

商标交易模式及流程研究

杨延超

内容提要：由于商标注册存在一定的风险且时间较长，很多商家会选择直接购买商标，俨然商标也已经成为一种特殊的商品。在商标交易过程中，专门为买卖双方提供转让服务的中介机构发挥了重要作用。时下，中介机构通常采用“差价模式”或“佣金模式”完成商标转让，前者是以商标转让差价作为中介机构获利方式，后者是以交易佣金作为获利方式。网络技术的发展也为商标交易提供了更多便捷，但受制于商标交易的复杂性，商标的电子商务交易模式还存在诸多困难，在相当长的时期内，传统的“差价模式”、“佣金模式”还将成为商标交易的主流模式。

关键词：商标 交易模式 交易流程

一、商标交易的原因

传统理论强调商标的知名度和信誉，并将其作为商标交易的基础。然而具有较高知名度的商标进入交易环节的并不多，大多数用于交易的商标并没有较高的知名度，甚至是完全没有知名度。问题在于，既然没有知名度，商家为何还要去购买商标，而不注册商标呢？按照现有的商标注册周期，商标注册通常要一年半左右才能完成，有的时间更长；不仅如此，商家注册商标还存在一定风险，在经历了漫长等待之后，申请注册的商标还可能被驳回，或者因为异议而被撤销。于是，商家为了能在第一时间得到商标，以及安全的考虑，会选择购买商标。此外，还有一类商家也会选择购买商标，即商家在申请注册商标时发现已有相同或近似商标在先申请注册，而商家对其“情有独衷”，他也会选择购买该商标，总之，基于“效率”和“安全”的考量，很多商家会选择购买商标。

这里还要反问卖家，为何要卖掉商标？主要基于以下原因：第一，企业会基于转变经营方向

或者改变品牌推广策略等原因，而让在先注册的商标处于闲置状态，闲置商标的转让恰好又能变废为宝。第二，企业即将倒闭，企业的商标成为闲置商标待价而沽。第三，有些商标所有人专门从事商标交易，他们申请注册的商标从一开始就是准备转让的。

二、商标交易中介机构的形成

商标交易中介机构的形成，得益于三个必要条件：第一，商标买家与卖家信息不对称。作为普通商标的商标所有人，不像知名商标所有人那样众人皆知，买家即便是找到了合适的商标，要找到商标的所有人仍然很困难，国家商标局虽有商标注册登记信息，但其中并不公布商标所有人的联系方式，更何况买家并不像专业代理人员那样拥有足够的商标查询的专业知识，这样，买家难以直接联系到商标所有人。商标中介机构寻找商标所有人则相对容易，很多卖家（商标所有人）会委托中介机构转让商标，他们也因此拥有卖家的详细资料；即便是在缺少卖家资料的情况

作者简介：杨延超，中国社会科学院知识产权中心研究人员

下,他们也会基于丰富的查询知识和经验联系到卖家。第二,商标交易双方难以达成交易信赖。买家希望商标转让成功后再支付转让费,而卖家则希望收到商标转让费后再办理商标转让手续,买卖双方难以达成交易信赖。再者,商标交易多为异地交易,即买卖双方不在同一地区,这也使得双方更是难以建立交易信赖。在这种情况下,交易双方更愿意相信作为第三方的商标交易中介机构。第三,商标转让流程及所需资料相对专业,不像普通商品交易那样简单,在缺少商标转让中介机构帮助的情况下,普通买卖双方往往难以操作。

商标交易的发起主要分为两种情况:第一,买家根据自己需要和喜好选择所需商标,同样一个商标,“一千个观众就有一千个哈姆雷特”,当买家表示购买意愿后,就需要中介机构联系卖家促成交易。第二,中介机构代理卖家,向买家推荐商标,促成交易。对于交易中介而言,首要的问题是如何联系到卖家。在众多中介机构竞争的情况下,能够最早联系到卖家的也就具有竞争优势。如果卖家是公司,中介机构往往需要借助网络搜索平台(如百度等搜索引擎)或者查号台寻找公司的联系方式。如果卖家是个人(或个体工商户),中介机构则很难通过上述方式找到卖家,唯一的方法就是与卖家当时申请商标注册所委托的代理公司联系,但代理公司一般不会透露自己的客户信息。如果卖家(个人或个体工商户)在申请商标时是自行申请而没有委托代理公司,中介机构几乎就难以找到卖家的联系方式。

如果中介机构无法联系到卖家,商标交易只能以失败而告终;即便是从理论上能够联系到卖家,但如果交易成本过高,中介机构也会考虑暂时放弃交易,因为即使联系到了卖家,也未必就意味着商标交易能够成功,为此他们希望前期付出的交易成本越小越好。于是,如何减少寻找商标卖家的搜索成本,也就成为商标交易中迫切需要解决的难题。大多数商标注册人是通过代理公司申请的,代理公司一般拥有该商标权人的联系方式,为此曾有建议,由商标代理公司共同组建商标交易联盟,实现商标卖家信息共享,这样就可以大大降低搜索商标卖家的成本,但该建议

却难于操作。我国商标代理机构数量庞大,^①且分散于各地,要建立一个全国统一的商标交易联盟,单靠哪一家或者哪几家代理机构在短期内难以完成。与此同时,大部分代理公司只从事商标注册业务,并不从事商标交易等业务,他们对于组建商标交易联盟并没有太大的积极性。因此,时下寻找卖家还只能依靠商标交易中介机构单独完成。这样,中介机构所花费的搜索成本,就存在一定风险,如果交易成功,搜索成本可以在后期交易佣金(或交易差价)中收回;如果交易失败,前期所付出的搜索成本也将无法收回。因此,中介机构就需要准确地判断买家的购买意向,以决定是否付出必要的搜索成本。一般可以从以下几个方面来判断商标买家的购买欲望:第一,买家是否频繁与中介机构联系,购买欲望较强的买家会频繁打听商标价格以及卖家意愿和信息;反之,购买欲望一般的买家并不会专注于一个商标。第二,商标买家的公司商号与商标是否统一。基于推广品牌的需要,公司一般也会将公司的商号同时注册为商标,但商号与商标分属于不同部门管理,前者为当地工商局管理,而后者则由国家商标局管理,因此也就出现了公司商号注册成功后,商标却未能成功申请注册的情况,于是这类公司会选择购买与商号统一的商标,在这种情况下,买家的购买欲望是比较强烈的。第三,买家是否愿意按照中介机构的要求提交必要的信息和材料。中介结构可能要求买家提交营业执照复印件及授权购买委托书等相关文件,或者要求买家填写购买意向书,其中包括商标基本信息、购买人基本情况、购买价格范围等信息。如果买家购买欲望较强,他往往会提交相关材料或提供相关信息;反之,则不会提供或填写。准确地判断买家的购买欲望,可以有效节省中介机构的搜索成本。

三、商标交易与电子商务

近年来,互联网和电子商务在我国蓬勃发展,中介机构也开始建立了一大批以商标交易作为主营业务的电子商务平台,卖家可以在互联网上直接委托交易网站转让其所拥有的商标,闲置商标一旦上传到商标交易网站,买家也就可以方便地查询、挑选和购买。不可否认,商标交易网站的建立,极大节省了商标交易的各项成本,那

^① 截至到2010年9月1日,全国共有5756家商标代理机构在国家商标局备案。

么, 这是否意味着商标交易的电子商务时代已经到来? 笔者以为, 当前商标交易网络平台还仅仅属于商标的宣传展示平台, 而绝大多数的商标交易过程还是在线下完成的, 现有的商标交易网络平台还不是真正意义上的电子商务平台。相比较其他有形财产的电子商务平台而言, 商标交易的电子商务平台的发展着实存在着难以克服的困难:

第一, 卖家资信难以确定。普通商品的交易往往是长期而频繁的, 卖家的信用也很容易确定,^②商标卖家往往是将闲置商标进行转让, 这种转让大都是一次性行为, 买家很难对卖家产生交易信赖, 这种情况下, 买家直接在网上付款的可能性极小。

第二, 商标价格难以确定。商标不像普通商品那样有较为确定的价格, 商标价格往往需要买卖双方反复磋商后才能确定, 因此商标交易网络上的商标往往不会像一般电子商务网站那样明码标价, 即便是卖家标出了商标价格, 也仅仅是一个参考价格, 买家不可能基于对这一价格的信赖而直接付款交易。

第三, 商标交易流程比普通商品交易更为复杂, 商标交易还需要向商标局提交商标转让申请书, 直至商标局发布商标转让公告后, 商标交易才算完成。相对复杂的交易流程, 也使得商标交易没有办法像普通商品那样简单交付即可完成。

基于上述原因, 商标交易双方还无法脱离当面磋商、签订合同、资信调查、分批付款、中介参与等传统的商标交易方法, 真正意义上的商标交易的电子商务时代还没有到来。

四、商标交易的模式及流程

商标交易有两种模式: 一是直接交易, 即由商标卖家与买家直接联系完成交易。当前, 不少职业炒标人会建立自己的商标转让网, 以方便买标人能与其直接完成商标交易。二是间接交易, 商标卖家或者买家委托中介机构完成商标交易, 委托交易是当前商标交易的主流。

在委托交易的情况下, 商标交易的模式又分为两种情况: 第一, 佣金模式, 即由买家、卖家与中介机构三方完成的三方协议。在协议中明确, 买方、卖方、中介机构三方的权利、义务,

中介机构根据交易额的一定比例收取佣金。第二, 差价模式, 即中介机构与卖家达成协议, 在该协议中, 中介机构系以买家代理人身份出现; 中介机构还要与买家达成协议, 在该协议中介机构又是以卖家代理人身份出现。在这种交易模式下, 中介机构则根据双方协议中的差价作为收入来源。对于普通商标交易, 交易总价并不高, 如果采用佣金模式, 则收益相对较低; 但如果采用差价模式, 则可以让它们获取相对较高的收益。因此, 差价模式也成为大多数中介机构的首选模式。^③这里, 笔者将重点介绍差价模式下各方交易关系:

(一) 中介机构与买家的协议

在差价模式下, 中介机构与买家要签订协议。在该份协议中, 中介机构作为卖家代理人身份出现, 真正的卖家并不在合同中出现。精明的买家一般还是会要求中介机构出示以下材料: 卖家的身份证明(营业执照或身份证复印件)、卖家商标注册证书的复印件、以及卖家委托中介机构转让商标的委托书。因为, 上述材料可以有效证明中介机构有权转让商标。

在中介机构与买家的协议中, 双方有不同的利益和风险考量。中介机构关注买家购买商标的价格; 而买家除了关心价格, 还希望尽早获得商标注册证书, 因为大多数商标买家把商标注册证书作为获得商标权的标志。同时, 中介机构与买家也有各自的风险顾虑。在买家未支付任何定金之前, 中介机构一般不会与卖家签订合同, 或者将商标注册书交付给买家, 否则在买家违约的情况下, 中介机构便面临对卖家的违约责任。为此, 买家通常需要先行向中介机构支付商标购买定金。中介机构还需要在协议中承诺, 其收到买家定金后的合理时间内, 应当向买家交付商标注册证书原件; 买家也将对应承诺, 其在收到商标注册证书原件后的合理时间内支付商标尾款。

如果买家违约, 中介机构用买家定金的全部或者部分向卖家支付违约金; 即便是将商标注册证书已经交付给买家, 如果买家不支付尾款, 中介机构可以拒绝办理商标转让手续, 买家最终无法获得商标权。

^② 如淘宝商城就会根据卖家的交易次数和买家评价来确定卖家的信用指数。

^③ 如知易网、华唯商标交易网、中华商标超市网等现有大型商标交易网站, 均采用差价模式。

（二）中介机构与卖家的协议

在中介机构与卖家的协议中，中介机构是以买家的代理人身份出现，真正的买家并不在合同中出现。其实，大多数卖家并不关心谁是真正的买家，他们最关心的是商标价格以及价款的支付方式。因此即便买家不在合同中出现，只要能够满足卖家所要求的价格及价款支付方式，商标交易同样可以达成。在中介机构与卖家交易过程中，有两份重要文件对于交易至关重要：是商标转让申请书；另一份是商标注册证书。商标转让申请书，是商标交易过程中最重要的一份法律文件，由买卖双方在该份申请书上签字（盖章）后才能生效。商标转让申请书递交给商标局后，商标局经审核通过后就会发布商标转让公告，商标转让即告完成。商标注册证书是商标权属证明，它表明着权利人对该商标享有商标权。但商标转让过程中并不需要商标注册证书，或者说，商标权人即便是丢失了商标注册书，也不会影响商标转让，但在交易过程中，买家却很看重商标注册证书，甚至很多买家都直观地以为拿到了注册证书也就获得了商标权，因此商标注册证书在商标交易中也发挥着重要作用。

中介机构与卖家各自都有自身利益的关注点和风险考虑。卖家会担心，如果自己先履行义务，即将签字（盖章）的转让申请书和商标注册证书交给了中介机构，而中介机构最终没有按合同约定支付商标费，其自身利益将受到损失。中介机构也同样会有类似的风险考虑，如果自己先支付价款给卖家，而卖家又不交付商标注册证书和真实签字（盖章）的转让申请书，其自身利益同样也会受到损失。而“一手交钱，一手交货”的交易规则，在商标交易过程中却很难运用，因为中介机构与卖家往往并不在同一城市，在这种情况下，“定金原则”应运而生。中介机构一般是先以商标总价的一定比例作为定金支付给卖家；卖家收到定金后再交付商标转让申请书和商标注册证书；待中介机构收到商标转让申请书和商标注册证书后，才支付全部尾款。“定金原则”因其有效平衡了卖家和中介机构的利益，目前为卖家和中介机构普遍采用。

（三）缔约顺序及交易流程

中介机构在与买卖双方达成购买意向的前提下，它所选择的签约顺序，对于其风险规避也很

重要，不妨先比较中介机构可能会采用的交易流程：

第一，先与买家签合同，再与卖家签合同。在与买家的合同中，中介机构可以要求买家先行给付定金，如果买家违约，根据定金法则，买家无权索要已支付定金，故买家一旦支付定金后违约的可能性极小；即便是在买家违约的情况下，中介机构也可以利用其所交付的定金，向卖家承担违约责任。中介机构一旦与买家签订了合同，所面临的交易风险是，它未能与卖家签订商标交易合同，中介机构就需要向买家返还双倍定金。

第二，先与卖家签合同，再与买家签合同。在与卖家的合同中，中介机构则需要先向卖家支付定金，才能请求其交付商标注册证及商标转让申请书等文件。中介机构在与卖家签订合同后，如果未能与买家签达成协议，那么它向卖家支付的定金则无法请求返还。如果卖家违约，中介机构虽然可以向卖家请求支付双倍定金，但往往需要花费较高的诉讼成本。

相比较而言，中介机构先与买家签订合同，其交易风险相对较小。这里也可以总结出中介机构风险最低的交易流程：

1. 中介机构与买家签订合同（商标价格为A，买家向中介机构付定金）；
2. 中介机构与卖家签订合同（商标价格为B，中介机构向卖家付定金）；
3. 卖家交付“转让申请书”、“商标注册证”，并由中介机构转交给买家；
4. 买家向中介机构付尾款；
5. 中介机构向卖家付尾款。

在这一交易流程中，中介机构分别以买家和卖家代理人的身份出现，而A与B之间的差价，即为中介机构的收入。

结语

随着商标注册数量的不断增加，商标注册风险也越来越大；与此同时，企业对商标需求量也在不断增加，可以预见，未来社会商标交易也将成为企业获取商标的主要渠道。商标交易过程比普通商品交易流程更为复杂，如何进一步完善商标交易模式，对于促进商标资源的合理分配以及促进企业的品牌推广都意义重大，本文的研究也仅仅是一个开始。■