

# 商标许可终止后的商誉分配

Total click count:4

内容提要: 商标许可终止后的商誉分配是一个具有理论和实践价值的重要问题。被许可商品的特有包装、装潢获得显著性之后, 如果消费者认为该包装、装潢与被许可商标标示相同来源, 则该商誉应属于商标许可人而不是被许可人。商标许可终止后, 被许可人负有不得继续利用许可人商誉的附随义务, 因此被许可人不得宣传其新商标和旧的被许可商标之间的替代关系, 以实现商誉的转移。商标法要求被许可人履行这一附随义务, 不会损害消费者利益和经营者的表达自由。

## 一、引言

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。<sup>[1]</sup>这已经是商标法领域的基本共识。<sup>[2]</sup>在这一共识下, 似乎并不需要对商标权人与被许可人如何分配许可期间累积的商誉做深入的讨论。

不过, 今年格外引人注目的“王老吉”商标许可纠纷案给我们提供了重新审视这一问题的机会。<sup>[3]</sup>该案中, 广药集团拥有“王老吉”商标, 生产绿色纸盒包装的“王老吉”凉茶。广药集团与加多宝公司签署商标许可协议, 授权后者生产红色罐装的“王老吉”凉茶。依据许可协议,

广药不得生产红罐凉茶。两种凉茶的配方并不相同，口味自然不同，有不同的消费群体。红罐凉茶的配方是加多宝公司的商业秘密。经过多年的经营，加多宝公司销售的“王老吉”红罐凉茶在中国市场上取得了令人瞩目的商业成功。不料，2012年，广药与加多宝之间的商标许可意外地提前终止。广药集团实现对凝聚了巨大商誉的“王老吉”商标的完全控制。对商标的推广做出巨大贡献的加多宝公司于心不甘，于是另辟蹊径，宣称自己对红罐凉茶的包装、装潢享有反不正当竞争法意义上的权益，同时在产品广告中隐晦地提醒消费者“加多宝”红罐凉茶与当初“王老吉”红罐凉茶之间的替代关系。<sup>[4]</sup>加多宝公司的这一策略实际上从两个途径分享许可过程中创造的商誉：其一，主张自己对被许可商标附着的商品的包装、装潢享有独立的权利；其二，在产品广告中间接地宣传新旧商标之间的替代关系。这两个问题在商标许可中具有普遍意义，值得研究。

本文的研究以“王老吉”案引发的商誉分享问题为出发点，但又不局限于案件本身。本文首先简要讨论反不正当竞争法上“包装、装潢”的未注册商标属性及其显著性，在此基础上分析被许可人在被许可商品上通过为“包装、装潢”建立独立商誉的可能性及其限度。接下来分析商标许可终止后被许可人不得继续搭被许可商标便车的附随义务，并从消费者利益保护与经营者表达自由这两个角度论证这一附随义务的合理性。

## 二、知名商品包装、装潢的显著性

讨论商标许可终止后的商誉分配，从“知名商品特有的包装、装潢”的显著性谈起，可能让人有些意外。之所以从这里切入，是因为先澄清反不正当竞争法保护知名商品的特有名称和包装、装潢的立法目的，对于理解知名商品的包装、装潢所对应的权益归属，至关重要。

“知名商品特有的包装、装潢”之所以受到反不正当竞争法的保护，本质上并非因为该包装装潢本身是一项智力成果，而是因为该包装、装潢通过使用起到了区别产品来源或标示产品品质的作用。<sup>[5]</sup>如果不对该包装、装潢提供类似于未注册商标的保护，将导致消费者产生混淆。这一点应该已经成为我国学术界的主流意见，体现在最高人民法院关于反不正当竞争法的司法解释中。<sup>[6]</sup>《反不正当竞争法》和相关司法解释之所以强调“知名”，大概是因为达到知名的程度后，法院才有信心认定该包装、装潢具备了商标法意义上的显著性。<sup>[7]</sup>

我国学术界有少数意见将反不正当竞争法对包装、装潢的保护视为是一种对智力成果的保护。<sup>[8]</sup>这一意见如果投射到“王老吉”案中，就可能会强调加多宝公司对于红罐凉茶的包装设计的智力贡献，从而主张对该包装、装潢享有反不正当竞争法上的权益。如此解释包装、装潢的反不正当竞争法的立法目的，很难理解为什么包装、装潢必须知名才受到保护。<sup>[9]</sup>同时，也很难解释，在外观设计专利保护和版权

保护之外，为什么还要以单独的法律来保护知名的外观设计。为避免陷入这一误区，在判断反不正当竞争法上的包装、装潢权益归属时，法院应当坚持未注册商标的保护思路，而不是智力成果归属的思路。

具体到“王老吉”案，红罐包装本身是否具有商标法意义上的显著性，本质上是一个事实问题。在司法认定之前，原本并无确定答案。不过，本案中的红色包装的构成要素过于简单（红色底色加黄色商标字体的组合），在脱离“王老吉”商标的情况下，可能难以起到标示产品来源的作用。因为饮料行业普遍使用红色包装（比如，和其正凉茶、可口可乐等），这导致某一企业的红色包装获得显著性的可能性大大降低。

在该案中，加多宝公司曾经取得过所谓的红色包装的外观设计专利权。<sup>[10]</sup>在有些人看来，这一事实表明，加多宝公司为红色包装的设计做出过智力贡献，可能有助于证明红色包装的显著性。这一意见没有说服力。如前所述，《反不正当竞争法》保护包装、装潢，并非保护设计者的智力贡献。一项包装、装潢是否取得专利保护，与是否取得商标意义上的显著性，没有直接联系。其次，加多宝的瓶贴外观设计在醒目的位置显示了“王老吉”商标，并附有一些具体的文字和配图设计，是一项含有多项细节的设计方案（假定符合外观设计专利的授权标准）。而加多宝公司所主张的特有包装似乎是相对抽象的红色

包装，与外观设计专利并无严格对应关系。具体的外观设计专利的存在，对于证明相对抽象的红色包装是否具有显著性，没有什么帮助。

在“王老吉”案中，双方在许可合同中约定，在许可期间广药不生产红罐包装的凉茶。<sup>[11]</sup>广药也的确只生产绿包装凉茶。许可合同限制一方使用特定包装，可以起到在品牌内部分割市场的作用，以保护双方的投资积极性。不过，这一合同约定并不能证明广药默认红色包装本身有显著性，充其量只能证明红绿包装能够区别“王老吉”品牌内部的两个系列凉茶，而不能对外起到区分王老吉凉茶与第三方凉茶的作用。<sup>[12]</sup>在许可合同终止之后，如果没有特别约定，广药自然能够恢复使用红色包装。

### 三、被许可人获得独立商誉的可能性

商标许可过程中被许可商标上积累的商誉全部归属于许可人。但是，这并不意味着被许可人在许可过程完全不能获得独立的商誉。商标法许可经营者在同一商品上同时使用多个商标。这些商标可以源于一个厂商，也可以源于多个厂商。<sup>[13]</sup>实践中，被许可人在自己生产并销售的产品上同时使用许可人、自己或第三方商标的例子并不罕见。比如，中外合资的汽车厂商经常在同一辆车上使用两个分属于不同商标权人的商标。消费者通常了解双方的合资状况，并不会误以为两个商标属于同一厂商。这些商标会在消费者心目中分别获得认同，因而

各自享有独立的商誉。在许可合同终止后，双方分别使用自己的商标，并不会引发混淆。

知名商品特有的包装、装潢具备显著性以后，可以视为未注册商标。使用者（被许可人）有可能在这一未注册商标上建立起独立于被许可商标的商誉，前提是消费者能够清楚地意识到此未注册商标与被许可商标分别代表不同的厂商。其中的道理就像消费者能够区别汽车上同时出现的两个商标一样。当然，在实践中，被许可人在商品的包装、装潢上取得独立的商誉，需要克服天然的障碍——产品包装、装潢本身在显著性方面存在先天缺陷，[14]消费者很容易将它与商品上醒目的商标建立联系，而不容易将它与包装上并不醒目的特定厂商名称联系在一起。在饮料等普通消费品上，消费者的注意力有限，这一障碍尤其明显。因此，被许可人通过包装、装潢获得独立商誉的可能性，理论上存在，实际上很小。

在判断被许可人是否通过包装、装潢的使用获得独立商誉时，应当遵守“被许可人在被许可商标上添附的商誉”归属于许可人的基本原则，尊重商标归属的内在逻辑——重视消费者所感知的未注册商标与特定厂商（被许可人）之间的联系。如果消费者将未注册商标与被许可商标联系在一起，则该未注册商标的商誉归属于许可人。这是为避免消费者产生混淆的必然选择。以王老吉案为例，如果大多数消费者都以为红色包装是“王老吉”凉茶的特有包装，而法律许可非“王老吉”

牌的产品使用该红色包装，则不可避免地会引发混淆，让很多消费者误以为该产品也是“王老吉”牌凉茶。

尊重消费者的认知、避免引发混淆，也是商标法处理其他商标权属问题的一般原则。依据《商标法实施条例》，注册商标专用权人在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并移转。[15]这一规定旨在避免造成近似商标分属不同主体的混乱局面，误导公众。[16]商标许可合同的终止，大致可以类比为商标从被许可人那里重新“转让”给许可人。为了避免混淆，被许可人应当一并停止使用那些与被许可商标无法区分的“未注册商标”。也就是说，被许可人应当停止使用被许可商标所特定的包装、装潢。

强调消费者的认知，忽视被许可人为未注册商标的商誉培植所做的贡献，在有些人看来，可能是不公平的。比如，在“王老吉”案中，很多人认为，被许可人加多宝公司对于“王老吉”商标和红罐包装的商誉培育，做出了巨大的贡献，许可终止后，完全剥夺加多宝对红罐包装的权益，不符合公平原则。[17]此类意见忽略了商标许可的本质。在商标许可过程中，被许可人诚实经营多半会提高被许可商标的商誉。但是，一旦商标许可终止，被许可人就必须停止利用该商标，这已经是业界普遍接受的商业实践，也没有引发公众的“不公平”感。即便由于偶然的原因，或者被许可人刻意为之，被许可商品的某些商誉外溢到被许可商标之外（即这里的未注册商标或者包装装潢），法律要求

被许可人归还这些商誉（前提是消费者认为它与被许可商标二位一体），似乎不应该引发公平方面的关切。更重要的是，商标许可合同终止后，商标上附着的商誉归许可人所有，这是所有商标许可合同当事人都能预见的事情。在完全自愿的情况下，商业主体做出符合常规的安排，很难说协议有重大误解或显失公平的成分。法院应当尊重或成全当事人的选择，不应在诚实信用原则或劳动成果应当获得保护原则下改写合同。即便被许可人事后认为签署这一合同是非常不明智的，法院也不应帮助被许可人改写合同，以摆脱一项很糟糕的交易。其实，就“王老吉”案而言，加多宝公司在经营过程中支付的许可费有限，却从许可过程中获得了实质性的回报。[18]单从商业公平的角度看，也不能说当事人之间的交易显失公平。即便法律许可法院重新分配合同利益，也很难知道法院如何分配才会得出更合理的结果。

有人可能会联系美国法上处理产品制造商（**manufacturer**）与经销商（**distributor**）之间商标权属争议的规则来质疑上述主张。美国法院在大量判例中确认，在没有合同约定的情况下，推定制造商享有争议商标的所有权。[19]不过，经销商可以举证推翻这一推定。法院在决定是否推翻这一推定时，考虑多项因素，比如商标的设计者是谁、谁最先将商标用于出售产品、谁的名称与商标一道出现在包装和推广材料上、谁控制了商标所附着的产品质量、在消费者眼里谁为产品的缺陷负责、谁支付商标所附着产品的推广费用等等。[20]



美国法院在上述案件中并没有将消费者所感知的产品的具体来源作为决定性要素对待，这是否意味着在商标许可合同中，我们应该沿着同样的思路，不将消费者的感知作为判断被许可商品的包装、装潢这一未注册商标归属的依据？本文认为，答案是否定的。在商标许可争议中，多项因素很明确：其一，被许可商标的归属十分明确；其二，消费者认为未注册商标（包装、装潢）与被许可商标二位一体；其三，许可合同中，被许可商标上积聚的商誉应当归属许可人。这些因素非常明确地使得商誉归属的天平向许可人一方倾斜。在典型的制造商与销售商的商标争议中，一般并不涉及两个被视为一体的商标的分割问题，也不存在默认的商誉归属规则。双方争议的通常是单个商标；在消费者心目中，该商标代表着产品的特定来源，该来源是制造商还是经销商，消费者大多并不在意。该商标最终归制造商还是经销商，都不会引发严重的混淆。因此，我们不能参考制造商与经销商之间的商标权归属规则来处理商标许可中的未注册商标的归属问题。

在确定商誉的归属时，分析消费者的认知，究竟是要求未注册商标指向特定商品还是特定商标（厂商），可能存在争议。以“王老吉”案为例，学界对该案中产品的包装、装潢究竟指向“特定配方或口味的凉茶”（特定产品）还是特定商标（“王老吉”牌凉茶），意见不一。<sup>[21]</sup>支持前者的意见认为，是特定配方的凉茶获得了消费者的认同，即消费者喜欢喝加多宝配方的凉茶。加多宝制造该产品，同时拥有该产品的保密配方。因此该产品上的商誉应该归属于加多宝。支持后者

的意见则认为，在消费者心目中，该红罐凉茶来源于“王老吉”这一品牌的控制者。谁最终拥有“王老吉”商标，谁就拥有该包装、装潢的专有权（假定有显著性）。本文认为，后一意见符合商标法精神。产品品质的好坏、技术上的先进与否与商誉的归属没有必然联系。专利技术和商业秘密的许可人，并不能因为技术的优越而获得被许可人在被许可产品上所建立起来的声誉。消费者喜欢特定商品，是商誉产生的事实基础，但并非消费者心目中商誉归属的决定因素。单纯根据产品由谁实际制造来决定商誉的归属，将破坏现代商业社会所建立起来的商标权人、设计者、制造者等产业链各环节之间的分工秩序。

在有些情况下，知名商品的包装、装潢或者未注册商标，可能体现了被许可人的实质性的智力贡献。比如，该装潢可能构成著作权法意义上的作品；或者，像王老吉案那样，被许可人甚至获得了外观设计专利。在这种情况下，如果商标许可合同终止，而版权或专利权依然有效，似乎会出现所谓的“权利冲突”问题：[22]消费者将特定装潢与被许可商标视为一体，但是许可人使用该装潢会侵害被许可人的版权或专利权。在这种情况下，合理的解决方案之一应该是承认双方各自对包装、装潢所享有的权利，但是在商标许可合同终止后，未经对方授权，谁也不能独立使用该装潢。质言之，被许可人拥有版权或专利权，但是，这只是一种排除他人使用的消极权利，其本身不能保证被许可人自己能够在其产品上使用该作品或装潢。许可人享有未注册商标权，但这一权利同样不能保证他能在产品上使用该包装、装潢。

面对这种“权利冲突”，双方只能通过谈判解决。这一局面的出现并不违反法理。

解决上述“权利冲突”的另外一种可能的方案是，认定被许可人有默示许可行为，许可商标权人在许可终止后使用该包装、装潢。因为被许可人有可能预见到，该特有的装潢通过使用而获得显著性，从而与被许可商标成为一体，共同指示商品的来源。被许可人没有采取措施阻断该装潢本身与被许可商标之间的联系，这或许意味着被许可人默许许可人将来可以继续使用该装潢。

在消费者将包装、装潢与被许可商标视为一体的情况下，上述两种解决方案都比许可被许可人在合同终止后继续使用该装潢的解决方案要合理。许可被许可人继续使用该装潢，会鼓励被许可人的搭便车行为，在许可终止后引发持续的利益冲突，同时也损害消费者的利益。这在下面还将进一步讨论。

#### 四、许可终止后不搭便车的附随义务

商标许可终止后，被许可人不得继续使用被许可商标，否则被许可人将承担违约责任或者商标侵权责任。这是商标许可合同的本质属性和合同目的决定的，没有什么争议。实践中比较容易引发争议的情

况是被许可人变相地使用被许可商标，以便持续地从被许可商标所凝聚的商誉中获取利益，或者将该商誉转移到自己的新商标上。

被许可人最为极端的方式是直接在自己的产品包装、广告或服务场所宣称自己的产品或服务就是被许可商标原来所对应的产品。比如，许可人可能在商标许可终止后宣称自己是原来的“王老吉”、原来的“上岛咖啡”等等。比较委婉的方式大概是，被许可人不直接提及许可人商标，而是通过隐晦的表述提醒消费者被许可人的新商标与当初的被许可商标之间的替代关系。比如，加多宝在广告中宣称“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”。<sup>[23]</sup>“全国销量领先”、“改名”之类的说法，自然会让很多消费者联想到当初的“王老吉”。

被许可人所宣称的新旧商标之间的替换，属于客观事实。公开这一事实对于保护部分消费者的知情选择权，有一定的积极意义。因此，被许可人可能以“表达自由”或“消费者利益保护”为自己的行为辩护。此类辩护理由的合理性，后面将专门讨论。这里先探讨一下在许可合同终止后，被许可人是否有合同义务避免在产品或商业广告中宣传新旧商标之间的替代关系。

本文认为，在许可终止后被许可人不得继续使用被许可商标的附随义务中，包括被许可人不得继续利用被许可商标的商誉获利的内容。如前所述，许可人在许可期间为被许可商标积聚的商誉归商标权人。

许可终止后，被许可人依照合同将该商誉完整地交还给商标权人。这当然意味着在许可终止后，被许可人不能再变相地将商誉重新“偷”回来。被许可人在产品或广告中持续提及新旧商标的替换关系，实际上就是在“偷回”已经依据合同归还的商誉，或者说，是在继续利用被许可商标的市场号召力（商誉），为自己的产品寻求潜在的消费者。这里引用一个真实的商标转让案例来说明此类行为的危害性。在福建龙岩三德水泥建材工业有限公司诉漳平市三利水泥厂和侯晋龙案[24]中，商标权人在转让在当地享有名气的“三德”牌水泥商标后，改用“茶花”牌新商标，为了唤回当初的老客户，商标权人在自己的产品上标注“原三德牌”。商标受让人因此指控原商标权人侵权，法院判决受让人胜诉。该案中，商标权人出让商标后又变相地掏空原商标商誉，出尔反尔，严重违反商标转让合同的目的。与商标转让类似，商标许可合同终止后，被许可人归还商标的行为可以与转让商标相类比。许可终止后，被许可人宣传新旧商标之间的替代关系，类似于出让商标又重新偷回商誉，同样违背商标许可合同的基本精神。正因如此，本文强调，在商标许可终止后，被许可人负有避免在商业场合直接或间接提及被许可商标的附随义务。

法律推定商标许可的被许可人负有上述附随义务，符合商标许可的实践。在商标许可合同中，如果商标权人对于许可终止后的情形有所预见，通常会选择通过合同限制被许可人在商业活动中使用被许可商标，比如，要求被许可人在合同终止后停止使用一切带有被许可标

志的广告宣传材料。[25]法律的默认规则与当事人原本会约定的内容一致，可以有效降低合同当事人的交易成本。

商标法禁止被许可人在商业活动中直接提及被许可商标，被许可人可能会采取变通的策略，达到转移商誉的目的。比如，如前所述，加多宝的产品广告语不直接提及被许可商标，但是依然能够促使消费者将加多宝的产品与过去的“王老吉”联系起来。这一策略与直接提及“王老吉”商标，并无本质差异。当这一策略实质性地损害许可人的商誉价值时，商标权人应该可以依据商标许可合同或反不正当竞争法寻求救济。

## 五、消费者利益的保护

在一般的商标许可中，商标权人收回商标之后通常能够持续提供相同的商品，继续保证商品品质的一致性。在这一过程中，消费者对于产品质量的期待通常不会因为许可的终止而落空。因此，商标许可不会明显影响消费者的利益。

商标权人收回商标后，如果不能提供完全相同的产品，则可能会导致部分偏好原来产品的消费者的利益受到影响。比如，在王老吉案中，商标许可终止后，广药将采用不同的配方生产红罐凉茶，导致产品味道发生变化。偏爱当初王老吉红罐凉茶味道的消费者，可能不适

应产品口味的改变。对他们而言，广药制造王老吉红罐凉茶，有一定的“误导”成分。

在这种情况下，如果法律允许被许可人对外宣称自己的新商标与原来的被许可商标之间的替换关系，则可能引导这部分消费者转向加多宝的产品。商标法可以以保护消费者利益的名义允许被许可人这么做吗？答案是否定的。

首先，商标法的立法者已经做出选择，严格地保护上述消费者预期是不可取的。商标法的确规定商标权人有控制商品质量的义务。<sup>[26]</sup>但是，这一义务并不要求商品的品质始终如一，<sup>[27]</sup>只要其符合《产品质量法》的要求即可。<sup>[28]</sup>在经营过程中，商标权人可以改变商品的品质，就像当初产品品质也是由商标权人自主定义的一样。商标权人改变产品品质，对一部分消费者而言就意味着不适应。如果法律严格地保护这部分消费者的预期，则会严重损害企业的经营自由，也会损害其他喜欢新产品的消费者的利益。在经营者利益与消费者对产品品质的稳定预期发生冲突时，前者处在优先位置。从允许商标权人发放许可或转让商标那一刻起，现代商标法就已经背离了传统商标法要求商誉（营业）与商标一并转让的原则，在消费者与商标权人之间选择向商标权人一方倾斜。有学者认为，这一趋势是在强化商标的财产权属性，并对其合理性提出质疑。<sup>[29]</sup>不过，商标法已经做出选择，对于这一点已经没有疑问了。<sup>[300]</sup>

其次，市场和其他法律制度限制商标权人任意或过度改变商品品质。在商标权人改变产品品质后，不喜欢或不适应新产品的消费者会选择用脚投票，从而对商标权人随意改变商品品质的做法形成压力。如果消费者不喜欢广药的红罐凉茶，自然会减少购买，转而寻求替代产品最终可能会发现加多宝的红罐凉茶这一替代品。在这一过程中，部分消费者要经历一个试错的过程，并为此支付“学费”或成本。不过，只要没有遇到产品质量法意义上的问题，这一成本都不算太高，可以被忽略。市场机制能起作用，商标法就没有必要将上述消费者预期作为一种法定的利益加以保护。只有商标权人过度增加了消费者的试错成本时，法律才需要干预：如果商标权人走得太远，无法保证基本的商品质量，其将面临商标法上的行政责任和侵权法上的民事责任。商标法依然没有必要通过被许可人继续使用被许可商标的方式来保护消费者的利益。

第三，法律允许被许可人在许可终止后宣传新旧商标之间的替代关系，会制造新的混淆。商标许可合同终止后，品牌内部的品质控制机制不复存在。如果被许可人可以公开宣称上述替代关系，法律并不能保证被许可人的行为被严格控制在保护前述消费者预期的范围内；相反，它很有可能演变成单纯的搭便车行为。以王老吉案为例，如果许可加多宝持续地宣称新旧商标的替代关系，在保护部分消费者（喜欢过去的王老吉红罐凉茶的消费者）的同时，却可能使得广药持续地



流失那些单纯喜欢王老吉品牌但并不在意配方变化的消费者，或者持续地分流广药新拓展的消费者。这实际上是在持续地损害“王老吉”商标的商誉，并制造新的混淆，因而是不能接受的。

## 六、经营者的表达自由

经营者为披露有利于消费者做出知情决定的真实信息而使用了他人的商标时，商标法有可能持宽容的态度。最典型的情形是比较广告。在此类广告中，经营者将自己的商品与他人商品的某些特性进行比较，以便消费者获得更客观的信息。这一比较常常会影响一部分消费者购买被比较商品的意愿，损害被比较经营者的利益。在消费者与经营者的利益发生冲突时，欧美很多国家以保护表达自由的名义，选择了消费者利益。<sup>[31]</sup>我国法律对于比较广告的合法性没有明确表态。<sup>[32]</sup>有学者认为，我国法律整体上更趋于否定其合法性。<sup>[33]</sup>不过，学术界完全否定比较广告的意见并不多见。

既然在比较广告案件中，很多国家的商标法选择保护表达自由或者说消费者利益，那么在许可终止的情况下，商标法是否也应该做出类似的选择——强调被许可人的表达自由，以保护消费者的知情选择权？如前所述，部分消费者对于产品品质的稳定预期，并非商标法上必须优先保护的利益。经营者单纯强调表达自由，没有太大的说服力：在许可合同终止后，经营者宣传新旧商标之间的联系，主要出于自身的

商业目的，因此被许可人将很难让法院相信，其商业性表达自由一定要超越许可人商誉的保护。

有人可能会说，即使商标法禁止被许可人宣传许可的事实，公共媒体依然可能以新闻报道的名义教育消费者，实现商誉的转移。比如，“王老吉”案中，在许可终止后，双方争议不断，公共媒体在新闻报道中反复叙说“王老吉改名加多宝”的事实，不断地将一些消费者从许可人那里拉回到被许可人那里。从这一意义上讲，公共媒体的独立报道与被许可人的广告宣传效果类似。可是，法律却不能限制公共媒体出于非商业目的对此类案件事实进行客观报道。对公众而言，此类限制牵涉公共领域的言论自由或者说新闻自由，以保护商标权的名义来限制这类客观消息的传播，是不可想象的。

不过，公共媒体有表达或言论的自由，并不意味着被许可人也有同样的自由。在关于言论自由的案件中，法院一般要区分政治性表达自由与商业性表达自由。<sup>[34]</sup>商标法在限制政治性表达自由时，要比限制商业性表达自由谨慎得多，或者说，商业性言论仅获得有限的言论自由保护。<sup>[35]</sup>公共媒体对于许可案件事实的客观报道，属于政治性表达的范畴或者处在政治与商业之间的模糊地带；而被许人在商业场合宣传新旧商标的替代关系，更多地是出于商业目的。商标法对这一类商业性表达自由进行限制，应该很容易被接受。

除了表达的商业属性外，被许可人的表达自由受到限制的另一正当性基础是被许可人与商标权人之间的商标许可合同关系。如前所述，该合同要求被许可人在许可终止后履行不搭便车的附随义务。被许可人选择进入许可合同关系后，就等于放弃了部分商业性表达自由——不得在许可终止后宣传新旧商标之间的替代关系。公共媒体或第三方与商标权人之间并不存在此类商标许可合同关系，因此他们依然可以在表达自由的庇护下，自由地传播这一事实。类似地，在比较广告案件中，经营者与商标权人之间也不存在许可关系的约束，因而商业上的表达自由能够庇护比较广告。合同关系对于被许可人表达自由的限制，大概可以粗略类比美国法上的专利权人禁止反言规则：专利权人在转让专利权后，在面对受让人的侵权指控时，不能请求宣告专利权无效以损害受让人的利益，尽管依据专利法社会公众都有请求宣告专利无效的自由。[36]

## 结论

商标许可过程中，被许可商品的特有包装、装潢可能获得显著性从而受到反不正当竞争法的保护。不过，这一包装、装潢所体现的商誉并不简单归属于该包装、装潢的使用者（被许可人），而是要看消费者是否能够将该包装、装潢视为独立于被许可商标的未注册商标。在许可终止后，被许可人负有不得继续利用许可人商誉的附随义务。这一义务除了要求被许可人停止使用被许可商标外，还要求被许可人

不得在产品或广告上持续宣传被许可人的新商标与旧的被许可商标之间的替代关系，以实现商誉的转移。商标法要求被许可人履行这一附随义务，不会损害消费者利益或经营者表达自由。按照上述原则分配商标许可终止后的商誉，商标法大体能够在保护商标权人（投资者）与保护消费者之间维持合理的平衡关系，增强商标许可规则的可预见性和确定性，符合现代商标法的发展趋势。