

商品转售中商标指示性使用认定问题研究

卞俊怡

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2025年8月1日; 录用日期: 2025年8月25日; 发布日期: 2025年9月2日

摘 要

非授权的正品转售商往往通过合法的手段获取商标权人的商品并在自己的店铺中转售, 并出于说明其所销售商品来指引消费者购买的目的, 在其店铺内外使用商标权人的商标。我国商标法并没有对商标指示性使用进行规定, 导致了司法裁判中规则各异, 出现了司法裁判不统一的现象。本文梳理了国内外有关商标指示性使用的相关法律规定与司法案例, 对商品转售中商标指示性使用的内涵进行了界定, 并从文义解释和商标的识别功能两个角度论证了商品转售中商标指示性使用属于商标性使用, 从商标法的立法目的与立法趋势论证了商品转售中商标指示性使用需要考虑混淆可能性要件, 并从商标识别来源功能的维护、降低二次交易的成本两个角度分析了商标指示性使用的正当性基础, 最后提出立法上应确立商标指示性使用条款和司法上应建立明确以使用人主观上的善意、使用行为的必要性、使用行为的合理性以及使用结果不造成混淆可能性为考量要素的商标指示性使用认定标准的建议。

关键词

商标指示性使用, 正当使用, 混淆可能性, 科斯定理

Study on the Recognition of Indicative Use of Trademarks in Resale of Goods

Junyi Bian

Law School, Shanghai University, Shanghai

Received: Aug. 1st, 2025; accepted: Aug. 25th, 2025; published: Sep. 2nd, 2025

Abstract

Non-authorized resellers of genuine goods often obtain the trademark owner's goods through legal means and resell them in their own stores, and use the trademark owner's trademark inside and outside their stores for the purpose of describing the goods they sell to guide consumers to buy them.

文章引用: 卞俊怡. 商品转售中商标指示性使用认定问题研究[J]. 争议解决, 2025, 11(9): 8-14.
DOI: 10.12677/ds.2025.119272

China's trademark law does not provide for trademark indicative use, resulting in different rules in the judicial decision, the phenomenon of judicial decision is not uniform. This article combed the domestic and foreign relevant legal provisions and judicial cases on the indicative use of trademark, defined the connotation of the indicative use of trademark in the resale of goods, and argued that the indicative use of trademark in the resale of goods belongs to the trademark use from the perspective of the textual interpretation and the identifying function of the trademark, and argued that the indicative use of trademark in the resale of goods needs to take into account the likelihood element from the purpose and trend of the trademark law. It also analyzes the legitimacy of indicative use of trademarks from the perspectives of maintaining the function of identifying the source of trademarks and reducing the cost of secondary transactions, and finally proposes that the legislation should establish the provisions of indicative use of trademarks and the judicature should establish the criteria for determining indicative use of trademarks, which are based on the subjective goodwill of the user, the necessity of the act of use, the reasonableness of the act of use, and the possibility of non-confusion of the result of the use.

Keywords

Indicative Use of Trademarks, Fair Use, Likelihood of Confusion, Coase Theorem

Copyright © 2025 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

非授权的正品转售商往往通过合法的手段获取商标权人的商品并在自己的店铺中转售。出于说明其所销售商品来指引消费者购买的需要, 正品转售商通常会在其店铺内外, 如装饰墙、货架、玻璃门和店铺招牌等部位使用其销售商品的商标, 但这种“使用”商标的行为也因此面临潜在的商标侵权风险。

我国《中华人民共和国商标法》(以下简称“商标法”) 仅在第 59 条规定了“描述性使用”这一正当使用的情形, 即使用“商品的通用名称、图形、型号, 或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点, 或者含有的地名”, 没有对“识别商品的真实来源”这一商标指示性使用方式作出规定。法律规定的缺失, 也导致司法实践中对于商标指示性使用认定这一问题的理解产生了巨大分歧, 出现了司法裁判不统一的现象。在芬迪有限公司诉上海益朗国际贸易有限公司与首创奥特莱斯(昆山)商业开发有限公司案(以下简称“FENDI 案”)中, 不同法院就作出了截然相反的判决, 引起理论界与实务界的巨大争议¹。

为了促进司法裁判的统一, 平衡商标权人、正品转售商与消费者之间的利益, 在保护商标识别来源功能的同时, 降低消费者的搜寻成本, 有必要对商品转售中商标指示性使用的性质与认定标准予以明晰。

2. 商品转售中商标指示性使用的法律渊源与现实争议

2.1. 商品转售中商标指示性使用的法律渊源

商标指示性使用最早源于美国的“New Kids”案。在 1992 年, 美国第九巡回上诉法院在该案中首次提出了“商标指示性使用”的概念并确立了商标指示性使用的三个判断标准: 一是若被告不使用原告的商标将无法恰当地说明原告的商品或服务; 二是对原告商标的使用行为应当处于合理必要的范畴内; 三

¹参见上海市高级人民法院(2019)沪民再 5 号民事判决书。

是被告不应当暗示其与原告之间存在赞助或许可的商业关联关系²。但美国是判例法国家,因此其并未在立法上对商标指示性使用的内涵予以明确规定,且后续美国不同联邦巡回法院在类似案例中也对指示性使用的 New Kids 检验标准与传统的混淆可能性判定之间在涉及指示性合理使用案件审理中的关系提出了不同的看法。各联邦巡回法院之间分歧的实质,实际上是在指示性合理使用的抗辩中是否需要以不构成混淆为前提以及二者之间究竟存在着何种关系的问题[1]。

欧盟则以立法的方式确立了商标指示性使用的内涵,随着法律的不断修改,商标指示性使用的内涵也在不断扩大。欧盟有关商标指示性使用的规定最初见于《欧盟商标指令》(89/104 号指令)的第 6(1) (c) 条,其内容是“如果出于表明产品或服务用途的必要,特别是作为配件或备件的情况,而使用他人商标的,商标所有人无权禁止”。《欧盟商标指令》第一次修改(2008/95 号指令)对于指示性使用无实质改动,第二次修改(2015/2436 号指令)扩大了商标指示性使用的范围,将商标指示性使用的范围从“出于表明产品或服务用途之必要”扩大至“为指示商标权利人的商品或服务”,“出于表明产品或服务用途之必要”仅为指示性使用情形的一部分。

我国商标法在立法层面上并未规定商标指示性使用的概念,但曾经出台了有关商标指示性使用的禁止性规定。国家工商行政管理局于 1996 年发布了《国家工商行政管理局关于禁止擅自将他人注册商标用作专卖店(专修店)企业名称及营业招牌的通知》,其第 2 条规定:“商品销售网点和提供某种服务的站点,在需说明经营商品及提供服务的业务范围时,可使用‘本店修理 xx 产品’‘本店销售 xx 西服’等叙述性文字,且其字体应一致,不得突出其中商标部分”³。该规定禁止了商品销售商对于商标的突出性使用。但该通知于 2004 年已经被废止,不具有实际法律效力,且法律层级较低。

《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》中也对商标指示性使用的正当使用情形进行了规定,认为在销售商品时,为说明来源、指示用途等在必要范围内使用他人注册商标标识的,属于正当使用商标标识的行为。由此可见,北京市高级人民法院认为商标指示性使用包含“说明来源”与“指示用途”两种情形。

在 2023 年初,《中华人民共和国商标法修订草案(征求意见稿)》(以下简称“修正意见稿”)发布,其中明确了商标专用权的行使边界,与第 62 条新增了指示性使用这一正当使用情形,即“注册商标专用权人无权禁止他人实施下列符合商业惯例的行为:……(三) 仅为指示商品的用途、适用对象或者应用场景,使用其注册商标的,但误导公众的除外”。《修正意见稿》虽然新增了指示性使用这一正当使用情形,但其内涵仅限于“指示商品的用途、适用对象或者应用场景”,并未延伸至“说明商品的真实来源”。

从上述各国的相关法律规定可知,狭义上的商标指示性使用仅包含“指示用途”一种情形,而广义上的商标指示性使用指“指示商标权利人的商品或服务”,不仅包含“为了说明自己提供的商品或服务能够与使用该商标的商品或服务配套”这一情形,还包含“为了传递商品或服务来源于商标权人这一真实信息”这一情形[2]。而商品转售中商标指示性使用正是后一种情形。

2.2. 商品转售中商标指示性使用的认定困惑

在司法实践与学术理论界,对于商品转售中商标指示性使用认定问题,主要存在两大争议焦点:一是商品转售中商标指示性使用是否属于商标性使用;二是商品转售中商标指示性使用认定中是否需要考虑混淆可能性要件。

1、商品转售中商标指示性使用性质之争

²See New Kids on the Block v. News Am. Publ'g, Inc., 971 F.2d 302 (9th Cir. 1992).

³《国家工商行政管理局关于禁止擅自将他人注册商标用作专卖店(专修店)企业名称及营业招牌的通知》(工商标字[1996]第 157 号)第 2 条。

对于商品转售中商标指示性使用这一行为的性质，司法实践和学术理论界主要存在商标性使用说与非商标性使用说。

我国《商标法》第 48 条对商标性使用行为作出了界定，其规定“本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为”。

商标性使用说认为，指示性使用是属于商标法意义上的使用。如苏和秦、梁思思认为，商标性使用的判定，其制度价值在于划定商标法的调整范围，其目的在于判定涉案行为是否进入了商标权的权利控制范围。涉案使用行为构成商标性使用是对该行为进行侵权判定的前提。而从法律逻辑上来讲，商标的指示性使用应该属于商标的合理使用中的一种行为，应该是一种合理使用的抗辩权[1]。

非商标性使用说认为，指示性使用是不属于商标法意义上的使用。该学说认为，指示性使用是指使用者在商业活动中适当使用他人的商标标识以说明他人商品或服务，从而使相关公众了解商品或服务真实信息的非商标性使用行为[3]。商标性使用的构成要件之一是用于识别商品来源。而识别来源功能指表明自己，并区别他人，即识别使用者自己的商品来源。然而，在指示性使用的场合中，商标指向的来源仍然是商标权人，而非使用者自己，因此不具备识别来源的功能，不构成商标性使用。如周园认为，因为规范的商标指示性使用仅仅为了向潜在的消费群体传达所提供商品或服务的品牌真实信息。真实信息的内容不包括使消费者产生商品或服务的提供者与商标权人存在某种特定关系的认知，即并未建立起商标与商品之间的联系[4]。

对于商标指示性使用的性质这一问题，从文义解释和商标指示性使用的实际作用两方面来看，商标性使用说显然更具有合理性。我国《商标法》第 48 条仅规定了商标性使用应当满足用于商业活动与用于识别商品或者服务来源两个构成要件。商品转售中商标指示性使用显然是用于商业活动中，但是否起到识别商品或者服务来源的功能受到质疑。一方面，从法律解释来看，我国《商标法》第 48 条仅规定了商标性使用应当“用于识别商品或者服务来源”。根据文义解释，识别商品或者服务来源不仅包含识别使用者自己的商品来源的情形，也包含识别商标权人的商品来源商品的情形，仅仅因为指示性使用人并非商标权人而否定其商标性使用的性质，法律依据不足[5]。另一方面，商标指示性使用实质上发挥了识别商品来源的作用。在商品转售的商标指示性使用中，使用人所使用的他人商标能够让消费者正确辨认出其售卖商品的来源，并不会误认其商品来自商标转售商。

2、商品转售中商标指示性使用认定标准之争

无混淆可能性认定要件说认为，无混淆可能性是商标指示性使用的构成要件。如苏和勤、梁思思认为，不产生混淆可能性应是构成指示性使用的要求与结果，也是指示性使用规则得以存在的应然前提。因而，无混淆可能性是商标指示性使用的构成要件[1]。

无混淆可能性非认定要件说则持相反的观点，认为无混淆可能性不是商标指示性使用的构成要件。如周园认为，商标指示性合理使用是非商标性使用，不致产生商标混淆的可能[4]。冯晓青、陈彦蓉也赞同商标指示性使用的构成要件采用二元说较为合理，认为应当包括使用他人商标具有必要性以及使用行为符合合理限度这两个要件，而无需混淆可能性要件[6]。

对于混淆可能性是否是我国商标指示性使用构成要件这一问题，笔者赞成无混淆可能性认定要件说。首先，不产生混淆可能性是使用人的前提要求。商标法的立法目的在于保护商品的识别功能，避免消费者造成混淆。如果商标的基本来源识别功能造成破坏，识别指示性使用的正当性基础也就随之消失。其次，立法趋势对无混淆可能性要件持肯定态度。在 2023 年初发布的商标法《修正意见稿》第 62 条中就规定了无混淆可能性要件：注册商标专用权人无权禁止他人实施下列符合商业惯例的行为：仅为指示商品的用途、适用对象或者应用场景，使用其注册商标的，但误导公众的除外。其中，对“误导公众”情形

的排除是对混淆可能性的要求，体现了立法对商标指示性使用无混淆可能性的肯定。

3. 商品转售中商标指示性使用之正当性证成

3.1. 商标权正当使用的法定前提：识别来源功能的维护

商标是生产经营者在其商品或者服务上使用的，由文字、图形等构成的，具有显著特征，便于识别商品或服务来源的专用标记^[7]。商标，作为一种符号，其最本质的功能就是识别商品来源，使得相关公众能够通过商标将此商品与彼商品区分开来，这也是整个商标制度的核心。

在商品转售中，商标指示性使用被诟病的理由之一就是其破坏了商标识别来源的功能，但事实恰恰相反。非授权的正品销售商销售的是合法取得的商标权人的正品商品，其并不会使得相关公众在该店铺购买商品时，对商品来源发生混淆误认。在立邦涂料(中国)有限公司诉上海展进贸易有限公司侵害商标权案中，上海市第一中级人民法院认为：涉案网站上亦同时存在多乐士、德国汉高、华润漆等其他品牌油漆的宣传图片，首页的主体位置均系各品牌油漆商品的图片、名称、价格、销售量等信息，该种商标指示性使用，商标直接指向的是商标注册人的商品，并非指向展进公司，立邦商标与立邦商品的对应性并未受到影响，相关公众也不会认为在售立邦商品来源于展进公司⁴。

商标指示性使用通常会引起相关公众误认的是非授权正品转售商与商标权人之间存在商业上的关联关系，但这种误认可以通过正当使用商标的方式予以排除。若是因为担心这种商业许可关联关系的误认，而将商标指示性使用“指示商标权利人的商品或服务”这一内涵一刀切地排除于商标正当使用之外，不仅是对商标权人权利的过于保护，也不利于市场经济的交易流通。

3.2. 科斯定理视角：降低二次交易的成本

科斯定理主张，在交易成本为零的理想世界，私有产权的初始分配不会影响资源的最优配置，当事人可以通过自由谈判实现资源最优配置。但在交易成本大于零的现实世界，以帕累托效率为标准，法律应努力实现“卡尔多-希克斯效率”，即对于事前存在高交易成本导致签约不能的各种侵权事故，法律应内化外部成本以实现最优预防和社会成本最小化；对于事后无法和解而导致的高交易成本，法律就应将权利赋予最珍视它们的人^[8]。简言之，当现实世界的交易成本(如谈判、监督和执行等成本)过高的时候，法律应当将产权分配给资源利用效率更高的一方，从而实现资源的最优配置和社会福利的最大化。

在商品转售领域，交易成本体现为非授权的正品转售商向商标权人获取商标授权许可的谈判成本以及消费者的搜寻商品成本。以奥特莱斯商场为例，这种品牌集合商场聚集了数以百计销售名牌商品的店铺，其以种类繁多的品牌和低廉的价格吸引顾客，商铺的设置通常以品牌为单元并在单元外部显著标注该单元所经营的品牌名称，以便消费者在大面积、多街区的奥特莱斯商场中找到其欲购买的品牌商品⁵。非授权的正品转售商其名下商铺往往并非仅销售一种商标权人的商品，其寻找商标权人逐一谈判获得商标授权许可的成本显然过于高昂，且需要大量时间和精力，变相地限制了转售商转售带有商标的商品。此外，一般而言，消费者进入商场购物时，其或是通过亲戚朋友及网上推荐，亦或是自身购物经验积累，往往拥有特定的多个品牌购物目标，而通过店铺招牌、装饰墙、货架、玻璃门等方式能够帮助消费者快速识别商品来源，节省其购物花费的时间。若是限制非授权的正品转售商对于商标的指示性使用，消费者将无法一目了然地了解店铺所售卖的品牌，而是需要进出店铺来识别商品的来源，增加消费者的搜寻商品成本，在有限的时间内无法买到最多的目标商品，导致商品交易量萎缩，阻碍商品的自由流通。

因此，在交易成本过高的商品转售领域，在没有损害商标识别功能的法定前提之下，资源利用效率

⁴参见上海第一中级人民法院(2012)沪一中民五(知)终字第64号民事判决书。

⁵参见上海市高级法院(2019)沪民再5号民事判决书。

更高的一方显然是非授权的正品转售商，其能够充分利用商标作为符号的指引功能，帮助消费者快速识别商品来源，促进商品交易高效流通，实现帕累托最优。因此，在科斯定理的视角下，商标指示性使用制度具有法律在一定条件授权的正当性基础。

4. 商品转售中商标指示性使用认定标准构建的完善建议

为促使商标指示性使用在我国司法裁判中达成统一，在上述理论探讨与分析论证的基础之上，本文进一步从立法层面和司法层面对我国商品转售中商标指示性使用的认定提出完善建议。

4.1. 立法上确立商标指示性使用条款

目前我国商标法并未将商标指示性使用纳入商标正当使用的范畴。《修正意见稿》虽然新增了指示性使用这一正当使用情形，但其内涵仅限于“指示商品的用途、适用对象或者应用场景”，并未延伸至“说明商品的真实来源”，从而使得商品转售中属于商标指示性使用的情形被完全排除在外，无法保障正品转售商的合法利益，也极大提升了消费者的商品搜寻成本。

因此，笔者建议在《商标法》中新增商标指示性使用这一商标正当使用情形，与商标描述性使用并列作为商标正当使用的情形之一，并将范围扩大至“为指示商品的用途、适用对象、应用场景或者说明真实来源，使用其注册商标的，但误导公众的除外”。

4.2. 司法上明确商标指示性使用的认定标准

综合以上法律规范和国内外司法案例来看，我国法院对商品转售中商标指示性使用的认定中主要有四个考量因素，即使用人主观上的善意、使用行为的必要性、使用行为的合理性以及使用结果不造成混淆可能性。

1、行为人主观上具有善意

行为人主观上具有善意是商标指示性使用的重要前提。如果行为人存在误导消费者获取不正当商业机会的恶意，其商标使用行为不应当被商标法所保护。在商品转售中商标指示性使用的认定中，善意应当体现为遵守诚实信用的原则并符合商业惯例。由于善意这一概念的抽象性，可以通过客观外在行为或者行为的结果进行综合考量。在司法实践中，法院通常将“使用他人商标标识作为自己商品或服务的标识”排除于善意的使用行为之外⁶。

2、使用行为具有必要性

使用行为的必要性通常指商标权人使用商标是必要的、不可或缺的。如果商标使用人不使用商标权人的商标的，将无法表明商标使用人提供的商品或服务，从而给消费者带来极大不便。在商品转售中商标指示性使用的认定中，往往指在店铺招牌、货架或者墙面等地方使用商标的情形。在萨尔瓦多·菲拉格慕股份有限公司诉蔻莎国际品牌管理(深圳)有限公司商标权纠纷案中，广东省深圳市中级人民法院肯定了鉴于商场的营业面积较大，为了向消费者告知其所销售商品的品种，便于消费者快速准确地寻找到其欲购买的品种，确有必要在店面招牌上标明其出售商品的品种，但提出使用商标这一必要性应仅限于告知商品的真实信息所必须的，而否定了蔻莎公司将其自身商标与菲拉格慕公司商标并用的使用方式，认为很可能让相关公众误认为两者之间有特定关系，已超过必要性的限度⁷。

3、使用没有超出合理范围

使用是否超出合理范围通常通过商标使用人是否在店铺多处突出使用商标权人的商标、是否在店铺招牌上单独或者突出性使用商标、是否标明自己的商标以及是否在店铺醒目位置或者购物小票上补充说

⁶参见上海市高级人民法院(2019)沪民再5号民事判决书。

⁷参见广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民终11861号民事判决书。

明了自己并非经商标权人授权的信息。例如，在 FENDI 案中，被告不仅在货架上、包装袋上、橱窗上以及员工的服装上进行使用，还单独或突出使用商标权人的商标，显然超出了合理范围，无法构成商标指示性使用⁸。

4、使用不产生混淆可能性

商标法的立法目的在于保护商标与商品或服务之间的联系，从而避免消费者对商品或者服务来源产生混淆。在商品转售中，消费者产生混淆的对象通常并非是商品来源，而是非授权正品转售商与商标权人之间的商业关联关系。在商标转售的商标指示性使用中，消费者往往会误认非授权正品转售商是经过商标权人合法授权的商标经销商，可以为其提供商品的售后或者保养等额外服务。如果这种误认存在，则非授权正品转售商有关“指示性使用”的抗辩将不再成立。

对于是否会误导公众，需要从一个客观理性人的角度进行判断，非授权正品转售商是否使用自己的服务商标以及其使用商标权人商标的方式是混淆可能性的判断依据。如果非授权的正品转售商在其店铺内仅销售一种商标权人的商品，也并未在店铺内外标明自己的服务商标，甚至在其店铺招牌或者网店首页单独或突出性地使用了商标权人的商标，可以认定其侵犯了商标权人的商标权。但如果商标权人采取了多个商标连用或将自有商标与所卖正品商标连用作为整体标识等指示性使用方式，比如 PRADA 的非授权正品转售商可以用“本店销售进口正品 PRADA”、“PRADA · FENDI · DIOR”的方式在店铺招牌或者网店首页使用正品商标，这种情况充分彰显了其作为品牌集合转售商的身份，不会使得消费者对其与商标权人的授权关系产生误认，因此不认定为侵犯商标权。

5. 总结

在商品转售的商标指示性使用认定问题上，应当明确其使用行为属于商标性使用，其认定标准需要考虑混淆可能性要件。我国商标法及其《商标法草案》有关商标指示性使用的规定仍有欠缺和不足，建议确立商标指示性使用规则，并将范围由《商标法草案》中“指示商品的用途、适用对象或者应用场景”扩大至包含“说明商品的真实来源”，并保留其不会“误导公众”的前提条件。此外，在司法上应当明确以使用人主观上的善意、使用行为的必要性、使用行为的合理性以及使用结果不造成混淆可能性为考量要素的商标指示性使用认定标准，以平衡商标权人、非授权正品转售商与消费者之间的利益，使得商标权人在维护自己权利的同时，给予非授权正品转售商在其服务场所以不会被公众混淆的方式正当使用转售商标的权利，充分发挥商标作为一种符号的信息传递功能，降低消费者的搜寻成本，促进商品交易市场的良性发展。

参考文献

- [1] 苏和秦, 梁思思. 论商标的指示性合理使用[J]. 知识产权, 2020(3): 50-52.
- [2] 王迁. 知识产权法教程[M]. 第8版. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 642.
- [3] 张慧霞, 姚梦媛. 商标指示性使用问题之辨[J]. 电子知识产权, 2019(9): 45-54.
- [4] 周园. 商标指示性合理使用的法律问题研究——兼评“FENDI”商标案[J]. 学术论坛, 2018, 41(6): 24-32.
- [5] 钱程. 论商标指示性使用: 使用与混淆要件的澄清[J]. 上海法学研究, 2021(19): 20-27.
- [6] 冯晓青, 陈彦蓉. 商标指示性使用的法律问题研究[J]. 大理大学学报, 2020, 5(9): 80-81.
- [7] 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 230.
- [8] 艾佳慧. 回到“定分”经济学: 法律经济学对科斯定理的误读与澄清[J]. 交大法学, 2019(4): 72-88.

⁸参见上海市高级法院(2019)沪民再5号民事判决书。