

# “王老吉”商標與商譽

—遲少傑—

鴻道(集團)有限公司(“鴻道”)在“王老吉”商標許可補充協議被裁決無效後,以強大的廣告攻勢向消費者宣示,現在的“加多寶”涼茶,就是原來的“王老吉”涼茶——此舉被稱之為“移植商譽”,由此引發知識產權界有關“王老吉”商譽的討論,並形成三種不同觀點<sup>1</sup>,即:(1)鴻道移植商譽的行為既構成不正當競爭,又侵犯廣州醫藥集團有限公司(“廣藥”)的“王老吉”商標權;(2)鴻道沒有侵犯“王老吉”商標權,但其行為構成不正當競爭;(3)鴻道既未侵權又不涉不正當競爭。

鴻道移植商譽的行為是否侵犯“王老吉”商標權?

鴻道的手法之一,是將原產品包裝兩面載有的“王老吉”商標,一面改為“加多寶”商標,以達“過渡”目的<sup>2</sup>。如果是這樣的話,其行為構成商標侵權的概率較大。因為合同被認定無效的法律後果,是“自始無效”、“全部無效”、“絕對無效”。如此,鴻道在超出原合同期間生產的產品,不具合法性。倘若原商標許可合同中無“處理庫存”約定,鴻道應自原許可合同終止時起,不再享有使用“王老吉”商標的權利<sup>3</sup>。

然而,進而認為“在‘王老吉’註冊商標歸還廣藥集團後,加多寶方(即鴻道)上述移植商譽的行為也侵害了‘王老吉’註冊商標權”<sup>4</sup>,就缺乏法律依據了。在我國現有作為認定商標侵權基礎的法律規範(如《商標法》或相關司法解釋)乃至司法判例中,未見以所謂“商譽移植”為“事實要件”的規定。因此,只要鴻道的廣告中不出現“王老吉”字樣,就不構成商標侵權。

鴻道移植商譽的行為是否構成不正當競爭?

上述三種觀點中,兩種觀點均認為鴻道的行為構成不正當競爭,主要理由是,“加多寶方當然瞭解並合理預期這些後發商譽必將伴隨‘王老吉’註冊商標一起回歸廣藥集團,現在卻千方百計地企圖將負載在‘王老吉’品牌上的一部分後發商譽移植到‘加多寶’品牌上來,加多寶方的這些行為違反了誠實信用的原則,有悖基本商業道德,自然構成了不正當競爭”<sup>5</sup>。

然而,認定法律責任必須以明確的法律規範為基礎。既然

前述觀點認為鴻道的行為構成不正當競爭,則必須援引《反不正當競爭法》或其他相關法律的明確規定。《反不正當競爭法》明確將“商號”、“知名商品的特有包裝裝潢”、“商業秘密”等列為受該法調整的法律關係的客體;並列明該法所禁止的“不正當競爭行為”,其中沒有任何與商譽相關的客體或禁止性行為。“誠實信用”原則是調整民事法律關係的最基本原則之一。審理糾紛實踐中,一般應優先適用下位法中的明確規定,而不能輕易單純適用“誠實信用”原則認定法律責任<sup>6</sup>。

知識產權人士常將商譽與商標聯繫在一起,從而產生“商譽與商標如影隨形,形影不離,渾為一體”的說法<sup>7</sup>。其實,商譽更多為“會計學”的概念。我國知識產權法中沒有商譽的定義,會計學上的商譽概念也不同於知識產權圈內談論的商譽。商譽是“泊來”概念,其英文為“Goodwill”,也有稱之為“Business Reputation”的;後者更直觀易懂,意為“企業聲譽”。這種聲譽可為企業經營帶來超額利潤,從而具有一定經濟價值。從會計學角度講,商譽應屬“無形資產”項,且只有在企業兼並或合併時,才體現為貨幣形式。所謂“外購商譽”和知識產權許可費用一樣,可以作為“遞延資產”進行攤銷。但如果是企業自身培育的商譽,則難以在企業賬目中以貨幣形式體現。商譽與專利、商標、版權、商業秘密等不同。後者能以“可辨認形式”單獨存在;而商譽始終依附於企業整體,不能脫離企業其他可辨認資產而單獨存在。

以文字或圖形等形式表現的商標,自身沒有任何商譽,只有在與提供特定商品或服務的企業聯繫在一起時,才產生商譽並具有相應價值。“ipad”字母本身沒有任何商譽,僅在與平板電腦和蘋果公司聯繫在一起時,才產生商譽和巨大商業價值。這也是為什麼當年IP公司可以3.5萬英鎊購買到10件“ipad”商標的根本原因。若不是蘋果公司此後對“ipad”商標在世界範圍內的使用,該商標在中國的商譽或許因商標權人資不抵債而成為“負值商譽”。所以,蘋果公司花6000萬美元購買的,不是

“ipad”商標,而是自己使“ipad”商標產生的巨大商譽。花重金購買自己建立的東西,只因法律上的疏忽而不得已為之。

當年有人在強調“可口可樂”商標的巨大商業價值時曾比喻說,即使可口可樂公司全部資產一夜之間付之一炬,公司也不會倒閉,因為“可口可樂”商標就值30億美元。如從商譽角度講,此說法值得商榷。因為假定與商標對應的企業都不存在了(特別是配方),何言商標的商譽;即使有,恐怕也是“負值”。而“沃爾沃”商標轉讓給吉利公司後,之所以還能保持原來的商譽,是因為吉利公司兼並了沃爾沃公司,從而獲取與“沃爾沃”商標相關聯的商譽。

可以看出,使商標產生商譽的不是商標本身,而是使用商標者。商譽產生於商標的使用,並與使用者相關。有些國家辦理商標轉讓時的選項之一是,“商譽”是否一併轉讓。這是指商標權人轉讓商標時,是否將與該商標相關的業務(Business)一起轉讓。

基於上述分析,我們認為鴻道停止使用“王老吉”商標後採取的廣告攻勢,不構成不正當競爭。不僅如此,廣藥如繼續使用“王老吉”商標,也有義務廣告消費者,現在的“王老吉”涼茶,已不是以前的“王老吉”涼茶,;以使消費者清楚區分不同時期使用“王老吉”商標飲品的不同產源。

#### “王老吉”商標的價值

廣藥曾於2010年對外宣佈“王老吉”商標的價值達上千億人民幣。且不論其依據是否充足,評估出如此價值的基礎,應當是鴻道當年的“王老吉”涼茶總銷售額。現在評估“王老吉”商標的價值,必須以廣藥銷售“王老吉”涼茶的金額為基礎。

從經濟角度分析,廣藥在“王老吉”商標之爭中受到的傷害或許更大些。無論廣藥決策的基本考慮因素是什麼,其似乎沒有真正理解商標與商譽的關係。廣藥或許意在收回“價值上千億元的商標”;但沒有想到鴻道採取如此強大的廣告攻勢,使消費者迅速意識到,原來的“王老吉”涼茶,現在叫“加多寶”;要喝原來的涼茶,就去買“加多寶”。“王老吉”商標的價值是否還能達到上千億元,要看廣藥如何宣傳“王老吉”商標,並能否推出與“加多寶”爭奪消費者的涼茶。這需要投入大量資金和迅速推出優質產品,其中尤其寶貴的是時間。考慮到這些“機會成本”,當時達成和解可能是更好的選擇。■

作者:中國國際貿易促進委員會專利商標事務所原顧問

<sup>1</sup>詳見陶鑫良、李冬梅:“‘王老吉’商譽移至‘加多寶’是否正當”,《中國知識產權報》2012年6月29日。

<sup>2</sup>同註1。

<sup>3</sup>考慮到生產周期及市場銷售等因素,當事人可在商標許可合同中訂立“處理庫存”條款,約定被許可方在合同終止後,可選擇降價將庫存產品賣給許可方;或在約定期限內自行銷售(但不得生產)庫存產品。約定期限屆滿,被許可方立即停止銷售。司法實踐中,如合同無“處理庫存”約定,但被判決提前解除,法院可根據實際案情,適當考慮給予被許可方處理庫存的合理期限。仲裁略有區別。若申請人僅請求解除合同,則仲裁庭裁決解除合同時,無權裁決被申請人享有“處理庫存”的合理期限。若被申請人提出與“處理庫存”相關的仲裁反請求,則仲裁庭可視實際案情,適當予以支持。如合同被認定為無效,糾紛審理機構是否考慮“處理庫存”的合理期限,取決於對當事人“締約過失”責任的認定。就“王老吉”商標爭議案而言,仲裁裁決認定的是補充協議無效,不對原商標許可合同效力產生影響。故,如何處理原合同項下爭議,需視相關履約事實而定。

有報導稱,鴻道認為裁決書的一項內容是“被申請人停止使用‘王老吉’商標”,意味着被申請人在裁決日前的使用沒有問題;而且按照“國際慣例”也應享有“半年到一年”的處理庫存期限。我們的看法是,根據《合同法》相關規定,與“違約責任”或“締約過失”責任相關的法律救濟,都不包括具有禁令性質的內容。從這一角度講,在合同被認定無效情形下裁決“停止使用商標”,似有超裁之嫌。再者,即使裁決“停止使用商標”,也不意味着仲裁庭認定裁決日之前的使用合法。因為仲裁庭無權對此作出認定。其間使用是否合法,當事人是否承擔法律責任,以及相關的法律救濟,應由人民法院審理認定。

<sup>4</sup>同註1。

<sup>5</sup>同註1。

<sup>6</sup>實踐中的一種習慣性思維是,當自認為他人行為違法但不能援引具體法條時,就想當然以“違反誠實信用原則”,作為認定他人違法並應承擔法律責任的法律規範。如此做法不可取。

<sup>7</sup>同註1。