、王老吉;亦有如陶陶居于清代光绪创办之名为“葡萄居”,1927年重新建店更名为“陶陶居”以显雅致;1889年创办的莲香楼原名“连香楼”,1910年更名为“莲香楼”。

〔6〕 详见彭学龙:《商标法的符号学分析》,法律出版社2007年版,第162—176页。

〔7〕 同上注,第346页。商标法领域关于语词与事物关系的符号学分析,可参见熊文聪:《词与物:地名的不可商标性反思》,载《交大法学》2020年第2期,第134—135页。

〔8〕 此处的“对象”一词并非前文“权利对象”中的对象一词,是符号学上的“对象”概念。

淆导致意指(从能指到所指)过程的混淆(主体利益冲突)。因此,商标权对象的法律概念明晰之后,应当进入商标权主体的类型界分。

老字号商标主体概念之特殊,在于商标存在于我国商标法立法之前,基于历史原因,产生多个现存的事实主体,有如下情形:其一,部分非事实主体通过商标核准注册成为法律主体,又因事实行为(对老字号品牌的经营)而成为新的事实主体,即“非事实主体—法律主体资格的获得—经营之事实行为—事实主体”的流变;其二,非事实主体因公私合营注册老字号商标成为法律主体,却并未进行实质性经营(未积累商誉),仅有“非事实主体—法律主体”的变化;其三,现存事实主体(老字号创始者后人或传承人)在申请商标注册或无效前述商标的行政流程、司法实践中,因审核者、法官的评判差异,产生“事实主体”之身份局限与“事实主体—法律主体”之身份变化。

据此,有必要阐明老字号商标权主体的概念,即二分事实主体与法律主体类型。所谓事实主体,为事实状态上符合老字号合理经营者身份,却并未获得老字号商标,与老字号之间存在历史渊源的市场经营主体;法律主体,为合法取得老字号商标的法律主体,即老字号商标在法律形式上的“主人”,后文“注册、使用、受让或被许可主体”均为法律主体之类型。

(三) 商标共存的内涵厘定

以事实与法律的二分方式,阐述清楚“老字号商标”的概念与“老字号商标权主体”的概念后,可进入另一个重要概念——商标“共存”。老字号在现代商业模式之下的外延丰富,但有关主体仍主要依托商标注册取得进行商业活动,因公私合营、企业改制、家族或师徒传承关系导致老字号商标出现共存关系,司法中已经实质承认,但其概念内涵仍值得探讨。

商标共存的概念应解释为:同一法域内属于两个或两个以上的主体的两个或两个以上互相有冲突的商标基于某种原因同时合法存在之情形。其须符合四个条件:必定存在两个或两个以上商标;商标之间必定存在冲突;商标分属不同法律主体;于同一法域内合法共存,无论是基于审查疏漏、当事人协定还是法院判定的善意共存。^[9]

无论是何种立法例,还是商标审查与侵权判断中,“商标冲突”的标准基本均可以概括为“混淆可能性”。^[10]而讨论商标共存必然意味着混淆可能性与冲突。^[11]据此,这一概念的讨论从事实状态进入法律层面:从商标客观相似到以消费者主观“混淆之虞”的产生,导致法律主体的利益冲突。

质言之,“商标共存”以对“老字号商标”与“商标权主体”概念的准确认识和把握为基础,属于上位概念。厘清、正确认识老字号商标、商标权主体的事实状态与法律概念,才可以做出合理判断,该判断的具体标准可以基于商标申请注册或侵权举证时,有关主体提交的老字号历史更名证据、经营证据,并在个案中衡量不同老字号本身在显著性与语义学上的复杂程度,采取不同程度的解释。

在主客观认识(从“共存”的事实状态到法律概念的认识)的状态上,应当遵循概念运用的精确与统一,此涉及对《商标法》第57条前两款表述的理解。^[12]客观上的“相同或近似商品+商标”与主观上的“混淆之虞”在理解老字号商标共存的概念问题上应当遵循同一标准:主观上的混淆之虞证明两个甚至多个老字号商标的“共存”,客观上的商标近似甚至商品近似并不当然导向商标的混

[9] 参见王太平:《商标共存的法理逻辑与制度构造》,载《法律科学》2018年第3期,第101页。

[10] 参见王太平:《商标侵权的判断标准:相似性与混淆可能性的关系》,载《法学研究》2014年第6期,第160页。混淆可能性即前文所称“混淆之虞”,本文不作区分。

[11] 见前注[9],王太平文,第102页。

[12] 《商标法》(2019年修订版)第57条认定侵权注册商标专用权的行为之一:“未经商标注册人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的”;之二:“……在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的。”

淆可能性，“不能在谈论普通商标侵权时运用主观商标近似、相同的概念，而在谈论商标共存时却又以客观的商标近似、商品类似概念来偷换概念”^{〔13〕}。

简言之，对商标是否客观相似（是否均为法律概念上的老字号商标）的判断，是共存的事实基础。而共存的法律概念，只以此为前提，核心的价值判断为是否产生主观的混淆之虞，混淆的结果是对商标“所指”（法律主体）产生误认。

试举两例：“稻香村”商标争议中，北稻的商标为“三禾”与“稻香村”的文字图形商标，南稻商标为“稻香村 DXC”文字图形商标，其客观上相似，同属老字号商标，即修饰词偏正“稻香村”，但当下两者市场有明显区分，消费者主观上不容易产生混淆之虞；“一正”与“一正斋”商标均为老字号商标（前文已述），也不构成法律概念上的商标共存，市场和消费者群体可以区分，不易导致混淆之虞。法院判决中“善意共存”之表述，属于对“共存”的法律概念认识不清，仅停留在事实状态相似。^{〔14〕}

采主观认识状态上的混淆之虞判断老字号商标共存，在于老字号在漫长的时间演变中使用过不同形态的商业符号，符号之间可能存在较大差异，但不必然影响其承载的良好商誉。同时，某些老字号商标可能在客观上构成相似，却通过长期经营足以被消费者区分，此时以客观方式分析会得出商标共存的结论，然而并不契合商标共存的法律概念内涵。

三、老字号商标权益归属不明的理论争点

基本概念的界定首先服务于理论分析，以保证概念使用的语境统一，老字号权益归属不明的问题，有以下理论争议。

其一，老字号商标的“权益”二分为权利与法益，即商标法上的财产权利与反不正当竞争法上的竞争法益^{〔15〕}。同德福案通过《反不正当竞争法》第2条诚实信用原则规制同德福商标的法律主体对老字号历史之不正当使用（攀附商誉），在于保障涉案事实主体的竞争法益，但商标法上的权利归于无历史渊源之人，造成权利与法益的割裂。作为指导案例，对于复杂的老字号商标权益归属争论，维持商标法之权利保护与反不正当竞争法之竞争法益保护的现状，恐怕力有不逮。为防止实践中频繁借助反不正当竞争法解决此类案件，借助法教义学分析，本文对反不正当竞争法调整的范式进行检讨，使问题的解答回归商标法。

其二，回归商标法后，借助其立法宗旨与取向，以及财产权的正当性理论（商誉论）的考察，澄清老字号商标的权利性质。同时表明老字号商标权的事实主体与法律主体二分下，因商誉添附产生财产权添附，具有理论启示意义，成为制度设计的基础。

（一）反不正当竞争法调整范式的检讨

同德福案以《反不正当竞争法》第2条规制商标注册人试图依托老字号历史宣传的行为并试图揭示“遵循诚实信用原则善意共存”的普适性。然而在学理上，该条款中的诚实信用原则更符合规制攀附注册商标商誉的行为，普通商标注册权人不可禁止他人对注册商标的攀附性使用或基于诚信原则禁止此类行为。^{〔16〕} 鉴于老字号商标问题涉及的历史与现实交织之复杂性，以同德福案

〔13〕 王太平、卢结华：《商标法中商标近似的界定与判断》，载《中华商标》2015年第3期，第69页。

〔14〕 针对“采芝斋”案中诉争两个高度相似的“采芝斋”商标，主观混淆几乎必然，却也并不影响倚重主观状态判断的应然。苏州采芝斋食品有限公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会案，北京市高级人民法院行政判决书（2018）京行终4317号。

〔15〕 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第168—172页。

〔16〕 参见刘维：《论混淆使用注册商标的反不正当竞争规制》，载《知识产权》2020年第7期，第49页。

为引子,可检讨反不正当竞争法的调整范式。

1. 个案中的诚实信用原则

同德福案中,在先注册老字号商标“同德福”的法律主体因不具有历史渊源被重庆高院判定实施不正当竞争行为,违背诚实信用原则。该原则有利于解决复杂纠纷中难以适用具体法律规则的问题,实现个案正义,却难以在老字号商标的权益归属问题中实现推广适用。

其一,适用诚实信用原则的结果是防止无历史渊源的老字号商标注册主体依托老字号历史进行宣传,其攀附的商誉指向第三方——过往老字号的历史价值,侵犯的财产权主体不特定,包括但不限于已注册老字号商标或其他商标的老字号历史渊源相关人。在民法继承理论中有资格继受老字号创办人财产之人,均可能成为被侵权主体。如此,往后其他历史渊源主体若提起诉讼,频繁通过诚实信用原则加以规制缺乏可行性。

其二,诚实信用原则存在一定的道德色彩,贸然基于道德感禁止攀附注册商标商誉的行为尚且不能得到《商标法》第13条理论基础的支持,^[17]何况本身是老字号商标的注册人,其商誉指向如前所述之不确定多数,无法根据商标法撤销其商标权法律主体资格,却也勒令其再也无法宣传本身就具有浓厚“历史意味”的老字号商标之历史。

其三,反不正当竞争法的诚实信用原则脱胎于民法,民事诉讼中的诚实信用原则本身就具有空洞化与适用失范问题。^[18]老字号商标权益归属之争在于商标的注册与权利行使行为,本应为商标法规制的范畴,在法条竞合中应当优先适用,且“商标权的控制对象必然是一种商标使用行为”^[19],其缺失理应在商标法中进行弥补。

其四,前述情境中,在先注册商标权人的实质性投入并未在判决中体现,若在先注册人(如同德福商标人)已经通过长期的历史宣传建立一定的市场地位,新增的财产权能否定义为“不义之财”,即便具备不当得利的要件,也不应以当下为起讫点,要求不再进行虚假宣传行为就能收回其不当得利,更不能要求前者给予后者补偿(基于补偿对象的不唯一性)。此时撤销前者的商标权显失公平,秉持诚实信用原则却也难以为后者带来实质正义(不当得利已经产生)。

2. 反不正当竞争法与商标法的衔接和归属

《反不正当竞争法》第2条之潜在空洞化难以解决老字号商标的权益归属纠纷,在司法中是否可以考虑以第6条所确立的混淆行为要件进行判断,同时对《商标法》第57、58条的衔接问题,^[20]“搭便车使用”与“混淆使用”的类型化区分以及在适用的归属情况,进行梳理。

以教义学和比较研究的视角分析,适用《反不正当竞争法》第2条禁止对驰名商标商誉的攀附的正当性,来源于《商标法》第13条的规定。^[21]即,将驰名商标作为一项财产,借助反不正当竞争法保护其在驰名商标主体做出的投资。《商标法》第57条规制的是侵犯注册商标权的混淆行为,第58条指向反不正当竞争法保护对注册商标、未注册驰名商标的字号化使用,对于老字号商标的

[17] 见前注[16],刘维文。

[18] 参见杨秀清:《民事诉讼中诚实信用原则的空洞化及其克服》,载《法学评论》2013年第3期,第37页。

[19] 刘维:《论商标使用在商标侵权判定中的地位》,载《上海财经大学学报》2018年第1期,第135页。

[20] 《反不正当竞争法》第6条关于混淆行为的规定:第1款,擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识;第2款,擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等);第4款,其他足以引人误以为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。《商标法》第58条:将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用。误导公众,构成不正当竞争行为的,依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。

[21] 见前注[16],刘维文,第43页。《商标法》第13条:为相关公众所熟知的商标,持有人认为其权利受到侵害时,可以依照本法规定请求驰名商标保护。

争议有如下问题：其一，老字号商标能否被认定为驰名商标获得《商标法》第 13 条的保护，即适用诚信原则；其二，老字号商标能否因他人的混淆行为判定相关主体侵犯《商标法》第 57 条；其三，老字号商标能否作为注册商标或者未注册驰名商标获得《反不正当竞争法》第 6 条的保护。

首先，老字号商标与驰名商标存在交叉，例如稻香村、王老吉均曾被认定为驰名商标，但诸多老字号的知名度尚不能达到驰名商标的认定标准，不应当矫枉过正般地采用驰名商标的保护手段，同时，我国驰名商标采用个案认定，具有严格的个案适用性（实质是保护竞争法益），无法从根源解决其商标权益归属中的矛盾。即便是在部分足以被认定为驰名商标的老字号商标争议中，也存在如稻香村之双方均有较高知名度，可以被共同认定为驰名商标的问题，此时无法产生相互对抗作用，即便是仅有一方为驰名商标，也要面对诚信原则的弊端。

其次，依《商标法》第 57 条规定，注册可能与在先商标产生混淆的老字号商标时，相关主体通常具有正当性目的，即具备历史渊源（前文已经排除恶意抢注的情况）。具体而言，传承人与在先权利人产生争端时，在先权利人因公私合营这一特殊历史取得老字号商标，在后权利人基于后人或传承人身份承继财产权，混淆的产生存在私权的正当性来源，无法简单认定侵犯对方的注册商标专用权，因该老字号商标本就不具备专用权性质。而在稻香村案中，一方传承人在进入另一方市场领域后，将具备商标共存的主观混淆可能性要件，这属于正常商业扩张行为导致的结果，不违背诚信原则，也难以通过第 57 条规制，在商标法与反不正当竞争法上均无合适的归属。

再次，既然《商标法》第 57 条、《反不正当竞争法》第 2 条均难以规制老字号商标权属与侵权问题，能否借助《反不正当竞争法》第 6 条对已经注册的老字号商标进行商业标识运用上的限制？答案是否定的。在解释论上，将这一条款解释为商业标识混淆条款更为合适，也可以廓清其与《反不正当竞争法》第 2 条的关系，即《商标法》第 58 条指向《反不正当竞争法》第 6 条之第 1 款与第 4 款。^{〔22〕} 而同德福案、宏济堂案均认可具备历史渊源的市场主体使用老字号作为企业名称印刷在商品包装装潢上的行为，《反不正当竞争法》第 6 条便无法规制注册的老字号商标与其他主体使用同名企业字号的冲突。

据此，反不正当竞争法在老字号商标的主体争议，即商标的权利归属与侵权纠纷上没有对应的条款给予有力回应，本文亦对使用反不正当竞争法规制的妥适性予以证伪，老字号商标权益归属不明的问题，应当回到商标法解决。

（二）商誉理论下老字号商标权利性质的澄清

对于老字号商标权益归属背后的实质冲突的分析，应关注老字号商标权益在商标法中的价值位阶与其作为私权的正当性判断。首先，就价值位阶，是尊重历史使权利回归本位（私权本位观念），并保障当事人意思自治（实现共存或转让）；或是优先考虑公众利益，阻止老字号商标的多方使用造成公众混淆（禁止共存或转让）。这是对商标权人利益与公众利益的衡平要求，也在于如何考量商标法的立法宗旨。其次，就权益的正当性，应梳理历史与现实，以明确不同历史阶段老字号商标对应财产权的归属，防止过于依赖注册取得制度进行权属判断。

1. 商标法立法宗旨的构成与取向

从世界各国的立法来看，商标法的立法宗旨总是包含三个方面：保护商标所有人的利益、维护消费者利益与维护社会公众利益。^{〔23〕} 从事实看，当下已经存在诸多老字号商标共存之情况，法院考量因特殊历史产生的多个老字号商标时选择双方或者多方主体善意共存之进路，也出现非共存情况下一方享有商标却不能利用商誉的情形；从理论上分析，判决中以商标共存甚至商标商誉分

〔22〕 见前注〔16〕，刘维文，第 49 页。

〔23〕 见前注〔9〕，王太平文，第 104 页。

离之思路解决纠纷与表达上宣称基于消费者与公共利益的考量,认为双方以诚实信用原则完成市场分配有利于消费者的选择,存在自相矛盾。这一进路本身蕴含激烈的价值冲突,即承认善意共存或是分离商标商誉表明判决者支持商标所有人利益保护之立法宗旨优先,将消费者利益保护位阶排至第二位,却冠以公共利益保护之名。

商标法的三个立法宗旨在适用上是灵活、可变的,不同纠纷情形下存在不同的价值排序。老字号商标的权益归属之争通常难以兼顾——既满足商标所有人利益,又符合公众利益的期待——在激烈冲突中寻求价值协调才能妥善解决商标权益归属的问题。但解决纠纷的思路,应当存在明确的立法宗旨取向。

2. 商标权的私权本位

商标法发展至今,已经呈现出回归私权本位,倾向商标所有人权益保护的价值取向。例如在商标注册环节,欧盟大多数成员国采取绝对理由审查模式,即审查合格—初步公告—异议程序—注册公告流程,强调审查效率与商标私权属性。有学者根据我国商标申请量、增长速度、驳回情况等分析认为采用绝对审查代替现有全面审查模式之现实条件已经成熟。^[24] 弱化注册审查机制,尊重当事人对商标的处分(例如前文述及的商标共存之现状与协定),表明我国商标法的管理色彩淡化、回归商标权的私权本位之特性,当然这种考量背后需要一套完备的配套制度实现效率、公平与私权主义的多重保障。

整体来看,私权本位的价值选择有助于我国商标申请注册流程优化、审查效率提高与商标注册使用中问题的解决。换言之,认为注册取得商标权制度仅仅是权利主体与国家的“社会契约”,法律应当将维护商标权的私权属性作为契约的首要目标,这并非是简单的行政授权或行政许可,而应当对通过使用产生之商标私权予以成文法之认可,核准注册商标是对商誉于制定法的确认。^[25]

3. 商誉理论下商标财产权益的正当性来源

一般认为凝聚了商誉的商标是一种财产,其权利主体享有对应的财产权。商标权实质上是一种财产权,商标法保护的就应当是商标代表的商誉,即“商标所有人就商标所代表的商誉享有的权利”^[26]。基于财产权理论可知,老字号商标蕴含由不同主体共同建立的多重财产权。以商标财产权的原始和添附二分,老字号商誉源于多年积累,早于我国商标法立法。商标权主体(无论事实或法律主体)均可能继受转化在先商誉(原始财产),享有历史便利,以经营行为添附商标财产。

但商标核准注册仅是一种确权手段,行政机关对商标权人拥有商标的公示与确认并不会增添或减少商标上商誉。问题在于,老字号商标在获准注册后,由于历史原因导致非历史渊源相关主体获得该商标,无论其是否在商品、广告上借助历史渊源进行宣传,其原始财产价值就足以使公众心中产生亲切感与信赖感,促使其购买相关商品。此时,行政机关的确权行为的实质已然蕴含授权,即授予老字号商标在先注册主体对老字号在先商誉的使用权,存在“程序性权利”变化为“实体性权利”的风险。遗憾的是,这一风险已经产生且在长期以来的司法实践中没有得到妥善解决,与注册商标的本质地位与作用相违背。当然,这与特殊历史背景有关,本文无意批判,而是试图以“正本清源”的态度厘清其核心问题。

因此,以尊重商标私权性质判定老字号商标权法律主体,不应局限于注册取得制度,而是关注老字号商标的在先商誉。此商誉因老字号的创始人与发展传承人建立,使老字号商标的法律概念

[24] 参见冯晓青、刘欢欢:《效率与公平视角下的商标注册制度研究——兼评我国商标法第四次修改》,载《知识产权》2019年第1期,第8页。

[25] 参见黄汇:《注册取得商标权制度的观念重塑与制度再造》,载《法商研究》2015年第4期,第187页。

[26] 李明德:《商标注册在商标保护中的地位与作用》,载《知识产权》2014年第5期,第3页。

于产生之初便已经承载。因注册并使用老字号商标，继受其原始财产权而产生的市场号召力与公众认知度，是注册一个尚未被公众知悉的商标无法比拟的。即便通过法定程序成为老字号商标主体，也难以认可其自然获得该财产权之合理性，需要以历史渊源为主要脉络分析能否成为适格主体，一般应当尊重民法的继承原则，^{〔27〕}老字号创始人的后代或者传承人能够继承其私有财产，包括原始财产权载体之老字号。

（三）二分构造与商标私权属性的理论启示

老字号商标概念、商标权主体概念与商标共存概念，均存在事实与法律的二分。界定清晰之后，深入至老字号商标权益归属的理论争议：以反不正当竞争法与商标法的比较，确认应当由商标法下辖“谁的所有权”问题；商标法价值位阶上，优先私权本位；商誉理论下，明确老字号商标私权的正当性，及其对应多个主体的特性——解答“应该是所有权么”以及“谁”的所有权问题。此二分构造与商标私权本位理论的梳理，对老字号商标的权益归属判断，有如下启示：

老字号商标权益归属判断的特殊性，在于事实主体与法律主体在行政复议、民事诉讼中分庭抗礼。历史原因导致多个事实主体、法律主体争夺老字号商标的所有权，不可避免（当下老字号商标几乎均有其法律主体）。注册制度促进商标注册效率，却不能回应实践困局。因此，商标权的法律主体判定成为老字号商标使用、转让、许可等权利行使行为之必要前置，也将直接影响前述行为的法律效力。要言之，从“注册、使用、转让、许可”这一商标生命周期出发，实为借“权利行使之瑕疵”引出“权益归属之疑惑”。

其一，在前述“非事实主体—法律主体—事实行为—事实主体”的过程中，法律主体因商誉添附之劳动产生新增财产权，成为合理之事实主体，即老字号商标的“第二主人”，如何化解其与“事实主体”或“事实主体—法律主体”两大类型的矛盾，需要审慎考量。

其二，“非事实主体—法律主体”导致该法律主体因事实行为阙如丢失话语权，在与“事实主体”或“事实主体—法律主体”的矛盾中，机械适用商标注册取得制度违背财产权理论，也与公众朴素认知相悖。可以考虑商标权的撤销，使其丧失法律主体资格，退回非事实主体之身份。

其三，多个关涉“事实主体”“事实主体—法律主体”与“非事实主体—法律主体—事实行为—事实主体”产生的冲突将更为复杂。此时老字号商标已经蕴含原始财产权与添附财产权，为防止新的事实主体以原始财产权之继受者身份恶意抢夺添附财产，应当对其加以限制。在同为老字号商标的前提下，侵权诉讼中往往涉及在后者对在先权利人的财产权添附。表现于在先注册商标人在使用中老字号商标财产权的添附，或是在后注册人对前者的添附，或是许可与转让后的财产权添附。

据此分析，老字号商标权的法律主体判定，首要的是安排老字号商标的共存，以历史渊源为判定依据确定事实主体，再行评估。对权益归属进行制度设计时，要考虑以下问题：其一，老字号商标附着的原始财产权究竟应当获得商标法何种程度的保护；其二，因在先注册人实际使用老字号商标使其获得的显著性带来的附加价值，即市场运作中产生的新的商誉之权利范围应当如何判定，能否与在先财产权产生对抗，其对抗的程度又如何；其三，对尚未重操老字号旧业，试图通过后进市场分一杯羹的主体，如何设计权利限制制度。

四、老字号商标权益归属的制度设计

就权益归属的制度设计，可遵循以下路径：首先，老字号商标的注册、使用或转让许可主体判

〔27〕《民法典》第124条：自然人依法享有继承权。自然人合法的私有财产，可以依法继承。第1127条：继承的第一顺序，配偶、子女、父母；第二顺序，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

定,均与前文所述的商标法立法宗旨的构成取向密切相关,将哪一类主体的利益作为立法取向之第一位阶决定法律主体判定时的侧重点,也决定保护上的优先级别;其次,三种法律主体的适格性判断,均应当以该主体与老字号的历史渊源为核心,即法院应当首先判断涉案主体与老字号的历史渊源,再根据主体类型之争进行具体判定;再次,在确定理论基础与历史渊源判定的标准后,针对注册主体的认定手段、不同情形下使用主体的判定方式与转让或许可使用主体的限制具体分析,完成从“事实主体”到“法律主体”的追根溯源与确权行为。

既然以教义学分析得知反不正当竞争法在此问题上“捉襟见肘”,而区分设权模式与竞争法模式的意义在于:“设权模式通过赋予绝对权的方式,鼓励符号财产的创设行为。设权模式对法益的保护是事前的、积极的、主动的。竞争法的目的在于制止恶意竞争,通过对恶意竞争者科以责任,使得没有绝对权的受害人获得救济。”^[28]依前文分析,以商誉理论下的商标私权本位为启发,老字号商标权益的制度归属,宜为商标法之设权模式,拒绝事后、个案与消极的法益保护。

(一) 老字号商标共存制度的法理逻辑

我国在实践中则通过变通商标冲突之标准变相承认其合理性:^[29]一方面是尊重双方当事人的协定,另一方面也基于我国文字组合的可穷竭性、商标申请数的攀升与未来商标申请中出现相同或相似商标之必然性的考虑。

与之类似的是商标共有制度,2001年《商标法》修订后,规定了商标共有规则,^[30]但作为一个“移植经验”,其具体适用标准不明确,实际使用情形也不多见。商标共有实际是商标共存的极端形式,区别在于商标共有是多个主体共有同一商标,仅产生一个商标所有权。两者分属一对多和多对多的“商标—主体”关系,但以传统理论的视角观察,一个或多个近似商标对应多个来源之情形下,商标共有与商标共存并无本质区别。^[31]举重以明轻,商标法明文承认商标共有,应当同时承认商标共存,价值取向上若采取冲突不审查制度与商标自由转让制度,应当同时否认商标的共存与共有。

如前所述,目前商标法已然呈现出回归私权本位,以保护商标权人利益为优先的价值取向,因为宣称以保护消费者利益为立法宗旨的商标权法并未使消费者获得真正的诉权。既如此,应当在老字号商标权的法律主体判定中将私权本位理念与商标注册的确权理念立于核心,其理论的适用方式如下。

其一,老字号商标权的背后,依财产权理论,存在一个原始价值,即老字号创始人与过往经营者的财产权,或称之为在先商誉,这是隶属于老字号后人或传承人(事实主体)的私权,而非商标注册取得人在获准注册时可以自然继受的。该财产权的继承应当遵循民法典之继承理论——老字号的历史渊源之说,商标注册制度的正当性与观念重塑在于注册机关的定位应为商誉的保护机关而非分配机关。法院应当舍弃机械化适用商标注册取得制度,回归私权本位,考量老字号商标对应私权的正当来源,否则商标将因其名不副实缺乏竞争力。^[32]

其二,不能忽视老字号经营者在传承活动中产生的添附财产权(商誉),该部分权利应当由后来者享有。但针对同一个老字号商标,原始财产权与新增财产权难以分离。具体适用上,也无法

[28] 参见李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第173页。同时,对商标之财产化与绝对权保护模式,也有学者进行反思,本文不做展开,详见吕炳斌:《商标财产化的负面效应及其化解》,载《法学评论》2020年第2期,第55—67页。

[29] 见前注[9],王太平文,第100页。

[30] 《商标法》第5条:“两个以上自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册统一商标,共同享有和行使该商标专用权。”

[31] 见前注[9],王太平文,第105页。

[32] 参见杨雄文:《“王老吉”商标与相关权利纠纷的法律解析》,载《知识产权》2012年第12期,第41页。

依照反不正当竞争法之诚实信用原则规制，应当回归商标法的制度构建与补充。

其三，历史的复杂性导致原始财产权与添附财产权难以分离，而老字号商标的现实共存情况是对商标法承认并构建共存制度的呼吁。仅仅通过利益平衡原则或诚实信用原则规制老字号商标，若简单受恶意抢注之说的摆布将不正当地拓展其范围，“需要实事求是地梳理、分类与认定”^{〔33〕}。唯有在商标法中明确承认商标共存，并且配套老字号有关的商标共存方式的制度设计，才能保障相关主体利益的合法化与消费者、公众利益损害的最小化。

（二）注册主体：回归与例外

针对老字号传承人这一事实主体与在先权利人的注册主体之行政冲突，应当遵循事实传承行为进行判定：其一，如果在先权利人已对老字号进行传承、弘扬，应当认定其由此获得老字号商标的注册主体资格。但这一资格无法与同样实施传承行为的传承人产生对抗，即如果传承人申请注册老字号商标，商标局应当核准，并鼓励二者达成商标共存协议。其二，若在先权利人只是注册取得老字号商标却并未实施传承行为，商标局应当考虑撤销或无效其注册商标。因仅保留商标符号之形式，无可避免日后消费者选择“无历史有商标”之商品与“有历史无商标”之商品时的困扰。同时，承认实施传承行为的老字号传承人之注册主体资格，使商标回归原始财产权的继承人与添附财产权的创造者，法院可通过限制停止侵害请求权的方式，给予前者一定补偿。^{〔34〕}其三，为防止权利的过度扩张，如果并未实施传承行为，未对老字号延续做出贡献的主体试图申请商标，并且市场上已经现存有事实上的传承人与传承行为，即便该主体被认定具有历史渊源，不应当认可其注册主体资格，因此时将侵犯现有主体的财产权，当然，若相关主体达成共存协议，法院应当支持。

当无历史渊源的在先权利人为老字号商标添附的商誉显著，为防止其投资受损，即便在后者具有历史渊源，也应当谨慎考虑其注册主体资格的获得。概言之，对老字号商誉的（区分）显著性提高可以使对应方获得商标权的注册主体资格，甚至对抗具有历史渊源之人。

（三）使用主体：共存与限制

司法实践中存在五种主要情形，基于商标共存制度，有如下设计。

1. 双方均为法律主体，且都与老字号存在历史渊源（均为事实主体）。

双方应本着诚实信用原则，通过协商实现双方老字号商标的善意共存，并在各自形成的市场领域将老字号发扬光大。具体为：限制一方主体持续注册老字号有关商标，避免压缩另一方的原有市场经营空间，同时可以避免消费者混淆；应当在商品包装上标注有关文字，以达到与另一方企业的产品相区分的效果；双方均可以在商品包装、商业宣传等层面介绍与老字号之间的历史渊源，但不得使用“唯一”之类的字眼削弱对方的市场地位。

2. 双方均为法律主体，仅有一方与老字号之间具有历史渊源（一方为事实主体）。

此类情形应该评估无历史渊源一方能否因实际的传承保护行为获得传承人资格，若存在事实行为则不构成侵犯老字号商标权，成为适格使用主体；若无事实行为，应当判定侵权，否认其使用资格，撤销其商标。

3. 双方均为法律主体，但是均与老字号无历史渊源（均非事实主体）。

类案症结为涉案老字号往往在历史变迁中中断使用，但是老字号商标、字号被无关主体注册使用。考虑到已有主体注册有关商标并且多年持续经营，以维持老字号的生命力，司法中应当尊重其传承活动，维持老字号商标之注册现状，但应当禁止无关主体的后续注册行为，否则侵犯添附

〔33〕 孔祥俊：《商标法适用的基本问题》，中国法制出版社2012年版，第210页。

〔34〕 参见崔国斌：《商标挟持与注册商标权的限制》，载《知识产权》2015年第4期，第38页。

财产权。现存法律主体可以宣传历史渊源,但不得夸大其词,或在宣传中抨击另一主体。

4. 仅一方为法律主体,但双方均与老字号之间存在历史渊源(均为事实主体)。

法律主体一方自然可以使用对应商标并且进行历史渊源宣传活动,但不得借此压缩另一方的市场竞争空间。实践中可以适当放宽另一方申请商标的限制(如允许申请传承人个人名字+老字号文字图形的组合形式商标),但该商标应当足以与在先老字号商标进行区分。这一商标共存体系有助于推进老字号传承发展,双方应当注意商业活动基本原则,不得因自身的历史渊源关系侵占对方之权益,更不宜铺陈注册商标(企图借助布局策略抢占市场)。

5. 仅一方为法律主体,但与老字号之间无历史渊源(并非事实主体)。

前文已述,此类情形应当否认无历史渊源者且无事实传承行为的使用主体资格,认定传承人作为事实主体成为老字号商标的适格使用主体。若商标所有人实施传承行为,则应当以商标共存之方式保障双方利益。

(四) 受让与被许可使用主体: 开放与义务

商标转让本身的基础理论建构与设计便存在诸多需要回答的问题,如“同一商标的多次转让”“商标权利瑕疵如何处理”“商标转让主体不合格”。^[35] 本文重点关注老字号商标可否自由转让或许可,并基于已有研究对老字号商标转让中是否应当存在受让方的品质保证义务进行分析。

当今主要国家中,只有我国《商标法》给商标使用者设定品质保证义务,^[36]但是实务上该条款的适用场景鲜见,也违背商标制度的运行机理。包括我国在内的世界各国或地区在商标转让的实际运行中,也通常遵循自由转让模式。^[37] 在商标私权性质的承认之下,老字号商标权人对商标的处分应当遵循相对自由原则。首先,就老字号商标的转让,应当保障商标转让连同老字号的技艺、资料等创造其原始商誉之权利载体一并转让,^[38]并以公示的方式宣告老字号商标权的法律主体已经变更。公众混淆之虞已经不可避免,据此最小化对其利益的损害。若受让方与转让方签订的合同合法有效,标的价款由双方自行评估并确定;部分老字号商标存在多个法律主体,一方的转让可能使其他方的商誉与公众评价遭遇潜在风险,转让时应当设立一定缓冲期,并进行公示,利益相关方对自身商标与相似商标的区分活动也应当尽早开展。^[39]

关于商标许可,有以下问题: 无历史渊源的市场主体能否因秘方或技艺的独占许可或排他许可成为合同约定期限内的老字号商标使用主体,约定期限过后又能否因其创造的附加商誉成为新的商标使用主体,即适用民法添附制度。以“王老吉案”为例,有关文献给出的规制路径为回到“许可使用”合同,使得许可双方各得其所,许可人有权收回商标,被许可人可以通过其他商标将增添商誉转回自身。^[40] 许可使用是商标权人的选择,过多限制不符合私权主义,其所需要承担的老字号商誉变化的风险与机遇并存,于消费者无非是新一轮的商誉评估。

需要注意的是,在许可使用老字号商标时,双方协议应当明确被许可方在商标上加注标识,同

[35] 参见彭学龙:《商标转让的理论建构与制度设计》,载《法律科学》2011年第3期,第133页。

[36] 《商标法》第7条之二:“商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标管理,制止欺骗消费者的行为。”

[37] 见前注[35],彭学龙文,第135页。

[38] 当然,多数情形下,无需法律规定,双方在合同中会规定此转让条款。

[39] 如苏州采芝斋与上海采芝斋,北京稻香村与苏州稻香村的商标共存现状中,各方尽力区分各自商标的动机实际并不来源于对商标转让的忧虑,商标使用中消费者混淆带来的风险便足以促使其开展有关活动。

[40] 参见黄汇:《论被许可人增值商标的法益保护路径——以“王老吉”商标争议案为研究对象》,载《政治与法律》2013年第10期,第119页。

样是出于降低消费者混淆之虞的考虑。同时，本文关于转让与许可使用主体的资格，应当遵循前文老字号商标共存、私权化与历史渊源认定后的结果，即推定此时的商标权的法律主体符合本文定义，亦即此时的受让主体或被许可使用主体具备权利前手的合法性与合理性前提，但同时，权利后手之权利不得大于前手。而当权利前手之商标权存在瑕疵，无法成为适格法律主体时，应当限制其对老字号商标的转让与许可。

五、结 语

老字号商标权益归属的模糊与争议，实际是现行商标法没有相应规则承认老字号商标共存与实践中对多个相关法律概念认识不清的问题。无论是判断老字号商标注册主体、使用主体或受让、被许可使用主体的资格，均应当以商标权私权本位的回归、老字号商标上的原始财产权与添附财产权的合理分配为核心。基于历史原因产生的多个老字号传承人、非传承人以及在先商标注册人共存中的冲突，亦是事实主体与法律主体的冲突。在复杂的冲突情形，事实与法律主体的二元流变中，应当以其是否实施老字号传承行为为依据，即尊重事实主体的实际经营行为，回归商标法设权模式而非法益模式，使其成为老字号商标权的法律主体。

我国在现实中已有商标共存，在未来同样不可避免更多的商标共存判决与商标共存协议出现，在老字号问题上，以法律确立商标共存规则尤为重要。解读共存制度的线索，仍然在于私人所有权的保障，此为制度设计的价值目标，而标准在于权利人各行其是，无论是基于自身权益或是法律规范目的，应当做出区分与限制。本文针对不同类型法律主体判断的制度设计略表浅见，期待足以抛砖引玉。

Abstract The issue “ownership of rights and interests of time-honored trademarks” is manifested in the fact that the relevant subjects seek remedies by requesting revocation, invalidation of the disputed trademarks, or file a lawsuit for “trademark infringement”, but the basic concept and the source of rights and interests related to it are not clear. To explore the theoretical disputes over the unclear ownership of time-honored trademarks, the following two dichotomous structures should be fully respected: Time-honored trademarks, trademark rights subjects, and trademark coexistence’s dichotomy between the factual status and legal concept, Anti-Unfair Competition Law and Trademark Law’s dichotomy of the time-honored trademark rights protection model. According the “Goodwill theory”, the conflict between factual status and legal attribution stems from the mixture of original property and attached property of time-honored trademarks. It is necessary to return to the Trademark Law’s right-setting model, respect the historical origins and build a co-existence system for time-honored trademarks. Finally, design specific rules based on the dimensions of registration subject, user subject, transferee and license subject.

Keywords Time-Honored Trademark, Dichotomy Structure, Private Right Departmentalism, Trademark Coexistence, Qualification of Subject

（责任编辑：曹博、徐彦冰）