



北京办公室 | Beijing Office

Tel: +861064096099
Email: info@lifanglaw.com

广州办公室 | Guangzhou Office

Tel: +8620
85561566, 85561660, 38898535
Fax: +8620 38690070

深圳办公室 | Shenzhen Office

Tel: +86755-86568007, 86568070
Fax: +86755-86568072

武汉办公室 | Wuhan Office

Tel: +862787301677
Fax: +8627 86652877

韩国办公室 | Korea Office

Tel: +00820269590780
Email: info@lifanglaw.com



立方律师事务所 | Lifang & Partners
关注更多精彩内容



一般消费者认知标准与红罐包装装潢权益归属

——兼评最高人民法院(2015)民三终字第2号判决

引言

广药集团与加多宝公司[1]围绕商标使用许可合同终止后红罐包装装潢归属而产生的纠纷诉讼案(“本案”)[2]，随着最高人民法院(“最高法”)2017年7月27日作出判决并于2017年8月16日公开宣判“涉案知名商品特有包装装潢权益，在遵循诚实信用原则和尊重消费者认知并不损害他人合法权益的前提下，可由广药集团与加多宝公司共同享有”，终于尘埃落定。本案在广东高院一审期间，已有众多学者就此撰文，围绕案中焦点问题各抒己见[3]。终审判决公布后，公开评议者反而寥寥[4]。

笔者认为，本案虽有定论，但不意味着终审判决并无可议之处，相当程度上也无法被解读为解决此类纠纷的指导路径。采“历史发展、双方贡献、消费者认知以及公平原则考量”等多因素权衡法，确定商标许可合同终止后依附商标所衍生之特有包装装潢的权益的归属，是否合理，殊有进一步探讨必要。

本文包含以下章节

- [利用被许可商标衍生之包装装潢的权属界定：贡献标准与一般消费者认知标准](#)
- [商标识别功能的固有要求：确定权益归属的一般消费者认知标准](#)
- [物权法添附规则视角下的一般消费者认知标准](#)
- [租赁合同法视角下的一般消费者认知标准](#)
- [一般消费者认知标准与公平原则](#)
- [余论——难于定分止争的红罐包装装潢权益共享](#)

一、利用被许可商标衍生之包装装潢的权属界定：贡献标准与一般消费者认知标准

商标许可使用期间基于被许可商标而衍生出的特有包装装潢的权益，在商标使用许可合同终止后究竟归谁？对此有两派对立观点：一种自“耕种即劳获”“谁付出谁受益”“谁创造谁享有”的财产权劳动学说出发，认定本案中的红罐包装装潢应由加多宝公司享有；一种自商标或特有包装装潢所具有的识别性功能出发，主张若一般消费者认为该包装装潢与被许可商标指向相同来源，尤其被许可商标为特有包装装潢的重要构成元素时，红罐包装装潢应由广药集团(王老吉)享有。前者可称之为“贡献标准”，后者则可称之为“一般消费者认知标准”。

广东高院判定“本案所涉知名商品特有包装装潢权应由广药集团享有，加多宝公司无权享有该权利”。

理由概略有三：

- 1、王老吉红罐凉茶的商誉和价值与商标许可使用协议签订前的王老吉品牌的商誉和价值一脉相承，突出使用“王老吉”就承载着巨大的品牌商誉和价值。
- 2、“王老吉”三个汉字已与红罐凉茶包装装潢的其他部分紧密合为一体，包装装潢不能脱离王老吉商标而单独存在，相关公众正是通过整体装潢来识别商品来源。
- 3、加多宝公司对提升王老吉红罐凉茶知名度所做的贡献，已在商标许可使用期内获得了回报，且其在签订商标许可协议时就应该预见到，商标许可使用产生的商誉仍然附属于王老吉凉茶，应由王老吉凉茶的权利人广药集团享有。

最高法推翻了一审判决，判定“涉案知名商品特有包装装潢权益，……由广药集团与加多宝公司共同享有”。

最高法首先肯定，许可使用期间形成的特有红罐包装装潢，既与被许可商标的使用存在密切联系，又因其具备反不正当竞争法下独立权益的属性，而产生了外溢于商标权之外的商誉特征。特有红罐包装装潢权益的归属，应综合考虑“红罐王老吉凉茶的历史发展过程、双方的合作背景、消费者的认知及公平原则考量”等因素。

最高法认为：1、加多宝公司对特有红罐包装装潢的实际使用行为及昭示其作为实际经营者的市场宣传，使消费者对红罐包装装潢与加多宝公司之间的关系建立起清晰的认知。2、特有包装装潢上具有强烈对比效果的显著“王老吉”三个大字，成为特有包装装潢中引人注目的要素，事实上发挥了向消费者昭示商品来源的作用。3、广药集团、加多宝公司，均对涉案包装装潢权益的形成、发展和商誉建树，各自发挥了积极作用，将包装装潢权益完全判归一方所有，均会导致显失公平的结果，并可能损及社会公众利益。

探析广东高院与最高法的判决理由，两者形异而实同。换言之，两审法院均考虑了广药集团与加多宝公司对特有红罐包装装潢所做的各种贡献，同时也坚持了一般消费者认知标准。判决结果最终大相径庭，非是分别适用单一的贡献标准或一般消费者认知标准的原因，而在于适用一般消费者认知标准时，对消费者认知对象即商品来源的把握上不同。质言之，广东高院虽认为特有红罐包装装潢具独立识别作用，但因王老吉商标在包装装潢中的显著存在，一般消费者将认为该包装装潢识别的商品来源仅仅指向广药集团。反之，最高法则认为，特有包装装潢作为一个整体，一般消费者看到时，将会认为该包装装潢识别的商品来源可同时指向广药集团与加多宝公司。

事实上，最高法以红罐王老吉装潢既能识别广药集团又能识别加多宝公司而判由双方共同享有，委实有背于商标的最为根本的识别特性。同一产品上的同一商业标识同时指向两个不同经营者，消费者要难确认产品来源究竟为谁，尤其当经营者是市场上主要竞争对手时。后文也将述及，即便在包装装潢识别的商品来源可同时指向广药集团与加多宝公司的情况下，最高法判决权益由二者共同享有也殊值商榷。

二、商标识别功能的固有要求：确定权益归属的一般消费者认知标准

最高法尽管推翻了一审判决，却肯认了这样一个一般性规则：一般而言，商标许可合同终止后，被许可人停止使用被许可商标，被许可商标上积累的商誉归许可人所有——这基本是商标法领域的基本共识。也就是说，在商标许可合同未就围绕被许可商标衍生之包装装潢的归属作出约定时，该等包装装潢权益默认归商标权人。

这一商标许可终止后被许可商标衍生之包装装潢的权益归属的默示规则，体现的背后理念在于：商标之功能，主要是降低消费者的搜寻成本即辨别特定产品的质量或技术的信息费用；这就要求生产者对其产品保持一种始终稳定一致的质量，并通过商标向消费者传达，以使消费者相信，无论是这件还是那件、此时还是彼时，都能获得实质上相同质量的产品；若某商标被他人仿制，或由不同且并无关联的经营者共同分享，产品质量的长期一致性便无法得到有效维持。此时，消费者便无法仅通过传递质量信息的商标来甄别选择所需要的商品，商标识别功能丧失。

另一方面，被许可人选择借用许可人的商标进行市场拓展、提高产品销量及获得商业利益，即是将自身产品的质量信息委托由许可人的商标向消费者传递，自愿切断了其作为生产者与生产产品之间的直接联系，而消费者正是根据被许可人所借用之商标传递的质量信息来选择被许可人产品。若双方不再存在商标许可关系，被许可人却仍有权使用许可人的商标(或包含该商标的其他商业标识)，则消费者继续循着该商标的指示而选择产品，就会难免出错，意味着商标识别许可人的功能已被削弱。

三、物权法添附规则视角下的一般消费者认知标准

作为一种专有权，商标权指支配商标并禁止他人干涉的权利。就权利的对世性与支配性而言，商标权与物权有相通之处。从而，比较讨论两者制度的关联，尚不至扞格不入。事实上，将物权法中的添附制度引入商标法领域处理商标许可使用中的增益问题，也早有学者作过讨论。

物权法上的添附制度，规范了不同所有权人的物与物之间发生添附即附合、混合或加工事实时，各所有权人的物的权利归属。添附制度之目的，是利用物权之归属分配，实现鼓励创造或维护经济价值之公益目的，解决当事人所有权之纷争，维持社会和平之秩序；再利用债权上之补偿方法以实现当事人间对等正义之功能。确定添附物归属的一般规则为：(1) 动产附合于不动产，不动产所有权人取得添附物所有权，(2) 动产附合或相互混合，原则上按原物之价值共有添附物，例外若其中之一可视为主物者，主物所有权人取得添附物所有权，(3) 加工物所有权属材料所有人，例外若加工物所增之价值显逾材料价值者，所有权属加工人。此外，添附规则之适用，在附合或混合，以一般社会交易观念上认为两物之结合已为一物为要件；在加工，则以一般社会交易观念上认为加工物所增加之价值显逾材料价值为要件。

被许可人在商标使用许可过程中衍生出的特有包装装潢的具体表现，可大别为两种情形：一是被许可商标构成特有包装装潢的重要元素，二是特有包装装潢排除被许可商标，两者相彼此独立。下文将分别讨论两种情形下的添附物归属问题。

1、被许可商标构成特有包装装潢的重要元素

以附合或者混合观念来论，被许可商标与其他元素共同构成特有包装装潢，首应判断被许可商标得否从特有包装装潢整体中分离。不同于有体物，这里显然非指两者物理上可分，而应基于商标固有识别功能，以一般社会交易观念来看，特有包装装潢去除被许可商标之前与去除之后，两者所识别的商品来源是否会改变。此所谓一般社会交易观念系针对分辨商标的识别功能而言，自然应指一般消费者认知。若一般消费者认为，特有包装装潢去除被许可商标前指向之产品来源为A，去除被许可商标后指向之产品来源为B，则被许可商标与特有包装装潢应不可分离；反之，若一般消费者认为，特有包装装潢去除被许可商标之前与去除被许可商标之后，两者所指向之产品来源均为A(或均为B)，则被许可商标与特有包装装潢应可相互分离(分离亦不损及包装装潢识别来源的同一性)。

在被许可商标与特有包装装潢不可分离之情形，需进一步判断被许可商标与包装装潢的其他部分是否存主物与从物之别。显而易见，从一般社会交易观念即一般消费者认知出发，既然去除被许可商标之后，包装装潢其他部分所识别之商品来源将会发生改变，即充分说明被许可商标在与其他部分结合后构成的特有包装装潢整体中具有更强的识别主导作用，从而居于主物地位。据此，添附物(混合物)即含有被许可商标之特有包装装潢的权益应归原许可人——本案中即广药集团。

若以加工物观念而论，需要注意的是，判断加工物所增加之价值是否显逾原材料之价值时，比较之对象应为许可合同终止时被许可商标(原材料)的价值与特有包装装潢整体(加工物)所增加的价值。盖因被许可商标的价值并非一成不变，蕴含之商誉会随着产品的市场拓展而水涨船高。于此情形，判断特有包装装潢所增加之价值是否显逾被许可商标价值，实质上就是判断，市场拓展中不断增加的商誉，究竟是更多地积累附着到被许可商标上，还是加注到特有包装装潢的整体上。在被许可商标与特有包装装潢两者不可分离之状态下，按一般消费者认知标准，无法得出特有包装装潢的价值增益显逾被许可商标价值的结论——在不可分离状态下，既然分离会导致前后识别的商品来源发生改变，则使用过程产生的商誉将更多附着积累于被许可商标之上，而非附着到去除被许可商标后其他构成元素组成的装潢上。从而，按加工物规则，加工物即含有被许可商标之特有包装装潢的权益应归原许可人——即广药集团。

2、特有包装装潢不含有被许可商标的情形(两者可分离)

特有包装装潢不含有被许可商标(被许可商标不构成特有包装装潢的元素)，与被许可商标虽构成特有包装装潢的元素但与其他构成元素可分离之情况，两者事实状态并无二致，故一并予以讨论。

承上所述，两者可分离，指特有包装装潢去除被许可商标之前与去除被许可商标之后，所识别的商品来源不会发生改变。这时，判断特有包装装潢权益的归属，自无添附规则之适用，直接适用一般消费者认知标准即可。若一般消费者认为，含有被许可商标之特有包装装潢识别的产品来源是许可人，去除被许可商标之后识别之产品来源仍为许可人，则特有包装装潢权益应由许可人享有。反之，若一般消费者认为，含有被许可商标之特有包装装潢在去除被许可商标之前与去除之后识别的产品来源均为被许可人，则特有包装装潢权益应由被许可人享有。

四、租赁合同法视角下的一般消费者认知标准

商标许可使用，系商标权人将商标提供他人使用，他人支付许可费之合同。究其性质，民法上可归为租赁合同，商标权人(许可人)即出租人，被许可人即承租人。从而，商标法关于商标使用许可合同未明确之处，得准用租赁合同法之规定。按租赁合同法规定，租赁关系消灭时，承租人有返还租赁物、恢复原状之义务；出租人负有偿还承租人为保持租赁物的使用价值而支出的必要费用，以及增益租赁物价值所支出的有益费用(以现在增益价值为限)之义务；承租人对出租人享有费用偿还请求权而不愿请求偿还费用时，有取回租赁物上的工作物之权利，但须依一般交易之通念工作物仍可与租赁物轻易分离为条件。

商标权属无形财产权，商标许可合同许可之标的物乃商标之使用权。所谓返还租赁物并回复其原状，在商标许可合同终止后，原则上只须被许可人停止使用即可。若被许可人本于该商标再无其他衍生物例如特有包装装潢，停止使用被许可商标后双方便无纠葛。然而，若被许可人本于被许可商标更衍生有特有包装装潢，且产生具独立识别商品来源之功能，特有包装装潢是否需一并返还而归许可人享有？应端视被许可人在使用衍生之特有包装装潢时，在一般消费者认知上，是否有继续使用被许可商标之实质即是否事实上仍起到识别商品来源的效果。此在被许可商标与特有包装装潢不可分离之情形，如上所述，得出肯定性结论并无障碍。在被许可商标与特有包装装潢可相互分离之情形，承第3节第(2)项所述，若特有包装装潢在与被许可商标分离前后所标识的商品来源，均指向许可人，则许可终止时应一并返还；反之，特有包装装潢相对于被许可商标已有独立识别效果，应归被许可人享有，无须返还。

五、一般消费者认知标准与公平原则

基于合同自由原则，合同当事人双方的义务是否等价，是否公平，应采主观价值标准，除非存在欺诈或者重大情事变更等情况，原则上法律不得以有违公平正义而介入调整。多有论者针对本案认为，加多宝公司设计了红罐包装装潢且对其知名度提升作出了巨大贡献，若红罐包装装潢权益归广药集团，显然有违公平原则。对此，首应说明的是，公平原则，如同诚实信用原则，都是抽象的基本原则，通常仅在有解释具体条文或填补法律漏洞的需要时，发生作用。原因在于，具体条文的规范内容本身同样是立法者价值判断、利益权衡之后的选择，根据具体法规范能解决法律问题的情况下，不宜求诸抽象的法律原则。

尽管如此，本案中若依据一般消费者认知标准判定特有包装装潢权益归广药集团享有，是否会导致加多宝公司的巨大投入付之东流、劳而无功，果真有失公平？实则要难作如此肯定性论断。首先，商业标识承载着质量一致性、一贯性的保证，作为商誉载体的商业标识，不仅仅意味着向消费者指明商品来源地，也代表消费者往昔已经消费过的某种商品的质量水平及其一贯性。加多宝公司所以要从广药集团租用该商标，正是看中了王老吉向消费者所传达的一贯品质保证——这种品质保证甚至在技术特性都标准化的通常产品中都同样具有价值，这对加多宝公司的市场拓展有着不可估量的价值。其次，被许可人之所以选择租用他人商标，而非自创品牌，正是看中了被许可商标上既存的商誉。被许可人自愿切断其作为生产者与生产产品之间的联系，所获得的回报，是借助被许可商标所获得的巨大产品销量、巨额收入以及优势市场竞争地位。再次，在商标被许可给他人使用的情况下，商标权人同样需要为维持其商标所标识产品之质量一致性而持续付出，包括监管使用被许可商标的商品的质量状况，承受着可能因被许可生产产品质量不善而导致的商誉下降的不利。复次，即便认为被许可人对被许可商标及衍生出的特有包装装潢的商誉提升具有巨大贡献，也可以采用诸如费用补偿方式予以衡平，正如租赁合同中的费用返还请求权，而非采用给予被许可人强制分享本属于许可人的法定权利。

六、余论——难于定分止争的红罐包装装潢权益共享

本案中,最高法院判决特有红罐王老吉包装装潢由广药集团与加多宝公司共同享有,表面上平息了双方纠纷,实则并未真正解决二者之间存在的争议。换言之,对广药集团与加多宝公司双方内部来说,最高法院并未对红罐包装装潢的权益归属作出界定,充其量只能算是明确了二者同其他案外人的权利界线。

商标许可使用商业活动中,无可否认,被许可人必将基于市场需求围绕被许可商标而设计独特的包装装潢,并可能通过市场拓展而获得显著性,从而作为未注册商业标识得到反不正当竞争法的保护。然而,商标许可合同终止后,确定特有包装装潢的权益归属时,应抛弃贡献标准,而采用一般消费者认知标准,视去除被许可商标之后的特有包装装潢,是否具独立识别商品来源、且该来源是否指向许可人的事实为断。

再者,由于反法五条(二)项的问题,本案中最高法院认定“红罐王老吉凉茶”为知名商品,包装装潢是“标明在王老吉红罐凉茶产品的灌装体上包括黄色字体‘王老吉’等文字、红色底色等色彩、图案及其排列组合等组成部分在内的整体内容”。最高法院关于双方共有红罐王老吉凉茶包装装潢权益的判决,如果意味着,加多宝公司依然有权使用包含“王老吉”商标的红罐包装装潢,则不啻帮助加多宝通过商标许可使用合同而永久占有了广药集团的注册商标,有违私权保护原则至甚。

更值商榷的是,最高法院以红罐包装装潢标识的商品来源可同时指向广药集团与加多宝公司,遽判由双方共同享有,却未进一步分析,同一标识用在同一产品上却指向不同商品来源(经营者)时,消费者是否会误认两个经营者存在关联——是否存在关联关系混淆。在未来使用中,如果任何一方刻意不对此作出澄清,消费者误认的可能性绝非微乎其微——尤其红罐包装装潢含有“王老吉”时。若一方为了让一般消费者区分彼此,要么抛弃红罐包装装潢,要么增加其他更为显著的识别标志。久而久之,真正让消费者识别彼此为不同的商品来源的,就不再是红罐包装装潢,意味着特有红罐包装装潢长期积累的租值消失殆尽。

最后,最高法院判决还可能产生的另一问题是,在商标许可使用、OEM代工、特许加盟等交易模式盛行的商业世界里,商品的实际生产者和商标拥有人不一致的情况已属业界常态,消费者对此业已周知。商标被许可人、OEM代工厂商及特许加盟人是否会以此案判决为依凭,想方设法在他人商标的基础上发展出特有包装装潢,藉以巧取许可人的注册商标?但愿这是杞人忧天——毕竟在各方都支付费用延请专业律师参与商务谈判并拟定交易协议时,或可避免绝大部分潜在风险。

文 / 杜少辉 立方律师事务所 专利代理部

参考文献

1. 为行文方便，本文对两造诉讼当事人分别统一简称广药集团、加多宝公司。
2. 广药集团与加多宝公司，均依据反不正当竞争法第五条第二项的不正当竞争行为，诉称对方生产销售的红罐王老吉凉茶构成侵权。
3. 多场学术研讨会/沙龙先后举办，《知识产权》期刊专门在2012年第12期刊发了与此案有关的多篇论文。
4. 除了大多转载最高法自己对案件的简要外，案后公开查到的评议有：张平，一份“定纷止争、利益平衡”的判决，<http://www.zhichanli.com/article/4336.html>，2017年8月17日；张伟君，最高人民法院“红罐凉茶”案判决给了我们怎样的法律指引？<https://www.zhihedongfang.com/2017/08/40798>，2017年8月21日。
5. 本文不争执案中红罐包装装潢是否构成了特有的包装装潢，尤其在去除其上显著性的“王老吉”三个汉字之后，而是遵从主审法院的判定，认为构成了特有的包装装潢。
6. 李扬，究竟谁动了谁的奶酪——加多宝公司与广药之争案评析，载《知识产权》2012年第12期，第18-25页；陶鑫良 张冬梅，被许可使用“后发商誉”及其移植的知识产权探析，载《知识产权》2012年第12期，第3-9页；徐聪颖，商标与商誉关系的再思考——由“王老吉”商标的法律纷争说起，载《知识产权》2012年第9期，第35-41页；向波，“不劳而获”的现实与“公平正义”的神话——原王老吉凉茶特有包装、装潢利益归属法律分析，载《知识产权》2012年第12期，第44-49页；黄汇 谢申文，论被许可人增值商标的权益保护路径——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119-129页。
7. 崔国斌，商标许可终止后的商誉分配，载《知识产权》2012年第12期，第10-17页；李国庆，论美国商标许可合同中的商品外观权益归属——兼评王老吉与加多宝公司包装装潢纠纷案，载《知识产权》2013年第6期，第96-100页。
8. 张伟君，红罐王老吉，还是红罐加多宝？http://blog.sina.com.cn/s/blog_4da63f410101ckx7.html，2013年5月15日。
9. 见注7崔国斌文；李国庆，美国商标许可合同中商誉制度述评，载《知识产权》2013年第12期，第98-103页。
10. [美] 威廉·M·兰德斯，理查德·A·波斯纳 著，金海军 译，《知识产权法在经济结构》，北京大学出版社2005年5月版，第215-217页。
11. 这也是最初商标许可行为并不受法律认同的原因。立法者认为，商标的作用在于向消费者指明商品来源，将商标许可他人使用构成对消费者的欺骗。见注7李国庆文，第99页；注15。
12. 冯晓青 编，《知识产权法前沿问题研究》，中国人民公安大学出版社2004年8月版，第190页。陈小奇 李湘云，“秀水街”纠纷可否另辟蹊径——补偿法则与添附制度的引入，载《中华商标》2005年第12期，第27-30页。
13. 谢在全 著，《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社2011年6月版，第303-323页。传统上，加工物所有权归属，以是否产生加工新物为断，晚近发展则以加工物所增加之价值与原材料价值对比来断。
14. 具体而言，动产与不动产附合，动产成为不动产之重要成分；动产与动产附合，非毁损不能分离或分离需费过巨；动产与动产混合，不能识别或识别需费过巨，见注13。

- 15.若比较许可前被许可商标的价值，与许可终止时包括被许可商标在内的特有包装装潢的增加价值，则可得出被许可商标的市场价值越大，许可人失去被许可商标的可能越大的悖论，见注6黄汇 谢申文 文。
- 16.林诚二 著，《民法债编各论》(上)，中国人民大学出版社2007年3月版，第239、358页。
- 17.《中华人民共和国合同法》第二百三十五条。
- 18.黄立 主编，《民法债编各论》(上)，中国政法大学出版社2003年6月版，第337页；林诚二 著，《民法债编各论》(上)，中国人民大学出版社2007年3月版，第279页。
- 19.王铁，民法典的规范类型及其配置关系，载《清华法学》2014年第6期，第54-63页。
- 20.见注10。
- 21.见注7李国庆文，第100页。
- 22.张伟君，愚蠢的广药，http://blog.sina.com.cn/s/blog_4da63f41010167kl.html，2012年8月2日。

立方律师事务所编写《立方观评》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

有关我所详细介绍请登录网站 <http://www.lifanglaw.com>，或请联系我们：

北京：北京市东四十条甲22号南新仓商务大厦A1105室（100007）

电话：+86 10 64096099

传真：+86 10 64096260

广州：广州市天河区珠江新城珠江东路16号高德置地广场G座3806

电话：+86 20 85561566/85561660/38898535

传真：+86 20 38690070

武汉：湖北省武汉市武昌区中北路171号汉街总部国际c座1002室

电话：+86 27 87301677

传真：+86 27 86652877

首尔：首尔市钟路区新门内路92 OFFICIA大厦1416号

电话：+0082 02 69590780

传真：+0082 02 21799332

