



东方法学  
*Oriental Law*  
ISSN 1674-4039, CN 31-2008/D

## 《东方法学》网络首发论文

题目： 在所有与使用之间：商誉保护的制度逻辑 ——以广药集团与加多宝公司系列争讼为中心

作者： 吴元元

DOI： 10.19404/j.cnki.dffx.20200222.001

网络首发日期： 2020-02-23

引用格式： 吴元元. 在所有与使用之间：商誉保护的制度逻辑 ——以广药集团与加多宝公司系列争讼为中心. 东方法学.  
<https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20200222.001>



**网络首发：**在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

**出版确认：**纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

## 在所有与使用之间：商誉保护的制度逻辑

——以广药集团与加多宝公司系列争讼为中心

吴元元\*

**内容摘要：**广药集团与加多宝公司关于“王老吉”商标、红罐包装等系列争讼的实质是商誉的争夺，其中蕴含的商誉保护的制度逻辑业已超越个案，具有一般性的法理意义。作为稀缺的文化资产，商誉的形成需要商标等载体历经足够充分的使用时间；也正是由于使用时间的约束，商誉本身很难通过法律迅速实现强制转移和再分配。基于这一规律，商誉保护应当全面衡量商标所有者和使用者在商誉创造、增值过程中的不同贡献，通过适用附期限的责任规则等制度设计，建构所有者和使用者的利益平衡机制，避免出现消费者福利减损、无谓争讼激增等利益再分配效应。红罐包装权属争议、广告语是否侵权等潜藏着与“王老吉”商标案相同的因果机理，司法解决之道也应当以包装装潢、广告语背面的商誉的创造实践作为依据，按照孰为商誉创造者、增值者进行权属确定，为商誉的再生产提供良好的制度激励。同时，还应当经由司法运作充分发挥商誉对于其所有者的自我约束功能，实现良性社会控制。

**关键词：**文化资产 商誉保护 责任规则 利益平衡机制 消费者权利 制度激励

近十年前，作为中国凉茶行业的两大厂商，加多宝公司与广药集团烽烟四起，争讼不断。从“王老吉”商标之争，到红罐包装装潢、直至诸如“怕上火喝XXX”（王老吉/加多宝）<sup>1</sup>等广告宣传语等纠纷，加多宝与广药集团先后掀起了我国“第一商标案”“第一包装装潢案”等知识产权保护的热题，成为业界、学界、以及社会公众关注的焦点，在我国商业发展史上有着重要的制度意涵。近十年后，如果不拘泥于局部个案，而是以事后的反思性视角观之，就不难发现：尽管关涉加多宝、广药集团的系列司法纷争早已尘埃落定，但是，它所蕴含的制度价值并未随着时间的流逝而终结；相反，个中的因果机理、制度运行逻辑仍然具有很强

\* 西南财经大学法学院教授，博士生导师。

本文系霍英东教育基金会第十四届高等学校基础研究资助项目“法律制度的信息基础”的阶段研究成果（项目批准号：141087）。作者感谢西南财经大学法学院博士研究生巨龙同学提供的案例搜集帮助。

<sup>1</sup>广药集团向中国国际贸易仲裁委员会提起仲裁申请之前，加多宝公司在其产品推广中使用“怕上火喝王老吉”的广告语；进入合同仲裁和司法审理阶段后，加多宝公司开始实施“去王老吉化”战略，将广告语改为“怕上火喝加多宝”。而广药集团则仍然沿用“怕上火喝王老吉”，其官网显示最新广告语微调为“怕上火就喝王老吉”，仅增加一“就”字，实质内容无根本性变化。参见《怕上火喝加多宝》，载 <http://dezhou.dzwww.com/mins/2012/0625/87888.html>；<http://brand.wljhealth.com>，2019年12月12日访问。

的延时性，具有足以推广到未来诸多相类纠纷解决的适用上去的一般性意义。因此，有必要借助拉开时间距离而生成的反思性视角，对上述系列纷争进行“因果律”的法律经济学重读。对于一个有解释力的制度分析而言，之所以聚焦广药集团与加多宝之争，不是因其涉及的标的数额巨大，而是在一系列纷至沓来的争讼中，始终潜藏着一条逻辑主线，值得法律人思量再三：司法<sup>2</sup>应当对系争标的所承载的、作为稀缺文化资产的商誉进行公正合理的确权，以确保未来的市场主体有足够的激励进行商誉创造，并充分发挥商誉应有的经济、社会功能。只有把握了这一主线，才有可能深刻理解系列争讼的深层动因，才有可能洞悉相关仲裁、裁定给各方带来的利益再分配效应，才有可能从整体主义的视角对司法确权的社會效果进行系统分析，进而重新审视现行《商标法》《反不正当竞争法》等规范性法律文件的相关规定在激励社会财富创造、实现良性社会控制上的科学性和有效性。

笔者将从广药集团与加多宝之争所隐含的文化资产入手，辨明两家争讼的核心即在于商誉的争夺。在此基础上，从其生成、转移、增值的特性出发，集中关注商誉的分配、保护机理和一般性规律，对“王老吉”商标、红罐包装装潢以至相关广告语的确权模式以及随之而来的利益再分配效应给出因果意义上的学理解释，重新考察、定位司法在引导市场主体培育良好商誉、推进我国企业界品牌战略建设、实现良性社会控制的进程中应有的制度角色。

同时，笔者进一步对作为稀缺文化资产的商誉在更具普适意义的层面予以法理关切：应当如何设计商誉增值的利益分享方案，建构商标所有者和使用者之间的利益均衡机制，以此为商誉创造提供充分的制度激励？应当如何依循保护、激励商誉创造的基本规律，在包括但不限于商标的各类商誉载体引发的纠纷中公正确定权属，确保商誉的创造者——无论其使用何种载体——实现“劳有所得”，有效对今后各种类似纠纷定分止争？如何从更为宏阔的视角突破对商誉功能的既有认知，挖掘其对于市场主体的约束力量，由此充分发挥商誉对于公共秩序建构的社会意义？对上述问题的理论回应，既是本文贯穿始终的分析基调，更是本文基于个案又超越个案、力图从纷繁复杂的司法实践抽象出一般性法理命题的一个可欲努力。

### 一、使用何以重要：商誉的形成与转移规律

1997年广药集团与香港鸿道集团签订商标使用许可合同，后者授权子公司加多宝在国内销售红罐王老吉，2000年双方将商标使用许可合同续约至2010年5月2日。然而，在

---

<sup>2</sup> 在本文语境中，司法是一个功能意义上的广义范畴，意指司法机关以及具有准司法性质的仲裁委员会等所进行的适用法律处理案件、解决纠纷的各类活动。

2001年8月和2002年8月，广药集团原副董事长李益民分别收受香港鸿道集团董事长陈鸿道100万港元，双方在2002年11月签署补充协议，将商标续展期限延长至2013年。2003年6月，李益民再次收受陈鸿道100万港元，并在同月签署了第二份补充协议，约定将王老吉商标租期延长至2020年。2011年4月，广药集团向中国国际经济贸易仲裁委员会提出仲裁请求，要求认定补充协议无效，鸿道集团停止使用“王老吉”商标。<sup>3</sup>由于“王老吉”商标使用许可合同期限的续展存在行贿瑕疵，从《中华人民共和国合同法》第52条第2款的规范解释来看，2012年5月9日中国国际经济贸易仲裁委员会裁决广药集团与香港鸿道集团公司签署的《“王老吉”商标许可补充协议》《关于“王老吉”商标使用许可合同的补充协议》无效，“王老吉”商标由所有者广药集团收回本无可厚非，也符合《合同法》第235条对于租赁合同的一般性规制：租赁标的在期间届满后返还所有人，租赁关系终止。这一仲裁的法理思路也得到了司法机关的支持：2012年7月13日北京市第一中级人民法院裁定驳回鸿道集团提出的撤销停止使用“王老吉”商标仲裁裁决的申请。然而，特别需要注意的是，商标不是普通租赁物，作为企业产出的商品/服务的标记，其承载着重要的无形资产——商誉；而商誉在租赁关系存续期间会发生诸多重要的变化，增值、减值、甚至是从无到有的价值生成或是从有到无的价值归零，从而使得对租赁关系存续期间的商誉的司法分配徒增了相当的复杂性，也直接关系到商标、包装、广告语等商誉载体的产权界定是否公正、合理、有效率，能否为我国企业品牌建设提供充分的制度激励。

作为文字、图案、颜色等诸要素的组合，商标的价值并不在于其美学意义，重要的是，它是市场主体所提供的商品/服务的便捷标记，是一种压缩的信息集。在商标的指引下，消费者对于琳琅满目的商品/服务可以快速地甄别和区分，准确识别其来源和生产者，极大地减少信息搜寻费用，是消费决策过程中重要的信号指引和分类机制。人们之所以接受商标的信号指示，接受商标释放的信息，其缘由也并不在于商标作为一种符号本身具有影响消费决策的功能，而是由于商标作为一种能指，与其对应的所指之间业已经由相当的使用时间生成了足以让消费者置信的公共评价。<sup>4</sup>舍之，商标就会如同没有赋予特殊含义的文字、图像、颜色组合一般，无法影响消费决策。商标是公共评价的标记物，正是这一经由使用时间赋予

---

<sup>3</sup> 庞倩影：《王老吉商标之争落幕 加多宝或被索赔侵权费3亿》，载新浪网 <http://finance.sina.com.cn/roll/20120513/040612052435.shtml>，2019年12月15日访问。

<sup>4</sup> 按照符号学的解释视角，商标是由“能指”（商标标志）、“所指”（出处或商誉）和对象（特定商品或服务）组成的三元符号系统。参见彭学龙：《寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡》，载《法学研究》2010年第3期。

的意涵，商标才对消费者具有指引功能，才对企业界具有经济价值。<sup>5</sup>概言之，商标就是有关商品/服务的公共评价的便捷载体，在由时间淬炼而成的公共评价下，“一个商标传达了这样的信息，能够让消费者对自己说：‘我不需要再去调查我即将购买的商品的特征，因为商标是一个简略的方式，告诉我这个商品的特征与我在先前享用的商品的特质相同’”。<sup>6</sup>也正因如此，对于承载了良好公共评价的知名商标所附着的商品/服务，消费者愿意为搜寻成本的节约和持续稳定品质的保证而付出一个较高价格。

商标所承载的公共评价即为商誉。商誉，从文化功能的视角观察，其实质是一种特殊的文化资产。所谓文化资产，是有关人、事、物的公共形象，是社会对人、事、物通过足够的时间长度方能形成的稳定公共评价，是由集体认知、社会声誉、群体分层、身份识别等要素构成的无形资产，在功能上类似于韦伯所言的“社会印章”。<sup>7</sup>这一范畴落实到商誉，即是社会公众对于某一商品/服务的质量、性能、等级的共识，是其好坏优劣的公共舆论，是关于商品/服务以及作为其供给者的厂商的一种特殊声誉。作为文化资产的重要组成部分和表现，商誉受制于文化资产的一般性逻辑：它是一种社会承认，这种承认由特定的社会环境所塑造，其中的社会认知机制对其有着决定性的影响。这一社会认知机制就在于必须通过他人的认同才能确立应有的公共评价和认同。<sup>8</sup>认同不是一朝一夕即可完成，而是需要经由时间的积淀，在无数次的互动、博弈、中渐次累积经验，最终形成比较稳定、可靠的公共评价。如果作为商誉载体的商标没有经过充分的使用时间，就不足以在消费者的心智中留下感知印象，消费者也不足以积累充分的消费经验以确立有效认知，并将这种认知随着时间的推移扩大到更广阔范围的众多消费者，从个体经验升华至作为商誉的公共评价。在这个意义上，可以说商标仅仅是商誉的符号象征，离开了它所代表的商誉，商标本身并没有独立的意义。<sup>9</sup>因此，在

---

<sup>5</sup> 享有良好商誉的企业将获得“好名声”带来的价格溢价，这是商誉经济价值的重要体现。See Carl Shapiro, *Premiums for High Quality Products as Returns to Reputation*, 98 *The Quarterly Journal of Economics* 659-679 (1983). 而一旦商誉受损，不仅商标对于消费者的购买决策的指引功能受到严重损害，而且企业也会在资本市场受到重创，投资者和金融分析师将随机迅速调低对于该企业的市场预期。概言之，商誉损害对于企业的负面效应即便在单一经济学的层面也是相当显著的。See Zining Li, Pervin K. Shroff, Ramgopal Venkataraman, Ivy Xiyang Zhang, *Causes and Consequences of Goodwill Impairment Losses*, 16 *Review of Accounting Study* 745-778 (2011).

<sup>6</sup> [美]威廉·M·兰德斯、理查德·A·波斯纳：《知识产权法与经济结构》，金海军译，北京大学出版社2005年版，第216页。

<sup>7</sup> 参见苏力：《“海瑞定理”的经济学解读》，载《中国社会科学》2006年第6期。

<sup>8</sup> 参见周雪光：《组织社会学十讲》，清华大学出版社2003年版，第264-268页。

<sup>9</sup> See Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, 51 *UCLA Law Review* 621-704 (2004).

商标的法律保护中，之所以强调应当对使用予以必要考量，恰恰是由于商标本身的内在规定性使然：没有充分的使用时间，无法形成准确真实的商品/服务声誉——商誉，作为其载体的商标无法实现信号指引和质量保证的基本功能。

正是由于时间之维的约束，包括、但不限于商誉的文化资产都表现出突出的弱流动性，成为一种内嵌在人们集体记忆的符号产品，很难在不同主体之间迅速转移，司法的介入或干预也不易改变人们的社会认知，进而重新在不同主体之间重新分配这种特殊的符号资产。比如，在我国古代有关辈分、身份等伦常纷争的“言貌”官司中，司法裁判者如果不按照长期以来业已形成的长——幼、尊——卑等文化资产分类进行裁判的话，裁判结果就会与社会公共认知相抵牾，也无法改变人们心目中文化资产的真正归属：“弟弟也不会成了或更接近于作为社会分类的哥哥，小民也不会成了或更接近于乡宦，刁滑之人也不会成了或更接近于愚直之人；这就好比一个类似的判决不会在社会分类上使一个平民成为或更接近于贵族，或使某个非律师成为或更接近于律师一样。”<sup>10</sup>

循同此理，商誉作为一种重要的文化资产，在分配、转移上也显现出迥异于普通物质资产的特殊属性。商誉是经由商标使用者在足够长的时间段渐次累积而成，是社会公众对商品/服务质量的相对固定的看法和评价。在博弈论的视角看来，作为交易相对方的众多消费者将根据这一公共评价来决定是否合作（作出购买决策），即既往的商誉决定未来交易机会。<sup>11</sup>这种集体认知以充分的使用时间作为支撑，具有相当的粘滞性，它在一定期限内固化于人们心智结构，始终与创造者密不可分。由其特性所决定，它不易由外力改变；即便是对其附着载体——商标——的法律强制转移也很难对商誉本身的权属配置实际效果实现有效干预。<sup>12</sup>忽略了商誉的真正创造者，甚至会出现商标强制转移之下的商誉减损、抑或是商誉消失的不良效应。比如，在苹果公司与深圳唯冠的 IPAD 商标之争中，<sup>13</sup>倘若将 IPAD 商标判归深圳唯

---

<sup>10</sup> 前引[7]，苏力文。

<sup>11</sup> See David M.Kreps, “Corporate Culture and Economic Theory, in James E. Alt and Kenneth A.Shepsle, eds., *Perspectives on Positive Political Economy*, Cambridge University Press, 1990, pp.90-143.

<sup>12</sup> 尽管当代各国法律不乏商标转让的制度规定和实践，然而必须指出的是，无论是在近代商标制度建立之际普遍适用的商标与商誉一体转让、还是进入 20 世纪后日渐盛行的可以与商誉相分离的商标自由转让，都很难在市场经济的商业记录中发现与之相对应的、商标的受让方能够同步迅速获得转让方原本享有的商誉的成功范例。即便是对于商标与商誉一体转让模式，也仍然需要清晰界分通过法律强制转让商誉与受让方真正获得原本属于转让方的商誉这两个不同层面的问题。

<sup>13</sup>苹果公司与深圳唯冠有关 iPad 在华商标归属权的问题始于 2010 年。当年 6 月苹果公司在深圳市中级人民法院起诉深圳唯冠，要求确认其为 IPAD 商标专用权人。深圳市中级人民法院在 2011 年 2 月 23 日、8 月 21

冠，由于消费者业已在 IPAD 的文字组合（能指）与苹果公司（所指）之间建立了牢固的认知联想，“IPAD”这一符号成为苹果公司相应电子产品的典型标记，因此，即便司法将 IPAD 商标权属强制分配给深圳唯冠，消费者心目中 IPAD 符号所指向的对象仍然是苹果公司生产的平板电脑，而非唯冠公司产品，少有消费者会在唯冠与当下风行的电子产品 IPAD 之间建立联系。易言之，作为能指的 IPAD 符号与作为所指的苹果公司以及符号所指向的 IPAD 产品的认知关联很难由司法强制转移。如果强而为之，由于消费者强烈的认知抵触，有可能导致法律意义上的商标所有人生产的 IPAD 在消费者的心理预期上难逃“赝品”之嫌。而另一方面，IPAD 符号又无法为消费者心目中的所指——苹果公司——继续使用，该商标承载的、原本由苹果公司所赋予的高端、前沿电子产品的积极意涵就会消失殆尽，商誉也荡然无存。

由此可见，从商标制度运行的实践规律出发，使用有着特殊的制度意义。一方面，正是由于充分的使用时间，商誉方得以生成，商标法律保护才有了坚实基础和明确指向；另一方面，也恰恰因为使用时间的刚性约束，商誉沉淀于消费者的认知结构之中，成为一种难以通过法律迅速实现强制转移和再分配的文化资产。这就要求对于商标纠纷的司法干预必须从这一基本规律出发，以整体主义制度观全面考虑所有者、使用者在商誉创造中的不同角色和实际贡献，建构所有者和使用者的利益平衡机制，使得商誉的创造者——无论是所有者还是使用者——都得以公平地分享商誉增值，在公平、科学地定纷止争之际，为商誉的再生产提供良好的制度激励。

## 二、“王老吉”商标增值的市场机理与司法裁判的利益再分配效应

“王老吉”商标纷争的实质在于双方对附着其上的公共评价——商誉的争夺，把握这一逻辑主线，是司法裁判科学确权的关键所在。商誉，尤其是口碑良好的商誉是企业重要的文化资产，价值不菲——“王老吉”商标从当初广药集团在注册第二天即转让给香港鸿道集团，到今日高达上千亿的市场评估值、并引发一系列司法拉锯战的事实业已充分展示出商誉对于商标价值的决定性意义。商誉不是商标本身天然的伴生物，它必须通过商标历经一定长度的

---

日、10月18日三次开庭审理后，于2011年12月5日作出一审判决，驳回苹果公司的诉讼请求。随后，苹果公司向广东高院提起上诉。2012年2月，深圳唯冠在上海浦东法院起诉苹果，要求法院发布禁止苹果销售 iPad 的命令，然而，浦东法院认为 iPad 商标归属权尚不明确，遂裁定驳回唯冠诉讼请求，案件中止审理。同年2月29日，广东高院公开审理了此案，但并未当庭宣判。随后，在广东高院的主持下，双方开始接受调解。7月2日，经由广东高院调解，苹果公司已与深圳唯冠就 IPAD 商标案达成和解，苹果公司将为此支付6000万美元。参见《苹果唯冠和解 iPad 商标案：苹果支付6000万美元》，<http://tech.sina.com.cn/it/2012-07-02/10527336195.shtml>，2019年12月15日访问。

使用时间方可累积而成。因此，在商标权属纠纷的司法干预中，必须注意到诉讼背面的更深层次的商誉之争，明确界定纷争各方对商誉生成的贡献和角色，按照商誉生成的实然状态对之进行司法配置。易言之，必须明确，谁是商誉的创造者及其相应的贡献大小，并以之作为商誉利益、商誉增值的分配依据。由商誉的生成规律所决定，公平、高效的司法运作有必要适度地“超越法律”，审慎考虑使用者在商誉创造中的功能机理，考虑我国以注册取得为主导的确权模式的激励抑制后果。在这个意义上，尽管商标使用许可合同期限的续展存在行贿瑕疵，但“王老吉”商标从籍籍无名到价值千亿的发展史，却是纠纷的司法解决无法回避的背景。

1997年2月12日广药集团注册申请了“王老吉”商标，第二天广药集团就转手将商标使用权授予香港鸿道集团，该集团又将之授予旗下子公司加多宝使用。<sup>14</sup>借助多年的消费习惯培育和公共形象塑造，加多宝公司出色的品牌推广战略将“王老吉”塑造为全国知名品牌，市场销售额也从原来的1亿飙升为170亿元，甚至超过可口可乐在中国的销售额，“王老吉”商标价值也随之激增至1080亿元。<sup>15</sup>首先，在消费习惯培育上，经过市场调查和消费定位，加多宝将附有“王老吉”商标的饮料产品与“上火——去火”联系起来，从饮料市场细分出凉茶这一具有清热作用的新型功能饮料，在火锅作为一种流行饮食偏好的今天，有效地将此类饮料作为火锅的互补产品嵌入消费者既有的消费结构，将原本囿于岭南一隅的地域性饮品推向全国。<sup>16</sup>

其次，在公共形象塑造上，“大品牌、大平台、大事件”也一直都是加多宝公司公开营销策略。2004年开始，除投入巨资在央视等平台进行广告投放的同时，加多宝参与了包括2006年德国世界杯、2008年的北京奥运会、2010年的广州亚运会、2012年的伦敦奥运会等大型赛事活动；从2012年开始，则通过长期赞助《中国好声音》等热播节目进一步拓展营销渠道，<sup>17</sup>强化消费者的集体记忆。可以说，加多宝公司长期运用多种营销战略，创造消费者需求，塑造公共良性形象，培育消费者品牌忠诚，形成了短期内难以易移的符号认知，

---

<sup>14</sup> 参见毛木子：《红罐王老吉何去何从》，<http://finance.qq.com/zt2012/wanglaoji/index.htm>，2019年12月15日访问。

<sup>15</sup> 杨延超：《加多宝对“王老吉”的贡献如何保护》，《经济参考报》2012年5月29日，第008版。

<sup>16</sup> 参见毛木子：《红罐王老吉何去何从》，<http://finance.qq.com/zt2012/wanglaoji/index.htm>。

<sup>17</sup> 参见高素英：《再获第一罐 持续创新确保加多宝销量七连冠》，《中国经营报》2014年3月31日，第E03版。

一种相对固化的文化资产,使得其生产的凉茶产品作为指向的对象在消费者的心智结构与“王老吉”商标这一能指紧密相连,并成功地实现了“王老吉”商标的巨额增值。比对商标所有人广药集团,在获得注册商标的第二天即将之对外租赁,直至2012年商标纠纷裁定之前从未生产过任何罐装“王老吉”凉茶;相反旗下原本销售平平的绿色盒装“王老吉”凉茶,借助“王老吉凉茶,还有盒装”这类明显有着分享新增商誉之嫌的广告语,便利地对原加多宝公司生产的红罐凉茶搭了顺风便车。<sup>18</sup>从商业实践的运行机理看来,“王老吉”商标增值至上千亿在相当程度上是加多宝公司多年投入巨资进行品牌培育、运营的结果,是商誉的主要创造者。

以此商业实践为参照系,就需要裁判者在商誉的司法分配中格外慎重,在当下法律规范性规定的框架下全面整合商誉生成的内在机理,构建利益平衡机制,使之足以兼容商标所有人的所有者权益和商标增值期间使用者的商誉创造贡献,使得商标许可纠纷的司法解决成为科学配置商誉的制度渠道,在符合《商标法》《合同法》等的规范性规定的同时,也对使用者的商誉创造贡献给予恰当的法律保护,从而为培育、维护商誉创造的持久激励提供制度推力。舍此,司法运作将无法对商誉创造者的劳动予以公平的制度回报,经济价值显著的商誉转移缺乏合理的对价,有悖“谁创造、谁所有”的社会共识和法律基本原则<sup>19</sup>——冲撞社会共识的法律裁判往往容易引发公众质疑,无法达到定分止争的预期目标;并且,它还将对未来更长时段的商誉创造产生抑制效应,导致商誉创造激励不足甚或严重匮乏;更成问题的是,由于商誉作为一种文化资产的弱流动性,即便法律对之实行强制转移,消费者也往往难以迅速改变其认知指向,绕开商誉创造的商业实践的法律裁判非但无法实现商誉的有效转移,反而引发一系列未曾预期的社会财富净损耗行为。

(一) 商誉弱流动性引致商品混淆,丧失商标基本功能。由于商誉是消费者认知结构中相当固化的沉淀,即便发生商标使用转移,消费者仍然很容易将商标原来所附着的商品作为对应的指向对象,其指向性较难发生改变;当市场上出现使用该商标的另一商品时,商标的能指与新的所指、新的指向对象很难建立关联,激起消费者联想的往往还是原附着商品。面对纷繁复杂的各类商品,在有限的注意力和决策时间的约束下,消费者往往会对该商标附着

---

<sup>18</sup> 参见前引[16],毛木子文。

<sup>19</sup> “财产权发生的根据一直是人类思索不断的命题。几乎自启蒙时代以来就确认:人们对财产所拥有的权利来源于劳动。财产权劳动学说构成了财产观念的基础,至今仍是许多人心中的一种深刻信仰”。易继明:《评财产权劳动学说》,载《法学研究》2000年第3期。

的商品发生误认，混淆两者之间差别——而这类差别对于消费者的效用、特别是有着特定品牌偏好的消费者的效用有着不容忽视的影响，使得商标无法履行区别商品/服务来源的最基本的职能。在广药集团与加多宝公司之争中，这一混淆效应尤其突出。为最大可能地激起消费者的商誉联想，加多宝和广药集团都曾经极力与商誉原有载体相勾连（已经确权的商标除外），争相力推红罐凉茶。尽管根据商标功能的经典分析，消费者的区分能力将根据其搜寻时的注意水平和购物能力有所不同，<sup>20</sup>但是，在本案的分析脉络中，商誉载体的相似程度如此之高，以至于无论是对哪一种能力层面的消费者都会产生严重的混淆效应。当消费者走进超市，发现两个外包装几乎完全一样、商标却截然不同的红罐饮料，对于粗心或者是时间仓促的购买者来说，很容易发生认知错误，导致误购；对于细心、且有充裕时间的购买者而言，势必构成相当的“购买疑惑”：一个是本已熟知的生产商，依然有着同样的包装外观，商标却是面目全非；一个使用着熟悉的商标和包装，但生产商却另有其人，那么，原本的商誉到底附着于何处？什么才是可以置信的购物指南？这两种商品之间在配方、原料、技术、质量水平是否一致？诸如此类的认知混乱将导致消费者作出理性决策需要耗费不菲的甄别成本，最终很可能无所适从，放弃购买。无论是加多宝还是广药集团，如果因认知混乱导致的放弃购买成为一种常态，消费者转向第三方品牌，那么两者间的商标之争就是一种没有赢家的“双输”。切换到消费者的视角，可以说，看似权利边界清晰的商标确权裁判，实则没有充分考虑诉讼中“不在场”的消费者利益保护，没有考虑“王老吉”商标在租赁期间生成的巨大商誉对消费者认知结构的影响，没有考虑商誉的弱流动性导致的混淆效应、进而导致对商标区分功能的弱化或消解。由于消费者视角在法官司法判断中缺席，因此本应以保护消费者权益为重要目标的商标权属的司法分配，却恰恰囿于商誉的弱流动性而无法发挥商标应有的区分功能，无法借此为消费者提供决策指引，其权益保护也因之落空。

（二）为重塑商誉的巨额广告宣传、品牌推广等非生产性支出严重减损消费者福利。正如前文所述，商誉有其自身的生成逻辑，很多时候包括法律在内的外力也无法对之有效干预。商誉是一种社会认同，一种基于足够长的消费体验的公共认可，它从根本上取决于公众的态度而非其他。有基于此，即便司法在制度形式上完成了商标的使用权转移，其也很难在原商标所有人与商标在租赁期间生成的商誉之间建立同步关联，很难促使消费者的公共评价迅速转向于此并切断商誉与商标原所附着商品之间的联想。认识到商誉的不易转移，尽管最终收回了由加多宝公司多年经营使用的“王老吉”商标，但是，广药集团为了转移在商标租赁期

---

<sup>20</sup> See Richard Craswell, *Interpreting Deceptive Advertising*, 65 Boston University Law Review 657-732(1985).

间生成的商誉，仍然在广告宣传、市场促销、品牌推广等维度投入巨资，尽可能地去“加多宝化”，淡化消费者对“王老吉”商标与加多宝公司之间的联想，力求在其生产的凉茶与承载巨大商誉的“王老吉”商标之间建立“指向对象——能指”的认知关系。而在加多宝一方，尽管有一定的消费者忠诚度，但是，由于商标使用权完成了制度转移，其无法将“王老吉”商标继续用于所生产的凉茶产品之上。在同类竞争性产品层出不穷、竞争激烈的市场态势下，由于失去了原租赁商标这一联想触发器，大部分普通消费者有限的注意力面对源源不断的新产品势必无法长久保持对于加多宝后续产出的凉茶与“王老吉”商标带来的良好商誉之间的联想，久而久之，其产品作为商标的原有指向对象的公共形象就会日益模糊不清。从这个意义上讲，商誉作为文化资产的弱转移性是双向的：一方面，由于缺乏充分的商标使用时间，它很难迅速转移至收回商标使用权的所有者的同类产品上；另一方面，对于不再拥有商标使用权的租赁方，商誉也很难转移到其不再使用租赁商标的产品之上。在这种两难之下，加多宝也采取与广药集团类似的商誉重塑战略，从2011年底开始，与广药集团的“去加多宝化”齐头并进，加多宝开始“去王老吉化”。广告公司监测数据显示，仅2012年4月份加多宝投入的广告费用就高达4个亿。<sup>21</sup>

如果可以替代的同类产品厂商之间的激烈竞争使之将资本投入到生产性支出项目，那么竞争将会带来更大数量的产出、更加丰富的产品类型、更优水平的产品质量，以及——对于日常消费品非常重要的——更为低廉的价格，消费者从中可以获取较之竞争之前更高的消费者剩余，有效增进了消费者福利。但是，广药集团和加多宝的商誉之争，导致的结果却是巨额资金偏离生产性支出的轨道，影响产品质量改进、技术提升、成本削减等方向的理性投资，长久看来将影响消费者的终端产品消费效用。更重要的是，大部分的广告宣传、市场推广等营销战略的费用都会推销在终端零售环节，消费者是最终的费用承担者，其将承受商誉争夺战之下的价格更高且很可能产品质量较劣等一系列效用净损失。

（三）作为营销手段的“打官司”导致诸多无谓诉讼。由于商誉的不易转移，在广告宣传、市场推广等层面借助常规营销手段进行商誉争夺之外，诉诸司法、通过诉讼“定分”成为双方力图重塑消费者认知、重建“王老吉”商标在公共评价中的能指——所指关系的市场策略。在这个意义上，诉讼输赢本身并不重要，重要的是这一过程可以作为双方的信息发布平台，其功能上是一种公共论辩机制，一种基于公共舆论的澄清机制，各方在其中的既往商

---

<sup>21</sup> 《绿盒王老吉迎来井喷时代》，<http://finance.qq.com/a/20120515/007512.htm>，2019年12月15日访问。

业契约关系还原、商誉创造的情境回放、权利归属的历史依据和现实制度支撑等，都可以在这一公共平台上得以彼此开示、互相质证，这种在司法“竞技场”上的论辩、交涉是各方对自身拥有商誉的正当性的证明过程，是一个说服社会公众的过程。从根本上讲，商誉的实质就是公众是否认同的问题，因此作为商誉争夺的双方，自然不会放过这样一个影响、渗透、甚至是重建社会舆论的良机。

循此商业竞争逻辑，无论输赢，加多宝和广药集团都要打官司，都力图通过诉讼影响舆论走向，这业已成为企业营销策略、市场战略的一部分，甚至还会异化为商业炒作手段。<sup>22</sup>由于本案标的关涉利益重大，因而其甫入司法即引起传媒的高度关注，成为知识产权诉讼的“热题”之一。现代大众传媒的快速聚焦和广泛传播使这一诉讼在输赢之外更是成就了一个公共评价场域。对加多宝而言，即便输了官司，也可以赢得声誉，通过公共舆论——诉讼是进行公共舆论宣传的重要渠道——向社会公众展示商誉创造的始末，澄清与广药集团的是非纷争，保持“王老吉”商标对其继续产出的凉茶产品的联想功能，继续在社会公众中培育消费忠诚。而在广药集团看来，借助诉讼重申其作为“王老吉”商标所有者的原初身份，澄清该商标的原始归属，有助于从所有者的角度向公众证明“王老吉”这一符号组合对于商誉形成的初始贡献，由此衍生开来，证明商誉与其符号载体不可分离，证明其当前作为商誉的法律所有者的正当性。

借助诉讼影响公共舆论，从而在大众心理层面争夺商誉，这正是在激烈的市场竞争中企业会坚持进行貌似“意气之争”的诉讼的深层动因。但是，从社会整体福利来看，诉讼完成的是财富再分配，而非财富再创造，如果其不能有效定分止争，有效遏制未来潜在的同类诉讼冲动，为更长时段的社会财富创造确立稳定预期、提供充分激励，那么就是一项社会福利净损耗的行为。科学合理的诉讼，简要说来就应该是“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎”。比照这一标准，“王老吉”商标案的仲裁、裁定，恰恰因为没有整体考虑商标所有者、使用者在商誉形成过程中的各自角色功能，没有建立妥当的利益平衡机制，以至于过分拘泥地解读《合同法》第 235 条作为规制租赁合同的基本条款的制度意涵，没有以动态的视角公平合理地对“王老吉”商誉进行再分配，因此无法有效“定分”而令“胜败皆服”，当然随之也无法“止争”而导致后续的无谓诉讼纷至沓来，异化成企业营销策略的特殊手段：“王老吉”

---

<sup>22</sup> 参见王茜：《王老吉与加多宝：庭上血战 实为炒作》，<http://finance.sina.com.cn/zt/china/20131224/000817725199.shtml>，2019 年 12 月 15 日访问。

商标案只是广药集团与加多宝多回合较量中的一个小插曲。据报道，仅截至 2013 年 5 月，广东三级法院受理的涉及广药集团与加多宝的案件就有 8 宗之多，主要还在做程序审理工作，尚不包括在其他地方审理的案件以及未来新增的案件。<sup>23</sup>凡此种种，不胜枚举，争讼双方将大量的资源耗费在搜集证据、寻找证人、琢磨法院和法官态度、开庭前大量的媒体造势上，于前述的广告巨额投资之外，再度增加众多非生产性支出；而此类支出一如既往，仍然会摊销在零售终端，消费者福利将被无谓的“诉讼潮”再度减损。

（四）商标租赁徒增诸多不确定性，严重挫败有效率的使用者经由租赁推动商誉增值的激励，减少社会财富再创造。商标的价值在于商誉，而商誉生成恰恰在于商标的长期有效使用——这也是使用作为取得商标专有权的基本前提的确权模式愈加盛行的重要原因。在我国当前以注册为主的商标确权模式下，商标所有权的取得基本取决于注册时间的先后。即便不考虑毫无财富增值意义的抢注，经注册先行取得商标所有权的所有人也未必就是对于商标作为符号资源最有效率的使用者。如此一来，由于使用与商标的分离，势必造成符号资源的无谓闲置和浪费。为激活、创造可能附着于商标的可观商誉，租赁作为一种使用手段，其意义不容忽略；与之相适应，租赁者在商誉创造、增值中的角色和贡献也应当得到法律分配机制的合理关照，毕竟，商誉的创造与有效率的使用紧密相关，而不在于商标究竟由谁持有。

由于“王老吉”商标的仲裁和裁定都采取了“所有者通吃”的纠纷解决模式，以所有权作为商誉分配唯一标准，既没有设计租赁方对于商誉创造、增值贡献的补偿机制，也没有考虑通过司法干预引导双方达成新的双赢合约，继续合作分享商誉增值带来的财富增量。可以说，这一权属分配看似“依法办事”，实则对作为商誉主要创造者的租赁方无意间实施了既不公平、也无效率的文化资产剥夺，严重减损其对商誉增值的投资激励。“王老吉”凉茶及其商标多年来价值发生了质的飞跃，业已成为商业史上经由租赁培育品牌的经典范例，其中加多宝公司功不可没。但是，抽离了商誉创造者的仲裁和裁定却是一个商誉增值重新分配的强有力的负向信号，它将发挥决策指示器的功能，引导潜在的商标租赁方重建预期——租赁商标永远都是“为他人作嫁衣裳”，从租赁中增加营业收入面临相当大的不确定性；从长远看来，无论自己投资几何，付出劳动多少，都无法经由法律机制合法地参与新增商誉财富的最终分配。在这一消极预期之下，潜在的商标租赁方很可能迅速改变投资决策方向，取消了原本可以极大地增进双方利益、推进商誉增值的商标租赁合同。

<sup>23</sup> 朱文彬：《广药加多宝互掐 红罐装潢归属两月后见分晓》，<http://finance.people.com.cn/n/2013/0516/c1004-21499231.html>，2013 年 5 月 16 日访问。

有效率的商标使用者的租赁激励削弱，最直接的社会财富损失就是颇具潜力，但目前仍未得到充分开发的商标无法获得最优水平的使用；特别是，众多具有一定历史价值，需要经由有效使用来盘活并且增加其价值的国有老字号将丧失重新焕发青春的良机。“王老吉”商标的仲裁和裁定之所以遮蔽了使用者的商誉贡献，绝对地强调所有者保护，还有一个潜在的重要动因，即防止国有资产流失——“王老吉”商标是由作为国企的广药集团所注册。其实，无论是有形资产还是无形资产，国有资产管理的关键在于保值增值，而非形式化地、刻板地偏重所有者。静态的所有者观念，忽略了资产（在本文分析中是无形资产）在使用过程中增值壮大的动态规律。在失去激活商机的意义上，往往导致品牌价值的很快消解——当年风靡一时的“东方魔水”健力宝，从曾经估值 102.15 亿元的品牌价值，<sup>24</sup>到如今市场上已难觅其产品踪迹，就是在僵化的所有者观念下对商标所承载的商誉配置不当，挫败企业家增值商誉的有效激励的结果。可以说，作为商誉重要助推器的创造者激励——无论是对于商标所有者还是使用者——同样是值得珍视的社会财富，同样需要法律的均衡保护。否则，在司法裁判强烈的示范效应下，创造者激励势必严重不足，商标无法通过科学合理的流转程序配置到最有效率的使用途径，其或是处于准“休眠”状态，或是导致与其相关的品牌运营偏离最优轨道，重蹈“健力宝”商标巨额价值烟消云散的覆辙。

### 三、商誉创造的有效激励：商标增值分享的法律保护机制

就纠纷的法律解决模式而言，“王老吉”商标判决和裁定都是采用产权规则，即如果意欲获得或占有他人所有之物，必须经得所有人的同意。<sup>25</sup>按照产权规则，根据注册的商标所有权归属，广药集团以租赁合同存在行贿瑕疵为由终止租赁，加多宝公司没有得到广药集团的再次授权则不得使用该商标。从静态的所有权观念来看，这类强调所有者保护的严格遵循经注册确定的权利归属，恪守商标租赁的成文法规制本无可争议；但是，如果把商誉生成规律、过程和发展趋向作为纠纷解决模式的选择参照，不难发现，在非此即彼、侧重于单边保护的产权规则之外，还存在以均衡争讼双方利益以引导其延续合作、继续推进商誉创造的商标增值分享之法律保护机制。

从法律经济学的一般理论出发，在谈判主体数量不多，尤其是一对一的情况下，交易成

---

<sup>24</sup> 《统一拟收购健力宝 总投资金额过亿美元》，<http://www.people.com.cn/GB/jingji/1039/2916151.html>。

<sup>25</sup> See Calabresi, G., and A. D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harvard Law Review 1089-1128 (1972).

本通常不高，如果合作对双方而言均是福利改进的话，那么此时容易达成合约；采用产权规则将是否合作的权利配置给所有者是合理的，因为在交易成本不高的条件下，对双方来说是一个帕累托改进的合约，就是一种双赢，谈判对手完全可以说服所有者接受合作，“所有者同意”不会成为达成有效率合约的障碍。切换到“王老吉”商标之争的司法裁判上来，适用产权规则的合理性却不无疑问，双方少有再次合作以推进“王老吉”商标商誉创造的可能。其中，裁判者们忽略了一个非常关键的要素：产权规则下，只有满足交易成本不高的条件，才可能从“所有者同意”出发，促成互惠的合作。从注册之初的第二天即租赁给香港鸿道集团，到后来不惜进行司法拉锯战收回“王老吉”商标，更重要的是转移商标承载的价值不菲的商誉等稀缺文化资产，广药集团的行动充分显示出在“所有者同意”的产权规则下，如果缺乏有效的法律诱导机制，基于其独占商誉增值的心理预期——尽管这一独占实现后反而可能阻碍商誉的再生产——欲使广药集团重回双方合作的轨道上来的交易成本将相当高昂，很可能导致互利的合作机会白白流失。

基于产权规则下两大交易障碍：一则是权利所有人因并不合理的收益预期拒绝合作，二则权利所有人利用自己的权属优势在谈判中攫取过量财富剩余，以至于合作相对方无法接受。<sup>26</sup>因此，司法作为一种再分配手段，为克服产权规则下无效率的谈判僵局和无谓的高昂交易成本，应当着眼于双赢格局下的财富最大化，详细参酌商誉生成的事实证据，为双方预设利益共同增长、共同分享的法律解决方案。从根本上说，司法的优势并不仅仅在于确认权利归属；通过科学的权利分配格局的预设，将各方主体引导到财富共赢共享、而非财富转移争夺上来，促进更多的社会收益产出，减少不必要的社会财富损耗，这才是法律人重要的职责。

（一）适用附期限的责任规则。责任规则的实质意涵在于经补偿后的司法强制许可。<sup>27</sup>由于其对权利所有人不合理地拒绝合作、滥用权属优势有着较好的克服功能，因此在交易费用过高的谈判僵局下是对产权规则的一个有效替代。同时，也由于其对于权利所有人的强制性，在一定程度上构成对权利所有人的剥夺，因此多适用于谈判费用过高、涉及公共利益的特殊场合，比如公共工程 and 环境污染等纠纷领域。<sup>28</sup>将之移植到“王老吉”商标之争以及类似纠纷上，需要为之找寻到足够充分的成文法依据，证成其法理正当性，并且通过限制适用

<sup>26</sup> 参见张维迎：《信息、信任与法律》，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 137 页。

<sup>27</sup> See Calabresi, G., and A. D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harvard Law Review 1089-1128 (1972).

<sup>28</sup> 参见前引[26]，张维迎书，第 137 页。

期限划定恰当边界，以便真正在所有者、使用者之间平衡、保护商誉增值利益。

“根据合同法上附随合同义务理论，即便是广药集团收回‘王老吉’商标，也应给予使用者一定时间的准备，而不能仅仅以合同约定的使用期限为准，要考虑到使用者尚有积压产品需要销售的现实，也要考虑到使用者需要更改品牌的时间准备”。<sup>29</sup>将之与加多宝在“王老吉”巨大商誉生成中的贡献相叠加，可以考虑设计如下司法解决方案：为广药集团收回“王老吉”商标设置一定的期限作为缓冲（期限长度可以根据凉茶行业惯例、品牌转换难度征求业界专家意见确定），期间届满广药集团将收回商标使用权。在此期间内，法律强制广药集团许可加多宝继续使用商标，但需根据品牌价值的增加在一定时段内规定一个浮动额度来确定补偿金额，以准确、公平分配增值财富。<sup>30</sup>如此一来，广药集团的所有者权益得到了应有的尊重，司法裁判认可其对商标的最终处分，并且浮动补偿金额也使得其使用许可收益随着商标增值“水涨船高”，收益权得到了充分保护；而对加多宝而言，强制延长的许可期限考虑到其对商誉创造的显著贡献，为其及时培育自有新品牌提供了必要的缓冲，不致将其商誉贡献剥夺净尽，对于降低绝对的“所有者同意”的产权规则导致未来的租赁者商誉创造激励弱化有一定的缓解作用。同时，正是这一强制延长的许可期限，可以为双方提供“冷静期”，广药集团可以重新审视加多宝在品牌推广、营销渠道、市场战略上的商誉再生产优势，重新衡量与其继续合作的得失利弊；加多宝则可以根据经营目标重新确定和解金额，在充分的市场调查的基础上，基于自身的资金流约束，尽力将和解金额上浮至广药集团的接受预期。双方由“冷静期”促成的任何审慎思考、重新估值等等，都有可能挽回分道扬镳的格局，重回互利的合作轨道。

（二）转注册为证明商标或集体商标。“王老吉”商标在租赁期间价值实现质的飞跃，加多宝公司对于商标的巨大增值贡献显著，这一经由租赁成就的品牌传奇已是商业史上的经典范例，其作为事实证据无须更多赘言；广药集团作为“王老吉”商标的注册者，是商标法律意义上的所有人，对于商誉创造有着初始贡献——“王老吉”是岭南地区代表性的凉茶品牌，尽管在广药集团注册之初并未享有全国性的知名度、美誉度，但是其中蕴含的岭南凉茶始祖的历史意义，为加多宝公司的后续品牌运用奠定了较好的基础，是租赁期间巨大商誉生

<sup>29</sup> 杨延超：《加多宝对“王老吉”的贡献如何保护》，《经济参考报》2012年5月29日，第008版。

<sup>30</sup> 设立浮动补偿金额是法院准确衡量商标所有人损失、公平适用责任规则的重要前提。倘若法院在估算商标所有人损失时发生系统性偏差，其司法裁判将是无效率的，更遑论实现公平。See Louis Kaplow, *Steven Shavell, Property Rules versus Liability Rules: an Economic Analysis*, 109 Harvard Law Review 713-790 (1996).

成的历史起点，否则，加多宝公司当时完全可以租赁诸如黄振龙、邓老等同类凉茶产品的其他品牌。从这个意义上看，“王老吉”商标不菲的商誉价值是争讼双方“合力”的结果，虽然各自的贡献、角色、功能有显著差异。如果双方能够继续合作使用该商标，既彰显加多宝在企业战略、品牌营销层面的竞争优势，又充分发挥广药集团在历史渊源、药业技术等层面的特色，那么将是双赢互惠且极大地增进社会财富的最优选择。如果说租赁模式的合作很难避免租赁期限届至则共创商誉面临相当的不确定性这一制度风险，那么在租赁式合作之外，可以考虑经由司法调解，公平确定足以补偿广药集团的所有者权益的和解金额，而后引导“王老吉”商标转注册为证明商标或集体商标，并各自附加注册专属于本企业的专用商标。<sup>31</sup>

使用是商誉创造之源。广药集团在注册“王老吉”商标的第二天即将其租赁给香港鸿道集团，从其商业决策可明确推知：广药集团并不打算通过自己的商标运营创造附着其上的商誉，而是意图通过收取许可使用费来实现商标的市场价值，这也正是其当初注册“王老吉”的基本动因。从这个视角看，不因租赁期限届至把使用者遽然排除出法律权利体系，而是设法形成所有者、使用者利益均衡的权利分配格局，恰恰是商誉创造的内在要求。因此，通过证明商标、集体商标的形式使得使用者在支付公平的和解金额后成为商标共同所有人，提高合作的退出成本，成就双方之间的长期合作博弈，<sup>32</sup>可以在稳定的预期之下继续使用自己曾精心建设的商标、公平地分享商誉增值成果，这一共同所有权符合商誉创造的客观规律。“有恒产者有恒心”，当使用者成为商标的共同所有人之后，将有着更为强烈的激励对商誉建设加大投入，增进商誉价值。

对于广药集团而言，在获得合理的和解金额后，这一商标权属形式的转变并非不公平。相反，从既有的商业实践看，其很可能对于广药集团借助加多宝的市场渠道优势来升级产品结构、整合营销网络、提升经营业绩有着积极的推动作用。科学地评估广药集团的所有者权益、准确地确定和解金数额是诱导商标权属形式转变的基础。在司法操作中，应当聘请专业评估机构，以当期“公平市场价格”<sup>33</sup>作为衡量基准线，综合考虑所有者对商标的主观价值——可通过销售额、生产投入、广告支出等指标作为评估参照，防止主观报价虚高——进行

---

<sup>31</sup> 参见彭学龙：《寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡》，载《法学研究》2010年第3期。

<sup>32</sup> See W. Bentley Macleod, *Equity, Efficiency, and Incentives in Cooperative Teams*, in Derek C. Jones and Jan Svejnar eds., *Advances in the Economic Analysis of Participatory and Labor Managed Firms*, Vol.3, JAI press, 1988, pp.5-23.

<sup>33</sup> 前引[26]，张维迎书，第137页。

估算。在不出现系统性偏差的前提下，力争和解金额满足所有者的接受预期。在和解金额之外，司法还应当善于运用双方合作历史为未来巨大商机进行客观中立的“裁判者说理”，积极影响所有者的激励结构，以推进和解金额的合理确定和自愿接受。事实上，客观的商业绩效记录已经为共同所有权模式的双赢意义提供了坚实的例证：在双方共同使用商标之下——虽然这一共同使用只是依托于租赁合同关系，红绿两种“王老吉”凉茶在市场上协同作战，共同御敌，作为“王老吉”商标旗下的两类子产品，对和其正、邓老、黄振龙等凉茶品牌形成绝对的竞争优势，创造了令业界瞩目的销售记录。

特别需要注意的是，转注册为证明商标或集体商标的共同所有权模式，是否会导致消费者混淆，以至于丧失商标的基本区分功能？非也。共同商标之下，不同企业的产品还可以附加本企业另外注册的专用商标。如此一来，一方面“王老吉”商标作为享有盛誉的符号，仍然能够快速触发消费者对两家企业产品——无论是加多宝还是广药集团——的良性联想，作为商誉增值创造者的加多宝不至于被权利体系彻底遮蔽，作为商誉原初贡献者的广药集团也不至于因为“摘桃子”的道德指责而遭受消费者抵制；另一方面，由于附加的专用商标，即便是粗心的消费者也能获得清晰的商品搜寻标识，可以用很低的注意力成本即将两者有效区别开来。在区别功能之外，更重要的是，这种既合作又分工的商标权属模式以“共同商标+专用商标”的设计构造，将对商誉均有贡献的所有者、使用者有机整合，既借助共同商标推动共有商誉建设，又通过各自的专用商标培育新的自有商誉，对于我国当前较难平衡所有者、使用者权益的注册确权模式而言，是一个巧妙的、不违背现行法律框架的制度变迁前奏。

#### 四、重申作为文化资产的商誉：红罐包装及广告语纠纷的司法解决之道

在“王老吉”商标争夺之后，广药集团与加多宝还进行了长期的司法拉锯战，展开了红罐包装装潢之争、“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”“怕上火喝XXX”广告词侵权等一系列诉讼角力。其实，只要把握住广药集团和加多宝之争的实质——商誉，深刻理解商誉作为一种重要文化资产的生成、发展、变化、转移的内在规律。不难发现，上述系列的后续争议，与“王老吉”商标纷争具有同样的因果机理，相应的司法解决之道也同样可以独辟蹊径而从商誉的视角切入，遵循商誉保护、权属分配的实践逻辑，避免出现商标争议的仲裁和裁定业已出现的负向利益再分配效应。概言之，包装装潢、广告用语之所以引发司法诉讼，与“王老吉”商标相类，并非在于其设计艺术或美学意义，而毋宁是附着其上的、对消费者决策有着指引功能，进而对于企业具有相当经济价值的商誉。因此，在这类纷争中判定谁是谁

非，关键看其承载的商誉的创造者是哪一方。

就红罐包装装潢诉讼而言，广药集团要求判令加多宝停止使用与广药集团的知名商品——王老吉凉茶——包装装潢相同或相似的包装装潢，销毁库存被控侵权产品和全部库存侵权的装潢，停止生产、销售带有侵权包装装潢的凉茶产品，等等。对于这一争议，在现行的法律框架下的规范性依据主要是《反不正当竞争法》第 21 条第 2 款：擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。此处争议的焦点在于：何为“知名商品”？“知名商品”及这一符号归属的判断标准是什么？争讼双方哪一家企业的产品才足以构成市场认可的“知名商品”？只有厘清这些基础性问题，才有可能既回应，又超越审判过程中困扰法律学人及实务界的“商标与装潢能否分离”的难题，公正裁判红罐包装装潢的归属，为今后类似争议提供有效的“定分止争”的示范效应。知名商品，无论是从法律属性还是市场实践看，都必须满足以下要件：（1）在消费者心智结构中具有充分的认可度和美誉度；（2）享有的认可度和美誉度足以使之与竞争性商品区别开来，有效降低消费者的搜寻成本；（3）消费者对之具有较竞争性商品显著更高的购买偏好。这些要件落实到司法操作，根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第 1 条，则可以具体分解为销售额、销售时间、销售区域和销售对象，以及进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围等指标。对上述要件/指标的考量、测度和综合判断，最终都是指向一个核心目标，即所有衡量要素是否足以成就涉讼商品的区别于竞争性产品的应有商誉。一言以蔽之，是否能够成为法律意义上的知名商品，其总括性的判断标准就是：商誉及其创造者何在。如果争讼一方生产的产品享有具备市场公认度的商誉，那么“知名商品”这一符号资本就“花落其家”，反之则反是。回溯红罐凉茶的市场发展记录，加多宝公司 17 多年来投入 300 多亿元，借助技术创新、营销推广、品牌塑造、渠道建设使得红罐凉茶在全国范围内具有极高的知名度和认可度，自 2007 年连续 6 年获得“中国饮料第一罐”称号。基于市场业绩事实，消费者的心智结构对于“中华饮料第一罐”的美誉、“红罐凉茶”这一符号标识与加多宝所产产品之间已经建立牢固的认知关联，并且与同类竞争性产品形成鲜明区隔。由是观之，正是加多宝，而非广药集团成就了红罐凉茶价值惊人的商誉，由其商誉创造所决定，加多宝所产产品符合“知名商品”的构成要素，其自行设计并注册的红罐包装装潢理应受到《反不正当竞争法》的保护。

以争讼的实质——商誉作为分析的起点，聚讼纷纭的“包装装潢与商标能否分离”的难

题自可迎刃而解。包装装潢的法律归属，端在于商誉及其创造者。对于自行设计并注册、且附着其所产知名商品的包装装潢，作为商誉创造者的该方企业应当享有所有权。同时，以商誉创造的事实证据分配包装装潢的权属，也使得司法纠纷解决思路合法、合理地超越了“包装装潢与商标能否分离”之问。包装装潢与商标一样，都是商誉的载体，都是受商誉生成、创造、发展规律制约的被决定者，商标本身无法决定包装装潢的法律归属。所以，在这个意义上讲，着力于商标与包装装潢之间的关系以解决后者的权属纷争非但无济于事，反而有可能形成误导，使得包装装潢权属的决定性因素——商誉及其创造者——被遮蔽，导致包装装潢的权属被错误分配。

依循商誉创造、保护的内在规律，对于广药集团指控加多宝使用“怕上火喝 xxx”等广告语构成侵权的纷争，同样可以设计出公平合理、简洁明了的解决方案。商誉的载体不仅局限于商标，包装装潢、视觉形象识别系统、广告用语、广告音画等，与商标一样具有显著的信号功能，是商品质量的重要信号，在商誉建构过程中起着不可或缺的重要作用。如果涉讼广告语的其中一方企业在商誉创造过程中为了形塑、强化所产产品在消费者认知结构中的公共形象而自行设计使用，那么，商誉的形成事实同样是广告语权属分配的基本判断标准。“怕上火喝 xxx”的起源，是加多宝早在 2003 年为在全国推广其生产的红罐凉茶所制作的产品功能定位宣传，从其创作使用过程来看，是加多宝公司对所产红罐凉茶的市场战略的组成部分，是加多宝在商标租赁期间创造的巨大商誉的载体之一。在商标租赁期间，其所产红罐凉茶的广告语采取的是“怕上火喝王老吉”，消费者对当时红罐“王老吉”凉茶的认知指向就是加多宝的产品，与广药集团无涉；并且，在广药集团收回“王老吉”使用权后广告语改成“怕上火喝加多宝”，其实质即是将消费者心目中原本已经有明确对应物的自创广告语转移至自有品牌上来。所以，无论是从法理上还是功能上看，都谈不上混淆，不涉及虚假广告宣传，不足以有充分的司法正当性将之从加多宝强行剥离。<sup>34</sup>同理，“全国销量领先的红罐凉

---

<sup>34</sup> 广药集团、大健康公司以“怕上火喝加多宝”的广告语涉嫌不正当竞争为由，将广东加多宝公司诉至广州市中级人民法院，要求停止侵权，消除影响，并赔偿损失 500 万元。2015 年 12 月 3 日，大健康公司在广州召开新闻发布会，宣布收到广州市中级人民法院判决书，一审判决“怕上火”广告语专属王老吉品牌，加多宝须立即停止使用“怕上火喝加多宝”等相关广告语，并赔偿王老吉方面经济损失 500 万元。2017 年 11 月 13 日，加多宝集团在其官方网站发布声明称，收到广东省高级人民法院终审裁决。广东高院判决：加多宝公司一直使用的“怕上火喝 xxx”等广告语句式改用在“加多宝凉茶”产品上，不构成不正当竞争；撤销穗中院一审判决，并驳回王老吉公司与广药集团的全部诉讼请求。参见牛思远：《加多宝一审被判停用怕上火广告语 赔偿王老吉 500 万》，<http://legal.people.com.cn/n/2015/1204/c188502-27890712.html>，2019 年 12 月 15 日访问；《“怕上火喝加多宝”加多宝广告语获广东高院终审支持》，<https://js.qq.com/a/20171116/021856.htm>，2019 年 12 月 15 日访问。

茶改名加多宝”也正是基于消费者业已建立的商誉指认和对作为符号标识的“红罐凉茶”的公共认知，同样是一个自创广告语向自有品牌转移的合法行为，并不构成对广药集团凉茶产品的侵权。<sup>35</sup>

商誉是企业极为重要的文化资产，受制于后者的一般性规律——它必须经由相当时间长度的持续商业实践、获得足够的公共认可、树立牢固的公共形象方可形成；它既取决于产品质量、生产工艺等技术之维，又离不开企业市场战略创新、品牌推广模式变革等商业智慧、魄力和勇气，可以说是一种相当稀缺的无形资产。从社会财富最大化的角度讲，要想使得这一稀缺资产有充分的产出，就必须从制度的进路，确保其创造者稳定的保有预期，确保其能够生成源源不断的创造激励。但是，广告语诉讼中加多宝公司在广州、重庆等多地法院一审败诉<sup>36</sup>却传递出相当不利的信号：当下着眼于商标、而非商誉的纠纷解决思路，势必导致无视企业重要文化资产生成过程的“只见树木不见森林”效应，形成对从商标、到包装装潢、直至广告用语等一系列商誉载体的持续性司法剥夺。本来，在广药集团收回“王老吉”商标使用权后，加多宝尚可凭借在消费者心目中业已形成强烈集体记忆的红罐包装、相关广告语等重新触发积极联想，即便受案法院无法针对商标促成如前文所述的合作方案，其仍然可以保有创造的巨额商誉的合理部分，仍然可以以此为基础推进商誉发展；但是，从广告语诉讼在多地法院一审败诉及其随之而来的示范效应看，加多宝的商誉再创造空间已大受限制。对照红罐凉茶问世、发展、壮大的商业实践，不难想见，这类将所有商誉载体、进而很可能是对商誉本身剥夺殆尽的权属司法分配将对未来商誉创造产生何等负面激励。

## 结语

---

<sup>35</sup> 正是在商誉形成机理的内在约束下，尽管 2013 年 12 月 20 日广州中院对广药集团与加多宝关于“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”等广告语纠纷案做出一审判决，加多宝公司停止使用“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”等广告语进行广告宣传。该案于 2014 年 7 月 17 日在广东省高级法院开庭二审，维持原判。2019 年 5 月 28 日，最高院判决撤销一审、二审判决结果，驳回广药集团诉讼请求。最高人民法院认为，加多宝在商标许可合同终止后，为保有在商标许可期间对红罐凉茶商誉提升所做出的贡献而享有的权益，将红罐凉茶改名为“加多宝”的基本事实向消费者告知，主观上并无明显不当；在客观上，加多宝使用相关广告语并不产生引人误解的效果，并未损害公平竞争的市场秩序和消费者的合法权益，不构成虚假宣传行为。参见唐贵江：《加多宝广药广告语纠纷案二审在广东高院开庭》，[http://finance.ifeng.com/a/20140717/12743153\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20140717/12743153_0.shtml)，2019 年 12 月 15 日访问；最高人民法院：（2017）最高法民申再 152 号，北大法宝，法宝引证码：CLI.C.86968050。

<sup>36</sup> 参见王茜：《王老吉再诉加多宝虚假宣传 10 罐 7 罐广告案开庭》，<http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/20140110/190517916483.shtml>。

当下无论是对于商标以及相关商誉载体纠纷的司法裁判实践，还是对应的学理分析，多半侧重于载体本身的规范性规定，较少注意到其纷争背面、更具有决定意义的“暗物质”——商誉；即便是对于商誉本身的制度解读，学界和实务界也普遍注重对其所附着的商标等载体对于不同来源的商品/服务的区分功能，很少注意到作为一种当代社会不可或缺的文化资产，商誉内含虽然隐蔽、但对于社会秩序控制具有积极意义的特殊功能：有助于商誉所有者实施自我约束，有效降低执法成本、减轻执法负荷，从而便利监管部门完成社会秩序控制。这也是缘何笔者一再强调包括《商标法》《反不正当竞争法》在内的规范性法律文本以及司法实践应当认真对待商誉、特别是认真对待商誉作为文化资产的创造、发展、分配及保护的内在规律的用心所在。

Between own and use: institutional logic for goodwill protection: Centered on a series of disputes between Guangzhou Pharmaceutical Group and Jiaduobao Company

Abstract: The essence of the series of lawsuits between Guangzhou Pharmaceutical Group and Jiaduobao Company on the "Wang Lo Kat" trademark and red can packaging is the fight for goodwill. The systemic logic of the protection of goodwill has surpassed individual cases and has general legal significance. As a scarce cultural asset, the formation of goodwill requires trademarks and other carriers to go through a sufficient period of time. It is also because of the constraints of the time of use that it is difficult for goodwill itself to quickly achieve mandatory transfer and redistribution by law. Based on this rule, the protection of goodwill should comprehensively measure the different contributions of trademark owners and users in the process of creating and adding value to goodwill. Through the design of systems such as the application of liability rules with a period of time, a balance mechanism of interests between owners and users should be established. To avoid the redistribution of benefits such as the loss of consumer welfare and the proliferation of useless contention, controversy over the ownership of the red can packaging, whether the advertising slogan infringes, etc., has the same causal mechanism as the "Wang Lo Ka" trademark case. The judicial solution should also be based on the practice of creating goodwill on the back of the packaging and advertising slogan. Goodwill creators and value-added persons make ownership determinations to provide good institutional

incentives for the reproduction of goodwill. At the same time, it is also necessary to make use of the self-restraint function of goodwill through judicial operation to achieve healthy social control.

Key words: cultural assets; goodwill protection; liability rules; benefit balance mechanism; consumer rights; incentive system

