

集体商标和证明商标保护体系的重构

王 迁 *

内容提要：集体商标、证明商标不具有区分商品或服务经营者的功能，只分别具有表明经营者在某一组织中的成员身份和证明商品或服务具有特定特征的功能。商标法没有在体系上区分对普通商标的保护与对集体商标、证明商标的保护，所有商标在注册时均要求显著性的做法导致了逻辑错位。为此提供正当性解释的“显著性含义扩大说”“获得显著性说”“标识本身显著性说”均不能成立。对集体商标、证明商标的司法保护也与其注册标准相脱节，造成了对显著性要求的虚置或对注册效力的虚置。应建立保护集体商标、证明商标的特殊体系，其核心是将其注册条件与显著性脱钩，并以破坏这两种商标的独特功能为其侵权认定标准，从而与来源混淆脱钩。

关键词：集体商标 证明商标 显著性 来源混淆

引言

任何分类都应遵循统一的标准，否则必然带来分类结果的混乱。但是，我国商标法第3条第1款将经核准注册的商标分为“商品商标、服务商标、集体商标和证明商标”，即违反了这一原则。因为“商品商标、服务商标”应是穷尽式的分类，集体商标、证明商标也必然用于商品或服务。这正如无论是男性还是女性，不是本国人就是外国人。将注册商标分为“商品商标、服务商标、集体商标和证明商标”，岂不相当于将人分为“男人、女人、本国人和外国人”？对此，合乎逻辑的解释只有一个，那就是集体商标、证明商标具有特殊性，虽然它们必然被用于商品或服务，但不能被归入商品商标、服务商标。允许其作为商标注册并与商品商标、服务商标（以下统称“普通商标”）并列，是出于政策考量而不是遵循形式逻辑（包括分类标准）的结果。商标法第3条第4款规定“集体商标、证明商标注册和管理的特殊事项，由国务院工商行政管理部门规定”，〔1〕其中使用的“特殊”一词，也印证了集体商标、证明商标异质于普通商标。

* 华东政法大学教授。

本文系国家社科基金重大项目“媒体融合中的版权理论与运用研究”（19ZDA330）的阶段性成果。

〔1〕“国务院工商行政管理部门”当时指原国家工商行政管理总局（下设商标局）。2018年国务院机构改革后，商标局并入国家知识产权局。

然而,商标法并没有在注册条件和侵权认定标准等方面,针对集体商标、证明商标的特殊性作出有别于普通商标的体系化规定。根据商标法第3条第4款制定的《集体商标、证明商标注册和管理规定》(国家知识产权局令第79号),也只是在商标法规定的基础上,对集体商标和证明商标的注册提出了更多的要求,^[2]而没有为其规定专门的注册条件和侵权认定标准。这种体系设计的失衡导致在集体商标、证明商标的注册和侵权认定上出现了相当程度的混乱。曾广受关注的“潼关肉夹馍”集体商标维权事件,^[3]也与集体商标、证明商标保护体系的根本缺陷有关。正值商标法进行第五次修改,本文力图分析商标法保护集体商标、证明商标的体系问题,提出重构既符合法律逻辑又适应现实需求的特殊保护体系的建议。

一、对集体商标、证明商标要求显著性导致的逻辑错位

商标是经营者为了使自己的商品或服务与他人的商品或服务相区别而使用的识别标记。^[4]并非任何在商业活动中使用的标志都是法律意义上的“商标”,只有用于商品或服务、能够区分经营者的标志,才是法律意义上的商标。^[5]当市场上的同类或类似商品或服务存在诸多经营者时,商标能够区分经营者,使相关公众凭借商标识别商品或服务来源于甲企业还是乙企业。因此,能识别商品或服务的来源以供相关公众区分,是商标的本质特征。该特征存在不同称谓,如“识别性”“区别性”“显著性(显著特征)”,学界公认它们为可以相互替换的同义词,描述的都是商标的“来源识别功能”,^[6]只是“显著性”的使用更为普遍。商标法第8条规定:“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志,……均可以作为商标申请注册。”第9条规定:“申请注册的商标,应当有显著特征,便于识别……。”第11条规定了因“缺乏显著特征”而“不得作为商标注册”的具体情形。这是商标法对“来源识别功能”(显著性)属于商标构成及商标注册条件的明白无误的要求,且其位于“总则”之中,具有普适性。

由于商标法及其配套法规、规章均没有规定集体商标、证明商标的注册不需要显著性,显著性的要求被认为当然适用于集体商标、证明商标。国家知识产权局制定的《商标审查审理指南》规定:“显著性……是商标获得注册的重要要件,集体商标、证明商标作为商标的一种类型,应当依据《商标法》的有关基本规定进行审查,即……是否具有显著特征、便于识别……。”^[7]这是对集体商标、证明商标的注册应当符合显著性要求的明确表述。许多法院也持类似观点。例如,最高人民法院在一则商标案件中指出:“显著性是商标发挥识别不同商品或者服务功能的基础。虽然商标法第3条第3款对证明商标的申请主体、使用主体及基本功能作出了规定,但其作为注册商标的一种类型,应当符合注册商标的一般性规定,具有显著性,

[2] 在2023年通过该“管理规定”之前,相关规范依据主要是原国家工商行政管理总局制定的《集体商标、证明商标注册和管理办法》。

[3] 参见《打击恶意诉讼是维护良好市场秩序的重要手段》,《第一财经日报》2021年12月14日第A02版。

[4] 《知识产权法学》编写组:《知识产权法学》,高等教育出版社2022年版,第181页。

[5] 参见刘春田主编:《知识产权法》,中国人民大学出版社2022年版,第251页。

[6] “商标的显著性也称显著特征、识别性或区别性,用来表示某一标志能够指向特定的商品生产者,即能够识别商品来源的特性。”黄晖:《商标法》,法律出版社2023年版,第66页。

[7] 国家知识产权局:《商标审查审理指南(2021)》,知识产权出版社2022年版,第308页。

便于识别。”〔8〕学界也多认可集体商标、证明商标的注册应当符合显著性要件。〔9〕然而，对集体商标、证明商标要求显著性，与这两种商标的特殊性不相适应，无论在理论上还是实务中都导致了混乱。

（一）显著性并非集体商标、证明商标的构成要件和注册条件

商标法第3条第2款规定：“本法所称集体商标，是指以团体、协会或者其他组织名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。”该条第3款规定：“本法所称证明商标，是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。”从这两个定义中可以清楚地看出，集体商标、证明商标的功能与普通商标具有本质差异，不在于区分商品或服务的经营者（即“来源识别功能”），而分别在于表明经营者是某一特定团体、协会或者其他组织（以下统称为“组织”）的成员（“身份表明功能”），以及商品或服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质（以下统称“特征”）已获认证（“特征证明功能”）。

在我国加入的国际知识产权条约中，唯一明确要求保护集体商标的是《保护工业产权巴黎公约》，其第7条之二规定各国应根据“自行审定”的“关于保护集体商标的特别条件”对“社团的集体商标”提供保护。但世界知识产权组织编写的《保护工业产权巴黎公约指南》对此指出：“集体商标不是用于把一个企业的商品或服务与其他企业的商品或服务区别开来的标记，而是用来区别在标记所有人监督下使用集体商标的各个企业的商品或服务的来源地或其他共同属性的标记。”〔10〕这就清楚地说明了集体商标并不具有普通商标的来源识别功能（显著性）。目前，尚无国际知识产权条约要求保护证明商标。但有些国家的商标法或商标审查规则明确指出证明商标并不具有显著性，因此不以显著性作为证明商标的注册条件。例如，印度商标法第69条明确规定，该法第9条（不予注册的绝对理由）第1款a项（“商标缺乏显著特征”）和c项（“仅由在当前语言中或在真实、既定的行业习惯中已成为常用语的标志或标识构成的商标”）不适用于证明商标。印度商标注册处制定的《拟议的印度商标手册建议稿》认为，这“意味着对（普通）商标的显著性标准不适用于证明商标”。〔11〕美国专利商标局制定的《商标审查程序手册》指出：证明商标不同于（商品）商标或服务商标的特点之一就在于“证明商标不表明商业来源，也不将一个人的商品或服务与另一个人的商品或服务区分开来，而是表明被授权者的商品或服务在商品或服务的某一特定方面经过了认证”。〔12〕

现实中，集体商标、证明商标也无法发挥显著性所要求的来源识别功能。例如，中国饭店协会在住宿服务上注册了“中国饭店协会”图文组合集体商标。〔13〕由于众多酒店或宾馆都被许可使用该集体商标，同时也使用自己注册的服务商标（如用于皇冠假日酒店的“Crowne Pla-

〔8〕 布鲁特斯 SIG 有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会商标驳回复审行政纠纷申请再审案，最高人民法院（2016）最高法行申2159号行政裁定书。

〔9〕 参见何怀文编著：《商标法注释书》，中国民主法制出版社2021年版，第210页。

〔10〕 [奥]博登浩森：《保护工业产权巴黎公约指南（附英文文本）》，汤宗舜、段瑞林译，中国人民大学出版社2003年版，第88页。

〔11〕 The Trade Marks Registry, Proposed Trade Marks Manual for Comments, p. 90, para. 44. 4.

〔12〕 United States Patent and Trademark Office, Trademark Manual of Examining Procedure, November 2024, 1306. 01.

〔13〕 注册号47841788。

za”商标〔14〕和用于白天鹅宾馆的“白天鹅”商标〔15〕)，“中国饭店协会”集体商标当然不可能区分住宿服务的经营者。相关公众只能凭借该集体商标了解一家酒店或宾馆是中国饭店协会的会员，要弄清自己入住的是哪家酒店或宾馆，需要依靠普通商标如“Crowne Plaza”和“白天鹅”。同样道理，中国绿色食品发展中心在大量可食用或可饮用的商品上注册了“绿色食品”证明商标，〔16〕并许可通过了绿色食品认证的诸多企业使用。许多大米商品的包装上都有“绿色食品”的标志，但并不会使消费者认为这些商品都来源于一家厂商，而只会使其产生这些大米质量不错的印象。消费者仍须凭借商品包装上使用的商品商标，如“光明谷锦”〔17〕和“乔府大院”〔18〕区分大米商品的经营者。显然，“绿色食品”直接描述了商品的特征，对于可食用或可饮用的商品均无显著性可言。其能够被注册为证明商标，当然不是因为具备来源识别功能（显著性）。

由此可见，一个标志对于某种商品或服务是否具有来源识别功能，即是否具备作为普通商标注册时所需具备的显著性，与其能否作为集体商标、证明商标注册并无关系。如果其作为集体商标、证明商标注册并在使用中正常发挥这两种商标各自的功能，该功能也不是来源识别功能。事实上，商标法第8条也暗示了集体商标、证明商标与来源识别功能（显著性）无关。该条规定：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，……均可以作为商标申请注册。”自然人、法人或者其他组织的商品（或服务）当然是指源于这些特定经营者、由其对质量负责的商品或服务。恐怕无人会在入住使用了“中国饭店协会”集体商标的白天鹅宾馆时，认为这是中国饭店协会的服务；无人会在购买使用了“绿色食品”证明商标的“乔府大院”品牌大米时，认为这是中国绿色食品发展中心的商品。

集体商标、证明商标无需具有显著性的事实，与商标法将显著性确定为所有商标获得注册的条件，以及大量不具备也不可能具备显著性的集体商标、证明商标获得注册的现实，形成了强烈反差，对此当然需要作出理论上的回应。目前学术研究中出现了通过不同的法律解释途径解决上述矛盾的观点，但均与商标法的基本原理不符，无法成立。

（二）“显著性含义扩大说”之谬

一种主流观点认为，集体商标、证明商标也有显著性。例如，有学者提出，集体商标、证明商标与普通商标“表现形式的差别不能导致对这一点的否认，也不能在商标审查和侵权处理程序中将二者割裂成两个不相关的商标体系”。〔19〕其理由在于，以地理标志为例，“就识别功能而言，地理标志证明商标或集体商标所识别的是位于特定产区的并且产品符合商标使用规则的生产者群体。根据一定条件选定的多个产品提供者作为商标所识别的提供者来源，这本身就符合商标的识别功能原理”。〔20〕

此类观点的实质是扩大显著性的含义，即从识别商品或服务的特定经营者，扩大至识别具有某些共同特征（如均加入了某一组织、其提供的商品均源于特定产区等）的经营者“群

〔14〕 注册号 778401。

〔15〕 注册号 9394990。

〔16〕 注册号 892119。

〔17〕 注册号 16677506。

〔18〕 注册号 55265187。

〔19〕 冯术杰：《论地理标志的法律性质、功能与侵权认定》，《知识产权》2018年第8期，第7页。

〔20〕 同上。

体”。本文将这类观点称为“显著性含义扩大说”。

1. 用“显著性含义扩大说”解释证明商标之谬

对于证明商标而言，该观点的谬误至为明显。这是因为，显著性要求商标能够区分商品或服务的来源（经营者），而证明商标则“是为不同于普通服务商标或（商品）商标的独特目的而专门创设的”。〔21〕无论哪个经营者提供的商品或服务，只要通过认证，都可以被许可使用证明商标，用以表明商品或服务经注册人认证符合特定标准。显然，证明商标指向的是商品或服务自身的特征，而不是特定经营者，甚至也不是经营者“群体”。只要承认“来源识别功能”中的“来源”是指经营者，该功能在形式上都不可能将证明商标的本质功能——“特征证明功能”包含进去。同样以地理标志证明商标为例，其能够证明的“来源”是商品的“原产地”而不是经营者。对于五常大米协会在大米商品上注册的“五常大米”证明商标，〔22〕黑龙江哈尔滨五常市有众多大米生产企业被获准使用，〔23〕该证明商标不会与其中任何一家建立固定的联系从而识别大米商品由其提供。消费者不可能只根据“五常大米”这四个字识别大米商品来源于哪一家生产企业，甚至也不会由此想到由生产正宗五常大米的企业组成的“群体”，而只是得知该大米产自五常地区。换言之，证明商标传递的是关于商品或服务自身特征的信息，而不是经营者（无论是一个还是一群）的信息。

由于证明商标与商品或服务的来源（经营者）毫无关系，其“特征证明功能”与显著性要求的“来源识别功能”可谓风马牛不相及。有学者针对证明商标的特征正确地指出：“证明商标并不具有表明自己、区别他人的功能，因而它不具有专有性，所以也就并非真正意义上的商标。”〔24〕此处强调的正是证明商标并不具有普通商标所应当具有的显著性。《与贸易有关的知识产权协定》第15条第1款规定，“任何标识或标识的组合，只要能够将一个企业的商品或服务与其他企业的商品或服务相区别，即能够构成商标”。这一有关显著性要求的经典表述也被认为“排除了证明商标以及被用作证明商标或地理标志的集体商标”。〔25〕

一些认为证明商标具有“显著性”的观点，只不过是“特征证明功能”命名为“显著性”而已。例如，美国《不正当竞争第三次重述》将证明商标定义为“一种标识……，对于由一个人认证，但由其他人生产并销售的商品或服务具有显著性，用于证明商品或服务的地域来源、构成、质量、制造方法或其他特征”。〔26〕但《重述》对此解释称：“不像（普通）商标，证明商标并不识别商品或服务的来源或许可者”，〔27〕“适用于证明商标的‘显著性’概念与其在商标法中的传统含义不同。……证明商标的显著性是指该标识能够表明某个特定的人已经证明了与使用该标识的商品或服务有关的某些事实”。〔28〕《重述》一方面承认证明商标的功能与显著性要求的来源识别功能完全不同，另一方面又把显著性的含义从识别商品或服务的来源（经营者）扩大到与之完全无关的识别商品或服务本身的特定特征，导致普通商标和证

〔21〕 *In re Fla. Citrus Comm'n*, 160 USPQ 495, 499 (TTAB 1968).

〔22〕 注册号 5789043。

〔23〕 参见五常大米官网公布的“2025年第一批五常大米证明商标授权企业”，<https://www.wcdmw.gov.cn/nd.jsp?id=366>，2025年3月4日最后访问。

〔24〕 前引〔5〕，刘春田主编书，第267页以下。

〔25〕 Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, 4th ed., Kluwer Law International, 2018, p. 221.

〔26〕 Restatement (Third) of Unfair Competition § 11 (1995).

〔27〕 同上引重述，第11节，评论a。

〔28〕 同上引重述，第11节，评论b。

明商标共用“显著性”术语，但该术语对两类商标具有完全不同的含义。这不仅从根本上扭曲了显著性的公认含义，也会对该法律术语含义的准确性和统一性产生严重影响。除了为将证明商标纳入商标法提供一个形式上的正当性之外，实无裨益。

2. 用“显著性含义扩大说”解释集体商标之谬

正因为证明商标连形式上也与显著性所要求的来源（经营者）识别功能无关，国外立法和司法实践认可证明商标具有显著性的并不多。然而，有相当数量国家的立法和司法实践承认集体商标具备“显著性”。例如，印度商标法第61条第2款规定：“……（普通商标定义中的）将一个人的商品或服务与其他人的商品或服务相区分，对集体商标而言，应当解释为将作为该（集体）商标所有人的成员的商品或服务与其他人的商品或服务相区分。”这是最为典型的以扩大显著性的含义使集体商标具有“显著性”的立法。欧盟《商标条例》规定，欧盟集体商标是能将某一组织成员的商品或服务，与其他企业的商品或服务区分开的标志。^[29]对此，欧盟知识产权局认为，该条对集体商标的规定并不是对显著性要求的例外，《商标条例》对显著性的一般规定也适用于含原产地标志的集体商标。^[30]

上述观点看待集体商标的角度，不是集体商标的“身份表明功能”（即我国商标法定义集体商标的角度），而是集体商标能够区分商品或服务是否源于某一组织的成员。如此，集体商标也指向了商品或服务的来源（经营者），只是这个“来源”特指作为某一组织成员的经营者“群体”。这就使集体商标至少在形式上有了接近普通商标的“来源”识别功能，从而产生了只要对显著性的含义稍加扩大就可使集体商标具有“显著性”的表象。国外也有学者认为集体商标的“显著性”，与集体商标所有者成员的商品根据其商业或地理来源、类型、质量或其他特征而具有的与其他企业的商品相比的个性化和差异化有关，可被称为“集体显著性”。^[31]

然而，集体商标的这种“来源”识别功能与商标法理论述及的普通商标具有的来源识别功能完全不同。来源识别功能发挥的直接作用，是使相关公众能够区分市场中相同或类似的商品或服务的不同经营者。至于相关公众可能无法记住或者也不关心该经营者的具体名称是什么，则无关紧要。尽管有时实际提供商品或服务的并不是该商标的注册者，而是经其许可的经营者，却并不影响来源识别功能的发挥。因为相关公众真正在意的，是对于使用了同一商标的一类商品或服务，其质量将最终由同一经营者负责。正如美国联邦最高法院所述，“一个商标除非能够识别产品的来源（这是耐克），并区分该来源与其他来源（这不是其他运动鞋品牌），否则就不是商标。换言之，商标向公众告知谁对产品负责”。^[32]

由此可见，来源识别功能发挥的间接作用，就是保障商品或服务的质量。换言之，商标所识别的实际上是对商品或服务的质量承担责任的经营者。只要消费者认可商标权人的信誉，相信对于标有相同商标的商品或服务，自己都能够享受商标权人对质量的相同保障，就会“按牌购物”。因此，商标的质量保障功能和来源识别功能是一个硬币的两面，互为表里。这就是为什么我国商标法第1条明示的立法目的之一是“促使生产、经营者保证商品和服务质量”，

[29] Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark, Article 74. 1.

[30] EUIPO, Trade Mark Guidelines (2024), Part B, Section 4, Chapter 15, 4. 1.

[31] Jansen, in: Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann, Markenrecht, 2. Wesentliche Unterschiede gegenüber den allgemeinen Regelungen, Rn. 7.

[32] Jack Daniel's Properties, Inc. v. VIP Products LLC, 599 U. S. 140, 146 (2023).

以及第 43 条要求“许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量”。最高人民法院也曾指出，任何将自己的商标体现在产品上，表示其为产品制造者的企业或个人，均属于民法典和产品质量法规定的“生产者”。因此，由疑似汽车质量问题引发的事故中，受害人可以将事故车辆的商标权人（尽管车辆是商标被许可人实际生产的）列为被告。^[33]

与之相反，集体商标的所谓“识别功能”，是指使相关公众知晓使用该商标的商品或服务来源于加入了同一个组织的经营者。将这种“身份表明功能”表述为识别商品或服务来源于具有某种共同身份特征的“群体”，只是试图在语言形式上使之接近于普通商标的来源识别功能，但不可能与之有相同的本质。因为集体商标不能区分商品或服务由甲企业还是由乙企业提供，当然也不可能区分该商品或服务的质量由甲企业还是由乙企业负责。被许可使用同一集体商标的不同经营者所提供的相同商品或服务也会千差万别。这些经营者相互之间完全可能存在激烈的市场竞争，其在相互竞争中获得优势的手段，当然不是使用该集体商标，而是使用凝聚了自身商誉的普通商标，以使相关公众凭借该普通商标识别相应的商品或服务源于自己，以及由自己对质量负责。中世纪欧洲一些行会只允许会员使用行会的纹章（可视为现代集体商标的雏形）而不允许会员在产品上打上自己的名字，^[34]其本质在于抑制行会成员通过标识建立自己的商誉进行市场竞争。

在经营者同时使用自己的注册商标表明商品或服务来源于自己（发挥来源识别功能），以及使用集体商标表明自己是某一组织的成员（发挥“身份表明功能”）时，普通商标和集体商标的功能差异就非常明显。如果有人入住挂有“中国饭店协会”集体商标牌匾的酒店，因房间的床板断裂而摔伤，其当然无法向中国饭店协会索赔，而只能向使用自己注册商标的住宿服务经营者提出索赔。

美国专利商标局制定的《商标审查程序手册》指出：“‘集体成员身份商标’（原文为 collective membership mark，其功能等同于我国商标法定义的集体商标，笔者注）的唯一功能是表明，展示商标的人是有组织的团体的成员”；“集体成员身份商标的用途是表明在某一组织的成员身份。因此，不适合将对商品或服务的识别与集体成员身份商标联系起来。有关识别（功能）更准确的用语应当是‘表明在一个组织（协会、俱乐部或类似机构）的成员身份’”。^[35]这就等于承认了集体商标的所谓“识别功能”与普通商标的来源识别功能没有可比性。日本学者田村善之曾针对含地名的集体商标指出，“由于地域性集体商标本来就是一种缺乏必要出处识别力的商标，所以允许其注册登记的根据应在出处识别力之外的地方去寻找”。^[36]这一论断可以适用于任何集体商标。

欧洲法院审理的“‘环保标志’集体商标撤销案”为此提供了例证。此案中，德国绿点公司将由环形箭头的造型（暗示了“循环利用”理念）构成的环保标志注册为欧盟集体商标，其公布的管理规则称该商标表明相关商品的包装已被纳入该公司的循环利用体系，以此区分未纳入该循环利用体系的其他人（当然也是未被许可使用该集体商标的经营者）的商品包装。有人以该商标连续五年无正当理由未进行真实使用为由请求撤销该注册商标。欧盟知识产权局

[33] 参见《最高人民法院关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标所有人为被告提起民事诉讼的批复》（法释〔2020〕20号）。

[34] 参见 [美] 弗兰克·I. 谢克特：《商标法的历史基础》，朱冬译，知识产权出版社 2019 年版，第 49 页。

[35] 前引〔12〕，Trademark Manual of Examining Procedure, 1302, 1304.02 (c)。

[36] [日] 田村善之：《日本知识产权法》，周超、李雨峰、李希同译，知识产权出版社 2011 年版，第 127 页以下。

和欧洲普通法院均认为：消费者不会将商品包装上使用的该集体商标视为识别商品来源的标志，因此该集体商标并不识别相关商品的来源。既然绿点公司注册的集体商标并没有发挥商标的核心功能（来源识别功能），其没有进行真实使用，该集体商标应当被撤销。^{〔37〕}

欧洲法院认同集体商标并不具备来源识别功能的观点，指出集体商标与普通商标不同，“并不具有向消费者表明其注册时被核定使用的商品或服务的来源的功能，该来源识别功能用于向消费者保证相关商品或服务是在一个特定的企业控制之下制造或提供的，该特定企业将为其质量负责”。但是，为了避免因所有集体商标均不发挥来源识别功能、对集体商标的任何使用都不属于真实使用，而导致所有已获注册的欧盟集体商标在其注册五年后都被撤销，从而形成与欧盟《商标条例》允许注册集体商标的规定相冲突的局面，欧洲法院提出，只要集体商标发挥了自己的核心功能，即区分加入了特定组织的成员企业提供的商品或服务与未加入该组织的企业提供的商品或服务，就构成了对集体商标的真实使用。欧洲法院因此撤销了欧洲普通法院的判决。^{〔38〕}显然，欧洲法院所说的集体商标的“核心功能”，根本就不是显著性所要求的来源识别功能，而是“身份表明功能”。这也说明，欧盟《商标条例》在定义集体商标时使用的关键词“区分”，并不意味着集体商标具有以来源识别功能为核心的显著性。

3. “显著性含义扩大说”导致的用语混乱

欧盟商标法及其司法实践提供了一个重要的教训，即在定义集体商标和证明商标时，应当避免使用“显著性”和“识别功能”（“区分功能”）的用语，以免与普通商标的来源识别功能相混淆。世界知识产权组织的一份会议文件指出：“在考虑集体商标和证明商标的区分性时，重要的是要认识到证明商标和集体商标的区分功能不同于普通商标。”^{〔39〕}在一部法律中，同一个术语无论在何处出现，应当具有相同的含义，这是保证立法科学性与逻辑严谨性的基本要求。“显著性”和“识别功能”（“区分功能”）在商标法的语境下有其特定的含义，均指标志识别商品或服务来源（经营者）的特性。作为对比，我国商标法有关集体商标、证明商标的定义中并没有出现这些用语，这本身是科学、合理的，否则必然导致这些术语丧失其应有的清晰度与统一的内涵，成为具有不同含义的大杂烩，形成“普通商标的识别（区分）功能≠集体商标、证明商标的识别（区分）功能”、“普通商标的显著性≠集体商标、证明商标的显著性”的混乱局面。

在承认“显著性含义扩大说”的英国，英国知识产权局在其《商标实务手册》中一方面提出“与普通商标一样，证明商标和集体商标将根据本法第3（1）条包含的所有不予注册的绝对理由（其中含不具备显著性，笔者注）进行审查。这些规定的基本目的是确保商标能够发挥其基本的识别功能”，另一方面又称“在考虑商标的显著性时，必须认识到证明商标和集体商标的识别功能不同于普通商标”。^{〔40〕}对于这一明显矛盾的做法，英国法院和学者只能称集体商标、证明商标“不必具备与普通商标相同程度的显著性”，^{〔41〕}以及“证明商标的显著

〔37〕 See *Der Grüne Punkt v. EUIPO*, Case C-143/19 P (2019), paras. 19–20, 30–33.

〔38〕 同上引案例，第53–75段。

〔39〕 See WIPO/STrad/INF/6, Technical and Procedural Aspects Relating to the Registration of Certification and Collective Marks, para. 24, https://www.wipo.int/export/sites/www/sect/en/meetings/pdf/wipo_strad_inf_6.pdf, last visited on 2024-09-03.

〔40〕 Intellectual Property Office, *Manual of Trade Marks Practice*, Certification and Collective Marks, 2.1.1.

〔41〕 *Re an Application by the British Motor Cycle Manufacturers' and Traders' Union Ltd for a Trade Mark*, [1923] 40 R. P. C. 226.

性标准低于普通商标”。〔42〕但显而易见的是，只有同类事物才能比较，也才有“程度”是否相同、“标准”孰高孰低的问题。将普通商标区分商品或服务来源的显著性，与集体商标、证明商品表明经营者在某一组织中的成员身份或证明商品与服务特征的所谓“显著性”进行程度、标准的比较，可谓“关公战秦琼”。这就是用语混乱所必然引起的逻辑错位。由此可见，将显著性作为集体商标、证明商标的构成要件和注册条件，从根本上扭曲了显著性公认的含义，无异于偷换概念。

（三）“获得显著性说”之谬

另一种认为集体商标、证明商标具有显著性的解释路径，是承认集体商标、证明商标（特别是以地理标志作为集体商标、证明商标时）可能缺乏固有显著性，但认为可以通过长期使用获得显著性，本文将其称为“获得显著性说”。例如，提出“（作为集体商标、证明商标注册的）地理标志的显著性一般要通过上百年甚至上千年的积累形成”；〔43〕“地理标志商标……可通过长期使用获得商标法意义上的‘第二含义’”；〔44〕“地理标志证明商标也因为地名元素的获得显著性而具备了一定的专用权和禁用权”。〔45〕国家知识产权局《商标审查审理指南》也指出，“地理标志……表现形式一般由‘地名+商品通用名称’构成，整体上属于经过长期使用具有商标显著性的情形，不判定为缺乏显著特征”，其所举的典型示例包括纯文字商标“五常大米”。〔46〕其还提出，当“（作为集体商标或证明商标的）申请商标由无其他含义的县级以上行政区划地名和其他显著性文字要素组成，整体地名含义仍较强”时，如果满足“申请商标经过长期使用已取得显著性”等条件的，仍可获得注册。〔47〕

“获得显著性说”亦不能成立，因为无论固有显著性还是获得显著性，都是针对标识用于商品或服务时识别来源即区分商品或服务的经营者而言的。离开这个基本前提去讨论获得显著性，没有意义。由于集体商标、证明商标的功能本身就不在于来源识别，而在于表明经营者在某一组织中的成员身份或证明商品或服务的特征，只要其作为集体商标、证明商标使用，无论使用时间多长，都不可能获得区分商品或服务经营者的能力。前文引述的“（作为集体商标、证明商标注册的）地理标志的显著性一般要通过上百年甚至上千年的积累形成”等表述提及的“显著性”或“第二含义”，实际上都不是商标法意义上“识别商品或服务来源的能力”，而是指标的知名度和声誉。例如，在“‘龙井茶’证明商标侵权案”中，法院认为，“经过长期的地域性人文积累，‘龙井茶’已与其产地、制造方法等特定品质密切相连，作为地理标志证明商标，体现了特定质量、信誉等自然因素和人文因素，具备极高的显著性特征”。〔48〕显然，此处“极高的显著性特征”并不是指证明商标“龙井茶”（中文和拼音构成的纯文字商标〔49〕）经过长期使用后能够区分茶叶商品是由甲企业还是由乙企业提供，而是源于特定地

〔42〕 Jeffrey Belson, *Certification and Collective Marks: Law and Practice*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 60.

〔43〕 郭小军：《我国地理标志保护现状及展望——从“潼关肉夹馍”等涉及地理名称商标维权谈起》，《中华商标》2022年第3期，第18页。

〔44〕 宋昕哲：《商标法保护地理标志路径的审视与重构——以区分功能为逻辑起点》，《海南大学学报（人文社会科学版）》2024年第6期，第146页。

〔45〕 邵研：《论地理标志证明商标正当使用的司法认定》，《中华商标》2022年第10期，第40页。

〔46〕 前引〔7〕，《商标审查审理指南（2021）》，第321页。

〔47〕 同上引指南，第311页。

〔48〕 常州开古茶叶食品有限公司与浙江省农业技术推广中心侵害商标权纠纷再审申请案，浙江省高级人民法院（2016）浙民申1589号民事裁定书。

〔49〕 注册号5612284。

域的茶叶本身有较高质量和声誉。这与以来源识别为核心的显著性并无关系。再如,“五常大米”地理标志无论使用多少年,产自五常地区的大米无论多么声誉卓著,相关公众也只能意识到标有“五常大米”的大米商品来自五常地区,而不可能以“五常大米”区分大米商品的经营者。此时又谈何以地理标志构成的证明商标通过使用获得了显著性?因此,只要“显著性含义扩大说”不能成立,“获得显著性说”必定不能成立。

(四)“标识本身显著性说”之谬

还有观点认为,构成集体商标、证明商标的标识本身可以具有显著性。例如,提出“地理标志集体、证明商标的确权审查仅考察标记,不涉及产品,核心是显著性判定”;^[50]“地理标志商标注册必须满足显著性要件,或可……通过附加其他图形、文字元素使得组合商标作为整体能够履行‘商标区分功能’”。^[51]本文将其称为“标识本身显著性说”。这种解释似乎也得到了国家知识产权局的认可。2023年《集体商标、证明商标注册和管理规定》第9条规定:“县级以上行政区划的地名或者公众知晓的地名作为组成部分申请注册集体商标、证明商标的,标志应当具有显著特征,便于识别。”

然而,对集体商标、证明商标“显著性”的这种认识和要求是不能成立的。如果说“显著性含义扩大说”“获得显著性说”属于不适当地扩大了显著性的含义,那么“标识本身显著性说”就是建立在对显著性的不当认识的基础之上。因为它误将显著性当成了与使用标志的商品或服务相脱离的、仅由孤立的标识自身体现的所谓“显著性”。

正如有学者指出的,“商标的显著性是一个相对的概念,不能抽象地进行(认定)”。^[52]显著性是由标识与商品或服务之间的关系决定的。两者之间的关系越密切,相关公众越不可能凭借该标识区分商品或服务的经营者,即显著性越弱(如“苹果”两字和苹果的常见图形无法识别苹果商品的经营者);反之则显著性越强。即使一个孤立的标识本身在形式上给相关公众留下了它是一个商标的印象,如果其与相关商品或服务之间的关系过于密切,就不可能起到识别该商品或服务来源的作用,此时其并不具备显著性。“脱离了商品或服务,任何有形符号都不是商标”,^[53]又何谈该符号的“显著性”?由此可见,一个标识能否因具备显著性而被注册为某类商品或服务的商标,不是由其外观是否“像”商标决定的,而是由其能否识别此类商品或服务的来源决定的。因此,商标法第9条规定的“申请注册的商标,应当有显著特征,便于识别”,强调的并不是孤立的标识本身的所谓显著特征,而是其“便于识别”商品或服务的来源。

对于集体商标、证明商标而言,其本质功能决定了其不具有以来源识别为核心的显著性。集体商标、证明商标之所以能够被注册,并不是因其在外观上接近普通商标从而具有识别商品或服务来源的显著性,而是集体商标能够表明经营者在一个组织中的成员身份,证明商标能够表明商品或服务的特定特征。正如美国专利商标局《商标审查程序手册》所述,“决定一个术语或其他称谓是否构成集体成员身份商标的,是该标识表示成员身份的用途,而不是构成该标识的内容的特征”。^[54]

[50] 王笑冰:《真正地理标志保护的实质与我国地理标志统一立法》,《法学研究》2023年第6期,第104页。

[51] 前引[44],宋昕哲文,第146页。

[52] 前引[6],黄晖书,第70页。

[53] 吴汉东主编:《知识产权法学》,北京大学出版社2022年版,第273页。

[54] 前引[12], Trademark Manual of Examining Procedure, 1304.03(b)(i)。

因此，离开了具体的商品或服务，对一个孤立存在的标识判断“显著性”是没有意义的。既然集体商标、证明商标依其定义不用于识别商品或服务的来源，无论构成其标识的图形设计得多么精巧独特，也不能在其注册和使用的商品或服务上产生显著性，无法识别商品或服务的经营者。“标识本身显著性说”不能成立。

二、集体商标、证明商标司法保护与注册标准的脱节

进行商标注册的目的当然不是为了自己使用商标，因为除了烟草制品这一特例，^[55]法律允许使用未注册商标。进行商标注册是为了取得注册商标专用权，也就是在核定使用的商品或服务上排斥他人使用相同或近似的标志，以防止发生混淆。因此，显著性不仅是对商标注册的要求，也与侵权认定密切相关。只有一个标识能够在特定商品或服务上发挥来源识别功能，他人在相同或类似商品或服务上使用相同或近似标识，才可能导致来源混淆。商标法之所以将显著性作为商标获得注册的前提，原因也在于商标法首先要保护的，正是注册商标在其核定使用的商品或服务上发挥来源识别功能的能力。由此可见，显著性、来源混淆和商标侵权行为之间存在密切联系，绝非可以相互独立、孤立存在的概念。

然而，比较集体商标、证明商标的注册要求与其司法保护实践可以发现，国家知识产权局在注册集体商标、证明商标时对显著性的要求，与法院对来源混淆和商标侵权的认定完全脱节，显著性、来源混淆和商标侵权行为之间的关系被彻底割裂。这就使我国对集体商标、证明商标的保护，不但在注册阶段，而且在侵权认定阶段也出现了严重的逻辑错位。

（一）司法保护中对显著性要求的虚置

如果一个普通商标由具备显著性和不具备显著性的要素共同构成，或者整体上具有显著性但分散的要素不具备显著性，则具有显著性的要素或整体标识是否被他人未经许可在相同或类似商品上使用，才是判断是否容易导致来源混淆进而认定侵权的关键，对不具备显著性的要素则无需考虑。例如，百事可乐公司在饮料商品上注册的“PEPSI LIGHT”中，^[56]“LIGHT”指含糖量低，对饮料商品缺乏显著性；仅“PEPSI”（“百事”）能发挥识别饮料经营者的功能。他人只有在饮料商品上使用“PEPSI”或“PEPSI LIGHT”，才可能构成侵权，单独使用“LIGHT”不可能导致来源混淆并构成商标侵权。

这一显而易见的基本规则在涉及集体商标、证明商标的侵权诉讼中却几乎完全失效。例如，在带鱼商品上注册的两个“舟山带鱼”证明商标不仅有文字“舟山带鱼”及拼音，还有占注册商标比例三分之二的由波涛托起带鱼的图形。^[57]国家知识产权局予以注册，显然是认为这两个图形具有“显著性”，体现了“标识本身显著性说”。但是，在由该证明商标注册人提起的侵权诉讼中，所有被告均只在带鱼商品上使用了“舟山”或“舟山带鱼”的文字，均未使用所谓具备“显著性”的图形。由于“舟山”或“舟山带鱼”只能表明带鱼商品的产地，而无法区分带鱼商品的经营者，缺乏显著性，在带鱼商品上单独使用“舟山”或“舟山

[55] 烟草专卖法第19条第1款规定：“卷烟、雪茄烟和有包装的烟丝必须申请商标注册，未经核准注册的，不得生产、销售。”

[56] 注册号1490668。

[57] 两商标的注册号分别为5020381和7481931。

带鱼”，相当于在饮料商品上单独使用“LIGHT”，因此几乎所有被告都以自己仅使用了无显著性的文字作为抗辩。在其他涉及由文字和图形共同组成的集体商标、证明商标的侵权诉讼中，情况莫不如此。

对于此类抗辩，绝大多数法院并未采纳，而是认定被告在相同或类似商品上单独使用“地名”或“地名+商品名”的文字，就足以侵犯集体商标、证明商标的注册商标专用权。其理由可分为两类。

第一类理由是单独使用文字部分就足以导致来源混淆，从而构成侵权。如在涉及“舟山带鱼”证明商标的诉讼中，多数法院认为被告单独使用的文字“舟山”或“舟山带鱼”与作为图文组合商标的“舟山带鱼”证明商标近似，起到了识别商品来源的作用，因此认定被告的行为构成商标侵权。法院认为，“地名是地理标志证明商标中的主要部分，对表明商品来源起到关键的识别作用，并使得商标整体具有显著性。……（被告）售卖的带鱼段商品与‘舟山’字样结合以后，已经足以使相关公众在一般注意力标准下对该商品来源产生误认”；〔58〕“被告虽然没有整体使用原告商标中的图形或字母，……（但）‘舟山带鱼’系列地理标志证明商标具有较强的显著性和较高的知名度，被告在网店销售的带鱼商品标题中使用了‘舟山’字样，易使相关公众对商品的来源产生误认”。〔59〕同样，在涉及由文字“库尔勒香梨”和孔雀图形构成的证明商标〔60〕的侵权诉讼中，法院认为该证明商标中“起呼叫作用的是‘库尔勒香梨’文字部分，而非孔雀图案，故‘库尔勒香梨’是该商标的核心部分，起主要识别作用”，被告仅使用“库尔勒香梨”的文字就“足以使相关公众产生混淆或误认”。〔61〕在引起广泛关注的“潼关肉夹馍”集体商标维权事件中，“潼关肉夹馍”集体商标由文字和图形（环形的城楼造型）共同构成，〔62〕被告均只使用了“潼关肉夹馍”文字，但多数法院仍然认定侵权成立，理由是“‘潼关肉夹馍’系该商标的主要识别部分，（被告）使用‘潼关肉夹馍’字样足以引起相关消费者的混淆误认”；〔63〕“被诉侵权的‘老梁家潼关肉夹馍’标识与（原告）商标中的文字‘潼关肉夹馍’及读音方面相同，上述被诉侵权标识的使用易使相关公众对被诉侵权肉夹馍的来源产生误认”。〔64〕

第二类认定被告在相同或类似商品上单独使用“地名”或“地名+商品名”的文字足以侵犯集体商标、证明商标的注册商标专用权的理由，是被告的上述使用行为导致了对商品原产地等特征的混淆（而非对来源即经营者的混淆）。采用这一类理由的法院认识到了集体商标、证明商标中的纯文字部分对相关商品或服务不可能具有来源识别功能（显著性）。因此，在涉及

〔58〕 舟山市水产流通与加工行业协会与连云港多罗贸易有限公司等侵害商标权纠纷案，浙江省杭州市滨江区人民法院（2020）浙0108民初4155号民事判决书。

〔59〕 舟山市水产流通与加工行业协会与临沂博雅的食品百货店侵害商标权纠纷案，山东省临沂市罗庄区人民法院（2023）鲁1311民初44号民事判决书。

〔60〕 注册号892019。

〔61〕 巴音郭楞蒙古自治州库尔勒香梨协会与北京华联综合超市有限公司哈尔滨第一分公司侵犯商标权纠纷案，黑龙江省高级人民法院（2019）黑民终610号民事判决书。

〔62〕 注册号14369120。

〔63〕 潼关肉夹馍协会与中山市三乡镇陕记小吃店侵害商标权纠纷案，广东省中山市中级人民法院（2022）粤20民终2553号民事判决书。

〔64〕 潼关肉夹馍协会与孝昌县亚玲小吃店侵害商标权纠纷案，湖北省孝感市中级人民法院（2021）鄂09民初179号民事判决书。

被诉侵权人对于由文字和图形共同构成的证明商标（如“舟山带鱼”、“信阳毛尖”、〔65〕“安吉白茶”、〔66〕“仙桃香米”、〔67〕“樟树港辣椒”〔68〕），单独使用其文字部分的诉讼中，法院均称“是否侵犯证明商标权利，不能以被控侵权行为是否容易导致相关公众对商品来源产生混淆作为判断标准，而应当以被控侵权行为是否容易导致相关公众对商品的原产地等特定品质产生误认作为判断标准”。〔69〕

但是，无论采用哪一种理由，上述判决对集体商标、证明商标的侵权认定标准都与对集体商标、证明商标的注册要求严重脱节。

如果按照上述第一种理由，“舟山带鱼”对带鱼商品足以具有“显著性”，即对于“表明（带鱼）商品来源起到关键的识别作用，并使得商标整体具有显著性”，单独使用“舟山”或“舟山带鱼”文字就足以导致来源混淆，那么要求在“地名+商品名”文字之外另行增加所谓“显著性”要素（如图形），不就纯属多余吗？

如果按照上述第二种理由，对集体商标、证明商标的侵权不以引起来源混淆为前提，而是以引起对商品原产地等特征的混淆为条件，例如只要在非来自舟山地区的带鱼上标注“舟山”或“舟山带鱼”文字，就足以构成侵权，那就意味着侵权认定标准与以来源识别功能为核心的显著性要求无关，增加“显著性”要素的注册要求当然也就纯属多余。既然单独使用“舟山”或“舟山带鱼”文字就可以构成侵权，试问注册一个仅由文字“舟山带鱼”构成的证明商标，与注册一个由图形和文字共同构成的、且图形比例高达三分之二的证明商标，在受司法保护方面又有何区别？事实上，“五常大米”证明商标权利人在其提起的侵权诉讼中同时要求保护两个已注册的证明商标，第一个由纯文字“五常大米”构成，〔70〕第二个则是图文混合商标，由大鹏展翅的造型、环形和“五常大米”的文字和拼音构成。〔71〕法院并没有区分两个注册商标的不同构成情况，而是以相同的理由认定侵权，即被告将“五常北延寿香米”文字用于大米商品“容易导致相关公众对商品的原产地等特定品质产生误认”。〔72〕由此可见，多数法院在认定对集体商标、证明商标的侵权行为时，完全虚置了商标注册环节对显著性的要求，导致司法保护标准与商标注册标准的脱节。

（二）司法保护中对注册效力的虚置

对于上述在对集体商标、证明商标的司法保护中完全虚置显著性要求的做法，也有少数法

〔65〕 该商标为信阳市茶叶协会在茶叶商品上注册的证明商标，注册号 3047772。

〔66〕 该商标为安吉县农业局茶叶站在茶叶商品上注册的证明商标，注册号 1511897。

〔67〕 该商标为仙桃市米业协会在大米商品上注册的证明商标，注册号 7033624。

〔68〕 该商标为樟树镇辣椒协会在辣椒商品上注册的证明商标，注册号 11056297。

〔69〕 参见舟山市水产流通与加工行业协会与北京申马人食品销售有限公司等侵害商标权纠纷案，北京市高级人民法院（2012）高民终字第 58 号民事判决书；信阳市茶叶协会与北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司等侵害商标权纠纷案，北京市西城区人民法院（2021）京 0102 民初 40320 号民事判决书；安吉县农业局茶叶站与东营区福泽茶庄侵害商标权纠纷案，山东省东营市中级人民法院（2017）鲁 05 民初 329 号民事判决书；仙桃市米业协会与广州市天河区兴华龙兴米业经营部等侵害商标权纠纷案，广东省广州市天河区人民法院（2020）粤 0106 民初 1955 号民事判决书；湘阴县樟树镇辣椒产业协会与北京铭玥小厨餐饮管理有限公司侵害商标权纠纷案，北京市西城区人民法院（2022）京 0102 民初 25871 号民事判决书。

〔70〕 注册号 5789043。

〔71〕 注册号 1607996。

〔72〕 五常大米协会与北京京东广能贸易有限公司等侵害商标权及不正当竞争民事纠纷上诉案，北京知识产权法院（2022）京 73 民终 1482 号民事判决书。

院觉得不妥,认为单独使用此类注册商标中不具有显著性的文字部分不应构成商标侵权。例如,在“潼关肉夹馍”集体商标系列诉讼中,部分法院认为单独使用文字“潼关肉夹馍”不构成对图文组合而成的“潼关肉夹馍”集体商标的侵权。如有法院指出,“‘潼关肉夹馍’纯文字商标未被核准注册,而潼关肉夹馍协会注册的‘图片’商标为图文组合商标,由图形(图形占案涉注册商标面积的大部分)、汉字和拼音三部分组成。(被告)商品包装名称仅为汉字‘潼关肉夹馍’,……‘潼关肉夹馍’作为商标时其自身固有的显著性较低,相关公众根据多年的经营经验或消费认知,不容易因对双方商品的混淆和误认从而产生消费的行为”,因此认定被告的行为并不侵权。〔73〕另有法院指出,“虽然被控侵权标识中包含了案涉商标的主要识别部分,但因‘潼关肉夹馍’固有显著性较低,……(被告夹馍店)未使用完整的商标标识”,因此不构成侵权。〔74〕

法院的上述认定思路与对于含有“地名+商品名”的集体商标、证明商标的“显著性”要求相适应,也符合普通商标的侵权认定标准,即只将注册商标的整体或其中发挥来源识别功能的要素纳入考虑范围。然而,该做法将导致几乎所有含地名的集体商标、证明商标的注册无法实现保护效果。以“潼关肉夹馍”“舟山带鱼”“库尔勒香梨”等由文字和图形共同构成的集体商标、证明商标为例,未从注册人处获得许可的经营者在相关商品或服务上使用,目的和作用都仅为向消费者表明肉夹馍商品采用的是潼关地区的传统制作工艺、带鱼商品产自舟山以及香梨商品产自库尔勒,而绝不在于告知消费者分清潼关肉夹馍、舟山带鱼、库尔勒香梨是来源于自己还是其他经营者,因为后者是来源识别功能的体现,并不是集体商标、证明商标所具有的功能。难以想象会有未获许可的经营者在使用“潼关肉夹馍”“舟山带鱼”“库尔勒香梨”文字的同时,还会多此一举地同时使用注册商标中相应的图形,事实上也几乎没有发生过因同时使用集体商标、证明商标中的文字和图形而被诉侵权的案件。按照上述判决中有关单独使用集体商标、证明商标中无显著性的文字部分不侵权的观点,无论是注册纯文字构成的还是由文字和图形共同构成的“潼关肉夹馍”“舟山带鱼”“库尔勒香梨”等集体商标、证明商标,都没有意义,因为几乎所有未经许可使用者都只会使用集体商标、证明商标中的纯文字部分,而这部分并不具有显著性。如果说在涉及集体商标、证明商标的侵权案件中,多数法院认定被诉侵权人仅使用了这些注册商标中的纯文字部分就构成侵权,虚置了注册时对“显著性”的要求,那么少数法院以纯文字部分对相关商品或服务缺乏显著性为由拒绝认定侵权,则是虚置了集体商标、证明商标的注册效力。

三、对集体商标、证明商标进行特殊保护的正当性和体系设置

上述严重问题,反映出对商标保护的理论和规则进行“大一统”的过分执着,即力图以单一体系将异质于普通商标的集体商标、证明商标纳入商标法的统一保护。为此付出的代价

〔73〕潼关肉夹馍协会与宁陵县某潼关肉夹馍二店侵害商标权纠纷案,河南省商丘市中级人民法院二审判决。对该判决未能检索到判决书,所引内容来自河南省商丘市中级人民法院官网的介绍。参见朱文欣:《优化法治营商环境典型案例》, <https://hnsqzy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=19174>, 2025年3月7日最后访问。

〔74〕潼关肉夹馍协会与赛罕区可味肉夹馍店商标权权属、侵权纠纷案,内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院(2021)内01民初428号民事判决书。

是，改变了商标法的理论基础和内在逻辑，将显著性的含义从区分商品或服务经营者的功能（来源识别功能），扩大解释为“身份表明功能”和“特征证明功能”，并将破坏来源识别功能而导致的来源混淆，扩大解释为对商品或服务提供者在特定组织中成员身份的混淆和对商品或服务自身特征的混淆，认为不如此会导致将普通商标与集体商标、证明商标“割裂成两个不相关的商标体系”。〔75〕即使存在个别对集体商标、证明商标的特别规定，如商标法第10条第2款规定县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名可以作为集体商标、证明商标组成部分注册，以及《商标法实施条例》第4条规定地理标志可以作为证明商标或者集体商标注册，也被视为建立在一般规则基础之上的特殊规定，而不是背离一般规则的全新规定。这样的单一体系，导致将以显著性为核心的注册要求和以损害来源识别功能（即容易导致混淆）为核心的侵权认定标准，适用于本身与显著性和来源识别功能无关的集体商标、证明商标，传统商标法基本概念被破坏，本应科学、严谨的逻辑体系产生严重混乱。对此，解决之道应当是针对集体商标、证明商标的特殊性，对商标法进行整体上的体系重构。

（一）对集体商标、证明商标提供特殊保护体系的正当性

对集体商标、证明商标保护体系的重构，应体现在商标法要为集体商标、证明商标设立“特区”，单独规定这两种商标独特的注册条件和侵权认定标准，其核心在于将以区分商品或服务经营者为核心的显著性与集体商标、证明商标脱钩，不以显著性作为其注册条件，也不以来源混淆作为其侵权认定的标准。

以著作权法对邻接权的设立和保护作为参考，可以清晰地看出在商标法中设立“特区”保护集体商标、证明商标的正当性。著作权法保护的客体并不限于作品，还包括表演、录音录像制品、广播和版式设计。〔76〕著作权法对作品赋予的权利为狭义著作权（作者权），对后四种客体赋予的权利为广义著作权（邻接权或相关权）。〔77〕两者的本质差异在于作品必须是满足独创性要求的智力创作成果，〔78〕而邻接权的客体并不符合此项要求。有的邻接权客体只体现了产业投资和技术性投入，并非创作成果，如录音制品和广播信号。有的虽然也需要一定智力投入，但无法达到构成作品所需要的独创性程度，如对作品的表演和版式设计。早期的著作权法只保护以作品为客体的作者权，并无邻接权的概念，这正是因为邻接权的客体相对于作品是异质的。如果以作品为唯一客体构建著作权法的单一体系，则即使表演、录音制品等作品之外的其他客体因具有价值且容易被未经许可复制、传播而需要受到保护，也应当在著作权法之外另行立法，但这将导致较高的立法成本。同时，表演、录音制品等与作品存在一定联系，如表演多数是对作品的表演，〔79〕录音制品多数又是基于录制表演而形成的。〔80〕对作品和表演、录音制品等客体提供保护，在保护的目标（防止他人未经许可复制、传播等）和保护的手段（规定复制权、传播权等专有权利）方面具有相似性，能够满足表演者和录音制作者的利益诉求。正因如此，包括我国在内的多数国家都在著作权法中设立了“特区”，创设了不同于作者权的邻接权，对作品之外的表演和录音制品等特定客体提供保护。在保护条件上，这些客体无

〔75〕 前引〔19〕，冯术杰文，第7页。

〔76〕 参见著作权法第37条、第39条、第44条、第47条。

〔77〕 See Trevor Cook (ed.), *Sterling on World Copyright Law*, 5th ed., Sweet & Maxwell, 2018, p. 73.

〔78〕 参见著作权法第3条。

〔79〕 参见《著作权法实施条例》第5条第6项。

〔80〕 参见《著作权法实施条例》第5条第2项。

需具备智力成果的独创性特征，而只需符合专门为其规定的要求，如表演应当是对作品或民间文学艺术表达的表演，〔81〕而非其他意义上的表演（如滑雪表演、特技表演等）。在保护水平方面，则根据这些客体无需智力投入或投入程度较低的特性，规定了较少的专有权利（如录音制作者对于以现场播放和非交互式传播的方式利用其录音制品的行为并不享有作为专有权利的表演权和广播权，而只享有获酬权〔82〕）和较短的保护期（如表演、录音制品和广播的保护期不是自然人有生之年加50年，而是客体产生后50年〔83〕）。

著作权法设立保护表演和录音制品等客体的“特区”，导致著作权法不再以作品为唯一客体，而是包容了与作品明显异质的其他客体，且在保护条件和保护水平上有较大差异，从而出现了作者权和邻接权并存于著作权法中的复杂情形。正如研究《伯尔尼公约》的权威学术著作所述，在著作权法中设立不同于作者权的邻接权，“在知识产权法的历史上是一项重大发展，因为它承认了双重权利结构的可能性：赋予‘作者’的对文学艺术作品这一传统类别的权利，和赋予作者之外其他人的对其他种类客体的权利”。〔84〕虽然“特区”的制度设计无法实现著作权保护理论和规则的“大一统”，但它保证了以独创性为核心构成要件的作品作者权不会被生搬硬套于与独创性无关的其他客体，维护了著作权法中“作品”“独创性”等概念的统一以及逻辑的严谨性和体系的科学性。

集体商标、证明商标之被纳入商标法，与表演和录音制品等作品之外的其他客体之被纳入著作权法，背景和理由具有高度可比性——它们相对于商标法的传统保护客体（普通商标）具有异质性（不具有来源识别功能），但与普通商标在受保护的目标上相近，首先都在于保护消费者的利益，防止消费者因商标而发生误购。只是对普通商标的保护是为了防止消费者因误认商品或服务的经营者（该经营者为质量承担责任）而误购；对集体商标、证明商标的保护则为了防止消费者因误认经营者在某一组织中的成员身份或误认商品或服务自身的特征而误购。对两类商标的保护目标也包含了对经营者正当利益的维护，只是对普通商标的保护通过将商品或服务与其经营者正确地联系在一起，使经营者积累并利用自己的商誉吸引消费者；而对集体商标、证明商标的保护则通过正确昭示经营者在特定组织中的成员身份或证明商品、服务自身的特征使经营者获得经营利益。由于商誉的积累通常要求经营者的持续投入以改善和维系商品或服务的质量，而经营者要取得加入某一专业组织的资格或取得商品或服务特定特征的认证，从而被许可使用集体商标或证明商标，也同样需要对商品或服务质量的投入，因此普通商标和集体商标、证明商标涉及的经营者正当利益是相近的。〔85〕与此同时，对两类商标在保护手段上也具有相似性，都是通过注册在特定种类的商品或服务上产生商标专用权，从而阻止他

〔81〕 参见《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第2条a款；《视听表演北京条约》第2条a款。

〔82〕 参见著作权法第44条第1款、第45条。

〔83〕 参见著作权法第41条第2款、第44条第1款、第47条第3款。

〔84〕 See Sam Ricketson, Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2d ed., Oxford University Press, 2015, p. 120.

〔85〕 有美国学者指出，与（普通）商标一样，证明商标也可以鼓励商品或服务的提供者提供符合这些标志所示标准的优质商品或服务，只要消费者关心这些标准。同样，禁止对证明商标的侵权既能保障认证者和提供认证商品或服务的企业的投资，也能保护消费者在市场上不会对认证产生混淆。See Jeanne C. Fromer, *The Unregulated Certification Mark (et)*, 69 *Stanford Law Review* 121, 127-128 (2017). 对于集体商标而言，“特定的专业机构，如会计师协会和医师协会，被认为对其成员拥有商誉，……如果不阻止对协会的专业头衔未经授权地使用，协会的基础就会被摧毁”。前引〔42〕，Belson书，第79页。

人未经许可在相同或类似的商品或服务上使用相同或近似商标。将集体商标、证明商标纳入商标法提供保护，立法成本最低，且能满足保护需求。

由此可见，在将集体商标、证明商标纳入商标法保护时，不应淡忘这两种商标与普通商标的异质性，而应始终强调这是为了节省立法成本进行的政策选择。法律制度固然不是纯粹逻辑推演的结果，但法律背后毕竟是形式逻辑。所谓“法律有但书，逻辑无例外”，^[86]法律可以基于某种政策考虑作出违背形式逻辑的特别规定，但形式逻辑本身不可能出现例外。仿效著作权法对邻接权的保护体系，在商标法中为集体商标、证明商标设立“特区”也就是规定“但书”，在注册条件和侵权认定标准等方面作出有别于普通商标的特殊规定，使商标法体系同时容纳两类保护客体，具有充分的正当性。

需要指出的是，该“特区”的设立也有国际条约上的依据。《保护工业产权巴黎公约》在第1条“工业产权范围”中，只列举了（商品）商标和服务商标，并未提及集体商标，但在第7条之二规定了集体商标。由于其第2条对国民待遇的规定以第1条列举的工业产权为基础，对集体商标的保护并不要求国民待遇。^[87]旨在为跨国商标注册提供便利并协调各国商标行政程序的《商标法新加坡条约》第2条第2款规定，该条约适用于商品商标和服务商标，“不应适用于集体商标、证明商标和保证商标”。可见，国际条约对普通商标与集体商标、证明商标也并不等同视之，而是允许缔约方有不同的保护体系。

（二）对集体商标、证明商标的特殊保护：进行与显著性脱钩的体系设置

要形成针对集体商标、证明商标的“特区”，首先需要在商标法中专设一章“集体商标、证明商标的注册申请、管理和保护”，以对集体商标、证明商标有别于普通商标的各个方面作出不同于一般条款的特别规定。该章未作专门规定的，适用有关普通商标的规定。这样，集体商标、证明商标的特殊性及其与普通商标的共性都得到了体现。

其次，应当在有关集体商标、证明商标的专章中，规定与显著性无关的注册及其维持条件。关键是要求集体商标能够表明经营者在特定组织中的成员身份，以及证明商标能够证明商品或服务的特征，并以此对注册主体、标识内容和应提交的资料等作出规定。需要指出的是，现行商标法将集体商标定义为“表明使用者在该组织中的成员资格的标志”、将证明商标定义为“用以证明该商品或者服务的……特定品质的标志”，本身是准确的，因为其用语是“表明”和“用以证明”，而非“区分”，没有将显著性纳入集体商标、证明商标的构成要件。这实际上已经提供了将集体商标、证明商标的注册及其维持与显著性脱钩的基础。在此基础上，需要补充的是专门规定适用于集体商标、证明商标的不予注册的绝对理由，即在有关集体商标、证明商标的专章中，列举商标法第一章（总则）中规定的哪些不予注册的绝对理由条款适用于集体商标、证明商标，在列举时不再将要求显著性的条款纳入，同时将“不能表明自然人、法人或者非法人组织在团体、协会或者其他组织中的成员资格”作为集体商标不予注册的绝对理由，以及将“不能表明商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质经对该商品或者服务具有监督能力的组织所证明”作为证明商标不予注册的绝对

[86] 参见李锡鹤：《物权论稿》，中国政法大学出版社2016年版，第872页。原文为“法律可有但书。但形式逻辑没有例外”。

[87] See Sam Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 532.

理由。

设置这一特殊注册条件的必要性，可以从以往实践中得到印证。以“潼关肉夹馍”集体商标维权事件为例，其折射的核心问题在于，“潼关肉夹馍”图文组合商标申请注册集体商标时，审查的重点被错误地放在了其中的图形是否带来了“显著性”上（反映了“标识本身显著性说”），而没有关注其能否表明经营者在潼关肉夹馍协会中的会员身份。事实上，该集体商标的文字部分本不应当是“潼关肉夹馍”，而只能是“潼关肉夹馍协会”。否则，该商标虽名为集体商标，但发挥的功能根本就不是表明经营者的身份是潼关肉夹馍协会的会员，而是发挥了（或至少试图发挥）证明商标的功能，即注册的本质目的是让被许可的经营者使用“潼关肉夹馍”证明自己提供的才是“潼关肉夹馍”，并禁止其他经营者称自己的肉夹馍为“潼关肉夹馍”。但与“舟山带鱼”“五常大米”“信阳毛尖”等证明商标对应的商品具有明确的、可验证的产地，因此可以得到客观证明不同，“潼关肉夹馍”不是指肉夹馍商品的真实产地，而是指一种发端于陕西省潼关地区的肉夹馍风味或制作手艺，而后者是难以被客观验证的。即使在其发端地，当地人对于何为正宗的“潼关肉夹馍”也会有不同理解。一名广东人学习了“潼关肉夹馍”的制作方法，用广东当地的食材制作的“潼关肉夹馍”，很难说就不是“潼关肉夹馍”。因此，“潼关肉夹馍”不能被客观地“证明”，这个名称就像“兰州牛肉拉面”“扬州炒饭”一样，既不能被注册为证明商标，也不能被注册为集体商标。^{〔88〕}以注册集体商标之名行证明商标之实，试图据此“证明”本身无法被客观证明的肉夹馍风味，这才是引起公众强烈不满的根本原因。这也解释了为什么“舟山带鱼”证明商标维权的规模同样很大，但对于法院普遍认定被告在其他海域出产的带鱼商品上使用“舟山带鱼”侵权，公众并无意见。因此，“潼关肉夹馍”集体商标维权事件的根源，在于违反集体商标注册条件的不当注册。如果潼关肉夹馍协会注册的是以“潼关肉夹馍协会”为文字内容的集体商标，法院判决未加入该协会的经营者使用“潼关肉夹馍协会”侵犯了“潼关肉夹馍协会”集体商标的专用权，又有谁会觉得不妥？

再如，《商标审查审理指南》所列举的因缺乏显著性而不予注册的集体商标的典型示例，是以“强化玻璃盖认证”为文字的集体商标，理由是用于钢化玻璃盖等商品上，“仅直接表示了商品的质量特点”。^{〔89〕}这是明显不当的理由，因为集体商标无需具有来源识别功能（显著性）。不予注册的正确理由应当是该文字内容不可能向相关公众表明经营者是特定组织的成员，其只可能作为证明商标而非集体商标注册。

值得肯定的是，有部分法院意识到了集体商标、证明商标的注册本不应以显著性为前提，而应当考察其能否发挥表明组织中成员的身份或证明商品或服务品质的功能。例如，在“‘FIJI PURE MAHOGANY’（意为‘斐济纯红木’）商标注册案”中，法院指出：“为了实现普通商标功能的显著特征要求并不当然适用于地理标志证明商标。……（申请商标）符合地理标志的通常构造，属于地理标志证明商标，不应适用商标法第11条的规定对诉争商标是否具有显著特征进行判断，而应对该地理标志证明商标是否符合商标法第16条第2款等规定的要求

〔88〕 兰州牛肉拉面行业协会在面条商品和餐厅服务上提出的“兰州牛肉拉面”集体商标（文字商标）注册申请被驳回，申请号分别为4679349和5363247。扬州市烹饪协会在炒饭类商品上提出的两个“扬州炒饭”集体商标（图文组合商标）注册申请被驳回，申请号分别为6482464和2016441。

〔89〕 前引〔7〕，《商标审查审理指南（2021）》，第309页以下。

进行审查。”^[90]这是对证明商标侵权认定标准的正确认识，商标法应相应修改注册条件与之相适应。

与集体商标、证明商标的注册条件与显著性的脱钩相适应，维持集体商标、证明商标的注册，也不能以其在使用中发挥了来源识别功能为条件。换言之，不能因为已注册的集体商标、证明商标连续三年不发挥识别商品或服务来源的作用，就根据商标法第48条有关“本法所称商标的使用，是指将商标……用于识别商品来源的行为”，以及商标法第49条第2款有关“注册商标……没有正当理由连续三年不使用的”可予撤销的规定，撤销该注册商标。这意味着，对集体商标、证明商标所要求的“使用”有特殊性，只要其在商业活动中分别发挥“身份表明功能”和“特征证明功能”即可，而无需用于识别商品或服务的来源。

第三，应当在有关集体商标、证明商标的专章中，设置与来源混淆无关的侵权认定标准。既然集体商标、证明商标并不具有以来源识别功能为核心的显著性，其注册条件与显著性无关，则侵犯相关商标权的行为，当然也不能以容易导致来源混淆为标准。应当规定，对集体商标的侵权，需以容易导致相关公众误认经营者具有集体商标昭示的某特定组织的成员身份为标准；对证明商标的侵权，需以容易导致相关公众误认相关商品或服务符合证明商标所示的特定特征为标准。

需要指出的是，现实中还有相当数量的商标不符合作为集体商标、证明商标的注册条件，却作为普通商标获得了注册并试图发挥集体商标、证明商标的功能。就此，上述侵权认定标准还可在相当程度上起到纠偏作用。如上文述，“兰州牛肉拉面”无法作为集体商标注册，然而，兰州牛肉拉面协会在餐饮服务上注册了图文混合普通商标（文字部分为“兰州牛肉拉面”及拼音，图形占比约四分之三），^[91]并广泛进行许可。^[92]此类普通商标的注册人实际上是希望将其作为集体商标、证明商标发挥作用。^[93]然而，如果注册人对未经许可使用其中文字（如“兰州牛肉拉面”）的经营者提起侵权诉讼，法院只能按照普通商标的侵权认定标准（以容易导致来源混淆为前提）审理，不能考虑集体商标、证明商标的侵权认定标准（与来源混淆无关）。“兰州牛肉拉面”的文字相对于提供兰州牛肉拉面的餐饮服务而言，属于直接描述服务内容，缺乏显著性。因此，该图文混合的普通商标能获得注册，必然是因为其图形部分相对于餐饮服务具有显著性，从而被认为整体具有显著性。此时，被告单独使用其中不具有显著性的文字“兰州牛肉拉面”（其不需要也不太可能同时使用注册商标中的图形），相当于只在低糖饮料上使用了“LIGHT”。法院应以被告的行为不会导致来源混淆为由，认定其不构成对普通商标的侵权，由此防止通过对普通商标的注册，达到获得集体商标、证明商标专用权的实质目的，避免产生对普通商标以集体商标、证明商标的侵权认定标准进行“维权”的不良社会后果。这是商标法在重构集体商标和证明商标保护体系之后所能产生的积极效应。

[90] 国家工商行政管理总局商标评审委员会与斐济共和国政府商标申请驳回复审行政纠纷案，北京市高级人民法院（2016）京行终1511号行政判决书。

[91] 注册号28724582。

[92] 参见《“兰州牛肉拉面”特许商标授牌 首批百家牛肉面馆可免费使用两年》，《中国食品报》2010年8月13日第6版。

[93] 情况与之类似的另一典型是：扬州市烹饪协会在“炒饭”商品上注册了“扬州炒饭”图文混合的普通商标（注册号3398668）。

结 语

商标法第3条第1款将经核准注册的商标分为“商品商标、服务商标、集体商标和证明商标”，以及该条第2款、第3款对集体商标、证明商标的专门定义，均正确地体现了集体商标、证明商标的特殊性。然而令人遗憾的是，商标法缺乏对集体商标、证明商标特殊性的制度性回应。为了以单一体系保护相互异质的普通商标与集体商标、证明商标而改变“显著性”“识别功能（区分功能）”等基本概念的含义，是一种理论和制度设计上明显的本末倒置，导致逻辑错位及注册要求与侵权认定标准的严重脱节，还催生了引发公众强烈反应的“潼关肉夹馍”集体商标维权事件。

正确的应对之道，是以商标法第3条为指引，在理论上承认集体商标、证明商标有别于普通商标的特殊性，即其不具有以来源识别功能为核心的显著性，不能以显著性作为注册条件，也不能以容易导致来源混淆作为侵权认定标准；在立法中建立保护集体商标、证明商标的特殊体系，核心是将其注册条件分别设定为标志能够发挥表明经营者在特定组织中的成员身份和证明商品或服务特定特征的功能，从而与显著性脱钩，其侵权认定则以破坏这两种商标的上述独特功能为标准，从而与来源混淆脱钩。这不仅能建立科学的商标保护体系，有利于各类商标各司其职发挥其自身的功能，避免诸如“潼关肉夹馍”集体商标维权事件的乱象，还可为其他国家商标法的科学化提供有益的经验，是本次商标法修改中应当考虑的对策。

Abstract: Collective trademarks or certification trademarks do not have the function of distinguishing providers of goods or services, but only indicate the identity of the provider as a member of a particular organization or certify the specific feature of the goods or services, respectively. The Trademark Law does not systematically differentiate the protection of ordinary trademarks from the protection of collective trademarks and certification trademarks. The requirement for distinctiveness for all trademarks for registration has led to a logical misalignment. The justifications for this requirement provided by the theories of “expanded meaning of distinctiveness”, “acquired distinctiveness”, and “inherent distinctiveness of the mark itself”, are all untenable. Judicial protection for collective and certification trademarks is also disconnected from registration standards, causing the requirement for distinctiveness to be ignored or the effect of registration to be undermined. It is necessary to establish a special system for the protection of collective trademarks and certification trademarks. The core of this system is to decouple the registration conditions from distinctiveness, so that infringement is determined based on the standard of damaging the unique functions of these two types of trademarks, thus disconnecting infringement standard from source confusion.

Key Words: collective trademark, certification trademark, distinctiveness, source confusion
